

무역학석사 청구논문

중국통일계약법상 불가항력에 기한 면책요건

- CISG와의 비교를 중심으로 -

무 역 학 과

풍 석 비

지도교수 심 중 석

2014년 6월

대구대학교 대학원

중국통일계약법상 불가항력에 기한 면책요건
- CISG와의 비교를 중심으로 -

이 논문을 무역학석사 학위논문으로 제출함.

무역학과

풍 석 비

지도교수 심 중 석

풍석비의 무역학석사 학위논문을 인준함.

2014년 6월

심사위원장 _____(인)

심 사 위 원 _____(인)

심 사 위 원 _____(인)

대구대학교 대학원

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 방법과 범위	3
제2장 불가항력에 대한 개관	5
제1절 불가항력의 개념과 의의	5
1. 불가항력의 개념	5
2. 불가항력의 의의	6
제2절 불가항력에 관한 법적 기준	8
1. CISG의 경우	8
2. 중국통일계약법의 경우	9
제3절 불가항력의 성립요건과 면책범위	13
1. CISG의 경우	13
2. 중국통일계약법의 경우	19
제3장 불가항력에 관한 판결례	25
제1절 CISG의 경우	25
1. 조류독감에 기한 이행불능	25
2. 기상이변에 따른 이행불능	26
3. 가격상승에 기한 이행불능	27
4. 제3자에 의한 불가항력	29

5. 입증책임에 관한 문제	31
제2절 중국통일계약법의 경우	35
1. 사정변경의 범위	35
2. 악천후에 기한 불가항력	36
3. 상당한 주의의무	38
4. 정부의 공적 행위	39
5. 제3자에 의한 불가항력	41
제3절 소결	43
1. CISG의 경우	43
2. 중국통일계약법의 경우	44
제4장 중국통일계약법상 불가항력조항의 문제점과 개선방안 ·	46
제1절 문제점	46
1. 법적 책임	46
2. 적용범위와 판단기준	47
3. 적용상의 문제	48
4. 그 밖의 사항	50
제2절 개선방안	51
1. 불가항력 조항의 명확화	51
2. 불가항력의 적용범위와 판단기준	52
3. 면책요건의 기준	54
4. 불가항력에 기한 손실부담원칙	56
제5장 결론	60

참고문헌 62

Abstract 65

중국통일계약법상 불가항력에 기한 면책요건

- CISG와의 비교를 중심으로 -

풍 석 비

대구대학교 대학원
석사과정 무역학과

지도교수 심 중 석

(초록)

본 논문은 CLPRC를 중심으로 불가항력의 법적 기준과 그 면책에 관하여 고찰함으로써 이에 대한 법리적 이해를 명료히 확립하고자 하는데 그 주안점을 두었다. 그 결과로서 중국과의 국제상거래에 임한 계약당사자로 하여금 불가항력 면책에 대한 당해 법률의 규정을 올바르게 인식하여 분쟁발생시 예견가능성 제고에 기여할 수 있는 것에 그 목적을 두었다.

본 논문에서는 CLPRC를 중심으로 이에 CISG을 비교법적 분석도구로 불가항력에 관한 법적 기준을 추론하여, 불가항력의 성립요건, 면책범위 및 이에 제반 판결례를 접목하여 그 기준과 요건을 명료히 제시하였다. 나아가 현행 중국통일계약법상 불가항력조항에 관한 문제점과 개선방안을 추론하여 그 명료한 이해를 도모하고자 의도하였다.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

불가항력(*force majeure*)에 기한 면책은 계약법(契約法)분야뿐만 아니라 침권법(侵權法)분야에도 중요한 법률제도이다. 그것은 당사자의 위약책임(違約責任)이나 침권책임을 면하는 한 통상의 항변사유로 취급되고 있다.

최근 세계경제는 글로벌 경제위기와 빈번하게 발생하고 있는 해난, 지진, 해일 등 악천후의 영향으로 상당한 악영향을 받고 있는 실정에 있다. 특히 자유무역의 확대에 의해 각국의 경제는 상당한 비용을 부담하고 있는 실정에 있다. 또한 국제상거래(*international transactions*)는 원거리 격지자 간의 상거래가 대부분인 까닭에, 비교적 장기간에 걸쳐 계약의 이행이 이루어지므로 당해 상거래와 관련한 불가항력이 발생할 가능성이 농후하다.

무역계약은 서로 다른 국가에 영업소를 보유하고 있는 당사자 간에 이루어지는 매매계약으로서 매도인이 매수인에게 계약한 상품의 소유권을 이전하여 물품을 인도할 것을 약정하고, 매수인이 그 물품의 수령에 대한 대금지급의 의무를 이행하는데 그 궁극적인 목적이 있다. 이 경우 계약이 이행되어야 한다는 것은 계약법의 가장 중요한 목적이라고 할 수 있다.

계약은 법적 구속력(*legal enforcement*)에 그 지지기반을 두고 있는 까닭에 당사자는 계약에서 합의한 대로 계약의 내용을 충실히 이행할 의무가 있고, 만약 계약을 불이행하는 경우에는 이에 상당한 책임을 부담해야 하는 것은 마땅하고도 당연한 일이다.

그런데 실제 상거래의 과정에서 계약체결 시에는 예견할 수 없었으나 계약체결 후에 후발적인 사태의 발생으로 계약당사자 간에 본래 계약에 약속한 내용과 같이 계약을 이행할 수 없게 됨으로써 계약상의 본질적인 의무의 이행에 영향을 미치거나 장애에 직면할 수 있다. 이 경우 국제상거래에서 계약당사자 자신의 상당한 주의의무 위반에 기한 과실로 계약상 의무의 이행이 불가능하게 되는 경우에는 계약위반에 따른 위약책임을 부담해야 한다.

그러나 이와는 달리 당사자가 예견할 수 없었을 뿐만 아니라 회피할 수 없고 또한 극복할 수 없는 불가항력의 사유로 인하여 당초 계약의 이행이 불가능하게 되거나 지연되는 경우 또는 계약의 이행은 가능하지만 계약체결 시 당초 합의하였던 계약의 목적을 소멸시키는 결과를 초래함으로써 계약의 이행이 무의미하게 되는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 불이행 당사자에게 뜻밖의 무한책임이 요구될 수 있다.

그런데 이러한 장애는 통상의 주의나 이행으로 극복할 수 없다는 사실에 기하여 특단의 문제가 발생하게 된다. 곧 당사자의 과실이 없다고 하는 전제하에서 이 경우 당사자의 기대이익의 보호라는 시각에서 불이행 당사자의 책임을 완화하는 것이 법리적으로 보아 형평에 맞을 수 있다. 이를 위한 법률적 개념이 불가항력에 기한 면책이라고 할 수 있다.

한편 서로 다른 무역환경의 입지 하에서는 물론이고, 국제상거래를 규율하고 있는 각국의 법체계가 실로 다양한 처지에서, 이 같은 불가항력의 인정 및 그 해석과 처리규정이 매번 동일 할 수는 없다. 뿐만 아니라 이 문제의 처리를 위해서는, 곧 국제물품매매계약(international sale of goods) 체결 이후 실제 계약의 이행과정에 있어서 많은 시간과 비용 및 노력이 소모되기 십상이며, 나아가 당해 계약의 이행과정에 예측 불가능한 위험이 초래될 수 있다.

무엇보다도 불가항력에 기한 이러한 뜻밖의 사고가 발생하게 되면 당사자의 면책사유가 성립될 수 있는지를 고려하여야 한다. 그 과정에서 불가항력에 관한 법률상 의미의 해석에 있어 계약당사자의 책임소재를 판단하는데 상당한 어려움이 수반된다.¹⁾

본 논문은 특히 중국통일계약법(Contract Law of the people's Republic of China, 이하 ‘중국통일계약법’ 또는 ‘CLPRC’)²⁾을 중심으로 이 같은 불가항력의

1) 우위평, “무역계약에서 불가항력에 관한 연구 - 중국법을 중심으로”, 부산대학교대학원 석사학위청구논문, 2013, 2면.

2) 중국통일계약법은 1982년 이후 경제계약법(經濟契約法),涉外경제계약법(涉外經濟契約法), 경제계약법(技術契約法) 등으로 분할되어 있던 계약법을 동시에 폐지하고, 1999년 이를 통합하여 자연인, 법인 그 밖의 조직 간의 설립·변경·폐지 등 민사상 권리의무관계의 협의에서도 평등한 계약을 이룰 수 있는 기초를 마련하였다. 논제에 기하여 CLPRC는 계약주체의 범위를 확대·수용하여, 종래 계약법에서 배제되었던 외국의 자연인 및 경제조직이 체결하는 계약관계상 법률관계를 일원화 하였다. 경우에 따라 중국합동법(中國合同法)이라고도 칭

법적 기준과 그 면책에 관하여 고찰함으로써 이에 대한 법리적 이해를 명료히 확립하고자 하는데 그 주안점을 두고자 한다. 이로 인하여 중국과의 국제상거래에 임한 계약당사자로 하여금 불가항력 면책에 대한 당해 법률의 규정을 올바르게 인식하여 분쟁발생시 예견가능성 제고에 기여할 수 있는 것에 그 목적을 두고자 한다.

본 논문에서는 CLPRC를 중심으로 이에 ‘국제물품매매계약에 관한 UN 협약’(UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 ‘CISG’)을 비교법적 분석도구로 불가항력에 관한 법적 기준을 추론하여, 불가항력의 성립요건, 면책범위 등과 이에 제반 판결례를 접목하여 그 기준과 요건을 명료히 제시하고자 한다. 나아가 현행 CLPRC상 불가항력조항에 관한 문제점과 개선방안을 추론하여 그 명료한 이해를 도모하고자 한다.

제2절 연구의 방법과 범위

본 연구에서는 현재까지 발표된 국내외 선행논문과 단행본, 학술연구자료 등을 통한 문헌적 연구방법을 취하고자 한다. 제1장 서론에서는 본 논문의 연구배경과 목적 그리고 범위 및 방법에 대한 본장으로 같음하고, 제2장에서는 불가항력에 대한 개관이라고 하는 주제 하에서 그 개념과 의미 및 법적 기준 등을 살펴보고자 한다. 아울러 CISG와의 비교를 통해 CLPRC상 불가항력의 성립요건과 면책범의를 특정해 두고자 한다.

제3장에서는 CLPRC와 CISG상 불가항력에 관한 판결례 및 그 평가를 통해 불가항력에 기한 양 법체계의 특수성을 추론해 보고자 한다. 나아가 각 법체계에 있어 불가항력에 기한 법적 유의점 내지 시사점을 제공함으로써 실무적 용상 특단의 문제점을 미연에 방지할 수 있는 단초를 제시하고자 한다.

제4장에서는 CLPRC상 불가항력의 공평책임, 불가항력의 적용, 불가항력의 적용범위와 법적 기준 등을 명확히 제시함과 동시에 향후 극복하여야 할

하고 있는데, 본 연구에서는 중국계약법의 통일화 및 일원화에 주안점을 두고 이하 ‘중국통일계약법’ 또는 ‘CLPRC’이라 칭한다.

CLPRC상 불가항력 조항에 관한 문제점 제시와 함께 그 해설을 위한 개선방안을 제시하고자 한다. 제5장에서는 이상의 각 장내용을 요약·정리하여 본 연구의 결론으로 삼고자 한다.

제2장 불가항력에 대한 개관

제1절 불가항력의 개념과 의의

1. 불가항력의 개념

불가항력(不可抗力)의 개념은 로마법(*Ius Romanum*)의 담보책임의 법리에 근거를 두고 있는 대륙법계 용어이다. 대륙법계 국가의 근대민법은 과실책임을 유일한 책임원칙으로 파악하고 있었으나, 과학과 기술, 그리고 산업이 발달함에 따라 사고를 발생시키는 위험원인이 점증함에 따라 그러한 위험이 현실화되어 사고손해가 발생한 경우에는 기존의 과실책임원칙이 합리적인 피해의 구제방법으로서 그 기능을 충실히 감당할 수 없는 형편에 이르게 되었다.

이러한 가운데 불가항력의 개념은 과실책임과는 또 다른 차원의 엄격책임이 문제되는 경우에 불이행 당사자에게 무한대의 책임을 지울 가능성이 있다는 점을 고려하여 불이행 당사자의 책임을 완화시키기 위하여 만들어진 실무상의 개념이다.³⁾

불가항력의 법리는 거의 모든 국내법에서 널리 인정되고 있으며, 이는 주로 계약체결 당시의 사정이 후발적으로 급변하여 동일한 부류의 합리적인 사람으로서 행하는 당사자들이 그러한 사실을 알았다더라면 계약을 체결하지 않았을 경우 일방당사자 또는 양당사자를 면책시킬 것을 목적으로 한 것이다. 그렇지만 불가항력의 개념이 모든 국가에서 동일하게 해석되는 것은 아니며, 그로 인해 면책법리 역시 모든 국가에서 동일한 형태로 적용되고 있지는 않다.

이렇듯 ‘불가항력’의 개념이 일의적인 것은 아니다. 그러나 전통적인 개념으로서의 불가항력은 ‘Act of God’보다 넓은 개념으로 인식되고 있다. 이 경우 ‘Act of God’은 당사자가 상당한 주의를 기울여도 예측하거나 피할 수 없는, 즉 당사자의 의지와는 무관하게 발생하는 자연현상이다. 미국 판례에 비추어 ‘Act of God’는, ‘인간의 힘으로 저항할 수 없는 자연의 폭력으로서 비정상적,

3) 오원석·배준일, “면책법리에 관한 비교법적 연구 : CISG를 중심으로”, 「무역학회지」 제26권 제3호, 한국무역학회, 2001, 46면.

돌발적인 특수한 사태, 저항할 수 없는 물리적 원인에 의하여 생긴 재난, 인간의 힘이 미치지 않는 물리적 원인만으로 발생한 자연적인 화재·폭발·지진·낙뢰 등'으로 정의되고 있다.⁴⁾

이에 비해 불가항력은 'Act of God' 이외에도 전쟁, 출항금지, 인·허가금지, 파업 또는 기계고장 등 인위적인 특징과 물리적, 절대적으로 계약의 이행을 불가능하게 하는 것으로, 만약 이 같은 사건이 발생하는 경우 불이행 당사자는 그 면책을 주장할 수 있다.⁵⁾

2. 불가항력의 의의

무역계약에 있어 당사자는 불의의 사태로 계약이 이행불능으로 되는 경우에 대비하여 사전에 계약서에 유관조항을 삽입하여 당사자 간의 권리와 의무관계를 명확히 하여 두는 것이 좋다.

실제로 이러한 조항은 실무계에서는 일찍부터 사용되어 왔으며, 소위 불가항력조항이라고 일컬어 왔다. 그러나 불가항력조항이 그 적용범위나 효과 면에서 실로 다종다양하기 때문에 이 조항만으로 담보할 수 있는 당사자의 기대이익의 보호에는 만족스럽지 못한 경우가 많았으며 법정에서도 후발적 사유가 계약이행에 위법으로 작용하거나 또는 현저하게 사정이 변화하여 계약이 전혀 새로운 것으로 된 경우 이러한 중단 혹은 해제조항을 무시하는 경우도 적지 않았다.

불가항력은 오늘날 통상 '*force majeure*'로 표시되고 있으며, 경우에 따라 'Act of God' 또는 'Act of Providence'로 칭해지고 있다. 물론 이들 용어들의 내용을 고려하여 천재(天災)라고 이해하는 것도 무리가 없을 것이라 판단된다. 그러나 불가항력에 관한 명확한 개념이나 정의는 획일화 할 수 없는 처지에 있다.⁶⁾

4) 강이수, “국제무역거래에 있어서의 계약불이행에 관한 기본문제”, 「중재」, 191호, 법조협회, 1987, 7면.

5) 김용일, “국제물품매매계약상의 불가항력에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 석사학위청구 논문, 2003, 5면.

6) 송계의, “불가항력과 무역계약당사자의 면책에 관한 연구”, 「수선논집」, 성균관대학교, 1988,

보통법상 20세기까지 계약의 엄격이행의 원칙이 고수되었기 때문에 계약당사자들은 계약체결 후에 지배할 수 없는 불가항력에 의하여 계약의 이행이 불가능함에도 계약의 불이행에 대한 책임부담의 부당성을 시정하려는 노력 속에 불가항력조항이 자연스럽게 형성되게 되었다.

즉 계약상의 의무이행을 방해하거나 저해하는 구체적인 사유의 발생 시 당사자의 면책여부는 판례상 반드시 확립되어 있는 것이 아니며, 또한 국가에 따라 법제가 상이하기 때문에 계약당사자는 사전에 계약상 당사자의 통제를 벗어난 사유가 발생한 경우 당사자의 면책으로서 특정한 불가항력조항을 규정하게 되었던 것이다.

한편 국제상업회의소(International Chamber of Commerce, ICC)는 계약서에 불가항력조항을 설정하여, 이행불능이 통제할 수 없는 사유에 기인한다는 것, 계약을 이행하는데 있어 그 능력에 대한 장애요소의 영향을 수용하는 것을 정상적으로 기대할 수 없다는 것, 그 장애요소를 피하고 극복하는 것을 이상적으로 생각할 수 없다는 것을 입증하면 당사자는 면책이 되므로 이에 대한 활용이 필요하다.⁷⁾⁸⁾ 다만 불가항력의 발생 또는 중재하고 있음에 대하여는 매도인에게 입증책임의 의무를 부과하고 있음은 유의하여야 할 사항이다.

실무적으로 무역업자가 이러한 조항을 계약서에 삽입시킬 때에는 기대하지 않은, 곧 뜻밖의 예상외 사태에 대비하여 계약서에 포함시키는 ‘예상외 사건 제외’(unforeseen circumstances excepted, U.C.E)와 같은 조항의 효과가 이행불능으로 되는 선결례를 토대로 참조하는 것이 유익할 것이라 본다.

그러나 무역거래는 당사자의 자치에 의하여 행하여지므로 장래의 불의의 사태에 대비하여 계약의 이행불능의 법리에 의하지 않고 당해 상거래의 제반 사정에 적합하게 불가항력조항을 설정함으로써 우발적인 위험에 대비할 수 있을 뿐만 아니라 당사자 간의 분쟁의 여지를 없애고 상거래의 안전과 질서를 유지할 수 있을 것이다.⁹⁾

45면.

