仲裁硏究, 第 26 卷 第 2 號
2016년 6월 1일 발행, pp. 3~25
http://dx.doi.org/10.16998/jas.2016.26.2.3

논문접수일 2016. 05. 02.
심사수정일 2016. 05. 23.
게재확정일 2016. 05. 27.

중국 법원의 선택적 중재합의에 대한 태도*

Attitudes Toward Selective Arbitration Agreements by Chinese Courts

하현수**
Hyun-Soo Ha

〈목 차〉

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 선택적 중재합의에 대한 개념적 고찰
Ⅲ. 중국의 선택적 중재합의 관련 규정 및 사례
Ⅳ. 중국의 선택적 중재합의 관련 문제점 및 시사점
Ⅴ. 결 론
참고문헌
Abstract

주제어 : 중재, 중재합의, 선택적 중재합의, 중국의 선택적 중재합의

* 이 논문은 2015년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.
** 전북대학교 상과대학 무역학과 부교수, 동 산업경제연구소 연구원, hhsoo4444@jbnu.ac.kr

Ⅰ. 서 론

중재를 통해 분쟁을 해결하고자 하는 당사자들은 분쟁의 발생 여부와 관계없이 필히 중재합의를 약정하여야만 한다. 따라서 당사자들 간에 중재합의가 없다면 중재를 이용하여 분쟁을 해결할 수 없다. 반대로 중재합의가 있음에도 불구하고 일방 당사자가 소송을 제기하게 되면, 타방 당사자는 법원에 중재합의 존재를 이유로 법원으로부터 소의 각하를 받아낼 수 있을 것이다.[1] 이처럼 중재합의는 당사자들이 이들이 체결한 계약과 관련하여 분쟁이 발생하게 되면, 이를 중재를 통해 최종적으로 해결하겠다고 약정하는 것이다. 또한 중재합의를 하였다는 것은 당사자들이 법률에 의해 부여되는 법원을 통해 재판받을 권리를 포기하는 행위이기도 하다. 다만, 중재합의가 무효이거나 효력을 상실하는 경우에는 당사자 간에 보충합의가 없는 한 중재를 통해 분쟁을 해결할 수 없게 된다.

일반적으로 중재합의를 약정하는 당사자들은 법률 전문가들이 아니다. 따라서 이들이 약정한 중재합의가 각국 중재관련 법률에서 요구하고 있는 중재합의 유효조건에 부합하지 않게 약정되기도 한다. 대표적인 예는 분쟁해결조항에 중재와 소송을 동시에 약정하고 분쟁이 발생하면 이들 중에서 하나를 선택하여 분쟁을 해결한다고 약정하는 것이다. 이처럼 중재와 소송을 동시에 약정하는 경우에, 이러한 중재합의가 유효한 중재합의로 인정될 수 있는가 하는 의문이 생긴다.

우리나라 법원은 분쟁이 발생하면 소송과 중재 중에서 하나를 선택하여 분쟁을 해결하기로 한다와 같이 선택적으로 중재합의를 하는 경우에, 선택적으로 중재합의가 유동적 무효상태로서 당사자 일방이 중재절차에 임한 경우에는 그 때부터 확정적으로 효력을 갖게 되고, 반면 상대방이 이에 대하여 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결을 반대하는 경우에는 확정적으로 무효로 된다는 인정하고 있다. 즉 우리나라 판례는 선택적 중재합의에 대하여 무효설에 입각하고 있다는 할 것이다.

대부분의 국가들은 중재합의에 중재를 통해 분쟁을 해결하겠다고 하는 명시적인 의사표시가 있는 한 비록 중재합의에 중재기관, 준거법 등의 약정되어 있지 않더라고 유효한 중재합의로 인정하고 있다. 중국의 중재법은 중재합의에 당사자들의 명시적 의사표시뿐만

1) 중국 중재법 제5조 “당사자가 중재합의에 도달하였음에도 일방 당사자가 인민법원에 소를 제기한 경우, 인민법원은 이를 수리하지 아니한다. 다만 중재합의가 무효인 경우는 제외한다.” 우리나라 중재법 제9조 제1항 “중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 한다. 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다.” 뉴욕협약 제2조 제3항 “본조의 의미 내에서 당사자가 합의를 한 사항에 관한 소송이 제기된 경우에는, 체약국의 법원은 당사자 일방의 청구에 따라 중재에 부탁할 것을 당사자에게 명하여야 한다. 다만 전기의 합의가 무효, 실효 또는 이행이 불가능한 것이라고 인정하는 경우에는 그러하지 아니한다.”

아니라 중재기관 및 중재사항도 명확히 약정하지 않으면 중재합의를 무효로 인정한다고 규정하고 있다. 이처럼 엄격한 중재합의 유효조건을 요구하고 있는 중국에서 소송과 중재 중 하나를 선택하도록 하는 중재합의를 하였을 경우에, 이러한 중재합의가 유효한 것으로 인정될 수 있는가에 대한 확인이 요구된다. 이에 따라서 본 논문에서는 중국 중재법 및 관련 법규에서 규정하고 있는 선택적 중재합의의 유효조건에 대하여 살펴보고, 중국 법원이 이와 관련한 사건에서 어떻게 판결을 내리고 있는지 확인하고자 한다. 이를 통하여 중국의 선택적 중재합의가 가지는 문제점 및 시사점을 도출하여, 중국 기업 및 투자자와 중재계약을 체결하고자 하는 우리 기업에게 선택적 중재합의 이용과 관련한 유의점을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 선택적 중재합의에 대한 개념적 고찰

1. 의의

중재합의(arbitral agreement)라 함은 일반적으로 '현재 발생하고 있거나 장래 발생할지도 모르는 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 당사자 간의 약정'을 말한다.[2] 즉 중재합의는 당사자들 간에 발생하였거나 발생할 지도 모르는 분쟁의 해결을 법원이라는 국가기관이 아닌 중재인이라는 사인에게 맡기는 계약이다. 이러한 중재합의는 중재제도의 초석이며, 중재절차를 개시하는 논리적 전제이다. 또한 중재합의는 중재관할을 확정하는 필수조건이다.[3] 유효한 중재합의는 중재합의 당사자, 중재인 그리고 법원에 대한 상이한 구속력을 가지고 있으며, 특히 법원에 대해서는 법원 관할권을 배제하도록 하고 있다.[4]

한편 중재합의 당사자들은 중재합의의 형식 및 내용에 대해 자율적으로 약정할 수 있으나, 이러한 결과 중재합의가 불명확하게 약정되는 경우가 발생할 수도 있다. 이러한 불명확한 중재합의의 대표적인 사례가 중재합의를 '중재, 소송, 그리고 조정 중에서 하나를 선택하여 분쟁을 해결한다'와 같이 선택적 방식으로 약정하는 것으로, 이를 '선택적 중재합의'라 칭하고 있다.[5] 즉 선택적 중재합의는 '당사자들이 분쟁해결방식으로서 중재합의와 함께 또는 선택적으로 법원에 의한 재판을 합의한 경우에의 중재조항'이라고 할 것이다.[6] 다만 중재합의에 중재 및 소송과 함께 조정을 선택적으로 약정한 경우에, 조정은 비

2) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, p.43.
3) 宋連斌, 「國際商事仲裁管轄權研究」, 法律出版社, 2000, p.57.
4) 吳光明, 「商事爭議之仲裁」, 五南圖書出版股分有限公司, 1999, p.9.
5) 万鄂湘·于喜富, "我國仲裁司法監督制度的最新發展-評最高人民法院關于適用仲裁法的司法解釋", 「法學評論」, 2007年第1期, 2007, p.21.

소송적 분쟁해결절차로서 중재 및 소송의 개념과 양립할 수 있으므로, 이러한 선택적 분쟁해결조항을 포함하는 중재합의는 당연히 유효하다.[7] 따라서 본 논문에서 표기되는 선택적 중재합의는 '중재 또는 소송'만을 선택하는 방식의 중재합의를 의미한다.

또한 선택적 중재합의는 분쟁해결조항에 단계적으로 분쟁해결방식을 약정하는 형식의 단계적 분쟁해결조항과도 구별된다. 단계적 분쟁해결조항은 1단계로 중재를 하고, 중재판정에 쟁송이 있는 경우에는 2단계로 법원의 판결을 통해 해결한다와 같이 단계를 정하여, 각 단계에 불복하는 경우에 한하여 다음 단계의 분쟁해결방식을 이용할 수 있는 분쟁해결방식을 말한다. 위와 같은 단계적 분쟁해결조항은 전속적 중재합의로 해석되고 중재합의가 유효한 것으로 인정되고 있다.[8]

2. 유효성

선택적 중재합의가 유효한지와 관련하여 유효설과 무효설이 대립되고 있다. 유효와 무효를 주장하는 입장의 의견을 정리하면 다음과 같다.

