

중재계약의 법적 성질과 효력에 관한 연구

김 명 업*

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 중재계약의 법적 성질
- III. 중재계약의 효력
- IV. 결론

* 건국대 법학과 강사, 법학박사

I. 서론

1. 중재계약의 의의

중재라 함은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고, 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말한다. 중재가 유효하게 성립하기 위해서는 당사자의 명시적 합의로서 분쟁을 중재로 해결한다는 의사표시가 존재하여야 한다.¹⁾ 그리고 중재계약이란 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의²⁾를 말한다. Domke교수는 Arbitration is a creature of Contract라는 판례를 인용하면서 계약관계로부터 발생하는 장래의 분쟁 또는 현재의 분쟁을 해결하기 위해서는 당사자들이 중재에 의하기로 합의한다는 사실이 필요한 것이라고 하여 중재계약³⁾이 중재제도의 기초가 되는 것임을 강조하고 있다⁴⁾

2. 중재계약의 형식

뉴욕협약 제2조 제1항, 미연방중재법 제2조, 영국중재법 제32조, 독일민사소송법 제1027조 UNCITRAL 모델중재법 제7조 2항⁵⁾등에서도 중재판정권의 존부에 관한

1) 이순우, 「상사중재론」, 법경사, 1998, 25면.

2) 중재합의는 두가지 기본적인 형태가 있다. 하나는 장래분쟁을 중재에 부탁하는 합의로 주로 당사자간의 기본계약에서 중재조항(arbitration clause)의 형태를 취하고, 다른 하나는 기존의 분쟁을 중재에 부탁하는 합의로 중재계약(submission agreement)라고 한다. Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed.,(London:Sweet & Maxwell, 1991, p.130

3) 중재계약을 미연방중재법에서는 arbitration agreement라고 하고, 영국중재법에서도 역시 arbitration agreement, 독일민사소송법에서는 Schiedsvertrag, 프랑스 신민사소송법전에서는 la convention d'arbitrage라고 한다.

4) Martin Domke, Domke on Commercial Arbitration, (Illinois, Callaghan and Company, 1984), p.30.

5) 중재합의는 서면으로 작성되어야 한다. 합의가 당사자간에 서명한 문서 또는 합의를 기록으

다툼을 배제하기 위하여 중재계약은 서면으로 작성할 것을 요구하고 있으며 국제협약은 일반적으로 서면의 의미를 넓은 의미로 해석하고 있다. 우리 중재법 제8조 제2항에서는 중재합의는 서면으로 하여야 한다고 규정하여 서면주의를 명문화 하고 있으며 동조 제3항 1·2호에서는 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우, 서신, 전보,⁶⁾ 전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교부된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우도 서면에 의한 중재합의로 보고 있다. 중재계약의 존부의 문제와 관련당사자간에 다툼이 있다면 분쟁을 중재로 해결한다는 명시적 취지의 합의가 없는 한 적법한 중재관할을 인정할 수 없으며 서면성의 요건을 결한 구두중재계약은 무효라는 주장도 있다.⁷⁾ 그러나 한편으로는 일반사법논리상 구두계약도 명백한 계약인 것이며 묵시도 의사표시의 한 형태로 볼 수 있을 것이므로 분쟁을 중재로 해결하겠다는 당사자의 의사가 확인되거나 추정가능하다면 이론상 중재관할이 긍정될수 있다고 한다.⁸⁾ 그러나 중재에서는 중재계약의 존재 및 그 내용과 관련된 입증의 편의상 서면상의 요건이 필수적인 것이다. 또한 필요에 따라 중재판정의 강제집행을 보장받기 위해서도 서면성의 요건이 필수적인 것이다⁹⁾. 그리고 서면형식이 요구되는 경우에 이를 갖추지 않은 것은 중재조항에 합의가 있었다는 증인에 의한 증거로 보상될 수 없으며, 한편 국내법이 엄격한 형식요건을 갖추고 있는

로 남길 수 있는 교환 된 서신, 텔렉스, 전보 또는 다른 통신수단에 포함되는 경우 ……중략, 그러한 중재합의는 서면으로 작성된 것으로 본다

6) 서신 또는 전보라는 표현 속에 텔렉스가 포함되는 지의 문제가 제기될 수 있겠으나 텔렉스가 포함된다는 것에 이론이 없다. 특히 국제상사중재에 관한 유럽협약 제1조 및 UNCITRAL 표준상사중재법 제7조에서는 텔렉스가 포함된다고 명시적으로 규정하고 있다. 여기에서 주의할 것은 텔렉스 교환에 따른 중재계약체결이 유효하다고 할지라도 위조나 변조의 가능성이 있기 때문에 즉 상호간에 주고 받은 내용을 객관적으로 입증해줄 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있지 않아 어느 일방당사자가 전송내용을 상대방으로부터 받은 것처럼 기계조작이 즉석에서 가능하기 때문이다. 따라서 텔렉스 교환후 서신이나 전보로 확인 근거를 남겨두는 것이 후일에 대비하여 필요하다. 그리고 중재계약서를 작성할 때 시간과 노력을 절약하거나 업무의 능률을 높이기 위해 세부적인 내용을 일괄적으로 결정할 수 있는 요식화 된 표준중재합의서가 필요하다. 여기에 대해 자세한 것은 광영실, “중재계약체결에 따른 문제점과 대책”, 월간 경영법무, 1998.4, 55면 참조, 신한동, 「상사분쟁과 해결」, (서울:신영사, 1999), 143면 참조.

7) Martin Domke, op. cit., p. 173

8) 우성구, “국제상사중재계약의 효력에 관한 연구,” 「국제상학」, 1996. 6, 99면.

9) Anthony Alton, Russel on the Law of Arbitration, (London:Stevens and Sons Ltd., 1970). p.37.

경우에는 뉴욕협약이 우선한다¹⁰⁾

3. 중재계약의 요건

중재계약은 사법상의 법률분쟁에¹¹⁾ 관한 것이고 당사자가 처분할 수 있는 것이어야 한다. 또한 특정한 분쟁이어야 하고 분쟁이 현존하거나 장래의 분쟁도 가능하며 분쟁의 일부이든 전부이든 상관없다. 중재계약의 요건은 중재계약의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라질 수 있으나 사법상의 계약의 입장에서 보면 그 성립요건 및 효력요건을 갖추어야 할 것이다.

