

중재의 준거법 선택과 당사자 자치의 제한 - 국제스포츠중재를 중심으로 -

The Choice of Applicable Law and the Limitations of Party
Autonomy - Focusing on International Sports Arbitration -

유소미*
So-Mi Yoo

〈목 차〉

- I. 서론
 - II. 중재절차법 선택에 있어 당사자 자치의 제한
 - III. 실제적 준거법 선택에 있어 당사자 자치의 제한
 - IV. 결론
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 준거법, 당사자 자치의 원칙, 국제스포츠중재, 국제스포츠중재재판소(CAS), 스포츠법(lex sportiva)

* 스위스 취리히대학교(University of Zurich) 법과대학 박사과정, ssom000@gmail.com

I. 서론

중재의 기반은 당사자 자치이다. 당사자 자치의 원칙이란 당사자 간의 법률관계의 형성과 그 책임의 귀속을 당사자 자신들에게 맡긴다는 법적 원칙으로, 국제사법에 있어서는 준거법을 당사자의 명시적 또는 묵시적 의사에 의하여 지정하는 것을 말한다. 이는 개인 의사자치의 원칙, 법률행위 자유의 원칙, 계약자유 원칙 및 자기책임의 원칙을 포함하는 사적자치의 원칙에 근거한다.¹⁾ 중재는 당사자의 합의로 하여금 그들의 분쟁을 국가 법원에 의한 재판절차가 아닌 중재인의 판정에 의하여 해결하는 사적 분쟁해결수단인 만큼²⁾ 당사자 자치의 원칙에 의하는 것은 국제사법³⁾을 비롯해 국제중재에 있어 널리 승인되어 있다.

중재절차의 개시는 당사자 간의 명시적 중재합의에 근거한다. 이는 중재절차에 관한 당사자의 합의와 구별된다. 국가 법원에 의한 재판절차와 달리 중재절차⁴⁾와 관련된 사항들 예컨대 중재지(중재법 제21조 제1항), 중재절차의 개시(중재법 제22조 제1항), 사용언어(중재법 제23조 제1항), 중재인의 수와 선정(중재법 제11조 제1항, 제12조 제1항 및 제2항), 중재인의 기피(중재법 제13조 제2항, 제14조 제1항), 임시적 처분(중재법 제18조 제1항), 심리(중재법 제25조 제1항), 중재비용의 부담(중재법 제34조의2) 등은 당사자들이 자유롭게 합의할 수 있다.

중재의 준거법 선택에 있어서도 당사자 자치에 우위가 주어진다. 예컨대 당사자는 국제상업회의소(International Chamber of Commerce, 이하 ‘ICC’)와 같은 특정 중재기관의 중재규칙이나 유엔국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, 이하 ‘UNCITRAL’)의 중재규칙을 절차규칙으로 지정할 수 있다. 당사자 자치는 그 절차적 측면뿐만 아니라 실체법의 영역에도 적용되기 때문에 당사자들은 분쟁의 본안에 적용되는 법 즉 실체적 준거법 또한 자유롭게 지정할 수 있다.

문제가 되는 것은 준거법 선택에 있어 당사자 자치에 따르는 것이 국제중재에 널리 승인된 보편적 이념이라고 하더라도 이를 어느 범위까지 허용할 수 있는가이다. 당사자들이 합의한 중재절차 및 실체적 준거법이 강행규정이나 국제적 공서로부터 완전히 자유로울 수 없기 때문이다. 특히 국제스포츠중재에서는 국제스포츠중재재판소(Court of Arbitration

1) 손경한, “중재 자치의 개념과 내용”, 『성균관법학』 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2012. 9, p. 6.

2) 중재법 제3조 제1호에 의하면 “중재”란 당사자 간의 합의로 재산권상의 분쟁 및 당사자가 화해에 의하여 해결할 수 있는 비재산권상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말한다.

3) 국제사법 제25조, 제33조, 제38조 및 제49조 참조.

4) 중재절차는 중재의 신청이 접수되어 판정이 내려질 때까지의 모든 절차를 말한다.

for Sport, 이하 ‘CAS’)가 최고심급기관으로서 역할을 하고 있으며,⁵⁾ 당사자가 CAS의 중재절차에 합의한 이상 중재절차의 준거법인 CAS의 중재규칙(Code of Sports-related Arbitration, CAS Code)에 따라야한다. CAS 중재규칙은 실체적 준거법에 관한 별도의 조항을 포함하고 있다.⁶⁾ 즉 CAS를 관할로 하는 중재합의⁷⁾가 유효한 이상⁸⁾ 당사자들이 이전에 중재의 준거법에 관해 합의했다고 하더라도 CAS 중재규칙이 우선적으로 적용되며, 그 결과 실체적 준거법의 선택에 있어서도 동 규칙 내 관련 규정이 적용되기 때문에 당사자 자치가 제한되는 측면이 있다. 또한 CAS 중재규칙은 당사자 자치를 보다 광범위하게 허용하고 있는 스위스 국제사법(Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, ‘IPRG’) 제12장 ‘국제중재(Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)’에 근거해 제정되었고, 각각의 준거법 지정에 관한 규정들을 비교했을 때 상충되어 보이는 점들이 있다.

이하에서는 중재제도의 기반인 당사자 자치의 원칙과 관련해 중재절차의 준거법 및 실

- 5) CAS의 중재절차는 다음과 같다. ① 항소중재절차(appeals arbitration procedure)에서는 스포츠단체에 의해 선수에게 내려진 징계(자격 정지, 경기 출전 금지 등)나 그 밖의 결정에 불복하는 경우에 발생하는 분쟁을, ② 일반중재절차(ordinary arbitration procedure)에서는 스포츠와 관련된 계약관계(스포츠 스폰서 계약, 스포츠 중계계약, 선수이적 관계, 초상권 및 인격권의 사용, 사고 책임 관계 등)로부터 발생하는 분쟁을 다룬다. 또한 ③ CAS 반도핑부(CAS Anti-Doping Division)는 반도핑규정의 위반 여부 및 도핑에 따른 징계를 결정한다. 그 밖에 ④ 올림픽 경기를 비롯한 주요 국제경기대회 기간 중 발생하는 분쟁을 신속하게 해결하기 위해 개최 도시에 설치되는 특별중재부(ad hoc Division)를 통한 분쟁 해결절차가 있다.
- 6) 일반중재절차와 항소중재절차에 적용되는 CAS 중재규칙은 일반규정(R27조-R37조), 일반중재절차(R38조-R46조), 항소중재절차(R47조-R59조), 중재절차비용(R64조-R65.4조) 등의 조문으로 구성되어 있다. 실체적 준거법에 관한 조문은 일반중재절차에서는 R45조, 항소중재절차에서는 R58조이다.
- 7) CAS를 관할로 하는 중재합의는 보통의 경우 스포츠단체의 정관 혹은 선수계약 등에 포함된 중재조항에 동의하는 방식으로 체결되기 때문에 그 유효성 여부가 지속적으로 논의되고 있다. 선수가 이를 거부하는 경우 해당 종목 단체에 소속되지 못하며 각종 경기출전도 불가하기 때문이다. 즉 일반 거래계의 중재의 당사자들은 대부분 대등한 지위에서 자발적으로 중재합의를 체결하는 반면, 스포츠중재의 경우 당사자 간에 구조적 불균형이 존재하고 중재합의 체결 과정에서 선수의 자발적인 의사가 결여되는 측면이 있다, 이에 대하여 남기연·유소미, “유럽인권협약에 따른 스포츠 중재 합의의 효력 - Claudia Pechstein의 판결을 중심으로 -”, 「스포츠엔터테인먼트와 법」 제22권 제2호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2019. 5, pp. 32; 오석웅, “스포츠중재에 있어서 중재합의의 유효성에 관한 제문제 - CAS의 중재와 Claudia Pechstein사례의 분석을 포함하여 -”, 「스포츠엔터테인먼트와 법」 제23권 제4호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2020. 11, pp. 52 참조.
- 8) 스위스 연방대법원(Bundesgericht)은 스포츠 중재합의의 유효성과 관련해 중재친화적 태도를 보이고 있다. CAS와 같이 독립성과 중립성을 갖춘 전문법원을 통한 신속한 분쟁의 해결을 촉진하려는 확실한 호의(ein gewisses Wohlwollen)와 목적으로 하여금 중재합의의 유효성을 검토하며, 스포츠단체와 그 구성원사이에 체결된 중재합의의 효력을 긍정하고 있다, BGE 138 III 29, E. 2.2 f.; BGE 134 III 565, 567; BGE 133 III 235, 245; BGer (28.5.2018) 4A_314/2017, E. 2.2.2; BGer (9.1.2009) 4A_460/2008, E. 6; BGer (18.4.2011) 4A_640/2011, E. 3.3; 독일 스피드 스케이팅 선수 Claudia Pechstein 사건에서 독일 뮌헨 지방법원(Landgericht München I) 및 고등법원(Oberlandesgericht München)은 Pechstein과 국제빙상연맹사이에 체결된 중재합의의 유효성을 부정하였다. 그러나 이전 심급과 달리 독일 연방대법원(Bundesgerichtshof)은 CAS의 독립성과 중립성을 긍정하였고 CAS의 중재판정은 스포츠단체와 선수의 모두의 이익에 놓인다고 하면서 중재합의가 유효하다고 판시하였다, 이에 대하여 남기연·유소미, 앞의 논문, pp. 28 참조; 한편 2020년 10월 7일 독일 프랑크푸르트 지방법원(Landgericht Frankfurt am Main)은 원고(독일 비치발리볼 여자 선수 2인)들이 서명한 국가대표선수계약과 선수계약을 피고(독일배구협회)측에서 제시한 일반 약관(Allgemeine Geschäftsbedingungen)으로 보아 그 안에 포함된 중재합의는 (중재기관을 명시하지는 않음) 선수의 자발적인 의사에 근거해 체결된 것으로 볼 수 없으므로 무효라고 판시하였다, LG Frankfurt a. M. Urteil vom 07.10.2020 - 2-06 O 457/19, Rn. 17 ff., 이 판결에 대하여 Hessert, Björn, “Schiedsklauseln: Die Notwendigkeit eines sachgerechten Ausgleichs”, Causa Sport 2020, pp. 490 참조.

체적 준거법 지정에 있어 그 범위와 한계에 대하여 고찰하고자 한다. 이를 위해 중재법 및 국제사법, 국제상사중재분야의 중재규칙을 비롯해 기존의 국제중재제도의 근간을 이루고 있는 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 ‘뉴욕협약’) 등의 해석을 살펴본다. 특히 여타 다른 중재분야에 비해 특수성을 지닌 국제스포츠중재 즉 CAS 중재규칙의 강행적 적용 여부 및 실제적 준거법의 지정에 있어 당사자 자치가 어느 정도로 허용 또는 제한되는지 검토하고자 한다.

