

중국의 상사중재관할권에 관한 연구

이 경 화*

-
- I. 서 론
 - II. 상사중재관할권의 개관
 - III. 중국의 상사중재관할권 이의제기 사유
 - IV. 중국의 상사중재관할권 관련 사례분석
 - V. 결 론
-

주제어 : 중국 중재, 상사중재관할권, 중국 중재의 문제점,
중재기관의 관할권, 자기권한심사권

I. 서 론

당사자들이 중재합의를 체결하는 목적은 분쟁발생시 중재절차를 통하여 구속력 있는 결과를 도출하고자 하는 것이다. 하지만 당사자들의 관련지식 부족이나 실수 등 여러 가지 원인으로 중재합의에 결함이 있는 경우가 종종 발생하는데,

* 동서울대학교 경영학부 조교수.

중재합의를 불명확하게 작성하거나 중재를 진행할 수 없게 작성하거나 또는 무효한 중재합의인 경우도 있다. 당사자들이 속한 국가의 법률과 문화가 다르므로 인하여 같은 중재합의 문구에 대하여 이해와 해석이 달라지고 유효와 무효가 엇갈릴 수도 있다. 중국국제경제무역중재위원회(이하 'CIETAC')의 경험을 보면 최근 몇 년간 접수한 사건 중 최소 15%가 관할권 문제가 제기 되었다. 즉, 사건을 접수한 후 분쟁의 실체를 다루기 전에 15%정도의 사건은 중재의 관할권에 대한 판단을 먼저 하는 절차를 거치게 되는 것이다. 따라서 본고에서는 중재사건 중 많이 다투어지는 관할권분쟁에 대해 전반적으로 고찰하고자 중재관할권의 개관, 관할권심사기관, 관할권 이의제기 사유 및 사례분석을 진행하고자 한다.

중재관할심사란 분쟁을 중재로 해결할 수 있는지와 특정 중재기관에 관할권이 있는지에 대한 심사를 말하며 대부분 국가에서는 이 권한을 중재인 즉 중재판정부에 주고 있다. 그 원인은 중재의 독립성과 신속해결의 장점을 보호해 주고자 하는데 있다. 하지만 중국은 임시중재를 인정하지 않고 개인에게 큰 권한을 주지 않기 때문에 중재관할심사권을 중재인에게 주지 않고 중재기관과 법원에 주고 있다. 이는 중국만의 특징이며 본고에서는 이러한 방식이 중재당사자에게 어떠한 영향을 미치는지에 대해 분석한다.

본고는 중재관할권에 대한 전반적인 고찰을 중국의 법규와 중국사례를 중심으로 진행하며 그 원인은 중국이 우리나라의 제1무역대상국이자 제1무역분쟁 발생국이기 때문이며 또한 중국의 법규가 다른 국가들에 비해 표준화가 상대적으로 적게 이루어져 있기 때문이다. 예컨대 사회주의 체제를 유지하고 임시중재를 인정하지 않으며 중재에 대한 사법간여가 심각한 등 중국중재의 특징은 중재관련 법규와 실무에 영향을 주기에 중국을 대상으로 무역을 하는 당사자들이 반드시 숙지해야 한다.

중재에 대한 중국의 법규가 상대적으로 엄격하여 중재의 원 목적을 해치고 국제사회의 신뢰를 떨어뜨리기 때문에 중국정부는 최근 관련 사법해석을 발표하여 모호한 부분을 명확히 하고 조항의 해석을 넓게 하는 등 노력을 기울이고 있다. 특히 중재관할권에 대한 국제화 작업의 일환으로 50개가 넘는 사법해석을 공포하였으며 2006년에는 '중화인민공화국 중재법 적용상 몇 가지 문제점에 관한 최고인민법원의 해석'(이하 '법해석')을 공포하였다.

본고에서는 중국의 중재법과 본 법해석을 중심으로 중국의 중재관할권을 살

펴보고 관련 사례를 연구한다.

중국의 중재관할권에 관한 선행연구로는 하현수의 “중국에서의 국제상사중재합의 유효성에 관한 연구”, “중국의 국제상사중재합의 효력에 관한 연구”, “중국의 하자중재합의 효력 인정에 관한 연구”, 하현수, 윤충원의 “중국의 중재법상 중재기관 약정과 관련한 중재합의 유효요건에 관한 사례연구”, 이시환의 “중국에서의 국제상사중재합의 유효성에 관한 연구” 등이 있는데, 위의 논문들은 모두 중재합의의 유효성에 초점을 맞추어 연구를 하였다. 본 논문은 중재관할권의 범위를 중재합의의 유효성뿐만 아니라 중재주체의 부적격, 중재기관의 부적격, 중재범위의 부적격 등을 전반적으로 살펴보고, 나아가 중재관할권 판단기관 문제도 논의하려 한다. 또한 중국의 중재관할권에 대한 문제점을 사례를 통해 살펴봄으로써 기존의 연구들에 비해 그 연구범위가 넓고 깊어졌다고 할 수 있다.

Ⅱ. 상사중재관할권의 개관

1. 상사중재관할권의 의의

상사중재관할권이란 중재판정부가 수권을 받아 당사자들의 상사분쟁에 대하여 심리하고 구속력 있는 판정을 내릴 수 있는 권리를 말한다.¹⁾ 이러한 권리는 중재합의 즉, 당사자들이 계약상 중재조항을 삽입하거나 중재회부계약을 작성함으로써 수권되고 관련 법규의 제한을 받는다.

국제적으로 중재의 범위가 포괄적으로 인정되고 있는 추세이긴 하나 각국 중재법은 국가의 실정과 법체계에 따라 중재의 범위에 제한을 두고 있다. 예컨대 독일과 폴란드에서는 부동산 관련 분쟁은 중재로 해결할 수 없으며 중국은 혼인, 입양, 후견, 부양, 상속 및 행정기관이 해결하도록 법으로 규정한 분쟁은 중재로 해결할 수 없다.²⁾ 뿐만 아니라 중재기관들도 각자의 중재규칙에

1) 乔欣, 比较商事仲裁, 法律出版社, 2004, p. 187.

2) 중국 중재법 제3조.

서 적용범위를 규정함으로써 그 범위를 벗어난 분쟁은 수리할 수 없다. 예컨대 중국국제경제무역중재위원회(이하 ‘CIETAC’)는 경제무역분쟁에 한해서만 수리할 수 있다.³⁾ 따라서 상사중재관할권이 인정되려면 반드시 수권의 기준이 된 중재합의가 존재해야 하고 유효해야 할 뿐만 아니라 준거법규에도 위배되지 않아야 한다.

상사중재관할권에 이의가 없는 경우 중재는 당사자가 합의한 절차에 따라 진행되고 구속력 있는 판정을 내릴 것이다. 하지만 상사중재관할권에 이의가 있을 경우 당사자는 분쟁을 중재가 아닌 소송으로 해결하려 할 것이기 때문에 우선 상사중재관할권의 존재여부를 판단해야 한다. 이때 판단의 주체가 법원이어야 하는지 아니면 중재기관이나 중재판정부여야 하는지는 각국의 법률에 따라 결정된다.

따라서 한 나라의 상사중재관할권에 대해 이해하려면 그 나라 법률에서 규정한 중재합의의 유효성 판단기준과 관련 법규상 중재범위 및 중재판정 취소의 요건에 해당하는 중재판정부의 구성과 중재절차의 적법성 등에 대한 이해를 바탕으로 상사중재관할권의 판단주체에 대해서도 알아야 한다.

