

국제상사계약원칙(PICC)상 계약해제 요건으로서 본질적 불이행의 판단기준*

곽 민 희**

目 次

- I. 序
- II. 국제상사계약원칙상 채무불이행 책임체계
- III. 본질적 불이행을 근거로 하는 계약해제
- IV. 본질적 불이행의 구체적 판단 기준
- V. 결론 및 시사점

I. 序

1. PICC의 의의

현재 글로벌화가 진전되면서 다양한 방면에서 인적·물적 교류가 이루어지고 있다. 이 중 국제물품의 거래가 활발해지면서 국제거래시장의 통합화가 진행되었고, 이러한 시대적 흐름은 자연스레 국제사법질서, 특히 상거래법 질서의 통일화 내지 현대화를 선도하고 있다. 그러나 통일적인 입법권이 없는 국제사회라는 특수한 환경 하에서 전통과 역사를 달리하는 각국의 입법이 하나의 안정되고 명확한 「법규범」의 형태로 통일을 이루는 것은 거의 불가능하다고 할 수 있다. 이에 따라 국제사회가 강구하는 사법질서의 통일은 통상 협약의 형태로 이루어지고 있다. 그러나 협약은 법규범으로서의 효력이 인정될 수 있는 반면 그 내용 면에서 관련 국가의 전략적 타협의 산물이라는 점에서 한계가 있다. 이에 반해 소위 ‘상관습(*lex mercatoria*)’¹으로서

* 이 논문은 2015년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015-S1A3A2-046431).

** 숙명여자대학교 법과대학 부교수, 법학박사.

1. 상관습법의 의의에 관해서는 Gopalan, Sandeep, “*Transnational commercial law: The Way*

모델법이나 일반원칙의 집적된 연구 성과물의 형태로 현출되는 원칙들은 각 국의 입법이나 해석, 실무에서 이용되고 활용되는 효율성 평가에 의해서 점차 규범적 권위가 부여될 수 있다. 또한 그 내용이 현실적 필요성에 대응하여 탄력적이고 구체화될 수 있다는 점에서 유용한 측면이 있다. 현재 국제 상거래 분야에서 의미 있는 일반원칙으로서는 국제사법통일협회(International Institute for the Unification of Private Law, 이하, UNIDROIT)의 국제상사계약 원칙(UNIDROIT Principles of International Commercial Contract, 이하, PICC²)이나 란도(Ole Lando)를 중심으로 한 유럽계약법 위원회가 1995년에 공표한 유럽계약법원칙(Principles of European Contracts Law, 이하, PECL)을 들 수 있다. 한편, PICC가 기초하고 있는 협약으로서, 1980년의 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하, CISG)은 비교적 성공한 국제 협약으로 자리 잡았다는 평가를 받고 있다. 그러나 원래 CISG는 국제상거래법위원회(UNCITRAL)가 기초·작성한 것이지만, 그 원형은 UNIDROIT 작성의 국제협약인 1964년의 “국제물품매매에 관한 통일법(Uniform Law on the International Sale of Goods, ULIS)”과 “국제물품매매계약의 성립에 관한 통일법(Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, ULF)”의 형식 및 내용을 거의 답습하고 있다. 이러한 경위에 비추어 보면, CISG와 PICC는 밀접한 관련을 가지고 있다고 할 수 있다. 다만, 규범적 성격의 측면에서 CISG는 국제협약으로서 구속력을 가진다는 점에서 강성법(hard law)으로 분류되지

Forward”, American University International Law Review, Vol.18, No.4(2003), p.810; 絹卷廉史「国際商取引とlex mercatoria(国際商慣習法)—ユニドロワ国際商事契約原則と国際取引法の新しい流れ」経営経理研究第68号(2001); 정재우·이길남, 국제물품매매계약에 있어서 상관습법(Lex Mercatoria)의 발전과 전개, 그리고 향후과제-CISG와 PICC 원칙을 중심으로-, 무역학회지 제41권 제5호(2016).

2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contract는 국제무역을 전제로 하는 계약을 규율하기 위해 UNIDROIT에 의해서 작성된 구속력 없는 상거래의 일반원칙으로서, 1994년에 초판, 2004년, 2010년에 수정·공표되어 현재에 이르고 있다. PICC라는 약칭은 UNIDROIT가 발행하는 정기간행물 “Uniform Law Review”에 게재된 논문 등에서 사용되고 있고, 우리 국내 문헌에서도 자주 사용되고 있다. 그러나 「약칭」의 관점에서 보면, 국제적으로 권위 있는 약칭은 Michael Joachim Bonell 로마대학 명예교수의 “UNIDROIT Principle”이라고 하고, 2011년 Uniform Law Review(vol.16) 이후부터는 「UPICC」나 「UP」라는 약칭으로도 사용되고 있지만, 정착된 약칭이라고 보기는 어렵다고 한다(약칭에 대한 설명은 中村嘉孝, UNIDROIT Principles 2010의考察, 神戸外大論叢第63卷1号, 2013, 137頁의 각주 1번). 따라서 본고에서는 종래부터 통상 사용되는 PICC라는 약칭을 사용하기로 한다.

만, PICC나 PECL은 구속력이 없는(non-binding) 상거래 원칙으로서 연성법(soft law)에 해당한다는 편의적 차이가 있을 뿐이다. 사실 국제사회에서 이와 같은 연성법의 등장은 글로벌 기준에서의 합리성을 최선의 목표로 하면서 어디까지나 상거래를 정확하고 신속하게 이행을 확보하는 수단으로서의 효율성에 의의가 있다고 할 수 있다.³ 그러한 의미에서 PICC는 구속력이 있는 법규범은 아니지만, 그 전문(Preamble)에서 밝히는 바와 같이, 국제무역을 전제로 한 국제상사계약에 있어서 일반적 준칙으로서 또는 국내외 분야에서 입법 및 해석을 위한 유용한 모델이 될 수 있다.⁴ 실제로 우리나라에서도 2004년 민법 개정안 및 2013년의 민법개정 시안을 작성 논의에서도 CISG와 PECL을 비롯하여, PICC의 조문들도 참고 대상이 되었다는 사실은 중요한 의미를 갖는다.⁵

2. PICC 해제 규정에 관한 논의의 필요성

앞서 잠깐 언급한 바와 같이 우리 민법 개정 작업 중에서 CISG나 PICC, PECL과 같은 국제거래질서 원칙이 계약법 분야에서 참고가 되었다는 사실은 시사하는 바가 크다. 이는 국제거래질서의 통합화 경향이 가장 두드러지

3. 中村嘉孝, UNIDROIT國際商事契約原則の評價と本質, 神戸外大論叢第66卷3号, 2016, 61頁.

4. PICC는 1994년 초판의 제정부터 이후 2004년 판, 2010년 판의 개정과 오늘날에 이르기까지 약 20년 동안, 그 실제적인 유용성에 관해서는 학계의 긍정적인 평가와 관심에 비해서 상대적으로 상사 실무상 이용 실적은 만족할만한 수준에 이르고 있지는 못하지만, 국제중재 등에서는 상당한 의미를 가지고 인용·참조되고 있다는 평가를 받고 있다. 즉, PICC는 주권국가의 정식 법규범이 아니라는 점에서 당사자의 직접적인 언급이나 준거법 선택을 통해서 PICC가 이용되는 일은 거의 없지만, 당사자가 PICC의 존재를 알 수 없거나 적용을 적극적으로 의도하지 않았다고 하더라도 국제거래상 분쟁을 해결하는 법관이나 중재인에 의해서 빈번하게 참조되는 경향이 있다는 점에 대해서 학계에서는 대체로 긍정적 평가를 하고 있다. 이에 대해서는 Ralf Michales, *The UNIDROIT Principles as Global Background Law*, *Uniform Law Review* 19(2014), p.647-p.648. 마찬가지로 中村嘉孝(註3), 71頁에서도 PICC는 일반적으로 소송에서보다 중재에서 더 많이 이용되고 있다고 평가하면서도 최근에는 소송에서도 PICC를 참조하는 사례가 증가하는 경향이 있다고 한다. 정재우·이길남(註1), 33면 내지 35면; 특히, PICC의 중재판정에서의 활용에 대해서 논의한 것으로서 오석웅, *國際商事契約에 관한 UNIDROIT原則 2004 : 國際仲裁에 있어서의 適用可能性을 中心으로*, 법학연구 20(2005).

5. 일본의 채권법 개정에서도 CISG와 같은 협약이나 PICC, PECL과 같은 국제상거래법 원칙은 개정 입법을 위한 참고로서 유용한 의미를 가지고 심도 있는 연구와 분석이 이루어지고 있다. 이러한 평가에 대해서는 松井和彦, *ユニドロワ國際商事契約原則における契約解除要件*, 大阪法学 61卷3·4号, 2011, 767頁.

는 계약법 분야에서 세계적 추세에 따라 우리 민법이 대응하려는 의도에서 이루어진 것이라고 할 수 있다. 이 중 계약 해제와 관련하여서는 국제적 흐름에 부합하고 현행 채무불이행 책임 체계를 정리한다는 취지에서 귀책사유 요부⁶와 본질적 불이행 내지 중대한 불이행 요건을 설정할 것인지 등에 관해 다양하고 심도 있는 논의가 제기되었다. 즉, 채무불이행 책임 체계를 유형별로 규율하는 기본 원칙에는 변함이 없지만, 현행 하자담보책임과 채무불이행책임의 이원적 구조⁷를 개선하고자 하였다. 또한 계약해제에 관한 규정을 폭넓게 재검토함에 있어서 해제요건과 관련하여 귀책사유를 삭제할 것인지가 논의되었고, 「본질적 불이행(fundamental non-performance)」이라고 하는 개념을 요건으로서 도입하는 것이 검토되었다.⁸ 계약해제의 요건으로서 「본질적 불이행」을 요구하는 태도는 CISG, PICC, PECL뿐만 아니라 유럽 민법전 연구 그룹 및 EC사법조사 그룹이 2009년에 정리한 「유럽사법공통기준안」(Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law(Aquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, 이하, DCFR)에서도 나타나고 있다. 우리나라에 민법 개정 논의에서도 적어도 개정의 방향과 관련해서는 이러한 규정들의 영향을 받은 측면도 있다고 생각된다. 따라서 본고에서는 우선 PICC의 채무불이행 책임 체계 및 해제 규정을 분석하고, 이를 기초로 해제 요건으로서 「중대한 불이행」이 어떠한 의미인지, 또한 그 구체적 판단 기준이 무엇인지에 대해서 검토하고자 한다.

6. 이에 관한 논의로는 연기영, 계약해제에 관한 비교법적, 입법론적 과제-민법개정안의 문제점과 올바른 개정방향을 중심으로, 비교사법 제11권 4호, 2004.

7. 광민희, CISG에 있어서 물품의 부적합과 계약해제-CISG-AC Opinion no.5의 해석에 있어서 본질적 계약위반의 의미를 중심으로, 국제거래법연구 제21집 제1호, 2012, 104면 내지 105면에 따르면, 우리 민법이 이와 같은 이원적인 책임체계를 취하는 이유는 기능적으로 다른 상황을 규율하고자 하는 책임의 분담에서 찾을 수 있다. 즉, 양 책임의 관계에 대한 기존의 법정책임설과 채무불이행책임설의 대립은 결국, 하자담보책임이 담당하는 기능에 대한 사고의 차이에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 또한 대륙법계에서의 이원적 책임 체계와 CISG상의 일원적 책임 체계에 관해서는 이창현, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)상의 '계약위반(Breach of Contract)'에 관한 연구, 사법논집 제40집, 2005, 283면부터 287면에도 유용한 논의가 있다.

8. 법무부민법개정자료 발간팀 編, 민법개정총서 4, 2004년 법무부 민법 개정안-채권편, 법무부, 2012, 251면 검토의견 참조. 법무부민법개정자료 발간팀 編, 민법개정총서 9, 2013년 법무부 민법 개정시안-채권편 上, 법무부, 2012, 320면. 다만 우리 민법 개정논의에서는 「본질적 불이행」이라는 용어가 아니라 「불이행이 중대한 경우」라는 표현으로 논의되고 있다.

II. 국제상사계약원칙상 채무불이행 책임 체계

1. 「불이행(non-performance)」 중심의 책임 체계

가. 채무불이행의 일원적 책임 체계

PICC 제7.3.1조에 따르면 계약해제를 위해서는 우선 「불이행(non-performance)」이 존재해야 하고, 나아가 이 불이행이 「본질적(fundamental)」이어야 한다. 먼저, PICC의 책임 체계를 보면, 제3.3조에서 원시적 불능이나 처분권이 없다는 사실에 의해서 계약의 유효성이 부정되지 않는다고 규정한다. 이 때문에 PICC는 우리 민법상 「불능」과 같은 개념을 배제하고,⁹ 오직 「불이행(non-performance)」 개념을 중심으로 하는 보다 간명한 책임 체계를 구축하고 있음을 알 수 있다. 이는 CISG에 있어서의 「계약위반(breach of contract)」이나 PECL에 있어서의 「불이행(non-performance)」을 중심으로 하는 체계와 동일한 연장선에 있는 것이다. PICC 제3.3조의 주석 설명에 따르면 이러한 불능 개념의 후퇴는 현대적 추세라고 하면서, 계약 체결 당시에 원시적 불능이 있더라도 일단 계약은 유효하고, 이러한 원시적 불능은 후발적 불능과 동등하게 취급된다고 한다. 즉 PICC에서는 당사자가 이를 ‘이행할 수 없다’는 사실은 계약 당사자의 의무 ‘불이행’의 문제로 다루어지고, 당사자가 계약 체결 당시에 불능 사실을 이미 알고 있었는지의 여부에 따라서 ‘불능’의 의의는 불이행 평가에 적절히 반영될 수 있는 것이다.¹⁰ 이처럼 CISG나 이에 기초한 PICC의 책임 체계는 불능 개념을 부정하기 때문에 우리 민법에서와 같이 기능적 관점에서 원시적 하자 또는 원시적 불능을 규정하는 기능을 분담하는 하자담보책임을 별도로 인정할 필요성이 없다. 또한 PICC는 CISG와 마찬가지로 계약책임을 채무자의 귀책사유를 요하지 않는 무과실책임으로 구성하고 있으므로 우리 민법에서와 같이 채무불이행책임은 과실책임, 하자담보책임은 무과실책임으로 하는 기능 분담을 인정할 필요가 없어 이원적으로 책임체계를 분리할 필요가 없다. 이러한 점에서 CISG

9. 정중휴, 계약책임법의 새로운 전개-유럽계약법원칙을 중심으로, 재산법연구 제22권 제1호, 2005, 106면; 박정기, 유네드로와(UNIDROIT) 상사계약원칙에 있어서 계약책임, 해사법연구 제11권 제2호, 1999, 182면.

