

國際物品賣買契約에서 根本的 契約違反에 관한 考察

河 康 憲*

-
- I. 序 言
 - II. 根本的 契約違反의 概念
 - III. 根本的 契約違反과 契約解除
 - IV. 根本的 契約違反의 適用
 - V. 結 言
-

I. 序 言

國際物品賣買契約에서 계약당사자 일방이 契約違反(breach of contract)을 범하게 되면 피해를 받은 상대방은 자신이 입은 損害를 回復할 權利를 가지게 된다. 이에 “國際物品賣買契約에 관한 유엔協約”(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980; 이하 CISG라 한다.)에서는 被害當事者에게 多樣的 救濟權利를 附與하고 있다. 그 중 CISG에서는 상대방의 계약위반을 이유로 어느 일방이 계약을 이행하지 아니할 수 있는 권리를 ‘契約의 解除權’(avoidance of the contract)이라 규정하고 있다(CISG 第 49條 및 第 64條). 그런데 모든 계약위반 행위에 대하여 항상 ‘계약의 해제’가 認定되지는 않는다. 즉, 계약위반 당사자가 범한 위반이 ‘根本的 契約違反’(fundamental breach)¹⁾에 상당하는 경우에 피해당사자는 계약을 해제할 수 있도록 契約解除權의 行使에 制限을 가하고 있다. 근본적 계약위반에 관하여는 CISG 第 25條에서 그 정의를 하고 있지만 어떠한 위반이 근본적 위반에 상당하는지

* 釜山大學校 貿易學科 講師.

1) CISG 제 25조 상의 「fundamental breach」에 대한 用語는 학자에 따라 기초적 위반, 기본적 위반, 본질적 위반, 중대한 위반, 근본적 위반 등으로 다양하게 불리어지고 있으나 여기서는 「根本的違反」으로 칭한다.

를 명확히 구분하는 것은 결코 쉽지 않다. 어쩌면 영원한 논쟁이 될지도 모른다. 이에 根本的 契約違反의 定義를 해석하는데 나타나고 있는 문제, 各國의 類似한 立法, 實務的 適用上에 발생할 수 있는 문제들을 고찰하여 同 條項의 解釋 및 適用에 나타날 수 있는 適用上의 空白을 조금이나마 좁혀 보고자 한다.

II. 根本的 契約違反의 概念

1. 根本的 契約違反의 定義

CISG 第 25 條에서는 「當事者의 一方이 범한 契約違反은 그것이 그 계약 하에서 相對方이 期待할 權利가 있는 것을 實質的으로 剝奪하는 程度의 損害를 초래하는 경우에는 根本的 違反으로 한다. 다만 違反當事者가 그러한 결과를 豫見하지 못하였고 또한 同一한 部類의 合理的인 者도 동일한 사정 하에서 그러한 결과를 豫見하지 못하였을 경우에는 그러하지 아니하다」라고 定義하고 있다. 이 정의는 계약위반에 있어 비근본적인 위반과 근본적 위반을 구분하기 위한 의도로 입법되어진 것인데 이 구분은 被害當事者의 救濟權利를 選擇하는데 있어 가장 重要한 要因이 된다.²⁾ CISG 상에 규정된 다양한 구제권리는 위반당사자의 어떠한 계약위반 시 항시 행사될 수 있는 것은 아니며 특히 契約解除權(CISG 第 49 條 1 項, 第 64 條 1 項) 및 代替品 引渡請求權(CISG 第 46 條 2 項) 등은 그 위반이 根本的違反에 相當하는 경우에만 行使될 수 있다. 그런데 문제는 이 근본적, 비근본적의 구분이 계약의 성립과 소멸을 결정할 수 있는 가장 중요한 요건임에도 불구하고 그 구분의 정확성에 대하여 논란이 계속되고 있으며 법원의 재판관도 판단하기가 쉽지 않다는데 있다.³⁾

(1) ULIS 上的 根本的 契約違反

CISG의 모태가 되었던 “國際物品賣買에 관한 統一法”(A Uniform Law for

2) Hans Van Houte, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, 1995, p. 132.

3) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law : the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè · Milan, 1987, p. 205.

the International Sale of Goods 1964: 이하 ULIS)에서는 第 10 條에서 「계약을 위반한 당사자가 만약 상대방과 동일한 사정에 있는 합리적인 사람이 계약위반과 그 효과를 예견하였다면 계약을 체결하지 않았으리라는 점을 契約締結時에 알았거나 또는 알았어야 하였던 경우에는 계약의 위반이 근본적이라고 본다」라고 정의하여 '상대방이 계약위반과 그 효과를 예견하였다도 계약을 체결하였을 것'이라는 위반당사자의 '豫見可能性'(foreseeability)으로 그 계약위반의 심도문제에 접근하고 있었다.⁴⁾ 즉, 상대방이 契約違反과 그 效果를 豫見하고도 契約를 체결하였다면 그 계약위반은 根本的 違反이 되지 않는다는 것이다. 또한 권리를 침해당한 당사자에 대한 기준으로 '합리적인 사람'의 개념을 도입하였다. 하지만, CISG 상의 '實質的 損害'(substantial detriment)의 개념은 입법되어 있지 아니하였다.

(2) 1978 草案上の 根本的 契約違反

UNCITRAL(The United Nations Commission on International Trade Law : 유엔 國際貿易法委員會)의 1978 年 CISG 草案에서는 根本的 契約違反을 第 23 條에서 다음과 같이 정의하고 있었다. 「당사자중 일방에 의해 이루어진 위반은 만약 그 위반이 다른 당사자에게 實質的인 損害를 초래한다면 根本的違反으로 간주된다. 만약 위반당사자가 예견하지 못하였거나 그러한 결과를 예견한 합당한 이유가 없다면 그러하지 아니하다」라고 하여 豫見可能性의 基準을 ULIS 상의 '合理的인 者'(reasonable person)가 아닌 '違反當事者'(the party in breach)로 제시한 점에 차이가 있으나 1980 年의 CISG 制定時에는 '동일 사정 하에서의 동일한 부류의 合理的인 者'의 개념으로 입법되어 졌다. 또한 草案에서는 ULIS 상에서 찾아볼 수 없었던 實質的 損害(substantial detriment)의 概念이 생겨났다. 하지만 草案에서는 '實質的인 損害'를 招來한다면 根本적 契約 위반이 되었으나 CISG 에서는 '相對方이 期待할 權利가 있는 바를 實質的으로 剝奪하는 정도의 損害'로 草案의 '實質的 損害'의 범위를 '相對方의 期待할 權利'로 더욱 制限하였다.⁵⁾ 이와 같은 草案과 다른 CISG 상의 두 가지 변경은

4) John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd ed., Kluwer Law & Taxation Publishers, 1991, p. 256.

5) Albert H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 201.

根本的 契約違反의 適用範圍를 크게 制限하는 역할을 하게 된다. 이러한 점을 고려해 볼 때 CISG 상의 '根本的 契約違反'의 定義는 크게 두 가지의 要件을 필요로 한다. ① 권리를 침해당한 당사자에게 유발된 손해는 그가 期待할 權利가 있는 바를 '實質的으로 剝奪'하여야 하며, ② 그 손해는 계약위반자가 豫見可能하였던 것으로 限定된다. 물론 契約違反者의 기준은 동일사정하의 동일부류의 合理的인 者로 한층 客觀化되어 기준되어진다.

2. 解釋上的의 問題

(1) 實質的 損害

어떠한 손해가 相對方의 期待할 權利를 實質的으로 剝奪할 정도의 損害인지 살펴 보겠다. 먼저 CISG 상의 '損害'의 개념은 '金錢上的 損害나 또는 結果的 損害(monetary injury or harm, or consequential harm)를 의미한다.⁶⁾ 또한 損害(detriment)는 損傷(damage)이나 損失(loss)과 같지 않으며 損害(detriment)의 概念은 보다 廣範圍하게 解釋되어야 한다. 예를 들어, 매도인이 物品을 保險에 付保하여야 할 義務를 無視하였다면 물리적 損害(injury)나 損傷(damage)은 발생하지 않을 것이지만 이로 인하여 물품의 운송중 매매가 되지 아니한 경우 損害(detriment)는 發生하게 되는 것이다.⁷⁾

다음은 實質的 損害(substantial detriment)의 基準에 관하여 살펴보겠다. 시간적 또는 물리적 기준은 무의미하며 그 계약위반이 상대방에게 유발하는 損害의 程度에 의해 정하여지는 것이다.⁸⁾ 그런데 그 '損害의 程度'를 '相對方이 期待할 權利'로 基準하는데 문제가 있다. 그 相對方이 期待할 權利라는 기준이 너무 主觀的인 個人的 評價가 된다는 점이다. 예를 들어 품질이 10% 떨어진 제품을 매수인은 당연히 자신이 기대하는 권리를 실질적으로 박탈당하였다고 생각할 것이지만 매도인은 50%이상이 實質的인 剝奪(substantial deprivation)이라 생각할 수도 있기 때문이다.⁹⁾ 즉, 상대방이 기대할 권리로 기준하는 것은

6) Andrew Babiak, "Defining Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Vol 6 *Temple Int'l & Comp. L.J.*, 1992, pp. 119~120.

7) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 210~211.

8) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 256.

9) Jacob S. Ziegel, "The Remedial provisions in the Vienna Sales Convention :

오히려 客觀化를 어렵게 만들 소지가 있는 것이다. 그러므로 손해가 실질적인 지의 결정은 각 경우의 계약상황을 고려하여 판단되어질 裁判官의 몫이라고 할 수밖에 없다.

