

중국에서의 국제상사중재합의 유효성에 관한 연구*

이 시 환**

-
- I. 서 론
 - II. 국제상사중재합의의 유효성과 그 판단
 - III. 국제상사중재합의의 성립 및 유효성의 준거법
 - IV. 중국에서의 국제상사중재합의 유효성 판단과
관련된 법규 및 판례
 - V. 결 론
-

주제어 : 중국 중재법, 중재합의, 중재합의의 유효성

I. 서 론

1992년 우리나라가 중국과 수교를 개시할 당시 양국의 교역액은 수출

* 이 연구는 2011년도 경원대학교 교내연구비 지원에 의한 결과임(KWU-2011-R131)

** 경원대학교 무역학과 교수

26.5억불, 수입 37.2억불로서 총 63.7억불에 불과하였다. 그러나 그 이후 급속도로 교역액이 증가하여 지난 2004년도에는 중국이 미국을 앞질러 최대 교역국이 되었다. 그리고 이러한 추세는 지속되어 2010년도 대중 교역액은 수출 1,168억불, 수입 716억불로서 총 1,884억불에 달하여 중국은 우리나라 전체 교역액 8,916억불의 21%를 차지하는 부동의 최대교역국으로 자리를 지키고 있다.¹⁾

그러나 한편 이러한 교역의 확대와 더불어 양국 간의 분쟁도 크게 늘어나고 있다. 예컨대 지난 2009년 대한상사중재원이 처리한 중국 중재사건은 14건으로 상위 15개 분쟁국가 중 중국이 1위를 차지하고 있는 것이 이를 말해주고 있다.²⁾

그런데 중재는 합의에 의한 분쟁해결절차이다. 따라서 중재로 분쟁을 해결하기 위해서는 당사자 사이에 그들 사이의 분쟁을 법정에서 해결하는 대신 중재에 회부하여 해결하기로 하는 합의, 즉 중재합의를 필요로 한다.³⁾

중재합의에는 두 가지 유형이 있다. 하나는 분쟁이 발생하기 전에 당사자가 국제상사계약에 삽입한 중재조항(arbitration clause)이고, 다른 하나는 관계당사자가 분쟁 발생 후 분쟁해결방식을 별도로 합의한 중재부탁계약(submission agreement)이다. 이러한 중재합의는 중재제도 존립의 기초가 되는 것으로 중재합의가 없으면 중재인은 분쟁을 해결할 권한이 없으므로 중재절차를 진행하여 중재판정을 내릴 수 없다. 1958년 6월 뉴욕의 유엔 본부에서 체결된 「외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약」(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), 즉 “뉴욕협약”(New York Convention)⁴⁾상으로도 중재합의의 무효는 중재판정의 승인 및 집행의 거부사유가 된다(제5조 제1항 a호 참조). 따라서 중재합의는 중재에서 가장 핵심적인

1) 한국무역협회, 한국무역통계> 국가별수출입(gikt3010i).

2) 김광수, “최근 중국 중재의 동향”, 「중재」, 제333호, 2010, p.19.

3) Murray, C., David Holloway and Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff Export Trade: The Law and Practice of International Trade*(11th ed.), London, Sweet & Maxwell, 2007, p.538.

4) 우리나라는 이 협약에 1973년 5월 9일자로 가입함으로써 42번째의 가입국이 되었고, 중국도 1987년에 뉴욕협약에 가입하였다. 2009년 10월 1일 현재 이 협약의 가입국은 142개국이다.

개념의 하나이다.

그런데 중국에서는 중재합의의 성립과 그 유효성에 대한 판단을 특이하게 하고 있다. 그 결과 중국에 있는 거래 상대방과 중재합의를 해 두어도 자칫 잘못하면 중재합의 자체가 무효가 되어 원만하게 중재에 의해 분쟁을 해결할 수 없게 된다.

한편 우리나라에서 중국의 중재제도에 대한 연구가 비교적 활발하게 이루어지고 있지만 중국의 중재합의 자체에 대한 연구는 찾아보기 어렵다.⁵⁾ 여기서 이 논문은 중국에서의 국제상사중재합의의 성립과 그 유효성 판단에 관한 문제를 중국의 법률과 판례를 통해 살펴봄으로써 이를 명확히 하여 중재합의의 무효로 인한 뜻하지 않은 손해를 방지하는데 도움을 주려는 데에 그 목적이 있다.

Ⅱ. 국제상사중재합의의 유효성과 그 판단

1. 중재합의의 유효성 문제

중재합의가 효력을 가지려면 유효하여야 한다.⁶⁾ 중재합의의 유효성문제는 중재판정부가 특정 중재사건의 관할권을 취득할 수 있느냐의 여부에 관계될 뿐만 아니라 중재합의에 의해 내린 중재판정이 집행지국법 법원의 승인 및 집행을 받을 수 있느냐의 여부에도 직접적으로 관계된다. 각국의 국내법 및 국제협약은 모두 중재합의의 효력이 부정되면 중재판정의 승인 및 집행이 거절되는 것으로 규정하고 있다.⁷⁾ 따라서 중재합의의 유효성 문제는 국제상사중재와 관련하여 당사자가 시종 관심을 가져야 할 하나의 중요한 문제이다.

구체적으로 보면 우선 중재절차를 개시할 때에 일방 당사자는 중재합의 무

5) 다만 일반적인 중재합의 자체의 준거법에 관하여는 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 연구”, 「중재연구」, 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005가 있고, 건설중재합의와 관련하여 서정일, “건설중재에 있어서 선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 「무역상무연구」, 제25권, 한국무역상무학회, 2005가 있다.

6) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, p.56.

7) 程德鈞, 「國際貿易爭議與仲裁」, 對外經濟貿易大學出版社, 2002, p.58.

효를 이유로 중재판정부의 관할권에 대하여 이의를 제기하거나 또는 중재절차가 개시되기 전에 일방 당사자가 중재합의의 존재를 무시할 수 있고, 또 중재합의 무효를 이유로 법원에 중재합의에 속하는 사항에 대하여 소송을 제기할 수도 있다. 이상과 같은 경우 당해 사건을 수리한 법원이나 중재기구는 우선 당해 사건 중재합의의 유효성에 대하여 판단을 하여야 한다.

다음으로 중재절차 개시 후, 그리고 중재기구 또는 중재판정부가 수리한 사건에 대하여 관할권을 가진 것으로 결정한 후 만약 일방 당사자가 그 결정에 불복하는 경우 관할권이 있는 법원에 대하여 당해 중재사건이 준거한 중재합의의 유효성에 이의를 제기하여 법원이 최종적 결정을 해주도록 청구할 권리가 있다. 이 밖에도 일방 당사자가 계약 중의 중재조항에 의거 중재를 신청하고, 타방 당사자는 중재합의 무효를 이유로 본국 법원에 동일한 당해 분쟁에 대해 소송을 제기하는 경우도 있다.