2. 상사중재관할권에 대한 이의제기

1) 이의제기 효과

실무에서 당사자들이 상사중재관할권에 대하여 이의제기를 하는 가장 보편적인 이유는 중재합의의 무효인데 구체적인 사유는 중재합의의 형식요건이 중재법을 위반했다거나 내용이 명확하지 않다거나 중재기관을 명확히 지정하지 않았다는 등이다. 그 외에도 중재주체의 부적격을 주장하면서 중재합의의 적격한 수권인이나 대리인, 양수인, 승계인이 아니라는 사유를 들거나, 계약의 무효로 인한 중재합의의 무효를 주장, 분쟁의 중재범위 초과, 특정 중재기관의 관할권 부인, 중재합의의 원천무효 등 이유로 중재관할권에 이의를 제기한다.

위의 어떠한 사유로 이의를 제기하든 결론이 “분쟁의 중재범위초과”라든가 “중재합의의 중재법 위반”, “중재주체의 중재법 위반”, “특정 중재기관이 관할

3) CIETAC 중재규칙 제3조 제1항.

권 없음” 등으로 판정되는 경우에는 상사중재관할권이 존재하지 않기 때문에 분쟁을 중재로 해결할 수 없다. 이 중에서 “특정 중재기관이 관할권 없음”의 경우에는 중재 자체의 관할권이 부정된 것이 아니기 때문에 분쟁을 “특정 중재기관”이 아닌 중재관할권이 있는 다른 중재기관에서 해결할 수 있다. 그 외의 사유로 관할권이 부정된 경우는 모두 분쟁을 중재가 아닌 소송으로 해결해야 하기 때문에 법원에 제소해야 한다.

2) 이의제기 기간

대부분 국가의 중재법과 중재규칙은 중재절차 개시 후 만약 당사자가 중재합의나 중재판정부에 대하여 이의가 있을 경우 문제를 발견한 즉시 제기하도록 규정하고 있으며 아무리 늦어도 준거법상 규정한 기간이나 중재규칙상 지정한 기간 내에 제기하여야 한다. 이 기간이 지나서 중재합의가 존재하지 않는다거나 유효하지 않다는 이유로, 또는 관할권이 없는 중재기관에 접수되었다는 이유로 중재관할권에 대하여 이의제기를 할 경우 중재판정부는 접수하지 않는다.⁴⁾ 이러한 규정은 UNCITRAL 모델법 제4조, CIETAC 중재규칙 제8조, LCIA 중재규칙 제23조 등을 비롯한 대부분 법규에서 확인할 수 있으며, 그 이유는 중재관할권에 대한 이의제기를 최대한 빨리 함으로써 중재기관과 당사자의 불필요한 시간적 금전적 낭비를 방지하기 위해서이다.

영국 중재법은 “당사자가 중재절차에 참여하여 규정된 기간 내에 중재판정부의 실질적 관할권이나 중재절차, 판정부구성, 중재합의 등에 대하여 이의를 제기하지 않으면 차후에 이의를 제기할 수 없다”고 규정하고 있다.⁵⁾ 중국 중재법과 《중재법적용에 대한 해석》도 “당사자들이 중재합의의 효력에 대해 이의가 있을 경우 1차 심리 개최 전에 제기해야 하며, 심리개시 이전에 중재합의의 효력과 관련하여 이의를 제기하지 않다가 이후 법원에 중재합의 무효 확인 신청을 하는 경우 법원은 수리하지 않는다”고 규정하고 있다.

중재관할권의 유무를 판단하는 요건에는 중재합의의 효력뿐만 아니라 앞서 기술한 바와 같이 중재범위의 초과나 중재판정부의 부적격, 중재주체의 부적격

4) 赵秀文·谢菁菁, 国际商事仲裁法参考资料, 法律出版社, 2006, p. 10.

5) 영국 중재법 제73조: 항변권의 상실.

등 여러 가지가 포함되는데, 영국 중재법은 이 모든 것에 대하여 이의제기 기간을 규정하는데 반해 중국 중재법은 중재합의의 효력에 관해서만 이의제기 기간을 규정하고 있다. 이 점 역시 중국 중재제도의 보완점이라 할 수 있다.

3. 중재관할권 판단기관

1) 국제사회의 입장

중재합의에 의해 중재권한을 취득한 중재인이 자신의 판정권한의 기초가 되는 중재합의의 효력이나 그 효력이 미치는 범위 등을 스스로 판단할 수 있는 권리를 자기권한심사권⁶⁾이라고 한다. 중재판정부의 이러한 권한을 스스로가 아닌 다른 조직, 즉 사법기관에 위임하게 되면 당사자들이 이를 다룰 때마다 중재절차를 중지해야 하기 때문에 신속처리라는 중재의 목적에 반하게 된다. 국제사회에서는 신속하고 효율적인 분쟁해결을 도모하고자 하는 중재제도의 취지를 고려하여 이 권한을 인정하고 있는 추세이다.⁷⁾ 하지만 중재판정부가 자신의 권리를 판단하는 것이기 때문에 권리남용을 우려하여 각국 중재법은 또한 중재인의 판단에 대하여 법원의 심사를 받을 수 있는 기회를 보장하고 있다.⁸⁾

자기권한심사권에 대한 최초의 규정은 ICC의 1955년 중재규칙 제6조에 등장하였으며 “중재판정부는 당사자들이 제기한 중재관할권에 대한 이의를 심사

6) 이 권한의 명칭은 Competence-Competence 혹은 Kompetenz-Kompetenz doctrine으로 쓰며 한글번역으로는 자기권한심사권(이시환, “중국에서의 국제상사중재합의의 효력에 관한 연구”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제50권, 2011, p. 64), 권한판단권한(강수미, “미국에서의 중재인의 권한판단권한에 관한 고찰”, 중재연구, 한국중재학회, 제22권 제2호, 2012, p. 53), 자기관할권판정권한(박영길, “국제상사중재에 있어서의 분리원칙과 중재인의 자기관할권판정의 원칙”, 중재연구, 한국중재학회, 제13권 2호, 2004, p. 213), 중재판정부의 관할권(jurisdiction competence)(UNCITRAL 모델법) 등으로 쓰인다. 본고에서는 자기권한심사권으로 쓴다.

7) UNCITRAL 중재규칙 제21조, ICC 중재규칙 제6조, ICSID 협약 제41조 등은 중재판정부가 자신의 판정권한에 관한 판단자가 되어야 하는 것으로 규율하고 있다. 그 외에도 대부분의 국가의 중재법은 이를 인정하고 있다.

8) 한 연구에서는 이를 중재기관 자기권한심사원칙과 법원결정문의 공존으로 정의한다(郭鹏, “论商事仲裁的管辖权异议”, 山东财经大学学报, 2006, p. 2).

할 권리가 있다”고 규정하였다. 이 규정은 오늘날 대부분 국가에서 받아들여졌는데, UNCITRAL 모델법 제16조, 영국 중재법 제30조, 프랑스나 독일의 관련법규에도 이러한 규정이 존재한다. 또한 각국 중재기관의 중재규칙에도 같은 규정을 두고 있으며, ICC 중재규칙 제6조, AAA 중재규칙 제15조, LCIA 중재규칙 제23조 등이 그 예이다. 규정은 대개 “중재판정부는 중재합의의 효력을 포함 중재의 관할권문제에 대하여 결정할 권리가 있으며, 당사자들은 중재판정부의 결정에 대하여 법원에 확인을 청구할 수 있다”는 내용이다.

