

연구논문

국제상사중재에 있어서의 분리원칙과 중재인의 자기관할권판정의 원칙*

박 영 길**

〈 목 차 〉

- I. 서설
- II. UNCITRAL과 ICC중재규칙에 있어서의
分離可能性理論 과 자기관할권의 판정권한의
이론
- III. UNCITRAL과 ICC 중재규칙
- IV. 미국, 영국, 프랑스에서의 separability 와
Kompetenz-Kompetenz의 원칙
- V. 결 론

* 이 논문은 동국대학교 연구비 지원에 의한 논문임.

**동국대학교 법과대학 교수

I. 서 설

근대국가에 있어서 사적분쟁의 원칙적이 해결수단의 전형적인 제도로서는 민사소송제도이다라는 것에 대해서는 이론이 없다. 그러나 최근에 와서는 이와 같은 민사소송제도 외에 재판외 분쟁해결, 즉 ADR (Alternative Dispute Resolution) 제도가 세계적으로 급속하게 발전되고 있다. 이러한 ADR제도에서 가장 대표적인 제도의 하나가 중재(Arbitration)제도로서, 이 제도는 당사자가 동의한 경우에만 이용되기 때문에, 사적분쟁의 해결을 위한 메커니즘으로 여겨지고 있다).

중재란 일반적으로 당사자가 법적 분쟁에 관한 판단을 사인인 제3자에게 위임하여, 그에 따르는 절차를 말한다. 이와 같은 방법에 의한 분쟁의 해결이 일정한 사회에서 강제적으로 실현되고 있는 경우에, 그 사회에 있어서 그것이 법적인 분쟁해결방법으로서 인정되게 된다. 이것이 현재 많은 국가에서 민사분쟁의 재판외 해결제도로서 중재제도인 것이다. 절차 면에서 보면, 민사소송이나 중재도 다같이 당사자는 제3자인 법관 혹은 중재인의 판단에 따라야 하는 것이나, 민사소송에 있어서는 당사자의 일방이 절차의 개시를 구한 때에 상대의 應諾이 없는 때에도 절차를 개시할 수 있으나, 중재에 있어서는 당사자간에 중재에 의하여 분쟁을 해결하고자 하는 것에 관하여 합의가 절차를 진행할 수 없는 것이다. 즉, 중재에 있어서는 중재에 의하여 일정한 분쟁을 해결한다라는 합의가 없으면 당사자는 중재절차에 구속되지 않고, 중재판정에 따를 필요도 없다. 이와 같이 중재절차는 본질적으로 계약이기 때문에 당사자의 의사가 중재의 기본적인 요소인 것이다. 따라서 중재에 의한 분쟁의 해결을 청구하는 당사자는 그와 같은 합의의²⁾ 존재를 주장하고, 또한 입증하여야 한다.

1) Julian D M Lew, 「Determination of arbitrator's jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction」, Contemporary Problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, at 73.

2) 이 합의는 이미 발생한 분쟁을 중재에 위임한다는 합의(compromis)와 장래 분쟁이 발생하게 되면 중재에 위임한다는 합의(compromissoire)가 있는데, 전자만

중재계약은 주된 계약 (예를 들면, 매매계약)의 체결시에 체결되어 그 계약중의 하나의 조항으로서 이루어지고 있다. 그러나, 최근의 세계적인 경제거래의 확대는 국제상거래에 있어서 중재가 가지는 중요성을 증가시키고 있고, 그 결과 중재조항은 국제 상거래계약의 조항에서 기계적으로 포함하고 있다. 그러나 그러한 중재합의가 존재함에도 불구하고 중재합의의 효력과 유효성에 관하여 이의가 제기되는 경우를 자주 볼 수 있다. 어떤 경우에는 일방 당사자가 다양한 이유나 목적에서 중재절차를 회피하고, 국내법원에서 심리되는 것을 선호하기도 한다. 이러한 당사자는 중재합의가 있어도 법원에 의한 소송개시를 완강하게 시도하려 하고, 혹은 중재합의의 무효의 선고를 법원에 신청하거나, 중재인의 판정에 대한 이의제기를 시도하고 있다. 따라서 다음 두 가지의 원칙이 이러한 측면에 대한 중재절차의 완전한 유지를 위하여 발전되어 왔는데, 하나는 분리가능성의 이론(separability doctrine)이고 다른 하나는 자기관할권판정권한(Kompetenz-Kompetenz doctrine)의 이론이다.

본고에서는 이 두 이론에 관하여 UNCITRAL Model Law, ICC 중재규칙, FAA 그리고 미국과 영국 그리고 프랑스에 있어서의 판례 등을 검토하고, 결론으로서 우리 개정 중재법에서도 프랑스법상의 제도를 취한 것이 바람직하였을 것이라라는 의견을 제시하였다.

II. UNCITRAL과 ICC중재규칙에 있어서의 分離可能性理論(이하 “separability doctrine”라 한다)과 자기관할권의 판정권한(이하 “Kompetenz-Kompetenz doctrine”이라 한다)의 이론

separability doctrine 과 Kompetenz-Kompetenz doctrine은 밀접한 관련

을 인정하고, 후자를 인정하지 않은 국가도 있다.

을 가지고 있지만, 구분할 수 있다. 兩理論은 ICC와 UNCITRAL의 규정에서 명백하게 의무화되어 있다.

separability doctrine은 중재조항의 자율권을 규정하는 것에 반하여 Kompetenz-Kompetenz doctrine은 중재인이 자신의 관할권 판정을 판단할 수 있는 권한을 가지고 있다고 규정하고 있다. separability doctrine은 중재인이 중재계약뿐만 아니라 주된 계약의 유효성을 결정할 수 있는 사법권을 가져야 할 필요성을 야기하였다. Kompetenz-Kompetenz doctrine의 이론은 separability doctrine의 필연적 결과물이다.

