

국제무역계약상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응 - 준거법문제를 중심으로 -*

허 해 관**

-
- I. 서 언
 - II. 국제무역계약에서 준거법의 중요성
 - III. 소송과 중재에서 계약의 준거법의 결정
 - IV. 계약체결시 당사자의 준거법선택전략
 - V. 결 언

주제어 : 준거법, 저촉법, 국제사법, 국제소송, 국제상사중재

I. 서 언

계약은 당사자 쌍방이 신의에 좇아 성실하게 협력하여 달성하여야 하는 공동의 과업(common project)¹⁾이며, 당사자간의 상호신뢰에 기초하여 체결되고

* 본고는 2009. 12. 11.에 『무역거래 절차별 리스크와 국제상거래 관습』을 주제로 개최된 한국무역상무학회·한국무역협회 산학협동 동계세미나에서 필자가 “국제거래상 분쟁해결에 관한 무역실무자의 리스크관리 - 준거법문제를 중심으로”라는 제목으로 발표한 글을 개고한 것임을 밝혀둔다.

** 성균관대학교 대학원 무역학과 강사.

이행된다. 그러나 국제무역에서 계약의 진행 중에 크고 작은 계약위반은 다반사로 발생하는 흔한 일이며, 이는 그 이유가 매우 다양하여 의도적으로 발생하기도 하고 업무수행상의 단순한 착오 내지 실수에 의하여 발생하기도 한다. 그에 대하여 피해당사자는 클레임을 제기하게 되고, 이에 당사자들은 먼저 쌍방의 합의로써 문제를 해결하여 계약관계를 계속하여 유지하고자 노력할 것이나, 그것이 여의치 않은 때에는 결국 소송이나 중재 등의 제도적 분쟁해결방법에 의존하지 않을 수 없게 된다. 그러한 최후의 지경에 이른 때에 당사자들은 대개 서로에 대한 신뢰가 와해된 상태에 놓이게 되며, 분쟁(紛爭, dispute)을 해결하기 위한 전쟁(戰爭, battle)을 피할 수 없게 된다. 이제 거래상대방은 더 이상 공동과업의 동반자가 아니며 싸워서 물리쳐야 하는 적군이 되고, 당사자들은 그 전쟁에서 승리하기 위하여 각기 최선의 전략과 전술을 찾아야 하는 처지에 놓이게 된다.

전쟁에서 승리하는 방법은 각기 처한 상황에 따라 다양할 수 있겠으나, 유능한 지휘관이라면 그 중에서도 특히 (i) 자신의 군대의 장단점 등의 면면을 고려한 후, 육지에서 육전을 펼칠 것인지 아니면 바다에서 해전을 할 것인지를 잘 선택할 수 있어야 하고(“戰種의 選擇”), (ii) 전투에 임할 때에도 과연 구체적으로 어디서 전투를 벌이는 것이 유리할 것인지를 잘 선택할 수 있어야 하며(“戰場의 選擇”), (iii) 그러한 전투의 수행을 위하여 어떠한 무기들을 갖추고 사용하는 것이 가장 효과적인 것인지도 능숙히 선택할 수 있어야 한다(“武器의 選擇”). 이러한 3가지 선택의 문제는 이를 계약분쟁의 해결이라는 맥락에서 바라보면 순서대로 각각 (i) 분쟁해결방법으로 소송(litigation)을 이용할 것인지 아니면 중재(arbitration)를 이용할 것인지의 문제, (ii) 소송의 경우에 어느 국가가 재판관할(jurisdiction)을 갖도록 할 것인지(“국제재판관할”,

1) UNIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, (2004) p. 130(Comment of Article 5.1.3)(이하 'UNIDROIT Principles 2004'로 인용); 오원석·최준선·허해관 공역, 『UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004』(법문사, 2006) 144면(제5.1.3조 주석)(이하 '오원석 외, UNIDROIT 원칙 2004'로 인용). 사법통일국제연구소(International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT)는 1994년에 『국제상사계약원칙』(Principles of International Commercial Contracts: PICC)을 제정·발간하였고, 이어 2004년에 이를 중간(增刊)(극히 일부의 개정 포함)하였는데, 후자를 『국제상사계약원칙 2004』라 한다. 본고에서는 이를 간단히 UNIDROIT 원칙이라고도 한다.

international jurisdiction), 그리고 중재의 경우에는 중재지(place of arbitration; seat of arbitration)를 어디로 할 것인지의 문제, (iii) 그 분쟁의 실체에 적용할 준거법(governing law; applicable law)(계약의 준거법)으로 어느 나라의 법(law)을 지정할 것인지 혹은 어떠한 법규(rules of law)를 지정할 것인지의 문제이다.²⁾

이러한 3가지는 모두 국제무역계약상 분쟁해결을 위하여 요구되는 기본적인 문제이고, 국제무역의 수행을 위하여 일상의 업무로서 계약을 협상하여 체결·이행하고, 계약위반에 따른 분쟁해결에 직면하게 되는 무역실무자로서는 그 각각의 과정에서 그러한 문제에 대하여 스스로 (고도로 전문적인 법률문제라면 부득이 전문법률가의 도움을 받아) 대처하고 해결할 수 있는 능력을 향시 갖추고 있어야 한다.

이에 본고에서는 그 중에서 계약의 준거법의 문제를 고찰하고자 한다. 이를 위하여 이하에서는 먼저 국제계약에서 준거법의 문제가 왜 중요한지를 살펴본 후(II), 소송과 중재에서 실체의 준거법을 결정하는 규칙은 각각 어떠한지 고찰하여 양자 사이에 중요한 차이가 있음을 확인하고(III), 이어, 그러한 논의를 기초로 무역실무자들로서는 그렇다면 계약체결시에 전략적으로 준거법을 어떻게 선택하는 방안이 있는지를 논의하고(IV), 끝으로 본고를 돌이켜 조감하면서 글을 마무리한다. 본고는 성격상 문헌연구의 방법을 취한다.

II. 국제무역계약에서 준거법의 중요성

1. 계약과 준거법의 관계

마치 물고기가 오직 물속에서만 살 수 있듯이 국제거래의 단초가 되는 계약

- 2) 위와 같이 무기선택의 문제를 준거법선택의 문제로 보는 것은 분쟁해결을 위한 소송·중재에서 원고·신청인의 청구의 내용은 당해 계약위반의 내용에 따라 그가 어떠한 구제권을 갖는지에 따라 좌우되게 되는데, 그러한 구제권은 계약에서 비롯하고 그 계약은 결국 그 법적 토양을 제공하는 준거법에 기초하기 때문이다. 원고·신청인이 과연 문제의 구제권을 갖는지 여부와 구체적으로 그 구제권이 어떠한 내용으로 어느 범위까지 인정되는지 여하는 궁극적으로 당해 계약의 준거법에 의하여 결정되며, 특히 계약에서 약정되지 않은 구제권의 경우에 그 존부와 내용은 오직 계약의 준거법에 의존한다.

도 오직 법률의 토대 위에서 생명을 유지한다. 계약상 일방은 상대방에게 그 의무의 이행을 청구할 수 있고(“請求力”), 상대방이 이행으로 제공한 것을 정당하게 보유할 수 있고(“給付保有力”), 상대방이 계약을 불이행한다면 그 이행을 구하기 위하여 법원에 소송을 제기할 수도 있고(“訴求力”), 그에 따라 획득한 집행권원³⁾에 따라 강제집행을 할 수도 있다(“執行力”). 이러한 계약당사자의 권능은 본질적으로 계약이 법적 현상으로서 법에 의하여 지지된다는 사실에서 비롯된 것이며, 국제계약의 경우에 여기의 “법”은 곧 국제사법에 의하여 지정되어 적용되는 “계약의 준거법”을 의미한다.

뒤에서 보듯이, 국제계약의 준거법은 어느 국가의 법체계(예컨대, 한국법, 영국법)(특히 소송의 경우)이거나 특정한 국제적 규범(예컨대, UN 국제매매협약,⁴⁾ UNIDROIT 국제상사계약원칙)(흔히 중재의 경우)일 수 있다. 그런데 준거법으로 지정될 수 있는 국내법의 내용은 국가마다 상이하므로, 계약의 내용은 그 준거법이 어떠한지에 따라 달라질 수 있으며, 이는 특히 당사자의 침묵에 따른 계약의 공백은 최종적으로 준거법에 의하여 보충되기 때문이자,⁵⁾⁶⁾ 준

3) 이는 우리나라 新民사집행법상 신설된 용어인데, 舊민사소송법은 이를 채무명이라 하였다. 이는 일정한 사법상의 이행청구권 등의 존재와 범위를 표시하고 그 청구권에 집행력을 인정하는 공정(公正)의 문서이다. 대표적으로 확정된 중국판결인 이행판결과 가집행의 선고가 있는 본안판결, 중재판정의 집행판결 등이 있다.

4) 이는 1980년 『국제물품매매계약에 관한 UN협약』(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG)을 지칭한다. 이 협약은 1988. 1. 1.에 발효하였고, 그 체결국은 2009년 11월 현재 우리나라의 3대 교역국인 미국, 중국, 일본을 포함하여 총 74개국이다. 우리나라는 2004. 2. 17.에 협약에 가입하였고, 그에 따라 협약은 2005. 3. 1.부터 우리나라에 대하여도 발효하였다. 상세히는 <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> 참조.

5) 이는 국제계약법의 기본원칙이라 할 수 있으며, CISG에서도 이를 명시한다. 특히 CISG는 제9조에서 당사자간에 확립된 관례(practice)와 당사자들이 동의한 관행(usage)의 구속력을 인정하는 외에, 일정한 요건하에 국제거래관행(international trade usage)에 의한 계약공백의 보충을 명정하고, 또한 제7조 제2항에서 계약의 준거법에 의한 계약의 궁극적 보충을 명정한다.

6) 따라서 국제계약의 당사자가 자족적(自足的, self-sufficient)인 계약서를 작성하는 것은 매우 중요한 일이며, 국제계약실무상 자족적 계약서를 작성하는 것이 일반적 추세라 한다. Fabio Bortolotti, *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, (ICC Publication No. 671)(2008), pp. 152-153. 그러나 여기의 자족적 계약서는 더 이상의 보충의 여지가 없는 완전한 계약서를 의미하는 것은 아니며, 계약의 공백은 정도가 다를 뿐 항상 발생하기 마련이다.

