

중국의 국제상사중재합의 효력에 관한 연구*

A Study on the Effectiveness of International Commercial Arbitration Agreement in China

하 현 수**
Hyun-Soo Ha

〈 목 차 〉

I. 서론	IV. 중국 중재법 하에서 하자있는 중재합의의 효력
II. 중국의 중재합의 유효성 판단 기관	V. 결론
III. 중국의 중재합의 유효성 판단 준거법	참고문헌
	Abstract

주제어 : 중국 중재제도, 중재합의, 중재조항, 중재법

* 이 논문은 2012년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.

** 전북대학교 무역학과 조교수, hhs004444@jbn.ac.kr, 063)270-3015

I. 서 론

중국은 1980년대 이후 대외개방에 따른 무역 및 투자의 급속한 증가와 함께 관련 분쟁도 증가 추세를 보임에 따라 이들 분쟁을 해결하기 위한 수단으로 중재제도를 적극적으로 도입하게 되었다.¹⁾ 이를 위하여 중국은 1994년에 UNCITRAL의 국제상사중재모델법(이하 ‘모델법’이라 칭함)을 채용하여 중재법을 제정하고 1995년 9월 1일 발효시켰다. 그러나 중국의 중재법은 ‘모델법’과 달리 중재합의의 효력과 관련하여 몇 가지 문제점을 노출시키고 있다.²⁾ 따라서 중국의 중재법을 준거법으로 중재를 통해 분쟁을 해결하고자 하는 분쟁당사자들에게 중재합의 효력과 관련한 심각한 문제를 야기할 수도 있어 상당한 주의가 요구되고 있다.

중국 최고인민법원은 2006년 7월까지 중재합의 효력과 관련한 사건을 해결하기 위하여 50개가 넘는 의견, 통지 및 답변 등의 사법해석³⁾을 공포하였으며,⁴⁾ 2006년 8월 23일에는 ‘중화인민공화국 중재법 적용상 몇 가지 문제점에 관한 최고인민법원의 해석’(最高人民法院關於適用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋, 이하 ‘해석’이라 칭함)을 공포하고 2006년 9월 8일 실행하였다.⁵⁾ 동 ‘해석’은 중국 최고인민법원이 기존에 중재합의 효력과 관련하여 하급 법원에 하달한 의견, 통지, 답변 등을 한데 모아 편집한 것으로, 중국의 중재기관 및 법원이 중재합의 효력과 관련한 사건을 처리하는데 있어서 중요한 지침을 제공하고 있다. 즉, 중국 최고인민법원은 중국

1) Song Lianbin, Zhao Jian, Li Hong, “Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People’s Republic of China”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, No. 2, 2003, pp.171-172.

2) Tao Jingzhou, Clarisse von Wunschheim, “Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions”, *Arbitration International*, Vol. 23, 2007, pp.309-325; Chi Manjiao, “Is the Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly? Determining the Validity of Arbitration Agreement under Chinese Law”, *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 4, No. 1, 2008, pp.104-120; Zhou Jian, “Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and Ad Hoc Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, No. 2, 2006, pp.145-170; 하현수, 윤충원, “중국의 중재법상 중재기관 약정과 관련한 중재합의 유효요건에 관한 사례연구”, 『무역학회지』, 제32권 제3호, 2007, pp.65-92; 朱僞東, “中國涉外仲裁協議效力的認定: 困境和出路”, 『中國仲裁與司法論壇暨2010年年會論文集』, 2010, pp.156-168; 馬占軍, “我國仲裁協議效力異議規則的修改與完善”, 『法學評論』, 總第166期, 2011, pp.130-136.

3) 중국 최고인민법원은 민사·상사 사건의 수리·심판·승인·집행 등 방면에 다양한 법적 문제가 발생한 경우마다 이를 ‘사법해석’ 등의 형식으로 의견을 제시하고 있는데 이러한 사법해석도 중국 법제에서는 중요한 의미를 지니고 있다. 법무부, 『중국과 대만의 교류협력 법제 연구』, 법무부, 2008, p.168 참조.

4) 朱僞東, 전제논문, p.157.

5) 中國最高人民法院 法釋[2006]7號.

중재법이 중재합의 효력의 인정과 관련하여 노출시킨 문제점을 사법해석인 ‘해석’을 통해 보충하고 일부 모호한 점을 명확히 하고자 하였다.⁶⁾

상사중재에 있어서 중재합의 효력의 인정 문제는 관할권과 적용법률의 문제로 구분하여 살펴볼 수 있을 것이다. 따라서 본 논문에서는 중국 법원과 중재위원회⁷⁾의 중재합의 효력 인정과 관련한 관할권의 구분에 대해 분석하고, 이에 존재하는 문제점을 지적하고 해결방안을 제시하고자 한다. 또한 중국의 중재합의 효력 인정과 관련한 법률 적용상의 문제점에 대하여 논의하고 개선 방안을 제시한다. 그리고 중국 중재법에서 유효한 중재합의를 위한 조건으로 규정하고 있는 사항 중 중재기관의 선정과 관련한 문제점 및 개선방안을 제시하고자 한다.⁸⁾ 마지막으로 이러한 연구를 통해 중국과 거래하는 국내 투자자 및 무역업자 등이 중재합의와 관련하여 주의하여야 할 사항 및 대처방안을 제시하고자 한다.

II. 중국의 중재합의 유효성 판단 기관

중재합의는 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우를 제외하고는 중재판정부에 관할권을 부여한다.⁹⁾ 또한 일반적으로 확립된 중재인의 ‘자기권한심사권’(competence/competence)에 근거하여, 중재판정부는 중재합의 효력과 관련한 문제를 처리할 권한을 갖으며 스스로 분쟁에 대한 관할권이 있는지 여부를 결정할 수 있다. 이러한 중재판정부의 자기권한심사권과 관련하여 Jean-francois 교수는 “이 권한이 명확한 이유는 당사자들이 중재인을 통해 분쟁을 해결하겠다는 의지 때문으로, 법원은 주재님께 자기권한심사에 참견할 수 없다”¹⁰⁾ 라고 하였다.

그러나 중국 중재법 제20조 제1항은 당사자가 중재합의의 효력에 대하여 이의가 있는 경우 중재기관 또는 법원에 재정을 내려줄 것을 신청할 수 있고, 일방 당사자가 중재기관에 판정을 신청하고 타방 당사자는 법원에 재정을 청구하는 경우 법원

6) 劉曉紅, 「國際商事仲裁協議的法理與實証」, 北京: 商務印書館, 2006, p.92.

7) 중국 중재법에서는 ‘중재위원회’(仲裁委員會)라는 용어를 사용하고 있으나, 중국 최고인민법원의 의견, 통지, 답변 등에서는 ‘중재기관’(仲裁機構)이라는 용어를 사용하고 있다. 다만 중국에서 사용되고 있는 상기 두 단어의 의미 차이는 존재하지 않는다.

8) 중국 중재법 제16조 제2항 “중재합의는 다음에 열거하는 내용을 구비하여야 한다, ① 중재 청구의 의사표시, ② 중재사항, ③ 선정된 중재위원회”

9) UNCITRAL Model Law Article 8(1), 중국 중재법 제5조, 한국 중재법 제9조 제1항.

10) Jean-francois Poudret, Sebastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration(2ed edition)*, London: Sweet & Maxwell, 2007, p.386.

이 재정한다고 규정하고 있다.

1. 중재기관의 관할권

중국 최고인민법원은 1998년 10월 21일 산둥성(山東省) 고급인민법원에 대한 회답¹¹⁾에서 일방 당사자가 중재기관에 중재합의 효력에 대한 확인을 신청하고 타방 당사자가 법원에 중재합의 무효의 확인을 청구한 경우에, 법원이 이와 같은 청구를 받기 전에 중재기관이 판정을 내렸다면 법원은 이를 수리해서는 안 된다고 답변하였다.¹²⁾ 그리고 2006년 ‘해석’에서도 이와 동일한 내용을 규정하였다.¹³⁾

또한 중국 중재법은 일방 당사자가 중재를 신청하고 타방 당사자가 중재합의의 효력에 대해 이의를 제기하고자 하는 경우에는 중재판정부가 심리를 개시하기 이전에 이와 관련한 이의를 제기하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁴⁾ 만약 중재판정부가 심리를 개시하기 이전에 중재합의의 효력과 관련하여 이의를 제기하지 않다가, 이후 법원에 중재합의 무효 확인 신청을 하는 경우에 법원은 수리를 거부하도록 하고 있다.¹⁵⁾ 즉, 당사자가 중재합의 효력에 대한 이의를 적절한 시기에 제기하지 않은 경우에는 이러한 권리를 포기한 것으로 간주된다.

