

비엔나 協約과 特定履行

吳元爽*

-
- I. 序論
 - II. 特定履行條項의 採擇背景
 - III. 賣買當事者의 履行請求權의 行使와 制限
 - IV. 特定履行에 관한 各國의 判例
 - V. 履行請求權의 評價 및 結論
-

I. 序論

國際物品賣買契約에 관한 UN 協約(United Nations Convention on Contract for Internatinal Sale of Goods : 일명 비엔나 協約)이 1988 년부터 발효되어 국제 물품매매에 관한 통일법으로 자리를 잡아가고 있다. 비록 우리 나라는 아직 이에 가입하지 않았으나 대부분의 주요 통상국가들이 가입하고 있으므로, 세계화를 지향하고 OECD에 가입한 우리로서도 곧 가입할 것으로 예상된다.

비엔나 협약의 대부분의 조항들이 국제거래관습을 반영하였기 때문에 각 法系간에 큰 차이가 없으나 權利救濟에 관하여는 法系간 차이가 있다. 이 가운데 특히 “特定履行”(또는 履行請求權)(specific performance)은 英美法系와 大陸法系 사이에 가장 큰 차이가 있는 구제방법이다.

따라서 본 고에서는 特定履行에 관한 본 협약상의 조항들(제 28 조, 제 46 조, 제 62 조 등)의 채택배경과 그 내용 및 이러한 權利救濟의 행사에 따른 제한이나 한계를 고찰하고자 한다. 또한 이러한 구제방법에 관한 각국의 法例를 검토하고 그 실익을 평가하고자 한다. 주로 비엔나 협약의 관련 조항과 실무적 관행을 중심으로 비교·검토함으로써 이러한 구제방법에 대한 이해를 명료히 하고 앞으로 이러한 救濟權의 활용에 대비하고자 한다.

* 成均館大學校 經營學部 教授.

본고의 작성에 있어 J.O. Honnold 교수의 저서인 “*Uniform Law for International Sales*”를 주로 참고하였음을 밝혀 둔다.

II. 特定履行條項의 採擇背景

비엔나 협약에서의 契約違反에 관한 구제의 유형은 크게 3종류로 나눌 수 있다. 즉, 契約解除(제 25 조, 제 49 조, 제 64 조 제 72 조), 損害賠償請求(제 50 조, 제 74 조~제 79 조) 및 特定履行(제 28 조, 제 46 조, 제 62 조)이 있다.

이 가운데 特定履行(보통법상 용어) 또는 履行請求權은 상대방의 契約違反에 대하여 계약에서 약속된 그대로의 채무를 이행하도록 강제하는 衡平法(equity)상의 구제방법이다. 衡平法에서는 통상적인 구제방법인 損害賠償請求로서는 손해액의 회복이 충분하지 않을 경우 特定履行을 허용하고 있다.¹⁾

英美契約法에서는 契約違反에 대하여 전통적으로 보통법상의 구제인 金錢賠償이 원칙이나 계약목적물이 토지나 혹은 대체가 불가능한 물품인 경우에는 예외적으로 特定履行救濟를 인정해 왔다.

비엔나 협약은 대륙법계 국가들과 영미법계 국가들의 타협으로 탄생한 국제적으로 통일된 賣買法이다. 국제무역거래는 국제거래관습에 따라 이행되기 때문에 비엔나 협약의 제정과정에서 큰 어려움이 없었으나 상대방의 契約違反에 대한 權利救濟에 관하여는 각국 대표들이 국제거래관습보다 자국의 國內法에서 허용하는 구제방법을 제시하였으므로 조화와 통일을 모색하는데 어려움이 많았다.

이 가운데 特定履行에 관한 구제는 본 협약의 준비과정에서 가장 어려운 문제 중의 하나였다.²⁾

大陸法系에서 인정하고 있는 特定履行을 英美法系에서는 예외적인 경우에만 하여 이를 인정하고 있기 때문에 양 법계의 타협을 위하여 부득이 제 28 조를 추가하게 되었다. 그 결과 본 협약 제 28 조에서는 “國內法에서 特定履行을

1) Schwarz, “The Case for Specific Performance”, 89 *Yale L. J.* 271, 276(1979); Kastely, “The Right to Require Performance”, 63 *Wash. L. Rev.*, 607, 615(1988).

2) J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law and Taxation Pub., 1990, p. 267.

판결하게 될 경우가 아니라면 법원은 이를 명할 의무를 지지 않는다.”라고 규정함으로써 國內法에서 이러한 판결을 명할 경우가 아니라면 법원이 이를 배제할 수 있도록 하였다. 이러한 타협은 英美法系 국가들의 주장을 반영한 결과로서 特定履行救濟의 영향을 줄이게 되었지만 본 협약의 국제적 통일이라는 관점에서 보면 특정국의 國內法을 인정한 것이므로 國際規範의 본질에서 이탈한 것으로 볼 수 있다.

제 46 조의 (1) 항 및 (2) 항은 1978년 UNCITRAL DRAFT 제 42 조와 같고, (3) 항은 외교회의(Diplomatic Conference)에서 추가되었다. 비엔나 협약의 기초가 된 1964년 ULIS는 매도인보다 매수인에게 광범위한 履行請求權 규정을 두고 있다. 즉, 제 24 조 (1) 항 (a) 호(인도일자 및 장소), 제 26 조 (1) 항 및 제 27 조 (1) 항(인도일자), 제 30 조 (1) 항 및 제 31 조(인도장소), 제 41 조 (1) 항 (a)호(물품의 불일치), 제 42 조(瑕疵救濟) 및 제 55 조 (a) 항(다른 의무) 등이다.