II. 중재절차법 선택에 있어 당사자 자치의 제한

1. 중재절차법 선택의 자유

중재절차의 준거법(*lex arbitri*)은 중재와 이를 진행하기 위한 절차를 규율하는 법 즉 중재를 행하는 형식과 방법에 적용되는 법을 의미한다. 중재의 준거법 선택에 있어 당사자 자치의 원칙이 적용되기 위해서 당사자의 합의가 반드시 명시적으로 이루어질 필요는 없다. 즉 묵시적 합의도 가능하다. 다만, 당사자의 명시적 합의와 달리 묵시적 합의는 계약의 내용 또는 사건의 상황 등으로부터 충분한 확실성이 전제되어야 유효한 것으로 인정된다.⁹⁾ 우리나라 국제사법 제25조 제1항도 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다. 다만, 묵시적인 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다.”고 규정하고 있다.

당사자 자치의 원칙은 거의 모든 입법에서 명시적으로 규정하고 있다. UNCITRAL 모델중재법¹⁰⁾ 제19조(중재절차규칙의 결정) 제1항은 “이 법의 규정에 따라 당사자는 중재판정부가 중재절차를 진행할 때 지켜야할 절차규칙에 관하여 자유로이 합의할 수 있다.”, 마찬가지로 중재법 제20조 제1항은 “이 법의 강행규정에 반하는 경우를 제외하고는 당사자들은 중재절차에 관하여 합의할 수 있다”고 규정하여 당사자 자치에 우위를 두고 있다.¹¹⁾

9) Berger, Bernhard and Kellerhals, Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Stämpfli, 2015, paras. 1097 and 1387.

10) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

11) ICC 중재규칙 제19조 참조; 외국중재판정에 있어서는 뉴욕협약 제5조 제1항 라호가 “중재절차가 당사자 간의 합의와 합치하지 아니하거나, 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재를 행하는 국가의 법령에 합치하지 아니하는 경우”에 판정의 승인과 집행이 거부될 수 있음을 규정하면서 당사자의 합의를 우선시 하고 있다; 그런데 UNCITRAL 모델중재법을 수용한 입법들이 자국의 영토 내에서 행해지는 중재에 대하여 자국의 중재법을 강행적으로 적용하도록 하는 영토주의(중재법 제2조 제1항)를 채택하면서, 당사자들이 합의로 하여금 중재법의 강행규정을 배제하지 못하도록 하고 있다. 이와 관련해 중재법 제20조 제1항이 중재절차의 준

한국과 달리 UNCITRAL 모델중재법을 (명시적으로) 수용하지는 않았지만 스위스 국제사법 제182조 제1항 역시 “당사자들은 직접 또는 다른 중재절차규칙을 지시함으로써 중재 절차를 규정할 수 있다; 당사자들은 중재절차를 그들이 선택한 절차법에 의할 수도 있다”고 규정하여 당사자 자치를 명시하고 있다.

당사자는 중재절차의 형식 및 방법과 관련하여 각 사안마다 개별적으로 합의할 수 있는 자유, 중재지법과 다른 국가의 절차법을 선택할 자유, 특정 중재기관의 절차규칙에 합의할 수 있는 자유 및 선택한 절차규칙을 강행규정에 반하지 않는 범위 내에서 변경하거나 보충할 수 있는 자유도 갖는다.¹²⁾ 따라서 중재절차의 준거법 선택의 자유가 무제한적으로 허용되는 것은 아니며 중재지법의 강행규정이나 국제적 공서에 의해 제한될 수 있다. 스위스 국제사법의 경우 제190조 제2항¹³⁾에 절차적 보장 혹은 공서위반으로 인한 중재판정의 취소사유를 규정하고 있다. 이를테면, 중재판정부는 당사자들이 선택한 절차에 관계없이 당사자의 동등한 대우 및 법적 청문권을 보장해야하며(동법 제182조 제3항)¹⁴⁾, 이러한 원칙이 준수되지 않은 경우 제190조 제2항 d호에 의거 중재판정은 취소될 수 있다.

그 밖에 선택할 법체계나 절차규칙이 국제거래계약 내지 상인 간의 당사계약이어야 한다는 등의 거래의 성질 혹은 그 관련성으로 인해 당사자 자치가 제한될 수 있다.¹⁵⁾ CAS 중재규칙은 당사자들이 스포츠 관련 분쟁을 CAS에 회부하기로 하는 유효한 중재합의가 있는 경우 적용되며(CAS 중재규칙 R27조), 분쟁이 스포츠 관련성을 결여하였을 때 CAS는 해당 사건을 거절할 수 있는 재량권이 있다.

그렇다면 당사자가 특정 중재기관의 관할에 합의하여 동 기관의 중재규칙에 따라야 하는 상황에서, 중재절차법 지정을 비롯해 중재절차에 관한 사항을 합의할 수 있는 자유가 어느 정도로 허용되는지 논의가 필요하다.

중재규칙은 두 가지 형식으로 존재한다. UNCITRAL 중재규칙과 같이 중재기관의 존재

거법 결정에 있어 당사자 자치의 원칙을 명시적으로 규정한 것으로 보는 견해와, 이강빈, “상사중재에 있어서 당사자자치의 역할”, 『중재연구』 제19권 제2호, 한국중재학회, 2009. 8, p. 6; 손경환, “중재 자치와 중재의 준거법”, 『국제사법연구』 제17권, 한국국제사법학회, 2011. 12, p. 418, 당사자의 중재절차법 지정의 자유는 부인된다고 해석하는 견해가 있다, 석광현, 『국제상사중재법연구』 제1권, 박영사, 2007, p. 41; 오석웅, “국제중재절차법과 당사자자치의 원칙 - 우리나라 중재법의 해석을 중심으로 -”, 『국제사법연구』 제17권, 한국국제사법학회, 2011. 12, p. 465.

12) Göksu, Tarkan, Schiedsgerichtsbarkeit, Dike Verlag AG, 2014, Rn. 1333; 오석웅, “국제상사중재판정의 준거법선택에 있어서 당사자자치의 원칙 - 당사자에 의한 lex mercatoria의 선택과 준거법 분할지정의 가능성부를 중심으로 -”, 『중재연구』 제17권 제1호, 한국중재학회, 2007, pp. 123 참조.

13) 스위스 국제사법 제190조 제2항에 의하면 중재판정은 다음의 경우에 한해 취소될 수 있다. a. 단독중재인이 규정에 반하여 임명되었거나 중재판정부가 규정에 반하여 구성된 경우, b. 중재판정부가 부당하게 관할이 있다거나 또는 없다고 판단한 경우, c. 중재판정부가 제기되지 아니한 쟁점을 판정했거나 권리의 청구를 판정하지 아니한 경우, d. 당사자의 동등대우의 원칙 또는 법적 청문의 원칙이 침해된 경우, e. 판정이 공서와 합치되지 않는 경우.

14) 중재법 제19조, UNCITRAL 모델중재법 제18조 등.

15) 윤종진, “국제상사중재의 준거법에 관한 고찰”, 『해사법연구』 제7권 제2호, 한국해사법학회, 1995. 12, p. 200.

를 전제로 하지 않는 것과, CAS 중재규칙과 같이 중재기관에 의해 작성되고 해당 기관중재의 기반을 형성하는 중재규칙이 있다. CAS 중재규칙은 당사자들이 이를 중재절차법으로 지정한 경우 CAS가 분쟁에 대해 관할할 권한이 있는지 여부와 관계없이 적용될 수 있다. 그러나 당사자들이 CAS의 관할에 합의한 경우라면 CAS 중재규칙은 언제나 적용된다.¹⁶⁾ 여기서 당사자 자치와 관련해, CAS 중재규칙의 적용을 당사자의 합의로 배제하고 다른 중재규칙을 선택하거나 CAS 중재규칙을 변경 또는 보충할 수 있는 자유가 허용되는지가 문제이다.

2. CAS 중재규칙과 당사자 자치의 제한

(1) CAS 중재규칙의 적용

CAS 중재규칙은 스포츠의 특성(국제성, 분쟁해결의 신속성, 통일된 규칙의 적용 등)을 포괄적으로 고려하여 특별히 CAS의 중재절차를 위해 제정되었다. CAS 중재규칙 R27조 1항17)에 의하면 당사자가 스포츠 관련 분쟁을 CAS에서 해결하기로 합의한 경우 동 규칙이 적용된다. 이러한 지시는 일반중재의 경우 계약 또는 규정에 포함된 중재조항이나 사후 중재합의에 의해 발생할 수 있다. 항소중재의 경우 연맹이나 스포츠단체의 정관 내지 규정이 해당 단체의 결정에 대하여 CAS에 항소할 수 있도록 하거나¹⁸⁾ 당사자가 이를 별도로 합의한 경우 CAS는 관할을 갖는다.

중재합의(arbitration agreement, Schiedsvereinbarung)¹⁹⁾는 중재의 준거법 지정을 포함하는 중재절차에 관한 합의(procedural agreement, Verfahrensvereinbarung)와 구별된다. 그러나 이러한 구별은 CAS 중재규칙과 관련해서는 실질적으로 중요하지 않다. CAS를 관할로 하는 중재합의로 하여금 CAS 중재규칙이 자동적으로 적용되기 때문이다. 즉 CAS에 대한 중재합의가 CAS 중재규칙에 따르겠다는 별도의 내용을 규정하고 있지 않더라도 이러한 취지의 합의가 포함되어 있는 결과를 낳게 된다.

16) Noth, Michael and Haas, Ulrich, in: Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland*, Vol. II, Wolters Kluwer, 2018, Chapter 15, The CAS Procedural Rules, Art. R27, para. 4.

17) Art. R27(1) CAS Code “These Procedural Rules apply whenever the parties have agreed to refer a sports-related dispute to CAS. Such reference may arise out of an arbitration clause contained in a contract or regulations or by reason of a later arbitration agreement (ordinary arbitration proceedings) or may involve an appeal against a decision rendered by a federation, association or sports-related body where the statutes or regulations of such bodies, or a specific agreement provide for an appeal to CAS (appeal arbitration proceedings).”

18) 예를 들어 대한체육회 정관 제60조 제2항, FIFA 정관(FIFA Statutes) 제57조 제1항.

19) 중재법 제3조 제2호에 의하면 “중재합의”란 계약상의 분쟁인지 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 앞으로 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말한다; 중재합의는 일반적으로 서면성이 요구된다(중재법 제8조 제2항, 스위스 국제사법 제178조 제1항, UNCITRAL 모델중재법 제7조 제2항, 뉴욕협약 제2조 제1항 등).