10. Official Comment to PICC Art.3.3.

나 PICC, PECL은 모두 당사자의 「불이행(또는 계약 위반)」 개념을 중심으로 책임체계를 일원적으로 규율하고 있다고 할 수 있다. 또한 PICC는 CISG와 같이 불이행의 의미를 중심의 접근 방식을 구체적 접근(remedy approach)이라고 한다.¹¹ 한편, 처분권(title, power)이 없는 경우에도 계약은 유효하고 마찬가지로 불이행 평가 시에 이러한 요소에 대한 고려가 이루어질 것이다.

나. 불이행(non-performance)의 의미

이처럼 PICC 책임 체계의 중심적 개념이자 계약 당사자의 구제수단의 전제가 되는 ‘불이행(non-performance)’이란 무엇인가. PICC 제7.1.1조는 불이행을 다음과 같이 정의하고 있다. 불이행은 “당사자가 계약상 채무의 어떤 것이든 이행하지 않은 것”으로서, 이행지체를 포함한 무이행(無履行, complete failure to perform) 및 모든 형태의 불완전한 이행(defective performance)을 의미한다. 예컨대, 상대방이 이행을 받거나 수령할 의무가 있는 경우 이러한 의무를 이행하지 않는 것도 불이행에 해당한다. 그리고 전술한 바와 같이 PICC 상의 불이행은 당사자의 귀책을 요건으로 하고 있지 않고, 통상 우리 법상의 이행불능, 이행지체나 불완전이행과 같은 불이행의 유형에 따른 구별도 하지 않는다.¹²

다. 불이행에 대한 구제

PICC 책임 체계 하에서, 불이행이 있는 경우 상대방에게 인정되는 구제수단은 불이행의 「면책」 여부에 달라진다. 우선, 면책되지 않는 불이행(non-excused non-performance)의 경우에는 피해당사자는 PICC 제7장 「불이행」 표제 하에서 규정하는 구제수단 일체, 즉 자신의 이행을 보류할 수 있는 권리(제7.1.3조), 특정이행청구권(제7.2.1조 및 제7.2.2조), 계약해제권(제7.3.1조), 손해배상청구권(제7.4.1조)을 행사할 수 있다. 이에 대해 불이행이 면책되는 경우(excused non-performance)¹³에는 피해당사자는 특정이행청구권이나 손해

11. 최문기, 채무불이행을 이유로 하는 계약의 해제의 요건론, 성균관법학 제24권 제3호, 2012, 312면.

12. 박정기(註9), 182면.

13. PICC에서 불이행이 면책되는 경우는 계약상대방의 행위로 야기된 불이행(제7.1.2조), 동시이행항변권이나 선이행의무에 근거한 이행보류권의 행사로 인한 불이행(제7.1.3조), 불가항력

배상청구권은 행사할 수 없지만, 제7.13조가 정하는 요건을 충족하는 경우에는 계약을 해제할 수는 있다.¹⁴ 이러한 의미에서 해제에 대해서는 불이행이 면책되는지의 여부와 관계없이 동일한 원칙¹⁵을 채택하고 있는 것이고 이러한 입장은 이행불능을 원인으로 하는 해제와 계약위반을 이유로 하는 해제를 달리 취급하는 많은 법체계와 상반된다.¹⁶

2. 계약해제의 제한

가. 본질적 불이행 요건에 의한 계약해제의 제한

해제에 관해서 PICC는 제7.3.1조에서 그 필수적인 요건을 규정하고 있다. 이에 따르면 당사자의 일방은 상대방에 의한 계약상의 채무 불이행이 중대한 불이행(fundamental non-performance)에 해당하는 경우에 계약을 해제할 수 있다(제7.3.1조 제1항).¹⁷ 이는 해제 요건에 관한 「원칙 규정」으로 이해된다. 원래 우리 민법과 같은 대륙법 체계에 있어서는 채무의 목적물에 하자가 있고 그러한 목적물이 인도된 경우에는 매수인은 대금감액소권(actio quanti minoris) 또는 해제소권(actio redhibitoria)¹⁸을 가진다고 하고 있는데, 이

으로 인한 불이행(제7.1.7조) 등이 있다.

14. 이러한 PICC의 태도는 PECL 제8:101조 및 그 주석에서 구체적으로 규정하고 있는 내용과 거의 유사하다.

15. PICC는 CISG나 PECL과 마찬가지로 일단 유효하게 성립한 계약을 가능하면 존중해야 한다(*pacta sunt servanda*)는 원칙에 기초하고 있다. 따라서 어떤 불이행이 발생한다고 해도 곧바로 해제권이 인정되는 것은 아니다. 이에 따라 해제를 위해서는 「불이행」 그 이상의 요건을 필요로 하게 되고, 이것이 바로 불이행이 「본질적」이어야 한다는 해제의 원칙 규정에 관한 것이다.

16. 예컨대, 프랑스와 벨기에 법(민법 제1302조, 제1624조)에서는 이행불능의 경우에 계약은 위험부담이론에 따라 결정된다. 그리고 스페인 법(민법 제1182조 이하와 제1124조)도 이러한 책임체계에 입각한다. 독일법에서는 쌍방 무책의 이행불능에 대해서는 민법의 개별조항(제323조)이 규율하고 있고, 오스트리아 민법 제1147조와 그리스 민법 제380조도 유사하다. 이탈리아 법에서도 역시 이행불능에 대해서는 민법 제1463조에서 1466조가 별도로 다루고 있다. 이에 대해 보통법 국가에서는 통상 이와 같은 문제는 계약좌절의 법리에 의해서 해결된다. 각 국의 해제의 근거에 대한 비교법적 설명은 G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford, 1991, p.340-p.349.

17. 사실 이러한 본질적 계약위반을 근거로 계약을 해제하는 원리는 영미법에서 유래하는 것이라고 할 수 있다. 이에 대한 자세한 설명으로는 오석웅, 국제계약규범상 예견되는 계약위반에 있어서의 법적구제에 관한 비교법적 고찰-CISG, PICC 및 PECL을 중심으로-, 원광법학 제30권 3호, 2014; 한낙현, 국제물품거래상 계약위반의 구제제도에 관한 고찰-영미법을 중심으로-, 한국무역상무학회지 제42권, 2009.

18. 계약해제의 용어는 각국의 국내법에서 termination, nullification, repudiation, cancellation, rescission, avoidance, 解除 등으로 표현되고 있고 용어별로 의미상 차이가 생기는 경우도 있다. 한

는 로마법으로부터 그 연원을 찾을 수 있다.¹⁹ 그러나 현재 비교법적으로는 하자 있는 물품의 인도라고 하는 불이행이 있기만 하면 곧바로 제한 없이 이러한 권리를 인정하기보다는 현재 CISG의 태도와 같이, 계약해제에 대해서 중대한 계약위반 또는 본질적인 계약위반 내지는 이와 유사한 개념을 매개로 하여 계약해제를 제한하는 경향이 있다.²⁰ 우리 법도 원칙적으로 하자 있는 물품이 인도 된 경우, 이를 채무불이행으로 다루는 경우에는 채무자의 귀책을 요건으로 계약해제가 인정되지만, 하자담보책임으로 다루는 경우에는 ‘계약의 목적을 달성할 수 없을 때’에 계약을 해제할 수 있는 것으로 하고 있어(민법 제580조 제1항, 581조 제1항), 실제적으로 계약의 해제에는 일정한 제한이 있다고 할 수 있다. 국제 규범의 차원에서 본질적 계약위반 여부에 따라 계약해제를 제한하는 발상은 과거 국제물품매매에 관한 통일법(Uniform Law on the International Sale of Goods; 이하, ULIS)(제10조)에서부터 존재하였고, 이에 따라 CISG의 준비작업의 과정에서도 무리 없이 수용되었다. PICC나 PECL 역시 이러한 태도를 계수한 것이라고 볼 수 있다. 그런데 PICC, CISG, PECL 등에 있어서 「본질적 불이행」 내지 「본질적 계약위반」의 규정 형식에는 조금 차이가 있는데, 다음의 세 가지 타입으로 대별할 수 있다.²¹ 먼저 CISG에서는 제25조에서 채권자의 계약이익의 실질적 상실을 중핵으로 하는 「본질적 계약위반(fundamental breach of contract)」의 개념을 정의하고,²² 이 개념에 해당하면 곧바로 해제가 인정된다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이, 이 정의는 극히 개괄적이고 해석의 여지가 넓기 때문에 구체적

편, CISG의 경우에는 avoidance라는 용어를 사용하지만(제49조, 제75조, 76조), PICC와 PECL 등에서는 termination이라는 용어가 채택되었다.

19. Rabel, *Recht des Warenkaufs*, Volume 2, Tübingen 1985, p.232 et seq.. 참고로 이와 같은 태도를 취하는 법체계로서는 독일 구민법 제462조, 프랑스민법전 제1644조, 스위스 채무법 제205조 등이 있다.

20. 예컨대, 독일채무법(제323조), 네덜란드민법전(제6:265조)이 대표적이다.

21. 이하의 본질적 불이행의 계약해제의 규정 방식을 세 가지로 나누어 설명하는 것에 대해서는 松井和彦(註5), 768頁의 내용을 참조함.

22. CISG는 제25조에서, 당사자 일방의 계약위반은 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 것을 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에 주는 경우에 본질적이라고 하고 있다. 원문은 다음과 같다. “A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”

사안의 적용에서는 상당한 어려움이 존재하고 법원의 재량에 맡겨지는 경우가 많을 것이다. 둘째, PECL 및 DCFR과 같은 규정 방식으로서 여기에서는 「본질적 불이행(fundamental non-performance)」이 되는 경우를 두 가지(PECL) 혹은 세 가지(DCFR)의 유형으로 나누어 열거하면서 이를 충족하는 경우에 중대한 불이행을 인정한다.²³ 이들은 해제의 실질적 요건에 있어서는 결과적으로 CISG와 크게 차이가 없지만 투명성을 증가시킨 정의 규정이 되었다는 평가를 받는다.²⁴ 마지막은 본고의 검토 대상인 되는 PICC의 규정 방식이다. PICC는 「본질적 불이행」의 일반적 정의는 하지 않고 그 대신 어떠한 채무의 불이행이 「본질적 불이행」에 해당하는지의 여부를 판단함에 있어서 특히 고려해야 하는 사정으로서 다섯 가지를 열거하고 있다. 이들의 요소는 충족해야 하는 「성립요건」이 아니라, 어디까지나 「고려요소」이다. 이들의 요소를 종합적으로 고려하여 최종적으로 「본질적 불이행」에 해당하는지의 여부가 결정된다.

나. 계약해제 제한의 근거

사실 이러한 계약해제 제한의 원칙에는 몇 가지 정책적인 고려가 존재하는데, 그 가장 중요한 근거가 바로 ‘pacta sunt servanda’ 원칙, 즉 계약존중(favor contract)의 사고이다. 이러한 의미에서 계약존중의 원칙에 근거하는 국제거래 규범, 대표적으로 CISG나 PICC, PECL 등은 모두 무엇보다도 당사자의 합의, 즉, 「계약」을 가장 중요한 기준으로 이해하고 있고 어떤 경우든지 본래 「계약」에 입각하여 당사자의 법률관계를 규율하려는 경향이 있다.²⁵ 또한 계약 해제의 제한은 국제거래의 특질이나 경제적 관점에서도 지

23. 내용적으로는 ① 채권자의 계약이익의 실질적 상실, ② 고의의 불이행에 의한 신뢰파괴(PECL과 DCFR), ③ 엄격하게 이행하여야 하는 채무의 불이행(PECL)이다. PECL의 각 요건에 대한 상세한 설명은 최문기, 채무불이행을 이유로 하는 계약의 해제의 요건론, 성균관법학 제24권 제3호, 2012, 325면 이하 참조. Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law(Acquis group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference(DCFR), Vol. 1, 2010, III-3: 502 Comments B, 853면에 따르면, PECL과 DCFR이 약간 달리 규정하고 있는 것에 대해서는 DCFR에서도 엄격하게 이행해야 하는 채무의 불이행은 채권자의 이익의 실질적 상실에 포함되기 때문에 이러한 점에서 PECL과의 실질적인 차이는 없다고 한다.

24. 渡辺達徳, ヨーロッパ契約法の諸原則における履行法の体系(二), 志林 95卷3号, 64頁 이하 참조.