(2) 豫見可能性

두 번째 요건인 합리적인 자의 豫見可能性에 관하여 살펴보겠다. 먼저 ‘합리적인 자’의 기준은 어떻게 설정할 수 있는지 살펴보겠다. 1978년 草案에서는 ‘違反當事者’가 예견가능성의 기준이었으나 CISG에서는 ULIS 상의 ‘同一事情 하에서의 合理的인 者’를 ‘同一事情下에서의 同一한 部類의 合理的인 者’로 그 기준을 설정하였는데 이는 추상적이고도 主觀的인 기준을 客觀化하기 위한 것이었다.¹⁰⁾ ‘合理的인 者’의 客觀性 構成要素인 ‘同一部類’는 동종의 무역분야에 종사하여야 하고 사회경제적인 여건도 고려되어야 할 것이다. ‘同一事情’은 시장상황, 법률체제, 정치, 기후, 이전의 계약과 거래 등을 고려하여야 할 것이다. 또한 ‘合理的인 者’의 解釋과 관련하여서는 CISG 第8條 3項이 참조될 수 있을 것이다.¹¹⁾ 결국 合理的인 者의 기준은 非合理的인 者를 除去함으로써 찾을 수 있다. 즉, 국제무역에서 지적, 전문적, 도덕적으로 불충분한 상인은 非合理的인 者라 할 수 있을 것이다.

다음은 豫見可能性의 時點 問題 즉, 예견가능한 시점을 契約締結時로 볼 것인가 또는 契約違反時로 볼 것인가 하는 問題이다. ULIS 第10條에서는 ‘계약 체결시에 알았거나 알았어야 했던 경우’(… wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of conclusion of the contract…)로 규정하여 契約締結時로 명시하고 있다. 그러나 CISG에서는 예견가능성 시점에 관한 규정이 없다. UNCITRAL의 초안에서는 그 시점을 규정하지 않고 법원의 결정에 남기는 것을 택하였다. Vienna 회의에서도 英國代表가 提案한 ULIS에 따른 계약체결 시 주의는 받아들여지지 않았다.¹²⁾ 獨逸의 Peter Schle-

Some Common Law Perspectives”, edited by Nina M. Galston & Hans Smit, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, 1984, § §9~16.

10) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 218.

11) CISG 第8條 3項. 「당사자의 의도 또는 合理的인 者가 가질 수 있는 이해력을 결정함에 있어서는, 당사자간의 교섭, 당사자간에 확립되어 있는 관습, 관행 및 당사자의 후속하는 어떠한 행위를 포함하여 一切의 관련된 事情에 대한 相當한 考慮가 있어야 한다」.

chtriem 教授는 계약위반자의 인식이나 인식가능성은 契約締結時에 결정되어야 한다고 해석하고 있으며¹³⁾ 美國의 Honnold 教授는 계약을 위반한 당사자가 계약을 체결한 후 相對方의 특별한 기대에 대한 情報도 考慮하여야 한다는 입장으로 契約違反時主義를 지지하고 있다.¹⁴⁾ 그러나 캐나다의 Ziegel 教授는 UNCITRAL이나 Vienna 회의에서 이러한 원칙을 제시하지 않은 점을 이상하게 여기면서도 CISG 第74條에 규정된 손해배상액 산정원칙의 기준시점이 계약체결시점인 점¹⁵⁾을 들어 契約締結時主義를 지지하고 있다.¹⁶⁾ 아 물론 이 豫見性 基準時點에 관한 問題는 해결되지 않은 채 남아 있지만 契約締結時點을 優先 考慮하고 만일 追後의 特別한 情報가 있다면 그 特別性的의 程度에 따라 이를 考慮할 수 있다고 보아야 할 것이다.

마지막으로 계약위반 당사자의 위반이 실질적으로 박탈할 정도의 손해로 증명된 상황에서 그러한 위반을 예견하지 못하였음을 누가 증명해야 하는지 豫見不可能性에 대한 舉證責任 問題이다. 이 경우 위반당사자는 그가 그러한 손해를 예견하지 못하였고 합리적인 자도 예견하지 못하였을 것이라는 것을 증명해 보여야만 근본적 계약위반이 되지 않는다. 즉, 豫見不可能性에 대한 立證責任(burden of proof)은 違反當事者에게 있는 것이다.¹⁷⁾ 이는 被害當事者에게 立證의 責任을 지우는 것은 不公平하다는 필리핀대표의 제안을 채택한 것이다. 즉, 豫見不可能性을 立證하여 違反當事者가 보다 有利한 立場에 서는 것인데 이를 피해당사자에게 책임지우는 것은 불공평하다는 것이다.¹⁸⁾ 違反當事者의

12) J.S. Ziegel, *op. cit.*, § §9~19.

13) 金玟中譯, 유엔統一買賣法, 斗聖社, 1995, p. 94.

14) 예를 들어 계약체결 후 매도인이 쌀 포장을 계약된 새 포장이 없어 중고포장으로 하려하자 買受人이 轉賣에 不適合하다고 通知하였음에도 中古包裝으로 船積한다면 이는 根本的 契約違反이 된다는 것이다. 즉, 契約締結後 物품이 전매된다는 情報도 考慮되어야 한다는 것이다(J.O. Honnold, *op. cit.*, pp. 182~3).

15) CISG 第74條 第2文. 「이러한 損害賠償額은 계약체결시에 위반의 당사자가 알았거나 또는 알았어야 할 사실 및 사정에 비추어서 그 위반의 당사자가 契約締結時에 계약위반의 가능한 결과로서 豫見하였거나 또는 예견하였어야 하는 손실을 초과할 수 없다.」. 이뿐만 아니라 CISG에서는 第79條 「免責」條項에서도 契約締結時點에 「障害」(impediment)를 고려하거나 障害의 結果를 회피 또는 극복하는 것이 不可能하다는 점을 立證하는 경우 當事者의 責任은 免責된다고 하여 免責되는 障害의 고려시점도 契約締結時로 보고 있다.

16) J.S. Ziegel, *op. cit.*, § §9~20.

17) ULIS와는 달리 立證責任을 「권리를 침해당한 당사자」에서 「위반당사자」에게로 전가시켰다(C.M. Bianca & M.J. Bonell *op. cit.*, pp. 215~216).

18) Year book VIII(1977) 31, para. 89 ; Bianca & M.J. Bonell *op. cit.*, p. 216 ; J.O. Honnold *op. cit.*, p. 258, Note 6.

立證責任은 CISG 조문 상에 '위반당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였고 ...' (the party in breach did not foresee ...)로 명문화되어 있어 달리 이견이 있을 수 없다.

3. 各國의 類似立法 比較

(1) 美國統一商法典

CISG 상의 근본적 계약위반과 유사한 개념을 美國 統一商法典(Uniform Commercial Code, 1953 ; UCC) 第2篇 第608條 및 第612條에서 찾아 볼 수 있다. UCC 第2-608條에서는 매수인이 인수한 物品의 不一致가 그 가치를 實質的으로 損傷(substantially impairment)¹⁹⁾시킨다면 物품의 수령을 거절할 수 있다고 규정하고 있다.²⁰⁾ 이는 분할계약에서도 동일하다(UCC 第2-612條). 이러한 物品拒絶權을 행사할 수 있는 실질적 손상과 CISG 상의 계약해제 권을 행사할 수 있는 실질적 손해의 개념은 유사한 점은 있으나 동일하지는 않다. 첫째, UCC의 실질적 손상은 계약서 상에 명시된 物품의 불일치로 인한 物品價値의 실질적 손상만을 의미하는 것이나,²¹⁾ CISG는 物품의 불일치뿐만 아니라 당사자의 모든 의무에 전체적으로 적용되며, 둘째, CISG 상의 예견가능성은 UCC에서는 배제되어 豫見可能 與否와 상관없이 적용되며²²⁾ 셋째, 이러한 실질적 손상을 원인으로 한 UCC의 物品拒絶權은 매수인만이 행사 가능하지만 CISG에서는 당사자 모두 행사 가능하다는 점에서 차이가 있다. 하지만 實質的 損傷의 개념이 나타나 있는 점이 주목된다.

(2) 英國物品賣買法

英國法에서는 근본적 위반 원칙이 중대한 효과를 가지지는 못하는 것으로

19) UCC에서도 CISG와 마찬가지로 '實質的 損傷'의 定義에 관하여 별도로 규정하고 있지는 않다. UCC 상의 「impairment」는 物품의 불일치로 인한 物理的 損傷만을 의미한다 James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 4th Edition, Volume 1, 1995, § 8-4. CISG 상의 「detriment」는 結果的 損害도 포함한다(A. Babiak, *ibid*).

20) UCC 2~608 「The buyer may revoke his acceptance of a lot or commercial unit whose non-conformity substantially impairs its value to him if he has accepted it」.

21) James J. White & Robert S. Summers, *op. cit.*, § 8-4

22) John E. Murray Jr. & Harry M. Flechtner, *Sales and Leases*, West Publishing Co., 1994, p. 180.

보여 진다.²³⁾ 英國物品賣買法(Sale of Goods Act, 1979: SGA) 상에는 근본적 계약위반의 개념이 입법되지는 않았으며 대신에 계약위반에 따른 효과를 명확히 하기 위하여 契約條項을 條件(condition)과 擔保(warranty)로 구분하여 그 효과를 규정하고 있다.²⁴⁾ SGA 第11條 3項에서는 條件의 違反時에는 損害賠償請求權과 契約履行拒絕權을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 조건과 담보의 구분은 SGA 第61條를 참조할 수 있는데 「擔保는 매매계약에 관계되고 매매계약의 主要目的에 附隨하는 合意를 의미한다」라고 정의하고 있음을 볼 때 계약의 本質的要素는 條件으로 附隨的 要素는 擔保로 해석할 수 있다.²⁵⁾ 그러면 CISG 상의 根本的違反과 SGA 상의 條件違反을 동일개념으로 볼 수 있는가 하는 점이다. SGA 상의 조건위반의 개념은 CISG 상의 근본적 위반의 개념에 대하여 참조할 수 있는 類似한 概念으로 볼 수는 있어도 同一한 개념으로 볼 수는 없다. 왜냐하면 CISG의 근본적 위반은 被害當事者가 그가 期待하는 權利를 實質的으로 剝奪당하였는가를 基準하는 것으로 그 위반이 本質的인지 附隨的인지의 與否를 基準으로 하는 것은 아니기 때문이다. 그 위반이 부수적인 요소에 있다 하여도 피해당사자가 입은 손해가 실질적이라면 근본적 위반이 되기 때문이다.²⁶⁾ 또한 SGA에서는 條件의 違反에 ‘實質的 損害’나 ‘豫見可能性’을 前提하고 있지 아니 하다. 결국 CISG 상의 根本的 違反은 英國法的인 原理와는 無關한 것이다.²⁷⁾ 다만, 계약의 이행거절을 행하여 계약을 종료시키는 當事者의 權利를 制限하고 있다는 점은 동일한 맥락이라 볼 수 있다.

