

國際去來에 있어서의 契約不履行에 관한 基本問題(上)-不可抗力과 免責問題를 中心으로-

姜二秀

문헌: 仲裁
권호: 11권11호
출처: 대한상사중재원

[4] 目次

- I. 머리말
- II. 契約不履行(契約違反)의 形態
- III. 英美法上 契約不履行에 대한 救濟方法(remedies)
- IV. 不可抗力이 國際契約에 미치는 영향
- V. 맺음말

I. 머리말

國際去來에 있어서의 분쟁은 대부분 契約不履行(契約違反)과 관련되고 있는 것이 보통이다. 또한 외형상 契約不履行과 같이 보이지만 실제로는 이른바 不可抗力에 의하여 그러한 결과가 발생한 경우도 적지 않다. 이 경우에는 “不可抗力에 의한 免責與否”를 둘러싸고 당사자간에 분쟁이 발생하게 된다.

특히 최근 우리나라에서 급격히 일어나고 있는 노사분규로 인하여 무역기업들이 약정시기에 선적하지 못하거나 또는 선적불능상태에 이르게 되었다는 보도들이 눈에 띄인다. 이와 관련하여 노동쟁의가 不可抗力의인 事由에 해당되는가의 여부가 논의되고 있다.

따라서 이 論橋에서는 최근의 이러한 사태를 염두에 두고 ① 먼저 國際去來에 있어서의 契約不履行의 形態와 그 救濟方法을 살펴본 후 ② 不可抗力이 國際去來에 미치는 영향을 검토해 보기로 한다.

II. 契約不履行(契約違反)의 形態

(1) 序說

우리 나라에서는 債務不履行 내지 契約不履行(non-performance or non-fulfillment of contract)으로 [5] 다루고 있는 문제를 영미에서는 契約違反(breach of contract)의 문제로서 논하고 있다. 우리 나라를 비롯한 大陸法系國家(獨, 佛, 日 등)에서는 債務不履行의 態樣에 履行遲滯, 履行不能 및 不完全履行의 3種이 있으나, 英美에서는, 한편으로는 不完全履行을 특히 契約違反의 1態樣으로 문제삼지 않으며, 다른 한편으로는 履行期 到來前에 債務者가 이행하지 아니하겠다는 의사를 표시한 경우를 履行拒絕(renunciation, repudiation)으로 契約違反의 1態樣으로 다루고 있다. 즉, 契約違反에는 履行遲滯(failure to perform), 履行不能(impossibility created by one party) 및 履行拒絕의 3態樣이 있다.

履行不能을 특히 履行遲滯와 구별하여 문제로 삼는 實益은 履行期 到來前에 債務者가 그 歸責事由에 의하여 履行不能으로 된 경우에 債權者가 履行期의 到來를 기다리지 않고, 債務者에 대하여 債務不履行(契約違反)의 責任을 물을 수 있다는 점에 있으나, 英美에서는 履行期 到來前에 履行期가 到來하더라도 이행하지 않겠다는 의사를 표시한 경우에도 그와 마찬가지로 履行期의 到來를 기다리지 않고, 債務者에 대하여 契約違反의 責任을 물을 수 있으며, 이 兩者를 합하여 履行期前의 違反(anticipatory breach)이라고 한다. 또 repudiation은 넓은 의미로는 위에서 말한 履行期前의 違反과 동일하게 사용되며, 履行拒絕를 explicit repudiation, 履行不能을 implicit repudiation(당사자가

그 행위에 의하여 그 이행을 不能하게 만든 것은 이행거절의 묵시적 의사표시로 본다.)으로 부르기도 한다. 한편, 債權者의 受領遲滯도 契約違反으로 되는가에 관하여는 大陸法系國家나 英美에서 다같이 債權者의 受領義務, 協力義務도 하나의 債務로서 賣渡人의 債務不履行(契約違反)으로 다루고 있다.

(2)履行遲滯

履行遲滯(delay in performance)는 履行期가 到來한 때에 債務者의 歸責事由로 그 이행을 하지 않는 것을 말한다. 行遲履滯後라 하더라도 債務者가 이행하지 않으면 안될 의무는 영향을 받지 않으며, 따라서 債權者는 이행을 청구할 권리를 지니고 있다. 또 遲滯後에 행해진 이행이라 하더라도 債權者가 그 이행에 의하여 이익을 받을 수 없는 경우를 제외하고는 債權者는 그 이행의 受理를 거부할 수 없다. 예컨대, 賣渡人이 船積을 하지 아니한 경우에도 賣渡人의 船積義務는 免責되지 않으며, 따라서 買受人은 船積을 청구할 권리가 있다. 또 期限後에 행해진 船積에 의하여 買受人이 전혀 이익을 얻지 못하는 경우를 제외하고는 買受人은 船積을 거부할 수 없다. 買受人의 船積遲延을 인정하는가의 여부는 예컨대, 信用狀베이스의 거래에 있어서는 買受人이 信用狀에 기재된 船積期限의 延長을 인정하고, 信用狀을 訂正하는가의 여부에 따라 賣渡人이 판단할 수가 있다.

일반적으로 履行遲滯가 있는 경우에 相對方은 遲滯에 의한 損害賠償(compensation for damages) 또는 履行에 같은 損害賠償을 청구할 수도 있으며, 또 원칙적으로 일정한 요건 아래 契約을 解除할 수도 있다.

(3)履行不能

履行不能(impossibility of performance)에는 두 가지 경우가 있는데, 하나는, 當事者의 歸責事由에 의한 경우이고, 다른 하나는 그렇지 아니한 경우이다. 전자는, 예컨대 가격폭등 등에 의하여 約定品의 船積이 불가능하게 된 때와 같은 경우로서, 이 경우는 絶對的 不可能이 아니라 相對的 不可能이다. [6] 왜냐하면, 賣渡人이 損失을 부담한다면, 다른 買入處로부터 約定品을 매입하여 契約을 이행할 수 있기 때문이다. 이러한 경우는 賣渡人의 歸責事由에 의한 履行不能으로서 相對方인 買受人은 賣渡人에 대하여 損害賠償을 請求하거나 契約을 解除할 수가 있다. 후자는 當事者의 歸責事由에 속하지 않는 事由에 의한 履行不能으로서, 貿易契約의 條件 가운데에 반드시 明記되고 있는 不可抗力條項(Force Majeure Clause)이 바로 이에 속한다. 不可抗力에 의한 履行不能에 관하여 當事者의 責任은 없다.

(4)不完全履行

不完全履行(incomplete performance)은 債務者가 이행은 하였으나, 그 이행의 내용이 不完全한 것을 말한다. 예컨대, 品質이 約定된 것보다 떨어진 物品을 공급하거나, 一部 數量을 선적하지 않거나 또는 代金의 一部를 지급하지 않는 것과 같은 경우이다. 이러한 경우에 相對方은 損害賠償을 청구하거나 또는 다시 완전한 이행을 청구할 수 있다.

위에서 말한 損害賠償의 範圍는 실제로 입었던 實損害(actual loss of damage)뿐만 아니라 그 契約에 의하여 당연히 얻을 수 있었던 利益, 즉 豫想利益(estimated profit)도 포함된다. 그리고 損害賠償의 額은 일반적으로 社會通念 내지 良識에 의하여 판단된다.

(5)履行拒絶

여기서 履行拒絶(renunciation; repudiation)이라 함은 履行期 到來前의 履行拒絶, 즉 履行期가 到來하더라도 이행할 의사가 없다는 것을 표시하는 경우를 말한다. 英美法은 이것을 契約違反의 1態樣으로 삼고서, 이 때에는 相對方은 履行期의 到來를 기다리지 않고 契約을 解除하여 곧 損害賠償을 청구할 수 있도록 하고 있다. 契約當事者는 相對方에 대하여 履行期가 到來한 때에 이행을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 履行期 이전이라 하더라도 契約關係를 존중하도록 요구할 수 있는 權利를 지니고 있기 때문이다.

