

仲裁合意의 成立 내지 效力에 관한 準據法

The Applicable Law to the Existence and Effect of the Arbitration Agreement

강 수 미* Su-Mi Kang

〈 목 차 〉

- I. 序論
- II. 國際仲裁에 있어서 準據法の 의미
- III. 仲裁合意의 成立 내지 效力에 관한 準據法の 適用範圍
- IV. 仲裁合意의 成立 내지 效力에 관한 準據法 決定方法
- V. 結論

주제어 : 중재합의, 준거법, 국제중재, 당사자자치, 중재지

* 연세대학교 법과대학 조교수

I. 序 論

중재제도는 국제상사중재나 해상중재처럼 국제적 법률관계와 관련하여 발생한 분쟁을 해결하기 위한 수단으로 이용되기도 한다. 그런데 중재에 의하여 분쟁을 해결하고자 할 경우 당해 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 문제(중재가능성), 중재합의가 이행되지 아니한 경우 그 효과 내지 제재, 중재판정의 취소사유 등과 관련하여 각국의 중재제도가 다를 수 밖에 없으므로, 국제적 분쟁을 중재에 의하여 해결하기 위해서는 이러한 문제들을 어느 나라의 법에 의하여 해결할 것인가가 먼저 검토되어야 한다.¹⁾

국제중재와 국가법과의 관계를 어떻게 파악할 것인가는 결국 중재의 법적 성질을 어떻게 이해할 것인가와 관련이 있는 문제이다. 한때 분쟁해결은 국가의 사법작용의 일종이고 중재 또한 분쟁해결을 위한 것이므로 중재지법에서 승인한 경우에만 중재가 허용될 수 있으며, 중재인의 권한과 중재판정의 효력은 국가법의 수권에 의하여 인정되는 것으로 설명하는 이론이 주장되기도 하였다. 그러나 제네바 의정서 성립 이후에는 중재의 자치적 성격을 인정하는 것이 국제적 추세가 되었다. 이러한 입장을 철저히 관철시킨다면 국제중재합의와 관련하여 발생하는 적지 않은 문제들을 저촉법적 관점에서 해결할 것을 강요할 것이 아니라, 완전히 자치적으로 위임하여야 한다는 주장도 가능할 수 있다. 그러나 당사자가 중재합의의 이행과정에서 발생하는 분쟁에 관한 소송을 국내법원에 제기한 경우 중재합의의 허용여부, 중재인의 선임절차 등에 관하여 국내법이 중재제도에 개입할 수 밖에 없다. 따라서 국제중재의 자치적 성격을 인정하더라도 국제사법적 처리는 여전히 필요하다고 할 것이다.

1) 국제적인 차원에서 외국중재판정의 승인 및 집행과 관련된 문제를 해결하고자 제네바 의정서(Protocol on Arbitration Clause of 1923), 제네바 협약(Convention on The Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927), 뉴욕 협약(The New York Arbitration Convention of 1958) 등이 체결되기도 하였다.

국제거래의 80% 이상이 중재의 대상이 된 본래의 계약²⁾과 함께 본 계약과 관련하여 발생하게 될 분쟁해결을 위하여 중재합의를 하고 있는데, 이러한 경우 본 계약의 준거법과 중재합의의 준거법이 서로 의존관계에 있는가, 아니면 별개로 준거법을 결정해야 하는가의 여부가 문제되기도 한다.³⁾ 구체적으로 살펴보면 ①중재합의의 성립 내지 효력 등에 관한 문제를 행위능력이나 방식 등의 문제와 동일하게 본 계약과는 별개의 법률관계를 구성하는 것으로 파악하여 독자적으로 준거법을 결정할 수 있다고 볼 것인가, ②중재합의가 본 계약의 일부분을 구성한다고 보면서도 당사자자치의 원칙이 인정되는 한도 내에서는 분할지정을 인정할 것인가, ③당사자가 중재합의의 준거법을 본 계약의 준거법과 다르게 지정할 수 있는가 등이 문제된다.⁴⁾

본 논문에서는 국제거래에서 중재합의의 성립 내지 효력이 문제된 경우 어느 나라 법에 의하여 이를 판단할 것인가에 관하여 살펴보기로 한다.

II. 國際仲裁에 있어서 準據法の 의미

1. 仲裁合意의 의미

중재라는 것은 당사자가 법적 분쟁에 관한 판단을 私人인 제3자에게 맡기고, 그 제3자의 판단에 따라 분쟁을 해결하는 것을 말하는데, 이는 일종의 법적인 분쟁해결방법으로서 당사자에 대하여 일정한 구속력을

2) 이를 중재합의와 구분하는 의미에서 '본 계약' 또는 '주된 계약'이라고 한다.

3) 이 문제는 '중재합의의 분리가능성(Separability)'이라는 범주에서 논의되기도 한다.

4) 이와 관련해서는 본 계약이 무효로 된 경우 그 효과가 중재합의에도 미치는가, 즉 중재인이 본 계약의 유효 또는 무효를 판단할 수 있는가의 여부도 문제되는데, 중재합의는 실체와 절차 양면에 관한 것이고, 본 계약과 독립하여 존재할 필요성이 인정될 뿐 아니라 본 계약과 반드시 운명을 같이 하여야만 하는 관계에 있는 것도 아니다.

가진다.⁵⁾ 이러한 중재에 의하여 분쟁을 해결할 수 있기 위해서는 최소한 당사자간에 중재에 의하여 분쟁을 해결하고자 하는 합의가 존재하여야 하는데, 이를 중재합의라고 한다. 따라서 당사자가 중재합의의 대상으로 삼은 분쟁이 아니면 중재절차에 의하여 해결할 수 없고, 이를 무시하고 이루어진 중재판정은 취소되거나 외국에서 중재판정으로 승인받을 수 없고 이에 기해 집행할 수도 없게 된다. 이러한 경우 중재합의의 성립여부, 그 효력 유무, 중재의 대상이 되는 분쟁의 범위, 중재합의에 구속되는 자의 범위 등이 문제되는데, 이러한 문제는 법적 분쟁해결방법에 관한 것이므로 법규범에 따라 판단하여야 한다.

오늘날 국내에서 이루어진 중재에는 자국의 법을 적용하고,⁶⁾ 동일한 나라에 거주하거나 영업을 가지고 있는 당사자간의 분쟁에 관하여 그 나라에서 중재에 회부된 경우에는 그 나라의 중재법을 적용하는 것이 일반적이다.

그런데 중재에 외국적 요소가 개입된 경우⁷⁾ 중재합의와 관련하여 발생하는 위와 같은 법적 문제를 어느 나라 법에 의하여 규율한 것인가가 문제된다. 특히 국제거래와 관련하여 계약을 체결할 경우 통상적으로 중재조항을 두기는 하지만,⁸⁾ 거래당사자간의 분쟁처리를 중재에 맡긴다는 일반조항만을 두는 거래현실에 비추어 볼 때 그 해석과 관련하여 준거법 결정이 문제될 수 밖에 없다.

-
- 5) 중재는 중재법의 규율을 받고 있으며, 중재판정에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 인정함으로써 일정한 구속력을 인정하고 있다(중재법 제35조).
 - 6) 중재법도 중재지가 대한민국 내인 경우 우리나라 중재법이 적용되는 것으로 규정하고 있다(중재법 제2조 제1항 본문).
 - 7) 당사자에 관한 요소(당사자의 국적, 주소, 거소, 영업소 소재지 등)가 다른 나라에 존재하는 경우, 중재의 대상이 된 실제적 법률관계에 관한 제요소가 다른 나라에 존재하는 경우 등이 이에 해당한다.
 - 8) 이러한 현상은 중재로 분쟁을 해결할 경우 국제분쟁해결에 적합하고(소송에 의할 경우 해당 국가의 재판권 내지 국제재판관할권 존부에 관한 문제가 소송에 대한 심리에 앞서 문제될 수 있는데, 중재에 의할 경우 관할에 관한 문제는 통상 당사자간의 합의에 의해 해결), 전문지식을 보다 적절히 활용하여 신속하게 분쟁을 해결할 수 있으며, 절차를 당사자간의 합의로 정할 수 있고, 절차가 공개되지 않으며, 재판에 의하여 분쟁을 해결하는 것보다 구체적으로 타당한 결과를 얻을 수 있고, 중재판정에 대한 집행이 외국판결에 비해 간이하다는 것 등에 기인한다고 할 수 있다.

