

國際商事仲裁契約에 관한 法的 考察

梁 碩 完*

目 次

- I. 序 論
- II. 仲裁契約의 意義와 性質
- III. 仲裁契約의 主體
- IV. 仲裁契約의 方式
- V. 仲裁契約의 分離獨立성과 欠缺의 補充
- VI. 仲裁契約의 對象
- VII. 仲裁契約의 効力
- VIII. 仲裁契約効力の 阻却事由
- IX. 結論：要約

I. 序 論

國際去來의 당사자 사이에서 발생하는 紛爭을 해결하는 수단으로서는 최근 訴訟外紛爭解決制度 Alternative Dispute Resolution(이하 ADR이라 함)¹⁾가 활발하게 논해져 왔다. ADR은 主權國家의 法에 구속될 필요가 적은 仲裁 및 和解와 調停이 고려의 대상이 되고, 그 중에서도 가장 효과적인 것은 國際商事仲裁라 할 수 있다. 현재로서는 和解와 調停은 仲裁만큼은 이용되지 않고 있다.

따라서 국제거래에 있어서 國際商事仲裁의 존재이유는 상대적으로 國家의 法院을 이용하는 國

* 法政大學 法學科

1) 訴訟外紛爭解決制度를 總稱하는 Alternative Dispute Resolution(ADR)이라는 용어는 우리나라에서는 아직 그다지 광범위하게 사용되고 있지 않지만, 美國 등지에서는 일상적인 용어로서 자리 잡고 있다. <Salem, The Alternative Dispute Resolution Movement: An Overview, 40 Arb. J. 3(1985)>.

際訴訟과 對比하여 논해진다. 사실 沿革의으로 중재는 그리스·로마時代부터 制度로서 확립되어 그 歷史가 오래다고 할 수 있다. 國際商事仲裁의 利點으로서 지적되는 것은 다음과 같다.

첫째, 보다 專門的이고, 현실적인 결론을 얻을 수 있다.

둘째, 執行이 용이하다.

셋째, 결론의 豫見可能性이 크다.

넷째, 紛爭이 公開되지 않고 비밀을 유지할 수 있다.

다섯째, 經費가 절약되는 경우가 많다.

여섯째, 早期에 해결될 확률이 높다.

서로 다른 實體法이 적용되는 國際去來에서 契約當事者가 國家의 法院을 통하여 紛爭을 해결하려고 할 경우에 적어도 당사자의 一方에게는 그 결과에 대한 豫見困難性이 따르는 것이 보통이다. 이 豫見困難性은 특히 法の 衝突問題를 규율하는 國際私法이 國家에 따라 그 내용을 달리하고 있고 국제적으로 統一되고 있지 않다는 사실에 의하여 더욱 增幅되고 있다.²⁾

이에 대한 타개책으로서 採用되고 있는 것이 國際契約에 仲裁條項을 挿入하는 것이다. 당사자는 이로써 계약에 적용되는 實體法과 법의 衝突에 관한 國際私法을 자유로이 선택할 수 있게 되고, 분쟁해결 결과에 대한 예견을 대폭 가능하게 하여준다.

더욱이 外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관해서는 1927年 Geneva條約과 1958年의 New York조약이 체결된 결과, 이같은 국제조약이 없는 外國判決과 비교하여 外國仲裁判定을 執行하는 쪽이 훨씬 용이한 것은 물론이다. 이와 같이 국제거래에 있어서 仲裁契約은 분쟁해결 결과에 대한 예견가능성의 확보와 중재판정의 승인 및 집행의 확보라고 하는, 國內仲裁契約에서는 볼 수 없는 存在理由와 機能이 강조되고 있다.

이에 本論文은 國際商事仲裁契約의 法的 性質과 對象 그리고 効力에 관한 문제를 특히 유엔國際商去來法委員會의 標準仲裁法(이하 UNCITRAL Model Law라 함) 및 New York條約과 美國·獨逸의 法體系를 바탕으로 살펴보고, 이와 관련되어 파생되는 중재계약의 分離獨立性, 主權免除, 그리고 欠缺의 補充 등에 대한 疑問點들을 判例를 중심으로 분석함으로써 국제거래를 둘러싼 自律的 紛爭解決手段인 商事中裁계약의 解釋論的 體系를 세우는 데 그 目的을 두고 있다.

II. 仲裁契約의 意義와 性質

1. 仲裁契約의 意義

仲裁의 本質은 自律의 가치에 있다. 法的인 분쟁을 自治的으로 해결하는 것을 本則으로 한다.

2) Mentschikoff, Commercial Arbitration, 61 Colum. L. Rev. 850,851(1961).

自律의 制度로서의 仲裁은 계약이 지배하는 解決方式이고, 便宜訴訟을 禁하는 法院에 의한 訴訟과는 대조적으로 당사자의 지배가 철저하다. 여기에 自由의 契機가 있고 분쟁의 個性에 따른 節次創造의 가능성이 존재한다. 말하자면, 仲裁은 自主的 紛爭解決手段으로서 일종의 私的 裁判이다.

그러므로 仲裁의 기초는 有效한 仲裁契約(arbitration agreement, Schiedsvertrag)에 있다. 仲裁契約이 체결되는 것이야말로 仲裁節次와 仲裁判定의 바탕을 이룬다. 그리고 중재계약이 瓦解될 때 중재는 崩壞한다. 중재계약은 당사자 雙方의 意思의 合致에 의하여 성립한다. 따라서 強制仲裁(compulsory arbitration)과 구별된다. 강제중재는 일정한 유형의 분쟁에 대해서는 반드시 중재에 의하여 해결하여야 한다는 법률의 규정이 있거나, 당사자 一方이 분쟁을 중재에 의하여 해결하려고 신청할 경우에 他方은 이에 응하지 않으면 안되는 법률의 규정이 있는 경우를 말한다.

仲裁契約이란 契約關係에서 생긴, 通常 民事訴訟에 의하여 해결 가능한 장래 또는 현재의 분쟁 해결을 法院이외의 제3자, 즉 仲裁人의 判定에 맡기고 그 判定을 최종적인 것으로 承服한다는 趣旨의 合意를 말한다.³⁾ 이는 법원이외의 절차에 맡긴다는 점에서 訴訟(litigation)과 다르고, 당사자 이외의 第三者가 분쟁을 해결한다는 점에서 和解(settlement)와 다르며, 제3자인 仲裁人의 判定에 拘束된다는 점에서 調停(conciliation)과 다르다.

그러므로 仲裁契約은 다음 3가지 要素를 반드시 포함하지 않으면 안된다. 즉 ① 當事者 雙方이 (스스로)선임한 仲裁人에게, ② 문제 해결의 권한을 주어, ③ 그 判定에 따른다는 것을 합의하는 것이다. 여기서의 合意는 方式에 있어서나 要件에 있어서나 契約法上 有效하도록 충족되지 않으면 안된다. 즉 중재가 開始된 후의 節次나 措置 자체는 각종의 규제에 따르더라도 合意時에는 法的으로 適合한 계약을 체결해야 한다.

UNCITRAL 1985年 採擇 Model Law에 있어서는 仲裁란 常設仲裁機關에 의한 管理 여부를 不問한 일체의 중재를 뜻하므로(第2條), 制度 또는 機關仲裁(institutional arbitration)는 물론 臨時仲裁(ad hoc arbitration)에도 同法이 적용된다. 아울러 Model Law는 원칙적으로 당사자간의 자발적 합의로 성립한 合意仲裁(consensual arbitration)를 그 적용대상으로 하고 있기 때문에(第7條), 前述과 같이 強制仲裁는 同法의 적용대상이 아니다.

또한, 自由仲裁(free arbitration)도 Model Law의 적용대상에서 제외되는데, 자유중재란 判定人에게 일정한 제한을 가함이 없이 최대한의 재량과 융통성을 부여하여 任意로 判定할 수 있도록 하는 仲裁方式을 말한다. 이에선 이탈리아의 契約的 또는 非正式仲裁(arbitrato irrituale), 네델란드의 拘束的 意見(bindend advies), 獨逸의 仲裁鑑定(Schiedsgutachten) 등이 있다.⁴⁾

3) Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration* (With 1979 Supp.), 1968, p.31.

4) 青山善充, 「國際商事仲裁의 現代的課題と問題點」, 法律時報 54卷 8號, p.83.

2. 仲裁契約의 法的 性質과 準據法

仲裁契約의 법적 성질에 관하여는 다음 4가지 견해가 大別되고 있다.

1) 訴訟法上 契約說-중재계약의 직접적인 주된 효력에 着眼하여 그 효력이 訴訟法(節次法)상의 분야에 있어서와 같이 전개된다고 보므로, 그 展開分野인 法領域의 성질을 바로 중재계약이 띠고 있다는 견해이다. 大陸法系의 視角이기도 하다.⁵⁾

2) 實體法上 契約說-중재계약을 순수하게 「私法상의 계약」으로 보는 것으로서, 雇傭契約 또는 委任契約의 성질을 가지거나 적어도 이와 유사한 성질을 띤다고 한다.⁶⁾

3) 混合契約說-중재계약은 訴訟法상의 契約과 實體法상의 契約이 混合되었다고 보는 견해이다.⁷⁾

4) 獨自的 類型의 契約이라는 說-중재계약을 既存의 契約 類型으로서 성격을 규정짓기에는 無理가 있으며, 이를 獨自的인 종류의 계약으로 새기는 것이 바람직하다는 견해이다.⁸⁾ 獨逸 判例는 이 입장에서 중재계약을 訴訟法的인 關係(節次關係)에 관한 實體法상의 契約으로 보고 있다.⁹⁾

美國의 경우에도 仲裁觀念의 기초는 그것이 본질적으로 契約이라고 하는 바탕위에서 있다. 그러므로 仲裁合意를 지배하는 법도 원칙적으로는 契約法이다.¹⁰⁾ 制定法 즉 州의 仲裁法이 존재하는 경우에도 仲裁合意의 성립을 지배하는 것은 契約法이다.