1. separability doctrine

중재조항에서의 separability doctrine 또는 자율권은 계약상에 삽입된 중재조항은 주된 계약에서 분리되어야 한다는 것이다. 중재조항과 주된 계약(main contract)은 두 가지의 분리된 계약상의 관계의 집합으로 구성되어 있다. 중재합의를 포함한 계약의 효력이 문제로 되고 있는 경우, 중재합의는 주된 契約과는 별개 독립하여 효력을 가지며, 따라서 당해 분쟁도 중재합의에 따라서 중재인에 의하여 판단되어야 한다, 라는 것이다. 계약체결시에 사기에 의하여 유인되었다고 주장하는 것이 전형적인 사례이며, 지금까지 논의된 것도 한결같이 사기에 관한 것이었다. 그러나 separability doctrine은 사기뿐만 아니라 강박(duress), 相互性의 결여(lack of mutuality) 에도 동일하게 타당하다.³⁾ 분쟁이 주된 계약의 유효성 또는 존재와 관련되어 발생한 경우, 중재조항은 주된 계약이 무효라고 하더라도 당사자간에 있어서의 유효성과 구속력은 독립하여 존속한다는 것이다. separability doctrine은 당사자의 의사에 따라야 한다는 점, 중재절차의 완전성을 촉진한다는 점, 두 가지 합의에 존재한다는 법적인 추정이 있다는 점, 그리고 법원은 분쟁의 이익이 아닌 중재판정만을 재심한다는 점 등 4가지 이론적 근거로 정당화되고 있다.⁴⁾

3) 高田 昇治, 仲裁契約法の研究, 信山社, 46 面.

4) Janet A. Rosen, Arbitration under International Law : The Doctrines of

2. Kompetenz-Kompetenz Doctrine

중재판정부는 중재의 신청이 적법한 때에는, 중재절차를 진행하여, 중재판정을 할 수 있다. 중재판정부의 이 권한을 UNCITRAL 모델법에서는 중재판정부의 관할권(jurisdiction competence)라 하고 있다.

중재판정부의 관할권의 유무는 어떠한 기관이 판단하여야 할 것인가의 문제가 있다. 이를 당해 중재판정부 이외의 자, 즉 그 중재기관이 아닌 다른 조직, 사법기관에 위임하는 것도 가능하다. 그러나 그렇게 하면 당사자가 이를 다룰 때마다 중재절차를 정지하여야 하기 때문에 이는 중재절차를 신속하게 처리하여야 한다는 목적에 반하는 것이다. 그래서 중재판정부가 중재절차를 정지하지 않고 자기의 권한에 대해서도 판단할 수 있게 하는 것이 최근의 경향이다.⁵⁾

이와 같이 Kompetenz-Kompetenz doctrine⁶⁾은 중재판정부가 자신의 관할권⁷⁾에 관하여 심사할 수 있다는 권한을 가지고 있다고 하는 이론이다. 중재제도에 있어서는 중재합의의 존재에도 불구하고 많은 경우에 있어서 중재합의의 효력과 유효성에 관하여 이의가 제기되고 있다. 어떤 경우에는 일방 당사자가 다양한 이유나 목적으로 중재절차를 회피하려고 분쟁이 국내법원에 의해서 심리하는 것을 선호하기도 한다. 그러나 가장 일반적인 경우로서 당사자 중의 일방이 중재인에게 중재인의 재판관할권과 권한에 관하여 이의를 제기하는 경우이다.⁸⁾ 이와 같은 경우에 Kompetenz-

Separability and Competence De La Competence, 17 Fordham Int'l L. j. 599, 608 (1994).

5) 高桑昭, 國際商取引法委員會の國際商事仲裁に關する模範法, JCA ジャーナル, 86. 6. 15 iii.

6) 이 원칙은 독일 법에서 파생된 것이라고 한다 : Keren Tweeddale & Andrew Tweeddale, A Practical Approach to Arbitration Law, Blackstone Press Limited, at 75.

7) 중재판정부의 관할권이라는 용어는 소송에 있어서의 법원의 토지관할, 사물관할과는 달리, 중재판정부가 분쟁에 대하여 중재판정을 할 수 있는 권한 즉, 중재 권한을 의미한다.

8) Julian D M Lew, *supra* note 1, at 75.

Kompetenz doctrine의 이론에 의하면 중재인은 중재조항의 존재, 중재조항의 유효성, 중재조항의 적용범위 등을 결정할 수 있고 당사자들은 이러한 문제들을 결정할 국내법원의 사법적 판단을 요청할 필요가 없게 된다. 당사자들이 중재합의를 하였을 때에, 그들의 의사에 따라서 이러한 재판관할권 판정권한이 부여되었다는 항변 가능한 전제가 있다는 점과 자기관할권에 관한 판정권한의 이론은 재판기관으로서의 생래적인 특질이며 기능을 수행하는데 있어서 필수적이라는 점을 이유로, 이 이론은 정당화되고 있다.⁹⁾

3. 두 이론의 상호관계

separability doctrine에 의하면 중재조항은 분리되어져 주된 계약의 존재와 유효성에 대한 문제가 중재시에 제기될 수 있다. 그러나 Kompetenz-Kompetenz doctrine은 분쟁에 대한 중재인 자신이 관할권판단을 결정할 중재인의 권한과 관련되게 된다. Kompetenz-Kompetenz doctrine은 separability doctrine의 당연한 결과물로서 생각한다. 중재합의의 자율성을 지지하는 separability doctrine은 중재판정부가 주된 계약의 유효성뿐만 아니라 중재합의의 유효성을 규제할 수 있는 재판권도 가져야 할 필요성이 있다고 한다. 이러한 분석에 의하면, 사법적 이의 제기를 규제하는 중재판정부의 권한은 중재합의의 자율적인 본질을 확립하는 분리가능성이론의 당연한 결과이다.¹⁰⁾

Kompetenz-Kompetenz doctrine과 separability doctrine의 두 이론은 국제중재법에 의하여 잘 확립되어 있으며, UNCITRAL과 ICC 의 두 중재기관의 절차규정에 의하여 지지되어 왔다. 국제거래계약에서 중재조항에 구체적으로 표현되어 있는 당사자의 의도는 주로 적용될 절차적 중재조항을 결정하게 된다.

9) Janet A. Rosen, *supra* note 4, at 609.

10) *Id.*, at 610.