(2) 다른 중재절차법의 적용

스위스 국제사법 제182조 제1항은 중재절차법 지정에 있어 매우 자유로운 접근방식을 채택하였다. 앞서 언급했듯이 당사자는 중재절차를 직접 규정할 수 있고, 국가 법원의 재판에 적용되는 절차법뿐만이 아니라 중재법원의 특정한 절차규칙 역시 선택할 수 있다. 즉 중재기관의 절차규칙은 법률이 허용하는 당사자의 (법률적) 합의를 의미하며 반드시 명시적으로 이루어질 필요는 없다. 따라서 CAS를 관할로 하는 중재합의가 유효한 이상, 당사자는 CAS 중재규칙 R27조가 규정하고 있는 동 규칙의 적용에 묵시적으로 합의한 것으로 보아야 할 것이다.

나아가 국가 법원의 재판에 적용되는 절차법의 경우 중재의 특수성을 고려하지 않거나 중재에 적용될 수 없는 조항을 포함할 수 있기 때문에, CAS의 중재절차에 적합하지 않은 법의 적용으로 하여금 그 진행에 중대한 차질이 발생할 수 있다. 이러한 이유로 CAS 중재규칙 R27조는 CAS를 관할로 하는 유효한 중재합의가 있는 경우 동 규칙의 적용을 명시적으로 규정하고 있다.

결과적으로 CAS의 관할에 대한 유효한 중재합의가 있음에도 다른 절차규칙을 선택할 수 있는 자유는 부정되어야 할 것이다. 또한 CAS 중재규칙은 스포츠분쟁의 특수성뿐만이 아니라 중재절차에 관해 합의할 수 있는 당사자 자치를 고려하여 매우 유연하게 제정되었기 때문에 다른 중재규칙을 선택할 수 있는 가능성은 그 실익이 크지 않다.²⁰⁾

(3) 중재규칙을 변경할 수 있는 당사자 자치

당사자들은 그들이 선택한 절차규칙을 변경하거나 보충할 수 있다. 중재판정부는 원칙적으로 중재절차와 관련된 당사자의 합의를 준수해야 한다. 다만 이러한 당사자 자치가 무제한적으로 허용되는 것은 아니며 중재지법의 강행규정에 의해 제한될 수 있다.²¹⁾ 스위스 국제사법 제182조 제3항은 절차법적 최소 기준의 의미 내에서²²⁾ 중재판정부가 당사자들이 선택한 절차에 관계없이 당사자의 동등한 대우 및 법적 청문권을 보장해야함을 규정하고 있다.²³⁾ 따라서 동 조의 절차적 원칙으로 인해 중재절차의 형식과 방법에 관해 합의할 수 있는 당사자 자치는 크게 두 가지 측면에서 제약이 따른다. 첫째로 절차적 원칙과 모순되는 당사자들의 규정은 고려되지 않는다(또는 절차적 원칙이 준수될 수 있는 방식으로 적용된다). 두 번째는 당사자들이 규정한 것이 없더라도 절차적 원칙은 적용된다.²⁴⁾

20) Mavromati, Despina and Reeb, Matthieu, *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2015, Art. R27, para. 8.

21) 중재법 제20조 제1항.

22) Oetiker, Christian, *Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, Müller-Chen/Lüchinger (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien AG, 2018, Art. 182, Rn. 30.*

23) UNCITRAL 모델중재법 제18조, 중재법 제19조.

24) Oetiker, Christian, *Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, Müller-Chen/Lüchinger (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien AG, 2018, Art. 182, Rn. 30.*

스위스 국제사법 제182조 제3항에 따른 절차법적 최소기준은 강행적 성격을 갖는다. 따라서 당사자가 사전에 이러한 절차적 보장(Verfahrensgarantien)을 일반적으로 포기하는 인정될 수 없다. 그러나 당사자들이 계약상 절차적 보장에 관해 합의할 수 있다는 것이 배제되는 것은 아니기 때문에 이로 인해 어느 정도의 범위 내에서 제한이 따를 수 있다. 즉 당사자가 그 결과에 대해 인식하고 있는 한, 특정한 사안에 대한 선택적 포기는 가능하다.²⁵⁾ 예컨대 당사자는 중재판정부가 제출된 문서에 근거해 판정할 것을 합의할 수 있으며, 이 경우 증인의 청문이 행해지지 않더라도 법적 청문권의 침해로 간주되지 않는다. 다만 이러한 방식으로 당사자의 동등한 대우 및 법적 청문에 대한 권리가 완전히 배제되거나 본질적으로 제한될 수는 없다.²⁶⁾

CAS 중재규칙 내 특정 규정의 적용을 배제하거나 변경 또는 보충할 수 있는 당사자 자치는 원칙적으로는 긍정된다. 다만 이는 CAS 중재규칙이 해당되는 당사자 자치를 명시적으로 규정하고 있는 경우로 한정된다. 예컨대 동 규칙 R29조 1항에 의하면 CAS의 통용 언어는 프랑스어, 영어, 스페인어이며, 이에 대한 당사자의 합의가 없는 경우 중재판정부의 의장 또는 (의장의 임명 전에는) 관련 부의 장(President of the relevant Division)이 통용 언어 중 하나의 언어를 결정한다. 당사자는 통용 언어 이외의 하나의 언어가 선정되도록 요구할 수 있지만, 이 경우 중재판정부와 CAS 사무국(CAS Court Office)의 동의가 필요하다(동조 2항). 또한 R49조는 연맹, 협회 또는 관련 스포츠단체의 정관 내지 규정 또는 이전의 합의에 정해진 기한이 없는 경우, 항소기한은 항소하려는 결정을 받은 날로부터 21일이다. 당사자 자치를 명시적으로 규정하고 있지 않은 다른 모든 경우에는 CAS 중재규칙 내 강행규정과 임의규정이 구별되어야 한다.

CAS 중재규칙 내 강행규정(mandatory CAS rules)이란 자체 중재 시스템 구축의 근거가 되는 규정을 말하며, 당사자는 그 적용을 배제할 수 없다.²⁷⁾ 이와 관련해 CAS는 스포츠 분쟁에 대한 최고심급기관으로, 그 무결성과 고유의 지위를 유지하기 위해 해당 규정이 변경 없이 적용되어야 할 정당한 이익이 있다.²⁸⁾ 특히 후자의 경우, 예컨대 중재판정부는 1인 또는 3인으로 구성되어야 하는 것(R40.1조 및 R50조), 중재인은 CAS에 의해 작성된 중재인 리스트(CAS list of arbitrators)에서 임명되어야 하는 것, CAS의 중재는 중재지를 스위스 로잔(Lausanne)으로 하는 것(R28조), 중재비용에 관한 규정(R64조 및 R65조), CAS 사무총장(Director General)에 의한 중재판정의 검토(R59조 2항), 통용 언어(R29조 1항) 등

25) Berger, Bernhard and Kellerhals, Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Stämpfli, 2015, para. 1128.

26) Oetiker, Christian, *Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II, Müller-Chen/Lüchinger (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien AG, 2018, Art. 182, Rn. 31.*

27) CAS 2012/A/2943, *Bulgarian Chess Federation v. FIDE*, Award of 8 April 2013, para. 8.38.

28) Beloff, Michael and Netze, Stehphan and Haas, Ulrich and Hessert, Björn and Koller Trunz, Mirjam, in: Lewis/Taylor (eds.), *Sport: Law and Practice*, Bloomsbury Professional, 2021, para. D2.73.

은 강행규정이다.²⁹⁾ 당사자는 그들의 분쟁을 CAS를 통해 해결할 것에 합의한 이상 이러한 강행규정의 적용을 배제할 수 없다.

그런데 CAS 중재규칙의 특정한 규정이 개개의 경우에 있어 강행적 성격을 지니는지 판단하는 것이 쉽지 않을 수 있다. 본질적으로, CAS가 중재재판소로서의 기능을 발휘하기 위한 관련 규정은 강행규정으로 보아야 할 것이다. 예컨대 CAS 중재판정부는 항소중재절차에서 반소(counterclaim)의 ‘금지(prohibition)’³⁰⁾는 강행규정이기 때문에 당사자는 이와 달리 할 수 없다고 하였다.³¹⁾

그렇다면 당사자가 CAS 중재규칙의 강행규정들을 변경하거나 이와 달리 했을 때 어떤 결과가 초래되는지, 특히 누가 이에 대해 결정할 권한이 있는지가 문제이다. 이와 관련해 스위스 법률상의 학설에 의하면, 중재기관의 기본규칙과 상이한 당사자의 합의 즉 변경된 규칙이 무효가 되는 것은 아니지만 중재재판소는 중재절차법이 해당 중재기관의 중재규칙에서 크게 벗어나는 경우 중재절차의 진행을 거부할 수 있는 재량권이 있다.³²⁾ 이는 당사자가 그들의 분쟁을 CAS에 회부할 때 CAS 중재규칙이 적용된다는 R27조로 귀결된다.

결과적으로 CAS의 관점에서 강행규정으로 간주되지 않는 규정을 당사자가 달리 합의했다면 이는 원칙적으로 중재판정부를 구속하는 유효한 합의라고 보아야 할 것이다. 다만 CAS 중재판정부는 CAS 중재규칙과 상이한 당사자의 합의를 그 내용이 명확하고 모호하지 않을 때에만 수락하는 경향이 있다.³³⁾ 나아가 중재판정부는 당사자 사이의 협상력이 동등하지 않을 때에는, 당사자의 이익이 적절한 방식으로 균형을 이루는 경우에만 중재절차에 관한 합의를 구속력 있는 것으로 인정해야 할 것이다.³⁴⁾ 그렇지 않은 (CAS 중재규칙에서 벗어난) 당사자의 합의³⁵⁾는 무효가 될 수 있으며, 이는 합의가 어떻게 성립되었는지 사법상의 관점에서 이를 정당화 할 수 있는 근거가 있는지 여부에 따라 판단되어야 한다.³⁶⁾

29) Noth, Michael and Haas, Ulrich, in: Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland*, Vol. II, Wolters Kluwer, 2018, Chapter 15, The CAS Procedural Rules, Art. R27, para. 4.

30) 일반중재절차에서의 반소는 허용된다, CAS 중재규칙 R39조 참조.

31) CAS 2012/A/3031, *Katucha Management SA v. UCI*, Award of 15 February 2013, para. 64, referring to CAS 2010/A/2101, paras. 75-82; 예외적으로 세계도핑방지규약(World Anti-Doping Code, WADA Code) 제 13.2.4조에 의하면 CAS의 도핑 징계 절차에 있어 반대항소(cross appeals) 및 기타 추가항소(subsequent appeals)는 특별히 허용된다.

