

불가항력과 Hardship에 관한 연구

- 국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙을 중심으로 -

Force Majeure and Hardship

- Focusing on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts -

허광욱*

목 차

- | | |
|--------------------------------|---|
| I. 서론 | Ⅲ. UNIDROIT원칙상의 불가항력과 Hardship의 요건 및 효과 |
| Ⅱ. 불가항력과 Hardship의 의의 및 면책의 근거 | Ⅳ. 결론 |
-

Key Words: Force Majeure, Hardship, Impediment

Abstract

The purpose of this study is to analyze the concept, requirement and the effect of Force majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract. Under the UNIDROIT Principles Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequence.

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contracts and the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; the events are beyond the control of the disadvantaged party; and the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

* 영산대학교 무역물류학과 전임강사, danielheo@ysu.ac.kr, 055)380-9467

I. 서론

무역계약은 국제계약(international contract)이다. 국제계약은 계약 당사자인 매도인과 매수인이 서로 다른 국가에 영업소(place of business)를 두고 있는 계약을 말한다. 또한 무역계약은 매도인이 대금이라는 금전의 대가를 받고 매수인에게 물품의 소유권을 이전하거나 이전하기로 합의하는 계약이다¹⁾. 따라서 매도인과 매수인간에 물품의 이동 현상이 발생하고, 이러한 물품의 이동은 국제운송(international transportation)이라는 형태로 이루어진다. 그래서 무역계약은 그 성립에서부터 이행에 이르기까지 비교적 장기간이 소요되며, 그 사이에 당사자들이 예기하지 못하였던 사유가 발생함으로써 처음에 예상한 계약목적의 달성이 불가능한 경우가 종종 발생하게 된다. 이러한 예상하지 못한 사유가 발생하였을 경우를 대비해서 계약 당사자들은 불가항력조항을 계약서상에 삽입함으로써 당사자들의 이해관계를 조정하고 있다. 하지만 이러한 조항을 계약서에 삽입하지 못하였거나, 삽입하였다고 하더라도 그 조항이 계약체결 후의 사정변경에 대한 해결책이 될 수 없는 경우가 있다. 이러한 경우에 각국은 나름대로의 법리로 해결책을 제시하여왔는데, 대표적인 것이 영국의 목적달성불능법리(frustration), 미국법의 실행불능(impracticability), 프랑스의 불예견론(imprevision) 우리 민법의 사정변경의 원칙을 들 수 있다.

한편 국제사법통일기구(International Institute of the Unification of Private Law; UNIDROIT)는 전세계적인 보편성을 가진 국제계약법 모델을 만들고자, 1994년 국제상사계약원칙을 발표하였고, 2004년에는 이를 개정하여 발표하였다. 동 원칙에는 불가항력의 개념과 별도로 Hardship이라는 독특한 해결기준을 제시하고 있다.

따라서 본 연구에서는 UNIDROIT원칙의 불가항력과 Hardship의 개념과 요건 및 효과를 고찰하고자 한다.

II. 불가항력과 Hardship의 의의 및 면책의 근거

1. 불가항력과 Hardship의 의의

1) 불가항력의 개념

불가항력(force majeure)²⁾의 개념은 로마법의 담보책임의 법리에 근거를 두고 있는

1) 영국물품매매법(SGA 1979) 제2-2(1).

2) 국제계약에서 사용되고 있는 불가항력이라는 용어는 프랑스어의 'force majeure'를 사용하고 있는데, 이는 프랑스의 나폴레옹 민법전의 기초자가 그 제1148조에서 사용했던 superior force

대륙법적 용어이다³⁾).

불가항력의 법리는 현재 거의 모든 국가에서 인정되고 있으며, 이는 주로 계약체결 당시의 사정이 후발적으로 급변하여 합리적인 사람으로서 행동하는 당사자들이 그러한 사실을 알았더라면 계약을 체결하지 않았을 경우 일방당사자 또는 양당사자를 면책시킬 것을 목적으로 한다. 그렇지만 '불가항력'의 개념이 모든 국가에서 동일하게 해석되는 것은 아니며, 그로 인해 면책법리 역시 모든 국가에서 동일한 형태로 적용되고 있지는 않다.

불가항력의 개념을 일의적으로 규정할 수는 없지만, 전통적으로 불가항력은 'Act of God'보다 넓은 개념으로 인식되고 있다⁴⁾. 'Act of God'는 인간이 아무리 주의를 기울여도 예측하거나 회피할 수 없는 즉, 인간의 의지와는 무관하게 발생하는 자연현상이다⁵⁾. 이에 비해 불가항력은 'Act of God'이외에도 전쟁, 출항금지, 인·허가금지, 파업 또는 기계고장 등 인위적인 현상도 포함하는 것으로 이해되고 있다⁶⁾. 이러한 불가항력적 사건들의 공통적인 특징은 물리적으로 그리고 절대적으로 계약의 이행을 불가능하게 하는 것으로, 이와 같은 사건이 발생하는 경우 불이행 당사자는 면책 된다⁷⁾.

에 해당하는 프랑스어에서 유래한다.

- 3) 로마에 있어 교통상태와 법률상태는 사회기강의 교정과 상거래의 안정을 기할 목적으로 船主 또는 驛舍의 주인에게 그들이 인수받은 운송물품 또는 고객의 휴대품에 대하여 절대적 반환담보의무를 부담시키고 있었다. 그러나 이러한 담보책임의 엄격성을 완화시킬 목적으로 시작된 로마의 법무관의 고지중에 선주, 역사의 주인 등의 면책사유로서 불가항력이 열거되어 있었다. 오늘날의 불가항력의 개념은 로마법의 담보책임의 예외인 면책사항으로서 주되게 발달되어 왔다(배정한, "국제물품매매계약에 있어서 불가항력에 관한 연구", 영남대 사회과학연구, 제15집 제2권, 1996, p. 75).
- 4) 배준일, "UN통일매매법상의 손해배상책임에 관한 연구", 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 2001, p. 79.
- 5) 中村 弘, 「貿易契約の基礎」, 東洋經濟新報社, 1987, p. 264.
- 6) 1920년의 영국의 *Lebeaupin* 사건에서 *McCardie J.* 판사는 "전쟁, 파업, 출항금지, 허가 금지 또는 나포와 같은 입법상, 행정상의 간섭이나 폭풍우, 항구에서의 선적을 불가능하게 하는 홍수, 철도에 의한 원료공급에 대한 방해, 기계의 고장 등이 불가항력이 된다. 그러나 기후의 악화, 추구시험, 장례식, 자금의 부족 등의 이유로 계약이 불이행되는 경우, 매도인과의 계약을 제3자가 이행하지 않는 경우 혹은 면책을 요구하는 당사자에게 과실이 있는 경우는 제외된다."고 판시하였다. 이 판례의 구체적인 예시는 적지만 홍수나 전염병과 같은 자연현상으로 한정하지 않고, 전쟁이나 파업 등과 같이 인위적인 현상도 포함하는 것을 명백히 하고 있다([1920] 2 K.B. 714; 배정한, 앞의 논문, p. 77).
- 7) *Brauer & Co. v. James Clark* 사건에서 매도인은 물품공급업자에게 지불해야 할 대금보다 매수인으로부터 받기로 기약정한 물품대금이 대단히 낮다는 이유로 계약의 해제와 면책을 주장하였으나, 법원은 그러한 상황이 불가항력으로 인정될 수 없다는 판시를 한 바 있다([1952] W.N. 422; *J. Rimke*, "Force Majeure and Hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Pace Review of the Convention on contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, 1999-2000, pp.187-243.