2) 중국의 입장

중국의 중재법도 대부분 국가의 입장과 유사한 규정을 두고 있긴 하지만 약간의 차이를 보이고 있다. 중국 중재법 제20조는 “중재합의 효력에 의의가 있는 당사자는 중재기관이나 법원 중 한곳에 재정을 내려줄 것을 청구할 수 있으며, 일방이 중재기관에 신청하고 타방이 법원에 신청한 경우는 법원이 재정한다”고 규정하고 있다. 또한 法釋 [1998] 27號 제12-13조는 “두 기관에 동시에 중재합의 효력에 대한 판단신청을 했을 경우 중재기관이 아직 판정을 내리기 전이라면 법원은 중재기관에 판정중지를 통지하고 사건을 수리하여야 한다”고 규정함으로써 법원이 중재기관에 우선하는 권한을 갖고 있다. 실무에서는 중재기관이 중재합의의 효력에 대하여 판정을 내리기 전에 상대방이 법원에 청구를 하는 경우가 많다고 한다.⁹⁾

중국의 입장과 국제사회의 입장 차이는 다음과 같다. 첫째는 다른 국가들은 중재관할권에 대한 심사권리를 중재인 스스로에게 준 반면 중국 중재법은 중재인이 아닌 중재기관이 그러한 권리를 갖고 있다. CIETAC 중재규칙은 중재법을 좀 더 융통성 있게 수용하여 “중재위원회는 중재관할권에 대한 판정을 내릴 권한을 가지며, 필요한 경우 중재판정부에 이를 수권할 수 있다”고 규정한다.¹⁰⁾ 이때 중재판정부의 자기관할심사권은 중재기관이 부여한 것으로 온전

9) 하현수, “중국의 하자중재합의 효력 인정에 관한 연구”, 관세학회지, 한국관세학회, 제14권 제2호, 2013, p. 173.

10) CIETAC 중재규칙 제6조: 【중재합의 및/또는 관할권에 대한 이의】

① 중재위원회는 중재합의의 존재·효력 및 중재사건의 관할권에 대하여 결정권을 갖는다. 필요한 경우 중재위원회는 중재판정부에 위임하여 관할권을 결정하도록 할 수 있다.

한 독립된 권리로 볼 수 없다. 중국의 이러한 입장은 중국이 임시중재를 인정하지 않는 것과 같아놓을 수 없다. 다른 나라에 비해 사법기관의 간여가 심하고 개인에 대한 국가의 믿음이 결여되어 임시중재의 불인정을 포기하지 못하는 중국이기에¹¹⁾ 중재인 개인에게 중재합의의 효력을 비롯한 관할권 판정권을 수권하지 않는 것이다. 둘째로 다른 국가들은 중재관할권에 대해 중재판정부 스스로 권한심사를 한 이후 그에 대하여 이의가 있는 당사자가 법원에 다시 확인을 요청하는 선후관계가 형성된 반면, 중국에서는 당사자가 중재기관에 관할권 판정요청을 하거나 혹은 법원에 판단을 요청할 수 있는 양립관계이기 때문에 중재기관 스스로의 자기권한심사권이 심각하게 침해된 것을 알 수 있다. 게다가 중재기관과 법원에 동시에 판단을 요청했을 경우에는 중재기관의 판정 이전에 법원은 판정의 중지를 요청하고 심사권을 독자 행사한다.

한마디로 국제사회에서는 중재판정부의 자기권한심사권을 인정하여 중재인 스스로 중재합의의 효력을 포함한 관할권을 심사하여 중재의 목적인 독립적 판단과 신속처리의 목적을 달성한다. 하지만 중국은 중재판정부 스스로의 자기권한심사권을 인정하지 않으며 오로지 중재기관에게만 이 권한을 부여한다. 그마저도 법원의 권한과 양립하는 권한으로 당사자들은 법원과 중재기관중 하나를 선택할 수 있으며 두 기관 모두를 선택했을 경우 중재기관이 판정을 내리기 전이라면 법원의 권리가 우선한다.

-
- ② 중재위원회가 외형적 증거를 근거로 중재위원회에서 중재하기로 하는 합의가 있다고 인정하는 경우, 중재위원회에 관할권이 있다는 결정을 하고 중재절차를 계속할 수 있다. 중재위원회가 외형적 증거를 근거로 한 관할권 결정은, 중재판정부가 심리과정에서 발견한 외형적 증거와 일치하지 않는 사실 및/또는 증거를 근거로 다시 관할권을 결정하는 것을 방해하지 않는다.
 - ③ 당사자의 중재합의 및/또는 관할권에 대한 이의신청은 중재판정부의 첫 번째 개정심리전에 서면으로 하여야 하고, 서면심리사건의 경우에는 제1차 실제답변 전에 하여야 한다.
 - ④ 중재합의 및/또는 관할권에 대한 이의는 중재절차의 진행에 영향을 미치지 않는다.
 - ⑤ 이상의 관할권 이의 및/또는 결정은 중재사건의 당사자 적격에 대한 이의 및/또는 결정을 포함한다.

11) 이에 관하여 상세히는 오원석·이경화, “중국 중재제도의 특징과 그 역사·문화적 배경에 관한 연구”, 중재연구, 한국중재학회, 제24권 제2호, pp. 164~168 참조.

Ⅲ. 상사중재관할권에 대한 이의제기 사유

전술한 바와 같이 상사중재관할권에 대한 이의제기 사유는 다양하다. 그리고 실제로 실무에서도 이렇게 다양한 사유로 이의제기를 하는 경우가 많으며 CIETAC은 접수건수의 약 15% 정도가 관할권 관련 이의제기를 받는다고 한다.¹²⁾ 관할권 이의제기 사건의 경우 이를 우선 해결하지 않으면 중재절차를 계속할 수 없으며 설령 중재판정이 나왔다고 하더라도 판정취소나 집행거절의 사유가 된다. 따라서 상사중재관할권의 이의제기 사유를 구체적으로 분석함으로써 분쟁 발생시 중재의 안정적인 진행을 도모하고자 아래에 그 사유를 크게 네 가지로 나누어 살펴보았다.

1. 중재주체의 부적격

만약 중재의 일방 당사자가 중재합의의 당사자가 아니거나 중재합의를 적법하게 양수한 당사자가 아닐 경우 상대방은 중재관할권에 대하여 이의를 제기할 수 있다.¹³⁾ 이러한 경우는 흔히 중재에 회부된 분쟁이 계약당사자들 사이의 분쟁이 아니고 제3자와 관련된 분쟁일 경우 제3자가 중재를 신청하거나 신청인이 제3자를 상대로 중재를 신청한 경우에 나타난다. 이때 중재의 양 당사자는 계약당사자와 제3자이기 때문에 그들 사이에는 중재합의가 존재하지 않으므로 중재주체의 부적격 문제가 발생하게 된다. 또한 계약이 다른 주체에게 양도되거나 다른 계약과 합병 또는 분리될 경우 원 계약상의 중재합의는 적법한 양수인과 인계자에 대하여 유효하다. 이런 경우 만약 적법한 양수인이 아닌 자를 상대로 중재신청을 하거나 적법한 양수인이 아닌 자가 계약당사자를

12) CIETAC, 中国国际经济贸易仲裁委员会管辖权决定选编, 中国商业出版社, 2004, p. 2.

13) 최고인민법원, “중화인민공화국중재법의 적용문제에 대한 해석”, 2005년 12월 26일 통과(이하 法釋 [2006] 7號). 제8조: 중재에 합의한 당사자가 합병이나 분립한 경우 중재합의는 그 권리와 의무를 적법하게 인계한 자에 대하여 유효하다. 중재에 합의한 당사자가 사망했을 경우 중재합의는 그 중재권리와 의무를 인계한 자에 대하여 유효하다... 제9조: 채권과 채무의 전부나 일부가 양도되었을 경우 중재합의는 그 양수인에 대하여 유효하다. 단 당사자간 별도의 합의가 있거나 양수시 중재합의의 양수를 명백히 반대하거나 혹은 중재합의의 존재를 알지 못하였을 경우는 제외한다.

상대로 중재신청을 하게 되면 이 또한 중재주체의 부적격문제를 초래하게 된다.