7) 김웅진, “국제 물품매매계약상의 이행불능에 관한 연구: 이행불능법리를 중심으로”, 명지대학교대학원 박사학위청구논문, 1991, 140면.

8) I.C.C Publication No.421.

9) 송계희, 전제논문, 450-451면.

제2절 불가항력에 관한 법적 기준

1. CISG의 경우

CISG에서 규정하고 있는 두 가지 면책조항은 각각 제79조와 제80조의 내용이다. CISG 제79조¹⁰⁾에서는 특정 사정에 의하여 이행이 불가능한 경우 불이행 당사자의 책임이 면제될 수 있음을 규정하고 있다.¹¹⁾ 또한, CISG 제80조¹²⁾에서는 계약위반자의 채무불이행이 상대방의 작위(作爲) 또는 부작위(不作爲)에 기인한 경우 계약위반자에게 채무불이행책임을 물을 수 없음을 규정하고 있다. 이 경우 CISG상 불가항력과 관련된 면책은 전자로 본다.

CISG 제79조는 ULIS 제74조¹³⁾의 개정판이라고 할 수 있으므로 ULIS 제74조에서 사용하고 있는 상황(circumstance)¹⁴⁾이라는 용어가 물리적 이행불능이나 법적 불능뿐만 아니라 예상외의 Hardship까지 내포하여 당사자가 계약의 불이행에 대하여 쉽게 면책될 수 있다는 문제점을 그대로 답습했다고 할 수 없다.

-
- 10) CISG, 제79조 : “(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he 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 consequences.” (당사자가 그 의무의 불이행이 자신의 통제할 수 없는 장애에 기인하였다는 것과, 계약체결 시에 그 장애를 고려하거나 또는 그 장애나 그로 인한 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 입증하는 경우에는 그는 자신의 의무 불이행에 관하여 책임이 없다) 이하 CISG의 국문은 심종석, 「국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 해석과 적용」, 삼영사, 2013의 번역을 참조하고자 한다.
- 11) 오현석, “국제물품매매계약상 사정변경원칙의 적용에 관한 비교법적 검토”, 「무역상무연구」, 제51권, 한국무역상무학회, 2011, 162-163면.
- 12) C. M. Bianca & M. J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law; The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè · Milan, 1987, p.574., CISG 제80조는 ULIS 제74조 (3)에 근거한다. ULIS의 동 조항이 CISG 제79조 (5)과 제80조로 분리됨으로써 면책의 두 가지 형태(장애와 상대방의 작위 또는 부작위)가 명확히 구분되었다.
- 13) ULIS 제74조는 계약상 의무 불이행에 대한 면책의 근거를 계약체결 당시의 당사자의 의사에 따라, 계약상 의무를 불이행한 당사자가 고려하거나 회피 또는 극복해야 할 의무가 없는 ‘상황’(circumstance)의 발생에서 기인하는 의무불이행에서 찾고 있다.
- 14) ULIS 제74조 (2)에 의하면, “의무의 불이행을 유발하는 상황(circumstance)이지만 이행에 대한 일시적인 장애(impediments)에 불과하다더라도 ... 불이행 당사자는 자신의 의무로부터 영원히 배제된다”라고 규정하고 있다. 여기서 주목할 점은 장애라는 용어도 사용하고 있는 사실이지만, 이는 CISG의 장애에 상응하는 용어로서 사용되고 있음이 통상이다.

이러한 이유로 CISG 초안 제정에서 실무위원회는 면책의 범위를 좁히는 방향으로 의견을 수렴하였으며, 그 결과 ‘상황’은 ‘장애(Impediment)’로 대체되었다.

제79조에 따른 면책은 객관적으로 채무자에게 부담시킬 수 없고 채무자가 계약상 인수한 위험에 귀속시킬 수 없는 근거에 의하여 채무의 이행이 불가능하게 된 경우 개입한다.¹⁵⁾ 따라서, 제79조에 따른 면책 여부를 판단함에 있어서는 면책을 주장하는 당사자가 계약체결 시 그의 불이행을 초래한 사건에 대한 위험을 인수했는지 여부, 즉 위험의 배분이 본질적인 쟁점이 된다.¹⁶⁾

또한 제79조에서는 당사자가 그 의무의 불이행이 자신의 통제를 벗어난 장애에 기인하였다는 것과, 계약체결 시 그 장애를 고려하거나 또는 그 장애나 그로 인한 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 입증하는 경우에는 그는 자신의 의무불이행에 관하여 책임이 없다고 규정하고 있다.

한편 면책의 효과에 대한 CISG와 CLPRC의 규정은 기본적으로 일치하고 있음을 볼 수 있다. 그러나 CISG는 중국통일계약법에서처럼 ‘법률이 그 밖의 규정이 있는 상황 제외’에 대한 규정이 없다. 생각건대 CISG의 적용 하에 있는 당사자에 대하여 국내법은 우선적 구속력이 없기 때문이다. CISG에서는 이행지체 이후에 불가항력이 발생하는 경우 면책불능에 대하여 규정하지 않고 있다. 다만 “면책은 장애가 존재하는 기간 내에 유효하다”고 규정하는데서 그 의미를 찾을 수 있다.¹⁷⁾

2. 중국통일계약법의 경우

중국민법통칙 제153조는 불가항력을 예견할 수 없고, 회피할 수 없으며 극복할 수 없는 객관적인 상황이라고 규정하고 있다.¹⁸⁾

15) 석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010, 298면.

16) 석광현, 상계서, 298면.

17) 조 청, “중국계약법과 UN매매협약에 관한 비교법적 고찰”, 한양대학교대학원 석사학위 청구논문, 2008, 89면.

18) 中國民法通則, 第153條: “本法所稱的 不可抗力是指不能預見、不能避免并不能克服的客觀情況。” (이 법에서 불가항력이란 예견할 수 없고 회피할 수 없으며 극복할 수 없는 객관적인

CLPRC이 규정하는 계약위반책임면책의 법정사유는 불가항력이다. CLPRC 제117조,¹⁹⁾ 제118조²⁰⁾에서 불가항력의 개념, 면책의 효력과 통지의무에 대하여 규정하고 제311조²¹⁾에서 제3자에 기인한 계약위반에 대하여 면책할 수 있는지 여부를 규정한다.

CLPRC 제117조에 따라 불가항력으로 인하여 계약의 이행이 불능인 경우에 불가항력의 영향에 따라 그 책임은 일부 또는 전부 면책될 수 있다. 그러나 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 당사자가 이행을 지체한 후 불가항력이 발생한 경우에는 책임의 면책을 주장하지 못한다. 이 경우 동법에서 ‘불가항력’이라 함은 ‘예견할 수 없고, 회피할 수 없으며 또한 극복할 수 없는 객관적인 상황’을 말한다.²²⁾

CLPRC상의 이러한 태도는 기본적으로 채무불이행책임의 발생에 채무자의 과실을 요하지 않으면서 일정한 장애사유가 발생하는 경우에 채무자에 대하여 면책을 인정하는 CISG, ‘국제상사계약에 관한 일반원칙’(Principles of International Commercial Contract Law, ‘PICC’²³⁾) 및 ‘유럽계약법원칙’(Principles

상황을 말한다)

- 19) CLPRC, 第117條 : “因不可抗力不能履行合同的,根據不可抗力的影响,部份或者全部免除責任,但法律另有規定的除外。當事人遲延履行后發生不可抗力的,不能免除責任。本法所稱的不可抗力,是指 是指不能預見、不能避免并不能克服的客觀情況。” (불가항력으로 인하여 계약을 이행할 수 없는 경우 불가항력의 영향에 근거하여 부분 또는 전부 책임을 면제하나 단, 법률에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다. 당사자가 이행을 연기한 후 불가항력이 발생한 경우 책임을 면제할 수 없다. 이 법에서 불가항력이란 예견할 수 없고 회피할 수 없으며 극복할 수 없는 객관적인 상황을 말한다)
- 20) CLPRC, 第118條 : “當事人一方因不可抗力不能履行合同的,應當及時通知對方,以減輕可能給對方造成的損失,并應當在合理期限內提供證明。” (당사자 일방이 불가항력으로 인하여 계약을 이행할 수 없는 경우마땅히 즉시 상대방에게 통지하여 상대방에게 조성할 수 있는 손실을 줄이고 상당한 기한 내에 증명을 제공하여야 한다)
- 21) CLPRC, 第311條 : “承運人對運輸過程中貨物的毀損、滅失承擔損害賠償責任,但承運人證明貨物的毀損、滅失是因不可抗力、貨物本身的自然性質或者合理損耗以及托運人、收貨人的過錯造成,不承擔損害賠償責任。” (운송인은 운수과정 중 화물의 훼손·멸실에 대하여 손해배상책임을 부담하나 단, 운송인이 화물의 훼손·멸실이 불가항력·화물 자체의 자연적 성질 또는 합리적인 소모 및 탁송인·수하인의 과실로 조성되었음을 증명한 경우 손해배상책임을 부담하지 아니 한다)
- 22) 이규철, 「중국계약법총람」, 아진출판사, 2006, 231면.
- 23) PICC는 그 자체가 구속력 있는 협약이 아니라, 단지 국제상사계약의 일반원칙(general principles)을 집적한 것으로, 미국법상 용어를 빌리자면 소위, 재기술(再記述, restatement)의

of European Contract Law, ‘PECL’²⁴⁾)의 태도와 일치하고 있음을 살필 수 있다.

25) 따라서 불가항력이 있을 경우 위약책임은 면책된다.

CLPRC 제117조에는 “법률이 특별한 규정이 있는 경우 그러지 하지 아니하다”는 규정은 법률에 다른 규정이 있는 경우 불가항력으로 인한 사건의 원인이라도 계약이 이행불능이 되거나 상대방에게 손해를 초래하면 채무자의 책임을 면할 수 없고 위험을 부담해야 한다는 의미를 담고 있다.²⁶⁾

본조는 불가항력을 계약체결 시에 예견할 수 없고 그 결과에 대하여 회피, 극복할 수 없는 객관적 상황으로 규정하고 이 경우에 면책을 규정하고 있다고 볼 수 있다. 곧 불가항력이 있을 경우 위약책임이 면책된다. 이러한 불가항력에 대한 책임의 면책규정은 과거의 경제계약법 제34조²⁷⁾,涉外경제계약법 제24조²⁸⁾, 기술계약법 제20조²⁹⁾에 각각 규정하고 있다.

성격을 갖는다. 요컨대, PICC는 국제상사계약에 관한 각국의 국내법이나 국제법규를 해석함에 있어서, 보충적 기준 내지 표준이 될 수 있고, 당사자에게는 계약서 적성의 지침으로서 적절히 적용 또는 원용할 수 있는 법적 실익을 표창하고 있다.

24) PECL은 유럽 계약법상의 일반원칙을 법전형식으로 구성하고는 있으나, PICC와 마찬가지로 그 자체가 구속력 있는 법규범은 아니고, ‘유럽 역내 회원국 간 상거래를 용이하게 하기 위한 법적 기반의 제공’, ‘계약법의 법리적 기초와 통일적 해석기준의 정립’, ‘각국 법원 및 중재판정부의 판결·판정 시의 지침제공’, ‘역내 법체계 간의 타협을 구할 수 있는 역할의 도모’, ‘향후 유럽통일계약법전의 입법기반 형성’ 등을 의도하고 있다. 심종석, 「국제물품매매계약에 관한 UN 협약의 해석과 적용」, 삼영사, 2013, 37면.

25) 韓世遠, 「合同法總論」, 法律出版社, 2004, 695頁.

26) 이규철, 전제서, 231면.

27) 中國經濟契約法, 第34条: “當事人一方由於不可抗力之原因不能履行經濟合同時, 應及時向對方通報不能履行或者需要延期履行、部份履行經濟合同之理由, 在取得有關主管機關證明以後, 允許延期履行、部份履行或者不履行, 并可根據情況部份或全部免於承擔責任.” (당사자 일방은 불가항력으로 인하여 경제계약을 이행할 수 없는 경우 합리적인 기간 내에 상대방에게 이행불능이나 연기 이행 또는 경제계약의 부분만을 이행하는 이유를 통지해야 한다. 유관기관에 증명을 교부받은 후 연기 이행이나 부분 이행 또는 이행하지 않은 것은 가능하다. 또는 불가항력의 영향에 근거하여 부분 또는 전부 책임을 면제할 수 있다)

28) 中國涉外經濟契約法, 第24条: “(1) 當事人因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部份義務的, 免除其全部或者部份責任. (2) 當事人一方因不可抗力事件不能按合同約定的期限履行的, 在事件的後果影響持續的期間內, 免除其遲延履行的責任. (3) 不可抗力是指當事人在訂立合同時不能預見、對其發生和後果不能避免并不能克服的事件. (4) 不可抗力事件的範圍, 可以在合同中約定.” [(1)당사자는 불가항력으로 인하여 계약의 일부 또는 전부 의무를 이행할 수 없는 경우 그의 부분 또는 전부 책임을 면제한다. (2) 당사자일방은 불가항력으로 인하여 계약대로 합리적인 기간 내에 계약을 이행할 수 없는 경우 당해 불가항력사건이 존재하는 동안에만 그의 지연 이행의 책임을 면제한다. (3) 불가항력이란 당사자가 계약체결 시 예견

그런데 본 계약법 본 조의 규정이 과거 3대 계약법과 다른 점은 당사자가 약정한 계약의 이행지체 후에 불가항력이 발생한 경우에 면책되지 않는다는 것이다.

요컨대 중국민법총칙과 CLPRC의 규정에 따라 불가항력은 예견할 수 없으며, 회피할 수 없고, 극복할 수 없는 객관적인 사태로 인정하고 있다. 불가항력으로 인하여 계약의 이행이 불능인 경우에 불가항력의 영향에 따라 책임을 일부 또는 전부가 면책된다. 나아가 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 당사자가 계약을 해제할 수 있다. 다만 불가항력으로 인하여 발생하는 이행지체 혹은 부분적인 불이행으로 인한 손실 및 계약해제로 인하여 발생하는 손실 등은 그 배상책임만이 면제될 수 있을 뿐이다. 중국의 법체계에는 불가항력은 법정 면책사유인 까닭에 당사자는 계약에서 달리 정하지 않아도 된다는 특징이 있다.

할 수 없고 그의 발생이나 결과에 대하여 회피할 수 없고 극복할 수 없는 사건이다. (4) 불가항력사건의 범위는 계약에서 약정할 수 있다]

- 29) 中國技術契約法, 第20条 : “當事人因不可抗力不能履行技術合同的, 免除其不能履行合同的責任.” (당사자는 불가항력으로 인하여 기술계약을 이행할 수 없는 경우 그가 계약 불이행으로 인한 책임을 면제한다)

제3절 불가항력의 성립요건과 면책범위

1. CISG의 경우

1) 성립요건

CISG 제79조하에서 불이행 당사자가 면책되기 위해서는 그의 의무불이행이 그의 통제를 벗어난 장애에 기인하였어야 하고, 계약체결 시에 그러한 장애를 고려하는 것이 그에게 합리적으로 기대될 수 없었어야 하고, 계약체결 후에도 그러한 장애가 예견되는 경우에 그러한 장애나 그러한 장애의 결과를 회피하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었어야 하고, 추후 그러한 장애가 실제로 발생한 경우에도 그러한 장애나 그러한 장애의 결과를 회피 또는 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었어야 하며, 그러한 장애와 불이행 사이에는 인과관계가 있어야 하며 또한 불이행 당사자는 이상의 점을 모두 입증하여야 한다 [제79조 (1)].

(1) 의무불이행

CISG 제79조는 불이행된 의무가 무엇인지를 가리지 않는다. 환언하면 당해 계약내용의 모든 의무가 불이행의 대상이 된다. 불이행될 수 있는 매도인의 주요 의무로는 물품인도의무(제30조, 제31조 내지 제33조), 물품적합의무(제30조, 제35조 내지 제37조), 권리적합의무(제30조, 제41조), 서류제공의무(제30조, 제34조), 그리고 매수인의 주요 의무로는 대금지급의무(제53조, 제54조 내지 제59조), 인도수령의무(제53조, 제60조) 등을 들 수 있다.

본조는 계약위반의 형태를 가리지 않고 의무의 일부불이행 또는 전부불이행을 포함하며, 나아가 원시적 장애 또는 후발적 장애에 의한 불이행의 여부를 가리지 않는다. 특히 이행불능의 경우에 있어서도 이것이 CISG는 원시적 불능인지 후발적 불능인지를 묻지 않는다.³⁰⁾

30) 김종석, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 해석과 적용」, 삼성사, 2013, 625면.

(2) 장애

면책사유로서 CISG 제79조에서 ‘장애’라는 용어는 어느 국내법의 법률용어나 개념도 아니다. 전술했듯이 국제무역위원회(UNCITRAL)가 ‘circumstance’(상황)라는 용어를 취하는 대신에 ‘impediment’(장애)라는 용어를 사용한 것은 제79조가 보다 좁게 그리고 객관적으로 해석되도록 하기 위함이었다.

이 경우 장애의 용어는 이행을 방해하는 단지 객관적·외부적인 사유에 한하여 제79조의 장애로 보기 위함이었다. 객관적·외부적 장애인 한 이것이 자연적·사회적·정치적 원인에 기하여 초래된 것인지 또는 이것이 물리적 혹은 법적 장애인지 묻지 않는다.