Ⅲ. UNCITRAL(유엔국제상거래법위원회)과 ICC의 중재규칙

1. UNCITRAL 중재규칙 (UNCITRAL Arbitration Rules)

UNCITRAL중재규칙은 separability doctrine의 이론과 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 모두 수용하였다. UNCITRAL 중재규칙 제21조에서 중재조항 혹은 독립적 중재합의의 존재 또는 효력에 관한 이의를 포함하여 당해 판정부에 관할이 없다는 이의에 대하여 판정권을 갖는다고 규정함으로써 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 구체화하였다. 또한 UNCITRAL 중재규칙은 제21조에서 중재판정부가 중재조항을 포함하여 계약의 존재 또는 효력에 관련된 문제를 판정할 수 있도록 규정하고 있으며, 중재판정부가 주된 계약이 무효라고 결정하였다 하여도 중재조항이 자동적으로 무효가 되는 것은 아니라고 규정하여 separability doctrine을 구체화 하였다.

2. 국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모델법 (이하 “모델법” 이라 한다)

UNCITRAL규칙이 국제상사중재절차에 이용되도록 입안된 반면에, 국제상사중재에 관한 모델법은 국가간의 서로 다른 중재법을 일치시키기 위하여 발전된 것으로서, 각국이 국제상사중재에 관하여 중재법을 제정하는 경우에 그 모델로 하는 것을 의도한 것이다. 모델법 제16조는 separability doctrine과 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 명백하게 인정하고 있다. 어느 주석가는 제16조가 중재판정부는 중재합의(자기관할판정권한)의 효력과 존재의 이의의 관한 결정을 포함하여 자기의 권한에 대한 결정을 할 수 있다고 규정하고, 계약이 무효라고 한 중재인의 결정은 자동적으로 중재조

항(분리가능성)을 무효로 하지 않는다고 규정함으로써, 이러한 조항은 모델법이 separability doctrine과 Kompetenz-Kompetenz doctrine의 연결을 규정하고 있다고 하고 있다.

3. ICC (International Chamber of Commerce) 중재규칙

ICC규칙은 명시적으로 separability doctrine과 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 인정하고 있다. ICC규칙은 재판관할 이의의 해결에 관하여 2 단계절차를 규정하고 있다. 어느 한 당사자가 중재에 관하여 관할권에 이의를 제기하더라도 ICC중재법원은 중재합의의 명백한 존재(prima facie existence)를 우선적으로 결정하여야 한다. 이것이 충족된 경우, ICC중재법원은 중재가 계속되어야 하고, 이에 의하여 중재인에게 자기관할을 결정할 수 있는 권한이 부여되는지의 여부에 관하여 결정하여야 한다. 더 나아가 ICC규칙은 계약이 무효이거나 부존재라는 주장이 있을 지라도, 중재인의 관할결정은 계속되어야 하며, 중재인은 당사자의 권리나 분쟁의 이익의 측면에서 판결을 진행시켜야 한다고 규정하고 있다. 이와 같이 ICC규칙도 separability doctrine 와 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 지지하고 있다.

IV. 미국, 영국, 프랑스에서의 separability 와 Kompetenz-Kompetenz의 원칙

미국, 영국, 그리고 프랑스의 실체적이고 절차적인 중재법의 규정은 이들 국가의 제정법과 판례법을 통하여 나타난다. 이러한 법들은 이들 국가에 있어서 separability 와 Kompetenz-Kompetenz의 원칙의 발전에 영향을 미친 公序를 반영한 것이다.

1. 미국의 separability 와 Kompetenz-Kompetenz의 원칙

1925년의 연방중재법(" Federal Arbitration Act : FAA")시행이전의 미국 사법부는 중재에 관하여 적대적인 입장이었다. 그러나 중재에 관하여 호의적인 연방공서(federal public policy)의 발전은 FAA의 제정을 뒤따르게 하였다.

(1) FAA와 뉴욕 협약

FAA의 규정은 미국에 있어서 州間 그리고 국제간의 상사거래에 적용된다. 따라서 국제상사중재합의는 FAA의 조항으로 들어가게 되었다. 중재조항의 유효성과 중재가능성에 관한 문제를 법원이 결정하는 구조를 포함함으로써 서면에 의한 중재합의의 시행을 보장하였다. 상사계약에 들어가 있는 서면에 의한 중재합의는 유효하며, 취소불능이고, 강제할 수 있는 합의이다라고 FAA는 규정하고 있다.

미국국내중재합의(U.S. domestic arbitration agreements)는 일반적으로 FAA가 적용되는 반면에 국제상사중재합의는 법정상 서로 저촉되지 않은 범위 내에서 FAA와 뉴욕협약이 적용된다.

이와 관련하여 판례에서는, Wilko v. Swan¹¹⁾사건에서 연방증권거래법 위반에 관련된 청구는 중재 가능한 사건이 아니라고 미연방대법원은 판결하였다¹²⁾. 그러나 Scherk v. Alberto-Culver Co.,¹³⁾ 사건에서 법원은 Wilko

11) 346 U. S. 427 (1953).

12) Id. at 438.

13) 417 U. S. 506 (1974) : 이 사건의 내용은 델라웨어 회사로서 일리노이즈에 주된 사무소를 두고 있는 Alberto-Culver Co. 와 독일인인 Fritz Scherk 간에 국제상사중재합의가 포함된 계약을 체결하였는데, Alberto-Culver는 Scherk를 상대로 연방증권법의 위반을 이유로 일리노이즈 북부지방법원에 소송을 제기하였다. Scherk는 당사자간의 계약에 중재합의가 포함되었다는 것을 이유로 소송을 중지하도록 시도하였다. 일리노이즈북부지방법원은 Wilko사건에서의 연방대법원의 결정을 적용하여 소송중지의 요청을 거부하였다. 제7항소순회법원은 지방법원의 결정을 인용하였다. 그러나 연방대법원은 지방법원의 판결을 반대하고, 뉴욕협약의 목적을 확인하고 중재조항의 집행하였다. 연방대법원은 계약의 국제적 성질,

사건에 내려진 결정의 적용을 거부함으로써 뉴욕협약의 목적을 확인하였다. 그래서 Scherk 사건은 중재절차 중에서 특히 국제중재의 분야에 관하여 미국 법원의 지지를 반영한 것이다.