(6)債權者의 受領遲滯

一方 當事者가 履行의 提供, 즉 이행에 필요한 준비를 끝내고, 이 사실을 相對方(債權者)에게 통지하였음에도 불구하고 相對方이 그 受領을 할 수 없거나 또는 受領을 거부하는 것을 債權者의 受領遲滯(delay in receipt)라고 한다. 예컨대, F.O.B.輸出契約에 있어서 賣渡人이 物品을 積出港의 倉庫에 반입하여 積出準備가 완료되었다는 뜻을 買受人에게 통지하였음에도 불구하고 買受人이 物品을 적재할 船舶을 준비하지 않거나 또는 준비하였던 船舶의 配船이 취소되는 등의 사유로 인하여 船積時期에 적재되지 못한 경우 등은 債權者(買受人)의 受領遲滯가 된다. 이 때에 賣

渡人인 債務者는 船積義務를 기한 안에 이행하지 못하게 되지만, 買受人의 受領遲滯로 인하여 買受人의 船積履行義務는 연기될 수 있으며, 또 買受人이 일정한 요건 아래 契約을 解除한 때에는 船積履行義務가 소멸된다. 그리고 賣渡人은 船積履行義務의 延期 또는 契約의 解除와 동시에 買受人이 配船義務를 이행하지 못함으로 인하여 입었던 損害, 즉 轉賣의 경우에 있어서의 差損, 輸出港의 倉庫料, 製造業者의 工場으로부터 積出港까지의 積送費用 및 喪失하였던 豫想利益 등 모든 損害에 대하여 買受人에게 求償할 수 있다. [7]

III. 英美法上の 契約不履行에 대한 救濟方法(remedies)

(1) 救濟方法의 概觀

먼저 裁判上の 救濟方法으로서 ① 첫째로, 채무의 현실적 이행을 청구하는 特定的 救濟(specific relief)가 있다. 구체적으로는 特定履行의 命令(specific performance), 留止命令(injunction) 및 約定금액의 지급(payment of agreed sum of money)등이 이에 속한다. ② 둘째로, 계약위반으로 인하여 입은 손실을 보상하게 하는 損害賠償(damages)이다. 위의 特定的 救濟가 한정된 유형의 契約違反에 대해서만 인정되는데 대하여 損害賠償은 모든 契約違反에 대하여 인정된다. ③ 세째로, 계약위반을 행한 債務者에 대하여 債權者가 이미 부여하였던 利益(benefit)을 반환하게 하는 原狀回復(resitution)이다. 裁判外의 救濟方法은 계약위반의 상대방이 행하는 契約의 解除(rescission or termination of contract)이다. 解除에 의하여 契約은 소멸하며, 解除者는 자기의 채무이행의무를 면하게 된다. 解除는 일종의 自救行爲(self help)로서 재판절차를 필요로 하지 아니한다. 이러한 여러가지 구제방법 중에서 여기서는 보편적으로 인정되고 있는 損害賠償에 대해서만 검토하기로 한다.

(2) 賠償하여야 할 損害의 範圍(因果關係)

(가) 意義 : 損害賠償에 관하여 가장 중요한 문제는 배상하여야 할 손해의 범위문제이다. 契約違反에 의하여 발생한 손해, 즉 契約違反과의 사이에 因果關係가 있는 손해에 대하여 배상하지 않으면 안되지만, 이 경우의 因果關係를 어떻게 해석할 것인가가 문제 된다. 뒤에서 말하는 바와 같이, 우리나라의 民法 第393條는 債務不履行에 대하여 이른바 相當因果關係說을 채택하고 있다. 英美法에 있어서도 아래서 설명하는 바와 같이, 계약위반의 경우에 관하여는 다소 다른 점도 있으나, 대체로 그것과 동일한 法則을 채택하고 있다.

(나) Hadley v. Baxendale의 法則주1) : 契約違反의 경우에 있어서의 因果關係에 관한 指導的 判決은 Hadley v. Baxendale事件주2) 에 관한 것이다.

주1) Anson's Law of Contract, 25th ed., 1979, pp.555~564.

주2) (1854), 9 Exch. 341, at p.354.

(a) 事件 및 判決의 概要 : 이 사건의 原告는 製粉工場主人이었는데, 그 製粉機의 回轉軸이 파괴되어 공장이 가동되지 못하였기 때문에 새 제분기를 제작하기 위한 原型으로서 그 파괴된 회전축을 製造元인 기계공장에 송부하기로 하고 그 운송을 운송업자인 被告에게 의뢰하였다. 이때에 原告는 被告에게 운송품은 제분기의 파괴된 회전축이라는 것 및 原告가 製粉工場主人이라는 것만을 알려 주었을 뿐이었다. 被告의 태만에 의하여 운송이 數日 지연되고, 따라서 완성된 새 회전축의 입수도 數日 지연되었던 결과로(原告는 다른 代替 回轉軸을 가지고 있지 않았기 때문에) 原告는 부득이 지연된 數日 [8] 만큼 더 휴업하지 않을 수 없었다. 本件에서 문제된 것은 지연된 數日동안 부득이 휴업하지 않을 수 없었으므로 인하여 얻을 수 있었던 利得의 상실에 대하여 損害賠償을 청구할 수 있는가의 여부였다.

法院은 그 損害(얻을 수 있었던 이득의 상실)는 遠隔하므로(too remote)주3) 그것에 대하여는 배상책임이 없다고 判示하였다. 그리고 그 判決理由로서 먼저 계약위반의 경우에 배상하여야 할 손해의 범위에 대하여 “그와 같은 계약위반으로부터 자연적으로(naturally), 즉 事物의 通常의 過程에 따라(according to the usual course of thing) 발생하는 것으로 公正, 合理的(fairly and reasonably)으로 생각될 수 있는 손해, 또는 계약을 체결한 때에 兩當事者가 그 위반의 蓋然的(probable) 結果로 생각하였던 것으로 합리적으로 추측될 수 있는 손해”라고 하였다(이것은 그 후 종종 인용된 文句이다).

주3) 가끔 가까운(proximate)의 결과에 대해서만 책임을 지고, 먼(remote) 결과에 대해서는 책임을 지지 아니한다고 일컬어지고 있다. 그러나 문제는 兩者의 限界를 어디에 둘 것인가에 있다.

다음에 특별한 사정 아래서 계약을 체결한 경우에 그 특별한 사정을 原告가 被告에게 알려줌으로써 양당사자가 그것을 알고 있었을 때에는 특별한 사정 아래서 通常 발생하는 손해는 배상의 대상이 되지만, 그 특별한 사정을 被告

가 전혀 알지 못했던 때에는 그 특별한 사정으로부터 발생하는 손해는 賠償의 대상이 되지 않는다고 하였다. 따라서 本件에 있어서는 공장을 부득이 지연된 數日만큼 더 휴업하지 않을 수 없었으므로 인하여 발생한 손해는 ① 제분공장에는 代替 회전축이 있는 것이 통례이므로 사물의 通常의 過程上 발생한 것은 아니며, 또 ② 代替 회전축이 없다는 특별한 사정은 被告에게 알려지지 않았으므로 손해배상의 대상이 되지 않는다고 判示하였다.

(b) 이 判決에서 表明되었던 法則 : 이 判決에서 표명되었던 法則은 위에서 인용한 바와 같이, ① “그와 같은 계약 위반으로부터 자연적으로, 즉 사물의 通常의 過程에 따라 발생한 것으로 공정·합리적으로 생각될 수 있는 손해” 또는 ② “계약체결시에 양당사자가 그 위반의 蓋然的 結果로 생각하였던 것이라고 합리적으로 추측될 수 있는 손해”에 대하여 배상책임을 부담한다는 것이다. 그리고 위의 ②의 설명은 특별한 사정에 대하여 언급한 것이다. 다시 말하면, ①은 通常의 손해에 관한 것이며, ②는 特別(異常)한 손해, 즉 특별한 사정에 의한 손해에 관한 것이다. ①과 ②사이의 “또는”은 “또는, 및”의 의미이다.

따라서 이 法則은 결국 계약체결시에 알았거나 또는 알 수 있었던 事情주4) 을 전제로 하여 그 위반의 蓋然的 結果로 생각될 수 있었다고 합리적으로 추측될 수 있는 손해에 대하여 배상책임을 부담한다는 것이며, 보통 “自然的 蓋然的 結果說”로 불리어지고 있다. 또 蓋然的 結果로 생각되었을 것으로 합리적으로 추측한다고 함은 보통인의 合理的 豫見, 豫見可能性을 기준으로 삼는 것을 말하므로 이 說을 豫見可能說이라고도 한다.

주4) Hadley사건에서는 특별한 사정에 대하여 被告가 알고 있었던 경우만을 문제로 하고 있으나, Hammond & Co. v. Bussey (1887). 20 Q.B.D 79,89, C.A.는 그것은 第2法則(특별한 사정에 의한 손해에 대한 法則)의 예시로서 언급된 것으로 보지 않으면 안되며, 알 수 있었던 경우도 포함되는 것으로 생각된다고 하고 있다.

(c) 특별한 사정에 대한 知·不知의 基準時點 : 이 說은 대체로 우리나라의 相當因果關係說에 가깝다고 할 수 있으나, 다만 한 가지 명백히 다른 것은 특별한 사정을 알았거나 또는 알 수 있었는가에 [9] 대한 판단의 基準時點이다. 즉, 우리나라의 相當因果關係說에서는 계약위반의 時點을 그 기준으로 하는데 반하여, Hadley사건의 法則에서는 계약체결의 時點을 그 기준으로 삼고 있다. 이 判決은 계약체결의 時點을 그 기준으로 삼는 이유를 “만약 특별한 사정을 알았다면, 당사자는 계약위반의 경우에 있어서의 손해배상에 관한 特別約款을 만들어 그 경우에 대비할지도 모르며, 이러한 이익을 박탈한다는 것은 매우 불공정하기 때문이다”라고 한다.(다음 號에 계속)

國際去來에 있어서의 契約不履行에 관한 基本問題-不可抗力과 免責問題를 중심으로-

姜二秀

문헌: 중재
권호: 11권12호
출처: 대한상사중재원

[6] 目次

- I. 머리말
- II. 契約不履行(契約違反)의 形態
- III. 英美法上 契約不履行에 대한 救濟方法(remedies)
- IV. 不可抗力이 國際契約에 미치는 영향
- V. 맺음말

- VI. 不可抗力이 國際契約에 미치는 영향

(1) 不可抗力의 概念

(가) Force majeure의 의의

Force majeure라는 용어는 國際契約에서 不可抗力의 의미로 빈번하게 사용되고 있다. 이 용어는 Act of God의 개념보다 넓으며, 이것을 포함하는 개념이다. Force majeure의 정확한 정의와 역사는 반드시 명확하지는 않으나, 그 개념은 프랑스의 나폴레옹民法典의 起草者가 그 1148條(주1)에서 사용하였던 Superior force에 해당하는 프랑스어에 유래한다고 한다.

