

CISG상 매도인의 이행청구권에 관한 연구

이 병 문*

-
- I. 서 론
 - II. 이행청구의 의의 및 대상
 - III. 이행청구권의 제한
 - IV. 결 론
-

주제어 : CISG, 이행청구권, 대금지급청구권, 물품수령청구권, 권리구제

I. 서 론

채무자가 임의로 채무를 이행하지 않는 경우 채권자가 구할 수 있는 구제제도의 하나가 강제이행제도라고 할 수 있다. 이는 또 다른 구제제도로서의 손해배상제도와 달리 채권자가 계약상 합의된 것을 사법기관의 강제력에 의하여

* 송실대학교, 글로벌통상학과, 부교수

실현하는 제도로서 당사자들에 의한 계약파기를 막을 수 있는 주요수단이라 할 수 있다. 이러한 이행청구권 즉, 채권자가 채무자로 하여금 합의된 채무를 이행하라고 청구할 수 있는 권리가 부여된다는 것은 영미법계 및 대륙법계를 포괄한 모든 법계에 잘 알려진 *pacta sunt servanda* 원칙에 기초하고 있다.

CISG도 이러한 원칙에 기초하여 이행청구권을 피해당사자에게 부여하고 있으며, 그 규정 방식은 매도인과 매수인 각자의 의무를 규정하고 이러한 의무에 대별되는 각 구제제도의 일부로서 이행청구권을 규정하는 방식을 채택하고 있다.¹⁾ 한편 CISG는 이행청구권을 피해당사자의 주요 구제제도의 하나로서 폭넓게 인정하고 있는 바, 그 이유를 다음에서 찾고 있다. 첫째, 계약당사자들은 그들에 의한 합의에 기초하여 계약내용대로의 완전한 이행을 기대할 권리가 있으며, 법은 피해당사자로 하여금 합의된 계약내용 보다 조금이라도 미치지 못하는 상대방의 계약이행을 수리하도록 강요해서는 안 되는 것이다.²⁾ 둘째, 국제거래에서 계약내용이 제대로 이행되지 않은 경우 피해당사자는 국내거래와 달리 대체거래 등을 통해 상대방에 의한 계약불이행을 보완 하는 것이 용이치 않기에 그에게 이행청구권은 중요한 구제수단의 하나가 될 수 있는 것이다.³⁾ 셋째, 계약위반에 대한 주요 구제수단이 만일 손해배상이라면 이는 피치 못하게 그 범위를 산정하는데 소송상의 불필요한 시간과 비용을 수반할 여지가 있다.^{4) 5)}

이러한 배경 하에서 본 연구는 그 연구범위를 매도인의 구제제도로서 이행청구권에 국한하여 연구를 진행하고자 하며, 그 연구 목적은 다음과 같다.

첫째, 매수인의 계약위반에 대한 CISG상 매도인의 이행청구권에 관한 규정의 내용을 세부적으로 살펴보고자 한다. 그 내용은 CISG상 매도인의 이행청구

1) 매도인의 의무에 관하여 CISG Arts. 30-44, 그 위반에 대한 매수인의 구제제도에 관하여 CISG Arts. 45-52. 매수인의 의무에 관하여 CISG Arts. 53-60, 그 위반에 대한 매도인의 구제제도에 관하여 CISG Arts. 61-65.

2) A. Kastely, "The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention", *Washington Law Review*, Vol. 63 (1988), p. 614.

3) *Id.*, p. 615.

4) *Id.*

5) 법경제학적인 관점에서 이행청구권 관련 규범의 가치평가에 관하여 이병문, "SGA개정안과 CISG의 비교연구", *무역상무연구*, 제20권, 2003, 8, pp. 91-99.

권의 의의를 먼저 고찰하고, 그에 이어 이행청구의 대상에는 어떤 것이 있으며, 어느 경우에 매도인의 이행청구권은 제한을 받게 되는지로 나누어 논술토록 한다.

둘째, 이행청구권 관련 논쟁의 대상이 돼 왔던 조항의 세부적 검토와 이에 대한 사건을 피력토록 한다. 이를 위해 여러 학자들의 견해를 문헌연구를 중심으로 상호 비교 검토해 보고, 올바른 해석론이 무엇인지에 대한 논자의 의견을 제시하기로 한다.

셋째, 이상의 연구를 통해 드러난 CISG상의 문제점들을 적시하며, 이들 문제점에 기초하여 실무가들이 그들의 영업에 있어 유의할 점이 무엇인가를 파악하기로 한다.

Ⅱ. 이행청구의 의의 및 대상

1. 이행청구의 의의

CISG 제62조상 매도인의 이행청구권은 매수인에게 그의 계약위반에 따라 새로운 의무를 부가하거나 매도인에게 새로운 권리를 생성하는 것은 아니라는 점에서 제61조상 여타 구제제도와 대비된다. 이러한 이행청구권은 계약상 당사자의 원래 권리와 의무의 이행을 구하는 것일 뿐인 것이다. 따라서 CISG 제62조가 실제 의도하고 있는 바는 매수인의 단순한 계약불이행이 사실상의 계약해제(*ipso facto* avoidance of the contract)를 야기하지는 않으며, 계약상 이행일 까지 그 이행이 이루어지지 않았다 하더라도 매수인의 계약상의무는 지속됨을 의미한다.

이러한 매도인의 이행청구권은 또 다른 매수인을 찾거나 대체거래를 위한 협상 비용 내지 지연을 제거할 수 있다는 점에서 유익하다. 특히 동 청구권은 물품이 목적항에 도착하였으나 매수인이 물품의 수령을 거절하는 경우에 유용한 권리구제제도라 할 수 있다. 다시 말해 국제거래에서 목적항은 대부분 매도인이 잘 알지 못하는 외국에 소재하고 있어 해당 물품의 재판매가 어렵기 때문에 매수인으로 하여금 계약내용대로의 이행청구는 매도인이 계약상 기대

하고 있는 바를 그대로 실현하여 줌으로 손해배상 등의 구제수단 보다 더 유용한 구제 수단인 것이다.⁶⁾

2. 이행청구의 대상

CISG 제62조는 매도인에게 매수인으로 하여금 계약을 이행하도록 하는 청구권을 부여하고 있는데, 여기서 말하는 매도인의 이행청구권은 매수인의 대금지급의무⁷⁾ 및 물품수령의무⁸⁾ 국한되지 않고 매수인의 기타 모든 의무를 대상으로 하고 있다.⁹⁾

매도인의 대금지급청구를 위해서는 우선적으로 매수인이 지불해야할 대금이 지정되거나 결정될 수 있어야만 할 것이며,¹⁰⁾ 그리고 대금지급시기가 도래하여야 할 것이다.¹¹⁾ 그리고 매수인의 대금지급이 매도인에 의한 물품인도 내지 서류와 상환으로 이루어지거나, 또는 물품을 매수인의 처분 하에 두는 것과 같은 매도인의 인도 의무의 이행과 상환으로 이루어지는 경우¹²⁾ 매도인은 그의 인도 의무의 이행에 의해서만 매수인을 상대로 한 대금지급청구를 할 수 있다.¹³⁾ 한편 매도인의 대금지급청구의 내용으로는 계약상 대금지급방법에 따라 신용장의 개설 등을 포함한다고 할 것이다.¹⁴⁾

6) A. Kritzer and et al., International Contract Manual, Volume 5, Eagan(MN): Tomson Reuters (May 2011), § 91:96.

7) CISG Arts. 53, 54-59.

8) CISG Arts. 53, 60.