2. 準據法決定이 문제되는 국면

국제거래의 당사자가 중재합의를 한 경우 ①당해 중재합의 체결능력 구비여부를 어느 나라 법에 의하여 정할 것인가, ②당해 중재합의의 성립여부와 효력을 어느 나라 법에 의하여 정할 것인가, ③당해 중재합의의 방식준수여부를 어느 나라 법에 의하여 정할 것인가, ④당해 중재합의를 본 계약과는 별개의 독립된 것으로 인정할 수 있는가의 여부를 어느 나라 법에 의하여 정할 것인가, ⑤당해 중재절차를 어느 나라 중재절차에 의하여 진행할 것인가 등이 문제된다.

다만 중재합의의 준거법 결정과 관련해서는 분쟁의 자주적 해결방법이라는 중재 자체의 특성이 준거법 결정단계에도 작용하여 당사자자치의 원칙이 중시될 여지가 있다는 점, 중재합의는 그 근거가 되는 본 계약을 전제로 체결된다는 점 등을 고려하여야 한다. 따라서 이러한 특성을 고려하여 중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법결정방법에 관하여 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 仲裁合意의 成立 내지 效力에 관한 準據法の 適用範圍

1. 仲裁合意의 法的 性質論에 따른 접근방법

중재합의의 준거법 결정방법에 관한 논의는 중재합의의 법적 성질을 어떻게 이해하는가에 따라 그 접근방법을 달리하게 된다.⁹⁾

9) 澤木敬郎, 注解仲裁法, 小島武司/高桑昭 編(靑林書院, 1988), 215면 이하 참조.

(1) 訴訟契約說에 입각한 접근

중재합의의 법적 성질과 관련해서는 이를 소송법상의 계약으로 이해하는 입장과 실제법상의 계약으로 이해하는 입장이 대립하고 있는데, 중재합의를 소송계약의 일종으로 보는 입장에 따를 경우 국제중재합의는 절차에 관한 것으로서 “절차는 법정지법에 의한다.”는 원칙에 따라 국제중재합의에는 법정지법이 적용하게 된다. 이러한 입장에서는 중재의 자치적 성질을 인정하더라도, 그러한 당사자의 의사를 승인하고 당사자의 의사에 일정한 법적 효과를 부여하는 것은 결국 법이므로, 중재의 효력은 법정지법에 의하여 통제받게 된다는 측면을 강조한다.

중재합의가 존재함에도 불구하고 당사자 일방이 소송을 제기한 경우 그 소송이 제기된 법정지 또는 외국중재판정의 승인·집행이 요구되어진 법정지의 법원은 법정지법을 적용하여 중재합의의 성립 내지 효력 등을 판단하여야 하는 경우가 있을 수는 있지만, 국제조약 등 국제적 추세에 비추어 보더라도 국제중재합의에 관한 문제를 전면적으로 법정지법에 위임하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

(2) 實體契約說에 입각한 접근

제네바 협약 제1조 (a)는 협약가입국의 국민간에 이루어진 중재판정이나 협약가입국의 영역 내에서 내려진 중재판정은 유효한 중재부탁에 따른 것으로서 효력을 갖는다는 취지로 규정하고 있었는데, 이에 따르면 중재합의의 준거법으로서 중재지법을 우선하여 적용하게 된다.

그런데 각국의 국제사법이 정비되면서 당사자자치의 원칙이 확립되기에 이르렀고 그 결과 중재의 영역에서도 준거법결정과 관련하여 당사자자치의 원칙을 인정하는 것이 대세를 이루게 됨에 따라 국제거래를 규율하는데 한계에 직면하게 되었다. 이러한 문제를 해결하기 위해 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)는 분쟁을 중재에 의하여 해결하고자 하는 당사자간의 합의가 당사자가 그 준거법으로 지정한 법령에 의하여 유효한 것으로 인정되면 중재판정의 승인·집행을 거부할 수 없는

것으로 규정하게 되었다. 뉴욕협약은 중재합의의 법적 성질을 절차적 측면이 아닌 실체법적 측면에서 파악하여 중재합의의 준거법 결정과 관련하여 당사자자치의 원칙을 인정하였다는 평가를 받고 있다.¹⁰⁾

물론 중재합의를 실체법적 측면에서 파악하여 국제사법의 적용을 받는 것으로 보더라도 준거법 결정과 관련해서는 객관주의와 주관주의의 대립이 있을 수 있고, 중재합의를 실체법상의 계약으로 파악한다고 해서 필연적으로 당사자자치의 원칙과 결부되는 것은 아니지만, 국제사법을 적용하여 불합리한 결과를 초래하지 않는 한도 내에서는 당사자에 의한 준거법 지정을 인정해도 무방할 것이다.

(3) 중재합의의 혼합적 성격을 고려한 접근

중재합의의 준거법 결정과 관련하여 당사자자치의 원칙을 인정하는 것이 오늘날의 대세라고 할 수 있지만, 당사자자치의 원칙을 적용할 수 있는 구체적인 범위와 관련해서는 각국의 입장이 통일되어 있지 않고, 우리나라에서는 이에 관하여 제대로 논의되고 있지 못한 실정이다.

중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법 결정과 관련하여 당사자자치의 원칙이 적용될 수 있다고 하여 중재 내지 중재합의와 관련된 모든 법률문제를 이 원칙을 적용하여 해결할 수 있는 것은 아니다. 당사자는 중재합의에서 일정한 분쟁을 중재에 의하여 해결하고자 하는 조항 외에 특정인을 중재인으로 지명하거나 중재인의 수, 그 선정방법, 중재기관, 중재지, 중재절차규칙 등에 관하여도 정할 수 있다. 그런데 특정한 중재인 또는 중재기관의 지정은 분쟁해결을 맡을 제3자에 관한 합의로서 중재합의의 내용을 이룬다고 할 수 있지만, 중재인의 수, 그 자격, 그 선정방법, 중재지, 중재절차규칙 등에 관한 합의는 중재합의의 성립 내지 효력과는 구별¹¹⁾되는 중재절차에 관한 사항으로 보아야 한다.¹²⁾

10) 1961년 국제상사중재에 관한 유럽협약(The European Convention on International Commercial Arbitration)에서도 중재합의의 준거법 결정과 관련하여 당사자자치의 원칙을 인정하였다.

11) 중재합의는 일정한 법적 분쟁을 중재인의 판정에 의하여 해결하고자 하는 것을 그

중재합의의 혼합적 성격을 고려할 경우 중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법 결정방법을 검토하기에 앞서 중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법의 적용범위를 살펴 볼 필요가 있다.

2. 仲裁合意의 成立 내지 效力에 관한 準據法の 適用範圍

중재합의의 성립단계에서는 중재합의가 유효하게 성립하였는가의 여부와 관련하여 준거법이 문제되며, 중재합의의 효력측면에서는 중재합의의 효력이 미치는 인적 범위, 중재합의의 실효, 중재합의의 소송상 효력, 중재판정 취소사유 또는 외국중재판정 승인·집행거부사유 등과 관련하여 준거법이 문제된다.

(1) 仲裁合意의 성립단계

1) 중재합의의 의사표시에 관한 문제

중재합의가 유효하게 성립하기 위해서는 중재합의의 의사표시 자체에 하자가 존재하지 아니하여야 하고, 당사자간에 중재합의에 관한 의사가 합치되어야 하는데, 중재합의를 이루는 당사자의 의사표시에 무효 내지 취소사유가 존재하는가의 여부는 당해 중재합의의 준거법에 의하여 판단하여야 한다.

2) 중재합의 체결능력에 관한 문제

중재합의는 법률행위의 일종이므로 권리능력과 행위능력이 있는 자에 의하여 체결되어야 한다. 중재합의 체결능력과 관련해서는 권리 내지 행위능력 유무를 어느 나라 법에 의해 판단할 것인가, 국가 기타 공법인이 중재합의의 당사자가 될 수 있는가 등이 문제된다.

본질적 내용으로 한다는 점을 고려할 때 중재합의의 성립 내지 효력의 문제를 중재절차와 구별할 수 있다.

- 12) 澤木敬郎, “仲裁契約及び仲裁可能性の準據法”, 現代仲裁法の論点, 松浦馨/青山善充編(有斐閣, 1998), 371면 이하.

