

국제상사중재판정의 준거법선택에 있어서
당사자자치의 원칙
- 당사자에 의한 lex mercatoria의 선택과 준거법 분할지정의
가능여부를 중심으로 -

The Party's Autonomy Principle on the Choice of the Applicable law
to International Commercial Arbitral Awards
- Focus on the Choice of the Lex Mercatoria and the Possibility of
Dépeçage by the Party -

오 석 응*
Seog-Ung O

〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. 국제상사중재와 당사자자치의 원칙
- III. 당사자에 의한 준거법선택과 lex mercatoria
- IV. 준거법의 분할지정(dépeçage)
- V. 결 론

주제어 : 국제상사중재판정, 준거법, 당사자자치의 원칙, 상인법, 준거법의 분할지정

* 원광대학교 법과대학 전임강사

I. 서론

당사자자치의 원칙(*party's autonomy principle; Prinzip der Parteiautonomie*)이란 당사자의 의사를 채권적 법률행위의 성립과 효력에 관하여 국제사법상의 연결점으로 인정하는 것, 즉 채권법상의 계약의 성립과 효력의 준거법결정에 관하여 당사자의 명시, 또는 묵시적인 지정을 허용하는 원칙이다.¹⁾ 이러한 원칙은 국제상사중재에 있어서도 일반적으로 인정되고 있다. 이것은 중재제도가 당사자의 합의에 의한 사적 분쟁해결수단이라는 점에 근거한 것으로서 국제중재계약도 기본적으로 국제사법상의 계약이고, 국제사법상의 계약으로 보는 이상 당사자자치의 원칙에 따르는 것이 국제중재의 국제적 통일성과 보편성의 이념에 맞기 때문이다.²⁾ 따라서 국제상사중재에 있어서 준거법의 지정은 당사자자치에 의한 합의를 제1의 이념으로 하고 있다. 즉 국제거래분쟁을 중재에 의하여 해결하려는 당사자는 중재계약과 함께 이에 적용할 준거법을 우선 선택하는 것이 일반적이며, 분쟁의 실체에 적용할 준거법에 관한 당사자의 합의가 존재하는 경우에는, 중재판정부는 이에 따라 중재판정을 내려야 한다.

본고는 국제상사중재판정의 준거법 지정에 있어서 당사자자치의 원칙을 규정한 중재법 제29조 제1항을 검토대상으로 하였다.

중재판정의 준거법은 중재판정부가 당해분쟁에 대한 최종적인 판정을 내리기 위하여 적용하는 법을 말한다.³⁾ 이는 중재에 적용될 절차법(중재절차의 준거법)과는 구별되는 개념이며, 특히 국제중재에서는 중재판정부가 실체에 적용할 준거법을 의미하는 국제사법상의 개념이다. 일반적으로 국제상사중재에 있어서 당사자들은 분쟁의 실체에 적용될 법을 자율적으로 선택할 수 있고, 이렇게 선택된 법이 무엇보다도 분쟁의 해결에 우선적으로 적용된다. 이는 당사자자치를 제1의 이념으로 하는 중재제도의 본질상 당연한 귀결이며, “UN국제거래법위원회(*United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL*)⁴⁾”의 “모델중재법(*UNCITRAL Model Law on International Commercial*

1) 국제사법상 준거법결정은 일반적으로 어떠한 연결요소를 매개로 하여 이루어지는데, 그 결정원칙은 다음과 같이 정해진다. 첫째, 당사자간에 준거법에 대한 명시적 합의가 있는 경우에는 이를 우선 적용한다. 둘째, 명시적 합의가 없는 경우에는 거래의 모든 사정을 합리적으로 고려하여 당사자의 묵시적 의사를 탐구함으로써 준거법을 결정한다. 당사자의 묵시적 의사를 탐구함에 있어서는 계약유형, 내용, 성질, 계약당사자, 계약목적물, 특정국가의 재판 또는 중재합의(*arbitration agreement*) 등 각종의 주관적, 객관적 사정을 종합적으로 고려하여야 한다. 셋째, 앞의 두 가지 방법이 여의치 못한 경우에는 당해계약과 가장 밀접한 관계를 가지는 연결요소를 찾아 그 소재지법을 준거법으로 결정한다.

2) 윤종진·박상조·주기중, 「국제상사중재법론」, 한울출판사, 1997, 359면.

3) 이하에서는 「중재판정의 준거법」 또는 「분쟁의 실체에 적용할 법」이라 한다.

4) UN국제거래법위원회(UNCITRAL)는 국제거래관계법의 점진적 조화 및 통일을 목적으로 1966년 제21차 UN총회에서 설립되었으며, 기존의 무역관계기구들 사이의 관계촉진과 무역법규와 중재법규의 통일입법 및 표준화사업에 깊이 관여하고 있다. 그 결과 UNCITRAL은 1976년 4월 28일 UNCITRAL중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules) 및 1985년 6월 21일에 UNCITRAL모델법을 각각 공식 채택함과 동시에 당해 연도 UN총회의 결의로 동 법규의 이용을

Arbitration)”)5)을 비롯한 각국의 중재법 및 중재규칙은 공통적으로 중재판정의 준거법 선택에 있어서 당사자자치를 제1의 원칙으로 하고 있다.6) 모델법을 수용한 우리나라 중재법 7)도 제29조 제1항 제1문에서 “중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다”고 규정하여 당사자자치의 원칙을 따르고 있다.8)

문제가 되는 것은 당사자자치 즉, 당사자에 의한 법선택의 범위를 어디까지 허용할 수 있는가 하는 점이다. 이와 관련하여 우리나라 중재법 제29조 제1항은 중재판정의 준거법은 반드시 특정국가의 실체법에 한하는가라는 문제와, 당사자자치와 관련하여 국제사법상 인정되고 있는 준거법의 분할지정(dépeçage)을 국제상사중재에도 허용될 수 있는가 하는 점에 있어서 해석상의 의문을 남기고 있다. 따라서 이하에서는 이 두 가지 논점을 중심으로 당사자자치에 의한 법선택을 규정한 우리나라 중재법 제29조 제1항의 해석기준을 모델법과 독일법의 해석론과 비교하여 검토해 보고자 한다.

II. 국제상사중재와 당사자자치의 원칙

오늘날 대부분의 국제거래계약에 있어서는 그것으로부터 야기되는 법적 분쟁을 해결하기 위해 국제사법이라는 채널을 통하여 특정국가의 법을 적용하든지, 또는 중립적이고도 예측 가능한 기준을 확보하기 위하여 미리 국제계약서속에 준거법조항을 두는 경우가 많다.

9) 이러한 원칙은 국제상사중재에 있어서도 그대로 적용된다. 따라서 국제거래분쟁을 중재

권장하였다.

- 5) 이하「모델법」이라 약칭한다.
- 6) 모델법 제28조 제1항; 독일 민사소송법 제1051조 제1항; 프랑스 신민사소송법(NCPC) 제1496조; 스위스 국제사법 제187조 제1항; ICC 중재규칙 제17조 제1항.
- 7) 한국 중재법은 1966년 3월 16일 제정·공포(법률 제1767호)된 후, 1973년 2월 17일 부분개정(법률 제2537호)을 거쳐 1999년 12월 31일에는 UN의 모델법을 수용한 전면개정(법률 6083호)이 이루어 졌다. 개정중재법에 관하여는 장문철, “개정중재법 해설”, 「인권과 정의」, 2004년 4월호, 대한변호사협회, 2004, 99면 이하; 이호원, “개정중재법에 관한 소고”, 「중재」, 2001년 겨울호(302호), 대한상사중재원, 2001, 5면 이하; 하용득, “중재법의 개정경과 및 주요내용”, 「중재」, 2000년 봄호(295호), 대한상사중재원, 2000, 6면 이하; 석광현, “개정중재법의 몇 가지 문제점”, 「국제사법과 국제소송」 제3권, 박영사, 2002, 471면 이하 참조.
- 8) 분쟁의 실체에 적용될 준거법결정에 관하여 구중재법은 명문의 규정이 없었으나 1999년의 개정중재법은 이를 신설하였다. 이는 기본적으로 UN의 모델법을 수용한 것으로서 독일 민사소송법 중재편 제1051조와도 그 내용을 같이 한다. 분쟁의 실체에 적용할 법을 결정함에 있어 개정 중재법 제29조 1항은 중재판정부로 하여금 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내리도록 하고(동조 제1항), 당사자에 의한 준거법의 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 실질법을 지정하도록 규정하고 있다(동조 제2항). 또한 당사자들이 명시적으로 권한을 부여하는 경우에는 형평과 선(Billigkeit; ex aequo et bono)에 따라 판정할 수 있게 하고 있다(동조 3항). 나아가 동조 제4항에서는 중재판정부는 계약에서 정한 바에 따라 판단하고 해당 거래에 적용될 수 있는 상관습을 고려하여야 한다고 규정하고 있다.
- 9) 국제계약에서 준거법조항은 보통 “The formation, validity, construction and performance of this agreement shall be governed by the law of Korea”(이 계약의 성립, 유효성, 해석, 및 이행은 한국법에 의하여야 한다)라는 식으로 규정한다.

