

## 국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 연구\*

A Study on the Determination of Applicable Law to the  
Arbitration Agreement in International Arbitration

이 강 빈\*\* Kang-Bin Lee

〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. 중재합의의 준거법 결정에 있어서 당사자자치원칙
- III. 중재합의 유효성 판단의 준거법
- IV. 중재합의 대상으로서 중재가능성 판단의 준거법
- V. 중재합의 체결능력 판단의 준거법
- VI. 중재합의 방식 판단의 준거법
- VII. 결 론

주제어 : 국제중재, 중재합의, 준거법, 중재가능성, 뉴욕협약

\* 이 논문은 2005년도 상지대학교 교내연구비 지원에 의한 것임.

\*\* 상지대학교 국제통상학과 교수

## I. 서론

중재합의(arbitration agreement)라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말한다.<sup>1)</sup> 한편 중재합의는 독립된 합의 또는 계약중 중재조항의 형식으로 할 수 있으며, 서면으로 하여야 한다.<sup>2)</sup>

중재합의는 중재계약이라고도 하며, 중재합의의 방법에는 사전 중재합의인 중재조항과 사후 중재합의인 중재부탁계약의 2가지가 있다. 즉 중재조항은 계약과 관련하여 장래 발생하는 분쟁을 중재로 해결한다는 취지의 조항을 미리 계약서에 삽입시키는 것을 의미하며, 중재부탁계약은 이미 발생한 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 당사자간에 합의하고 주된 계약과 별도로 독립된 문서의 형식으로 하는 것을 의미한다.

국제중재에 있어서 중재합의의 준거법(governing law, applicable law)이 실무상 문제가 되는 것은 중재절차 개시 후 당사자의 일방이 중재인에 대하여 당해분쟁이 중재합의의 부탁대상이 아니라고 주장하는 때에 중재인이 중재합의의 준거법을 결정할 필요가 생기게 된다. 또한 당사자 일방이 분쟁의 해결을 법원에 구하는 경우에 이러한 분쟁이 중재합의의 부탁범위에 포함되는지 여부를 결정하는 때에 중재합의의 준거법이 문제가 된다.

한편 국제중재에 있어서 중재합의의 성립 및 효력이 문제가 된 경우, 이러한 문제를 해결하기 위하여 중재합의의 준거법을 결정할 필요가 있게 된다.

중재인이 중재지국의 국제사법에 따라서 중재합의의 준거법을 결정하는 것을 생각할 수 있지만, 중재지국의 국제사법을 당연히 적용하는

1) 한국중재법 제3조 제2호.

2) 한국중재법 제8조 제1항, 제2항.

법적근거는 반드시 명백한 것은 아니다. 이 문제에 관하여 뉴욕협약(New York Convention)은 중재판정의 승인과 집행의 거부사유로서 중재합의 당사자가 지정한 준거법 또는 그 지정이 없는 경우에는 중재판정이 내려진 국가의 법에 의하여 유효하지 않은 경우를 들고 있다.<sup>3)</sup> 그러므로 뉴욕협약에 의한 중재판정의 국제적 효력을 확보하기 위하여 그의 결정방법에 따라 중재합의의 준거법을 결정할 필요가 있다고 할 것이다.

중재합의에 있어서 당사자들 간에 준거법 지정이 없는 경우에 준거법 결정의 근거에 관하여는 법정지의 국제사법의 규정을 적용하는 설, 조리설, 중재합의의 존재가 방소항변으로서 법원에 제출된 경우에는 뉴욕협약 제2조를 적용하여야 한다는 설, 주된 계약의 준거법과 동일하다는 설 등으로 나뉘어 지고 있다.<sup>4)</sup>

따라서 본고에서는 국제중재의 당사자들 간에 중재합의에 있어서 준거법에 관하여 명시적·묵시적 지정이 없는 경우에 중재합의의 유효성 판단, 중재 가능성 판단, 중재합의 체결능력 판단, 중재합의 방식 판단 등을 하기 위한 준거법의 결정에 관한 문제를 각국의 중재법 및 국제사법, UNCITRAL 모델중재법, 뉴욕협약, 법원판례 및 중재판정사례 등을 중심으로 고찰하고자 한다.

## II. 중재합의의 준거법 결정에 있어서 당사자자치원칙

### 1. 준거법 선택에 있어서 당사자자치원칙

당사자자치원칙이란 준거법 선택에 있어서 당사자의 의사를 국제사

3) 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 뉴욕협약 제5조 제1항 a호.

4) 中村達也, 國際商事仲裁入門, 中央經濟社, 2001, pp.29-30.

법상의 연결점으로 인정하는 것을 말한다. 따라서 국제중재에 있어서 준거법 선택으로서 당사자자치라 함은 저촉법적 지정 즉 준거법 지정의 자유를 말한다. 국제중재에 있어서 당사자자치원칙이 도입된 이유는 국제거래계약에 있어서 국제무역의 성격과 기술의 변화 특히 19세기 중엽 우편·전신서비스의 도입으로 계약의 체결 및 이행에 따른 장소적·시간적인 통일성이 파괴되고 계약체결지법주의의 중요성에 대한 인식이 바뀌어 당사자의 의사에 집중하는 경향이 높았기 때문이다.<sup>5)</sup>

우리나라 중재법은 “중재라 함은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말한다.”<sup>6)</sup> 그리고 “중재합의라 함은 계약상의 분쟁인자의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말한다.”<sup>7)</sup> 라고 규정하여 중재가 당사자간의 합의로 성립됨을 명시하고 있다.

또한 우리나라 국제사법에서는 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다. 다만, 묵시적인 선택은 계약내용 그밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다.”<sup>8)</sup> 라고 규정하여 계약의 준거법 결정에 있어서 당사자자치의 원칙을 천명하고 있다.

준거법 결정에 당사자자치원칙이 적용되기 위해서는 당사자간에 명시적·묵시적인 지정이 필요하다. 여기서 명시적 지정이 있는 경우에는 문제가 없으나, 묵시적 합의가 적용되기 위해서는 당해 계약의 기초가 되는 사실과 법적용에 관련된 당사자간의 합의를 추정하게 하는 모든 요소들이 고려되어야 하며, 이때 이러한 제요소들이 선의적이고 하자없는 유효한 것이어야 하며, 또한 당사자가 선택한 준거법이 공공

5) 박상조·주기중,·윤종진, 국제상사중재법론, 한울출판사, 1997, p.360.

6) 한국중재법 제3조 1호.

7) 한국중재법 제3조 2호.

8) 한국국제사법 제25조 제1항.

