

중국 중재판정부의 신용장 관련 중재 판정에 대한 연구

- *Inco. v. China XX* (가칭) 사건의
중국국제경제무역중재위원회, 상해위원회 중재판정을 중심으로-

A Study on the Chinese Arbitral Award relating to a
Documentary Credit
- with a special reference to *Inco. v. China XX* awarded by CIETAC,
Shanghai Commission -

한 재 필* Jae-Phil Hahn

〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. *Inco. v. China XX* (가칭) 중재사건
- III. 중국 중재판정부 판결에 대한 분석
- IV. 결 론

주제어 : 중국국제경제무역중재위원회, 국제상거래법위원회 모델 중재
법, 국제물품매매계약에 관한 UN 협약, 신용장 분쟁

* 동아대학교 국제무역학과 전임강사, BBA, MBA, LL.M, Ph.D in Law(Notts)

I. 서론

중국은 국교정상화이후 교역량이 증가하여 미국시장을 능가하는 한국의 최대 교역대상국으로 발전하였다. 중국과 교역량의 증가함에 따라 상사분쟁 사건도 증가추세에 있다. 그러나 중국의 법원 및 중재판정부의 공평성 또는 형평성에 대하여 한동안 신뢰가 쌓이지 않은 상태에 있으며 더욱이 그들의 중재능력에 대하여 의구심마저 가지고 있는 실정이다.¹⁾ 이와 같은 중국 중재판정부의 불신임은 중국 중재법에 중재인 선임²⁾과 같은 비합리적인 부분이 아직 남아 있기 때문이라 할 수 있는데, 이러한 시기에 중국 중재판정부의 판정내용을 연구하여 보는 것은 의미 있는 일이라 할 것이다.

본 연구는 Inco.(가칭, 국적미상) 대 China XX (가칭, 국적 중국)간에 발생한 Silicon Metal 분쟁에 대한 중재사건에 있어서 중국국제경제무역중재위원회(이하 CIETAC) 상해위원회의 중재판정내용을 국제상관습 및 실무에 중점적으로 조명하여 분석함으로써 그 타당성을 연구하

- 1) 중국의 중재법은 1994년에 통과되어 1995년 9월 1일부터 시행하였으나 많은 문제점이 노정되어 실망스런 부분이 다양하게 존재하고 있는 것으로 외국의 연구자들이 지적하고 있었다. 문제점으로 (1)중재기의 행정기관의 종속성, (2)계약당사자 합의 없이 어느 일방이 중재기구의 중재신청 가능성, (3)중재절차와 소송절차의 유사성, (4)중재판정의 재심신청허용 등이 지적되었다. 그러므로 중국국제상회는 대외적인 신용도와 국제중재능력을 고양하기 위하여 2000년 9월 5일에 CIETAC의 새로운 중재규칙을 통과시켜 동년 10월 1일부터 시행되었다: 윤진기, "중국 중재법", 기업법 연구 제12집, 한국기업법학회, 2003, pp. 238-239. 또한, 신군재, "중국 중재제도의 특성에 관한 사례 연구", 무역학회지 24권 4호, 2004. 참조.
- 2) 중국의 중재법은 중재인의 선임에 있어서 당사자의 선정과 중재기구의 지정을 서로 결합한 특수한 방식을 취하고 있다. 합의중재정의 구성은 당사자가 각 1인을 선정하거나 중재위원회 주임에게 위임하여 선정할 수 있고, 수석중재인은 당사자가 합의하여 선정하거나 합의 하에 중재위원회 주임에게 위임하여 선정하게 할 수 있다. 그러나 만약 당사자가 중재통지를 받은 날로부터 20일 이내에 수석중재인을 합의하여 선정하지 못하는 경우에는 중재위원회 주임이 직권으로 수석중재인을 선정하는 것으로 규정하고 있는데,(제31조, 제32조) 분쟁에 휘말린 당사자들이 합의하여 수석중재인을 선정할 것을 기대할 수 없는 경우가 대부분일 것이므로 결국 중재위원회 주임이 수석중재인을 선정하게 될 터인데, 이는 중재의 독립성에 상당한 희의를 느끼게 하는 요인이 되고 있다.

는데 그 목적이 있다.

본 중재사건의 관련 당사자의 소속국가가 “국제물품매매계약에 관한 UN 협약“ (UN Convention on Contract for the International Sale of Goods : 이하 CISG)의 가맹국(contracting nation)임으로 CIETAC, 상해 위원회는 이 협약을 준거법으로 채택하였다. 그러므로 본 중재사건에서 문제점으로 제기되는 사항에 관련된 CISG 조문을 심층 연구하고 그 법리적 논리를 중재판정과 연계하여 평가하였다.

II. *Inco. v. China XX* (가칭) 중재사례

1. 중재절차의 신청과 처리

1999년 8월 12일에 중재신청인, C&A Inc.(수입업자)와 피신청인, China XX Importation Co.(수출업자) 간에 체결된 계약(No. 99YCSX E23J 및 No. 99YCSX E222)에 명시되어 있는 중재조항과 2000년 5월 23일 신청인의 중재신청에 따라 CIETAC 상해위원회는 앞에서 설명한 바의 2건의 계약에 있어서의 분쟁 발생으로 인한 본 중재사건을 접수하였다.

손해배상청구금액이 Renmibi(RMB) 500,000이하에 해당함으로 CIETAC 중재규칙에 의하여 본 사건에 요약중재절차(summary procedure)적용이 가능하며, 중재판정부는 사건청문에 단독 중재인으로 구성한다.

2000년 7월 12일 중재판정부는 구두심리를 개최하였다. 피신청인(수출업자)은 청문회에 불참하였으므로 중재판정부는 궐석심리를 하였다. 신청인(수입업자)의 대리인이 청문회에 참석하여 본 사건과 관련하여 사실 및 법률적 문제에 대하여 진술하였으며 중재판정부의 질의에 답변하였다. 수입업자는 심리 이후 중재판정부에 보충서류를 제출하였다. 그 후 수출업자는 중재판정부에 서면 답변서를 제출하였다.

2. 중재사건의 내용

수입업자인 Inco. (가칭, 국적미상)는 수출업자인 China XX (가칭, 국적 중국)는 Silicon Metal 매매를 위하여, No. 99YCSX E23J와 No. 99YCSX E222, 2건의 계약을 1999년 8월 12일에 다음의 내용으로 체결하였다. :

“수입업자는 300톤의 Silicon Metal을 수출업자로부터 수입하기로 하고 200톤은 99YCSX E 23J 그리고 100톤은 99TCSX E222의 계약에 의하기로 합의하였다. 제품의 단가는 중국 주요항구(main ports) FOB 가격으로 USD720/mt이며 이들 2계약의 총금액은 USD213,000.00이었다. 지급조건은 일람출급화환신용장(L/C at sight)에 의하여 지급이 이루어지는 것으로 하였고 계약 물품의 인도시점(time of delivery)은 각각 1999년 8월과 9월로 지정하였다.”

계약 체결 후 수입업자 Inco.는 신용장(L/C)을 개설하였으나, 수출업자 China XX는 물품인도의무를 이행하지 않았다. 그러므로 수입업자는 타 회사로부터 분쟁상태에 있는 계약물품의 대체물을 수입하지 않으면 안 되었으며 수입업자는 이로 인하여 가격상승에 의한 경제적 손실을 보게 되었다. 이에 대하여 양당사자는 협의를 통하여 원만한 합의에 도달하지 못하게 되어 수입업자 Inco.는 CIETAC 상해위원회에 다음과 같이 손해배상을 위한 중재신청을 하였다. :

- 1) 수출업자는 수입업자에게 경제적 손실 USD57,000.00을 배상하고,
- 2) 수출업자는 모든 중재비용과 수입업자 선임 변호사 비용을 부담하여 야 한다.

