

국제상사중재에서 실체의 주관적 준거법

Choice of Law Governing Substance of Dispute in International Commercial Arbitration

허해관*

Heo, Haikwan

〈목 차〉

- I. 서 언
 - II. 분쟁의 실체의 준거법과 그에 관한 저촉규칙
 - III. 실체의 주관적 준거법을 지정하는 합의 - 준거법합의
 - IV. 결 론
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 실체의 준거법, 당사자자치, 준거법합의, 헤이그준거법원칙, 국제상사중재

* 숭실대학교 글로벌통상학과 부교수. hkhur@ssu.ac.kr.

I. 서 언

국제중재는 국내중재에 대립하는 개념으로서¹⁾ 보통 하나 이상의 어떤 외국적 요소를 가지고 있는 중재를 일컫는데, 다만 어떤 경우에 외국적 요소가 있는 것이 되는지에 관하여 국제적으로 통일된 견해는 없다.²⁾ 실무상 중재의 당사자들이 서로 다른 국가에 영업소를 가지고 있는 것은 가장 대표적인 외국적 요소이며, 이에 의하여 국제중재가 되는 경우가 대부분이다. 그 밖에도 예컨대 계약사건의 경우, 당사자들의 영업소가 같은 국가에 있더라도 그 계약의 체결지나 이행지가 외국이거나 법인인 당사자의 설립준거법 소속국 또는 설립지, 또는 자연인인 당사자의 국적이 외국인 경우에 국제중재가 된다. 그러나 이와 같은 요소들을 포함한 다른 모든 요소가 어느 한 국가와 관련된다면(순수한 국내계약), 그 계약체결 전 교섭이 외국에서 이루어졌거나 그 계약에 사용된 언어(계약언어)가 외국어이더라도 (그에 따라 외국어가 중재언어가 되더라도) 국제중재가 되는 것은 아니다.³⁾⁴⁾ 실무상 국제중재는 대체로 상사적(商事的) 성격을 법률관계(특히 계약)에서 발생하며, 그에 따라 국제상사중재라 불린다.

국제중재에서 중재판정부가 중재의 본안에 대하여 판정을 할 때 적용하는 법을 “분쟁의 실체의 준거법”(law applicable to substance of dispute, 또는 law governing substance of dispute)(간단히 “실체의 준거법” 혹은 본안의 준거법이라고도 한다.)⁵⁾이라 한다. 국제상사계약에서 비롯하는 국제상사중재의 경우 실체의 준거법은 곧 당해 계약의 준거법이다. 뒤에서 보듯이, 이때 한국 중재법상 당사자들은 실체의 준거법을 합의로 지정할 수 있으며(당사자자치의 원칙), 이렇게 당사자의 합의 즉 당사자의 의사에 의하여 적용되는 법을 실체의 주관적 준거법(계약의 경우에 계약의 주관적 준거법)이라 한다. 이러한 주관적 준거법이 없는 경우에, 중재판정부는 관련 저축규칙에 따라 실체의 준거법을 결정하여야 하며,

1) 이러한 국내중재와 국제중재의 구별과 관련하여, 내국중재판정(한국 중재법 제38조는 이를 국내중재판정이라 칭한다)과 외국중재판정의 개념을 유의하여야 한다. 어떤 국가가 자국 내에서 내려진 중재판정 즉 중재지가 자국 내에 있는 중재판정을 지칭할 때 내국중재판정이라 부르고, 외국에서 내려진 즉 중재지가 외국인 중재판정을 외국중재판정이라 부른다. 이와 같이 국내중재판정은 국내중재(외국적 요소가 없는 중재)에서 내려진 중재판정을 지칭하는 용어가 아니며, 국제중재판정이라는 용어는 없다.

2) 국제상사중재의 맥락에서 국제성의 개념과 판단기준에 관하여는, 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, 박영사, 2007, pp.5-8 이하 참조(이하 이 책은 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>으로 인용한다).

3) 후술하는 헤이그준거법원칙 제1조의 주석 1.19 참조.

4) 그러나 위와 같은 순수한 국내계약에서 당사자들이 그 계약의 준거법을 외국법으로 지정한 것만으로도 외국적 요소가 있는 계약 즉 국제계약이 되는지, 그에 따른 중재가 국제중재가 되는지에 관하여는 논란이 있다. 다만 후술하는 헤이그준거법원칙은 국제성의 범위를 넓게 규정하면서도 그러한 경우에 국제성을 부정한다(헤이그준거법원칙 제1조 제2항 및 그 주석 1.13 - 1.15, 1.21 참조).

5) 한국 중재법 제29조는 이를 “분쟁의 실체에 적용될 법”이라고 표현한다.

이와 같이 당사자의 의사가 부재하여 중재판정부가 저촉규칙에 따라⁶⁾ 객관적 연결에 의하여 적용하는 법을 실체의 객관적 준거법(계약의 경우에 계약의 객관적 준거법)이라 한다.

한편 헤이그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)는 2015년 “국제상사계약의 준거법에 관한 헤이그원칙”(Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: PCL)⁷⁾을 공표하였다. 이 준거법원칙은 주관적 준거법의 선택에 관하여 소송과 중재에 모두 적용가능한⁸⁾ 당사자자치원칙을 선언하면서 그러한 당사자자치원칙의 내용과 범위 및 한계를 명확히 함으로써 국제적·지역적·국가적 차원에서 입법(법률의 개정 포함)을 할 때나 기존 법률을 해석·적용할 때 그에 관한 법적 통일을 추구하고자 한다.⁹⁾ 이는 국제계약의 준거법 결정은 법원(소송의 경우)이나 중재판정부(중재의 경우) 그리고 계약당사자들 모두에게 매우 중요하고도 기본적인 일이기 때문이다.

이러한 배경에서 본고는 국제상사중재에서 한국 중재법상 실체의 주관적 준거법 결정에 적용되는 몇 가지 법리를 고찰하고자 하며, 아울러 몇 가지 입법적 제안을 하고자 한다. 이에 이하에서는 먼저 기저(基底) 논의로서 제II장에서 한국 중재법상 실체의 준거법이 규율하는 사항의 범위는 어떠한지, 실체의 준거법 결정을 위한 저촉규칙은 어떠한지, 중재판정부가 실체의 준거법을 잘못 적용한 경우에는 어떻게 되는지, 준거법합의의 준거법은 어느 법인지의 문제를 살핀다. 이어 제III장에서 실체의 주관적 준거법을 지정하는 합의 즉 준거법합의에 관한 당사자자치의 원칙을 본격적으로 고찰하며, 여기서는 준거법합의의 방식, 준거법의 명시적 또는 묵시적 선택, 법의 규칙(rules of law)의 선택, 준거법의 변경, 준거법합의의 독립성 등의 문제를 검토한다.

6) 이 경우 중재판정부는 특정한 저촉규칙을 통하지 않고 곧바로 객관적 준거법(예컨대 적절한 법)을 결정할 수도 있다. 이것이 가능한 것은 당해 중재절차법(중재규칙 포함)에서 그렇게 하도록 허용하기 때문인바, 졸자는 이때 이렇게 ‘저촉규칙을 통하지 않고 곧바로 객관적 준거법을 결정할 수 있는 것’이 곧 분쟁의 실체의 객관적 준거법 결정을 규율하는 저촉규칙이라고 본다.

7) 이를 흔히 간단히 헤이그준거법원칙이라 하며, 본고에서도 그렇게 약칭한다. 헤이그준거법원칙의 원문 전문은 현재 헤이그국제사법회의 홈페이지 <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>에서 다운로드할 수 있다. 헤이그준거법원칙은 전문(前文, preamble)과 12 개의 조문 및 각 조문에 대한 주석(commentary)으로 구성되어 있다. 헤이그준거법원칙 전문(全文)의 한국어 번역으로는 이해량 역, <헤이그원칙 국제상사계약 준거법원칙 해설>(사법연수원, 2017)이 있고, 이 번역문 전문(全文)도 같은 곳 <<https://assets.hcch.net/docs/c2ff24ef-a772-4f23-a017-b80f320a3767.pdf>>에서 다운로드할 수 있다. 한편 헤이그준거법원칙을 국내에 소개하는 논문으로, 정홍식, “헤이그 국제상사계약 준거법 원칙”, 『통상법률』, 통권 제125호, 법무부, 2015, pp.14-57이 있다.

8) 헤이그준거법원칙 전문(前文) 및 그 주석 P.5 - P.6 참조. 헤이그준거법원칙은 소송과 중재 모두에 사용되도록 의도되어 있다.

9) 헤이그준거법원칙 전문(前文) 및 그 주석 P.2 - P.6 참조.

Ⅱ. 분쟁의 실체의 준거법과 그에 관한 저촉규칙

1. 실체의 준거법이 규율하는 사항의 범위

(1) 계약의 모든 측면

한국 중재법상 명시적 규정은 없으나, 예컨대 국제계약의 당사자가 그 계약의 준거법을 합의로 선택한 경우에 그 계약의 준거법은 다른 합의가 없다면 계약의 모든 측면을 규율한다.¹⁰⁾ 계약의 준거법은 예컨대 그 계약의 성립과 형식적·실질적 유효성 및 그에 따른 무효의 효과, 계약의 해석, 계약으로부터 발생하는 당사자의 권리와 의무, 계약의 이행과 그 불이행의 효과(불가항력 등에 의한 면책 포함),¹¹⁾ 채무를 소멸시키는 다양한 방법, 소멸시효와 제척기간, 입증책임(법률상 추정 포함), 계약체결 전의 의무와 책임 등의 사항을 규율한다.¹²⁾ 그러나 물권의 문제는 물권법이 규율하는 사항이므로 계약이 갖는 물권법적 효력은 계약의 준거법에 의하지 않는다.¹³⁾ 몇 가지 부언하자면 다음과 같다.