거법상의 강행법규 혹은 강행규정이 어떠한지에 따라 계약의 내용이 조정될 수도 있기 때문이다. 따라서 무역실무자로서는 계약체결시에 자신의 필요를 가장 잘 충족하고 그의 이익에 가장 부합하는 준거법이 지정될 수 있도록 하는 방안을 고려하여야 한다. 사실, 흔히 간과되는 것으로, 국제계약에서 계약자유 의 원칙 혹은 당사자자치의 원칙에 따라 당사자들은 자신이 의도하는 바에 따라 계약의 내용을 형성할 수 있으므로 무역실무자들은 적절한 수준의 계약체결능력을 각기 스스로 갖추어야 한다고 강조할 수 있는 것도 결국은 계약의 준거법이 그러한 원칙을 취하고 있기 때문이다.

하물며 CISG가 범세계적으로 큰 성공을 거두어 국제적인 법적용의 통일을 이루고 있는 국제물품매매 분야에 있어서도 계약의 준거법은 여전히 중요한 문제로 존속한다. CISG는 당사자간의 합의로 적용이 배제될 수 있을 뿐만 아니라,⁷⁾ 비록 무역규모가 큰 채약국의 수가 증가함에 따라 그 적용(직접적용·간접적용)⁸⁾도 대체로 함께 증가할 것이더라도 그 자체 내에서 이미 외적 흡결⁹⁾과 내적 흡결¹⁰⁾을 노정하고 있으므로, 그 각각에 대해서는 해당 준거법을

7) CISG 제6조 참조.

8) CISG는 (i) 매도인의 영업소가 있는 국가(매도인국)와 매수인의 영업소가 있는 국가(매수인국)가 모두 채약국인 경우(제1조 제1항 제a호)나 (ii) 법정지국의 국제사법 규칙에 따라 채약국법이 적용되는 경우(제1조 제1항 제b호)에 적용되는바, 전자에 의한 적용을 직접적용(直接適用)이라 하고, 후자에 의한 적용을 간접적용(間接適用)이라 한다. 간접적용의 관하여, CISG는 채약국으로 하여금 간접적용을 배제하는 취지의 유보를 할 수 있도록 허용한다(제95조). CISG의 적용에 관하여 상세히는, 석광현, “국제물품매매협약(CISG)과 국제사법,” 『서울대학교 법학』 제50권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2009. 9.)(이하 석광현, CISG와 국제사법(2009)로 인용); 허해관, “한국의 2005년 국제매매협약가입과 법적용,” 『국제사법연구』 제10호(한국국제사법학회, 2004.12) 참조.

9) CISG가 규율하지 않는 사항, 즉 협약의 적용범위 내지는 규율대상으로부터 제외되는 사항이 있는 경우 이를 ‘외적 흡결’이라 한다. 계약의 실질적 유효성(CISG 제4조 제a호 참조), 물품의 소유권의 이전(CISG 제4조 제b호 참조), 제조물책임(CISG 제5조 참조) 등이 그에 해당하며, 그 밖에 매매계약과 결부될 수 있는 사항으로 행위능력, 임의대리, 소멸시효, 계약체결상의 과실책임, 상계, 채무의 면제, 채권양도, 채무인수 등이 있다. 이에 관하여 상세히는, 석광현, CISG와 국제사법(2009), 246-260면 참조.

10) CISG에 의하여 규율되는 사항으로서 CISG에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제가 있을 때(CISG 제7조 제2항 참조), 이를 ‘내적 흡결’이라 한다. CISG는 내적 흡결에 해당하는 문제는 “[CISG가] 기초하고 있는 일반원칙, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다.”고 규정한다. CISG상 내적 흡결의 보충에 관하여 상세히는, 석광현, CISG와 국제사법(2009), 265-276면 참조.

결정하여 그에 의하여야 하기 때문이다.

2. 준거법상 강행법규의 고려의 중요성

계약상 합의로써 준거법을 지정하지 않은 경우에 당사자는 특히 강행법규의 적용에 의하여 난처한 상황에 처할 수 있다. 예컨대, 우리나라 수출업자(본인, principal)가 프랑스시장에 진출하고자 프랑스의 어느 조그만 회사를 독점대리점¹¹⁾으로 지정하는 내용의 대리점계약을 체결하면서, 계약서상 준거법조항을 두지 않은 경우가 있을 수 있다. 5년 후에 우리나라 수출업자가 이제 프랑스 시장에 대하여 자신감이 생겨서 프랑스의 여러 수입업자와 직거래를 통하여 수출하고자 위의 대리점계약을 계약규정에 따라 종료한다고 할 때, 프랑스 대리점은 이 계약의 객관적 준거법¹²⁾이 프랑스법임을 주장하여 일정한 요건하에 2년간의 보수에 해당하는 보상청구권을 행사할 수 있다.¹³⁾ 그러나 만약 이 계약의 준거법이 한국법이라면 프랑스 대리점은 자신의 활동으로 한국 수출업자가 새로운 고객을 획득하거나 영업상의 거래가 현저하게 증가하고 이로 인하여 계약의 종료 후에도 이익을 얻고 있는 경우에 한하여 5년간의 평균보수액을 초과하지 않는 범위의 상당한 보상(즉 1년치의 평균보수액)을 청구할 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 대리점의 보상청구권에 관한 규정은 각각 강행규정인바,¹⁵⁾ 이

11) 여기의 “대리점”은 “commercial agent”를 지칭한다. 우리 상법(제87조-제92조의3)은 이를 “대리상”이라 하나, 무역업계에서는 “대리점”이라는 용어가 널리 사용되고 있어, 본고에서는 후자를 사용한다.

12) 계약의 객관적 준거법은 주관적 준거법에 대비되는 개념으로 당사자들이 계약의 준거법을 합의하여 지정하지 않은 경우에, 국제사법(혹은 저촉법)의 규정에 따라 (객관적 연결에 의하여) 지정되는 준거법을 말한다. 상세히는 후술 III.2.(2) 참조.

13) 프랑스법상 대리점의 보상청구금액은 최고한도가 없고 보통 2년간의 수수료를 기초로 법원이 결정한다. 그러한 보상금액은 만약 계약이 지속되었다면 대리점이 받았을 수수료 수입금액이다.

14) 한국 상법 제92조의2 제1항 제1문은 “대리상의 활동으로 본인이 새로운 고객을 획득하거나 영업상의 거래가 현저하게 증가하고 이로 인하여 계약의 종료 후에도 본인이 이익을 얻고 있는 경우에는 대리상은 본인에 대하여 상당한 보상을 청구할 수 있다.”(여기의 대리상은 무역업계에서 말하는 대리점이다)고 규정하여 대리점의 보상청구권을 인정한다.

15) 나아가 우리나라 상법 제92조의2의 규정이 국제적 강행규정인지에 관하여는, 석광현, 『국제사법과 국제소송 제4권』(박영사, 2007), 30-32면(“국제거래에서의 대리상의 보호 - 상법 제92조의2의 적용범위와 관련하여”) 참조. 그에 의하면, 대리상을 두텁게 보호

계약에서 한국 수출업자는 만약 한국법을 주관적 준거법으로 지정하였더라면, 자신이 새로운 고객을 획득하거나 자신의 영업상의 거래가 현저하게 증가한 것이 프랑스 대리점의 활동으로 인한 것이 아니거나, 프랑스 대리점의 활동으로 인하여 계약의 종료 후에도 이익을 얻고 있지 않은 경우에는 보상금을 지급할 의무가 없었을 것이다.¹⁶⁾

다른 예로서, 우리나라의 어느 기계생산업체 S가 미국의 어느 제조업자 B에게 기계를 수출하는 계약을 체결하면서, B가 기계를 신속히 교체하여야 하는 긴박한 사정이 있어, 만약 계약에서 정한 인도기간을 위반하는 경우에 S는 매 매대금의 10%에 해당하는 위약벌(panalty)을 지급하기로 약정하는 조항을 두고, 준거법에 관하여는 침묵한 경우를 생각할 수 있다.¹⁷⁾ 이 계약에서 객관적 준거법이 매도인국법인 한국법으로 지정된다면¹⁸⁾ 위약벌조항도 원칙적으로 유효하게 되나,¹⁹⁾ 미국법(미국주법)이 준거법이라면 위약벌조항은 무효가 된다.²⁰⁾

할 필요성을 고려한다면 상법 제92조의2를 국제적 강행규정으로 보아야 할 이유가 없는 것은 아니지만, 현재의 해석론으로는 이를 부정하여야 한다고 하고, 이어 입법론으로 동 규정이 국제적 강행규정이라는 취지를 명확히 할 필요가 있다고 한다(같은 책, 33면).

16) 이 예는 Bortolotti, op. cit., p. 32에 있는 것을 가공한 것이다.

17) 이 예는 Bortolotti, op. cit., p. 33에 있는 것을 가공한 것이다.

18) 후술하듯이 다른 사정이 없다면 이러한 경우에 특징적 이행(特徵的 履行, characteristic performance)을 하는 당사자인 매도인이 영업소를 가지고 있는 국가의 법이 준거법으로 지정될 가능성은 매우 높다. 상세히는 후술 III.2.(2) 참조.

19) 한국법상 위약벌조항은 비록 법원이 지체수수료 금액이 과도하다고 간주하여 감액할 수는 있으나 원칙적으로 조항 자체는 유효하다. 물론 법원은 그 금액이 과도하게 높은 때에는 적절히 감액하여 조정할 수 있다.

20) 미국을 포함한 영미법계 국가에서는 손해배상액예정조항(liquidated damages clause)만을 허용하고, 불이행에 대한 억지수단으로서 한정적으로 작용하도록 함에 그 취지가 있는 위약벌조항(penalty clause)은 효력을 전면적으로 부정하고 있다(UNIDROIT Principles 2004, p. 251; 오원석 외, UNIDROIT 원칙 2004, 277면). 물론 문제의 조항이 손해배상액예정조항인지 위약벌조항인지 여부는 그 조항의 제명(題名)이 아니라 그 규정의 실질내용에 따른다.

