

國際物品賣買契約에 있어서의 不可抗力에 관한 研究

表 正 漢*

目	次
I. 序 言	IV. 不可抗力의 成立效果
II. 不可抗力과 類似用語	V. 不可抗力條項의 解釋
III. 不可抗力의 成立要件	VI. 結 言 - 契約上의 對應

I. 序 言

모든 계약에 있어서 계약당사자들은 자신이 약속한 것을 이행할 의무가 있다. 그러나 때로는 계약당사자가 계약체결시에 예상하지 못한 사건의 발생으로 계약의 이행이 物理적으로나 法的으로 또는 經濟적으로 不可能하거나 困難한 경우가 발생할 수가 있다. 이와 같이 계약당사자가 계약체결시에 예상하지 못한 장애의 발생으로 계약의 이행에 심각한 영향을 받을 때에 契約自體의 繼續的인 存續與否가 문제가 된다. 현재 이러한 문제는 契約法에 있어서나 상관습에 있어서도 가장 민감한 문제중의 하나이다.

이와 같이 계약이 체결되고 난 후에 이행상의 當事者 統制不能의 障礙가 발생하여 계약이행이 不可能하게 되거나 또는 困難하게 되는 상황을 法理論

* 嶺南大學校 貿易學科 專任講師.

에서는 「履行不能(impossibility of performance)」, 「天災地變(Act of God)」, 「契約目的의 挫折(frustration)」, 「前提條件의 喪失(failure of presupposed conditions)」, 「事情變更」 등의 이름하에서 다루어지고 있다. 또한 1980년의 「國際物品賣買契約에 관한 UN協約(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; UNCCIS; 비엔나 協約)」 제79조 「免責條項」에서도 當事者 統制不能의 障礙에 기인한 면책규정을 두고 있다.

그런데 계약의 이행과정에서 當事者 統制不能의 障礙發生으로 계약이행이 불가능하거나 곤란한 경우에 적용가능한 각국의 法理들은 각각 상이한 접근 방법에 의해 매우 제한적이지만 일반적으로 免責을 인정하고 있다. 그러나 국제상거래에 있어서 이러한 法理들은 당사자들의 요구를 충족시키지 못하는 경우도 있어서 거래의 安定性에 문제가 발생할 수가 있다. 즉, 국제상거래의 당사자가 어떠한 이행상의 統制不能의 障礙가 발생하는 경우, 그것이 當該契約의 準據法에서 인정하는 免責事由에 해당하는가를 판단하는 데에 상당히 어려움이 많다. 왜냐 하면, 英美法이나 大陸法 모두 후발적 위법, 당사자의 사망 등과 같이 履行不能이 명백한 경우를 제외하고는 法院에서 免責을 인정하는 명확한 기준이 확립되어 있다고 말할 수 없으며, 또한 프러스트레이션(frustration)이나 事情變更의 原則이 인정되지 않는 나라들도 있다.¹⁾ 또한 이들의 법리들의 성립요건이 매우 제한적이기 때문에 상거래자들의 요구를 충족시키기에 미흡한 점들이 있다고 할 수 있다.

이러한 이유들과 더불어 국제물품매매계약의 당사자들은 일반적으로 다양한 각국의 法體系에 종속됨에 따라 自國 또는 他國에서 지배하고 있는 法原理에 의존하기 보다는 그들의 契約條件에 의존하려는 경향이 있다. 따라서 국제무역거래에서 오래 전부터 국제상관습으로 계약당사자들은 계약체결시에 明示的 合意條項²⁾을 두어 당사자 統制不能의 障礙(impediment beyond

1) 우리 나라의 法院에서도 大陸法上の 事情變更의 原則을 인정하지 않고 있으며, 미국의 法院에서도 프러스트레이션 법리의 인정에 매우 소극적이다.

2) 이러한 條項에서는 不可抗力條項을 비롯하여 免責條項(exemption clause), 하드쉽 조항(hardship clause), 價格調整條項 등이 있다.

one's control)에 대비하여 오고 있다. 이러한 경우의 합의조항의 대표적인 것이 不可抗力條項(force majeure clause)이다.

不可抗力條項이란 계약체결후에 不可抗力의인 장애의 발생으로 인한 契約不履行에 대하여 이행당사자의 責任을 면제시키기 위하여 당사자간의 합의에 의해 계약에 삽입되어 있는 明示條項이라고 할 수 있다. 오늘날 거의 대부분의 국제물품매매계약에는 不可抗力條項을 삽입하여 契約履行上의 當事者 統制不能의 障礙發生에 대비하고 있다. 그러나 오늘날 사용되고 있는 不可抗力條項은 첫째, 그 起案에 있어서 문제가 있다고 할 수 있다. 不可抗力條項의 有用性, 그 成立要件 및 解釋原則 등에 대한 이해의 부족으로 구체성이 결여된 일반적인 사건의 나열과 그 효과를 규정하고 있다. 또한 일반적으로 표준적인 不可抗力條項을 기안해 놓고 거의 모든 계약에 동일한 不可抗力條項을 사용하는 경향이 있어, 개개의 거래에 있어서의 그 성격을 충분히 반영한 不可抗力條項의 기안이 이루어지지 못하고 있다고 할 수 있다. 둘째, 不可抗力條項을 포함한 免責條項의 법원의 解釋原則이 매우 엄격하며, 또한 당사자들의 의도가 명쾌하지 못한 경우에는 각국의 법원들은 不可抗力條項에 의거하여 면책여부를 판단하지만 自國의 관련 法理에 의존하는 경향이 있다. 따라서 당사자들이 의도한 효력을 발생시키지 못하는 경향이 있다. 셋째, 현재 契約履行上의 當事者 統制不能의 障礙發生에 대비하여 일반적으로 不可抗力條項만을 삽입하고 있는데, 不可抗力條項만의 삽입으로 충분하느냐가 문제이다. 이행불능을 물리적으로 완전히 불가능한 경우에서부터 경제적으로 곤란하게 되는 경우까지 그 범위가 매우 다양하다. 이러한 광범한 범위의 당사자 統制不能의 障礙에 기인한 債務不履行에 대한 각국 法院의 判例를 분석하면, 상사적 견지에 있어서는 충분히 채무불이행에 대한 免責이 인정될 수 있으나 실제의 不可抗力條項에 근거한 判決은 免責을 인정하지 않는 경우가 많이 있다.

그러므로 不可抗力의 成立要件 및 條項의 解釋原則 등에 대한 연구를 통하여 不可抗力條項의 起案의 問題 및 계약이행상의 당사자 統制不能의 障礙

에 대한 계약상의 효율적인 대비방법을 제시할 필요가 있다.

현재 不可抗力 및 不可抗力條項에 관한 국내에서의 研究는 교재 등을 통한 극히 단편적인 연구가 있을 뿐이며, 그리고 국제적으로 각국법상의 關連 法理에 대한 연구는 활발하게 이루어지는 편이나 국제상관습으로서의 不可抗力에 대해서는 不可抗力의 概念, 事例 등에 대한 소수의 논문이 발표되고 있다.

따라서 본 논문은 文獻 및 判例研究를 통하여 不可抗力과 各法系에서 사용되고 있는 유사용어의 개념에 대하여 살펴 보고, 不可抗力의 成立要件과 成立效果 및 不可抗力條項의 解釋問題를 연구하여, 국제물품매매계약에 있어서 契約履行上의 당사자 統制不能의 障礙發生에 대한 계약당사자들의 對應方案으로서 不可抗力條項의 起案問題와 補完的인 對應方案을 제시하고자 한다.

II. 不可抗力과 類似用語의 概念

1. 不可抗力

不可抗力(force majeure)이라는 용어는 로마법의 vis major(보다 큰 힘, 不可抗力), 독일어의 말은 höhere Gewalt, 프랑스어의 force majeure에 해당되며, 영미법에서는 Act of God이라는 말에 해당하거나 그 이상의 의미를 가진다. 國際契約에서 사용되고 있는 不可抗力(force majeure)이라는 말은 프랑스어의 force majeure를 사용하고 있는데, 이는 프랑스의 나폴레옹 민법전의 기초자가 그 제1148조에서 사용했던 superior force에 해당하는 프랑스어에서 유래한다.³⁾

3) 本 林徹, “不可抗力と免責”, 『現代契約法大系』, 第9卷, 國際取引契約(2) (有斐閣, 1983), 125면.

이러한 不可抗力의 개념은 로마법의 擔保責任(receptum)의 法理에 根源을 두고 있다. 로마에 있어서 交通狀態와 法律狀態는 사회기강의 교정과 상거래의 안정을 기할 목적으로 船主 또는 驛舍의 主人에게 그들이 인수받은 運送物品 또는 顧客의 携帶品에 대하여 絶對的 返還擔保義務를 부담시키고 있었다. 그러나 이러한 擔保責任의 嚴正性을 緩和시킬 目的으로 시작된 로마 法務官의 告示中에 船主, 驛舍의 主人 등의 免責事由로서 不可抗力이 列擧되어 있었다. 오늘날의 不可抗力의 觀念은 로마법의 擔保責任의 例外인 免責事項으로서 주로 발달되어 왔다.⁴⁾

그리고 大陸法系의 各국의 近代民法은 過失責任을 유일한 일반적인 責任原則으로 파악하고 있으나, 科學과 技術, 그리고 産業의 발달에 따라 事故의 야기가능성이 있는 새로운 危險源은 漸增했고, 새로운 危險의 實現으로 인하여 事故損害가 발생한 경우에는 既存의 過失責任原則이 합리적인 피해의 救濟方法이 되지 못하게 되었다. 이러한 가운데 不可抗力의 概念은, 過失責任과는 다른 -그 이론적 구조가 완성되었다고도 볼 수 없는- 嚴格責任이 문제되는 경우에 책임자에게 無限大의 責任을 지운다면 책임자에게 苛酷한 결과가 될 수 있다는 점을 고려하여 責任者의 責任을 緩和시키기 위하여 만들어진 實務上의 概念이라고 보아야 한다.

大陸法上으로 不可抗力의 概念의 定義에 관해서는 여러 논쟁이 있었으나, 1952년의 獨逸聯邦法院의 判例를 보면 “不可抗力은 企業과는 무관한 外部로부터의 근본적인 自然力에 의해 또는 第3者의 행위에 의해 초래된 사건이고, 그것은 인간의 洞察 및 經驗으로는 豫見不可能하고, 경제적으로 견딜 수 있는 手段을 가지고 사태에 의거해서 합리적으로 기대할 수 있는 최대의 주의에 의해서도 방지될 수 없고, 또는 손해를 발생시키지 않도록 할 수 없는 것이며, 종종 일어난다고 해서 經營者에게 감수시킬 수 없는 것이다.”라고 정의하고 있다.⁵⁾ 즉, 外部的 由來, 異常性(豫見不可能性), 不可避性이라는 세가

4) 伊澤孝平, “不可抗力의 意義(一)”, 『民商法雜誌』, 第3卷 3號(1936), 419면.

5) BGHZ. 7, 338 (339), Urt. v. 23. 10. 1952.

지 要件을 구비한 사건이 바로 不可抗力이다.⁶⁾

한편, 國際商去來에 있어서 不可抗力이라는 用語는 약 150여년 전에 保險 契約分野에서 商慣習法으로 사용되기 시작해서, 그 후 점차로 保險 以外の 商去來分野에서도 契約상의 의무이행이 불가능한 경우의 免責事由로서 인식, 사용되기에 이르렀다.

