航空宇宙政策·法學會誌 第31卷 第2號
2016년 12월 30일 발행, pp. 37~72

논문접수일 2016. 12. 06
논문심사일 2016. 12. 20
게재확정일 2016. 12. 28

〔판례평석〕

특수 항공기 공급계약의 법적 성질

-구매규격서상 성능요건 미달을 이유로 한 계약해제의 정당성-

[1] 서울고법 2011. 9. 29. 선고 2011나13939 판결
[2] 서울중앙지법 2010. 12. 17. 선고 2009가합32275 판결

권창영*

목 차

Ⅰ. 사안의 개요
Ⅱ. 사안의 검토
Ⅲ. 대상판결의 의의

* 의정부지방법원 부장판사·법학박사

Ⅰ. 사안의 개요

1. 사실관계

(1) 피고 대한민국 산하 조달청은 항공안전본부 항행표준관리센터에서 비행기 착륙을 유도하기 위하여 지상에서 발사된 신호가 올바르게 형성되는지 등을 검사하는데 사용할 비행점검항공기 및 자동비행점검시스템[Aircraft & AFIS (Automatic Flight Inspection System[1]), 이하 '이 사건 항공기'라 한다]의 입찰공고를 하였고, 원고 X(대한민국 법인)가 이 사건 항공기의 공급자로 낙찰되었다.

(2) 조달청은 2005. 12. 29. 원고 X와 사이에 원고 Y(미국 오클라호마州 소재 법인)가 제작한 이 사건 항공기를 납품하기로 하는 내용의 구매계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였는데, 그 내용은 아래와 같다.

> ○ 계약목적물 : 비행점검용 항공기 및 자동비행점검시스템
> ○ 대금 : 미화 11,186,817.44달러
> ○ 대금지급조건 : 계약체결 후 30일 이내 대금의 3%, 2006. 5. 31.까지 대금의 17%, 2007. 5. 31.까지 대금의 38%, 최종인수완료 후 대금의 42%를 지급
> ○ 인도기일 : 신용장에 기재된 최종선적일(2008. 7. 5.)
> ○ 준거법 : 대한민국법

(3) 이 사건 항공기에 대한 구매규격서 중 ILS[2] Offset[3] 비행과 관련된 내용

---

1) 자동비행점검시스템을 의미하고, 이 사건 항공기의 구매규격서에는 AFIS를 ICAO 기준과 FAA 점검요건에 의거하여 지상에 설치한 항행안전시설의 성능평가를 위하여 사용하는 컴퓨터 제어자료 수집 및 기록시스템으로 정의하고 있다. 즉 검사대상인 지상시설에서 송출되는 전파신호와 위치기준시스템(Positioning Reference System)으로부터의 위치신호(Position Reference)를 비교하여 지상에서 송출된 신호의 에러를 계산하는 것이다.

2) 계기착륙시설(Instrument Landing System), 야간이나 시계(視界)가 나쁠 때 항공기가 일정한 경로를 따라 정확하게 착륙하도록 지향성(指向性) 전파로 항공기를 유도하여 바르게 진입시켜주는 시설이다. 방위각제공시설(LOC, LLZ, Localizer, 활주로 착륙시 활주로 중심선을 찾아가도록 하는 시설, 활주로 중심선 좌우로 VHF 전파를 발사하여 진입 비행기 기준으로 좌측은 90Hz, 우측은 150Hz

은 다음과 같다.

B. Special Conditions

1. 시스템 요구사항

2) AFIS

(1) 요건

a. AFIS는 ICAO Doc 8071 및 FAA order 8200.1. 등에 명시한 정확도가 입증된 장비여야 한다.

(2) 운용능력

a. AFIS는 선정된 비행검사용 항공기 탑재전자장비와 연결되어야 하며, 항공기 탑재전자장비와, 비행 중 수집 정보와 검사에 관련된 신호 등을 상호 송·수신할 수 있어야 한다. 또한 검사자료는 전자동 비행검사용 기록장치에 기록 유지되어야 한다.

C. Special Specification

1-2. 자동비행점검시스템(AFIS) 요구사양서

1. 일반요건

1) AFIS 정의

(1) AFIS는 ICAO 기준과 FAA 비행점검 용도의 요구조건에 의거하여 지상에 설치한 항행안전시설의 성능평가를 위하여 사용되는 컴퓨터 제어 자료수집 및 기록시스템이다.

2. AFIS의 점검능력

5) ILS (Category - Ⅰ, Ⅱ, Ⅲ)

(1) ILS - Ⅰ Mode 또는 Orbit(Arc) 비행(선회비행)

(2) ILS - Ⅱ Mode 또는 Level 비행(수평비행)

의 변조신호가 우세하도록 복사전기장을 만들어 활주로 중심선에 있으면 양 신호가 같게 수신되도록 되어 있다), 활공각제공시설(GP, Glide Path, 활주로 착륙시 적절한 진입각을 나타내는 시설, 진입각 아래쪽에 150Hz, 위쪽에 90Hz로 변조되는 UHF 전파를 발사한다. GS, Glide Slope도 같은 용어이다), 위치표지시설(Marker Beacon, 지향성 전파를 수직방향으로 발사하여 진입 중인 항공기에 활주로까지의 거리를 알려주는 시설, 활주로에서부터 6.5~11km 지점에 Outer Marker, 900~1,100m 지점에 Middle Marker, 75~450m 지점에 Inner Marker를 설치한다) 등이 있다.

3) ILS Offset 비행이란 ILS 신호의 평가 및 검사를 위하여 GP의 상하 75㎂ 점과 LLZ의 좌우 150㎂ 점을 따라 비행하는 것을 말한다. 그 중 수동비행방식은 조종사가 방위각 또는 활공각을 참조하고 비행검사관의 조언을 받아 비행검사전파선을 기준으로 항공기를 좌우 또는 상하 방향에서 반복적으로 통과시키는 방식이고, 자동비행방식은 ILS Offset 스위치를 조작하여 75㎂ 또는 150㎂ 선상을 따라 비행하도록 ILS 신호를 편향(bias)시키고 편향된 신호가 자동조종장치에 연동되어 자동으로 비행을 하는 방식이다.

(3) ILS - Ⅲ Mode 또는 Approach 비행(접근강하비행)

(4) ILS Offset Flight Mode

a. 활공각제공시설을 위한 기울기와 평균 운용폭(Tilt and Mean Width for GP) & Cockpit Signal for pilot

b. 기울기(Tilt) : 수평비행(Level 비행)시 방위각제공시설(Localizer) 좌/우 Offset 150㎂

c. 평균 운용폭(Mean width) : 정상 접근강하비행(Normal Approach)시 Glide path above/below offset 75㎂

3. AFIS 시스템 구성

3) 트랜시버와 각종 수신 Sub-System

(1) VOR[4]/ILS 검사용 수신기

a. 기능

- LLZ(Localizer)/GP(Glide Path) 검사에서 Offset 비행검사를 수행하기 위해 LLZ/GP 신호는 좌측 Autopilot(조종석)에 연동되어야 한다.

4. AFIS Software

1) 운영 소프트웨어

(4) 비행검사 Processing : 비행점검을 위한 AFIS의 운영 소프트웨어는 이번 항에 명시된 모든 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖추어야 한다.

b. ILS 점검 기능

- Offset ILS Mode

· ILS Offset은 검사용 항공기가 localizer Offset (150㎂) 좌측 또는 활주로 중심선 오른쪽으로 비행하여야 하고, 정상 GP를 중심으로 75㎂ 위 또는 아래로 비행을 요한다. ILS 접근 중에는 항공기의 자동조종장치와 연결되어야만 하고, 조종사는 활주로 중심선으로부터의 이격을 보여주는 CDI[5]를 따라 비행하여야 한다.

· AFIS에는 조종사가 Offset 기능을 선택할 수 있는 제어장치를 조종석에 설치하여야 한다. 선택한 Offset은 선택한 바이어스 양만큼 자동조종장치에 그 값을 제공하여야 하고, 항공기는 바이어스를 걸어준 만큼 Offset 비행을 하지만 CDI 상에는 “0” deviation 또는 활주로 중심선을 비행하는 것 같이 보여야 한다.

· AFIS는 다른 측면의 CDI가 실질적인 Offset을 지시하는 동안 한쪽만을 제어할 수 있어야 한다. 이러한 기능을 수행하기 위해 조종사의 ILS Offset 선정을 위해 제어장치를 조종석에 설치하여야 하고, Bus Control Unit은 75㎂ 또는 150㎂ Bias를 ILS Offset을 위하여 발생시킬 수 있어야 한다.

4) VHF Omni-directional Range, 항행안전시설 중 하나로서 항행중인 항공기에서 VHF 대역에서 방위각 정보를 제공하는 지상시설.

(4) 항공기 조종석에 있는 항공기항법 및 자동비행장치는 하니웰(Honeywell)사의 Primus-1000 전자장비 패키지로 되어 있어, 이 사건 항공기에 ILS Offset 비행장치를 장착하기 위해서는 위 회사의 동의 및 협조가 필요하였고, 원고들은 위 회사에 기술협조를 요청하였으나, 위 회사로부터 협조거부 통지를 받았다.

(5) 이에 원고 X는 조달청과 항행표준관리센터에 인도기일을 연기하여 줄 것을 요청하여 지체상금을 부과하는 조건으로 인도기일을 2008. 8. 30.로 연기하였고, 하니웰사의 협조 없이도 제작이 가능한 FMS(Flight Management System, 비행관리시스템)를 이용한 RNAV[6] 방식에 따라 비행을 하는 항공기를 제작하도록 동의해달라는 통지를 하였다. 그러나 피고 측으로부터 구매규격서에 따라 ILS Offset 비행이 가능한 Happy Box[7] 방식에 의한 항공기를 공급하도록 요청받았다.

(6) 원고들은 2008. 8. 22.부터 2008. 9. 3.까지 미국 오클라호마州에 있는 윌로저스공항의 ARINC[8]통합센터에서 이 사건 항공기에 대한 제작사 시험검사를 하면서 원고들이 주장하는 방식에 따라 동일한 경로로 2회 시험비행을 하였지만 ILS 점검 측정치의 오차가 허용범위를 초과하였고, 그 결과 피고 측으로부터 이 사건 항공기에 구매규격서가 요구하는 ILS Offset 비행기능이 없기 때문에 측정치의 오차가 허용범위를 초과하였다는 등의 사유로 불합격 통보를 받았다.

(7) 원고들은 2008. 10. 7. 시험비행 결과는 항공기의 FMS 배선 문제로 인한 것인데 이를 수리한 후 추가 시험비행을 성공적으로 실시하였다면서 이를 포함

---

5) 코스편향지시기, Course Deviation Indicator.