그렇지만 ULIS 제 25 조는 상관습과 일치하거나 매수인이 대체물품을 구매하는 것이 합리적으로 가능한 경우에는 매수인에게 履行請求權의 행사를 금지하고 있으며, 마찬가지로 제 61 조 (2) 항은 매도인의 代金回復權을 제한하고 있다. 또한 ULIS 제 16 조와 1964년 협약(Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods) 제 vii 조 (1) 항은 비엔나 협약 제 28 조와 같이 特定履行救濟를 제한하는 법정지 법규에 따를 것을 규정하고 있다.

한편 매도인의 履行請求權에 관한 비엔나 협약 제 62 조는 1978년 UNCITRAL DRAFT 제 58 조와 같다. 물론 그 기초는 ULIS 제 61 조 및 제 62 조(대금의 지급) 및 제 70 조 (2) 항(매수인의 인도 수령의무와 기타 의무)에 근거를 두고 있다.

履行請求權의 행사와 관련하여 裁判管轄地의 국내법에 대한 양보를 규정한 제 28 조는 1978년 UNCITRAL DRAFT 제 26 조와 같으며 그 근거는 1964년 협약 제 vii 조 (1) 항과 그 부록(ANNEX)인 ULIS 제 16 조에 두고 있지만, 履行請求權을 추가로 제한하는 ULIS 제 25 조 및 제 61 조 (2) 항³⁾은 비엔나 협약에

3) ULIS 제 25 조 : The buyer shall not be entitled to require performance of the contract by the seller, if it is in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract relates. In this case the contract shall ipso facto avoided as from the time when such purchase should be effected ; ULIS 제 61 조 (2)항 : The seller shall not be entitled to require payment of the price by the buyer if it is in conformity with usage and reasonably possible for the seller to resell the goods. In that case

반영되지 않았다.

Ⅲ. 賣買當事者의 履行請求權의 行使와 制限

1. 買受人의 履行請求權

비엔나 협약 제 46 조 (1) 항은 “매수인은 매도인에게 그 의무의 이행을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 경우는 많이 있을 수 있지만 가장 보편적인 경우는 매도인이 계약에서 정한 시기나 장소에서 물품을 인도할 수 없을 경우, 매수인이 계약과 일치하는 물품의 인도를 매도인에게 청구할 수 있음을 말한다. 이 때 물론 매수인은 매도인에게 제 3 자의 權利나 請求權으로부터 자유로운 물품의 인도를 청구할 수 있다(제 41 조 및 제 42 조).

이러한 매수인의 履行請求權에 대하여 비엔나 협약 제 28 조는 “법원은 이 협약에 의하여 규율되지 아니하는 유사한 매매계약에 관하여 特定履行을 명하는 판결을 하게 될 경우를 제외하고는 이를 명하는 판결을 하여야 할 의무는 없다.”라고 규정하여 제 46 조의 규정에 제한을 가하고 있다. “... 할 의무가 없다.”(is not bound)의 의미는 국내법에 따라 특정이행을 명할 의무가 없는 법원은 이를 명하는 판결을 내릴 수도 있고 제 74 조의 損害賠償請求와 같은 다른 구제방법을 명하는 판결을 내릴 수도 있음을 의미한다

이와 같이 裁判管轄地의 재판절차에 대한 양보는 英美法系가 損害賠償請求와 같이 구제가 불충분한 경우에 한하여 예외적으로 特定履行을 인정하고 있음을 반영한 것이다. 영미법계에서는 예를 들면 조상전래의 家寶나 유명작가의 작품 등 대체물의 구입이 어렵거나 독특한 것 및 長期契約 등 損害賠償金額을 쉽게 측정할 수 없는 경우에는 이를 인정하고 있다.⁴⁾

英美法系라고 하여 모든 국가의 입장이 일관된 것은 아니다. 영국의 경우는

the contract shall be ipso facto avoided as from the time when such resale should be effected.

4) A.H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Pub., 1990, p. 215.

충분한 손해배상이 가능한 경우에도 상업용 부동산의 매매에서 그 이행을 강제하고 있다.⁵⁾ 또한 영국에서는 매수인이 물품수령을 거절한 경우까지 대금지급을 받지 못한 매도인에게 代金請求訴訟을 요구할 권한을 허용하고 있는데 이것도 일종의 履行請求權이다.⁶⁾

特定履行이 大陸法系の 입장을 반영하였다고 하여도 大陸法系の 국가간에도 법규가 다르기 때문에 소송의 결과는 국가에 따라 다를 수 있다.⁷⁾ 더구나 본 협약은 법원이 特定履行을 명하는 판결을 할 때 사용할 구체적인 방법을 규정하고 있지 않다. 이러한 결정은 裁判管轄地의 법원의 재판절차에 맡겨져 있다.

