

仲裁申請期限·品質 不良值 許否등에 관한 特約의 效力

「債務不存在 確認請求」에 대한 國際仲裁判定,
仲裁誌 第 177 號 [1986.10] pp. 34~37 所載

高旻杓* · 高範俊**

一. 事實의 概要

(1) 本件仲裁의 申請人 (HK의 賣渡人) 은,

- ① 被申請人 (韓國의 買受人) 이 實施한 農産物種子 (物量 1,500 ㄲ, 金額 US\$ 1,230,000) 의 國際購買入札에, 申請人의 韓國內 代理人을 通하여 應札, 落札者로 決定됨으로써,
- ② 1985. 8. 23, 賣買當事者間에, 入札案内書 所定の 條項에 依據 入札契約을 締結하고,
- ③ 그後, 契約物品의 全量에 대하여, 船積引渡 및 代金受領의 所定 節次를 밟았었다.

(2) 本件仲裁의 被申請人 (韓國의 買受人) 은,

- ① 契約物品의 到着이 遲延되었다는 事實에 대하여, 不滿을 表示하는 동시에,
- ② 受領한 物品에 대하여, 韓國의 某公認檢査會社를 指定하여 檢査하게 하였던 바, 4%의 不良率이 發見되었으므로,
- ③ 1985. 10. 29, 申請人의 韓國內 代理人을 通하여 (申請人에게) 總額 79,622,351 圓의 損害賠償金을 決定·請求하였었다.

* 貿易學科 助教授

** 仲裁人·名譽經博·貿易學科 講師

(3) 上記의 損害賠償金 請求에 대하여, 賣渡人이 異議를 提起하자, 買受人은, 入札 契約(第 11 條)에 依據, 確保中인 契約履行保證金中에서, 79,622,351 원을 損害賠償金條로 沒收하였다.

(4) (買受人의) 위와 같은 契約履行保證金(의 一部에 대한) 沒收措置에 대하여, 賣渡人은, 異議를 提起하고, 本件 「債務不存在 確認請求」를 위한 仲裁申請을, 1985.11.27 電文으로 大韓商事仲裁院에 接受시키고, 그 後 이를 補完하였다.

(5) 그러나, 買受人은, 當事者間에 明示的으로 合意된바 있는 「仲裁申請期限」이 徒過하였다는 理由로, 賣渡人이 接受시킨 本件仲裁 申請은 棄却되어야 한다고 主張하였다. ※

※ 以上の 「概要」는, 仲裁誌 第 177 號에 紹介되어 있는 國際仲裁判定의 한가지 事例을 「資料」로 삼은 것이기는 하나, 敘述의 便宜上, 筆者가 意識的으로 그 內容을 限定하여, 簡略하게 要約한 것이므로, 반드시 紛爭의 事案을 「事實 그대로」反映하고 있는 것이 아니다. 예컨대, 本件 契約의 目的 物品에 대한 價格·引渡條件이라든가, 代金決濟方法 등에 관하여서도, 元來 「資料」에서는 찾아볼 수 없는 것을, 本稿에서는, 前後의 文脈으로 짐작하여, 마치, 契約의 兩當事者가 「CIF 韓國港 引渡條件의 價格에 의하여, 信用狀去來方式으로 代金を 決濟할 것」에 事前 合意하였었던 것처럼 想定하는 등의 「便法」에 依存하고 있는 것이다.

二. 判定主文

1. 被申請人은 申請人에게 農産物 非正常品 및 遲滯償金으로 契約履行保證金에서 이미 取得한 金額중 30,758,287 원을 支給하라.
2. 申請人의 나머지 請求는 이를 棄却한다.
3. 仲裁費用은 各者의 負擔으로 한다.

三. 主要爭點

(1) 發表된 資料에 의하면, 本件紛爭의 當事者間에는, 所謂「仲裁申請期限」에 관하여 明示的 合意 [特約]가 있었음에도 不拘하고, 申請人은, 그러한 「仲裁申請期限이 徒過한 後에」 本件仲裁를 申請하였던 것이다.

그런데, 本件의 仲裁判定部는, 위와 같은(當事者間의 合意에 의한)「仲裁申請期限」의 効力을 認定하지 아니하고, 다음과 같이, 本件「仲裁申請은 …… 相當한 期間內에 提起된 것으로 判斷된다」는 뜻을, 仲裁判定理由의 要旨에서 밝히고 있다. 즉,

〔判定理由의 要旨〕(拔萃): 「契約書 第21條에서 仲裁申請期間을 클레임을 받은 날로부터 20日 以內로 限定하고 있는 것은, 그 期間이 不當하게 짧아서, 그 効力을 認定할 수 없다. 그 理由는, 클레임을 받은 者는, 그 클레임에 대한 檢討를 하는 데 相當한 期間의 여유가 있어야 한다. 뿐만 아니라, 특히, 本件과 같이 隔地者間의 國際去來에서 發生된 클레임에 대한 仲裁申請의 경우에는, 國內事件과는 달리, 代理店과 本店과의 業務連絡 등으로 所要되는 時日도 考慮하여 그 期間을 定하여야 한다. 本件에서, 代理店에 클레임이 通知된 때로부터 1月內에 仲裁申請을 電文으로 우선 接受시키고, 後日 이를 補完한 것으로 보아, 仲裁申請은 契約書 第21條에도 不拘하고, 相當한 期間內에 提起된 것으로 判斷한다.」

그렇다면, 위와 같이, 當事者間에 合意「特約」된「仲裁申請期限」을, 仲裁判定部가, 그 自由裁量으로(at their discretion) 變更(延長 또는 短縮)할 수 있는 것일까 하는 것이, 첫째의 主要爭點이 될 수 있는 것이다.