Ⅲ. 소송과 중재에서 계약의 준거법의 결정

1. 도입

소송과 중재는 국제거래에서 가장 대표적인 두 가지의 분쟁해결방법인데, 양자는 분쟁의 실체의 준거법(“계약의 준거법”)을 결정하는 규칙의 면에서 다소 상이한 체계를 갖는다. 이는 각국이 국제사법(혹은 저촉법) 외에 중재법 내에서 중재의 경우에 적용되는 별도의 저촉법규칙을 두기 때문이다. 이렇게 저촉법에 의하여 지정되어 적용되는 법을 실질법(substantial law)이라 한다.²¹⁾ 여기서는 소송과 중재로 나누어 계약의 준거법을 결정하는 규칙을 고찰한다. 이러한 계약의 준거법은 일반적으로 계약의 성립, 계약의 무효·취소 등 계약의 유효성,²²⁾ 계약의 해석, 계약의 이행과 불이행, 계약불이행에 대한 구제, 계약의 소멸 등 계약의 실질(substance)의 문제에 적용된다.²³⁾²⁴⁾ 나아가 흔히 간과되는 중요한 점으로, 저촉법적 지정²⁵⁾으로써 어느 국가의 법을 지정하는 것은 그 국가의 강행법규까지 지정하는 효과를 갖는 것임을 유의하여야 한다.

2. 소송에서 실체의 준거법의 결정

-
- 21) 실질법은 실체법과 구분되어야 한다. 전자는 국제사법(또는 저촉법)에 대비되는 개념이고, 후자는 절차법에 대비되는 개념이다.
- 22) 다만 계약의 성립과 유효성에 적용될 준거법의 경우에, 우리 국제사법(제29조)은 별도의 규정으로 만약 그 계약이 유효하게 성립하였을 경우에 적용될 준거법(즉 계약의 주관적 또는 객관적 준거법)에 의한다고 규정하는 체계를 취한다.
- 23) 후술 로마협약 제8조 및 제10조는 이러한 점을 명정한다. 로마협약 제8조 제1항은 계약의 성립과 실질적 유효성은 계약의 준거법에 의하는 것으로 명시하고, 제10조는 계약의 해석, 계약의 이행, 이행의 방식, 위반의 결과, 채무를 소멸시키는 다양한 방법, 소멸시효, 제소기간, 계약의 무효의 결과 열거하여 명시한다. 이에 관하여 상세히는, 석광현, 『국제사법과 국제소송 제1권』(박영사, 2001), 85-90면(“계약상 채무의 준거법에 관한 유럽공동체 협약(일명 “로마협약”)”) 참조.
- 24) 계약의 방식에 대해서는 별도의 그 방식의 준거법에 의하며, 우리 국제사법은 제17조에서 법률행위의 방식을 규정한다.
- 25) 저촉법적 지정과 실질법적 지정의 구별에 관하여 상세히는 본절의 후술 “2.(3) 실질법적 지정 - 외국법의 계약에의 편입” 참조.

(1) 합의에 의한 준거법의 선택 - 주관적 준거법

국제계약의 준거법 결정에 관하여 우리 국제사법은 『계약채무의 준거법에 관한 1980년 유럽공동체협약』(EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations)(일명 “로마협약”)을 대폭 수용하고 있는바,²⁶⁾ 우리 국제사법은 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다.”²⁷⁾고 규정하여 준거법의 선택에 관한 당사자자치의 원칙을 채택한다. 당사자들이 명시적으로 준거법을 선택할 수 있다는 데에는 의문이 없고, 그 방식에 있어서도 제한이 없으므로 이를 서면에 의할 필요도 없다. 준거법의 묵시적 선택도 허용되나, 이는 계약내용 그밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다.²⁸⁾ 이러한 제한은 묵시적 선택이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위함이다.²⁹⁾ 이와 같이 준거법이 당사자의 의사에 지정되는 경우에 그 준거법을 “주관적 준거법”(主觀的 準據法)이라 한다.

당사자들이 주관적 준거법으로 특정한 국가의 법(예컨대, 한국법)을 지정할 수 있는 것은 의문이 없으나, 예컨대 UNIDROIT 원칙이나 상인법(*lex mercatoria*, law merchant)과 같이 어느 국가의 법이 아닌 비국내적 법규를 주관적 준거법으로 선택할 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 전통적 국제사법이론은 어느 국가의 법체계(national system of law)만이 계약의 준거법으로 지정될 수 있기 때문이다. 이에 의하면 비국내적 법규는 국가의 법과는 달리 완결성이 결여되므로 주관적 준거법이 되지 못한다.³⁰⁾ 우리 국제사법은 객관적 준거법에 관하여 “가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법”(제26조 제1항)이라고 규정한 것과 달리, 주관적 준거법에 관하여는 위와 같이 “당사자가 ... 선택한 법”(제25조 제1항)이라고 규정하므로 UNIDROIT 원칙과 같이 비국내적 법규도 주관적 준거법이 될 수 있는 것으로 볼 여지가 있으나 여전히 논란이

26) 로마협약 제3조 참조. 로마협약은 2008. 6. 17. 『Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)』로 발전하였다.

27) 한국 국제사법 제25조 제1항 본문.

28) 한국 국제사법 제25조 제1항 단서.

29) 법무부, 『국제사법 해설』(2001), 91면.

30) 석광현, 『국제사법 해설(제2판)』(지산, 2003), 202-203면(이하 ‘석광현, 국제사법(2003)’으로 인용) 참조.

있다. 그러나 그럼에도 불구하고 당사자가 UNIDROIT 원칙을 준거법으로 지정한 때에는 아래에서 보듯이 실질법적 지정으로써 그것이 계약의 내용으로 편입된 것으로 볼 수 있다.

저촉법적 지정의 차원에서 당사자는 계약의 일부에 관하여 준거법을 선택할 수 있으며(준거법의 분할지정),³¹⁾ 그에 따라 당사자는 하나의 계약에서 예컨대 계약의 성립을 규율할 준거법과 계약의 효력을 규율할 준거법을 각기 달리 지정할 수 있다. 이를 준거법의 분열(dépeçage, 또는 “분할”)이라 한다.

(2) 객관적 준거법의 결정

당사자가 합의로 준거법을 지정하지 않은 경우에, 계약의 준거법은 객관적 연결에 의하여 지정되며, 이렇게 지정된 준거법을 “객관적 준거법”이라 한다. 우리 국제사법상 “당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다.”³²⁾ 여기서 “계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법”을 간단히 『최밀관련국법(最密關聯國法)』이라 하는데, 이는 우리 국제사법이 종래의 행위지법원칙을 버리고, 로마협약 등의 태도를 수용하여 『최밀관련국법원칙』을 취한 것이다.³³⁾ 이러한 원칙은 요즈음 국제적으로 널리 인정되고 있는 연결원칙이다.³⁴⁾ 다만 법문에서 보듯이, 객관적 준거법은 어느 “국가”의 법이어야 하므로, UNIDROIT 원칙이나 상인법(*lex mercatoria*)과 같이 일국의 법이 아닌 법규는 객관적 준거법이 될 수 없다.

나아가 우리 국제사법은 객관적 준거법의 결정을 위한 일정한 추정규정을 두는바, 예컨대 (i) 양도계약의 경우에는 양도인, (ii) 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자, (iii) 위임·도급계약 및 이와 유사한 용역제공계약의 경우에는 용역제공자(수입인, 수급인 등)와 같이, 계약의 특징적 이행을 하는 당사자가 계약체결시에 주된 사무소(당사자가 법인 또는 단체인 경우)가 있는 국가의 법이 최밀관련국법으로 추정된다.³⁵⁾³⁶⁾ 이와 같이 “특

31) 한국 국제사법 제25조 제2항.

32) 한국 국제사법 제26조 제1항.

33) 법무부, 전게서, 95면.

34) 석광현, 국제사법(2003), 213면.

징적 이행”(characteristic performance)에 기초한 추정규정을 둔 것은 로마협약과 스위스 국제사법을 따라 법관과 당사자의 판단을 돕기 위함이다.³⁷⁾

(3) 실질법적 지정 - 외국법의 계약에의 편입

위와 같은 우리 국제사법 제25조와 제26조는 “저촉법적 지정”을 규정한 것인바, 이와 구별되는 것으로 “실질법적 지정”이 있다.³⁸⁾ 후자는 당사자들이 특정한 외국법이나 국제협약, UNIDROIT 원칙 등의 비국내적 법규를 계약의 내용으로 편입시키는 것(“incorporate into the contract by reference”)을 일컫는다. 당사자들이 준거법조항(governing law clause)에서 특정한 국제협약이나 INCOTERMS 2000, UCP 600 등의 규범을 계약의 준거법이라고 지정하였는데, 사실 그 조항의 해석상 그것이 “저촉법적 지정”이 아니라 “실질법적 지정”에 불과한 것으로 결정되는 경우에, 그 계약에 대해서는 여전히 객관적 준거법이 지정되어야 한다. 따라서 실질법적 지정의 경우에는 객관적 준거법의 국내적 강행법규³⁹⁾가 여전히 적용되고 따라서 객관적 준거법의 강행법규가 허용

35) 한국 국제사법 제26조 제2항.

36) 따라서 전술한 예에서, 다른 사정이 없는 경우에, 한국 수출업자와 프랑스 대리점 사이의 국제대리점계약의 준거법(객관적 준거법)은 대리점의 주된 사무소가 있는 국가인 프랑스가 최밀관련국으로 추정되어 프랑스법이 준거법이 되고, 한국 기계생산업체(매도인)와 미국 제조업자(매수인) 사이의 국제매매계약의 객관적 준거법은 매도인의 주된 사무소가 있는 한국의 법이다.

37) 석광현, 국제사법(2003), 213면.

38) 실질법적 지정과 저촉법적 지정의 구별에 관하여 상세히는 석광현, 국제사법(2003), 207-209면 참조. 또한 배정환, “국제계약에 있어서 준거법결정에 관한 연구,” 『무역상무학연구』 제11권(한국무역상무학회, 1998.2.), 27-28면; 이용근, “무역계약상 준거법 선택 및 결정에 관한 연구,” 『국제상학』 제8권 제1호(한국국제상학회, 1993), 166-167면 참조.

39) 강행규정(또는 강행법규)에는 국내적 강행규정(단순한 또는 통상의 강행규정)과 국제적 강행규정(internationally mandatory rules)이 있는바, 전자는 준거법상의 강행규정으로 당사자의 합의에 의해 그 적용을 배제할 수 없는 규정을 말하고, 후자는 당사자의 합의에 의해 적용을 배제할 수 없을 뿐만 아니라 설령 준거법이 외국법이라도 그의 적용이 배제되지 않는 강행규정을 말한다. 우리 국제사법은 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.”고 규정하여 “법정지의 국제적 강행규정”이라는 개념을 명시적으로 도입하고 있다(국제사법 제7조). 국제적 강행법규에 관하여 상세히는 석광현, 국제사법(2003), 92-99면 참조.

