

# 우리나라와 중국 중재법에서 중재판정의 취소사유에 관한 연구

A Study on Grounds for Challenging Arbitral Awards in  
Korea and China

신 창 섭\* Chang-Sop Shin

〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. 국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모범법에서 중재판정의  
취소사유
- III. 우리나라 중재법에서 중재판정의 취소사유
- IV. 중국 중재법에서 중재판정의 취소사유
- V. 결 론

주제어 : 국제상사중재, 중재가능성, 중재판정, 중재판정의 승인 및 집행,  
중재판정의 취소사유

---

\* 고려대학교 법과대학 부교수

## I. 서론

올해는 중재법이 제정된 지 40년이 되는 뜻 깊은 해이다. 우리나라에서 현대적 의미의 중재의 역사는 1966년에 시작되었다. 1966년 3월 4일에 중재법안이 국회를 통과하여 동년 3월 16일에 중재법이 공포되었고, 이어서 3월 22일에 대한상공회의소 내에 상사분쟁의 중재판정절차를 전담관리하는 상사중재기관으로서 국제상사중재위원회(Korean Commercial Arbitration Committee)가 발족되었다.<sup>1)</sup> 이로써 우리나라에서 중재제도가 본격적으로 발전하기 위한 법적 및 제도적 기초가 마련된 것이다. 국제상사중재위원회는 1966년 설립된 첫 해에 외국과의 무역거래에서 발생한 클레임 총 26건을 접수하여 21건을 해결하고, 나머지 5건 중 2건은 이월하여 조사를 진행하기로 하였으며, 다른 3건은 서류불비 또는 조사 불능으로 처리했다.<sup>2)</sup>

이후 우리나라에서 중재제도는 괄목할만한 발전을 거듭해서 2005년 기준으로 대한상사중재원은 213건의 상사중재사건을 접수하여 처리하였는바, 중재로 처리된 분쟁 금액은 129백만 달러에 이르렀다. 특히 접수 처리된 213건 중 53건이 국제상사중재였고, 이들 국제상사중재의 분쟁 금액은 24백만 달러였다.<sup>3)</sup>

최근 우리나라와 중국간 무역 규모는 비약적으로 확대되고 있다. 2005년 기준으로 우리나라 수출 2,844억 달러 중 대중국 수출은 619억 달러로 전체 수출의 21.76%에 이르러 413억 달러에 그친 대미국 수출을 크게 앞지르면서 중국은 일약 우리나라의 최대 수출국이 되었다.<sup>4)</sup> 수입 부문에 있어서도 총수입 2,612억 달러 중 대중국 수입은 386억 달러로 전체 수입의 14.79%를 차지하여 중국은 일본에 이은 제2의 수

1) 대한중재30년사 (대한상사중재원, 1996) 54면.

2) 상계서, 62면.

3) 대한상사중재원 2006년 산업자원부 보고 자료.

4) 한국무역협회 한국무역통계 (<http://kita.net/top/state>).

입국으로 부상하였다.<sup>5)</sup>

우리나라의 대중국 무역의 급격한 증가는 곧 우리나라와 중국의 기업간 분쟁 가능성의 현격한 증가로 이어질 것이다. 국제거래에서 분쟁이 발생하였을 때, 바로 국제소송의 방법을 택하기보다는 중재를 먼저 시도하는 것은 이제 국제거래 분야에서는 일반적 경향이다.<sup>6)</sup> 우리나라와 중국간 경제교류가 앞으로 더욱 확대될 것이라는 점을 고려하면, 우리나라와 중국간에 발생하는 분쟁의 해결수단으로서 중재의 중요성은 어느 때보다 커졌다고 할 것이다.

우리나라와 중국간 국제거래에서 분쟁의 해결을 위한 수단으로서 중재의 중요성이 커짐에 따라 양국의 중재법과 중재제도에 대한 올바른 이해는 더욱 긴요한 의미를 갖는다. 최근 우리나라는 중재의 규율규범인 중재법을 대폭 개정하였고, 중국은 중재법을 새로이 제정한 바 있는데, 양 국가의 중재법 개정 또는 제정과정에서 나타나는 두드러진 공통 현상은 국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모범법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; 이하 UNCITRAL 모범법)을<sup>7)</sup> 전면적으로 수용하였다는 점이다. 즉 우리나라는 1999년에 중재법을 전면개정하는 과정에서 UNCITRAL 모범법을 대폭적으로 수용하였고,<sup>8)</sup> 중국도 1994년에 UNCITRAL 모범법을 대폭적으로 수용하는 방식으로 중재법을 제정한 것이다.<sup>9)</sup>

국제거래에서 분쟁해결수단으로서 중재가 그 기능을 제대로 수행하기 위해서는 중재판정의 효과적 집행이 담보되어야 한다는 것은 너무

5) 상계통계자료 참조.

6) 이기수·신창섭, 『국제거래법』 제3판 (세창출판사, 2005년) 427면.

7) UN 국제거래법위원회, 즉 UNCITRAL의 주도로 국내 중재법의 모범으로서 의도된 UNCITRAL 모범법은 1985년에 채택되었고, 우리나라, 중국, 미국, 일본, 독일, 영국, 러시아 등을 포함해서 약 50개 국가에서 국내 중재법을 입법하는 데 있어서 기준으로 사용되었다.  
([http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_exts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_exts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)).

8) 이에 관해서 상세한 설명은 조대연, “한국중재법의 현황과 과제” 중재학회지 제12권 제2호 (한국중재학회, 2003년) 참조.

9) 윤진기, 『중국중재제도』 (경남대학교출판부, 1998년) 55-56면.

나 당연하다.<sup>10)</sup> 그러나 중재제도가 견지해야 하는 또 다른 원칙은 중재판정의 공정성 담보이다. 따라서 중재판정이 여러 가지 사유로 그 공정성에 심각한 결함이 있는 때에도 중재판정의 효과적 집행을 고집해서 그 중재판정을 집행하는 것은 오히려 분쟁의 효율적 해결을 취지로 하는 중재제도의 발전을 저해할 것이다.

이러한 점을 고려하여 UNCITRAL 모범법과 이를 받아들인 우리나라와 중국의 중재법은 모두 일정한 경우에는 법원이 중재판정을 취소할 수 있도록 하고 있다.<sup>11)</sup> 따라서 중재판정의 취소사유는 중재판정의 효과적 집행과 중재판정의 공정성 유지간에 존재하는 긴장관계를 해소하기 위한 완충장치라고 할 수 있다.

이 논문에서는 UNCITRAL 모범법이 정하고 있는 중재판정의 취소사유를 일별하고, 이어서 우리나라와 중국의 중재법에서 인정되는 중재판정의 취소사유를 살펴본다. 이때 가능한 경우에는 논의되는 취소사유와 관련된 판례를 살펴본다.

## II. 국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모범법에서 중재판정의 취소사유

우리나라 중재법이 제35조에서 “중재판정은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다”고 규정하고 있는 데서 볼 수 있는 바와 같이 유효한 중재합의에 따라 내려진 중재판정에 대해서는 법

10) 이 때문에 후술하는 바와 같이 UNCITRAL 모범법이나 우리나라와 중국의 중재법이 모두 중재판정이 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가짐을 명문으로 규정하고, 나아가 중재판정이 취소될 수 있는 경우를 제한하고 있는 것이다. UNCITRAL 모범법 제34조, 우리나라 중재법 제35조 및 중국 중재법 제9조 참조.

11) UNCITRAL 모범법 제34조 제2항 및 우리나라 중재법 제36조 제2항. 중국은 후술하는 바와 같이 국내중재판정의 취소사유는 중재법 제58조 제2항에서 규정하고 있고, 국제중재판정의 취소사유에 대해서는 중재법 제70조가 민사소송법 제260조 제1항에서 규정된 취소사유를 원용할 것을 규정하고 있다.

원에서 이의를 제기할 수 없고, 따라서 중재판정은 최종적 효력을 갖는다.<sup>12)</sup> 또한 당사자가 그들간 계약에 일정한 국가에서 중재를 하여 분쟁을 해결하기로 합의하는 내용의 중재조항을 두는 때에는 동 국가의 법원은 중재합의가 없었다라면 가졌을 재판관할권을 상실한다.<sup>13)</sup> 그러나 이러한 원칙이 중재가 행하여진 국가의 법원에 의한 중재판정의 사법적 심사가 완전히 배제된다는 것을 의미하는 것은 아니다.

일정한 경우에는 중재판정은 당사자의 신청으로 또는 법원의 직권으로 취소될 수 있는바, UNCITRAL 모범법은 제34조 제2항 제a호에서 ① 당사자의 무능력 또는 중재합의의 무효, ② 중재절차의 불충분한 통지, ③ 중재합의의 범위를 벗어난 중재판정 또는 ④ 중재인의 구성이나 중재절차의 하자 등에 관한 증거를 제시하면서 당사자가 취소를 구하는 때에는 법원은 중재판정을 취소할 수 있도록 하였다.<sup>14)</sup>

또한 UNCITRAL 모범법은 제34조 제2항 제b호에서 ① 분쟁이 중재의 대상이 될 수 없는 경우 또는 ② 공서에 반한 중재의 경우에는 법원은 직권으로 중재판정을 취소할 수 있도록 하였다.<sup>15)</sup>

### Ⅲ. 우리나라 중재법에서 중재판정의 취소사유

우리나라 중재법은 1966년 제정된 이래 1973년에 일부 개정이 있었으나, 다양한 유형의 국내외 상사분쟁을 효율적으로 해결하기에는 여전히 미흡하다는 비판이 있었다.<sup>16)</sup> 그후 1999년에 중재법은 대폭적으로 개정되었는데, 앞에서 언급한 것처럼 개정 중재법은 UNCITRAL 모범법을 거의 전면적으로 수용한 것이어서 제정에 가까운 대폭적인 개

12) UNCITRAL 모범법 제34조 참조.

13) 이기수·신창섭, 전제서 주6, 445면.

14) UNCITRAL 모범법 제34조 제2항 제a호.

15) UNCITRAL 모범법 제34조 제2항 제b호.

16) 광영실·김석철, 「국제상사중재론」(도서출판 두남, 2004년) 170면.

