

■ 논 단

CISG에서 본질적 계약위반에 대한 몇 가지 쟁점사항에 대한 고찰*

김 상 만

덕성여자대학교 국제통상학과 교수 / 법학박사, 미국 뉴욕주 변호사

요 약 문

CISG 제25조에서는 본질적 계약위반을 정의하고 있다. 본질적 계약위반은 계약해제나 대체물인도청구 등의 특별한 구제권리를 결정하는데 전제가 되는 매우 중요한 개념으로 제46조제2항, 제49조제1항, 제51조제2항, 제64조제1항, 제70조, 제72조제1항, 제73조제1항, 제73조제2항 등 다수의 규정에서 사용되고 있고, 쟁점사항도 다양하다.

이 연구에서는 본질적 계약위반에 대한 쟁점사항 중에서 결과의 예견가능성 기준, 인도 지연과 본질적 계약위반, 물품부적합과 본질적 계약위반, 대금지급조치 불이행과 본질적 계약위반 등에 대하여 분석하였다. ULIS와는 달리 CISG에서는 결과의 예견가능성 기준시점에 대한 명문규정이 없어 다툼이 되고 있는데, 계약체결 시 기준이 지배적이다. 인도지연 그 자체만으로는 본질적 계약위반이 인정되지 않지만, 확정기 인도 또는 인도조건이 계약의 본질인 경우에는 본질적 계약위반이 인정된다. 인도조건이 계약의 본질인지에 대해서는 다툼이 될 수 있으므로 이를 계약서에 명확히 밝히는 것이 바람직하다.

물품부적합의 경우 품질불량만으로는 본질적 계약위반이 인정되지 않고, 판매가능성, 기타 사용가능성 등을 종합적으로 고려한다. 대금지급조치 불이행에 대해서는 신용장 개설에 대한 분쟁이 많은데, 신용장 개설 거절 또는 부가기간 내에 신용장 개설 실패는 본질적 계약위반으로 인정된다.

주제어 : 계약위반, 계약해제, 국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG), 물품매매, 물품부적합, 본질적 계약위반, 인도지연

* 본 연구는 2021년도 덕성여자대학교 교내연구비 지원에 의해 이루어졌음.

〈目 次〉

I. 서론	III. 본질적 계약위반에 대한 쟁점사항 분석
II. 제25조의 본질적 계약위반 관련 CISG 주요 규정	1. 결과의 예견가능성 기준
1. 매도인의 본질적 계약위반 규정	2. 인도지연(지연인도)과 본질적 계약위반
2. 매수인의 본질적 계약위반 규정	3. 물품부적합과 본질적 계약위반
3. 매도인과 매수인에 공통되는 본질적 계약위반 규정	4. 대금지급조치 불이행과 본질적 계약위반
	IV. 결론

I. 서론

국제물품매매계약에 관한 유엔협약(CISG)의 체약국은 94개국이고, 이 국가들의 상품무역은 전 세계 상품무역의 85% 이상을 차지하고 있다. 이런 점에서 CISG는 계약법 통일화에서 가장 성공적인 것으로 평가받고 있다.¹⁾ 특히, 2019년 3월 북한도 가입하였다는 점에서 특별한 의미가 있다고 볼 수 있다.²⁾ 참고로 10대 무역국 중에서는 영국과 홍콩 2개국만 가입하지 않았는데, 영국이 가입하지 않은 주된 요인은 영국 정부의 미온적인 태도와 업계의 무관심인 것으로 보인다.³⁾

CISG의 총 4개의 편(part) 조문 중에서 매매계약에 대한 실질적인 규정은 제3편 물품의 매매라고 볼 수 있다. 제3편은 총 64개의 조문(제25조~제88조)으로 구성되어 있어 조문 수로는 전체 101개 조문의 63%를 차지하고 있는데, 64개 조문에서 가장 중요한 조문은 제25조라고 볼 수 있다. 그 이유는 제25조에서는 ‘본질적 계약위반(fundamental breach)’을 정의하고 있는데,

1) Nathalie Hofmann, “Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK’s Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe”, Pace International Law Review, Vol. 22, 2010, p.146.
 2) Sang Man Kim, “A Comparative Study of the CISG and the North Korean Contract Law as to Formation of a Contract”, Journal of International Trade Law and Policy, Emerald, 2020.
 3) 일례로 영국에서는 CISG 가입 여부를 결정하기 위하여 수차례 의견 수렴 절차를 진행한 바 있는데, 기업들의 참여가 매우 적었다고 한다. 1989년에는 질의서 1,500개를 보냈는데, 그중에서 55개(찬성 28, 반대 17, 중립 10)만 회신을 받았고, 1997년에 다시 질의서 450개를 보냈는데, 그중에서 36개(찬성 26, 반대 7, 중립 3)만 회신을 받았다고 한다. 그 이후에는 규제개혁법(Regulatory Reform Act)에 의하여, 입법 부담 제거 또는 경감이 요구되는데, CISG 실행은 동 법의 기준을 충족시키지 못했다고 한다(Sally Moss, “Why the UK has not yet Ratified the CISG”, 25 J.L. & COM. 483, 2005, pp.483-484).

본질적 계약위반은 제46조제2항, 제49조제1항, 제51조제2항, 제64조제1항, 제70조, 제72조제1항, 제73조제1항, 제73조제2항 등 다수의 규정에서 사용되고 있어 위 규정들의 해석에 필수적인 개념이기 때문이다.⁴⁾ 특히 손해배상이나 대금감액은 통상의 계약위반에 인정될 수 있는 일반적인 구제권리이지만, 계약해제나 대체물인도청구는 본질적 계약위반에만 인정되는 특별한 구제권리인바, 제25조의 본질적 계약위반은 일반적 구제권리와 특별한 구제권리를 구분하는 경계선 역할을 한다고 볼 수 있다.⁵⁾

본질적 계약위반은 “국제물품매매에 관한 통일법 협약(Convention on a Uniform Law on the International Sale of Goods: ULIS)”의 1956년 초안과 1962년 초안에서 처음 등장하였고, ULIS 제10조에 규정되었으며⁶⁾, 이를 참고하여 CISG에 규정하였다. 제25조의 본질적 계약위반은 “실질적 피해(substantial detriment)”를 조건으로 하는데, 이는 손실의 정도에 의해서만 결정되는 것이 아니고, 매매계약에서 정한 상대방의 이익을 고려하여 결정되어야 한다.⁷⁾ 그리고 위반사항은 계약의 본질적 내용(essential content)과 관련되어야 한다.⁸⁾

이 연구에서는 제25조의 본질적 계약위반 관련 CISG의 주요 규정을 살펴보고, 몇 가지 쟁점사항을 분석하고자 한다. 특히, 각 쟁점사항별로 관련 CLOUT case⁹⁾를 소개함으로써 각국 법원(또는 중재법원)의 입장¹⁰⁾을 이해하는데 도움을 주고자 한다.

II. 제25조의 본질적 계약위반 관련 CISG 주요 규정

1. 매도인의 본질적 계약위반 규정

매도인의 본질적 계약위반에 대한 규정은 제46조제2항, 제49조제1항 및 제51조제2항이다.

-
- 4) UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 2016, p.114, para. 1.
- 5) UNCITRAL, *supra* note 4, p.114, para. 1.
- 6) Schlechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed., Oxford University Press (2016), p.418.
- 7) Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales*, Springer, 2009, p.98.; Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.419.
- 8) Larry A. Dimatte, et. al., *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005, p.125.
- 9) CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts) Case는 UNCITRAL 제정 협약, 모델법, 규칙 관련 각국의 법원판결이나 중재판정을 정리한 것임(UNCITRAL, *Case Law on UNCITRAL Texts(CLOUT) User Guide*, 2010, p.2.)
- 10) CISG와 같은 통일법에 대한 각국 법원(중재판정부)의 판결이 어느 정도 불일치하지 않는 면이 있는데, 이런 현상은 불가피한 면이 있어 어느 정도는 바람직하다고 보는 견해도 있다.(M Bridge, “Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods”, 59 *Int'l & Comp. L.Q.* (2010), p.911.).

