

貿易契約에서의 不可抗力條項에 관한 諸問題點과 對應策

韓 祥 鉉*

目 次

- I. 序 論
 - II. 貿易契約에서의 不可抗力條項에 관한 一般的인 法理
 - III. 貿易契約上の 不可抗力條項의 實例
 - IV. 貿易契約에서의 不可抗力條項에 관한 諸問題點
 - V. 貿易契約에서의 不可抗力條項上の 問題에 관한 對應策
 - VI. 結 論
-

I. 序 論

國際貿易契約은 정치, 경제, 문화 및 법제 등 諸般環境이 서로 상이한 遠隔地間의 당사자들에 의해 체결되는 계약이기 때문에 當事者 등이 체결한 계약을 원만히 이행하는데 있어 예측불가능한 수많은 危險에 직면하게 된다.

특히 貿易契約은 契約의 체결 당시에는 當事者들이 전혀 예측하지 못했거나 합리적으로 統制할 수 없는 사태가 後發的으로 발생함으로써 契約當事者들이 부담하여야 할 本質的인 義務에 영향을 미쳐 계약의 존속 자체를 無意味하게 하거나 상당기간 또는 항구적으로 契約의 義務履行을 불가능하게 하는 경우가 빈번히 나타난다.

따라서 貿易實務上 합리적인 계약당사자들은 貿易契約을 체결할 때

* 暎園專門大學 貿易科 講師.

이질적인 모든 국제무역환경을 신중히 고려하여 契約書を 작성함은 물론 契約 체결 후 當事者에게 歸責事由가 없는 後發的 事態의 발생과 같이 契約의 원만한 履行을 阻害하는 여러 障礙事態로부터 免責을 인정받을 수 있는 範圍를 규정한 不可抗力條項(Force Majeure Clause)을 契約書上에 설정하여 놓고 있다.

그러나 이러한 不可抗力條項은 국제환경의 급변으로 인하여 모든 不可抗力事態를 완벽하게 예측하기가 어렵고, 또한 실제 不可抗力條項을 契約書에 작성할 때에도 어떠한 事態가 불가항력에 해당하는지 일일이 列舉하여 明示하기가 어려울 뿐 아니라 條項上의 애매모호한 表現은 오히려 免責이 인정되지 않기도 하며 불가항력조항에 규정된 事由가 발생되었다는 사실만으로 모든 免責이 認定되지 않는 경우도 있다는 등의 諸問題點을 가지고 있다.

따라서 本稿에서는 먼저 무역계약에서의 不可抗力과 不可抗力條項이 갖는 法理的인 性格을 명확하게 규명하고 國際貿易法規 및 規則上에 나타나 있는 實例와 貿易契約書에서 사용되고 있는 不可抗力條項의 例를 고찰한 다음, 契約書에 不可抗力條項을 設定하고 있는 경우를 중심으로 그 解釋 및 利用上의 諸問題點을 지적하고, 또한 도출된 問題點을 해소할 수 있는 實務上의 對應策을 제시하고자 한다.

II. 貿易契約에서의 不可抗力條項에 관한 一般的인 法理

1. 不可抗力條項의 意義

일반적으로 不可抗力은 주로 사업상 當事者가 그의 고의나 과실의 有無에도 불구하고 의무이행의 절대적 책임을 부담해야 하는 不利益을 사전에 制限하기 위하여 쓰여진 개념이며, 이러한 사태를 不可抗力事態라 하고 同事態가 발생한 경우 당사자의 권리와 義務關係를 규정하고 있는 조항을 不可抗力條項(Force Majeure Clause)이라 한다.¹⁾

무역계약에서 不可抗力의 의미로 사용되고 있는 force majeure는 Act of God(天災)²⁾의 개념보다는 넓은 의미로 이를 포함하는 概念이라 할 수 있다.

영국의 판례는 Act of God를 履行不能에 의한 免責事由의 하나로 다루어 왔기 때문에 不可抗力條項이 계약 속에 없더라도 Act of God에 해당하는 사유가 발생한 때에는 契約履行義務의 免責을 인정하고 있는 실정이다.

그러므로 不可抗力(force majeure)과 履行不能(frustration)은 둘 당사자로 하여금 계약의 이행을 不可能하게 만든다는 점에서는 共通點을 가지고 있다.

그러나 履行不能이 계약의 존속을 無意味하게 하여 계약이 自動적으로 消滅되는 것인데 반하여, 不可抗力은 계약 전체를 소멸시키는 것이 아니라 계약당사자의 免責만을 인정하고 있다는 差異點이 있다.³⁾

2. 不可抗力條項의 範圍와 限界

不可抗力條項에서 가장 먼저 명확히 규정되어야 하는 것은 不可抗力事態의 範圍이다. 실무상 不可抗力條項에 의하여 보호될 수 있는 範圍는 외부에서 발생한 事實로서 當事者가 그의 防止에 필요하다고 인정되는 모든 방법을 강구하여 대처했음에도 불구하고 피할 수 없는 不可抗力의 경우이다. 결국 不可抗力으로 되는 사태의 範圍는 불가항력조항에 포함되어 있는 모든 경우라고 할 수 있다.

契約書마다 이 불가항력조항이 나타내는 의미는 다를 수 있으나 일반적으로 무역계약에서 이행을 불가능하게 하는 不可抗力要因으로는 첫째, 暴動, 颱風, 暴雨, 洪水 등과 같은 自然現象에 의한 天災地變, 둘

1) 李慶武, “國際貿易契約에 있어서의 不可抗力(Force Majeure) 條項”, 『仲裁』, 1987, p.19.

2) 이는 人間의 힘이 전혀 미치지 않고 相當한 注意를 다하였어도 방지할 수 없는 自然現象으로 인한 事故, 예컨대 自然死, 暴風雨, 地震, 落雷 등이다.

3) 中村巳喜人, 貿易契約論, 有朋堂, 1975, p.252; 姜二秀, “國際去來에 있어서의 契約不履行에 관한 基本問題(上)”, 『仲裁』, 1987, p.19.

