

무역상무연구
제71권
2016. 8, pp. 1~36.

논문접수일 2016. 08. 10.
심사완료일 2016. 08. 25.
게재확정일 2016. 08. 26.

국제물품매매계약상 특정이행에 관한 법적 쟁점 - CISG 제28조의 해석과 적용을 중심으로 -

김 영 주*

-
- I. 서 론
 - II. CISG 제28조 적용요건상의 쟁점
 - III. CISG 제28조 관련사례 분석
 - IV. CISG 제28조의 쟁점사항 검토
 - V. 결 론
-

주제어 : 국제물품매매계약, 특정이행, 손해배상, 계약위반, 이행청구권, 물품인도청구,
대금지급청구, 자국법

I. 서 론

채무의 이행을 법률적으로 확보하는 것은 ‘책임’이다.¹⁾ 따라서 일방의 채무불이행이 발생하는 경우 현실적으로 문제가 되는 것은 책임을 실현하는 ‘방법’이다. 채무자의 인격책임을 인정하던 고대에는 매매계약의 당사자가 채무를 불이행한 경우 원칙적으로 직접적인 이행강제를 실현하는 방향으로 제도화되어 있었다.²⁾ 근대

* 대구대학교 무역학과 조교수, e-Mail : yjkim0323@naver.com

1) 광운직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2009, p. 106.

2) 초·중기 로마법의 경우에는(서기 100년대) 계약위반의 구제수단으로 금전배상이 기본이었다. 그러나 후기 로마법 시대로 들어오면서, 소송법과 집행법상 급부의 현실이행을 인정하는

2 무역상무연구 제7권 (2016. 8)

법 시대로 들어오면서 이와 같은 가혹한 인격책임(대인집행주의)은 법률의식에 배치되는 것으로 자각되어 점차 재산책임(대물집행주의) 사상이 발전하게 되었다. 동시에 채권자는 오직 채무자의 재산으로 손해배상을 받을 수 있을 뿐이라는 법문화가 주류를 형성하게 되었다. 그러나 극단적인 재산책임 역시 채권의 효력을 너무 약화시키는 면이 없잖아 있었으며, 근대적인 법률거래의 수요에 적합하지 않은 상황도 다수 발생하였다. 이에 프랑스민법과 독일민법을 위시한 근대 대륙법계 법제들은 채권자가 그의 실력으로 자력구제를 하는 것은 금하되, 채권을 권리로써 보호하기 위하여 손해배상 외에 채무 그 자체의 이행을 청구할 수 있도록 하는 강제이행제도를 마련한 것이다.³⁾

대륙법계 국가에서 인정되는 ‘강제이행’이란, 채무자가 채무의 이행이 가능함에도 불구하고 자발적으로 이행하지 않는 경우, 국가권력에 의하여 강제적으로 채권의 내용인 급부를 실현하게 하는 제도이다.⁴⁾ 예컨대, 프랑스, 독일, 이탈리아, 스페인 등 대륙법계의 민법에서는 ‘현실적 이행청구’를 계약위반에 대한 1차적인 구제방법으로서 명시하고 있다.⁵⁾ 나아가 현실적 이행의 실효성 담보를 위해 구체적인 이행강제의 절차들 또한 마련해 두고 있다.⁶⁾

반면에 영미법계의 경우 계약위반에 대한 원칙적인 구제수단은 손해배상(damages)이다. 강제이행은 예외적인 경우에 한하여 에퀴티(equity)상 인정되는 제도로서, 영미에서는 이를 specific performance, ‘특정이행’이라고 부른다.⁷⁾ 영미의 특정이행은 당사자간 계약의 이행을 법원의 ‘명령’이라는 형태로 강제하는 것인데, 이는 에퀴티 법원의 명령 위반에 대해 벌금이나 투옥 등의 방식을 통해 법정모독죄를 처벌하였던 법원의 전통적인 권한에서 유래한다.⁸⁾

계약위반의 구제방법으로서 강제이행이 갖는 지위는 대륙법계와 영미법계가 상

시각이 반영되었다. 예를 들어, 급부이행을 강제하기 위하여 채무자의 재산을 채권자에게 귀속시키거나 현물적 이행이 불가능한 채무자가 채권자에게 인도되어 신체의 속박을 당하거나 노예로 전락하는 경우도 있었다(John P. Dawson, “Specific Performance in France and Germany,” *Michigan Law Review*, Vol. 57, Issue 4, 1959, pp. 496~500).

3) 지원림, “제389조”, *주석민법 - 채권총칙* (1)(김용담 (대표집필)), 제4판, 한국사법행정학회, 2013, p. 577 [이하 ‘주석민법’으로 인용].

4) 강제이행은 임의이행에 대응되는 용어로서 ‘현실적 이행의 강제’라고도 일컫는다(곽윤직, *전게서*(주1), p. 107). 즉, 강제이행은 ‘현실이행’이라는 시각에서 프랑스에서는 ‘l'exécution en nature’라 하고, 독일에서는 ‘Erfüllung in Natur’라는 용어를 사용한다.

5) Hugh Beale *et al.*, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2nd ed., Hart Pub., 2010, p. 840.

6) 다만 우리 민법상 강제이행제도는 독일 민법과는 달리 손해배상과 그 청구에 있어 서로 영향을 받지 않는다. 즉, 손해배상과 강제이행은 별개의 효력이며, 각각 독립적으로 운용되어 한 쪽의 청구가 다른 쪽의 청구를 방해할 수 없도록 하고 있다(민법 제389조 제4항).

7) Specific performance는 우리 민법상의 법률용어로 번역하면 강제이행에 해당한다.

8) Joseph M. Perillo, *Calamari & Perillo on Contracts*, 6th ed., Thomson/West, 2009, p. 551.

이하므로, 국제물품매매계약과 같은 국제거래의 경우에는 계약의 이행집행의 실질적인 방식이 중요한 문제로 제기될 수 있다. 대륙법계와 영미법계의 시각을 어떻게 조화시킬 것인가가 관건이 될 수 있겠는데, 국제물품매매에 관한 UN협약(U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG)은⁹⁾ 특정이행을 명시하면서도 영미법계 국가들이 이미 확립된 국내법 질서를 교란시키지 않고 협약을 적용시킬 수 있도록 하고 있다.¹⁰⁾ 우선 CISG는 제46조 제1항에 물품인도청구와 같은 매수인의 특정이행청구권을 규정하고, 제62조에 대금지급청구와 같은 매도인의 특정이행청구권을 규정한다. 반면에 제28조를 두어 당사자들의 특정이행청구권에 일정한 제한을 가하고 있다. 이는 금전에 의한 보상이 충분하지 아니한 예외적인 경우에 한하여 특정이행을 명하는 영미법계 국가의 관행을 고려한 것이다.¹¹⁾

국제거래 실무상 CISG 제46조나 제62조를 원용하는 경우에는 제28조의 적용 여부를 우선적으로 판단할 필요가 있다. 다만 제28조의 적용과 관련하여서는 몇 가지의 논쟁적인 문제들이 있다. 예를 들어, ① 제46조 제2항이나 제3항에서의 대체물 인도청구와 하자보완청구도 특정이행으로서 제28조의 적용을 받는 것인지, ② 제62조의 대금지급청구도 제28조의 적용대상이 되는 특정이행에 해당하는 것인지, ③ 제28조에서 명시한 법정지의 실질법으로서 자국법의 범위는 어떻게 되는지, ④ 당사자가 제28조의 적용을 배제할 수 있는 합의를 할 수 있는지 등이다.

이에 본 논문에서는 CISG 제28조와 관련하여 제기되는 적용상의 문제들에 주목하고, 학설과 판례를 중심으로 해석적 쟁점들을 검토해 보기로 한다. CISG상 특정이행과 관련해서는 상당한 선행연구가 축적되어 있으나, 본 논문에서는 다소 다른 방향에서 논의를 전개하고자 한다.¹²⁾ 이를 위하여 우선 CISG상 특정이행에 관한

9) 비엔나협약이라고도 하는데, 본 논문에서는 단순히 협약 또는 CISG라고 한다. 또한 본 논문에서 범명 없이 단순히 조항만을 열거하는 경우, 이는 CISG상의 조문만을 의미한다.

10) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 법영사, 2010, p. 117.

11) 최준선, 국제거래법, 제10판, 삼영사, 2015, p. 191.

12) CISG상 특정이행에 관한 국내 선행연구로는 김화, “매수인의 추완이행청구권의 제한원칙에 관한 고찰”, 민사법학 제70호, 한국민사법학회, 2015, pp. 523~561; 신창섭, “국제물품매매계약에 관한 UN협약에서 특정이행청구권에 관한 연구”, 경영법률 제17집 제1호, 한국경영법률학회, 2006, pp. 695~735; 오원석, “비엔나 협약과 특정이행”, 무역상무연구, 제10권, 한국무역상무학회, 1997, pp. 65~81; 오원석·윤영미·임성철, “국제물품매매계약에서 매도인의 계약위반에 대한 매수인의 손해배상청구권 행사의 문제점”, 무역상무연구 제58권, 한국무역상무학회, 2013, pp. 3~33; 이병문, “CISG상 매도인의 이행청구권에 관한 연구”, 무역상무연구 제53권, 한국무역상무학회, 2012, pp. 49~74; 한낙현, “국제물품거래상 계약위반의 구제제도에 관한 고찰 - 영미법을 중심으로”, 무역상무연구 제42권, 한국무역상무학회, 2009, pp. 33~66 등이 있다. 선행연구들은 CISG 제28조 자체보다는 특정이행청구권에 대한 개별 조항들에 초점을 맞추어 이를 분석한 경우가 대부분이다. 물론 오원석(1997)과 신창섭(2006)의 경우에는 CISG 제28조의 해석상 문제에 상세한 논의를 하고는 있으나, 사례 분석이 부

제28조의 법적 구조를 살펴면서 관련 쟁점들을 살펴본 후(Ⅱ), 쟁점사항들을 중심으로 제28조가 적용된 구체적인 사례들의 동향을 검토해 본다(Ⅲ). 이를 토대로 제28조의 해석상 문제들에 대한 나름의 평가와 시사점 등을 제시해 보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. CISG 제28조 적용요건상의 쟁점

1. 규정의 취지 및 성격

CISG 제28조는 “당사자 일방이 이 협약에 따라 상대방의 의무이행을 요구할 수 있는 경우에도, 법원은 이 협약이 적용되지 아니하는 유사한 매매계약에 관하여 자국법에 따라 특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 경우가 아닌 한, 특정이행을 명하는 판결을 할 의무가 없다”고 규정한다. 이 조항은 계약상의 의무가 이행되지 않은 경우 채권자가 채무자에게 계약의 내용대로 실현하도록 요구하는 ‘현실적 이행청구’에 대하여, 각국의 법원이 대응할 수 있는 범위의 기준을 명시한 규정이다.¹³⁾

제28조는 CISG 전반을 통틀어 대륙법계와 영미법계가 이행청구권을 바라보는 시각 차이를 가장 극명하게 조화시킨 대표적인 조항으로, CISG의 입법과정에서 가장 큰 이슈가 된 부분이기도 하였다.¹⁴⁾ 대륙법계에 있어서 특정이행은 ‘약속은 지켜져야 한다’(pacta sunt servanda)라는 계약이행 관점의 결과물이라 볼 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 채권자의 이행청구에 대해 채무자는 어떠한 형태로든지 약속사항 그대로의 내용을

족한 편으로 생각되었다. 이에 본 논문에서는 CISG 제28조의 해석상 쟁점들에 대한 문제를 제기하고 이와 관련된 사례들을 중심 논의로 분석하여 기존의 선행연구들과 차별성을 갖고자 한다.

- 13) Sieg Eiselen, “The CISG as Bridge between Common Law and Civil Law,” in *International Sales Law: A Global Challenge* (Larry A. DiMatteo ed.), Cambridge University Press, 2014, p. 627.
- 14) E. Allan Farnsworth, “Damages and Specific Relief,” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, Issues 2 & 3, 1979, p. 249. CISG 제28조의 구체적인 입법 연혁에 관하여는 Ole Lando, “Article 28,” in *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (C. Massimo Bianca & Michael J. Bonell, eds.), Giuffrè, 1987, pp. 232~236 참조.
- 15) 국제법 학자로 유명한 네덜란드의 휴고 그로티우스(Hugo Grotius) 역시 “계약은 그 이행의 형태가 어떠한 간에 반드시 실현되어야 한다”고 언급한 바 있다. 근대법 시대에도 계약의 현실적 이행이라는 관념은 크게 변한 것이 없고, 이러한 시각이 대륙법계 강제이행제도의 전통이 된 것이다(Robert Bejesky, “The Evolution in and International Convergence of the Doctrine of Specific Performance in Three Types of States,” *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 13, Issue 2, 2003, p. 379).

이행하여야만 하며, 대체물 매매나 금전배상 등과 같은 대체이행은 금지된다.