제46조제2항에서는 매도인이 부적합한 물품을 인도하고, 그 부적합이 본질적 계약위반을 구성하는 경우 매수인은 제39조에서 규정한 부적합 통지와 동시에 또는 그 후 합리적인 기간 내에 대체물 인도청구를 할 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 대체물인도청구는 특정이행청구에 해당되므로 제28조의 제한을 받는다.¹¹⁾ 따라서 해당 법원이 자국법에 의하면 특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 경우가 아닌 한 대체물인도청구를 인정하는 판결을 할 의무가 없다. 참고로 대륙법계에서는 특정이행을 가장 주된 계약법적 구제권리로 인정하고, 영미법계에서는 특정이행에 대하여 제한을 하고 있는데, 제28조는 대륙법계와 영미법계를 절충한 규정이라고 볼 수 있다.¹²⁾

대체물인도청구 등 특정이행청구가 중요한 면이 있지만, 실무적으로는 별로 선호되지 않고, 손해배상청구 등의 다른 구제권리가 주로 사용된다.¹³⁾ 참고로 매수인의 구제권리는 제46조~제52조에서 규정하고 있는데, 그 중에서 특정이행청구를 제46조에 규정한 것은 가능하면 계약을 준수시키고, 계약해제는 마지막 수단으로 하고자 하는 입법의도가 있었다고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 제49조제1항에서는 매도인의 의무불이행이 본질적 계약위반이 되는 경우 매수인은 계약을 해제할 수 있다고 규정하고 있는데, 본조에서의 계약해제는 매도인의 의무불이행과 그 불이행이 본질적 계약위반이 될 것을 전제로 하고 있다.¹⁵⁾ 원칙적으로 CISG에서는 해제권의 행사기간을 제한하지 않는바, 해제권의 행사기간은 해당 계약의 '준거법'¹⁶⁾에 의한다.¹⁷⁾ 다만, 제49조제2항에서는 매도인이 '물품을 인도한 경우'에는 특별히 해제권의 행사기한을 규정하고 있는데, 이 규정은 해당 계약의 준거법보다 우선하게 된다. 제49조제2항에서 해제권의 행사기한 규정 취지는 매수인의 권리남용으로부터 매도인을 보호하기 위한 것으로 볼 수 있다.¹⁸⁾

제51조에서는 일부 불인도 또는 인도된 물품의 일부 부적합에 대하여 규정하고 있다. 이 경우 원칙적으로는 일부분에 대해서만 구제권리가 발생하지만(제51조제1항), 제51조제2항에서는 그 일부 불이행이 '계약 전체에 대한 본질적 위반(fundamental breach of the contract)'이 되는 경우에는 매수인은 계약 전체를 해제할 수 있다고 규정하고 있다. 제51조제2항에서는 '본질적 계약위반(fundamental breach of the contract)'이라고 표현하고 있지만, 이는 '계약 전체에 대

11) UNCITRAL, *supra* note 4, p.221, para. 2.

12) Peter Schlechtriem, Petra Butler, *supra* note 7, p.92.

13) UNCITRAL, *supra* note 4, p.221, para. 3.

14) UNCITRAL, *supra* note 4, p.221, para. 3.

15) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.777.

16) 여기서 "준거법"은 법정지의 국제사법(private international law)에 의해 정해지는 "CISG"이외의 특정국가의 국내법을 말함.

17) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, 200면.

18) 구체적인 예를 살펴보면, 매수인의 해제권 행사지연으로 체화료, 창고료 등 불필요한 비용 발생, 물품에 대한 불필요한 위험(부패, 변질, 멸실, 손상 등) 증가, 매도인의 수리 또는 전매 기회 상실 등을 들 수 있다.(John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed, Wolters Kluwer, 2009, p.438.).

한 본질적 위반(fundamental breach of the entire contract)'이라고 해석하는 것이 합당하다고 본다.¹⁹⁾ 그리고 제51조는 물품의 가분성(divisibility)을 전제로 하므로 적용대상은 다수의 독립적인 품목을 대상으로 하는 하나의 계약이어야 한다.²⁰⁾ 그러나 부품과 같이 다수의 독립적인 품목이 기능적으로 결합되어야만 하나의 완전품이 되는 경우에는 가분성(divisibility)이 인정되지 않으므로 제51조가 적용되지 않는다.²¹⁾ 그러나 분할인도계약(instalment contract)은 제73조가 적용되므로 제51조는 분할계약을 조건으로 하지는 않는다.²²⁾ 참고로 CISG에서는 완전제공의 법칙(perfect tender rule)을 요구하지 않기 때문에 계약해제는 본질적 계약위반인 경우에 만 인정된다.²³⁾

2. 매수인의 본질적 계약위반 규정

제61조~제65조에서는 매수인의 계약위반에 대한 매도인의 구제권리를 규정하고 있는데, 그 중 제64조에서는 매수인의 본질적 계약위반을 규정하고 있다. 제64조는 매도인의 계약위반에 대한 매수인의 구제권리를 규정하는 제49조를 그대로 투영한 규정이다. 제64조제1항에서는 두 가지 경우의 매수인의 계약불이행에 대한 매도인의 계약해제권을 규정하고 있다. 제64조제1항(a)에서는 매수인의 의무불이행이 본질적 계약위반이 되는 경우의 계약해제권을 규정하고, 제64조제1항(b)에서는 부가기간 내에 매수인이 대금지급 또는 물품수령을 이행하지 않거나 이행하지 않겠다고 선언한 경우의 계약해제권을 규정하고 있다. 제64조제1항(b)은 매수인의 가장 기본적인 의무인 대금지급의무 또는 물품수령의무의 이행을 요청한 경우에만 적용된다.²⁴⁾ 부가기간 내에 신용장 개설 실패는 제64조제1항(b)이 적용되어 매도인은 계약을 해제할 수 있는 것으로 보고 있다.²⁵⁾

매수인의 본질적 계약위반이 되는 유형에는 대금지급 불이행, 물품수령 불이행, 기타 의무 불이행 등이 있다. 대금 전체 또는 상당 부분의 지급불능이 확정되는 경우 일반적으로 본질적 계약위반이 된다고 본다.²⁶⁾ 한편, 제64조제2항에서는 매수인이 대금을 지급한 경우에는 해제권의 행사기한을 규정하고 있는데, 규정 취지는 제49조제2항에서의 매수인의 해제권 행사기한에 상응한다고 볼 수 있다.²⁷⁾

19) UNCITRAL, *supra* note 4, p.240, para. 1.; CLOUT case No. 302.

20) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.811.

21) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.811.

22) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.811.

23) Eldon H. Reiley, *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law*, Carolina Academic Press, 2008, p.101.

24) John O. Honnold, *supra* note 18, p.503.

25) UNCITRAL, *supra* note 4, p.296, para. 8.; John O. Honnold, *supra* note 18, p.503.; CLOUT case No. 261.

26) UNCITRAL, *supra* note 4, p.295, para. 4.

3. 매도인과 매수인에 공통되는 본질적 계약위반 규정

매도인과 매수인에 공통되는 본질적 계약위반 규정은 제72조제1항, 제73조제1항 및 제73조제2항이다. 제72조에서는 이행기 전의 계약해제권에 대해서 규정하고 있는데, 이는 영미법의 '기한 전의 계약위반 법칙(anticipatory breach rule)'에 기초하고 있다.²⁸⁾ 제71조의 의무이행정지권과 제72조의 이행기 전의 계약해제권은 모두 계약위반 예견에 대한 것이지만, 일반적으로 계약해제보다는 자신의 의무이행정지를 선호하고²⁹⁾, 계약해제권은 강력한 구제권리에 해당되므로 제72조제1항의 계약해제권은 제71조의 이행정지권에 비하여 엄격한 요건이 요구된다.³⁰⁾

제73조에서는 분할인도³¹⁾계약에서 계약해제권에 대하여 규정하고 있다. 제73조제1항에서는 어느 분할인도분에 관한 의무불이행이 그 분할인도분에 대하여 본질적 계약위반이 되는 경우에는 그 분할인도분에 대하여 계약을 해제할 수 있다고 규정하고, 제73조제2항에서는 어느 분할인도분에 관한 의무불이행이 장래의 분할인도분에 대한 본질적 계약위반의 발생을 추단하는 데에 충분한 근거가 되는 경우에는, 장래의 분할인도분에 대하여 계약을 해제할 수 있다고 규정하고 있다.