6) 지역항법(aRrea NAVigation). 항행안전무선시설에서 발사하는 전파신호를 항공기 탑재 지역항법장비가 지속적으로 계산해내고, 이 과정에서 임의의 Way-point 또는 이미 저장된 Way-point를 찾아 각각의 Way-point들을 향하는 비행을 하는 방식을 말한다.

7) Happy Box 방식은 점검대상인 ILS 시설에서 송출된 실제 신호를 비행검사기의 자동비행조종장치에 연동시켜 비행검사기가 자동비행이 가능하도록 하는 장치로, Happy Box 방식을 이용하여 Offset 비행을 할 경우 실제 송출된 ILS 신호를 따라 비행검사기가 자동비행을 하면서 실제 송출된 ILS 신호를 AFIS가 수집하고, ILS 신호를 따라 비행한다고 하여 Coupled Flight 방식이라고도 한다.

8) Aeronautical Radio Inc., 미국의 항공운수업자 등에게 항공기의 안전과 정상 운항, 능률 제고에 필요한 통신을 제공하는 통신사업자.

한 부적합사유의 해결방안을 제출하고, 2008. 10. 9. 피고 측과 협의 없이 임의로 이 사건 항공기를 국내로 들여오려고 하였다가 피고 측으로부터 인수 거절 및 계약 해지 예정 통보를 받았고, 2008. 10. 20. 구매규격서의 ILS Offset 기능을 만족하기 위한 구체적인 방안을 제출하겠다는 등 부적합사유들에 대한 이행계획서를 제출하였다.

원고들은 2008. 10. 28. 피고 측으로부터 ILS Offset 기능에 관하여 구매규격서 요건에 적합한 구체적인 방법, 항공기와 비행검사장치간 통합작업을 위한 항공기 제작사와 하니웰사 간의 기술적 협의 결과, 구매규격서에 적합한 기능 구현과 자세한 시험비행 결과 등이 포함된 이행계획서의 제출을 요구받고, 2008. 11. 4. ILS Offset 기능에 관하여 이 사건 항공기의 FMS와 NCU(Navigation Computer Unit, 항법계산컴퓨터) 조합을 이용하는 방안을 추진한 결과, 2008. 9. 마지막 주와 2008. 10. 두 번째 주에 시험비행에 성공하여 2008. 11. 말경까지 이 사건 항공기의 감항성 증명을 위하여 변경사항에 대한 FAA의 부가형식증명(STC, Supplemental Type Certificate)를 받겠다면서 납기 연장을 요청하였다.

(8) 이후에도 원고들은 제작사가 제시한 대안인 FMS를 이용한 ILS Offset 비행으로 구매규격서가 요구하는 ILS Offset 비행검사 목적을 달성할 수 있으므로 대안의 수용을 검토해달라고 요청하였으나, 피고 측으로부터 FMS에서 ILS 신호를 받는 것은 항공기위치를 보정하기 위한 것이고, 항공기 유도신호를 만들기 위한 것이 아니며, FMS를 이용한 Offset 비행은 FMS에 내장 또는 입력된 좌표(위도 및 경도)를 기준으로 하는 것으로서 실제 전파신호를 이용하는 것이 아니라는 이유로 수용 불가하다는 검토 결과를 통보받았고, 이후 대안의 수용 요청과 더불어 ILS Offset 기능 구현을 위한 이행계획서를 제출하였고, 2008. 12. 20. 피고 측에 인도기일을 2009. 1. 30.까지로 연장해줄 것을 요청하여 연장을 받았다.

(9) 원고들은 2009. 1.경 보완작업이 이루어진 기술사항에 대한 부가형식증명 발급을 위한 시험비행을 실시한 후 부가형식증명을 받았고, 2009. 1. 30. 및 2009. 3. 2. 피고 측에 원고들이 제작한 항공기가 사용한 RNAV 방식은 구매규

격서가 원하는 방식인 Happy Box 방식과는 다르지만, 비행방식의 차이에 불과하여 AFIS의 기능에는 차이가 없고, RNAV 방식은 국제적으로 공인된 방식으로 국제민간항공기구(ICAO, International Civil Aviation Organization) 및 미국연방항공청(FAA, Federal Aviation Administration)에서도 항로시설검사기능에 아무 문제가 없다는 회신을 하였으므로, RNAV 방식에 의한 이 사건 항공기를 인도받을 것을 요청하였으나, 피고 측으로부터 그 인수를 거절당함과 동시에 규격서의 성능요건에 적합한 ILS Offset 기능이 있는 제품을 납품할 것을 요청받았다.

(10) 피고 측은 원고 X에게 수차례에 걸쳐 납품 기한을 연장하면서 규격서의 성능요건에 적합한 제품의 납품을 요청하였으나 그 이행이 이루어지지 않자 2009. 2. 25. 더 이상 기한을 연장할 수 없다는 통지를 하고, 2009. 3. 31. 이 사건 항공기가 ILS Offset 비행기능을 충족하지 못하였음을 이유로 이 사건 계약을 해제한다는 내용의 통지를 하였다.

2. 당사자의 주장

(1) 원고 X의 주장

구매규격서에서 ILS Offset 비행이 가능한 Happy Box 방식에 의한 항공기를 납품하도록 규정하고 있으나, RNAV 방식에 의한 이 사건 항공기도 구매규격서에서 정한 방식과 마찬가지로 비행검사목적을 달성할 수 있으므로, 피고의 이 사건 계약해제는 부적법하고, 따라서 피고는 원고 X에게 계약상 잔대금 미화 4,698,463.14달러 중 일부인 10억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

(2) 피고의 주장

구매규격서에서 ILS Offset 비행이 가능한 Happy Box 방식에 의한 항공기를 공급하도록 규정하고 있는바, 원고 X가 공급하려고 하는 이 사건 항공기는 ILS

Offset 비행을 할 수 없고, 피고가 원고 X의 요청에 따라 ILS Offset 비행이 가능한 항공기를 공급할 수 있도록 수차례 인도기일을 연기해 주었음에도, 이를 이행하지 못하였으므로, 피고의 이 사건 계약해제는 적법하다.

3. 재판의 경과

(1) 제1심

제1심[9]은, 비록 RNAV 방식에 의하여도 ILS 지상신호의 검사가 가능하다고 하더라도 원고 X가 주장하는 방식으로 제작된 이 사건 항공기는 구매규격서에서 요구한 ILS Offset 비행기능을 갖추지 못하여 피고가 구매규격서에서 요구한 목적을 달성할 수 없으므로, 이를 이유로 한 피고의 계약해제는 적법하다고 보아 원고 X의 청구를 기각하였다.[10]

(2) 항소심

항소심[11]은, 이 사건 계약의 목적물인 이 사건 항공기는 부대체물(不代替物)에 해당하므로 이 사건 계약은 도급의 성질을 가지고, 따라서 이 사건 계약에서 일이 완성되었다고 하려면 이 사건 항공기의 주요구조 부분이 약정된 대로 제작되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추고 있어야 한다는 이유를 추가하여, 원고 X의 항소를 기각하였다.[12]

---

9) 서울중앙지법 2010. 12. 17. 선고 2009가합32275 판결; 판사 임범석(재판장), 권혁준(주심), 김민경.

10) 제1심은, 원고 Y는 계약당사자가 아니라는 이유로 원고 Y의 청구를 기각하였는바, Y의 청구에 대한 판단은 이 사건의 평석과는 무관하므로, 원고 X의 청구에 관하여만 살펴보기로 한다.

11) 서울고법 2011. 9. 29. 선고 2011나13939 판결; 판사 고의영(재판장), 박해빈(주심), 이인석.

12) 원고 X가 상고를 제기하지 아니하여 확정되었다. 원고 Y는 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하였으나 항소심은 원고 Y의 항소를 기각하였고, Y만 항소심 판결에 대하여 상고를 제기하였으나, 대법원은 Y의 상고를 기각하였다(대법원 2012. 1. 27. 선고 2011다93001 판결).

Ⅱ. 사안의 검토

1. 문제의 소재

(1) 경제재의 획득과 계약의 유형

사람이 경제재를 획득하는 방식은 여러 가지가 있다. 먼저 물건을 취득·이용하는 방식으로는 매매, 증여, 소비대차, 임대차, 사용대차 등이 있고, 용역 즉 타인의 노력을 이용하는 방식으로는 고용, 도급, 위임 등이 있다. 특허권, 저작권 등 지식재산권을 취득·이용하는 방식으로는 지식재산권의 양수, 전용실시권 등 이용권의 취득, 영업양수 또는 합병을 통한 포괄적 이전 등이 있다.

수요자 입장에서는 새로운 기술이 필요한 것인지, 기술이 구현된 물건이 필요한 것인지, 기술을 구현할 수 있는 전문가가 필요한 것인지, 기술 이외에 영업권까지 필요한 것인지 여부를 판단하여 적절한 계약형식을 선택하여야 한다.

타인의 노동력을 사용하여 필요한 물품을 공급받는 방식은 고대 노무도급제, 중세 부역노동 또는 장인에 의한 도급제를 거쳐 근대 공장제 생산에 따른 매매제로 전환되었다. 그러나 기술의 발전속도가 빨라지고, 새로운 제품에 대한 수요가 증대하는 상황에서는 대량생산에 따른 기성제품의 매매제도로는 한계가 있다. 최근 들어 특수한 수요에 대응하기 위한 제작물공급계약이 점차 증가하는 것도 소비자의 수요가 다양화함에 따른 자연적인 현상이다. 이외에도 첨단기술을 적용한 시제품이나 수요가 한정된 특수목적 제품의 제작물공급계약이 증가하고 있다.

항공우주분야에서도 이 사건에서 문제된 특수 목적 항공기 이외에도 試製機, 무인비행장치,[13] 우주발사체 등 다양한 형태의 제작물공급계약이 증가하고 있

13) 일상에서는 Drone이라는 용어를 많이 사용하고 있으나, 항공법 제2조 제28호는 '무인비행장치'라는 용어를, 국제민간항공기구(International Civil Aviation Organization, ICAO)에서는 무인항공기시스템(unmanned aircraft systems, UAS)이라는 용어나[ICAO Cir 328, Unmanned Aircraft Systems(UAS), 2011, 1면], 원격조종항공기(remotely piloted aircraft, RPA)라는 용어를 사용하고 있다. 이외에도 무인비행장치(unmanned aerial vehicle, UAV), 무인항공기(unmanned aircraft, UA)라는 용어를 사용하기도 한다[안진영, "세계의 민간 무인항공기시스템(UAS) 관련 규제 현황", 「항공우주산업기술동향」 제13권 제1호, 2015. 7., 53-54면]. 무인항공기에 관한 연구성과로는, 김선

다. 도급인의 입장에서는 거액의 비용을 지출하여 제작물을 공급받기로 예정되어 있었는데, 제품의 품질과 성능의 기준을 제시하는 구매규격서가 부실하거나 성능미달여부를 판단할 만한 능력이 부족한 경우에는 목적 달성 불능 이외에도 막대한 시간과 비용을 소모하게 된다. 수급인으로서도 계약 목적 달성에 필요한 성능과 품질을 갖춘 제작물을 공급할 능력이 없음에도 불구하고 무리하게 계약을 체결하게 되면, 일의 미완성에 따른 매몰비용과 계약해제에 따른 손해배상을 감수하여야 하므로 막대한 손해가 발생한다.

