

중재에 있어서 실체적 준거법에 관한 연구

박 은 욱*
최 영 주**

-
- I. 서 언
 - II. 중재에 있어서의 실체적 준거법
 - III. ICC 국제중재규칙상 실체적 준거법 규정 및 해석
 - IV. UNCITRAL Model 중재법상의 실체적 준거법 규정 및 해석
 - V. 결 언
-

주제어 : 국제상사중재, 준거법, 실체적 준거법, 중재합의

I. 서 언

중재는 사인 당사자들 간에 분쟁이 발생하였을 때 국가 법원을 통하지 않고 당사자들 간에 합의한 바에 따라 자치적으로 분쟁을 해결하려는 제도이다.

* 건국대학교 국제무역학과 강사(주저자)

** 송실대학교 글로벌통상학과 강사(교신저자)

당사자들 간에 유효한 중재합의가 존재한다면 당해 계약과 관련하여 분쟁이 발생할 때 동 분쟁은 중재로 해결을 하게 되는데, 이때 가장 중요한 문제는 어떠한 법을 적용하여 관련 당사자들의 권리와 의무를 확정하는가이다. 이렇게 관련 당사자들의 잘잘못을 가려 중재판정을 내리는 기준이 되는 법을 준거법(governing law 또는 applicable law)이라 한다. 이는 보통 계약 당사자들이 주계약서를 작성할 때 준거법 조항에 당해 계약을 규율할 준거법을 합의하여 명시해 놓게 되는데 중재에서는 이를 좀 더 구체화하여 실체적 준거법(the substantive law)이라고 한다.¹⁾ 실체적 준거법은 당사자 자치의 원칙(계약자유의 원칙)에 따라 계약 당사자들이 중재 합의 시에 당사자들의 합의 하에 정하여 이를 명시해 놓을 수 있다.

중재에 있어서 실체적 준거법은 중재합의를 어떻게 보느냐에 따라서 중재합의의 유효·무효성과 해석에 관한 준거법과 분쟁 실체에 적용이 될 준거법의 두 가지로 나누어 볼 수도 있고, 두 가지의 준거법을 결국 같은 것으로 볼 수도 있다. 실체적 준거법을 어떠한 개념으로 보든지 간에 국제중재에 있어서 분쟁의 실체에 적용될 준거법은 계약 당사자들의 시비를 가리는데 적용이 되는 법이 됨과 동시에 중재의 최종 목적인 중재판정의 승인과 집행을 좌우하기도 하므로 매우 중요한 의의를 가진다.

이에 중재에 있어서의 실체적 준거법에 대한 연구는 꾸준히 이루어지고 있다. 본 논문이 논의하고자 하는 실체적 준거법에 대한 선행연구들을 살펴보면 국제상사중재에 있어서 실체적 준거법을 법규범으로 하는 경우를 연구한 이영석(2010)²⁾ 논문이 있으며, 중재합의에 있어서 준거법을 연구한 이규호(2010)³⁾, 김용길(2009)⁴⁾, 박찬주(2009)⁵⁾, 석광현(2007)⁶⁾, 이강빈(2005)⁷⁾, 김갑유(2004)⁸⁾

1) 중재에서 준거법을 실체적 준거법이라고 구체화하여 명하는 이유는 중재에서는 또 다른 개념의 준거법, 절차적 준거법이 존재하기 때문이다.

2) 이영석, “국제상사중재의 준거법 : 법규범(rules of law)을 준거법으로 하는 경우를 중심으로”, 「국제사법연구」 제16호, 법영사, 2010.12, pp. 41~61.

3) 이규호, “국제상사중재에 있어 준거법에 관한 쟁점”, 「중재」 제331호, 대한상사중재원, 2010. pp. 30~35.

4) 김용길, “국제거래에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 고찰”, 「원광법학」 제25권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2009. 6, pp. 377~408.

5) 박찬주, “중재합의와 준거법”, 「외법논집」 제33권 4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009, 11, pp. 195~230.

등의 논문이 있다. 이렇듯 국제상사중재에 있어서 실체적 준거법에 대한 연구는 여러 가지 방향으로 이루어지고 있다.

따라서 본 논문에서는 실체적 준거법에 초점을 맞추어 학문적 논의를 하되, 기존의 연구와는 차별화를 두어 세계적으로 가장 권위 있고 가장 많이 쓰이는 중재규칙인 ICC 국제중재규칙과 각 나라의 중재법과 중재규칙의 모태가 되는 UNCITRAL Model 중재법에서 실체적 준거법에 대해 어떻게 규정을 하고 있는지를 살펴볼 것이다. 또한 이러한 규정들이 어떻게 해석되고 적용되어야 하는지에 대한 논의를 증점적으로 하게 될 것이다. 이는 중재에 있어서 실체적 준거법을 파악하고 더 나아가 거래 당사자들이 국제거래계약 체결 시 또는 중재합의 시 실체적 준거법을 지정 또는 합의하는데 있어 실무적으로 많은 도움이 될 것으로 기대한다.

Ⅱ. 중재에 있어서의 실체적 준거법

앞서 서언에서 언급한 바와 같이 중재에서 준거법이라 함은 실체적 준거법과 절차적 준거법으로 크게 나누어지는데 본 장에서는 실체적 준거법에 대한 논의를 살펴보고자 한다. 중재에 있어서 실체적 준거법은 또 다시 두 가지의 경우로 나누어 볼 수 있다. 하나는 중재합의의 유효·무효성 판단에 대한 준거법이고 또 다른 하나는 분쟁의 실체에 적용될 준거법이다.

1. 중재합의에 관한 준거법

1) 의의

-
- 6) 석광현, “국제상사중재에서 중재합의의 준거법”, 『법학논총』 제24집 제1호, 한양대학교 출판부, 2007. 4, pp. 119~151.
 - 7) 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 연구”, 『중재연구』 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005. 8, pp. 197~224.
 - 8) 김갑유, “중재합의의 유효성 판단과 그 준거법”, 『인권과 정의』 제331호, 대한변호사협회, 2004. 3, pp. 173~185.

중재합의에 관한 준거법에 대한 논의는 중재합의의 유효·무효성에 대해 이의가 제기되는 경우에 이를 판단할 준거법을 결정하고자 하는 경우에 이루어진다. 원칙적으로는 계약 당사자들 간에 유효한 중재합의가 존재할 때에 분쟁은 중재에 회부되어 중재판정부가 구성되고 중재절차가 진행이 되게 되는데, 만약에 일방의 당사자가 중재합의의 유효성에 이의를 제기할 경우에는 그 절차가 달라진다. 중재합의의 무효를 주장하는 일방의 당사자는 중재가 본격적으로 개시되기 전에⁹⁾ 관할 법원에 중재합의의 유효성에 대한 이의제기를 하게 될 것이고 이에 법원은 중재합의의 유효·무효성을 판단하게 되는데 이 때 중재합의의 유효·무효성을 판단하게 되는 준거법이 필요하게 된다.¹⁰⁾

중재합의의 유효·무효성을 판단하게 되는 준거법 선택에 대한 논의는 중재합의가 주 계약과는 별개의 독립적인 계약이라는 전제에서 시작된다. 즉, 중재합의가 주 계약서의 일부로 포함된 중재조항이라 하더라도 주 계약서와는 별개의 것으로써, 다른 계약조항들의 영향을 받지 않으며 설사 다른 계약조항이 무효가 되더라도 중재조항은 여전히 그 효력을 유지한다는 중재조항의 분리·독립성의 원칙에 의한 것이다. 이러한 중재조항의 분리·독립성의 원칙은 각국의 법원의 판결을 통하여도 확인되고 있으며 또한 각국의 중재법이나 중재규칙에도 명시되어 있다.¹¹⁾

2) 견해

중재합의의 유효·무효성을 판단하고 그 내용을 해석하는데 있어서 적용되어지는 준거법에 대한 견해를 살펴보면, 첫째, 중재합의의 유효·무효성 판단에 대

9) 중재가 개시되었다 하더라도 중재합의의 무효를 주장하고자 하는 일방의 당사자는 법원에 중재합의의 무효의 소를 제기할 수 있는데 대부분의 중재기관의 중재규칙에서는 법원에 제소할 수 있는 기간을 규정하고 있다. 따라서 이 기간이 지나면 중재합의의 유효·무효성에 대한 의문이 없는 것으로 간주되어 중재가 진행이 되지만 이는 후에 중재판정이 내려진 다음에 중재판정의 승인·집행단계에서 한 번 더 다툼이 있을 수도 있다.

