

# 國際契約의 事情變更에 대한 當事者의 事前對應策

- 契約의 適應과 관련하여 -

## Advance Preparations of Parties for Changing Circumstances of International Business Contracts - in relation to adaption of contracts -

姜 二 秀\*

- I. 序 說
- II. 不可抗力條項에 관한 解釋論上의 問題點
  1. 現代 國際去來에 있어서의 不可抗力條項의 구성문제
  2. 一般的·概括的 文言의 해석문제
  3. 相當因果關係 및 不履行當事者의 履行努力의 존재문제
  4. 標準的인 不可抗力條項의 이용과 그 해석문제
  5. 標準契約書上의 不可抗力條項에 관한 해석문제
  6. 不可抗力條項에 있어서의 賣渡人의 供給量 배분문제
  7. 不確定 不可抗力條項의 해석문제
- III. 國際契約의 事情變更과 契約의 適應
  1. 契約適應條項이 있는 경우
  2. 契約適應條項이 없는 경우
- IV. 契約適應仲裁
  1. 概念의 整理
  2. 契約適應仲裁의 성질
  3. ICC의 契約適應規則과 標準條項
  4. 契約適應仲裁의 이용가능성
- V. 結 論

\* 崇實大學校 經商大學 教授, 經營學博士, 仲裁人

## I. 序 說

계약체결 후의 사정변경은 다음 2가지 점에서 당해 계약에 대하여 크게 영향을 미친다. 첫째로, 사정변경의 결과 계약내용을 그대로 이행하는 것이 불가능하게 되는 경우이고, 둘째로, 계약의 이행이 당사자의 일방에 대하여 불가능한 것은 아니지만, 가혹하게 되는 경우이다. 첫째의 경우에 대하여는 契約責任의 古典的 問題로서 당사자의 過失의 有無에 따라 판단되는 것이 일반적이며, 또한 때에 따라서는 이행불능의 사유가 不可抗力(force majeure)에 기인된 것인 때에는 “不可抗力과 免責問題”로 귀착된다. 또 둘째의 경우에 대하여는 契約의 適應(adaption of contract)이 문제된다.<sup>1)</sup>

국제계약의 체결 시에 당사자가 예상하지 못하였을 뿐만 아니라 당사자가 합리적으로 지배할 수 없는 특별한 사태가 발생하여 계약상의 의무이행이 일시적 또는 영구적으로 불가능하게 되는 경우가 있다. 과거 中東戰爭, 아랍產油國의 石油禁輸를 비롯한 에너지위기 및 개발도상국의 정부규제 등이 국제계약의 이행가능성에 대하여 큰 영향을 미침으로써 여러 가지 분쟁을 야기한 바 있다. 당사자는 이러한 경우에 대비하여 不可抗力條項(force majeure clause)을 미리 계약에 넣어 둬으로써 면책 받을 수 있는 범위를 명확히 하여 분쟁의 방지에 노력하고 있으나, 이 조항을 넣어 둔다고 하더라도 성공하지 못하는 예도 많다.

한편, 이와 유사한 경우로서 예컨대, 원료공급계약, 천연자원개발계약, 토목공사계약, 플랜트건설계약, 기술이전계약 등과 같은 장기적·복합적인 계약의 이행과정 중에 자연재해나 경제, 정치, 기술 등의 변화의 결과 그 이행 자체가 불가능한 것은 아니지만 당해 계약의 이행을 계속하는 것이 계약당사자의 일방에 대하여 현저하게 균형을 잃게 되어 가혹하게 되는 경우가 적지 않다. 이러한 경우에 계약법의 법리에 따라 당해 계약을 종료시킨다는 것은 특히 국제계약에 있어서는 그 성질상 적절하지 않으며, 당사자도 이와 같은 결과를 바라지 않는 경우가 많다. 또 여기서 문제가 되는 것이 契約의 適應(adaption of contracts, Anpassung des Vertrages)問題이다. 이러한 종류의 계약(open contract)에 있어

1) 英美法은 이와 같은 2가지 경우를 반드시 구별하지 않고 있다. 즉, 英法上의 frustration이나 美法上의 impracticability에는 이 2가지 경우가 포함되어 다루어지고 있다.

서는 당사자가 처음부터 모든 세부사항을 확정하여 계약을 체결한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 따라서 당사자는 계약 속에 몇 개의 미확정 부분을 남겨 둔 채로 계약을 체결하고, 필요에 따라 그것을 보충하는 형식이 채택되는 경우가 많다. 여기서 문제되는 것이 契約의 補充(filling of gaps, Ergänzung des Vertrages)問題이다. 이와 같이 계약의 적용과 계약의 보충은 계약의 체결 시에 미확정된 약정이 있는가의 여부에 따라 개념상으로는 엄격히 구별되지만,<sup>2)</sup> 기능상으로는 양자가 같다는 점에 비추어 本稿에서는 兩者를 일체로 파악하기로 하고, 주로 계약의 적용문제를 중심으로 연구를 진행하기로 한다.

本稿의 연구범위는 국제거래당사자의 사전대응책 강구라는 관점에서, 첫째로, 계약체결 후의 사정변경 중에서 특히 불가항력적인 사태에 대비한 불가항력조항에 대한 해석론상의 문제점을 검토하고, 둘째로, 사정변경에 따른 계약의 적용문제를 다루며, 끝으로, 契約適應仲裁의 이용가능성문제를 다루는 것으로 한정하고자 한다

## II. 不可抗力條項에 관한 解釋論上の 문제점

영국에서는 Paradine사건<sup>3)</sup> 이래 원칙적으로 履行不能에 의한 면책을 인정하지 않은 普通法 法院의 태도는 그 후 Taylor사건<sup>4)</sup>을 통한 이행불능의 법리와 Krell

2) 독일의 학설 중에는 契約의 適應과 契約의 補充을 仲裁鑑定(Schiedsgutachten)의 일종으로 보는 견해가 유력하다. 즉, 이 견해는 제3자에게 계약의 보충을 부탁하는 경우를 契約補充的 仲裁鑑定(vertragsergänzendes Schiedsgutachten)이라고 하고, 계약의 변경을 부탁하는 경우를 權利變更的 仲裁鑑定(rechtsänderndes Schiedsgutachten)이라고 부르며, 이 중에서 후자는 전자의 특수형이라고 한다. 이 2가지 경우에 당사자간에 특약이 없는 한, 제3자는 공평한 재량에 의하여 계약의 보충 또는 적용 내지 수정을 한다(獨民 317조). 이 때에 그 기준이 되는 것은 계약의 내용 및 신의칙이다(飯塚重男, 現代仲裁法の論點, 有斐閣, 1998, p.49~50; Habscheid, Das Schiedsgutachten, Festschrift für Heinrich Lehmann, 1955, S. 795).

계약의 적용과 계약의 보충을 중재감정의 개념 속에 포섭시킬 것인가의 여부는 중재감정의 개념을 어떻게 설정할 것인가의 문제에 귀착되며, 이 문제는 本稿의 主題와는 직접 관련되지 않으므로 여기서는 다루지 않기로 한다.