우리나라 국제사법은 법률행위 능력유무를 당사자의 본국법에 의해 판단하는 것으로 규정¹³⁾하고 있을 뿐 아니라, 중재합의의 당사자가 그들에게 적용될 법률에 의하여 무능력자인 경우 외국중재판정 승인·집행에 대한 거부사유로 규정하고 있는 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)와 관련해서도 국제사법에 근거하여 능력유무를 판단하는 것으로 해석하는 것이 다수의 입장이다. 또한 중재법 제36조 제2항 제1호 가목에 따르면 중재합의 당시 당사자가 그 준거법에 의하여 무능력자이었던 사실을 중재판정 취소사유로 인정하고 있다. 따라서 중재합의의 체결능력에 관하여는 각 당사자의 본국법에 의하여 판단하고 당사자가 법인인 경우에는 그 屬人法에 의하여 판단하면 된다.¹⁴⁾

국가에 대하여 중재합의 체결능력을 인정할 것인가는 국가에 대한 재판권이 면제되는 것과 관련하여 문제의 소지가 있다.¹⁵⁾ 그런데 국제거래가 복잡·다양해짐에 따라 국가가 私法的 行爲의 당사자가 되기도 하고, 이러한 경우에는 국가에 대한 재판권이 면제되지 않는다고 보는 것이 국제관례라는 것을 고려한다면 국가의 중재합의 체결능력 자체를 부정하기는 어려울 것이다. 다만 국가의 중재합의 체결능력과 관련해서는 이에 관한 국제조약의 내용과 당해 법률행위의 성질 등을 고려하여야 한다.

3) 중재합의의 방식에 관한 문제

중재합의의 방식과 관련해서는 우선 당해 중재합의가 뉴욕협약의 적용을 받는 경우와 그렇지 아니한 경우로 나누어, 전자의 경우에는 뉴

13) 국제사법 제11조, 제13조 제1항, 제16조 참조. 사람의 능력은 각국의 역사, 풍습, 가치관 등에 기초를 두고 있다는 것에 근거하여 당사자의 본국법에 의하여 판단하는 것이 대륙법계 국제사법의 전통적인 입장이라고 할 수 있다.

14) 예를 들어 주식회사 發起人이 체결한 중재합의의 효력이 설립 후의 회사에 미치는가의 여부는 그 회사의 屬人法에 의하여 판단하여야 한다.

15) 나라에 따라서는 국가가 중재합의의 당사자가 되는 것을 금지하는 입법례도 있지만, 많은 나라들은 국가가 중재합의의 당사자가 되는 것을 허용하고 있다. 1961년 국제상사중재에 관한 유럽협약에서는 공법인이 유효하게 중재합의를 체결할 수 있음을 인정하였다.

욕협약 제2조 제1항에 의해 서면으로 중재합의를 하여야 하며, 후자의 경우는 다시 중재지가 대한민국인 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 살펴보아야 한다. 중재지가 대한민국인 경우에는 중재법 제8조 제2항에 의해 서면으로 중재합의를 하여야 한다.

중재지가 대한민국이 아닌 경우 어느 나라의 법에 의하여 중재합의의 방식을 정할 것인가가 문제된다. 이와 관련해서는 중재합의의 방식에 관한 중재법 규정을 저촉규정으로 이해하여 중재지인 외국법에 따라 중재합의의 방식이 정해지는 것으로 파악하는 견해와 국제사법상 법률행위의 방식에 관한 준거법¹⁶⁾과 같이 중재합의의 준거법 또는 중재합의의 체결지의 법에 따라 중재합의의 방식을 정해야 한다는 견해가 주장되고 있다.¹⁷⁾ 중재법 규정을 저촉규정으로 해석하는 것은 법체계상 문제가 있을 뿐 아니라, 법률행위의 일종인 중재합의의 방식에 관한 준거법이 문제된 경우 이에 관하여 직접적으로 적용될 국제조약이나 국내법이 존재하지 아니하는 경우에는 국제사법에 의하여 해결하는 것이 바람직하다.

4) 중재합의의 대상에 관한 문제

국제중재의 경우에도 그 중재합의의 대상이 된 분쟁은 중재에 의하여 해결할 수 있는 것이어야 하는데, 이러한 중재가능성을 어느 나라 법에 의하여 판단할 것인가가 문제된다. 이 문제와 관련해서는 우선 중재가능성이 작용하는 국면에 따라 중재합의 승인단계에서 문제되는 경우, 중재판정 취소단계에서 문제되는 경우, 중재판정에 대한 승인·집행단계에서 문제되는 경우로 나누어 살펴 볼 필요가 있다.

(가) 중재합의 승인단계에서 중재가능성이 문제된 경우

중재합의의 승인단계에서 중재가능성 여부가 문제된 경우 어느 나라

16) 국제사법 제17조 참조.

17) 석광현, 국제사법과 국제소송 제2권(박영사, 2001), 481-482면.

법에 의하여 이를 판단할 것인가에 관하여 규율하고 있는 명문규정은 없다. 이 문제해결을 위한 논의는 중재가능성의 법적 성질을 어떻게 파악하는가에 의해 영향을 받게 되는데, 중재가능성을 중재합의의 유효요건으로 보는 입장에서는 중재합의의 준거법 등에 따라 중재가능성 여부를 판단하여야 한다고 주장하는데 반하여, 중재가능성을 중재판정의 승인요건으로 보는 입장에서는 법정지법에 따라 중재가능성 여부를 판단하여야 한다고 한다. 이와 관련해서는 법정지법과 중재합의의 준거법을 중첩적으로 적용하여 중재가능성 여부를 판단하여야 한다는 견해도 주장되고 있다.¹⁸⁾

중재가능성을 중재합의의 유효요건으로 볼 경우 중재합의의 대상에 대한 제한이 작용하는 국면에 따라 ①장래의 분쟁에 관한 중재합의를 허용할 것인가의 여부, 허용한다면 어떠한 요건 하에 장래의 분쟁에 관한 중재합의를 허용할 것인가와 같이 당사자의 이익 보호 차원에서 일정한 제한이 가해지는 경우와 ②가족법상의 법률관계에 관한 분쟁을 중재에 의하여 해결할 수 있는가와 같이 중재합의의 대상인 분쟁 자체의 성질이 문제되는 경우로 나누어 살펴 볼 수 있다. 전자의 경우는 중재합의의 대상과 관련하여 중재제도 자체의 존재방식이 문제되는 경우로서 당해 중재합의에 대한 해석이 필요하므로 중재합의의 준거법에 의하여 중재가능성을 판단하는 것이 바람직할 것이고, 후자의 경우는 문제된 권리 내지 법률관계 자체에 내재하는 특성에 기인하는 것이므로 중재합의의 준거법이 아닌 당해 분쟁의 실체관계를 규율하는 준거법에 의하여 중재가능성을 결정하여야 할 것이다.

(나) 중재판정 취소단계에서 중재가능성이 문제된 경우

중재법 제36조 제2항에 제2호 가목에 따르면 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결할 수 없는 때에는 법원이 직권으로 중재판정을 취소할 수 있다. 따라서 중재판정 취소의 소가

18) 목영준, 국제상사중재법론(박영사, 2001), 52면.

대한민국 법원에 제기된 경우 대한민국 법에 따라 중재가능성 여부를 판단하게 된다.

그런데 중재판정 취소의 소가 외국법원에 제기된 경우 어느 나라 법에 근거하여 중재가능성 여부를 판단하여야 할 것인가는 여전히 문제되는데, 위 중재법 규정의 입법취지를 중재판정 취소단계에서 중재가능성이 문제된 경우 법정지법에 의해 판단하도록 한 것으로 본다면 당해 중재판정 취소의 소가 제기된 나라의 법에 의하여 중재가능성 여부를 판단하면 될 것이다.

(다) 중재판정에 대한 승인·집행단계에서 중재가능성이 문제된 경우 뉴욕협약 제5조 제2항 (a)에 따르면 분쟁의 대상이 중재판정의 승인이나 집행을 요구받은 법원이 속한 국가의 법률에 의하여 중재로 해결될 수 없는 경우에는 그 중재판정에 대한 승인·집행이 거부될 수 있다. 따라서 외국중재판정에 대한 승인·집행단계에서 중재가능성이 문제된 경우에는 법정지법에 의하여 중재가능성 여부를 판단하면 된다.