중국은 중재기관이 먼저 중재신청을 받고 판정을 내린 경우 및 타방 당사자가 중재심리에 참여하여 중재합의의 효력에 대해 아무런 이의를 제기하지 않은 경우에 한하여, 중재판정부에 중재합의 효력에 대해 관할권을 부여하고 있다.

그러나 중재합의의 효력과 관련한 실제 분쟁에서는 중재기관이 판정을 내리기 전에 상대방 당사자가 법원에 상반된 청구를 하는 경우가 많으며, 심지어는 당사자가 중재합의의 존재를 고려하지 않고 법원에 소송을 제기하는 경우도 있다. 이러한 경우 중국 법원은 중재합의 효력의 인정에 대한 최종결정권을 갖게 된다. 따라서 중국 중재법에 의하면 상기에서 언급한 일부 상황을 제외하고는 법원이 중재합의 효력 인정과 관련한 대부분의 관할권을 갖게 된다.

11) 中國最高人民法院 法釋[1998]27號.

12) 中國最高人民法院 法釋[1998]27號第3條.

13) 中國最高人民法院 ‘解釋’第13條第2款.

14) 中國 중재법 제20조 제2항.

15) 中國最高人民法院 ‘解釋’第13條第1款.

2. 법원의 관할권

중국 최고인민법원이 산둥성 고급인민법원에 보낸 답변에 근거하면, 만약 일방 당사자가 중재기관에 중재합의 효력의 확인을 신청하고 타방 당사자가 법원에 중재합의의 무효 확인을 청구하는 경우, 법원은 아직 중재기관이 판정을 내리지 않은 경우에는 사건을 수리할 수 있으며 중재기관에는 중재절차의 중지를 통지하여야 한다.¹⁶⁾ 이러한 통지를 받은 중재기관은 법원이 중재합의의 유효 또는 무효의 판결을 내린 후에야 중재를 회복하거나 취소할 수 있다.¹⁷⁾ 또한 중국 법원은 일방 당사자가 중재합의의 존재를 무시하고 실체문제를 법원에 소를 제기하고 타방 당사자가 법원의 심리 개시 전에 관할권 이의를 제기하는 경우에도 중재기관에 우선하여 중재합의 효력에 대한 판결을 내릴 수 있다.¹⁸⁾ 이처럼 중국 법원은 중재합의 효력 인정과 관련하여 광범위한 권한을 갖고 있다.

당사자가 중국 법원에 중재합의 효력과 관련한 소송을 제기하는 경우에, 이를 수리할 수 있는 법원은 중재지 관할법원에 국한되지는 않는다. ‘해석’ 제12조 제2항에 따르면 중재합의 체결지, 신청인 주소지 그리고 피신청인 주소지의 관할법원 모두 관할권이 있다고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 한편 일방 당사자가 사건의 실체문제에 대해 법원에 소를 제기하고 타방 당사자가 중재합의의 존재를 이유로 관할권 이의를 제기하는 경우에는 중재합의 효력에 대한 판결을 내릴 수 있는 법원은 훨씬 증가하게 된다. 즉, 원고 주소지, 피고 주소지, 계약 체결지, 계약 이행지, 압류재산 소재지, 그리고 권리침해행위의 관할법원이 판결을 내릴 수 있다.²⁰⁾

이처럼 중국의 중재관련 규정은 중재합의 효력의 인정과 관련한 거의 모든 경우에 법원에 관할권 이의를 제기할 수 있도록 허용함에 따라, 분쟁당사자가 중재의 진행을 원하지 않거나 중재절차의 지연을 원하는 경우에 법원에 중재합의 효력에 대

16) 中國最高人民法院 法釋[1998]27號第3條.

17) 中國最高人民法院 法釋[1998]27號第4條.

18) 중국 중재법 제26조.

19) 이는 중국 국내중재합의 효력의 확인관련 규정과는 다소 다른 점이 있다. ‘해석’ 제12조 제1항에 따르면 국내중재합의 효력의 확인 사건은 우선 중재기관 소재지의 중급인민법원이 관할한다. 다만, 중재합의가 중재기관을 불명확하게 약정한 경우에는 중재합의 체결지 또는 피신청인의 주소지의 중급인민법원이 관할권을 갖는다. 이와 같이 국내중재합의에 비해涉外중재합의 효력관련 사건을 수리할 수 있는 법원이 더 많으며, 또한 관할권 우선순위도 정해져 있지 않다. 이처럼 상이하게 규정하고 있는 이유는 아마도 인민법원은 당사자들이涉外중재합의 효력과 관련한 사건을 외국의 중재기관에 제기하여 처리하는 것을 원하지 않기 때문일 수도 있다. 王煒, “論仲裁協議有效性的寬容趨勢”, 「仲裁研究」, 第25輯, 2011, p.2 참조.

20) 중국 민사소송법 제24조, 제25조 그리고 제29조.

해 이의를 제기하여 중재 진행을 중지시키거나 지연시키는 것이 상대적으로 수월하도록 하고 있다.

다만, 중국 최고인민법원은 법원이 무분별하게涉外중재합의에 대한 무효판결을 내리는 것을 방지하기 위하여 중국 중재법 제정과 함께 1995년 8월 ‘사전보고제도’²¹⁾를 시행하고 있다.²²⁾ 이 제도에 따르면 중급인민법원이涉外중재합의의 효력에 대해 무효 판결을 내리고자 하는 경우 판결 전에 관할 고급인민법원에 보고하여야 하고, 만약 고급인민법원도 이涉外중재합의를 무효로 인정하고자 하는 경우에는 사전에 최고인민법원에 보고를 하여야 한다. 최고인민법원도 이涉外중재합의를 무효로 인정하는 경우에 중급인민법원은涉外중재합의를 무효로 판결할 수 있도록 하고 있다.

이러한 ‘사전보고제도’의 시행 목적은涉外중재에 대한 지방보호주의, 지방정부의 간섭 그리고涉外중재합의를 경솔하게 무효로 인정하는 것을 방지하기 위해서이다.²³⁾ 그러나 ‘사전보고제도’는 상급 법원의 심사기한을 규정하지 않고 있어, 중재합의 효력의 인정이 지연되어 최종적으로 중재절차 진행에 영향을 미칠 수 있다.²⁴⁾ 또한 ‘사전보고제도’가 갖고 있는 긍정적인 역할에도 불구하고 중국 중재법 및 ‘해석’에 존재하고 있는 중재합의 효력 인정과 관련한 결함에 의해 중국에서의 중재합의는 여전히 무효 인정의 위협에 노출되어 있다.

21) 〈인민법원의涉外중재 및 외국중재관련 사항 처리에 관한 최고인민법원의 통지〉 中國最高人民法院 法釋[1995]18號.

22) 일부 중국 법원은 유효한 중재합의가 존재함에도 불구하고 일방 당사자의 사건 실체문제에 대한 소송에 대해 “이 소송은 권리침해와 관련한 소송으로 쌍방 당사자가 서명한 중재조항의 구속을 받지 않는다”라고 판결하였다. 중기총공사(中技總公司)가 스위스공업자원공사를 상대로 한 손해배상소송 제기한 사건(最高人民法院研究室, 「中華人民共和國最高人民法院司法解釋全集」, 北京: 人民法院出版社, 1994, pp.1625-1627 참조). 다행스럽게도 상기의 상황은 1996년 강소성(江蘇省) 물자집단지공방직총공사(物資集團輕工紡織總公司)가 홍콩 유억집단유한공사(裕億集團有限公司)와 캐나다 태자발전유한공사(太子發展有限公司)를 상대로 제기한 권리침해 손해배상소송 등에서 개선되었다. 또한 2005년 12월 26일 중국 최고인민법원이 배포된 ‘제2차 전국涉外상사해사심사 작업회의 요약’ 제7조는 “涉外상사계약의 당사자 간에 서명하여 유효하게 약정한 중재합의가 있는 경우에는 동 계약 또는 동 계약과 관련된 모든 분쟁은 중재방식을 통해 해결하며, 일방 당사자가 계약의 이행과정에서 발생하는 권리침해와 관련하여 인민법원에 소송을 제기하는 경우에 인민법원은 관할권이 없다”라는 점을 분명히 규정하고 있다. 楊秀清, 「協議仲裁制度研究」, 北京: 法律出版社, 2006, pp.89-90 참조.