하는 범위 내에서 당사자들이 계약에 편입한 외국법이나 국제적 규범이 당해 계약의 내용이 된다.⁴⁰⁾ 그러나 반대로 저촉법적 지정이 있으면 그렇게 지정된 주관적 준거법의 국내적 강행법규가 그 계약에 적용되고, 따라서 만약 그러한 지정이 없었더라면 적용되었을 객관적 준거법의 국내적 강행법규의 적용이 배제된다.

3. 중재에서 실체의 준거법의 결정

(1) 중재지국의 중재법과 중재기관의 중재규칙의 관계

국제상사중재에서 다양한 준거법이 관계되는바,⁴¹⁾ 여기서는 국제무역계약상 분쟁의 실체의 준거법(계약의 준거법)에 한하여 고찰한다. 중재절차의 준거법에 관하여 우리 중재법은 영토주의(領土主義) 혹은 속지주의(屬地主義)를 취하고 있고, 이는 강행규정인바,⁴²⁾ 우리 중재법상 당사자들이 합의에 의하여 중재법의 강행규정을 배제하는 것을 허용하지 않으므로,⁴³⁾ 우리나라가 중재지(仲裁地)인 경우에 우리 중재법이 중재절차의 준거법으로 적용된다. 이에 당사자들은 오직 우리 중재법이 허용하는 범위 내에서 실체의 준거법의 결정을 포함하여 중재절차에 관하여 달리 합의할 수 있을 뿐이다. 다만 우리 중재법의 대부분의 규정은 해석상 중재절차의 진행에 관하여 당사자자치를 널리 허용하

40) 석광현, 국제사법(2003), 208면 참조. 동지, 이용근, 전계논문, 172면.

41) 국제상사중재에서 준거법으로는 (i) 중재합의의 준거법(중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법, 중재합의의 효력의 준거법, 중재합의의 방식의 준거법 등), (ii) 분쟁의 실체의 준거법, (iii) 중재절차의 준거법(*lex arbitri*), (iv) 중재합의를 체결할 수 있는 당사자들의 능력(권리능력과 행위능력)의 준거법, (v) 분쟁대상의 중재가능성 또는 중재적격(*arbitrability*)의 준거법, (vi) 중재판정의 준거법과 중재판정의 취소의 준거법, (vii) 중재판정의 승인·집행의 준거법 등이 거론된다. 석광현, 『국제상사중재법연구(제1권)』(박영사, 2007), 39-44면, 145-146면(이하 '석광현, 중재연구(2007)'로 인용) 참조. 또한 탈지역화이론(*delocalization*)을 포함한 국제상사중재상 저촉법적 논의에 관하여 상세히는, Roy Goode, Herbert Kronke & Ewan McKendrick, *Transnational Commercial Law - Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2007. pp. 645-668, paras. 17.67-17.123 및 그에 인용·소개된 문헌 참조.

42) 우리 중재법은 제2조 제1항에 따라 중재지가 한국 안에 있는 경우에 적용되며, 이 규정은 강행규정이라고 보아야 한다. 석광현, 중재연구(2007), 41면.

43) 한국 중재법 제20조 제1항("이 [중재]법의 강행규정에 반하지 아니하는 한 당사자들은 중재절차에 관하여 합의할 수 있다.")

고 있다.

따라서 우리나라가 중재지인 경우에 실체의 준거법은 우리 중재법 제29조(분쟁의 실체에 적용될 법)에 따라 결정되어야 하되, 아래에서 보듯이 동 제29조가 명시적으로 허용하는 바에 따라 실체의 준거법의 결정에 관하여는 당사자자치가 허용된다. 또한 국제상사중재는 대개 기관중재(institutional arbitration)의 형태로 수행되는바, 선택된 중재기관은 예외 없이 자체적으로 그 기관의 중재규칙을 마련하고 있으며, 그 중재규칙에 실체의 준거법을 결정하는 규정을 두고 있다. 중재실무상, 당사자들이 당해 중재기관을 선택하는 행위는 그 기관의 중재규칙에 따른다는 의사를 표시하는 것으로 해석되고,⁴⁴⁾ 따라서 그 중재에서 실체의 준거법은 그 중재규칙 소정의 규정에 따라 결정된다.

중재지가 우리나라인 경우에도, 중재절차의 준거법으로 적용되는 우리 중재법은 위와 같이 실체의 준거법에 관하여 당사자자치를 허용하므로⁴⁵⁾ 실체의 준거법은 중재기관의 중재규칙에서 정하는 규정에 따라 결정되며, 이와 같이 적용순위의 면에서 중재기관의 중재규칙은 우리 중재법에 우선한다. 실체의 준거법의 결정에 관하여 후술하듯이 그러한 중재규칙들은 보통 당사자자치를 허용하여 주관적 준거법을 규정할 뿐만 아니라 객관적 준거법을 결정하기 위한 규칙도 자체적으로 규정한다.

한편 임시중재(*ad hoc* arbitration)에서는, 당사자들이 UNCITRAL 중재규칙과 같은 임시중재를 위한 별도의 중재규칙을 선택하지 않았거나, 실체의 준거법을 결정하는 절차 내지 규칙을 달리 약정하지 않은 경우에, 그리고 우리나라가 중재지인 경우에, 그 실체의 준거법은 우리 중재법(제29조)에 따라 결정된다.

이에 이하에서는 실체의 준거법에 관한 우리 중재법과 그 모법(母法)이라 할 수 있는 UNCITRAL 모범국제상사중재법(간단히 ‘모범중재법’)⁴⁶⁾의 규정과 함께, 중재기관의 중재규칙으로 대한상사중재원의 국제중재규칙과 ICC 중재규

44) 중재기관의 중재규칙은 중재절차에 관한 당사자간에 연장된 합의라고 이해할 수 있다.

45) 한국 중재법 제29조 제1항.

46) 이는 UNCITRAL이 1985년 채택한 『Model Law on International Commercial Arbitration』를 지칭한다.

칙,⁴⁷⁾ 임시중재규칙으로 UNCITRAL 중재규칙⁴⁸⁾의 규정도 아울러 살펴본다.

(2) 분쟁의 실체의 주관적 준거법 - 당사자자치의 원칙

① 원칙

국제상사중재 실무상 분쟁의 실체의 준거법은 대부분의 경우에 당사자들이 계약에서 명시적으로 지정한다. 이에 관하여 우리 중재법(제29조 제1항 제1문)이나 UNCITRAL 모범중재법(제28조 제1항), 대한상사중재원 국제중재규칙(제25조 제1항), ICC 중재규칙(제17조 제1항), UNCITRAL 중재규칙(제33조 제1항) 등의 각국의 입법례와 다양한 중재규칙은 실체의 준거법의 선택에 관하여 당사자자치의 원칙을 널리 인정한다. 당사자들은 명시적 또는 묵시적으로⁴⁹⁾ 실체의 준거법을 지정할 수 있고, 그 방식에도 제한이 없어 반드시 서면에 의하여야 하는 것도 아니다. 더욱이 당사자들은 당사자 또는 당해 분쟁과 아무런 실질적 관련이 없는 중립적인 법을 지정할 수 있다.⁵⁰⁾ 중재법에는 명문의

47) 이는 1998. 1. 1. 개정된 국제상업회의소(International Chamber of Commerce: ICC)의 중재규칙인 『Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce』(이하 “ICC 중재규칙”이라 한다)를 지칭한다.

48) 이는 UNCITRAL이 1976년 제정한 『UNCITRAL Arbitration Rules』을 지칭한다.

49) 다만 전술하였듯이 우리 국제사법(제25조 제1항 단서)은 1980년 로마협약을 받아들여 계약의 묵시적인 준거법 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다고 제한하는바, 이러한 원칙은 중재의 경우에도 타당하다는 견해가 유력하다(석광현, 중재연구(2007), 152면). 그에 의하면, 예컨대 특정 법체계의 조항에 대한 언급, 통화, 특정 언어 또는 다른 특정 국가적 요소에 대한 언급 등은 준거법의 묵시적 지정을 가능하게 하는 요소들이 되는데 특히 이들이 동일한 준거법을 지정하는 경우와 같이 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한하여 묵시적 지정이 긍정되어야 한다. 또한 당사자들이 준거법을 명시적으로 합의하지 않았으나 중재 절차에서 다툼 없이 동일한 준거법에 기하여 주장하고 답변하는 경우에도 묵시적 지정을 인정할 수 있다(Ibid).

중재에서 실체의 준거법의 묵시적 선택과 관련하여 실무상 문제되는 것으로, 당사자들이 중재지를 선택한 것이 그 중재지의 실질법을 분쟁의 실체의 준거법으로 묵시적으로 선택할 것으로 볼 수 있는지가 문제된다. 이에 대하여 중재지의 선정은 여러 가지 요소를 고려하여 이루어지므로 특별히 중재지의 선정으로부터 묵시적인 준거법의 선택을 도출하는 것을 적절하지 않으며, 다만 묵시적인 준거법을 판단하는 데 있어 하나의 요소로 고려할 수 있을 뿐이라고 보는 견해가 유력하다(Ibid). 또한 석광현, 중재연구(2007), 152면 및 주 28과 29에 인용된 문헌 참조.

50) Roy Goode et al., op. cit., p. 664, para. 17.113; 석광현, 중재연구(2007), 152면; 목영준, 『상사중재법론』(박영사, 2000), 86-87면. 이는 우리 국제사법(제25조)의 해석상으

규정이 없지만, 당사자가 지정한 준거법을 적용한 결과가 국제적 공서(international public policy)에 반하는 때에는 적용될 수 없다.⁵¹⁾

② 비국내적 법규의 지정가능성

국제상사중재의 경우에 당사자들은 특정 국가의 법체계뿐만 아니라 UNIDROIT 원칙이나 상인법 또는 법의 일반원칙⁵²⁾과 같은 비국내적 법규(non-national or a-national rule of law)를 분쟁해결의 준거규범으로 합의할 수 있다는 것이 요즈음의 경향이고 실제로 그러한 사례가 증가하고 있다고 한다.⁵³⁾ 사실 우리 대한상사중재원 국제중재규칙도 “당사자는 분쟁의 본안에 관하여 중재판정부가 적용할 실제법 및 법원칙에 대하여 자유롭게 합의할 수 있다.”고 규정하여 이를 긍정하며,⁵⁴⁾ ICC 중재규칙도 “당사자들은 중재판정부가 분쟁의 본안에 대하여 적용할 법규를 자유로이 합의할 수 있다”⁵⁵⁾고 하여 동일한 태도이다. UNCITRAL 모범중재법도 “중재판정부는 당사자들이 분쟁의 실체에 적용되도록 선택한 법규에 따라 분쟁을 판단하여야 한다”⁵⁶⁾고 하여, 당사자들이 선택할 수 있는 규범을 ‘law’(법)라고 하는 대신 ‘rules of law’(법규 또는 법의 규칙)라고 함으로써 이러한 경향을 따른다.⁵⁷⁾

그러나 중재에 있어서도 당사자들이 비국내적 법규(예컨대, UNIDROIT 원칙, 법의 일반원칙, 상인법)를 계약의 주관적 준거법 또는 준거규범으로 지정

로도 마찬가지로이다.