3. 분쟁당사자의 주장

(1) 수입업자(신청인)의 주장

계약이 체결된 이후에 수출업자는 계약조건에 의한 물품인도를 Silicon Metal 가격의 상승을 이유로 거절하였다. 1999년 11월 중순에 수입업자는 물품을 인도할 것을 수차례 요구하였으나 실현되지 못하였으며 그 와중에 수출업자를 수익익자로 하는 신용장은 유효기간이 종료되었다. 수입업자는 하는 수없이 물량확보를 못함으로써 발생하는 손실을 최소화하기 위하여 2개의 다른 중국회사로부터 별도의 계약에 따라 동일한 품질의 Silicon Metal을 매입하였다. 수출업자가 계약조건을 위반하였으므로 수입업자의 손실은 다음과 같은 계산방식에 의하여 배상되어야 한다. :

1) 수입업자는 240톤의 Silicon Metal을 CFR Ukraine Odense인도조건으로 Qinghai XX Silicon Metal Smelting Ltd.로부터 USD895/mt에 수입하였다. 중국 주요항구에서 Ukrain Odense에로의 운임 절약 분을 감안한다면 실제 손실은 $USD21,600 = (895 - 95 - 710) \times 240$ 에 해당한다.

2) 수입업자는 나머지 Silicon Metal 60톤은 FOB China Guangzhou 인도조건으로 China Precision Machine Importation Company Xiamen Branch로부터 USD800/mt에 수입하였다. 이로 인하여 발생한 실제 손실은 $USD5,400 = ((800 - 710) \times 60)$ 에 해당한다.

3) 수출업자가 계약대로 Silicon Metal을 적기에 선적하지 않음으로써 영업이익손실이 $USD30,000 = (100/mt \times 300 \text{ mt})$ 에 이른다.

위의 계산에 의하여 총 손실금액은 USD57,000.00이며 수출업자 China XX는 이를 배상하여야 한다.

(2) 수출업자(피신청인)의 반박주장

수출업자는 수입업자의 주장에 대하여 다음과 같이 반박하였다. :

1) 물품의 수량에 대하여 수입업자 C & A Inc.는 300톤이라고 주장하고 있으나 실제로 180톤으로 합의하였으며 수입업자가 개설한 신용장도 역시 180톤을 수입하는 것으로 되어 있으므로 물품수량은 180톤으로 계산하여야 한다.

2) 계약위반사항에 대하여는 국제무역관례에 따르면 신용장은 늦어도 원매매계약에서 약정한 선적일자 15일 이전에는 개설되어야 한다. 이에 의하면 최종선적일자가 1999년 8월 31일로 되어 있으므로 신용장은 늦어도 1999년 8월 20일 이전까지 발행 통지되어야 한다. 그러나 수출업자는 1999년 8월 20일까지 신용장을 수입업자로부터 접수한바 없으며 이는 수입업자의 계약 위반이다.

3) 약정품의 대체물에 대하여 수출업자는 1999년 8월의 Silicon Metal 시장가격은 USD710-735/mt이었다. 수입업자는 손실을 최소화할 의무가 있음을 상기할적에 대체물을 USD800/mt에 매입한것은 잘못이다.

4) 만일 수출업자가 수입업자에게 그가 입은 손실에 대하여 배상한다고 하더라도 그 배상은 실제로 발생한 손실이어야 한다. 수입업자의 영업이익 손실에 대한 청구는 적절한 산출근거를 제시하지 못하고 있기 때문에 상기 청구된 손실금액은 적절치 않다.

4. 중재판정부의 의견

(1) 준거법

이 분쟁에 연관되어 있는 계약에는 준거법(governing law)에 대한 명시적 약정이 체결되어 있지 않다. 본 중재법원은 양당사자의 영업장소가 CISG 조약국에 위치하고 있으며 계약에서 CISG의 적용을 배제하지 않고 있는 사실에 의거, CISG를 본 중재사건에 있어서 준거법으로 결정하였다. 단, CISG에서 규정하고 있지 않는 문제에 대하여서는 계약에서 중국이 중재 장소로 명시되어 있으므로 긴밀 연관성의 원칙(principle of the closest relation)에 따라서 중국법의 준거를 결정하였다.

(2) 계약의 유효성

중재조항이 포함된 2개의 계약에 양당사자의 대리인이 서명하였고 양당사자의 의견일치(meeting of mind)³⁾를 명시하고 있다. “외국의 이점(利點)을 포함하는 경제계약에 관한 중국법”(the Law of the People’s Republic of China on Economic Contracts Involving Foreign Interest)을 준수하는 계약의 이행은 합법적이고 유효하며 양당사자를 구속한다.

(3) 계약 불이행에 대한 책임

1) 본 계약은 1999년 8월 12일에 서명하여 체결되었으며 본 계약에서는 신용장개설시점에 대하여 규정하고 있지 않다. 수입업자는 첫 번째 신용장을 1999년 8월 13일에 신용장을 개설하였다. 수입업자가 신용장을 선적일자 15일전에 개설하지 않았으므로 계약위반에 해당한다고 하는 수출업자의 주장은 근거가 없다.

2) 양당사자간의 계약에 일치하여 수입업자는 1999년 8월 13일에 계약물품 180톤에 대하여 USD710/mt의 가격으로 총 가액 USD 127,800에 해당하는 신용장을 개설하였다. (이에 대한 증거는 수입업자가 수출업자에게 보낸 ‘재고중인 물품 180톤을 즉시 인도할 것이며, 그중 120톤은 60톤씩 2번에 나누어 1주 또는 2주간 간격으로 분할 선적’하도록 지시한 fax에서 찾을 수 있다) 그러나 수출업자는 그 약정품을 인도하지 않았으며, 이에 수입업자는 180톤에 대한 첫 번째 신용장 개설 이후 2번째 신용장을 개설하지 않았다. 당 중재 판정부는 계약양 당사자가 본 계약의 내용과는 달리 계약 목적물인 Silicon Metal 180톤 만을 인도하기로 협상한 계약의 중대한 변경(significant modification)에

3) 계약당사자 쌍방이 동일한 조건에의 합의를 표시하는 의견일치(meeting of minds)를 의미한다. 계약 체결에 있어서 상대방에 노출되지 아니한 비밀의 목적과 의도가 담겨져 있어서는 안 되며 쌍방이 숙지하는 환경적 여건 속에서 충분히 알려진 목적과 의도에 의하여야 한다는 전통적인 계약법의 규칙이다. 타당사자에 대한 숨겨져 있는 개인적인 의도로 인하여 이미 표명된 합의사항에 대하여 아무런 영향을 미치지 못한다는 것이 본 규칙의 핵심적 논리이다. (A meeting of minds between the parties demonstrating they both understand and agree to the essentials of contract.)

합의한 사실을 보여주는 증거를 발견한바 없다. 계약이 양당사자에 의하여 종료되었거나 변경되었다고 증명할 증거가 없는 한 인도하여야 할 물품의 수량은 계약에서 규정한 수량임에는 변함이 없다.

3) 계약에서 예상되는 바와 같이, 수출업자는 물품을 인도하고, 이에 관련된 모든 서류를 전달하고 그 물품에 대한 권리를 수입업자에게 이전할 의무를 진다. 그러나 수출업자는 물품을 인도하지 않았으며, 이는 계약의 근본적인 위반(fundamental breach)을 구성한다. 이와 관련하여, CISG 제 45조에 명시한바, 수입업자는 수출업자의 계약위반에서 발생하는 손실을 최소화하기 위한 합리적인 방책은 통례적으로 받아 드려진다. 당 중재법원은 다. 제74 및 75조에 의거, 영국에서 1999년 11월 15일 "World Steel and Metal News"에서 발행한 "Metal Bulletin"을 참조하여본 결과 수입업자가 제 3자에게서 매입한 가격의 단가인 USD800/mt는 적절한 것이라는 결론을 내렸다. 그러므로, 수출업자는 수입업자에게 대체품의 구매에서 발생한 손실 USD27,000.00를 배상하여야 한다.