이와 같이 大陸法에서 생성된 概念이 商慣習法으로서 먼저 保險分野에서 차츰 國際商去來分野로 확산되었으며, 國際商去來에서 주도적 역할을 담당하였던 英글로 색슨인에 의하여 많이 사용되었다. 왜냐하면, 普通法에서는 不可抗力의 概念은 없으나, 20세기에 이르기까지 契約에 明示的 特約이 없는 한, 履行의 不能에 의한 免責은 용인되지 않는다고 하는 絶對的 責任의 法理가 존재했기 때문에, 國際商去來의 當事者로서는 契約에 일정의 事由가 발생한 경우에는 契約履行의 義務로부터 免除된다는 취지의 明示的 特約을 挿入하려는 노력을 해야만 했다. 즉, 契約自由의 原則에 의거하여 當事者들이 絶對的 責任의 法理의 適用을 제한할 목적으로 契約에 명시적으로 不可抗力條項을 삽입하여 거래과정에서 발생하는 障礙에 대비해야만 했다. 따라서 특히 英美法系의 국제거래자들에게 不可抗力條項이 契約上 중요한 위치를 점하게 되었다.

英國의 判例를 보면, 實務적으로 발달해 온 不可抗力條項을 포함하고 있는 契約紛爭의 경우에는 “어떤 事由가 그 條項에 포함되는가”의 해석을 하면 되었고, 그리고 이같은 不可抗力條項이 없는 契約의 紛爭에는 普通法에서 역사적으로 발전해 온 履行不能의 法理(doctrine of impossibility of performance)나 契約目的挫折의 法理(doctrine of frustration)에 의해 免責되는가를 논의했기 때문에, 不可抗力을 明確하게 定義하려는 노력은 다하지 못했고 또 그렇게 할 必要도 없었다. 따라서 英國과 美國에서는 大陸法的 概念인 不可抗力을 普通法에 適用시키려고 했기 때문에, 普通法上の 判例에서 不可抗力

6) 吉田 豊, “不可抗力の概念とその周邊”, 『法學新報』(中央大學法學會, 1990. 10), 第97卷 第1, 2號, 91면.

의 개념정립에 混亂이 있었다.

1920년의 英國의 Lebeaupin 事件⁷⁾에서 不可抗力(Force Majeure)에 대한 定義를 시도했다. McCardie J.는 “전쟁, 스트라이크, 출항금지, 허가금지, 또는 나포와 같은 입법상, 행정상의 간섭이나 폭풍우, 항구에서의 선적을 불가능하게 하는 홍수, 철도에 의한 원료공급에 대한 방해, 기계의 고장 등이 不可抗力이 된다. 그러나 기후의 악화, 축구시합, 장례식, 자금의 부족 등의 이유로 계약이 불이행되는 경우, 賣渡人과의 계약을 第3者가 이행하지 않는 경우 혹은 免責을 요구하는 當事者에게 過失이 있는 경우는 제외된다.”고 하였다. 이 判例의 구체적인 例示는 적지만, 홍수나 전염병과 같은 自然現象에 한정하지 않고, 전쟁이나 스트라이크 등과 같이 人爲的인 現象도 포함한다는 것을 명백히 하고 있다. 전쟁이나 자연재해는 전형적인 不可抗力의 예이다.

현재 국제상거래계약서에 나열되는 개개의 不可抗力事態의 한 가지 共通的인 特徵은 異常的 性質이다. 극심한 暴風雨나 颱風은 不可抗力이 될 수도 있으나 나쁜 기후는 不可抗力이 될 수 없다. 그리고 다양한 종류의 勞動爭議도 不可抗力으로 나열되고 있는데, 履行當事者의 사업장에서의 노동과 관련된 것이어야 한다. 履行當事者의 사업장에 영향을 미치는 운송노동자의 노동쟁의는 不可抗力이 될 수도 있으나, 계약에 특별하게 명시되어 있지 않은 공급업자의 사업장에서의 노동쟁의는 일반적으로 不可抗力에 포함되지 않을 것이다. 그러나 일반적인 勞動이나 原資材의 不足 또는 供給業者의 瑕疵는 不可抗力이 되지 않는다. 그리고 天災地變도 不可抗力의 일반적인 예이다. 이러한 사건은 격렬한 형태를 취할 수가 있는데, 오늘날 종종 수출입이나 대금결제 등의 여러 가지 商去來行爲에 制限을 가한다.

그런데 역사적으로 이러한 不可抗力은 當事者에게 責任있는 事由(故意 또는 過失)가 없음에도 불구하고 絶對責任을 져야 하는 경우에 그 責任을 免除시키는 요소로서 발전해 왔다. 「絶對責任」과 「免責」이라는 두 인자는 서로

7) (1920) 2 K.B. 714.

矛盾關係에 있으므로 이들 상호간의 調整이라는 政策的 配慮가 있지 않으면 안된다. 그 모순을 외면하고서는 不可抗力의 개념의 파악은 불가능하다고 하겠다. 즉, 그것은 不可抗力의 概念이 一義的일 수가 없다는 뜻이 된다. 국제상거래에 있어서 不可抗力條項이라는 것은 免責條項과 마찬가지로 이러한 성격의 條項의 간결한 이름이다. 따라서 국제상거래에서 사용되는 不可抗力이라는 용어에 프랑스나 다른 어떠한 특정국가의 不可抗力이론이 도입되는 것은 아니다. 따라서 실제로 不可抗力의 개념은 民事責任이 문제되는 여러 가지의 경우에 사용되지만 개개의 경우마다 不可抗力이라는 用語는 같더라도 그 意味는 다르게 파악된다.⁸⁾

2. 履行不能

契約의 履行不能(impossibility of performance)은 英美法系나 大陸法系에서 서로 그 意味에 差異가 있으나 兩法系에서 使用되고 있는 용어이다. 履行不能은 契約履行上の 障礙의 한 類型으로서 어떠한 障礙 發生의 결과로 契約上の 債務의 履行이 不可能하게 되는 것을 말하며, 이행이 불가능하게 되어 채무를 면책시키거나 또는 계약을 소멸시키는 法理를 不能 또는 不能의 法理(doctrine of impossibility)라고 한다. 그러나 不能이라는 말은 英美法과 大陸法 사이에 概念과 類型上 差異點이 있다.

大陸法과 英美法 모두 不能을 크게 契約締結時에 이미 不能인 「原始的 不能(existing or initial impossibility; ursprüngliche Unmöglichkeit)」과 契約締結時에는 可能했으나 그 후에 不能이 되는 「後發的 不能(supervening impossibility; nachträgliche Unmöglichkeit)」으로 나눈다. 原始的 不能이라 함은 廣義의 不能의 일종으로, 이미 소실된 가옥을 매매하는 것처럼 처음부터 이행이 불가능한 경우이다. 이 경우 계약은 당초부터 成立될 수 없고, 따라서

8) 尹庸碩, “危險責任의 새로운 傾向-不可抗力에 의한 免責可能性”, 釜山大學校 法學研究所 「논문집」, 제30권(通卷 제38호), 330면.

어떠한 當事者도 代金支給이라든가 債務不履行에 대한 損害賠償問題 등 법률상의 義務를 負擔하지 않는다. 그리고 不能은 누구에게나 불능인 「客觀的 不能(objective impossibility; objective Unmöglichkeit)」과 債務者의 一身상의 사정에만 기인하는 불능인 「主觀的 不能(subjective impossibility; subjective Unmöglichkeit)」으로도 나누어 진다.⁹⁾ 그러므로 不能은 이론적으로 原始的·客觀的 不能과 原始的·主觀的 不能, 그리고 後發的·客觀的 不能과 後發的·主觀的 不能으로 나눌 수가 있는 것이다.

大陸法¹⁰⁾에서 不能이나 아니냐를 결정하는 基準에 관하여서는 學說이 對立하고 있다. 현재의 압도적 多數說¹¹⁾은 物理的(自然的, 事實的) 不能에 한정할 것이 아니라 社會의 觀念 내지 社會의 去來觀念에 따라서 결정되어야 한다는 것이다. 따라서 債務의 履行이 不能이라는 것은 絕對的·物理的으로 不能이라는 것이 아니라, 社會生活에 있어서의 經驗法則 또는 去來上の 觀念에 의할 때 債權者가 債務者의 이행의 實現을 期待할 수 없다는 것을 의미한다. 따라서 일단 物理的으로 不能한 것은 모두 不能이 된다. 그러나 비록 物理的으로는 給付가 可能하더라도, 그러한 경우에 언제나 不能이 되지 않는다고는 할 수 없다. 그리고 不能을 판단할 때에 主觀的 不能인지 客觀的 不能인지를 묻지 않는다. 즉, 債務者 이외의 일반인에게는 可能하더라도 債務者에게는

- 9) 원래 主觀的 不能과 客觀的 不能을 구별하는 것은 獨逸民法에서 유래한다. 獨逸民法에서는 이 구별이 明文으로 인정되어 있고, 양자는 다르게 다루어지고 있다. 즉, 客觀的 不能의 給付를 목적으로 하는 계약은 무효이며(동법 306조), 種類債務에 있어서는 債務者는 過失이 없어도 主觀的 給付不能에 대하여 책임을 지고(동법 280조), 기타의 債務에 있어서의 事後의 主觀的 不能은 客觀的 不能과 동일하게 다루어지게 되어 있다(同法 275). 따라서 獨逸民法에서는 給付의 客觀的 不能과 主觀的 不能을 구별하고 그 한계를 어디에 두느냐는 특히 原始的 不能에 관하여 중요한 意味를 가지고 있다. 그러나 그러한 明文의 規定이 없는 우리나라의 民法에서는 客觀的 不能과 主觀的 不能의 區別은 큰 實益이 없다.
- 10) 大陸法에서도 각 나라마다 履行不能의 개념에 대한 약간의 차이가 있다. 특히, 우리나라와 日本의 民法에서는 客觀的 不能과 主觀的 不能을 이미 구별하고 있지 않으나 獨逸法에서는 개념상 구별가능하며, 양자의 효과에 있어서도 상이하다.
- 11) 多數說은 불능의 개념을 一元的으로 규정하려는 데 대하여 少數說은 다원적으로 불능의 개념을 규정하려고 한다. 즉, 少數說은 불능을 사실상의 불능과 법률상의 불능으로 나눌 뿐만 아니라, 다시 客觀的 不能과 主觀的 不能을 구별하여 客觀的 不能만을 진정한 불능으로 하기 때문에 通說인 多數說보다 불능을 인정하는 범위가 좁다.

그 이행의 실현을 기대할 수 없을 때에는 이행은 불능이라고 할 수밖에 없으며, 이 때 불능의 원인이 債務者의 일신상의 事由에 의하는가 또는 그 밖의 事由에 의하는가는 묻지 않는다.¹²⁾ 그런데 이렇게 不能을 物理的 또는 法律的으로 보아 절대적 불능뿐만 아니라 社會通念上的 不能으로 보기 때문에 大陸法上的 事情變更의 原則과의 구별이 곤란한 경우가 있다.¹³⁾

大陸法에 있어서 後發的 不能¹⁴⁾은 채권이 성립한 후에 債務者의 歸責事由(故意 또는 過失)없이 履行이 不能으로 되는 경우와 債務者의 歸責事由에 의한 不能으로 나누어진다. 後者의 경우가 일반적으로 大陸法에서 債務不履行의 한 형태로서의 履行不能이라 한다.¹⁵⁾ 前者는 大陸法에서 廣義의 後發的 不能이라고 할 때에 포함되는 것으로, 다시 兩當事者에게 責任事由가 없는 履行不能과 債權者에게 責任事由가 있는 履行不能으로 나누어진다. 후자는 채무불이행의 한 형태가 되며, 債務者에게 責任事由가 없는 後發的 履行不能의 경우에는 過失責任主義의 原則에 의해 債務者는 給付義務로부터 免除되며, 債權者의 反對給付義務는 大陸法에서 소위 「危險負擔의 原則」¹⁶⁾이 적용된다.

