

## 「유럽계약법원칙」에서의 채무불이행법리\*

양창수

서울대학교 법과대학 교수

이 글은 유럽연합의 틀 안에서 통일유럽민법전을 제정하려는 노력의 일환으로 1998년 11월에 그 확정판이 발표된 「유럽계약법원칙: 제1부 및 제2부(The Principles of European Contract Law. Part I and II)」(이하 PECL)를 채무불이행의 법리에 초점을 맞추어 개관하려는 것이다. PECL은 전통적으로 양분된 유럽대륙법과 커먼로(Common Law)의 법리를 종합하여 얻어진 것으로서 거기서 채택된 법리의 보편성, 즉 세계적으로 받아들여질 수 있는 합리적 계약법의 「표준」으로서, 현재 민법개정작업을 진행 중인 우리에게도 의미가 적지 않다.

PECL의 채무불이행법리는, 채무불이행의 요건을 일반적·포괄적으로 정하는 태도를 취하는 것, 강제이행청구를 일반적으로 인정하는 것, 불이행책임의 내용으로 손해배상과 해제의 병존을 인정하는 것, 손해배상의 범위를 예견 가능한 것에 제한하는 것 등에서 우리 민법의 태도와 일치한다. 그런데 매도인과 수급인의 담보책임법을 일반적인 채무불이행법에 흡수하여 규정하는 것, 채무자에게 채무불이행에 대한 고의·과실이 없는 경우에도 그의 면책은 보다 제한적으로만 인정하는 것, 법정해제권의 발생요건을 「본질적」 불이행으로 제한하는 것, 소위 「이행기 전의 불이행」 또는 장래의 불이행이 명확하게 예견되는 경우를 명문으로 정하는 것 등의 점에서 두드러진 차이가 있다고 하겠다.

### I. 서 론

1990년대에 들어와 계약법의 분야에서 세계적으로 가장 흥미로운 현상 중의 하나는, 각 국의 국내법을 통일 또는 조화·조정하려고 하는 국제적인 움직임이 극히 활발하게 전개되어 그 성과가 계속 공표 되고 있다는 사실이라 함은 이미 언명한 바 있다(양창수, 1999: 358이하).

물론 소위 「비엔나협약」, 즉 유엔통일국제동산매매법<sup>1)</sup>(이하 CISG<sup>2)</sup>)은 1980

\* 이 논문은 2000년 서울대학교 국제지역원 국제지역연구지원사업비에 의하여 지원되었음.

1) 원래는 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)」라고 한다. 이 협약은 10개국의 비준·가입으로 1988년 1월 1일부터 효력이 발생하였으며, 미국, 독일, 프랑스, 이태리, 중국, 캐나다, 호주 등

년에 체결되었으나, 이 협약이 주요한 나라에서 국내법으로 전환되어 그 효력을 실제로 가지게 된 것은 1980년대 말부터이다.<sup>3)</sup> CISG의 영향력은 그것이 실정의 법률로서 가지는 법효력에서라기 보다는 거기서 비교법적 작업의 결과로 채택된 법리의 「보편성」에서 나오는 것으로 보인다. 한편 1994년 5월에 발표된 Unidroit의 「국제상사계약원칙; Principles of International Commercial Contracts」(이하 「Unidroit원칙」)은<sup>4)</sup> 각 국에 대하여 국내법화를 구할 무슨 강제적 장치를 갖춘 것이 아니다. 이는 국제거래에서 의거할 합리적 계약법의 「표준」으로서 정하여진 것으로서, 어디까지나 내용의 설득력에 의존하고 있다. 또한 이 원칙은 비단 매매계약뿐만 아니라 국제거래 일반을 대상으로 하여 그 시야를 매우 넓게 잡고 있으며(예를 들면 플랜트계약 등도 고려하고 있다), CISG에서는 다루어지지 않았던 계약의 무효사유에 관한 문제, 즉 착오·사기·강박 등의 문제도 규정하고 있다.<sup>5)</sup> 그리고 마지막으로 유럽연합의 틀 안에서 통일유럽민법전을 제정하려는 노력의<sup>6)</sup> 일환으로 1998년 11월에 그 확정판이 발표된 「유럽계약법원칙: 제1부 및 제2부(The Principles of European Contract Law, Part I and II)」(이하 PECL)가 있다.

「유럽계약법원칙」의 목적, 용도, 주요한 내용 및 이를 작성한 「유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law)」(위원장인 란도의 이름을 따서 통상 「란도위원회(Lando Commission)」라고 불린다)의 개요나 작업경과 등에

우리 나라의 주요한 무역상대국을 포함한 약 50개의 나라가 가입하고 있다(아직 가입하지 아니한 나라로서는 영국과 일본 등이 있다). 우리 나라는 아직 이에 가입하지 않고 있다. 이 협약에 대한 우리 나라의 문헌으로는 우선 임흥근·이태희 공편(1991); 김민중(1995); 최홍섭(1997) 참조.

2) 이 약칭의 「국제성」에 대하여는 우선 Schlechtriem(2000: Vorwort, S.5 u. Fn.1) 참조.

3) 1999년 7월 현재의 계약국에 대하여는 우선 Schlechtriem(2000: 924) 참조. 그 현재의 가입현황은 [www.uncitral.org/en-index.htm](http://www.uncitral.org/en-index.htm)의 “Status of Texts” 항목에서 검색할 수 있다.

4) 이에 대하여는 우선 양창수(2000: 358 이하) 참조.

5) UNIDROIT는 이 「국제상사계약원칙」을 확대한 ‘제2판’을 계획하고 그 작업을 활발하게 추진하고 있다. 그 내용에 대하여는 우선 양창수(1999: 360 이하) 참조. 거기서 적은 2000년 1월 24일부터 카이로에서 열린 실무소위(實務小委) 제3차 회의의 내용에 대하여는 [www.unidroit.org/english/principles/wg-2000.htm](http://www.unidroit.org/english/principles/wg-2000.htm) 참조.

6) 이에 대하여는 우선 양창수(1999: 361 이하) 참조. 그 후의 진전에 대하여는 우선 양창수(2000(a): 107) 및 주40 참조. 이 방향에 관련한 최근의 문헌으로 가장 흥미로운 것은, 유럽의회의 「법률 및 역내시장」위원회의 요청을 받아 수행된 연구결과를 묶은 연구보고서(European Parliament, PE 168.511)인 The Private Law Systems in the EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code(1999)이다(독문본이 원문이라고 한다).

이는 [www.europarl.eu.int/workingpapers/juri/pdf/103\\_en.pdf](http://www.europarl.eu.int/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf)에 공개되어 출력할 수 있다.

대하여는 이미 박영복(1999) 교수의 논문에 의하여 소개된 바 있다. 그러므로 여기서는 단지 거기서 언급되지 아니한 사항에 대하여 간략하게 언급하는 데 그치기로 한다(Zimmermann, 2000: 391ff 참조).

1995년에 나온 PECL 제1부는 14년에 걸치는 제1차 란도위원회의 작업성과를 집약한 것으로서, 4개의 장으로 구분되어, 일반규정, 계약의 내용, 그리고 채무불이행법(제3장 및 제4장)을 다루고 있었다(Ole Lando and Hugh Beale(ed.), 1995). 1992년에 그 제2차 위원회가 구성되어 그 작업을 1996년에 완결 지었다. 이 위원회는 계약체결, 대리, 계약의 유효조건,<sup>7)</sup> 그 해석 및 효력에 대하여 검토하였다. 이들 사항에 대한 초안은 빌(영국), 드로브니히(독일), 혼디우스(네덜란드), 란도(덴마크), 그리고 탈롱(프랑스)에 의하여 마련되었다. 그리고 최종정리와 편집은 제1부와 마찬가지로 란도와 빌이 맡았다. 동시에 앞서 공간된 제1부에도 손질을 가하고, 또 제1부와 제2부가 통일된 모습을 갖추도록 하였다. 그리하여 도합 131개의 조항(제1부는 모두 59개조로 되어 있었다)이 새로 배열되었다. 그리고 그 조문에 「주석」과 「비교법적 노트」를 붙이고, 거기다 문헌·판례·사항에 대한 각 색인을 덧붙인 결정본(決定本)이 출간되었다(Ole Lando and Hugh Beale(ed.), 2000).

1996년 5월에 스톡홀름에서 열린 제2차 위원회의 마지막 회의에서 제3차 위원회를 구성하기로 결의하여, 동 위원회는 1997년 7월부터 레겐스부르크에서 그 작업을 개시하였다. 이 위원회는 상계, 채권양도·채무인수·계약인수, 소멸시효, 다수당사자의 채권관계, 강행법규 및 공서양속 위반, 조건 및 복리(複利)를 다룬다고 한다. 주목되는 점은, 우선 이들 과제가 Unidroit원칙의 「제2판」을 준비하는 실무소위의 작업내용과(양창수, 1999: 361) 상당 부분 일치한다는 것이고, 나아가 우리로 보면 계약법의 범위를 벗어나서 채권총론에 속하는 사항을 다수 포함하고 있다는 것이다. 동 위원회는 2002년에 그 보고서를 공표할 예정이라고 한다.

본고(本稿)는 PECL의 내용을 채무불이행법리에 초점을 맞추어 살펴보려는 것이다. 우선 불이행책임의 발생요건에 대하여(II.), 이어서 채무불이행에 대한 구제수단들, 즉 불이행책임의 내용에 대하여 살펴본다(III.).

법무부(法務部)는 1999년 2월초에 「민법(재산법)개정특별분과위원회」를 구성하여, 민법개정작업을 진행 중이다. 필자도 그 위원의 1인이 되었는데, 특히 계약총칙, 채무불이행법 및 변제법, 나아가 총칙의 의사표시법 등에 대하여는 앞서 말한 CISG와 Unidroit원칙과 아울러 PECL도 의미 있는 입법참고자료가 될 것으로 믿는다(양창수, 1999: 364). 그리하여 여기서도 마지막으로 우리에게 시사하는 바가 있는 몇 가지 점에 대하여 언급하기로 한다.

7) 의사합결은 검토의 대상에 포함되었으나, 능력이나 강행법규 위반 또는 공서양속 위반의 문제는 다루지 않았다.

## II. 채무불이행책임의 요건

### 1. 출발점 - 포괄개념으로서의 「불이행」

PECL은 채무불이행의 범리를 포괄적인 「불이행(non-performance)」의 개념을<sup>8)</sup> 중심으로 하여 구축하고 있다. 「불이행」은 “면책되는지 여부를 불문하고 계약상 의무가 이행되지 아니하는 경우 일체를 가리키며, 이행지연, 결함 있는 이행 및 계약을 완전히 실현하기 위한 협력을 하지 아니하는 것을 포함한다(any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract)”고 정의되고 있다(제1:301조 제4호).<sup>9)</sup>

몇 가지 설명을 가하여 본다.

(1) 우선 일반적으로 「불이행」은 일반적으로 ‘계약상 의무’의 불실현으로 파악된다. 이로써 결국 당사자가 당해 계약에 기하여 어떠한 의무를 부담하는가에 핵심적인 의미가 주어지게 된다.