(2) 실질적 유효성

중재에서도 소송에서도 마찬가지로¹⁴⁾ 중재판정부는 당해 계약의 성립 및 실질적 유효성에 대하여 그 계약의 준거법을 적용하여야 한다. 여기의 실질적 유효성(substantial validity)의 개념은 예컨대 착오/사기/강박 등 의사표시의 하자에 의한 계약의 취소나 선량한 풍속 기타 사회질서와 같은 강행규정의 위반에 의한 계약의 무효를 포함하나, 당사자의 무능력이나 대리권의 부존재에 의한 계약의 취소 또는 무효는 포함하지 않는다.¹⁵⁾ 따

10) 헤이그준거법원칙 제9조 제1항 본문 참조. 한편, 한국 국제사법상 계약의 준거법의 사항적 적용범위에 관하여는 최홍섭, <한국 국제사법>, 한국학술정보(주), 2019, pp.283-285 참조.

11) 예컨대, 불이행에 대한 손해배상과 손해배상액의 산정, 특정이행청구, 계약해제와 그에 따른 반환청구 또는 원상회복, 손해경감의무와 그 위반에 따른 손해배상액의 감액 등과 같은 구제수단이나 위약벌조항의 유효성에 관하여는 계약의 준거법이 규율한다.

12) 헤이그준거법원칙 제9조 제1항 a호 - g호 참조.

13) 이에 헤이그준거법원칙도 이러한 물권법적 사항을 그 적용범위에서 배제하고 있다. 헤이그준거법원칙 제1조 제3항 e호 참조.

14) 소송의 경우에 적용되는 한국 국제사법 제49조 제1항은 “계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하였을 경우 이 [국제사법]에 따라 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단한다.”고 규정하는바, 이러한 명시적 규정을 둔 것은 계약의 준거법이 규율하는 사항의 범위를 정하려는 것이 아니라, 계약의 준거법은 계약이 유효하게 성립한 경우에 비로소 적용될 수 있을 뿐이므로 계약의 성립 및 유효성은 계약의 준거법의 된다는 것은 논리적으로 가능하지 않다는 식의 주장을 배척하고 이 문제를 입법적으로 해결하기 위한 것이다(석광현, <국제사법 해설>, 박영사, 2013, p.371)(이하 이 책은 석광현, <국제사법 해설>로 인용한다). 즉 당사자가 계약의 준거법을 선택한 경우 그 계약의 성립 및 유효성은 만일 당해 계약이 유효하다면 당해 계약을 준거법이 될 법, 즉 당사자가 선택한 법에 의한다는 것이다(Ibid).

15) 석광현, <국제사법 해설>, p.372.

라서 계약의 준거법은 당사자 사이에 계약의 무효사유나 취소사유가 존재하는지, 계약취소는 어떻게 하는지, 무효와 취소의 효력은 어떠한지(예컨대 취소의 소급적 효력, 취소에 따른 부당이득반환 등) 등의 문제를 규율한다.

(3) 형식적 유효성

계약의 형식적 유효성(formal validity)은 실질적 유효성에 대립하는 개념으로서 방식상의 유효성이라고도 한다. 소송의 경우에 적용되는 국제사법을 보자면, 한국 국제사법(제31조 제1항)은 법률행위의 방식은 그 법률행위의 실질의 준거법에 의한다는 취지로 규정하는데, 여기서 법률행위는 당연히 계약을 포함하는 개념이므로 계약의 방식 즉 형식적 유효성은 그 계약의 준거법에 의한다. 또한 한국 국제사법은 이른바 “locus regit actum” (장소는 행위를 지배한다)이라는 원칙에 따라 행위지법에 의한 법률행위의 방식을 유효하다고 규정하고(제31조 제2항), 나아가 이른바 “favor negotii”(법률행위의 유리하게) 원칙에 따라 격지자간 계약에서 계약의 성립을 용이하게 하기 위하여 상이한 국가에 소재하는 당사자간에 체결된 계약은 그 국가(당사자소재지국) 중 어느 한 국가에서 정하는 방식을 충족하면 형식적 유효성이 있는 것으로 규정한다(제31조 제3항).¹⁶⁾

그러나 한국 중재법에는 위와 같은 “locus regit actum” 원칙이나 “favor negotii” 원칙을 실현하는 규정이 없다. 생각건대, 계약의 방식에 관한 이러한 원칙들은 국제사법 영역에서 널리 수용되는 보편적 원칙이고 한국 중재법상으로도 이러한 원칙들의 적용을 배제하는 규정도 없으므로, 중재판정부는 계약의 형식적 유효성이 문제되는 경우에 이러한 원칙들을 적용하여 그 유효성을 인정할 수 있다고 보아야 하고, 나아가 그렇게 하는 것이 바람직하다고 본다.¹⁷⁾ 물론 이 문제를 한국 중재법에서 입법에 의하여 해결하는 것도 검토해 볼만하다고 생각된다.

(4) 입증책임

중재에서 계약의 준거법은 계약상 입증책임(법률상 추정 포함. 이하 같다)의 문제를 규율한다고 보아야 한다고 생각된다.¹⁸⁾ 그러나 분쟁의 실체의 준거법인 계약의 준거법은 당연히 절차적 문제에는 적용되지 않으며, 절차적 문제는 그 중재절차의 준거법에 의한다.

16) 석광현, <국제사법 해설>, p.226.

17) 헤이그준거법원칙 제9조 제2항은 “Paragraph 1(e) [of Article 9] does not preclude the application of any other governing law supporting the formal validity of the contract([제9조] 제1항 제e호는 계약의 형식적 유효성을 지지하는 다른 준거법의 적용을 배제하지 않는다.)”고 규정하는바, 여기서의 “다른 준거법”은 favor negotii 원칙에 기초하여 법원(소송의 경우)이나 중재판정부가 적용하는 국제사법규칙에 의하여 결정되는 계약의 방식의 준거법(예컨대, 계약체결지법, 당사자의 주소지법 또는 계약체결시 당사자의 소재지법)을 의미하며, 이로써 준거법원칙은 계약의 방식의 준거법으로 적용가능한 여러 법 중 어느 것에 의하든 계약의 방식이 유효하면 그 계약의 형식적 유효성을 긍정한다(헤이그준거법원칙 제9조의 주석 9.13 참조).

18) 헤이그준거법원칙 제9조 제1항 f호 및 그 주석 9.11 참조.

한국 중재법(제20조 제2항)은 중재절차에 관하여 당사자 사이에 다른 합의가 없는 경우에 중재판정부는 재량에 따라 적절한 방식으로 중재절차를 진행할 수 있고 이때 “중재판정부는 증거능력, 증거의 관련성 및 증명력에 관하여 판단할 권한을 가진다.”고 규정할 뿐이고 중재의 맥락에서 누가 입증책임을 부담하는지의 문제가 실체의 문제인지 절차의 문제인지에 관하여 침묵하는바, 생각건대 이와 같은 증거와 증명력에 관한 중재판정부의 재량과 같은 맥락에서 중재판정부는 입증책임을 문제를 실체의 문제로 보아 이를 계약의 준거법의 사항적 범위에 포함시킬 수 있고 또한 그렇게 하여야 한다고 본다.

그러나 절차적 추정은 절차의 문제이므로 계약의 준거법이 규율하는 사항이 아니다.¹⁹⁾ 한국 중재법(제26조)은 중재의 피신청인이 본안에 대한 답변서를 제출하지 않는 경우에 중재판정부는 신청인의 주장에 대한 자백으로 간주하지 않고 중재절차를 계속 진행하도록 하고(제2항), 어느 한쪽 당사자가 구술심리에 출석하지 않거나 일정한 기간 내에 서증을 제출하지 않는 경우에도 중재판정부는 중재절차를 계속 진행하여 제출된 증거를 기초로 중재판정을 내릴 수 있도록 하는바(제3항), 이러한 절차적 추정의 문제는 중재절차의 준거법인 중재법에 의하여 규율되는 사항이다. 나아가 입증의 정도와 방법의 문제도 절차의 문제로서 중재법이 규율하는 사항이다.²⁰⁾ 한국 중재법 제20조 제2항은 이를 명시한 것이다.

2. 실체의 준거법 결정을 위한 저촉규칙 - 중재지 중재법상의 저촉규칙

(1) 중재절차의 준거법 - 중재지법

중재절차는 중재지법이 규율한다. 즉 중재절차의 준거법은 중재지법이다. 이를 위하여 한국 중재법(제2조 제1항 본문)은 “[중재]법은 [...] 중재지가 대한민국인 경우에 적용한다.”고 규정하는데, 이는 중재절차에 관하여 우리 중재법이 영토주의(또는 속주주의)를 취한 것으로 보아야 하고, 강행규정으로 보아야 한다.²¹⁾ 한국 중재법(제21조 제1항)은 그 법의 강행규정에 반하는 중재절차에 관한 당사자의 합의를 허용하지 않기 때문이다.²²⁾ 다만 중재절차에 관한 한국 중재법의 규정은 해석상 대부분 임의규정이므로 그러한 한도 내에서 당사자들은 다른 합의를 할 수 있다.

위와 같은 한도 내에서 당사자들은 중재절차에 관하여 자유로이 합의할 수 있으며, 그 시기와 내용, 방법에 특별한 제한은 없다. 당사자들은 ① 특정한 절차적 사항에 관하여 특별히 합의할 수도 있고, ② 일반적으로 기관중재에서 볼 수 있듯이 특정한 중재기관의

19) 헤이그준거법원칙 제9조의 주석 9.11 참조.

20) 헤이그준거법원칙 제9조의 주석 9.11 참조.

21) 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, p.41; 허혜관, “국제무역계약상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응 - 준거법문제를 중심으로”, 『무역상무연구』, 제45권, 한국무역상무학회, 2010, p.62 각 참조.

22) 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, p.41 참조. 또한 이호원, <중재법연구>, 박영사, 2020, p.281 참조(중재지법의 강행규정에 위반하는 합의는 그 효력을 인정받을 수 없다).

중재규칙이 적용된다고 합의할 수도 있고,²³⁾ ③ 특정한 외국(중재지국이 아닌 국가)의 중재법이 적용된다고 합의할 수도 있고, ④ 특정한 중재규칙 적용합의를 하면서 외국 중재법 적용합의를 함께 할 수도 있다.