(3) 우리 民法

우리 民法에서는 「賣買의 目的物에 瑕疵가 있음으로써」(第580條 1項), 「이로 인하여 契約의 目的에 達成할 수 없는 경우에 買受人은 契約을 解除할 수 있다」(第575條 1項)라고 규정하고 있으며 또한 民法 第544條에서는 「당사자

23) Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice the English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, 1996, § 7, 12~14.

24) 英國法上の 條件과 擔保를 구분하는 것은 쉽지 않다. 한 판례에서 품질의 결여는 조건의 위반으로, 유사종류의 물품인도는 담보의 위반으로 판시한 바도 있다. 계약의 주된 목적에 부수하는 경우에는 부수적 의무의 위반일지라도 담보로 보지 않는다는 견해도 있다. 결국 이러한 區分은 法院의 任務라 할 수 있다(Michael C. Blair, *Sale of Goods Act 1979*, London Butterworths 1980, pp. 53~54).

25) 吳元爽, 貿易契約論, 三英社, 1995, p. 370.

26) 가령 포장문제, 상표오용문제 등도 근본적 위반이 될 수 있다.

27) C.M. Bianca & M. J. Bonell, *op. cit.*, p. 209.

일방이 그 債務를 履行하지 아니하는 때에는 契約을 解除할 수 있다」라고 규정하고 있다. 그러면 '賣買 目的物의 瑕疵' 또는 '債務履行遲滯'의 概念이 CISG 상의 '實質的 侵害'의 개념과 동일한 개념이라 볼 수 있는지 살펴 보겠다. 먼저 매매의 목적물, 즉 物品에 些少한 瑕疵만 있어도 契約의 解除는 可能한 것인가 하는 점이다. 매매 목적물에 些少한 瑕疵가 있는 경우에는 契約解除를 할 수 없다고 보아야 한다. 民法 第575條 1項에서는 명확히 이러한 하자는 '契約의 目的에 達成할 수 없는 경우'라고 制限하고 있다.

그러면 '契約의 目的을 達成할 수 있는 경우'란 어떠한 경우를 말하는지, 賣買의 目的은 반드시 契約의 內容으로 되어 있어야 하는지 의문이 생긴다. 매매 목적물의 하자를 쉽게 또한 값싸게 보수할 수 있는 경우는 '계약의 목적을 달성할 수 있는 경우'에 해당되지 아니한다. 또한, 賣買의 目的은 계약의 내용으로 되어 있을 필요는 없으나 매수인의 주관적인 의도뿐만 아니라 客觀적으로 理解할 수 있는 것이어야 할 것이다.²⁸⁾ 우리 民法上의 '계약의 목적을 달성하는데'의 개념은 CISG 상의 '상대방의 기대할 권리를 실질적으로 박탈하는' 개념과 마찬가지로 契約의 解除權을 行使하는데 制限을 가하고 있다.

다음은 履行遲滯의 경우에 있어 「채무를 이행하지 아니하는 경우」에는 無條件 契約解除가 可能한가 하는 점이다. 民法 第544條上의 契約의 解除가 인정되는 채무의 불이행은 主된 債務의 不履行을 말하는 것이며 附隨的 債務의 不履行에 대하여는 계약의 해제를 하지 못한다고 보아야 한다.²⁹⁾ 우리 民法上의 규정은 物品의 瑕疵에만 局限되어 적용되며, 附隨的 債務에는 적용되지 아니하며, 買受人인만이 行使 可能하다는 점 등에서 CISG와 차이가 있을 뿐 아니라 CISG에서처럼 豫見可能性으로 제한하고 있지 않다는 점에서도 차이가 있다. 그러나 契約解除權의 행사를 制限하고 있는 점, 契約의 內容解釋에 客觀性을 요하는 점 등은 CISG와 一脈相通하는 부분이다.

(4) 日本 民法

日本 民法 第566條에서는 「賣買 目的物에 質的瑕疵가 있고 이로 인하여 契

28) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1995, p. 246.

29) 주된 채무나 부수적인 채무이냐는 구체적인 경우에 따라 판단되어야 할 것이다. (郭潤直, 上揭書, pp. 160~162); 大法院 判例 1968. 11. 5 「68다 1808」: 「계약 본래의 목적은 이미 달성되었고 附隨的 債務의 履行遲滯 中에는 … 契約全體의 解除를 허용할 수 없다」.

約의 目的을 達成하는 것이 不可能한 경우에 限하여 買受人은 契約을 解除할 수 있는 權利를 得한다」고 규정하고³⁰⁾ 또한 第541條에서는 履行遲滯에 의한 解除權을 規定하고 있는데 「당사자 일방의 債務履行의 遲滯時에는 契約의 解除權利를 得한다」라고 규정하고 있다. 우리 민법과 마찬가지로 부수적 이행지체에 관한 언급은 없으나 계약의 주된 목적에서 볼 때 필수적이지 않은 附隨的債務³¹⁾가 이행되지 아니하여도 契約의 目的達成에 影響이 없는 것일 때에는 解除가 허용되지 않는 것으로 보고 있다. 일본 민법에서는 우리 민법과 거의 동일한 입장을 보이고 있다.

(5) 大陸法系

프랑스에서는 피해당사자에게 계약을 해제하도록 허용하는 중요한 조건은 양당사자에 의해 별도로 규정하지 않았다면 이 문제는 法院의 司法的 判斷에 의해서만 해결되어 진다. 이러한 경우 裁判官은 重大한 理由 grave reason)의 存在與否로 判斷하게 될 것이다. 獨逸에서는 부수적인 의무 또는 주된 의무인지의 여부에 따라 판단되어진다. 附隨的인 義務의 위반만으로는 契約의 解除가 되지 아니한다.³²⁾ 프랑스의 '중대한 이유'의 개념은 '근본적 위반'과 유사한 점이 있으나 계약의 해제는 법원의 판결에 의해서 가능하다는 점에서 CISG와 차이가 있다. 獨逸의 개념은 앞서 살펴본 우리 민법, 일본 민법 및 영국 물품매매법 상의 'condition' 위반의 개념과 유사한 개념이라고 여겨진다. 한편 이스라엘의 契約法(1970) 第6篇 「계약위반의 구제」에서는 ULIS 상의 根本的 契約違反을 採擇하고 있다.³³⁾ 要約하면 CISG 상의 '根本的 違反'의 개념은 ULIS에서 由來되었지만 입법역사는 충분하지 않은 새로운 法的概念(fresh legal concept)인 것이다.

30) 篠塚昭次 編, 債權法, 三省堂, 1987, pp. 319~320.

31) 比川善太郎, 契約責任의 研究, 有斐閣, 1963, pp. 90~91. 「부수적 의무도 종속적인 부수의무와 독립적인 부수의무로 구분하고 독립적인 부수의무는 적극적인 계약침해, 채권침해로서 중요한 위치를 가진다」. 라고 한다. 이에 비추어 볼 때 부수적 채무는 종속적인 부수적 채무만을 의미한다고 보아야 할 것이다.

32) Dubrovnik Lectures, p. 327 ; A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 203.

33) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 209. 이스라엘 외에도 1963년 체코슬라비아의 국제무역법에서 1956년의 ULIS 草案上의 根本的違反 概念을 도입한 이래 현재 스페인, 아라비아, 중국 등의 국가에서도 ULIS 상의 근본적 위반의 개념이 존재한다(C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 210).

Ⅲ. 根本的 契約違反과 契約解除

1. 根本的 契約違反의 效果

CISG 상의 根本的 契約違反 條項은 契約解除權을 부여하는 前提要件으로서의 意義 뿐만아니라 CISG를 해석, 적용함에 있어 根本的 違反의 法律的 效果는 매우 廣範圍하게 영향을 미친다.

(1) 買受人, 賣渡人의 契約解除權

CISG 第 49 條 1 項 a 號에서는 「계약 또는 이 협약에 따른 매도인의 어떠한 의무의 불이행이 계약의 根本的인 違反에 상당하는 경우 買受人은 契約의 解除(avoidance of the contract)를 선언할 수 있다」고 규정하고 있으며 CISG 第 64 條 1 項 a 號에서는 「계약 또는 이 협약에 따른 매수인의 어떠한 의무의 불이행이 계약의 根本的인 違反에 상당하는 경우 賣渡人은 契約의 解除를 선언할 수 있다」고 하여 매수인, 매도인의 계약해제는 위반당사자의 의무불이행이 근본적위반에 상당하는 경우에만 가능하도록 제한하고 있다. 이러한 제한은 UCC 등의 국내법과는 달리 국제물품매매에 적용되는 CISG의 특성상 契約의 維持(preservation of the contract)를 強調한 것으로 특히 개도국과 사회주의 국가의 우려를 반영한 것이기도 하다. 계약해제의 방법, 시기, 효과 및 소멸 등에 관해서는 다음 節에서 살펴보겠다.