제, 戰爭 및 紛爭과 같은 국가간의 鬪爭, 暴動, 內亂, 市民騷擾, 罷業, 怠業, 工場閉鎖 등 政治·社會的인 不安으로 인한 非常事態, 셋째, 法律의 作用(operation of law), 즉 계약성립후의 법률의 改正 또는 新法律의 施行에 의하여 계약이 불능으로 되거나 그 國家의 政府가 채용하는 무역정책의 일환으로서 명령에 의하여 일품목의 輸出入이 禁止 되거나 또는 제한되는 事態 등이 있다.

만약 當事者에게 책임을 물을 수 없는 이와 같은 不可抗力事態가 발생하고 이로 인하여 계약의 履行이 불가능함이 인정되면 當事者는 모든 그의 義務로부터 당연히 免除받게 된다.

그러나 실제 契約書를 작성할 때에 구체적으로 어떠한 事件의 발생이 不可抗力인지 일일이 열거하여 契約書上에 명시한다는 것 자체가 불가능할 뿐 아니라 단지 不可抗力이라는 用語만을 기술할 경우에 그 內容의 의미가 극히 막연하고 애매할 때가 많다.

또한 不可抗力의 통상의 의미를 때로는 當事者들이 그 의미를 변화시켜 사용하고 있는 경우도 있다.⁴⁾

따라서 範圍를 계약서에 규정할 때에는 단순히 당사자에게 責任을 지울 수 없는 사태의 發生時 또는 通常의 不可抗力 등과 같이 추상적인 用語를 사용하는 것보다는 예상될 수 있는 事態의 경우를 구체적으로 열거하여 “契約當事者가 지배할 수 없는 모든 事由(any other causes beyond the control of parties)” 등과 같이 면책의 範圍와 限界를 擴大하여 규정하여 놓는 것이 바람직하다.

3. 不可抗力條項의 效果

일반적으로 不可抗力條項은 계약의 履行을 방해하는 條件인 不可抗力에 해당하는 事由가 발생한 경우에 계약을 自動적으로 停止하거나 계약의 消滅에 대한 選擇權을 부여한다.⁵⁾

英美法에서는 계약체결의 기초에 근본적 변화를 가져오는 偶發的

4) 李泰熙, 國際契約法 -理論과 實際-, 學研社, 1985, p.107.

5) 中村巳喜人, 前掲書, p.254.

事態에 기인한 것을 履行不能으로 간주하기 때문에, 不可抗力條項의 效果는 同事態가 특별히 인정되는 경우에 한하여 契約이 消滅되는 것으로 하고 있다.⁶⁾

우리 나라에서는 당사자가 불가항력조항을 설정했을 때, 실제 사태가 발생하여 不可抗力條項의 설정조건이 성취하게 되면 계약은 自動的으로 소멸되고 당사자는 계약의 履行義務로부터 免除되는 效果가 있다고 본다.⁷⁾

결국 不可抗力條項의 本質的인 效果는 규정된 不可抗力條項의 範圍內에서 불가항력이 발생하였을 때 그 계약을 消滅시키고, 따라서 당사자를 免責하게 된다.

그러나 전술한 바와 같이 어떠한 不可抗力事由가 불가항력의 범위 내에 있는가의 여부는 契約과 불가항력조항의 해석에 따라 판단되고 결정될 수 있는 문제이기 때문에 규정된 불가항력조항의 精確한 效力發生을 위해서는 精確한 不可抗力條項의 作成과 그의 올바른 解釋이 요청된다고 하겠다.

4. 不可抗力과 免責問題에 관한 各國의 理論

不可抗力과 免責의 문제를 各國은 立法이나 學說 및 判例의 동향 등 여러면에서 각각 상이하게 취급하고 있다. 本稿에서는 學說이나 立法을 중심으로 먼저 우리 나라의 경우와 대륙법계에 많은 영향을 끼친 프랑스의 경우를 살펴보고, 判例를 중심으로 英·美에서 발전된 理論을 분석하기로 한다.

(1) 우리 나라의 경우

不可抗力을 免責事由로 인정하는 우리 나라의 學說로는 不可抗力의 意義를 無過失과 같은 뜻으로 보는 說과 責任이 없는 사유의 뜻으로 보는 說 등이 있으나, 多數說은 특정사업의 외부에서 발생한 事件으로

6) 岩崎一生, “事情의 變更에 의한 契約의 解除”, 『國際商事法務』, 第19卷, 2號, 1991, p.219.

7) 民法 第147條.

서 보통 필요하다고 인정되는 예방방법을 다 하더라도 이것을防止할 수 없는 危害라고 보는 입장이다.⁸⁾

이러한 우리 나라의 해석은 英國法이나 美國法 등이 “當事者의 歸責事由에 기인하지 아니한 偶發的인 事態⁹⁾의 發生”을 不可抗力事由로 규정하고 있는 범위와 해석에 그 뜻을 같이 하고 있는 입장이라고 볼 수 있다.

우리 나라 民法과 商法¹⁰⁾에서는 불가항력에 관한 설명을 마련하여 매매계약의 當事者가 貿易契約을 이행함에 있어 本條項에 열거되어 포함된 事件이 발생한 경우에 契約은 자동적으로 消滅되고¹¹⁾ 이에 따라 兩當事者의 계약상의 履行義務는 免除되는 것으로 하고 있으나, 구체적으로 어떠한 사실이 不可抗力에 해당하는지는 명확히 명시되어 있지는 않다.

즉, 우리 나라 民法¹²⁾에서는 履行不能의 歸責事由(故意나 過失)가 債務者에게 없는 경우 債權者는 損害賠償請求權이 없다고 규정하고 있는데, 이는 영미법상 不可抗力事由의 발생에 의한 義務免責의 개념에 해당하는 규정이라 할 수 있다.