2) Hardship의 개념

Hardship의 개념은 UNIDROIT원칙 제6.2.2에 명시되어 있다. 본 규정에 의하면 "(계약이후에) 사건이 발생하고, 그 사건의 발생으로 인하여 당사자의 이행비용이 증가하거나 당사자가 수령하는 이행의 가치가 감소함으로 인하여 당해 계약의 균형을 근본적으로 변경시킬 때 및 (a) 사건이 계약체결 후 발생하거나 불이익 당사자에게 알려진 경우, (b) 계약체결 당시 불이익 당사자가 사건을 합리적으로 고려할 수 없었던 경우, (c) 불이익 당사자가 그 사건을 통제할 수 없었던 경우, (d) 불이익 당사자가 그러한 사건의 위험을 예상하지 못하였던 경우에 hardship이 성립한다."

상기의 규정을 요약하면 계약체결 후에 발생한 통제불능성을 지닌 사건으로 말미암아 실질적인 비용의 증가나 받을 가치의 실질적 감소로 인하여 계약체결 당시에 존재하였던 계약 당사자간의 계약의 형평성을 근본적으로 변경시킨 경우를 Hardship이라고 정의할 수 있다⁸⁾. 결국 Hardship이란 경제적, 법적, 정치적 또는 기술적 요소 등이 변화해서, 계약의 일방 당사자에게 심각한 경제적 영향을 주고, 계약의 형평성에 근본적인 변화를 초래하는 사태라고 정의할 수 있다⁹⁾.

2. 불가항력과 hardship에 의한 면책의 근거

이행불능, 목적달성불능, 실행불능 혹은 Hardship에 대한 면책의 근거는 무엇인가? 이러한 영역에서 입법부(legislators) 및 법원이 고려하는 가치판단(value judgement)은 무엇인가? 보통법 시스템에서(in the common-law system) 계약책임(contract liability)은 무과실책임(no-fault liability)이며, 면책에 대한 어떠한 기준들이 허용된다. 비록 사실은 보통법 국가들 보다 대륙법계 국가들에 있어(in some civil law countries), 계약책임과 관련하여 더욱 큰 역할을 하는 것으로 이해할지라도, 이러한 면책에 관한 토론은 과실 혹은 과실의 부존재에 관련된 인식에 따라(by idea related to fault or its absence) 어떠한 중요한 방법으로 영향을 미치지 않는 것처럼 보인다¹⁰⁾.

이들 면책의 근거에 대한 사상(thought) 중의 한 가지 트렌드(one trend)는 계약적 의무(contractual obligations)의 주요한 토대(principal underpinnings)들 중의 하나로부터 출발한다. 계약책임(contract liability)은 동의(consent)에서부터 출발한다. 만약 당사자들이 전혀 예상하지 못하였던 사건이 발생하였고, 그 사건이 예상한 계약상 위험의 성질

8) 오원석, "국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙의 Hardship조항에 대한 유용성 고찰", 「국제상학」 제16권 제1호, 한국국제상학회, 2001, p. 64.

9) 배정환, 앞의 논문, p.

10) 이것이 왜 이렇게 되는가 하는 것은 Nicholas, Barry, "Force Majeure and Frustration", 27 *Am. J. Comp. L.*, 231 (1979)을 참고하기 바란다.

(the nature of foreseen contractual risks)을 급격하게 변화시켰다면, 그 사건에 대한 진정한 합의가 있었다고 볼 수 있는가? 이러한 생각의 연속선상에서, 우리는, 만약 예상하지 못하였던 사건이 이행의 성질(the nature of performance)을 급격하게 변화하도록 하였다면, 당사자들은 이행이 제공될 것이라고 의도하지 않았다고 추론할 수 있다. 이러한 추론이 적합하다면, 우리는, 그 계약은 예상하지 못하였던 사건은 포함하지 않는다고 결론내릴 수 있다. 이러한 논리적 근거를 바탕으로, 법원은 누락된 경우(the omitted case)를 포함하는 어떤 조건(a term)을 보충하여야만 한다. 따라서 앞에서 고찰한 것처럼, 이행불능(impossibility) 혹은 hardship에 대한 구제는 계약자유의 원칙에 저촉되는 것이 아니다. 만약 계약자유의 원칙에 저촉되지 않는다면, 다음 질문은 법원이 어떻게 법률의 공백을 보충하고, 누락된 경우(the omitted case)를 대비할 수 있는가 하는 것이다. 사용가능한 추론은 사실관계에 대한 착오(mistake of fact)에 근거하여 결정을 내린 경우들이다. 착오의 원칙과 이행불능, 목적달성불능, hardship과의 차이점을 보면, 착오의 원칙은, 다만 실질적으로 현존하는 사건(vital existing fact)과 관련한 착오가 존재하는 경우에만 적용가능하다는 것이다. 반면에, 일반적으로 이행불능(impossibility), 목적달성불능(frustration)과 hardship은 미래의 사건과 관련된다는 것이다. 착오의 경우, 부당하게 이득을 보겠다는 생각(ideas of unjust enrichment)이 과도하게 개입되어 있다. 착오에 근거한 어떠한 구제를 적용하기 전에, 우리는 한편으로는 예상하지 못하고, 기대지 않았던 이익을 위한 사건(the facts for unexpected, unbargained-for gain)을 찾아야 하고, 다른 한편으로는 예상하지 못하고 기대하지 않았던 손실을 위한 사건(facts for unexpected, unbargained-for loss)을 찾아야 한다. 막대한 손해(laesio enormis)의 대륙법 관념(the civil law notion)의 그것과 유사한 관념과 양심(conscionability)에 대한 보통법적 관념이 관련되어 있다¹¹⁾. 타방 계약당사자의 사실에 대한 착오의 편익을 누리는 것은 부당한 사기행위이다. 동일하게, 장래사건과정과 관련한 착오의 편익을 누리는 것도 부당한 것으로 간주된다. 국제법(international law)은 오래전부터 사정변경의 원칙(the principle of rebus sic stantibus), 즉 근거가 되는 사실과 조건들이 근본적으로 변경되었을 때, 효력발생이 중지될 것이라는 묵시적 조건을 모든 협약(in every treaty)에서 인정해오고 있다¹²⁾. 이러한 묵시적 조건은 다음과 같은 로마시대의 계약법에 그 권

11) 몇몇 학자들은 신의성실의 생각과 정직성, 불가항력 및 Hardship과 관련한 규칙들 간의 독특한 관계를 고찰하고 있다. 다음의 저술들을 참고할 것; Corbin, Arthur Linton, *Corbin on Contracts*, 1960, p. 97; Veytia, Hernany, "The Requirement of Justice and Equity in Contracts", 69 *Tulane Law Review*, 1995, pp. 1191, 1205-06. Farnsworth 교수는 이러한 개념을 독특한 것으로 생각하기를 즐겨하였다(Farnsworth, E. Allan. "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws", 3 *Tulane J. of Int'l & Comp. L.*, 1994, pp. 47, 60-61.

12) Bederman, David, "The 1871 London Declaration, Rebus Sic Stantibus and a Primitivist View of the Law of Nations", 82 *Am J. Int'l L.*, 1988, p. 1; Schmiedlin, Stefan, *Frustration*

원을 가지고 있다. “장래에도 연속적인 이행을 제공하는 계약은 그 상황이 동일하게 유지될 것이라는 조건에 종속하는 것으로 이해할 수 있다¹³⁾.”

부당하게 이득을 얻는 것과 부당하게 궁박한 상태로 되는 것에는 문화적 믿음(cultural beliefs)도 관련되어 있다. 이러한 용어들은 문화적 가치와도 연동된다. 중세시대에 부당한 것으로 간주되던 것-이윤을 획득하는 것의 도덕성이 문제가 되었을 때-이 오늘날에는 다르게 평가된다. 그러한 가치는 시간의 흐름에 따라 달라질 뿐만 아니라 공간이 달라짐으로 인해서도 다르게 된다. 이윤에 대한 도덕성 및 합법성은, 비록 양국이 모든 마르크시즘을 따르고 있을지라도, 북경과 하바나에서 서로 다르고, 아마도 런던과 로마에서도 여전히 서로 다르다¹⁴⁾.