(2) 이 사건 계약의 법적 성질의 중요성

이 사건 계약은 국가를 당사자로 하는 계약에 해당하는데, 판례는 국가를 당사자로 하는 계약은 그 본질적인 내용이 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로 그 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 사법의 규정 내지 법원리가 그대로 적용된다는 입장을 취하고 있다.[14]

대상사안에서 국가는 비행기 착륙을 유도하기 위하여 지상에서 발사된 신호가 올바르게 형성되는지 등을 검사하는데 사용할 비행점검항공기 및 자동비행점검시스템을 X로부터 공급[15]받기 위하여 계약을 체결하였으나, X가 제공한 항공기는 구매규격서상 성능요건을 충족하지 못하였기 때문에 이를 이유로 계약을 해제한 것이 정당한지 여부가 문제되었다.

이, "무인항공기 결함에 대한 제조물책임의 적용 연구", 「항공우주정책·법학회지」 제30권 제1호. 2015. 6.; 김선이, "무인항공기의 사생활 침해에 대한 법적 대응: 미국 정책, 입법안 분석을 중심으로", 「항공우주정책·법학회지」 제29권 제2호, 2014. 12.; 김종복, "국내 상업용 민간 무인항공기 운용을 위한 법제화 고찰", 「항공우주정책·법학회지」 제28권 제1호, 2013. 6.; 박지현, "무인항공기에 대한 법적 쟁점 연구", 「홍익법학」 제16권 제2호, 2015.: 신홍균, "무인항공기의 무력공격을 둘러싼 국제법상 쟁점에 관한 연구", 「항공우주정책·법학회지」 제28권 제2호, 2013. 12.; 이강석·박원태·임광현, "한국의 군용 무인항공기 비행규칙에 관한 법적, 제도적 운용 연구", 「항공우주정책·법학회지」 제28권 제2호, 2013. 12.

14) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다15695 판결. 또한 판례에 의하면, 국가가 사인과 계약을 체결할 때에는 국가계약법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 요건과 절차를 이행하여야 하고, 설령 국가와 사인 사이에 계약이 체결되었더라도 이러한 법령상 요건과 절차를 거치지 아니한 계약은 효력이 없다고 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2013다215133 판결).

15) 민사법학에서는 '제조물공급계약'이라는 용어를 주로 사용하고 있다. 항공기제조사업법은 1961. 12. 23. 법률 제866호로 제정되어 1962. 1. 20.부터 시행되었다가, 1978. 12. 5. 법률 제3124호로 시행된 항공공업진흥법 부칙 제2항에 의하여 폐지되었다. 항공우주산업개발촉진법 제2조 제1호에서는 "항공기를 생산(제조·가공·조립·재생·개조 또는 수리하는 것을 포함하되 항공안전법 제2조 제1호에 따른 항공기의 정비·수리·개조 등 항공기사용자가 그 운항 상의 필요로 행하는 작업을 제외한다)하는 사업"이라는 용어를 사용하고 있다.

이를 검토하기 위해서는, 먼저 특수한 목적을 달성하기 위한 항공기 공급계약의 법적 성질에 관한 논의가 필요하다. 우리 민법상으로 매매와 도급의 법률효과에 많은 차이가 있기 때문에 이는 매우 중요한 문제이다. 다음으로 계약목적을 달성할 수 없는 항공기를 공급한 경우 국가는 이를 이유로 계약을 해제할 수 있는지 살펴보아야 한다.

2. 제작물공급계약

(1) 의의

製作物供給契約(Werklieferungsvertrag)이란 당사자의 일방이 상대방의 주문에 따라 자기 소유의 재료를 사용하여 만든 물건을 공급할 것을 약정하고 이에 대하여 상대방이 대가를 지급하기로 약정하는 계약을 말한다.[16] 한편 대체물의 제작공급계약을 注文販賣契約(Lieferungskauf)이라고 하면서 제작물공급계약에서 제외하는 견해도 있다.[17] 제작물공급계약은 주문자가 공급자에게 제조 자체에 대해서가 아니라 제조물이 '공급'되는 데 대하여 대가를 지급할 의무를 지는 점에서 전형적 도급계약과 다른데, 여기서 '공급'이란 기본적으로 인도 및 소유권 이전하는 것을 의미하는 것이 일반적이다.[18] 다만 공급자가 제작물을 주문자 측의 장소에 설치하고 시운전까지 하는 급부의무까지 지는 경우에는 설치 및 시운전까지 완료되었을 때 '공급'되었다고 한다. 그리고 제작물공급계약은 주문자의 지시가 있으면 이에 따르면서 물품을 제작할 의무를 내포한다는 점에서 전형적 매매계약과 다른 점이 있다. 그러나 제작물공급계약에서는 공급자가 자신이 이미 제작하여 보유하고 있는 물건 중에서 공급하든 자신의 부담으로 조달한 재료로 새로 제작하여 공급하든 상관없는 것이 일반적이다.[19]

판례[20]는 "당사자의 일방이 상대방의 주문에 따라 자기 소유의 재료를 사용

16) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다21862 판결; 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다56685 판결.
17) 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의(이론·판례·사례)」(제11판), 신조사, 2012, 1485면.
18) 장준혁, "동산의 제작물공급계약의 성질결정", 「민사판례연구」 제35권, 2013. 2., 446면.
19) 제작물공급계약 가운데에는 건물을 목적물로 하는 것도 있으나, 건물 제작물공급계약은 동산 제작물공급계약과는 다른 속성을 가지고 있다. 건물의 제작물공급계약은 항상 도급계약이라는 견해[김증한·안이준, 「신채권각론(하)」(제3판), 박영사, 1968, 451면], 아파트 분양계약은 "대체물의 주문판매"로서 매매에 해당한다는 견해[이은영, 「채권각론」(제4판), 박영사, 2004, 511면] 등이 있다.

하여 만든 물건을 공급하기로 하고 상대방이 대가를 지급하기로 약정하는 제작물공급계약은 그 제작의 측면에서는 도급의 성질이 있고 공급의 측면에서는 매매의 성질이 있어 대체로 매매와 도급의 성질을 함께 가지고 있으므로, 그 적용법률은 계약에 의하여 제작 공급하여야 할 물건이 代替物인 경우에는 賣買에 관한 규정이 적용되지만, 물건이 특정의 주문자의 수요를 만족시키기 위한 不代替物인 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 都給의 성질을 띠게 된다.”는 입장을 취하고 있다.

(2) 매매와 도급의 구별 실익

제작물공급계약을 매매와 도급 중 어느 쪽으로 취급하느냐는 주로 계약위반(하자담보책임 및 일반채무불이행책임)의 요건 및 효과와 관련하여 논의의 실익이 있다.

(가) 주문자의 책임을 이유로 하는 하자담보책임의 소극적 요건

민법은 주문자에게 하자의 존재 내지 발생에 책임이 있는 경우에 하자담보책임의 성립을 부정한다. 그런데 어떤 제작물공급계약이 매매와 도급 중 어느 쪽으로 성질이 결정되는지에 따라, 주문자의 책임을 이유로 하는 하자담보책임의 소극적 요건이 달라진다.

매매계약의 경우에는 매매계약 체결 시에 “매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한” 경우에는 매도인의 하자담보책임이 부정된다(민법 제580조 제1항). 어떤 제작물공급계약이 매매계약으로 취급된다면 향후 제조될 물건에 하자가 있을 수밖에 없거나 하자가 발생할 가능성이 높음을 매수인이 알았거나 과실로 알지 못한 경우에는 민법 제580조 제1항에 의하여 매도인은 하자담보책임을 지지 않게 된다.

도급계약의 경우에는 목적물상의 물건상 하자가 “도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인”하는 경우에는 수급인의 하자담보책임이 부정되는 것이 원칙이고(민법 제669조 제1항), 다만 “수급인이 그 재료 또는 지시

20) 대법원 1996. 6. 28. 선고 94다42976 판결; 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다21862 판결; 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다56685 판결.

의 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아니한 때"에는 도급인은 여전히 하자담보책임을 질 수 있다(제2항).

(나) 공급자의 지시의 부적절함에 대한 주문자의 고지의무

도급계약에서 수급인은 작업의 방법, 완성물의 모습 등에 관한 도급인의 지시에 따라야 하지만, 수급인은 도급인의 지시가 부적절함을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 이를 도급인에게 고지하여야 한다. 수급인이 이를 게을리한 경우에는 민법 제669조 제1항의 면책을 원용할 수 없다(제2항). 수급인은 전문가로서 일을 완성시켜야 하는 자이기 때문이다.

제작물공급계약이 매매로 성질이 결정되는 경우에도 이러한 고지의무가 신의성실의 원칙에 기하여 인정될 여지는 있지만 항상 당연히 인정되는 것은 아니다.

(다) 공급자의 하자보수의무와 하자보수권의 인정 여부

제작물공급인의 하자담보책임의 내용으로서 주문자가 하자보수청구권을 가지는지, 공급자가 하자보수권을 가지는지 문제된다. 그런데 민법은 매매와 도급에서 하자담보책임의 효과를 달리 규정하고 있다.

도급인의 하자보수청구권은 민법 제667조 제1항 본문에 명문으로 규정되어 있다. 도급계약에서 하자가 중요하지 않고 그 보수에 과다한 비용을 요하는 경우에는 하자보수청구권이 인정되지 않지만(민법 제667조 제1항 단서), 제작물공급계약으로서 도급으로 성질이 결정되면, 수급인은 '일의 완성'만이 아니라 완성도 있는 물건을 제작공급할 의무를 지는 것이므로, 제667조 제1항 단서의 원용이 쉽지는 않다. 또한 도급계약의 경우 민법에 규정이 없음에도 불구하고 수급인의 추완권 내지 하자보수권을 인정하는 견해가 있다.[21]

(라) 대금감액청구권의 인정 여부

매도인의 하자담보책임의 내용으로 인정되는 손해배상청구권은 이미 대금감액적 의미의 손해배상청구권이다. 즉 민법 제580조, 제581조에서는 물건의 하

21) 장준혁, 전게 논문, 453면.

자가 존재하는 만큼 이미 손해가 발생한 것으로 인정된다.