(2) 또한, 發表된 資料에 의하면, 本件紛爭의 當事者間에는, 所謂「引渡物品(中)의 不良率에 대한 許容值」를 不許한다는 趣旨의 合意「特約」가 있었음에도 不拘하고, 申請人은, 本件과 같은 農産物의 檢定時에는「5%의 不良率에 대한 許容值는 認定되어야 한다고 主張하였고, 本件의 仲裁判定部도, 다음과 같이,「2%의 許容值」를 認定하고 있다. 즉,

〔判定理由의 要旨〕(拔萃): 「本件物品과 같은 一般農産物去來에 있어서 不良品・損傷品에 대한 許容值를 비록 雙方合意 特約으로 전혀 認定하지 아니하기로 하였다 하더라도, 이를 전적으로 認定하지 아니한다는 것은 不當하다.

그러나, 申請人과 被申請人과의 本件物品供給에 있어서, 不良品・損傷品 등에 대한 許容值를 전혀 認定하지 아니하고 去來한 先例가 이미 있는 것을 勘案하여, 本件에 있어서는 不良品・損傷品에 대한 2%의 許容值를 認定하는 것이 適當하다고 判斷된다. 따라서, 위 許容值 2%에 해당되는 賠償金 30,758,287 원은 申請人에게 返還하여야 한다.」

그렇다면, 위와같이, 當事者間의 合意〔特約〕에 의하여「全혀 認定하지 아니 하기로한 所謂 不良率 許容值」를, 仲裁判定部가, 그 自由裁量으로 認定(許容 또는 增減)할 수 있는 것일까 하는 것이, 두번째의 主要爭點이 될 수 있는 것이다. ※

※ 이 밖에도, 本件紛爭의 內容中에는, 檢査機關(의 指定權限・公信力・檢査方法)의 適否 등에 관한 是非가 있었으나, 이러한 問題에 대하여서는, 이미, 小見이, 仲裁誌에 發表된 바 있으므로, 本稿에서는, 再言及을 回避하고자 한다. (高範俊, 「(仲裁判定 事例研究) 過失・寄與過失・過失相計」, 仲裁誌 第166號〔1985. 11〕參照).

四. 解 說

(1) 所謂「仲裁申請期限 徒過」의 效力에 關하여 : —

發表된 資料에 의하면, 本件紛爭의 當事者間에는, 「仲裁를 申請할 수 있는 期限」에 關하여, 다음과 같이 合意〔特約〕한 事實이 認定되며, 그러한 合意事實 自體에 대하여서는, 當事者間에 何等의 다툼이 없었던 것 같다. 즉,

〔契約書 第21條 (仲裁申請期限 등)〕 :

「All decisions of buyer with respect of matters relating to the contract shall be final and conclusive except that seller submits, within twenty (20) days of the receipt of such decisions, a formal appeal to the Korean Commercial Arbitration Board with respect to any controversy or claims arising out of or relating to the contract or the breach thereof. The decision of the Korean Commercial Arbitration Board shall be final and binding on both parties.」

「本契約에 〔直接的으로〕 關係된 事項에 대하여서는, 買受人의 모든 決定을, 最終的 및 結論的인 것으로 한다. 그러나, 그러한 〔買受人의〕 決定을 賣渡人이 受領한 날로부터 20日 以內에, 賣渡人이, 本契約으로부터 또는 本契約과 〔直接的으로〕 關聯하여 또는 本契約의 不履行으로 말미암아 發生하는 모든 論爭 또는 請求權 主張에 대하여, 大韓商事仲裁院에 仲裁申請書를 正式으로 提出하는 경우에는, 그러하지 아니하다. 〔이 경우에는〕 大韓商事仲裁院의 決定은, 最終的인 것으로, 當事者 雙方에 대하여 拘束力을 가진다.」 (但, 譯文 및 字體變形은, 筆者에 의한 것임).

그러나, 여기서, 所謂「仲裁申請期限의 徒過」란, 後述하는 바와 같이, 當事者間에 合意될 수 있는 여러가지 相異한 內容의 「仲裁節次를 위한 期限 (仲裁節次期限, 또는 仲裁期限) 이 虛送되는 경우」를 指稱한다. 그리고, 또한, 여기서 말하는 「仲裁期限」들은, 所謂「除斥期限」으로서, 仲裁에서 權利를 主張하는 데 必要한 期間의 限界 (time limit for asserting rights in arbitration [Domke], 또는 “The limited time for arbitration” [Russel]를 말한다. 그러한 仲裁期限을 當事者가 合意로써 (즉, 仲裁契約 또는 仲裁條項으로써) 定하는 것은, 適法한 일이며 (民法 第387條 參照), 일단 定하여진 仲裁期限은, 當事者들에 의하여, 한개의 原則으로서, 嚴格하게 遵守되어야 (…… *must, as a principle, be strictly observed*) 하는 것이다. (Martin Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, 1968, p.146. 參照/또한, 下記〔註1〕 및 〔註2〕 參照).