모든 계약은 위험을 수반한다. 어떤 계약들은 거의 순전히 사행적(aleatory)인 계약이다. 만약 어떤 사람이 자신이 가지고 있지도 않은 주식을-단기예측매각(가공매도)(short sale)¹⁵⁾- 증권거래소에서 매각한다면, 이것은 순수한 위험의 계약(contract of pure risk)이 된다. 그리고 법원이 전체적인 손실로부터 매도인 혹은 매수인을 구제할 수 있는 어떠한 상황(사기 혹은 그와 유사한 것이 존재하지 않는)을 이해할 수 없는데(can conceive no circumstance), 심지어 예상하지 못하고 예견할 수 없었던 사건이 시장을 혼란하게 만들었을지라도 마찬가지이다. 다른 한편, 물품 혹은 서비스의 매매, 혹은 부동산의 임대와 관련한 더욱 전형적인 계약에서, 각 당사자들은 계약으로부터 이익을 얻을 것을 기대하고, 각 당사자들은 타방 당사자도 역시 이익을 얻을 것으로 예상한다. 그러한 계약에서, 비록 양 당사자가 상기의 불균형이 발생할 것이라는 것을 알았을지라도, 타방 당사자의 손실로부터 자신이 이익을 얻을 것으로 기대하지는 않는다. 보통법에서(in the common law), 다양한 종류의 사건들이 불이행(nonperformance)에 대한 거의 자동적인 면책(almost automatic excuse)이 발생하도록 하고 있다. 즉 이행 당사자의 사망, 이행에 부수하는 불법(후발적 위법), 목적물의 파괴 등은 거의 자동적으로 면책된다. 우리가 이러한 3가지 이외의 범주에 직면할 때(when one goes beyond these three categories), 예상하지 못한 사건이 일방 당사자에게 손실을 야기하고 타방 당사자에게 불로소득을 제공한다면(provide a windfall gain) 혹은 면책을 통해 타방 당사자가 계약을 체결하지 않은 상황보다 나쁘지 않은(no worse than it would have without

of Contract and Clausula Rebus Sic Stantibus, 1985; Oppenheimer, Méndez, Jorge J., “El Rebus Sic Stantibus como defensa dentro del derecho puertorriqueño” 28 *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 1988, p. 23.

13) Joseph M. Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Universidad Panamericana*, 1998, p. 119.

14) Ibid.

15) 가지고 있지도 않은 주식을 매도하는 것.

the contract) 상황에 처하게 되면서, 면책(excuse)을 통해 일방 당사자가 예상하지 못한 손실로부터 면제되는 경우 구제(relief)는 가장 정당화 된다¹⁶⁾.

III. UNIDROIT원칙상의 불가항력과 Hardship의 요건 및 효과

UNIDROIT 원칙상의 Force Majeure조항은 CISG협약 제79조와 거의 유사하다¹⁷⁾. UNIDROIT원칙의 초안자들 중 'Force majeure'조항을 작성할 때 영미법계, 대륙법계의 관련조항 및 협약의 'impediment'조항을 참조한 것이 분명하다. 왜냐하면 'Force majeure'의 효과가 대륙법계와 영미법계의 '이행불능'이나 '목적달성불능'의 법리와 유사한 면책기준을 제시하고 있기 때문이다¹⁸⁾.

UNIDROIT원칙은 전통적 불가항력에 관한 사항, 즉 계약이행이 물리적으로 절대적으로 불가능한 경우로 제7.1.7조의 'Force majeure'조항에서 다루고, 사정변경의 원칙이나 경제적 이행불능은 'Hardship'조항에서 다루므로 CISG협약의 모호한 입장을 분명히 정리한 점에서 CISG의 내용보다 구체적이고 명료하며 진보된 내용을 지녔다고 볼 수 있다¹⁹⁾.

1. 불가항력의 요건 및 효과

1) 불가항력의 요건

UNIDROIT 원칙은 불이행의장에서 불가항력을 다루고 있다. Hardship은 이행의장에서 취급하고 있다. 이렇게 분리하여 취급하는 논리적 이유는 분명하다. 만약 이행이 불가능하다면 이행되지 않을 것이다. 불이행이 면책되거나(excused) 손해배상청구 혹은 반환 restitution)에 대한 금전적 평가(a money judgement)의 기초가 되는 경우에는 불이행하에서 다루어야 할 문제이다. 만약 이행이 부담이 되는 경우(burdensome)라면, 그러한 부담의 결과는 이행의 측면에서 다루어야 한다²⁰⁾.

불가항력에 대한 조항들은 엄중하다(rigid)²¹⁾. 전체적인 이행불능(nothing less than

16) Gergen, Mark P., "A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts", 71 *Indiana L. J.*, 1995, pp. 45, 55

17) 오원석, 앞의 논문, p. 64.

18) UNIDROIT원칙, Art. 7.1.7 Comment 1.

19) 오원석, 앞의 논문, p. 64.

20) Joseph M. Perillo, op.cit., p. 120.

21) UNIDROIT원칙 Art. 7.1.7은 '불가항력'이라는 제목이 붙어 있다. UNIDROIT원칙의 주석 1에 따르면, "본 조항은 보통법 시스템에서의 목적달성불능 법리(the doctrines of frustration), 이행불능(impossibility of performance) 그리고 대륙법 시스템의 불가항력과 같은 법리

total impossibility)만이 면책의 기초(predicate for an excuse)가 된다²²⁾. 불가항력이 성립하기 위해서는 '당사자의 통제를 벗어나는 장애가 발생하여야 하고, 이러한 장애는 계약 체결시점에 합리적으로 고려하는 것이 기대할 수 없거나, 혹은 장해 혹은 장애의 결과를 회피하거나 혹은 극복하는 것을 합리적으로 기대할 수 없어야 한다.'

(1)“당사자의 통제를 벗어나는 장애”

장애의 통제불능성 요건은 장애의 외적성질, 다시 말해 불이행 당사자의 행위의적인 성질로 특징지을 수 있다. 비외적 장애는 면책효과를 발생시키지 않는다. 장애가 불이행 당사자의 행위와 관련이 있는 한, 그것은 그의 통제를 벗어난 것으로 볼 수 없기 때문이다. 예를 들어 정부로부터 인·허가를 받지 못하거나 부적절한 포장으로 물품의 가치가 하락하는 경우 불이행당사자는 그로 인해 발생하는 상대방의 피해에 대하여 책임을 면할 수 없다. 불이행 당사자는 묵시적 신의칙의 의무를 포함하여 계약에서 요구되는 행위를 하지 않으면 면책이 허용되지 않는다²³⁾.

당사자의 경제적 곤란에 의해서 야기된 장애는 어떤가? UNIDROIT 원칙 제7.1.7조 뿐만 아니라 그에 대한 주석도 이러한 종류의 장애를 언급하고 있지 않다. 미국법에 따르면 경제적 장애가 어떤 면책도 제공하지 않는 것이 명백하다. 이들(경제적 장애)은 객관적인 이행불가능보다는 주관적인 이행불가능으로 간주되고, 이것(경제적 장애)이 채무자의 통제를 벗어난 조건(conditions)의 결과이든지 아니든지 간에, 판례법과 주관적인 이행불가능에 대해서는 면책을 제공할 수 없다는 원칙에서 만장일치로 채용되고 있다²⁴⁾. 이행을 위한 재정적 능력의 위험은 모든 계약의 기초가 되는 기본적 전제이므로 면책될 수 없다는 것이 일반적이다. 다만 파산절차에 관한 법령(decree in a bankruptcy proceeding)에서는 예외이다. 이러한 일반적인 신뢰가 국제무역서 중지된다는 것은 믿을 수 없는 일이다. 따라서 '당사자의 통제를 벗어난'이라는 문구는 매우 넓은 의미를 부여받고, 재정적인 건전도(financial health)가 항상 계약당사자의 통제 범위 내에 존재한다고 간주될 것이다²⁵⁾.