다만 뉴욕협약이 적용되지 않는 국제중재와 관련해서는 외국중재판정에 대한 승인·집행에 관한 판단은 그것이 이루어지는 나라의 사법작용에 해당된다고 할 수 있으므로 그 나라의 법에 의하여 중재가능성 여부를 판단할 수 있다고 보아야 할 것이다.

국내중재판정에 대한 승인·집행단계에서 중재가능성이 문제된 경우에는 대한민국 법에 따라 중재가능성 여부를 판단하면 된다.¹⁹⁾

(2) 仲裁合意의 효력측면

중재합의의 효력과 관련해서는 중재합의의 당사자간의 권리의무, 당사자가 그 의무를 이행하지 않을 경우 그 효과 등이 문제될 수 있다. 중재합의의 효력과 관련하여 특히 문제될 수 있는 사항을 살펴보면 다음과 같다.

19) 중재법 제38조, 제36조 제2항 제2호 가목 참조.

1) 仲裁合意의 效力이 미치는 人的 範圍에 관한 문제

중재합의의 당사자인 자연인이 사망하거나 법인이 법인격을 상실한 경우 중재합의상의 지위가 이전되는가, 중재조항을 포함한 본 계약상의 당사자 지위가 이전된 경우 중재합의상의 지위도 이전되는가의 여부 등이 문제될 수 있다.

상속이나 회사의 합병 등과 같이 권리의 포괄승계가 이루어진 경우에는 그 원인이 된 사실의 준거법에 의하여 그 지위이전에 관한 문제를 해결할 수 있다고 보는 것이 국제사법학계의 다수의 입장이라고 할 수 있다. 그런데 당사자가 사망하거나 법인격을 상실한 경우 중재합의상의 지위의 이전을 그 원인이 된 사실의 준거법에 의하여 정하는 것은 중재합의의 분리가능성 측면에서 바람직하지 못한 점이 있다.

법률행위에 의하여 권리가 양도된 경우, 즉 권리의 특정승계가 이루어진 경우에는 그 권리 자체의 준거법에 의하여 당사자 지위의 이전 여부를 판단하여야 한다는 것이 국제사법학계의 다수의 입장이다. 이러한 경우에는 중재합의의 준거법에 의하여 중재합의상의 지위의 이전 여부를 판단하는데 별다른 문제가 생기지 않는다.

중재조항이 포함되어 있는 선하증권 등이 유통된 경우 중재합의상의 지위가 이전되는가의 여부가 문제될 수 있는데, 이러한 경우에도 유가증권양도의 준거법에 의하여 판단할 것이 아니라, 중재합의의 분리가능성을 인정하여 중재합의의 준거법에 의하여 판단하여야 한다.

중재합의의 효력이 미치는 인적 범위와 관련해서 주된 채무자와의 중재합의의 효력이 보증인에게도 미치는가의 여부가 문제될 수 있는데, 이는 당해 중재합의의 준거법에 의하여 판단하면 될 것이다.

2) 仲裁合意의 失效에 관한 문제

중재합의도 계약의 일종으로서 그 무효, 취소, 철회, 해제 등의 허용 여부, 기간만료나 목적의 달성 또는 불능에 의하여 그 효력이 상실되는가의 여부 등이 문제될 수 있는데, 이는 당해 중재합의의 해석에 관한 것이므로 중재합의의 준거법에 의하여 판단하면 된다.

3) 仲裁合意의 訴訟上 效力에 관한 문제

당사자간에 중재합의가 적법·유효하게 성립되어 있으면 당사자는 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소송을 제기할 수 없고, 당해 분쟁을 중재에 의하여 해결하여야 한다. 그 결과 중재합의의 대상이 된 분쟁에 관하여는 법원의 관할권이 배제되는데, 이러한 문제는 중재합의에도 불구하고 당사자 일방이 법원에 소송을 제기한 경우 그 상대방의 방소항변에 의하여 소를 각하하거나 소송절차를 중지하거나 중재를 강제하는 방법 등을 통해 법원의 관할권을 부정할 수 있는가라는 소극적인 측면과 중재인의 권한 특히 중재합의의 유효성에 관한 판단권한을 인정하여 그에 관한 분쟁이 발생한 경우 법원이 개입하지 않고 중재판정부가 직접 판단할 수 있는가라는 적극적인 측면에서 살펴볼 여지가 있다.

전자의 문제를 어느 나라 법에 의하여 판단할 것인가와 관련해서는 중재합의의 존재가 소송에 어떠한 영향을 미치는가를 소송법상의 문제로 파악하여 “절차는 법정지법에 의한다.”는 원칙에 따라 법정지법에 의하여야 한다는 견해,²⁰⁾ 중재합의가 존재함에도 불구하고 소를 제기한 것을 중재합의상의 채무불이행의 문제로 보아 중재합의의 준거법에 의하여 그 효력을 판단할 것이 아니라 불법행위문제로 파악하여 당해 소가 제기된 곳의 법에 의하여야 한다는 견해²¹⁾ 등이 주장되고 있다. 그런데 국가의 재판권이 미치는 소송절차 내에서 적법·유효한 중재합의의 존재가 인정될 경우 당해 소송에 어떠한 영향을 미칠 것인가의 문제는 그 재판권이 미치는 나라의 법에 의하여 판단하는 것이 바람직하다.

후자의 문제를 어느 나라 법에 의하여 판단할 것인가와 관련해서는 중재인에게 중재합의의 효력에 관한 판단권한을 인정할 것인가의 문제를 중재합의의 효력의 문제로 이해하기 보다는 법원에 의한 중재절차에 대한 통제 문제로 파악하여 법정지법에 의하여 해결할 필요가 있다.

20) 小山昇, 仲裁法(有斐閣, 1983), 83면.

21) 澤木敬郎, 前掲 注解仲裁法, 223면.

4) 仲裁判定 取消事由, 仲裁判定 承認·執行拒否事由에 관한 문제

중재합의가 어떠한 사유로 무효로 된 경우 이는 중재판정 취소사유, 중재판정 승인·집행거부사유로 작용할 수 있는데, 이에 관한 문제는 중재판정취소의 소, 외국중재판정에 대한 승인·집행판결청구의 소에서 심리될 것이므로 법정지법의 적용을 받게 될 것이지만, 그 전제로서 중재합의가 유효하게 성립되어 있는가에 관하여는 중재합의 자체의 준거법에 따르게 된다.

- (3) 결국 중재합의의 성립 내지 효력과 관련해서는 중재합의의 성립과 그 유효성, 중재합의의 효력이 미치는 인적 범위에 대한 판단과정에서 중재합의의 준거법이 문제된다고 할 수 있다.

IV. 仲裁合意의 成立 내지 效力에 관한 準據法 決定方法

1. 當事者自治의 原則

중재합의와 관련하여 법률문제가 발생한 경우 우선 그 문제가 중재합의의 준거법을 적용하여 해결할 수 있는 문제인가를 검토해 보아야 하고, 그 결과 중재합의의 준거법의 적용범위에 속하는 것으로 인정될 경우 현실적으로 준거법을 결정하게 된다. 그런데 준거법 결정방법과 관련해서는 당사자자치의 원칙을 인정할 것인가, 아니면 다른 방법에 의하여 정할 것인가가 문제된다.

중재합의의 준거법 결정과 관련해서 당사자자치를 인정하는 것이 대세라고 할 수 있는데, 당사자자치란 준거법을 결정하는데 있어서 당사자의 의사를 연결점으로 하여 당사자에 의한 준거법 지정을 인정하는

것이다. 당사자자치의 원칙을 인정하는 근거로는 ‘당사자의 합의에 기초하는 있는 중재제도의 본질’ 내지 ‘중재의 자치적 성격’을 들고 있다.²²⁾

이에 대하여는 사법상의 일반계약의 준거법 결정과 관련하여 당사자 자치를 인정하는 것은 국가로서는 이에 관심이 없고, 이를 당사자에게 맡기더라도 국가 차원에서 특별히 문제될 것이 없으며, 실질적으로도 계약 내용이 다양하여 연결 가능한 요소가 여러 개이고, 그 요소들의 조합 또한 복잡·다양하여 이에 관하여 일률적으로 규율하는 것이 불가능·부적절하다는 이유로 당사자의 의사에 맡기는 것이지만, 중재합의는 당사자간의 일정한 분쟁을 중재에 의하여 해결하고자 하는 합의로서 매매 등의 실체관계에 관한 계약과는 차이가 있고, 그 구체적인 내용이 구구해질 여지가 없으며, 국가로서도 중재에 의한 분쟁해결에 관심을 가질 수 밖에 없다는 점 등을 논거로 들면서, 중재합의를 사법상의 일반계약과 동일하게 취급하는 것에 대하여 의구심을 표명하는 견해도 주장되고 있다.²³⁾ 이러한 입장에서는 중재합의가 중재지에서 중재가 이루어지는 것을 목적으로 하는 이상 중재지가 중재합의와 가장 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있으며, 중재지법에 의하여 중재합의의 성립이나 효력이 부정될 경우 중재판정이 내려지더라도 그러한 중재판정은 취소될 운명에 놓이게 되고 외국에서도 승인받지 못하게 될 것이므로, 중재합의의 성립여부나 효력여부가 문제된 경우 중재지법에 따라 판단해야 한다고 한다.