不可抗力의 정의와 관련된 우리 나라 判例¹³⁾로는 海上運送에 있어서 운송물을 선박에 적부시키고 견고하게 고정하였으나 風浪으로 인하여 航海中에 고정장치가 풀어져 運送物이 파괴된 事件에 대한 것인데, 이 사건에서 法院은 “運送人이 불가항력에 의한 事故라는 이유로

8) 姜二秀, “國際去來에 있어서의 契約不履行에 관한 基本問題”, 『仲裁』, 1987, p. 8.

9) 이는 契約當事者의 통제를 벗어난 것 또는 당사자들이 假定했던 원래의 의무에 根本的 變化를 가져온 것(Barry J. Reiter & John Swan, *Studies in Contract Law*, Butterworths, 1980, p.194)을 말한다.

10) 商法(제789조 2항)에서는 不可抗力의 內容을 「天災」로 표현하여 “自然現象에 의한 災害로서 일반적으로 豫見하는 것이 곤란하고 豫見할 수 있는 것이라도 그 결과의 發生을 방지할 수 없는 것”으로 定義하고 있다.

11) 民法 第105條.

12) 民法 第390條.

13) 大法院判例 1983, 8. 22. 82 타카 1533집 31민 17공 704호 735 全員合意體 判決.

그 責任을 면하려면 그 風浪이 船積 당시 豫見可能한 정도의 天災地變에 속하고 사전에 이로 인한 손해발생의 豫防措置가 불가능하였음이 인정되어야 한다”라고 판시하여 法律上 불가항력사태는 當事者가 통제할 수 없는 일체의 事態라는 점을 강조하였다.

또한 不可抗力과 관련하여 우리 나라 判定事例輯에 소개된 事例¹⁴⁾에서 仲裁判定部는 “被申請인은 정부당국의 輸出禁止措置로 인하여 이 계약을 이행할 수 없는 不可抗力에 도달되었고 이는 被申請인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 된 계약불이행이므로 申請人의 손해를 배상할 義務가 없다”라고 판정하여 當事者의 歸責事由가 없는 不可抗力事由의 발생으로 인한 被申請人의 免責을 인정하였다.

이상과 같이 우리 나라 判例에서도 당사자가 統制할 수 없는 일체의 사태를 不可抗力事態로 규정하고 이러한 당사자의 歸責事由가 없는 事態의 발생으로 인하여 발생한 무역계약의 불이행을 免責의 事由로 認定하고 있다.

(2) 프랑스의 경우

프랑스 民法 第1147條와 第1148條에 의하면 계약상의 債務者가 債務의 不履行으로 인한 損害賠償義務를 면할 수 있는 것은 그 불이행이 채무자의 歸責事由가 아닌 외부적인 요인, 특히 force majeure 또는 cas fortuit(偶發的인 事故)에 의한 경우로 限定하고 있다.¹⁵⁾

그리하여 不可抗力에 의한 免責이 인정되기 위한 要件은 ① 債務者의 歸責事由가 아닌 외부적인 요인에 의하여 契約의 履行不能이 발생할 것, ② 그 事由가 當事者로서는 피할 수 없었으며, 또 豫見可能한 것이 아니었으며 債務履行에 대하여 決定的 障礙가 되었는가 필요하다.

따라서 一時的인 性格을 지닌 事由, 또는 단순한 履行이 곤란하거나 부담이 무거워진 경우에는 force majeure에 해당하지 않는다.¹⁶⁾ 그러

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

15) 本林徹, “不可抗力と免責”, 『現代契約法大系』第9卷, 國際取引契約, 1985, p.136.

나 이 규정은 豫見可能性과 絶對的인 履行不能을 요구하고 있다는 점에서 영미법계에서 인정하고 있는 “債務者の 歸責事由가 아닌 事由”보다도 不可抗力의 범위가 상당히 좁게 解釋되고 있다고 볼 수 있다.

(3) 英美法系の 경우

英國의 普通法에서는 전통적으로 “契約은 遵守되어야 한다(pacta sunt scrvanda)”라는 契約絶對遵守의 原則을 강력히 고수하여 무역계약의 체결 후에 豫見할 수 없는 事態(unforeseen contingencies)의 발생으로 인하여 계약의 이행이 불가능함이 立證될지라도 免責을 인정하지 않고 무역계약상의 의무를 이행하지 않은 當事者는 不履行에 대한 責任이 있다는 강경한 입장을 19세기 중엽까지 취해 왔다.¹⁷⁾ 이러한 原則과 관련하여 확립된 判例로는 *Paradine v. Jane* 사건¹⁸⁾을 들 수 있다.

그러나 19세기 후반부터는 계약의 성립 후에 當事者의 歸責事由가 아닌 사실에 의해 貿易契約의 履行이 不能으로 된 경우에도 絶對契約의 原則이 철저히 고수된다면 피해당사자에게 너무 가혹한 결과를 초래할 수 있다는 점¹⁹⁾을 인식하여 1863년 *Taylor v. Caldwell* 사건²⁰⁾에서 최초로 絶對契約遵守의 原則에 대한 例外를 인정하였다.

그리하여 貿易契約상의 目的物の 物理的인 滅失 뿐만 아니라 契約目的의 達成이 不能으로 되는 경우에도 계약상의 의무면책과 계약의 消滅을 인정함으로써 하나의 履行不能(Frustration)의 法理로 발전하게 되었다.

그러나 英國에는 현재 불가항력과 같은 履行不能法理를 총체적으로

16) 李容周, “貿易契約의 履行不能에 관한 研究”, 弘益大學校 博士學位論文, 1991, p.127.

17) A.G. Guest, *op. cit.*, p.440; G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 6th. ed., London, 1981, p.618.

18) 貿易實務講座刊行會, 貿易と法律, 『貿易實務講座』 第8卷, 有斐閣, 1969, p.329.

19) 木下 毅, 英美契約法の理論, 東京大學出版部, 1985, p.369.

20) Beale, H.G. & Others, *Contract: case and materials*, London, 1986, pp.286~287.

