

효율성의 관점에서 본 비엔나협약 상 구제수단의 문제

김기영

조선대학교 법과대학 교수 · 법과학 박사

Some meditation on the economic analysis over the remedies within the United Nations Convention on the Contract for the International Sale of Goods

Ki-Young Kim

Professor, College of Law, Chosun University

초록 : 본 논문은 유엔물품매매법협약(비엔나협약)에서 정하고 있는 민사법적 구제수단에 관하여 법경제학적 관점에서 간략히 효율성의 문제를 살펴보려 한다. 따라서 본 논문은 비엔나협약이 인정하고 있는 계약위반에 대한 여러 구제수단을 특정이행과 금전배상이라는 두 개의 큰 틀로 나누어 살펴 볼 것이다. 한편 계약의 경제적 분석은 국제거래에 관여하는 당사자들에게는 중요한 관심사이며, 그들은 계약의 협상과 체결과정에서 자신들에게 경제적으로 가장 유리한 결과를 도출하려 할 것이다. 법경제학적 연구는 오랜기간 많은 경제학자들에 행하여지고 있는 것은 주지의 사실인 바, 따라서 본고는 그러한 연구결과에 바탕하여 논의를 전개해 갈 것이다. 한편 비엔나협약은 특정이행과 금전배상이라는 구제수단 외에도 계약위반에 대비하여 많은 법적 기제를 두고 있는 바, 대표적으로 하자치유권, 하자치유청구권, 계약의 이행 내지 수령의 거절, 부가기간제도, 계약의 해제 등이 그것이다. 특정이행과 금전배상과 달리 이러한 구제수단들은 계약 당사자의 의사에 의하여 그 법적 운명이 결정되므로 우리는 이를 자치적 성격(privately administered remedies)의 구제수단이라고 할 수 있다. 비엔나협약이 인정하고 있는 이러한 구제수단들은 대체적으로 보면 법경제적으로 장점이 있는 제도이지만 모든 면에서 그러한 것은 아니다. 즉 입법자들이 미리 예측할 수 있는 개별상황으로 인하여 모든 경우에 최선인 것은 아니다. 본고는 특정이행 및 금전배상 제도의 가치를 법경제학적 관점에서 논하고, 자치적 성격의 구제수단이 실제로 당사자에게 최선의 경제적 효율을 창출할 수 있다는 점에 논급하려 한다, 그것은 계약당사자들이야 말로 최대의 경제적 효율을 창출할 수 있는 정보를 가진 협상 당사자이기 때문이다. 나아가 본고는 국제교역의 새로운 유형으로 떠오르고 있는 전자상거래와 관련하여 기존의 국제거래 및 국내거래에 관한 경제학적 분석의 적용가능성에 관하여 간략히 논급하려 한다.

Abstract : The paper aims to briefly look into the civil law remedies of CISG from the perspective of economic efficiency. It mainly illustrates the basic tools of remedies in CISG, and discusses its strengths and flaws from the standpoint of economic deals normally present in most of commercial transactions. As many literature have long contributed to the legal economic discourse, our discussion, as a matter of course, largely depends on the current stronghold, or prospect that those theories espouse. Generally, the remedies in CISG have two basic pathways addressing or penalizing the breach of contract from one party, namely specific performance and damages award. Other instruments to deal with the breach of contract cover a cure of defect, repudiation to perform a contract, additional period to perform a contractual duty, avoidance of contract and etc. This group of instruments can be classed as a privately administered remedies

for our purpose of analysis. On this assumption, we can find many aspects of strengths in economic terms, but some paucity that the prescribed approach cannot properly address the best of economics between the contracting parties. This paucity comes mainly because the lawmakers normally could not pre-consider all circumstances among the individual contracting parties. For this reason, this paper argues in favor of privately administered remedies to fill the paucity of two typical remedies. Moreover, the contractual negotiation or design of contract is considered very important as the contracting parties are most informed about their best of economics besides the official lawmakers. The paper concludes with a short discussion of the electronic commerce in comparison with the traditional domestic and international commerce.

• 논문접수 : 2011. 9. 13. • 심사 : 2011. 10. 10. • 게재확정 : 2011. 11. 14.

I. 序 說

비엔나협약(United Nations Convention on the International Sale of Goods : 이하 협약 또는 CISG 라 한다) 救濟手段의 章에서는 협약에 가입한 대륙법계, 보통법계 및 그 밖의 법계 국가들의 민사법을 종합 고려하여 균형을 도모하고 있다. 따라서 이들 조항에 대한 논의는 무엇보다도 비교법적 분석이 기초가 되고 있으며, 전반적인 공공정책적 관점에서 어떤 국가의 법이 보다 나은 법인가, 나아가 국제 공조의 차원에서 보다 적절한 법인가의 문제에 집중되고 있다.¹⁾ 본고는 이러한 입장과는 다른 관점에서 비엔나협약상 구제수단의 문제를 다루려 한다. 즉 경제학적 분석에 입각하여 비엔나협약상 구제수단의 문제를 평가하려 한다. 이러한 접근방식은 비엔나협약상 구제수단에 관한 조항들이 국제거래 당사자인 기업이 체결한 계약의 가치를 극대화 하는데 긍정적으로 기여하고 있는가, 아니면 의무위반과 구제수단에 관한 조항들을 배척하고 당사자들이 스스로 계약에서 구제수단에 관하여 특단의 합의를 하는 것이 보다 유리한가의

문제를 다루려 하는 것이다.

구제수단의 문제를 중앙집권적으로 다루려는 立法者들의 기본 출발점에서 볼 때에 경제학적 접근방식은 본고의 주제에 관하여 분명한 대답을 주기 어렵다고 볼 수도 있다.²⁾ 원론적으로 法經濟學的 문헌들이 다루고 있는 계약상 의무위반에 대한 구제의 효율성에 관한 결론은 대체로 어떠한 구제수단도 계약당사자의 행위에 관련된 모든 차원에 걸쳐 완전한 인센티브를 제공하지는 못하다는 것이다. 반대로 계약의 효율성을 구성하는 여러 요소(즉 효율적인 사후 이행, 효율적인 손해경감의무, 효율적인 신뢰이익, 효율적인 위험분배 등등)간에는 항상 경제적으로 상호 상계적 관계(economic tradeoffs)가 존재한다. 계약법의 경제적 효율성문제는 그것이 하나의 법제하에서 이루어지는 경우에도 어려운 문제이다. 더욱이 당사자, 기업환경, 법적 이전비용 등이 모두 超國家的 性格을 갖는 시장체제하에서 그러한 분석을 하는 것은 더욱 복잡한 양상을 갖게 된다.

다행스럽게도 우리는 그러한 문제를 근원적으로 해결할 필요가 없다. 그것은 계약법의 대

1) Majoros 1997. *Le droit international privé*, 4th ed [- in French] Paris: Presses Universitaires de France (1997).

2) 암묵적 지식(tacit knowledge: 여기서 암묵적 지식이란 법으로 구속력을 가지는데 이르지 못하는 시민사회의 사회과학적 지식들을 의미한다)과 그에 기초한 입법(bottom-up lawmaking), 개인의 책임과 사회의 책임, 그리고 정의의 문제(Individual responsibility, social accountability, questions of justice) 등에 관한 참고문헌으로, Amy J. Cohen, *Governance Legalism: Hayek and Sable on Reason and Rules, Organization and Law*, 2010 Wis.L.Rev. 357.

부분은 임의규정으로 구성되므로 구제수단의 문제에 있어 광범위한 영역에 걸쳐 당사자에게 선택의 여지가 부여되기 때문이다. 물론 계약자유의 원칙에도 한계는 있다, 예컨대 미국 賣買法에 있어 당사자는 懲罰的 損害賠償(Punitive damages)에 관하여 배상액을 예정할 수 없으며, 구제수단으로서 특정이행만이 가능하도록 합의할 수 없고, 손해를 입은 당사자에게 거래의 실질적 가치를 회복하는 것을 불가능하게 할 정도로 구제수단을 박탈하는 합의를 할 수 없다.³⁾ 그러나 良心性的 法理 혹은 공공정책적 이유로 그러한 합의를 무효로 보고는 있지만, 요컨대 당사자는 구제수단의 문제에 있어 광범위한 재량을 갖는다. 배상액의 예정을 통하여 손해액에 관하여 합의할 수 있으며, 손해액의 산정에 관한 기준에 관하여 합의할 수 있고, 부수적 손해나 경제적 손실 등과 같이 특정 유형의 손해는 손해의 범위에서 제외하기로 합의할 수도 있다. 또한 계약 당사자들은 그것이 불합리하지 않는 한, 합의를 통하여 매수인의 물품수령 거절권, 매도인의 하자치유청구권, 매도인과 매수인의 이행담보 요구권, 계약이행 거절권 등을 배제할 수 있다.⁴⁾

이러한 당사자들의 광범위한 선택의 여지는

국제물품매매계약을 규율하는 비엔나 협약에서도 그대로 인정되고 있다. 즉 비엔나협약 제6조에서는 계약당사자는 합의가 있는 경우 그들의 계약관계에 비엔나협약의 적용을 배제할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 합의를 통하여 특정 조항의 적용을 배제하거나 특정조항의 내용과 다른 합의를 할 수 있다. 물론 동 조항은 당사자에게 절대적인 계약의 자유를 부여하는 것은 아니다. 즉 CISG는 계약의 유효성의 문제에 관하여는 침묵하고 있고, 따라서 契約의 有效性의 문제는 여전히 國內 私法에 맡겨져 있고, 당사자는 국내사법에 의하여 계약의 자유가 제한받을 수 있다.⁵⁾ 후술하는 바와 같이 비엔나협약은 국내법 하에서 특정이행이 인정되지 않는 경우에 국내법원에 대하여 특정이행을 명하도록 강제하지 않는다.