2. 買受人의 履行請求權의 制限

(1) 第 46 條에 의한 制限

가. 서로 矛盾되는 救濟手段의 使用

제 46 조 (1) 항은 매수인의 履行請求權과 모순되는 救濟手段을 사용할 때는 履行請求權을 행사할 수 없다고 규정하고 있다. 예를 들어 매수인이 契約解除를 선언하여(제 49 조 (1) 항) 물품수령의 거절의사를 취할 때에는 履行請求權을 상실한다(제 81 조). 왜냐하면 履行請求權은 契約維持를 전제로 한 救濟手段인 반면 契約解除는 계약이행의 중단을 의미하기 때문이다. 그렇지만 契約解除와 履行請求權이 동시에 행사되고 契約解除가 단지 매도인에게 하자있는 물품의 반송요구에 불과한 때는 이들 2 가지 구제는 모순되지 않을 수도 있다. 비엔나 협약은 계약해제시 계약의 전부 또는 일부를 이행한 당사자에게 그 계약 하에서 자신이 공급하였거나 지급한 것에 대하여 반환을 청구할 수 있도록 규정하여(제 81 조 (4) 항) 계약이행 이전의 단계로 돌아갈 수 있도록 하고 있다. 이에 반하여 UCC는 극히 제한된 상황, 즉 통상 매수인의 지급불능에 근거한 경우에만 매도인에게 반환청구권을 부여하고 있다(\$2-902 (2)).

5) G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 5th ed., 1979, p. 573.

6) Sale of Goods Act(1979) 제 49 조 (1) 항 : Where, under a contract of sale, the property in the goods has passed to the buyer and he wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller may maintain an action against him for the price of the goods.

7) N.M. Galston & H. Smit, *International Sales*, Parker School of Foreign and Comperative Law, Matthew Bender, 1984, §9.03.

나. 代替物品引渡請求權의 行使

매도인이 제공하는 물품이 根本的 違反(fundamental breach)에 해당할 때 매수인은 대체물품의 인도를 청구할 수 있으며(제 46 조 (2) 항), 이 경우 매수인의 履行請求權은 제한된다.

한편 비엔나 협약 제 81 조에는 契約解除가 당사자의 계약의무를 면제한다고 규정하고 있다. 한 당사자의 근본적 契約違反은 契約解除의 사유가 되기 때문에 대체물의 인도청구를 할 수 없다고 볼 수 있으나 본 협약 제 46 조 (2) 항의 대체물의 인도청구는 일반적 규정인 제 81 조에 대하여 특수한 예외규정이다.⁸⁾ 따라서 매도인의 契約違反이 根本的일 때 매수인은 계약을 해제하거나 대체물품인도를 청구할 수 있다. 매수인의 대체물품청구에는 2 가지 요건이 필요하다.

첫째, 계약의 불일치가 根本的 契約違反을 구성하여야 한다.

둘째, 대체물품의 청구가 본 협약 제 39 조에 따라 불일치를 발견하였거나 발견하였어야 할 때로부터 상당한 기간내에 이루어져야 한다. 그렇지만 매수인은 이미 수령한 물품을 반환할 수 없거나 수령 당시와 동등한 상태로 반환할 수 없는 경우에는 代替物品 引渡請求權은 상실된다(제 82 조 (1) 항). 물론 매수인의 착위나 부작위에 기인하지 않거나, 검사결과 물품이 멸실되거나 변질 또는 이미 매각 또는 소비된 경우에는 예외이다(제 82 조 (2) 항).

다. 修理 또는 補完請求

물품의 불일치의 정도가 심하지 않을 경우 매수인은 매도인에게 수리나 보완을 청구할 수 있다. 이 경우에도 履行請求權의 행사와는 모순된다. 만약 이러한 경우에 履行請求權을 행사하거나 대체물품의 인도를 요구한다면 물품의 반환 및 새로운 원료의 선적 등 매도인에게 부당한 수송비의 부담을 초래할 우려가 있다. 이 때에는 기계의 調整이나 瑕疵있는 부품의 교체만으로 보다 효율적인 결과를 얻을 수 있다. 이 경우에는 契約違反의 정도가 根本的이 아닌 경우에도 행사할 수 있다. 그렇지만 이러한 구제는 모든 사정을 고려할 때 합리적인 경우에만 행사할 수 있다.

한편 법정지의 國內法이 履行請求權의 명령을 판결하게 될 경우에도 법원은 본 협약 제 46 조 (3) 항에 따라 모든 사정으로 보아 매도인에게 불합리하지 않

8) J.O. Honnold, *op. cit.*, p. 363.

을 때에는 수리에 의한 불일치의 보완을 요구할 수 있다. 본 협약 제 43 조 (3) 항의 제정시 외교회의에 제안된 안은 어떤 사소한 수리의 경우 매도인의 시설이 멀리 떨어져 있을 때는 매수인이 쉽게 수리할 수 있도록 이 조항을 융통성 있게 적용되어야 한다는 것이다. 이러한 수리의 청구도 대체물품의 인도청구와 같이 본 협약 제 39 조에 따라 지정된 통지와 함께 또는 그 후 상당한 기간내에 행하여져야 한다.

(2) 本 協約의 다른 制限條項

매수인은 물품을 수취한 후 이를 거절하기 위하여 본 협약에 따라 履行請求權을 행사하고자 할 때에는 그 물품을 보존하기 위한 합리적인 조치를 취하여야 한다. 또한 매수인은 자신의 합리적인 비용을 매도인으로부터 보상받을 때까지 물품을 留置할 권리가 있다(제 86 조).