23) 宋連斌, 「國際商事仲裁管轄權研究」, 北京: 法律出版社, 2000, p.43.

24) 林一飛, 「中國國際商事仲裁裁決的執行」, 北京: 對外經濟貿易大學出版社, 2006, pp.18-19.

3. 소결어

자기권한 심사권에 따르면 중재판정부는 스스로의 관할권에 대한 판정을 내릴 권리가 있으며, 이러한 판정은 단지 판정의 취소단계에서 중재지의 법원으로부터 감독을 받거나 또는 중재판정 집행단계에서 집행지 법원의 감독을 받게 된다. 이러한 권한은 분쟁당사자가 무모하게 법원절차를 이용하거나 중재절차의 진행을 방해하는 것을 방지하기 위한 것이다. 그러나 애석하게도 중국의 현행 중재관련 법률은 중재판정부에 자기권한 심사권을 인정하지 않고 있어, 중재판정부가 스스로 관할권을 판정하는 것을 불가능하게 하고 있다. 즉, 중국은 자기권한 심사권을 중재판정부가 아니라 중재기관에 부여하고 있을 뿐이다.²⁵⁾ 이밖에 중국 법원은 일방당사자가 직접 법원에 중재합의 효력의 확인을 청구하는 경우에 중재합의의 효력에 대해 직접적인 심사를 진행할 수 있을 뿐만 아니라 중재합의의 존재와 관련하여 관할권 이의를 제기하는 경우에도 중재합의의 효력에 대해 간접적인 심사가 가능하다.²⁶⁾ 그리고 중국 법원은 중재기관이 먼저 중재합의 효력과 관련한 이의를 접수받았다 하더라도, 중재기관이 판정을 내린 경우를 제외하고는 중재절차를 중지시킬 수 있다.

영국, 독일, 이탈리아 그리고 스웨덴 등의 중재법에서도 중국과 같이 당사자가 직접 법원에 중재합의 효력의 확인을 청구할 수 있다고 규정하고는 있다.²⁷⁾ 그러나 이들 국가의 법원은 분쟁당사자 모두 동의하는 경우와 같이 예외적 상황 하에서만 중재합의 효력에 대한 직접적인 심사를 실시할 수 있다.²⁸⁾

따라서 중국은 상사중재의 건전한 발전을 위하여 향후 중재법을 개정하는 경우에 중재기관이 아닌 중재판정부가 직접 자기권한 심사권을 갖도록 관련 규정을 개정하

25) 중국 중재법 규정에 따르면, 중재합의 효력에 대한 이의는 응당 중재위원회 또는 법원에서 결정을 내린다고 하고 있다. 중국 중재법 제20조 제1항 “당사자가 중재합의의 효력에 대하여 이의가 있는 경우, 중재위원회에 결정 또는 인민법원에 재정을 청구할 수 있다. 일방 당사자가 중재위원회에 결정을 청구하고 다른 일방 당사자는 인민법원에 재정을 청구한 경우, 인민법원이 재정한다”고 규정하고 있으며, 중국국제경제무역중재위원회 중재규칙 제6조 제1호는 “중재위원회는 중재합의의 존재, 효력 그리고 중재사건의 관할권에 대해 판정을 내릴 권리를 갖는다. 만약 필요하다면, 중재위원회는 중재판정부에 관할권 결정을 수권할 수 있다”라고 규정하고 있다.

26) 법원의 중재합의 효력에 대한 직접 또는 간접 심사와 관련하여 자세한 내용은 Jean-francoi Poudret, Sebastien Besson, op. cit., pp.409-456 참조.

27) Jean-francoi Poudret, Sebastien Besson, ibid., pp.410-412 참조.

28) 예를 들어, 영국의 1996년 중재법 제32조 제1항과 제2항에서 영국 법원은 단지 다음과 같은 두 가지 상황 하에서만 중재합의 효력의 이의 청구를 심사할 수 있다고 규정하고 있다. 첫째, 동 청구가 타방 당사자의 서면 동의를 받은 후 법원에 제출되었을 것, 둘째, 이 청구가 중재판정부의 허가를 받았어야 한다. 이러한 상황 하에서만 영국 법원은 중재합의 효력에 대한 심사를 진행할 수 있다.

여,²⁹⁾ 중재판정부 스스로 관할권이 있는지 여부를 판단하도록 하여야 한다. 그리고 법원은 일방 당사자가 중재합의에 대한 관할권 이의를 법원에 제기하는 경우에 일단 중재판정부에서 판정을 내린 이후에 이를 처리하여야 한다.³⁰⁾ 즉, 법원은 외견상 중재합의의 존재를 존중하여, 중재합의가 외형상 적법하게 존재하고 명백한 무효사유가 발견되지 않는 한 중재합의의 존재를 인정하고 소송절차를 각하 또는 중지한 후 중재판정부의 판단을 기다려야 할 것이다.³¹⁾

Ⅲ. 중국의 중재합의 유효성 판단 준거법

1. 중국의 중재합의 법률적용 현황

중재합의 독립성원칙에 따르면 중재합의는 주계약과 독립되며 중재합의 효력을 결정하기 위한 스스로의 법률적용 규범을 갖는다. 중국 중재법도 중재합의의 독립성은 인정하고는 있지만,³²⁾ 중재합의의 법률적용에 관한 규정은 두고 있지는 않다. 이에 따라서 중국 법원은 중재합의 효력에 관한 사건을 심리하는 경우 중국 중재법 규정을 적용하여 유효성 여부를 판단하는 경우가 많다. 그러나 중국 중재법은 중재합의의 효력에 대해 엄격한 규정을 두고 있어,³³⁾ 많은 중재합의가 법원에 의해 무효로 인정되고 있다. 예를 들어 1995년 해구시(海口市) 중급인민법원이 수리한 락화락덕(諾和諾德)(주)과 해남중의약기술개발공사(海南中醫藥技術開發公司) 간의 분쟁에서, 쌍방 당사자는 매매계약의 중재조항에 “본 계약으로부터 또는 본 계약과 관련하여 발생한 일체의 분쟁은 신청시 유효한 국제상공회의소(ICC)의 규정을 통해 중재방식으로 해결한다. 중재는 런던에서 영어로 진행한다. 중재판정은 중국성을 갖으며, 쌍방 당사자에 대해 구속력이 있다”고 약정하였다. 이 중재조항의 효력에 대해 해구시 중급인민법원은 사전보고제도에 근거하여 해남성(海南省) 고급인민법원에 지시를 요청하였으며, 해남성 고급인민법원은 중국 중재법의 관련규정에 근거하여 이 중재조항은 무효라고 인정하였다. 해남성 고급인민법원은 사전보고제도의 관

29) Zhao Xiuwen, Lisa A. Kloppenberg, “Reforming Chinese Arbitration Law and Practices in the Global Economy”, *Dayton Law Review*, Vol. 31, No. 3, 2006, p.448; Song Lianbin, Zhao Jian, Li Hong, op. cit., p.184; Chi Manjiao, op. cit., p.118.

30) Chi Manjiao, *ibid.*, p.119.

31) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, p.78.

32) 중국 중재법 제19조.

33) 중국 중재법 제16조.