한편, 英美法은 오래 전부터 無過失責任主義를 채택하고 있었으나 19세기 후반부터 그 例外로서 當事者의 책임없이 不可避的이고도 外生的인 原因으로 더 이상의 契約履行이 不可能하게 되면 계약은 終結되고 當事者의 履行

12) 郭潤直, 「債權總論」(博英社, 1989), 136~138면.

13) 따라서 大陸法에서 履行不能과 事情變更의 原則과의 구별이 명확하지 않은 경우도 있다. 日本의 中山 充교수는 당사자의 책임없는 사유에 의해 이행이 곤란하게 된 사건에서 이행이 가능한가 불가능한가의 판단은 실질적으로 계약존속의 기회를 당사자에게 부여하는 것과 일체의 계약채무를 소멸시키는 것 중에서 어느 것이 타당한 결론이라고 판단되는가에 따라서 결정되어야 한다고 말하고 있다(中山 充, 「事情變更의 原則」, 「現代契約法大系」, 第1卷, 76면).

14) 獨逸民法 제275조 2항에서 後發的 履行不能에 대해서는 客觀的 不能과 主觀的 不能을 구별하지 않는다.

15) 大陸法에서 履行不能이 成立되기 위한 要件은 첫째, 債權의 成立後에 이행이 불능으로 되어야 하며, 둘째, 불능이 채무자에게 責任있는 事由에 의해 발생하여야 하며, 셋째, 履行不能이 違法한 것이어야 한다. 그리고 그 效果로서 債權者에게 損害賠償請求權과 契約解除權이 부여된다.

16) 危險負擔의 原則이라는 것은 雙務契約에 있어서 일방의 채무가 양당사자의 책임없는 사유로 인하여 이행불능이 되어 소멸한 경우에 對價關係에 있는 상대방의 채무가 소멸하느냐 않느냐의 문제를 말한다.

責任을 免除시키는 履行不能의 法理(doctrine of impossibility of performance)가 발생했다. 따라서 英美法에서 履行의 不能(impossibility)이란 英國과 美國의 普通法裁判所에서 형성되어진 契約上의 債務履行의 免責事由이다. 그러나 大陸法에서 일반적으로 履行不能이라고 하는, 契約締結後 債務者에게 責任있는 事由로 履行이 不能으로 되는 경우는 英美法에서는 不能의 概念에 包含되는 것이 아니라 契約違反의 問題가 된다. 따라서 英美法에서 履行의 不能이라 함은 契約締結後 그리고 危險이 賣渡人으로부터 買受人에게 移轉되기 前에 兩當事者의 責任없는 事由로 인하여 履行이 不能으로 되는 경우를 말한다. 따라서 大陸法에서 債務者의 責任없는 事由에 의한 履行不能과 事情變更의 原則에 의해 취급하고 있는 문제를 英美法에서는 不能으로 설명하고 있다. 그러므로 英美法에서의 履行의 不能은 自然的 不能과 經濟的 不能을 統一한 概念이라고 말할 수 있다. 英美法에서 본래의 履行의 不能은 法의 變更 또는 後發的 違法(supervening illegality), 行政的 措置(act of government or public authority), 個人的 勞務契約에 있어서의 當事者의 死亡 또는 臥病(death or illness in personal service contracts) 그리고 履行에 必然的인 特定物의 滅失로 인한 不能 등이다.

3. 프러스트레이션(Frustration)

위와 같이 전통적으로 英美法에서는 契約履行上의 障礙를 이유로 하는 免責의 問題는 履行不能의 觀點에서 논의되어져 왔다. 그런데 英美契約法에 있어서의 履行不能의 法理의 歷史는 不能의 概念의 擴張의 歷史라고 할 수 있다. 따라서 그 概念의 계속적인 擴張으로 이행이 物理的으로 不可能한 경우 뿐만 아니라, 履行費用의 급격한 상승으로 義務履行 當事者에게 極度の 負擔이 되는 경우까지도 이론적으로는 履行不能의 개념에 包含되고 있다. 그리고 履行不能(impossibility of performance)이라는 用語도 개념의 擴張에 따라

변모하게 된다. 그 때까지 사용해 오던 履行不能이라는 用語 대신에 프러스트레이션(frustration)이라는 用語가 사용되게 되었다. 그러나 英美法에서 역사적으로 履行不能과 프러스트레이션 또는 實行困難간의 엄격한 區別은 困難하다.¹⁷⁾ 英美法에서의 履行不能은 後發的·客觀的 不能만을 대상으로 한다. 그리고 英美法에서는 原始的 不能에 대하여는 錯誤理論의 適用問題가 된다.

그런데 20세기 現代의 商業은 物理的으로는 아니지만 實際로 不能이 되는 履行을 다루는 法理를 必要로 해 왔다.¹⁸⁾ 따라서 기존의 간단한 履行不能의 法理의 단순한 擴張으로서, 1903년 英國의 Krell v. Henry 사건에서 프러스트레이션 法理가, 그리고 1916년 美國의 Mineral Park Land Co. v. Howard 사건¹⁹⁾에서 商的 實行困難의 法理가 탄생했다.

원래 「프러스트레이션(frustration)」이라는 말은 契約目的의 挫折(frustration of the purpose of contract)이라는 의미로 사용되었다. 英國에 있어서는, 1903년의 Krell v. Henry 사건²⁰⁾을 계기로 계약상의 의무이행이 形式上으로는 可能하지만 어떤 後發的 事由의 발생으로 當事者의 基本的 契約目的이 좌절되어 實質的인 履行이 無意味한 경우를 프러스트레이트(좌절)되었다고 하고, 이러한 경우에 履行義務의 免除를 인정하는 法理를 프러스트레이션 法理라고 했다.²¹⁾

그리고 1차 대전 중에 契約履行上의 障礙에 관해서 프러스트레이션이라는 통일적인 制度가 성립되었다. 따라서 現在 英國에 있어서는 프러스트레이션이라는 말은 履行의 不能(impossibility of performance)과 契約目的의 挫折(frustration of the purpose of contract)을 포함하고 있다. 즉, “계약의 성립 후 物품의 財産權이 買受人에게 移轉하기 前에, 兩當事者의 잘못이 없이 계

17) 五十嵐 清, 「契約と事情變更」, (有斐閣, 1969), 166면.

18) Sheldon W. Halpern, "Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for 'the Wisdom of Solomon'", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, pp. 1131~1132.

19) 172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916).

20) (1903) 2 K.B. 740.

21) 本林 徹, 앞의 논문, 129~131면.

약의 法的 履行이 不能이 되든가 또는 이행이 요구되어진 狀況이 契約締結時 豫상한 것과는 너무나도 현저히 변했기 때문에 이행할 수 없게 되는 경우, 賣買계약이 좌절된다”²²⁾ 의미이다. 그러므로 이것의 개념은 契約目的物의 物理的 破壞에 의한 履行不能을 인정하는 것에서 한 걸음 더 나아가 契約當事자가 기도한 契約目的을 達成할 수 없게 된 경우에도 履行不能으로 인정하는 것이다.

英國法을 모태로 하는 美國法에 있어서 프리스트레이션 法理는 1932년의 계약법 제1차 리스테인먼트 제288조에서 채택되었다. 그러나 美國에 있어서는 英國과는 달리 本來의 履行의 不能(impossibility)과 契約目的의 挫折(frustration of the purpose of contract)을 區別한다. 왜냐하면 계약의 목적이 달성불능이 되어도 履行當事者는 義務를 履行할 수도 있기 때문이다. 따라서 美國에서는 履行不能과 契約目的의 達成不能(frustration of the purpose of contract)은 계약에 미치는 效果는 같지만 別個의 制度이다.

美國에서 프리스트레이션이라고 할 때는 履行의 不能을 포함하지 않으며, 원래의 契約目的의 挫折(frustration of the purpose of contract)을 말한다. 그러나 現實의 으로 프리스트레이션 法理에 대한 美國法院의 態度는 이 개념의 도입에 소극적이었다. 이 사실이 美國의 거래자로 하여금 계약에 免責條項의 導入의 必要性을 增大시켜 不可抗力條項의 使用이 增大되었다.

4. 商業的 實行困難

美國의 統一商法典(UCC)과 1980년의 契約法 제2차 리스테인먼트에서는 이행이 불능된 경우뿐만 아니라, 實行困難(impracticability)으로 된 경우에도 계약이 소멸됨을 규정하고 있다. 그런데 實行困難이라는 用語가 美國 統一商法典에서 처음으로 사용된 것은 아니고, 契約法 제1차 리스테인먼트 제454

22) A.G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods*, Sweet & Maxwell, 1987, p. 256.

조에 “불능이라는 것은 엄격한 불능(strict impossibility)뿐만 아니라 심각하고도 불합리한 困難, 費用, 損害 또는 損失을 이유로 하는 實行困難을 의미한다”라고 규정되어 있다. 그런데 統一商法典 제2-615조에서는 단순한 實行困難이 아니라 商業的으로 實行困難이 될 것을 한 요건으로 열거하고 있다. 이러한 商業的 實行困難은 종래의 履行의 不能, 프러스트레이션과는 相異한 것이고, 상업적 성격에 주목하기 위하여 채용된 용어라고 설명되어 있다.²³⁾ 그리고 契約法 제2차 리스테이트먼트에 있어서도 종래의 履行不能이라는 용어 대신에 後發的 實行困難(supervening impracticability)이라는 용어를 사용하고 있다.

그런데 美國 統一商法典과 리스테이트먼트에 이러한 商業的 實行困難의 法理를 규정한 것은 履行의 不能(impossibility of performance)에 대한 法院의 경직적인 태도를 완화하기 위한 의도였다.

1916년의 Mineral Park Land Co. v. Howard 사건에서 Sloss 판사는 “어떠한 것이 실행가능하지 않을 때(when it is not practicable)에 법률적으로 보아서 그것은 不可能(impossible)하고, 그리고 어떠한 것이 過度하고(excessive) 그리고 非合理的인(unreasonable) 費用(cost)으로만 행해질 수 있을 때에 그것은 實行困難이다”라고 관계를 설명했다. 이러한 몇 개의 간단한 단어로 物理的 不能이 商業的 實行困難으로 되었다. 그러나 상업거래는 보다 복잡하기 때문에 法理的 擴張도 複雜하게 이루어졌다. Mineral Park 사건에서 履行의 不能과 商業的 實行困難의 同一化의 論理와 單純性에도 불구하고, 商業的 實行困難의 適用은 일반화되지 못했다. Mineral Park 사건은 여전히 商業的 實行困難의 法理의 適用을 위한 패러다임으로 있으면서, 반면에 實行困難의 法理는 20세기에 있어서 비즈니스의 특징인 증가하는 계약적 관계의 복잡성과 상업활동의 상호의존성에 직면하여 어떠한 基準도 되지 못하고 있다.²⁴⁾

23) UCC § 2-615, Comment 3.

