

## 중재계약의 한계에 관한 소고

박    종    삼\*  
김    영    락\*\*

- I. 머 리 말
- II. 중재계약의 효력
  - 1. 중재계약 효력의 내용
    - 1) 실체법상의 효력
    - 2) 소송법상의 효력
  - 2. 중재계약 효력의 발생시기와 존속기간
- III. 중재계약의 한계
  - 1. 중재계약의 허용성
  - 2. 강행법규 위반사항
    - 1) 파산
    - 2) 지적소유권 관련사항
    - 3) 독점금지법 위반사항
    - 4) 외국환관리법 위반사항
  - 3. 공서
    - 1) 공서의 개념 및 가치기준
    - 2) 공서 위반 유형
- IV. 맺 음 말

\* 천안외국어대학 국제무역과 교수, 경영학박사

\*\* 건국대학교 국제무역학과 강사, 경제학박사

## I. 머리말

중재계약의 본질이 자주적인 분쟁해결 수단이라고 하더라도 당사자자치의 원칙, 계약자유의 원칙은 무한정 인정되는 것이 아니라 공서양속이나 강행법규에 위반할 수 없으므로 관계 국가가 인정하는 법질서 안에서만 허용된다.

이러한 법리는 국제중재계약에도 적용되나 단지 그 국제성에 비추어 국내중재계약과 다른 기준에 의해 유효여부가 가려진다.

중재계약의 본질적인 효과는 국가 법원의 관할권을 배제하는 것이다. 이 효과는 중재계약의 법적 성질을 어떻게 이해하느냐에 따라서 중재계약의 체결에 대하여 인정되는 효력도 달라지게 될 것이다. 따라서 본고에서는 먼저 중재계약의 효력을 실체법상과 소송법상에서 이를 분석·검토하고 나아가 강행법규의 위반 사항과 공서를 중심으로 하여 본고의 초점인 중재계약의 한계를 살펴보는 데 목적을 두고있다.

## II. 중재계약의 효력

### 1. 중재계약 효력의 내용

#### 1) 실체법상의 효력

중재계약의 목적은 당사자간의 분쟁을 중재인이 내린 중재판정에 따라서 해결하는데 있으므로, 당사자는 중재절차가 실시되어 중재판정이 내려지게 하지 않으면 안 된다. 그러므로 당사자는 중재판정이 선고되거나 중재화해가 성립될 때까지 절차를 진행시키기 위하여 필요한 행위를 하여야 할 뿐만 아니라, 중재계약의 목적(분쟁의 신속한 해결)을 방해할 만한 행위를 금하여야 한다.<sup>1)</sup> 그러나 이러한

1) R.A.Schütze/D.Tscherning/W.Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, (Berlin:Walter de Gruyter, 1990), Rdn.126, S.73~74.

중재계약의 실행을 위한 당사자의 행위에 관해서는 의무의 관념에서 이해하려는 견해<sup>2)</sup>와 의무의 관념에서 이해해서는 안 된다고 해석하는 견해<sup>3)</sup>가 대립되고 있다.

(1) 중재계약 당사자는 중재인을 선정하지 않으면 안된다. 당사자가 중재계약에서 중재인을 특정하지 않았을 뿐만 아니라, 중재인을 정하는 방법·절차도 약정하지 아니한 경우에는 당사자는 별도의 합의에 의하여 중재인을 선정해야 한다. 그러나 이러한 중재인의 선정행위에 대해서 당사자의 의무는 고려되지 아니한다.<sup>4)</sup> 당사자가 중재인을 선정하지 아니할 경우에 대비하여 중재법은 법원이 대신해서 중재인을 선정할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다(중재법 제4조 제5항). 동 조항에는 당사자가 중재인의 선정을 해태(懈怠)한 경우에도 법원은 강제 집행에 의하여 중재인의 선정을 강제할 수 없다는 취지가 깔려 있다.

의무의 관념을 부정하는 견해에 의하더라도 중재계약의 당사자가 중재계약에서 중재인에게 보수를 선불할 것을 약정한 경우에는 의무의 관념을 긍정하고 있다.<sup>5)</sup> 따라서 중재인은 국가의 법원에 선불이 약정된 보수의 지불에 대해서 소구할 수 있다고 볼 수 있다.<sup>6)</sup>

(2) 중재계약 당사자는 중재계약의 임의적 내용으로서 중재의 판단기준이나 절차기준을 정하는 것이 가능하다. 그러나 당사자가 그러한 절차기준에 관한 약정을 위반하더라도 그 위반에 대한 강제는 중재절차내에서만 행하여진다. 이러한 경우에도 법률상 강제적 실현의 수단에 결부되어진 권리의무의 관념은 고려되지 아니한다고 해석되고 있다.

(3) 중재계약에 근거해서 중재인의 재판권한이 발생한다. 중재절차에서 당사자가 중재계약의 불성립이나 무효를 주장하는 경우에 중재인이 중재계약의 효력의

2) F.Stein/M.Jonas/P.Schlosser, *Zivilprozeßordnung*, 20.Aufl., (Tübingen:J.C.B. Mohr, 1980), §1025 IV 3, Rdn.36. 中田淳一, 特別訴訟手續[第1部(2)], (東京:日本評論社, 1938), p.118.

3) K.H.Schwab, *Schiedsgerichtsbarkeit*, (München:C.H.Beck, 1979), Kap.7., II, S.45.

4) 中田淳一, 前掲書, p.118.

5) K.H.Schwab, a.a.O., Kap.7., II, S.46; R.A.Schütze/D.Tscherning/W.Wais, a.a.O., Rdn.126, S.74.

6) K.H.Schwab, a.a.O., S.46.

유무, 즉 자기의 관할권한에 관해서 판단할 수 있는가의 여부가 문제된다. 당사자가 중재계약중에서 이것에 관하여 소위 「관할권한의 합의」를 하는 것이 가능한가의 여부는 독일법상 논의되고 있는 실정이다.