(2) 賣渡人의 瑕疵補完權

CISG 第 48 條 1 項에서는 「賣渡人은 引渡期日後에도 불합리한 지체없이 그리고 매수인에게 불합리한 불편을 주거나 또는 매수인이 선지급한 비용을 매도인으로부터 보상받는데 대한 불확실성이 없는 경우에는 自身の 費用負擔으로 그 義務의 어떠한 不履行을 補完(remedy)할 수 있다」고 규정하여 賣渡人의 瑕疵補完權을 認定하고 있다. 그러나 매수인이 매도인에 의한 의무의 이행을 위한 상당한 기간만큼의 추가기간을 지정할 수 있는 買受人의 追加期間 設

定權³⁴⁾에 따라 지정한 추가기간 내에 물품을 인도하지 아니하거나 또는 매도인이 그 지정된 기간 내에 인도하지 아니하겠다고 선언한 경우(第49條 第1項 b號)에 매수인은 契約解除를 宣言할 수 있다(第49條 1項). 즉, 매도인이 買受人의 追加期間 設定權에 의하여 指定된 期間內에도 매도인이 그 의무의 不履行을 補完하지 않는다면 賣渡人의 瑕疵補完權은 效力을 喪失하게 되고 契約의 해제가 가능해 진다. 그런데 만일 賣渡人의 瑕疵補完權과 買受人의 契約解除權이 衝突하는 경우에 어느 권리가 우선 적용되는지 의문이 생긴다.³⁵⁾ 이러한 경우에는 契約 위반사항에 대한 賣渡人의 補完提議가 正當한지 與否에 비추어 判斷하여야 할 것이다. 하지만 실무적으로 매도인의 보완제외가 정당한 것이었는지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 그래서 이런 경우에 實務家들은 優先, 賣渡人에게 하자를 補完할 期間을 指定하고 그 기간 내 補完에 失敗한다면 契約解除를 宣言하는 것이 무난할 것이다.³⁶⁾

(3) 買受人의 代替品引渡請求權

물품이 契約과 일치하지 아니하는 경우에 買受人은 代替品の 引渡(delivery of substitute goods)를 청구할 수 있다. 하지만 물품의 契約불일치의 경우에 항상 매수인에게 代替品引渡請求權이 부여되는 것은 아니다. CISG 第46條 2項에서는 物品의 不一致가 契約의 根本的인 違反을 構成하고 물품의 불일치를 발견하였거나 또는 발견하였어야 한 때부터 相當한 期間內³⁷⁾에 불일치의 성질

34) CISG 第47條 1項 참조.

35) 예를 들어 매도인이 인도한 기계의 부품 하나가 작동하지 않아 기계가 작동하지 않는 경우 賣渡人은 部品交替를 提議했으나 買受人은 이 제의를 拒絕하고 契約解除를 宣言할 수 있는 것인가. 이 경우 부품의 교체가 없다면 근본적 위반임에 틀림 없으나 신속한 부품교체가 가능하다면 '實質的 損害'의 防止가 可能하다고 보아야 한다(J.O. Honnold *op. cit.*, Ex 25B).

36) 新堀聰, 貿易取引入門, 日本經濟新聞社, 1992, p. 376. 하지만 賣渡人의 瑕疵補完權이 항상 買受人의 契約解除權에 우선하는 것은 아니다. 賣渡人의 瑕疵補完이 명확히 排除되어 지는 경우, 가령 부패성물품, 도산, 입출항금지조치 등의 경우에는 곧바로 契約해제가 가능하다고 보아야 한다(C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 349 ~ 350. 참조).

37) 이러한 통지는 드러난 不一致의 경우, 발견하였거나 발견하였어야 한 때부터 相當한 期間 내(CISG 第39條 1項), 숨겨진 불일치의 경우 물품이 현실적으로 인도된 날로부터 늦어도 2년 이내에 행하여야 한다(CISG 第39條 2項). 드러나지 아니한 숨겨진 瑕疵에 대하여는 각국의 규정이 다양한데 UCC에서는 1년 이내이며 獨逸民法에서는 6개월, 日本에서는 숨겨진 하자에 대하여 民法은 1년(日本 民法 第570條), 商法은 6개월(日本 商法 第526條)이다(新堀聰, 上掲書, 1992, p. 371). 우리 民法에서는 하자의 보수기간은 1년이 원칙이며(우리 民法 第670條 ①項), 토지의 공작물에 관하여는 5년, 콘크리트 등의 견고한 공작물은 10년이다(郭潤直,

을 통지한 경우에만 대체품인도의 청구를 행사할 수 있다.³⁸⁾

(4) 物品 一部の 不一致

물품의 인도가 완전하게 또는 계약에 일치하게 이행되지 아니하였다고 하여 계약의 해제를 매수인이 선언할 수 있는 것은 아니다(CISG 第51條 2項). 인도된 물품이 계약에 완전하게 일치하지 아니하는 物品 一部(a part of the goods) 不一致(non-conformity)의 경우에도 그 불일치가 根本的違反에 상당할 경우에만 買受人의 契約解除가 가능하다. 어느 정도의 불일치가 근본적 계약위반에 상당하는 경우인지에 관하여는 第IV章 1節에서 좀 더 상세히 살펴보겠다.

(5) 危險移轉

CISG 상에 규정³⁹⁾된 危險移轉(passing of risk)은 賣渡人이 根本的 契約違反을 犯한 경우에는 買受人이 계약을 해제할 수 있기 때문에 危險이 買受人에게 移轉되지 아니 하도록 하여 賣渡人이 危險을 負擔하도록 규정하고 있다(CISG 第70條). 즉, 매도인이 범한 위반이 근본적 위반에 해당하는 경우에는 위험이 매수인에게 이전되지 아니하고 그 위반이 근본적 위반에 해당하지 아니하는 경우라면 위험은 매수인에게 이전되는 것이다.⁴⁰⁾ 예를 들어 운송인 인도 시(handed over to the carrier) 위험이 이전되는 계약에서 매수인이 수령한 500대의 냉장고용 냉동기중 200대가 海水에 의해 損傷을 입었고, 그 중 賣渡人의 製造缺陷은 5대밖에 없었다면 이러한 경우에는 매도인이 근본적 계약위반을 범한 것이라 볼 수 없으므로 계약을 해제할 수 없는 것이다. 왜냐하면 이미 危險은 운송인 인도시점에 매수인에게 移轉되었고 賣渡人의 違反은 根本的 契約違反이라고 볼 수 없기 때문이다.⁴¹⁾ 물론 이 例에서 賣渡人의 製造缺陷이 200

前掲書, pp. 457~458). 우리 商法에서는 하자를 즉시 발견할 수 없는 때에는 목적물의 하자를 수령 후 6개월내에 검사하도록 규정하고 있다(우리 商法 第69條 1項). 숨겨진 하자가 아닌 경우에는 지체없이 검사하여야 한다(崔基元, 商法學概論, 博英社, 1995, pp. 90~91).

38) 가령, 賣渡人이 pineapple 대신에 apple을 買受人에게 引渡하였다면 매도인은 매수인의 apple로의 대체요구에 응하거나 계약해제된 pineapple의 처분 또는 반환 준비용을 부담하여야 한다(C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 337~338).

39) CISG에서는 危險移轉에 관하여 위험부담의 일반원칙은 第66條에서, 운송인 인도시의 위험이전은 第67條에서, 매수인 인도시의 위험이전은 第69條에서, 그리고 운송 중에 매대된 물품의 위험이전은 第68條에서 각각 규정하고 있다.

40) J.O. Honnold, *op. cit.*, pp. 476~477.

41) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 509.

대였다면 根本的 契約違反이 구성되고 契約은 解除될 수 있을 것이다. 이와 같이 危險移轉의 문제에 있어서도 根本的 違反의 개념은 중요한 役割을 한다. 가령 Incoterms(1990) 상에서는 물품이 매수인에게 인도되는 시기에 위험은 이전 되어진다는 引渡主義의 입장을 취하고 있지만⁴²⁾ 매도인의 근본적 계약위반이 있었다면 이들 위험이전시기는 의미가 없게 된다. 이러한 경우 비록 危險移轉後 運送中 損害를 입었다 하여도 賣渡人은 여전히 物品의 危險을 負擔하게 되며 買受人은 契約을 解除하고 物品을 拒絶할 수 있게 된다.

(6) 履行期日前的 契約解除

契約의 履行期日 以前에 당사자 일방이 契約을 違反할 것이 明白한 경우에 상대방은 항시 계약을 해제할 수 있는지 살펴보겠다. CISG 第72條 1項에서는 「契約의 履行期日 以前(prior to the date for performance)에 당사자 일방의 일방이 계약의 根本的인 違反을 犯할 것이 明白한 경우에는, 상대방은 契約의 解除를 宣言할 수 있다」라고 규정하고 있지만 이는 相對方이 契約을 違反할 것임이 分明하다고 할지라도 그 위반이 根本的인 違反이 아니라면 契約을 解除할 수 없다는 중요한 의미를 지닌다.⁴³⁾ 그러면 상대방이 계약을 위반할 것임이 분명한 경우 피해가 예상되는 당사자는 보호를 받을 방법이 없는지 살펴 보겠다. CISG 第71條에서는 「당사자 일방이 계약체결 후 그 의무의 實質的인 部分(substantial part)을 이행하지 아니할 것이 명백한 경우에는 자신의 義務履行을 停止할 수 있다(may suspend the performance)」고 규정하고 있다. 이미 물품을 발송한 경우에는 매도인은 物品이 매수인에게 引渡되는 것을 中止시킬 수 있다.⁴⁴⁾ 그러므로 豫想되는 違反(anticipatory breach)에 대하여는 그

42) Incoterms(1990) 상에서는 인도시기를 위험이전시기로 보는 引渡主義 입장이라 볼 수 있다. 그러나 이 또한 嚴密한 의미에서 引渡時點과 危險移轉時點이 同一하다고 볼 수는 없다. 가령 「ship's rail」 위험이전 조건인 FOB, CIF, CFR 등에서 '引渡'는 본선의 甲板에 인도되어져야 하고(deliver the goods on board the vessel) '危險'은 本船의 欄干을 통과할 때(passed the ship's rail) 이전된다고 규정하고 있기 때문이다(吳元奭, 國際物品賣買契約에서 物品의 危險移轉 時期에 관한 比較考察, 韓國貿易學會學術發表論文集, 1997. 6, p. 143; Jan Ramberg, *Guide to Incoterms* 1990, ICC Publishing S.A., 1991, p. 10).

43) 예를 들어, 賣渡人이 買受人에게 인도하도록 契約한 物品을 第3者에게 再賣却하는 행위, 매수인의 物品을 生産하기로 합의한 製造工場을 賣却하는 행위 등은 이행기 이전에 계약해제를 할 수 있는 事由가 된다(J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 496).