9) F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), (Eng. trans. by Thomas), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 3rd ed., Oxford: Clarendon (2010), p. 878. 이러한 매수인의 의무는 계약 자체에 기초하기도하나, 그 외에 관행 내지 관습, CISG의 일반원칙, 신의칙의 원칙에 기초하기도 한다. P. Huber & A. Mullis, The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners, Munich: Sellier.European Law Publishers (2007), p. 322.

10) CISG Art. 14(1). 대금을 정할 수 있는 계약상 명시적 또는 묵시적 당사자합의는 없더라도 계약체결 시의 합리적 가격이 참고 될 수 있을 것이다. CISG Art. 55.

11) 매수인의 대금시기와 관련하여 CISG Art. 33.

12) CISG Art. 31.

13) F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 879.

14) S. Herman, "Specific Performance: a Comparative Analysis", Edinburgh Law Review,

한편 매도인의 물품수령청구권은 대금지급청구권과는 독립된 별개의 청구권으로 이를 위해서는 우선 계약상 정해진 방법과 장소에서 물품의 인도가 이루어져야 할 것이다.¹⁵⁾ 물품수령청구권의 의의 내지 실무적 중요성은 특히 매도인이 물품인도 의무를 다하였으나 매수인의 국가에서 그의 비용으로 물품을 보관 중인 경우에 있다.¹⁶⁾ 이 경우는 앞서 언급한 바와 같이 매도인은 일반적으로 그에게 낯선 매수인의 국가에서 재판매 등의 어려움 때문이다. 이는 특히 정형거래조건 중 C, D 조건군 모두에 해당한다 할 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 매수인의 대금지급이 신용장을 통해 이루어지는 경우¹⁸⁾ 매도인은 물품을 선적하고 신용장상 요구하는 서류와 상환으로 대금지급이 이루어지므로 매도인은 매수인으로 하여금 물품수령의 강제가 불필요하게 될 수도 있다.¹⁹⁾

매도인의 대금지급 및 물품수령청구권 외의 이행청구권은 계약상 요구되는 것 외에 당사자 간에 확립된 관행 또는 해당 거래 관습 및 CISG에서 요구되는 매수인의 의무에 대한 이행을 모두 포함한다. 따라서 이에는 물품명세확정의무,²⁰⁾ 재판매 가격 또는 고객의 제한에 관한 준수 의무,²¹⁾ 선박수배의무 등이 포함될 수 있다.²²⁾

Vol. 7(2), 2003, p. 204.

15) CISG Art. 31.

16) F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 879. 매도인의 물품보관의무에 관하여 CISG Art. 85.

17) CISG Art. 31. 그러나 선적지인도조건의 일부인 EXW, F조건군의 경우 매수인에 의한 물품수령의 거절은 물품이 매도인 국가에서 매도인의 점유 하에 있음을 의미하고, 이 경우 매도인은 상대적으로 재판매가 용이하여 물품수령청구권이 무의미한 경우가 대부분일 것이다.

18) 특히 서류매매가 일반적인 C조건의 경우에 해당.

19) F. Bortolotti, "Remedies Available to the Seller and the Seller's Right to Require Specific Performance (Articles 61, 62 and 28)", *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, 2005-06, p. 338.

20) CISG Art. 65.

21) F. Moh, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 808.

22) Secretariat's Commentary, O.R., p. 49, Art. 62, No. 9; A. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (1994), p. 495.

Ⅲ. 이행청구권의 제한

1. Art. 28

CISG는 각국의 법원으로 하여금 CISG에 규율되지 않는 유사한 매매계약에 관하여 자국법에 따라 특정이행(specific performance)의 명을 하는 경우를 제외하고는, 특정이행을 명하는 판결을 하여야 할 의무가 없음을 규정하고 있다.²³⁾ 이러한 CISG 규정은 이행청구권 관련 통일시도의 대표적 실패 사례로 지적되고 있으며, 그 실패의 주요원인은 동 구제제도를 바라보는 대륙법과 영미법의 뚜렷한 시각 차이에서 비롯되었다 할 수 있다.²⁴⁾ 즉 대륙법계(Civil Law Countries)의 입장과는 달리 보통법계(Common Law Countries)의 특정이행은 계약당사자 자신이 행사할 수 있는 그의 '권리'(a right)가 아니며 동 권리의 행사가 전적으로 법원의 재량에 일임되어 있는 형평법(equity)상의 구제수단으로 이해하고 있다.²⁵⁾ 이러한 시각 차이는 CISG 입법당시부터 많은 논란의 여지를 제공하여 왔고, 결국 CISG 제28조를 통해 통일에는 실패하였으나 영미법과 대륙법의 입장을 모두 반영하는, 즉 제 법계로 하여금 기존의

23) CISG Art. 28.

24) 강제이행제도에 관한 비교법적 선행국내연구에 대해 예를 들어 김영두, "이행청구권에 대한 비교법적 검토", 연세법학, 제2권 14호, 2003, 2, pp. 243-269; 박영복, "현대 계약법상의 이행청구권", 법학연구, 제15권 1호, 2004, pp. 91-115.

25) 여기서 채권자는 형평법상 채무자의 계약이행에 대한 소구력과 집행력을 가질 뿐이다. Lamare v. Dixon [1873] LR 6 HL 414, 423, per Lord Chelmsford; Stewart v. Kennedy [1890] 15 App Cas 75, 102, per Lord Watson. 영국법상 특정이행 및 계약상의 구제제도에 관한 개설에 대하여 Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd. [1998] AC 1, 9 et seq., per Lord Hoffmann. 이행명령의 불복은 법정의 모욕으로 간주되고 이는 벌금 또는 금고형에 의한 제재를 받게 된다. Rules of the Supreme Court) Order 45. 영국은 피고의 이행을 강제하기 위한 여러 수단에 관한 규정이 하나의 포괄적인 소송법에 포함되어 있지 않고 이는 최고법원규칙(Rules of the Supreme Court)에서 찾을 수 있다. 동 규칙은 1984년 최고법원법(Supreme Court Act) 제84조 이하에서 정한 수권에 기하여 대법관(Lord Chancellor)과 상위법관들(senior judges) 그리고 현업중인 변호사(practising lawyers)들로 구성된 규칙제정위원회(Rule Committee)에 의해 제정된 것이다. 이병문, "이행청구권에 관한 비교법적 연구", 비교사법, 제14권 3호(통권 38호), 2007. 9, pp. 505-540; K. Zweigert and H. Kötz, translated by T. Weir, An Introduction to Comparative Law, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press (1998), pp. 482-483.

입장을 그대로 유지케 하는 우회의 길을 택하도록 하였던 것이다.

그러나 이러한 우회의 길에도 제28조의 해석상 여러 문제에 대하여 견해가 엇갈리고 있는데 그 중 하나가 매도인의 이행청구권, 특히 대금지급청구권 관련하여 제28조가 적용가능한지 여부의 문제이다. 이 문제의 핵심은 기본적으로 '특정이행(specific performance)'이라는 개념에 대한 이해의 차이에서 비롯된다 할 수 있는데 이를 살펴보면 아래와 같다.