질서에 반하지 않아야 한다.<sup>9)</sup>

## 2. 중재합의의 준거법 결정과 당사자의 의사

중재합의의 준거법에 관하여 명시적 합의가 있는 것은 드물기 때문에 해석상의 문제를 남긴다. 중재합의의 준거법에 관하여 당사자의 의사가 명시적이지 않을 경우 묵시의사가 탐구되며, 이 경우에 중재지를 중시하는 견해와 주계약 준거법을 중시하는 견해가 대립되고 있다.<sup>10)</sup> 우선, 주계약의 준거법에 관하여 명시적 합의가 있는 경우에는 당사자의 의사는 중재합의의 준거법 결정에도 미친다고 보아, 주계약의 준거법이 중재합의의 준거법이 된다는 견해가 적지 않다. 이러한 견해에 의하면 제1단계의 당사자자치는 당사자에 의한 명시합의·묵시합의의 모두를 포함하며, 주계약의 준거법 합의가 있을 경우 이로부터 중재합의의 준거법에 관한 묵시적 합의유무를 파악해야 하는 것이다.

한편, 주계약과 중재합의는 목적이 다르며, 중재합의는 중재지에 밀접한 관계가 있고, 통상적으로 중재지를 중재합의에 명기하므로, 이러한 관점에서 주계약의 준거법에 관계없이 연결점으로서 중재합의의 준거법을 결정하는 것을 생각할 수도 있다. 이러한 견해에 의하면, 제1단계의 당사자자치는 중재합의의 준거법에 관한 명시적 합의가 있음을 의미하므로, 이것이 없는 경우에는 다음단계로 중재지법을 적용해야 할 것이다.

후자의 견해는 준거법 결정의 명확성이라는 관점에서 매력이 있지만, 유연성이 부족한 경향이 있다. 중재지가 일단 결정되었다 하여 이것을 당사자가 합의한 주계약의 준거법에 우선하는 것이 타당한지 여

9) Clive M. Schmitthoff, *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, 9th ed., Stevens & Sons, 1990, p.212.

10) 中野俊一朗, “仲裁契約の準據法と仲裁法”, JCA ジャーナル, 日本商事仲裁協會, 2004. 11, p.69.

부는 의문시 된다.

생각컨대, 중재합의의 준거법에 관한 당사자의 합의는 묵시적 합의를 포함하므로 주계약의 준거법에 관한 명시적 합의가 있는 경우, 그로부터 중재합의의 준거법에 관한 묵시적 합의를 도출하여 주계약의 준거법을 중재합의의 준거법으로 보는 것이 타당할 것이다.

국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 문제에 대한 일본 최고법원의 판례<sup>11)</sup>를 살펴 보면 다음과 같다.

이 사건은 미국의 곡예회사인 A사의 대표 Y는 일본의 발기인 X와 A사가 일본에서 곡예공연을 할 것을 계약하였다. 미국의 곡예회사는 2년간 곡예를 공연하였으나 관람자는 그다지 많아지지 않고 성공이라 볼 수 없었다. 따라서 일본의 발기인 X가 미국의 곡예회사 A사가 아닌 그 대표자인 Y 개인을 피고로 하여 일본 법원에 공연내용이 계약 당시의 약속과 같지 않은 정도로 낮은 것이며, 공연장에서 선물의 판매이익의 분배 등이 계약과 어긋난다는 등을 지적하면서 미국의 곡예회사의 대표자인 Y의 행위는 일본의 발기인 X를 기만하여 계약을 체결하고 X에게 손해를 가져다준 사기행위에 해당된다고 주장하고 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

그런데 이 곡예공연계약에는 중재조항이 있는바 동 조항에서 공연계약에 관한 모든 분쟁은 중재로 해결하고 그 중재를 일본의 발기인 X가 신청할 때는 뉴욕에서, 미국의 곡예회사인 A사의 대표 Y가 신청할 때는 도쿄에서 진행하도록 규정되었다 하여 Y는 일본법원에서 본 사안의 소를 기각해야 하고 본 사안은 뉴욕에서 중재로 해결해야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 X는 중재합의는 A사와 X간에 체결한 것으로 그 효력은 X와 Y간의 사건에 미치지 않는다고 주장하였다.

이 문제는 기본적으로 중재합의의 해석에 기인된다. 여기서 중재합

11) Ring Ring Circus 사건판결, 1997년 9월 4일, 민집 제51권 8호, 3657페이지; 渡邊惺之, “日本における 仲裁法の 現状と 課題”, 중재연구, 제13권 제2호, 한국중재학회, 2003, pp.22-24.

의의 준거법이 문제의 관건이지만 본 사안 관련 중재합의는 준거법에 관하여 명시한 합의가 없었다.

일본 최고법원은 이에 관하여 다음과 같은 판결을 내렸다. 즉 중재가 당사자의 합의를 기본으로 하고, 국제중재합의의 성립 및 효력을 판단하는 준거법은 계약에 관한 국제사법의 규정에 따라 결정되고, 준거법에 관하여 당사자의 합의가 없을 경우, 중재장소 관련 합의나 그 내용, 중재조항이 포함된 계약의 내용 등 기타사건을 고려하여 합의가 인정될 때는 그에 따른다. 더욱이 이 사건은 중재장소에 관한 당사자 합의가 없었기 때문에 X가 신청한 중재는 뉴욕시에서 진행되어야 하므로 뉴욕시에 적용하는 법률을 중재 준거법으로 하는데 인정받은 합의가 있다는 것이었다.

또한 일본 최고법원은 중재의 항변에 의하여 기각을 해야 할 소의 범위는 중재합의에 따라 중재로 결정되는 범위와 일치되게 해석하여야 하고, 뉴욕시에서 적용되는 미국 연방중재법에 관한 미국법원의 판례에 의하면 X가 Y를 상대로 한 본 사안 관련 소의 내용은 중재합의의 효력범위에 속한다고 해석된다. 따라서 X의 소는 중재에 의하여야 하고 기각되어야 한다고 하였다.

이 판례는 중재합의의 준거법 결정시 중재장소를 중요시 하고 있다는 입장을 표명하고 있다. 이는 UNCITRAL 모델 중재법, 일본 신중재법, 한국 중재법이 공통으로 인정하는 관점으로서 중재실행에 있어서 중재장소의 중요성을 인식하고 있는 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 중재합의 유효성 판단의 준거법

#### 1. 중재합의의 유효성

중재합의의 유효성은 매우 중요하며, 일반적으로 이에 적용되는 법

적 원칙은 일반 상사계약의 유효성을 결정하는데 이용되는 것들이다. 일반적으로 중재합의는 중재조항에 규정되며, 그 자체 보통 상사계약의 일부인 것이다. 따라서 중재조항은 정상적으로 계약의 잔여조항과 동일한 법률에 의하여 심사되는 것이다. 그러나 계약의 잔여조항이 어떠한 법률에 의하여 적용되는 반면 중재조항은 다른 법률에 의하여 적용되는 것이 거의 보통은 아닐지라도 불가능한 것은 아니다.<sup>12)</sup>

중재합의의 유효성의 문제가 중재절차 진행중에 어느 한 단계 또는 다른 단계에서 당사자 일방에 의하여 제기되는 것은 매우 보통있는 일이다.