지된다. 즉, 국제거래에 있어서는 통상 원거리 간의 거래라는 점에서 용이하 게 해제의 인정은 이미 급부가 종료된 물건의 반환을 인정하게 되고 이 때에는 막대한 비용의 지출이 문제 되어 상당한 경제적 불이익이 발생한다. 게다가 계약해제로 반환되어야 하는 물건이 멸실 또는 훼손되는 경우에는 해제의 문제에 추가하여 새롭게 위험부담 등의 법률문제가 발생한다. 따라서 가능하면 이러한 비용의 지출이나 새로운 위험의 발생을 회피하는 것이 바람직하다는 정책적인 배려가 작용하고 있는 것이다.²⁶ 이러한 계약해제 제한의 사고방식은 「중대한 불이행」의 해석에 영향을 미치고, 그 판단에 있어서 필연적으로 양 당사자의 이익을 비교·형량 할 것을 요구한다. 이러한 취지에서 PICC 제7.3.1조 제2항 각 호의 요소 간에도 당사자의 이익의 형량 문제가 명시되고 있다.²⁷ 즉, 피해당사자 입장에서는 자신이 원하는 급부의 이행을 받지 못하고 계약으로부터 기대하는 바를 얻지 못하는 경우에는 당해 계약으로부터 해방되기를 희망하고 실제로 계약에서 이탈할 필요성 및 이익을 갖는다. 이와 반대로 불이행 당사자라고 하더라도 이행을 위해서 상당한 준비나 비용을 지출한 경우에는 계약이 해제되는 결과 그와 같은 준비와 비용의 무용(無用)과 손실이 발생할 수 있다. 따라서 상충하는 당사자의 이익을 적절히 합리적으로 비교·형량하여 계약해제를 인정하는 것이 당사자의 공평에 합치한다고 할 수 있다.

25. 이러한 결론은 후술하는 물품부적합의 의미, 계약해제에 있어서의 본질적 계약위반의 의미를 판단하는 데 있어서 가장 중요한 기준이 되고 있다는 점으로부터 간취할 수 있다. 한편, PICC 제7.3.1조 상의 계약해제권은 당사자의 합의가 있는 경우에는 적용되지 않는다는 점도 계약 존중의 원칙에 근거한 것이다.

26. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts(PICC)*, Oxford Univ. Press, 2009, p.819.

27. 이 점에 대해서는 PECL 제9:301조의 계약을 해제할 권리에 대한 해설 부분에서도 명시하고 있다. 즉 당사자가 불이행한 경우 그 상대방에게 계약을 해제할 권리를 인정할 것인지 여부는 서로 상충하는 고려사항을 비교·형량하여 결정해야 한다고 설명하면서 고려해야 할 당사자의 이익이 어떤 것인지 피해당사자와 불이행당사자의 입장에서 대별하여 설명하고 있다.

다. 본질적 불이행의 계약해제와 부가기간(Nachfrist) 해제 규정의 관계

PICC는 계약해제를 본질적 불이행의 경우에만 제한하지는 않는다. 즉, 이행지체의 경우, 피해당사자는 이행지체가 본질적 계약 위반에 해당하지 않더라도 침해당사자를 위해 추가적인 부가기간(Nachfrist)을 설정함으로써 계약을 해제할 수 있다(제7.3.1조 제3항). 부가기간 설정을 통해 비본질적 불이행이 해제를 정당화하는 불이행으로 ‘업그레이트’ 될 수 있는 것이다.²⁸ 이 때문에 일견 본조는 본질적 불이행이 아닌 경우에도 계약해제를 허용함으로써 계약해제 제한이라는 PICC의 기본 발상에 반하는 것처럼 보인다. 그러나 부가기간 설정 해제의 경우에도 다른 구제 수단과의 관계에서 계약 해제를 제한하는 PICC의 정책(Policy)은 유지되고 있다. 즉, PICC 제7.3.1조 제3항의 해제는 오직 이행지체의 경우에만 인정되므로 적어도 타방당사자의 이행이 있었던 경우에는 부가기간 설정의 해제는 인정되지 않는다. 또한 이행지체의 경우라고 이행을 지체하는 부분이 전체 계약상 사소한 의무에 해당하는 경우에도 이 규정에 따른 해제가 제한된다. 결국, 계약해제가 본질적 불이행이 있는 경우에만 허용된다는 원칙 하에서 부가기간 절차의 해제가 인정되는 것은 오직 이행지체의 경우에만 해당하는 것이고 다른 불이행 사안에서는 이러한 해제가 인정되지 않는다는 것에서도 의의를 찾을 수 있다. 한편, 본질적 불이행이 인정되는 사안이라도 당사자가 이 부가기간 설정 절차를 이용할 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 따라서 본질적 불이행이 있더라도 불이행 당사자에게 이행을 위한 또 한 번의 기회를 부여한다는 의미에서도 계약해제에 관한 제한적인 운용이 도모될 수 있는 것이다.

나아가 피해당사자가 본질적 불이행을 증명하기 어려운 경우, 본 규정의 이용은 본질적 불이행 판단의 한 요소로서 고려될 수 있는 여지를 제공한다. 즉 피해당사자는 불이행한 상대방에 대해서 부가기간 설정을 하고 이 기간의 만료 전까지 당사자가 이행하지 않은 경우에는 바로 그와 같은 사유를 이유로 본질적 불이행에 관한 제7.3.1조 제2항 (c)의 기준에 충족했음을 주장할 수 있기 때문이다.²⁹ 즉, 추가적인 기간을 부여했음에도 불구하고 이행하지 않았다는 사실은 불이행이 고의적이거나 의도적으로 이루어진 것이라는

28. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.837.

29. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.837.

판단을 가능하게 하므로, 불이행이 본질적이라는 사실의 증명에 있어 피해 당사자의 해제 기회를 증진시킬 수도 있다. 이처럼 부가기간 설정의 해제 규정(제7.3.1조 제3항)의 존재는 오히려 어떤 의미에서는 피해당사자가 본질적 불이행을 근거로 하는 해제(제7.3.1조 제2항)에 더욱 의존하게 만든다는 점에서 불이행 당사자에게는 불이익으로 작용할 수 있다고 한다.³⁰

사실 부가기간 설정의 해제에 관해서는 본질적 불이행으로 인한 해제의 관련성 하에서 본고에서 지적하는 점 이외에도 다양한 논점이 존재하고 보다 심도 있는 상세한 논의가 필요하다. 따라서 부가기간 설정 해제 자체의 논의는 향후 연구에 맡기고자 한다. 이하에서는 본질적 불이행을 근거로 발생하는 해제의 경우에 한정하여, 본질적 불이행의 의미 및 그 구체적인 판단요소에 관해서 상세히 논의하기로 한다.

III. 본질적 불이행을 근거로 하는 계약해제

1. 본질적 불이행(*fundamental non-performance*) 의미

가. 본질적 불이행의 의미와 판단 요소

PICC는 「불이행」의 의미에 관해서는 7.1.1조에서 규정하고 있지만, 계약 해제를 위한 「본질적 불이행」이 무엇인가에 대해서는 그 정의 규정을 두고 있지 않다. 이에 대해서 CISG는 「본질적 계약위반(*fundamental breach of contract*)」의 의미에 관한 정의 규정을 두고 있고 이를 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, “당사자 일방의 계약위반은 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는 경우에 본질적”이라고 한다. 다만, 이러한 경우에도 위반 당사자가 그와 같은 결과를 예측하지 못하였고 또한 동일한 부류의 합리적 사람도 동일한 상황에서 그와 같은 결과를 예견할 수 없었던 경우에는 본질적이지 아니다(CISG 제25조). 본질적 계약위반의 개념 자체에 대해서는 CISG의 입법 과정에서 알 수 있는 바와 같이 상당한 합의가 이루어졌지만, 본질적 계약위반이라고 인정할 수 있는

30. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.838.

구체적인 기준이나 요건 등에 관해서는 많은 논쟁이 있었다. 다만, 본질적 위반은 위반의 심각성이 「당해 계약」, 즉 「당해 계약에서 실제로 정해지는 채권자의 이익」을 기준으로 판단해야 한다는 최종 결론에 따라 위와 같은 내용으로 규정된 것이다.³¹ 그런데 본질적 계약위반이라고 하는 개념은 계약해제뿐만 아니라 장래이행의 해제(제7.3.3조) 및 이행보류(제7.3.4조)에 있어서도 중요한 의미를 갖고 있고 결정적인 요소임에도 불구하고, 유연한 해석이 가능한³² 불확정적인 개념이다. 결국 CISG 제25조에서와 같은 정의 규정은 본질적 계약위반과 비본질적 계약위반을 구별하는 기준을 제시한다는 의미를 가질 뿐이고, 실제로 이것이 무엇을 의미하는가는 개별 사건에서 구체적으로 위 요소가 어떠한 의미로 사용되는지를 유형화하여 검토할 필요가 있다.³³ 다시 말하면, 「본질적 불이행」이라고 하는 개념은 매우 추상적이어서 그 성부에 관한 예측이 어렵다는 난점이 있다. 즉, 사람에 따라 「본질적 혹은 중대한」의 의미에 대한 이미지는 각양각색이므로, 어느 정도의 판단기준 내지 고려요소가 규범적으로 명시되지 않으면 해제의 적법성을 둘러싼 분쟁이 증가할 수 있다. 게다가 이러한 리스크로 인해서 해제가 당사자에게 있어서 이용하기 어려운 제도가 될 수도 있다.³⁴ 이 때문에 「본질적 불이행」 개념의 명확화는 국제거래 계약 연구에 있어서 상당히 중요한 과제라고 할 수 있다.

이에 관해, PICC는 CISG의 「본질적 계약위반(fundamental breach of contract)」의 문구³⁵를 그대로 따르지는 않고 「본질적 불이행(fundamental

31. Schlechtriem/Schwenger/Schmidt-Kessel, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), 2nd ed., Oxford 2005, Art 25 para 2.

32. 석광현, 국제물품매매계약에 관한 국제협약(CISG)상의 본질적 계약위반, 법학논총 제23집 제2호, 2006. 8면.

33. 광민희(註7), 118면.

34. 松井和彦(註5), 768면.

35. 박상기·최준선, CISG상의 계약위반과 UNIDROIT원칙의 계약 불이행에 관한 비교연구, 무역학회지 제27권 제2호, 2002, 58면은 계약의 ‘불이행’(non-performance of contract)과 계약 위반(breach of contract)은 개념상 차이가 있다고 한다. 즉 계약위반은 계약해제를 전제로 하는 개념이고, 계약불이행은 해당 계약의 계속적인 이행을 전제로 하는 의미를 갖는다고 한다. 이에 관한 논의로서 또한 정종휴, 계약책임법의 새로운 전개-유럽계약법원칙을 중심으로, 재산법연구 제22권 제1호, 2005, 66면도 참조. 심종석·서민교, 국제상사계약에 있어 계약불이행의 결정기준과 그 적용사태에 관한 연구, 무역학회지 제33권 제5호, 2008, 255에서는 계약위반이나 불이행 모두 고의·과실에 기한 귀책사유를 요건으로 하고 있지 않고, 이행지체·이행불능을 포함하여 담보책

non-performance)』이라는 용어를 사용하면서도 그 정의 규정을 따로 두지는 않았다. 그 대신에 CISG에서는 결론을 내리지 못했던 구체적 판단기준에 관해 7.3.1조 제2항 각호에서 구체적으로 5가지로 유형화하여 규율하고 있어 의미가 있다. 이처럼 PICC가 본질적 불이행의 정의 규정을 두는 것을 고집하지 않고, 그 구체적 판단 요소를 규정하는 형식을 취한 것은 실제로 불이행이 본질적인지의 판단은 개별적인 사안의 특별한 사정과 다른 기준들과의 비교형량을 통해 결정된다는 전제에 기초하고 있음을 보여주는 것이다.³⁶

나. 판단 요소들 간의 관계

본질적 불이행의 판단에 있어서 ‘특히’ 고려해야 하는 요소로서 PICC는 제7.3.1조 제2항 각호에서 5가지 사항을 제시하고 있다. (a) 계약 당사자의 기대이익의 실질적 박탈(substantial deprivation), (b) 급부내용의 엄격한 준수가 계약상 필수적(of the essence)인 경우, (c) 장래이행에 대한 신뢰의 상실, (e) 채무자의 의도적인 불이행의 경우, 마지막으로 (e) 해제의 결과 채무자에게 과잉손실(disproportionate loss)이 발생한 경우이다. 여기에서 눈에 띄는 것은 우선 (a)호의 계약 당사자의 기대이익의 실질적 박탈이라는 요소는 불이행의 부정적 결과에 초점을 맞추는 것으로서 앞서 CISG 제25조에서 본질적 계약위반의 정의 규정을 모델로 규정된 것이라고 할 수 있다. (b)호는 계약상 의무의 성격을 강조하는 것이고, (c)는 불이행 당사자의 주관적 의도를 고려하는 것이다. 앞서 설명한 것처럼 계약해제는 당사자의 귀책사유를 요건을 하지 않지만, 당사자의 고의·과실과 같은 행위의 주관적 유책성은 (c)호에 의해서 본질적 불이행의 판단 요소로서 고려될 수 있다는 점은 흥미롭다. (d)호는 장래의 이행이 예정된 경우의 특별한 상황에 초점을 맞추고 있고, 마지막으로 (e)는 오직 불이행 당사자의 측면에서 고려되는 요소라고 할 수 있다. 이들 상호 간에는 엄격한 구별이 항상 요구되는 것은 아니고 사안에 따라서는 중복적으로 적용될 수도 있다. 또한 각 요소가 모두 동일한 중점을 두고 적용되는 것은 아니고, 이 중에서 (c)호와 (e)호의 경우에는 다른

임·원시적 불능인 급부를 목적으로 하는 계약 일체를 포함한다는 점에서 공통점이 있다고 한다.

36. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.821.

