

무역상무연구  
제67권  
2015. 8, pp. 1~21.

논문접수일 2015. 07. 30.  
심사완료일 2015. 08. 19.  
게재확정일 2015. 08. 20.

## 국제물품매매협약(CISG) 제79조(면책)와 관련한 몇 가지 쟁점\*

김 선 국\*\*

- 
- I. 서 언
  - II. 협약 상 면책의 요건과 효과
  - III. 면책 규정의 적용과 관련한 몇 가지 쟁점
  - IV. 면책과 관련한 비교법적 고찰
  - V. 결 언
- 

주제어 : 국제물품매매협약, 불가항력, 사정변경의 원칙, hardship, 면책법리

### I. 서 언

국제물품매매계약에 관한 유엔협약(이하 ‘협약’ 또는 ‘CISG’로 약한다)이 발효된 지 어언 30여년이 지났지만, 이 협약이 국제매매법의 조화와 통일이라는 그 제정 목적에 부응하고 있는지 내지 그 제정목적의 구현하기 위하여 어떠한 노력을 하여야 하는가에 관하여는 여전히 학자들과 법원들에 의하여 논의되고 있다. 많은 이들이 지적하고 있듯이, 분명한 것은 협약의 제정 목적을 살리기 위하여 협약을

---

\* 이 글은 2011년 5월, 국제거래법학회 춘계학술대회에서 발표한 것이나 그동안 미발표하였던 것을 수정, 보완한 것이다.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수, E-Mail : songkim@hanyang.ac.kr

해석함에 있어서 법정지의 ‘내국법에 의존하는 경향’ 등은 지양되어야 한다는 것이다. 그리고 협약의 해석은 가능한 그에 관한 다른 국가 법원들의 판결이나 중재판정 그리고 학자들의 견해 등을 고려하여 이루어져야 협약의 제정 목적이 구현될 수 기본적인 토대가 마련될 것이다.

그동안 협약을 적용한 각국 법원들의 판결과 중재판정들이 많이 집적되었고, 협약에 대한 연구도 국내외를 불문하고 괄목할만하게 이루어진 것도 사실이다. 그러나 아직도 협약의 많은 부분들에 대한 해석상의 난점들이 극복되지 못한 것도 부인할 수 없다. 협약을 적용함에 있어서 그동안 가장 큰 문제점 중의 하나로 지적되어 온 것이 법정지의 내국법에 의존하는 경향이었고(homeward trend), 그중에서도 특히 면책을 규정한 제79조가 그 대표적인 예로 지목되었다.<sup>1)</sup> 그러한 점에서 CISG 제79조는 협약 상 그 제정목적에 가장 부응하지 못하는 조항의 하나로 평가되고 있다.<sup>2)</sup>

본고에서는 내국법에 따른 해석경향을 보여 주는 전형적인 예로 일컬어지고 있고, 아직도 그 해석과 적용에 있어서 논란이 있는 CISG 상 면책(exemption)의 법리에 관하여 논의하고자 한다. 협약 상 “면책·규정에 관하여는 협약의 제정과정에서 노출된 것부터 시작하여 아직 여러 사항들이 미해결의 문제로 남아 있다. 특히, ‘장애’의 의미와 관련하여 경제상의 장애도 포함되는가, 사정변경의 원칙과의 관련성 여부, 그리고 물품이 계약에 부적합한 경우에도 협약 제79조가 적용되는가? 등이 여전히 논란의 대상이 되고 있다.

본고는 그러한 측면에서 면책을 규정한 협약 제79조를 통하여 협약의 적용과 관련하여 제기될 수 있는 문제점을 사정변경의 원칙 등 몇 가지 쟁점을 중심으로 살펴보고자 하는 것이다. 이를 위하여 II에서는 협약 제79조상 면책의 요건 및 효과를 간략히 살펴본다. III에서는 면책규정의 적용과 관련하여 그동안 논란이 많았던 몇

1) 특히 CISG 제79조의 장애(impediment)의 의미와 관련한 것이 들어진다. Flectner, Art. 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemptions for Delivering Non-Conforming goods, Pace International Law Review 19(1), 2007, p. 50. 그는 협약 제79조에 관한 미국 연방법원의 판결(소위 ‘Martin Forberich’ 판결로 불려진다. 이에 관하여는 후술한다)에 대하여 그러한 평가를 하였다. 그러나 협약 제79조가 ‘장애’(impediment)라는 용어를 사용한 것이 ‘force majeure’나 ‘hardship’ 같은 특정 국가에서 사용되는 관련 개념과 연관되는 것을 회피하기 위한 의도였다는 점에서 본다면 아이러니가 아닐 수 없다. 이러한 점에 관하여는 Kessedjian, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, *International Review of Law and Economics* 25, 2005, p. 417 참조.

2) Honnold에 의하면, 면책을 규정하고 있는 CISG 제79조는 “국제적인 통일을 위한 50여년의 작업 중 가장 성공적이지 못한 부분” 이라 한다(Honnold 교수는 CISG의 제정 작업 당시 UNCITRAL의 위원장이었고, 1980년 최종승인을 위한 Vienna 회의 미국대표였다).

가지 쟁점에 대하여 논의한다. VI에서는 계약과 관련하여 국제적으로 중요한 UNIDROIT의 국제상사계약에 관한 원칙(이하 'PICC'로 약한다), 유럽계약법원칙(이하 'PECL'로 약한다) 및 미국통일상법전(이하 'UCC'로 약한다) 제2편의 관련규정의 내용들을 간략히 비교하기로 하고 V에서 결론으로 CISG 제79조를 해석·적용함에 있어 지적되어온 내국법의존경향을 지양하여야 함을 제시하고자 한다.

## II. 협약 상 면책의 요건 및 효과

협약 제79조는 당사자 일방이 의무를 불이행한 경우에 면책되는 요건을 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 1) 통제할 수 없는 장애의 존재 2) 장애의 예견불가능성 3) 장애나 그 결과의 회피불가능성 등이 그것이다. 협약은 또한 제3자가 개재된 경우에 제3자와 당사자에 대하여 모두 협약 제79조가 규정하는 요건을 갖출 것을 요구하고 있다. 이하 계약당사자가 불이행한 경우와 제3자의 불이행으로 인한 경우를 나누어 논의하기로 한다.

### 1. 면책요건

#### 1) 장애로 인한 계약당사자의 면책

##### (1) 통제할 수 없는 장애의 발생

협약 상 의무를 불이행한 자가 면책되기 위한 기본 전제는 '장애'의 존재이다. 그러나 '장애'의 개념에 관하여 협약이 규정하고 있지 않아 협약의 전신이라 할 수 있는 국제물품매매계약에 관한 통일법(Uniform Law on the International Sale of Goods: 이하 'ULIS'로 약한다)의 규정과 협약의 입안과정에서의 논의를 살펴볼 필요가 있다. 협약 제79조의 전신이라 할 수 있는 ULIS 제74조는 논란 끝에 'obstacle' 대신에 '상황'(circumstances)이라는 용어를 사용하여 '상황'이 변경된 경우 쉽게 면책이 될 여지가 있었다. 따라서 협약의 기초자들은 의식적으로 ULIS의 태도를 버리고 좀 더 엄격한 요건 하에 면책을 인정하는 방향을 택하였다. 따라서 협약 상 면책이 허용되는 장애는 객관적으로 좁게 엄격하게 해석되어야 함은 의문의 여지가 없다.<sup>3)</sup>

구체적으로 ‘장애’에 해당하는 모든 사유를 망라하여 열거할 수는 없다. 통상 천재 지변(Act of God: 예컨대, 지진, 번개, 홍수, 폭풍 등), 사회적, 정치적 사건(전쟁, 혁명, 반란 구테타, 파업 등), 법적 장애(물품의 압수, 수출입금지조치 및 외국으로의 자금 이체금지) 등 이외에도 전력의 차단 등이 거론되기도 한다. 또한 전쟁 등 일반적으로 이에 해당하는 사유가 발생하였다고 하여 그 자체로서 면책이 허용되는 장애로 인정되는 것은 아니다(예컨대, 전쟁이 발발하였으나 이행이 가능한 경우).