중재절차의 개시시에 일방당사자가 중재합의가 무효라고 주장하면서 중재부탁합의에 이의를 제기할 수 있다. 전형적으로 중재절차의 도입에 불리한 당사자가 이의를 제기하는 자가 되며, 그것은 중재판정부 자체 또는 관할법원에 제기될 수 있다.<sup>13)</sup>

중재판정부가 중재조항을 포함하고 있는 계약이 적용법률에 의하여 무효라고 결정하는 경우, 그 결정은 중재조항 자체가 무효라는 것을 의미하지 않는다. 중재조항의 분리 독립성으로 알려진 이 원칙은 여러 국가의 중재에 관한 법률에서 널리 인정되고 있다. 우리나라 중재법에 “중재판정부는 자신의 권한 및 이와 관련된 중재합의의 존부 또는 유효성에 대한 이의에 대하여 결정할 수 있다. 이 경우 중재합의가 중재조항의 형식으로 되어 있는 때에는 계약중 다른 조항의 효력은 중재조항의 효력에 영향을 미치지 아니한다.”<sup>14)</sup> 라고 규정하여 중재합의에 따른 중재조항이 주된 계약과 분리 독립 취급된다는 것을 명시하고 있다. 또한 UNCITRAL 모델중재법 제16조 제1항은 “중재판정부에 의한 계약무효의 결정은 법률상 당연히 중재조항의 무효를 필연적으로 수반하는 것은 아니다.”라고 규정하고 하여 중재조항의 분리 독립성원칙을

12) UNCTAD/WTO International Trade Centre, *Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, 2001, p.92.

13) UNCTAD/WTO International Trade Centre, *op.cit.*, p.93.

14) 한국중재법 제17조 제1항.



천명 하고 있다.

중재절차의 종료시에 중재합의에 관한 문제는 정상적으로 ① 판정에 이의를 제기하고 그것을 취소하기 위하여 패소당사자가 제기하는 법원에의 소송, ② 판정의 승인과 집행에 관한 소송의 관계에서 제기될 수 있다.

전형적으로 중재에서 승소한 당사자가 자연적으로 중재합의의 유효성을 지지하려고 시도하는 반면에, 패소당사자는 그것을 거부하려고 시도할 것이다.

일반적인 상황으로서 중재합의에 관하여 당사자들에 의해 법률의 선택이 행해지지 않은 경우, 중재합의 유효성은 그의 적절한 법률, 중재지의 법률, 또는 집행지의 법률에 의하여 결정되어야 할 것이다.<sup>15)</sup>

중재합의가 그의 적절한 법률에 의하여 유효한 것으로 중재판정부가 결정하는 경우에도, 유효성의 문제는 법원에 의해 심사될 수 있다. 이것은 판정의 집행지에서 널리 행해지는 법률에 의하여 집행단계에서 있게 될 것이다. 더욱이, 법원이 판정을 취소하기 위한 신청을 접수하게 되는 경우, 중재지의 법원이 될 이러한 법원은 중재지에서 널리 행해지는 법률에 의하여 중재합의의 유효성을 심사하게 될 것이다.

## 2. 중재합의 유효성 판단의 준거법

우리나라 중재법은 중재판정 취소사유의 하나로서 제36조 제2항 제1호 가목에서 “중재합의의 당사자가 준거법에 의하여 중재합의 당시 무능력자 이었던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 의하여 무효이거나, 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국 법률에 의한다.”라고 규정하여 중재합의의 유효성에 대한 준거법으로서 당사자가 지정한 법이나 합의가 없는 경우 대한민국의 법이 적용된다.

15) UNCTAD/WTO International Trade Centre, *op.cit.*, p.94.

또한 UNCITRAL 모델중재법도 중재판정 취소사유의 하나로서 제34조 제1항 a호 i목에서 “제7조에서 규정된 중재합의의 당사자가 무능력자인 사실 또는 그 중재합의가 당사자들이 준거법으로서 지정한 법률에 의하여 무효이거나 이러한 지정이 없는 경우에는 중재판정이 내려진 국가의 법률에 의하여 무효인 사실”이라고 규정하여 중재합의 유효성의 준거법으로서 당사자가 지정한 법이나 지정이 없는 경우 중재판정이 내려진 국가의 법이 된다.

국제중재에 있어서 유효한 중재합의와 중재관할권에 관한 대한상사중재원의 판정사례<sup>16)</sup>를 살펴보면 다음과 같다.

이 사건에서 신청인은 중재신청의 근거로서 신청인과 피신청인이 2001. 1. 11 체결한 비밀유지 및 우회금지계약 제7항에 따라 “본 계약에 관하여 상호 분쟁이 생길 경우에는 대한민국의 서울에서 중재를 신청할 수 있다.”라고 지적하고, 이 사건에 대한 대한상사중재원의 관할권을 주장하였다. 그러나 피신청인은 동 문제의 계약 제7항의 첫째 문장에서 규정된 ‘국제중재법정’(International Arbitration Tribunal)이 존재하지 않으며, 신청인과 피신청인이 대한상사중재원의 관할권에 동의한 사실이 없으므로 이 사건에 대한 대한상사중재원의 관할권을 부인하였다.

신청인과 피신청인이 2001. 1. 11 체결한 문제의 계약 제7항의 첫째 문장에 따르면 문제의 계약에 관련된 분쟁이 “국제중재법정의 당시 유효한 규칙 및 절차에 따른 구속력 있는 중재”를 통하여 해결하도록 규정되어 있다. 또한 동 항의 둘째 문장에 따르면 중재의 장소가 서울 또는 미국 샌디아고가 될 것이라고 규정되어 있다.

한편 대한상사중재원의 중재규칙 제9조에 따르면, 대한상사중재원이 이 사건에서 관할권을 가지기 위하여는 분쟁당사자들이 ‘대한상사중재원의 중재’에 대하여 합의하거나 ‘대한상사중재원 중재규칙에 의한 중재’에 대하여 합의 할 것이 요구되는 바, 문제의 계약 제7항의 문구만

16) 대한상사중재원 2002. 4. 25 판정, 사건번호 제01113-0022호; 중재판정사례집 제1권, 2001, pp.402-405.

을 가지고는 그러한 명시적인 합의가 있었다고는 볼 수 없을 것이다. 또한 문제의 계약 제7항에 규정된 ‘국제중재법정’(International Arbitration Tribunal)이 대한상사중재원을 의미하는 것으로 당사자간에 합의되었다고 볼 수 있는 점에 대하여도 이를 입증할 만한 증거가 없다. 특히 피신청인은 대한상사중재원의 관할권에 대하여 줄곧 명백하게 반대의 의사표시를 하고 있다. 이러한 점들을 고려할 때, 대한상사중재원의 중재에 대한 신청인과 피신청인의 합의가 존재하는 것으로 볼 수 없는 이 사건은 본 중재판정부가 본안에 대하여 판단할 수 없다고 보아야 할 것이다.