런규정에 근거하여 최고인민법원에 지시를 요청하였고, 최고인민법원은 1996년 12월 20일 중재조항이 무효라고 인정한 해남성 고급인민법원의 판결과 동일하게 중재조항은 불명확하게 중재기관을 선정하고 있기 때문에 동 중재조항은 효력이 없다고 인정하였다.³⁴⁾

이러한 중국 법원의 태도는 1999년 홍콩의 삼릉상사(三菱商事)(주)와 삼릉투자(주) 간의 자금대출과 관련한 분쟁에서 바뀌었다. 중국 최고인민법원은 호북성(湖北省) 고급인민법원의 중재조항 효력과 관련한 답변에서 중재조항의 효력은 중재지인 홍콩의 법률에 근거하여 판단한다고 답변하였다.³⁵⁾ 그러나 최고인민법원은 동 사건에서 중재합의의 법률적용에 대한 명확한 사법해석을 내리지는 않았다. 또한 중국 최고인민법원은 동 사건 이후 중재합의의 효력과 관련한 답변에서도 중재합의의 법률적용과 관련한 사항에 대한 어떠한 사법해석도 없었으며, 상당수의 사법해석은 여전히 중국 중재법을 근거하여 중재합의의 효력 문제를 판단하였다.³⁶⁾

그러나 2002년 7월 16일 중국 최고인민법원은 홍콩의 운유선무대리(運惟船務代理)(주)와 심천시(深圳市)의 토축산다엽무역(土畜產茶葉進出口)(주) 간의 용선계약과 관련한 분쟁의 중재조항의 효력에 대한 답변에서 중재합의의 법률적용에 대한 명확한 사법해석을 공포하였다. 최고인민법원은 중재합의의 효력은 당사자가 중재조항에서 적용하기로 약정한 법률을 적용하여 판단하여야 하며, 당사자가 준거법을 약정하지 않았거나 불명확하게 약정한 경우에는 계약 중 약정한 중재지의 법률을 적용하여 판단하여야 한다고 답변하였다.³⁷⁾ 최고인민법원은 동 사건 이후 중재합의의 효력과 관련한 대부분의 사건에 대해 상기의 원칙에 근거하여 중재합의 효력 문제를 판단하였다. 또한 최고인민법원은 이에 보충하여 당사자가 중재합의에 적용될 법률을 약정하지 않았고 또한 중재지를 약정하지 않았거나 불명확하게 약정한 경우에는 법정지법에 근거하여 중재합의의 효력을 확정하도록 하였다.³⁸⁾ 그리고 중국 법원은 제2차 전국섭외상사해사심판공작회의에서도 상기 최고인민법원의 답변과 동일하게 중재합의 효력의 인정방식을 확정하고, 이를 '제2차 전국섭외상사해사심판공작회의요록'(第2次全國涉外商事海事審判工作會議紀要, 이하 '공작회의요록'이라 칭함)에 규정하였다.³⁹⁾ 그리고 '해석'도 '공작회의요록'과 동일하게 중재합의 효력과 관

34) 中國最高人民法院 法經[1996]第449號.

35) 中國最高人民法院 法經[1999]第143號.

36) 王浩, "論有瑕疵仲裁協議的法律效力", 「安徽警官職業學院學報」, 總第60期, 2012, p.53.

37) 中國最高人民法院 民四他字[2002]第18號.

38) 于喜富, "仲裁協議的法律適用問題-涉外民事關係法律適用法第18條的理解與適用", 「人民司法」, 2011年 第21期, 2011, p.48.

39) '공작회의요록'은 중재합의의 효력에 대한 법률적용 문제와 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

련한 법률적용 방식을 채용하였다.⁴⁰⁾

‘해석’에 규정된 중재합의 법률적용 규정은 뉴욕협약의 중재합의 법률적용관련 규정과 기본적으로 일치하고 있다.⁴¹⁾ 그러나 실제에 있어서 일부 중국 법원은 ‘해석’의 관련규정을 이탈하여 판결을 내리기도 하였으며,⁴²⁾ 당사자가 중재합의에 적용될 법률을 약정하지 않았고 중재지를 선택하지 않았거나 불명확하게 선정한 경우에는 중국 중재법의 중재합의 효력관련 규정을 적용하여 중재합의 효력을 무효로 판결한 사례도 있다.⁴³⁾

2. 중국의 중재합의 법률적용의 실제

(1) 당사자가 중재합의에 적용될 법률을 약정한 경우

‘해석’은 당사자가 중재합의에 적용될 법률을 약정한 경우에 법원은 동 준거법에 근거하여 중재합의의 효력을 판단해야 한다고 규정하고 있으며, 실제에 있어서도 중국 법원은 당사자 자치원칙을 존중하여 당사자가 약정한 법률을 준거법으로 인정하고 있다.⁴⁴⁾ 예를 들어, 중국의 남통강사조선(南通鋼渣造船)과 네덜란드의 애백조선(埃伯造船) 간의 분쟁사건⁴⁵⁾에서 쌍방 당사자는 “본 계약 그리고 모든 합의는 네덜란드 법률에 근거하여 추정되고 해석된다”고 계약에 약정하였다. 동시에 분쟁해결방식과 관련하여 로테르담 해륙운수 중재규칙에 근거하여 네덜란드 로테르담에서

“중재합의의 효력과 관련하여 준거법을 약정하지 않았으나 중재지는 약정한 경우에는 응당 중재지의 법률이 적용된다. 당사자가 중재합의 효력의 준거법 그리고 중재지를 약정하지 않은 경우에는 법정지법 즉 우리나라의 법률을 중재합의 효력의 준거법으로 적용한다.”

- 40) ‘해석’ 제16조 “섭외중재합의의 심사에 있어 당사자가 약정한 법률을 적용한다. 당사자가 적용 법률을 약정하지 않고 단지 중재지를 약정한 경우에는 중재지 법률을 적용한다. 적용 법률을 약정하지 않았거나 중재지를 약정하지 않았거나 중재지가 불명확하게 약정된 경우에는 법정지 법률을 적용한다.”
- 41) 뉴욕협약은 중재판정의 승인 및 집행 거부사유인 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 및 집행 단계에서 중재합의의 유효성을 판단하는 기준이 되는 실질법을 명시하고 있으므로 행위능력 이외의 점에 관한 실질법은 1차적으로 당사자들이 지정한 법, 2차적으로 중재판정지의 법이 됨을 명확히 규정하고 있다. 목영준, 전거서, pp.71-72 참조.
- 42) 齊湘泉, 馬斌, “瑕疵仲裁協議效力的認定”, 「仲裁研究」, 第26輯, 2011, p.63.
- 43) 李海, “淺論國際商事仲裁中仲裁協議的獨立性及其法理依據”, 「法制與社會」, 2011年 2期(下), 2011, p.106.
- 44) ‘최고인민법원의 섭외민상사계약 분쟁사건 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 규정’(最高人民法院關於審理涉外民事或商事合同糾紛案件法律適用若干問題的規定)(法釋[2007]14號) 第4條.
- 45) 武海法商字第81號民事裁定書(2006年 10月 8日).

임시중재를 진행한다고 약정하였다. 사건을 수리한 무한시(武漢市) 해사법원은 본 사건의 중재합의 효력 판정을 위한 준거법은 네덜란드 법률임을 인정하고, 네덜란드 법률은 임시중재를 인정하고 있기 때문에 이 중재합의는 유효하다고 판결하였다.⁴⁶⁾ 무한시 해사법원의 판결은 호북성 고급인민법원도 동의하였다.

성도시(成都市)의 무지개의류(七彩虹服裝)(주)와 창시패션(創始時裝)(주) 간에 체결한 매매계약에 약정된 중재조항의 효력과 관련하여, 쌍방 당사자는 “본 계약의 이행과 관련하여 발생하는 일체의 분쟁은 쌍방이 우선 우호적인 협상을 통해 해결하고 협상이 성립되지 않으면 마카오의 관련 중재위원회의 중재규칙에 따라 중재를 진행한다”고 약정하였다. 그러나 분쟁 당사자는 중재합의 유무효 판단에 적용시킬 법률에 대해서는 약정을 하지 않았다. 최고인민법원의 사천성(四川省) 고급인민법원에 동 사건 중재합의 효력과 관련한 답변에서 마카오 법률은 본 사건의 중재합의 준거법으로써 적용되어야 하며, 마카오 법률 규정에 근거하면 이 중재합의는 유효하고 답변하였다.⁴⁷⁾

(2) 당사자가 중재합의에 적용될 법률을 약정하지는 않았으나 중재지는 약정한 경우

중국 법원은 당사자가 중재합의 준거법에 대해서는 약정하지 않았으나 중재지는 약정한 중재합의 관련 사건에서 대부분은 ‘해석’의 규정에 근거하여 중재지의 법률에 근거하여 중재합의의 효력을 확정하였다. 그러나 중국 법원은 일부 사건에서 중재지 법률의 적용 여부에 대해 머뭇거리거나 심지어는 이러한 규정을 이탈하기도 하였다.