3) Paradine v. Jane [82 Eng. Rep. 897(K. B. 1647)]

4) Taylor v. Caldwell, [122 Eng. Rep. 309 (K. B. 1863)]

사건<sup>5)</sup>을 통한 frustration의 法理에 의한 면책의 폭이 확대되었으나, 어떠한 경우에 법원이 면책을 용인하고 있는가에 대하여는 명확한 기준이 확립되어 있지 않았다. 따라서 Paradine사건에서도 인정되었던 것과 같이 당사자 사이의 명시적인 특약에 의한 조항의 적용범위를 확대하려는 경향이 있었다.

여기서는 실제의 국제거래에서 이용되고 있는 불가항력조항에 관한 해석론상의 문제점을 살펴보고자 한다.

## 1. 現代 國際去來에 있어서의 不可抗力條項의 구성문제

현대 국제거래에 있어서 그 이용이 증가되고 있는 불가항력조항의 구성에 있어서는 다음과 같은 2가지 측면에서 그 특징을 나타내고 있다.

첫째로, 계약당사자가 면책사유로서 구체적인 사유를 열거하는 경우에도 制限的 列擧가 되지 않도록 주의하지 않으면 안 된다. 이것은 영미법에 있어서는 “하나의 事由의 기재는 다른 것을 배척한다(expressio unius est exclusio alterius).”고 해석되기 때문에 불가항력조항 가운데에 구체적 사유만을 열거하였을 뿐인 때에는 열거된 사항과 유사한 다른 不則의 사유가 발생하더라도 이것을 배척하는 결과가 된다. 그러므로 구체적 사유를 열거한 뒤에 “any cause beyond the control of the parties(기타 당사자가 지배할 수 없는 모든 사유)”라는 一般的·概括的 文言(general clause)을 첨가해 둘 필요가 있다.

둘째로, 계약의 이행시기를 특정기간(예컨대, 30일 등) 동안 연장되도록 하며, 만약 불가항력적인 사유가 그 기간의 경과·후에도 계속되는 경우에는 각 당사자는 계약을 해제할 권리가 있다는 뜻을 규정한다는 점이다. 물론, 계약해제의 선택권 행사와 관련된 이 조항의 구성에 관하여는 신중을 기하지 않으면 안 된다.<sup>6)</sup>

## 2. 一般的·概括的 文言의 해석문제

불가항력조항에 일반적·개괄적 문언이 첨가되어 있다고 하더라도 열거되지 아니한 모든 사유가 포함된다고 해석해서는 안 된다.

5) Krell v. Henry [(1903) 2 K. B.]

6) Schmitthoff, Schmitthoff's Export Trade, Seventh Edition, Stevens, 1995, p.122.

이른바 同種文言의 解釋原理(doctrine of ejusdem generis)에 의하여 앞에서 열거된 사유와 동종의 사유만을 포함하는데 지나지 아니한다. 따라서 불가항력으로 서 면책을 요구할 수 있는 사유는 가능한 한 명확하게, 또 많은 사유를 열거하는 것이 중요하다. 즉, 계약서의 작성에 있어서는 이 조항은 법원이 좁게 해석할지도 모른다는 생각으로 문언을 구성하여야 한다.

이와 관련된 판례를 보면, *Excelsior Motor Mfg & Supply Co. v. Sound Equipment*, [73 F.2d 725 (1934)] 사건에서 계약상으로는 通商停止(embargo), 전쟁 기타 자기가 지배할 수 없는 사유가 技術上 기타 상거래상의 곤란으로 인하여 약정기일에 이행을 하지 못하였으며, 불가항력조항 가운데에 있는 “기타 자기가 지배할 수 없는 사유”라는 일반적 문언을 근거로 면책을 주장하였다. 그러나, 법원은 동종문언의 해석원리에 의하여 이 조항은 구체적으로 열거된 사유와 동종의 사유만을 커버하는데 지나지 아니한다는 이유로 피고의 주장을 배척하였다.

또한 *Thaddeus Davis Co. v. Hoffman La Roche Chemical Works*, [178 App. Dav. 855(1917)] 사건에서는 당사자가 지배할 수 없는 사유, 화재, 스트라이크, 공장 또는 창고의 사고, 관세의 변경이 발생한 때에는 선택에 따라 계약의 전부 또는 일부를 해제할 수 있다고 규정하고 있었다. 그런데, 여기서는 외국의 通商停止(embargo)가 이러한 불가항력조항에 포함되는가의 여부가 문제되었다. 法院은 동종문언해석의 원리를 적용한다면, 通商停止는 여기의 불가항력조항에 열거된 사유와 동종이라고 해석할 수 없다고 판시하였다.

### 3. 相當因果關係 및 不履行 當事者의 履行努力的 존재문제

만약 어떠한 사유가 약정된 불가항력사유에 포함되어 있는 경우에도 면책되기 위해서는 그 사유에 의하여 현실적으로 저해 또는 지연되었을 것(상당인과관계의 존재) 및 그 당사자가 이행을 위하여 합리적인 노력을 하였다는 요건이 필요하다. 예컨대, *De Grasse Paper Co., v. Northern N. Y. Coal Co.*, [190 App. Div.227(1929)] 사건에 있어서는 계약상으로 스트라이크가 발생한 때에는 매도인의 이행의무는 면책된다는 뜻의 조항이 있었다. 그런데 현실적으로 스트라이크는 발생하였으나, 그것이 매도인의 이행능력에 대하여는 아무런 영향도 미치지 않았다. 이에 대하여 법원은 매도인이 면책될 수 없다고 판시하였다.

#### 4. 標準적인 不可抗力條項의 이용과 그 해석문제

첫째로, 표준적인 불가항력조항을 이용하는 경우에는 자기 자신의 위치를 고려할 필요가 있다. 일반적으로 불가항력조항에 의하여 면책의 이익을 받는 측은 매도인 또는 공급자이다. 왜냐하면, 매수인은 대금만 지급하는 경우가 대부분이기 때문이다. 만약, 자기 자신이 매도인이나 공급자의 위치에 있다면 가능한 한 불가항력조항을 상세하게 규정하여야 할 것이다. 이와 반대로 만약 매수인인 경우에는 불가항력조항을 전혀 규정하지 않거나 또는 매도인이 불가항력에 의한 면책의 주장을 할 수 없게 하는 방안이나 또는 대체적 이행을 확보할 수 있는 규정을 들 필요가 있다.

둘째로, 표준적인 불가항력조항을 기계적으로 이용하는 것은 위험하다. 예컨대, A商社가 세계시장에서 상품을 매매하는데 있어서 표준적인 불가항력조항을 구입계약과 판매계약에 다 같이 넣었다고 하자. A商社는 2개의 계약을 체결하는데, 그 하나는, 어떤 화학품을 독일의 회사로부터 구입하는 계약이며, 다른 하나는, 그 화학품을 오스트리아에 판매하는 계약이다. 어느 계약에도 다같이 불가항력조항이 포함되어 있다. 이 경우에 만약 독일의 제조공장이 폭발하였다면, 매도인인 독일의 회사는 불가항력조항에 의하여 면책될 것이다. 그것은 자기 자신이 지배할 수 없는 사유에 의하여 A상사에 대하여 이행할 수 없기 때문이다. 그러나, A상사는 오스트리아와의 계약에 대하여는 그 이행이 면책되지 아니한다. 왜냐하면, 독일의 상사가 A상사에 대하여 화학품을 공급할 수 없다는 것은 A상사가 오스트리아의 매수인에게 화학품을 공급할 수 없는데 대한 정당한 이유가 되지 않기 때문이다. 따라서 오스트리아의 회사는 이행을 청구할 수 있으므로 A상사는 그 화학품을 다른 공급원으로부터 조달하지 않으면 안 된다.