51) 석광현, 중재연구(2007), 153면; 목영준, 전게서, 87면.

52) “법의 일반원칙”(general principles of law)이나 “당사자들에게 일반적으로 알려진 법적 원칙”(legal principles generally known to the parties)의 표현은 당사자들이 상인법(lex mercatoria)을 지칭하는 것을 의도한 것으로 볼 수 있다고 한다(Hans van Houtte, *The Law of International Trade*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, 2002, p. 399, para. 11.26).

53) 석광현, 중재연구(2007), 155면 및 주 37, 38 참조. 또한 Carole Murray, David Holloway & Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff's Export Trade*, 11th edition, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 549-550 참조.

54) 대한상사중재원 국제중재규칙 제25조 제1항 제1문.

55) ICC 중재규칙 제17조 제1항 1문.

56) UNCITRAL 모범중재법 제28조 제1항.

57) Roy Goode et al., op. cit., p. 664, paras. 17.113-17.114.

하였다고 하여 모든 저촉법적 문제가 해소되는 것은 아니며, 만일 그러한 법규에서 규정하지 않는 법적공백은 저촉규범에 의하여 지정되는 객관적 준거법에 의하여야 한다.

비국내적 법규를 계약의 주관적 준거법으로 지정(“저촉법적 지정”)하는 것이 가능한지에 관하여 우리 중재법의 해석으로 논란이 있다. 우리 중재법은 그 모범이 되는 모범중재법이 ‘rules of law’와 ‘law’를 구별하여 사용하고 있음에도 이를 모두 단순히 ‘법’이라고 번역하고 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 이에 우리 중재법 상으로도 ‘법’이라는 용어를 넓은 의미로 해석함으로써 모범중재법에서와 같은 결론을 도출하는 것이 가능하며 그렇게 해석하는 것이 타당하다(긍정설)는 견해가 유력하다.⁵⁹⁾ 논자도 사견으로 그에 동의한다. 이와 같이, 국제상사중재에서 비국내적 법규를 계약의 주관적 준거법 또는 준거규범으로 지정되는 경우에는, 그 계약의 객관적 준거법의 국내적 강행법규는 적용이 배제되며, 이러한 점에서 아래와 같이 당사자에 의한 지정이 실질법적 지정으로 되어 그 지정된 비국내적 법규가 계약의 내용으로 편입되는 것과 다르다.

물론 부정설을 취하더라도, 당사자들이 비국내적 법규가 적용되는 것으로 합의한 경우에, 위의 중재법 제29조 제1항의 규정에 반한다는 이유로 지정된 비국내적 법규의 적용이 부정되는 것은 결코 아니며, 단지 그 적용의 이론구성에 차이가 있을 뿐인바, 이때에는 당사자들이 실질법적 지정에 의하여 그러한 비국내법을 계약의 내용으로 편입한 것이 된다. 더욱이 계약법 분야에서는 강행법규 내지 강행규정은 그렇게 많지 않기 때문에 이러한 이론구성의 차이로 인하여 당사자간의 실질적 법률관계의 내용이 실제로 크게 달라지는 것은 아니다.⁶⁰⁾

58) 위에서 인용된 바와 같이 우리 중재법 제29조 제1항은 “중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다.”고 규정한다.

59) 석광현, 중재연구(2007), 158면. 나아가 그는 우리 중재법 제29조 제1항에서 ‘법’ 대신 예컨대 ‘법규’ 또는 ‘법의 규칙’이라는 표현을 사용함으로써 그 취지를 좀 더 명확히 하는 편이 바람직하였을 것이라고 지적하면서, 특히 모범중재법(제28조 제1항)이 ‘rule’로 할 것인지, ‘rules of law’로 할지에 대해 상당한 논란을 거쳐 양자를 용어상 구별한 것이라는 점을 고려할 때 더욱 그러하다고 조언한다. 그밖에 상세히는 Ibid.

60) 석광현, 중재연구(2007), 159면 참조.

(3) 분쟁의 실체의 객관적 준거법

국제상사중재에서 당사자들이 실체의 주관적 준거법을 지정하지 않은 경우에 중재판정부는 그 분쟁의 실체에 적용할 객관적 준거법을 결정하여야 한다. 이때 소송에서 법원은 자국의 국제사법을 적용하여 객관적 준거법을 결정하는데 비하여, 중재에서는 특히 기관중재의 경우에 중재판정부는 그 중재기관의 중재규칙 규정에 따라 이를 결정하며, 임시중재의 경우에는 달리 합의된 것이 없다면 중재절차의 준거법으로 적용되는 중재지국의 중재법의 규정에 따라 이를 결정한다. 분쟁의 실체의 객관적 준거법(즉, 계약의 객관적 준거법)의 결정에 관하여 국제상사중재의 특이한 점으로, 이와 같이 중재에서는 소송과는 달리 법정지국의 국제사법이 적용되어 계약의 객관적 준거법이 결정되는 구조를 취하지 않는다.

아래에서 보듯이, 이를 위하여, 중재절차에 적용되는 중재법이나 중재기관의 중재규칙에서는 객관적 준거법의 결정을 위한 독자적 규정을 두면서, (i) 저촉규범적 성격의 규정을 두어 그에 따라 중재판정부가 실질법(객관적 준거법)을 결정할 수 있도록 하거나, 혹은 (ii) 중재판정부가 적용할 저촉규범을 지정하는 규정을 둔다.⁶¹⁾

첫째, 우리 중재법은 실체에 적용할 객관적 준거법을 결정하는 규정으로 "중재판정부는 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여야 한다"고 규정하여⁶²⁾ 독자적인 저촉규범적 규정을 두고 있다. 대한상사중재원 국제중재규칙도 당사자간에 합의가 없는 경우에 중재판정부는 적절하다고 판단하는 실체법이나 법원칙을 객관적 준거법으로 적용한다고 규정하고,⁶³⁾ ICC 중재규칙도 "그러한 합의가 없는 경우에 중재판정부는 자신이 적절하다고 결정하는 법규를 적용하여야 한다."⁶⁴⁾고 규정하는바, 우리 중재법과 내용에서 차이는 있지만, 기본적으로 독자적인 저촉규범을 규정한다는 점에서 양자는 같은 입장이다.

61) 동지, 오원석, "국제상사중재에서 준거법의 결정," 『무역상무학연구』 제29권(한국무역상무학회, 2006.2.), 52-53면,

62) 한국 중재법 제29조 제2항.

63) 대한상사중재원 국제중재규칙 제25조 제1항 제2문.

64) ICC 중재규칙 제17조 제1항 2문.

둘째, 중재판정부가 적용할 저속규범을 지정하는 규정을 두는 입법례도 있는바, 예컨대, 모범중재법(제28조 제2항)과 UNCITRAL 중재규칙(제33조 제1항 제2문)은 당사자들이 주관적 준거법을 지정하지 않은 경우에 중재판정부는 자신이 적용될 수 있다고 보는 국제사법규칙에 따라 결정되는 법을 적용하여야 한다.”고 규정한다. 이는 중재인으로 하여금 우선 국제사법을 선택하고 그에 따라 특정 국가의 법체계를 적용하도록 하는 것으로, 중재인의 권한을 제한하여 그의 자의적인 판단으로부터 당사자를 보호하려는 태도이지만 실제적인 결과에는 별 차이가 없을 것이라고 한다.⁶⁵⁾

끝으로, 다른 차원의 문제로서, 계약의 객관적 준거법에 관하여도 중재판정부가 비국내적 법규를 준거법으로 결정할 수 있는지가 문제된다. 우리 중재법(제29조 제2항)은 중재판정부는 객관적 준거법으로 분쟁의 대상과 “가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여야 한다”고 규정함으로써 비국내적 법규의 적용가능성을 배제한다. 위에서 인용된 모범중재법 제28조 제2항은 객관적 준거법에 관하여 “중재판정부가 적용가능하다고 보는 국제사법규칙에 따라 결정되는 법을 적용하여야 한다”고 규정하는바, 이는 당사자간의 주관적 준거법에 관한 동조 제1항과는 달리 “법규”(rules of law)가 아니라 단지 “법”(law)이라고 함으로써 의도적으로 용어를 달리하고 있으므로 비국내적 법규는 객관적 준거법이 될 수 없는 것으로 해석될 수 있다. 그러나 대한상사중재원 국제중재규칙(제25조 제1항 제2문)은 당사자간에 주관적 준거법을 지정하는 합의가 없는 경우에 “중재판정부는 적절하다고 판단하는 실체법이나 법원칙을 적용한다”고 규정하고, ICC 중재규칙(제17조 제1항 제2문)은 그러한 경우에 “중재판정부는 그가 적절하다고 결정하는 법규(rules of law)를 적용하여야 한다”고 규정함으로써 비국내적 법규의 적용가능성을 긍정한다.

IV. 계약체결시 당사자의 준거법선택전략

위와 같은 논의를 기초로 이하에서는 국제계약체결시 계약의 준거법의 지정

65) 석광현, 중재연구(2007), 164면 및 주 72에 인용된 문헌 참조.

에 관하여 어떻게 대응하여야 하는지의 문제를 살펴본다. 당사자가 선택할 수 있는 여러 대안으로는 (i) 자국의 국내법을 선택하는 방안, (ii) 상대방 국가의 국내법을 선택하는 방안, (iii) 제3국의 국내법을 선택하는 방안, (iv) 비국내적 법규를 선택하는 방안, (v) 준거법에 대하여 침묵하는 방안을 생각할 수 있다.⁶⁶⁾ 아래에서 보듯이 이들은 각각 일장일단이 있으며 당사자로서는 자신에게 가장 적절하다고 판단되는 방안을 선택하여야 한다. 경우에 따라 당사자는 복수의 방안을 적절히 결합하여 이용할 수도 있을 것이다.

