

## 턴키계약체결시 국제적 강행규정에 의한 준거법 제한에 관한 사례연구

- Clough Engineering Ltd v Oil & Natural Gas Corp Ltd 사건을 중심으로 -

오 원 석\*  
김 용 일\*\*

- 
- I. 서 론
  - II. 준거법과 강행법규
  - III. 사건개요 및 사실관계
  - IV. 판정요지
  - V. 결 론
- 

주제어 : 국제적 강행법규, 준거법, 공정거래법, 관할법

### I. 서 론

최근 리비아 내전 등 중동사태로 인한 해외 수주 둔화 우려에도 불구하고

---

\* 성균관대학교 경영전문대학원 교수(주저자)

\*\* 한국교통대학교 국제통상학과 전임강사(교신저자)

작년 우리나라 플랜트업체가 650억불의 해외수주를 기록하여 2003년 이후 8년간 지속적인 성장세를 이어오고 있다. 이는 전통적 플랜트 시장인 사우디·UAE 등과 해양플랜트 시장인 미주·유럽 국가들이 리비아 사태의 직접적인 영향을 받지 않았고, 기업들이 그동안 축적한 해양플랜트·Oil&Gas 분야 노하우를 바탕으로 대형 프로젝트를 잇달아 수주하였기 때문으로 분석된다.

나아가 이란의 핵개발과 국제사회의 제재에 따른 고유가로 인해 에너지 플랜트 수요가 증가할 것을 감안할 때 향후 해외플랜트 수주는 Oil&Gas·해양플랜트 분야를 중심으로 꾸준히 증가할 것으로 기대된다.<sup>1)</sup> 플랜트 수출은 발주형식, 수주자의 수주형태, 수주자의 업무범위, 발주자의 공사금액 결정방법, 대금지급 조건, 계약체결 방법 등에 따라 여러 가지로 분류되나<sup>2)</sup> 통상적으로 플랜트의 설치, 시운전, 운전교육, 하자보수 등이 포함되어 있다. 이러한 플랜트 수출은 주로 턴키방식에 의해 이루어지며, 실제로 턴키방식이 플랜트 수출 계약에서 가장 많이 사용되고 있다.<sup>3)</sup>

이러한 이해를 바탕으로, 본 연구에서는 턴키계약 체결 시 가장 중요한 고려사항 가운데 하나인 준거법 결정에 관한 제 문제를 *Clough Engineering Ltd v Oil & Natural Gas Corp Ltd*<sup>4)</sup> 사건을 중심으로 고찰한다. 동 사건은 계약 당사자가 인도법을 준거법으로 하는 폭넓은 중재합의를 하였고, 법원에 제소할 경우 인도법원이 배타적 관할권을 갖는다는 합의를 하였는데, 호주 국적의 수주자가 호주 법원에 호주의 공정거래법 위반을 사유로 소송을 제기한 사안에 대한 판결이다.

선행연구와 관련하여, 지금까지 턴키계약에 관한 다양한 논문이 발표되었는데,<sup>5)</sup> 특히 ICC에서 제공하는 표본계약서 조항의 해설을 통한 수주자 입장에

1) 2012년 1월 5일자 지식경제부 보도자료 인용(<http://www.mke.go.kr>).

2) 최준선 외 공저, 『로스쿨 국제거래법』, 박영사, 2011, pp.353~354 참조.

3) 턴키(Turnkey)는 열쇠(Key)를 회전(Turn)시켜 바로 설비가 가동하는 상태로 인도한다는 데에서 비롯된 것으로, 실무상으로는 '설계시공일괄공급(또는 도급)계약'이라 하며, 일본에서는 이를 설비일괄청부계약(設備一括請負契約)이라 한다. 오원석·이기욱, "턴키방식 플랜트계약의 실무상 유의점에 관한 연구", 「무역상무연구」 제53권, 한국무역상무학회, 2012, p.4.

4) *Clough Engineering Ltd v Oil & Natural Gas Corp Ltd* [2007] FCA 881 (Fed Ct (Aus) (Sgl judge)).

5) 김호경, "디자인빌드(Design Build)와 턴키(Turnkey)계약의 법률적 쟁점과 리스크 할당

서의 실무상 유의점에 관한 연구와 해외건설에서 가장 비중이 높은 프로젝트 파이낸스방식의 해외건설 사례를 통해 각 위험요소 및 대처방안에 관한 연구가 대표적이다.<sup>6)7)</sup>

본 논문에서는 선행연구에서 다루지 않았던 턴키계약체결시 중요한 고려사항 가운데 하나인 준거법에 관한 법리를 *Clough Engineering Ltd v Oil & Natural Gas Corp Ltd*<sup>8)</sup>와 *Transfield Philippines Inc v Pacific Hydro Ltd*<sup>9)</sup> 사건을 중심으로 고찰함으로써 실무당사자들에게 준거법 선택에 따른 유의점을 제시하고자 한다.

## II. 준거법과 강행법규

### 1. 계약과 준거법의 관계

국제거래의 단초가 되는 계약은 오직 법률의 토대 위에서 생명을 유지한다. 계약상 일방은 상대방에게 그 의무의 이행을 청구할 수 있고(“請求力”), 상대방이 이행으로 제공한 것을 정당하게 보유할 수 있고(“給付保有力”), 상대방이 계약을 불이행한다면 그 이행을 구하기 위하여 법원에 소송을 제기할 수도 있

방식에 관한 이론적 연구”, 「대한건축학회 논문집 計劃系」 제26권 제8호, 대한건축학회, 2010; 방민석, “우리나라 원자력산업 현황 및 수출경쟁력 제고방안”, 「GRL 연구논총」 제11권 제3호, 경기개발연구원, 2009; 이승우, 턴키입찰 설계심의제도의 공정성 개선방안, 한국건설산업연구원, 2007; 윤준선·백준홍, “건축턴키공사 입찰·계약 단계에서의 클레임 예방을 위한 클레임요인 분석 및 대응방안에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.

6) 오원석·이기옥, “턴키방식 플랜트계약의 실무상 유의점에 관한 연구”, 「무역상무연구」 제53권, 한국무역상무학회, 2012; 김상만, “해외건설 프로젝트의 성공적 수행을 위한 위험요소 및 대처방안에 대한 연구”, 「무역상무연구」 제50권, 한국무역상무학회, 2011.

7) 국제계약의 준거법에 관한 대표적인 선행연구인 히해관, “국제무역계약상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응 -준거법 문제를 중심으로-” 「무역상무연구」 제45권(한국무역상무학회, 2010)에서는 국제계약에서 준거법의 문제가 왜 중요한지, 소송과 중재에서 실제의 준거법을 결정하는 규칙은 각각 어떠한지와 무역실무자들이 계약체결시에 전략적으로 준거법을 어떻게 선택해야 하는지에 관한 방안을 제시하고 있다.

8) [2006] V.S.C. 175, Hollingworth J. 판결, (2006, 12. 4).