중재주체가 적격이 아니라는 말은 그 주체와 계약당사자 사이에 중재합의가 존재하지 않는다는 뜻이며 결국 이러한 분쟁은 중재관할권이 없으므로 중재에 회부할 수 없다.

만약 행위능력이 없는 당사자가 중재합의를 체결하였다면 이러한 주체가 체결한 중재합의의 유효성도 알아볼 필요가 있다. 계약상 중재조항은 주 계약과 분리되어 존재하기 때문에 주 계약이 사기나 강박 등 어떠한 이유에 의하여 무효라고 하더라도¹⁴⁾ 중재조항의 유효성과 구속력은 여전히 당사자간에 존속한다. 이를 중재합의의 독립성원칙 또는 분리가능성이론(separability doctrine)¹⁵⁾이라 한다. 하지만 중국 중재법은 “중재의 주체는 민사행위능력을 갖추어야 하며 민사행위능력이 없거나 법률의 제한을 받는 당사자가 체결한 중재합의는 무효”라고 규정하고 있다.¹⁶⁾ 중국 중재법은 또한 “상대방의 강압에 의해 중재합의가 체결된 경우 중재합의는 효력이 없다”고도 규정하고 있다¹⁷⁾. 또한 동법은 “중재합의의 효력은 독립적이며 당해 계약의 변경, 소멸, 종료 또는 무효에 영향을 받지 아니 한다”고 규정하면서 중재합의의 독립성 원칙도 수용하고 있다.¹⁸⁾ 여기서 알 수 있는바 중국 중재법의 독립성 원칙은 중재합의가 행위능력이 있는 자에 의해 체결되었고 강압에 의해 체결되지 않았다는 전제조건 하에 인정된다. 우리나라 중재법도 중재판정 취소의 소 조건에 “중재합의 당시 당사자가 무능력자임을 증명”하여 중재합의의 무효를 주장할 수 있도록

14) 계약체결시에 사기에 유인되었다고 주장하면서 중재조항의 무효까지 주장하는 경우가 전형적인데 그렇다고 하더라도 중재조항은 여전히 유효하다(박영길, 전계논문, p. 214).

15) 박영길, 상계논문, p. 213.

16) 邱新, "论国际商事仲裁管辖权", 中国政法大学 硕士学位论文, 2006, p. 24. 계약이 유효하기 위해서는 공법(국가정책으로 강행법규), 사법(계약당사자의 행위능력 규정), 계약법(계약당사자의 의사표시의 진의나 하자에 관한 문제 규정)의 제한에서 자유로워야 한다(양영환·오원석·박광서, 무역상무, 삼영사, 2014, p. 100). 민사행위능력이 없는 자가 체결한 중재합의는 사법위반에 해당한다.

17) 중국 중재법 제17조: 중재합의가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 효력이 없다. 1. ... 2. 중재합의의 당사자가 무능력자이거나 민사상 행위능력이 제한된 자인 경우 3. 상대방의 강압에 의해 중재합의가 체결된 경우.

18) 중국 중재법 제19조: 중재합의의 효력은 독립적이며 당해 계약의 변경, 소멸, 종료 또는 무효에 영향을 받지 아니한다. 중재판정부는 계약의 유효성을 판단할 권한을 갖는다.

규정하고 있다.¹⁹⁾

즉, 이러한 규정을 두고 있는 국가에서는 중재합의가 유효하려면 당사자가 민사행위능력이 반드시 있어야 하며 그 외 계약내용의 공법위반이라던가 계약법 위반은 중재합의의 효력에 영향을 미치지 아니한다. 단, 중국은 계약법 위반사항 중 강박에 의한 중재합의체결은 무효로 규정함으로써 다른 국가들보다 엄격한 입장을 보이고 있다. 다시 말하면 중국에서 중재주체가 민사행위능력이 없고 강박에 의해 중재합의를 체결한 경우 중재합의 무효로 본 분쟁은 중재관할권이 인정되지 않는 것이다.

2. 중재기관/중재판정부의 부적격

중재신청을 접수한 중재기관이 당사자가 중재합의에서 지정한 기관이 아니거나 중재합의가 모호하여 중재기관에 대한 양당사자의 입장이 다를 경우 피신청인은 원 중재기관의 중재관할권에 대하여 이의를 제기하게 된다. 또한 중재기관의 예전 명칭을 사용하거나 명칭의 기재에 오차가 있거나 중재기관을 한 개 이상 지정하는 경우에도 역시 당사자들이 중재관할권에 대하여 이의를 제기할 수 있다. 이때 당사자들은 중재합의의 무효를 주장하거나 원 중재기관의 관할권만 부정하는 두 가지 경우로 나뉜다. 전자는 분쟁의 중재관할권 자체를 부정하는 것이고, 후자는 해당 중재기관의 관할권만 부정하는 것으로서 다른 기관에서 중재를 진행할 것을 요구하게 된다.

또한 중재인의 선정절차나 중재인의 자격요건이 적법하지 않을 경우에도 당사자는 중재판정부의 중재관할권에 이의를 제기할 수 있으며 이러한 판정부가 내린 판정은 취소 및 집행거부대상이다. 이 경우는 중재합의가 유효하다는 전제로 진행되기 때문에 중재관할권 자체의 부정은 아니 되고 원 중재판정부의 관할권만 부정된다. 따라서 당사자는 새로운 중재인을 선정하여 중재를 진행할 것을 요구하게 된다.

19) 대한민국 중재법 제36조: ... 법원은 다음 각호의 1에 해당하는 때에 한하여 중재판정을 취소할 수 있다. 1. 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 다음 각목의 1에 해당하는 사유를 증명하는 경우, 가. 중재합의의 당사자가 그 준거법에 의하여 중재합의 당시 무능력자이었던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 의하여 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 의하여 무효인 사실 ...

3. 중재범위 부적격

분쟁이 한 나라의 관련 법규에 근거하여 중재범위에 속하지 아닐 경우 이러한 분쟁은 중재합의가 존재한다 하더라도 중재관할권이 인정되지 않아 중재에 회부할 수 없다. 예컨대 중재합의의 범위에 속한 여러 분쟁사항들 중 일부가 중재지의 중재법과 관련 법률에 따라 중재범위에서 배제된 사항일 수 있는 것이다.²⁰⁾

중국 중재법은 혼인, 입양, 후견, 부양, 상속 및 행정기관이 해결하도록 법으로 규정된 분쟁은 중재범위에서 제외하고 있다. 따라서 중국에서 토지의 도급 관련 분쟁이나 인사분쟁, 노동분쟁 등은 모두 행정적 성격을 띠므로 상사중재기관에 중재신청을 할 수 없으며 적용법률도 일반 중재법이 아닌 특별법을 적용한다.²¹⁾ 뿐만 아니라 중국은 1987년에 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약(이하 뉴욕협약)에 가입하는 유보조건으로 적용범위를 상사법률분쟁으로 제한하였으며 투자자와 투자국가간의 분쟁은 배제하였다.²²⁾ 이와 같이 분쟁의 종류와 성격이 중재합의의 범위에 포함된다 하더라도 관련 법규상 중재범위에서 배제될 경우 상사중재관할권이 인정되지 않으므로 상사중재기관에 회부할 수 없다.

그 외 중재기관마다 중재접수범위가 다르므로 특정 중재기관의 중재범위에 해당하지 않는 분쟁일 경우 역시 중재관할권이 인정되지 않는다.²³⁾ 예컨대 1998년 ICC 중재규칙은 국제적 성격의 상사분쟁만을 접수한다고 규정하였고 2000년 이전의 CIETAC도 국제적 성격의 상사분쟁만을 접수하였다.²⁴⁾ 만약

20) 중국 중재법 제17조: 중재합의가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 효력이 없다. 1. 중재합의 대상이 된 분쟁이 이 법에 규정한 중재의 범위를 벗어난 경우 ...