면책이 되기 위하여 장애는 불이행한 당사자의 통제 밖의 것이어야 하고, 불이행한 당사자는 그것을 입증하여야 한다. 협약의 면책규정은 계약의 당사자들이 그의 통제 하에 있는 모든 사건에 대하여 책임을 부담한다는 것에 기초하고 있다. 따라서 당사자의 통제영역 밖에 있는 것만이 면책되는 장애에 해당한다. 분명한 것은 의무자의 인적 책임과 위험 범위내의 사건은 장애에 해당하지 않는다는 것이다. 객관적으로 이행을 불가능하게 하는 것은 장애에 해당할 수 있으나 문제는 이행자체를 불가능하게 하지 않은 사유-예컨대 경제적 불능-가 이에 해당하는지 여부이다.<sup>4)</sup>

이에 대하여 합의의 전제를 완전히 벗어난 정도의 가격의 변동의 경우 경제적 어려움(노르딕 국가에서는 경제적 불가항력이라 한다)에 대하여는 다툼이 있다. Schlechtriem은 협약 상 물리적, 경제적 불능의 경우 모두 채무자가 면책될 수 있으나, 경제적 어려움은 매우 좁은 상황 하에서만 장애를 구성하고, 조달이나 생산비용의 증가만으로는 장애에 해당하지 않는다고 한다.<sup>5)</sup>

원시적 불능의 경우에도 면책에 관한 협약의 규정이 적용되는지에 관하여 견해가 대립된다. 협약이 원시적 불능과 후발적 불능 등을 구별하지 않고 의무를 위반

3) Jenkins는 CISG 제79조에 규정되어 있는 ‘장애’라는 개념이 모호하거나 부정확하다는 비판들에 대하여, 그러한 문구는 성질상 그러한 것이 당연하고 오히려 각국의 법원들이 CISG하의 책임의 엄격성이나 국제거래의 관행들에 비추어 그 의미를 판단하여야 함을 강조한다. Jenkins, “A comparative study and analysis of the doctrine of frustration under the CISG”, UNIDROIT Principles and UCC, *I.C.C.L.R.*, 2012, p. 187.

4) Tallon에 의하면 협약 제79조는 불어본과 영어본 사이에 의미상의 차이가 있다고 한다. 즉 영어본의 “impediment beyond control”에 해당하는 불어본의 “un impechment independent de sa volonte”(그는 이것을 ‘independent of his will’로 번역하였다)의 의미상의 차이를 지적하고, 영어본이 좀 더 객관적인 의미를 갖기 때문에 선호된다고 한다. 그에 의하면 스페인어 본도 불어본과 케를 같이 한다고 한다. Lindstrom, *Changed Circumstances and hardship in the International Sale of Goods*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgbiblio/lindstrom.html>, 주 10 참조. 부인한 예로서, UNILEX d.02.05. 1995 (Belgium, *Rechtbank van Koophandel, Hasselt*)(가격의 변동은 예견가능한 것이고 이행을 불가능하게 하지 않는다. 다만, 경제적 손실은 통상의 상업적 위험에 불과하다); 벨기에 최고법원은 철강의 가격이 70%오른 경우, 심각한 불균형을 초래한 것으로 제79조가 적용된다고 한 바 있다;

5) Schlechtriem, *Uniform Sales law, The UN-Convention on Contracts or the International Sale of Goods*, 1986, p. 102.

한 자가 계약위반에 따른 책임을 부담하므로 원시적 불능의 경우에도 적용을 인정하는 견해가 다수설이다.<sup>6)</sup> 이에 대하여 원시적 불능의 경우에도 계약을 유효로 보는 미국과 같은 법제와 계약체결 시 계약 목적물의 존재를 계약의 유효성의 전제조건으로 인정하는 법제 하에서는 적절하지 않다고 하고 이는 협약이 규율하는 사항이 아니므로 계약의 준거법에 의하여야 한다는 견해가 있다.<sup>7)</sup>

## (2) 예견불가능성

면책의 요건으로서 통제할 수 없는 장애는 합리적인 사람이 계약체결 시 그 장애를 고려하는 것이 합리적으로 기대될 수 없는 것이어야 한다. 따라서 통제 밖의 장애라도 계약체결 시 고려될 수 있었던 것이라면 면책되지 않는다. 이것은 예견할 수 있는 것이라면 의무자가 계약에 다른 규정이 없는 한, 그러한 위험을 인수한 것으로 보는 관념에 기초하고 있다. 예견가능성을 판단하기 위하여 다른 요소, 예컨대, 계약의 존속기간, 국제시장에서의 가격변동추이,<sup>8)</sup> 장애의 징후<sup>9)</sup> 등이 고려되어야 한다. 예견가능성은 합리적인 사람을 기준으로 한 객관적인 기준 하에 판단된다. 수입금지 같은 것도 합리적인 사람이 계약체결 시 고려할 수 있는 것이었다면 면책사유가 되지 못한다.

Loofsky에 의하면 사실상 모든 잠재적인 장애는 어느 정도까지는 예견가능하기 때문에 이 요건이 가장 입증하기 힘든 것이라 한다.<sup>10)</sup> 그에 의하면 급격한 가격인

6) Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, 1989, at 445 ; Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Supp. 4(1993), etc., ; 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, pp. 301~302 및 주 200 참조.

7) Flambouras, "The Doctrines of Impossibility of Performance and *Clasula Rebus Stantibus* in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law-A Comparative Analysis", *Pace Int'l L. Rev.*, Vol. 13, 2001, pp. 268-270 .

8) ICC arbitration Case No. 6281/1989 (매도인이 80,000톤의 철강을 판매하면서 매수인에게 동일한 가격으로 80,000톤을 장래에 매수할 선택권을 부여하였고, 매수인이 선택권을 행사하였으나 철강의 가격이 인상되자 매도인은 이행을 못하는 것이 회피할 수 없는 것이었다고 주장한 사건이다. 중재판정부는, CISG가 적용되는 사안은 아니었지만, 그러한 가격인상은 국제철강시장에서 발생하는 것이었으므로 예견가능한 것이었고, 더욱이 계약체결 시 이미 가격이 상승하기 시작하였으므로 자신을 보호하려면 계약에 가격조정조항 같은 것을 두었어야 했다고 매도인의 책임을 인정하였다. Flambouras, *op. cit.* 주 31 참조.

9) ICC Arbitration Case No. 7197/1992 (이 사안에서 매수인이 신용장을 제공하지 못하자 매도인이 대금지급의 지연을 이유로 손해배상을 청구하였다. 매수인은 은행이 신용장개설을 하지 못한 것이 불가리아 정부의 외채에 대한 동결조치 때문이어서 책임이 없다고 항변하였으나, 중재판정부는 이미 계약체결 시 불가리아 정부의 조치가 발효되고 있었으므로 매수인은 대금지급상의 장애를 예견할 수 있었다고 매수인의 책임을 인정하였다), Flambouras, *op. cit.*, 주 32 참조.