도급의 경우에는 가치의 비율로써 수급인의 보수를 감액시키는 보수감액청구권의 인정 여부가 문제되는데, 보수에 갈음하는 손해배상청구(제667조 제2항 전단)의 한 내용으로서 도급인의 보수감액청구권을 인정하는 것이 보통이다.

온수생산시스템 설치계약에 관한 시방서 제1조 “히트펌프는 버려지는 폐수의 열원을 흡수하여 65~75℃의 온수를 생산하여 온수탱크에 온수를 공급하게 시공하는 조건이다.”라는 부분은 이 사건 설치계약으로 달성하려는 본질적인 성능에 관한 것으로서 설치계약의 내용으로 볼 수 있는데, 온수탱크를 통하여 여관 난방용으로 공급되는 온수가 42℃에 불과하여 이 사건 온수생산시스템은 위 설치계약에서 약정한 성능을 갖추지 못하였고 이를 이유로 피고(도급인)가 2012. 3. 6.경 설치계약을 해제하였으나, 이 사건 온수생산시스템이 80% 정도의 성능은 유지하고 있고 이는 피고에게도 상당한 이익이 되므로, 원고(수급인)는 기성고율에 상응하는 80% 부분에 대하여는 공사대금을 청구할 수 있다고 판시한 사례가 있다.[22]

그러나 계약에 의하여 달성하고자 하는 목적이 定量的인 것이 아니라 定性的인 것이라면, 이와 같은 감액청구권은 인정될 여지가 없다.

(마) 도급인의 해제권의 소급효 제한

판례는 건축도급계약에서 ‘일의 미완성’을 이유로 한 도급인의 해제에도 불구하고 기성부분에 대해서는 도급계약이 실효되지 않고 기성부분에 상응하는 보수를 지급할 의무가 남는다고 한다.[23] 또한 판례는 소프트웨어 개발·공급계약에 대해서도 수급인이 이미 도급인 회사에 이미 소프트웨어를 공급하여 설치되어 있고 소프트웨어의 완성도가 87.87%에 달하여 약간의 보완만을 요하는 점, 그럼에도 불구하고 도급인의 수급인의 수정·보완제의를 거절하고 계약해제의 통지를 한 점을 고려요소로 들어, 계약관계의 비소급적 해소만을 인정하였다.[24]

그러나 판례는 제작물공급계약의 모든 형태에 대하여 해제효과 제한법리를 확대적용하지는 않고 있는데, 제작부터 공장 내 설치와 시운전까지 포함하여

22) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015다15672 판결.
23) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다30160 판결.
24) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다7932 판결.

주문된 기계(압력여과기)의 제작공급계약이 문제된 사안에서, 법원은 “제작·설치에 관한 도급계약이 체결된 기계가 공장 내에 설치하는 통상의 기계로서 쉽게 분해하여 재조립할 수 있다면, 토지에 고정적으로 부착하여 용이하게 이동할 수 없는 토지의 정착물이라고 볼 수 없고, 계약해제로 인한 원상회복을 인정한다고 하여 사회·경제적으로 중대한 손실을 초래한다고 볼 수도 없으므로, 그 도급계약에는 민법 제668조 단서가 적용되지 않는다”고 판시하였다.[25)]

또한 설계시공일괄입찰 방식의 자동화설비 도급계약에서 도급인의 중도금 지급채무가 일시 이행지체의 상태에 빠졌다 하더라도, 당해 자동화설비에 중대한 하자가 있어 시운전 성공 여부가 불투명하게 된 때에는 도급인으로서는 자신의 대금지급의무와 대가관계에 있는 시운전 성공 시까지는 중도금지급의무의 이행을 거부할 수 있고, 그 하자가 중대하고 보수가 불가능하거나 보수가 가능하더라도 장기간을 요하여 계약의 본래의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 중도금채무의 이행을 제공하지 않고 바로 계약을 해제할 수 있으며, 그 계약해제가 신의칙에 반하지 아니한다고 한다.[26)]

(바) 공급자의 하자담보책임의 제척기간

도급인은 수급인의 하자담보책임에 기하여 하자보수청구권(제667조 제1항 본문), 손해배상청구권(제667조 제2항 본문), 해제권(제668조 본문), 감액권을 가지는데, 그 구제방법은 인도 후(또는 일의 종료 후) 1년 내에 행사하도록 정하여져 있다(제670조). 이는 제척기간이지만 출소기한이 아니라 재판상 또는 재판외의 권리행사기간에 불과하다는 것이 판례이다.[27)]

이와 달리, 매수인은 매도인의 하자담보책임에 기하여 손해배상청구권과 해제권을 가지고, 종류물매매의 경우에는 완전물청구권도 가진다(민법 제581조 제2항).[28)] 이는 모두 물건상 하자를 안 날로부터 6개월의 기한에 걸린다(민법

25) 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다60632, 93다60649 판결.
26) 대법원 1996. 8. 23. 선고 96다16650 판결.
27) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009다82060 판결.
28) 종류물의 하자로 인한 완전물 급부청구권 행사에 대한 제약은 목적물의 하자가 경미하여 계약의 목적을 달성하는 데 별반 지장이 없고 손해배상이나 하자보수를 통하여 능히 적은 비용으로 매수인에 대한 권리구제의 수단이 마련될 수 있을 것임에도 완전물 급부의무의 부담을 매도인에게 부과한 결과 매도인이 입게 될 불이익이 지나치게 크고 가혹하여 이러한 완전물 급부청구권의 행사가 신의칙에 반하여 권리남용에 이르게 될 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 이를 인정할

제582조). 그런데 판례는 이를 제척기간으로 보면서 재판상 또는 재판외 권리행사기간으로 본다.[29]

판례는 기계의 제작공급계약이 기계를 주문자의 공장 내에 설치하고 일정기간 동안 시운전을 하여 성능검사를 끝내는 것까지 계약내용으로 되어 있고 그것까지 끝내야 잔대금을 지급받기로 하는 경우에는, 제670조 제1항의 제척기간의 기산점은 기계를 '설치한 날'이 아니라 '시운전까지 하여 성능검사가 끝난 날'이라고 한다.[30]

(사) 상법 제69조의 적용 여부

상인간의 제작물공급계약에서는 이것을 매매와 도급 중 어느 쪽으로 취급하느냐에 따라 상법 제69조 제1항의 적용 여부가 달라질 수 있다. 상인 간의 매매에서 매수인은 인도를 받은 후 지체 없이 물건을 검사할 의무를 지고 이때 발견된 하자를 즉시 통지할 의무를 지고, "즉시 발견할 수 없는 하자"의 경우에는 인도 후 6개월 내에 하자를 통지할 의무를 진다(상법 제69조). 상법에는 민법 제567조와 같은 규정이 없음에도 불구하고 상사매매에 관한 규정이 기타 상사계약에 유추 적용될 수 있는지 문제되는데, 판례는 이러한 유추적용을 부정한다.[31] 따라서 판례에 따르면, 매매로 성질이 결정되는 제작물공급계약에는 상법 제69조 제1항이 적용되지만, 도급으로 성질이 결정되는 제작물공급계약에는 상법 제69조 제1항이 유추 적용되지 않는다.

(아) 대금지급의무의 이행기 도래

매수인은 목적물의 인도와 상환으로 대금을 지급하여야 한다(민법 제568조 제2항) 그러므로 어떤 제작물공급계약이 매매로 취급된다면 목적물이 미세한 품질·성능상 미흡한 점이 있더라도 대금채무는 구체적으로 발생하여 그 이행기가 도래하고 주문자는 인도와 상환으로 대금을 지급하여야 한다.

도급인은 완성물의 인도와 동시에 또는 일의 완성 후 지체 없이 보수를 지급

수 있다. 서울고법 2012. 7. 24. 선고 2011나47796 판결.

29) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다20190 판결.

30) 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다60632, 93다60649 판결.

31) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다38342 판결.

하여야 한다(제665조 제1항). 그러므로 어떤 제작물공급계약이 도급에 해당한다면 주문자는 '일의 미완성'을 주장하면서 대금지급의무가 아직 발생하지 않고 있다고 주장할 수 있다. 공사가 도중에 중단되어 예정된 최후의 공정을 종료하지 못한 경우에는 공사가 미완성된 것으로 볼 것이지만, 공사가 당초 예정된 최후의 공정까지 일응 종료되고 그 주요 구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일이 완성되었고 다만 그것이 불완전하여 보수를 하여야 할 경우에는 공사가 완성되었으나 목적물에 하자가 있는 것에 지나지 아니한다고 해석함이 상당하고, 예정된 최후의 공정을 종료하였는지 여부는 수급인의 주장이나 도급인이 실시하는 준공검사 여부에 구애됨이 없이 당해 공사 도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단할 수밖에 없다.[32]

(자) 주문자의 임의해제권 인정 여부

도급인은 제673조의 임의해제권을 가지지만, 매수인은 이를 가지지 않는다. 제673조의 해제권 행사시 도급인이 배상하여야 하는 손해는 상당인과관계 있는, 제393조가 인정하는 범위 내의 모든 손해이다. 다만 계약해제로 인하여 지출을 면한 비용 등의 손익상계가 인정된다.

(차) 단기소멸시효의 적용 여부

도급받은 자의 공사에 관한 채권은 3년의 단기소멸시효에 걸린다(민법 제163조 제3호). 그러므로 쌍무계약인 도급계약에서 발생하는 도급인의 채권(계약의 본지에 따른 채권만이 아니라 그 채권의 침해에 따른 손해배상청구권 등)은 시효소멸하지 않고 있으면서 수급인의 채권만 먼저 시효소멸하는 결과를 가져올 수 있다.

(카) 소유권유보약정의 가부

제작물공급계약이 매매로 성질이 결정되는 경우에는 제작물공급계약에 부수된 약정으로 소유권유보약정을 하는 것이 가능하다. 이 약정은 부합을 방지하는 권원(제256조 제1항 단서)으로서 작용할 수 있다.

32) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다104482 판결.

승강기를 제작하여 설치, 시운전까지 하는 내용의 제작물공급계약에서 공급자가 소유권유보약정이 있었다는 주장을 하였는데, 대법원은 그 제작물공급계약은 부대체물을 목적물로 하는 것이므로 도급에 해당하고, 설치 및 시운전까지 계약내용에 포함된 것으로 보면 되는 것이지, 이를 굳이 혼합계약이라 하면서, 그 제작물공급계약 내에 소유권유보약정에 따라 공급자에게 승강기의 소유권이 여전히 있다고 할 것은 아니라고 보았다.[33]

(3) 이 사건 계약의 성질 결정

이 사건 계약의 목적물인 비행점검용 항공기 및 자동비행점검시스템은 부대체물에 해당하므로, 이 사건 계약은 대체가 어렵거나 불가능한 제작물의 공급을 목적으로 하는 계약으로서 도급의 성질을 띠고 있다.