32) Kaufmann-Kohler, Gabrielle and Rigozzi, Antonio, *Arbitrage international: droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2010, paras. 534 et seq.; Noth, Michael and Haas, Ulrich, in: Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland*, Vol. II, Wolters Kluwer, 2018, Chapter 15, The CAS Procedural Rules, Art. R27, para. 5.

33) Rigozzi, Antonio, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, paras. 1089 et seq.

34) CAS 2012/A/2943, *Bulgarian Chess Federation v. FIDE*, Award of 8 April 2013, paras. 8.40 et seq.

35) 예컨대 (스포츠단체의 정관 및 규약에 규정된) 매우 짧은 항소기한, 스포츠단체의 결정에 항소하는 구성원에게 제3자 자금제공(third-party funding)을 공개해야 한다는 일방적인 의무가 부과되는 경우 또는 그들의 재정적 상황에 관계없이 중재비용을 위한 담보의 제공이 요구되는 경우 등.

36) BGE (22.03.2007) 133 III 235, 242 f.; CAS 2009/A/1782, *Volandri v. ITF*, Award of 12 May 2009, para. 70; CAS 2012/A/2943, *Bulgarian Chess Federation v. FIDE*, Award of 8 April 2013, para. 8.43; Beloff, Michael and Netzle, Stehphan and Haas, Ulrich and Hessert, Björn and Koller Trunz, Mirjam, in: Lewis/Taylor (eds.), *Sport: Law and Practice*, Bloomsbury Professional, 2021, para. D2.74.

Ⅲ. 실체적 준거법 선택에 있어 당사자 자치의 제한

1. 실체적 준거법 선택의 자유

중재의 실체적 준거법이란 중재판정부가 중재의 대상인 분쟁의 실체에 적용할 법 내지 규범이다. 실체적 준거법은 당사자들이 자유롭게 지정할 수 있으며, 이는 국제적으로 승인된 원칙이다.³⁷⁾ UNCITRAL 모델중재법 제28조 제1항은 “중재판정부는 당사자들이 분쟁의 분안에 적용하려고 선택한 법규에 따라 판정을 하여야 한다. ...”, 동조 제2항은 “당사자들에 의한 준거법의 지정이 없는 경우에는 중재판정부는 중재판정부가 적용가능하다고 보는 국제사법 규정에 따라 결정되는 법을 적용한다”고 규정함으로써 실체적 준거법 지정에 있어 당사자 자치에 우위를 두고 있다. 중재법 제29조 제1항 역시 “중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다. 특정 국가의 법 또는 법체계가 지정된 경우와 달리 명시된 것이 없으면 그 국가의 국제사법이 아닌 분쟁의 실체에 적용될 법을 지정한 것으로 본다”, 동조 제2항은 “제1항의 지정이 없는 경우 중재판정부는 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여야 한다”고 규정하고 있다. 마찬가지로 스위스 국제사법 제187조 제1항³⁸⁾은 “중재판정부는 당사자들이 선택한 법규에 따라 또는 이러한 법의 선택이 없는 경우 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 법에 따라 판정을 내린다”라고 규정하여 당사자의 실체적 준거법 선택의 자유를 명시하고 있다.

준거법 선택의 자유는 국가 법원에 의한 재판에서는 제한되는데 반해, 중재의 경우 일반적으로 ‘초국적 법(transnational law, transnationales Recht)’의 선택도 허용된다. 따라서 당사자들은 분쟁의 실체에 적용되는 법으로서 ‘법(law, Recht)’뿐만 아니라 ‘법규(rules of law, Rechtsregel)’, 즉 법의 일반원칙(general principles of law, allgemeine Rechtsgrundsätze)’ 혹은 상관습법(lex mercatoria) 등을 지정할 수 있다.³⁹⁾ 국제상사중재의 경우 상관습법(lex mercatoria)은 일반적으로 유효하고 구속력 있는 준거규범으로 인정되고 있으며, 하나의

37) 스위스 국제사법 제187조 제1항, ICC 중재규칙 제21조 제1항, 대한상사중재원 국제중재규칙 제29조 제1항, CAS 중재규칙 R45조 등.

38) Art. 187 Abs. 1 IPRG “Das Schiedsgericht entscheidet die Streitsache nach den von den Parteien gewählten Rechtsregeln oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach den Rechtsregeln, mit denen die Streitsache am engsten zusammenhängt.”; 2020년 12월까지 시행되었던 스위스 국제사법 제187조 제1항 프랑스어 버전에서는 당사자들이 선택한 ‘법규(règles de droit)’, 독일어 버전에서는 당사자들이 선택한 ‘법(Recht)’이라고 규정하고 있었다. 2021년 1월 동법이 개정되면서 독일어 버전 역시 당사자들이 선택한 ‘법규(Rechtsregel)’라 규정하고 있다.

39) 홍성규, “국제상사중재에서 UNIDROIT원칙의 적용사례 분석”, 『중재연구』 제21권 제1호, 한국중재학회, 2011. 3, p. 132 참조.

법원(法源)을 형성해 나가고 있다.⁴⁰⁾ 국제스포츠중재에서는 상관습법(*lex mercatoria*)과 유사한 이른바 스포츠법(*lex sportiva*)⁴¹⁾이 실제적 준거법으로서 적용되고 있다. 나아가 당사자는 중재판정부가 형평과 선(衡平과 善, *ex aequo et bono*)에 따라 판정을 내릴 수 있는 권한을 부여할 수도 있다.⁴²⁾

2. CAS 중재절차의 실제적 준거법과 당사자 자치의 제한

(1) 실제적 준거법 지정의 방식

일반중재절차에 있어 CAS 중재규칙 R45조에 의하면 중재판정부는 당사자들이 선택한 법규(*rules of law*)에 따라서, 또는 그러한 선택이 없는 경우 스위스 법에 따라 판정을 내려야 한다. 당사자들은 중재판정부가 형평과 선(*ex aequo et bono*)에 따라 판정을 내릴 수 있는 권한을 부여할 수도 있다. 즉 당사자들은 분쟁의 본안에 적용되는 실제적 준거법을 자유롭게 선택할 수 있다.

이와 달리 항소중재절차에 있어 CAS 중재규칙 R58조⁴³⁾에 의하면 중재판정부는 우선적으로 적용 가능한 스포츠단체의 규정에 따라, 그리고 보조적으로 당사자들이 선택한 법규에 따라, 또는 그러한 선택이 없는 경우 이의가 제기되는 결정을 내린 연맹, 협회 내지 스포츠단체가 위치하고 있는 국가의 법, 또는 중재판정부가 적절하다고 여기는 법규에 따라 판정을 내려야 한다. 규정대로라면 스포츠단체의 규정에 우위가 주어지고 당사자들은 우선적으로 적용 가능한 실제적 준거법을 직접 선택할 수 없다. 즉 법의 선택이 강요되는 결과를 낳게 된다. 이는 중재에서는 일반적이지 않으며, 당사자의 실제적 준거법 선택의 자유를 규정하고 있는 스위스 국제사법 제187조 제1항과의 충돌 가능성도 있다.⁴⁴⁾

40) Berger, Bernhard, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Grolimund/Loacker/Schnyder (Hrsg.), Helbing Lichtenbahn Verlag, 2021, Art. 187, Rn. 71; Pfeiffer, Thomas, in: Salger/Trittmann (Hrsg.), Internationale Schiedsverfahren, Praxishandbuch, Verlag C.H. Beck, 2019, §15, Rn. 37.

41) 스포츠법(*lex sportiva*)을 어떻게 정의할 것인지 또한 스위스 국제사법 제187조 제1항의 의미 내에서 실제적 준거법으로서 적용될 수 있는지는 여전히 논쟁의 여지가 있다. 이에 대하여 CAS 중재판정부의 견해 역시 일치하는 것은 아니지만, 대부분의 중재판정에서 스포츠법(*lex sportiva*)의 존재와 그 적용 여부를 긍정하고 있다. 이에 대하여는 자세히 후술한다.

42) 중재법 제29조 제3항, 스위스 국제사법 제187조 제2항, ICC 중재규칙 제21조 제3항, UNCITRAL 모델중재법 제28조 제3항, CAS 중재규칙 R45조 등.

43) Art. R58 CAS Code “The Panel shall decide the dispute according to the applicable regulations and, subsidiarily, to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to the law of the country in which the federation, association or sports-related body which has issued the challenged decision is domiciled or according to the rules of law the Panel deems appropriate. In the latter case, the Panel shall give reasons for its decision.”

44) 중재판정부가 잘못된 실제적 준거법을 적용했다는 것 자체는 중재판정의 취소사유가 아니다. 다만 예외적으로 중재판정부에 의한 실제적 준거법의 결정이 당사자의 법적 청문권의 침해를 수반하거나(스위스 국제사법 제190조 제2항 d호) 공서와 합치되지 않는 결과를 초래하는 경우(스위스 국제사법 제190조 제2항 e호)에는 가능하다, Mavromati, Despina and Reeb, Matthieu, The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials, Wolters Kluwer, 2015, Art. R58, paras. 137-141 참조.

이러한 관점에서 항소중재절차의 실체적 준거법 지정과 관련해 다음의 두 가지 사항이 논의되어야 한다. 첫째로 당사자들이 그들의 계약(예컨대 근로계약, 선수 이적 계약 등)에 명시적으로 실체적 준거법을 선택했다면 중재판정부는 어떠한 법규에 따라서 판정을 내려야 하는지가 문제이다. 두 번째로는 스위스 국제사법 제187조 제1항에 규정된 ‘법규(rules of law, Rechtsregel)’로서의 요건이다. 이와 관련해 스포츠단체의 규정과 스포츠법(*lex sportiva*)이 유효한 실체적 준거법으로서 적용될 수 있는지 여부이다.

(2) 명시적·묵시적 법의 선택의 우위성

당사자들은 CAS를 관할로 하는 중재합의의 체결로 하여금 CAS 중재규칙과 이에 포함된 R58조의 적용 즉 동 조에 규정된 실체적 준거법에 묵시적으로 합의하게 된다. 그런데 스위스 내 지배적인 견해에 의하면 스위스 국제사법 제187조 제1항은 명시적 법의 선택에 우위를 부여한다.⁴⁵⁾ 따라서 CAS 중재규칙 R58조에 포함된 묵시적 (혹은 간접적) 법의 선택과 당사자들의 명시적 법의 선택이 동시에 존재하는 경우 이들 중 어느 것이 우선시되어야 하는지 논의가 필요하다.