(doctrine such as force majeure)가 커버하는 문제(ground)를 커버한다. 하지만 불가항력은 이들 법리들의 어떤 것과도 동일하지 않다.”고 언급하고 있다. 부분적으로 주석은 '이행에 대한 장애'(an impediment to performance)라고 규정한 텍스트와 충돌된다. 목적달성불능(frustration)의 경우, 이행에 대한 장애가 없다. 결론적으로 목적달성불능은 hardship 규정에 따라 분석되어야만 한다.

22) Joseph M. Perillo, op.cit., p. 120.

23) 오원석, 배준일, “면책법리에 관한 비교법적 고찰”, 「무역학회지」 제26권 제3호, 한국무역학회, 2001, p.49.

24) Calamari, John D., & Perillo, Joseph M., *The Law of Contracts*, 3d ed., 1987, pp. 13-15.

25) Joseph M. Perillo, op.cit., p. 122.

(2) '계약체결 시점에 장애를 고려하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었어야 한다.'

이 문구는 예견가능성²⁶⁾의 문제를 야기한다. 예견가능성의 문제는 어려운 문제이다. 예견불능성의 요건에 따르면 사건의 발생이 예견 가능했다면 계약에서 달리 규정하지 않는 한 불이행 당사자는 그러한 장애가 현실화될 위험을 스스로 인수한 것으로 판단된다.

예견가능성은 주의의무와 관련되어 있다. 그리고 주의의무에 대한 입증책임은 채무자에게 귀속된다. 하지만 많은 예견 가능한 사건들은 최선의 주의의무를 다하더라도 회피할 수 없기 때문에, UNCITRAL은 예견 불능성의 문제는 개별사건에 따라 법원이나 중재판정부의 판단에 의존해야 한다는 견해를 밝힘으로써 예견불능성의 요건을 완화하려는 태도를 취하였다²⁷⁾.

예견가능성은 계약체결당시에 평가되어야 하는 것으로서 이는 계약상 의무이행을 약속한 당사자가 그 이행에 대한 장애사유가 발생할 실제적인 가능성에 대해 합리적으로 예상했어야 하는지 여부에 대한 문제이다²⁸⁾. 그러나 예견가능성이라는 요건을 판단함에 있어 계약의 존속기간, 계약의 목적물인 물품의 가격이 국제시장에서 등락을 거듭하는 경향이 있다는 사실²⁹⁾ 혹은 계약체결당시 이미 장애발생의 경고가 명백하게 존재했다는 사실³⁰⁾ 등과 같은 다른 사정도 고려해야 한다.

26) 예견 가능성이라는 문구는 UNIDROIT원칙 Art. 7.1.7., Illustration 1(3)에 나타난다.

27) M.G. Rapsomanikis, "Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law," *Duequesne Law Review*, vol. 1, p. 574.

28) 서완석, "비엔나협약상 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 면책", 「기업법연구」 제19권 제1호, 한국기업법학회, 2005, p. 54.

29) 매도인은 1987년 8월 20일 매수인에게 80,000톤의 철재를 판매하기로 약정하고 매수인이 1987년 12월 15일 이전에 선택권을 행사하는 것을 조건으로 매수인에게 같은 가격에 추가로 80,000톤을 매수할 선택권을 부여하였다. 매수인은 1987년 11월 26일 위 선택권을 행사하였으나 매도인은 종래 가격에 따른 추가적인 철재인도를 거부하였다. 매수인은 철재가격이 상승한 관계로 추가적인 손해를 부담하였고, 이에 따라 매수인은 그 손해배상을 청구하기에 이르렀는데, 매도인은 철재가격의 상승은 피할 수 없는 사실이므로 자신은 어떤 책임으로부터도 면제된다고 항변하였다. 이 사안에 대해 비엔나 협약이 적용되지는 않았으나, 중재인들은 이에 해당하는 동 협약 규정들을 분석하고 매도인의 항변을 배척하였다. 중재인들은 그 근거로서 국제철재시장에서 그러한 가격상승은 흔히 일어나므로 매도인으로서 철재가격상승에 대해 예견했어야 한다는 점을 제시하였고, 더 나아가 이미 계약체결당시 철재가격이 상승하기 시작하였고, 매도인은 가격조정 혹은 재협상조항을 매매계약에 편입하여 스스로 자신을 보호할 수 있었다는 점을 들었다(ICC Arbitration Case No. 6281/1989; Sigvard Jarvin, et al., *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, 1990, p. 249).

30) 당사자간의 매매계약내용에 따르면 대금은 특정일까지 불가리아 소재 은행에의 신용장 개설을 통해 지급되도록 규정되어 있었다. 그러나 신용장은 정해진 기일에 개설되지 못하였고, 매도인은 비엔나 협약 제61조 제1항 b호에 규정된 바대로 대금지급지연에 대한 손해배상을 청구하였다. 매수인은 이러한 사태는 불가리아 정부가 외국부채지급을 동결하는 결정을 하였기 때문에 발생한 것으로서 신용장개설지연으로부터 발생하는 책임으로부터 자신은 면책된다는 항변을 하였다. 그러나 중재인들은 매수인이 비엔나 협약 제79조 제1항에 따른 면책을 받을

판례법(case law)은 다음과 같은 예견가능성의 개념을 지지하고 있다. 즉 “만약 사건 발생의 가능성이 높아지면(had the event been more likely) 그 사건의 영향은 대단하여서(the impact it might have would be of such magnitude) 당사자들은 그 사건에 대하여 협상을 할지라도, 발생할 것 같지 않은 사건들이어서 합리적인 당사자는 발생위험의 분배(allocate the risk of its occurrence)를 명시적으로 고려할 필요가 없는 것(see no need)³¹⁾.”

예견가능성의 “사실관계의”(factual) 문제를 검토하면서, 법관들은 예견 가능성의 사실관계(a finding)의 엄청난 결과를 고려하지 않을 수 있다(can refrain from)는 것은 믿기 어렵다. 예를 들어 미국이 제2차대전에 참전하는 것이 예견 불가능하였다고 선포되었다면, 이행불가능(impossibility) 혹은 목적달성불능(frustration) 때문에 얼마나 수많은 계약들이 해소되어야 하는가(to be dissolved)? 수에즈 운하의 봉쇄로 인하여 얼마나 많은 운송계약과 매매계약이 좌절되었겠는가? 국제무역이 얼마나 광범위하게 혼란을 겪고, 국내와 국제무역에 어느 정도의 불확실성이 개입되어야 하는가? 후발적 사건(supervening event)이 엄청난 건수의 거래에 영향을 미치는 경우 보다는 한 계약 혹은 소수의 계약에 엄청난 결과를 가져오는 경우, 법원이 면책(excuse)판결을 내릴 의도가 있다는 것은 우연이 아니라(it is no accident)고 나는 주장한다.

(3) “장애 혹은 장애의 결과를 극복하거나 회피하는 것이 불가능하여야 한다.”

여기서 회피불가능하다는 것은 앞에서 언급한 장애의 통제불능성 요건과 합치한다. 장애가 당사자의 행위 외적인 성질을 지는 경우 당사자는 그 장애를 통제하는 것이 불가능하며, 이는 곧 그 장애가 회피불가능하다는 것을 의미한다고 볼 수 있기 때문이다.

그리고 극복불가능하다는 것은 장애의 결과를 방지하기 위해서 필요한 조치를 취하였음에도 불구하고 그 결과가 현실화되었음을 의미 한다³²⁾. 장애의 극복불능성을 판단함에 있어서 논의의 중심은 당사자의 행위에 두어져야 하며, 그 기준은 오히려 애매하다는 비판이 제기되기도 한다. 그리고 무엇이 극복불가능한지 혹은 극복가능한지를 구별하는 것은 대단히 어렵다. 이것은 개개의 사례별로 분석되어야 할 문제이다³³⁾.