(1) 유효설

첫째, 선택적 중재합의는 종국성의 원칙에 반하는 것이 아니다. 선택적 중재합의는 분쟁이 발생하는 경우에, 당사자가 중재와 소송 중에서 하나를 선택하여 분쟁을 해결하도록 하는 것이다. 중재판정은 다시 심리절차를 진행할 수 없다는 종국성이 인정되고 있다. 이러한 점이 강조하고 있는 것은 심리절차의 단일성이지 분쟁해결방식 선택상의 단일성이 아니다.[9]

둘째, 사적자치의 원칙이 존중되어야 한다. 사적자치의 원칙에서 보면, 선택적 중재합의와 같이 계약상 분쟁해결방법의 선택을 약정하는 것은 그 분쟁해결방법의 강행법규 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 아니하다면 무효로 볼 여지가 없는 것이다. 또한 중재합의에서 재판 배제를 명시하여야 효력이 있다는 시각은 사법부의 최종적인 통제를 거부하는 것이므로, 그 명시 자체가 약정의 무효사유가 될 소지가 있는 것이지 이를 약정에 명시하지 아니하였다는 것이 선택적 중재합의가 무효라는 논거는 성립될 수 없다.[10]

---

6) 목영준, 전게서, pp.90-91.

7) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결.

8) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67624,67271 판결 "분쟁해결은 당사자 쌍방 모두 중재법에 의거 대한상사중재원 부산지부 중재에 따르고 법률적 쟁송이 있을 경우 도급인의 주소지 관할법원으로 한다는 중재합의는 선택적 중재조항으로 볼 수 없고 오히려 전속적 중재조항으로 해석하여야 한다고 판시하였다." 목영준, 상게서, p.91 참조.

9) 項曦, "淺議國際民商事仲裁中或裁或審仲裁協議的效力", 「法制博覽」, 2014年 第4期, 2014, p.219.

10) 정영환, "선택적 중재합의의 유효성에 대한 판결분석 -대법원 판례를 중심으로-", 「중재연구」, 제19권 제3호, 2009, p.18.

특히 민상사 활동은 의사자치의 원칙이 최대한 존중되어야 한다. 당사자의 자유의사에 의해 선택적인 방식으로 분쟁을 해결하기로 동의하였다면, 이는 민법의 규정에 부합하므로 응당 존중되어야 한다.[11]

셋째, 분쟁해결제도의 최종적인 목적은 효율적이고 적절한 분쟁의 해결에 있다. 중재합의가 전속적일 경우에만 효력이 있다는 것은 소송의 중재에 대한 적대적, 배타적 관계라는 시각에서 출발한 것이다. 따라서 소송과 중재제도를 적대적, 배타적 관계가 아닌 상호의존적, 보조적 관계로 새롭게 정립하여야 하고, 이러한 변화된 시각에서 본다면 선택적 중재합의는 무효가 아니라 적극 권장하여야 할 것이다.[12]

넷째, 중재합의가 법원 또는 중재판정부를 선택할 수 있도록 하는 합의를 막지는 않는다. 중재합의가 법적으로 유효하기 위해서는 당해 분쟁에 대해 법원의 재판에 의한 권리구제절차가 배제되어야 한다는 점은 당사자로 하여금 본격적인 분쟁해결절차에 들어가기 전에 일방 또는 쌍방이 법원이나 중재판정부의 판단을 선택할 수 있도록 합의하는 것을 막지는 않는다. 오히려 이러한 선택권은 국가가 자신이 제공하는 소송이라는 제도 외에 또 다른 방식의 분쟁해결 가능성을 열어 둔 이상 당사자들이 이를 자유롭게 선택할 수 있도록 해야 한다는 의미에 더 적합한 것이다. 중재합의에 의해 법원의 관할이 배제된다고 하여 당사자로 하여금 법원과 중재판정부 사이에서 분쟁해결의 방법을 선택할 수 있는 자유를 방해할 수는 없는 것이다.[13]

(2) 무효설

첫째, 중재합의는 당사자가 소송절차를 이용할 수 있는 권리를 완전히 배제하는 것이다. 중재합의의 유효성을 판단함에 있어, 당사자가 법원의 판결을 받을 권리를 포기하고 반드시 중재의 판정에 의하여 해결한다는 명시적인 의사표시가 있어야 한다.[14] 그러나 선택적 중재합의는 소송절차를 포기한다는 명시적인 의사표시가 없으므로 유효한 중재합의가 아니다.

둘째, 선택적 중재합의는 서면으로 재판권을 배제한다는 의사가 명확히 나타나야 한다. 그러나 선택적 중재합의는 재판권의 배제를 내용으로 하는 중요한 법률행위임에도 불구하고 서면으로 그러한 의사가 명확히 나타나 있지 않다.[15]

셋째, 선택적 중재합의를 인정할 경우에 법적 안정성을 해칠 염려가 있다. 즉 선택적 중재합의를 적용하고자 하는 경우에 중재 또는 소송의 선택 시기와 방법, 소송과 중재의 중복 문제 등 법적 안정성을 해칠 다양한 문제들이 노출될 수 있다.[16]

---

11) 于喜富,「國際商事仲裁的司法監督與協助」, 知識産權出版社, 2006, p.193.
12) 정영환, 전게논문, p.19.
13) 정선주, "선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점",「중재연구」, 제13권 2호, 2003, pp.598-599.
14) 김경배·신군재, "선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구",「중재연구」, 제15권 제1호, 2005, p.166.
15) 정영환, 전게논문, pp.10-11.

Ⅲ. 중국의 선택적 중재합의 관련 규정 및 사례

1. 중국의 선택적 중재합의 관련 규정

(1) '사법해석' 시행 이전

중국은 선택적 중재합의의 유효성 등과 관련하여, 2006년 중국 최고인민법원이 '중국 중재법 적용에 있어서 약간의 문제에 관한 해석'(關于適用中華人民共和國仲裁法若干問題的解釋, 이하 '사법해석'이라 칭함)을 시행하기 이전에는 아무런 관련 규정을 두지 않았다. 다만 1995년 시행된 중국 중재법 제16조에서 중재합의가 유효하기 위해서는 중재 신청의 의사표시, 중재사항 그리고 선정된 중재기관이 있어야 한다고 규정하고 있을 뿐이었다. 따라서 중국의 중재법에 근거하여 선택적 중재합의의 유무효를 판단하는 것은 적절하지 않다. 이에 2006년 '사법해석'이 시행되기 이전 중국의 선택적 중재합의에 대한 유효성 인정 여부는 중국 법원의 판례를 통해 확인할 수 있다.

중국 법원의 선택적 중재합의에 대한 유효성 판단은 1996년에 중국 최고인민법원이 하급 법원에 내려 보낸 회신(復函)에서 최초로 확인할 수 있다. 중국의 심수연창인염유한공사(深圳聯昌印染有限公司)와 홍콩익풍행방직유한공사(香港益豊行紡織有限公司)는 도급계약을 체결하면서, 중국국제경제무역중재위원회의 중재와 중국 법원의 소송 중에서 하나를 선택하여 관련 분쟁을 해결하기로 약정하였다. 중국 최고인민법원이 광동성(廣東省) 고급인민법원에 보낸 회신에서 "쌍방 당사자 간의 계약에서 분쟁해결조항으로 섭외중재기관 중재 또는 인민법원 소송을 약정한 경우에, 이러한 중재합의는 무효이다"라고 회답하였다.[17] 이러한 중국 최고인민법원의 판단 근거는 당사자가 중재를 신청하겠다고 하는 의사표시가 분명하지 않다는 것이다. 만약 분쟁이 발생하는 경우에 중재 또는 소송을 제기할 수 있다고 약정하는 것은 당사자의 중재를 통해 분쟁을 해결하겠다고 하는 의사가 불분명하고 불확정적이라는 것이다. 따라서 중재합의는 필히 법원의 소송을 배제한다고 하는 명확한 약정이 있지 않으면 무효라는 것이다.

중국의 선택적 중재합의와 관련한 다른 사건에서 당사자들은 "계약으로 인하여 또는 계약과 관련한 분쟁은 일방 당사자가 중국국제경제무역중재위원회에 중재를 신청할 수 있다"[18]고 약정하였다. 안휘성(安徽省) 고급인민법원은 이 조항에 'may'가 확정적 중재의사

16) 정영환, 상게논문, p.11.
17) 中國 最高人民法院經字[1996]110號復函.
18) 본 계약의 영문표시는 다음과 같다. "any party may summit the dispute arising from or in connect with this contract to China International Economic and Trade Arbitration Commission....."