따라서 피신청인의 본안전 항변은 이유가 있다고 할 것이므로 신청인의 이 사건 청구를 각하하는 것이 타당하다고 판정하였다.

중재합의의 부존재, 무효, 효력상실 또는 이행불능을 포함한 중재합의의 유효성을 판단하는 기준이 되는 준거법의 결정문제에 관하여는 다음 2가지 경우로 나누어 검토할 수 있다.<sup>17)</sup>

### (1) 중재합의가 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 경우

중재합의가 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 경우에 준거법에 관하여 견해가 나누어진다.<sup>18)</sup>

첫째, 중재합의의 유효성이 문제되고 있는 법정지국의 국제사법에 의하여 실질법을 결정하여야 한다는 견해가 있다. 예를 들면, 만약 우리나라에서 중재합의의 성립 및 유효성이 문제될 경우 우리나라 국제사법에 따라 ① 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법, ② 제1항에 의한 준거법에 따라 당사자의 행위의 효력을 판단하는 것이 모든 사정에 비추어 명백히 부당한 경우에는 그의 상거소지법을 원용할 수 있다.<sup>19)</sup>

17) 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2000, p.60.

18) 목영준, 전게서, 2000, p.60.

19) 한국국제사법 제29조 : “① 계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하였을 경우 이 법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단한다. ② 제1항의 규

둘째, 중재인이 중재지의 국제사법을 경유하여 실질법을 정할 것이 아니고, 중재인 스스로가 적절하다고 판단하는 국제사법을 적용하여 실질법을 결정하여야 한다는 견해가 있다.

## (2) 중재합의가 뉴욕협약의 적용을 받는 경우

뉴욕협약은 중재판정의 승인 또는 집행거부 사유인 제5조 제1항 a호에서 “제2조의 중재합의의 당사자가 그 준거법 아래에서 무능력자이거나, 중재합의가 당사자들이 지정한 법, 만일 그 지정이 없다면 중재판정이 내려진 국가의 법 아래에서 무효인 경우”를 규정함으로써 승인 또는 집행단계에서 중재합의의 유효성을 판단하는 기준이 되는 실질법을 명시하고 있으므로 행위능력 이외의 점에 관한 실질법은 1차적으로 당사자들이 지정한 법, 2차적으로 중재판정지의 법이 된다.

한편 중재합의의 승인에 관한 뉴욕협약 제2조 제3항은 “당사자들이 본조에서 의미하는 합의를 한 사항에 관한 소송이 제기되었을 때에는 계약국의 법원은 전기합의를 무효, 효력상실 또는 이행불능이라고 인정하는 경우를 제외하고, 일방 당사자의 청구에 따라서 중재에 부탁할 것을 당사자에게 명하여야 한다.”라고 규정함으로써 중재합의의 승인 단계에서 무효, 효력상실 또는 이행불능 여부를 판단하는 기준이 되는 실질법에 관하여 명시적으로 지정하고 있지 않다. 따라서 중재합의의 무효, 효력상실, 이행불능 사유를 판단할 기준이 될 실질법의 결정에 관하여는 다음과 같이 견해가 나누어진다.<sup>20)</sup>

첫째, 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 비추어 중재합의의 승인시 적용될 실질법도 1차적으로는 당사자가 지정한 법, 2차적으로는 중재판정이 내려질 국가의 법이 되어야 한다는 견해이다.<sup>21)</sup>

---

정에 의한 준거법에 따라 당사자의 행위의 효력을 판단하는 것이 모든 사정에 비추어 명백히 부당한 경우에는 그 당사자는 계약에 동의하지 아니하였음을 주장하기 위하여 그의 상거소지법을 원용할 수 있다.”

20) 목영준, 전제서, p.61.

21) Redfern Alan & Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial*

둘째, 뉴욕협약 제2조 제3항은 중재합의의 승인시 무효, 효력상실, 이행불능 여부를 판단할 실질법에 관한 명시적인 준거법 지정이 없으므로 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 중재합의와 마찬가지로 법정지국의 국제사법에 따라 실질법이 정해져야 한다는 견해이다.<sup>22)</sup>

생각컨대, 중재합의가 뉴욕협약의 적용을 받는 경우에는 중재합의와 중재판정의 집행이 함께 가능하여야 하므로 위 첫째의 견해에 따르는 것이 타당하다. 다만 중재합의에서 당사자가 실질법을 지정하지 않고, 중재판정 예정지까지 나타나 있지 않는 경우에는 보충적으로 법정지국의 국제사법에 따라 실질법을 정할 수 밖에 없을 것이다.

#### IV. 중재합의 대상으로서 중재가능성 판단의 준거법

##### 1. 중재합의의 대상으로서 중재가능성

중재합의는 당사자간에 사법상의 분쟁으로서 현재 또는 장래에 발생할 분쟁 모두를 대상으로 한다. 우리나라 중재법 제1조는 “이 법은 중재에 의하여 사법상의 분쟁을 적정·공평·신속하게 해결함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있으므로 중재의 적격은 사법상의 분쟁이어야 한다. 또한 제3조 제1호에서 “중재라 함은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 판정에 의하여 해결하는 절차를 말한다.”라고 규정하여 사법상의 분쟁에 한하여 중재의 가능성(적격)을 인정하고 있다. 그리고 제3조 제2호에는 “계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁”을 중재합의의 대상으로 하고 있다.

*Arbitration*, London Sweet & Maxwell, 1991, pp.149-150; 목영준, 전게서, p.62.

22) Fuller Company v. Compagnie des Bauxities de Guinee, 421 F. Supp. 938(W.D. Pen 1976); 목영준, 전게서, p.62.

위와 같이 중재합의의 대상은 사법상의 분쟁이므로 민사에 관한 것이든 상사에 의한 것이든 불문하지만 공법상의 법률관계, 예컨대 형사소송법이나 행정소송법상의 권리, 재산에 관하지 않은 친족법상의 법률관계, 기타 강제집행법상의 권리 등은 중재합의 대상이 될 수 없으므로 중재가능성이 없다.<sup>23)</sup>

한편 UNCITRAL 모델중재법 제7조 제1항은 “계약에 의하거나 또는 계약에 의하지 아니한 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생 할 수 있는 분쟁”을 중재합의의 대상으로 규정하고 있으며, 또한 뉴욕협약 제2조 제1항은 “계약적 성질의 것이거나 아니거나를 불문하고 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 관한 일정한 법률관계에 관련하여 당사자간에 발생하였거나 또는 발생할 수 있는 분쟁”을 중재합의의 대상으로 규정하고 있다.