주1) "There is no ground for damages and interest, when by consequence of superior force or of a fortuitous occurrence, the debtor has been prevented from giving of doing that to which he has bound himself, or has bound himself, or has done that from which he was interdicted."

영국의 判例 중에 Force majeure의 定義를 시도하는 것으로는 1920年の Lebeaupin事件이 있다. 즉, 이 事件에서 "Force majeure라 함은 人間의 의사를 초월한 것으로서 人間의 힘으로 支配(control)할 수 없는 사유를 의미한다. 이러한 Force majeure는 契約의 不履行을 충분히 정당화하는 것이다. 따라서 전쟁, 홍수, 전염병의 발생 등은 Force majeure의 예이며, 노동자의(일반적) 스트라이크도 이와 같다."고 언급하고 있다. [7]

한편, 미국의 경우를 보면 統一商法典 第2-613條가 保險分野에 있어서의 Force majeure의 개념을 반영하고 있다. 즉, 同條는 계약에서 特定된 商品에 재해가 발생하고, 그 손상이 당사자의 책임으로 돌릴 수 없는 경우에는 契約을 解消시킬 수 있다고 규정하고 있다. 또 미시시피州의 統一商法典 第6-617條가 Force majeure라는 표제아래 그 정의를 내리고 있다. 즉, 同條는 "계약당사자의 일방이 Act of God, 전쟁, 폭동, 화재, 폭발, 홍수, 스트라이크, 공장 폐쇄, 留止命令, 燃料·원료·노동력 또는 운송수단의 조달불능, 재해, 機器, 設備의 파손, 國家的인 防衛目的의 調達, 기타 자기 자신이 지배할 수 없는 사유에 의하여 約定物品 또는 當該物品의 제조에 필요한 재료의 제조·선적·수령 또는 소비가 방해된 경우에는 引渡의 履行을 정지할 수 있다."고 규정하고 있다. 이 규정은 國際去來에 있어서의 Force majeure의 개념정립에 참고가 될 것으로 본다.

(나) 類似用語의 정리

(a) Act of God

Act of God이 발생하면 契約上의 義務履行과 損害賠償義務를 면한다는 원리는 天災地變을 합리적으로 예견할 수 없었으며, 또 그것에 대하여 합리적인 예방조치를 취할 수도 없었다는 저에 대하여 責任을 추궁해서는 안된다는 관념에 그 기초를 두고 있다. 미국의 判例에 나타난 Act of God의 定義를 살펴 보면, (1) 人間의 힘으로 저항할 수 없는 자연의 폭력으로서 비정상적·돌발적인 특수한 사태 (2) 저항할 수 없는 物理的 原因에 의하여 생긴 재난 (3) 人間의 힘이 介在되지 않은 物理的 原因만에 의하여 발생한 자연적 필연 등이다.

이와 같이 Act of God는 人間이 介在되지 않은 自然現象에 한정된다는 점에서 Force majeure보다도 좁은 개념이다. 英美의 判例는 Act of God를 履行不能에 의한 免責을 발생시키는 사유의 하나로서 다루어 왔다. 따라서 不可抗力條項이 계약속에 없더라도 Act of God에 해당되는 사유가 발생된 때에는 대부분 契約上의 義務履行에 대한 免責을 인정하고 있다.

(b) 免責事由로서의 기타 用語

(i) impossibility of performance(履行不能)

이것은 영국과 미국의 普通法 法院에서 형성되었던 契約上의 義務履行의 免責事由이다. 初期의 普通法 아래에서는 契約上에 特約이 있는 경우를 제외하고는 일단 契約을 締結한 者は 後發的으로 어떠한 사유가 발생하여 이행이 불가능하게 되더라도 免責되지 않는다는 嚴格履行의 原則이 채택되었었다. 그 후 이 原則은 완화되어 判例에 의하여 履行不能에 의한 면책의 범위가 확대되어 왔다.

履行不能의 개념은 美國統一商法典 第2章 商品賣買 중에 第2-615條가 규정됨으로써 "實際性的의 缺如" 또는 "實際上的의 實行不可能"(impracticability)이라는 개념으로 대체되었다.

(ii) frustration(契約目的의 達成不能)

영국의 普通法에 있어서의 嚴格履行의 原則이 한편에서는 履行不能의 法理의 발전에 의하여 완화되어 차츰 면책의 범위가 확대되었으나, 다른 한편에서는 1903년의 Krell事件을 계기로 계약상의 의무이행이 형식상으로는 가능하더라도 어떠한 後發的인 사유가 발생함으로 인하여 당사자의 契約의 基本的 目的이 挫折(frustrate)되어 실질적으로 무의미하게 된 경우에 의무이행의 면책을 인정하게 되었 [8] 다. 이 法理를 doctrine of frustration이라고 한다.

미국에 있어서의 frustration의 法理는 Restatement 第288條에 채택되었으나, 실제에 있어서는 그렇게 많이 이용

되지 않았으며, 또 法院의 태도도 이 개념의 도입에 대하여 호의적이 아니었다. 이러한 사실이 미국의 去來者로 하여금 계약서 속에 명확하게 면책규정을 넣지 않으면 안된다는 인식을 갖게 하였으며, 그 결과 不可抗力條項의 이용이 증대하게 되었다.

(iii) impracticability (commercial impracticability, 實際性的 缺如)

이用語는 美國 統一商法典 第2-615條에서 명확하게 규정되었던 개념이다. 즉, ①계약의 기본전제로서 발생하지 않을 것으로 생각되었던 偶發的인 사유가 발생하였을 것, ②契約 또는 商慣習에서 그와 같은 사유가 발생한 경우의 危險의 配分에 대하여 아무런 정함이 없을 것, ③그 사유의 발생에 의하여 계약상의 의무를 이행하는 것이 실제적이지 아니게 되었을 것(impracticable) 등 3가지 요건을 갖추었을 때에 이행의 免責을 인정하는 것이다. 특히 위의 (3)의 요건인 impracticable이라는用語를 사용함으로써 商品賣買의 分野에서 실제거래상의 관점에서부터 이행의 免責을 인정하려는 의도로 해석된다. 이것은 종래의 履行不能 보다도 그 적용범위가 넓으며, 유연성을 지닌 개념이다. 이리하여 미국에서는 商品賣買에 관하여 새로운 commercial impracticability라는 개념에 의하여 이행의 免責을 판단하는 동시에 종전의 履行不能과 frustration의 法理가 보충적으로 기능하고 있다.

(2) 不可抗力과 免責問題

이 문제에 대하여는 나라마다 立法·學說 및 判例의 動向이 각각 다르다. 여기서는 먼저 한국의 경우와 大陸法系에 상당한 영향을 미친 프랑스의 경우를 간단히 살펴본 후, 英·美에서 발전된 이론을 검토하기로 한다.

(가) 한국의 경우

(a) 學說: 不可抗力의 의의를 無過失과 같은 뜻으로 보는 說, 責任이 없는 事由의 뜻으로 보는 說 등이 있으나, 多數說은 특정사업의 외부에서 발생한 事件으로서 보통 필요하다고 인정되는 豫防方法을 다 하더라도 이것을 방지할 수 없는 危害라고 한다.

(b) 仲裁判定例(大韓商事仲裁院, 仲裁判定事例集, 1982, pp.210~212)

1. 紛爭의 概要

申請人(칠레의 A社)과 被申請人(한국의 甲社)은 P/C 186 混紡織物 U.S. \$ 122,358.50에 대한 계약을 체결하고, 申請人은 3회에 걸쳐(1978.8.30, 9.8, 9.9) 信用狀을 개설하였다.

그러나, 뜻밖에 政府當局으로부터 1978년 8월 29일자로 綿絲 및 P/C混紡織物에 대한 禁輸措置가 취하여져 被申請人은 申請人에게 이와 같은 사정을 연락하였고, 1978년 10월 5일 政府의 禁輸措置로 말미암아 이 契約을 이행할 수 없음을 통보하였으나, 申請人은 이로 인하여 입은 損害를 賠償받기 위하여 仲裁를 신청하였다.

2. 當事者의 主張要旨

申請人은 被申請人이 約定日에 船積義務를 이행하지 않음으로 인하여 발생한 信用狀開設費用의 利子 등 總 U.S. \$ 9,224.40에 대한 損害의 賠償을 請求하였다. 이에 대하여 被申請人은 政府當局의 輸 [9] 出禁止措置는 不可抗力의인 事由에 속하므로 契約不履行의 責任이 없다고 주장하였다.