요컨대 비엔나협약의 전체적 취지와 대부분의 國際商事紛爭이 중재에 의하여 해결되는 현실에 비추어 구제수단에 관한 규율을 당해거래의 특성을 반영하여 당사자자치에 맡기는 것을 선호하는 것으로 여겨진다.⁶⁾

더욱이 상사거래가 초국적으로 행하여지는 경우에 의무위반과 구제에 있어 당사자자치의 역할은 더욱 중요하다고 본다. 즉 상호 계약을

3) 예컨대 UCC 2-718에서는 징벌적 성격을 띠는 고액의 손해배상예정을 무효로 보고 있으며, 2-716에서는 특정이행의 구제수단은 당사자의 재량에 따르지만 법원은 그에 부가된 조건이 공정한가에 기초하여 특정이행청구를 기각할 수도 있다고 하고 있다. 또한 2-719 평석 1에서는 계약위반에 대한 구제수단은 최소한의 공정성에 기초할 것을 요구하고 있다. 우리 민법 제398조에서는 손해배상액의 예정에 대하여 그것이 부당하게 고액인 경우 법원이 감액할 수 있다고 하고 있고, 해석상 일방당사자에게 현저하게 부당한 결과를 야기하는 구제수단의 박탈에 관한 합의는 신의성실의 원칙 혹은 불정정한 법률행위에 관한 요건을 갖춘 경우 민법 제104조에 따라 무효가 될 수 있을 것이다.

4) UCC 1-102 (3)에서는 “UCC 조항은 공정거래의 원칙, 상거래상 도의, 합리성의 원칙 등에 반하지 않는 한 당사자의 합의에 따라 적용되지 않을 수 있다”고 선언하고 있다. 따라서 당사자는 자신들이 선택한 기준이 명백히 불합리적이지 않는 한 합의에 따라 자유롭게 계약이행의 기준을 정할 수 있다.

5) CISG 제4(a). 따라서 계약의 유효성에 관하여 다툼이 있으면 법원은 법정지 국내사법에 따라 적용될 준거법을 정하게 된다. 예컨대 한국의 국제사법 제29조 1항은 “계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하였을 경우 이 법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단한다”고 정하고 있다.

6) 물론 이러한 당사자 자치의 원칙에는 협약 스스로 약간의 한계를 두고 있다. 그 대표적 예가 협약 제96조인 바, 사기방지법(statute of fraud)을 가지고 있는 영미법계 국가의 경우 일정 계약은 오직 서면에 의하여 체결되어야 하는 바, 당사국은 제96조에 따라 협약 가입시 방식자유의 원칙에 기초하고 있는 협약 조항의 적용을 유보할 수 있다. 이때에 해당국 거래당사자는 사기방지법의 적용 배제에 관하여 합의할 수 없게 된다. 또한 협약 당사국의 국제공법적 법률관계를 담고 있는 협약 제89-101조에 관하여는 당사자의 합의로 그 적용을 배제할 수 없다.

체결하기 위하여는 거래당사자들은 자신의 계약관행을 타방 당사자의 거래관행이나 법제에 부합시키기 위한 문제를 고려하여야 하며, 또한 국제관행에 관한 타협의 산물인 비엔나협약을 고려할 필요가 있다. 따라서 당사자가 단순히 습관적으로 또는 실제적 타당성을 고려하지 않으면서 의무위반과 구제의 문제를 경시한다고 보기는 어렵고, 오히려 당사자는 계약자유의 원칙을 최대한 활용하여 자신들의 거래에 타당하게 적용되도록 하려 할 것이다.

이러한 배경 하에서 본고는 비엔나협약의 義務違反과 救濟의 문제에 관련하여 사적 당사자들이 어떠한 내용의 합의를 할 필요가 있는가를 주로 살피고, 부차적으로 CISG의 임의규정들이 의무위반과 구제의 문제를 적절하게 다루고 있는가를 생각해 볼 것이다. 일반적으로 계약에 대한 경제학적 접근은 당사자가 거래를 계획함에 있어 보다 유용하게 적용되고, 공권력을 통한 구체적 법제의 입법에는 친숙하지 않다.⁷⁾ 그것은 실제 거래 당사자들은 세속의 법관, 입법자에 비하여 자신들의 거래에 관련한 효율성 문제에 보다 민감하게 반응할 뿐만 아니라, 이러한 “私的立法者(private lawmaker)”들은 계약에 대한 경제학적 분석을 적용하기 위하여 필요한 보다 상세한 정보를 소유하고 있기 때문이다. 특히 국제상사거래에 있어서는 그것이 통일사법이나 협약의 규율을 받게 되는데, 이때에 거래를 계획하는 것의 중요함은 국내 상사거래보다 중요하게 되는 바, 그것은 통일법이나 국제협약을 개정하는 것은 제도적으로 매우 어렵기 때문이다. 즉 경제학적 접근방식이 국제상사거

래에 대하여 중요한 영향을 미친다는 것은 바로 이러한 당사자들의 거래에 대한 계획과 구체적 계약조항을 통하여서 이루어지는 것이다.⁸⁾

물론 다른 시장에서 활동하고, 國籍을 달리하며, 다른 물품을 거래하는 국제상사거래의 당사자들은 다른 유형의 경제적 상계효과에 직면하게 되는 바, 따라서 국제거래 당사자에 일반적으로 타당한 경제적 자문을 준다는 것은 불가능한 일이다. 그러나 문제의 거래가 비엔나협약이 적용되는 국제상사거래라면, 일반 국내사법에 의하여 규율되는 거래와는 다른 공통된 특징을 가지고 있다고 본다. 가장 중요한 특징으로 그러한 거래는 商人間 去來라는 점이며, 또한 초국적 거래로서 당사자들은 다양한 법제가 적용될 수 있다는 가능성을 첨예하게 고려하여야 한다는 점이다. 또한 그러한 거래는 국경을 넘어 해상운송을 통하여 이루어지고, 장거리운송을 수반한다는 특징을 갖는다. 따라서 이러한 국제상사거래 기제나 상대적 거래비용에 가장 적절한 계획 또는 계약이 어떠한 것인가에 관한 보편적 표준을 도출해내는 것이 가능할 수 있다. 이러한 보편적 표준의 도출은 “거래 사전의 계획(ex ante transactional design : 구체적 거래에서 의무위반과 구제를 둘러싼 당사자간 개별적 재교섭의 출발점)” 및 “거래 사후의 분쟁해결(ex post dispute resolution : 분쟁사안을 다루는 초국적 중재 법원에 의해 적용될 수 있는 해석과 법적용의 가이드)”과 관련하여 유용하게 사용될 수 있다.⁹⁾

본고는 다음과 같은 체제로 구성되어 있다. 첫째 2장에서는 특정한 구제수단을 선택함으로써 발생하는 經濟的 相計效果와 이러한 상계효

7) Avery W. Katz, *Taking Private Ordering Seriously*, 144 U. Pa. L. Rev. 1745 (1996); Avery W. Katz, *An Economic Analysis of the Guaranty Contract*, 66 U.Chi.L.Rev. 47 (1999); Avery W. Katz, *The Economics of Forum and Substance in Contract Interpretation*, 104 Colum. L. Rev. 496 (2004).

8) Steven Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 Bell J. Econ. 466 (1980); Steven Shavell, *The Design of Contracts and Remedies for Breach*, 99 Q.J.Econ. 121 (1984).

9) Ian Ayres and Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts : An Economic Theory of Default Rules*, 99 Yale L. J. 87 (1989).

과가 비엔나협약이 적용되는 독특한 영역의 거래에 대하여 어떻게 상호 기능하는가에 관하여 논한다. 제3장에서는 대륙법계 국가와 비엔나협약상 본래적 구제수단인 특정이행이라는 구제수단에 관한 비엔나협약 조항들을 살펴본다. 제4장에서는 손해배상에 관한 비엔나협약 조항을 살펴보고, 비엔나협약이 침묵하고 있는 당사자의 사후교섭에 기초한 손해배상액의 예정 문제를 논한다. 제5장에서는 계약의 이행과 관련하여 발생하는 당사자의 자발적 구제수단인 이행의 거절, 하자의 치유, 불완전 이행(nachfrist) 및 계약의 해제 등에 관하여 생각해 본다. 마지막으로 제6장에서는 비엔나협약이 적용되는 거래에 있어 가장 적절한 법적 기제와 전자거래에 있어 가장 적절한 법적 기제를 비교해 보고, 제7장은 결론 부분을 구성한다.

II. 國際去來에 적용될 救濟手段에 관한 經濟的 分析

계약상 구제수단에 관한 경제적 분석은 일반의 법학적 접근방식에는 친숙하지 않은 하나의 기본적 전제로부터 출발하는데, 그것은 구제수단에 관한 조항들이 계약조항의 하나를 구성한다는 전제이다. 즉 구제수단의 선택은 실체적으로 중대한 이해관계를 가지는 문제이며, 이로써 다른 계약조항이 그러하듯이 당사자 간 위험을 분배하는 기능을 한다. 이때에 당사자들은 구제수단에 관한 여러 대안 중 하나를 선택할 수 있는 자유를 누리며, 자신들의 공동의 이익에 최선이라고 생각되는 전통적인 실체법조항과 이러한 선택을 상계한다. 한 예로 매수인은 물품가액을 낮추는 것을 대가로 계약위반 시 보다 약한 救濟手段에 합의할 수 있을 것이다. 즉 그

는 낮은 가격을 대가로 어떠한 경우에 계약위반이 있는가를 결정하는 담보(warranty)에 관하여 일정한 제한을 받아들일 수 있을 것이다.¹⁰⁾

이러한 논리선 상에서 우리는 자연히 다양한 유형의 구제수단에 따라 실제 조항들에 어떠한 변화가 있는가에 관하여 묻게 된다. 전술한 바와 같이 실제 조항에 대한 영향은 계약관계를 둘러싼 당사자의 행위에 관하여 광범위한 영역에 걸쳐 발생할 수 있다. 사후에 이행이 필요한가, 계약위반이 있는 것으로 볼 것인가, 계약위반 시 손해경감을 위하여 당사자는 어떠한 행위를 하여야 하는가, 계약이행전 신뢰와 신뢰에 기초한 투자의 가능성, 계약불이행, 비용과 수익의 급격한 변동에 관한 위험부담 문제, 계약체결 전 정보의 개시 혹은 정보의 교환, 그리고 무엇보다도 먼저 계약당사자 간 어느 정도의 협상을 전제로 계약을 체결해야 하는가의 문제 등이 그러한 것들이다. 계약의 실체적 관계에 관한 이러한 복잡성으로 인하여 특정 구제수단이 모든 계약관계에서 최선의 것이라고 일반화하는 것이 불가능해진다.