10) 중재는 소송과 달리 당사자 간에 합의가 있어야만 분쟁을 중재로 해결할 수 있다는 중재만의 특유한 성격으로 인하여 중재합의의 유효·무효성에 관한 논의는 끊임없이 이루어지고 있다. 국내에서도 중재합의의 유효·무효성에 대한 많은 논문들이 발표되고 있다.

11) ICC 중재규칙 제6조 (4)항, 영국 중재법 제7조, UNCITRAL 중재규칙 제21조 (2)항.

한 준거법은 일반적으로 중재합의가 포함된 주 계약의 준거법과 일치해야 한다는 견해로서 이는 주로 영미법계 국가들의 입장이다. 즉, 중재합의의 유효성에 대한 판단은 계약 해석의 문제이므로 재판지국가의 국제사법규정에 따라 선택된 준거법을 중재계약에 관한 준거법으로 적용하여야 한다는 것이다. 이는 계약 당사자들이 중재조항이 포함된 주계약서를 작성할 때 준거법을 정하였다면 중재조항에 대한 해석도 이와 같은 당사자들에 의하여 정하여진 준거법을 적용하여 해석하여야 한다는 것이다.¹²⁾ 중재조항이 주계약서의 다른 조항들의 영향을 받지 않고 분리되고 독립적이라 하더라도, (즉, 중재조항의 분리·독립성의 원칙을 인정하더라도), 중재조항의 유효·무효성에 대한 준거법은 주계약서에서 규정되어 있는 법을 적용하여야 한다는 견해이다.¹³⁾

둘째, 이와 반대되는 또 다른 견해로는 중재합의의 분리·독립성의 원칙을 강조하면서 중재합의가 포함된 주 계약서의 준거법과 중재합의의 유효·무효성을 판단하는 준거법은 일치할 필요가 없다는 견해이다. 즉, 중재합의의 유효·무효성에 대한 판단과 해석에 관하여는 주 계약서의 준거법과는 별개로 다른 준거법을 적용할 수 있다는 것으로서 이는 다시 두 가지의 서로 다른 견해로 나누어진다. 첫 번째 견해는 중재합의의 유효·무효성에 대한 판단의 준거법은 중재지의 법을 따라야 한다는 것이다. 이는 계약 당사자가 중재지를 선택하는데 있어서 특정 나라를 지정한다는 것은 그 지정된 나라의 법률이나 규칙도 따르겠다는 의사가 포함된 것으로 간주하여 중재지를 해석하여야 한다는 것이다. 이 견해에 의하면 계약 당사자들이 중재지를 합의하여 선정할 때 중재지의 선택이 중요하다고 인지하는 것은 중재지의 선택은 중재절차가 중재지에서 이루어져야 한다는 단순한 중재장소를 지정하는 것이 아니라 오히려 준거법처럼 중재에 있어서 아주 중요한 요소를 지정하는 것과 같은 것이기 때문이라는 것이다. 즉, 계약 당사자가 중재지를 선택함과 동시에 자동적으로 계약 당사자들의 중재합의의 해석과 유효·무효성을 판단하게 될 준거법이 지정되어진다는 것

12) Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 156.

13) 영국의 경우에는 중재합의의 분리·독립성의 원칙을 비교적 최근에 판시하게 되었는데 1993년 Harbour Assurance Co.(U.K.) Ltd. vs Kansa General International Insurance Co., Ltd. 사건에서 이다. 영국의 경우에는 이러한 판례상의 원칙이 1996년 중재법에 명시화 되었다. (김갑유, 전제논문, 2004. 3, pp. 173~185에서 재인용)

이다. 두 번째 견해는 중재합의를 해석하는데 있어서는 중재합의 그 자체에 의해서만 이루어져야 한다는 것이다. 즉, 어떤 특정 국가의 법률에 구속되지 않고 중재합의를 할 당시의 관련 당사자들의 의사와 국제적인 공공질서에 따라 중재합의의 유효·무효성을 판단하여야 한다는 것이다.

3) 준거법의 결정

중재합의에 관한 준거법은 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약(이하 뉴욕협약)에서도 규정을 하고 있는데 중재합의에 관하여 규정을 한 제2조와 중재판정의 승인·집행과 관련하여 규정을 한 제5조이다. 이 두 조항은 뉴욕협약의 골자를 이루는 조항들이라 할 수 있다. 그 이유는 이들 조항은 뉴욕협약의 본래의 목적을 위하여 제2조에서는 중재합의의 효력을 국제적으로 인정하여 특정 개별국가의 국내법에 의하여 당사자들이 합의한 중재합의의 효력이 좌우되는 것을 방지하고, 또한 중재판정이 내려진 후에도 동 협약 제5조에서 규정하고 있는 경우를 제외하고는 특정국가의 국내법적인 요소들에 의하여 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 없도록 규정을 하고 있기 때문이다. 중재합의는 뉴욕협약의 적용대상이며 뉴욕협약의 적용을 받기 위해서는 뉴욕협약 제2조¹⁴⁾에서 규정하는 중재합의의 요건을 충족하여야 한다. 또한 중재판정의 승인과 집행시에도 내려진 중재판정이 뉴욕협약 제5조 (1)항 (a)호에 의거하여 동 협약 제2조에 규정된 합의의 당사자가 당사자들에게 적용될 법률에 의하여 무능력자이어서는 안 되고, 또는 당사자들이 준거법으로서 지정한 법률 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의거하여 중재합의가 무효가 되어서는 안 된다. 따라서 당사자들 간에 체결된 중재합의가 국제상사 중재합의의 성격으로서 뉴욕협약의 적용을 받는다면 중재합의의 유효·무효성을

14) 뉴욕협약 제2조 (1)항 각 체결국은 계약적 성질의 것이거나 아니거나를 불문하고 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 관한 일정한 법률관계와 관련하여 당사자 간에 발생하였거나 또는 발생할 수 있는 전부 또는 일부의 분쟁을 중재에 부탁하기로 약정한 당사자 간의 서면에 의한 합의를 승인하여야 한다. (2)항 “서면에 의한 합의”라 함은 계약문구 중의 중재조항 또는 당사자 간에 서명되었거나, 교환된 서신이나 전보에 포함되어 있는 중재의 합의를 포함한다. (3)항 당사자들이 본조에서 의미하는 합의를 한 사항에 관한 소송이 제기되었을 때에는, 체결국의 법원은, 전기 합의를 무효, 실효 또는 이행불능이라고 인정하는 경우를 제외하고, 일방 당사자의 청구에 따라서 중재에 부탁할 것을 당사자에게 명하여야 한다.

판단하는데 있어서 가장 먼저 고려하여야 할 것은 계약 당사자들의 행위능력의 판단과 당사자들이 지정한 준거법의 유·무일 것이다. 만약에 당사자들이 합의하여 지정해 놓은 준거법이 존재한다면 이 준거법이 중재합의의 유·무효성을 판단하고 해석하는 기준이 될 것이기 때문이다.

2. 분쟁실체에 관한 준거법

1) 의의

본 논문에서의 논의는 국제상사중재를 전제로 하는데, 국제상사계약은 계약 당사자들의 국적, 소재국, 계약의 체결지, 계약목적물의 소재지, 그리고 계약의 이행지 등과 같은 계약관계를 구성하는 요소가 둘 이상의 국가에 걸치는 계약을 의미한다고 할 수 있다. 이러한 경우에 국제계약으로부터 발생하는 분쟁은 둘 이상의 국가의 법 중에서 어느 나라의 법을 적용하여 분쟁을 해결할 것인가의 문제가 발생하게 된다.¹⁵⁾ 이렇듯 분쟁의 실체에 적용될 준거법은 그 준거법이 어느 법이나에 따라서 계약의 효력, 당사자들의 권리와 의무, 계약 위반의 효과와 구제, 그리고 계약의 취소 가능성 등에 대하여 많은 차이가 있을 수 있기 때문에 그 선택이 더욱 중요하다 할 수 있다.¹⁶⁾

분쟁의 실체에 적용될 준거법은 국제계약의 여러 유형에 따라 실체법적인 규범인 특정 국가의 국내법이 될 수도 있고, 또한 각종 국제협약, 그리고 신용장 통일규칙(UCP)이나 정형거래조건(Incoterms)등과 같은 국제상관습법(*lex mercatoria*)으로 제정이 된 여러 가지 통일 규칙들이 준거법으로서의 역할을 할 수도 있다. 게다가 형평과 선 등 법의 일반원칙(*general principles of law*)이 준거법으로 선택되어질 수도 있다.