21) 인사분쟁에는 最高人民法院法釋〔2003〕13號와 기타 사법해석, 그리고 인사부서의 내부규정과 지방정부의 법규를 적용한다. 노동분쟁에는 2008년 제정한 《중화인민공화국노동분쟁조정법》을 적용하고 농촌토지도급관련 분쟁에는 2010년 제정한 《중화인민공화국 농촌토지도급경쟁분쟁의 조정중재법》을 적용한다. 그리고 이러한 분쟁은 행정적 성격을 띠기 때문에 관련 법률이 규정하는 행정기관이 중재한다.

22) 最高人民法院法院法經法〔1987〕5号.

23) 중국 중재법 제21조: 당사자는 중재신청시 다음의 요건을 갖추어야 한다. ... 3. 중재 회부된 사건이 중재위원회의 권한 범위를 벗어나지 않을 것.

이 시기 이들 중재기관에서 중재규칙상 범위를 벗어나는 분쟁을 접수할 경우 당사자들은 중재관할권을 인정하지 않을 것이다. 상사중재기관은 아니지만 예컨대 해상중재기관에서 당사자들의 합의에 따라 상사분쟁을 접수하였다고 한다면 중재판정 절차 중이나 판정집행 과정에서 일방이 분쟁의 상사중재관할권에 이의를 제기할 것이다.

일부 중재기관은 중재신청을 접수한 후 분쟁의 종류와 성격이 중재합의와 관련 법률 및 자체 중재규칙의 범위에 해당하는지 검토할 의무가 있다. 예컨대 중국 중재법은 “중재기관은 중재신청서를 수령한 날로부터 5일 이내에 사건의 접수여부를 결정하여야 한다”고 규정하고 있다.²⁵⁾ 하지만 대부분의 국제적 중재기관들은 관할권에 대한 자체검토규정이 없다.²⁶⁾

4. 중재합의 형식요건 부적격

대부분의 국가와 중재관련 국제협약은²⁷⁾ 중재합의의 유효조건으로 서면성을 요구하고 있다.²⁸⁾ 한편 중재합의 사항과 관련해서는 당사자들의 진정한 중재부탁의사가 있는 이상 중재지나 준거법, 중재기관 등이 결여되어 있다고 하더라도 중재합의를 유효하게 보는 것이 대부분 국가의 입장이다. 이는 우리나라도 마찬가지이다.²⁹⁾

24) 2012년 개정 ICC 중재규칙은 더 이상 분쟁의 국제적 성격에 대해 요구하지 않는다. 또한 CIETAC도 2000년 개정 중재규칙부터 국내와 국제중재를 모두 다루고 있다.

25) 중국 중재법 제24조: 중재위원회는 중재신청서를 수령한 날로부터 5일 이내에 동 신청이 위 요건에 부합하는 것으로 판단되면 이를 수리하고... 부합하지 아니한 경우 당사자에게 이유를 기재하여 서면으로 통지하여야 한다.

26) ICC 중재규칙, AAA 중재규칙, LCIA 중재규칙 등은 모두 관할권에 대한 자체검토규정이 없으며 중재신청서를 제출하기만 하면 중재절차가 개시된다.

27) 뉴욕협약 제2조, UNCITRAL 모델법 제7조, 우리나라 중재법 제8조 등은 모두 서면합의를 중재합의의 유효조건으로 명확히 규정하고 있다.

28) 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2001, p. 37.

29) 대법원 판결: 비록 중재판정부, 준거법이나 중재지가 명시되어 있지 않더라도 장래 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 명시적 의사표시만 있다면 그 중재합의는 유효하다(대법원 1990.4.10. 선고 89다카20252 판결)(윤충원·하현수, “중국의 중재법상 중재기관 약정과 관련한 중재합의 유효요건에 관한 사례연구”, 무역학회지, 한국무역학회, 제32권

하지만 중국은 중재합의의 형식요건에 대한 요구가 엄격하다. 기본적으로 중재합의의 서면성에 대하여 요구하고 있고 중재기관을 반드시 지정하여야만 한다.³⁰⁾ 이는 대부분 국가가 중재합의 의사가 있는 이상 중재합의에 기타 형식상의 결함이 존재한다고 해도 유효하게 보는 것과는 차이가 있다. 실무상 계약당사자들이 법률지식 부족이나 부주의로 결함 있는 중재합의를 체결하는 경우가 많은데³¹⁾ 이러한 경우도 당사자들의 중재의사는 분명하며, 중재는 당사자자치원칙에 따르기 때문에 반드시 당사자들의 중재의사를 존중하는 것이 맞다. 중국 중재법이 국제적인 추세를 거스르며 중재기관의 지정을 고집하는 이유는 중국이 임시중재를 인정하지 않기 때문이다.³²⁾ 이 점 역시 중국 중재제도의 보완해야 할 점이다.

상술을 종합하면, 대부분 국가에서는 중재합의의 서면요건 외에는 특별한 요구사항이 없는 반면 중국은 중재기관을 지정하여야 하기 때문에 중재기관을 지정하지 않았거나 명확히 지정하지 않은 경우 관련 법률에 근거 중재합의는 효력이 없으며 당사자들은 중재관할권에 대하여 이의를 제기하게 된다. 이 경우 중재법은 당사자들이 보충합의를 통하여 중재기관을 지정할 수 있다고 규정하고 있는데, 실무에서 중재관할권의 부재를 주장하는 당사자는 자신의 소재지 법원에서 분쟁을 해결하고자 하므로 보충합의에 응해주지 않는 것이 통상적이다. 즉, 중국에서는 중재합의의 형식적 요건을 만족하지 못하면 결국 중재관할권이 인정되지 않아 법원의 관할로 가야 하는 것이다.

제3호, 2007, p. 68.)

30) 중국 중재법 제16조: 중재합의는 계약중에 삽입된 중재조항 또는 분쟁 발생 전 또는 후에 체결된 서면중재합의를 포함한다. 중재합의에는 다음 사항을 기재해야 한다. 1. 중재신청의 의사표시, 2. 중재의 대상, 3. 중재위원회의 지정.

31) 윤충원·하현수, 전계논문, p. 70.

32) 중국에서 임시중재를 인정하지 않는 이유로 중재법 제정자들이 중재인의 소질과 전문성에 대해 불신감이 컸던 것으로 보는 의견이 있다(康明, "临时仲裁及其在我国的现状和发展", 仲裁和法律通讯 第3期, 2000, p. 15). 논자는 그 이유를 첫째, 중국의 중재는 행정부서의 중재로부터 점차 독립중재기관으로 발전 둘째, 오랜 기간의 계획경제체제에 노출 셋째, 신용구축 기반의 유실 등으로 분석하였다. 이에 대해 상세히는 오원석·이경화, 전계논문, p. 169를 참조하라.

IV. 중국의 상사중재관할권 관련 사례분석

1. 중재합의의 부재를 주장한 사례 - 자기권한심사권 관련

1) 사건개요³³⁾

2002년 1월 23일 CIETAC은 신청인 A사로부터 중재신청을 접수하였고 판정부를 구성하던 중 4월 26일에 북경시 제2중급인민법원으로부터 피신청인 B사가 법원에 중재합의의 무효를 확인해 줄 것을 신청했다는 통보를 받았다. 법원은 B사의 신청을 접수하고 관련 법률에 따라³⁴⁾ 중재기관에 중재절차의 중지를 요구하였다. 그리고 7월 25일 법원은 피신청인의 중재합의효력에 대한 신청을 기각하였고 8월 6일 중재기관은 중재절차를 재개하였다.