먼저 대금지급청구권에 대하여 제28조가 적용되지 않는다는 견해가 주장하는 바는 매도인의 대금지급청구는 제28조상 특정이행의 일부로 볼 수 없다는 것에 기초를 두고 있다.²⁶⁾ 이러한 주장의 근거는 다음과 같다. 영국법에 뿌리를 두고 있는 영미법계는 매수인을 상대로 한 대금지급청구를 형평법상 구제 수단으로서 특정이행청구의 개념 속에 포함하지 않고 있다. 다시 말하여, 매도인의 대금지급청구는 형평법상 법원의 재량에 맡겨진 특정이행이라는 구제제도가 아니라, 채권자가 보통법상 청구 가능한 것으로 여겨지고 있다. 결국 특정이행에 관한 이러한 그들의 이해는 CISG 제28조상 특정이행의 해석에도 동일하게 적용되어, 매도인의 대금지급청구는 특정이행청구의 일부로 볼 수 없어 제28조 적용이 불가능하다고 주장하는 것이다.²⁷⁾ 또한 그들의 주장에 따르면 CISG의 입법역사를 살펴보더라도 제28조는 비금전채무 이행의 강제에 따른 문제를 극복하고자 영미법계의 입장을 반영하여 제정된 것이라는 점도 그들의 주장을 뒷받침하고 있다.²⁸⁾

이와 달리 대금지급청구권에 대하여 제28조가 적용되어야 한다는 주장하는 견해는²⁹⁾ 다음의 내용에 그 기초를 두고 있다. 첫째, CISG의 입법역사에서 그

26) E. Farnsworth, "Damages and Specific Relief", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, 1979, pp. 249-250; J. Ziegel, "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Toronto (1981), p. 125: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html>; J. Erauw & H. Flechtner, Remedies under the CISG and Limits to their Uniform Character, in P. Šarčević, & P. Volken (eds.), *International Sale of Goods Revisited*, London: Kluwer (2001), p. 56; P. Šarčević, Articles 53-65, in F. Ferrari et al., *The Draft UNICITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Munich: Sellier European Law Publishers (2004), pp. 490-491.

27) Id.

28) Id.

29) J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations*

근거를 찾을 수 있다. CISG의 입법초기에는 특정이행에 관한 국내법의 여러 제한 요소들이 매도인의 대금지급, 물품수량 청구권을 포함한 매수인의 모든 의무에 적용되었으나,³⁰⁾ 이에 대한 여러 국가의 비판을 수용하여 그 적용 대상을 대금지급의무를 제외한 물품수량의무 및 기타 매수인의 의무에 국한하도록 하였다.³¹⁾ 그러나 여러 논의 끝에 특정이행 관련 국내법상 제한 요소들의 적용 규정이 매도인의 이행청구권과 매수인의 이행청구권에 별개로 존재하던 것을 일반규정의 하나로 통합하면서 앞서의 대금지급에 대한 예외가 삭제되었다.³²⁾ 결국 이는 CISG 제28조가 매도인의 대금지급청구에도 유효하게 적용됨을 의미한다.³³⁾ 둘째, CISG상 제28조 규정의 위치가 매도인 및 매수인의 의무와 권리구제에 공통으로 적용되는 일반규정에 자리하고 있다는 점은 이러한 해석을 뒷받침하고 있다.³⁴⁾ 다시 말하여, 만일 제28조가 매수인의 이행청구에만 적용되는 것이라면 CISG상 동 조문의 편제는 Chapter II (Obligations of the Seller)의 Section III (Remedies for breach of contract by the seller)에 위치하고 있어야 할 것이다.³⁵⁾ 셋째, 이상의 논거에 더하여 CISG의 해석원칙

Convention, 4th ed., Kluwer Law International (2009), pp. 496-498; A. Kastely, op cit., pp. 634-635; F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 881; P. Huber and A. Mullis, op cit., p. 323; J. Koskinen, CISG, Specific Performance and Finnish Law, Private Law Publication Series B:47, Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Finland (1999), s. 2.2.3.1. Applicability of Article 28 (<http://www.law.utu.fi/tiedostot/xcisg/koskinen.pdf>); N. Boghossian, "A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer Law International (1999-2000), p. 34.

30) Yearbook Vol. V (1974), p. 33(No. 40).

31) Yearbook Vol. V (1974), p. 33(No. 50). 그들 비판의 핵심은 매수인의 주요의무는 대금지급에 있고 일부 국가의 국내법상 특정이행 관련 여러 제한 요소는 대금지급청구에 적용되지 않음에 있었다. Id., p. 33(No. 42).

32) Yearbook Vol. VI (1975), p. 79(Art. 16); Id., p. 81(Art. 42); Id., p. 101(No. 120 이하); Id., p. 105(No. 163).

33) Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat(이하 "Secretariat's Commentary"라 함), U.N. Doc. A/CONF.97/5(1979), Arts. 26(No. 3), 58(No. 6).

34) J. Honnold, op cit., p. 497.

35) Id.

은 기본적으로 CISG의 국제성(international character)에 바탕을 두어야 하며,³⁶⁾ 이에 기초한 CISG상 모든 조문의 해석은 특정 국가의 국내법의 전통에 따른 개념의 사용을 피하여야 할 것이다.³⁷⁾ 이는 결국 영미법계에서 말하는 특정이행의 개념, 즉 대금지급의무를 제외한 특정이행의 개념에 따라 CISG상 특정이행을 해석하여서는 안 됨을 의미한다.

이상 상반된 두 견해에 관하여 규정의 편제에 관한 입법역사와 이를 바탕으로 한 현재 동 규정의 위치는 제28조의 적용대상에 대금지급의무도 포함되는 견해가 보다 유력해 보이는 것이 현실인 듯하다. 그러나 논자는 이러한 견해도 다음의 내용에 대한 충분한 검토 없이는 그 타당성 확보가 어려울 것이라 사료된다. 우선 입법역사 측면에서 CISG의 입법초기 제28조의 제정은 그 주요 목적이 강제이행 명령의 권한이 없거나 강제이행을 구하는 절차 자체가 없는 아랍연합국과 사회주의국가의 의견을 반영하여 논의가 시작되었다.³⁸⁾ 이러한 점은 CISG 초안 제26조에 잘 반영되어 “unless it could do so”로 표현되어 있었다.³⁹⁾ 즉 이들 국가의 법원은 CISG 초안 제26조에 따라 특정이행을 명하는 판결을 할 의무가 없다. 그러나 이러한 초안에 대하여 영미법계는 비록 국내법에 강제이행 명령의 권한이 있거나 동 절차가 존재한다손 치더라도 그들 국내법상 유사한 매매계약에서 특정이행의 명령이 주어지는 경우를 제외하고는 법원이 특정이행을 명하는 판결을 할 의무가 없어야 함을 주장하였다.⁴⁰⁾ 결국 동 주장은 CISG 최종안에 반영되어 현재 “unless it would do so”에서 “unless it could do so”로 바뀌어 규정되어 있다. 이상 CISG 제28조가 제정된 입법역사는 동 조항의 주 대상이 되는 국가, 특히 영미법계를 위한 규정임을 말하고 있는 바, 그 목적은 그들의 특정이행 구제제도의 유지에 있고, 제28조의 대상은 그들에게도 없는 대금지급의무를 포함한 특정이행에 있지는

36) CISG Art. 7(1).

37) Id.; F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 881.

38) Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Second Session, 24 U.N. GAOR Supp. (No. 18) at 85, U.N. Doc. A/7618 (1969); Secretariat's Commentary, Art. 26(No. 3).

39) Secretariat's Commentary, O.R., Art. 26.

40) 동 주장은 영국과 미국측 대표에 의한 것으로 특정이행이 영미법계에서는 형평법상 예외적인 구제수단이며, 궁극적으로는 CISG의 발효에도 이를 유지하기 위한 주장이었다. A. Kastely, op cit., p. 626.

않았었을 것이다. 이는 곧 제28조상 특정이행이 대금지급의무를 포함한다는 견해에 의문을 남기고 있는 것이다.