(註1) 그럼에도 不拘하고, 仲裁期限이 徒過하였을 경우에는, 仲裁人은 仲裁判定을 내릴 權限이 喪失되고, 仲裁契約은 當初의 目的의 結實을 보지 못한 채, 終了(terminate) 하게 된다. (大韓商事仲裁院, 仲裁判定事例集, 1982, pp.169~173 參照).

(註2) Where the parties make time of the essence of a contract, they must perform it within the time limit (Moor v. Business Men's Investment Assen., 90 Hun. N. Y. 155).

參考로, 『仲裁契約의 効力에 관하여, 위와 같은 時間的 限界를 設定한다는 것은, 그런 方式으로 仲裁節次를 促進시킴으로써, 去來의 迅速·安全한 決濟를 圖謀하고자 하는 데 그 目的이 있는 것이다. 그러나, 仲裁期限에 관한 仲裁契約의 合意事項의 內容은, 다음의 경우와 같이, 여러가지 相異한 樣相(different aspects)을 띠 수 있는 것이며, 當事者는 또한 合意에 의하여, 그러한 期限을 短縮하거나, 期限의 利益을 拋棄(waive)하거나 할 수도 있는 것이다. 즉,

- ① 「請求權主張을 위한 期限」(time limits for asserting claims)의 設定(註3 參照);
- ② 「仲裁申請(submission)을 위한 期限」(time limits for demanding arbitration)의 設定;
- ③ 「仲裁判定을 위한 期限」(time limits for rendering award)의 設定』(高範俊, 國際商事仲裁法 解義, 大韓商事仲裁院刊, 1985, pp. 67~70 參照).

(註3) "Claim"이란, 「(가)當然한 權利로서의 要求·主張·請求, (나)그러한 請求를 할 수 있는 權利 또는 資格(right of title), (다)그러한 請求의 目的物」등을 指稱한다. 日常的인 貿易用語로서는, 그 밖에도 「去來의 不滿」, 「損害賠償請求」 또는 「賠償請求의 額數」등을 意味하는 경우도 不無한 것이다. (Shorter Oxford Dictionary, 1933, p.318 參照)

그런데, 「Claim을 提起할 수 있는 期限」의 設定에 있어서는, (가)「仲裁期間이 徒過하면, 仲裁申請은 不可하지만, 法院에의 提訴는 無妨하다」고 約定하는 경우와, (나)「仲裁期限前에 仲裁를 開始하지 아니하면, 請求權을 위하여 法院에 提訴할 수도 없다」고 約定하는 경우의 두 가지가 있다. (Russel on Arbitration, p. 58).

그러나, 仲裁節次의 開始에 관한 期限(time for initiating arbitration)이 徒過하였을 경우에는, 當事者는 모든 救濟手段을 喪失하게 되며, 後日에 가서 紛爭을 法院에 提訴할 수도 없게 된다는 것은, 오늘날 이미 確立된 法院의 慣行으로 理解되어 있는 것 같다. (Domke on Commercial Arbitration, Revised Edition, by Gabriel M. Wilner, 1984, p.230 參照)

그런데, ①「請求權主張을 위한 期限」은, 所謂 契約目的物的 「瑕疵擔保期限」에 該當하는 것으로, 例컨대, 우리나라 商法 第69條에서 「商人間의 賣買에 있어서, 買受人이 目的物을

受領한 때는, 『遲滯없이』 이를 檢査하여야 하며, 瑕疵 또는 數量의 不足을 發見하였을 때는, 『即時』 賣渡人에게 그 『通知』를 發送하지 아니하면, 이로 因한 契約解除, 代金減額 또는 損害賠償을 請求하지 못한다』고 規定하고 있는 경우의 「遲滯없이」(without delay), 또는 「即時」(immediately)라는 表現이, 바로 「瑕疵擔保期限」을 指稱하고 있는 것이라고 볼 수 있는 것이다. 그러나, 賣買의 目的物에 即時 發見할 수 없는 (숨은) 瑕疵가 있는 경우에는 「合理的인 期間內에」(註4 參照) 그러한 瑕疵의 性質에 대하여 明確히 한 通知(즉, notice of claim)를 發送하여야 한다.

(註4) 英語의 "within a reasonable time" (合理的인 期間內)이라는 用語는, 商法 第69條의 「遲滯없이」 또는 「即時」, 英國物品賣買法 第35條에서의 「合理的인 期間의 經過前에」(before the lapse of a reasonable time), 國際物品賣買契約에 관한 UN協約 第38條에서의 「狀況에 따라 實行 가능한 短期間內(within as short a period as is practicable in the circumstances) 등의, 여러가지 同義的인 表現方式을 가지고 있는 것이다.