2. 미국판례상의 separability 와 Kompetenz-Kompetenz

미국의 판례는 Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.¹⁴⁾ 사건에서 separability doctrine이 확립되었다고 할 수 있다. Prima Paint사(메릴랜드주 회사)는 Flood & Conklin사(뉴저지주회사)로부터 페인트제조사업체를 인수하였다. 당사자는 Flood & Conklin 사가 Prima Paint사에 6년 이상 페인트의 생산, 제조, 판매, 공급 등에 관하여 자문을 제공한다는 내용의 자문계약(Consulting Agreement)을 포함하였다. Prima Paint 사는 이어서 중재조항이 포함되어 있는 자문계약의 실행이 Flood & Conklin 사의 재정상태에 관해서 사기적 허위표시에 의하여 체결되었다고 주장하였다.

Prima Paint 사건에서 연방대법원은 처음으로 진정한 면에서 separability의 문제를 논하고 이를 긍정하였다. 또한 동 판결은 separability문제뿐만 아니라 연방중재법과 州仲裁法の 적용관계에 관한 헌법상의 문제를 포함하고 있었다.¹⁵⁾ 연방대법원은 본 건은 주간통상(interstate commerce)을 포함하여, 이러한 종류의 계약에는 연방중재법이 적용되고, 동 법에 의하면 separability는 긍정된다, 라고 하여 상고를 기각하였다. 또한 Prima Paint판결은 연방중재법과 주중재법과의 적용관계에 대해서 연방법원은 commerce의 사건에 대해서는 연방중재법을 적용한다 라고 판시하였다.

제7항소순회법원은 Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics, Inc.사건에

고려하여야 할 문제와 정책의 중요한 차이를 이유로 Wilko판결에서 선언된 내용보다 우선적으로 적용되어야 한다고 판단하였다. Scherk사건에서 법원은 분쟁이 연방중재법의 권한에 해당한다고 결정하였다.

14) 388 U. S. 395 (1967).

15) 高田 昇治, 前掲書, 39面.

서¹⁶⁾ 계약의 유효성에 관한 문제에 separability를 확대함으로써 국제적인 정황에서 separability doctrine를 고려하였다. White 사(인디애나의 엔진제조업)는 Sauer사(서독의 유한회사)와 계약을 체결하였다. 이 계약에는 계약상 발생하는 모든 분쟁을 중재로 해결한다는 것에 당사자들이 동의하였다고, 광범위한 중재조항을 포함하고 있었다. 그 후 당사자간에 분쟁이 발생하였는데 White사는 중재조항은 무효라고 하면서, 그 이유로서 중재합의의 존재는 유효한 계약의 존재를 전제로 하기 때문이라고 주장하였다. 제7순회법원은 이러한 주장을 기각하면서, 중재합의와 주된 계약은 분리가능하다고 하여, separability doctrine이 적용된다고 판결하였다. 또한 제7순회법원은 계약상의 중재조항이 당사자들로 하여금 계약상 발생하는 모든 분쟁에 관하여 중재에 의할 것을 요구하고 있으므로 계약의 유효성에 관한 문제는 법원이 아닌 중재인에 의하여 결정되어야 한다고 판결하였다.¹⁷⁾

Nicaragua v. Standard Fruit Co. 사건¹⁸⁾에서 제7순회법원의 분석적 설명을 적용하였다. 이 사건에서 제9순회법원은 Prima Paint사건의 논거에 의하여, 중재에 대한 방어조치로서 주된 계약의 유효성이나 실행가능성에 관한 이의제기를 법원이 고려하는 것은 금지된다고 하였다. Standard Fruit사건에서 separability doctrine의 적용에 의하여 중재인이 계약의 나머지 부분에 대하여 무효를 주장하여도 중재조항은 강제된다고 할 수 있다.¹⁹⁾

이상과 같이 Prima Paint 사건에서 미연방대법원의 판결은 FAA에 의한 중재합의에 호의적인 미국의 공서(public policy)에 힘을 실었다. 또한 Sauer-Getriebe KG사건과 Standard Fruit사건과 같은 계속된 판결은 Prima Paint사건에서의 separability rule를 확장시켰다.

그러나 미국법원은 중재가능성의 범위와 중재조항의 유효성과 같은 재판관할권의 결정권한에 관한 문제는 법원에 유보되는 것이라고 하여, 미

16) 715 F. 2d 348, 350 (7th Cir. 1983).

17) Id. at 350.

18) 937 F.2d 469 (9th Cir. 1991).

19) Id. at 476.

국법은 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 지지하지 않는 다고 명백히 하였다.²⁰⁾

3. 영국법상의 separability 와 Kompetenz-Kompetenz

영국법원은 중재합의를 법원의 재판권에 대한 침해로 보고, 전통적으로 중재합의를 적대적으로 생각하였다. 즉, 1920년대까지 영국법원은 이러한 합의를 공서에 반하는 것으로 보고, 이에 대한 승인을 거부하였다. 그러나 이러한 견해는 제1차 세계대전이후 국제무역거래의 확대에 의하여 사라지게 되었다. 전통적으로 영국법원은 분쟁이 중재조항에 해당되는지의 여부를 결정하기 위하여 중재합의문서를 면밀하게 검토하여 왔다. 그래서 영국에서는 중재조항이 문자화되어 있는 형식이 매우 중요하게 되었다. 당사자의 과거 거래뿐만 아니라 당사자들에 의하여 이용된 전문 용어는 모두 중재합의의 문자화와 관련하여 의미 있는 것이라고 생각하였다.

오늘날 영국에서는 separability doctrine을 장려하고 있는 듯 하다. 그러나 영국법상에서 중재인이 분쟁을 심사할 수 있는 중재인의 재판관할권에 대하여 의견을 표명하는 것이 가능한 반면에 중재인은 최종적인 규율은 할 수 없고, 영국법원이 재판관할권의 문제에 관하여 최종적인 규율할 수 있는 권한을 보유하고 있다.²¹⁾

(1) 영국관례법상의 doctrine of separability

영국에서는 Heyman v. Darwins, Ltd사건²²⁾에서 최초로 doctrine of separability가 확립되었다. 사건의 개요는 영국의 철강제조업체인 Darwins 사는 영업을 뉴욕에서 하고 있는 Heyman사를 경영계약에 의하여 독점판매대리인으로 선임하였다. 이 계약은 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁

20) Janet A. Rosen, *supra* note 4, at 628 : FAA 4조와 미국판례에 의하면 Kompetenz-Kompetenz doctrine은 지지하지 않음을 나타내고 있다.

21) Janet A. Rosen, *supra* note 4, at 630.