그리하여 첫째, 종전에 ‘금부위무의 위반’에 해당하는 사유는 당연히 이에 해당한다.<sup>10)</sup> 그리하여 아예 당사자가 금부의 실현(‘이행’)에 착수하지 아니하는 경우(total inactivity)는 물론이고, 이행을 하였으나 그것이 어떠한 점에서든 계약에 합치하지 아니하는 경우, 예를 들면 지체되거나 불완전하거나 기타 ‘결함 있는’ 경우를 모두 포함한다(Lando/Beale, 2000: 123).

한편 이행지체에 대하여는 몇 가지 주의를 요하는 점이 있다. 우선 채무자가 이행기 전에 이행을 제공하여도 채권자는 “제공의 수령이 그의 이익을 불합리하게 해하지 아니하는 경우”를 제외하고는 그 수령을 거절할 수 있다(제7:103조 제1항). 즉 이행기 전의 변제는 우리 법(민법 제468조 본문)과는 반대로 원칙적으로 허용되지 않는 것이다. 따라서 이행하기보다 먼저(“too early”) 실행된 경우도 불이행에 해당할 수 있다(Lando/Beale, 2000: 359). 나아가 이행기가 도과된 경우는 이행청구 기타의 부지체요건(附遲滯要件) 없이도 바로 불이행에 해당한다(Lando/Beale, 2000: 373, 435). 그 외에도 이행지체(delay in performance)에 대하여는 약간의 별도의 규정이 마련되어 있는데, 본질적 불이행에 해당하지 않는 이행지체에서 계약을 해제할 수 있는 요건에 관한 제8:106조 제3항,<sup>11)</sup> 금

8) Lando/Beale(2000: 361, Note 1)이 이를 명언한다.

9) PECL의 조항은 양창수(1999: 365면 이하)에 그 전문(全文)이 번역되어 있다.

10) 뒤의 2.(3)에서 보는 대로, 이행기 도래 전에도 불이행이 인정될 수 있다(소위 「이행기 전의 불이행」).

11) 이에 대하여는 뒤의 III.2.(2) 말미 참조. 또한 제9:301조 제2항이 계약의 해제에 관하여 이 규정을 준용한다.

전채무의 이행지체에서 지연이자의 지급의무에 관한 제9:508조 등이 그것이다.

둘째, 종전에 ‘부수의무의 위반’에 해당하는 사유도 이에 해당한다.<sup>12)</sup> 이는 위 정의규정의 뒷부분에서 “계약을 완전히 실현하기 위한 협력을 하지 아니하는 것”도 불이행에 해당한다고 정면에서 정하는 것에서도 명백히 드러난다. PECL은 제1:202조에서 계약의 당사자는 각자 위와 같은 협력의무(duty to co-operate)를 부담한다고 정하는데, 그 의무의 위반은 여기서 말하는 「불이행」이 되는 것이다. 「주석」에 의하면, 그 협력의무에는 상대방 당사자가 계약을 이행하여 계약에서 정한 대가를 받을 수 있도록 협력하는 것, 예를 들면 fob매매의 매수인이 운송선박을 지정한다거나 건물건축계약에서 도급인이 건축허가를 신청하는 것 등도 포함된다(Lando/Beale, 2000: 119).<sup>13)</sup> 따라서 당사자가 이를 하지 아니하는 경우에는 ‘불이행’이 된다.

한편 채무자가 자신의 의무 이행을 제3자에게 위탁한 경우에도 그는 여전히 이행에 대한 책임을 진다(제8:107조).<sup>14)</sup> “계약당사자와 [위탁을 받은] 제3자와의 내부관계는 이 맥락에서는 의미가 없다(irrelevant)”(Lando/Beale, 2000: 378). 이는 그 제3자가 채무자의 지시감독을 받는 피용자이든, 그렇지 않은 독립한 자이든 마찬가지이다.<sup>15)</sup>

(2) 이상에서 주목되는 것은, 우리 민법에서 현저한 지위를 차지하고 있는 「불능(Unmöglichkeit; impossibility)」과 같은 개념은 전혀 채택되지 않고 있다는 것이다.

PECL 제4:102조는 “인수한 의무의 이행이 계약의 체결 시에 불능이라는 이유 또는 당사자가 계약의 목적이 되는 재산을 처분할 권한이 없다는 이유만으로는 계약이 무효가 되지 아니한다”고 정한다. 이로써 원시적으로 불능인 급부를 목적으로 하는 계약을 무효로 하는, 독일민법(제306조)에 특유한, 그리고 우리 민법(제535조)에도 수용되고 있는 법리는 배척되고 있는 것이다.<sup>16)</sup> 따라서

12) Lando/Beale(2000: 359)은 명백하게 “부수의무(accessory duty)의 위반”이 불이행에 해당한다고 언명하면서, 그 예로, 기업비밀의 공개(이 비밀준수의무에 대하여는 제2:302조에서 정면에서 정하고 있다)와 경우에 따라서 부담할 수도 있는 상대방의 이행을 수령 또는 수취할 의무(duty to receive or accept)의 위반을 들고 있다.

13) 동소(同所)는, 이러한 의무는 계약에서 명시적으로 정하졌는지를 불문하고 인정된다고 한다.

14) 한편 이러한 이행보조자에게 발생한 장애사유로 인한 채무자의 면책에 대하여는 뒤의 III.3.(2) 참조.

15) PECL은 이와는 별도로 제3자의 인식 또는 과실로 인한 불인식을 채무자 본인에게 귀속시키는 것에 관하여 제1:305조를 두고 있다.

16) 이는 다음과 같이 설명된다. 즉 “빈번하게 이러한 사안에서는 본질적 착오가 존재하여 그 착오를 일으킨 당사자가 계약을 무효로 할 수 있는 경우에 해당한다. 그러나 당사자 일방이 불능의 위험을 인수하여서 계약을 무효로 할 수 없다고 하여야 할 경우도 존재하는 것이다”(Lando/Beale, 2000: 228).

적어도 원시적/후발적 불능의 구분은 여기서 그 중요성을 잃고 있다고 할 수 있다.

나아가 뒤의 II.3.에서 보는 대로 당사자를 ‘면책’시키는 사유와 관련하여서도, 또 손해배상의 내용과 관련하여서도, 불능은 언급되지 않는다. 다만 불능은 채권자가 채무자에 대하여 원래의 이행을 청구할 수 없는 예외적 사유 중의 하나로서만 규정되고 있을 뿐이다(제9:102조 제2항 (a)호).

(3) 나아가 「불이행」은 그에 대하여 당사자가 면책되는 경우에도 긍정된다(Lando/Beale, 2000: 361, Note 1). PECL은 제8:108조에서 당사자가 일정한 장애사유를 이유로 ‘면책’된다고 정하고 있다. 그러나 PECL은, 우리가 흔히 채무 불이행책임이라고 할 때 연상하는 것과는 반대로, 그 규율의 적어도 출발점에 있어서는 「불이행」에 대한 채무자의 면책 여부에 불구하고 공통적으로 적용되는 “일반적 구제수단”을 규정하고 있다(제8:101조 제1항, 제2항 참조). 면책되는 「불이행」에 대하여 인정되지 않는 구제수단은 본래이행청구권과 손해배상청구권의 둘뿐이며(제8:101조 제2항), 계약의 해제와 대금감액은 당사자가 면책되더라도 여전히 남는 것이다.

한편 불이행 효과의 하나인 손해배상에 대하여 설명하면서, 「주석」은 다음과 같이 말하고 있기도 하다. 즉 “당사자의 의무가 결과의 창출이 아니라 단지 상당한 주의와 기능을 발휘하는 것이라면, 그는 그 의무를 충족하지 못한 때, 즉 그가 약속한 주의와 기능을 발휘하지 아니한 때에만 책임을 진다(liable)”(Lando/Beale, 2000: 434). 그러한 의무의 예로서는 의사가 하는 수술을 들고 있다. 이 경우 의사가 상당한 주의와 기능을 다하였다면 비록 수술이 성공하지 못하였더라도 그는 책임을 지지 않는데, 그것은 “그의 약속이 단지 주의 깊게 행위 하는 것이었지, 성공적인 결과를 보장하는 것이 아니었기 때문이다”(Lando/Beale, 2000: 435). 반대로 만일 결과를 달성하는 것이 의무의 내용인 경우에는 이와 다르다. 예를 들어 실내온도 20도를 내는 중앙난방장치를 시공하기로 한 사람은 그가 모든 주의와 기능을 다하여 시공을 하였음에도 그 장치가 최고 16도밖에 내지 못한다면 그로 인한 책임을 져야 한다. 다시 말해서 「불이행」으로 인한 책임을 ‘과실이 없음’을 이유로 하여서는 면할 수 없다는 것이다. 그런데 우리에게 프랑스민법에서 논의되는 결과채무/수단채무로 알려진 이상의 구분에<sup>17)</sup> 대하여 PECL이 어떠한 체계적 지위를 인정하는지, 즉 그것이 「불이행」이 있는지 여부를 판단하는 기준이 되는 것인지, 아니면 단지 손해배상책임의 발생을 저지하는 사유로서 논의되는 것인지는, 반드시 명확하지 않다.

17) 이에 대하여는 우선 남효순(1996: 135 이하) 참조.

## 2. 본질적 불이행

(1) PECL의 체계에서 「본질적 불이행(fundamental non-performance)」은 매우 중요한 의미를 가진다. 「불이행」이 본질적인지 여부는, 첫째, 추완을 청구할 수 있는가(제8:104조), 둘째, 채권자가 채무자를 상대로 계약에 좇은 이행에 대한 상당한 보장의 제공을 청구할 수 있는가(제8:105조), 셋째, 채권자가 「불이행」을 이유로 계약을 종료시킬 수 있는가(제9:301조 이하)의 문제를 판가름하는 기준이 된다.

(2) 「불이행」은 그것이 제8:103조가 정하는 다음의 셋 중의 하나에 해당하는 경우에는 본질적이다.

(가) 의무의 엄격한 준수가 계약의 핵심에 해당하는 경우(동조 (a)호).

여기서 문제되는 것은, 뒤에서 보는 경우들에서처럼 불이행의 강도(強度)가 아니라, 의무의 엄격성, 즉 계약을 엄격하게 준수하는 것(예를 들면 인도시기를 준수한다는 것)이 매우 중요한 의미를 가진다는 당사자들 사이의 합의이다. 이러한 합의는 묵시적으로도 행하여질 수 있음은 물론인데, 그 효과가 바로 불이행이 본질적으로 다루어진다는 것이다(Lando/Beale, 2000: 364).

(나) 불이행이 채권자로부터 그가 계약상 기대할 수 있는 것을 중요한 점에서(substantially) 박탈하는 경우. 다만 상대방이 그 결과를 예견하지 아니하였고 또 합리적으로 예견할 수 없었던 때에는 그러하지 아니하다(동조 (b)호).