그러나, 實地로 어느 程度의 期間을 合理的인 것으로 보아야 할 것이냐 하는 것은 事實問題인 것이다. (The question what is a reasonable time is a question of fact) (英國物品賣買法 第56條). 따라서, 그것은 個別的인 去來의 內容과 目的物의 性質, 去來의 慣行, 檢査의 場所·施設·能力, 當該物品 檢査에 所要되는 通常的인 期間, 其他 모든 周圍事情을 考慮하여 (終局的으로는 裁判官이나 仲裁人이) 「合理的으로」 決定하는 데 따를 수 밖에 없는 問題인 것이다. (高範俊, 賣渡人의 瑕疵擔保責任에 관한 研究, 大韓商事仲裁協會刊, 1972, pp. 40~43 參照)

商法 第69條에서는, 그런 경우의 「瑕疵擔保期限」을 最長의 경우 [즉, 숨은 瑕疵의 경우]에도 6個月로 定하고 있으며, 「國際物品賣買契約에 관한 UN協約」 第39條 第2項에서는, 「경우의 如何를 莫論하고, 物品이 現實的으로 買受人에게 交付된 날로부터 늦어도 2年 以內에」 買受人이 賣渡人에게 瑕疵發見의 通知를 發送하지 아니하면, 買受人은, 當該 瑕疵(不適合)의 事實을 援用할 權利(즉, Claim을 提起할 權利)를 喪失한다고 規定하고 있다. 다만, 이 期限制限이 保證에 관한 約定期間과 兩立하지 아니하는 경우에는 (in any event... this time-limit is inconisistent with a contractual period of guarantee), 當事者間에서, 이보다도 長期 또는 短期로 約定한 時間制限이 優先的으로 適用되는 것이다. (高範俊, 「逐條·譯註 國際物品賣買契約에 관한 UN協約」, 1983, 大韓商事仲裁院刊, pp. 43~44 參照)

그런데, 貿易實務上, 「請求權主張을 위한 期限」(즉, 「Claim 提起期限」)은 다음의 文例에서 보는 바와 같이, 具體的으로 契約에 明示되는 것이 一般的인 慣例로 되어 있으며, 그러한 期限에 合意한 當事者는, 同 期限을 嚴格히 遵守할 義務를 지게 되는 것이다.

(Domke, 前掲書, p. 146 參照).

[Claim 提起期限 設定의 文例] : “ Any claim shall be advised by telegram or cable to the seller within 15 days after the arrival of the goods at the destination.” (Claim이 있을 때는 物品이 目的地에 到着한 後 15日 以內에 電報 또는 電信으로 賣渡人에게 通知하여야 한다.)

다음에, ② 「仲裁申請을 위한 期限」에 대하여서는, 英美法上에서는, 이를 “ limitation of action”, 혹은 “ limitation ” (提訴期限) 이라고 부르고 있다. 그리고, 그러한 提訴期限은, 所謂 除斥期限으로서, (一般的으로는) 賣渡人이 買受人에게 物品을 交付한 날로부터 起算하거나 또는 買受人이 履行을 拒否한 날로부터 起算하여, 「國際物品賣買契約에 있어서의 提訴期限에 관한 (UN) 協約」에서는, 一般的으로는 4年, 例外的으로는 最長 10年 (同 協約 第8條, 第10條 第2號 및 第23條), 英國의 提訴期限法 (第2條) 에서는 6年, 美國統一商法典 (第2-725條) 에서는 4年, 그리고 우리나라에서는 數量不足의 경우에는 1年 (民法 第574條), 또 目的物의 瑕疵의 경우에는 6個月 (民法 第582條) 등등, 나라에 따라, 각각, 相異한 것이나, 當事者는, 이를, 合意에 의하여 延長할 수는 없어도 「短縮」할 수는 있는 것이 原則으로 되어 있다.

이와 關聯하여, 다음에 引用한 英國의 判例들은, 仲裁申請期間을, 當事者들이 合意에 의하여 (「物品의 揚陸後 14日 以內」 또는 「物品이 引受된 後 3日 以內」와 같이) 短期間內로 特定하였을 경우에, 그러한 「短期의 仲裁申請期限 徒過」의 效果를 簡明하게 判示한 好例들이라 할 것이다.

(判例 I) 어떤 mahogany 통나무 (logs)의 賣買契約中에, 그 契約에 關係되는 紛爭은 무엇이든지 仲裁에 의하여 解決되어야 한다는 條項이 挿入되어 있었는데, 거기에는 「請求權을 위한 仲裁申請은, 物品이 最終으로 揚陸 (discharge)된 後, 그것이 他處로 移動 (remove) 되기 前의, 14日 以內에 行하여져야 한다」는 것을 要求하는 文言이 明示되어 있었다. 그럼에도 不拘하고, (仲裁人이 發見한 바에 따르면) 14日이 徒過한 後에, 買受人이 數量 不足과 品質의 瑕疵에 關하여 (in respect of shortage and defective quality) 仲裁申請을 하였으므로, 仲裁人은 仲裁節次의 進行을 一時 中斷하고, 그 法的解釋을 위하여 法院에 申請했던 事件에서 (on a special case being stated), 法院으로서는, (첫째로) 本件은 (法律問題가 아니라) 事實問題 (a question of fact) 이므로, 法院이 決定할 問題가 아니라, 仲裁人이 決定하여야 할 問題라는 것과, (둘째로) 本件의 仲裁條項을 解釋함에 있어서, 所定期限이 徒過하였을 경우에 請求權을 全의으로 防止 (bar) 하는 趣旨인 것이나, 또는 仲裁人의 裁量權에 屬하는 것이나를 選擇하여야 한다는 것이라면, 法院에서는 前者를 擇할 것이라고, 判示한 例가 있다. (Smeaton Hanscomb & Co., Ltd. v. Sassoon I. Setty, Son & Co. (no. 1) [1953] 1 W. L. R. 1468).