를 나타내고 있는 것인지 아니면 선택적 중재의사를 나타내고 있는 것인지를 중국 최고인민법원에 질의하였다.[19] 이에 대하여 중국 최고인민법원은 중재합의가 유효하기 위해서는 당사자가 중재를 신청하겠다는 의사표시가 명확하여야 한다는 점을 지적하였다. 다만 중국 최고인민법원은 비록 'may'의 의미가 '할 수 있다'로 선택적 의미를 내포하고는 있으나, "당사자가 분쟁해결조항 중에 소송을 통해 분쟁을 해결할 수 있다는 것을 약정하지 않았다"는 것은 중재의사를 명확히 표시한 것으로 간주된다고 회신하였다. 즉 당사자들이 분쟁해결조항에 중재와 소송을 병렬하여 약정하였다면, 'may'는 선택적 의사표시로 해석될 수 있으며, 이러한 선택적 중재의사는 중재합의를 무효로 할 수 있다는 것이다.[20]

다른 사건에서 당사자들은 "만약 분쟁이 발생한다면, 일본의 법원 또는 하문(厦門)시 국제상사중재기관에서 분쟁을 해결할 것에 동의하다"고 약정하였다. 중국 최고인민법원은 이러한 분쟁해결조항은 당사자들이 중재 또는 소송 방식으로 분쟁을 해결할 것을 약정한 것으로, 이는 중재가 법원의 관할을 배제하다는 기본원칙을 위반한 것으로 인정됨에 따라서, 이러한 중재합의는 무효라고 인정하였다.[21] 또 다른 선하증권과 관련한 분쟁에서, 당사자들은 선하증권 뒷면에 "이 선하증권으로 인하여 발생하는 모든 분쟁은 중국 법률에 근거하여 중국 법원의 심리 또는 중국에서 중재로 분쟁을 해결한다"고 약정하였다. 중국 법원은 이러한 분쟁해결 약정에 따른 중재합의가 유효한지와 관련하여, 상기 사건과 동일한 의견으로 무효로 인정하였다. 즉 중국 법원은 중재는 본래 소송을 배제하는 것으로, 중재와 소송을 병렬한 것은 중재제도의 근본원칙을 위반한 것으로 보았다.[22]

그러나 계약당사자가 중재합의에 중재와 소송을 분쟁해결방식으로 동시에 약정하는 경우를 실무에서 많이 접촉할 수 있다. 이러한 선택적 중재합의에 대하여 많은 국가들은 중재합의의 효력을 인정하여, 당사자들의 선택에 의해 중재를 통한 분쟁해결이 가능하도록 협조하고 있다.[23] 그러나 중국의 법원은 선택적 중재합의의 효력을 완전히 부정하여, 당

19) 2003年 5月 14日 [2003]民四他字第7號.

20) 楊婷, "探討仲裁協議效力異議的決定機構", 「法制與社會」, 2015年 第7(中)期, 2015, p.115.

21) 2002年 10月 8日 [2002]民四他字第33號.

22) 中國 廣東海事法院民事裁定書(2000)廣海法事字第037號.

23) 홍콩 고등법원은 William Company v. Chu Kong Agency 사건에서, 선하증권의 중재조항에 "중국 법원에서의 해결 또는 중국 중재를 통한 해결"이라고 약정한 것은 유효하며, 신청인은 이 중 하나의 선택하여 소송을 제기하거나 중재를 신청할 수 있다고 인정하였다. 싱가포르 법원은 Da Yun Shan 사건에서 상기 사건과 동일한 문제에 대해 "이 사건은 반드시 중재를 통해 해결해야만 되는 것은 아니다"라고 인정하면서도, 다만 당사자의 선택에 의해 중재 절차를 개시할 수 있다고 인정하였다. 中國海事仲裁委員會, 「中國海事仲裁案例集(1993~1996)」, 大連海事大學出版社, 2000, pp.32-38 참조; 또한 미국에서는 기본적으로 중재약정의 유효성을 계약법의 일반원칙에 따라 해석 운영하고 있고, 분쟁해결방법에 관한 의사의 합치를 중시하고 있다. 미국 연방대법원은 Moses H. cone Memorial Hospital v. Mercury Const. Corp. 판결{460 US 1, 74 L Ed 2d 765,103 s Ct 927(1983)}에서 중재가능성의 범위와 관련한 어떠한 의심도 중재에 우호적으로(in favor of arbitration) 해결되어야 한다는 'Moses Cone 추정의 원칙'을 선언한 이후 Satcom International Group PLC. v. Orbcomm International Partners, L.P.(No. 98 Civ. 9095, 49 F. Supp. 2d 331, 1999) 판결 등에서 이를 인정하고 있다. 미국에서는 일부 주에서 선택적 중재합의를 선택적 중재조항을 입법으로 인정하는 경우도 있다. 대표적으로 미국 뉴욕주의 레몬 법(Lemon Law)에서는 소비자는 소송과 중재 중 하나를 선택할 수 있고, 고객이 중재를 선택한 경우에는 제조업자는 이에 응하도록 하고 있고, 또 뉴욕주의 무과실자동차보험에

사자들이 중재를 통해 분쟁을 해결하겠다고 하는 의사를 실현하지 못하게 하였다.[24]

다만 선택적 중재합의를 무조건 무효로 인정하던 중국 법원의 태도는 2000년 이후 일부 사건에서 점진적으로 변화를 보이기 시작하였다. 중국 법원은 일부 판결에서 선택적 중재합의에 대한 무조건적인 무효 인정을 포기하고, 분쟁당사자의 중재를 통한 분쟁해결에 대해 추가적인 합의를 하거나 또는 피신청인이 중재 신청에 대해 이의를 제기하지 않는 경우에는 선택적 중재합의를 유효한 것으로 인정하였다. 예를 들어 북경시 제2중급인민법원은 북경경통공사(北京京通天泰房地産公司)와 북경진리공사(北京振利高新技術公司) 간의 선택적 중재합의 효력과 관련한 판결에서 "쌍방은 분쟁해결조항에서 분쟁해결방식으로 중재를 이용하는 것에 합의하였고, 중재기관을 비롯하여 중재합의에 약정되어야 할 내용도 정확히 약정하였다. 따라서 이러한 중재합의는 유효하다"고 인정하였다. 그러나 동 법원은 선택적 중재합의가 효력을 가지기 위해서는 상대방이 중재를 통한 분쟁해결에 이의를 제기하지 않아야 한다고 보았다. 다만 상기 법원은 상대방이 중재합의의 효력에 대하여 적극적으로 이의를 제기함에 따라서 이의 효력을 인정하지는 않았다.[25]

(2) '사법해석' 시행 이후

중국 최고인민법원의 '사법해석'은 최고인민법원 심판위원회 제1375차 회의의 심의를 거쳐 2006년 9월 8일에 시행되었다. 이는 중국 중재법이 시행 된지 10년 이래에 최고인민법원이 최초로 중재법 규정의 불명확 내용을 체계적으로 정리한 사법해석이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 '사법해석'도 여전히 몇 가지 논쟁점을 내포하고 있는데 그중에 하나가 선택적 중재합의 효력에 관한 것이다.

중국 최고인민법원이 2004년 7월 22일 발표한 '사법해석' 초안에서는 중재와 소송을 동시에 약정한 중재합의에 대해 당사자에게 중재 또는 소송 중 하나를 우선 선택할 수 있는 권리를 부여하여, 당사자가 먼저 중재를 선택하는 경우에 중재조항은 유효하게 되고 반대로 소송을 선택하게 되면 소송조항이 유효하게 된다고 규정하였다. 또한 쌍방이 중재와 소송을 각각 선택하는 경우에는 우선행위 원칙에 따라 사건의 관할을 확정하도록 하였다.[26] 그러나 이후 확정된 '사법해석' 제7조는 당사자가 분쟁을 중재기관에 중재 신청할 수도 있고 또한 인민법원에 소송을 제기할 수도 있다고 약정한 경우에, 이러한 중재합의는 무효라고 규정하였다.[27] 다만 일방 당사자가 중재기관에 중재를 신청하고, 다른 당사

관한 법률에 의하면 보험금 청구와 관련하여 보험금청구자는 소송과 중재 중 하나를 선택할 수 있고, 중재를 선택한 경우에는 보험자는 중재에 의할 의무를 법률에서 부과하기도 한다. 이밖에 캐나다 영국 등 영미법국가 뿐만 아니라 독일, 일본 등의 대륙법계 국가에서도 학설과 판례를 통하여 선택적 중재합의를 인정하고 있다고 보아야 한다. 정영환, 전게논문, pp.12-13 참조.

24) 王元歌, "無效還是有效-旣選擇仲裁又選擇訴訟之仲裁協議的認定", 「中國對外貿易」, 2002年 第2期, 2002, p.12.

25) 2001年 二中民特字第00039號.

26) '사법해석' 초안(征求意見稿) 제7조; 하현수, "중국의 하자중재합의 효력 인정에 관한연구", 「관세학회지」, 제14권 2호, 2013, p.181.

자가 중재법 제20조 제2항에 규정된 기간 내에 중재 신청에 대하여 이의를 제기하지 않는 경우에는 예외로 한다고 규정하고 있다.[28] 이 규정은 당사자가 분쟁을 중재기관에 중재 신청할 수도 있고 인민법원에 소송을 제기할 수도 있다고 약정한 경우에 이러한 중재합의는 무효이나, 다른 당사자가 법정 기간 내에 이의를 제기하지 않는 경우에는 그 효력이 인정된다는 것이다.[29] 즉 선택적 중재합의에 근거하여 일방 당사자가 중재를 신청하고 다른 당사자가 이에 대하여 이의를 제기하지 않으면, 쌍방이 중재합의에 보충합의한 것으로 간주된다는 것이다.[30]

선택적 중재합의에 대한 '사법해석' 규정은 '사법해석' 시행 이전 중국 법원이 확정적 의사표시가 없다는 이유로 그리고 법원 관할권을 배제하고 있지 않았다는 이유로 선택적 중재합의를 무조건 무효로 인정한 것과는 차이를 보이고 있다. '사법해석' 제7조는 선택적 중재합의가 상대방이 중재신청에 대하여 이의를 제기하지 않는 경우에는 유효하고 보았다. 이러한 점은 중국이 중재제도에 대한 태도의 변화를 보여주는 결과라고 할 수도 있을 것이다. 민상사 활동에 당사자 자치의 원칙을 존중한다면, 당사자는 분쟁해결방식을 스스로 선정할 권리가 있을 것이다. 또한 당사자는 합의를 통해 기존에 당사자 간에 합의한 몇 가지 분쟁해결방식 중에서 하나의 방식을 최종 확정할 권리를 일방 당사자에게 부여할 수도 있을 것이다.[31] 이는 국가가 민상사 활동에 간섭을 줄이고, 당사자 의사 자치를 존중하는 요구에 부합한다고 할 수 있다.