영미법계에서는 계약위반의 원칙적인 구제방법이 금전배상이므로, 특정이행과 같은 현실적 이행청구는 매우 예외적인 경우에 한하여 인정된다. 이는 현실이행을 함으로써 발생하는 당사자간의 과도한 경제적 불이익을 방지하고 나아가 당사자들에게 일정한 ‘계약 파기의 자유’(freedom to break contracts)를 인정하고자 하는 관념에서 비롯된 것으로,¹⁶⁾ 법원의 재량을 중시한 영미의 특수한 법문화에 기인하고 있다.¹⁷⁾ 예를 들어, 영국의 물품매매법(Sale of Goods Act, SGA) 제52조 (1)은 “계약 위반을 이유로 특정물 또는 종류물의 인도를 구한 소송에 대하여, 법원은 적절하다고 판단되는 경우에 한하여 판결 또는 명령으로 계약을 특정이행할 것을 명할 수 있다”고 규정하며, 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code, UCC) 제2-716조 (1)에서도 “특정이행은 물품이 독특하거나 또는 다른 적절한 주변의 상황에 놓여 있는 경우 판결로써 이를 구할 수 있다”고 규정한다. 이처럼 영미법상 계약위반에 대한 구제수단은 대륙법계의 민사법과는 법적 가치관의 측면에서 상당한 차이가 있다. 즉, 대륙법계가 ‘*pacta sunt servanda*’라는 법원칙을 구제원칙의 근간으로 하고 있는 반면에, 영미법계는 ‘계약위반의 피해를 입은 채권자라 할지라도 정당한 이유 없이 이행을 강요할 수는 없다’라는 법사상을 반영하고 있는 것이다.¹⁸⁾

국제통일매매법으로서 CISG는 이와 같은 대륙법계와 영미법계의 대립적 시각을 절충하였다. 우선 대륙법계의 원칙을 받아들여 계약위반의 구제수단으로서 채권자에게 제46조 제1항 및 제62조에 기한 이행청구권을 허용하면서도, 영미법계의 태도를 고려하여 제28조를 두어 제46조와 제62조의 범위를 제한하고 있다.¹⁹⁾ 다시 말하면, 채권자는 CISG 제46조와 제62조에 근거한 이행청구의 소를 제기할 수는 있으나, 제28조에 따라 소가 제기된 채약국 법원은 반드시 특정이행 판결을 내릴 의무가 없는 것이다.²⁰⁾

16) E. Allan Farnsworth, “Legal Remedies for Breach of Contract,” *Columbia Law Review*, Vol. 70, Issue 7, 1970, p. 1147.

17) 예를 들어, 채권자는 계약의 실질적 이행을 행할 의지가 없는 채무자에게 계약의 내용 그대로 현실이행을 하는 것보다는 제3자와 새로운 계약을 체결함으로써 당초의 계약을 해소하고 새로운 거래를 신속하게 확정하는 것이 보다 경제적이며 합리적인 경우가 많다. 동시에 채무자로서는 채권자에게 손해배상만을 보상함으로써 일종의 효율적인 계약위반이 가능하다. 이러한 관점이 제시된 영미의 고전적인 판례들로서는 *Rayner v. Stone*, 2 Eden 128 (1762); *DeRivaFinoli v. Corsetti*, 4 Paige 263 (N.Y. 1833); *Kitchen v. Herring*, 42 N.C. 190 (1851); *Lumley v. Wagner*, 42 Eng. Rep. 687 (Ch. App. 1852) 등이 있다.

18) Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis & Mariel Dimsey, *International Sales Law: A Guide to the CISG*, 2nd ed., Hart Pub., 2012, p. 181.

19) Steven Walt, “For Specific Performance under the United Nations Sales Convention,” *Texas International Law Journal*, Vol. 26, Issue 2, 1991, p. 218.

6 무역상무연구 제7권 (2016. 8)

이행청구권이 CISG상 인정된다고 하더라도, 실제 소송으로 이행판결을 받기 위해서는 소송이 제기된 법정지의 실질법상 요건을 충족시킨 경우라야 한다. 이와 관련하여 제28조는 특정이행 판결을 명하지 않아도 되는 요건들을 명시적으로 제시하고 있는데,²¹⁾ 이는 크게 ① 이행청구권이 존재할 것, ② 협약이 적용되지 않는 유사한 매매계약에 관하여, ③ 법정지의 실질법상 특정이행을 명하지 않을 것이다.

CISG 제28조의 요건이 충족되면 법정지의 법원은 특정이행판결을 내릴 의무가 없다. 반대로 법정지가 특정이행 판결을 내리는 법제를 가지고 있다면 제28조의 영향을 받지 않으므로 법정지 법원은 특정이행 판결을 내려야 한다.²²⁾ 바로 이러한 점에서 제28조는 CISG상 특정이행의 제한 규정으로 기능하고 있다는 것이다.²³⁾ 다만 제28조가 적용된다고 해서 법정지 법원의 특정이행 판결이 금지되는 것은 아니며, 해당 판결의 가부는 법원의 재량에 속한다.²⁴⁾

2. 당사자의 이행청구권

CISG 제28조가 적용되기 위해서는 당사자 일방에게 인정되는 이행청구권의 존재가 전제되어야 한다.²⁵⁾ 이행청구권은 CISG가 명시적으로 또는 묵시적으로 제외하거나 제한하지 않는 것들로서,²⁶⁾ ① 매수인이 갖는 물품의 인도(제31조), 서류의 교부(제34조), 소유권의 이전(제30조)을 구하는 청구권과 대체물의 인도 및 하자의 보완을 구하는 청구권(제46조) 및 ② 매도인이 갖는 대금의 지급(제53조)이나 물품의 수령(제53조·제60조)을 구하는 청구권과 신용장 개설 이행과 같은 기타 계약상 발생하는 의무이행을 구하는 청구권이다. 다만 제28조의 적용요건상 이행청구권의 존재와 관련하여서는 다음과 같은 문제들이 있다.

첫째, 매도인의 대금지급에 관한 이행청구권이 CISG 제28조의 적용을 받는 특정

20) Markus Müller-Chen, "Article 28," in *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*(Ingeborg Schwenger, ed), 3rd ed., Oxford Univ. Press, 2010, p. 461 [이하 'Schlechtriem & Schwenger'로 인용함].

21) 최홍섭, 국제물품매매에 관한 유엔협약 해설, 법무부, 2005, p. 71.

22) William H. Henning & William H. Lawrence, *Understanding Sales and Leases of Goods*, 2nd ed., Lexis/Nexis, 2009, p. 367.

23) Amy H. Kastely, "The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention," *Washington Law Review*, Vol. 63, Issue 3, 1988, p. 625.

24) *Id.* p. 638.

25) Walt, *supra* note 19, p. 213.

26) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 20, p. 462.

이행에 해당되는가 하는 문제이다. CISG는 매도인과 매수인의 이행청구권을 각각 분리하여 규정하지 않으며, 금전채무와 비금전채무의 이행 역시 각각 구분하고 있지 않다. 그러나 ‘국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙’(Principles of International Commercial Contracts (2010), 이하 ‘PICC’라 한다)과 같은 국제상거래규범은 매도인의 이행청구권과 매수인의 이행청구권을 구분하며, 동시에 금전채무(monetary obligation)의 이행과 비금전채무(non-monetary obligation)의 이행도 명시적으로 구분한다.²⁷⁾ ‘유럽계약법 원칙’(The Principles of European Contract Law (2002), 이하 ‘PECL’이라 한다)이나 ‘유럽공동매매법’(Common European Sales Law, 이하 ‘CESL’이라 한다)의 경우에도 이를 구분하고 있다.

CISG는 이러한 국제매매규범들의 경우와는 달리 금전채무와 비금전채무의 이행청구를 특별히 구별하지 않으므로, 모든 이행청구권이 제28조의 적용을 받는 특정이행에 포함되는 것으로 해석할 수 있다. 그러나 영미법상으로는 특정이행을 주로 물품인도청구와 같은 비금전채무의 이행으로만 인식해 왔었다는 연혁이 있다. 즉, 대금지급청구와 같은 금전채무의 이행을 엄밀한 의미에서 특정이행으로 볼 수 있는지가 문제라는 것이다.²⁸⁾

둘째, CISG 제46조 제2항 및 제3항에서 규정하는 매수인의 대체물 인도청구와 부적합보완청구도 제28조의 적용을 받는 특정이행에 해당하는가 하는 문제이다. 대체물인도청구와 부적합보완청구의 경우 작위의무이기는 하나 제46조 제1항의 물품인도와 같은 본질적인 특정이행의 성질을 갖지 않는다는 논란이 있다. 이 경우 제28조의 적용여부가 해석상 논쟁이 된다.

3. 법정지 법원의 판단기준

1) 자국법의 의미

CISG 제28조는 “법원은 이 협약이 적용되지 아니하는 유사한 매매계약에 관하여 자국법에 따라 특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 경우가 아닌 한, 특정이행을 명하는 판결을 할 의무가 없다”고 규정하는 바, 여기서 의미하는 ‘자국법’(own law)이 무엇을 말하는지 그리 명확치 않다. 이를 세분하여 보면 다음과 같은 문제들이 있다.

27) Jeffrey T. Ferriell, *Understanding Contracts*, 2nd ed., Lexis/Nexis, 2009, p. 874.

28) 梶山玉香, “第28條”, 注釋國際統一賣買法 I (甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司 編), 法律文化社, 2000, p. 219 [이하 ‘注釋國際統一賣買法 I’로 인용].

첫째, 제28조의 ‘자국법’의 진정한 의미가 무엇인가 하는 문제이다.²⁹⁾ 일반적으로 제28조의 자국법은 ‘법정지법’으로 이해되고 있으나, 법정지의 국제사법상 적용되는 ‘준거법’이라고 보는 견해도 있다.

둘째, 제28조의 자국법을 법정지법으로 파악한다고 하더라도 이것이 실체법인지 아니면 절차법에 해당하는지 하는 문제가 있다.³⁰⁾ 보통 대륙법계에서는 특정이행을 실체법으로 보고, 영미법계에서는 절차로 성질 결정을 하는 경향이 있다.³¹⁾

이는 법원이 특정이행 판결을 거부하는 것이, ① 법정지의 실체법이 특정이행의 청구를 인정하지 않는 경우인지 아니면 ② 법정지의 실체법이 특정이행의 청구를 인정하든 하지 않든 관계없이 절차법상 특정이행 판결 자체가 부정되는 것인지에 관련된 문제이다.³²⁾

셋째, 제28조가 적용되기 위해서는 ‘법원’(court)이 자국법상 특정이행을 명할 의무가 없어야 하는 바, 여기서 말하는 법원의 범위에 중재판정부나 조정위원회와 같은 재판외 절차도 포함되는가 하는 문제가 있다. 제28조는 법원만을 언급하고 있으므로, 대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution, ADR)의 기관들은 제외되어야 하는 것은 아닌가 하는 의문이 있다.

또한 이 경우에도 중재지와 같은 ADR 기관의 소재지를 기준으로 자국법을 판단할 것인지 아니면 국제사법상의 준거법을 기준으로 이를 판단할 것인지 문제가 된다.

2) 유사한 매매계약

CISG 제28조에 따르면, 법원은 CISG가 적용되지 아니하는 ‘유사한 매매계약’(similar contracts)에 관하여 자국법에 따라 특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 경우가 아닌 한, 특정이행을 명하는 판결을 할 의무가 없다. 이는 어떠한 매매계약에 의하여 발생하는 의무가 CISG상의 의무와 유사한 경우라면 그 계약은 제28조에서 의미하는 ‘유사한 계약’으로 인정될 수 있음을 의미한다.³³⁾

그러나 문제는 유사한 매매계약을 인식하는 법원의 판단기준이다.³⁴⁾ 즉, ① 자국법상 특정한 매매계약에서 발생하는 의무로서 이를 인정할 수 있는 것인지 아니면 ② 그러한 의무의 존재를 전제로 이행이 발생한 경우, 특정이행과 같은 법적 구제수단의 적절성을 인정할 수 있을 것인지가 문제라는 것이다.

29) Andre Janssen & Matthias Spilker, “The CISG and International Arbitration,” in *International Sales Law: A Global Challenge* (Larry A. DiMatteo ed.), Cambridge University Press, 2014, p. 152.

30) Bruno Zeller, *CISG and the Unification of International Trade Law*, Routledge-Cavendish, 2008, p. 59.

31) 석광현, 전게서(주10), p. 120.

32) 注釋國際統一賣買法 I, 前掲書(주28), p. 220.

33) Schlechtriem & Schwenzler, *supra* note 20, p. 468.

34) 注釋國際統一賣買法 I, 前掲書(주28), p. 221.

4. 당사자 자치와 신의칙

1) 당사자의 적용 배제 합의

CISG는 당사자 합의에 의해 본 협약의 적용을 배제할 수 있도록 하고 있다(제6조). 여기서 CISG상 이행청구권에 관한 적용범위를 제한하는 제28조도 이러한 당사자 합의의 배제가능 대상이 되는지 문제이다.