## 2. 중재가능성 판단의 준거법

우리나라 중재법은 중재적격 또는 중재가능성에 관하여 규정을 두고 있지 않으며, 중재판정의 취소사유의 하나로서 제36조 제2항 2호 가목에서 “중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 때”를 규정하고 있을 뿐이므로 중재판정의 취소사유의 하나인 중재가능성의 결여에 대한 판단은 한국법에 따라야 할 사항이다. 한편 UNCITRAL 모델 중재법도 중재판정 취소사유의 하나로서 제34조 제2항 b호 i목에서 “분쟁의 본안이 해당국의 법령상 중재로 해결할 수 없다는 사실”을 규정하고 있으므로 중재가능성의 결여에 대한 판단은 중재판정이 내려진 국가의 법에 따라야 할 사항이다. 또한 뉴욕협약은 중재판정의 승인과 집행의 거부사유의 하나로서 제5조 제2항 a호에서 “분쟁의 대상인 사항이 그 국가의 법률하에서는 중재에 의한 해결을 할 수 없는 경우”를 규정하고 있으므로 여기서 중재가능성의 결

23) 목영준, 전거서, p.55.

여에 대한 판단은 뉴욕협약의 승인국가의 법에 따라야 할 사항이다.<sup>24)</sup> 국제중재에 있어서 중재에 의한 분쟁의 해결을 제한하는 목적이 각 국가마다 상이하므로, 어느 국가에서는 중재가 가능한 법률관계일지라도 다른 국가에서는 중재가 불가능한 경우가 있게 된다. 따라서 중재가능성을 판단할 때 어느 국가의 법률에 따라야 하는지가 중요한 문제가 된다.

이 점에 관하여 뉴욕협약 제2조 제1항은 “각 계약국은 계약적 성질의 것이거나 아니거나를 불문하고 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 관한 한 일정한 법률관계에 관련하여 당사자간에 발생하였거나 또는 발생할 수 있는 전부 또는 일부의 분쟁을 중재에 부탁하기로 약정한 당사자간의 서면에 의한 합의를 승인하여야 한다.”라고 규정함으로써 중재합의를 승인이나 집행하는데 있어서 어느 국가의 법률에 따라 중재가능성을 판단하여야 하는지에 관하여 명시적인 지정이 없다. 그러므로 중재합의의 승인 또는 집행시 중재가능성의 판단기준이 될 실질법의 결정에 관하여 다음과 같이 견해가 나뉘어 지고 있다.<sup>25)</sup>

### (1) 준거법설

중재가능성은 중재합의의 효력문제이므로 그 판단기준은 중재합의에 대한 실질법에 따라야 한다. 그러므로 우선적으로 중재합의의 해석에 관하여 당사자가 지정한 법률이 있을 때는 그에 따르고, 만일 그 지정이 없을 때에는 법정지국의 국제사법에 의하여 중재합의를 규율하도록 정해진 법률에 따라야 한다는 견해이다.

### (2) 법정지설

중재합의의 승인 또는 집행시 중재가능성의 판단기준은 법정지법 즉

24) 석광현, 국제사법과 국제소송 제2권, 박영사, 2002, p.477.

25) 목영준, 전계서, p.51.

그 중재합의의 이행이 청구된 국가의 실질법에 따라야 한다는 견해이다.

### (3) 중첩적용설

중재가능성은 법정지법에 의하여는 물론 중재합의의 실질법에 의하여 중첩적으로 판단받아야 한다는 견해이다.

생각컨대, 중재에 의한 분쟁의 해결 가능성을 제한하는 이유는 그 중재가 실현되는 국가의 목적이나 정책이 방해받지 않도록 하기 위한 것이므로, 중재가능성을 판단하는 기준은 두 번째 설과 같이 그 중재합의가 실현되는 국가 즉 법정지국의 법률이 되어야 함이 타당하다.

만약 분쟁의 대상이 중재로 해결될 수 없는 것인 경우, 중재합의는 효력을 유지하지 못한다. 한편 중재가능성을 결정하는 규칙은 국가에 따라 그리고 법적 제도에 따라 다를 수 있다. 따라서 중재인들은 중재가능성에 관련한 문제를 결정하는 때에 이러한 차이들을 고려하여야 한다.

UNCITRAL 모델중재법 제34조 제2항 b호에 의하면 중재판정이 내려진 국가의 법률이 중재가능성 결여의 판단에 적용되며, 그리고 뉴욕협약 제5조 제2항 a호에 의하면 중재판정의 승인 및 집행이 요구된 국가의 법률이 중재가능성 결여의 판단에 적용된다.

한편 우리나라 중재법은 대한민국의 법에 따라 중재합의의 대상이 아닌 사실 즉 중재가능성의 결여를 중재판정의 취소사유<sup>26)</sup> 또는 승인과 집행거부사유<sup>27)</sup>로 규정하고 있는데, 여기서 우리나라 법률의 적용을 보다 정확하게 말한다면 중재판정의 취소에 관하여는 중재지법, 승인과 집행에 관하여는 집행국으로서의 우리나라 법률의 적용을 의미한다. 이것은 중재가능성의 판단이 중재지 및 집행지의 공서양속에 관계되는 것이기 때문에 정당화될 수 있지만, 중재합의 및 외국중재판정의

26) 한국중재법 제36조 제2항 다호.

27) 한국중재법 제38조: “대한민국내에서 내려진 중재판정은 제36조 제2항의 사유가 없는 한 승인 또는 집행되어야 한다.”



효력을 가급적 존중한다는 관점에서 보면 여기서의 우리나라 법률의 개입을 일종의 공서 판단으로 받아들여 온화하게 운용을 하는 것이 바람직 할 것이다.

## V. 중재합의 체결능력 판단의 준거법

### 1. 중재합의 당사자의 능력

어느 당사자가 계약을 체결할 능력을 가지고 있지 않다면 그 계약은 효력이 없다. 여기서 당사자의 능력을 결정하는 규칙은 통일되어 있지 않으며 국가에 따라 그리고 법적제도에 따라 달라질 수 있다. 따라서 중재인들은 능력에 관한 문제를 결정하는 때에 이러한 차이들을 고려하여야 한다.

자연인의 경우 능력은 주로 어떤 사람이 매여질 수 있는 나이에 관련되며 이것은 본질적으로 그의 국적 및 그가 국민인 국가의 법률에 의존한다. 한편 회사의 경우 능력은 그것이 조직되어 있는 국가에서 적용할 법률에 의하여 결정된다.<sup>28)</sup>

개괄적으로 언급하면, 어느 당사자가 중재조항을 체결할 수 있는지 어떤지를 결정하는 규칙은 어느 당사자가 어떠한 형식의 계약을 체결할 능력을 가지고 있는지 어떤지를 결정하는 것들과 동일하다.

만약 어느 당사자가 중재합의를 체결할 능력이 결여되어 있다면, 중재판정의 승인과 집행은 그것을 원용하는 당사자의 신청 시에 거부될 수 있는데, 이 원칙은 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 규정되어 있다.