(判例 II) 鷄卵의 賣買를 위한 어떤 契約에서는, 모든 紛爭은 仲裁에 付託되어야 한다는 要求條項이 들어 있었으며, 仲裁은 3日 以內에 書面으로 請求되어야 한다는 但書 (a proviso that arbitration must be claimed in writing within three days) 가 붙어 있었다. 買受人은, 鷄卵을

要求를 받는 國家의 管轄法院에 의하여, 或是, 「仲裁節次가, 當事者間의 仲裁合意에 合致하지 아니하는 경우」(外國仲裁判定の承認 및 執行에 관한 UN協約〔略稱, New York 協約〕第3條 第4項)에 該當되는 것이라고 解釋됨으로써, 「外國仲裁判定の承認 및 執行要求에 대한 拒否要件」을 構成하게 될 可能性이 不無할 것이다.

(2) 所謂 「品質不良值 不許의 特約」의 効力에 관하여: —

發表된 資料에 의하면, 本件 紛爭의 被申請人(買受人)은, 「引渡物品에 대한 所謂『不良值』의 不許條件」에 관하여, 다음과 같은 內容의 特約條項을, 入札契約書(第17條)에 挿入하기로 合意한 事實이 認定되며, 그러한 合意事實自體에 대하여서는, 當事者間에 何等의 다툼이 없었던 것 같다. 즉,

〔被申請人(買受人)의 主張內容〕:

「契約書 第17條에서, 不良品, 損傷品, 不足品, 異物質 및 供給者의 不注意에 起因된 損失에 대하여서는, 供給者가 報償한다고 規定되어 있다. 當事者 雙方間에 特約으로 合意된 이 契約條項은 一般慣例에 優先한다 (乙 第2號證: 契約書 第17條).

뿐만 아니라, 1984年度에 申請人이 被申請人에게 本件物品과 同一한 農産物 供給에 不良品 0.8% 및 不足品 4.5%에 해당하는 賠償金を 納付한 바가 있고, 이 점은, 申請人도 是認하는 바와 같다. 따라서 被申請人이 不良品 및 不足品 金額에 대하여 賠償金を 契約履行保證金에서 取得한 것은 正當하다. (乙 第4號證: 契約書 第11條)」

그런데, 여기서 所謂 「不良值」란, 위와 같은 「被申請人(買受人)의 主張內容」과 仲裁判定部의 「判定理由의 要旨」(上記 三의(1) 參照)를 綜合하여 判斷컨대, 그것은, 結局 「契約目的物의 檢査의 結果로 發見·確認된, 品質不良品·損傷品·異質品 등, 品質不良 뿐만 아니라, 數量不足까지도, 그 안에 모두 包含한(廣義의) 所謂『物品의 契約 不適合性』(lack of conformity of the goods with the contract)의 程度(多寡·範圍)를 指稱하고 있는 것이라고 볼 수 있을 것 같다. (高範俊, 「(逐條·譯註) 國際物品 賣買契約에 관한 UN協約, 大韓商事仲裁院刊, 1983, p. 39 參照).

그렇다면, 여기서 말하는 「不良值」는, 現行 「信用狀統一規則」(1983. 3. 11 第4次 改訂, ICC Publication No. 400, 第43條 參照)에서 規定하고 있는 所謂 「物品의 「數量」의 過不足에 대한」 信用狀 去來上의 「寬容比率」(tolerance rate)과는, 嚴然히 區別되어야 할 것이다.

왜냐하면, 信用狀統一規則(1983. 3. 11 第4次 改正) 第43條에 의하면, 貿易契約의

내용이 「信用狀 條件에 따라야 할 것이」 明示的 또는 默示的으로 明白한 것인 경우에는, 信用狀面에 別段의 制限條項이 없는 限 引渡物品의 過不足量에 대하여, 上·下(각각) 5% 까지(의 所謂 寬容比率이) 許容된다는 趣旨의 規定이 마련되어 있는 것이기 때문이다.