예를 들어 期待利益(expectation damages) 제도는 이행과 계약위반사이에서 중요한 인센티브를 제공하며, 또한 계약당사자가 미리 안전하게 투자를 행함에 있어 중요한 동기를 부여할 수 있다. 그러나 이러한 기대이익제도는 상대방 당사자의 신뢰(promisee reliance), 손해의 경감(promisee mitigation), 정보의 공급, 계약당사자가 상대방 당사자보다 위험회피의 가능성이 높은(risk-averse) 상황에서의 위험분담의 문제 등에 있어서는 별반 動機誘發效果를 가지지 않는다.¹¹⁾ 쌍방 당사자의 계약상 책임을 조건지우는 복잡한 규칙 등을 사용하는 경우 최소한 이론적으로는 다양한 실체적 동기유발효과를 동시에

10) Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 U.Chi.L.Rev 2 (1998).

11) Ayres and Gertner, *supra* note 9 (제재적 성격의 구제수단이 필요함을 강조하고 있다) : Robert E. Scott and George G. Triantis, *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*, 104 Colum.L.Rev. 1428 (2004).

증진시킬 수 있는 방안을 도출하는 것도 가능하다. 예를 들어 기대이익의 배상을 받기 위하여 손해경감의무를 다하여야 한다고 합의한다면 계약의 효율적인 이행과 함께 효율적인 손해경감노력을 동시에 확보할 수 있다. 또한 기대이익의 배상은 계약체결시에 예견가능한 범위내로 한정한다면 손해배상청구권을 갖는 당사자의 정보개시를 효율적으로 확보하는 한편 계약의 효율적인 이행을 동시에 가능케 할 것이다. 그러나 이러한 조건의 부과와 관련효과의 분석을 위하여는 사법권을 행사하는 자로부터 추가적인 정보의 필요성을 야기하게 되는 바, 그것은 사법권을 행사하는 자가 항상 제공할 수 있는 것이 아니다. 예컨대 당사자의 신뢰의 합리성 유무를 판단하면서 이러한 자들이 內心の 작용을 통하여 행한 판단은 可視的인 것이 아니다.

복잡한 상황 속에서 여러 차원의 효율성을 조율하는 것은 어렵다. 이러한 사실은 법제적으로 두가지 결과를 야기하는 바, 차선의 의무위반 규범을 선택하게 하거나, 당사자의 자치를 허용함으로써 개별 당사자가 공권력을 가진 입법자가 고안한 일반 의무위반규범의 경직성을 피해가게 하는 것이다. 예를 들어 양자의 독점적 지위 또는 거래비용으로 인하여 분쟁해결을 위한 사적인 협상이 많은 비용을 요하는 경우, 우리는 다수의 기호에 가장 적합한 상계효과를 갖는 의무위반 규범을 선택하여야 한다. 반대로 그러한 사적인 협상이 비교적 비용이 적게 든다고 판단한 경우에는 우리는 사적 협상에 초점을 맞춰 의무위반규범을 선택하여야 한다. 이러한 실제적 차이는 당사자의 정보와 관련이 있다. 관련 정보에 관하여 당사자가 비대칭적으로 불균등한 상황에 있게 되면, 의무위반규범의 선택은 정보가 부족한 당사자에게 징벌적일 수 있다. 반면에 양 당사자가 균등한 情報力을 가지고 있

다면, “적절한 義務違反規範(bright-line rules)”이 선택될 수 있을 것이다.

선택 가능한 여러 대안 중 어떠한 것이 가장 적절한가의 문제는 관련 거래의 전체적 성격, 분쟁해결기관의 상대적 권한범위 및 당사자의 능력 등에 관한 우리의 인식에 달려 있다. 예컨대 소비자계약 영역에서는 표준적이고 합리적이라고 생각되는 것이 선택될 수 없거나, 경제적 분석의 기초가 되는 정보에의 가정 등이 비현실적인 경우가 많다. 따라서 이러한 영역에서는 많은 법제, 그리고 많은 법학자들이 채용하거나 지지하는 다른 원리에 의하여 지배 규율되는 경우가 많다.

이와 달리 “거래 對 거래” 관계 하에서, 특히 국제 상사거래 차원에서 보면, 다른 유형의 일반화 및 의무위반 규범이 실제로 구속력을 가지고 있으며, 나아가 당사자는 계약자유의 원칙에 따라 거래관계를 규율하는 다양한 내용의 조항을 둘 수 있다.

더욱이 비엔나협약이 적용되는 거래에 관한 계약위반과 구제수단에 대하여 경제적 분석법을 적용함에 있어서, 우리는 몇 가지 중요한 전제를 이해하여야 한다. 첫째, 지지하는 바와 같이 비엔나협약은 그 적용범위에 있어 상사거래에 한정된다는 점이다.¹²⁾ 상인들은 일반적으로 법제 혹은 사업상의 정보에 정통한 것이 보통이다. 이러한 자들은 복잡한 거래과정에서 위험을 분산시키고, 보통사람과 달리 자신의 사업이 신뢰를 잃지 않으면서 일관되게 수행되게 할 수 있는 지위에 있다. 그들은 大量生産 · 大量消費의 시장체제 및 私的인 仲裁, 회환신용장, 상업증권의 거래 등을 아우르는 사회적 기제에 쉽게 접근할 수 있는 지위에 있고, 이를 통하여 위험을 분산하고 분쟁의 위험으로부터 자신의 지위를 담보 받게 된다.

12) CISG 1, 2(a).

두 번째 전제로 우리가 쉽게 알수 있듯이 비엔나협약은 국제 거래에 대하여만 적용된다는 점이다. 이는 비엔나협약이 적용되는 거래는 국경을 넘어 이루어지고, 당사자는 다른 법제, 법절차, 규제 및 상사관행의 적용가능성에 대비하여야 한다는 것을 의미한다. 또한 다른 부수적인 문제로 CISG거래는 모든 경우에 그러한 것은 아니지만 평균적으로 볼 때 장거리 운송을 수반하는 거래라는 점이다.

CISG 거래가 國際的 性格을 갖는다는 점은 다양하게 중복되어 상대적 거래비용에 영향을 미친다.¹³⁾ 국경을 넘어 장거리 운송에 소요되는 비용이 거래대상 물품가액을 초과할 수도 있으며, 거래 이전 또는 이후의 정보교환과 대화에 다액의 비용이 소요될 수 있다. 특히 당사자 간 의사소통이 잘못되어 발생하는 위험을 비용으로 간주하게 되면 그 비용은 엄청날 수 있다. 또한 계약 상대방의 성실한 계약이행과 신뢰성을 감시하기 위하여 많은 비용이 소요되며, 분규가 발생하는 경우 분규해결을 위하여 많은 비용이 소요될 수 있다. 이러한 모든 요소들은 국제적 거래에 비하여 국내거래에 소요되는 비용이 저렴하다는 것을 의미한다. 교통, 통신, 감시, 분규해결에 소요되는 이러한 비용들이 계약목적인 물품가액의 상승보다 상대적으로 낮은 증가 추세에 있는 경우, 이는 국내거래에 비하여 국제거래 영역에서 보다 쉽게 “規模의 經濟(economies of scale)”가 성취될 수 있다는 것을 의미한다.

또한 이러한 다양한 거래비용은 상대적인 것이고 국제 거래환경에서 달라질 수 있다. 예컨대 분쟁해결에 소요되는 비용과 감시비용이 국제거래 영역에서 높다고 가정하면, 검사인, 인증기관 및 관련 은행 등 감시 대행기관 들을 쉽게 이용할 수 있다는 가정 하에 분쟁해결비용의 증

가는 상대적으로 감시비용의 증가보다 클 것이다. 이와 같은 선상에서 국제거래 환경에서 감시비용의 증가는 현대 정보통신기술의 비약적 발전을 통하여 정보의 교환에 소요되는 비용의 증가보다 상대적으로 클 것이다. 또한 분쟁해결 및 감시비용의 증가는 물품의 장거리 운송에 소요되는 운송비용의 증가보다 클 것이다. 이러한 상대적 비용 요인들은 국제거래에서 소송보다 중재가 선호되고, 화환신용장 제도와 같이 제3자의 보장기제가 널리 이용되는 현상을 설명하여 준다. 특히 제3자에 의한 보장기제는 당사자들이 아직 충분한 상업적 신뢰와 명성을 구축하지 못한 경우, 상호 합리적 행위를 할 것이라는 신뢰를 갖게 하는 動因이 불충분한 경우에 적절히 기능할 것이다.