중재계약의 성립요건으로서는 당사자가 행위능력이 있고, 중재의사에 하자 없고, 중재내용이 가능, 확정, 적법하고 사회적 타당성이 있어야 할 것이다. 특히 행위능력에 있어서는 당사자자치의 원칙이 철저히 제한된다. 비록 중재계약에 관한 것이기는 하지만 뉴욕협약 제5조 제1항에서 계약당사자가 준거법하에서 행위능력이 없는 경우에는 중재판정의 집행이 거부될 수 있다고 명시하고 있다¹²⁾

중재계약은 중재대상이 되는 분쟁을 중재로서 원만하게 해결할 수 있는 중재계약 당사자가 합의되어야 하고 추후 중재합의에 이의를 제기할 수 없도록 완전하게 하여야 할 필요가 있다. 그러나 중재인선정, 심문장소결정, 준거법, 중재심문연기문제 및 중재관리 사무통지 등 모든 사항을 중재합의내용으로 명시한다는 것은 사실상 어려운 문제라고 할 수 있다. 대부분의 중재법은 중재계약의 요건을 규정하고 있고, 이러한 요건을 갖추지 못한 중재계약은 중재가 불가능한 것으로 규정하고 있다. 그리하여 대부분의 국가에서는 중재법의 제정과 함께 상설중재기관을 설립하고 중재기관의 정형화 된 표준중재조항을 이용하도록 권장하고 있다. 중재계약은 중재조항과는 달리 당시 당사자간의 특정분쟁을 해결하기 위하여 상황에 맞게 작성될 수 있

10) Mario Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, (Deventer:Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990), p.115 장복희, “중재합의의 형식과 내용” 중재, 1999. 6, 30면에서 재인용.

11) 사법상의 법률관계라 하면 일반적인 소송에 의한 판결절차로서 해결할 수 있는 분쟁을 말하며 비송사건, 가사심판사건, 집행사건 등은 사법상의 법률관계와 관련된 내용이라고 할지라도 중재계약으로 삼을 수 없다

12) 유럽협약도 같은 취지이다

다. 중재계약에는 중재판정부나 중재가 행해지는 특정장소에서 발생하는 특수한 사정이 고려될 수 있다.¹³⁾ 중재계약을 체결할 때 당사자의 적격성에 문제가 없고 중재의 대상이 되는 쟁점에 중재판정권이 존재한다고 할지라도 중재기관, 중재장소 및 준거법결정을 명확하게 합의해 두지 않으면 그 중재계약은 무효로 되거나 또는 이행불능으로 인하여 법원의 소송에 의하여 해결할 수밖에 없는 것이다. 특히 합의할 사항 중에서 중요한 것은 중재지와 준거법의 결정이다. 중재지란 중재가 이루어지는 장소로서 중재인들의 편의상 또는 필요상 심리를 여러 장소에서 할 수 있고, 현장조사, 증인신문의 경우에는 현장이나 증인소재지에서 중재절차가 진행될 수도 있다. 이러한 중재지의 결정은 당사자의 경비와 중재절차진행에 영향을 줄 수 있다. 중재에 사용될 언어도 특약이 없는 한 중재지의 언어가 사용되고, 중재에 적용될 준거법과 중재지법이 중재절차에 적용되므로 중재지결정을 놓고 당사자간 이해가 첨예하게 대립할 수 있다.¹⁴⁾ 이 중재절차가 다양한 장소에서 이루어진 경우에 중재지는 가장 중요한 중재절차를 진행한 곳이 중재지¹⁵⁾가 되어야 하는 바, 실무상으로는 중재판정의 주문과 이유를 도출하고 중재판정서에 서명한 곳이 중재지가 되는 수가 많다.¹⁶⁾

따라서 당사자간의 별도합의가 없는 한 중재지는 준거법, 중재인의 선정, 중재지의 대상범위 및 중재절차에 영향을 미치게 되므로 당사자는 중재합의에 유의할 필요가 있다. 다음에 준거법에 관한 문제로서 내국인간에 체결되는 중재계약에는 별도의 합의가 없어도 내국법의 적용이 전제되어 실질문제는 민상법 등의 실체법이 적용되고, 절차에 관해서는 중재법이 적용된다 그러나 국제중재계약에서는 그 중재계약에 적용할 준거법과 중재절차에 적용할 준거법을 어떻게 결정할 것인가 하는 문제로 분리해서 고려할 필요가 있다. 분쟁당사자쌍방이 합의하여 직접 준거법을 지정하는 것은 당사자자치의 원칙에 의하여 허용되며 국제중재에서도 이러한 원칙은 허용된다 당사자자치의 원칙은 준거법결정에서 갖는 두가지 의미로서 하나는 강행법

13) Gold Smith, "How to draft Terms of Reference", Arbitration Journal, Vol. 3, 197, p.218. 참조

14) 신한동, 앞의 책, 139면 참조

15) 중재지의 개념은 사실적인 개념이라기 보다는 법률적인 개념이다. 그러므로 중재판정부의 결정에 의하여 회합과 심리를 중재지 이외의 곳에서 할 수 있다

16) 목영준, 「상사중재법론」, (서울:박영사, 2000), 93면

규에 위배되지 않는 범위 내에서 법률행위의 내용을 스스로 규정하는 것이고, 다른 하나는 그 법률행위에 적용되는 법률, 즉 국제사법에서 준거법 자체를 연결점으로 하여 당사자가 지정하는 것이다. 17) 당사자자치의 원칙은 여러 입법례에서 찾아볼 수 있다.18)

II. 중재계약의 법적 성질

중재계약의 법적 성질을 어떻게 파악할 것인가의 문제는 중재계약의 유효성판단에 대한 준거법이 무엇인가를 해결하기 위한 것이다. 즉 중재계약의 법적 성질을 어떻게 이해하느냐에 따라서 중재계약의 준거법이 다르게 결정되고 외국중재판정의 승인 및 집행의 요건이 달라지기 때문에 중재계약의 법적 성질은 매우 중요하다고 할 것이다. 이러한 문제는 독일과 일본 등의 판례에 있어서 종래부터 논의되어 왔는데 우리나라의 학설도 독일과 일본의 영향을 받아왔으며 소송법학자들과 중재관련 실무자들 사이에서 각기 다른 시각으로 중재계약의 법적 성질을 파악하여 왔다. 일반적으로 중재계약의 법적 성질을 실체법으로 볼 것인가 절차법으로 볼 것인가 하는 점은 중재계약의 준거법 결정에 있어서 당사자자치를 인정할 것인가 또는 법정지법의 원칙에 의할 것인가의 문제이다¹⁹⁾ 당사자자치는 사법상의 계약설에 근거를 두고 있기 때문에 중재계약의 효력에 다툼이 있는 때에는 그 판단권한을 중재인이

17) 1923년 제네바의정서 제2조에서 당사자의 자유의사와 중재비법의 동시적용을 규정한 이래 뉴욕협약이나 국제상업회의소 부설 중재재판소의 조정중재규칙은 중재지법에 우선하여 당사자가 지정하는 법을 적용하였으면 UNCITRAL 중재규칙 제1조는 중재절차에 적용될 강행법규의 유보하에 당사자의 합의로 동규칙을 적용할 수 있도록 하였다

18) 우리 중재법 제29조 제1항은 중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다. 특정국가의 법 또는 법체계가 지정된 경우에 달리 명시하지 아니하는 한 그 국가의涉外사법이 아닌 분쟁의 실체에 적용될 법을 지정한 것으로 본다 고 규정하여 당사자자치의 원칙을 천명하였고, 프랑스 민사소송법도 국제중재의 중재인들은 다른 어떤 법칙 보다도 당사자들이 선택한 법칙에 따라 분쟁을 해결하여야 하고, 만일 당사들의 합의에 의하여라면 우의적 조정인으로서 재결할 수 있도록 규정하여 당사자자치의 원칙을 확인하고 있다. 유럽협약은 제7조에서 당사자들은 합의에 의하여 분쟁의 본안에 적용될 법을 자유로이 정할 수 있다고 명시하고 있다.