에 의하여 해결하려는 당사자는 중재계약과 함께 중재절차 및 분쟁의 실체에 적용할 준거법을 우선 선택하는 것이 일반적이다.

중재절차와 중재판정의 준거법에 관한 당사자의 합의가 존재하는 경우에는, 중재판정부는 이에 따라 중재절차를 진행하고 중재판정을 내려야 하기 때문에 각국의 법률체계상의 차이에 따른 준거법선택의 어려움을 극복할 수 있게 된다. 물론 당사자의 합의가 존재하지 않는 경우에는 중재판정부가 선택한 준거법에 의하여 중재절차가 진행되고 중재판정이 내려지지만, 이는 당사자의 의도와는 다른 준거법에 의할 수도 있으므로 결국은 당사자가 지정한 준거법에 의하여 하는 것이 이상적이라고 할 수 있다.

이하에서는 우선 국제사법상 당사자자치의 원칙에 대한 일반이론과 국제상사중재의 준거법선택에 있어서 당사자자치의 원칙을 규정한 국제협약과 각국의 중재법 및 중재규칙에 대해 간략히 설명하고자 한다.

1. 국제사법상 당사자자치의 원칙

(1) 당사자자치원칙의 개념

국제사법상 당사자자치의 원칙(*party's autonomy principle; Prinzip der Parteiautonomie*)이란 당사자의 의사를 준거법선택에 있어서 국제사법상의 연결점으로 인정하는 원칙이다. 즉 국제계약의 성립과 효력의 준거법경정에 관하여 당사자의 명시적 또는 묵시적 법 지정을 허용하는 것을 말한다. 따라서 국제채권계약은 일차적으로 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다. 통상 당사자가 일정한 법률관계에 대하여 다른 국가의 법률을 적용하고자 할 때에는 두 가지의 경우가 있다. 하나는 당사자가 특정국의 실질법상 인정되고 있는 계약자유 원칙에 기하여 계약내용을 스스로 결정하는 대신 어떤 외국법을 지정하는 경우이고, 다른 하나는 당사자가 국제사법상 인정되고 있는 당사자자치의 원칙에 기하여 어떤 외국법을 준거법으로 지정하는 경우이다. 전자를 외국법의 '실질법적 지정(*Matereillrechtliche Verweisung*)'이라 하고, 후자를 외국법의 '저촉법적 지정(*Kollisionsrechtliche Verweisung*)'이라 한다. 즉 국제사법에 있어서 당사자자치의 원칙은 저촉법상 당사자지정을 인정하는 것이며 실질법적지정은 준거실질법에 있어서 계약자유 원칙의 한 형태에 불과한 것이다.¹⁰⁾

원래 국제사법상 당사자자치의 원칙은 16세기 부부재산계약에 관한 북부와 남부프랑스의 법 사이에서 발생하는 저촉문제를 해결하기 위하여 제기된 것이었으나, 점차 다른 법 영역에까지 적용이 확대되는 과정에 이르게 되었다. 현재는 국제채권법과 국제거래관계에

10) 저촉법적 지정과 실질법적 지정의 개념에 관하여 상세한 것은 석광현, "국제사법의 준거법에 관한 몇 가지 논점", 「국제사법과 국제소송」 제1권, 박영사, 2002, 8면 이하 참조.

있어서 중요한 원칙이 되고 있으며, 국제조약이나 최근 각국의 입법도 이 원칙을 채택하고 있다.¹¹⁾ 우리나라 국제사법¹²⁾ 제25조 제1항도 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다.”라고 규정하여 채권적 법률행위의 준거법결정에 있어서의 당사자자치의 원칙을 인정하고 있으며, 일부 제한적이기는 하지만 부부재산제(동법 제38조), 상속(동법 제49조), 법정채권에 있어서 준거법의 사후적 합의(동법 제33조) 등에서도 당사자자치의 원칙을 채용하고 있다.¹³⁾ 이처럼 국제계약에 있어서 당사자자치의 원칙이 인정되고 있는 것은 국제계약의 다양성을 감안할 때 계약과 특별히 관계가 있는 객관적인 연결점을 결정하기가 곤란하고, 따라서 당사자에 의한 법선택으로 준거법에 대한 예측가능성과 확실성을 확보할 수 있기 때문이다.

(2) 우리나라 국제사법상 당사자자치의 원칙

우리나라 국제사법 제25조 제1항은 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다.”라고 규정하여 채권적 법률행위의 준거법결정에 있어서의 당사자자치의 원칙을 인정하고 있다. 국제채권계약에 있어서 당사자자치의 원칙이 적용되기 위해서는 당사자간의 명시적 또는 묵시적인 준거법 지정이 전제되어야 한다. 다만, 묵시적인 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다(국제사법 제25조 제1항 단서). ‘그 밖의 모든 사정’으로는 특정한 표준계약조항의 사용, 재판관할 합의 및 중재계약, 계속적 거래관계에 있는 당사자간에 있어 종전계약의 준거법뿐만 아니라 당사자의 국적, 상거소 등도 고려할 수 있을 것이다.¹⁴⁾ 이는 묵시적인 선택이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위한 것으로, 당사자간에 묵시적 합의가 있었는지 여부는 상항으로 판단하여야 할 사항이며, 당해계약의 기초가 되는 사실과 법적용에 관한 당사자의 합의를 추정하게 하는 모든 사실을 참작하여야 한다. 예컨대 당사자가 특정국을 재판관할지로 합의한 경우에는 특별한 사유가 없는 한 그 국가의 법에 의한다는 묵시적 의사를 추정해 낼 수 있을 것이다.¹⁵⁾ 또한 묵시적 합의의 적용에 제한적 요소는 그것이 선의적이

11) 국제동산매매에 관한 준거법 협약 제2조; 계약채무의 준거법에 관한 EC협약 제3조; 독일 민법시행법 제27조; 스위스 국제사법 제116조; 오스트리아 국제사법 제35조 등.

12) 우리나라 국제사법(섭외사법)은 1962년 1월 15일 제정·공포(법률 제966호)된 후, 2001년 3월 8일 개정안이 국회를 통과하여 2001년 4월 7일(법률 6465호)자로 공포·시행되고 있다.

13) 법무부, 「국제사법해설」, 2001 참조.

14) 법무부, 「국제사법해설」, 90면.