4) 당 중재법원은 수입업자의 대체품의 구매에서 발생한 손실에 대한 손해배상청구를 지지하는바, 이 판정은 원 계약의 이행을 실제로 유지하는 관점에서 이루어 졌다. 그러므로 본 중재법원은 영업이윤의 손실에 대한 손해배상 청구는 기각한다.

(4) 중재비용과 변호사비용

수입업자의 손해배상청구는 본 중재판정부에서 대부분 지지되었다. 중재비용은 양당사자가 분할하여 부담할 것인바 수입업자 20% 그리고 수출업자가 80%를 부담한다. CIETAC 중재규칙 제59조에 의하여 본 중재판정부는 수출업자가 수입업자의 변호사비용을 전액 부담할 것을 판정한다.

5. 중재판정

위의 판정에 의거 중재판정부는 다음과 같이 결정하였다. :

- 1) 수출업자는 수입업자에게 USD27,000.00의 경제적 손실을 보상하여야 한다.
- 2) 수출업자는 수입업자에게 변호사비용 RMB18,832.80을 지급하여야 한다.
- 3) 수입업자가 제기한 기타 모든 손해배상청구는 기각한다.

이상은 *Inco. v. China XX* (가칭)의 중재사건에 있어서 CIETAC 상해위원회 중재판정부의 중재판정내용이다. 이를 주요항목별로 그 타당성을 심층적으로 연구하여 분석하여 보기로 한다.

Ⅲ. 중국 중재판정부 판결에 대한 분석

1. 중재지와 준거법 결정과 관련하여

(1) 중재지와 준거법 결정에 대한 일반적 고찰

1) 중재지

중재지⁴⁾ 결정에 관한 사항은 계약당사자 모두 해당 법률이나 관습

4) 홍성규/김종락 교수는 “한국의 개정중재법에서는 중재지결정은 1차적으로 당사자자치의 원칙이 적용(21조 1항), 당사자합의가 없는 경우, 편의와 제반 여건을 고려(21조 2항)하여 결정하되, 중재지이외의 장소에서 중재절차를 진행할 수 있다고 규정(21조 3항)하고 있다. 그러므로 중재지는 심리장소(place of hearing)라는 물리적 의미(physical meaning)의 중재장소를 지칭하는 것임으로 중재지는 허구적(fictitious)일 수도 있다는 사고가 세계적으로 널리 인정되고 있다”라고 하였다 (“개정한국중재법의 주요 논점과 과제”, *국제상환*, 제18권 제2호, 2003, p. 201. 한편, 양석환 교수는, “중재지는 중재절차를 진행하고 중재판정을 하는 곳으로서...중재지의 지정은 그 곳의 절차법과 실체법에 대한 준거법을 지정하는 것을 뜻 한다”라고 하였다. (“중국 중재계약의 형식과 내용에 관한 비교법적 고찰”, *비교법학연구* 제2집, 한국비교법학회,

에 익숙한 자국에서 중재가 이루어지기를 원하고 있기 때문에 수출입 자간에 첨예하게 의견을 달리하는 것이 일반적이다.⁵⁾ 그러므로 수출입업자 쌍방 모두 분쟁발생시 중재는 자국의 중재법원에서 처리되도록 하는 중재조항(arbitration clause)을 매매계약에 삽입하려 할 것이다.⁶⁾

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (이하 UNCITRAL Model Law라 칭함)에서는 중재지는 양당사자의 합의에 의하여 결정되어야 한다는 ‘당사자 자치의 원칙’에 의거한 중재지 결정을 1차적 요건으로 삼고 있으며, 만일 그러한 합의가 이루어지지 않았을 때에는 중재판정부(arbitral tribunal)가 중재사건의 환경적 여건과 양당사자의 편의성을 고려하여 중재지를 결정한다고 규정하고 있다.⁷⁾ 한국의 개정중재법에서도 이 모델법의 개념을 도입하여 중재지를 결정하는 중요한 지침으로 삼고 있다.⁸⁾

2003, p. 192)

- 5) 이의 원만한 조정을 위하여, 국제분쟁에 있어 “(1) 지리적으로 중간지점에 위치하고, 법문화적 중립 지역인 제3의 장소를 선택하여 정하거나, (2) 중재지를 상호 견제하도록 하는 차원에서 중재를 신청하는 쪽에서 서로 상대방의 본거지에 나가도록 정하는 방법” 이 제시 되었다고 설명하고 있으나, (양석완, 전제서, p.192) 이는 분쟁 관계 이해 당사자의 조정에 중점을 둔 대안이고, 사실은 분쟁과 가장 밀접한 관계에 있는 곳을 중재지로 택하는 것이 합리적인 대안이 될 수 있을 것이다.
- 6) 한국, 중국, 일본의 중재기구에서 추천하는 중재조항은 중재지를 자국으로 정하고 준거법을 자국의 법으로 지정할 것을 추천하고 있다. 중국의 중재조항 - “Any dispute...shall be submitted to CIETAC...in accordance with the commission’s arbitration rules...” 일본의 중재조항 - “All disputes...shall be finally settled...in (name of city), Japan in accordance with Commercial Rules of Japan...,” 한국의 중재조항 - “All dispute...shall be finally settled by arbitration in Seoul, Korea in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the Korean Commercial Arbitration Board and under the Laws of Korea...”
- 5) Article 20, “Place of Arbitration” :
 - (1) The parties are free to agree on the place of arbitration.. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties. (2)Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.
- 8) 한국의 개정중재법 제21조(중재지)
 - (1)중재지는 당사자간의 합의로 정한다. (2)제1항의 합의가 없는 경우에는 중재판정부

2) 준거법

준거법 결정에 대한 문제는 국제소송과 관련, 어느 나라의 법이 적용 되느냐에 따라 그 판정이 달라질 수 있는바, 매우 민감한 사안이라 할 수 있다. 상사중재사건에서도 이와 마찬가지로 준거법의 결정은 혼란과 분쟁을 유발하는 난제로서 통일된 해결방법이 제시되지 않고 있다. 그러므로 대부분 중재조항의 문언(*wording of arbitration clause*)에 의존하거나 양당사자가 준거법에 관하여 특별히 의사를 밝히었을 경우 그 환경적 여건을 감안하여 결정하게 되는 것이 일반적이다.⁹⁾ 국제상사중재에 있어서 준거법에 대하여 *UNCITRAL Model Law 28조* 에서 다음과 같이 규정하고 있다.¹⁰⁾ :

(1) 중재판정부(*arbitral tribunal*)는 분쟁의 본안에 적용하려고 선택한 법규에 따라 판정을 하여야 한다. 달리 명시하지 아니하는 한 일정한 국가의 법 *EH*는 법률체계의 지정이 있을 때는 당해 국가의 실체법을 직접 지칭하는 것으로 해석하며, 그 국가의 국제사법원칙을 지칭하는 것으로 해석하지 아니한다.

(2) 당사자들에 의한 준거법의 지정이 없는 경우, 중재판정부는 중재

는 당사자의 편의와 당해사건에 관한 제반사정을 고려하여 중재지를 정한다. (3)당사자간에 다른 합의가 없는 경우에 중재판정부는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 중재지와의 적절한 장소에서 중재인들 간의 협의, 중인.감정인 및 당사자 본인에 대한 신문(訊問), 물건.장소의 검증 또는 문서의 열람을 할 수 있다.

- 9) Martin Donke, *Domke on Commercial arbitration*, Revised Ed., by Gabriel M. Wilner, Callaghan & Co., 1998, p.389.
- 10) *UNCITRAL Model Law on International Arbitration, Article 28, "Rules Applicable to substance of dispute"*, (1)The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed., unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. (2)Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable(3)The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so. (4)In all cases, the arbitral shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade to the transaction.

판정부가 적용가능하다고 보는 국제사법 규정에 따라 결정되는 법을 적용한다.