하지만 이렇게 준거법으로 적용이 가능한 국제협약이나 국제상관습법이 제정되어 있다 하더라도 계약 당사자들이 계약을 체결할 때 계약의 성립, 유효성, 그리고 이행 등의 부분에 있어 발생하는 분쟁에 대하여 어떤 특정 법을 따르겠다는 준거법에 대한 합의가 명확하지 않다면 그 결과를 예측하기가 어

15) 이성민·강창남, 최홍섭, 김종득·김장호, 「무역클레임과 상사중재실무」, 2006. p. 275.

16) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001. p. 85.

럽게 된다. 계약에는 사적 자치의 원칙이 적용되기 때문에 계약 당사자들은 준거법을 미리 합의하여 정하여 둘 수 있고, 대부분의 국제거래의 당사자들은 준거법을 합의하여 주 계약서에 삽입을 하는 것이 보통이다. 이렇게 계약 당사자들이 준거법을 미리 합의하여 정하여 두었다면, 분쟁이 발생하여 동 분쟁이 중재로 회부되었을 경우에 중재판정부는 당사자들이 지정한 준거법에 따라 분쟁을 해결하게 될 것이다.

2) 견해

당사자 자치의 원칙에 따라 준거법을 계약 당사자들이 정하는 경우에도 그 한계가 있는데 첫째, 계약 당사자들이 합의하여 선택한 실질법이 해당 분쟁을 해결하기에 가장 적합하고 명확하며 정교한 법인가에 대한 의문이 있을 수 있다.¹⁷⁾ 계약 당사자들은 주계약서를 작성할 시점에 준거법을 정할 때 공정성을 이유로 계약 당사자들과는 전혀 관련이 없는 제3국의 국내법을 준거법으로 하는 경우가 있을 수 있는데 이러한 경우에 선택되어진 제3국의 국내법이 해당 분쟁을 해결하는데 적합하지 않을 수도 있다. 둘째, 계약 당사자들의 합의에 의해 선택되어진 준거법은 중재판정이 집행될 국가의 강행법규에도 반하지 않아야 한다.¹⁸⁾ 계약 당사자의 행위능력에 관하여는 당사자 자치의 원칙이 철저히 배제되는데, 이는 뉴욕협약 제5조 (1)항 (a)호에서도 “계약 당사자가 그 준거법에 의하여 무능력자인 경우에는 중재판정과 집행이 거부될 수 있다”고 명시하고 있다. 셋째, 계약 당사자들의 합의에 의해 선택되어진 준거법은 중재판정이 집행될 국가의 공공질서¹⁹⁾에 반하지 않아야 한다. 만약에 그렇지 않은 경우에는 내려진 중재판정이 집행국에서 승인되고 집행되는 것이 거부될 수

17) 상계서, pp. 86~87.

18) 최장호, 「상사분쟁관리론(클레임과 상사중재 및 ADR)」, 두남, 2003, p. 407.

19) 공공질서(public policy)라는 개념은 본래 영미법계에서 나온 용어이고 대륙법계에서는 공서양속(ordre public)이라는 용어를 쓰는데 그 의미상의 차이가 약간 있다. 공서양속이 공공질서의 개념보다 더 넓고 탄력적인 의미로서 국내법상 사인이 처분할 수 없는 강행법규성 또는 사적자치의 한계까지 포함하는 것이었는데 현재는 양자가 같은 개념으로 쓰이고 있고 뉴욕협약에서도 두 개념의 차이를 두고 있지 않다. 뉴욕협약의 영문판에는 ‘public policy’로 불문판에는 ‘ordre public’으로 기재되어 있다. (목영준, 전계서, p. 270에서 재인용)

있기 때문이다. 이는 뉴욕협약 제5조 (2)항 (b)호에 “중재판정의 승인 및 집행이 요구된 국가의 권한 있는 기관이 중재판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우에 동 중재판정의 승인과 집행은 거부할 수 있다”고 명시되어 있다.

3) 준거법의 결정

계약 당사자들은 준거법을 미리 합의하여 정하여 두기도 하지만 이와는 달리 계약 당사자들 간에 준거법에 대한 합의가 없는 경우에는 중재판정부는 분쟁을 해결하기 위하여 분쟁실체에 적용될 준거법을 지정하여야 한다. 이렇게 계약 당사자들 간에 준거법에 대한 합의가 없는 경우에 대하여 ‘국제물품매매의 준거법에 관한 헤이그 협약’에서는 첫째, 매도인의 주된 영업소의 법, 둘째, 매도인의 주된 거소가 없는 경우에는 매도인의 주소지 법, 셋째, 계약이 제3국의 법과 밀접하게 관련이 있는 경우에는 제3국의 법으로 하되, 이렇게 하여 결정된 법이 해당 국가의 공서양속에 반하는 경우에는 적용이 거부될 수 있다고 규정하고 있다.²⁰⁾ 또한 계약 당사자들이 주 계약을 체결할 당시의 의도를 파악하기도 하고, 계약의 법적 관계의 성질, 이행관계의 특성, 그리고 그 외의 계약 전반에 내재하고 있는 요인들의 종합적인 검토를 통하여 이에 근거하는 객관적인 준거법을 결정하는 방법이 있기도 하다.²¹⁾ 우리나라 중재법 제29조 (2)항에서도 분쟁의 실체에 적용될 준거법에 대한 당사자들의 지정이 없는 경우에는 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여 중재판정을 내리도록 규정하고 있다.

Ⅲ. ICC 국제중재규칙²²⁾상 실체적 준거법 규정 및 해석

20) 상계서, p.165.

21) 서정일, 「국제상사중재법론」, 두남, 2003, pp. 100~101.

22) Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (2012년 1월 1일부터 유효)

ICC 중재규칙이 분쟁의 본안에 관한 준거법에 대하여 명시적으로 규정한 것은 1975년 개정 이후이다. 1975년 개정시 적절한 실체법의 선택과 적용에 대한 규정의 필요성으로 인하여 제13조 (3)항에 명시를 하였으며, 이는 시간이 지나면서 현실의 상황에 맞지 않고 동 조항을 적용하는데 있어 유동성이 없다고 판단되어 1998년에 다시 국제중재에 좀 더 적합하도록 개정을 하여 현재의 ICC 중재규칙 제21조에 명시하게 되었다.

1. ICC 중재규칙 제21조 (1)항

ICC 중재규칙 제21조 (1)항²³⁾에서는 “관련 당사자는 분쟁에 대하여 중재판정부가 적용할 법률을 임의로 합의할 수 있다. 이와 같은 합의가 없는 경우 중재판정부는 적절하다고 결정한 법률을 적용해야 한다”라고 명시하고 있다. 이 조항에 명시되어 있듯이 관련 당사자들은 분쟁의 본안에 적용될 준거법(이하 실체적 준거법)을 합의에 의해 정할 수 있으며 현실적으로 대부분의 경우가 그러하다. 또한 계약 당사자 간에 실체적 준거법에 대한 합의가 없을 경우에는 그 결정권을 중재판정부에 부여하고 있다.

동 조항에서 주목할 사항은 두 가지 이다. 첫째, 동 조항은 중재판정부가 분쟁의 본안에 적용할 ‘법’(law)이라고 하지 않고 ‘법률’(rules of law)이라는 용어를 사용했다는 것이다.²⁴⁾ 법률(rules of law)이라는 용어는 ICC 중재규칙에만 쓰인 용어가 아니라 국제상사중재를 규정하고 있는 대부분의 중재법이나 중재규칙에서 쓰이고 있다. 법률이라는 용어는 넓은 의미로 해석이 가능한데 특정국가의 실체법, 국제상관습법, 그리고 법의 일반원칙까지도 포함한다고 할 수 있다.