이에 대하여 CAS의 중재판정이 일치하는 것은 아니지만⁴⁶⁾ 지배적인 견해에 의하면, 당사자는 CAS에 항소하여 CAS의 중재규칙에 합의하게 되고 이를 통해 R58조에 규정된 실체적 준거법을 묵시적으로 선택하게 되며 이러한 나중의 합의는 당사자의 실체적 준거법에 대한 이전의 (명시적) 합의보다 우선하게 된다고 한다.⁴⁷⁾ 이는 국제스포츠의 특성에 기인한 것이다. 각 종목별 스포츠단체는 국제적으로 조직되어 있고 이들의 구속력 있는 경기규칙 및 규정들이 그 구성원이나 경기에 참가하는 선수들에게 동일하게 적용되어야 이들의 성과를 비교하고 공정하게 평가할 수 있기 때문이다. 이는 단체와 선수사이에 발생하는 분쟁을 판단함에 있어서도 마찬가지이다. 각 사안마다 다양한 실체적 준거법이 적용되어 동일행위에 대해 상이한 결과가 초래된다면 스포츠의 핵심가치인 공정성은 보장될 수 없다.⁴⁸⁾ 예를 들어 같은 경기에 참가하는 두 선수가 동일한 금지약물을 복용하였고 도핑(doping)으로 인한 징계처분에 불복해 CAS에 항소한 사안에서, 상이한 실체적 준거법의 적용으로 하여금 한 선수에게는 출전금지가 한 선수에게는 출전이 허용된다면 이는 기회

45) Berger, Bernhard, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Grolimund/Loacker/Schnyder (Hrsg.), Helbing Lichtenbahn Verlag, 2021, Art. 187, Rn. 81; Rigozzi, Antonio and Erika, Hasler, in: Arroyo (ed.), Arbitration in Switzerland, Vol. II, Wolters Kluwer, 2018, Chapter 15, The CAS Procedural Rules, Art. R58, para. 13; Mavromati, Despina and Reeb, Matthieu, The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials, Wolters Kluwer, 2015, Art. R58, para. 101.

46) CAS 중재판정부의 다양한 견해에 대하여 Haas, Ulrich, “Die Rechtsprechung des CAS zur Vertragsstabilität im Verhältnis zwischen Fussballspielern und Klubs”, Causa Sport 2008, pp. 238 참조.

47) CAS 2006/A/1180, Galatasaray SK v. Frank Ribéry & Olympique de Marseille, Award of 24 April 2007, para. 11.

48) CAS 2006/A/1180, Galatasaray SK v. Frank Ribéry & Olympique de Marseille, Award of 24 April 2007, para. 12 참조.

균등의 원칙에 위배된다.

명시적 법의 선택이 묵시적 법의 선택에 우선하는 근거로 스위스 법률상의 학설에 의하면, 당사자의 명시적 법의 선택은 보다 명확하기 때문에 중재규칙 내 준거법 규정 보다 우선하게 되며, 이러한 충돌은 실제로 대부분의 중재규칙이 준거법 선택을 위한 당사자 자치를 제한하고 있지 않기 때문에 거의 발생하지 않는다고 한다.⁴⁹⁾ 그렇다면 R58조가 준거법 선택을 위한 당사자 자치를 제한하려는 것인지가 문제이다.

앞서 언급했듯이 당사자들이 CAS의 분쟁해결절차를 선택한 이상, CAS 중재규칙과 달리 합의 할 수 있는 자유는 각 사안마다 동 규칙에 규정된 당사자 자치의 범위로 한정된다. R58조는 단지 ‘보조적’으로 당사자들이 선택한 법규가 적용된다고 명시적으로 규정하고 있기 때문에 우선적으로 적용 가능한 실체적 준거법을 선택할 수 있는 자유를 제한하고 있다고 보아야 할 것이다.⁵⁰⁾ 즉 당사자의 의사 혹은 명시적 법의 선택과 관계없이 스포츠 단체의 규정이 우선적으로 적용되어야 한다.

그렇다면 R58조가 강행규정인지 즉 당사자가 동조의 적용을 배제하거나 달리 합의 할 수 있는지 논의가 필요하다. 이와 관련해 CAS의 중재판정에 의하면⁵¹⁾ “R58조는 중재판 정부가 본안에 적용되는 실체적 법규/법을 어떻게 결정해야 하는지를 나타낸다. 동 조는 ‘적용 가능한 스포츠단체의 규정’이 단지 보조적으로만 적용되는 ‘당사자가 선택한 법규’에 우선한다는 것을 인정한다. R58조는 어떠한 (규칙에서의) 일탈도 허용하고 있지 않고 해당 스포츠단체의 규정에 따라 판정해야 할 중재판정부의 의무를 포함하는 규범의 서열을 규정한다. 스포츠단체의 규범에 흠결이 있는 경우 ‘당사자가 선택한 법규’가 이를 보충한다”라고 하였다.⁵²⁾ 즉 R58조는 변경 없이 적용되어야 하는 강행규정이다. 이러한 관점에서 항소중재절차에 있어 당사자의 실체적 준거법 선택의 자유는 상사중재와 비교했을 때 보다 더 제한된다.

49) Berger, Bernhard, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Grolimund/Loacker/Schnyder (Hrsg.), Helbing Lichtenbahn Verlag, 2021, Art. 187, Rn. 81.

50) Haas, Ulrich, “Applicable law in football-related disputes - The relationship between the CAS Code, the FIFA Statutes and the agreement of the parties on the application of national law -”, CAS Bulletin 2/2015, p. 12.

51) CAS 2014/A/3527, Football Federation of Kazakhstan (FFK) v. Oliver Pelzer, Award of 31 July 2015, para. 57: “Article R58 of the Code indicates how the Panel must determine which substantive rules/laws are to be applied to the merits of the dispute. This provision recognizes the pre-eminence of the “applicable regulations” to the “rules of law chosen by the parties”, which apply only subsidiarily. Article R58 of the Code does not admit any derogation and imposes a hierarchy of norms, which implies for the Panel the obligation to resolve the matter pursuant to the regulations of the relevant “federation, association or sports-related body”. Should this body of norms leave a lacuna, it would be filled by “the rules of law chosen by the parties”.”

52) See also CAS 2014/A/3850, Branislav Kronic v. Bosnia and Herzegovina Football Federation (BIHFF), Award of 17 July 2015, para. 51; CAS 2013/A/3309, FC Dynamo Kyiv v. Gerson Alencar de Lima Júnior & SC Braga, Award of 22 January 2015, para. 70; CAS 2013/A/3407, Green Gully Soccer Club v. Pedro Henrique Coelho de Oliveira, Award of 20 June 2014, para. 66.

R58조를 강행규정으로 보는 견해는 항소중재의 목적을 고려했을 때 타당하다. 국제스포츠에서 단체와 구성원 간에 발생하는 분쟁을 CAS에서 최종적으로 판단하도록 한 이유는 스포츠단체의 규약 및 규정이 이에 구속되는 모든 구성원들에게 동일하게 적용되도록 보장하기 위한 것이다. 앞서 말했듯이 이러한 목적은 법적 분쟁에 있어서도 마찬가지이다.⁵³⁾ 스포츠는 국제성을 필수적 특성으로 하는 만큼, 통일된 규칙의 적용이 전제되지 않는다면 스포츠의 공정성뿐만 아니라 분쟁의 결과에 대한 합리성, 법적 안정성 및 예측 가능성 역시 보장될 수 없다.⁵⁴⁾

결과적으로 강행규정인 R58조는 당사자의 묵시적 법의 선택으로서 당사자의 준거법 선택의 자유를 제한하려는 의도를 가지고 있기 때문에 당사자의 명시적 법의 선택보다 우선한다. 동조의 범위 내에서는 스포츠단체의 규정이 우선적으로 적용되어야 하며, 당사자가 선택한 실체적 준거법은 보조적으로만 적용될 수 있다. 항소중재에 회부되는 스포츠분쟁의 특성을 고려했을 때 이러한 준거법 지정방식은 스포츠중재의 필요성과 목적에도 합치하게 된다.

(3) 실체적 준거법으로서의 법규(rules of law)

1) 법규(rules of law)의 의미

법규(rules of law, Rechtsregel)⁵⁵⁾란 국가의 의회가 제정한 것이 아닌 규범을 말하며 상관습법(lex mercatoria), 법의 일반원칙(general principles of law, allgemeine Rechtsgrundsätze)⁵⁶⁾ 등 초국적 법(transnationales Recht)을 포함한다. 중재법 제29조 제1항은 당사자들이 지정한 ‘법’이라고 할 뿐이고 ‘법규(rules of law)’를 선택할 수 있다고 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 동조 제2항처럼 ‘국가의 법’이라고 규정하고 있지는 않기 때문에 제1항에 규정된 ‘법’은 UNCITRAL 모델중재법 제28조 제1항이 규정하는 ‘법규’를 포함하고 있는 것으로 넓게 해석되고 있다.⁵⁷⁾

중재에서 초국적 법의 선택은 점차 더 허용되는 추세이다. 스위스 국제사법 제187조 제

53) Haas, Ulrich, “Applicable law in football-related disputes - The relationship between the CAS Code, the FIFA Statutes and the agreement of the parties on the application of national law -”, CAS Bulletin 2/2015, p. 13.

54) CAS 2005/A/983 & 984, Club Atlético Peñarol v. Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain, Award of 12 June 2006, para. 24; CAS 2008/A/1518, Ionikos FC v. L., Award of 23 February 2009, paras. 7 and 17; CAS 2006/A/1180, Galatasaray SK v. Frank Ribéry & Olympique de Marseille, Award of 24 April 2007, para. 12; CAS 2005/A/1123 & 1124, Al-Gharafa Sports Club v. Paulo Cesar Wanchope Watson & Paulo Cesar Wanchope Watson v. Al-Gharafa Sports Club, Award of 18 December 2006, para. 12 참조.

55) Rules of law(법규)는 법규범 혹은 법의 규칙이라고도 번역된다.

56) 신의칙, 계약준수의 원칙, 금반언의 원칙, 실질적 위반을 이유로 하는 계약해제권 등이 있다, 손경환, “lex mercatoria의 21세기적 의미”, 『성균관법학』 제28권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2016. 9, p. 32.

57) 목영준, 『국제상사중재법론』, 박영사, 2001, p. 91; 석광현, 앞의 책, p. 159; 손경환, “중재 자치와 중재의 준거법”, 『국제사법연구』 제17권, 한국국제사법학회, 2011. 12, p. 436.

1항의 범위에서도 당사자들은 특정한 국가의 법질서뿐만이 아니라 초국적 법규 역시 실제적 준거법으로 지정할 수 있다. 문제가 되는 것은 국가의 법이 아닌 법규가 동조의 의미 내에서 유효한 법규로 간주되기 위해 어떠한 기준을 충족해야 하는지 분명하지 않다는 점이다. 특히 국제스포츠중재에서는 스포츠단체의 규정과 스포츠법(*lex sportiva*)이 법규로서의 요건을 충족하는지 논의가 필요하다.