여기서는 불이행이 채권자에게 가져오는 결과의 중대성이 문제된다. 예를 들면 일정시기에 개업하는 채권자의 영업장을 위하여 그때까지 주차장건물과 도로를 만들고 또 그 사이의 통로를 열어 포장하기로 하는 계약에서 그 약정기일까지 건물과 도로를 건설하기는 하였지만 포장이 되지 않음으로써 그 주차장을 이용하지 못하게 되었을 경우에는, 그 불이행은 본질적이다. 그러나 그 경우 포장이 되지는 않았어도 주차장에의 통로로 이용할 수 있었다면 그렇지 않다는 것이다(Lando/Beale, 2000: 365 예 1 및 2).

(다) 불이행이 고의적이고 또 채권자에게 채무자의 장래의 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 이유를 제공하는 경우(동조 (c)호).

비록 위반된 계약조항이 엄격히 준수되어야 하는 것도 아니고 또 그 결과가 중대한 것이 아니라도, 이 요건이 갖추어진 경우에는 그 불이행은 본질적이다. 예를 들어 채권자의 물건만을 팔고 그와 경쟁하는 업체의 물건은 팔지 않기로 약정하였는데, 채무자가 경쟁업체와의 사이에 그의 물건을 팔기로 하는 계약을 체결하였다면, 비록 실제로는 경쟁업체의 물건을 전혀 팔지 못해서 채권자와의 거래에 별다른 영향을 끼치지 않았어도, 이 행위는 본질적이라고 하여야 할 경우도 있다는 것이다. 또 비용상환청구권이 계약상 인정된 대리점이 그에 기하여 후에 청구한 비용이 실제와 맞지 않는 경우에는, 비록 그 차액이 소액이라도 이에 해당할 수 있다(Lando/Beale, 2000: 366, 예 5 및 6).

(3) 여기서 하나 지적되어야 할 것은, 본질적 불이행(제9:301조 이하)과 관련하여서는, 그 불이행이 이행기가 도래한 후에 행하여질 것이 요구되지 않는다는 점이다. 제9:304조는 “본질적 불이행이 있을 것이 이행기 전에 명백한 경우에는, 상대방은 계약을 해제할 수 있다”고 하여, 소위 「이행기 전의 불이행(anticipatory non-performance)」에 대하여 정하고 있다. 이는 채무자에게 이행의 의사 혹은 능력이 없음(unwillingness or inability)이 이행기 전에 명백히 밝혀지고,<sup>18)</sup> 또한 그 장래의 불이행이 본질적인 것일 경우를 말한다. 한편 이 규정 자체는 불이행을 이유로 하는 계약해제권에 대하여 정하는 것이나, 이에 대한 「주석」에 의하면, 이 규정은 이행기 전의 본질적 불이행이 실제의 본질적 불이행과 같이 취급됨을 함의하는 것으로서, 채권자는 손해배상을 포함하여 기타의 모든 구제수단을 행사할 수 있다고 한다(Lando/Beale, 2000: 417).

「노트」에 의하면, 실제로 극히 중요한 이 범리는 애초 커먼로에서 유래하는 것이지만, 프랑스와 프랑스계의 나라(스페인, 포르투갈)를 제외하고는 어떠한 형태로든 유럽대륙의 여러 나라에서 일반적으로 인정되고 있다. 그리고 CISG 제72조 제1항, Unidroit원칙 제7.3.3조, 미국의 통일국제동산매매법(“ULIS”) 제76조에서도 채택되었다고 한다.<sup>19)</sup>

### III. 채무불이행에 대한 구제수단

#### 1. 규율의 출발점

(1) PECL은, 채무불이행의 요건을 위와 같이 포괄적·통일적으로 정하고 그 유형을 개별적으로 열거하는 태도를 취하지 않는 것과 상응하여, 그에 대한 구제수단도 채무불이행에 대하여 인정되는 각종의 구제수단을 병존적으로 열거하는 태도를 취한다. 예를 들어 구제수단을 정하는 제8장의 모두규정(冒頭規定)인 제8:101조 제1항은 “당사자가 계약상의 의무를 이행하지 아니하고 그 불이행이 제8:108조에 따라 면책되는 것이 아닌 경우에는, 그 때마다 채권자는 제9장에서 정하는 구제수단 중 어느 것이라도 원용할 수 있다(may resort to any of the remedies)”고 정하고 있다.<sup>20)</sup> 제8:102조는 이를 다시 부연하여, “양립할 수 없는 것이 아닌 구제수단은 중첩될 수 있다. 특히 당사자는 손해배상을 청구할 권리를 그 외의 어떠한 구제수단에 대한 권리를 행사함으로써 박탈당하지 아니한

18) 단순히 의심을 일으킬 정도인 경우라면, 제8:105조에 의한 보장의 제공을 청구할 수 있을 뿐이다.

19) 우리 나라의 관련 법리에 대하여는 우선 양창수(1997: 121 이하) 참조.

20) 제8:101조 제2항도, 면책사유가 있으면 허용되지 않는 본래이행청구권과 손해배상청구권을 제외하고는, 마찬가지로 「구제수단」의 중첩을 인정한다.



다”고 명확하게 정하고 있다. 그러므로 비록 채권자가 계약을 해제하였더라도 그는 손해배상을 아울러 청구할 수 있는 것이다.

(2) 그러나 ‘양립할 수 없는(incompatible)’ 구제수단은 이에서 제외된다. 예를 들어 원래의 이행을 청구하면서 동시에 계약을 해제할 수는 없다. 또 하자 있는 이행을 수령한 다음 대금의 감액을 청구하고(제9:401조 참조) 다시 계약을 해제할 수는 없다. 이는 손해배상의 내용을 정함에 있어서도 고려되어서, 예를 들어 대금감액을 청구하면서 동시에 하자있는 이행의 감소된 가액 상당에 관하여 손해배상을 청구할 수는 없는 것이다(Lando/Beale, 2000: 363).

다만 한번 구제수단을 선택하였다고 해서 이것에 언제까지나 구속되어야 하는 것은 아니며, 다른 구제수단으로 변경할 수 있다(「구제수단의 변경」). 이는 먼저 선택하였던 구제수단과 양립할 수 없는 것인 경우에도 마찬가지이다. 그러나 경우에 따라서는 일단 선택된 구제수단의 성질상 그 변경이 허용되지 않는 경우도 있다. 예를 들어 계약해제를 선택한 후에 다시 원래의 이행을 청구할 수는 없는 것이다. 뿐만 아니라 성질상으로는 그 변경이 허용되더라도, 채무자가 그 선택을 믿고 일정한 조치를 취한 경우에는 변경이 허용되지 않는다.<sup>21)</sup> “이 법리는, 일방 당사자가 자신의 의사를 표명하여 상대방이 이를 신뢰하고 행위 하도록 한 경우에는 그는 표명된 의사에 모순되는 행위를 하여서는 안 된다는 일반적으로 승인된 원칙에 좇은 것이다”(Lando/Beale, 2000: 363).

(3) 한편 제8:101조 제3항은, “채권자 자신의 행위가 채무자의 불이행을 야기한 한도에서” 그는 구제수단을 원용하지 못한다고 정한다. 여기서 「행위(act)」란 부작위를 포함한다(제1:301조 제1항 참조). 이 규정이 적용되는 전형적인 예는 ‘채권자지체(mora creditoris)’에 해당하는 경우로서, 예를 들면 채권자 소유의 토지 위에 건물을 건축하는 계약에서 채권자가 그 토지의 통행을 금지하는 것이다. 또 예를 들면 채권자가 건축할 건물을 채무자가 설계하는 계약에서 채권자가 건물이 들어앉을 정확한 위치를 알려주지 아니한 경우에도, 비록 그에 대하여 채권자에게 과책이 없어도, 마찬가지이다(Lando/Beale, 2000: 360, 예 3 및 4). 또 이 규정은 채권자가 채무자의 불이행을 부분적으로만 야기한 경우에도 타당하다(“... 한도에서”).

## 2. 불이행의 「보정」을 위한 제도들

PECL은 채권자의 구제수단으로, 본래이행청구권, 이행거절권, 계약해제권, 대금감액권 및 손해배상청구권의 다섯을 정하고 있다. 그런데 이와 같이 우리에게 제도 낯익은 각종의 구제수단과는 별도로 PECL은 이러한 책임의 추궁과는 별

21) 제8:106조에 좇아 채권자가 추가급부의 기간을 허여한 경우에도 같은 이치에 의하여 그 기간 동안에는 계약을 해제할 수 없다고 한다.

도로 채무자 또는 채권자에게 추후적으로라도 적절한 이행을 할 수 있도록 하는 길을 열어두고 있다. 그것은 한편으로 채무자에게 추완권(제8:104조, 아래 (1)), 다른 한편으로 채권자에게 적절한 이행에 대한 보장을 청구할 권리(제8:105조, 아래 (3))와 적절한 이행을 할 추가적인 기간을 설정할 권리(제8:106조, 아래 (2))를 부여하는 것이다.

(1) 제8:104조는 “당사자 일방이 제공한 이행이 계약에 상응하지 아니하여서 (not conform to the contract) 그러한 이유로 상대방이 이를 수령하지 아니한 경우에, 그 당사자는, 이행기가 아직 도래하지 아니하거나 지연이 본질적 불이행이 되지 아니하는 때에는, 계약에 상응하는 새로운 이행을 제공할 수 있다”고 정한다.

우선 채무자가 제공한 급부에 하자가 있어서 채권자가 이를 수령하지 아니하였더라도 아직 이행기가 도래하기 전이라면 채무자가 새로이 계약에 좇은 이행을 제공함으로써 불이행책임을 피할 수 있는 것은 우리의 법이해로서는 당연한 것으로 생각된다.<sup>22)</sup> 그럼에도 이러한 규정을 굳이 둔 것은, 아마도 미국의 통일상법전(“UCC”) 제2-508조 제1항에서의 태도, 즉 이러한 경우에 매도인으로 하여금 추완의사 있음을 미리 통지한 후에 비로소 추완이행을 하도록 하는 태도를 취하지 않음을 명백히 하려는 의도가 아니었나 추측되기도 한다.

나아가 이행기가 도래한 후라도 이행의 지연이 본질적 불이행이 되지 아니하는 동안에는 추완을 할 수 있음을 정한다. 이상과 같은 이행기 도과 후의 추완권은 “대륙법에서는 원칙적으로 알려지지 아니한 것이다”(Schlechtriem/Schwenzer, 2000: S.395). 그런데 예를 들면 CISG 제48조는 이행기 도과 후에도 계약이 해제되지 아니한 한 원칙적으로 채무자에게 추완권을 부여하며, 다만 그 추완이행이 불합리하게 늦어지거나 채권자에게 불합리한 불편을 주는 등의 경우에만 이를 배제한다. 그러나 위의 규정은 이행기 도과 후에는 이행지연이 본질적 불이행이 되지 아니하는 경우에만 추완권을 인정하는 것이다. 채권자로서는, 이행기의 준수가 계약의 핵심인 경우(이에 대하여는 앞의 II.2.(2)(가) 참조)가 아니더라도,<sup>23)</sup> 뒤의 (2)에서 보는 제8:106조에 좇아 유예기간을 설정하고 그 기간이 도과함으로써 그 불이행을 본질적인 것으로 만들어서, 채무자의 추완이행을 봉쇄할 수 있다.