그러나 仲裁가 總體로서는 契約의 特質을 가진다고 하더라도 그 節次的 측면을 망각해서는 안 된다. 紛爭解決手段이라고 한다면 바로 節次法內에서도 고려되지 않으면 안된다. 즉 仲裁契約의 目的은 분쟁의 해결수단을 供與하는 것이다. 그 限에서는 仲裁의 法的 性質을 節次法이라고 말할 수 있다. 이는 仲裁契約을 訴訟節次的 停止條件(condition precedent)이라고 하는 데서도 잘 나타난다.¹¹⁾

요컨대, 중재는 契約이지만 그것이 實體的 權利에 관한 合意가 아니라 분쟁 해결수단, 즉 權利

5) Schwab, *Schiedsgerichtsbarkeit* 3. Aufl., 1979, S. 49f.

6) Corpus Juris Secundum(C. J. S), Vol. 6, 1975, pp. 171~172; Schlosser, *Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 1975, Rdnr. 454; Baumbach-Schwab, *Schiedsgerichtsbarkeit* 2. Aufl., 1960, S. 88.

7) Jean Robert, *Arbitrage civil et commercial* 4^{me} édition, 1967, pp. 65, 121(小山昇, 仲裁法, 有斐閣, 1983, pp. 34~35에서 重引).

8) Lent, *Zivilprozessrecht*, 8. Aufl., 1958, §94 II.

9) RG, 144, 98:156, 104; BGHZ 23, 200; 40, 30; BGH 48, 46.

10) King v. Beale, 198 Va 902, 96 S. E. 2d 765 63ALR 2d 746(1957).

11) Domke, op. cit., p. 56.

關係를 確定하기 위한 手段에 관한 合意이므로 단순히 實體法으로서의 契約法 理論에 의해야 하는 것이라고는 할 수 없다. 예컨대, 중재계약의 효력 등도 어떠한 基準으로 판단하는가를 결정하기 위해서는 특별한 고려가 필요한 것이다.

그러므로 仲裁契約의 法的 性質은 訴訟法的 效果를 포함하는 特殊한 私法上的 契約으로서 節次와 實體의 兩性的 接合點(boarderline)에 있다고 하겠다. 어쩌면 중재계약은 중재인의 판정행위에 따름으로써 분쟁을 終止시킬 것을 目的으로 하는 점에서 和解契約과 類似하다고 한다.¹²⁾ 일반적으로 소송행위에는 詐欺·強迫 또는 錯誤를 이유로 하는 取消나 合意解除가 소송절차의 法的 安定性에 비추어 허용되지 않으나, 중재계약에 있어서는 意思表示나 契約에 관한 私法上的 理論이 그대로 적용될 수 있다.

또한, 중재계약의 법적 성질을 논하는 實益은 그 準據法 결정에 있어서 當事者 自治를 인정할 것인가 하는 점에 있다. 當事者自治는 私法上 契約說에 바탕을 두고 있는 까닭이다. 仲裁契約의 효력에 관한 다툼에 대하여 그 판단권한을 중재인이 가지는가, 그 판단권한을 어느 나라의 법에 의하는가 하는 등의 문제에 當事者自治의 原則을 적용한다면 당사자가 정하는 바에 의하게 될 것이다.¹³⁾

3. 仲裁人契約

仲裁人契約은 紛爭當事者가 仲裁判定의 職務履行을 仲裁人에게 付託하고 중재인이 이를 受諾함으로써 성립하는 明示的 또는 默示的 契約이다. 따라서 仲裁判定部의 要體는 仲裁人이며 중재인이 중재판정부를 구성한다. 중재판정부(arbitral tribunal)란 商事紛爭을 증거와 爭議에 의하여 終局的으로 판정하는 1人 또는 數人의 仲裁人團이며, 당사자의 의사에 따라 單獨仲裁人 또는 多數仲裁人으로 구성될 수 있다.¹⁴⁾

그러니까 仲裁人契約은 仲裁節次의 당사자간의 계약이 아니라, 仲裁人和 중재절차의 양당사자간의 계약이다. 중재계약의 당사자 및 중재인은 중재절차에 있어서 節次關與者의 지위를 가진다. 즉 중재인계약은 중재인에게 權限을 주어 그 지위를 발생시킨다.¹⁵⁾ 중재인의 지위는 중재인 선정에 의하여 비롯된다. 중재인의 선정은 물론 選定權있는 당사자에 의하여 이루어져야 한다. 양당사자가 중재인을 공동으로 선정하는 경우와, 당사자 一方에 의하여 選定節次를 밟는 경우가

12) 金容漢, 「仲裁契約의 準據法」, 仲裁112號, p. 4.

13) Baumbach-Schwab, a. a. O., S. 77.

14) 여기서 單獨仲裁人을 單獨仲裁人判定部(sole arbitrator's tribunal), 多數仲裁人을 複數仲裁人判定部(plural arbitrator's tribunal)이라 하고, 後者中 특히 3人으로 구성되는 것을 3人仲裁判定部(tripartite arbitral tribunal)이라 한다.

15) Schönke, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Bd. 1, 1944, S. 90.

있다. 비록 당사자 一方에 의해서만 중재인이 선정되더라도 중재인으로서의 地位의 引受에 의하여 중재인과 양당사자간의 계약관계가 성립하게 된다.¹⁶⁾

따라서 被選定仲裁人과 明示的 또는 默示的인 合意없이 분쟁당사자가 자신의 일방적 의사로 중재인을 선정하는 행위로는 적법한 중재인계약을 성립시킬 수 없다. 이같은 중재인의 職務受諾自由의 原則은 중재가 準公法的 特性을 갖고 있는 社會主義 國家의 仲裁制度下에서도 인정되고 있다.¹⁷⁾ 중재인 선정권이 있는 당사자는 중재인의 受諾을 받은 후 他方當事者에게 選定內容을 通知하여야 한다. 만일, 그 通知가 이루어지지 않을 경우에는 選定은 확정되지 않게 된다.¹⁸⁾

그러나, 이와 반대로 他方當事者에 대한 通知는 있었지만, 被選定仲裁人의 同意가 이루어지지 않는 경우에는 그 선정은 「指名」의 성격을 갖는데 불과하다. 이 경우에 「選定」이라고 할 수는 없고, 따라서 중재인의 지위도 인정되지 않는다.¹⁹⁾ 물론 중재인의 동의없이 이루어진 指名도 他方當事者에게 通知되는 경우에는 지명을 한 당사자는 他方의 동의없이는 그 지명을 取消할 수 없는 拘束力이 생긴다. 또한 당사자 一方이 被選定仲裁人의 同意를 얻은 후 他方 당사자에게 通知하는 것을 懈怠한 경우에는 선정된 중재인으로부터 손해배상청구를 받는 수가 있다.²⁰⁾ 중재인의 선정은 중재인 계약의 체결에 의하여 완료된다.

仲裁人契約의 効力은 仲裁契約이 失効하면 그에 상응하는 仲裁人契約도 失効하는 것으로 풀이된다. 중재인이 終局判定으로 그 職務를 완료하였다면 그의 권한과 의무가 완료되듯이 仲裁人의 권한과 의무의 완료는 仲裁判定部의 권한과 의무의 완료를 뜻하며 동시에 중재계약과 仲裁人契約의 効力 또한 자동적으로 종료된다.

Ⅲ. 仲裁契約의 主體

1. 契約의 當事者

自然人이거나 法人을 不問하고 중재계약의 당사자가 될 수 있고 특별한 제한은 없다.²¹⁾ 未成年者가 당사자로 되는 경우에는 법원의 仲裁許可決定을 필요로 하는 경우도 있다.²²⁾ 그러나, 중재

16) RG 41, 251(255); RG 59, 247(252).

17) René David, *Arbitration on International Trade*, 1985, para. 247.

18) 石川明 譯, 「仲裁人の選定と仲裁人契約」, 法曹時報 29卷 3號, p.403.

19) von Staff, *Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht*, 1926. S. 126에서는 「Benennung」과 「Bestellung」을 구별하고 있다.

20) Baumbach-Schwab, a. a. O., Kap. 7C.

21) 美聯邦仲裁法 第2條, 美國仲裁協會 仲裁規則 第1條.

22) 小島武司, 「アメリカにおける仲裁」, 法律時報 54卷 8號, pp.36~37.

계약은 代理에 親하지 않다. 去來行爲에 관한 代理權의 授與는 그 거래에서 발생한 분쟁을 중재에 付託하는 권한까지 부여한 것이라고 볼 수 없다. 仲裁付託을 위해서는 特別授權이 필요하다.²³⁾

중재계약을 체결하는 能力(capacity to arbitrate)에 관해서는 法人, 특히 國家나 公法人과 관련하여 문제가 된다. 중재가 당사자의 합의에 기한 분쟁해결제도라는 점을 감안한다면 특히 이를 금지할 필요는 없다고 본다.²⁴⁾

2. 主權免除(sovverign immunity)의 問題

국가 또는 국가기관이 중재계약의 당사자가 되는 경우에 免責特權을 주장할 수 있는가? 이른바 裁判權의 主權免除(sovverign immunity) 또는 國家免除(state immunity)이다. 主權免除란 外國國家 또는 그 國有財産에 관한 소송에 있어서 國內法院이 재판권을 가지지 아니한다고 하는 국제관습법상의 원칙을 말한다.²⁵⁾ 여기에는 일반적으로 外國國家에 대하여 재판권의 면제를 인정하는 絶對免除主義와 그 範圍를 제한하는 制限免除主義 내지 相對免除主義가 있지만, 요즘의 경향은 後者의 입장이다. 즉, 절대면제주의는 대개 국가의 행위는 主權的 行爲라는 前提에서 국가가 면제를 포기한 경우 및 일정한 不動産에 관한 소송을 제외하고, 일반적으로 재판권의 면제를 인정한다. 이에 비하여, 제한면제주의는 국가의 행위를 公法行爲 내지 主權的 行爲(acta iure imperii)와 私法行爲 내지 職務的 行爲(acta iure gestionis)로 나누어 前者에 관해서만 면제를 인정한다.²⁶⁾

石油採掘權의 국유화와 관련된 사건에서 판례는 석유채굴권의 국유화는 국가행위(act of state)이고, 외국국가의 國家行爲를 法院이 司法審査의 대상에서 제외하고 있는 관례상, 국가행위에 대한 審査나 評價를 隨伴하는 석유채굴권의 국유화에 따른 補償의 妥當性 문제는 사법심사의 대상이 되지 않으며, 따라서 중재에 의한 해결도 가능하지 않다는 태도를 보이고 있다.²⁷⁾

그러나, 이 사건은 재판에 적합하지 않는(not justiciable)사항이라도 중재에 부칠 수 있다는 지적²⁸⁾과 함께, 국유화에 따른 補償의 타당성여부는 중재에 의하여 해결할 수 없는 사항인가? 라는 의문이 제기된다. 중재는 중재에 부친다는(commitment to arbitrate) 合意를 전제로 하므로, 중재계약을 하지 않는 한 주권면제에 관하여 아무런 제한도 할 수 없는 대신에, 국가 또는 정부기관이 중재를 선택하고 중재계약을 맺게 된다면 어떠한 제한도 가능하다고 해야 할 것이다. 이는 중

23) 小山昇, op. cit., p.46.