마지막으로 중재판정을 내린 후 당사자가 판정에 불만이 있을 경우 그 판정이 무효인 중재합의에 근거하여 내려졌다는 것을 이유로 판정지 법원에 중재판정의 취소를 청구하거나 또는 집행지 법원에 그 중재판정의 집행거절을 청구할 수도 있다.

여기서 보는 바와 같이 중재합의의 효력문제는 중재절차의 전 과정, 그리고 중재판정의 승인 집행에 까지 관련되고 있음을 알 수 있다.

2. 국제상사중재합의의 효력 판단기구

(1) 사건 관련 중재판정부

일반적으로 중재판정부는 중재합의의 존재 또는 효력의 이의를 포함하여 그 관할권을 결정할 수 있다. 이것이 이른바 중재판정부의 자기권한심사(competence-competence)에 관한 문제이다.⁸⁾ 이와 관련하여 UNCITRAL(국제무역법위원회)이 1985년 6월 21일 채택한 「국제상사중재에 관한 모델법」(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; 이하 “UNCITRAL 모델법”이라 한다)⁹⁾ 제16조(Competence of arbitral tribunal to rule on its

8) 목영준, 전거서, p.49 및 p.119 이하 참조.

9) 우리나라는 이 법을 거의 그대로 수용하여 1999년 12월 31일자로 중재법을 전면적으로

jurisdiction; 자신의 관할에 관한 중재판정부의 결정권한) 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“중재판정부는 중재합의의 존부 또는 유효성에 관한 이의를 포함하여 자신의 관할을 결정할 권한을 가진다.”

우리나라 중재법¹⁰⁾이나 중국 중재법¹¹⁾ 등 많은 국가의 중재법, 프랑스 민사소송법¹²⁾ 등이 이러한 규정을 두고 있다. 중재판정부의 이러한 권리는 온전히 당사자 사이에 이미 존재하던 중재합의로부터 온 것이다. 다시 말하면 중재합의 자체가 중재판정부에 당해 합의의 유효성과 중재합의에 속하는 분쟁의 관할권을 부여한 것이다.¹³⁾

(2) 관련 국가 법원

관련국가의 법원은 법에 의해 당사자가 신청한 중재합의의 유효성에 대하여 판단을 할 권리가 있다. 중재판정부의 관할권의 근원이 중재합의인 것과 달리, 법원의 중재합의에 대한 관할권은 온전히 국내법에 뿌리를 두고 있다.

이와 관련하여 뉴욕협약도 중재합의 유효성의 실질요건에 대해 구체적인 규

개정하였는데, 이 모델법은 2006년에 일부 개정되었다.

- 10) 우리나라 중재법 제17조(중재판정부의 판정 권한에 관한 결정) 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.
“중재판정부는 자신의 권한 및 이와 관련된 중재합의의 존재 여부 또는 유효성에 대한 이의에 대하여 결정할 수 있다. 이 경우 중재합의가 중재조항의 형식으로 되어 있을 때에는 계약 중 다른 조항의 효력은 중재조항의 효력에 영향을 미치지 아니한다.”
- 11) 중국 중재법 제19조는 “중재판정부는 계약의 유효성을 판단할 권한을 갖는다.”고 규정하고 있고, 또 제20조는 다음과 같이 규정하고 있다.
“중재합의의 효력에 관하여 이의가 있는 당사자는 이에 관하여 중재위원회에 결정을 신청하거나 또는 법원에 판결을 신청할 수 있다. 일방 당사자가 중재위원회에 제출한 신청을 하고 상대방이 인민법원에 동 신청을 한 경우에는 인민법원이 이에 관하여 판결한다. 중재합의의 효력에 대한 이의는 중재판정부의 1차 심리 개최 전에 제기해야 한다.”
- 12) 프랑스 민사소송법 제1466조는 “어느 당사자가 중재인의 심판권한에 이의를 제기할 때, 그 권한의 효력 또는 범위에 관한 결정권은 중재인에게 있다”고 규정하고 있다.
- 13) 趙秀文, 「國際商事仲裁現代化研究」, 法律出版社, 2010(이하 “趙秀文, 國際商事仲裁現代化研究”라 한다), p.96.

정을 두고 있지 않고 각국 법원이 해결하도록 남겨두고 있다.

그리고 만약 중재판정부와 법원이 동일한 중재합의의 유효성에 대해 서로 다르게 판정한 경우 법원의 결정이 우선 적용되어야 한다.

(3) 중국에서의 중재합의 유효성 판단기구

중국 중재법은 중재합의의 유효성문제에 대하여 UNCITRAL 모델법 중의 관련규정을 참고하여 다음과 같이 규정하고 있다(제20조).

“중재합의의 효력에 관하여 이의가 있는 당사자는 이에 관하여 중재위원회에 결정을 신청하거나 또는 법원에 판결을 신청할 수 있다. 일방 당사자가 중재위원회에 전술한 신청을 하고 상대방이 인민법원에 동 신청을 한 경우에는 인민법원이 이에 관하여 판결한다.”

그러나 중국 중재법의 이 조문은 실무 중 발생한 중재기구와 인민법원의 중재합의의 효력 판단에 관하여 명확하게 규정하고 있지 못하다.¹⁴⁾ 따라서 그 결함을 보충하기 위해 1998년 10월 21일 최고인민법원 심판위원회는 「중재합의 효력확인에 관한 몇 가지 문제의 회신」¹⁵⁾을 통과시켰는데 그 중에 다음과 같이 규정하고 있다.

“당사자가 중재합의의 효력에 대하여 이의가 있고, 일방 당사자가 중재기구에 중재합의 효력판정을 신청하고 다른 당사자는 인민법원에 중재합의 무효확인 청구를 한 경우, 만약 중재기구가 인민법원보다 앞서 신청을 접수하고 이미 결정을 하였다면 인민법원은 수리할 수 없다. 그러나 중재기구가 신청 접수 후 아직 결정하지 않았다면 인민법원은 수리하여야 하고 동시에 중재판정부에 중재를 중지하도록 통지하여야 한다(제3조). 일방 당사자가 계약분규 또는 기타 재산권익에 관한 분규에 중재신청을 하고 타방 당사자가 중재합의의 효력에 대해 이의가 있어 인민법원에 중재합의무효 확인을 청구하고 계약

14) 趙秀文, 「國際商事仲裁法」, 中國人民大學出版社, 2004(이하 “趙秀文, 國際商事仲裁法”이라 한다), p.108.

15) 《關於確認仲裁協議效力幾個問題的批復》

분규 또는 기타 재산권익분규를 제소한 경우 인민법원은 수리 후 중재기구에 중재의 중지를 통지하여야 한다. 인민법원은 법에 따라 중재합의의 유효 또는 무효판결을 한 후 판결문 부분을 중재기구에 송달하여, 중재기구가 인민법원의 판결에 의거 중재사건을 회복 또는 취소하도록 하여야 한다(제4조).”