(2) 제8:104조가 채무자를 위한 규정이라고 한다면, 제8:105조와 제8:106조는 채무자의 계약위반이 예상되거나 실제로 일어난 경우에 채권자가 현재 취할 수

22) Schlechtriem/Schwenzer(2000: S.396)도, 매도인이 이행기 전에 제공한 물건에 하자가 있는 경우에 매도인의 하자보수 등의 권리를 정하는 CISG 제37조에 대하여 동일한 취지를 말한다.

23) Lando/Beale(2000: 368)에 의하면, 물품의 상사매매에서 인도시기의 준수는 통상적으로 계약의 핵심에 해당하나, 건설계약에서 완공기일의 준수는 통상적으로 그렇지 않다고 한다.

있는 조치에 대하여 규정하고 있다.

먼저 제8:106조를 보면, 동조는 그 제1항에서 채무자의 「불이행」이 있으면 채권자는 그 불이행이 어떠한 형태의 것이든<sup>24)</sup> 계약에 좇은 이행을 할 수 있는 기간(“유예기간”)을 설정하여 줄 수 있다고 정한다. 이는 특히 채권자가 본질적 불이행을 이유로 즉시 계약을 해제할 수 있는 권리를 가지는 경우에도 마찬가지이다(Lando/Beale, 2000: 374). 이와 같이 유예기간이 설정되면, 그 기간 동안 채권자는 대가관계에 있는 자기 채무의 이행을 유보할 수 있고 그 기간에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으나, 그 기간 동안에 그 외의 구제수단, 예를 들면 본래이행의 청구나 계약의 해제 등은 이를 할 수 없다(제2항 제1문). 그 기간 중에 채무자로부터 계약에 좇은 이행을 하지 않겠다는 통지를 받거나 그 기간이 도과되면, 채권자는 이제 각종의 구제수단들을 —그 요건이 갖추어지는 한에서— 행사할 수 있게 되는 것이다(동항 제2문).

중요한 것은, 본질적 불이행에 해당하지 않는 이행지체를 이유로 채권자가 계약을 해제할 수 있는 권리의 발생요건(우리 민법 제544조 참조)이 이 조항과 관련하여 규정되어 있다는 점이다. 즉 그 경우 채권자가 “상당한 기간을 정하여” 유예기간 설정의 통지를 한 경우에는 그 기간의 도과로 계약을 해제할 수 있게 되는 것이다(제8:106조 제3항 제1문).<sup>25)</sup> 이는 급부를 실행하여야 할 채무자가 채권자로부터 그에 필요한 협력을 받지 못하거나 채권자가 그 제공된 급부를 수령하지 않는 경우에 채무자의 계약해제권에 관하여서도 마찬가지이다. 여기서는 유예기간이 확정적이어야 하고,<sup>26)</sup> 또 상당하여야 한다. 다만 상당하지 아니한 기간을 정한 경우에도 제2의 통지를 할 필요는 없으며, 객관적으로 상당한 기간의 도과로 해제권이 발생한다(동항 제3문). 나아가 채권자는 유예기간을 부여하는 통지를 함에 있어서 그 기간의 도과로 계약이 자동적으로 해제된다고 정할 수 있다(동항 제2문). 즉 원래 계약이 해제되려면 원칙적으로 해제권자가 해제의 의사표시를 하여야 하는데(제9:303조 참조), 이 경우에는 이 의사표시가 유예기간의 통지와 함께 유예기간의 도과라는 조건부로 행하여질 수 있는 것이다. 여기서 주의할 것은, 이행지체 이외의 비본질적 불이행(非本質的 不履行)에 대하여는 위와 같은 유예기간의 설정과 도과가 있다고 하여 계약해제권이 발생하는 것은 아니라는 점이다.<sup>27)</sup> 이행지체 이외의 불이행에서는 원칙으로 돌아가

24) 즉 아예 이행이 없는 경우이든 이행이 있었으나 그에 하자 있는 경우이든 묻지 않는다. 후자의 경우 「유예기간」은 추완이행이 행하여지는 기간으로 설정된다.

25) Lando/Beale(2000: 374)도, 이 경우가 유예기간의 설정이 행하여지는 “가장 빈번한” 예가 될 것이라고 예측하고 있다.

26) 따라서 “이 통지를 받는 대로 곧” 또는 “가능한 한 빨리” 이행하라는 통지는 이에 해당하지 않으며, “1주일 내에” 또는 “7월 1일까지” 등으로 유예기간이 정하여져야 한다(Lando/Beale, 2000: 375).

27) Lando/Beale(2000: 374f)은, “제8:106조 제3항은 이행지체에만 적용되고 하자 있

그것이 본질적인 경우에만 계약을 해제할 수 있다(제9:301조 제1항 참조).

(3) 한편 제8:105조는 그 제1항 전단에서 “상대방에게 장래 본질적 불이행이 있을 것이라고 합리적으로 믿는 당사자는 적절한 이행의 상당한 보장(adequate assurance of due performance)을 요구할 수 있다”고 정한다. 이는 채무자가 장래 본질적 불이행을 할 것이라고 믿는 채권자가 이러한 규정이 없는 경우에 빠지게 될 딜레마에서 구출하기 위한 것이다. 즉 만일 이행기가 도래할 때까지 기다려 비로소 채무자의 계약위반을 확인하여야 한다면 그 사이에 심각한 손해를 입을 수 있고, 만일 채무자에게 「이행기 전의 불이행」(위의 II.2.(3) 참조)을 주장하여 당장 계약을 해제하였는데 후에 채무자가 계약을 이행하는 경우에는 자신이 불이행을 범하는 것이 되는 것이다(Lando/Beale 2000: 370).<sup>28)</sup> 이러한 경우에 채권자는 적절한 이행의 상당한 보장을 요구할 수 있되, 만일 채무자가 이에 좇지 않으면 그 자체를 본질적 불이행으로 취급하여 채권자로 하여금 계약을 해제할 수 있도록 하는 것이다(동조 제2항).<sup>29)</sup>

장래의 본질적 불이행이 있을 것으로 합리적으로 믿게 하는 사유로서는 무엇보다도 채무자의 재정상태가 현저히 악화된 경우 또는 도산의 경우를 들 수 있으나, 이에 한정되지는 않는다. 그리고 무엇이 「상당한 보장」이 되는가는 채무자의 현재의 상태나 성실성, 계약에 관련한 과거의 행태, 채권자의 의심을 불러일으킨 사태의 성질 등을 고려하여 개별적으로 정하여진다. 경우에 따라서는 채무자가 이행할 의사가 있음을 선언하는 것으로 충분할 수 있다.

한편 위와 같이 채권자가 장래의 본질적 불이행에 대한 합리적 의심을 가지는 경우에는 그는 자신의 채무의 이행을 유보할 수 있다(동조 제1항 후단). 이는 우리 민법 제536조 제2항에서 정하는 소위 불안(不安)의 항변권(抗辯權)에 상응하는 것으로 평가된다(Lando/Beale 2000: 372).

### 3. 채무자의 「면책」

채무자의 불이행에 대한 채권자의 구제수단 중에서 본래의 이행을 청구할 권리와 손해배상(위약금을 포함하여)의 청구권은 채무자의 「면책(excuse)」이 인정되는 경우에는 주어지지 않는다. 그러므로 여기서는 채무자의 면책에 대하여 살펴보기로 한다.

(1) 제8:108조 제1항은 “당사자가 그의 불이행이 그의 지배를 벗어난 장애사유(impediment beyond its control)로 인한 것이며 또 그 장애사유를 계약의 체결 시에 고려하는 것이나 그 장애사유나 그 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었음을 증명하는 경우에는 그의 불이행은 면책된다”고

는 이행에는 적용되지 아니한다”라고 하여, 이 점을 명언한다.

28) 이와 유사한 규정으로는 UCC 제2-609조, CISG 제71조 등이 있다.

29) 다만 이 경우의 계약해제는 “지체없이(without delay)” 행하여져야 한다.

정한다. 이는 기본적으로 CISG 제79조 제1항에 쫓은 것으로서, 독일민법에서와 같이 채무불이행책임의 발생에 채무자의 과책을 요하는 태도와 영미법에서와 같이 이를 요하지 아니하는 태도를 조화시킨 것이다. 이 요건은 사정변경(事情變更)을 이유로 계약의 변용 또는 해제가 인정되는 요건(제6:111조)과는 구별되어야 한다.

이 규정은 우리 민법 제397조 제2항 후단에서와는 달리 금전채무에도 적용된다. 물론 무자력(無資力)은 그 원인이 “그의 지배를 벗어난” 것이 아니므로 통상 이에 해당한다고 할 수 없지만, 국가의 지급금지령은 해당할 수 있다(Lando/Beale 2000: 379). 계약체결 당시 이미 존재하던 장애사유도 이 규정의 적용을 받지 않을 이유는 없는 것으로 보이는데, 다만 특히 목적물의 부존재와 같은 원시적 장애사유를 쌍방 당사자가 알지 못한 경우에 대하여는 이 규정에 의하여 다루어지지 않고, 착오를 이유로 계약이 무효가 될 수 있다고 한다(Lando/Beale 2000: 379).

(2) 「주석」에 의하면, 이 조항에서 정하는 면책사유는 “전통적인 불가항력의 요건에 유비될 수 있”는데, 이것을 면책을 주장하는 자가 입증하여야 함은 문언에서 명백하다(Lando/Beale 2000: 379f).

우선 불이행을 일으킨 장애사유가 채무자의 지배를 벗어난 것이어야 한다. 채무자 자신 또는 그 이행보조자의 행위, 채무자 소유의 기계의 고장이나 특히 채무자의 이행지체로 말미암아 그 사유가 계약의 이행에 영향을 미치게 된 경우 등은 이 요건에 의하여 면책사유가 되지 못한다. 그러나 돌연 질병에 걸린 것은 이에 해당할 수 있다(Lando/Beale 2000: 380, 382).

나아가 장애사유가 이것을 계약체결시에 고려하는 것이 합리적으로 기대될 수 없는 것이어야 한다. 이는 그 사유의 발생에 대한 합리적 예견가능성(reasonable foreseeability)을 의미한다.

또한 그 사유나 그 결과를 회피도 극복도 할 수 없는 것이어야 한다. 지진다발지역에서 그에 대비하여 적절한 시공방법을 취하지 않은 것은 면책사유가 되지 못한다. 그러나 “그 위험과 균형이 맞지 않는 사전조치나 위법한 조치를 취할 것을 기대하여서는 안 된다”(Lando/Beale 2000: 381).