정이었다.<sup>17)</sup>

우리나라 중재법은 제36조 제2항 제1호에서 중재판정의 취소사유를 규정하고 있는바, 당사자의 신청으로 중재판정이 취소될 수 있는 사유로는 ① 중재합의의 당사자가 그 준거법에 의하여 중재합의 당시 무능력자이었던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 의하여 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 우리나라 법에 의하여 무효인 경우, ② 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 기타의 사유로 인하여 본안에 관한 변론을 할 수 없었던 경우, ③ 중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 경우 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 경우 및 ④ 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 당사자간의 합의에 따르지 아니하거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니한 경우 등이 있다.

또한 중재법은 제36조 제2항 제2호에서 법원이 직권으로 중재판정을 취소할 수 있는 경우를 규정하고 있는바, 그 경우로는 ① 중재판정의 대상이 된 분쟁이 우리나라 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 때 및 ② 중재판정의 승인 또는 집행이 우리나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 때 등이 있다.

## 1. 당사자의 무능력 또는 중재합의의 무효

우리나라 중재법은 제36조 제2항 제1호 가목에서 중재합의의 당사자가 그 준거법에 의하여 중재합의 당시 무능력자인 때 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 의하여 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 우리나라 법에 의하여 무효인 때에는 법원은 당사자의 신청에 의해서 중재판정을 취소할 수 있도록 하고 있다. 이 때 당사자들은 중재합

17) 상계서.

의의 유효 여부를 결정하는 데 적용될 준거법을 중재합의 자체나 법의 선택에 관한 조항에 명시할 수 있다.<sup>18)</sup> 이에 대한 명시적 선택이 없는 경우에는 국제사법 규정에 의하여 결정된 실체법이 적용될 것이다.<sup>19)</sup>

국제상사중재와 관련하여 당사자의 무능력이나 중재합의의 무효가 중재판정의 취소를 구하거나 또는 중재판정의 집행을 막기 위한 사유로서 원용되는 경우는 많지 않을 것이다.<sup>20)</sup> 그러나 예를 들어 중재합의를 포함하는 계약을 체결한 기업이 후에 자국법이 그러한 계약의 체결을 금지한 것을 알게 된 때 등에는 동 기업은 문제의 계약이 무효이고, 따라서 그 계약에 포함된 중재합의도 무효라고 주장할 수 있을 것이다.<sup>21)</sup> 중재합의의 무효를 주장하기 위해서는 당사자는 중재합의에 필요한 구성요소가 존재하지 않음을 증명해야 한다.<sup>22)</sup> 예를 들어 *Encyclopaedia Universalis SA v. Encyclopedia Britannica Inc.* 사건에서<sup>23)</sup> 미국 연방 제1심법원은 중재합의의 무효를 증명하기 위해서는 중재합의가 애초부터 불가능한 것이었거나 또는 그 목적이 좌절되었음을 증명해야 한다고 하였다.<sup>24)</sup>

- 
- 18) 이기수·신창섭, 전게서 주6, 439면; UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules) 제13조.
- 19) 상게서; UNCITRAL 중재규칙 제13조. 당사자간 준거법 확정에 관한 합의가 없는 경우에 국제사법 규정에 의할 것을 정하고 있는 UNCITRAL 중재규칙 제13조는 실제 적용에서 어려운 문제를 야기하는데, 이는 국제사법은 어디까지나 국내법이기 때문에 중재인들이 특정 국가의 국제사법에 반드시 구속되지는 않는 국제상사중재에 있어서는 국제사법이 언제나 명확한 기준을 제시하는 것은 아닌 까닭이다. 상게서. 생각건대 법정지 법원은 자국 국제사법을 적용한 결과 중재지의 법을 준거법으로서 적용하는 경우가 많을 것이다. 이 점에서 중재지는 중재합의의 효력을 결정하는 기준이 될 수 있다는 점에서 중의한 의미를 갖는다. 주기중, “중재판정의 취소와 재심여부에 관한 고찰” 법학논집 제14권 (청주대학교 법학연구소, 1998) 112면.
- 20) Andrew Tweeddale & Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes* (Oxford University Press, 2005) 413-4.
- 21) *Sokofl Star Shipping Co. Inc. v. GPVO Technopromexport* (1998) XXIII Ybk Comm. Arbn. 742-4.
- 22) Tweeddale & Tweeddale, *supra* note 20, at 414.
- 23) December 4, 2003, U.S. Dist. Ct. (So. New York).
- 24) 그러나 일부 학자들은 중재합의가 애매모호하거나 유효하게 양도되지 않은 때에도 중재판정은 취소될 수 있을 것이라고 하면서 취소사유로서 중재합의의 무효를 보다 넓게 해석하기도 한다. Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stehan M. Kroell,

중재판정의 취소사유로서 중재합의의 하자를 다룬 국내 판례로서는 2003년 서울지방법원 판결이<sup>25)</sup> 있다. 이 사건에서 원고는 피고와 피고에게 전시대행용역 일체를 위탁하기로 하는 전시회 개최에 관한 업무협약계약을 체결하였다. 그 후 원고는 피고가 원고를 기망하여 이 사건 계약을 체결하였고 전시회의 유치 및 대행의무를 이행할 수 없음이 명백히 드러났다는 이유로 계약을 해제하였다. 한편 계약 제11조는 분쟁해결조항으로서 “본 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 약정 당사자간의 합의로 해결하고, 합의로 해결이 되지 않을 경우 대한상사중재원의 중재결정으로 해결하며, 당해 중재결정에 불복할 경우에는 갑(원고)이 소재하는 주소지의 관할법원에서 최종적으로 해결한다”라고 규정하고 있는바, 피고는 이 분쟁해결조항에 근거하여 원고를 상대로 대한상사중재원에 중재신청을 하였다.

중재절차에서 피신청인이었던 원고는 자신과 신청인이었던 피고 사이에 중재합의가 없으므로 중재절차가 아닌 법원에 의한 소송에 의하여야 한다고 본안전 항변을 한 후, 본안에 관하여는 변론하지 않았다. 중재판정부는 분쟁해결조항을 중재합의로 볼 수 있다고 전제한 후, 본안에 관하여 판단하였다.

원고는 분쟁해결조항은 법원에 의한 분쟁해결 가능성을 전혀 배제하지 않고 오히려 법원에 의한 해결을 최종적인 분쟁해결방법으로 상정하여 성립된 것이므로, 당사자 사이에 중재합의가 존재한다고 볼 수 없고, 따라서 중재법 제36조 제2항 제1호 가목에 해당하여 중재판정은 취소되어야 한다고 주장하였다.

이에 대해서 피고는 분쟁해결조항에서 “당해 중재결정에 불복할 경우”라 함은 중재판정취소의 소를 제기하는 경우를 의미하고 “갑(원고)이 소재하는 주소지의 관할법원에서”라 함은 중재법 제21조 제1항에서 규정한 중재지 또는 중재판정취소의 소의 관할의 합의를 한 것이므로

*Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law Int'l, 2003) 709.

25) 서울지방법원 2002.10.24. 선고 2002가합8808.



분쟁해결조항은 중재합의의 본질에 반하는 것은 아니라고 주장하였다. 또한 피고는 중재에 관하여 당사자 사이에 사후적인 중재합의가 존재하므로 중재판정은 유효하다고 항변하였다.

법원은 중재란 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말하고(중재법 제3조 제1호), 중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부와 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자들의 합의를 말한다(중재법 제3조 제2호)고 전제한 후, 중재합의는 사법상의 분쟁에 관하여 국가법원에 의한 소송제도의 이용을 포기하고 국가법원에 의한 소송절차가 아닌 사인(私人)의 중재에 의하여 최종적으로 해결하기로 하는 합의를 의미한다 할 것인바, 문제의 분쟁해결조항은 “합의로 해결이 되지 않을 경우 대한상사중재원의 중재결정으로 해결하며, 당해 중재결정에 불복할 경우에는 갑(원고)이 소재하는 주소지의 관할법원에서 최종적으로 해결한다”라고 규정하여 중재판정에 대한 국가법원에 의한 일반적인 재심사 가능성을 유보하고 있음이 명백하기 때문에 이를 중재합의라고 보기는 어렵다고 판시하였다.

법원은 중재조항의 해석에 관한 피고의 주장에 대해서 분쟁해결조항의 의미를 그 객관적인 문언에도 불구하고 피고의 주장처럼 제한적으로 해석하여야 할 아무런 근거가 없다고 하면서 이를 배척하였다. 또한 법원은 피고의 사후합의 주장에 대해서 원고가 이 사건 중재절차에서 중재합의 부존재를 이유로 이의를 제기하였고, 달리 당사자 사이에 사후적인 중재합의가 성립하였다는 점을 인정할 만한 증거가 없다고 하면서 피고의 항변을 배척하였다.

이 판례는 중재조항을 지나치게 제한적으로 해석한 것으로 보인다. 법원은 문제의 중재조항이 “중재판정에 대한 국가법원에 의한 일반적인 재심사 가능성을 유보하고 있음이 명백”하다고 판시하였다. 그러나 우리나라 중재법은 제35조에서 중재판정에게 법원의 확정판결과 동일

한 효력을 부여하고 있고, 제36조 제1항에서 중재판정에 대한 불복은 법원에 제기하는 중재판정취소의 소에 의해서만 할 수 있다고 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 오히려 법원은 중재판정에 대해서 중재판정의 취소 여부만을 판단할 수 있는 것이고, 본안심사를 포함한 일반적인 재심사는 이를 할 수 없다고 보아야 한다. 따라서 이 사건의 중재판정과 관련해서 법원의 재판관할에 관한 서울지방법원의 판단에는 오류가 있다고 보아야 할 것이다. 또한 이 사건에서 법원의 해석은 문제의 중재조항을 무의미한 규정으로 형해화하는 결과를 초래할 것인바, 당사자가 계약에서 무의미하고 아무런 효력을 갖지 아니하는 내용의 합의를 하였다고 상상하기는 어려울 것이라는 점을 고려하면, 문제의 중재합의를 유의미한 것으로 하는 방향으로 당사자의 의사를 추단하는 것이 보다 합리적인 해석태도라고 할 것이다. 따라서 피고가 주장하는 바와 같이, “당해 중재결정에 불복할 경우”라 함은 중재판정취소의 소를 제기하는 경우를 의미하고, “갑(원고)이 소재하는 주소지의 관할법원에서”라 함은 중재지 또는 중재판정취소의 소의 관할의 합의를 한 것으로 파악하는 것이 당사자의 의사를 충실히 반영하는 보다 합리적인 해석이라고 할 것이다.