이 회신은 중재합의의 유효성에 대하여 어떤 경우는 중재기구가 먼저 결정하고 또 어떤 경우에는 법원이 결정하는가를 명확히 하고 있다.

Ⅲ. 국제상사중재합의의 성립 및 유효성의 준거법

중재합의에 대한 각국의 법제는 통일되어 있지 않으므로 종종 동일한 하나의 중재합의가 어떤 나라의 법률에 의해서는 유효한 합의가 되고 다른 나라 법률에서는 무효인 합의가 되기도 한다. 따라서 국제상사중재에서는 중재합의의 준거법을 검토할 필요가 있다. 그런데 엄밀히 말하면 중재합의의 준거법에는 ① 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법, ② 중재합의의 방식(또는 형식적 유효성)의 준거법,¹⁶⁾ ③ 중재합의의 효력의 준거법¹⁷⁾ 등이 있다.¹⁸⁾

16) 중재합의의 방식 문제는 주로 중재합의가 서면요건을 구비하여야 하는가의 문제이다. 그런데 뉴욕협약은 중재합의의 방식을 직접 규율하고 있으므로 중재합의의 방식의 준거법은 별도로 문제가 되지 않는다. 뉴욕협약은 중재합의가 서면에 의할 것을 요구하고 있는데 여기서 서면에 의한 합의란 당사자들에 의하여 서명되거나 서신 또는 전보교환 속에 담긴, 주된 계약 속의 중재조항 또는 중재합의를 포함한다(뉴욕협약 제2조 제2항). 뉴욕협약은 제정 당시의 상황을 고려하여 당사자 사이에 서명하거나 교환된 서신이나 전보에 포함된 중재합의만을 언급하고 있다. 그런데 그 후 컴퓨터 및 인터넷의 보급에 따라 UNCITRAL은 1996년에 「전자상거래 모델법」(Model Law on Electronic Commerce)을 제정하였는데 이 모델법에서는 서면형식을 폭넓게 해석, 전자자료교환 및 이메일, 기타 일체의 유형으로 표현한 내용의 형식을 모두 서면형식으로 인정할 수 있도록 하고 있다(동법 제2조 및 제6조 참조). 또 UNCITRAL이 2006년에 개정한 국제상사중재 모델법 중에서 중재합의의 서면형식에 대한 전자기술의 발전을 반영함에 따라 중재합의의 서면형식에 대하여 보다 광범위한 규정을 두고 있다(동법 제7조 참조). 뉴욕협약과 모델법상의 서면형식의 차이에 대하여는 王曉川, 「國際貿易爭議與仲裁」, 中國人民大學出版社, 2008, p.44 참조.

17) 중재합의의 효력에는 소극적 효력과 적극적 효력이 있다. 소극적 효력은 직소금지의 효력이라고도 하며, 당사자들이 중재합의를 한 사항에 관하여 소송이 제기되었을 경우, 계약국의 법원은 원칙적으로 일방 당사자의 청구에 의하여 당사자들을 중재에 회부하여야 한다는 것이다. 중재합의의 소극적 효력, 즉 항변단계에서

여기서는 이들 중 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법을 중심으로 살펴보기로 한다.

그리고 국제중재에 관한 문제를 검토할 때에는 뉴욕협약이 적용되는 경우와 적용되지 않는 경우를 구분하여 살펴볼 필요가 있다. 그러나 여기서는 우리나라나 중국 모두 뉴욕협약에 가입한 점을 고려하여 뉴욕협약이 적용되는 경우를 중심으로 중재합의의 준거법을 살펴보기로 한다.

중재합의의 부존재, 무효, 효력 상실 또는 이행불능을 포함한 중재합의의 유효성을 판단하는 기준이 되는 준거법은 다음과 같다.

1. 중재판정의 승인 또는 집행단계

중재판정이 내려진 후 만약 일방 당사자가 당해 판정의 승인 및 집행을 거절하는 경우 타방 당사자는 법원에 당해 판정의 강제집행을 청구할 수 있다. 이와 관련하여 뉴욕협약(제5조 제1항 a호)은, 만약 피집행 당사자가 당해 판정이 준거한 중재합의가 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의하여 무효인 중재합의라는 증거를 제출한 경우 법원은 당해 중재판정의 승인 및 집행을 거절할 수 있는 것으로 규정하고 있다.¹⁹⁾ 즉 뉴욕협약은 중재판정이 준거한 중재합의의 유효

의 중재합의의 효력은 뉴욕협약 제2조 3항에 규정하고 있다. 즉 제2조 3항은 중재합의의 대상인 사항에 관한 소송이 제기되었을 때에는, 계약국의 법원은, 중재합의를 무효, 실효 또는 이행불능이라고 인정하는 경우를 제외하고, 일방 당사자의 청구에 따라서 당사자들을 중재에 회부하여야 하는 것으로 규정함으로써 중재합의의 소극적 효력을 명시하고 있으므로 그에 따라야 한다.

한편 중재합의에 의하여 당사자는 분쟁을 중재절차에 회부할 수 있고, 중재인은 분쟁을 해결할 권한을 가지며 중재판정을 내릴 수 있다. 이것을 중재합의의 적극적 효력 또는 절차법적 효력이라고도 한다. 중재합의의 적극적 효력의 준거법은 두 가지로 구분할 필요가 있다. 하나는 중재인이 중재절차를 진행 할 수 있는 효력에 관한 적극적 효력으로 이것은 중재지법에 따라야 한다. 또 하나는 당사자가 법원을 통하여 중재합의를 강제할 수 있는가 하는 것으로 이것은 법정지법에 따라 판단할 사항이다.

요컨대, 중재합의의 적극적 효력과 소극적 효력은 모두 법정지법에 따를 사항이지만 적극적 효력 중 중재판정부가 중재절차를 진행할 수 있는 효력은 중재지법에 따른다(석광현, 「국제상사중재법연구」, 박영사, 2007, p.127).

18) 상계서, p.114.

19) UNCITRAL 모델 중재법도 중재판정 취소 사유의 하나로서 제34조 제2항 (a)(i)호에서 다음과 같이 규정하고 있다.