(3) 섭외 선택적 중재합의

중국은 '사법해석' 제16조에서 중재합의에 적용될 법률과 관련하여 "섭외중재합의의 심사에 있어 당사자가 약정한 법률을 적용한다. 당사자가 적용 법률을 약정하지 않고 단지 중재지를 약정한 경우에는 중재지 법률을 적용한다. 적용 법률을 약정하지 않고 중재지를 약정하지 않았거나 불명확하게 약정된 경우에는 법정지 법률을 적용한다"라고 규정하고 있다. 이 조항은 당사자가 약정한 법률을 우선하여 적용하고, 약정이 없는 경우에 중재지법을 적용하도록 하고 있다. 다만, 이에 추가하여 당사자들이 준거법은 물론이고 중재지도 약정하지 않았거나 불명확하게 약정한 경우에는 법정지법 즉 중재합의에 대해 이의가 제

27) '사법해석' 제7조 "당사자가 분쟁을 중재기관에 중재를 신청할 수도 있고 또한 인민법원에 소송을 제기할 수도 있다고 약정한 경우에, 중재합의는 무효이다. 그러나 일방 당사자가 중재기관에 중재를 신청하였고, 타방 당사자가 중재법 제20조 제2항에 규정된 기간 내에 이의를 제기하지 않은 경우에는 그러하지 않는다."

28) 중국 중재법 제20조 제2항 "당사자가 중재합의의 효력에 이의가 있는 경우 중재판정부에 제1차 심리 전에 제출하여야 한다."

29) 우리나라 대법원도 선택적 중재합의는 "상대방이 중재절차에 따른 분쟁해결의 요구를 이의 없이 받아들인 때"까지 유동적 무효라고 본다. 대법원 2003. 8. 22 선고 2003다318 판결, 2004. 11. 11 선고 2004다42166 판결, 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결, 정영환, 전게논문, p.4에서 재인용함.

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

31) 趙秀文, 「國際商事仲裁法」, 中國人民大學出版社, 2004, pp.15-16.

기된 국가의 법률을 적용하도록 하고 있다.[32] 이러한 상황에서 당사자가 중국 법원에 중재합의 효력과 관련하여 소송을 제기하는 경우에, 중국 법원은 중국 중재법 및 사법해석을 적용하여 판결을 내리게 될 것이다. 따라서 분쟁당사자가 준거법 및 중재지를 약정하지 않은 선택적 중재합의의 유효 여부를 중국 법원에 판단을 요구하게 되면, 중국 법원은 '사법해석' 제7조의 규정에 근거하여 이를 무효로 판결하게 될 것이다.

그러나 선택적 중재합의에 근거하여 중국 이외의 국가에서 내려진 중재판정을 중국에서 집행하고자 하는 경우에, 중국 법원은 중국의 법규에 근거하면 선택적 중재합의는 효력이 없기 때문에 이를 근거로 내려진 중재판정을 집행 거부할 수 있는가 하는 의문이 발생한다.

중국의 외국중재판정의 승인 및 집행과 관련한 법률 규정은 중국의 중재관련 법률 및 중국이 가입한 중재관련 국제협약에 있다. 중국 국내 법률은 외국중재판정의 승인 및 집행과 관련해서 민사소송법 제267조의 "국외 중재기관의 판정은 중국 인민법원의 승인 및 집행이 필요하며, 당사자가 직접 피집행인 주소지 또는 그의 재산소재지의 중급인민법원에 신청하여야 하며, 인민법원은 중국이 체결 또는 참가한 국제조약에 근거하거나 또는 호혜원칙에 근거하여 처리하여야 한다"는 규정에 따르도록 하고 있다. 그리고 중국은 1986년 12월 2일 제6기 전국인민대표대회 상무위원회 제18차 회의에서 '외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약'(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 뉴욕협약이라 칭함)에 가입이 결정되었으며, 1987년 1월 22일 UN에 비준서를 제출하고, 동년 4월 22일 중국에서 정식 발효되었다. 한편 중국은 뉴욕협약에 가입하면서 상호주의유보와 상사유보을 선언하였다.[33] 중국은 상호주의유보 선언에 따라 단지 다른 체약국 영토 내에서 내려진 중재판정에 대해서만 뉴욕협약을 적용하여 승인 및 집행여부를 판단하도록 하고 있다. 그리고 중국은 상사유보 선언에 따라 단지 중국의 법률이 인정하는 계약적 및 비계약적 상사 법률관계에 의해 야기된 분쟁에 대해서만

32) 하현수, "중국의 국제상사중재합의 효력에 관한 연구", 「중재연구」, 제22권 3호, 2012, pp.38-39; 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. 이후 동 계약과 관련하여 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. 하현수, 전게논문, 2013, p.175 참조.

33) 뉴욕협약 제1조 제3항 "모든 국가는 이 협약에 서명, 비준 또는 가입하거나 , 또는 이 협약 제10조에 따라 확대적용을 통고할 경우에는 상호주의에 기초하여 다른 체약국의 영토 내에서만 내려진 판정의 승인 및 집행에 이 협약을 적용한다고 선언할 수 있다. 그리고 모든 국가는 계약적인 성질의 것이거나 또는 아니거나를 불문하고 그러한 선언을 행한 국가의 국내법에 따라 상사상의 것이라고 인정되는 법률관계로부터 발생하는 분쟁에 한하여 이 협약을 적용한다고 선언할 수도 있다."

뉴욕협약을 적용하고 있다. 따라서 중국은 뉴욕협약 체약국 영내에서 내려진 중재판정의 승인 및 집행에 대해서만 이 협약 제5조의 규정에 근거할 의무를 가지게 된다. 그리고 뉴욕협약 비체약국에서 내려진 중재판정에 대해서는 뉴욕협약을 적용할 의무는 없으며 다만 호혜원칙에 근거하여 중재판정의 승인 및 집행 여부를 판단하도록 하고 있다.[34] 그러나 다행스럽게도 중국의 무역 상대국들은 대부분 뉴욕협약에 가입하고 있어, 중국이 호혜원칙에 따라 외국중재판정의 승인 및 집행을 심사한 경우는 거의 없다.[35]

뉴욕협약 제5조 제1항 a호는 "중재합의의 당사자가 그들에 대한 준거법 아래에서 행위능력이 없거나 중재합의가 당사자 간에 약정된 법, 만일 이러한 약정이 없다면 중재판정이 내려진 국가의 법 아래에서 무효인 경우"를 집행거부사유로 규정하고 있다. 따라서 이 규정에 근거하면, 선택적 중재합의가 유효하게 인정되는 국가에서 이에 근거하여 내려진 중재판정에 대해서, 중국 법원은 자국 법규에 근거하면 선택적 중재합의가 무효라는 이유로 이의 승인 및 집행을 거부할 수 없을 것이다.

2. 중국의 선택적 중재합의 관련 주요 사례

(1) 사건 배경 및 판결[36]

2009년 8월 21일 매수인인 산동은광추사유한공사(山東銀光抽紗有限公司, 이하 원고 또는 은광공사)와 매도인인 절강영화방직식융유한공사(浙江永和紡織植絨有限公司, 이하 피고 또는 영화공사)는 매매계약을 체결하였다. 이 계약 7조에서 분쟁해결방식과 관련하여 "본 계약의 이행과 관련하여 발생하는 분쟁은 당사자 간의 협상으로 해결하고, 합의가 이루어지지 않은 경우에는 임이(臨沂)중재위원회 비현(費縣)출장소에 중재를 신청하거나 비현(費縣)법원에 소송을 제기할 수 있다"고 약정하였다. 이후 계약의 이행과정에서 분쟁이 발생하여, 은광공사는 임이시 중급인민법원에 소송을 제기하여 품질불량에 따른 손해배상을 영화공사를 상대로 요구하였다.

피고 영화공사는 임이시 중급인민법원에, 본 사건은 가공도급계약과 관련한 분쟁이며, 가공 행위지 및 피고의 주소지는 모두 절강성(浙江省) 덕청현(德淸縣)이므로, 덕청현 인민법원으로 관할을 이전하여야 한다고 이의를 제기하였다. 그러나 임이시 중급인민법원은 상품 품질과 관련하여 야기된 권리침해 소송이고, 권리침해 행위지가 본 법원의 관할지라는 이유로 이의를 거부하고 판결을 내렸다. 영화공사는 이 결과에 불복하고 산동성(山東省) 고급인민법원에 상소하였다. 산동성 고급인민법원은 이 사건은 가공도급계약과 관련한 것이므로 피고의 주소지 또는 계약이행지 관할법원이 관할권을 갖는다고 판시하였다.