15) 이에 비하여 국제중재에 있어서도 중재지의 선정으로부터 그 국가의 법에 의한다는 묵시적 의사를 추정해 낼 수 있는 가에 대해서는 이를 부정하는 것이 최근의 경향이다. 왜냐하면 오늘날 중재지는 반드시 그곳의 실질법이나 국제사법을 적용하기 위해서 정해지는 것이 아니라 당사자들이 중립적인 장소를 원하기 때문에 선택되는 경우가 대부분이기 때문이다. 즉 당사자들은 중재지로 분쟁의 대상과 직접 관련이 없는 중립적인 제3의 국가를 지정하는 경우가 빈번하므로, 국제중재법정은 중재지와 거의 법적관계를 갖지 않는 경우가 많다. Klaus P. Berger, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: verfahrens- and materielle rechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze and Schiedspraxis*, Köln/Berlin/New York 1991, S. 361; K. Boele-Wölkli, “Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge”, *IPRax* 1996;

고 하자 없는 유효한 것이어야 하며, 당사자가 선택한 준거법이 공서양속에 반하는 경우에는 그 적용이 명백히 제한된다.¹⁶⁾

한편 당사자가 선택할 수 있는 규범이 반드시 특정국가의 국내법이어야 하는가 아니면 상인법(*lex mercatoria*)과 같은 비국가적 법체계일 수도 있는가 대해 국제사법은 명문의 규정을 두고 있지 않고 학설과 판례에 맡기고 있다. 다만 오늘날 *lex mercatoria*의 법규성이 널리 인정되고 있고, 아래에서 보는 바와 같이 국제상사중재의 경우는 당사자에 의한 *lex mercatoria*의 합의가 일반적으로 승인되고 있음을 볼 때, 국제사법에 있어서도 이에 대해서는 앞으로 보다 전향적인 입법이나 해석이 이루어 질 것으로 보인다.¹⁷⁾

그리고 당사자에 의한 준거법선택의 범위와 관련하여 국제사법 제25조 제2항은 “당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다”고 규정하여 이른바 준거법의 분할지정(*dépeçage*)을 명시하고 있으며, 동조 제3항은 “당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 제26조의 규정에 의한 준거법을 변경할 수 있다. 다만, 계약체결 후 이루어진 준거법의 변경은 계약방식의 유효성과 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니 한다.”고 규정하여 준거법의 사후적 변경을 허용하고 있다.¹⁸⁾

2. 국제상사중재에 있어서 준거법선택과 당사자자치의 원칙

국제상사중재에 있어서 준거법문제는 우선 중재합의의 성립과 유효성여부 중재합의의 방식 등에 대한 판단기준으로서의 준거법(중재합의 또는 중재계약의 준거법) 및 중재절차 자체를 규율하는 법으로서의 준거법(중재절차의 준거법)¹⁹⁾, 그리고 분쟁의 실체에 적용될 준거법(중재판정의 준거법)으로 나누어 파악할 수 있다.

중재합의의 준거법에 관하여는 통상 중재합의의 준거법을 명시하지 않는 경우가 대부분

Otto Sandrock, “Welches Kollisionsrecht hat ein internationales Schiedsgericht anzuwenden”, RIW 1992, S. 787.

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

17) 석광현, “국제사법의 준거법에 관한 몇 가지 논점” 17면은 주관적 준거법에 관하여는 국제사법 제25조 제1항이 당사자에 의해 선택된 법이라고 규정하고 있는데 반해 객관적 준거법에 관하여는 동조 제2항이 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라고 규정하여 후자의 경우 ‘국가의 법’임을 명시하는 점을 들어 문면상으로 객관적 준거법의 경우는 어느 국가의 법이어야 하나, 주관적 준거법의 경우에는 견해가 나눌 수 있을 것으로 보고 있다.

18) 국제사법의 개정전 법률인 설외사법은 제9조에서 당사자에 의한 법선택의 원칙을 채택하고 있었으나 준거법의 분열이나 준거법의 사후적 변경 등 당사자자치와 관련된 논점들에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 않아 해석상 논란이 많았다. 그리하여 개정 국제사법은 이에 관한 명시적 규정을 두었다. 법무부, 「국제사법해설」, 89면 이하.

19) 통상 중재절차법에 의하여 규율될 수 있는 문제들은 당사자간의 합의가 없는 경우에 있어서 중재판정부의 임명과 기피에 관한 문제, 중재판정부의 의무와 권한, 그리고 의무를 위반하였을 때의 구제방법, 임시적 처분의 가능성, 법원의 절차적 구제방법, 중재판정에 대한 불복 등이 될 수 있다. 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, 84면.

이지만 중재합의의 준거법도 당사자들의 합의로 지정할 수 있음은 당연하며, 이러한 원칙을 부인하는 입법례는 없다.²⁰⁾ 1958년 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)²¹⁾” 제5조 제1항 a호는 중재판정의 승인과 집행의 거부사유로서 중재합의의 당사자가 지정한 준거법 또는 그 지정이 없는 경우에는 중재판정이 내려진 국가의 법에 의하여 유효하지 않은 경우를 들고 있으며, 우리나라 중재법도 중재판정 취소사유의 하나로서 제36조 제2항 제1호가목에서 “중재합의의 당사자가 그 준거법에 의하여 중재합의 당시 무능력자이었던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 의하여 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 의한다”라고 규정하여 중재합의의 유효성에 대해 1차적으로 당사자의 자치를 인정하고 있다.

그리고 중재절차의 준거법에 관하여도 국제거래분쟁의 당사자는 중재에 의한 분쟁해결에 합의하면서 동시에 중재절차에 대하여도 합의할 수 있다. 즉 중재절차는 원칙적으로 당사자가 중재계약에서 정한 방법과 절차에 따라 진행된다. 다만 중재지법은 통상 중재절차에 있어서 강행적 요건을 규정하는바, 중재절차의 준거법 결정에 있어서 당사자 자치의 원칙은 중재지법에 의해 제한될 수 있다. 이러한 원칙은 오늘날 모델법을 비롯한 거의 대부분의 국제중재규칙이나 국제협약 및 국내법에서 인정되고 있다.²²⁾ 즉 뉴욕협약 제5조 제1항 d호는 중재판정의 승인과 집행의 거부사유로서 중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의와 합치되지 아니 하거나, 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재를 행하는 국가법령에 합치하지 아니하는 경우를 들고 있으며, 우리나라 중재법 제20조 제1항도 “이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 한 당사자들은 중재절차에 관하여 합의할 수 있다”고 규정하여 당사자자치에 의한 준거법선택을 인정하고 있다.²³⁾ 중재절차에 있어서 당사자자치에는 중재절차의 진행과 관련하여 자체의 개별적인 내용을 합의할 수 있는 자유, 특정 상설국제중재기관의 절차규칙, 예컨대 국제상업회의소(International Chamber of Commerce : ICC)²⁴⁾의 중재규칙이나 UNCITRAL 중재규칙을 합의할 수 있는 자유 및 결정된 절차규칙을 변경할 수 있는 자유까지도 포함된다.

중재판정의 준거법에 대하여도 오늘날 모델법을 비롯한 거의 대부분의 국제협약이나 국내법들은 우선적으로 당사자에 의한 선택된 법을 적용하도록 규정하여 당사자자치의 원칙

20) 중재합의의 준거법에 관하여 상세한 것은 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법결정에 관한 연구”, 『중재연구』 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005, 197면 이하 참조.

21) 이하 「뉴욕협약」이라 약칭한다.

22) 뉴욕협약 제5조 제1항 d호; 모델법 제19조 제1항; 독일 민사소송법 제1042조; 프랑스 신민사소송법 제1494조; 우리나라 중재법 제20조 제1항.

23) 즉 우리나라 중재법은 제2조 제1항에서 “이 법은 제21조의 규정에 의한 중재지가 대한민국의 안인 경우에 적용한다”라고 규정하여 중재법의 적용범위에 관하여 모델법 제1조 제2항과 같이 이른바 영토주의를 채택하고 있는바, 대한민국을 중재지로 하는 경우 우리나라의 중재법은 중재절차에 있어서 강행적으로 적용되며, 당사자들이 이를 위반한 경우에는 그 중재판정이 취소될 수 있다.

24) 이하 「ICC」라 약칭한다.

을 천명하고 있다.²⁵⁾ 모델법 제28조의 규정을 수용한 우리나라 중재법 제29조도 분쟁의 실체에 적용될 법에 관하여 제1항에서 “중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다. 특정 국가의 법 또는 법체계가 지정된 경우에 달리 명시되지 아니하는 한 그 국가의 섭외사법이 아닌 분쟁의 실체에 적용될 법을 지정한 것으로 본다.”고 규정하여 당사자자치에 의한 준거법선택을 원칙으로 하고 있다.

이와 같이 국제사법상의 당사자자치의 원칙은 국제상사중재에 있어서도 일반적으로 인정된다. 이는 중재제도의 본질상 당연한 귀결이라 할 수 있다. 왜냐하면 중재제도는 당사자자치를 제1의 이념으로 하고 있고, 그러한 당사자자치의 원칙에는 준거법선택의 자유도 포함되어 있기 때문이다. 따라서 중재계약을 포함한 당사자간의 계약에 중재절차와 중재판정에 적용될 준거법에 관하여 당사자의 합의가 있는 경우 중재인들은 이를 우선적으로 적용해야 한다는 점에는 이론이 있을 수 없다.