제73조를 정확히 이해하기 위해서는 분할인도계약에 대한 이해가 필요하다. 분할인도계약(installment contract)이란, 하나의 계약에서 물품을 수회 독립적인 할당량으로 인도하는 계약, 또는 연속적인 인도일(또는 인도기간)의 수회 인도를 내용으로 하는 하나의 계약을 말하는 데³²⁾, 통상 각 할당량은 동일한 물품인 경우가 많지만, 반드시 동일할 필요는 없다.³³⁾ 대법원에서는 '물품을 분할하여 인도하는 계약을 분할인도계약이라고 부른 바 있다.³⁴⁾ CLOUT Case³⁵⁾ 중에서는 계속적인 관계를 유지하는 당사자들 간의 독립적인 계약들을 제73조의 규율대상으로 판단한 사례가 있다.

27) John O. Honnold, *supra* note 18, p.504.

28) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.1025.

29) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.1026.

30) UNCITRAL, *supra* note 4, p.324, para. 2.; John O. Honnold, *supra* note 18, p.362.

31) 분할인도(installment delivery)란, 물품을 수회(예: 6월에 100톤, 7월에 100톤, 8월에 100톤)에 나누어 인도하는 것을 말한다.

32) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.811.

33) UNCITRAL, *supra* note 4, p.327, para. 3.; 석광현, 전게서, 270-271면.

34) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다103977 판결과 서울동부지방법원 2010. 12. 10. 선고 2010가합4217 판결.

35) CLOUT Case No. 796.(UNCITRAL, *supra* note 4, p.327, para. 4.

III. 본질적 계약위반에 대한 쟁점사항 분석

1. 결과의 예견가능성 기준

가. 결과의 예견가능성 기준

제25조에서는 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 주는 경우에 그 계약위반은 본질적 계약위반이 된다고 규정하고, 계약위반자를 보호하기 위하여 단서에서는 '상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실'이라는 계약위반의 결과에 대한 예견가능성이 부정되는 경우에는 본질적 계약위반을 구성하지 않는다고 규정하고 있다. 제25조의 본질적 계약위반의 정의는 크게 i) 상대방에 대한 실질적 손실과 ii) 위반당사자의 예견가능성의 2가지 요소로 구성된다고 볼 수 있는데³⁶⁾, '실질적 손실'은 '계약적 기대'에 대한 것이어야 한다.³⁷⁾ 그리고 예견가능성에 대하여 주관적 기준('위반 당사자가 그러한 결과를 예견하지 못함')과 객관적 기준('동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못함')을 규정하고, 주관적 기준과 객관적 기준을 모두 충족하는 경우에만 예견가능성이 부정되어 그 계약위반은 본질적 계약위반을 구성하지 않는 것으로 규정하고 있다.

제25조는 ULIS 제10조를 기초로 하였다.³⁸⁾ 계약위반자의 예견가능성 기준시점에 대하여 ULIS 제10조³⁹⁾에서는 '계약체결 시(at the time of the conclusion of the contract)'로 규정하고 있지만, 이와 달리 CISG 제25조에서는 예견가능성 기준시점에 대하여 규정하지 않고 있어 다름이 되고 있다. 구체적으로 살펴보면, 예견가능성 기준시점에 대하여 계약체결 시 기준과 계약위반 시 기준이 제기된다.⁴⁰⁾ 그 외 '계약체결 시를 원칙으로 하고 예외적으로 계약체결 후 상대방의 특별 기대에 대한 정보 참조⁴¹⁾ 등도 제기된다. 이에 대하여 계약체결 시 기준이 지배적인데, 그 논거는 ULIS 제10조와 균형을 맞추어 ULIS 제10조에는 '계약체결시'를 명문으로

36) John O. Honnold, *supra* note 18, p.276.

37) 최홍섭, "유엔국제매매법에서본질적계약위반", 국제거래법연구 제16집 제2호(2007), p.244.; 이현목, "국제물품매매협약(CISG)의 본질적 계약위반과 신용장 개설의무위반", 「통상법률」 제119호(2014), p.134.

38) John O. Honnold, *supra* note 18, p.275.

39) Article 10

For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects.

40) Peter Schlechtriem, Petra Butler, *supra* note 7, p.98.; 석광현, "국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반", 법학논총 제23집제2호, 2006, p.448.

41) 하강현, "국제물품매매계약에서 근본적 계약위반에 관한 고찰", 무역상무연구, 제11권, 1998, p.108.

규정하고 있다는 점에서 찾고 있다.⁴²⁾ 예견가능성의 기준시점에 대한 CLOUT case⁴³⁾에서는 계약체결시를 기준으로 한다고 밝히고 있다.⁴⁴⁾ 사건으로는 CISG 제25조에서는 ‘계약체결 시 기준’ 문구가 없는데, ULIS 제10조와 반드시 동일하게 해석해야 한다는 것은 합당하지 않다고 본다. 다만, 특별한 사정이 없는 한 ‘계약체결 시’를 기준으로 하고, 특별한 사정이 있는 경우에는 ‘계약체결 시’를 기준으로 하지 않을 수 있고, 특별한 사정에 대한 증명책임은 위반당사자에게 있다고 보는 것이 합리적일 것이다. 예견가능성 기준 시점도 매우 민감한 요소이므로 추후 CISG 개정 시에 이 부분을 명확히 할 필요가 있다고 본다.

참고로 제74조에서는 손해배상액은 위반당사자가 ‘계약 체결 시(at the time of the conclusion of the contract)’에 알았거나 알 수 있었던 사실과 사정에 비추어 예견하였거나 예견할 수 있었던 손실을 초과할 수 없다고 규정하고 있다. 제25조에서는 예견가능성의 기준시점에 대하여 규정하지 않고 있지만, 제74조에서는 예견가능성의 기준시점에 대하여 ‘계약체결 시’로 규정하고 있다는 것을 알 수 있는데, 두 규정의 비교는 적절하지 않다는 견해도 있다.⁴⁵⁾ 사건으로는 제25조는 계약위반 그 자체에 대한 규정이고, 제74조는 계약위반에 따른 손해배상액에 대한 규정이므로 반드시 동일한 기준이 적용되어야 한다고 볼 수는 없을 것이다.

본질적 계약위반의 가장 중요한 판단기준은 해당 의무의 중요성이라고 볼 수 있는데, 특정 의무가 본질적인 의무인지에 대해서는 계약서에서 명시할 수 있다.⁴⁶⁾ 예를 들어, 계약서에 인도기일을 특정하고, 그 기일이 본질적이라는 내용을 명시한 경우, 매도인은 인도지연으로 인하여 본질적 계약위반을 초래하는 결과를 예견하지 못했다는 항변을 할 수 없을 것이다.⁴⁷⁾ 한편, 계약서에서는 본질적인 의무라고 명시하지는 않았지만, 계약 협의 과정에서 본질적인 의무라고 표명된 경우도 예견가능성에 포함될 수 있을 것이다.

나. CLOUT case No. 275⁴⁸⁾ (예견가능성 기준시점)

이 판결은 이태리 매도인과 독일 매수인 간의 신발 매매계약과 관련된다. 매도인은 계약에서 합의한 수량 중 일부만 인도하고, 일부 분할 선적분(인도분)에 대한 분할지급을 요청하였다. 매수인은 미선적분에 대한 손해배상과 분할대금을 상계처리하고, 전량 인도 시까지 대금지급을 정지하였다. 독일 법원에서는 제51조에 의거 매도인의 분할지급청구를 인정하고, 제49조제1

42) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.434.

