

국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙에 있어서 이행곤란(Hardship)의 법리

홍 성 규*
김 용 일**

-
- I. 서 론
 - II. 이행곤란의 법리 고찰
 - III. PICC에서 이행곤란의 성립요건
 - IV. PICC에서 이행곤란의 효과와 실무적 대책
 - V. 결 론

주제어: 장기계약, 이행곤란, 준거법, PICC, 사정변경, 불가항력

I. 서 론

국제매매계약에 있어서 이행기간이 일정기간 계속되는 장기계약(long-term contracts)의 경우에는 정치적·경제적 환경의 급속한 변화와 불확실성으로 인

* 한국교통대학교 국제통상학과 교수(제1저자)

** 한국교통대학교 국제통상학과 조교수(교신저자)

하여 당사자가 본래의 계약조건을 이행하기 어려운 이행곤란(hardship)¹⁾에 직면하는 경우가 종종 있다.²⁾ 이 경우 이행곤란을 당한 당사자는 계약의 장애에 대하여 계약해제나 계약조건을 변경을 요구하지만, 상대방이 이를 인정하지 않으면 법리적 해석을 필요로 하는 당사분쟁으로 진전하게 된다.

국제계약, 특히 장기계약에서는 계약유지의 개념이 중요시되므로 사소한 계약위반으로 인한 계약해제권은 크게 제한된다.³⁾ 그러나 국제적인 장기계약에서는 계약체결시 또는 그 이후에 예측할 수 없었던 사정변경의 영향에 따라 계약대로 이행하는 것이 곤란하거나 불가능한 사태에 직면하는 일이 많고, 계약대로 이행을 계속하도록 강요하는 것은 계약당사자 일방의 부담이 상당히 증가하여 계약의 균형을 해치는 일이 된다.⁴⁾ 이는 고전적 계약이념인 계약충실의 원칙(pacta sunt servanda)에 계약법리의 변경을 가져오게 한다.

따라서 국제적인 장기계약에서는 「이행곤란(Hardship)」⁵⁾이라고 불리는 법리, 즉 계약체결 후에 계약의 기초가 되었던 사항에 대하여 당사자가 예측하지 못했던 사태나 장애의 발생(변경)에 대하여 각국의 법리는 어떻게 대처하고

1) Hardship을 ‘이행곤란’(김동훈, 「계약법의 주요문제」, 국민대학교출판부, 2000, p.17.; 박상기, “국제거래에서 계약이행에 관한 CISG와 UNIDROIT원칙(1994)의 비교연구”, 「무역학회지」, 제25권 1호, 한국무역학회, 2000, p.23.), ‘장애’(서헌제, 국제거래법, 법문사, 2003, p.123.), ‘사정변경’(최준선, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙과 한국법”, 「상사법연구」, 제21권 제2호, 한국상사법학회, 2002, p.200.), ‘이행가혹’(오원석 외 2인 공저, UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004, pp.201-211.; 안건형, “국제상사계약에서 이행가혹조항(hardship clause)의 활용에 관한 연구”, 성균관대학교 석사학위논문, 2006) 등으로 달리 번역하고 있다. 또한 이러한 혼란을 피하기 위하여 원어대로 ‘Hardship’이라고도 쓰고 있다(안강현, “UNIDROIT 국제상사계약 원칙에 있어서의 Hardship”, 「상사법연구」, 제21권 제1호, 한국상사법학회, 2002, pp.197-219).

2) PICC 제6.2.2조 comment 5.

3) Joern Rimke, "Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts," <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.htm>.

4) Superior v. British Gas사건(1982), 1 Lloyd's Rep.262 (C.A.)에서는 25년간에 걸친 장기 판매계약의 Substantial Hardship조항을 근거로, 석유위기에 따른 경제상황의 상당한 변화를 이유로 전문가가 재정(裁定)한 가격조정이 소송에서도 승인되었다.

5) 사정변경에 대응하는 용어가운데, hardship 및 force majeure라는 용어가 많이 선택되고 있는 이유는 많은 국제계약에서 hardship clause 또는 force majeure clause와 같이 국제 거래실무에서 널리 알려져 있기 때문이다(PICC 제6.2.1조 comment 2 및 제7.1.7조 comment 1 참조).

있는지 또한 법리는 어떻게 변화하고 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

이러한 문제를 해결하기 위한 국제상거래의 통일적인 계약법으로는 「국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; 이하 'CISG'라 한다)」과 국제사법위원회(International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT)에서 제정한 「국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙(The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2010; 이하 'PICC'라 한다)」, 유럽계약법위원회(Commission on European Contract Law)의 「유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law; 이하 'PECL'이라 한다)」이 있다.

PICC는 계약자유 원칙(제1.1조)을 채택하여 당사자간에 자유롭게 국경없는 거래(borderless transactions)에 참가할 수 있도록 하고 있으며, 계약충실의 원칙(pacta sunt servanda)을 고수(제6.2.1조)하면서도 예외적으로 등가관계의 파괴가 있는 경우에 한하여 이행곤란(hardship)이 인정되는 것으로 규정(제6.2.2조)하는 등 유동성을 부여하고 있다. 그리고 국제무역에서의 신의성실과 공정거래(good faith and fair dealing in international trade)의 원칙(제1.7조 1항)을 당사자간의 협상과정 뿐만 아니라 계약의 모든 단계에 적용하도록 함으로써 PICC의 가장 기본적인 이념으로 하고 있다.⁶⁾ 결국, PICC는 대부분의 조항⁷⁾을 통하여 합리성과 공정성을 추구하여 항시 변화하는 국제상거래의 실상에 즉각 대응할 수 있도록 하고 있음을 알 수 있다.

국제상사계약에 있어서 이행곤란에 관련된 선행연구는 계약법적인 관점에서 관련법규범들과의 관계를 서술하고 있는 안강현(2002)⁸⁾, 최현숙(2002)⁹⁾, 안건

6) 그러나 CISG는 이러한 의무를 협약의 본문과 협약의 해석을 위해서만 적용하도록 하고 있다(제7조 1항).

7) 신의성실 및 공정거래를 직·간접적으로 규정하고 있는 조항은, 특히 제1.8조를 비롯하여, 제1.9조 2항, 제2.1.4조 2항 b, 제2.1.15조, 제2.1.16조, 제2.1.18조 및 제2.1.20조, 제2.2.4조 2항, 제2.2.5조 2항, 제2.2.7조 및 제2.2.10조, 제3.5조, 제3.8조 및 제3.10조, 제4.1조 2항, 제4.2조 2항, 제4.6조 및 제4.8조, 제5.1.2조 및 제5.1.3조, 제5.2.5조, 제6.1.3조, 제6.1.5조, 제6.1.16조 2항 및 제6.1.17조 1항, 제6.2.3조 3항, 4항, 제7.1.2조, 제7.1.6조 및 제7.1.7조, 제7.2.2조 b항 및 c항, 제7.4.8조 및 제7.4.13조, 제9.1.3조, 제9.1.4조 및 제9.1.10조 1항 등이다(PICC 제1.7조, comment 1).

8) 안강현, 전제논문, pp.197-221.

9) 최현숙, “국제적인 계약규범에 있어서 Hardship에 관한 연구”, 「국제지역연구」, 제11권 제3호, 국제지역학회, 2002, pp.1026-1050.

형(2006)¹⁰⁾ 등의 연구가 있으며, 국제비즈니스 측면에서의 사정변경에 관한 홍성규(2005)¹¹⁾, 변준영(2010)¹²⁾, 오현석(2011)¹³⁾ 등의 연구가 있다. 특별히 변준영(2010)은 우리나라 기업과 브라질기업간의 무역거래에서 발생한 이행곤란 사례를 실무적으로 분석하고 있다.

따라서 본 논문에서는 선행연구에서 언급된 내용을 중심으로 이행곤란에 관련된 각국의 법리를 고찰하고, PICC에서 규정하고 있는 이행곤란의 구체적인 요건과 효과를 관련 사례와 함께 법리적으로 심도있게 검토하고자 한다. 또한 이행곤란의 효과에 따른 실무적 구체책을 제시함으로써 업계의 실무자 및 분쟁해결을 위한 법률가, 중재인, 조정인 등에게 유용한 법률적·실무적 지침을 제공하고자 한다.

II. 이행곤란의 법리 고찰

계약이 체결되었어도 불측의 사태가 발생하여 계약을 원래대로 이행할 수 없는 경우 당사자에게 귀책되지 않는 사유가 있으면 일정 조건하에서 불이행의 책임을 면제하고 있다는 점에서 각국의 법은 동일한 사상을 갖고 있다고 할 수 있다. 우리나라는 대륙법의 계약법리를 취하고 있으며, *pacta sunt servanda*(계약은 반드시 이행되어야 한다)라는 계약충실의 원칙이 주류를 이루고 있다.

영국에서는 판례법에 의한 해결법리로서 해상법분야를 중심으로 프러스트레이션의 법리(Doctrine of Frustration)가 발전하였으며, 미국에서는 이행불능(impossibility)이나 실행곤란성(impracticability)이라고 하는 법리가 등장하였

10) 안건형, 전계 석사학위논문, 2006.

11) 홍성규·小林 晁, “장기계약에서 사정변경에 따른 대응방안”, 「무역학회지」, 제30권 제6호, 한국무역학회, 2005, pp.200-206.

12) 변준영, “무역거래에서 Hardship조항과 계약위반”, 「중재」, 제333호, 대한상사중재원, 2010, pp.83-87.

13) 오현석, “국제물품매매계약상 사정변경원칙의 적용에 관한 비교법적 검토”, 「한국무역상무학회지」, 제51권, 한국무역상무학회, 2011, pp.159-185.