그러므로, 위의(信用狀 統一規則上의) 寬容比率을 援用하기 위하여서는, 다음의 制約條件에 留意할 必要가 있을 것이다. 즉,

- ① 이 寬容比率은, 오직 「數量」에 관한 것일 뿐, 「品質」에 대하여서는 適用되지 아니한다는 點이다.
- ② 이 寬容比率은, 信用狀面에, 이를 不許한다는 規定이 插入되어 있는 경우에는, 「數量」에 관하여서도 適用되지 아니한다는 點이다.
- ③ 이 寬容比率은, 어음發行總額이, 信用狀金額을 超過하지 아니하는 경우에만 適用된다는 點이다.
- ④ 이 寬容比率은, (數量이) 包裝單位나 個個品目 單位로 明示되어 있는 경우에는 (+) (-) 1%의 誤差도 許容되지 아니한다는 點이다.
- ⑤ 끝으로, 더욱 重要한 것은, 비록 信用狀面에서 그러한 寬容比率이 許容되어 있었다 하더라도, 그것은, 어디까지나 信用狀 去來를 圓滑히 遂行하기 위하여 規定된 것일 뿐, 「信用狀은, 그 性質上, 賣買當事者間의 契約(또는 其他의 契約)에 根據를 두고 있는 경우에도, 그런 契約과는 아무런 關係가 없는, 別途의(獨立된) 去來가 된다.」(Credits, by their nature, are separate transactions from the sales or other contract(s) on which they may be based.)라는 點이다. (信用狀統一規則, 第4次 改訂, 1983, 第3條〔所謂「信用狀의 獨立·抽象性에 관한 規定」參照〕).

그리고, 위와 같은, 信用狀의 獨立·抽象性에 관한 規定을 잘 뒷받침하여 주고 있는 것은, 「信用狀 去來에 있어서는, 모든 關係當事者는, 書類에 의하여(書類自體를) 去來하는 것이며, 그러한 書類와(直接的으로) 關係가 될 수도 있는 物品이나 用役/및 또는 其他(契約)의 履行에 의하여(그런 履行 自體를 對象으로) 去來하는 것이 아니다」(In credit operations all parties concerned deal in documents, and not in goods, services and/or other performances to which the documents may relate.)라는 信用狀 去來의 原則(信用狀統一規則, op. cit., 第4條 參照)인 것이다.

따라서, 物品賣買契約의 買受人은, 例컨대, CIF條件의 契約의 경우에 있어서와 같이, 일단 信用狀 去來方式에 의하여(物品의 權利를 化體하는 船荷證券, 其他 所定の) 「書類와 相換으로」 物品의 代金を 決済하였다 하더라도(따라서, 비록, 信用狀面에서는 寬容比率이 認定돼 있음으로써, 例컨대 5%의 不足數量에 대한 金額을 包含하여 賣渡人에게 支給할 수 밖에 없었던 以後라 하더라도), (그런 船積書類에 의하여) 引渡된 物品을 受領(receive)한 後 合理的인 期間內에(註3 參照) 檢査함으로써 發見된 「數量不足(그 안에는, 信用狀

面上的 寬容比率도 包含된다.) 은 勿論이요, 品質不良, 其他의 모든 瑕疵(defects)」 즉, 所謂 「物品의 契約不適性」에 대하여, 다음의 救濟手段들을, 選擇的으로, 또는 경우에 따라서는 複合的으로, 援用할 수 있는 것이 原則이다. 그리고, 그러한 原則은, [한가지 「統一法」 (uniform law for international sales)으로서] 最近의 UN 外交會議에서 成立된 「國際物品 賣買契約에 관한 UN 協約」(United Nations Convention on Contracts for International Sales of Goods, done at Vienna, 1980)에서도 다음과 같이 明示되어 있다. 즉,

「國際物品 賣買契約에 관한 UN 協約」上的 救濟手段 :

- ① 契約대로의 履行(所謂 特定履行)을 請求하는 權利(第 46 條 ①)
- ② 代替品の 引渡請求權(第 46 條 ②)
- ③ 補完請求權(第 46 條 ③)
- ④ 追加期間 設定權(第 47 條)
- ⑤ 契約解除權(第 49 條)
- ⑥ 減額請求權(第 50 條)
- ⑦ 損害賠償請求權(다만, 이 權利는, 餘他의 權利의 行使에 의하여서도 剝奪당하지 아니한다) [第 45 條 ②].

한편, 韓國法上的 「買受人의 救濟方法」은, 「賣渡人의 擔保責任」과 表裏關係에 있으며, 그것은, 原則的으로 다음의 3 種으로 大別될 수 있는 것이다. 즉,

- ① 代金減額 請求權(다만, 數量不足 또는 一部 滅失의 경우) [民法 第 572 條 ①, 同 第 574 條]
- ② 契約解除權(다만, 目的을 達成할 수 없는 瑕疵의 경우) [民法 第 574 條, 第 580 條, 第 581 條]
- ③ 損害賠償請求權(다만, 種類賣買의 瑕疵의 경우에는, 損害賠償請求權 또는 完全物給付請求權의 擇一) [民法 第 581 條]

그러나, 위와 같은, UN 協約과 韓國法과의 比較에서 發見될 수 있는 救濟手段의 相互 差異에도 不拘하고, 國際物品 賣買契約의 當事者들은, 所謂 「當事者自治의 原則에 의하여, 그들의 賣買契約을 規律하기 위한 法律을 自由로이 決定할 수 있는 것이며, 그렇게 해서 決定(選定·指定)되는 法律은 韓國法일 수도 있고, 第 3 國의 法律, 또 或은 「國際物品 賣買契約에 관한 UN 協約」(의 發效 後에는 同協約)일 수도 있을 것이다. (涉外私法 第 9 條 및 高範俊, 國際物品賣買契約에 適用할 法律〈 準據法 〉에 관한 協約 [對譯·註解] (第 7 條 參照), 濟州大學校, 1986.