24) 國際商事仲裁에 관한 歐州條約(European Convention on International Commercial Arbitration(1961))第2條는 이 점을 明定하고 있다.

25) 飯塚重男, 國際取引法講義, 有斐閣, 1982, p.317.

26) 이 區別의 기준에 관해서는 行爲目的說과 行爲性質說 등 견해가 크게 나누어지고 있다(廣部和也, 「主權免除」, 國際私法の爭點, 1980, p.155 참조).

27) Libyan American Oil Co. v. Socialist People's Libyan Arab Jahahirya, 482 F. Supp. 1178 ~9 (D.C.1980).

28) Holzman, United States National Reports, Yearbook Commercial Arbitration Vol. II, 116, 121(1977).

제계약을 신뢰한 상대방의 보호를 위해서도 그 합의를 존중하는 것이 마땅하다고 본다.

이와 관련하여, 중재합의가 이루어진 경우에는 주권면제 抗辯의 默示의 拋棄가 된다는 취지의 규정을 UNCITRAL Model Law에 포함시키자는 주장이 있었으나 소련을 비롯한 사회주의 국가의 반대로 채택되지 않았다.²⁹⁾ 따라서 東西貿易의 경우에는 일반적으로 國家機關 기타 권력주체가 계약의 당사자로 나서는 사회주의국가 측에서 주권면제의 항변을 제기할 소지가 있다.

IV. 仲裁契約의 方式

1. 書面性

仲裁契約은 일반적으로 書面에 의할 것이 요구된다 (예컨대, 國際商事仲裁協會 商事仲裁規則 2). 본래, common law 原則下에서는 書面性의 요건은 반드시 必要條件이 아니다. 중재계약의 存否를 둘러싼 無益한 분쟁을 피하기 위하여 다른 계약과는 달리 書面性을 강조하고 있을 뿐이다. 그럼에도, 중재계약은 書面에 의하지 않으면 仲裁를 強制할 수 없게 된다.³⁰⁾ 그러나, 이 書面性은 특정한 書式이나 署名이 반드시 필요한 것은 아니고, 당사자간에 교환된 書簡이나 電報, Telex 등 通信文書에 중재계약(조항)이 포함되어 있어도 무방하다(New York 條約 第2條 2項 참조).

중재계약의 書面性의 요건은 判例上으로는 완화되고 있다. 즉 獨逸과 美國의 당사자간에 중재조항을 포함한 獨占的販賣代理店契約(exclusive distribution agreement)을 계약기간 만료전에 更新交渉을 함에 있어서 獨逸會社는 미국의 판매대리점이 일정한 조건을 이행한다면, 계약갱신을 하겠다는 내용의 口述契約이 성립하였다. 그런데, 美國의 販賣代理店은 그 조건을 이행하였는데도 독일회사가 당해 계약은 更新된 것이 아니라 滿了되었다고 주장하면서 계약을 이행하지 않았기 때문에 소송을 제기한 것이다. 이에 대해, 독일회사는 口述契約에 의하여 獨占的販賣代理店契約이 갱신된다고 한다면, 同 契約中の 중재조항도 갱신되는 것이므로 本件 분쟁은 당해 중재조항에 따라 仲裁에 의하여 해결되어야 한다는 점을 들어 訴訟節次의 停止를 주장하였다.

이 사건의 爭點 가운데 하나는 口述契約에 따라 독점적 판매대리점 계약이 갱신되더라도 서면에 의할 것을 요건으로하고 있는 중재조항도 아울러 갱신되는가, 아니면 중재조항을 제외한 나머지 계약부분만이 갱신된 것으로 보는가 하는 점이었다. 法院은 이에 대하여 중재조항을 포함한 계약

29) 主權免除의 衝突(impact of state immunity), 이외에도 Model Law에 규정하고 있지 아니한 當事者能力, 仲裁節次의 併合(consolidation), 仲裁判定部의 契約適應權限(competence of arbitral to adapt contracts), 仲裁人과 當事者 또는 仲裁機關과의 契約關係, 仲裁費用의 決定, 供託(deposits)과 担保(securities)의 要請, 仲裁判定의 執行期間 등에 대해서는 國內法의 규정이 적용된다.

30) 美 統一仲裁法 第1條, 聯邦仲裁法 第2條.

전체가 口述契約에 의하여 更新되었다고 판시한 점이 注目되고 있다.³¹⁾

이와 유사한 문제로서, 建設工事契約中에는 중재조항이 포함되고 있지만, 당해 建設工事 계약에 기한 下請工事契約中에는 중재조항이 없는 경우를 들 수 있다. 判例는 하청계약중에는 중재조항이 없더라도 하청계약중에 主契約에 관한 언급이 있을 때에는 주계약중의 중재조항이 종된 계약인 하청계약에서도 援用된다고 보고 있다. 다만, 종된 계약중에 주계약에 관한 아무런 言及도 없고 계약당사자가 주계약중의 중재조항의 존재를 전혀 알지 못하는 경우에는, 法院이 그 당사자의 보호에 대한 배려를 해야 한다고 附言하고 있다.³²⁾

그밖에, 당사자 一方의 임의적 仲裁申請에 대하여 他方이 異議를 제기함이 없이 최초의 答辯에 응하였음을 이유로 默示的인 仲裁契約이 肯定된 事例도 있다.³³⁾

우리나라 仲裁法은 「중재계약은 당사자가 중재를 합의한 書面에 記名·捺印한 것이거나 계약중에 仲裁條項이 記載되어 있거나 交換된 書信 또는 電報에 중재조항이 기재된 것이어야 한다」(第2條 2項)고 규정하여 書面主義를 明文化하고 있다.

2. 仲裁契約의 形式

가. 獨立仲裁契約에 의한 契約 形式

이는 仲裁契約을 主契約과는 별도로 구분되는 獨立文書 형식인 仲裁付託書에 작성하여 중재인에게 제출하는 계약방법이다. 仲裁付託(submission)이라 함은 당사자간에 現存하는 紛爭 즉 이미 발생한 분쟁에 관하여 仲裁에 의하여 해결하기로 합의하고 이를 중재에 付託하는 것이다. 現存의 분쟁은 물론, 將來의 紛爭도 아울러 중재계약에 포함될 수 있다.

나. 仲裁條項插入 形式

이는 주로 당사자가 체결하는 主契約書의 한 부분에 仲裁條項을 포함하여 규정하는 것이 일반적이거나, 別個의 계약으로 체결할 수도 있을 것이다. 당사자간에 발생할 將來의 紛爭에 관한 것이 대부분일 것이지만 現존하는 분쟁도 역시 포함될 수 있다. 중재조항삽입 형식은 直, 間接 여부에 따라 직접삽입형식과 간접삽입형식으로 구분되고, 다시 당사자의 개입여부에 따라 標準仲裁條項과 個別仲裁條項으로 구별된다.

1) 直接·間接插入 形式

契約 체결시 主契約書中에 모든 仲裁條項을 직접 삽입하는 형식과, 仲裁條項을 포함하고 있는

31) Gray (岩崎一生 譯), Current Topics in Commercial Arbitration Law in U.S., 國際商事法務 8卷5號, p.201.

32) Ibid.

33) Ludwig v. Maron Laboratories Inc, 465F. 2nd. 114(1972).

別段의 書類 또는 文書의 명칭을 主契約書上에 明示的으로 인용하여 간접 삽입하는 형식에 의한 분류이다. 따라서 主契約書上에 仲裁條項을 포함하고 있는 다른 서류나 문서의 명칭이 明記되고 그와 같은 중재조항을 契約의 일부로 한다는 취지가 확인된다면 이는 유효한 仲裁契約으로 인정된다.³⁴⁾

2) 標準條項·個別條項

각종 仲裁機關은 나름대로 標準的인 仲裁條項을 設定하여, 이를 主契約에 挿入하도록 권하고 있다. 이와는 달리, 개개의 거래 실태에 따라 個別的인 중재조항을 起草하는 경우도 있다. 대개는 중재가 현실적으로 이루어지는 狀況에 관하여 情報가 충분하지 않은 경우에는 標準條項이 안전하지만, 정보에 밝은 경우에는 個別條項의 起草가 고려될 수 있다.³⁵⁾ 국제거래에 있어서는 標準仲裁條項(standard arbitration clause)이 널리 사용되고 있다.

다. 普通去來約款中の 仲裁條項의 効力

主契約이 普通去來約款 등 定型的인 계약서에 의하여 체결되고 그 約款중에 중재조항이 포함되어 있는 경우에 仲裁契約이 체결된 것으로 볼 수 있는가가 문제된다.

긍정하는 견해에 의하면, 중재조항에 따르지 아니한다는 明示的인 合意가 있는 경우를 제외하고, 중재조항을 포함한 約款에 의한 계약의 체결과 동시에 그 중재조항의 존재만으로 중재계약의 성립을 인정한다.³⁶⁾ 또한, 賣渡證書(sales note)의 裏面約款에 중재조항이 포함되어 있는 경우에 당사자가 중재조항에 대하여 충분한 認識을 하지 못하였다는 주장을 排斥하면서 仲裁條項의 効力を 肯定한 判例가 있다.³⁷⁾

이에 反하여, 否定하는 見解에 의하면, 外國會社間의 거래에 관한 분쟁을 중재에 의하여 해결할 경우에 仲裁地, 仲裁機關, 準據法 등을 여하히 정하는가는 당사자의 공격방어권행사의 機會均等保障, 費用負擔의 衡平性, 仲裁判定의 公正性 등과 지대한 관계가 있어서 당사자간에 이에 관하여 書面에 의한 明示的인 合意가 있어야 하고, 契約書裏面に 인쇄된 수많은 契約條件中の 하나로서 仲裁約款이 규정되어 있음에 불과한 경우에는 契約本文中에서 이를 特定하여 契約內容으로 하지 아니하는 한 仲裁合意로서의 성립을 인정할 수 없다고 判示하고 있다.³⁸⁾

생각컨대, 이는 約款의 拘束力에 관한 문제로서, 仲裁條項의 効력을 긍정하여야 할 것이다.