22) [1942]App. Cas. 356 (H.L.).

은 중재에 의하여 해결한다는 광범위하게 해석 가능한 중재조항을 가지고 있었다. Heyman사는 Darwins사의 지급거절에 의한 계약위반을 주장하면서 법원에 소를 제기하였다. Darwins사는 분쟁이 중재 가능한 것이라고 주장하면서 법원의 소송진행을 연기시켰다. 영국상원은 중재조항이 계약으로부터 분리될 수 있다고 주장하면서 의무위반을 하지 않은 자에 의한 이행을 면제시킬 수 있는지의 여부를 법원이 아닌 중재인이 결정할 수 있다고 결론을 내렸다. 일방 당사자에 의한 계약위반과 다른 당사자에 대한 이행면제는 계약에 관하여 발생한 분쟁을 규정하고 있는 광범위한 중재조항의 적용대상이 된다는 것이다. 그러나 Viscount Simon 상원의장의 의견으로서 계약의 존재에 관련된 문제와 불법성에 관한 주장은 중재합의의 적용범위에 해당하지 않는다고 지적하였다. 실질적으로 separability원칙은 Heyman 사건의 판결이후에 전개되었다.²³⁾

separability원칙은 최근에 와서 계약만료와 통지에 대한 유효성과 관련한 사례에서 지지되기 시작하였다. Paul Smith Ltd. v. H & S. International Holding Inc. 사건에서²⁴⁾스포츠웨어 제조업체인 원고 Paul Smith 사("Smith")는 H. & S. International Holding Inc ("H.&S.") 사에게 스포츠웨어의 판매, 유통, 제조, 선전 등에 관한 라이선스를 부여하는 계약을 체결하였다. 계약에 의하여 H.&S.사는 Smith사에게 로열티를 지급하여야 하였으나, H.&S.사는 지급하지 못하였기 때문에 Smith사는 계약을 종료시켰으며, 이에 따라 H.&S.사는 계약에 포함되어 있던 중재조항에 의거하여 중재절차를 개시하였다. Smith사는 중재합의가 유효하기는 하지만, 계약만료전에 발생한 분쟁에 대하여서만 적용된다는 점을 근거로 중재절차의 적법성에 대하여 이의를 제기하였다. 법원은 이러한 주장을 기각하였고, 대신에 주된 계약에서 분리 가능한 중재조항은 계약종료 통지의 적법성에 관한 분쟁에 적용될 수 있을 정도의 범위를 가진다고 판시하였다. 그러나 법원은 계약개시당시의 계약 유효성에 대한 분쟁에 중재조항이 적용될 수 있는지의 여부에 대한 이의에 대해서는 판단을 유보하였다.²⁵⁾

23) Janet A. Rosen, *supra* note 4, 631.

24) [1991] 2 Lloyd's Rep. 127.

25) Paul Smith, [1991] 2 Lloyd's Rep. at 130-131.

1992년 결정인 Harbour Assurance Co. v. Kansa General International Insurance Co. 사건²⁶⁾("Harbour I")에서 영국고등법원 상사부(the Queen's Bench Division Commercial Court)는 Paur Smith사건에서 결정되지 않고 유보된 이의에 대해서 판시함으로써 분리원칙의 적용을 확대시켰으며, 중재가능하지 않은 계약으로 취급되었던 영국과 Finnish보험회사와 재보험회사들간의 국제상사계약의 계약체결시 무효성 여부에 대하여 결정하였다. 영국보험회사인 Harbour Assurance Co. ("Harbour")는 영국시장으로 재보험 포트폴리오를 확장하려는 Kansa General International Insurance Co.("Kansa")와 재재보험(retrocession)계약을 체결하였다. Harbour 사가 Kansa사에 재보험을 들기로 동의한 재재보험계약은 중재를 포함하고 있었다.²⁷⁾

Harbour사는 우선적인 보험계약과 재보험계약 그리고 재재보험계약이 Kansa사가 영국상공부(English Department of Trade and Industry)로부터 사업에 관한 허가를 받지 못한 것을 이유로 부적법하다고 주장하였다. 이 사건에서 법원은 계약체결 당시의 유효성은 적용범위가 광범위한 중재조항에 의하여 중재 가능하다고 판시하였다. 이러한 결정을 지지하기 위하여 법원은 separability 원칙의 전반적인 승인으로 변해 가는 중재법의 경향을 인용하였다. 또한 법원은 중재절차를 지지하면서 계약체결 당시 유효성에 관한 문제에 separability원칙을 적용하는 것이 유익하다는 공공정책의 이유를 인용하였다.²⁸⁾

그러한 공서적 이유는 당사자의 의도를 실행시키고, 중재의무의 회피를 방지하며, 중재절차의 중립성이 가지는 가치를 인식하고 국제거래를 고양시키는 목적을 포함하게 된다. 그러나 법원은 이전의 보통법을 따르면서 separability원칙은 계약체결 당시의 불법성에 대한 소제기에는 확장되지 않는다고 판시하였다. 그래서 Harbour I 사건이 계약체결 당시의 불법성에도 적용된다고 결정함으로써 separability원칙이 확장되었음에도 불구하고, 계약체결 당시의 불법성에 관하여 규율할 수 있는 권한과 계약상의 문

26) [1992] 1 Lloyd's Rep. 81 (Q. B.).

27) Harbour I, [1992] 1 Lloyd's Rep. at 81.

28) Id. at 92.

제에 관하여 공공정책에 영향을 줄 수 있는 권한은 Harbour I 법원이 계속 유지하게 된다.²⁹⁾

Harbour I 사건의 결정은 항소되었으며, 그 결정은 1993년1월에 이루어졌다. Harbour Assurance Co. v. Kansa General International Insurance Co.³⁰⁾(“Harbour II”)사건 제2심에서 영국항소법원은 1심판결을 번복하였으며, 계약체결 당시의 불법성은 separability원칙에 의하여 규율된다고 판시하였다. 항소법원은 1심에서 Harbour I의 Steyn 판사의 결정과는 반대로, 보통법이 계약체결 당시의 불법성에 대한 separability원칙의 적용확대를 금지하지 않는다고 심리함으로써, 항소법원의 결정을 정당화하였다. Harbour II 사건의 제2심 법원은 그들의 결정을 정당화시키는 공공정책의 고려를 인용하였고, 이러한 공공정책의 고려는 당사자의 의도를 실행시키며, 1회의 판결에 의한 편의성을 지지하는 실용적 이익을 실현시키는 것을 포함하고 있다. Harbour II사건 제2심에서의 결정은 영국법이 separability원칙에 대한 전체적인 승인으로 흘러가고 있다는 경향을 지지한 것이며, 중재절차에 대한 사법적인 지지를 지적한 것이라고 할 수 있다.