그런데, 위에서 引用한(여러가지 相異한) 買受人의 救濟方法 中에서도, 한가지 共通的인 點을 指摘할 수 있다면, 그것은, 契約物品에 瑕疵(物品의 缺陷 등) 또는 數量不足이 發見

되었을 경우에는, (그 「程度」의 多寡를 莫論하고) 그것은, 일단 (*prima facie*), 法律上の 「契約違反」 (*breach of contract*)이 될 수 있다는 點이다. 그리고, 그러한 경우에, 그 契約違反의 程度가 「當該 契約下에서 相對方이 期待할 權利가 있는 것을 實質的으로 剝奪할 程度로 不利益한 結果가 되는 경우」(上記 UN協約 第 25 條 參照), 또는 物品의 瑕疵의 程度가 「契約目的을 達成할 수 없을 만큼 重大한 것일 경우」(韓國民法 第 574 條, 第 580 條, 第 581 條 參照)에만 (즉, 所謂 「契約의 本質的 違反」(*fundamental breach of contract*)의 경우에 限하여서만) 契約을 解除할 수 있는 것이며, 그 反面에, 契約解除權이 認定되지 아니하는 (말하자면 輕微한) 契約違反의 경우에는, (各其 경우에 따라) 代金減額請求權, 完全品 내지 代替品の 請求權, 또는 損害賠償請求權이 認定된다는 事實에 注目할 必要가 있는 것이다.

이러한 경우의 理解에 도움이 되게 하기 위하여, John Honnold 教授는, 다음과 같은 두 가지 事例를 提示하여 주고 있는 것이다. (同教授著, *Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention, 1982, pp.214 ~ 215 參照*). 즉,

[事例Ⅰ] 「賣渡人과 買受人 사이에 締結된 어떤 契約에서는, 1,000 包의 最高級 설탕의 引渡를 要求하고 있었으며, 그 代金は \$ 20,000 (包當 單價 \$ 20⁰⁰)로 約定되어 있었다. 그런데, 物品이 引渡된 直後에 實施된 檢査結果에 의하면, (1,000 包中) 970 包의 설탕은 契約에 適合한 것이었으나, 30 包의 (즉, 總 引渡量의 3%에 該當하는) 설탕은, 너무도 不良한 (*defective*) 것이었으므로 使用이 不可能했던 것이다. 買受人의 市場에서 다른 설탕을 求得하는 것은 容易한 일이었는데, 위와 같은 引渡品中의 瑕疵가 發見 (및 通知)되었을 때, 賣渡人은, 問題의 30 包의 설탕에 대하여서는 該當代金を 免除할 意思를 表示했던 것이다. (船積書類에 의한 去來 [in a documentary transaction※]에 있어서는, 賣渡人은, 自己가 發行한 換어음의 金額을 \$ 20,000로 하지 아니하고, 그 代身에 \$ 19,400으로 表示함으로써도, 그 減價의 效果를 達成할 수 있는 것이다)」(※例컨대, D/A 條件의 去來의 경우—筆者註)

[事例Ⅱ] 「事實의 概要는, 위의 「事例Ⅰ」의 경우와 同一한 것이나, 다만, \$ 20,000 이라는 代金全額을 받지 아니하고서는, 問題의 설탕의 引渡를 賣渡人이, 拒否 (*refuse*)하고 있는 경우이다.

위의 두 가지 事例의 경우에 있어서, 「事例Ⅰ」에서는, 買受人의 利益은 別로 剝奪당한 것이 없다 (*Buyer has been deprived of very little.*). 따라서, 이 경우에는, 代金減額이 隨伴됨으로써, 所謂 「契約의 本質的 違反」이라는 問題가 發生할 餘地는, 아마도 (*probably*) 있을 수 없을 것이다. 그러나, 「事例Ⅱ」에서는, 賣渡人이, (代金減額은 하지 아니하면서) 問題의 物品 (*the same goods*)을 現狀대로 提供 (*tender*) 하겠다고 (固執) 한다면,

※ 以上の結論은, 所謂「法の支配」(rule of law = the supremacy of law)를 「仲裁判定의 基準」으로 삼았을 경우에만, 그 妥當性이 維持될 것임은 勿論이다. 왜냐하면, 仲裁判定의 基準에 관해서는, 이 밖에도, 所謂「善과 衡平에 의하여」(ex aequo et bono) 또는 「友誼의 仲裁人(amicable compositeur)에 의하여」, 『實定法規에 의하지 아니하고』紛爭을 解決할 것을, 當事者間の 自由合意로서, 仲裁判定부에 授權할 경우도 想定하여 볼 수 없는 것이 아니기 때문이다.