고(“請求力”), 그에 따라 획득한 집행권원에 따라 강제집행을 할 수도 있다 (“執行力”). 이러한 계약당사자의 권능은 본질적으로 계약이 법적 현상으로서 법에 의하여 지지된다는 사실에서 비롯된 것이며, 국제계약의 경우에 여기의 “법”은 곧 국제사법에 의하여 지정되어 적용되는 “계약의 준거법”을 의미한다.<sup>9)</sup>

국제계약의 준거법은 어느 국가의 법체계(예컨대, 한국법, 영국법)(특히 소송의 경우)이거나 특정한 국제적 규범(예컨대, UN 통일매매법, UNIDROIT 국제상사계약원칙)(흔히 중재의 경우)일 수 있다. 그런데 준거법으로 지정될 수 있는 국내법의 내용은 국가마다 상이하므로, 계약의 내용은 그 준거법이 어떠한지에 따라 달라질 수 있으며, 이는 특히 당사자의 침묵에 따른 계약의 공백은 최종적으로 준거법에 의하여 보충되기 때문이자,<sup>10)</sup> 준거법상의 강행법규 혹은 강행규정이 어떠한지에 따라 계약의 내용이 조정될 수도 있기 때문이다.<sup>11)</sup>

따라서 계약실무자로서는 계약체결시에 자신의 필요를 가장 잘 충족하고 그의 이익에 가장 부합하는 준거법이 지정될 수 있도록 하는 방안을 고려하여야 한다. 흔히 간과되는 것으로, 국제계약에서 계약자유의 원칙 혹은 당사자자치의 원칙에 따라 당사자들은 자신이 의도하는 바에 따라 계약의 내용을 형성할 수 있으므로 계약실무자들은 적절한 수준의 계약체결능력을 각기 스스로 갖추

9) 허해관, 전개논문, pp.53-54.

10) 따라서 국제계약의 당사자가 자족적(self-sufficient)인 계약서를 작성하는 것은 매우 중요한 일이며, 국제계약실무상 자족적 계약서를 작성하는 것이 일반적 추세라 한다. F. Bortolotti, *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, (ICC Publication No. 671)(2008), pp.152~153. 그러나 여기의 자족적 계약서는 더 이상의 보충의 여지가 없는 완전한 계약서를 의미하는 것은 아니며, 계약의 공백은 정도가 다를 뿐 항상 발생하기 마련이다. 허해관, 전개논문, p.54.

11) 강행규정(또는 강행법규)에는 국내적 강행규정(단순한 또는 통상의 강행규정)과 국제적 강행규정이 있는바, 전자는 준거법상의 강행규정으로서 당사자의 합의에 의해 그 적용을 배제할 수 없는 규정을 말하고, 후자는 당사자의 합의에 의해 적용을 배제할 수 없을 뿐만 아니라 실령 준거법이 외국법이라도 그의 적용이 배제되지 않는 강행규정을 말한다. 우리 국제사법은 예컨대 대외무역법, 외국환거래법 및 독점규제및공정거래에관한 법률 등과 같이 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.”고 규정하여 “법정지의 국제적 강행규정”이라는 개념을 명시적으로 도입하고 있다(국제사법 제7조). 국제적 강행법규에 관하여 상세히는 석광현, 국제사법 해설, 지산, 2003, pp.92-99 참조.

어야 하는 것도 결국은 계약의 준거법이 그러한 원칙을 취하고 있기 때문이다.<sup>12)</sup>

## 2. 준거법상 강행법규의 중요성

계약상 합의로써 준거법을 지정하지 않은 경우에 당사자는 특히 강행법규의 적용에 의하여 난처한 상황에 처할 수 있다. 예컨대, 우리나라 수출업자(본인, principal)가 프랑스시장에 진출하고자 프랑스의 어느 조그만 회사를 독점대리점으로 지정하는 내용의 대리점계약을 체결하면서, 계약상 준거법조항을 두지 않은 경우가 있을 수 있다. 5년 후에 우리나라 수출업자가 프랑스 시장에 대하여 자신감이 생겨서 프랑스의 여러 수입업자와 직거래를 통하여 수출하고자 위의 대리점계약을 계약규정에 따라 종료한다고 할 때, 프랑스 대리점은 이 계약의 객관적 준거법<sup>13)</sup> 프랑스법임을 주장하여 일정한 요건 하에 2년간의 보수에 해당하는 보상청구권을 행사할 수 있다.<sup>14)</sup>

그러나 만약 이 계약의 준거법이 한국법이라면 프랑스 대리점은 자신의 활동으로 한국 수출업자가 새로운 고객을 획득하거나 영업상의 거래가 현저하게 증가하고 이로 인하여 계약의 종료 후에도 이익을 얻고 있는 경우에 한하여 5년간의 평균보수액을 초과하지 않는 범위의 상당한 보상(즉 1년치의 평균보수액)을 청구할 수 있다.<sup>15)</sup> 이러한 대리점의 보상청구권에 관한 규정은 각각 강

12) 허해관, 전계논문, p.55.

13) 계약의 객관적 준거법은 주관적 준거법(당사자의 의사에 의해 지정되는 준거법)에 대비되는 개념으로 당사자들이 계약의 준거법을 합의하여 지정하지 않은 경우에, 국제사법(혹은 저촉법)의 규정에 따라 (객관적 연결에 의하여) 지정되는 준거법을 말한다. 우리 국제사법상 “당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다(국제사법 제26조 제1항).

14) 프랑스법상 대리점의 보상청구금액은 최고한도가 없고 보통 2년간의 수수료를 기초로 법원이 결정한다. 그러한 보상금액은 만약 계약이 지속되었다면 대리점이 받았을 수수료 수입금액이다.

15) 한국 상법 제92조의2 제1항 제1문은 “대리상의 활동으로 본인이 새로운 고객을 획득하거나 영업상의 거래가 현저하게 증가하고 이로 인하여 계약의 종료 후에도 본인이 이익을 얻고 있는 경우에는 대리상은 본인에 대하여 상당한 보상을 청구할 수 있다.”(여기의 대리상은 무역업체에서 말하는 대리점이다)고 규정하여 대리점의 보상청구권을 인정한다. 허해관, 전계논문 p.56.

행규정인바,<sup>16)</sup> 이 계약에서 한국 수출업자는 만약 한국법을 주관적 준거법으로 지정하였더라면, 자신이 새로운 고객을 획득하거나 자신의 영업상의 거래가 현저하게 증가한 것이 프랑스 대리점의 활동으로 인한 것이 아니거나, 프랑스 대리점의 활동으로 인하여 계약의 종료 후에도 이익을 얻고 있지 않은 경우에는 보상금을 지급할 의무가 없었을 것이다.

다른 예로서, 우리나라의 어느 기계생산업체 S가 미국의 어느 제조업자 B에게 기계를 수출하는 계약을 체결하면서, B가 기계를 신속히 교체하여야 하는 긴박한 사정이 있어, 만약 계약에서 정한 인도기간을 위반하는 경우에 S는 매 매대금의 10%에 해당하는 위약벌(penalty)을 지급하기로 약정하는 조항을 두고, 준거법에 관하여는 침묵한 경우를 생각할 수 있다. 이 계약에서 객관적 준거법이 매도인국법인 한국법으로 지정된다면 위약벌조항도 원칙적으로 유효하게 되나, 미국법(미국주법)이 준거법이라면 위약벌조항도 무효가 된다.<sup>17)</sup>

이하에서는 플랜트계약의 당사자가 합의한 준거법에 우선하여 호주의 공정거래법(Trade Practices Act)<sup>18)</sup>이 국제적 강행법규로서 우선 적용되는가에 대해 두개의 사례를 통하여 고찰하고자 한다.