10) 미국에서는 미국통일상법전(UCC) 2-615와 관련하여 예견불가능성이 너무 막연하여 당사자

상 등도 예견가능한 것이고, 거의 면책사유가 되지 않는다고 한다. 따라서 장기에 걸쳐 물품을 판매하는 자는 그러한 위험을 부담한다고 한다.<sup>11)</sup> 이에 대하여 Stoll 과 Gruber는 사실상 모든 사건이 이론적으로 예견가능하기 때문에 순수하게 경험적으로만 제79조를 해석하는 것은 잘못이고, 그 대신에 당사자가 합리적으로 예견 가능하였는지를 판단하는 합리성평가를 하여야 한다고 한다. 그들에 의하면 ‘계약 당사자가 발생가능성이 높은 그러한 조건하에 있었는지 또한 특정 거래 영역에서 그러한 장애가 존재하거나 발생할 것이라고 예견할 수 있었는가’를 따져서 예견가능성여부를 판단하여야 한다는 것이다.<sup>12)</sup>

### (3) 회피불가능성

위의 요건이 충족되었다 하더라도 당사자가 면책되기 위해서는 장애나 그 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없는 것이어야 한다. 협약은 예견불가능성과 회피불가능성을 ‘or’로 규정하고 있지만 두 요건은 누적적으로 적용되는 것으로 보아야 한다.<sup>13)</sup> 따라서 예견불가능한 장애라도 그 장애를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 있었던 경우에는 면책되지 아니한다. 따라서 당사자는 장애를 회피하거나 극복하는데 필요한 가능한 조치를 취해야 한다. 여기서 ‘회피’란 모든 필요한 조치를 취하여 장애의 발생을 예방하는 것을 의미하고, ‘극복’이란 장애의 결과를 배제하기 위한 모든 필요한 조치를 취해야함을 의미한다.

여기서도 회피나 극복의 가능성은 같은 종류의 합리적인 사람을 기준으로 판단하여야 할 것이다. 이때 역시 문제되는 것은 물리적으로 불가능한 경우만을 의미하는 것이 아니라 물리적으로 가능하더라도 엄청난 경제적 희생이 따르는 경우를 포함하는 가여부이다. 협약 하에서 면책이 되기 위하여 어느 정도의 경제적 희생이 요구되는 가 여부를 일률적으로 판단할 수는 없지만 합리성을 기준으로 개별적으로 사안마다 판단하여야 할 것이다. 다만, 소위 ‘경제적 불가항력’이나 ‘상업적 불능’(commercial impracticability)의 경우 예외를 인정한다고 하더라도 그 예외는 엄격하게 극히 예외적인 상황 하에서 인정되어야 할 것이다. 이와 관련하여 CISG는 전통적인 ‘불가항력’이론보다는 ‘사정변경’에 대하여 좀 더 유연하다고 하고, 목적달성불능(frustration)이나 미국에서의 상업적 불능보다는 엄격하다고 하다는 견해가 있다.<sup>14)</sup>

---

의 면책의 판단요소로서 부적절하다는 비판이 많다. 예컨대, Gillette & Waltz, *Sales Law: domestic & International*, 1999, pp. 244~245.

11) Loofsky, *Understanding the CISG in the USA*, Kluwer Law International, 2004, p. 103.

12) Stoll & Gruber, *Exemptions in Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods*, 2005, pp. 806~844.

13) 동지, 석광현, 전게서, p. 300.

14) Lindstrom, *op. cit.*, p. 37 참조.

## 2) 제3자에게 장애사유가 있는 경우의 면책

협약 상 계약당사자가 계약의 전부 또는 일부를 이행함에 있어 개재된 제3자의 행위에 대하여도 책임이 있고, 제3자의 불이행으로 인하여 자신의 의무를 이행할 수 없게 된 경우에는 자신 뿐 아니라 제3자도 위의 면책요건을 충족하였음을 입증하지 못하는 한 손해배상책임을 면하지 못한다(제79조 제2항). 이때 제3자의 범위가 문제된다.

협약의 입안과정이나 제79조가 제3자가 이행과정에 개재된 경우에 엄격하게 책임을 인정하고 있는 규정의 취지로 보아 종속적 이행보조자가 여기의 제3자에 포함되지 않음은 명백하다. 그렇다면 독립적 이행보조자만이 여기의 제3자에 포함될 수 있을 것이나 그 범위에 관하여 견해가 대립되고 있다. 즉 채무자인 위반당사자가 계약의 전부 또는 일부의 이행을 위하여 사용한 모든 자를 의미하는 것으로 넓게 해석하는 견해와 계약상 의무의 전부 또는 일부의 이행을 직접<sup>15)</sup> 담당하는 자를 의미하는 것으로 제한적으로 해석하는 견해가 있다. 후자를 주장하는 일부 견해는 다시 제3자가 당사자들의 계약과 유기적 관계가 있고, 제3자가 자신의 행위가 주계약인 매매계약의 이행을 위한 수단임을 알고 있어야 한다는 점을 강조하기도 한다.<sup>16)</sup>

제3자의 범위를 제한하는 설이 다수설이나 문제는 매도인에게 공급하는 공급자(supplier)가 제3자에 포함되는가 여부이다. 공급자는 통상 매도인에게 그의 의무를 이행할 뿐이고 매도인의 상대방에게 직접 의무를 부담하지 아니한다는 점에서 공급자는 제79조상의 제3자에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다.<sup>17)</sup> 다만, 매도인이 다른 공급원천이 없어 특정 공급자에게 의존하는 경우에만 구제가 가능하다는 견해가 있으나,<sup>18)</sup> 이러한 경우에도 의무자는 원칙적으로 면책되지 않고 그러한 사실이 계약에 포함되어 있는지 여부를 따져보아 판단하여야 할 것이다.<sup>19)</sup>

15) 위탁받아 이행하는 것이 보통이겠지만, 그러한 자가 제3자에 포함되는 근거는 의무자의 상대방에게 직접 계약의 전부 또는 일부를 이행하는데 있으므로 ‘직접’이라는 어휘를 사용한다.

16) 제3자의 범위에 관한 견해의 대립에 관한 상세는 석광현, 전게서, pp. 311~313 참조.

17) 결국 이행에 참여하는 것이 아니라 이행을 하는데 필요한 전제조건 또는 도움을 줄 뿐이다. 독일연방대법원은 매도인의 공급자에 대해서는 CISG 제79조 제2항이 아니라 제1항이 적용될 수 있다고 한다. BGHZ 141, 129; 또한 오스트리아 대법원도 불이행한 당사자는 자신의 공급자 측의 어떠한 불이행의 경우에도 책임이 있다고 하였다. Austria 21 April 2004(Oberster Gerichtshof), <http://cisg3.law.pace.edu/cases/040421a3.html>.

18) 석광현, 전게서, p. 314.

19) CISG 제79조에 상응하는 PICC 제7.1.7은 몇 가지 점에서 협약의 규정과 차이가 있다. 그 가운데 가장 두드러진 차이점은 제3자의 불이행의 경우이다. Garo는 이에 대하여 PICC에 그러한 조항을 두지 않은 것은 제3자의 불이행의 경우를 규정하고 있는 CISG 제79조 제2항이 그 기초자들의 의도와는 달리 오해, 복잡성 등의 허점이 있다는 것이 반영된 것이라

### 3) 장애사실의 통지

협약은 불이행 당사자에게 장애가 존재한다는 것과 그 장애가 자신의 이행능력에 미치는 영향을 상대방에게 통지할 것을 요구하고 있다(제79조 제4항). 이때 장애가 일시적인 것인지 영구적인 것인지는 관계가 없다. 불이행 당사자가 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방이 통지를 수령하지 못한 경우에는, 불이행 당사자는 상대방의 불수령으로 인한 손해에 대하여 책임이 있다. 이때 통지에 대하여는 협약 제27조의 예외로써 도달주의에 의한다.<sup>20)</sup> 물론 이 경우 손해배상책임은 수령하지 못함에 따라 장애가 없을 것이라고 의존하여 발생한 손해(reliance interest)만에 국한된다.<sup>21)</sup> 또한 여기의 손해는 계약상 의무불이행으로 인한 손해는 아니다.

### 4) 인과관계

위에서 언급한 예견불가능하고, 회피나 극복이 불가능한 통제할 수 없는 장애로 면책되기 위하여 그 장애가 불이행의 유일한 원인이어야 하다. 만일 장애가 채무자의 의무위반과 결부된 경우에는 면책되지 않는다.