3. 일의 완성과 하자

(1) 의의

보수는 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급하여야 하고(민법 제665조 제1항), 완성된 목적물 또는 완성 전의 성취된 부분에 하자가 있는 때에는 도급인은 수급인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 하자의 보수를 청구할 수 있으며(민법 제667조 제1항), 완성된 목적물의 하자로 인하여 계약목적을 달성할 수 없을 때에는 계약을 해제할 수 있다(민법 제668조). 그러므로 일이 완성되었는지 여부,[34] 하자가 있는지 여부 및 계약목적을 달성할 수 없는 중대한 하자인지 여부는 당사자의 권리・의무 확정에 중요한 의미가 있다.

(2) 일의 완성

(가) 판단기준

33) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다56685 판결.

34) 민법 제664조의 '일의 완성'이라는 표현 대신, '약정한 내용대로 일을 완수', '약정한 내용대로 일을 수행', '약정한 내용대로 일을 할' 등으로 개정하여야 한다는 견해로는 박수곤, "도급계약의 현대화를 위한 법정책적 과제", 「법과 정책연구」 제12집 제4호, 2012. 12., 1759면.

보통의 경우 당해 도급계약상 예정된 최후의 공정까지 일응 종료하고 주요 부분이 완성된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 목적물이 완성되었다고 보고 목적물의 하자나 잔여 마무리 작업 부분 등은 하자보수청구 등 하자담보책임에 관한 민법의 규정에 따라서 처리하도록 하는 것이 당사자의 의사 및 법률의 취지에 부합하는 해석이고, 이 때 예정된 최후의 공정이 일응 종료하였는지 여부는 당사자의 주장에 구애됨이 없이 당해 도급계약의 구체적 내용과 신의성실의 원칙에 비추어 객관적으로 판단하여야 한다.[35]

(나) 증명책임

도급계약에서 일의 완성에 관한 주장·증명책임은 일의 결과에 대한 보수의 지급을 청구하는 수급인에게 있고, 제작물공급계약에서 일이 완성되었다고 하려면 당초 예정된 최후의 공정까지 일단 종료하였다는 점만으로는 부족하고 목적물의 주요구조 부분이 약정된 대로 시공되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추고 있어야 한다.[36]

(다) 대상사안의 검토

따라서 이 사건 계약에서 일이 완성되었다고 하려면 이 사건 항공기의 주요 구조 부분이 약정된 대로 제작되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추고 있다는 점을 수급인인 원고가 증명하여야 한다.

(3) 하자

(가) 독일법에서 하자의 개념[37]

매매계약에서는 제434조에서 하자개념을 정의하고, 도급계약에서는 제633조 제2항에서 하자개념을 정의하고 있는데, 물건하자(Sachmangel)의 개념에 관해

35) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다29217 판결; 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다104482, 104499 판결.

36) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다21862 판결.

37) München Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Besonderer Teil Ⅱ, 5. Auflage, C.H. Beck, 2009, S.1654-1662; 전경운, "독일법상 매매와 도급에서의 하자담보책임과 기술적 표준", 「비교사법」 제17권 제1호, 2010. 3., 161-167면.

서는 매매계약(§434 BGB)과 도급계약(§633 Abs.2 BGB)에서 거의 유사하게 하자개념을 규정하고 있다.

1) 위험이전 시에 물건이 합의된 성상(vereinbarte Beschaffenheit)을 갖추고 있으면 물건하자가 없다(§434 Abs.1 S.1 BGB)고 하여서 주관적 하자개념을 우선시하고 있고, 도급계약에서도 일이 합의된 성상을 갖추면 그에는 물건하자가 없다(§633 Abs. 2 S.1 BGB)고 규정하고 있다. 이는 인도받은 물건의 현재의 성상(Ist - Beschaffenhelt)과 계약적으로 합의된 성상(Soll - Beschaffenhelt)과의 사이에서 매수인에게 불리한 상이(ungunstige Abweichung)가 하자라는 기존의 통설적 견해를 받아들인 것이다.[38]

2) 하자판단의 기준으로서, 계약당사자가 물건의 성상에 대해서 특별히 합의하지 않았다면, 물건이 계약에서 전제가 된 용도(nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung)에 적합하다면 하자는 없다(§434 Abs.1 Nr.1 BGB). 도급계약에서도 일이 계약에서 전제가 된 용도에 적합한 경우 하자가 없다(§633 Abs.2 Nr.1 BGB)고 규정하고 있다.

3) 하자판단의 기준으로서 매매물건의 성상에 관하여 당사자의 합의도 없고 또한 그 전제된 용도도 없는 경우에는, 물건이 통상의 용도(gewohnliche Verwendung)에 적당하고 동종의 물건에 통상적(ublich)이고 매수인이 물건 종류에 따라 기대할 수 있는 성상(Beschaffenheit)을 갖춘 경우에는 하자가 없다(§434 Abs.1 Nr.2 BGB)고 하여, 객관적 하자개념을 규정하고 있다. 도급계약에서도 일이 통상의 용도에 적합하고 동종의 일에 통상적이고 도급인이 일의 종류에 따라 기대할 수 있는 성상을 갖춘 경우에는 하자가 없다(§633 Abs.2 Nr.2 BGB)고 하여 매매계약과 동일하게 규정하고 있다.

4) 객관적 하자개념에 의한 물건하자는, 물건이 '통상적 용도' 에 적당하지 않거나 동종의 물건에서 통상적이고 매수인이 물건의 종류에 따라 기대할 수

38) 전경운, 전게 논문, 162면.

있는 성상을 갖추지 못하면' 하자 있는 물건이다. 이 때 무엇이 통상의 용도와 통상의 성상으로 기대될 수 있는지는 거래관념에 의하여 정해지며, 평균적 매수인의 기대가 고려될 수 있다.

5) 도급계약에서 수급인이 도급받은 일과 다른 일을 완성하거나 일을 과소하게 완성한 경우에는 물건하자와 동일하다(§633 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BGB)고 하여, 다른 물건의 인도와 양적으로 과소인도(Aliud - und Zuweniglieferung)도 물건하자로 규정하고 있다.

(나) 무하자 성상의 척도로서 기술적 표준[39]

1) 독일표준화연구소(Deutsches Institut fur Normung)의 표준에 대한 개념정의를 보면, "표준은 계획적으로 국가적·지역적 그리고 국제적으로 관심있는 분야에 대하여 공공의 이용을 위하여 물질적·비물질적인 대상에 대하여 공동적으로 행하여진 통일화를 위한 표준화 작업의 결과이다."라고 하고 있다. 유럽경제위원회(Economic Commission for Europe)에서도 기술적 표준은 "학문, 기술, 실무적으로 인정되는 결과에 근거하여 모든 이해관계집단의 공동작업과 합의 및 일반적인 동의 아래 공공사회가 사용할 수 있는 기술적 상술 또는 그 외의 자료로서, 공공의 최대한의 이용을 추구하고 국가적·지역적 또는 국제적으로 승인된 기구에 의하여 동의 되어진 技術的 詳述(technische Spezifikation) 또는 그 외의 자료를 말한다."고 정의하고 있다.

2) 기술적 표준(technische Normen)은 매매계약과 도급계약에서 제434조와 제633조상의 물건하자와 관련하여 '계약적으로 합의된 성상'(§434 Abs.1 Nr. 1 BGB)에서 뿐만 아니라 '계약에서 전제된 용도'(§434 Abs.1 Nr.1 BGB) 및 '물건의 통상의 성상'(§434 Abs.1 Nr.2 BGB)에서도 가치척도로서 고려될 수 있다. 계약에서 물건의 기술적 표준에 대한 일치가 당사자의 합의나 계약에서 전제된 용도 또는 물건의 통상의 성상을 통하여 인정되고, 물건이 일정한 기술적 표준의 요구에 상응하지 않는다면 그 물건에는 하자가 있는 것이 된다.[40]

---

39) München Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Besonderer Teil Ⅱ, 5. Auflage, S.1658-1659.

(다) 판례의 태도

1) 카탈로그와 검사성적서를 제시한 경우[41]

매도인이 매수인에게 공급한 기계가 통상의 품질이나 성능을 갖추고 있는 경우, 그 기계에 작업환경이나 상황이 요구하는 품질이나 성능을 갖추고 있지 못하다 하여 하자가 있다고 인정할 수 있기 위하여는, 매수인이 매도인에게 제품이 사용될 작업환경이나 상황을 설명하면서 그 환경이나 상황에 충분히 견딜 수 있는 제품의 공급을 요구한 데 대하여, 매도인이 그러한 품질과 성능을 갖춘 제품이라는 점을 명시적으로나 묵시적으로 보증하고 공급하였다는 사실이 인정되어야만 할 것임은 물론이나, 매도인이 매수인에게 기계를 공급하면서 당해 기계의 카탈로그와 검사성적서를 제시하였다면, 매도인은 그 기계가 카탈로그와 검사성적서에 기재된 바와 같은 정도의 품질과 성능을 갖춘 제품이라는 점을 보증하였다고 할 것이므로, 매도인이 공급한 기계가 매도인이 카탈로그와 검사성적서에 의하여 보증한 일정한 품질과 성능을 갖추지 못한 경우에는 그 기계에 하자가 있다고 보아야 한다.

2) 제작물이 시방서대로 제작되지 아니한 경우

① 폐수처리장치[42]

B가 A에게 설치하여 주기로 한 것과 같은 기종인 C에 설치한 장치의 성능이 계약 당시 A와 B가 약정한 이 사건 폐수처리장치의 성능[43]에 훨씬 미달되어 이 사건 계약의 목적을 달성하기에 어려운 것으로 보이는 점, 이 사건 장치의 주요한 부품인 증발튜브관이 시방서대로 제작되지 아니하고 C에 설치된 장치

40) BGHZ 139, 16, 19f = NJW 1998, 2814; BGH NJW-RR 1991, 1445, 1447.

41) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다30554 판결.

42) 대법원 1996. 06. 28. 선고 94다42976 판결.

43) 폐수처리용량은 시간당 25t씩 1일 20시간씩 가동하여 1일 합계 500t을 처리할 수 있도록 하고, 폐수정화시설 처리 후의 수질의 오염도가 일정 수치 이하로 될 수 있는 기능을 발휘할 수 있으며, 증발관튜브는 니켈카퍼로 제작 설치하도록 약정하였다. 그러나 A는 B의 이 사건 장치 제작 공장에서 가져온 증발관튜브를 검사한 결과 순도 99.75%의 구리로 제작되었음을 밝혀내고 1992. 3. 28. 및 1992. 4. 21. B에게 C에 설치된 장치의 성능확인을 구하였으나, B는 이에 응하지 아니하고 제작 조립된 이 사건 장치의 시운전을 위한 설치만을 고집하자 A는 이 사건 계약을 해제하는 통보하였다. 한편 B는 A와의 위 계약시 모든 제작품에 대하여 중간검사를 받아야 하고, 이 공사에 사용되는 모든 자재는 현장 반입 전에 A의 승인을 얻은 다음 사용하도록 약정하였음에도 이러한 의무도 이행하지 아니한 채 위와 같이 시방서에 기재된 대로의 재료를 사용하지도 아니하였다.