이에 반하여 불이행 당사자의 주관적·내부적 사정은 원칙적으로 제79조에서 말하는 장애가 아니다. 장애가 불이행 당사자의 행위와 관련이 있는 한, 당사자의 통제를 벗어난 것으로 볼 수 없기 때문에 면책될 수 없다는 것이다. 예를 들면 정부로부터 인·허가를 받지 못하거나, 부적절한 포장으로 물품의 가치가 하락하는 경우, 불이행 당사자는 그로 인하여 발생하는 상대방의 피해에 대하여 책임을 면할 수 없다. ‘법률의 착오’(mistake of law)도 본 제79조에서 말하는 장애가 아니라고 한다.³¹⁾

제79조에서 말하는 ‘장애’(impediment)라 할 수 있는 예로는, i) 천재지변(Act of God, 지진, 태풍, 홍수, 홍작 등), ii) 사회적·정치적 위난(전쟁, 내란, 혁명, 폭동, 파업 등), iii) 법적 장애(물품의 압류, 항구나 공항의 폐쇄, 수출입의 금지 또는 제한, 대외지급정지 등), iv) 기타(화재, 선박 등 운송수단의 멸실, 운하폐쇄, 절도, 강도, 일반적 발전 혹은 전력공급의 중단 등) 등을 들 수 있다. 이러한 장애들은 경우에 따라 매도인의 물품생산·조달, 매도인·운송인에 의한 물품의 인도 및 보관, 매수인·은행에 의한 대금지급을 방해, 물품의 전부 또는 일부의 멸실 또는 손상 등을 초래할 수 있다. 예컨대 화재로 인해 공장이 전소되었더라도 매도인이 화재의 예방을 위한 기본적인 주의를 해태한 경우에서와 같이, 물품인도의무의 불이행책임을 항상 면하는 것은 아니다. 나아

31) 허해관·한병완, “국제물품매매협약상의 면책규칙에 관한 고찰”, 『법조』, 통권 61호, 법무부, 2005, 69-70면.

가 불이행이 장애에 기인했더라도 불이행 당사자가 면책되기 위해서는, 본조에서 그 밖의 면책요건이 모두 충족되어야 함은 응당 당연한 사항이다.³²⁾

본조는 장애의 발생시기를 묻지 않고 있다. 단지 계약체결 시에 그러한 장애를 고려하는 것이 불이행 당사자에게 합리적으로 기대될 수 있었는지의 여부를 묻고 있을 뿐이다. 이 경우 ‘후발적 장애’가 본조 상 장애에 해당함은 의문이 없다.

(3) 예견불가능

“계약체결 시 그 장애를 고려하거나 … 합리적으로 기대할 수 없었다”는 의미는 장애의 예견가능성과 관련되는 것으로, 만일 사건발생이 예견 가능하였더라면 계약에서 달리 규정하지 않는 한, 불이행 당사자는 그러한 장애가 현실화될 위험을 스스로 인수한 것으로 판단되어 면책되지 않음을 의미한다.

이 경우 예견가능성은 계약체결 시에 평가되어야 하는 성질의 것으로, 이는 계약상 의무이행을 약속한 당사자가 그 이행에 대한 장애사유가 발생할 실제적인 가능성에 대하여 합리적으로 예상하였어야 하는지 여부에 대한 문제이다.

예견불능의 요건을 규정하는 법문은 불이행 당사자가 장애를 예견한지 여부를 묻지 않는다. 오히려 장애를 예견하는 것이 불이행 당사자에게 합리적으로 기대될 수 있었는지 여부를 묻고 있다. 사실 ‘말 그대로 예견불가능한 장애’가 있다고 생각하기 어렵다. 이러한 맥락에서 CISG는 예견가능 여부를 불이행 당사자가 아닌 합리적인 평균인을 기준으로 판단하도록 함으로써 면책요건을 객관화하고 있다. 이 경우 예견불가능한 장애는 객관적·추상적 의미에서 예견불가능한 장애를 말한다.

요컨대 불이행 당사자에게 ‘계약체결 시에 그러한 장애를 고려하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었는지’ 여부는 합리적인 자의 시각을 기준으로 판단되어야 한다. 즉 면책요건을 객관화해야 한다.

나아가 제79조 (1)에서 장애를 고려하는 것이 불이행 당사자에게 합리적으로

32) 심종석, 전거서, 628면.

기대될 수 없었는지는 계약체결 시를 기준으로 판단한다. 그리고 전술한 바와 같이 계약체결 시에 이미 존재한 장애였는지는 문제되지 않는다. 환언하면 동조항은 원시적 장애와 후발적 장애를 구분하지 않는다. 단지 합리적인 자의 시각을 기준으로 그러한 장애를 예견할 것이 기대될 수 있었는지가 문제될 뿐이다.

한편 후발적 장애의 경우에 이행을 방해하는 장애가 실제로 발생할 가능성이 있었고 불이행 당사자가 이를 인지했음에도 다른 특약이 없이 계약을 체결했다면 당해 당사자는 이행이 지체 또는 불능 될 위험을 부담한 것으로 해석되어야 할 것이다.

(4) 회피·극복불가능

불이행 당사자가 장애나 장애의 결과를 회피 또는 극복할 것이 합리적으로 기대되지 않았을 것을 말한다. 불이행 당사자는 ‘그러한 장애나 그러한 장애의 결과를 회피 또는 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었음을 입증하는 경우’에 한해 면책될 수 있다.

불이행 당사자는 자신이 합리적으로 예견할 수 없었던 장애에 기인하여 불이행이 발생했어도 합리적인 방법으로 그러한 장애나 그러한 장애의 결과를 회피 또는 극복할 수 있었다면 면책되지 않는다. 예를 들면 계약상 소정의 선박을 이용할 수 없게 되었어도 합리적인 대체선박을 이용할 수 있었다면 불이행 당사자는 면책되지 않는다.

이러한 회피극복불능 요건은 위의 예견불능 요건과는 달리, 계약체결 후 장애가 현실화된 때의 불이행 당사자의 행위를 그 대상으로 한다. 그러나 회피극복불능 요건도 예견불능 요건과 마찬가지로 그 기준은 객관화되어 있다. 따라서 불이행 당사자에 의한 본 요건의 충족여부는 합리적인 자의 시각을 기준으로 판단되어야 하며 또한 사실의 문제로 해결되어야 할 것이다.

(5) 인과관계

장애와 불이행 사이에는 반드시 인과관계가 존재해야 한다. 그리고 인과관

계의 존재는 면책을 주장하는 불이행 당사자가 입증해야 한다. 그러나 CISG는 어느 정도의 인과관계가 요구되는지, 복수의 원인이 불이행에 기인하고 있는 경우 그 일부는 면책사유이고 다른 일부는 면책사유가 아닌 경우에 이를 어떻게 해석해야 할 것인지, 이행지체 중에 장애가 발생한 경우에 이를 어떻게 처리할 것인지 등에 관해서는 다루지 않고 있다. 그렇다면 결국 인과관계의 존부는 관련 국내사법에서 당해 개별 사안에 따라 결정될 것이다.³³⁾

2) 면책범위

제79조에서 의무불이행의 요건을 충족한 장애가 발생한 경우 당사자가 자신의 통제를 벗어난 장애에 기인하였다는 점, 계약체결 시에 그 장애를 고려할 수 없었다는 점, 그 장애의 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 점을 입증하는 경우 면책된다고 규정한다.

그러나 제79조상의 면책은 그러한 장애가 존재하는 기간 동안에만 효력을 가진다. 이는 일시적 장애만을 면책으로 규정한 것으로서 주로 이행지체의 문제라 할 것이다.

한편 제79조 (3)에 따라 계약의 불이행에 대하여 면책요건이 충족되더라도 불이행 당사자는 오직 손해배상의 책임만을 면할 따름이다. 즉 계약의 이행청구, 대금감액, 계약의 해제 등 그 밖의 모든 구제는 여전히 허용된다.³⁴⁾ 다만 객관적인 이행불능인 경우에는 이행청구가 인정되지 않는다고 보는 것이 합리적이라 본다.³⁵⁾

(1) 제한적 면제

제79조 (5)에 의해 각 당사자가 손해배상청구권 외의 권리를 행사하는 것을 방해하지 아니한다. 환언하면 CISG하에서 면책은 단지 불이행당사자가 그의 손해배상책임을 면하도록 할 뿐이다. 그리고 일부의 불이행은 당해 일부에 한

33) 심종석, 전거서, 630면.

34) 최준선, 『국제거래법』, 제5판, 삼영사, 2005, 164면.

35) 오현석, 전거논문, 174면.

해 면책을 낳을 뿐이다. 손해배상청구권 이외의 다른 구제수단은 일정한 정도 불이행 당사자의 이익을 보호하는 것이다.

불이행 당사자를 위해 상술한 다른 구제수단을 유보하지 않았으면 불가항력으로 인한 손해를 불이행 당사자에게 부담하여야 할 것이기 때문에 공평원칙에 어긋날 것이다. 곧 양당사자가 국제물품매매계약을 체결하는 것은 계약이 이행되면 쌍방에게 모두 이익을 얻을 수 있기 때문이다.³⁶⁾

(2) 통지의무

제79조 (4)에 의하면 “불이행 당사자는 계약의 이행에 대한 장애가 발생한 경우에 장애의 발생사실 및 그 장애가 자기의 이행능력에 미치는 효과를 상대방에게 통지해야 한다. 불이행 당사자가 장애를 알았거나 알았어야 하는 때로부터 합리적 기간 내에 상대방이 그 통지를 수령하지 못한 경우에 불이행 당사자는 도달하지 아니하므로 발생한 손해에 대한 책임을 부담한다”고 규정하고 있다.

본 규정이 법정의무인지의 여부에 대한 쟁의가 있다. 즉 당해 규정에 의하여 불가항력을 당한 당사자가 반드시 상대방에게 이 사실을 통지하는 의무를 이행해야 하는지, 불이행할 때 일정한 법률책임을 부담해야 하는지가 문제가 된다. 생각건대 양당사자의 장기간 이익을 고려하여 법정의무로써 이행해야 할 것으로 본다.

한편 통지가 도달주의를 채택하여 통지가 도달하지 아니할 위험은 이를 불이행 당사자가 부담하여야 한다. 즉 불가항력으로 인하여 계약이 불이행될 경우에는 당사자가 반드시 당해 사실과 책임의 일부 또는 전부 면제한다는 사실 등의 여부를 상대방에게 통지해야 한다. 이 경우 불이행 당사자는 통지의무를 이행하지 아니함으로 인한 손해의 책임을 부담해야 한다.

(3) 면책기간

36) 김종석, 전거서, 630면.

CISG 제79조 (3)에 따르면, 그 면책은 “장애가 존재하는 기간 동안 그 효력이 있다”고 규정하고 있다. 즉 일시적 장애는 일시적인 기간 동안 면책의 효력을 가질 뿐이고, 당해 장애가 존재하지 않으면 면책도 불가능하게 될 것이다. 만약 당해 장애가 영구적이지 않다면 그 면책의 효력 또한 일시적이 될 것이다.

장애가 소멸할 경우 불이행 당사자는 계약을 이행하지 않으면 상대방은 모든 구제수단을 요구할 권리를 보유하고 있을 것이다. 환언하면 이러한 일시적 장애는 불이행 당사자에게 이행이 지체되게 하였더라도 그 어떠한 책임을 부담할 필요가 없는 핑계라고 할 수 있다고 생각한다.

여기서 유의해야 할 점은, 불이행을 당한 당사자는 불이행 당사자의 이행지체를 만드시 수용해야 하는지 여부의 문제이다. 나아가 일시적 장애는 영구적인 면책을 구성할 수 있는지 여부의 문제이다. 당해 장애가 일시적일 수도 있겠지만 극단적인 후과를 초래할 수도 있어서 객관적인 이행환경도 철저히 변화시킬 수 있기 때문에 당사자에게 의무를 부담하는 것은 합리적이지 않을 것이다.

(4) 입증책임

불가항력의 입증책임에 대한 상세한 규정이 없더라도 제79조 (1)에 비추어 불가항력을 법정 면책사유로 원용할 당사자가 입증책임을 부담해야 한다. 다만 통례에 비추어 불가항력에 관한 증명은 공신력 있는 전문기관에 발행된 것 이어야 할 것이다.³⁷⁾

2. 중국통일계약법의 경우

1) 성립요건

불가항력에 관한 계약의 불이행 또는 지연에 대해서는 당사자는 면책된다.

37) 김용일, 전제논문, 2003, 90면.

불가항력으로 계약의 이행이 지연되거나 불가능하게 된 경우를 고려하여 미리 면책조항을 계약서에 삽입할 필요가 있다.³⁸⁾

CLPRC 제117조에서 불가항력을 구성하는 4가지 요소로는 객관적 상태, 예견불능, 회피불능, 극복불능 등이다.³⁹⁾ 곧 불가항력을 객관적 요건과 주관적 요건으로 구분하고 있는데, 이 경우 회피할 수 없고 극복할 수 없는 요건이 객관적이고 예견할 수 없는 요건이 주관적인 것이라고 한다.⁴⁰⁾

(1) 객관적 요건

불가항력의 객관적 요건은 통제불능성이다. 계약의 이행불능이 이행당사자의 귀책사유가 아닌 외부적 요인에 의해 발생해야 한다. 이것은 불가항력조항을 면책조항으로 인용하는데 매우 중요한 조건이다.

객관적 요건은 회피할 수 없으며 극복할 수 없는 두 가지 상황을 포함하고 있다. 불가항력은 예견할 수 없기 때문에 당사자가 당연히 피할 수 없다. 단지 불가항력을 발생 이후 당사자가 최선을 하고 손해를 감소하는 의무를 가지고 있다.⁴¹⁾ 여기에서 ‘회피한다’는 것은 불가항력의 발생을 방지하기 위해 가능한 필요한 조치를 사전에 취하는 것을 의미한다.

또한 ‘극복한다’는 것은 불가항력의 결과, 즉 발생한 불가항력을 제거하기 위해 모든 조치를 취하는 것이다.⁴²⁾ 요컨대 객관적인 요건은 당사자의 통제능력외의 외부적인 요인으로 발생하여 당사자가 계약 이행에 영향을 미친 회피할 수도 없고 극복할 수 없는 자연재해나 사회현상의 객관적인 사실이다.

그렇지만 불가항력의 객관적인 요건을 연구하는 목적은 사건 발생 자체뿐만 아니라 당해 사건이 법률행위에 미친 영향에도 두고 있다. 법률에 불가항력규

38) 이하 본 연구에서 인용하고 있는 웹사이트는 본 연구 제출시점 기준(2014.5.31.) 웹상에 표시(display)되고 있음을 참고한다. 다만, 기술 편의상 프로토콜명(<http://>)은 생략한다.

39) 양재영, “무역계약의 이행불능에 관한 연구”, 인제대학교대학원 국제통상학과 국제상학, 석사학위청구논문, 2002, 87면.

40) 刘凯湘、张海峡, “论不可抗力”, 「法学研究」, 第6期, 2000, 111頁.

41) 刘凯湘、张海峡, 上掲書, 2000.6, 6頁.

42) 채성국, “중국계약법에서의 계약책임에 관한 연구: 한국 민법과의 비교를 중심으로”, 서울대학교대학원 박사학위청구논문, 2006, 105면.

정을 확립하는 것은 불가항력 사건이 발생할 때 불이행 당사자의 책임을 면책하는 데 그의 목적을 두고 있는 것이다. 계약의 이행은 일종의 법률행위인데 당해 사건의 발생이 계약이행에 아무 영향이 없으면 불가항력면책이라 할 수 없을 것이다.

사건의 발생은 객관적이고 또는 사건발생은 법률행위에 미친 영향도 객관적이다. 이것은 불가항력의 객관적인 요건을 연구하는데 불가항력의 두 가지 측면이라고 볼 수 있다. 그렇지만 중국법률의 규정을 보면 이 문제를 중시하지 않고 있음을 엿볼 수 있다. ‘회피할 수 없고 극복할 수 없다’는 것은 모두 객관적인 상황의 발생만을 강조하는 것이지만 당해 객관적인 사건은 계약이행에 미친 영향을 명확하지 않다. 이에 실무에서 당사자가 사건의 발생을 예견할 수 있지만 불가항력을 구성할 수 있을지 아니면 예견할 수뿐만 아니라 계약이행에 미친 영향도 예견할 수 있는 것은 불가항력을 구성할 수 있을지의 여부가 문제시 된다. 요컨대 불가항력과 계약불이행에 인과관계의 확정은 매우 중요하게 취급되어야 할 것이다.⁴³⁾

(2) 주관적 요건

주관적 요건은 불가항력의 객관적 요건에 대하여 예견할 수 없어야 한다. 통상 당사자가 아닌 일반인의 예견능력을 표준으로 당해 사건이 예견할 수 있는지 판단해야 한다.

계약관계에서는 일방당사자의 인식수준과 판단능력을 표준으로 예견가능성을 판단함으로서 불가항력 사건인지를 확정하려면 상대방은 당해 당사자의 인식수준과 판단능력의 부족으로 야기한 불쾌한 결과를 부담해야한다. 그렇다면 이것은 불공평하고 과학적이지도 않다. 결국 예견할 수 없다고 함은 당사자가 선량한 관리자의 상당한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 예측할 수 없었던 경우를 말한다.⁴⁴⁾

실무에서는 일방당사자가 일정한 전문적인 지식을 가지고 있으면 일반인보

43) 양 량, 전제논문, 12면.

44) 송오식, “중국 계약법상 위약책임”, 『민사법연구』, 제15집 제1호, 대한민사법학회, 2007. 6, 283면.

다 사건을 판단하는데 보다 예리한 견해가 있는 경우에는 계약당사자의 인식 능력을 표준으로 판단해야 한다.

한편 불가항력의 객관적인 상황에 대한 예견가능성은 두 가지 있다. 하나는 객관적 자연재해나 사회현상을 완전 예견할 수 없는 것이고, 다른 하나는 일정한 정도상 객관적 상황을 예견할 수 있지만 정확하고 신속하게 발생시간, 장소, 지속기간 및 영향범위 등 알 수 없는 것이다. 전자는 꼭 불가항력이지만 후자는 ‘불예견성’에 어긋하기 때문에 불가항력의 적용범위가 축소되었다고 볼 수 있다.

불가항력의 예견성을 확정하는 시간은 계약체결 전이야 한다. 환언하면 계약을 체결할 때 불가항력조항을 면책사유로 약정해 두는 것은 필요하다. 계약 체결 시에 당사자가 사건의 발생을 예견할 수 있지만 계약의 이행에 영향을 미칠 지경에도 이르지 못하는 경우에는 계약서에 아무 특별 규정 없이 계약을 계속 체결하면 당사자가 발생할 위험에 대하여 책임을 부담할 것이라고 추정할 수 있다. 이에 불가항력은 면책사유로 여길 수 없게 될 것이다. 신의칙으로 상대방은 계약체결 때 부담할 위험을 예견할 수 있으면 위험 부담하는 것을 피하기 위해 계약의 체결을 거절할 수도 있을 것이다.