43) CLOUT case No. 275 [Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 24 April 1997]; CLOUT case No. 681 [China International Economic and Trade Arbitration Commission, People's Republic of China, 18 August 1997].

44) UNCITRAL, *supra* note 4, p.114, para. 4.

45) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.431.

46) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.431.

47) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 6, p.432.

48) CLOUT case No. 275 [Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 24 April 1997].

항에 의한 계약해제는, 본질적 계약위반이 있거나 부가기간 내에 불인도가 있어야 하고, 이행 약정기일에 불인도(non-delivery)를 필수조건으로 한다고 실시하고, 매수인이 지연인도보다는 불인도(non-delivery)를 선호한다는 것을 매도인이 예견할 수 있었을 정도로 매수인이 적시 인도(delivery on time)에 대하여 특별한 이익을 가지는 경우에만 본질적 계약위반이 된다고 판시하였다. 이 판결에서는 예견가능성의 기준시점을 계약체결시로 보았다.⁴⁹⁾

2. 인도지연(지연인도)과 본질적 계약위반

가. 인도지연과 본질적 계약위반

CISG 제30조에서는 물품인도의무, 서류교부의무 및 소유권이전의무를 매도인의 기본적인 의무로 규정하고 있다.⁵⁰⁾ 그중에서도 물품인도의무는 매도인의 가장 기본적인 의무이고, 인도 장소와 인도시기는 가장 중요한 사항이 된다. 인도시기에 대하여 CISG에서는 i) 인도기일이 계약에 의하여 지정되어 있거나 확정될 수 있는 경우에는 그 기일 ii) 인도 기간이 계약에 의하여 지정되어 있거나 확정될 수 있는 경우에는 그 기간 내의 어느 시기 (다만, 매수인이 기일을 선택하여야 할 사정이 있는 경우 제외) iii) 그 밖의 경우에는 계약 체결 후 합리적인 기간 내 등 3가지를 규정하고 있다. 인도 기일 내에 매도인은 계약 또는 준거법(CISG 포함)에서 요구하는 모든 인도의무를 이행해야 한다. 통상 국제물품매매계약에서는 인코텀즈(Incoterms)의 적용을 명시하는데⁵¹⁾, 이 경우 매도인의 인도의무 상당 부분은 인코텀즈(Incoterms)에 의해 정해지고, 매도인은 인코텀즈(Incoterms)에서 규정한 인도의무를 이행해야 한다. 참고로 소유권이전의 방법이나 내용은 CISG에서 규정하지 않고, 인코텀즈(Incoterms)에서도 규정하지 않고 있다.⁵²⁾ 따라서 이 문제에 대해서는 해당 계약의 준거법이 적용된다.⁵³⁾ 한편, 인도 시기에 대하여는 매도인이 그 기간 내에 인도하는 것을 의미하는 것이며, 매수인이 물품을 수령해야 하는 것을 의미하지는 않는다.⁵⁴⁾

인도기일 내에 인도하지 못하는 경우 계약위반이 되고 매수인에게는 구제권리가 발생한다.

49) UNCITRAL, *supra* note 4, p.114, para. 4.

50) UNCITRAL, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", United Nations Publication, 2010, 2016, p.38.

51) 매매계약에서 Incoterms의 적용을 명시하지 않는 경우에도 국가에 따라 Incoterms는 관행이나 관습으로서 매매계약에 적용될 수도 있다(Jan Ramberg, ICC Guide to Incoterms 2010, ICC Publication No. 720E, 2011, p.16.; 김상만, "Incoterms 2010의 적용상 CISG의 한계", 「국제거래법연구」, 제27집 제1호(2018), p.46.).

52) "Perhaps most importantly, it must be stressed that the Incoterms rules do NOT deal with the transfer of property/title/ownership of the goods sold."(ICC, Incoterms 2020 by the International Chamber of Commerce (ICC) (ICC 2019), Introduction to Incoterms 2020, para. 7.)

53) Peter Schlechtriem, Petra Butler, *supra* note 7, p.106.

54) UNCITRAL, *supra* note 4, p.134, para. 8.

CISG에서는 인도지연(또는 지연인도)에 대한 구제권리를 별도로 규정하지 않고 있다. 따라서 인도지연에 대한 구제권리는 일반적인 계약위반에 대한 구제권리 규정에 의해 결정된다. 제49조에서는 매도인의 의무불이행이 본질적 계약위반이 되는 경우 매수인에게 계약해제권이 발생한다고 규정하고 있는 바, 인도지연이 본질적 계약위반이 되는 경우 제49조에 따라 매수인은 계약을 해제할 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서 인도지연이 본질적 계약위반을 구성하는지 판단하는 것은 매우 중요하다.

일반적으로 인도지연은 그 자체만으로 본질적 계약위반이 되지는 않는다.⁵⁶⁾ 확정기 인도(또는 적시 인도(timely delivery)가 계약의 본질적 사항)의 경우에는 인도지연은 본질적 계약위반이 되며, 제49조에 따라 계약해제사유가 된다.⁵⁷⁾ 이러한 확정기 인도의 경우에는 단 하루가 지연되어도 본질적 계약위반이 될 것이다. 다만, 확정기 매매에서 일부만 인도가 지연된 경우에도 본질적 계약위반이 되는지는 다툼이 된다. CLOUT Case 중에는 확정기 매매에서 일부 소량만 인도가 지연된 경우 본질적 계약위반은 성립되지 않는다는 판결이 있다.⁵⁸⁾

나. CLOUT case No. 859⁵⁹⁾ (인도지연과 본질적 계약위반)

이 판결은 미국 매도인과 캐나다 매수인 간의 진공단열재(vacuum panle insulation) 공급계약(매매계약)과 관련된다. 2002. 8. 26. 매도인과 매수인은 본건 공급계약(매매계약)을 체결하였다. 매수인은 이 절연체를 수입하여 2003. 7. 30.까지 캐나다 국방부의 6개 특별전력공급시스템(six special power supply system)에 장착할 목적이었다. 매수인은 공급계약에 진공단열재 인도일정⁶⁰⁾을 적시하였다. 2002. 8. 26.에 매수인은 구매주문서(purchase order)를 발행하고, 매도인에게 대금의 일부(4만 달러)를 선수금으로 지급하였다. 그런데, 2002. 10. 4.경 매도인은 1차 분할인도분이 약 1개월 지연될 것임을 통보하였고, 그 이후에 인도지연사유는 납품업체의 공장가동 중단이라고 통보하였다. 매수인은 2002. 10. 25.에 계약을 해제하고 선수금의 반환을 청

55) 참고로 민법에서는 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기한 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없을 경우에 그 시기에 이행하지 아니한 때에는 이행의 최고 없이 계약을 해제할 수 있다고 규정하고(제545조), 상법에서는 상인간의 매매에 있어서 매매의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 일시 또는 일정한 기간내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자의 일방이 이행시기를 경과한 때에는 상대방은 즉시 그 이행을 청구하지 아니하면 계약을 해제한 것으로 본다(제68조).

56) UNCITRAL, *supra* note 4, p.134, para. 8.

57) UNCITRAL, *supra* note 4, p.115, para. 7.; CLOUT case No. 275; CLOUT case No. 301.; CLOUT case No. 859.

58) UNCITRAL, *supra* note 4, p.134, para. 9.

59) CLOUT case No. 859 [Superior Court of Ontario, Canada, 6 October 2003].

Diversitel Communications Inc. v. Glacier Bay Inc.

60) 매매계약에 의하면, 인도는 7회 분할인도조건이고, 1차 인도분의 인도기일은 2002. 10. 18.이고, 2~7회차 인도기일은 2002.11.1, 11.15, 11.29, 12.13, 2003.1.6, 2003.1.20.이었다.

구하였다. 매도인은, 납품업체의 문제로 인하여, 적시 인도에 실패하여 계약을 위반했다는 것을 인정하였다. 캐나다 법원에서는 이 사건 공급계약(매매계약)에서 당사자들의 행위와 교신으로 볼 때, 인도기일이 본질적 사항(essence)이라는 것을 인정하였고, 매도인의 적시 인도 실패는 본질적 계약위반이 된다고 판단하였다.