24) Sheldon W. Halpern, *op. cit.*, pp. 1132~1134.

일반적으로 履行이 一方當事者에게 극도의 그리고 불합당한 곤란, 경비, 침해, 손실 등을 주는 경우, 그 履行이 實行困難으로 된다. 그리고 전쟁, 통상정지, 농산물의 흉작, 주공급원의 예측할 수 없는 조업중지 등으로 인한 材料나 供給의 극심한 不足때문에 價格이 현저히 增加되거나 履行을 妨害하는 경우에도 實行困難이 된다. 또 이행에 의하여 얻어지는 결과와는 불균형하고도 심하게, 履行이 當事者나 第3者의 생명, 신체 또는 재산에 危險을 주는 경우에도 역시 그 이행은 實行困難이 된다.²⁵⁾

그런데 이러한 商業的 實行困難을 物理的 不能과 동일화시킴으로써 순수한 量的인 分析의 問題가 발생한다. 이러한 수학적 결정은 과도한 또는 비합리적인 비용의 判決을 요구하고 있는 法理의 피할 수 없는 副産物이다. 이러한 數量化와 관련해서 實行困難이 어떻게 計算되어야 하는가의 論爭이 여전히 발생할 수 있다. 어떠한 사람은 公式化하는데 있어서는 直接的 履行費用의 增加만을 포함해야 한다고 주장할 수가 있다. 그리고 代案的으로 어떠한 사람은 約束者에 대한 순수한 影響의 견지에서 사건을 고려하는 보다 넓은 공식을 결정할 수도 있다. Aluminum Company of America v. Essex Group, Inc. ("ALCOA") 사건²⁶⁾에서 Teitebaum 판사는 Alcoa의 손실이 칠천 오백만 달러라는 자신의 결정을 Alcoa의 전반적 財政狀態 또는 그의 Essex와의 契約 또는 알루미늄산업에서의 그의 위치와 관련된 다른 문제보다는 Alcoa의 계속적 이행의 달러비용의 측정에 기초하여, 數量化問題에 대하여 좁은 接近方法을 취했다. 반대로 Florida Power & Light Co. v. Westing House Elec. Corp. 사건²⁷⁾에서 Merhige 판사는 이행의 全般的인 經濟的 結果를 가치화하려고 했다. 그는 일관되게 그의 평가를 증가된 비용에 한정시키는 것을 거부했다.²⁸⁾ 그런데 어떠한 기초를 만들기엔 적합한 訴訟을 소화시켜서 원만하고도 定量的인 實行困難의 法理를 발전시킬 수 있을 것이다.

25) 계약법 제2차 리스테인먼트(1980), 제261조.

26) 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

27) 597 F. Supp. 1456 (E.D. Va. 1984).

28) Sheldon W. Halpern, *op. cit.*, pp. 1134~1135.

주위환경의 변화에 대한 경험과 적응에 의해 우리가 貨幣的 또는 比率的 範圍보다는 개념적 범위의 관점에서 곤란하게된 이행의 성질을 밝힐 수 있기 때문에, 이행이 얼마나 변했느냐보다는 오히려 이행이 어떻게 변했느냐에 초점을 맞출 수 있을 것이다. 그리고 이 사건에서 法院은 프리스트레이션, 商業的 實行困難 및 共通錯誤의 관계에 대하여 설명했다. 즉, 이들은 상호 유사하지만 중요한 점에 있어서는 상이한데, 商業的 實行困難은 이행을 방해하는 後發的 事件 一般에 관한 것이고, 프리스트레이션은 契約當事者 一方에게 거래가 무의미하게 되는 後發的 事件에 관한 것을 다루고, 그리고 共通錯誤는 契約締結時의 事實과 內心の 齟齬에 관한 것이다.²⁹⁾

그런데 현재 美國法院은 계약에 있어서의 嚴格責任의 傳統이 의연하게 지배되고 있으므로, 履行의 免除을 얻기 위해서 문자대로의 履行의 不能을 필요로 하고 있지는 않지만, 商業的 實行困難의 法理에 의해 履行을 면제하는 데에는 주저하는 태도를 보이고 있다. 따라서 美國 統一商法典과 리스테이트먼트의 草案者들의 의도와는 달리 商業的 實行困難의 法理는 실질적인 영향을 미치지 못하고 있다.

5. 事情變更

事情變更의 原則이라는 用語는 獨逸의 行爲基礎論 그리고 프랑스의 不豫見論과 同一한 理論에 대하여 日本에서 사용되는 用語로 우리 나라에서는 獨逸의 行爲基礎論, 프랑스의 不豫見論 그리고 日本의 事情變更의 原則을 通稱하여 事情變更의 原則이라고도 한다. 法律行爲를 체결할 때에는 契約當事者가 그 당시의 個人的 내지 社會經濟的 事情을 고려하여 그 法律行爲를 성립시키고, 이러한 事情에 따라 法律效果가 부여되는 것이 일반적이다. 그러나 경우에 따라서는 法律行爲가 성립된 후에 契約當事者의 個人的 事情 내

29) 山口裕博, “契約の修正による契約關係の維持-アメリカ法における商的實行不能法理展開を中心に-”, 『法學新報』, 中央大學法學會, 第96卷 第6號(1991. 6), 70면.

지는 社會經濟的인 事情이 급격히 변하는 수가 생긴다. 따라서 法律行爲成立時에 그 基礎 또는 環境으로 된 事情이 法律行爲의 效果完了 이전에 變更될 경우를 日本에서는 事情變更이라 하며, 獨逸에서는 行爲基礎의 喪失(der Wegfall der Geschäftsgrundlage)이라 한다. 이러한 事情變更은 英美法에서도 프러스트레이션 法理가 적용되는 범위에 속한다.

大陸法에서 債務者의 책임없는 事由에 의한 後發的 障礙의 문제는, 公平責任, 責任分擔의 概念을 基礎로 하여 當事者間의 調整的 解決이 부여됨과 동시에, 民法規定의 形式論理的, 劃一的 適用과 法律行爲에 있어서 表示의 客觀的인 社會的 의미에서가 아니라 文言의 文字的 의미에 의한 法律行爲의 해석에서 초래되는 諸不合理을 去來에 관한 法律行爲의 基本的 規範인 信義則(prinzip von Treu und Glauben)要請에 의거하여 구체하려는 目的의 事情變更의 原則에 의해 다루어지고 있다.³⁰⁾ 따라서 事情變更의 原則이란 法律行爲의 성립 당시 그 法律行爲의 기초 또는 環境으로 된 事情이 法律行爲의 效果완료 이전에 變更될 경우, 당초 豫定된 法律效果를 信義則에 맞게 수정하거나 또는 그 法律行爲自體를 소멸시킬 수 있다는 法律規範이다.

6. 하드쉽(Hardship)

國際契約法과 商慣習에 있어서 하드쉽의 概念은 상대적으로 最近에 나타났다. 따라서 하드쉽의 개념은 아직도 發展過程에 있으며, 그리고 계약상의 모든 문제에 대하여 개개의 상세한 文案作成을 요하는 長期契約에서 주로 볼 수 있다.

“하드쉽”이란 經濟的, 法的, 政治的 또는 技術的 要素 등이 變化해서, 계약의 一方當事者에게 深刻한 經濟的 影響을 주는 事態라고 定義할 수 있다. 不可抗力은 계약의 이행이 不可能하거나 거의 不可能(quasi-impossible)해야

30) 鄭忠銘, “民法上の 事情變更의 法理에 관한 研究”(釜山大學校 大學院 碩士學位論文, 1977), 5면.

한다. 그러나 하드쉽은 계약적 균형이 심각하게 파괴되었을 때에도 주장될 수가 있다. 즉, 엄청난 원자재가격의 인상과 같이 當事者가 극복할 수 있는 것도 하드쉽이 된다. 그리고 하드쉽은 履行當事者에게 과중한 부담이 될 경우 뿐만 아니라 이행을 받는 當事者에게 그러한 이행의 가치가 극히 작아서 履行當事者가 얻게 되는 利益과 매우 不均衡하게 되는 경우에도 성립한다. 그러나 어떠한 當事者에게 이익이 나지 않는 것으로 判明되거나 또는 얻게 되는 이익이 契約締結時에 예상한 것보다 상당히 작게 된다는 이유만으로는 하드쉽이 되지 않는다. 그리고 하드쉽은 契約의 전체 情狀을 고려해서 평가되어야 하며, 단지 이행되어진 계약의 일부를 가지고 평가해서는 안된다.

그리고 계약체결후 계약의 履行過程에서 이러한 하드쉽이 발생하는 경우에 대비하여 계약에 插入한 하드쉽 條項은 직접 價格을 決定하거나 修正하는 條項은 아니고, 오히려 不可抗力條項과 비슷한 것으로서 事情變更에 의해 當事者 義務의 當初의 均衡이 根本적으로 變化的인 경우에 계약의 修正을 규정하는 條項이다. 예를 들어, 하드쉽 조항에 「만약 事情變更으로 一方 當事者가 채무를 이행할 때에 어려움을 겪게 되는 경우에 兩當事者는 契約事項을 修正할 것을 목적으로 하고 성실하게 협의하기로 한다」 등으로 그 효과를 규정한다. 이 條項은 價格의 修正에 대한 직접적인 언급은 없지만, 위와 같은 경우에 주로 사용되고 있으며, 事情變更의 리스크를 分擔시켜서 대신 낮은 價格을 책정하는 것이다. 즉, 妥協의 산물이라고 할 수 있다.

그런데 이 條項은 事情變更의 原則을 明文化한 것에 지나지 않는다고 할 수 있다. 단, 差異點은 이 條項의 第1次的 效果를 交渉(狹義)의 再開로 하고 있다는 것이다. 그러나 問題가 발생했을 때에 協議를 再開해서 해결하는 방법은 英美法類의 契約書에서 契約條件을 固定한다고 하는 契約觀과 對立되는 大陸法的 發想이라고 지적된다. 그 외에도 협의를 재개하더라도 내용의 修正이 합의될 것이라는 保證은 없다.

따라서 하드쉽 條項은 일반적으로 不可抗力條項과 함께 계약에 插入되어 있는 경우가 보통인데, 이들은 相互補完的인 역할을 한다.

Ⅲ. 不可抗力의 成立要件

앞에서 설명한 바와 같이 국제물품매매계약에서 상관습적으로 사용되고 있는 不可抗力의 概念은 一義的일 수가 없고, 民事責任이 문제되는 여러 가지 경우에 사용되지만, 개개의 경우마다 그 용어는 같을 지라도 그 의미는 다르게 파악된다. 그러므로 不可抗力의 성립요건이라는 것도 개개의 사건에 있어서 그 개념이 어떻게 사용되었는가에 달려 있다. 따라서 여기서는 一般的인 商慣習의 觀點에서 不可抗力의 成立要件을 제시하고자 한다.

1. 統制不能性(外部性)

契約履行의 不能이 履行當事者의 歸責事由가 아닌 外部的 要因에 의해 발생해야 한다. 즉, 不可抗力은 자신의 統制 不能의 障礙에 의해서 발생해야 한다. 따라서 면책을 구하는 當事者에게 어떠한 違法的 行爲도 없어야 하고, 또한 그 상황에 대하여 합리적으로 지배할 수 있는 地位에 있어서는 안된다.