이와 같이 中間 또는 下都給者인 역할을 담당하는 회사는 자기 자신의 專賣先에 대하여 상품의 공급을 할 수 없을지도 모른다는 큰 위험을 부담하게 된다는 점을 주의할 필요가 있다. 유사한 사례로서 예컨대, OPEC의 石油輸出禁止에 의하여 미국에 대한 석유의 공급량이 격감하였으나, 석유생산이 전적으로 중단된 것이 아닌 경우에 原油를 판매하기로 약정하였던 매도인이 그 수출금지로 인하여 이행할 수 없게 되었다면, 법원은 이론상으로 다른 매입처로부터 매입할 수 있다는 이유로 면책을 인정하지 않는다는 결론에 도달할 가능성도 있다. 이러한 상황에 대처하기 위하여는 예컨대, 어떠한 사유이건 간에 특정공급자로부터 상품

을 입수할 수 없는 것을 불가항력적인 사유로 규정해 두거나 또는 적어도 특정 품의 원산지나 공급자의 특정, 예컨대 사우디아라비아원유로 특정해 두는 것이 바람직하다. 이러한 배려를 해 둔다면, 사우디아라비아 原油의 공급이 금지된 때에 그 매도인은 자기가 지배할 수 없는 사유에 의하여 특정석유를 공급할 수 없다는 내용의 면책을 주장할 수가 있다.

### 5. 標準契約書上의 不可抗力條項에 관한 해석문제

상품무역의 표준계약서에 상당히 상세한 불가항력조항이 포함된 경우가 많다. In Fairclough Dodd & Jones Ltd. v. J. H. Vantol Ltd. [(1957) 1 W.L.R. 136] 사건에 있어서의 계약은 런던油類組合(London Oil and Tallow Trade Association)의 표준계약서를 이용하여 체결되었는데, 그 내용은 이집트 産 棉花 씨 기름을 12월과 1월 동안에 알렉산드리아로부터 로텔담까지 積送하는 것이었다. 그리고 이 계약에는 2개의 불가항력조항이 포함되어 있었는데, 그 하나는 선적을 저해하는 전쟁 또는 다른 특정사유가 발생하는 경우에는 계약이 해제된 것으로 한다는 취지의 조항이고, 다른 하나는 만약 선적을 지연시키는 다른 사유가 발생하는 경우에는 선적기간이 2개월 연기된다는 내용의 조항이었다. 이집트정부가 12월부터 1월 3일까지(매도인은 실제로 이 기간 동안에 선적하려는 의사를 가지고 있었다.) 물품의 수출을 금지하였으나, 선적은 선적기간의 만료일인 1월 31일해야 가능하였다. 매도인이 당초의 선적기간 이내에 선적하지 않았기 때문에 매수인은 매도인에 대하여 손해배상을 청구하였다. 매도인은 위의 둘째 조항에 의하여 선적기간이 연기되었다고 항변하였다. 이에 대하여 영국의 上院(The House of Lords)은 위의 불가항력조항의 해석상 매도인의 항변은 옳으며, 또한 비록 선적지연의 사유가 선적시기의 종료시점에는 이미 없어졌다고 하더라도 그 조항은 잠정적인 선적지연의 사유가 발생하면 그대로 적용된다고 판시하였다.<sup>7)</sup>

### 6. 不可抗力條項에 있어서의 賣渡人의 供給量 배분문제

불가항력조항을 구성할 때에는 매도인의 위치에 있는 자가 다수의 매수인과

7) Ibid., p.123.

동종의 판매계약을 체결하는 경우에는 어떠한 사유에 의하여 일정한 양은 공급할 수 있으나, 소량을 공급할 수 없을 경우의 배분에 대하여 규정해 둘 필요가 있는 경우가 있다. 美國統一商法典 제 2-615조는 이와 같은 매도인은 매수인에 대하여 공정하고도 합리적인 방법으로 매수인에게 배분하도록 규정하고 있다. 그러나, 이러한 규정에도 불구하고 배분방법에 대한 특약이 인정되고 있으며, 이러한 특약은 분쟁을 회피하기 위해서도 필요하다.<sup>8)</sup> 매도인으로서의 만약 매수인 가운데서 특히 우선적으로 다루어야 할 자와 劣後的으로 다루어도 무방한 자를 구별할 수 있다면 위의 특약을 해 둘 필요가 있다.

### 7. 不確定 不可抗力條項의 해석문제

계약에 포함된 불가항력조항의 불확정성 때문에 계약 자체가 무효가 되는 것은 아니다. 그러나, 다른 한편으로 계약에 “通常의 不可抗力條項(the ‘usual’ force majeure clause)에 따른다.”는 불확정문언이 포함되어 있는 경우에는 거래 관행상 이용되고 있는 많은 불가항력조항 가운데서 당사자들이 어느 것을 채택할 의사였는지를 명확히 파악하기가 매우 어렵다. 이러한 경우에 영국의 법원은 그 조항은 지나치게 막연하다고 하고, 만약 그것이 계약의 본질(essence)에 관한 것일 때에는 계약 전체가 무효가 되지만,<sup>9)</sup> 그것이 계약의 다른 조항과 분리될 수 있는 부수적 조항(meaningless clause)인 때에는 당해 불가항력조항만 무효이고, 다른 조항은 아무런 영향을 받지 아니한다<sup>10)</sup>고 판시하였다.

다른 한편으로 “通常의 불가항력조항에 따른다.”는 문언이 해석상 필연적으로 일정한 의미를 지니고 있을 때, 예컨대 만약 그것이 명백히 특정업종의 거래에서 통상적으로 사용되는 조항을 가리키고 있을 때에는 유효한 조항이 된다. 또 이른바 “u. c. e.”(unforeseen circumstances excepted)조항을 사용하였던 사례<sup>11)</sup>에 대하여 Greer판사는 “商人들이 계약 속에 정의도 내리지 않고, 이러한 종류의 速記

8) Intemar. Inc. v. Athantic Co., 364F. Supp. 82(1973); Manisfield Propane Gas Co., v. Folger Gas Co., 231 Ga. 868, 204 S.E. 2d 625(1974).

9) British Electrical and Associated Industries(Cardiff)Ltd. v. Patley Pressings Ltd. (1953) 1 S.C.R. 280, 285.

10) Nicolene Ctd. v. Simmonds(1953) 1 Q.B.543.