계약을 협상함에 있어 당사자는 기본적으로 자신에게 가장 유리한 최선의 결과를 도출하고자 하며, 그 일환으로 어떤 사항을 어느 범위까지 얼마나 상세히 계약에서 명시할 것인지를 결정하여야 하는바, 이를 위하여 각 당사자는 항상 그 계약의 준거법이 과연 어느 법으로 될 것인지의 가정적 상황을 뇌중에 그리고 있어야 한다. 이때 당사자가 그 준거법의 내용을 보다 잘 알고 있거나 손쉽게 알 수 있다면 보다 유리하고 용이하게 협상할 수 있게 된다.⁶⁷⁾

1. 자국의 국내법을 선택하는 방안

일반적으로 각 당사자로서는 자국의 국내법을 주관적 준거법으로 지정할 수 있다면 유리할 것이며, 이는 상대방이 수용하기만 한다면 가장 안전하고 간단한 방안이 된다.⁶⁸⁾ 사실 실무상으로도 무역실무가들과 그를 조언하는 변호사들도 자국의 국내법을 준거법으로 지정하는 것을 가장 선호한다고 한다.⁶⁹⁾ 그 당사자는 상대방에 비하여 자국법에 보다 친숙할 것이고, 무역실무자로서는 최소한 법률가의 도움을 받아 자국법의 내용을 파악하는 데 보다 유리에 처지에 있을 것이기 때문이다.⁷⁰⁾

그러나 이러한 방안이 항상 타당한 것은 아님을 유의할 필요가 있다.⁷¹⁾ 왜

66) Bortolotti, op. cit., pp. 67-76 참조.

67) 나아가 당사자들이 분쟁해결방법으로 소송을 선택하는 경우에는 재판관할도 그 준거법 국가의 법원이 갖도록 일치시키면 더욱 좋을 것이다.

68) 동지, 배정한, 전계논문, 53면.

69) Bortolotti, op. cit., p. 67.

70) 오원석, 전계논문, 44면도 같은 맥락에서, “특정국가의 국내법이 선택되는 이유는 그 법이 계약당사자와 관계가 있거나 양당사자가 생각하기에 그것이 자신들의 계약관계를 규율하기에 적절하다고 간주하기 때문이다.”고 한다.

나하면 자국의 국내법의 내용이 항상 자신에게 유리한 것은 아니며, 특히 자국의 국내법이 (예컨대 상대방 국가의 국내법이나 기타 계약의 객관적 준거법에 비하여) 상대방을 보호하는 강행규정을 포함하는 경우에는 더욱 그러하다.⁷²⁾ 예컨대, 우리나라 수출자(본인, principal)가 해외시장에 진출하고자 국제대리점계약을 체결하는 경우에, 전술한 바와 같이 우리 상법은 강행규정으로 대리점의 보상청구권을 인정하는바,⁷³⁾ 대리점이 활동할 그 해외시장의 국내법이 그러한 취지의 강행규정이 없고 또한 보상청구의 문제가 계약상 중요한 사항이어서 그러한 강행규정의 유무에 따른 차이가 큰 경우에는 우리나라 법을 준거법으로 지정하는 것이 바람직하지 않을 수 있다.

또한 당사자는 특히 분쟁해결방법으로 소송을 선택하는 경우에는, 가능하다면, 국제적 강행법규의 문제도 아울러 고려하여야 한다. 우리 국제사법이나 로마협약에서 보듯이, 법정지의 국제적 강행법규는 입법목적에 비추어 어느 법이 계약의 준거법(주관적 준거법, 객관적 준거법)으로 지정되든지 간에 적용되어야 하며,⁷⁴⁾ 이는 당사자들이 달리 약정한 것이 있더라도 그러한 약정은 효력이 없기 때문이다.⁷⁵⁾ 따라서 일방이 자국의 국내법을 지정하고자 하는 경우에는, 예컨대, 상대방 국가에 국제적 강행법규가 있는지 여부나, 있다고 할 때 그것이 당해 계약에 어떠한 영향을 주는지가 고려되어야 한다.

예컨대, 첨단기술을 보유한 우리나라의 어느 기업(LR)이 동남아시아의 어느 제조업자(LE)에게 5년간 기술사용을 허락하는 라이선스계약을 체결하면서, 그 라이선스 대금(royalty)을 매월 일정액(정기대금)을 지급하는 것으로 하고, 그 준거법을 한국법으로 지정하는데, LE의 국내법상 LE가 해외의 LR에게 정기대금을 지급하기 위해서는 정부의 허가가 필요하고 그 액수도 일정하게 한정하고 있으며, 이러한 법규가 국제적 강행법규인 경우를 생각할 수 있다. 만약 2년 후, LE가 정기대금의 지급을 불이행하였고 이를 이유로 LR이 LE 국가에서 소송을 제기한다고 할 때, LE 국가의 법원은 비록 그 계약의 준거법이 한

71) Bortolotti, op. cit., p. 68.

72) 배정환, 전제논문, 53-54면.

73) 한국 상법 제92조의2 참조.

74) 따라서 법정지의 법원은 설령 계약의 준거법으로 자국법이 아닌 외국법이 지정되더라도 자국의 국제적 강행법규를 적용하여야 한다.

75) 한국 국제사법 제7조; 1980년 로마협약 제7조 각 참조.

국법이더라도 자국의 국제적 강행법규를 적용하여 LR의 청구를 기각할 수도 있을 것이다.⁷⁶⁾

더욱이, 위의 사례에서, 당사자들이 한국이나 제3국이 재판관할을 갖는 것으로 재판관할합의를 하였고, 그에 따라 한국이나 제3국에서 소송이 진행되어 LR이 준거법인 한국법에 따라 승소하였다더라도 LR로서는 판결을 결국 LE 국가에서 집행하여야 할 것인바, 그 판결은 LE 국가의 법원에 의하여 자국의 공서에 반한다는 이유로 집행이 거절될 수 있다.⁷⁷⁾ 또한 같은 맥락에서 당사자간에 제3국을 중재지로 하는 중재합의가 있었고 그에 따라 제3국에서 중재판정이 내려진 경우에도 그 중재판정(“외국중재판정”)의 집행을 요청받은 LE 국가의 법원은 - 특히 뉴욕협약이 적용된다고 할 때⁷⁸⁾ - 그 집행을 거부할 수 있을 것이다.⁷⁹⁾

위와 같이 상대방 국가에서 소송을 진행하여야 함으로써 상대방 국가의 국제적 강행법규를 회피할 방법이 없거나, 적어도 상대방 국가에게 외국판결이나 외국중재판정을 집행하지 않을 수 없는 경우에는 차라리 상대방 국가의 법을 준거법으로 지정하는 것이 나올 수 있다. 이러한 경우에, LR로서는 협상과정에서 준거법선택에 주력하기 보다는 오히려 예컨대, 대금지급에 관하여 LE로 하여금 제3국의 은행으로 하여금 지급보증신용장(standby letter of credit)을 개설하도록 하거나 독립보증(independent guarantee)의 성격을 갖는 지급보증

76) 이 예는 Bortolotti, op. cit., p. 71에 있는 것을 가공한 것이다.

77) 참고로 우리나라 민사집행법 제27조(집행판결)는 “외국판결이 민사소송법 제217조의 조건을 갖추지 아니한 때”에, 집행판결을 청구하는 소를 각하하도록 규정하고, 민사소송법 제217조(외국판결의 효력)는 외국법원의 확정판결이 효력을 갖기 위한 요건으로 “1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것, 2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것, 3. 그 판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것, 4. 상호보증이 있을 것”(밑줄은 필자가 첨가함)을 규정하여, 우리나라의 공서에 반하는 외국판결의 집행이 거절될 수 있도록 한다.

78) 『외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약』(UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)(일명 “뉴욕협약”) 제5조 제2항 제b호 참조.

79) 참고로, UNCITRAL 모범중재법 제36조 제2항 참조. 우리나라의 경우에는 한국 중재법 제36조-제39조 참조.

(payment demand guarantee)을 발행하도록 하는 데 전력한다거나 다른 계약 조건에서 보다 유리한 양보를 이끌어내는 것이 현명할 것이다.

2. 상대방 국가의 국내법을 선택하는 방안

전술한 위 1의 <자국의 국내법을 선택하는 방안>과 동일한 이유에서,⁸⁰⁾ 일반적으로 상대방 국가의 국내법을 준거법으로 선택하는 방안은 가장 하책(下策)이라 할 수 있다. 특히 당사자가 외국법의 내용을 전혀 모르고 있는 때에는 더욱 그러하다. 상대방 국가의 법을 모르는 상황에서는 상대방의 계약위반이 있더라도 그에 대하여 가장 효과적인 조치를 적절히 취하지 못할 수도 있고, 자신의 계약위반에 대한 상대방의 정당한 클레임은 물론 부당한 클레임에 대하여 강력하게 적절히 대응하지 못하고 그 해결을 위하여 필요 이상으로 양보하는 등 계약의 진행과정에서 열악한 처지에 놓일 수 있기 때문이다.

물론 당사자간의 협상력(bargaining power)에 현저한 불균형이 있는 경우에, 약자로서는 강자인 상대방 국가의 국내법을 준거법으로 지정하는 상대방의 요구를 부득이 수용할 수밖에 없는 경우에는 어쩔 수 없을 것이다. 그러나 이때에도 약자인 당사자는 체념하여 순응할 것이 아니라 가능하다면 준거법에 관하여 양보하는 대가(예컨대 가격의 인상 또는 인하)를 얻어내도록 하여야 할 것이다. 더욱이 협상력의 불균형이 그렇게 크지 않은 경우에, 약자로서는 예컨대 UNIDROIT 원칙과 같은 중립적인 대안을 제시함으로써 상대방 국가의 국내법이 준거법으로 지정되는 것을 피하여야 할 것이다.⁸¹⁾ 그리고 이때 그럼에도 강자인 상대방이 여전히 자국의 국내법을 고집하는 경우에는 예컨대 “This contract shall be governed by the UNIDROIT principles(2004)[except as to Article ...], supplemented when necessary by the law of [jurisdiction X]”⁸²⁾와 같은 대안은 주장하여 UNIDROIT 원칙이 적용되도록 하면서 상대방 국가의 국내법이 보충적으로 적용되도록 하는 것이 현명한 방안이 될 수 있을 것

80) 따라서 만약 상대방 국가의 국내법(강행법규 포함)이 오히려 자신에게 유리한 경우에는 상대방 국가의 국내법을 준거법으로 선택하는 것이 적절함은 물론이다.