또한 물품이 급속히 변질되기 쉬운 것이거나 또는 그 보존에 불합리한 비용이 요구되는 경우에는 제 85 조 또는 제 86 조에 따라 물품을 보존하여야 할 의무가 있으며 당사자는 이를 매각하기 위한 합리적인 조치를 취하여야 한다(제 88 조 (2) 항). 이러한 物品處分權은 물품을 처분하기에 보다 유리한 입장에 있는 자에게 부여하고 있으며 필요한 경우 제 3자의 창고에 기탁할 수 있다(제 87 조).

본 협약 제 77 조는 契約違反을 주장하는 당사자에게 損害輕減의 의무를 부과하고 있다. 그렇지만 제 77 조가 履行請求權에 관한 당사자의 권리에 어떤 제한을 부과하는지에 관하여 다양한 의견이 있다.⁹⁾ 즉, 損害輕減義務가 권리침해를 당한 당사자에게 만약 가능하다면 代替物品을 구매함으로써 손해를 경감해야 할 의무를 부과하느냐 하는 점이다. 만약 그렇다면 이 손해경감의무는 매수인이 법원에 履行請求權 행사를 위한 소송을 제기하기 이전에 이행되어야 한다. 만약 한 당사자가 상황이 변화한 후에 履行請求權의 救濟를 선택한다면 이는 상대방의 비용으로 투기하는 셈이 된다. 履行請求權의 이러한 악용은 국제

9) W.A. Hancock, *Guide to International Sale of Goods Convention*, Business Laws Inc., 1994, 101.1048 ; Honnold 교수는 제 28 조가 제 77 조에 나타난 매도인이나 매수인의 구제에 관한 제한을 무시하지 않는다고 말하지만 다른 해설자들은 제 77 조는 특정이행의 소송에는 적용되지 않는다고 주장한다. 제 77 조의 입법역사로 보면 후자가 옳은 것 같다. 그렇지만 특정이행소송에서 제 77 조의 적용여부는 제 28 조에 따라 국내법이 적용될 때 손해경감에 관한 국내법이 적용될 한도까지 미해결의 문제가 되기 쉽다(A.H. Kritzer, *op. cit.*, p. 220).

무역의 信義誠實의 준수 의무(본 협약 제7조)와 모순된다. 履行請求權의 이러한 악용을 막기 위하여 損害輕減義務를 적용하므로 履行請求訴訟을 신속히 제기하는 조건으로 履行請求權의 행사를 제한하고 있다(제49조(2)항, 제64조(2)항). 결국 이러한 損害輕減義務에 의하여 履行請求權이 축소된다.

(3) 第28條에 따른 適用上의 離脫可能性

제28조에 따르면 履行請求에 관한 국내법이 본 협약의 규칙보다 우선할 수 있다. 왜냐하면 “본 협약에 규율되지 아니하는 유사한 賣買契約에 관하여 국내법에 따라 特定履行을 명하는 판결을 하게 될 경우를 제외하고 법원은 特定履行을 명하는 판결을 내려야 할 의무가 없다.”라고 규정하고 있기 때문이다. 결국 매수인의 特定履行請求權訴訟에 대한 판결은 소송이 제기된 국가의 국내법에 달려 있다. 여기서 “...할 의무가 없다.”(is not bound)라는 文言은 법정지의 법원이 국내법에 따라 特定履行判決을 내려야 할 경우가 아닌 한 特定履行을 명할 수도 있고 제74조의 損害賠償請求와 같은 본 협약에 규정된 다른 救濟方法을 판결할 수 있다. 물론 이때 법원은 타국 당사자의 합리적인 기대를 충족시키기 위해서나 본 협약 적용상의 통일을 촉진시키기 위하여 特定履行命을 판결할 수 있다.

제28조는 본 협약의 特定履行請求權으로부터의 이탈을 허용한 것으로 特定履行救濟를 제한한다고 볼 수는 없다. 많은 법계에서 법원이 特定履行權을 강제함에 있어서 재량권을 가져야 한다는 인식이 있었고 이를 본 협약에서 보존하게 된 것이다.

3. 賣渡人의 履行請求權

매수인이 자신의 가장 큰 의무인 대금지급의무를 이행하지 않거나 물품수령을 거부하고 계약을 이행할 의무가 없다고 주장하면서 대금을 지급하지 않으려고 할 때 매도인은 履行請求權을 행사할 수 있다.

본 협약 제62조에는 매도인이 매수인에게 대금지급, 인도수령 또는 기타의 의무이행을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 매수인이 물품을 수령한 경우에 매도인의 履行請求權의 행사는 채무자의 재산에 強制執行을 통한 債權確保訴訟

訟權과 유사하다. 비엔나 협약은 매수인이 물품수령후 대금을 지급하지 않을 경우 物品回復權을 매도인에게 부과하고 있다(제 81 조 (2) 항). 그렇지만 매도인의 이러한 物品返還請求權도 매수인의 다른 채권자의 권리와 경합되면 효과가 없을지도 모른다. 본 협약은 제 3자의 권리가 개입된 경우에는 적용되지 않는다.¹⁰⁾ 이 경우에 매도인의 物品返還請求權이 다른 채권자의 권리보다 우선하는지의 여부는 裁判管轄地의 國內法에 달려 있다.

한편 매수인이 물품수령을 거절할 때는 매수인에게 물품을 수령하고 대금을 지급하도록 청구하는 행위는 제 46 조의 매수인의 履行請求權과 유사하기 때문에 본고에서 생략한다.