예를 들어, 강문시(江門市) 화이윤유리(華爾潤玻璃)(주)와 사탄인(斯坦因)(주) 및 상해사탄인(上海斯坦因)(주) 간의 분쟁에서, 화이윤유리(주)와 사탄인(주)은 매매계약 제16장 중재에서 “본 계약 하에서 또는 본 계약과 관련한 분쟁을 협상을 통해 해결할 수 없는 경우에는 중재를 통해 해결한다. 중재는 국제상업회의소(ICC)의 조정 및 중재규칙에 근거하여 진행하여야 한다. 중재인은 판정을 내릴 때 관련 사실과 상황을 고려하고 본 계약의 조항에 근거하여야 한다. 중재인은 본 계약의 조항을 근거해 분쟁해결이 불가능한 경우에 스위스 법률을 적용하여야 한다. 중재는 스위스 제네바에서 진행되어야 한다. 중재판정은 최종적이고 쌍방 당사자를 구속한다”고 약

46) 중국은 중재인의 자질 및 중재의 공정성 등을 이유로 임시중재를 인정하고 있지 않다. 하현수, 윤충원, “중국의 국제상사중재 사법심사에 관한 연구”, 「국제상학」, 제22권 제3호, 2007, p.154 참조.

47) 中國最高人民法院 民四他字[2007]第16號.

정하였다. 매매물품의 품질과 관련하여 분쟁이 발생하였고 화이윤유리(주)는 강문시 중급인민법원에 소송을 제기하였다. 이에 대하여 사탄인(주)은 중재합의가 유효하게 존재한다는 이유로 관할권 이의를 제기하였다. 강문시 중급인민법원은 동 사건의 중재합의에 대한 법률적용 문제에 대한 판단을 진행하지 않고 중국 중재법의 규정에 근거하여 동 중재조항은 중재규칙 적용에 관해서만 약정하고 중재기관은 약정하지 않았다는 점을 인정하고, 당사자가 보충합의를 달성하지 못하였으므로 이 중재합의는 무효라고 판결하였다. 이후 강문시 중급인민법원은 사전보고제도에 따라 광둥성(廣東省) 고급인민법원에 지시를 요청하였다.

광둥성 고급인민법원은 당사자가 중재에 적용될 법률을 약정하지 않은 경우에 응당 중재지법 즉 본 사건은 스위스의 법률을 근거로 중재합의의 효력을 판단하여야 한다는 점에 대하여 고려를 하였으나, 중재지인 스위스의 법률을 적용하는 경우에 발생할 수 있는 다음 두 가지 사항을 지적하였다. “첫째, 스위스 법률의 적용은 중국의 사법주권을 침해할 수 있다. 둘째, 중재합의 효력의 심사는 절차문제에 속함으로써 법정지법을 적용하여야 한다. 중재합의는 중재지법을 적용해야 한다는 것은 단순히 학술계의 관점이며 중재 강국의 관점에 지나지 않는다. 따라서 중국의 상황을 고려하면 이는 적절하지 않다.” 이러한 두 가지 관점을 종합하여 광둥성 고급인민법원은 동 사건 중재합의 효력의 심사에 중국 법률을 적용하는 것이 보다 합리적이라고 인정하고, 중국의 중재법 규정에 근거하여 중재합의를 무효로 인정하였다.⁴⁸⁾

중국 최고인민법원이 상기 사건과 관련하여 광둥성 고급인민법원에 하달한 답변은 본안 당사자가 중재합의 효력에 관한 준거법을 약정하지 않은 경우에는 중재지 즉 스위스의 법률이 중재합의 효력의 준거법이 된다고 확인하였다. 최고인민법원은 동시에 광둥성 고급인민법원이 법정지법을 적용하여야 하는 사유로 제시한 것에 대해 불성립되는 이유를 명확히 하였다. 첫째, 유효한 중재합의는 중국 법원의 관할권을 배제하므로 중국의 사법주권에 대한 손해 문제가 존재하지 않는다. 둘째, 당사자가 중재합의 효력과 관련한 준거법을 약정하지 않은 경우에 중재합의 효력의 심사에 중재지법의 적용은 다년간 사법 실무와 ‘공작회의요록’ 등에서 이미 명확히 확립한 원칙으로, 각급 법원은 이에 근거하여 판결을 내리고 있다.⁴⁹⁾

48) 廣東省 高級人民法院 粵高法民四他字[2005]第25號.

49) 中國最高人民法院 民四他字[2007]第9號.

(3) 당사자가 중재합의에 적용할 준거법을 약정하지 않았고, 중재지도 약정하지 않았거나 불분명한 경우

만약 당사자가 중재합의 준거법을 약정하지 않았고 또한 중재지도 약정하지 않았다면, 중재합의 법률적용 문제는 더욱 복잡하게 될 것이다.⁵⁰⁾ 그러나 중국은 ‘해석’ 실행 이후 이러한 상황 하에서 법정지법 즉 중국 중재법을 직접 적용하여 중재합의 효력 유무를 보다 용이하게 판단하고 있다. 예를 들어, Davis Standard사와 영파시(寧波市)의 협성전자전선(協成電子電線)(주) 간의 물품매매계약과 관련한 분쟁에서 쌍방 당사자는 계약에 “본 계약과 관련하여 또는 본 계약의 집행 과정에서 발생하는 일체의 분쟁은 우호적인 협상을 통해 해결한다. 이를 통해 해결되지 않은 경우에 중재를 제기한다. 중재는 WTO 회원국 중 쌍방이 협의를 통해 선택한 중립국에서 진행한다. 중재비용은 패소 당사자가 부담한다”라고 약정하였다. 쌍방 당사자는 계약에 중재합의의 준거법을 약정하지 않았고 중재지도 명확히 하지 않았다. 분쟁이 발생하자 협성전자전선(주)은 영파시 중급인민법원에 소송을 제기하였고, 타방 당사자는 중재합의가 있다며 관할권 이의를 제기하였다. 절강성(浙江省) 고급인민법원은 이 중재합의는 효력이 없다며 최고인민법원에 지시를 요청하였다. 이에 대해 최고인민법원은 당사자가 중재합의에 적용될 법률을 약정하지 않았고 중재지도 약정하지 않은 경우에 응당 법정지법에 근거하여 중재합의 효력을 확인하여야 한다고 답변하였다. 이에 따라 절강성 고급인민법원은 중국 중재법 제16조와 제18조의 규정에 따라 중재합의의 무효를 인정하고 영파시 중급인민법원이 이 사건에 대한 관할권이 있다고 판결하였다.⁵¹⁾

상기와 유사한 다른 사건에서, 당사자는 매매계약에서 “본 매매계약의 이행 중 발생하는 모든 분쟁은 우호적인 협상을 통해 해결한다. 만약 쌍방의 우호적 해결이 불가능한 경우에 분쟁은 매매 쌍방이 상호 승인한 제3국에 중재를 신청한다”고 약정하였다. 쌍방 당사자는 중재합의 효력에 적용될 준거법을 약정하지 않았고, 또한 동 중재조항에 중재지 및 중재기관도 약정하지 않았다. 중국 법원은 ‘해석’의 규정을 근거하여 중국 중재법을 적용하여 동 중재합의는 무효라고 판결하였다.⁵²⁾

그러나 실제에 있어서 많은 중재합의는 준거법뿐만 아니라 중재지도 약정하지 않고 단순히 중재를 통한 분쟁해결 의사만 약정하고 있는 경우가 많다. 이러한 경우에 중재를 원하지 않는 당사자가 중재판정이 내려지기 이전에 중국 법원에 중재합의

50) Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International commercial Arbitration*, London: Cambridge University Press, 2008, p.68.