한편 CISG상 모든 조문의 해석은 CISG의 국제성에 기초하여야 하고, CISG상 특정이행이라는 개념의 해석 또한 동 원칙에 따라야 한다는 견해는 충분한 설득력을 갖고 있는 것이 사실이다. 이는 특히 CISG가 서로 다른 법제를 통일한 국제적 협상의 산물이라는 점에서 CISG의 해석은 분명 국내법으로부터 독립된 해석이어야 하기에 더더욱 그러하다.⁴¹⁾ 그러나 국제성에 바탕을 둔 독립된 해석원칙도 CISG 조문의 실제 해석에 있어 간과할 수 없는 것이 해당 조문의 입법역사와 입법목적이다. 다시 말하여 CISG상 특정이행의 개념은 분명 국내법, 즉 영미법계에서 이야기 하는 특정이행의 개념과는 독립된 그런 해석이 이루어져야 하는 것은 분명하기는 하지만, 앞서 살펴본 제28조의 입법역사와 입법 목적을 고려하여 보면 이야기가 달라질 수 있는 것이다. 더군다나, 대금지급청구권에 대하여 제28조가 적용된다면 그 결과는 대금지급청구권 관련 강제이행 명령의 권한과 강제이행을 구하는 절차 자체의 유무를 떠나 그 행사 요건에 까지도 국내법으로의 회귀를 의미하는 바, 이는 거래 당사자로 하여금 대금지급청구권 관련 상당한 불확실성을 초래하게 된다.⁴²⁾ 이러한 결과가 과연 CISG의 입법 당시 모두가 의도한 결과이었었을 지에는 쉽게 수긍하기 어려울 것이다.

2. 손해경감의무

(1) 의의

CISG는 피해당사자로 하여금 이익의 상실을 포함하여 계약위반으로 인한 손실을 경감하기 위하여 사정에 따라 합리적인 취하여야 할 손해경감의 의무를 부과하고 있다.⁴³⁾ 이러한 손해경감의 의무를 이행하지 아니한 경우 위반당사자는 경감되었어야 했을 손실에 상당하는 손해에 대한 배상액의 감액을 청

41) P. Huber and A. Mullis, op cit., pp. 7-8.

42) 제28조가 이행청구권의 통일을 심각하게 저해하고, 피해당사자들의 이행청구권에 상당한 불확실성을 야기하고 있다는 견해에 관하여 A. Kastely, op cit., p. 627.

43) CISG Art. 77.

구할 수 있게 된다.⁴⁴⁾ 이러한 CISG의 규정은 합리적으로 방지 가능한 손해는 피해당사자가 경감해야 하며, 그러한 손해에 대한 피해당사자에 배상은 없다는 일반원칙에 기초하고 있다.⁴⁵⁾ 동 규정은 그 명시적 내용상 손해경감의무는 피해당사자의 손해배상청구에 국한하여 적용될 뿐이며 여타 구제제도와는 독립된 것이 사실이다. 즉 손해경감의무의 위반은 피해당사자의 손해배상청구에 제한을 둘 뿐이며, 여타 구제제도에 관한 권리행사에 제한을 두고 있지는 않다. 그러나 이러한 명시적 내용에도 불구하고 손해경감의무는 손해배상청구권을 제외한 여타 구제제도에도 적용될 수 있는지 여부에 대하여 의견이 대립되고 있다.

이 의견대립은 특히 CISG가 적용되는 제조물공급계약에서⁴⁶⁾ 매도인이 계약에 따른 물품의 제조를 시작하기 전이거나, 또는 그 제조의 완료 전 매수인이 계약의 이행을 거절한 경우 문제가 될 수 있다.⁴⁷⁾ 이 경우 매도인이 매수인의 계약이행 거절, 즉 주문한 물품이 더 이상 쓸모가 없어 미래 완성되는 물품의 수량을 거절할 것이라고 통지하였음에도, 매도인이 계약물품의 제조를 지속함과 동시에 물품의 수령 및 대금지급 등의 이행청구권을 행사할 수 있는지 여부가 관건이다. 물론 여기서 매도인의 이행청구권 행사 가능 여부에 앞서 손해경감의무의 성립 문제는 합리성 요건, 즉 매도인이 상황에 따라 손해경감을 했어야 하는 것이 합리적인지 여부에 달려 있다. 합리성 여부는 당사자간에 확립되어 있는 모든 관습 및 특정무역에 관련된 종류의 계약당사자에게 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되고 있는 관행을 고려하여 결정되어야 할 것이며,⁴⁸⁾ 또한 피해당사자가 처한 동일한 상황과 위치에서 합리적인 자가 취했었을 행위의 기준에서 판단하여야 할 것이다.⁴⁹⁾

44) Id.

45) J. Honnold, *op cit.*, p. 592.

46) CISG Art. 3(1).

47) 구체적인 사례로 J. Honnold, *op cit.*, p. 596-598(Examples 77C, 77D, 77E).

48) CISG Art. 9.

49) CISG Art. 8(2).

(2) 손해경감의무 vs. 이행청구권

손해경감의무가 이행청구권에도 적용되는지에 대한 의견은 크게 세 가지로 견해로 구분할 수 있는 바, 각 견해의 대립을 이하에서 살펴보도록 하자.

먼저 손해경감의무 관련 명시적 규정에도 불구하고 이행청구권을 포함한 여타 구제제도에도 적용되어야 한다는 견해이다.⁵⁰⁾ 이 견해에 따르면 매도인의 손해경감의무의 위반은 그의 이행청구권을 박탈하게 되는 결과를 낳는다고 한다. 그 논거는 손해경감의무 관련 규정의 입법역사가 손해배상청구권을 포함한 여타 구제제도에도 적용되는지 여부에 대하여 명료한 대답을 주지 않고 있음에 있다.⁵¹⁾ 즉, 입법역사에 기초한 법정책적 사항의 판단은 입법자들 사이에서 우세하게 이해되는 경우에 한하여 적용되어야 하는 것이 원칙이나, 동 규정에 관한 입법역사는 그러하지 못함을 말하고 있다고 한다. 1980년 외교회의에서 이 부분에 대한 논의가 이루어졌고,⁵²⁾ 손해배상청구권에 한하여 적용된다는 원안이 그대로 통과된 것이 사실이다. 그러나 외교회의의 각국의 대표들은 앞서 살펴 본 CISG가 적용되는 제조물공급계약의 사례에 대하여 충분한 의견 교환이 없었던 사실은 입법역사의 불명료성을 말하고 있다.⁵³⁾ 이러한 사실은 손해경감의무의 폭 넓은 적용에 제한이 있어서는 안 됨을 의미하는 것으로 해석하여야 하는 것이다. 결국 “손해경감원칙 vs 이행청구권”의 우선 원칙이 충돌하는 구체적인 사례의 문제는 법원의 개별 결정 사항으로 남기는 것이 타당하다.⁵⁴⁾

한편 이 견해에 따르면 손해경감의무 또는 이행청구권이 우선해야 하는지에

50) J. Honnold, *op cit.*, pp. 598-600; O. Lando, in C. Bianca & M. Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law*, Mailand: Giuffre (1987), p. 238; V. Knapp, in C. Bianca & M. Bonell (ed.), *op cit.*, 566; F. Enderlein & D. Maskow, *International Sales Law*, N.Y.: Oceana (1992), p. 122.

51) J. Honnold, *op cit.*, pp. 598-600.

52) 미국측 대표의 제안으로 이루어진 논의는 제77조 2문의 말미에 “or a corresponding modification or adjustment of any other remedy”을 추가하여 동 조문이 손해배상청구권 외의 여타 구제제도에도 적용할 것인지 여부에 관한 것이었다. *Official Records: UN Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 10 March-11 April 1980, *Official Records*, E.81.IV.3, New York: United Nations (1981), pp. 133, 396-398.