강행규정인 CISG 제6조는 제28조를 명시적으로 언급하고 있지 않으므로, 당사자간 합의로 제28조를 배제할 수 있는 것으로 해석할 수 있는데, 이에 대해서는 학설상 다툼이 있다.

2) 권리남용

CISG 제28조의 적용과 관련하여, 당사자들이 권리를 남용하거나 신의칙을 위반하여 문제가 제기되는 경우가 있다.³⁵⁾ 예를 들어, 상당한 시간이 도과한 후 특정이행을 강구하거나 무리한 이행청구를 위해 손해확대를 방치한 경우 등이다. 제28조에서는 이에 대한 제재 여부를 명시하지 않고 법정지 법원에 일임하고 있다.

따라서 당사자의 권리남용과 관련하여 신의칙 준수의 범위를 어떠한 방식으로 인정할 것인지가 문제된다. 나아가 그러한 권리남용이 CISG 제77조상의 손해경감 의무와 어떠한 관련성을 갖게 되는지도 논쟁이 될 수 있다.

III. CISG 제28조 관련사례 분석

실무적으로는 CISG 제28조가 적용된 사례들을 찾아보기가 쉽지 않다. 예를 들어, UNCITRAL에서 명시한 제28조의 공식 CLOUT(Case Law on UNCITRAL Texts) 사례로는 1999년 미국 일리노이북부 연방지방법원의 *Magellan Int'l Corp. v. Salzitter Handel GmbH* 판결이 유일하다.³⁶⁾ 또한 2012년에 발간된 UNCITRAL CISG 사례집에서는 총 6개 정도의 사례들이 제28조 관련 사례들로 보고되어 있

35) Morton M. Fogt, "TContract Formation under the CISG: The Need for a Reform," in *International Sales Law: A Global Challenge* (Larry A. DiMatteo ed.), Cambridge University Press, 2014, p. 184.

36) <[http://www.uncitral.org/clout/search.jsp?f=en%23cloutDocument.textTypes.textType_s:CISG%20\(1980\)&f=cloutDocument.articles.article.title_s:28](http://www.uncitral.org/clout/search.jsp?f=en%23cloutDocument.textTypes.textType_s:CISG%20(1980)&f=cloutDocument.articles.article.title_s:28)> (2016. 7. 1 최종방문).

다.³⁷⁾ 제28조의 구체적인 적용현황을 파악함에 있어 일정한 참고가 될 것으로 보인다. 이하에서는 2012년 CISG 사례집에 수록된 사례들을 중심으로 제28조의 관련 쟁점들을 살펴보기로 한다.

1. 이행청구권 쟁점에 관한 사례

1) 아르헨티나 부에노스아이레스 상사법원 2002. 7. 21. 판결³⁸⁾

(1) 사안의 개요

본 사안의 매도인(원고)은 우루과이에 영업소를 둔 ‘맥아’(malt) 제조업체이며, 매수인(피고)은 아르헨티나에 영업소를 둔 맥주회사이다. 1994년 매도인과 매수인은 맥주 원료용 맥아에 대한 매매계약을 체결하였고, 1995년 초부터 물품은 분할 인도되었다. 매수인은 초기 인도분에 대하여는 대금지급을 이행하였으나, 3회분 이후의 인도분에 대해서는 물품 부적합을 이유로 대금지급 이행을 거절하였다. 이에 매도인은 아르헨티나 법원에 매수인을 상대로 대금지급 및 지연이자지급에 관한 특정이행의 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

본 사안에서의 쟁점은 주로 물품의 계약적합성 판단여부에 관한 것이나, 대금지급의 이행청구 여부와 그와 관련된 CISG 제28조의 적용 가능성도 함께 다루어졌다. 사안의 준거법으로는 CISG가 적용되었는데, 문제는 당시 우루과이가 CISG의 체약국이 아니었다는 점이었다. 법원은 본건 계약이 국제매매계약이며 법정지인 아르헨티나가 체약국이므로 CISG 제1조 (b)에 의해 CISG를 적용할 수 있다고 보았다. 매도인이 인도한 물품의 적합성 여부에 관하여는, “적합성의 구체적인 판단기준이 CISG상 명확하지 않으므로 아르헨티나 상법 제476조를 원용하여야 한다”면서, “본 사안의 물품은 계약상의 조건과 특별히 불일치하거나 부적합하다고 볼 수 없다”고 보았다.

문제는 매도인의 특정이행 청구와 관련한 CISG 제28조가 적용되는가 하는 점이 었다. 법원은 “아르헨티나 민법(Código Civil de la República Argentina)상 법원은 특

37) UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of Case Law on the U.N. Convention on the International Sale of Goods*, 2012 ed., UNCITRAL, 2012, p. 126.

38) Court of Appeal of Buenos Aires (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires) Decision of 21 July 2002, No. 105665 (Argentina) (CLOUT case No. 636).

정이행을 명하는 판결을 내리고 있으므로, CISG 제28조의 적용요건에 저촉되지 않는다”고 보고 매도인의 대금지급의 특정이행청구를 허용하였다.

CISG 제28조에서 언급하는 특정이행의 범위에 대금지급청구가 포함되는지에 대해서는 논란이 있다. 본 사안은 매도인의 대금지급청구에 따른 제28조의 적용여부를 논하고 있으므로, 금전채무의 이행 역시 CISG상 특정이행의 대상으로 판단되었음을 알 수 있다. 본 사례 이외에도 제28조가 적용된 다수의 사례들에서는 특별한 사정이 없는 한 대금지급청구가 특정이행의 한 유형으로서 다루어진다.

그러나 영미법계에서는 물품인도와 같은 작위적 성격이 강한 의무이행만을 특정이행으로 보는 경향이 있고, 금전채무와 비금전채무는 그 이행행위의 성질상 차이가 있으므로, 이에 대한 구별이 전혀 무의미한 것은 아니다.

2) 스위스 베른 상사법원 2004. 12. 22. 판결³⁹⁾

(1) 사안의 개요

스위스에 영업소를 둔 매도인(원고)은 시계 제조업체로서 멕시코에도 판매 사무소를 운영하고 있었다. 매수인(피고)은 멕시코 법인으로서 시계수입과 판매를 주요한 영업으로 하고 있었다. 1994년 5월 12일, 매도인과 매수인은 ‘RADO’라는 품명의 시계에 대한 독점판매계약(sole distributorship agreement)을 체결하였다. 계약조건상 매수인은 2000년 12월까지 멕시코 내에서 해당 제품에 대한 독점 판매권을 갖기로 하였다. 물품은 분할인도 되는 것으로 하였고, 총 매매대금은 248,076.15 스위스프랑(CHF)으로 합의되었다.⁴⁰⁾

매도인은 총 5회에 걸쳐 대금지급청구서를 매수인에게 보냈다. 그러나 매수인은 2000년 10월 31일 총 매매대금의 8,088.20 스위스프랑만을 지급하고, 나머지 239,987.95 스위스프랑에 대하여는 변제하지 않았다. 추후 수차례의 변제 독촉에도 불구하고 매수인의 대금지급은 이루어지지 않았다.

결국 매도인은 2002년 4월 29일 스위스 베른 상사법원에 매수인을 상대로 239,987.95 스위스프랑의 대금지급 및 2001년 1월 25일부터의 10%의 지연이자 지급을 구하는 소를 제기하였다.

39) Commercial Court of the Canton of Bern (Handelsgericht des Kantons Bern) Decision of 22 December 2004, HG 02 8934/STH/STC (Switzerland) (CISG-online No. 1192). 이 사안에 관하여는 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041222s1.html>> (2016. 7. 3. 최종방문) 참조.

40) Commercial Court of the Canton of Bern Decision of 22 December 2004, HG 02 8934/STH/STC, para. III, 2.

(2) 법원의 판단

법원은 사안의 계약이 물품매매계약이며, 매도인과 매수인의 영업소 소재 국가가 모두 CISG 체결국이고, 당사자간 CISG의 적용배제합의가 없었으므로, 준거법으로 CISG를 지정하였다.⁴¹⁾ 따라서 본 사안에서는 CISG 제62조에 근거한 매도인의 대금지급 이행 여부와 특정이행에 관한 제28조의 적용여부가 주요한 쟁점이 되었다. 법원의 구체적인 판시사항을 살펴보면 아래와 같다.

첫째, CISG 제62조의 대금지급청구에 대해서는, “CISG 제62조는 계약을 위반한 매수인을 상대로 매도인에게 대금지급, 물품수령 또는 그 밖의 의무이행을 청구할 수 있는 권리로서, 여기서의 의무이행에는 제53조상 매수인의 물품수령에 대한 대금지급의무도 포함된다”고 언급하면서, 물품수령 이후의 대금지급에 관해서도 특정이행의 청구권 행사가 가능함을 확인하였다.

매도인의 대금지급청구는 다음과 같은 두 가지의 유형이 있을 수 있다. ① 매수인이 물품을 수령한 후 대금지급을 하지 않아, 매도인이 지급이행을 청구한 경우와 ② 매수인이 물품을 수령하지 않거나 수령을 거절한 경우, 매도인이 물품수령과 지급이행을 함께 청구한 경우이다. 본 사안은 ①에 해당하는 경우인데, 여기서 ①의 지급이행을 엄밀하게 ‘특정이행’이라고 볼 수 있는지에 대해서는 앞서 언급한 바와 같이 다소 논란이 있다. 다만 법원은 이와 같은 ①과 ②의 상황을 명확하게 구분하고자 이를 실시한 것으로 해석된다.

둘째, CISG 제28조에 의한 특정이행의 제한 범위에 관하여는, “영미의 커먼로(common law)에서는 매도인이 원칙적으로 손해배상에 의한 구체수단만을 ‘독립적으로’ 활용할 수 있음에 반하여, 본 사안의 법정지 법률인 스위스채무법(Obligationenrecht) 제148조는⁴²⁾ 매도인에게 대금지급에 관한 이행청구권을 명시적으로 부여하고 있으므로 CISG 제28조와 같은 특정이행의 제한규정이 본 사안에서는 적용되지 않는다”고 판단하였다.

결국 법원은 매도인의 특정이행청구를 인정하여, 매수인에게 239,987.95 스위스 프랑에 대한 미지급 대금 및 2001년 1월 25일부터 기산된 6%의 지연이자의 지급이행 명령을 내렸다.⁴³⁾ 본 사안은 비금전채무만을 특정이행으로 판단하여야 한다는

41) 실제로 법원에서는 사안의 관할권과 준거법 지정 문제가 매우 큰 쟁점이 되었다. 다만 본 논문에서는 특정이행과 관련된 판시사항만을 중심으로 논의를 전개하기로 한다.

42) Obligationenrecht, Art. 148: “1. Sofern sich aus dem Rechtsverhältnisse unter den Solidarschuldern nicht etwas anderes ergibt, hat von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein jeder einen gleichen Teil zu übernehmen. 2. Bezahlt ein Solidarschuldner mehr als seinen Teil, so hat er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner. 3. Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen.”

해석을 부정하고, 대금지급의 청구 유형을 구분하여 CISG 제28조가 적용되는 면면을 언급하였다는 점에서 주목할 만한 판결이다.

3) ICC 중재법원 Arbitral Award No. 12173 (2004) 판정⁴⁴⁾

(1) 사안의 개요

A국(EU 역내)의 매도인(피신청인)은 B국(EU 지역 외)의 매수인(신청인)과 물품매매계약을 체결하면서,⁴⁵⁾ 다음과 같은 구체적인 계약조건에 합의하였다.

① 물품의 공급은 B국에 소재하는 매도인의 지점사무소를 통해 매수인에게 인도되는 것으로 하였고, ② 물품의 부적합 발생시 매수인은 하자보완과 대체물 인도에 관한 특정이행청구를 행사할 수 있으며, ③ 물품의 하자보완이 90일 이상 지체되는 경우에는 매수인이 확정적 손해배상(liquidated damages) 청구를 행사할 수 있도록 하였다. 한편 당사자들은 해당 계약의 준거법으로 스위스법을 채택하였고, 분쟁이 발생하는 경우 스위스 취리히를 중재지로 한 ICC 중재에 의하여 해결하기로 합의하였다.⁴⁶⁾

물품의 인도 이후, 매수인은 부적합을 이유로 하자보완을 요구하였으나 매도인의 적절한 이행은 이루어지지 않았다. 결국 매수인은 취리히의 ICC 중재법원에 확정손해배상액의 특정이행을 구하는 중재신청을 개시하였다.

(2) 중재법원의 판단

본 사안에서 매수인은 확정손해배상액의 지급에 관한 특정이행을 청구하였는데, 이와 관련한 계약조항의 유효성 여부가 주요한 쟁점으로 다루어졌다. 중재판정부는 사안의 준거법으로 스위스법을 인정하면서도 동시에 CISG를 적용하였는데,⁴⁷⁾

43) 본 사안에서는 금전적 손해배상청구가 제기되지 않았다.

44) Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, 2004, Arbitral Award No. 12173. 본 사례에 관해서는 Albert Jan van den Berg ed., *Yearbook Commercial Arbitration 2009 - Volume XXXV*, Kluwer Law International, 2009, pp. 111~129 참조.

45) 본 사안은 당사자의 구체적인 영업소 소재지나 물품매매의 유형 및 중재판정일자 등이 공개되지 않았다.

46) Albert Jan van den Berg ed., *Yearbook Commercial Arbitration 2009 - Volume XXXIV*, Kluwer Law International, 2009, p. 111 [이하 ‘*Yearbook Commercial Arbitration 2009*’으로 인용함].

47) *Id.* pp. 119~120. 매수인은 스위스법의 범위에는 CISG가 포함되어 있으므로 본건 준거법으로 스위스법과 동시에 CISG도 적용되어야 한다고 주장하였으며, 중재판정부 역시 이러한 취지를 수용한 것이다. 구체적으로 판정부는, ① 본건 계약이 국제물품매매계약이며, ② 계약조건상 CISG에 관한 명시적인 배제합의가 없고, ③ 당사자들의 영업소 소재지 모두 계약국 범위에 해당한다는 이유를 들어 CISG를 적용하였으며, 매도인도 이에 대하여는 별다른 이의를 제기하지 않았다.

확정손해배상액의 지급청구가 CISG상 특정이행의 범위에 해당되는지, 즉 본건 청구가 CISG 제28조의 적용대상이 되는지도 함께 검토하였다.

우선 판정부는 특정이행에 대한 시각이 CISG와 스위스법상 차이가 있음을 지적하면서, “CISG상의 특정이행은 이행의무의 집행(the exercise of a performance obligation)이라기보다는 구제수단(remedy)으로 다루어진다고 보았다. 판정부는 “국제통일매매법 체제에서는 금전채무의 이행 역시 비금전채무의 이행과 동일한 수준에서 논해져야 한다”고 보고, 본건 청구 역시 제28조의 적용대상에 포함된다고 판단하였다.

CISG 제28조의 적용과 관련하여 판정부는 스위스법상 특정이행을 명하는 법원의 판결이 허용되고 있으므로, 본 사안의 청구는 제28조와 같은 특정이행을 제한하는 예외 규정의 적용대상이 아니라고 보고, 매수인의 확정손해배상액의 지급이행을 허용하였다.⁴⁸⁾

본 사안은 금전채무의 이행과 관련하여 제28조 적용대상의 범위를 어느 정도 특정하였다는 점에서 의미가 있다. 특히 CISG에서 특정이행을 파악하는 방식이 국내 법과는 다름을 지적하고, 확정손해배상액의 지급청구도 CISG상 특정이행에 해당된다고 판단한 점은 주목할 만하다.

2. 법원의 판단기준 쟁점에 관한 사례

1) 스위스 취리히 상공회의소 1996. 5. 31. 중재판정⁴⁹⁾

(1) 사안의 개요

매도인(피신청인)은 알루미늄 강판 생산을 주영업으로 하는 러시아 법인의 제조업체이며, 매수인(신청인)은 아르헨티나와 헝가리에서 알루미늄 주조공정을 주영업으로 하는 가공업체이다. 이들은 1991년부터 상시거래 관계를 맺고 다양한 공급·매매계약을 체결하고 있었다.

공기업이었던 매도인은 1994년 12월 민간 기관 체제로 전환되면서 새로운 경영진을 구성하였고, 이후 구조조정의 일환으로 기존의 거래관계를 모두 중단하였다. 당시 매도인과 매수인간 체결된 계약조건에는 향후 10년간 장기적 물품공급 조항이 삽입되어 있었다.

그러나 매도인은 1995년 2월부터 매수인과의 계약상 물품의 인도를 일괄 중지

48) *Yearbook Commercial Arbitration 2009*, supra note 46, p. 126.

49) Zürich Chamber of Commerce (Zürcher Handelskammer) Arbitration Award of 31 May 1996, Arbitration Award No. ZHK 273/95 (Switzerland).

처분하였고, 매수인의 손실액은 1,900만 달러를 초과하게 되었다. 이에 매수인은 1995년 2월부터 중지된 물품인도분의 특정이행에 대한 중재신청을 개시하였다.

(2) 중재판정부의 판단

본 사안은 매도인의 일방적 이행정지에 대해 매수인이 물품인도의 이행청구를 구한 것으로 CISG 제28조의 적용여부가 쟁점이 되었다.

사안에서는 당사자간의 준거법 합의가 이루어지지 않았기 때문에, 준거법 지정 문제가 1차적으로 다루어졌다. 중재판정부는 본건 계약의 체결, 이행, 집행 등 모든 관련성 측면에서 러시아법이 준거법으로 채택되어야 한다고 판단하였다. 나아가 판정부는 “러시아법상 국제매매는 1991년 10월 1일부터 CISG의 적용을 받도록 하고 있으므로 CISG는 러시아법의 일부를 이룬다”면서 본 사안에 CISG가 적용되어야 한다고 보았다.⁵⁰⁾

문제는 특정이행 청구와 제28조의 저촉가능성 여부이다. 판정부는 “러시아법상 법원이 특정이행을 명하는 판결을 내리는 제도가 없으므로, 본 사안의 청구에는 CISG 제28조가 적용되고, 제28조의 취지에 비추어 매수인의 특정이행 청구를 내릴 의무가 없다”고 판단하면서, 매수인의 이행청구를 배척하였다. 다만 판정부는 매수인이 원용할 수 있는 대체적 구제수단으로서 특정이행이 아닌 금전적 손해배상을 인정하여, 매도인에게 1,900만 달러 상당의 배상액 지급의무가 있음을 확인하였다.

한편 CISG 제28조의 적용여부와는 별도로 판정부는 매수인의 특정이행 청구가 향후 10년간의 물품인도에 대한 부분도 함께 요구하고 있다는 점에서 “사안의 계약은 단일 계약이 아닌 중첩적 장기계약의 형태를 이루고 있는 바, 집행의 실효성이나 효율성의 측면에서 매도인이 물품인도와 같은 특정이행을 실현하기에는 부적합하다”는 취지로 특정이행 청구의 부적절성을 지적하였다.

2) 미국 일리노이 북부 연방지방법원 1999. 12. 7. 판결⁵¹⁾

(1) 사안의 개요

본 사안의 매수인 Magellan International Corp.(원고)은 미국 일리노이주에 영업소를 둔 철강제품 판매회사이며, 매도인 Salzgitter Handel GmbH(피고) 역시 독일 뒤

50) 당사자의 명시적인 CISG 배제합의도 없었으며, 당사자의 영업소 소재지 모두 CISG 체결국이었다.

51) *Magellan Int'l Corp. v. Salzgitter Handel GmbH*, 76 F. Supp. 2d 919, 40 UCC Rep. Serv. 2d 321, 53 Fed. R. Evid. Serv. 563 (N.D. Ill. 1999) (CLOUT case No. 417). 본 사안의 사실관계 및 판결요지에 관하여는 Schwenger *et al.*, *supra* note 00, pp. 184~185 참조.

셀도르프에 영업소를 둔 철강업체이다.

1999년 1월 초, 매도인과 매수인은 강철봉(steel bars) 매매계약에 관한 협상을 시작하였다. 주요한 협의내용은 매도인이 우크라이나의 철강제조업체로부터 제품을 구입하여 이를 매수인에게 재판매하는 계약방식에 관한 것이었다. 1999년 1월 28일, 매수인은 총 5,585톤의 강철봉 주문서, 구입희망가격, 신용장 지급방식 등에 관한 계약내용 서류를 매도인에게 우편으로 송부하였다.⁵²⁾

1999년 2월 13일, 매도인은 구입희망가보다 인상된 가격으로 매매조건의 변경을 매수인에게 통지하였다. 매수인은 이를 수락하고, 구입수량을 총 4,000톤으로 재조정하였다. 한편 매수인은 인도조건상의 선적항으로 라트비아의 벤츠피스(Ventspils)를 지정하였는데, 매도인은 선적항까지의 물류비 문제를 이유로 가격인상을 다시 요구하였다. 결국 기존 가격에서 재인상된 가격조건으로 최종 합의가 이루어졌다. 매수인은 이와 같은 계약의 기본조건 및 기타 관련조건 등을 기재한 발주서를 작성하여 매도인에게 송부하였고, 매도인은 모든 계약 조건들을 승낙하였다.⁵³⁾

1999년 2월 19일, 매도인이 작성한 임시주문확인서(*pro forma order confirmations*)가 매수인에게 송부되었는데, 첨부된 계약조건상 선적·하역조건과 분쟁해결 및 준거법 등 몇 가지의 조건들이 기존 매수인의 발주서에 첨부되었던 조건들과 다르게 기재되어 있었다. 이에 매수인은 각각의 계약조건 문제들을 합의하기 위한 재협상을 요청하였다. 교섭진행 과정에서 매도인은 신용장 개설을 요청하였으나, 매수인은 모든 계약조건에 대한 합의가 이루어지기 전까지는 신용장 발행을 거부할 것이라고 통지하였다.

1999년 3월 22일, 매도인은 변경된 주문확인서를 매수인에게 다시 발송하면서, 3월 26일까지 신용장 개설이 이루어지지 않으면 주문을 취소할 것이라고 통보하였다. 결국 양측은 유보된 몇 가지의 계약조건에 합의하였고, 지급액을 120만 달러로 하는 신용장이 개설되었다.⁵⁴⁾

1999년 3월 29일, 매도인은 개설된 신용장 조건의 내용변경을 요구하였지만,⁵⁵⁾ 이는 합의가 이루어지지 않았다. 매수인 역시 물품 주문사항의 일부 변경을 요구하였으나, 제조업체가 이미 주문 물량의 60%를 생산한 상황이며 나머지 물량도 이미 생산작업을 시작하였으므로 변경이 불가하다는 취지의 통지를 받게 되었다.

1999년 3월 30일, 매도인은 매수인에게 다음날 정오까지 신용장 조건을 변경하

52) *Magellan*, 76 F. Supp. 2d, p. 920.

53) *Id.* p. 921.

54) *Id.*

55) 이는 선하증권(Forwarder's Certificate of Receipt, FCR)으로 대체될 수 있도록 하는 내용의 변경이었다.

지 않으면 해당 물품을 제3자에게 전매할 것이라고 최후 통지를 보냈다. 그러자 매수인은 1999년 4월 1일 매도인의 계약위반을 이유로 신용장 개설을 취소하였다. 이후 매도인은 제3자에게 해당 물품의 전매를 시도하였다.⁵⁶⁾

결국 매수인은 미국 일리노이 연방지방법원(U.S. District Court, Northern Illinois)에 매도인의 계약위반을 이유로 ① 손해배상청구 및 ② 물품인도청구를 구하는 소를 제기하였다. 매도인은 물품의 인도청구에 대한 특정이행이 원고 소장에 기재되지 않았음을 이유로 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure) 제12조(b)(6)에⁵⁷⁾ 근거한 소 각하를 신청하였다.

(2) 법원의 판단

우선 매수인은 사안의 준거법으로 CISG가 적용되어야 한다고 주장하였다. 이에 대해 매도인은 특별한 이의제기를 하지 않았고, 법원 역시 별다른 이론 없이 준거법으로서 CISG를 확인·지정하였다. 따라서 본 사안에서는 물품인도의 이행청구에 대한 CISG 제46조 제1항의 적용여부와 제28조의 저촉가능성이 중요한 쟁점으로 다루어졌다. 법원의 구체적인 판시사항은 다음과 같다.

첫째, 법원은 매수인의 물품인도청구에 대해, “CISG 제46조 제1항은 제62조와 함께 당사자의 특정이행 청구를 다룬 일반 조항으로서, CISG상 인정되는 특정이행의 명시규정이다. 다만 특정이행의 실질적인 적용은 제28조에 의해 제약을 받는다”면서 제28조와의 관련성과 그로 인한 특정이행 청구의 제한 가능성을 지적하였다.⁵⁸⁾

둘째, CISG 제28조의 저촉가능성과 관련하여 법원은, “제28조에서 의미하는 자국법이란 본 사안의 법정지국법인 미국법을 의미하며, 미국법에 의해 본건 특정이행 허용 여부가 판단되어야 한다”고 보고, 제28조의 자국법의 범위를 법정지의 실질법으로 확인하였다.⁵⁹⁾

셋째, 본 사안에서 물품매매계약의 특정이행을 다루는 법률, 즉 법정지의 실질법으로는 일리노이주 통일상법전(Illinois version of the Uniform Commercial Code) 제 2-716조가⁶⁰⁾ 지정되었다. 법원은 “일리노이주 UCC상 특정이행을 명할 수 있는 적

56) *Magellan*, 76 F. Supp. 2d, p. 921.

57) 28 USCA, Fed. R. Civ. P. §12.

58) *Magellan*, 76 F. Supp. 2d, p. 926.