Harbour I 사건 제1심에서 영국고등법원(Queens Bench Division)은 Kompetenz-Kompetenz Doctrine에 관하여 영국식 접근을 검토하였다. 법원은 중재인이 재판관할권 문제를 고려하거나 규율한다고 하더라도, 법원만이 최종적인 결정을 할 수 있다고 판시하였다. Harbour I 사건 제1심에서 중재인이 그의 재판관할권에 관하여 최종적인 결정을 내릴 수 없다는 규칙은 영국법상 확립되어져 있는 것이라고 강조하였다. Harbour II 사건의 항소법원은 영국법상 Kompetenz-Kompetenz 위치에 대한 Harbour I 법원의 해석을 확인하였다.

따라서 영국법원은 separability원칙에 대하여는 호의적이었다. Heyman 사건의 법원은 영국에서의 separability원칙을 확립하였으며, 이 원칙은 주된 계약의 계약체결 당시 유효성과 불법성에 관련된 사례까지 확대되어 적용되었다. 그러나 영국법원은 Kompetenz-Kompetenz원칙을 수용하지는

29) Janet A. Rosen, *supra* note 4, at 634.

30) [1993] Q. B. 701 (C. A.).

않았으며, 이에 대한 확장도 단호하게 반대하는 것으로 보인다.³¹⁾

(2) 영국법 상의 Kompetenz-Kompetenz Doctrine

Kompetenz-Kompetenz를 중재판정부(Arbitral Tribunal)에 부여하는 문제에 관하여 1996년 보고서인 DAC에 의하면, Kompetenz-Kompetenz를 중재판정부에 부여하는 것은 반대 당사자가 “관할권을 허위로 신청함으로써 막연히 유효한 중재절차”를 지연시킬 수 없게 하는 데에 있을 것이라 하고 있다. 중재판정부가 중재에 대한 실질적인 관할권을 가지는지의 여부는 특히 기존의 유효한 중재계약에 달려있다³²⁾. 당사자가 기본계약을 무효로 주장하는 경우, 중재조항에 관한 문제는 중재판정부가 결정할 문제이다. 1996년 AA는 자신의 관할권을 결정할 중재판정부에 관하여 규정하고 있다. 그러나 그것은 임의적 조항이므로 당사자들은 그것을 자유로이 그들의 중재합의에서 배제할 수 있다. 이러한 점에서 1966년 AA는 Model Law 의 16조와 다르다.

만일 당사자가 중재판정부의 판정에 기피하는 경우에는 최종적으로 중재판정부가 실질적인 관할권을 갖는가에 관하여는 법원이 결정한다. Saville LJ는 1996년 7월8일 Middle Temple Hall의 연설에서 : 중재판정부의 관할권의 문제는 (당사자들의 합의가 없는 경우)중재판정부 자체에서 결정할 수 없다. 왜냐하면 그것은 자신들이 결정하여야 하는 고전적인 사안이기 때문이다, 라고 하였다.³³⁾ 그러나 1966년 AA이전의 보통법 상에서는 중재절차에 관한 관할권을 가지는가에 관한 심사권은 중재판정부가 가지고 있었다. Christopher Brown Ltd, v. Genossenschaft Oesterreichischer Waldbesitzer Holzwirtschaftsbetriebe Registrierte Genossenschaft mbH사건에서³⁴⁾다음과 같이 판결하였다.

중재의 초기에는 한 쪽이나 다른 쪽이 중재인의 관할권을 기피할 수 있다는 것은 명백하다. 그들의 관할권을 기피하거나 의문시되는 경우 중재인

31) Harbour II, [1993] Q. B. at 721 참조.

32) 1966년 AA(The Arbitration Act)의 s. 30(1)(a).

33) Keren & Andrew, supra note 6, at 75.

34) [1954], 1 QB 8 Devlin J held, at 12-13.

이 최종적으로 그들의 관할권을 결정할 권한을 가진 법원에 의하여 결정될 때까지 소송을 기피하여야 한다는 법은 없다. 또한 결정권이 있는 법원의 결정 시까지 연기될 관할권의 문제를 떠나서 이의신청한 본안을 계속 심사하거나 논쟁이 되는 사건을 결정하여야 한다는 법도 없다. 그것은 그들의 시간과 노력의 낭비일 뿐이다. 그들은 그러한 어떤 것을 택할 의무가 없다. 그들은 당사자들을 구속할 어떠한 결론에 도달하기 위해서가 아니라 - 왜냐하면 그들이 그렇게 할 수 없기 때문에-그들이 중재를 계속하여야 할 것인가의 여부에 대한 사전적인 문제로서 자신들의 만족을 위하여 그들이 관할권을 가지는지의 여부에 대한 본안을 조사할 권한을 가지고 있다. 즉, 그들은 소송절차를 결정하기 위하여 조사할 권한이 있고 그러한 결과는 당사자의 권리에 영향을 주지 않는다.

1996년 AA의 30조는 보통법상의 원리를 확장한 것이다. 30조에 의하면, 당사자들간에 다른 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 실질적 관할권을 결정할 권한이 있다.³⁵⁾

4. 프랑스법상의 separability 와 Kompetenz-Kompetenz

미국과는 달리 프랑스는 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 수용하여, 중재판정부(arbitral's tribunal)의 관할권에 관한 권한은 광범위하고 다양한 관할권에 관한 이의제기에 대하여 중재판정부가 답변할 수 있는 것이 허락되어져 있다. 또한 separability doctrine 도 프랑스국제사법상 판례법으로 확립되어져 있다.

즉, 프랑스에서 최초로 separability doctrine이 적용된 사건은 Societe Gosset v. Societe Carapelli. 사건³⁶⁾이다. Gosset 사는 프랑스회사와 이태리 회사간에 곡물매매계약에 관련되었다. Gosset사는 구매자로서 수입라이선스는 취득하였지만, 곡물의 무관세에 관한 특별허가는 취득하지 못하였다.