장애가 일시적인 경우에는 그 장애가 존속하는 동안만 손해배상책임만이 면제되므로 그 장애가 계속되는 경우에도 의무불이행으로 인한 다른 책임은 여전히 부담한다. 즉 상대방은 그 불이행이 본질적 계약위반인 경우 계약을 해제할 수 있음은 물론이다.

## 2. 효과

위에서 언급한 협약 제79조의 요건이 충족되면 불이행한 당사자는 불이행으로 인한 손해배상책임을 면한다. 손해배상책임을 면책에는 당사자가 계약에서 달리

---

한다(Garo, Exemption of Liability for damages: Comparison between provisions of the CISG(Art.79) and the counterpart provisions of UNIDROIT Principles(Art. 7.1.7), in *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980) as Uniform Sales Law*, edited by John Felemegas, Cambridge University Press, 2007, p. 237).

20) 협약이 제3편 상의 통지에 대하여 발신주의를 취하는 이유는 이와 같은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는, 통지가 의무위반자의 상대방이 하는 것이고, 그러한 경우 불도달의 위험을 의무를 위반한자의 상대방에게 전가하는 것이 불합리하기 때문이라는 점을 고려한 것이다.

21) 기대이익(expectation interest)은 여기의 손해에 포함되지 않는다.

정한 바가 없다면 손해배상액이 예정되어 있는 경우(liquidated damages)는 물론 위약벌(penalty, 준거법 하에서 유효한 경우)도 면하게 된다. 그러나 협약 제79조 5항은 상대방이 손해배상책임을 묻지 못하지만 다른 구제수단의 행사는 영향을 받지 않는다고 규정하고 있으므로 위에서 언급한 것처럼 계약의 해제 등 다른 구제수단을 행사할 수 있음은 물론이다. 그러나 실제로 이행이 불가능한 상황 하에서 아래에서 논의하는 이행청구가 가능한가는 다름이 있다.

### III. 면책규정의 적용과 관련한 몇 가지 쟁점

#### 1. 특정이행(specific performance)

채권자는 협약 제79조에 따라 채무자에게 계약상 의무불이행에 대한 손해배상책임을 물을 수 없는 경우에도 그 이외 협약 상 인정되는 모든 다른 구제수단을 행사할 수 있다. 그 중 특정이행청구가 가능한가도 그 실익과 관련하여 문제된다. 특히 계약의 목적물이 멸실되어 더 이상 존재하지 않게 된 경우(대체물이 없는 경우) 또는 전술한 경제적 불능의 경우와 관련하여 문제된다. 이때 물품이 멸실된 경우에는 특정이행청구를 할 수 없다는 것이 지배적인 견해라 한다.<sup>22)</sup> 그러나 선박이 물품운송 중 바다에 침몰한 경우에 선박의 인양이 물리적으로 가능하더라도 엄청난 비용이 드는 경우 즉 소위 경제적 불능의 경우도 마찬가지로 해석하여야 할 것이다.

#### 2. 계약에 부적합한 물품의 교부

매도인이 계약에 부적합한 물품을 인도한 경우에도 협약 제79조에 의한 면책이 허용되는가? 이에 대하여 부정설과 긍정설이 대립하고 있다.<sup>23)</sup> 부적합한 물품을

22) 이에 관한 것은 허해관 외, “국제물품매매협약상의 면책규칙에 관한 일고찰”, 통상법률, 2005, p. 81 이하 참조.

23) 긍정설과 부정설의 논거 등에 관하여 비교적 상세한 국내문헌은, 석광현, 전게서, pp. 305~307; 허해관 외, 주 22, pp. 66~69 등이 있다.

인도한 경우 면책에 관한 협약의 규정이 적용되지 않는다는 부정설을 취하는 Honnold에 의하면 협약의 입안과정에서 ULIS(하자있는 이행을 하게 된 ‘상황’)와 달리 이행을 ‘방해’하는 장애에만 적용되는 것으로 결정되었고, 이는 특히 협약 제 79조 제4항의 통지를 보더라도 그러하다고 한다. 협약 제79조 제4항이 ULIS하에서 요구되지 않던 통지를 요구하고 있기 때문이다. 이때의 통지는 숨은 하자가 있는 물품의 인도와 관련하여서는 불합리한 요건이라고 하고, 그것이 협약제정과정에서의 외교회의에서 채택되고 확인되었다고 한다.<sup>24)</sup>

이에 대하여 긍정설을 취하는 이들의 주된 논거는 협약이 매도인과 매수인 모두에게 동일한 구제수단을 규정하고 있고, 협약 상 불이행으로 인한 면책에 관하여도 동일한 조건아래 당사자가 면책된다고 보는 것이 논리적으로 타당하다는 것이다.<sup>25)</sup>

생각건대, 부정설이 주장하는 논거 중에 ‘통지’요건이 ULIS와 다르고, 매도인의 숨은 하자가 있는 물품을 인도한 경우에 적절하지 않다는 것은 그다지 설득력이 없다 왜냐하면 불이행한 당사자의 상대방이 통지를 수령하지 못한 경우에 손해배상책임은 의무의 불이행으로 인한 손해배상책임은 아니기 때문이다. 그러한 점에서 본다면 ‘통지’는 제79조 상의 면책의 직접적인 요건은 아니다. 또한 적절성여부도 일률적으로 판단하기 힘들고, 구체적인 상황을 따져보아야 할 문제이기 때문이다. 이는 협약이 면책이 되는 대상을 ‘모든 의무’(any of his obligation)라 하여 면책될 수 있는 의무의 범위를 제한하지 않고 있고, 또한 협약 제79조가 매도인이나 매수인 모두에게 적용된다는 점 등의 이유에서 일견 긍정설이 논리적으로 설득력이 있어 보인다. 그러나 긍정설이 부적합한 물품을 인도한 경우에 적용된다고 하면서 언급하는 것 중 당시의 기술수준을 벗어난 것 때문에 하자가 발생한 경우, 그 기술적수준의 한계가 장애라는 것인데 그 경우는 협약 제35조 제2항 (b)의 문제로 귀착되는 것으로 볼 수 있지 않을까?

그렇다면 협약의 제79조는 그 문언에도 불구하고 장애는 계약부적합의 물품을 인도한 경우에는 적용되지 않는다고 보는 것이 부정설이 긍정설에 비하여 제정취지에 부합한다고 본다.<sup>26)</sup>

---

24) Honnold, *Uniform law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., 2009, Wolters Kluwer, pp. 426-426. 그 외에 부정설을 취하는 이들과 이들의 논거에 관하여는 허해관 외, 주 22, pp. 66-67.

25) Barry, *Force Majeure and Frustration*, Am. J. Comp. L., Vol. 27,1979, pp. 232-245. 또한 1978 초안 제65조 제1항에 관한 논의에서 사무국주석이 불이행한 매도인이 면책될 수 있음을 예로 들고 있는데, 그 예는 매도인이 계약에서 요구되는 플라스틱 포장을 못한 경우에 매도인이 상업적으로 플라스틱 포장에 상당한 대체물을 제공했다면 면책될 수 있다는 것이었다. 불이행의 대상이 되는 물품적합의무도 여타의무와 다를 바 없고, 제79조의 문리해석상 적용된다고 한다(허해관 외, 주 22, p. 69).