이 판결에서는 인도기일이 계약의 본질적 사항(essence)인 경우 인도지연은 본질적 계약위반이 된다는 것을 인정하였는데, 인도기일이 계약의 본질적 사항(essence)인지를 판단함에 있어서 여러 정황을 고려하였다. 따라서 '인도기일 도과' 그 자체만으로는 본질적 계약위반이 된다고 볼 수는 없고, 매매계약에서 인도기일이 본질적 사항이 되는 경우에만 인도지연이 본질적 계약위반이 된다는 것을 알 수 있다. 인도지연의 경우 계약해제권을 확실하게 하기 위해서는 매매계약에 인도기일이 본질적 사항임을 명시하는 것이 바람직할 것이다.

3. 물품부적합과 본질적 계약위반

무역거래에서 물품의 부적합은 가장 흔하게 발생하는 클레임이다. 일반적으로 물품이 계약에 부적합한 경우 계약위반이 되며, 기본적으로 계약위반 여부와 효과는 해당 매매계약에 의해 결정된다.⁶¹⁾ 제35조에서는 물품의 적합성을 매도인의 의무로 명시하고 있는데, 물품의 적합성에 대하여 기본적으로 '계약에서 정한 수량, 품질 및 종류'⁶²⁾를 기준으로 규정하고 있는바, 물품의 적합성을 판단함에 있어서 계약을 최우선 기준으로 정한 것으로 볼 수 있다.⁶³⁾

일반적으로 매도인의 물품인도가 제35조의 요건을 충족하지 못하면, 이는 계약위반이 되고, 매수인에게는 제45조 이하에서 규정하는 구제권리가 발생한다. 제35조제2항에서는 물품의 부적합에 대한 구체적인 경우를 규정하고 있는데, 여기에서는 물품의 성상에 대한 추정적 의사 또는 합리적 추론이 필요하다고 보기도 한다.⁶⁴⁾

물품의 부적합이 본질적 계약위반이 되는 경우에 매수인은 계약을 해제할 수 있다(제49조제1항). 따라서 물품의 부적합이 본질적 계약위반이 되는지 판단하는 것이 매우 중요하다. CLOUT case를 보면, 매수인이 그 물품을 사용하거나 판매할 수 있는 한, 그리고 불합리한 불편함이 없는 한, 품질 부적합은 단순한 계약위반에 불과하다고 보고 있다.⁶⁵⁾ 그러나 합리적인 노력으로도 그 물품의 사용 또는 판매가 불가능하다면, 이는 본질적 계약위반을 구성하고, 계

61) John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2006, pp.166-174.

62) 제35조제1항에서 규정하고 있는 수량, 품질 및 종류는 물품적합성을 판단하는 예시적인 기준이 되는 것으로 보고 있다.(석광현, 전거서, 139면).

63) 광민희, "CISG에 있어서 물품의 부적합과 계약해제: CISG-AC Opinion no.5의 해석에 있어서 본질적 계약위반의 의미를 중심으로", 『국제거래법연구』 21집 1호(2012), p.106..

64) 김화, "CISG에서의 본질적 계약위반의 확정", 『민사법학』, 제64호(2013), p.568.

65) UNCITRAL, *supra* note 4, p.115, para. 8.; CLOUT case No. 171.; CLOUT case No. 248.

약해제사유가 된다고 본다.⁶⁶⁾ 물품에 하자(본질적 계약위반이 인정될 정도의 중대한 하자)가 있으나 수리가가능한 경우에는 특별한 문제를 제기한다. 수리가 용이한 경우에는 본질적 계약위반이 인정되기 어렵고⁶⁷⁾, 매도인이 신속한 수리를 제공하는 경우에도 본질적 계약위반이 인정되기 어렵다고 보고 있다.⁶⁸⁾ 특히 매수인이 하자를 수리하여 사용했다는 것은 매수인이 그 계약상의 이익을 향유했다는 증거가 되므로 본질적 계약위반은 부정되어야 한다고 보고 있다.⁶⁹⁾

한편, 매도인이 허위서류(false documents)를 인도한 경우에 제35조의 물품적합성 의무위반이 되는지 검토할 필요가 있다. CLOUT Case 중에는 원산지증명서 관련 허위서류를 인도한 것이 제35조에 위배된다고 판단한 사례가 있다.⁷⁰⁾

가. CLOUT case No. 17171) (서류부적합과 본질적 계약위반)

이 판결은 네덜란드 매도인과 독일 매수인 간의 황산코발트(cobalt sulphate) 매매계약과 관련된다. 매매계약에 따르면, 황산코발트는 영국산이어야 하고, 매도인은 원산지증명서와 품질증명서를 제공해야 한다. 서류 수취 후 해당 황산코발트의 원산지는 남아공이고, 원산지 증명서는 잘못되었다는 이유로 매수인은 계약을 해제하였다. 또한, 매수인은 품질이 열등하다고 주장하였다. 독일 법원에서는 매도인은 인도를 실행했기 때문에 매수인은 제49조(b)에 근거해서 계약을 해제할 수 없다고 판단하였고, 품질이 열등하거나 원산지가 다른 물품의 인도 등 계약에 부적합한 물품의 인도는 불인도(non-delivery)를 구성하지 않는다고 보았다.

독일 법원은, 매수인은 남아공산 황산코발트를 독일이나 해외에서 매도할 수 없다는 것을 증명하지 못했기 때문에 제49조제1항(a)에서 요구하는 본질적 계약위반이 인정되지 않는다고 판단하였다. 즉 매수인은 본건 매매계약에서 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 입었다는 것을 증명하지 못했기 때문에 본질적 계약위반이 인정되지 않는다고 판단하였다. 또한, 독일 법원에서는 잘못된 원산지증명서나 품질증명서의 제공이 본질적 계약위반이 되지 않는다고 판단하였는데, 그 논거로 이들 서류는 다른 곳을 통하여 취득이 가능하기 때문이라고 보았다. 사전으로는 다른 곳을 통하여 취득이 가능하다는 논거보다는 해당 서류의 중요도에 따라 판단하는 것이 합당하다고 본다. 일례로 선하증권(B/L)은 유통증권으로서

66) UNCITRAL, *supra* note 4, p.115, para. 8.; CLOUT case No. 171 ; CLOUT case No. 248.

67) UNCITRAL, *supra* note 4, p.115, para. 9.; CLOUT case No. 937.

68) UNCITRAL, *supra* note 4, p.115, para. 9.; CLOUT case No. 152.; CLOUT case No. 282.

69) UNCITRAL, *supra* note 4, p.115, para. 9.

70) UNCITRAL, *supra* note 4, p.140, para. 2.; CLOUT case No. 1022 [Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 23 January 2008], English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu.

71) CLOUT case No. 171 [Bundesgerichtshof, Germany, 3 April 1996] *Diversitel Communications Inc. v. Glacier Bay Inc.*

화물의 가치와 동등하기 때문에 선하증권을 제공하지 못하는 것은 본질적 계약위반에 해당된다고 본다.

나. CLOUT case No. 248⁷²⁾ (물품부적합과 본질적 계약위반)

이 판결은 독일 매도인과 스위스 매수인 간의 냉동육고기 매매계약과 관련된다. 매수인은 물품부적합을 사유로 대금지급을 거절하였다. 스위스 법원에서는 품질의 차이로 가치가 25.5%나 떨어졌다는 전문가의 감정에도 불구하고 실제 인도된 물품의 품질과 계약서 상의 품질의 차이는 계약해제사유가 될 정도로 중대하지 않다고 판단하였다. 스위스 법원에서는, CISG는 계약은 예외적인 상황에서만 해제될 수 있다는 것을 원칙으로 하고, 계약해제권은 가장 중대한 구제권리로 규정하고 있다고 실시하였다. 그리고 계약해제권 인정 여부는 특정 거래의 모든 관련 상황을 고려해서 결정해야 한다고 보고, 이러한 요소에는 매수인이 그 물품을 달리 가공하거나 판매할 수 있는지(비록 낮은 가격이라도)가 포함된다고 보았다. 이 판결에 의하면, 품질불량이 있어도 전매, 기타 사용이 가능하다면, 본질적 계약위반을 구성하기 어렵고, 계약해제권도 인정되기 어렵다.