2) 스포츠단체의 규칙 및 규약

스포츠단체는 자치권에 근거해 자신의 조직을 구성하고 독자적인 규칙을 제정하여 자신의 사업을 자주적으로 운영하고 있다. 스포츠 분야의 규칙 및 규약들은 그 목적과 내용에 따라 정관, 규정, 헌장 등 다양한 명칭으로 제정 및 시행되고 있으며,⁵⁸⁾ 최상위단체의 규칙 및 규약은 스포츠조직의 수직적 구조로 인해 직·간접적 회원자격을 지닌 (하위)단체 및 구성원에게 적용된다. 또한 스포츠경기에 적용되는 규칙뿐만이 아니라 회원의 자격 및 권리와 의무, 기구의 구성 및 권한, 단체와 구성원 사이의 법적관계, 구성원의 의무위반에 대한 징계, 분쟁 해결에 관한 규정 등을 포함한다.⁵⁹⁾ CAS의 항소중재절차에서는 이러한 스포츠단체의 관련 내부 규정이 우선적으로 적용되며, 이는 각 스포츠 종목별로 국제적으로 통일된 분쟁의 해결을 가능하게 한다.

스위스 내 지배적인 견해에 의하면, 스위스 국제사법 제187조 제1항이 규정하는 법규로서의 자격은 해당 법규가 국가의 기관 혹은 사적 단체에 의해 제정되었는지 여부가 아니라, 당사자를 구속할 수 있을 만큼 일반적이고 보편적인 성격을 지니는지 또한 충분히 명확한지에 따라 판단되어야 한다.⁶⁰⁾ 이러한 관점에서 해당 스포츠단체의 규정이 단체와 구성원 간의 법적관계, 회원의 자격 및 권리와 의무, 구성원의 의무위반에 대한 징계 등을 포괄적으로 규정하고 있다면 중재판정의 실제적 근거 즉 스위스 국제사법 제187조 제1항이 의미하는 (국가에 법이 아닌) 법규로서의 요건을 충족한다고 보아야 할 것이다.⁶¹⁾ 이는 CAS의 중재판정에서도 일치된 견해이다.⁶²⁾

58) 예를 들어 대한체육회 정관 및 스포츠공정위원회 규정, 한국프로축구연맹 정관 및 상벌 규정, 국제올림픽위원회(International Olympic Committee, IOC) 올림픽헌장 등.

59) 남기연·유소미, “스포츠윤리 확립을 위한 법제도적 개선 방안 - 스포츠윤리센터를 중심으로 -”, 『법학논총』 제44권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2020. 12, pp. 169 참조.

60) Kaufmann-Kohler, Gabrielle and Rigozzi, Antonio, Arbitrage international: droit et pratique à la lumière de la LDIP, Weblaw, 2010, paras. 597 and 636 et seq.; Rigozzi, Antonio, L'arbitrage international en matière de sport, Helbing & Lichtenhahn, 2005, para. 1177.

61) Haas, Ulrich, “Die Rechtsprechung des CAS zur Vertragsstabilität im Verhältnis zwischen Fußballspielern und Klubs”, Causa Sport 2008, p. 236; Haas, Ulrich, “Die Vereinbarung von Rechtsregeln in (Berufungs-) Schiedsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport”, Causa Sport 2007, pp. 271; Rigozzi, Antonio, L'arbitrage international en matière de sport, Helbing & Lichtenhahn, 2005, para. 1178; Oschütz, Frank, Sportschiedsgerichtsbarkeit - Die Schiedsverfahren des Tribunal Arbitral du Sport vor dem Hintergrund des schweizerischen und deutschen Schiedsverfahrensrechts, Duncker & Humblot, 2005, p. 324.

62) CAS 2012/A/2862, FC Girondins de Bordeaux v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA),

3) 스포츠법(*lex sportiva*)

① 스포츠법(*lex sportiva*)의 개념

스포츠법(*lex sportiva*)의 개념을 정의하는 접근방식은 다양하며 이견이 없는 통일된 개념 정의는 없다. 지배적인 견해에 의하면 스포츠법(*lex sportiva*)이란 스포츠 규약과 국가의 법질서 간의 상호작용 및 스포츠중재법원의 판정을 통해 구체화되는 원칙의 총체를 의미한다.⁶³⁾ 이러한 무국적 법(*anationales Recht*)의 필요성은 다양한 개별 국가의 법질서가 대개의 경우 스포츠의 초국적 현상을 충분히 고려하고 있지 않다는 것에 있다.⁶⁴⁾ 국제스포츠분쟁에 있어 특정 국가의 법질서의 적용은 스포츠단체가 내린 결정의 적법성을 판단함에 있어 불평등과 법적 불안정성을 초래할 수 있고 이는 궁극적으로 스포츠의 핵심 원칙인 기회균등의 원칙을 훼손하게 된다. 스포츠법(*lex sportiva*)은 이러한 대립 가능성을 해소하고 국제스포츠에서 통일된 법을 제공하는 역할을 한다.

그럼에도 스포츠법(*lex sportiva*)의 존재 혹은 법규로서의 요건을 충족하는지 여부는 여전히 논쟁의 여지가 있다. 이와 관련해 다수의 CAS 중재판정에서 스포츠법(*lex sportiva*)의 존재와 그 적용을 긍정하고 있지만,⁶⁵⁾ 이를 부정하는 비판적인 견해도 있다. 핵심적인 근거는 스포츠법(*lex sportiva*)은 그 내용과 개념의 경계가 매우 모호하고 불명확하여 선수에 대한 스포츠단체의 특정한 권리와 의무를 결정하는데 사용될 수 없다고 한다.⁶⁶⁾

그렇다면 국제스포츠분쟁이 무국적 법규인 스포츠법(*lex sportiva*)의 내용과 개념의 불명확성으로 인해 국가법의 적용 없이는 해결될 수 없는 것인지가 문제이다. 준거규범으로서 스포츠법(*lex sportiva*)의 적합성 및 내용을 결정하기 위해 국제상사중재에서 유효한 법원

Award of 11 January 2013, para. 79; CAS 2009/A/1909, RCD Mallorca SAD & A. v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & UMM Salal SC, Award of 25 January 2010, para. 9; CAS 2009/A/1918, Jakub Wawrzyniak v. Hellenic Football Federation (HFF), Award of 21 January 2010, para. 9; CAS 2008/A/1644, M. v. Chelsea Football Club Ltd., Award of 31 July 2009, para. 9; CAS 2008/A/1705, Grasshopper v. Alianza Lima, Award of 18 June 2009, para. 8; CAS 2008/A/1485, FC Midtjylland A/S v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), Award of 6 March 2009, paras. 4 et seq.; CAS 2005/A/983 & 984, Club Atlético Peñarol v. Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain, Award of 12 July 2006, paras. 20 et seq. 참조.

63) Rigozzi, Antonio, L'arbitrage international en matière de sport, Helbing & Lichtenhahn, 2005, paras. 1239; Vieweg, Klaus and Staschik, Paul, "Lex Sportiva und Fairness-Prinzip", Sport und Recht 2013, p. 227 참조.

64) Haas, Ulrich, "Die Vereinbarung von Rechtsregeln in (Berufungs-) Schiedsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport", Causa Sport 2007, p. 272; CAS 2005/A/983 & 984, Club Atlético Peñarol v. Carlos Heber Bueno Suarez, Cristian Gabriel Rodriguez Barrotti & Paris Saint-Germain, Award of 12 July 2006, para. 24 참조.

65) CAS 2010/A/2268, I. v. Fédération Internationale de l'Automobile (FIA), Award of 15 September 2011, para. 75; CAS 2004/A/776, Federacio Catalana de Patinatge (FCP) v. International Roller Sports Federation (FIRS), Award of 15 July 2005, para. 16; CAS 2002/O/410, The Gibraltar Football Association (GFA) v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), Award of 7 October 2003, para. 4; CAS 2002/O/373, Canadian Olympic Committee (COC) & Beckie Scott v. International Olympic Committee (IOC), Award of 18 December 2003, para. 14 참조.

66) CAS 2005/C/976 & 986, Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & World Antidoping Agency (WADA), Award of 21 April 2006, para. 124.

(法原)으로 적용되고 있는 상관습법(*lex mercatoria*)과 비교하여 논의하고자 한다.

② 상관습법(*lex mercatoria*)과 스포츠법(*lex sportiva*)

상관습법(*lex mercatoria*)⁶⁷⁾은 일반적으로 특정 국가의 법체계와 관계없이 국제무역을 규율하기 위해 상인공동체의 자발성에 근거하여 형성된 법규범이라 정의된다.⁶⁸⁾ 상관습법(*lex mercatoria*)이 국제거래관습으로 인정되기 위해서는 시장관행과 거래관습이 반영되어 있을 것, 일정기간 이상 존속하여 확립된 것일 것, 보편성을 가질 것, 법체계에 부수적일 것, 상인사회에서 실용적 가치를 가질 것 등의 요건을 충족해야 한다.⁶⁹⁾ 이를 성문화한 것으로는 국제물품매매협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG), 사법국제통일연구소(International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT)의 국제상사계약원칙(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT 원칙) 또는 ICC가 제정한 무역거래조건의 해석에 관한 국제규칙(International Rules for the Interpretation of Trade Terms, Incoterms) 및 신용장통일규칙(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, UCP) 등이 있다.

상관습법(*lex mercatoria*)의 필요성은 국제상거래가 전 세계적으로 적용 가능한 통일된 법적 기준으로는 대응될 수 없는 글로벌한 현상이라는 점에 있으며, 이는 스포츠법(*lex sportiva*)의 경우와 매우 유사하다. 국제상거래와 국제스포츠 두 경우 모두 현상의 본질 즉 규율되어야 하는 대상이 초국적 성격을 지니는 만큼 (관련 국가의) 법질서의 다양성이 극복될 필요가 있다.⁷⁰⁾ 또한 두 법규범의 형성의 측면에서도 중재가 국가법원의 재판절차를 대체하는 분쟁해결수단으로서 법적 원칙의 형성에 있어 핵심적인 역할을 하고 있다는 점이 유사하다.⁷¹⁾

반면 차이점도 있다. 상관습법(*lex mercatoria*)에 비해 스포츠법(*lex sportiva*)에 대한 논의는 보다 뒤늦게 이루어졌다. 조직화된 스포츠는 비교적 최근의 현상인 상업화 및 프로화를 거치면서 그 경제적 가치뿐만 아니라 관련 당사자들의 경제적 이해관계가 복잡해짐에 따라 스포츠분쟁 역시 증가하였다. 이에 따른 국가법원과 국내법의 개입은 통일된 기준에 의한 스포츠의 실행 및 운영을 위태롭게 했고, 문제의 해결방안으로 도입된 것이 중

67) *lex mercatoria*는 상인법이라고도 번역되나, 관습법에 국한되지 않는다는 점과 상인에 관한 국가법은 배제된다는 점에서 이를 수용할 수 있는 새로운 번역의 필요성이 제기된다, 손경한, “*lex mercatoria*의 21세기적 의의”, 『성균관법학』 제28권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2016. 9, p. 4.