4. 賣渡人의 履行請求權의 制限

매수인이 물품을 수령한 후 대금을 지급하지 않을 때 매도인의 履行請求權은 강력한 힘을 갖는다. 그렇지만 매도인이 물품을 점유하고 있을 때는 매도인이 매수인에게 물품수령과 대금지급을 강제할 수 있는지에 관하여는 본 협약의 다른 조항과 관계가 있다.

(1) 第 28 條에 따른 適用上의 離脫可能性

英美法系の 경우에는 위의 경우에 履行請求權의 행사로 매수인으로부터 대금전액을 회복하는 조치에 관하여 언급이 없다. 매수인이 물품을 수령하지도 않고 수령할 의사가 없는데도 대금 전액을 회복하도록 하는 것은 매수인으로 하여금 거래를 완전히 이행하도록 강제하는 것과 유사하다. 매도인의 대금청구는 원래 물품인도 후에 이루어져야 하기 때문이다.

매도인은 본 협약 제 62 조에 따라 원하지 않는 매수인으로 하여금 물품을 수령하도록 강제하려고 할 때 法廷地의 國內法에 이러한 구제방법에 관한 제한여부가 결정적이다. 이 경우 만약 계약당사자 가운데 일방이 履行請求權의 행사를 원하지 않는다면 이러한 구제방법의 적용여부가 의심스러운 국가를 裁判管轄地로 선택할 수 있다.¹¹⁾ 제 28 조에서 국내법에 대한 양보규정을 둔 이유

10) H. Gabriel, *Practitioner's Guide to The Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG) and the Uniform Commercial Code(UCC)*, Oceana Pub. Inc., 1994, p. 87.

는 다음과 같다.

첫째, 履行請求權은 당사자의 권리로써 청구할 수 있는 권리가 아닌 법원이 '裁量權을 갖는 救濟'(discretionary remedy)이다.

둘째, 債務履行을 강요함으로써 채무자가 심한 곤경에 빠지거나, 損害賠償請求로 충분한 救濟가 될 수 있거나, 법원이 特定履行의 명령을 무단히 감시하지 않으면 그 실효성을 확보하는 것이 곤란한 경우에는 그러한 명령을 할 이유가 없기 때문이다.¹²⁾

(2) 賣渡人의 補完請求權

매도인의 보완청구는 우선 물품의 보완과 서류의 보완으로 나눌 수 있다.

물품의 경우 引渡期日前的 補完請求(제 37 조)와 引渡期日後的 補完請求(제 48 조)로 나눌 수 있으며, 계약이행이 물품인도와 서류제공을 전제로 한 경우에는 不一致書類의 보완도 가능하다(제 34 조).

이러한 매도인의 보완청구는 매수인에게 불합리한 불편이나 비용을 발생하게 하여서는 안된다.

인도기일전의 매도인의 보완제외는 인도기일전의 매수인의 契約解除에 관한 매수인의 권리를 제한한다. 결국 매도인의 보완청구는 매도인의 履行請求權과 모순된다

(3) 다른 制限條項

비엔나 협약 제 85 조는 “만약 매수인이 물품의 수령을 지체한다면” 물품을 점유하거나 통제하고 있는 매도인은 “그 물품을 보존하기 위하여 그 상황에서 합리적인 조치를 취하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

또한 제 88 조 (2) 항에는 “물품이 급속히 변질되기 쉬운 것이거나 또는 보존에 불합리한 비용이 요구되는 경우에는 매도인은 그 물품을 매각하기 위한 합리적인 조치를 취하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 비록 물품이 급속히 변질되지 않는 경우에도 물품 보유를 연장하는 것은 낭비적인 저장비용으로 불가피하게 손해를 유발할 수 있기 때문이다.

11) Brand, “Non-Convention Issues in the Preparation of Transnational Sales Contracts”, 8 *J. L. & Com.*, 145, 164~165(1988).

12) 高範俊, 國際物品賣買契約에 관한 UN協約, 大韓商事仲裁院, 1983, p. 32.

이러한 조항들은 실질적으로 제 62 조의 履行請求權을 제한하고 있다. 왜냐하면 매도인의 履行請求權의 핵심인 代金請求權의 가장 중요한 특징은 매수인으로 하여금 물품을 점유하도록 강제하는 것이기 때문이다. 제 85 조, 제 86 조 및 제 88 조는 契約違反者의 의무를 가볍게 하면서까지 물품처분 등의 기능을 보다 유리하게 수행할 수 있는 자에게 물품처분의 부담을 지우고 있다.

실질적으로 매도인이 원하지 않는 매수인에게 이행을 강제하는 제 62 조의 履行請求權을 빈번히 사용하지는 않을 것이다. 왜냐하면 이는 결국 원하지 않는 매수인으로 하여금 물품을 수령하고 대금을 지급하도록 강요하는 것이며, 매수인의 물품수령시까지 매도인은 물품을 보관하여야 함을 의미한다. 이러한 보관시에 발생할 수도 있는 보관비 및 變質이나 損失危險은 履行請求權을 위태롭게 할 수 있다. 이러한 매도인의 履行請求權에는 매수인의 履行請求權에 관한 예외조항(제 46 조 (2) 항 및 (3) 항)에 해당하는 조항은 없다.