3. 「形式의 相違(battle of form)」과 仲裁契約의 成立

34) 日最判 1972.10.12, 民集26卷8號1448面.

35) Gray, op.cit., pp.205~206.

36) 日 大阪高判 1974.2.20, ヅユリスト 632號 114面 等.

37) American Utex International Inc. v. ICC Corporation, 52NY 2d 888(1981).

38) 서울民事地方法院 1983.2.3.宣告 81 가합6915 判決.

국제거래의 양당사자가 당해 거래에 관하여 각각 자기의 書式을 상대방에게 送付하는 경우, 그 각각의 서식 가운데 중재조항이 서로 一致하지 않는다면 과연 중재계약은 성립하는가 하는 문제가 생긴다. 이른바 形式의 相違(battle of form)에 관한 문제라 할 수 있는데, 판례는 否定하고 있다.

즉 買受人의 注文書는 New York의 美國仲裁協會 規則에 따른 仲裁를 규정하고 있고, 賣渡人의 注文承諾書는 Hong Kong民事訴訟法에 의한 중재를 규정하고 있는 경우에 관하여 양당사자의 意思의 격차가 지나치게 벌어지고 있다는 것을 이유로 통일상법전 U.C.C. § 2-207(2)(c)를 적용하여 중재계약의 성립을 부정하였다.³⁹⁾ 이 사건의 審理 段階에서는 賣渡人도 買受人側의 중재조항에 동의하고 New York에 있어서의 중재를 원했지만, 法院은 소송절차의 停止를 命하지 않았다.

「形式의 相違」에 관한 문제는 미국에서는 U.C.C. § 2-207에 규정되고 있는 '重大한 變更(materially alter)'을 적용하여 해결하고 있다. 즉 매수인인 Valmont 社의 주문서에는 중재조항은 포함되지 않았지만, 매도인인 미국의 三井物産 주문승락서에는 중재조항이 들어 있었다. 매수인은 상품의 品質不良을 이유로 Nebraska 聯邦地法에 매도인을 상대로 소송을 제기하였다. 이에 매도인은 주문승락서 가운데 중재조항을 근거로 하여 New York 州에서의 중재를 주장하고 訴訟 節次의 停止를 申請하였다. 이에 法院은 U.C.C. § 2-207(2)를 적용하여 주문승락서 가운데 중재조항은 당초의 주문에 '重大한 變更'을 가한 것이므로 당사자간에 중재의 합의는 성립하지 않는다고 判示하였다.⁴⁰⁾

또한, 당사자간에 口述에 의한 매매계약이 체결되고 매도인이 주문확인서를 보내어 이를 확인하는 형식으로 거래가 이루어진 경우에, 注文確認書 가운데는 계약체결 당시에 언급되지 않았던 중재조항이 포함되어 있었다. 문제의 발단은 매수인이 상품의 瑕疵를 이유로 代金支給을 거부함에 따라 생겨났고, 매도인은 이 분쟁을 새로 포함시킨 중재조항에 기하여 중재에 付託하였다. 法院은 이에 대하여 口述契約中에 없던 중재조항이 주문확인서에 들어있는 경우에 그것은 '重大한 變更'에 해당하므로 중재의 합의는 존재하지 않는다고 판시하고 있다.⁴¹⁾

V. 仲裁契約의 分離獨立性과 欠缺의 補充

1. 仲裁契約의 分離獨立性(separability)

국제거래상의 契約이 無効 또는 取消되는 경우에 당해 계약의 일부를 구성하는 중재계약도 아울러 그 효력이 상실되는가? 아니면, 당해 계약의 효력과 관계없이 중재계약은 효력을 가지고 당

39) *Lea Tai Textile Co., Ltd. v. Manning Fabrics, Inc.*, 411F. Supp. 1404(SNDY 1975).

40) *Valmont Industries, Inc. v. Mitsui & Co.(U.S.A), Inc.*, 419F. Supp. 1238(1976).

41) *Duplan Corp. v. W.B.Davis Hosiery Mills, Inc.*, 442F. Supp. 86(1977).

해 계약의 無効·取消 여부도 그 계약으로부터 발생한 분쟁으로서 仲裁에 의하여 해결할 수 있는가? 즉 仲裁契約을 당해 계약의 다른 부분으로부터 分離獨立된 것으로 보고 그 계약의 다른 부분의 有効性에 영향을 받지 않는다고 하는, 이른바 分離獨立의 原則(separability doctrine)의 인정여부가 문제된다.

우리나라 仲裁法에는 이에 관한 明文의 규정이 없다. 따라서 主契約이 失効될 경우 거기에 挿入된 仲裁條項의 効力 및 중재판정부의 관할권범위가 모호하여 논란의 여지가 있어 왔다.

英國에 있어서는 主契約의 無効는 仲裁契約의 無効를 초래하고 따라서 仲裁人은 主契約자체의 효력에 관하여 판단할 수 없다는 입장이다.⁴²⁾

이와는 달리, 美國의 경우를 본다면, 塗料의 製造, 販賣技術에 관한 相談(consulting)계약이 詐欺에 의하여 체결되었다는 이유로 取消됨에 따라, 당해 계약의 일부인 중재계약도 失効되고 따라서 그 중재계약에 기한 訴訟節次의 停止申請도 不可한가의 여부가 다툼이 된 사건에서, 판례는 중재계약의 분리독립성을 긍정하고 있다.⁴³⁾ 그 論據는 聯邦仲裁法 제4조에서 「法院은 당사자를 審問하고 중재계약의 성립 또는 履行이 爭點으로 되지 않는다고 인정한 경우에는 당사자에 대하여 중재계약이 정한 바에 따라 중재절차를 진행하도록 命하여야 한다」고 규정된 것은 중재계약의 분리독립성을 인정하는 所以라는 것이다.⁴⁴⁾ 이 사건이후 判例는 仲裁契約의 分離獨立性을 인정하는 추세이다.⁴⁵⁾

獨逸의 경우에도 同旨의 判例가 발견된다.⁴⁶⁾

중재계약 그 자체에 관하여 無効 또는 取消 등의 여부가 다투어지는 경우에는 중재계약의 분리독립성이 인정될 여지가 없음은 물론이다. 예컨대, 仲裁에 부침으로써 強行法規의 적용을 回避하고자 하는 경우에는 仲裁契約(條項)의 有効性은 否定돼야 할 것이다.⁴⁷⁾

그렇다면, 누가 계약의 無効·取消 여부를 판단하는가? 判例는 仲裁條項을 포함한 계약의 성립에 詐欺가 있었다고 주장된 경우에는 중재조항 자체는 유효하고 따라서 중재조항에 기하여 선정된 仲裁人이 계약중 중재조항 이외의 부분에 관하여 詐欺 여부를 判定한다고 한다.⁴⁸⁾ 이 경우에 契約의 無効 또는 取消라는 중재판정은 당연히는 중재조항의 무효 또는 취소될 수만하지 아니한다는 점이다.⁴⁹⁾ 仲裁契約(條項)의 성립 그 자체에 詐欺가 있다고 하는 경우에는 法院이 그 有効

42) Heyman v. Darwins Ltd., A.C.356(1942) <이 判例批判은 Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, 1981, p.71 參照>.

43) Prima Paint Corp. v. Flood & Conkling Mfg. Co., 388U.S. 395(1967).

44) Ibid., 388U.S. at 404.

45) Wicle v. Atlantic Marine, Inc., 605F. 2d 166(5th Cir. 1979) 등.

46) BGHZ 253,315.

47) 久保田穰, 「發起人が設立中の會社のため締結した契約の準據法と該契約の一部を存す仲裁條項の効力」, *ジュリスト* 昭和51年度 臨時増刊號(重要判例解説) p.261.

48) Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabrics, Inc., 271F. 2d 402(2d Cir 1959).

49) 青山善充, op.cit., (54卷9號), p.120.

여부를 판단한다.⁵⁰⁾

2. 欠缺의 補充(filling of gaps)

중재계약에 (無効·取消事由 이외의)欠缺이 있는 경우에 중재인은 그 欠缺을 보충할 수 있는가? 이른바 「欠缺의 補充(filling of gaps)」문제이다. 넓은 의미에서의 欠缺의 補充은 「契約의 適應(adaptation of contracts)」까지도 포함된다. 前者는 양당사자가 계약에서 다룰 예정이면서도 의도적이든 아니든지 간에 다루지 않은 未確定事項을 後에 補充시키는 것이다. 이에 비하여, 後者는 양당사자가 계약체결 당시에는 예견할 수 없었던 환경의 변화(changed circumstances)에 따른 사정 에 계약의 同一性を 변경함이 없이 適應시키는 것을 뜻한다.⁵¹⁾

欠缺된 계약의 보충권한은 중재계약에 기하여 자유로이 중재인에게 부여할 수 있다. 補充할 사항은 契約條件 일체를 명확히 정할 만한 자료가 미처 갖춰지지 않는 때에 당사자가 意識的으로 특정 條項에 관한 결정을 후일로 미루는 경우나, 經濟的 技術的 또는 政治的 狀況에 변화가 생김으로써 나타난 困境에 대처하기 위한 조항이 중재계약에 欠缺된 경우에 발생한다.⁵²⁾ 중재인에게 補充權限을 부여한다는 明文이 없더라도 그 취지가 契約書 전체에서 나타날 수 있으면 충분하다. 少數의 株主로 이루어진 회사나 合名會社의 경우에 會社經營에 관한 분쟁은 중재를 통하여 해결한다는 조항을 두는 수가 있는데, 이러한 취지의 仲裁契約은 유효하고 따라서 중재인은 불가피한 상황하에서는 會社의 解散을 命할 수도 있다고 풀이된다.⁵³⁾

仲裁機關 명칭에 대한 錯誤가 있거나, 실존하지 않는 仲裁人을 지명하는 경우에는 法院이 적극적으로 당사자의 의사를 파악하여 瑕疵를 補正하거나 仲裁人을 選定하는 등으로 중재계약(조항)의 취지를 살려낼 수 있다.⁵⁴⁾ 또한, 당사자 一方이 중재인을 선정하지 않고 있기 때문에 중재절차를 開始할 수 없는 경우에는 他方 당사자는 法院에 대하여 중재계약에 따라 중재인을 선정하지 않은 당사자에 갈음하여 仲裁人을 選定해 주도록 청구할 수 있다.