3. 仲裁判定의 要旨

被申請人은 政府當局의 輸出禁止措置에 의하여 이 契約을 이행할 수 없는 不可抗力에 도달되었고, 이는 被申請人의 責任질 수 없는 事由로 인한 契約不履行이므로 申請人의 損害를 배상할 의무가 없다. 그러나 被申請人은 특시 申請人에게 통보하여 申請人으로 하여금 最小限으로 損害를 감소시켜 주어야 할 義務가 있음에도 불구하고, 被申請人은 政府當局의 禁輸措置가 있는 그 훨씬 뒤인 1978년 10월 5일에야 그러한 사실을 통보하였다는 이유와 국제간의 商去來에 있어서는 그 信用이 매우 중요하다는 점 등을 감안하여 被申請人은 申請人에게 U.S. \$ 5,000을 支給함이 상당하다는 判定이 내려졌다.

4. 評釋

이 사례는 피할 수 없는 클레임에 속한다. 그러므로 그 결과에 대하여 輸出業者(한국의 甲社)가 免責되는 것은 당연하다. 다만, 輸出業者가 일종의 不可抗力의인 事由에 의하여 履行이不可能하게 되었을 때에는 위의 仲裁判定에서 明示하고 있는 바와 같이 지체없이 그 사실을 통지함으로써 상대방의 損害의 감소 내지 확대방지를 꾀할 의무가 있다. 이러한 의무는 契約을 지배하는 기본원리, 즉 信義誠實의 原則을 바탕으로 한 것이다.

이 사례와 관련하여 주의하여야 할 것은 輸出禁止措置(embargo)가 모두 不可抗力의인 사유에 해당되느냐에 관해서는 다름이 있다는 점이다. 이에 관해서는 一律的으로 말할 수는 없고, 당해 契約環境(circumstances of the contract) 또는 去來經路(course of dealing)등을 고려하여 구체적인 경우에 알맞은 결정을 하여야 할 것이다.

(c) 判例

(i) 不可抗力의 定義와 관련된 判例(83.3.22. 82 타카 1533 집 31 (2)民 17 공704호 735)*(全員合議體判決)
[船舶使用人の 過失認定과 運送人の 不可抗力 抗辯]

海上運送에 있어서 運送物の 船舶積付時에 固縛·固定裝置를 施行하였으나 이를 튼튼히 하지 아니 하였기 때문에 航海中 그 固縛·固定裝置가 풀어져서 運送物이 動搖되어 破損되었다면 特段의 事情이 없는 限 不法行爲의 責任要件인 船舶使用人の 過失을 인정할 수 있고 不法行爲로 因한 損害賠償請求에 대하여 運送人이 不可抗力에 依한 事故라는 理由로 그 不法行爲責任을 免하려면 그 風浪이 船積當時 豫見不可能한 程度의 天災地變에 속하고 事前에 因한 損害發生의 豫防措置가 不可能하였음이 認定되어야 한다.

(ii) 不可抗力으로 抗辯하지 못하는 事例[大法院 1984. 2. 7. 判決(1946 民上 105)]
[判決要旨]

債務者가 代金を 融通키 위하여 履行地를 떠난 후 不可抗力으로 인하여 履行期日에 履行地에 到來치 못하였다 하더라도 債務不履行의 責任을 免치 못한다.

[理由]

本件 賣買契約이 서울市內에서 締結되었고, 當時 代金債務의 債權者인 被告 및 債務者인 原告의 住所가 모두 서울市內이었던 事實은 記錄上 明瞭한 바 있으므로, 同市內에서 代金を 支拂할 것은 本件 賣買雙方인 原·被告가 다같이 豫想한 것인 즉, 原告가 代金を 變通하기 위하여 本籍地인 黃海道 鳳 [10] 山郡 沙里院邑에 갔었다는 것은 原告個人의 事情에 不過하므로 其後 原告가 不可抗力으로 인하여 履行期日에 서울에 當到하지 못했다 하더라도 債務不履行의 責任을 免치 못할 것이요, 又 不可抗力을 原告의 責에 歸치 못할 事由라 할 수 없다.

(iii) 債務者가 不可抗力에 의한 손해배상책임을 부담하기로 한 約定의 效力[光州高法 1962. 7. 4 判決(1962 다 61)]

[判決要旨]

債務의 不履行으로 因한 損害賠償義務는 債務者에게 故意 또는 過失이 있는 경우에 發生하는 것이 原則이나 特約으로써 故意·過失이 없는 不可抗力에 의한 損害賠償의 義務를 債務者에게 負擔케 한다거나 그 不可抗力의 決定權을 債權者 或은 第3者에게 一任하는 것이 곧 公序良俗에 違反한다고는 볼 수 없다. 原告國이 被告에 대한 保管肥料의 亡失로 因한 損害의 賠償을 求하는 本件에 있어서 原告는 被告의 不可抗力의 抗辯에 대하여 不可抗力은原告 隸下機關인 外資廳長이 認定하는 경우에 限하여 賠償責任을 免하다는 特約이 있음을 主張하였고, 證據에 의하면 그 主張의 特約 있음이 認定되므로 被告는 이 事件 事故에 대하여 賠償責任을 免하려면 外資廳長이 不可抗力에 의한 것이라고 認定한 點을 主張 立證하여야 할 것인 바 原判決은 如斯한 特約은 純粹隨意條件이라고 解釋하여 이를 無效로 斷定하였으니 이는 違法이다.

(나)프랑스의 경우

프랑스民法典에는 不可抗力에 상당하는 用語로서 force majeure가 사용되고 있다. 同法 제1147조 및 제1148조에 의하면, 債務者가 不履行에 의한 損害賠償의 義務를 면할 수 있는 것은 그 不履行이 債務者의 歸責事由가 아닌 外部的 要因, 특히 force majeure 또는 cas fortuit(偶然的 事故)에 의하여 發生된 경우에 한정되어 있다. 따라서 不可抗力에 의한 免責이 인정되기 위한 요건으로서는 ① 債務者의 歸責事由가 아닌 外部的 要因에 의하여 절대적인 履行不能이 發生할 것, ② 그 事由가 당사자로서는 피할 수 없었으며, 도 예견할수도 없었던 것으로서 債務의 履行에 대하여 결정적인 장애가 되었을 것이 필요하다. 일시적인 성격을 지니고 있는 사유의 경우 또는 단순히 이행이 곤란하게 되었다든가, 보니 더 부담이 무거워졌다는 정도인 경우에는 force majeure에 해당되지 아니한다. 즉, 이 규정의 解釋은 엄격히 행해지고 있으며, 豫見可能性과 絕對的인 履行不能을 요구하고 있다는 점 등에서 “債務者의 歸責事由가 아닌 事由”보다도 그 범위가 상당히 좁다고 할 수 있다.

(다) 英·美에 있어서의 不可抗力理論의 發展推移

普通法 法院은 명시적인 特約이 있는 경우를 제외하고는 後發적으로 발생한 어떠한 事由(예컨대, 채무자의 歸責事由가 아니 事由 또는 不可抗力)에 의하여 履行不能이 되더라도 免責을 인정하지 않는다는 立場을 취했었다. 이른바 嚴格履行의 原則(rule of strict performance)이 바로 그것이다. 이 原則을 확립한 判例는 Paradine v. Jane[82 Eng. Rep. 897(K.B. 1647)] 事件이다.

이와 같은 기계적인 原則適用은 가혹한 결과를 가져 오지만, 영국의 法院은 계약 속에 명시적인 免責條項을 넣어 둠으로써 예측할 수 없는 사유의 발생에 대비할 수 있다고 보았던 것이다. 그러나 예측할 수 없는 사유를 미리 계약 속에 규정한다는 것은 극히 어려우므로 이 判例의 견해는 타당성이 없다. [11]

(a) 履行不能의 法理(doctrine of impossibility of performance)의 登場 : Paradine v. Jane 事件 이후 215년을 경과하여 영국의 法院은 그 태도를 바꾸어 근대적 의미에 있어서의 履行不能理論을 전개하였다. 즉, Taylor v. Caldwell[122 Eng. Rep. 309(K.B. 1863)] 事件이 바로 그것이다. 이 事件에서 原告는 음악회를 개최하기 위하여 被告의 음악당과 정원을 賃借하는 약정을 하였으나, 음악회 개최일의 수일 전에 화재로 인하여 음악당이 全燒되어 被告의 이행이 불가능하게 되었다. 原告는 얻을 수 있었던 이익을 상실하였고, 또 준비를 위한 비용 지출 등의 손해를 입었다. 그 화재는 어느 當事者에게도 責任없는 사유로 인하여 발생하였으며 계약 속에 이러한 사태에 대비한 규정도 없었다. Blackburn 判事는 被告에게 免責을 인정하였고, 그 이유로서 默示的 條件(implied condition)이라는 이론을 援用하였다. 즉, 계약의 이행이 일정한 사람 또는 物件의 계속적 존재에 의존되어 있는 계약에 있어서는 그 사람 또는 物件이 소멸함으로써 이행이 不能으로 된 때에는 이행이 면책된다는 條件이 묵시적으로 존재한다고 주장하였다.

Taylor 事件의 의의는 Paradine 事件에서 示唆된 嚴格履行의 原則을 크게 완화시켰다는 점에 있다. 즉, 履行不能을 초래하는 사유 가운데 중요한 것으로서 人力이 介在하지 않은 Act of God가 채택되었다. 이 개념은 당초에는 運送에 관한 責任法으로부터 생긴 것이었다. 그러나, 履行不能은 반드시 천재지변만에 의하여 발생하는 것은 아니라는 인식 아래 Act of God는 履行不能을 초래할 수 있는 하나의 사유에 지나지 않는 것으로 이해되었다.

