

## 국제상사중재에 있어서 중재지의 의미

The meaning of the place of arbitration on the international  
commercial arbitration

오 석 응\*  
Seog-Ung O

### 〈목 차〉

- I. 머리말
- II. 중재지의 의의와 결정
- III. 중재절차의 준거법과 중재지
- IV. 중재판정의 승인 및 집행에 있어서의 중재지
- V. 맺음말

주제어 : 국제상사중재, 중재지, 중재절차의 준거법, 당사자자치의 원칙, 영토주의

---

\* 청주대학교 법과대학 교수

## I. 머리말

국제상사중재에 있어서 ‘중재지(place of arbitration; Schiedsort)’는 중재절차가 진행되고 중재판정이 내려지는 장소이다. 전통적인 국제사법이론에 따르면 중재지는 국제소송에서의 법정지에 상응하는 의미로 이해되어 왔다.<sup>1)</sup> 따라서 중재절차는 당연히 중재지의 법에 의하여야 하고, 분쟁의 실체에 적용될 준거법의 적용에 있어서도 당사자의 합의가 없으면 중재인은 중재지의 저촉규범에 따라 준거법을 결정하여야 하며, 중재절차와 실체에 관한 중재지의 강행법규는 소송에 있어서 법정지의 강행법규와 같이 당연히 준수되어야 했다. 그러나 중재의 성격상 국제중재에서는 원칙적으로 국제소송에서와 같이 국제사법관계를 규율하는 법정지법(*lex fori*)이 존재하지 않고, 더욱이 오늘날 국제상사중재에서는 당사자들이 중재지를 자유로이 선정할 수 있음이 널리 인정되고 있는 바, 당사자들의 편의에 따라 분쟁의 대상과 직접 관련이 없는 중립적인 제3의 국가가 중재지로 지정되는 경우가 빈번하다.<sup>2)</sup> 이러한 점에서 중재지를 소송에서의 법정지와 동일하게 다루는 것은 모순이 있다.<sup>3)</sup>

그러나 국제중재에 있어서 중재지를 소송에서의 법정지와 동일한 의미로 볼 수는 없지만, 중재지가 단순히 지리적인 장소에 불과한 것이 아니라 중재절차의 진행단계와 중재판정의 집행단계에서 중재의 법적 환경으로서 여러 가지 중요한 의미를 갖는다는 것은 부인할 수 없다. 더욱이 최근 중재법의 입법추세는 적용범위에 관해 영토주의를 채택하여 자국의 영토 내에서 이루어지는 중재에 대하여는 자국의 중재법을 강행적으로 적용하도록 하고 있는 바,<sup>4)</sup> 이는 중재절차에 관하여 당사자의 합의를 우선으로 하였던 종래의 입법례

1) Karl-Heinz. Böckstiegel in: FS Beitzke, "Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis inter Schiedsgerichtsverfahren", Berlin/New York 1979, S. 445 ff.; Ulich Drobniq, in: FS Kegel, "Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen", Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1987, S. 98 ff.; Bernd von Hoffmann, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt/Berlin 1970, S. 110.

2) 독일 민사소법 제1043조 제2항 및 UNCITRAL 모델중재법 제20조 제2항과 같이 우리나라 중재법 제21조 제3항은 "당사자간에 다른 합의가 없는 경우에 중재판정부는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 중재지와의 적절한 장소에서 중재인들간의 합의, 중인·감정인 및 당사자 본인에 대한 신문, 물건·장소의 검증 또는 문서의 열람을 할 수 있다" 고 규정함으로써 현실적으로 중재지에서 심문절차가 이루어져야 한다는 것은 요구하고 있지 않다.

3) Jürgen Basedow, "Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR", JPS 1 (1987), S. 16; Otto Sandrock, "Welches Kollisionsrecht hat ein internationales Schiedsgericht anzuwenden", RIW 1992, S. 787.