다.¹⁴⁾ 대륙법계의 프랑스에서는 불가항력(force majeure)을 중심으로, 독일에 서는 행위기초의 상실(Wegfall der Geschäftsgrundlage)론을 중심으로 여러 가지 노력이 있어왔다. 이러한 것들은 계약불이행에 관련된 면책을 어느 정도 정당화하는 법리의 발전으로서 법리에 대한 현실적인 상거래에의 대응책이 요구되고 있다. 그러나 이에 대한 법리적 특성이나 유사 용어의 의미에 대해서는 각국마다 다양한 해석을 내리고 있으며 다소 복잡한 양상을 보이고 있다.¹⁵⁾

1. 영국의 프러스트레이션(Frustration) 법리

영국에서는 계약체결후에 발생한 사정의 변경에 대하여 1차적으로는 대륙법의 보충적 해석에 해당하는 묵시적 합의의 이론(implied term theory)에 의하여 계약내용을 변경된 사정에 맞게 수정하는 방법으로 해결하여 왔다. 그러나 현저한 사정의 변경으로 계약의 목적을 달성할 수 없거나 계약내용의 중대한 변경이 초래되는 경우에는 이를 이행불능으로 보아 위험부담의 법리에 따라 채무자를 면책하였는데, 이것이 바로 프러스트레이션(Frustration)의 법리이다.¹⁶⁾

프러스트레이션의 법리는 일반적으로 각국에서 해상거래에 있어서 좌절(Frustration)의 법리로서 알려져 있으나 영국에서는 해상관계뿐만 아니라 국제물품매매계약에서도 폭넓게 적용되고 있다. 저명한 국제거래법학자였던 故 슈미토프(Schmitthoff)교수는 사이몬경(Lord Simon)의 말을 인용하여 “프러스트레이션은 간단히 일방의 당사자를 타당사자의 행위에 관련한 것으로서 보호하는 것은 아니다. 계약자체를 소멸시켜 당사자를 책임으로부터 해방시키는 것이다”라고 한다.¹⁷⁾ 프러스트레이션의 효과는 당사자의 의사나 현저한 사실의

14) 계약의 이행불능에는 원시적 이행불능(약인의 부존재, 착오 등)과 후발적 이행불능이 있다. 본 논문에서는 계약체결 후 후발적인 사건이나 사정변경으로 인하여 이행이 현저하게 곤란하게 되거나 현실적으로 이행불능이 되는 경우를 논한다.

15) 각국의 이행곤란 법리에 관해서는 홍성규·小林 晁, 전제논문, pp.200-206.에서 상당부분 수정·가필하였음을 밝혀 둔다.

16) 金相容, 「比較契約法」, 法英社, 2002, p.51.

17) Clive M. Schmitthoff, (by L. D'Arcy, C. Murray, B. Cleave), *Schmitthoff's Export*

지식에 관계없이 법의 힘에 의해 계약 전체를 자동적으로 해소시키는데 반하여, 불가항력의 효과는 장애가 관련된 의무의 불이행을 단순히 면책시키는 것에 지나지 않는다.¹⁸⁾ 따라서 영국에서의 프러스트레이션은 이행불능과 이행곤란간의 쌍방의 상위개념으로 인식되며, 이행불능의 상태에 이르지 않는 이행곤란의 사태에 대해서는 좀처럼 적용되지 않고 있다.

불측의 사태가 계약에 영향을 주는 정도에 대해서는 영국의 판례에 많이 등장하는 것은 이집트와 이스라엘간의 군사충돌의 결과로서 1956년 11월 2일부터 다음해 4월 8일에 걸쳐 수에즈운하의 폐쇄에 관련된 사건들 이었다.¹⁹⁾ 고등법원 항소법원의 판례에서는 수단의 면직물의 영국으로의 수출에 대한 계약(CIF)에서나 인도로부터 영국으로의 항해용선계약에서, 수에즈운하의 경우는 통상의 관행적인 항로로서 운하의 폐쇄는 채무자에게 근본적으로 다른 의무를 부과하는 것이 되어 프러스트레이션이 성립된다고 판결하였다. 그러나 대부분의 수에즈운하 사건에 있어서도 수에즈운하 폐쇄에 따른 계약당사자의 부담증가를 그 정도는 현저한 사정의 변경이 아니라는 이유로 프러스트레이션을 인정하지 않고 있다.²⁰⁾ 또한 Davis Contractors Ltd의 판례에서도 청부업자가 자신의 귀책사유가 아닌 사유로 인하여 예상하지 못했던 이행비용의 증가가 있어서 계약의 프러스트레이션을 주장하였으나 구제받지 못하였다.²¹⁾

2. 미국의 실행곤란성(impracticability) 이론

미국법에서는 당사자가 결정을 하지 않는 한 계약불이행이 발생하면 당사자의 책임에 귀착하는 사유와 관계없이 계약위반에 해당하는 엄격책임의 원칙이

Trade: The Law and Practice of International Trade, 10th ed., London: Sweet & Maxwell, 2000, p.118.

18) Roy Goode, *International Restatement of Contract and English Contract Law*, Uniform Law Review 1997-2, pp.243-244.

19) 絹卷康史, 「國際取引法」, 同文館出版, 2004, pp.91-92.

20) Tsakiroglou & Co Ltd. v. Noble Thorl GmbH, (1962) A.C. 93; Ocean Tramp Tankers Corporation V/O Sovfracht, The Eugenia (1964) 2 Q.B. 226 (1964) 1 A.C. 189, 161 T.L.R. 161. 등

21) Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Counsel (1956) A.C. 696.

있다.²²⁾ 이에 대하여 불측의 사태에 직면하여 실행곤란성(impracticability)을 이유로 면책을 부여하는 방향으로 법리를 발전시켜 왔다.²³⁾ 판례법의 발전을 흡수한 리스테이트먼트 제261조에서는 「계약의 체결 후 어떤 사건이 발생하지 않는다는 점이 계약체결의 기본적인 전제(basic assumption)²⁴⁾로 되어 있기 때문에 그러한 사건이 당사자의 과실에 관계없이 발생하여 당해 당사자의 이행이 실행불능이 된 경우 당사자의 이행의무는 소멸한다. 단 계약상의 문언이나 내용이 이와 반대의 취지를 나타내고 있는 경우에는 예외로 한다」고 규정하고 있다.²⁵⁾ 여기서 ‘실행곤란성(impracticability)’이란 계약당시에는 예상하지 못했으나 후발적인 실행곤란에 의한 면책(discharge by supervening impracticability)이라고 정의하고 있다. 이는 단순히 이행비용의 증가(임금이나 원가의 상승)로 인한 이행곤란은 인정되지 않고 상당히 정상적인 범위를 벗어난(well beyond the normal range) 상태가 되어야 함을 말한다.

그리고 리스테이트먼트 제265조에 따르면, 예상하지 못했던 계약목적의 좌절(frustration of purpose)도 면책사유가 될 수 있다. 이는 현실적으로 계약을 이행할 수 있는가 하는 문제와 상관없이 당사자가 계약을 체결한 목적이 상실되어 계약의 이행을 강제하는 것이 너무 가혹한 경우에 고려된다. 이행불능은 이행이 완전히 불가능한 경우를 말하고, 계약목적의 좌절은 채무의 이행이 불가능하게 된 것은 아니지만 채권자가 당해 계약으로부터 기대했던 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우를 말한다.²⁶⁾

또한 미국통일상법전(UCC) 제2-615조 (a)항에서는 계약의 전제조건 상실에 의한 불이행의 면책조건을 규정²⁷⁾하고 있다. 이것은 국제상업회의소(ICC)에서

22) 보통법(common law)하에서의 계약책임에 관한 특성은, 특별한 면책사유가 있는 경우에만 면책된다는 의미에서 ‘면책주의’, 과실이 없는 경우에도 책임을 진다는 의미에서 ‘엄격책임(strict liability)’이라는 용어를 사용한다.

23) 桶口範雄, 「アメリカ契約法」, 弘文堂, 1994, p.230.

24) 기본적인 전제에 해당하는 대표적인 유형으로는 ①채무이행에 필요한 사람의 사망 또는 능력상실(리스테이트먼트 제262조), ②대상목적물의 멸실 내지는 이행수단의 파괴(제263조), ③정부의 법규나 명령에 의한 금지(제264조)를 들 수 있다.

25) Restatement (second) of Contracts § 261. comment d, “impracticability”

26) 명순구, 「쉽게 익히는 미국계약법 입문」, 法文社, 2004, pp.163-170.

27) UCC § 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Condition (a).

정한 모델조항초안가이드²⁸⁾인 “Force Majeure and Hardship Clause”의 이행 곤란(hardship)에도 해당되어 프러스트레이션 법리의 엄격성을 회피하는 것이 된다.²⁹⁾ 어떤 사건이 발생하지 않는다는 점이 계약체결의 기본적인 전제가 되기 때문에 어떤 사건이 발생하여 계약이행이 실행곤란으로 된 경우 매매계약 상의 의무불이행을 면책으로 하는 것이다. 결국 UCC의 상사실행곤란성 (commercial impracticability)은 리스테이트먼트의 실행곤란성(impracticability)과 동일하게 취급하고 있음을 알 수 있다.³⁰⁾

미국의 판례에서는 실행곤란성을 이유로 면책을 인정하고 있는 사례는 그리 많지 않다.³¹⁾ 오히려 실행곤란성에 입각하여 이행불능(impossibility)에 따른 채무자의 면책을 꺼리고 있다.³²⁾ 예를 들면, 1970년대 석유파동(oil shock)과 관련하여 에너지상품의 매도인(공급업자)이 계약의 이행곤란에 대하여 상사실행곤란성을 주장하였으나 후술하는 ALCOA사건 등 극소수의 판결을 제외하고 대부분 인정되지 않았다.³³⁾

한편, 1986년 석유와 천연가스가격의 급락으로 불이익을 받은 에너지 관련 상품의 매수인(구매업자)들이 상사실행곤란성 또는 불가항력이나 프러스트레이션을 주장하였으나 대부분 인정되지 않았다.³⁴⁾ 그리고 시황의 급격한 하락으

28) ICC Brochure No.421, 1985.

29) 椿弘次, “國際取引契約の調整とコミュニケーション”, 「國際商取引學會年報」, 第1・2號, Academy for International Business Transactions, 2000, p.79.

30) 본 논문에서는 필요에 따라 각각 혼용하여 사용하였음을 밝혀 둔다.

31) Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Elec. Corp., 826 F.2d239 (4th Cir.1987)에서는 사용후 남은 핵연료의 처분비용의 상승과 다른 처리방법의 이용에 따른 비용이 기대수익의 4~5배에 달한다는 이유로 실행곤란성의 법리를 인정하였다.