(3) 「면책」이 인정되면, 채권자는 본래의 이행을 청구할 수 없고 또 그 장애사유로 인하여 발생한 손해의 배상도 청구할 수 없다. 그러나 그는 계약을 해제시키거나 대금을 감액할 수는 있다. 다만 원래 계약의 해제에는 원칙적으로 채권자의 의사표시가 있어야 하는데, 장애사유로 인하여 전부 그리고 영구적으로 이행을 할 수 없는 경우에 이를 요구하는 것은 무의미하므로, 그 때는 계약이 자동적으로 해제되는 것으로 정한다(제9:303조 제4항). 그러므로 채권자의 계약해제권이 실제로 의미 있는 것은, 일부장애의 경우이다. 그 장애로 본질적 불이행이 야기되면, 그는 나머지 이행에 관한 계약의 유지 여부를 선택하여야 하는 것이다. 또한 특이한 것은, 채무자에 대하여 문제의 장애사유 및 그것이 그의

이행능력에 미치는 영향에 관하여 채권자에게 통지할(“그가 그러한 사정들을 알았거나 알았어야 했을 때로부터 합리적 기간 내에 수령되도록”<sup>30)</sup>) 의무를 부과하고, 만일 그 위반이 있으면 채권자가 그 통지가 없음으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다고 정한 것이다(제8:108조 제3항).

한편 장애사유가 일시적인 경우에 위와 같은 면책의 효력은 그 사유가 존속하는 기간 동안에 한하여 발생한다. 그러나 그로 인한 지체가 본질적 불이행에 해당하면, 채권자는 이를 이유로 계약을 해제할 수 있다(동조 제2항).

#### 4. 본래이행청구권

불이행에 대한 구제수단으로서의 본래이행청구권(right to performance)은 금전채무와 비금전채무로 나뉘어 규율된다(제9장 제1절).

(1) 금전채무에 있어서 그것이 “채권자 자신의 이행에 의하여 취득된(earned by the creditor's own performance)”<sup>31)</sup> 경우에는 채권자는 본래의 이행을 청구할 권리를 가진다(제9:101조 제1항). 이는 지급의 방식이나 통화의 종류를 불문하고 그러하며, 나아가 이자나 손해배상과 같은 2차적 채무의 경우에도 마찬가지이다.

채권자는 자신의 반대채무를 이행하지 아니하면 원칙적으로 금전채무의 이행을 청구할 수 없을 것인데, 채권자가 이행제공을 하더라도 채무자가 이를 수령하지 아니할 것이 명백한 때에도 그러할까? 이에 대하여는 복잡한 논의가 있는데, 이 논의는 우리 법과는 별다른 상관이 없다고 여겨지므로 여기서는 생략하기로 한다.<sup>32)</sup>

(2) 비금전채무에 있어서도 채권자는 본래의 이행을<sup>33)</sup> 청구할 수 있다(제

30) 여기서 「합리적(reasonable) 기간」이라는 용어는 우리 법에서 통상 「상당한 기간」(예를 들면 민법 제131조, 제381조, 제544조, 제552조, 제564조, 제603조, 제639조, 제662조, 제667조, 제1077조 등)이라고 표현되는 것이다.

31) 원문에는 “금전채무가 due한 경우”라는 말이 쓰여지고 있고, 「주석」에 의하면, due란 금전채무가 “채권자 자신의 이행에 의하여 취득된” 상태를 말한다(Lando/Beale, 2000: 391). 이는 아마도 우리 법의 용어로 말하면, 채권자가 자신의 반대채무를 이행함(또는 그 제공을 함)으로써 채무자의 이행거절의 항변(이 경우에는 동시이행의 항변)을 받지 아니하고 바로 그에 대하여 이행을 청구할 수 있는 상태라고 추측된다.

32) PECL은 원칙적으로 채권자는 그 경우에도 자신의 반대채무를 이행하고 금전채무의 이행을 청구할 수 있다고 하면서, 다만 예외적으로 (i) 채권자가 상당한(significant) 노력이나 비용지출 없이 합리적인 대체거래(substitute transaction)를 할 수 있었을 경우 및 (ii) 이행이 당해 정황 아래서 불합리한 경우에는 이를 할 수 없다고 한다(제9:101조 제2항). 이 예외의 경우에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다(제9:103조 참조).

33) 원문에서는 영미법에서 온 「특정이행(specific performance)」이라는 용어를 쓰고 있다. 「주석」에 의하면, 이는 다른 적절한 용어를 발견할 수 없기 때문에 궁여지책으로

9:102조 제1항).<sup>34)</sup> 이는 영미법의 금전배상청구의 원칙을 배제하고, 대륙법의 전통에 쫓은 것이다. 여기서 말하는 「본래의 이행」에는, 특히 하자 있는 이행이 수령된 경우에는, 하자의 보수(補修)도 포함되어, 예를 들어 수선, 부품의 보충 또는 교환 등이 청구될 수 있다.

그런데 이를 할 수 없는 예외적인 경우로, (i) 이행이 불법이거나 불능인 경우, (ii) 이행이 채무자에게 불합리한 노력이나 비용을 야기하는 경우, (iii) 이행이 인적 성질이 있는 용역 또는 작업의 제공을 내용으로 하거나 인적 관계에 의존하는 것인 경우 및 (iv) 채권자가 다른 출처(source)로부터 합리적으로 이행을 얻을 수 있는 경우를 규정한다(동조 제2항). 여기서 (i) 내지 (iii)는 대체로 우리 법에 비추어서도 별다른 어려움 없이 이해될 수 있을 것이다.<sup>35)</sup>

한편 (iv)는, 채권자가 쉽사리 대체급부를 획득할 수 있다면, “그로 하여금 가장 용이한 구제수단을 선택할 것을 촉진”하기 위하여 규정되었다고 한다(Lando/Beale, 2000: 398). 이는 우리 법의 입장에서 말하면, 채권자가 제3자와의 대체거래에 의하여 원래의 급부를 취득하고 그에 지출된 비용을 손해배상으로 청구하는 것과 강제이행의 한 태양으로 인정되는 소위 대체집행(민법 제389조 제2항 후단, 민사소송법 제692조 참조)에 의하여 만족을 얻는 것과의 사이에 별다른 차이가 없음에 비추어, 후자의 방도를 아예 봉쇄하고 전자의 방도를 취할 것을 요구하는 것이라고 평가할 수 있으리라.

한편 채권자는 “그가 불이행을 알았거나 알았어야 할 때로부터 합리적 기간 내에” 본래이행청구권을 행사하지 않으면, 그 권리를 상실한다(제9:102조 제3항). 이는 채권자가 상당한 시일의 경과 후에 본래의 이행을 청구한다면 채무자가 처할지도 모르는 곤경을 고려한 것이다. 그렇게 하여도 채권자는 다른 구제수단, 특히 손해배상을 구할 수 있으므로,<sup>36)</sup> 그로서도 큰 불이익은 없다는 것이다(Lando/Beale, 2000: 398).

채택된 것이다. Lando/Beale(2000: 394)을 참조.

34) 나아가 채권자는 본래이행청구권을 실현하기 위한 수단(즉 법원예의 소송제기)도 사용할 수 있다. 물론 구체적인 이행판결의 실현절차는 각국의 법률에 맡겨진다(Lando/Beale, 2000: 394f).

35) 그 중 (ii)는 우리 법에서라면 많은 경우에 불능의 한 태양인 「사회관념상 불능」 또는 집행단계에서 집행불능으로 처리될 것이다. 이는 특히 수급인의 담보책임의 한 내용으로 인정되는 채권자의 보수청구권이 배제되는 예외적인 사유로 “하자가 중요하지 아니한 경우에 그 보수에 과다한 비용을 요할 때”라고 정하는 제667조 제1항 단서를 연상시킨다.

36) 제9:103조는 “이 절에서 이행청구권이 배제된다는 사정은 손해배상의 청구권을 배제하지 아니한다”고 하여, 이를 명문으로 정한다.

## 5. 채권자의 이행거절권

제9:201조는 그 제1항에서 채권자의 이행거절권에 관하여, “상대방[의 이행]과 동시에 또는 그보다 후에 이행하여야 하는 당사자는 상대방이 이행을 제공하거나 이행할 때까지 이행을 유보할(withhold performance) 수 있다. 그는 당해 정황 아래서 합리적인 바에 따라 이행의 전부 또는 일부를 유보할 수 있다”고 정한다. 이는 우리 민법 제536조 제1항에서 정하는 동시이행의 항변권에 상응하는 것으로서, 우리 법과 마찬가지로 쌍무계약(synallagmatic contract), 특히 동일한 당사자들 사이의 하나의 계약으로부터 발생하는 채무를 전제로 하고, 다른 계약으로부터 발생하는 채무들 사이에 동일한 권리가 인정되는가에 대하여는 규율하지 아니한다(Lando/Beale, 2000: 404f). 이 규정은 “채권자를 미리 신용을 주는 것으로부터 보호하고, 또한 상대방으로 하여금 이행을 하도록 할 유인을 주”기 위한 것이다(Lando/Beale, 2000: 404).

이 규정은 상대방과 동시에 또는 그보다 늦게 이행하도록 정하여진 채권자에게 적용된다. 이행의 순서는 물론 계약에서 정하여지나, 달리 해석되지 아니하는 경우에<sup>37)</sup> 대하여는 제7:104조에서 규율한다. 동조는 원칙적으로 동시에 이행되어야 함을 정한다.<sup>38)</sup> 그러나 설사 일방 당사자가 먼저 이행하여야 하는 경우에도 “상대방의 [의무의] 이행기가 도래하였을 때 그가 불이행할 것이 명백한” 경우에는 그 동안 마찬가지로 이행거절권을 가진다(제9:201조 제2항). 물론 이러한 경우에 그 당사자는 제9:304조에서 정하는 「이행기 전의 불이행」(앞의 II.2.(3) 참조)을 이유로 계약을 해제할 수 있을 것이나, 이 규정에 의하여 그 전에 자신의 의무이행을 거절할 수 있는 것이다(Lando/Beale, 2000: 406).

채권자의 이행거절권은 채무자의 불이행이 본질적일 것을 요구하지 않는다. 영미법에서와는<sup>39)</sup> 달리, 위 규정은 불이행당사자에게 이행을 촉구하기 위하여 사소한 불이행이 있어도 채권자는 자신의 반대채무 전부의 이행을 거절할 수 있다는 태도를 취한다. 다만 제1:201조에서 정하는 신의성실 및 공평거래의 원칙에 좇아, 채무 전부가 아니라 일부만을 이행거절할 수 있는 경우도 있다고 한다(Lando/Beale, 2000: 405).

37) 물론 당사자 쌍방이 서로 축차적으로 상대방에 대하여 이행에의 협력 또는 일부 이행을 하여야 하는 경우도 적지 않게 있을 것이다.

38) 제7:104조: “당사자들의 각 이행이 동시에 행하여질 수 있는 한도에서 당사자들은 제반 사정이 달리 추단시키지 아니하는 한 그 이행을 동시에 행하여야 한다.”