중재합의를 체결할 어느 당사자의 능력의 문제는 흔히 분쟁이 중재에 의하여 해결될 것이라고 규정하는 계약에 서명한 국가 또는 국가가

28) UNTACD/WTO International Trade Centre, *op. cit.*, p.96.

관에 관련하여 제기된다. 많은 국가들에서 국가 또는 그의 대리인들이 중재합의를 체결하는 것에 관하여 제한이 없는 반면에, 국가 또는 그의 대리인들이 국내문제에서 중재합의를 체결하는 것이 금지 되거나 또는 그들이 특별한 권한을 가져야만 그렇게 할 수 있는 국가들이 약간 있다. 한편 중재판정은 중재합의에 서명한 국가가 그것을 행할 권한을 가지지 않았다고 주장하는 것이 금지된다는 원칙을 지지하는 경향이 있다.

공법상의 법인들은 국제계약에서 유효한 중재합의를 체결할 권리를 가지고 있다는 원칙이 1961년 4월 21일 제네바에서 서명된 “국제상사 중재에 관한 유럽협약”(The European Convention on International Commercial Arbitration)에 규정된 이후 대부분 유럽국가에서 이 원칙에 관하여 더 이상 다루어지고 있지 않다.<sup>29)</sup>

## 2. 중재합의 체결능력 판단의 준거법

뉴욕협약은 중재판정의 승인 또는 집행의 거부사유로서 제5조 제1항 a호에서 “제2조에 규정된 합의의 당사자가 그들에게 적용될 법률에 의하여 무능력자이었던가...”를 규정함으로써 중재합의 체결능력을 판단하는 기준은 중재합의 당사자들에게 적용될 준거법에 따른다.

여기서 “준거법”이 무엇을 말하는 가는 법정지국의 국제사법에 의하여 결정될 것이나 대부분 개인에 대하여는 국적지나 주소지, 법인에 대하여는 설립지나 주된 영업소 소재지의 법이 될 것이라는 견해가 있다.<sup>30)</sup>

한편 우리나라 중재법은 중재합의의 당사자의 능력제한을 중재판정의 취소사유<sup>31)</sup> 및 승인과 집행의 거부사유<sup>32)</sup> 로서 규정하고 있지만,

29) Ibid, p.97.

30) 목영준, 전거서, p.87.

31) 한국중재법 제26조 제2항 1호 가목.

그것을 판단하는 준거법을 명기하고 있지 않다.

그러나 우리나라 국제사법은 행위능력에 관하여 “사람의 행위능력은 그의 본국법에 의한다. 행위능력이 혼인에 의하여 확대되는 경우에도 또한 같다.”<sup>32)</sup> 라고 규정함으로써 중재합의 당사자의 행위능력의 판단 기준은 그 당사자의 본국법이 실질법이 될 것이다.

또한 뉴욕협약 제5조 제1항 a호는 중재합의의 당사자에게 적용될 법률에 의하여 당사자가 무능력자라는 것을 승인과 집행의 거부사유로 하고 있고, 그의 구체적 판단은 각국의 국제사법에 맡겨져 있다고 보는 것이 다수의 견해이다.

따라서 종래의 통설·판례가 중재합의 체결능력을 독립단위의 법률관계로 보아 당사자의 본국법(법인의 경우에 그의 종속법)에 의하여 판단하고 있으므로, 중재법의 해석상으로도 동일하게 해석하는 것이 합당하다고 생각한다.<sup>34)</sup>

## VI. 중재합의 방식 판단의 준거법

### 1. 중재합의의 방식

우리나라 중재법은 중재합의의 방식에 관하여 제8조 제2항에서 “중재합의는 서면으로 하여야 한다.”라고 규정하여 중재합의가 서면에 의한 것을 요구하고 있으며, 동조 제3항에서 서면에 의한 중재합의로 인정되는 경우로서 ① 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우 ② 서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우 ③ 일방 당사자가 당사

32) 한국중재법 제38조.

33) 한국국제사법 제13조 제1항.

34) 中野俊一朗, 前掲論文, p.71.

자간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 아니 하는 경우 등을 열거하고 있다.

한편 UNCITRAL 모델중재법은 제7조 제2항에서 중재합의의 방식에 관하여 “중재합의는 서면으로 하여야 한다. 중재합의의 당사자가 서명한 서류에 포함되어 있거나 서신·테렉스·전신 등 기타 중재합의를 기록한 통신 등의 교환에 포함되어 있거나 또는 신청서와 답변서의 교환속에서 중재합의의 존재가 일방 당사자에 의해서 주장되고 상대방 당사자가 이를 부인하지 아니하는 경우에는 그러한 합의는 서면으로 작성한 것으로 한다. 그리고 당사자간의 계약속에서 어떤 중재조항이 포함되어 있는 서류에 대한 언급이 있는 경우에는 이를 중재합의로 의미하고 있는 것으로 해석한다. 다만 그러한 계약이 서면으로 작성되어 있어야 하며, 당해조항이 그러한 계약의 일부를 구성하는 것으로 볼 수 있는 경우에 한한다.”라고 규정하고 있다.

또한 뉴욕협약은 제2조 제3항에서 “서면에 의한 합의라 함은 계약문중의 중재조항 또는 당사자간에 서명되었거나, 교환된 서신이나 전보에 포함되어 있는 중재의 합의를 포함한다.”라고 규정하고 있다.

중재합의 방식중 가장 중요한 것은 반드시 서면으로 작성되어야 하는 것이다. 대다수의 국가가 중재합의의 서면성을 요구하고 있으나 스웨덴 등은 이를 요구하지 않고 있다. 여기서 중재합의의 서면성을 입법으로 요구하는 국가에서는 서면에 의하지 않은 중재합의는 무효로 하는데 반하여, 서면성을 요구하지 않는 국가에서는 이를 입증에 관한 문제로 본다. 예를 들면, 프랑스 민사소송법은 장래의 분쟁에 관한 중재합의 즉 중재조항이 서면성을 결한 경우에 이를 무효로 하면서, 이미 발생한 분쟁에 관한 중재합의 즉 중재부탁계약의 경우에는 서면성을 완화하여 이를 증거의 문제로 본다.<sup>35)</sup>

35) 프랑스 민사소송법 제1443조, 제1449조; 목영준, 전게서, p.38.

## 2. 중재합의 방식 판단의 준거법

외국을 중재지로 한 중재합의가 우리나라법상으로 서면요건을 충족하지만 중재지법 상으로는 충족하지 못하는 경우 또한 그와 반대의 경우, 중재합의 준거법과 중재합의 체결지법중 하나를 선택 적용하는 방법과 단적으로 중재합의 준거법을 적용하는 방법이 있지만, 중재지가 국내인 경우와의 조화를 고려하여 여기에도 외국 중재지법을 적용하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>36)</sup>

중재합의의 방식에 관한 우리나라 중재법 제8조와 관련하여 주목할 것은 중재법의 규정상<sup>37)</sup> 제8조는 중재지가 대한민국 안인 경우에만 적용되고, 중재지가 외국인 경우는 적용되지 않는다. 따라서 중재지가 한국인 경우 한국법이 중재합의의 준거법이 되어야 하며, 이는 중재합의의 준거법에 관계없이 그렇게 될 것이다.