4. 대금지급조치 불이행과 본질적 계약위반

CISG 제53조에서는 대금지급의무와 물품의 인도수령의무를 매수인의 기본적인 의무로 규정하고 있고⁷³⁾, 제54조에서는 대금지급조치도 대금지급의무에 포함된다고 규정하고 있다. 따라서 대금지급조치의무도 매수인의 기본적인 의무에 해당된다고 볼 수 있다. 그리고 제64조제1항에서는 매수인의 의무불이행이 본질적 계약위반이 되는 경우 계약을 해제할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 매수인의 대금지급조치의무 위반이 본질적 계약위반을 구성하는 경우 계약해제 사유가 된다. 대금지급조치의무에는 해당 계약에서 요구하는 대금지급조치 외에 준거법이나 적용법규에서 요구하는 대금지급 조치도 포함된다. 전자의 예로는 신용장 개설이나 대금지급보증서 발행 등이 있고, 후자의 예로는 대외송금을 위한 행정절차(예: 금융당국의 대외송금 승인, 외화사용 허가⁷⁴⁾ 등) 등이 있다.⁷⁵⁾

제54조에서는 대금지급을 위한 조치를 취할 것을 요구하고 있을 뿐으로 매수인이 자동적으로

72) CLOUT case No. 248 [Bundesgericht, Switzerland, 28 October 1998].

73) UNCITRAL, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", United Nations Publication, 2010, 2016, p.38.

74) 하강현, "CISG상의 매도인의 본질적 계약위반에 관한 최근의 사례 고찰", 「국제거래법연구」 제21집 제1호 (2012), p.98.

75) UNCITRAL, *supra* note 4, p.256, para. 1.

로 그 조치에 대하여 책임을 지는 것은 아닌지, 또는 대금지급조치가 성공적이지 못한 경우에 매수인이 계약을 위반한 것인지에 대해 명시적으로 규정하지 않고 있다. 다수의 판결에서 대금지급조치가 성공적이지 못한 경우에 매수인의 계약위반을 인정하고 있는데, 신용장 개설이나 지급보증서 발행 관련 판결이 많다.⁷⁶⁾ 다수의 CLOUT case에서는 정해진 기한 내에 계약에서 정한 신용장을 개설하지 못하는 것은 그 자체만으로 계약위반이 된다고 판단하였고⁷⁷⁾, 대금지급보증서를 발행하지 못한 것도 이와 동일하게 판단였다.⁷⁸⁾

참고로 우리 대법원에서도 계약에서 합의된 조건에 일치하는 신용장의 개설을 거절하는 것은 제25조의 본질적 계약위반에 해당되고, 매도인은 계약을 해제할 수 있다고 판시한 바 있다(대법원 2013.11.28. 선고 2011다103977 판결.). 대상 판결에 대해서는 아래에서 상술하고자 한다.

한편, 제54조의 관련 법규에 따른 조치에 대해서 해외송금 신청 및 승인이 논란이 되고 있다. 제54조의 내용을 상사적 성격(commercial nature)과 행정적 조치(administrative measures)로 구분하여 계약에서 정한 조치는 상사적 성격으로서 매수인이 그 결과를 실현해야 하는 결과책임을 부담하고, 법규에 따른 조치는 행정적 조치로서 매수인은 최선을 다할 의무를 부담할 뿐이며, 그 결과에 대해서는 책임이 없다는 해석이 있다.⁷⁹⁾ 여기에 대해서는 대금지급조치의 성격에 관계없이 제54조에서는 매수인은 결과에 대하여도 자동적으로 책임이 있고, 제79조의 의한 면책 가능성만 남는다는 반론이 있다.⁸⁰⁾

가. 신용장 개설과 본질적 계약위반 관련 대법원 판결⁸¹⁾

이 판결은 CISG 관련 우리나라 최초의 대법원 판결이고⁸²⁾, 이 판결을 상세히 소개한 논문⁸³⁾이 발표되어 이하에서는 이해를 돕기 위해 핵심 사실관계와 본질적 계약위반 부분에 대한 판단만 분석하고자 한다.

이 사건은 대한민국의 (주)대한교역(‘매수인’)이 호주의 리베리나 오스트레일리아(주)(‘매도인’)

76) UNCITRAL, *supra* note 4, p.256, para. 4.

77) UNCITRAL, *supra* note 4, p.256, para. 4.; CLOUT case No. 986.; CLOUT case No. 631.: CLOUT case No. 717.; CLOUT case No. 261.; CLOUT case No. 176.; CLOUT case No. 301.

78) UNCITRAL, *supra* note 4, p.256, para. 4.

79) UNCITRAL, *supra* note 4, p.256, para. 5.

80) UNCITRAL, *supra* note 4, p.256, para. 5.; CLOUT case No. 142.

81) 대법원 2013.11.28. 선고 2011다103977 판결; 서울고등법원 2011. 10. 27. 선고 2011나8463 판결; 서울동부지방법원 2010. 12. 10. 선고 2010가합4217 판결.

82) 이현목, “국제물품매매협약(CISG)의 본질적 계약위반과 신용장 개설의무위반”, 「통상법률」 제119호(2014), p.129.

83) 이현목, 전제논문; 박종은, 송양호, “CISG상 매수인의 신용장의무이행에 관한 연구: 대법원 2013.11.28. 선고 2011다103977 판결을 중심으로”, 「법학연구」 통권 제46집(2015).

로부터 면실(cotton seeds)을 수입하는 거래와 관련된다. 매도인과 매수인 간의 면실 1,000톤 매매계약(‘매매계약’)에서 대금지급조건은 ‘선적마감일 30일 전 일람불 신용장 개설’이고, 인도 기간은 2009. 5.부터 2009. 7.까지 균등분할⁸⁴⁾이고, 인도조건은 CFR⁸⁵⁾ 한국 부산항이었다.

매수인은 2009. 4. 30.⁸⁶⁾에 2009. 5. 인도분에 대한 일람불 신용장을 제공⁸⁷⁾하였으나, 신용장 내용이 매매계약과 다르고 실행 불가능한 조건이 포함되어 있어 2009. 5. 7. 매도인은 매수인에게 신용장 조건변경을 요청하였고, 2009. 5. 20.에 신용장 조건변경되었으나, 여전히 합의되지 않은 조건이 일부 포함되어 있어 2009. 5. 25.에 매도인은 매매계약에 부합하는 신용장을 개설하지 아니하였음을 이유로 계약 전체를 해제한다고 통보하였다.

대법원에서는, “협약이 준거법으로 적용되는 국제물품매매계약에서 당사자가 대금의 지급을 신용장에 의하기로 한 경우 매수인은 계약에서 합의된 조건에 따라 신용장을 개설할 의무가 있고, 매수인이 단순히 신용장의 개설을 지체한 것이 아니라 계약에서 합의된 조건에 따른 신용장의 개설을 거절한 경우 이는 계약에서 매도인이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는 것으로서 협약 제25조가 규정한 본질적인 계약위반에 해당하므로, 매도인은 계약을 해제할 수 있다”고 판시하였다.