19) 고재경·서정일, 「국제상사중재론」, (서울:동성사, 1990), 82면.

갖는가 아니면 특정국의 법원이 갖는가 하는 점에서 당사자자치의 원칙을 적용한다면 각각 그 나라의 상사중재법에 의하여 결정하게 된다. 중재계약의 법적 성질에 대하여는 각국의 학설 및 판례도 상이하여 일률적으로 파악하기는 어려운 점이 있다.

1. 소송계약법설

이론적 근거로서는 중재절차에서 사용하는 용어가 민사소송법상의 용어를 그대로 사용하고 있고, 그 법전상의 순서배열을 보면 거의 중재제도가 민사소송법전에 규정되고 있기 때문이라고 한다.²⁰⁾

중재계약은 중재계약 자체 보다는 분쟁해결을 위한 수단과 방법으로서 중재판정 그 자체에 더 의의가 있다. 중재계약은 실체법상 권리의무관계 발생을 목적으로 하는 것이 아니라고 보며 중재계약을 소송법상의 계약으로 보는 입장이다.²¹⁾ 즉 중재계약은 중재판정에 선행하지만 오히려 중재판정은 중재계약의 목적이 되고, 따라서 중재계약은 이론적으로 볼 때 중재판정에 적용되는 법률이다, 중재판정은 기판력이 인정되고, 기판력이 인정된다는 것은 중재절차가 국가의 소송절차에 갈음하는 것으로 중재판정에 적용되는 법률 또는 소송법의 일환으로 볼 수 있다는 것이다. 각국의 중재법에는 거의 예외 없이 중재판정에 기판력을 인정하고 있다는 점²²⁾이다. 그리고 중재판정은 법원의 확정판결과 동일하므로 그 효력상에 있어서도 소송법상의 효과와 같다는 점에서 소송법상의 계약이라고 주장하고 있다. 즉 중재판정 내지 중재절차는 소송절차에 갈음하는 것이므로 절차법은 법정지법에 의한다는 원칙이 적용되어 중재절차는 중재가 행해지는 곳의 법에 의하여야 한다는 것이다. 따라서 중재계약의 요건과 효력도 당연히 중재절차가 행해지는 곳의 법률에 의하여 정해지게 된다. 이설에 의하면 중재계약은 실체법상의 계약은 아니므로 당사자자치의 원칙이 적용될 여지는 좁아지게 된다. 이러한 입장은 대개 대륙법계의 입장이다. 이처럼 소송

20) 최용춘, “중재도에 관한 몇 가지 문제,” (김두한 교수 화갑기념논문집, 국제항공우주법 및 상사법의 제문제), 법문사, 1994, 985면 참조.

21) 박종삼·김영락, “중재계약에 관한 판례분석,” 「중재」(서울:대한상사중재원, 1998. 12), 27면.

22) 우리 중재법 제35조, 독일민소법 제1040조, 일본민소법 제800조, 모델법 제34조, 뉴욕협약 제5조 등

법설은 그 근원적 형태에 있어서 법은 국가로부터 나오는 것이 정당하다고 보아 국가에 법률제정의 독점을 요구할 뿐만 아니라 오로지 국가기관만이 법률적 분쟁을 판정해야 한다고 주장하고, 법적 분쟁에 관한 타기관의 판정에 대해서는 국가가 그 기관에 국가의 고권을 위탁하였거나 그렇지 아니하면 국가법원의 사후심사의 판정이 있을 때까지 일시적·잠정적 판정이 있을 때에 한하여 구속력이 부여된다.

독일의 경우, 중재계약의 체결은 국가법원의 관할을 배제하여 방소항변의 근거가 된다는 소송법적 효과에서 찾고 있다.²³⁾ 그리고 중재계약에 의하여 비로소 법원의 판결과 동일한 효력을 갖는 판정을 목표로 하는 절차가 가능하게 되는데 사인에 의한 판정에 법원의 판결과 동일한 효력이 인정되므로 이는 소송법상의 효과이다. 중재계약의 법적 성질은 중재제도의 법적 성질에 의하여 결정되어야 할 것인바, 중재의 목표는 중재결정이며 이는 실체법상의 형식행위가 아니라 일종의 재판행위이므로 계약이 될 수 없다는 주장이다.²⁴⁾

2. 실체계약법설

중재계약을 실체법상의 계약으로 보는 입장이다. 즉 민사소송법에서는 절차의 임의성을 엄격히 배제하고 있지만 중재절차는 당사자자치의 원칙에 의하여 자유롭게 결정될 수 있기 때문이다 그러므로 중재계약은 일면 소송법적 성질을 지니고 있으나 주로 사법이 적용되는 사법상의 계약이라고 본다. 따라서 중재판정은 중재인이 국가로부터 위임받은 재판권을 행사하는 것이 아니라 중재계약상 표시된 당사자의 의사를 구체화 하는 것이므로 당사자는 원칙적으로 그 절차를 정할 자유를 가지고 있고, 국가기관인 법원이 관여하는 것은 중재계약에 나타난 당사자의 의사실현에 불과하다는 것이다. 그러므로 중재절차의 준거법은 당사자의 의사에 의하여 또는 그것이 명백하지 않은 경우에는 계약의 다른 요소로부터 당사자의 의사를 추론할 수 있다.²⁵⁾ 그리하여 중재계약은 사법상의 계약에서와 마찬가지로 당사자의사자치의 원칙

23) Hausmann, Rainer, 「Internationales Vertragsrecht」, (Köln:Verlag Dr.Otto Schmidt KG, 1988), Herausgeber Christoph Reitmann und Dierer Martiny, S. 1089 ;Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl.,(München:C.H.Beck, 1981), S. 212.