한편, 미국에서도 영국의 Paradine 事件에서 나타났던 普通法上의 嚴格履行의 原則이 그대로 답습되었다. 그러나 20세기에 접어들면서부터 몇몇 判例가 이 원칙이 가혹하다는 것을 인식하게 되었으며, 드디어 1816년 Mineral Park 事件에서 캘리포니아 最高法院은 履行不能에 대한 종전의 엄격한 원칙을 완화하여 극단적으로 impracticable 한 경우에는 履行不能에 의한 免責을 인정하였다. Mineral Park 事件에 있어서의 被告는 第三者로부터 都給받은 橋梁建設에 필요한 모든 土砂를 賣渡人인 原告의 土地로부터 매입하는 契約을 체결하였다. 原告의 土地에는 충분한 土破가 매장되어 있었으나, 통상적으로 채취에 소요되는 비용의 10배에 상당하는 비용이 요구되는 특수한 채취방법이 필요하다는 것이 판명되었기 때문에 그 土砂의 절반도 채취하지 않고서 다른 사람으로부터 土砂를 구입하게 되었다. 法院은 契約上으로는 채취가능한 모든 土砂를 구입한다는 약정으로 되어 있으나, 이것은 “실제적·합리적인 방법으로 채취가능한 것”으로 해석되어야 하므로 履行이 실제적이 아닌(impracticable) 경우에는 法律上으로는 이행불능이 된다고 보아야 할 것이며, 또 이행이 실제적이 아닌가의 여부는 이행을 가능하게 하기 위하여 소요되는 비용액으로서 판정할 수 있다고 判示하였다. 그리고 本件에서는 이행에 필요한 비용이 지나치게 많으므로 이행은 실제적으로 불가능하며, 따라서 이 土地에는 土砂가 없었다고 할 수 있는 정도라고 하였다.

이 判例의 의의는 履行不能의 範圍를 확장하여 이행을 가능하게 하는데에 막대한 비용이 소요되기 때문에 이행을 실제적으로 불가능한 경우도 履行不能에 포함시키게 되었다는 점이다. 그리고 이러한 接近方法은 뒤에 Restatement주2) 와 統一商法典 第2-615條에 채택되기에 이르렀다.

주2) Restatement 제45조는 “impossibility means not only strict impossibility but impracticability because of extreme and unresonable difficulty, expense, injury or loss involved”라고 규정하고 있다.

(b) frustration의 法理(doctrine of frustration) : 이 法理가 채택되었던 전형적인 사례는 이른바 戴 [12] 冠式事件(Coronation cases)으로 불리어지고 있는 Krell v. Henry 事件주3) 이다. 이 事件에서는 被告인 賃借人은 오직 에드워드 7세(King Edward VII)의 戴冠式을 구경할 목적으로 原告로부터 도로변에 있는 건물의 1室을 임차하고, 임차료의 3분의1을 先給하였다. 그러나 戴冠式의 2일 전에 에드워드 7세의 갑작스러운 질병 때문에 儀式이 취소되었다. 被告가 殘金を 지급하지 않았기 때문에 原告가 訴訟를 제기하였으며, 被告는 이미 지급하였던 先給金의 반환을 청구하는 反訴를 제기하였다. 이에 대하여 Williams 判事는 契約의 目的·基盤이 履行時에 소멸하여 契約의 目的은 挫折(frustrate)되었으므로 양당사자는 罰金を 지급함이 없이 免責되어야 한다고 判示하였다. 즉 이 契約의 唯一한 目的은 國王의 戴冠式을 구경하는데 있으며, 단순히 건물을 임차하는데 있는 것은 아니므로 계약의 目的인 戴冠式이 취소된 이상 契約의 目的은 挫折되었으며, 따라서 被告는 殘金의 지급의무가 免責된다고 하였다. 그 理論的 根

據는 이와 같은 경우에 이행을 강제한다는 것은 거래상 무의미하다는데 있다.

주3) (1903) 2 K.B. 740.

미국에서는 이러한 영국의 判例를 이어 받아 Restatement 제288조가 frustration을 契約上의 義務履行의 免責에 대한 하나의 法理로서 인정하였으나, 法院은 일반적으로 이 法理를 채용하는데 있어서 好意的이 아니었다. 그러나 전적으로 受容하지 않는다는 것은 아니고, 예컨대, Adams v. Washington Brick, Lime & Manufacturing Co., [38 Wash 243, 80 p.446(1905)] 事件에 있어서 워싱턴州 最高法院은 이 法理를 간접적으로 인정하고 있다. 이 事件에서 被告는 原告의 土地로부터 煉瓦粘土를 5년 동안에 걸쳐서 채취할 권리를 취득하였으나, 途中에 粘土가 고갈되었기 때문에 支給을 중지하였다. 法院은 위에서 말한 Krell 事件의 判決에 따라 煉瓦粘土가 고갈된 이상 계약의 기본적 목적은 소멸하였으며, 계약 당초에 粘土가 존재하지 않는다는 것이 판명되었다면 契約은 체결되지 않았을 것으로 생각된다고 判示하였고, 被告의 이후의 지급의무에 대한 免責을 인정하였다.

(c) 履行不能과 免責에 관한 미국判例의 동향

(i) Act of God : 天災地變이 “前例가 없는 것”(unprecedented)임을 요하는가의 여부가 문제된다. 判例는 이를 부정하고 있다. 즉, 중요한 것은 合理的 豫見이 가능하였는가, 또 결과발생을 회피할 기회가 있었는가이며, 通常의 상태에서 예견할 수 없는 것이면 충분하다고 한다.

① 극단적인 異常氣象-예컨대, 雷(lightning), 큰 회오리바람(tornado), 大風(storm or tempest), 洪水(high water or flood), 突風(sudden squalls of wind)등은 일반적으로 Act of God에 포함된다. 그러나, 強風(strong wind)은 항상 Act of God에 포함되지는 않으며, 또 暴風雨(storm)도 단순히 通常의 경우보다 심하다는 정도 만으로서는 Act of God로 인정되지 아니하고, 극단적인 異常임을 요한다. 또 洪水에 대하여는 그 지역에 있어서 前例가 없는 것임을 요구하는 判例가 있으며, Act of God로 인정되기 위하여는 적어도 異常한 것으로서 예견할 수 없는 것이어야 할 것이다. 異常寒冷氣象(extreme weather)에 대하여는 특히 冬期에 발생할 것으로 예견가능한 것은 Act of God에 포함되지 아니한다.

② 地震(earthquake)·地滑(landsliding)-地震은 Act of God에 해당된다. 그러나, 地滑은 人爲적으로 발생한 것이거나 또는 異常이라고 말할 수 없는 정도의 강한 비로 인하여 발생한 경우에는 Act [13] of God 에 속하지 아니한다.

③ 火災(fire)-自然發火, 落雷, 기타 Act of God에 의하여 발생된 경우를 제외하고, 火災는 원칙적으로 Act of God에 해당하지 아니한다.

④ 爆發(explosion)-본질적으로 불안정한 化合物이 자연적으로 폭발한 것이 아니라 人爲에 의하여 폭발한 경우에는 Act of God에 속하지 아니한다.

(ii) 스트라이크 기타 勞動爭議 : 대부분의 判例는 契約에 特約이 없는 경우에는 원칙적으로 스트라이크 기타 勞動爭議에 의한 契約上의 義務履行의 免責을 인정하지 않았다. 그러나 몇몇 判例는 全面的 免責이 아니라 履行遲滯에 대해서만 免責을 인정하였다. 統一商法典의 시행 후 노동자의 스트라이크에 의한 履行不能에 대하여 免責을 인정한 判例가 나타난 것은 주목할 가치가 있다. 물론 계약에서 스트라이크 등의 경우에 免責된다는 뜻의 特約을 한 경우에는 그것은 유효하며, 判例도 이를 시인하고 있다. 이 特約은 契約上의 義務者 자신이 고용하고 있는 노동자의 스트라이크라 하더라도 무방하지만, 만약 自社の 스트라이크가 經營者의 不法 또는 불합리한 행위에 기인한 때에는 特約이 있더라도 免責되지 아니한다.

(iii) 國內法の 制定·變更에 의한 履行不能 : 일반적으로 契約締結 후 이행하기 전에 法律의 制定 또는 變更 등에 의하여 계약상의 의무이행이 위법한 것으로 되기 때문에 불가능하게 된 경우에는 면책되는 것이 원칙이다. 그러나, 法律이 어떠한 의무이행을 정지하는데 그치는 경우에는 계약은 유효하게 존속되며, 그 규제가 끝나면 의무이행을 할 필요가 있다(예컨대, 一時的 禁輸의 경우). 또 法律의 制定 또는 變更에 의하여 이행이 금지되었다 하더라도 行政上 또는 司法上의 手段을 동원하여 法的으로 유효한 이행을 할 수 있는 방법이 있는 경우에는 免責의 抗辯은 인정되지 아니한다.

(iv) 國內의 行政命令·司法上의 決定 등 : 契約에 特約이 없으며, 또 義務者側에 歸責事由가 없는 경우에 政府 기타 行政機關의 命令, 法院의 決定 등에 의하여 계약의 이행이 불가능하게 된 때에는 원칙적으로 免責된다. 그러나 이러한 命令 決定이 一時的 性格을 지닌 경우 또는 당연히 그와 같은 命令·決定이 있을 것으로 예상되었던 경우 등에는 免責의 抗辯은 인정되지 아니한다.