4) UNCITRAL 모델중재법 제1조 제2항; 독일민사소송법 제1025조 제1항; 영국 중재법 제2조; 우리나라 중재법 제2조 제1항 등; 중재법의 적용범위에 관한 영토주의의 채택은 각국이 자국의 영토 내에서 이루어지는 중재에 대하여는 자국의 중재법을 적용하도록 함으로서 법적 안정성을 확보하려 하기 때문이다. Volker Triebel, "Das neue englische Schiedsgerichtsgesetz", Betriebs-Berater(BB) Beilage 13, 1997, S. 2 ff.; Klaus Peter Berger, "Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht", DZWIR 98, S. 47; Hubertus W. Labes/Torsten Löcher, "Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit - Zur bevorstehende Neufassung des 10. Buches der

에 비하여, 중재의 절차법적 측면에서 중재지가 갖는 의미는 더욱 강화되었다고 볼 수 있다. 또한 중재지는 중재판정의 집행단계에서 중재판정의 국적을 결정하는 기준이 되어,<sup>5)</sup> ‘외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약(이하 뉴욕협약)’의 적용여부를 가름할 뿐만 아니라,<sup>6)</sup> 협약의 적용에 있어서 중재합의의 성립과 유효성의 준거법, 중재판정의 승인 및 집행과 관련한 상호주의의 적용 및 중재판정의 취소소송에 있어서 관할법원을 결정하는 기준이 된다.<sup>7)</sup> 또한 중재지는 중재판정문의 기재사항이다.<sup>8)</sup>

국제상사중재의 중재지가 갖는 의미를 고찰한 선행연구들은 주로 중재절차의 준거법과 중재판정의 승인집행단계에서 중재지 및 중재지법이 갖는 의미를 고찰하고 있는데, 우선 송상현의 “국제상사중재에 적용될 절차법에 관한 일고”<sup>9)</sup>에서는 중재절차에 관한 중재지 절차법의 의미를 중재절차의 탈지역화이론과 관련하여 서술하고 있고, 석광현의 “국제상사중재에서 중재판정의 취소”<sup>10)</sup>에서는 국제상사중재에서의 중재지의 의의와 결정 및 중재판정의 취소사유의 판단에서 속지주의 원칙을 채택한 우리나라 중재법의 내용을 고찰하고 있으며, 또한 장문철의 “국제중재판정과 중재지의 국내법”<sup>11)</sup>에서는 국제중재에 있어서 중재지가 갖는 의미를 국제중재에 관한 전통적인 견해 및 중재절차의 탈지역화이론과 관련하여 서술하고 있다.

본고에서는 주로 국제중재절차의 준거법결정과정과 중재판정의 집행단계에서 중재지 및 중재지법과 관련한 논점들을 고찰하고자 한다. 특히 중재절차의 준거법과 관련하여 “유엔 국제거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)”의 “모델중재법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)(이하 모델법)”을 전면적으로 수용한 우리나라 중재법은 적용범위에 관하여 모델법의 입장인 영토주의를 채택하여 대한민국 영토 내에서 이루어지는 중재에 대하여는 대한민국 중재법을 적용하도록 하고 있고(제2조 제1항), 중재지의 결정에 관하여 중재법 제21조 제1항은 당사자가 합의로 중재지를 정할 수 있도록 규정하고 있는 바, 이는 곧 중재지의 결정이 중재절차법의 결정을 의미하는 것으로도 볼 수 있다. 따라서 현행 중재법상으로는 중재절차에 관해 종래 인정되어 오던 당사자자치의 원칙이 더 이상 허용되지 않으며, 당사자의 편의에 따라

ZPO(§§ 1025 ff.) -, MDR 1997, S. 420; Herbert Kronke, “Internationale Schiedsverfahren nach der Reform”, RIW 1988, S. 263.

5) 중재법 제38조, 제39조.

6) 뉴욕협약 제1조 제1항 전단은 “이 협약은 중재판정의 승인 및 집행의 요구를 받은 국가 이외의 국가의 영토 내에서 내려진 관점으로, 자연인 또는 법인간의 분쟁으로 부터 발생하는 중재판정의 승인 및 집행에 적용한다”고 규정하여 그 적용범위를 외국중재판정에 한하고 있다.

7) 석광현, “국제상사중재의 기초이론”, 「국제상사중재법연구」제1권, 박영사, 2007, 22면.

8) 중재법 제32조 제3항은 전단에서 “중재판정에는 작성일자 와 중재지를 기재하여야 한다”고 규정하여 중재판정에는 반드시 중재지를 기재하도록 하고 있다.