규율하는 명문규정은 없고 다만 履行不能效果에 관한 信賴利益의 賠償을 인정하는 特別법인 1943년 法律改正(坐礁契約)法(Law Reform Act 1943)²¹⁾만이 제정되어 있는 실정이다.

한편 美國에서도 英國의 嚴格第一主義의 原則이 그대로 답습되었다. 20세기에 들어서면서 몇몇 判例가 이 원칙은 너무나 가혹하다는 것을 認定하여 조금 완화된 입장을 보이다가 1816년 Mineral Park 事件²²⁾에서 캘리포니아 法院은 이를 극단적으로 완화하여 非實際的(impracticable)이 아닌 경우에는²³⁾ 履行不能에 의한 면책을 인정하였다.

이 判例들은 履行이 가능함에도 불구하고 막대한 費用이 소요되는 실제적으로 履行이 불가능한 경우에도 이를 이행불능으로 포함시킴으로써 履行不能의 범위를 확장하고 있다. 이러한 이론은 第2次 契約法과 統一商法典 第2-615條에서 반영되어 채택되었다.

第2次 契約法에서는²⁴⁾ 履行의 非現實性, 즉 실제적 이행불능이 되는 후발적 사태의 類型으로 ① 계약상 요구되는 當事者의 死亡이나 能力喪失, ② 履行上 요구되는 要件의 惡化, 滅失, 不存在, ③ 法에 의한 禁止나 妨害 등을 규정하고 있다.

또한 統一商法典²⁵⁾에서는 무역계약에 있어서 일반적인 履行不能의 요건을 규정하고 있는데, 무역계약의 이행상 賣渡人의 免責事由의 기본조건으로 첫째, 契約時에 예기치 못할 偶發的인 事件이 발생했을 것, 둘째, 契約에 적용된 外國 또는 自國政府의 命令 또는 規制에 의하여 계약의 이행이 實行不能(Impracticability)일 것 등을 들고 있다. 따라서 당사자의 歸責事由로 인하여 발생한 사건이 아닐 경우, 履行不

21) 普通法(Common Law)의 缺陷을 시정하기 위하여 法律改正委員會의 권고에 의해 제정된 이 법은 履行不能의 발생시에 附隨的인 結果에 대하여 衡平法上的 調整을 도모하는데 지나지 않는다(中村 弘, 前掲書, p.293).

22) 本林徹, 前掲書, p.138.

23) 美國統一商法典의 규정상 實際性缺如의 認定與否에 관해서는 수에즈 운하의 폐쇄와 관련된 Fransatlantic Finance Corp. v. Us (1966) 事件과 費用의 비정상적 증가와 관련된 Maple Farms Inc. v. City School District of The City of Elmira (1974) 事件 등이 있다.

24) 美國 第2次 契約法 第262條 4項.

25) 美國統一商法典 第2-615條.

能의 원리를 무역계약에 적용시킴으로써 당사자의 면책과 아울러 계약의 소멸을 認定하고 있다.

Ⅲ. 貿易契約上의 不可抗力條項의 實例

1. 國際貿易法規 및 規則上의 實例

貿易去來를 규율하는데 관련되어 있는 諸法規 및 統一規則, 즉 信用狀統一規則, 船貨證券統一規則 및 海上保險法 그리고 國際物品賣買契約에 관한 유엔 協約 등에 不可抗力條項이 사용된 實例 또는 그와 관련된 條項을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 海上保險分野에서는 保險者가 담보하지 않는 免責事由의 하나로 不可抗力條項을 사용하여 왔다. 그런데 해상보험분야에서는 不可抗力의 用語를 “force majeure”보다는 “Act of God(天災)”로 표시하고 있다.

그런데 이 天災, 즉 不可抗力은 인간의 意思나 行爲가 개재됨이 없이 직접 또는 간접으로 자연적 원인에 수반한 事故로 상당한 예방수단을 강구하여도 어쩔 수 없는 事故라고 할 수 있지만, 保險者가 擔保하는 危險이란 프랑스법의 偶然的 事故(cas fortuit)로 충분하며, 반드시 불가항력의 사고임을 필요로 하는 것은 아니다.²⁶⁾ 즉, 保險에서 保險者가 부담하는 위험은 不可抗力의 사고임을 필요로 하지 않는다는 것이다.

따라서 海上保險分野에서도 不可抗力의 사유에 기인한 위험의 발생에 대해서는 保險者의 免責을 인정하고 있다. 따라서 불가항력으로 인하여 발생한 損害를 擔保받기 위해서는 特約으로 부보하여야 한다.

둘째, 信用狀統一規則²⁷⁾에서는 “銀行은 天災, 暴動, 騷擾, 反亂, 戰爭

26) 金峻憲 外 3人 共著, 新海上保險論, 法文社, 1991, pp.83~84.

27) 第5次 改正 信用狀統一規則 第17條.

또는 기타 銀行이 억제할 수 없는 原因에 의하거나, 또는 모든 同盟罷業 또는 職場閉鎖에 의하여 銀行業務가 중단됨으로써 발생하는 결과에 대하여 아무런 義務 또는 責任을 부담하지 않는다”라고 규정하여 不可抗力事態의 발생으로 인한 은행의 免責을 인정하고 있다.²⁸⁾

셋째, 船貨證券統一條約²⁹⁾에서는 不可抗力을 “Act of God(天災)”로 표시하고 海上運送人의 免責事由 중의 하나로 간주하고 있다.

그런데 天災란 인간의 힘이 개재하지 않고서, 즉 예견할 수도 없고 豫防措置를 강구할 수도 없는 事由로 인하여 발생하는 自然災害이기 때문에 運送人이 免責을 받으려면 이에 해당하는 사유를 立證하여야 한다. 만약 運送人이 보통 할 수 있는 주의와 노력을 다 하였다면 피할 수 있는 원인이라면 운송인은 免責받을 수 없다.³⁰⁾

따라서 不可抗力條項에 의하여 運送人이 免責을 받으려면 그 사고의 원인이 인간의 행위의 介在없이 자연의 힘에 의한 것이며 당사자가 事前에 상당한 주의를 다하여 방지하려고 노력하였어도 방지할 수 없는 原因이어야 한다.