(3) 중재판정부는 당사자가 명시적으로 권한을 부여하는 경우에 한하여 형평과 선(ex aequo et bono)¹¹⁾에 의하여 그리고 우의적 중재인(amiable compositeur)¹²⁾으로서 판정을 내려야 한다.

(4) 전 각항의 모든 경우에 있어서 중재판정부는 계약조건에 따라 결정하여야 하며, 당해 거래에 적용 가능한 상관습을 고려하여야 한다.

국제상거래에 있어서 supra national lex-mercatoria 는 광범위하게 인용되고 있다. 즉, 범세계적으로 널리 사용되는 수출입당사자간에 물품의 인도, 인수, 위험과 비용부담을 규정한 ICC (International Chamber of Commerce)의 Incoterms 와 신용장거래에서의 제 문제를 다루고 있는 UCP 500 (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 1993 revision)은 ‘적용 가능한 상관습’¹³⁾으로 국제소송에서 준거되고 있다. 이와 더불어 각국이 UN Convention of Contract for the International Sale of Goods (CISG)에 대한 협약국으로 가입하는 추세에 있음으로 이 또한 국제상거래에서 중요한 준거법으로 등장하고 있다 하겠다.

(2) 중재판정부의 처리 및 평가

1) 중재지

중국 중재판정부는 매매계약에서 중재지가 중국으로 명시되어 있으므로 중재지를 중국 상해로 받아들이고, 수입업자(신청인)의 중재신청

11) ex aequo et bono(공평 또는 형평과 선)의 개념은 국제사법재판소(International Court of Justice)규정 제38조에서 명시한 재판의 준칙에서 규정하고 있는 법률 원칙이며 재판관이 사건의 구체적 여건을 감안하여 이에 적합한 재판을 할 수 있는 구체적 정의를 의미한다. 그러므로 공평과 선에 의한 재판에서 재판관은 실정법에 구속받지 아니하고 공평과 선에 의하여 법의 범위를 벗어나는 판결을 내릴 수 있다.

12) ‘Amiable compositeur’ 는 ‘ex aequo et bono’와 유사한 의미를 가진다.

13) UNCITRAL Model Law, Article 29 (4).

에 따라 Shanghai Commission에서 중재절차를 진행하기로 하였다.

이 중재사건에서 거래당사자가 매매계약에서 중재지를 중국으로 지정하고 있다. 그러므로 이 중재사건의 중재지를 계약조건에 의하여 중국 상해로 결정하였음은 아무런 하자가 없다.

2) 준거법

준거법으로 중재판정부는 양당사자가 CISG의 가입국에 거주하고 있으며 계약당사자중 어느 누구도 이 협약을 계약에서 제외하려는 의사 표명을 한바 없으므로 이 협약을 준거법으로 결정하였다. 만일의 경우 CISG에서 규정하고 있지 아니하는 사항은, 중재지가 중국임으로 간밀 연관성의 원칙(principle of the closest relation)에 따라 중국관련법 “The Law of the People’s Republic of China on Economic Contracts Involving Foreign Interests”를 준거하는 것으로 결정하였다.

준거법에 대하여는 계약에서 명시하였다고 하는 문헌자료상 아무런 흔적을 찾아 볼 수 없다. 그러므로 중재판정부가 계약당사자가 CISG의 가맹국에 속하고 있음을 고려하여 CISG를 선택하고 추가적으로 중국의 관련법을 지정한 것은 합리적인 것으로 보인다. 이와 더불어 “수출입거래의 대부분은 물품의 인도, 비용 및 위험부담 범위를 결정하는 조건으로 ICC 제정 Incoterms와 무역금융 및 결제조건으로 UCP 500이 활용되는 것이 통례임으로 이의 기능이 훼손되지 않도록 하는 배려가 있어야 할 것이다.”¹⁴⁾

추가적으로 CISG에서 다루지 않은 부분에 대하여 중국의 관련법이 적용된다는 결정은 “중재지에 관한 합의를 유추하여 중재지법을 준거법으로 결정하는 당사자의 묵시적 선택이 있었다” 라고 인정하는 중국의 재판실무에서 일관되게 선택되어진 원칙이라고 할 수 있다.¹⁵⁾

14) 윤종진, “국제상사중재의 준거법에 관한 고찰”, 해법.통상법 제7권, 2002, p. 201에서 “중재판정부는 각국의 저촉법적 규정에 의한 준거법 선택보다는 국제적으로 인정되는 상관습법 및 법의 일반원칙에 따라 준거법을 선택할 수도 있다.”라고 하였다.

15) 양석완, “중국중재계약의 형식과 내용에 관한 비교법적 고찰”, 비교법학연구 제2집,

2. 신용장발행시기와 관련하여

(1) 신용장발행시기의 일반적 고찰

신용장발행은 매매계약 체결 후 우선적으로 이행하여야 할 수입업자의 의무에 속한다. 만일 이를 소홀히하여 적기에 신용장을 발행하지 않았다면 그 매매계약 자체가 무효화되는 원인이 되기 때문이다. 그러므로 신용장은 매매계약의 특성에 따라 약정품의 수집, 생산 및/또는 선적여건과 관련하여 적절한 시기에 발행되어야 하며 그 시기 또한 다양하다,

매매계약에서 지급조건(terms of payment)으로 신용장의 사용을 선택하고 있다면 매매계약에서 약정하는 바에 일치하는 신용장의 발행은 수출업자 측 계약이행의 정지조건(condition precedent)이 된다.¹⁶⁾ *Dix v. Grainger*¹⁷⁾ 사건에서 원 매매계약은 신용장을 통한 대금결제를 규정하고 있었으나 수입업자가 신용장을 발행하지 않은 상태에서 수출업자의 계약위반을 거론하자 담당 판사는 신용장을 개설하지 않은 수입업자의 계약위반(repudiatory breach)을 근거로 수출업자는 계약 해제를 수권 받는다고 판정하였다. 즉, 신용장이 적기에 개설되지 않았다면 신용장개설의 의무를 지고 있는 수입업자 측으로서는 매매계약과 관련, 그 유효성을 주장할 수 없다는 것이다.¹⁸⁾

이와 관련하여 위의 논의가 CISG하에서도 인정되는지를 살펴볼 필요가 있다. CISG는 계약의 해제를 수권하는 계약위반을 ‘계약의 본질적 위반(fundamental breach)’ 일 때만 허용하고 있으며 이를 다음과

한국법학회, 2003, pp. 19-21.

16) 영국의 *Garcia v. Page & Co.* (1936), 55 Ll. L. Rep. 39; *Etablissements Chainbaux SARL v. Harnormaster Ltd* [1955] 1 Lloyd's Rep. 303; *Trans Trust SPRL v. Danubian Trading Co. Ltd.* [1952] 1 Lloyd's Rep. 348. 참조.

17) (1922), 10 Ll. L. Rep. 469.

18) 전계판례; 한주섭, UCP 500에 의한 최신신용장론, 1996, 동성사. p. 219; UCC, Sec. 2-325(1), "Failure of the buyer seasonably to furnish an agreed L/C is a breach of the contract for sale."

같이 규정하고 있다.

제25조(본질적 위반의 정의)

당사자의 일방이 범한 계약위반이 그 계약 하에서 상대방이 기대할 권리가 있는 것을 실질적으로 박탈할 정도의 손해를 상대방에게 주는 경우에는, 이는 본질적 위반으로 한다. 다만 위반한 당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였으며, 또한 동일한 종류의 합리적인 자도 동일한 사정에서 그러한 결과를 예견할 수가 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.

즉 CISG 하에서 ‘근본적인 계약위반’이 되기 위해서는, 첫째, 권리를 침해당한 당사자에게 유발된 손해는 그가 기대할 권리가 있는 바를 ‘실질적으로 박탈’하여야 하며, 둘째, 그 손해는 계약위반자가 예견 가능하였던 것으로 한정되어진다. 또한 계약위반자의 기준은 실제적 계약위반을 자의 주관적인 당사자에서부터 동일사정하의 동일부류의 합리적인 자로 객관화되어 기준 되어진다.