32) 金相容, 전계서, p.53.

33) 대표적인 사례로는 Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corp., 415 F. Supp. 429 (S.D. Fla. 1975); Publicker Industries, Inc. v. Union Carbide Corp., 17 UCC Rep. Serv. 989 (E.D.Pa.1975); Gulf Oil Corp. v. federal Power Commission, 563 F. 2d 588 (3rd Cir. 1977).; Iowa Electric Light and Power Co. v. Atlas Corp., 467 F. Supp. 129 (N.D. Iowa 1978) 등이 있다.

34) 상사실행곤란성에 대한 사례로는, Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co., 799 F. 2d 265 (7th Cir. 1986); Resources Investment Corp. v. Enron Corp., 689 F. Supp. 1938 (D. Colo. 1987); Sabine Corporation. v. ONE Western Inc., 725 F. Supp. 1157 (W.D.Okl. 1989) 등이 있다. 불가항력에 대해서는 U.S. v. Panhandle Eastern Corp., 693 F. Supp. 88 (D.Del. 1988) 등이 있다.

로 제조업자가 폐업을 결정한 것은 실행곤란성을 이유로 판매점계약을 일방적으로 종결시키는 이유가 되지 않는다.³⁵⁾ 또한 수에즈전쟁에 의해 운하가 폐쇄되어 희망봉으로 우회하면 고액의 운임을 부담할 수밖에 없었던 사건³⁶⁾에서도 법원은 운송인에게 실행곤란성을 인정하지 않았다.³⁷⁾

또한 Restatement (second) § 261. 예시 8의 예에서, 의료기기의 발송행에서 내란이 일어난 사건에서 반란군에 의한 적화물수의 위험을 회피하기 위하여 기항을 거부한 것은 실행곤란성을 인정하지 않고 있다. 결국 의료기기는 현지에서 입수곤란한 특별한 상품이기 때문에 실행불능을 인정하지 않은 것이고, 만일 적화를 어디서든지 입수할 수 있는 성질의 것이었다면 그러한 적화를 운반하고 있는 선박을 일부러 기항시켜 위험을 부담시키는 것은 가혹한 것이 되므로 기항거부를 위험회피책으로 인정하고 있다. 이러한 실행곤란성의 판단은 법적책적인 것이라고 할 수 있다. 따라서 이행불능(impossibility)에서 실행곤란성(impracticability)으로의 용어변경은 판례의 취지를 정확히 표현하고 있는 것으로 이해된다.³⁸⁾

3. 프랑스의 불예견론

프랑스의 계약에 있어서는 명시적인 특약이 없는 한, 사정변경의 원칙과 같은 법리는 용인되지 않고 있다. 즉 프랑스법(민법 제1134조 제3항)에서는 사후적인 계약내용의 변경이나 해약은 인정하기 어렵다는 입장을 전통적으로 고수하고 있다. 그렇지만 제1차대전후의 경제적인 혼란은 불가항력(force majeure)에 의한 채무자의 면책을 극히 제한적이거나 인정하는 것으로 하였다.³⁹⁾ 불가항력이 인정되기 위해서는 ①채무자의 책임에 귀착되지 않는 외부

35) Karl Wendt Farm Equip. Co. v. International Harvester Co., 931 F. 2d 1112 (6th Cir. 1991).

36) American Trading & Prod. Crop. v. Shell Int. Marine, 453 F. 2d 939 (2d Cir, 1972).; Transatlantic Fin. Corp. v. United States, 363 F. 2d 312 (D.C. Cir. 1966).

37) 久保宏之, 「經濟變動の契約理論」, 成文堂, 1992, p.119.

38) 홍성규·小林 晁, 전계논문, pp.204.

39) 그러나 문언은 똑같이 force majeure를 사용하고 있어도 영국에서는 force majeure clause로서 구체적으로 내용(strikes, lockouts 등)을 열거하고 있고, 문미에 안전책

적인 원인에 의한 이행불능이 발생하고, ②이러한 외부적인 원인은 당사자의 통제를 벗어난 절대적인 불능(이행곤란이나 비용증가는 아님)이거나, ③예견 불가능한 것이고, 또한 ④채무의 이행에 있어서 여하한 어려운 장애가 있어야 한다. 프랑스에서는 이와 같은 불측의 사태에 대한 법리를 불예견론(doctrine of imprevision)이라고 부르고 있다.

특히 프랑스법상 주의를 요하는 것은 불측의 사태가 발생하여 단순히 채무자의 비용부담만 증가하고 이행자체가 불능이 아닌 경우에는 불가항력으로 인정되지 않는 것으로 되어 있다. 따라서 계약실무에서는 사인간의 장기계약에는 사정변경의 경우에도 화폐가치의 보장을 위한 특약을 하는 것이 일반적이다. 파훼원(破毀院)의 판례도 엄격한 태도를 견지하고 있으며 융통성이 없다고 평가되고 있다.⁴⁰⁾

4. 독일의 행위기초론

독일법에 있어서 불측의 사태에 대한 계약방식의 법리는 행위기초론 내지는 행위기초의 상실(Wegfall der Geschäftsgrundlage)이론으로 불리고 있다. 즉 행위기초론에서의 행위기초는, 계약체결의 전제가 된 일정한 관념, 기대, 일정한 사정의 존재 또는 계속으로서, 계약의 내용은 아니지만 계약을 체결하게 된 기초 내지 전제를 말한다. 따라서 행위기초가 상실된 경우에는 그 계약관계를 해소하거나 변경된 사정에 맞게 계약내용을 조정하고자 하는 이론이 행위기초론 이다.⁴¹⁾ 그렇지만 두 차례의 세계대전으로 많은 경제적 불능자가 발생하고 이들을 파멸로부터 구제하기 위한 입법조치⁴²⁾도 강구되어 왔으며, 2001년 개정 민법(§ 313 BGB)은 행위기초의 상실의 경우에 1차적으로는 계약내용을 개정(改訂)하도록 하고, 그것이 불가능할 때에는 2차적으로 그 계약

(safety net)으로서 구체적으로 열거하고 있지 않은 사항도 포함할 수 있도록 일반적인 표현(any other contingency whatsoever beyond the control of either party)을 추가하고 있다.

40) 프랑스법계 국가중 벨지움과 룩셈부르크도 이를 따르고 있으나 다른 프랑스법계 국가들은 사정변경의 원칙을 인정하고 있다.

41) 金相容, 전계서, pp.46-47.

42) 예를 들면, 계약구제법(Vertragshilfegesetz, 1952) 등을 들 수 있다.

을 해제, 계속적 계약의 경우에는 해지할 수 있도록 규정하고 있다.

5. 한국의 신의성실의 원칙

한국의 민법에서는 「사정변경의 원칙」에 관한 규정을 두고 있지 않다는 점은 잘 알려진 사실이다.⁴³⁾ 또한 제1차 대전후 독일의 학설·판례의 영향을 받아 한국에서도 학설이 성립되어 있으나 대법원의 판례는 극히 저조한 상태이다.⁴⁴⁾ 결국 사정변경의 원칙은 신의성실의 원칙(민법 제2조 1항)의 내재적인 원칙의 하나이며, 명문으로 규정하고 있지 않아도 신의성실의 원칙에 의하여 사정변경을 고려할 수 있는 것이 되고 있다.⁴⁵⁾

Ⅲ. PICC에서 이행곤란의 성립요건

이미 앞에서 검토한바와 마찬가지로, 영미국가들은 대부분 프레스트레이션이나 상사실행곤란성의 법리와 함께 사정변경에 의해 불이익을 받은 이행곤란의 당사자를 구제하고 있지 않다. 비록 CISG 제79조에서는 불가항력을 규정하고 있으나 이행곤란의 상황에 적합하게 작용할지는 의문이다. 이러한 상황에서 PICC가 이행곤란에 관한 보편적인 규정을 두고 있다는 점은 큰 의의가 있다. PICC 제6.2.2조(Hardship)의 규정에 따르면, 이행곤란이 성립되기 위해서는 객관적으로 계약의 균형이 근본적으로 변화(fundamentally alter)하여야 하며, 또한 추가적 요건(additional requirements)으로 (a)이행곤란 사유가 계약체결

43) 한국은 민법에서 사정변경의 원칙에 관하여 명문으로 일반규정을 두고 있지 않지만, 사정변경의 원칙을 구체화한 개별규정은 적지 아니하며(민법 제218조 2항, 제312조 2, 제557, 제627조, 제628조, 제661조, 제689조), 개별적인 명문의 규정이 없는 경우에도, 극히 제한적이지만 판례에 의하여 신의성실의 원칙에 기하여 사정변경을 인정한 사례도 있다(金相容, 전게서, p.43).

44) 대법원 1978. 3. 28. 77다2298 판결.; 대법원 1984. 10.1 0. 84다카453 판결.; 대법원 1986. 9. 9. 86다카792 판결.; 대법원 1988.11.8. 88다3253 판결.; 대법원 1989.11.28. 89다카8252 판결.; 대법원 1990.2.27. 89다카1381 판결 등이 있다.

45) 한국에서 신의성실의 원칙에 대해서는 홍성규, 「국제상사중재」, 도서출판 두남, 2002, pp.65-68. 참조

후 발생하거나 알게 되었을 것, (b)이행곤란 사유를 계약체결 시에는 합리적으로 고려할 수 없었을 것, (c)이행곤란사유가 당사자의 통제를 벗어난 것일 것, (d)당사자가 이러한 사유의 위험을 부담하지 않았어야 한다.⁴⁶⁾

그리고 이러한 이행곤란의 성립요건은 장래의 미이행에 대해서만 원용될 수 있으며, 이미 이행된 계약에 대해서는 이행이후의 사정변경으로 이행비용이 실질적으로 증가하였거나 수령한 이행가치가 실질적으로 감소하였어도 이행곤란을 주장할 수 없다.⁴⁷⁾

1. 이행곤란의 객관적 요건

이행곤란 사유가 성립되기 위해서는 객관적으로 불이익을 받은 당사자의 이행비용이 증가하거나 또는 이행가치가 감소하여 계약의 균형을 근본적으로 변화(fundamentally alter)시키는 사정이 존재하여야 한다. 이러한 점은 계약의 유효성에 관하여 언급하고 있는 PICC 제3.10조의 ‘현저한 불균형(gross disparity)’과는 다른 개념으로 인식하여야 한다. 즉 PICC 제6.2.2조는 계약의 존재를 기본 가정으로 하고, 계약의 균형을 근본적으로 변화시킨 사정변경에 따라 계약개정 또는 계약해제를 할 수 있는 메카니즘을 규정한 것이다.