### 3. 사정변경의 원칙 등

협약 제79조가 불가항력이라거나 이행가혹(hardship)등의 표현을 표제로 사용하고 있지 않지만, 동조는 일반적으로 국제거래사회에서 거론되는 ‘불가항력’에 상당하는 규정이라고 회자된다. 협약은 사정변경과 관련하여 명시적인 규정을 두고 있지 않으나 계약과 관련한 다른 국제적인 규범들은 ‘불가항력’이외에 사정변경의 원칙(또는 hardship)에 관한 규정을 두고 있다. 따라서 협약 하에서 경제적 불능이나 또는 원자재가격의 급등이나 통화가치의 급락 등 일방에게 이행을 강제하는 것이 심히 가혹하게 된 경우처럼 사정이 변경된 경우 협약 하에서 어떠한 해석이 가능한지 여부가 문제된다. 환언하면 그러한 경우가 제79조의 면책규정으로 규율될 수 있는지? 아니면 협약의 흠결로 보아 협약 제7조 제2항에 따라 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 따라 이를 해결하여야 하는지 여부가 그것이다. 양자의 차이점은 제79조에 의해 규율된다면 다른 규범들에 규정되어 있는 재협상이나 계약의 변경은 인정되지 않을 것이고, 일반원칙으로부터 도출하여 이를 인정한다면 재협상이나 계약의 변경도 가능해진다는 것이다.<sup>27)</sup>

그러나 Flambouras에 의하면 위에 언급한 것들은 제79조의 범주에 들어가지 아니하고, 협약이 사정변경원칙을 채택하지 않았다고 보는 것이 다수설이라 한다.<sup>28)</sup> 이하 이에 관한 종래의 논의를 살펴보기로 한다. 그러한 논의는 주로 CISG 제79조의 적용범위의 문제로서 또는 CISG가 규정하지 아니한 사항과 관련하여 CISG 제7조 2항에 따른 보충적인 역할(gap-filler)을 할 수 있는 것으로서 다른 두 규범, UNIDROIT의 국제상사계약에 관한 원칙(PICC)과 유럽계약법원칙(PECL) 중 특히 PICC상의 ‘Hardship’에 관한 규정이 계약에 관한 일반원칙으로서 적용될 수 있는가 여부를 중심으로 논의되어 왔다.

- 
- 26) 협약 제79조가 계약에 부적합한 물품을 인도한 경우에 적용되는가 여부에 관한 상세한 논의는, Flechtner, Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG) as Rorschach Test: The homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods, *Pace International Law Review*, Vol 19, 2007, pp. 29 이하 참조. 그는 Stoll/Gruber를 인용하면서 그들은 원칙적으로 부정설을 주장하는 Honnold 견해에 동의하면서도 긍정설을 취한다고 하면서, 긍정설이 다수설이라 한다(Id. p. 35 및 주 26).
- 27) Schwenger에 의하면, 협약이 효력을 발생한 초기에는 일부 학자들에 의하여 제79조하에서 “hardship”은 고려될 여지가 없다고 주장되었으나, 지금은 거의 모든 법원이나 중재판정 및 학자들이 협약 제79조에 의하여 “hardship”과 관련한 문제들이 커버되는 것을 인정하고 있다고 한다(Schwenger, Force majeure and Hardship in International sales Contract, *Vict. U. Wellington L. Rev.*, Vol. 39, 2009, p. 712).
- 28) Flambouras, *op. cit.* p. 278. 그는 이 경우에 PICC나 PECL의 관련규정을 적용하여 해결하고자 한다(Id. p. 280).

### 1) 부정하는 견해

이 문제에 관하여 현재 지배적인 견해는 CISG 제79조의 적용범위가 ‘Hardship’의 경우까지 포괄하는 것은 아니라고 한다.<sup>29)</sup> 결국 PICC 상의 ‘Hardship’에 관한 규정에 의한 보충을 부정하는 것이다.<sup>30)</sup> 부정하는 견해들은 그 근거를 주로 CISG 제79조의 입법연혁에서 찾는다. 즉 CISG 제79조는 연혁적으로 ‘Hardship’을 구성하는 상황보다는 훨씬 큰 장애가 있는 경우에 국한되어 적용되는 규정이라는 것이다.<sup>31)</sup> 그런데, CISG는 ‘Hardship’의 경우를 명시적으로 규정하고 있지는 않으나 또한 명시적으로 배제하고 있는 것도 아니기 때문에 전술한 바와 같이, CISG 제7조에 의한 일반원칙에 의한 보충문제가 거론되는 것이다.

### 2) 긍정하는 견해

일부의 견해는 CISG가 적용되는 계약에서도 계약 체결 후 상황이 중대하게 변경되거나 경제적 불능이 발생한 경우에, 모든 것을 불이익을 받는 자의 희생으로 돌려서는 아니 된다는 입장에서 “희생의 제한 내지 한도”(limit of sacrifice)를 주장한다.<sup>32)</sup> 그리고 당사자가 CISG 제79조를 변경 또는 배제한 것인가를 결정하기 위하여 CISG 제6조에 따라 실제계약을 합리적으로 해석할 필요가 있다고 한다.<sup>33)</sup> 그

---

29) Honnold, *supra* note 24, (협약 제79조 하의 면책은 엄격한 것이고, 이행을 못하게 하는 장애에 국한되어야 한다); Bund, Comment, Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner, *J. L. & Com.* 381, Vol. 17, 1998, p. 387. (제79조는 이행불능에 관한 것이지만 상업적 불능(commercial impracticability) 같은 것을 포함하는 것은 아니다), etc.

30) CISG 제79조가 사정변경의 원칙에 따른 PICC상의 ‘Hardship’이나 PECL의 ‘사정의 변경’의 경우를 포괄하는가 여부를 논하는 견해들은 PICC나 PECL의 관련규정들이 CISG를 보충하는가의 문제로서 논의를 전개한다. 그들은 주로 PECL이 유럽연합(EU)국가들을 예정한 것이라는 점에서 PECL보다는 PICC의 규정이 일반원칙으로서 적용될 수 있을지에 초점을 둔다.

31) 예컨대 Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, 1989, p. 185. Honnold에 의하면 PICC의 ‘Hardship’규정은 CISG의 정신에 어긋나고, 이는 CISG 제정실무위 원회가 CISG 제79조의 전신이라 할 수 있는 ULIS 제74조에 규정되어 있는 면책의 범위를 좁히려고 시도한 것에서도 알 수 있다고 한다. CISG 제79조의 전신인 ULIS 제74조에 대하여는 당사자의 면책을 부당할 정도로 용이하게 인정한 것이라는 강한 비판이 있었다. CISG와 ULIS의 두 규정에 관한 것은, Barry, Force Majeure and Frustration, *Am. J. Com. L.* 231, Vol. 27, 1979, pp. 232~45 등 참조. 협약 제79조와의 관련해서 사정변경에 해당하는 사유들에 대하여 협약 제79조에서의 적용을 부정하는 견해는 허해관 외, 전제논문, pp. 75~76.

32) 석광현 교수도 같은 입장을 취하는 것으로 보인다. 석광현, 전제서, pp. 304~305.

33) Stoll, Exemptions, in *Commentary on the U. N. Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, p.618, cited in Flambouras, The doctrine of Impossibility and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law-A Comparative Analysis, *Pace Int’l L. Rev.*, Vol. 13, 2001, p. 290 & fn. 99, etc.

러므로 당사자의 의도 등에 따라 이행장애와 같은 급격한 상황의 변화가 있는 경우에 당사자의 면책을 허용할 수 있다는 것이다.