이와 같은 협소한 기준안에 ‘신용장 발행의 위반’이 포함된다는 것에 대해서 다른 의견은 없는 것 같다. 그러나, ‘신용장 발행 위반’을 ‘계약의 본질적 위반’으로 결정하는 시점과 절차에 대해서는 이견이 제시되고 있다. 일반적인 경우, 수입업자의 신용장 발행 위반은 그 위반이 근본적이라는 것을 증명해 보일 필요도 없이 수출업자는 계약의 해제를 선언할 수 있을 것이라고 본다. 이에 반해 Honnold 교수¹⁹⁾는 수입업자의 신용장 발행 의무 위반은 그 즉시 CISG 상의 근본적 계약위반의 요건을 구성하여 계약해제의 근거가 되지 않는다는 견해를 제시하고 있다. 즉, 수출업자는 CISG 63조²⁰⁾가 규정하고 있는 ‘최고 통

19) Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention*, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1982,

20) Article 63

(1) The seller may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the buyer of his obligations.

지 의무'를 수출업자에게 부과하여 '최고 통지'에 나타내고 있는 기한 내에 신용장이 발행되지 않는다면 그때에 계약 해제의 권리를 수권 받는다고 하여 일반적인 견해와는 차이를 보이고 있다.

수입업자의 신용장 발행 의무는 원 매매계약에서 요구하는바 일치되는 신용장의 발행을 의미하며, 이를 충족시키지 못한 신용장의 발행은 수입업자의 신용장 발행의무를 이행하지 못한 것으로 간주된다.²¹⁾ 이와 관련하여 주지하여야 할 사실은 수입업자의 신용장 발행은 1회성이 아니며, 불일치 신용장을 발행한 수입업자는 정해진 신용장발행 기간 내에 매매계약과 일치하는 신용장을 재 발행하여 그 의무를 충족 할 수 있다.²²⁾

(2) 중재사건의 신용장 발행 시기

1) 신용장발행시기와 선적시기

본 중재법원 담당 중재사건에서 수입업자인 Inco.(가칭, 국적불명)와 수출업자 China XX(가칭, 중국국적)은 Silicon Metal 300톤의 매매를 위하여 200톤과 100톤을 각각 8월과 9월에 선적하기로 하고 대금지급은 취소불능신용장에 의하는 매매계약을 1999년 8월 12일에 체결하였으나 신용장의 발행시기에 대하여는 침묵하고 있다.

수입업자는 매매계약체결 1일후 1999년 8월 13일에 신용장을 개설하였다. 여기에서 수입업자의 입장에서 매매계약서에서의 관련 조항을 준수하여 신용장을 어떠한 방식으로 발행할 것인가에 대하여 연구하여 보기로 한다.

(2) Unless the seller has received notice from the buyer that he will not perform within the period so fixed, the seller may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the seller is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

21) 예를 들어 확인신용장으로 대금지급을 하기로 한 매매계약에서 발행은행이 불확인 신용장을 발행한 경우를 말한다.

22) *Forbes, Forbes, Cambell & Co.. v. Stanley & Co.* (1921) 9 Ll.L.Rep. 202.

① 월별 선적분별 신용장발행

8월에 선적하기로 합의한 200톤은 약 15일간에 선적 처리되어 야 한다. 비교적 선적 기간이 짧으므로 만일 수출업자가 200톤 전량을 선적준비 완료하였다면 200톤 전량에 대하여 1회성 신용장을 발행하고 수출업자의 선적에 관한 형편에 따라 분할선적이 가능토록 한다. 9월 분은 1개월간에 걸쳐 선적이 이행되도록 약정되어 있으나 물량이 100톤으로 상대적으로 적은편이어서 100톤 전량에 해당하는 신용장을 발행하여 수출업자의 입지에 따라 전량 또는 분할선적이 가능토록 할 것이다.

신용장의 발행 시기는 8월선적분의 경우 8월15일 이전, 그리고 9월 선적분은 8월 말일 이전에 발행하는 것이 수출업자 측의 입지에 유리하다고 할 것이다. 그러나 수입업자 측에서는 신용장의 개설비용이 발행회수와 금액규모에 정비례하여 증감한다는 사실을 감안한다면 결코 최선의 방법은 아니라고 할 것이다.

② 8,9월 선적분 총량 300톤에 해당하는 신용장발행

신용장 발행회수를 1회로 줄이기 위하여 8,9월에 선적하기로 한 물량 총 300톤에 대한 신용장을 발행하는 것이다. 신용장의 발행회수는 1회로 감소하였으나 신용장금액이 증대하여 비용이 증가할 가능성이 있다. 수출업자 측에서 총 물량 300톤을 매매계약에서 약정한 바에 따라서 8월에 200톤, 9월에 100톤의 물량을 월별로 적절히 형편에 따라 또는 수입업자의 요구에 따라 분할선적을 할 수 있도록 신용장에서 분할선적금지조항은 배제되어야 한다.²³⁾ 이때에 신용장 발행 시기는 8월 15일 이전이 적절하다고 판단됨으로 수입업자는 거래은행과 사전에 협의하여 준비하는 것이 바람직하다.

선적기간이 8월과 9월, 1개월 반의 비교적 장기간에 총 선적물량

23) UCP 500 Article 40 (a) Partial shipment/Drawings에서 분할선적은 신용장에서 금지하지 않는 한 허용된다고 규정하고 있다.

300톤 전량에 대하여 신용장을 1회 개설하는 경우 만일 수입업자가 그 신용장으로 인하여 위험성이 예상된다면 이를 최소화하는 방향에서 수출업자가 선적일자를 통지하는 때마다 각각 그 통지시점으로부터 일정기간(예, 14일)이내에 별도의 신용장을 발행하는 방식을 채택하는 것이 바람직하다.

③ 회전신용장의 발행

신용장의 발행은 그 회수와 금액에 따라서 비용발생이 정비례함으로 가능하면 발행회수는 1회로 줄이고 금액은 분할선적 분으로 최소화하는 정책을 강구하여야 한다. 이에 적합한 신용장이 회전신용장(revolving L/C)²⁴⁾이다. 8월 선전적분 200톤을 2분하여 100톤씩 분할하고, 9월 선적 분 100톤에 대한 회전신용장은 8월 15일 이전에 발행하고 그 신용장금액은 100톤에 해당하도록 하는 것이다. 이 회전신용장은 한번 발행되어 선적하면 본래의 신용장으로 되살아나고 이를 3회에 걸쳐 300톤을 모두 선적완료하면 그 회전신용장의 유효기간이 종료되도록 한다.

2) 수입업자의 신용장 발행과 수출업자의 반응

본 중재사건에서 수입업자는 1999년 8월 12일에 매매계약을 체결하고 그 다음날 8월 13일에 8월선적분 200톤에 대하여 우선 180톤의 Silicon Metal의 선적을 위한 단가 USD710/mt 총액 USD127,000에 해당하는 신용장을 발행하였다. 밝혀진 증거에 의하면 수입업자는 180톤을 1-2주 간격으로 60톤씩 분할하여 우선 120톤을 선적할 것을 Fax로 통지한바 있다.

그러나, 수출업자가 8월 13일자로 개설한 180톤에 해당하는 신용장

24) Lakshman Wickremeratne & Michael Rowe, *Guide to Documentary Credits*, The Chartered Institute of Bankers, 1998, pp. 3-21~23.; 회전 신용장은 오랜 기간 신용이 쌓인 거래관계 당사자간에 활용되는 신용장이다. 선적량이 일정한 규모에 달하거나 유효기간 종료일이 도래하면 별도의 변경(amendment)없이도 다시 원상태로 살아난다.