### Ⅲ. 사건개요 및 사실관계

#### 1. 사건개요

---

16) 우리나라 상법 제92조의2의 규정이 국제적 강행규정인지에 관하여는, 석광현, 『국제사법과 국제소송 제4권』, 박영사, 2007, pp.30-32 참조.

17) 본문의 두 가지 예는 F. Bortolotti, op. cit., pp.32-33; 허해관, 전제논문, pp.56-57에서 재인용하였음.

18) 호주의 공정거래법은 1974년부터 시행되어 왔으며, 규제기관으로서 1995년 종래 공정거래위원회(Trade Practices Commission)와 가격감시국(Price Surveillance Authority)을 통합한 호주 경쟁소비자위원회(Australian Competition and Consumer Commission)가 있다. 실체법적인 측면에서 보면, 주요 국가의 경쟁법과 유사하게 직간접적인 보이코트를 포함한 카르텔, 시장지배적 지위남용, 기업결합, 재판매가격유지행위 등에 대한 규제를 두고 있는 한편, 동 법 제5장에서 소비자보호에 관한 규정을 두고 있다. 홍명수, “호주 공정거래법(Trade practice act)상 확약(Undertaking)제도에 있어서 사업자 확약의 내용”, 「한국공정경쟁연합회 논집」 제130호, 한국공정경쟁연합회, 2007, p.55.

*Clough Engineering Ltd v Oil & Natural Gas Corp Ltd* 사건은 수주자(contractors)가 제공한 독립적 이행보증(unconditional performance bonds)에 기한 발주자(employer)의 지급청구를 막는 법원의 지급금지명령(injunction)의 승인 근거가 있는지 여부에 대한 호주 연방법원의 판결이다.<sup>19)</sup>

보증은 은행이 발주자에게 직접 발행하며, 만약 발주자가 채무증서상의 지급을 청구하는 경우 은행은 발주자에게 보증의 한도까지 보증금을 지급해야 하며, 수주자는 이 금액을 다시 은행에 지급하여 상환하여야 한다. 이행보증<sup>20)</sup>에는 부종보증과 독립보증<sup>21)</sup> 두 가지 종류가 있다. 부종보증은 수주자가 계약대로 이행하지 않았다는 것을 발주자가 증명하는 경우에만 보증인(guarantor)이 발주자에게 보증금을 지급한다. 이런 종류의 보증은 기초계약상의 의무위반을 입증함이 없이 단지 보증상 지급청구만으로 은행의 지급의무가 발생하는 독립보증에 비해 비교적 발행비용이 저렴하다. 그렇기 때문에 독립보증은 ‘수종의 현금’으로 알려져 있으며, 이는 발주자가 ‘의문의 여지가 있는’ 근거만으로도 지급을 청구할 수 있는 위험이 있다.<sup>22)</sup>

인도 해안의 원유·가스전 개발에 대한 *Clough Engineering Ltd v Oil and*

19) 동 사건은 특히 독립적 이행보증을 발행한 수주자가 직면한 잠재적인 위험 가운데 준거법 적용에 따른 위험을 강조 한다.

20) 이행보증은 해외건설 또는 무역계약의 실행을 확보하기 위하여 적립되는 보증서 또는 보증금을 말한다. 이행보증은 계약이행보증이라고도 한다. 해외건설공사에서 낙찰이 된 자로 하여금 이행보증을 적립하도록 하는 것은, 계약을 체결하고도 공사실시를 하지 않을 경우에는 다시 경쟁입찰을 실시하여야 하기 때문에 막대한 비용과 노력이 소요되므로 이로 인한 손실을 확보하기 위한 것이다. 수출계약에서도 금액이 거대한 경우에 수출자가 계약을 이행하지 않으면 수입자가 막대한 손실을 보게 되므로 이를 커버하기 위하여 이행보증을 하도록 하는 것이다.

21) 개념체계의 면에서 독립보증은 청구보증과 보증신용장의 상위의 개념으로 삼아야 할 것으로 보인다. 즉 독립보증의 종류로 청구보증과 보증신용장이 있다. 특히 청구보증은 일반적으로 지급청구서 및 기타 보증장에 명시된 서류가 보증의 유효기간 내에 보증조건에 일치하게 제시되면 수익자에게 일정한 액수의 금전(“보증금”)을 지급한다는 보증인의 지급약속을 말한다. 이는 흔히 국제적인 건설계약이나 턴키계약(turn-key contracts), 장·단기의 공급계약에서 수주자나 공급자의 불이행이나 이행지체 또는 불완전이행에 대하여 금전보상으로써 발주자나 매수인을 보호하고자 발행하는 것으로, 국제무역금융 분야에서 필수적인 금융도구의 하나이다. 허해관, “청구보증상 지급청구와 지급”, 『무역상무연구』 제51권, 한국무역상무학회, 2011, pp.214~215 참조.

22) 보증의 종류에 관하여 상세히는, 오원석 외 공역(Roy Goode 저), 『ICC 국제상업회의소 청구보증통일규칙 가이드』, 두남, 2008, pp.7~12 참조.

*Natural Gas Corp* 사건에서 보증에 관한 문제가 다루어졌다. 인도의 원유회사는 상대방이 계약을 위반했다는 이유로 수주자가 제공한 독립이행보증상 지급청구를 시도하였다. 수주자는 인도회사의 보증청구를 방어하기 위해 인도회사를 상대로 법원에 지급금지명령을 요청했지만, 법원은 인도회사의 요구는 정당하게 이루어졌고, 기초계약 위반에 대한 당사자 사이의 분쟁은 보증상의 지급을 막지 못한다는 이유로 이를 거절하였다. 이 사건은 독립보증상 지급청구에 따른 지급을 영국에 비해 폭 넓게 인정하는 호주에서의 판결이었다.<sup>23)</sup>

## 2. 사실관계

2007년 7월에 호주 서부에 기반을 둔 기업인 Clough Engineering은 호주 연방법원에 지급금지명령을 요청함과 동시에 역외 기업인 Oil & Natural Gas Corp of India (ONGC)에 대해 본안소송을 제기하였다. Clough는 ONGC와 인도 해안에서 유정과 가스정 건설에 대해 광범위한 서비스를 제공하는 계약을 체결하였는데, 이 계약의 준거법은 인도법이며, 당사자 사이의 분쟁은 중재에 회부한다는 합의를 추가하였다. 호주연방법원이 동 사건의 분쟁을 맡았는데 이는 Clough가 호주의 1974년 공정거래법을 위반한 것에 대한 구제로서 클레임을 제기했기 때문이다. 동 사건은 국내법원이나 국제중재판정부가 공정거래법(국제적 강행규정) 하에서 제기된 클레임을 맡을 수 있는지 여부에 대한 문제가 호주의 국제중재변호사들에게 가장 큰 골칫거리임을 보여준다.<sup>24)</sup>

### 1) 청구인이 가장 선호하는 공정거래법

1974년에 제정된 공정거래법은 다면적(multifaceted)이고 지대한 영향(far-reaching legislation)을 미친 제정법이었다. 한 입안자는 공정거래법이 “옹호자 또는 비판자가 예상했던 것보다 법적·비즈니스적·행정적 그리고 정치적인 행위에 대하여 막중한 책임을 다하여 왔다.”고 말했다.<sup>25)</sup> 이것은 통신

---

23) 영국에서는 법원의 지급을 막는 조치를 취하기 전에 수주자는 보증에 대한 청구에 사기가 있거나 부당하다는 것을 입증해야 한다.