44) 履行停止權은 CISG 第71條에서 규정하고 있는데 이 이행정지권은 物品에 대한 權利에만 적용된다. 또한 이행정지권을 행사할 당사자는 상대방에게 通知할 義務가 있다. 만약 상대방이 그 이행에 관하여 적절한 保障(adequate assurance)을 제공한

예상되는 위반이 根本的 違反에 상당하면 契約을 解除할 수 있으나 그렇지 아니 하다면 CISG 第 71 條의 履行停止權을 行使할 수가 있는 것이다. 그러나 그 權利 適用의 基準을 명확히 제시할 수 없는 어려움이 있다.⁴⁵⁾ 그러므로 履行停止權을 行使하려는 當事者는 실질적인 부분이 이행되지 아니할 것이라고 주관적으로 판단하지 말아야 하며 客觀的인 根據가 存在하는 경우에만 履行停止權을 行使하여야 할 것이다.⁴⁶⁾ 만약 예상 피해당사자가 이행을 희망하든지 또는 계약해제의 근거 즉, 根本的 契約違反에 相當하는지의 여부가 불분명한 경우에는 보다 온건한 방법인 이행정지를 행사하게 될 것이다. 契約解除權 行使에는 履行停止權보다 嚴格한 基準이 필요하기 때문이다.

(7) 分割履行 契約의 解除

物品을 分割하여 引渡하도록 契約한 경우에 있어서도 당사자 일방의 義務不履行이 그 分割部分(installment)에 관하여 根本的인 違反을 구성하거나 將來의 分割部分에 관하여도 根本的違反이 발생할 것이라는 充分한 根據가 되는 상대방의 어떠한 의무불이행이 있는 경우에는 그 분할부분 또는 장래의 분할 부분에 관하여 契約의 解除를 宣言할 수 있다(CISG 第 73 條 1, 2 項).⁴⁷⁾ 즉, 분할 이행계약에서 상대방의 의무불이행이 그 분할부분 또는 장래의 분할부분에 대해 근본적위반을 구성하거나 구성할 것으로 충분히 예상되는 경우에는 계약을 해제할 수 있는 것이다.⁴⁸⁾ 이러한 경우의 分割履行契約은 根本的 違反이 구성된 分割部分과 將來의 分割部分과의 相互依存關係(interdependence)가 전체 계약의 해체에 중요한 영향을 미친다. 상호의존관계가 성립되는 경우에는 全體契

다면 정지권을 행사한 당사자는 履行停止를 中止하고 계속 그 의무를 이행하여야 한다(CISG 第 71 條 3 項 참조). 이행정지권이 행사되면 계약해제권 행사와는 달리 賣渡人에게 物品 處分權이, 買受人에게는 代替品을 購入할 權利가 형성되지 아니한다(CISG 第 75 條 참조).

45) 매도인 이행능력의 결함(공장의 파업), 매수인 신용상태의 결함(대금지급의 지연, 불확실), 매도인의 계약 부적합이행(특정원재료, 부품不使用) 예상 등의 경우에 履行停止權을 行使할 수 있다(C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 519~520).

46) 新堀聰, 國際統一賣買法, 同文館, 1994, p. 135. 實質的인 部分(substantial part)이 무엇인지에 관하여 CISG는 정의하고 있지 아니하다.

47) 참고로 제 5 차 신용장 통일규칙(1993) 第 41 條에서는 지정된 기간 내에 割賦方式에 의한 어음발행, 선적이 규정되어 있는 경우 어떠한 割賦分이 不履行되었다면 該當割賦分 및 以後의 모든 割賦分이 效力을 喪失한다고 규정하고 있다.

48) 당사자 일방의 어떠한 의무불이행이 이미 행하여진 인도와 장래에 행하여질 인도 사이에 相互依存關係로 인해 당초의 의도한 목적으로 사용될 수 없다면 동시에 계약의 해제를 선언할 수 있다(CISG 第 73 條 3 項).

約을 解除할 수 있으나⁴⁹⁾ 상호의존관계가 성립되지 않는 경우에는 當該 根本的 違反分만이 解除되어 진다.⁵⁰⁾ 만약 根本的 契約違反이 아닌 경우에는 契約을 해제할 수가 없다. 그렇지만 그 외의 여러 구제수단, 예를 들어 代金減額請求權⁵¹⁾이나 損害賠償請求權⁵²⁾ 등을 행사하여 被害當事者는 救濟를 받을 수 있게 된다.

2. 契約解除의 方法 및 效力

國際物品賣買契約에서 일방당사자의 契約違反에 대한 가장 強力한 救濟權利로서 契約解除權을 부여하고 있다. 이 契約解除權은 각국법에서 널리 인정하고 있는데 UCC에서는 매대계약당사자의 일방이 相對方 當事者의 契約違反을 이유로 契約을 종료시키는 것을 契約의 取消(cancellation)라 하며,⁵³⁾ 매도인의 契約 위반의 유형에 따라 매수인이 契約을 취소할 수 있는 경우를 구체적으로 명시하고 있다.⁵⁴⁾ SGA에서도 근본적 契約 위반과 유사한 개념으로 條件(condition)의 違反時에 契約의 履行拒絶 權利를 발생하도록 규정하고 있다(SGA 第 11 條). 우리 民法에서도 契約解除를 상세히 규정하고 있다.⁵⁵⁾ CISG에서는

-
- 49) 예를 들어, 3대의 기계를 3개월에 나누어 구입하도록 契約한 경우 이 3대의 기계가 상호 연관되어 일련의 생산공정을 수행하도록 개발된 것이었고 이 중 두 번째 기계가 치유될 수 없는 정도의 하자가 있음에도 대체가 불가능한 것이라면 이미 인도되어진 첫 번째 기계는 물론, 장래에 인도되어질 세 번째 기계도 포함하여 동시에 3개의 分割履行契約은 解除될 수 있다. 이러한 경우에는 그 分割履行分 相互間의 依存關係를 근거로 契約을 해제할 수 있다(J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 502).
- 50) 相互依存關係가 없는 分割履行契約의 경우 가령, 1,000 톤의 corn을 10 회 분할인도 하는 契約에서 5 회째분이 식용에 부적합하고 分割引渡分이 根本的違反으로 전체 契約을 해제할 수 없다고 명시한 경우, 買受人은 당해 수령분 100 톤을 제외한 900 톤에 대하여만 代金支給義務가 발생한다. 즉, 상호의존관계가 성립되지 않으므로 當該分割引渡分만 契約의 解除가 可能하다(Yearbook VII, 129; C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, pp. 533~534).
- 51) 物품이 契約과 일치하지 아니하는 경우 매수인은 契約에 일치한 物품가액과의 동일한 비율로 대금을 감액할 수 있다(CISG 第 50 條).
- 52) 당사자 일방의 契約 위반에 대한 손해배상액은 이익의 손실도 포함하여 상대방이 입은 손실과 동등한 금액으로 배상받을 수 있다(CISG 第 74 條). 그러나 손해배상 이외의 다른 구제권리를 행사하였다고 하여 손해배상청구권리를 박탈당하지는 아니한다(CISG 第 61 條 2 項). 손해배상청구권은 다른 구제권리와는 배타적으로 행사할 수 있다(CISG 第 45 條 2 項, 第 61 條 2 項).
- 53) UCC 第 2 - 106 條에서는 契約의 終了(termination)와 取消을 區分하여 定義하고 있는데 종료는 일방 당사자가 합의에 의하여 설정된 권한에 의하여 그 위반 이외의 사유(otherwise than for its breach)로 契約을 종결(end to the contract)시키는 것을 말한다. 종로의 효과는 취소의 효과와 동일하다.
- 54) UCC 第 2 - 711 條, 713 條, 716 條 참조.

契約解除權을 상대방의 기대할 권리를 실질적으로 박탈하는 정도의 손해를 발생시켰는가 하는 損害의 深度에 基礎를 두고 있는 점이 특이하다.

(1) 契約解除의 方法

CISG에서는 契約解除의 要件을 根本的 契約違反의 概念으로 制限하고 있으므로 契約의 解除를 위해서는 根本的 違反인지의 與否를 考慮하여야 한다. 契約解除權을 行使하는 方法은 CISG 第26條에서 규정⁵⁶⁾하고 있는 바와 같이 通知로써 행사할 수 있는데⁵⁷⁾ 이 통지는 CISG 第39條에 따라 物품이 계약과 일치하지 아니한 不一致의 성질을 기재한 통지를 相當한 期間內에 하여야만 有效해 진다. 그렇게 하지 아니한 경우 買受人은 物品의 不一致에 의존하는 權利를 喪失하게 된다.⁵⁸⁾ 不一致通知 외에도 契約解除의 경우 CISG 第81條 2項에 의거 契約의 전부 또는 일부를 이행한 當事者 一方은 이미 供給하였거나 또는 支給한 것에 대한 返還을 請求할 수 있는 權利를 가지므로 買受人은 자

55) 우리 民法에서는 第543 - 553條에 걸쳐 契約解除의 사유, 방법, 효과, 소멸원인, 손해배상청구권과의 관계 등을 상세히 규정하고 있다.

56) CISG 第26條 「契約解除의 宣言은 상대방에 대한 通知를 행한 경우에 한하여 效力을 갖는다」.

57) 이 때의 통지는 CISG 第2篇 「契約의 成立」에서의 到達主義原則이 적용되는 것이 아니라 發信主義原則이 적용된다는 점에 유의해야 한다(…only if made by notice…). 그러므로 被害當事者는 通信不到達의 危險을 負擔하지 아니한다(CISG 第27條).