결론적으로 국제거래환경에서 작용하는 이러한 복잡한 요인들로 인하여 당사자들은 법적인 배상보다는 명예의 실추라는 사회적 배상, 법원에 의한 분쟁해결보다는 私的인 분쟁해결, 特定履行보다는 金錢的 賠償을 선호하게 된다는 것을 의미한다. 물론 이는 다른 조건들이 평등하다는 전제를 깔고 있다. 또한 이러한 일반적 결론은 구체적 제정법조항 하에서 상대적 거래비용이 어떻게 기능하는가를 설명하지는 못한다. 따라서 이하에서는 특정이행, 금전배상, 계약해제 제도를 중심으로 한 사적 구제제도(이는 사법부나 중재법원의 개입 없이도 당사자의 의사표시로 직접 효력을 발생한다)의 문제 등 세가지 유형의 대표적인 구제수단 하에서 전술한 명제들이 어떠한 의미를 갖는가를 살펴볼 것이다. 또한 CISG 관련조항과 미국의 매매법인 統一商法典(UCC) 제2장과의 비교법적 고찰을 더하려 한다. 본고의 비교법적 고찰은 첫째 미국법체제하에서 발전되어 온 구제수단에 관한 경제적 분석

13) Avery W. Katz, The Relative Costs of Incorporating Trade Usage into Domestic versus International Sales Contracts, 5 Chi.J.Int'l L. 181 (2004).

과 본고의 논의를 결부시키는 한편, 둘째, 본고에서 강조되어 온 거래중심적 접근방식을 보다 명료하게 밝히기 위함이다. 법과대학 학생에게 매매법을 가르치거나 국제거래에 종사하는 상인들에게 매매거래의 구조를 도안케 함에 있어 일관되게 문제되는 것은 경합하는 法條項들간의 선택의 문제일 것이다. 이러한 경우 법조항의 선택은 비교법적 방식에 의할 수 밖에 없고, 이는 하나의 대안 탐색과정이다. 다른 체계의 매매법에 대하여 보다 정통한 독자들은 본인의 원리적 탐구를 자신들의 법제에 확장하여 적용할 수 있을 것이라고 본다.

III. 비엔나협약과 特定履行

비교법적 관점에서 계약위반이 있는 경우 대륙법계 국가에서는 특정이행을 원칙적 구제수단으로 하고 있는 반면,¹⁴⁾ 보통법계 국가에서는 금전 배상을 원칙적 구제수단으로 보는 경향이 강하다. 그러나 실제로 이러한 이분법적 사고는 과장된 측면이 있다. 일부 대륙법 학자들에 의하면 특정이행은 공식적 원칙 규정들이 선언하고 있는 것과 달리 그 이용빈도가 훨씬 낮다고 한다. 또한 최소한 미국의 경우에는 구제수단에 관한 법원칙의 발전으로 원고가 특정이행을 보다 쉽게 구할 수 있게 되었다.¹⁵⁾ 그러나 어쨌든 그 본질에 관한 차이라기 보다는 “程度的 차이”라는 관점에서 보면, 위와 같은 원론적 주장은 그다지 틀린 것이 아니다.

그렇다면 비엔나협약은 특정이행을 구제수단

으로 선호함으로써 대륙법계 제도를 취하고 있다고 할 수 있다.¹⁶⁾ 한편 이러한 선호는 절대적인 것이 아니다. 즉 특정이행이 국내법에 의하여 허용되지 않는 경우에는 法院은 재량에 따라 특정이행을 인정하지 않을 수 있다. 그러나 이와 같은 법원의 불인정은 재량사항이며, 그 실제에 있어 법원은 국내 사안의 경우 특정이행을 허용하지 않은 경우에도 유사한 사안이 섭외사건인 경우에는 國際禮讓 또는 보다 우호적인 국제거래 환경을 조장하기 위하여 특정이행을 구제수단으로 인정하는 경향이 있다. 더욱이 대부분의 CISG 사건은 사적 중재에 의하여 해결되며, 이때의 중재인들은 법원과 달리 어떠한 편향성을 가지고 있지는 않다. 이러한 상황에서 특정이행을 선호하는 것이 經濟學的 效率性이라는 관점에서 적절인가가 문제된다.

특정이행에 관한 法經濟學 著書들을 보면 세가지 발전단계를 보이고 있다. 첫 번째 부류의 학자들은 구제수단에 관한 전통적인 보통법상의 구별은 일반적으로 효율적이라고 주장한다. 예컨대 크론맨(Kronman)같은 학자는 특정이행이라는 구제수단은 독창적인 물품 및 특정물이나 서비스거래에 적합한 구제수단인 바, 이때에 “대체물품의 구입” 등에 의한 구제는 상대적으로 높은 거래비용을 발생시킴으로써 계약해제나 손해배상은 부적절한 구제수단이 된다고 한다.¹⁷⁾ 두 번째 단계의 학자들은 효율적인 구제수단은 상대적 거래비용의 비교를 통하여 가능하다고 보고, 손해배상제도가 보다 우월한 구제수단이 된다는 입장이다. 즉 많은 경우에 매수

14) Henrik Lando and Caspar Rose, *On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries*, 24 Int'l Rev. L. & Econ. 473 (2004).
 15) Farnworth on Contracts (2001). 현대 사법의 경향은 구제수단으로서 특정이행을 점차 확대해가는 경향이 있으며, 손해배상을 원칙적 구제수단으로 하고 있는 전통법(traditional primacy of damages)에 수정이 가해지고 있다고 보았다.
 16) 협약 제46조에서는 매도인의 의무위반이 있는 경우 특정이행을 원칙적 구제수단으로 하고 있다. 나아가 협약 제62조에서도 매수인의 의무위반이 있는 경우 특정이행을 원칙적 구제수단으로 하도록 규정하고 있다. 우리 민법의 경우에도 동일한 원칙을 취하고 있다(민법 제389조).
 17) Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 U.Chi.L.Rev.351(1978).

인은 시장이 협소한 “얇은 시장(thin market)”에 서라도 대체물품을 구입하는 것이 경제적으로 이득이 될 수 있고, 매도인의 경우에도 당해 물품관련 시장이 활성화된 “두터운 시장(thick market)”에서라도 물품을 再賣渡 하는 것이 경제적으로 이득이 될 수 있다.¹⁸⁾ 세 번째 단계의 학자그룹은 위 두 번째 주장의 분석을 통하여 구제수단의 경제적 효율성의 문제는 일반적으로 결론을 내릴 수 없다고 주장한다. 가장 최근의 주장인 세 번째 입장에 따를 때, 계약 당사자들은 손해배상액의 예정을 포함하여 자신들에게 가장 적합한 구제수단을 스스로 선택하여야 하는 바, 그것은 그들이 당해 거래의 거래비용을 법원보다 더 잘 산정할 수 있는 지위에 있기 때문이다. 예를 들어 울렌(Ulen)같은 학자는 계약위반과 특정이행의 문제는 당사자간의 절충과 협상에 있어 기본적 출발점이 된다. 특히 법원은 특정이행을 구제수단의 하나로 인정하는 당사자들보다 특정이행을 배제하고 계약을 체결한 자들의 의사를 보다 더 보호하려는 경향이 있다.¹⁹⁾

당사자 스스로 구제수단을 선택하여야 한다는 위와 같은 주장은 특정계약에서 특정이행이 적절한 구제수단인가에 관한 당사자의 선택을 중요시하게 된다. 특히 특정이행은 “계약파기의 가능성이 높은 불확실한 投資(unobservable relational investment)”를 장려하는데 특정이행이 긍정적으로 기능한다는 그 후의 여러 문헌에 의하여 더욱 강화된다고 할 수 있다.²⁰⁾ 따라서 현재의 통설적 법경제학적 이론 하에서 특정이행

의 문제는 특정이행을 인정함으로써 인하여 법원이 부담하여야 할 행정비용, 당사자가 사전에 그러한 구제수단을 배제하여야 함에도 불구하고 어떤 이유에서건 특정이행을 배제할 수 없거나 배제하지 않은 경우에 당사자가 부담하여야 할 비용 문제로 귀착된다.²¹⁾ 특정이행의 허용이 사회적으로 명백히 유해무익한 보통의 경우, 당사자가 이를 계약조항을 통하여 배제하지 않았다면, 법원이 법에 따라 재량권을 행사하여 특정이행을 허용하지 않는 것은 사회적으로 하나의 안전망을 제공하는 것이라 할 수 있다.

이러한 논의를 통하여 우리는 비엔나협약상 특정이행의 취급은 현대 사상가들의 입장과 부합한다고 할 수 있다. 특정이행은 계약위반에 대한 구제수단으로서 협약 제46조와 제62조에 따라 인정되고 있다. 당사자는 협약 제6조에 따라 특정이행의 적용을 배제할 수 있고 또는 계약조항을 통하여 특정이행 대신에 豫定된 損害額을 배상케 할 수도 있다. 최후의 방법으로 특정이행이 과도한 부담을 주는 경우에 법원은 협약 제28조에 따라 특정이행의 면탈(escape hatch)을 인정할 수도 있다.²²⁾

거래비용 간 비교분석 관점으로 돌아가 보면, 국제매매거래에 내재하는 몇 가지 독특한 특징들이 특정이행과 금전배상간의 선택 문제에 있어 하나의 변수가 된다. 첫째, 국제거래에는 고액의 운송비용이 발생하므로 물품의 재매도나 대체구입은 계약위반에 대한 적절한 구제수단이 되기 어렵다. 또한 계약대상 물품과 동일 또는 유사한 물품에 관하여 지역 시장이 낙후되어

18) Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 Yale L.J. 271 (1979).

19) Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 Mich.L.Rev.341 (1983)

20) Aaron S. Edlin and Stefab Reichelstein, *Holdups, Standard Breach, and Optimal Investment*, 86 Am. Econ.Rev.478 (1996).

21) Cf. Aaron S. Edlin and Alan Schwartz, *Optimal Penalties in Contracts*, 78 Chi.-Kent L.Rev. 33 (2003).