(v) 外國法·外國政府의 行爲 : 初期의 判例는 外國法 또는 外國政府의 行爲에 의하여 契約上의 義務履行이 違法 또는 不能으로 되더라도 免責을 인정하지 않았으나, 그 후 각 경우의 특수한 사정을 고려하여 免責을 인정하고 있다. 예컨대, 영국政府가 그 민간선박을 軍用으로 조달하는 命令을 내렸기 때문에 선박소유자가 텍사스의 法人에 대하여 부담하고 있었던 傭船契約上의 義務가 履行不能으로 되었던 事件에서 免責이 인정되었다. 當事者의 所在國, 契

約이 이행되어야 할 나라, 準據法이 속하는 나라 등의 法律이나 政府의 行爲에 의하여 履行이 不能으로 된 경우에는 免責이 인정되고 있으나, 그 이외의 나라의 法律등에 의하여 履行이 違法 또는 不能으로 되더라도 特約이 없는 한 免責되지 아니한다.

(vi) 第3者의 行爲(acts of third persons) : 어떠한 사람이 원래 불가능한 것은 아닌 行爲를 무조건으로 인수하였으나, 그 行爲에 第3者의 승인 또는 승낙이 필요한 경우에 後日 그 승인·승낙을 얻지 못하였다면 그 이행에 관하여 免責되지 아니한다. 예컨대, 適時에 完工하는데에 아무런 障害가 없다고 申明하였던 建設都給業者가 官廳의 건축허가를 얻지 못하였기 때문에 工事が 지연되었다고 하더라도 免責될 수 있다. [14]

(d) 統一商法典의 채택 이후에 있어서의 美國判例의 動向 : 統一商法典 第2-615條는 商品賣買의 分野에서 普通法上으로 발전되었던 履行不能, frustration등을 포괄하는 보다 더 넓은 개념으로서 impracticability(實際性的의 缺如) 또는 commercial impracticability(商業的 實際性的의 缺如)라는 개념을 채택하고 있다. 同條에 관한 判例를 분석하는 데 있어서 紛爭이 1973~74년의 아랍諸國의 石油禁輸전에 발생한 경우와 그 후에 발생한 경우로 나누어 살펴보는 것이 적절하다.

(i) 아랍의 石油禁輸 전에 발생하였던 事件의 判例

① Transatlantic Finance Corp. v. U.S.(1966)事件-이것은 原告가 小麥을 텍사스로부터 이란으로 운송할 것을 政府와 約定하였으나, 이집트政府의 스웨즈運河閉鎖라는 사유에 의하여 同運河 經由의 通常方法에 의한 항해를 실제상 실행할 수 없게 되어 南아프리카를 회항하여 운송하지 않을 수 없었으므로 그 增加費用을 청구한 事件이다. 法院은 本條에서는 履行은 法律的으로 불가능하다고 할 수는 없으며, 또 계약 당시 原告는 국제운송 거래에 종사하고 있는 商人으로서 스웨즈運河가 위험지역으로 될 수 있다는 것을 예견할 수 있었다는 것을 이유로 그 청구를 기각하였다. 이 判例는 統一商法典 第2-615條가 명확하게 규정하고 있지 않은 豫見可能性(foreseeability)에 대하여 사유의 발생이 契約時에 예견할 수 있었을 때에는 實際性的의 缺如를 주장할 수 없다는 견해를 취하고 있는 점이 注目된다.

② Maple Fams, Inc. v. City School District of the City of Elmira(1974)事件-이것은 장기적으로 우유의 공급을 約定한 業者가 1973년 이래 매년 23%의 비율로 제조비용이 비정상적으로 상승하였기 때문에 契約의 履行이 실제로 불가능하게 되었다고 주장하고, 契約解消의 確認判決을 청구하였던 事件이다. 이에 대하여 法院은 제조비용이 증가되었다는 것만으로는 免責되지 않으며, 또 國內의 일반적인 인플레이, 곡물의 凶作可能性에 대하여는 原告가 알고 있었으므로 제조비용의 상승은 전혀 不測의 사태라고 말할 수 없다고 判示하였다.

③ United States v. Wegematic Corp., (1966)事件-被告인 賣渡人은 買受人인 原告에게 일정한 기일까지 최신형으로 自負하는 컴퓨터를 引渡한다는 約定을 하였으나 기술상의 곤란 때문에 引渡가 실제상 불가능하게 되었다. 原告는 契約의 解除를 신청하고 또 부득이 IBM으로부터 代替 컴퓨터를 입수한 후 그 差額의 賠償을 청구하였다. 이에 대하여 被告는 引渡가 불가능하게 된 것은 改善에 1年 내지 2年, 그리고 100만달러 내지 200만달러가 필요하며, 더욱 성공은 蓋然的이며 확실하지는 않다는 이른바 “根本的인 技術上的의 곤란”(basic engineering difficulties) 때문이라고 주장하였다. 法院은 “electronics system”이 제조업자에 의하여 기술혁신의 돌파구로서 개발촉진된 경우에 혁신이 성공하느냐의 여부에 관한 위험이 買受人에게 있다고 할 수는 없으므로 技術上的의 곤란에 의한 免責을 인정하지 않았다.

(ii) 아랍의 石油禁輸 후에 발생하였던 事件의 判例-아랍諸國의 石油禁輸 후 심각한 에너지 危機가 도래하여 특히 長期契約에 의한 固定價格으로 공급하기로 한 업자들은 비정상적인 原價上昇에 직면하여 契約의 解除·免責을 구하는 수단으로서 統一商法典 第2-615條를 원용하게 되었다.

① Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corporation, (1975)事件-Gulf Oil社는 Eastern航空社에 대하여 장기간에 걸친 燃料공급을 約定하였으나, 美國政府가 石油危機에 대처하여 新·舊價格의 2元的 價格方式을 채용하여 통제를 시작하였다는 점과 아랍產油國의 原油價格 上昇에 의하여 輸入原油價格이 4배로 되었다는 이유로 約定가격의 인상을 요구하였으나, 그것이 거절되었기 때문에 그 이후의 [15] 燃料공급을 중단하였다. 이에 대하여 Eastern航空社는 留止命令을 청구하였다.

Gulf Oil社는 輸入原價의 앙등에 의하여 石油供給原價가 1배럴당 10달러로 되었음에도 불구하고, Eastern航空社에 대한 供給契約의 價格은 6달러라고 주장하였다. 그러나 이 10달러중에는 自社그룹內에서의 讓渡利益 등도 포함되어 있으므로 결국 손실은 생기지 않았다는 것이 판명되었으며, 또 Eastern航空社에 대한 石油供給原價의 메커니즘을 끝내 開示하지 못하였기 때문에 第2-615條의 實際性的의 缺如를 근거로 免責을 요구하는데에 충분한 立證이 없다는 이유로 Gulf Oil社의 주장은 배척되었다. 더욱, 法院은 이른바 에너지危機와 관련하여 발생하는 사태를 契約의 締結時點에서 Gulf Oil이 合理的으로 예견할 수 있었으며, 만약 어떠한 사유가 예견가능한 경우에는 그 영향을

받게 될 당사자는 계약서 속에 대응책을 규정할 수 있으므로 第-615條에 의한 구제는 받을 수 없다고 하고, 따라서 合理的으로 예견할 수 없다는 것이 第2-615條의 적용요건이라는 점을 명확히 하였다.

② In re Westinghouse Elec. Corp. Uranium Contract Lit. (1975)事件-Westinghouse社는 合計 27個社의 電力會社에 固定價格으로 7,000만 파운드의 우라늄을 공급할 것을 약정하였으나, 1973~74년 아랍의 石油禁輸에 의하여 에너지자원이 현저하게 양등하여 당초 Westinghouse社의 우라늄 구입가격이 파운드당 6.50달러였으나, 1975년 9월에는 26달러가 되었기 때문에 약정한대로 이행한다면 실제로 2억달러의 손해를 입게 되어 會社의 존립에 관계되는 사태가 생기므로 第2-615條를 이유로 引渡를 거부하였다. 原告인 原子力發電會社 13個社는 Westinghouse社에 대하여 약정가격에 의한 우라늄의 引渡를 청구하는 訴訟를 제기하였다. Westinghouse社는 아랍의 石油禁輸에 의하여 우라늄을 포함한 에너지자원의 價格이 이와 같이 劇적으로 양등된 것은 前例가 없었을 뿐만 아니라 예견할 수도 없었으며, 또 우라늄供給業者의 國際갈탈에 의하여 고의적으로 가격이 인상되었기 때문에 계약상의 의무 이행이 실제로 실행불가능하게 되었다고 抗辯하였다.

이 事件은 1978년 이후 당사자 사이에서 裁判外的 和解가 성립되었다.