그에 따라 위 ②와 같이 중재기관의 중재규칙이 적용되는 경우에 그 중재규칙은 당사자의 합의에 기초하여 적용되므로 한국 중재법상의 임의규정에 우선하여 적용되고,²⁴⁾ 다만 그 중재규칙상의 규정도 대부분 임의규정이므로 당사자 사이의 다른 특별한 합의에 열위한다.²⁵⁾ 위 ③과 같이 당사자들이 중재절차를 외국의 중재법에 따르도록 합의한 경우에도 그 외국법은 당사자의 합의에 기초하여 적용되므로 한국 중재법상의 임의규정에 우선하여 적용된다. 이는 마치 약관의 계약편입과 같이 당사자가 외국법을 중재절차의 내용으로 편입하는 것이기 때문이다. 그러므로 이러한 중재절차에 관한 외국법 적용합의는 중재절차의 준거법을 저촉법적 차원에서 지정하는 합의(“저촉법적 지정”)에 이르지 못하고 단지 “실질법적 지정”에 머무르게 된다. 이러한 실질법적 지정의 경우에 적용되는 그 외국법은 적용합의 당시에 시행되고 있는 법의 내용(임의규정, 강행규정 포함)이 합의의 내용을 이루는 것이므로 그 후에 법이 개정되는 경우에도 개정 전의 법이 계속 적용된다.²⁶⁾ 한편, 위 ④와 같이 당사자들이 중재규칙의 적용합의와 함께 외국 중재법의 적용합의까지 하는 경우에 양자는 각각 바로 위에서 기술한 바와 같이 적용되는데, 양자의 관계상 우선 순위는 (특별법은 일반법에 우선한다는 원칙과 같이) 그 내용의 면에서 특별한 것은 일반적인 것에 우선한다는 법리에 따라 결정되어야 하고, 그에 따라 통상 중재규칙이 외국 중재법에 우선할 것이다. 이러한 경우에는 양자 모두가 약관처럼 적용되기 때문이다.

(2) 중재법상의 실체의 준거법 저촉규칙

위와 같이 중재지가 한국인 경우에는 그 절차의 준거법인 한국 중재법이 적용되고, 실체의 준거법 결정을 위하여 동법 제29조가 규정하는 저촉규칙이 적용된다. 동조(제29조)는 임의규정으로서,²⁷⁾ 제1항은 주관적 준거법 그리고 제2항은 객관적 준거법의 저촉규칙을 규정한다.

따라서 기관중재에서 당사자들이 특정한 중재기관의 중재규칙이 적용된다고 합의한 경우에는, 실체의 준거법 결정을 위하여 그 중재규칙에서 정하는 저촉규칙이 한국 중재법(제29조 제1항, 제2항)에 우선하여 적용되고,²⁸⁾ 마찬가지로 특정한 외국 중재법의 적용을

23) 오석웅, “국제상사중재판정의 준거법선택에 있어서 당사자자치의 원칙 - 당사자에 의한 *lex mercatoria*의 선택과 준거법 분할지정의 가능여부를 중심으로”, 『중재연구』, 제17권 제1호, 2007, p.123 참조.

24) 이호원, 전게서, p.160 참조.

25) ICC 중재규칙과 한국 중재법과의 관계에 관한 논의로, 석광현, <국제상사중재법연구 제2권>, 박영사, 2019, pp.368-371도 같은 취지로 이해된다.

26) 또한 이러한 실질법적 지정의 경우에는 한국 중재법상의 강행규정이 여전히 적용됨은 전술한 바와 같다.

27) 중재의 경우에는 실체의 준거법 결정을 위하여 이러한 중재법상의 저촉규칙을 적용하여야 하며, 중재지가 한국이라고 하여 한국 국제사법이 적용되는 것은 아니다.

합의한 경우에는 그 외국 중재법상의 저촉규칙이 우선 적용되고, 특정한 중재규칙 적용합의와 외국 중재법 적용합의를 함께 한 경우에도 중재규칙상의 저촉규칙이 적용된다. 예컨대 중재지가 한국인 경우로서, 대한상사중재원의 국제중재규칙에 따라 진행되는 중재의 경우에 실체의 준거법은 그 국제중재규칙에 따라 결정되고 ICC 중재규칙에 따라 진행되는 경우에는 그 중재규칙에 따라 결정된다. 이와 같이 기관중재의 경우에는 당해 중재기관의 중재규칙이 정하는 저촉규칙에 의하여 실체의 준거법이 결정되며, 임의규정인 한국 중재법 제29조 제1항과 제2항이 적용되는 경우는 거의 없다. 중재기관이 관여하지 않는 임시중재(ad hoc arbitration)의 경우에는 다른 합의가 없다면, 한국 중재법 제29조 제1항과 제2항에 따라 실체의 준거법이 결정되나, 이때에도 (예컨대 UNCITRAL 중재규칙과 같이) 임시중재를 규율하도록 의도된 중재규칙이 적용되는 경우에는 실체의 준거법은 그에 규정된 저촉규칙에 따라 결정된다.

3. 중재판정부의 실체의 준거법 적용과 그 위반의 효과

중재판정부는 본안에 대하여 판정할 때 위와 같은 저촉규칙에 따라 결정된 실체의 준거법을 적용하여야 한다. 다만 한국 중재법상 중재판정부가 착오나 과실로 인하여 실체의 준거법을 잘못 결정하거나 그것을 잘못 적용한 경우에(이른바 ‘법률오적용’, 法律誤適用, mis-application of law),²⁹⁾³⁰⁾ 그 중재판정의 품질이 불량하다는 비난을 받을 수 있으나 그 중재판정이 취소되거나 그 승인 또는 집행이 거부되는 것은 아니라고 보아야 한다.³¹⁾ 그러나 한국 중재법상으로도 중재판정부가 의식적으로 준거법을 무시하는 것은 실체의 준거법 적용에 관한 중재판정부의 권한의 범위를 벗어난 것이므로 중재법 제36조 제2항 제1호 라목이 규정하는 중재절차위반이 된다고 보아야 한다.³²⁾ 이를 중재법 제36조 제2항 제

28) 허해관, 전제논문, p.63 참조.

29) 중재에서는 이러한 법률오적용이나 이른바 ‘사실관계오판’(mis-finding of facts)은 그 자체만으로는 중재판정 취소사유나 중재판정 승인/집행거부사유가 되지 않는다. 중재에서는 중재판정이 곧 확정판결과 같은 효력을 가지며(이에 중재는 단심제라 불린다), 소송과 달리 항소나 상고와 같은 통상의 불복방법이 허용되지 않고 대법원과 같은 법률심을 담당하는 기관이 없다.

30) UNCITRAL, *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, UNCITRAL, 2012, p.122(이하 이는 간단히 UNCITRAL 2012 *Digest of Case Law on the Model Law*로 인용한다)에 의하면, CLOUT case No. 375 [Bayerisches Oberstes Landesgericht, Germany, 4 Z Sch 23/99, 15 December 1999] 및 CLOUT case No. 569 [Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 11 Sch 01/01, 8 June 2001]에서 독일 법원들은 분쟁의 실체의 준거법을 잘못 해석하였거나 잘못 적용하더라도 중재판정취소사유가 아니라고 한다.

31) 독일에서는 중재인이 착오 또는 오해에 기하여 준거법의 적용을 잘못한 경우는 문제가 없지만 중재인이 준거법을 의식적으로(bewusst) 무시한 경우에는 준거법을 잘못 판단한 경우와 달리 중재인이 권한을 넘은 것이 되어 중재판정의 취소사유가 된다고 보는 견해가 유력하다고 한다(석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, pp.184).

32) 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, pp.184-185에서도 이를 취소사유로 긍정한다. 다만 그 근거를 단지 권한유월이라 하고 있어 근거조항은 확실치 않다.

1호 다목이 규정하는 중재판정부의 권한유월이라고 보는 것은 옳지 않다고 생각된다.³³⁾ 이 다목의 규정은 중재판정이 사항적 측면에서 중재합의의 범위를 벗어나는 것을 중재판정 취소사유로 규정하는 것이기 때문이다. 한국 중재법 제38조 제1호 가목에 의하여 중재판정 취소사유는 그대로 중재판정 승인/집행거부사유이기도 하므로 중재판정부가 의식적으로 준거법을 무시하는 것은 중재판정 승인/집행거부사유도 된다.

같은 맥락에서, 한국 중재법상 당사자가 실체의 준거법을 합의로 지정하면서 중재판정부에게 형평과 선에 따라 중재판정을 내리는 권한을 명시적으로 부여한 바 없음에도 불구하고³⁴⁾ 만일 중재판정부가 형평과 선에 따라 중재판정을 내리는 것도 중재절차위반으로 중재판정의 취소사유가 되고 중재판정 승인/집행거부사유도 된다고 본다.

4. 준거법합의의 준거법

한국 중재법상 명시적 규정은 없으나, 당사자자치의 원칙에 따라 당사자들은 준거법합의의 준거법을 명시적 또는 묵시적으로 지정할 수 있으며, 이때 실체의 준거법과 다른 법을 그 준거법합의의 준거법으로 지정하는 것도 가능하다고 보아야 한다고 생각된다. 당사자 사이에 준거법합의의 준거법 지정이 없는 경우에 당해 중재의 실체의 준거법이 준거법합의의 준거법이 된다. 그러나 준거법합의가 준거법조항의 형태로 주된 계약 속에 포함된 경우로서 당사자 사이에 준거법합의의 준거법에 관한 다른 합의가 없는 경우에는 그 주된 계약의 준거법은 그 준거법조항까지 규율하므로 그 계약의 준거법이 곧 준거법합의의 준거법이 된다. 이러한 경우에 당사자들은 준거법합의의 준거법을 명시적으로 지정한 것이다.

33) UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law, p.153은 ‘계약이나 법의 무시’(Disregard of the contract or the law)를 UNCITRAL 모델법 제34조 제2항 제a호 제3목(이는 한국 중재법 제36조 제2항 제1호 다목에 해당한다)이 규정하는 권한유월의 문제로 다루고 있으나 줄자는 이에 동의하지 않는다. 참고로 UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law, p.153에서는 당사자들의 명시적 수권이 없었는데 중재인이 형평과 선에 따라 판정을 내려서 중재판정이 취소된 이집트 법원의 사례와 중재인이 당사자 사이에 체결된 계약을 적용하지 아니하여 중재판정이 취소된 오스만 법원의 사례를 예시하고 있다.

34) 한국 중재법 제29조 제3항에 의하면, “중재판정부는 당사자들이 명시적으로 권한을 부여하는 경우에만 형평과 선(善)에 따라 판정을 내릴 수 있다.”

Ⅲ. 실체의 주관적 준거법을 지정하는 합의 - 준거법합의

1. 당사자자치의 원칙

(1) 준거법선택의 자유

한국 중재법(제29조 제1항)은 “중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다.”고 규정하여 실체의 준거법에 관한 당사자자치의 원칙을 규정한다.³⁵⁾ 이와 같이 중재의 당사자들은 실체의 준거법을 합의할 수 있으며, 이러한 합의를 준거법합의 또는 법선택합의(choice-of-law agreement)라 한다. 준거법합의는 주된 계약³⁶⁾과 별도로 할 수도 있고, 주된 계약 내에 준거법조항(governing law clause) 또는 법선택조항(choice-of-law clause)을 두는 방법으로 할 수도 있다.

기관중재로서 중재지가 한국인 경우에는 전술한 바와 같이 그 중재기관의 중재규칙이 적용되므로 실체의 준거법 결정을 위하여 그 중재규칙상의 저촉규정이 적용되는바, 그에 의하더라도 실체의 준거법에 관한 당사자자치는 널리 허용되고 있다.³⁷⁾

(2) 관련성 불요

준거법선택에 관한 당사자자치의 원칙은, 생각건대, 당사자들이 선택한 준거법과 당해 계약 또는 당사자 사이에 어떠한 지리적 기타 관련성도 요구하지 않는다고 보아야 한다.³⁸⁾ 한국 중재법은 이러한 관련성의 요부에 관하여 침묵하는바, 이러한 침묵은 특히 국

35) 또한 헤이그준거법원칙 제2조 참조.

36) ‘주된 계약’이라는 표현은 저촉법의 맥락에서 이를 법선택합의와 구별하기 위하여 사용된다. 예컨대 국제물품매매계약을 체결하면서 별도로 법선택합의를 하거나 그 매매계약서 속에 법선택조항을 두는 경우에 그 매매계약을 주된 계약이라 부른다.

37) 예컨대, 2016년 대한상사중재원 국제중재규칙 제29조 제1항 제1문(“당사자는 분쟁의 본안에 관하여 중재판정부가 적용할 실체법 및 법원칙에 대하여 자유롭게 합의할 수 있다.”); 2021년 ICC(International Chamber of Commerce, 국제상업회의소) 중재규칙 제21조 제1항 제1문(“The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute.”); 2021년 ICDR(International Centre for Dispute Resolution, 국제분쟁해결센터) 국제중재규칙 제34조 제1항 제1문(“The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute.”); 2016년 SIAC(Singapore International Arbitration Centre, 싱가포르국제중재센터) 중재규칙 제31조 제1항 제1문(“The Tribunal shall apply the law or rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute.”) 등 참조.

38) 목영준, <상사중재법>, 박영사, 2011, p.113; 오석웅, 전제논문, p.124; 양병희 외, <주식 중재법>, 대한상사중재원·한국중재학회, 2005, p.140(조대연 집필 부분)(이하 이 책은 조대연, <주식 중재법>으로 인용한다) 각 참조. 또한 헤이그준거법원칙 제2조 및 그 주석 2.14 참조. 김갑유 외, <중재실무강의>, 개정판, 박영사, 2016, p.136에서는 “[한국] 중재법은 당사자들이 지정한 법이 그들의 국적이나 당해 거래와 실질적 관련성을 가질 것을 요건으로 하지 않고 있다”고 하는바, 이도 유사한 취지로 이해된다.

제상사중재의 경우에는 그러한 관련성을 요구하지 않는 것으로 이해되어야 한다. 국제상사계약의 당사자들은 자신의 거래와 전혀 관계가 없는 국가의 법을 선택할 수 있고 또 실무상 그렇게 하고 있는데, 그 이유는 그렇게 선택되는 법이 당사자 사이에 중립적이기 때문이거나 혹은 특정한 거래분야(예컨대 해상운송, 해상보험, 국제금융)에서 잘 발달되어 있기 때문이다.³⁹⁾

(3) 준거법의 분열 - 실체의 준거법의 분할지정

또한 준거법선택에 관한 당사자자치의 원칙에 따라 실체의 준거법을 선택하는 당사자들은 특정한 법이 계약의 일부에 대해서만 적용되도록 합의할 수도 있다.⁴⁰⁾ 이를 준거법의 부분지정이라 하며, 이때 그 계약의 나머지 부분에 대해서는 그 계약의 객관적 준거법이 적용된다. 나아가 당사자들은 복수의 부분지정을 하면서 계약상의 상이한 법적 사항들에 대하여 각기 다른 법들이 적용되도록 합의할 수도 있다. 예컨대 계약의 성립을 규율하는 법과 계약의 내용을 규율하는 법을 각각 달리 선택할 수 있다. 이때 그렇게 선택된 각 준거법은 해당되는 각각의 사항을 규율하고, 혹시 그에 의하여 규율되지 않는 계약의 나머지 부분은 그 계약의 객관적 준거법이 규율한다. 따라서 이와 같은 준거법의 부분지정의 경우에는 계약의 다른 부분(들)을 다른 법(들)이 규율하는 준거법의 분열이 생긴다. 한국 중재법은 이러한 준거법의 분열에 관하여 명시적 규정을 두지 않으나, 생각건대 실체의 준거법에 관한 당사자자치의 원칙에 의하여 한국 중재법상 준거법의 부분지정과 그에 따른 준거법의 분열은 허용되는 것으로 보아야 한다.⁴¹⁾ 이는 기관중재의 경우에 적용되는 중재규칙 하에서도 마찬가지다.

이와 같은 준거법의 분열의 경우에는 그때 적용되는 복수의 법들(복수의 주관적 준거법들, 또는 주관적 준거법과 객관적 준거법) 사이의 내용상의 충돌 내지 불일치로 인하여 당사자 사이의 법률관계가 불명확하게 될 수 있는 위험이 있다. 따라서 당사자들은 준거법의 분열을 합의할 때에는 그러한 위험의 내용과 정도를 고려하고, 그 위험이 중대한 때에는 준거법의 분열을 피하거나 다른 적절한 대처법을 계약 내에 취하여 두는 것이 바람직하다.

(4) 반정의 배제

당사자가 실체의 준거법으로 특정한 국가의 법을 지정한 경우에 그 법에는 그 국가의 국제사법(이는 재판관할법을 제외한 협의의 개념으로 이른바 저촉법을 지칭한다)도 포함

39) 헤이그준거법원칙 제2조의 주석 2.14 참조. 또한 조대연, <주식 중재법>, p.140 참조.

40) 헤이그준거법원칙 제2조 제2항 및 그 주석 2.7 - 2.8 참조.

41) 이호원, <중재법연구>, p.63; 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, p.157; 정홍식, 전계논문, p.22; 오석웅, 전계논문, pp.132-133도 같은 견해를 취한다.

되는지가 문제된다. 이를 부정한다면 그 국가의 국제사법을 제외한 실질법만이 지정된 것으로 되고, 이를 강학상 반정의 배제라 한다.⁴²⁾ 한국 중재법(제29조 제1항 제2문)은 “특정 국가의 법 또는 법 체계가 지정된 경우에 달리 명시된 것이 없으면 그 국가의 국제사법이 아닌 분쟁의 실체에 적용될 법을 지정한 것으로 본다.”고 규정하여 반정의 배제를 명시한다.⁴³⁾ 이러한 반정배제 규정은 국제계약의 주관적 준거법을 선택하는 당사자들의 의사에 부합하는 것으로 이해된다.

다만 그 조문에서 보듯이 이러한 반정배제 규정은 임의규정이므로 당사자들은 반정의 배제에 관하여 달리 합의할 수 있고, 반정을 허용하는 것이 당사자의 의도인 것으로 나타나는 때에는 그에 따라야 한다.⁴⁴⁾ 같은 맥락에서 기관중재에서 만약 중재규칙에서 반정의 허용 또는 배제에 관하여 달리 규정하고 있는 때에는 그에 따라야 한다.

2. 준거법합의의 방식

한국 중재법상 준거법합의의 방식에 제한을 가하는 명시적 규정은 없으며,⁴⁵⁾ 그런 상황에서 해석으로 준거법합의의 방식을 달리 제한할 필요는 없다. 준거법합의는 서면이나 구두로 할 수도 있고 전자적 방식으로 할 수도 있다. 이러한 점에서 준거법합의의 방식은 중재합의의 방식과 다르다. 한국 중재법(제8조 제2항)은 “중재합의는 서면으로” 하도록 요구하기 때문이다.⁴⁶⁾ 준거법합의의 방식이 자유롭다는 원칙은 준거법 변경합의에도 마찬가지로 적용된다.

그러나 물론 당사자들이 준거법합의나 그 변경합의의 방식에 관하여 달리 합의한 경우에 그 합의는 존중되어야 하므로 그에 따라야 한다. 예컨대 당사자들이 준거법합의나 그 변경을 서면에 의하도록 합의한 경우에는 그 합의나 변경은 서면으로 하여야 한다.⁴⁷⁾

42) 반정이 허용되는 경우에는 선택된 준거법이 소속된 국가의 국제사법규칙에 의하여 다시 중재지법이나 제3국법이 준거법으로 지정될 수 있다.