51) 中國最高人民法院 民四他字[2004]第13號.

52) 中國最高人民法院 民四他字[2007]第13號.

효력에 대한 판단을 요구하게 되면, 중국 법원은 법정지법 즉 중국 중재법 제16조의 규정을 적용하여 중재합의를 무효로 인정할 가능성이 대단히 높다. 이는 대부분의 국가가 당사자의 중재 의사표시가 있는 중재합의에 대하여 효력을 인정하고 있는 것과는 상당한 거리가 있다 하겠다.⁵³⁾

3. 소결어

중국 법원은 중재합의 효력에 적용될 법률을 우선 당사자가 선택한 법률을 적용하고 이러한 선택이 없는 경우에는 중재지법을 적용하고 있다. 그리고 당사자가 중재합의에 적용될 법률을 약정하지 않았고 또한 중재지를 약정하지 않았거나 불명확하게 약정한 경우에는 법정지법을 적용하도록 하고 있다. 그러나 중국 중재법은 중재합의 성립요건을 매우 엄격하게 하고 있어 중국 중재법을 적용하는 경우에 많은 중재합의가 무효로 처리될 수 있다. 따라서 당사자의 만장일치로 법정지법을 적용하기로 한 경우에만 법정지법을 적용하여 중재합의의 효력을 판단하여야 할 것이다. 즉 '해석'의 중재합의의 법률적용과 관련한 규정과는 동일하게 하되, 법정지법의 적용에 대해서만은 일정한 제한을 가하여야 할 것이다.

예를 들어 중국의 당사자 갑과 프랑스 당사자 을 간에 계약을 체결하면서 계약의 이행 또는 본 계약과 관련하여 발생한 분쟁을 제3국에 중재를 제기하여 해결하기로 하였으나, 쌍방은 중재합의에 적용될 법률을 약정하지 않았다고 가정하자, 만약 중국 당사자가 중국 법원에 소송을 제기하여 중재합의 무효 확인을 요구하였고, 프랑스 당사자가 그 주소지 프랑스 법원에 소송을 제기하여 중재를 통해 분쟁의 해결을 요구하였다고 한다면, 중국 법원은 '해석'의 규정에 근거하여 법정지 즉 중국의 법률을 적용하여 중재합의를 무효로 판결할 가능성이 대단히 높다. 그러나 이에 반하여 프랑스 법원은 중재를 통해 분쟁을 해결하겠다고 하는 당사자의 의사가 존재한다는 이유로 중재합의를 유효로 판결할 것이다. 그리고 프랑스 법원이 당사자들에게 ICC 중재법원에서 중재를 진행하게끔 하고 동 중재기관이 중재판정을 내리게 된다면, 이후 을은 뉴욕협약의 규정에 근거하여 중국 법원에 동 중재판정의 집행을 신청하게 될 것이다. 이에 따라서 중국 법원은 이 판정의 집행여부를 결정해야 하는 아주 곤란한 상황에 처할 수 있게 된다.

따라서 중국은 중국 중재법 상의 중재합의 유효요건과 상대국 중재법률 상의 중

53) Milo Molfa, "Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws", *Hong Kong Law Journal*, Vol. 37, Part 1, 2007, p.168.

재합의 유효요건의 불일치에 따라 발생할 수 있는 위와 같은 문제점을 해결하기 위해서는, 상기에서 언급한 바와 같이 당사자가 적용 법률로 중국 중재법 또는 중재지로 중국을 선택하지 않은 경우에 있어서는 중국 중재법의 적용에 대한 일정한 제한을 가하는 것이 필요하다. 더욱 근본적인 해결책은 중국 중재법 제16조에 규정되어 있는 선정된 중재기관의 요구를 삭제하여 단지 당사자의 중재합의 중 중재의 의사와 중재사항만을 규정하게 된다면 상기에서 언급한 것과 같은 법정지법의 적용에 대한 제한을 둘 필요가 없어지게 될 것이다.

Ⅳ. 중국 중재법 하에서 하자있는 중재합의의 효력

1. 하자있는 중재합의 효력 판단

중국 법원은 당사자가 중국의 법률을 중재합의에 적용시키기로 약정한 경우, 당사자 간에 이러한 약정은 없으나 중재지를 중국으로 약정한 경우, 그리고 준거법 및 중재지에 대한 약정 없이 중재합의 효력의 확인을 중국 법원에 제기한 경우에 중국 중재법 및 관련 사법해석의 규정을 적용하여 중재합의의 효력에 대한 판단을 내리게 된다. 그러나 중국 법원이 엄격한 중재합의 성립요건을 규정하고 있는 중국 중재법을 적용하여 효력을 판단하는 경우, 많은 중재합의가 성립요건 부족으로 효력이 인정되지 못하고 있다.⁵⁴⁾

실제로 중국에서 발생한 중재합의 효력과 관련한 많은 분쟁은 중국 중재법 제16조에 규정되어 있는 중재기관의 지정과 관련하여 발생하고 있다.⁵⁵⁾ 이에 따라서 중국 최고인민법원은 중재기관 지정과 관련한 문제를 명확히 하기 위하여 다량의 사법해석과 이를 통합한 ‘해석’을 시행하고 있다. ‘해석’은 중재합의에 약정된 중재기관의 명칭이 불명확하나 구체적 중재기관을 확정 가능하거나, 중재합의에 특정 지역의 중재기관을 통해 중재를 진행하기로 약정하였고 이 지역에 단일의 중재기관이 있는 경우에는, 당사자가 중재기관을 선정할 것으로 간주하고 있다.⁵⁶⁾

54) Tao Jingzhou, Clarisse von Wunschheim, op. cit., pp.309-325; Chi Manjiao, op. cit., pp.104-120; Zhou Jian, op. cit., pp.145-170; Song Lianbin, Zhao Jian, Li Hong, op. cit., pp.169-188; Zhao Xiuwen, Lisa A. Kloppenberg, op. cit., pp.421-452; 하현수, 윤충원, “중국의 국제상사중재 사법심사에 관한 연구”, 「국제상학」, 제22권 제3호, 2007, pp.135-157; 하현수, “중국 법원의 중재판정 승인 및 집행에서 공공질서 적용에 관한 연구”, 「중재연구」, 제21권 제3호, 2011, pp.115-136.

55) 齊湘泉, 「外國仲裁裁決承認及執行論」, 北京: 法律出版社, 2010, p.163.

56) 中國最高人民法院 ‘解釋’第3條 第6條.

그러나 '해석'은 하기와 같은 상황에서는 당사자가 중재기관을 선정하지 못한 것으로 간주하여 중재합의를 무효로 하고 있다. 첫째, 당사자가 중재규칙만을 약정한 경우에 중재합의는 무효이다. 다만, 당사자가 보충합의를 달성하거나 약정한 중재규칙에 근거하여 중재기관을 확정할 수 있는 경우는 제외된다.⁵⁷⁾ 둘째, 당사자가 두 곳 이상의 중재기관을 선정한 경우이다. 그러나 당사자가 중재기관에 대한 보충합의를 달성한 경우에는 제외된다.⁵⁸⁾ 셋째, 당사자가 중재합의에 중재 및 소송 모두를 분쟁해결방식을 약정한 경우이다. 다만 일방 당사자가 중재를 제기하였고 타방 당사자가 이에 대한 이의를 제기하지 않은 경우는 제외된다.⁵⁹⁾

중국 중재법은 중재합의에 하자가 있는 경우에 당사자 간에 보충합의를 통해 효력을 인정받을 수 있다고 규정하고는 있으나,⁶⁰⁾ 일방 당사자가 중재합의의 하자를 이유로 중재합의의 효력에 대해 이의를 제기하여 중재절차의 진행을 원하지 않는 경우에 쌍방 당사자가 보충합의를 달성하기란 매우 힘들 것이다. 실제 이러한 상황에서 쌍방 당사자 간에 중재합의와 관련한 보충합의를 달성한 사례는 거의 찾아볼 수 없다.⁶¹⁾

2. 소결어

중국 최고인민법원이 채용하고 있는 중재합의 효력에 대한 해석방식은 제한적 해석방식(restrictive interpretation approach)이라 할 수 있으며, 이는 기타 국가가 하자중재합의에 채용하고 있는 자유해석방식(liberal interpretation approach)과는 상당한 거리가 있다.⁶²⁾ 최근 미국의 중재 발전을 고찰한 연구에 따르면 미국 법원은 하자중재합의의 유효여부를 해석하는 방식으로 중재합의 내용에 대한 광범위한 해석을 지지하고 있으며 중재합의 효력에 대한 이의의 제출을 제한하고 있다. 특히, "중재합의 중 어떠한 또는 모든 모호한 부분의 해석은 필히 중재를 지지하여야 한다"고 하고 있다.⁶³⁾ 이밖에 한국, 홍콩 등의 법원도 하자중재합의에 대한 자유해석

57) 中國最高人民法院 '解釋'第4條.