판단 요소에 비해서 상대적으로 소극적·제한적으로 적용되는 경우가 많다.³⁷ 예컨대 (c)호가 규정하는 소위 ‘의도적’ 요소는 제한적으로 적용되어야 하고 동조 제2항의 다른 요소에 비해서 상대적으로 무게가 덜 부여되고 있다고 한다. 또한 (e)호에 관해서는 다른 요소들이 본질적 불이행을 암시하는 경우에 이를 부정하기 위한 소극적 기능을 한다는 점 또한 지적되고 있다. 또한 PICC 제7.3.1조 제2항 문언상 명백히 밝히고 있는 것처럼 여기에서 열거되는 요소들은 그야말로 특별히 고려해야 하는 사정일 뿐이지 그 이외의 사정을 전혀 고려할 수 없다는 의미는 아니다.³⁸

2. 추완권(치유권)과 본질적 불이행

CISG에서는 당사자의 하자추완권과 본질적 불이행 판단 및 계약해제권 인정 여부를 둘러싸고 양자의 관계에 대해서 논란이 있었다.³⁹ 이 경우 종래 CISG의 해석상으로는 매도인 또는 매수인은 매수인에게 불합리한 불편을 끼치지 않고, 또한 당해 계약상 이행기에 부여된 중요성에 비추어 이에 반할 정도의 지체가 없이, 부적합을 추완 할 수 있는 경우에는 원칙적으로 본질적 계약위반은 인정되지 않는다는 의견이 명시적으로 제시되었다.⁴⁰ 이러한 CISG의 태도로 인해서, 매도인이 추완이 가능하다는 사실만으로 부적합 물품을 인도한 매도인의 본질적 계약위반이 부정되는가에 상당한 의문이 제기되었던 것이다.

이에 대해 PICC에서는 이와 같은 논란을 명시적 규정을 통해 해결하고 있다.⁴¹ 우선 계약의 본질적 불이행을 판단 기준에 관해 구체적 요소들을 열거하는 PICC 제7.3.1조 제2항의 각 호 규정에는 이 추완권(치유권)이 고려 요소로서 상정되어 있지 않다. 또한 그 주석 및 설명에서도 계약 당사자의 추

37. PICC 제7.3.1조 제2항 각 호의 설명 중 특히, (c) 및 (e)요소와 다른 요소들과의 관계 하에서 그 적용 경중에 대해서는 Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.828-p.830.

38. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.821에서는 비록 열거된 사항이 모든 사안을 포섭할 수 있는 총망라된 리스트는 아니라고 하더라도 여기서 제시된 요소들은 상당히 다양한 사정과 광범위한 범위를 커버할 수 있다고 한다. 따라서 여기 열거된 판단 요소 외에 다른 요소가 관련되는 일은 그다지 많지 않을 것이라고 한다.

39. 광민희(註7), 123면 이하 참조.

40. CISG-AC Opinion no.5 제3의견.

41. 박정기(註9), 184면.

완가능성 또는 추완권은 계약해제 요건인 본질적 불이행의 판단 여부와는 어떤 관련도 없다(not relevant: right to cure)고 하고 있다.⁴² 대신에 PICC에서 추완권의 문제는 전적으로 제7.1.4조 제2항과 제3항의 문제로 다루어진다. 이에 따라 제7.3.1조 제1항 및 제3항에 따라 피해당사자가 적법하게 계약을 해제하더라도 추완권 자체는 계약해제의 통지에 의해 방해되지 않고, 계약해제의 효과는 유효한 추완 통지에 의해서 정지된다(PICC 제7.1.4조 제2항 및 제3항).⁴³ 그 결과 추완권과 계약해제권이 병존하는 상황에서는 추완권이 우선한다. 요컨대, 이들 규정은 결국 추완권과 해제권이 병존하는 상황이 발생할 수 있음을 전제로 하여, 양자의 관계를 정서(整序)하는 규정이다.⁴⁴ 바로 이러한 점에서 해제권의 요건인 중대한 불이행 판단 시에는 추완권이 고려되지 않는다고 해석할 수 있는 것이다. 상술하면, 만약 PICC의 해석으로도 CISG와 같이 해제권의 요건인 「중대한 불이행」을 판단하는 경우에 추완가능성을 고려해야 한다면 PICC 제7.4.1조가 전제하는 내용과 모순이 생긴다. 즉, 추완권이 인정되는 경우에는 해제권의 요건을 충족하지 않게 되고 그 반대의 경우도 마찬가지이므로 결코 양자가 병존하는 상황은 생기지 않는다. 그렇게 되면 PICC 제7.1.4조 규정을 둔 의미가 없어진다. 결국 PICC는 양자가 병존하는 상황을 전제로 하여 그 관계의 우열을 정해주는 규정(제7.1.4조 제2항 및 제3항)을 두었다는 점에 의의가 있고, 이는 중대한 불이행을 판단함에 있어서는 추완가능성이 고려되지 않는다는 점을 시사하는 것이라고 할 수 있다. 요컨대 이와 같이 해석하는 것이 추완권에 관한 제7.1.4조 제2항·3항과 제7.3.1조 제2항 (a)호와의 관계에 대해 정합적인 설명을 할 수 있다는 점에서도 타당하다.

42. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.825.

43. Official Comment to PICC Art.7.1.4.

44. 松井和彦(註5), 779頁.

IV. 본질적 불이행의 구체적 판단 요소

1. 계약상 기대이익의 실질적 박탈(7.3.1조 (2)항 (a)호)

가. (a)호 해석과 CISG 제25조의 본질적 계약위반

PICC 제7.3.1조 제2항에서 계약해제를 위한 본질적 불이행의 구체적 판단 요소 중에 가장 먼저 규정된 ‘계약상 기대된 이익의 실질적 박탈’은 CISG 제25조의 본질적 계약위반의 개념에 기초하여 성립된 요소이다. 즉, 당해 불이행이 당해 계약 하에서 채권자가 정당하게 기대할 수 있었던 것을 실질적으로 박탈하는 결과가 되었는지의 여부(계약이익의 실질적 상실)가 본질적 불이행을 판단하는 기준이 된다. 사실 CISG 제25조 「본질적 계약위반」의 정의에서 문구상 약간의 차이는 있지만,⁴⁵ 내용상으로는 CISG 정의 규정과 PICC 제7.3.1조 제2항 (a)요소는 거의 동일하기 때문에, PICC의 해석에 있어서 CISG 상의 「본질적 계약위반」에 관한 수많은 판례와 학문적 성과들이 상당히 많은 영향을 미치고 있고 실무상으로도 거의 유사한 논의가 이루어지고 있다. 물론 CISG는 본질적 계약위반에 대한 정의 규정만을 두고 그 구체적 기준에 대해서 제시하고 있지 않지만, CISG의 자문회의(AC)의 의견⁴⁶

45. 7.3.1조 (2)항 (a)호에 규정된 ‘실질적인 박탈’이라는 요소는 확실히 CISG 제25조에서 본질적 위반의 정의에 근거하여 모델된 것인데, CISG 제25조는 ‘일방 당사자에 의한 계약위반이 타방당사자에게 그 계약에서 기대되는 것에 부여된 것을 실질적으로 박탈하는 결과를 가져오는 경우에는 본질적이다’고 규정하고 있고, 다만, ‘위반에 있어서 당사자가 예견할 수 없었고 그와 동일한 상황에 있는 동일한 종류의 합리적인 사람이 그와 같은 결과를 예견할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니한다’고 규정하고 있다. ‘예견가능성 심사’에 있어서 언어적인 차이는 별로 없고, PICC 7.3.1조 (2)항 (a)호와 CISG 제25조 사이에 유일한 실질적인 차이는 ‘위반이 피해 당사자의 기대이익을 실질적으로 박탈하여 손실(detriment)이 되는 결과를 초래한다’는 점이다. PICC에서는 실질적으로 이익을 박탈한다는 점에 중점을 두고 있고, 그와 같은 ‘손실(detriment)’ 문구는 존재하지 않는다. 그러나 이러한 차이는 CISG의 언급에서도 어떤 실무적인 결과나 차이를 가져오는 것은 아니다. PICC에 관한 설명에서도 어차피 피해당사자가 계약에서 기대된 이익이 실질적으로 박탈된 경우에는 단독으로 손실을 구성하므로 CISG의 손실(detriment) 요건은 ‘불필요한 중복(redundancy)’이라고 표현하기도 한다. 이에 대해서는 Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註 26), p.822.

46. CISG-Ac Opnion no.5 「물품 또는 서류가 계약에 적합하지 않은 경우의 매수인의 계약해제권」; 원문은 CISG-AC Opnion no.5, The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents, 7 May 2005, Badenweiler(Germany). Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M, Professor of Law, University of Basel. 참고로 CISG 자문회의(CISG-AC)는 사적으로 설립된 위원회로서 페스(PACE)대학 로스쿨 국제상사법연구소 및 런던대학 퀸메어리교 상사법 연구센터의 지원을 받고 있다. CISG-AC의 목적은 국제물품매매계약(CISG)의 이해를 돕고 또한

에 따르면 본질적 계약위반을 판단하는 요소로서 몇 가지 구체적 내용을 언급하고 있다. 여기에서 제시된 판단 요소는 CISG가 「본질적 계약위반」을 「계약당사자의 실질적 기대이익의 박탈」이라고 정의하는 이상, PICC의 7.3.1조 제2항 각호에서 규정하고 있는 내용, 특히 (a)호의 해석과 관련하여 유용한 참고가 될 수 있다.⁴⁷

이 의견에 따르면 「본질적 계약위반」 즉, 「계약당사자의 실질적 기대이익의 박탈」에 관한 판단 요소로서 제시되는 것은 다음의 8가지가 있다. ① 물품이 계약에 적합하지 않은 경우, CISG 제49조(1)(a)에 근거한 계약해제권을 매수인에게 부여하기 위한 요건인 본질적인 계약위반의 존부를 판단함에 있어서는 「계약의 내용(the terms of contract)」을 고려해야 한다는 원칙을 가장 먼저 언급하고 있다. ② 부적합한 물품의 인도가 계약의 본질적인 위반을 구성하는지의 여부가 명확하지 않은 경우에는 특히 「당해물품이 구입된 목적(the purpose for which the goods are bought)」을 고려해서 판단한다. ③ 매도인 또는 매수인이 불합리한 불편을 겪지 않고 또한 당해 계약상 이행기에 부여한 중요성을 침해하는 지체가 없이, 물품의 부적합을 「추완 할 수 있는 경우(when non-conformity can be remedied)」에는 본질적 계약위반은 존재하지 않는다. ④ 「계약해제로 인해서 발생할 추가적인 비용이나 불편 (additional costs or inconvenience for resulting from avoidance)」은 본질적 계약위반의 존부의 판단에 당연히 영향을 미치는 것은 아니다. ⑤ 보험증권, 증명서 등의 부수적인 서류가 계약에 적합하지 않은 경우의 계약해제의 가부는 앞의 ①내지 ④에서 제시한 기준에 따른다. ⑥ 환어음매매(documentary sales)의 경우, 서류의 부적합은 본질적 계약위반이 될 수 있다 다만, 이 경우에도 CISG의 의견은 매도인이 이행기에 부여한 중요성에 반함이 없이 서류의 부적합을 추완할 수 있는 때에는 본질적 계약위반은 존재하지 않는다고 한다. ⑦ 「계절 또는 산물(産物) 상품 거래(commodity trade)」의 경우에는 일반적으로 계약에 적합한 서류가 적시에 인도되지 않는 경우에는 본질적 계

그 통일적인 해석을 촉진하고 지원하는데 있다. 본 의견(no.5)은 뉴욕주법조협회의 국제법실무부문의 국제매매위원회(The International Sales Committee of the International Law and Practice Section of the New York State Bar Association)의 위원장의 요청에 따른 것이다.

47. 이에 관해서는 광민희(註7), 117면 이하에 자세한 논의가 있으므로 참조.

약위반이 존재하는 것으로 판단될 수 있다. ⑧ 부적합이 본질적 계약위반에 해당하지 않는다고 하더라도 매수인이 대금의 지급을 유보하고 물품의 수령을 거절하는 것이 합리적이라고 판단되는 경우에는 해제권이 발생할 수 있다.

생각건대, CISG AC의 의견에서 제시되는 각 요소들은 PICC 제7.3.1조 제(2)항에서 명시하는 각 호 규정의 사정 범위 내로 포섭될 수 있다.⁴⁸ 먼저 CISG 의견 ①, ②의 내용은 PICC 제7.3.1조 제2항 (a)호에 해당하는 것으로서 특히, ②는 뒤에서 서술하는 합리적 사용 가능성의 심사와 관련이 있다. 그리고 PICC 제7.3.1조 제2항 (b)호의 규정은 각 ⑤, ⑥, ⑦의 내용을 포섭할 수 있고, (c)의 규정은 ④의 내용을 일반화하고 있는 것이라고 할 수 있다. 다만, 전술한 바와 같이 PICC에서는 CISG와 다르게 당사자의 추완권(치유권)의 문제는 전적으로 제7.4.1조에서 다루고 있기 때문에, 본질적 불이행 여부를 판단함에 있어서 당사자의 추완가능성 내지 추완권은 고려 요소가 아니다. 따라서 PICC의 태도는 CISG AC 의견 ③과 ⑥의 결론과는 부합하지 않는다. 이러한 차이점에도 불구하고 CISG 제25조 본질적 계약위반(계약상 기대이익의 실질적 박탈)에 관한 ‘해석상’ 판단 요소들은 PICC 제7.3.1조 제2항에서 각 호에서 ‘규정화’되었다. 이 중 (a)호는 CISG의 정의 규정 그 자체를 모델로 하여 만들어진 것이기 때문에 사실상 위에서 설명하는 모든 요소를 함축하고 있다는 의미에서 다른 사유들과의 관계에 비추어 각별한 중요성을 갖는다. 따라서 다른 각 호의 해석 시에도 (a)호와의 관련성은 항상 문제되고 이들 요소의 배경에는 언제나 당사자의 합의(계약 내용)가 항상 중요한 기준으로 자리 잡고 있음을 시사하는 것이라고 생각한다.