2. 異常性(豫測不能性)

當事者가 契約締結時 그 障礙要素의 발생과 자신의 履行義務能力에 대한 그 障礙要素의 영향을 예상할 수 없는 것이어야 하고 또는 예상했으리라고 합리적으로 기대할 수 없어야 한다.

구체적으로는 「天災地變」(act of God)이나 「불가피한 지연 또는 사고」와 같은 一般的 文言을 해석할 때에 豫見可能性與否의 판단이 적용된다. 當事者가 노동이나 원자재의 부족 또는 통신의 제한과 같은 발단적 사건은 예상할 수 있으나 그 결과는 예상하지 못할 수도 있다. 그러면 相對方은 契約締結時

에 거의 모든 것이 예상가능했다고 주장할 수도 있다. 그러나 일반적으로 不可抗力條項은 債務者에게 그러한 제한적 구제만을 의도하는 것은 아니다. 이 요건은 當事者가 契約締結時에 우발적 사고를 고려하여 어떠한 계획을 세우는 것이 합리적으로 기대될 수 있는가의 문제이다. 當事者가 어떠한 일을 위해 늦지 않고 원자재를 구입하거나 노동을 고용하는 것은 기대될 수가 있다. 그러나 오랜 시간의 인도기간중의 첫 날에 필요한 모든 원자재를 구입해야 되는 것과 같이 정상적인 거래과정을 벗어난 조치를 취하는 것은 기대될 수가 없다.³¹⁾ 그리고 通常의 季節的인 비는 不可抗力에 포함되지 않을 것이다.

3. 不可避性

不可抗力과 관련된 判例들을 보면 不可避性의 要件에 대한 判斷基準이 가장 문제가 되고 있다. 不可避性이란 當事者가 豫見不可能의 기준으로부터 면책될 수 있을 지라도, 그 障礙要素의 발생 또는 적어도 그 影響을 피하거나 극복할 수 없거나 또는 피하거나 극복할 수 있다고 합리적으로 기대할 수 없어야 한다는 의미이다. 1984년의 B & S. Contracts and Design v. Victor Green Publications 사건³²⁾에서 同盟罷業을 피하기 위하여 합리적인 조치를 취하지 않은 當事者는 不可抗力條項에 의하여 면책될 수 없다고 판시되었다.

이 要件에서도 상업적 合理性의 基準이 적용될 것이다. 예를 들어 자신의 공장이 불타버린 賣渡人은 계약기간내에 인도를 이행하기 위해 공장을 재건 축하려는 어떠한 노력을 하지 않을 지라도 명백하게 면책될 것이다. 그러나 부분적인 火災나 事故가 발생한 경우에는 실사 추가적인 費用과 勞働이 필요하더라도 계약을 이행할 수 있도록 다시 공장의 형태를 갖추는 것이 합리적으로 가능하다면, 賣渡人은 면책되지 않을 것이다.

그러나 일반적으로 不可抗力이 어떻게 하더라도 극복할 수 없는 사건일

31) ICC, *Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, 1985. 3, p. 12.

32) (1984) I. C. R. 419.

필요는 없지만, 이행하려고 하는 當事者의 노력을 요한다. 즉, 不履行當事者는 자신의 이익이든 他方當事者의 이익이든 不履行으로 인해 발생하는 손해를 최소화하기 위하여 노력해야 한다. 만약에 그러한 노력을 하지 않았을 경우에는 피할 수 있었던 損失이나 損害에 대하여 賠償責任이 있다. 그리고 不可抗力條項은 金錢的 義務를 포함한 모든 종류의 의무를 포괄한다. 그런데 대금지급에 있어서의 障礙를 극복할 義務는 절대적인 것이 될 것이다. 그러나 어떠한 특정의 상황에서 外換使用의 制限으로부터 벗어날 수 있는 필요한 허가의 拒絶이나 取消은 不可抗力이 될 수 있다. 이러한 대금지급의 制限을 받고 있는 경우에 지급이 가능할 때까지의 利子支給義務는 계약적 제재가 아니라 資金利用에 대한 보상이라고 주장될 수도 있다.³³⁾ 따라서 발생한 사태가 當該 계약의 이행에 해결하기 어려운 障礙가 되어야 한다. 즉, 不可抗力이라고 주장하는 障礙事件의 발생이 不履行의 近因(proximate cause)이어야 한다. 만약 적어도 그 사건이 상당한 정도로 이행을 방해하는 성질의 것이 아니라 債務者에게 계약의 이행이 불편하거나 보다 부담스러운 사정의 발생으로는 불충분하여 不履行의 近因이 될 수가 없다. 즉, 不可抗力條項에 열거되어 있는 사태가 발생하였다고 效力이 발생하는 것은 아니고, 그 특정 사태의 발생에 의하여 契約履行에 극복하기 어려운 방해가 된다는 사실이 명확하게 입증되어야만 면책이 될 수 있다.

1929년의 De Grasse Paper Co. v. Northern N. Y. Coal Co.³⁴⁾ 사건에서 계약상에 同盟罷業이 발생할 때는 賣渡人의 이행이 면제된다는 條項이 있었다. 그리고 실제로 同盟罷業이 발생했으나, 그것이 賣渡人의 履行能力에는 影響을 미치지 않았다. 따라서 法院은 면책되지 않는다고 판시했다.³⁵⁾ 그러나 不可抗力條項은 이러한 조항이 없는 경우에 적용가능한 일반 法理인 英美法上の 프러스트레이션 法理나 大陸法上の 債務者 歸責事由 없는 履行不

33) 따라서 이러한 不確實性을 피하기 위해서는 利子支給에 대한 規定을 둘 필요가 있다.

34) (1929) 190 App. Div. 227.

35) 本林 徹, “不可抗力と免責”, 「現代契約法大系」, 第9卷 (有斐閣, 1983), 153면.

能의 法理가 성립될 만큼 심각한지의 여부에 관계없이 적용가능하다. 그러나 이행이 절대적으로 불가능할 것을 요구하는 것은 너무 엄격하다. 그러나 정상적으로 기대할 수 있는 이행을 방해하는 종류의 障礙가 되어야 한다.

賣渡人이 “정상적인 조건하에서(under normal conditions)”의 선적이 방해 받는 경우에는 계약의 정지(suspension)를 규정하고 있는 CIF 계약에서 전시 상황의 영향으로 인한 運賃料率의 급격한 상승만으로는 賣渡人의 不履行이 면책되지 않는다고 판시되었다.³⁶⁾ 이러한 규정하에서는 運賃料率의 엄청난 (禁止的) 상승이 있는 경우에는 그러한 규정이 적용될 것이다. 그리고 선적기간의 연장을 규정하고 있는 條項이 있는 경우, 同盟罷業에 의해 선적을 할 수 없을 때에 賣渡人에게 船積港에 있는 다른 곡물창고는 영향을 받지 않고, 단지 하주의 곡물창고가 同盟罷業에 의해 영향을 받았다는 이유만으로는 그 條項에 의해 선적기간의 연장이 허용되지 않는다.³⁷⁾

그리고 “기계고장(mechanical breakdown)”이 발생할 때에 賣渡人의 면책을 규정하고 있는 계약에서 기계고장이 賣渡人의 인도불능의 유일한 이유일 때만 이 條項이 적용된다고 판시되었다.³⁸⁾ 또한 賣渡人은 홍수, 화재, 폭풍과 같이 열거되어 있는 사건이나, 그가 통제할 수 없는 事由의 발생시 면책된다는 條項에 의해서, 단지 그가 상품을 확보하기로 기대한 공급자가 상품을 공급하지 못한다고 해서 면책되지는 않는다. 賣渡人은 후발적 사건으로 인하여 다른 공급업자로부터 契約商品의 확보가 불가능했다는 사실을 입증해야만 한다.³⁹⁾ 의도된 공급업자의 不履行으로 不可抗力條項이 적용되기 위해서는 그러한 공급업자가 유일한 공급업자일 경우에만 가능할 수가 있다.

36) Blythe & Co. v. Richard Turpin & Co. (1916) 114 L. T. 753; S. Instone & Co. Ltd. v. Speeding & Marshall (1915) 32 T. L. R. 202; Re Comptoir Commercial Anversois and Power, Son & Co. (1920) 1 K. B. 868.

37) A.G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods*, Vol.II (Sweet & Maxwell, 1987) p. 1100. footnote, 94.

38) Intertradex S.A. v. Lesieur Torteaux S.A.R.L. (1978) 2 Lloyd's Rep. 509.

39) P. J. van der Zijden Wildhandel N. V. Tucker & Cross Ltd. (1975) 2 Lloyd's Rep. 240.

그 외에 不可抗力條項에 일반적으로 不可抗力으로 인한 不履行當事者에게 통지와 같은 의무 등을 규정하고 있다. 따라서 不可抗力條項에 의거하여 불이행에 대한 면책을 주장하기 위해서는 조항상의 의무이행을 하여야 한다. 만약 통지의무가 규정되어 있는 경우에 불이행당사자는 사건의 발생사실과 그러한 사건의 발생이 자신의 계약이행에 미치는 영향을 설명하여 不可抗力條項에 의한 면책주장의 통지를 가능한 빨리 해야 한다. 만약 합리적인 기간 내에 통지를 하지 않을 경우에는 손해발생에 대한 책임뿐만 아니라 통지이전의 기간에 대해서는 不可抗力條項에 의한 면책권리가 박탈될 수도 있다.

또한 不可抗力條項의 效力發生要件으로 이條項에 의존하려는 者는 계약에 영향을 미치는 不可抗力的 事件이 발생했다는 사실과 그러한 사건이 계약의 이행에 不可抗力的 障礙가 되었다는 사실을 증명해야 된다. 그리고 契約當事者들이 不可抗力條項에 열거된 不可抗力的 障礙事態가 발생하였다는 합의가 필요하며, 만약 합의가 이루어지지 않을 때에는 仲裁條項이 있는 경우 그條項에 따라 仲裁를 신청하여 仲裁判定에 따르면 되고, 만약 仲裁條項이 설정되어 있지 않는 경우는 契約의 一般條件 또는 合意에 따라 管轄法院에 訴를 제기하여 그 判決에 따라야 할 것이다.

IV. 不可抗力의 成立效果

일반적으로 不可抗力條項의 效果는 계약의 이행을 방해하는 不可抗力事態가 발생할 경우, 계약이 자동적으로 소멸되거나⁴⁰⁾ 또는 契約當事者에게 계약이행기간의 延長,⁴¹⁾ 계약의 中止⁴²⁾ 및 계약의 中止期間이 만료되었음에도 불

40) Produce Brokers Ltd. v. Weiss (1918) 118 L.T. 111; 87 L.J.K.B. 472; Hong Guan & Co. R. Jumabhoy (1960) A.C. 684.

41) Koninklijke Bunge v. Cie. Continentale d'Importation (1973) 2 Lloyd's Rep. 44.

42) Blythe & Co. v. Richards, Turpin & Co. (1916) 114 L.T. 753.