11) George Will & Sons Ltd. v. R. S. Cunningham, Son & Co. Ltd.(1924) & K.B.220, 221



的 表現(shorthand expressions)을 사용하여 그 해석을 법원에 맡기고 있는 것은 유감스럽다.”<sup>12)</sup>라는 비판을 가한 바 있다.

### Ⅲ. 國際契約의 事情變更과 契約의 適應

#### 1. 契約適應條項이 있는 경우

당사자가 계약의 체결 시에 예측하지 못한 사태의 발생에 대처하기 위하여 미리 계약의 적응에 관한 조항을 계약(특히 長期的·複合的 契約) 속에 넣어 두는 것이 보통이다. 이와 같은 계약적응조항에는 여러 가지 종류가 있으나, 대부분 장래에 사정의 변경이 생길 때에는 당사자가 계약의 적응에 관해 협의를 하고, 만약 협의가 성공하지 못하는 경우에는 이 점에 관한 분쟁의 해결을 제3자에게 부탁하고, 그 판단에 따른다는 뜻이 약정되는 것이 통례이다. 여기에 제3자는 仲裁人으로 불리어지는 수도 있으나, 이론상 진정한 의미의 중재인은 아니다. 국제거래계에서 이러한 제3자를 評價人, 鑑定人 또는 仲裁鑑定人 등으로도 불리어지고 있으며, 또 근래에 와서 건설공사에 있어서 공사 중 발생하는 각종 기술적 문제를 특정 건축기사에게 감정하게 하는 수도 있는데, 이것도 여기서 말하는 제3자에 해당된다.

이와 같이 계약의 적응을 임무로 하는 제3자는 업계에서 여러 가지 명칭으로 불리어지고 있으나, 그 명칭 여하를 불문하고 형식적으로는 중재인과 유사한 기능을 담당하고 있으며, 따라서 계약의 적응문제는 중재와 관련하여 논의되는 것이 타당하다.<sup>13)</sup>

12) "It is a pity merchants will continue to use shorthand expressions of this kind, if I may so term them, without a definition of them in the contract, and thus leave them to be interpreted by the court."

13) 飯塚重男, 契約의 仲裁의 諸問題, 有輩閣, 1998, p.63.

사정변경에 대응한 계약적용조항은 open계약<sup>14)</sup>, flexible계약<sup>15)</sup>, 특별위험조항<sup>16)</sup>이나 불가항력조항을 두고 있는 계약 등에 잘 나타나 있다.

## 2. 契約適應條項이 없는 경우

계약의 적용에 대하여 조항이 없는 경우에는 계약법의 일반적 법리에 따라 해결된다. 여기서는 주로 英美法을 중심으로 하여 大陸法과의 비교에 역점을 두어 그 일반적 법리를 개관해 보고자 한다.

### (1) 英美法

(가) frustration의 法理(doctrine of frustration) : 영국의 법원은 20세기에 접어들어 이행불능의 법리(doctrine of impossibility of performance)를 등장시켰던 Taylor사건[122 Eng, Rep. 309 (K. B. 1863)]의 默示的 條件(implied condition)理論 보다도 한 걸음 더 발전된 frustration(契約의 挫折)의 법리를 발전시켰다. 이행불능이론과 frustration의 법리는 유사하지만, frustration은 이행불능의 한가지 형태는 아니다. 즉, 이행불능이론에서는 당사자의 의무이행이 물리적으로 불가능한 것을 의미하는데 대하여, frustration의 법리에 있어서는 이행 자체는 물리적으로 가능하지만, 당사자가 체결하였던 목적이 실질적으로 소멸한 것을 말한다.

frustration의 법리가 채택되었던 전형적인 판례는 이른바 戴冠式事件(Colonation cases)으로 불리어지고 있는 Krell v. Henry사건<sup>17)</sup>이다. 이 사건에서

14) 복합적인 계약에 있어서는 당사자는 계약체결시에 모든 사항을 정하여 계약을 체결하는 것은 사실상 매우 어려우므로 미확정부분을 남겨 둔 채로 계약을 체결하고, 그 후 미확정부분을 보충한다는 뜻의 조항을 넣어 두는 것이 보통이다. 특히 대형 건설공사계약, 토목공사계약, 플랜트건설계약, 採鑛契約 등에서 이러한 조항을 많이 볼 수 있다.

15) 이 계약은 당사자가 계약체결시에 계약에 필요한 모든 사항을 정하지만, 장래의 사정변경을 예견하여 그것에 필요한 적용조항을 계약 속에 미리 넣어 둔 계약이다. 예컨대, 국제적 신디케이트 loan계약에 있어서의 이율조항, 물품 또는 에너지 등의 장기적 인 공급계약에 있어서의 가격조항 등이 그것이다.

16) 사정변경의 결과 계약내용의 이행이 당사자의 일방에 대하여 지나치게 가혹하게 되거나 또는 이행자체가 불가능하게 되는 경우에 미리 계약 속에 넣어 둔 危險分散條項 내지 특별위험조항에 의하여 계약의 적용을 행하는 수도 있다. 이 조항도 건설공사계약, 채광계약 등에 많이 채택되고 있다.

17) (1903) 2 K. B. 740.

는 피고인 賃借人은 오직 에드워드 7세(King Edward VII)의 대관식을 구경할 목적으로 원고로부터 도로변에 있는 건물의 1室을 임차하고, 임차료의 3분의 1을 先給하였다. 그러나 대관식의 2일 전에 에드워드 7세의 갑작스러운 질병 때문에 儀式이 취소되었다. 피고가 잔금을 지급하지 않았기 때문에 원고가 소송을 제기 하였으며, 다른 한편으로, 피고는 이미 지급하였던 先給金의 반환을 청구하는 反訴를 제기하였다. 이에 대하여 Williams판사는 계약의 목적·기반이 계약의 이행 시에 소멸하여 계약의 목적은 좌절(frustrate)되었으므로 양당사자는 罰金을 지급 함이 없이 면책되어야 한다고 판시하였다. 즉, 이 계약의 유일한 목적은 대관식을 구경하는데 있으며, 단순히 건물을 임차하는데 있는 것은 아니므로 계약의 목 적인 대관식이 취소된 이상 계약의 목적은 좌절되었으며, 따라서 피고는 잔액의 지급의무가 면책된다고 하였다. 그 이론적 근거는 이 경우에 이행을 강제한다는 것은 거래상 의미가 없다는데 있다.<sup>18)</sup>

미국에서는 이러한 영국의 판례를 이어 받아 Restatement 제288조가 frustration을 계약상의 의무이행의 면책에 대한 하나의 법리로서 인정하였으나, 법원은 일반적으로 이 법리를 채용하는데 있어서 好意的이 아니었다.<sup>19)</sup> 그러나, 미국은 이것을 전적으로 受容하지 않는다는 것은 아니고, 예컨대, Adams v. Washington Brick, Lime & Manufacturing Co., [38 Wash, 243, 80 p.446 (1905)] 사건에 있어서 워싱턴州 最高法院은 이 법리를 간접적으로 인정하고 있다. 이 사 건에서 피고는 원고의 토지로부터 煉瓦粘土를 5년 동안에 걸쳐서 채취할 권리를 취득하였으나, 도중에 점토가 枯渴되었기 때문에 지급을 중지하였다. 법원은 위 에서 말한 Krell사건의 판결에 따라 연와점토가 고갈된 이상 계약의 기본적 목적 은 소멸하였으며, 계약 당초에 점토가 존재하지 않는다는 것이 판명되었다면 계 약은 체결되지 않았을 것으로 생각된다고 판시하고, 피고의 이후의 지급의무에 대한 면책을 인정하였다.