## 2. 중재에 있어서 적법절차의 위반

우리나라 중재법이 제19조에서 규정하고 있는 바와 같이, 중재의 당사자는 중재절차에서 동등한 대우를 받아야 하고, 자신의 사안에 대하여 변론할 수 있는 충분한 기회를 가져야 한다.<sup>26)</sup> 따라서 중재의 당사자는 중재인의 선임이나 중재절차에 관한 적절한 통지를 받아야 하며, 기타 방어할 수 있는 기회를 박탈당하지 않아야 한다. 적법절차의 위반의 정도가 심각해서 중재절차의 공정성에 의심을 일으키거나 중재판

26) UNCITRAL 모범법 제18조.

정부의 독립성이나 공정성에 의심을 일으키는 때에는 중재판정의 취소 사유가 존재한다고 할 것이다.<sup>27)</sup> 이때 적법절차의 위반이 있었는지 여부를 판단함에 있어서 사용되는 기준은 법정지국의 국내법에 구현된 적법절차 원칙이 될 것이다.<sup>28)</sup>

중재법은 제36조 제2항 제1호 나목에서 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 기타의 사유로 인하여 본안에 관한 변론을 할 수 없었던 경우를 중재판정의 취소사유로 규정하고 있다. 중재법 제19조의 “동등한 대우”는 당사자에게 자기의 주장을 증명할 수 있는 기회나 중재판정에 참석할 수 있는 기회가 공정하게 부여되는 것을 의미하고, 중재법 제36조 제2항 제1호 나목의 “적절한 통지”는 당사자 또는 정당한 대리인이 중재인을 선임하고 중재절차상 방어권을 행사할 수 있도록 충분한 시간적 여유를 갖고 이루어진 통지를 의미한다.<sup>29)</sup> 적절한 통지를 받고도 아무런 조치도 취하지 않고 중재절차에 불참한 당사자는 방어권을 포기한 것으로 보아야 할 것이기 때문에 후에 중재판정 취소의 소를 제기하는 것이 허용되지 않는다.<sup>30)</sup>

### 3. 중재판정부의 권한없는 또는 권한을 넘는 중재판정

우리나라 중재법은 제36조 제2항 제1호 다목에서 중재판정이 중재 합의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 경우 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 경우를 중재판정의 취소사유로 규정하고 있다. 이때 중재판정이 중재합의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로

27) Tweeddale & Tweeddale, *supra* note 20, at 415.

28) *Parsons and Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier* 사건에서 미국 연방 제2항소법원은 “[적법절차 위반에 관한 규정]은 본질적으로 법정지국의 적법절차 기준의 사용을 허용한다”고 판시했다. (1976) 1 Ybk Comm. Arb. 205.

29) Lew, Mistelis & Kroell, *supra* note 24, at 711-13.

30) 주기종, 전계논문 주19, 112-113면.

분리될 수 있는 경우에는 대상이 아닌 중재판정 부분만이 취소될 수 있다.<sup>31)</sup> 이는 중재인이 위임받은 권한을 넘는 정도가 일부에 국한됨에도 불구하고 중재판정 전체가 취소되는 것을 방지하기 위한 것이다.<sup>32)</sup> 주의할 점은 중재판정이 위임된 권한을 넘었는지 여부를 판단함에 있어서 중재합의의 조건과 범위 또는 중재에 위임된 사항을 기준으로 판단될 것이지, 당사자가 중재절차에서 실제로 주장한 사실이나 법리를 기준으로 해서는 안된다는 것이다.<sup>33)</sup>

중재법은 제17조 제1항에서 중재판정부로 하여금 자신의 권한 및 이와 관련된 중재합의의 존부 또는 유효성에 대한 이의에 대하여 결정할 수 있도록 하였다.<sup>34)</sup> 중재판정부의 권한에 관한 이의는 본안에 관한 답변서를 제출할 때까지 제기되어야 한다.<sup>35)</sup> 이때 당사자는 자신이 중재인을 선정하였거나 선정절차에 참여하였더라도 이의를 제기할 수 있다.<sup>36)</sup> 중재판정부가 중재절차의 진행 중에 그 권한의 범위를 벗어났다는 이의는 그 사유가 중재절차에서 다루어지는 즉시 제기되어야 한다.<sup>37)</sup>

#### 4. 중재판정부의 구성이나 중재절차에서의 하자

우리나라 중재법은 중재판정부의 구성에 관해서 제12조 제2항에서 당사자간 합의로 정할 수 있도록 하고,<sup>38)</sup> 제12조 제3항에서 당사자간 합의가 없는 경우에 중재인의 선정방법을 규정하고 있다.<sup>39)</sup> 또한 중재

31) 중재법 제36조 제2항 제1호 다목 단서. 뉴욕협약 제5조 제1항 제c호 단서나 UNCITRAL 모범법 제34조 제2항 제a호 (iii) 단서 규정도 같은 내용을 규정하고 있다.

32) 주기중, 전제논문 주19, 113면.

33) Tweeddale & Tweeddale, *supra* note 20, at 417; *Ministry of Defense of Iran v. Cubic Defense Systems*, Dec. 7, 1998, U.S. Dist. Ct. (So Cal.)

34) UNCITRAL 모범법 제16조 제1항.

35) 중재법 제17조 제2항 제1문; UNCITRAL 모범법 제16조 제2항.

36) 중재법 제17조 제2항 제2문; UNCITRAL 모범법 제16조 제2항.

37) 중재법 제17조 제3항; UNCITRAL 모범법 제16조 제2항.

38) UNCITRAL 모범법 제11조 제2항.

법은 중재절차에 관해서도 제20조 제1항에서 중재법의 강행규정에 반하지 아니하는 한 당사자들은 중재절차에 관하여 합의할 수 있도록 함으로써 당사자자치의 원칙을 견지하면서,<sup>40)</sup> 제20조 제2항 제1문에서 중재절차에 관해서 당사자간 합의가 없는 때에는 중재판정부가 중재법 규정에 따라 적절한 방식으로 중재절차를 진행할 수 있도록 하였다.<sup>41)</sup> 이때 중재판정부는 증거의 능력, 관련성 및 증명력에 관하여 판단할 권한을 갖는다.<sup>42)</sup>

중재법은 제36조 제2항 제1호 라목에서 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 중재법의 강행규정에 반하지 아니하는 당사자간의 합의에 따르지 아니하거나 그러한 합의가 없는 경우에는 중재법에 따르지 아니한 경우를 중재판정의 취소사유로서 규정하고 있다. 이때 합의된 절차에 근소한 위반이 존재하는 사실만으로는 충분하지 아니하고, 그 정도가 심각해서 피해 당사자에게 실질적 피해(substantial prejudice)를 야기하는 정도에 이르러야지만 중재판정의 취소사유가 될 수 있을 것이다.<sup>43)</sup> 중재판정부의 구성에 있어서 하자과 관련하여 *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.* 사건에서<sup>44)</sup> 미국 연방대법원은 “중재인은 편견 가능성의 외향을 야기하는 모든 사항을 당사자에게 고지해야 한다”고 판시한 바 있다. 중재판정부의 구성과 관련한 국제중재판정 사건으로는 *China Nanhai Oil Joint Service Corp. v. Gee Tai Holdings Co. Ltd.* 사건이 있는데,<sup>45)</sup> 이 사건에서 홍콩 대법원(Hong Kong Supreme Court)은 문제의 중재합의는 중재인이 이른바 베이징 목록(Beijing list)에서 선정될 것을 정하였으나 실제로는 중재인이

39) UNCITRAL 모범법 제11조 제3항도 같은 내용의 규정을 두고 있다.

40) UNCITRAL 모범법 제19조 제1항.

41) UNCITRAL 모범법 제19조 제2항.

42) 중재법 제20조 제2항 제2문; UNCITRAL 모범법 제19조 제2항.

43) *Karaha Bodas Co. LLC. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, (2002) XXVII Ybk Comm. Arb. 814.

44) 393 U.S. 145, 89 S. Ct. 337 (1968).

45) XX YBCA 671 (Hong Kong Supreme Court, 13 July 1994).

심천 목록(Shenzhen list)에서 선정되었음에도 불구하고 중재인이 중국 국제경제무역중재위원회(China International Economic and Trade Arbitration Committee, 이하 CIETAC)<sup>46)</sup> 목록에 모두 등재되어 있고, 당사자가 CIETAC 중재에 합의하였다는 사실에 기초해서 중재판정의 취소를 거부하였다.

중재판정부의 구성과 중재절차의 하자를 다룬 국내판례로는 2000년 대법원 판결이 있다.<sup>47)</sup> 이 사건에서 원고는 당사자간 중재계약은 상사 중재규칙이 적용되지 않는 민사중재로서 원·피고간에 중재인의 선정을 약정하지 아니하였으므로 구 중재법 제4조 제2항(현행 중재법 제12조 제3항)에 의하여 각 당사자가 1인의 중재인을 선정하여야 함에도 불구하고, 상사중재규칙에 따라 대한상사중재원에서 임의로 선정한 3인의 중재인이 진행한 중재절차에서 이루어졌기 때문에 중재판정은 위법한 것으로 취소되어야 한다고 주장하였다.

대법원은 원·피고간의 매매계약서상 쌍방간 분쟁을 대한상사중재원의 중재로 해결한다는 약정의 내용은 일반적인 중재절차 뿐만 아니라 중재인 선정절차까지도 모두 포함하는 것이고, 원고는 다섯 차례의 중재판정을 위한 심문절차기일이 진행되는 동안 중재인 선정에 대하여 적극적으로 다투지 아니하고 오히려 반대신청까지 하는 등 자신의 주장 및 입증자료를 적극 제출하면서 중재에 임하였다는 점을 고려할 때 원고도 대한상사중재원의 중재인 선정을 인정하고 중재를 통해서 분쟁을 해결하기로 명시적 또는 묵시적으로 의사를 표시한 것이라고 판시하면서 원고의 주장을 배척하였다.

또한 대법원은 중재판정 전 당사자 심문이 이루어지지 아니하였다는 원고의 주장에 대하여 구 중재법 제8조 제1항에서 “중재판정 전에 당사자를 심문하여야 한다”고 규정하고 있는 취지는 중재인이 중재판정

46) CIETAC에 관해서 상세한 설명은 우광명, “중국국제경제무역중재위원회(CIETAC)의 중재규칙에 관한 연구” 중재연구 제16권 제1호 (한국중재학회, 2006년) 127면 이하 참조.