59) *Id.*

60) 810 ILCS 5/2-716: “(1) 특정이행은 물품이 독특하거나 또는 다른 적절한 주변의 상황에 놓여 있는 경우 판결로 이를 구할 수 있다. (2) 특정이행의 판결에는 대금지급, 손해배상 또는 기타 구제방법에 관하여 법원이 정당한 것으로 인정하는 조항과 조건이 포함될 수 있다. (3) 매수인은, 합리적인 노력을 다하여도 계약의 목적물로 특정된 물품의 대금을 수령할 수 없는 경우 또는 주변 정황상 그러한 노력에도 불구하고 효과가 없다고 합리적으로

용요건으로, 물품이 ① 독특할(unique) 것과 ② 다른 적절한 상황(other proper circumstances)에 있을 것인데, 여기서 다른 적절한 상황이란 대체물 수령이 일반적으로 불가능한 상황을 의미하는 경우가 많다”고 지적하였다.⁶¹⁾

셋째, 법원은 “일리노이주 UCC 제2-716조는 특정이행을 엄격하게 파악하고 있는 커먼로를 완화한 규정으로, 에퀴티에 따른 법원의 재량권이 명문의 구제수단으로 인정된 것”이라고 하면서, 물품매매에서의 대체가능성을 재량권 판단의 기준으로 보았다. 또한 대체가능성의 의미에 대하여는 “자율적인 공개시장에서 동일하거나 또는 유사한 물품을 취득할 수 있는지 아닌지(replaceable as a practical matter)를 기준으로 삼아야 한다”고 보았다. 동시에 “본 사안의 계약은 기본적으로 매수인에 의해 이루어지는 발주계약이고, 물품의 구조나 형태 또는 수량 등을 모두 매수인이 특정하고 있고, 당사자들 역시 이러한 특별주문 요청의 사실에 대해서는 다툼이 없으므로, 대체물 입수에 대한 매수인의 상당한 어려움이 인정된다”고 판단하였다.

결국 본 사안에서는 동일한 물품의 ‘대체수령의 불가능성’(unability to cover)이 인정되어, 일리노이주 UCC상 특정이행의 구제가 인정되었다. 미국 판례법상으로도 특정이행의 판단은 주로 ‘대체물 입수의 곤란성’에 의해 좌우되고 있으므로,⁶²⁾ 본 사안의 법원 역시 이러한 판례법적 경향을 충실히 따른 것으로 보인다. 한편 법원은 “법정지의 실질법으로서 적용된 일리노이주 UCC상의 구제수단과 매수인이 원용하고자 하는 CISG상의 구제수단간 명백한 저촉이나 충돌이 발견되지 않으므로, 매도인의 청구를 허용함에는 문제가 없다”고 판시하였다.⁶³⁾

본 사안은 CISG 제28조와 관련된 대표적인 CLOUT 사례로서 유명하다. 특히 주목할 점으로는 제28조의 적용요건과 관련하여 자국법의 의미를 ‘법정지의 실질법’으로 파악하였다는 점이다. 이외에도 특정이행을 청구함에 있어 자국법과의 제도적 충돌이 명확하지 않은 이상 특정이행을 명하는 판결을 내려야 한다는 취지라든가 제28조의 적용과 관련된 법원의 재량범위 등이 중요한 논점으로 제시되었다. CISG 제28조가 영미법계의 특수성을 고려하여 도입되었다는 점을 상기한다면, 본 사안은 제28조의 실질적인 적용 지침을 보여주는 중요한 판결이라고 본다.

인정되는 경우 또는 그 물품에 대한 담보권의 변제가 이루어지거나 공탁이 이루어지는 경우, 동산점유회복소송의 권리를 갖는다.”

61) *Magellan*, 76 F. Supp. 2d, p. 926.

62) *Stephan's Mach. & Tool, Inc. v. D & H Mach. Consultants, Inc.*, 417 N.E.2d 579 (Ohio Ct. App. 1979); *Sedmak v. Charlie's Chevrolet, Inc.*, 622 S.W.2d 694 (Mo. Ct. App. 1981); *Klein v. PepsiCo, Inc.*, 845 F.2d 76 (4th Cir. 1988); *Slidell, Inc. v. Millennium Inorganic Chemicals, Inc.*, 53 UCC Rep.Serv.2d 829 (D.Minn. 2004).

63) *Magellan*, 76 F. Supp. 2d, p. 926.

3. 당사자 자치와 신의칙 쟁점에 관한 사례 - 러시아 연방 국제상사중재 법원 2007. 1. 30. 판정⁶⁴⁾

1) 사안의 개요

러시아 법인의 매도인(피신청인)은 기계설비 제조업체로서, 2002년 독일에 영업소를 둔 매수인(신청인)과 특정 기계장치에 관한 매매계약을 체결하였다. 계약조건상 해당 기계제품은 7개월간 분할인도 되는 것이었고, 2002년 말까지는 모든 인도가 이루어지는 것으로 합의되었다. 또한 대금지급은 신용장에 의하는 것으로 약정되었다. 계약조건에는 매회 분할인도분에 대한 물품의 주문 물량이 지정되어 있었는데, 해당 기계류에 대한 매수인의 특별한 주문사항 역시 기재되어 있었다.

몇 회의 물품 인도 후에 매수인은 인도된 기계제품의 사양이 주문사항에 맞지 않음을 매도인에게 지적하고 이에 대한 재인도를 요구하였다. 그러나 매도인은 별다른 하자보완 없이 물품의 인도를 거절하였고, 매수인은 매도인의 계약위반을 주장하며 계약을 해제하였다.

다만 매수인은 상당한 시간이 경과한 2005년 12월에 러시아 연방상공회의소 산하의 국제상사중재법원(International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, ICAC at RFCCI)에 물품인도에 관한 특정이행의 중재를 신청하였다.⁶⁵⁾

2) 중재판정부의 판단

중재판정부는, 독일과 러시아가 각각 CISG 체결국에 해당하고 당사자간 명시적인 CISG 적용배제합의가 없음을 이유로, 사안의 준거법으로 CISG를 지정하였다. 따라서 물품인도 청구에 대한 CISG 제46조 제1항의 적용 여부와 제28조에 의한 제한 여부가 중심적인 논점으로 다루어졌다.

중재판정부는 우선 물품인도 청구에 대한 타당성 자체는 인정하였으나, CISG 제28조에 의해 특정이행 청구를 허용할 수 없다고 보았다. 이는 러시아 민법(the Civil Code of the Russian Federation)이 특정이행을 규정하지 않고 있으며, 법정지인 러시아에서 특정이행을 명하는 판결을 하지 않고 있다는 이유에서이다.⁶⁶⁾

64) International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (ICAC at RFCCI, Международный коммерческий арбитражный суд) Arbitration Award of 30 January 2007, Arbitral Award No. 147/2005 (Russia).

65) Alexander S. Komarov, "Reference to the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration Practice in the Russian Federation," *Uniform Law Review*, Vol. 16, Issue 3, 2011, p. 662.

한편 판정부는 제28조에 의한 특정이행의 제한적 해석과는 별도로, 매수인이 행한 특정이행 청구에 권리남용 내지는 신의칙 위반이 있음을 지적하였다. 문제는 신의칙 위반을 가능하는 실질적인 기준이 CISG에는 명시되지 않고 있다는 점이었다. 이에 판정부는 사안 해석의 보충적 法源(a supplementary source of rules of law)으로서 PICC를 준용하여 신의칙 위반의 범위를 판단하고자 하였다. 판정부는 “상거래 관행들을 정리·집적해 놓은 PICC가 법적 구속력을 가진 규범은 아니라 할지라도, 국제적인 당사계약상 포섭되는 실무적인 관습이나 관행들을 다양하게 담고 있다는 점에서 본 사안의 해석기준으로 적합하다”고 보았다. 나아가 “본 중재법원(ICAC)은 국제중재사건을 해결함에 있어 보충적 법리로서 국제적 관행과 관례를 존중하고 이를 적극적으로 활용하고 있으므로, PICC 역시 이러한 관점에서 본 사안의 판단기준으로 활용할 수 있다”고 판단하였다.

물품인도의 특정이행에 관한 PICC 규정은 제7.2.2조로서 ‘비금전채무의 이행’(performance of non-monetary obligation)이라는 표제로 다루어진다.⁶⁷⁾ 여기서 PICC 제7.2.2조는 특정이행청구가 제외되는 경우를 예시하고 있는데, ① 이행이 법률상 또는 사실상 불가능한 경우(impossible in law or in fact), ② 이행이나, 적절한 경우, 그 강제가 불합리한 부담이나 비용(unreasonably burdensome or expensive)을 야기하는 경우, ③ 이행청구당사자가 합리적으로 다른 곳에서 이행을 득할 수 있는 경우, ④ 이행이 일신전속적인 성격(exclusively personal character)을 갖는 경우, ⑤ 이행청구당사자가 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내(within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance)에 이행청구를 하지 않은 경우이다(PICC 제7.2.2조 (a)~(e)). 판정부는 “PICC 제7.2.2조에서 규정한 적용제외 사유에 해당하지 않는 경우에 한하여 특정이행 청구가 인정될 수 있다”고 판단하였다.

사안에서 매도인의 실질적인 계약위반은 2002년 말에 이루어졌다. 그런데 매수인은 상당한 시간이 경과한 2005년 말에 이르러서야 이에 대한 이행청구의 중재신청을 제기한 것이다. PICC 제7.2.2조 (e)에 의하면, 이행청구의 당사자는 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 이행청구를 하지 않으면 그 권리를 상실하게 된다. 판정부도 바로 이러한 사실관계상 매수인의 권리남용을 지적한 것이다.

결국 판정부는 “계약의 구체적인 상황이 상당히 변화한 후에 현실적 이행을 강

66) *Id.*

67) PICC Article 7.2.2: “금전지급 외의 의무를 지는 당사자가 이행을 하지 않는 때에는, 상대방은 다음의 경우를 제외하고는 그 이행을 청구할 수 있다. ……”.

제하고자 하는 것은 일종의 권리남용에 해당되며 사법상의 신의칙에 반한다”라고 보고, CISG 제28조를 적용하지 않더라도 PICC 제7.2.2조 단서조항을 유추·적용하여 매수인의 특정이행 청구는 인정될 수 없다고 판단하였다.

IV. CISG 제28조의 쟁점사항 검토

1. 이행청구권 관련 쟁점

1) 대금지급청구권과 특정이행

매도인의 대금지급에 관한 이행청구권이 CISG 제28조의 적용을 받는 특정이행에 해당되는가 하는 문제가 있다. CISG는 매도인과 매수인의 이행청구권을 각각 분리하여 규정하지 않으며, 금전채무와 비금전채무의 이행 역시 각각 구분하고 있지 않다. 그러나 PICC나 PECL과 같은 국제거래규범들의 경우, 매도인의 이행청구권과 매수인의 이행청구권 또는 금전채무의 이행과 비금전채무의 이행을 명시적으로 구분한다.⁶⁸⁾ 문제는 특정이행을 비금전채무의 이행(물품인도)으로만 해석하는 경우가 많다는 점이다. 영미의 경우에는 이러한 인식이 특히 강한 것으로 보이는데, 매도인의 대금지급청구와 같은 금전채무의 특정이행도 CISG 제28조의 적용대상이 되는 특정이행의 유형에 속하는 것인지는 다소 의문의 여지가 있다.⁶⁹⁾ 이에 관하여는 다음과 같은 학설이 대립한다.

제1설은 대금지급청구와 같은 금전채무의 이행은 영미법상 엄밀한 의미에서 특정이행이라고 볼 수 없으므로, CISG에서 규정하고 있는 특정이행의 개념을 구별할 필요가 있다고 한다.⁷⁰⁾ 영미법에서는 구제와 관련하여 커먼로상의 금전적 손해배상이 적절하지 않는 경우에 예외적으로 법원이 에퀴티상의 명령을 통해 현실적 이행강제인 특정이행을 제도화시켰다는 연혁적 측면이 있다. 즉, 영미법은 특정이행을 금전배상과는 분리하여 다루고 있고, 이점에서 대륙법계의 통일적 관념과는 다르다는 것이다.⁷¹⁾

68) PICC 제7.2.1조, 제7.2.2조; PECL 제9:101조, 제9:102조.

69) 注釋國際統一賣買法 I, 前掲書(주28), p. 219.

70) Farnsworth, *supra* note 14, p. 249.

71) 실제로 CISG의 입법작업에서 특정이행청구권을 매수인의 물품인도청구에 한정하자는 제안이 있었으나 채용되지는 않았다고 한다.

제2절은 국제물품매매의 통일법이라는 관점에서 CISG를 판단한다면, 영미법과 같은 특정한 지역의 법률용어에 구속받을 당위성이 없으므로 대금지급청구와 같은 금전채무의 이행 역시 CISG에서 규정하는 특정이행에 속한다고 보는 견해이다.⁷²⁾ 이 견해에 따르면, CISG 제46조와 제62조에서 정한 법적 구제는 매도인과 매수인에게 부여된 개별적인 구제수단들을 열거한 것으로 그 성격과 위치가 유사하므로 평행적인 관점에서 볼 필요가 있다고 한다. 즉, 제62조에 따라 매수인에게 대금을 청구하는 것은 특정이행에 해당하고 제28조의 적용을 받을 수밖에 없다는 것이다.