에 대하여 이의 집수를 부인하고 약정품의 선적을 이행하지 않았다. 도리어 수출업자는 수입업자가 신용장을 발행하지 아니하여 매매계약에서의 신용장발행의무를 이행하지 않았으므로 이로서 매매계약을 위반하였다고 주장하였다. 또한 본 건에서의 신용장은 첫 번째의 8월선 적분 200톤에 대한 최종 유효선적기한이 8월 31일이므로 이로부터 늦어도 15일전인 8월20일까지는 신용장이 발행 되는 것이 국제관례임에도 신용장은 동 일자에 까지 발행되지 않았으므로 동 매매계약은 무효라고 반론을 제기하였다.

(3) 중재판정부의 판정 및 평가

수입업자(신청인)는 매매계약체결일 다음 일자에 신용장을 개설하였으며 Fax에 의하여 재고품 180톤을 즉시 인도할 것을 요청하였음에도 수출업자(피신청인)는 그 물품을 인도하지 않았다. 수입업자는 180톤 물량의 첫 번째 신용장발행 후 2번째 신용장을 개설하지 않은데 대하여는 당연한 조치였다고 인정된다. 수입업자는 매매계약에서 명시한 바의 신용장 발행의무를 적시적절하게 이행하였을 뿐만 아니라 신용장 발행시점에 있어서도 아무런 하자가 없다. 수출업자가 선적일자 15일 이전에 신용장이 발행되지 않았으므로 계약위반에 해당한다고 주장하는 것은 실제로 8월 13일자로 신용장이 발행되었고 국제관례상 아무런 근거가 없다.

한편 수입업자는 수출업자의 선적의무 불이행에 대하여 매매계약의 근본적 위반으로 결정하고 계약을 회피(avoidance)하려고 한다면 준거법인 CISG Article 49(1)에 의하여 계약회피의 사실을 선언하여야 이로 인하여 발생할 수도 있는 피해를 사전에 방지할 수 있다.²⁵⁾

신용장이 실제로 계약체결일자(8월 12일) 다음일자(8월 13일)에 발행

25) CISG Article 49, (1), "The buyer may declare the contract avoided : (a)if the failure by the seller to perform any of his obligation...(2)However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so : ..".

되었음이 확인되었으므로 수입업자는 매매계약상의 신용장개설의무를 적시적절하게 이행하였음이 분명하다. 반면 수출업자가 매매계약상의 물품선적의무를 이행하지 않은 것은 근본적인 계약위반사항(fundamental breach)에 해당하므로 이 시점에서 계약은 무효가 된다.²⁶⁾ 그러므로 수출업자는 신용장발행을 더 이상 요구할 수 없게 되며 또한 동 매매계약을 파기하게 한 근본 원인 제공자임으로 이로서 수입업자에게 끼친 손실에 대하여 보상할 책임이 있다고 한 중재법원의 판정은 타당하다고 할 것이다.

신용장발행시점을 선적일자 15일 이전에 개설하여야 한다고 하는 15일 원칙은 그 국제규정이거나 관례를 찾아볼 수 없으며 국제관례로 인정하기 어려움으로 이를 받아드리지 않은 것은 적절하다고 판단된다.

3. 약정품의 가격상승과 수출업자의 인도 의무와 관련하여

(1) 수출업자의 계약불이행에 대한 면책가능성

일반적으로 계약이 성립되면 “계약의 의무는 절대적으로 준수되어야 한다 (Pacta Sunt Servanda)”는 법원칙에 의거 계약 당사자는 자신의 계약적 의무 이행에 대하여 책임을 진다. 그러나, ‘계약 체결 후 예상 외로 사정이 너무 현저하게 변화되었기 때문에 계약상 필요한 묵시적

26) CISG Article 25, “A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”; CISG에서의 근본적 위반(fundamental breach)이란 그 위반으로 인하여 야기되는 손상의 정도가 실체적으로 계약에서 침해당한 당사자가 예상하였던 권리의 박탈을 의미하는 것으로 정의되어 있다. 하찮은 계약의 이탈이라 할지라도 심각한 결과를 가져왔다면 근본적 위반의 범위에 속한다. 근본적 위반의 개념은 당사자가 계약에서 예상하였던 권리의 이행이라는 측면보다는 위반으로 인한 결과의 심각성이 그 계약으로부터 연유되었다는 사실이 명백한 경우를 의미한다. 또한 어느 한 당사자가 계약으로부터의 이탈이 타 당사자에게 심각한 손상을 끼치게 될 것이라는 사실을 알면서도 의도적으로 행하였다면 근본적 위반에 해당된다.

내용을 합리적으로 생각해보고 주변사정에 비추어볼 때, 계약의 기초가 소멸되었고 만일 계약이 유효하더라도 그것은 당사자가 원래 의도한 것과는 근본적으로 다른 새로운 계약으로 되었다는 결론에 도달하는 경우²⁷⁾ 원 계약의 이행은 계약 당사자가 계약 당시 자신들이 의도했던 바와 현저히 다르므로 (*Non hae in foedera veni : It was not this that I promised to do*) 계약은 자동적으로 소멸한다.

이 원칙을 달성불능의 원칙(*doctrine of frustration*)²⁸⁾이라 하는데, 본 사건과 같은 국제물품매매계약의 경우, 이 원칙이 적용되면 수출입업자는 계약상의 의무가 면책된다. 매매계약에는 일반적으로 Frustration의 원칙과는 동일하지 않으나, 불가항력조항(*force majeure clause*)²⁹⁾을 삽입하여 만일의 사태에 대하여 대처하고 있다.³⁰⁾

중국 중재판정부가 준거법으로 선정한 CISG에서는 Section IV 면책(*Exemption*) Article 79 및 80에서 Frustration의 내용을 규정하고 있다. Article 79 (1)³¹⁾에서 당사자는 계약불이행이 그의 통제범위를 초월할

27) Schmitthoff, *Legal Aspects of Export Trade*, 3rd ed., 1978, pp.60-61.

28) Frustration과 관련하여서는 Roy Goode, *Commercial Law*, Penguin Books, 1995, p.139; 김선광, “영미법상의 Frustration 법리의 발전과정”, *국제상학* 제2권, 한국국제상학회, 1989. 2, p.25.; 강이수, “국제거래에 있어서의 Frustration 법리의 적용에 관한 연구”, *국제상학의 제 문제*, 저흥문화사, 1988, p. 52 참조.

29) 김선광, 전계서, p. 9.. Frustration과 Force Majeure은 계약의 이행이 불가능하다는 점에서는 공통점이 있으나 전자는 계약을 자동적으로 소멸시키는데 비해 후자는 계약전체를 소멸 또는 해제시키는 것이 아니라 단지 면책을 인정하는 것에 지나지 않는다는 점에서 그 차이가 있다.

30) 일반적으로 매매계약에서 널리 적용되고 있는 불가항력조항의 문언은 다음과 같다. : “In the event of the conditions or accidents, such as strikes, lockouts or other labor troubles or disturbances (wherever occurring); fires, explosions, destruction, or damage to seller’s plant or machinery, shortage of transportation or inability to obtain freight space; shortage of raw materials or other supplies; plague, pestilence, disease, epidemics; civil commotions, governmental interferences; acts of God, such as floods, lightning, cyclone, hurricane, earthquake; threat or existence of war, blockades, embargoes, regulations of any governmental authority; official interference with normal commercial intercourse affecting the operations of carriers, and other contingencies or any delay in shipment or for non-delivery of all or any part of the merchandises, and buyer is bound to accept the delayed shipment within the reasonable time or to accept the cancellation of all or any part of this contract as the case may be.”

는 방해로 인하여 연유된 것이거나 또한 계약체결 시 그러한 방해가 발생할 것이라는 예상을 하지 못하였고 또한 그 방해 및 그로 인한 피해결과를 회피하거나 극복할 수 없었음을 증명하는 경우 계약의무 불이행에 대하여 면책된다고 규정하고 있다.