50) Atkinson v. Sinclair Refining Co., 370U. S. 238,241. 82S. Ct. 1318, 1320, 8L. Ed. 2d. 462, 465(1962)참조.

51) 小山昇, Adaptation of Contract と 仲裁, 國際商事仲裁協會, 1985, p.1.

52) Holzman, op.cit., at 122.

53) Ibid., 123.

54) Laboratories Grossman v. Forest Laboratories, Inc., 31 A.D. 2d. 628(1968).

VI. 仲裁契約의 對象

1. 紛爭의 商事性

중재에 부치고자 하는 對象은 각 국가의 國內法에 의하여 商事(commercial)라고 인정되는 법률 관계에서 발생한 분쟁을 내용으로 하는 계약일 것을 要한다(New York條約 第1條 3項). 「商事로 인정되는 법률관계」라는 文言은 美聯邦仲裁法 제202조에서도 규정되고 있으나, 여기서 말하는 商事가 무엇을 의미하는지에 관해서는 同法 등 制定法에서 명확하게 풀이되지 않고 있다.

판례는 聯邦仲裁法 第202條가 商事로 인정하는 법률관계라고 限定한 목적은 婚姻, 政治 등 國內的 關係를 제외하기 위한 것이라고 판시하고, 외국정부가 自國産業의 振興이라는 정책목표를 위하여 工業團地를 건설하고 그 일부 건물을 미국의 電子部品業者에게 일정한 勞動者를 雇傭하는 것을 조건으로 임대한 경우의 외국정부와 미국업자간의 건물임대차계약에 대하여 商事性을 긍정하고 있다.⁵⁵⁾ 이와는 달리, 海難에 직면한 미국 軍艦의 구조를 위하여 艦長과 외국의 海難救助業者 사이에 체결된 해난구조계약은 국가의 商業的 活動에 해당되지 않으므로 商事性이 否定된다고 판시한 예도 있다.⁵⁶⁾

UNCITRAL Model Law에서는 「商事」의 성질을 먼 事例들을 例示하는 데 그치고 있다. 다만, 商事라는 用語속에는 同法의 例示事項에만 국한되지 않고, 契約上의 法律關係 뿐만 아니라 不法行爲와 같은 非契約的 商事事件을 포함한 商事의 性格을 지닌 모든 관계에서 발생하는 事項을 포괄할 수 있도록 擴大解釋되어야 한다는 양해가 성립되었다. 이와 같은 前提下에서 Model Law가 例示하고 있는 商事의 性格을 갖는 商去來의 예는 「財貨나 用役의 供給 또는 交換을 위한 일체의 貿易去來, 販賣契約, 商事代行 또는 代理商, 팩트링(factoring), 貸與(lease)産業, 請負業, 相談業, 設計業, 라이선싱(licensing), 投資, 金融業, 保險業, 開發契約 또는 特許, 合作投資事業 및 기타 형태의 産業協力 또는 業務提携, 航空 海上 鐵道 道路에 의한 物品 또는 旅客의 運送」이다.

商事라는 用語속에는 이상 例示한 商去來에만 국한되는 것이 아니기 때문에 어떠한 범주의 商事事件을 國際商事仲裁의 對象으로 할 것인가는 최종적으로 Model Law를 採擇하는 國家의 國內法 및 그 解釋에 委任되어 있는 事項이다.

Model Law上的 商事의 概念은 우리나라 商法 第46條 이하에서 규정하고 있는 商行爲에 비하여 상당히 넓은 개념이다. 따라서 두 法사이의 概念差異로 인하여 仲裁適格性 問題가 야기될 수

55) *Island Territory of Curacao v. Solitron Devices, Inc.*, 356F. Supp. 13(SDNY 1973).

56) *B.V. Bureau Wijsmuller v. United States*, 1976, A.M.C. 2514(SDNY 1976).

있다. 그러나, 우리나라가 Model Law를 그대로 채택한 경우에도 仲裁適格性 문제에 대한 國內法 優先適用原則에 따라 同法은 우리나라 商法에 영향을 미치지 않는다.⁵⁷⁾

2. 現在 또는 將來의 紛爭

중재계약의 대상은 現在의 분쟁에 한하지 않고, 將來의 분쟁도 포함될 수 있다. 장래의 분쟁을 중재에 맡겨 해결하는 것을 내용으로 하는 仲裁契約은 前述한 바와 같이 仲裁條項의 형태로 買賣契約이나 運送契約과 같이 특정한 계약중에 挿入되어 그 일부를 구성하기도 한다.⁵⁸⁾ 여기서 紛爭은 어느 경우에도나 特定되지 않으면 안된다. 去來 如何를 불문하고 장래 발생하는 일체의 분쟁을 仲裁에 맡기는 契約은 特定性を 缺如하고 있으므로 무효가 된다.⁵⁹⁾

3. 事件의 仲裁適格性(arbitrability)

중재 자유의 원칙상, 어떠한 분쟁(any controversy thereafter arising between the parties)을 對象으로 해서도 중재계약이 체결될 수 있다.

이 점은 和解가 가능한 성질을 띤 係爭物을 중재의 대상으로 하는 獨逸⁶⁰⁾ 등 大陸法系의 경우와 비교된다. 美國에서는 裁判에 적합하지 않은(not justiciable)사건도 중재에 부칠 수 있고 反對 訊問이 活性化되는 점이 比較法的으로 본 특징이라고 지적된다.⁶¹⁾ 그러나, 특별한 公益的 觀點에서 仲裁不適格事項(non-arbitrable subject matter)으로 취급되고 있는 약간의 영역이 있어왔다.⁶²⁾

먼저 特許權이나 商標權의 効力 자체에 대한 분쟁에 관해서이다. 특허의 유효성은 法律問題이고⁶³⁾ 이에 관한 분쟁을 중재에 의하여 해결하는 것은 公序에 反한다고 하는 판례가 종래 확립되고 있었다.⁶⁴⁾ 그 이유로서는 특허권은 특허권자에게 일종의 독점을 인정하는 것이므로 그 성립 여부에 관한 사항은 일반시민의 비판이 가능한 公開된 法廷에서 審理해야 하고, 非公開的인 중재

57) 高範俊, 國際商事仲裁法解義, 1985, p.147.

58) C.J.S., p.170.

59) Domke, op.cit., p.31.

60) Schwab, a.a.O., S.23f.

61) Holtzman, op.cit., at 116,121; 小島武司, op.cit., pp.36~37.

62) Domke, op.cit., p.86.

63) Graham et al. v. John Deere Co., 148 USPQ 459(U.S.S. Ct., 1966).

64) Lear, Inc. v. Adkins, 395U. S. 653(1969).

에 의하는 것은 公序⁶⁵⁾에 반한다는 것이다. 그리고 特許侵害에 관해서는 事實問題이긴 하나⁶⁶⁾, 이에 관한 중재 역시 公序에 反하므로 無効라는 입장이었다.⁶⁷⁾ 그밖에, 특허로 산정을 둘러싼 분쟁 등 기타 특허권의 유효성이나 특허침해 이외의 특허분쟁에 관해서는 경우에 따라 중재에 의하여 해결하는 것이 허용돼 왔다.⁶⁸⁾

그런데, 1982年 美 特許法이 개정되고, 특허권의 유효성 및 특허침해에 관한 중재를 인정하는 규정이 추가됨에 따라 중전 판례의 입장은 수정이 불가피하게 되었다.⁶⁹⁾

다음으로 獨占禁止法과 관련된 사항의 중재적격성 문제이다. 判例는 獨占禁止法에 기한 청구도 特許權에 관한 문제와 같이 公序의 견지에서 중재에 적합하지 않다고 하고 있다.⁷⁰⁾ 이같이 중재에 적합하지 않는 사항이 인정되는 이유는, 美國의 仲裁는 중재판정을 하지만 그 판정의 근거가 되는 判定理由를 붙이지 아니하는 것이 通例이고⁷¹⁾, 法院은 일정한 요건하에서 중재판정을 취소할 수가 있으나 判定理由가 없이는 중재판정의 妥當性を 판단하기가 곤란하게 된다. 그 주된 것으로서는 獨占禁止法이나 特許法 등 일종의 公法分野에 속하는, 사항이라고 할 수 있다.⁷²⁾

UNCITRAL Model Law上으로는 契約에 근거하여 발생한 紛爭이나, 아니나의 여부를 따지지 아니하고 一定한 法律關係로부터 발생하는 現存의 분쟁이나 將來의 분쟁은 중재적격성을 갖는다. 「一定한 法律關係」속에는 실무상 발생가능한 商標權의 侵害(infringement of trade mark)나 기타 不公正競爭(unfair competition)등과 같은 非契約的 商事事件(non-contractual commercial case)이 포함된다.

실제로 仲裁에 付託되는 분쟁의 대부분은 계약에 근거한 법률관계로부터 발생하는 것이지만, 당사자 합의시에는 不法行爲로부터 발생하는 분쟁일지라도 이를 중재에 付託할 수 있다. 그러나, 당사자가 임의로 처분할 수 없는 非商事事件과 같은 仲裁不適格事項에 대한 중재계약은 無効(null and void)로 간주된다. 또한 중재계약은 仲裁判定部の 仲裁判定으로 당해 분쟁을 해결하겠다는 당사자의 합의이므로 제3자의 鑑定評價를 구하는 등의 당사자 합의는 Model Law上 仲裁契約의 범주에 해당하지 않는다.⁷³⁾

65) 公序(public policy)는 一國의 政治的 入場이나 國際政策과 반드시 상충하는 것이 아닌 正義의 基本的 概念과 原則이라고 UNCITRAL Model Law에서는 밝히고 있다. 전통적으로 公序違反事項은 仲裁判定의 承認 및 執行과 외국법률적용의 거부사유로 승인되어 왔으며 이는 法廷地國의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서의 유지보호에 그 機能이 있다.

66) Acme Highway Products Corp. v. O.S. Brown Co., 177 USPQ 130(6th Cir., 1973).

67) 앞의 註(64)의 判例 참조.

68) 岩崎一生, 「美國における特許紛爭の仲裁」, 國際商事法務 12卷10號, p.702.

69) Ibid.