생각건대, CISG상 대금지급청구와 같은 금전채무의 이행 역시 특정이행으로 판단되어야 한다고 본다. 제28조의 당연한 적용대상이 된다고 보는 제2절을 지지한다. 일단 CISG를 해석하기 위해서는 제7조 제1항의 ‘국제적 성격 및 적용상의 통일’적 관점이 필요하다. 따라서 매도인에 대한 현실적 이행강제이든 매수인에 대한 현실적 이행강제이든 CISG를 전체적이며 구조적으로 파악해야 한다. 예컨대, 제28조가 CISG 제3편(물품의 매매) 총칙규정에 위치하고 있다는 점은 이러한 취지를 반영하는 것이라 볼 수 있다.

앞서 살펴본 2002년의 아르헨티나 부에노스아이레스 상사법원 판결이나 2004년의 스위스 베른 상사법원의 판결을 보더라도, 법원은 대금지급청구가 CISG상의 특정이행이라는 전제하에 제28조의 적용여부를 판단하고 있다. 심지어 ICC 중재법원의 Arbitral Award No. 12173 판정 같은 경우에는 매수인의 확정손해배상액의 지급청구도 특정이행으로 파악하였다. 특히 금전채무의 이행청구와 관련하여, CISG와 같은 통일매매법상의 특정이행을 단순한 계약상 의무의 집행이나 그와 유사한 종류로 파악하기 보다는, 계약위반이 있는 경우 활용되는 ‘법정 구제수단’(statutory remedy)의 하나로서 다루어야 한다는 ICC 중재법원의 견해에 주목할 필요가 있다.

2) 대체물인도 및 부적합보완과 특정이행

CISG 제46조 제2항 및 제3항에서 규정하는 매수인의 대체물 인도청구와 부적합보완청구는 ‘작위의무’라는 점에서는 이행의무의 성질을 가지고 있다. 그러나 엄격한 의미에서 제28조의 적용을 받는 특정이행에 해당되는지는 논란의 여지가 있다. 특정이행의 본질적인 성질과 특정이행 제도가 정착된 연혁적 측면만을 놓고 보자면, 대체물인도청구와 부적합보완청구는 물품인도청구와는 그 성질이 다르다. 나

72) John O. Honnold(오원석 역), UN통일매매법, 제2판, 삼성사, 2004, p. 484; Fabio Bortolotti, “Remedies Available to the Seller and Seller’s Right to Require Specific Performance (Articles 61, 62 and 28),” *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, Issue 1, 2005, p. 337.

아가 대체물인도청구 등을 특정이행으로 인정하는 것은 법정지의 국내법을 우선 시키는 제28조의 구조상 CISG가 제46조 제2항과 제3항을 도입한 입법적 취지를 퇴색시킬 우려도 있다. 이와 관련해서는 다음과 같은 학설들이 대립한다.

제1설은 제46조 제1항의 매수인의 물품인도청구와 마찬가지로, 매수인의 대체물 인도청구 및 부적합보완청구 역시 CISG상의 특정이행이므로 제28조의 적용대상이 된다고 보는 견해이다.⁷³⁾ 이는 매수인의 대체물인도청구나 부적합보완청구가 물품인도와 같은 일정한 이행의무를 요구하는 점에서 작위의무라는 성질을 부정할 수 없고, 채무불이행에 대해 ‘계약위반’이라는 일원적 개념을 채택한 CISG의 취지상 물품인도와 대체물인도청구 및 부적합보완청구를 각기 구별하여 다를 특별한 의미가 없으며, CISG가 특정이행을 도입하면서 법계간의 타협을 이룬 여러 사정들을 고려하여야 한다는 이유에서이다.

제2설은 제46조 제2항의 매수인의 대체물인도청구와 제46조 제3항의 부적합보완청구는 제28조를 제한하는 특별규정으로 보아야 하며 이러한 점을 이유로 제28조의 적용대상을 부정하는 견해이다.⁷⁴⁾ 이 견해에 따르면, 대체물인도청구와 부적합인도청구를 제28조의 적용대상이 되는 특정이행으로 파악하는 경우, ‘모든 사정상’ 매도인에게 대체물인도청구나 하자보완을 하는 것이 불합리함에도 불구하고 매수인이 법정지의 자국법을 활용하여 매도인에게 대체물인도나 물품의 하자보완을 요구할 가능성이 발생하는데, 이는 신의칙상 허용되지 않는다는 것이다.⁷⁵⁾ 즉, 제28조를 무제한적으로 확대·해석할 필요는 없으므로, 제46조 제2항과 제46조 제3항을 제28조의 일반규정을 제한하는 특별규정으로 볼 필요가 있다는 것이다.

사건으로는 매수인의 대체물인도청구와 부적합보완청구는 제28조의 적용대상이 되는 특정이행에 해당하지 않는다고 보는 것이, CISG의 입법취지를 도모하면서 동시에 국제거래 실무를 반영하는 것은 아닐까 생각한다. 제2설의 견해를 지지한다. 일단 대체물인도청구와 부적합보완청구는 각각 제46조 제2항과 제46조 제3항에서 정한 소정의 요건이 충족된 경우라야 청구권 행사가 가능하다. 이들은 제46조 제1항에서 규정한 물품의 인도청구와는 달리 중대한 계약위반에 해당하지 않더라도 행사될 수 있는 매수인의 구제수단이다.

국제거래상 특정이행 제도는 이를 활용하고자 하는 당사자의 의지에 따라 권리 남용에 놓일 기회가 많다. 만약 제46조 제2항 및 제3항을 제28조를 통해 국내법상

73) 석광현, 전계서(주10), p. 119; 최홍섭, 전계서(주21), p. 72; John Fitzgerald, “CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec,” *Journal of Law and Commerce*, Vol. 16, Issue 2, 1997, p. 294; Kastely, *supra* note 23, p. 636.

74) John O. Honnold(오원석 역), 전계서(주72), p. 399.

75) 이러한 관점은 CISG의 입법과정에서도 상당한 논쟁이 되었다.

약용하고자 하는 매수인이 있다면, 여기서 발생하는 신의칙 위반을 제재할 마땅한 방법이 없다. 또한 매수인의 대체물인도청구와 부적합보완청구를 이유로 제28조가 원용된 판례나 중재판정이 현재까지 보고된 바가 없다는 점도 고려해야 한다. CISG에서 요구하는 국제거래의 신의준수를 엄격하게 적용하는 차원에서도 대체물 인도청구와 부적합보완청구는 물품인도청구와는 다르게 제한적으로 해석할 필요가 있다.

2. 법원의 판단기준 관련 쟁점

1) 자국법의 범위

CISG 제28조가 적용되기 위해서는 법원이 자국법(own law)에 따라 특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 경우가 아니어야 한다. 여기서 앞서 언급한 바와 같이 자국법의 의미와 범위에 대하여는 학설상의 다툼이 있다.

우선 통설은 제28조의 ‘자국법’의 의미에 대하여 이를 법정지법으로 이해한다.⁷⁶⁾ 보다 구체적으로는 국제사법(conflict of laws)을 포함한 법정지의 모든 법을 의미하는 것이 아니라 법정지의 실질법(authoritative laws)만을 가리키는 것으로 본다.⁷⁷⁾ 입법과정에서 자국법의 의미를 법정지의 국제사법상 적용되는 준거법이라고 파악한 견해도 있으나 현재 이를 실질적으로 주장하는 학자는 없어 보인다.

자국법의 의미에 관하여는 통설적 견해가 타당하다고 본다. 제28조의 규정취지가 영미법계의 법원들이 영미법상의 원칙에 의해 특정이행의 소를 인정하는 것이 부적절하기 때문에 이를 고려하여 도입된 것임을 상기한다면, 자국법은 법정지의 실질법일 수밖에 없다. 만약 대륙법계 국가의 법원이 자국법에 의한 이행청구에 대하여 ‘준거법’을 이유로 이를 부정한다면, 이는 제28조의 취지에 반하게 된다. 예를 들어, 국제사법상 적용되는 준거법으로 자국법을 파악하는 견해에 따르면, 미국에 영업소를 둔 매도인이 독일 법원에 대금지급청구의 이행을 제기하였는데, 만약

76) 석광현, 전게서(주10), p. 120; 최준선, 전게서(주11), p. 191; John M. Catalano, “More Fiction Than Fact: The Perceived Differences in the Application of Specific Performance under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” *Tulane Law Review*, Vol. 71, Issue 6, 1997, p. 1819; Kastely, *supra* note 23, p. 637; John O. Honnold(오원석 역), 전게서(주72), p. 290; Lando, *supra* note 14, p. 233; Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 20, p. 464; Walt, *supra* note 19, p. 219; Marlene Wethmar-Lemmer, “Specific Performance as a Remedy in International Sales Contracts,” *Journal of South African Law*, Vol. 2012, Issue 4, 2012, p. 709.

77) Schlechtriem & Schwenger, *supra* note 20, p. 464.

독일 법원이 매도인의 실질적 관련성을 이유로 미국법을 준거법으로 지정하여 UCC를 자국법으로 판단한다면, 대금지급청구는 기각될 확률이 크다. 결국 제28조에 의해 특정이행 소송을 제한하는 궁극적인 기능은 이행청구소송이 영미법계 국가의 법원에 제기된 경우에 비로소 발현된다는 것이다.⁷⁸⁾

앞서 살펴본 미국 일리노이북부 연방지방법원의 *Magellan* 판결에서도, 법원은 자국법의 의미를 국제사법상의 준거법이 아닌 법정지법으로 보고 일리노이주 UCC를 적용하였다. 사안에서는 UCC를 통해서도 특정이행이 구제방법으로서 인정될 수 있으므로, 자국법과 CISG간의 저촉이 발생하지 않으므로, 법원이 특정이행을 구제방법으로 명하여도 문제가 발생하지 않는다고 보았다.⁷⁹⁾

한편 제28조의 자국법을 법정지법으로 파악하는 경우에, 이것이 실체법인지 아니면 절차법인지를 판단해야 하는 해석상 쟁점이 있다. 앞서 언급한 바와 같이 대륙법계에서는 특정이행을 실체로 보고, 영미법계에서는 절차로 보는 경향이 있다. 따라서 제28조에 의해 법원이 특정이행을 명하는 판결을 거부하는 경우 적용법률의 성질이 문제가 될 수 있다. 이는 법정지의 실체법에 의하여 특정이행 청구가 부정되는 것인가 아니면 실체법과는 관련 없이 절차법에 의하여 부정되는 것인가에 관한 문제이다. 그러나 CISG 제28조의 입법취지는 영미법계 국가의 태도를 반영한 것이므로 어디까지나 법계의 통합 내지는 타협적 산물으로써 파악할 필요가 있다. 실체법과 절차법의 구분실익을 국제통일매매법적 차원에서 논할 문제는 아니라고 본다.⁸⁰⁾

마지막으로 제28조에서 명시한 ‘법원’(court)의 범위에 관한 문제가 있다. 법원의 범위에 대해 중재판정부와 같은 ADR 기관들도 포함되는 것으로 보는 것이 통설이며 이에 대해서는 이론이 없어 보인다. 이 경우, ADR 기관의 소재지를 기준으로 자국법을 판단할 것인지, 국제사법규칙의 준거법을 기준으로 이를 판단할 것인지 하는 자국법의 범위 확정이 다시 문제가 된다.

이와 관련하여 주목할 만한 사례가 있는데, 앞서 살펴본 1996년의 스위스 취리히 상공회의소 중재판정의 경우이다. 사안에서는 준거법으로 러시아법이 적용되었고 제28조의 자국법의 의미가 러시아법으로 해석된 바가 있다. 다만 자국법의 의미 판단에 대하여는 판정부의 법리 전개가 명확하진 않다. 생각건대, 이러한 경우에도 중재지나 조정지와 같은 ADR 기관의 소재지를 기준으로 자국법의 의미를 판단하여야 할 것이다.

78) 注釋國際統一賣買法 I, 前掲書(주28), p. 220.

79) Bradford Stone & Santiago González Luna M., “Aggrieved Buyer’s Right to Performance or Money Damages under the CISG, U.C.C., and Mexican Commercial Code,” *Journal of Law and Commerce*, Vol. 30, Issue 1, 2011, p. 32.

80) 석광현, 전게서(주10), p. 120.

2) 유사한 매매계약

CISG 제28조가 적용되기 위해서 법원은 CISG가 적용되지 아니하는 ‘유사한 매매계약’(similar contracts)에 관하여 자국법에 따라 특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 경우가 아니어야 한다. 여기서 ‘유사한 매매계약’을 인식하는 법원의 판단 기준이 문제가 된다.