53) *Id.*

54) *Id.*

대한 두 원칙이 상호충돌하기에, 이러한 문제의 해결을 위해 개별 사건의 정황에 따라 두 원칙을 비교·형량하여 다른 원칙에 최소로 반하는 해법을 찾아야 한다고 한다.⁵⁵⁾ 결국 상기 제조물공급계약의 경우 손해경감의무 관련 규정은 이행청구권 관련 일반 규정에 대한 특별 규정으로 해석(*lex specialis*)하여야 하며, 이에 따라 매도인의 손해경감의무의 불이행은 그로 하여금 이행청구권을 제한하게 되는 것이다.⁵⁶⁾

두 번째 견해는 손해경감의무는 손해배상청구권을 제외한 여타 구제제도에 적용이 허용되어서는 안 된다는 주장으로 그 내용은 다음과 같다.⁵⁷⁾ 이 견해에 따르면 매도인의 손해경감의무의 위반으로 그의 이행청구권을 박탈할 수 없고, 비록 매도인의 손해경감의무 이행 여부와 무관하게 대금지급청구 및 물품수령청구가 가능하게 된다.

이 견해의 근거는 다음의 내용에 기초하고 있다. 첫째, CISG 제77조 2문은 손해경감의무의 적용을 손해배상청구로 국한하여 명시하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 명시적 규정에 따라 손해경감의무는 피해당사자가 손해배상을 청구하는 경우에 한하여 적용되는 것이지, 여타 구제제도를 원용하는 경우에 적용되는 것은 아니다.

둘째, 매도인의 구제제도 일반을 다루는 대표 규정에서 매도인의 손해배상청구권과 이행청구권을 포함한 여타 구제제도를 구분하여 규정하고 있으며, 손해경감의무 관련 규정은 “손해배상(damages)”이라 명칭 지워진 절에 위치하고 있다.⁵⁹⁾ 이러한 손해경감의무관련 규정의 CISG내 위치는 손해경감의무를 손해배상에 국한하여 적용토록 하는 근거가 되고 있다.

55) Id.

56) Id.

57) E. Farnsworth, op cit., p. 250; G. Treitel, Remedies for Breach of Contract, Oxford: Clarendon (1988), p. 181; F. Enderlein & D. Maskow, op cit., p. 308; A. Kastely, op cit., pp. 621-625; J. Ziegel, "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", in: N. Galston & H. Smit (ed.), International Sales, N.Y.: Matthew Bender (1984), p. 9-41; Secretariat's Commentary, O.R., p. 61, Art. 73, No. 3.

58) A. Kastely, op cit., p. 622.

59) A. Kastely, op cit., p. 622; J. Ziegel, op cit., p. 9-41-9-42; P. Winship, Articles 66-77, in F. Ferrari et al., op cit., p. 804.

셋째, CISG의 전신이라 할 수 있는 ULIS art. 61(2)상 매도인이 관행과 일치하면서 합리적으로 물품의 재판매가 가능한 경우 매도인의 대금지급청구는 허용되지 않는다는 규정이 CISG 최종규정에서 삭제되었다.⁶⁰⁾ 동 규정의 누락은 우연이 아니었으며,⁶¹⁾ 만일 동 규정이 유지되었더라면 손해경감의무는 매도인의 손해배상청구권 외에 이행청구권에도 적용되었을 수 있었을 것이나, 현실은 그러하지 않았다.⁶²⁾

마지막으로, 손해경감의무가 피해당사자의 손해배상 뿐 만이 아닌 여타 구제제도의 제한에 적용되어야 한다는 미국 측의 제안이 외교회의에서 받아들여지지 않았다.⁶³⁾ 미국측 제안에 대한 표결의 결과 5명의 찬성⁶⁴⁾, 3명의 반대,⁶⁵⁾ 나머지 8명은 제안의 문구 중 “any other remedy”의 모호성에 우려 표명으로 부결되었다.⁶⁶⁾ 또한 이러한 모호성을 해결하기 위한 초안단을 구성하는 제안도 또한 24:8의 표결로 부결되었다.⁶⁷⁾

세 번째 견해는 상기 두 견해에 대한 절충적인 성격의 것으로 볼 수 있다. 이 견해에 따르면 기본적으로 피해당사자에 의한 계약해제 및 손해배상청구가 가해당사자에 선호되고, 그에게 덜 부담스러운 구제제도일지라도 이에 무관하게 피해당사자는 위반당사자를 상대로 이행청구권의 행사가 가능하다.⁶⁸⁾ 즉,

60) E. Farnsworth, *op cit.*, p. 250; A. Kastely, *op cit.*, p. 623; J. Ziegel, "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", in: N. Galston & H. Smit (ed.), *op cit.*, p. 9-42; G. Treitel, *op cit.*, p. 181; J. Shen, "The Remedy of Requiring Performance under the CISG and the Relevance of Domestic Rules", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 13 (1996), pp. 265-266.

61) 대표간의 표결 결과 34:7의 압도적인 반대로 동 규정의 내용이 삭제되기에 이르렀다. *Official Records*, *op cit.*, pp. 82, 113.

62) E. Farnsworth, *op cit.*, p. 250.

63) A. Kastely, *op cit.*, pp. 624; J. Ziegel, "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", in: N. Galston & H. Smit (ed.), *op cit.*, p. 9-42.

64) 미국, 영국, 아일랜드, 호주, 네덜란드.

65) 캐나다, 스웨덴, 멕시코.

66) *Official Records*, *op cit.*, pp. 113, 396-397.

67) *Id.*

68) H. Stoll, in: P. Schlechtriem (ed.), (Eng. trans. by G. Thomas), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2nd ed., Oxford: Clarendon

위반당사자를 구제하기 위해 피해당사자에게 그의 이행청구권을 포기하도록 하는 간접의무 조차도 부과되어서는 안 된다.⁶⁹⁾ 그러나 손해경감의무는 신의 성실원칙에 기초하고 있으며, 예외적인 경우에 한하여 위반당사자인 매수인의 손해를 경감시키기 위해 매도인의 이행청구권을 제한 할 수 있다고 한다.⁷⁰⁾ 예외적인 경우의 판단은 개별 사안에 따라 달라질 수 있으며, 양 당사자의 충돌되는 이익의 균형을 맞추는 차원에서 이루어져야 한다.⁷¹⁾ 가령 피해당사자가 합리적인 이유 없이 내지 위반당사자의 비용으로 투기하면서 계약해제 및 손해배상청구를 지연하는 경우에 그의 이행청구권은 제한 받을 수 있다.⁷²⁾ 그러나 여기서 유의할 점은 매도인의 이행청구권 제한의 의미는 이행청구권을 박탈하는 것으로 해석되어서는 안 되며, 손해경감의무와 이행청구권이 상호 양립이 가능하다는 점이다. 이러한 상호 양립의 의미는 손해경감의무의 이행을 위하여 매도인이 합의된 계약내용의 이행을 중단하는 경우에도 그의 대금지급 청구권은 유지될 수 있다는 것이다. 다만 매도인이 청구하는 대금에서 계약을 이행하지 않음으로 얻게 되거나 또는 유희제조설비(resultant free capacity)를 다른 목적으로 사용했다라면 합리적으로 얻었었을 수 있을 이득을 공제하여야 한다.⁷³⁾ 이 주장에 따르면 기본적으로 손해경감의무를 간접의무가 아닌 그 위반 시 손해배상청구가 가능한 적극적 의무로 간주하고,⁷⁴⁾ 이에 따라 매수인은 매도인의 대금지급청구에 대해 매도인의 손해경감의무 위반을 근거로 상계 내지 반소를 제기할 수 있게 된다.⁷⁵⁾

(1997), p. 587; J. Koskinen, op cit., s. 2.3.3.