여기서 이행비용이 증가하는 경우는 물품의 생산 또는 서비스의 제공에 필요한 원료의 급격한 상승, 보다 높은 생산공정을 요구하는 신규 안전규칙의 도입 등을 들 수 있으며, 이행가치가 현저하게 감소하거나 완전 멸실되는 경우는 시황의 급격한 변동(예컨대, 급격한 인플레이션으로 인한 약정계약대금의 가치하락)을 들 수 있다.⁴⁸⁾ 한편, 근본적인 변화의 원인으로써 이행비용의 증가, 수령가치의 감소를 제시한 점은 일견 명료해 보이지만 오히려 그 원인을 한정시킴으로써 이행곤란의 적용범위가 제한적이고 막연하다는 비판도 있다.⁴⁹⁾ PECL에서와 같이 계약의 이행이 과도하게 부담을 가중시키는 경우로

46) 이행곤란의 성립요건은 중요 요건과 부수적 요건(안강현, 전제논문, p.202.)으로 또는 기본 요건과 부수적 요건(최현숙, 전제논문, p.1036.)으로 분류하기도 한다.

47) 안강현, 전제논문, p.208.; 井原 宏, 「國際契約法」, 大學教育出版, 2006, p.205.

48) PICC 제6.2.2조. comment 2.

49) 井原 宏, 전제서, p.217.

적용범위를 확대시킬 필요가 있다.⁵⁰⁾

PICC 제6.2.1조에 의하면, 일방의 당사자에 의해 보다 불이익을 받은 경우에도 계약은 이행되어야 하며 이행곤란으로 인정되지 않는다.⁵¹⁾ 이행곤란이 되기 위해서는 계약의 균형이 근본적으로 변화하여야 한다는 상당히 엄격한 객관적 요건이 필요하기 때문이다.⁵²⁾ 이러한 법리는 계약충실의 원칙을 고수하면서 또 다른 한편으로는 이를 보완하는 역할을 하는 것으로 볼 수 있다.

여기서 계약의 균형이 근본적으로 변화하여야 한다는 것은 어느 정도의 변화를 의미하는지 문제가 될 수 있다. 1994년판 PICC에서는, 계약균형의 근본적인 변화(fundamental alteration)를 이행비용이 50%이상 증가하거나 이행가치가 50%이상 감소하는 경우로 상정하고 있었다.⁵³⁾ 그러나 2004년판 PICC부터 50%증감은 오히려 경직적이고 혼란을 야기시킬 수 있으며 재량적으로 판단할 소지가 크기 때문에 삭제되었다. 비록 이러한 기준은 삭제되었지만, 전례에 비추어 50%이하의 근본적인 것이 될 수 없으며 50%이상인 요구조건(fundamental requirement)을 충족하는 것으로 볼 수 있다. 아마도 이러한 기준은 보다 높은 수준으로 설정되어야 할 것이다. 결국 공식적인 유권해석(official comment)에서 적용기준(guidance)이 삭제된 상황하에서의 ‘근본적인(fundamental)’에 대한 판단은 법원이나 중재판정부에서 심리중인 구체적인 사안에 따라 결정될 것이다.⁵⁴⁾

앞에서 언급한 대로 프러스트레이션 및 상사실행곤란성에 관련된 영미의 판례를 보면, 이러한 법리가 이행곤란의 상황에 적용되는 경우의 기준은 상당히 높은 것이다. 영미에 있어서 이행곤란의 상황을 다룬 판례는 프러스트레이션 및 상사실행곤란성을 주장하고 있지만, 대부분의 경우 적용되기 위해서는 불충분한 것으로 인정되지 않고 있다.⁵⁵⁾

50) PECL 제6:111조 2항.

51) PECL 제6:111조 1항.; ICC Hardship Clause 제1항 등.

52) 加藤亮太郎, 「國際取引法と信義則」, 信山社, 2009, p.116.

53) 1994년판 PICC 제6.2.2조. comment 2.

54) Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contract(PICC)*, Oxford University Press, 2008, p.719.

55) 加藤亮太郎, 전계서, p.91.

만일, 이행곤란의 적용기준이 제한적인 범위내에서 엄격하게 적용되지 않는다면 거의 모든 계약의 이행과정에서 이행곤란이 주장되는 기현상이 발생하게 될 위험성, 즉 이행곤란 자체가 계약법이론의 중대한 장애로 역기능할 우려도 있다.⁵⁶⁾

Mineral Park Land Co.사건에서는 MPLC와 Howard가 자갈(모래)매매계약을 체결하였으나 물속에 있는 자갈에 대해서는 약정가격의 10-12배의 비용 증가(채취하여 모래를 건조하는 비용)가 있기 때문에 MPLC는 이행곤란을 주장하였다. 반면에 자갈(모래)채취의 매수인이었던 Howard는 계약대로의 이행을 주장하였으나 법원은 미국 최초로 실행곤란성을 인정하였다.⁵⁷⁾ 또한 ALCOA판결사건은 석유위기에 따라 전기요금이 급등하였고 ALCOA의 알루미늄 정제비용이 보통 때보다 5배 이상 되어 ALCOA의 손해가 가중(gravity of harm)되었기 때문에 상사실행곤란성으로 인정되었고, 결국 프러스트레이션으로 인정되었다.⁵⁸⁾ ALCOA는 중대한 손해를 입게 되는 반면, 상대방인 ESSEX사는 당시 알루미늄 시황이 폭등하였기 때문에 계약대로 이행을 수령하게 되면 예상외의 큰 수익을 얻게 되는 점에 주의할 필요가 있다.

이 2개의 사례를 제외하고 미국의 판례는 모두 이행곤란의 상황에 상사실행곤란성을 인정하지 않고 있다. 즉 미국에서도 1950년대의 수에즈운하 폐쇄에 관련된 판례는 일부 있지만 어느 것도 상사실행곤란성을 인정하지 않고 있다.⁵⁹⁾ 예를 들면, American Trading사건에서는 운송비용이 31.6% 증대된 정도로는 불충분하여 상사실행곤란성을 인정하지 않고 있으며, 상사실행곤란성이 되기 위해서는 보통 때보다 10-50배 정도의 상당하고 비합리적인 비용(extreme and unreasonable expense)의 증가가 필요함을 주장하고 있다.⁶⁰⁾

56) 안강현, 전계논문, p.218.

57) Mineral Park Land Co. v. Howard, 172 Cal. 289; 156 P.458 (1916).

58) Aluminum Company of America v. Essex Group Inc., 499 F. Supp. 53, 29 UCC 1 (W.D.Pa.,1980).

59) American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine Ltd., 453 F. 2d 939 (2 Cir. 1972).; Transatlantic Financing Corp. V. United States, 363 F. 2d 312 (D.C. Cir. 1966).; Glidden Co. v. Hellenic Lines, Ltd., 275 F. 2d 253 (2d Cir. 1960).

60) American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine Ltd., 453 F. 2d 942 (2 Cir. 1972).

1970-80년대에 걸친 에너지위기의 시대부터 80년-90년대의 OPEC분리의 시대에 이르기까지 미국의 판례는 계약이행비용이 계약초기에 비하여 30-200% 증가한 경우에도 상사실행곤란성을 인정하지 않고 있다. 예를 들면, 1970년대 Iowa Electric Light and Power 사건에서는 우라늄 매도인의 이행비용이 58.4%로 증가되는 경우였으며, 80년대 Sabine Corporation 사건에서는 천연가스 매수인의 이행비용이 170% 증가 (또는 계약가격은 시장가격의 2배 이상)이 되는 경우였다.⁶¹⁾ 미국의 판례에서는 이행곤란의 상황이 어느 정도 존재하고 계약조건대로 이행하면 불이익을 받는 당사자에게 보다 증대한 불공정(grave injustice)이 되는 경우에만 상사실행곤란성의 구제가 인정되어 왔다.⁶²⁾

영국의 판례도 프러스트레이션을 쉽게 인정하지 않고 있는 점은 마찬가지라고 할 수 있다. 스즈운하 사건인 Tsakiroglo & Co., Ltd. 사건에서는 매도인의 CIF가격조건의 운송비가 희망봉을 경유하기 때문에 거의 2배가 되는 경우에도 프러스트레이션을 인정하지 않았다.⁶³⁾ Davis Constructors Ltd. 사건에서는 청구인의 이행비용이 약 19% 증가하였지만 단순히 비용증가만으로는 프러스트레이션을 인정하지 않고 프러스트레이션으로 인정되기 위해서는 '계약을 그대로 이행하면 계약에서 약정한 것과 근본적으로 다른 것(a thing radically different)으로 되고 마는 경우이어야 한다'고 하였다.

결국, PICC의 이행곤란(hardship)규정은 프러스트레이션이나 상사실행곤란성으로는 구제받을 수 없는 다양한 유형의 사안에 대하여 사정변경에 따른 이행곤란의 사태를 구제할 수 있는 방법이라고 할 수 있다.⁶⁴⁾ PICC 제6.2.2조의 이행곤란의 객관적 요건은 상당히 엄격한 것이지만 프러스트레이션이나 상사실행곤란성보다는 보다 완화된 것이라고 할 수 있다.

본래 실무적으로도 이행곤란조항은 장기적인 국제계약에서 프러스트레이션이나 불가항력에 준하는 사건이 발생하여도 당사자가 계약관계를 계속유지하기를 원하는 경우에 사용되어 왔다. PICC에서도 불가항력에 관하여 별도의 규

61) Sabine Corporation v. ONG Western Inc., 725 F. Supp. 1157 (W.D. Okl. 1989).

62) Gulf Oil Corp. v. Federal Power Commission 563 F. 2d 599 (3 Cir.1977).

63) Tsakiroglou & Co. Ltd v. Noble Thorl GmbH, (1962) A.C. 93.

64) 加藤亮太郎, 전계서, p.92.