Ⅲ. 당사자에 의한 준거법선택과 *lex mercatoria*

1. 중재법 제29조 제1항

중재판정의 준거법에 관하여 우리나라 중재법 제29조 제1항은 “중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다. 특정 국가의 법 또는 법체계가 지정된 경우에 달리 명시되지 아니하는 한 그 국가의 섭외사법이 아닌 분쟁의 실체에 적용될 법을 지정한 것으로 본다.”고 규정하여 당사자자치에 의한 준거법선택을 원칙으로 하고 있다.

당사자는 우선 분쟁의 실체에 적용할 준거법으로서 특정국의 국내법을 지정할 수 있다. 즉 당사자는 당사자의 국내법을 선택하거나 제3국의 법을 선택할 수도 있다. 이때 당사자들은 당사자 또는 당해 분쟁과 아무런 실질적 관련이 없는 중립적인 법을 지정할 수 있다. 또한 당사자들의 준거법지정은 명시적 뿐만 아니라 묵시적으로도 이루어 질 수 있다.²⁶⁾ 다만 묵시적 지정의 경우, 당사자간에 묵시적 합의가 있었는지 여부는 상황으로 판단하여야 할 사항이며, 당해계약의 기초가 되는 사실과 법적용에 관한 당사자의 합의를 추정하게 하는 모든 사실을 참작하여야 한다.²⁷⁾

25) 모델법 제28조 제1항; 독일 민사소송법 제1051조 제1항; 프랑스新民사소송법 제1496조; 스위스 국제사법 제187조 제1항; 우리나라 중재법 제29조 제1항; ICC 중재규칙 제17조 제1항; UNCITRAL 중재규칙 제33조 제1항.

26) 당사자의 묵시적 선택을 명시적으로 규정한 우리나라 국제사법 제25조 제1항과 달리 중재법은 이에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않으나 묵시적 법 지정을 허용할 수 있다고 해석하는 것이 타당하리라 본다. 참고로 국제사법의 개정 전 법률인 섭외사법에서도 묵시적 선택에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않았으나, 섭외사법 제9조의 당사자의 법선택은 명시적 선택뿐만 아니라 묵시적 선택도 허용된다고 해석되었다.

이때 당사자에 의해 선택된 법은 달리 명시되지 아니하는 한 그 국가의 섭외사법이 아닌 분쟁의 실체에 적용될 법을 지정한 것으로 봄으로(제29조 제1항 2문), 당사자들은 그 국가의 저촉법규정이 아닌 실체법을 직접 지정할 수 있다. 이는 반정(renvoi)을 배제하기 위한 것이다. 다만 당사자들은 명시적으로 특정국가의 국제사법을 적용하도록 합의할 수 있다.²⁸⁾ 이때에는 그 국가의 저촉법적규정에 의하여 적용되는 준거법이 적용되어야 한다. 문제가 되는 것은 당사자가 지정하는 법이 반드시 특정국가의 법체계이어야 하는가 하는 점이다.

2. lex mercatoria의 개념과 내용

오늘날 국제거래에 있어서 이른바 ‘lex mercatoria(상인법)’의 개념과 내용 그리고 그 범위에 대하여 아직 통일적으로 정의된 것은 없다. 다만 ICC의 중재원은 「Compania Valencia de Cementos Portland v. Société Primary Coal Inc. 판결」²⁹⁾에서 lex mercatoria를 “국제거래의 실무 특히 국제중재의 실무에서 승인되고 각국 법원의 판결을 통해 법규범으로 인정된 국제거래규범의 총체”라고 정의하고 있다. 즉 ICC의 판결에 의하면 lex mercatoria는 국제거래관계에 적용될 통일적이고 체계화된 규범이라고 이해할 수 있다. 이러한 lex mercatoria에는 통일법을 창설하는 국제조약, 국제기구가 제정한 규칙이나 원칙 등이 포함된다.³⁰⁾ 통일법을 창설하는 국제조약의 대표적인 예로는 1980년의 국제물품매매 계약에 관한 UN협약³¹⁾이나 1924년의 선하증권에 관한 헤이그협약, 1988년의 UN어음협약 등을 들 수 있으며, 국제기구가 제정한 통일규칙³²⁾이나 원칙으로는 ICC가 제정한 “신용장통일규칙이나(UCP)”, “정형거래조건의 해석에 관한 국제규칙(INCOTERMS)”³³⁾, “사법

27) 우리나라 국제사법 제25조 제1항 단서에서도 묵시적인 선택은 계약내용 그 밖의 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다고 규정하고 있는데, 이러한 제한은 국제상사중재판정의 경우에도 타당하다고 본다.

28) 이는 독일법(민사소송법 제1051조 제1항)의 해석상으로도 마찬가지이다. Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts - 13. Wahlperiode (BT-Drucks. 13/5274), S. 52; Jens-Pete Lachmann/Wolfgang König, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Köln 1998, Rn. 440.

29) ICC 중재판정 5953/88 「Compania Valencia de Cementos Portland v. Société Primary Coal Inc.」 (Rev. arb. 1990, p. 701 이하); Klaus P. Berger, “Lex Mercatoria in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit”: Der Fall “Compania Valencia”, IPRax 1993, S. 281 ff.

30) lex mercatoria의 개념과 내용에 관하여 상세한 것은 Felix Dasser, Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria, Zürich, 1989, S. 43 ff; 석광현, “개정중재법의 몇 가지 문제점”, 484면.

31) 우리나라에는 2005년 3월 1일부터 본 협약이 발효되었다.

32) 통일규칙은 국제적인 민간단체나 연구기관이 국제거래계약에서 당사자가 이를 원용함으로써 계약의 일부로 편입될 것을 기대하고 만든 규칙으로 거래당사자간에 작성한 계약조항 중에 이를 원용하는 규정이 있는 경우에 적용된다.

33) INCOTERMS는 ICC가 1936년에 제정한 후 1953년에 전면적으로 개정되었고, 1967년에는 국경인도조건과 관세지급조건, 1976년에는 공항 인도조건이 추가 개정되었으며, 1980년에는 컨테이너운송, 복합일괄운송 등에 관한 세 종류의 정형거래조건이 추가되었다. 그 후 1990년도에는 정보·통신과 운송기술의 발달을 고려

통일을 위한 국제협회(UNIDROIT)가 제정한 “국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙”³⁴⁾과 “유럽계약법위원회”가 제정한 “유럽계약법원칙(PECL)”³⁵⁾, 등이 그 전형적인 예이다. 특히 국제거래당사자간의 상관습에서 발달한 UCP나 INCOTERMS는 오늘날 국제거래에 있어서 하나의 준거법으로서 상이한 국가간의 상관습의 차이에서 야기되는 분쟁을 사전에 예방해 주는 대표적인 *lex mercatoria*이다.

3. 당사자에 의한 *lex mercatoria*의 적용여부

국제상사중재 당사들이 중재판정의 준거법을 특정국가의 법뿐만 아니라 *lex mercatoria*를 준거법으로 합의할 수 있다고 보는 것이 최근의 경향인바, 이는 모델법을 비롯한 각국의 중재법이나 중재규칙들이 당사자들이 선택할 수 있는 규범을 ‘법(rule; Recht)’이 아니라 ‘법규(rules of law; Rechtsvorschriften)’라고 표현하는데 있다.³⁶⁾

(1) 분쟁의 실체에 적용할 ‘법규’와 ‘법’의 개념

국제상사중재에 관한 UN의 모델법 제28조 제1항은 당사자들이 선택할 수 있는 분쟁해결의 규범을 ‘법규(rules of law)’라고 규정하고 있다.³⁷⁾ 이에 관하여 UN국제거래법위원회의 사무국에서 낸 모델법의 해설서에는 모델법이 ‘법규(rules of law)’라는 표현을 선택한 이유는 어떤 특정국가의 법체계만 지칭하는 것이 아니라 국제적으로 인정되는 법규를 포함해서 둘 이상의 법체계의 규칙을 적용하도록 합의할 수 있기도 때문이라고 한다.³⁸⁾ 이

한 INCOTERMS의 전면적 개정이 이루어졌으며, 현재는 국제거래환경의 변화를 고려하여 “INCOTERMS 1990”의 내용을 보다 단순·명료하게 개정한 “INCOTERMS 2000”이 2000년 1월 1일부터 시행되고 있다.