34) 하현수, "ICC 중재판정의 승인 및 집행과 관련한 중국 법원의 태도", 「관세학회지」, 제15권 4호, 2014, pp.221-222.
35) 張斌生, 「仲裁法新論」, 厦門大學出版社, 2004, p.311.
36) 伊立, "或裁或審爭議解決方式的法律冲突及克服", 「山東審判」, 第30卷, 2014, pp.46-49 참조.

또한 이 사건 계약의 이행지 및 피고 주소지는 모두 절강성 덕청현이며, 이곳은 절강성 호주시(湖州市) 관할이고, 소송금액이 500만 위안을 초과하므로, 호주시 중급인민법원이 관할권을 갖는다고 판결하였다. 이에 따라서 임이시 중급인민법원의 판결은 취소되고, 이 사건은 절강성 호주시 중급인민법원에 관할이 이송되었다.

(2) 판결에 대한 의문점

중국 중재법 제16조 및 민사소송법 제34조는 각각 중재합의와 소송관할합의의 유효조건을 규정하고 있다. 중재합의의 유효조건은 당사자의 중재의사표시, 약정된 중재사항, 선정된 중재기관으로 규정되어 있다. 그리고 소송관할합의의 유효조건은 원고 주소지, 피고 주소지, 계약 이행지, 계약 체결지, 목적물 소재지라고 규정되어 있으며, 또한 동시에 전속관할 및 급별관할 규정을 위반할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 상술한 규정에 따르면 중재합의 및 소송관할합의는 모두 상술한 유효조건을 갖추어야 한다. 그리고 만약 당사자들이 하나의 절차계약에 두 종류 이상의 유효한 분쟁해결방식을 선택하게 되면, '사법해석' 제7조에 근거하여 중재합의를 무효로 하게 된다.

그러나 본 사건의 상황 및 판결을 통해 '사법해석' 제7조의 규정에 다음과 같은 의문을 제기할 수 있을 것이다. 첫째, 선택적 중재합의의 중재조항이 중국 중재법에 규정에 근거하여 무효이고, 법원선택조항도 중국 민사소송법 제34조의 규정을 위반하여 무효인 경우에, 어떠한 방식으로 사건을 처리하여야 하는가 하는 의문이 발생한다. 둘째, 선택적 중재합의에서 중재조항은 중국 중재법 규정에 근거하여 유효하나, 법원선택조항은 무효인 경우에, 여전히 '사법해석' 제7조의 규정에 근거하여 선택적 중재합의로 무효로 인정하여야 하는가이다.

Ⅳ. 중국의 선택적 중재합의 관련 문제점 및 시사점

선택적 중재합의에 대해 중국의 태도는 비교적 명확하다. 중국 최고인민법원의 '사법해석'에 따르면, 당사자들이 선택적 중재합의를 약정하였다면, 이 합의는 무효라는 것이다. 다만, 이 '사법해석'은 예외적 상황을 두어, 일방 당사자가 중재를 신청하고 다른 당사자가 일정한 기한 내에 이의를 제기하지 않는다면, 이러한 중재합의는 유효한 것으로 인정하여, 중재를 계속해서 진행할 수 있다는 것이다. 이러한 중국의 선택적 중재합의에 대한 태도는 다음과 같은 문제점 및 시사점을 도출할 수 있다.

1. 중재합의는 필히 법원의 관할권을 배제하여야 하는가?

중재합의가 유효하기 위해서는 당사자가 관련분쟁이 발생하게 되면 중재를 이용하겠다는 중재의 의사표시가 명확하여야만 한다. 이것의 의미는 중재가 법원 관할권을 배제하는 것을 의미한다고 할 수도 있다. 이에 따라서 만약 당사자들이 분쟁해결조항에 중재와 소송을 약정하는 선택적 중재조항을 약정하였다면, 중재의 의사표시가 명확하여야 한다는 요구에 부합하지 않는다고 간주되어, 이로 인하여 이러한 중재합의는 무효가 된다는 것이 기존 중국 법원의 일관된 입장이었다.[37] 즉 중국 법원은 앞장의 사례에서 살펴본 바와 같이 중재합의는 법원의 관할을 배제하는 것을 기본 원칙으로 하고 있기 때문에, 중재와 소송을 병렬하여 선택하도록 하는 선택적 중재합의의 효력은 인정할 수 없다고 판결하였다.

확실히 중재합의는 당사자의 자유의지로 법원의 사법관할권을 배제하는 것으로, 이는 유효한 중재합의를 생산하는 주요하고 또한 직접적인 효과 중의 하나이다.[38] 그러나 만약 유효한 중재합의의 법률 효과가 법원 관할권의 배제라면, 법원 관할권의 배제는 필히 중재합의 중에 체현되어야만 한다. 이러한 이해는 중재합의 효력의 인정에 대한 중대한 오류일 수 있다. 또한 이러한 이해는 본말이 전도된 것이라 할 수 있다. 즉 유효한 중재합의가 법원의 관할을 배제할 수 있다는 것은, 유효한 것으로 확정된 중재합의가 법원에 가지는 일종의 구속력을 말하는 것이지, 중재합의가 유효하기 위하여 합의에 명확히 법원의 관할권을 배제하는 것을 약정하여야 한다는 것을 의미하지는 않을 것이다.[39]

또한 이러한 중국 법원의 태도는 중국 중재법의 규정에 근거한 것이 아니라, 중재합의는 필히 법원의 관할을 배제해야만 한다는 새로운 중재합의 유효 조건을 추가하고 있는 것으로 판단된다. 즉 중국은 중재법 제16조에서 중재합의의 유효조건으로 중재 청구의 의사표시, 중재사항, 그리고 선정된 중재기관을 구비할 것을 요구하고 있을 뿐, 중재합의에 법원의 관할을 배제할 것을 요구하고 있지는 않다.[40] 다만 중국 중재법 제5조에서 당사자간에 중재합의를 하였음에도 불구하고 법원에 소송을 제기하는 경우에, 법원은 이를 거부하여야 한다고 규정하고는 있다. 그러나 이 규정은 선택적 중재합의에 의해 당사자가 중재가 아닌 소송을 선택함에 따라 중재관할의 효력을 무효로 하는 경우에는 적용되지 않을 것으로 판단된다.[41] 그리고 뉴욕협약 제2조 제3항에서도 중재합의가 무효, 실효 또는 이

37) 劉曉紅,「國際商事仲裁協議的法理與實證」, 商務印書館, 2005, p.49.
38) 宋連斌,「仲裁理論與實務」, 湖南大學出版社, 2005, p.154.
39) 楊潤時,「商事仲裁理論與實務」, 人民法院出版社, 2006, pp.171-174.
40) 中國 廣東海事法院民事裁定書(2000)廣海法事字第037號 사건 판결에서 법원 합의부의 소수 의견으로 선택적 중재합의의 무효의 원인으로 분쟁해결조항에 소송 또는 중재의 선택조항이 있어 중재합의가 무효가 되는 것이 아니라, 중재합의의 무효 원인으로 중국 중재법 제16조의 규정에 근거하여 선정된 중재기관이 명확하지 않기 때문에, 중재합의가 무효라고 의견이 제시되었다. 즉 이 소수의견은 선택적 중재합의는 그 자체로는 무효가 아니라는 것이다.
41) 중국 중재법 제5조 "당사자가 중재합의에 도달하였음에도 일방 당사자가 인민법원에 소를 제기한 경우, 인

행이 불가능한 것이라고 인정되는 경우에는 이 중재합의를 근거로 법원은 소송을 거부할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 선택적 중재합의에 근거하여 당사자가 중재를 신청하게 되면 법원의 관할권은 실효되는 것으로 보는 것이 타당할 것으로 사료되며, 반대로 당사자가 소송을 제기하게 되면 중재 관할권은 실효되는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 그렇지만 중국 법원의 판결에서와 같이 중재합의가 필히 법원의 관할을 배제하여야만 유효하다고 하는 논거는 중국의 중재법 및 중국이 가입하고 있는 뉴욕협약 등 어디에서도 관련 규정을 확인할 수 없다.

2. 행위에 의한 중재합의가 가능한가?

중국의 '사법해석' 제7조는 선택적 중재합의에 근거하여 일방 당사자가 중재를 신청하였고, 상대방이 일정한 기간 이내에 이의를 제기하지 않으면, 이 중재합의는 유효하다고 규정하고 있다. 이는 일방 당사자가 쌍방의 체결한 선택적 중재합의에 근거하여 중재를 신청하고, 다른 당사자가 이에 대한 이의를 제기하지 않으면, 이러한 중재 신청은 유효한 것이 되며, 이러한 선택적 중재합의 또한 유효한 것으로 인정된다는 것이다. 그러나 만약 일방 당사자가 중재를 신청하고, 다른 당사자가 선택적 중재합의에 대해 이의를 제기하면, 이러한 선택적 중재합의는 무효로 인정된다는 것으로, 이러한 경우에 관할권이 있는 법원에서 심리를 진행하여야 한다는 것이다.[42] 즉 상대방이 선택적 중재합의에 대해 이의를 제기하지 않는 것을 조건으로 중재합의를 유효한 것으로 본다는 것이다. 중국을 비롯한 대부분의 국가에서는 중재합의 형식은 필히 서면으로 할 것을 요구하고 있다.[43] 그러나 중국의 '사법해석' 제7조의 규정은 부작위 또는 침묵하는 행위로서 보충 중재합의가 가능하도록 하고 있는 것이다. 이는 중국 중재법의 관련 규정을 위반한 것으로 간주할 수 있다.[44]

민법원은 이를 수리하지 아니한다. 다만 중재합의가 무효인 경우는 제외한다."