넷째, 國際物品買賣契約에 관한 UN 協約에서는 當事者가 계약중에 별도의 약정을 하지 아니할 경우를 대비하여 당사자에게 歸責될 수 없는 不履行의 경우, 예컨대 本質的인 事情變更(fundamental change in circumstance), 즉 “자기의 支配를 초월하는 障礙(an impediment beyond his control)의 경우에 免責(escape, exemptions)에 관한 규정”을 마련하고 있으나,³¹⁾ 상이한 法的인 의미를 가질 수 있는 “不可抗力”이란 용어의 사용은 회피하고 있다.

本協約³²⁾에서는 「자기가 負擔하는」 어떤 의무를 이행하지 못한 當事者라도 (1) 義務의 不履行이 자기의 지배를 초월한 障礙(예컨대 天

28) 金容福, 信用狀論, 博英社, 1994, pp.123~124.

29) Brussels Convention, 1924, 제4조 2-(d)項.

30) 宋啓儀, “不可抗力과 貿易契約當事者의 免責에 관한 研究”, 『首善論集』, 第13輯, 成均館大學校 大學院, 1988, p.454.

31) UNCCISG 第79條.

32) UNCCISG 第79條 第1項.

災地變)의 발생으로 인한 것이거나, (2) 그러한 장애의 발생을 계약 체결 당시에 미리 고려에 없었다는 것이 합리적인 견지에서 볼 때, 去來할 수 없는 것일 경우, (3) 그러한 障礙 또는 結果를 회피하거나 극복하는 것이 합리적인 견지에서 볼 때 역시 기대할 수 없는 性質의 것일 경우에는 그 당사자는 그 不履行에 대한 責任을 지지 않는 것으로 하고 있다.

2. 貿易賣買契約書上의 不可抗力條項 例文

不可抗力條項은 규정된 條項의 범위내에서 偶發的인 事故의 발생으로 인하여 실제 不可抗力의 事態가 발생했을 경우에 계약당사자는 약정된 계약의 이행으로부터 免責된다는 내용이 규정되어 있는 條項을 말하는데 通常으로는 당사자간에 貿易契約書를 작성할 때에 貿易去來條件에 삽입하여 두고 있다.

이러한 무역계약서상의 不可抗力條項은 ① 履行不能이 되는 구체적 사유의 열거, ② 관련사유의 발생에 따른 처리방법(契約의 消滅이나 契約의 延期 등), ③ 契約이 연기되는 경우의 期間 및 연장기간의 만료후에 이행기간이 발생한 경우의 처리방법 등을 포함한 내용을 記載하게 된다.

契約書마다 이 不可抗力條項이 나타내는 의미는 다를 수 있다. 그러나 일반적으로 颱風, 暴風, 風雨洪水 등의 天災地變은 당사자의 歸責事由가 없는 대표적인 不可抗力事態로 인정되며 戰爭, 暴動, 內亂, 市民騷擾, 罷業, 怠業 등의 非常事態도 불가항력사태로 인정되고 있다.

실제 당사자가 계약서상에 不可抗力條項을 設定하여 둘 때에는 계약의 성격 여하에 따라 포함되어야 할 내용이 상이할 뿐 아니라 形式面에서도 각 계약에 따라 다른 상이한 형식을 취하고 있다. 그러나 일반적으로 國際物品賣買契約에서 많이 사용되고 있는 不可抗力條項에 관하여 살펴보면 대략 다음과 같은 內容을 포함하고 있다.

「例文 1」 *Force majeure*: neither shall be liable to failure to performance its part of this agreement when such failure is due to

fire, flood, strikes, labour troubles or other industrial disturbances, inevitable accident, war(declared or undeclared), embargoes, blockades, legal restrictions, riots, insurrections or any cause beyond the contract of the parties.³³⁾

「例文 2」 *Force majeure*: seller shall not be responsible for delay in shipment of the goods or any part thereof occasioned by any Act of God, strike, lockout, riot or civil commotion, combination of workman, breakdown of machinery, fire or any cause comprehended in the term "force majeure".³⁴⁾

「例文 3」 *Force majeure*: seller shall not be responsible for delay of shipment due to force majeure, including mobilization, war, riots, civil commotion, hostilities, blockade, requisition of vessels, prohibition of export, fires, floods, earthquakes, tempets, and any other contingencies, which prevent of any of the foresaid causes arising, documents proving its occurrence or existence shall be sent by the sellers to the buyers without delay.³⁵⁾

IV. 貿易契約에서의 不可抗力條項에 관한 諸問題點

1. 不可抗力條項의 設定上의 問題點

최근 貿易契約을 이행하는데 있어서 계약체결 이후의 偶發的인 事態의 발생으로 인한 損害를 대비하기 위하여 계약서상에 不可抗力條項

33) 申斗湜·李楨漢 共著, 國際契約論, 大明出版社, 1991, pp.46~47; 岩崎一生, 新版 英文契約書, 同文館, 1981, pp.128~129.

34) 이 例文은 英國의 某商品協會의 標準契約書式中の 不可抗力約款이다(中村弘, 貿易契約의基礎, 東洋經濟新報社, 1983, p.262).

35) 浜谷源藏, 國際取引契約, 同文館, 1972, p.28.

을 設定하여 두는 사례가 증대되고 있으며 거의 필수적이라 할 만큼 그 이용이 擴大되고 있는 추세이다.

그러나 不可抗力條項을 설정하여 둘 때의 問題로서는 契約當事者가 不可抗力事態의 발생으로 인한 免責事由로서 구체적인 사유를 열거하는 경우에는 제한적인 열거가 되지 않도록 주의하여야 한다는 것이다.