70) American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maquire & Co., 391F. 2d 821(2d Cir., 1968).

71) Gray, op.cit., p.203.

72) Ibid.

73) Schmitthoff, Charlesworth's Mercantile Law, 1984, p.688.

우리나라 仲裁法의 경우 仲裁適格事項은 「當事자가 處分할 수 있는 私法上の 法律關係」로만 제한되므로(第2條 1項 但書), 刑事事件이나 行政訴訟事件, 婚姻 및 親子關係와 같은 家族關係, 그리고 통상적인 裁判節次로 해결할 수 없는 非訟事件, 執行事件, 保全事件 등은 仲裁不適格事項이다.

4. 國際禮讓(international comity)과 仲裁可能性

종래 公序에 反하여 仲裁에 적합하지 않는 사건인 경우에도 국내거래문제보다 國際去來 문제를 중시한다는 國際禮讓의 견지에서 仲裁가능성이 시도되고 있다. 즉, 證券을 詐欺에 의하여 취득했다고 다루어지는 사건에서, 법원은 당해 證券取得行爲가 기업간의 국제거래에 속한다는 점을 중시하고 국내법적인 投資者保護보다도 국제거래 분쟁해결수단으로서의 상사중재의 중요성을 감안해서 국제계약의 경우에는 중재조항을 존중할 필요가 있다고 하여 그 分離可能性을 인정하고 있다.⁷⁴⁾

이와 같은 맥락에서, 獨占禁止法에 관한 사건도 仲裁가능성을 긍정하는 판례가 최근 나타나고 있다.⁷⁵⁾ 분쟁이 국제적인 성격을 띤 경우에는 법원은 國際的公序(international public policy)의 고려를 一國만의 利害보다 중요한 것으로 인정함으로써, 국제거래의 안정성과 예측가능성을 높이기 위하여 仲裁可能性을 긍정해야 한다는 것이다.⁷⁶⁾ 그러나, 法院의 判決내용에는 仲裁가능성이 새롭게 적용되는 「국제」거래와 독점금지법 등에 관한 仲裁가능성이 부정되는 「국내」거래를 識別하는 명확한 기준이 제시되지 않고 있다는 비판도 있다.⁷⁷⁾

UNCITRAL Model Law에 있어서는 「國際性」은 營業所 所在地, 仲裁地, 契約의 實質的 履行地, 紛爭關聯場所, 당사자의 明示的 合意의 要因에 의하여 결정되며, 따라서 國際仲裁란 다음과 같이 말할 수 있다.

- ① 仲裁契約 당사자가 중재계약의 체결 당시에 각기 상이한 국가내에 營業所⁷⁸⁾를 두고 있는 경우의 仲裁
- ② 중재계약에서 정해진 仲裁地 또는 중재계약에 준하여 결정되는 중재지나, 商事關係債務의 실질적 이행지 또는 분쟁의 係爭事項과 가장 밀접하게 관련되어 있는 장소 중 어느 한 장소

74) Fritz Scherk v. Aberto-Culver Co. 417U.S. 506:94 S. Ct., 2449(1974).

75) Mitsubishi Motors Corp. v. Soler, 53 U.S.L.W. 5069(July 2, 1985).

76) Victor & Bialos(小原正敏 譯), The Arbitration of International Antitrust Claims : A Bold Supreme Court Experiment in Alternative Dispute Resolution, 國際商事法務 14卷1號, p. 4.

77) Victor & Bialos, op. cit.,(14卷2號), p. 115.

78) 營業所란 契約과 가장 밀접하게 관련되는 영업소를 뜻하므로 당사자가 2個國 이상에 영업소를 두고 있다면 당해 仲裁契約과 가장 밀접한 관계가 있는 영업소가 그에 해당되며 반대로 당사자가 영업소를 갖고 있지 않은 경우에는 常住의 居所(habitual residence)를 영업소로 본다.

가 양당사자의 영업소 所在地國 이외의 국가에 소재하고 있는 경우의 중재

- ③ 당사자가 중재계약의 係爭事項이 2個國 이상과 關聯있다는 취지의 明示的 合意를 한 경우에 해당하는 仲裁를 말한다.

따라서 중재계약 체결당시 당사자의 營業所所在地國이 相異하거나, 또는 仲裁地가 양당사자의 영업소소재지국과 상이하거나, 商事契約關聯債務의 실질적 이행지나 분쟁의 係爭事項과 가장 밀접하게 관련되는 장소 중 어느 한 장소가 양당사자의 영업소소재지국과 상이하거나, 또는 仲裁契約의 係爭事項이 2個國 이상과 관련된다면 당사자의 明示的 合意가 있다면 國際性的 要件은 충족되며 동시에 Model Law上 國際仲裁의 適用對象이 된다.

Ⅶ. 仲裁契約의 効力

仲裁契約이 양 당사자의 意思의 合致에 의하여 所定の 要件을 갖추어 成立하게 되면, 人的으로는 契約當事者 및 關係者에게, 物的으로는 付託된 紛爭에 그 効力이 미친다. 代理人에 의하여 체결된 중재계약의 효력은 물론 本人에게 미친다.

1. 當事者에 대한 効力

仲裁契約의 목적은 통상 法院에의 直訴를 排除하고 중재에 의하여 분쟁을 해결하는 데 있다. 그럼에도 불구하고 당사자의 一方이 중재계약상의 분쟁을 대상으로 訴를 제기하는 경우에는 他方 당사자의 申請(妨訴抗辯)에 기하여 법원은 訴訟節次의 停止를 命할 수 있다.⁷⁹⁾ 소송절차가 停止되는 데 그치고, 訴는 却下되지 않는다고 하는 점이 美國法의 특색이다.⁸⁰⁾ 이에 비하여, 우리나라를 비롯한 獨逸法系의 경우에는 仲裁判定에는 法院의 確定判決과 同一한 効力이 인정되므로(仲裁法 第12條), 仲裁契約이 존재함에도 불구하고 訴를 제기한 경우에는 被告는 仲裁契約의 抗辯을 주장할 수 있고, 이 때에는 그 訴는 訴의 利益이 없는 것으로서 不適法却下된다. 한편, 법원은 當該 분쟁을 중재에 付託해야 하는가의 여부를 결정함에 있어서 어떠한 裁量權을 가지는가 하는 문제에 관하여, 재량의 여지가 없다는 입장이다.⁸¹⁾

그리고, 중재계약에 기하여 仲裁에 付託하기로 합의하고 있는 사항에 관하여 訴가 제기된 경우(New York條約 第2條 3項)뿐만 아니라, 訴가 제기되지 않고 있더라도 당사자 一方이 중재절차의 開始에 응하지 않는 경우에는 他方 당사자는 법원에 仲裁節次開始命을 發하도록 청구할 수 있

79) 聯邦仲裁法 第3條, 統一仲裁法 第2條.

80) Gray, op. cit., p. 199.

81) Ibid., p. 203.

다. 이 중재절차개시명령을 법원으로부터 받아 놓는 것은 外國에서 중재판정의 執行이 예상되는 경우에 실무상 그 實益이 많다.

즉, 상대방이 중재절차에 응하지 않는 경우에는 상대방이 缺席한 채 중재절차가 진행되고 중재판정이 내려지게 되지만, 外國에서 그 仲裁判定의 執行을 구할 경우에 상대방은 그 중재판정이 無効라고 주장하는 수가 많다. 이 경우에 執行의 可否를 결정해야 할 外國法院은 仲裁地法下에서 유효한 중재계약이 있었고, 그 중재계약에 기한 중재절차가 적법하게 이루어졌다는 점에 대하여 立證을 요구하는 수가 있다. 바로 이에 대한 立證手段으로서 법원으로부터 중재개시명령을 얻어 놓는 것은 매우 유리한 高地에 서게 된다.⁸²⁾

또한, 당사자 一方이 중재계약에 따라 仲裁人을 選定하지 않는 경우에 他方이 중재인 선정을 代行한다는 條項을 중재계약중에 포함시키는 수가 있다. 이러한 경우에는 당사자 一方이 중재인 선정을 하지 않더라도 중재인 선정이 대행되고 仲裁節次가 진행된다. 이 경우에 중재절차의 개시를 반대하는 당사자가 취할 수 있는 수단의 하나가 仲裁契約 또는 중재계약을 포함한 主契約 전체의 不存在를 이유로 하는 법원에 대한 仲裁人選定 및 仲裁節次開始 停止命令의 請求이다.

主契約 전체의 不存在가 다투어지기는 하지만, 前述한 分離獨立의 原則에 따라, 주계약중에 포함된 仲裁契約 그 자체의 存否에 관해서는 다투어지지 않는 경우에는 계약 전체의 존부는 仲裁人의 判定에 의하게 되고 중재인선정 및 중재절차개시 정지명령은 인정되지 않는다. 그러나, 중재계약 그 자체의 不存在가 다투어지는 경우에는 그 判斷 권한이 法院에 있다.⁸³⁾

그 밖에 New York조약은 締約國에 대하여 同條約이 적용되고 있는 중재계약의 承認을 의무화하고 있다(條約 第2條 1項). 仲裁契約의 承認이란 중재계약에 의하여 중재에 付託하는 내용의 합의가 있는 사항에 관하여 訴가 제기되었을 경우에는 중재계약에 따라 중재가 완료할 때까지 소송절차를 停止하거나, 訴를 却下하는 취지의 締約國 法院의 결정을 뜻하는 것으로 풀이되고 있다.⁸⁴⁾

2. 第三者에 대한 効力

가. 承繼人(assignees)-仲裁契約을 포함한 主契約의 讓渡는 국제거래상 자주 발생하고 있지만, 그 양도에 따른 承繼人의 地位에 관해서는 明文의 規定을 두고 있지 않다 (New York條約, U.S.C. 참조).

판례는 New York 條約의 적용을 받는 중재계약을 포함한 備船契約의 讓渡의 경우에 그 承繼人은 중재계약상의 권리와 의무를 包括적으로 양수받고 있으므로 승계인에게도 중재계약의 효력

82) Domke, op. cit., p. 174.

83) 앞의 註 50)의 判例 參照.

84) 阿川清道, 「外國仲裁判斷의 承認及び執行に關する條約について」, *ジュリスト* 231號, p.22.