하지만 이러한 넓은 의미로 해석이 가능하다 하더라도 관련 당사자들은 실체적 준거법을 합의하여 정할 때 특정 국가의 국내법을 지정하는 경우가 더

23) ICC Rules of Arbitration Article 21 (1) The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

24) Yves Derains & Eric A. Schwartz, *op. cit.*, pp. 235~236.

많고, 이러한 합의가 없어서 중재판정부가 이를 결정하여야 하는 경우에도 특정 국가의 국내법이 지정되는 경우가 많다.²⁵⁾ 이렇게 특정 국가의 국내법을 준거법으로 지정하는 경우에 이는 국제상사분쟁의 준거법으로 인정을 받을 수 있고²⁶⁾, 또한 2004년에 개정된 UNIDROIT principles의 적용도 인정되고 있다.²⁷⁾ UNIDROIT principles의 2004년도 개정판에는 “관련 당사자들이 당해 계약이 법의 일반원칙 또는 기타 국제상관습법을 준거법으로 지정한 경우, 또는 당사자들이 준거법을 지정하지 않은 경우에 국내법 또는 국제통일규칙을 해석하고 적용하는데 있어 UNIDROIT principles이 적용되어질 수 있다”고 명시하여 UNIDROIT principles의 적용 가능성을 강조하고 있다.²⁸⁾

중재에 있어 실제적 준거법은 당사자 자치의 원칙에 따라 관련 당사자들이 자유롭게 정할 수 있다.²⁹⁾ 중재판정부는 원칙적으로 준거법에 관한 관련 당사자들의 선택이 잘 되었는지 또는 분쟁의 주된 사안과 특별한 연관성이 있는지를 평가할 필요 없이 당사자들의 선택을 존중하여 받아들여야 하는 것이 원칙이다.³⁰⁾ 하지만 준거법에 대한 당사자 자치의 원칙이 무제한적인 것은 아니다. 당사자들이 정한 준거법과는 상관없이 분쟁에 관한 강제적인 공법의 적용 가능성에 대한 상당한 주석과 판례가 나오게 되고 미국과 유럽 등의 많은 사법권에서 이러한 공법의 법률에 따른 중재가능성을 인정하고 있다.³¹⁾ 이에, 경우에 따라서는 당사자들이 준거법의 선택에 대하여 얼마나 명확히 표현하느냐에

25) *Ibid.*, pp. 236~237.

26) 이는 ICC 중재(ICC Case No. 8385 (1995))의 중재판정문에서 강조하여 이를 더 확실히 하고 있다.

27) 이는 1995년 ICC 중재(ICC Case No. 7110 (1995))의 중재판정문에서 ‘UNIDROIT Principles은 아주 정교하고 예견이 가능한 법률’로서 준거법으로 받아들일 수 있다고 강조하여 이를 더 명확히 하고 있다.

28) *Ibid.*, p. 238.

29) 대부분의 경우 합의된 준거법은 주계약서에 명시되거나 또는 중재조항 내에 삽입되어 나타나는데 관련 당사자들은 준거법을 선택할 때 선택된 준거법이 중재의 경우에만 적용되는 것이 아니라는 것을 명심하여야 한다. ICC 중재규칙 제21조에도 명시되어 있듯이 선택된 준거법은 계약에 의해 지배를 받지 않는 부분까지도 확대되어 적용될 수 있다. cf. Derains, "Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration", ICC Ct. Bull., Vol.6, No.1 (1996), p. 10.

30) *Ibid.*, p. 238.

31) *Ibid.*, p. 239.

따라 절대적이지 않을 수 있다. 예를 들어 계약을 규율하기 위한 준거법(*lex contractus*)은 당사자의 중재조항의 범위 내에 포함되어 계약 이행 중에 발생한 대다수의 불법행위에 대해 중재인이 이를 적용한다 하더라도, 불법행위 청구권의 예에서와 같이 그 후에 발생하는 계약외적 청구권에는 부득이 미치지 못한다. 또한 이는(*lex contractus*) 당사자가 계약을 체결할 자격(지위)과 같은 부분들에 있어서는 적용되지 않는다.³²⁾

동 조항은 “준거법은 당사자 자치의 원칙에 따라 관련 당사자들이 지정할 수 있지만 이러한 당사자들의 합의가 없는 경우에는 동 조항에 따라 중재판정부 가 준거법을 지정하게 된다”고 규정하고 있다. 동 조항에서 두 번째로 주목할 사항은 준거법에 대한 결정을 내릴 때 중재판정부는 섭외사법의 참고의 역할로 법률을 지정하는 것이 아니라 적절하다고 여기는 법률을 준거법으로 직접 적용할 수 있다는 것이다. 개정 전 ICC 중재규칙에서는 중재판정부는 적절하다고 판단하는 섭외사법에 의해 지정된 법을 적용하도록 규정하고 있었다. 따라서 1970년대 후반까지는 실제적 준거법에 대한 당사자들의 합의가 없는 경우에 중재인들은 적절한 실제법을 선정하기 위하여 다음과 같은 다양한 방법들을 채택하였다. 첫째, 중재지의 섭외사법 제도의 적용, 둘째, 어떤 면에서 분쟁 또는 중재와 관련이 있을 수 있는 다른 국가의 섭외사법 제도의 중첩적인 적용, 셋째, 일반적인 국제사법제도의 적용, 그리고 마지막으로 적절한 법률의 임의선택이다. 하지만 이러한 방법들을 채택하는데 있어서도 국제상사중재에 관한 유럽협약(일명 “제네바 협약”)의 제13조 (3)항³³⁾의 내용에 부합하는지의 여부에 관한 문제가 생겨나게 되었다. 특히 반드시 단 하나의 국내법만을 적용할 수 있는 특정 섭외사법규칙의 범위 하에서는 중재인이 제네바 협약 제13조 (3)항에 의거하여 특정국가 외의 규칙들의 적용을 유효하게 결정할 수 있는지에 관해 종종 의문이 제기되기도 하였다.³⁴⁾

32) *Ibid.*, p. 240.

33) The European Convention on International Commercial Arbitration Article 21 (1) 당사자는 중재인이 분쟁의 본안에 적용할 법률을 임의로 결정할 수 있다. 준거법에 관한 당사자의 어떠한 지시도 없는 경우 중재인은 그가 적용가능하다고 판단하는 섭외사법규칙에 따라 준거법으로 지정되는 법률을 적용하여야 한다. [The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.]

이렇듯 섭외사법에 대한 논쟁이 계속되자 1998년 개정 시에 섭외사법에 대한 부분이 제17조에서 삭제되었으며 이에 준거법 선택에 있어서 ICC 중재인들은 어떠한 준거 법률과도 관계없이 적절한 적용 법률을 직접 임의로 선택하게 되었다.³⁵⁾ 물론, 이렇게 개정이 되었다 하더라도 섭외사법규칙이 적절하다고 판단되면 중재판정부는 섭외사법규칙을 임의로 적용할 수는 있다. 다만 어떠한 방법이 채택된다 하더라도 중재인은 관련 당사자들의 합법적 기대에 일치하도록 그 선택에 대한 합리적인 설명을 할 수 있어야 한다.³⁶⁾ 사실, 본안에 적용될 법률에 관한 결정은 부분적 판정의 형태로 나오기도 하는데, 경우에 따라서 관련 당사자들이 중재판정부의 결정을 가능한 한 속히 알기를 원하고, 이러한 경우에 지시가 판정문보다 더 빠르기 때문에, 중재인들은 지시의 형태로 실체법의 결정에 대해 발하는 것을 선호할 수도 있다. 그러나 이러한 경우에도 모든 지시는 추후에 중재판정부의 결정사유를 설명하는 판정문에 포함되도록 요구되어 진다.³⁷⁾

2. ICC 중재규칙 제21조 (2)항

국제상사분쟁에 있어 중재를 선호하는 이유 중의 하나가 중재가 소송에 비하여 분쟁을 좀 더 현실에 맞게 해결한다는 것이다. 국제 상사 거래에서는 어떤 면에서 법률적 논리로는 실정에 알맞은 해법을 찾기가 어려운 경우가 종종 있을 수 있는데 ICC 중재규칙은 제21조 (2)항³⁸⁾에 이러한 부분에 대하여 규정하고 있다. 동 조항에서는 “어떠한 경우라도 중재판정부는 계약의 조항 및 이와 관련된 무역관행을 고려해야 한다”라고 규정하고 있는데 이는 다른 중재규칙과도 비슷한 부분이라 할 수 있다. 다만 다른 중재규칙과 다른 점이 있다

34) *Ibid.*, p. 241

35) *Ibid.*, p. 240

36) *Ibid.*, p. 242.