58) 中國最高人民法院 '解釋'第5條 第6條.

59) 中國最高人民法院 '解釋'第7條.

60) 중국 중재법 제18조 '중재합의가 중재사항 또는 중재위원회에 대한 약정이 없거나 불분명할 때, 당사자는 보충합의를 할 수 있다. 보충합의가 이루어지지 아니한 경우 중재합의는 무효이다.'

61) 韓寒, "論仲裁協議效力的擴張", 「仲裁研究」, 第24輯, 2011, p.24.

62) 龍威狄, "國際商事仲裁協議的妨訴效力-以我國立法司法實踐爲中心", 「政治與法律」, 2010年 第10期, 2010, pp.34-35; 朱僑東, 전계논문, p.166; Milo Molfa, op. cit., p.176.

63) Anthony M. DiLeo, "The Enforceability of Contractual Agreements to Arbitrate: A Survey of the Last Three Years of Jurisprudence", *Louisiana Bar Journal*, Vol. 56, No. 3, 2008, p.177.

방식을 채택하고 있다. 예를 들어 홍콩의 고등법원이 심리한 사건에서 쌍방 당사자는 중재합의에서 “계약으로 인해 발생하거나 계약과 관련한 모든 분쟁 또는 어떠한 계약 위반을 당사자들이 즉시 우호적으로 해결할 수 없으면, 제3국에서 이 제3국 및 국제상사중재협회의 규칙에 따라 중재를 진행한다”고 약정하였다. 원고는 중재합의가 불명확하게 제3국을 지정하고 있으므로 이 중재합의는 응당 무효로 인정되어야 한다고 주장하였으며, 또한 이 중재합의가 존재하지도 않는 중재기관 및 규칙을 지정하고 있으므로 무효로 인정되어야 한다고 주장하였다. 그러나 홍콩 고등법원은 쌍방 당사자 모두 중재의 의사를 표시하고 있기 때문에 이 중재합의는 유효라고 판결하였다.⁶⁴⁾ 한국 대법원도 장래 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 명시적 의사 표시가 있는 한 비록 중재조항에 중재기관, 준거법이나 중재지의 명시가 되어 있지 않더라도 유효한 중재합의로서의 요건을 충족하므로, “상기 합의내용이 이행되지 않는 경우 즉시 제3기관의 중재를 받는다”라는 중재조항도 유효하다고 판시하였다.⁶⁵⁾

대부분의 국가 법원은 중재합의의 효력은 당사자 간의 합의의 문제이므로, 합의가 존재하는지 여부는 일반적인 계약법 원칙으로 판단되어야 한다고 보고 중재합의의 효력의 인정에 대해 계약법의 해석원칙을 채용하고 있다.⁶⁶⁾ 그러나 중국 법원은 중재합의와 관련하여 “계약의 해석원칙을 거의 채용하지 않고 있으며, 중재합의도 계약이라는 사실을 거의 완전히 잃어버리고 있다”⁶⁷⁾라는 비판을 받고 있다. 중국 계약법 제125조는 계약은 계약목적, 교역관례, 그리고 성실원칙 등을 기초로 해석되어야 한다고 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 이는 분명히 중국은 계약법에서 자유해석방식을 지지하고 있는 것으로 상술한 바와 같은 중국 법원의 중재합의에 대한 제한적 해석방식은 상당한 거리가 있다.

따라서 중국 법원도 중재합의 효력의 인정에 대하여 자유해석방식을 채용하여야 하여 국제적으로 지지되는 중재합의 유지 추세에 부합하도록 하여야 할 것이다.⁶⁹⁾ 또한 중국 법원은 당사자가 중재합의에 중재기관을 약정하지 않은 경우에도 쌍방

64) Lucky-Gold Star International (HK) Limited v. NG Moo Kee Engineering Limited [1993] 2 HKLR 73.

65) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다74344 판결(목영준, 전게서, p.69에서 재인용함.).

66) Margaret L. Moses, op. cit., p.65.

67) Tao Jingzhou, Clarisse von Wunschheim, op. cit., p.317.

68) 중국 계약법 제125조 “① 당사자가 계약조항의 해석에 대하여 쟁의가 있는 경우, 계약에 사용한 용어·계약의 관련조항·계약의 목적·교역습관 및 신의성실의 원칙에 따라 그 조항의 진실 의사를 확정하여야 한다. ② 계약서에 2종 이상의 문자로 계약을 체결하고 동등한 효력을 가지는 경우, 각 계약서에 사용한 용어는 같은 뜻을 가진 것으로 추정한다. 각 계약서에 사용한 용어가 불일치하는 경우, 계약의 목적을 근거로 해석을 하여야 한다.”

69) Jean-francois Poudret, Sebastien Besson, op. cit., p.264.

당사자가 동 중재합의가 무효라고 서면 합의한 경우를 제외하고는 중재합의의 효력을 인정하여,⁷⁰⁾ 당사자의 중재합의 약정 의도를 최대한 존중해 주어야 하며 또한 당사자의 합리적 기대를 보다 완벽하게 보호해 주어야 할 것이다.

V. 결 론

중재제도는 분쟁에 대한 중립성, 국제협약에 따른 집행의 용이성 등의 장점으로 인하여 국제거래관련 상사분쟁의 효과적인 해결 수단으로 활용되고 있다. 그러나 중국은 중재에 대한 전 세계적인 인식과는 달리 중재와 일정한 거리를 두고 있는 것으로 보인다. 이러한 중국의 태도는 중재합의 효력 인정과 관련한 중국 중재법, 최고인민법원의 사법해석, 그리고 중국 법원 판례 등을 통해 분명히 확인할 수 있었다.

따라서 중국은 중재와 일정한 거리를 두고 있는 태도를 개선하기 위해 다음 몇 가지 사항을 수정하여야 할 것이다. 첫째, 중국 법원이 중재합의 효력 인정과 관련한 사건을 수리하는 것을 일정하게 제한하고, 중재관정부에 중재합의 효력 인정에 대한 우선판정권을 부여하여야 한다. 둘째, 중국 중재법을 개정하여 중재관정부에 자기 권한 심사권을 부여하여야 한다. 그리고 마지막으로 중국 중재법에 규정된 중재합의 성립요건에서 중재기관의 선정과 관련한 규정을 삭제하여야 할 것이다.

그러나 중국 중재법 개정문제는 중국 입법부의 고유 권한이고 현재 중국 내에서 중재법 개정에 대한 실질적 논의도 크게 진전되지 않은 상황에서,⁷¹⁾ 당장 중국 기업과 거래하는 우리 기업들이 분쟁해결방식으로 중재를 채택하고자 하는 경우에 중재합의 효력 인정과 관련하여 발생할 수 있는 문제점을 인식하고 이를 사전에 대처하여야 할 것이다. 따라서 본 논문에서는 중재합의 효력문제와 관련한 우리 기업들의 대처방법을 몇 가지 제시하고 논문을 마무리하고자 한다.