정65)을 두고 당사자의 면책을 인정하고 있음에 반하여, 이행곤란에 대하여는 재협상이나 계약개정 등을 통하여 가능한 한 계약을 유지하려는데 우선적인 목표를 두고 있다. 따라서 이행곤란조항은 불가항력에는 이르지 못하지만 중대한 변경(fundamentally alters)에 해당됨으로, 동일한 사실관계가 이행곤란의 사유가 되는 동시에 불가항력의 사유로도 되는 경우 불이익당사자는 이를 선택적으로도 적용가능할 것이다.⁶⁶⁾

특히 PICC 제6.2.3조의 이행곤란의 효과를 보면 이행곤란 당사자를 보다 효과적으로 구제하고 있음을 명확하게 알 수 있다.

2. 이행곤란의 추가적 요건

PICC 제6.2.2조에 따르면, 이행곤란의 추가적 요건(additional requirements)이 성립되기 위해서는 이행곤란 사유가 (a)계약체결후 발생하거나 알게 되었어야 한다. 그러므로 계약체결 시에 이미 이행곤란 사유가 발생하고 있었거나 알고 있었다면 당사자는 그러한 사정을 고려하지 않은 책임을 부담하여야 하며, 이행곤란의 규정을 원용하여서는 아니 된다. 그러나 당사자는 계약체결 시점에 모든 관련 정보를 수집하여 평가하고, 또한 자신의 위험으로 계약을 체결한 것이므로 PECL과 같이 사정변경이라는 이행곤란문제는 계약체결 후에 발생한 사유만을 대상으로 하고,⁶⁷⁾ 계약체결 전에 발생한 사유에 대해서는 계약의 유효성문제로써 착오이론에 따라 처리하는 것이 이론적으로 일관성 있다고 생각된다.⁶⁸⁾

(b)이행곤란 사유를 계약체결 시에는 합리적으로 고려할 수 없었어야 한다. 정보기술이 발달한 현대에 있어서는 당사자는 계약 시에 특정 상황의 발생을 예견할 수 있을 지도 모른다. 그러나 여기서의 예견은 발생하는 구체적인 사정의 내용과 그것이 이행에 미치는 영향의 정도를 의미한다. 장기계약에 있어

65) PICC 제7.1.7조.

66) PICC 제6.2.2조 comment 6.

67) PECL 제6:111조 comment B(i).

68) Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *op.cit.*, p.720.; 井原 宏, 전게서, p.203, p.217.

서는 계약조항으로서 장래 사태의 변동요소를 기본으로 하여 계약가격 등을 조정하는 약정을 하는 경우가 있다. 이러한 조정조항을 기본으로 하여 당사자가 사유의 발생을 예견하고 있었던 판례도 나타나고 있다.⁶⁹⁾ 그러나 사정변경의 변동이 계약의 조정조항에 의해 조정할 수 있는 경우에는 그것에 의해 조정이 되기 때문에 문제가 없지만, 문제는 변동이 급격하여 조정조항이 있어도 조정할 수 없는 경우이다. 당사자의 예측을 초월한 사태가 발생한 때에는 설사 계약에 조정조항이 존재하여도 계약 시 사유의 발생을 예견할 수 없었던 경우에 해당되어 이행곤란의 구제를 받을 수 있을 것이다.

(C)이행곤란 사유가 당사자의 통제를 벗어난 것이어야 한다. 즉 자기의 제어 또는 지배를 벗어난 것은 객관적인 기준이기 때문에 자기책임의 귀책사유로 되는 것과는 다른 것이 된다. 일반적으로 자연재해나 천재지변과 같은 사유는 명확하게 알 수 있다. 또한 전쟁발발, 통치자나 정부의 행위 등은 계약당사자의 통제를 벗어난 것이 된다. 그러나 제3자에 의해 고용된 노동자들의 파업은 계약당사자의 통제를 벗어난 사유가 될 수 있지만, 불이익을 받은 당사자가 고용한 노동자들의 파업에 대해서는 필요한 경우 노동자들의 요구조건을 수용해 줌으로써 당해 분쟁을 해결할 수 있다는 점에서 불이익을 받은 당사자의 통제범위 내에서 발생한 산업재해로 간주될 수 있음에 유의하여야 할 것이다.⁷⁰⁾

(d)당사자가 이러한 사유의 위험을 부담하지 않았어야 한다. 당사자가 사유의 발생에 대하여 위험을 부담하지 않는다는 점은 그러한 취지를 당사자가 명시적으로 의사표시를 하지 않았어도 계약의 성질과 그 상황으로부터 객관적으로 추론될 수 있다. 예를 들면, 투기적 거래(speculative transaction)를 하는 당사자는 비록 계약체결 시에 당해 위험을 완전히 알지 못했더라도 어느 정도의 위험을 인수한 것으로 간주된다.⁷¹⁾ 이러한 점은 불가항력이나 ICC의 이행곤란조항에서는 찾아 볼 수 없는 요건으로써 이행곤란조항의 성격을 고려할

69) Northern Illinois Gas Co. v. Energy Corporation Inc, 122 Ill. App. 3rd 940, 461 N.E. 2d 1049, 38 UCC 1222 (1984); Kentucky Utilities Co. v. South East Coal Co, 836 SW 2d 392 (1992 Ky). 등

70) Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *op.cit.*, p.721.

71) PICC 제6.2.2조 comment 3 d 참조.

때 당연한 사항이기 때문에 명문화하지 않은 것으로 판단된다.

이상 PICC 제6.2.2조에 있어서 이행곤란의 추가적 요건은 추가적이라는 표현을 사용하고 있어도, 특히 (c)에서 보는 바와 같이 그 기준은 객관적인 것이 되고 있다. 여기서는 당사자의 과실이나 귀책의 요소가 보이지 않기 때문이다. 그리고 법원(중재판정부)은 본 규정의 (a)(b)(c)(d) 4가지 추가적 요건을 임의의 선택사항이 아닌 모두 동일한 충족요건으로 간주하여야 한다.⁷²⁾

IV. PICC에서 이행곤란의 효과와 실무적 대책

PICC 제6.2.3조(이행곤란의 효과)는 당사자간에 이행곤란 사유가 발생한 경우 먼저 재협상(renegotiation)을 하고, 다음에 법원(court)⁷³⁾에 의한 계약해제(terminate the contract) 또는 계약개정(契約改訂: adapt the contract)을 하도록 규정하고 있다.

1. 이행곤란의 효과

(1) 재협상 의무

장기계약에 있어서 당사자를 둘러싼 사정변경에 대처하기 위해서는 당사자간 재협상 의무를 계약상에 명시할 필요가 있다. PICC 제6.2.3조(1)항은 이행곤란의 당사자가 상대방에 대하여 계약의 재협상을 요청할 권리를 규정하고 있다. 재협상의 요청은 이행곤란의 사태가 발생한 시점에서 부당하게 지체되지 않게 하여야 하며, 재협상의 필요성을 명시하여야 한다.

여기서는 재협상을 의무로서 규정하고 있는 것이 아니다. 이행곤란에 의해 불이익을 받은 당사자가 상대방에 대하여 재협상을 요청할 권리로서 규정하고 있는 것이다. 따라서 상대방은 이행곤란으로 불이익을 받은 당사자의 요청이

72) Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *op.cit.*, p.717.

73) PICC에서 사용되고 있는 '법원(court)'이라는 용어는 언어의 불필요한 중복을 피하기 위한 것이므로 법원뿐만 아니라 중재판정부(arbitral tribunal)도 포함하는 개념으로 이해하여야 한다(PICC, 제1.11조, comment 1).

없는 한 계약조건대로 이행을 계속하여도 신의에 반하는 것은 아니고 스스로 자진하여 재협상을 할 의무가 있는 것이 아니다. 불이익을 받은 당사자의 요청이 있을 때 비로소 상대방에게 재협상의 의무가 발생한다.⁷⁴⁾ 이때 불이익을 받은 당사자는 이행곤란의 상황이 존재하고 있음을 입증하여야 한다. 재협상의 요청이 있는 경우 양당사자는 신의성실과 공정거래의 원칙⁷⁵⁾에 따라 상대방에게 서로 협력하여 불균형의 시정을 위해 협상하여야 하는 것이다. 한편, PICC에서는 구체적인 언급이 없으나 PECL에서는 협상을 거절하거나 불성실한 협상의 결과로 인하여 야기된 손해에 대해서는 당해 당사자에게 손해배상의 책임을 부과하고 있음에 유의하여야 한다.⁷⁶⁾

이러한 점은 장기계약의 기초로써 계약에 재협상의무를 규정하고 있다는 점에 의미가 있다. 이행곤란의 사태가 발생한 경우 계약에 재협상조항이나 협의조항을 규정하고 있으면 당사자는 현재의 논쟁을 해결하는 것뿐만 아니라 당해 계약이 장래에 해결책에 이르도록 노력하는 것도 가능하다. 반면에 장기적인 관점에서 재협상조항(renegotiation clause)의 존재와 효과는 오히려 계약의 불확실성을 증가시킬 수 있다는 견해도 있다.⁷⁷⁾

제2항은 이행곤란의 당사자는 계약조건에 대한 개정에 대하여 상대방과 협의를 하는 재협상의 기간중에도 이행을 계속하여야만 한다는 점을 확인시켜 주고 있다. 재협상의 목적은 계약의 불균형을 시정하기 위한 것으로 계약은 원래의 의도대로 이행되어야 하기 때문이다. 재협상에 따라 계약조건에 대한 개정에 합의하면 개정된 조건대로 계약의 이행은 계속되어야 한다. 당사자는 일반적으로 계약의 계속을 희망하고 있기 때문에 재협상에 의해 이행의 계속을 염두에 두고 계약조건에 대한 개정을 협의한다는 점에 의의가 있다. 따라서 구체적인 경제적 이행곤란에 대처하는 시스템으로서 재협상절차를 강화하는 것은 보다 생산적이고 효율적이라고 생각된다.

74) ICC의 이행곤란조항 제3항은 대체적 계약조항(Alternative Contractual terms)을 협상할 의무를 규정하고 있으며, PECL 제6:111조 2항도 계약의 개정 또는 해소를 위해 협상할 의무를 부과시키고 있다.