이 경우에는 상황의 변화로 이행될 수 없는 부분이 ‘근본적(fundamental)’인가의 여부에 의해 계약의 철회여부가 결정됨으로, 영미법 상의 frustration 과는 동일하지 않은 개념이라 할 수 있다.³²⁾

(2) 중재사건에서의 가격인상에 따른 수출업자의 입장

본 중재사건의 수입업자는 수출업자가 계약조건에 의한 물품인도를 Silicon Metal의 가격의 상승을 이유로 거절하였다고 주장하였다. 수출업자의 입지에서 예기치 아니한 물품가격의 인상이라는 시장여건의 변화로 인하여 예상하였던 영업상의 이익을 얻을 수 없을 뿐만 아니라 도리어 상당한 손실이 유발하게 될 것이라는 결론에 도달하였을 가능성을 배제할 수 없다. 그럼에도 이 중재사건의 문언자료를 살펴보면, 수출업자는 약정품 Silicon Metal의 선적을 이행하지 않은 이유에 대하여 구체적으로 설명하지 않고 있다.³³⁾ 다만 수입업자가 진술한 내용

31) CISG, Article 79 (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.

32) John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention*, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1982, pp. 425-426. UN협약(CISG)의 모든 조문은 국제적 성격에 따라서 해석하여야 하며 그 적용에 있어서도 통일성을 기할 필요가 있다. 특히 Sec. IV. 면책 (Exemption) Article 79의 조문은 국제무역의 관례와 필요의 관점에서 이해하여야 한다. 특히 이 조문 1항에서는 계약 양당사자가 그의 의무의 불이행에 대하여 면책된다는 점에서 “매도인의 경우에 한하여 면책의 혜택이 주어지며 인도지연(delaying delivery) 및 불인도(non-delivery)의 관점에서만 받아드리고 있는 UCC 2-615와 차이가 있다.

33) 수출업자는 물품선적을 이행하지 않은 이유로서 신용장의 개설의무를 수입업자가 이행하지 않았기 때문이라고 진술하고 있으나 중재과정 중 중재판정부의 조사에서 신용장이 계약체결 다음일자에 즉시 개설하였음이 밝혀졌으므로 허위진술이었음이 확실하다고 할 것이다.

에서 수출업자의 선적의무 불이행은 물품가격의 인상이라는 사실을 주장한데에서 그 이유가 추론될 뿐이다.

당시 수출업자의 창고에 재고량이 180톤에 달하고 있었던 사실이 중재판정부의 확인 결과 밝혀지고 있으나 수출업자가 수출물량확보의 측면에서 자가 공장에서 생산과정을 거쳐야하는 생산자입지에 있는지 또는 약정품을 타 생산업자로부터 구매하여야 하는지에 대하여도 확인되지 않는다. 약정품 가격의 인상은 Silicon Metal 자체 또는 그 원료 가격의 인상일수 있으며 어느 경우에도 수출업자는 계약이행을 통하여 막대한 손실을 입을 수 있다고 예상된다.

본 중재사건에서 매매계약 목적물인 Silicon Metal의 가격등기가 수출업자의 계약이행을 불가능하게 만들 만큼 심각한 것인지 알 수 는 없으나, 일반적으로 가격인상과 관련하여서는 Frustration의 법리가 적용되지 않으며,³⁴⁾ 수출업자를 계약에서 면책시키는 계약의 근본적인 변화로 보지 않는다. 그러나, 중재판정부는 수출업자가 약정품의 가격 등기에 대하여 아무런 문제를 제기하고 있지 않으므로 수출업자의 계약의무 불이행에 대한 문제를 계약의 근본적 이행을 방해하는가의 관점에서 다루고 있지 않다.

4. 수입업자의 손실 보상과 관련하여

(1) 수입업자 손실 금액의 계산

1) 수입업자의 주장

수입업자는 수출업자가 약정품 Silicon Metal을 적기에 인도하지 않음으로써 손실을 최소화할 방책의 필요에 따라 2개의 다른 회사로부터 구매하였는바 이로 인하여 발생한 손실금액은 USD27,000.00이며 여기

34) 이와 관련해서는 영국 판례 *Exportelisa S.A. v. Rocco Giuseppe* [1977] 2 Lloyd's Rep. 494; *British Movietonews Ltd. v. London and District Cinemas Ltd.* [1952] A.C. 106의 Denning 경의 판결 참조.

에 영업이익을 합산하여 총 USD57,000.00에 해당한다고 주장하였다.³⁵⁾

수입업자는 대체물로 Silicon Metal을 2번에 걸쳐 타 공급처로부터 구매하였으며 그 거래 조건과 비용의 차이로 인하여 손실산출액은 다음과 같다고 주장하였다. :

1) 240톤을 수요처인 CFR Ukraine Odense 인도조건으로 USD895/mt에 구매하여, 중국 주요항구로부터 Ukrain Odense 까지의 운임 USD95/mt를 제하고 계약가격 USD710/mt와의 차액을 감안하면 실제손실액은 USD21,600.00로 계상된다.

2) 60톤을 FOB China Guangzhou 인도조건으로 USD800/mt에 구매하여 계약가격 USD710/mt와의 가격차로 인하여 발생한 손실은 USD5,400.00로 계상된다.

여기에 영업이익을 USD100/mt로 계상하여 계약 물량 300톤에 해당하는 영업이익이 수출업자가 적기에 선적하지 않았으므로 실기하여 영업이익의 손실은 USD30,000.00에 이른다.

2) 수출업자 주장

수출업자는 “본 Silicon Metal 매매계약은 300톤이었으나, 수출입양 당사자가 180톤으로 변경 합의하였고 수입업자 개설신용장 금액도 180톤에 대한 것이었으므로 수입업자 손실액의 산정은 180톤 기준으로 산출되어야 한다”라고 주장하였다. 대체물 구매에 있어서 수입업자는 손실최소화의무(obligation to mitigate the loss)를 이행하지 아니하고 당시 시장가격은 USD710-735/mt이었음에 비추어 USD800/mt은 적절하지 않다고 주장하였다. 또한 예상되었던 영업이익의 배상청구도 합당한 근거를 제시하지 못하고 있으며 보상액은 실제로 발생한 손실(actual loss)에 국한되어야 한다는 의견을 제시하였다.

35) 본 논문 당사자의 주장, 1. “수입업자의 주장”을 참조할 것임.

(2) 중재판정부의 판정 및 평가

수출업자는 매매계약에서 명시한 바에 따라서 약정물품에 대한 서류를 인도하고 이의 물권(title)을 이전하여야 함에도 이를 이행하지 않은 것은 근본적 계약위반(fundamental breach of contract)이라고 판정하였다. CISG Article 45에 의한 수입업자의 “손실최소화의무”도 적절하였으며 USD800/mt는 당시 영국의 "Metal Bulletin"에 발표된 시장가격은 USD820~840/mt 이었으므로 적절하다고 판단하였다.

또한 계약 물량 변경사항은 계약의 중대한 변경(significant modification)에 해당하며 양당사자에 의하여 계약이 종료되었거나 변경되었다는 충분한 증거를 찾아 볼 수 없으므로 수출업자는 원 계약에서 약정한 300톤의 물량에 대하여 수입업자가 대체물 구매로 인하여 발생한 손실액 USD27,00.00을 배상하여야 한다고 판정하였다. 수입업자가 청구한 영업이익에 관하여는 대체물 구매로 인한 수입업자의 손실은 원 계약(original contract)조건의 이행을 위한 것임으로 영업이익에 대한 청구는 기각하였다.

본 계약에서 수입업자의 손실산정에 관한 문제는 다음 사항의 적정성의 차원에서 논의되어야 한다. :

1) 손실에 대한 청구인의 계약유지상태

수입업자는 계약체결과 동시에 신용장을 개설하였고 그 신용장 금액이 계약물량의 일부에 해당하는 것일 지라도 수출업자가 재고로 보유하고 있는 전 물량에 해당하는 것이었으므로 수출업자의 입지를 충분히 고려한 적절한 조치였다고 판단된다. 수입업자 측으로서는 본 매매 계약 유지에 아무런 하자가 없으며 수출업자가 계약상의 선적의무를 이행하지 않음으로써 초래된 손실에 대하여 배상청구권을 행사할 수 있는 것이다.³⁶⁾

36) 수출업자는 매매계약체결일자 이후 1일자에 즉시 신용장을 개설하였으므로 계약의무를 충실히 이행하였으므로 계약상의 권리를 주장할 수 있는 위치에 있다.