47) 대법원 2000.11.24. 선고 2000다47200.

을 함에 있어서 당사자로부터 진술과 증거자료를 제출받아야 한다는 취지에 불과한 것이기 때문에 반드시 당사자 본인의 심문이 있어야 하는 것은 아니고 당사자의 대리인이 있는 경우에는 그 대리인의 심문도 허용되는바, 이 사건의 중재절차에서 각 당사자의 대리인인 변호사들이 모든 심문절차에 참석하여 각자의 주장 및 자료 등을 제출하였고 중재인도 위 각 대리인을 통하여 당사자의 입장을 물으며 심문을 진행한 사실을 인정할 수 있으므로, 이는 구 중재법 제13조 제1항 제4호의 중재절차에 있어 정당한 사유 없이 당사자를 심문하지 아니한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

중재인 선정의 위법을 다룬 또 다른 대법원 판결에서<sup>48)</sup> 원고는 피고로부터 불 밸브를 매수하기로 하는 계약을 체결하면서, 이 계약에 따른 분쟁의 최종적 해결은 대한민국의 법률 및 대한상사중재원(이하 중재원)의 구 상사중재규칙(2000. 4. 27. 중재규칙으로 개정되기 전의 것)에 의한 중재제도에 의하고, 중재인은 3명으로 하되, 원고와 피고가 1명씩의 중재인을 선정한 후 양측 중재인의 합의에 의하여 제3의 중재인을 선정하고, 만일 양측 중재인의 의견이 일치되지 않는 경우에는 중재원에 그 소속 중재인 중 1명을 중재인으로 선정할 권한을 부여하기로 약정하였다.

계약체결 후 원고와 피고 사이에 납기지연 및 제품의 하자문제 등으로 인하여 분쟁이 발생하자, 피고는 원고를 상대로 중재원에 중재신청을 하였는데, 중재원은 중재계약에 따른 절차인 구 상사중재규칙 제20조(당사자에 의한 직접선정)에 의한 중재인 선정절차를 밟지 아니하고, 같은 규칙 제22조(사무국에 의한 선정)에 의한 중재인 선정절차를 취하여 원고와 피고에게 중재인 후보자명단을 보내면서 선정 희망순위를 표시한 후 이를 중재원에 보내달라고 통지하였고, 이에 따라 원고와 피고가 희망순위를 표시하여 오자, 중재원은 중재인 후보자 중 합산점수에

48) 대법원 2001.11.27. 선고 2000다29264.

따른 순위가 높은 후보자를 중재인으로 지명하되, 원고와 피고가 의장 중재인 또는 기타중재인의 1순위로 지명한 후보자를 가급적 배제하고 그 중 중재인 취임을 수락하는 중재인을 선정하는 방식을 취하여 원고와 피고에게 의장중재인과 2인의 중재인이 선정되었음을 통지하였다.

원고는 대리인을 통해서 중재사건의 제1차 심문기일에 출석하여 중재인 선정과 관련하여 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 피고의 중재신청에 대하여 항변하는 등 본안에 관하여 진술하였고, 피고의 대표이사나 그 대리인 또한 제1차 심문기일에 출석하여 중재인의 선정과 관련하여 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 본안에 관하여 진술하였으며, 이후 원고의 대리인과 피고의 대표이사 또는 대리인은 제10차 심문기일까지 현장검증을 포함하여 기일마다 출석하였으나, 역시 중재인 선정과 관련하여 아무런 이의 제기가 없었다.

중재판정부는 원고가 피고에게 일정 금원을 지급하기로 하는 원고에게 불리한 중재판정을 하였고, 원고는 그 무렵 피고에게 이 사건 중재판정의 내용에 따른 금원을 지급하여 중재판정의 내용을 모두 이행하였다.

이 사건에서 법원은 중재계약의 내용 중에 당사자에 의한 중재인의 직접선정조항이 있음에도 중재원이 사무국에 의한 선정절차를 취하면서 당사자가 제1순위로 지명한 중재인들을 모두 배제한 채 나머지 중재인 후보자들 중에서 중재인을 선정한 것은 구 중재법 제13조 제1항 제1호(현행 중재법 제36조 제2항 제1호 라목)가 정한 “중재인의 선정이 중재계약에 의하지 아니한 때”에 해당되어 특별한 사정이 없는 한 중재판정 취소의 사유가 되나, 중재계약에서 중재인 선정기간을 정하지 아니하였고, 쌍방 당사자가 모두 중재인을 선정하지 아니하였으며, 비록 중재원 사무국이 당사자에게 중재인을 선정하도록 통지하는 절차를 생략한 채 바로 사무국에 의한 선정절차를 밟았다고 하여도, 중재인의 선정에 관한 조항을 계약서에 명시하여 이러한 내용을 잘 알고 있었다고 볼 수 있는 당사자와 그 대리인들이 제1차 심문기일에 모두



출석하여 사무국에 의하여 선정된 중재판정부 앞에서 중재인 선정과 관련하여 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 본안에 관하여 진술하였다면, 당사자는 제1차 심문기일에 중재인을 사무국 선정의 중재판정부로 하기로 하는 새로운 합의를 묵시적으로 하였다고 보아야 할 것이므로, 중재판정은 중재인의 선정이 중재계약에 의하지 아니한 때에 해당된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

한편 중재판정부의 구성에 위법이 존재한다고 하면서 중재판정을 취소한 판례로는 2004년 대법원 판결이<sup>49)</sup> 있다. 이 사건에서 중재사건의 일방 당사자인 피고의 대리인 甲이 乙로부터 건설계약과 관련하여 중재신청 및 변호사 선임 등의 권한을 위임받은 후, 이 사건 중재절차가 진행중이던 중 이 사건 중재사건의 중재인인 변호사 丙을 乙의 중재대리인으로 선임하였고, 이에 丙은 甲 등과 긴밀한 협조 아래 원고를 상대로 대한상사중재원에 乙을 위해서 중재신청을 하고 심문기일에 출석하여 심문에 응하는 등 중재대리인으로 활동하였다.<sup>50)</sup>

대법원은 변호사는 비록 의뢰인으로부터 보수를 받는다 하더라도 의뢰인의 지휘·감독에 복종하지 아니한 채 독립하여 자유롭게 그 직무를 행하는 것이므로, 변호사가 중재인으로 선정되어 중재절차가 진행되고 있는 상황이라도 변호사로서의 직무상 불특정 다수의 고객들에게 상담을 하여 주고 그들로부터 사건을 수임하는 것은 허용된다 할 것이라고 전제하면서도 중재인으로 선정된 변호사는 중재인의 공정성과 독립성의 확보를 위하여 그 중재사건의 일방 당사자나 그 대리인과 중재절차 외에서 접촉하는 것은 가급적 제한되어야 하고, 나아가 당해 사건과 무관한 것이라 하더라도 일방 당사자나 그 대리인의 의뢰로 사건을 수임하는 것 역시 원칙적으로는 허용될 수 없으며, 더구나 그 수임사건

49) 대법원 2004. 3.12. 선고 2003다21995.

50) 이 사건 중재판정 후에는 丙 스스로 그가 중재대리인이 된 중재사건과 관련하여 대한상사중재원에 제출한 준비서면에서 이 사건 중재사건과 그가 중재대리인이 된 사건의 사실상 및 법률상의 쟁점이 상당 부분 공통된다고 주장하면서 동인이 중재인으로서 작성한 이 사건 중재판정문을 증거자료로 제출하기까지 하였다.

이 당해 사건과 사실상 또는 법률상 쟁점을 같이 하는 동종의 사건인 경우에는 그 수임행위는 당해 중재인을 그 중재절차에서 배제시켜야 할 정도로 그 공정성과 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 중대한 사유에 해당한다고 하였다. 이 사건에서 대법원은 당해 중재인이 배제되지 아니한 채 중재판정이 내려졌기 때문에 이는 구 중재법 제13조 제1항 제1호(현행 중재법 제36조 제2항 제1호 라목)의 “중재인의 선정 또는 중재절차가 이 법이나 중재계약에 의하지 아니한 때”에 해당한다고 하면서 문제의 중재판정을 취소하였다.

## 5. 중재로 해결될 수 없는 분쟁에 대한 중재판정

우리나라 중재법은 제36조 제2항 제2호 가목에서 중재판정의 대상이 된 분쟁이 우리나라 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 때에는 법원은 직권으로 중재판정을 취소할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>51)</sup>

중재로 해결될 수 있는 분쟁인지 여하, 즉 중재가능성(arbitrability) 또는 중재적격에 관해서 국제적으로 합의된 원칙은 존재하지 않는다.<sup>52)</sup> 일반적으로 형사 문제는 중재의 대상이 되지 않는다. 또한 중재판정이 제3자의 권리에 영향을 미치는 결과를 초래할 것이라면 그러한 때에도 중재는 사용될 수 없을 것이다. 또한 가족법상의 문제도 일반적으로 중재의 대상이 되지 않는다. 일정한 경우에는 당사적 성질을 갖는 사안도 중재의 대상이 될 수 없는데, 특허나 지적재산권 또는 독점규제를 둘러싸고 발생하는 분쟁은 일반적으로 국내법적 원칙상 중재의 대상이 되지 않는다고 본다.<sup>53)</sup> 중재가능성 여부를 판단함에 있어서는 문제의 분쟁이 경제적 요소(economic element)를 갖고 있는지 여부나 또는 그 분쟁이 협상에 의한 합의(compromise or settlement)의 방

51) UNCITRAL 모범법 제34조 제2항 제b문 제1호.

52) Tweeddale & Tweeddale, *supra* note 20, at 424.

53) *Id.*

법으로 해결될 수 있는 것인지 여부 등이 유용한 기준이 될 수 있을 것이다.<sup>54)</sup>

## 6. 공서에 반하는 중재판정

우리나라 중재법은 제36조 제2항 제2호 나목에서 중재판정의 승인 또는 집행이 우리나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 때에는 법원은 직권으로 중재판정을 취소할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>55)</sup>

공서(public policy)는 모든 국내법과 대부분의 국제조약에서 중재판정 집행을 배척사유로서 일반적으로 인정되고 있다.<sup>56)</sup> 국제사회에서 일반적으로 승인되는 공서의 개념은 존재하지 않기 때문에 공서의 개념은 각 국가의 사법적 관습에 많은 영향을 받을 수밖에 없고, 구체적인 경우에 법원의 해석을 통해서 발전한다. 결국 공서는 사실관계에 특정하는 개념으로서 구체적인 경우에 사안에 따라 그 내용이 결정될 수밖에 없을 것이다.