나. 실질적 박탈을 인정하는 심사 기준

이러한 관점을 고려하면, 결국 PICC 제7.3.1조 제2항 (a)호가 규정하는 「계

48. 이처럼 CISG AC가 「본질적 계약위반」, 즉 그 정의로서 「계약상 당사자의 기대 이익의 실질적 박탈」을 판단하는 요소로서 제시하는 내용들은 PICC의 경우 제7.3.1조 제2항 (a)호의 해석 요소라고도 할 수 있다. 따라서 결국 이는 계약상 당사자의 기대이익의 실질적 박탈 요소를 규정하는 PICC 제7.3.1조 제2항 (a)호는 본질적 계약위반을 판단하는 가장 중요한 심사 기준이 되고, 각 (b)호, (c)호, (d)호, (e)호는 이 (a)호를 구체화하고 보충하는 기능을 하고 있다고 해석할 수도 있을 것이다.

약상 당사자의 기대이익의 실질적 박탈』이라는 요소는 다음과 같은 기준에 의해서 심사해야 한다.⁴⁹ 첫째, (a)호 문언 상 ‘계약상’ 기대할 수 있었던 이익이라는 표현에서 단적으로 알 수 있는 것처럼, 계약, 즉 ‘당사자의 합의(contractual agreement)’가 무엇보다 중요한 판단 기준이 된다. 두 번째는 ‘위반의 심각성(seriousness of the breach)’이다. 그리고 세 번째는 소위, 독일과 스위스 법원의 판례상 발전된 법리로서 소위 ‘합리적 사용 가능성의 심사(Reasonable use test)’를 통해 계약상 당사자의 기대이익이 실질적으로 박탈되었는지가 결정된다.

(1) 계약상의 합의(contractual agreement)

계약상 기대되는 당사자의 이익이 무엇인지, 나아가 어떤 경우에 계약상 당사자의 기대이익이 실질적으로 박탈되는 것인지의 여부는 당사자의 계약상 합의, 즉 계약 내용(the terms of contract)에 따라 결정된다. 이러한 계약상의 합의는 여러 판단 요소들 중에서도 ‘가장 중요한’ 기준이 된다. 즉, 계약상 합의는 PICC 제7.3.1조 (2)항의 계약해제의 지도원리라고 할 수 있다. 사실 ‘본질적 불이행’은 추상적 법률개념으로서 각 국가마다 그 나라의 역사적·사회적 배경, 거래관행, 법체계의 특성, 상거래 관행이나 가치관을 기반으로 하여 독자의 기준을 적용하여 해석할 수 있고 그러한 해석의 결과는 협약의 제정취지에 역행하는 결과를 초래할 수도 있다.⁵⁰ 따라서 PICC에서는 계약위반의 본질성을 판단하기 위해서 CISG에서와 같은 정의 규정을 두는 대신, 본질적 불이행의 판단을 위한 5가지의 구체적 기준을 제시하고 있는데 ‘계약상 기대된 실질적 이익’ 즉, 당사자의 계약상의 합의내지 계약상의 의무는 다른 판단 요소들과의 관계상 가장 중요한 기준이 된다. 따라서 본질적 불이행인지의 여부는 계약상 정해진 당사자의 의무가 무엇이었는가에 따라 결정되는 것이다. 결국 계약상 정해진 급부의 내용이 무엇인가는 계약의 해석문제로 귀결된다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 판단한 유명한 사례로서, 소위 ‘Arthur Andersen 중재 사건’을 들 수 있다.⁵¹ 이 판결의 사실

49. 이 세 가지 기준은 Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.824에서 제시된 것으로서 이하의 설명은 이에 따른다.

50. 김선옥, CISG에서 물건 또는 서류의 적합성과 계약해제, 통상법률 114호, 2013, 126면.

관계는 국제적인 멤버 기업들로 구성된 A그룹이 각각 회계(재무)와 컨설팅 업무를 담당하는 두 개의 유닛(B와 X)으로 나누어졌는데, 이 두 유닛 사이에 업무 영역에 관한 분쟁이 생기자, X가, A그룹 내에 있는 업무 조정 및 상호 협력을 통해 멤버 기업 간 공존을 도모하는 것을 업무로 하는 Y기업에 대해서, 그 의무의 불이행을 주장하고 계약 해제와 손해배상을 청구한 사안이다. 이 사안에서 중재법원은 당사자 합의의 전문 및 Y회사 규칙에 규정된 목적이나 활동 방침에 비추어 우선 당사자의 합의의 내용이 무엇인지 명확히 하였다. 즉, 중재법원은 Y의 중심적 업무(의무)는 A그룹 멤버 기업 상호의 협력, 업무조정, 공존을 도모하기 위해 최선을 다하는 것임을 확인하였다. 이를 전제로 중재법원은 Y의 의무 불이행을 인정하고, 나아가 이러한 불이행은 X가 본건 합의(계약)에서 정당하게 기대할 수 있었던 바를 실질적으로 박탈당하였다고 판단하고 계약 해제를 인정하였던 사안이다.

그러므로 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 어떤 특정한 의무의 위반을 중요한 것으로 간주한다는 취지가 특히 합의된 것으로 볼 수 있다면, 이러한 의무의 불이행도 계약상 실질적 이익의 박탈을 초래하는 본질적 불이행이 될 수 있다.⁵²

한편, (a)호는 불이행 당사자의 주관적인 행위의 유책성이 아니라, 피해당사자의 입장에서 객관적으로 고려된다. 다만, 피해당사자가 주관적으로 계약에서 어떤 것을 기대했는지를 고려해야 하는 것은 아니고, 적어도 객관적인 제3자라면 그와 같은 것을 기대할 수 있었으리라는 점이 인정되어야 한다. 이 경우 불이행자의 주관적 행위의 유책성은 동조 (c)호나 (d)호에서 고려될 것이다.

51. Arbitral Award 28 July 2000(Geneva), ICC case no 9797. 본 판결에 대한 평석은 Bonell, A 'Global Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles: In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative', 17 Arbitration International 2001, p.249-p.261.

52. 당사자가 어떤 의무를 계약상 중대한 의무로 합의한 것인지의 문제는 계약해석 또는 의사표시의 해석의 문제로 귀결될 수 있지만, 일단 당사자가 중대한 의무로서 명시적·묵시적 합의를 한 경우라면 당해 의무의 불이행은 당연히 본질적 불이행을 구성한다(Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.824).

(2) 위반의 심각성(seriousness of the breach)

위반된 의무가 당해 계약 중에서 중요한 위치를 점하고 있는지의 여부도 계약이익의 실질적 박탈을 판단하는 중요한 기준이 될 수 있다. 이 경우에는 계약의 객관적 해석을 통해 어떤 특정의 의무가 채권자에게 있어서 중요한 것이라고 인정되는 경우에는 당해 의무의 불이행은 본질적이 될 수 있다.⁵³ 즉 본질적 위반이라고 하는 위반의 심각성은 「당해 계약」을 기준으로 「당해 계약에서 실제로 정해지는 채권자의 이익」을 기준으로 판단해야 한다.⁵⁴ 예컨대, 매도인의 인도 의무 불이행은 본질적 계약위반과 가장 밀접하고 빈번하게 관련되는데,⁵⁵ 특정물 매매계약에 있어서 단순한 이행지체가 아니라, 목적물이 전부 멸실하고 인도가 불능이 된 경우에는 본질적 불이행이 인정될 수 있다고 한다.⁵⁶ 이처럼 이행의 주관적·객관적 불능은 모두 본질적 불이행이 될 수 있다.⁵⁷ 참고로 CISG 적용 우리 판결에서도 이행불능 형태의 의무불이행이 본질적 계약위반을 구성하여 해제권을 발생시키는 근거로 인정된 경우가 있다.⁵⁸ 이 사건에서 우리 법원은 우선 불능의 개념에 대해서 국내 민법상 불능의 판단과 마찬가지로 “채무의 이행이 불능이라는 것은 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활에 있어서의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우”⁵⁹라고 하였다. 이를 전제로 법원은 이 사건의 매매계약에 따라 원고에게 기계를 인도하기 위해서는 생산설비의 해제 및 철거작업을 하여 위 기계를 유효하게 취득하는 것이 선행되어야 하는데, 위

53. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.824.

54. 판민회(註5), 117면.

55. 이혜민, 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG) 발효 후 10년, 우리 판결계의 동향과 시사점, 사법논집 제61집, 2015, 268면.

56. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.833.

57. 석광현(註32), 466면.

58. 서울중앙법원 2014.2.14. 선고 2013가합528629, 555737 판결. 이 사안은 싱가포르에 영업소를 둔 원고 법인과 우리나라에 영업소를 둔 피고 법인 사이에서, 원고가 피고로부터 피고가 호주 공장에 설치된 조립 생산라인을 철거하면 그 중 일부 설비를 매수하기로 하는 계약을 체결하고, 피고에게 계약금 및 중도금을 지급하였다. 피고는 소외 회사에게 생산라인 철거공사를 의뢰하였는데, 소외 회사가 위 철거계약을 해제함으로써 더 이상 생산라인의 해제 및 철거작업을 할 수 없게 되었다. 이에 따라 원고는 피고에게 이 사건 매매계약이 이행불능으로 해제되었음을 이율 자신이 지급한 계약금과 중도금의 반환을 구한 사건이다. 이 사건에 대한 자세한 소개는 이혜민(註55), 273면에서 274면.

59. 대법원 2003.01.24. 선고 2000다22850 판결.

철거공사가 해제됨으로써, 피고가 위 매매계약에 따라 원고에게 기계를 인도할 의무는 사회통념상 더 이상 실현될 수 없는 이행불능의 상태에 빠졌다고 판시하고 계약의 해제를 인정하였다. 나아가 실무에서는 이행불능의 경우뿐만 아니라, 진지하고 중국적인 이행거절⁶⁰도 이와 같은 위반의 심각성 측면에서 본질적 불이행이 될 수 있음은 마찬가지라고 할 수 있다.

한편, 부수적 의무의 위반이었다고 하더라도, 이것이 당해 계약에 있어서 중요한 것이라면 당사자의 계약상 기대이익을 실질적으로 박탈하는 것이 될 가능성이 있다.⁶¹ 즉 본질적 불이행의 대상은 주된 급부 의무의 불이행뿐만 아니라, 일반적으로 독점공급의무나 고지의무, 물품의 포장의무 등과 같은 부수적 채무의 불이행도 포함된다고 해석된다.⁶² 이 점은 우리 민법상 해석과 다른 점이라고 할 수 있다.⁶³ 따라서 부수적 의무의 위반도 당사자의 계약상 기대이익을 실질적으로 박탈함으로써 본질적 불이행이 될 수 있다는 점에서는 주된 급부 의무와 구별할 필요는 없지만, 물품 부적합과 관련되지 않은 사안에서는 좀 더 신중하고 제한적으로 적용될 필요는 있다. 이 경우에는 오히려 PICC 제7.3.1조 (2)항 (e)호, 해제의 결과로 채무자가 불균형한 또는 과잉의 손실을 부담하게 되는지를 심사하는 데 있어서 특별한 의미를 가질 수 있다.⁶⁴

(3) 합리적 사용 가능성 심사(Reasonable use test)

소위 ‘합리적 사용 가능성 심사’는 피해당사자가 부적합한 이행에 대해서 전매를 하거나 합리적인 사용을 할 수 있는 경우에는 피해당사자에 대한 실질적 박탈이 없다고 판단하는 것을 말한다. 즉 해제의 문제가 피해당사자가 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는 것에 관한 것이라면, 부적합한

60. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.833; 최문기(註11), 315면부터 316면.

61. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.837.

62. 박정기(註9), 182면.

63. 대법원 1996. 7. 9. 선고 96다14364 판결; 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다20394 판결에 따르면 “민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다.”고 판시하고 있다.

64. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.837.