9월 20일 중재기관은 11월 4일에 1차 심리를 진행한다고 통지하였고 10월 11일 B사로부터 중재관할권 이의신청을 받았다. B사는 당사자들 사이에 중재합의가 존재하지 않기 때문에 중재기관은 이 분쟁에 대하여 중재관할권이 없다는 것이다. B사의 주장은 다음과 같다. 2001년 4월 19일 A사와 B사는 강철 매매계약을 체결하였으나 시장가격의 급락으로 매매가격에 대해 다시 상담을 진행하였고 결국 팩스의 형식으로 A사는 가격인하에 동의하고 B사는 추가로 5000톤을 주문할 것을 약속하였다. 새로운 계약을 체결한 후 A사는 가격을 인하하여 수출하였지만 그 후 B사는 약속한 추가주문을 하지 않았고 A사는 원 계약에 포함된 중재합의에 따라 중재를 신청하여 감액한 부분의 금액을 지불할 것을 요청한 것이다. B사는 당사자들 사이의 분쟁은 새로운 계약에 관련된 것이고 새로운 계약에는 중재합의가 없기에 중재관할권이 없다는 주장이다.

이에 대한 신청인의 답변은 다음과 같다. 새로운 계약은 원 계약의 수정과 보충일 뿐이며 수정하지 않은 부분은 그대로 유효하다. 새로운 계약을 체결한 목적은 원 계약의 이행을 돕기 위함이며 더군다나 새로운 계약에는 명백하게 원 계약의 번호를 기재하고 있다. 또한 팩스로 체결된 새로운 계약에는 “수정

33) CIETAC, 전계서, p. 19.

34) 最高人民法院《关于确认仲裁协议效力几个问题的批复》, 1998.10.26.

된 조건대로 이행되지 않을 경우 계약은 원 조건대로 이행되어야 한다”고 명시하였다. 그밖에 B사는 이미 법원에 관할권 이의신청을 했었고 법원은 그 신청을 기각하였으므로 같은 이유로 중재기관에 관할권 이의신청을 하는 것은 근거 없는 행위라고 주장하였다.

중재관할권에 관한 이 분쟁에 대하여 중재기관은 다음과 같이 판단하였다. 첫째, 법원이 B사의 중재관할권 이의신청을 기각한 이유는 분쟁이 당해 법원의 관할범위에 속하지 않았기 때문이며 이에 B사가 같은 이유로 관할권에 대한 이의를 중재기관에 제기하는 것은 타당하다. 둘째, 새로운 계약의 제목에 명백히 원 계약의 번호를 기재하고 있고 새로운 계약을 체결하는 목적을 원 계약의 이행을 도모하기 위함으로 기재하고 있으므로 새로운 계약을 하나의 독립된 계약으로 보기 어렵고 원 계약의 나머지 조항과 함께 계약을 구성하기 때문에 원 계약중의 중재조항에 근거하여 중재를 신청하는 것은 타당하다. 즉 중재기관의 중재관할권은 인정되므로 중재절차를 재개한다.

2) 분석

CIETAC의 중재실무에서 보면 중재관할권에 대하여 이의를 제기하는 당사자들은 대부분 중재의 진행이 본인에게 불리하다고 여겨 본인이 소재한 지역에서 소송으로 해결하고자 하는 심리가 있다고 한다. 본 사례에서 B사는 분명 계약을 위반하였음에도 불구하고 중재기관이 분쟁의 실체를 다루기도 전에 중재관할권에 대한 이의신청을 두 번이나 하였다. 이는 B사가 피 신청인으로써 만약 본 사건을 중재가 아닌 소송으로 해결한다면 피신청인국가가 재판관할지가 될 가능성이 크기 때문으로 보인다.

이 사례에서 또 유의할 점은 B사가 중재관할권에 대한 이의신청을 중재기관이 아닌 법원에 제기했다는 점이다. 이는 중국 중재법에 따른 것으로 중국 이외의 국가에서는 있을 수 없는 일이다. 아마 다른 국가의 사례라면 B사는 중재관할권의 이의신청을 선정된 중재판정부에 제기했을 것이며 판정부에서 분쟁의 실체에 대한 심리에 들어가기 전에 관할권에 대한 심사를 우선 진행할 것이다. 하지만 중국에서는 중재관할권 판단주체가 중재판정부가 아닌 중재기관과 법원이기 때문에 사례에서와 같이 B사는 우선 법원에 다음엔 중재기관에 관할권 이의신청을 하였으며 중재판정부는 이에 대하여 다룰 권리가 없다.

사례에서 B사는 중재의 1차 심리 개시 전에 관할권에 관한 이의신청을 했는데, 만약 1차 심리일 이후에 관할권 이의제기를 했더라면 이의제기 허용기간이 지났기 때문에³⁵⁾ 심사를 하지 않고 바로 기각했을 것이다.

2. 계약의 무효를 주장한 사례 - 중재조항의 독립성원칙 관련

1) 사건개요³⁶⁾

1999년 5월 27일 CIETAC은 신청인 A사의 중재신청서를 접수하였고 7월 20일 피신청인 B사의 답변서를 받았는데 B사는 답변서에서 중재기관의 관할권에 대하여 이의를 제기하였다. B사의 주장은 첫째, 분쟁의 대상이 된 계약서 1과 2 중 계약서1은 계약체결 후 2일 이내에 계약서 복사본을 수령하고 특정일 이전에 신용장을 수령하여야만 유효한데 이는 이 두 조건을 만족하지 못하였으므로 무효이고 둘째, 계약서2는 국제물품매매에 관한 UN협약(이하 CISG) 제96조³⁷⁾에 따라 반드시 서면으로 체결되어야 하는데 B사는 서면으로 서명한 적이 없다는 것이다. 셋째, 당사자들 사이에 사실상 계약이 존재하지 않으므로 중재조항도 존재하지 않는 것이기 때문에 중재기관은 중재관할권이 없다고 주장하였다.

이에 대하여 A사의 답변은 다음과 같다. 당사자들은 이미 팩스의 형식으로 두 계약을 체결하였고 B사는 계약의 조건에 대해 수정도 요구했었으며 서명도 했다. 또한 기한 내에 계약서 복사본을 팩스로 보냈고 신용장도 개설하였다. 그 후 B사는 신용장조건의 수정과 물품인도기일의 연기를 수차례 요구하다가 결국 계약위반에 이르렀다는 것이다. 계약을 체결하고 이행하는 동안 B사는 계약의 효력에 대하여 이의를 제기한 적이 없다.

CIETAC은 이 분쟁의 실체를 판단하기에 앞서 계약의 효력을 판단해야 하

35) 중국 중재법 제20조: ... 중재합의의 효력에 대한 이의는 중재판정부의 1차 심리 개시 전에 제기해야 한다.

36) CIETAC, 전게서, p. 167.

37) CISG 제96조: 그 국가의 법률상 매매계약의 체결 또는 입증에 서면을 요구하는 계약국은 의사표시를 서면 이외의 방법으로 하는 것을 허용하는 이 협약의 조항들을 적용하지 아니한다는 취지의 선언을 언제든지 행할 수 있다.

는데 B사는 계약의 존재를 부인하면서 중재관할권까지 함께 부인하고 있다. 이에 대하여 중재기관은 다음과 같이 판단하였다. 당사자들이 팩스로 주고받은 계약서에 명백한 중재조항이 들어있고 중재법 제19조³⁸⁾와 CIETAC 중재규칙 제5조³⁹⁾에 따르면 “중재조항은 계약과 독립하여 존재하고 계약의 변경, 해제, 중지, 실효 또는 무효와 관계없이 유효하기” 때문에 중재합의의 효력은 상실되지 않는다. 따라서 B사가 주장하는 계약서1과 2의 존재여부는 중재조항에 영향을 주지 않으며 중재기관의 중재관할권은 인정되므로 중재절차를 계속하고, 계약의 효력에 대한 판단은 선정된 중재인들에 의하여 판단되어야 한다.