효성을 어떻게 판단하느냐에 대하여 관련 국가의 법원에 맡기고 있으나, 중재합의의 유효성을 결정하는 준거법에 대하여는 명시하고 있다. 즉 중재합의, 보다 정확히는 중재합의의 성립과 (실질적) 유효성의 준거법은 우선 당사자들이 중재합의의 준거법으로 지정한 법에 의한다. 그러나 실제로 중재합의의 준거법을 명시적으로 지정하는 경우는 드문데,²⁰⁾ 이와 같이 준거법의 지정이 없는 경우에는 중재판정지국 법에 의한다. 여기서 말하는 준거법의 지정은 명시적 지정뿐 아니라 묵시적 지정도 포함한다.²¹⁾

2. 중재합의의 승인단계

중재합의의 승인단계는 중재합의가 있음에도 불구하고, 일방 당사자가 법원에 소를 제기하고 상대방이 항변으로 중재합의의 존재를 주장하여 소의 각하를 구하는 사안으로 항변단계라고도 한다. 중재합의의 승인과 관련하여 뉴욕협약 제2조 3항은 “당사자들이 본조에서 의미하는 합의를 한 사항에 관한 소송이 제기되었을 때에는, 계약국의 법원은, 전기 합의를 무효, 실효 또는 이행불능이라고 인정하는 경우를 제외하고, 일방 당사자의 청구에 따라서 중재에 부탁할 것을 당사자에게 명하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 중재합의의 무효, 실효 또는 이행불능을 판단하는 준거법을 명시하고 있지 않다.²²⁾ 따라서 법원은 중재합의의 승인단계에서 중재합의의 무효, 실효 또는 이행불능을 판단하는 준거법을 결정할 필요가 있다.²³⁾

그런데 이러한 중재합의의 승인단계의 준거법에 관하여는 ① 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 의한다는 설과 ② 법정지의 국제사법에 의한다는 설로 나누어진다. 그러나 중재합의가 뉴욕협약의 적용을 받는 경우에는 중재합의와 중재판정의 집행이 함께 가능하여야 하므로 전자, 즉 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에서

“제7조에 규정된 중재합의의 당사자가 무능력자인 사실 또는 그 중재합의가 당사자들이 준거법으로서 지정한 법에 의하여 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 중재판정이 내려진 국가의 법률에 의하여 무효인 사실”

20) 程德鈞, 전계서, p.58.

21) 석광현, 전계서, p.116.

22) 목영준, 전계서, p.61.

23) 석광현, 전계서, p.117.

규정하고 있는 집행단계에 적용되는 연결원칙을 적용함으로써 동일한 연결원칙에 따르도록 하는 것이 바람직하다는 견해가 일반적이다.²⁴⁾ 따라서 당사자가 선택한 중재합의의 준거법이 있으면 그에 의하고 없으면 중재지법이 된다. 그런데 항변단계에서는 아직 중재판정이 내려진 곳이 존재하지 않으므로 뉴욕협약의 적용 여부를 어떻게 판단할지가 문제되는데, 이 경우에는 중재판정이 내려질 곳, 즉 중재판정 예정지를 기준으로 뉴욕협약의 적용 여부를 판단하여야 한다. 그리고 중재판정 예정지도 알 수 없는 경우, 중재합의의 준거법은 결국 법정지의 국제사법에 따라 결정할 수밖에 없을 것이다.²⁵⁾

3. 중재단계와 취소단계

중재단계란, 일방 당사자가 중재합의를 근거로 중재신청을 하여 중재인이 중재절차를 진행하는 사안을 가리키고, 취소단계는 중재판정의 취소를 구하는 사안이다. 중재단계의 경우에도 중재인은 중재합의의 준거법을 결정할 필요가 있는데 이때에는 뉴욕협약이 유추 적용된다. 그리고 중재판정취소의 소에 대하여는 중재지국 또는 중재절차의 준거법 소속국이 전속적 국제재판관할을 가진다.²⁶⁾

이상에서 검토한 바와 같이 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법은 모든 단계에서 뉴욕협약(제5조 제1항 a호)이 정한 연결원칙을 적용(또는 유추적용)함으로써 결정해야 한다. 취소단계의 경우도 결과는 동일하다. 따라서 당사자가 선택한 법이 있으면 그 법이, 선택이 없으면 중재지법이 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법이 된다.

다만 중재조항의 경우 명시적 또는 묵시적으로 선택된 주된 계약의 준거법을 중재합의의 묵시적 준거법으로 추정해야 할 것이다.²⁷⁾ 그러나 이것은 절대적인 것은 아니고 중재조항의 준거법이 경우에 따라 주 계약의 준거법과 다를 수가 있다. 예를 들면 *Revpower, Ltd. v. Shanghai Far-East Aero-Technology*

24) 상계서, p.118; 목영준, 전계서, p.62.

25) 석광현, 전계서, p.119; 목영준, 상계서, p.62.

26) 뉴욕협약 제5조 제1항 e호.

27) 석광현, 전계서, p.122.

Import & Export Corp. 사건²⁸⁾에서 당사자는 그들 사이에 체결한 구상무역 계약에 적용할 법률을 중국법으로 약정하였지만 당해 계약에서 발생한 분쟁은 스톡홀름 상업회의소 중재재판소 중재에 회부하는 것으로 하였다. 이러한 경우 주된 계약의 준거법이 중재합의의 준거법이 되지 않는다는 점이다. 당사자는 중재조항에서 당해 중재합의의 준거법을 약정하지 않았고 중재장소만을 약정하였기 때문이다. 당해 중재합의에서 보면 중재와 가장 밀접한 관계가 있는 장소는 중국이 아니고 스웨덴이다. 만약 당사자가 중국 국제경제무역중재위원회에서 중재하기로 약정하였다면 주된 계약에 적용되는 법률은 동시에 당해 계약 중의 중재합의에 적용되는 법률이 된다.

IV. 중국에서의 국제상사중재합의 유효성 판단과 관련된 법규 및 판례

1. 중국에서의 국제상사중재합의 유효성 판단과 관련되는 법규

(1) 통일계약법

중국 법률은 국제중재합의의 준거법에 관하여 명확한 규정을 두고 있지 않다.²⁹⁾ 그러나 국제중재합의가 국제계약의 일종에 속한다는 점에 비추어 1999년 10월 1일부터 시행되고 있는 중국의 현행 통일계약법에 규정된涉外계약 준거법 확정의 일반원칙이 국제중재합의의 준거법 결정에도 동일하게 적용된다. 중국 계약법 제126조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“涉外계약의 당사자는, 법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 계약분쟁 처리에 적용하는 법률을 선택할 수 있다.涉外계약의 당사자가 선택하지 않은 경우, 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법률을 적용한다.”

28) 이 사건의 자세한 내용은 趙秀文, 「國際商事仲裁現代化研究」, pp.148-150 참조.

29) 趙秀文, 「國際商事仲裁法」, p.106.

따라서 만약 당사자가 계약 중의 중재조항의 준거법을 약정하였다면 당사자가 약정한 법률에 따라 당해 중재조항의 유효성을 결정하여야 한다. 중국 계약법 상의 상기 규정과 뉴욕협약 중 중재합의의 준거법에 관한 규정은 일치한다. 앞에서 언급한 바와 같이 뉴욕협약 제5조 제1항에 의하면 중재합의의 유효성은 우선 당사자가 약정한 법률에 따라 결정하고 이러한 약정이 없는 경우 판정지 국가의 법률에 의해 결정한다.