이행이라도 그 이행 자체로 어느 정도 합리적 사용 가능성이 인정되는 경우에는 사용 가능한 범위 내에서 이익의 상실 내지 박탈이 부정된다고 보는 것이다. 이 때에는 계약해제는 제한되고, 다만 불이행으로 발생한 손실과의 차액을 금전적으로 손해배상하면 충분하다는 사고에 기초한 것이다. 이는 원래 독일 및 스위스의 판례에서 발전된 법리로서, 종래 CISG 하에서는 주로 계약에 부적합한 물품의 인도가 있는 경우에 이용되고 있다. 가장 대표적인 사례로서 스위스 판결 냉동육 사건(Frozen Meet case)을 들 수 있다.⁶⁵ 이 사건은 매수인(스위스)이 매도인(독일)과 냉동육을 매매계약을 체결하였는데, 매수인에게 인도된 냉동육은 혈액과 수분이 함량이 너무 높은 탓에 매매 물품으로서의 가치가 25.5%정도 감축되었고 매수인이 이를 근거로 계약해제와 손해배상을 청구했던 사안이다. 이 사안에서 법원은 계약해제를 인정하기 위해서는 물품이 다른 방법으로 합리적으로 이용 가능한지의 여부 또는 확인하여서라도 전매가 가능한지의 여부가 중요하다는 점을 지적하였다. 이를 전제로 법원은 해당 사안에서 계약에 부적합한 물품이라도 매수인이 합리적인 방법으로 전매할 기회가 있었고 그러므로 본질적 불이행은 존재하지 않는다고 할 수 있으므로 계약해제는 인정되지 않는다고 판시하였다. 이 판결에서는 또한 계약해제와 다른 구제수단과의 관계에 대해서, 다음과 같이 언급하였다. 즉 매수인은 불이행으로 인한 여러 구제수단 중 대금감액 및 손해배상을 우선 행사하고, 계약관계의 해제는 이행이익이 실질적으로 박탈될 정도의 본질적인 불이행이 있는 경우의 최후의 수단으로서 사용된다는 일반 원칙을 확인하였다는 데에도 의의가 있다.⁶⁶ 참고로 우리 실무상으로도 이와 유사한 사안에서 CISG가 적용되어 판단된 사례가 있다.⁶⁷ 이 사안에서 우리 법원은 매매계약상 목적물이 무엇인지를 확정된 후,

65. BGE, 28.10.1988, SZIER 1999, 179(CISG-online 413, CLOUT case No. 248 판결 동일).

66. 이와 유사한 판결로서 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010312g1.html>의 판시 사항 참조. 독일 매수인이 오스트리아 매도인으로부터 농축 사과 주스와 딸기를 100톤 구입하였는데, 독일에서 매수인이 이 물품을 테스트한 결과, 농축 사과 주스에는 포도당시럽이 첨가되어 있음이 밝혀졌던 사안에서, 판결은 이와 같은 사안에서는 매수인이 물품을 별도의 방법으로 가공하거나, 또는 가격을 낮춘다면 물품을 전매하는 것이 매수인의 불합리한 지출 없이도 가능한 것인가 및 그와 같은 조치를 취하는 것이 매수인에게 합리적으로 기대할 수 있는가가 중요한 판단기준이 된다고 하였다. 본건에 대해서는 매수인은 포도당시럽첨가물이 포함되어 있어도 상관 없는 사과 주스의 제조에 당해 물품을 이용하는 것이 가능하므로 본질적 계약위반은 없다고 판시한 바 있다.

67. 서울지방법원 2013.11.29. 선고 2012가합71645 판결. 이 사안은 사단법인 한국육가공협

계약의 목적물에 적합하지 않은 불순물이 포함된 물품을 인도한 경우 전매 가능성이 현저히 저하되고 용이하게 보수나 추완을 할 수 있는 경우도 아니므로 원칙적으로 물품의 계약부적합을 인정하였고 그 위반이 본질적 계약 위반에 이른다고 판단하였다.⁶⁸ 이 사안은 CISG가 적용되어 본질적 계약 위반이 문제 된 사안이지만, 우리 법원에서도 계약위반의 본질성을 판단함에 있어서 합리적 사용가능성 심사가 행해지고 있음을 보여주는 사례라고 할 수 있으므로 의미가 있다.

그런데 실무상 합리적 사용 가능성 심사가 종종 활용된다고 하더라도, 합리적 사용이라고 하는 개념 그 자체, 추상적인 것이기 때문에 해석의 여지는 매우 넓은 것은 사실이다. 따라서 (a)호의 심사를 행하는 경우에 필수적으로 합리성 심사가 요구되는 것은 아니고, 계약 목적에 따라서는 이러한 심사를 하지 않고 곧바로 본질적 불이행을 인정하는 경우도 있다. 예컨대, 매수인이 자신의 공장에서 제품을 제조하기 위해서 그 원재료를 구입하는 계약, 즉 자가 사용 목적의 계약에서는 합리적 사용 여부 또는 전매가능성을 고려하지 않고 당사자의 계약이익의 실질적 박탈 여부를 결정하기도 한다.⁶⁹ 따라서 합리성 심사는 다소 제한적으로 해석(restrictive interpretation)되

회가 덴마크에 주된 사무소를 둔 피고회사가 제공한 샘플을 보고 이에 근거하여 피고회사와 육가 공제품의 원료가 되는 돈육 앞다리의 매매계약을 체결한 사건이다. 매수인인 한국육가공협회는 인도기일에 피고회사가 인도한 돈육 앞다리를 검사하였는데, 검사 대상 돈육의 이자 부분은 6.3%, 이로 인해 이자 주변의 변색이 발생한 부분은 7.2%, 이자 주변 외에 변색이 발생한 부분은 6.6%, 지방산패 가능성이 높은 지방 부분이 17.3% 포함된 것을 알게 되었다. 한국육가공협회는 이 사건 매매계약상 목적물은 이자가 제거된 냉동 돈육 앞다리임에도 불구하고, 매도인(피고회사)이 이자를 제거하지 않은 물품을 인도하고 이로 인해 이자 주변 및 그 이외의 부분에서 변색이 발생하였고 지방산패 가능성이 높은 지방 부분이 포함되어 있기 때문에, 이는 계약에 부적합한 물품이 인도된 경우라고 주장하였던 사건이다.

68. 이혜민(註55), 283면.

69. Rotorex Corp. v. Delchi Carrier S.p.A., 71 F. 3d 1024(2d Cir.1995)(CISG-online 140); 이 사안의 개요는 다음과 같다. 1988년 1월 미국의 매도인 을과 이탈리아인 갑과의 사이에서 콘프레서 10800대(본건 목적물)를 3회로 분할해서 인도하는 취지의 매매계약이 체결되었다. 갑은 본건목적물의 용도에 대해서 동년 봄 및 여름에 판매하는 소형 룸에어컨을 제조하기 위해 갑 스스로가 사용할 것이라는 점을 을에게 고지하였다. 같은 해 3월에 제1회의 인도가 행해지고, 제2회의 인도분이 이탈리아로 향해서 운송되던 도중에 갑은 제1회 인도분의 93%에 견본품 및 계약서 기재내용보다도 내각능력이 감소되었고 많은 전력을 소비하게 되는 계약 부적합이 존재하는 점을 발견하였다. 갑은 몇 번이나 이를 수리하고자 하였지만 개선하지 못했다. 또한 계약에 적합한 물건과의 교환을 을에게 요구하였지만 을은 이에 응하지 않았기 때문에 계약을 해제하고 을에 대해서 손해 배상을 청구하였다. 법원은 냉각능력 및 소비전력이라고 하는 성능은 에어컨의 콘프레서의 가치에 있어서 중요한 요소라고 하고, 본질적 계약위반이라고 판시하였다. 이 판결은 애당초 자가 사

어야 한다는 지적이 있다.⁷⁰ 이 경우에는 합리적 사용 여부보다는 당해 「계약상의 합의」(contractual agreement)와 「거래의 상업적 배경」(commercial background)이 더 특별한 중요성을 갖는다. 이 경우 거래의 상업적 배경은 사실 당사자의 계약 내용이나 조건을 고려하는 것으로서 애당초 「계약」의 성격에 초점을 맞춘 것이다. 이러한 거래의 상업적 배경에 비추어 기한과 품질이 계약의 핵심을 이루는 계약에서는 합리적 사용 여부를 심사할 여지가 줄어든다. 계약상의 합의·조건이나 거래의 상업적 배경은 (a)호에서도 문제 되지만, 오히려 (b)호의 요소와도 밀접한 관련을 갖는다.

요컨대, 피해당사자의 물품 구매목적에 따라 자가사용 목적인지 전매 목적인지에 따라 전자의 경우에는 자가사용 목적에 적합하지 않으면 전매 가능성이 없더라도 계약상 이익의 실질적 박탈이 용이하게 인정될 수 있다. 그러나 처음부터 전매의 목적으로 구입한 경우에는 피해당사자에게 어느 정도 전매가능성이 남아 있다면 실질적 박탈을 인정하기 어려운 경우가 많을 것이다. 그러나 어떤 경우에도 계약당사자의 특별한 합의와 거래의 상업적 배경에 따라 합리적 사용 가능성 심사는 제한될 수 있고 또한 그 적용 여부가 달라질 수 있음은 전술한 바와 같다.

다. 불이행 당사자의 예견가능성

불이행이 비록 당사자가 계약에서 기대할 수 있었던 이익을 실질적으로 박탈하는 결과를 초래하였다고 하더라도, 이러한 결과에 대해서 불이행 당사자에게 합리적 예견가능성이 없었던 경우에는 본질적 불이행이 아니다 (PICC 제7.3.1조 제2항 (a)호 단서). 예견가능성은 그와 동일한 상황에서의 합

용 목적이 고려되어 합리적 사용 가능성의 심사에 근거하지 않고 본질적 계약위반을 인정하였다. 즉, 본 건에서는 매수인 갑은 계약을 체결한 해의 봄과 여름에 판매할 에어컨을 제조하기 위해서 본 건 목적물을 사용하는 것을 목적으로 하고 있었기 때문에, 약정보다도 성능이 떨어지는 콘프레서를 별도의 용도로(예컨대, 보다 성능이 떨어지는 찬 제품을 제조하기 위해서) 사용할 것을 갑에게 합리적으로 기대할 없었다는 평가가 가능하다. 이를 전제로 합리적 사용 가능성의 심사를 하더라도 같은 결론이 도출될 수 있으리라 생각된다. 그러나 본 판결은 본건 목적물을 매수인 갑에 있어서 다른 제품을 제조하기 위해 사용하는 것이 합리적으로 판단하고 가능한지의 여부라고 하는 관점에서는 검토하지 않고, 매수인 갑이 본 건 계약 하에서 의도하였던 목적에 본건 목적물을 사용할 수 없었다는 점에서 곧바로 본질적 계약위반을 긍정하였던 것이다. 이 사안의 자세한 설명은 松井和彦(註5), 776頁에서 인용함.

70. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.825.

리적인 사람을 기준으로 판단된다. PICC에서 예견가능성과 관련하여 다음과 같은 사례를 제시하고 있다.⁷¹ A는 B에게 자신의 부지에 있는 쓰레기를 치우는 것을 내용으로 하는 계약을 체결하면서, 1992년도 이내에 제거할 것을 약속하였다. 그런데 A는 B와의 계약 체결 당시에 이미 1993년 1월 2일부터 자신의 부지에 굴착 작업을 시작할 목적으로 고액의 임료를 주고 굴착기와 인부들을 미리 고용해 둔 상태였다. A는 1993년 1월 2일부터 이러한 작업이 동부지에서 시작된다는 사실에 대해서 B에게 아무런 통지도 하지 않았다. 후일 B가 1992년도 내에 쓰레기 제거 작업을 마치지 못했고 이를 근거로 A는 B에게 계약해제를 요구한 사안이다. 이 사안의 해설에서 A는 B가 그 기간 동안에 쓰레기를 다 치우지 못하였다고 하더라도 계약을 해제할 수 없다고 한다. 사실 이 문제는 오히려 PICC 제7.3.1조 제2항 (b)호의 관점에서든 문제 될 수 있을 것이다. 그러나 해설에서는 이에 대해서는 아무런 평가나 언급이 없고 다만 계약해제를 할 수 없다고 한다. 따라서 이를 별론으로 하고, 오직 예견가능성의 관점에서만 이 사안을 보면, A가 B에게 1993년 1월 2일부터 굴착작업이 시작되고 이를 위해 고액의 장비와 인부가 고용되었다는 사실을 알리지 않은 이상, A의 계약상 기대 이익이 형성되었다고 볼 수도 없고 따라서 이익의 박탈이 있었다고 보기도 어려울 것이다. 또한 B의 입장에서든 자신이 인식할 수 있는 시간적 틀 안에서 계약 준수의 이익을 형성하지 못했고, 따라서 예견가능성이 부정되므로 계약해제는 제한된다고 할 수 있다.⁷²

그런데 여기서 말하는 예견가능성의 대상은 PICC 제7.3.1조 제2항 (a)호에서 말하는 ‘당사자가 계약상 기대할 수 있었던 것’이므로 이것이 과연 무엇을 의미하는가에 대해서는 결국 (a)호의 논의에서와 같은 계약해석 문제가 발생한다. 따라서 계약의 객관적 해석을 통해 당사자가 계약상 기대할 수 있었던 이익이 무엇인가를 밝힌다면, 불이행 당사자는 당연히 예견할 수 있었던 것이 되므로 (a)호 단서에 의해서 예견가능성이 부정되는 일은 거의 발생하지 않는다는 지적이 있다.⁷³ 즉 소송에서 피해당사자가 (a)호 본문의 사

71. Illustration 3 to PICC Art 7.3.1.

72. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.827.

73. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.826. 동일한 지적으로 松井和彦, 『法

정을 증명하면 상대방이 동호 단서의 사정을 증명하기는 상당히 어려울 것이다. 그러나 본 호 단서의 실익 및 증명책임과의 관계에서 예견가능성의 요소를 어떻게 이해할 것인가에 대해서는 논의의 여지가 남지만, 본 호 규정의 취지상 어쨌든 계약해제가 불이행당사자에게 있어서 소위 ‘불의타(不意打)’가 되는 일이 없도록⁷⁴ 일간의 사정을 고려하자는 데 의의가 있다고 볼 수 있다.

2. 급부내용의 엄격한 준수(일치)가 계약상 필수적인 경우(7.3.1조 (2)항 (b)호)

가. 급부 내용의 엄격한 준수(strict compliance)

PICC 제7.3.1조 제2항 (b)호는 계약상 의무의 성격에 초점을 둔 규정이다. 즉, 계약상 어떤 채무의 엄격한 준수(일치)가 당해 계약 하에서 ‘필수적(of the essence)’인지가 본질적 불이행 판단의 근거가 된다. 어떤 의무가 그 계약에서 필수적인 것으로 정해지는지에 대해서는 (a)호에서와 마찬가지로 먼저 당사자 간 계약상 합의가 가장 중요한 기준이 된다. 따라서 만약 당사자가 어떤 의무의 이행이 당해 계약에서 본질적이고 또는 계약해제의 근거가 된다는 점을 명시적·묵시적으로 합의한 경우, 이러한 의무의 불이행이 계약해제를 초래한다는 점에는 의문이 없다. 즉 당사자는 계약상의 합의로 필수적(핵심적) 성격을 부여할 수 있다. 이 경우 계약상 합의의 대상이 되는 특정한 의무의 이행은 계약 내용과의 엄격한 일치가 요구되므로, 합의된 일자 또는 품질, 수량 등에 정확히 일치해야 하고 이를 위반하면 본질적 불이행이 된다. 이 경우, 불이행에 의해서 채권자의 계약상 이익이 실질적으로 박탈되는가의 여부는 직접적으로 고려되지는 않는다. 그런데 불이행 의무가 계약상 본질적인 것으로 간주되는 명시적·묵시적 합의가 존재하지 않는 경우에는 객관적 계약해석 또는 거래의 상업적 배경과 같은 구체적 사안의 사정(circumstances of the case)을 고려하여 판단한다. 이에 따라 (b)호에 해당하는 대표적인 예로서는 정기행위나 산물(産物)거래(sale of commodities), 화

定解除權の正当化根拠と催告解除(1)], 大阪法学 61卷1号, 2011, 71頁.