계약법 영역에서 불가항력의 구성을 확정하려면 계약체결에 영향을 미칠 의외의 사건을 객관적·주관적인 요소를 종합적으로 고찰해야 한다. 즉 당해 사건은 ‘예견할 수 없고 회피할 수 없으며 또는 극복할 수 없는’ 객관적인 상황이 전제되어야 한다.

그 밖에 불가항력의 판단과정에서 시간적 요소를 주의해야 한다. 계약체결 이후, 계약의 의무의 이행완료 전에 발생한 불가항력만이 그 해당사항이 될 것이다. 반면에 계약의 체결 전에 발생한 불가항력은 계약체결상의 과실로서 이 경우 불가항력의 면책을 주장할 수 없다.

2) 면책범위⁴⁵⁾

중국민법통칙 제107조⁴⁶⁾에 비추어 불가항력으로 계약이행불능이나 타인에게

45) 「www.chinacourt.org/article/detail/2003/09/id/83448.shtml」

손해를 초래하는 경우에는 민사책임을 부담하지 않다. CLPRC 제117조에서는 불가항력으로 인하여 계약의 이행이 불능인 경우에 불가항력의 영향에 따라 책임을 일부 또는 전부 면제한다. 그러나 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다⁴⁷⁾고 규정하고 있다. 그렇지만 이상의 규정은 구체적이나 명확하지 않기 때문에 사법실천에서 면책의 범위에 대하여 이를 보다 명확히 할 필요가 있다고 본다.

(1) 제한적 면책

불가항력은 법정 면책요건으로 현대 각국 법률의 처지로 볼 수 있다. 프랑스민법전 제1148조에 따라 “채무자가 불가항력이나 사정변경으로 인하여 지불 불이행하거나 약정을 위반하여 금지된 행위를 하는 경우에 손해배상책임을 부담하지 않는다”고 규정하고 있다. 이 경우 면책범위를 확정할 때 유사한 이해를 해야 하고 임의로 확대하면 안 된다. 예를 들면 매매계약 중 매도인은 계약금을 받은 후 불가항력으로 인해서 계약의 이행을 불능하게 만들면 매도인은 두 배로 계약금을 반환하는 책임을 면제할 수 있다. 그렇지만 매도인은 계약금을 반환해야 할 의무를 부담한다.

(2) 법적 효과

불가항력의 법적 효과는 그 영향 정도에 따라 달리 취급해야 한다.⁴⁸⁾ 만약 불가항력으로 인하여 계약상 채무자의 이행이 불가능하게 되면 당사자 쌍방은 계약을 해제해야 하는 동시에 채무자의 위약책임을 면제해야 한다.

반면에 불가항력으로 채무자의 이행이 부분적으로 불가능하게 되면 계약내용을 변경해야 하는 동시에 위약 측의 부분 책임을 면제해야 한다. 또는 불가

46) 中國民法通則，第一百零七條：“因不可抗力不能履行合同或者造成他人損害的，不承擔民事責任，法律另有規定的除外。”(불가항력으로 인하여 계약을 이행할 수 없거나 타인에게 손해를 초래한 경우 민사책임을 부담하지 아니한다. 법률에 별도 규정이 있는 경우는 제외한다)

47) 이규철, 전제서, 2006, 135면.

48) 王利明,「違約責任論」, 中國政法大學出版社, 修訂版, 2002. 2, 329頁.

항력으로 채무자가 채무를 이행하는 데 잠시 어려움이 있다면 채무자에게 이행연기를 요구할 수 있는 동시에 지연이행의 위약책임을 면제받을 수 있다. 환언하면 불가항력으로 인하여 계약의 이행이 지연하게 되면 지연책임만을 면제할 수 있고 채무에 대하여는 면제받을 수 없다.

(3) 통지의무 및 입증책임

일방당사자가 상대방에게 통지하지 않아서 손실을 입게 하는 경우에 위약책임을 부담해야 한다. CLPRC 제118조에는 “당사자 일방이 불가항력으로 인하여 계약의 이행이 불능인 경우에는 신속히 상대방에게 통지해야 하고 또한 합리적인 기한 내에 유관 기관에 유효한 증명을 교부받아 매수인에게 제공해야 하다”고 규정하고 있다.⁴⁹⁾

본조의 입법 취지는 불가항력으로 계약을 이행할 수 없게 된 경우 이를 상대방에게 즉시 통지하도록 함으로써 이로 인하여 초래될 수 있는 손해나 위험을 감소하게 하고자 하는데 그 목적을 두고 있다. 동시에 불가항력으로 인하여 책임을 면하는 일방당사자로 하여금 불가항력이 있었다는 사실을 합리적인 기간 내에 입증하게 함으로써 당사자 사이의 공평을 기하고 있다.

49) 조 청, 전제논문, 90면.

제3장 불가항력에 관한 판결례

제1절 CISG의 경우

1. 조류독감에 기한 이행불능⁵⁰⁾

1) 논점과 판결요지

매도인은 동유럽을 포함하여 많은 국가에 식품을 수출하는 미국회사이며, 루마니아 회사인 매수인과 닭을 목적물로 매매계약을 체결했다. 계약에서 닭은 2006년 5월 말까지 운송되어야 한다고 명시하고 있었지만 조류독감으로 루마니아 정부는 6월 초까지 모든 닭의 수입을 허가하지 않고 거부하기로 발표하였다.

매도인은 이 같은 사유에 기하여 선적을 지연시켰고, 그로 인해 모든 닭의 납기가 지연되고 결국 당해 물품은 적기에 인도되지 못하였다. 매수인은 해당 선박을 루마니아 인근 국가의 항구를 통해 육로로 인도해 줄 것을 제안했지만, 매도인은 계약에 명시되어 있는 불가항력조항으로서 정부의 수입제한조치를 언급하며 매수인의 제안을 거절하였다.

이후 매도인은 인도되지 않은 닭을 다른 매수인에게 재매각하였고, 매수인은 계약과 관련하여 아직 인도되지 않은 물품에 대하여 손해배상을 청구를 하였다.

미국 중재판정부는 매도인의 선적지연은 중대한 계약위반이라고는 할 수 없으나, 매수인의 제안에 대한 거부는 중대한 계약위반이라고 판정했다. 중재판정부는 매도인의 계약위반이 CISG 제79조상 면책에 해당하는지 여부와 관련하여 루마니아 정부의 결정은 ‘매도인 자신이 통제할 수 없는 장애’에 해당하므로 계약체결 당시에 매도인은 당해 상황을 합리적으로 가정하는 것이 불가능하다고 판단하였다. 또한 매도인은 매수인이 제안한 것처럼 계약의 목적물

50) ‘UNILEX 2007.12.12. Arbitral Award No. 50181T 0036406 American Arbitration Association Macromex Srl v. Globex International Inc.’

로서 닭을 루마니아 이외 대체국을 통한 이행으로부터 루마니아 정부의 결정을 회피하는 것이 가능했다고 보아, CISG 제79조의 면책을 인정하지 않고, 매수인의 매도인에 대한 손해배상청구가 가능하다고 판정했다.

2) 평가

미국 중재판정부의 판정은 ‘자신이 통제할 수 없는 장애’와 예견불가능성은 인정했으나, 회피불가능성이 인정되지 않아 면책을 인정할 수 없다고 판정하였다. 본 판정의 시사점은 CISG 제79조 (1)의 예견불가능성을 인정 또는 당연한 것으로 하는 경우에도 회피 또는 극복 불가능성의 요건을 충족하지 못한다면 면책은 인정되지 않는다는 사실이다.

이 경우 장애의 회피 또는 극복 불가능성의 요건은 판정례에서와 같이 합리적인 대체이행의 의무를 동반한다고 볼 수 있다. 예컨대 운송로가 전쟁에 의해 이용이 불가능하게 된 경우 매도인은 상황에 따라 물품을 우회하여 운송하거나, 운송지연에 따른 추가비용을 부담할 수 있다. 그러나 이러한 대체적 방식이 비합리적인 방법이거나 과도한 비용을 지출하게 하는 것이라면 불이행 당사자는 이행의무를 부담하지 않아도 무방할 것이라 본다.

2. 기상이변에 따른 이행불능⁵¹⁾

1) 논점과 판결요지

매수인(미국 원고)와 매도인(독일 피고)은 러시아산 중고 철로관 강관(鋼管)을 계약의 목적물로 매매계약을 체결하였다. 계약의 이행과정에서 매도인은 정한 기일 내에 당해 물품의 인도를 불이행하였는데, 이에 매수인은 매도인의 인도 의무불이행에 대하여 사기에 기한 고의적 의사가 개입되었음을 이유로 미국 법원에 계약해제를 청구하고자 소를 제기하였다.

매수인의 청구에 대한 항변으로서 매도인은 인도불이행이 행사된 이유에 대

51) ‘U. S. District Court, Northern District of Illinois, East. Div.’, 「03 C 1154」, 2004.

하여 당시 양륙항의 동결로 인하여 당해 선박이 접안할 수 없었다는 이유를 들어 매수인이 주장하는 바 인도불이행에 대하여 불가항력에 기한 면책을 주장하였다.

양당사자는 계약내용에 CISG를 적용법으로 한다는 조항을 두고 있었지만 달리 불가항력에 의한 명시적인 계약내용은 정하지 않고 있었다. 이에 법원은 당해 계약에는 CISG 제79조의 조문내용이 적용된다고 판시하였다.

2) 평가

법원은 판시내용으로서 만약 매도인이 그가 주장하는 바대로 당해 장애가 그 자신의 지배 벗어난 상황으로부터 비롯된 것이라고 하는 사실과 그 장애를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다고 하는 사실을 입증하는 경우 매도인은 당해 인도불이행에 대하여 책임이 없다고 하였다.

아울러 동 법원은 CISG 제79조를 적용함에 있어 순차적으로 장애는 발생한 것이어야 하며, 실행불능이어야 할 뿐만 아니라 예견할 수 없었어야 한다는 여타 연방법원의 판결례를 인용하였다.

결국 법원은 사실관계에 있어 양륙항의 결빙을 매도인이 예상할 수 없었음을 이유로 매수인의 주장을 일축하고, 매도인이 주장하는바 불가항력에 의한 면책을 인정하고 주문대로 판시하였다.

3. 가격상승에 기한 이행불능⁵²⁾

1) 논점과 사실관계

네덜란드에 있는 매수인(원고)과 프랑스의 매도인(피고)은 강철튜브 판매에 대하여 동의하였고, 물품인도에 대한 계약과 함께 CISG를 계약의 준거법으로 두고 있었다. 계약체결 후 약정물품이 인도되기 전에, 물품가격이 계약금액의 70%를 상회할 정도로 예상치 못하게 급등하였다. 더욱이 계약에서는 가격조정

52) 「cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html」

에 관한 별도의 조항을 마련해 두지 않은 상태였다.

이로 인해 계약의 원활한 이행이 저해되자 피고가 조금 더 높은 가격으로 재협상을 시도하였지만 원고는 이는 계약규정에 명시되지 않았음을 근거로 원고의 제의를 거절하며 원 계약에서 합의한 가격대로 물품인도를 요구하였다. 이에 대해 원고는 법원에 소송을 제기하였다.

제1심 법원의 판결은 항소법원에 의해 기각되었는데 항소법원은 경제적인 이행가혹에 관한 문제는 CISG를 통해 해결할 수 없고 더 높은 가격을 요구한 피고의 반대청구를 인정하는 프랑스 국내법을 우선 적용해야 한다고 판시하였다. 그러나 대법원은 CISG가 일반적인 국제거래원칙의 공백을 메워주는 역할은 물론 계약의 준거법으로 준용될 수 있다는 이유를 들어, 항소법원에서 인정한 프랑스 국내법의 우선 적용을 부인하였다. 제1심 법원과 대법원 판결 내용은 다음과 같다.

제1심 판결에서는 양당사자가 이전에 예상하지 못한 물품가격의 상승으로 피고가 당초 계약대로 계약을 이행하지 못한 것을 인정한다고 판결하였다. 그러나 계약의 준거법인 CISG는 이 사례에서의 경우와 같은 이행가혹의 경우 적용할 수 없기 때문에 피고의 재협상 청구권을 기각하였다. 이러한 제1심 판결에 대해 항소법원은 CISG에는 이행가혹에 대한 특정한 명시가 없으므로 국제사법 규칙에 따라 지정되는 국내법을 따라야 한다는 것을 언급하면서 프랑스 법을 적용하여 판정하였다. 프랑스 법에서는 이행가혹에 대한 배상을 묻지 않지만, 신의칙에 따라 재협상 권한을 부여하였다.

이에 대한 대법원 판결은 다음과 같다. 곧 대법원은 CISG 제79조 (1)은 불가항력을 면책사유로 인정하고 있지만 이행가혹에 대해서는 재협상 권한을 절대적으로 부정하는 것이 아니라는 점을 주지하면서 항소법원의 판결을 인정하였다. 왜냐하면 본 사례는 계약 당시 예상치 못한 상황으로 계약이 순조롭게 이행되지 못했기 때문이다.

결국 대법원은 CISG 제79조 (1)에 따라 특정한 상황 하에서는 면책을 부여할 수 있지만, 동조 (2)에 의해 CISG의 공백을 보충할 수 있는, 일반원칙 (general principle)으로서 PICC의 적용을 검토해야 한다고 주장하였다. 이에 PICC에 따르면 계약의 형평이 사정변경에 의해 어긋났다면 재협상 권한을 다

름없이 보유한다는 점을 들어 항소법원의 판결을 인정하였다.

2) 평가

본 사례는 CISG 제79의 불가항력조항이 적용되지 않고, 불가항력조항과 유사한 개념인 이행가혹조항이 적용된 사례이다. 계약당사자들이 당초 계약서에 명시한 준거법은 CISG이었기 때문에 제1심 판결에서는 CISG만을 검토하여 판결하였다. 그러나 항소법원은 프랑스법의 신의칙에 따라 재차 물품가격의 재협상권한을 부여하였다.

이에 법원은 항소법원의 판결을 인정하면서 본건 사례처럼 CISG에서는 다루지 않는 공백을 메우기 위한 취지로 제정된 일반원칙으로서 PICC를 고려해야 한다고 언급하였다.

본 사례는 비록 본고에서 다루고 있는 불가항력조항이 적용되지 않은 사례이지만 이러한 경우 CISG를 보충하는 PICC가 적용되었다는 점에서 그 의의를 구할 수 있다. 곧 실무계에서 보통의 각국 국내법 외에 CISG를 준거법으로 명시한다고 해도 분쟁발생 시 CISG가 적용되지 않을 경우에는 그를 보충하는 일반원칙이 적용될 수 있다는 것을 고려하면 실제 상거래에 있어 많은 도움이 될 수 있을 것임을 시사한다. 나아가 불가항력조항과 마찬가지로 이행가혹조항도 계약서에 명시해 둘 수 있다면 이후 뜻밖의 예상치 못한 상황들에 대한 대처가 더욱 수월할 것이라고 생각된다.

4. 제3자에 의한 불가항력⁵³⁾

1) 논점과 판결요지

본건 계약은 지정된 기간 내에 특정량의 화학제품을 공급하여야 한다는 것을 계약의 내용으로 러시아의 매도인과 독일의 매수인 간에 체결되었다. 그러나 물품은 지정된 기간 내에 매수인에게 인도되지 않았다. 1993년 1월부터 5

53) 「www.unilex.info/dynasite.cfm?dsid=13353」

월까지 매수인은 매도인에게 체결된 계약에 따른 물품을 인도할 것과 경우에 따라 인도기간을 연장할 준비가 되어있다는 것을 수차례 통지하였다. 1993년 5월 매도인의 채무불이행에 대하여 매수인은 제3자로부터 계약에 지정된 물품을 구매하겠다는 의사를 매도인에게 통지하였다.

1994년 5월 매수인은 매도인의 의무불이행으로 인하여 받은 손해와 관련한 배상을 요구하면서 소를 제기하였다. 여기서 매수인이 주장하는 손해는 계약 체결 당시의 물품가격과 매수인이 제3자로부터 어쩔 수 없이 구매하게 되었던 물품가격 간의 차이였다.

매수인의 클레임에 대하여 매도인은 자신의 통제를 벗어난 원인, 즉 계약에서 지정된 물품을 제조하는 공장에서의 비상생산중지로 인하여 물품을 인도할 수 없었으므로 채무가 면제되어야 한다고 주장하였다.

법원은 CISG 제79조를 참조하여 매도인에게 물품을 공급하는 업체의 파업이 매도인의 채무면제에 대한 충분한 근거가 되지 않으므로 제조업체의 의무불이행으로 인하여 매도인은 자신의 채무로부터 면제되었다는 사실은 입증할 수 없다고 판시하였다.

또한 법원은 매도인이 계약체결 시에 계약에 대한 이행을 방해하는 장애를 고려하였거나 혹은 장애·그 상황을 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 예견 불가능하였다는 점을 입증할 수 없었다는 사실을 지적하면서 매도인은 의무불이행에 따른 채무를 부담해야 한다고 판시하였다.

한편 매수인의 손해배상액과 관련하여 법정은 계약가격과 대체구매가격 간의 상이함을 근거로 손해범위를 정하고 이 경우 손해액을 결정하기 위해서는 CISG 제74조가 적용되어야 한다고 판시하였다.

2) 평가

본건은 제3자인 공급자의 파업으로 인해 매도인은 당해 계약을 이행할 수 없었고 이것이 매수인에 대한 계약불이행의 사유가 된 사건이다. 논점은 이 경우 매도인이 CISG의 불가항력에 기하여 매수인 간의 계약에서 그 책임이 면책될 수 있는지의 여부가 그 핵심이다.