구하고 계속적으로 계약의 이행이 불가능한 경우에 계약의 取消⁴³⁾ 등에 대하여 규정하고 있다. 또한 어떠한 경우에는 危險의 配分을 규정하고 있다. 즉, 1956년의 수에즈運河 封鎖後 해상운송과 商品輸出契約은 運河가 다시 봉쇄될 경우에 발생할지도 모르는 추가적 비용을 어떠한 當事者가 부담한다는 규정을 하고 있다. 그리고 契約의 取消은 특정사건의 발생시 어느 契約當事者의 선택이거나 자동적일 수가 있다. 그리고 이러한 종류의 不可抗力條項은 프러스트레이션 法理, 不能의 法理나 事情變更의 原則 등의 適用을 배제시킬 수도 있다. 따라서 어떠한 不可抗力의 事態의 발생시 이러한 不可抗力條項에 의해 여타의 關聯 法理의 適用與否와 관계없이 當事者에게 義務不履行에 대한 면책이 인정된다. 이러한 면책의 결과로 不履行當事者는 損害賠償뿐만 아니라 違約金이나 다른 어떠한 契約的 制裁로부터도 면제된다.

그리고 일반적으로 不可抗力條項에서는 여러 나라의 關聯 法理와는 달리 他方當事者에 의한 契約의 取消나 終了의 主張을 인정하지 않기 때문에 不履行當事者를 보호하고 있다. 이것은 결과적으로 합리적인 기간 동안 계약이행을 위한 기간이 연장된다고 할 수 있다. 여기서 合理性의 基準은 특정사건의 事實問題이지만 不履行當事者가 이행을 재개할 수 있는 能力과 履行의 遲延에도 불구하고 他方當事者가 계약을 이행해야 할 이해관계에 대한 고려가 될 것이다.

위와 같이 不可抗力條項의 範圍와 效果를 매우 자세하게 규정하고 있는 것은 1968년의 Thomas Borthwick (Glasgow) Ltd. v. Faure Fairclough Ltd. 사건에서 Donaldson J.가 말한 바와 같이 단순한 不可抗力條項이 어떠한 확정적 의미를 가지고 있을 지라도 법률가들이 그러한 확정된 의미를 알 수 없기 때문이다. 특정의 경우에는 “force majeure excepted” 또는 “subject to force majeure”와 같은 표현을 사용하고 있는데, 이러한 표현은 不可抗力事態의 발생시 當事者들의 契約履行을 위해 합리적으로 협력하기로 한 그들의

43) 이것은 條件(condition)도 擔保(warranty)도 아닌 契約條件이다[C.M. Schmitthoff, *Export Trade* (Stevens & Sons, 1986) p. 164].

의무에 따라서 그들의 추가적 이행이 면제된다는 의미이다.⁴⁴⁾

그리고 특히 標準去來書에는 보다 구체적인 규정을 하고 있다. 1957년의 Fairclough Dodd & Jones Ltd. v. J. H. Vantol Ltd. 사건⁴⁵⁾에서 The London Oil and Tallow Trades Association의 契約書式에 의한 계약은 12월에서 1월 기간에 알렉산드리아로부터 로테르담까지 이집트 棉實油의 船積에 대하여 규정하고 있다. 계약에는 두 개의 不可抗力條項을 포함하고 있었는데, 하나는 船積을 방해하는 전쟁이나 기타의 특정사건 발생시 계약은 취소된다는 규정이고, 또 다른 하나는 어떠한 다른 사건들이 船積을 遲延시킬 경우, 船積期間은 2개월 연장된다는 규정이다. 이집트정부는 12월 12일부터 1월 3일까지 상품의 輸出을 금지시켰다(실제로 賣渡人은 이 기간 동안에 船積을 의도했다). 그러나 선적은 船積期間이 만료된 1월 31일에야 가능했다. 따라서 賣渡人은 원래의 船積期間에는 선적하지 못하여 買受人은 損害賠償을 청구했다. 賣渡人은 두번째의 不可抗力條項에 의해 계약의 이행이 2개월 연장되었다고 抗辯했다. 貴族院은 不可抗力條項의 해석에 따라 賣渡人의 주장은 정당하며, 그리고 遲延이 선적기간의 종료까지 계속되지 않는 것을 지라도 間歇的인 遲延에 의해 不可抗力條項의 效力이 발생한다고 판시했다.

The Grain and Feed Trade Association(GAFTA)의 標準契約書式의 해석과 관련된 소위 Soya Bean Meal(콩가루) 사건에서도 구체적인 不可抗力條項과 取消條項이 論爭點이었다. 1978년의 Bremer Handelsgesellschaft mbH v. Vanden Avenne Izegem PVBA 사건⁴⁶⁾에서 함부르크의 Bremer Handelsgesellschaft는 美國産 콩을 앤트워프의 Vanden Avenne에게 판매했다. 매월 분할인도 CIF 로테르담 조건으로 1973년 4월 5일에 GAFTA 契約書式 100에 의해 계약이 체결되었다. 이 契約書式은 제21조와 제22조에 구체적인 수출금지에 대한 조항과 不可抗力條項이 포함되어 있었다. 1973년 봄에 미시시

44) John Tillotson, *Contract Law In Perspective* (London Butterworths, 1981), pp. 147~149.

45) (1983) 1 Lloyd's Rep. 254.

46) (1968) 1 Lloyd's Rep. 16, 28.

피강의 범람으로 美國 貨主의 콩수출이 대단히 방해를 받았고 그리고 공급 부족으로 시장가격이 급등했다. 1973년 6월 27일 美國政府는 콩의 輸出禁止를 명했고, 7월 2일 수출업자에게 이미 체결된 契約義務의 40%의 수출을 허용했다. 賣渡人은 GAFTA form No. 100上的 輸出禁止에 대한 條項과 不可抗力條項에 의해 1973년 6월분의 금지된 수량의 船積은 免責된다고 주장했다. 貴族院은 제21조와 제22조의 해석에 따라 이러한 주장을 지지했다. 買受人은 통지의무를 규정한 제21조는 賣渡人에게 책임이 있는 停止條件(condition precedent)이며, 仲裁人들에 의한 사실의 調査에서 이러한 점이 다루어지지 않았으므로 이 사건은 仲裁人들에게 반송되어야 한다고 주장했다. 그러나 貴族院은 이러한 주장을 거절했다. Wilberforce 경은 제21조는 無名條件(innominate term)으로 停止條件이 아니며, 그러한 사실의 발견은 불필요하다고 설명했다. 法院은 추가적으로 선박에 선적된 상품의 매입의무는 없다고 판시했다.

V. 不可抗力條項의 解釋

1. 一般的 契約解釋의 原則의 適用

契約解釋의 一般的 原則이 不可抗力條項의 解釋에도 適用이 된다. 즉, 當事者의 意思를 탐구하여 그것에 效果를 부여한다는 것이다. 이 때에 全體 契約의 情況으로부터 契約文言을 검토하고, 契約의 目的이나 目的物의 性質, 當事者의 地位를 고려하여야 하고, 그리고 契約의 外部를 보는 것이 적당할 경우는 當事者가 契約交渉時에 알았던 사실도 참고가 된다. 國際商去來에 있어서 不可抗力條項이라는 것은 免責條項(exemption clause or relief from liability clause)과 마찬가지로 이러한 성격의 조항의 簡潔한 이름이다. 따라

서 국제상거래에서 사용되는 不可抗力이라는 用語에 프랑스나 다른 어떠한 特定 國家의 不可抗力理論이 導入되는 것은 아니다. 그리고 이러한 不可抗力의 概念은 국제거래에 있어서도 絕對的인 것은 아니다. 즉, 當事者가 직면하리라고 豫想되는 事情의 制限상이 설명되어져, 그러한 사정들이 不可抗力의 意味를 制限, 擴張 또는 說明할 수도 있다. 또한 不可抗力條項에 不可抗力에 의해 이행이 不可能하게 되거나 妨害되거나 遲延되는 것에 대하여 설명하고 있을 수도 있다. 그러므로 이러한 表現은 前後의 文句와 계약의 性質 또는 一般條件을 고려하여 解釋되어야 한다.

그리고 一般的 文言이 특정하여 열거된 물건이나 사건후에 삽입되어 있을 때는 同解釋原則에 따라 그 一般文言은 열거되어진 것과 같은 일반적 종류 또는 성질의 사건에만 적용되는 것으로 해석된다.

不可抗力條項외의 다른 契約條項도 不可抗力條項에서 當事者가 의도한 範圍, 機能 등을 이해하기 위해서 고려되어야 한다. 예를 들어 價格條項 등이 不可抗力條項의 면책범위를 결정할 때에 참고될 것이다.

2. Contra Proferentem Rule

이것은 不可抗力條項을 포함한 免責條項이 그것에 의존하려는 당사자에 대하여 엄격하게 해석된다는 원칙이다. 매도인이 어떠한 擔保(warranty)의 약속도 하지 않는다는 조항은 條件(condition)의 違反에 대한 責任을 면제시키지는 않는다. 그리고 묵시적 條件과 擔保의 違反에 대한 責任을 면제시키는 규정에 의해서 契約의 明示條件을 위반한 당사자를 보호하지는 못한다.

그리고 用語가 애매한 경우에는 그 用語에 의존하려는 자에게 최소로 유리한 방법으로 해석한다. 法院에서 契約의 解釋에 있어서 가장 문제가 되는 것 중의 하나는 당사자들이 사용한 用語의 애매함으로부터 발생한다. 또 다른 하나는 당사자들의 豫測不能으로 인하여 그러한 사건을 계약에 규정하고

있지 않는 경우이다. Houghton v. Trafalgar Insurance 사건⁴⁷⁾에서 5인승 자동차가 6명을 태우고 가다가 사고가 발생했다. 운전자의 保險證券上에 설계된 것을 초과하여 짐을 운반하는 동안에 발생한 損害에 대하여 保險者의 免責을 규정하고 있었다. 그러나 그 조항이 너무나 많은 인원을 태우고 운행하는 경우까지 확대적용되지 않기 때문에 保險者는 責任을 져야 한다고 판결되었다. 그리고 Beck & Co. v. Szymanowski 사건⁴⁸⁾에서 棉花賣買契約에 “매수인이 물품도착 14일 이내에 問題提起通知를 하지 않는 한, 인도되는 면화는 모든 점에 있어서 계약에 일치하는 것으로 간주되어질 것이다”라는 규정이 있었다. 그러나 이 조항은 인도 부족에 따른 매수인의 損害賠償請求權에 대하여 어떠한 영향도 미칠 수 없었다. 왜냐 하면 매수인의 損害賠償請求는 인도되어진 물품에 관한 것이 아니라, 인도되지 않은 물품에 대한 것이기 때문이다. 法院은 이러한 原則을 모든 免責條項에 적용하지만, 단순히 책임을 제한하는 조항의 해석에는 동일한 정도로 적용하지는 않는다.⁴⁹⁾

또한 이러한 解釋原則에 따르면 通商停止나 輸出禁止 등에도 불구하고 이러한 條項에 따라 면책받으려는 자가 선적된 상품의 매입이나 早期(또는 後日의) 船積에 의해 또는 허가획득을 위해 보다 더 노력함으로써 여전히 이행이 가능할 수도 있었다는 이유로 책임을 부과할 수 있다. 1970년대 후반과 1980년대 전반에 英美法 法院에 제기된 일련의 많은 事件들은 일반적인 不可抗力條項의 解釋의 嚴格性を 잘 나타내고 있다. 이들 사건은 1973년 美國에서 叻의 大凶作으로 1973년 후반 단기간 동안 叻수출에 대한 通商停止의 발표로 일어난 사건들이다. 叻매매에 관한 많은 계약이 영향을 받았으며, 賣渡人들은 叻무역에 사용되는 標準契約書上의 不可抗力條項에 의거하여 이행을 면책받으려고 했다. 그러나 대부분의 사건에서의 公소원과 한 두사건에서의 貴族院은 不可抗力條項에 매우 엄격하게 접근하여 결과적으로 賣渡人의

47) [1954] 1 Q.B. 247.