74. 松井和彦(註5), 780면.

환신용장거래(documentary credit transactions)가 여기에 해당한다.⁷⁵

나. 이행지체

(b)호의 해석과 관련하여, 이행지체의 경우에는 원칙적으로 본질적 불이행으로 평가되지 않는다.⁷⁶ 이러한 원칙은 PICC 제7.1.5조에 따른 부가기간 설정 해제를 규율하는 제7.3.1조 제3항이 이행지체를 통상 비본질적 불이행으로 전제하고 있다는 점에서 추론할 수 있다. 즉, 부가기간을 통한 해제절차는 사실 이행지체가 그 자체로 본질적 불이행을 구성하는 경우에는 의미가 없기 때문에, 이행지체의 경우에 특별히 이러한 해제 규정을 둔 것은 바로 이행지체의 비본질성을 부연하는 것이기도 하다.⁷⁷ 또한 이행지체로 인해 발생하는 손해는 금전적인 경우가 많고, 물품의 부적합과는 달리 늦은 이행자체는 통상 합리적 사용을 하는 것이 가능하므로 피해당사자의 박탈당한 이익은 손해배상으로 충분히 전보될 수 있기 때문이다.⁷⁸

그러나 이행지체라고 하더라도 항상 비본질적 불이행인 것은 아니고, 계약상의 합의나 계약의 객관적 해석에 의해서 기한의 엄격한 준수 자체가 계약상 필수적이었던 경우에는 (b)호에 의한 계약해제가 가능한 것은 물론이다. 특히 거래의 상업적 배경을 고려할 때, 기한의 엄수가 필수적인 것으로 인정되는 때, 예컨대, 앞서 말한 산물거래(기간상품), 신용장거래 또는 ‘CIF(INCOTERMS)’ 또는 ‘FOB(INCOTERMS)’ 조건으로 체결된 매매계약에서는 기한은 통상 당해 채무에 관해서 필수적인 것으로 인정될 수 있다.⁷⁹ 또한 이행지체의 경우 부패하기 쉬운 물품을 거래하는 경우에서와 같이 매매물품 자체의 성격에 비추어 본질적 불이행이 인정될 수도 있을 것이다.⁸⁰ 또한 선박이 일정 기간 내에 지정되어야 하는 경우 또는 용선계약서 상 선

75. Official Comment 3b to PICC Art.7.3.1.

76. PICC가 직접 적용된 사례는 아니지만, CISG의 사례로서 이러한 원칙에 입각한 것으로서는 OLG Hamburg 28 February 1997(1 U 167/195)(CISG-online 261); OLG Dusseldorf 24 April 1997(6 U 87/96)(CISG-online 385); Arbitral Award 1 January 1995(Basle), ICC case no 8128(CISG-online 526); 최문기(註11), 314면.

77. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.831.

78. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.832.

79. CIF 계약에 관해서는 OLG Hamburg 28 February 1997(1 U 167/95)(CISG-online 261)

80. Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG), 2nd ed., Oxford 2005, Art 25 para 18.

적하기 위한 준비가 일정기간 내에 이루어져야 하는 경우 그 시간은 통상 핵심적이다. 정기용선계약 상 임금이 특정 기간 동안에 지급되어야 하는 경우, 그 기간에 대해서도 동일한 내용이 마찬가지로 사실이다.

결론적으로 이행지체가 본질적 불이행에 해당하는지의 여부는 당해 계약의 내용 및 해석으로부터 결정되는데, 구체적으로는 제7.3.1조 (2)항 (a)호와 (b)호에서 규정된 요소들의 심사들을 통하여 결정될 것이다.

3. 채무자의 의도적인 불이행(7.3.1조 (2)항 (d)호)

(c)호의 요소는 오로지 불이행 당사자의 주관적 의도에 의해서 본질적 불이행을 결정하는 것이다. 즉, 당해 불이행이 채무자에 의해서 고의(intentional) 또는 부주의(reckless)에 의해서 행해졌는지가 판단기준이 된다. 앞에서 잠깐 언급하였지만, 사실 (c)호의 요소는 독립적인 판단 요소로서 작용하기 보다는 다른 요소와의 관계에서 제한적으로 해석된다. 즉, 일단 어떤 불이행이 당사자의 고의 또는 부주의로 행해졌다는 사실은 일단 불이행이 본질적이라는 평가에 대한 긍정적 방향으로 작용한다.⁸¹ 그러나 이와 같은 불이행 당사자의 ‘의도’라고 하는 순전히 주관적인 ‘마음의 상태(state of mind)’만으로 곧 본질적 불이행을 인정하기는 어렵고, 다른 사유, 특히 (a)호나 (d)호의 요소를 판단함에 있어서 이를 보강하거나 보충하는 논거로서 제한적으로 적용되어야 한다.⁸² 즉 불이행이 고의적으로 이루어졌다 하더라도, 경미한 내용의 불이행이었던 경우에 이를 해제하는 것은 신의성실의 원칙(제1.7조)에 반한다는 설명⁸³에서도 이러한 제한적 적용의 논거를 찾을 수 있다. 결국 PICC의 이와 같은 해석은 고의·과실을 해제의 요건으로 삼지 않은 태도와 궤를 같이한다고 할 수 있다.

4. 장래이행에 대한 신뢰의 상실(7.3.1조 (2)항 (c)호)

(d)호의 요소는 주로 이행이 분할적으로 행해지는 할부계약(instalment

81. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.828.

82. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.828.

83. Official Comment 3c to PICC Art.7.3.1.

contract)이나 장기계속계약(long-term contracts)을 상정하여 마련된 규정이다.⁸⁴ 따라서 어떤 이행도 행해지지 않은 경우에는 제7.3.4조 및 제7.3.5조가 규정하는 장래위반의 해제에 해당하는지 여부는 별론으로 하고 본 호는 적용되지 않는다. (d)호의 요소를 판단함에 있어서는 어떤 불이행이 채권자에게 채무자의 장래의 이행이 도움이 되지 않는다고 믿을만한 근거를 부여하고 있는지가 그 결정 기준이 된다. 이러한 ‘신뢰의 상실에 대한 상당한 근거’의 존재가 구체적으로 인정 될 수 있는 경우는 첫째, 위반이 타방 당사자가 실제로 적절한 이행을 행할 수 있는지에 관하여 합리적으로 의심할 수 있을 정도로 심각한 경우, 둘째, 현재의 불이행이 일련의 불이행의 한 부분을 구성하고 이에 따라 피해 당사자에게 장래의 이행을 신뢰할 수 없게 만드는 근거를 암시하고 있는 경우, 셋째 공급자가 수리에 의해서 치유할 수 없는 부적합 물품을 인도하였거나, 공급자가 장래에 하자 있는 물품을 인도하지 않도록 얼마나 노력하는지를 증명할 수 없는 경우 등이 있다.⁸⁵

사실 (d)호의 요소 또한 다른 요소들과 마찬가지로 제7.3.1조 제2항에서 언급된 다른 요소들, 특히 (a)호와 (b)호에 규정과의 관련성 하에서 함께 검토되는 것이 좋다. 예컨대, 매도인에 의해서 인도된 할부 부분이 오직 사소한 하자였다거나 엄격한 일치성이 계약에서 필수적인 것은 아니었던 경우에는 동일한 위반이 또한 장래의 할부 부분에 일어날 가능성이 있다는 사실만으로는 불이행을 본질적으로 간주하는 데 충분하지 않고 또한 계약의 해제를 정당화하는 것에도 충분하지 않다. 특히, 제7.3.1조 제2항 (d)호는 전체 계약의 해제를 염두에 두기 때문에, (a)호 요소의 심사 시에는 개별적인 장래 할부 부분 또는 장래의 개별적 의무에 엄격하게 제한되어서는 안되고 전체 계약을 고려해야 한다. 반대로 (d)호 요소의 심사에서도 장래 할부 또는 채무의 불이행 가능성이 필수적으로 피해 당사자가 전체 계약 하에서 기대할 수 있었던 바를 박탈하는지를 고려하는 것(a호)이 역시 중요하다.

요컨대, (d)호의 요소의 존부를 판단함에 있어서 중요한 것은 당해 불이행이 장래에도 반복 계속된다면 (a)호나 (b)호에도 해당한다고 해석될 수 있는가의 여부이다. 이것이 긍정되는 경우에는 당해 불이행 그 자체만으로는 아

84. Official Comment 3c to PICC Art.7.3.1.

85. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.829.

직 (a)호나 (b)호에 해당하지 않더라도, (d)호에 해당한다고 인정되고, 중대한 불이행이 긍정되는 방향으로 작용할 수 있다.⁸⁶ 한편, 장기계속계약에 있어서도 원칙적으로 (d)호의 심사가 행해질 수 있다.⁸⁷

5. 해제로 인한 채무자의 과잉 손실의 발생(7.3.1조 (2)항 (e)호)

e호의 요소는 해제를 인정함으로써, 채무자가 이행의 준비나 제공을 위한 행위를 하는 것에 의해 과잉한 손실을 입게 되는지의 여부이다. (a)호 내지 (d)호는 모두 해제를 긍정하는 방향으로 작용하는 요소임에 반해, (e)호는 해제를 부정하는 방향으로 작용하는 소극적 요소라고 할 수 있다. 예컨대, 주문자를 위해 소프트웨어를 특별히 개발해서 인도하는 계약에서, 수급인이 약정한 인도기일을 1개월 지연해서 소프트웨어를 제공한 경우, 주문자가 또한 이 소프트웨어를 필요로 하고 있고 수급인이 이 소프트웨어를 다른 곳에 매각하는 것이 불가능한 경우에는 주문자는 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이고 계약을 해제할 수는 없다.⁸⁸ 왜냐하면, 수급인은 소프트웨어를 개발하기 위해 다액의 비용을 지출하였음에도 불구하고 특주품이므로 당해 주문자 이외에는 매각하기 어렵기 때문이다. 이와 같은 경우, 만약 계약이 해제되면 수급인은 지출한 비용을 전혀 회수할 수 없고 그 결과 다액의 손해를 입게 될 것이다. 따라서 비록 채무자가 이행을 1개월 지연했다라도 여전히 주문자가 이 소프트웨어를 필요로 하고 있다면, 애당초 (a)호나 (b)호의 요소를 긍정하는 것은 어려울 것이다. 결국 여러 가지 이유에서 본질적 불이행은 인정되기 어렵다고 생각된다. 이와 같은 경우 (e)호에 의해서 본질적 불이행이 부정될 수 있는 기회가 부여되는 것이다. 다만, 이들 요소 간의 관계

86. Official Comment 3d to PICC Art. 7.3.1에서는 가령 목적물을 10회분으로 나누어서 인도하는 분할이행계약에서, 제1회의 분할이행에서 인도된 목적물에 결함이 있고, 이 때문에 그 후 모든 분할이행에도 마찬가지로 결함이 있음이 확실하고, 혹시 그것이 현실적으로 된다면 매수인에게 있어서 목적물을 소기의 용도로 전혀 사용할 수 없는 경우가 이에 해당한다고 설명한다.

87. 예컨대, 임대차나 기탁이 그 대표적 사례라고 할 수 있다. 임차인의 임료 미지급이나 기탁자의 보관료 미지급뿐만 아니라, 분할이행이 아닌 의무, 즉 임대인의 목적물을 사용수익에 공하는 의무나 수탁자의 보관에 있어서의 선관주의의무 등의 위반이 장래에 당해 의무의 준수가 도움이 되지 않는다고 채권자(임차인·기탁자)가 믿을만한 근거가 부여되는 경우도 있을 수 있다고 한다. 이 사례는 松井和彦(註5), 782頁에서 인용한 것임.

88. 이 사례는 Official Comment 3e to PICC Art. 7.3.1.