39) 영미법에서는 기본적으로 채무자는 상대방의 불이행이 있어도 자신의 채무를 전부 이행하여야 한다는 태도를 취한다고 한다. 다만 당사자들은 명시적 또는 특히 묵시적으로 상대방의 의무이행을 자신의 의무이행의 조건으로 정할 수 있고, 그 경우에는 상대방의 본질적인 불이행이 있어야 의무이행을 거절할 수 있다고 한다.



## 6. 계약해제권과 대금감액권

PECL에서 정하는 제도 중 우리에게 가장 흥미로운 것의 하나는 아마도 계약해제에 관한 규율일 것이다.

(1) 제9:301조 제1항은 불이행이 본질적이면<sup>40)</sup> 채권자는 계약해제권을 가진다고 정한다. 우리 법과는 달리 채무자가 그에 대하여 유책일 것은 요구되지 않는다(제8:101조 제1항, 제2항 참조).<sup>41)</sup> 그런데 여기서 우리 법도 당사자 쌍방에 책임 없는 이행불능의 경우, 즉 채무자가 통상은 면책되는<sup>42)</sup> 본질적 불이행의 중요한 유형에 대하여 계약이 자동적으로 해제되는 것과 같은 처리를 하고 있음(민법 제537조 참조)을 유의할 필요가 있다. 그 한도에서 우리 법도 PECL의 태도와 크게 다르지 않다.<sup>43)</sup> 한편 채권자만의 과책으로 인한 이행불능의 경우에는 우리 법에서 계약실효의 결과는 일어나지 않는데(민법 제538조 제1항 제1문 참조), PECL에서도 채권자가 그의 행위로 상대방의 불이행을 일으킨 경우에는 각종의 구제수단을 일절 행사하지 못한다고 정하고 있어서(제8:101조 제3항, 앞의 1.(3) 참조),<sup>44)</sup> 역시 그 점에서도 양자는 다를 바 없는 것이다. 그러므로 차이가 있다면, 이는 본질적 불이행 중 종래의 「불능」에 해당하지 않는 경우에서 두드러진다고 하겠다. PECL과 같이 과책 없는 불이행에도 계약해제를 인정하는 태도를 취할 것인지는 결국 거칠게 말하면 「불능」이라는 개념을 우리 민법에서 그대로 유지할 것인가에 달려 있는 문제라고도 할 수 있다.<sup>45)</sup>

또한 불이행이 본질적이어야 해제권이 발생한다는 것도 우리와는 달라 보인다. 그러나 이 점은, 한편으로 우리 법에서도 동설이나 판례가 부수적 의무의

40) 한편 「이행기 전의 불이행」도 이에 해당할 수 있음에 대하여는 앞의 2.(3) 참조.

41) 이는 최근의 입법 또는 입법제안에서 공통된 경향이다. 네덜란드 신민법 제6:74조, ULIS 제74조, CISG 제79조 및 Unidroit원칙 제7.3.1조 등 참조. 여기서 지적하여 둘 것은 이들은 모두 채무불이행에 있어서 「불능」을 별도의 유형으로 인정하지 않는다는 점이다.

42) 앞의 3.에서 본 대로 PECL에서의 「면책(excuse)」과 우리 법에서의 「책임 없음」(민법 제390조 단서, 제537조, 제546조 등 참조)은 추상적인 기준만으로 보면 그 내용이 반드시 일치하지 않는다. 그러나 우리 법에서도 적어도 계약불이행에 관한 한 실제의 운용에 있어서는 현격한 차이는 없다고 생각된다. 이에 대하여는 우선 양창수(2000(b): 204 이하) 참조.

43) 이는, 특히 앞의 3.(3)에서 본 대로 PECL이 그 제9:303 제4항에서, 채무자가 면책되는 본질적 불이행이 전면적이고 영구적인 경우에는 자동적으로 계약이 해제된다고 정하는 것을 아울러 생각하면, 더욱 그러하다.

44) 제9:301조에 대한 「주석」도 해제권의 발생과 관련하여 특별히 이 점에 언급하고 있다. Lando/Beale(2000: 410) 참조.

45) 최근 독일에서의 채권법개정작업 중에서 「불능」의 문제에 대한 논의에 관하여는 우선 양창수(2000(a): 94 이하, 106 이하) 및 주 36 참조.

위반을 이유로 하여서는 원칙적으로 채권자에게 해제권이 인정되지 않는다고 인정하고 있으며,<sup>46)</sup> 다른 한편으로 PECL도 지체를 이유로 하는 해제권의 발생에 대하여는 —그것이 본질적 불이행이 아니라도 또 그 한도에서— 우리 법과 마찬가지로(민법 제544조) 유예기간의 설정을 요건으로 부가하여 인정하고 있다(제8:106조 제3항, 앞의 2.(2) 말미 참조). 따라서 이 점은 실제로는 큰 차이가 없다고 할 것이다.

한편 제9:302조는 “계약이 개별적으로 분할하여(in separate parts) 이행되어야 하고 또 그 각 부분에 대하여 반대급부가 할당될 수 있는 경우에, 본질적 불이행이 있는 때에는, 채권자는 이 절에서 정하는 해제권을 문제되는 부분에 관하여 행사할 수 있다. 그는 불이행이 전체로서의 계약에 대하여 본질적인 경우에만 계약 전부를 해제할 수 있다”고 정한다. 이는 전형적으로는 급부가 축차적으로 행하여지고 그 각각에 대하여 대가가 정하여진 계약에 적용되나, 나아가 가분급부의 경우에 대가가 포괄적으로 정하여졌어도, 그것이 “각 부분급부에 할당될 수 있으면(apportioned)” 마찬가지로 적용된다(Lando/Beale, 2000: 412). 이는 계약의 일부해제에 해당하는 것이다.

(2) 계약해제권은 해제권자의 일방적인 의사표시에 의하여 행하여진다(제9:303조 제1항). 다시 말하면 프랑스에서와 같이 법원에 대하여 해제소권을 행사하여 그 판결을 받거나 할 필요는 없다(Lando/Beale, 2000: 410). 그러나 앞의 3.(3)에서 본 대로 본질적 불이행에 대하여 채무자가 면책되는 경우에 일정한 요건이 갖추어지면 계약이 해제권자의 의사표시 없이 자동적으로 해제되기도 한다(제9:303조 제4항).

한편 해제권의 행사에 대하여는 일정한 시간적 제한이 있다. 우선 채권자가 “불이행을 알았거나 알았어야 할 때로부터 합리적 기간 내에” 해제의 의사표시를 하지 않으면 그는 해제권을 상실한다(동조 제2항). 이는 채무자로 하여금 채권자가 이제 계약에 좇은 이행을 수령할 것인지 여부에 관한 불확실성을 조기에 제거함으로써 준비한 급부 등을 합리적으로 처리할 수 있도록 하기 위한 것이다(Lando/Beale, 2000: 414). 그런데 이 규정은 채권자가 늦은 또는 하자 있는 급부를 수령한 경우에 대한 것이다. 아예 이행이 제공되지 아니한 동안에는, 위와 같은 기간제한은 적용이 없다(동조 제3항 (a)호 제1문).<sup>47)</sup> 그러나 그 경우에도 채무자에게 합리적 기간 내에 이행을 제공할 의사가 있음을 채권자가 알았

46) 우선 최근의 판례로서 대판(大判) 96.7.9, 96다14364등(공보 1996상, 2453); 대결(大決) 97.4.7, 97마575(공보 1997상, 1525)만을 들어 둔다. 한편 해제권의 발생을 본질적 불이행에 한정하여 인정하는 이유에 대한 「주석」의 설명(Lando/Beale, 2000: 409 참조)은, 우리 법에서 부수적 의무의 위반에 대하여 일반적으로 해제권이 인정되지 않는 이유에 대한 설명과 그 내용에서 다를 바 없다.

47) 이 경우 후에 제공이 뒤늦게 행하여진 때에는, 위 제2항의 기간은 그 제공을 알았거나 알았어야 할 때로부터 기산된다(동조 제3항 (a)호 제2문).

거나 알 수 있었는데 채권자로서는 그것을 수령하지 아니할 의도인데도 이를 채무자에게 불합리하게 통지하지 아니한 때에는,<sup>48)</sup> 채무자가 실제로 그 합리적 기간 내에 제공하면, 채권자는 해제권을 상실한다(동항 (b)호). 이는 이러한 경우에 채무자로 하여금 이행준비를 위한 노력을 계속하게 하는 것은 신의성실에 반한다는 이유에 기한 것이다(Lando/Beale, 2000: 415).

(3) PECL이 정하는 해제의 효과에 대한 규정은, 아직 계약이 이행되지 아니한 부분에 관한 것과 이미 이행된 것의 반환에 관한 것의 둘로 나누어 살펴볼 수 있다.

(가) 전자에 대하여 제9:305조 제1항은 “계약의 해제는 쌍방 당사자를 장래의 이행을 실행하고 수령할 의무로부터 해방시키나, 이는 해제시까지 이미 발생한 권리와 책임에는 영향을 미치지 아니하되, 제9:306조 내지 제9:308조에 따른다”고 정한다.

여기서도 분명한 대로, PECL은 해제가 소급적 효력을 가지지 않는다는 태도를 취한다. 그 이유는, 소급효를 인정하여 계약이 애초 체결되지 않았던 것과 같이 처리한다면, 첫째, 채권자의 기대이익의 상실과 같은 손해는 이를 배상 받기 어려울 것이고, 둘째, 계약이 실효 되어도 적용될 것으로 의도된 계약조항, 예를 들면 중재조항을 배제하는 불합리한 결과가 되며,<sup>49)</sup> 셋째, 수령한 급부가 반환되어야 하는데 이는 장기간에 걸쳐 실행되는 계약에서 장래에 대하여만 실효 시킴으로써 족한 경우에는 적합하지 않다는 것이다(Lando/Beale 2000: 420).

한편 PECL상의 해제에 관한 규정은 오로지 당사자 사이의 법률관계에 대하여 적용될 뿐이라고 한다(Lando/Beale 2000: 423). 예를 들어 매수인의 채권자, 매수인이 도산한 경우의 도산관재인이나 선의의 전득자에 대하여 계약의 해제가 어떠한 영향을 미치는가, 즉 그들이 계약목적물의 원상회복을 저지할 수 있는가는 그에 적용되는 내국법의 문제라는 것이다.

(나) 이와 같이 계약의 해제가 소급효를 가지지 않는다고 해서, 당사자들이 이미 수령한 급부를 항상 보유할 수 있고 또는 보유하여야만 하는 것은 아니다. “해제 전에 발생한 바를 ‘원상으로 돌리는(undo)’ 것이 적절한 경우도 있는 것이다.” 지적될 필요가 있는 것은, PECL이 이러한 원상회복관계를 단순히 수령

48) 그러므로 채무자에게 이행제공의 의사가 없는 경우, 채권자가 채무자의 이행제공 의사 유무를 알 수 없었던 경우 또는 채권자가 제공될 이행의 수령 여부를 결정하지 못하고 있는 동안에는 이 규정은 적용이 없다(Lando/Beale, 2000: 414f).