34) UNIDROIT원칙은 그 자체가 구속력 있는 협약이 아니라 국제상사계약에 관한 일반원칙을 집적한 재기술(restatement)로서의 성격을 가지며, 이는 각 국내법이나 국제법규의 해석과 보충 내지 표준이 될 수 있고, 당사자에게는 계약서 작성의 지침으로서, 그리고 각국의 법원이나 중재기관에게는 이를 유연하게 적용하게 하여 국제상사계약에서 야기되는 분쟁의 해결책으로 사용할 수 있다는 것이 특징이다. 특히 UNIDROIT원칙은 그 전문에서 “본 원칙은 당사자들이 자신의 계약에 법의 일반원칙이나 상인법 등을 적용하기로 합의한 경우에 적용된다”고 규정하여, 이를 이른바 *lex mercatoria*의 구체적인 실현수단으로 보고 있다. 이에 관하여는 Christian Wichard, “Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte”, *RabelsZ* 1996, S. 269 ff.; Katharina Boele-Woelki, “Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge”, *IPRax* 1997, S. 161 ff.

35) 유럽계약법원칙(PECL)은 유럽공동체 역내의 계약법의 조화를 위해 통일적 원칙을 세움으로써 계약법상의 주요 개념 및 계약법의 체계면에서의 일반적 기초를 제공하고, 통일적 기초를 제공하고, 통일적인 해석을 가능하게 하는 토대를 마련하며, 역내의 법원, 중재인 및 입법자에게 시사를 주고, *commom law*와 *civil law* 간의 매개기능을 하며, 장래 유럽통일계약법의 초석이 됨을 그 목적으로 하고 있다, 이에 관하여는 Ole Lando/Hugh Baele, *The Principles of European Contract law*(Part I: Performance, Non Performance and Redemies), London 1995 참조.

36) 모델법 제29조 제1항; 독일 민사소송법 제1051조 제1항; 신민사소송법 제1496조; ICC중재규칙 제17조 제1항; “국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(ICSID Convention)” 제42조 제1항.

37) 모델법 제28조 제1항: “The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rule of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute.”

38) UN-Doc. A/CN.9/264, Art 28 § 4; Constantin Calavros, *Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale*

는 한편으로 당사자들이 *lex mercatoria*를 분쟁해결의 준거법으로 합의할 수 있도록 하고, 다른 한편으로는 준거법의 분할지정을 가능하게 하기 위한 것이다.³⁹⁾ 또한 모델법을 수용하여 개정된 독일 민사소송법 중재편 제1051조 제1항도 “중재판정부는 당사자들이 분쟁의 본안에 적용하도록 선택한 ‘법규(Rechtsvorschriften)’에 따라 판정을 내려야 한다”라고 규정하고, 동조 제2항에서는 당사자에 의한 준거법의 합의가 없는 경우 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 ‘법(Recht)’을 지정하도록 규정하여, ‘법규’와 ‘법’의 개념을 의도적으로 구분하고 있는바, 여기에서 당사자에 의해 선택된 ‘법규’라 함은 어떤 특정 국가의 법 또는 법체계만 지칭하는 것이 아니라 국제적으로 인정되는 법규를 포함하는 개념으로 해석하고, 동조 제2항에 있어서 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 ‘법(Recht)’은 특정 국가의 국내법만을 지칭하는 것으로 해석한다.⁴⁰⁾

따라서 모델법 제28조 제1항이나 독일 민사소송법 제1051조 제1항에 의하면 당사자들은 분쟁의 실체에 적용될 준거법을 지정함에 있어서 특정 국가의 국내법뿐만 아니라 비국가적 법체계인 상인법(*lex mercatoria*)을 지정할 수 있게 된다.⁴¹⁾ 즉 당사자들이 *lex mercatoria*를 적용하기로 합의한 경우 중재인은 어느 국가의 법체계를 따르는 데에 구속되지 않고, 국제조약이나 원칙, 국제기구의 규칙 등 국제상거래에서 통용되는 통일적인 규범을 선택할 수 있다.

(2) 우리나라 중재법 제29조 제1항의 해석

반면 우리나라 중재법은 모델법이나 독일법상의 ‘법규’라는 표현을 수용하지 않았다. 즉 우리나라 중재법 제29조 제1항은 분쟁의 본안에 적용되는 기준으로서 당사자에 의해 선택된 ‘법규’가 아니라 ‘법’이 적용됨을 명시하고, 동조 제2항에서 중재인에 의한 법선택에 있어서도 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 ‘법’을 적용하도록 규정함으로써, 용어상 ‘rules of law’와 ‘law’를 모두 ‘법’으로 표현하고 있다. 특히 동조 제2항의 중재판정부가 결정할 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 ‘법’은 ‘특정 국가의

Handelsschiedsgerichtsbarkeit(Diss. Bielefeld), 1988, S. 122; Gabriel Husslein-Stich, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit(Diss. Köln), 1990, S. 142.

39) 한편 프랑스 신민사소송법 제1496조나 ICC 중재규칙 제17조 제2항은 당사자에 의한 법선택이 없는 경우, 중재판정부도 ‘rules of law’에 따라 판정을 내릴 수 있음을 명시하고 있다. 이와 같은 법적용에 관한 중재인들의 재량을 최대한 존중하여 그들에게도 당사자와 같이 완전히 자유로운 법선택권을 부여한 것으로 볼 수 있다. 따라서 중재인들은 당사자들이 명시적으로 법선택을 하지 않은 경우에도 분쟁의 본안에 관하여 특정 국가의 국내법뿐만 아니라 상인법(*lex mercatoria*)과 같은 비국가적 법체계를 적용할 수 있다.

40) BT-Drucks. 13/5274, S. 52; Klaus P. Berger, “Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht”, DZWIR 1998, S. 52; Otto Sandrock, “Die objektive Anknüpfung von Verträgen nach § 1051 Abs. 2 ZPO”, RIW 2000, S. 324; Karl-Heinz Schwab/Gerhard Walter, Schiedsgerichtsbarkeit(Kommentar), 6. Aufl., München 2000, Kap. 55 Rn. 8.

41) 독일의 경우 Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht (Erster Band Allgemeiner Teil, 2. Aufl.), 2003, § 2 Rn. 75는 *lex mercatoria*의 법규성을 인정하지 않는다. 이러한 견해에 의하면 국제상사중재판정의 준거법 지정에 있어서 당사자는 함의로 *lex mercatoria*를 지정할 수 없고, 당사자들이 중재판정부에 대해 형평과 선에 의한 중재를 위임한 경우에만 *lex mercatoria*가 적용될 수 있다.

법'만을 지칭하고, 상인법(*lex mercatoria*)과 같은 비국가적 법체계는 포함되지 않는 것으로 해석한다.⁴²⁾ 따라서 우리나라 중재법 제29조 제1항에 의하면 당사자들이 분쟁의 실체에 관하여 상인법(*lex mercatoria*)과 같은 비국가적 법체계를 적용할 수 있는지에 대해 해석상 의문이 제기된다.

이에 대하여 우리나라 중재법 제29조 제1항을 모델법과 같이 해석할 경우 우리 법체계에서는 혼란을 가져올 우려가 있으므로 법적 안정성과 확실성을 보장하기 위하여 모델법의 입장을 채택하지 않은 것이라고 해석하는 견해⁴³⁾가 있으나, 당사자자치가 중재의 본질인 점, 중재법 제29조 제1항에 대응하는 모델법 제28조 제1항도 '법규(rules of law)'라고 표현하고 있는 점 등에 비추어 제29조 제1항의 '당사자들이 지정한 법'을 광의로 해석하여 특정국가의 법률은 물론 비국가적 법체계까지 포함하는 것으로 보아야 할 것이라는 견해⁴⁴⁾가 지배적이다.