미국의 Restatement 제265조도 frustration에 의한 면책을 규정하고 있다.<sup>20)</sup> 그

18) Anson's Law of Contract, edited by A. G. Guest, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 498-499.

19) Lloyd v. Murphy, 153 p. 2d 47 (1944).

20) "Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event, the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary."

러나 미국의 일부 법원은 frustration의 법리에 대하여 소극적인 태도를 취하고 있고, Restatement도 이 법리를 규정하고는 있으나, 실제 면에 있어서는 이 법리가 광범위하게 채택되어 있지는 않다. 한편, 미국의 법원이 frustration의 법리를 거부하려고 하였던 태도는 거래당사자로 하여금 不測의 사유가 발생한 경우에 대비한 면책규정을 계약 속에 명기하도록 한 하나의 요인이 되었다.

(나) 美國 統一商法典상의 “impracticability”의 개념과 판례의 동향 : 미국 통일상법전 제2-615조는 상품매매의 분야에서 普通法上으로 발전되었던 이행불능, frustration 등을 포괄하는 보다 더 넓은 개념으로서 impracticability(實際性的의 缺如)<sup>21)</sup> 또는 commercial impracticability(상업적 실제성의 결여)라는 개념을 채택하고 있다.

통일상법전이 채택된 이래 1973년~1974년의 아랍제국의 石油禁輸 전까지는 同條에 관한 판례는 몇 건밖에 되지 않았다. 그러나 아랍의 석유금수 후 심각한 에너지위기가 도래하여 특히 장기계약에 의한 고정가격으로 공급하기로 한 업체들은 비정상적인 원가상승에 직면하여 契約의 解消·免責을 구하는 수단으로서 통일상법전 제2-615조를 원용하였으며, 그 결과 이와 관련된 판례의 수도 종전에 비해 증가되었다. 여기서는 대표적인 2가지 판례를 소개하기로 한다.

(a) Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corporation [415 F. Supp. 429 (1975)]  
사건 — Gulf Oil社는 Eastern航空社에 대하여 장기간에 걸친 연료공급을 약정하였으나, 미국정부가 석유위기에 대처하여 新·舊價格의 2元的 價格方式을 채용하여 통제를 시작하였다는 점과 아랍산유국의 원유가격상승에 의하여 수입원유가격이 4배로 폭등하였다는 이유로 약정가격의 인상을 요구하였으나, 그것이 거절되었기 때문에 그 이후의 연료공급을 중단하였다. 이에 대하여 Eastern항공사는 법원에 留止命令(injunction)을 청구하였다.

Gulf Oil社는 수입원가의 앙등에 의하여 석유공급원가가 1배럴당 10달러로 되었음에도 불구하고, Eastern항공사에 대한 공급계약의 가격은 6달러라고 주장하였다. 그러나, 이 10달러 중에는 自社그룹 내에서의 讓渡利益 등도 포함되어 있으므로 결국 손실은 생기지 않는다는 것이 판명되었으며, 또 Eastern항공사에 대한 석유공급원가의 메커니즘을 끝내 開示하지 못하였기 때문에 통일상법전 제

21) “實際上的 履行不能”으로 번역되기도 한다.

2-615조의 실제성의 결여를 근거로 면책을 요구하는 데에 충분한 입증이 없다는 이유로 Gulf Oil사의 주장은 배척되었다. 더욱, 법원은 이른바 에너지위기와 관련하여 발생하는 사태를 계약의 체결시점에서 Gulf Oil사가 합리적으로 예견할 수 있었으며, 만약 어떠한 사유가 예견 가능한 경우에는 그 영향을 받게 될 당사자는 계약 속에 대응책을 규정할 수 있었으므로 제2-615조에 의한 구제는 받을 수 없다고 하고, 따라서 “합리적으로 예견할 수 없다는 것(reasonably unforeseeable)”이 제2-615조의 적용요건이라는 점을 명확히 하였다.

(b) *Aluminum Co., of America v. Essex Group, Inc.* [29 u.c.c. Rep. Serv. 1(1980)]사건— Aluminum社は 피고 Essex에 대하여 1967년에 15년간의 장기 공급계약을 체결하였는데, 장래에 제조비용이 상승할 것을 고려하여 유명한 전문가를 동원하여 당초의 1파운드 당 15센트의 가격을 기본으로 하고, 勞務費에 대하여는 원고의 특정공장의 1시간 당 노무비의 상승에 slide시키는 동시에 非勞務費에 대하여는 聯邦勞動省에 公示된 都賣物價의 상승에 slide시킨다는 이른바 변동가격방식을 채택하여 계약 속에 규정하였다. 이 방식에 의하면, Aluminum社は 아무리 적게 계산하더라도 1파운드 당 1센트의 이익을 획득할 예정이었다. 그런데 1978년에는 도매물가의 당초부터의 상승지수가 209였음에 대하여, Aluminum사의 비노무비의 상승지수는 석유가격의 상승에 수반한 전력요금의 인상 때문에 475까지 올랐었다. Aluminum사는 계약을 약정한대로 이행한다면, 7,500만 달러의 손해를 입는데 반하여, Essex社は 同額의 부당이득을 얻게 된다고 주장하였다.

법원은 제2-615조에 의한 Aluminum社の 救濟는 극단적으로 또는 불합리하게 이행이 곤란한 경우 또는 “severe disappointment”가 존재하는 경우에 한하여 認容되는데, 본 건은 이에 해당된다고 판시하였다. 그리고 豫見可能性에 대하여는 앞에서 말한 변동가격방식으로 계산된 가격과 양등가격과의 차이가 그러한 정도로 넓다는 것은 상거래상의 관념에서 볼 때에는 예견될 수 없었다고 판시하였다. 그러나, 법원은 Aluminum사를 완전히 면책시킨다는 것은 同社로 하여금 부당하게 이득을 보게 하므로 그것을 인정할 수 없다고 하고, 동사의 손해를 축소하기 위하여 계산방식을 정한 계약내용의 변경을 명하였다.

이 판례는 예견가능성에 대하여 유연한 태도를 보였다는 점과 사정변경에 따라 공평한 해결을 통하여 법원이 적극적으로 개입하였다는 점에서 큰 의의가 있는 것으로 평가되고 있다.