적극설에 따를 경우 중재인은 그러한 문제에 대해서 판단할 수 있게 되는데, 다만 당사자간의 관할권한에 관한 합의의 유효성에 대해서는 중재판정취소의 소의 절차<sup>7)</sup> 내지는 집행선고절차<sup>8)</sup>에서 통상법원이 중재인의 판단에 구속되어 심사하게 된다. 관할권한조항이 무효로 된 경우에 통상법원에 의한 중재계약의 유효성의 심사가 개시된다.<sup>9)</sup>

이에 대해서 소극설에 따르면, 이러한 합의가 포함된 중재계약은 처음부터 전체로서 무효인 것으로 된다. 만약 중재인이 그러한 당사자간의 합의에 근거하여 절차를 진행시켜서 중재판정을 내린 경우 그 중재판정은 취소할 수 있는 것이 된다고 한다.<sup>10)</sup>

(4) 중재계약이 체결되더라도 소송에서 다툼의 대상이 되는 목적물인 채권의 소멸시효의 진행을 중단시키지는 아니한다. 중재인의 선정절차를 채택하는 등 당사자가 중재절차를 개시하는데 필요한 행위를 한 때에 비로소 시효중단의 효과가 발생한다.<sup>11)</sup> 중재판정에 의해서 새롭게 소멸시효의 진행이 개시된다.

## 2) 소송법상의 효력

국제무역거래에 있어서 중재계약이 체결된 분쟁에 대하여 일방당사자가 국가의 법원에 소를 제기한 경우에 상대방이 중재의 합의의 존재를 주장하고, 그 주장이 이유가 있는 때에는 국가의 통상법원은 소를 부적법한 것으로 간주하여 각하하지 않으면 안 된다. 현행법상 중재계약의 항변에 관한 명문의 규정은 없지만, 중재계약의 주된 효과로서 일반적으로 인정되고 있다.<sup>12)</sup> 그러나, 이러한 중재

7) 獨逸民事訴訟法 第1042條, 日本民事訴訟法 第802條 第1項, 韓國仲裁法 第14條.

8) 獨逸民事訴訟法 第1041條 第1項 第1號, 日本民事訴訟法 第801條 第1項 第1號, 韓國仲裁法 第13條 第1項 第1號.

9) W.J.Habscheid, Zur Frage der Kompetenz-Komtenz der Schiedsgerichtes, in Festschrift für Fritz Baur, (1981), S.436.

10) K.H.Schwab, a.a.O., Kap.6., II, S.39.

11) 日 大判 大 15.10.25. 評論 16卷 民法 p.532; 日 大阪公判 大 15.4.23. 評論 15卷 商法 p.221.

계약의 항변이 어떠한 성질을 갖는다고 볼 것인가 또는 중재계약과 불기소합의와의 관계를 어떻게 이해할 것인가에 관해서는 학설이나 판례가 일치되어 있지 않다.

중재계약의 항변의 성질에 관하여 일본에서는, 종래의 판례와 학설은 특히 일본 구민사소송법 제206조에 규정된 「무소권의 항변」과의 차이점과 관련해서 일일이 구분하였다. 이에 대하여 방소항변을 답습하지 않은 일본의 현행법원에 제기한 소는 권리보호의 필요(소의 이익)를 흠결하는 것이기 때문에 국가의 법원은 소를 각하하지 않으면 안 된다고 한다.<sup>13)</sup> 이에 대하여 권리보호의 필요를 다수설보다 좁게 해석하여 중재계약과 권리보호의 필요를 구별하려는 견해와 중재계약을 권리보호요건과는 별개의 소송성립요건에 속하는 것이라고 보는 견해가 주장되고 있다.

그 밖에도 중재계약이 체결되어 있는 때에는 법은 법원에게 판결절차를 중단하고 중재절차를 협력할 것을 명하고 있는 것이며,<sup>14)</sup> 이러한 법 적용의 결과로서 법원은 당해사건에 관해서 본안판결을 해서는 안되므로 반드시 소를 각하하여야 하며, 중재계약의 항변은 당사자에게 본안의 심리를 거절할 권리를 부여하는 것이 아닐 뿐만 아니라 소의 각하도 당사자가 재판을 구할 필요가 없게 된 것에 기인하는 것은 아니라는 견해가 주장되고 있다.<sup>15)</sup>

일본의 판례를 개관해 보면 다음과 같다. 大正 15년의 민소법 개정 초기의 판례 중에는 ① 피고가 「응소를 거절할 수 있는 사유를 얻는 것에 불과하고 소가 당연 부적법한 것으로 되는 것은 아니다」<sup>16)</sup>, ② 중재계약성립의 항변은 「당해목적에 부응하는 재판권이 존재한다는 것을 이유로 하는 무소권의 항변과 동일시해서는 아니 되며… 합의관할을 이유로 하는 관할위반의 항변에 유사하다」<sup>17)</sup>고 해석하는 것이 있다.

그러나, 그 후 판례의 다수는 중재계약을 당사자의 소권, 권리보호의 이익에 관련된 것이라고 보고 있다. 최근의 비교적 많은 판례는 ③ 소는 소권을 흠결한 것이 된다<sup>18)</sup> 내지는 ④ 소의 이익이 흠결되어 있다<sup>19)</sup> ⑤ 소송요건을 흠결하였다

12) 中田淳一, 前掲書, p.123.

13) 兼子一, 民事訴訟法體系, (東京: 酒井書店, 1965), p.153.

14) 法院에 의한 仲裁人の 選定에 관해서는 仲裁法 第4條 第5項, 法院의 仲裁節次에의 協力에 관하여는 仲裁法 第9條를 參照.

15) 小山昇, Adaptation of Contractと 仲裁, 國際商事仲裁協會, 1985, p.95.

16) 日大判昭 10.12.50. 法學 5卷 p.659.

17) 日關高院上判昭 14.6.14. 評論 78卷 民訴 p.248.

고 판시한 판례<sup>20)</sup>가 있다. 이 밖에도 ⑥ 중재계약이 존재한다는 것은 소권에 영향을 미칠 뿐, 권리보호의 이익을 좌우하는 것은 아니다<sup>21)</sup> ⑦ 원고가 권리보호청구권 내지는 권리보호의 이익을 포기하고 있다<sup>22)</sup> ⑧ 소송요건을 흠결하였다고 판시<sup>23)</sup>한 것이 보여진다.