우선, 대상 판결에서는 ‘단순히 신용장의 개설을 지체한 것이 아니라’고 실시하고 있는바, 이를 통하여 단순한 신용장 개설 지체는 그 자체만으로는 본질적 계약위반에 해당되지 않는 것으로 보고 있다는 것을 알 수 있다.⁸⁸⁾ 대법원에서는 신용장의 개설을 거절한 것으로 보았고, 신용장 개설 거절은 본질적 계약위반으로 보았다. 이 매매계약은 면실 1,000톤을 2009. 5월, 6월 및 7월에 각각 333톤씩 분할하여 인도(delivery)하는 것으로 분할인도계약(installment contract)에 해당된다. 형식적으로는 하나의 매매계약이지만, 실질적으로는 3개의 매매계약이라고 볼 수 있다. 이에 따라 신용장도 별개로 3건을 개설하거나 회전신용장(revolving L/C)을 개설해야 하는데, 본건에서는 1차 인도분인 5월 인도분에 대한 신용장만 개설되었다. 우선, 1

84) 이 매매계약은 면실 1,000톤을 2009. 5월, 6월 및 7월에 3분의 1씩 분할하여 인도(delivery)하는 것으로, 분할계약(installment contract)에 해당된다고 볼 수 있다. 소송에서도 이점에 대해서는 다툼이 없었다.

85) 본건에는 인코텀즈(Incoterms) 제6차 개정분인 인코텀즈 2000(Incoterms 2000)이 적용된다. 인코텀즈 2000에서 CFR(Cost and Freight)은, 선적항에서 물품이 본선 난간을 통과한 때 인도가 이루어지고 위험이 이전되며, 매도인이 지정목적항까지 운임을 부담하는 조건이다. CFR 옆에는 지정목적항을 기재해야 하고, 이 매매계약은 대한민국의 수입거래로서 부산항이 지정목적항이므로 CFR 옆에 부산항을 기재하였다. 그러나 인코텀즈 제7차 개정분인 인코텀즈 2010(Incoterms 2010)에서는 인도와 위험의 이전을 ‘본선 난간 통과’에서 ‘본선 적재’로 변경하였고, 인코텀즈 제8차 개정분인 인코텀즈 2020(Incoterms 2020)에서는 인코텀즈 2010을 유지하였다.

86) 매매계약에 의하면, 신용장 개설 시한이 선적 마감일로 30일 이내인바, 2009. 5.분 선적 마감일은 2009. 5. 31. 이므로, 본건 신용장은 기한 내에 개설되었다고 볼 수 있다.

87) 대상 판결에서는 매수인이 일람불 신용장을 개설하였다고 표현하였으나, 신용장은 수입업체(매수인)가 개설하는 것이 아니고, 은행이 개설하는 것인바, 매수인의 신청에 의해 개설은행이 매도인 앞으로 신용장을 개설하였다 또는 매수인이 신용장을 제공하였다는 것을 의미한다.

88) 동지(이헌목, 전계논문, p.40.).

차 인도분의 인도(선적)⁸⁹⁾기간은 2009. 5월이고, 인도(선적)마감일은 2009. 5. 31.이 되며, 일람 불 신용장 개설 시한은 2009. 5. 1.이 된다. 1차적으로 신용장은 기한 내에 개설되었으나, 이는 당사자가 합의한(매매계약에서 합의한) 내용과 다르고, 2009. 5. 20.의 신용장 조건변경도 당사자가 합의한(매매계약에서 합의한) 내용과 일치하지 않는다. 결국, 2009. 5. 20.경에는 매매계약에 부합하는 신용장이 개설되지 않았다고 볼 수 있다. 그리고 2009. 5. 20.경에는 신용장 개설 시한이 20일이나 경과한 시점이다. 따라서 신용장 개설 거절이 아니고 신용장 개설 지체로 보는 경우에도 신용장 개설 시한을 경과하여 본질적 계약위반이 인정될 것이다. 다만, 이 사건 매매계약이 분할인도계약에 해당되어 2, 3회차 분할인도분에 대해서도 매매계약을 해제하기 위하여 신용장 개설 거절의 논리를 주장한 것으로 사료된다.

나. CLOUT case No. 142⁹⁰⁾ (대금지급조치와 불가항력)

이 중재판정은 독일 매도인과 러시아 매수인 간의 물품매매계약과 관련된다. 매수인은 물품이 실제로 인도되었다는 것은 인정하지만, 매수인은 은행에 외화송금을 신청하였으나 은행은 매수인의 계좌에 외화로 환전가능한 예금이 없다는 이유로 외화송금을 거절하였고, 이는 불가항력(force majeure)에 의한 면책에 해당된다고 주장하였다. 이 사건 매매계약에서는 면책의 불가항력사유를 제한적으로 열거하였는데, 중재판정부는 매수인의 외화 부족은 여기에 포함되지 않았다는 사유로 매수인의 청구를 인용하지 않았다. 또한, 매수인은 은행에 외화송금신청만 하였을 뿐이고, 실제로 외화송금실행을 확실하게 하기 위한 어떠한 조치도 취하지 않았기 때문에 제54조의 대금지급조치의무를 위반하였다고 판단하였다.

다. CLOUT case No. 631⁹¹⁾ (적시의 신용장 개설 실패와 본질적 계약위반)

이 판결은 호주의 매도인과 말레이시아의 매수인 간의 고철(scrap steel) 매매계약과 관련된다. 매매계약에서는 선적전에 취소불능신용장 개설이 요구되었는데, 이 사건에서 핵심 쟁점은 '적시의 신용장(timely letter of credit)' 개설 실패가 본질적 계약위반을 구성하는지 여부이다. 매수인은 신용장 개설 전에 신용장 개설 신청에 대하여 회사내의 집행위원회(executive committee)의 승인을 득해야 하는데, 짧은 시간 내에 집행위원회로부터 승인을 득할 수 없었

89) 매매계약에서는 인도조건으로 CFR 부산항으로 정하고 있고, 이 매매계약에는 인코텀즈 제6차 개정분인 인코텀즈 2000이 적용되는바, 물품(면실)이 수출국의 선적항에서 본선 난간을 통과할 때 인도가 이루어진다. 따라서 매매계약에서 인도는 실질적으로 선적(shipment)과 동일하고, 인도기간은 선적기간과 동일하다.

90) [International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Russian Federation, 17 October 1995].

91) [Supreme Court of Queensland, Australia, 17 November 2000] (Down Investments Pty Ltd v. Perjawa Steel SDN BHD), QSC, 2000, 421.

고, 매도인은 이를 매수인의 계약의무이행 거절로 보고 계약을 해제하였다. 호주 법원에서는 '적시의 신용장(timely letter of credit)' 개설 거절은 제25조 및 제64조(a)의 본질적 계약에 해당된다고 판단하였다. 호주 법원에서는 이 사건에서 신용장 개설 실패는 제54조의 대금지급의 무 불이행에 해당된다고 판단하였다. 다시 말해, 호주 법원에서는 신용장 개설은 제54조의 대금지급조치에 해당된다고 판단한 것으로 볼 수 있다. 한편, 매매계약에서 '적시의 신용장(timely letter of credit)' 개설을 합의⁹²⁾한 경우에는 확정기 매매 또는 정기 매매와 동일한 법리를 적용하여 개설 시한 경과로 본질적 계약위반이 된다고 볼 수 있을 것이다.

라. CLOUT case No. 976⁹³⁾ (수입제한과 신용장 개설 실패)

이 중재판정은 홍콩 매도인과 중국 매수인 간의 알루미늄 매매계약과 관련된다.⁹⁴⁾ 매매계약에서는 결제조건이 신용장방식인데, 신용장이 개설되지 않아서 매도인은 본건 알루미늄을 저가에 전매하고 매수인에게 이로 인한 손해배상을 청구하였는데, 매수인은 중국의 법규(수입 관련 규정) 개정과 알루미늄 수입제한으로 신용장 개설에 실패했다는 근거로 불가항력에 의한 면책을 주장하였다. 중재판정부에서는 새로운 규정이 알루미늄 수입을 완전히 금지하는 것이 아니라고 판단하여 불가항력에 의한 면책을 부정하였다. 아울러 중재판정부는 신용장 개설 실패는 홍콩법과 CISG에서 본질적 계약위반이 되고, 매도인은 제52조에 따라 계약을 해제할 수 있고, 제74조에 따라 손해배상을 청구할 수 있다고 판단하였다. 중재판정을 보면, 중재판정부에서는 신용장 개설 실패는 본질적 계약위반이 된다고 보고 있다는 것을 알 수 있고, 수입국의 법규에 의해 신용장 개설이 전면 금지되는 경우에는 제79조에 따라 불가항력에 의한 면책이 되는 것으로 보고 있다는 것을 알 수 있다.