오늘날 국제상사중재판정에 있어서 *lex mercatoria*의 적용가능성은 매우 높다. 왜냐하면 국제거래계약은 상이한 법률체계를 가지고 있는 당사자들간에 체결되는 것이므로 그 계약관계에 어떠한 법이 적용될 것인가 하는 불확실성이 매우 크기 때문이다. 따라서 이러한 불확실성을 제거하기 위하여 국제상사중재에 있어서 당사자들은 당사자의 일방과 직접 관련이 없는 중립적인 제3의 국가의 법을 지정하거나 중재인들로 하여금 각국의 국내법과 상관습으로부터 벗어나 국제적이고도 통일적인 법규범과 상관습을 적용토록 하여 당해 분쟁을 해결하려 하고 있다. 이는 국제거래의 유형이 다양화됨에 따라 국제거래분쟁도 다양화 되고 있으며, 이러한 다양한 분쟁의 해결에 적용되는 준거법은 이제 특정국의 국내법 질서에 의해서는 해결될 수 없고 국내법질서를 넘어선 초국가적 법질서에 의해서만 해결될 수 있다는 것을 의미한다고 볼 수 있다.⁴⁵⁾

생각건대 우리나라 중재법 제29조 제1항에 대응하는 모델법 제28조 제1항이 '법규(rules of law)'라고 규정하고 있는 점이나 외국의 선진입법례를 비교할 때, 제29조 제1항의 '당사자들이 지정한 법'을 광의로 해석하여 특정국가의 법률은 물론 *lex mercatoria*와 같은 비국가적 법체계까지 포함하는 것으로 봄이 타당하다고 생각된다.⁴⁶⁾

42) 이호원, 앞의 논문, 14면; 석광현, "개정중재법의 몇 가지 문제점" 488면. 다만 석광현 교수는 우리나라 중재법 제29조 제2항에서도 중재인들이 가장 적절하다고 판단하는 '법규(rule of law)'를 적용하는 보다 전향적인 입장을 고려할 필요가 있다고 한다.

43) 장문철, 개정중재법 해설, 「인권과 정의」 2004년 4월호, 대한변호사협회, 2004, 114면.

44) 목영준, 앞의 책, 91면. 이호원, 앞의 논문, 14면; 석광현, "개정중재법의 몇 가지 문제점", 485면.

45) 윤종진·박상조·주기종, 앞의 책, 404면.

46) 同旨 목영준, 앞의 책, 91면; 석광현, "개정중재법의 몇 가지 문제점", 485면.

IV. 준거법의 분할지정(dépeçage)

당사자자치의 원칙을 규정한 우리나라 중재법 제29조 제1항의 해석과 관련하여 제기될 수 있는 또 다른 문제는 당사자에게 준거법의 분할지정(dépeçage)을 허용할 수 있는가 하는 점이다. 우리나라 중재법 제29조 제1항은 이에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않아 국제사법상 일반적으로 인정되고 있는 원칙인 준거법의 분할지정이 국제상사중재에도 인정될 수 있는지에 관해 해석상의 의문을 남기고 있다.

1. 의의

국제사법상 준거법의 분할지정(dépeçage)⁴⁷⁾문제는 하나의 법률관계는 오직 단일의 준거법에 의해 규율되어야 하는가, 아니면 그 법률관계의 부분문제에 별개의 준거법을 분할지정 할 수 있는가의 문제이다. 전자를 준거법 단일의 원칙(principle of unity of governing law)이라 하고 후자를 준거법의 분할지정(또는 분열)이라 한다. 즉 준거법의 분할지정이란 하나의 동일한 법률관계에 있어서 그 법률관계의 개개 요소, 즉 계약의 유효성과 계약의 이행 등에 대하여 각각 다른 나라의 법을 적용하는 것을 말한다. 이에 반해 계약의 성립과 효력과 같은 이른바 계약의 실질을 단일한 준거법에 의하여 규율되어야 한다는 원칙을 ‘준거법 단일의 원칙(principle of unity of governing law)’이라 한다.

준거법의 분할지정은 통상 채권계약의 준거법에 관하여 성립과 효력을 별개의 준거법에 의하도록 하거나, 계약의 일부는 계약체결지법에 다른 부분은 계약이행지법에 의하도록 하는 경우, 또는 당사자별로 각자의 의무에 관하여 상이한 준거법을 지정하는 것⁴⁸⁾을 일컫는다. 예컨대 국제거래의 당사자가 계약에 INCOTERMS를 원용하기로 합의한 경우, FOB(Free on Board)⁴⁹⁾계약과 CIF(Cost, Insurance and Freight)⁵⁰⁾계약의 경우 매도인의 물품인도의무와 매수인의 대금지급의무에는 당사자의 의무이행구간에 따라 매도인과 매수인 중의 어느 한 국가의 법이 적용되는 것으로 추정되기 때문에 그러한 계약의 의무이행에 따른 분쟁에는 각각 서로 다른 법이 적용될 수 있다.

또한 당사자가 계약의 일부에 관해서만 준거법을 선택하고, 계약의 나머지 부분에 관해

47) 논자에 따라서는 이를 쟁점의 세분화 또는 준거법의 개별화라 해석하기도 한다.

48) 이를 준거법의 절단이라고 하여 준거법의 분할지정(또는 분열)과 용어상 구별하는 견해가 있다. 윤종진, 「국제사법」, 한울출판사, 2003, 372면.

49) FOB란 매도인이 물품을 함의된 선적항에서 매수인이 지명한 본선에 인도(선적)해야 하고, 그 시점까지의 물품에 관한 비용 및 위험을 부담하는 매매조건을 말한다.

50) CIF란 매도인이 지정된 목적지까지 물품을 운송하는데 필요한 비용 및 운임을 지급하고, 운송중의 물품의 멸실 또는 손상의 위험에 대한 해상보험을 부보하며 보험료를 지급하는 매매조건을 말한다.

서는 객관적인 준거법에 의하도록 하는 것도 준거법의 분할지정으로 본다.⁵¹⁾

2. 국제사법상 준거법의 분할지정

(1) 입법례

준거법의 분할지정에 관하여 오늘날 각국의 국제사법이나 국제협약들은 이를 명시적으로 허용하고 있다. 예컨대 계약채무의 준거법에 관한 EC협약 제3조 제1항이나 이를 국내법화한 독일 국제사법(민법시행법 : EGBGB) 제27조 제1항은 “당사자들은 계약 전체 또는 일부분에 대하여 법선택을 할 수 있다”고 규정하고 있고, 1985년 “국제물품매매의 준거법에 관한 협약” 제7조 제1항도 준거법의 분할지정을 명시적으로 허용하고 있다. 또한 국제물품매매에 관한 UN협약에서도 준거법의 분할지정을 허용하는 근거를 찾을 수 있다. 즉 동 협약은 매매계약의 성립과 매매계약에서 발생하는 매도인과 매수인의 권리와 의무, 즉 효력만을 규율하며, 계약의 유효성은 규율하지 않는다고 규정하고(동 협약 제4조), 또한 계약의 성립을 규정한 제2편과 계약에 따른 당사자의 권리·의무, 즉 효력을 규정한 제3편 중 어느 것의 적용을 배제하는 유보를 할 수 있음을 규정하고 있는바(동 협약 제92조 제1항), 협약의 이러한 규정들은 계약의 성립, 효력, 유효성이 별개의 법규에 의해 규율될 수 있음을 허용하고 있는 것이다.

(2) 우리나라 국제사법의 규정

종래 우리나라의涉外사법은 제9조에서 당사자자치에 의한 법선택에 관하여만 매우 간략히 규정하고 있었을 뿐, 이와 관련된 논점인 준거법의 분할지정에 관해서는 명시적 규정을 두고 있지 않아 해석상 논란이 많았다.

이에 대하여 학설은 준거법의 분할지정을 허용할 경우 규범의 충돌을 초래하고 법질서의 통일성과 내재적 판단의 일치를 해할 위험이 있다고 하여 이를 부정하는 견해⁵²⁾와 준거법의 분할지정을 허용하는 것이 당사자의 정당한 기대이익의 보호나 국제거래의 안전과 원만이라고 하는 측면에서 타당하다고 하여 이를 긍정하는 견해⁵³⁾가 대립하고 있었다.

그러나 개정된 국제사법 제25조 제2항은 “당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다”고 규정하여 준거법의 분할지정을 명시적으로 허용하고 있는 바, 이는 준거법의 결정 자체를 당사자의 선택에 맡기는 이상 그 범위에 관하여도 당사자에게 선택의 자유를 부여하는 것이 일관성이 있고, 또한 분할지정에 대한 당사자의 이익도 존재하기

51) Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn, Internationales Privatrecht, München 2002. § 10 Rn. 33.

52) 장문철, 「국제사법총론」, 홍문사, 1996, 111면.