22) 협약 제28조는 “법원은 협약의 적용을 받지 않는 보통의 계약관계에 비추어 자신의 법에 따라 특정이행을 명하는 것이 부적절하다고 판단하는 경우에는 특정이행을 명하지 않아도 된다”고 규정하고 있다. 우리 민법 제389조와 일맥상통하는 규정이다.

있다면 이러한 시장간 차이는 손해액 산정을 어렵게 할 수 있다. 역설적으로 이러한 시장간 차이가 바로 국제거래를 활성화하는 동기를 제공하는 것은 물론이다. 이러한 변수들은 다른 변수들이 평등하다고 가정할 때 금전배상보다는 특정이행을 구제수단으로 선호하도록 할 것이다.

이와 유사하게 성공적인 거래를 위하여 당사자는 최첨단의 외국에 관한 정보를 수집하여야 하고, 외국의 法制나 商業狀況에 정통할 필요가 있는 바, 따라서 그들은 특정이행을 구제수단으로 하려는 경향을 보일 것이다. 또한 일반적으로 당사자를 신뢰하고 투자를 행한 경우에는 계약위반 시 제3자를 통한 구제를 받기 보다는 역시 특정이행을 선호하게 된다.²³⁾

반면에 당사자가 원격지간 소재하고 있다는 점, 물품운송에 상당한 시일이 걸린다는 점 등을 고려하면 법원은 이행감시의 어려움으로 인하여 특정이행을 구제수단으로 선택하지 않으려 할 것이다. 따라서 금전배상이 관할 영역내 재산, 신용장개설은행, 보증인 등에 대하여 보다 집행에 용이할 것이다. 즉 집행의 어려움으로 인하여 대부분의 사건에서 계약위반으로 피해를 입은 당사자는 금전배상을 통하여 구제받기를 원할 것이고, 법원 역시 금전배상을 구제수단으로 선호하게 된다. 이와 동일선상에서 화환 신용장제도나 화환신용장에 부가된 제3자의 보증 등은 법원의 금지가처분 보다도 오히려 계약의 이행을 유인하는데 보다 효과적이라는 사실이 입증되고 있다.²⁴⁾

그러나 특정이행을 경원시하게 만드는 이러한 여러 요소들에도 불구하고, 구제수단으로서 특정이행을 명할 수 밖에 없는 경우가 있는 것

은 물론이다. 또한 비엔나협약 어떤 조항도 피해 당사자가 자신이 원하는 경우 금전배상 이외의 구제수단을 선택하는 것을 방해하지 않는다. 특히 협약 제73조에서는 당사자는 兩者의 구제수단 중 하나를 선택할 수 있다고 명시적으로 밝히고 있다,

IV. 비엔나협약과 金錢賠償

특정이행과 마찬가지로 금전배상에 관하여도 전통적으로 여러 법경제학적 분석이 행하여져 왔다. 첫 번째 부류의 학자들은 기대이익의 배상제도는 그것이 계약의 효율적 이행과 효율적 구제를 조장한다는 점에서 가장 바람직한 금전 배상제도라고 주장한 바 있다.²⁵⁾ 그러나 기대이익의 배상은 배상을 구하는 자의 손해경감과 신뢰라는 측면에서는 효율적이지 못하는 바, 다만 불완전하지만 손해경감의무, 기대이익의 상실이라는 主觀的 損害 算定 대신 시장간 차이를 고려한 “客觀的 期待利益의 산정” 등 부수적인 법 원칙 등을 통하여 보완될 수 있다고 한다. 위험의 분배와 관련하여서 보면 기대이익배상제도는 손해 당사자가 거의 비용을 부담하지 않는 경우에는 비효율적이게 된다. 그러나 예측불가능한 사정의 발생으로 계약의 이행이 불가능하거나 비현실적으로 된 경우를 제외하고는, 도덕적 지탄, 거래계에서의 부정적 인식 등으로 인하여 일방당사자의 계약불이행의 위험이 발생할 가능성은 줄어들게 된다. 따라서 기대이익제도는 일반적으로 최선의 제도는 아니지만 차선의 대안은 될 수 있다.

이러한 첫 번째 부류의 학자들은 기대이익을

23) Cf. *Laclede Gas Co. v. Amoco Oil Co.*, 522 F.2d 33 (8th Cir. 1975).

24) Ronald J. Mann, *The Role of Letters of Credit in Payment Transactions*, 98 Mich.L.Rev. 2494 (2000); Clayton P. Gillete, *Letters of Credit as Signals*, 98 Mich.L.Rev 2537 (2000) ; Avery W. Katz, *Informality as a Bilateral Assurance Mechanism*, 98 Mich.L.Rev 2554 (2000).

25) Shavell *supra* note 8.

상회할 수 있는 배상액의 예정제도에 대한 普通法上的 懷疑를 타당한 것으로 보고 있다.²⁶⁾ 즉 배상액의 예정제도는 효율적인 계약이행이나 구제를 저해한다는 것이다. 계약 징벌제도에 대한 이러한 반대론과 관련하여 일부 학자들은 독점경제학의 관점에서 그러한 징벌제도는 매우 비효율적이라고 주장하기도 한다. 즉 이는 손해를 입은 당사자가 시장경쟁자를 배제하는 것을 도우는 결과를 야기한다는 것이다.

그러나 이후의 법경제학적 주류는 최소한 “배상액의 예정”제도에 관한 기존의 인식을 변화를 가져오게 된다. 대부분의 주요 법경제학자들은 배상액의 예정은 公正性의 原則에 따라 제한되어야 하며, 사기, 강박, 비양심성의 법리, 상호 합의 등 다른 법원칙에 비추어 하자있는 법제도로 평가되고 있다. 그러나 배상액의 예정제도는 보통법상 계약징벌제나 통일상법전 2-718에 대한 특별한 제한과 같은 제한을 가해서는 안된다고 한다.²⁷⁾ 그것은 첫째 배상액의 예정을 감독하는 법원은 이를 과도한 계약징벌제로 간주하는 오류를 쉽게 범할 수 있는 바, 사실 대부분의 예정배상액은 경제학적으로 단순히 보상적 차원의 배상액인 경우가 많다는 점이다. 또한 많은 경우에 相當因果關係있는 손해의 범위를 초과한 다액의 배상은 비록 그것이 계약의 이행과 구제의 문제와 관련하여 경제적으로 부적절하다 하더라도 당사자의 거래에 대한 기대를 증가시키는 긍정적 기능을 한다는 것이다. 그러나 이러한 새로운 관점은 아직은 배상액의 예정제도보다는 기대이익의 배상이 보다 적절하다는 다수 학자들의 견해를 뒤집는데는 이르지 못하고 있지만, 향후 그러한 가능성이 존재한다고

할 수 있다.²⁸⁾

전체적으로 볼 때, 비엔나협약의 금전배상제도는 초창기 법경제학적 이론에 비추어 타당하다고 볼 수 있다. 즉 비엔나협약은 제74조에서 78조에 걸쳐 금전배상을 계약위반에 대한 중요한 구제수단의 하나로 인정하고 있다. 동 조항들은 통일상법전 조항에 기원을 두고 있는 바, 제75조의 대체구입과 재매도, 제76조의 시장간차이의 고려 등은 기대이익에 대한 객관적 산정방식을 규율하고 있고, 제74조에서는 기대이익의 상실이라는 주관적 산정방식을 정하고 있다. 또한 협약은 제74조에서 “예견가능성의 법리”에 따라 손해의 범위를 한정하고 있는 바, 이는 손해의 주관적 산정에 대한 제한이라고 할 수 있으며, 당사자로 하여금 정보를 개시하도록(ex ante disclosure)장려하는 기능을 한다.

또한 비엔나협약은 최소한 세가지 점에서 통일상법전보다 기대이익의 산정을 정확하게 하도록 담보하고 있다. 협약 제77조에서는 명시적으로 손해경감의무를 규정하고 있는 바, 이는 통일상법전(2-706, 2-712)하에서 암묵적이고 불완전하게 인정되어 온 損害輕減義務와 대비된다고 할 수 있다. 그리고 이행기전 계약이 취소되거나 이행거절되어 시장가액과 계약가액의 차이를 손해액으로 인정하여야 할 경우, 적용되어야 할 시장가액은 계약의 취소 시점을 기준으로 산출하여야 한다고 정하고 있다. 통일상법전 2-708 및 2-713(다툼의 여지가 있다)에 따르면, 시장가액은 이행 시점을 기준으로 평가하도록 되어 있다. 이로 인하여 통일상법전하에서는 피해 당사자는 비효율적이고 정당하지 않은 투기적 기회를 가질 수 있게 되고, 잠재적 채무불이

26) Samuel A Rea, Jr., *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages*, 13 J.Legal. Stud 147 (1984).

27) UCC 2-718; Edlin and Schwartz, *supra* note 21 ; Charles J. Goetz and Robert E Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on An Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 77 Colum. L. Rev. 554 (1977).

28) Avery W. Katz, *The Option Element in Contracting*, 90 Va. L. Rev. 2187 (2004).

행자 등에게 과도한 이행에의 집착을 가지게 하는 문제점을 내포하고 있는 것이다.²⁹⁾

한편 기대이익의 산정과 관련하여 통일상법전이 비엔나협약보다 불충분한 점이 또 하나 있다. 즉 인도된 물품의 하자로 인한 손해액의 산정공식이 그것이다. 통일상법전 2-714에 따르면, 이때의 손해액은 수령한 물품과 계약에서 정한 물품의 시장가액간의 차액이 된다. 즉 기대이익을 손해액으로 보는 평이한 공식이다. 반면에 비엔나협약 제50조는 약간 다른 기준을 채용하고 있다. 즉 상품 가액의 차이 대신에 비율에 의한 측정(ratio measure)을 하고 있다. 따라서 계약가액과 인도되어야 할 물품의 시장가액이 동일한 경우에는 양자는 동일한 손해액을 산정하게 된다. 그러나 계약가액과 시장가액이 다른 경우, 즉 매수인이 이미(ex post)물품대금을 지급한 경우에는 비엔나협약에 따라 산정된 손해액은 매수인이 기대한 액수에 비하여 다액이 된다. 반면에 계약가액이 시장가액보다 적은 경우, 즉 매수인이 소액의 물품대금을 이미 지급한 경우에는 비엔나협약에 따라 산정한 손해액은 매수인이 기대한 액수에 못미치게 된다.