43) 헤이그준거법원칙도 제8조에서 이를 명시한다.

44) 이는 헤이그준거법원칙 제8조 하에서도 같다.

45) 헤이그준거법원칙 제5조는 준거법합의의 방식의 자유를 명시한다.

46) 이러한 중재법의 서면요건 규정은 강행규정이다. 다만 한국 중재법 제8조 제3항은 그러한 서면요건을 상당히 완화하고 있다. 그에 의하면, “1. 구두나 행위, 그 밖의 어떠한 수단에 의하여 이루어진 것인지 여부와 관계없이 중재합의의 내용이 기록된 경우, 2. 전보(電報), 전신(電信), 팩스, 전자우편 또는 그 밖의 통신수단에 의하여 교환된 전자적 의사표시에 중재합의가 포함된 경우(다만, 그 중재합의의 내용을 확인할 수 없는 경우는 제외한다), 3. 어느 한쪽 당사자가 당사자 간에 교환된 신청서 또는 답변서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이에 대하여 다투지 아니하는 경우”에는 서면에 의한 중재합의가 있는 것으로 본다.

47) 헤이그준거법원칙 제5조의 주석 5.2 참조.

3. 준거법의 명시적 또는 묵시적 선택

준거법합의(또는 간단히 법선택)는 명시적으로 또는 묵시적으로 할 수 있다.⁴⁸⁾ 여기의 명시적 법선택(express choice of law)은 당사자들이 사용한 용어나 표현에 비추어 당사자 사이에 특정한 법을 준거법으로 선택 또는 지정하는 합의가 존재한다는 점이 분명하게 드러나는 것을 말한다. 물론 이를 위하여 특정 단어나 문구가 꼭 사용되어야 하는 것은 아니다. 실무상 당사자들은 준거법합의를 하면서 특정한 법을 ‘선택한다’(choose)는 용어를 사용하지 않으며 오히려 예컨대 당해 계약이 특정한 법에 의하여 “규율된다(governed by)” 또는 특정한 법에 “따른다(subject to)”(또는 의한다)와 같은 표현을 사용한다.⁴⁹⁾ 이러한 표현들은 준거법합의의 존재를 긍정하는 데 충분하다.

준거법의 명시적 선택은 주된 계약이 체결되기 전이나 후에 하거나 그와 함께 할 수도 있다. 보통 이는 주된 계약 내에 법선택조항 또는 준거법조항의 형태로 삽입된다.

한편 준거법의 묵시적 선택(tacit choice of law)은 그 선택합의가 위와 같이 명시적이지 않더라도 당해 계약의 규정내용이나 상황을 종합적으로 고려할 때 준거법합의가 실제로 존재하는 것을 말한다. 그러나 생각건대, 묵시적 선택의 경우에 당해 법을 준거법으로 선택한다는 당사자들의 의사(준거법합의)는 실제로 존재하여야 하며, 그러한 실제의 의사(real intention)가 존재하지 않는데 그러한 의사가 있다고 의제하거나 가정하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다.⁵⁰⁾ 소송의 경우에 적용되는 한국 국제사법과 달리,⁵¹⁾ 한국 중재법에서는 준거법의 묵시적 선택은 “계약내용이나 그 밖의 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 한정한다”는 취지의 규정이 없는바, 중재에서도 그러한 취지의 제한을 긍정하여 준거법의 묵시적 선택이 부당하게 확대되지 않도록 하여야 한다.⁵²⁾ 즉 중재에서도 준거법의 묵시적 선택은 당해 계약의 규정내용이나 관련된 모든 사정으로부터 합리적으로 인정될 수 있는 정도로 명확하게 나타나야 한다고 보아야 한다.

예컨대, 당사자들이 특정한 표준계약서 양식을 바탕으로 계약을 체결하였는데 그러한 양식의 표준계약서가 보통 특정한 국가의 법 하에서 사용되는 경우에 당사자들은 그 국가의 법을 묵시적으로 선택한 것으로 볼 수 있다.⁵³⁾ 가령 당사자들이 Lloyd 보험증권 양식을 사용하여 해상보험계약을 체결하는 경우에 그 계약(보험증권)의 양식은 영국법에 기초한 것이므로 당사자들은 그 계약의 준거법을 영국법으로 합의한 것으로 볼 수 있다(묵시

48) 헤이그준거법원칙 제4조도 이를 명시한다.

49) 헤이그준거법원칙 제4조 주석 4.3 참조.

50) 헤이그준거법원칙 제4조 제1항 및 그 주석 4.6 참조.

51) 한국 국제사법(제46조 제1항 단서)은 준거법의 묵시적 선택이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위하여 묵시적 선택은 계약내용 그 밖의 모든 사정으로부터 합리적으로 인정될 수 있는 경우로 제한되도록 한다.

52) 소송과 중재 모두에 적용되도록 의도된 헤이그준거법원칙(제4조)은 이러한 취지를 명시한다.

53) 헤이그준거법원칙 제4조의 주석 4.9 참조.

적 선택).⁵⁴⁾ 같은 맥락에서 당해 계약상 특정한 국가의 법체계에 고유하거나 특징적인 전문용어를 중요하게 사용하거나 특정한 국가의 법률규정을 계약내용으로 끌어들이므로써 당사자들이 그 국가의 법을 준거법으로 삼고자 하는 의사가 명확히 나타나는 경우에도 묵시적 선택을 긍정할 수 있다.⁵⁵⁾ 한편 당사자 사이에 확립된 관례(practices)에 의하여 묵시적 법선택이 긍정될 수도 있다. 예컨대, 기존의 거래과정에서 당사자들이 그간 계약의 준거법으로 일관되게 특정한 국가의 법을 명시적으로 선택해온 사정이 있는데, 이번에는 계약을 체결하면서 준거법선택을 누락한 경우에 모든 사정으로 볼 때 그러한 누락이 당사자 사이의 기존의 관례를 이번 계약에서 변경하고자 하는 의사로 해석되지 않는다면 이 계약에서도 준거법의 묵시적 선택을 긍정할 수 있다.⁵⁶⁾

그러나 당사자들이 특정한 국가나 특정한 국내의 도시를 중재지(place of arbitration)로 지정하더라도 이러한 사실만으로는 그 중재지국의 법을 준거법으로 묵시적으로 선택한 것으로 보아서는 아니된다.⁵⁷⁾ 당사자들이 특정한 곳을 중재지로 선택하는 이유와 그 선택을 할 때의 고려요소는 준거법선택을 할 때의 그것과 다르기 때문이다. 당사자들은 중재지를 선택할 때 그 장소의 중립성이나 교통·통신의 편리함, 자금이체의 자유로움, 숙련된 현지의 지원가능성을 포함하는 실제적인 고려의 기초하여 중재지를 정한다.⁵⁸⁾ 중재지는 당사자 또는 사안과 합리적인 또는 기타 어떤 관련이 있을 필요도 없다.⁵⁹⁾ 중재판정부는 통상 심리 내지 회합을 포함한 중재절차를 중재지에서 진행하지만 반드시 중재절차의 진행을 그 중재지에서 하여야 하는 것은 아니다. 중재법상 중재지는 중재판정의 국적을 결정하는 순수한 법적 개념이며,⁶⁰⁾ 당사자가 선택한 중재지는 묵시적 법선택의 존부를 결정하는 데 고려되는 여러 요소들 중 하나일 뿐이다.⁶¹⁾ 같은 맥락에서 당사자들이 특정한 국가 출신의 중재인을 선정하였다는 이유만으로 그 국가의 법을 준거법으로 묵시적 선택을 하였다고 볼 수 없다.⁶²⁾ 중재인을 선정할 때의 고려요소도 준거법선택을 할 때의 그것과 다르기 때문이다. 당사자들은 당해 중재인의 실체의 준거법에 대한 전문성 외에도 그의 중립성이나 이용가능성, 경륜과 평판 등을 고려하여 그 중재인을 선정하였을 수 있고, 국제소송과 마찬가지로 국제중재의 경우에도 중재인이 외국법을 적용하는 것은 일상적이다. 이와 같

54) 헤이그준거법원칙 제4조의 주석 4.9 참조.

55) 헤이그준거법원칙 제4조의 주석 4.10 참조.

56) 헤이그준거법원칙 제4조의 주석 4.13은 이러한 취지로 이해된다.

57) 헤이그준거법원칙 제4조의 주석 4.12; 임성우, <국제중재>, 박영사, 2016, p.263; 문화경, “국제상사중재에서 분쟁의 실체의 준거법으로서 CISG의 적용”, 『통상법률』, 통권 제112호, 법무부, 2013, pp.97-98 각 참조. 이는 당사자 사이의 재판관할합의(전속적 관할합의 포함)가 준거법선택합의와 다른 것과 같다. 당사자들이 특정한 국가의 법원을 선택하는 명시적 관할합의를 했다고 해서 그 국가의 법을 준거법으로서 묵시적으로 선택한 것으로 보지 않는다.

58) 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, p.150 참조.

59) 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, p.152; 목영준, 전제서, p.119 참조.

60) 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, p.24 참조.

61) 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, p.152 참조.

62) 헤이그준거법원칙 제4조의 주석 4.12 참조.

이 당사자가 어떤 사람을 중재인으로 선정하였는지 여하도 묵시적 법선택의 존부를 결정하는 데 고려되는 여러 요소들 중 하나일 뿐이다. 다만 (그리고 그렇기 때문에) 당해 계약의 다른 사정들(중재지 포함)과 함께 당사자들이 선정한 중재판정부가 모두 특정한 법에 정통한 전문가로 이루어진 때에는 당사자들이 그 법을 준거법으로 선택한 것으로 볼 여지가 높아질 것이다.

준거법선택에 관한 위와 같은 논의는 준거법변경에 관하여도 마찬가지로 적용된다.