### 3) 사 건

이 경우 소위 말하는 경제적 불능과 단지 일방에게 이행이 가혹한 경우를 구별하여야 한다고 본다. 결국 정도의 문제로 귀착될 것이나 경제적 불능의 경우에는 협약 제79조의 장애에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 다만, 이에 해당한다 하더라도 이행의무는 면제되지 아니하고 또한 계약의 재협상이나 변경도 허용되지 않고 단지 손해배상책임이 면제될 뿐이다. 그렇다면 CISG하에서 사정변경의 원칙은 인정되지 않는다고 본다. 그것은 CISG의 입법연혁 뿐만 아니라 CISG와 PECL 및 PICC과의 성격상의 차이를 보아도 그러하다. CISG는 ‘물품매매계약’을 규율하기 위한 것이나 후자들은 ‘모든 계약’유형에 적용되는 규범이다. 통상 불가항력과는 달리 사정의 변경에 의한 이른바 ‘Hardship’은 장기계약(long-term contract)에서 흔히 발생하는 것이고 매매 특히 동산의 매매의 경우에 사정의 변경이 문제되는 경우는 그리 흔치 않을 것이다. CISG가 사정변경에 따른 이행장애의 경우를 규정하지 않는 것도 그러한 동산매매의 특성을 고려한 것으로 추측된다.<sup>34)</sup> 그러므로 이행장애에 관한 PICC의 규정들이 CISG를 보충할 수 없는 것이라면 결국 제7조에 의하여 협약이 기초하는 일반원칙과 그것을 찾지 못한다면 국제사법의 원칙에 따라 결정되는 법에 의하여 이 문제는 판단될 것이다.<sup>35)36)</sup>

34) CISG에 왜 그러한 조항이 들어가지 않았는가는 입법 연혁 상 명확하지 않다고 한다. Kessedjian, *Competing Approaches to Force Majeure and Hardship*, *Int'l Rev. L. & Econ. Vol. 25*, 2005, p. 419.

35) ‘불가항력’과 ‘hardship’과의 차이점과 관련하여, ‘불가항력’은 장애의 발생시점이 계약 전후를 불문하지만, ‘hardship’의 경우에는 계약이후에 발생된 경우만을 의미하는지에 관하여 논란이 있다고 한다. 이에 관한 상세는 Schwenger, *op. cit.*, p. 717, 주 45 및 47 이하 참조. PICC (2004) 6.2.2.(a)에 의하면 계약체결 후 비로서 불이익을 받는 당사자가 안 경우도 포함된다고 하고 있으므로 이러한 관점에서는 장애의 시간적 측면에서 불가항력과 같은 해석이 가능하다.

36) 국제물품매매계약에 있어서의 사정변경의 원칙에 관한 자세한 논의는 오현석, “국제물품매매계약상 사정변경원칙의 적용에 관한 비교법적 검토”, *무역상무연구 제51권*, 한국무역상무학회, 2011.8, pp. 159~185.

## IV. 면책과 관련한 비교법적 고찰

계약과 관련하여 국제적인 규범들은 CISG 제79조의 면책에 상응하는 규정들을 두고 있다, 물론 그 규정태도가 일치하는 것은 아니나 유사하다고 할 수 있다. 이하 간략하게 PICC, PECL 및 UCC의 관련규정을 살펴보기로 한다. 다만, 여기서는 CISG 제79조에 상응하는 즉 불가항력과 관련되는 규정만을 논의하고 ‘hardship’이나 ‘사정변경의 원칙’에 관한 것은 언급하지 않는다.

### 1. UNIDROIT Principles<sup>37)</sup>

#### 1) 서 언

UNIDROIT 당사계약에 관한 원칙은 유럽계약법원칙과 마찬가지로 당사자의 책임이 면책되는 불가항력(force majeure)조항과 PECL의 ‘사정의 변경’에 해당하는 ‘hardship’에 관한 조항을 두고 있다.<sup>38)</sup> 양자의 효과에 있어서의 근본적인 차이점은 불가항력의 경우에는 불이행에 따른 책임이 면책되나 ‘Hardship’의 경우에는 재협상을 요구할 권리가 부여된다는 점이다.<sup>39)</sup> 만일 이행이 불가능하다면 일응 그것은 불가항력에 해당하는가 여부를 따져야 할 것이고, 이행이 가능하지만 심히 부담스러운 경우(burdensome)에는 ‘hardship’의 문제로서 다루어지게 될 것이다. 이행이 완전히 불가능한 경우이외에는 불가항력이 성립되지 않아 손해배상책임이 면책될 수 없다.<sup>40)</sup>

37) 동 원칙은 1994년 제정된 이래 2004년 그리고 2010년에 개정되었으나 이에 관한 것은 변화가 없다. 2010년 개정에 관한 것은, 이시환, “UNIDROIT Principles 2010에 관한 소고”, 무역상무연구 제51권, 한국무역상무학회, 2011. 8, pp. 101~131.

38) “hardship”의 번역은 그동안 “장애” 또는 “이행곤란” 또는 “이행거부” 등으로 번역되었다. 서헌재, 국제거래법, 법문사, 2000, p. 119 ; 김동훈, “국제사법통일연구소의 국제상사계약의 원칙”, 인권과 정의, 통권 262호, 1998. 6., p. 106 참조. 석광현, 전제서, p. 304. 그러나 이러한 번역어는 종래에 사용되던 “급부장애” 등의 개념과 혼동할 우려가 있고, 이행의 곤란 또는 장애라는 개념으로 PICC가 규정하는 “hardship”을 설명하기에는 난점이 있다. 앞으로 적절한 번역어를 기대하면서 본고에서는 원어를 그대로 사용한다. 다만, “hardship”은 종래의 “사정변경의 원칙”을 친명한 것이라 생각되므로 경우에 따라서는 “사정의 변경” 또는 “사정변경의 원칙”과 같거나 그에 포함되는 개념으로 사용한다. “hardship”에 관한 상세한 논의는, 안강현, “UNIDROIT 국제상사계약원칙에 있어서의 Hardship”, 상사법연구 제21권 제1호, 한국상사법학회, 2002. 6, p. 197 이하; 홍성규·김용일, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙에 있어서 이행곤란(Hardship)의 범리”, 무역상무연구 제57권, 한국무역상무학회, 2013 .2, p. 3~34 등 참조.

39) PICC, 6.2.1-6.2.3 (hardship); 7.1.7 (force majeure) 참조.

## 2) ‘불가항력’의 요건 및 효과

PICC상 불가항력이 성립되기 위한 요건은 CISG 제79조나 PECL 제8-108의 규정과 유사하고, 그 유사 또는 동일한 부분의 해석은 위에서 언급한 CISG의 해석과 같은 맥락에서 이해하면 될 것이다.<sup>41)</sup> PICC 제7.1.7 제1항은 의무불이행에 대한 면책을 채무자의 통제 밖의 장애에 의한 것이고 계약 체결 시에 그러한 장애를 고려할 것이 합리적으로 기대할 수 없었던 경우 또는 장애나 장애의 결과를 회피하거나 극복할 수 없었던 경우에 인정된다. 이때 그러한 사정은 물론 의무를 이행하지 않은 당사자가 입증하여야 한다. 이때 ‘통제 밖의 장애’나 ‘예견불가능성’ 및 ‘회피불가능성’의 의미는 위의 CISG에서 언급한 바와 같이 해석할 수 있을 것이다. 일시적인 장애의 경우도 그러한 장애가 계약의 이행에 미치는 효과를 합리적으로 고려하여 장애가 계속되는 기간 동안 의무불이행의 책임이 면책된다는 점도 CISG와 같다고 할 수 있다.<sup>42)</sup>

장애가 발생한 경우에, 그러한 장애를 주장하는 자는 상대방에게 그러한 장애와 그것이 이행에 미치는 효과를 통지하여야 하고 그것이 상대방에게 도달되어야 한다. 만일 그러한 통지가 의무를 불이행한 당사자가 그러한 장애를 알았거나 알 수 있었던 때로부터 상당한 시간 내에 상대방에게 도달하지 않으면 불도달로 인하여 발생한 손해에 대하여 책임을 면하지 못한다. 통지의 불도달로 인한 위험은 통지를 발송한 자가 부담한다는 점은 다른 두 규범들에 있어서와 같다. 그러나 의무를 불이행한 자는 통지여하에 불구하고 기일이 도래한 금전채무에 대하여는 이자를 지급하여야 한다.<sup>43)</sup> 또한 통지를 하지 아니한 경우 또는 통지가 도달하지 않은 경우에도 그로 인한 손해배상책임은 부담하지만 의무불이행에 대한 책임은 없다는 점도 다른 두 규범에 있어서와 같은 점이다.