75) PICC 제1.7조.

76) PECL 제6:111조 3항.

77) 井原 宏·河村寛治, 「國際賣買契約」, LexisNexis, 2010, p.158.

그리고 계약의 재협상은 이행에 관련된 것이므로 계약종료에 관한 합의는 포함되지 않는다. 이러한 점은 이행곤란 조항이 PICC의 불이행의 장(chapter)이 아닌 이행의 장에 있다는 점 및 “당사자 일방의 계약이행이 보다 가중되더라도 당사자는 그 의무를 이행하여야만 한다”⁷⁸⁾는 계약충실의 원칙이 있기 때문이다.

예를 들면, 1970년대 에너지위기의 시대에 있어서 우리나라소송에서 이행곤란에 따른 당사실행곤란성을 주장한 Westinghouse측에 대하여 원고의 전력 27개사는 거액의 손해배상 판결을 받을 수 있음에도 불구하고 상당히 관대한 계약조건의 개정에 응하여 화해하였다. 전력 27개사는 손해배상금보다도 우리나라의 지속적인 공급을 희망하고 있었기 때문이다.⁷⁹⁾ 이와 같이 국제적인 장기계약에서 당사자들은 비즈니스 차원에서 계약조건을 재차 협의하고 개정된 조건으로 계약이행을 계속할 가능성은 크다.

(2) 계약해제

재협상에 의해 당사자간 계약조건의 개정에 대하여 합의하지 못한 경우⁸⁰⁾에는 당사자 일방은 법원에 소송을 제기하여 계약해제 또는 손해배상을 주장할 수 있다. 법원은 이행곤란을 인정할 경우 이러한 것이 합리적이라고 판단하는 경우에는 계약을 해제할 수 있다.⁸¹⁾ 이러한 점은 당사자자치를 근간으로 하는 사적계약관계에 법원이 개입할 수 있는 여지를 주었다는 점에서 비판의 대상이 될 수도 있다. 오히려 이행곤란에 관한 PICC규정은 강행규정이 아니므로 이를 변경하여, 특히 재협상이 결렬된 경우 법원의 개입 대신 다른 방법, 예를 들면, 당사자에게 계약을 해소(해지 또는 취소)할 수 있도록 하는 것도 가능할 것이다.⁸²⁾ ICC의 표준조항 「불가항력과 Hardship」의 「Hardship」 조항은 먼

78) PICC 제6.2.1조.

79) In re Westinghouse Electric Corporation Uranium Litigation, 436 F. Supp. 990 (J.P.M.D.L. 1977).

80) 이러한 경우는 손실을 입지 않은 상대방 당사자가 재협상의 요청을 완전히 무시하거나 양당사자가 성실하게 재협상을 하였음에도 불구하고 긍정적인 성과를 얻지 못한 경우를 들 수 있다(PICC 제6.2.3조 comment 6. 참조).

81) PICC 제6.2.3조 4항 a.

82) 井原 宏·河村寛治, 전게서, p.154.; 井原 宏, 전게서, p.200.

저 계약조건의 개정을 위해 재협상 또는 협의가 있고, 90일 이내에 계약조건의 개정에 대하여 합의에 이르지 못한 경우 조정, 중재 또는 소송에 회부한다는 취지의 규정을 두고 있다.⁸³⁾

이행곤란의 경우 해제는 PICC 제7.3.1조 이하에 규정되어 있는 중대한 불이행(fundamental non-performance)에 따른 계약해제와 동일한 것은 아니다. 이행곤란의 경우에는 법원이 판단하여 해제일과 해제조건을 정하고 있기 때문이다. 또한 불이행해제의 경우에는 불이행하지 않은 당사자만이 해제권을 가질 수 있지만 이행곤란의 경우에 있어서 해제는 법원의 재량 판단에 따라 결정되기 때문이다. 결국 법원이 정할 수 있는 해제의 조건은 PICC에서도 구체적인 규정이 없으므로 신의행평에 따른 법원의 재량에 의해 결정될 것이다.

그 구체적인 조건은, 예를 들면 다음과 같은 각양각색의 것이 될 것이다. 법원은 (a)프리스트레이션이나 이행불능의 경우와 마찬가지로 계약을 소멸(discharge)시켜 당사자를 미이행채무로부터 면제시킬 수 있다. 이 경우 손해배상의 청구는 인정되지 않는다. (b)사전에 지불한 금전이나 인도한 상품의 반환 등 원상회복 restitution)을 명할 수 있다. (c)사전에 지불한 금전과 이를 반환하는 당사자의 손실 또는 비용과의 상쇄 또는 조정을 명할 수 있다. (d)계약 소멸 시까지의 상대방의 이행에 의해 이익을 받은 당사자에게 그 이익(단 경비는 제외)의 지불을 명할 수 있다. (e)이행곤란에 의해 피해를 받은 당사자의 손실을 형평에 맞게 당사자간에 분담시킬 수 있다.

법원은 이중에서 어떤 것이든 명령을 내릴 수 있다. 이러한 것들은 계약의 해소(해지 또는 취소)에 따른 당사자의 계약관계의 정산절차라고 할 수 있다. (a) 또는 (d)는 기존 프리스트레이션의 효과로서 인정되고 있는 것에 준하여 생각할 수 있지만 (e)에 대해서는 주의할 필요가 있다. 이 경우 손실에 대한 당사자 간의 비율에 대해서는 법원이 양당사자를 둘러싼 모든 사정을 고려하여 결정하여야 할 것이다. 법원은 각 당사자의 계약상의 위험, 각각의 이행정도 및 비용, 이것에 의해 상대방이 얻은 이익 또는 손실 등 모든 사정을 감안하여야 할 것이다.

이와 같이 PICC 제6.2.3조에 있어서는 법원이 해제의 조건을 정할 수 있기 때문에 법원의 재량판단은 광범위한 것이고, 계약을 단순히 해소(해지 또는 취

83) ICC-Force Majeure and Hardship at 18 "Hardship provisions-suggestions"

소)하는 것에만 그치지 않고 오히려 추가적인 조치도 취할 수 있다고 생각된다.⁸⁴⁾

(3) 계약의 개정

법원이 이행곤란을 인정하고 또한 적당하다고 판단한 경우 계약을 해제하지 않고 법원 스스로 계약을 개정(adapt the contract)하여 양당사자의 계약상의 균형을 회복하여 이행을 계속 시킬 수 있다.⁸⁵⁾ 법원이 스스로 하는 계약의 개정은 계약당사자 A가 제시한 계약조건 A와 계약당사자 B가 제시한 B중 A와 B 어느 것이 타당하다고 판정하지 않는다. 사정변경에 임하여 법원이 계약의 내용적인 가치판단을 하여 가장 타당하다고 법원 스스로 판정하여 조건을 결정하는 소위 창조적·창작적인 것이다. 이 경우 법원은 판정을 내리기 위하여 필요한 경험칙이나 전문적인 지식에 관한 감정을 직권으로 요청하는 것도 가능하고 법원이 알게 된 상식이나 일반적인 경험칙을 활용하는 것도 가능하다.

이 점에 대해서는 사법부의 법관은 비즈니스에 대해서는 비전문가이기 때문에 계약조건을 스스로 결정하기에는 부적절하다는 소극적인 의견과 법관은 평소부터 복잡한 경제사건을 취급해 왔기 때문에 손해의 판정, 리스크나 손실의 조정, 계약의 개정 등을 할 수 있다는 적극적인 의견이 있다.⁸⁶⁾

계약을 개정했었던 ALCOA 판결에서 ‘법관은 비즈니스를 확실하게 잘 알지 못하지만 후에 습득한 정보로부터 비즈니스 관련 업무를 알 수가 있었다’고 판결 속에 서술하고 있다.⁸⁷⁾ 당연히 본 판결의 법관은 계약의 개정에 대하여 적극적이었다고 말할 수 있다. 그렇지만 일반적으로 사법부는 계약의 개정에

84) 加藤亮太郎, 전개서, p.97.

85) PICC 제6.2.3조 3항, 4항 b); 이에 대하여 PECL 제6:111조 3항(b)에서는 사정변경으로 인한 손실과 이익을 공정하고 형평에 맞는 방법으로 당사자에게 분배하기 위하여 법원 또는 중재판정부는 당해 계약을 개정할 수 있다고 규정하고 있다.

86) 소극적 의견은 Dawson, "Judicial Revision of Frustrated Contracts: United states", 64 B.U.L.REV.1, 17 (1984). 적극적 의견은 Hillman, "Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract, 1 DUKEL.J. 1-33 (1987); Speidel, "Court Imposed Price Adjustments Under Long-Term Contracts", 76 NW. U.L.REV. 369 (1981).

87) Aluminum Company of America v. Essex Group Inc., 499 F. Supp. 53, 29 UCC 1 p.29.

소극적이며, 미국의 판례에서는 ALCOA 판결이 계약을 개정한 유일한 사례였다.⁸⁸⁾ 법원은 이행기간의 연장, 계약가격이나 수량의 증감 또는 보상의 지불 등을 명할 수 있다. 그러나 이러한 계약의 개정은 예견하지 못했던 사정으로 발생한 비용을 양당사자에게 형평에 맞게 분담시킴으로써 계약의 균형을 재확립하는데 목표를 두어야 한다.⁸⁹⁾

따라서 대부분의 경우 법원이 스스로 계약을 개정할 수 있는 것은 하지 않고, 당사자에게 계약조건의 개정을 위해 재차 협상하도록 하거나 또는 계약조건을 그대로 확인하는 것이 통상적일 것이다.⁹⁰⁾ 법원이 계약을 개정하면 그렇게 하는 것이 가장 합리적이라고 법원이 판단하는 경우에만 할 수 있기 때문이기도 하다. 이와 같이 법원에게는 어느 정도 재량이 부여되어 있지만 PICC나 PECL과 같은 국제규범으로 법원이 실제적으로 계약을 재협상하고 당사자가 합의하도록 해결책을 제시하는 것은 극히 어렵다고 생각된다.⁹¹⁾ 법원의 개입가능성에 대한 규정은 그 자체만으로 양당사자에게 재협상을 촉진시키기 위한 최후의 방책이라고 할 수 있다.