4. 법의 규칙의 선택

(1) 법의 규칙의 개념

저촉법상 ‘법의 규칙’(rules of law)은 ‘특정한 국가의 법이나 법체계’에 대립하는 용어로 사용되는데, 이 용어의 명확하고 통일된 정의는 없으나, 이는 ‘특정한 국가의 법률에서 연원하지 않는 법적규칙’ 내지 ‘비국내적 규범’(non-national rule)이라 정의할 수 있다. 보통 국제적(international), 초국가적(supranational) 또는 지역적(regional) 규범(rules)이나 법률문서(instrument)가 이에 해당한다.⁶³⁾ 예컨대, 이른바 *lex mercatoria*(law merchant, 상인법)⁶⁴⁾ 또는 국제물품매매협약(CISG)⁶⁵⁾와 같은 다양한 법률분야에서 ‘이미 발효하였거나 아직 발효하지 않은’⁶⁶⁾ 국제적 조약(treaty)이나 협약(convention), UNIDROIT 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts), 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law: PECL) 등이 그에 해당한다.⁶⁷⁾ 그러나 개념상 당사자들이 자체로 만들어 사용하거나 특정한 국제적 또는 지역적 차원의 협회나 단체가 널리 사용하도록 제정한 표준약관은 법의 규칙의 개념 내에 들지 않는다.⁶⁸⁾

본고에서 법의 규칙을 준거법으로 선택할 수 있다는 것은 ‘저촉법적 지정’으로서 법의 규칙을 선택한다는 의미이다. 당사자의 법선택이 ‘저촉법적 지정’에 이르지 못하는 ‘실질 법적 지정’의 경우에 당사자의 준거법합의는 당해 법의 규칙을 계약의 내용으로 편입시키는 합의에 머무르게 되고,⁶⁹⁾ 이때에는 실체의 객관적 준거법이 적용된다.

63) 헤이그준거법원칙 제3조 참조.

64) *lex mercatoria*의 넓은 의미로는 오석용, 전게논문, pp.125-126 참조.

65) 여기서 CISG가 (법의 규칙으로서) 준거법으로 선택된다는 것은 CISG가 그 자체의 적용요건을 달리 갖추지 못하여 적용되지 않는 상황에서 당사자들의 선택에 의하여 CISG가 적용된다는 의미이다. 이때 CISG는 그 계약국 국내법으로서 적용되는 것이 아니라 그 자체로 독립적으로 존재하는 CISG가 저촉법적 차원에서 준거법으로 선택되어 적용되는 것이다. 그러므로 이때에는 CISG 제95조 등의 유보선언 여하도 문제되지 않는다.

66) UNCITRAL 2012 *Digest of Case Law on the Model Law*, p.121(국제기구가 제정하였으나 아직 국내법체제로 입법되지 않은 법의 규칙) 참조.

67) 헤이그준거법원칙 제3조의 주석 3.5 - 3.7 참조. 또한 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, pp.153-154 및 158-159 참조.

68) 헤이그준거법원칙 제3조의 주석 3.4 참조.

69) 저촉법적 지정의 경우에는 준거법의 지정이므로 법정지의 단순한 강행규정의 적용은 배제되고 국제적 강행

(2) 중재규칙상 저촉규칙의 경우

전술하였듯이, 기관중재의 경우에 그 중재기관의 중재규칙상의 저촉규칙이 실체의 준거법을 결정하는 데 적용된다. 이러한 중재규칙은 일반적으로 당사자들의 ‘법의 규칙(rules of law)’ 선택을 명시적으로 허용한다.⁷⁰⁾ 따라서 이때에는 법의 규칙을 실체의 주관적 준거법으로 선택할 수 있는 데 의문이 없다.

(3) 한국 중재법상 저촉규칙의 경우

한국 중재법(제29조 제1항)은 중재판정부는 당사자들이 지정한 법에 따라 판정을 내려야 한다고 규정하는바,⁷¹⁾ 이 규정의 해석상 당사자들이 법의 규칙을 준거법으로 지정할 수 있는지 논란이 있다.

생각건대, 국제상사중재에서는 준거법의 선택에 관한 당사자자치가 널리 인정되고 있고 이러한 당사자자치는 자신들에게 가장 적절한 법률(법의 규칙 포함)이 어떤 것인지를 결정하기에 최적의 지위에 있는 당사자들의 의사를 존중하여 법적 확실성과 예측가능성을 높이는 점,⁷²⁾ 한국 중재법의 모범이라 불리는 UNCITRAL 모델법(제28조 제1항)뿐만 아니라 국제상사중재의 보편적 형태인 기관중재의 경우에 적용되는 거의 모든 중재규칙에서 ‘법의 규칙’(rules of law)을 명시적으로 허용하고 있는 점, 한국 중재법상 당사자들의 명시적 합의가 있다면 중재판정부는 형평과 선을 적용할 수도 있는 점⁷³⁾ 등에 비추어 볼 때, 한국 중재법 제29조 제1항의 “당사자들이 지정한 법”은 넓게 해석하여 법의 규칙을 포함하는 것으로 보아야 한다.⁷⁴⁾

규정만이 적용된다. 그러나 실질법적 지정의 경우에는 규범을 계약의 내용으로 편입시키는 것에 불과하므로 법정지의 단순한 강행규정의 경우에도 적용이 배제되지 아니한다. 그리고 저촉법적 지정의 경우에는 계약이 체결된 후에 법이 개정되었다면 개정된 법이 적용되지만 실질법적 지정의 경우에는 개정되기 전의 법이 계약의 내용으로 편입된 것으로 봐야 하므로 그 적용이 배제된다. 또한 저촉법적 지정의 경우에는 법원이 규범의 내용을 직권으로 조사해야 하지만, 실질법적 지정의 경우에는 편입된 법규가 계약의 내용이 되므로 당사자가 편입된 법규의 내용에 대하여 주장하고 증명할 책임을 부담한다.

70) 예컨대, 2021년 ICC 중재규칙 제21조 제1항 제1문, 2021년 ICDR 국제중재규칙 제34조 제1항 제1문, 2016년 SIAC 중재규칙 제31조 제1항 제1문에서는 모두 “rules of law”를 명시한다. 또한 2016년 대한상사중재원 국제중재규칙 제29조 제1항 제1문의 “법원칙”도 법의 규칙을 겨냥한 용어로 이해된다.

71) 1999년 개정 한국 중재법의 모범(母法)이라 할 수 있는 1985년 UNCITRAL 국제상사중재에 관한 모델법(Model Law on International Commercial Arbitration)(이는 UNCITRAL 모델법이라 약칭한다)은 제28조 제1항 제1문(“The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute”)에서는 당사자들이 선택한 “법의 규칙”을 명시하는바, 한국 중재법(제29조 제1항)에서 그 표현을 충분히 살려 규정하지 않은 것은 출자로서는 다소 아쉽다.

72) 헤이그준거법원칙 서문(Introduction)의 주석 I.3, 제2조의 주석 2.5, 제3조 및 그 주석 3.1 참조.

73) 한국 중재법 제29조 제3항.

74) 석광현, <국제상사중재법연구 제1권> p.158; 오석용, 전게논문, p.128; 권종걸, “국제상사계약의 준거법에 관한 헤이그원칙상 준거법으로서 법규범(rules of law) 지정”, 『동북아법연구』, 제10권 제1호, 2016, pp.490-491도 이러한 견해를 취한다. 또한 특히 목영준, 전게서, p.117(우리 중재법이 당사자들이 명시적으로 합의한 경우에는 형평과 선에 의한 중재까지 허용하고 있는 점, 또한 우리 중재법이 “중재판정부는 계약에서 정한 바에 따라 판단하고 해당 거래에 적용될 수 있는 상관습을 고려하여야 한다”고 규정하고 있는 점, UNCITRAL 모델법 제28조 제1항도 ‘법원칙’(rules of law)이라고 표현하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 한

그러나 특히 헤이그준거법원칙은 소송의 경우에 적용되는 각국의 국제사법 하에서 법의 규칙을 준거법으로 지정하는 것을 부정하는 종래의 태도에서 벗어나도록 선도하고자 국제사법상 당사자들이 법의 규칙을 준거법으로 선택할 수 있도록 하면서도 약간의 제한을 가하여 법의 규칙 중에서도 “중립적이고 균형 잡힌 일단(一團)의 규칙”(a neutral and balanced set of rules)만이 법의 규칙으로 선택될 수 있도록 한다.⁷⁵⁾

그에 의하면, 첫째, ‘법의 규칙’은 일단(一團)의 규칙(a set of rules)이어야 하고 단순한 소수의 조문들의 집합만으로는 부족하다. 법의 규칙의 저촉법적 지정이 허용되는 위해서는 그 ‘법의 규칙’이 상당한 수준의 자족성을 갖추어 국제적 맥락에서 통상의 계약분쟁을 해결할 수 있을 정도는 되어야 한다.⁷⁶⁾ 둘째로, 법의 규칙은 중립적이어야 한다. 이는 그 법의 규칙의 원천이 중립적이고 편향되지 않은 기구 즉 다양한 법적, 정치적, 경제적 관점을 대변하는 기구라고 일반적으로 인정되는 것으로 충족될 수 있다.⁷⁷⁾ 셋째로, 법의 규칙은 균형 잡힌 것이어야 한다.⁷⁸⁾ 이러한 요건이 필요한 이유로는 당사계약에서 당사자치는 당사자들이 상대적으로 대등한 교섭력을 가진다는 것을 전제로 하는 점, 그리고 국가의 법은 보통 균형 잡혀있다고 받아들여지는 데 비하여 법의 규칙은 꼭 그렇지 않을 수도 있다는 점이 제시된다.