24) Vgl. Hausmann, a.a.O.,S.37

을 적용하고자 하는 법정책적인 고려를 바탕으로 하고 있다.²⁶⁾

이러한 실체법설의 근원적 형태는 중재판정을 사인의 자치적·사법적 법률제정권의 발현이라고 본다. 이는 그 내용에 있어서나 구속력에 있어서도 당연한 권리로서 요구할 수 있는 사적 규범이 존재할 수 있고, 중재절차에 관해서도 기본적으로 국가재판권에 대하여 거부적이고 소극적으로 대립하는 것이 아니라 그것과 병행하여 중재절차에 있어서 하나의 사법적 법률재판권을 인정하고, 국가재판권에 의한 중재판정의 사후심사를 원칙적으로 배제하여 중재절차를 전체적으로 사법적 법률제도로 생각하는 것이다.²⁷⁾

중재계약에서 당사자는 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁을 중재인을 통하여 해결할 것을 합의한다. 그런데 이는 당사자에게 인정되는 생활관계를 스스로 형성할 수 있는 권능, 즉 실체법상의 처분권으로부터 나오는 것으로 중재계약은 화해와 유사한 성질을 갖는다고 한다.²⁸⁾ 따라서 중재계약에 속하는 범위내에서는 실제 사법이 적용되어야 하는 것은 당연하다. 중재계약의 실체법적 성질에 착안하여 그 준거법을 결정한다는 관점에서 보면 그 준거법은 중재계약의 체결당시에 존재하는 여건에 의거하여 결정하게 되는데 국제사법상의 당사자자치의 원칙이 적용될 수 있는 근거가 된다고 한다.²⁹⁾ 독일의 판례도 중재계약도 관할합의와 마찬가지로 소송법적 관계에 관한 실체법적 계약으로 보고 있다.³⁰⁾ 이러한 표현은 중재계약이 사법적인 요소를 기반으로 하고 있다고 할지라도 통상의 계약과는 다르게 일정한 절차에 의하여 이해조정을 도모하고 있다는 사실을 알 수 있다.

25) 이호원, “외국중재판정의 승인과 집행”, 「재판자료 제34집」, (서울:법원행정처, 1986), 660면

26) P. Schlosser, *Das Recht der internationalen private Schiedsgeritbarkeit*, (Heidelberg:C.H Müller, 1975), Bd. I, S.41.

27) 김홍규, “중재제도의 기능과 전망”, 「중재」, (서울:대한상사중재원, 1992. 1), 14면.

28) .Lorenz, Werner, “Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch”, *AcP* 157, S.265(1958/1959), S.265ff.

29) 목영준, 앞의 책, 81면.

30) BGHZ 23, 198, 200

3. 혼합계약설

이상의 견해와는 달리 중재계약을 소송법상의 계약과 실체법상의 계약이 혼합되었다고 보는 혼합계약설이 있다.³¹⁾ 뉴욕협약은 혼합계약설의 입장에 있다고 보여진다. 즉 중재합의의 효력의 준거법은 당사자가 지정한 법 만일 당사자 사이에 준거법 지정이 없는 경우에는 판정국법을 적용한다고 규정하고 있다.³²⁾ 독일의 판례는 중재계약을 소송법적 관계에 관한 실체법상의 계약으로 보고 있다.³³⁾

4. 소결

중재계약의 법적 성질을 논하는 이유는 그 법적 성질을 어떻게 파악하느냐에 따라 중재계약 및 중재절차의 준거법 결정에 결정적인 영향을 미칠 뿐 아니라 외국중재판정의 승인 및 집행요건³⁴⁾이 달라지기 때문이다.³⁵⁾ 즉 소송법설에 따라서 중재계약의 법적 성질을 소송법에 속하는 것으로 파악한다면 중재판정의 법적 성질도 당연히 국가법원의 판결과 동일시하지 않으면 안된다고 보아야 하는데, 이와 같이 중재판정과 국가법원의 판결이 본질적으로 동일하다고 이해한다면 외국중재판정에 대해서도 외국판결의 효력에 관한 규정(민사소송법 제203조)³⁶⁾이 적용되게 된다. 그러나 외국판결의 효력에 관한 규정에 있어서는 구체적 정의의 실현이라고 하는 법률적 측면보다는 자국의 재판고권의 유지 내지 국가정책적 요소가 지배적인데 반하여,³⁷⁾ 중재판정은 사인인 중재인이 당사자가 중재계약에서 수여한 해당분쟁에 대한 판정권에 기해서 행하는 사적이고 임의적인 행위이기 때문에 중재판정에 있어서는

31) 小山昇, 「仲裁法」, (東京:有斐閣, 1983), 37面

32) 뉴욕협약 제5조 1항

33) RG, 144. 98 : BGHZ, 23. 200 : BGH, 48. 46

34) 자세한 것은 장문철, “외국판결과 외국중재판정의 승인 및 집행,” 중재학회지, 1993, 10-16면 참조

35) 김홍규, “중재제도의 법적성질에 관한 연구,” 「연세논집」, 1981. 71면.

36) 독일민사소송법 제328조, 일본민사소송법 제200조.

37) 상호보증(한국민사소송법 제203조 제4호, 독일민사소송법 제328조 제1항 제5호, 일본민사소송법 제200조 제4호)의 경우가 대표적인 예가 된다.

국가의 권위나 정책적 요소를 찾아볼 수 없다고 보아야 한다.

중재계약은 소송의 배척을 목적으로 하는 것이므로 중재계약이 존재함에도 불구하고 당사자일방이 소송을 제기한다면 법원은 그 소를 각하하여야 하고 또한 최종적으로 얻어진 중재판정은 기관력과 집행력을 갖는다는 측면에서는 소송법적 성질을 갖는다고 하는 것을 부정할 수는 없다. 그러나 상사중재제도가 당사자자치에 의한 분쟁해결수단으로서 발전되어 왔다는 연혁적 측면에서 당사자가 자유로이 중재절차를 선택할 권리를 인정하여야 한다는 점에서 중재계약은 실체법적 성질을 지니고 있다고 보아야 할 것이다. 국제상사중재계약은 기본적으로 국제사법상의 계약이고 따라서 국제사법의 일반원칙인 당사자자치의 원칙에 따라 전반적으로 조망되어야 할 것이다. 이러한 당사자자치의 원칙은 그 당사자의 지정에 있어서 실질적 지정과 저촉법적 지정이 있다. 실질법적 지정은 일정한 법률행위의 준거법의 강행규정에 위반되지 않는 한 준거법 소속 이외의 법률을 지정하는 경우로 이 때 당사자에 의해서 지정된 법률은 그 법률행위 자체를 지배하는 법률이 아니고 법률행위의 내용을 당사자가 세부적으로 결정하는 대신에 어느 나라의 실질법을 지정하는 것에 지나지 않는데, 이는 실질법상의 계약자유 원칙의 한 형태라 할 수 있다. 이에 반해 저촉법적 지정은 법률행위자체를 지배하는 법률, 즉 국제사법상의 준거법자체를 당사자가 지정하는 것인데, 이는 국제법상의 준거법을 선정하는데 있어서 당사자의 의사가 바로 국제사법상의 연결점으로서 인정되는 것이다. 국제사법상 당사자자치의 원칙이란 곧 저촉법적 지정을 허용하는 것을 의미한다.³⁸⁾ 이러한 입장에서 중재계약의 법적 성질을 살핀다면 실체법상의 계약으로 보는 것이 세계적 추세이며 준거법의 결정에 있어서 당사자자치의 원칙이 적용된다 할 것이다.³⁹⁾ 만약 중재계약의 성립 및 효력에 관해서 당사자자치의 원칙을 적용하지 않고 중재절차가 행해지는 장소의 법에 따른다면 중재계약의 요건 및 효력도 당연히 중재절차가 진행될 장소의 법에