를 생각하면 애당초 (a)호, (b)호 또는 (d)호의 요소가 명확하게 긍정되는 경우에는 가령 (e)호의 요소가 인정되더라도 본질적 불이행을 정면에서 부정하기는 어려울 것 같다. 따라서 (e)호의 요소가 의미를 갖는 것은 오히려 주된 고려요소인 (a)호, (b)호 또는 (d)호의 요소만으로는 본질적 불이행의 여부가 결정적이지 않은 경우에 본질적 불이행을 부정할 수 있는 요소가 될 수 있다는 점에 있다.⁸⁹

V. 결론 및 시사점

이상으로 본고에서는 PICC의 해제 요건의 하나로서 「본질적 불이행」을 근거로 하는 해제에 관해서 살펴보았다. 「본질적 불이행」을 중심으로 하는 단일한 계약 책임체계는 사실 CISG에서 시도·구축되었고, 이러한 책임 체계는 이후에 성립된 국제거래규범에 커다란 영향을 주었다. PICC나 PECL도 기본적으로 이러한 책임 체계를 계수하였고, 특히 계약해제와 관련하여 계약 존중(pacta sunt servanda)의 표현으로서 본질적 불이행을 근거로 한 계약해제의 제한 원칙을 고수하고 있다. 이처럼 「본질적 불이행」의 여부는 계약해제의 가부를 결정하는 결정적인 요소임에도 불구하고 이러한 책임체계의 전신인 CISG에서는 「본질적 불이행」의 정의 규정을 두기만 하였을 뿐 구체적 사안에서 비본질적 불이행과 본질적 불이행을 판단할 수 있는 구체적 기준에 대해서는 침묵하였다. 이에 대해, 본고의 검토 대상인 PICC는 CISG와는 달리 본질적 불이행에 대한 정의규정을 포기하는 대신, 5가지의 구체적 판단 요소를 제시하고 있다. 이에 따라 PICC 제7.3.1조 제2항 각 호가 규율하는 내용과 그 의의에 대해서 본고에서 상세히 검토하였다. 그 결과 얻을 수 있는 시사점은 다음과 같다.

(1) PICC 제7.3.1조 제2항의 각 요소는 본질적 불이행을 판단하는 유일한 기준은 아니다. 여기에서 열거하는 5가지의 판단 요소는 본질적 불이행인지의 여부를 판단하기 위한 특별한 요소일 뿐이고 사안에 따라서는 다른 요소

89. Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp(註26), p.831.

들이 얼마든지 고려될 수 있다.

(2) PICC 제7.3.1조 제2항의 각 요소는 각 호가 독립적·병렬적으로 규율되는 형식을 취하고 있지만, 실제로 최상위의 중요성은 (a)호에 있고, 다른 요소들은 (a)호를 보다 구체화한 요소로서의 의미가 강하다. 그러나 각 호는 본질적 불이행의 독립된 판단 근거로 작용할 수도 있고 중복적으로 적용되는 경우도 있다. 다만, (c)호와 (e)호의 경우에는 다른 요소들에 비해서 상대적으로 제한적으로 해석되어야 하고, 독립적 판단근거로서 작용하기 보다는 다른 요소들을 보강하거나 부정하기 위한 요소로서 작용한다.

(3) 위에서 설명한 바와 같이, (a)호는 본질적 불이행 판단의 가장 중요한 요소이고, 이는 CISG 제25조의 정의 규정에 대응한 것으로서 당사자의 계약상의 합의가 최선의 판단 근거가 된다는 점을 시사하고 있다. 실제로 (a)호는 다른 호의 해석에도 밀접한 관련을 가지고 영향을 미치기도 한다. 당사자의 계약상 합의가 명시적·묵시적으로 표현되는 경우에는 이에 따라 본질적 불이행 여부가 결정되지만, 이러한 명시적·묵시적 합의가 부존재하는 경우에는 당해 계약의 객관적 해석상 거래의 상업적 배경 등이 중요한 판단기준이 된다. 그러나 거래의 상업적 배경이라는 것도 결국 계약 당사자의 계약적 합의의 내용을 추단할 수 있는 요소로서 의미를 여전히 가지고 있다.

투고일 : 2017. 3. 31.	심사일 : 2017. 4. 6.	게재확정일 : 2017. 4. 26.
--------------------	-------------------	----------------------

참고문헌

- 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2009.
- 곽윤직, 민법주해(14)(남호순 집필부분).
- 송덕수, 사례연습, 박영사, 2003.
- 지원림, 채권각론, 홍문사, 2011.
- 지원림, 채권총론, 홍문사, 2011.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- 곽민희, CISG에 있어서 물품의 부적합과 계약해제-CISG-AC Opinion no.5의 해석에 있어서 본질적 계약위반의 의미를 중심으로-, 국제거래법연구 제21집 제1호(2012).
- 박상기·최준선, CISG상의 계약위반과 UNIDROIT원칙의 계약 불이행에 관한 비교연구, 무역학회지 제27권 제2호(2002).
- 박정기, 유니드로와(UNIDROIT) 상사계약원칙에 있어서 계약책임, 해사법연구 제11권 제2호, 1999.
- 심종석·서민교, 국제상사계약에 있어 계약불이행의 결정기준과 그 적용사례에 관한 연구, 무역학회지 제33권 제5호, 2008.
- 석광현, 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반, 법학논총 제23집 제2호(특별호), 2006.
- 심종석, 국제상사계약에 있어 물품의 계약적합성에 기한 담보책임과 그 법적 기준에 관한 고찰-CISG 제35조의 적용에 따른 판결례를 중심으로-, 관세학회지 제8권 제1호.
- 임홍근·이태희, 국제물품매매계약에 관한 UN 협약상의 문제점, 삼지원, 1991.
- 오원석, 국제물품매매계약에서 물품에 대한 매도인의 계약적합의무-UN 통일매매법 제35조를 중심으로-, 무역학회지 제27권 제3호, 2002.
- 오현석, 국제상거래법 체제상 하자담보책임에 관한 비교연구, 한양법학 제22권 제3집.
- 오석웅, 국제계약규범상 예견되는 계약위반에 있어서의 법적구제에 관한 비교법적 고찰-CISG, PICC 및 PECL을 중심으로-, 원광법학 제30권

- 3호, 2014.
- _____, 國際商事契約에 관한 UNIDROIT原則 2004 : 國際仲裁에 있어서의 適用可能性을 中心으로, 법학연구 20, 2005.
- 이혜민, 국제물품매매에 관한 UN협약(CISG) 발효 후 10년, 우리 판결례의 동향과 시사점, 사법논집 제61집, 2015.
- 이창현, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)상의 ‘계약위반(Breach of Contract)’에 관한 연구, 사법논집 제40집, 2005.
- 윤일구, 하자담보책임의 고찰과 입법적 제언, 법학논집 제30집 제1호.
- 이준형, 受給人의 擔保責任에 있어 瑕疵의 概念, 민사법학 제25호.
- 연기영, 계약해제에 관한 비교법적, 입법론적 과제-민법개정안의 문제점과 올바른 개정방향을 중심으로-, 비교사법 제11권 4호, 2004.
- 정재우·이길남, 국제물품매매계약에 있어서 상관습법(Lex Mercatoria)의 발전과 전개, 그리고 향후과제-CISG와 PICC 원칙을 중심으로-, 무역학회지 제41권 제5호(2016).
- 정종휴, 계약책임법의 새로운 전개-유럽계약법원칙을 중심으로, 재산법연구 제22권 제1호, 2005.
- 최문기, 채무불이행을 이유로 하는 계약의 해제의 요건론, 성균관법학 제24권 제3호(2012).
- 하강현, 국제물품매매에서 물품의 일치성에 관한 고찰-CISG 사례를 중심으로-, 무역학회지 제32권 제2호, 2007.
- 한낙현, 국제물품거래상 계약위반의 구제제도에 관한 고찰-영미법을 중심으로-, 한국무역상무학회지 제42권, 2009.
- 최홍섭, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설, 법무부, 2005.
- 올란드·휴빌 편/김재형 역, 유럽계약법원칙 I·II, 박영사, 2013.
- 법무부민법개정자료 발간팀 編, 민법개정총서 4, 2004년 법무부 민법 개정안-채권편, 법무부, 2012.
- 법무부민법개정자료 발간팀 編, 민법개정총서 9, 2013년 법무부 민법 개정시안-채권편 上, 법무부, 2012.
- 법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례 연구 I, 법무부, 2004.

법무부, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례 연구Ⅱ, 법무부, 2006.

黄軌霆, ユニドロワ国際商事契約原則と契約法の調和, 国際公共政策研究 21(1), 2016.

中村嘉孝, UNIDROIT国際商事契約原則の評価と本質, 神戸外大論叢第66巻3号, 2016.

_____, UNIDROIT Principles 2010の考察, 神戸外大論叢 第63巻1号, 2013.

松井和彦, ユニドロワ国際商事契約原則における契約解除要件, 大阪法学 61巻3・4号, 2011.

山田到史子, 解除に置ける「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の関係, 法と政治 62巻1号, 2011.

Benjamin, Sale of Goods, 6th ed., London 2002.

Bianca/M.J.Bonell(eds.), Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, 1987.

Del Duca/Guttman/Squillante, Problems and materials on sales under the Uniform Commercial Code and the Convention on International Sale of Goods, Cincinnati 1993.

G.H. Treitel, Remedies for Breach of Contract, Oxford, 1991.

Gopalan, Sandeep, “Transnational commercial law: The Way Forward”, American University International Law Review, Vol.18, No.4(2003).

Lawrence, Symposium: The Revision of Article 2 of the Uniform Commercial Code: Appropriate Standards for a Buyer's Refusal to Keep Goods Tendered by a Seller, 35 Wm and Mary L.Rev.(1994).

Michael Joachim Bonell, UNIDROIT Principles 2004-The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, 9 Uniform L.Rev.5, 6(2004-1).

_____, The UNIDROIT Principles of International Commercial

Contracts; Nature, Purpose and First Experiences in Practice, I. Why the UNIDROIT Principles?

<<http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.html>>

Pace International Law Review, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG) 2005-2006, 2007.

Ralf Michales, The UNIDROIT Principles as Global Background Law, 19 Uniform Law Review(2014).

Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods(CISG), 3rded., Oxford(2010).

Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts(PICC), Oxford Univ. Press(2009).

[국문요약]

국제상사계약원칙(PICC)상 계약해제 요건으로서 본질적 불이행의 판단기준

곽민희

현재 글로벌화가 진전되면서 다양한 방면에서 인적·물적 교류가 이루어지고 있다. 이 중 국제물품의 거래가 활발해지면서 국제거래시장의 통합화가 진행되었고, 이러한 시대적 흐름은 자연스레 국제사법질서, 특히 상거래법 질서의 통일화 내지 현대화를 선도하고 있다. PICC는 구속력이 있는 법규범은 아니지만, 그 전문(Preamble)에서 밝히는 바와 같이, 국제무역을 전제로 한 국제상사계약에 있어서 일반적 준칙으로서 또는 국내외 분야에서 입법 및 해석을 위한 유용한 모델이 되고 있다. 따라서 본고에서는 현재 국제상거래 분야에서 의미 있는 일반원칙으로서의 국제사법통일협회(UNIDROIT)의 국제상사계약원칙(UNIDROIT Principles of International Commercial Contract, 이하, PICC)을 대상으로 계약해제 요건인 본질적 불이행의 개념에 대해서 살펴보았다. 우리나라에서도 2004년 민법 개정안 및 2013년의 민법개정 시안을 작성 논의에서도 CISG와 PECL을 비롯하여, PICC의 조문들도 그 참고 대상이 되었다는 사실은 중요한 의미를 갖는다. 이는 국제거래질서의 통합화 경향이 가장 두드러지는 계약법 분야에서 세계적 추세에 따라 우리 민법의 내용을 대응하려는 의도에서 이루어진 것이라고 할 수 있다. 이 중 계약 해제와 관련하여서는 국제적 흐름에 부합하고 현행 채무불이행 책임 체계를 정리한다는 취지에서 귀책사유 요부와 본질적 불이행 내지 중대한 불이행 요건을 설정할 것인지 등에 관해 다양하고 심도 있는 논의가 제기되었다. 즉, 채무불이행 책임 체계를 유형별로 규율하는 기본 원칙에는 변함이 없지만, 현행 하자담보책임과 채무불이행책임의 이원적 구조를 개선하고자 하였다. 또한 계약해제에 관한 규정을 폭넓게 재

검토함에 있어서 해제요건과 관련하여 귀책사유를 삭제할 것인지가 논의되었고, 「본질적 불이행」이라고 하는 개념을 요건으로서 도입하는 것이 검토되었다. 따라서 본고에서는 우선 PICC의 채무불이행 책임 체계 및 해제 규정을 분석하고, 이를 기초로 해제 요건으로서 「중대한 불이행」이 어떠한 의미인지, 또한 그 구체적 판단 기준이 무엇인지에 대해서 검토하였다.

주제어: 국제사법통일협회, 국제상사계약원칙, 상관습법, 계약해제, 본질적 불이행, 중대한 불이행

<Abstract>

A Study for Fundamental Non-Performance for Termination of Contract in PICC*

GWAK, MIN HUI

PICC Art.7.3.1 is one of the most important provision of the PICC. It sets out the requirements which must be met if one party wishes to terminate the contract in response to the other party's non-performance. Art.7.3.1(1) gives the basic rule: termination will be available as a remedy if the other party's non-performance amounts to a fundamental non-performance. This provision applies to any type of non-performance. Art.7.3.1(2) provides criteria that may be used to determine whether a non-performance is fundamental. Art.7.3.1 does not attempt to give an exhaustive definition of 'fundamental non-performance'. Rather, the provision is based upon the assumption that determining whether the non-performance was 'fundamental' has to be answered by analysing the specific circumstances of each individual case and by weighing different criteria. Therefore, This article discusses requirements of termination of contract, each factors of 'fundamental non-performance'. As a result of this review, The following points were identified as follows: The 'substantial deprivation' factor in Art. 7.3.1(2)(a) is the most important factor determining whether the non-performance is to be fundamental non-performance. The 'strict compliance' factor in 7.3.1(2)(b) emphasizes the nature of the contractual obligation that was breached. The 'intention' factor in 7.3.1(2)(c) only concentrates on the non-performing party. The 'loss of reliance' factor in 7.3.1(2)(d) addresses the situation where future performances would be due by the non-performing party. Finally, the 'disproportionate loss' factor in 7.3.1(2)(e) takes into account the non-performing party's interest not letting its preparations for performance be frustrated.

Keywords: UNIDROIT, PICC, CISG, PECL, termination of contract, fundamental breach, fundamental non-performance, non-performance.

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2015-S1A3A2-046431).