와 같이 순동으로 제작된 점, A는 B에게 위에서 본 바와 같은 문제점들을 들어 B가 C에 설치한 동일 기종의 기계장치의 성능 확인을 수차에 걸쳐 요구하였으나 B는 계속하여 이에 응하지 아니한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 기계장치에는 위와 같은 중대한 문제점이 발생하여 이 사건 장치의 정상작동을 기대하기는 어렵고, 위와 같은 문제점이 상당한 기간 내에 해결될 가망이 없었다고 보이므로 결국 이 사건 계약의 목적을 달성할 수 없게 된 때에 해당한다.

② 송풍기[44]

이 사건 송풍기 공급계약의 내용이 된 시방서에는 피고가 원고에게 공급한 이 사건 송풍기들이 24시간 연속으로 대당 연간 4,380시간 동안 가동되어도 아무런 문제가 발생되지 않도록 모든 부품과 기기를 견고하고 내구성 있게 제작할 것을 규정되어 있음에도, 피고가 원고에게 공급한 이 사건 송풍기들의 날개는 현장설치에 부적합한 것이었을 뿐만 아니라, 방사선 투과시험 결과에 의하더라도 전부 최하위 등급이거나 허용한계 밖의 등급에 해당하는 것이어서, 위 송풍기들의 날개는 하자가 있는 제품이다.

피고가 이 사건 송풍기들에 대한 품질검사 방법으로 정한 방사선 투과검사의 부위, 방법 및 그 지정경위, 피고가 원고에게 이 사건 송풍기들을 납품하기 전에 S검사 주식회사를 통하여 한 품질검사 결과 원고에게 납품된 이 사건 송풍기들의 날개 가운데 위 회사의 검사를 통해 합격판정을 받지 아니한 것도 포함되어 있는 점, 기타 이 사건 송풍기들 날개의 제작상태, 품질, 하자의 발생시기 및 정도 등에 비추어 보면, 피고는 원고에게 이 사건 송풍기들 날개를 납품할 당시에 위 날개에 하자가 존재한다는 사실을 알면서도 이를 원고에게 고지하지 아니한 사실을 충분히 추인할 수 있다.

3) 시방서에 따른 범용 부품을 공급한 경우[45]

원고는 색채선별기에 설치할 공기총으로 최대 빈도수 1,000Hz의 공압식 전자밸브인 이 사건 밸브를 선정하고, 피고로부터 이 사건 밸브를 1년간 한시적

44) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다60236 판결.
45) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012다23351 판결.

으로 독점공급받기로 하는 이 사건 계약을 체결하였다. 원고는 이 사건 밸브를 장착하여 완성한 이 사건 색채선별기를 국내 및 중국에 있는 정미소 등에 판매하였는데, 이 사건 색채선별기는 운전 후 2~3개월이 지난 후부터 이 사건 밸브의 공기누설로 인한 선별력 저하, 공압기(컴프레서)의 과다한 가동, 소음 등의 문제점이 발생하였다. 이로 인하여 원고는 이 사건 색채선별기의 구매업자들에게 이 사건 밸브 또는 색채선별기를 교체하여 주거나, 지급받은 계약금을 반환하거나 잔대금을 포기하는 등의 손해를 입었다.

원고는 이 사건 계약은 이 사건 밸브가 이 사건 색채선별기의 작동환경에 적합한 밸브임을 전제로 체결되었고, 피고도 이 사건 색채선별기의 부품으로 사용된다는 점을 알고 밸브를 독점적으로 공급하기로 한 것이므로, 피고는 원고에게 이 사건 색채선별기의 작동환경에 적합한 밸브를 제공할 의무가 있다고 주장하였다.

법원은 이 사건 밸브는 범용 부품으로 개발되었고, 이 사건 밸브와 이 사건 색채선별기 사이의 적응성 유무는 색채선별기를 개발·제작하는 원고가 시운전 등을 통하여 판단하고 결정할 문제로 그 책임도 원고가 져야 하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 계약에 따른 피고의 의무는 이 사건 밸브의 시방서에 정해진 기준과 성능에 맞는 밸브를 공급하는 것일 뿐 이 사건 색채선별기의 작동환경에 적합한 밸브를 공급할 의무는 없다고 판시하였다.

4) 건축도급계약

① 건축도급계약의 수급인이 설계도면의 기재대로 시공한 경우, 이는 도급인의 지시에 따른 것과 같아서 수급인이 그 설계도면이 부적당함을 알고 도급인에게 고지하지 아니한 것이 아닌 이상, 그로 인하여 목적물에 하자가 생겼다 하더라도 수급인에게 하자담보책임을 지울 수는 없다.[46]

② 사업주체가 아파트 분양계약 당시 사업승인도면이나 착공도면에 기재된 특정한 시공내역 및 시공방법대로 시공할 것을 수분양자에게 제시 또는 설명하였다거나 분양안내서 등 분양광고나 견본주택 등을 통하여 그러한 내용을 별도로 표시하여 분양계약의 내용으로 편입하였다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없

46) 대법원 1996. 5. 14. 선고 95다24975 판결.

는 한 아파트에 하자가 발생하였는지 여부는 원칙적으로 준공도면을 기준으로 판단함이 상당하므로, 아파트가 사업승인도면이나 착공도면과 달리 시공되었다고 하더라도 준공도면에 따라 시공되었다면 특별한 사정이 없는 한 이를 하자라고 볼 수 없다.[47]

5) 설계용역계약[48]

당산철교의 설계자인 피고는 강철도교 제작에 적용되는 시방서가 있으면 반드시 이를 적용하여 설계하여야 하는바, 당산철교 설계 당시 당산철교와 같은 리바트결합강철도교의 제작에 적용되는 강철도교제작시방서(1967. 3. 2. 철도청훈령 제1710호로 개정된 것)가 있었으므로 피고로서는 강철도교제작시방서 제7조에 따라 가로보에 세로보를 접합할 때 세로보 복부판의 연결부를 반지름 10㎜ 이상으로 둥글게 원형절취하는 것으로 설계하여야 할 설계용역계약상 의무를 부담하는데, 피고가 이에 반하여 세로보의 연결부를 응력의 집중효과를 유발하여 균열발생을 일으키는 직각절취하는 것으로 설계함으로써 설계용역계약상 의무를 위반하였다.

6) 대체설계의무[49]

일반적으로 제조물을 만들어 판매하는 자는 제조물의 구조, 품질, 성능 등에 있어서 현재의 기술 수준과 경제성 등에 비추어 기대가능한 범위 내의 안전성을 갖춘 제품을 제조하여야 하고, 이러한 안전성을 갖추지 못한 결함으로 인하여 그 사용자에게 손해가 발생한 경우에는 불법행위로 인한 배상책임을 부담하게 되는 것인바, 그와 같은 결함 중 주로 제조자가 합리적인 대체설계를 채용하였더라면 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 대체설계를 채용하지 아니하여 제조물이 안전하지 못하게 된 경우를 말하는 소위 설계상의 결함이 있는지 여부는 제품의 특성 및 용도, 제조물에 대한 사용자의 기대의 내용, 예상되는 위험의 내용, 위험에 대한 사용자의 인식, 사용자에 의한 위험회피의 가능성, 대체설계의 가능성 및 경제적 비용, 채택된 설계와 대체설계의 상대적 장단점 등의

47) 대법원 2014. 10. 27. 선고 2014다22772 판결.
48) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2012다14531 판결.
49) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2002다17333 판결.

여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다.

이 사건 헬기에 대체설계로서 ① 피토 히트 자동작동장치(Pitot heat auto activation system), ② 피토 히트 작동지시 및 경고 장치(Pitot heat indication system), ③ 피토 튜브의 결빙을 탐지하는 장치, ④ 피토 튜브의 결빙시 스태빌레이터가 수동모드로 자동전환하는 장치, ⑤ 자동모드일 경우 스태빌레이터의 작동각도를 25°정도로 최소화하는 장치, 그리고 ⑥ 피토 튜브의 결빙 등에 대비한 스태빌레이터 경고등 장치 등이 채택되었어야 함에도 이러한 대체설계가 채택되지 아니한 설계상의 결함이 있다는 주장을 배척한 판단은 정당하고, 이 사건 헬기는 현재 갖추고 있는 정도의 장치만으로도 통상적인 안전성은 갖춘 것이다.

7) 소결

위와 같은 판례의 태도에 비추어 보면, 제작물공급계약에서는 도급인이 제시하는 구매규격서가 제작물이 갖추어야 할 성능의 기준이 되므로,[50] 수급인이 제작한 물건이 구매규격서상 기준에 미달하여 계약에서 예정하고 있던 품질과 성능을 갖추지 못하면 계약목적을 달성할 수 없으므로 하자가 있다고 볼 수 있다.[51] 만약 계약 이행과정에서 당사자 합의로 구매규격서가 변경된 경우에는 최종적으로 확정된 구매규격서가 성능의 기준이 된다. 수급인으로서는 구매규격서대로 제작물을 제작한 경우에는 계약상 의무를 이행한 것으로 보아야 한다.

(라) 대상사안의 검토

1) 구매규격서에서 정한 Happy Box 방식이 아닌 RNAV 방식으로 Offset 비행을 하는 이 사건 항공기를 제작한 것이 계약목적을 달성할 수 없는 하자인지에 관하여 법원은 아래와 같은 이유를 들어 하자를 인정하였다.

---

50) 통상 수급인은 입찰시 계약규정, 검수규정, 현장설명사항 및 시방서 등을 준수할 것을 확약한다(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004다48874 판결).

51) 참고로 소프트웨어 개발계약에서는 기능보증, 성능보증, 권리보증이 문제되는데, 개발된 소프트웨어에 대한 성능보증은 당시의 기술수준, 실현가능성, 비용부담, 비용대 효과를 고려하여 합리적이고 타당한 범위에서 그 레벨을 결정하여야 하고, 개발자가 이러한 요소들을 고려하여 성능을 보증을 하면 이는 개발자의 채무가 되므로 만일 개발된 소프트웨어가 이러한 레벨의 성능을 발휘하지 못하면 개발자는 발주자에게 채무불이행책임 또는 하자담보책임을 진다. 정진명, “소프트웨어개발계약의 법적 문제: 개발성과물에 대한 보증을 중심으로”, 「디지털재산법연구」 제5권 제2호, 2006, 212-215면.