이것은 英美法에 있어서 “하나의 事由의 記載는 다른 것을 배척한다”(expressio unius est exclusio alterius)라고 해석되기 때문에, 不可抗力條項 가운데 구체적인 사유를 열거했을 경우에는 열거된 사항과 유사한 사유가 발생하더라도 그 事由를 배척하는 결과를 초래할 수도 있다.³⁶⁾

따라서 不可抗力條項을 설정할 때에는 免責의 구체적 사유를 열거한 뒤에 “any causes beyond the control of the parties”(기타 當事者가 統制할 수 없는 모든 事由) 또는 “including without limitation”(제한이 없으면 포함함) 등과 같은 一般的이고 包括的인 文言을 첨가하여 기재해 두어야 한다. 그러나 불가항력조항에 一般的·包括的인 文言이 첨가되어 있다고 하여 열거되지 아니한 모든 사유까지도 그 效力이 무조건적으로 인정되는 것이 아니다.

이러한 경우 영미법계 국가에서의 判例의 기본원칙으로 적용되는 이른바 同種文言의 原則(doctrine of ejusdem generis)³⁷⁾에 의하여 앞에서 열거한 事由와 동종의 사유만을 포함하는데 지나지 않는다는 問題點이 있다.

2. 不可抗力事由發生時 免責上의 問題點

不可抗力條項과 관련된 또 하나의 問題는 不可抗力에 의해 실제로 契約의 履行이 불가능하게 되었다는 사실과 當事者가 履行을 위하여 최선을 다하였다는 것을 證明하여야 하는 것이다.

36) 本林徹, 前掲書, p.152.

37) 同原則은 備船契約 내지는 船貨證券과 관련된 判例에서 형성되어 오다가 現在에는 모든 契約에 適用되고 있다.

契約上の 不可抗力條項에 포함되어 있는 어떤 不可抗力事由가 발생되었다 하더라도 그 발생사실만으로 무작정 계약당사자의 免責이 인정되는 것은 물론 아니다.

예를 들면 De grasse 事件³⁸⁾에서 계약상에는 동맹파업이 발생한 때에는 賣渡人은 이행을 免責받는다라는 취지의 조항이 있었다. 그런데 현실적으로 동맹파업이 발생하였지만, 그 동맹파업에 의해 賣渡人이 履行하여야 하는 능력에 대해서는 아무런 영향도 미치지 않았다. 이에 대해 法院은 매도인은 免責되지 않는다고 판시하였다.³⁹⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 不可抗力事由가 발생함으로 인해서 계약을 이행하지 못하게 된 當事者가 이를 이유로 하여 실질적으로 면책을 받으려면 契約을 이행하는데 있어 不可抗力事由에 의하여 현실적으로 妨害를 받았거나 遲滯되었어야 한다는 것, 즉 相當因果關係가 존재하여야 하며, 또한 그 당사자가 契約의 履行을 위하여 合理的으로 자기가 할 수 있는 최선의 노력을 다하였는가⁴⁰⁾를 立證하여야 하는 問題點이 있다.

3. 標準的인 不可抗力條項의 利用上的 問題點

기존에 작성되어 있는 標準的인 不可抗力條項을 그대로 이용하는 경우 그 標準條項은 자신의 구체적인 입장을 고려하지 않고 작성된 것이므로 자기 자신의 위치를 구체적으로 고려해 볼 필요가 있다.

매도인과 매수인으로 구성되는 貿易契約에서 일반적으로 매도인은 물품의 供給業者로서 불가항력조항에 의하여 免責을 받고자 하는 자이고 매수인은 代金만을 支給하게 된다. 그러므로 계약상의 매도인은 가능한 한 不可抗力條項을 상세하게 규정하여 貿易契約履行上的의 장애가 발생하는 경우를 合理的으로 대비해야 한다.

38) De Grasse Davis Co. v. Northern N.Y. Coal Co., 190 App. Div. 277 (1929).

39) 本林徹, 前掲書, p.153.

40) 宋啓儀, 前掲論文, p.466.

그리고 매수인도 매도인이 不可抗力에 의한 면책을 주장할 수 없게 하는 方案이나 또는 不可抗力을 전혀 규정하여 두지 않음으로써 賣渡人의 免責主張으로부터 회피하거나 대체적 이행수단을 확보할 수 있는 方法을 규정하여 둘 필요가 있다.

그러므로 기존의 문안으로 된 標準的인 不可抗力條項을 기계적으로 이용하는 것은 바람직하지 않고 각자 자기 자신의 立場과 位置를 충분히 고려하여야 한다.

즉, 不可抗力條項에 의하여 免責利益을 받아야 할 경우에는 예상되는 事由를 가능한 상세히 규정하여야 하며, 반대로 不利益을 받을 경우에는 利益을 받는 쪽에 대응하기 위하여 代替利益確保를 위한 규정등을 설정해 두어야 한다.⁴¹⁾

예컨대 이집트의 石油輸出禁止措置에 의하여 美國에 대한 石油의 공급량이 격감하였으나 石油生産이 전적으로 중단된 것이 아닌 경우에 이집트의 賣渡人은 미국의 매수인에게 原油를 판매하기로 約定契約를 맺었다. 이때 매도인이 그 輸出禁止로 인하여 이행할 수 없게 되었다면, 法院은 理論上으로 다른 輸入處로부터 買入할 수 있다는 이유로 免責을 인정하지 않는다는 결론에 도달할 가능성도 있다.⁴²⁾

이와 같이 중간 또는 하도급적인 역할을 담당하는 會社는 대체이행수단으로 다른 供給源을 확보하지 못한다면 자기 자신의 전매선에 대하여 商品供給을 할 수 없게 됨으로써 契約違反의 책임을 면치 못한다는 問題點이 있다.

4. 不特定 不可抗力條項의 解釋上的 問題點

貿易契約 속에 지나치게 막연하게 “通常의 不可抗力條項(the usual force majeure clause)에 따른다”라는 不特定文言이 게재되어 있는 경우에 거래관행상 이용되고 있는 수많은 불가항력중에서 當事者가 어느 것을 채택할 意思였는지를 파악하기란 매우 어려운 것이다.

41) 玉璫鍾, 貿易契約論, 法文社, 1991. p.619.