69) Id. 다시 말해, 피해당사자의 이행청구권의 주장은 비록 그가 추후에 계약을 해제하고 손해배상을 청구한다손 치더라도 손해경감의무 위반으로 비난받아서는 안 된다. J. Hellner, "The UN Convention on International Sales of Goods – An Outsider's View", in *Ius Inter Nationes: Festschrift für Stefan Riesenfeld* (1983), p. 98.

70) H. Stoll, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(2nd ed.), p. 586.

71) H. Stoll, in: P. Schlechtriem op cit.(2nd ed.), pp. 586, 589.

72) H. Stoll, in: P. Schlechtriem op cit.(2nd ed.), p. 589; I. Schwenzer, in: P. Schlechtriem op cit.(3rd ed.), p. 1044; J. Koskinen, op cit., s. 2.3.3.

73) H. Stoll, in: P. Schlechtriem op cit.(2nd ed.), p. 588; I. Schwenzer, in: P. Schlechtriem op cit.(3rd ed.), p. 1044.

74) J. Hellner, op cit., p. 99.

75) P. Schlechtriem & P. Butler, *UN Law on International Sales: the UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin: Springer (2009), p. 236; F. Mohs, in:

이상 상반된 세 견해를 살펴 본 결과 그 논리성에 비추어 두 번째 견해가 가장 설득력을 얻고 있는 것이 사실이다. 첫 번째 견해의 문제점은 두 번째 견해에서 언급하고 있는 바와 같이 손해경감의무는 손해배상을 제외한 다른 구제제도에 적용되지 않음이 그 입법역사에서 명백하게 드러나 있다는 점이다. 또한 손해경감의무 관련 규정이 이행청구권 관련 규정의 특별규정으로 해석되어야 하며 상호 충돌되는 범위 내에서 전자의 규정이 우선 적용되어야 한다고 하고 있으나, 문제는 특별규정으로 해석한다는 가정이 사실일지라도 이는 손해경감의무 규정의 명시적 내용상 손해배상으로 국한된다는 내용을 올바르게 설명하지 못하고 있다.

한편 세 번째 견해에 관련하여 동 견해는 상반된 두 원칙, 즉 손해경감의무의 우선 원칙과 이행청구권 우선 원칙이 상호 양립할 수 있다는 논리전개에서 높은 평가를 받을 수 있을 것이다. 그러나 손해경감의무는 동 규정의 내용과 위치상 그 위반 시 상대방에게 손해배상청구권을 부여할 수 있는 적극적의무로 해석이 사실상 불가한 것이 사실이다.⁷⁶⁾ 이러한 점은 동 주장을 펼치는 학자들 스스로가 인정하는 바이기도 하다.⁷⁷⁾

마지막으로 두 번째 견해는 입법역사, 해당 조문의 명시성 및 CISG 규정의 편제 등의 관점에서 가장 설득력을 갖고 있는 것이 사실이다. 그러나 두 번째 견해에서 언급하고 있는 제조물공급계약의 사례에서 나타나는 불합리성을 극복하지 못하고 있는 문제점을 지니고 있다. 이러한 문제는 손해경감의무 관련 규정과는 무관하게 CISG상 신의성실의 원칙에 따라 해결하여야 할 것이다.⁷⁸⁾ 물론 CISG상 신의성실의 원칙은 CISG상 관련 조문의 위치와 그 내용상 당사자들의 계약상 의무로 인정하는데 문제가 있을 수 있으나,⁷⁹⁾ 매도인의 이행청구권 행사가 신의성실 원칙에 반하는, 예를 들어 매수인을 당황케 할 목적으로 이행청구권을 행사하거나 매수인에 특별히 부담되도록 그의 비용으로 투기

P. Schlechtriem op cit.(3rd ed.), p. 882.

76) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사 (2010), p. 294.

77) H. Stoll, in: P. Schlechtriem op cit.(2nd ed.), p. 586; I. Schwenzer, in: P. Schlechtriem op cit.(3rd ed.), p. 1043.

78) CISG Art. 7. Cf. G. Hager, in: P. Schlechtriem op cit.(2nd ed.), p. 485; A. Kastely, op cit., pp. 619-621.

79) 동 규정은 CISG의 해석원칙의 일부로 인정되고 있다.

할 목적으로 이행청구권을 행사하는 등의 경우라면 동 청구권은 제한을 받게 되는 것이다. 그러나 이러한 해결책은 상기 첫 번째나 세 번째 견해에 비해 상대적으로 이행청구권 제한의 폭이 상당히 좁게 해석될 것이다.⁸⁰⁾ 결국 계약 당사자는 손해경감의무에 기초한 이행청구권의 제한을 위해서 그들의 계약조항에 이를 명시적으로 언급할 필요가 있을 것이다.⁸¹⁾

3. 대체매각

CISG는 제85조에 따라 물품을 보존하여야 할 의무가 있는 매도인은 물품이 급속히 저하(deterioration)되기 쉬운 것이거나 또는 그 보존에 불합리한 비용이 요구되는 경우 이를 매각하기 위한 합리적인 조치를 취하여야 함을 규정하고 있다.⁸²⁾ 이러한 매도인의 대체매각 의무의 성립을 위해서 다음의 요건을 충족 시켜야 한다.

첫째, 매도인은 “제85조에 따라 물품을 보존하여야 할 의무”가 있어야 한다. 동 의무의 발생은 매수인이 물품의 인도수령을 지체한 경우에, 또는 대금의 지급과 물품의 인도가 동시에 이행되어야 하는 때에 매수인이 그 대금을 지급하지 아니하고 매도인이 물품을 점유하고 있거나 또는 기타의 방법으로 그 처분을 지배할 수 있는 경우에 해당한다 할 수 있다.⁸³⁾

둘째, 물품이 급속히 저하되기 쉬운 것이거나 또는 그 보존에 불합리한 비용이 요구되는 경우이어야 한다. 물품이 급속히 저하되기 쉬운 경우는 주로

80) Cf. 신의성실 원칙의 제한된 해석에 관하여 J. Koskinen, *op cit.*, s. 2.3.2.

81) 동 계약조항의 예시로 “A party who suffers loss as a result of a failure to perform by the other party must take all measures which he can reasonably be expected to take to mitigate the loss. If he fails to take those measures, compensation or other remedies are not recoverable for any loss which could have been prevented by those measures. If he takes those measures, he is, subject to limitations on recovery contained in this contract, entitled to recover compensation for the full extent of his loss, including costs reasonably incurred by him in taking those measures, even if those measures were not successful in mitigating the loss.”. A. Kritzer, *op cit.*, p. 614.

82) CISG Art. 88(2).

83) CISG Art. 85.