42) 項曦, 전게논문, p.218.

43) 중국 중재법 제16조 제1항 "중재합의는 계약에서 약정한 중재조항과 기타 서면으로 분쟁 발생 전 또는 분쟁 발생 후 중재를 청구하는 합의에 도달한 것을 포함한다." 우리나라 중재법 제8조 "① 중재합의는 독립된 합의 또는 계약에 중재조항을 포함하는 형식으로 할 수 있다. ② 중재합의는 서면으로 하여야 한다. ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 서면에 의한 중재합의로 본다. 1. 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함된 경우 2. 편지, 전보(電報), 전신(電信), 팩스 또는 그 밖의 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함된 경우 3. 어느 한쪽 당사자가 당사자 간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이에 대하여 다투지 아니하는 경우 ④ 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 본다. 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우로 한정한다." 뉴욕협약 제2조 제1항, 제2항 "1. 각 체약국은 계약적인 성질의 것이거나 또는 아니거나를 불문하고 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 관한 일정한 법률관계에 관련하여 당사자 간에 발생하였거나 또는 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 부탁하기로 약정한 당사자 간의 서면에 의한 합의를 승인하여야 한다. 2. 서면에 의한 합의라 함은 계약서상의 중재조항 또는 당사자 간에 서명되었거나 또는 교환되는 서신이나 전보에 포함되어 있는 중재의 합의를 포함한다."

44) 중국 민사소송법 제260조 "중국 섭외중재기관의 판정에 대하여 피신청인이 다음 각호 1항에 해당하는 증거를 제출하면, 인민법원은 합의부를 구성하여 사실여부를 심사하여 집행을 거부할 수 있다. (1) 당사자가 계

중국 중재법 제18조에서 하자있는 중재합의에 대한 보충합의와 관련하여 어떠한 형식적 요구 규정을 두고 있는 것은 아니다. 그러나 보충 중재합의도 중재합의의 일부이기 때문에 중재합의의 형식 요건인 서면에 의해 이루어져야 유효한 합의로 인정될 수 있을 것이다.

3. 선택적 중재합의에서 중재조항의 독립성은 인정될 수 있는가?

중재조항의 독립성이란, 주된 계약에 무효 또는 취소사유가 있다 하여도 이는 중재조항의 효력에 영향을 미치지 않는다는 것을 의미한다.[45] 또한 중재조항의 독립성은 중재조항의 효력과 계약 효력의 관계를 말한다. 그리고 중재조항의 독립성은 중재조항의 분리성 또는 자치성이라고도 할 수 있으며,[46] 이는 계약 중의 중재조항과 중재조항을 포함하는 계약은 분리될 수 있다는 것이다. 중재조항은 비록 계약의 일부분이지만, 이 계약과 분리되는 독립된 계약을 구성하는 것이다. 비록 계약이 무효, 실효, 취소, 중지 또는 변경되어도, 중재조항은 당사자가 약정한 분쟁해결방법으로 여전히 독립적으로 존재하며, 그 효력도 독립되어 판단된다는 것이다.[47]

그러나 선택적 중재합의와 관련하여, 법원선택조항의 효력은 중재조항의 효력에 영향을 주는지? 법원선택조항이 본래 무효라면, 중재조항의 효력은 변화가 발생하는지? 그리고 중재조항의 독립은 법원선택조항을 포함하여 모든 계약 내용으로부터 독립되는 것을 의미하는지, 아니면 단지 분쟁해결조항 이외의 계약 조항들로부터 독립되는지? 등의 의문이 생긴다.

이러한 의문에 대해 중국의 법원은 대체로 다음과 같은 두 가지 관점으로 나누어 판단을 내렸다. 첫째, 선택적 중재합의에서의 법원선택조항 유효 여부와 관계없이 중재조항을 무조건 무효로 보는 경우이다. 중국 법원은 대부분의 선택적 중재합의관련 사건에서 이러

약서에 중재조항 또는 분쟁발생 이후 서면중재합의를 갖추지 않았을 경우, (2) 피신청인이 중재인 선정 또는 중재절차에 대한 통지를 받지 못했을 경우, 또는 기타 피신청인의 책임범위에 속하지 않는 원인으로 의견진술을 하지 못했을 경우, (3) 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 중재규칙에 부합되지 않은 경우, (4) 판정의 사항이 중재합의의 범위에 속하지 않거나, 또는 중재기관이 중재할 권한이 없을 경우. 인민법원이 해당 중재판정이 사회공공이익에 위반된다고 판단할 경우 집행을 거부할 수 있다." 중국 민사소송법 제217조 "인민법원은 피신청인이 다음 각 호의 1에 해당하는 증거를 제출하면 합의부를 구성하여 사실여부를 심사하고 집행을 거부할 수 있다. (1) 당사자가 계약서에 중재조항 또는 분쟁발생 이후 서면중재합의를 갖추지 않았을 경우, (2) 판정의 사항이 중재합의의 범위에 속하지 않거나, 또는 중재기관이 중재할 권한이 없을 경우, (3) 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 중재규칙에 부합되지 않은 경우, (4) 사실의 주요증거가 부족하다고 인정될 경우, (5) 법률 적용에 명백한 오류가 있을 경우, (6) 중재인이 해당 사건을 중재함에 있어 뇌물수수, 부정해위, 법을 어기고 판정한 행위가 존재할 경우. 인민법원이 해당 중재판정이 사회공공이익에 위반된다고 판단할 경우 집행을 거부한다."

45) 목영준, 전게서, p.103.

46) 陳治東,「國際商事仲裁法」, 法律出版社, 1998, p.125.

47) 劉曉紅, 전게서, p.129.

한 입장을 취하였다.[48] 둘째, 선택적 중재합의에서 법원선택조항이 유효한 경우에만 중재조항이 무효라는 경우이다. 중국 법원은 일부 사건에서 소수의견으로 이러한 견해를 나타내기도 하였다.[49] 이는 선택적 중재합의는 당사자가 중재 또는 법원을 선택하는 것이나, 법원과 중재는 상호 배타적이기 때문에 병존하는 것이 불가능하며, 당사자들이 동시에 중재와 소송을 선택하는 경우에는 모든 분쟁해결조항은 무효가 된다는 것이다. 이처럼 모든 분쟁해결조항이 무효가 되는 이유는 당사자들이 각각 중재조항 및 법원선택조항을 선택하는 것은 모두 유효하기 때문이다. 즉 중재와 소송의 선택이 모두 유효하기 때문에, 이처럼 유효한 선택은 상호배제, 상호부정을 하는 관계로 전체 분쟁해결조항은 무효가 된다는 것이다. 따라서 선택적 중재합의에서 중재조항과 법원선택조항 중 하나가 무효라고 한다면, 다른 하나는 유효할 수 있다는 것이다. 이는 무효의 법원선택조항은 유효한 중재조항을 배제할 수 없으며, 같은 논리로 무효의 중재조항은 유효한 법원선택조항을 배제할 수 없다는 것이다.[50]

상기 두 번째 관점의 논리는 소송이 중재보다 우선하여야 한다는 점을 극복하였다고 평가할 수 있으며, 만약 중재조항과 법원선택조항이 동시에 유효한 경우에는 서로 병존하는 것이 불가능하기 때문에 두 조항 모두 무효라는 것이다. 필자는 소송과 중재가 동등한 지위의 분쟁해결방식이라는 점에 대해서는 동의하지만, 이 관점에 따른 상기와 같은 결론에는 동의하지 않는다. 중재와 소송은 분쟁의 최종 해결능력을 동일하게 가지고 있고, 중재가 소송과 비교하여 열악한 지위에 있어서는 안 된다는 이유로, 중재조항과 법원선택조항이 병렬되었다는 사실 만으로 선택적 중재합의를 무효로 하는 것은 적절하지 않다고 판단된다. 중재조항의 독립성은 계약 중의 분쟁해결조항이 다른 조항에서 독립된다는 것으로, 분쟁해결조항 중의 법원선택조항과 중재조항은 또한 상호 독립된다는 의미로 해석할 수 있을 것이다. 따라서 중재조항과 법원선택조항이 동시에 약정된 경우에는, 이들 두 조항을 각각 구분하여 각 조항의 효력을 심사하여야 한다. 그리고 이들 조항들의 효력은 다른 조항의 효력에 영향을 미치지 못한다. 따라서 중재조항과 법원선택조항 중에서 하나의 조항만이 유효하다면, 당사자는 단지 중재 신청 또는 소송 제기 만을 할 수 있다. 그러나 두 조항이 모두 유효하다면, 당사자가 이중 하나를 선택하여 분쟁을 해결하도록 하는 것이 타당할 것이다.