81) Bortolotti, op. cit., p. 73 참조.

82) UNIDROIT Principles 2004, Preamble, foot note 참조.

이다.⁸³⁾ 나아가 이와 함께 계약서 내에 중재조항을 둔다면 더욱 효과적일 수 있다. 중재의 경우에는 비국내적 규범을 준거법으로 지정하는 데 보다 우호적이기 때문이다.

3. 제3국의 국내법을 선택하는 방안

쌍방이 서로 상대방 국가의 법을 준거법으로 선택하는 데 동의하지 하지 않는 경우에는 중립적인 제3국(예컨대, 영국)의 국내법을 준거법으로 선택하는 방안이 이용될 수 있다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾ 이러한 경우에 양당사자는 선택된 준거법에 대한 친소(親疎)의 면에서 동등한 처지에 놓이게 되나, 오히려 쌍방이 모두 그 준거법의 내용을 잘 모르는 불행한 경우도 있을 수 있을 것이다.⁸⁶⁾ 따라서 제3국의 법을 선택할 때에는 그 법이 일반적으로 인정되는 언어로 되어 있는지를 포함하여 그 법에 대한 접근성이 충분히 고려되어야 한다.⁸⁷⁾

아울러 분쟁해결방법으로 소송을 선택하는 경우에는 그 제3국이 재판관할을 갖도록 하는 것의 적절성을 포함하여 준거법조항과 재판관할조항이 조화되도록 하는 것이 바람직하고, 중재를 선택하는 경우에는 중재인(특히, 단독중재의 경우에는 단독중재인, 3인의 중재판정부가 구성되는 경우에는 의장중재인)을 선정할 때, 그러한 제3국의 법을 잘 아는 중재인이 선정되도록 하여야 할 것이다. 다만 소송의 경우에, 당사자들이 위와 같이 제3국의 중립적 법(neutral law)을 주관적 준거법으로 선택하는 것과 관련하여, 그러한 제3국의 법이 당

83) Bortolotti, op. cit., p. 73 참조.

84) Roy Goode et al., op. cit., p. 664, para. 17.113은 UNCITRAL 모범중재법 제28조의 논의에서, 실무상 당사자들은 흔히 자국법이나 상대방 국가의 법을 계약의 준거법으로 선택하지만, 당사자들이 스스로 당해 준거법을 선택하였다는 점 외에 다른 어떠한 연결점도 갖지 않는 중립국가의 법을 계약의 준거법으로 지정할 수 있다고 한다.

85) Redfern, A., et al, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, p. 98; 오원석, 전제논문, 44면에 의하면, 많은 국제계약에서 아무 관계가 없는 특정국가의 국내법을 수용하기도 하는바, 예컨대, 운송계약이나 국제보험계약에서는 영국의 상법(commercial law)이 국제거래의 필요를 가장 잘 반영하고 있는 것으로 생각하여 준거법으로 영국법을 선택하고, 같은 맥락에서 주요 재보험계약은 뉴욕주의 법을 선택하고 있다고 한다.

86) 사실 외국법의 내용을 정확히 알기는 매우 어려운 일이다.

87) Bortolotti, op. cit., p. 74.

해 계약의 당사자나 당해 국제계약 자체와 일정한 관련(예컨대, “실질적 관련” 혹은 “합리적 관련”)이 있어야 하는지 혹은 합리적인 근거가 있어야 하는지에 대하여 논란이 있는바, 우리 국제사법 제25조는 그러한 제한을 가하지 않으므로, 당사자는 당해 계약과 아무런 관련이 없는 중립적인 법을 선택할 수 있다. 더욱이 우리 국제사법 제8조 제2항은 당사자가 준거법을 선택하는 경우에는 예외조항을 적용하지 않는다고 규정함으로써 이를 명확히 한다.⁸⁸⁾

4. 비국내적 법규를 선택하는 방안

쌍방이 서로 상대방 국가의 법을 준거법으로 선택하는 데 동의하지 하지 않는 경우에, 다른 대안으로, 법의 일반원칙이나 상인법(*lex mercatoria*), UNIDROIT 원칙과 같은 비국내적 법규를 준거법으로 지정하는 것도 가능하다. 특히 이러한 방안은 당사자들이 분쟁해결방법으로 중재를 선택하는 경우에 이용하는 것이 적합하다고 널리 인식되고 있다.⁸⁹⁾ 더욱이 중재의 경우에는 당사자들이 적어도 국내법의 적용은 배제된다는 취지의 합의만이 있더라도, 중재판정부에 의하여 비국내적 법규의 적용이 흔히 인정되기도 한다.⁹⁰⁾

특히, 국제판매점계약(*international distributorship contract*)나 국제가맹점계약(*international franchising contract*), 국제라이센스계약(*international license contract*) 등의 일부 계약분야에서는 범세계적으로 국내법의 정비가 미비한 상황인바, 이때에는 계약규범으로서는 상당히 자족적이라 할 수 있는 UNIDROIT 원칙과 같은 비국내적 법규를 준거법으로 채택하는 것도 유력한 방안이 될 수 있다. 이러한 맥락에서 ICC의 모범국제독점판매점계약서(*Model International Sole Distributorship Contract*)⁹¹⁾나 모범국제가맹점계약서

88) 석광현, 국제사법(2003), 201-202면.

89) 동지, UNIDROIT Principles 2004, p. 130; 오원석 외, UNIDROIT 원칙 2004, 3-4면 참조.

90) CISG의 적용의 맥락에서 UNIDROIT 국제상사계약원칙이 중재판정과 법원판결에서 범세계적으로 얼마나 적용되고 있는지에 관한 실증적으로 연구로는, 한재필, “국제상거래 계약에서의 준거법선정실태에 관한 연구 - 중재판정부 및 법원의 판례법을 중심으로,” 『국제상학』 제24권 제1호(한국국제상학회, 2009.3.) 33-61면 참조.

91) ICC 모범판매점계약서(제2판) 제24조 제1항 참조. 참고로 원문은 다음과 같다. “24.1. Any questions relating to this contract which are not expressly or implicitly settled by

(Model International Franchising Contract)⁹²⁾, 모범국제기술이전계약서 (Model International Technology Transfer Contract)⁹³⁾가 그 준거법조항에서 UNIDROIT 원칙이 준거법의 일부로 혹은 보충적으로 적용된다고 명시하는 태도는 적절하고 충분히 유력한 것으로 보인다.⁹⁴⁾ 나아가 설령 국내법에서 해당 계약분야에 적용가능한 제정법률을 정비하고 있더라도 그것이 국제거래가 아닌 국내거래를 겨냥하여 제정된 것이어서 국제거래에 적용하기에는 부족하거나 부적절한 경우에도 UNIDROIT 원칙 등의 비국내적 법규를 (이것이 실

the provisions contained in this contract shall be governed, in the following order: (a) by the principles of law generally recognised in international trade as applicable to international distributorship contracts; (b) by the relevant trade usages, and (c) by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, with the exclusion - subject to Article 24.2. hereunder - of national laws.” 물론 이에 동의하지 않는 당사자들을 위하여 동 제24조는 특정한 국내법을 준거법으로 지정하는 대안 “B”를 나란히 규정하면서 당사료 하여금 선택할 수 있도록 하고 있다.

ICC 모범판매점계약서(제2판)에 관하여 상세히는, ICC, The ICC Model Distributorship Contract (Sole Importer - Distribute), Second revised edition, 2002 (ICC Publication No. 646) 참조.

- 92) ICC 모범국제가맹점계약서 제32조 참조. 참고로 원문은 다음과 같다. “Article 32. This Agreement is governed by the rules and principles of law generally recognized in international trade together with the UNIDROIT principles on International Commercial Contracts.” 마찬가지로, 이에 동의하지 않는 당사자들을 위하여 동 제32조는 특정한 국내법을 준거법으로 지정하는 대안 “B”를 함께 규정하면서 당사료 하여금 선택할 수 있도록 하고 있다.

ICC 모범국제가맹점계약서에 관하여 상세히는, ICC, The ICC Model International Franchising Contract, ICC Publication No. 557 참조.

- 93) ICC 모범국제기술이전계약서 제18조 참조. 참고로 원문은 다음과 같다. “Article 32. Unless otherwise agreed, any questions relating to this Contract which are not expressly or implicitly settled by the provisions contained in this Contract shall be governed, in the following order, by: (a) the principles of law generally recognized in international trade as applicable to international transfer of technology contracts; (b) relevant trade usages; and (c) the Unidroit Principles of International Commercial Contracts.” 마찬가지로, 이에 동의하지 않는 당사자들을 위하여 동 제18조는 특정한 국내법을 준거법으로 지정하는 대안 “B”를 함께 규정하면서 당사료 하여금 선택할 수 있도록 하고 있다.

ICC 모범국제기술이전계약서에 관하여 상세히는, ICC, Model International Technology Transfer Contract, 2009 (ICC Publication No. 674) 참조.

- 94) 같은 맥락에서, 오원석, 전제논문, 57면은 UNIDROIT 국제상사계약원칙이 CISG를 보충하는 기능을 할 수 있는 것을 중시하여 이를 준거법조항에 반영하여 적극 활용하기를 추천한다.

질법적 지정이건 저촉법적 지정이건 간에) 준거법으로 수용하는 것도 유력한 방안이라 할 것이다.⁹⁵⁾

5. 준거법에 대하여 침묵하는 방안

끝으로 계약에서 어떠한 준거법도 선택하지 않는 것도 당사자들이 이용할 수 있는 하나의 방안이 될 수 있다. 물론 이러한 방안을 채택할 수 있기 위해서는 그 전제로 당사자들은 (최소한 이 방안을 유리하게 이용하고자 하는 당사자는) 계약의 객관적 준거법을 결정하는 규칙(저촉법규칙)을 사전에 미리 숙지하고 있어야 한다.⁹⁶⁾ 다시 말해, 이 방안은 당사자가 준거법에 대하여 계약에서 침묵하는 경우에 적용될 객관적 준거법이 어느 법인지를 미리 알고 있고 또한 그 객관적 준거법의 내용이 자신에게 유리하거나 최소한 불리하지는 않다는 사실을 이미 알고 있는 때에 가장 유력하게 이용할 수 있다. 사실 이와 같은 당사자로서는 계약상 준거법문제를 자신이 먼저 제기할 필요가 없으며, 오히려 이것이 빌미가 되어 상대방이 자신의 국내법을 준거법으로 요구하는 상황을 초래될 수도 있다.⁹⁷⁾ 그러나 가장 불행한 것은 당사자들이 계약의 주관적 준거법을 지정하는 것의 가치에 대하여 무지(無知)하기 때문이거나, 그 계약에 객관적 준거법이 적용됨으로 인한 결과에 대하여 무지하기 때문에 준거법에 대한 합의를 태만하는 것이며, 국제무역실무자들은 이러한 경우가 발생하지 않도록 부단히 노력하여야 한다.