그렇다면 한국 중재법상(제29조 제1항)으로도 법의 규칙을 저촉법 지정으로서 준거법으로 선택하는 것을 허용하는 견해를 취한다고 할 때 위와 같은 준거법원칙이 가하는 제한(“중립적이고 균형 잡힌 일단의 규칙”이어야 한다는 제한) 하에서 허용하여야 하는지 검토할 필요가 있다. 생각건대 준거법원칙상의 그러한 제한은 국제사법상의 전통적이고 지배적인 부정적 태도를 탈피하여 법의 규칙을 준거법으로 선택(저촉법적 지정)할 수 있도록 허용하는 새로운 규칙의 구색을 갖추어 설득력을 높이기 위한 의도로 보인다.⁷⁹⁾ 국제상사중재의 맥락에서는 법의 규칙의 선택을 허용하는 것이 보편적 태도이므로 굳이 그러한 제한을 가하는 것은 불필요하다고 생각된다. 자족성이 부족하거나 중립적이지 않고 균형이 잡히지 않은 규칙(법의 규칙)을 선택함으로써 발생할 수 있는 불이익과 위험은 그 선택을 한 당사자가 부담할 사항이다.

국 중재법 제29조 제1항의 ‘당사자들이 지정한 법’은 광의로 해석하여 특정국가의 법률은 물론 무국적 법원칙까지 포함하는 것으로 보아야 할 것이다) 참조. 나아가 석광현, <국제상사중재법연구 제1권> p.158는 한국 중재법 제29조 제1항에서 법 대신에 법규 또는 법의 규칙이라는 표현을 사용함으로써 그 취지를 좀 더 명확히 하는 편이 바람직하였을 것이라고 한다.

75) 헤이그준거법원칙 제3조 참조.

76) 헤이그준거법원칙 제3조의 주석 3.10 참조.

77) 헤이그준거법원칙 제3조의 주석 3.11 참조.

78) 이 요건은 준거법선택에서 특정한 지역적 또는 범세계적 산업분야에서 일방 당사자에게 혜택을 부여하는 규칙을 배제하기 위함이다. 헤이그준거법원칙 제3조의 주석 3.12 참조.

79) 정홍식, 전제논문 p.25에 의하면, 이러한 규정은 하나의 타협점으로서 예외로 두게 된 것이라고 한다.

5. 준거법의 변경

당사자자치는 당사자들이 그 준거법선택을 변경할 자유를 포함하므로, 한국 중재법상 당사자들은 언제든지 명시적 또는 묵시적으로⁸⁰⁾ 그 준거법을 변경할 수 있다.⁸¹⁾ 이를 강학상 준거법의 사후적 변경이라 한다. 준거법의 사후적 변경으로 당사자들은 준거법의 전부를 변경할 수도 있고 일부만 변경할 수도 있다. 그 방식도 다른 합의가 없는 한 별다른 제한이 없다. 이러한 사후적 변경은 당사자의 의사에 따라 소급효를 가질 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다.

다만 아무런 제한도 없이 그러한 사후적 변경합의의 효력을 인정할 것인지에 관하여는 검토가 필요하다고 생각된다. 한국 국제사법(제46조 제3항)은 당사자가 합의로 계약의 (주관적 또는 객관적) 준거법을 사후에 변경할 수 있도록 허용하되, “다만, 계약체결 후 이루어진 준거법의 변경은 계약 방식의 유효 여부와 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.”고 규정하여 일정한 제한을 가한다.⁸²⁾ 이는 한국 중재법에는 없는 규정인바, 이러한 제한은 중재법상의 준거법변경합의에도 부과되어야 하는가? 생각건대, 전술하였듯이, 당사자들이 선택한 법은 계약의 유효성을 결정하므로 계약체결 후 그 계약의 준거법을 변경하는 때에는 그 계약의 형식적 유효성에 영향을 줄 수 있다. 따라서 계약이 소급적으로 무효가 되는 것을 피하기 위하여 한국 중재법상으로도 명문의 규정은 없지만, 기존의 실체의 주관적 또는 객관적 준거법 하에서 당해 계약이 형식적으로 유효한 때에는 당사자에 의한 준거법의 사후적 변경이 있더라도 그 계약의 형식적 유효성은 영향을 받지 않는다고 하여야 한다. 다만 이 문제는 한국 국제사법 제46조 제3항 단서와 같은 규정을 중재법에 둬으로써 입법적으로 해결하는 것도 좋으리라 생각된다.

한편 당사자에 의한 계약의 준거법의 사후적 변경은 제3자의 권리에도 영향을 줄 수 있다.⁸³⁾ 예컨대 당사자들(A와 B)이 특정한 국가의 법(X국법)을 준거법으로 하여 계약을 체결하고 제3자(보증인)가 그 당사자 중의 어느 일방(A)의 의무를 보증하였는데, 그 후 그 A와 B가 합의로 그 계약의 준거법을 다른 국가의 법(Y국법)으로 변경하고, 그에 따라 변경된 준거법(Y국법)에 의하면 A의 의무가 X국법상 원래 부담하였던 의무보다 무거워지는 경우가 있다.⁸⁴⁾ 이때 그렇다면 보증인인 제3자의 책임도 그 준거법의 사후적 변경에 더 무거워지는가? 생각건대, 준거법의 사후적 변경이 제3자의 권리에 불리한 영향을 주어서는 아니 된다는 데 대하여는 국제적으로 광범위한 합의(consensus)가 이루어져 있는 상황

80) 국제중재실무에서 중재절차 진행 중에 양당사자가 애초에 합의된 준거법이 아닌 다른 법에 기초하여 본안에 대한 주장을 전개하는 경우가 있는데, 이는 사안에 따라 준거법의 묵시적 변경에 해당할 수 있다.

81) 헤이그준거법원칙 제2조 제3항 참조.

82) 헤이그준거법원칙 제2조 제3항 제2문에서도 동일한 취지의 규정을 두고 있다.

83) 헤이그준거법원칙 제2조 제3항 제2문에서도 동일한 취지의 규정을 두고 있다.

84) 헤이그준거법원칙 제2조의 주석 2.12 참조.

이고,⁸⁵⁾ 이러한 제3자 보호의 원칙은 소송과 중재를 막론하고 저촉법상 관철되어야 하는 원칙이라고 생각되므로, 한국 중재법상으로도 명문의 규정은 없지만, 당사자에 의한 준거법의 사후적 변경이 있더라도 제3자가 불리하게 되는 한도 내에서는 그 제3자의 권리는 영향을 받지 않는다고 하여야 한다고 본다. 그에 따라 바로 위의 예에서 보증인인 제3자의 책임은 A와 B 사이의 준거법 변경에도 불구하고 여전히 변경 전의 준거법(X국가)에 따른다고 하여야 한다. 다만 이 문제도 역시 한국 중재법에 명시적 규정을 두어 입법적으로 해결하는 것도 좋을리라 생각된다.

6. 준거법합의의 독립성 - 특히 준거법조항의 독립성

준거법합의의 독립성(*independence of choice-of-law agreement*)⁸⁶⁾이란 준거법합의를 주된 계약과 별개로 분리함으로써 준거법합의의 존부와 유효성을 그 준거법합의 자체에 적용되는 합의불성립사유와 유효성조각사유에 따라 결정하여야 하는 원칙을 말한다. 이를 긍정하는 때에는 주된 계약의 불성립사유나 유효성조각사유가 있더라도 그것만으로 당연히 준거법합의의 존재나 유효성이 부정되는 것은 아니다.⁸⁷⁾

주된 계약과 준거법합의가 각각 별도로 체결되는 때에는 준거법합의의 독립성이라는 원칙을 굳이 동원하지 않더라도 그 존부와 유효성 문제에 관하여 양자가 독립된다는 것은 의문이 없다. 그러나 특히 준거법합의가 준거법조항(또는 법선택조항)의 형태로 주된 계약에 하나의 조항으로 들어가는 경우에는 상황이 다르며, 이러한 경우에도 준거법합의의 독립성(이러한 경우에는 특히 준거법조항의 독립성이라 한다)이 관철되는지가 문제된다.⁸⁸⁾

한국 중재법은 중재조항의 독립성을 명시적으로 규정하면서도, 준거법합의의 독립성에 관하여는 침묵하므로⁸⁹⁾ 그 궁부가 문제된다. 이에 관하여 별다른 논의는 발견되지 않으나, 생각건대, 한국 중재법상으로도 이를 긍정할 수 있으리라 본다. 주된 계약의 당사자들이 계약 내에 준거법조항을 두는 것은 당사자 사이에 법률관계를 명확히 하여 법적 예측가능성을 높이기 위함이므로 준거법조항을 두는 당사자들의 의사 속에는 준거법합의를 한다는 의사가 존재한다고, 즉 준거법합의가 독자적으로 존재한다고 볼 수 있기 때문이다. 나아가 준거법조항은 분쟁해결을 목적으로 예컨대 재판관할조항이나 중재조항과 함께 주된 계약서에 삽입되어 분쟁해결조항으로서 기능하는바, 이때 재판관할조항은 국제사법(혹은 재판

85) 헤이그준거법원칙 제2조 제3항의 주석 2.12 참조. 또한 정홍식, 전제논문 p.22 참조.

86) 이를 준거법합의의 분리가능성(*severability* 혹은 *separability*)이라고도 한다.

87) 예컨대, 당해 계약의 주관적 준거법에 따라 착오를 이유로 계약이 취소되더라도 그 착오가 준거법합의에 관한 착오에 이르지 않는다면 그 준거법합의는 취소되지 않는다.

88) 준거법합의의 독립성은 국제적 또는 유럽지역의 규범이 채택하는 접근법이라고 한다. 예컨대, 로마 I 규정 제10조에 따르면 당사자들의 준거법선택은 주된 계약의 유효성과 자동적으로 결부되지 않는 독립적인 평가에 따라야 한다.

89) 그러나 헤이그준거법원칙 제7조는 준거법조항의 독립성을 명정한다.

관할법)에 의하여 그리고 중재조항은 중재법에 의하여 각각 그 독립성이 인정되므로 준거법조항을 두는 당사자들의 의사 속에는 그 준거법조항을 독립적으로 다루겠다는 의사가 함께 들어있는 것으로 볼 수도 있기 때문이다. 물론 준거법조항의 독립성을 그 명확성을 기하기 위해서는 입법적으로 해결하는 것이 더 바람직할 것으로 생각되며, 향후 이를 위한 입법적 논의가 전개될 수 있기를 기대한다.