ALCOA 판결을 상세히 검토해 보면, 본 판결의 의의가 결코 작지 않다는 것을 알 수 있다. 본 판결에서 법원은 당사자 간에 쟁점이 되었던 가격(알루미늄 제련비용)에 대하여 계약상의 방정식에 따른 최고치를 최고가격으로 설정하고 장기계약기간 중에 정기적으로 적용하여야 할 가격의 결정방식을 구체적으로 정하고 있다.⁹²⁾

이러한 가격조건은 당사자의 승낙을 받지 않고 법원이 스스로 판단하여 결정하는 것이다. 결국 ALCOA 판결은 ALCOA 사의 상대방이었던 ESSEX사에 의해 항소되었지만 양당사자는 항소중에 화해로 당해 분쟁을 해결하였다.

PICC 제6.2.3조 4항(b)는 법원에 ALCOA판결의 법관의 다양한 적극적인

88) 영국법에 따르면, 법원은 양당사자간의 계약에 대하여 개정을 요구할 수 없다.

89) 계약해소는 차지하고 계약의 개정을 법원에 기대하는 것은 그 기능을 초월한 것으로 현실적이지 못하다고 판단된다.

90) PICC 제6.2.3조 comment 7 참조.

91) Bert Lehrberg, "Renegotiation clause, the doctrine of assumption and unfair contract terms," *European Review of Private Law*, Vol.3, 1998, p.281.

92) Aluminum Company of America v. Essex Group Inc., 499 F. Supp. 53, 29 UCC 1 p.24.

역할을 요구할 수 있도록 되어 있다. 전술한 바와 마찬가지로 ALCOA판결의 상황은 계약의 균형이 현저하게 손실된 경우이기 때문에 법원이 설사 PICC를 근거로 판정한 경우에도 ALCOA판결과 동일한 이행곤란을 인정하는 결론에 이를 것으로 생각된다. 그러나 법원이 계약의 개정을 할 수 있는지의 여부는 당해 법원의 재량에 따라야 할 것이다.

2. 이행곤란에 따른 실무적 대책

장기계약을 체결할 때 장래 발생할 수 있는 경제적 이행곤란의 사태에 대비하기 위한 실무적 대책으로는 관련 조항을 계약의 일부로 작성해 놓는 방법이 있다. 즉 경제적 이행곤란에 어떻게 대처할 것인지를 규정해 놓는 방법과 분쟁이 발생했을 경우에 대비하여 준거법을 지정하고 조정이나 중재와 같은 ADR(Alternative Dispute Resolution)을 활용하는 방법이 있다.

(1) 이행곤란에 대처하기 위한 규정

계약체결 후 장기에 걸친 계약이 이행됨에 따라 그동안 당초에는 예상하지 못했던 계약당사자의 책임으로 귀책 되지 않는 외부의 사정변경(예를 들면, 전쟁, 쿠데타, 천재지변 등)에 조우하여, 원래의 계약조건대로 계약의 이행을 강행하면 당사자의 일방에 상당한 손실이 발생하거나 이행이 불가능한 사태가 발생하는 경우가 있다.

또한 국제거래에서는 관련 당사국의 정부나 지방단체로부터 허가를 취득하는 것이 계약체결 또는 계약이행의 전제조건이 되는 경우도 있다. 예를 들면, 수출입허가, 외환업무 및 차관도입의 허가, 건설·환경·안전·거주·노동 등의 허가를 얻어야만 당해 계약을 이행할 수 있는 경우이다. 이 경우에는 계약 체결시에 허가사항 및 허가기관, 비용부담, 허가취득시의 소요기간 등을 구체적으로 명시하여야 한다. 아울러 상대방의 신의성실과 공정거래의 원칙에 따른 협력의무, 허가의 지연 등에 따른 계약의 유효성 등에 관해서도 명시해 두어야 한다.⁹³⁾

이러한 불측의 사태에 대비하여 미리 이에 해당하는 사유를 열거하고 이에

93) 井原 宏, 전계서, pp.222-223.

따른 계약상의 대응을 강구하는 것은 신중한 계약체결방법이 된다. 이러한 방법에는 불가항력조항, 이행곤란조항, 가격조정조항(price adjustment or escalation clause), 특정위험조항(special risk clause), 가격점검조항((price review clause), 수정변경조항(variation and change order clause), 납기자동연장조항 등이 있다. 이러한 것들은 사정변경에 따른 계약책임의 제한·조정을 목적으로 하는 일반적인 것과 당사자에게 일정한 선택의 여지를 주어 계약의 유연성을 주는 것을 목적으로 하는 특정종류의 계약에 고유한 것으로 분류된다. 후자의 경우에는 계약의 운용에 있어서 구체적인 사항의 확정을 당사자가 아닌, 당사자가 선임하는 제3자(현장책임자, 주임기술자, 재정인, 감정인 등)의 판단·결정에 위임하는 소위 개방조항(open clause)이 있으며, 플랜트수출, 건설공사, 자원개발계약 등에서 나타나고 있다. 최선의 신뢰를 전제조건으로 하는 Cost Plus조항⁹⁴⁾이 이에 해당한다. 이러한 계약에서는 이러한 결정을 하는 제3자에 대한 신뢰가 존재하고 계약의 일부 미확정부분의 확정, 확정하려는 현장에서의 조정, 이의의 재정(裁定)·평가가 전문가의 판단에 따르게 되어 계약의 유연성이 유지된다.⁹⁵⁾ 그러나 이를 넓게 인정하면 계약의 구속력에 의문이 생기기 때문에 계약의 목적과 당사자가 당초에 기대한 이해의 균형을 해치지 않는 범위에서 이러한 조정조항을 엄격하게 운영하여야 한다.⁹⁶⁾

특히 경제적 이행곤란이 발생한 경우 계약조건의 수정을 위해 양당사자가 의무적으로 재협상을 하도록 이행곤란 또는 현저한 불공평시정조항(hardship or gross inequity clause)을 두는 방법이 있는데, 이 경우 장래 사태의 발생을 예측하여 정밀한 가격조정방식(시장지수나 관련 비용변동의 요소를 포함하여 조정하는 방정식)을 규정하면 대부분 당사자 간에 분쟁이 발생한 경우 이행불능을 주장하기 어려운 경우가 발생할 수도 있음에 유의하여야 한다.⁹⁷⁾ 계약

94) 계약의 이행에 소요되는 실비에 일정한 보수를 가산하여 계약가격을 결정하는 방식을 말한다. 계약체결 시에 세부사항까지 결정할 필요가 없다는 장점이 있으나 한편으로는 공사비가 부당하게 증대될 우려가 있다. 대부분의 계약에서는 최고한도액을 정하던가 미리 작성한 견적액을 초과한 경우에는 인수계약자에게 부담시키는 방법을 취함으로써 인수계약자에게 비용절감을 피하도록 동기부여를 하는 방법이다(唐澤 宏明, 「國際取引」, 同文館出版, 2003, p.127.; 絹卷康史, 전계서, p.222.

95) PICC 제2.14조 제1항에 따르면, 이러한 경우에도 유효한 계약으로 성립된다.

96) 椿弘次, 전계논문, p.78.

97) 加藤亮太郎, 전계서, p.115.

가격의 조정에 대하여 미리 합의해 두는 것이 사태의 발생을 예견하였다거나 위험분담을 특별히 약정해 놓은 것으로 판정될 우려가 있기 때문이다.⁹⁸⁾

따라서 국제적인 장기계약에 있어서 당사자간 계약조건의 개정에 대하여 재협상(renegotiation)을 하도록 하는 규정은 중재나 조정의 분쟁처리조항과 더불어 경제적 이행곤란의 사태에 대처하기 위한 효과적인 구제책이라고 할 수 있다.

(2) 준거법 지정 및 ADR활용

일반적으로 국제계약에 있어서는 당사자 간에 계약상의 준거법을 지정해 놓는 것이 법적인 안정을 위해 현명하다. 경제적 이행곤란의 문제를 해결하기 위해 당사자가 합의하여 선택할 수 있는 보편적인 준거법으로는 PICC를 들 수 있다.

앞에서 살펴 본 바와 같이 PICC 제6.2.1조 이하에서는 이행곤란(hardship)에 대하여 상세한 규정을 두고 예상치 못한 후발적인 이행곤란의 사태에 대하여 재협상을 하고, 재협상에 실패하는 경우 중재 또는 조정을 통하여 법원은 계약의 해제나 계약조건의 개정을 결정할 수 있도록 하고 있다. PICC에 있어서 법원(court)은 사법부뿐만 아니라 중재판정부(arbitral tribunal)도 포함되는 개념이다.⁹⁹⁾

이 경우 당사자들은 명시적으로 계약의 준거법으로 PICC를 선택할 수도 있지만 비록 당사자들이 계약의 준거법에 관하여 침묵하고 있어도 중재판정부는 탈국가적 또는 초국가적 규칙(a-national or supra-national rules)인 PICC를 계약의 준거법으로 원용하여 분쟁을 해결할 수 있다.¹⁰⁰⁾

당사자 간의 분쟁처리 중 이행곤란의 판정, 계약해제 또는 계약조건의 개정 등에 대하여 이론이 있으면 소송보다도 중재(arbitration)로 해결하는 것이 보

98) 예를 들면, Northern Illinois Gas Co. v. Energy Cooperative Inc., 122 Ill. App. 3rd 940, 461 N. W. 2nd 1049, 78 Ill. Dec. 215 (1984); Kentucky Utilities Co. v. South East Coal Co, 836 SW 2d 392 (1992 Ky) 참조.

99) PICC, 제1.11조, comment 1.

100) PICC 전문 comment 4.; 이에 대한 자세한 내용은 홍성규, “국제상사중재에서 UNIDROIT원칙의 적용사례분석, 「중재연구」, 제21권 제1호, 한국중재학회, 2011, pp.142-145. 참조.