42) 姜二秀, 前掲書, p.18.

이 경우에 不可抗力條項이 契約의 本質的 要素이면 계약 자체가 無效가 된다.⁴³⁾ 그러나 그것이 契約의 다른 조항과 분리될 수 있는 附隨的인 條項(the meaningless clause)인 때에는 다른 條項은 아무런 영향을 받지 아니하며 불가항력조항만 無效가 된다.⁴⁴⁾ 그러나 다른 한편으로 “通常의 不可抗力條項에 따른다”라는 文言이 해석상 필연적으로 일정한 意味를 지니고 있을 때, 예컨대 만약 그것이 명백히 特定業種의 去來에서 통상적으로 사용되고 있는 條項을 가르칠 때에는 法的으로 有效한 조항이 된다.⁴⁵⁾

이와 같이 通常의 不可抗力을 條件으로(subject to usual force majeure clause)라고 할 경우에는 그 內容이 불명확하고 불확정되어 契約를 無效化시킬 수도 있고, 때에 따라서는 有效한 條項이 될 수도 있다는 解釋上的 曖昧한 問題가 있다.

V. 貿易契約에서의 不可抗力條項上的 問題에 관한 對應策

1. 不可抗力條項의 具體的이고 包括的인 明文化

貿易契約上的 當事者는 예견가능한 不可抗力事態를 고려하여 不可抗力 條項을 작성하게 되는데 이때 一般的이고 客觀的이며 具體的으로 사유를 열거하는 경우에도 제한적인 열거를 해서는 작성한 불가항력조항에 의하여 免責을 인정받을 수 없게 된다. 이는 當事者들의 명시적인 규정과 관계없이 法院의 판결에 의하여 다르게 判決될 수도 있기 때문이다.

43) British Electrical and Associated Industries Ltd. v. Patley Pressings Ltd. (1953).

44) Clive M. Schmitthoff, *Schmitthoff's Export Trade*, 9th ed., 1990, pp.202-203.

45) 姜二秀, “國際去來에 있어서의 不可抗力과 免責問題”, 『論文集』, 第15輯, 崇田大學校, 1985, p.176.

따라서 貿易契約 當事者의 입장에서 발생가능한 不可抗力의인 事由를 구체적으로 명문화하고 그 文尾에 기타 당사자가 統制할 수 없는 모든 事由에 의해 免責된다는 기재를 첨부해 두는 것이 바람직하다.

또한 어떠한 不可抗力事態가 當事者를 免責시키는가의 問題는 當事者의 意圖나 常識으로 판단되는 문제가 아니라 구체적인 事例에 따라 해석을 달리하고 있는 法院의 判決에 의해서만 결정되기 때문에 不可抗力條項의 설정시에 法理的 側面을 고려하여 당사자가 意圖한 내용과 상위한 판결이 나오지 않도록 以前의 事例나 判例에서 당사자의 免責으로 인정되었던 구체적인 사례를 근거로 하여 이를 不可抗力條項에 삽입시킴으로써 當事者의 責任所在를 분명히 규정하여야 한다.

2. 不可抗力 事由發生時 當事者의 履行努力과 證據確保

不可抗力事態의 발생으로 免責이 인정되기 위해서는 契約의 履行이 그 不可抗力 事由에 의하여 현실적으로 妨害를 받았고 遲滯되었어야 한다(相當因果關係의 存在)는 것과 契約當事者가 그 契約을 履行하기 위하여 최선의 노력을 다하였다는 것이 필요하다.⁴⁶⁾

따라서 貿易契約의 當事者가 不可抗力事態의 발생 후 아무런 追加的인 노력을 하지 아니한 경우에는 免責이 인정되지 않는다.

그러므로 貿易契約上의 當事者는 예기치 못한 後發的인事態의 발생으로 契約이 履行不能으로 되었을 때에는 구체적으로 어떠한 事故에 의해 이행에 妨害를 받았으며 遲滯되었는가를 세밀히 검토·조사하여 契約의 履行을 위하여 최선의 노력을 다하였다는 것과 함께, 실제 그 證據를 확보해 두어야만 면책으로 認定받을 수 있음을 기억하여야 한다.

3. 標準的인 不可抗力條項上의 當事者義務·權利의 明瞭化

標準的인 不可抗力條項을 그대로 수용하여 契約을 이행할 때에는

46) 本林徹, 前掲書, p.153; 宋啓儀, 前掲論文, p.446.

不可抗力條項이 구체적인 거래조건에 따라서 差異가 있다. 따라서 자신의 위치에서 발생할 수 있는 不可抗力의 사태를 신중하게 고려하여 이를 자신의 立場으로 수정하여 명확하게 해 두어야 한다.

즉, 표준적인 不可抗力條項은 자신의 구체적인 立場을 고려하여 작성된 것이 아니기 때문에 거래의 性質과 예측가능한 모든 事態 및 주위의 事情을 충분히 감안하여 자신의 구체적인 立場을 반영하여 규정하여 놓는 것을 선택하는 것이 바람직하다.

4. 不特定 不可抗力條項의 明瞭化

不特定한 不可抗力條項은 그것이 契約의 本質的 要素를 구성하는 경우에는 계약 자체를 무효화시킬 수 있지만 契約의 다른 조건과 분리할 수 있는 附隨的 性質의 것인 경우에는 不可抗力條項만 無效가 되고 계약 자체에는 영향을 미치지 않는다.

따라서 불가항력조항이 無效가 되었음에도 계약이 履行된 경우에 不可抗力事態가 발생한다면 그 責任을 져야 하는 것이 마땅하다. 그러므로 不特定 不可抗力條項은 가급적 사용하지 않는 것이 바람직하다. 대신에 모든 不可抗力條項은 우발적인 事態의 발생으로 인하여 損害를 입게 되는 것을 대비하여 모든 不可抗力事態를 명확하게 규정하여 놓는 것이 바람직하다.