과일 내지 곡물류 등과 같은 변질성 물품(perishable goods)의 경우가 대부분 일 것이다. 그러나 변질성 물품이 모두 해당되는 것은 아니며, 동 물품이 저렴한 비용으로 냉동보관이 가능하며 그로 인하여 품질에 심각한 영향을 미치는 경우라면 예외가 인정될 것이다.⁸⁴⁾ 여기서 물품의 급속한 저하의 의미가 경제적 가치의 저하를 포함하는지에 대하여 그 견해가 나뉘고 있다.⁸⁵⁾ 그러나 제 88조의 입법역사에서 살펴볼 수 있듯이 초안에 있었던 "subject to loss or deterioration"에서 "loss"의 삭제는 경제적 가치의 손실분을 제외시키고자하는 의도였음이 명백함으로 물품의 저하의 의미는 물품의 물리적 저하에 국한하여 해석하여야 할 것이다.⁸⁶⁾ 그리고 불합리한 비용 발생의 경우는 개별 사안에 따라 결정되어야 하며, 통상적으로 보존비용이 물품의 가치를 초과하거나 재매각으로부터 발생하는 손실분을 초과하는 경우가 이에 해당한다.⁸⁷⁾

셋째, 가능한 경우 매수인에게 그 매각의 의도에 관한 합리적인 통지가 있어야 한다.⁸⁸⁾ 이러한 통지요건은 가능한 경우에 한함을 유의하여야 할 것이며, 가능한 경우의 판단은 개별 사안에 따라 다를 수 있으나, 물품의 급속한 저하나 그 보존에 불합리한 비용 발생을 회피할 수 있을 만큼의 통지를 위한 충분한 시간적인 여유가 있었는지 여부에 따라 결정될 것이다.⁸⁹⁾ 이러한 통지의 전달과정상의 위험은 매수인에게 있기에 매수인에게 꼭 도달해야 하는 요건을 부과하고 있는 것은 아니다.⁹⁰⁾

이상 대체매각의무에 따른 매도인의 이행청구권의 제한은 물품수령청구권에 국한된다. 이는 매도인에 의한 재매각이 매수인을 대신하여 이루어지는 것이기 때문이다.⁹¹⁾ 따라서 매도인의 재매각은 그의 대금지급청구와는 무관하며, 이때

84) G. Bacher, in: P. Schlechtriem op cit.(3rd ed.), p. 1166.

85) 급속한 저하의 의미를 폭넓게 해석하여 경제적 가치의 저하를 포함하여야 한다는 견해에 관하여 J. Graf, in C. Bianca & M. Bonell (ed.), op cit., p. 630. 경제적 가치의 저하는 제외되어야 한다는 견해에 관하여 G. Bacher, in: P. Schlechtriem op cit.(3rd ed.), p. 1166; H. Strohbach, in: F. Enderlein & D. Maskow, op cit., p. 362.

86) Secretariat's Commentary, O.R., p. 63, Art. 77, No. 5, 6.

87) G. Bacher, in: P. Schlechtriem op cit.(3rd ed.), p. 1167.

88) CISG Art. 88(2).

89) G. Bacher, in: P. Schlechtriem op cit.(3rd ed.), p. 1167.

90) CISG Art. 27.

91) CISG Art. 88(3).

그에 의한 대금지급의 청구는 계약가와 재매각가의 차액에 한하여 가능할 것이다.⁹²⁾ 한편 매도인의 재매각과 함께 매수인은 물품수령의무로부터 해방된다.

4. 모순된 구제제도

CISG상 매도인의 이행청구권은 그와 모순된 구제제도를 구하는 경우 매도인은 동 청구권을 상실하게 된다.⁹³⁾ 모순된 구제제도의 내용으로 먼저 계약해제권이 있을 수 있다. 지극히 당연한 것으로 매도인은 계약해제권을 행사함과 동시에 매수인을 상대로 계약의 이행을 청구할 수는 없을 것이다.⁹⁴⁾

둘째로, 손해배상청구권이 있을 수 있다.⁹⁵⁾ 그러나 이 경우 이행이익(performance interest)에 해당하는 손해배상청구에 국한한다.⁹⁶⁾ 따라서 매도인은 이행청구와 함께 이행이익을 제외한 손해배상 청구는 가능할 것이다.⁹⁷⁾

셋째로, 매도인의 추가이행기간지정권은 그의 이행청구권을 제한 할 수 있다.⁹⁸⁾ 두 구제제도 모두 매수인의 이행을 청구한다는 점에서 유사한 점이 있으나, 전자는 매수인으로 하여금 매도인에 의해 지정된 기간 내에 자발적으로 이행을 할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 따라서 매도인은 일단 추가이행기간지정권을 행사한 경우는 그가 지정한 기간이내에 다른 어떤 모순된 구제수단을 원용할 수 없다.⁹⁹⁾ 그러나 동 기간이 만료되어도 매수인이 이행을 하지 않았거나, 또는 매수인이 동 기간 내 이행을 거절한다는 통지를 매도인이 수령한 경우 그의 이행청구권 행사는 다시 가능해진다.¹⁰⁰⁾

92) F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 883.

93) CISG Art. 62.

94) V. Knapp, in C. Bianca & M. Bonell (ed.), op cit., 454; F. Enderlein & D. Maskow, op cit., p. 236; F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 879; A. Kastely, op cit., p. 617; Secretariat's Commentary, O.R., p. 63, Art. 58, No. 10; J. Koskinen, op cit., s. 2.2.3; J. Shen, op cit., p. 276.

95) F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 879.

96) Id.

97) CISG Art. 61(2).

98) F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 879; J. Koskinen, op cit., s. 2.2.3; V. Knapp, in C. Bianca & M. Bonell (ed.), op cit., 454.

99) CISG Art. 63(2).

넷째로, 매도인의 물품명세 확정권이다.¹⁰¹⁾ 계약상 매수인이 물품의 형태, 용적 또는 기타의 특징을 지정하기로 되어 있을 경우에 만약 매수인이 합의된 기일 또는 매도인으로부터의 요구를 수령한 후 상당한 기간 내에 그 물품명세를 확정하지 아니한 때에는, 매도인은 매도인에게 알려진 매수인의 요구조건에 따라 스스로 물품명세를 확정할 수 있다.¹⁰²⁾ 이러한 물품명세확정권을 매도인이 행사하여 동 명세가 구속력을 지니게 된 후 매도인은 매수인으로 하여금 물품명세를 확정하라는 청구를 할 수 없게 된다.¹⁰³⁾

다섯째로, 매도인의 재판매권이¹⁰⁴⁾ 그의 이행청구권을 제한할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 그러나 여기서 유의할 것은 매도인의 이행청구권의 제한은 매도인의 물품수령 의무에 한하여 적용된다. 한편 매수인의 대금지급의무에 관하여 매도인에 의한 대금지급의 청구는 계약가와 재매각가의 차액에 한하여 가능할 것이다.¹⁰⁶⁾

IV. 결 론

이상에서 본 논문은 그 연구목적에 따라 먼저 CISG상 매도인의 이행청구권에 관련한 구체적 내용을 매도인의 이행청구권의 의의, 이행청구의 대상, 이행청구권의 제한으로 나누어 살펴보았다. 그리고 이러한 내용의 검토를 통해 드러나는 관련조문 해석상의 문제점들을 지적하고 이에 대한 사견을 피력하였다. 이에 여기서는 앞서 드러난 주요 문제점을 정리하고, 그러한 문제점들에 비추어 CISG의 적용 시 실무가들이 그들의 영업에 있어 유의할 점이 무엇인가를 결론에 같음하여 지적하여 보고자 한다.

먼저 대금지급청구권 관련하여 제28조가 제한요소로서 적용가능한지 여부에

100) V. Knapp, in: C. Bianca & M. Bonell (ed.), op cit., 454.

101) F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 880.

102) CISG Art. 65(1).

103) V. Knapp, in: C. Bianca & M. Bonell (ed.), op cit., 454; F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 880.

104) CISG Art. 88(1).

105) F. Mohs, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 880.

106) Id.