## (2) 유럽諸國의 法

(가) 독일법 : 독일에서는 force majeure의 개념은 法典 속에는 없고, 債務不履行責任은 적어도 嚴格責任이 명시적으로 합의되어 있지 않는 한, 채무자에게 과실이 있는 경우에만 발생된다. 즉, 채무자는 채무불이행에 대해 과실이 없는 한, 면책된다. 이와 같이 독일민법은 엄격책임 이외의 경우에 대해서만 force majeure의 법리를 援用할 수 있도록 하고 있다(701조). 더욱, 독일민법도 프랑스 민법과 같이 rebus sic stantibus의 법리를 인정하지 않고 있다. 그러나, 독일민법은 계약법의 기초로서 이른바 信義則을 승인하고(157조, 242조, 315조), 법원은 사정변경의 결과에 대해 불가항력의 경우 및 그 이행이 당사자의 일방에 대해 가혹하게 되는 경우에 대하여 이 원칙을 원용하였다. 특히 1923년부터 1924년에 걸친 인플레이션대에 있어서 라이히법원은 인플레이에 의한 給與의 불균형화는 이것을 새로운 상황의 적용을 정당화한다고 판시하였다.<sup>22)</sup> 이 판례는 사정변경과 계약의 적용문제에 관한 지도적 판례로 되었으며, 이것이 이른바 “行爲基礎의 欠缺”(Wegfall der Geschäftsgrundlage의 이론이다. 그 후 이 이론은 매우 광범위하게 적용되기에 이르렀다.

(나) 프랑스법 : 프랑스민법은 rebus sic stantibus의 법리를 인정하지 않고 있다. 또 不豫見(imprevision)의 法理도 국가가 계약당사자인 경우에만 허용되고 있을 뿐이다. 따라서 프랑스법 아래에서는 실제로 계약 속에 이른바 적용조항을 넣어 두거나 또는 당사중재의 이용을 통하여 이와 같은 엄격한 태도를 완화시켜 왔었다. 다만, 프랑스 법에서도 force majeure(vis maior)의 법리는 私法上の 契約에도 적용되며, 특히 국제거래상의 표준약관 속에는 그것을 흔히 볼 수 있는데, 그 결과 채무자에게 과실이 없는 한 채무자는 계약상의 책임이 면제된다.

(다) 이탈리아법 : 이탈리아민법에서의 채무불이행책임은 過失責任인 반면에 (1218조), 당사자가 예견하지 못한 사태(sopravenienza)에 의하여 채무의 이행이 극도로 과중하게 되는 경우에 대하여는 채무자는 계약해제를 청구할 수 있으며, 이 경우에 상대방은 계약내용의 변경을 제언할 수 있다(1467조).

22) RGZ 103, 328, 107, 78.

## IV. 契約適應仲裁

### 1. 概念의 整理

계약의 이행 중에 사정변경이 발생하고, 그 결과 당사자일방의 이행이 극도로 과중하게 되는 경우에 먼저 당사자는 계약의 적용에 대해 협의하고, 협의 결과 계약의 적용에 관해 당사자간에 합의가 성립되면 그것을 바탕으로 계약의 이행이 속행될 수 있다. 그러나, 당사자간의 협의에도 불구하고 합의가 성립되지 않으면, 이것을 제3자의 판단에 부탁할 수도 있다. 이 경우에 제3자에의 부탁은 진정한 仲裁의 付託이라고 할 수 있는가가 문제된다. 만약 제3자가 진정한 仲裁人이라고 한다면, 그 판단도 또한 진정한 중재판정이라고 할 수 있게 되어 그 판단은 既判力이 생기는 이외에 그 내용이 給與義務에 관한 한, 執行許容宣言을 받아 그 내용을 강제적으로 실현시킬 수 있는 것이라고 할 수 있다. 그러나, 계약적용 중재에 있어서의 판단은 모든 사정을 참작하여 사정변경에 대하여 계약내용을 적용시키는 것을 그 내용으로 하는 것이다. 따라서 이 판단은 非訟事件的 判斷이며, 더욱 당사자의 의사에 의하여 그것은 계약의 일부를 구성하는데 불과하다. 이와 같이 계약적용에 있어서의 제3자의 판단은 결국 당사자의 합의에 갈음하는 것에 불과하다. 따라서 진정한 중재판단은 재판에 갈음하는 것인 데 대하여, 계약적용을 목적으로 하는 제3자의 판단은 형식적으로는 진정한 중재와 전적으로 동일한 형식을 채택한다고 하더라도 당사자의 합의에 갈음하는 데 불과하다<sup>23)</sup>. 이와 같이 본다면, 계약적용을 위한 중재는 진정한 중재는 아니며, 그 한도 안에서 계약적용을 위한 중재의 부탁도 진정한 중재의 부탁은 아닐 뿐만 아니라 계약적용을 위한 중재판단도 진정한 중재판단은 아니라고 보는 것이 타당하다.

한편, 중재의 개념 속에 契約適應仲裁까지 포함시키는 나라도 있다.<sup>24)</sup> 그러나, 이러한 나라에서도 계약적용중재의 효력에 대하여는 진정한 중재의 효력과는 엄격히 구별하고 있다. 또 계약적용중재를 仲裁鑑定(Schiedsgutachten)<sup>25)</sup>의 일종으

23) 전자를 司法型仲裁로 부른다면, 후자를 契約型仲裁로 부를 수 있다는 견해도 있다.

24) 예컨대, 이탈리아의 "arbitrato irrituale", 네덜란드의 "bindend advies" 등은 그 대표적 예이다.

25) 仲裁鑑定은 事實이나 因果關係의 存否에 관하여 행해지는 경우가 많다. 이른바 품질

로 보는 견해도 있는데(독일의 통설), 이 개념은 중재감정의 개념을 광의로 파악하는 견해이다. 이에 대하여 중재감정의 본질을 解明的 내지 確認的 判斷(Das rechtsklärende od. feststellende Schiedsgutachten)을 내용으로 하는 것이라는 견해에서 본다면, 계약적용중재는 形成的 내지 非訟的 내용을 중심으로 하는 것이므로 협의의 중재감정과는 그 성질이 다르다. 本稿에서는 후자의 견해를 따르기로 한다.<sup>26)</sup>

## 2. 契約適應仲裁의 성질

계약적용중재는 사정변경의 법리를 적용하여 장래에 향하여 계약조건을 변경하는 것을 제3자의 판단에 맡기는 것을 말한다. 이 경우에 제3자는 모든 사정을 참작하여 합목적적 관점에서 가장 적절한 판단을 하며, 이 판단은 계약의 일부를 구성하게 된다. 이러한 의미에서 제3자의 판단은 形成的 判斷이다.<sup>27)</sup> 계약적용에 있어서 제3자가 행하는 판단은 展望的이라는 점에서 진정한 의미의 중재판단이 確認的 내지 回顧的이라는 점과 다르다. 이와 같이 계약적용중재에 있어서의 판단은 非訟事件的 성질을 지니고 있으므로 진정한 의미의 중재판단과는 그 성질이 다르다.

## 3. ICC의 契約適應規則과 契約適應標準條項

ICC는 장기적인 국제계약의 수가 점점 증가함에 따라 계약의 적용에 관한 문제도 또한 늘어나고 있다는 현실을 감안하여 계약적용문제를 처리하기 위한 규칙과 표준조항을 두고 있다.