분명한 것은 국제중재판정에 있어서 공서의 개념은 국내판정에서 공서의 개념보다 엄격히 해석되어야 한다는 점이다.<sup>57)</sup> 왜냐하면 국제상사중재 분야에서 국내적 공서(domestic public policy)와 분리된 개념으로서 국제적 공서(international public policy) 개념이 일반적으로 인정되고 있는데,<sup>58)</sup> 이러한 구별에 따르면 국내사건에서 공서와 관련된 것이 국제사건에서 공서와 관련을 갖지는 않으며, 결국 국제사건에서 공서의 문제로 이해되는 영역은 국내사건에서 공서의 문제로 이해되는 영역보다 작을 것이기 때문이다.<sup>59)</sup>

54) *Id.*

55) UNCITRAL 모범법 제34조 제2항 제b문 제2호.

56) Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958-Towards A Uniform Judicial Interpretation* 359-82 (1981).

57) *Parsons and Whittemore v. RAKTA*, 508 F.2d 969 (2d. Cir. 1974).

58) *Kersa Holding Co. v. Infancourtage* (1996) XXI Ybk Comm. Arbn. 617-26, CA.

공서는 일반적으로 실체적 및 절차적 측면에서의 법과 정의의 기본 원칙을 포함하는 것으로 이해된다.<sup>60)</sup> 공서는 실체법적 또는 절차법적 관점에서 파악될 수 있는데, 중재에 회부된 사안이 중재로서 해결될 수 없는 것이거나 위조, 결정적 증거의 은폐, 중재인의 부패 등은 공서의 실체법적 관점에서 다루어질 것이고, 절차법적 공서의 위반에는 당사자가 중재판정부의 구성이나 중재절차의 통지를 받지 못한 경우나 또는 적법절차의 위반이 있는 경우 등이 포함될 것이다. 나아가 중재로 해결될 수 없는 분쟁에 대해 중재판정을 내리는 것은 언제나 공서 위반의 문제를 야기할 것이다. 특히 중재가능성 개념은 중재를 공서 개념을 통해 규제할 수 있도록 하는 역할을 하기 때문에<sup>61)</sup> 중재가능성은 흔히 공서 개념의 일부를 구성하는 것으로 이해된다.

#### IV. 중국 중재법에서 중재판정의 취소사유

현행 중국 중재법은 1994년 8월에 전국인민대표대회상무위원회 제9기 회의에서 통과되어 1995년 9월 1일부터 시행되고 있다.<sup>62)</sup> 중국에서 중재에 관한 최초의 단행법인 현행 중국 중재법은 국제상사중재에 관하여 별도의 장을 두고 있는데, 국제상사중재에 적용되는 중재법 제7장은 제65조 내지 제73조에서 규율대상이 되는 사안, 섭외중재위원회, 외국국적 중재인, 증거보전, 중재판정의 취소 및 중재판정의 불집행 등에 관한 규정을 두고 있다.

59) Van Den Berg, *supra* note 56, at 360-61.

60) UNCITRAL Commission Report (21 Aug. 1985), *reprinted in* Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide To the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration* 1002, ¶ 297 (1989).

61) Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 137 (2d ed. 1991).

62) 윤진기, 전게서 주9, 55면.

중재판정의 취소사유는 중국 중재법과 민사소송법에서 규정하고 있는데, 특히 국제상사중재판정에 대해서는 법원은 형식적 심사만 하기 때문에 국내중재사건의 경우와는 별도로 그 취소사유를 규정하고 있다. 중국 중재법은 제70조에서 민사소송법 제260조 제1항이 규정한 사유 중 하나가 있음을 증명한 때에는 인민법원은 국제상사중재판정을 취소할 것을 규정하고 있다. 중국 민사소송법은 제260조 제1항에서 ① 당사자가 계약에 중재조항을 약정하지 않았거나 또는 사후에 서면으로 된 중재합의를 달성하지 않은 경우, ② 피신청인이 중재인의 지정 또는 중재절차 진행의 통지를 받지 못하였거나 또는 피신청인의 책임에 귀속되지 아니하는 이유에 의해 의견을 진술하지 못한 경우, ③ 중재판정부의 구성 또는 중재의 절차가 중재규칙에 위배되는 경우 및 ④ 판정한 사항이 중재합의 범위에 속하지 않거나 또는 중재기관이 이를 중재할 권한이 없는 경우 등을 중재판정의 취소사유로 열거하고 있다.<sup>63)</sup>

## 1. 중재합의의 부존재

중국 민사소송법은 제260조 제1항 제1호에서 각 당사자들이 계약에 중재조항을 삽입하지 않거나 분쟁발생 후 서면으로 중재합의를 하지 않은 경우에는 법원이 문제의 국제상사중재판정을 취소할 수 있도록 하였다.<sup>64)</sup> 중재판정부 또는 중재위원회의 중재권한은 중재합의에 근거한 것인바, 중재합의가 존재하지 않는 때에는 중재판정부의 중재권한 자체가 존재하지 않기 때문에 그가 내린 중재판정은 당연히 취소의 대상이 되는 것이다.

중국 중재법은 제16조에서 “중재계약에는 계약시 체결한 중재조항과 분쟁발생 전 또는 발생 후 기타 서면방식으로 합의한 중재를 청구하는

63) 이 규정은 UNCITRAL 모범법 제34조 제2항 제a호 및 우리나라 중재법 제36조 제2항 제1호의 규정과 대체로 유사하다.

64) 국내중재에 적용되는 중재법 제58조 제1호도 동일한 내용을 규정하고 있다.

중재부탁이 포함된다”고 규정하면서 중재계약에 “중재청구에 대한 의사표시, 중재사항 및 선정한 중재위원회”가 포함될 것을 요구한다.<sup>65)</sup> 따라서 중재합의는 당사자가 중재로 분쟁을 해결하겠다는 의사표시를 포함하여야 할 뿐 아니라, 특히 중재로 해결할 분쟁과 중재기관에 대한 내용을 담고 있어야 하는바, 중국 중재법이 중재합의에 중재기관이 선정될 것을 요구하고 있기 때문에 중국에서 중재는 필연적으로 기관중재(*institutional arbitration*)이고, 이른바 임시중재(*ad hoc arbitration*)는 허용되지 아니한다.<sup>66)</sup> 생각건대 국제거래에서 발생하는 분쟁의 해결을 위한 중재의 방식으로 기관중재가 보다 중요한 의미를 갖는다는 점은 분명하지만,<sup>67)</sup> 중국 중재법이 중재에 있어서 기관중재만을 허용하고 임시중재를 허용하지 않는 것은 당사자간에 분쟁의 해결을 위한 중재의 방식과 관련해서 당사자자치의 원칙을 지나치게 제한하는 것이라고 보아야 할 것이다.

중국 민사소송법 제260조 제1항 제1호는 UNCITRAL 모범법이나 우리나라 중재법과는 달리 중재합의의 부존재만을 취소사유로서 규정하고 있을 뿐, 중재합의 당시 당사자의 무능력에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 무능력자의 합의는 그 자체 무효로 될 것이고, 중재합의의 무효는 곧 중재합의 자체의 부존재를 의미할 것이므로 실제에 있어서 큰 차이를 야기하지는 않을 것이다.<sup>68)</sup>

## 2. 중재에 있어서 적법절차의 위반

중국 민사소송법은 제260조 제1항 제2호에서 국제상사중재판정의 취소사유로서 적법절차의 위반을 규정하고 있는바, 이 규정에 따르면 중

65) 윤진기, 전계서 주9, 92면.

66) Li Hu, "Setting Aside an Arbitral Award in the People's Republic of China," 12 *Am. Rev. Int'l Arb.* 1, 10 (2001).

67) Tweeddale & Tweeddale, *supra* note 20, at 62.

68) Li Hu, *supra* note 68, at 9.

재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재인 선임의 통지를 받지 못하거나 중재절차 참여의 통지를 받지 못한 경우 또는 당사자의 책임 없는 사유로 변론할 기회를 갖지 못한 등의 경우에 중재판정은 취소된다.

중국 민사소송법 제260조 제1항 제2호는 뉴욕협약(UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)<sup>69)</sup> 제5조 제1항 제b호를 수용한 것이다.<sup>70)</sup> 민사소송법 제260조 제1항 제2호가 규정한 취소사유는 부적절한 통지 또는 부적절한 변론 기회로 요약될 수 있을 것이고, 특히 부적절한 통지는 부적절한 변론 기회의 한 경우로 볼 수 있을 것이다. 부적절한 통지와 부적절한 변론 기회는 적법절차원칙의 중요한 요소이기 때문에 그 위반은 경우에 따라서는 공서의 위반이 될 수도 있을 것이다.<sup>71)</sup>

주의할 점은 적법절차의 위반이 국제상사중재판정의 취소사유로서 규정되어 있을 뿐, 국내중재판정의 취소사유로서 규정되어 있지는 않다는 것이다.<sup>72)</sup> 그러나 적법절차를 공서의 특수한 예로서 파악한다면, 법원은 국내중재에서도 적법절차의 위반이 있는 경우에 이를 공서를 위반한 경우로 보아 중국 중재법 제58조 제3문에 따라 문제의 중재판정을 직권으로 취소할 수 있을 것이다.<sup>73)</sup>

### 3. 중재판정부의 구성이나 중재절차에서의 하자

중국 민사소송법은 제260조 제1항 제3호에서 국제상사중재판정의 취소사유로서 중재판정부의 구성이나 중재절차에서의 하자를 규정하고 있다.<sup>74)</sup> 즉 중국 민사소송법 제260조 제1항 제3호에 따르면 국제상사

69) 뉴욕협약에 관한 상세한 설명은 이기수·신창섭, 전거서 주6, 439-442면 참조.

70) Li Hu, *supra* note 68, at 20-21.

71) *Id.*, at 21.

72) 국내중재판정의 취소사유를 규정한 중국 중재법 제58조 참조.