따라서 비엔나협약은 賣渡人과 買受人간에 어느 정도의 위험공유를 보장하기 위하여 계약 이행에 대한 효율적인 동기유발에의 효과를 희생시키고 있는 것이다. 그러나 당사자들은 이미 계약체결 시 시장가액을 고려하여 위험분담을 하나의 변수로서 고려하였다고 전제한다면, 왜 하자담보의 문제가 사후에 이러한 위험분배를 변화시켜야만 하는가에 대한 명확한 해명이 있

다고 할 수 없다. 따라서 범경제학적 이론가들은 협약 제60조보다는 통일상법전 제2-714가 보다 효율적인 제도라고 보게 되는 것이다.³⁰⁾

배상액의 예정에 대하여 비엔나협약은 통일상법전보다도 자유로운 접근방식을 취함으로써 범경제학의 새로운 경향에 부응하는 것처럼 보인다. 통일상법전 제2-718은 약간의 차이와 예외는 있지만 보통법상의 계약징벌 원칙을 수용하고 있다. 그러나 비엔나협약에서는 賠償額의 豫定에 관한 어떠한 조항도 두고 있지 않으며, 따라서 계약징벌제가 적용될 가능성도 없다. 그렇기 때문에 비엔나협약 제6조는 명시적으로 당사자가 기대이익 배상으로부터 다른 선택을 할 수 있게 하고 있으며, 이는 전체적으로 의무위반과 구제에 관하여 당사자의 자유로운 선택을 허용하는 것과 궤를 같이한다.

CISG는 그 제4조에서 정면으로 계약의 유효성문제를 다루지 않는다고 선언하고 있다. 따라서 보통법상 계약의 유효성 문제에 포섭되는 사기, 강박, 착오 및 비양심성의 법리 등에 따라 제기될 수 있는 항변은 비엔나협약에 의하여 규율되지 않는다. 그런데 이러한 국내법상의 항변 사유는 그것이 국내법원에 의하여 적용되는 경우 예정된 배상액을 무효로 하거나 감액할 수 있는 등 제한할 수 있다. 그리고 이것이 현대 범경제학자들이 바람직하다고 보는 접근방식이다. 현재의 주류적 관점은 배상액의 예정제도가 전혀 아무런 제한을 받지 않아야 한다는 것이 아니다. 오히려 배상액의 예정제도는 다른 계약조건들과 같은 근거에서 규제의 필요가 있다고 보

29) Thomas H. Jackson, *Anticipatory Repudiation and the Temporal Element of Contract Law: An Economic Inquiry into Contract Damages in Cases of Prospective Nonperformance*, 31 Stan.L.Rev.69 (1978).

30) 그러나 위험부담의 경우에 통일상법전도 협약 제50조와 같이 위험을 공정하게 분산하는 정책을 취하고 있다. UCC 2-509 하에서는 특정 물품에 대한 위험부담은 이행의 제공으로 매수인에게 이전하지만, UCC 제2-510에 따라 이행의 제공이 매수인의 수령거절권을 야기할 정도로 불완전한 경우에는 위험은 하자의 치유 또는 매수인의 수령이 있기까지는 여전히 매도인에게 귀속된다. 즉 매도인의 의무위반은 단순히 기대이익의 배상을 결과하는 것을 넘어 위험분배의 문제를 전체적으로 수정하는 결과를 가져오는 것이다. 따라서 UCC 2-510은 과도한 다액의 배상의 문제를 불러 일으키고, 매도인의 이행을 유인하는데 비효율적이 된다.

는 것이다. 바로 이러한 규율방식이 비엔나협약 제4조가 의도하고 있는 바이다.

그렇다면 국제물품매매거래에 내재하는 去來費用과 특별한 여건을 설명하기 위하여 우리는 전술한 설명에 무엇을 부가할 수 있는가? 관련하여 세가지 요소를 고려하여야 한다. 첫째, 초국적 분쟁으로 인하여 발생하는 다액의 비용은 기대이익의 배상제도를 계약관계의 원활한 흐름이라는 관점에서 부적절하게 만든다. 이는 미국의 예에서 극단적으로 표출되는데, 미국법제 하에서 소송과 관련한 변호사비용은 특단의 사정이 없는 한 배상받을 수 있는 기대이익의 범위에 포함되지 않는다. 그리고 패소자에게 소송비용을 부담시키는 그 밖의 많은 나라들의 경우에도 그 정도는 미약하지만 역시 미국의 경우와 유사하다고 할 수 있다.³¹⁾ 기대이익의 배상제도가 실제적으로 비효율적이라는 사실은 배상액의 예정제도를 대륙법계 국가의 경우와 같이 보다 자유롭게 인정할 수 있게 한다. 이와 유사하게 초국적 거래 현실에서 금전배상판결 집행의 곤란성은 또 하나의 변수가 되는 바, 이는 “準懲罰賠償的 성격을 갖는 信賴를 야기한 情報에 기초한 손해사정(informational signals of reliability)” 등의 방식으로 손해액을 훨씬 상회하는 다액의 배상판결에 정당성을 부여하여야 할것인가의 문제와 관련이 있다.

둘째로 상대적으로 고액의 운송비용은 국내 물품매매보다 국제 물품매매에 있어 대체물품의 구입이나 재매도 방식에 의한 손해배상을 상대적으로 非現實적으로 만든다. 고액의 운송비용이라는 변수는 가능하다면 되도록 특정이행을 보다 선호하게 만드는 한편, 기대이익의 상실이나 다른 주관적인 손해사정 방식에 대하여 보다 넓게 인정할 수 있는 여지를 만든다. 마치

막으로 국제물품거래에 내재하는 고액의 거래비용이라는 변수는 기대이익의 상실 및 손해경감의무 등의 문제와 관련하여 보다 전체적 차원에서 접근할 필요성을 제고한다. 이러한 거래비용은 소송에 의한 분쟁해결을 기피하게 만들고, 소송에 의하여 해결할 가치가 있다고 판단되는 사건의 경우에는 소송에 올인하게 만드는 규모의 경제 상황을 조성한다.³²⁾

V. 비엔나협약하에 있어 私的 自治的 性格의 救濟手段

보통의 경우, 특히 계약위반이 진행중이거나 불확실한 경우, 사후에 소송을 통한 법적 구제를 구함에 있어 소요되는 다액의 거래비용은 소송에 의한 분쟁해결을 비효율적으로 만든다. 이러한 상황에서 손해 당사자는 계약관계로부터 회피하려는 경향을 보이는 바, 이러한 회피 혹은 방치를 통하여 이후 발생하는 모든 손해를 채무불이행자에게 전가하거나 혹은 자신의 의무행을 연기시키면서 상대방 당사자에게 계약대로 이행하도록 압력을 가하게 할 우려가 있다. 즉 단기적 관점에서는 “補償(compensation)”을 목적으로, 장기적으로는 “防止(deterrence)”를 목적으로 이러한 태도를 보이는 것이다. 먼저 보상에 관하여 보면 계약을 방치하는 것은 보다 조기에 손해확대를 방지할 기회를 제공한다는 점에서 유리하다. 즉 계약을 방치하는 것이 소송을 통하여 기대이익의 배상을 받거나, 상대방 당사자가 소송의 가능성에 불안하여 어쩔 수 없이 계약을 이행하는 것보다 경제적으로 효율적이라는 점이다. 한편 방지의 관점을 보면 방치를 통하여 계약이행이 무산되거나 손해 당사자가 자신의 의무이행을 보류한 경우에 야기되는

31) 변호사 비용의 문제에 관하여 http://en.wikipedia.org/wiki/Attorney%27s_fee 참조.

32) Katz, *The Relative Costs of Incorporating Trade Usage into Domestic versus International Sales Contracts*, *supra* note 13.

잠재적 손해는 잠재적 채무불이행자에게 다액의 효과적인 징벌적 손해배상의무를 발생시킨다는 것이다.

이러한 이유로 인하여 物品受領의 拒絕(rejection of goods), 이행의 보류(suspension of performance), 契約의 解除(avoidance of the contract), 불확실(insecurity), 이행거절(repudiation) 등에 관한 계약법원칙들은 대표적 구제수단인 금전배상과 법원의 금지명령 등을 보완하거나 대체하는 독립적 법제로서 기능한다는 것이다. 이러한 구제수단들은 법경제학적 논의에서 비교적 크게 다루어지지 않았던 부분이며, 계약의 이행 과정에서 당사자의 의사표시로 그러한 법률효과가 발생한다는 점에서 금전배상이나 특정이행과 구별된다. 즉 이러한 구제수단에 관하여 법원은 사후에 감독할 수 밖에 없게 되는데, 따라서 이를 “私的 救濟手段(privately administered remedies)”으로 이름붙이기로 한다.³³⁾

이러한 사적 구제수단은 최소한 세가지 관점에서 전통적인 금전배상제도나 특정이행제도보다 우월한 성격을 가진다. 첫째, 이러한 구제수단은 문제가 발생하여 계약의 이행이 보류되고 있는 동안 당사자들이 협상하고 정보를 교환하도록 장려하는 기능을 한다. 즉 그들이 소송이 제기되기 전까지 단지 방치상태에 있어야 한다면 그들은 회복할 수 없는 손해를 입을 수 있기 때문이다. 둘째로, 계약위반의 개연성이 커지거나 불가피한 경우에 당사자가 조기에 손해를 경감할 수 있게 한다. 셋째, 이러한 구제수단들은 다액의 소송비용으로 인한 손해의 범위를 줄이는 기능을 한다. 구체적으로 보면 손해당사자의

계약이행보증 요구, 불확실한 경우에 자신의 의무행의 보류, 계약관계의 종결 등의 방법은 계약이행과 관련하여 반대 당사자의 투기적 방치의 기회를 제거할 수 있다.