48) [1924] A.C. 43.

49) G. H. Treitel, *The Law of Contract*, p. 172.

責任을 판결했다. 法院은 경우에 따라서 賣渡人에게 그들이 이미 선적된 충분한 물품을 구입할 수 없었다는 立證責任을 부과시켰으며, 때로는 條項에서 要件으로 하고 있는 즉시의 通知義務를 賣渡人이 위반했다고 판결했으며, 또한 賣渡人이 通商停止 發表 以前에 또는 取消 以後에 선적할 수 있었다고 판결했다.

그런데 상기의 판례에 대한 문제점에 대해서 *Andre et Cie v. Tradax* 사건에서 재검토되었다. 이 사건에서 法院은 그들의 接近方法이 너무나 법률적이었음과 적어도 보다 현실적인 商事的 觀點보다는 엄격하게 法律的으로 問題를 고찰하는 경향이 있었다는 사실을 인정했다. 특히 法院은 종종 수많은 다른 賣渡人들도 동시에 수출을 위한 空을 확보하려고 결사적으로 노력하고 있다는 것을 고려하지 않고, 특정 賣渡人이 이론적으로 자신의 계약을 위한 空을 매입할 수가 있었는지를 판단하기 위해 개개의 계약을 매우 세밀하게 고찰하면서도 전체로서의 通商停止의 總體的 效果를 평가하지 못했다. 그러나 현재 이 사건이 不可抗力條項에 의한 면책을 허용하려는 法院의 의지를 예시한다고 말하기는 아직 이르다. 물론 엄격한 法律의 問題로서 전후의 문맥 속에서 각 條項에 대한 적절한 해석을 해야 한다.

그리고 法院은 이러한 不可抗力條項을 立證責任이 있는 者에게 불리하게 해석하려는 경향이 있다. 즉, *Hong Guan & Co. Ltd. v. R. Jumabhoy* 사건 50)에서 정향나무 50톤의 賣買契約이 “subject to force majeure and shipment” 조건으로 체결되었다. 賣渡人은 50톤의 塔송화물을 확보했으나 정향나무매매에 관한 모든 계약을 충분히 만족시킬 정도의 선적은 되지 못했다. 法院은 이 규정은 “당사의 모든 계약을 충분히 이행할 수 있는 船積을 조건으로(subject to our shipping enough to satisfy all our contracts)” 또는 “당사가 貴社에게 배분하는 50톤의 船積條件(subject to our shipping 50tons which we allocate to you)”의 의미로 해석되어서는 안된다고 했다.

50) (1960) A.C. 684; (1960) 2 W.R.L. 754.

따라서 他買入者에게 50톤을 배분한 賣渡人은 契約을 위반했다고 판결했다.

3. 當事者의 怠慢에 대한 解釋原則

어느 當事者의 怠慢(negligence)에 기인한 당사자의 責任을 면제시키려고 의도한 계약상의 조항은 종종 制定法에 의해 效力이 발생되지 않는 경우가 있다. 그러나 이러한 목적을 의도한 條項은 그러한 責任을 배제시킬 가능성은 있지만, 이러한 목적에 대한 명백한 표시가 있어야 한다. 왜냐 하면 法院은 계약의 한 당사자가 타방 당사자의 怠慢의 結果에 대하여 責任을 면제시킬 것을 의도했다는 것은 원천적으로 가능성이 없는 것으로 간주하기 때문이다. 免責條項에 明示的으로 어떠한 당사자의 怠慢에 대한 責任을 면제시킨다는 文言이 있으면 가능할 것이다. J. Lauritzen A. S. v. Wijsmuller B. V. (The Dan King) 사건⁵¹⁾에서 不可抗力條項의 解釋과 관련된 중요한 문제가 발생했다. 이 계약의 제17조에 契約의 履行을 妨害하거나 遲延시키는 사건이나 특별히 장기간의 遲延이 있는 경우에는 계약의 이행을 취소할 수 있는 被告의 權利를 부여하고 있었다. Hobhouse, J.는 선박의 침몰이 被告나 그의 雇傭人의 怠慢에 의해서 야기되지 않는 한, 피고는 원고의 소송에 대한 抗辯으로 제17조 不可抗力條項에 의거할 수 있다라고 판시했다. 그러나 제17조 不可抗力條項의 목적과 그 適用範圍은 원고가 합리적으로 통제가능한 것이 외의 사건에 한정된다고 판결하였다. 따라서 자신의 怠慢行爲을 포함하는 不可抗力條項을 사용하려는 자는 그러한 자신의 의도를 나타내기 위하여 명백한 용어와 문장을 사용하여야 한다.

결론적으로 이 사건에서 매도인이나 공급업자는 不可抗力條項을 삽입하여 예측불능한 供給源의 部分的인 不履行에 대한 보호장치를 규정해야 한다. 그러나 그러한 不可抗力條項이 삽입되어 있더라도 반드시 目的을 달성할 것으

51) (1988) LMLN 225.

로 생각해서는 안된다. 경우에 따라서는 보다 더 엄격한 기준이 적용될 수도 있다.

4. 本質的 契約違反이 있는 경우의 解釋原則

법원은 어떠한 당사자가 특별히 심각한 契約違反을 한 경우에 그러한 당사자가 면책조항에 의한 면책의 인정을 상당히 꺼리는 경향을 보여 준다. 첫째는 매우 심각한 계약위반을 한 경우, 契約違反의 중대성에도 불구하고 免責條項이 적용된다는 의도가 없는 한, 免責條項이 적용되지 않도록 그 解釋을 매우 좁게 한다는 것이다. 또 다른 하나는 실제법의 문제로서 어떠한 條項(아무리 免責의 範圍를 광범위하게 규정하고 있을 지라도)에 의해 중대한 契約違反에 대한 責任을 배제시킨다는 것은 불가능하다는 것이다. 즉, 本質的인 契約條件을 위반한 경우에 免責條項에 의해 一應(prima facie) 그 위반 당사자를 면책시키지 않는다고 해석된다. 예를 들어 물품의 공급계약에서 공급자가 공급하기로 계약한 것과 본질적으로 다른 目的物을 공급했다면 免責條項에 의해 보호되기가 쉽지 않다.

VI. 結 言 - 契約上의 對應

상업적 거래는 確實性を 基本的 前提로 하고 있다. 따라서 국제계약에 있어서 계약당사자들은 不可抗力條項 등의 明示條項을 통하여 當事者 統制不能의 이행상의 障礙에 대비하는 것이 바람직하다. 不可抗力條項의 설정에 대하여 「國際物品賣買에 관한 統一協約」(헤이그 協約)은 계약의 本質的 違反인 경우 예외 사항으로써 작용할 수 있도록 不可抗力條項을 설정할 것을 권유하고 있다.⁵²⁾ 그리고 국제상업회의소도 不可抗力(免責)條項과 成立要件 등을

설정해 놓고 이의 활용을 촉구하고 있다.⁵³⁾

앞에서 살펴 본 바와 같이 國際商去來에서 상관습적으로 거래과정에서 발생하는 이행상의 統制不能의 障礙에 대비하여 不可抗力條項 등의 免責條項을 삽입하고 있으나, 不可抗力의 成立要件 및 解釋의 嚴格性에 따라 실제의 거래에서는 不可抗力條項을 어떻게 작성하느냐에 따라 履行上の 障礙가 발생하는 경우에 당사자에게 미치는 영향이 달라질 수가 있으며, 또한 애매한 用語의 사용이나 명확하게 의미가 정의되지 않는 用語 등을 사용했을 경우에는 당사자가 의도한 효과가 발생하지 않을 수도 있다. 따라서 거래당사자들에게는 본인들이 의도한 효과나 將來의 不履行時에 免責을 인정받기 위해서 不可抗力條項을 어떻게 작성하여야 하는가의 문제가 발생한다. 그리고 契約履行上の 當事者 統制不能의 障礙發生에 대한 對備로서 일반적으로 不可抗力條項을 삽입하고 있는데, 현실적으로 不可抗力條項만으로 충분한 保護機能을 하느냐의 문제이다. 따라서 앞에서 연구한 결과를 바탕으로 不可抗力條項의 起案의 問題와 不可抗力條項 이외에 契約의 안전성을 위하여 어떠한 補完的인 契約上の 對應이 있는지를 살펴 보고자 한다.

1. 不可抗力條項의 起案

不可抗力條項은 일반적으로 어떠한 不可抗力事態가 발생하면 계약은 어떻게 된다는 當事者들의 합의를 규정하고 있으며, 契約의 性格에 따라 매우 다양하게 작성되고 있다. 현재의 국제무역거래에서 사용되고 있는 不可抗力條

52) 헤이그 協約, 제74조 1항.

53) 國際商業會議所 Publication No. 421. 國際商業會議所는 不可抗力條項을 賣買契約書에 삽입하면 契約不履行의 당사자는 다음의 요건을 증명하면 자신의 義務不履行에 대한 책임이 면제된다고 규정하고 있다. 그 요건으로는 첫째, 履行不能이 당사자의 統制不能의 障礙私有에 기인할 것, 둘째, 당사자가 契約締結時에 그 障礙要素와 자신의 義務履行能力에 대한 그 장애요소의 영향을 예상했으리라고 합리적으로 기대할 수 없을 것, 셋째, 당사자가 그 障礙要素 또는 적어도 그 영향을 피하거나 극복이 합리적으로 기대할 수 없을 것이다.

項의 形態는 두 가지의 필요요건을 충족시키고 있다. 첫째, 不可抗力으로 간주되는 일련의 사태를 열거하고 또한 “any other event beyond the control of the parties”와 같은 一般的 包括條項을 부가하고 있다. 둘째, 不可抗力의 效果에 대하여 규정하고 있다. 不可抗力條項의 效果는 當事者들이 합의한 規定에 따라 다르며, 일반적으로는 免責을 규정하고 있는 경우가 대부분이다. 그러나 當事者들이 不可抗力條項의 정상적 의미를 변경시킬 수도 있으므로 不可抗力條項의 效果는 개개의 계약에 있어서 매우 다양하다.⁵⁴⁾

첫째, 當該 契約의 性格, 目的物의 性格 등 가능한 한 모든 狀況을 고려하여 예견가능한 모든 危險을 망라하여 障礙事件을 규정할 필요가 있다. 앞에서 본 바와 같이 법원은 전통적으로 不可抗力條項을 제한적으로 해석하려는 傾向이 있으며, 또한 면책받으려는 자에 대하여 매우 엄격하게 해석하는 傾向이 있으며, 또한 後尾에 一般的 包括文言을 삽입한다고 하더라도 「同種文言의 解釋原則」(doctrine of ejusdem generis)에 따라서 앞에서 열거된 事由와 同種의 事由만 포함되기 때문이다.