38) 서정일, “중재계약의 법리와 준거법지정에 관한 고찰,” 건국대대학원논문집, 1987, 318면.

39) 박종삼·김영락, 앞의 논문 33면은 여기에서 주의해야 할 점은 중재계약을 실체법상의 계약이라고 이해하는 경우에도 중재계약은 「중재절차」라는 일정한 절차를 통하여 당사자간의 이해를 조정할 것을 목적으로 하는 것이므로 중재절차에는 절차법적 요소가 도입되지 않을 수 없다고 한다.

따라야 할 것이다. 이렇게 되면 중재계약은 소송법의 적용을 받아야 할 계약이고, 국제사법상의 당사자자치의 원칙은 적용될 여지가 없게 될 것이다.

IV. 중재계약의 효력

1. 중재합의의 유효성

중재계약이 유효하다면 다른 계약과 마찬가지로 당사자들에게 계약내용에 따른 의무를 부과한다. 따라서 중재계약의 효력은 한편으로는 계약당사자로 하여금 중재에 이르고 중재판정에 따르도록 하는 효력과 다른 한편으로는 국가의 재판관할권을 배제하는 효력이다. 그러나 중재계약이 효력을 발휘하려면 유효하여야 하므로 먼저 그 유효성에 대하여 살펴보기로 한다. 유효한 중재합의가 존재하느냐의 여부가 분쟁의 본안에 앞서 다루어지는 경우에 중재인은 이 문제를 심문하고 결정할 권한이 있다. 중재가 분쟁당사자의 합의에 기반한다는 것을 근거로 해서 중재의 일방당사자는 중재합의의 내용 및 형식상 흠을 들어 중재진행에 반대하는 주장을 함으로써 중재절차를 지연시킬 수 있고 이에 따라서 분쟁을 신속하고 저렴하게 해결한다는 중재의 기본정신이 실현되지 못하는 경우도 발생한다. 이처럼 중재인이 행사하는 관할권의 근거에 대한 다툼으로 인해서 중재절차가 제대로 진행되지 않고 중재인이 자신의 관할권에 관한 판단을 할 수 없다면 결국은 법원의 판단에 따라서 중재합의의 존재여부가 가려질 수밖에 없다 여기에는 많은 시간과 비용이 들어가므로 이런 경우를 대비해서 중재인이 스스로 중재와 관련된 재판관할권을 갖는지의 여부를 판단 하루 있도록 함으로써 중재절차가 순조롭게 진행되도록 하고 있다.⁴⁰⁾

중재합의가 부존재, 무효, 효력상실 또는 이행불능인지를 판단하는 기준이 되는 실질법은 중재합의에 적용되는 실질법으로서 개념상 주된 계약에 적용되는 실질법과 구별된다. 그렇다면 중재합의의 부존재, 무효, 효력상실, 이행불능을 포함한 중재합의의 유효성을 판단하는 기준이 되는 준거법은 무엇인지가 문제된다. 이 경우는

40) 우리 중재법 제17조, 독일 민사소송법 제1040조, 프랑스 민사소송법 제1466조

중재합의가 뉴욕협약 기타 다른 국제조약의 적용을 받지 않는 경우와 중재합의가 뉴욕협약 기타 다른 국제조약의 적용을 받는 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자의 경우 법정지법설에 의하면 중재합의의 유효성이 문제되고 있는 법정지국의 국제사법에 의하여 실질법이 결정된다. 이에 대하여 중재지와 실질법과의 관련성을 부인하여 중재인이 중재지의 국제사법을 경유하여 실질법을 정할 것이 아니고, 중재인 스스로가 적절하다고 판단되는 국제사법을 적용하여 실질법을 정하여야 한다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 후자의 경우 중재판정의 승인 또는 집행단계에서 뉴욕협약은 제5조 제1항 a호에서 중재판정의 승인 또는 집행거부사유를 명시함으로써 중재합의의 유효성을 판단하는 기준이 되는 실질법을 명시하고 있으므로 행위능력 이외에 관한 실질법은 1차적으로는 당사자들이 정한 법, 2차적으로는 중재판정지의 법이 되는 것이다. 중재합의의 승인단계에서는 중재합의의 승인에 관한 뉴욕협약 제2조 제3항은 중재합의가 무효, 효력상실, 이행불능이 아닌한 ..., 당사자들을 중재에 회부하여야 한다고만 규정함으로써 중재합의 승인단계에서 무효, 효력상실 또는 이행불능 여부를 판단하는 기준이 되는 실질법이 무엇인지에 고나하여 침묵하고 있다. 먼저 행위능력에 관하여는 뉴욕협약 제5조 제1항 a호가 그들에 적용될 준거법하에서 라고만 규정하였기 때문에 이를 제2조 제3항에 준용하여도 별다른 문제가 없다. 그러나 그밖의 점에 관한 무효, 효력상실, 이행불능사유를 판단할 기준에 관하여는 뉴욕협약제5조 제1항 a호에 의한다는 설과 법정지의 국제사법에 의한다는 설이 있다.⁴²⁾

2. 소극적 효력

1) 직소금지의 효력

중재계약의 당사자는 중재계약이 체결된 분쟁에 대하여 중재인의 중재판정에 따라야 하며 당사자는 일반법원에서 재판을 받을 권리가 없다. 일반적으로 당사자사이에 중재계약이 존재하는 경우에는 중재합의가 무효나 실효 또는 불능이라고 인정되

41) 석광현, 국제상사중재에 있어서 실체에 적용할 준거법의 결정”, 『법실천의 제문제』(동천 김인섭변호사 화갑기념논문집), 1996, 530면

42) Fuller Company v. Compagnie des Bauxites de Guniee, 421 F.Supp.938(W.D.Pen 1976) 같은 미국 연방법원의 판결이 있다.