우선 CISG의 불가항력조항에 기하여 면책을 주장할 수 있는 제3자의 요건은 CISG 제79조 (2)에 규정되어 있다. 동조항에 따라 면책될 수 있는 제3자는 ‘독립적인 이행보조자’만이 그 대상이 된다. 그렇지만 본건에서 매도인에 의해 지정된 제3자는 독립적인 이행보조자라고는 볼 수 없다. 왜냐하면 본건에서 제3자는 매도인이 물품을 제조하기 위해 필요한 원료나 부품 또는 완제품을 제공하는 공급업자로서 채무자의 채무를 직접 이행하는 자가 아니라 단지 그 이행을 준비해 주는 자라고 볼 수 있기 때문이다.

따라서 본건에서 매도인이 사용한 공급업자는 CISG 제79조에 의거하여 면책될 수 있는 제3자가 아니기 때문에 매도인은 공급업자의 과업을 불가항력이라고 보아 그 면책을 주장할 수 없다는 법원 판결은 매우 적절하였다고 본다.

5. 입증책임에 관한 문제⁵⁴⁾

1) 논점과 판결요지

본건은 양당사자는 어떠한 경우에 불가항력을 근거로 불이행의 면책을 주장할 수 있는가에 관한 사건이다. 벨기에 매수인 A(원고)는 계약의 목적물을 감자로 하여 네덜란드 매도인 M(피고)와 계약을 체결하였다.

양당사자는 계약체결 이후 당해 연도의 수확량을 계약내용에서 정한 기일 내에 인도하고 물품가격은 감자 종류의 시가에 따라 결정하기로 합의하였다. 그런데 당해 연도에 극한 악천후가 발생하여 수확한 감자에 수분미달에 따른 품질의 저하현상이 발생하였다.

그럼에도 불구하고 A는 M에게 납품 가능한 감자가 있었으나 M 외에 다른 매도인이 감자를 납품하겠다고 표명하였으므로 A은 당해 시점에서 당해 감자의 인수를 거부하였다. 그 과정에서 A는 M으로부터 초도 발주분을 인수하였으나 A는 감자의 품질불량을 이유로 잔여분의 인수를 거부하고 초도분만을

54) 「Arrondissementsrechtbankaastricht」(Netherlands), 「120428/HAZA07-550」, 2008.07.09., 「International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation」(Russia), 「13/2007」, 2008.05.13., 「Cour de Cassation」(France), 「Y 01-15.964」, 2004.06.30., 「U.S. District Court, New York」(Southern District), 「06 Civ 12」, 2008.08.20.

인수하였다. 나아가 A는 M에게 그 잔여분에 대하여 계약에 적합한 물품의 인도를 청구하였으나 M로부터의 인도가 없었으므로 본건 계약을 해제하였다.

A는 M에 의해 인도되지 않은 잔여분의 감자를 제3자에게서 대체구입하면서 이에 따라 당초 M에게 지급할 물품금액 대비 추가금액이 발생하였다고 주장하면서 당해 금액과 그 이자를 더하여 이를 손해배상금액으로서 M에게 청구하였다. 이에 M은 불가항력을 이유로 자신의 지배를 넘어선 사정에 의해 납품이 되지 않았다고 주장하고 A사의 이 같은 청구를 배척하였다.

본건 다툼에 대하여 법원은 악천후의 상황이 M의 지배를 넘어선 장애라고 하는 A의 주장과 관련하여, M이 A에게 인도할 수 없었던 감자를 다른 업체로부터 구입할 수 있었다는 사실에만 의지하여 이를 M의 지배를 넘어선 장애라고는 볼 수 없다는 주장을 배척하였다. 곧 M은 그간 자신의 수요를 만족시키기 위해 감자의 공급계약을 유일한 감자유통업자로서 A와 단독으로 체결하고 있었던 것이 아니라 그 밖에 다수의 감자재배업자들과 체결하고 있다는 사실이 인정된다고 판단하였다. 아울러 계약의 이행내용을 적절하게 준수하는지 여부를 확인하기 위해 A가 수시로 M의 농장에 대해 검사를 행했던 사실도 인정할 수 있다고 보았다.

그 결과 본건에 기초한 악천후는 감자의 수확량 및 가격에 결정적 영향을 미칠 수 있는 요인으로 취급하기에 무리가 없다고 보았다. 나아가 계약을 체결함에 있어 악천후의 기상요건 및 이에 따른 수확량에 대한 결과를 고려하는 것은 마땅히 기대할 수 있는 사실로서 보기에 충분하다고 실시하였다.

법원은 최종적으로 A에게 M의 의무불이행이 악천후로 인하여 비롯되었다는 사실을 입증할 수 있도록 요구하였으나 A는 이에 대한 입증을 제시하지 못했던 사실에 비추어 A의 청구를 다름없이 기각하였다.

2) 평가

법원은 A는 감자를 유통하는 무역업자일 뿐만 아니라 자신 또한 감자재배업자이고 M의 물품인도의무는 A의 작황과도 동일시 할 수 있다고 보아 이에 M이 인도할 수 없었던 감자를 다른 재배업자로부터 구입하는 대체구매를 용

인할 수는 없다고 실시하였다.

한편 M이 만약 제79조에 따라 악천후에 의한 면책을 주장하기 위해서는 당해 의무불이행이 자신의 지배를 넘어서는 장애에 의해 발생하였다고 하는 사실 및 계약체결 당시 당해 장애를 고려하여야 한다는 사실 또한 A에게 합리적으로 기대할 수 없었음을 증명해야 했음이 마땅하다고 볼 수 있지만 법원은 A가 계약체결 당시 악천후의 변화 및 그 수확량에 대한 결과마저도 고려해야 한다는 것은 기대할 수 없는 사실이라고 보아 이에 대한 입증책임을 부가하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

그러나 A 또한 감자재배업자로서 이 같은 사실을 미연에 방지할 수 있었다는 사실은 동일한 부류의 합리적인 자의 판단에 의해서도 마땅할 것이라고 보아 이에 대한 입증책임을 요구한 것은 형평의 시각에서도 마땅한 주문이라고 생각된다.

그렇지만 한편으로 악천후라는 기상조건은 자신 또한 감자재배업자로서 A가 당초 이 같은 사항을 계약내용에 편입했었다고 하더라도 당해 악천후의 내용과 정도를 어떻게 기산하여야 하는지 또한 그 결과가 수확량에 어떠한 영향을 미쳤는지 나아가 계약체결 당시 A가 이를 합리적으로 고려할 수 있는 범위를 초과할 수 있었던 것인지를 결정함에 있어서는 무리가 있다고 본다.

그렇지만 법원은 계약체결 당시 본건 계약의 목적물의 인도와 관련한 합리적인 기준으로 당해 악천후가 지금까지의 수확년도에 비해 그 수확량이 현격히 감소하였다고 하는 사실의 증명을 A에게 요구하였다. 이에 A는 다툼없이 초도 발주분 이외에 잔여분의 수확을 예상할 수 없었다고 하는 사실, 곧 악천후에 의한 생산량의 감소를 증명하지 못하였다.

생각건대 통상적으로 악천후를 포함한 천재지변은 계약당사자의 지배를 넘어서는 장애라고 볼 수 있지만 한편으로 농산물의 재배 및 수확은 재배지역의 기상조건에 따르게 되고 재배업자는 매매계약 체결 당시에 그것을 적절히 고려해야 할 것이다.

본건 불이행 당사자로서 A는 당해 장애가 계약체결 당시에 합리적으로 고려할 수 있었던 범위를 초과하였음을 증명해야 했음에도 다만 기상조건의 악화라고 하는 가변적 사실에 의지하여 이를 M의 귀책사유로 전가하고 있음

은 온당치 못한 주장이라고 본다.

다만 A의 증명에 의해 면책되는 것은 통상의 기준에 적합하여야 한다고 하는 사실과, A사의 초도발주분의 인도에 비추어 볼 때 M의 손해배상청구를 모두 인정하고 있는 법원의 판단에는 일말의 의문이 존재한다.

본건 법원의 판결이 낱낱이 소개되고 있지 않은 상황에서 A의 품질결정기준이 본건 감자농산물 재배에 특유한 것인지 여부, 그 밖의 지역 또는 국가에서는 어떻게 평가되는 것인지의 여부, 이러한 상거래에서 어떤 불가항력에 의해 자신의 주장의 타당성을 확보해야 하는지의 여부 등에 관하여 본건과 유관한 처지에 있는 계약당사자는 이에 신중한 검토가 필요할 것으로 생각된다.

제2절 중국통일계약법의 경우

1. 사정변경의 범위⁵⁵⁾

1) 논점과 판결요지

2002년 11월 중국 내에 영업소를 보유한 원고와 피고는 2003년 1월 이후 원고가 피고의 호텔을 임차하기로 하고 이에 관한 임차계약을 체결하였다. 계약기간은 3년이고 매년 임차비용은 100만 위안으로 약정하였다.

본건 계약에서 당사자는 특별한 합의내용으로서, 만약 원고가 특별한 상황이 발생하여, 곧 호텔경영에 상당한 장애가 발생하였을 경우 원고는 계약을 해제할 수 있다는 조항을 삽입하였다. 이 경우 원고는 계약해제의 사유가 발생하였을 경우 3개월 전에 이를 피고에게 통지하여야 하며, 당해 연도 임차비용 중에서 30%를 위약금으로 피고에게 지급하여야 한다고 약정하였다.

이후 사스(SARS)의 창궐로 호텔입객수가 대폭 감소하여 당해 호텔경영에 막대한 지장을 초래하였다. 원고는 사스라는 예견불가능한 사정의 발생으로 당해 임차계약을 더 이상 이행할 수 없음을 사유로 계약의 해제를 선언하고 피고에게 위약금을 제외한 임차비용의 지급을 요구하였다. 그러나 피고는 이 같은 원고의 요구를 거절함과 동시에 원고의 이 같은 행위를 계약위반으로 취급하고, 이에 반소를 제기하였다.

법원은 본건에서 다툼의 소지가 된 사스는 계약의 목적을 실현함에 있어 중대한 장애, 곧 불가항력의 사유로 취급할 수는 없지만, 본건은 사스로 인하여 입객수의 현저한 감소가 발생하였기에 이로 인하여 원고가 손실을 입은 것에 상당한 이유가 있다고 보아, 원고에게 본건 계약의 계속적 이행을 요구하는 것은 형평성에 비추어 부당하다고 설시하였다.

결국 법원은 사스로 인해 유발된 본건 다툼에 있어 사정변경(change in circumstance)을 인정하여 피고의 계약위반의 주장을 기각함과 동시에 원고의 계약해제권을 인정하였다.

55) 鼓民二初字, 第45號, 2002, 「china.findlaw.cn/info/case」

2) 평가

일반적으로 불가항력의 법리를 적용하여 당사자의 책임을 면제하는 경우는 반드시 계약을 근본적으로 이행할 수 없는 상황에 속하여야 하며, 달리 계약의 형평성을 잃은 결과가 초래된 경우는 사정변경원칙을 적용하여 계약당사자의 이익관계의 형평성을 고려하여야 한다. 본 사건은 이를 인정하여 적용한 전형적인 판결례로 취급할 수 있다.

또한 민법이론의 두 가지 개념으로서 CLPRC 제117조에 따라 불가항력은 ‘예견할 수 없고 회피할 수 없으며, 또는 극복할 수 없는’ 객관적인 상황을 말하고, ‘CLPRC 해석-II’⁵⁶⁾ 제26조에 따라 사정변경은 예견불가능하고 회피불가능한 사건, 또는 불가항력은 계약을 이행불능하게 할 수 있음에 반하여 사정변경은 계약의 이행이 불필요하게 한다는 사실에 기하여, 이에 본안에서 언급하고 있는 사스는 불가항력의 사유로 취급할 수는 없고, 사정변경의 범위에 속해야한다는 법원의 판결은 적정하다고 본다.

2. 약천후에 기한 불가항력⁵⁷⁾

1) 논점과 판결요지

A와 B는 2008년 4월 원목을 대상으로 매매계약을 체결했다. 계약에 B는 2008년 4월부터 2008년 7월에 이르기까지 A에게 원목의 상세규격과 가격을 특정하여 이를 제공할 것을 요구하고 특정한 인도기일과 함께 이를 계약내용에 편입해 두었다.

56) ‘CLPRC (초안)’ 제55조에서는 “객관적인 사정은 비정상적인 변경이 발생한 경우 일반당사자에게 계약의 이행이 의미가 없고 혹은 일방당사자에게 중대한 손해가 예견되는 경우에는 계약의 이행기에 예견할 수 없었고, 극복할 수 없었다면, 일방당사자는 타방당사자에게 당초 계약내용을 재교섭할 것을 요구할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 재교섭에 합의하지 못한 경우 법원 혹은 중재판정부는 계약변경 혹은 계약해제를 명할 수 있다”고 규정하고 있었다. 본조는 사정변경의 원칙을 수용한 규정이었으나, 1999년 3월 CLPRC의 규정으로 대체되고 최종 삭제되었다. 이후 본조의 규정은 2009년 ‘CLPRC 해석-II’는 총 제6장 36조로 구성되어 있다. 王利明、崔明遠, 「合同法新論、總則」, 中國政法大學出版社, 1996, 12頁.

57) 廣西壯族自治區柳州市柳北區人民法院(2008), 「民事判決」, 北民一初字 第1362号.

이후 A는 계약금을 지불한 후 B는 5일 내에 원목의 일부를 제공하여야 하며, 나머지 일부는 또 다시 우천을 제외한 기일로서 5일내에 A에게 인도해야 한다고 약정하였다.

2008년 4월 A는 B의 요구에 따라 그에게 계약금을 지불하고, 동시에 B는 A에게 이에 대한 영수증을 발행하였다. 그러나 B는 이후 악천후를 이유로 상당한 기간 내에 A에게 당해 물품을 제공하지 않았다. 2008년 5월 B는 A에게 당초 계약금을 반환하였다. 이에 A는 B에게 위약금에 대한 지급청구를 원인으로 법원에 소송을 제기하였다.

법원은 법률은 공민(公民)의 합법적인 권익을 보호해야 하지만 그럼에도 불구하고 본건에서 소송의 당사자는 그 증거를 제시하여야 한다고 주문하였다. 양당사자가 계약을 체결한 일부터 B가 계약금을 반환하는 당일까지의 기간 내에 하루를 제외하고 모두 우천(雨天)이었다.

계약에서는 우천은 원목을 생산하는 기간에서 제외한다고 약정하고 있었다. 이에 B는 계약이 이행불능하게 된 것은 당초 약정한 불가항력에 기인한 것이기 때문에 위약이 될 수 없음을 주장하였다. 또한 A는 2008년 4월에서 2008년 5월까지 당해 우천이 불가항력을 구성하기 위해서는 계약의 이행에 영향을 미칠 수 없었다는 증거를 제공하여야 한다고 판시하였다. 이에 법원은 A의 손해배상소송을 기각하였다.

2) 평가

A와 B 간에 체결한 계약은 양당사자가 계약자유 원칙에 그 기초를 두었다고 볼 수 있고 나아가 특단의 법률규정을 위반하지 않은 유효한 계약으로 취급할 수 있다. A는 계약금을 지불한 후 B는 5일내에 원목을 일부 생산하여 A에게 인도하여야 하며, 나머지 일부는 5일내 우천을 제외하고 A에게 인도해야 한다는 것이 계약내용의 핵심이었다.

그러나 양당사자가 계약을 체결한 일부터 B가 계약금을 반환한 당시까지 그 기간 내에 하루를 제외하고 모두 우천이었다. 이것은 객관적으로 B가 원목의 생산에 영향을 미치게 한 원인이 되었다. 또한 양당사자가 약정한 계약의 이

행기간 내에 B는 계약금을 A에게 일시에 반환하였다. 계약의 내용에 비추어 계약을 중지하거나 해제한 후 B는 일시에 계약금을 반환해야 한다는 약정에 따르면 쌍방은 이미 약천후는 계약의 이행에 영향을 미칠 수 있다는 사실을 인지하고 있었다고 본다.

이에 법원은 양당사자의 계약자유 원칙에 따라 계약내용에 따라 계약을 중지하는 것이기 때문에 A는 B가 계약의 약정을 위반한 것을 이유로 B에게 위약금을 청구할 수 없다고 최종 판시하였다. 이 같은 법원의 판결은 어느 모로 보나 정당하다고 생각된다.

3. 상당한 주의의무⁵⁸⁾

1) 논점과 판결요지

2010년 3월 A(중국 매도인)과 B(일본 매수인)은 희토류 금속을 계약의 목적물로 매매계약을 체결하였다. 본건 계약에는 매달 초일에 화물을 선적하고, 매수인이 본건 물품을 수령한 후 10일 이내 물품대금을 지급하여야 한다고 명시하고 있었다.

물품인도 이후, 중국 정부는 환경과 자원보호를 이유로 희토류 금속의 수출규모를 전년 대비 40% 삭감한다고 발표하였다. 그 결과 본건 물품가격은 계약체결 시점을 기준으로 약 2배가량 상승하였다. 이후 A는 중국 정부의 수출제한조치를 주장하면서 당초 계약의 목적물로서 희토류 금속의 인도를 거절하였다. 이에 B는 A의 계약위반을 이유로 계약해제를 선언하고 본건 손해배상을 청구하였다.

법원은 비록 희토류 금속에 관한 정부의 수출금지조치가 A의 통제를 벗어난 장애에 해당하더라도, 당시 이미 중국 정부의 이 같은 입법시행에 따른 예고가 선행되어 있었다는 이유에서, 나아가 본건 수출제한조치가 계약체결 당시에 이미 시행 중이었음에 따라 A는 이를 예견할 수 있었다고 판단하고 이에 B의 손해배상청구를 다름없이 인정하였다.

58) 沪海商法初字第11號, 2010, 「china.findlaw.cn/info/case」

2) 평가

본건은 중국통일계약법의 불가항력의 예견불가능 요건을 충족하지 못한 사례로 취급할 수 있다. 앞서 본 바와 같이, 예견불가능은 계약체결 당시 평가되어야 하는 것이며, 본 요건을 당사자가 판단함에 있어서는 위험 그 자체뿐만 아니라 위험의 발생시기와 계약의 존속기간, 그리고 계약체결 당시 이미 위험발생의 경고가 명백하게 존재했다는 사실 등과 같은 그 밖의 사정도 고려해야 한다.