68) Poudret, Jean-François and Besson, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, para. 695; Girsberger, Daniel and Voser, Nathalie, *International Arbitration - Comparative and Swiss Perspectives*, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, para. 1364 참조.

69) 홍성규, “*Lex Mercatoria*로서 국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙의 역할”, 『무역학회지』 제29권 제4호, 한국무역학회, 2004. 8, p. 192.

70) Rigozzi, Antonio, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, paras. 1248.

71) Oschütz, Frank, *Sportschiedsgerichtsbarkeit - Die Schiedsverfahren des Tribunal Arbitral du Sport vor dem Hintergrund des schweizerischen und deutschen Schiedsverfahrensrechts*, Duncker & Humblot, 2005, p. 356.

재제도이다. 나아가 일반 상거래사회와 조직화된 스포츠의 규칙 및 규약에 구속되는 당사자들의 관계 역시 상이하다. 전자의 경우 당사자들은 일반적으로 대등한 위치에 있는 반면, 후자의 경우 스포츠단체의 수직적 구조에 기인한 당사자 사이의 구조적 불균형이 존재하기 때문에 스포츠단체에 비해 열등한 지위에 있는 당사자 즉 선수에 대한 특별한 권익보호가 필요하다.⁷²⁾ 이는 국제스포츠중재에 있어 스포츠분쟁이 특수성과 전문성을 갖는 이유 중에 하나이며, 이에 특화된 법규범 즉 스포츠법(*lex sportiva*)의 필요성과도 귀결되게 된다.

③ 스포츠법(*lex sportiva*)의 적합성과 내용

스포츠법(*lex sportiva*)이 국제적으로 통일된 판단의 필요성에 의해 그 적용이 긍정되어야 한다면, 실질적으로 중재판정의 근거로 적합한지 또한 그 기능을 다 할 수 있는지가 문제이다. 또한 상관습법(*lex mercatoria*)과 스포츠법(*lex sportiva*)의 적용 가능성을 부인하는 견해의 근거는 주로 법적 불안정성에 있다. 국제상거래 및 국제스포츠사회는 법적 안정성의 원칙을 충족하는 확실하고 구조화된 법질서를 생성할 수 없다고 한다.⁷³⁾

스포츠법(*lex sportiva*)은 특히 스포츠단체의 규정이 불완전한 경우 특정 국가의 법질서에 의존할 필요 없이 그 공백을 보충하는데 결정적인 역할을 할 수 있다. 물론 스포츠단체 규정의 규율밀도가 충분하다면 CAS의 중재판정부는 당사자가 특정한 국가의 법 혹은 무국적 법규에 합의했는지 여부와 관계없이 스포츠단체의 관련 규정에 따라 판정을 내려야 하지만(CAS 중재규칙 R58조), 국제스포츠에서 발생하는 모든 문제가 단체의 규정 의해 빈틈없이 규율될 수 있는 것은 아니다. 그러나 법의 흠결은 국가의 법에서도 발생할 수 있는 것이고, 특히 스포츠분쟁의 특수성 즉 통일된 판단기준의 필요성을 고려했을 때 단체규정의 흠결을 보충하는데 있어 스포츠법(*lex sportiva*)이 국가의 법보다 더 적합할 수 있다.

스포츠법(*lex sportiva*)의 근원은 일반적으로 법의 일반원칙 그리고 무엇보다 CAS의 중재판정을 통해 발전되어온 스포츠법의 원칙을 일컫는다. CAS는 선례구속의 원칙에 구속되지 않으며,⁷⁴⁾ 중재판정의 방향성과 그 안에 기술된 원칙들은 중재판정부의 논거의 전문성에 근거한다. 그럼에도 CAS의 중재판정은 일반적으로 상당한 일관성을 보인다. 판정의

72) Pfister, Bernhard and Summerer, Thomas, in: Fritzsche/Pfister/Summerer (Hrsg.), *Praxishandbuch Sportrecht*, C.H.BECK, 2020, 7. Kap. Internationales Sportrecht, Rn. 8.

73) Haas, Ulrich, "Die Vereinbarung von Rechtsregeln in (Berufungs-) Schiedsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport", *Causa Sport* 2007, p. 274 참조.

74) CAS 96/149, A.C. v. Fédération Internationale de Natation Amateur (FINA), Award of 13 March 1997, in: Reeb (ed.), *Digest of CAS Awards I, 1986 - 1998*, Wolters Kluwer Law & Business, 1998, pp. 258 et seq.; CAS 2006/A/1132, Ismail Mohammed v. Fédération Equestre Internationale (FEI), Award of 29 November 2006, para. 30; Antonio Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005, paras. 1254 et seq.

논거에서 문헌 및 CAS의 웹사이트에 게시되는 다수의 중재판정이 인용된다. 이는 각 중재판정부와 분쟁의 당사자들이 CAS의 이전 중재판정들을 다루도록 하며, 법적 원칙의 발전과 구체화에도 기여하게 된다.⁷⁵⁾

스포츠법(*lex sportiva*)에 관한 일부 논쟁에도 불구하고, CAS가 도핑, 출전 및 자격정지, 상업적 분쟁을 포함한 국제스포츠분쟁에 미치는 영향은 지속적으로 증가하고 있다. 특히 항소중재절차의 범위에서 CAS는 스포츠단체가 내린 결정의 적법성을 판단하고 열등한 지위에 있는 선수를 보다 효과적으로 보호하기 위한 실체적·절차적 최소기준들을 발전시켰다. 이에에는 특히 다음과 같은 원칙 등이 포함된다.

- 스포츠단체가 구성원에게 내린 징계처분이 적법하기 위한 전제 조건으로서 그들의 규칙 및 규약에 명확한 법적 근거가 있을 것⁷⁶⁾
- 스포츠단체의 규칙 및 규약 위반 시점에 단체의 조치에 대한 수권근거(*Ermächtigungsgrundlage*)가 있을 것(소급효금지의 적용⁷⁷⁾)⁷⁸⁾
- 절차법적 최소기준의 준수(절차적 공정성)⁷⁹⁾
- 규칙제정 및 징계권의 구체적 행사에 있어 차별의 금지⁸⁰⁾
- 징계처분 시 비례의 원칙의 준수⁸¹⁾
- 소급효 금지의 예외로서 경(輕)한 법 우선 적용의 원칙(*lex mitior*)⁸²⁾

스포츠단체는 그들의 자치권으로 하여금 독자적인 규칙을 제정하고 이를 적용·관철시킨다. 그러나 이러한 규칙제정권은 각 국가의 실정법에 근거하며 그 범위 내에서 유효한 것이기 때문에, 스포츠단체의 규칙 및 규약은 결국 국가의 법질서에 통합되어 있다. 국제스

75) Haas, Ulrich, “Die Vereinbarung von Rechtsregeln in (Berufungs-) Schiedsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport”, *Causa Sport* 2007, p. 274.

76) CAS 94/129, USA Shooting & Q. v. Union Internationale de Tir (UIT), Award of 23 May 1995, in: Reeb (ed.), *Digest of CAS Awards I, 1986 - 1998*, Wolters Kluwer Law & Business, 1998, pp. 194 et seq.; CAS 2006/A/1041, Stefan Ivanov Vassiliev v. Fédération Internationale de Bobsleigh et de Tobogganing (FIBT) & Bulgarian Bobsleigh and Toboggan Federation (BBTF), Award of 28 July 2006, paras. 7.1.1 et seq.

77) 소급효금지의 예외와 관련하여 CAS 2000/A/274, S. v. Fédération Internationale de Natation (FINA), Award of 19 October 2000, para. 73 참조.

78) CAS 2002/O/410, The Gibraltar Football Association (GFA) v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), Award of 7 October 2003, paras. 8 et seq.

79) CAS 98/200, AEK Athens and SK Slavia Prague v. UEFA, Award of 20 August 1999, para. 158.

80) CAS 2001/A/357, Nabokov & Russian Olympic Committee (ROC) & Russian Ice Hockey Federation (RIHF) v. International Ice Hockey Federation (IIHF), Award of 31 January 2002, para. 24.

81) CAS 2006/A/1025, Mariano Puerta v. International Tennis Federation (ITF), Award of 12 July 2006, paras. 77 et seq.; CAS 2005/A/847, Hans Knauss v. FIS, Award of 20 July 2005, paras. 28 et seq.

82) CAS 2002/A/378, S. v. Union Cycliste Internationale (UCI) and Federazione Ciclista Italiana (FCI), Award of 8 August 2002, para. 6; CAS 2001/A/318 V. v. Fédération Cycliste Suisse (Swiss Cycling), Award of 23 April, paras. 29 et seq.; CAS 2005/A/831, International Association of Athletics Federation (IAAF) v. Eddy Hellebuyck, Award of 5 May 2006, para. 41.

스포츠분쟁은 세계적으로 통일된 기준에 의한 해결이 필수적이므로, 스포츠단체의 관련 규정에 흠결이 있는 경우 국가의 법질서를 초월할 수 있는 기준이 매우 중요한 의미를 갖게 된다. 이러한 관점에서 스포츠단체의 규약 및 스포츠의 특수성에 근거하여 CAS를 통해 발전되어온 스포츠법(*lex sportiva*)은 실체적 준거법으로서 그 적용이 긍정되어야 할 것이다. 물론 이러한 스포츠법의 일반원칙들 역시 공서에 합치해야 함은 당연하다.

IV. 결론

중재제도의 본질적 성격을 고려했을 때 당사자 자치가 인정되는 것은 당연하다. 당사자의 자율성이 중요시 되는 중재의 특성상 당사자들은 중재절차의 준거법과 실체적 준거법을 자유롭게 합의할 수 있다. 다만 이러한 당사자 자치가 무제한적으로 허용되는 것은 아니며 강행규정이나 공서 등에 의해 제한이 따른다.