는 경우를 제외하고는 당해분쟁의 법원제소를 금지하고 법원으로 하여금 분쟁을 중재절차에 회부하도록 하는 효력을 직소금지의 효력이라고 한다.⁴³⁾ 예를 들어 뉴욕협약이 적용되는 중재합의가 존재하면 동협약 제2조 제3항에 따라 일방당사자의 신청에 따라서 채약국 법원은 제기된 사건을 중재에 회부하도록 명령해야 한다. 이 규정의 취지는 중재합의가 존재하기 때문에 일반법원에 소를 전혀 제기할 수 없다는 뜻이 아니고 일방당사자의 신청이 있으면 중재합의의 존재를 이유로 중재판정부가 분쟁의 본안을 판단할 수 있는 배타적 관할권을 지니기 때문에 소가 제기된 법원은 더 이상 해당사건의 본안에 대해서 판단할 수 없단 것이다. 이 규정의 적용과 관련하여 당사자의 국적, 주거지 등은 문제가 되지 않는다⁴⁴⁾. 이러한 효력은 소극적 효력으로서 일부국가에서 장래분쟁에 관한 중재합의에 한하여 제한적으로 인정받는 것을 제외하고는 예를 들면 일부 남미국가들의 경우 장래분쟁에 관한 분쟁발생후 새로운 중재합의를 체결할 의무를 부담시키므로 법원은 최초의 중재합의에 의하여 재판권이 박탈되는 것이 아니고 새로운 중재합의에 의하여 재판권이 제한된다고 한다⁴⁵⁾ 그러나 이 직소금지의 효력은 모든 입법에서 그 효력을 인정받고 있으나⁴⁶⁾ 그 구체적 발현형태에 대해서는 국가마다 다르다.

2) 직권조사사항 여부

그러나 중재계약에도 불구하고 법원에 제소중일 때 당사자가 중재계약의 존재를 알면서도 항변을 주장하지 아니하고 본안에 응소하여 변론을 하였을 경우에 항소권은 소멸한다. 따라서 중재계약의 존재를 이유로 하는 항변은 방소항변이라 할 수 있고 법원은 항변에 타당한 사유가 있는 경우에는 소권을 부정하고 소를 각하하여야 한다. 그러나 만약 법원이 중재계약을 이유로 항변이 있는데도 불구하고 본안판결을 하였다면 그 판결은 판단유탈의 이유로 상고사유가 된다. UNCITRAL 모델법안 제

43) 우리 중재법 제9조

44) 목영준, 앞의 책, 121면.

45) 박상조/주기종/윤종진 공저, 「국제상사중재법론」, (서울:한울출판사, 1997), 63면

46) 외국의 입법례를 보면 미연방중재법 제3조, 영국 중재법 제9조, 프랑스 민사소송법 제1458조, 독일민사소송법 제1032조 등이 있고 국제협약으로는 제네바 의정서 제4조, 뉴욕협약 제2조 3항, 유럽협약 제6조 제1항, 모델법안 제8조 제1항 등이 있다.

8조 제1항도 본안에 관한 최초의 변론보다 늦지 않게라고 규정하고 있고, 유럽협약 제6조 제1항도 본안에 관한 항변 이전 또는 동시에 라고 규정하고 있다. 독일의 학설도 중재계약의 항변은 본안의 구두변론전에 제출되어야 한다고 보고 있지만 그러한 경우에 소의 적법성에 관한 책문을 본안의 구두변론전에 제출하여야 하고, 경우에 따라서는 법원에 의한 법정 의 응소기간 내에 유효하게 주장되어야 한다는 취지를 규정하고 있는 독일 민사소송법 제282조 제3항 및 시기에 늦게 행사된 책문은 피고가 그 이유를 소명한 경우에 허용된다는 취지를 규정하고 있는 동법 제296조 제3항을 원용하고 있다⁴⁷⁾ 그러나 중재조항에 의해서 중재계약이 체결되어 있는 경우에 피고가 본안의 변론에 출석한 경우에는 직접적으로 항변을 제출할 수 없다고 해서는 안될 것이다. 독일과 일본의 판례가 보여주는 바와 같이 그러한 경우에 피고가 중재계약의 존재를 알고 있었는가의 여부를 조사하는 것이 중요하다고, 할 수 있다. 피고가 과실없이 항변을 주장할 수 없었던 것을 증명한 경우에는 본안에서 변론한 후에도 항변을 제출할 수 있다고 해석하여야 할 것이다⁴⁸⁾. 피고가 과실없이 항변을 주장할 수 없었던 사실을 증명한 경우에는 본안에서 변론한 후에도 항변을 제출할 수 있다고 해석하더라도 중재계약은 당사자간에 의도적으로 체결되어 존재하는 것이기 때문에, 중재계약을 분쟁해결의 수단으로 하여 합리적인 범위 내에서 발생한 것은 타당하다고 보아야 한다. 우리 중재법은 항변의 제출시기는 본안에 관한 최초의 변론을 할 때 까지라고 하여 항변의 제출시기를 법 제9조 제2항은 명시하고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 법원이 중재계약 존재의 항변을 받아들인다면 중재계약은 부제소의 합의의 하나이므로 소의 이익이 없어 이를 각하하는데 학설과 판례의 다름이 없으므로⁵⁰⁾ 우리 중재법 제9조 1항은 각하하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 직소금지의 효력은, 중재계약이 유효한 때에만 발생하며 중재계약이 무효이거나, 효력을 상

47) F. Stein/M. Jonas/P. Schlosser, *Zivilprozeßordnung*, 20.Aufl.,(Tübingen:J.C.B. Mohr, 1980), §1027 a. II 2. Rdn. 3.

48) R.A.Schütze/D.Tscherning/W.Wais, *Handbuch des Schiedsverfahrens*,(Berlin:Walter de Gruyter, 1990), Rdn. 126, .S.73.

49) 우리 구 중재법은 항변의 제출시기에 관한 명문의 규정이 없어 피고가 본안에 관한 변론과 함께 항변을 제출한 경우에 어떻게 할 것인가에 대한 의문이 있었다

50) 강현중, 「민사소송법」, (서울:박영사, 1998), 320면.