다 적합하다고 할 수 있다. 국제소송의 경우 국제재판관할권 외에 법정지의 국제사법에 의해 PICC원칙을 저촉법으로서의 준거법으로 인정하지 않는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 또한 당사자가 PICC를 준거법으로 지정한 경우에도 그것이 실질법적인 지정인지 저촉법적 지정인지 국제소송의 법정지에 의해 다르게 나타날 수도 있기 때문이다.¹⁰¹⁾ 또한 국제소송의 경우에는 법관의 전문성과 기술성에 신뢰가 부족한 경우가 많고, 무엇보다도 소송절차가 수개월에서 수년까지 걸릴 수도 있기 때문에 균형의 회복이라는 비즈니스측면에서 결코 바람직하지 않다고 할 수 있다.¹⁰²⁾ 다만, 법원의 개입이 법적으로 예정되어 있다면 당사자 간의 재협상을 촉진하고 협상이 결렬되는 것을 사전에 방지하는 하나의 수단으로 작용할 수 있을 것이다.

그러나 중재에 의하면 국내법의 구속을 받지 않고 PICC를 적용하여 판정하는 것이 가능할 것이다. 당사자가 지정한 PICC를 원용한 중재판정에 대해서는 1958년 뉴욕협약에 따라 국제적으로 승인·집행하는 것이 가능할 것이다.¹⁰³⁾ 따라서 장기계약의 당사자가 계약의 준거법을 PICC로 정하고 분쟁처리방법으로서 중재를 선택하면 PICC의 이행곤란조항에 따라 구제를 받을 가능성은 높다고 말할 수 있다. 실제적인 문제로서 중재판정부는 당사자 간의 분쟁사안에 정통한 중재인이 선임되면 당사자보다도 타당한 계약의 개정도 가능할 것이다. 이러한 PICC의 이행곤란조항을 원용한 중재판정이 확산되기를 기대한다.¹⁰⁴⁾

101) PICC 전문 comment 4.; PICC 제1.4조 및 comment 2.

102) 井原 宏, 전게서, pp.220-221.

103) 이 점에 대하여 달리 판정한 사례는 UNILEX 00.09.1998. ICC Arbitral Award No.9419 등 참조.

104) 중재판정부가 PICC 제6.2.2-6.2.3조에 따라 판정한 사례는 Bonell, Michael Joachim, *AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW*, 3rd Edition, Transnational Publishers, Inc., 2005, pp.263-300. 참조

V. 결 론

계약의 준수는 계약당사자에게 있어서 기본원칙이고 이에 대한 예외로써 이행곤란이 허용되는 것이므로 이행곤란의 사유에 대해서는 명백하고 엄격한 요건을 적용할 필요가 있다. 아울러 이행곤란의 발동과 효과도 계약체결 후 그 해석을 둘러싼 분쟁을 가능한 한 회피하기 위하여 명확하고 구체적으로 설정해 두어야 한다. 이러한 점을 고려하여 현실의 국제상거래에 적합한 이행곤란 조항은 PICC에서 찾을 수 있다.

PICC에서는 이행곤란조항(hardship clause)이 국제계약에 많이 사용되고 있으며 국제거래관행에 있어서 폭넓게 알려져 있기 때문에 이행곤란(hardship)이라는 용어를 채택하였다.¹⁰⁵⁾ 국제거래관행에서 폭넓게 알려져 있는 이행곤란을 계약원칙의 일반조항으로서 법제화한 것이 PICC 제6.2.1조 이하의 3개 조항이라고 평가할 수 있다. PICC는 강행규정이 아니므로 국제거래의 장기계약에 있어서 이행곤란조항은 각각의 거래에 대응하여 당사자가 적절하게 PICC 조항을 자유롭게 변경하여 사용할 수 있다.¹⁰⁶⁾

국제계약에 있어서 이행곤란의 구체적인 조항은 계약의 계속적인 이행을 염두에 두고 계약체결 시에 당사자 간의 교섭에 의해 규정되는 것이 일반적이다. 이러한 점은 이행불능의 불가항력과 다른 점이다. 불가항력의 경우에는 ICC의 표준불가항력조항에서 보는 바와 같이 불가항력사유가 일정기간 계속될 때 일방 당사자는 통지에 의해 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있는 것이 대부분이다.

국제계약에서 이행곤란조항은 불가항력조항의 경우와 달리 이행곤란의 상황이 계속되어도 불이익을 받는 당사자가 즉시 이행을 정지시킨다거나 계약을 해제할 수 있도록 규정하고 있는 것이 아니다. 계약당사자는 계약의 계속적인 이행을 희망하기 때문에 우선적으로 계약조정을 위한 협상(교섭)을 하고 일정기간 내에 협상이 이루어지지 않을 경우 조정이나 중재에 회부할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는 것이 일반적이기 때문이다.

105) PICC 제6.2.1조 comment 2. 참조.

106) PICC 전문, 제1.1조, 제6.2.2조 comment 7 등 참조.

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 이행불능의 사태에 이르지 않는 경제적인 이행곤란을 구제하는 법리는 한국법에서는 규정하고 있지 않다. 영미법에 있어서는 프레스트레이션이나 상사실행곤란성(commercial impracticability)의 법리가 있지만, 이들 법리에서는 이행곤란의 당사자를 구제하고 있지 않다. 이밖에 일부 국가의 이행곤란의 법리가 존재한다.¹⁰⁷⁾ 그러나 이러한 국내법의 법리는 법정지의 국제사법의 준칙에 의해 그 적용이 결정되는 경우에만 적용되기 때문에 보편적인 법이나 규칙으로는 되지 않는다. 따라서 국제거래에 관련된 이행곤란의 문제를 해결하기 위해서는 국내법보다도 탈국가적(a-national)이고 보편적인 PICC가 보다 적합하다고 할 수 있다.

국제계약의 당사자가 PICC를 준거법으로 하는 합의(또는 간단히 법의 일반 원칙에 따른다고 하는 합의)는 장기계약에 있어서 매우 유용하다. 또한 당사자가 PICC를 준거법으로 하지 않는 경우에도 법원이나 중재판정부가 PICC를 원용할 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다.¹⁰⁸⁾

장기계약에 있어서 이행 기간에 예기치 못한 이행곤란의 사태가 발생하는 것은 과거나 현재, 또는 미래에도 일정 확률로써 발생할 것이다. 따라서 장기 계약을 체결할 때에는 경제적 이행곤란에 대응할 수 있는 조항을 계약서에 삽입하여 이행곤란의 사태에 직면하여 효율적으로 당해 분쟁을 처리하는 것이 바람직하다. 국제비즈니스에서는 상호 만족할 수 있는 원만한 분쟁처리가 현실적이기 때문이다.

107) 예를 들면, 폴란드의 채무법, 이탈리아 민법, 그리스 민법, 아랍연합 민법 등을 들 수 있다.

108) PICC 전문 제4문과 제6문 및 comment 참조.

참 고 문 헌

- 金相容, 「比較契約法」, 法英社, 2002.
- 명순구, 「쉽게 익히는 미국계약법 입문」, 法文社, 2004.
- 안강현, “UNIDROIT 국제상사계약에서 있어서의 Hardship”, 「상사법연구」, 제21권 제1호, 한국상사법학회, 2002.
- 오현석, “국제물품매매계약상 사정변경원칙의 적용에 관한 비교법적 검토”, 「한국무역상무학회지」, 제51권, 한국무역상무학회, 2011.
- 최현숙, “국제적인 계약구범에 있어서 Hardship에 관한 연구”, 「국제지역연구」, 제11권 제3호, 국제지역학회, 2002.
- 홍성규, 「국제상사중재」, 도서출판 두남, 2002.
- 홍성규·小林 晔, “장기계약에서 사정변경에 따른 대응방안”, 「무역학회지」, 제30권 제6호, 한국무역학회, 2005.
- 홍성규, “국제상사중재에서 UNIDROIT원칙의 적용사례분석”, 「중재연구」, 제21권 제1호, 한국중재학회, 2011.
- 加藤亮太郎, 「國際取引法と信義則」, 信山社, 2009.
- 久保宏之, 「經濟變動の契約理論」, 成文堂, 1992.
- 唐澤 宏明, 「國際取引」, 同文館出版, 2003.
- 絹卷康史, 「國際取引法」, 同文館出版, 2004.
- 井原 宏, 「國際契約法」, 大學教育出版, 2006.
- 井原 宏·河村寬治, 「國際賣買契約」, LexisNexis, 2010.
- 椿弘次, “國際取引契約の調整とコミュニケーション”, 「國際商取引學會年報」, 第1·2號, Academy for International Business Transactions, 2000.
- 桶口範雄, 「アメリカ契約法」, 弘文堂, 1994.
- Bert Leherberg, “Renegotiation clause, the doctrine of assumption and unfair contract terms,” European Review of Private Law, Vol.3. 1998.
- Bonell, Michael Joachim, AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW, 3rd Edition, Transnational Publishers, Inc., 2005.

Clive M. Schmitthoff, (by L. D'Arcy, C. Murray, B. Cleave), Schmitthoff's Export Trade; The Law and Practice of International Trade, 10th ed., London: Sweet & Maxwell, 2000.

Joern Rimke, "Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts," <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.htm>.

Roy Goode, International Restatement of Contract and English Contract Law, Uniform Law Review 1997-2.

Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contract(PICC), Oxford University Press, 2008.

ABSTRACT

The Rules of law for the Hardship in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Hong, Sung Kyu

Kim, Yong Il

In the international sales contract, long-term contracts often face hardship in fulfilling the original contract terms by relevant parties due to rapid change and uncertainty of political and economic circumstance. In this case, party who faces hardship of fulfillment terminates contract or demands adaptation to contract condition but if opponent doesn't accept this, it proceeds to commercial dispute needing legal interpretation.

Generally it is wise to set forth governing law in contract between parties in the case of international contract, for legal stability. One of universal governing law which relevant parties select by agreement to solve economical hardship of fulfillment is PICC.

PICC defines the hardship in detail for renegotiation on following hardship of fulfillment unexpected. In the case of failing renegotiation, Court(arbitral tribunal) conducts termination to contract or adaptation to contract condition through arbitration or mediation.

In conclusion, when signing international long-term contract, it is desirous to handle dispute effectively by inserting provisions which can deal with economical hardship in contract or defining PICC as governing law in the case of hardship incurred. It is because it is realistic to handle dispute smoothly to the extent that both parties can be satisfied in the case of hardship incurred, though international contract should be fulfilled.

Key Word : long-term contracts, hardship, governing law, PICC.