73) Li Hu, *supra* note 68, at 21.

74) 중국 중재법은 제58조 제3호에서 국내중재판정의 취소사유로서 중재판정부의 구성

중재판정은 중재판정부의 구성이나 중재절차가 중재규칙에 합치하지 않은 경우에 취소될 수 있는 것이다. 이때 하자가 어느 정도에 이를 때 취소의 대상이 되는지가 문제된다. 그 하자가 근소한 때에는 중재판정의 결과에 아무런 영향도 미치지 않을 수 있는데, 이러한 때에도 중재판정을 취소하는 것은 그 자체 낭비일 뿐더러 당사자의 이익 보호에도 반할 것이기 있기 때문이다. 중재판정부의 구성이나 중재절차의 하자를 이유로 중재판정을 취소할 것인지 여부는 전적으로 법원 재량의 문제라고 할 것이지만, 일반적으로 중국에서는 불일치의 판단을 엄격하게 하는 것을 부정하는 견해가 우세하다.

중재판정부의 구성과 관련한 중국판례로는 Guangdong Ruisheng Investment & Development Corporation Ltd. v. Guangzhou Eastern F.P.P. Concrete Corporation Ltd. 사건이<sup>75)</sup> 있다. 이 사건에서 원고 회사(Guangdong Ruisheng Investment & Development Corporation Ltd.)는 피고 회사(Guangzhou Eastern F.P.P. Concrete Corporation Ltd.)에 대해서 CIETAC의 중재판정의 취소를 구하는 소를 북경 제2중급인민법원(Beijing No.2 Intermediate People's Court)에 제기하였다. 원고는 CIETAC 1998년 중재규칙 제28조에 따르면<sup>76)</sup> 문제의 사건과 관련하여 사적 이해관계를 갖는 자가 중재인으로 선임된 때에는 선임된 중재인은 스스로 그 사실을 밝히고 그 사건으로부터 배제될 것을 요구해야 한다고 주장하였다. 또한 중국 중재법은 제34조에서<sup>77)</sup> 중재인이 담당한 중재사건의 일방 당사자와 사적인 회합을 갖거나 접대 또는 선물을 받았을 경우에는 문제의 중재인은 제척되어야 하고, 상대방은 그 중재인에 대해서 기피를 신청할 권리를 갖

---

이나 중재절차에서의 하자에 관하여 규정하고 있다. 즉 중국 중재법 제58조 제3호에 따르면 중재판정부의 구성이나 중재절차가 현행법에 맞지 않는 경우에 국내 중재판정은 취소된다.

75) Beijing No. 2 Intermediate People's Court's Civil Decision, [(2000) erzhong-jingzhongzi No. 545].

76) CIETAC은 2005년에 다시 그 중재규칙을 개정하였다. CIETAC 중재규칙에 관한 상세한 설명은 우광명, 전계논문 주46, 130면 이하 참조.

77) 중국 중재법 제34조.



한다고 규정하고 있다.<sup>78)</sup> 원고는 중재인 중 한 명이 중재절차가 진행되고 있는 동안에 중재절차의 한 당사자와 사적인 만남을 가졌으며 사적인 향응의 초대를 수락하였다고 주장하면서, 중국 중재법과 CIETAC 중재규칙에 따라서 문제의 중재인은 대체되었어야 함에도 불구하고, 중재판정부에 대체되었어야 할 중재인이 여전히 포함되어있기 때문에 중재판정부의 구성이 중국 중재법과 CIETAC 중재규칙에 위반하였다고 주장하였다. 법원은 원고가 문제의 중재인이 사적인 만남을 가졌고, 향응의 초대에 응하였다는 사실을 충분히 증명하지 못했다고 판시한 후, 중국 중재법 제260조 제1항 제3호에서 규정된 취소사유가 존재하지 않는다고 판시하였다.

이 사건에서 사실에 관한 중국 법원의 판단은 타당하다고 할 수 있다. 그러나 법원은 적용 법규의 확정에서 오류를 범한 것으로 보인다. 사건 내용을 살펴볼 때, 이 사건은 외국 당사자가 포함되지 않은 순수한 국내 사건이기 때문에 법원은 중국 민사소송법 제260조 제1항 제3호가 아닌 중재법 제58조 제3호를 적용했어야 했을 것이다.

국제중재판정에서 중재규칙의 위반 여부가 쟁점으로 된 사례로는 Anhui International Information Research Institute of Huaxia Research Institute v. Hefei Municipal Middle City Real Estate Development Company & Bengbu Cigarette Factory 사건이<sup>79)</sup> 있다. 이 사건에서 상해 제2중급인민법원(Shanghai No.2 Intermediate People's Court)은 CIETAC이 내린 중재판정을 취소하였다. 이 사건에서 중국 기업인 Anhui, Hefei 및 Huitong과 홍콩 기업인 Xuanjia 등 4당사자는 부동산개발사업을 위한 합작투자계약(joint venture contract)을 체결했다. 이 합작투자계약은 관계 당국의 승인을 받았고,<sup>80)</sup> 합작투자는 공식적으로 성립되었다. 이어서 이들 합작투자 당사자들은 또 다른 중국 기업인 Bengbu와 부속계약을 체결하였

78) 윤진기, 전계서 주9, 153-157면.

79) Shanghai No. 2 Intermediate People's Court's Civil Decision, [(2000) hu'erzhongjingchuzi No. 47].

80) 중국에서 합작투자계약은 관계 당국의 승인을 받아야 하며, 승인을 얻지 못한 합작투자계약은 무효이다.

는데, 이 부속계약에 의해서 Bengbu는 합작투자의 당사자가 되었다. 그런데 이들 5당사자간 부속계약은 관계 당국에 보고되거나 그 승인을 받는 등 아무런 법적 절차를 거치지 않았다. 계약체결 후 모두 중국 기업인 Anhui, Bengbu 및 Hefei간에 합작투자자와 관련한 투자지분 및 사업집행과 관련해서 분쟁이 발생하였고, Anhui는 합작투자계약의 중재조항에 따라 CIETAC에 중재를 신청하였다. 이 중재신청에서 Anhui는 Hefei가 계약위반에 따른 손해금액 1백만 위안을 Anhui에게 지급할 것과 Hefei와 Bengbu가 계약위반에 따른 손해금액 2십만 위안을 지급할 것을 주장하였다. 이에 대해서 Hefei는 합작투자계약이 종료되어야 한다는 반대주장을 하였다. 중재판정부는 다음과 같이 사실관계를 확정하였다. 첫째, 당사자간 부속계약은 관계 당국에 보고되지 않았고, 그 승인도 받지 않았기 때문에 무효이다. 따라서 부속계약은 구속력을 갖지 않고, 따라서 Bengbu는 이 사건의 당사자가 아니다. 둘째, Bengbu를 제외한 다른 당사자들은 계약에 따른 자금투자를 제대로 하지 않았다. 셋째, 관련 법에 따라 합작투자계약은 종료되어야 하는바, 합작투자계약은 청산을 위한 성문법적 요건을 충족하였다. 중재판정부는 이러한 사실발견을 토대로 합작투자계약은 종료되어야 하고, 합작투자는 법에 정한 바에 따라 청산되어야 한다고 판정하면서, Anhui의 주장을 모두 배척하였다. Anhui는 문제의 중재판정이 CIETAC 중재규칙을 위반하였다는 이유로 중재판정의 취소를 구하는 소를 상해 제2중급인민법원에 제기하였다. 이 사건에서 Hefei는 합작투자계약을 종료하기로 한 중재판정은 이 사건의 실체(substance)적 사안에 관한 것이고, 민사소송법 제260조 제1항에 따라서 국제중재판정에 관해서 법원은 중재판정의 절차적 문제만 심사할 수 있을 뿐 그 본안을 심사할 수는 없는바, 문제의 중재판정과 관련된 부분이 절차법적 하자의 문제가 아니기 때문에 중재판정의 취소는 허용되어서는 안된다고 주장하였다.

상해 제2중급인민법원은 다음과 같이 사실판단하였다. 즉 중재절차에서 합작투자계약의 종료를 구하는 Hefei의 반대주장은 중재 당사자

인 Anhui와 Hefei에 관련된 문제일 뿐 아니라, 합작투자계약의 다른 당사자로서 중재의 당사자는 아닌 Huitong과 (홍콩 기업인) Xuanjia에 계도 직접적으로 관련된 문제이다. CIETAC 1998년 중재규칙에 따르면 중재판정부는 위임받은 심의사안인 Anhui와 Hefei가 계약을 이행했는지 여부만을 판정할 수 있을 뿐, Huitong과 Xuanjia가 계약을 이행했는지 여부에 대해서는 판정할 권한을 갖지 않는다. 합작투자계약을 종료하도록 한 중재판정은 Huitong과 Xuanjia의 실질적 권리와 의무에 직접적 영향을 미친 것이고, 따라서 문제의 중재판정은 중재의 당사자가 아닌 다른 당사자의 법적 이해를 침해한 것이기 때문에 중재절차에 하자가 있었다고 볼 수밖에 없다. 법원은 이러한 사실판단에 근거해서 중국 중재법 제70조와 민사소송법 제260조 제1항 제3호에 의해서 중재판정의 취소를 명령하였다. 생각건대 당사자와 법원은 이 사안을 CIETAC 중재규칙에 위반함으로써 중재절차에 하자가 있는 경우로서 이해하고 있으나, 후술하는 바의 중재판정부가 위임받은 심의범위를 유일한 문제로도 볼 수 있을 것이다.

#### 4. 중재판정부의 위임받은 심의범위를 넘는 중재판정

중국 민사소송법은 제260조 제1항 제4호에서 국제중재판정의 취소 사유를 규정하고 있는 바, 중재인이나 중재기관이 심의범위 또는 중재 관할을 넘어서 중재판정을 내렸을 때 법원은 그 중재판정을 취소할 수 있다.<sup>81)</sup> 당사자는 중재합의에서 중재에 위임한 내용 및 범위를 확정하고,<sup>82)</sup> 중재판정부는 당사자가 합의한 부분에 한하여 중재판정을 내릴 수 있을 뿐이다. 위임받은 심의범위를 넘는 부분에 대해서 중재판정부는 중재관할을 갖지 못하기 때문에 위임받지 않은 사항에 대해서 중재

81) 국내중재판정이 그 심의범위를 넘는 경우에 대해서는 중국 중재법 제58조 제2호가 같은 내용의 규정을 하고 있다.