감정은 품질중재(Qualitätsarbitrage)로 불리어지며, 그 자체로서 분쟁이 해결되는 수도 있으며, 이것도 품질감정의 일종이다. 이와 같이 품질감정계약은 손해발생유무나 액의 확정, 사고와 손해간의 인과관계의 존부, 과실의 유무, 노동능력상실의 정도, 매매대금, 조언·상담 등의 보수액 등의 다툼에 대하여 제3자에게 감정을 부탁하고, 그 감정결과에 복종한 다는 뜻의 합의이다.

26) 飯塚重男, 契約的仲裁의 諸問題, p.74~76.

27) 이 판단은 당사자 및 법원을 구속한다. 다만, 여기서 법원을 구속한다는 것은 판단결과로서의 형성력의 효과에 불과하다. 독일에서는 이러한 판단이 명백히 불공평할 때에는 이러한 의미에서의 구속력은 발생하지 아니한다(獨民 319조 1항)(Wittmann, Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtevertrages, 1978, S. 13 f.)



(1) 契約適應規則의 概要

계약적응분쟁을 처리하기 위하여 ICC에 常設契約關係調整委員會(A Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations ; 이하 “위원회”라 한다.)가 설치되어 있다. 위원회의 직무는 계약관계의 조정을 행할 제3자를 선정하고, 이 제3자가 행할 계약관계의 調整節次를 지원하고, 감독하는 것이다(규칙 1조 1항). 이 위원회는 ICC중재규칙에 의하여 설치된 중재법원에 상당하는 기관이다.

계약관계의 조정을 위한 제3자의 선정을 신청하고자 할 때에는 위원회의 사무국에 신청하여야 한다(규칙 3조 1항).

계약관계의 조정을 담당하는 제3자의 권한도 그 기초를 당사자의 합의에 두고 있다. 이러한 의미에서 진정한 중재인의 권한의 기초와 같다(규칙 9조 1항). 그러나, 제3자는 계약관계의 조정과 관련되는 모든 문제에 대하여 판단하는 권한을 가진다는 점에서 진정한 중재인의 권한 보다 그 권한의 범위가 넓다. 이에 따라 제3자는 그 판단을 하기 위하여 필요한 모든 자료를 수집할 수 있다(동조 2항). 한편, 당사자도 제3자가 그 직무를 수행하기 위하여 필요한 모든 편의를 제공하며, 또 모든 정보 또는 서류를 전달할 것을 확약한다(동조 3항). 제3자는 스스로 또는 당사자 일방의 요청에 의하여 당사자를 구두로 심문하여야 한다(동조 5항). 그러나, ICC適應規則에는 ICC중재규칙과 같은 상세한 절차규정은 없고, 다만, 모든 절차법상의 大原則인 當事者平等의 原則을 규정하고 있다. 즉, 제3자는 직무의 집행에 있어서 당사자를 평등하게 대우하여야 하며, 또 당사자의 의견진술과 反論에 있어서 평등한 기회를 부여하여야 한다(동조 4항).

제3자는 계약관계의 조정에 관하여 당사자의 선택에 따라 勸告 또는 判斷(decision)을 한다. 당사자가 권고를 받은 때에는 그것을 성실히 고려하여야 한다. 또 판단을 받은 때에는 그 판단이 계약 속에 포함된 것으로 간주되는 범위 안에서 당사자를 구속한다(규칙 11조). 제3자의 권고 또는 판단의 기간은 90일 이내이며, 이 기간은 상황에 따라 신장 또는 단축될 수 있다. 제3자의 권고 또는 판단에는 원칙적으로 이유를 붙여야 한다(규칙 12조 1항, 2항). 제3자가 3인으로 구성된 때에는 다수결에 의하며, 또 그 권고 또는 판단은 당사자가 합의한 곳에서 내려지며, 만약 당사자가 합의를 하지 못한 경우에는 위원회가 결정한 곳에서 내려진다(동조 4항).

## (2) 標準條項

ICC는 계약적용문제를 원만하게 해결하도록 하기 위하여 당사자가 계약체결 시에 미리 다음과 같은 표준조항을 두도록 권고하고 있다. 다만, 이 표준조항을 채택하기 전에 당해 계약의 準據法上 제3자의 조정에 대한 적법성과 유효성을 확인하여야 한다는 점을 지적하고 있다.<sup>28)</sup>

### Clause A

In the event that the parties are unable to agree to apply all or any the provisions of article ...of this contract(or any other appropriate wording chosen by the parties in the particular circumstances of the contract)

...“They shall apply to the Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations of the International Chamber of Commerce(ICC) in order that a third person<sup>29)</sup> who shall be appointed in accordance with the Rules on the Regulation of Contractual Relations of the ICC, and who shall carry out his mission in accordance with the said Rules, may issue a recommendation”.

### Clause B

In the event that the parties are unable to agree to apply to all or any of the provisions of Article...of this contract (or any other appropriate wording chosen by the parties in the particular circumstances of the contract)

...“they shall apply to the Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations of the International Chamber of Commerce(ICC) in order that a third person<sup>30)</sup> who shall be appointed in accordance with the Rules on the Regulation of Contractual Relations of the ICC and who shall carry out

---

28) ICC, Adaption of Contract - rules, standard clauses, application to standing committee \_, Pub. No. 326, p.10~11.

29) Should the parties wish to have the decision or recommendation made by a board of three persons instead of by one person, they should make this clear in the clause.

30) 앞의 註 22)와 동일함.

his mission in accordance with the said Rules may on their behalf make a final decision which shall be binding on the parties and shall be deemed to be incorporated in the contract".

만약 당사자가 제3자의 조정기간 중에 계약의 효력의 전부 또는 일부를 정지시키고자 할 때에는 그 뜻을 위의 표준조항에 명시하여야 하며, 또 필요한 경우에는 그 효력을 정지하고자 하는 조항을 명시하여야 한다. 그리고 당사자는 제3자에 의한 판단 또는 권고가 이루어질 장소를 명시할 수 있다.

ICC는 위의 계약적용에 관한 표준약관의 삽입 이외에 만약 당사자가 분쟁이 발생한 경우에 그 분쟁을 ICC의 중재에 부탁하고자 할 때에는 ICC의 표준중재조항을 넣도록 권고하고 있다.

#### 4. 契約適應仲裁의 이용가능성

계약적용의 문제가 당사자간의 분쟁으로까지 진전되어 이 분쟁을 진정한 중재에 의하여 해결하는 것이 과연 적절한 것인가에 대해서는 다소 의문이 있다. 오히려 당사자가 계약 속에 미리 계약적용조항을 둬으로써 가능한 한, 계약적용중재를 이용하는 것이 유리하다. 이와 같은 계약적용중재의 이용가능성과 관련하여 다음과 같은 두 가지 점이 논의되고 있다.<sup>31)</sup>

첫째로, 신속성의 문제이다. 예컨대, 국제건설공사나 플랜트수출계약의 경우를 보면, 분쟁에 의한 공사의 지연은 당사자에 대해 회복할 수 없는 손해를 발생하게 하는 경우가 많다. 이 경우에는 무엇보다도 분쟁의 신속한 해결이 강하게 요청되기 때문에 진정한 중재절차에 의하는 경우에 이와 같은 요청에 반드시 부응할 수 있겠는가 하는 점이다.