실하였거나 이행이 불가능인 경우에는 당사자는 직소금지 제도의 제한을 받지 않는다.⁵¹⁾

항변의 제출방법에 있어서 중재법원에 중재가 신청된 경우에도 그로 인하여 아무런 소송계속을 수반하지 아니하므로 항변은 직권으로 고려되지 않는다. 따라서 법원은 피고가 항변을 주장한 경우에 비로소 참작하게 된다. 피고가 중재절차에서 동일한 분쟁에 관하여 국가의 통상법원의 관할권을 가지고 있다는 사실을 주장한 경우에 있어서 항변은 간계를 피하는 것이 될 위험이 많으므로 부적법한 것으로 간주되어야 한다. 피고가 충분한 지불능력이 없는 경우에는 중재계약의 항변은 물론 부적법한 것이 되므로 중재법원은 피고를 구제할 수 없다. 항변의 기초가 되고 있는 중재계약이 어떠한 국가의 지배를 받고 있는가의 여부는 문제가 되지 아니한다.⁵²⁾ 항변을 제출함에 있어서 피고는 국가의 법원에 의해서가 아니라 중재인의 면전에서 중재를 받아야 한다는 취지를 명백히 해야 한다. 중재계약의 항변은 사전에 포기할 수도 있다.⁵³⁾

2. 적극적 효력

중재계약의 적극적 효력에 기하여 분쟁당사자는 분쟁을 중재절차에 회부하고 중재판정을 얻어 내기 위하여 단계별로 법원의 협조를 얻을 수 있다.

1) 불가철회성

일단 중재계약이 발효한 이상 임의로 철회할 수 없다. 계약의 구속력에서 논리적으로 도출되는 귀결인 것이다. 우리 중재법 제35조에서는 중재판정은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력을 지닌다고 하여 중재계약의 성립은 상호협의하에 취소하지 않는 한 분쟁을 단심제로 최종해결한다는 철회불가의 효력을 발생시킨다.⁵⁴⁾

51) 중재법 제9조 제1항 단서

52) R.A.Schütze/D.Tscherning/W.Wais,, a.a.O., S.74.

53) Demsey & Associates v. S.S. Sea Star, 461 F.2d 1009(2nd Cir. 1972) ; Conel & Co, v. Baber & Ross Co., 360 F.2d 512(CADC, 1966).

54) 고재경, 서정일, 앞의 책, 78면.

2) 임시조치

당사자의 중재합의에 의하여 법원의 분쟁관여가 배제된다. 그런데 중재판정이 나오기 전에 법원이 중재과정을 돕기 위하여 압류나 가압류 같은 보전처분을 취함으로써 중재에 관여하는 것이 가능한가의 문제가 있다. 즉 중재계약의 대상이 된 분쟁물에 관하여 법원에 보전처분을 신청할 수 있는가 하는 점에 있어서 뉴욕협약은 이에 관하여 직접규정하고 있지 아니하므로 일반적으로 법원에 의한 보전처분의 가능여부의 여부는 보전처분을 구하고자 하는 국가의 법에 의한다. 법원에 의한 보전처분의 허용여부는 보전처분을 허용하는 것이 중재에 의한다고 하는 당사자합의의 본질을 저해하는지의 여부에 결정되어야 할 것이다.⁵⁵⁾ 최종판정과는 관계없이 중재의 대상이 된 재산을 보호하기 위하여 필요한 조치를 지시할 수 있다.”고 규정하여 법정에 보전처분을 구할 수 있도록 하였으나 당사자 쌍방의 동의가 있어야 하는 것이므로 그 실효성이 문제인 것이다.

3) 중재판정의 종국성

중재법 제35조는 중재판정의 효력에 관하여 중재판정은 당사자간에 있어서는 법원의 확정판결과 동일한 효력이 있다고 규정하고 있다.

여기서, 확정판결이란 판정이 상급재판소에 의하여 취소될 가능성이 없어졌을 경우를 지칭하는 것 형식적 확정력이며, 판정의 확정은 민사소송법 제471조 규정에 의한다. 중재 판정은 裁決에 속하기 때문에 사실관계의 개별적인 내용을 확인하여 확실하고 분명한 결정을 내려야 하며, 사실관계의 불분명과 적용법규의 애매함을 이유로 중재인은 판단불능, 불가의 판정이나 미결상태의 보유결정을 내릴 수 없으며 이러한 결정은 확정판결로서의 효력을 갖지 못한다. 그리고 중재판정은 중재에 부탁된 분쟁사항의 전반에 대한 포괄적인 종결판정이어야 한다. 판결의 종결성은 ‘판정의 구속력이 미치는 기판력의 객관적인 범위와 관계가 있으며 종결판정에서 다른 동일 사항은 중재판정의 종국성으로 인하여 이를 다시 다룰 수 없음이 원칙이다.’⁵⁶⁾ 따라

55) 이기수, 「국제거래법」, (서울:세창출판사, 1999), 389면

56) 민사소송법 제202조는 “확정판결은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력이 있다.”고 규정.

서 이를 최종해결의 효력이라고도 한다.⁵⁷⁾

4) 중재계약의 국제적 효력

중재계약의 국제적 효력은 중재판정의 승인 및 집행문제와 함께 해야 한다는 인식하에 1927년 제네바협약이 결성되었지만 유명무실해졌고, 그후 신국제질서의 필요와 지원 아래 결성된 뉴욕협약의 내용은 제네바의정서와 협약의 내용을 병합수용함으로써 중재계약의 효력이 국제적으로 인정을 받게 되었다. 서면으로 된 중재합의는 계약에 의한 것이거나 아닌가를 불문하고 뉴욕협약에 따라 승인 및 집행이 인정된다. 우리나라는 1973년에 뉴욕협약에 가입하였으므로 외국중재규정의 승인 및 집행이 보장된다.⁵⁸⁾ 따라서, 동협약은 국내법과 같은 효력을 가지게 되며, 한국에서 내려진 중재결정이 동협약국의 일원인 외국에서 승인 및 집행 될 수 있고, 또한 상호주의원칙에 따라 외국의 중재판정도 우리나라에서 승인 및 집행될 수 있고, 승인을 위하여는 별도의 절차가 불필요하게 된 것이다. 이는 법원의 협조 중 가장 중요한 것으로서 승인과 집행에 의하여 사인의 판정에 공권적 실효성을 부여하는 것이다.⁵⁹⁾

IV. 결 론

중재계약은 중재조항의 형태이든 계약의 형태이든 기존의 분쟁이나 장래 분쟁을 중재에 부탁하는 당사자들간의 합의를 말한다. 중재계약은 통상 자체 형식과 요건을 갖추어야 하고, 중재조항은 광범위한 계약관계의 다양한 조항 중의 하나로 당해 계약의 일반규칙에 속한다. 1958년 뉴욕협약은 중재합의가 당사자간에 서명되었거나 교환된 서신이나 전보에 포함됨으로써 그 유효성이 인정된다고 한다. 1985년 UNCITRAL 모델중재법도 중재합의는 서면으로 작성되어야 한다고 하여 중재계약에 있어서 서면의 형식을 요구하고 있다. 우리 중재법 우리 중재법 제8조 제2항에서는 중재합의는 서면으로 하여야 한다고 규정하여 서면주의를 명문화 하고 있다. 서

57) 이순우, 앞의 책, 82면.