그런데 국제상사중재 실무에서 계약상 중재조항에 그 준거법을 규정하는 경우는 거의 없다. 만약 당사자가 중재합의의 준거법을 선택하지 않았다면 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법률, 즉 중재지 소재국의 법률을 적용한다. 따라서 만약 중재장소가 중국에 있다면 중재합의의 유효성은 중국 중재법의 관련규정을 적용하여 판단하여야 한다. 그리고 만약 중재장소가 중국이 아니라면 중재지국의 법률을 적용하여 중재합의의 유효성을 판단하여야 한다.³⁰⁾

이 밖에 중국 계약법상의 계약의 서면형식에 관한 규정은 중재합의의 서면형식 요구에 그대로 적용된다. 계약법 제11조는 계약의 서면형식에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“서면형식이라 함은 계약서·서신·데이터전문(전보·전송·팩스·전자데이터교환과 전자우편을 포함한다.) 등의 유형으로 그 내용을 표현할 수 있는 형식을 말한다.”

계약법상의 이 규정은 현대 국제상거래의 현실을 반영하고 있다.

(2) 중재법

중국의 현행 중재법 제16조는 중재합의의 구성요건에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“중재합의는 계약 중에 삽입된 중재조항 또는 분쟁 발생 전 또는 후에 체결된 서면중재합의를 포함한다.

30) 상계서, p.107.

중재합의에는 다음 사항을 기재해야 한다.

1. 중재신청의 의사 표시
2. 중재의 대상
3. 중재위원회의 지정

그리고 중재법 제17조에 의하면 ① 중재합의 대상이 된 분쟁이 이 법에 규정한 중재의 범위를 벗어난 경우, ② 중재합의의 당사자가 무능력자이거나 민사상 행위능력이 제한된 자인 경우, ③ 상대방의 강압에 의해 중재합의가 이루어진 경우에는 중재합의가 효력이 없는 것으로 규정하고 있다. 만약 중재합의에 중재의 대상, 혹은 중재위원회에 대하여 약정이 없거나 불명확한 경우 당사자는 보충합의를 할 수 있고, 보충합의를 하지 못한 경우 중재합의는 무효가 된다(중재법 제18조).

(3) 최고인민법원의 해석규정

국제(섭외)중재합의가 섭외 또는 국제적인 요소가 있는 점에 비추어 어떠한 법률을 적용하여 국제중재합의의 유효성을 판단하느냐에 대하여 중국계약법 제126조에 규정된 섭외계약 준거법의 기본원칙 이외에 중국 최고인민법원이 2006년에 「중화인민공화국 중재법 적용에 관한 약간의 문제 해석」³¹⁾ (이하 “해석”이라 한다)을 발표하였는데, 이 해석 제16조는 인민법원이 섭외중재합의의 효력을 심사할 때 적용해야 할 법률에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“섭외중재합의의 효력심사에 대하여 당사자가 약정한 법률을 적용한다. 당사자가 준거법을 약정하지 않았으나 중재지를 약정한 경우에는 중재지의 법률을 적용한다. 준거법을 약정하지 아니하고, 또한 중재지도 약정하지 않았거나 또는 중재지 약정이 불명확한 경우 법정지의 법률을 적용한다.”

이에 따르면 중재합의의 유효성의 준거법은 당사자가 지정한 법이고, 당사자가 준거법을 지정하지 않고 중재지만을 약정해 둔 경우에는 중재지의 법률

31) 《關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》

이 준거법이 되며, 준거법이나 중재지에 대하여 아무런 약정이 없는 경우에는 법정지의 법률이 준거법이 된다. 최고인민법원의 이러한 해석은 중국 계약법 제126조의 규정과 일치하고, 국제계약 준거법에 관한 국제사법상의 일반원칙과도 부합된다.³²⁾

2. 중국에서의 국제상사중재합의 유효성 판단과 관련된 판례

중국의 법원이 국외 중재기구의 중재규칙, 특히 국제상업회의소 국제중재재판소 중재규칙(이하 “ICC 규칙”이라 한다)과 관련하여 내린 중재합의 유효성 문제에 관한 사례로서 다음과 같은 것이 있다.

(1) Zublin International GmbH v. Wuxi Woco-Tongyong Bubber Engineering Co. 사건

2000년 12월 12일 신청인 독일의 Zublin International GmbH사(이하 “Zublin사”라 한다)와 피신청인 중국의 무석옥가통용공정상교유한공사(無錫沃可通用工程橡膠有限公司: Wuxi Woco-Tongyong Bubber Engineering Co.; 이하 “옥가사”라 한다) 사이에 유럽에서 서명한 도급공사계약에서 당사자가 약정한 중재조항은 다음과 같았다.

“국제상업회의소 국제중재재판소 중재규칙을 적용하여 중재하고, 중재지는 중국 상해로 한다.”

그런데 쌍방 당사자가 계약을 이행하는 도중 분쟁이 발생, 2003년 4월 23일 Zublin사가 국제상업회의소 부설 국제중재재판소(이하 “ICC 중재재판소”라 한다)에 중재를 신청하였다. 한편 옥가사는 중재판정부의 관할권에 대하여 이의를 제기하였다. 동년 4월 29일 Zublin사는 강소성 무석시 신구(江蘇省 無錫市 新區) 인민법원에 당해 중재합의 효력의 확인청구 소송을 제기하였다. 당해 법원은 이 사건 소송청구를 수리한 후, 최고인민법원의 섭외중재합의 무효결정에 관하여 관할 소속의 고급인민법원을 거쳐 최고인민법원에 보고해야

32) 趙秀文, 「國際商事仲裁現代化研究」, p.104.

하는 확인제도에 의거 보고한 바, 최고인민법원은 이 사건에 대한 회신 중에서 당해 중재조항이 무효임을 인정하였다. 따라서 2004년 9월 2일 강소성 무척시 신구 인민법원은 위의 중재합의가 무효라고 확인하였다.

앞 제3장에서 살펴본 바와 같이 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법은 모든 단계에서 뉴욕협약(제5조 제1항 a호)이 정한 연결원칙을 적용(또는 유추적용)함으로써 결정해야 한다. 따라서 당사자가 선택한 법이 있으면 그 법이, 선택이 없으면 중재지법이 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법이 된다. 그런데 이 사건의 중재합의는 중재합의의 준거법을 규정하지 않고, 중재에 적용하는 중재규칙과 중재지만을 규정하고 있다. 따라서 중재지가 중국상해라는 점에서 이 사건 중재합의의 유효성에 대하여 중국법률을 적용하여 판정하였다.

중국 중재법 제16조의 규정에 의하면 하나의 유효한 중재합의는 중재를 통한 분쟁해결의 의사 표시, 중재의 대상 및 명확한 중재기구의 세 가지 내용을 동시에 구비하여야 한다. 그런데 이 사건 중재합의는 문구상에서 보아 비록 명확한 중재의 의사표시, 중재규칙 및 중재지가 있지만 명확한 중재기구의 지정이 없다. 따라서 중국법률에 의거 당해 중재조항은 무효라고 판정한 것이다.