24) M. Bonnell, “The Trade Practices Act: Australia’s international arbitration headache”, *Int. A.L.R.* 2007, 10(5), p.170.

(telecommunications), 국제해운(international shipping), 프랜차이즈(franchising)와 같은 다양한 산업을 통제하는 독점금지법(antitrust statute)이며 여기에는 상품과 서비스에 대한 소비자 보호도 포함되어 있다. 더욱이 중요한 것으로, 공정거래법의 제5장은 기업의 상거래나 상업활동에서 현혹적이거나 기만적인 행위를 규율하는 일부 조항도 두고 있다.

Section 51AA는“기업은 상거래나 상업활동에서 본국의 불문(不文)법률상 비양심적인(unconscionable) 행위에 가담하지 않아야 한다.”고 명시하고 있다.<sup>26)</sup> 이런 조항의 적용범위는 잠재적으로 상당히 넓을 것이고, 특히 s.82에서“다른 사람의 계약위반으로 인해 손상 또는 손해를 입은”사람에게“다른 사람이나 그 위반에 가담한 사람이 손상 또는 손해를 배상하도록 해야 한다.”고 명시하고 있다. 공정거래법 위반에 대한 민사소송(civil actions)은 호주의 관습법(common law)하의 소송과 유사하지만 차이점이 있다. 호주의 공정거래법 하의 소송은 법규에 의한 것이고, 당사자간의 계약으로 이러한 법규를 무효화할 수 없다. 그것은 법적 책임과 인과관계에 대한 별도의 소인(訴因)이며 승소한 원고에게 광범위한 법정구제수단을 제공한다.

이와 같이 공정거래법에 근거한 소송은 당사자들에게 큰 인기가 있으며 호주의 대부분의 소송에서 그것이 계약소송이건 불법행위소송이건 간에, 적어도 하나의 청구원인으로 공정거래법상의 손해배상청구를 포함시키지 않는 경우가 드물다. 이것은 주목할 만한 점인데, 그 이유는 호주의 기업체가 국제중재계약의 당사자인 경우에 분쟁이 발생한다면 공정거래법상의 구제권을 주장할 것이기 때문이다.<sup>27)</sup>

## 2) 공정거래법상 청구의 중재가능성

호주법원은 공정거래법 하의 분쟁에 대한 중재가능성을 인정하는데 소극적인 편이었지만 지금은 상당히 발전된 상태이다. *IBM Australia Ltd v*

25) R.V. Miller, *Miller's Annotated Trade Practices Act* (Sydney: Thomson, 2007), p.vii.

26) TRADE PRACTICES ACT 1974, s51AA : “A corporation must not, in trade or commerce, engage in conduct that is unconscionable within the meaning of the unwritten law, from time to time, of the States and Territories.”

27) M. Bonnell, *op. cit.*, p.171.

*National Distribution Services Ltd* 사건<sup>28)</sup>에서 New South Wales 주의 항소 법원은 클레임이 당사자가 합의한 중재계약의 범위에 포함되므로 중재인은 심리를 위한 관할권을 가질 뿐만 아니라 법적 구제를 승인할 수 있다고 판시하였다. 이 판결은 5년 후의 *Francis Travel Marketing Pty Ltd v Virgin Atlantic Airways Ltd* 사건<sup>29)</sup>에서도 이어졌는데 Gleeson C.J. 판사는“상거래 계약의 당사자가 공정거래법과 같은 강행법규 하에서 그들의 권리와 관련하여 발생한 분쟁을 중재에 회부하는 것을 합의할 수 없다는 법적 근거는 없다.”고 판시하였다.

이에 따라 공정거래법 하의 클레임이 만약 중재합의의 범위에 포함되고 중재판정부가 호주법을 준거법으로 적용하기로 합의하였다면 중재판정부가 중재판정을 내리는데 장애가 없다는 결론에 이른다. 그러나 *Clough v ONGC* 사건처럼 당사자들이 계약의 준거법으로 외국법인 인도법을 적용하기로 합의한 경우에는 복잡한 문제가 생기게 된다. 이에 관하여는 아래에서 논의하고자 한다.

## IV. 판정요지

### 1. 호주의 공정거래법

*Clough v ONGC* 사건에서 Clough가 제기한 클레임에 대한 심리가 인도에서 진행되어야 함에도 불구하고 결국 호주연방법원이 관할권을 갖게 되었다. Clough와 ONGC 사이의 계약은 폭 넓은 중재합의를 포함하고 있을 뿐만 아니라, 계약이 인도법에 의해 지배되며, 만약 당사자들이 법원에 제소하는 경우 인도법원이 배타적으로 관할권을 가진다고 명시하였다. 그럼에도 불구하고 Gilmour J. 판사는 이 클레임에 대해 호주연방법원이 관할권을 가진다고 결론을 내리면서, 그 이유로 Clough가 ONGC가 공정거래법 s.51AA(법률상 비양심적인 행위 등)를 위반했다고 주장하였고, s.86<sup>30)</sup>에 따라 이 법 하에 제기된

---

28) (1991) 22 N.S.W.L.R. 466.

29) (1996) 39 N.S.W.L.R. 160.

민사소송은 연방법원이 관할권을 갖기 때문이라고 실시하였다. 그는 ONGC와 Clough의 계약에 중재조항이 있었지만 “만약 인도에서 이 문제가 다루졌다면 Clough는 적법한 사적 또는 사법적 이점 즉, 이 법 하의 구제권을 행사할 기회를 빼앗길 수 있다.”는 점을 고려하였다.

Gilmour J. 판사는 공정거래법 하의 클레임이 중재의 대상이 되지 않는다는 설명은 하지 않았고, 단지“당사자는 외국의 관할권/중재조항이 공정거래법 하의 클레임에 적용되는 것을 의도하지 않았을 것이다.”라고만 언급했다.<sup>31)</sup> 이 사건의 실제문제는 ONGC와 Clough 계약의 준거법이 인도법이라는 사실에도 불구하고 중재판정부가 Clough의 클레임을 공정거래법 하에서 다룰 수 있었는지의 여부이다. Gilmour J. 판사의 결정은 만약 계약의 준거법이 외국법(인도법)이라면 이러한 계약조항에 의해 구성된 중재판정부는 클레임을 다루는데 공정거래법을 적용할 수 없다는 것을 전제하고 있다. 이러한 전제는 의문의 여지가 있으며 호주 판례법과 분명히 상충된다.