82) 중국 중재법 제16조.

판정을 하였을 때에는 위임되지 않은 부분에 대한 중재판정 부분은 당연히 취소되어야 할 것이다.

중재판할과 관련한 사례로는 *Beijing City You'anmen Hotel v. Yong Jisheng* 사건이<sup>83)</sup> 있다. 이 사건에서 원고 호텔과 피고 임대인은 임대차계약을 체결하였는 바, 이 계약에 따라서 피고 임대인은 원고 호텔에게 그의 가옥을 임대하였으나 원고가 차임을 지급하지 않음에 따라 임대차계약의 중재조항에 따라 북경 중재위원회(*Beijing Arbitration Commission*)에 중재를 신청하였다. 중재신청에서 피고 임대인은 원고 호텔이 연체된 차임 584,658위엔과 함께 원고 호텔이 피고 임대인의 가옥에서 퇴거하기까지의 차임도 지급해야 한다고 주장하였다. 중재판정부는 피고 임대인의 주장을 인정하는 판정을 내렸다.

원고 호텔은 북경 제2중급인민법원(*Beijing No.2 Intermediate People's Court*)에 중재판정의 취소를 구하는 소를 제기하였는바, 이 소송에서 원고 호텔은 중재판정의 취소를 구하는 이유로서 피고 임대인은 중재판정부에 연체된 차임 584,658위엔에 대해서만 중재를 신청하였을 뿐인데, 중재판정은 원고 호텔이 피고 임대인에게 연체차임 584,658위엔 뿐만 아니라 퇴거 전까지 발생한 차임도 지급할 것을 내용으로 하고 있기 때문에 중재판정부는 그에게 부여된 심의범위를 넘은 것이라고 주장하였다.

북경 제2중급인민법원은 피고 임대인의 중재신청서에 포함되어 있는 주장을 살펴 볼 때, 피고 임대인이 계약기간 내의 차임 뿐만 아니라 원고가 퇴거하기 전까지의 차임에 대해서도 지급을 요구한 것이 분명하다고 하면서 중재판정부가 중재판정을 내림에 있어서 중재조항에 의해 부여된 심의범위를 일탈한 사실이 없다고 판시하였다.

중재판정부의 심의범위에 관한 국제상사중재판정의 사례로는 *Hong*

83) *Beijing No.2 Intermediate People's Court's Civil Decision*, [(2001) *erzhongjingzhongzi* No. 289], from Li Hu, "Setting Aside An Arbitral Award in the People's Republic of China," 12 *Am. Rev. Int'l Arb.* 1 (2001),

· *Kong Company v. Shenzhen Company* 사건이<sup>84)</sup> 있다. 이 사건에서 홍콩 회사와 심천 회사는 협력계약(*cooperation contract*)과 임대차계약을 체결하였는바, 임대차계약에는 중재조항이 없었으나, 협력계약에는 이 계약에서 발생하는 모든 분쟁은 중재를 위해 CIETAC에 회부하는 것을 내용으로 하는 중재조항이 포함되어 있었다. 협력계약에 따르면 홍콩 회사와 심천 회사는 호텔 영업을 위한 회사를 설립하는 데 협력하되, 심천 회사는 용지의 사용권을 제공하고 그 대가로 계약에 따른 이익을 받지만, 영업에 따른 위험을 부담하지는 않기로 하였다. 한편 임대차계약에 따르면 심천 회사는 용지를 홍콩 회사에게 임대하고, 그에 따른 차임을 받기로 되어 있었다. 결국 협력계약과 임대차계약은 당사자 회사간에 동일한 법률관계의 조정을 내용으로 하고 있었다. 양 회사간 계약체결 후 이행 과정에서 분쟁이 발생하자, 홍콩 회사는 임대차계약에 의거해서 발생한 분쟁과 관련해서 심천 중급인민법원(*Shenzhen Immediate People's Court*)에 소를 제기하였다. 심천 회사는 협력계약이 당사자간에 분쟁이 된 부분을 규율하는 계약이기 때문에 이 계약의 중재조항에 따라 분쟁은 중재에 의해서 해결되어야 한다고 주장했다. 심천 회사의 주장과 협력계약의 중재조항에 따라 홍콩 회사는 CIETAC에 협력계약과 임대계약하에서 발생한 분쟁과 관련해서 중재를 신청하였다. 홍콩 회사의 주장과 심천 회사의 반론을 조사한 후, 중재판정부는 홍콩 회사에 유리한 중재판정을 내렸다. 그러나 심천 회사가 중재판정을 이행하지 않음에 따라 홍콩 회사는 심천 중급인민법원에 강제집행을 위한 소를 제기하였다. 이에 대해서 심천 회사는 같은 법원에 별도의 소를 제기해서 중재판정부가 임대차계약이 규율하는 부분에 대해서 중재판정을 함으로써 위임되지 아니한 부분에 대해서 중재판정을 하였기 때문에 중재판정이 취소되어야 한다고 주장하였다.

84) CIETAC Shenzhen Sub-commission's Award, [(1997) shengguozhongjiezi No. 07] and Shenzhen Intermediate People's Court's Civil Decision, [(1997) shenzhongfajing'erchuzi No. 19].

광둥지방 고등법원(Guangdong Municipal High People's Court)은 심천 중급인민법원의 요구에 따른 답변에서 문제의 중재판정이 취소되어야 한다고 판시하였다. 광둥지방 고등법원은 다음과 같이 사실판단을 하였다. 첫째, 당사자들은 협력계약에만 중재조항을 포함하였고, 임대차계약에는 중재조항을 포함하지 않았다. 이 중재는 협력계약의 중재조항에 의한 것이기 때문에 중재판정부의 중재관할 또는 심의범위는 협력계약으로부터 발생하는 분쟁으로 제한된다. 둘째, 각 당사자는 임대차계약에서 협력계약은 당사자를 구속하지 않으며, 임대차계약만이 당사자간 유일한 법적 구속력을 갖는 서류라는 데 합의하였다. 셋째, 확정된 사실에 따르면 당사자들의 이행은 임대차계약에 관한 것이지 협력계약에 관한 것이 아니기 때문에 중재판정부가 중재한 분쟁은 임대차계약으로부터 발생한 것으로 보아야 한다. 따라서 임대차계약으로부터 발생한 분쟁을 중재함으로써 중재판정부는 명백히 협력계약상 중재합의의 범위를 넘은 중재판정을 내렸다. 이러한 사실판단에 기초해서 광둥지방 고등법원은 문제의 중재판정은 취소되어야 한다고 판시하였다.

최고인민법원(Supreme People's Court)은 광둥지방 고등법원의 중재판정취소 판결에 대해서 답변하였는바, 이 답변에서 최고인민법원은 광둥지방 고등법원의 판결을 승인하였고, 심천 중급인민법원은 중국 중재법 제70조와 민사소송법 제260조 제1항 제4호 및 최고인민법원 답변에 따라 임대차계약으로부터 생긴 분쟁과 관계되는 부분의 중재판정에 대해서 취소판결을 내렸다.

이 사례에서 법원은 중재판정부가 당사자의 중재합의의 범위를 넘는 사안인 임대차계약으로부터 발생한 분쟁에 대하여 중재판정을 하였다는 이유로 문제의 중재판정을 취소하였다. 그러나 심천 회사는 홍콩 회사가 최초로 제기한 소송에서 법원은 임대차계약에 의해서 발생하는 분쟁에 관하여 재판관할이 없으며, 협력계약의 중재조항에 의거하여 중재에 의해서 분쟁이 해결되어야 한다고 서면으로 주장한 바 있다.

심천 회사의 이러한 주장 때문에 홍콩 회사는 협력계약의 중재조항에 의거하여 협력계약과 임대차계약으로부터 발생한 분쟁과 관련하여 CIETAC에 중재를 신청한 것이다. 이는 결국 당사자들이 협력계약의 중재조항을 원용함으로써 임대차계약으로 인한 분쟁을 CIETAC의 중재를 통해서 해결할 것에 사후에 서면으로 합의하였음을 의미하고, 따라서 임대차계약에서 발생한 분쟁을 중재판정부가 중재하였다고 해서 그 심위범위를 일탈한 것은 아니라고 보아야 할 것이므로 법원의 판단은 타당하지 않은 것으로 보인다. 이 사례는 중국 법원이 중재합의의 형식에 관하여 엄격한 입장을 취하고 있음을 보여준다고 할 것이다.<sup>85)</sup>

## 5. 중국 중재법상 국내중재에서 중재판정의 취소사유

### (1) 위조, 결정적 문서의 은폐 및 중재인의 부패

중국 중재법은 제58조 제4호, 제5호 및 제6호에서 국내중재판정의 취소사유로서 위조, 결정적 문서의 은폐 및 중재인의 부패를 규정하고 있다. 이 규정에 따라 중재판정이 위조된 증거에 근거하고 있거나, 상대 당사자가 중재에 영향을 줄 수 있는 문서를 제출하지 않았거나 또는 중재인이 중재절차가 진행되고 있는 동안에 뇌물을 받았을 경우 등에는 법원은 문제의 중재판정을 취소할 수 있다. 위조와 결정적 문서의 은폐는 국내중재판정의 본안, 즉 실체적 문제에 직접적인 관련을 갖고, 중재인의 부패는 중재판정의 본안 뿐만 아니라, 중재인의 윤리지침(code of ethics)과도 관련을 갖는다.<sup>86)</sup>

위조, 결정적 문서의 은폐 및 중재인의 부패는 중국 사법체제에 직접적으로 관련을 갖는 까닭에 공서 위반이 될 가능성이 높을 것이고, 따라서 위조, 결정적 문서의 은폐 및 중재인의 부패 등의 취소사유가 있는 때에는 당사자는 중국 중재법 제58조 제4항, 제5항 및 제6항에

85) Li Hu, *supra* note 68, at 14.

86) *Id.*, at 22.