(2) 스위스 A사³³⁾대 해남 제중의약과기개발공사(海南 際中醫藥科技開發公司) 사건(이하 “스위스회사 사건”이라 한다)

1995년 해남성 해구시(海南省 海口市) 중급인민법원이 심리한 이 사건에서 양 당사자가 합의한 중재조항은 다음과 같았다.

“이 합의로부터 발생하거나 이 합의와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 신청 당시 유효한 국제상업회의소의 규칙에 따라 중재를 통해 해결한다. 중재는 런던에서 영어로 진행한다. 중재판정은 중국적인 효력이 있고 쌍방 당사자에 구속력을 지닌다.”

해구시 중급인민법원은 다음과 같은 이유로 이 중재조항이 무효라고 판결하

33) 스위스의 諾和諾德주식회사.

였다. 즉 당사자가 중재합의에서 중재기구를 명확히 약정하지 않았고, 국제상업회의소 중재규칙 또한 국제상업회의소 국제중재재판소만이 사용하는 것이 아니므로 이 중재조항은 불명확한데, 중국법률에 의하면 불명확한 중재조항은 무효이기 때문이다.³⁴⁾

최고인민법원도 이 사건에 대한 회신에서 다음과 같이 인정하였다.³⁵⁾

“당사자가 체결한 계약 중의 중재조항은 명확한 중재기관이 없어 집행할 수 없고, 해구시 중급인민법원이 이 사건에 대하여 관할권이 있다.”

해구시 중급인민법원은 최고인민법원의 회신에 의거 최종적으로 당해 중재조항이 무효라고 확인하였다. 이것은 중국 중재법 제16조 중재합의 효력에 관한 규정, 즉 중국 법률을 이 사건 중재합의 유효성의 준거법으로 적용한 것이다.

그런데 위의 중재조항에서 당사자는 당해 중재합의의 준거법을 약정하지 않았지만 국제상업회의소(ICC) 규칙을 적용하여 런던에서 중재하는 것으로 명확히 규정하고 있다. 그리고 앞의 판례에서 언급한 바와 같이 당사자가 선택한 법이 있으면 그 법이, 선택이 없으면 중재지법이 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법이 된다. 따라서 이 사건의 경우 중재지의 법률을 적용하여 당해 중재합의의 유효성을 인정하여야 한다. 즉 중재합의가 가장 밀접한 관련이 있는 영국법을 이 사건 중재합의 유효성의 준거법으로 하여야 할 것이다. 영국법에 의하면 당사자가 계약에서 계약분쟁을 국제상업회의소 국제중재재판소의 중재규칙을 적용하여 해결한다는 의사를 명백히 표명하고 있기 때문에 당해 약정은 유효하다.³⁶⁾

이와 관련하여 홍콩 고등법원이 1993년에 심리한 Lucky-Goldstar International(HK) Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited 사건이 하

34) 王生長, “外國仲裁裁決在中國承認與執行”, 「國際經濟法論叢」, 第2卷, 法律出版社, 1999, p.501 참조.

35) 最高人民法院關於海南省高級人民法院審理諾和諾德股份有限公司與海南際中醫藥科技開發公司經銷協議糾紛案的報告的服函 [1996年12月20日, 法經(1996)449號].

36) 趙秀文, 「國際商事仲裁法」, p.107.

나의 참고가 될 수 있다. 이 사건에 의하면 원고와 피고 모두 홍콩에서 등기하고 또한 홍콩에 영업소를 설립한 회사이다. 그 중 원고는 우리나라 럭키 금성이 홍콩에 설립한 자회사로서 1990년 12월 3일 원고와 피고는 5대의 엘리베이터 매매계약을 체결하였다. 당해 계약 중의 중재조항은 다음과 같이 규정하고 있었다.³⁷⁾

“이 계약으로 인해 발생하거나 또는 이 계약과 관련된 일체의 분쟁, 위약 등은 만약 관련 당사자가 우호적으로 해결할 수 없게 된 경우 제3국에서 당해 국가의 법규에 의해 국제상사중재합의의 절차규칙에 따라 중재로 해결한다. 중재판정은 종국적이며 쌍방 당사자에 대하여 구속력을 지닌다.”

쌍방이 계약 이행 중 분쟁이 발생하여 홍콩 법원에 제소하여 해결하고자 하였으나 원고 측 변호사는 이 계약 중의 중재조항의 효력에 대해 이의를 제기, 중재합의 중에 규정된 중재기구가 사실상 존재하지 않고 절차규칙도 마찬가지로 하였다. 그러나 법원은 위에서 언급한 합의에서 보아 당사자 사이에 중재를 통해 그들 사이의 분쟁을 해결하려는 약정이 충분히 명확하고 이러한 약정은 결코 일방 당사자가 선택한 것이 아니기 때문에 중재기구가 존재하지 않는다고 하여 무효가 되지는 않는다고 판결하였다.³⁸⁾

(3) 심천(深圳)의 모 무역회사와 홍콩의 모 무역회사 사건

이 사건의 개요³⁹⁾는 다음과 같다. 즉 1998년 10월 심천 경제특구 모 무역회사(이하 “심천회사“라 한다)와 홍콩의 모 무역회사(이하 “홍콩회사“라 한다)가 800톤의 프로필 알코올(propyl alcohol)을 톤당 미화 1,365달러, 총액 미화 1,092,000달러에 매매하는 계약을 체결하였다. 계약과 동시에 프로필 알코올의 품질과 검사방식을 합의하였다. 또 계약에서 분쟁을 “쌍방이 우호적으로 협상하여 해결하거나 국제상업회의소의 중재“로 해결하기로 합의하였다.

37) 趙秀文, 「國際商事仲裁現代化研究」, p.101.

38) 이 사건의 구체적인 내용은 趙秀文, 「香港仲裁制度」, 河南人民出版社, 1997, 84-88면 참조.

39) 蔣新苗 외, 「仲裁法實例說」, 湖南人民出版社, 2003, pp.87-89.

그런데 계약을 이행하는 과정에서 분규가 발생함에 따라 매수인이 1999년 3월 심천시 중급인민법원에 소송을 제기하였다. 이에 홍콩회사는 당사자 사이에 중재합의가 있음을 이유로 관할권에 이의를 제기, 법원에 원고의 소송을 기각하도록 청구하였다.

심천시 중급인민법원은 심리를 거쳐 쌍방이 구체적으로 중재위원회 또는 중재기구를 명확히 약정하지 않았다고 하여 홍콩회사의 관할권 이의신청을 기각하였다.

홍콩회사는 이에 불복, 광둥성 고급인민법원에 상소하여 계약상 분쟁해결방식을 “국제상업회의소 중재에 따른다”고 약정하였기 때문에 선정된 중재위원회가 명확히 국제상업회의소라고 주장하였다. 그리고 원심이 계약에서 구체적으로 중재위원회 또는 중재기구를 명확히 약정하지 않았다고 인정한 것은 명백한 착오이므로 법에 따라 이 사건을 국제상업회의소 중재에 회부해주길 청구하였다.