## 2. 중재계약 효력의 발생시기와 존속기간

(1) 중재계약이 서면에 의해 체결된 경우에는 그러한 중재계약은 격지자간의 의사표시로서 계약의 양당사자에게 효력이 발생한 때<sup>24)</sup>에 중재계약의 효력이 발생한다.

또한, 중재계약이 예외적으로 서면에 의하지 않고 체결된 경우에는 당사자간의 구두의 의사표시가 합치된 때에 중재계약의 효력이 발생한다고 보아야 하므로, 구두로 체결된 중재계약에 관해서 사후에 서면이 작성되어 그 서면에 작성일자가 기재되더라도 그 작성일자가 기준이 되는 것이 아니라, 구두의 의사표시가 합치된 때가 기준이 된다고 보아야 한다.

(2) 국제무역거래에 있어서 당사자는 합의에 의하여 중재계약상에 효력의 존속기간을 정할 수 있다. 그러한 경우에는 약정기간의 만료에 의하여 중재계약의 효력이 소멸한다. 중재절차의 진행중에 당사자간에 약정한 기간이 만료하면 중재절차는 더 이상 진행될 수 없다. 그러한 경우 당사자가 그 약정기간의 연장에 관하여 특약을 해 둔 경우에는 그에 따르고, 당사자가 중재계약의 존속기간의 연장에 관하여 새롭게 합의하여 그 기간을 연장할 수도 있다.<sup>25)</sup>

18) 日 東京地判 昭 45.7.15 判時 614號 p.73; 日 大阪高判 昭 49.2.20. 判時 746號 p.42; 日 名古屋地判 昭 57.11.19. 判夕 491號 p.128.

19) 日 東京地判 昭 48.10.24. 下民集 24卷 9-12合併號 p.808; 日 東京地判 昭 52.5.18. 判時 467호 p.110 日 仙台高判 昭 53.5.28. 判夕 380號 p.107.

20) 日 東京地判 昭 28.4.10. 下民集 4卷 4號 p.502; 日 大阪地判 昭 47.10.28. 判夕 291號 p.317; 日 東京地判 昭 48.10.29. 判時 736號 p.65.

21) 日 東京地判 昭 28.7.14. 下民集 5卷 7號 p.1110.

22) 日 東京地判 昭 48.10.29. 判時 736호 p.65.

23) 日 東京地判 昭 50.5.29. 判時 801호 p.59. BHG MDR 1988, 259; BGH NJW 1958, 950; BGHZ 41, 107.

24) 우리나라 民法 第111條, 日本民法 第97條.

25) 小山 昇, 仲裁法, (東京: 有斐閣, 1983), p.78.

(3) 무역거래 당사자가 중재계약의 효력의 존속기간에 관하여 약정해 둔 경우 그 기간의 진행이 개시되는 시점은 중재계약의 효력이 발생하는 시점이 아니라, 중재인이 중재를 할 수 있는 상태가 된 시점이라고 보아야 할 것이다.

### Ⅲ. 중재계약의 한계

#### 1. 중재계약의 허용성

우리나라 중재법 제13조 제1항 제4호, 뉴욕협약 제5조 제2항, Model Law 제34조 제2항 (b), 제36조 제1항 (b) 등에서는 ① 분쟁의 대상이 되는 사항이 당해 국가의 법령하에서는 중재에 의한 해결이 불가능한 경우와 ② 판정의 승인이나 집행이 당해 국가의 공공질서에 저촉되는 사실이 발견되면 다른 집행거부 사유와는 달리 법원이 집권으로 고려하여 중재판정을 취소하거나 판정의 승인 및 집행을 거부하게 되어 있다.

따라서, 중재계약 체결시 어떠한 사항이 판정국(중재지국)이나 집행국의 법령에 중재부적격으로 규정되어있는지 또는 공서양속에 위반되는지를 알아야 할 필요성이 있다.<sup>26)</sup>

공서양속의 경우, 그 기초 원리는 각국마다 큰 차이가 없으므로 별 문제가 없으나 중재 부적격을 규정한 강행법규는 각국의 사회적, 정치적, 경제적 배경에 따라 상이하므로 중재의 국제적 신뢰성 확보에 큰 문제점으로 대두되고 있다. 그리하여 각국의 판례와 학설을 강행법규 위반으로 인한 중재부적격 문제를 상당히 제한적으로 인정하여 중재의 실효성을 확보하고자 노력하고 있다. 일반적으로 강행법규 위반 사항은 넓은 의미의 공서 범위에 포함되나, 편의상 강행법규 위반의 중재부적격 문제와 공서문제로 나누어 살펴보면 다음과 같다.

26) 孫京漢, “強行法規上 請求의 仲裁適格性(上)” 『仲裁』 第172號(1986. 50), pp.20-21; 이하 孫京漢(上) 이라 表記한다.

## 2. 강행법규 위반사항

여기에서는 각국의 법률에 의하여 중재에 의한 해결이 불가능한 사항으로 거론되는 파산, 독점금지법 위반사항, 지적소유권 관련사항 및 외환관리법 위반사항을 중심으로 중재계약 가능성을 살펴보겠다.

### 1) 파 산

미국의 경우 계약당사자 일방이 파산했을 때 당해 계약으로부터 발생하는 분쟁이 중재에 의한 해결이 가능한가의 문제는 이러한 분쟁이 파산전에 일어났는가, 어느 일방의 당사자가 중재를 신청하고 있는가 또는 그 밖의 요인을 포함한 일련의 상황 여하에 달려 있다. 따라서 모든 요인을 조사하여 개별 사건마다 구체적으로 분석되어야 할 일이지만 파산이 되었다 하더라도 중재에 의한 해결이 가능한 경우가 많을 것이다.

영국에서는 파산자가 그의 재산을 동결하기 위하여 중재에 회부할 수 없지만 파산관재인(trustee)은 파산감시위원회나 파산선고 법원의 허가를 얻어 중재계약을 체결할 수 있다(1914년 영국 파산법 제56조).

### 2) 지적소유권 관련사항

지적소유권 분야로 분리되는 상표권, 특허권에 관하여 중재에 부칠 수 있는가에 대하여 논란이 있다.