V. 결 언

국제무역계약상 흔히 발생하는 분쟁에 대하여 무역실무자들은 최소한 주요한 사항에 대해서는 계약서에서 명시적으로 다루어 사전에 대비하는 것이 바

95) 장복희, “국제상사중재에 있어서 실체준거법,” 『국제법학회논총』 제40권 제1호(국제법학회, 1995), 273-274면도 같은 취지로 이해된다.

96) 동지, Dimatteo, Larry A., *The Law of International Contracting*, Kluwer Law International, 2000. p. 158.

97) 동지, Bortolotti, op. cit., p. 76.

람직하지만, 계약에서 공백은 항상 발생하기 마련이며 결국 그 공백은 계약의 준거법에 의하여 보충되게 된다. 이에 당사자들은 계약체결시에 당해 계약의 준거법을 명시하여 규정하는 것이 권장되며, 분쟁해결방법으로 소송이 이용되든지 중재가 이용되든지 간에 위에서 보았듯이 준거법의 선택에 관한 당사자 자치의 원칙은 인정되고 있다. 다만 이러한 당사자 자치는 강행법규에 의하여 제한되며, 저촉법적 지정으로써 어느 국가의 법을 지정하는 것은 그 국가의 강행법규까지 지정하는 효과를 갖는다.

준거법으로 지정되어 적용되는 법률의 내용은 각기 상이하므로, 당해 계약의 내용은 그 준거법에 따라 달라질 수 있고, 따라서 무역실무자로서는 계약 체결시에 자신의 필요를 가장 잘 충족하고 이익에 가장 부합하는 준거법이 지정되도록 최선을 다하여야 할 것인바, 계약당사자의 입장에서 이와 같이 자신에게 가장 유리한 준거법을 선택하는 일은 유능한 무역실무자라면 능숙히 처리할 수 있어야 하는 기본항목 중의 하나이다. 이러한 견지에서 본고에서는 소송과 중재로 나누어 실제의 준거법 결정규칙을 고찰한 후, 그에 따라 무역실무자들이 계약체결시에 준거법을 전략적으로 선택할 수 있는 방안들을 살펴 보았다. 그 중에서 객관적 준거법을 결정하는 규칙은 당사자들이 계약협상에 임하면서 주관적 준거법에 관하여 계약에서 침묵하고자 하는 경우에 뇌리로 숙지하고 있어야 하는 특성을 갖는다.

계약체결시에 당사자들이 준거법을 선택하는 전략적 방안으로 다섯 가지, 즉, (i) 자국의 국내법을 선택하는 방안, (ii) 상대방 국가의 국내법을 선택하는 방안, (iii) 제3국의 국내법을 선택하는 방안, (iv) 비국내적 법규를 선택하는 방안, (v) 준거법에 대하여 침묵하는 방안을 살펴보았다.

첫째, 자국의 국내법을 선택하는 방안은 일반적으로 가장 유리하며, 실무상으로도 가장 선호되고 있다. 그러나 자국법이 내용 면에서 항상 자신에게 유리한 것은 아니며, 특히 자국법이 자신에게 불리한 강행규정을 포함하는 경우에는 이 방안이 타당하지 않을 수도 있다. 더욱이 분쟁해결방법으로 소송을 선택하는 경우에는 국제적 강행법규의 문제도 함께 고려하여야 한다.

둘째, 상대방 국가의 국내법을 선택하는 방안은 위의 첫째와 동일한 이유에서 일반적으로 가장 하책이라 할 수 있는바, 계약상 약자로서는 준거법의 지정에 관하여 강자인 상대방의 요구를 부득이 수용할 수밖에 없는 경우에도 가능하다면 그 대가로서 예컨대 가격에서 양보를 받아 낸다거나 아니면, 예컨대

후술하는 제3국의 국내법을 선택하는 방안을 제시하거나 UNIDROIT 원칙과 같은 중립적인 대안을 제시하는 것으로 대처하는 것이 바람직하다.

셋째, 제3국의 국내법을 선택하는 방안은 중용적인 방안의 하나인바, 이때에는 그 제3국법에 대한 접근성이 충분히 고려되어야 하고, 특히 분쟁해결방법으로 소송을 선택하는 경우에는 그 준거법조항과 재판관할조항이 조화되도록 하고, 중재를 선택하는 경우에는 그 준거법조항과 중재인선정방법이 조화되도록 유의하여야 한다.

넷째, 비국내적 법규를 선택하는 방안도 역시 중용적인 방안인바, 특히 국내법의 정비가 미비한 계약분야나 국내법이 이를 국제거래에 적용하기에는 부적절한 계약분야에서는 자족성을 갖춘 국제규범으로 평가되고 있는 UNIDROIT 원칙과 같은 비국내적 법규를 준거법으로 채택하는 것이 유력하다.

다섯째, 계약에서 준거법에 대하여 침묵하는 방안은 국제계약의 고도의 전문가에게 유용한 방안이 되며, 그에 대하여 상대방으로서는 계약의 주관적 준거법을 지정하는 것의 가치나 그 계약에 객관적 준거법이 적용됨으로 인한 결과를 간과하거나 망각하는 일이 없도록 유념하여야 한다.

끝으로 첨언하자면, 여하한 이유로 준거법의 선택에 만족하지 못한 당사자는, 비록 쉽지는 않을 것이나, 분쟁해결과정에서 전략적 방안의 하나로 준거법의 사후적 합의 내지 변경하는 방안을 이용하는 것을 고려할 수 있다. 나아가 이러한 사후적 대처는 화해에 의한 분쟁해결을 도모하는 과정에서 적절히 활용할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 목영준, 『상사중재법론』, 박영사, 2000.
- 법무부, 『국제사법 해설』, 법무부, 2001.
- 석광현, 『국제사법과 국제소송 제1권』, 박영사, 2001.
- _____, 『국제사법과 국제소송 제4권』, 박영사, 2007.
- _____, 『국제사법 해설(제2판)』, 지산, 2003.
- _____, 『국제상사중재법연구(제1권)』, 박영사, 2007.
- _____, “국제물품매매협약(CISG)과 국제사법,” 『서울대학교 법학』 제50권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2009. 9.
- 오원석, “국제상사중재에서 준거법의 결정,” 『무역상무학연구』 제29권, 한국무역상무학회, 2006.2.
- 오원석·최준선·허해관 공역, 『UNIDROIT 국제상사계약원칙 2004』, 법문사, 2006.
- 이용근, “무역계약상 준거법 선택 및 결정에 관한 연구,” 『국제상학』 제8권 제1호, 한국국제상학회, 1993.
- 배정환, “국제계약에 있어서 준거법결정에 관한 연구,” 『무역상무학연구』 제11권, 한국무역상무학회, 1998.2.
- 장복희, “국제상사중재에 있어서 실체준거법,” 『국제법학회논총』 제40권 제1호, 국제법학회, 1995.
- 한재필, “국제상거래계약에서의 준거법선정실태에 관한 연구 - 중재판정부 및 법원의 판례법을 중심으로,” 『국제상학』 제24권 제1호, 한국국제상학회, 2009.3.
- 허해관, “한국의 2005년 국제매매협약가입과 법적용,” 『국제사법연구』 제10호, 한국국제사법학회, 2004.12.

2. 영미문헌

Bortolotti, Fabio, *Drafting and Negotiating International Commercial*

- Contracts*, ICC (ICC Publication No. 671), 2008.
- Dimatteo, Larry A., *The Law of International Contracting*, Kluwer Law International, 2000.
- Goode, Roy & Herbert Kronke & Ewan McKendrick, *Transnational Commercial Law - Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2007.
- Murray, Carole & David Holloway & Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff's Export Trade*, 11th edition, Sweet & Maxwell, 2007.
- ICC, *The ICC Model Distributorship Contract (Sole Importer - Distribute)*, Second revised edition (ICC Publication No. 646), 2002.
- _____, *The ICC Model International Franchising Contract* (ICC Publication No. 557).
- _____, *Model International Technology Transfer Contract*, (ICC Publication No. 674) 2009.
- Redfern, A., et al, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004.
- UNIDROIT, UNIDROIT *Principles on International Commercial Contracts 2004*, UNIDROIT, 2004.
- van Houtte, Hans, *The Law of International Trade*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, 2002.

ABSTRACT

International Traders' Measures against Contract Disputes in International Transactions – Focusing on the Matter of Governing Law

Heo, Hai Kwan

The "rules of private international law" or "conflict of law rules" work to determine the governing law, the law applicable to international contracts. These rules permit parties' autonomy to choose the law applicable to their contracts in cases of both litigations and arbitrations. In this regards, the present article examines parties' five options for the choice of the law governing their contracts, which the parties should consider when negotiating and drafting an international agreement. This means that parties in international contracting should check the contents of the law that they are to choose as the governing law before doing so.

The first option is to submit the contract to its own law, which can be the safest and simplest solution generally. However this option is subject to the consent of the other party, and is not appropriate when the domestic law chosen contains mandatory rules strongly protecting the other party.

Secondly, the option of choosing the other party's law is not preferable in general. Even though the other party is strong enough to succeed in insisting on applying its own law, the other party is advised to counter-offer a neutral solution by suggesting the application of a transnational set of rules and principles of international contract, such as Unidroit Principles.

The third option to choose the law of a third country should be taken with the caution that it should be harmonized with either, in case of litigations, the international jurisdiction clause which makes the country chosen have the jurisdiction over the dispute arising under the contract,

or, in case of arbitrations, the way of selection of the arbitrator who has good knowledge of the law chosen.

The fourth option of submitting the contract to the *lex mercatoria* or the general principles of law including the Unidroit Principles can be a advisable solution when a dispute is designed to be submitted to experienced arbitrators.

The final and fifth is to be silent on the choice of the governing law in contracting. This option can be usefully available by experienced negotiators who are well familiar with the conflict of laws rules and enables the parties to avoid the difficulties to agree on the governing law issue and leave it open until a dispute arises.

Key Words: Governing law, Applicable law, Conflict of laws,
International litigation, International commercial arbitration