35) Keren & Andrew, supra note 6, at 76.

36) Judgment of May 7, 1963, Cass. civ. Ire, 1963 Bull. Civ. I, No. 246, at 208 (Fr.)

이에 따라 때도인 인 Carapelli사는 이행불능에 의한 손해에 관하여 이태리에서 중재절차를 제기하였다. 이에 대한 제기가 받아들여진 후에 마르세유 민사재판부는 Carapelli사에게 인가장(exequatur)을 부여하였다. 이에 대하여 Gosset사는 프랑스 破毀院(Cour de Cassation)에 대한 항소에서, 주된 계약과 중재조항은 이행불능에 의하여 효력이 없다는 이유를 제시하며, 인가장부여가 타당하지 않다고 주장하였다. 이에 관하여 프랑스 破毀院은 국제중재에 관련된 경우, 중재합의가 분리된 문서이건 주된 계약의 일부를 이루건 간에 특별한 예외적 사항을 제외하곤 완전하게 자주적이라고 판시하였다. 그래서 Gosset사건에서 프랑스대법원은 분명하게 separability doctrine에 의하여, 국제계약에 있어서의 중재합의가 가지는 자주성은 주된 계약이 효력이 없는 경우에도 영향을 받지 않는다고 하였다.

프랑스 破毀院은 그 후에도, Societe Minoteries Lochoises v. Langelands Korn Foderstof 사건³⁷⁾에서도 separability doctrine을 확인하였다. 또한 프랑스 破毀院은 Societe Impex v. Societe P. A. Z. 사건에서³⁸⁾ Kompetenz-Kompetenz doctrine 과 separability doctrine을 지지하였다.

특히 프랑스의 신 민사소송법 제1466조는 「중재인에게 당사자의 일방이 중재인의 판단권한을 근거로부터 다투거나, 또는 그 범위에 대해서 다투는 때에는 중재인은 자신에 대한 수권의 유효성 또는 한계에 대하여 판단하는 권한을 가진다」라고 규정하여, 중재인에게 판사에게 부여된 권한과 거의 유사한 권한을 부여하고 있어서, 제1466조에 의하여 중재판정부는 당사자간에 현안이 된 분쟁이 중재합의에 미치지 않는다고 주장하는 사례와 같은 권한의 범위를 규율할 수 있는 권한과 중재합의의 유효성의 여부를 판단할 수 권한의 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 가지게 되었다. 이에 따라 프랑스 破毀院은 Bai Line Shipping Co. v. Societe Recofi 사건에서³⁹⁾ 신 민사소송법에 제1466조에 규정된 Kompetenz-Kompetenz doctrine 유지하였다. 파나마 회사인 Bai Line Shipping 사(이하 "Bai Line"라 한다)는 Sabarika호의 소유주였다. Bai Line은 중재조항이 포함되어 있

37) Judgment of Nov. 12, 1968, Cass. com., 1968 Bull. civ. V, no. 316, at 285 (Fr.).

38) Judgment of May. 18, 1971, Cass. civ. 1re, 11971 Bull. Civ. I, 161, at 134 (Fr.).

39) Judgment of Jan. 21, 1992, Cass. com., Bull. Civ. IV, No. 30, at 25 (Fr.).

는 용선 계약에 의하여, Recofi에게 Sabarika호를 용선 하였다. 중재조항은 상품이 하역되거나 집행되지 않은 계약이 종료된 후 6개월 내에만 당사자는 중재절차를 개시할 수 있도록 기한을 제한하고 있었다. 그러나 Bai Line은 계약조건을 위반하여 용선한 선박에서 상품이 하역된 후 6개월이 지나서 용선대금지불을 이유로 소송을 제기하였다. 破毀院에 대한 항소에서 Bai Line은 중재조항이, 중재절차의 개시에 관하여 1년 간 제한을 요구하고 있는 “1966년 6월 18일 용선 당사자와 화물운송에 관한 법(1966 law concerning charter parties and freightage)”를 위반하고 있다고 주장하였다. 파리상사법원(the Tribunal Commerce de Paris)과 파리 抗訴院(Cour d’appel)은 모두 판결할 수 있는 재판관할권이 없을 선고하였다. 프랑스 破毀院은 이 판결을 유지하였다. 프랑스 破毀院은 신 민사소송법 1458조에 의하여 법원은 중재조항이 명백하게 무효가 되지 않는 한 본안 판단을 할 권한이 없음을 선고하여야 한다고 판시하였다. 프랑스 신 민사소송법 제1458조 1항은 「중재계약에 기하여 법률분쟁이 중재판정부에 계속하고 있는 때에는 국가의 법원은 사건에 관여하는 경우, 국가의 법원은 관할을 가지지 않다고 선언하여야 한다」라고 되어 있고 또한 동조 2항은 「중재판정부에 아직 係屬하고 있지 않은 경우에 있어서도 중재의 합의가 무효이다는 것이 명백하지 않는 한, 국가의 법원은 동일한 管轄權이 없다는 것을 선언하여야 한다。」라고 규정하고 있다. 이 규정의 의미는 법원이 본안의 재판을 할 수 있는 것은 중재합의가 명백하게 무효인 경우에만 한한다는 것이다.⁴⁰⁾ 또한 프랑스 破毀院은 신 민사소송법 1466조에 의하여 재판관할권에 대한 제한과 시효에 관한 본안 판단을 판결하는 것은 법원이 아니라 중재인이 하여야 한다고 판시하고 있다.⁴¹⁾

40) 坂本恵三 譯, 「仲裁裁判所の管轄」 P.シュロッサー 著, 小島武司 編譯, 國際仲裁の法理, 中央大學出版部, 62 面.

41) Janet A. Rosen, *supra* note 4. at 647.

V. 결론

이상에서 separability doctrine과 Kompetenz-Kompetenz doctrine에 관한 문제를 UNCITRAL과 ICC중재규칙 그리고 미국과 영국 그리고 프랑스에 있어서의 판례와 제정법상의 문제를 검토하였다. 미국은 separability doctrine을 판례상 인정하고 있으나 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 인정하지 않고 있다. 이는 미국의 중재법은 중재에 관하여 법관의 지배권을 강화시킴으로서 국제상사중재합의의 효율성을 저해시켰다고 할 수 있다.