New South Wales에서의 *Francis Travel Marketing Pty Ltd v Virgin Atlantic Airways Ltd* 사건은 계약의 준거법이 영국법이고, 또한 중재조항을 두고 있는 여행사와 항공사 사이의 계약과 관련된 것이다. 여행사는 연방최고법원에 공정거래법 s.52에 대한 위반을 이유로 항공사의 혐의를 제기하였고 같은 시기에 런던에서도 중재가 시작되었다. 연방최고법원의 심리는 정지되었는데, 이는 이 계약의 준거법이 영국법이지만 s.52의 클레임에 대해 중재판정부가 동 사건을 다룰 권리가 있으며 “중재로 해결 가능”하였기 때문이었다.

New South Wales 항소법원의 Gleeson 재판장은 다음과 같이 판시하였다. “공정거래법 Section 52는 기업이 상거래 또는 상업활동에서 현혹적이거나 기만적인 행위를 하거나 그런 조짐을 보이는 행위에 가담하는 것을 금지하고 있

---

30) TRADE PRACTICES ACT 1974, s86 : Jurisdiction is conferred on the Court to hear and determine actions, prosecutions and other proceedings under this Part and that jurisdiction is exclusive of the jurisdiction of any other court, other than the jurisdiction of the High Court under section 75 of the Constitution.

31) 판결은 관련 중재합의를 구체적으로 분석하지 않지만, 이런 중재합의는 대부분 계약위반과 관련된 분쟁뿐만 아니라 계약과 계약의 목적에서 “발생한”(arising from)또는“관련된”(in connection with) 클레임과 같이 상당히 넓은 범위를 아우른다. 일반적으로 중재합의는 당사자 사이에서 발생한 중재 가능한 분쟁의 완전한 스펙트럼에 적용하기 위해 신중하게 이루어진다.

다. 여기의 상거래 또는 상업활동은 호주 내에서 이루어지는 것과 호주와 외국 사이에 이루어지는 것을 포함한다. 계약의 준거법이 외국법이라는 사실만으로 계약의 일방당사자의 행위가 s.52의 적용범위 내에 들어가는 것을 막지 못한다. 설령 계약의 준거법이 외국법이라 하더라도, 계약 하에서, 계약에 따라, 계약과 관련한 당사자의 행위는 s.52를 위반하는 결과를 초래할 수 있다. 계약상 수행되는 상거래 또는 상업활동의 경우 공정거래법에는 관련 계약의 준거법이 호주법인 경우에만 공정거래법이 적용되도록 그 적용범위를 제한하는 규정이 없다. 그렇지 않은 경우 법규의 조항을 쉽게 피해갈 수 있을 것이다.”

그러므로 호주법은 관할권을 가진 중재판정부가 계약법의 문제에 대하여 계약의 준거법(이는 호주법이 아닌 외국법일 수 있다)을 적용할 수 있도록 하면서도, 중재에서 그러한 외국법에 기초한 클레임에 대해서도 공정거래법이 적용될 수 있음을 인정하고 있다. 공정거래법이 호주의 강행법규로 인식되고 있는 것을 고려하면 이는 납득할 수 있는 결과이다. 또한 공정거래법 하의 법적 책임이 계약에 의해 배제되지 않는다는 것은 호주법상 확고한 원칙이다.<sup>32)</sup>

## 2. 로마협약과 강행규정

신청인이 계약에 근거한 클레임과 계약 외(extra-contractual) 사항에 대한 클레임에 대해 같은 중재를 신청하는 경우, 특히 국내적 강행규정이 적용되는 경우 중재판정부가 모든 청구취지에 대하여 동일한 국가의 법률에 의거하여 각 클레임을 평가할 필요는 없다. 국내적 강행규정의 개념은 계약적 의무에 대한 법의 적용가능성에 대해서 1980년의 로마협약<sup>33)</sup>을 채택한 이후로 상당히 친숙해졌는데, 로마협약의 Article 7.1에서는 다음과 같이 명시하고 있다.<sup>34)</sup>

32) P. J. Berry, “*Estates Pty Ltd v Mangalone Homestead Pty Ltd*”, (1984) 6 A.T.P.R. 40-459.

33) 국제계약의 준거법 결정에 관하여 우리 국제사법은 「계약채무의 준거법에 관한 1980년 유럽공동체협약」(EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation) (일명 “로마협약”)을 대폭 수용하고 있는바, 우리 국제사법은 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다.”고 규정하여 준거법의 선택에 관한 당사자자치의 원칙을 채택한다(한국 국제사법 제25조 제1항 본문). 로마협약은 2008. 6. 17. 『Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law application to contractual obligation (Rome I)』로 발전하였다.

“본 협약상 어느 국가의 법률을 적용할 때에는, 당해 사안과 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법률상의 강행법규가 계약의 준거법이 무엇이든지 적용되어야 하는 경우에, 그러한 한도 내에서는, 다른 국가의 법률상 강행법규의 효력을 인정하여야 한다. 그러한 강행법규의 효력을 인정할지를 결정함에 있어서, 그러한 법규의 성격과 목적 및 그 적용 또는 비적용의 결과를 고려해야 한다.” EEC 회원국에 의해 채택된 로마협약은 분쟁의 (실체에 관한, 즉 계약의) 준거법을 결정하는 중재판정부에 대하여 항상 구속력을 갖는 것은 아니지만 지도적인 가이드로서 중재판정부가 고려하여야 하는 원칙의 하나로써 종종 인용된다.

이런 접근법은 유럽의 많은 판례에서 채택되었다. 1998년, 프랑스 중재판정부는 비록 대출계약(loan contract)의 준거법이 독일법이라고 명시하였지만, 프랑스 강행법규가 프랑스의 대출자와 독일 은행 사이에서 발생한 분쟁에 적용된다고 하였다.<sup>35)</sup> 흔히 유럽법원은 고용과 관련하여 ‘고용인이 상시 (habitually) 근무하는 장소의 고용관련 국내적 강행법규’는 고용계약에서 다른 국가의 법률을 선택하였더라도 배제되지 않도록 하는 로마협약 제6조를 적용하였으며,<sup>36)</sup> 독일 법원은 파산에 관한 법은 강행법규라고 인정하였다.<sup>37)</sup>

많은 중재인들 가운데 일부는 강행법규의 관념을 중재에 적용하는 것을 꺼려왔는데, 이는 중재인들이 당사자들의 합치된 의사의 효력을 인정하여야 한다는 이유 때문이다. 그러나 의심할 나위 없이 당사자자치에는 한계가 있다. 예

---

34) Rome Convention Article 7.1 : When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

35) *époux Rousseau c Commerzbank*, July 1, 1998, 11-98-000244, Tribunal d'Instance de Niort.

36) *Cour d'appel de Metz in Société Scheurich GmbH Co Kg c Deschamps*, October 15, 1997, 1133/97; *Steinman c SA Société Générale*, October 6, 1999, *Cour d'appel de Paris, chambre A*; and *Giovanni Basciano v Renaissance Cruises Inc. e F.lli Cosulich S.p.A.*, September 15, 1998, *Pretura di Genova*.

37) *Bundesarbeitsgericht*, March 24, 1992, 9 AZR 76/91.