2. 준거법 결정에 있어서 뉴욕협약의 기능

국제거래와 관련하여 중재합의가 이루어진 경우 그 중재합의가 뉴욕협약의 적용을 받는 것인가에 따라 준거법 결정방법을 달라질 수 있으

22) 澤木敬郎, 前掲 “仲裁契約及び仲裁可能性の準據法”, 373면.

23) 高桑昭, 國際商事仲裁法の研究(信山社, 2000), 102-103면.

므로, 위 협약이 적용되는 경우와 그렇지 아니한 경우로 나누어 살펴볼 필요가 있다.²⁴⁾

(1) 중재합의가 국제조약의 적용을 받는 경우

중재합의의 성립 내지 효력이 문제되는 것은 방소항변이 주장된 경우, 중재판정에 대한 취소의 소가 제기된 경우, 외국중재판정에 대한 승인·집행을 구하는 소가 제기된 경우 등이다. 중재합의의 성립 내지 효력이 문제되는 국면은 중재판정에 대한 승인·집행단계, 중재판정 취소단계, 중재합의 승인단계로 구분할 수 있는데 뉴욕협약은 외국중재판정에 대한 승인·집행과 관련해서만 준거법 관련 규정을 두고 있다.

1) 외국중재판정에 대한 승인·집행단계

외국중재판정에 대한 승인·집행거부사유에 관하여 규정하고 있는 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)²⁵⁾에 따르면 제2조에 규정된 합의의 당사자가 그 준거법에 의하여 무능력자이거나, 그 합의가 당사자들이 지정한 법 또는 그 지정이 없는 경우 판정이 내려진 국가의 법에 의하여 무효인 경우에는 외국중재판정에 대한 승인·집행을 거부할 수 있다. 따라서 이 단계에서 중재합의의 성립 내지 효력의 준거법이 문제된 경우 일차적으로는 당사자의 지정, 당사자의 지정이 없으면 중재판정지법에 의하여 준거법을 정하게 된다.

다만 국내중재판정에 대한 승인·집행단계에서 중재합의의 성립 내지 효력이 문제된 경우에는 당사자가 지정한 법 또는 대한민국의 법을

24) 중재법 제2조 제2항에 따르면 중재에 관한 특별법과 조약이 중재법에 우선하여 적용되며, 우리나라 하급심 판결 중에는 뉴욕협약 가입국에서 이루어진 상사중재판정의 승인·집행과 관련해서는 뉴욕협약이 국내법에 우선하여 적용되고 위 협약이 규정하지 아니한 사항에 대하여 보충적으로 우리나라의 중재법이 적용된다고 판시한 것이 있다(서울중앙지방법원 1984. 4. 12. 선고 83가합7051 판결).

25) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.

기준으로 중재합의의 유효성을 판단하게 된다.²⁶⁾

2) 중재판정 취소단계

중재판정 취소단계에서 중재합의의 유효성이 문제된 경우 그 준거법을 어떻게 정할 것인가에 관하여는 뉴욕협약에 명문규정이 없다. 그런데 중재법 제36조 제2항 제1호 가목에 따르면 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 의하여 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 의하여 무효인 때에는 중재판정 취소사유에 해당된다. 따라서 중재판정 취소단계에서 중재합의의 유효성이 문제된 경우에는 일차적으로 당사자가 지정한 법, 그러한 지정이 없는 경우에는 법정지법에 의하여 판단해야 할 것이다.

3) 중재합의 승인단계

중재합의 승인단계에서 중재합의의 유효성이 문제된 경우 그 준거법을 어떻게 정할 것인가에 관하여는 뉴욕협약에 명문규정이 없다.

뉴욕협약 제2조 제3항²⁷⁾에 따르면 “당사자들이 중재합의를 한 사항에 관하여 소송이 제기된 경우 계약국의 법원은 중재합의가 무효, 효력 상실, 이행불능이 아닌 한 일방 당사자의 청구에 따라 중재에 회부할 것을 당사자에게 명하여야 한다.”고 규정하고 있을 뿐이다.

이 단계에서의 중재합의의 준거법 결정과 관련해서는 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)에 따라야 한다는 견해²⁸⁾가 주장되고 있는데, 이러한 입장에서 소송절차에서 중재합의의 항변을 인정하면서 동일한 나라에서

26) 중재법 제38조, 제36조 제2항 제1호 가목 참조.

27) The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

28) Redfern, A./Hunter, M./Blackaby, N./Partasides, C., *Law and practice of international commercial arbitration*(Sweet & Maxwell, 2004), p. 4.

중재판정에 대한 승인·집행이 요구되어진 경우 별개의 기준에 따라 중재합의의 성립 내지 효력을 부정하는 것은 바람직하지 않다는 것을 이유로, 당사자가 그 준거법으로 지정한 법 또는 그 지정이 없는 경우 중재판정이 행해진 나라의 법에 의하여 당해 중재합의가 유효하지 않을 때에는 계약국은 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)에 의거하여 외국중재판정의 승인·집행을 거부할 수 있으므로, 중재합의의 승인단계에서도 위 협약 제5조 제1항 (a)와 동일한 기준에 따라 중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법을 정해야 한다고 한다. 다만 중재합의의 승인단계에서는 중재판정이 내려져 있지 않을 것이므로 ‘중재판정이 내려진 나라’를 ‘중재판정이 내려질 곳’ 또는 ‘중재판정이 내려져야 할 곳’으로 대체하여 적용할 필요가 있다고 한다.

이에 대하여는 뉴욕협약 체결국에서도 중재합의의 준거법에 관하여 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)와 동일하게 해석할 필요가 없다는 견해²⁹⁾가 주장되고 있다. 이러한 입장에서는 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)는 외국중재판정의 승인·집행에 관한 요건이고, 제2조 제3항은 중재합의의 승인에 관한 것이므로 양자는 구별되어야 하며, 뉴욕협약 제2조 제3항에서 중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법을 명시하고 있지 않으므로 뉴욕협약 체결국에서도 외국중재판정의 승인·집행의 경우를 제외하고는 중재합의의 유효성이 문제된 국가의 국제사법에 의하여 그 준거법을 정하여야 한다고 한다.

(2) 중재합의가 국제조약의 적용을 받지 않는 경우

중재합의가 국제조약의 적용을 받지 않는 경우 어떠한 방법으로 준거법을 결정할 것인가와 관련해서는 법정지법주의에 입각하여 당해 중재합의의 유효성이 문제되고 있는 나라의 국제사법에 의하여 그 준거법을 결정하여야 하는 것으로 보는 입장³⁰⁾이 있다. 이러한 입장에 따

29) Albert J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*(T.C.M. Asser Institute, 1981), p. 128.

르면 우리나라에서 국제중재합의의 성립 내지 효력이 문제된 경우 우리나라 국제사법³¹⁾을 적용하여 ①당사자가 명시적·묵시적으로 선택한 법, ②당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우에는 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 중재합의의 성립 및 효력에 관한 준거법이 될 것이다.