광둥성 고급인민법원은 심사를 거쳐 다음과 같이 인정하였다. 당사자는 “계약 분쟁의 해결방식을 쌍방이 우호적으로 협상하여 해결하거나 또는 국제상업회의소 중재에 따르기로” 약정하였다. 국제상업회의소 조정 및 중재규칙 제8조에는 다음과 같이 규정하고 있다; “쌍방 당사자가 국제상업회의소 중재에 회부하기로 약정할 때 사실상 이 규칙을 수락하여야 한다.” 국제상업회의소 중재재판소는 국제상업회의소 중재규칙을 집행하는 유일한 중재기관이므로 쌍방 당사자가 계약중의 중재조항에서 이 사건 당사자의 계약상의 분쟁에 대하여 국제상업회의소 중재재판소가 국제상업회의소 중재규칙에 의거 중재를 진행하기로 사실상 약정한 것이다. 따라서 당해 중재조항은 유효하고, 심천시 중급인민법원은 이 사건에 대하여 관할권이 없다고 판결하였다.

이 사건의 핵심은 쌍방 당사자가 계약 중에 약정한 중재조항이 유효하냐의 여부이다. 중국 중재법 제16조 제2항의 규정에 의하면 유효한 중재합의는 중재신청의 의사표시, 중재의 대상, 중재위원회(중재기구)의 지정이라는 세 가지 요건을 충족하여야 한다. 이 사건에서 쌍방은 “국제상업회의소 중재에 따른다”고 약정하였으므로 당사자 간에 중재신청의 의사표시가 있고, 중재의 대상을 약정하였다고 할 수 있다. 그러나 “중재위원회의 지정” 즉 구체적인 중재기구를 명확히 지정하였는지의 여부가 문제가 되어 분쟁이 발생하였다.

일심(一審)법원은 쌍방 당사자가 구체적으로 중재위원회를 명확히 지정하지

않았고 사후에도 쌍방이 합의를 하지 않아 당해 중재조항은 무효라고 인정하였다. 그러나 이심(二審)법원은 당사자의 중재기구에 대한 약정은 명확하므로 그 중재조항은 유효하고, 법원은 이 사건을 수리할 권한이 없다. 따라서 당사자는 국제상업회의소 중재재판소에 중재를 신청하고 이에 따라 일심법원의 판결을 취소해야 하는 것으로 판결하였다.⁴⁰⁾

이 사건의 경우 상소법원이 논증을 통해 “국제상업회의소 중재에 따른다”는 것을 “국제상업회의소 중재재판소의 중재에 따른다”고 설명을 하였지만 만약 당사자가 당초 계약상에 “국제상업회의소 중재재판소의 중재에 따른다”고 약정하였다면 이 사건에서와 같은 번거로움은 피할 수 있었을 것이다.

그리고 이 사건의 판결은 앞에서 살펴 본 두 가지 판례와 그 결론이 다르다. 이 판결에 비추어보면 법원은 위에서 살펴 본 스위스회사 사건과 Zublin International GmbH v. Wuxi Woco-Tongyong Bubber Engineering Co. 사건도 당사자가 ICC규칙을 적용하기로 약정하였을 뿐이고, 중재합의에 ICC중재재판소 명칭을 언급하지 않았다고 하여 중재기관 약정이 불명확하다는 이유로 중재합의를 무효로 판결한 것은 잘못이다.

3. 중국의 중재합의 유효성 판단과 관련된 문제점

(1) 지나치게 가혹한 중재합의에 관한 규정

중국 중재법은 중재합의에 대한 규정이 지나치게 엄격해 내용에서부터 형식에 이르기까지 상당히 자세하게 규정하고 있다. 구체적으로 보면 중재합의에는 반드시 중재신청의 의사표시, 중재의 대상 및 중재위원회(중재기구)의 지정 등 세 가지 내용이 명확히 기재되어야 한다.⁴¹⁾ 그러나 상거래에 종사하는 비법률가의 입장에서 볼 때 이 규정은 실제로 적합하지 않다. 중재는 당사자의 자유의사를 특징으로 한다.⁴²⁾ 그러므로 중재합의는 일단 쌍방 당사자가 중재신청을 하기로 하는 공동 의사표시만 있다면 그 효력을 쉽게 부정해서는 아니 된

40) 상계서, pp.89-90 참조.

41) 중국 중재법 제16조.

42) 우광명, “중국 재판외분쟁해결제도의 문제점과 활성화방안에 관한 연구”, 「국제상학」, 제21권 제1호, 한국국제상학회, 2006, p.126.

다.⁴³⁾ 계약의 특성상 중재는 소송과는 달리 더 많은 융통성을 지녀야 하며, 당사자들 간의 중재합의는 그것이 관계법률 규정에 저촉되지 않고, 또 제3자나 공공정책을 해치지 않는 한 존중되어야 하는 것이다.⁴⁴⁾ 오늘날 각국의 국제상사중재 관련 입법의 전반적인 추세도 가능한 한 중재합의를 유효하게 하는 쪽으로 흘러가고 있다.⁴⁵⁾ 따라서 중국도 국제적으로 통용되는 바와 같이 「중재신청의 의사표시」만을 중재합의의 필수요건으로 하고 중재사항이나 중재위원회의 지정 등은 필수요건에서 제외시켜야 한다.⁴⁶⁾

(2) 법원에 따라 서로 다른 판결

중국 국제상사중재 사법 실무에 있어서 당사자가 법원에 중재합의 무효판결을 신청하면 법원이 중재합의에 대하여 판단할 때 법원에 따라 달리 해석하여 상이한 판결을 하고 있다. 또 종종 특정 사건 중 당사자가 적용하기로 약정한 중재규칙의 구체적 사정을 고려하지 않고 관련되는 중재합의에 대한 증빙만 가지고 법원이 주관적으로 해석하여 사건을 처리한다. 예를 들면 국제상업회의소(International Chamber of Commerce) 국제중재재판소가 추천하는 모델 중재조항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“이 계약으로부터 또는 이 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 국제 상업회의소의 중재규칙에 따라 선정된 1인 또는 수인의 중재인에 의하여 위 중재 규칙에 의거하여 최종적으로 해결된다.”⁴⁷⁾

43) 비종위, “중국 현행 중재제도의 결함 및 개선”, 「중재연구」, 제13권 제1호, 한국중재학회, 2003, p.69.

44) 김태경, “중국상사중재제도의 문제점 및 개선방향”, 「무역상무연구」, 제29권, 한국무역상무학회, 2006, pp.19-20.

45) 趙秀文, 「國際商事仲裁現代化研究」, p.107.

46) 譚兵, 「中國仲裁制度的改革與完善」, 人民出版社, 2005, p.54.

47) 이 조항의 영문은 다음과 같다.

“All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.”