다만, PICC상 제3자의 불이행의 경우에 관하여 규정을 하지 않고 있는 점은 CISG와 다른 가장 중대한 점이다.<sup>44)</sup>

40) Perillo, “Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tul. J. Int'l & Comp. L. Vol. 5*, 1987, p. 15.

41) 엄밀히 이야기 한다면, PICC가 CISG와 달리 “불가항력”(force majeure)이라는 표제를 사용함으로써 해석상 달리 취급되는 경우도 있을 것이다. PICC의 주석에 따르면, 이 용어가 기준에 보통법상의 이행좌절(frustration), 이행불능(impossibility)과 관련이 있지만, 그 원칙들과 동일한 것은 아니고 다만 “force majeure”라는 용어가 국제거래에 널리 알려져 있기 때문이라고 한다.

42) PICC, 7.1.7 제2항.

43) Id. 제4항.

44) 그 이유에 관한 논의는 주 19 참조.

## 2. 유럽계약법원칙상의 면책

PECL은 불가항력과 사정변경의 원칙(hardship이라는 용어를 사용하고 있지 않다)을 규정하고 있다. PECL 하에서 당사자의 의무이행이 면책되는 요건은 CISG하에서의 요건과 유사하다. 즉. 첫째, 채무자의 통제 밖의 장애(impediments beyond its control)로서 둘째, 계약 체결 시에 그러한 장애를 고려한다는 것을 합리적으로 기대하기 어렵거나 또는 그 결과를 회피하거나 극복하기 어려운 경우 즉 극복할 수 없는(insurmountable) 경우가 그것이다.<sup>45)</sup> PECL하에서의 요건을 CISG하의 요건과 비교하면 다음과 같다.

PECL은 CISG와 유사하게 의무를 이행하지 못하는 자는 그러한 장애와 그 장애가 그의 의무이행능력에 미치는 효과를 상대방에게 통지하고 그러한 통지는 상대방에게 도달되어야 함을 규정하고 있다. 즉 의무를 이행하지 못하는 당사자는 그러한 상황을 알았거나 알았어야 하는 때로부터 상당한 시간 내에 위의 통지를 도달할 수 있게 하여야 한다. 그러므로 통지의 불도달이나 지연에 대한 위험은 의무를 이행하지 않은 발신자가 부담한다. 그 점은 CISG에 있어서와 같다.<sup>46)</sup> 그러나 통지의 불도달이나 지연 및 불통지의 효과는 양자에 있어 차이가 있다. 그러한 효과로서 양자는 의무불이행자의 손해배상책임을 인정하나 그 손해배상의 범위가 다르다. PECL에 있어서는 의무를 이행하지 하지 않은 당사자는 상대방에 대하여 불도달로 인한 모든 손해(any loss)-의존이익(reliance interest)과 기대이익(expectation interest)-에 대하여 배상책임이 있지만, CISG에 있어서는 의존이익에 대하여만 배상책임이 있다.

## 3. 미국통일상법전 제2편

미국 통일상법전은 제2-615조는 면책에 관하여 규정하고 있다. CISG가 좀 더 대륙법적 접근을 하고 있다는 점 이외에도 몇 가지 점에서 협약과 차이가 있다. 첫째, 협약은 제79조의 요건에 해당하면 양당사자의 이행과 관련한 모든 측면의 불이행에 대한 손해배상책임이 면책되지만 통일상법전 하에서는 매도인 측의 의무불이행의 경우에만 적용되고 또한 모든 의무의 불이행이 아니라 매도인의 지연인도와 불인도의 경우에만 적용된다는 점이다. 둘째, CISG는 일부 이행이 가능한 경우에

45) PECL Art. 8.108 (1).

46) PECL 8:108 (3); CISG 제79조.

전부에 대하여 면책되는지를 명시하고 있지 않지만, 통일상법전은 이행가능한 범위 내에서는 이행을 하여야 한다고 명시적으로 규정하고 있다. 셋째, CISG는 소위 “hardship”이나 “사정변경의 원칙”처럼 이행이 곤란하거나 어려운 경우에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 않지만, 통일상법전은 이행이 어려워지거나 비현실적으로 된 경우 면책을 인정하고 있다는 점이다. 그러나 이러한 차이에도 불구하고 실제적인 결과에 있어서 유사할 것이다.<sup>47)</sup>

## V. 결 언

이상 CISG 상의 면책에 관하여 그 요건 및 사정변경의 원칙과의 관련성 등 그동안 다툼이 많았던 것들을 중심으로 논의하였다. 일반적으로 CISG 제79조가 그 표제에도 불구하고 기존의 ‘불가항력’에 해당하는 것이라는 것에 대하여는 별 이견이 없다. 또한 CISG의 입법자들이 ‘장애’라는 중립적인 용어를 사용한 것도 특정 국가의 국내법에 의한 해석을 지양하려는 의도였다는 것도 주지의 사실이다. 그러나 CISG 제79조는 그동안 국제거래사회에서 인식하고 있던 불가항력과는 그 효과에 있어 차이가 있다. 기존의 불가항력의 경우 통상 이행의무가 면제되는데 반하여 CISG 하에서는 손해배상책임만이 면제될 뿐이기 때문이다. CISG 제79조가 ULIS 하에서 너무 쉽게 면책이 되는 것을 회피하기 위하여 ‘장애’라는 개념을 사용하였지만 실제로 경제적인 상황의 변화에 대하여 면책을 인정한 사례들에서 볼 수 있는 것처럼 오히려 그 제정의도와는 달리 넓게 면책을 인정하게 되었다는 것도 부정할 수 없다.<sup>48)</sup>

그동안 CISG 제79조를 운용함에 있어 가장 큰 문제점으로 지적되고 있는 것은 그 제정취지와는 달리 법원들이 지나치게 국내법에 의존하여 해석을 한다는 점이다. 그러한 태도가 CISG의 제정목적이나 역할에 가장 큰 장애요소라는 점은 부연할 필요가 없을 것이다.<sup>49)</sup> 향후 협약 제79조를 해석, 적용하는 법원들은 이러한 점

47) Gabriel, “A Primer on the United Nations Convention on the International Sale of Goods: From the Perspective of the Uniform Commercial Code”, *Ind. Int'l & comp. L. Rev. Vol. 7*, 1997, p. 280.

48) Spivack는 CISG 제79조의 문언이 면제를 규정한 UCC 2-615 보다 엄격한 요건아래 면책을 인정하지만 실제로 넓게 적용되고 있는 반면, 오히려 UCC 하에서는 좁게, 엄격하게 해석하여 그 편차가 줄어 들고 있다고 지적한다. Spivack, “Of Shrinking Sweatsuits and Poison Vine Wax: A Comparison of Basis for Excuse under U.C.C. 2-615 and CISG Article 79”, *U. Pa. J. Int'l Econ. L. Vol. 27*, 2006, p. 758 이하 참조.

을 고려하여 가능한 국제적인 판결이나 중재판정 학자들의 해석 등을 참고로 하여 판단하여야 할 것이다.