37) *Ibid.*, p. 242

38) ICC Arbitration Rules Article 21 (2) The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages.

면, 동 조항에서는 중재판정부가 “계약의 조항을 고려”할 것을 요구할 뿐이지 “계약의 조건에 따라” 결정을 하도록 명시적으로 요구하고 있지는 않다. 그 이유는 만약에 계약의 조항이 준거 법률에 근거하여 유효하지 않다면 중재판정부가 유효하지도 않은 조항에 따라 분쟁을 해결하는 것을 합리적으로 기대할 수 없기 때문이다.³⁹⁾ 실제로, 계약이 “특정 법률에 따라” 이해되어야 하지만 특정 법률의 공공정책에 반하는 조항을 포함하고 있는 경우에는 이를 규정대로 이행할 수가 없게 된다.⁴⁰⁾

한편 동 조항에서 언급된 관련 “무역관행(trade usage)”과 때때로 별개의 개념으로 인식되어지는 상관습법(*lex mercatoria*)과 혼동하여서는 안 된다.⁴¹⁾ ‘상관습법’이라는 용어는 보통 국제상사거래로부터 탄생한 법규를 지칭하는 의미로 쓰이는 반면, 무역관행은 이를 배제하겠다고 계약 당사자들이 합의하지 않는 이상, 일반적으로 당사자 간의 계약의 일부분이 된다. 즉, 계약당사자들은 달리 합의하지 않는 이상 그들이 체결한 계약이 통상적인 관행에 따라 이행되어질 것으로 기대하게 된다.⁴²⁾ 이에 무역관행은 상관습법과는 달리 일반적으로 계약 당사자들 간 계약의 외면적인 것이라기 보다는 내면적인 것이라 할 수 있다.⁴³⁾ 따라서 무역관행은, 예를 들어, 계약서나 계약규정에 Incoterms에 대한 언급이 있다면, 특별한 사안을 의도하거나 계약 당사자들이 수행하도록 기대되어지는 것으로 간주되어 계약에 포함되는 것이다.⁴⁴⁾

39) ICC 중재판정에서 Derains은 “계약서에 ‘이 계약은 프랑스 법률에 의해 해석되고 이행되어야 한다’고 명시적으로 규정되어 있는 경우 이는 그 내용이 프랑스 법률의 강행규정에 위반되지 않는 범위 내에서 계약조항이 직접적으로 적용됨을 의미하며, 또한 ICC 중재규칙 제21조 (3)항에 따라 우의적 중재인으로 활동하는 경우 중재판정부는 계약조항을 계속적으로 고려하더라도 어느 정도는 계약조건에서 벗어날 수 있다”고 하였다. cf. The Award in ICC Case No.2119, ICC Arbitral Awards 1874~1985.

40) *Ibid.*, p. 243.

41) 이 두 용어는 어느 한도까지는 국제거래의 관행적인 부분과 관련이 있으므로 그 경계는 명확하지 않다.

42) 이러한 기대는 일련의 대륙법계 법제에 반영되어 있는데, 프랑스 민법 제1135조에 “합의는 그것이 표시된 것 뿐 만이 아니라 형평·관습 또는 법률이 합의의 성질에 따라 부여하는 결과에 의하여도 의무를 발생시킨다”고 규정되어 있다.

43) *Ibid.*, p. 243.

44) 그럼에도 불구하고 상관습법과 무역관행의 개념 사이에는 상당한 중첩이 있다. 무역관행이 명시적으로나 묵시적으로나 계약조건으로 간주될 수 있는 이론적 사안으로서

무역관행은 대체로 2개의 범주로 구분되어 질 수 있다. 하나는 계약 당사자들 자신의 거래과정에서 생겨난 관행이고, 또 하나는 특별한 무역영역에서 계약 당사자들에게 알려지고 그들에 의해 준수되는 관행이다.⁴⁵⁾ 이러한 구분은 국제상사계약에 관한 UNIDROIT Principles(2004)의 제1.9조⁴⁶⁾ “관습과 관행 (Usages and Practices)”에 다음과 같이 반영되어 있다.⁴⁷⁾

3. ICC 중재규칙 제21조 (3)항

동 규칙 제21조 (3)항⁴⁸⁾은 “중재판정부는 관련 당사자가 권한을 부여한 경우에 한하여 형평과 선에 따라 결정하거나 우의적 중재인으로 활동하여야 한

인정이 되던 안 되던 그것은 통상적으로 국제중재인들에 의해 실질적인 사안으로 간주된다.

45) *Ibid.*, p. 244.

46) UNIDROIT Principles Article 1.9 (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such usage would be unreasonable.

47) (1) 당사자들은 그들이 동의한 관습과 그들이 그들 사이에서 확립한 관례에 구속된다. (2) 당사자들은 국제거래에서 관련 특정한 거래의 당사자들에게 널리 알려져 있고 또 한 그들에 의해 통상적으로 준수되고 있는 관습에 구속된다. 다만 그러한 관습을 적용하는 것이 불합리한 경우에는 그러하지 아니하다. 이에 대해 국제물품매매계약에 관한 UN 협약(CISG) 제9조도 다음과 같이 유사하게 규정을 하고 있다. “(1) 당사자들은 그들이 동의한 관습과 그들이 그들 사이에서 확립한 관례에 구속된다. (2) 달리 합의하지 않는 한, 당사자들은 그들이 알았거나 알았어야 했던 관습으로서 국제거래에서 당해 거래와 같은 종류의 계약을 하는 자들에게 널리 알려져 있고 또한 통상적으로 준수되고 있는 관습을 그들의 계약 또는 그 성립에 묵시적으로 적용하는 것으로 본다.” [(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves; (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned]

48) ICC Arbitration Rules Article 21 (3) The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.

다”고 규정함으로써 중재판정부가 ‘우의적 중재인(amiable compositeur)’⁴⁹⁾으로서 활동할 수 있는 가능성에 대해 규정을 하였다. 이러한 부분은 1922년 ICC 중재규칙이 처음 제정되었을 때부터 존재하였는데, 1998년 개정 시에 “형평과 선에 따라(ex aequo et bono)”라는 용어가 추가되었다. 동 조항에 명시되어 있는 이 두 용어는 대륙법의 산물이며, 이는 중재인으로 하여금 공정성과 형평성 있는 사고를 바탕으로 사건을 해결하도록 하는 역할을 한다.⁵⁰⁾ 그러나 이러한 경우에 중재인은 달리 적용될 수 있는 법률조항이나 계약 당사자들 간에 합의된 계약조건들을 무시할 수 있는지, 그리고 할 수 있다면 그 범위가 어느 정도까지 가능하지의 문제에 대한 의문이 생기게 된다. 게다가, 법률을 손상시키는 중재인의 권한을 부인하는 사법권에서는 이러한 중재인으로부터 내려진 중재판정의 집행가능성 여부에 대한 문제가 야기될 수도 있다.⁵¹⁾

가장 근본적으로 ‘우의적 중재인’이라는 용어는, 필요에 따라, 공정한 분쟁해결이 되도록 중재인의 권한을 법규의 엄격한 적용으로부터 벗어나도록 하는 것이다. 엄격한 법규가 적용되어야 하는지의 여부를 결정함에 있어서 ‘우의적 중재인’은 두 가지의 일반적인 접근방식을 따르는 경향이 있다.⁵²⁾ 첫 번째는 법규의 엄격한 적용으로 인하여 발생할 수 있는 결과가 당사자들의 통상적인 거래의 약인(quid pro quo)으로 결론이 나도록 의도하고, 그들에게 협상의 위험이 동일하게 발생하며, 양당사자들이 신의성실의 원칙에 따라 계약을 이행할 것이라는 가정 하에서의 그러한 일반원칙과 비교되어 질 수 있다는 것이고, 두 번째는 ‘우의적 중재인’이 당사자 간에 온건하거나 심지어 우호적 환경을

49) 우의적 중재는 법 이외의 형평과 선에 의한 중재를 의미한다. 즉 엄격한 법률에 의해 중재를 하는 것이 아니고 형평과 선이라고 하는 일반적 정의의 관념이나 일반적 기준에 따라 중재를 하는 것으로서 이를 ‘형평과 선에 의한 중재’라고도 한다. 원래 우의적 중재는 프랑스에서 처음으로 인정하여 대륙법계의 여러 나라들로 확대되었는데, 오늘날에도 각국의 중재법이나 국제협약에서 우의적 중재를 인정하면서도 당사자들의 합의를 전제로 하고 있다. 최장호, 전게서, p. 407.