준거법조항의 독립성이 인정되면, 예컨대 준거법합의에 의하여 당해 계약의 준거법으로 A국법이 적용되는 상황에서 그 A국법에 따라 그 준거법조항을 담고 있는 계약(즉 주된 계약)이 무효가 되더라도 그 A국법상 그 준거법조항 자체에 무효사유가 없는 때에는 그 준거법조항이 유효한 경우도 있을 수 있게 된다. 나아가 계약의 존부 또는 성립이 문제되는 경우에도 그 준거법조항의 성립여부는 별도로 결정하여야 하며, 따라서 예컨대 계약상의 다른 중요한 조건에 관하여 합의가 성립하지 않아 계약이 성립되지 않았더라도 준거법합의(준거법조항)의 존재가 긍정되는 경우도 있을 수 있다. 그러나 준거법조항의 독립성을 긍정하더라도, 예컨대 당사자 일방이 처음부터 존재하지도 않는 계약서를 위조하여 계약의 존재를 주장하고 그 계약서 속에 준거법조항이 들어있는 경우와 같이 준거법합의가 처음부터 존재하지 않으므로 보이는 예외적인 경우에는 준거법합의의 존재가 부정되어야 한다.

그러나 주된 계약과 법선택합의 모두에 영향을 미치는 무효/취소사유가 있는 때에는 양자가 모두 무효/취소가 될 수도 있다. 당사자의 무능력이 대표적인 예이다.⁹⁰⁾ 그 외에도 예컨대 뇌물공여에 의하여 주된 계약이 체결된 경우에 그 속에 포함된 준거법조항은 무효가 되고,⁹¹⁾ 기망에 의하여 주된 계약이 체결된 상황에서 동일한 기망이 그 속에 포함된 준거법조항에도 작용한 경우에는 주된 계약의 취소와 별개로 준거법조항도 취소될 수 있다.⁹²⁾

IV. 결 언

위의 본문에서 보듯이, 계약사건에서 실체의 준거법은 원칙적으로 당해 계약의 형식적·실질적 유효성을 포함하여 그 계약의 모든 측면을 규율한다. 그런데 형식적 유효성에 관하여 한국 중재법에는 “locus regit actum” 원칙이나 “favor negotii” 원칙을 실현하는 규정이 없는데, 이러한 원칙들도 한국 중재법 하에서도 긍정될 수 있다고 생각되고, 나아가 입법에 의하여 이러한 원칙들을 한국 중재법에서 명시하는 것도 검토해볼만하다고 생각된다.

실체의 준거법의 묵시적 선택(tacit choice of law)은 당해 법을 준거법으로 선택한다는

90) 헤이그준거법원칙 제7조의 주석 7.11 참조.

91) 헤이그준거법원칙 제7조의 주석 7.11 참조.

92) 헤이그준거법원칙 제7조의 주석 7.11 참조.

당사자들의 의사(준거법선택합의)가 실제로 존재하는 경우에 인정되며, 그러한 실체의 의사(real intention)가 존재하지 않는데 그러한 의사가 있다고 의제하거나 가정하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 이러한 맥락에서 한국 중재법에서도 준거법의 묵시적 선택은 계약내용이나 그 밖의 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한하여 인정된다는 취지의 규정을 두어 묵시적 선택에 관한 제한을 입법으로써 명확히 하는 것이 좋을 것으로 생각된다.

특히 한국 중재법(제29조 제1항)은 중재판정부는 당사자들이 지정한 ‘법’에 따라 판정을 내려야 한다고 규정하므로 한국 중재법상 법의 규칙의 선택가능성에 관하여 논란이 있는 바, 국제상사중재에서 당사자자치는 널리 인정하는 것이 바람직하므로 이를 긍정하는 것이 옳다고 생각된다. 다만 차제에 같은 제1항에서 ‘법’이라는 표현 대신에 “rules of law”를 의미하는 법규 또는 법의 규칙이라는 표현을 사용함으로써 그 취지를 좀 더 명확히 하길 기대한다. 한편 그 전에라도 한국 중재법상 법의 규칙을 저촉법적 지정으로서 준거법으로 선택하는 것을 허용하는 견해를 취한다고 할 때, 위 본문과 같이 준거법원칙이 가하는 제한(“중립적이고 균형 잡힌 일단의 규칙”이어야 한다는 제한) 하에서 허용하여야 하는지의 문제가 있는데, 그러한 제한을 가하는 것은 불필요하다고 생각된다. 자족성이 부족하거나 중립적이지 않고 균형이 잡히지 않은 규칙(법의 규칙)을 선택함으로써 발생할 수 있는 불이익과 위험은 그 선택을 한 당사자가 부담할 사항이기 때문이다.

한편, 아무런 제한도 없이 준거법의 사후적 변경합의의 효력을 인정할 것인지에 관하는 한국 중재법에는 명문의 규정이 없지만, 계약이 소급적으로 무효가 되는 것을 피하기 위하여 한국 중재법상으로도 기존의 실체의 주관적 또는 객관적 준거법 하에서 당해 계약이 형식적으로 유효한 때에는 당사자에 의한 준거법의 사후적 변경이 있더라도 그 계약의 형식적 유효성은 영향을 받지 않는다고 하여야 하고, 나아가 이 문제는 한국 국제사법 제46조 제3항 단서와 같은 규정을 중재법에 둬으로써 입법적으로 해결하는 것이 좋으리라 생각된다. 마찬가지로 준거법의 사후적 변경이 제3자의 권리에 불리한 영향을 주어서는 아니 된다는 제3자 보호의 원칙은 소송과 중재를 막론하고 저촉법상 관철되어야 하는 원칙이므로, 한국 중재법상으로도 명문의 규정은 없지만, 당사자에 의한 준거법의 사후적 변경이 있더라도 제3자가 불리하게 되는 한도 내에서는 그 제3자의 권리는 영향을 받지 않는다고 하여야 하고, 이 문제도 역시 한국 중재법에 명시적 규정을 두어 입법적으로 해결하는 것도 좋으리라 생각된다.

끝으로, 한국 중재법은 준거법조항의 독립성에 관하여 침묵하나 한국 중재법상으로도 이를 긍정할 수 있으리라 보지만, 그 명확성을 기하기 위하여 준거법조항의 독립성을 입법적으로 해결하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

국제상사계약에서 당사자 사이에 실체의 주관적 준거법을 지정하는 준거법합의는 매우

흔하며, 당사자들이 그와 함께 중재합의까지 한 경우에는 그 계약상 분쟁해결은 국제상사 중재에 의하게 된다. 이때 중재에서는 실체의 준거법 지정에 관하여 당사자자치의 원칙이 널리 인정되고 있고 한국 중재법에서도 이를 명정하고 있다. 다만 한국 중재법상 위 본문에서 본 바와 같이, 계약의 형식적 유효성이나, 실체의 준거법의 묵시적 선택에 관한 제한, 법의 규칙(rules of law)의 선택가능성, 준거법의 사후적 변경의 효력에 관한 제한, 준거법조항의 독립성 등의 문제에 대하여 불명한 점이 일부 있는바, 향후 그 해결을 위한 입법적 논의가 진행되길 희망한다.

참고문헌

- 권종걸, “국제상사계약의 준거법에 관한 헤이그원칙상 준거법으로서 법규범(rules of law) 지정”, 「동북아법연구」, 제10권 제1호, 2016.
- 김갑유 외, <중재실무강의>, 개정판, 박영사, 2016.
- 목영준, <상사중재법>, 박영사, 2011.
- 문화경, “국제상사중재에서 분쟁의 실체의 준거법으로서 CISG의 적용”, 「통상법률」, 통권 제112호, 법무부, 2013.
- 석광현, <국제상사중재법연구 제1권>, 박영사, 2007.
- _____, <국제상사중재법연구 제2권>, 박영사, 2019.
- _____, <국제사법 해설>, 박영사, 2013.
- 양병희 외, <주석 중재법>, 대한상사중재원, 한국중재학회, 2005.
- 오석웅, “국제상사중재판정의 준거법선택에 있어서 당사자자치의 원칙 - 당사자에 의한 lex mercatoria의 선택과 준거법 분할지정의 가능여부를 중심으로”, 「중재연구」, 제17권 제1호, 한국중재학회, 2007.
- 이호원, <중재법연구>, 박영사, 2020.
- 정홍식, “헤이그 국제상사계약 준거법 원칙”, 「통상법률」, 통권 제125호, 법무부, 2015.
- 최홍섭, <한국 국제사법>, 한국학술정보(주), 2019.
- 허해관, “국제무역계약상 분쟁에 대비한 무역실무자의 대응 - 준거법문제를 중심으로”, 「무역상무연구」, 제45권, 한국무역상무학회, 2010.
- Hague Conference on Private International Law, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, The Hague Conference on Private International Law, 2015.
- 이혜량 역, <헤이그원칙 국제상사계약 준거법원칙 해설>, 사법연수원, 2017.
- UNCITRAL, *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, UNCITRAL, 2012.

ABSTRACT

Choice of Law Governing Substance of Dispute in International Commercial Arbitration

Heo, Haikwan

In international commercial arbitrations that arise from an international commercial contract, arbitral tribunals ruling on the merits of the arbitration apply the law governing the contract. The parties to contract are free to designate the law under the principle of parties autonomy. This paper examines this principle under the Korean Arbitration Act, and makes some legislative suggestions. For this purpose, this paper first discusses what is the scope of matters covered by the law governing the contract, what are the rules of conflict-of-laws for determining the law governing the contract, and what happens when the arbitral tribunal incorrectly applies the law governing the contract?

Then, this paper further goes to examine issues such as the form of choice-of-law agreement, the explicit or implicit choice of law, the parties' ability to choose the rules of law including *lex mercatoria*, the change of choice-of-law agreement, the independence of choice-of-law clause.

Key Words : Law governing the merits of arbitration, Parties autonomy, Choice-of-law agreement, Hague Principles on Choice of Law, International commercial arbitration.