이 미친다고 判示하고 있다.⁸⁵⁾ 다만, 仲裁契約은 당초 당사자간에 있어서만 효력을 가진다고 明記된 경우에는 예외로 한다.⁸⁶⁾

나. 保證人(guarantors and sureties)-국제거래에 있어서 계약의 이행을 보증하는 保證人은 자주 나타나지만, 보증인에 대한 仲裁契約의 효력에 관해서는 역시 明文의 規定을 두고 있지 않다.

판례는 保證人이 주계약중의 仲裁條項에 拘束되는가의 여부는 保證契約에 있어서 당사자가 사용한 文言에 의한다는 原則을 내세우고 있다.⁸⁷⁾ 傭船契約에 관한 이 사건에서 傭船者의 보증인은 「傭船者가 지급 또는 이행을 懈怠한 경우에는 그 債務를 이행하고 傭船契約에 포함된 계약내용과 동일한 조건으로 용선자의 권리와 의무를 引受한다」는 취지의 保證을 하였다. 이 경우에 용선계약의 효력은 保證人에게 미친다고 판시하였다.⁸⁸⁾

그러나, 이와 같은 保證文言이 없는 경우에는 보증인은 主契約의 당사자가 아니므로, 주계약에 포함된 仲裁契約에 拘束되지 않는다고 하고 있다.⁸⁹⁾ 또한, 보증인은 중재계약을 포함한 主契約의 당사자가 아니므로 主契約中の 중재계약에 의하여 주계약의 당사자 사이에서 이루어지는 중재절차에 따른 仲裁判定에는 拘束될런지 모르지만, 그 仲裁節次에 參加해야 할 의무가 있는 것은 아니라고 하고 있다.⁹⁰⁾

한편, 元契約者와 下請業者의 건설공사 계약에 관해서는 판례의 입장이 엇갈리고 있다. 하청업자에 대한 元契約者의 지급을 보증한 保證人은 그 건설공사 계약의 당사자는 아니지만, 이 계약에 포함된 중재계약을 이유로 下請業者로부터 제기된 소송절차의 停止를 청구할 수 있다는 긍정적 입장⁹¹⁾과 下請業者에 대한 元契約者의 지급을 보증한 보증인에 대해서는 그 건설공사 계약중의 仲裁契約의 효력은 미치지 않는다는 부정적 입장⁹²⁾이 있다.

다. 抵當權者(mortgagee)- 抵當權者에 대한 중재계약의 효력에 관해서도 역시 明文의 規定은 없다.

판례는 船主와 船體에 대한 保險者와의 보험계약에 있어서 保險受益者로 지정된 船舶의 抵當權

85) Star Kist Foods, Inc. v. Diakan Hope S.A., 423F.Supp.1220(C.D.Calif. 1976); Domke, op. cit., p.84.

86) Production Steel Co. of Illinois v. S.S.Francois L.D., 294F. Supp.200(SDNY 1968).

87) Compania Espan. de Pet., S.A. v. Nereus Ship., 527F. 2d 966,973(2d Cir.,1975).

88) Ibid., 527F. 2d at 974.

89) Interocean Ship. Co. v. National Ship. & Trad. Corp., 523F. 2d 527,539(2d Cir.,1975).

90) Matter of National Recreation Products, Inc. v. Gans, 46A. D. 2d 618,359 NYS 2d 803(1st Dept., 1974).

91) United States v. Continental Casualty Co., 214F. Supp. 949(D.Puerto Rico 1963).

92) Transamerica Ins. Co. v. Yonkers Contracting Co., 49 Misc. 2d 512,267 NYS 2d 669(N.Y. Cty., 1966).

者가 揚陸時의 船體에 대한 損害의 補償을 보험자에게 訴求한 사건에서, 보험자는 보험계약중의 仲裁契約을 이유로 소송절차의 정지를 청구한 데 대하여 법원은, 보험수익자로 지정된 抵當權者는 보험계약상의 중재계약에 구속되지 않는다고 하고 있다.⁹³⁾

라. 破産管財人(trustees in bankruptcy)-파산관재인에 대한 중재계약의 효력에 관해서도 또한 明文의 規定은 없다.

판례는 破産節次開始의 계약위반으로부터 발생한 분쟁에 관해서는 중재에 의하여 해결한다는 중재계약이 성립하고 있다면, 파산관재인은 그 중재계약상의 權利義務를 취득한다고 하고 있다.⁹⁴⁾ 또한 파산절차개시 전의 청구에 대해서는 破産者의 名義로 중재절차의 개시를 청구할 수 있다고 한다.⁹⁵⁾

VIII. 仲裁契約 効力の 阻却事由

1. 契約의 拋棄(waiver)

仲裁契約은 계약의 일종이므로 중재계약의 성립후에 당사자간의 합의 또는 行爲에 의하여 契約의 効力を 排除할 수 있는데, 이를 契約의 拋棄(waiver)라고 한다. 포기에는 明示的인 拋棄뿐만 아니라 默示的인 拋棄도 인정되고 있다. 당사자 사이에 문제가 될 素地가 많은 것은 이 가운데 묵시적인 포기이다. 默示的인 拋棄가 성립할 가능성이 있는 경우로서는 다음 3가지로 大別할 수 있다.

① 仲裁契約 中에 일정기간내에 請求 또는 仲裁節次의 申請을 해야 하는 취지의 규정이 있는데도 불구하고, 그 期間內에 청구 또는 중재절차의 신청을 하지 않는 경우.

② 중재계약에는 청구 또는 중재절차의 신청을 해야 할 기간을 特定하고 있지 않지만, 請求 또는 仲裁節次의 申請이 현저하게 지체된 경우

③ 중재계약과 矛盾된 行爲을 한 경우 등이다. 이하 차례로 分說한다.

2. 默示的 拋棄와 兩立性 原則(principle of compatibility)

93) Wells Farge Bank v. London S-S Owner's Mut. Ins., 408F.Supp.626(SDNY 1976).

94) Tobin v. Plein, 301F. 2d 378(2d Cir.1962);Schilling v. Canadian Foreign Steamship Co., 190F.Supp.462(SDNY 1961).

95) Plein v. Cherchat, 17App. Div. 2d 25,230 NYS 2d 633(1962).

가. 期限이 特定된 경우- 仲裁(節次)期限은 당사자가 중재에서 권리를 주장하는 데 필요한 期間의 限界를 뜻한다. 당사자는 합의로써 이러한 기한을 特定할 수 있으며, 일단 정해진 期限은 원칙적으로 엄격하게 준수되어야 한다. 당사자가 이를 특정하는 이유는 仲裁節次的 進行을 촉진하고 나아가 신속하고 능률적인 紛爭의 해결을 꾀하는 데 그 목적이 있다.

따라서 중재계약에서 정한 기한내에 당사자 一方의 청구 또는 중재절차의 신청이 없다고 판단되는 경우에는 仲裁節次를 신청하는 권리의 포기로 본다. 물론 당사자는 特定한 청구권 주장을 위한 期限, 仲裁申請期限, 仲裁判定期限, 기타 중재절차기한을 합의에 의하여 연장할 수 있다. 그러나 이를 연장함이 없이 同 期限이 경과하면 당사자는 仲裁節次 등의 신청을 할 수 없을 뿐만 아니라 一切의 救濟手段을 잃고, 이후 訴를 제기할 수도 없게 된다.⁹⁶⁾

그런데 特定된 期限의 經過 여부에 관한 판단은 仲裁人이 하는가 법원이 하는가가 다투어진다. 판례는 중재인이 판정해야 한다는 입장이다.⁹⁷⁾ 그러나, 約定된 기한의 경과에 따라 중재계약은 失効되므로 이는 중재계약의 存否에 관한 문제이고, 따라서 詐欺와 強迫의 경우와 마찬가지로 法院이 판단해야 한다는 反對說도 있다.⁹⁸⁾

나. 期限이 特定되지 않는 경우- 중재계약에는 청구 또는 중재절차를 신청할 기한을 特定하고 있지 않더라도, 그 권리를 상당한 기간동안 행사하지 않을 경우에는 仲裁절차를 신청할 권리의 포기로 볼 수 있게 된다. 이 문제에 관해서도 중재인이 판정해야 하는가,⁹⁹⁾ 法院이 판단하는가¹⁰⁰⁾가 갈리고 있다.

중재인이나 법원에 의하여 중재계약상의 청구나 중재절차신청이 현저하게 지체된 것으로 판단되어 권리의 포기로 인정된다면, 당사자는 仲裁節次를 신청할 수 없을 뿐만 아니라, 이후 訴를 제기할 수도 없게 된다.¹⁰¹⁾

다. 仲裁契約과 矛盾된 行爲를 한 경우- 중재계약과 모순되는 행위를 한 경우에는 중재절차를 신청할 수 있는 권리를 默示의으로 拋棄한 것으로 볼 수 있는가의 여부가 문제된다. 경우를 나누어서 살펴본다.

債權保全을 위한 留置權의 행사에 관해서는 일반적으로 중재절차를 신청할 수 있는 권리의 포기가 아니라고 규정하고 있다(New York Lien Law § 35).

당해 분쟁에 관하여 법원에 訴狀을 제출한 단계에서는 아직 중재절차를 신청할 수 있는 권리의

96) Domke, op.cit., p.148.

97) Office of Supply, Government of the Republic of Korea v. New York Navigation Co., 469F.2d 377(2nd Cir. 1972) 등 多數의 判例가 있다.

98) Calkins, Waiver of the Right to Arbitrate, 37Arb. J. 10,14(1982).

99) Halcon International, Inc. v. Monsanto Australia Ltd., 446F. 2d 156,159(7th Cir.,1971).

100) Milan Construction Corp. v. Allis-Chalmers Mfg.Co., 315N.Y.S. 2d 258(App. Div.,1970).

101) Domke, op.cit., p.148.

묵시적인 포기로 볼 수 없지만¹⁰²⁾, 상대방이 本案에 관하여 答辯을 한 단계에서는 중재절차를 신청할 수 있는 권리의 포기가 된다.¹⁰³⁾ 被告 財産을 押留하는 경우에 미국에서는 裁判管轄을 취득하는 것으로 인정되고 있다. 특히, 海事事件의 경우에는 피고의 재산을 압류한 다음, 중재절차를 開始한다는 것을 明文으로 규정하고 있으므로(聯邦仲裁法 第8條), 이 때에는 중재절차를 신청하는 권리의 默示的인 拋棄로 볼 여지는 없다.