50) Yves Derains & Eric A. Schwartz, *op. cit.*, p. 245.

51) 이는 과거에 특히 영국에서 관심의 대상이 된 부분이다. 그러나 1996년에 개정된 영국중재법 제46조에 “중재판정부는 법률 이외의 다른 고려사항들에 따라 분쟁을 판정할 수 있다”고 명시적으로 규정하여 우의적 중재를 인정하게 된다.

52) *Ibid.*, p. 245.

조성하거나 재조성하는 사업해결책을 강구할 수 있으며, 그리하여 분쟁의 기술적, 정신적, 그리고 상업적인 면을 지지하여 그 법률적 특성을 약화시킨다는 논리 하에 접근하는 방법이다.⁵³⁾

동 조항에 따라 중재인이 “형평과 선에 따라” 결정하거나 “우의적 중재인”으로 활동하는 경우에도 그렇지 않은 경우에도, 해당 중재인은 완전히 특정되지 않은 모든 사법권에서 법률이나 계약조건으로부터 이탈할 수 있는 정도의 자유를 가진다고 할 수 있다.⁵⁴⁾ 또한 이 두 가지 개념 사이에는 어떠한 의미의 차이도 존재하지 않는다고 널리 인식되고 있다.⁵⁵⁾

중재인이 우의적 중재인으로써 중재를 진행하는데 있어 그 조건이 있는데, ICC 중재규칙은 제21조 (3)항에 “관련당사자가 그 권한을 부여한 경우에 한하여”라는 문구를 삽입시켜 놓음으로써 중재판정부가 형평과 선에 따라 결정하거나 우의적 중재인으로 활동할 수 있는 권한을 엄격히 제한하고 있다.⁵⁶⁾ 또한 그러한 권한이 부여되는 한 제18조 (1)항 ㉔호⁵⁷⁾는 그 내용을 쟁점사항에 명확히 기재하도록 규정함으로써 중재법원이 이를 환기할 수 있도록 하고 있다.⁵⁸⁾ 또한 그러한 권한이 중재판정부에 부여되었는지의 여부를 불문하고, 동 규칙 제25조 (2)항⁵⁹⁾에 따라 판정의 근거 사유를 기술하여야 하며, 제27조⁶⁰⁾

53) ICC 중재인의 ‘우의적 중재인’으로서의 그의 권한에 대한 사례는 The Award in ICC Case No. 3755 (1988), ICC Ct. Bull. Vol.1, No.2(1990), p. 25 참조.

54) *Ibid.*, p. 246.

55) 예를 들어 프랑스 법원은 ‘우의적 중재인’으로 활동하고 ‘형평과 선에 의하여’ 판정하는 것을 동일한 기능이라고 판단하고 있다.

56) *Ibid.*, p. 246.

57) ICC Arbitration Rules Article 23 (1) 사무국으로부터 중재문서를 수령하는 즉시 중재판정부는에 입각하여 쟁점사항을 규정하는 서류를 작성하여야 하는데 이 서류에는 다음의 사항을 기재하여야 한다.....㉔ 적용할 절차규칙의 명세사항 및 해당되는 경우 중재판정부가 우의적 중재인으로 활동하거나 공정한 기준을 정하고 결정을 내릴 수 있도록 중재판정부에 부여된 권한의 내용 [.....㉔ particulars of the applicable procedural rules and if such is the case, reference to the power conferred upon the Arbitral Tribunal to act as amiable compositeur or to decide ex aequo et bono]

58) *Ibid.*, p. 246.

59) ICC Arbitration Rules, Article. 31(2) 판정은 근거사유를 기술하여야 한다. [The Award shall state the reasons upon which it is based]

60) ICC Arbitration Rules, Article. 33 중재판정부는 판정문에 서명하기 전에 판정문의

에 따른 검토와 승인을 위해 판정문 초안을 중재법원에 제출하여야 한다.

IV. UNCITRAL Model 중재법상 실제적 준거법 규정 및 해석

각국의 중재법은 중재에 있어서의 준거법에 대하여 규정을 할 필요가 없다. 국제거래가 아닌 중재에서는 준거법 선택에 있어서 그다지 큰 문제가 없기 때문이다. 이에 국제중재를 전제로 제정을 한 UNCITRAL Model 중재법에서 준거법에 대한 규정을 해 두어야 할 필요성이 대두되어 동 조항인 제28조를 제정하였다. 동 조항을 제정하면서 working group은 다음의 세 가지의 쟁점 사항을 염두에 두었다. 첫째, 계약 당사자들이 준거법으로 선택한 법률이 계약이나 분쟁과 지역적으로(territorially) 전혀 관련이 없는데도 당사자 자치의 원칙을 존중하여 주어야 하는가?⁶¹⁾ 둘째, 계약 당사자들 간에 어떠한 합의가 없는 경우에는 이러한 준거법의 선택이 중재판정부에 의해 이루어져야 하는가? 그리고 마지막으로 UNCITRAL Model 중재법은 계약 당사자들이 선과 형평의 원칙에 의한 판단과 우의적 중재인에 대한 합의가 있을 경우에 이를 인정해 주어야 하는가이다. 위의 세 가지에 대한 논의를 중심으로 하여 지금의 제 28조가 제정되었다.

1. UNCITRAL Model 중재법 제28조 (1)항

초안을 중재법원에 제출하여야 한다. 중재법원은 판정문의 형식을 수정할 수 있으며, 또 중재판정부의 결정의 자유에 영향을 미침이 없이 구체적인 쟁점에 주의를 환기시킬 수 있다. 중재판정부는 그 형식에 관하여 중재법원의 승인을 얻기 전까지는 어떠한 판정도 내려서는 안 된다.[Before signing any Award, the Arbitral Tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the Award and, without affecting the Arbitral Tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. No Award shall be rendered by the Arbitral Tribunal until it has been approved by the Court as to its form.]

61) 이에 대해 UNCITRAL Secretariat는 “계약과의 연관성 보다는 당사자 자치의 원칙을 우선하여 받아들이는 것이 현재 보편화되어 있기는 하지만 일률적으로 받아들이진 것은 아니다”라고 언급하고 있다.

UNCITRAL Model 중재법 제28조 (1)항⁶²⁾은 “중재판정부는 당사자들이 분쟁의 실체에 적용하고자 선택한 법률에 따라 판정을 하여야 한다. 달리 명시하지 아니하는 한 일정한 국가의 법 또는 법률체계의 지정이 있을 때는 당해 국가의 실체법을 직접 지칭하는 것으로 해석하며, 그 국가의 국제사법원칙을 지칭하는 것으로 해석하지 아니한다”고 규정하고 있다. 동 조항의 주요 내용은 세 가지로 나누어 볼 수 있으며 동 조항이 완성되기까지의 이를 중심으로 하여 많은 논의들이 있었다. 첫째, 동 조항은 원칙적으로 분쟁의 실체에 적용이 될 준거법을 계약 당사자들이 합의하여 정할 수 있음을 규정하고 있는데 이는 UNCITRAL Model 중재법의 2개의 다른 조항, 제2조 (4)항과 제19조를 고려하여 해석하여야 한다.⁶³⁾ 동 모델법 제2조 (4)항에 따라 당사자들은 중재기관을 포함하여 제3자에게 준거법을 결정할 권한을 부여하여서는 안 된다고 해석하여야 할 것이다. 또한 중재절차상의 규칙의 결정에 대해 규정을 한 동 중재법 제19조에 따라 당사자들이 달리 합의하지 않은 한, 중재판정부는 증거의 채택여부, 관련성, 중요성 및 그 경중을 결정할 권한이 주어진다고 해석을 하여야 할 것이다.