2) 분석

이 사례는 중재조항의 독립성원칙을 적용한 전형이다. 중재조항이 계약의 효력에 영향을 받지 않고 분리되어 존재한다는 독립성원칙은 국제적으로 인정되는 원칙이며 중국에서도 마찬가지이다. 다만 중국은 중재법 제17조에서⁴⁰⁾ “분쟁이 법적 중재범위를 벗어났거나 중재합의의 당사자가 행위능력이 없거나 중재합의가 강압에 의해 체결된 경우 무효라고” 규정하고 있기 때문에 중재관할권의 유무를 판단할 때 반드시 이 점을 우선 심사해야 한다. 사례에서 중재기관은 중재조항의 독립성원칙을 적용하여 중재관할권이 인정되고 나아가 자기권한심사원칙을 적용하여 중재합의의 체결이 위의 무효요건에 해당하는지 판단하며 중재합의가 유효할 경우 계속하여 분쟁의 실체에 대하여 판단한다. 만약 중재합의가 무효라고 판정되면 이 분쟁은 중재관할권이 없기 때문에 소송으로 해결할 수밖에 없다.

38) 중재법 제19조: 중재합의의 효력은 독립적이며 당해 계약의 변경, 소멸, 종료 또는 무효에 영향을 받지 아니한다....

39) CIETAC 중재규칙 제5조 제4항: 중재조항은 계약서의 기타 조항들과 분리 및 독립되어 존재하며 계약과 별도로 체결된 중재합의 역시 계약조항들과 분리 및 독립되어 존재한다. 계약의 변경, 해제, 중지, 양도, 실효, 무효, 철회 및 성립의 여부 등은 모두 중재조항이나 중재합의에 영향을 주지 않는다.

40) 중재법 제17조: 중재합의가 다음 각호의 1에 해당하는 경우 효력이 없다. 1. 중재합의 대상이 된 분쟁이 이 법에 규정한 중재의 범위를 벗어난 경우 2. 중재합의의 당사자가 무능력자이거나 민사상 행위능력이 제한된 자인 경우 3. 상대방의 강압에 의해 중재합의가 체결된 경우.

또한 사례에서 쟁점이 된 것 중 하나가 팩스로 체결한 계약이 서면계약에 해당하는가의 문제였다. CISG 제11조⁴¹⁾는 “매매계약은 서면에 의하여 체결되거나 입증될 필요가 없다”고 규정하기 때문에⁴²⁾ 사례에서 B사의 주장은 근거가 없다. 하지만 중재합의는 서면성을 요구한다.⁴³⁾ 하지만 서면의 범위가 전보, 팩스, 데이터, 메일 등을 포함하는 것으로 넓게 해석되기 때문에⁴⁴⁾ 이 역시 문제가 되지 않는다.

3. 중재기관이 불명확하다고 주장한 사례 - 임시중재 불인정 관련

1) 사건개요⁴⁵⁾

2000년 5월 10일 CIETAC은 러시아 신청인 A사로부터 중재신청을 접수하였고 8월 21일 중국 피신청인 B사로부터 중재관할권에 대한 이의제기를 받았다. B사의 주장은 다음과 같다. 분쟁계약의 제9조 중재조항은 “계약으로부터 발생하거나 계약과 관련하여 발생한 모든 분쟁은 우호적인 협상으로 해결해야 하며 협상이 이루어지지 않을 경우 피고 소재국의 대외무역중재기관에서 중재로 해결한다”고 규정하고 있으며 구체적인 중재기관을 지정하지 않았다. 중국 중재법과 CIETAC 중재규칙, 민사소송법, 법해석 등 관련법규는 모두 중재기관이 명확하지 않은 중재합의는 무효라고 규정하고 있으며 당사자들이 보충합의를 통하여 중재기관을 명확히 지정할 수 있지만 그 보충합의가 이루어지지 않았다고 주장하였다.

이에 대하여 중재기관은 다음과 같이 판단하였다. 비록 중재기관의 선택이

41) CISG 제11조: 매매계약은 서면에 의하여 체결되거나 입증될 필요가 없고, 방식에 관한 그 밖의 어떠한 요건도 요구되지 아니한다...

42) 이에 대하여 상세히는 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, p. 76 참조.

43) 중재법 제16조: 중재합의는 계약중에 삽입된 중재조항 또는 분쟁 발생 전 또는 후에 체결된 서면중재합의를 포함한다...

44) 法釋 [2006] 7號 제1조: 중재법 제16조에서 규정한 “서면형식의 중재합의”는 계약서, 편지, 전자적 데이터(전보, 팩스, 데이터, 메일) 등 형식으로 작성된 중재회부의 의사표시를 말한다.

45) CIETAC, 전계서, p. 305.

명확하게 이루어지지 않았지만 이러한 이유로 당사자들의 중재회부의사를 무시하는 건 적절하지 않다. 이에 중재법에서 규정한 “당사자들은 중재위원회를 선정해야 한다”는 규정을 넓게 해석하여 당사자들이 중재합의로 선정하거나 보충합의로 선정, 또는 중재합의의 내용으로부터 중재기관을 확정할 수 있을 경우 효력을 인정해야 한다고 판단하였다. 1995년 3월 6일 계약체결 당시 중국은 중재법이 발효되기 전이므로 대외무역중재기관으로 오직 CIETAC 뿐이었고 나머지 중재기관들은 중재법 발효 이후에 국제중재를 수리할 수 있었다. 따라서 비록 당사자들이 중국의 어느 중재기관에서 중재를 할 것이라고 명확하게 지정하지 않았지만 중국에 대외무역중재기관이 하나밖에 없는 점을 감안, CIETAC을 지정한 것으로 해석할 수 있으며 이에 CIETAC은 본 분쟁에 대하여 중재관할권이 있다.

2) 분석

이 사례는 오직 중국에서만 발생할 수 있는 관할권분쟁사례이다. 국제사회의 전반적인 분위기는 임시중재를 중재의 기본원칙으로 하고 중재의 진행을 편리하게 하기 위하여 기관을 이용할 수 있도록 기관중재도 허용하고 있는데, 중국은 임시중재를 인정하지 않기 때문에 반드시 기관중재를 진행해야만 한다.⁴⁶⁾ 따라서 중국에서 중재를 진행하고자 하는 당사자는 중국 중재법에 근거하여 반드시 중재위원회를 명확히 지정하여야 하며 그렇지 않은 중재합의는 무효가 된다. 하지만 이러한 원칙은 지극히 가혹하기 때문에 최근 중국은 이 원칙을 넓게 해석하고 있다.

법해석은 “중재합의에서 중재기관을 명확하지 않게 지정하였더라도 구체적 중재기관을 확정할 수 있는 경우, 중재합의에서 특정 지역의 중재기관에서 중재하기로 약정하였고 그 지역에 단일의 중재기관이 있는 경우에는 중재기관을 선정한 것으로 간주한다”고 규정한다. 또한 당사자가 중재규칙만을 약정한 경우에는 무효이나 CIETAC 중재규칙처럼 “본 규칙을 적용하기로 약정한 중재합의는 본 중재기관에서 중재하기로 약정한 것으로 본다”고 한 경우에는 관할

46) 중국 중재법 제16조: ... 중재합의에는 다음 사항을 기재해야 한다. ... 3. 중재위원회의 지정.