그러나 사실상, 不可抗力條項을 작성할 때에는 수많은 事由를 일일이 열거하여 규정하여 놓는 것이 불가능하다. 따라서 자신의 입장에서 발생가능한 주요한 事由를 구체적으로 명확하게 열거한 뒤 기타 當事者의 統制範圍를 넘는 原因이나 狀況에 의해 기인된 것이라는 文을 文尾에 기재하여 두는 것이 후일의 紛爭을 예방하는 바람직한 方法이라고 할 수 있다.

VI. 結 論

國際貿易契約은 정치, 경제, 법제 등의 제반환경이 서로 상이한 隔地者間의 당사자들이 체결하는 계약이기 때문에 계약의 履行上 예측 불가능한 수많은 제위험에 직면하게 된다.

따라서 무역실무상 當事者들은 계약체결시에 예기치 못한 사태의 발생으로 계약을 이행하지 못하게 되는 경우를 대비하여 事前에 契約書上에 不可抗力條項(Force Majeure Clause)을 삽입시켜 免責範圍와 限界를 규정해둬으로써 해석상의 異見이나 混亂을 사전에 배제하는 조치를 취하고 있다.

그러나 이러한 不可抗力條項은 실제 구체적으로 어떠한 사태가 不可抗力인지를 일일이 열거하여 규정하여 놓는다는 것 자체가 불가능할 뿐 아니라 애매모호한 표현은 오히려 면책이 인정되지 않을 수도 있는 不可抗力條項의 設定上의 문제와 실제 不可抗力事由가 발생함으로써 인하여 계약을 이행하지 못하게 된 當事者가 면책을 받으려면 相當因果關係의 존재 및 契約의 履行을 위하여 최선의 노력을 다하였는가를 立證하여야만 하는 問題가 있다.

또한 標準的인 不可抗力條項을 그대로 이용하는 것은 자기 자신의 위치를 구체적으로 고려할 수 없기 때문에 문제가 발생할 수 있으며 契約 속에 지나치게 막연하게 不特定文言이 게재되어 있는 경우에 해석상에 문제가 발생할 수 있다.

이를 해결하기 위해서는 먼저, 不可抗力條項의 설정시에 法理的인 側面을 고려하여 당사자가 意圖한 내용과 상위한 결과가 나오지 않도록 不可抗力的인 事由를 具體的이고 包括的으로 명문화하고 그 면책 범위를 분명히 규정해 두어야 한다.

둘째, 不可抗力事態의 발생 후 당사자가 아무런 追加的인 노력을 양은 경우에는 免責이 인정되지 않기 때문에 당사자는 契約의 履行에

최선의 노력을 다하였다는 점과 함께 구체적으로 어떠한 事故가 이행을 妨害 또는 遲滯하였는가를 세밀히 검토·조사하여 그 證據를 확보해 두어야만 면책으로 認定받을 수 있음을 인식하여야 한다.

셋째, 표준적인 不可抗力條項은 자신의 구체적인 立場을 고려하여 작성된 것이 아니기 때문에 이를 그대로 수용하지 말고 자신의 위치에서 발생할 수 있는 不可抗力의 모든 事態와 주의의 事情를 신중하게 고려하여 자신의 立場으로 수정하여 명확하게 규정해 두는 것이 바람직하다.

넷째, 不特定 不可抗力條項은 그 내용이 불명확하고 불확정되어 계약을 無效化시킬 수도 있고 때에 따라서는 有效한 條項이 될 수도 있는 해석상의 애매함의 문제때문에 가급적 사용을 자제하는 대신 계약서에 자신의 입장에서 발생가능한 事由를 구체적으로 명확하게 열거한 뒤 그 文尾에 기타 당사자가 統制할 수 없는 모든 事由에 의해 免責된다는 내용을 첨부하여 기재해 두는 것이 바람직하다.

參考文獻

- 金容福, 信用狀論, 博英社, 1994.
- 金峻憲 外 3人, 新海上保險論, 法文社, 1991.
- 李楨漢·申斗湜 共著, 國際契約論, 大明出版社, 1991
- 李泰熙, 國際契約法, 學研社, 1985.
- 玉璿鍾, 貿易契約論, 法文社, 1991
- 大韓商事仲裁院, 仲裁判定事例集, 1982.
- 姜二秀, “國際去來에 있어서의 契約不履行에 관한 基本問題(上), (下)”, 『仲裁』, 1987.
- , “國際去來에 있어서의 不可抗力과 免責問題”, 『論文集』 第15輯, 崇田大學校, 1985.

- 宋啓儀, “不可抗力과 貿易契約當事者の 免責에 관한 研究”, 『首善論集』 第13輯, 成均館大學校 大學院, 1988.
- 李慶武, “國際貿易契約에 있어서의 不可抗力(force majeure)條項”, 『仲裁』, 1987.
- 李容周, “貿易契約의 履行不能에 관한 研究”, 弘益大學校 博士學位論文, 1991.
- 本林徹, “不可抗力と免責”, 『現代契約法大系』, 第9卷, 國際取引契約(2), 1985.
- 貿易實務講座刊行會, 貿易と法律, 貿易實務講座 第8卷, 有斐閣, 1969.
- 木下 毅, 英美契約法の理論, 東京大學出版部, 1985.
- 中村 弘, 貿易契約の基礎, 東洋經濟新報社, 1983.
- 浜谷源藏, 國際取引契約, 同文館, 1972.
- 中村巳喜人, 貿易契約論, 有朋堂, 1975.
- 岩崎一生, 改訂版 英文契約書, 同文館, 1988.
- , “事情의 變更에 의한 契約의 解除”, 『國際商事法務』, 第19卷, 第2號, 1991.
- Guest, A.G., *Benjamin's Sale of Goods*, London, 1987.
- Treitel, G.H., *The Law of Contract*, 7th ed., London, 1987.
- Beale, H.G. & Others, *Contract: case and materials*, London, 1986.
- Schmitthoff, Clive M., *Schmitthoff's Export Trade*, 9th ed., 1990.
- Reiter, Barry J. and John Swan, *Studies in Contract Law*, Butterworths, 1980.