미국의 경우 연방 특허법상 특허사용 계약(patent licensing agreement)에서 당사자간에 발생하는 분쟁을 중재에 부치기로 하는 경우가 많은데, 이러한 조항이 있을 경우 특허의 유효성에 관한 다툼도 중재의 대상이 될 수 있는가에 대하여 일찍이 연방법원은 특허 침해는 본래 중재절차에는 적합치 아니하다고 판시한 바 있다.<sup>27)</sup> 이러한 태도는 특허가 가지는 공공의 이해관계에 비추어 특허무효를 주장하지 아니하기로 하였더라도 특허사용자는 특허무효소송을 제기할 수 있다고 하여 특허사용자의 금반언 원칙 licensee estoppel doctrine)을 부인하는 판

27) Zip Mfg. Co. v. Pep Mfg. Co., 44F. 2d 184(D.Del 1930).



례<sup>28)</sup>이후 특허사용무효 주장의 중재 부적격을 선언하는 판례가 다수 나왔다.<sup>29)</sup>

그러나, 특허사용계약상의 분류에 거의 언제나 수반되는 특허권 유효성에 관한 다툼을 중재의 대상에서 제외하면 중재조항을 둔 당사자 의도가 무의미해지게 되는 불합리한 면이 있어 미국 의회는 1983년 위와 같이 확립된 판례를 뒤엎고 특허의 유효성에 관한 다툼을 중재에 의하여 해결할 수 있도록 개정하였다.<sup>30)</sup> 한편 상표권이나<sup>31)</sup> 저작권에<sup>32)</sup> 관한 분쟁은 일찍부터 중재적격이 인정되어 왔다.

영국에서는 1949년 특허권과 등록상표법하에서는 일부 제한된 사항만 제외하고는 특허권, 상표권 등은 원칙적으로 중재의 대상으로 하고 있다.

상표권에 관한 중재적격성 여부에 대하여 이태리 대법원은 상표권과 관련한 계약상 권리에 관한 분쟁의 경우에는 중재에 의한 해결이 가능하지만, 상표권의 무효 주장 및 상표권의 전용사용권에 대한 분쟁은 이태리법으로는 법원에 의한 소송절차에 의해서만 해결할 수 있다고 판시한 바 있으며,<sup>33)</sup> 프랑스에서는 상표, 발명, 특허관계의 사건이 대심재판소(tribunaux de grande instance) 또는 공소원의 전속관할로 하여 중재를 허용하지 않고 있다.

우리나라의 경우 특허에 관한 분쟁은 특허청의 심판청구, 항고 및 대법원에 의하여 해결되고 있으나 상표권 침해문제, 특허권 사용 허가여부에 관련된 계약 위반에 대한 분쟁은 중재로써 해결할 수 있다고 본다.

### 3) 독점금지법 위반사항

오늘날 세계 각국은 경쟁질서의 유지를 목적으로 독점금지법 또는 공정거래법이라고 불리는 법을 시행하고 있기 때문에 국제상거래 중재계약에 있어서 관련국의 독점금지법 규제를 받는 것인지 주의할 필요가 있다.

예컨대, 독일의 독점금지법 제91조는 당사자가 독점금지법상의 규제를 중재제도를 이용하여 우회하려는 것을 방지하기 위하여 경쟁 제한 등을 내용으로 하는 계약으로부터 생기는 장래의 분쟁에 대하여 곧바로 중재에 의하여 해결하려는

28) Lear, Inc., v. Ad kins, 395 U.S. 653(1969)

29) Hanes Corp, v. Milliad, 531 F.2d 585(D.C.Cir, 1976)., 孫京漢(上), 前掲論文, p.17.

30) 上掲論文, p.18.

31) Saucy Susan Products v. Allied Old English, 200 F. Supp, 724(S.D.N.Y.1961)

32) Kamasoki Music Corp, v. Robbins Music Corp., 534 F.Supp, 57(S.D.N.Y. 1981)

33) Corte di Cassazione (Sez. Un.) May 12, 1977, no 3989, Scherk Enterprises A.G. v. Société des Grandes Margues (Italy no. 28)

중재계약을 무효로 규정하고 있다.

미국의 경우 독점과 경쟁 제한을 규제하는 법으로 1890년의 셔먼법(Sherman Act, 15 U.S.C.)과 1914년의 클레이튼법(Clayton Act, 15 U.S.C.)을 각 제정하였는데 위 법들은 경제헌법이라고 불리울 만큼 중요시 되고 있다. 이러한 독점금지법에 의해 규율되는 사항이 중재계약으로 될 수 있는가는 독점금지법을 중요시하는 만큼 어려웠으나 최근 Mitsubishi사건으로 독점금지법상 청구의 중재적격성을 인정하였다. 이 판결이 나오기 전까지는 American Safety Equipment Corp. 사건에서 연방항소법원이 독점금지법위반 청구는 중재에 부적당하다고 판시한 이후<sup>34)</sup> 다른 판례도 같은 취지의 판결을 하여<sup>35)</sup> 미국법원은 독점금지법상 청구의 중재적격을 부인하고 있었다.

국제거래에까지 위 판례가 적용될 수 있는가에 대한 해답을 해 준 것이 Mitsubishi 사건이다. 이 사건에서 주된 쟁점은 국제상거래 계약중에 독점금지법 위반이 주장되는 경우 그 청구가 중재로 해결 가능한가의 문제였다. 제1심에서는 미쓰비시가 승소하여 중재에 부칠 것을 명하였고, 제2심에서는 위 American Safety판결을 근거로 독점금지법위반 청구는 중재의 대상이 아니라고 판시하였다.<sup>36)</sup> 그러나 연방 대법원은 독점금지법 위반에 근거한 청구는 당사자가 중재에 의하여 분쟁을 해결하기로 합의하였다 하더라도 중재의 대상으로부터 제외된다는 주장에 대하여 이 문제는 국제적 예양에 대한 배려, 외국 및 국제적 재판부의 능력 존중 그리고 국제상거래에 있어 분쟁해결에 관한 예견가능성의 필요성 인식에 비추어 볼 때 당사자의 결정은 실현 집행되어야 한다고 판시하여 독점금지법 위반 청구 사건도 국제상사계약의 중재조항에 포함되는한 중재에 회부될 수 있다고 판결하였다.<sup>37)</sup> 그러나 이 판결에서 국내문제에서는 반대의 결론에 도달할 가능성을 배제하지 않았다.