예를 들어 불안정으로 인한 “履行期前 義務違反(insecurity and anticipatory breach)”의 法理가 존재하지 않는다면, 계약위반을 생각하는 당사자는 적절한 때에 계약관계를 종료시키려 하지 않을 것이다. 왜냐하면 계약관계를 종료시켰을 때 배상받을 수 있는 손해액은 당사자의 기대이익의 상실을 반영하지 못할 것이고, 손해경감기회를 상실한 것에 대한 보상 역시 반영하지 못할 것이기 때문이다. 또한 의무불이행 당사자는 손해 당사자의 손실에도 불구하고 비효율적으로 관망할 수 있는 기회를 부여받고, 모호한 상황을 해결하기 위하여 대가를 지급받거나 양해를 이끌어 낼 수 있다. 그러나 매수인의 이행담보 요구권과 요구대로 담보가 제공되지 않는 경우 이행거절권이 인정됨으로 인하여 매도인의 이러한 投機的 機會는 제한받게 된다.³⁴⁾

마찬가지로 물품수령거절 및 계약해제권이 존재하지 않는다면, 물품의 매도인은 계약내용에 따른 완전한 이행에 미치지 못하는 불완전 이행에의 유혹에 빠질 수 있다. 왜냐하면 그가 계약을 불이행하는 경우라도 매수인이 부담하여야 할 소송비용이 다액인 한 매수인의 소송제기 위협은 공허할 가능성이 크기 때문이다. 물품수령거절이나 계약해제 등은 매수인을 착취할 수 있는 매도인의 기회를 제한하고, 매수인의 불이익을 최소화하며, 매수인에게 소송을 통한 적절한 방어기회를 제공하는 기능을 한다.³⁵⁾

33) Richard & Speidel, *Buyer's Remedies of Rejection and Cancellation under the UCC and the Convention*, 6 J. Contract L. 131 (1993) ; CISG 4(b).

34) 손해의 경감제도 내지 계약의 해제 제도 등에 관한 경제적 분석으로 Richard Craswell, *Insecurity, Repudiation and Cure*, 19 J. Legal Stud. 399 (1990).

35) 예를 들어 매도인이 계약에서 정한 500 상당의 화학제품을 제대로 첨가하여 가공하지 못하였고, 제대로 가공되었다면 물품가액이 2000 이라고 하자. 매도인의 의무위반은 비효율적이고, 2000 상당을 손해액으로 배상하여야 할 것이다. 그러나 소송을 제기하는 비용이 2,500이라고 가정하면, 소송을 제기하겠다는 위협은 먹혀들지 않을 것이며, S의 명예손상의 문제

한편 이러한 구제수단들은 반대로 매수인에 의하여 단지 기회주의적으로 이용될 가능성이 있다. 예를 들어 물품수령 거절 후 비교적 낮은 가격으로 대체구입이 가능한 경우, 만약 매도인의 재매도비용이 상대적으로 높다는 것을 아는 매수인은 계약변경을 목적으로 물품수령 거절권을 위협수단으로 삼을 수 있다. 또한 매도인은 계약불이행으로 인한 위험에 관하여 자신이 부담하여야 할 몫보다 과도한 경계를 해야만 된다.³⁶⁾ 그리고 계약당사자는 불안정을 이유로 계약의 이행을 거절하거나 원상회복을 구할 수 있는 바, 이때에 당사자는 자신의 입장에서 자신에게 가장 유리한 시점에서 이러한 권리를 행사하게 된다. 물론 양당사자를 모두 고려한다면 이는 경제적으로 비효율적일 수 있는 것은 물론이다. 이러한 역설적 기회주의는 提訴權을 행사하겠다고 위협하는 당사자에게 불리하게 시장가격이 변동하는 경우 특히 문제된다. 왜냐하면 이러한 경우에 제도의 기본적 초점인 당사자의 이행의 불확실성과 무관하게 계약관계로부터 회피하려는 동기를 가지게 되기 때문이다.

이러한 사적 구제수단에 관한 비엔나협약 조항들은 買受人이 이들 조항을 전략적 목적으로 이용하는 것을 어렵게 한다. 미국의 통일상법전 하에서는 매수인의 물품수령 거절권이 여러 방법으로 제한받고 있지만, 비엔나협약하에서는 통일상법전과 같은 “完全提供의 法理(perfect tender rule)”나 이와 유사한 법원칙이 채택되고

있지 아니하여 더욱 제한을 많이 받고 있다. 대신에 비엔나협약에서는 분할계약에 있어 인정되는 통일상법전 2-612의 특별 규정에 비견되는 “實質性的 原則(materiality standard)”을 채택하고 있다.³⁷⁾

반면에 비엔나협약의 하자치유에 관한 조항들은 통일상법전 보다 유연한 태도를 보이고 있는 바, 이는 매도인이 전략적으로 이행태만을 이용할 동기를 감소시키게 되는 효과가 있다. 일정한 경우에 매수인은 협약 제46조에 따라 하자의 치유를 요구하거나 제47조에 따라 이행기한을 일정시한 연장할 수 있다. 이는 獨逸法의 不完全履行(nachfrist)의 법리를 수용한 것이다. 그리고 협약 제48조 1항에서 인정하고 있는 매도인의 물품인도 후 하자치유권은 통일상법전 제2-508(2)에서 인정하고 있는 것보다 강력하다고 할 수 있다. 이러한 유연한 규율태도는 장점도 있지만 단점도 있다. 계약해제나 하자치유의 문제에 있어 비엔나협약의 체계적 접근방식은 오히려 불확실성을 제거하며, 분쟁이 발생한 경우 그 결과를 쉽게 예측할 수 없게 만든다.

그렇다면 이러한 비엔나협약 조항들은 미국의 통일상법전과 다른 규범적 차원의 상위에서 이해하여야 할 것인가? 아니면 국제거래에 본래적으로 내재하는 거래비용이라는 요소가 이러한 접근방식을 불가피하게 한다고 보아야 하는가? 본인은 최소한 두 번째 물음, 즉 경제학적 요인이 규범의 차이를 가져왔다고 보는 것이 타

를 차지하면 물품을 제대로 가공할 동기는 존재하지 않을 것이다 그러나 반대로 매수인이 그러한 불완전 이행의 제공을 수령하지 않고 거절하였다면, 그는 계약관계에서 벗어나 최소한 500의 비용이 드는 대체물품을 구하여야 할 것이다. 그리고 매도인은 감소된 시장가격에 따라 물품을 처분하여야 할 것이다. 이러한 경우에 물품의 수령거절 위험은 매우 신뢰성 있을 것이다. 왜냐하면 1500 상당의 물품가격의 저평가보다는 500 상당의 화학물품을 대체구입하는 것이 경제적으로 효율적이기 때문이다. 이에 관하여 일반론적 논의로 George L. Priest, Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code : An Economic Approach, 91 Harv. L. Rev. 960 (1978).

36) 예를 들어 S가 물품을 계약대로 완전 가공한 경우에 드는 비용이 2000이고, 가공을 해봤자 물품가격의 증가 효과는 500에 불과하다고 하면, 물품을 완전가공하는 것은 의미가 없게 되고, 당사자는 가격 조정을 통하여 안정을 얻는 것이 바람직하다. 그러나 물품이 특정 매수인을 위한 것이고, 시장은 매도인에게 불리하게 되어서, S의 재매도 비용은 3000이 되고, B의 대체물품 구입비용은 500이 되었다고 하자. 이러한 경우에 B의 물품수령 거절통고는 신빙성이 있을 것이고, 완전이행의 비용과 재매도 비용이 다액인 점을 악용하여 계약관계를 지배하게 될 것이다.

37) UCC 2-601, 2-612와 CISG 35-44조를 비교해 볼 것.

당하다고 생각한다. 분쟁해결을 위하여 지불하여야 할 비용은 국제거래에 있어 계약의 감독 내지 정보의 교환비용보다 상대적으로 다액이며, 따라서 事後의 救濟手段(ex post remedial measures)들은 당사자에게 매력적이지 않다. 또한 고액의 운송비용은 대체구입이나 재매도 등 최후로 선택할 수 있는 구제수단의 이용을 주저케 한다. 따라서 당사자들은 단순히 이를 대체할 방법을 찾게 되며, 이는 사적 구제수단(privately administered self-help remedies)이 국내 매매거래 보다 국제 매매거래에서 보다 강력한 기능을 한다는 것을 암시하는 것이다. 이러한 현실은 협약의 구제수단에 관한 규정이 관계적으로 애매한 성격을 가진다는 점을 고려하지 않더라도 국제매매분쟁의 다수가 사적 구제수단에 관한 사건이라는 점에서도 알 수 있다.

따라서 다른 공급자로부터 물품을 대체구입하거나 다른 매수인에게 물품을 재매도 하기 위하여는 고액의 비용이 들게 된다는 것인데, 그로 인하여 물품수령의 거절이나 계약해제 등의 구제수단은 국제매매거래에 있어서는 매우 많은 비용을 요구한다는 것이다. 따라서 당사자들의 손해를 최소화하기 위한 최선의 수단은 원래의 계약을 수정 조정하는 것이다. 이렇게 볼 때, 비엔나협약이 계약해제에 관하여는 보다 엄격한 태도를 취하고, 하자의 치유문제는 보다 자유롭게 규율하는 태도는 경제적 관점에서 타당하게 보인다.³⁸⁾ 또한 구제수단에 관하여 “관계적으로 규율(contextual standards)”함으로써 발생하는 불확실성은 국제 매매거래에 있어서는 별반 문제되지 않게 보인다. 즉 분쟁해결에 드는 비용문제에 있어 규모의 경제(economies of scale)

를 생각해 보면, 당사자들은 “法原則(rule)” 보다 “規準(standard)”을 통한 해결을 선호할 것이기 때문이다.