2) 매매계약조건에 따른 청구금액산정의 적정성

본 사건 매매계약에서 수입업자가 입게 되는 손실은 수출업자가 정상적으로 계약의무를 이행하였을 때에 얻을 수 있는 편익(benefit)의 규모에 해당하며 여기에는 영업상의 이익도 포함된다. 그러나 계약위반자 수출업자가 계약체결당시 계약위반의 결과로서 그러한 손실이 발생할 것이라고 예상하거나 또는 예상하였어야 하는 범위 내에서의 손실에 한정된다.³⁷⁾ 그러므로 수입업자가 정상적인 거래관계에서 취득할 수 있었던 편익이 수출업자의 계약위반으로 불가능하게 되었다면 그 부분은 수출업자가 보상하여야할 부분이 되는 것이다.³⁸⁾

영업이익과 관련 하여는 수출업자가 수입업자의 영업이익을 포함하여 모든 손실이 계약체결당시에 노출되어 특히 계약위반자(수출업자)가 인지한 경우에 한하여 배상의 의무가 발생한다. 본 중재판정사례에서 수입업자가 약정품을 수입하여 재판매의 목적으로 사용할 것인지에 대하여 전혀 밝혀진 바 없다. 이런 이유에서 CISG Article 74 의 규정에 따라 수출업자는 영업이익에 대하여 배상할 의무가 없다고 판단된다.

3) 손실최소화의무 이행의 적정성

수출업자가 주장하는 수입업자의 손실최소화(mitigation of Damages)의 의무에 대하여 적절히 이행되었다고 하는 중재판정부의 의견이 첨부되었다. 계약을 위반한 수출업자는 수입업자가 Silicon Metal을

37) CISG Article 74, "Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach.. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract."

38) CISG Article 76 (1), "If... there is a current price for the goods, the party claiming damages may,recover the difference between the price fixed by the contract and the current price at the time of avoidance... If, however, the party claiming damages has avoided the contract after taking over the goods, the current price at the time such taking over shall be applied instead of the current price at the time of avoidance."

USD800/mt에 매입한 것은 당시 시장가격이 USD710~735/mt이었음으로 적절하지 않다고 주장하고 있다.³⁹⁾

중재판정부는 영국에서 발간되는 “Metal Britain”에 해당일자에 Silicon Metal 가격을 USD820~840/mt으로 발표하고 있음을 참조하여 수입업자가 대체구매한 USD800/mt은 적절한 가격으로 판정하였음은 적절하다고 판단된다.⁴⁰⁾

IV. 결 론

위에서 중국의 중재판부의 처리방식과 판정내용에 대하여 문헌위주로 검토하였다. 중재판정 서면이 개략적인 것이어서 상황판단에 오류가 있을 수 있다고 사료되나 그리 큰 무리는 없을 것으로 인정되어 이에 대한 중국 중재판정부의 중재처리방식과 내용을 심층적으로 검토하여 그 적정성을 갈음하려고 하였다.

중재사건의 내용과 중재판정의 매 구절 마다 관련된 국제상거래관행 및 법리에 관한 학술 및 실무 자료를 첨부하여 비교 연구하였으며 그 법리적 및 논리적 타당성을 도출하려고 하였다.

중국이 자유세계의 일원으로 등장한지가 일천(日淺)함에도 불구하고

39) 만일 수입업자의 대체구매가격이 정상적인 가격을 초과하는 경우, 계약위반 당사자는 그 초과 분 만큼 손실금액 산출에서 차감하도록 요구할 수 있다: CISG Article 77, “A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.”

40) 시장가격은 물품의 인도지점 및 시점에서의 가격을 의미한다. 만일 그러한 가격이 형성되어 있지 않는 경우 대체물 구매가 가능한 지역의 가격을 시장가격으로 산정하게 되는데 운송비의 차액도 추가 된다: CISG Article 76(2), “[T]he current price prevailing at the place where delivery of the goods should have been as serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.”

국제적인 감각에 일치하는 중재판정처리능력이 집적되어 있음은 찬사를 보낼 만하며 앞으로 계속하여 연구의 자료로 삼을 필요가 있음을 실감하는 것이다.

참 고 문 헌

- 강이수, “국제거래에 있어서의 Frustration 법리의 적용에 관한 연구, 국제상학의 제문제, 저흥문화사, 1988.
- 김선광, “영미법상 Frustration 법리의 발전과정” 국제상학 제2권, 한국국제상학회, 1989.
- 신군재, “중국 중재제도의 특성에 관한 사례 연구“, 무역학회지 24권 4호, 2004.
- 양석완, “중국중재계약의 형식과 내용에 관한 비교법적 고찰“, 비교법학연구 제2집, 2003.
- 윤종진, “국제상사중재의 준거법에 관한 고찰“, 해법.통상법 제7권 제2호, 2002.
- 윤진기, “중국 중재법“, 기업법연구 제12집, 한국기업법학회, 2003.
- 한주섭, UCP 500에 의한 최신신용장론, 동성사, 1996.
- 홍성규/김종락, “개정 한국중재법의 주요 논점과 과제“, 국제상학 제16권2호, 2003. 6.
- Davis, A.G., *The Law relating to commercial L/C*, Pitman, 1963.
- Donke, M., *Donke on Commercial Arbitration*, Revised Ed. by Gabriel M. Wilner, Callaghan & Co., 1998.
- Goode, Roy, *Commercial Law*, Penguin Books, 1995.
- Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention*, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1982.
- Hvidt, *Bank's Credit*, 1933.

Schmitthoff, *Legal Aspects of Export Trade*, 1978, 3rd ed., The Institute of Export

Wickremeratne, L. & Rowe, M., *Guide to Documentary Credits*, The Chartered Institute of Bankers, 1998.

ABSTRACT

A Study on the Chinese Arbitral Award relating to a Documentary Credit

- with a special reference to *Inco. v. China XX* awarded by CIETAC,
Shanghai Commission -

Jac-Phil Hahn*

As the international commercial transaction has drastically grown up with the mainland China, commercial disputes that are required to settle through ADR have tremendously increased during the last decade. Since China has not been fully exposed to the Free World for a long period of time, there would have been a great amount of misunderstanding about their competency and integrity to deal with internationally oriented commercial transactions with a view to internationally acceptable manner.

This arbitration case was related to the contract in dispute of *C&A Inc. as the importer v. China XX Importation Co.* as the exporter for the sale of Silicon Metal. But after the contract were formed, exporter(respondent) declined to deliver the goods under the contracts because the market price of Silicon Metal increased according to the argument of the importer(claimant). Importer had to purchase alternative goods from other companies to substitute for the goods subject to the contracts in dispute. Importer purchased silicon metal of the same quality as under the contracts

* Full-time lecturer Dong-A University, Dept of Int'l Trade
BBA, MBA, LL.M, Ph.D in Law(Notts)

from two other Chinese companies as the necessary measure to mitigate the loss, paying prices higher than the contract price.

Since exporter had breached the contracts, importer's loss should be compensated by the exporter as the Arbitration Tribunal decided for supporting importer's claim of loss for the substitute goods.

This study is aiming at analyzing the rationale of the arbitral awards made by the Shanghai Commission in terms of (1)Place of Arbitration, (2)Applicable Law, (3)Validity of the Contracts, (4)Doctrine of Frustration, (5)Responsibility for the Mitigation of Damage by the Importer.

Key Words : CIETAC, UNCITRAL Model Law on Int'l Commercial Arbitration, CISG