48) 最高人民法院經字[1996]110號復函; 廣東海事法院民事裁定書(2000)廣海法事字第037號; 2003年 5月 14日 [2003]民四他字第7號; 2002年 10月 8日 [2002]民四他字第33號.
49) 廣東海事法院民事裁定書(2000)廣海法事字第037號.
50) 中國 廣州海事法院民事裁定書(2000)廣海法事字第037號.

4. 선택적 중재합의의 무효 인정은 국제적 추세에 부합하는가?

중국이 선택적 중재합의의 효력에 대한 해석방식은 제한적 해석방식이라 할 수 있으며, 이는 많은 국가들이 채용하고 있는 자유해석방식과는 상당한 거리가 있다.[51] 그러나 중국과 같이 선택적 중재합의를 무효로 인정하는 것은 최근 국제적인 추세와는 상당한 차이를 보이고 있다. 홍콩 고등법원은 William Company v. Chu Kong Agency 사건에서 선하증권상의 분쟁해결조항에 "중국 법원에서 해결하거나 중국 중재기관에서 해결한다"고 약정한 것은 유효하며, 신청인이 중국 법원에서의 소송과 중국 중재기관에서의 중재 중에서 하나를 선택하였기 때문에 이러한 선택은 유효하다고 판단하였다.[52] 또한 미국의 법원도 1983년 'Moses Cone 추정의 원칙' 등을 통해 중재에 우선 관할권을 인정하고 있다. 따라서 분쟁해결조항에 중재와 소송이 병존하는 법원에 대한 소송제기 조항은 중재판정의 집행과 관련된 것으로 해석되는 경우가 일반적이다.[53] 영국 법원도 Smith Ltd v. HS International 사건에서, 분쟁해결조항에 ICC 중재와 영국 법원에서의 소송을 약정한 것과 관련하여, 영국 법원은 자신들의 관할권은 단지 ICC 중재에 대한 감독에 한정된다고 판시하였다.[54] 한편 대륙법계인 프랑스 법원도 중재와 법원의 관할이 충돌하는 경우에 중재에 우선권을 부여하여, 중재를 지지하는 입장을 취하고 있다.[55]

중국과 같은 중화권인 대만의 중재관련 법률은 선택적 중재합의의 효력 문제에 대하여 명확한 규정을 두고 있지 않다.[56] 다만 1995년 대만 최고법원은 선택적 중재합의와 관련한 판결에서, "당사자 쌍방이 각각 중재절차 또는 소송절차를 선택하여 경합이 발생한 경우에, 어떤 절차가 먼저 제기되었는지를 확인하여 먼저 제기된 절차에 따라 처리되어야 한다"고 보았다.[57] 즉 중재조항과 소송조항의 병렬은 중재조항의 유효성에 별다른 영향을 미치지 못한다는 것이다. 당사자의 중재 또는 소송의 선택은 중재합의가 법원의 관할과 병존하고 있기 때문에 당연히 무효라는 것은 아니라고 보았다. 만약 당사자들이 "본 계약과 관련한 모든 분쟁은 중재 또는 소송을 제기할 수 있다"고 약정하였다면, 분쟁이 발생하면 일방 당사자에게 중재합의에 근거하여 중재를 신청할 권리만 있는 것이 아니라 법원에 소송을 제기할 권리도 가지게 된다는 것이다.[58] 그리고 당사자 일방이 법원에 소송을

51) 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.
52) 中國國際商會仲裁研究所, 「國際商事仲裁文集」, 中國對外經濟貿易出版社, 1998, pp.190-191.
53) 于喜富, 전게서, p.194.
54) 楊良宜·莫世杰·楊大明, 「仲裁法-從1996年英國仲裁法到國際商務仲裁」, 法律出版社, 2006, p.65.
55) 包建華, "旣選擇仲裁又選擇訴訟的仲裁協議效力", 「大連教育學院學報」, 第20卷 第2期, 2008, pp.63-64.
56) 1961년 1월 20일 대만은 '상무중재조례'(商務仲裁條例)를 제정 공포하였다. 1998년 6월 24일 대만은 '상무중재조례'를 수정·보완하여 총 56개조로 구성된 중재법을 제정하였다. 이후 대만은 2002년 7월 10일 중재법 제8조, 제54조 그리고 제56조를 개정하여 현재에 이르고 있다.
57) 臺灣 最高法院 八十四年臺上字第1062號.
58) 楊玲, "論或裁或審條款中仲裁條款的效力-以海峽兩岸司法實踐爲視覺", 「西北大學學報」, 第44卷 第4期, 2014, p.140.

제기하였고, 다른 당사자는 중재를 신청하였다면, 법원과 중재기관 중 어느 곳에 먼저 소송 또는 중재를 신청하였는가를 기준으로 관할권을 결정하도록 하였다. 즉 먼저 분쟁해결을 부탁받은 기관이 우선적으로 관할권을 가지게 된다는 것이다.[59]

이처럼 선택적 중재합의의 유효성 인정에 대한 국제적인 추세는 이의 유효성을 긍정적으로 인정하고 있음을 보여주고 있다. 그러나 중국의 '사법해석'에서 선택적 중재합의를 무효로 규정하고 있는 것은 이러한 국제적인 추세에 부합하지 않는 것이며, 또한 중국의 중재산업 발전에도 불리하게 작용할 것으로 판단된다.

또한 대부분의 국가 법원은 선택적 중재합의의 효력은 일반적인 계약법 원칙으로 판단되어야 한다고 보고 중재합의 효력의 인정에 대해 계약법의 해석원칙을 채용하고 있다.[60] 그러나 중국 법원은 중재합의와 관련하여 "계약의 해석원칙을 거의 채용하지 않고 있으며, 중재합의도 계약이라는 사실을 거의 완전히 잃어버리고 있다"[61]라는 비판을 받고 있다. 중국 계약법 제125조는 계약은 계약목적, 교역관례, 그리고 신의성실의 원칙 등을 기초로 해석되어야 한다고 규정하고 있다.[62] 이는 분명히 중국은 계약법에서 자유해석방식을 지지하고 있는 것으로 상술한 바와 같은 중국 법원의 중재합의에 대한 제한적 해석방식과는 상당한 거리가 있다.[63]

5. 섭외 선택적 중재합의의 유무효는 법정지에 따라 상이한 결과를 가져오는가?

중국과 외국 당사자가 선택적 중재합의를 약정하면서, 중재합의에 적용될 실질법[64]과 중재지 모두를 약정하지 않은 경우에, '사법해석' 제16조는 법정지의 법률을 적용하도록 규정하고 있다. 이에 따라서 일방 당사자가 중국 법원에 선택적 중재합의의 유효성과 관련하여 소송을 제기하게 되면, 중국 법원은 '사법해석' 제7조의 규정에 근거하여 선택적

59) 林俊益,「法院在常務仲裁之角色」, 永然文化, 1996, pp.223-224.

60) Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International commercial Arbitration*, London: Cambridge University Press, 2008, p.65.

61) Tao Jingzhou, Clarisse von Wunschheim, "Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions", *Arbitrational International*, Vol. 23, 2007, p.317.

62) 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 진실의사를 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."

63) 하현수, 전게논문, 2012, p.41.

64) 중재합의의 해석, 유무효, 의무이행, 효력범위 등에 관하여는 중재합의에 관한 실질법이 적용된다. 즉 중재조항의 효력은 주된 계약의 그것과 별도로 판단되어야 하므로, 중재합의에 적용될 실질법은 주된 계약에 적용될 실질법과 이론상 구별되어야 한다. 다만 실무상으로는 두 가지 실질법이 일치하는 경우도 많을 것이다. 목영준, 상게서, p.111 참조.

중재합의의 유효성을 인정하지 않게 될 것이다. 그러나 일방 당사자가 선택적 중재합의를 유효한 것으로 인정하고 있는 국가의 중재기관에 중재를 신청하였으나, 타방 당사자가 중국 법원에 선택적 중재합의의 효력과 관련하여 소송을 제기하게 된다면, 중국 법원은 중국의 '사법해석'의 관련 규정에 근거하여 중재합의의 효력을 인정하지 않아야 하는가 하는 문제가 발생한다. 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, 법원이 재정한다고 규정하고 있다.[65] 이 조항은 중국 법원이 중재합의 유무효와 관련한 최종적인 결론을 내릴 수 있도록 하고 있다. 그러나 이는 중국 국내의 선택적 중재합의의 유무효와 심사와 관련하여 적용될 수 있겠으나, 외국의 법원 및 중재기관에 대해서는 당연히 이러한 규정을 적용할 수 없을 것이다. 따라서 외국의 중재기관이 선택적 중재합의의 효력에 대해 중국 법원의 판단을 받아들이지 않고, 그의 관련 법규를 적용하여 유효한 것으로 인정하여, 최종적으로 중재판정을 내리게 된다면, 중국 법원은 이러한 중재판정이 중국에 집행 신청되는 경우에 이를 집행 판결하여야 하는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에서 중재판정 집행 거부사유 중 하나로 중재합의가 중재판정이 내려진 국가의 법 아래에서 무효인 경우를 규정하고 있다. 따라서 중국 이외의 국가에서 선택적 중재합의를 유효한 것으로 인정하고 이에 근거하여 내려진 중재판정을 내렸다면, 중국 법원이 이러한 선택적 중재합의를 이미 효력이 없다고 판결하였다는 이유로 외국중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있는가에 대해서도 의문이 있을 수밖에 없을 것이다.