9) 송상현, “국제상사중재에 적용될 절차법에 관한 일고”, 「민사재판의 제문제」, 제7권, 한국사법행정학회, 1993, 448-460면.

10) 석광현, “국제상사중재에서 중재판정의 취소”, 「국제거래법연구」, 제16집 제1호, 국제거래법학회, 2007, 221-265면.

11) 장문철, “국제중재판정과 중재지의 국내법”, 「현대중재법의 이해」, 세창출판사, 2000, 279-303면.

정해지는 중재지가 중재의 절차법적 측면에서 중요한 법률적 의미를 갖는다.

이하에서는 우선 국제중재에 있어서 중재지의 의의와 결정원칙에 관해 살펴보고 중재절차의 준거법 결정과정과 중재판정의 집행단계에서 중재지가 갖는 의미를 우리나라 중재법을 비롯한 각국의 중재법 및 뉴욕협약의 관련규정을 중심으로 논의한다.

## II. 중재지의 의의와 결정

### 1. 중재지의 의의

국제상사중재에서의 ‘중재지(place of arbitration)’란 중재가 이루어지는 지역이나 국가를 말한다.<sup>12)</sup> 즉 중재지는 중재사건의 심리를 진행하고 중재판정을 내리는 곳이나 이를 하기로 예정한 곳으로 이는 1개의 장소이다.<sup>13)</sup> 문제가 되는 것은 중재인이 필요한 심리를 한 곳, 중재판정부가 본안에 관한 합의를 한 곳 또는 중재판정서에 서명한 곳 등이 다를 경우 이 중 어느 곳을 중재지로 할 것인가이다. 왜냐하면 통상 국제중재 뿐만 아니라 국내중재에서도 중재절차는 어느 한 곳에서만 이루어지는 것이 아니라, 심리 및 회합이 여러 장소에서 이루어 질 수 있고, 또한 현장 조사나 증인신문의 경우에도 현장이나 증인소재지에서 그 절차가 진행될 수도 있기 때문이다.

중재지의 선정에 관하여 모델법은 제20조 제1항에서 “당사자는 중재지에 관하여 자유로이 합의할 수 있다. 그러한 합의가 없는 경우에 중재판정부는 당사자의 편의를 포함하여 해당사건의 사정을 고려하여 중재지를 결정한다”고 규정하고 동조 제2항에서는 “본 조 제1항의 규정에도 불구하고 중재판정부는 당사자가 달리 합의를 하지 않는 한 중재인들 간의 협의를 위하여 또는 증인, 감정인 및 당사자의 신문을 위하여 또는 물품, 기타 재산이나 문서의 조사를 위하여 적당하다고 여기는 장소에서 회합을 가질 수 있다”고 규정하여 중재인이 중재지 이외의 장소에서도 심리, 증거조사 등의 활동을 할 수가 있음을 규정하고 있고, 우리나라 중재법 제21조도 동일한 취지의 규정을 두고 있다. 즉 중재지는 당사자 또는 사안과 합리적인, 또는 실질적인 또는 기타 어떤 관련이 있을 필요가 없고, 또한 중재인은 반드시 중재지에서 심리, 증거조사 등의 활동을 할 필요가 없다.<sup>14)</sup> 따라서

12) 중재지의 실질적 개념에 대하여 1999. 7.의 우리나라 중재법 개정시안 제3조 제4호는 “중재지라 함은 중재의 법적 장소로서 주된 중재절차가 진행되고 중재판정이 내려진 국가 또는 그 국가의 영토를 말한다.”라고 규정하고 있었으나, 그 개념 중 당사자에 의한 중재지 합의의 가능성을 내포하고 있지 않고, 중재지를 정함에 있어서 고려할 제반 사정이 모두 반영되어 있다고 보기는 어려운 점 등의 문제점이 있어 위 조항은 최종안에서는 채택되지 아니하였다. 이호원, “개정중재법에 관한 소고”, 『중재』 2001년 겨울호(302호), 대한상사중재원, 2001, 12면.

13) 이강빈·서정일, 『주석중재법』, 대한상사중재원, 2006, 94면.

중재지는 중재판정에 ‘중재지’라고 기재된 형식적인 ‘법률상의 본거’에 불과하다고 할 수 있다.<sup>15)</sup> 그러나 중재법의 적용범위에 있어서 영토주의를 채택하고 있는 최근의 입법추세를 볼 때, 중재의 절차법적 측면이나, 중재판정의 집행단계에서 중재지는 여전히 중요한 의미를 갖는다.