영국은 미국과 동일하게 separability doctrine은 인정하고 있음에도 불구하고, Kompetenz-Kompetenz doctrine은 수용하지 않고 있다. 더욱이 영국의 중재법은 미국법 보다 더 강화된 중재절차의 사법적 통제를 규정하고 있다. 즉, 영국중재법은 Kompetenz-Kompetenz doctrine을 수용하지 않으면서도, 법원에 몇 가지 제도적 장치를 이용하여 중재절차를 규제할 수 있도록 하고 있다. 법원에 국제중재절차를 규제할 수 있도록 허락한 것은 법원의 업무부담과 당사자의 비용을 감소시킬 수 있는 중재제도의 이용을 부정하고, 분쟁해결절차로서의 중재제도가 가지는 신뢰성을 손상시키며, 중재 가능한 분쟁을 국내법원에 제기하도록 하는 수단을 당사자들에게 부여함으로써, 중재절차의 효율성을 억제하고 있다고 할 수 있다.⁴²⁾

그러나 프랑스 법은 separability doctrine과 Kompetenz-Kompetenz doctrine의 상호관계를 보호하여 당사자로 하여금 중재계약에서 이탈하는 것을 방지하였다. 또한 프랑스법은 중재제도를 법원과 분리시킴으로써 법원에 대한 업무부담을 경감시켰고, 아울러 UNCITRAL과 ICC규칙에 부합되도록 중재제도의 중립성을 보호함으로써 중재제도를 활성화 시켰다고 할 수 있다. 국가의 법원이 중재판정부의 자기의 관할에 대한 판정에 구속된다고 하면, 이것을 일보 전진한 것이다.⁴³⁾

우리나라의 개정 중재법 17조는 separability doctrine과 Kompetenz

42) Janet A. Rosen, *supra* note 4, at 659.

43) 坂本恵三, 仲裁裁判所の管轄, 前掲書, 54 面.

-Kompetenz doctrine을 모두 규정하고 있다. 개정중재법 제17조에서는 중재법원(중재판정부)의 (자기의)관할권에 관한 판정은 그것이 중간적중재판정으로 판정하거나 중국적중재판정에서 함께 판정한 것인가를 묻지 않고 국가법원에 대하여는 구속력이 없고, 오직 1차적 잠정적 판정권한을 인정하고 있을 뿐, 중국적 최종적 판정권은 국가법원에 유보한다는 취지로 규정하고 있는 것으로, 제17조의 규정은 구 중재법 제10조의 규정의 골격은 그대로 유지하면서 모델법에 따라서 수정, 보완한 것이다.⁴⁴⁾

우리나라 개정 중재법 제17조의 규정은 독일 민사소송법 제1040조와 대체적으로 일치하고 있다고 하고 있는데,⁴⁵⁾ 이는 우리나라의 ADR제도가 독일형을 취하고 있는 것⁴⁶⁾과 그 맥락을 같이 한다고 볼 수 있다. 그러나 오늘날 ADR제도가 세계적으로 급속히 확장되고 있는 현상을 감안하면, 우리나라도 중재제도의 활성화를 촉진시키기 위해서는 이에 관한 프랑스 법상의 제도를 고려하여 보는 것도 바람직하지 않을까 생각한다.

44) 김홍규, 중재법원(중재판정부)의 자기의 관할권을 판정하는 권한, 중재논총 (1999~2000), 대한상사중재원, 389면.

45) 김홍규, 전개논문, 395면.

46) 石川 明, 三上威彦 編著, 比較裁判外紛爭解決制度, 6面.

ABSTRACT

The Doctrine of Separability and Kompetenz-Kompetenz under International Commercial Arbitration.

Young Gil Park

When there is a dispute in international commercial contracts, the arbitration system, which is an ADR system, is often utilized. The Arbitration system can only be put to use when there is an arbitration agreement between the parties concerned, but even in this case, the one party of the contract tries to avoid the braking of the arbitration. In this case, separability doctrine and Kompetenz-Kompetenz doctrine can be used for the smooth operation of the Arbitration system. This paper reviews these two doctrines, taking a close look at UNCITRAL, ICC, America's FAA and case examples, and France's system and its case examples. U.S. has adopted separability doctrine for the Prima paint case but not the Kompetenz-Kompetenz doctrine. English has adopted separability doctrine for the Heyman case but not the Kompetenz-Kompetenz doctrine. However in France, both doctrines are adopted. France, which accords international arbitration the most highly favorable status of the three nations, has developed the legal framework that best promotes the public policy goal of encouraging the use of arbitration agreements in international commerce.

In Korea, the above doctrines are prescribed in Article 17 of the arbitration law, as prescribed by the UNCITRAL Model law. However it takes the form of German laws. The adoption of the French system would have been wiser considering the promotion of the arbitration

system.

Key-words : separability doctrine, sepability, competence de la competence, Kompetenz-Kompetenz doctrine, Kompetenz-Kompetenz, international commercial arbitration,

참 고 문 헌

김홍규, 중재법원(중재판정부)의 자기의 관할권을 판정하는 권한, 중재논총 (1999~2000), 대한상사중재원.

고범준, 국제상사중재법 해의, 대한상사중재원, 1985.

목영준, 상사중재법론, 박영사, 2000.

小島武司, 仲裁法, 青林書院

高田 昇治, 仲裁契約法の研究, 信山社.

高桑昭, 國際商取引法委員會の國際商事仲裁に關する模範法, JCA ジャーナル, 86. 6.

坂本恵三 譯, 「仲裁裁判所の管轄」 P.シュロッサー 著, 小島 武 司 編譯, 國際仲裁の法理, 中央大學出版部.

石川 明, 三上威彦 編著, 比較裁判外紛争解決制度.

Julian D M Lew, 「Determination of arbitrator's jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction」, Contemporary Problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers.

Janet A. Rosen, Arbitration under International Law : The Doctrines of Separability and Competence De La Competence, 17 Fordham Int'l L. J. 599 (1994).

Keren Tweeddale & Andrew Tweeddale, A Practical Approach to Arbitration Law, Blackstone Press Limited,

Paul Smith, [1991] 2 Lloyd's Rep.

Harbour I, [1992] 1 Lloyd's Rep.