이러한 중재조항에 대하여 중국 법원은 위에서 살펴본 판례에서 보는 바와 같이 법원에 따라 무효로 처리하기도 하고 유효한 것으로 처리하기도 한다. 구체적으로 보면 강소성 무석시 인민법원과 해남성 해구시 중급인민법원은 무효로 판결한 반면, 광둥성 고급인민법원은 유효한 것으로 판결하고 있다.

이와 같이 중국법원이 ICC 표준 중재조항에 대하여 종종 무효로 처리하는 현실을 반영하여 ICC에서는 중국과 중재합의를 할 경우에 대비하여 별도로 다음과 같은 표준중재조항을 추천하고 있다.

“All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be submitted to the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce and shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.”

중국을 중재지로 하는 경우에 대비한 이 조항은 일반적인 ICC 표준 중재조항에 ICC 중재재판소의 명칭을 추가한 것이다.

V. 결 론

국제상사중재합의는 당사자 사이에 중재방식을 통하여 국제상사분쟁을 해결하기로 하는 계약 또는 합의이고, 중재판정부가 중재사건에 대하여 관할권을 행사하는 기본적인 근거이며, 또한 법원이 당해 합의에 의거 내린 중재판정의 승인 및 집행을 하는 필요전제조건이다. 만약 유효한 중재합의가 없는 상태에서 중재판정을 하였다면 위법판정이 되어 당사자는 법원에 판정의 취소를 신청할 수 있고, 법원은 당연히 당해 판정을 취소하여야 한다.⁴⁸⁾

한편 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법은 모든 단계에서 뉴욕 협약(제5조 제1항 a호)이 정한 연결원칙을 적용(또는 유추적용)함으로써 결정

48) 이시환, “중국법원의涉外상사중재판정의 취소”, 「무역상무연구」, 제31권, 한국무역상무학회, 2006 p.118.

해야 한다. 따라서 당사자가 선택한 법이 있으면 그 법이, 선택이 없으면 중재지법이 중재합의의 성립 및 (실질적) 유효성의 준거법이 된다.

그리고 뉴욕협약은 중재합의가 반드시 서면형식을 채용할 것을 규정할 뿐이고 최종적으로 중재합의 유효성의 판단권한은 관련 국가의 법원에 부여하고 있다.

그런데 중국의 현행 중재법의 중재합의 유효성에 대한 규정은 지나치게 가혹해 상설중재기구의 명칭은 반드시 약정하여야 하고 그렇지 않으면 중재합의가 무효이다. 또한 중재합의 유효성에 대한 판례도 통일성을 결하고 있다. 이와 같이 각국 법률상 중재합의의 유효성에 대한 규정이 다르거나 또는 법원이 판단을 달리하면 동일한 문장의 중재합의가 어떤 나라의 법률에 따르면 유효한 합의가 되고 다른 나라의 법률에 따르면 무효가 될 수 있다. 그러나 현행 각국의 국제상사중재 관련 입법의 전반적인 추세는 가능한 한 중재합의를 유효하게 하는 방향으로 흘러가고 있다. 따라서 중재합의 유효성에 관한 중국 현행 중재법의 규정은 개정되어야 한다. 또한 법원도 중재조항을 해석할 때 중재조항에 반영된 당사자가 계약을 체결할 당시 중재를 통해 계약분쟁을 해결하려는 의사를 중시하여 가능한 한 중재합의의 효력을 인정하는 방향으로 나가야 할 것이다.

그러나 이러한 것들은 장기적인 과제이고 우선은 중국과 거래할 때 분쟁해결방법으로 중재를 선택하는 경우에는 중국 중재법이 규정하고 있는 중재합의의 3요소(중재신청의 의사표시, 중재의 대상 및 중재위원회의 지정)를 반드시 중재합의에 명확히 규정해 두고, 또한 ICC 중재를 하고자 하는 경우에는 중국을 위해 별도로 제정해 둔 표준 중재조항을 사용하도록 하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 권태욱, 「국제계약과 국제중재」, 한울, 2010.
- 김광수, “최근 중국 중재의 동향”, 「중재」, 제333호, 2010.
- 김태경, “중국상사중재제도의 문제점 및 개선방향”, 「무역상무연구」, 제29권, 한국무역상무학회, 2006.
- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001.
- 비종위, “중국 현행 중재제도의 결함 및 개선”, 「중재연구」, 제13권 제1호, 한국중재학회, 2003.
- 서정일, “건설중재에 있어서 선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 「무역상무연구」, 제25권, 한국무역상무학회, 2005.
- 석광현, 「국제상사중재법연구」, 박영사, 2007.
- 우광명, “중국 재판외분쟁해결제도의 문제점과 활성화방안에 관한 연구”, 「국제상학」, 제21권 제1호, 한국국제상학회, 2006.
- 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 연구”, 중재연구, 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005.
- 이시환, “중국법원의 섭외상사중재판정의 취소”, 「무역상무연구」, 제31권, 한국무역상무학회, 2006.
- 譚兵, 「中國仲裁制度的改革與完善」, 人民出版社, 2005.
- 王生長, “外國仲裁裁決在中國的承認與執行”, 「國際經濟法論叢」, 第2卷, 法律出版社, 1999.
- 王曉川, 「國際貿易爭議與仲裁」, 中國人民大學出版社, 2008.
- 林一飛, 「最新商事仲裁與司法實務專題案例」, 對外經濟貿易大學出版社, 2009.
- 蔣新苗 외, 「仲裁法實例說」, 湖南人民出版社, 2003.
- 程德鈞, 「國際貿易爭議與仲裁」, 對外經濟貿易大學出版社, 2002.
- 趙秀文, 「香港仲裁制度」, 河南人民出版社, 1997.
- 趙秀文, 「國際商事仲裁現代化研究」, 法律出版社, 2010.
- 趙秀文, 「國際商事仲裁法」, 中國人民大學出版社, 2004.

Murray, C., David Holloway and Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff
Export Trade: The Law and Practice of International Trade*(11th
ed.), London, Sweet & Maxwell, 2007.

ABSTRACT

A Study on the Validity of International Commercial Arbitration Agreement in China

Lee, Shie Hwan

The agreement to arbitrate is a central feature of commercial arbitration and the lack of a valid arbitration agreement is recognised as a reason why any arbitral award may not be recognized as binding by the courts or may be set aside.

The purpose of this paper is to clarify the China's present arbitration law and practice in respect of determination of the validity of international commercial arbitration agreement.

Most arbitration laws only require an arbitration agreement to be "in writing". But the arbitration law of the China require an arbitration agreement shall contain the following:

1. The expression of application for arbitration.
2. Matters for arbitration.
3. The arbitration commission chosen.

And China's present arbitration law and practice in respect of determination of the validity of international commercial arbitration agreement are somewhat different from the other nations.

Key Words: China's Arbitration Law, Arbitration Agreement, Validity of Arbitration Agreement
--