일반 상거래분야의 중재와 달리 국제스포츠중재의 경우 스포츠분쟁의 특수성과 전문성이 고려되어야 한다. 스포츠조직은 국제적으로 조직화되어 있으며 수직적 구조를 지니고 있기 때문에 스포츠단체와 선수는 불균형 관계에 놓여있다. 따라서 중재절차에 관한 이들의 합의는 일반적으로 평등한 지위에 있는 상거래 분야의 당사자들의 합의와 동등하게 다루어 질 수 없다. 즉 스포츠단체에 비해 열등한 지위에 있는 선수의 권익보호가 각별히 요구된다. 또한 CAS의 항소중재에 회부되는 국제스포츠분쟁은 세계적으로 통일된 판단기준에 의한 해결이 필수적이다. 개별 국가의 법질서의 적극적인 개입은 법적 불안정성을 야기하고 스포츠의 핵심 가치인 공정성을 저해하는 결과를 초래할 수 있다.

CAS 중재규칙은 CAS를 관할로 하는 유효한 중재합의가 있는 경우 언제나 적용된다. 동 규칙은 스포츠분쟁의 특수성뿐만 아니라 중재절차에 관해 합의할 수 있는 당사자 자치를 고려하여 매우 유연하게 제정되었다. 중재의 준거법은 당사자들이 명시적 또는 묵시적으로 합의할 수 있기 때문에 CAS를 관할로 하는 당사자의 중재합의로 하여금 CAS 중재규칙을 묵시적으로 지정하게 된다. 당사자들이 선택한 절차규칙을 변경할 수 있는 자유는 CAS 중재규칙이 해당되는 당사자 자치를 명시하고 있는 경우로 제한되며, 이러한 합의 역시 당사자의 이익이 적절한 방식으로 균형을 이루고 있는 경우에만 유효한 것으로 인정되어야 할 것이다. 또한 CAS 중재규칙 내 강행규정의 경우 당사자는 이를 변경하거나 그 적용을 배제할 수 없다.

당사자들은 CAS 중재규칙의 적용으로 하여금 동 규칙에 규정된 실체적 준거법에 묵시적으로 합의하게 된다. 그런데 항소중재절차에 적용되는 R58조에 의하면 스포츠단체의 관

런 규정이 우선적으로 적용되며, 당사자들이 선택한 실체적 준거법은 단지 보조적으로만 적용될 수 있다. 이는 중재의 준거법 선택에 있어 일반적이지 않으며 국제상사중재와 비교했을 때 당사자 자치가 매우 제한된다. R58조는 강행규정이기 때문에 당사자들은 이와 달리 합의할 수 없다. 그러나 항소중재의 필요성과 목적을 고려했을 때 이러한 준거법 지정방식은 필수적이다. 스포츠단체의 규칙 및 규약은 이에 구속되는 모든 구성원들에게 동일하게 적용되어야 하며, 이것이 전제되지 않는 경우 스포츠의 공정성, 분쟁의 결과에 대한 합리성, 예측 가능성 및 법적 안정성 역시 보장될 수 없다.

실체적 준거법으로서 법규의 자격은 해당 법규를 누가 제정했는지 여부가 아니라, 당사자를 구속할 수 있을 만큼 일반적이고 보편적인 성격을 지니는지 또한 충분히 명확한지 여부에 달려있다. 대부분의 스포츠단체의 규칙 및 규약은 해당 단체와 구성원 간의 법적 관계, 회원의 자격 및 권리와 의무, 구성원의 의무위반에 대한 징계, 분쟁의 해결 등을 포괄적으로 규정하고 있는 만큼 법규로서의 요건을 충족함에는 거의 이견이 없다. 이와 달리 당사자가 스포츠법(*lex sportiva*)을 실체규범으로 지정할 수 있는지는 여전히 논쟁의 여지가 있다. 국제상사중재에 있어 상관습법(*lex mercatoria*)은 일반적으로 유효하고 구속력 있는 준거규범으로 인정되고 있으며, 그 형성과 필요성에서 스포츠법(*lex sportiva*)은 매우 유사하다. 스포츠분쟁의 특수성과 전문성을 고려했을 때 스포츠법(*lex sportiva*)은 스포츠단체 규정에 흠결이 있는 경우 그 공백을 보충하는데 결정적인 역할을 할 수 있다. 개별 국가의 법은 스포츠의 초국적 현상을 충분히 고려하고 있지 않거나 그 다양성으로 인해 통일된 판단기준에 의한 분쟁의 해결에 어려움을 초래할 수 있다. 이러한 관점에서 특히 CAS를 통해 체계적으로 발전되어온 스포츠법의 일반원칙들은 국경을 초월하는 통일된 판단기준으로서 매우 중요한 의미를 갖게 된다.

참고문헌

- 남기연·유소미, “스포츠윤리 확립을 위한 법제도적 개선 방안 - 스포츠윤리센터를 중심으로 -”, 「법학논총」 제44권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2020.
- 남기연·유소미, “유럽인권협약에 따른 스포츠 중재 합의의 효력 - Claudia Pechstein의 판결을 중심으로 -”, 「스포츠엔터테인먼트와 법」 제22권 제2호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2019.
- 목영준, 「국제상사중재법론」, 박영사, 2001.
- 석광현, 「국제상사중재법연구」 제1권, 박영사, 2007.
- 손경한, “lex mercatoria의 21세기적 의의”, 「성균관법학」 제28권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2016.
- 손경한, “중재 자치와 중재의 준거법”, 「국제사법연구」 제17권, 한국국제사법학회, 2011.
- 손경한, “중재 자치의 개념과 내용”, 「성균관법학」 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2012.
- 오석웅, “국제상사중재판정의 준거법선택에 있어서 당사자자치의 원칙 - 당사자에 의한 lex mercatoria의 선택과 준거법 분할지정의 가능여부를 중심으로 -”, 「중재연구」 제17권 제1호, 한국중재학회, 2007.
- 오석웅, “국제중재절차법과 당사자자치의 원칙 - 우리나라 중재법의 해석을 중심으로 -”, 「국제사법연구」 제17권, 한국국제사법학회, 2011.
- 오석웅, “스포츠중재에 있어서 중재합의의 유효성에 관한 제문제 - CAS의 중재와 Claudia Pechstein사례의 분석을 포함하여 -”, 「스포츠엔터테인먼트와 법」 제23권 제4호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2020.
- 윤종진, “국제상사중재의 준거법에 관한 고찰”, 「해사법연구」 제7권 제2호, 한국해사법학회, 1995.
- 이강빈, “상사중재에 있어서 당사자자치의 역할”, 「중재연구」 제19권 제2호, 한국중재학회, 2009.
- 홍성규, “국제상사중재에서 UNIDROIT원칙의 적용사례 분석”, 「중재연구」 제21권 제1호, 한국중재학회, 2011.
- 홍성규, “Lex Mercatoria로서 국제상사계약에 관한 UNIDROIT원칙의 역할”, 「무역학회지」 제29권 제4호, 한국무역학회, 2004.
- Arbitration in Switzerland, Vol. II, Arroyo (ed.), Wolters Kluwer, 2018.
- Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Grolimund/Loacker/Schnyder (Hrsg.), Helbing Lichtenbahn Verlag, 2021.

- Berger, Bernhard and Kellerhals, Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Stämpfli, 2015.
- Digest of CAS Awards I, 1986-1998, Reeb (ed.), Wolters Kluwer Law & Business, 1998.
- Girsberger, Daniel and Voser, Nathalie, *International Arbitration - Comparative and Swiss Perspectives*, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Göksu, Tarkan, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Dike Verlag AG, 2014.
- Haas, Ulrich, “Applicable law in football-related disputes - The relationship between the CAS Code, the FIFA Statutes and the agreement of the parties on the application of national law -”, *CAS Bulletin* 2/2015.
- Haas, Ulrich, “Die Rechtsprechung des CAS zur Vertragsstabilität im Verhältnis zwischen Fussballspielern und Klubs”, *Causa Sport* 2008.
- Haas, Ulrich, “Die Vereinbarung von Rechtsregeln in (Berufungs-) Schiedsverfahren vor dem Court of Arbitration for Sport”, *Causa Sport* 2007.
- Hessert, Björn, “Schiedsklauseln: Die Notwendigkeit eines sachgerechten Ausgleichs”, *Causa Sport* 2020.
- Internationale Schiedsverfahren*, Praxishandbuch, Salger/Trittmann (Hrsg.), Verlag C.H. Beck, 2019.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle and Rigozzi, Antonio, *Arbitrage international: droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2010.
- Mavromati, Despina and Reeb, Matthieu, *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2015.
- Oschütz, Frank, *Sportschiedsgerichtsbarkeit - Die Schiedsverfahren des Tribunal Arbitral du Sport vor dem Hintergrund des schweizerischen und deutschen Schiedsverfahrensrechts*, Duncker & Humblot, 2005.
- Poudret, Jean-François and Besson, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007.
- Praxishandbuch Sportrecht*, Fritzweiler/Pfister/Summerer (Hrsg.), C.H.BECK, 2020.
- Rigozzi, Antonio, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- Sport: Law and Practice*, Lewis/Taylor (eds.), Bloomsbury Professional, 2021.
- Vieweg, Klaus and Staschik, Paul, “Lex Sportiva und Fairness-Prinzip”, *Sport und Recht* 2013.
- Zürcher Kommentar zum IPRG, Band II*, Müller-Chen/Lüchinger (Hrsg.), Schulthess Juristische Medien AG, 2018.

ABSTRACT

The Choice of Applicable Law and the Limitations of Party Autonomy - Focusing on International Sports Arbitration -

So-Mi Yoo

Sports disputes have specific characteristics compared to disputes that arise in the field of commerce. One particularity is the judicial system in which the CAS plays a key role as the International Supreme Court for sports-related matters.

The CAS Code applies whenever the parties agree to submit a sports-related dispute to the CAS(Art. R27). Once the parties to the arbitration agreement have decided that the CAS Code should govern their proceedings. The parties' autonomy is, however, limited to the provisions of the CAS Code that provide for such a corresponding autonomy. The application of the mandatory rules contained in the CAS Code cannot be excluded.

In CAS appeals arbitration proceedings, the Panel shall decide the dispute according to the applicable sports regulations and, subsidiarily, to the rules of law chosen by the parties(Art. R58). In international sports disputes, the uniform application and interpretation of the relevant regulations are essential. Therefore, Art. R58 should be applied as a mandatory rule without any changes.

Regulations of the sports organizations are to be qualified as valid rules of law. CAS panels may also apply the so-called *lex sportiva* to the merits before considering statutory provisions of national jurisdictions. In this way, the specificities in (international) sports disputes can be taken into account without the need to further examine the application of national legal standards.

Key Words : Applicable Law, Principle of Party Autonomy, International Sports Arbitration, Court of Arbitration for Sport(CAS), *lex sportiva*