우선 제28조에서 의미하는 ‘유사한 매매계약’이란 최소한 CISG가 적용될 수 있는 유형의 계약들을 말한다. 따라서 소비자 계약과 같이 CISG 자체의 적용을 받지 않는 계약, 즉 CISG 제2조상의 적용제외의 매매들은 제28조의 유사한 계약이 아니다.⁸¹⁾ 즉, CISG상 발생하는 권리·의무와 유사한 권리·의무가 발생하는 계약이라면 제28조에서 의미하는 유사한 매매계약이 된다는 것이다.

해석상 문제로는, ① 자국법상 특정한 매매계약에서 발생하는 의무로서 이를 인정할 수 있는 것인지 아니면 ② 그러한 의무의 존재를 전제로 이행이 발생한 경우, 특정이행과 같은 법적 구제수단의 적절성을 인정할 것인가가 논란이 될 수 있다. 예를 들어, CISG상 매도인은 물품이 계약에 적합하지 않은 경우 부적합을 보완할 의무를 부담한다(제46조 제3항). 이러한 부적합보완의무는 독일법상 인정되지 않는 의무이다. 이 경우 독일 법원은 단순히 독일법상 그러한 부적합보완의무가 존재하지 않음을 이유로 이행청구를 기각할 수는 없다. 즉, 매매계약상 부적합보완청구가 당사자간 합의되어 있음을 전제로 그러한 이행청구권의 행사가 독일법상 인정될 수 있는지 아닌지를 고려하지 않으면 안된다는 것이다.⁸²⁾ 다만 이와 같은 해석상의 문제는 법정지 법원의 개별적 태도와 자국법의 성격에 의해 좌우되는 것이며 이를 일률적으로 논하기는 어렵다고 본다.

3. 당사자 자치와 신의칙 관련 쟁점

1) 당사자의 적용 배제합의

CISG 제6조는 “당사자는 이 협약의 적용을 배제할 있고, 제12조에 따를 것을 조건으로 하여 이 협약의 어떠한 규정에 대하여도 그 적용을 배제하거나 효과를 변경할 수 있다”고 규정하여, 당사자 합의에 의한 CISG 적용배제를 명문화하였다.

여기서 CISG 제12조는 “매매계약, 합의에 의한 매매계약의 변경이나 종료, 청약·승낙 그 밖의 의사표시를 서면 이외의 방법으로 할 수 있도록 허용하는 이 협약 제11

81) Walt, *supra* note 19, p. 217.

82) 注釋國際統一賣買法 I, 前掲書(주28), p. 222.

조, 제29조 또는 제2편은 당사자가 이 협약 제96조에 따라 유보선언을 한 계약국에 영업소를 가지고 있는 경우에는 적용되지 아니한다. 당사자는 이 조항을 배제하거나 그 효과를 변경할 수 없다”고 규정한다. 즉, 제12조는 명시적으로 제28조를 열거하고 있지 않으므로, 제6조의 해석상 제28조도 당사자 합의로 배제가 가능한 것은 아닌가 하는 의문이 발생한다. 이에 관하여는 다음과 같은 학설상 대립이 있다.

제1설은 당사자간 제28조의 적용배제가 가능하다고 보는 견해이다.⁸³⁾ 이 견해에 따르면, CISG 제12조는 명시적으로 제6조의 적용대상이 되지 않음을 규정하고 있는 반면에, 제28조는 그러한 규정을 두고 있지 않기 때문에 당사자간 합의로 제28조를 배제할 수 있다는 것이다. 이러한 시각은 CISG 규정의 구조적인 측면과 규정 자체의 문리적 해석을 중시한 경우이다.

제2설은 당사자간 제28조의 적용배제가 가능하지 않다고 보는 견해로서, 대다수의 학자들이 이 견해를 따르고 있다.⁸⁴⁾ 이 견해에 따르면, 제28조는 이행청구권을 단순히 배제하고 있는 것이 아니라 그 소송상의 허용 여부를 법정지국의 법률에 맡기고 있는 것이므로 당사자간 합의의 대상으로 다룰 수 없다고 한다.

생각건대, CISG 제28조는 강행규정으로서 당사자의 적용배제 합의가 금지된다고 보아야 한다. 제28조의 입법 취지 자체가 영미법계 법원의 특정이행에 대한 입장을 고려하여 생성된 것이라는 점을 보면, 특정이행에 대한 판단 여부는 법원이 명시적으로 갖고 있는 것이다. 제28조를 강행규정으로 본다고 하여도 당사자들의 이행청구권을 배제하는 것은 아니므로, CISG상 명문의 규정은 없지만 해석론으로서 당사자들의 합의로 제28조의 적용을 배제할 수는 없다고 보아야 한다.

2) 신의칙과 흠결보충의 법리

CISG 제28조의 적용과 관련된 사례를 보면, 종종 당사자들의 권리남용이나 신의칙 문제가 제기되는 경우가 있다. 예를 들어, 불합리한 부담이나 비용을 야기하면서 서까지 특정이행을 원용하고자 하는 경우 또는 시장가격의 추이를 지켜보면서 상당한 시간이 경과한 후에 특정이행 청구를 행사하는 경우 등이 대표적이다.

이에 관해서는 앞서 살펴본 러시아 연방 국제상사중재법원 2007. 1. 30. 판정이 적절한 해석론을 제공하고 있다.⁸⁵⁾ 사안에서 중재법원은 CISG상 신의칙 준수를 판

83) 신창섭, 전제논문(주12), p. 724.

84) 석광현, 전제서(주10), p. 121; 최홍섭, 전제서(주21), p. 72; Johan Erauw & Harry M. Flechtner, “Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character,” in *The International Sale of Goods Revisited* (Petar Šarčević & Paul Volken eds.), Kluwer Law International, 2001, p. 60; Kastely, *supra* note 23, p. 643; Schlechtriem & Schwenzler, *supra* note 20, p. 470; Walt, *supra* note 19, p. 101.

단하는 해석기준이 명확하지 않다는 이유로 PICC의 규정을 유추·적용하였다.⁸⁶⁾ 이는 CISG상 명시적이지 않은 문제에 대해 이를 보완할 수 있는 다른 국제거래 관행들을 활용하여 해석하는 흠결보충의 법리(theory of gap-filling)에 따른 것이다.

사안에서 중재법원은 제28조의 적용과는 별도로 매수인의 신의칙 위반을 지적하고 있는데, 바로 CISG 제7조 제1항이 국제거래에서의 ‘신의의 준수’를 일반규정으로서 명시하고 있기 때문이다. CISG의 해석은 어디까지나 신의칙의 틀 내에서 이루어져야 하며, CISG 조항의 적용 역시 당사자간 신의준수의 확대를 전제로 이루어져야 한다. 사안에서 매수인은 거의 3년이나 지난 시점에서 특정이행을 청구하고 있는데, 이는 실제로 권리남용에 가깝다. 또한 CISG상의 손해경감의무 위반에 해당될 여지도 있다.

시장이가격이 급등한 후 매수인이 물품인도의 이행을 청구하거나, 반대로 가격이 급락한 후 매도인이 대금지급의 이행을 청구하는 경우에는 당사자들의 권리남용적 동기를 충분히 의심할 수 있다.⁸⁷⁾ PICC는 특정이행의 예외 규정들을 마련함으로써 그 한계를 명시적으로 규정하고 있으므로, 국제거래실무에서 남용될 수 있는 특정이행 청구에 대해 CISG의 해석상 흠결을 보완할 수 있는 적절한 지침이 될 것으로 보인다.⁸⁸⁾

4. 실무적 시사점

CISG가 발효된 1988년부터 지금까지 특정이행과 관련한 CISG 제28조가 적극적으로 운용된 사례는 매우 드물다. 그나마 앞의 III장에서 살펴본 6개의 사례들이 UNCITRAL에 보고된 대부분의 사례들이라 할 수 있겠는데, 이마저도 제28조의 해석

85) 러시아 국제상사중재법원에서는 2007. 1. 30. 판정 이후로도 특정이행 청구와 관련하여 PICC 규정을 적용하여 해석하는 실무관행이 어느 정도 정착되어 있다. 예를 들어, ICAC at RFCCI Award of 1 February 2007, Arbitral Award 23/2006; ICAC at RFCCI Award of 1 February 2007, Arbitral Award 64/2009. 이에 관하여는 Komarov, *supra* note 65, pp. 661~665 참조.

86) Catalano, *supra* note 76, p. 1813.

87) 이에 관하여는 Ingeborg Schwenzer, “Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,” *European Journal of Law Reform*, Vol. 1, Issue 3, 1999, p. 298 이하 참조.

88) CISG상 특정이행 규정의 흠결보완으로서 PICC나 PECL 규정들의 활용에 관하여는 Peter A. Pilioumis, “Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (*Nachfrist*) under the CISG: Are These Worthwhile Changes or Additions to English Sales Law,” *Pace International Law Review*, Vol. 12, Issue 1, 2000, pp. 18~19 참조.

적 쟁점들을 분석하거나 파악하기에는 충분하지 않다. CISG 제28조가 영미법계 국가의 입장을 고려하여 도입되었다는 점을 보면, 제28조에 의한 소구력의 제한이 실제로 기능을 발휘하는 것은 영미법계 국가의 법원에 특정이행이 제기된 경우일 것이다.

그러한 의미에서 UNCITRAL에서도 1999년의 *Magellan* 판결을 제28조에 관한 공식적인 대표사례로서 제시하고 있다. 이 판결을 통해 제시된 법정지 법원의 판단기준은 추후 영미법계 국가의 법원이 활용할 수 있는 중요한 해석지침이 될 것이다. 2004년의 ICC 중재법원 12173 판정은 확정손해배상액의 지급청구도 제28조의 적용대상이 되는 특정이행에 포함시켰다는 점에서 중요한 사안이다. 특히 금전채무의 이행청구에 대해 국내법적 시각의 한계를 지적하고 CISG상의 개별적 인식이 필요하다고 언급한 부분은 매우 참고할 만하다.

<표> CISG 제28조 관련 사례 정리

순번	사례명	이행청구의 유형	법정지의 실질법		CISG 제28조의 적용여부	특정이행 허용여부
			법계	특정이행의 존재형식		
1	스위스 취리히 상공회의소 1996. 5. 31. 중재판정	매수인의 물품인도 청구	러시아 민법		적용	불인정
			대륙법계	특정이행 제도 없음		
2	미국 일리노이 연방지방법원 1999. 12. 7. 판결	매수인의 물품인도 청구	미국 일리노이주 UCC		적용	인정
			영미법계	예외적 구제수단		
3	아르헨티나 부에노스아이레스 상사법원 2002. 7. 21. 판결	매도인의 대금지급 청구	아르헨티나 민법		적용 안됨	인정
			대륙법계	기본적 구제수단		
4	스위스 베른 상사법원 2004. 12. 22. 판결	매도인의 대금지급 청구	스위스 채무법		적용 안됨	인정
			대륙법계	기본적 구제수단		
5	ICC 중재법원 2004년 12173 판정	매수인의 확정손해 배상액 지급청구	스위스 채무법		적용 안됨	인정
			대륙법계	기본적 구제수단		
6	러시아 국제상사중재법원 2007. 1. 30. 판정	매수인의 물품인도 청구	러시아 민법		적용	불인정
			대륙법계	특정이행 제도 없음		

CISG상 특정이행의 활용 가능성과 관련하여 국제거래의 실무적 차원에서 살펴 보자면 다음과 같은 문제점이 있다. 일단 당사자가 특정이행을 청구할 수 있는지의 문제는 이론적으로 손해배상의 결정과 밀접한 관련이 있다. 채권자로서는 언제 계약의 현실적 이행을 포기하고 또 언제 대체거래를 행할 것인지를 결정해야하기 때문에, 손해배상액 산정의 기준시점이야말로 사안의 중요한 쟁점이다.

여기서 대체물의 수령이 가능한 종류물 매매의 경우, 채권자로서는 계약을 해제하고 대체거래를 함으로써 손해의 발생을 최소화시키는 것이 가장 합리적일 것이다. 이때 만약 영미법과 같이 특정이행을 예외적으로 인정하는 법제라면 채권자는 위험부담을 최소화하기 위해 가능한 한 빠른 시일 내로 대체계약을 체결할 것으로 예상된다. 이는 오히려 채권자가 직접적인 대체거래를 하지 않음으로써 손해가 확대된 경우라면 그 지체로 인해 발생한 손해에 대하여는 채무자에게 손해배상을 청구할 수 없기 때문이다. 반면에 대륙법계와 같이 이행청구권을 기본적인 구제수단으로 인정하는 법제라면, 채권자는 ① 어느 시점에서 이행을 청구할 것인지 또는 ② 어느 시점에서 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 것인지, ③ 어느 시점에서 이행청구에서 손해배상청구로 전환할 것인지, 이러한 모든 판단들이 채권자에게 일임되어 있다.