34) American Safety Equipment corp. v. J. P. Maquire & Co., 391 F. 2d 821(2d Cir, 1968) 이 판결은 다음과 같은 근거로 요약된다. 由競爭을 基礎하는 美國經濟에 있어 獨占禁止法의 私的 執行이 公益에 미치는 影響 ② 獨占者와의 契約에 있어서 仲裁條項의 附合契約의 性格 ③ 獨占禁止法 事件의 복잡성과 광범하고 다양한 증거 ④ 기업인 출신 仲裁人에 行政規制法의 釋을 맡기는 것이 적절하지 않다는 점 등이다.

35) Cobb v. Lewis, 488 F. 2d 41(1974) 등.

36) 同旨의 判例로 우리나라 會社가 當事者가 된 Lake Communications, Inc. v. ICC Corp., 738 F.2d 1473(9th Cir. 1984)가 있 다.

37) Mitsubishi Motors Corp. v. Soler, Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614(1985), Ralph H. Folsom 外 2人 ed, op. cit., p.465; 孫京漢, “強行法規上 請求의 仲裁適格性(下)” 『仲裁』, 제173호 (1986.6.), p.17 .

## 4) 외국환관리법 위반사항

무역거래를 기초로 하는 중재신청 사건에 있어서 외국환관리법에 의한 소정의 인·허가를 받지 못하는 경우 중재법 제13조의 법률상 금지된 행위에 해당되는지의 문제가 발생한다.

우리나라 대법원의 판례는 당초 외국환관리법 위반의 행위는 강행법규 위반으로 무효라는 입장이었다.<sup>38)</sup> 그러나 외국환관리법 제21조와 제23조 소정의 재무부(현재의 재정경제부)장관의 허가 등을 받음이 없이 채권의 지급을 청구한 경우에 조건부지급을 명할 것인가에 대하여 대법원 1975. 4. 22. 72다 2161 판결은 「이들 조문들은 원래 자유로이 할 수 있어야 할 대외거래를 국민 경제의 발전을 도모하기 위하여 과도적으로 제한하는 규정들로 단속규정에 불과하므로 채권의 지급에 관한 재무부장관의 허가 등은 집행의 조건이 되는데 불과하다. 따라서 채권금액의 지급을 명하는 판결을 함에 있어서는 무조건적 지급을 명하여야 할 것」이라고 판시하여 앞의 판례를 폐기하였다. 이후 동일한 취지의 판례가 계속되고 있다.<sup>39)</sup>

위와 같은 대법원 판례의 취지에 따르면 재무부장관의 허가가 없는 외국환관리법 적용대상거래에 대하여도 사법상 효력에는 영향이 없으므로 그러한 사안에 대한 중재판정에 대하여 중재법 제13조를 근거로 중재판정 취소를 구할 수 없다고 보아야 한다.<sup>40)</sup>

미국의 경우 외국환관리법이나 무역관리법상의 규정의 위반은 집행거부사유가 될 수 없다고 해석되고 있다.<sup>41)</sup> 독일에서는 외국환관리법이나 외국무역관리법이 강행규범으로 되어 있기 때문에, 정부로부터 외국환 허가를 취득할 수 없어서 이행지체가 된 것을 이유로 손해배상의 취소 판정을 한 외국중재판정이 독일 공서에 반하는지 여부에 대하여 독일의 공서규정에 반하지 아니한다는 판례와(OLG Celle, JW 1937, 2834, OLG Königsberg höchstrichterliche Rechtsprechung 1941, Nr. 923, OLG Köln NJW 1852, 1420) 공서에 반한다는 판례로(OLG, Dortmund JW 1936, 1550과 BGH Betrieb 1956, 1132)나누어지고 있다.<sup>42)</sup>

38) 大判 1972. 1. 31. 선고 71다 2399; 1972. 7. 11. 선고 71다 2175.

39) 大判 1980.11.25. 선고 80다 1655; 大判 1983.3.22. 선고 83다 51.

40) 장대영, 고석이, 「現行 仲裁法上 再審事由에 대한 問題點」, (大韓商事仲裁協會, 1980), p.17.

41) Warren G. Shimeall, Arbitration in International Trade from the U.S. Viewpoint, 「法學」 제22권 제1호(1981), p.242-244.

42) 金洪奎(1980), 外國仲裁判정의 承認.執行의 要件 및 節次, 大韓商事仲裁院, 1980, p.16.

### 3. 공 서

#### 1) 공서의 개념 및 가치기준

중재에 있어서는 분쟁사항에 대하여 당사자간의 자율적인 합의가 가능하나 이는 절대적일 수 없으며 각국의 강행법규나 공서의 원칙과 조화가 이루어져야 한다. 특히 국제거래에 있어서 약자보호는 중요시되어야 하며 당사자자치를 내세운 부합계약적 성질의 편파성은 공서원칙에 입각하여 규제되어야 한다.<sup>43)</sup>

공공질서에 반하는 경우 전통적으로 외국중재판정(외국판결 포함)의 승인 및 집행과 외국법 적용에 대하여 각국은 자국의 사법적 사회생활을 보호하기 위하여 외국법 적용을 배척하거나 거부하는 규정을 두고 있고(한국 협외사법 제5조 민소법 제203조, 서독 민소법 제104조 제1항 제1044조 제1항, 영국 중재법 제5조 제3항, 일본 민소법 제1420조 제1항 제6호, 프랑스 민법 제6조 등), 뉴욕협약 제5조 제2항(b), Model Law 제34조 제2항 (b) · 제36조 제1항 (b)에서도 중재판정 또는 그 속에 들어 있는 결정 내용이 판정국이나 승인 집행국의 공공질서에 반하는 경우 그 중재판정을 취소하거나 승인 집행을 거부할 수 있도록 규정하고 있다.