① 이 사건 항공기에 대한 구매규격서에는 ILS 지상신호로부터 좌우 150㎂ 또는 상하 75㎂ 지점을 따라 비행하면서 신호를 검사하도록 규정하여 ILS Offset 비행이 가능한 Happy Box 방식에 의한 항공기를 공급할 것을 요구하였으나, 이 사건 항공기는 ILS 지상신호를 따라 비행하는 것이 아니라 RNAV 방식에 따라 이미 정해진 지점(way-point)들을 직선으로 비행하면서 지상신호를 검사하는 것으로 규격서가 요구하는 ILS Offset 비행기능을 갖추지 못하였다.

② 원고 X 자신이 당초 ILS Offset 비행이 가능한 항공기의 제작이 가능할 것으로 판단하여 이 사건 항공기의 공급입찰에 참가하였으나, 하니웰사로부터 협조를 얻지 못하여 ILS Offset 비행이 가능한 항공기를 제작하지 못하게 되었고, 위와 같은 기술협조를 받지 못한 책임은 원고들에게 있고, 원고들은 수차례 인도기일을 연장하면서 ILS Offset 비행이 가능한 항공기를 제작하려고 하였으나, 결국 ILS Offset 비행이 아닌 FMS가 계산한 위도 및 경도를 따라 비행하는 RNAV 방식에 의한 항공기를 제작하게 되었다.

③ 원고 X가 RNAV 방식에 의한 항공기를 납품하도록 동의해 줄 것을 피고측 조달청 및 항행표준관리센터에 요구하였으나, 조달청 및 항행표준관리센터는 계속하여 구매규격서에 따른 이행을 요구하면서 동의하지 않았다.

④ RNAV 방식에 의할 경우 항공기가 특정한 지점 즉 시작점을 찾기 위한 비행을 필요로 하나, 구매규격서에서 정한 Happy Box 방식에 의할 경우에는 그와 같은 비행이 필요가 없다.

⑤ ICAO, FAA의 회신에 의하면, RNAV 방식에 의한 Offset 비행으로도 ILS 지상신호를 검사하는 것이 가능한 것으로는 보이나, RNAV 방식에 의한 비행검사가 Happy Box 방식에 의한 비행검사와 비교할 때 ILS-Ⅰ, ILS-Ⅱ 비행뿐 아니라 ILS-Ⅲ 비행에서도 더 정확한 검사 결과를 얻을 수 있는 것으로 보이지 않고, RNAV 방식에 의한 활주로 접근을 위해서는 GPS를 이용해야 하나 아직 국내에선 GPS를 이용한 정밀접근절차가 활용되고 있지 않고 있으며, 원고 X가 주장하는 RNAV 방식에 의한 ILS 지상신호 검사가 이론적으로 가능하더라도, 통합전자체계가 하니웰사의 패키지로 구성되어 있고 이를 전제로 ILS Offset 비행을 예정하였던 이 사건 항공기가 하니웰사와는 별개로 기존의 FMS와 NCU 조합에 의한 RNAV 방식을 토대로 실제 ILS 지상신호의 비행점검에서 규격서의 ILS

Offset 비행과 동등 또는 그 이상의 성능을 가진다는 것도 선뜻 믿기 어렵다.

2) 그렇다면, 비록 RNAV 방식에 의하여도 ILS 지상신호의 검사가 가능하다고 하더라도 원고 X가 주장하는 방식으로 제작된 이 사건 항공기는 구매규격서에서 요구한 ILS Offset 비행기능을 갖추지 못하여 피고가 구매규격서에서 요구한 목적을 달성할 수 없으므로, 중대한 하자가 있다고 보아야 한다.

4. 수급인의 담보책임

(1) 독일법상 도급계약의 하자담보책임

독일법상 하자담보책임은 2002. 1. 1. 시행된 '채권법 현대화 법(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)'을 통하여 매매계약과 도급계약에서 현저히 변경되었다. 도급계약에서 하자담보책임을 간략하게 살펴보면 다음과 같다.[52]

(가) 도급계약에서 수급인은 약정한 일을 하자 없이 완성할 의무를 부담하므로(§§631 Abs.1, 633 Abs.1 BGB), 일의 하자가 있는 경우에 도급인은 수급인에게 제635조에 따라서 추완이행청구권을 가진다(§634 Nr.1 BGB). 도급인이 추완을 청구한 경우에 매매계약상의 담보책임과는 달리, 수급인은 그의 선택에 따라 하자를 제거(보수)하거나 일을 새로이 완성(再製作)할 수 있다(§635 Abs.1 BGB). 이러한 도급인의 추완이행청구권은 다른 수급인의 담보책임(자구조치와 사전비용배상청구권, 계약해제권, 보수감액권, 손해배상청구권 등)보다 우선적으로 인정된다. 하자제거가 객관적으로 불가능하면 추완이행청구권은 배제되고, 추완이 과도한 비용으로만 가능한 경우에도 수급인은 추완을 거절할 수 있다(§635 Abs.3 BGB).

(나) 도급인은 추완이행청구권에 갈음하여 제637조에 따라 일의 하자를 스스로 제거하고 그에 필요한 비용의 상환을 청구할 수 있다(§634 Nr.2 BGB). 즉

52) 전경운, 전게 논문, 154-161면.

도급인의 자구조치(Selbstvornahme)와 사전비용배상청구권이 인정되는데, 이를 위하여서는 도급인이 수급인에게 추완이행을 위한 상당한 기간을 설정해야 하고, 이 기간이 아무런 효과 없이 경과한 경우에, 도급인이 하자를 스스로 제거하고 그에 필요한 비용의 상환을 청구할 수 있다(§637 Abs.1 BGB). 하자의 제거를 위하여 필요한 비용은 도급인이 수급인에게 미리 지급할 것을 청구할 수 있다(§637 Abs.3 BGB).

(다) 도급인은 추완이행청구권에 갈음하여 제636조, 제323조 및 제326조 제5항에 따라 계약을 해제하거나 제638조에 따라서 보수를 감액할 권리를 가진다(§634 Nr.3 BGB). 도급인의 일의 하자로 인한 해제권에서 제634조 제3호에서 일반 급부장애법(Leistungsstorungsrecht)의 중심적 해제규정인 제323조를 지시한 것은 일반 급부장애법의 규정이 적용되도록 하기 위한 것이다. 이에 따라 도급인은 제323조 제1항에 따라 수급인에게 추완을 위하여 상당한 기간을 설정하였으나 그 기간이 헛되이 경과한 경우에 계약을 해제할 수 있다. 이러한 해제권은 형성권으로 되어 있으며, 경미한(unerheblich) 의무위반인 경우에는 해제권이 인정되지 않는다(§323 Abs.5 S.2 BGB). 그리고 도급인은 해제권 행사에 갈음하여 제638조에 따라서 보수감액권을 가지는데, 보수감액권은 일반 급부장애법에는 규정이 없고 담보책임에만 특별히 인정되는 권리이다. 이에 따라 도급인은 해제에 갈음하여 수급인에 대한 의사표시로써 보수를 감액할 수 있으며, 감액의 경우에 보수는 계약체결 시에 하자 없는 상태의 일의 가치와 실제의 가치 사이에 성립하는 비율에 따라 감축된다(§638 Abs.3 BGB), 보수감액권도 형성권이며, 경미한 의무위반인 경우에도 보수감액권은 인정된다(§638 Abs.1 S.2 BGB).

(라) 일의 하자의 경우에 도급인은 추완이행, 해제나 보수감액과 더불어 제636조, 제280조, 제281조, 제283조 및 제311a조에 따라 수급인에게 손해배상을 청구할 수 있다(§634 Nr.4 BGB). 도급인의 손해배상청구권은 제634조 제4호와 여기서 관계를 설정한 일반 급부장애법의 규정 제280조, 제281조 및 제311a조에 의하여 인정되므로, 제636조를 통하여 약간의 보충이 있지만, 결국 손해배상청구권의 법적 기초는 제280조 제1항이 된다. 도급인의 손해배상청구권은 우

선적으로 제280조 제3항, 제281조 제1항에 따라서 추완이행을 위하여 상당한 기간을 설정하여야 하며, 또한 하자가 경미한 경우에는 매수인은 급부전부에 갈음한 손해배상의 청구은 인정되지 않는다(§281 Abs.1 S.3 BGB). 급부에 갈음한 손해배상청구로서 추완이행청구권(§281 Abs.4 BGB)과 수급인의 비용으로 하는 자구조치권은 소멸된다. 그 외에 손해배상청구에 갈음하나 계약해제와 보수감액과 더불어 도급인은 제284조에 따라서 무익한 비용지출의 상환을 청구할 권리를 가진다(§634 Nr.4 BGB). 도급인이 하자 없는 일의 획득을 신뢰하여 비용을 지출하고 또 그 지출이 상당한 것인 경우에는 손해배상에 갈음하여 그 비용의 배상을 청구할 수 있다(§284 BGB).

(마) 개정된 독일민법상 일의 하자로 인한 도급인의 추완이행청구권・손해배상청구권・비용배상청구권의 소멸시효를 보면, 물건의 제조・수선・변경이나 이와 관련된 계획 및 감독급부를 실행하는 경우에는 2년의 소멸시효기간이 적용되고(§634a Abs.1 Nr.1 BGB), 건축물 또는 그와 관련된 계획 및 감독급부(예를 들어, 건물의 설계나 시공감리)를 실행하는 경우에는 5년의 소멸시효기간이 적용된다(§634a Abs.1 Nr.2 BGB). 급부가 물건 및 건축물과 관련되는 경우의 소멸시효는 물건 및 건축물의 인수(Abnahme) 시로부터 진행된다(§634a Abs.2 BGB). 그러나 수급인이 하자를 알면서 밝히지 않은 경우에는 제634a조 제1항 제1호, 제2호의 경우에도 제195조상의 일반소멸시효기간이 적용되어서 3년의 소멸시효에 걸린다. 물론 건축물의 경우에는 5년의 소멸시효에 걸리므로, 5년이 경과하기 전에는 소멸시효가 완성되지 않는다(§634a Abs.3 S.2 BGB). 그리고 기타 모든 도급계약의 경우에는 도급계약상의 특별소멸시효가 적용되지 않고 제195조상의 일반소멸시효기간이 적용되어서 3년의 소멸시효에 걸린다(§634a Abs.1 Nr.3 BGB). 이 경우 소멸시효의 진행은 도급인이 일을 인수한 시점이 아니라, 도급인이 하자를 인지하거나 중대한 과실로 이를 인지하지 못한 연도가 종료한 때로부터 진행된다(§199 Abs.1 BGB). 도급인의 계약해제권과 보수감액권은 형성권이므로 소멸시효에 걸리지 않는다. 그러나 이들 권리에서도 제218조가 적용되어서 추완이행청구권의 소멸시효가 완성되어 수급인이 이를 원용하는 경우에는 해제권과 보수감액권도 배제된다(§634a Abs.4 BGB).