관한 문제이다. 이 문제의 핵심은 ‘특정이행(specific performance)’이라는 개념, 제28조의 CISG상 편제, 입법역사 및 입법목적에 대한 견해의 차이에서 비롯된다 할 수 있다. 논자는 이 부분과 관련하여 규정의 편제에 관한 입법역사와 이에 근거한 현재 제28조의 위치는 동 규정이 대금지급의무도 포함하고 있다는 견해가 유력함을 인정하면서도 다음의 의문점을 제기하고 있다. 국제성 원칙에 따른 CISG의 해석원칙이 폭 넓게 인정되어야 하고, 따라서 특정 국내법에 기초한 특정이행의 해석은 지양해야 하는 것은 충분히 설득력이 있다. 그러나 그러한 해석도 해당 규정의 입법역사와 입법 목적을 고려하여야 할 것이며, 따라서 제28조가 주로 영미법계를 위한 규정임이 명백하므로 그에 따른 해석이 올바른 것이 아닌가 생각된다. 이에 덧붙여, 제28조가 대금지급청구권에도 적용된다는 것의 의미는 결국 그 만큼의 국내법으로의 회귀를 의미하는 바, 이는 거래당사자에게 더 많은 법적 불확실성을 초래하게 될 수 있다. 이상 제28조가 대금지급청구권에도 적용되는 지 여부에 관한 문제를 접하는 실무가들은 이에 대비하여 그들의 계약조항에 그 적용가능성에 관하여 명시적 규정을 준비할 필요가 있을 것이다. 그러나 문제는 그 방법론으로서 제28조의 적용배제를 통해 국내법으로 회귀하지 않고 CISG 안에 남는 방법을 생각해 볼 수 있지만 그러한 적용배제 규정이 유효한지에 대해서 학자들 간에 의견이 나뉘고 있다는 사실이다.¹⁰⁷⁾ 이를 극복하는 방법은 당사자들간의 합의에 의해 대금지급청구에 우호적인 법원을 지정하는 것을 생각해 볼 수 있을 것이다.¹⁰⁸⁾

한편 또 다른 CISG상 매도인의 이행청구권 관련 규정의 해석상의 문제는 손해경감의무가 이행청구권에도 적용되는지 여부에서 찾을 수 있었다. 이와 관련하여 논자는 학자들의 견해를 크게 세 가지로 구분하여 살펴보았으며, 그 결과 입법역사, 해당 조문의 명시성 및 CISG 규정의 편제 등의 관점에서 손해경감의무는 이행청구권에 적용될 수 없다는 견해가 가장 유력한 견해임을 피력하였다. 그러나 이 견해의 문제라면 상기 언급된 제조물공급계약에서 기회주의적으로 이행청구권을 고집하는 매도인에 대한 해결책이 불분명한 점이 문

107) 무효라는 견해에 관하여 M. Müller-Chen, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 470; P. Huber & A. Mullis, op cit., p. 190. 유효라는 견해에 관하여 O. Lando, in C. Bianca & M. Bonell (ed.), op cit., 239; A. Kastely, op cit., pp. 642, 643.

108) Cf. M. Müller-Chen, in: P. Schlechtriem (ed.), op cit.(3rd ed.), p. 470.

제로 지적되었다. 이에 대해 논자는 손해경감의무 관련 규정과는 무관하게 CISG상 신의성실의 원칙에 따라 이행청구권을 제한하여야 할 것이라 제안하였다. 그러나 동 원칙의 적용범위는 상대적으로 좁을 수밖에 없어 무역거래의 실무자들은 손해경감의무의 위반 시 이행청구권은 제한 받게 된다는 별도의 계약조항을 준비하여 두는 것이 바람직 할 것이다.

참 고 문 헌

- 김영두, “이행청구권에 대한 비교법적 검토”, 연세법학, 제2권 14호, 2003. 2.
- 박영복, “현대 계약법상의 이행청구권, 법학연구”, 제15권 1호, 2004.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- 이병문, “이행청구권에 관한 비교법적 연구”, 비교사법, 제14권 3호(통권 38호), 2007. 9.
- 이병문, “SGA개정안과 CISG의 비교연구”, 무역상무연구, 제20권, 2003, 8.
- Bianca, C.& Bonell, M. (ed.), Commentary on the International Sales Law, Mailand: Giuffre (1987).
- Boghossian, N., "A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer Law International (1999-2000).
- Bortolotti, F., "Remedies Available to the Seller and the Seller's Right to Require Specific Performance (Articles 61, 62 and 28)", Journal of Law and Commerce, Vol. 25, 2005-06.
- Enderlein, F. & Maskow, D., International Sales Law, N.Y.: Oceana (1992).
- Farnsworth, E., "Damages and Specific Relief", American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979.
- Ferrari, F. et al., The Draft UNICITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, Munich: Sellier European Law Publishers (2004).
- Galston, N.& Smit, H. (ed.), International Sales, N.Y.: Matthew Bender (1984).
- Hellner, J., "The UN Convention on International Sales of Goods - An Outsider's View", in Ius Inter Nationes: Festschrift für Stefan Riesenfeld (1983).
- Herman, S., "Specific Performance: a Comparative Analysis", Edinburgh Law Review, Vol. 7(2), 2003.

- Honnold, J., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., Kluwer Law International (2009).
- Huber, P. & Mullis, A., *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Munich: Sellier.European Law Publishers (2007).
- Kastely, A., "The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention", *Washington Law Review*, Vol. 63 (1988).
- Koskinen, J., *CISG, Specific Performance and Finnish Law*, Private Law Publication Series B:47, Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Finland (1999):
<http://www.law.utu.fi/tiedostot/xcisg/koskinen.pdf>.
- Kritzer A., and et al., *International Contract Manual, Volume 5*, Eagan(MN): Tomson Reuters (May 2011).
- Kritzer A., *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer: Kluwer Law and Taxation (1994).
- Šarčević, P. & Volken, P. (eds.), *International Sale of Goods Revisited*, London: Kluwer (2001).
- Schlechtriem, P. (ed.), (Eng. trans. by G. Thomas), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2nd ed., Oxford: Clarendon (1997).
- Schlechtriem, P., & Butler, P., *UN Law on International Sales: the UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin: Springer (2009).
- Schlechtriem, P. (ed.), (Eng. trans. by Thomas), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3rd ed., Oxford: Clarendon (2010).
- Shen, J., "The Remedy of Requiring Performance under the CISG and the Relevance of Domestic Rules", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 13 (1996).
- Treitel, G., *Remedies for Breach of Contract*, Oxford: Clarendon (1988).

- Ziegel, J., "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Toronto (1981): <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/articles/english2.html>
- Zweigert, K., and Kötz, H., translated by T. Weir, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press (1998).
- Official Records: UN Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March–11 April 1980, *Official Records*, E.81.IV.3, New York: United Nations (1981).
- Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Second Session, 24 U.N. GAOR Supp. (No. 18), U.N. Doc. A/7618 (1969).

ABSTRACT

A Study on the Seller's Right to Require the Buyer to Perform the Contract under the CISG

Lee, Byung Mun

This study primarily concerns the seller's right to require performance under the United Nations Convention on International Sale of Goods(1980) (*here-in-after* the CISG). By virtue of art. 62 of the CISG, the seller may require to pay the purchase price, take delivery or perform his other obligations. The right is known as a process whereby the aggrieved seller obtains as nearly as possible the actual subject-matter of his bargain, as opposed to compensation in money for failing to obtain it. The study describes and analyzes the provisions of the CISG as to the seller's right to require performance, focusing on the questions of what the seller can require the buyer to perform, and what the restrictions of his right to require performance are. It particularly deals with main controversial issues among scholars as to whether art. 28 of the CISG is applied to the seller's action for the price and so that it opens the door domestic traditions and national preconditions that prevent judges and enforcement authorities in some contracting states, and whether the seller's to require performance is subject to the duty to mitigate loss within the meaning of art. 77 of the CISG. On the basis of the analysis, the study puts forward the author's arguments criticizing various the existing scholars' views. In addition, this study provides legal and practical advice to the contracting parties when it is expected that the CISG is applicable as the governing law.

Key Words : CISG, Right to Require Performance, Action for the Price, Action for Taking Delivery, Sale of Goods, Seller's Remedies