법원의 판결은 매도인이 주장하는 중국 정부의 수출제한조치는 계약체결 전에 이미 시행 중이었으므로 이는 매도인이 자신의 주의의무에 반한 것이기 때문에 불가항력 규칙에 해당하지 않는다는 것이 그 핵심이다.

4. 정부의 공적 행위⁵⁹⁾

1) 논점과 판결요지

2006년 1월 A(임대인)과 B(임차인)은 임대계약을 체결하였다. 임차기간은 15년이었다. 계약을 체결한 후 B는 A에게 보증금을 지급하였다. A는 이에 특정구역(오락장소)을 B에게 임차하였다. 2006년 4월 B는 A에게 2006년 1월에 공포되어 3월 1일부로 시행된 국무원의 관리조례 제7조 (2)에 따라 주택지, 학교, 병원 또는 기관 주위에 오락장소의 설립을 금지한다는 규정을 들어 A의 임대는 불법한 행위임을 통지하였다. 이에 계약의 해제를 선언하였다.

이에 A는 B와 이에 대한 처리문제를 상의하였다. 그러나 협상은 결렬되고 A는 B가 임차료를 지불하지 않고 일방적 계약을 해제할 이유가 없다고 주장하면서 B의 위약에 대한 손해배상을 이유로 법원에 소를 제기하였다. 한편 2006년 6월 정부의 의견서에는 A가 경영하는 장소는 당해 관리조례의 규정에 부합하지 않기 때문에 당해 장소의 이용을 용인할 수 없다고 하였다.

원심 법원은 당해 관리조례는 2006년 1월에 공포되어 3월 1일에 정식 실행

59) 「www.110.com/ziliao/article-233945.html」

된 것이기 때문에 A는 당해 장소를 사용할 수 없으며, 이것은 불가항력의 범의에 속한 계약불이행의 사유가 될 수 있고 동시에 A는 계약을 해제할 권리가 있다고 인정하였다. 약정한 장소의 시기는 2006년 1월 15일이었고, B가 이 장소를 반환하는 시기는 2006년 6월 15일이었음에 따라 이 기간 동안에 발생한 임차료, 사용료 등은 B가 부담해야 한다고 판시하였다.

결국 원심법원은 양당사자는 2006년 6월 9일에 계약이 해제되고, B는 임차료, 사용료 등을 지불해야 한다고 판시하였다. B는 불가항력으로 인하여 계약 해제를 인정하는 동시에 면제기간의 임대료를 부담한다는 판결에 대하여 상소를 제기했다. 최종 법원은 공평원칙에 기하여 B가 특정장소를 점유하고 있는 동안 발생한 임대료, 사용료 등에 대하여 지급하여야 한다고 원심을 지지하였다.

2) 평가

본건은 정부의 행위에 따른 계약불이행으로 인한 임대계약분쟁을 다루고 있는 사건이다. 양당사자는 계약체결 후에 정부의 행정법규로 인한 계약의 불이행은 불가항력의 적용범위에 속하는지 또는 이미 이행된 계약의 의무는 불가항력으로 면제될 수 있는지 여부에 쟁점이 있다.

중국민법통칙과 CLPRC에서는 불가항력의 적용범위를 명시적으로 규정하지는 않고 있다. 대부분의 학자들은 열거의 방식으로 불가항력의 적용범위를 확정하고 있지만 정부행위가 불가항력을 구성하는지에 관해서는 쟁의가 있다.

본건에서 언급하고 있는 정부행위는 추상적인 행정행위로 볼 수 있다고 생각된다. 이 경우 추상적인 행정행위는 행정주체가 불특정 상대인을 대상으로 행하는 행정행위이고, 행정입법행위와 규범적 문건을 제정하는 행위를 포함하는 개념으로 볼 수 있다.

요건대 행정기관의 추상적인 행정행위는 불가항력의 요건을 충족하고 있다고 보아 불가항력을 구성할 수 있다고 생각한다. 본건에서 B와 A는 2006년 1월 11일 임대계약을 체결하였고, 국무원에서는 2006년 1월 29일에 관리조례를 공포했다. 이 경우 당해 조례 제7조의 규정에 따라 오락장소를 설립할 수 없

다. B는 이 추상적인 행정행위로 인하여 계약을 계속 이행할 수 없었다. 게다가 당해 추상적인 행정행위는 예견할 수 없고 회피하거나 극복할 수 없는 객관적인 상황이라서 불가항력을 구성할 수 있다. 이에 CLPRC 제117조에 따라 불가항력 규칙을 인용할 수 있다고 생각한다.

그러나 당해 불가항력에 대한 규정의 법적 효력은 소급효가 없어, 즉 미래에 향하여 상응한 의무를 면제할 수 있기 때문에 이미 이행된 부분의 계약 채무는 위약책임이 아니고, 면책범위에 속하지 않을 것으로 본다. 즉 채무인 B가 여전히 그 임차비용을 부담해야 할 것이다. 이 같은 제반 사정을 고려함에 있어 법원이 B가 당해 장소를 점유하는 동안 발생한 임대료, 사용료 등에 대하여 조정하도록 판정한 것은 타당하다고 생각된다.

5. 제3자에 의한 불가항력⁶⁰⁾

1) 논점과 판결요지

2001년 8월 피고 A는 B의 위탁을 받고 액체조제(液體調劑)를 운송하였다. 이에 A는 원고 C와 20ft 컨테이너 30개를 임차하는 계약을 체결하였다. A는 당해 30개 컨테이너를 D의 선박에 적재했다. 당해 선박은 상해 항구에서 출발하고 출항할 때 불감항(unseaworthiness)이 없었다.

이후 당해 선박은 운송과정에서 뇌우, 폭풍을 조우하여 선박, 물품 그리고 컨테이너 모두가 침몰되는 사고를 접했다. 사고 발생 후 A는 즉시 이 사실을 C에게 통지하였다. 당시 해사국이 제출한 보고서에 의하면 당해 사고의 주된 원인은 해황의 열악이고, 부차적인 원인은 선원의 적절치 못한 항해능력과 부당한 조작으로 판명하였다.

상해해사법원은 본건을 위약책임에 기한 소송으로 취급하였다. 법원은 C와 A간의 컨테이너임대계약은 유효하다고 판시하면서 C와 B, D 간에 계약관계가 존재하지 않음을 명확히 하였다. 따라서 B와 D는 배상책임을 부담할 필요가 없다고 판시하였다.

60) 「www.110.com/ziliao/article-41466.html」

나아가 해사국의 보고서에는 해황의 열악 정도에 대한 구체적인 판단이 부재하고, 또한 선원의 항해능력 부족과 부당한 조작도 사고를 일으킨 원인 중의 하나라서 불가항력을 항변이유로 주장하는 것은 성립할 수 없다고 판시하였다. 나아가 A는 컨테이너의 멸실 후 즉시 C에게 통지하였기 때문에 초기사용 비용을 지불할 필요가 없다고 실시하였다. C와 A는 이에 대하여 상소를 제기하였다. 당해 상소법원은 양당사자의 과실책임을 적절히 균분하여 이에 합당한 조정을 주문하였다.

2) 평가

CLPRC 제121조에는 당사자 일방이 제3자의 원인으로 인하여 계약을 위반하게 된 경우 마땅히 상대방에게 위약책임을 부담하여야 한다. 당사자 일방과 제3자 간의 분쟁은 법률규정 또는 약정에 따라 해결하여야 한다고 규정하고 있다.

이 경우 본건이 당해 ‘제3자의 원인’에 속하는지의 여부가 문제시 된다. 제삼자의 원인으로 인하여 계약을 위반하게 된 경우는 계약을 이행하는 당사자가 그 자신이 과실이 없고, 다만 제3자의 행위로 인하여 계약이 이행불능 되거나, 계약을 계속 이행하면 본래 약정에 부합하지 않기 때문에 계약을 이행하고자 하는 당사자는 이에 대하여 위약을 구성할 수 있다고 본다. 이 경우 마찬가지로 제3자의 행위와 위약행위 간에 일정한 인과관계가 존재하는지 분석해야 한다. 이것은 계약 이행당사자가 과실이 있는지 또는 제3자가 과실이 있는지는 관계가 없을 것이다.

본건에서 A와 C 간에 컨테이너 임대와 관한 계약관계가 있고, A는 D와 물품운송에 관한 계약관계가 있다. 이 경우 제3자인 D의 행위는 위약의 결과와 일정한 인과관계가 존재한다고 본다. 결국 A는 본건의 컨테이너의 멸실에 과실이 없지만 위약배상책임을 부담해야 한다고 본다.

제3절 소결

1. CISG의 경우

CISG 제79조에 따라 매매계약 일방의 계약상 의무를 이행하지 못하게 된 때 CISG는 그 당사자가 3가지의 요건을 증명한 때에만 그 의무불이행에 기한 책임으로부터 면책된다고 하고 있다. 즉 i) 의무의 불이행이 자기의 통제를 벗어나는 장애로 인할 것, ii) 계약체결 당시 그 장애의 발생을 고려하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었을 것, iii) 계약체결 이후 그 장애 또는 그로 인한 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었을 것 등이다. 나아가 이상의 상황을 충족하여도 이를 입증하여야 한다. 곧 자신이 불가항력으로 인하여 의무불이행하는 것을 합리적인 증거를 제공할 수 없다면 자신이 의무불이행에 대하여 면책될 수 없다.

한편 불이행 당사자가 계약의 이행에 대한 장애가 발생한 경우에 장애의 발생사실 및 그 장애가 자기의 이행능력에 미치는 효과를 상대방에게 통지하여야 한다[제79조 (4)]. 불이행 당사자가 장애를 알았거나 알았어야 하는 때로부터 상당한 기간 내에 상대방이 그 통지를 수령하지 못한 경우 불이행 당사자는 이에 대한 손해를 부담하여야 한다.

CISG 제79조 (2)에 따라⁶¹⁾ 면책될 수 있는 제3자는 ‘독립적인 이행보조자’만을 그 대상으로 하고, 이 경우 통제·예견·극복의 조건을 충족하여야 한다. 다만 매도인이 물품을 제조하기 위해 필요한 원료나 부품 또는 완제품을 제공하는 공급업자는 제3자에 포함되지 않는다.

61) CISG, 제79조 (2) : “If the party’s failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if: (a) he is exempt under the preceding paragraph; and (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.” [당사자의 불이행이 계약의 전부 또는 일부를 이행하기 위하여 고용된 제3자의 불이행에 기인한 경우에는, 그 당사자는 다음과 같은 경우에 한하여 그 책임이 면제된다. (a) 당사자가 전항의 규정에 따라 면책되고, 또 (b) 당사자가 고용한 제3자가 전항의 규정이 그에게 적용된다면 역시 면책되는 경우]

2. 중국통일계약법상의 경우

CLPRC상 계약위반에 대한 책임면책의 법정사유는 불가항력이다. CLPRC 제117조, 제118조에서 불가항력의 개념, 면책의 효과 및 통지의무 등에 대하여 규정하고 있고, 제121조에서 제3자에 기인한 계약위반에 대하여 면책할 수 있는지 여부를 규정하고 있다.

이 경우 불가항력이란 당사자가 계약체결 시에 예견할 수 없고 그 발생과 결과에 대하여 회피할 수 없으며 극복할 수 없는 객관적 것을 말한다(제117조 2단). ‘예견할 수 없다’고 함은 당사자가 선량한 관리자로서 상당한 주의의무를 다했음에도 불구하고 예측할 수 없는 경우를 말한다. 동시에 이러한 예견 불가능한 외부적 사실이 당사자의 주관적인 상황 밖에서 발생하여야 한다. 즉 당사자가 통제할 수 없는 사실에 의하여야 한다.

CLPRC 제112조에서 당사자 일방이 제3자의 행위로 인하여 계약을 위반한 때에도 상대방에 대한 채무불이행책임을 부담하여야 한다. CLPRC에 기하여 제3자의 행위는 임의의 상황에서 모두 계약위반 일방의 면책사유가 될 수는 없다. 만약 제3자가 당사자 일방의 불가항력으로 인하여 계약위반이 되고, 당사자 일방이 이로 인하여 상대방 당사자에게 되는 경우 제3자는 당사자 일방에게 발생시킨 손실에 대한 면책은 불가능하다.

한편 CLPRC에서는 불가항력에 대하여 명시적 규정하고는 있으나 사정변경에 관한 규정은 존치해 두고 있지 않은 특징이 있다. 그렇지만 ‘CLPRC 해석Ⅱ’에서 이를 보충하고 있음을 살필 수 있다. 이 경우 유의할 것은 불가항력과 사정변경 원칙에 대한 분명한 구별이 없음에 따라 불가항력과 사정변경의 원칙에 대한 적용문제가 부각될 수 있다는 점이다.

다른 한편 중국민법통칙과 CLPRC에서는 불가항력의 적용범위를 명시적 규정하지 않고 있다. 통상 학설은 열거방식으로 불가항력의 적용범위를 약정하고 있음에도 불구하고 실무에서 구체적인 상황에 따라 쟁점이 있음을 지적하고 있다. 예컨대 정부행위에 관한 불가항력의 적용여부가 그 대상이 될 수 있을 것으로 본다.

CLPRC상 계약은 불가항력으로 이행불능인 경우에는 전부 또는 일부의 책임

이 없다고 규정하고 있기도 하다. 따라서 당사자는 계약을 체결할 때 불가항력조항에서 불가항력에 대한 상세한 사실을 명정해 둘 필요가 있다. 그 내용은 전부면책과 일부면책에 관한 명시적 요건이라 할 수 있다.

제4장 중국통일계약법상 불가항력조항의 문제점과 개선방안

제1절 문제점

1. 법적 책임

CLPRC상 불가항력은 법적 면책사유로서 과실책임을 구성한다. 법적으로 불가항력 제도를 확립하는 것은 무과실 당사자의 이익을 보호하는 데 그 의미를 두고 있다. 과실책임의 유지는 민사책임제도 중 기본적인 과실에 관한 귀책사유의 실현으로써 최종 공평을 실현한다.

그렇지만 불가항력으로 인한 계약불이행에 대하여 일률적으로 면책되는 것은 과실책임과 공평원칙에 위반되는 것이라 본다. 이 경우 과실책임에 따라 불가항력은 예견불가능하고 회피불가능하거나 극복불가능한 객관적 상황을 가리키며, 당사자는 불가항력의 발생에 대하여 과실이 없기 때문에 면책 받을 수 있어야 된다.

그런데 불가항력이 당해 법적 면책사유로 인정되고 있더라도 불가항력이 발생한 후 위약당사자의 위약책임이 면제되었지만 당해 위약책임 및 불가항력으로 인한 손실은 당사자 간에 완전 소멸되는 것은 아니다. 불가항력은 발생하면 꼭 일정한 손실을 초래할 수 있을 것이다. 만약 이런 손실을 위약당사자가 부담하지 않으면 상대방에게 전가해야 할 것이다.

이 경우 면책은 사실 이전의 것이라고 해야 한다.⁶²⁾ 따라서 위약으로 인한 손실은 당사자 간에 분배하는 것이 대원칙이라 할 수 있다. 곧 면책될 수 있는지 여부의 문제는 실질적 당사자 간에 어떻게 불가항력으로 인한 위약 손실을 분배하는지의 문제이다.

법률에는 불가항력 면책조항을 규정하는 것은 사실상 유관법률에 의하여 발생가능한 위약손실을 강제로 상대 당사자에게 분배하는 것이다. 이것도 공평원칙에 위반하는 것이다. 공평원칙은 민사주체가 권리와 의무의 책임의 부담

62) 桑本謙, “不可抗力的法經濟學思考”, 哈爾濱工業大學學報, 第6卷, 2期, 2004, 53頁.

에 있어서 양당사자의 이익을 모두 고려해야 할 것이 요구된다.

불가항력으로 인한 계약불이행 또는 완전 이행불가능한 경우 일방당사자의 위약책임을 면제하는 것은 가령 소손의 피해자에게 대손의 피해자를 용서하는 것을 요구하는 것과 다름이 없다고 본다.⁶³⁾ 한편의 시각에서 이러한 균형적 방법은 형식적 공평에 부합할 것으로도 본다. 그렇지만 이러한 용서는 소손의 피해자의 이익에 대한 보호를 간과할 수 있는 개연성이 다분할 것이다. 또한 소손의 피해자가 대손의 피해자를 용서할 수 있어야 한다는 모순에 이르게도 할 것이다. 즉 불가항력의 영향을 받은 채무자가 보다 큰 손실을 받아야 하는지 문제가 그것이다. 중국 현행 법률에는 이를 처리할 수 있는 상세하고도 명문의 규정을 보유하고 있지 않은 상황에 있다. 면책 문제를 일률적으로 논할 수 없음은 이 때문이다.

또는 영미법계 및 대륙법계의 각국은 모두 불가항력을 법적 면책사유로 인정하고 있는데 여기의 면책은 채무인의 모든 책임을 면제하고 계약채무에서 완전 벗어나는 것이 아니다. 예를 들면 독일 채권법의 규정에 따라 채무인은 불가항력으로 배상을 받은 경우 이행을 대신하여 채권자에게 배상청구권을 양도해야 하며, 영미법에서도 법원은 구체적인 안건에서 면책당사자가 채권자에게 계약이행을 위하여 지불한 합리적인 비용을 배상한다고 판결할 수 있다고 규정하고 있음을 단적인 예로 들 수 있다.

2. 적용범위와 판단기준

1) 불가항력의 적용범위

CLPRC상 국가행위가 불가항력으로 취급될 수 있는지에 대한 명확한 규정은 보이지 않는다. 그러나 대륙법계 및 영미법계에서 모두 국가행위로 인한 채무불이행을 불가항력으로 취급하고 있다.

CLPRC에서는 국가행위를 불가항력으로 취급할 수 있는지의 여부를 명시적 규정하고 있지 않다. 판례에서 또한 그 처지는 마찬가지로 볼 수 있다. 곧 법

63) 王利明, 「違約責任論」, 中國政法大學出版社, 1996, 311頁.

원은 이를 자유재량에 두고 있기 때문에 동일한 국가행위임에도 불구하고 어느 때는 불가항력으로 볼 수도 있고 아닐 수도 있을 것이다. 입법의 불비에 의한 마땅한 결과라고 생각한다.