첫째, 현재 중국의 중재체제 하에서 우리 기업과 중국 당사자 간에 중재합의 약정 시에 제일 바람직한 선택은 중국 이외의 국가에서 중국의 법률에 지배되지 않는 중재합의를 하거나, 중재합의에 홍콩, 마카오 등과 같은 중국 밖의 지역을 중재지로 지정하는 것이다. 이렇게 하였을 경우에 중국 법원이 중국 법률에 근거하여 중재합의를 무효로 인정하는 것을 방지할 수 있다.

70) 連毅, 姜霞, “淺論仲裁協議效力”, 「中國仲裁與司法論壇暨2010年年會論文集」, 2010, p.68.

71) 詹安樂, 叶國平, “以仲裁權的性質爲視角論我國仲裁機構的改革方向”, 「北京仲裁」, 第76輯, 2011, pp.5-6.

둘째, 중재합의에 적용될 법률을 중국 중재법을 제외한 기타 국가의 중재법으로 지정하는 방법이다. 본문에서 언급한 바와 같이 중국 중재법은 중재합의 효력인정과 관련하여 엄격한 요건을 두고 있어 이를 충족시키지 못하는 경우에 중재합의는 무효로 인정될 수 있다. 따라서 중국 당사자의 강력한 주장 등에 의하여 중국에서 중국 중재기관을 통해 분쟁을 해결하기로 합의하는 경우라도 중재합의에 적용될 법률만큼은 중국 중재법을 제외한 기타 국가의 중재법을 준거법으로 약정하는 것이 바람직할 것이다.

셋째, 부득이하게 중재합의에 적용될 준거법도 중국 중재법으로 합의한 경우라면 중재기관의 명칭을 정확하게 약정하여야 한다. 중국은 현재 220여개의 중재기관이 전국적으로 분포되어 있고 중재기관 명칭도 유사한 경우가 많아 정확하지 않게 중재기관의 명칭을 약정하는 경우에는 어느 중재기관을 약정한 것인지 불명확하게 될 수도 있다. 이러한 경우에 어느 중재기관에 관할권이 있는지 확인할 수 없어 중재합의의 효력이 상실될 수 있다. 예를 들어 북경에는 북경중재위원회 뿐만 아니라 중국국제경제무역중재위원회도 있어 단순히 ‘북경의 중재위원회’와 같이 중재기관을 약정하는 경우에 약정된 중재기관이 북경중재위원회를 의미하는 것인지 아니면 중국국제경제무역중재위원회를 의미하는 것인지 불명확하게 되어 중재합의가 무효로 판정될 수 있다.

참고문헌

- 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 「중재연구」, 제16권 제2호, 2006.
- 김경배, 신군재, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 「중재연구」, 제15권 제1호, 2005.
- 김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 「중재연구」, 제17권 제3호, 2007.
- 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011.
- 법무부, 「중국과 대만의 교류협력 법제 연구」, 법무부, 2008.
- 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 「중재연구」, 제12권 제2호, 2003.
- 정용환, “선택적 중재합의의 유효성에 대한 관례분석-대법원 판례를 중심으로-” 「중재연구」, 제19권 제3호, 2009.
- 하현수, 윤충원, “중국의 중재법상 중재기관 약정과 관련한 중재합의 유효요건에 관

- 한 사례연구”, 「무역학회지」, 제32권 제3호, 2007.
- 하현수, 윤충원, “중국의 국제상사중재 사법심사에 관한 연구”, 「국제상학」, 제22권 제3호, 2007.
- 하현수, “중국 법원의 중재관정 승인 및 집행에서 공공질서 적용에 관한 연구”, 「중재연구」, 제21권 제3호, 2011.
- 詹安樂, 叶國平, “以仲裁權的性質爲視覺論我國仲裁機構的改革方向”, 「北京仲裁」, 第76輯, 2011.
- 馬占軍, “我國仲裁協議效力異議規則的修改與完善”, 「法學評論」, 總第166期, 2011.
- 劉曉紅, 「國際商事仲裁協議的法理與實証」, 北京: 商務印書館, 2006.
- 宋連斌, 「國際商事仲裁管轄權研究」, 北京: 法律出版社, 2000.
- 楊秀清, 「協議仲裁制度研究」, 北京: 法律出版社, 2006.
- 連毅, 姜霞, “淺論仲裁協議效力”, 「中國仲裁與司法論壇暨2010年年會論文集」, 2010.
- 于喜富, “仲裁協議的法律適用問題-涉外民事關係法律適用法第18條的理解與適用”, 「人民司法」, 2011年 第21期, 2011.
- 龍威狄, “國際商事仲裁協議的妨訴效力-以我國立法司法實踐爲中心”, 「政治與法律」, 2010年 第10期, 2010.
- 王 焯, “論仲裁協議有效性的寬容趨勢”, 「仲裁研究」, 第25輯, 2011.
- 王 浩, “論有瑕疵仲裁協議的法律效力”, 「安徽警官職業學院學報」, 總第60期, 2012.
- 李 海, “淺論國際商事仲裁中仲裁協議的獨立性及其法理依據”, 「法制與社會」, 2011年 2期(下), 2011.
- 林一飛, 「中國國際商事仲裁裁決的執行」, 北京: 對外經濟貿易大學出版社, 2006.
- 齊湘泉, 「外國仲裁裁決承認及執行論」, 北京: 法律出版社, 2010.
- 齊湘泉, 馬斌, “瑕疵仲裁協議效力的認定”, 「仲裁研究」, 第26輯, 2011.
- 朱僞東, “中國涉外仲裁協議效力的認定: 困境和出路”, 「中國仲裁與司法論壇暨2010年年會論文集」, 2010.
- 最高人民法院研究室, 「中華人民共和國最高人民法院司法解釋全集」, 北京: 人民法院出版社, 1994.
- 韓 寒, “論仲裁協議效力的擴張”, 「仲裁研究」, 第24輯, 2011.
- Chi, Manjiao, “Is the Chinese Arbitration Act Truly Arbitration-Friendly?”

- Determining the Validity of Arbitration Agreement under Chinese Law”, *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 4, No. 1, 2008.
- DiLeo, Anthony M., “The Enforceability of Contractual Agreements to Arbitrate: A Survey of the Last Three Years of Jurisprudence”, *Louisiana Bar Journal*, Vol. 56, No. 3, 2008.
- Poudret, Jean-francois, Sebastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*(2ed edition), London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Song, Lianbin, Zhao Jian, Li Hong, “Approaches to the Revision of the 1994 Arbitration Act of the People's Republic of China”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, No. 2, 2003.
- Molfa, Milo, “Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws”, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 37, Part 1, 2007.
- Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International commercial Arbitration*, London: Cambridge University Press, 2008.
- Tao, Jingzhou, Clarisse von Wunschheim, “Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions”, *Arbitration International*, Vol. 23, 2007.
- Zhou, Jian, “Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and Ad Hoc Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, No. 2, 2006.
- Zhao, Xiuwen, Lisa A. Kloppenberg, “Reforming Chinese Arbitration Law and Practices in the Global Economy”, *Dayton Law Review*, Vol. 31, No. 3, 2006.

Abstract

A Study on the Effectiveness of International Commercial Arbitration Agreement in China

Hyun-Soo Ha

China instituted arbitration law on September 1, 1995, after having legislated the law under the UNCITRAL Model Law. However, Chinese arbitration law has some problems related to the effectiveness of its arbitration agreement, unlike the UNCITRAL Model Law. Thus, parties in dispute who want to settle a dispute based on Chinese arbitration law as governing law have more to take into consideration because there could be serious problems related to the effectiveness of the arbitration agreement.

Therefore, this paper attempted to analyze the classification of jurisdiction related to the authorization of effectiveness in arbitration agreement of arbitral organization and Chinese, verify the problems, and suggest the solutions. Moreover, the author tried to verify the problems in applying the law related to the authorization of effectiveness in Chinese arbitration agreements and suggest some improvements. This paper also suggests improvements and problems related to the selection of arbitral organizations among several conditions for effective arbitration agreement in Chinese arbitration law. Finally, the author suggests some cautions and countermeasures related to arbitrations agreement for domestic investors and traders dealing with the Chinese.

Key Words : Chinese Arbitral System, Arbitration Agreement, Arbitration Clause, Arbitration Act