53) 임치용, “국제계약법”, 「국제사법연구」 제4호, 국제사법학회, 1999, 391면; 석광현, “국제사법의 준거법에 관한 몇 가지 논점”, 「국제사법과 국제소송」 제1권, 박영사, 2002, 19면

때문이라고 한다.⁵⁴⁾ 또한 대법원도 1998년의 판결⁵⁵⁾에서 문언에 충실하게 보험계약에 따른 전보청구 및 결제에 관해서는 영국법을 적용하되, 보험계약의 보험목적물이 무엇인지 여부에 관한 사항, 즉 보험계약의 성립여부에 관한 사항에 대하여는 우리나라의 법률이 적용되어야 한다고 판시함으로써 준거법의 분할지정을 명시적으로 허용하였다.

다만 준거법의 분할지정이 가능하기 위해서는 부분문제(Teilfrage) 또는 문제된 쟁점이 다른 부분과 논리적으로 분할 가능한 것이어야 하고, 그 경우 준거법의 분열이 논리적으로 양립할 수 있는 것이어야 함으로 준거법의 분열에는 내재적 한계가 있다. 따라서 계약의 여러 가지 부분문제 또는 쟁점을 상이한 법률에 따르도록 하여 상호 모순이 발생하는 예외적인 경우에는 허용되지 않는다고 할 것이다.⁵⁶⁾

(3) 국제상사중재판정에 있어서 준거법의 분할지정

전술한 바와 같이 국제사법상 일반적으로 인정되고 있는 준거법의 분할지정이 국제상사중재판정의 준거법지정에 있어서도 그대로 적용될 수 있는가에 대해서 의문이 제기될 수 있는바, 이는 국제사법의 규정과 달리 우리나라 중재법이 이에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않고 있기 때문이다. 이에 관하여 아래에서는 모델법과 독일법의 해석론과 비교하여 고찰한다.

1) 모델법과 독일법의 해석론

전술한 바와 같이 모델법 제28조 제1항은 “중재판정부는 당사자들이 분쟁의 본안에 적용하도록 선택한 법규(rules of law)에 따라 판정을 내려야 한다.”라고 하여, 당사자들이 선택할 수 있는 규범을 ‘law’라고 하는 대신 ‘rules of law’라고 표현하고 있다. 이에 관하여 UN국제거래법위원회의 사무국에서 낸 해설서에는 모델법 제28조 제1항이 ‘법규(rules of law)’라는 표현을 선택한 이유는 어떤 특정국가의 법체계만 지칭하는 것이 아니라 국제적으로 인정되는 법규를 포함해서 둘 이상의 법체계의 규칙을 적용하도록 합의할 수 있기 때문이라고 한다.⁵⁷⁾ 여기에서 ‘둘이상의 법체계’의 규칙을 합의할 수 있다는 것은 당사자가 분쟁의 실체에 대해 반드시 단일한 준거법이 아니라, 법률관계의 부분문제에 별개의 준거법을 합의 할 수 있음을 의미한다.

54) 법무부, 「국제사법해설」, 90면 이하.

55) 대판 1998. 7. 14. 선고 96다39707 : 이 판결은 “이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고 이 보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해서 영국의 법률과 관습에 의한다”라는 해상적하보험상의 영국법 준거법약관에 대하여 보험계약의 성립여부에 관한 사항에 까지 영국의 법률과 실무에 따르기로 한 것으로는 볼 수 없으므로 이러한 사항에는 우리 법률이 적용되어야 한다고 판시함으로써 이른바 부분지정에 따른 준거법의 분할지정을 인정하였다.

56) 석광현, “국제사법의 준거법에 관한 몇 가지 논점”, 19면.

57) UN-Doc. A/CN.9/264, Art 28 § 4; C. Calavros, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit(Diss. Bielefeld), 1988, S. 122; G. Husslein-Stich, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit(Diss. Köln), 1990, S. 142.

독일의 경우도 독일 민사소송법(중재편) 제1051조 제1항 제1문은 “중재판정부는 당사자들이 분쟁의 본안에 적용하도록 선택한 법규에 따라 판정을 내려야 한다.”라고 규정할 뿐 준거법의 분할지정에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않으나 해석론상 이를 인정하고 있다. 즉 독일 민사소송법 제1051조는 제1항에서 “중재판정부는 당사자들이 분쟁의 본안에 적용하도록 선택한 ‘법규(Rechtsvorschriften)’에 따라 판정을 내려야 한다”라고 규정하고, 동조 제2항에서는 당사자에 의한 준거법의 합의가 없는 경우 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 ‘법(Recht)’을 지정하도록 규정하여, ‘법규’와 ‘법’ 두 용어의 개념을 구분하고 있는 바, 이에 대해 독일 중재법 개정안의 이유설명서(Regierungsbegründung)에서는 제1051조 제1항의 당사자에 의해 선택된 ‘법규’의 의미를 당사자가 기준이 되는 법규정을 선택할 때 특정국가의 법전체를 선택하는데 한정되지 않고 다양한 국내법으로부터 법규정을 선택하거나 국제적인 차원에서 만들어진 법규정을 선택할 수도 있음을 의미한다고 해석하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 해석은 모델법 제28조 제1항의 해석에 기인한 것으로, 학계의 견해도 일반적으로 이를 인정하고 있다.⁵⁹⁾

2) 우리나라 중재법상의 허용여부

준거법의 분할지정을 명시적으로 허용하고 있는 국제사법의 규정과 달리 우리나라 중재법 제29조 제1항은 준거법의 분할지정을 명시하고 있지 않고 있다. 또한 분쟁의 본안에 적용되는 기준으로서 당사자에 의해 선택된 ‘법규’가 아니라 ‘법’이 적용됨을 명시하고 있기 때문에 독일법이나 모델법의 해석론과 비교할 경우, 우리나라 중재법상 문면의 해석으로는 당사자에 의한 준거법의 분할지정은 허용할 수 없게 된다. 이와 관련하여 우리나라 중재법 제29조 제1항이 모델법상의 ‘법규(rules of law)’라는 표현을 수용하지 않은 것에 대해 이러한 개념이 우리 법체계에서 혼란을 가져 올 우려가 있으므로 법적 안정성과 확실성을 보장하기 위하여 모델법의 입장을 채택하지 않았다고 해석하는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 즉 이는 준거법의 분열을 허용할 경우 법체계에 혼란을 가져올 우려가 있기 때문에 이를 채택하지 않았다는 취지로 해석할 수 있다. 그러나 국제사법상 일반적으로 인정되고 있는 원칙이 국제상사중재에 있어서는 적용될 수 없다는 것에는 의문이다. 준거법의 분할지정은 국제사법상의 일반원칙인 당사자자치의 원칙에 관련하여 인정되는 것이고, 국제상사중재판정의 준거법지정에 있어서도 당사자자치의 원칙이 인정되는 이상 이를 인정하는 것이 당연하다. 또한 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다39707판결도 준거법의 분할 지정을 인정하

58) BT-Drucks. 13/5274, S. 52.

59) Klaus P. Berger, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, S. 385; Abbo Junker, “Neuere Entwicklungen im Internationalen Privatrecht”, RIW 1998, S. 745; Herbert Kronke, “Internationale Schiedsverfahren nach der Reform”, RIW 1988, S. 263; Denis Solomon, “Das vom Schiedsgericht in der Sache anzuwendende Recht nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrecht”, RIW 1997, S. 982.

60) 장문철, 앞의 논문, 114면.