2) 불가항력의 기준

CLPRC에서 불가항력이란 예견할 수 없고 회피할 수 없으며 극복할 수 없는 객관적인 상황을 말한다. 이런 판단기준은 과도하게 추상적인 규정이라고 볼 수 있다. 통상 중국은 앞서 본 바와 같이 절충설을 채택하고 이 3가지의 불능을 병렬관계로 취급하고 있다. 이것은 시대적 조류를 역행하고 있는 너무 엄격한 것이라 본다.⁶⁴⁾

3. 적용상의 문제

1) 부수적인 의무위반

불가항력 사건이 발생한 후 당해 불가항력이 당사자가 이행능력의 정도에 미치는 영향에 따라 당사자의 주된 지급의무의 부분 또는 전부를 면제할 수 있다. 동시에 당사자가 당해 사건을 상대방 당사자에게 통지해야 하는 의무와 적당한 조치를 채택하여 손실을 감소하는 의무를 요구한다.

그렇지만 CLPRC에서는 당사자가 통지의무를 갖고 있는 것만을 규정하고 있음에도 불구하고 당해 통지의무를 이행하지 못하는 경우 당사자의 과실책임에 대해서는 달리 규정하고 있지는 않다. 곧 통지의무 위반에 따른 법적 효과가 명확하지 않다. 만약 당해 통지의무를 위반하는데 법적 효과를 명정하지 않고 있다면 이는 민법상 신의칙과 공평원칙을 위반할 개연성이 클 것이다.

입법례로 PICC 제7.1.7조에서는 불이행 당사자는 상대방에게 그러한 장애 및 동장애가 그의 이행능력에 미치는 효과를 통지하여야 하며, 불이행 당사자가 그러한 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 상당한 기간 내에 그러한

64) 韓世遠, 「合同法總論」, 法律出版社, 2004, 429頁.

통지가 상대방에게 도달하지 아니하는 경우 불이행 당사자는 그러한 부도달에 기인하는 손해에 대하여 책임을 진다고 규정하고 있음을 참조할 수 있다.⁶⁵⁾

의무만을 규정하고, 의무를 위반하는 법적 효과를 규정하지 않으면 많은 상황에서 당사자를 구속하는 작용을 할 수 없다. 중국의 유관 법률에서는 당사자의 지연 통지 또는 미 통지로 인한 손해에 대하여 배상책임을 부담한다고 규정해야 한다. 그렇다면 법률에서 규정한 통지의무는 상응한 법적 효과가 발생할 수 있고 당사자 간의 이익을 평형할 수 있다.

2) 불가항력조항의 명문에 관한 문제

각국 입법 및 유관한 국제조약 또는 국제관례에 비추어 불가항력에 관한 대부분의 조문에서 당사자가 의사자치의 원칙으로 불가항력조항을 약정하는 방법으로 불가항력을 계정하는 것을 규정하고 있다.

불가항력조항은 법적 결함의 보충 또는 계약책임의 인정 등의 측면에서 중요한 역할을 하고 있다. 그러나 중국 입법에서 면책조항만을 명시하고 불가항력에 대한 구체적인 명문의 규정을 두고 있지 않은 것은 입법적 흠결이라고 볼 수 있다.

불가항력조항과 면책조항은 당사자의 위약책임을 면제하거나 상거래 위험을 회피하는 것 등의 면에서 유사점과 차이점이 동시에 병존하고 있다. 즉 불가항력조항에서 열거하는 사유가 발생한 후 계약불이행은 당사자에게 계약을 변경 또는 해제할 수 있게 한다.

면책조항은 당사자가 위약하는 상황하의 책임부담의 문제에 초점을 두고 있다. 법률에서 면책조항에 대한 한정적 규정은, 예를 들면 당사자가 고의나 중

65) PICC, Art. 7.1.7 : “The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.” (불이행 당사자는 상대방에게 그러한 장애 및 동 장애가 그의 이행능력에 미치는 효과를 통지하여야 한다. 불이행 당사자가 그러한 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 그러한 통지가 상대방에게 도달하지 아니하는 경우에는, 불이행 당사자는 그러한 부도달에 기인하는 손해에 대하여 책임을 진다)

대한 과실로 인한 침권책임을 면제하는 것을 금지하는 것은 통상 불가항력조항을 원용할 수 없다.

일정한 정도의 면책조항은 불가항력조항의 외연이라고 할 수 있지만 그 자신이 존재하는 가치가 될 수 있을 것으로 본다. 요컨대 CLPRC에서 면책조항만을 규정하고, 불가항력 조항을 명확하지 않으면 당사자가 의외의 사건이 발생한 후 계약에 대한 변경 또는 해제권에 대하여 충분히 보장받을 수 없다고 할 것이다.⁶⁶⁾

4. 그 밖의 사항

CLPRC상 불가항력으로 인하여 당사자의 책임을 면제할 수 있다. 다만 법률에 별도의 규정이 있는 경우는 제외된다. 그렇지만 당해 계약법에서 면책조항에 기한 무효의 2가지 상황 및 여객운수계약 중 운송인이 불가항력이 발생하는 경우 면책받을 수 없는 예외 상황만을 규정해 두고 있음을 엿볼 수 있다.

불가항력 면책의 예외상황은 주로 학리해석에 있다. 그렇지만 학설 또한 불가항력의 예외상황의 범위에 대하여 그 견해가 분분한 실정이다. 이 경우 통상 쟁의가 가장 많은 상황은 금전채무, 종류물의 채무, 계약당사자 간의 약정으로의 배제 등을 꼽을 수 있다.

66) 史尚寬, 前掲書, 320頁.

제2절 개선방안

1. 불가항력 조항의 명확화

1) 부수적인 의무를 위반하는 법적 책임

불가항력 사건이 발생한 후 필연적으로 일정한 법적 효과를 일으킬 수 있다. 그 중 부분 또는 전부 책임을 면제할 수 있도록 한 것이 있다. 불가항력규정은 민상사 법률 중 한 중요한 규정이고, 당해 규정을 위반하면 일정 정도상의 법적 후과를 부담해야 한다. 마찬가지로 불가항력규정의 부수적인 의무를 위반하면 반드시 법적 책임을 부담해야 한다.

여기서 언급하고 있는 통지의무는 바로 불가항력규정이 발생한 후 계약이행 불능한 일방당사자가 반드시 부담해야 하는 부수적인 의무이다. 이런 의무는 법률에서 규정한 것으로 강제성을 띠고 있다. 불가항력이 발생한 일방당사자가 이로 인한 계약 일부 또는 전부 이행 불능하게 한 사실을 상대방에게 즉시 통지하지 않은 경우 상대방 당사자가 그러한 통지의 부도달에 기인한 손실에 대하여 불이행 당사자는 그 책임을 부담하여야 한다는 규정을 두어야 한다.⁶⁷⁾

2) 불가항력 조항의 약정

불가항력 사건으로 인하여 계약이행에 영향을 미치는 경우 단순히 유관법률의 규정에 의하여 처리하면 적용범위나 법적 효과 등의 면에서 모두 불확정적 요소가 존재하고 있기 때문에 당사자에게 이런 사건이 그 자신에게 일으킨 영향이나 법적 후과 등 불확정적 위험을 부담하게 할 수 있다.

영미법, PICC 및 CISG에서 모두 당사자에게 계약에서 불가항력조항을 약정할 수 있는 자유를 부여하고 있다. 그럼에도 불구하고 CLPRC에서 불가항력조항에 관한 명문의 규정은 없는 실정이다.

당초 중국涉外경제계약법 제24조 (4)에서는 불가항력 사건의 범위는 계약에서 약정할 수 있다고 규정하고 있다. 그렇지만 CLPRC 중에서 당사자가 불가

67) 唐瓊瓊, “不可抗力之免責制度比較研究”, 對外經濟貿易大學, 2005, 34頁.

항력을 약정할 수 있는 규정은 없어 보인다. CLPRC는 양당사자가 불가항력조항을 명시적으로 약정하는 것으로 상업위험을 잘 분배할 수 있도록 불가항력사건의 범위, 이행에 미치는 영향 및 법적 효과 등이 명확해야 하고, 불가항력이 발생한 후 당사자가 계약의 규정에 따라 자유롭게 처리할 수 있도록 규정해야 할 것이다.

불가항력조항은 법적 불가항력에 대한 보충이고 법률에서 규정하는 불가항력과 당사자 간에 약정한 불가항력은 불일치할 수도 있다. 이런 경우에는 불가항력에 대한 법적 규정은 강제성을 띠고 있기 때문에 당사자 간의 약정은 반드시 법적 규정에 부합되어야 한다.⁶⁸⁾

법적 불가항력은 면책제도로써 사실 법률은 공평원칙에 기초하여 설치한 일련의 위험분배제도로 취급할 수 있다. 따라서 불가항력이 발생한 후 이로 인한 손실을 입은 당사자는 면책을 주장할 수 있다. 결국 이러한 위험을 어떻게 분배해야하는지 문제는 당사자 간에 약정하여 결정해야 한다. 동시에 이런 약정은 법적 규정보다 우선 적용되어야 한다.

불가항력 면책제도의 남용방지를 위한 취지에서, 국제법규범을 참조할 때, 일반적으로 불가항력조항은 다음과 같은 내용을 포함해야 할 것이다. 첫째 불가항력사건의 범위로서 불가항력사건의 범위를 열거할 때 종합적 방식을 채택해야 할 것이다. 즉 포괄적 방식과 열거의 방식을 합치는 방식이다.

둘째 불가항력의 법적 효과의 측면에서 당사자가 불가항력이 미치는 영향의 정도에 따라 책임의 부분 또는 전부 면제하거나, 지연 이행하거나, 또는 각종 손실을 상황에 따라 처리하는 것을 약정할 수 있음을 유관법률을 통해 유도해야 할 것이다.

셋째 불가항력 사건으로 인한 불이행 당사자가 부담해야 할 의무를 약정해야 할 것이다. 즉 즉시 통지의무, 손실 확대의 방지, 또는 입증의무 등을 부담해야 한다는 것을 명문의 규정으로 존치해두어야 할 필요가 있다고 본다.

2. 불가항력의 적용범위와 판단기준

68) 王利明, 「違約責任論」, 中國政法大學出版社, 修訂版, 2002, 02, 338頁.

1) 국가행위에 대한 불가항력

광의적 국가행위는 국가가 입법, 행정, 사법을 행사하는 행위를 가리키고, 협의적 국가행위는 정부행위만을 가리킨다. 정부는 사회의 관리자로서 사회주체에게 미치는 영향이 지대함은 자명하다.

정부행위를 불가항력으로 구성할 수 있는지의 여부에 관하여 학설은 분분하다. 그렇지만 당사자가 계약을 체결한 후 정부가 공포한 정책, 법률 또는 행정조치 등으로 인하여 계약이 불이행하게 되면 당해 정부행위는 불가항력으로 보아야 한다고 생각한다.⁶⁹⁾ 다만 정부행위를 불가항력으로 볼 수 없다는 시각도 있다. 그 이유는 정부가 사회의 관리자로서 법에 의거하여 직권을 행사하는 행위는 정치·경제·문화·과학기술 등 영역에 걸쳐 있고, 또는 그의 직권도 복잡하다는 것에 두고 있다.

그럼에도 불구하고 정부행위는 불가항력으로 구성할 수 있는 여부의 문제는 구체적인 사건에서 불가항력의 판단기준에 의거하여 종합적으로 판단해야 한다고 생각한다. 정부행위가 민사주체생활의 각 방면에 걸쳐 있기 때문에 일률적 정부행위가 불가항력을 구성하는 것을 부정하면 이는 또 다른 법적 문제의 와해를 초래할 수 있는 개연성이 다분할 것이라 생각한다. 앞서 본 바와 같이 실제 판례에 비추어 계약당사자가 불가항력을 구성할 수 있는지 여부에 관한 심리에 있어서 법원의 자유재량으로 판정하고 있음은 그 단적인 예표로 취급할 수 있다. 곧 동일한 국가행위임에도 불구하고 때로는 불가항력으로 때로는 아닐 수도 있다고 함이 그것이다. 법률의 명확한 규정이 필요할 것임은 이 때문이다.

참고로 대륙법계 및 영미법계에서 모두 국가행위를 불가항력으로 인정하고 있다. 중국해상법 제51조에서 열거한 불가항력의 범위는 정부 또는 주관 부문의 행위를 포함하고 있기 때문에 중국 법률은 국가행위를 불가항력의 범위에 포함시키는 것을 부정하지는 않고 있음을 볼 수 있다.

CLPRC에서 불가항력에 대하여 엄격한 판단기준을 설정하고 있기 때문에 불가항력제도의 남용을 초래할 수는 없다고 생각한다. 그러나 실무에서는 동일

69) 王利明, 「民商法研究」, 法律出版社, 2001, 618頁.

한 국가 행위인데 불가항력으로 볼 수도 있고 아닐 수도 있어서 법관의 자유 재량에 두고 있다. 이런 배경에서 입법에서 국가행위가 불가항력을 구성할 수 있는 지 명확히 규정해야 한다.

2) 불가항력의 구성요건

CLPRC은 엄격책임원칙을 채택하고, 당사자가 객관적 채무불이행의 사실이 존재하면 위약책임을 부담해야 한다. 다만 면책사유가 있는 것을 제외한다. CLPRC에서 사정변경의 원칙을 규정하지 않고 동시에 계약영역에서 의외 사건의 적용을 배제했기 때문에 불가항력은 채무불이행의 유일한 법적 면책사유이다. 이것은 대륙법계의 독일과 영미법계의 계약책임 보다 매우 엄격한 것으로 볼 수 있다.

CLPRC에 따라 불가항력의 판단기준은 예견할 수 없고 회피할 수 없으며 극복할 수 없는 객관적인 상황을 가리킨다. 즉 이 3가지 불능은 병렬관계이고, 이것은 너무 엄격한 것이다. 특히 과학기술의 발전하면서 자연재해에 대한 예보능력도 제고되고 있다. 이것은 어떤 자연재해를 예견할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 이런 주관적 예견할 수 있는 사건은 불가항력의 범위에 배제해야 한다. 곧 주관적인 예견불능은 어떤 사건에 대한 예견불능 외에 예견할 수 있어도 회피하거나 극복할 수 없는 사건도 포함해야 할 것이다.

객관적으로 어떤 예견불능한 사건으로 인하여 계약의 이행이 곤란하게 되면 극복 불가능한 것을 고려하지 않고 불가항력으로 인정해야 한다. 곧 불가항력의 종류에 따라 그 판단기준이 적용되어야 한다. 사건의 영향력이 큰 경우 객관적인 판단을 중시하고 영향력이 작은 경우 주·객관적인 표준을 종합하여 불가항력으로 구성하는지 여부 또한 신중히 고려해야 할 것이다.

3. 면책요건의 기준

1) 금전채무

금전채무만을 놓고 볼 때, 당사자가 불가항력으로 면책될 수 있는지 여부는

견해가 분분하다. 일례로 금전채무에 있어 불가항력이 적용될 수 없고, 이행불능이 금전의 채무를 포함하지 않다는 견해가 있다. 반대로 금전채무는 특별한 상황에서 불가항력이 적용될 수 있는 견해도 있다. 예를 들면 채무인은 특정의 화폐를 교부하는 의무가 있는 경우 불가항력으로 인하여 화폐에 훼손·멸실 등이 있다면 채무인이 면책받을 수 있어야 한다. 또한 은행은 불가항력으로 인하여 영업이 정지되어 채무인이 제시간 내에 금전채무를 이행할 수 없는 경우 또는 국제물품매매에서 한 국가의 정부가 외환관리를 실행하여 채무자가 지급불능 혹은 제시간 내에 지불할 수 없는 경우에는 채무인은 불가항력 면책을 주장할 수 있다.

영미법계는 위험부담의 원칙에 의하여 채무자의 금전채무를 면책할 수 있는지 여부를 결정하고 있음이 통례이다. 곧 금전지급 능력상의 위험은 채무자의 통제능력의 범위에 속한다고 보아 채무인의 금전채무를 용인하고 있지 않음이 통례이다.

불가항력의 발생은 채무자의 지급능력에 영향을 미칠 수 있어도 채무자가 아무런 방식으로 극복할 수 없는 것이 아니기 때문에 면책될 수 없다고 생각한다. 또한 채무자가 지불한 화폐가 특정 화폐인 경우 불가항력을 인용하여 면책될 수도 있지만 이런 경우는 특정물의 채무면책에 속하여야 한다고 생각한다.

2) 종류물의 채무

종류물의 채무란 불특정물을 목적물로 한 채무, 일정한 종류와 일정한 수량으로 정해진 물건을 인도하여야하는 채무이다.⁷⁰⁾ 종류물의 채무에 대하여 대륙법계는 치판(置辦)위험의 원칙을 채택하고 있다. 즉 종류물의 채무를 불가항력 면책의 예외 상황으로 보고 있다.

독일의 구채권법에서 유관규정에 따라 계약의 목적물이 종류물인 경우 채무자에게 귀책할 수 없는 사유로 당해 종류물에 멸실·훼손이 있다면 채무자가 여전히 계속적 이행의무를 지고 있다고 본다. 이때 채무자는 당해 종류물에

70) 史尚寬, 前掲書, 238頁.

대한 소지권을 가지지 않을 것이고 따라서 치판위험을 부담해야 한다. 다만 시장에서 이러한 종류물을 제공하지 않을 경우 채무인의 책임을 감소할 수 있다. 독일 신체권법에서는 이러한 규정이 없지만 종류물의 채무가 면책될 수 없는 것을 배제하는 규정은 눈에 띄지 않고 있다.

CLPRC에도 이러한 규정을 찾아볼 수 없다. 그렇지만 종류물의 채무는 불가항력 면책에 적용될 수 없다고 생각한다. 실제 무역에서 대부분의 상거래는 종류물의 상거래이기 때문이다. 채무인은 불가항력으로 종류물의 채무를 이행 불가능케 한 경우 면책될 수 있다면 채무자의 이익 보호에 뿐만 아니라 상거래 질서유지에도 불리할 것이다.