수 없다고 판단하였는데, 이는 불가리아 정부의 결정은 이미 계약체결당시에 효력을 발하고 있었기 때문에 결국 매수인은 매매대금지급에 장애사유가 발생할 수 있다는 것을 예측할 수 있었다는 것이다(ICC Arbitration Case No. 7197/1992, *Journal of Droit International*[J. Dr. Int'l], 1993, p. 1028.

31) Trimarchi, Pietro, “Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis”, 11 *Int'l Rev. of L. & Ec.*, 63, 65 n.4, 1991.

32) C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre-Milan, 1987, p. 581.

33) *Ibid.*, pp. 581-582.

2) 불가항력의 효과

UNIDROIT원칙은 “불이행당사자가 상대방에게 그러한 장애 및 동 장애가 그의 이행 능력에 미치는 효과를 통지하여야 한다. 불이행당사자가 그러한 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 그러한 통지가 상대방에게 도달하지 아니하는 경우에는, 불이행 당사자는 그러한 부도달에 기인하는 손해에 대하여 책임을 진다.”라고 규정하고 있다³⁴). 통지의 중요성을 강조하고 있다. 그러나 통지여하에도 불구하고 기일이 도래한 금전채무에 대해서는 이자를 지급하여야 한다³⁵). 또한 통지를 하지 아니한 경우 또는 통지가 도달하지 아니한 경우에도 그로 인한 손해배상책임은 부담하지만 의무불이행에 대한 책임은 없다³⁶).

UNIDROIT원칙 제7.1.7조는 “장애가 일시적(temporary)인 경우, 면책은 당해계약의 이행에 미친 장애의 효과를 고려하여 합리적인 기간동안에만 효력이 있다”고 규정하고 있다. 이행불능이론, 일시적 혹은 여타의 이행불능은 계약을 해제할 수 있는(cancel the contracts) 타방 당사자의 능력을 방해하지 않고, 단순히 손해배상책임의 면책만을 의미한다³⁷). 일시적 이행불능(temporary impossibility)은 장애의 이행불능(perspective inability to perform)도 발생시킨다³⁸). 일시적인 이행불능에 의하여 채무자가 면책될지라도³⁹), 장애의 이행불능은 정상적으로 수약자(promisee)에게 이행을 정지할 수 있는 능력(power to suspend performance)을 부여하고, 정당한 이행에 대한 보증(assurance)을 요구할 수 있는 권한을 부여한다. 그러나 만약 채무자가 정당한 이행에 대한 보증을 제공할 수 없다면, 손해배상에 대한 소송에서 항변할 수 있는 이행불능임에도 불구하고 수약자(the promisee)는 계약을 해제할 수 있다⁴⁰).

만약 수약자가 계약을 해제하는 것이 정당하지 못하거나 계약해제를 선택하지 않았다면, 채무자의 행위에 적용될 규정은 어떤 것인가? 분명히 채무자는 이행을 정지할 것이다. 이행불능(impossibility)이 정지되면, 채무자는 통상적으로 완전히 이행될 것을 기대하고, 이행을 위하여 시간을 적절하게 연장할 권한이 있다⁴¹). 그러나 이것은 보편적인 규칙(universal rule)이 아니다. 지연으로 인하여 이행이 더욱 더 실질적인 부담이 되는 경우에, 그는 Hardship에 대한 규정을 참고해야 한다⁴²). 만약 장애가 정부에 의한

34) UNIDROIT원칙, Art. 7.1.7(3).

35) UNIDROIT원칙, Art. 7.1.7(4).

36) 김선국, “불가항력 및 사정변경의 원칙에 관한 계약과 관련한 주요 국제적인 규범들 규정의 비교·검토”, 「기업법연구」, 제13집, 한국기업법학회, 2003, p. 235.

37) UNIDROIT원칙, Art. 7.1.7, Comment 2.

38) Restatement (Second) Contracts 269, Comment a.

39) Colorado Coal Furnace Distributions v. Prill Mfg., 605 F.2d 499 (10th Cir. 1979).

40) UNIDROIT원칙, Art. 7.3.4; Art. 7.1.7(4).

41) Restatement, Second, Contracts 269, Comment a.

42) Joseph M. Perillo, op.cit., p. 124.

통화의 통제와 같은 대금의 지급과 관련되어 있다면, 채무에 대한 이자의 지급이 발생하는데, 이자의 지급도 방해를 받을 것이다⁴³⁾.

2. Hardship의 요건 및 효과

Hardship조항은 이행의 장애 포함되어 있는데⁴⁴⁾, 불이행의 장애 포함된 불가항력 (Force Majeure)에 대한 규정들과 비교할 수 있다⁴⁵⁾. 불가항력의 규칙은 가혹하고 용서가 없는 규정이다(draconian and unforgiving). 아주 완전한 불가능(nothing short of total impossibility)은 불이행 혹은 부분 불이행에 대하여 면책할 것이다. 실행불가능(impracticability)은 면책으로서 충분하지 않다. 대신에, 실행불가능 뿐만 아니라 실행불가능에는 이르지 못하는 Hardship은 Hardship조항에서 가치를 판단 받아야 한다(must be tested)⁴⁶⁾.

1) Hardship의 요건

UNIDROIT원칙은 Hardship발생의 기본요건과 추가요건을 규정하여 정의를 내리고 있다⁴⁷⁾.

(1) 기본요건

Hardship의 기본요건은 계약체결 후에 발생한 사건이 계약의 형평성을 근본적으로 변경시키는 것이다. 이러한 형평성의 근본적 변경의 원인은 2가지로 구분할 수 있다.

첫째, 계약의 일방 당사자의 이행비용이 증가하는 경우이다. 이는 그 의무를 이행하는 당사자 측의 사정으로 이행비용이 실질적으로 증가하는 경우이다. 이 경우는 비금전적 채무를 이행하는 경우로서 약정한 물품의 생산에 필요한 원료가격이나 서비스 제공 비용이 상승하거나 이전에는 존재하지 않았던 보다 비싼 생산과정을 요구하는 새로운 안전규칙의 도입으로⁴⁸⁾ 인하여 비용의 현저한 증가 등이 발생한 경우이다.

둘째, 계약의 일방 당사자가 수령할 이행가치가 실질적으로 감소하는 경우이다. 이 경우의 이행의무는 금전적일 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 이러한 이행가치의 실질적인 감소나 손실은 인플레이션에 의한 시장조건의 극적인 변화나 허가받은 건설부지의 건축금지과 같은 계약이행목적달성의 불능 등이 있을 수 있다. 이 경우 Hardship

43) UNIDROIT원칙, Art. 7.1.7(4).

44) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.1-6.2.3.

45) UNIDROIT원칙, Art. 7.1.7.

46) Joseph M. Perillo, op.cit., p. 124.

47) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2.

48) UNIDROIT원칙 Art. 6.2.2., Comment 1(a).

이 인정되기 위해서는 객관적으로 평가될 수 있어야 하고 단순히 이행가치를 수령할 당사자의 개인적 의견의 변화는 이와 관계없다. 특히 이행목적달성불능의 경우에는 계약체결 당시에 그 목적을 양 당사자가 이를 알았거나 마땅히 알았어야만 Hardship이 주장될 수 있다⁴⁹⁾.

UNIDROIT원칙의 공식주석에 따르면, Hardship이 성립되기 위한 이행가치의 증대나 한 당사자가 받을 이행가치의 감소가 50%이상일 경우 동 원칙에서 말하는 계약의 형평성의 근본적 변화를 야기한 경우라고 해설하고 있다⁵⁰⁾.

(2) 부가요건

UNIDROIT원칙은 상기의 기본요건 이외에도 4가지의 부가요건을 규정하고, 이들 요건을 동시에 달성되어야 한다고 요구하고 있다.