근거하여 국내중재판정의 취소를 신청할 수 있을 뿐 아니라 법원은 중재법 58조 제3문 규정에 따라 공서 위반을 이유로 직권으로 중재판정을 취소할 수 있을 것이다.<sup>87)</sup>

위조, 결정적 증거의 은폐 및 중재인의 부패는 국내중재에만 적용되는 취소사유이고, 국제상사중재에 적용되는 중국 민사소송법 제260조 제1항에 열거된 취소사유에 포함되어 있지 않다. 중국 일부 학자는 국제상사중재판정의 취소사유로서 위조, 결정적 증거의 은폐 및 중재인의 부패가 포함되지 않은 데 대해서 의문을 표시하면서 이들 사유가 국제상사중재판정에 대해서도 취소사유로서 기능해야 할 것이라고 주장한다.<sup>88)</sup> 그러나 국제상사중재절차에서 위조, 결정적 증거의 은폐 및 중재인의 부패가 개재하는 경우에 중국 민사소송법 제260조 제1항이 이를 명문으로 취소사유로 규정하고 있지 않다는 이유에서 중재판정의 취소가 허용되지 않는다고 해석할 것은 아니다. 생각건대 이러한 경우에는 명문의 규정의 부재에도 불구하고 공서 위반이 있는 경우로서 법원이 직권으로 중재판정을 취소할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## (2) 사회 및 공공의 이익에 반하는 중재판정

중국 중재법은 제58조 제1문에서 국내중재판정의 취소를 구하는 당사자가 증명해야 하는 사유를 규정하고 있고 제2문에서 당사자의 신청으로 법원이 중재판정을 취소할 수 있음을 규정하는 한편, 제58조 제3문에서 법원이 직권으로 국내중재판정을 취소할 수 있는 경우를 규정하고 있다. 중국 중재법 제58조 제3문에 의하면 인민법원은 문제의 국내중재판정이 사회 및 공공이익(social and public interest), 즉 공서(public policy)에 위배된다고 판단하는 때에는 그 중재판정을 직권으로 취소할 수 있다.

87) *Id.*, at 22-23.

88) An Chen, "On the Supervision Mechanism of Chinese Arbitration Involving Foreign Elements and its Tallying with International Practices," 14 *J. Int'l Arb.* 3, 39-78 (1997).



중국 중재법 제58조 제3문의 공서조항은 위조, 결정적 증거의 은폐 및 부패 등을 취소사유로서 규정하고 있는 제58조 제1문과 함께 규정되어 있다. 앞에서 설명한 바와 같이,<sup>89)</sup> 비록 중국 중재법 제58조 제1문에 국내중재판정의 취소사유로서 적법절차의 위반이 규정되어 있지 않지만, 법원은 중국 중재법 제58조 제3문의 공서조항에 따라 직권으로 적법절차를 위반한 국내중재판정을 취소할 수 있을 것이다.

한편 국제상사중재에 관해서 중국 중재법은 제70조에서 민사소송법 제260조 제1항만을 언급하고 있을 뿐, 공서조항인 동법 제260조 제2항을 언급하지 않고 있다는 점에 주의해야 한다. 실제로 이를 이유로 일부 학자는 국제상사중재판정에 있어서 공서 위반은 취소사유가 되지 않는다고 주장한다.<sup>90)</sup> 그러나 중국 중재법이 국제상사중재판정의 취소사유로서 공서 위반을 열거하고 있지 않다고 해서 그것이 곧 공서 위반이 국제상사중재판정의 취소사유가 되지 못한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 우선 중국 민사소송법 제260조 제1항은 신청인이 증명해야 하는 취소사유에 관하여 규정하고 있을 뿐이고, 따라서 민사소송법 제260조 제1항에 공서 위반이 열거되어 있지 않다고 할지라도 법원이 직권으로 공서 위반을 이유로 국제상사중재판정을 취소하는 것이 명문으로 금지되는 것은 아니다. 중국에서 일반적인 입장은 법원은 국가 및 사회공공의 이익을 수호할 의무이자 권한을 갖고 있기 때문에 필요하다고 판단한 때에는 공서 위반을 국제상사중재판정의 취소사유로서 원용할 수 있다는 것이라고 한다.<sup>91)</sup> 생각건대 중국은 뉴욕협약에 1986년에 가입하였고,<sup>92)</sup> 따라서 중국에서 뉴욕협약은 국내법에 우선하는 효력을 갖는다고 할 것인바, 뉴욕협약 제5조 제2항은 공서 위반을 국제중재판정의 취소사유로서 명시하고 있기 때문에 중국 법원은 국제중

89) 이 논문 “IV. 중국 중재법에서 중재판정의 취소사유 2. 중재에 있어서 적법절차의 위반” 부분 참조.

90) Gao Fei, *The Theory and Practice of China Maritime Arbitration* 463 (1998).

91) Li Hu, *supra* note 68, at 25.

92) 우광명, 전제논문 주46, 129면.

재판정에 대해서 취소사유로서 공서 위반을 적용할 수 있을 것이다.

중국에서 사회 및 공공의 이익과 상충한다는 이유로 중재판정이 취소된 경우는 거의 없다.<sup>93)</sup> 이러한 사실은 중국 법원이 아주 극단적인 경우에만 사회 및 공공의 이익에 위반된다는 이유로 국제중재판정이 취소되어야 할 것이라는 점을 잘 이해하고 있고, 이러한 이해에 기초해서 사회 및 공공의 이익, 즉 공서의 개념을 엄격하게 해석하고 있다는 추측을 가능하게 한다. 국제상사중재 분야에서 최근의 경향은 국제중재판정의 집행 또는 취소와 관련된 소송에서 공서조항을 가급적 적용하지 않는 것인데,<sup>94)</sup> 아마도 이러한 추세를 반영해서 중국 중재법 제70조가 중재판정의 취소나 강제집행의 거절과 관련하여 민사소송법 제260조 제1항만을 언급하고, 제260조 제2항을 언급하지 않는 것이라고 볼 수도 있을 것이다.

## V. 결 론

이상에서 우리나라와 중국의 중재법에서 중재판정의 취소사유를 알아보고, 관련된 양국의 판례를 살펴보았다.

서론에서 지적한 바와 같이, 우리나라와 중국간 교역규모의 급격한 확대와 이에 비례한 양국간 상사분쟁 가능성의 비약적 확대를 고려할 때, 우리나라와 중국간 경제관계에서 효율적 분쟁해결수단으로서 중재의 중요성은 날로 커갈 것이고, 따라서 양국 중재법에 대한 보다 깊은 이해가 그 어느 때보다 요청된다고 할 것이다.

이 논문은 중재판정의 취소사유에 대한 정치한 분석을 의도하지 않았다. 이 논문의 주된 목적은 양국 중재법에 대한 이해를 제고하는 데 있으며, 이를 위해서 이 논문은 중재판정의 공정성을 담보하는 장치로

93) Li Hu, *supra* note 68 at 24.

94) *Id.*, at 27.

서 중재판정의 취소사유에 관해서 우리나라와 중국의 중재법의 규율내용을 개괄적으로 살펴보면, 양국 법원이 이들 규정을 어떻게 해석하고 있는지를 알아보려고 하였다. 이 논문이 소기의 목적대로 우리나라와 중국의 중재법에 대한 이해를 제고하는 데 일조하기를 기대한다.

## 참 고 문 헌

- 대한중재30년사 (대한상사중재원, 1996).
- 대한상사중재원 2006년 산업자원부 보고 자료.
- 한국무역협회 한국무역통계 (<http://kita.net/top/state>).
- 곽영실·김석철, 『국제상사중재론』 (도서출판 두남, 2004년).
- 이기수·신창섭, 『국제거래법』 제3판 (세창출판사, 2005년).
- 윤진기, 『중국중재제도』 (경남대학교출판부, 1998년).
- 김옥림, “중국의 국제상사중재제도에 대한 연구” (고려대학교 대학원 법학과 석사학위논문, 2005년 6월).
- 우광명, “중국국제경제무역중재위원회(CIETAC)의 중재규칙에 관한 연구” 중재연구 제16권 제1호 (한국중재학회, 2006년).
- 조대연, “한국중재법의 현황과 과제” 중재학회지 제12권 제2호 (한국중재학회, 2003년).
- 주기종, “중재판정의 취소와 재심여부에 관한 고찰” 법학논집 제14권 (청주대학교 법학연구소, 1998).
- Chen, An, “On the Supervision Mechanism of Chinese Arbitration Involving Foreign Elements and its Tallying with International Practices,” 14 J. Int'l Arb. 3 (1997).
- Fei, Gao, The Theory and Practice of China Maritime Arbitration (1998).
- Holtzmann, Howard M. & Joseph E. Neuhaus, A Guide To the UNCITRAL

Model Law On International Commercial Arbitration (1989).

Hu, Li, "Setting Aside an Arbitral Award in the People's Republic of China," 12 Am. Rev. Int'l Arb. 1 (2001).

Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis & Stehan M. Kroell, Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law Int'l, 2003).

Tweeddale, Andrew & Keren Tweeddale, Arbitration of Commercial Disputes (Oxford University Press, 2005).

Van den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958-Towards A Uniform Judicial Interpretation (1981).

## ABSTRACT

### A Study on Grounds for Challenging Arbitral Awards in Korea and China

Chang-Sop Shin

The obligation on a national court to recognize and enforce arbitral awards as provided in Article III New York Convention, which both Korea and China have ratified, is subject to limited exceptions. Recognition and enforcement will be refused only if the party against whom enforcement is sought can show that one of the exclusive grounds for refusal enumerated in Article V(1) New York Convention has occurred. The court may also refuse enforcement *ex officio* if the award violates that state's public policy.

This article explores the circumstances where arbitral awards may be refused enforcement under the Korean and Chinese arbitration laws. It first analyzes the relevant statutory provisions. In Korea and China, which have adopted the UNCITRAL Model law, the grounds of challenge are exhaustively defined within their respective arbitration laws. According to their arbitration laws, an arbitral award may be set aside if a party making the application proves that (i) a party to the arbitration agreement was under some incapacity or the agreement is not valid under the applicable law, (ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case, (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration or contains decisions on matters beyond the scope of the

submission to arbitration, or (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties. An arbitral award may also be set aside ex officio by the court if the court finds that (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the applicable law or (ii) the award is in conflict with the public policy.

This article then reviews relevant judicial decisions rendered in Korea and China to see how the courts in these countries have been interpreting the provisions specifying the grounds for challenging arbitral awards. It concludes that the courts in Korea and China rarely accept challenges to arbitral awards, thereby respecting the mandate of the New York Convention.

**Key Words :** International Commercial Arbitration, Arbitrability, Arbitral Awards, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, Setting Aside Arbitral Awards