컨대, 국제적인 중재판정부는 당사자들이 의무를 이행함에 있어서 강행법규에서 그러한 의무 이행을 금지하는 경우에 당사자에게 의무를 이행하도록 요구하는 것, 또는 이행의 실패에 대한 손해배상금을 지급하도록 요구하는 것을 극도로 꺼릴 공산이 크다.<sup>38)</sup>

### 3. 준거법 선택의 접근법

일반적으로 중재판정부는 클레임에 적용해야 할 법을 정할 때 두 가지 접근법을 사용한다. 이는 “직접적인 방법”(voie directet)<sup>39)</sup>과 “클레임과 가장 밀접한 관련이 있는 법”<sup>40)</sup>이다. 그러나 한 당사자가 특정 국가의 법이 강행법규라는 이유를 들면서 이에 관한 적용이 우선된다고 주장하는 경우에는, 제3의 접근법, 즉, 보충적 접근법이 바람직하다. 로마협약 제7조는 아래와 같이 이중적 기준(twofold test)을 제안한다.

첫째, 당해 사안과 밀접한 관련이 있는 국가의 법규이어야 하고, 또한 그와 동시에, 둘째, 계약의 준거법이 어느 법인지를 불문하고 적용되는 관련법규이어야 한다. 중재판정부는 로마협약 제7조에 명시된 접근법을 Clough와 ONGC 사이의 분쟁에 적용하였는데, 인도 법이 당사자 사이의 계약의 준거법 이더라도 호주의 공정거래법은 관련행위가 호주에서 이루어진 범위 내에서는 계약의 준거법이 어느 법인지를 불문하고 적용되어야 하는 법규임을 인정하였다.

이러한 상황에서, 중재판정부가 검토하여야 하는 문제는 이 사건의 사실관계가 호주의 공정거래법의 적용을 정당화할 만큼 호주와 충분한 관련이 있는지 여부이다. 이에 관하여 호주 법원은 공정거래법을 넓게 적용함으로써 이 문제를 해결하고자 하는 경향을 보였다. 예컨대 *Bray v F Hoffman-La Roche Ltd* 사건<sup>41)</sup>에서 법원은 공정거래법의 목적상 외국에서 통신을 발송하

---

38) W. Laurence Craig et al., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd edn (Oceania Publications, Inc, 2000), p.341.

39) 중재인이 저촉규범을 적용함이 없이 실질법을 곧바로 적용할 수 있는 것을 말한다.

40) 준거법이 되는 규범은 특정 국가의 법체계가 아니라 분쟁의 해결에 적절하다고 중재인이 판단하는 규칙이면 족하다는 두 가지 의미를 가진다.

41) (2002) 190 A.L.R. 1.

거나 전화를 거는 등의 관련행위를 하더라도 그러한 통신과 전화가 호주에서 수신되도록 의도되었고 또한 그렇게 수신되었다면 그러한 행위는 호주에서 발생한 것으로 볼 수 있다고 판시하였다.<sup>42)</sup>

#### 4. TPI 사건에서의 준거법 결정

*Transfield Philippines Inc v Pacific Hydro Ltd* 사건<sup>43)</sup>에서는 위의 사건들과는 다른 판결이 내려진다. 이 사건의 사실관계는 복잡한데, 1990년대 후반, Bakun AC Hydro Electricity Power Station은 필리핀의 Bakun 강의 공사를 하게 되었다. Luzon Hydro Corp (Luzon)은 발전소를 건설하고 운영하기 위한 목적으로 필리핀에서 설립되었으며, 이 회사 지분의 반은 호주회사인 Pacific Hydro Ltd (Pacific) 소유였다. 발전소의 디자인과 건설은 Transfield Holdings Pty Ltd(호주 회사이며 TPI의 의무를 보증하는)의 자회사인 Transfield Philippines Inc (TPI)가 이행하였다. TPI와 Luzon 사이의 계약은 턴키계약으로 알려졌으며, 1997년 3월 26일에 수행되었다. 턴키계약에는 필리핀 법을 준거법으로 채택하는 것과 계약으로부터 또는 계약과 관련하여 발생한 모든 분쟁은 싱가포르(중재지)에서 ICC 중재규칙에 따라 중재로 해결할 것을 규정한 조항을 포함하고 있었다.

발전소 건설에 따른 다양한 분쟁이 발생하였는데, 1999년, Luzon은 TPI가 턴키계약상의 불가항력조항을 원용하지 못하도록 하기 위하여 필리핀에서 소송을 제기하였으나, 결국 이러한 소송은 중단되었다. 이후, 2000년에 Luzon가 1천 8백만달러 상당의 프로젝트 담보권을 행사하겠다고 위협하자, TPI는 중재를 신청하였고 Luzon 또한 반대신청을 하였다. 5년 동안 중재판정부(Dr Michael Pryles, Dr Clyde Croft S.C. and Mr Neil Kaplan Q.C.)는 6번의 중재판정을 내렸으며, 2005년 6월 7일, TPI와 Luzon은 중재에 회부된 몇몇 클레임 해결에 합의하였다. 중재판정부는 2005년 6월 21일에 중재절차의 완료를 선언하였고, 2005년 8월에 최종판정을 내렸다. 그 동안 TPI와 Luzon은 임시적 구제(interim relief)를 위해 필리핀 법원에 소송을 진행하고 있었다.<sup>44)</sup>

42) M. Bonnell, op. cit., p.173.

43) [2006] V.S.C. 175, Hollingworth J. 판결, (2006, 12. 4).

특히 TPI는 “턴키계약을 맺기 전에 Luzon의 임원이 이 프로젝트의 특정 개인의 역할에 관하여 TPI를 현혹하여 오도하고 기만하였다”고 주장하였다. 나아가 TPI는 호주에 있는 TPI의 대표자에게 전화한 사람이 오도하고 허위진술을 하였기 때문에 공정거래법이 적용된다고 주장하였다.

중재판정부는 2002년 2월 18일에 부분판정(중간판정)을 내렸는데, 여기에서는 분쟁의 실제의 준거법을 포함하여 다양한 이슈가 다루어졌다. 중재판정부는 ICC 중재규칙 하에 중재판정부가 구성되었다는 사실과 싱가포르의 법이 중재 절차의 준거법(*lex arbitri*)<sup>45)</sup>이 되고 필리핀 법이 계약의 준거법이었다는 것을 모두 고려하면서 다음과 같은 판정을 내렸다.

“오도와 기만적인 행위로 인한 클레임에 대해서는 두 개의 접근법 가운데 하나에 의하여 필리핀 법이 준거법으로 적용된다. 첫 번째는 국제사법을 경유하지 않고서 직접 필리핀법을 적용하는 것이며, 두 번째는 만약 준거법이 국제사법의 적용에 따라 간접적으로 선택되어 지는 경우 중재판정부는 국제사법을 적용한 결과로 이 클레임과 가장 관련이 있는 법으로 필리핀법이 선택된다고 결정하는 것이다. TPI는 만약 중재판정부가 이 사건 클레임에 대하여 공정거래법을 적용하지 않는다면 호주에서 소송을 진행하겠다고 밝혔다. 그러나 TPI의 이러한 주장은 중재판정부가 모든 상황을 고려할 때 분쟁에 적절하지 않다고 여겨지는 법을 적용한다는 근거로 충분하지 않다.” 나아가 중재판정부는 TPI가 필리핀법 하의 허위진술로 인한 손해배상을 청구했다는 것에 주목했으며, 허위진술에 대한 클레임은 필리핀 법에 따라 중재로 진행된다고 언급하였다.