58) 뉴욕협약 제1조, 제3조 참조

59) 사법연수원, 「국제상사중재」, (서울:사법연수원, 1999), 40면.

면성을 입법으로 요구하는 국가에서는 서면에 의하지 않은 중재계약은 무효로 하는데 반하여 그렇지 않은 국가에서는 이를 입증의 문제로 본다. 중재계약은 사법상의 법률분쟁에 관한 것이고 당사자가 처분할 수 있는 것이어야 한다. 또한 특정한 분쟁이어야 하고 분쟁이 현존하거나 장래의 분쟁도 가능하며 분쟁의 일부이든 전부이든 상관없다. 중재계약의 요건은 중재계약의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라질 수 있으나 사법상의 계약의 입장에서 보면 그 성립요건 및 효력요건을 갖추어야 할 것이다.

중재계약의 법적 성질은 크게 소송법적 효력과 실체법적 효력으로 나뉜다. 전자는 중재계약이 있으면 당사자는 재판청구권이 포기되고, 중재인에게 전권이 주어지고, 판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력이 인정되므로 이는 소송법상의 효과이다. 후자는 중재계약은 중재계약의 성립 및 효력에 관하여는 국제사법상 당사자자치의 원칙이 적용될 수 있는 것이라고 한다. 중재계약은 중재인의 판정행위에 따름으로서 분쟁을 종지시킬 것을 목적으로 하는 점에서 화해계약과 유사하며 중재계약이 속하는 범위 내에서는 실제사법이 적용되어야 할 것이다. 이러한 중재계약의 법적 성질을 논하는 실익은 그 준거법에 있어서 당사자자치를 인정할 것인가에 있다.

중재계약의 효력으로서 소극적 효력은 직소금지 효력으로서 중재계약이 소송절차의 진행을 방해하고 법원으로 하여금 분쟁을 중재절차에 회부하도록 하는 효력을 말한다. 그리고 중재항변은 본안에 관한 최초의 변론을 할 때까지 제출하여야 한다. 따라서 중재계약의 존재를 이유로 하는 항변은 방소항변이라고 할 수 있다. 또한 적극적 효력으로서 중재사건이 증가함에 따라 비록 소송에 의한 경우보다 처리기간이 짧다고 할지라도 중재신청인의 입장에서는 중재판정을 받을 때까지 중재판정에 의한 집행보전을 취하여야 할 현실적인 필요성이 제기되고 있다. 이에 대하여 상사중재규칙 제40조의 해석에 의하여 중재의 대상이 된 재산에 대하여 재산보존조치가 가능하다고 할 것이다. 중재계약에 기하여 단계별로 법원의 협조를 얻을 수 있는 단계로서 중재합의의 승인 및 집행단계, 증거조사단계, 중재판정의 승인과 집행단계로 구분할 수 있다. 특히 외국 판정의 승인과 집행에 관해서는 뉴욕협약에 따라 승인 및 집행이 보장된다.

ABSTRAC

A Study on Legal Property and Effect of Arbitration Agreement

Myung-Yeop Kim

Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of defined legal relationship, whether contractual or not.

Arbitration has become increasingly popular in settling international and domestic commercial disputes nowadays. The importance of arbitration agreement cannot be overemphasized. It is the most reasonable way to settle commercial disputes.

There are two types in arbitration agreement. one is arbitration clause, the other is submission agreement.

The arbitration agreement must be made in writing, in addition, other communication instruments shall be considered as effective arbitration agreement if they are properly documented.

Over the past few decades, a considerable number of studies have been conducted on the legal property of arbitration agreement in Germany and Japan. Its legal property is aspect of substantial law contract.

The basis of arbitration agreement is the principle of party autonomy.

The important effect of arbitration agreement is to preclude jurisdiction from national court. The respondent shall raise a plea not later than when submitting his first defense on the merits of the action. As positive effect of arbitration agreement, the court must support the conduct of arbitral proceedings and arbitrator can be appointed upon request of a party.

Key words : Arbitration Agreement, Submission Agreement, Arbitral Tribunal

참 고 문 헌

- 강병근, 국제상사중재의 기본문제, 소화, 2000.
- 강현중, 민사소송법, 박영사, 1998.
- 고재경·서정일, 상사중재론, 동성사, 1990.
- 곽영실, “중재계약체결에 따른 문제점과 대책, 경영법무,” 1998. 4.
- _____, “중재계약의 범위와 준거법의 충돌문제, 경영법무,” 1998. 2.
- 김홍규, “중재제도의 법적 성질에 관한 연구,” 연세논집, 1981.
- _____, “중재제도의 기능과 전망,” 중재, 1992. 1.
- 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2000.
- 박상조·주종기·윤종진, 국제상사중재법론, 한울출판사, 1997.
- 신한동, 상사분쟁과 해결, 신영사, 1999.
- 이기수, 국제거래법, 세창출판사, 1999.
- 이순우, 상사중재론, 법경사, 1998.
- 박종삼·김영락, “중재계약의 한계에 관한 소고,” 중재학회지, 1998.
- _____, “중재계약에 관한 판례분석,” 중재, 1998. 12.
- 안춘수, “국제관할합의 및 중재계약과 그에 적용될 법 ; 우리나라와 독일의 비교를 중심으로,” 연세행정논총, 1992. 4.
- 우성구, “국제상사중재계약의 효력에 관한 연구,” 국제상학, 1996. 5.
- 이호원, 외국중재판정의 승인과 집행, 재판자료 제3집, 법원행정처, 1986.
- 장문철, “외국판결과 외국중재판정의 승인 및 집행, 중재학회지,” 1993.
- 장복희, “중재합의의 형식과 내용,” 중재, 1999. 6.
- 정기인, “WTO시대의 국제상사중재제도와 클레임관리의 방향,” 중재학회지, 1998.
- 정동운, “중재계약의 항변,” 중재, 1993. 2.
- 정병석, “중재계약의 성립-중재약정이 다른 문서에 포함되어 있는 경우-,” 판례연구, 1998.
- 정운섭, “중재절차에 있어서 보전처분,” 중재학회지, 1998.

최용춘, “중재제도에 관한 몇 가지 문제,” (김두한 교수 화갑기념논문집, 국제항공우주법 및 상사법의 제문제), 법문사, 1994.

Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1991.

Anthony Alton, Russel on the Law of Arbitration, Stevens and Sons Ltd., 1970.

Martin Domke, Domke on Commercial Arbitration, Callaghan and Company, 1984.

Hausmann, Rainer, Internationales Vertragsrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1988.