여기서 제79조와 관련한 문제점 중 특정이행, 계약부적합 물품의 인도의 경우 및 사정변경원칙에 관하여 살펴보았다. 그 이외에도 많은 쟁점들이 있지만 다른 기회에 논의하기로 한다. 다만, 이러한 점들에 관한 논의는 그 제정취지에 부합하는 쪽으로 해석하여야 하고, 그것이 국제 매매법의 조화와 통일이라는 협약의 제정목적에 가까이 다가갈 수 있는 길이라 생각한다. 근래에는 앞서 언급한 것처럼, 협약 제79조하에서도 사정변경의 원칙이나 ‘hardship’이 인정된다는 쪽으로 해석하는 경향들이 심화되어 가고 있고, 경제적 어려움, 이행곤란 등의 경우에도 제79조가 너무 넓게 해석되고 있다는 지적을 음미해볼 필요가 있다고 생각한다. 위의 비교법적 고찰에서 미국통일상법전 2-615조의 규정과의 비교·검토는 UCC의 규정이 때로 CISG의 올바른 해석에 잠재적인 걸림돌이 되는 경우들이 자주 노출되어 이에 대하여는 독립적인 상세한 고찰이 필요하다는 생각에서 기본적인 차이점만 기술한 것이다.<sup>50)</sup>

CISG 상 면책규정의 올바른 해석을 위하여 협약 제79조가 명시하고 있지 않은 사항들에 관하여 계약과 관련한 국제적인 규범들과의 비교법적인 고찰이 필요한 것은 사실이다. 그러나 협약이 다른 규범들과 달리 “hardship”이나 “사정변경의 원칙”등을 규정하고 있지 아니한 점들은 분명 간과되어서는 아니 될 것이다.

CISG에 관하여 국내에서도 주석서들이 있고, 개별주체들에 대한 연구도 점점 쌓여져가고 있다. CISG가 적용된 한국 법원의 판결들도 집적되어 가고 있다. 그러나 아직도 협약의 많은 부분들이 여전히 해석상 논란의 대상이 되고 있다. 기회가 된다면 해결되지 아니한 부분들에 대하여 가상의 사례를 풍부하게 만들어 논의를 하는 것이 바람직하다는 것을 제안하면서 이 글을 맺기로 한다.

49) 그러한 점에서 CISG가 발효된 후 25년 동안의 최악의 판결로 거론되는 것이 제79조에 관한 미국 연방법원의 Raw Materials Inc., v. Manfred Forberich GmbH (2004) 판결이 들어지는 것도 우연은 아니다. 그에 관한 상세는 Lookofsky & Flechtner, “Nominating Manfred Forberich: The Worst CISG Decision in 25 Years?”, *Vindobona J. Int'l Com. L. & Arbitration*, Vol. 9, 2005, p. 199 이하 참조.

50) 이점은 주 49에서 언급한 것처럼 최악의 ‘내국법지향’(homeward trend) 현상이 나타난 것으로 평가받고 있는 Raw Materials Inc., v. Manfred Forberich GmbH, 2004 WL 1535839 (U.S. District court N. D. Ill. 2004. 7)에 잘 나타나 있다. 이 사안은 미국 원고(RMI)가 독일 회사(피고 Manfred Forberich)로부터 러시아산 중고 철도레일을 구매하기로 하는 계약에서 발생한 것이 바, 원고가 피고를 상대로 적기에 인도하지 못한데 대한 손해배상을 구한 사건이다. 이에 피고가 협약 제79조하에서 면책됨을 주장하면서 ‘summary judgment’를 신청한 사안이다. 법원은 통일상법전 2-615와 관련한 미국 국내 판결이 지침이 될 수 있다는 원고의 주장을 받아 들어 판단하였고, CISG의 취지를 몰각한 대표적인 내국법지향(homeward trend) 판결로서 회자되게 되었던 것이다.

## 참 고 문 헌

- 김선국, “불가항력 및 사정변경의 원칙에 관한 계약과 관련한 주요 국제적인 규범 들 규정의 비교·검토”, 기업법연구 제13집, 한국기업법학회, 2003.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- 안강현, “UNIDROIT 국제상사계약에 관한 원칙에 있어서의 Hardship”, 상사법연구 제21권 제1호, 한국상사법학회, 2002.
- 오현석, “국제물품매매계약상 사정변경원칙의 적용에 관한 비교법적 검토”, 무역 상무연구 제51권, 한국무역상무학회, 2011. 8.
- 이시환, “UNIDROIT Principles 2010에 관한 소고”, 무역상무연구 제51권, 한국무역 상무학회, 2011. 8.
- 홍성규·김용일, “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙에 있어서 이행곤란(hardship) 의 법리”, 무역상무연구 제57권, 한국무역상무학회, 2013. 2.
- Bund, “Force Majeure Clauses : Drafting Advice for the CISG Practitioner”, *J. L. & Com. Vol. 17*, 1998.
- Gabriel, “A Primer on the United Nations Convention on the International Sale of Goods: From the Perspective of the Uniform Commercial Code”, *Ind. Int'l & comp. L. Rev. Vol. 7*, 1997.
- Garo, *Exemption of Liability for damages: Comparison between provisions of the CISG(Art.79) and the counterpart provisions of UNIDROIT Principles(Art. 7.1.7), in An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980) as Uniform Sales Law*, edited by John Felemegas, Cambridge University Press, 2007.
- Flambouras, “The doctrines of impossibility of performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principle of European Contract Law-A Comparative Analysis”, *Pace Int'l L. Rev. Vol. 13*, 2001.
- Flechtner, “Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods(CISG) as Rorschach Test : The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods”, *Pace International Law Review, Vol. 19*, 2007.

- Gabriel, "A Primer on the United Nations Convention on the International Sale of Goods: From the Perspective of the Uniform Commercial Code", *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* Vol. 7, 1997.
- Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, 1989  
\_\_\_\_\_, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed., Wolters Kluwer, 2009.
- Jenkins, "A comparative study and analysis of the doctrine of frustration under the CISG, UNIDROIT Principles and UCC", *I.C.C.L.R.*, 2012.
- Kessedjian, "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *International Review of Law and Economics*, Vol 25, 2005.
- Lindstrom, "Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006. 1.
- Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA*, Kluwer Law International, 2004.
- Lookofsky & Flechtner, "Nominating Manfred Forberich: The Worst CISG Decision in 25 Years?", *VJ*, Vol. 9, 2003.
- Perillo, "Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Tul. J. Int'l & Comp. L.* Vol. 5, 1997.
- Schlechtriem, *Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1986,
- Schwenzer, "force majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Vict. U. Wellington L. Rev.* Vol. 39, 2009.
- Stoll & Gruber, *Exemptions in Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods*, 2005.
- Stoll, Exemptions, in *Commentary on the U. N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, p. 618, cited in Flambouras, The doctrine of Impossibility and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law-A Comparative Analysis, *Pace Int'l L. Rev.* Vol. 13, 2001.
- Spivack, "Of Shrinking Sweatsuits and Poison Vine Wax: A Comparison of Basis for Excuse under U.C.C. 2-615 and CISG Article 79", *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* Vol. 27, 2006.
- Zellerler, Article 79 Revisited, *VJ*, Vol. 14, 2010.

## ABSTRACT

### Several Issues regarding Article 79 (Exemption) of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods(CISG)

Son-Guk KIM

U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter the 'CISG' or the 'Convention') has been in force more than 37 years. The CISG responds to the need for uniform sales law. First of all, the biggest barrier against the uniformity in sales law is so-called "homeward trend". Professor Honnold, who served as secretary of UNCITRAL during the time in which the CISG was developed, pointed out the danger of "homeward trend" like this in his Article. "One threat to international uniformity in interpretation is a natural tendency to read the international text through the lenses of domestic law."

CISG Article 79 is the principal provision governing the extent to which a party is exempt from liability for a failure to perform any of his obligations due to an impediment beyond his control. So-called 'Manfred Forberich' decision regarding the article 79 represents the most extreme example of what is likely the most dangerous error that tribunals applying the CISG can make.

CISG Article 79 only governs impossibility of performance, and there is a controversy whether a disturbance which does not fully exclude performance, but it considerably more difficult or onerous(hardship, change of circumstances, economic impossibility) can be considered as an impediment. Unlike PICC and PECL, the CISG governs contract of sale. Therefore, events such as a sudden increase in the price of raw materials or a dramatic devaluation of currency, will not allow the seller to avoid his liability for non-delivery of the goods or to require renegotiation of the terms of the contract of sale. We should bear in mind that the CISG should be interpreted and applied in the context of the CISG itself.

Keywords : CISG, Exemption, Hardship, Force Majeure, Change of Circumstances