49) 제9:305조 제2항은 이러한 취지를, “해제는 분쟁의 해결에 관한 계약규정 또는 기타 해제 이후에도 적용되어야 할 규정에 영향을 미치지 아니한다”라고 정면에서 규정한다.

50) 이들 설명이 반드시 설득력 있는가에 대하여는 검토를 요한다. 특히 “첫째”의 이유에 대하여 PECL은 이 장면에서 돌연 논리적·구성적 설명을 시도하고 있다.

한 급부를 반환하여야 할 의무의 차원에서만 규율하지 아니하고, 오히려 그것을 반환할 수 있는 권리로서도 파악한다는 점이다.

(a) 먼저 제9:306조는, 채권자가 수령한 재산이 “상대방의 불이행의 결과로 자신에 대하여 그 가치가 본질적으로 저하된 경우”에는 그 재산을 거절할(reject) 수 있다고 정한다. 여기서 「불이행의 결과」는 불이행 자체(예를 들면 하자 있는 이행)로 발생한 결과는 물론이고 계약이 해제됨으로써 나머지 급부를 수령하지 아니함으로 인한 결과도 포함한다. 그 경우에 채권자는 제9:502조에 의하여 손해배상을 청구하거나 제9:401조에 의하여 대금감액을 청구할 수도 있을 것이나, 특히 아직 채무자에 대하여 대금을 지급하지 아니한 경우에는 그의 이행을 「거절」함으로써 감액된 대금도 지급할 필요가 없게 되는 것이다(Lando/Beale, 2000: 421).

(b) 나아가 계약이 해제되면, 각 당사자는 자신이 이행하여 상대방이 수령한 것에 대하여 그대로 또는 그 가액을 반환청구할 수 있다고 할 것인가? 많은 나라가 이를 당연히 긍정함에 대하여, PECL은 “일방 당사자가 상대방에게 어떠한 이익을 주기는 하였지만, 그 대가로, 정하여진 반대이행을 받지 못한 경우에” 한하여 그 이익의 반환청구를 인정하는 태도를 취한다. 그리고 「어떠한 이익」을 지급된 금전(제9:307조), 금전 이외의 다른 재산으로서 반환가능한 것(제9:308조) 및 반환불가능한 것(제9:309조)의 셋으로 나누어, 각각에 대하여 규율한다.

우선 제9:307조는 “계약이 해제되면, 당사자는 자신이 수령하지 아니하였거나 적절하게 거절한 이행에 대하여 그 전에 지급된 금전을 회복청구할(recover) 수 있다”고 정한다. 이는, 예를 들어 물건의 매수인이 대금을 지급하고 매도인으로부터 하자 있는 물건을 수령한 경우에 그것이 본질적 불이행에 해당하여 매수인이 매매계약을 해제하였다면, 매수인은 그 물건을 앞의 (a)에서 본 바에 따라 적법하게 「거절」한 때에만 그 대금의 반환을 청구할 수 있다는 의미인 것으로 보인다. 만일 그러한 의미라고 한다면, 매수인이 적법한 「거절」을 할 수 없는 경우에는, 그는 대금감액 또는 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이라는 결과가 된다.

또한 제9:308조는 “계약이 해제되면, 금전지급 또는 기타의 반대이행을 수령하지 아니하고 재산을 공급하였던 당사자는 그것이 반환될 수 있는 때에는 그 재산을 회복청구할 수 있다”고 정하는 것이다.<sup>51)</sup> 예를 들어 매도인이 목적물을 매수인에게 인도하였는데 대금지급의 지체를 이유로 유예기간 설정 후에 계약을 해제한 경우에, 그는 목적물의 반환을 청구할 수 있다.<sup>52)</sup> 이 경우에 매수인

51) 한편 제9:309조도 “그 이행이 상대방에 대하여 가지는 가치에 상응하는 합리적 금액을 회복청구할 수 있다”고 정한다.

52) 다만 그 재산의 원상회복에 회복의무자에게 지나치게 큰 부담을 주는 경우에는, 제9: 102조 제2항 (b)호를 여기에 준용하여(원문에는 “제4장 제1절의 규정을 준용하여”라고 되어 있으나, 이는 「확정판」 이전의 제1부의 관련규정을 그대로 인용한 오류인 것으

이 일부의 이행을 하였다면, 즉 그가 대금 일부를 이미 지급하였고 나머지 대금에 대하여 그 지급을 지체하여 계약이 해제된 것이라면 어떠한가 하는 점에 대하여는 「주석」에 별다른 언급이 없다. 이 경우에도 당연히 매도인이 인도한 목적물의 반환을 청구할 수 있어야 하지 않을까 하는 생각이 드는데,<sup>53)</sup> 그렇다면 위 제9:308조의 “금전지급 또는 기타의 반대이행을 수령하지 아니하고”란 계약상 정하여진 반대이행의 일부라도 수령하지 못한 경우를 포함하는 의미라고 할 것이다. 이렇게 본다면, 다시 그 경우에 이제 자신이 수령한 목적물을 인도할 의무를 부담하게 된 매수인은 그 대금의 반환을 청구할 수 있는가가 문제될 것이다. 특히 이는 금전의 반환청구로서 역시 위의 제9:307조의 요건을 갖추어야만 할 것이 아닌가 하는 의문이 드는 것이다. 이러한 문제에 대하여도 「주석」은 명확하게 언급하는 바가 없는데, 그런데 다른 한편으로 “불이행당사자도 그가 이미 채권자에게 인도한 재산의 원상회복을 구할 수 있다”고(Lando/Beale, 2000: 423) 말하는 것에 비추어 보면, 금전이라고 하여 달라질 것은 없고 따라서 그 반환청구를 긍정하는 취지인지도 모른다.

(4) 제9:401조 제1항 제1문은 “계약에 상응하지 아니하는 이행의 제공을 수령한 당사자는 대금을 감액할 수 있다”고 정한다. 여기서 「계약에 상응하지 아니하는」이란 모든 형태의 불이행을 말하며, 목적물의 양이나 질에 불완전한 경우는 물론이고 인도의 시기에 좇지 않은 경우도 포함한다. 대금감액의 비율은 이행제공 당시를 기준으로, 제공된 이행의 제대로 된 이행에 대한 비율에 따라 행하여진다(동항 제2문).

대금감액권은, 손해배상을 대체하는 적절한 방법이 될 경우도 있고,<sup>54)</sup> 또는 손해배상의 요건을 갖추지 못한 경우의 구제수단이 될 수 있다. 대금감액은 채권자가 이미 대금을 지급하였어도 이를 할 수 있으며, 그 경우에는 상대방으로부터 초과지급액의 반환을 청구할 수 있다(제9:401조 제2항). 한편 “대금을 감액한 당사자는 이와 아울러 이행의 가액의 감소를 이유로 손해배상을 청구할 수 없”지만, “그가 입은 기타의 손실”에 대하여는 제9:501조 이하의 규정에 의하여 손해배상을 받을 수 있다(동조 제3항).

로 보인다.) 원물의 반환청구는 허용되지 않으며, 제9:309조에 의한 가액반환청구를 할 수 있을 뿐이라고 한다. Lando/Beale(2000: 424) 참조.

53) Lando/Beale(2000: 418)도, 「해제의 의미」, 즉 당사자들이 해제를 하는 목적의 하나로, 해제 전에 행하여진 것을 ‘원상으로 돌리는’ 것을 들고 있다.

54) 예를 들면 100에 맡긴 공사가 제대로 완성되어도 80의 가치만을 가지는데(소위 「떨지는 거래」 bad bargain), 수급인이 공사 잘못으로 완성물이 40의 가치를 가지는 경우, 도급인은 손해배상으로는 40을 받을 수 있으나, 대금감액으로는 50을 받을 수 있는 것이다.

## 7. 손해배상청구권

(1) 우선 출발점은 “손실 없으면 손해배상도 없다(no damages without loss)”는 것이다. 다시 말하면 손해배상은 손실의 전보를 내용으로 하며, 손해배상으로 채권자가 불이행이 없었을 경우보다 이익을 얻어서는 안 된다. 제9:501조 제1항에서 정하는 대로, 채권자는 “상대방의 불이행으로 인하여 발생한 손실에 대하여 손해배상을 청구할 권리”가 있는 것이다. 그리고 위 규정에서 바로 알 수 있는 대로 나아가 불이행과 손실 사이에 인과관계가 있어야 한다. 그런데 손해배상을 청구함에는 사전의 통지나 이행청구 기타 부지체와 같은 별도의 절차는 요구되지 않으며,<sup>55)</sup> 특히 상사매매에 관하여 여러 나라에서 정하고 있는 검사 및 하자통지의무(우리 상법 제69조 참조) 등은 인정되지 않는다(Lando/Beale, 2000: 435, 437)

한편 PECL은, 고통이나 불편함, 정신적 스트레스, 쾌락의 상실과 같은 비재산적 손실(non-pecuniary loss)도 배상 받을 수 있고,<sup>56)</sup> 나아가 장래의 손실도 그것이 발생할 개연성이 있는 한<sup>57)</sup> 배상 받을 수 있다고 한다(제9:501조 제2항). 후자에는 불필요한 지출과 같은 적극적 손실뿐만 아니라 일실이익과 같은 소극적 손실도 포함된다.<sup>58)</sup>

(2) 손해배상은 소위 이행이익의 배상을 내용으로 한다. 즉 그것은 “계약이 적정하게 이행되었다면 채권자가 놓였을 상태”에 가능한 한 근접하도록 산정되는 것이다(제9:502조 제1문).<sup>59)</sup> 거기에는 적극적 손해뿐 아니라 소극적 손해도 포함한다(동조 제2문). 물건이나 용역의 공급을 내용으로 하는 계약에서는 통상 계약상 대가와 급부의 현재의 시가의 차액이 그 내용이 된다(Lando/Beale, 2000: 438f).<sup>60)</sup> 한편 채권자가 불이행으로 이익을 얻었으면, 이는 공제되어야 한다.<sup>61)</sup> 즉 순손실만이 배상되는 것이다.

55) 이에 대하여는 앞의 II.1.(1)도 참조.

56) 이는, 비재산적 손해의 배상은 법률이 별도로 정하는 사안유형에 한하여 허용한다는 독일, 이태리, 네덜란드 등에서 취하고 있는 태도를 PECL이 취하지 아니함을 의미한다.

57) 따라서 이러한 손해배상을 함에는, 불명확한 두 가지 요소, 즉 발생의 개연성과 그 손실의 정도를 평가할 필요가 있다.

58) 장래의 손실은 기회상실(loss of a chance)의 모습으로 나타날 수도 있다(Lando/Beale, 2000: 436).

59) 즉 소위 「기대이익(expectation interest)」, 즉 계약의 적정한 이행으로부터 채권자가 기대하는 바의 가치가 달성되도록 하는 것이다. 이는 당사자를 단순히 계약이 없었던 상태로 복귀시키는 것(이는 소위 신뢰이익의 배상에 의하여 달성된다)을 지향하지 아니함을 의미한다.