이러한 공서 위반을 이유로 중재계약이나 외국중재판정의 승인 및 집행을 거부함은 법정지 국가의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서 보호에 그 기능이 있다고 할 것이다.<sup>44)</sup> 그러나 도덕적 신념과 사회 질서는 각국에 따라 다를 수 밖에 없으므로 공서가 무엇을 의미한다고 한마디로 말하기는 어렵다. 우리나라법에서 공서에 대응되는 개념인 '선량한 풍속 기타 사회질서'라는 문구는 민법 제103조, 협외사법 제5조, 민소법 제203조에서 찾아볼 수 있다. 이 중에서 본 논고는 중재계약에 중점이 두어져 있으므로 협외사법 제5조의 의미와 동일하다고 보아야 할 것이다. 협외사법상의 공서는 그 적용에 의해 국내에서 유지되어야 할 기본적 법 질서가 파괴되는 것을 방지하려는 것으로 국내적 공서(민법 103조)와는 구별되는 것으로 해석된다.

중재계약이 우리나라의 공서에 반하는지 여부는 우리의 정치, 경제적 기본 관

43) 金聖洙, 國際契約法, 韓國에너지法研究所, 1995, p.3.

44) Parsons & Whitmore Overseas Inc. v. RAKTA 508 F. 2d 969(2d Cir. 1974).

념, 윤리관, 법규범 등을 고려하여 결정할 것이므로 상대적이고 탄력적이므로 각개의 구체적 경우에 따라 고찰할 수 밖에 없을 것이나, 공서유보는 순전히 방어적 기능을 가지는 것이고 적극적으로 내국의 강제규범을 적용한다는 의미가 아니므로 자국의 질서의 가치 기준에 사로잡혀 국제적인 공서의 가치 기준을 망각해서는 안된다.

독일의 학설 및 판례는 공서의 내용을 이루는 법률 규범은 국가적 경제 생활의 기초에 관계되는 중요한 문제에 관하여 일정한 국가 정책적, 사회적 또는 경제적 관점에서 제정된 것을 지칭하는 것이고 오직 합목적적인 근거에서만 제정된 법률은 제외되므로 국내법상의 강행법규위반이 모두 공서위반이 아니라는 태도를 취하고 있다.<sup>45)</sup>

따라서 국제적인 공서 기준을 국내적 공서 기준보다 제한적으로 해석해야 할 것이므로 국내관계에 있어서 공서에 반한다 할지라도 국제관계에서의 공공질서에는 반하지 않는 경우가 있을 것이다.<sup>46)</sup>

## 2) 공서 위반 유형

국제상거래에서 어떤 사항이 반사회질서 행위인가는 구체적 사건에 따라 결정되었으나 일반적으로 공서 위반으로 거론되는 것을 보면 다음과 같다.

(1) 국가 정책이나 제도의 근본 취지에 반하는 행위들은 일반적으로 공서에 반한다고 할 수 있다.

우리나라 대법원은 「국제상거래에 있어서 일방 당사자의 채무불이행에 관하여는 일반적으로 승인된 적절한 국제금리에 따른 지연손해금의 지급을 명함이 관례라 할 것인데 영국 런던중재법원이 일반적으로 적용되는 국제금리인 미국 은

45) Oberlandgericht of Hamburg, April 3, 1975 (F.R.Germ no.11). 金洪奎(1980), 前掲書, p.15.

46) 同旨의 判例로 大法院 1990. 4. 10. 89다카 20252 判決은 뉴욕協約이 執行拒否事由로 들고 있는 공공의 秩序에 관하여 「이는 仲裁判定이나 承認이 執行國의 基本的인 道德의 信念과 社會秩序를 保護하려는 데 그 趣旨가 있다 할 것이므로 그 判斷에 있어서는 國內的인 事情뿐만 아니라 國際的 去來秩序의 安定이라는 側面도 함께 고려하여 制限的으로 解釋하여야 할 것이다」라고 判示했다.

행 우대금리에 따른 지연손해금의 지급을 명한 것은 상당하므로 우리나라의 공공질서에 반하지 아니한다」라고 판시한 예가 있다.<sup>47)</sup>

미국 연방항소법원도 「미국과 이집트사이의 외교관계 악화로 미국 회사가 이집트에서 공사를 포기한 것에 대한 손해배상의 지급을 명한 외국중재판정의 집행이 공공의 질서에 반하며, 미국의 국가적 정책과 공공 질서는 별개로서 뉴욕협약상 공공 질서를 국가의 정치적 이익을 보호하기 위하여 내세운다면 뉴욕협약의 실효성은 크게 떨어질 것」이라고 판시한 예가 있다.<sup>48)</sup>

(2) 개인의 정신상 또는 신체상의 자유를 현저히 구속하는 행위나 경제상 자유를 현저히 구속할 것을 목적으로 하는 불공정한 행위는 공서에 반한다. 따라서 적당한 범위의 영업을 금지하는 행위는 유효하나 영업의 자유 기타 거래 활동을 현저히 제한하는 것은 당사자 및 일반 대중의 이익을 해할 수 있으므로 인정되지 않는다.

예컨대, 법적인 강제외에 당사자가 중재합의 또는 중재판정을 이행하지 않을 경우 동업자 단체나 관련업자 사회에서 제외되는 등의 불이익을 받게 되는 수가 있으며 이러한 경우 기업의 사회적 존립 자체가 위협을 받게 되므로 그것은 법원의 강제집행 이상의 강제력을 갖게 된다. 그러나 이러한 중재강제는 자칫하면 경제적 강자에 의하여 악용될 소지가 없지 아니하므로 이를 제한하여 영화업자간의 강제중재조항을 위법한 것으로 판시한 미국 판례가 있다.<sup>49)</sup>

독일의 함부르크지방법원은 「중재판정부는 독립적이고 공정함을 보장하여야 하는데 회원의 이익을 대변하는 네덜란드 커피협회가 협회원과 비회원간의 법적 분쟁을 동협회의 회원들로 구성되는 중재판정부가 결정하도록 하는 중재계약은 강행법규에 반할 뿐만 아니라 중재의 기본을 이루는 중재인 선정에 관한 당사자의 동등권과 당사자에 대한 중재판정부의 중립성 원칙에 위배되어 공공질서에 반하는 것」이라고 판시하고 있다.<sup>50)</sup>

47) 大法院 1990. 4. 10. 89다카 20252.

48) *Parsons & Whitmore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l'Industrie du Papier*, 508 F. 2d 969(2ed Cir. 1974).

49) *Paramount Famous Lasky Corp. v. United States*, 282 U.S. 30(1930).