매도인은 매수인을 상대로 하는 소송에서 법원으로부터 履行請求를 명하는 판결을 받는다 하더라도 국제적인 상황에서는 소송이 장기화될 수 있으며 그 과정에서 매수인이 파산하면 매도인의 수중에는 아무 쓸모없는 물품만 남을 수 있다. 따라서 대부분의 경우 매도인은 물품을 再販賣함으로써 위험에 처한 재산의 손해가능성을 줄이려고 할 것이다. 이렇게 한 후 생긴 손해는 損害賠償請求訴訟으로 회복하려고 할 것이다(제 74 조, 제 76 조, 제 78 조).

IV. 特定履行에 관한 各國의 判例

1. 英國 物品賣買法

영국 物品賣買法(Sale of Goods Act, 1979)에는 “特定物” 또는 “確定物”을 인도하기로 한 계약을 위반하여 소송이 제기된 경우 법원은 원고의 신청에 따라 적합하다고 생각되는 경우에는 판결 또는 법령에 의하여 피고에게 損害賠償額의 지급당시에 물품을 보유할 권리를 부여함이 없이 계약에 따른 特定履行을 명할 수 있다.”(제 52 조 (1) 항)라고 규정하여 매수인의 履行請求權을 명시하고 있다. 여기에서 문제가 되는 것은 매도인이 “一般財”(generic goods)를 제

조 또는 취득하기로 약속하고 이를 이행하지 못했을 때 그 물품이 “特定財” 또는 “確定財”인지 결론을 내리기 어렵다는 점이다.

한편 매수인이 물품을 수령하지 않을 때 매도인에게 물품대금 전액을 회복할 권리를 부여하는 것은 매수인의 계약위반에 대하여 履行請求權을 부여한 것이다. 여기서 영국 物品賣買法은 대금의 회복에 관하여 “所有權의 概念”을 사용하고 있다.¹³⁾ 이러한 “所有權概念”의 적용은 만약 매수인이 물품선적전에 계약의 이행을 거절하거나 물품을 거절한다면 매도인의 代金請求訴訟權도 제한된다. 왜냐하면 이 경우에는 아직 所有權이 아직 매수인에게 이전되지 않았기 때문이다.

결국 영국 物品賣買法은 履行請求權의 행사에 ‘特定’ 또는 ‘所有權’ 등의 복잡한 개념을 연계시키고 있으므로 실제로 그러한 권리를 행사함에 있어서는 실무적으로 간단하지 않음을 알 수 있다.

이에 반하여 비엔나 협약은 소유권의 개념에서 탈피하여 “매각된 물품의 소유권에 관하여 계약에 미칠 수 있는 효과”에 관하여는 관계되지 않는다고 규정하고 있다(제 4 조 (a) 항).

2. 統一商法典

미국의 統一商法典(Uniform Commercial Code : UCC)에도 特定履行에 관한 규정을 두고 있다(§ §2-711, 2-716(매수인의 履行請求權), § §2-703(e), 2-709(매도인의 代金請求訴訟權), Restatement(2nd) of Contracts § §375, 359~369).

UCC는 영국 物品賣買法과는 달리 매수인의 履行請求權의 행사에 ‘特定財’ 또는 ‘確定財’에 국한할 것을 요구하지 않는다. 제 2-716 조는 물품회복을 위한 2가지 구제를 규정하고 있다

첫째, 물품이 특이하거나(unique) “다른 적절한 상황”(in other proper circumstance)에서 特定履行이 명하여질 수 있다. 만약 매도인이 이러한 명령을 어기면 法廷冒瀆罪로 처벌받을 수 있다.

둘째, 주지사에게 물품을 압수하여 이를 원고에게 인도할 것을 허용하는 조항으로, 이를 物品占有回復訴訟(replevin)이라고 한다.

13) SGA 제 49 조 (1) 항 : 매매계약에서 물품의 소유권이 매수인에게 이전한 후 ….

매수인은 이러한 救濟方法을 매도인의 契約違反時 자동적으로 이용할 수 없고 법원의 판결을 받아야 한다.

최근 이러한 구제를 제한하자는 주장이 제기되고 있다. 이것은 계약위반자로 하여금 지나치게 경직된 계약조건에서 벗어나 생산성을 최대한으로 높이기 위해 자원을 재할당하도록 허용하자는 것이다.¹⁴⁾

한편 UCC에서 매도인의 履行請求權은 물품을 수령한 매수인으로부터 대금 전액의 회복을 요구하는 권리를 말한다(§2-709). 그렇지만 履行請求權에 대한 UCC의 절제된 접근은 제 2-709 조 (1) 항 (b) 호로 설명할 수 있다. 즉, 매도인은 만약 자신이 합리적인 노력 후에도 합리적인 가격으로 물품을 재매각할 수 없거나 상황으로 보아 그러한 노력이 무용임이 판명되면 계약에 充當된 물품 대금을 회복할 수 있도록 하고 있다.

매도인이 거래의 이행을 강제하는 가장 일반적인 경우는 UCC 제 2-709 조 (1) 항 (a) 호에 규정한 것으로 매수인이 물품을 수령한 후 대금지급을 하지 않는 경우이다. 이 경우에는 대금회복을 債務額의 회수와 유사한 것으로서, 이는 물품수령을 포함한 거래의 이행을 강제하는 구제와는 다르다.

그러나 문제가 되는 것은 제 2-709 조 (1) 항 (b) 호에 따라 매수인이 물품수령을 거부하고 매도인도 이를 합리적인 가격에 再賣却할 수 없는 경우이다.