VI. 電子商去來에 있어 懲罰制

진술한 거래비용의 비교를 통한 접근방식은 관련법제가 국내거래와 국제거래에서 어떻게 달라지는가라는 질문을 넘어 보다 광범위하게 적용될 수 있다. 예를 들어 최근 중요한 주제로 떠오르고 있는 전자상거래 문제에 적용될 수 있을 것이다. 우리가 국내거래로부터 국제거래로 사유의 광장을 넓히게 되면 거래비용이라는 변수의 성격이 달라지듯이 “단순한 국제거래”로부터 “電子商去來”로 사유의 광장이 바뀌게 되면 동일한 현상이 일어난다. 즉 전자상거래의 가장 중요한 경제적 변수는 다른 거래비용에 비하여 정보처리에 관한 거래비용이 매우 절감된다는 것이다. 물품의 운송비용에 비하여 당사자 간의 의사 교환에 소요되는 비용이 절감되는 것이다. 그리고 현재의 기술수준 하에서 계약체결을 위하여 소요되는 비용이 분쟁해결에 소요되는 비용보다 상대적으로 저렴하다고 할 수 있다.

본고에서 전자상거래와 일반 국제거래 사이의 관계를 체계적으로 궁구하는 것은 어렵다.³⁹⁾ 다만 본고에서는 몇가지 예시를 통하여 그러한 관계의 대강을 이해케 하려 한다. 첫째, 일반 국제거래에서와 같이 전자상거래에 있어서도 공권력을 통하여 계약의 이행을 강제하는 것은 “사적 구제수단”보다도 비교적 다액의 비용이 소요된다는 점이다.⁴⁰⁾ 이와 같은 비용발생 패턴은 분쟁해결에 있어 소송보다는 중재를 선호하

38) 예컨대 John Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3rd. ed (Cambridge, MA: Kluwer Law International, 1999).

39) 전자상거래와 관련 특수 비용구조에 관한 보다 체계적인 논의로, Avery W. Katz, *Vertragsrecht im Zeitalter des Internets : Eine Okonomische Perspektive, in Okonomische Analyse des Sozialschtprinzips im Zivilrecht*, ed. Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott (Tubingen : Mohr Siebeck, 2004).

40) David Friedman, *Contracts in Cyberspace*, 6 J. Internet L. 12 (2002) ; Claytom P. Gillete, *Reputation and*

게 하고, 화환신용장과 같은 제3자의 보증이나 계약의 해제(avoidance), 취소(rescission), 이행의 연기(suspension of performance) 등 私的 救濟手段(privately administered self-help remedies)을 보다 빈번히 이용하게 한다.

이와 유사하게 물품수령의 거절과 계약해제(rejection and revocation)라는 사적 구제수단은 일반 국제거래의 경우와 같이 전자상거래에 있어서도 비교적 높은 거래비용을 발생시킨다. 그러나 그 이유는 보다 복잡하다. 유형재의 선적과 해상운송을 수반하는 거래의 경우에는 일반 국제상거래와 전자상거래는 거의 동일하다고 할 수 있다. 즉 상대적으로 높은 거래비용은 일반 금전배상을 통한 구제수단보다 대체구입과 재매도 방식에 의한 구제에 보다 많은 비용을 발생시킨다. 그러나 “情報財(information goods)”의 판매나 사용허락과 같은 거래는 운송비용이 거의 발생하지 않는 한편 물품수령의 거절과 원상회복에는 다른 이유로 인하여 상대적으로 높은 비용이 발생한다. 즉 매수인이 취소된 계약에 기초하여 수령한 하자있다고 주장된 정보를 부적절하게 계속 보관하고 있는가를 확인하는데 어려움이 있고 많은 비용이 발생한다는 것이다. 물론 이러한 유형의 비용은 컴퓨터상의 권리를 관리하는 시스템이 발전해감에 따라 언젠가는 낮아질 것이다.

둘째로 향후의 法은 전통적인 국제거래와 달리 전자상거래의 경우에는 “聯帶的 制裁(penal bonds)”를 보다 자유롭게 허용할 필요가 있으며, 당사자도 보다 자유롭게 이를 이용할 수 있어야 한다. 그 이유는 세 가지 정도를 들 수 있는데, 그 하나는 일반 국제상거래에도 적용되는 것이고, 나머지 둘은 전자상거래에만 적용되는 독특한 것이다. 첫째 이유는 분쟁해결과 판정의 집

행에 소요되는 다액의 거래비용은 일반 국제상거래의 경우와 마찬가지로 잠재적으로 과잉보상을 야기할 수 있는 기존의 손해배상제도를 무익하게 한다는 것이다. 둘째로 전자상거래에서는 계약내용에 합의하고 계약서를 작성하는데 소요되는 비용이 절감됨으로 인하여, 계약의 교섭단계에서 배상액을 예정하려는 경향이 강하게 된다. 셋째로, 전자상거래에 있어서는 사계의 권위들로 구성된 네트워크에 대한 접근이 용이하고 이용에 있어 비용이 저렴한 반면, 이를 통한 연대적 제재를 당사자가 기회주의적으로 이용할 수 있는 가능성은 적어 보인다. 특히 전자상거래에 있어 상도의를 위반한 당사자는 일반 국제상거래의 경우보다 이러한 “軟性的 制裁(non-legal sanctioning)”를 통하여 쉽게 교정될 수 있게 된다. 전술한 바와 같이 이 세 번째 요소도 일반 국제상거래에서는 불확실한 요소이다.

마지막으로 일반 국제상거래와 달리 전자상거래에 있어서는 특정이행이라는 구제수단보다는 금전배상이 상대적으로 중요성을 갖는다. 그것은 다음의 두 가지 점에서 알 수 있다. 첫째, 전자상거래가 격지간 당사자의 거래에 이용되면 될수록, 원격지에서 당사자의 거래이행을 감독하는 것이 상대적으로 어렵게 된다. 둘째, 정보관련 비용이 감소함으로써 계약이행을 대체할 수 있는 시장의 대안을 찾는 것이 저렴한 비용으로 쉽게 가능하게 된다. 이러한 맥락에서 시장 중심의 손해산정, 즉 대체구입이나 가액의 차이 등을 산정하는 것 역시 쉬어진다.

전술한 바와 같이 이러한 일반적 결론은 단지 예시적인 것이며, 모든 경우에 타당한 것은 아니다. 그리고 이러한 결론은 다른 변수들이 모두 동일하다는 전제하에서 도출되는 것이다. 또한 이러한 주장은 모든 전자상거래에 있어 특정

Intermediaries in Electronic Commerce, 63 La. L. Rev. 1009 (2002) : Henry H. Peritt, Jr., *Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR*, 15 Ohio St. J. on Disp. Resol. 675 (2000).

이행이라는 구제수단만이 이용되어야 한다거나, 패널에 의한 손해배상액의 지급명령 등에 대하여 제한을 가하여서는 안된다는 것을 의미하는 것이 아니다. 다만 특정이행이 상대적으로 덜 매력적이라는 것이며, 상대적 거래비용의 차이로 인하여 패널에 의한 金錢賠償이 보다 매력적이라는 것일 뿐이다. 따라서 이러한 결론에 따라 의무위반과 구제수단에 관한 법제를 수정하는 것보다는 당사자들이 계약을 체결함에 있어 합의를 통하여 스스로 자신들의 계약관계에 적용될 구제수단을 정하는 것이 보다 중요하다는 것을 의미한다. 계약 당사자들은 자신들의 거래에서 발생하는 복잡한 費用變數들을 누구보다도 정통하게 알 수 있는 지위에 있기 때문이다.

VII. 結論

비엔나협약 상 구제수단에 관한 경제적 타당성을 평가함에 있어, 우리는 무엇보다도 상대적 거래비용의 차이, 그리고 “국내 對 국제”라는 차이로 인하여 발생하는 제도상의 차이를 고려할 필요가 있다. 이러한 비용의 차이, 제도의 차이는 국제거래를 규율하는 법규범이 국내거래의 그것과는 다를 수 밖에 없도록 한다. 이는 결국 의무위반과 구제수단에 관한 제정법 조항의 相違를 결과하는 것이다. 그러나 이러한 거래비용

과 제도상 차이를 일반화하기 어렵기 때문에 우리는 보다 바른 의무위반 조항이 무엇인가에 집착해서는 안 되고, 대신에 당사자들이 자신들의 거래 수요에 가장 부합하는 방향으로 의무위반과 구제수단에 관한 답을 스스로 선택할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다. 예를 들어 법은 “금전배상 對 특정이행”, “배상액의 예정 對 법원 산정의 손해배상”, “사적 구제수단 對 법원의 강제에 의한 구제”의 문제에 관하여 당사자가 미리 合意한 바를 존중하여야 한다.

궁극적으로 국제거래의 가치는 經濟的으로 평가되어야 하고, 국제계약법을 지배하는 것은 국제거래이므로, 국제거래를 규율하는 법제도는 그들이 규율하려는 국제거래의 경제적 요소들에 주의를 기울여야 한다. 그것이 國際去來規範이 가야할 길의 좌표가 될 것이다.

주제어 : 국제물품매매협약, 법경제학, 국제계약, 손해배상, 특정이행, 구제수단, 당사자 자치적 성격의 구제수단, 전자상거래

Key Words : CISG, Economic analysis of law, International contract, Damages, Specific performance, Remedies, Privately administered remedies, Electronic commerce