50) *Landgericht of Hamburg* December 10. 30. 1985, *ICCA Yearbook* XII(1987),

(3) 상대방의 무경험, 무지, 궁박한 사정에 편승한 불공정한 행위도 공서에 반한다 할 수 있다(민법 제104조). 영국 중재법은 보험, 해상, 농산물 거래에 관한 분쟁일 경우 당사자들이 중재계약으로 법원의 사법심사를 배제 또한 제한하는 것을 금하고 있다(제4조 제1항). 법원은 이를 부합계약(Contract of Adhesion)으로부터 당사자 일방을 보호하기 위한 규정으로 해석하여 위 사항에 대한 사법심사 배제특약은 공공정책에 어긋나는 것으로 보고 있다.

#### IV. 맺 음 말

강행법규상 청구에 대하여 법원의 간섭을 인정할 것이냐의 여부는 입법정책의 문제로 선뜻 결론을 내리기 어려우나, 미국의 경우는 강행법규 사건에 법원의 관여가 계속 이어져 오는 이유는 중재판정 이유의 명시가 없어 법원이 그 심사가 불가능한 데 있다.<sup>51)</sup>

우리나라 중재법은 중재판정에 이유의 요지를 붙이게 하고(제13조 제1항 제3호) 중재판정의 취소 사유로, 중재판정이 법률상 금지된 행위를 한 것으로 할 때 또는 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 일탈한 때를 들고 있어(동조항 제4호 제5호) 법원이 사후심사할 수 있는 기회가 충분히 보장되므로 중재절차 진행 단계에서의 법원의 관여 필요성은 크지 않다고 할 수 있다.

따라서 당사자가 처분할 수 있는 것인 이상, 강행법규상 청구라 하여 그 중재적격성을 필연적으로 부정할 이유는 없고 그 강행법규가 당사자의 교섭력이 불균형하여 일방 당사자를 보호하고자 함을 목적으로 하는 경우나, 강행법규상의 입법 목적을 중재합의로써 회피 또는 점탈하고자 함이 명백한 경우에는 강행법규상의 청구에 대한 중재적격성 문제가 아니라 중재계약의 예외적 무효의 문제로 다루어 중재적격성을 둘러싼 불필요한 다툼을 피하는 것이 타당하다고 본

p.487-489,

51) 孫京漢(上), 前掲論文, p.16.

다.<sup>52)</sup>

또한 중재계약의 성질을 당사자의 합의에 의하여 중재인에게 분쟁해결 권한을 주는 실체법상의 계약이라고 보아 다른 사법상의 법률행위와 마찬가지로 중재절차 전과정에서 폭넓은 당사자자치의 원칙이 적용되어야 할 것이며, 이를 인정함으로써 당사자가 개개의 중재계약의 특성에 적합한 조정을 할 수 있게 하여 국제무역거래에서 중재의 이용을 원활하게 하도록 해야 한다.

결론적으로 중재계약의 한계를 강행법규 위반이나 공서를 이유로 설정하는 것은 국가의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 보호하는 측면에서만 한정되어야 할 것이다.

---

52) 上掲論文, p.12.



## A STUDY ON THE LIMITS OF ARBITRATION AGREEMENT

Though the arbitration agreement is a means to resolve disputes autonomously in essence, the Principle of Parties Autonomy and the Principle of Free Contracting can not be applied infinitely without any limitations but subject to the *Public Policy* and the *Compulsory Provisions* as established by an interested country. Such principle of law is applied to international arbitration agreements as well, but their validity should be determined by different standards from those in domestic arbitration agreements, in consideration of their internationality.

The essential effect of arbitration agreement is to exclude from the jurisdiction of State courts. Depending upon definition of the legal nature of arbitration agreement, the range and contents of the effect of such agreement will vary.

Whether State courts can intervene in claims related to *Compulsory Provisions* is an issue at the level of legislation policy which can not be easily concluded. But, the applicability of *Compulsory Provisions* can not serve as an imperative ground to deny the eligibility of claims for arbitration, so far as such claims can be disposed of by the parties.

On the other hand, it is reasonable to view the arbitration agreement as a substantive contract in its legal nature enabling the authority for dispute resolution to be delegated to arbitrator, so that the Principle of Parties Autonomy can be widely applied throughout the arbitration procedure as well as with other legal acts on private laws. With this, the parties can enjoy an arbitration award appropriate for characteristics of a specific arbitration agreement, thus resulting in facilitating the use of arbitration procedure for international trade activities.

To conclude, the *Public Policy* and the *Compulsory Provisions* as limitations on arbitration agreement should be applied to such an extent that they can protect States basic moral faith and social order.

## 參考文獻

### 〈國內文獻〉

#### (1) 單行本

- 高範俊, 國際商事仲裁法解義, 大韓商事仲裁院, 1991  
高在經, 徐庭逸, 國際商事仲裁論, 東星社, 1992  
金洪奎, 外國仲裁判定的 國內에서의 承認 및 執行, 大韓商事仲裁協會, 1971  
——, 外國仲裁判定的 承認, 執行의 要件 및 節次, 大韓商事仲裁院, 1981  
朴相祚의 2人, 國際商事仲裁法論, 한울출판사, 1997  
韓柱燮外 3人, 國際商事仲裁論, 東星社, 1997

#### (2) 論文 및 研究資料

- 姜二秀, 商事仲裁制度의 改善方向에 관한 研究, 崇實大論文集 第17輯, 1987.  
高範俊, 國際物品買賣契約에 適用할 法律(準據法)에 관한 協約(上), 「仲裁」 제 176號 (1986. 8)  
——, 商事, 「仲裁」, 第144號(1984. 1), 서울:大韓商事仲裁院  
——, 仲裁契約, 「仲裁」, 第146號(1984. 3), 서울:大韓商事仲裁院  
——, 仲裁判定, 「仲裁」, 第150號(1984. 7), 서울:大韓商事仲裁院  
——, 仲裁判定的 取消 또는 確定, 「仲裁」, 第151號(1984. 8), 서울:大韓商事仲裁院  
金相浩, 外國商事仲裁判定에 관한 研究 - 뉴욕 協約의 適用事例를 中心으로 -, 中央大學校 大學院 博士學位論文, 1988. 6.  
——, 仲裁契約의 文言에 관한 事例研究, 「仲裁」, (上) 第182號(1987. 3), (下) 第183號(1987. 4), 서울 : 大韓商事仲裁院  
金容漢, 仲裁契約의 準據法, 仲裁論叢, 1991  
金洪奎, 仲裁制度의 法的性質에 관한 研究, 「延世論叢」 第18輯, 1981.  
——, 涉外的 仲裁契約의 執行上의 問題點, 仲裁論叢, 大韓商事仲裁院, 1991  
——, 外國仲裁判定的 承認. 執行의 要件 및 節次, 大韓商事仲裁院, 1980