그러나, 오늘날에 있어서는, 「法에 의한 仲裁」가 「善과 衡平에 의한 仲裁」보다도 오히려, 一般化 되어가는 傾向이 있음을 輕視할 수는 없을 것이다. (大韓商事仲裁院 標準仲裁條項, ICC 仲裁規則 第 13 條 第 3 項, UNCITRAL 仲裁規則 第 33 條, UNCITRAL 標準國際商事仲裁法 第 28 條 第 3 項, 國家와 他國家 國民과의 사이의 投資紛爭의 解決에 관한 世界銀行協約 第 42 條 등 參照)

「仲裁判定의 基準」과 關聯하여, 또 한가지 留意하여야 하는 것은, [法院의 判決의 경우에 있어서와 마찬가지로 (民事訴訟法 第 187 條 參照)] 例컨대, 大韓商事仲裁院의 商事仲裁規則 (第 41 條 第 5 項)에 의하며, 「仲裁人은, 提出된 證據의 信憑性과 有用性을 自由心證으로(at his discretion) 判斷(decide)한다」고 規定하고 있는데, 그러한 「自由心證主義는, [法官이나] 仲裁人의 良心과 理性을 全적으로 信賴하여, 그 自由로운 心證에 의하여 證據의 取捨判斷을 하게 하는 것이다. 그러나 自由心證主義도, 仲裁人[이나 法官]의 恣意를 許容하는 것이 아니다. 그 判斷은, 論理法則과 經驗法則에 따라야 하고, 社會正義와 衡平의 理念에 立脚할 것이 必要한 것이다.」(高錫尹, 仲裁法 逐條解說, 仲裁誌 第 115 號[1981. 8], p.40 參照). 그렇다면, 그것은, 所謂「法의 一般原則」(general principles of law) [즉, 文明諸國의 國內法에 共通의인 諸原則]에 따라야 한다는 말과 大差가 없게 될 것이다. 金洪奎 教授는, 이를, 더욱 端的으로 表現하여, 다음의 要旨과 같이 定義하고 있는 것이다. 즉,

自由心證主義의 原則은, 裁判官 또는 仲裁人이, 事實을 (眞實이라고 認定할 것인가, 또는 不眞實이라고 認定할 것인가를) 審理하는 데 있어서, 『法律의 規定에 違反하지 아니하는 限』 採擇된 證據의 證明力을 自由로 判斷하여야 하는 것을 意味한다. (金洪奎, '證據契約의 研究', 1973. 9, 大阪市立大學, 法學雜誌, 第 20 卷, 第 1 號, p.134 參照——但, 字體變形 括弧(『…』) 表示는 筆者에 의한 것임).

끝으로, 老婆心에서나마, 附言하여 두고자 하는 것은, 或是, 本件 仲裁節次 進行의 最終段階에 이르러서, 이미 위에서 引用한 「仲裁判定理由의 要旨」과 같은 內容의 「和解要請」이 申請人(賣渡人)에 의하여 (口頭 또는 文書로) 提議되었거나, 또는, 그러한 要請에 대하여 被申請人(買受人)이 讓步(妥協)할 意思를 (口頭 또는 文書로) 表明하였거나 한 事實은 없었을까 하는 疑問인 것이다. 왜냐하면, 仲裁判定부는, 紛爭當事者間에 그러한 「和解」가 成立되었을 경우에는, 이를 「仲裁判定」으로 記載 處理할 수 있다는 것이 原則이기 때문이다. (大韓商事仲裁院 商事仲裁規則 第 52 條 參照).

그러나, 위와 같은 處理를 위하여서는, 「當事者의 要求가 있어야 한다」고 規定되어 있는 것이므로, 仲裁判定部로서는, 이러한 경우에, 當事者들이 일단 口頭 또는 文書로 陳述한 內容을, 所謂 「和解調書」로서 (文書化하여) 作成·提出하게 하는 동시에, 그러한 「和解」의 趣旨에 따라 判定이

내려진 것이라는 事實을 「仲裁判定理由의 要旨」에서도 明示하여야 할 必要가 있을 것이다.

따라서, 本件의 仲裁判定文에서는, 文面上에 위와같은 「和解의 成立」에 관한 言及이 全無하므로, 或是 法院에 의하여, 마치 本件 判定이 「仲裁節次에 있어서 …… 仲裁判定의 理由를 붙이지 아니하였을 때」와 마찬가지로 結果가 되는 것과도 같이 解釋될 可能性이 不無함으로써, 及其他 「仲裁判定 取消의 事由」가 될 수도 있지 않을까 하는 憂慮가 없을 수 없을 것이다. (仲裁法 第13條 第2項 第4號).

그러나, 여기서, 또한 留意하여야 할 것은, — 「以上에도 不拘하고, 仲裁契約에서, 當事者間에 『判定理由를 必要로 하지 아니한다는 合意를 하였을 경우』에는, 判定理由의 不記載가 仲裁判定의 取消事由가 될 수 없는 것」임은 勿論이라는 點인 것이다. (仲裁法 第13條 第2項, UNCITRAL 標準國際商事仲裁法 第31條 第2項 但書; 金洪奎, 仲裁判定取消과 再審, 仲裁法, 1983, 第132號, p.13 參照).