이와 같은 관점에서 보면, 물품인도와 같은 특정이행의 경우에는 대체거래 가능성이 실무상 매우 중요하다고 볼 수 있다. PICC와 PECL과 같은 국제통일매매규범들은 대체거래가 가능한 경우 특정이행을 인정하지 않고 있음에 반하여, CISG에서는 바로 이러한 입장이 수용되지 않았다. 즉, CISG상 채권자는 대체거래가 가능하더라도 특정이행을 청구할 수 있고, 이를 지속하여 시장가격의 변화에 따른 청구의 남용이 가능한 것이다. 물론 불합리한 이행청구를 지속함으로써 손해배상액을 부당하게 확대시켰다면, 이는 CISG 제77조의 손해경감의무의 제재 대상이 될 수 있겠으나, 이는 어디까지나 ‘사후적 대응’일 뿐이다. 나아가 국제분쟁에서는 구체적인 손해확대를 ‘입증’하기가 현실적으로 매우 곤란하다는 문제도 있다.

특정이행을 계약위반의 기본적 구제수단으로 마련하고 있는 대륙법계 국가에서도 특정이행 청구소송이 실제로 제기되는 경우는 드문 편에 속한다. 계약이행의 의지가 없는 채무자로부터 목적물을 수령하는 것 자체가 곤란한 경우도 많고, 수령한다고 하더라도 시간적 지체를 감당하기 어려운 경우도 많다. 현대적 재판실무에서는 오히려 손해배상청구가 중심이 되고 있는 실정이다. 분쟁 자체의 형태나 규모가 다른 국제분쟁의 경우에 더욱 이러한 경향이 강화될 것이다.⁸⁹⁾

89) 오원석, 전제논문(주12), p. 81.

V. 결 론

일반적으로 계약법상 구제수단의 기준으로서 기대이익과 관련되는 문제들은 자연스럽게 특정이행의 검토 단계로 연결된다. 계약을 위반하지 않은 당사자는 손해배상이라는 형태로 불충분한 지급을 받는 위험을 부담하지 않는다는 점에서, 특정이행은 문자 그대로의 기대이익이라고 할 수 있다. 다만 특정이행의 주된 결점은, 일반적으로 이것이 금전배상과 관련된 구제책보다 더 많은 사법자원을 요구한다는 것이다. 예컨대, 무엇이 충분한 이행인가를 결정하는 것은 복잡하기 때문에 법원으로서의 언제 계약위반 당사자가 충분한 이행을 했는지를 결정하기가 어렵다. 이러한 점을 이유로 영미에서는 전통적으로 계약위반의 1차적 구제로 손해배상을 인정하고, 예외적으로 특정이행을 허용하였던 것이다.

CISG의 경우에는 대륙법계에서 인정되는 특정이행을 명문화하고는 있지만, 제28조를 두어 영미법계의 입장을 고려하였다. 이는 CISG상 나타나는 대표적인 법계의 타협적 산물이라는 점에서 매우 큰 의미가 있다. 어떻게 보면, 제28조는 CISG에서 마련한 특정이행의 제한규정으로써 명시적인 기능을 갖고 있기도 하다. 다만 제28조를 악의적으로 활용하고자 하는 매매 당사자들의 존재도 부정할 수 없다. 국제거래의 경우에는 특히 이와 같은 특정이행을 악용한 신의칙 위반이나 권리남용의 폐해에 쉽게 노출될 수 있다. 결국에는 제28조의 적용과 관련하여 그 적용요건에 대한 법원의 충실한 해석이 밑바탕이 되어야 한다는 것이다. 본 논문에서는 이러한 제28조의 적용요건상 해석적 문제가 발생할 수 있는 쟁점들을 정리하여 검토해 보았다. 이하 시사점에 같음하여 다음과 같은 몇 가지의 사항들을 연구의 결론으로 제시하고자 한다.

첫째, 매도인의 대금지급청구와 같은 금전채무의 특정이행을 엄밀한 의미에서 특정이행으로 볼 수 있는가 하는 문제가 있는데, 학설상 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 대립한다. 본 논문에서는 CISG상 대금지급청구와 같은 금전채무의 이행 역시 특정이행으로 판단하여 제28조의 적용대상이 되어야 한다고 주장하였다. 가장 중요한 이유로는 CISG의 해석적 태도와 관련한 통일성을 확립하기 위해서이다. CISG 제7조 제1항은 ‘국제적 성격 및 적용상의 통일’을 명시하고 있으므로, 매도인에 대한 현실적 이행강제이든 매수인에 대한 현실적 이행강제이든 이를 협약의 상호 호환적이며 평행적인 관점에서 파악할 필요가 있다.

둘째, CISG 제46조 제2항 및 제3항에서 규정하는 매수인의 대체물 인도청구와

부적합보완청구가 제28조의 적용을 받는 특정이행에 실질적으로 해당하는가 하는 문제가 있다. 이에 관하여도 적용긍정설과 적용부정설로 갈리고 있는데, 사건으로서는 적용부정설을 지지한다. 대체물인도청구와 부적합보완청구는 각각 제46조 제2항과 제46조 제3항에서 개별요건들을 설정하고 있으므로, 제28조를 원용하여 국내법을 우선시켜 이를 판단케 하는 것은 CISG의 입법취지에 반할 수 있다. 가장 우려스러운 점으로는 제28조를 원용하고자 하는 당사자들의 신의칙 위반 가능성을 배제할 수 없다는 것이다. 특정이행 자체가 이를 활용하고자 하는 당사자의 권리남용에 놓일 기회가 많다는 점을 고려한다면, 대체물인도청구와 부적합보완청구는 제28조를 제한하는 특별규정으로 판단해야 한다고 본다.

셋째, 제28조의 적용요건과 관련하여, ‘자국법’의 의미는 법정지의 실질법으로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 제28조의 규정취지가 영미법계 법원들의 입장을 고려하여 도입된 것임을 생각한다면, 자국법은 법정지의 실질법일 수밖에 없다. 즉, 제28조의 궁극적인 입법취지는 특정이행 소송의 제한적 기능이며, 이는 영미법계 국가의 법원에 이행청구의 소가 제기된 경우에 궁극적인 효과를 거둘 수 있다는 것이다.

넷째, 실무적으로 물품인도와 같은 특정이행의 경우에는 대체거래 가능성이 매우 중요한 쟁점이 된다. 대체거래가 가능하다면 물품인도의 청구는 일반적으로 부정된다고 보는 것이 현실적이다. 그러나 CISG에서는 이와 같은 대체거래 가능성과 특정이행의 관련성에 대해 명시적인 입장이 없다. CISG상 채권자는 대체거래가 가능하더라도 특정이행을 청구할 수 있고, 이를 지속하여 市況에 따른 청구의 남용이 가능한 것이다. 물론 손해배상액을 부당하게 확대시킨다면 CISG 제77조의 손해경감의무로 제재할 수 있겠으나 어디까지나 이것은 사후적 대응일 뿐이고, 손해확대의 입증 역시 현실적으로 매우 곤란하다는 문제가 있다.

현대적인 관점에서 분쟁해결의 요체가 손해배상청구를 중심으로 진화한다고 보면, 국제거래실무에서 특정이행제도가 갖는 기대이익은 더욱 축소될 것이다. 1999년 *Magellan* 판결의 예와 같이, 영미법계 국가에서도 대체거래의 불가능성에 기반한 경우라면 특정이행 판결이 손쉽게 내려질 가능성이 크다. CISG 제28조에 의한 소구력 제한의 취지를 충분히 인정한다고 하더라도, 이러한 경우에는 그 기능적 역할의 실익이 감소할 수밖에 없을 것이다.

참 고 문 헌

- 곽윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2012.
- 김용담 (대표집필), 주석민법 - 채권총칙 (1), 제4판, 한국사법행정학회, 2013.
- 김 화, “매수인의 추완이행청구권의 제한원칙에 관한 고찰”, 민사법학 제70호, 한국민사법학회, 2015.
- 오원석, “비엔나 협약과 특정이행”, 무역상무연구 제10권, 한국무역상무학회, 1997.
- 이병문, “CISG상 매도인의 이행청구권에 관한 연구”, 무역상무연구 제53권, 한국무역상무학회, 2012.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 법영사, 2010.
- 신창섭, “국제물품매매계약에 관한 UN협약에서 특정이행청구권에 관한 연구”, 경영법률 제17집 제1호, 한국경영법률학회, 2006.
- 최준선, 국제거래법, 제10판, 삼영사, 2015.
- 최홍섭, 국제물품매매에 관한 유엔협약 해설, 법무부, 2005.
- 한낙현, “국제물품거래상 계약위반의 구제제도에 관한 고찰 - 영미법을 중심으로”, 무역상무연구 제42권, 한국무역상무학회, 2009.
- John O. Honnold(오원석 역), UN통일매매법, 제2판, 삼영사, 2004.
- 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司 編, 注釋國際統一賣買法 I, 法律文化社, 2000.
- Beale, Hugh, *et al.*, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2nd ed., Hart Pub., 2010.
- Bejesky, Robert, “The Evolution in and International Convergence of the Doctrine of Specific Performance in Three Types of States,” *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 13, Issue 2, 2003.
- Bianca, C. Massimo, & Michael Joachim Bonell, eds., *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987.
- Bortolotti, Fabio, “Remedies Available to the Seller and Seller’s Right to Require Specific Performance (Articles 61, 62 and 28),” *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, Issue 1, 2005.
- Catalano, John M., “More Fiction Than Fact: The Perceived Differences in the Application of Specific Performance under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” *Tulane Law Review*, Vol. 71, Issue 6, 1997.

- Dawson, John P., "Specific Performance in France and Germany," *Michigan Law Review*, Vol. 57, Issue 4, 1959.
- DiMatteo, Larry A., (ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.
- Farnsworth, E. Allan, "Legal Remedies for Breach of Contract," *Columbia Law Review*, Vol. 70, Issue 7, 1970.
- _____, "Damages and Specific Relief," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, Issues 2 & 3, 1979.
- Ferriell, Jeffrey T., *Understanding Contracts*, 2nd ed., Lexis/Nexis, 2009.
- Fitzgerald, John, "CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec," *Journal of Law and Commerce*, Vol. 16, Issue 2, 1997.
- Henning, William H., & William H. Lawrence, *Understanding Sales and Leases of Goods*, 2nd ed., Lexis/Nexis, 2009.
- Kastely, Amy H., "The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention," *Washington Law Review*, Vol. 63, Issue 3, 1988.
- Komarov, Alexander S., "Reference to the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration Practice in the Russian Federation," *Uniform Law Review*, Vol. 16, Issue 3, 2011.
- Perillo, Joseph M., *Calamari & Perillo on Contracts*, 6th ed., Thomson/West, 2009.
- Piliounis, Peter A., "Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (*Nachfrist*) under the CISG: Are These Worthwhile Changes or Additions to English Sales Law," *Pace International Law Review*, Vol. 12, Issue 1, 2000.
- Schwenzer, Ingeborg, "Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts," *European Journal of Law Reform*, Vol. 1, Issue 3, 1999.
- Schwenzer, Ingeborg, (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd ed., Oxford Univ. Press, 2010.
- Schwenzer, Ingeborg, Christiana Fountoulakis & Mariel Dimsey, *International Sales Law: A Guide to the CISG*, 2nd ed., Hart Pub., 2012.
- Stone, Bradford & Santiago González Luna M., "Aggrieved Buyer's Right to Performance or Money Damages under the CISG, U.C.C., and Mexican

- Commercial Code,” *Journal of Law and Commerce*, Vol. 30, Issue 1, 2011.
- Walt, Steven, “For Specific Performance under the United Nations Sales Convention,” *Texas International Law Journal*, Vol. 26, Issue 2, 1991.
- Wethmar-Lemmer, Marlene, “Specific Performance as a Remedy in International Sales Contracts,” *Journal of South African Law*, Vol. 2012, Issue 4, 2012.
- Zeller, Bruno, *CISG and the Unification of International Trade Law*, Routledge-Cavendish, 2008.

ABSTRACT

Legal Issues in Specific Performance under International Business Transactions: The scope and application of Article 28 of the CISG

Young-Ju KIM

Unlike continental European legal systems (civil law systems), specific performance in common law refers to an equitable remedy requiring exactly the performance that was specified in a contract. It usually granted only when money damages would be an inadequate remedy and the subject matter of the contract is unique. Thus, under common law specific performance was not a remedy, with the rights of a litigant being limited to the collection of damages.

Consistent with the practice in civil law jurisdictions, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) makes specific performance the normal remedy for breach of a contract for the sale of goods. Therefore, the buyer may require a breaching seller to deliver substitute goods or to make any reasonable repair.

Likewise, the seller may require the buyer to take delivery of goods and pay for them. Despite this, Article 28 of the CISG restricts the availability of specific performance where it would be unavailable under the domestic law of the jurisdiction in which the court is located. Thus, the CISG's more liberal policy toward specific performance is restricted by common law.

There are some legal issues in CISG's specific performance availability by Article 28. This paper analyzes these issues as interpreting Article 28 of CISG, by examining various theories of application to actions for specific performance and comparing CLOUT cases involving CISG Article 28.

Keywords : CISG, Specific Performance, Damages, Breach of Contract, Right to Require Performance, Own Law