둘째로, 절차의 탄력성의 문제이다. 진정한 중재는 재판절차에 갈음되는 것으로서 당사자에 대하여 節次權을 보장하는 반면에, 중재판단은 既判力이 생기는데 이외에 집행허용선언을 받음으로써 그 내용을 강제적으로 실현시킬 수 있다. 그러나, 계약의 적용은 仲裁適格(arbitrability)이 있는가에 관하여 문제<sup>32)</sup>가 있을 뿐

31) 飯塚重男, 契約的仲裁의 諸問題, p.81~82.

32) 중재는 국가의 재판에 대체되는 것이라는 견해를 채택하여 재판에 의해서는 계약의 적용을 실현할 수 없다는 나라에 있어서는 契約適應의 仲裁適格은 부정될 것이다.

만 아니라 계약적용중재절차에서 행해진 제3자의 판단은 단순히 당사자의 합의에 대체되는 효력을 지니는데 불과하다. 따라서 그 판단에는 기판력이 생기지 않으며, 설령 그 내용을 실현시킬 필요가 있다 하더라도 진정한 중재판단과 같이 집행허용선언을 받아 그 내용을 강제적으로 실현시킬 수는 없다. 그러나, 당사자도 계약의 적용문제에 관한 한, 진정한 중재에 의한 해결은 바라지 않을 것이다. 왜냐하면, 계약의 적용에 있어서 내려진 판단은 계약의 일부를 구성하며, 그 내용도 장래의 협력을 중심으로 하는 전망적 판단이기 때문이다.

이와 같이 계약의 적용이 가령 중재의 형식을 취한다고 하더라도 그것은 진정한 중재는 아니며, 또한 그 판단도 진정한 중재판단은 아니다. 이러한 의미에서 계약적용중재의 절차나 판단에 있어서는 탄력성 내지 합목적성이 강하게 요청된다.

ICC가 제3자에 의한 계약의 적용과 진정한 중재를 구별하여 각각 따로 규칙을 정하고 있는 것은 바로 이 점에 근거를 두고 있다고 할 수 있다.

## V. 結 論

급변하는 국제거래환경 때문에 계약체결 후 뜻하지 않은 사정변경이 수시로 일어나고 있다. 그러므로 거래당사자는 당해 계약의 準據法에 따라 이러한 사정변경에 적절히 대처해 나가기 위한 대응책을 미리 강구해 둘 필요가 있다.

먼저 不可抗力에 관하여는 그 이론과 해석론, 판례의 동향 등을 면밀히 분석한 후, 가능한 한 완벽한 불가항력조항을 구성함으로써 자기보호책을 강구해 두어야 한다.

다음에, 특히 長期契約의 경우에는 흔히 사정변경으로 인한 계약의 적용문제가 생기므로 미리 계약 속에 계약적용조항을 넣어 두는 것이 가장 바람직하다. 계약적용조항을 구성하는 경우에도 중재의 이용가능성을 충분히 검토함으로써 미리 불필요한 분쟁발생을 예방하여야 한다.

한편, 우리 나라의 중재제도상으로는 계약적용중재에 관한 법적 근거가 없기 때문에 거래당사자로서는 계약적용중재조항의 유효성 여부에 관하여 의문을 가질 수 있으며, 또 이 문제에 관하여는 학자간에도 견해가 갈라질 수 있다. 그러

나, 앞에서 검토한 바와 같이 계약적용중재는 그 성질상 진정한 중재(한국 중재법상의 중재)에는 속하지 않는 것은 명백하며, 나아가 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 사항에 대하여는 제3자에게 계약의 적용을 부탁하는 계약도 기본적으로 私的自治의 문제에 속하기 때문에 유효하다고 해석하는 것이 타당하다. 그리고 계약적용중재에 관해서도 성질이 허용되는 범위 안에서 현행 중재법규정을 類推適用할 수 있다고 생각된다. 아무튼, 한국에서도 입법론 상으로 계약적용중재의 도입문제를 긍정적으로 논의하여 중재제도의 활용범위를 넓혀 나갈 필요가 있다. 또한 계약적용중재의 제도적 도입은 국제거래당사자에게도 사정변경에 대한 대응책 강구에 있어서 豫測可能性과 法的 安全性을 보장해 주는 첩경이기도 하다.

## ABSTRACT

Change of circumstances subsequent to formation of international business contract raises two issues on both parties' obligation to perform business transaction concerned. One is impossibility of performance due to events beyond control of parties and the other is adaption of contract.

In Anglo-American Law such an impossibility of performance is provided by the doctrine of Frustration and the doctrine of Practicability(UCC 2-615). In practice a "force majeure" clause should be included in contract defining the parties' mutual rights and duties if certain events beyond their control occur to safeguard themselves against possible impossibility.

On the other hand the tendency of international trade is that alongside sales contracts, there are contract for supplies, for furnishing raw materials, for building industrial complexes, and transferring technology. One characteristic of these agreements is their duration. For in order to carry out these agreements, it is necessary to complete a series of closely interrelated operations which, in the normal course of events, take place over a number of years. It is often difficult for the parties, when finalizing their contract, to have a full grasp of all of the factors governing their relations. With a view to resolving difficulties such as compromise the continuous performance of a contract, parties may insert a regulatory clause in their contract providing for intervention by a third person after stating in specific and detailed fashion the circumstances in which their contract may be adapted.

참 고 문 헌

- 姜二秀, “國際去來에 있어서의 Frustration에 관한 研究“, 崇實大 社會科學篇 23  
輯 PP.49-73, 1993.
- 小山昇, 仲裁の研究, 信山社, 1991
- 仲裁研究會, 仲裁法の立法論的研究, 商事法務研究會, 1993
- 國際商事仲裁協會, JCAジャーナル,
- 飯塚重男, 契約的仲裁の諸問題, 有斐閣, 1998
- 松浦 馨 · 青山善充, 現代仲裁法の論點, 有斐閣, 1998
- American Law Institute, Restatement of the Law-second-, (Pamphlet No. 2),  
American Law Institute Publishers, 1981
- Dolan John F., Uniform Commercial Code, Little, Brown and Company, 1991.
- Farnworth E. Allan, Contracts, Little, Brown & Company, 1996
- Folsom, Ralf H., Godon, Michael W., Spanogle John A., International Business  
Transaction, West Publishing Company, 1997.
- Guest, A. G Anson's Law of Contract, Clarendon Press · Oxford, 1995
- Horn-Schmitthoff, The Transnational Law of International Commercial  
Transactions, Stevens 1982.
- ICC, Adaption of Contracts, Pub. No. 326.
- , The International Centre for Technical Expertise, Pub. No. 307
- Lusk Harold F., Hewitt Charls M., Donnell John D., Barnes A. James.,  
Business Law, Richard D. Irwin, Inc., 1990.
- Mustill-Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England,  
Butterworths, 1989
- Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2.  
Aufl. J.C.B. Mohr, 1989
- Schmitthoff Clive M., Schmitthoff's Export Trade, Stevens, 1995
- Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl. C. H..Beck, 1990.