실무상으로 중재지가 외국인 경우 대부분 뉴욕협약이 적용될 것이므로 동 협약 제2조에 따라 중재합의의 방식을 판단하면 될 것이다. 그러나 중재지가 외국임에도 불구하고 상사가 아니라는 이유 등으로 뉴욕협약이 적용 되지 않는 경우 중재합의의 방식의 준거법을 어떻게 결정할 것인가의 문제가 있다. 이에 관하여는 ① 중재법의 규정을 쌍방적 저촉규정으로 이해하여 중재지인 외국의 법이 중재합의의 방식의 준거법이 되어야 한다는 견해와 ② 국제사법의 일반원칙으로 돌아가 국제사법 제17조<sup>38)</sup>에 따라 중재합의의 준거법 또는 중재합의의 체결지

36) 中野俊一朗, 前掲論文, p.71.

37) 한국중재법 제2조 제1항 : “이 법은 제21조의 규정에 의한 중재지가 대한민국안인 경우에 이를 적용한다. 다만 제9조 및 제10조의 규정은 중재지가 아직 정하여지지 아니하였거나 대한민국안이 아닌 경우에도 적용하며, 제37조 및 제39조의 규정은 중재지가 대한민국안이 아닌 경우에도 적용한다.”

38) 한국국제사법 제17조 : “① 법률행위 방식은 그 행위의 준거법에 의한다. ② 행위지법에 의하여 행한 법률행위의 방식은 제1항의 규정에 불구하고 유효하다. ③ 당사자가 계약 체결시 서로 다른 국가에 있는 때에는 그 국가중 어느 한 국가의 법이 정한 법률행위의 방식에 의할 수 있다. ④ 대리인에 의한 법률행위의 경우에는 대리인이 있는 국가를 기준으로 제2항에 규정된 행위지법을 정한다. ⑤ 제2항 내지

의 법이 중재합의의 방식의 준거법이 되어야 한다는 견해가 있을 수 있다.<sup>39)</sup>

여기서 필자의 견해로는 전자와 같이 중재지의 외국법이 중재합의의 방식의 준거법이 되는 것이 타당하다고 생각한다.

서면에 의한 중재합의에 관한 우리나라 대법원 판례를 살펴보면, 영국회사 GK & International Limited와 한국회사 (주)국제상사의 대리인이라 칭하는 이상준(국제상사 런던사무소 책임자) 사이에 작성된 강철 봉 매매계약서 앞면 좌측 상단에는 “뒷면의 조건에 따라 공급하여 주십시오” 라고 부동산자로 인쇄되어 있고, 뒷면의 조건중 제13조에는 “본 계약의 효력, 해석 및 이행은 영국법에 따라 규율되며, 그 효력, 해석 및 이행을 포함하여 본 계약하에서 또는 그와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 본 계약일의 런던 중재법원 규칙에 따라 중재에 의하여 결정된다.” 라고 기재되어 있고, 이상준이 그 조항의 내용을 충분히 이해하고서 위 매매계약서에 서명한 경우, 매매계약서 뒷면에 기재된 중재조항은 위 뉴욕협약 제2조 제2항<sup>40)</sup> 소정의 계약문중의 중재조항으로서 동조 제1항<sup>41)</sup> 소정의 분쟁을 중재에 부탁하기로 하는 취지의 서면에 의한 중재합의에 해당한다. 매매계약서에 본 계약하에서 또는 그와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 본 계약일의 런던중재법원 규칙에 따라 중재에 의하여 결정된다 라는 조항이 포함되어 있는 경우에는 당사자가 중재합의 준거법으로 영국법을 지정하였다고 볼 것이고, 영국법에 의하면 서면에 의한 중재합의는 당사자의 일방이 임의로 철회할 수

제4항의 규정은 물론 그밖에 등기하여야 하는 권리를 설정하거나 처분하는 법률행위의 방식에 관하여는 이를 적용하지 아니한다.”

39) 석광현, 전제서, p.482.

40) 뉴욕협약 제2조 제2항 : “서면에 의한 합의라 함은 계약문중의 중재조항 또는 당사자간에 서명되었거나 교환된 서신이나 전보에 포함되어 있는 중재의 합의를 포함한다.”

41) 뉴욕협약 제2조 제1항 : “계약국은 계약적 성질의 것이거나 아니거나를 불문하고 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 관한 일정한 법률관계에 관련하여 당사자간에 발생하였거나 또는 발생할 수 있는 전부 또는 일부의 분쟁을 중재에 부탁하기로 약정한 당사자간의 서면에 의한 합의를 승인하여야 한다.”

없게 되어 있다고 판시하였다.<sup>42)</sup>

중재합의의 방식에 관하여 약간의 국가들에서는 중재부탁합의는 분쟁이 발생한 이후에 그리고 당사자들이 사전에 중재조항에 서명한 사실에도 불구하고 당사자들 간에 이루어져야 한다는 강제규정을 두고 있다.

이러한 사례는 아직까지 약간의 라틴아메리카 국가들에서 있으며, 계약에 삽입된 중재합의는 특정 분쟁이 발생한 때에 중재합의가 서명될 때까지 작용을 하지 않는다. 만약 어느 당사자가 중재합의에 서명을 거부하거나 또는 중재합의에 포함될 어느 항목에 관하여 합의에 도달되지 않을 경우에, 약간의 라틴아메리카 입법은 일방 당사자가 특정한 실행에 호소하도록 허용하고 그리고 관할법원으로 하여금 서명을 거부하는 당사자를 대신하여 중재합의를 승인하게 한다.<sup>43)</sup>

## VII. 결 론

중재합의에는 당사자자치원칙이 적용되고 따라서 당사자들의 합의로 준거법을 지정할 수 있음을 당연하며, 이러한 원칙을 부인하는 입법례는 없다.

그러나 중재합의에 있어서 당사자들 간에 준거법의 지정이 없는 경우 준거법의 결정에 관하여는 위에서 설명한 바와 같이 여러 가지 견해들이 있다.

결국 중재합의에 있어서 준거법의 결정문제는 중재법에서 규정할 사항이며, 입법에 의한 해결이 바람직하다고 할 수 있다. 중재합의의 준거법 결정에 관한 입법례를 보면, 스위스 국제중재법은 중재합의는 당

42) 대법원 1990. 4. 10 선고, 89다카 20252판결 : 서울고등법원 1989. 6. 26. 선고, 88나 8410 판결 : 환송판결 대법원 1988. 2. 9. 선고, 84 다카 1003 판결.

43) UNCTAD/WTO International Trade Centre, *op. cit.*, p.98.