또한, 假處分節次를 취하는 것으로는 중재절차를 신청하는 권리의 默示的인 拋棄가 성립하지 않는다는 규정(美國仲裁協會 商事仲裁規則 第46條(a))이 있는 경우에는, 비록 당사자가 합의하고 있더라도 假處分節次에 의해서 중재절차를 신청하는 권리의 묵시적인 포기가 성립할 여지는 없다. 그러나, 假處分節次를 취하는 경우라 할지라도 그와 같은 明示的인 규정이 없는 한, 중재절차를 신청하는 권리의 묵시적인 포기가 성립할 가능성은 높다.¹⁰⁴⁾

당사자 一方으로부터 訴를 제기당한 경우에 仲裁의 抗辯을 하지 아니한 채, 本案에 관하여 答辯을 하거나 反訴를 제기한 때에는 중재절차를 신청할 수 있는 권리의 묵시적인 포기가 성립할 가능성이 높다.¹⁰⁵⁾

중재절차를 밟아 나가는 한편 被告의 재산에 대하여 假處分을 하거나, 중재개시절차를 취해 나가는 한편 證言錄取書를 갖추는 등 소송절차를 행하는 것은 仲裁節次를 포기한 것으로 보일 위험성이 크다.¹⁰⁶⁾ 법원의 힘을 빌어 중재를 위한 押留, 開始, 併合 등 여러가지 절차를 밟으려고 소송절차에 지나치게 깊이 빠져 들어가는 경우에는 중재절차의 포기로 誤認될 여지가 크므로 중재절차를 위한 訴訟節次의 利用에는 신중을 기할 필요가 있다¹⁰⁷⁾고 한다.

그밖에 訴訟係屬中の 분쟁을 仲裁에 付託하는 合意는 有効한 것으로 풀이된다.¹⁰⁸⁾ 또한, 仲裁節次中에 仲裁人이 和解를 勸告하는 것은 仲裁의 目的과 矛盾되는 것이라고 할 수 없다.

그런데, UNCITRAL Model Law上으로는 仲裁契約의 存否에 관한 訴가 法院에 제기되고 법원이 이를 審理中임에도 仲裁判定部는 合法的 중재계약이 존재한다고 판단될 경우 訴訟과 併行하여 仲裁節次를 진행시킬 수 있다. 仲裁契約 存否의 立證責任은 당사자인 被告에게 있다. 그리고 合法的 仲裁契約의 存在에도 불구하고 법원이 紛爭目的物에 대한 暫定保全措置를 명한다해도 그것은 仲裁契約에 反하지 않는다. 또한 法院에 잠정보전조치를 신청하는 행위로 인하여 申請人은 紛爭을 중재에 付託할 수 있는 權利를 포기하거나 상실하는 것으로 간주되지 않으며 진행중인 仲裁節次에도 하등의 영향을 주지 않는다. 이를 잠정보전조치와 중재계약의 兩立性 原則(principle

102) Chatham Shipping Co. v. Ferbex Steamship Corp., 352F.2d 291(2nd Cir., 1965).

103) Merrill, Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Lecopulos, 553F.2d 842(2nd Cir., 1977).

104) 岩崎一生, 「米國における國際商事仲裁(2)」, 國際商事法務 11卷5號, p.538.

105) Domke, op.cit., p.181.

106) Radiator Specialty Co. v. Cannon Mills Inc, 97F. 2d 318(4th Cir., 1938).

107) Gray, op.cit., p.204.

108) C.J.S., p.179.

of compatibility)이라 하며,¹⁰⁹⁾ 國際仲裁의 實効性を 保障하기 위한 배려의 一環이라고 할 수 있다.

IX. 結論：要約

이상에서 考察한 바와 같이 오늘날에 있어서는 國際商事仲裁가 訴訟外紛爭解決制度, 즉 ADR의 중심적 부분으로 자리잡아가고 있다. 그것은 國際訴訟에서 필연적으로 뒤따르는 不確實性を 상당히 解消하고 있기 때문이다. 當事者自治의 原則에 입각한 仲裁地와 準據法の 豫見可能性이라든가, 仲裁抗辯의 國際的 承認이나 仲裁判定의 國際的 執行可能性 등은 國際商事仲裁의 實効性を 保障해 주는 바탕이 되고 있다.

그러면서도 國際商事仲裁에서 指摘되어야 할 점은, 먼저 당사자 사이에 仲裁契約이 체결되고 있지 않는 한, 紛爭을 중재에 의하여 해결할 수는 없다는 것이다. 仲裁契約은 仲裁節次의 基礎를 형성하고, 그 기초는 仲裁節次의 法的 性質에 관한 究明과 脈絡을 같이한다. 중재계약의 법적 성질에 대한 論議는 訴訟法上 契約說과 實體法上의 契約說로 크게 나누어지고, 더 나아가서 兩性的 性質을 띤 것이나 아니면 獨自的 類型的 契約으로 보아야 하느냐에 관하여 견해의 대립이 있다.

仲裁契約의 法的 性質의 究明은 準據法決定과 밀접하게 관련되어 仲裁節次의 거의 全領域을 貫流하고 있다. 仲裁節次의 成立, 內容, 解釋 그리고 効力 등 諸問題에 解決의 실마리를 제공하기 때문이다. 특히 이 가운데에서 仲裁契約의 分離可能性 여부를 가늠하는 論據로서 작용한다.

仲裁契約은 主契約에 근거한 것이지만 法律上 共同運命體는 아니며, 따라서 主契約에 挿入된 仲裁契約(條項)의 効力 또한 主契約의 有効性 여부와 관계없이 分離·獨立된다는 원칙의 적용은 각 국가의 立法例나 判例의 입장이 肯定하는 쪽으로 기울고 있으나 그 논거는 일치하지 않고 있다. 우리나라 仲裁法の 경우에는 主契約이 無効·取消되는 경우에 주계약의 다른 부분과 함께 仲裁契約도 당연히 效力을 상실하는 것인지 與否와, 主契約의 無効·取消事由로 인하여 發生되는 분쟁에 관해서도 仲裁人이 判定權限을 갖는 것인지 與否에 관한 문제가 여전히 논쟁의 대상이 되고 있다. 이는 「主契約의 일부를 구성하고 있는 仲裁條項은 주계약상의 다른 조항과 독립적으로 이루어진 合意로 보아야 하며, 仲裁判定部에 의한 主契約의 無効判定은 당연히 仲裁條項의 無効를 隨伴하지 않는다」고 明定하고 있는 UNCITRAL Model Law(第16條)의 규정에 參考되어야 할 것으로 思料된다.

최근 소련, 중국을 비롯한 社會主義國家들과의 東西交易의 경우에는 主權免除의 抗辯을 둘러싼 問題의 素地를 안고 있다. 더구나, 仲裁契約의 成立에 관하여 비교적 嚴格한 方式을 要求하고 있는 것과 관련하여 方式의 瑕疵는 治癒될 수 있는가 하는 「欠缺의 補充」 與否와, 契約의 默示的

109) 青山善充, op. cit.,(54卷9號), p.121.

拋棄로 볼 수 있는 事由는 어느 범위까지 걸치는가 하는 「兩立性의 原則」의 적용 여부가 대두될 수 있다.

그밖에, 商事라는 용어의 의미도 國家마다 相異하여 商事仲裁의 商事性和 非商事性의 차이를 뚜렷하게 구별할 수 있는 標識가 마련되고 있지 못한 實情에서는 仲裁適格性의 문제가 야기된다. 국제거래 당사자 사이에서 발생하는 一切의 紛爭이 仲裁에 의하여 해결가능한 것은 아니고 예컨대, 知的 所有權의 성립이나 獨占禁止法 違反의 成否에 관한 判斷과 關連되는 紛爭의 경우에는 仲裁에 의한 분쟁의 해결을 法的으로 禁止하고 있는 國家도 적지 않다.

요컨대, 國際商事仲裁에 內在하는 이와같은 問題點에도 불구하고 國際去來를 둘러싼 訴訟外紛爭解決制度로서 國際商事仲裁가 中추적인 機能을 하고 있는 것은 周知의 사실이다. 따라서 國際商事仲裁의 有效한 活用을 위해서는 仲裁契約에 관한 多角的인 檢討가 緊要하다고 할 것이다.

Summary

Legal Studies on the Commercial Arbitration Agreement in International Contracts

Yang Seok-wan

Arbitration occurs when a dispute is submitted by private agreement for a binding decision to a person not holding judicial office; it excludes mediation and other non-binding procedures. While court litigation is the usual method of dispute resolution in international trade, delays and costs have prompted increasing use of arbitration as a form of alternative dispute resolution, especially in recent years.

The arbitration agreement can be defined as an agreement to settle differences or disputes between parties in a defined legal relationship, present or future, by a decision of a third party, arbitrator, other than the court.

The arbitration agreement should provide for the matters concerning place of arbitration, arbitrator or arbitration institution and rules for procedure, etc. It is not clear whether the arbitration agreement is classified as a procedural contract or a substantive contract. If it is deemed to be a procedural contract, it will be governed by *lex fori*. Otherwise, private autonomy to the governing law is applicable. It is widely accepted that the parties may freely determine the governing law.

The arbitration agreement is generally required to be in writing. The arbitration agreement includes both an arbitration clause by which the parties agree that if disputes arise they shall be referred to arbitration and the actual submission of a particular dispute or disputes to the authority of a particular arbitrator.

The scope of the arbitration agreement will be determined by its wording. The existence of the arbitration agreement will bar either party from filing a lawsuit with the court, i. e. will constitute a plea in abatement. The arbitration agreement will, in principle, bind only the actual parties to it. Sometimes, however, a reasonable interpretation of the agreement will lead an assignee of a containing the arbitration clause to be bound.

It is generally accepted that the validity of an arbitration clause which forms a part of a contract is treated separately from that of the main agreement. The doctrine of

separability has been supported by court rulings in the United States of America, West Germany, and Japan but not England. A decision by the arbitrator that the main contract is null and void does not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause. To improve the issues over the present Korean Commercial Arbitration Law and for internationalization of the same, the provisions of Article 16 of UNCITRAL Model Law expressly stipulated the separability doctrine of an arbitration clause should be introduced to the Korean Commercial Arbitration Law, and give the arbitral tribunal the right to decide the validity of the principal contract.

In conclusion, When there is the arbitration agreement, the relevant parties including the arbitrator and the court should respect it and treat it as valid and effective.