3. 구체적인 준거법 결정방법

(1) 중재법 규정

중재법은 본 계약의 준거법과 관련해서는 당사자자치의 원칙을 명문으로 인정하고 있지만,³²⁾ 중재합의의 준거법에 관하여는 직접적으로 규정하지 않고 있다. 다만 중재판정 취소사유와 관련해서는 당사자들이 지정한 법 또는 대한민국 법을 기준으로 중재합의의 무효 여부를 판단하는 것을 인정하고 있다.³³⁾

(2) 당사자가 준거법을 명시적으로 지정한 경우

중재합의의 준거법 결정에 관하여 당사자자치를 인정할 경우 당사자간에 준거법에 관한 합의가 있으면 그 의사에 따라야 할 것이다. 당사자가 중재합의의 준거법에 관하여 명시적으로 합의한 경우에는 그에 따라 준거법이 결정될 것이고, 당사자간에 준거법에 관한 명시적인 합의가 없더라도 계약의 내용 기타 제반사정을 참작하여 당사자의 의사를 합리적으로 탐지하여 당사자가 준거법을 선택한 것으로 볼 수 있는 경우에는 준거법 지정이 있는 것으로 볼 여지가 있다. 다만 준거법의 묵시적 선택이 부당하게 확대되는 것을 방지할 필요가 있으므로 계약

30) 목영준, 전제서, 60면.

31) 국제사법 제25조, 제26조, 제29조 참조.

32) 중재법 제29조 제1항 참조.

33) 중재법 제36조 제2항 제1호 가목 참조.

의 내용 그 밖의 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 제한하여야 한다.

국제사법영역에서는 당사자자치의 원칙에 대하여 각종 제한론이 주장되고 있고, 우리나라 국제사법에 따르면 당사자에 의한 계약에 관한 준거법 지정과 관련하여 소비자계약, 근로계약의 경우 관련 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 常居所가 있는 국가 또는 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가 내지 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 강행법규에 의하여 소비자 또는 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없도록 제한을 가하고 있다.³⁴⁾

또한 근래에는 국가가 私法的 國際經濟活動에 관여함에 따라 국제법 또는 법의 일반원칙을 본 계약의 준거법으로 지정하기도 하는데, 이러한 거래에서 중재합의와 관련해서도 법의 일반원칙 등을 중재합의의 준거법으로 정할 수 있는가의 여부가 문제될 수 있다. 국제상사중재의 초국가적 성질 등을 고려한다면 이를 인정할 수 있을 것이다.

(3) 당사자가 준거법을 명시적으로 지정하지 않은 경우

1) 준거법 결정방법

국제거래에서 중재합의가 이루어지는 실태를 살펴보면 당사자가 중재합의의 성립 내지 효력 등에 관한 준거법을 명시하지 않은 경우가 대부분인데, 이러한 경우 중재합의의 내용과 관련하여 당사자의 묵시적 의사를 탐지할 여지가 있고, 그러한 과정에서 구체적으로 어떠한 방법으로 준거법을 정할 것인가가 문제된다. 이와 관련해서는 ①중재지법을 중재합의의 준거법으로 하여야 한다는 입장, ②가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법을 중재합의의 준거법으로 하여야 한다는 입장, ③본 계약의 준거법을 중재합의의 준거법으로 하여야 한다는 입장, ④본 계약의 준거법과 중재지법을 준거법으로 하여야 한다는 입장 등이 주장되고 있다.

34) 국제사법 제27조 제1항, 제28조 제1항, 제2항 참조.

2) 견해의 대립

(가) 중재지법을 적용하여야 한다는 견해

당사자가 중재합의의 준거법을 명시적으로 지정하지 않은 경우 ①중재합의는 특정한 장소에서 일정한 중재절차를 행할 것을 목적으로 하는 것이므로 절차진행지의 지정이야말로 당사자의 의사의 가장 확실한 표현이고, ②중재인은 통상 중재지의 법을 가장 잘 알고 있으며, ③본 계약과 중재합의는 각기 다른 목적을 추구하는 것이므로 본 계약의 준거법에 의하는 것은 타당하지 않고, ④뉴욕협약 제5조 제1항 (a)에서 중재지법을 준거법으로 인정하고 있는 것 등을 이유로 중재지의 법에 따라 중재합의의 성립 내지 효력을 판단하여야 한다고 한다.

이러한 입장에 따를 경우 당사자가 중재지를 정하지 아니한 때에는 어떠한 방법으로 중재합의의 준거법을 정할 것인가가 문제될 수 있다. 중재기관이 지정되어 있으면 그 소재지를 중재지로 볼 수 있고, 중재기관도 지정되어 있지 않은 경우에는 본 계약의 내용 기타 제반사정에 따라서 당사자의 묵시의 의사를 탐지하여야 한다³⁵⁾는 견해와 이러한 경우에도 객관적 연결방법을 고수하여 중재합의 체결지의 법에 따라 중재합의의 성립 내지 효력을 정하여야 한다는 견해³⁶⁾ 등이 주장되고 있다.

(나) 가장 밀접한 곳의 법을 적용하여야 한다는 견해

당사자가 준거법을 명시적으로 지정하지 않은 경우 중재합의와 가장 밀접한 관련을 가진 사항에 관한 당사자의 의사를 토대로 중재합의의 준거법에 관한 당사자의 의사를 탐지하여야 한다고 주장하면서, ①당사자가 지정한 중재규칙에 따른 중재합의의 준거법, ②중재절차의 준거법, ③중재지법, ④행위지법 순으로 당사자의 묵시의 의사를 탐지하여야 한다고 한다.³⁷⁾ 이 입장에서는 당사자간에 중재합의의 준거법에

35) 高桑昭, 前掲書, 104-105면.

36) 三井哲夫, “外國仲裁判斷の承認及び執行に關する若干の問題に就て”, 民事訴訟雜誌 16卷(法律文化社, 1970), 115면.

37) 岩崎一生, 仲裁手續の準據法(國際商事仲裁協會, 1988), 10-11면.

관한 명시적 지정이 없는 경우 본 계약의 준거법에 의하여 중재합의의 성립 내지 효력 여부를 판단하는 입장에 대하여, 본 계약의 준거법은 당사자간의 실체적 법률관계 자체를 규율하기 위한 것인데 반하여, 중재합의는 실체적 법률관계에 관한 분쟁을 해결하기 위한 것이므로, 당사자가 본 계약에 관한 준거법을 지정하였다고 하여 이를 중재합의의 준거법으로 하고자 하는 의사를 가지고 있었다고 추정하기는 어렵다는 점, 중재합의의 자주성 등을 내세워 반대하고 있다.³⁸⁾

(다) 본 계약의 준거법을 적용하여야 한다는 견해

중재합의의 당사자가 본 계약의 준거법과 별도로 중재합의의 준거법을 지정하지 않는 거래현실을 근거로 들면서, 당사자 스스로 중재합의의 준거법을 본 계약의 준거법과 분리하여 지정할 필요가 없다는 판단 하에 중재합의의 준거법을 별도로 지정하지 않는 것이므로, 이러한 경우에는 본 계약의 준거법을 중재합의의 준거법으로 삼고자 하는 의사가 당사자에게 있었음을 추정할 수 있다고 한다.

(라) 본 계약의 준거법과 중재지법의 적용을 인정하는 견해

중재합의의 성립여부가 문제되는 경우에는 본 계약의 준거법을 중재합의의 준거법으로 추정하고, 이미 유효하게 성립된 중재합의의 해석 단계에서 준거법이 문제되는 경우에는 일차적으로 중재지법, 중재지의 정함이 없으면 중재합의의 체결지법을 중재합의의 준거법으로 추정하여야 한다고 한다. 이 입장에서는 중재합의의 성립여부에 관한 판단기준이 되는 법에 관한 당사자의 지정이 없을 경우에는 실체적 법률관계에 관한 준거법에 따르고 하는 목시의 의사를 인정하는 것이 당사자의 진의에 부합하고, 중재합의의 효력에 관한 판단기준이 되는 법에 관한 당사자의 지정이 없을 경우에는 중재지법에 의하는 것이 타당하다고 한다.³⁹⁾ 이에 대하여는 중재합의의 성립과 관련하여 일정한 법을 준거

38) 岩崎一生, 上掲書, 11-12면.

법으로 하여 계약을 체결한 당사자가 그 효력과 관련해서는 다른 법을 준거법으로 하고자 하는 의사를 가지고 있다고 추정하는 것은 인위적이라는 비판이 가해지고 있다.