IV. 결 론

CISG 제25조의 본질적 계약위반의 정의와 요건은 다수의 규정에서 사용되고 있고, 계약해제권의 전제조건이 되는 매우 중요한 개념이다. CISG에서는 계약해제의 제한을 의도하고 있는데, 이는 제25조에서 본질적 계약위반의 요건을 엄격히 규정한 것에서도 알 수 있다.⁹⁵⁾

92) 매매계약에서 '적시의 신용장(timely letter of credit)' 개설을 명확히 하는 것이 바람직하다. 예를 들어, 매매계약에서 신용장 개설 시한을 정하고 그 시한 내에 신용장이 개설되지 않는 경우 계약해제 사유가 된다고 명시하는 것이다.

93) China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), 26 June 2003.

94) 이 사건 매매계약의 당사자국 중에서 홍콩은 CISG 비체약국이지만, 매매계약에서 CISG 제2편과 제3편을 적용하기로 합의하였다.

이상에서는 본질적 계약위반에 대한 쟁점사항 중에서 결과의 예견가능성 기준, 인도지연과 본질적 계약위반, 물품부적합과 본질적 계약위반, 대금지급조치 불이행과 본질적 계약위반 등을 살펴보았다. 본질적 계약위반은 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 요건으로 하는데, 위반당사자를 보호하기 위하여 결과의 예견가능성이 없는 경우에는 예외로 규정하고 있다. ULIS와는 달리 CISG에서는 예견가능성의 기준시점에 대한 명문규정이 없어 다툼이 되고 있는바, 추후 개정을 통하여 이를 명확히 할 필요가 있다. 인도지연(지연인도)의 경우 그 자체만으로는 본질적 계약위반이 되지 않고, 확정기 인도(또는 적시 인도가 계약의 본질적 사항)의 경우에만 본질적 계약위반이 인정된다. 따라서 인도지연으로 계약해제권 발생을 확실하게 하기 위해서는 계약서에 인도기일이 본질적인 사항이라는 것을 명시하는 것이 바람직하다.

CLOUT case를 보면, 물품부적합의 경우 품질불량만으로는 본질적 계약위반이 인정되지 않고, 해당 물품의 매도 또는 사용 불가능 등을 고려하여 판단한 사례가 있다. 그리고 대금결제 조건을 신용장방식으로 정한 경우 신용장 개설 실패는 그 자체만으로 계약위반이 되고, 신용장 개설 거절은 본질적 계약위반에 해당된다. 그리고 매매계약에서 '적시의 신용장(timely letter of credit)' 개설을 합의한 경우에는 확정기 인도와 동일한 법리를 적용하여 개설 시한 경과로 본질적 계약위반이 인정될 수 있을 것이다. 신용장 개설시한이 본질적인 경우에는 매매 계약에서 '적시의 신용장 개설'을 명시하는 것이 바람직하다. ☐

(논문접수 : 2021. 6. 22. / 심사개시 : 2021. 7. 2. / 게재확정 : 2021. 7. 22.)

95) Gerhard Lubbe, "Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results", 2003, p.445.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 곽민희, "CISG에 있어서 물품의 부적합과 계약해제: CISG-AC Opinion no.5의 해석에 있어서 본질적 계약위반의 의미를 중심으로", 「국제거래법연구」, 21집 1호(2012).
- 김상만, "Incoterms 2010의 적용상 CISG의 한계", 「국제거래법연구」, 제27집 제1호(2018).
- 김선옥, "CISG에서 물건 또는 서류의 적합성과 계약해제", 「통상법률」통권 제113호(2013).
- 김 화, "CISG에서의 본질적 계약위반의 확정", 「민사법학」, 제64호(2013).
- 박종은, 송양호, "CISG상 매수인의 신용장의무이행에 관한 연구: 대법원 2013.11.28. 선고 2011다103977 판결을 중심으로", 「법학연구」 통권 제46집(2015).
- 석광현, "국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)상의 본질적 계약위반", 「법학논총」, 제23집제2호(2006).
- _____, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- 오석웅, "CISG에 있어서 본질적 계약위반과 매수인의 계약해제권", 「법학연구」, 제22집(2006)
- _____, "국제물품매매계약에 관한 UN협약상 물품의 계약적합성", 「원광법학」, 제24권 제2호(2008).
- 이현묵, "국제물품매매협약(CISG)의 본질적 계약위반과 신용장 개설의무위반", 「통상법률」, 제119호(2014).
- 최홍섭, "유엔국제매매법에서본질적계약위반", 「국제거래법연구」, 제16집 제2호(2007).
- 하강현, "국제물품매매계약에서 근본적 계약위반에 관한 고찰", 「무역상무연구」, 제11권(1998).
- _____, "CISG상의 매도인의 본질적 계약위반에 관한 최근의 사례 고찰", 「국제거래법연구」, 제21집 제1호(2012).
- 허은숙, "해상송부매매에서 불일치서류로 인한 매매계약의 본질적 위반 및 매수인의 계약해제권: 신용장방식에 대한 CISG의 적용을 중심으로", 「해운물류연구」, 제26권 제4호(2010).

2. 외국문헌

Eldon H. Reiley, *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational*

Law, Carolina Academic Press, 2008.

Gerhard Lubbe, "Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results", 2003.

ICC, *Incoterms 2020 by the International Chamber of Commerce (ICC)*, ICC, 2019.

Jan Ramberg, *ICC Guide to Incoterms 2010*, ICC Publication No. 720E, 2011.

John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2006.

John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed, Wolters Kluwer, 2009.

Larry A. Dimatte, et, al., *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005.

M Bridge, "Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods", 59 *Int'l & Comp. L.Q.* 911 (2010).

Nathalie Hofmann, "Interpretation Rules and Good Faith as Obstacles to the UK's Ratification of the CISG and to the Harmonization of Contract Law in Europe", *Pace International Law Review* Vol. 22, 2010.

Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales*, Springer, 2009.

Sang Man Kim, "A Comparative Study of the CISG and the North Korean Contract Law as to Formation of a Contract", *Journal of International Trade Law and Policy*, Emerald, 2020.

Slechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed., Oxford University Press, 2016.

Sally Moss, "Why the UK has not yet Ratified the CISG", 25 *J.L. & COM.* 483, 2005.

UNCITRAL, *Case Law on UNCITRAL Texts(CLOUT) User Guide*, 2010.

UNCITRAL, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", United Nations Publication, 2010.

UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 2016.

Abstract

Some Major Issues on the Fundamental Breach under the CISG

Kim, Sang-Man

Article 25 of the CISG defines “fundamental breach”, which is referred to in various provisions of the CISG such as Article 46(2), Article 49(1), Article 51(2), Article 64(1), Article 70, Article 72(1), Article 72(2), Article 73(1), and Article 73(2). Fundamental breach is a prerequisite for the avoidance of a contract. Fundamental breach requires a breach of an obligation and detriment to the other party, and has brought various issues.

This paper reviews foreseeability of the detriment as a factor, late delivery, non-conformity of the goods, and action preparatory to payment of the price with regard to fundamental breach.

The foreseeability of the detriment gives a subjective ground for excusing the party in breach. However, unlike ULIS Article 10, CISG Article 25 does not have explicit provision concerning the time of foreseeability although the time of the conclusion of a contract is prevailing.

Late delivery or late payment does not itself constitute fundamental breach. However, where timely delivery or timely payment is essential in the contract, late delivery or late payment shall constitute fundamental breach.

Where the goods delivered is defective or does not conform to the contract, the buyer can avoid the contract if the defect or non-conformity constitutes fundamental breach. Courts have not admitted fundamental breach where the defective goods are resalable.

Key Words : avoidance of a contract, breach of contract, CISG, fundamental breach, late delivery, non-conformity of goods, sale of goods