였다는 점에서 단지 문면의 해석만으로 이를 인정할 수 없다는 것은 설득력이 없다. 생각건대 준거법의 분할지정을 허용하는 것이 국제상사중재법상 일반적인 경향임을 볼 때,⁶¹⁾ 비록 우리나라 중재법이 ‘법규’라는 표현을 수용하지 않았다 하더라도 해석상 제29조 제1항에 의한 법지정에 있어서도 준거법의 분할지정을 허용함이 타당하리라고 본다.⁶²⁾

IV. 결 론

오늘날 국제거래분쟁의 해결방법으로 중재제도의 이용이 증가하는 이유는 중재제도가 갖는 신속성과 저비용의 장점에 더불어서 당사자들이 자신들의 선호를 보다 쉽게 많이 반영할 수 있고, 분쟁해결과정에 대한 예측가능성을 확보할 수 있기 때문이다. 이러한 중재제도의 장점은 국제상사중재에 적용될 준거법을 결정하는 과정에 있어서도 그대로 나타난다. 즉 국제거래분쟁을 중재에 의하여 해결하려는 당사자는 중재계약과 함께 이에 적용할 준거법을 선택할 수 있고 중재절차와 분쟁의 실체에 적용할 준거법에 관한 당사자의 합의가 존재하는 경우에는, 이렇게 선택된 법이 무엇보다도 분쟁의 해결에 우선적으로 적용된다. 이는 당사자자치를 제1의 이념으로 하는 중재제도의 본질상 당연한 귀결이며, 오늘날 거의 대부분의 국제협약이나 국내법들도 당사자자치에 의한 법선택을 원칙으로 하고 있다. 특히 국제상사중재판정에 있어서는 어느 나라의 법을 분쟁해결의 준거법으로 적용하느냐에 따라 중재판정이나 법률의 해석이 정반대의 결과로 나타날 수도 있고, 또한 중재인에 의한 법규의 해석·적용에 대한 과오는 원칙적으로 중재판정의 취소사유로는 되지 않기 때문에, 중재판정의 준거법지정문제는 당사자간에 매우 중요한 쟁점사항이 될 수 있다. 이러한 점에서 모델법을 수용한 우리나라 중재법 제29조는 준거법결정에 있어서의 국제적 기준을 잘 반영하였다고 할 수 있다.

우리나라 중재법 제29조 제1항은 중재판정의 준거법 지정에 관하여 당사자자치의 원칙이 적용됨을 명백히 하고 있다. 그러나 분쟁의 실체에 적용되는 규범으로서 당사자에 의해 선택된 ‘법’이 적용됨을 명시함으로써 모델법상의 ‘법규’라는 용어를 채용하지 않았다. 따라서 당사자들이 특정국가의 국내법뿐만 아니라, 비국가적 법체계인 *lex mercatoria*를 적용할 수 있는지, 그리고 국제사법상 일반적으로 인정되는 준거법의 분할지정이 가능한지에 대해 해석상 의문이 제기 될 수 있다. 반면 모델법이나 이를 수용한 독일 민사소송법은 당사자에 의해 선택된 ‘법규’(rules of law; Rechtsvorschriften)가 적용됨을 명시하고,

61) 모델법이나 독일법외에도 프랑스 신민사소송법 제1496조, 국제상업회의소(ICC)의 중재규칙 제17조 제1항, ‘국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(ICSID Convention)’ 제42조 제1항 등도 당사자들이 선택할 수 있는 규범을 ‘rules of law’라고 표현하고 있다.

62) 同擘 석광현, “개정중재법의 몇 가지 문제점”, 485면.

‘법규’의 개념을 한편으로는 *lex mercatoria*의 적용을 허용하고, 다른 한편으로는 준거법의 분할지정을 가능하게 하는 것으로 해석하고 있다. 물론 우리나라 중재법에서도 해석상 이를 인정하는 것이 가능하고, 또한 이를 인정하는 것이 국제상사중재의 일반적인 경향에 부합된다 하더라도 모델법이나 이를 수용한 독일 민사소송법상의 규정들이 ‘법규’라는 용어를 채택하여 해석상의 기준을 명확히 하고 있음을 볼 때, 입법론적으로 우리나라 중재법도 제1항에서 ‘법규’라는 용어를 사용함으로써 그 해석기준을 명확히 할 필요성이 있다고 본다.

참 고 문 헌

- 법무부, 국제사법해설, 법무부 국제법무과, 2001.
- 석광현, “개정중재법의 몇 가지 문제점”, 「국제사법과 국제소송」 제2권, 박영사, 2002.
- _____, “국제사법의 준거법에 관한 몇 가지 논점”, 「국제사법과 국제소송」 제1권, 박영사, 2002.
- 윤종진·박상조·주기중, 「국제상사중재법론」, 한울출판사, 1997.
- 윤종진, 「국제사법」, 한울출판사, 2003.
- 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법결정에 관한 연구”, 「중재연구」 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005.
- 이호원, “개정중재법에 관한 소고”, 「중재」 2001년 겨울호(302호), 대한상사중재원, 2001.
- 임치용, “국제계약법”, 「국제사법연구」 제4호, 국제사법학회, 1999.
- 장문철, “개정중재법 해설”, 「인권과 정의」 2004년 4월호, 대한변호사협회, 2004.
- _____, 「국제사법총론」, 홍문사, 1996.
- 하용득, “중재법의 개정경과 및 주요내용”, 「중재」 2000년 봄호(295호), 대한상사중재원, 2000.
- von Bar, Christian/ Mankowski, Peter, *Internationales Privatrecht*, Erster Band Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2003.
- Berger, Klaus Peter, “Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht”, DZWiR 1998.
- _____, “Lex Mercatoria in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit” : Der Fall “Compania Valencia”, IPRax 1993.
- _____, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit : verfahrens- and materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze and Schiedspraxis*, Köln/Berlin/New York 1991.

- Boele-Woelki, Katharina, "Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge", IPRax 1997.
- Calavros, Constantin, *Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*(Diss. Bielefeld), 1988.
- Dasser, Felix, *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria*(Diss. Zürich), 1989.
- von Hoffmann, Bernd/Thorn, Karsten, *Internationales Privatrecht*, München 2002.
- Husslein-Stich, Gabriel, *Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*(Diss. Köln), 1990.
- Junker, Abbo, "Neuere Entwicklungen im Internationalen Privatrecht", RIW 1998.
- Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, *Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts*, Drucksache des Deutschen Bundestages - 13. Wahlperiode, BT-Drucks. 13/5274.
- Kronke, Herbert, "Internationale Schiedsverfahren nach der Reform", RIW 1988.
- Lachmann, Jens-Peter/König, Wolfgang, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Köln 1998.
- Lando, Ole/Baele, Hugh, *The Principles of European Contract law*(Part I : Performance, Non Performance and Redemies), London 1995.
- Sandrock, Otto, "Welches Kollisionsrecht hat ein internationales Schiedsgericht anzuwenden", RIW 1992.
- _____, "Die objektive Anknüpfung von Verträgen nach § 1051 Abs. 2 ZPO", RIW 2000.
- Schwab, Karl-Heinz/Walter, Gerhard, *Schiedsgerichtsbarkeit*(Kommentar), 6. Aufl., München 2000.
- Schmitthoff, Clive M. *Export Trade : The Law and Practice of International Trade*, Stevens & Sons, 9th ed., 1990.
- Solomon, Dennis, "Das vom Schiedsgericht in der Sache anzuwendende Recht nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrecht", RIW 1997.
- Wichard, Christian, "Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte", *RabelsZ* 1996.

ABSTRACT

The Party's Autonomy Principle on the Choice of the Applicable law to International Commercial Arbitral Awards

- Focus on the Choice of the Lex Mercatoria and the Possibility of
Dépeçage by the Party -

Seog-Ung O

Currently, it is the general trend that the party's autonomy principle is applicable in determining the applicable law for the international private law and the international commercial arbitration.

The purpose of this article is to make research on the party's autonomy principle for the international commercial arbitral awards. For this purpose ist to analyse regal issue the applicability of the *lex mercatoria* and the possibility of *dépeçage* relating to the party autonomy. In this Article ist dealt with Art. 29 para. 1 of the Korean Arbitration Act in comparison with Art. 28 para. 1 UNCITRAL Model Law and Art. 1051 para. 1 of the German Code of Civil Procedure.

The Art. 28 para. 1 UNCITRAL Model Law and Art. 1051 para. 1 of the German Code of Civil Procedure provides equally. "The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such 'rules of law' as chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules." The term 'rule of law' used to describe the applicability of the *lex mercatoria* and the possibility *dépeçage*.

Unlike Art. 28 para. 1 UNCITRAL Model Law and Art. 1051 para.1 of the German Code of Civil Procedure. Act, Art. 29(1) of the Korean Arbitration Act provides that the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the 'law' chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. However the majority view in Korea takes the position that the term 'law' should be interpreted broadly so as to encompass 'rules of law' at UNCITRAL Model Law and the German Code of Civil Procedure.

Key Words : international commercial arbitration, applicable law, party's autonomy principle,
lex mercatoria, *dépeçage*