2002년 3월 28일, TPI와 Transfield Holdings는 빅토리아주의 대법원에서 Luzon과 Pacific의 현혹적 오도와 기만적인 행위 그리고 비양심적인 이행(공정거래법 위반), 턴키계약과 보증의 위반으로 인한 손해배상을 위해 소송을 진행하였다. 소송의 두 당사자인 TPI와 Luzon이 턴키계약상의 중재합의 당사자인

44) TPI의 주장에는 중재신청, 쟁점정리사항, 공정거래법(그리고 Victorian and New South Wales의 공정거래법의 조항)의 위반에 대한 청구와 함께 허위진술과 필리핀 법의 위반으로 인한 클레임도 포함되어 있었다.

45) 이를 단어로 충실하게 ‘중재의 준거법’(law governing the arbitration)이라고 넓게 이해하기도 한다. 그에 따르면 중재가능성과, 공서위반을 이유로 하는 중재판정 취소도 *lex arbitri*에 따른다. A. Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., Sweet & Maxwell (2004), para.2~04, 09.

에는 분쟁의 여지가 없었다. TPI는 공정거래법 하의 클레임은 중재합의의 범위에 잠재적으로 포함되었으며 또한 성격상으로도 중재가능하다는(arbitrable) 것을 인정하였다.<sup>46)</sup> 그러나 TPI는 대법원에 제기된 분쟁은 중재에 의한 해결이 가능하지 않다고 주장하였는데 그 근거는 다음과 같다. 첫째, 중재판정부가 그 문제를 다루는 것을 거절해왔다. 둘째, 최종판정이 중재에 의해 이루어졌기 때문에 중재판정부는 임무를 종료(functus officio)한 것이다.

첫 번째 근거에 대해서 Hollingworth 판사는“중재판정부는 현혹적 오도, 기만적인 행위 그리고 허위진술에 관한 TPI의 클레임에 대해서는 필리핀법을 적용하고, 중재절차에는 공정거래법을 적용할 수 없다.”고 실시하였다. 또한 그녀는“중재판정부의 결정이 옳은 것인지를 검토하는 것은 나의 역할이 아니다.”라고 추가하였다.<sup>47)</sup> 두 번째 근거에 대해서는 중재판정부가 분쟁이 다른 판정부에 앞서 중재회부가 가능한 상태였기 때문에 최종판정을 내렸고 그 임무가 종료되었다고 하는 것은 동 분쟁이 다른 재판부에서 다룰 수 있는 상태로 잔존하였기 때문에 부당하다고 판단하였다.

중재판정부의 관할권에 대한 Hollingworth 판사의 존중은 국제중재변호사의 관점에서 환영할 만한 것이었다. 그러나 그녀의 결정은 TPI에게 역설적인(paradox) 상황을 초래하였다. 호주 법원은 만약 중재판정부가 공정거래법상의 클레임에 대해 관할권을 행사하기로 결정했다면 어떤 이의도 없었을 것이다. 그러나 중재판정부는 그렇게 하기를 거절했고, 법원은 중재판정부가 행사하기를 거절한 관할권을 찬탈하고자 하지 않았다. 이로써 TPI는 그의 클레임을 계속 제기할 수 있는 어떤 법정도 더 이상 남아 있지 않았다.<sup>48)</sup>

---

46) M. Bonnell, “Arbitrability of competition disputes in Australian law” (2005) 79 *A.L.J.* 585.

47) 호주 법원이 현혹적 오도와 기만적인 행위를 다루는 호주법 하의 허위진술에 대한 클레임을 판결하는 것은 중재판정부가 클레임의 준거법으로 필리핀법을 선택하였기 때문에 적절하지 않다고 판단한 것이다. 만약 그럴 경우 여러 개의 소송절차가 진행될 수 있으며, 중재판정부의 관할권을 빼앗고, 중재합의에서 나타난 당사자들의 의도를 무시하는 것이기 때문이다.

48) M. Bonnell, *op. cit.*, p.174.

## V. 결 론

*Clough v ONGC* 사건에 대한 Gilmour 판사의 판결은 *Transfield Philippines Inc v Pacific Hydro Ltd* 사건에 대한 고려 없이 내려졌다. 물론, 위 판결을 함께 고려하는 것과 공정거래법 하에서 이루어지는 클레임에 대한 국제중재판정부의 관할권에 관하여 호주법상 일관된 입장을 도출하는 것은 불가능하다. 또한 호주의 소송당사자들이 공정거래법을 청구인에게 있어 가장 힘 있는 무기로 생각하는 것과 기회가 생긴다면 공정거래법 조항을 가능한 계속 해서 이용할 것이라는 것은 피할 수 없는 사실이다.

나아가 계약의 준거법이 호주법이 아니더라도 호주의 당사자가 계약상의 명시조항을 두어 중재합의를 할 때에, 특히 호주 내에서 발생한 행위와 관련된 클레임에 관한 한, 중재판정부에게 공정거래법상의 관할권을 갖도록 명시하는 것은 얼마든지 가능하다. 현재 이런 조항은 사실상 많이 알려지지는 않았는데, 이는 당사자들이 중재조항을 약정할 때 이런 이슈에 대한 관심을 갖지 않을 뿐만 아니라 이런 조항의 삽입으로 인해 누가 궁극적으로 이익을 얻을지 잘 모르기 때문이다. 반면, *Transfield Philippines Inc v Pacific Hydro Ltd* 사건의 예상되는 결과는 당사자들이 그들의 계약에 중재조항을 넣고 외국법을 준거법으로 선택함으로써 공정거래법 하의 책임을 회피하려고 할 것이라는 점이다. *Clough* 사건과 유사한 사건에 처한 당사자들은 그와 같은 클레임이 재판 없이 진행될 위험을 고려하여 중재합의 대상이 되는 클레임에 대하여 호주의 법원이 관할권을 갖는다고 설득하기 위해 공정거래법을 이용하려고 할 것이다. 요컨대, 터키계약에서 계약의 진행 중에 크고 작은 계약위반이 발생하는 일은 흔하며, 이는 그 이유가 매우 다양하여 의도적으로 발생하기도 하고 업무수행상의 단순한 착오 내지 실수에 의하여 발생하기도 한다. 계약위반에 대하여 당사자들은 먼저 쌍방의 합의로써 문제를 해결하여 계약관계를 지속하고자 노력할 것이나, 그것이 여의치 않은 때에는 결국 소송이나 중재 등의 제도적 분쟁해결방법에 의존하지 않을 수 없게 된다. 이러한 분쟁을 해결하기 위해 당사자들은 첫째, 분쟁해결방법으로 소송을 이용할 것인지 아니면 중재를 이용할 것인지의 문제, 둘째, 소송의 경우에 어느 국가가 재판관할을 갖도록 할 것인지(국제재판관할), 그리고 중재의 경우에는 중재지를 어디로 할 것인지의 문제, 셋째, 그 분쟁의 실체에 적용할 준거법(계약의 준거법)으로 어느 나라의