3) 우리나라 판례의 입장⁴⁰⁾

(가) 대법원 1990. 2. 13. 선고 88다카23735 판결

① 사실관계

우리나라 해상운송회사인 Y는 미국 내 현지 법인인 Z로부터 우리나라 수입업자인 A가 수입하는 옥수수를 운송하기로 하는 용선계약을 체결하고 위 옥수수를 선적한 Y는 수하인을 신용장 개설은행인 X의 부산지회, 통지선은 A가 경영하는 사업체, 양륙항은 인천항으로 기재된 선하증권을 발행하였고, X는 A가 운영하는 사업체에 대한 구상권을 담보하기 위하여 위 선하증권을 소지하고 있었는데 Y는 선하증권 기타 화물인도에 필요한 서류를 전혀 교부받지 않은 상태에서 A가 운영하는 사업체의 양륙대행업자인 B의 위 옥수수 양하작업에 동의하여 B가 그 양하작업을 완료하고 인천세관장으로부터 보세운송면허를 얻어 경남 남해읍에 있는 A의 공장 내의 자가보세장치장에 입고하였고, 그 후 A가 위 자가보세장치장에 장치되어 있는 옥수수를 정당한 수입통관절차를 밟지 않은 채 불법 반출하여 소비하였다.

그러자 X는 Z로부터 국내에 옥수수를 수입하려는 A가 경영하는 사업체의 의뢰에 따라 신용장 개설은행이 된 후, 그 신용장대금의 지급을 담보하기 위하여 Y 발행의 위 수입화물인 옥수수에 대한 선하증권을 소지하게 됨으로써, 위 선하증권상의 모든 권리를 행사할 수 있는 권한을 가지게 되었는데, Y는 도착지에서 선하증권의 정당한 소지인이

39) 山本和彦, 注解民事訴訟法(5), 齊藤秀夫/小室直人/西村宏一/林屋札二 編(第一法規, 1991), 422면.

40) 중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법결정과 관련하여 판례가 집적되지 않은 상황에서 법원이 이에 대하여 어떠한 입장을 취하고 있는가에 관하여 논하는 것은 시기상조인 것으로 판단된다.

아닌 A가 운영하는 사업체에게 위 옥수수를 인도하여 처분케 함으로써 이를 X에게 인도할 수 없게 되었으니, Y는 위와 같은 운송채무불이행으로 인해 X가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하면서 손해배상청구의 소를 제기하였다.

이에 대하여 Y는, X와 Y 사이에는 위 선하증권과 관련하여 발생되는 모든 분쟁을 미국의 뉴욕 또는 영국의 런던에서 그 곳 중재인들의 중재에 의하여 해결하기로 하는 합의가 이루어졌으므로, X는 소 제기 이전에 위와 같은 중재합의에 따른 중재절차를 거쳐야 함에도 불구하고 이를 거치지 않고 소를 제기하였으므로 소 자체가 부적법하다고 항변하였다.

그런데 Y 발행의 선하증권에는 소위 센트로콘(CENTROCON) 중재조항⁴¹⁾이 삽입되어 있었고, 그 중재조항에는 “이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 런던에서 업무 수행 중인 중재인들 중 쌍방 당사자에 의하여 선임되고 의장 중재인 1인을 선임할 권한을 가진 2인의 중재인의 최종중재에 회부되어야 한다.”고 규정되어 있었다.

② 항소심의 판단⁴²⁾

영국의 법원이나 중재인들은 당사자간에 영국에서의 중재합의가 있는 경우에는 반대의 특약이 없는 한 준거법도 영국법으로 하기로 하는 합의가 있었던 것으로 보고 중재절차에 영국법을 적용하고 있는데, 이에 따르면 이 사건 선하증권상에 수하인으로 기재되어 있으나 오직 신

41) All disputes from time to time arising out of this contract shall, unless the parties agree forthwith on a single Arbitrator, be referred to the final Arbitration of two Arbitrators carrying on business in London who shall be members of the Baltic and engaged in the Shipping and/or Grain Trades, one to be appointed by each of the parties, with power to such Arbitrators to appoint an Umpire. Any claim must be made in writing and Claimant's Arbitrator appointed within three months of final discharge and where this provision is not complied with the claim shall be deemed to be waived and absolutely barred. No award shall be questioned or invalidated on the ground that any of the Arbitrators is not qualified as above, unless objection to his acting be taken before the award is made.

42) 서울고등법원 1988. 7. 4. 선고 87나344 판결.

용장대금을 담보하기 위하여 위 선하증권을 소지하고 있던 중, 이미 운송물이 멸실되어 선하증권을 제시하여도 새로이 운송계약상의 당사자 지위를 취득할 수 없게 된 X로서는 Y와의 사이에 운송계약에 부수된 유효한 중재합의가 있었음을 주장할 수 없고, 양하 후 화물이 멸실된 이 사건에 대하여 영국에서 중재절차가 개시될 경우 미국법이 준거법으로 적용될 여지가 없다고 판단하여, 위 선하증권에 센트로콘(CENTROCON) 중재조항이 삽입되어 있더라도 X와 Y 사이에 유효한 중재합의가 성립하는 것으로 인정받을 수 없는 이상 X가 유효한 중재합의가 성립되었음을 전제로 그 중재절차에 대비하기 위하여 중재인을 선임, 통보한 바 있더라도 X, Y간에 구속력 있는 새로운 중재합의가 이루어진 것으로 볼 수 없고, 영국법상 유효한 새로운 중재합의가 성립되었다고 인정할 수도 없다는 것을 이유로, X, Y 쌍방이 위 선하증권상의 분쟁에 관하여 영국에서 중재를 받기 위하여 중재인을 각 선임하고 그러한 사실을 상대방에게 각 통보함으로써 당사자 사이에 새로운 중재합의가 이루어졌다는 Y의 주장을 배척하였다.

③ 대법원의 판단

대법원은 중재합의가 유효한가의 여부나 그 효력은 중재가 행해지는 국가의 법이나 중재조항상의 준거법에 따라 판단되어야 하고, 선하증권에 소위 센트로콘(CENTROCON) 중재조항이 삽입되어 있더라도 중재준거법에 의하여 유효한 중재합의가 있었음을 주장할 수 없게 된 경우에는 유효한 중재합의가 존재한다고 볼 수 없거나 그 이행이 불가능한 것으로 보아야 한다고 판시하면서 항소심의 판단을 정당한 것으로 인정하였다.

(나) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결

X가 A를 대리하여 영국회사 Y와 중재합의를 하였는데, A가 X의 대리권을 부인한 사건에서 대법원은 중재합의의 효력이 A에게 미치는

가를 판단하는 것은 국제적 법률관계에 관한 것이므로 이에 적용될 준거법의 확정이 선행되어야 하고, 임의대리의 경우에는 대리인 또는 대리인으로 칭한 자와 거래를 한 상대방과의 관계에서 본인에게 거래당사자로서의 책임이 있는지의 여부는 거래의 안전 내지 상대방 보호를 위한 측면을 고려하여 대리행위지법에 의하여 판단하는 것이 상당하다고 판시하였다.

4) 일본 판례의 입장

일본에서 중재합의의 준거법이 쟁점이 된 판례 중에는 법정지법,⁴³⁾ 행위지법,⁴⁴⁾ 중재지법,⁴⁵⁾ 본 계약의 준거법⁴⁶⁾ 등을 적용한 사례가 있는가 하면, 구체적 사정을 고려하여 당사자의 의사를 탐지하여야 한다고 한 사례⁴⁷⁾가 있기도 하고, 본 계약의 준거법과 중재지법의 중첩적용을 인정한 사례⁴⁸⁾가 있기도 하다.

중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법을 다룬 판례의 결론은 일관되지 않고 있는데, 1945년 전의 판례는 중재합의를 소송법상의 계약으로 보아 법정지법을 적용하거나 法例 제7조 제2항⁴⁹⁾의 규정을 적용하고 있는데, 그 후의 판례는 해당 사건과 가장 밀접하게 관련 있는 곳의 법을 적용하고 있는 것으로 해석되고 있다. 그러나 근래에도 名古屋地裁 一宮支部 昭和 62(1987)년 2월 26일 판결은 法例 제7조 제2항 규정대로 행위지법을 지지하였다. 단 이 사건은 중재합의의 성립 내지 효력 자체가 문제되었던 것은 아니고, 중재판정의 유효성이 문제

43) 大判大 7(1918). 4. 15. 民錄 24輯 865면.