58) 不一致 通知를 遲滯한 事例은 1990년의 독일의 CISG 관련소송을 참조할 수 있다. 獨逸의 買受人인 신발 소매업자는 이태리의 제조업자인 賣渡人에게 1차 주문분과 동종 동색의 신발 48켤레를 2차 주문하였으나 1차 주문분이 고객의 불만을 사게 되자 2차 주문 일주일 후 그 주문의 취소를 요구하였고 매도인은 2차 주문분 48켤레를 선적하였다. 이에 매수인은 2차 주문분 인수 후 몇 켈레만 검사하고, 인수 16일 후 매도인에게 고객들이 바느질, 크기, 색상 등에 불만을 가지고 있다고 통지하였다. 하지만 매도인은 이자를 포함한 대금 전액의 지급을 청구하였다. 독일 법원은 다음과 같은 판결이유를 들어 이태리의 賣渡人에게 勝訴判決을 내렸다. “1차 주문분에 대한 불만은 미리 통지하였으므로 매수인은 불확실한 2차 주문분의 모든 신발을 注意깊게 檢査하여 明白한 缺陷을 발견하였어야하며 買受人은 要求된 期間(CISG 第7條 2項에 의거 독일법 적용)內에 通知를 하지 못하였다” Landgericht Stuttgart; 3 KfHO 97/89 31 August 1989; ICM, Guide to UN Convention, Suppl.9(April, 1994), Case Abstracts Germany pp.5-6. 不一致의 性質을 通知하지 아니한 事例은 1989년 독일의 CISG 관련 소송을 참조할 수 있는데 獨逸의 의류소매업자인 買受人은 이태리의 의류제조업자인 賣渡人에게 1988년 다양한 의류제품의 매매계약을 체결하였고 매수인은 1차 인수 8일 후, 2차 인수 12일 후에 물품의 미숙한 제조, 불량전 적합성 등을 주장하며 代金支給을 拒絕하였다. 그러나 독일 법원은 買受人이 物品의 瑕疵를 正確하게 通知하지 아니하였으므로 물품의 불일치에 의존한 권리를 상실한다고 하여 獨逸의 買受人에게 敗訴判決을 내렸다 (Landgericht Munchen I; 17 HKO 3726/89 3 July 1989; ICM, Guide to UN Convention, Suppl. 9(April, 1994), Case Abstracts Germany p. 5).

신이 물품을 인수 또는 보유하지 아니할 것임을 매도인에게 반드시 알려야 하며, 賣渡人은 매수인에게 자신은 물품을 인도하지 아니할 것임을, 또는 이미 인도한 경우에는 물품의 반환을 요구한다는 점⁵⁹⁾을 동시에 通知하여야 할 것이다.⁶⁰⁾

(2) 契約解除의 效果와 效力消滅

계약의 해제가 선언되면 契約解除의 效果가 發生하는데 契約解除는 兩當事者를 契約上의 義務로부터 免除시킨다.⁶¹⁾ 그러므로 매도인은 물품을 인도할 의무가 해소되고 매수인은 대금을 지급하거나 물품을 수령할 의무를 이행할 필요 없게 된다. 그렇다고 하여 계약당사자간의 分爭解決方法에 관한 조항⁶²⁾ 또는 解除 以後에 發生하는 當事者의 權利와 義務에 관한 규정이 無效化되는 것은 아니다.⁶³⁾ 그러면 계약해제권은 언제, 어떠한 경우에 消滅되어지는지 살펴보겠다. 契約解除權은 契約解除의 事由가 解除權을 행사하기 이전에 消滅한 경우 당연히 해제권도 소멸된다. 가령, 근본적 계약위반을 구성하여 계약해제권은 발생되었으나 어떠한 사정의 변경으로 그 근본적 계약위반이 근본적 계약위반으로 볼 수 없게 되었다면 계약해제권은 소멸된다.⁶⁴⁾ 또한 계약해제권을 一定한 期間內에 行使하지 아니하면 解除權은 消滅된다.⁶⁵⁾ 그리고 매수인이 물

59) CISG 第81條 2項에서는 物品의 返還請求權利를 附與하고 있을 뿐만 아니라 CISG 第84條에서는 매수인이 계약의 해제를 선언하는 경우 매수인은 그 物品으로부터 取得한 利益도 返還하도록 규정하고 있다. 계약이 해제되면 양당사자에게는 第82條의 免除되는 事由를 제외하고는 原狀回復義務가 발생한다. 免除되는 事由는 ① 매수인의 작위, 부작위에 기인하지 않고, ② 물품검사의 결과로 멸실, 변질. ③ 정상적인 영업과정에서 매각, ④ 정상적 사용과정에서 소비, 변형된 경우 등이다.

60) 우리 民法에서는 당사자 일방의 채무불이행 시에 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있다(民法 第544條). CISG 상 근본적 계약위반에 해당하는 경우에는 최고없이 계약을 해제할 수 있으나 인도지연, 대금지급지연 등의 이행지체 시에 추가기간을 설정하여 催告를 하여야 한다(CISG 第64條 1項 b號).

61) CISG 第81條 1項 1文 「契約의 解除는 이미 발생한 손해배상의 의무를 제외하고 양당사자를 契約上의 義務로부터 免하게 한다」.

62) CISG 第81條 1項 2文 「解除는 分爭解決을 위한 어떠한 계약조항이나 계약의 해체에 따라 발생하는 당사자의 權利와 義務를 규율하는 기타의 모든 계약조항에 영향을 미치지 아니한다」.

63) CISG 第81條 2項 및 우리 民法 第549條에 규정되어 있는 原狀回復義務 등이 免除되는 것은 아니다.

64) 근본적 계약위반을 요건으로 발생하는 契約解除權을 行使하기 以前에 그 根本的違反의 事由가 消滅되었다면 契約의 解除가 不可能하게 되는 것은 당연하다. 그 외에도 당사자가 合意하여 契約解除를 포기하는 경우 또는 解約權者가 스스로 해제권을 拋棄하는 경우 자연히 契約解除權은 消滅된다(郭潤直, 前掲書, pp. 183 ~ 184).

품을 수령한 때와 동일한 상태로 물품을 반환할 수 없는 경우 즉, 물품의 原狀 回復이 不可能한 경우에 매수인의 契約解除權은 消滅될 것이다.⁶⁶⁾

IV. 根本的 契約違反의 適用

本章에서는 CISG 상의 根本的 契約違反 概念이 實際로 適用되는 경우를 살펴보겠다.

1. 物品 不一致의 경우

(1) 品質 不一致

物品의 品質은 어느 정도의 不一致가 根本的 契約違反에 상당하다고 볼 수 있는지 살펴보겠다. Schlechtriem 教授는 매수인이 열대기후에 적합한 transistor chips를 요구하였으나 열대기후에 부적합한 chips를 수령한 경우 즉, 물품의 품질이 사용목적에 적합하여야 한다는 品質適合性 義務의 違反⁶⁷⁾이라면 根本的 契約違反이라고 보고 있다.⁶⁸⁾ 다른 예로는 철강을 구입하는 매수인이 어떠한 환경에서의 특정기준에 일치하도록 요구하였고 그 특정기준은 매수인이 국내 구매업자에 대한 개별약속으로 보증하고 있었다. 그러나 그 特定基準

65) 그 一定한 期間은 買受人의 契約解除의 경우 第49條 2項에 규정되어 있는데 ① 인도지연의 경우 인도가 이루어진 사실을 알게 된 때, ② 인도지연 이외의 경우 매수인이 그 위반을 알았거나 알았어야 하는 때, ③ 매수인에 의하여 지정된 추가기간이 경과한 때 또는 추가기간 내 의무를 이행하지 아니하겠다고 선언한 때, ④ 매도인에 의하여 제시된 매도인의 하자보완 추가기간이 경과한 때 또는 매수인이 이행을 승낙하지 아니하겠다는 뜻을 선언한 때로부터 상당한 기간내에 행사하지 아니하면 해제권은 소멸된다. 賣渡人의 契約解除의 경우 第64條 2項에 규정되어 있는데 ①, ②, ③은 반대의 경우로 매수인과 동일하며 ④는 매도인의 계약해제에는 적용되지 않는다.

66) CISG 第82條 1項 「매수인이 물품을 수령한 상태와 실질적으로 同等한 物品을 返還하는 것이 不可能한 경우 매수인은 契約의 解除를 선언할 權利 또는 代替品引渡 請求의 權利를 喪失한다」. 우리 民法 第533條에서도 「解除權者의 故意나 過失로 인하여 계약의 목적물이 현저히 훼손되거나 이를 반환할 수 없게 된 때 解除權은 消滅한다」고 규정하고 있다.

67) 物品의 適合性義務에 대하여는 CISG 第35條 2項 a號에서 규정하고 있는데 「물품은 그 동일한 명세의 물품이 通常的으로 使用되는 目的에 適合할 것」을 요구하고 있다.

68) Schlechtriem, *commentary*, p. 77; A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 213.

이 不一致한다면 근본적 계약위반에 해당한다고 보고 있다. 이는 特定目的 適合性義務의 違反이 되는 것이다.⁶⁹⁾ 이러한 品質의 不一致는 物品의 危險이 매수인에게 移轉하는 時期에 決定되어지며 物품에 대한 保證(guarantee)의 違反도 包含되는 것이다(CISG 第36條).

(2) 數量 不一致

數量의 不一致는 어느 정도의 불일치가 근본적 계약위반인지 살펴보겠다. 이 기준을 정하는 것은 매우 어렵다. 예를 들어 매수인은 10%의 부족분을 근본적 계약위반이라 주장할 수도 있고 매도인은 50% 이상이어야 근본적 계약위반이라고 생각할 수도 있다. 수량의 불일치의 기준에 대한 접근은 용이하지 않다. 8%, 9%, 9.5%의 기준이 그 지표가 될 수는 없는 것이다.⁷⁰⁾ 78년의 Secretariat commentary(第23條)에도 이와 관련한 언급은 없다. 이 문제는 根本的 契約違反의 定義를 根據로 '매수인의 기대 권리가 실질적으로 박탈될 정도의 손해'이었던지에 의거 判斷할 수밖에 없을 것이다.⁷¹⁾

(3) 書類 不一致

書類 不一致의 경우, 國際賣買에서는 주로 貨換去來를 하기 마련인데 化환 거래에서는 매도인에 의해 지시된 書類가 契約과 嚴格히 一致하여야 한다는 一般規則⁷²⁾이 있기 때문에 비록 그 일치가 관행상 거의 중요하지 않은 些少한 것일지라도 不一致가 있으면 買受人은 書類를 拒絕할 수 있다.⁷³⁾ 그러나 Feltham은 서류의 불일치가 무조건 계약해제권을 부여하는 것은 아니며 그 不一致한 書類가 根本的 契約違反에 상당하는 경우에만 계약해제권이 주어진다고 한다. 하지만 L/C거래에서 그 불일치한 서류로 인하여 서류 수리가 거절되고 대금지급이 이행될 수 없다면 근본적 계약위반에 상당한다고 보아야 할 것

69) 物품은 명시적 또는 묵시적으로 매도인에게 알려져 있는 어떠한 特定의 目的에 適合하여야 하지만 契約 체결시 買受人이 그 不一致를 알고 있었던 경우에는 근본적 계약위반을 援引하여 契約을 解除할 수 없다(第35條 3項).

70) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *op. cit.*, p. 214.

71) 다만 信用狀去來이고 bulk cargo의 경우 過不足容認條件으로 5%의 과부족, 概算數量條件으로 10%의 過不足을 容認하는 UCP의 規定이 참조될 수 있다(UCP 500 第39條 a, b項).

72) ICC의 신용장통일규칙(UCP)이 그 예이다(UCP 500 第13條 書類審査基準 참조).

73) A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 208.

이다. 즉 서류 불일치 그 자체가 근본적 계약위반을 구성한다기 보다는 그 불일치한 서류로 인하여 代金支給이 拒絕된다면 根本的 契約違反이 構成된다고 보아야 할 것이다.⁷⁴⁾

(4) 包裝 不一致

包裝의 不一致의 경우에는 어느 정도의 불일치에 대하여 근본적 계약위반이 적용될 수 있는 것인지 살펴보겠다. 포장되지 않은 물품 또는 불완전한 포장으로 인하여 근본적 계약위반에 해당되는지⁷⁵⁾에 대해 Schlechtriem 教授는 物品이 包裝으로 인하여 損傷되었거나 최소한의 危險한 狀態에 처했는 지의 여부에 달려있을 뿐만 아니라 매수인에 의해 明示的으로 要求된 포장이 향후의 船積이나 再販賣에 必要한 것이었는지에 달려 있는 것이라고 한다.⁷⁶⁾ Honnold 教授는 쌀의 매매에서 주문서의 인쇄된 양식에는 ‘새 포대’로 명기되어 있었으나 매도인이 高級 中古包袋으로 船積하겠다고 제의하자 買受人이 拒絕하고 계약을 해제한 사례를 들면서 이 사실 자체만으로는 근본적 계약위반에 상당하는지를 판단할 수 없고 ‘상대방의 기대할 권리를 실질적으로 박탈할 정도의 손해인지’를 판단기준으로 삼아야 한다고 하였다.⁷⁷⁾ 결국 包裝 不一致 그 自體만으로 근본적 위반이 구성되는 것은 아니며 包裝의 不一致로 인한 物品의 損傷이 實質的損害였는지 또는 그 包裝 不一致로 인하여 향후의 再販賣에 매수인이 實質的으로 損害를 입을 정도의 손해인지의 與否에 달려 있다고 보아야 할 것이다.

74) 書類가 不一致한 모든 경우에 대금지급이 거절되는 것은 아니기 때문이다. 서류가 문면상 일치하지 아니하게 표시되어 있는 경우 開設銀行은 제7은행영업일을 경과하지 아니한 범위에서(UCP 500 第13條 b項) 開設依頼人과 그 하자에 관한 權利拋棄의 與否를 交渉할 수 있으며(UCP 500 第14條 a項 c號) 개설의뢰인(통상 매수인)이 그 권리를 拋棄한다면 不一致한 書類도 受理可能하다. 또한 開設銀行은 不一致한 書類에 대하여 개설의뢰인과 교섭하는 이외의 방법으로 受益者와도 交渉하여 제7은행영업일에 그 瑕疵의 補充을 요구할 수 있으며 보완이 된다면 受理可能하다(梁暎煥 外, 信用狀論, 三英社, 1993, pp. 298~299). 이러한 경우에는 근본적 계약위반이 구성되지 아니한다.

75) CISG 第35條 2項 d)에서 物品의 包裝義務를 규정하고 있다. 「물품은 그러한 물품에 通常的인 方法(in the manner usual)으로 또는 그 물품을 보존하고 보호하는데 適切한 方法(in a manner adequate)으로 용기에 담거나 또는 包裝되어 있을 것」

76) Schlechtriem, *Commentary*, p. 77; A.H. Kritzer *op. cit.*, p. 213.

77) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 257.

2. 決濟遲延의 경우

(1) L/C 開設遲延

買受人이 貨換信用狀을 開設할 義務가 있는 경우 매수인이 지정된 기간 내에 信用狀을 開設하지 아니한다면 이것은 근본적 계약위반에 해당되는 것인지를 살펴보겠다. Hellner는 이같은 경우 매수인은 根本的 契約違反을 범한 것이며 매도인은 항시 契約의 解除를 선언할 수 있을 뿐만 아니라 그 위반이 根本的이라는 것을 證明해 보일 必要도 없다고 하였다.

그러나 Honnold는 매수인이 신용장개설에 실패하는 경우에도 CISG 第54條에 의거 催告通知를 행할 수 있는 根據가 된다고 하여 信用狀 開設의 遲延 또는 失敗가 곧바로 根本的 契約違反의 要件이 구성되고 계약해제의 근거가 되지 않는다고 보고 있어 견해의 차이가 있다.⁷⁸⁾ 實務적으로 賣渡人은 通常 물품의 매도를 희망하기 때문에 매수인의 L/C개설이 遲延되더라도 가능한 한 契約을 解除하지 않을 것이기 때문이다.⁷⁹⁾

(2) 代金支給의 遲延

매수인이 적기에 대금지급을 하지 못한 경우에 매도인은 즉시 계약의 해제를 선언할 수 있는지 살펴보겠다. 즉, 적기에 대금지급을 못하면 근본적 계약 위반에 해당되는가. 그렇지 아니하다. 代金支給의 遲延이 발생하면 CISG 第63條에 의거하여 追加期間을 設定하여 催告한 후 매수인이 特정한 기간내에 대금지급의무를 이행하지 못한 경우에는 CISG 第64條 1項 b號⁸⁰⁾에 의거 계약

78) J.O. Honnold, op. cit., p. 440; UCP는 L/C가 개설된 이후에 적용되어지므로 L/C 개설에 실패한 경우 催告期間을 정하고 있지는 아니하다. 이는 UCC에서도 마찬가지인데 UCC 5-106條에서는 L/C 개설 이후의 효력발생을 규정하고 있으나 개설 실패에 관하여는 규정하지 않고 있다. 그러나 代金支給과 관련된 契約違反에 대하여 契約書上에 催告를 명시하고 있거나 準據되는 法律에서 催告를 의무로 한다면 催告期間 後 契約解除가 되어진다고 보아야 할 것이다. 다만 CISG상에서 반드시 催告의무를 부과하고 있다고 보기는 어렵다.

79) 특히 현재와 같은 buyer's market에선 더욱 그럴 것이다. 하지만 극소수 seller's market에서는 催告後 解除與否가 문제될 수 있다.

80) CISG 第64條 1項 (b)號 「매수인이 第63條 1項에 따라 賣渡人에 의하여 지정된 追加期間內에 대금의 지급 또는 물품의 인도수령의 의무를 이행하지 아니하거나, 또는 매수인이 그 지정된 기간 내에 이를 履行하지 아니하겠다는 뜻을 선언한 경우 매도인은 契約의 解除를 宣言할 수 있다」. CISG 第63條 1項 「賣渡人은 매수

해제를 할 수 있는 근거가 된다.⁸¹⁾ 그러나 代金支給의 遲延 그 自體가 根本的 契約違反의 要件을 充足시킨다고 보기는 어렵다.

(3) 代金調整의 경우

매도인이 인도한 物品의 數量不足이 있는 경우에는 代金調整을 매도인이 提議한 경우와 그렇지 아니한 경우에 根本的 契約違反 條項의 적용이 달라진다. Honnold 教授는 설탕 1,000 포대 매매계약에서 실제 970 포대만 인도하였지만 나머지 30 포대에 대한 대금을 청구하지 아니하겠다고 매도인이 제의한 경우라면 근본적 계약위반에 해당되지 않는다고 보고 있다.

그러나 매도인이 數量不足分까지 포함하여 代金支給을 請求한다면 이는 根本的 契約違反에 해당되고 계약을 해제할 수 있다고 본다. 數量의 不一致 그 自體에 대하여 근본적 계약위반에 상당하는지의 여부를 결정하는 것은 第1節에서 살펴본 바와 같이 용이하지 아니하다. 하지만 代金調整마저 賣渡人이 拒否한다면 根本的 契約違反이 구성되는 것이다.

3. 引渡遲延의 경우

물품의 인도는 어느 정도 지연되면 계약의 해제가 가능한지 살펴보겠다. Tunc는 칠면조 인도를 예로 들면서 12/24 일 아침에 인도되어야 할 칠면조가 25 일이나 26 일에 도착하였다면 그 칠면조는 매수인에게 기대 이익을 줄 수가 없다고 하였다. 이러한 경우 매도인이 그 일자가 준수될 것을 契約締結時에 매도인에게 알렸는지의 여부가 중요하다고 하였다.⁸²⁾

다른 사례를 보면 1990년 獨逸의 CISG 訴訟에서 독일의 매수인인 의류업자와 이태리의 매도인인 의류제조업자간에 7, 8, 9월에 分割引渡될 가을상품의 賣買契約이 체결되었지만 이태리의 매도인은 最初의 引渡를 9월 26일에 이행하였다. 이에 독일의 매수인은 이 지연 인도된 物品의 인수를 拒絶하고 契約解除를 매도인에게 通知하였다. 이 소송에서 獨逸法院은 이태리의 賣渡人에게 勝

인에 의한 의무의 이행을 위한 상당한 기간만큼의 追加期間을 指定할 수 있다」.

81) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 440

82) 이 예는 ULIS 보고서의 예이므로 契約締結時에 알렸는지를 관점의 하나로 보고있다(Hague Conf. Records 265 (1964); A.H. Kritzer *op. cit.*, pp. 212~213).

訴判決을 내렸다. 이 判決의 理由는 비록 물품이 매수인의 주장대로 1/3씩 매달 인도 되었어야 하더라도 매수인은 특정한 인도기간의 2/3 동안 물품이 인도되지 아니하였을 때 追加期間을 設定⁸³⁾하여 契約解除를 위한 合當한 手段을 이용하지 아니했기 때문이라고 하였다.⁸⁴⁾ 결국 인도지연의 경우에도 대금지급지연의 경우와 마찬가지로 追加期間을 設定한 後, 契約을 解除할 수 있는 것이지 引渡遲延 그 自體가 根本的 契約違反을 구성하기는 어려운 것이다.

4. 保險不擔保의 경우

Schletriem 教授는 賣渡人에게 運送保險에 附保하도록 義務가 주어진 경우⁸⁵⁾에 매도인이 보험에 부보하지 아니하였다면 비록 물품이 손상을 입지 아니 하였다고 하더라도 매수인에게서 運送中 物品의 轉讓機會를 剝奪하였다면 그것은 根本的 契約違反에 상당한다고 보고 있다.⁸⁶⁾ 이를 달리 해석하면 매도인이 운송보험 담보의무를 위반하였다고 하여 근본적 계약위반이 구성되는 것은 아니며 재판매 가능성 등을 박탈하여 買受人의 期待를 實質的으로 剝奪한 경우에만 根本的 契約違反의 要件이 充足된다고 보고 있는 것이다.⁸⁷⁾ 하지만 Schlechtriem 教授의 이러한 解釋은 根本的 契約違反의 定義에 너무 執着한 解釋이라 할 수 있다. 왜냐하면 實務的으로 보험서류가 요구된 계약에서 保險書類가 漏落되었는데도 불구하고 대금을 지급하는 은행 또는 매수인은 극소수일 것이기 때문이다.⁸⁸⁾

83) CISG 第49條 1項 b號에서는 CISG 第47條 1項에 따라 매수인은 추가기간을 지정하고 그 追加期間內 物品을 引渡하지 아니한 경우 契約의 解除를 선언할 수 있다고 규정하고 있다.

84) Amtsgericht Oldenburg in Holstein; 5 C 73/89 24 April, 1990; ICM, *Guide to UN Convention*, Suppl. 9(April, 1994). Case Abstracts Germany, p. 6.

85) 예를 들어 Incoterms 1990 상의 CIF 조건이나 CIP 조건이 이에 해당한다.

86) Schlechtriem, *Commentary*, p. 60; A.H. Kritzer *op. cit.*, p. 214.

87) 賣渡人이 자기의무인 運送保險에 부보하지 아니한 상태에서 運送中 買受人의 기대할 권리를 實質的으로 剝奪할 정도의 事故가 발생하였다면 이 경우에는 당연히 근본적인 계약위반이 구성되어진다.

88) 信用狀 또는 推尋方式으로 代金支給하는 경우 銀行은 書類一致 여부를 確認할 義務를 진다. UCP 500 第13, 14條, URC(1978) 第2條 참조.

5. 商標誤用の 경우

商標誤用の 경우에 있어서는 1991年 獨逸抗訴法院의 判決을 참조할 수 있다. 商標權者인 獨逸의 買受人은 이태리의 한 제조업자로부터 그 상표를 부착한 신발 130 쉼을 건본으로 공급받는 계약을 체결하면서 그 제조업자는 상표를 사용하지 아니하는데 동의하였다.

그러나 그 製造業者는 貿易展示會에 그 상표를 부착한 신발을 展示하였다. 이에 독일의 매수인은 다음날 그 전시회의 신발을 치울 것을 요구하였으나 제조업자는 거절하여 買受人은 그 契約의 解除를 宣言하고 物品代金을 支給하지 아니하였다. 獨逸의 抗訴法院은 독일의 국제사법에 의거 이태리법을 따르게된 바 이태리의 관련법규는 CISG를 적용하도록 규정하고 있어 CISG 第3條 1項⁸⁹⁾에 의거 CISG를 適用하여 判決한 바 “買受人은 적기에 有效하게 契約의 解除를 宣言하였으며 제조업자는 商標를 保全할 附隨的義務를 違反한 것은 根本的 契約違反을 構成한다. 製造業者는 그러한 위반이 매수인을 곤경에 처하게 하고 그 계약에서 매수인의 기대할 이익을 없애 버린다는 것을 豫見할 수 있었기 때문이다”라고 그 判決理由를 설명하였다.⁹⁰⁾ 商標의 保存義務는 비록 附隨的義務이기는 하지만 그로 인하여 매수인의 기대할 권리를 박탈하게 되고 또한 그것을 충분히 예견할 수 있었으므로 根本的 契約違反을 구성한다.⁹¹⁾

89) CISG 第3條에서는 물품의 제조, 공급계약도 매매로 보지만 ‘材料의 重要的部分을 供給하는 경우’에는 매매로 보지 아니한다. 그러나 本 case와 같은 商標의 提供은 ‘材料의 重要的部分을 供給하는 경우’에 해당되지 않는다고 보고 CISG를 적용한 것이다.

90) Oberlandesgericht Frankfurt a. M.; 5 U 164/90; 17 September 1991; ICM, *Guide to UN Convention*, Suppl. 9(April, 1994). Case Abstracts Germany, pp. 3~4.

91) 참고로 CISG 第41條에서 매도인은 第3者의 權利 또는 請求權으로 자유로운 물품을 인도하도록 규정하고 있다. 第42條에서는 工業所有權 또는 知的所有權에 基礎한 第3者의 權利 또는 請求權으로부터 자유로운 物品을 引渡하여야 한다고 物品의 權利適合義務를 규정하고 있다.

V. 結 言

‘根本的 契約違反’이라는 CISG 상의 概念은 오래된 입법역사를 갖고 있지는 않으며 ULIS 第10條에 그 基礎를 두고 있다. 하지만 이 概念은 동 協약에서 매우 重要的 法律的 效果를 나타내고 있으며 CISG 입법이념 중의 하나인 ‘國際物品賣買契約 維持의 原則’을 잘 보여주고 있다. 이 原則은 국내거래와는 달리 이국간의 長距離 運送을 필요로 하는 國際物品賣買契約의 特性상 契約 解除權이 濫發되어 빚어지는 弊害를 減少시키자는 趣旨이다. 그러하기에 契約解除의 前提條件으로 ‘根本的 契約違反’의 개념을 두어 契約解除權의 行使를 嚴格히 制限하는 역할을 한다. 하지만 ‘根本的 契約違反’의 두 가지의 重要的 要件인 實質的 損害와 豫見可能性을 明確히 구분하는 것은 法律專門家에게도 매우 어려운 문제이다. 하물며 법률전문가가 아닌 實務家에게는 항상 어렵고 두 려운 존재가 될 것이다. 그러므로 契約解除權을 行使하려는 當事者는 根本的 契約違反의 要件과 그 適用可能性 여부를 慎重히 考慮하여야 하고 만약 계약 해제의 권리가 상대방의 여타한 다른 권리와 衝突될 경우 餘他的 權利를 優先 認定하고, 그 후에도 권리를 침해한 상대방이 自身の 期待할 權利를 充足시키지 못하는 경우 또는 充足시키지 아니하겠다고 宣言한 경우에 契約의 解除를 宣言하는 것이 바람직할 것이다. 또한 實務的으로는 다소 번거로운 점이 있지만 Babiak 교수가 지적하는 바와 같이,⁹²⁾ 첫째, 契約書上에 자신의 기대이익이 實質的으로 剝奪되는 정도(예를 들어, 수량의 10% 부족은 실질적 박탈)를 明示하고, 둘째, 豫見可能性의 時點을 明示(예: 계약체결시)하며, 셋째, 合理的인 者의 기준(예, 일본 자동차제조협회장)등을 一般協定書上에 根本的 契約違反條項(fundamental breach clause)를 삽입하여 明示하는 방법도 효과적일 것이다. 본 조항은 입법역사가 짧기에 그만큼 적용상의 공백이 큰 지도 모른다. 본 조항을 적용하는데 나타나는 공백을 메우기(gap-filling) 위한 계속적인 연구와 노력이 필요하다.

92) Andrew Babiak, *op. cit.*, p. 143.

參 考 文 獻

- 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1995.
- 吳元奭, 貿易契約論, 三英社, 1995.
- 梁暎煥 外, 信用狀論, 三英社, 1993.
- 崔基元, 商法學概論, 博英社, 1995.
- 金玟中, 유엔統一賣買法, 斗聖社, 1995.
- 新堀聰, 貿易取引入門, 日本經濟新聞社, 1992.
- , 國際統一賣買法, 同文館, 1994.
- 篠塚昭次 編, 債權法, 三省堂, 1987.
- 比川善太郎, 契約責任의 研究, 有斐閣, 1963.
- Babiak, Andrew “Defining Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Vol. 6, *Temple Int'l & Comp. L.J.*, 1992.
- Kritzer, Albert H., *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- Case Abstracts Germany ; ICM, *Guide to UN Convention*, Suppl. 9(April, 1994).
- Bianca, C.M. & Bonell, M.J., *Commentary on the International Sales Law : the 1980 Vienna sales Convention*, Giuffrè · Milan, 1987.
- Houte, Hans Van *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, 1995.
- White, James J. & Summers, Robert S., *Uniform Commercial Code*, 4th Edition, Volume 1. 1995.
- Murray, John E. Jr & Flechtner, Harry M., *Sales and Leases*, West Publishing Co., 1994.
- Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd Edition, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1991.
- Blair, Michael C., *Sale of Goods Act 1979*, London Butterworths, 1980.
- Whincup, Michael H., *Contract Law and Practice the English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, 1996.
- Galston, Nina M. & Hans Smit, *International Sales : The United Nations*

130 「貿易商務研究」第11卷(1998.2),第1編 國際賣買

Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender, 1984.