둘째, 계약 당사자들이 분쟁의 실체에 적용될 준거법을 지정한 경우에 이 지정된 법률(rules of law)을 어떻게 해석하여야 하는 것이다. 개정 당시에는 법률이라는 용어에 아직 효력을 발휘하지 못한 법이나 법률체계도 포함시켜야 한다는 의견도 있었고 또한 당해계약과 연관성이 있는 한 하나의 특정 법률만이 아닌 둘 이상의 법이나 법률체계도 지정할 수 있다고 해석해야 한다는 주장도 있었다. 결국 현재의 조항처럼 법률의 의미를 ‘일정한 국가의 법 또는 당해 국가의 실체법을 직접 지칭하는 것’으로 해석한다고 명시적으로 규정을 하여 실체적 준거법의 의미를 지정된 특정 국가의 법이나 법률체계로 그 범위를

62) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article. 28 (1)
The Arbitral Tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are 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.

63) Howard M. Moltzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration - legislative History and Commentary*, Kluwer law and Taxation Publishers, Denvetter, Boston, 1989, pp. 768~769.

한정시켜 두게 된다. 이는 공포 당시 많은 비판을 받게 되었지만 그 이후로도 상대적으로 좁은 의미로 해석이 되어졌다. 하지만 현재는 국제상관습법, 법의 일반원칙, 그리고 UNIDROIT principles까지도 포함하는 넓은 의미로 해석되어 적용되고 있다.⁶⁴⁾

셋째, 당사자들이 합의하여 준거법을 특정 국가의 법률로 지정을 하였을 경우에 당해 국가의 섭외사법의 원칙이 적용되는가의 부분에 대한 해석이다. 이 부분도 개정 당시에는 많은 논의가 되었으나 현재는 해석에 대한 혼란을 피하기 위하여 명시적으로 ‘그 국가의 국제사법원칙을 지칭하는 것으로 해석하지 아니한다’고 규정해 두었다.

2. UNCITRAL Model 중재법 제28조 (2)항

동 중재법 제28조 (2)항⁶⁵⁾에서는 “당사자들에 의한 준거법의 지정이 없는 경우에는 중재판정부는 중재판정부가 적용가능하다고 보는 국제사법의 규정에 따라 결정되는 법을 적용한다”라고 규정하고 있다. 동 조항의 해석과 관련한 두 가지 주요한 논쟁은 첫째, 중재판정부가 준거법을 선택하는데 있어서 그 권한이 직접(directly) 부여되는 것인지, 아니면 적용 가능한 섭외사법의 원칙에 의하여 선택을 하게 되는지에 관한 것이다.⁶⁶⁾ 둘째, 중재판정부가 선택할 수 있는 법률의 범위는 특정 국가의 법체계를 의미하는지 아니면 동 모델법 제28조 (1)항에서의 해석과 마찬가지로 국제상관습법, 법의 일반원칙, 그리고 UNIDROIT principles까지도 포함하는 넓은 의미로 해석하여야 하는지에 관한 것이다. 이 두 가지의 논쟁에 대해 제28조 (2)항은 당사자들에 의해 준거법 지정이 가능하다고 규정을 한 제(1)항과 연관 지어 해석하여야 한다는 것이 일반적인 견해이다. 즉, 제(2)항에 규정되어 있는 중재판정부의 권한은 제(1)항에 규정되어 있는 당사자들의 권한과 같다고 해석을 하여야 한다는 것이다. 이에

64) 관습에 대하여 더 우호적인 자세를 취하고 있는 영미법계 국가가 이러한 광의의 해석에 대하여 반대가 더 심하다.

65) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article. 28 (2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

66) *Ibid.*, p. 769.

준거법에 대한 당사자들의 합의가 없으면 중재판정부는 직접적으로(directly) 준거법으로 적용이 되어 질 법률을 지정할 수 있음을 의미한다.⁶⁷⁾ 이는 국제상사중재에서 중재판정부가 섭외사법의 원칙에 의하여 준거법을 지정하는 것보다, 현실적으로 직접 준거법을 지정하는 경우가 대부분이기 때문에 이에 부응하기 위함이라 할 수 있다.

3. UNCITRAL Model 중재법 제28조 (3)항

UNCITRAL Model 중재법 제28조 (3)항⁶⁸⁾은 우의적 중재에 대한 규정으로써, “중재판정부는 당사자가 명시적으로 권한을 부여하는 경우에 한하여 형평과 선에 의하여 또는 우의적 중재인으로서 판정을 내려야 한다”라고 명시하고 있다. 동 조항에 ‘형평과 선에 의하여’라는 용어와 ‘우의적 중재인’이라는 용어를 모두 삽입한 이유는 두 용어를 채택하여 자국의 법에 삽입한 용어가 법체계에 따라 다르기 때문이며 또한 어떤 법체계에서는 이 두 가지 용어를 따로 구분하여 쓰기도 하기 때문이다.⁶⁹⁾ 동 조항에서는 이 두 가지 용어를 서로 같은 의미로 해석하여야 할 것이다.⁷⁰⁾

UNCITRAL Model 중재법에 우의적 중재에 대한 규정을 삽입하게 된 이유로는 첫째, 동 중재법이 제정되기 이전에 이미 우의적 중재를 시행하고 있는 법체계가 있었기 때문이다. 국제상사중재에 대한 국제적인 규칙으로서 역할을 하고자 하는 동 중재법으로서는 세계 각국의 중재에 대한 제도와 실무적인 부분들을 고려하여 반영하여야 하기 때문이다.⁷¹⁾ 둘째, 우의적 중재는 동 중재법을 개정할 당시에 국제상사중재에서 중재지의 중요성을 감퇴시키고자 하는 일반적인 정책에 부응하기 때문이었다.⁷²⁾ 셋째, 동 조항에서는 우의적 중재를 하

67) *Ibid.*, p. 769.

68) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article. 28 (3)
The Arbitral Tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

69) *Ibid.*, p. 770.

70) 본 논문에서도 ‘우의적 중재’라는 용어로 통일하여 쓸 것이다.

71) *Ibid.*, p. 770.

기 위해서는 관련 당사자들의 명시적인 동의가 있어야 가능하다고 규정을 해 두었다. 즉, 명시적으로 당사자들의 합의가 있어야만 가능하도록 규정함으로써 일방의 당사자가 이에 대해 잘못 이해하고 불이익을 당하게 될 위험이 없도록 동 조항을 제정하였다.

우의적 중재를 하는데 있어서 한 가지 주의해야 할 점으로 우의적 중재인으로써 역할을 하게 되는 중재인은 후에 내려지게 될 중재판정이 집행국에서의 승인과 집행에 대해 고려하여야 한다는 것이다. 즉, 우의적 중재를 함에 있어서 각각의 나라들의 강행법규과 공공질서에 위배되지 않도록 하여야 한다는 것으로서 이는 동 중재법이 제정될 당시에 명시적으로 규정을 할 것인가에 대한 논의가 있었다.⁷²⁾ 하지만 결국에는 이에 대한 규정을 삽입하지 않았는데, 그 이유는 ‘형평과 선에 의한’이라는 용어와 ‘우의적 중재인’에 대한 용어가 각각의 법체계와 나라마다 그 의미의 차이가 있고 다양하여 통일화하는데 많은 어려움이 있었기 때문이다.