이 경우에도 원하지 않는 매수인에게 물품을 강제하는 법적 절차를 사용하기 보다 물품을 점유한 매도인이 이를 재매각하고 그로 인한 손해를 청구하는 것이 보다 효율적이다. 그렇지만 (b) 호에서의 대금청구소송은 매도인이 매수인의 요청에 일치하는 규격으로 물품을 제조했거나 또는 국제거래에서 매수인이 매도인의 판매시설이 없는 항구에 물품이 도착한 후 부당하게 거절한 때 적용가능하다. 결국 UCC 제 2-709 조는 매수인이 물품을 수령하고 대금을 지급하지 않거나 물품이 계약에 충당되었을 때 매도인에게 대금청구소송권과 같은 履行請求權을 부여하고 있다.

UCC 제 2-716 조 및 제 2-709 조는 본 협약에서 규율된 履行請求權을 행사하기 위하여 매매당사자에게 물품인도를 강제하거나, 매도인으로 하여금 매수인이 수취하지 않는 물품대금 전액을 회복하도록 하기 위하여 미국내 법원에서 소송을 제기할 때 적용되는 조항이다.

14) Farnsworth, "Damage and Specific Relief", 27 *Am. J. Comp. L.* 247(1979); Schwartz, "The Case for Specific Performance", 89 *Yale L. J.* 271(1979).

그러나 매수인에게 물품을 수취하고 대금을 지급하도록 강제하는 매도인의 구제는 UCC 제 2-716 조에 따라 매도인에게 물품인도를 강제하는 매수인의 구제만큼 폭이 넓지 못하다. 즉, 다른 곳에서는 구입할 수 없는 물품을 취득할 매수인의 필요성은 원하지 않는 매수인에게 물품의 인도수령을 강제할 매도인의 필요성보다 더 크다.

결국 UCC는 SGA와 같은 履行請求權을 제한하는 난해한 개념은 없으나 매도인에게 재매각 노력의무의 부과 등 제한을 가하고 있다.

3. 大陸法系

비엔나 협약의 제 46 조와 제 62 조는 大陸法系 국가들의 의견을 반영한 것이다. 즉, 履行請求權은 독일법계의 원리이다.¹⁵⁾

영미법계와 대륙법계의 미묘한 타협으로 탄생한 본 협약의 履行請求權에 관한 조항은 그 본래의 불확실성에 비추어 볼 때 이러한 구제가 상거래에서 조그만 역할이라도 한다는 것은 다행스런 일이다.

이행을 강제하기 위한 법적 소송은 비록 契約違反이 인정되는 경우에도 많은 시간이 걸린다. 피고인은 가끔 원고가 계약을 위반하였다는 주장에 불이행을 정당화하기 위하여 증빙이나 주장을 제시할 수 있으며 면책이 인정되는 障害(impediment)를 제시할 수 있다.

따라서 권리를 침해당한 매수인은 속히 대체물품을 구입하고, 권리를 침해당한 매도인은 거절된 물품을 재매각한 뒤 損害賠償을 청구하는 것이 보다 효과적이다.

英美法系나 大陸法系 모두 법이론보다 효율성에 더 큰 관심을 갖고 있다. 따라서 大陸法系에서도 이행을 강제하는 구제는 국내의 상거래에서 거의 이용되지 않고 있다. 市場經濟制度가 아닌 동구 유럽의 사회주의 국가에서는 計劃經濟를 수행할 필요성과 代替物品을 취득하기 어렵다는 점때문에 履行請求權을 이용하는 구제가 존속될 수 있다.

15) K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Vol. II, ... The Institution of Private Law, Translated by T. Weir, Oxford, 1987, p. 159.

4. 韓國民法

한국 민법도 大陸法系의 원칙에 따라 強制履行을 인정하고 있다. 즉, 우리 민법은 “채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 強制履行을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 強制履行을 하지 못한 때에는 그러하지 아니하다.”(제 389조 ①항)라고 규정하여 채권자가 채무명의로 표시된 請求權의 목적을 실행하기 위하여 국가권력의 발동을 요구할 수 있도록 하고 있다. 또한 이러한 履行請求權의 행사는 損害賠償請求權에 영향을 주지 않는다고 규정하고 있다(제 389조 ④항). 또한 본래의 채무에 대신하는 損害賠償도 규정하고 있다(제 390조).

결국 채권의 효력은 본래의 채권 내용대로 만족을 얻도록 함을 1차적 목표로 하고 손해배상을 2차적 목표로 함을 암시하고 있다

V. 履行請求權의 評價 및 結論

1. 評價

본 협약에 규정된 履行請求權의 중요성을 과도하게 평가할 가능성이 있다. 실제로 매수인이 제 46조 (2)항 및 (3)항에 따라 매도인에게 하자있는 물품을 代替하거나 修理하도록 강제할 필요는 없을 것이다. 매수인이 매도인과 호의적인 거래관계를 유지하기 위하여 이러한 구제방법을 추구한다면 契約解除와 같은 극단적인 조치는 피할 수 있다. 그러나 매수인이 契約解除의 의사가 없을 경우 이행을 강제하는 履行請求權은 대체물품의 구매만큼 신속하고 효과적인 방법이 아니다.