③ Aluminum Co., of America v. Essex Group, Inc.(1980)事件-Aluminum社는 被告 Essex에 대하여 1967년 15년간의 長期供給契約를 체결하였는데, 장래에 제조비용이 상승할 것을 고려하여 유명한 전문가를 동원하여 당초의 1파운드당 15센트의 가격을 기본으로 하고, 勞務費에 대하여는 原告의 特定工場의 1時間당 勞務費의 上昇에 slide시키는 동시에 非勞務費에 대하여는 聯邦勞動省에 公示된 都賣價格의 上昇에 slide시킨다는 이른바 變動價格方式을 채택하여 계약 속에 규정하였다. 이 방식에 의하면, Aluminum社는 아무리 적게 계산하더라도 1파운드당 1센트의 이익을 획득할 예정이었다. 그런데 1978년에는 都賣物價의 당초부터의 上昇指數가 209였었음에 대하여 石油價格의 上昇에 수반한 전력요금의 인상 때문에 Aluminum社의 非勞務費의 上昇指數는 475까지 올랐었다. Aluminum社는 契約를 約定한대로 이행한다면, 7,500만 달러의 손해를 입는데 반하여 Essex社는 同額의 不當利益을 얻게 된다고 주장하였다.

法院은 統一商法典 第2-615條에 의한 Aluminum社의 救濟는 극단적으로 또는 불합리하게 이행이 곤란한 경우 또는 "severe disappointment"가 존재하는 경우에 한하여 認容되는데, 本件은 이에 해당된다고 하였다. 그리고 豫見可能性에 대하여는 앞에서 말한 變動價格方式으로 계산된 價格과 현실의 仰騰價格과의 차이가 그러한 정도로 넓다는 것은 商業的인 觀念에서 볼 때에는 예견될 수 없었다고 判示하였다. 그러나, 이 法院은 Aluminum社를 완전히 免責시킨다는 것은 同社로 하여금 부당하게 [16] 이익을 보게 하므로 그것을 인정할 수 없다고 하고, 同社의 損害를 축소시키기 위하여 계산방식을 정한 계약내용의 변경을 명하였다. 이 判例는 豫見可能性에 대하여 柔軟한 태도를 보였다는 점과 事情變更에 따라 公平한 해결을 위하여 法院이 적극적으로 개입하였다는 점에서 큰 의의가 있는 것으로 평가되고 있다.

이미 보아 온 바와 같이, 에너지危機를 계기로 하여 統一商法典 第2-615條는 계약의 이행이 현저하게 採算이 맞지 않게 되거나 또는 곤란하게 된 當事者에게 有効한 수단을 제공하는 것으로 규정하고 있다. 그러나, 미국의 法院은 어떤 경우에는 계약의 해석상 그 당사자 자신이 위험을 부담하였던 것으로 보았으며, 또한 다른 경우에는 계약체결시에 後發的 事由를 예견할 수 있었다고 판단함으로써 쉽게 免責을 인정하지 않고 있다. 公平의 觀點에서 해결하려고 하였던 위의 Aluminum社 事件의 判決이 앞으로 지도적 지위를 차지할 수 있을가의 여부가 주목된다.

(3)國際去來에 있어서의 不可抗力條項에 관한 解釋論上的 問題點

(가)現代國際去來에 있어서의 不可抗力條項의 구성문제

現代 國際去來에 있어서 그 이용이 증가되고 있는 不可抗力條項의 구성에 있어서는 다음과 같은 2가지 측면에서 그 특징을 나타내고 있다.

첫째로, 契約當事者가 免責事由로서 구체적인 사유를 열거하는 경우에도 制限的 擧가 되지 않도록 주의하지 않으면 안된다. 이것은 英美法에 있어서는 "하나의 事由의 기재는 다른 것을 배척한다(expressio unius est exclusio alterius)"고 해석되기 때문에 不可抗力條項 가운데에 구체적인 사유를 열거하였을 뿐인 때에는 열거된 사항과 유사한 다른 不測의 事由가 발생하더라도 이것을 排斥하는 결과가 된다. 그러므로 구체적 사유를 열거한 뒤에 "any causes beyond the control of the parties(기타 當事者가 지배할 수 없는 모든 事由)"라는 一般的·概括的 文言(general clause)을 첨가해 둘 필요가 있다.

둘째로, 契約의 履行時期를 特定期間(예컨대, 30日 등) 동안 연장하도록 하며, 만약 不可抗力的인 사유가 그 기간이 경과 후에도 계속되는 경우에는 各 當事者는 契約를 解除할 權利가 있다는 뜻을 규정한다는 점이다. 물론, 契約

解除의 선택권 행사와 관련된 이 규정의 구성에 관하여는 신중을 기하지 않으면 안된다.

(나) 一般的·概括的 文言의 해석문제

一般的·概括的 文言이 첨가되어 있다고 해서 열거되지 아니한 모든 事由가 포함된다고 해석해서는 안된다.

이른바 同種文言의 解釋原理(doctrine of ejusdem generis)에 의하여 앞에서 열거된 事由와 同種의 事由만을 포함하는데 지나지 아니한다. 따라서 不可抗力으로서 免責을 요구할 수 있는 事由는 가능한 한 명확하게, 또 많은 事由를 열거하는 것이 중요하다. 즉, 契約書의 작성에 있어서는 이 條項은 法院이 좁게 해석할지도 모른다는 생각으로 文言을 구성하여야 한다. 이와 관련된 判例을 보면, Excelsior Motor Mfg & Supply Co. v. Sound Equipment.

(1934)事件에서 계약상으로는 通商停止(embargo), 戰爭 기타 자기가 지배할 수 없는 事由가 발생한 때에는 約定品の 引渡遲延에 대하여 免責된다는 뜻의 不可抗力條項이 있었다. 被告는 技術上 기타 商去來上의 곤란으로 인하여 約定期일에 이행을 하지 못 [17] 하였으며, 不可抗力條項 가운데에 있는 “기타 자기가 지배할 수 없는 事由”라는 一般的 文言을 근거로 免責을 주장하였다. 그러나, 法院은 同種文言의 解釋原理에 의하여 이 條項은 구체적으로 열거된 事由와 同種의 事由만을 커버하는데 지나지 아니한다는 이유로 被告의 주장을 排斥하였다.

또한 Thaddeus Davis Co. v. Hoffmann La Roche Chemical Works, (1917)事件에서는 當事者가 지배할 수 없는 事由, 火災, 스트라이크, 공장 또는 창고의 事故, 關稅의 變更이 발생한 때에는 선택에 따라 契約의 전부 또는 일부를 解除할 수 있다고 규정하고 있었다. 그런데, 여기서는 外國의 通商禁止(embargo)가 이러한 不可抗力條件에 포함되는가의 여부가 문제되었다. 法院은 同種文言解釋의 原理를 적용한다면, 여기의 不可抗力條項에 열거된 事由와 同種이라고 해석할 수 없다고 判示하였다.

(다) 相當因果關係 및 不履行 當事者의 履行努力的 존재문제

만약 어떠한 사유가 約定된 不可抗力事由에 포함되는 경우에도 免責되기 위하여는 그 사유에 해당하여 현실적으로 損害 또는 지연되었을 것(相當因果關係의 존재) 및 그 당사자가 이행을 위하여 합리적인 노력을 하였을 것이 필요하다. 예컨대, De Grasse Paper Co., v. Nothern N.Y. Coal Co., (1929) 事件에 있어서는 계약상으로 스트라이크가 발생한 때에는 賣渡人의 이행의무는 免責된다는 뜻의 條項이 있었다. 그런데 현실적으로 스트라이크는 발생하였으나, 그것이 賣渡人의 이행능력에 대하여는 아무런 영향도 미치지 않았다. 이에 대하여 法院은 賣渡人이 免責될 수 없다고 判示하였다.

(라) 標準的인 不可抗力條項의 이용과 그 해석문제

첫째로, 標準的인 不可抗力條項을 이용하는 경우에도 자기 자신의 位置를 고려할 필요가 있다. 일반적으로 不可抗力條項에 의하여 免責의 利益을 받은 측은 賣渡人 또는 供給者이다. 왜냐하면, 買受人은 代金만 지급하는 경우가 대부분이기 때문이다. 만약, 자기 자신이 賣渡人이나 供給者의 위치에 있다면 가능한 한 不可抗力條項을 상세하게 규정하여야 할 것이다. 이와 반대로 만약 買受人의 경우에는 오히려 不可抗力條項을 전혀 규정하지 않거나 또는 賣渡人이 不可抗力에 의한 免責을 주장할 수 없게하는 方案이나 또는 代替的 履行을 확보할 수 있는 규정을 둘 필요가 있다.

둘째로, 標準的인 不可抗力條項을 기계적으로 이용하는 것은 위험하다. 예컨대, A商社가 세계시장에서 商品을 賣買하는데 있어서 標準的인 不可抗力條項을 購入契約과 販賣契約에 다같이 넣었다고 하자. A商社는 2개의 契約를 체결하였는데, 그 하나는, 어떤 化學品을 독일의 會社로부터 구입하는 契約이며, 다른 하나는, 그 化學品을 오스트리아에 販賣하는 契約이다. 어느 계약에도 다같이 不可抗力條項이 포함되어 있다. 이 경우에 만약 독일의 製造工場이 폭발하였다면, 賣渡人인 독일의 會社는 不可抗力條項에 의하여 免責될 것이다. 그것은 자기 자신이 支配할 수 없는 事由에 의하여 A商社에 대하여 이행할 수 없기 때문이다. 그러나, A商社는 오스트리아와의 契約에 대하여는 그 이행이 免責되지 아니한다. 왜냐하면, 독일의 會社가 A商社에 대하여 化學品을 공급할 수 없다는 것은 A商社가 오스트리아의 買受人에게 化學品을 공급할 수 없는데 대한 正當한 이유가 되지 않기 때문이다. 따라서 오스트리아의 會社는 이행을 청구할 수 있으므로 A商社는 그 化學品을 다른 供給源으로부터 조달하지 않으면 안된다.