孫京漢, 仲裁契約에 관한 一般的 考察, 「仲裁」 第140號 (1983. 9)  
申鉉柱, 美聯邦仲裁法上 仲裁事項에 대한 訴訟節次停止請求, 仲裁論叢, 1991  
梁碩完, 國際商事仲裁契約에 관한 法的考察, 濟州大學校 論文集 제32집, 1991  
張福姬, 國際商事仲裁에 관한 研究, 延世大學校 大學院 博士學位論文, 1993  
崔基元, 國際商事仲裁에 관한 -考察, 서울대法學 제24권 2·3호, 1983  
韓國仲裁學會, 仲裁學會誌, 第6卷, 1996.

<日本文獻>

(1) 單行本

森井 清, 「國際商事仲裁」, 東京: 東京經濟新報社, 1970  
小島武司·高桑 昭 編, 註解仲裁法, 註釋民事訴訟法 6, 1988  
—————, 註解仲裁法, 東京: 青林書院, 1988(昭和63年)  
小山 昇, 仲裁法「舊版」, 東京: 有斐閣, 1958(昭和33年)  
—————, 仲裁法「新版」, 東京: 有斐閣, 1983(昭和58年)  
倉田寬吉, 「仲裁手續の解説」, 東京: 中央大學出版部, 1979.  
喜多川篤典, 國際商事仲裁の研究, 東京大學出版會, 1978

(2) 論文 및 研究資料

高田昇治, Separability Doctrine(仲裁合意の分離可能性)について, JCA 제 25권 11호, 1978  
多喜 寬, 「國際商事仲裁と國際私法」, JAC ジャーナル 1979年 8月號  
三ヶ月章, 「國際仲裁」民事訴訟法研究 9권, 東京: 有斐閣, 1984  
上野泰男, 「經濟的又は社會的又の利用と仲裁契約の效力」, 關東法學論集 3, 4, 5 合併號  
小島武司, アメリカにおける仲裁, 法律時報 제54권 8호, 1982  
—————, 「無效の仲裁條項」, 判時 846號.  
—————, 「仲裁人の公正確保」, 判示 911號  
小山 昇, Adaptation of Contractと 仲裁, 國際商事仲裁協會, 1985

- , フテンスにおける仲裁, 法律時報 第54권 8호, 1982
- , 仲裁契約の抗辯について, 末川 博 先生追悼論文集, 法と権利(3), 1978
- , 仲裁契約の抗辯, 實體法と訴訟法(四), 東京:有斐閣, 1978
- , 仲裁制度の現況と問題, 民訴法の争点, 民事訴訟雑紙 36호.
- 小室直人, 「仲裁契約」, 菊井維大篇, 全訂民事訴訟法 下巻, 東京:青林書院新社, 1966
- 櫻井節夫, 仲裁契約-國際去來における仲裁制度を中心として-, 現代契約法大(9), 1985
- 齊藏常三郎, 「仲裁契約について」, 國際經濟雑紙 59권 6호
- 澤木敬郎, 「仲裁契約の準據法」, 小島武司/高桑 昭 編, 注解仲裁法, 東京:青林書院, 1988(昭和63年).
- 河野正憲, 仲裁契約の效力の限界, 東京:國際商事仲裁協會, 1992(平成4年)
- 喜多川篤典, 「國際商事仲裁の研究」, 東京:東京大學出版會, 1978
- , 喜多川篤典, 「保全判例百選」<別冊 ジュリスと 22號>

(歐美文獻)

- American Arbitration Association, Arbitration and The Law, 1982~1994.
- Bischoff, Amiable Composition in English Arbitration Law, Arbitration, Vol.44, No.2
- C. Dicey & Morris, The Conflict of Laws, 10th ed., Vol.2, 1980
- Craig. W. L. & Park W. & Paulsson J., International Commercial Arbitration, 2d. ed., 1990
- Dominique Berset(ed.), Journal of International Arbitration, Vol.1 No.3, Dennis Thompson & Jacques Werner(Publishers), 1984.
- G. Bernini, Cultural Neutrality : A Prerequisite to Arbitral Justice, Michigan Journal of International Law, Vol.10, 1989
- Glossner. Ottoarndt, National Report : Federal Republic of Germany, Yearbook Commercial Arbitration, Vol.4, 1979
- Holtzmann. Howard M., United States-National Report, Yearbook Commercial Arbitration, Vol.2, 1977

- Ian R. Macneil, *American Arbitration Law*, Oxford University Press, 1992.
- J. Stewart Mc Clendon(ed), *Survey of International Arbitration Sites*, 3th ed., American Arbitration Association, 1993.
- Martin Domke, *The Law & Practice of Commercial Arbitration*, Callaghan & Co.,1968.
- Redfern Alan & Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London Sweet & Maxwell, 1986
- Russel, *On the Law of Arbitration*, Stevens & Sons, 1979
- Schmitthoff. Clive M. & Cheng. Chia-Jui, *Basic Documents International Trade Law*, Kluwer Academic Publishers, 1990
- Schmitthoff. Clive M., *Schmitthoff's Export Trade*, London Steven & Sons, 1990
- Schwab. K. H., *Schiedsgerichtsbarkeit*, 3 Aufl., 1979
- , *Das Uncitral-model law und das deutsche Recht*, Fs fur Heinrich Nagel zum 75. geburtstag,1987
- W. laurence craig, William W.Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commercial Arbitration*, 2nd., International Chamber of Commerce, 1990.
- Walton. Anthony Q. C., *Russel on the Law of Arbitration*, London Stevens & Sons,1970
- Wiler. Gabriel M., *Domke on Commercial Arbitration*, Revised Ed., Callaghan & Company, Illinois, 1984