법을 지정할 것인지 혹은 어떠한 법규를 지정할 것인지를 안게 된다.<sup>49)</sup>

본 사례에서 보듯이, 소송과 마찬가지로 중재의 경우에도 중재판정부가 당해 사안과 밀접한 관련이 있는 제3국의 국제적 강행법규를 반드시 적용할 의무를 부담하는 것은 아니나, 이를 고려해야 한다는 것을 알 수 있다. 그러나 이에 대해 어떤 태도를 취하건 간에 중재판정부로서는 그러한 강행법규를 고려할 실제적인 필요가 있는데, 중재의 실무상으로도 중재인들은 계약의 이행에 직접 영향을 미치는, 사안과 밀접한 관련이 있는 제3국의 국제적 강행법규를 존중한다. 특히 제3국이 중재판정의 집행국인 경우, 그의 국제적 강행법규를 고려할 필요가 있다. 그렇지 않으면, 중재판정의 집행국의 공서에 반한다는 이유로 중재판정의 승인 및 집행이 좌절될 수 있기 때문이다. 요즘에는 국제적 강행법규라는 이유만으로 일률적으로 적용되어야 하는 것은 아니고, 구체적인 사건에서 당해 국제적 강행법규가 분쟁과 충분히 밀접한 관련을 가지고, 나아가 국제적으로 승인되는 규율목적에 부합하는 경우 적용되거나 고려된다. 다만 국제중재에서 국제적 강행법규를 적용 내지 고려하는 것은 특정 국가의 법으로부터 벗어나 국제화의 길을 걷고 있는 국제중재의 경향과는 대조적으로 실제에 적용되는 준거법의 결정에 있어 국가화의 경향을 보여주는 것이다.<sup>50)</sup>

결국 실무당사자들은 계약체결시, 실제에 적용될 준거법을 명시적으로 지정하는 것이 바람직하다. 우리 중재법은 물론 국제중재규칙은 당사자들이 특정 국가의 법체계만이 아니라 국제조약 또는 국제상사계약원칙 등을 준거법으로 지정하는 것을 허용한다. 그렇게 함으로써 분쟁의 결론에 대한 예측 가능성을 제고할 수 있고, 준거법을 지정하지 않을 경우에 초래될 수 있는 중재절차의 지연과 추가비용의 발생을 피할 수 있다. 그러나 당사자자치에도 불구하고 당해 사안과 밀접한 관련이 있는 국제적 강행법규는 언제든지 적용되거나 고려될 수 있기 때문에 국제계약에서의 준거법, 특히 강행법규 문제는 앞으로도 끊임없는 논의와 연구가 진행되어야 할 것이다.

49) 허해관, 전계논문, pp.52-53 참조.

50) 석광현, 전계서(주 18), pp.180-181 참조.

## 참 고 문 헌

- 김상만, “해외건설 프로젝트의 성공적 수행을 위한 위험요소 및 대처방안에 대한 연구”, 「무역상무연구」 제50권, 한국무역상무학회, 2011.
- 석광현, 『국제상사중재법연구』, 박영사, 2007.
- , 『국제사법과 국제소송 제4권』, 박영사, 2007.
- , 『국제사법해설』, 지산, 2003.
- 오원석, “국제상사중재에서 준거법의 결정”, 「무역상무연구」 제29권, 한국무역상무학회, 2006.
- 외 공역(Roy Goode 저), 『ICC 국제상업회의소 청구보증통일규칙 가이드』, 두남, 2008.
- · 이기옥, “탄키방식 플랜트계약의 실무상 유의점에 관한 연구”, 「무역상무연구」 제53권, 한국무역상무학회, 2012.
- 최준선 외 공저, 『로스쿨 국제거래법』, 박영사, 2011.
- 허해관, “국제무역계약상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응 -준거법문제를 중심으로-”, 「무역상무연구」 제45권, 한국무역상무학회, 2011.
- , “청구보증상 지급청구와 지급”, 『무역상무연구』 제51권, 한국무역상무학회, 2011.
- Berry, P. J., *Estates Pty Ltd v Mangalone Homestead Pty Ltd* (1984) 6 *A.T.P.R.*
- Bonnell, M., “Arbitrability of competition disputes in Australian law”(2005) 79 *A.L.J.* 585.
- , “The Trade Practices Act: Australia's international arbitration headache”, *Int. A.L.R.* 10(5)(2007).
- Bortolotti, F., *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, (ICC Publication No. 671)(2008).
- Laurence Craig, W. et al., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd edn (Oceania Publications, Inc, 2000).
- Miller, R. V., *Miller's Annotated Trade Practices Act* (Thomson, 2007).
- Redfern, A. et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., Sweet & Maxwell (2004).

## ABSTRACT

### A Case Study on the Limitations of the Choice of Law caused by Internationally Mandatory Rules in Entering into the Turn-Key Contracts

Oh, Won Suk

Kim, Yong Il

This article examines the limitations of the choice of law caused by Internationally Mandatory Rules in Entering into the Turn-Key Contracts. In June 2007, Clough Engineering, a corporation based in Western Australia, approached the Federal Court of Australia seeking injunctive relief and leave to commence proceedings against an entity located outside Australia, the Oil & Natural Gas Corp of India (ONGC). Clough had contracted with ONGC to provide a range of services in relation to the construction of gas and oil wells off the coast of India. The contract was governed by Indian law, and included a clause by which the parties agreed to submit their disputes to arbitration. Yet the Federal Court assumed jurisdiction over the dispute, principally because Clough had framed its claim as a plea for relief for contraventions of Australia's Trade Practices Act 1974. The result of this cases that it is possible for an arbitral tribunal to hear a claim made under the Trade Practices Act even if that claim arises "in connection with" a contract the proper law of which is not the law of Australia.

However, in *Transfield Philippines Inc v Pacific Hydro Ltd*, the turnkey contract included a choice of law provision, selecting the law of the Philippines, and a clause providing that all disputes arising out of or in connection with the agreement were to be arbitrated under the ICC Rules, with the seat in Singapore. Hearings were in fact conducted in Melbourne, Australia, although all awards were published in Singapore. The result of

this cases that it would not be appropriate for an Australian court to adjudicate claims for misrepresentation under Australian statutes dealing with misleading and deceptive conduct, once the arbitral tribunal had determined, applying appropriate choice of law rules, that such claims are governed by the law of the Philippines. To do so would lead to a multiplicity of proceedings, usurp the jurisdiction of the tribunal and deny the intention of the parties as expressed by them in the arbitration agreement.

In short, the Internationally Mandatory Rules as an active part of public order create limitation of party autonomy in choice of law rules in a different way. The court is fully entitled to refuse to use those rules of law applicable on the contract which are in the contradiction to the internationally mandatory rules of law of the forum. And the court may give an effect to those Internationally Mandatory Rules that form a part of a law of foreign country when deciding about applicability of certain rules of applicable law.

Key Words : Internationally Mandatory Rules, Choice of Law, Trade Practices Act, Jurisdiction.
---------------------------------------------------------------------------------------------------