4. UNCITRAL Model 중재법 제28조 (4)항

UNCITRAL Model 중재법 제28조 (4)항⁷⁴⁾은 중재에 있어서의 기타 계약 조건과 상관습에 대한 규정인데, “전 각항의 모든 경우에 있어서 중재판정부는 계약 조건에 따라 결정하여야 하며, 당해 거래에 적용가능한 상관습을 고려하여야 한다”라고 규정하고 있다. 먼저 동 조항을 제정할 당시에 가장 문제가 되었던 부분은 “무역관습(usages of trade)”이라는 용어에 대한 해석이었다. 동 용어에 대해서는 UNCITRAL 중재규칙 제33조 (3)항에 따라 해석하자는 의견과 CISG(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(1980))제9조에 따라 해석하여야 한다는 의견이 있었다. 이에 동 중재법에서는 이들과는 별개로 무역관습이라는 용어에 대해서 정의를 하였

72) *Ibid.*, p. 770.

73) *Ibid.*, p. 771.

74) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article. 28 (4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

다. 하지만 후에 이는 다시 삭제되었는데 그 이유는 무역관습을 물품매매에 초점을 맞추어 정의를 하게 되면 투자계약과 같은 다른 국제거래계약에 대한 분쟁을 해결하고자 할 때 동 중재법을 적용하기 어려울 것이라는 판단 하에 삭제되었다.⁷⁵⁾

동 조항을 ICC 중재규칙과 비교하였을 때 다른 점은, ICC 중재규칙이 ‘계약조건을 고려하여(take account of)’사안을 결정하여야 한다고 한 반면에 동 조항에서는 ‘계약조건에 따라(in accordance with)’ 사안을 결정하여야 한다고 규정하고 있다. ‘계약조건에 따라’라는 표현도 동 중재법이 제정될 당시에 많은 논의가 있어 한동안 삭제되었던 부분이기도 한데, 그 이유는 다음과 같다. ‘계약조건에 따라’ 분쟁을 해결한다고 하면 계약 당사자들이 합의하여 명시적으로 계약서에 삽입한 내용이 강행법규나 공공질서에 위배되는 경우에도 계약조건에 따라 분쟁을 해결하여야 하는가의 문제가 제기되었다. 또한 계약 당사자들의 진실된 의도가 계약서에 명시되어 있는 조건과는 다른 경우에도 당사자들이 의도하였던 바를 무시한 채 계약서에 명시되어 있는 계약조건에 따라 분쟁을 해결하여야 한다는 것이다. 이렇듯, ‘계약조건에 따라’ 사안을 판단하여야 하는 경우의 문제점은 분명히 존재한다. 더 나아가 ‘계약조건에 따라’ 분쟁을 해결할 경우에 발생할 수 있는 또 다른 문제점은, ICC 중재규칙에 대해 논의를 하였을 때 지적되었듯이 계약 당사자들이 합의한 계약조건이 지정된 실체적 준거법에 준하여 아무런 하자가 없을 경우에는 크게 문제가 되지 않지만 만약에 실체적 준거법에 위배될 경우에는 문제가 있을 수 있다.

V. 결 언

중재에 있어서 준거법은 그 개념이 복잡하며 그만큼 중요하다. 중재에 있어서의 준거법은 크게 두 가지로 나누어볼 수 있는데 실체적 준거법과 절차적 준거법이다. 이 논문에서 논의가 된 실체적 준거법은 다시 중재합의의 유·무효성을 판단하고 해석하는데 있어서 적용이 되는 법과 분쟁의 실체에 적용이

75) *Ibid.*, p. 771.

되는 법으로 나누어진다.

중재는 소송과는 달리 중재합의가 유효하게 존재하여야만 당해 분쟁을 중재로 해결할 수 있기 때문에 중재를 개시할 첫 번째 조건이라 할 수 있는 중재합의의 존재 여부 및 유·무효성은 중재가 개시되기 전부터 그 다툼이 있을 수 있고 그만큼 중요하다. 이에 중재합의의 존재 여부를 확인시켜주는데 적용이 될 준거법은 그 법이 어느 나라의 법이냐에 따라서 그 결과가 달라지는데 중재합의의 독립성의 원칙에 따라 그 준거법에 대한 논의는 끝이 없다. 또한 분쟁의 실체에 적용이 될 준거법은 대부분의 경우 계약 당사자들이 주 계약을 체결 때 미리 합의하여 정해 두게 되는데, 당사자들이 미리 합의하여 정하여 둔다 하더라도 그 해석이나 적용범위에 대한 논의가 있을 수 있고 또한 국제거래에서 무역관습이나 관행이 준거법만큼이나 중요시되고 있기 때문에 준거법 적용에 대한 해석에 있어서 그 의견이 분분하다.

중재는 소송과는 달리 국제적인 효력을 인정받고 있다. 하지만 이러한 국제적인 효력에 대한 보장은 무조건적인 것이 아니다. 중재판정이 국제적인 효력이 있다는 것은 집행국에서 중재판정에 대한 승인을 거치고 집행판결을 받아야 함을 의미한다. 중재판정의 승인과 집행에 대해서는 뉴욕협약 제5조에 그 규정이 명시되어 있는데, 중재합의에 대한 준거법, 중재절차에 대한 준거법, 그리고 분쟁 실체에 대한 준거법이 모두 제5조의 규정과 연관이 있다. 즉, 이러한 준거법의 결정과 적용에 하자가 있을 경우에는 내려진 중재판정의 승인·집행을 보장받을 수 없다. 이에 중재에 있어서의 실체적 준거법은 중재 개시나 중재 절차 진행 중, 그리고 더 나아가 중재가 끝이 난 후 내려진 중재판정에도 그 영향을 미치기 때문에 올바른 이해와 적용은 실무상 매우 중요하다.

참 고 문 헌

- 김갑유, “중재합의의 유효성 판단과 그 준거법”, 「인권과 정의」 제331호, 대한변호사협회, 2004, 3.
- 김용길, “국제거래에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 고찰”, 「원광법학」 제25권 2호, 원광대학교 법학연구소, 2009, 6.
- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001.
- 손태빈·이주원, 「무역클레임과 중재론」, 두남, 2002.
- 서정일, 「국제상사중재법론」, 두남, 2003.
- 석광현, “국제상사중재에서 중재합의의 준거법”, 「법학논총」 제24집 1호, 한양대학교 출판부, 2007.
- 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 연구”, 「중재연구」 제15권 2호, 한국중재학회, 2005.
- 이규호, “국제상사중재에 있어 준거법에 관한 쟁점”, 「중재」 제331호, 대한상사중재원, 2010.
- 이성민·강창남·최홍섭·김종득·김창호, 「무역클레임과 상사중재실무」, 보명BOOKS, 2006.
- 이순우, “중재계약에 관한 소고”, 「중재」 제304호, 대한상사중재원, 2002, 6.
- 이영석, “국제상사중재의 준거법 : 법규범을 준거법으로 하는 경우를 중심으로”, 「국제사법연구」 제16호, 법영사, 2010.
- 최장호, 「상사분쟁관리론(클레임과 상사중재 및 ADR)」, 두남, 2003.
- Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999.
- Derains, "Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration", ICC Ct. Bull., Vol.6, No.1 (1996).
- Howard M. Moltzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration - legislative History and Commentary*, Kluwer law and Taxation Publishers, Denveter, Boston, 1989.

ABSTRACT

A Study on the Substantive Law under the International Commercial Arbitration

Park, Eun Ok
Choi, Young Joo

International commercial arbitration is a specially formed mechanism for the final and binding settlement of disputes arisen between contracting parties regarding procedures, structures or other contractual relationship agreed by them. It is a resolution system which is processed autonomously by arbitrators who are appointed by contracting parties without involving the national court.

If the contracting parties want to settle their disputes by arbitration, there must be a valid agreement. With a valid agreement, the most important concern is which law(called as the substantive law) should be applied in order to determine the rights and obligations of both contracting parties in relation to the dispute. At this point, the substantive law is really important because it is applied to the dispute itself directly during proceedings as well as it plays an crucial role in scrutiny and enforcement of arbitral awards.

This article discusses about the substantive law under international commercial arbitration, specially focusing on the regulations of the ICC rules of arbitration, which is the most widely used all over the world and UNCITRAL Model law, which most countries' rule and laws are based on. By discussing how these rules and regulations should be interpreted and applied, it is expected to provide practical help to practitioners when they agree on an arbitration agreement.

Key Words : international commercial arbitration, governing law, substantive law, applicable law, arbitral agreement