이와같이 中間 또는 下都給的인 役割을 담당하는 會社는 자기 자신의 轉賣先에 대하여 商品의 供給을 할 수 없을지도 모른다는 큰 위험을 부담하게 된다는 점을 주의할 필요가 있다. 유사한 사례로서 [18] 예컨대, OPEC의 石油輸出禁止에 의하여 미국에 대한 石油의 供給量이 격감하였으나, 石油生産이 전적으로 중단된 것은 아닌 경우에 原油를 판매하기로 約定하였던 買受人이 그 輸出禁止로 인하여 이행할 수 없게 되었다면, 法院은 이론상으로 다른 買入處로부터 買입할 수 있다는 이유로 免責을 인정하지 않는다는 結論에 도달할 가능성도 있다. 이러한 상황에 대처하

기 위하여는 예컨대, 어떠한 事由이건간에 特定供給處로부터 商品을 入手할 수 없는 것을 不可抗力의인 事由로 규정해 두거나 또는 적어도 約定品の 原產地나 供給者의 特定, 예컨대 사우디아라비아原油로 特定해 두는 것이 바람직하다. 이러한 配慮를 해 둔다면, 사우디아라비아原油의 供給이 금지된 때에 그 賣渡人은 자기가 지배할 수 없는 사유에 의하여 約定된 特定石油를 공급할 수 없다는 내용의 免責을 주장할 수가 있다.

(마)標準契約書上의 不可抗力條項에 관한 해석문제

商品貿易의 標準契約書에 상당히 상세한 不可抗力條項이 포함된 경우가 많다. In fairclough Dodd & Jones Ltd. v. J.H. Vantol Ltd.(1957)事件에 있어서의 契約은 런던油類同業組合(London Oil and Tallow Trades Association)의 標準契約書를 이용하여 체결되었는데 그 내용은 이집트産 綿花씨의 기름을 12월과 1월 동안에 알렉산드리아로부터 로델담까지 積送하는 것이었다. 그리고 이 계약에는 2개의 不可抗力條項이 포함되어 있었는데, 그 하나는 船積을 止해하는 전쟁 또는 다른 특정사유가 발생하는 경우에는 契約이 解除된 것으로 한다는 취지의 條項이고, 다른 하나는 만약 船積을 지연시키는 다른 사유가 발생하는 경우에는 船積期間이 2개월 연기된다는 내용의 條項이었다. 이집트政府 12월부터 1월 3일까지(매도인은 실제로 이 기간 동안에 船積하려는 의사를 가지고 있었다.) 物品의 輸出을 금지하였으나, 船積은 선적기간의 만료일인 1월 31일해야 가능하였다. 賣渡人이 당초의 선적기간 이내에 선적하지 않았기 때문에 買受人은 賣渡人에 대하여 損害賠償을 청구하였다. 賣渡人은 위의 둘째 條項에 의하여 선적기간이 연기되었다고 抗辯하였다. 이에 대하여 上院(The House of Lords)은 위의 不可抗力條項의 해석상 賣渡人의 抗辯은 옳으며, 또한 비록 船積遲延의 사유가 선적시기의 終了時點에는 이미 없어졌다 하더라도 그 條項은 잠정적인 선적지연의 사유가 발생하면 그대로 적용된다고 判示하였다.

(바)不可抗力條項에 있어서의 賣渡人의 供給量 配分問題

不可抗力條項을 작성할 때에 賣渡人의 위치에 있는 者가 다수의 買受人과 同種의 販賣契約을 체결하는 경우에는 어떠한 사유에 의하여 一定한 量은 공급할 수 있으나, 全量을 공급할 수 없을 경우의 配分에 대하여 규정해 둘 필요가 있는 경우가 있다. 美國統一商法典 第2-615條는 이와 같은 경우에 賣渡人은 買受人에 대하여 公正하고도 合理的인 方法으로 買受人에게 配分하도록 규정하고 있다. 그러나 이 규정에도 불구하고 配分方法에 대한 特約이 인정되고 있으며, 이러한 特約은 분쟁을 회피하기 위해서도 필요하다. 賣渡人으로서 는 만약 買受人 가운데서 특히 우선적으로 다루어야 할 者와 劣後的으로 다루어도 무방한 者를 구별할 수 있다면 위의 特約을 해 둘 필요가 있다.

(사)不確定 不可抗力條項의 해석문제

契約에 포함된 不可抗力條項의 不確定性 때문에 契約 자체가 無效가 되는 것은 아니다. 그러나, 다른 한편으로 契約에 “通常의 不可抗力條項(the 'usual' force majeure clause)에 따른다”는 不特定文言이 포함되어 있는 경우에는 去來慣行上 이용되고 있는 많은 不可抗力條項 가운데서 당사자들이 어느 것을 채택할 의사였는지에 명확히 파악하기가 매우 어렵다. 이러한 경우에 영국의 法院은 그 條項은 [19] 지나치게 막연하다고 하고, 만약 그것이 契約의 本質(essence)에 관한 것일 때에는 契約 전체가 無效가 되지만, 그것이 契約의 다른 條項과 분리될 수 있는 附隨的 條項(meaningless clause)인 때에는 당해 不可抗力條項만 無效이고, 다른 條項은 아무런 영향을 받지 아니한다고 判示하였다. 다른 한편으로 “通常의 不可抗力條項에 따른다”는 文言이 해석상 필연적으로 일정한 의미를 지니고 있을 때, 예컨대 만약 그것이 명백히 特定業種의 去來에서 通常적으로 사용되는 條項을 가르키고 있을 때에는 유효한 條項이 된다. 또 이른바 "u.c.e."(unforeseen cricumstance excepted)條項을 사용하였던 사례에 대하여 Greer 判事は “商人들이 契約속에 定義도 내리지 않고 이러한 종류의 速記的 表現(shorthand exprssions)를 사용하여 그 해석을 法院에 맡기고 있는 것은 유감스럽다”라는 비판을 가한 바 있다.

V. 맺음말

英美에 있어서 Acts of Good는 人間의 힘이 전혀 가해지지 않은 것으로서 상당한 注意를 기울인다고 하더라도 예측·방지·억제할 수 없는 異常的인 자연현상을 말한다. 이에 대하여 force majeure는 人間이 注意를 다 하더라도 피할 수 없거나 또는 契約當事者가 不正한 의도로서 創出할 수 없는 사정 또는 사건으로서 人間의 힘으로 그것을 억제·저지할 수 없는 것을 의미한다. 그러나, 兩者는 반드시 명확하게 구분되고 있지 않으며, 契約書에는 force

majeure속에 Acts of Good를 포함시키는 경우가 많다.

또 英美의 學者들은 대부분 不可抗力의 문제를 frustration의 項目 속에서 다루고 있다. 그러나 frustration과 force majeure는 다같이 契約의 履行이 不能이라는 점이 공통되지만, 前者는 契約 그 자체의 존속을 무의미하게 하는 것인데 대하여, 後者は 契約 전체를 消滅 또는 解消시키는 것이 아니라 단순히 免責만 시킨다는 점에서 兩者는 다르다.

國際去來에 있어서 이른바 不可抗力이 발생한 때에도 개개의 경우에 契約의 履行이 不能으로 되었는가의 與否 및 免責與否를 결정한다는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 그것은 이 문제에 대하여 아직까지 國際적으로 통일된 立法이나 理論이 없기 때문이다. 따라서 契約속에 當事者가 지배할 수 없는 사태가 발생한 경우에는 그 사태가 法에 비추어 契約을 소멸시키는 것인가의 여부에 관계없이 當事者 상호간의 權利義務를 미리 명확하게 하는 條項을 넣어 두는 것이 현명하다.

不可抗力은 당초에는 天災 이외에 戰爭·暴動·內亂·스트라이크·工場閉鎖 기타 이와 유사한 非常事態의 發生을 의미하였으나, 그 후 모든 異常原因·偶發事故로서 人間의 힘에 의하여 抑止할 수 없는 것을 포함하게 되었다. 그러나, 때에 따라서는 契約當事者가 不可抗力條項의 일반적인 의미를 수정하는 수도 있으므로 條項의 解釋에 있어서는 각각의 경우에 그 前後의 文脈에 깊은 주의를 기울여야 하는 동시에 당해 契約全體의 성격과 一般條項에 대해서도 올바르게 배려를 할 필요가 있다. 구체적으로 不可抗力에 해당되는 事由를 契約條項에 전부 망라한다는 것은 불가능하지만, 다른 한편으로 force majeure라는 用語만으로서는 그것이 의미하는 내용이 극히 막연하다. 따라서 실제의 不可抗力條項에는 不可抗力에 해당되는 주요한 事由를 열거한 뒤에 “기타 契約當事者가 지배할 수 없는 모든 事由”(any other causes or circumstances beyond the control of the parties hereto)라는 文語를 넣어 두는 것이 바람직하다.