권이 인정된다. 뿐만 아니라 당사자가 두 곳 이상의 중재기관을 선정하거나 중재기관의 명칭을 명확하지 않게 기재한 경우라도 보충합의를 통하여 중재기관을 추후에 지정한다면 중재합의는 유효하다.⁴⁷⁾ 만약 당사자가 중재합의에 중재와 소송 모두를 약정했을 경우, 일방이 중재를 신청하고 타방 당사자가 이의를 제기하지 않은 경우는 유효한 중재합의로 본다.⁴⁸⁾

이와 같이 중국은 다른 국가와 달리 반드시 중재기관을 지정해야 하지만 그 해석을 넓게 함으로써 중재의 이용을 편리하게 하고자 노력하고 있다. 다만 실제로 중국에서 중재관할권에 관한 분쟁 중 대부분은 중재기관의 지정과 관련하여 발생하지만⁴⁹⁾ 이 경우 당사자들이 보충합의를 달성한 사례는 거의 찾아볼 수 없다는 것이 문제이다.⁵⁰⁾

V. 결 론

중국의 중재제도는 중국사회제도의 특수성으로 인하여 국제표준과 거리가 있는 상황이며 중국을 최대 교역대상국으로 두고 있는 우리나라 당사자들은 이러한 특징을 알고 있어야만 한다. 특히 세계적으로 무역분쟁해결수단으로 중재가 보편화 되어 무역계약서 표준양식에 모두 중재조항이 등장하는 만큼 국제무역에 종사하는 당사자들은 중재에 대하여 반드시 이해해야 한다. 하지만 그 이해가 충분하지 않거나 틀린 이해로 인하여 중재조항을 중재지의 중재법에 어긋나게 작성하게 되면 당사자들은 어쩔 수 없이 소송으로 해결해야만 한다. 또는 상대방당사자가 소송으로 해결하고 싶지만 무역관례상 어쩔 수 없이 중재조항을 삽입하거나 우리나라 당사자의 요청으로 중재합의를 하게 된 경우,

47) 중국 중재법 제18조: 중재합의가 중재사항이나 중재위원회에 대한 약정이 없거나 불분명할 때, 당사자는 보충합의를 할 수 있으며 보충합의가 이루어지지 아니한 경우 중재합의는 무효이다.

48) 法釋 [2006] 7號 제3조~제7조.

49) 齐湘泉, 外国仲裁裁决承认及执行论, 法律出版社, 2010, p. 163.

50) 하현수, 전게서, p. 40 ; 韩寒, “论仲裁协议效力的扩张”, 仲裁研究 第24辑, 2011, p. 24.

일부러 중재조항을 중재법에 위반하도록 작성하여 무효화시킬 수도 있다.

본고는 이러한 경우에 대비하여 중국당사자를 상대하는 우리나라 당사자들의 중재관할권에 대한 이해를 돕고자 중재관할권의 의의와 관할권에 대한 이의제기, 이의제기 기간 및 효력, 관할권 판단기관 등을 살펴보았다. 또한 중재관할권에 영향을 미치는 요소가 무엇인지 알기 위하여 관할권 이의제기 사유를 분석하였으며 마지막으로 대표적인 사례 3개를 들어 중국의 중재관할권 제도와 실제의 특수성을 살펴보았다.

중국은 임시중재를 인정하지 않기 때문에 우리나라 당사자는 중재합의시 반드시 중재기관을 명확하게 지정해야 하며 단순 중재지나 중재규칙만을 지정해서는 아니 된다. 중국은 특이하게 “강박으로 작성된 중재합의는 무효”라고 정하고 있기 때문에 우리나라 당사자가 만약 강박으로 중재합의에 동의했다면 분쟁발생시 중재합의의 무효를 주장할 수 있다. 하지만 사기나 착오 또는 불공정한 관계에서 체결된 중재합의에 대한 규정은 없기 때문에 이런 경우에는 중재합의에 따라 분쟁을 중재로 해결해야 한다. 중재관할권을 판단하는 기관은 대부분 중재판정부에서 실체를 심사하기 전에 관할권이의신청에 대한 심사를 진행하지만 중국은 중재판정부에 이 권한이 없다. 따라서 중국 중재기관에 중재신청을 했을 경우 관할권이의제기는 중재기관이나 법원에 해야 하며 중재기관사무국이나 법원의 결정이 날 때까지는 판정절차를 중지해야 한다. 나아가 중국은 혼인, 입양, 상속 등 분쟁과 행정분쟁은 법원이나 특정기관에서 다루어야 하며 일반 상사중재기관은 관할권이 없다.

이러한 점들을 주의한다면 우리나라 당사자들이 중국에서 중재를 진행할 때 중재관할권의 문제로 중재합의가 무효되는 일은 방지할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

- 강수미, “미국에서의 중재인의 권한판단권한에 관한 고찰”, 중재연구, 한국중재학회, 제22권 제2호, 2012.
- 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2001.
- 박영길, “국제상사중재에 있어서의 분리원칙과 중재인의 자기관할권판정의 원칙”, 중재연구, 한국중재학회, 제13권 2호, 2004.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- 양영환·오원석·박광서, 무역상무, 삼영사, 2014.
- 오원석·이경화, “중국 중재제도의 특징과 그 역사·문화적 배경에 관한 연구”, 중재연구, 한국중재학회, 제24권 제2호, 2014.
- 윤충원·하현수, “중국의 중재법상 중재기관 약정과 관련한 중재합의 유효요건에 관한 사례연구”, 무역학회지, 한국무역학회, 제32권 제3호, 2007.
- 이시환, “중국에서의 국제상사중재합의 유효성에 관한 연구”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제50권, 2011.
- 하현수, “중국의 하자중재합의 효력 인정에 관한 연구”, 관세학회지, 한국관세학회, 제14권 제2호, 2013.
- 齐湘泉, 外国仲裁裁决承认及执行论, 法律出版社, 2010.
- 韩寒, “论仲裁协议效力的扩张”, 仲裁研究, 第24辑, 2011.
- 乔欣, 比较商事仲裁, 法律出版社, 2004.
- 赵秀文·谢菁菁, 国际商事仲裁法参考资料, 法律出版社, 2006.
- 郭鹏, “论商事仲裁的管辖权异议”, 山东财经大学学报, 2006.
- CIETAC, 中国国际经济贸易仲裁委员会管辖权决定选编, 中国商业出版社, 2004.
- 邱新, “论国际商事仲裁管辖权”, 中国政法大学 硕士学位论文, 2006.
- 康明, “临时仲裁及其在我国现状和发展”, 仲裁和法律通讯, 第3期, 2000.

ABSTRACT

A Study on the Jurisdiction of Commercial Arbitration in China

Li, Jing Hua

With the development of Chinese commercial arbitration, there have been a large number of cases regarding the parties raised objection to the jurisdiction in arbitration and judicial practice. The argument relating to dealing with the subject matter, time limitation, identified subject of arbitration objection to the jurisdiction as well as the inadequate of Chinese Arbitration Law and relevant judicial interpretations has caused adverse impact on the conduct of the arbitration proceedings.

This paper firstly look at the overview of the arbitration jurisdiction objection, mainly on the arbitration jurisdiction objection determination and what is arbitration jurisdiction objection. The raise and abandonment of the arbitration objection to jurisdiction then will be analyzed in terms of subject, form, time and the legal consequences of giving up.

The third part illustrates the handling of arbitration jurisdiction objection, main body, practices, procedures and whether the arbitration objection to jurisdiction is established. And the last part discuss how the condition of effectiveness on the arbitral agreement applies to through Chinese cases.

Finally, the author suggests some cautions and countermeasures relates to arbitration agreement for domestic investors and traders dealing with the Chinese partner.

Key Words : Jurisdiction, Arbitration in China, Commercial Arbitration, Effectiveness of Arbitration Clause.