첫째, 사건이 계약체결 후 발생하거나 불이익 당사자에게 알려져야 한다. 만약 불이익 당사자가 계약체결 당시에 그러한 사건에 대하여 알고 있었다면 그것을 그 당시에 참작하여 계약을 체결하였을 것이다. 결국 Hardship의 규정을 원용할 수 없다.

둘째, 발생한 사건이 불이익 당사자에게 합리적으로 고려될 수 없는 사건이어야 한다. 다시 말해 그 사건이 가능성(probability)의 범위 밖에 있어서 합리적인 당사자들이 그것에 대한 준비를 하지 못했느냐의 여부가 문제이다⁵¹⁾. 만약 계약체결 당시에 발생한 사건을 합리적으로 참작할 수 있었다면, 그 사정의 변화가 계약 체결 후에 발생하더라도 이는 Hardship에 해당하지 않을 것이다. UNIDROIT원칙의 주석서는 다음의 예를 들고 있다. 즉, A가 B에게 X국으로부터 5년간에 걸쳐 석유공급계약을 체결하였다고 하자. 계약 체결 당시에 동 지역 내에는 정치적 긴장관계가 있었다. 계약체결 후 2년 만에 전쟁이 발발하였으며, 그로 인하여 세계적인 에너지 위기가 초래되었고, 석유가격이 폭등하였다. 이때 A는 B를 상대로 Hardship을 주장할 수 없다. 왜냐하면 석유가격의 폭등이 예상할 수 없는 것이 아니기 때문이다⁵²⁾.

때때로 사정의 변화는 점진적으로 진행되지만, 그러한 점진적 변화의 최종적 결과는 하나의 Hardship을 구성할 수도 있다. 만약 계약체결 전에 변화가 시작되었다면, 변화의 속도가 계약기간 동안 급격히 증대되지 않는 한 Hardship에 해당되기 어려울 것이다⁵³⁾. 예를 들어 A와 B의 매매계약에서, 그 가격은 X국 통화로 표시되었는데, X국의 통화가치는 계약체결 전에 이미 다른 주요통화에 비하여 서서히 떨어지고 있었다. X국

49) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 2(b).

50) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 2.

51) Joseph M. Perillo, *op.cit.*, p. 127.

52) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 3(b) Illustration 2.

53) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 3.

의 정치적 위기가 발생하고, 위기 발생 한 달 후에 X국 통화의 80%의 가치하락이 있었다. 이 경우에는 달리 특별한 사정이 없는 이상 Hardship을 구성한다고 볼 것인데, 그 이유는 X국이 통화가치의 급격한 하락은 예상될 수 없었기 때문이다⁵⁴).

셋째, 사건은 불이익 당사자의 통제를 벗어나야 한다. 즉 Hardship을 유발한 사건은 불이익 당사자가 통제할 수 없는 어쩔 수 없는 상황이어야 한다.

넷째, 사건이 초래할 위험을 불이익 당사자가 상정하지 않았어야 한다. 여기서의 상정은 그러한 위험이 명시적으로 불이익 당사자에 의하여 인수될 필요는 없고, 계약의 본질로부터 생길 수도 있는 것을 의미한다. 즉 투기거래를 하는 당사자는 비록 계약 체결 시에는 위험을 충분히 알지 못했다고 해도 어느 정도의 위험을 인수한 것으로 간주된다⁵⁵). 이에 대한 사례로서 적하보험을 전문으로 하는 보험회사인 A가 동일지역내의 세 국가에서 전쟁과 시민폭동의 동시 발발의 경우에 노출되는 실질적으로 더 큰 위험을 인수하기 위하여 전쟁과 시민폭동의 위험을 포함하는 계약을 한 고객들의 적하보험에 대하여 추가 보험료를 요구하였다. A사는 그러한 계약의 변경을 주장할 권리가 없다. 왜냐하면 전쟁 및 시민폭동 조항에 의하여 보험회사는, 비록 3개국 이 동시에 사건 발생의 위험에 처한다 할지라도, 이들 위험을 상정한 것이기 때문이다.

(3) Hardship의 본질로부터 파생되는 요건

Hardship의 본질로부터 추론할 수 있는 또 하나의 요건은, Hardship이 기 제공된 이행이 아닌 앞으로 제공될 이행에만 관계된다는 것이다. 즉 Hardship의 본질에 비추어 아직 이루어지지 않은 이행에 관하여만 관련이 있을 뿐이고, 일단 한 당사자가 이행을 제공한 경우에는 더 이상 이행비용의 실질적 증가 또는 이행 이후의 사정변화로 인한 수령한 이행가치의 실질적 감소를 주장할 수 없다. 그리고 이미 부분적으로 이행에 제공되었을 때 계약의 형평성이 근본적으로 변경되는 사건이 발생하였다면, Hardship은 여전히 제공될 이행의 부분에만 관련된다.⁵⁶ 예를 들어 A는 폐기물의 저장을 위하여 X국에 있는 폐기물처리회사인 B와 계약하였다. 계약은 4년 동안 톤당 고정가격으로 폐기물을 처리하기로 규정하였다. 계약 체결 후 2년 만에 X국에서 환경운동이 일어나, X국 정부는 폐기물 저장에 대하여 이전 보다 10배나 높은 가격을 규정하였다. 이러한 경우 B는 남은 2년간의 계약기간에 대하여 Hardship의 적용을 주장할 수 있다⁵⁷).

54) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 3(b), Illustration 3.

55) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 3(d).

56) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 4.

57) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 4 Illustration 5.

2) Hardship의 효과

상기의 요건을 갖춘 Hardship의 경우에 불이익 당사자는 재협상을 요구할 권리가 있고, 합리적인 기간 내에 합의에 도달하지 못하는 경우에는, 어느 당사자든지 법원에 결정을 구할 수 있다. 이 경우 법원은 Hardship이 있다고 인정할 경우, 결정된 시기와 계약조건에 따라 계약을 종료시키거나 혹은 계약의 형평성을 회복시키기 위하여 계약을 변경할 수 있다⁵⁸⁾. 그럼에도 불구하고, Hardship조항은 다음과 같은 표제로 시작하고 있다: “준수되어야 할 계약”⁵⁹⁾.

(1) 재협상요구권

가) 재협상요구권자 및 재협상 요구의 목적, 재협상의 대상

Hardship의 경우에 불이익 당사자는 변경된 사정에 맞게 계약을 수정할 수 있는 협상을 요구할 권한이 있다. 그러한 협상요구는 “부당한 지체없이”(without undue delay) 이루어져야 하고, 그 근거를 표시해야 한다⁶⁰⁾.

상기의 규정을 근거로 재협상 요구권의 행사자는 불이익 당사자이며, 그 재협상의 목적은 불이익 당사자로 하여금 변경된 상황에 맞게 원래의 계약조건을 변경할 수 있도록 하기 위함이다. 따라서 재협상의 대상은 원래의 계약조건이다⁶¹⁾.

이러한 재협상의 요청은 자동적인 가격조정조항을 편입하고 있는 경우에는 허용되지 않는다. 하지만 계약서에 포함된 가격조정조항이 Hardship을 유발하는 사건을 고려하지 않았다면, Hardship을 이유로 한 재협상의 경우에는 배제되지 않는다⁶²⁾.

재협상요구권은 국제무역계약에 현재 사용 중인 Hardship조항의 공통적인 내용이다. 이 권한은 법원이나 중재법정과 같은 제3자의 개입을 위한 전제조건으로 생각되고 있다⁶³⁾. 그리고 계약의 재협상은 계약의 이행에 관련된 것이지, 계약종료에 관한 합의까지 포함하는 것은 아니라고 본다. 이는 국제상사계약원칙에서 Hardship조항의 위치가 불이행의 장이 아닌 이행의 장에 있다는 점 및 “계약이행이 일방 당사자에게 보다 부담이 되는 경우에도 동 당사자는 Hardship에 관한 아래의 규정에 의하여 그 채무를 이행하여야 한다”는 위 원칙 제6.2.1.을 보더라도 명백하다⁶⁴⁾.

58) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3.

59) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.1.

60) UNIDROIT원칙, 제6.2.3조.

61) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3. Comment 1.

62) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3. Comment 1.

63) 오원석, 앞의 논문, p. 73.

64) 안경현, “UNIDROIT 국제상사계약원칙에 있어서의 Hardship”, 「상사법연구」 제21권 제1호, 상사법학회, 2002, p. 210.

나) 재협상요구의 기한 및 근거제시, 재협상의 자세

불이익 당사자의 재협상 요구는 지체 없이(without undue delay) 이루어져야 한다. 협상요청의 정확한 시간은 사건의 여러 가지 상황에 따라 달라질 수 있다. 만약 Hardship을 유발하는 상황이 서서히 진전될 때에는 시간이 걸릴 수도 있을 것이다⁶⁵⁾. 또한 지연된(delayed) 협상요구가 자동적으로 배제되는 것은 아니다. 하지만 재협상요청에 있어서의 지연은 Hardship이 실질적으로 존재하였는지, 존재하였다면 계약에 어떠한 영향을 미쳤는지에 대한 법원의 사실인정(finding)에 영향을 미칠 수 있다⁶⁶⁾. 그리고 지연된 요구가 무조건 배제되는 것은 아닐지라도 사회통념상의 이해의 정도를 넘는 지연된 요청은 거부되어야 할 것으로 생각 한다⁶⁷⁾.

또한 UNIDROIT원칙이 강조하는 것은 통지(communication)이다⁶⁸⁾. 그러므로 불이익 당사자는 재협상 요청이 기초한 근거를 제시할 의무를 부담한다. 이것은 불이익 당사자의 재협상요청을 상대방의 입장에서 정당한지 여부를 더욱 잘 평가할 수 있도록 하기 위함이다. 이러한 근거가 불충분한 요청은 정해진 기간 내에 제기되지 않은 것으로 생각하여야 한다. 재협상요청이 기초한 근거를 제시하지 못하면 부당한 지체와 유사한 효과를 가질 수 있다⁶⁹⁾.

한편 Hardship 클레임이 정당하다면, 불이익 당사자의 재협상 요청과 재협상 과정에서 당사자들은 신의성실의 원칙에 따라 협상에 임하여야 하고, 서로 간에 협조할 의무를 부담한다⁷⁰⁾. 따라서 불이익 당사자는 정직하게 Hardship이 실질적으로 존재하여야 하며, 재협상이 단순히 전략적 목적이어서도 안 되며, 또한 이를 믿어야 한다⁷¹⁾. 신의성실의 원칙은 강행적 성격이 있기 때문에 어떠한 명시조항도 배제하거나 제한할 수 없다⁷²⁾. 한편 재협상의 요청이 있으면, 양 당사자는 이를 방해하는 일을 금하고 모든 필요한 정보를 제공하면서 건설적인 방법으로 재협상을 수행하여야 한다⁷³⁾. 하지만 악의로(in bad faith) 협상하거나 혹은 협상을 결렬시키는 당사자는 타방 당사자에게 야기된 손실에 대한 책임을 부담하여야 한다⁷⁴⁾⁷⁵⁾. 하지만 협조의 의무에도 한계가 있다.

65) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 2.

66) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 2.

67) 안경현, 앞의 논문, p. 210.

68) Joseph M. Perillo, op.cit., p. 130.

69) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 3.

70) UNIDROIT원칙, Art. 1.7 및 제5.1.3조를 통하여 이를 유추할 수 있다.

71) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 5.

72) UNIDROIT원칙, Art. 1.7(2).

73) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 5.

74) Joseph M. Perillo, op.cit., p. 130.

75) Perillo 교수의 주장에 대하여 실효성에 의문을 제기하는 의견도 있다(안경현, 앞의 논문, p. 211).

즉 계약이행에서 합리적 기대를 넘어서거나 의무의 할당을 뒤집는 정도로까지 요구되지는 않는다. 그렇다고 소극적으로 상대방이 이행을 방해하지 않는 것으로 족하지 않으며 보다 적극적인 협조가 필요한 상황도 있을 수 있다⁷⁶⁾.

(2) 재협상결렬시의 효과

가) 법원에의 호소권

상당한 기간 내에 재협상이 합의에 도달하지 못할 경우 양당사자는 법원에 호소할 수 있다⁷⁷⁾. 이러한 상황은 불이익당사자의 상대방이 재협상을 완전히 무시하거나, 양당사자가 비록 신의칙에 따라 행동하였지만, 재협상이 바람직한 결론을 도출하지 못하였기 때문에 발생한다. 여기서 UNIDROIT원칙은 상당한 기간 내에 재협상이 합의에 도달하지 못한다면 법원에 호소할 수 있다고 규정하고 있는데, 상당한 기간의 의미는 해결되어야 할 이슈의 복잡성 및 그 사건의 개별상황에 따라 달라질 것이다⁷⁸⁾.

한편 법원에의 호소권은 불이익 당사자에게만 인정되는 권리가 아니라 불이익 당사자의 상대방에게도 인정된다. 이는 불이익 당사자가 재협상을 요구한 후에 아무런 조치를 취하지 않으면서 동시에 이행을 보류하는 경우를 예상하여 그 상대방에게도 법원에의 호소권을 인정한 것으로 보인다. 이러한 호소권은 재협상이 상당한 기간 내에 합의에 도달하지 못한 경우에 발생하는 것으로, 재협상 요구 없이 막바로 또는 동시에 법원에 호소하는 것은 UNIDROIT원칙의 규정으로 보아 부인된다고 본다. 즉 재협상이 이루어지지 않는 경우에만 순차적으로 발생하는 권리인 것이다⁷⁹⁾.

나) 법원의 조치

만약 법원이 Hardship의 존재를 결정하면, 합리적인 한 법원은 계약을 종료하거나 혹은 계약의 형평성을 회복할 수 있도록 하기 위하여 계약을 수정할 수 있다⁸⁰⁾. 하지만 법원이 심리한 결과 계약의 종료나 변경이 부적절한 경우에는 법원은 계약의 종료 또는 변경을 명하여서는 안 되며, 이 경우 합리적인 해결책은 계약변경에 대한 합의에 도달하도록 하기 위한 재협상을 지시하거나 현재대로의 계약조건을 그대로 확인하는 것이다⁸¹⁾.

많은 경우에 있어서, hardship에 의해서 부과되지 않는(not burdened by hardship) 당사자의 신뢰이익(reliance interest of the party)은 배상되어야 한다(redressed). 계약의 수정은 항상 가격조정을 필요로 하는 것은 아니다. 인도 장소(place of delivery)도

76) UNIDROIT원칙, Art. 5.1.3., Comment.

77) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3.(3).

78) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 6.

79) 안경현, 앞의 논문, p. 212.

80) UNIDROIT원칙, 제6.2.3(4).

81) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 7.

변경될 수 있음을 사례를 통해서 알 수 있다⁸²⁾. 다음의 사례를 통해서 이를 알 수 있다. A가 X국에 있는 B에게 3년간 맥주를 공급하기로 계약을 체결하였는데, 계약체결 후 2년 만에 X국에서 알콜음료의 판매와 소비를 금지하는 내용의 법률을 제정하였다. B는 즉시 Hardship를 주장하여 A에게 재협상을 요구하였고, A는 Hardship이 발생한 사실을 인정하였으나, B가 제안한 계약의 변경에 대해서는 이를 받아들이지 않고 있다. 한 달 동안의 무익한 논의 후에 B는 법원에 호소하였다. 이 경우 B가 인근의 다른 국가에 맥주를 되팔 수 있는 가능성이 있는 경우-비록 엄청나게 낮은 가격이라도- 법원은 그 계약을 유지하고 다만 합의되었던 가격을 하향조정할 수 있을 것이다. 반대로 그러한 가능성이 없는 경우 법원은 계약을 종료시킴과 동시에 B에게 A의 현재 인도중인 최후의 물품분에 대한 지급을 명하는 것이 합리적일 것이다.