둘째, 개별적으로 구체적인 當事者 統制不能의 障礙를 열거한 다음에 「기타 계약당사자가 통제할 수 없는 모든 事由(any event beyond the control of parties)」와 같은 一般的인 包括文言을 삽입할 필요가 있다. 물론 同種文言의 解釋原則에 의거하여 이 포괄문언으로 열거되지 않은 모든 履行上의 障礙가 포함되는 것은 아니고, 또한 장래의 계약에 있어서 발생할 수 있는 모든 장애를 예상하여 빠짐없이 열거한다는 것은 불가능한 일이다. 그리고 英美法에서 「하나의 사태의 기재는 다른 것을 배제한다(expression unius exclusio alterius)」라는 解釋原則에 의해 具體적인 障礙를 열거하고 있을 때

54) 예를 들어 日本의 國際商事仲裁協會가 1973년 貿易慣行調査委員會를 설치하여 1974년 앙케이트 조사를 실시한 바에 따르면, 輸出賣買契約의 不可抗力條項에 不可抗力事由가 발생한 경우에 그 效果에 대하여 매도인의 不履行에 대하여만 免責을 규정한 경우가 49.7%, 양당사자 모두가 契約解除權을 가지는 경우가 14.6%, 매도인만 계약의 解除權을 가지는 경우가 22.9% 그리고 양당사자가 협의하에 바람직하게 처리한다는 경우가 22.9%로 나타났다(菊池 武, “わが國の貿易慣行と輸出賣買契約(上)”, JCAジャーナル 第245號 第25卷 2號, 6면).

에 열거되지 않은 類似한 여타의 障礙가 발생할 경우에 이를 배척하는 結果가 되기 때문이다. 따라서 필요한 경우에 包括文言을 작성시 明示的으로 同種文言의 解釋原則을 제한시킬 수도 있다.

셋째, 不可抗力條項은 매도인의 이익과 함께 매수인에게도 保護機能을 다하여야 한다. 매도인만을 위한 내용을 삽입하고 상대방을 위한 保護機能을 전혀 하지 못할 때에는 계약체결시에 매수인이 그 採擇에 소극적일 수가 있기 때문이다. 따라서 不可抗力條項의 내용을 매도인에게 중점을 두어 작성하더라도 特定種類의 權利를 매수인에게 부여하는 것이 필요하다.

넷째, 법적으로 명확한 의미를 가지지 않는 用語나 세계 지역적으로 의미의 통일이 이루어지지 않은 用語의 使用을 피하고, 사용된 用語에 대한 정확한 의미를 정의하여야 한다. 不可抗力條項의 用語가 애매한 경우에 그러한 用語에 의존하려는 자에 대하여 최소로 유리한 방법으로 해석하는 原則이 확립되어 있기 때문이다. 명백한 文言으로 작성된 條項에서 그것이 당사자의 정확하고도 완전한 의사표시인 경우에는 法院에 의해서도 인정되기가 쉬울 것이다.

다섯째, 不可抗力의 범위를 자세하게 규정할 필요가 있다. 단순한 不可抗力條項이 확정적인 의미를 가지고 있을 지라도 法院이 그러한 확정적 의미를 알 수 없을 수가 있다. 이러한 문제에 대하여 슈미토프(Schmitthoff)는 “不可抗力條項이 포괄하는 범위에 대하여 「이 條項은 不可抗力事件에 적용될 것이다」라고 간단하게 서술해도 충분하다. 왜냐 하면, 이러한 不可抗力條項은 法的으로 분명한 意味를 가지고 있다”라고 했다.⁵⁵⁾ 그러나 이러한 표현은 그 適用에 있어서 문제가 될 수도 있다. 즉, 不可抗力條項 등과 같은 여러 가지 條項을 포함하고 있는 계약의 경우, 그러한 條項이 발생한 事態를 포괄하는지의 여부는 條項의 解釋上의 問題이다. 그리고 만약 條項이 완전하지 못할 때에는, 즉 구체적으로 열거되지 않은 단순한 後發的 障礙에 관한

55) Schmitthoff, *op. cit.*, p. 167.

條項만으로는 當該契約의 準據法上的의 여러 가지 法理의 적용을 배제할 수 없다. 또한 契約履行上的의 障礙를 회피 또는 극복해야 할 義務의 정도를 규정하는 것이 바람직하다. 이러한 규정에 있어서 의무이행 당사자에게 相當 以上の 노력을 요구하는 것은 곤란할 것이다.

여섯째, 履行上的의 障礙發生時 합리적인 期間을 정하여 그 發生事實과 그것이 자신의 契約履行에 미치는 影響을 설명하면서 통지할 義務를 부과할 필요가 있다. 이 요건은 當事者 統制不能의 障礙發生事實을 합리적인 기간내에 通知를 하는 경우에는 당사자간의 교섭으로써 간단하게 해결할 수 있는 경우가 많고, 또한 損害를 輕減시킬 수도 있기 때문이다.

일곱째, 不可抗力의 성립시의 免責範圍에 대한 규정에 있어서 신중을 기하여야 한다. 免責의 範圍를 자세하게 규정하여야 하나 일정한 範圍로 한정하는 것이 바람직하지 않을 수도 있다. 즉, 不可抗力으로 인정되는 障礙發生時 債務의 이행기간이 지연된 만큼 연장된다는 규정을 하고 있는 경우, 이 조항은 一時的인 障礙發生에만 적용된다고 해석될 가능성이 있다. 이러한 條項에서는 永續的인 障礙發生에 대비하여 解除效果도 삽입하는 것이 바람직하다. 일반적으로 不可抗力條項에서 契約履行 아니면 契約의 取消과 같이 계약의 매듭을 짓는 것만이 商事的 見地에서 바람직한 것은 아니다. 일시적인 장애에 지나지 않을 경우에는 단지 지연만을 면책시키고, 그러한 障礙가 중지될 때에 義務이행을 재개하는 것이 바람직할 수 있다. 그러나 계속적으로 이행이 지연될 때에는 어떠한 당사자가 契約取消을 선택할 수 있는 최대의 만기기간을 정할 필요가 있다.

여덟째, 모든 종류의 계약에 적합하고, 그리고 모든 종류의 채무불이행을 충분히 포괄할 수 있는 하나의 條項을 작성한다는 것은 비현실적이다. 따라서 標準的인 不可抗力條項을 사용하는 경우에도 자신이 처한 立場, 個別契約의 性格 등을 고려하고, 그러한 사항을 手記文書으로 첨가해서 사용하여야 한다. 예를 들어, 한 사람의 매도인이 여러 사람의 매수인에게 同種의 商品 販賣契約을 체결하는 경우, 統制不能의 障礙로 인하여 일정량의 供給은 가능

하나 全量을 공급할 수 없을 때의 配分問題를 규정해 둘 필요가 있다.

2. 補完的 對應

앞에서도 살펴 본 바와 같이 契約履行上의 當事者 統制不能의 障礙發生이 契約에 미치는 影響은 物理的으로나 法律的으로 契約의 이행이 絶對적으로 불가능한 경우로부터 經濟的 不能 또는 等價均衡의 破壞까지 그 범위는 매우 광범위하다. 따라서 이행이 완전히 불가능한 것이 아니라 단지 攸關한 경우를 不可抗力條項으로 대비할 때에 履行困難 自體가 不可抗力으로 해석될 수 있느냐가 문제이다. 1956년의 수에즈 운하가 봉쇄되었을 때에 대안적인 航路로서 희망봉을 經유하는 경우에 두 세배의 時間과 費用이 추가될 지라도 不可抗力으로 인정되지 않은 判例가 많이 있다. 그리고 미시시피 강의 범람으로 인해 1970년대 말과 1980년대 초에 英美法 法院에 제기된 많은 訴訟事件에서 不可抗力條項의 解釋의 嚴格性を 잘 알 수가 있다. 이러한 사건들에서 政府의 通商停止로 인해 契約에 미치는 영향에 대하여 매도인들은 不可抗力條項에 의거한 免責을 주장하였으나 法院은 인정을 하지 않았다. 비록 通商停止가 되었지만 매도인은 자신의 契約의 履行을 위하여 通商停止 발표 이전 또는 이후에 선적할 수 있으며, 또한 이미 停止對象이 되지 않는 선적된 물품을 구입할 수도 있다는 것이었다.

따라서 契約履行上의 당사자 統制不能의 障礙에 대비하여 不可抗力條項과 상호 보완적으로 사용할 수 있는 하드쉽조항, 價格調整條項 등을 삽입하여 좀 더 구체적으로 이러한 履行不能이나 困難 등에 대비할 필요가 있다. 價格調整條項으로는 價格留保條項(open price contract), 코스트 追加契約(cost plus contract), 物價約款(commodity clause) 등이 있다.

결론적으로 國際貿易去來에 있어서 복잡한 國際貿易環境 또는 돌발적이고 도 급격한 環境의 變化에 의해 契約체결후, 契約이행시에 履行을 불가능하게

하거나 곤란하게 하는 障礙가 발생할 수가 있다. 그러나 이러한 問題의 解決에 적용가능한 各國의 法理들은 매우 제한적으로 적용되어 오고 있고, 또한 그러한 法理를 전혀 인정하지 않는 국가들도 있다. 따라서 계약당사자들은 契約自由의 原則에 따라서 國際商慣習의으로 이용되고 있는 여러 가지 방법들에 의하여 계약체결시에 최대한으로 대비할 필요가 있다.

參考文獻

- 郭潤直, 「債權總論」, 博英社, 1989.
- 姜秉昌, “貿易契約에 있어서 Frustration에 관한 研究”, 馬山大學校 「論文集」 第5卷 第1號.
- 鄭忠銘, “民事上의 事情變更의 法理에 관한 研究”(釜山大學校 大學院 碩士學位論文), 1977.
- 黃迪仁, “履行不能의 類型的 考察”, 서울大學校 「法學」, 第18卷 第1號(通卷 第37號), 1977. 6.
- 本木 徹, “不可抗力と免責”, 「現代契約法大系」, 第9卷, 有斐閣, 1983.
- 五十嵐 清, 「契約と事情變更」, 有斐閣, 1969.
- 菊池 武, “わが國の貿易慣行と輸出賣買契約(上)”, JCAジャーナル, 第245號 第25卷 第2號.
- 吉田豊, “不可抗力概念とその周邊”, 「法學新報」, 中央大學法學會 第97卷 第1, 2號, 1990. 10.
- 山口裕博, “契約の修正における契約關係の維持-アメリカ法における商的實行不能の展開を中心に”, 「法學時報」, 中央大學法學會, 第96卷 第6號.
- 伊澤孝平, “不可抗力の意義(1)”, 「民商法雜誌」, 第3卷 第3號, 1936.
- _____, “不可抗力の意義(2)”, 「民商法雜誌」, 第3卷 第4號, 1936.

- 中山 充, “事情變更の原則” — 「現代契約法大系」第1卷.
- Guest, A.G., *Benjamin's Sale of Goods*, Sweet & Maxwell, 1987.
- _____, *Anson's Law of Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1984.
- _____, *Chitty on Contracts*, Vol. 1, Sweet & Maxwell, 1983.
- Halpern, W. Sheldon, “Appication of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for ‘The Wisdom of Solomon’”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, No. 5, 1987. 6.
- Honnold. J., *Uniform Law for International Sales, Under The 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982.
- ICC, “Force Majeure and Hardship”, ICC Publication No. 421, 1985.
- John Tillotson, *Contract Law In Perspective*, London Butterworths, 1981.
- Schmitthoff, Clive M., *Export Trade*, Stevens & Sons, 1986.
- _____, “Hardship and Intervener Clause”, *Journal of Business Law*, 82, 1980.
- Treitel, G.H., *The Law of Contract*, Stevens & Sons, 1983.