3) 계약당사자의 약정

중국민법은 계약당사자 자치의 원칙을 채택하여 당사자가 계약에서 불가항력 조항을 약정할 수 있다. 구체적인 조항에서 계약당사자가 면책될 수 있는 불가항력의 범위, 손실부담의 규칙, 계약처리의 절차 등을 약정할 수 있다. 마찬가지로 당사자 간의 약정으로 법정 불가항력의 범위를 면책사유 외에 배제할 수 있다. 다만 당해 약정은 민법상의 공평 및 신의칙의 원칙을 위반한 경우 제외된다.

영미법계 및 대륙법계의 프랑스 등 국가의 법률에서 불가항력제도와 유사한 규정은 모두 임의적 성격을 띠고 있다. 즉 계약당사자가 불가항력 조항을 약정할 수 있고, 불가항력 조항이 명확한 경우 법정 불가항력의 적용도 배제할 수 있다.

상술한 바와 같이 실무에서 자주 나타난 불가항력 면책의 3가지 상황은 CLPRC에서 명시적 규정하지 않고 있지만 실무에서 법원은 항상 이를 예외적으로 취급해 왔다. 따라서 입법과 사법의 일치를 위한 측면에서도 CLPRC에서 불가항력의 예외상황을 명시적으로 규정해야 한다고 본다.

4. 불가항력에 기한 손실부담원칙

1) 손실부담의 원칙

불가항력으로 인하여 계약이행이 불가능하게 된 경우 불가항력 손실부담규칙은 무과실 채무자를 보호하는 것을 제외하고, 불가항력으로 인한 손실에 대한 합리적인 분배도 중시해야 한다. 불가항력의 손실부담원칙은 다음과 같은 두 가지 방안을 포함해야 한다.

하나는 채무자는 불가항력으로 인한 계약의 이행이 불능하게 된 경우 불가항력의 면책에 그 전부 또는 부분적 위약책임이 면제된다. 그렇지만 손실의 부담마저도 면제될 수는 없다. 또 하나는 계약당사자는 불가항력으로 인한 손실에 대하여 각자 손실의 정도에 따라 공평책임의 원칙에 의하여 적의 부담하여야 한다.

2) 공평책임과 손실결과

(1) 공평책임의 원칙

불가항력으로 인하여 계약이행이 불가능하게 된 경우 계약의 이행불능의 일방당사자에게 위약책임을 면제할 수는 있지만 불가항력으로 인한 손실은 분담해야 한다. 그 이유는 다음과 같다.⁷¹⁾

공평책임의 원칙은 당사자 간의 이익을 평형하여 실질적 공평을 실현하는데 그의 목적을 두고 있다. 중국민법통칙의 규정에 따라 당사자가 손실의 발생에 대하여 모두 과실이 없는 경우 실질적인 경우에 따라 당사자에게 책임을 분담해야 한다. 불가항력이 발생하는 경우 채무자가 대손을 입었는데 채권자가 소손을 입었거나 손실이 없는 상황이나, 또는 채권자가 대손을 입었는데 채무자가 손실이 없는 상황에서 현존한 위험 분배 규칙은 당사자 간의 이익을 평형할 수 없을 것이다.

전자인 경우 채무자가 위약책임을 면했지만 그가 불가항력 대부분의 위험을

71) 王利明, 「違約責任論」, 中國政法大學出版社, 1996, 320頁.

부담했으며, 후자인 경우 채권자가 대손을 입었는데 채무자가 이에 의하여 위약책임을 면제 수 있기 때문이다. 또는 계약 쌍방의 손실에 어떤 격차가 있어도 대손을 입은 당사자가 상대방에게 자기와 같이 분담한다고 청구할 권리가 없다. 이것은 계약이 이익 공동체로 한 것에 부합하지 않을 뿐만 아니라 공평 책임 원칙에도 위반한다.

반대로 새로운 규칙 하에서 채무자가 위약책임을 면했지만 불가항력 손실의 의무를 공동 부담하는 것을 면제하지 않았다. 이에 양당사자가 쌍방 손실의 실질적 상황에 따라 불가항력으로 인한 손실을 분담해야 한다. 요컨대 채권자이든 채무자이든 어느 편이 더 큰 손실을 입은 것을 불문하고, 일방당사자가 단독적으로 불가항력으로 인한 손실을 부담하지 않을 것이다.

(2) 손실결과

불가항력이 발생하는 경우 계약당사자의 손실은 불가항력으로 인한 채무이행의 불능을 초래한 것이지만 당해 손실은 채무의 이행행위와도 일정한 연관성을 가지고 있다. 만약 불가항력이 채무이행 과정에서 발생하지 않고 계약이행하기 전이나 이행한 후에 발생하면 손실은 계약당사자 각자에게 부담해야 한다.

채무자가 계약을 이행하는 것은 자기의 이익을 얻기 위함뿐만 아니라 채권자의 이행이익도 실현한다. 따라서 채무자가 계약을 이행하는 것은 계약당사자의 이익을 실현할 수 있게 한다. 결국 채무자는 불가항력으로 인하여 큰 손실을 입은 경우 상대방에게 각자 손실의 실질 상황에 따라 적절한 공동의 부담을 요구할 수 있을 것이다.

3) 계약이론의 재해석

채권은 상대권으로서 채권자 이익은 채무자의 이행행위에 의하여 실현된다. 구체적인 계약에서 양당사자는 계약으로부터 공동체가 되었고, 쌍방의 이익은 대립·통일된 것이라 볼 수 있다. 일방의 계약이익은 실현할 수 있는지 여부의 문제는 상대방 당사자의 이행행위에 달려 있다.

계약이 적당히 이행된 경우 양당사자가 모두 계약이익을 그나마 실현할 수 있었다고 하더라도 불가항력으로 인하여 계약불능이 발생한 경우 손해를 입은 당사자가 불가항력이 발생하는 일방당사자만을 가리키지 않고, 당해 손실은 그들 이익공동체를 통하여 계약의 상대방에게 전가할 수 있다. 즉 당해 손실은 쌍방 당사자가 공동으로 부담해야 하는 것이 대원칙이라고 할 수 있다. 다만 이 경우 채무자의 모든 책임이 면제될 수 있는 것은 아니다.

4) 유관법률의 참조

독일민법상 채무자가 자신에게 귀책할 수 없는 사유로 지급 불능케 한 경우 지급의무를 면제하고 아무런 손해배상책임을 부담해야 할 필요가 없다고 규정하고 있다. 채무자는 불가항력으로 인하여 면책될 수 있지만 모든 책임을 면하는 것은 아니다.

채무자는 불가항력으로 인하여 제3자 또는 채무자에게 손해배상청구권을 갖고 있는 경우 채권자는 채무자에게 계약이행을 대신하여 손해배상청구권을 양도할 수 있다. 영미법에서는 불가항력으로 인하여 계약 쌍방의 이익의 균형을 잃게 하는 경우 법원은 공평원칙에 따라 쌍방의 이익을 조정할 권리가 있다고 규정하고 있다. 즉 불가항력의 손실을 양당사자 간에 적의 분배하여야 한다.

요컨대 기 발생한 불가항력 손실부담원칙은 채무자는 그 책임을 면할 수 있지만 불가항력으로 인한 손실은 양당사자가 손실의 구체적 상황에 따라 공평원칙에 의하여 쌍방 당사자가 간에 부담해야 한다.⁷²⁾

72) 黃 瓊, “論不可抗力引起的損失承擔對不可抗力免責規則的進一步分析”, 對外經濟貿易大學, 2006, 67頁.

제5장 결 론

CLPRC에는 불가항력이 예견할 수 없고 회피할 수 없으며 극복할 수 없는 객관적인 사태로 인정하고 있다. CISG에는 장애란 용어를 채택하여 당사자가 그 의무의 불이행이 자신의 통제를 벗어난 장애에 기인하였다는 것과, 계약 체결 시 그 장애를 예견하거나 또는 그 장애나 그로 인한 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것으로 인정하고 있다. 이러한 예로는 전쟁이나 파업과 같은 인간의 행위 및 폭풍우, 낙뢰, 지진, 태풍, 홍수 등 자연재해 등이 해당된다.

각국의 실정법에서는 당사자가 규정하는 불가항력 내용의 유효성을 인정하고 있다. 모든 계약의 내용에서 불가항력이 같은 것이 아니지만 일반적으로 불가항력의 범위, 불가항력 사고의 법적 효과, 사고 증명의 기관, 사고발생에 기한 당사자의 통지 및 그 유효기간 등을 포함하고 있다.

무역계약에 불가항력 조항의 기재방법은 포괄식, 열거식, 종합식 등이 있다. 계약당사자의 면책사유로서 구체적인 불가항력에 해당하는 사유를 계약조항에 그 전부를 열거하는 경우에도 제한적 열거가 되지 않도록 주의하여야 한다. 중국의 계약에서는 주로 종합식 기재방법을 사용하고 있다.

CLPRC에 따라 불가항력 발생 이후 당사자들이 불가항력 조항의 조건이 성취하게 되면 계약의 해제, 당사자의 책임의 면제, 계약의 변경, 이행지연의 권리 등을 행사할 수 있다. 이 경우 당사자는 불가항력의 원인, 성격, 계약의 이행에 대한 실제적인 영향 정도에 따라 자신의 권리를 선택해야한다.

불가항력이 발생하면 계약을 해제할 수 있지만 불가항력은 계약해제의 법정사유만으로 규정하는 것은 불합리하다. 불가항력조항은 당사자의 면책조항이다. 역사적으로 불가항력은 면책사유의 원인으로 기능하였다. 각국의 실정법 또한 면책사유로 규정하고 있다.

그럼에도 불구하고 CLPRC에는 불가항력은 면책사유뿐만 아니라 계약의 해제사유로 규정하고 있다. 따라서 불가항력이 법정 해제사유가 되고 당사자가 해제권을 사용하여 불가항력 문제를 해결하는 것을 분석하여 불가항력이 계약

의 법정 해제사유가 된다는 사실만으로 면책문제를 해결할 수 없다. 이상에서 제시한 본 연구결과를 토대로 이 모든 요건을 고려하여 보다 진일보한 CLPRC의 입법적 기반이 필요할 것이라 본다.

참고문헌

■국내 단행본

- 강원진, 「무역계약론」, 제3판, 박영사, 2009.
- 석광현, 「국제물품매매계약의 법리」, 박영사, 2010.
- 소재선, 「중국통일계약법개론」, 경희대학교출판부, 2005.
- 심종석, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)의 해석과 적용」, 삼영사, 2013.
- 이규철, 「중국계약법 총람」, 도서출판사아진, 2006.
- 최준선, 「국제거래법」, 제5판, 삼영사, 2005.

■국내 연구논문

- 강이수, “국제무역거래에 있어서의 계약불이행에 관한 기본문제”, 「중재」, 190호, 대한상사중재원, 1987.
- 김성호, “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약 상 면책에 대한 연구”, 한양대학교대학원 석사학위청구논문, 2007.
- 김용일, “국제물품매매계약상의 불가항력에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 석사학위청구논문, 2003.
- 김인호, “국제물품매매계약에 관한 유엔협약 사례연구”, 법무부, 2006.
- 김웅진, “국제 물품매매계약상의 이행불능에 관한 연구: 이행불능법리를 중심으로”, 명지대학교대학원 박사학위청구논문, 1991.
- 송계의, “불가항력과 무역계약당사자의 면책에 관한 연구”, 「수선논집」, 성균관대학교, 1988.
- 송오식, “중국 계약법상 위약책임”, 「민사법연구」, 제15집 제1호, 대한민사법학회, 2007.
- 심종석, “국제계약규범 하에서 사정변경원칙의 적용기준과 법규제에 관한 비교연구-CISG, PICC, PECL의 중심으로”, 「외국법제정보」, 통권

- 제29호, 한국법제연구원, 2005.
- _____, “국제상사계약에 있어 계약당사자의 책임체계와 적용사례에 관한연구 : CISG, PICC, PEC을 중심으로”, 한국외국어대학교대학원 박사학위 청구논문, 2007.
- 오현석, “국제물품매매계약상 사정변경원칙의 적용에 관한 비교법적 검토”, 「무역상무연구」, 제51권, 한국무역상무학회, 2011.
- 오원석 외, “면책법리에 관한 비교법적 연구-CISG를 중심으로-”, 「무역학회지」, 제26권 제3호, 한국무역학회, 2001.
- 양 량, “국제무역계약에서 불가항력에 관한 연구”우석대학교대학원 국제비즈니스학과 무역전공 석사학위 청구논문, 2009.
- 양재영, “무역계약의 이행불능에 관한 연구”, 인제대학교대학원 석사학위 청구논문, 2002.
- 조 청, “중국계약법과 UN매매협약에 관한 비교법적 고찰”, 한양대학교대학원 석사학위 청구논문, 2008.
- 채성국, “중국계약법에서의 계약책임에 관한 연구: 한국 민법의 비교를 중심으로”, 서울대학교대학원 박사학위 청구논문, 2006.
- 최홍섭, “유엔국제물품매매협약에서 손해배상책임의 면책요건과 면책사유 : CISG제79조를 중심으로-”, 「국제거래법 연구」, 제13집, 국제거래법학회, 2004

■국외 단행본

- 崔建远, 「合同法」, 第四版, 法律出版社, 2007.
- 史尚宽, 「债法总论」, 中国政法大学出版社, 2000.
- 李 巍, 「聯合國貨物銷售合同公約」, 北京對外經濟貿易大學出版社, 2003.
- 劉凱湘, 「權利的期盼・論不可抗力」, 法律出版社, 2007
- 韓世遠, 「合同法總論」, 法律出版社, 2004.
- 王利明, 「违约责任论」, 中国政法大学出版社, 2002.
- _____, 「民商法研究」, 法律出版社, 2001.

■ 국외 연구논문

C. M. Bianca & M. J. Bonell, Commentary on the International Sales Law; The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffre · Milan, 1987.

程建伟, “论中国法上的不可抗力条款”, 东政法大学, 2012.

褚桂民, “因不可抗力致合同解除相关问题研究”, 津市锐尚律师事务所, 法制博览, 2012.

李正輝, “合同法定解除原因研究”, 北京中國檢査出版社, 2006.

錢小玲, “不可抗力的若干問題研究”, 2005.

王林旭, “不可抗力免責研究-以合同法為視角”, 2007.

桑本謙, “不可抗力的法經濟學思考”, 哈爾濱工業大學學報 社會科學版, 2004.

賴凌雲, “合同法上不可抗力研究”, 江西財政大學, 法學院, 2010.

張 黎, “輪不可抗力”, 西南政法大學, 2004.

蔡雅潔, “論不可抗力規則的適用”, 中國政法大學 研究生院, 2007.

張春元, “合同法上不可抗力制度比較研究”, 華東政法大學, 2012.

唐瓊瓊, “不可抗力之免責制度比較研究”, 對外經濟貿易大學, 2005.

黃 瓊, “論不可抗力引起的損失承擔對不可抗力免責規則的進一步分析”, 對外經濟貿易大學, 2006.

楊文娟, “論不可抗力的適用範圍”, 山西財經大學學報, 2002.

■ 웹페이지 자료

「www.china.findlaw.cn/info/case」

「www.110.com/ziliao/article-233945.html」

「www.110.com/ziliao/article-41466.html」

「cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html」

「www.unilex.info/dynasite.cfm?dsmid=13353」

A Study on the Exemption due to Force Majeure in Contract Law of the People's Republic of China; Focused on the comparison with CISG

Feng XiFei

Department of International Trade
Graduate School, Daegu University
Gyeongbuk, Korea

Supervised by Prof. Chong-Seok, Shim

(Abstract)

Force majeure institution is a rule to reasonable distribute nature risk and social risk between litigants, not only to protect the interest of no-fault litigants, but also to present a fair justice ideal which civil law is pursuing. however, disputations about whether it is *force majeure* or not always exist in many countries.

In the performance of international trade contract, unpredicted accident causes one party to the contract to postpone the delivery or not deliver the goods, thus the other party suffers the loss more or less.

The party encountering the accident, however, will resort to *force majeure* has legal effects to exempt duty or rescind the contract, whether it will be supported results in assignment of the rights and responsibilities. By analyzing the contract dispute caused by the *force majeure* as exemption rule between Party A and Party B, this paper discusses the finding standard from precondition and the relativity of *force majeure*, so as to indicate that three preconditions can't be absolute standards to judge *force majeure*.

Force majeure was appeared existed firstly in roman law, then the continental

law followed it, and the international law enacted it, too. Of course, there was this rule early in China, Then, we can know that, the *force majeure* is ruled by one of the conditions for the exempted from liability. however, in china it not only is ruled by one of the conditions for the exempted from liability, but also is enacted by one of the conditions for the rescission.

Under most national laws, *force majeure* events must meet four criteria: (1) the event must be external to the contract and the parties; (2) the event must render the party's performance radically different from what the parties originally contemplated; (3) the event must have been unforeseeable; and the occurrence of the event must be beyond the control of the party seeking to use *force majeure* as an excuse for no-performance. These events include natural disasters such as floods, earthquakes, and other 'acts of god', as well as uncontrollable events such as war and terrorist attacks.

A party who was unable to perform a contract due to *force majeure* is exempted from liability in part or in whole in light of the impact of the event of *force majeure*, except otherwise provided by law. where an event of *force majeure* occurred after the party's delay in performance, it is not exempted from liability. and IF a party is unable to perform a contract due to *force majeure*, it shall timely notify the other party so as to mitigate the loss that may be caused to other party, and shall provide proof of *force majeure* within a reasonable time.

Different countries vary in the disposal of the contract after a party is exempted, according to the effects of the event on the performance of contract, the solution maybe alteration of contract, annulment of contract or pro-rata performance.

The effect of *force majeure* clause is usually admitted in international commercial transactions, but whether the clause would act as the parties at the time of contracting is not always settled, therefore, in drafting *force majeure* clause, attentions should be paid to some items. In construction of *force majeure* clause, it need to consider carefully. Thus both parties are protected by force

majeure clauses.

This article starts from the introduction of *force majeure* and its corresponding rules in china and other countries. and analyses the standard of the essences of *force majeure*, it is legal consequences and the effects of *force majeure* clause, and After analyzing existed institution of the exempted from liability in the contract of China, this paper is sure for its reasonable components, but at the same time, points out its problems, and rebuilds it in order to improve the institution of the exempted from liability for the sake of helping the judicial practice.