물론, 법원은 계약은 본래 합의된 대로 이행되어야 한다고 선언함으로써 계약의 수정을 거절할 가능성이 크다⁸³⁾.

(3) 이행정지권

계약이 합의나 법원에 의하여 수정되어질 때 까지 hardship을 주장하는 당사자는 이행을 정지할 수 있느냐 여부가 가장 중요한 문제이다. UNIDROIT원칙은 “재협상청구는 본질적으로 불이익 당사자에게 이행을 보류할 수 있는 권한을 부여하지 않는다.”고 명시하고 있다. 주석서도 “단지 특별한 경우에만” 이행의 정지가 허용된다고 명시한 텍스트와 일치한다. 이행의 정지를 금하도록 하는 이유는 Hardship의 예외적 성격과 이에 따른 구제의 악용위험을 막고자 하는데 있다⁸⁴⁾. 그러나 실례는 건설 판례에서의 일반적인 종류의 hardship을 보여주고 있다. 새로운 안전규정(new safety regulations)은 추가적인 장비의 설치를 요구하고 있다. 그 실례는 도급자(계약자)는 “적합한 가격 수정(corresponding price adaptation)이 합의되지 않는 동안 추가적인 장비의 인도를 보류할 수 있다”라고 지적하고 있다. hardship을 통한 항변이 없는 상태에서 도급자가 장비를 설치해야할 의무를 부담한다고 가정하면, 그 상황은 상당히 예외적인 것처럼 보이지 않는다⁸⁵⁾.

한편 실무에서 어떤 사건이 불가항력으로든, Hardship으로도 고려될 수 있는 경우가 있다. 이 경우 불이익 당사자는 이 사건이 Hardship이 아닌 불가항력으로 적용받기를 원할 것이다. 왜냐하면 후자의 경우 이행을 정지할 수 있다⁸⁶⁾. 이 경우 장애와 그 장애가 자신의 이행능력에 미치는 영향을 상대방에게 통지하여야 한다⁸⁷⁾.

82) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 7 Illustration 5.

83) Joseph M. Perillo, op.cit., p. 130.

84) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 4.

85) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.3., Comment 4 Illustration 4.

86) UNIDROIT원칙, Art. 6.2.2., Comment 6.

87) UNIDROIT원칙, Art. 7.1.7.(3).

IV. 결론

지금까지 고찰한 것처럼 불가항력은 장애의 통제 불가능성, 예견 불가능성, 극복 불가능성을 그 요건으로 하고 있으며, Hardship은 어떤 사건의 발생이 당해계약의 균형을 근본적으로 변경시키고, Hardship이 계약체결 후에 발생하거나 불이익 당사자가 알게 되었을 것, 불이익 당사자가 합리적으로 Hardship을 고려할 수 없었을 것, 불이익 당사자의 통제를 벗어난 것일 것, 불이익 당사자가 위험을 상정하지 않았을 것 등을 그 요건으로 한다.

그 효과를 보면 불가항력은 불이행 당사자는 면책이 되지만, Hardship의 경우에는 불이익 당사자가 기존 계약에 대한 재협상을 요청할 수 있는 권리를 가지고, 당사자가 재협상과 관련한 합의에 도달하지 못한 경우에는 당사자는 법원에 요청할 수 있고, 법원은 계약을 종료시키거나 계약의 균형을 복구하는 견지에서 계약을 변경할 수 있다.

하지만 많은 법체계가 일반적으로 과도한 hardship을 부담하는 당사자 일방에게 면책을 허용하지 않을지라도, 이들 동일한 법체계는 일반적으로 변경된 상황에 적합하도록 계약을 수정하는 것을 규정하는 당사자 자치(party autonomy)를 인정하고 있다. 그 결과로서, 특별히 장기(long durations)계약이면서, 상황이 변경된 경우에 계약의 개정(revision)을 규정하고 있는 조항을 두고 있는 국제무역계약에서는 이것이 일반적이다.

복잡한 장기국제무역계약은 전형적으로 관계(relationship)에 대한 유연성을 제공하는 재협상 혹은 기타의 개정조항(other adaptation)을 포함한다. 그러한 조항의 부존재는 당사자 일방 혹은 쌍방의 당사자가 그러한 조항을 거절하였음을 반영할 것이다. 하지만, 또한 그러한 조항은 정교하지 못한 당사자(unsophisticated parties)가 간과하였거나 혹은 정교한 초안자(sophisticated drafter)가 고의로(deliberately) 누락하였을지도 모른다. 두 번째의 경우, 법원은 계약이 누락된 조항을 갖춘 것으로 간주하고, UNIDROIT 원칙의 도움을 빌어 법률의 공백을 보충할 수 있다.

UNIDROIT원칙은 당사자 관계의 조건을 결정하기 위한 광범위한 당사자 자치를 인정한다. Hardship을 적용하기 위한 근거는 계약조건에 의해서 더욱 확대되거나 축소할 수도 있다⁸⁸⁾. 사실상, UNIDROIT원칙을 초안한 작업반의 의장이 지적한 것처럼, 양당사자들은 Hardship이나 불가항력의 적용을 정당화할 수 있는 우발적인 사건을 더욱 세부적으로 확정하기를 기대한다. 왜냐하면 우발적 사건들로부터 도출되는 결과들은 근본적으로 서로 다르지 않기 때문이다⁸⁹⁾.

88) Joseph M. Perillo, *op.cit.*, p. 130.

89) Bonell, *An International Restatement of contract law; The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 1994, note 14 *supra*, p. 119.

참고문헌

- 김선국, “불가항력 및 사정변경의 원칙에 관한 계약과 관련한 주요 국제적인 규범들 규정의 검토·비교”, 「기업법연구」 제13집, 기업법학회, 2003.
- 배정환, “국제물품매매계약에 있어서의 불가항력에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제15권 2호, 영남대 사회과학연구소, 1996.
- 배준일, “UN통일매매법상의 손해배상책임에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 2001.
- 서완석, “비엔나협약상 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 면책”, 「기업법연구」 제19권 제1호, 한국기업법학회, 2005.
- 서정두, “국제계약에서 사정변경에 대한 Hardship조항의 활용”, 「무역학회지」 제22권 3호, 한국무역학회, 1997.
- 안강현, “UNIDROIT 국제상사계약원칙에 있어서의 Hardship”, 「상사법연구」 제21권 제1호, 상사법학회, 2002.
- 오원석, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙의 Hardship조항에 대한 유용성 고찰”, 「국제상학」 제16권 1호, 2001.
- 오원석, “UN통일매매법 Force majeure조항의 문제점에 관한 연구”, 「국제상학」 제13권 3호, 한국국제상학회, 1998.
- 오원석·배준일, “면책법리에 관한 비교법적 연구”, 「무역학회지」 제26권 제3호, 한국무역학회, 2001.
- Bederman, David, “The 1871 London Declaration, Rebus Sic Stantibus and a Primitivist View of the Law of Nations”, 82 *Am J. Int’l L.*, 1988.
- Corbin, Arthur Linton, *Corbin on Contracts*, 1960.
- Farnsworth, E. Allan. “Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws”, 3 *Tulane J. of Int’l & Comp. L.*, 47, 1994.
- 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”, *Pace Review of the Convention on contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, 1999-2000.
- Joseph M. Perillo, “Force majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Universidad Panamericana*, 1998.
- Nicholas, Barry, “Force Majeure and Frustration”, 27 *Am. J. Comp. L.*, 1979.
- Sarah Howard Jenkins, “Exemption for Non-performance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles - A Comparative Assessment”, *Tulane Law Review*, 1998.
- Veytia, Hernany, “The Requirement of Justice and Equity in Contracts”, 69 *Tulane Law Review*, 1995.
- 中村 弘, 「貿易契約の基礎」, 東洋經濟新報社, 1987.