60) 다만 채권자가 대체거래를 한 경우에는 그 거래에서 지급되는 대가(소위 cover price)와 계약상 대가와 차액이 된다.

손해배상의 범위는 채무자가 계약체결시에 불이행의 가능한 결과로 예상하였거나 합리적으로 예상하였어야 했던 손실에 한정된다(제9:503조).<sup>62)</sup> 이는 특히 소위 후속손해(consequential loss)에서 문제된다. 흥미로운 것은, 그러나 이러한 배상범위의 제한은 채무자가 불이행에 관하여 고의 또는 중과실이 있는 경우에는 적용되지 아니한다는 점이다.

또한 채무자는 채권자가 “불이행 또는 그 결과에 기여한 범위에서 그가 입은 손실에 대하여 책임을 지지 아니한다”(제9:504조). 이와 같이 채권자에게 ‘돌릴 수 있는’ 손실, 즉 채권자가 불이행에 대하여 원인의 일부를 제공하여 발생한 손실 또는 그 자신의 불합리한 행태로 인하여 야기되거나 확대된 손실에 대하여는 채무자는 배상책임이 없는 것이다.<sup>63)</sup> 소위 손해감경의무의<sup>64)</sup> 위반(failure to mitigate loss)으로 인한 배상액의 감경, 즉 합리적 조치를 취함으로써(또는 불합리한 조치를 회피함으로써) 손실을 줄일 수 있었을 범위에서의 배상액 감경을 정하는 제9:505조도 이와 아울러 생각할 필요가 있다.<sup>65)</sup> 그 반면으로 제9:506조는 채권자가 계약을 해제하고 합리적인 대체거래(substitute transaction)를 한 경우에는 그는 우선 “계약상 대가와 대체거래상의 대가의 차액”을 배상 받을 수 있고, 나아가 기타의 손실도 그 요건을 갖추는 한 손해배상을 청구할 수 있다고 정한다.<sup>66)</sup>

(3) 위와 같은 손해배상의 원칙과는 별도로 PECL은 두 개의 보충적 규정을 둔다.

하나, 금전채무의 불이행에 대한 것으로, 채권자는 우선 최소한 “이행기로부터 지급 시까지 이행이 행하여지는 곳의 일반 상업은행의 계약상 통화에 대한 최우량 신용등급 고객을 위한 단기대여이율에 따른 이자를 청구할 권리”가

61) 공제되어야 하는 「이익」에는 채권자가 기대이익을 얻기 위하여 지출하여야 할 것을 불이행으로 인한 지출하지 않음으로 인한 이익도 포함된다.

62) 이는 프랑스민법이 정하는 「직접손해」에의 제한이나, 독일법에서 논의되는 상당인과관계의 구성을 배척하고, 영미법의 태도에 쫓는 것이다. Lando/Beale(2000: 442f) 참조.

63) 이는 앞의 1.(3)에서 본 “채권자 자신의 행위가 채무자의 불이행을 야기한 한도에서” 그는 구제수단을 원용하지 못한다고 하는 일반적 법리(제8:101조 제3항 참조)의 한 적용으로 이해되고 있다. Lando/Beale(2000: 444) 참조.

64) 이는 물론 엄격한 의미에서의 의무가 아니며, 단지 「자기 자신에 대한 주의의무」, 즉 소위 간접의무(間接義務; Obliegenheit)에 불과하다.

65) 다른 한편 동조 제2항은 채권자가 손실을 감경하기 위한 합리적 조치를 취함에 있어 지출한 비용의 상환을 청구할 수 있다고 한다.

66) 채권자가 실제로 대체거래를 하지 아니하였어도 “계약상 약정된 급부에 대한 현시가(現時價)가 존재하는 경우”에 대하여 제9:507조는 같은 취지를 규정한다. 그것은 그 경우에도, 합리적 대체거래가 행하여진 경우와 마찬가지로, 채무자의 불이행으로 입은 채권자의 손실을 적어도 「추상적으로는」 공정하게 평가할 수 있기 때문이다.

있으며, 나아가 기타의 손실에 대하여도 그 요건을 갖추는 한 손해배상을 청구할 수 있다는 것이다(제9:508조).

다른 하나는, 위약금에 대한 것으로, 그 약정이 있으면 채권자는 “그의 실제의 손실과는 무관하게 그 금액을 지급 받는” 것이 원칙이다(제9:509조 제1항). 「주석」에 의하면 이는 우리 법과는 반대로 최소한의 배상액을 의미하는 데 그치며, 따라서 채권자는 약정위약금액을 넘는 손해를 입증하여 그 배상을 청구할 수 있다고 한다(Lando/Beale, 2000: 454). 한편 그 액이 과다한 경우에는 법원은 이를 합리적 액으로 감축할 수 있다(동조 제2항). 우리 법과 같이(민법 제398조 제2항 참조) 과다한 경우만을 규제하고 과소한 경우를 규제하지 아니하는 것이<sup>67)</sup> 주목된다.

#### IV. 맺음말: 우리 법의 입장에서

만일 PECL이 현재 유럽의 주요한 나라에서 납득할 수 있는 한의 채무불이행법리를 표현하고 있다고 가정한다면, 우리는 그러한 시각에서도 우리 민법의 현재의 채무불이행법리가 기본적으로 적극적으로 평가될 수 있는 것임을 확인한다. 세부적인 일치점을 일일이 들 필요는 없을 것이나, 기본적인 것에 한정하더라도, 첫째, 채무불이행의 요건을 일반적·포괄적으로 정하는 태도를 취하는 것(민법 제390조 본문 참조),<sup>68)</sup> 둘째, 강제이행청구를 일반적으로 인정하는 것(민법 제389조 참조), 셋째, 불이행책임의 내용으로 손해배상과 해제의 병존을 인정하는 것(민법 제551조 참조), 넷째, 해제를 일방적 의사표시만으로 하는 것(민법 제543조 제1항 참조), 다섯째, 손해배상의 범위를 예견 가능한 것에 제한하는 것(민법 제393조 참조) 등을 들 수 있다.

그런데 다음과 같은 점은 우리 법의 입장에서도 검토를 하여 볼 필요가 있다고 생각된다.

첫째, 매도인과 수급인의 담보책임법을 일반적인 채무불이행법에 흡수하여 규정할 수는 없는가.

둘째, 채무자에게 채무불이행에 대한 고의·과실이 없는 경우에 그의 면책을 인정하는 태도를 일정한 내용으로 보다 제한하는 것으로 변경할 것인가.

셋째, 법정해제권의 발생요건을 「본질적」 불이행으로 제한할 것인가, 그 경우 채무자에게 과책이 없어도 계약의 해제를 인정할 것인가(이에 대하여는 앞

67) 예를 들어 프랑스민법 제1152조 제2항은 과소한 경우에 대한 법원의 증액권도 인정한다.

68) 한편, 우리 법에서도 「이행기 전의 불이행」이 명문의 규정은 없으나 불이행책임을 발생시키는 것이 인정되고 있음에 대하여는 우선 양창수(1997: 121 이하) 참조.



의 III.6.(1)도 참조).<sup>69)</sup>

넷째, 소위 「이행기 전의 불이행」 또는 장래의 불이행이 명확하게 예견되는 경우를 어떻게 규율할 것인가.

이러한 문제들은 넓은 의미에서의 불이행법리를 전면적으로 재고할 것을 요구하는 것으로서, 보다 신중한 연구가 필요하고 선불리 손댈 수는 없다고 하겠다.

---

69) 만일 이러한 태도를 취한다면, 위험부담(危險負擔)에 관한 별도의 규정은 불필요하게 될 것이다.

## 참 고 문 헌

- 슈레히트림 저, 김민중 역. 1995. 『유엔통일매매법』.
- 남호순. 1996. 「프랑스민법에서의 행위채무와 결과채무 — 계약상 채무의 불이행책임의 체계」. 『민사법학』 제13·14호.
- 양창수. 1997. 「독자적인 채무불이행유형으로서의 이행거절」. 『민법연구』 제4권.
- \_\_\_\_\_. 1999. 「『유럽계약법원칙』에 대한 일고(一考) 및 그 번역」. 서울대학교 『법학(法學)』 40(1).
- \_\_\_\_\_. 2000(a). 「독일의 새로운 민법개정제안 —연방법무부의 「채권법 쇄신법」의 토론용 초안에 대하여」. 서울대학교 『법학(法學)』 41(4).
- \_\_\_\_\_. 2000(b). 『민법입문』. 수정판.
- 임흥근·이태희 공편. 1991. 『국제물품매매계약에 관한 UN협상상의 제문제』.
- 최흥섭. 1997. 『유엔국제매매법 — 국제물품매매계약에 관한 유엔협약』.
- Ole Lando and Hugh Beale ed.. 1995. *Principles of European Contract Law*. Part I: Performance. Non-performance and Remedies.
- \_\_\_\_\_. 2000. *Principles of European Contract Law*. Part I and II. Combined and Revised.
- Schlechtriem(Hrsg.). 2000. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. 3.Aufl.
- Reinhard Zimmermann. 2000. Die “Principles of European Contract Law.” Teil I und II. ZEuP. S.391ff.

## On the Breach of Contract Rules in “The Principles of European Contract Law”

**Chang-Soo Yang**

*Professor of Law*

*College of Law, Seoul National University*

The Principles of European Contract Law( “PECL” ) are the product of work carried out by the Commission on European Contract Law, a body of lawyers from all the member States of the European Union( “EU” ), under the chairmanship of Prof. Ole Lando( “Lando Commission” ). They are a response to a need for an EU-wide infrastructure of contract law to facilitate cross-border trade within EU and to strengthen the single European market, by constructing a bridge between the Civil Law and the Common Law.

But what interests the author most is that they present a modern formulation of a *Lex Mercatoria*, “internationally accepted principles of contract law”. So they can be served as good sources of reference in working out a draft for the revision of the Korean Civil Code, which is now in progress under the supervision of the Ministry of Justice. With this article the author aims to give an overall view of the breach of contract rules provided in PECL, mainly those of Chapters 8 & 9, and hopes to help get an orientational perspective for the improvement of our legal rules.

PECL do not distinguish between the various possible forms that non-performance may take. The same basic rules apply to defective performance, late performance and a total failure to do anything. All these situations are simply termed “non-performance”. Remedies may be available under PECL even though the time for a debtor to perform has not yet arrived, if it appears clear, or a creditor reasonably believes, that the other party will default when the time comes. PECL do provide different remedies according to why the non-performance has occurred, in that some non-performances are treated as excusable. In the paradigm case in which there is no excuse for the non-performance, the creditor may exercise one or more of the following remedies: Compel the other party to perform; Withhold its own performance until the other party does perform; Escape from the contract by terminating it because of the non-performance; Reduce

the price payable to the non-performing party for any part of the contract which it has performed, by the amount by which the non-performance has made it less valuable; and Claim damages for the loss caused by the non-performance.