계약을 이행할 뜻이 없는 매도인에게 계약을 강제적으로 이행하도록 하기 위해서는 많은 시간이 걸리기 때문에 이러한 救濟方法은 국내거래나 국제거래에서 실용성이 없다. 따라서 이러한 문제점을 잘 알고 있는 사람은 통상 다른 곳에서 자신이 필요한 물품을 구입한 후 소송절차를 거쳐 損害賠償을 받는 방

법을 택한다.

마찬가지로 매도인도 원하지 않는 매수인에게 물품수령을 강요하도록 규정한 제 62 조의 履行請求權을 자주 사용하지 않을 것이다. 왜냐하면 법원이 매수인에게 물품을 수령하고 대금을 지급하도록 판결하기까지 매도인은 물품을 보유하고 있어야 한다. 보관비의 증가나 물품의 변질 또는 손실위험이 매도인으로 하여금 이러한 履行請求權에 의존하도록 하지 않을 것이다.

이론적으로 보면 履行請求權을 이용하면 법적 권리가 충분히 실현되는 것처럼 보인다. 그러나 실제로는 매수인에게 물품을 수령하고 대금을 지급하도록 강제하는 판결 후 매수인은 파산하고 매도인의 수중에는 쓸모없는 물품만 남는 결과가 될 수도 있다.

제 46 조와 제 62 조에 비하여 제 28 조는 履行請求權의 외관상 경직성을 완화한 조항이다. 만약 우리가 履行請求權을 제 46 조(1) 항 및 제 62 조에 반영한 大陸法系의 엄격원칙과 英美法系에만 적용될 소지가 있는 제 28 조의 융통성있는 접근방식으로 이분화하여 검토하는 것은 잘못된 시각이다. 제 28 조에 허용된 융통성은 어느 한 법계의 소송절차에 한정된 것은 아니다. Treitel 교수가 지적한 바와 같이 많은 국가에서 본 협약과 같이 경직된 救濟條項을 두고 있지 않다.¹⁶⁾

결국 본 협약에서 履行請求權이 허용되기 위하여는, ① 그 결과가 損害輕減原則을 침해하지 않고, ② 제 3 자의 권리가 개입되지 않고, ③ 國內賣買法이 그러한 구제를 승인하는 법원에서 소송이 제기된 경우이어야 한다.

그렇지만 履行請求權의 實益이 인정되는 예는 다음과 같다.

첫째, 사회주의의 計劃經濟 하에서 代替物品의 취득이 어렵거나 토지와 같이 대체물을 찾기 어려울 때 및 유일한 물품으로 다른 곳에서 구입이 어려운 경우.

둘째, 長期供給契約에서 매도인의 履行拒絶이나 契約破棄로 損害賠償額을 측정하기 어려운 경우.

셋째, 대체가 어려운 特定物の 거래.

결국 비엔나 협약에서 3 개 조항을 두어 규정한 履行請求權이 국제거래에서 그 실익이 얼마나 되느냐 하는 것은 의문의 여지가 있다.

16) G. Treitel, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account*, Oxford, 1988, Ch.III, 47.

2. 結 論

제 28 조는 제 46 조 (1) 항과 제 62 조의 履行請求權에 관한 大陸法系의 엄격한 규칙을 완화하고 있다. 물론 제 28 조는 英美法系의 융통성을 반영한 것이지만 본 협약이 발효하는 法廷地에서 強制履行要求의 오용과 엄격성을 완화하는 국내법의 적용가능성을 확립하였다는 점에서 의의가 있다.

물론 UNCITRAL이 英美法과 大陸法의 이질적 요소를 억지로 타협토록 하여 履行請求權條項을 비엔나 협약에 수용한 점은 높이 평가될 수 있으나 국제법이 국제적 통일성과 예측가능성을 제고하여야 한다는 점에서 國內法에 양보하도록 규정한 제 28 조의 제정은 이러한 목표에서 이탈된 것으로 보인다. 그 결과 계약대로의 이행을 원칙으로 한 계약 본래의 목적달성보다는 金錢賠償을 원칙으로 하고 예외적으로 特定履行을 인정하는 영미법계가 현실성이 높은 것으로 보인다.

특히 국제거래는 공간적 갭이 있고 特定履行命令에 불복할 경우 이를 물리적으로 制裁하기 어렵다는 점에서 그 실익이 줄어들 수 있다. 그렇지만 계약체결의 목적이 계약대로 이행함에 있다면 계약의 이행을 법적으로 강제한다는 점에서 계약의 존엄성을 천명한 상징적 효과가 크다고 볼 수 있다. 따라서 特定履行救濟가 필요하다고 생각될 경우에는 법원의 재량권 행사로 이러한 구제가 배제되는 것을 막기 위하여 계약서에 特定履行救濟를 명시할 필요가 있다.

결국 원하지 않는 당사자에게 이행을 강요함으로써 선적비, 운송비 및 보관비 등이 발생할 것이고 또한 실제 거래에서 많은 낭비적 요소가 있을 수 있기 때문에 그 實益에 많은 의문점이 있다.

그렇지만 특정이행구제가 필요하다고 생각될 경우에는 법원의 재량권 행사로 이러한 구제가 배제되는 것을 막기 위하여 계약서에 특정이행구제를 명시하는 것이 좋다.

특히 국제거래는 공간적 갭이 있고 강제이행명령에 불복할 경우 이를 물리적으로 제재하기가 어렵기 때문에 그 실익이 줄어들 가능성이 있다.