(2) 도급인의 계약해제권

(가) 판례의 태도

1) 몰드금형의 하자[53]

이 사건 계약은 대체가 어렵거나 불가능한 제작물의 공급을 목적으로 하는 계약으로 도급의 성질을 띠고 있고, 도급인의 대금지급의무는 그 목적물인 이 사건 각 몰드금형이 계약내용인 매입형 와이드 스위치를 양산할 수 있는 성능을 갖추었다는 것이 객관적으로 인정되어야 발생하는데, 판시 사정들에 비추어 보면, 수급인이 제출한 증거들만으로는 이 사건 각 몰드금형이 그 성능을 갖추었다고 보기 어렵고, 수급인이 이 사건 계약에 따른 이 사건 각 몰드금형 제작의무를 이행하지 아니함에 따라 도급인으로부터 상당한 시정기간을 두고 시정을 요구받았음에도 그 시정이 이루어지지 않아 이 사건 계약에서 정한 약정해제 사유가 발생하였고 도급인의 해제 의사표시로 이 사건 계약은 적법하게 해제되었다.

2) 설계시공일괄입찰(Turn-Key Base) 방식에 의한 도급계약[54]

설계시공일괄입찰(Turn-Key Base) 방식에 의한 도급계약이라 함은 수급인이 도급인이 의욕하는 공사 목적물의 설치목적을 이해한 후 그 설치목적에 맞는 설계도서를 작성하고 이를 토대로 스스로 공사를 시행하며 그 성능을 보장하여 결과적으로 도급인이 의욕한 공사목적을 이루게 하여야 하는 계약을 의미한다. 설계시공일괄입찰 방식의 자동화설비 도급계약에서 도급인의 중도금 지급채무가 일시 이행지체의 상태에 빠졌다 하더라도, 당해 자동화설비에 중대한 하자가 있어 시운전 성공 여부가 불투명하게 된 때에는 도급인으로서는 자신의 대금지급의무와 대가관계에 있는 시운전 성공 시까지는 중도금지급의무의 이행을 거부할 수 있고, 그 하자가 중대하고 보수가 불가능하거나 보수가 가능하더라도 장기간을 요하여 계약의 본래의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 중도금 채무의 이행을 제공하지 않고 바로 계약을 해제할 수 있으며, 그 계약해제가 신의칙에 반하지 아니한다.

---

53) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다80099, 2014다80105 판결.
54) 대법원 1996. 8. 23. 선고 96다16650 판결.

3) 소결

이러한 판례의 태도를 요약하면, 수급인은 계약의 본래의 목적을 달성할 수 있을 정도의 성능을 갖추어 일을 완성하여야 하고, (i) 하자가 중대하여 보수가 불가능한 경우, (ii) 보수가 가능하더라도 장기간을 요하여 계약의 본래의 목적을 달성할 수 없는 경우, (iii) 도급인으로부터 상당한 시정기간을 두고 시정을 요구받았음에도 그 시정이 이루어지지 않아 계약의 본래의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 도급인은 계약을 해제할 수 있다.

(나) 대상사안의 검토

위에서 살펴본 바와 같이, 비록 RNAV 방식에 의하여도 ILS 지상신호의 검사가 가능하다고 하더라도 원고 X가 주장하는 방식으로 제작된 이 사건 항공기는 구매규격서에서 요구한 ILS Offset 비행기능을 갖추지 못하여, 피고가 구매규격서에서 요구한 목적을 달성할 수 없는 중대한 하자가 있고, 이러한 하자는 원고가 보수하는 것이 불가능하므로, 이를 이유로 한 피고의 계약해제는 적법하다(민법 제668조 제1문). 이 경우 보수가 불가능하므로 하자보수의 이행최고를 한다는 것 자체가 무의미하므로 최고(催告)는 불필요하다.[55]

Ⅲ. 대상판결의 의의

대상판결은 특수 항공기 공급계약의 법적 성질을 도급으로 파악하고, 구체적인 품질과 성능을 명시한 구매규격서에 미달한 제작물의 하자 유무에 관한 판단기준, 하자의 중대성에 따른 계약해제의 정당성에 관하여 구체적으로 판례법리를 전개하였다는 점에서 의의가 크다.

도급인으로서는 목적을 달성하는데 필요한 계약의 종류를 선택하고, 구매규격서에 가급적 자세하게 성능과 품질을 기재하여야 하며, 성능검사방법 등에 관하여도 구체적으로 기재하는 것이 필요하다. 특히 항공기는 고도의 기술이

55) 「주석 민법 채권각칙(4)」(제3판), 한국사법행정학회, 1999, 249면.

집약된 고가의 물건으로 하자가 있는 경우 중대한 사고로 이어진다는 점에서 기술적 안전성을 확보할 수 있는 성능을 갖출 필요성이 매우 크다.

이 글은 제작물공급계약에서 계약해제의 정당성에 관하여 시론적 차원에서 논의를 진행한 것으로, 손해배상의 범위, 원상회복의무 등 여러 가지 관련 쟁점에 관한 논의는 다루지 못하였다. 향후 제작물공급계약에 관한 판례법리의 발전과 연구성과의 축적을 기대하면서, 부족한 점은 다음의 연구과제로 남긴다.

참고문헌

곽윤직 편집대표, 민법주해 XV, 채권(8), 박영사, 1997

박수곤, “도급계약의 현대화를 위한 법정책적 과제”, 「법과 정책연구」 제12집 제4호, 2012. 12.

장준혁, “동산의 제작물공급계약의 성질결정”, 「민사판례연구」 제35권, 2013. 2.

정진명, “소프트웨어개발계약의 법적 문제: 개발성과물에 대한 보증을 중심으로”, 「디지털재산법연구」 제5권 제2호, 2006

전경운, “독일법상 매매와 도급에서의 하자담보책임과 기술적 표준”, 「비교사법」 제17권 제1호, 2010. 3.

「주석 민법 채권각칙(4)」(제3판), 한국사법행정학회, 1999

München Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Besonderer Teil Ⅱ, 5. Auflage, C.H. Beck, 2009

초 록

항공우주분야에서 특수 목적 항공기 이외에도 시제기, 무인비행장치, 우주발사체 등 다양한 형태의 제작물공급계약이 증가하고 있다. 도급인의 입장에서는 거액의 비용을 지출하여 제작물을 공급받기로 예정되어 있었는데, 제품의 품질과 성능의 기준을 제시하는 구매규격서가 부실하거나 성능미달여부를 판단할 만한 능력이 부족한 경우에는 목적 달성 불능 이외에도 막대한 시간과 비용을 소모하게 된다. 수급인으로서도 계약 목적 달성에 필요한 성능과 품질을 갖춘 제작물을 공급할 능력이 없음에도 불구하고 무리하게 계약을 체결하게 되면, 일의 미완성에 따른 매몰비용과 계약해제에 따른 손해배상을 감수하여야 하므로 막대한 손해가 발생한다.

대상사안에서 피고는 원고에게 구매규격서에 규정된 바와 같이 ILS Offset 비행이 가능한 Happy Box 방식에 의한 항공기를 납품하도록 하였으나, 원고는 RNAV 방식에 의한 항공기를 납품하려고 하였다. RNAV 방식에 의하여도 ILS 지상신호의 검사가 가능하더라도 원고가 주장하는 방식으로 제작된 항공기는 구매규격서에서 요구한 ILS Offset 비행기능을 갖추지 못하여 피고가 구매규격서에서 요구한 목적을 달성할 수 없으므로, 이를 이유로 한 피고의 계약해제가 적법한지 여부가 문제되었다.

이 사건 계약의 목적물인 항공기는 부대체물에 해당하므로 이 사건 계약은 도급의 성질을 가지고, 따라서 이 사건 계약에서 일이 완성되었다고 하려면 항공기의 주요구조 부분이 약정된 대로 제작되어 사회통념상 일반적으로 요구되는 성능을 갖추고 있어야 한다. 그런데 원고가 납품한 항공기는 구매규격서에서 요구한 ILS Offset 비행기능을 갖추지 못하여 피고가 구매규격서에서 요구한 목적을 달성할 수 없으므로 중대한 하자가 있고, 이러한 하자는 원고가 보수하는 것이 불가능하므로, 이를 이유로 한 피고의 계약해제는 적법하다.

주제어 : 특수 목적 항공기, 제작물공급계약, 도급, 구매규격서, 부대체물, 하자, 계약해제

Abstract

[Case Review]

The Legal nature of a contract for supply of a special purpose aircraft

-The legitimacy of contract cancellation on the grounds that the performance specification is not satisfied in the purchase specification-

[1] Seoul High Court Decision 2011Na13939 decided on Sep. 29, 2011
[2] Seoul Central District Court Decision 2009Gahap32275 decided on Dec. 17, 2010

Kwon, Chang-Young*

In the aerospace field, besides special purpose airplanes, contracts for supply of various types of products such as prototypes, unmanned aerial vehicles and space launch vehicles are increasing. In the case of the contractor, it was planned to spend a large amount of money to supply the production, but if the purchase specification that presents the quality and performance standard of the product is poor or lacks the capacity to judge the performance, consuming enormous amounts of time and money. Even if the undertaker does not have the ability to supply the products with the required performance and quality to achieve the purpose of the contract, he/she must pay the cost of burial due to the incompleteness of the work and the compensation for the cancellation of the contract.

In this case, the defendant ordered the plaintiff to supply the aircraft by the Happy Box method, which is capable of ILS Offset flight as specified in the Purchase Specification, but the plaintiff attempted to supply the aircraft by the RNAV method. Although the ILS ground signal can be inspected by the RNAV method, the aircraft manufactured in the manner claimed by the plaintiff does not

* Judge of Uijeongbu District Court, Dr. jur.

have the ILS Offset flight function required by the purchase specification, so the defendant can not achieve the purpose required by the purchase specification. It was a question of whether a defendant's cancellation of contract was legitimate.

The aircraft, which is the object of this contract, is a subordinate substitute, so the case contract is of undertaking. Therefore, in order to complete the work in this contract, the major structural parts of the aircraft must be manufactured as agreed and have the performance generally required in the social sense. However, the aircraft delivered by the plaintiff has serious defects because the defendant can not achieve the purpose required by the purchase specification due to the lack of the ILS Offset flight function required by the purchase specification. This deficiency is impossible for the plaintiff to repair, so the defendant 's cancellation of the contract is legitimate.

Key words : Special Purpose Aircraft, Contract for Supply, Undertaking Contract, Purchase Specification, Defect, Contract Cancellation