사자가 선택한 법, 분쟁의 대상사항의 준거법, 특히 주된 계약의 준거법 또는 스위스법에 따르는 경우에 유효하다고 규정하고 있다.<sup>44)</sup> 따라서 중재절차가 스위스 국제중재법의 적용을 받는 경우 중재인은 이 규정에 따라서 중재합의의 준거법을 결정해야 한다.

중재합의의 유효성, 중재가능성, 체결능력, 방식 등에 관하여는 중재합의에 관한 실질법이 적용된다. 그런데 중재합의의 준거법과 주된 계약의 준거법과는 별도로 판단되어야 하므로, 중재합의에 적용될 실질법은 주된 계약에 적용될 실질법과 이론상 구별되어야 한다. 그러나 실무상으로는 중재합의와 주된 계약에 적용될 실질법이 일치하는 경우가 많을 것이다.

결론적으로, 중재합의의 준거법 결정과 관련하여 우리나라 중재법상 다음과 같은 문제가 있음을 지적할 수 있다.

첫째, 중재법 제36조 제2항 1호 가목에서 중재합의의 유효성을 판단하기 위한 준거법으로서 당사자가 지정한 법이나 합의가 없는 경우 대한민국의 법을 규정하고 있으나, 동법 제2조 제2항<sup>45)</sup>의 규정에 따르면 국내법상의 특별법이나 국제조약에서 이러한 문제에 관하여 별도로 규정하고 있는 경우에는 당해 특별법이나 국제조약이 우선적으로 적용된다. 둘째, 중재법은 중재합의 대상으로서 중재가능성을 판단하기 위한 준거법에 관하여 규정하고 있지 않다. 또한 중재가능성의 기준으로 당사자의 처분가능성 즉 화해가능성을 명시적으로 요구하고 있지 않다. 셋째, 중재법은 중재합의 체결능력을 판단하기 위한 준거법에 관하여 규정하고 있지 않다. 그러나 중재합의를 체결할 수 있는 능력의 준거법 문제는 계약에 관한 실체법상의 문제로서 계약의 준거법에 관한 일반적인 사항인 것이다. 넷째, 중재법 제8조는 중재합의의 방식에 관하여 규정하고 있으나, 방식을 판단하기 위한 준거법에 관하여는 규정하

44) 스위스 국제중재법 제178조 제2항; 中村達也, 前掲書, p.31.

45) 중재법 제2조 제2항: “이 법은 중재절차를 인정하지 아니하거나 이 법의 절차와는 다른 절차에 의하여 중재에 회부할 수 있도록 정한 법률과 대한민국에서 발효중인 조약에 대하여는 영향을 미치지 아니한다.”



고 있지 않다. 특히 중재지가 외국으로서 뉴욕협약이 적용되지 않는 경우 중재합의 방식의 준거법을 어떻게 결정할 것인가의 문제가 있다.

위와 같은 우리나라 중재법상 중재합의의 유효성, 중재가능성, 체결능력 및 방식 등의 준거법 결정에 관련된 문제점들을 해결하기 위하여는 현행 중재법상에 이들의 준거법에 관한 보다 구체적인 규정을 삽입하거나, 또는 해석론상으로 각국의 국제사법, UNCITRAL 모델중재법 및 뉴욕협약상의 준거법 관련 규정의 해석·적용을 보다 명확히 하여야 할 것이다. 이렇게 함으로써 국제중재에 있어서 중재합의의 성립과 효력이 문제가 된 경우 이를 판단하기 위한 준거법을 용이하게 결정할 수 있을 것이다.

## 참 고 문 헌

- 강병근, 국제중재의 기본문제, 도서출판 소화, 2000.
- 고범준, 국제상사중재법해의, 대한상사중재원, 1992.
- 곽영용·곽영실·김연호·김웅진·박종삼·서정일·이강빈, 상사중재론, 대한중재인협회, 2001.
- 김인·박정기·김인유, 국제사법, 법문사, 2003.
- 대한상사중재원, 중재판정사례집 제11권, 2001.
- \_\_\_\_\_, 중재제315호·제316호, 2005.
- 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2000.
- 박상조·주기종·윤종진, 국제상사중재법론, 한울출판사, 1997.
- 법무부, 국제상사중재제도, 1992.
- 석광현, 국제사법과 국제소송, 박영사, 2002.
- 이순우, 상사중재론, 법경사, 1998.
- 장문철외 3외, UNCITRAL, 모델중재법의 수용론, 세창출판사, 1999.

- 정기인, *상사중재론*, 무역경영사, 1992.
- 최장호, *상사분쟁관리론*, 도서출판 두남, 2003.
- 한국중재학회, *중재연구* 제14권 제1호·제2호, 2004.
- 中村達也, *國際商事仲裁入門*, 中央經濟社, 2001.
- 中野俊一朗, “仲裁契約の準據法と仲裁法”, *JCA ツジャーナル*, 日本商事仲裁協會, 2004. 11. 渡邊惺之, “日本における仲裁法の現狀と課題”, *仲裁研究*, 第13卷 第2号, 韓國仲裁學會, 2003, pp.22-24.
- American Arbitration Association, *Dispute Resolution Journal*, 2003.
- Bennett, Steven C., *Arbitration : Essential Concepts*, ALM Publishing, 2002.
- Holtzman, Howard M., & Josep E. Neuhaus, *A Guide to the UNITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation, 1989.
- Redfern Alan & Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London Sweet & Maxwell, 1991.
- Schmitthoff, Clive M., *Schmitthoff's Export Trade : The Law and Practice of International Trade*, 9th ed., Stevens & Sons, 1990.
- UNCTAD/WTO International Trade Centre, *Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, 2001.
- UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Arbitration*, 1985.
- \_\_\_\_\_, *Arbitration Rules*, 1976.

## ABSTRACT

### A Study on the Determination of Applicable Law to the Arbitration Agreement in International Arbitration

Kang-Bin Lee

The purpose of this paper is to make research on the party's autonomy principle and the applicable law to the arbitration agreement, the applicable law to the validity of the arbitration agreement, the applicable law to the arbitrability of the arbitration agreement, the applicable law to the contracting ability of the arbitration agreement, and the applicable law to the method of the arbitration agreement.

If no choice of law is made by the parties with respect to the arbitration agreement-which is the stand situation-the validity of the agreement may have to be decided under its proper law, or under the law of the place of arbitration, or the law of the place of enforcement.

If the subject matter is not arbitrable, the arbitration agreement remains without effect. The rules determining arbitrability may differ from one country to another, from one legal system to another.

If a party is lacking capacity to enter into an arbitration agreement, the recognition and enforcement of the arbitral award may be refused at the request of the party against whom it is invoked. This principle is laid down in the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

The validity of an arbitration agreement sometimes also depends on the form in which it is made. Article II. 2 of the New York Convention states

that the term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in exchange of letters or telegrams.

**Key Words :** Applicable law, Arbitration agreement, Arbitration clause, Arbitrability, New York Convention