44) 東京控判昭 10(1935). 8. 5. 新聞 3904號 5면; 名古屋地裁一宮支部判昭 62(1987). 2. 26. 判時 1232號 138면.

45) 東京高判平 6(1994). 5. 30. 判時 1488號 68면, 判夕 859號 225면.

46) 東京地判昭 28(1953). 4. 10. 下民集 4卷 4號 502면; 東京地判昭 34(1959). 8. 20. 下民集 10卷 8號 1711면.

47) 東京地判昭 63(1988). 8. 25. 海事法研究會誌 87號 32면.

48) 横浜地判昭 55(1980). 5. 30. JCA ジャーナル 1981年 2月號 24면.

49) 法例는 국제사법에 해당하는 것으로서, 法例 제7조는 법률행위의 성립 및 효력에 관하여 규정하고 있는데, 제1항에서는 당사자의 의사에 따르도록 규정하고 있고, 제2항에서는 당사자의 의사가 분명하지 않을 경우 행위지법에 따르도록 규정하고 있다.

되었던 사례이며, 본 계약인 판매대리점계약과 중재합의 양자의 준거법에 관한 당사자의 명시적 지정이 있었다는 점에서 다른 사건과는 차이가 있다.

판례 중에는 중재지법을 적용한 사례와 그 적용을 부정한 사례가 있다. 중재지법의 적용을 인정한 東京高裁 平成 6(1994)년 5월 30일 판결은 그 이유에서 “특정한 장소에서 일정한 법적 절차를 행할 것을 정한 중재합의의 성질에 비추어 볼 때 중재절차를 행하는 곳의 법률에 의하는 것을 당사자의 의사로 추정해야 한다.”고 판시한데 대하여, 중재지법의 적용을 부정한 東京地裁 昭和 63(1988)년 8월 25일 판결은 “중재는 소송과는 달리 중재절차지와 필연적인 관련성이 없으므로 직접 중재지법을 준거법으로 하는 것은 이유 없다.”고 판시하여 반대의 입장을 취하기도 하였다.

東京地裁 昭和 28(1953)년 4월 10일 판결, 東京地裁 昭和 34(1959)년 8월 20일 판결, 横浜地裁 昭和 55(1980)년 5월 30일 판결 등은 본 계약에 관하여 준거법이 지정되어 있으면 이를 중재합의에 관한 준거법 결정의 중요한 자료로 삼고 있다. 다만 横浜地裁 昭和 55(1980)년 5월 30일 판결에 따르면 본 계약의 준거법만을 가지고 중재합의의 준거법을 결정해서는 안 되고, 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법을 적용할 경우 중요한 요소 중 하나로 고려하여야 한다고 하였다.

일본의 판례가 중재합의의 준거법 결정과 관련하여 특정한 입장을 지지하고 있는 것으로는 보이지 않고, 개별적인 사안마다 가장 밀접한 관련을 가지고 있다고 판단되는 곳의 법을 적용하고 있는 것으로 보인다.

V. 結 論

국제거래관계에서 중재합의의 성립 내지 효력이 문제될 경우 어느 나라의 법에 의하여 중재합의의 효력을 판단할 것인가에 관한 논의는

중재합의의 법적 성질과 관련이 있고, 국제중재에는 국내중재와는 달리 국제적 요소가 개입되기 마련이므로 그러한 측면도 고려하여야 한다. 또한 실제적 법률관계에 대한 규율을 목적으로 하는 일반 계약과의 관계에서 계약에 관한 일반이론을 일정한 분쟁해결을 목적으로 하는 중재합의에 그대로 적용할 수 있는가의 여부 등이 문제된다.

중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법결정과 관련하여 당사자자치를 인정하는 것이 대세라고 할 수 있는데, 그 근거와 관련해서는 명쾌하게 설명되고 있지 못한 실정이다. 당사자에 의한 준거법 지정을 인정하는 근거를 뉴욕협약 규정에서 찾을 것인가, 계약의 준거법에 관한 국제사법규정에서 찾을 것인가, 아니면 중재합의의 본질에서 당연히 도출되는 것으로 보아야 할 것인가에 관하여 검토되어야 한다.

또한 당사자자치의 원칙을 적용한다고 할 경우 당사자가 중재합의의 준거법을 명시적으로 지정하지 않고 있는 거래현실에 비추어 보면 결국 국 당사자의 묵시의 의사를 추정하여야 하는데, 이러한 경우 어떠한 방법에 의해 당사자의 묵시의 의사를 탐지할 것인가는 그리 간단한 문제가 아니다. 이와 관련하여 당사자의 묵시의 의사를 인정하는 범위가 지나치게 확대되는 것을 방지하기 위하여 중재지와 같이 객관적인 요소의 지정에 근거하여 준거법 선택을 추정하기도 하는데, 이러한 입장이 당사자자치의 원칙과 조화될 수 있는가의 여부도 검토되어야 한다. 특히 당사자의 묵시의 의사를 추정하는 과정에서 고려되어야 할 수 있는 당해 중재합의와 가장 밀접한 관련이 곳을 탐지함에 있어서 어떠한 기준에 의하여 이를 판단할 것인가에 관하여도 검토되어야 한다.

현행 중재법은 이러한 쟁점들에 대하여 해결방법을 제시하지 않고 있어, 현재로서는 판례와 이론의 전개에 의해 이러한 문제들을 해결할 수 밖에 없고, 중국적으로는 중재법의 개정을 통해 해결하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 목영준, 국제상사중재법론, 박영사, 2001.
- 석광현, 국제사법과 국제소송 제2권, 박영사, 2001.
- 高田昇治, 仲裁契約法の研究-アメリカ法の展開とわがへの示唆-, 信山社, 1997.
- 高桑昭, 國際商事仲裁法の研究, 信山社, 2000.
- 澁谷正俊, “仲裁契約における準據法”, 企業法學 Vol. 6, 商事法務研究會, 1997.
- 小島武司, 仲裁法, 青林書院, 2000.
- 小島武司/高桑昭 編, 注解仲裁法, 青林書院, 1988.
- 小山昇, 仲裁法, 有斐閣, 1983.
- 松浦馨/青山善充 編, 現代仲裁法の論點, 有斐閣, 1998.
- 岩崎一生, 仲裁手續の準據法, 國際商事仲裁協會, 1988.
- 齊藤秀夫/小室直人/西村宏一/林屋札二 編, 注解民事訴訟法(5), 第一法規, 1991.
- Albert J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, T.C.M. Asser Institute, 1981.
- Lew, Julian D. M., *Applicable law in international commercial arbitration-A study in commercial arbitration awards*, Oceana, 1978.
- Redfern, A./Hunter, M./Blackaby, N./Partasides, C., *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004.
- Várady, Tibor/Barceló, John J., III/Von Mehren, Arthur T., *International commercial arbitration-A transnational perspective*, West, 2003.

ABSTRACT

The Applicable Law to the Existence and Effect of the Arbitration Agreement

Su-Mi Kang

If the existence and effect of the arbitration agreement becomes an issue in international business transactions, it is the key point how we shall determine the applicable law by national rules for the conflict of laws, or by other methods. The argument in determination of the applicable law to the existence and effect of the arbitration agreement is related to legal nature of the arbitration agreement. As there are foreign factors in international arbitration, therefore we must consider such an aspect. Besides, we have to examine whether the general theory of contract is universally applicable to the arbitration agreement.

Currently, it is the general trend that the party's autonomy principle is applicable in determining the applicable law for the arbitration agreement. However, it is a difficult problem to recognize the applicable law chosen by the parties, whether it is based on any legal standard (for example New York Convention or the private international law or the essential quality of the arbitration agreement).

In the light of the actual transactions, when the parties don't make a choice of the applicable law expressly, it will finally come down to presuming the party's implied intent. Nevertheless, finding the implied intent is a difficult problem. Some argue that we shall presume the choice of applicable law by an objective standard such as a place of arbitration,

to prevent too much expansion of the scope of the recognition. But we need to review that this interpretation harmonizes with the principle of party autonomy. Especially, if we desire to detect the vital point where it is most closely linked to the arbitration agreement, we have to inquire how we will decide such a relation by means of any standard.

However, as the existing Arbitration Act doesn't offer the solution to these issues, therefore we have to settle these problems through the development of adjudications and theories.

Key Words : arbitration agreement, applicable law, international arbitration, party autonomy, a place of arbitration