한편 상기와 같이 당사자들이 중재합의에 적용할 준거법 및 중재지 모두를 약정하지 않은 선택적 중재합의를 선택적 중재합의를 유효한 것으로 인정하는 국가에 중재합의의 유효성과 관련한 소송을 제기하면, 이들 국가의 법원은 유효한 중재합의로 인정할 것이다. 이는 동일한 선택적 중재합의를 어느 국가의 법원에 판단을 청구하느냐에 따라서 상이한 결과를 가져오게 한다.

Ⅴ. 결 론

근래에 들어 각국은 상사중재제도를 통해 국제거래와 관련하여 발생하는 분쟁을 해결하기 위하여 중재의 중립성 및 집행의 용이성 등을 더욱 확대 보장하는 추세이다. 대부분의 국가들은 이러한 중재제도의 이용 확대를 위하여, 중재를 통해 분쟁을 해결하겠다고 하는 의사를 분명히 약정하고 있는 모든 중재합의를 유효한 것으로 인정하고 있다. 이는 선택

65) 하현수, 전게논문, 2012, pp.27-28.

적 중재합의에 대해서도 동일하게 적용되어, 당사자들이 선택적 중재합의 약정 의도에 따라서 중재와 소송 중 하나를 선택하여 분쟁을 해결하도록 하고 있다. 즉 중재합의가 분쟁을 소송이 아니라 중재를 통해 해결하겠다는 당사자들의 의사가 합치되는 것이지만, 당사자들이 이와는 다르게 중재와 소송 모두를 선택한 다음에, 분쟁이 발생하게 되면 이중 하나를 선택하여 분쟁을 해결하도록 하는 합의도 가능하도록 하고 있다.

그러나 중국은 선택적 중재합의의 효력을 인정하지 않고 있다. 즉 중국 법원은 당사자들이 선택적 중재합의를 약정하는 것은 중재만을 이용하겠다고 하는 확정적 의사표시를 하는 것이 아니면 또한 법원 관할권을 배제하고 있지 않다는 이유 등으로 선택적 중재합의를 무효로 인정하고 있다. 그러나 선택적 중재합의가 단지 그 형식의 하자만을 가지고 효력을 부정당해서는 안 된다. 응당 사건의 상황, 원인, 관련 법률, 그리고 관습 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 중재의 관할권과 소송의 관할권이 상호간 균형을 이룰 수 있을 것이며, 또한 국제상사중재제도의 안정적이고 지속적 발전도 가능할 것이다.

마지막으로 우리 기업이 중국 당사자와 선택적 중재합의를 약정하고자 하는 경우에 주의하여야 할 사항을 정리하고 본 논문을 마무리하고자 한다.

첫째, 중국 당사자와 선택적 중재합의를 약정하는 것을 가급적 피해야 한다. 중국 법원은 기본적으로 선택적 중재합의의 효력을 인정하지 않고 있다. 따라서 분쟁해결방법으로 중재 만을 포함하는 중재합의를 하는 것이 적합하다. 그리고 중재합의를 하는데 있어서도 중국 중재법은 중재 신청의 의사뿐만 아니라 중재사항 그리고 중재기관에 대해서도 중재합의에 명확히 약정할 것을 요구하고 있다. 이러한 중재합의 유효조건을 부합시키지 못하게 되면 중재를 통해 분쟁을 해결하겠다고 하는 당사자들의 중재합의 약정 당시의 의사와는 다르게 중재를 이용하지 못하는 경우가 발생할 수도 있다.

둘째, 선택적 중재합의를 꼭 하고자 하는 경우에는 중재합의에 적용될 실질법 또는 중재지를 중국 이외에 선택적 중재합의를 유효한 것으로 인정하고 있는 국가의 것으로 약정하여야 한다. 즉 중국은 중국 당사자와 외국 당사자 간에 약정된 중재합의의 유무효를 판단하는데 적용되는 법률의 우선순위로 당사자들이 약정한 법률, 그리고 이러한 약정이 없다면 약정한 중재지의 법률, 마지막으로 중재지도 약정하지 않았다면 법정지의 법률을 적용하도록 하고 있다. 따라서 선택적 중재합의를 약정하더라도 이의 효력이 인정되는 국가의 법률을 준거법으로 약정하거나, 중재지를 이의 효력을 인정하는 국가로 선택한다면, 당사자들의 의사에 부합하게 중재와 소송 중에서 하나를 선택하여 분쟁을 해결할 수 있을 것이다.

참고문헌

김경배·신군재, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 「중재연구」, 제15권 제1호, 2005.
목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011.
정선주, “선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점”, 「중재연구」, 제13권 2호, 2003.
정영환, “선택적 중재합의의 유효성에 대한 판결분석 -대법원 판례를 중심으로-”, 「중재연구」, 제19권 제3호, 2009.
하현수, “중국의 국제상사중재합의 효력에 관한 연구”, 「중재연구」, 제22권 3호, 2012.
하현수, “중국의 하자중재합의 효력 인정에 관한연구”, 「관세학회지」, 제14권 2호, 2013.
하현수, “ICC 중재판정의 승인 및 집행과 관련한 중국 법원의 태도”, 「관세학회지」, 제15권 4호, 2014.
万鄂湘·于喜富, “我國仲裁司法監督制度的最新發展-評最高人民法院關于適用仲裁法的司法解釋”, 「法學評論」, 2007年 第1期, 2007.
宋連斌, 「國際商事仲裁管轄權研究」, 法律出版社, 2000.
宋連斌, 「仲裁理論與實務」, 湖南大學出版社, 2005.
楊玲, “論或裁或審條款中仲裁條款的效力-以海峽兩岸司法實踐爲視覺”, 「西北大學學報」, 第44卷 第4期, 2014.
楊良宜·莫世杰·楊大明, 「仲裁法-從1996年英國仲裁法到國際商務仲裁」, 法律出版社, 2006.
楊潤時, 「商事仲裁理論與實務」, 人民法院出版社, 2006.
楊婷, “探討仲裁協議效力異議的決定機構”, 「法制與社會」, 2015年 第7(中)期, 2015.
吳光明, 「商事爭議之仲裁」, 五南圖書出版股分有限公司, 1999.
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.
于喜富, 「國際商事仲裁的司法監督與協助」, 知識産權出版社, 2006.
劉曉紅, 「國際商事仲裁協議的法理與實證」, 商務印書館, 2005.
王元歌, “無效還是有效-既選擇仲裁又選擇訴訟之仲裁協議的認定”, 「中國對外貿易」, 2002年 第2期, 2002.
伊立, “或裁或審爭議解決方式的法律冲突及克服”, 「山東審判」, 第30卷, 2014.
林俊益, 「法院在常務仲裁之角色」, 永然文化, 1996.
張斌生, 「仲裁法新論」, 厦門大學出版社, 2004.
趙秀文, 「國際商事仲裁法」, 中國人民大學出版社, 2004.

中國國際商會仲裁研究所,「國際商事仲裁文集」, 中國對外經濟貿易出版社, 1998.
中國海事仲裁委員會,「中國海事仲裁案例集(1993~1996)」, 大連海事大學出版社, 2000.
陳治東,「國際商事仲裁法」, 法律出版社, 1998.
包建華, "既選擇仲裁又選擇訴訟的仲裁協議效力",「大連教育學院學報」, 第20卷 第2期, 2008.
項曦, "淺議國際民商事仲裁中或裁或審仲裁協議的效力",「法制博覽」, 2014年 第4期, 2014.
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", *Arbitrational International*, Vol. 23, 2007.

ABSTRACT

Attitudes Toward Selective Arbitration Agreements by Chinese Courts

Hyun-Soo Ha

Lately each country tends to provide neutrality and ease of enforcement in order to settle disputes related to international trade through commercial arbitration. In order to expand the use of arbitration systems, most countries accept arbitration agreements as an effective tool agreed between parties that express their intent to settle disputes by the arbitration. It is applied equally to selective arbitration agreements and parties can select either arbitration or lawsuit to settle disputes based on the contract intent for selective arbitration agreements. However, China does not admit the effectiveness of selective arbitration agreements. Chinese courts regard selective arbitration agreements as not valid because the contract of a selective arbitration agreement between parties is not a definite expression to only use the arbitration and there is no exclusion of court jurisdiction. Therefore, the study attempts to consider effective conditions for selective arbitration agreements in the Chinese arbitration act and other relevant regulations, and also verifies the judgment by Chinese courts on relevant disputes. As a result, the study explores some problems and implications of Chinese selective arbitration agreements and suggests some precautions in case Korean companies pursue selective arbitration agreements with Chinese enterprises and investors.

Key Words : Arbitration Agreements, Selective Arbitration Agreements, Selective Arbitration Agreements in China