## 2. 중재지의 결정

중재지의 결정에 대하여 최근 모델법을 비롯한 주요국가의 국내법 및 국제중재규칙은 원칙적으로 당사자의 합의에 의하도록 규정하고, 당사자의 합의에 의한 중재지의 지정이 없는 경우에는 중재판정부가 결정하도록 하고 있다.<sup>16)</sup> 또한 당사자가 특정 상설중재기관에 중재를 부탁한 경우에는 상설중재기관에 의하여 결정될 수도 있다. 우리나라 중재법 제21조 제1항도 “중재지는 당사자간의 합의로 정한다”고 규정하여 중재지의 선정에 있어서 당사자자치를 원칙으로 하고, 동조 제2항에서는 “당사자간의 합의가 없는 경우에 중재판정부는 당사자의 편의와 당해사건에 관한 제반 사정을 고려하여 중재지를 정한다”라고 규정하여 당사자간에 중재지에 관한 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 결정하도록 하고 있다.

중재지에 관한 당사자의 합의에 있어서 당사자들은 중재지의 중립성과, 교통·통신의 편리, 자금이체의 자유, 숙련된 현지인의 지원을 포함하는 실제적인 고려사항을 기초로 중재지를 선정하여야 한다.<sup>17)</sup> 그러나 중재지가 당사자 또는 사안과 법적인, 실질적인 또는 기타 어떤 관련이 있을 필요는 없다.<sup>18)</sup> 실제로 국제상사중재에 있어서 중재지로는 당사자들에 의해서 빈번히 분쟁의 대상과 직접 관련이 없는 중립적인 제3의 국가가 지정되고 있다. 따라서 국제중재법정은 중재지와 거의 법적 관계를 갖지 않는 경우가 많다. 왜냐하면 오늘날 중재지는 반드시 그곳에서 중재절차를 진행하거나 중재지의 실질법이나 국제사법을 적용하기 위해서 정해지는 것이 아니라 당사자들이 중립적인 장소를 원하기 때문에 선

14) 이러한 점에서 중재지는 심리 및 회합 등의 중재절차가 이루어지는 심문장소(place of hearing, place of locale)와 구별된다. 그러나 경우에 따라서는 ‘중재지’와 ‘심문장소’를 모두 중재장소로 표현하는 경우도 있고 있다. 예컨대 UNCITRAL 중재규칙 제16조는 중재지를 ‘place of arbitration’으로 심문장소를 ‘the local of the arbitration’으로 표현하고 있는 반면, AAA(American Arbitration Association) 중재규칙 제11조 및 제21조는 중재지를 ‘the local where the arbitration is to be hold’로, 심문장소를 ‘the place of hearing’으로 표현하고 있다.

15) 중재지의 개념에 대하여 1996년의 영국중재법 제3조도 중재지를 ‘중재의 법률상의 본거(the juridical seat of the arbitration)’이라고 규정하고 있다. Volker Triebel, Bertiebs-Berater(BB) Beilage 13, 1997, S. 2 f.

16) UNCITRAL 모델중재법 제20조 제1항; 독일 민사소송법 제1043조 제1항; UNCITRAL 중재규칙 제16조 제1항; 다만 ICC 중재규칙 제14조 제1항은 당사자간에 합의가 없으면 중재판정부가 아닌 중재법원이 중재지를 정하도록 하고 있다.

17) 석광현, “국제상사중재에서 중재판정의 취소”, 224면.

18) Jürgen Basedow, JPS 1 (1987), S. 16; Otto Sandrock, RIW 1992, S. 787.

택되는 경우가 대부분이기 때문이다.

그런데 전술한 바와 같이, 국제중재에 있어서 중재지는 중재절차의 진행과 중재판정의 집행단계에서 여러 가지로 중요한 의미를 갖고 있고, 특히 오늘날 각국의 중재법은 적용 범위에 관하여 영토주의를 채택하여 자국의 영토 내에서 이루어지는 중재에 대하여는 자국의 중재법을 적용하도록 하고 있다. 이는 곧 중재지의 결정이 중재절차법의 결정에 의미하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 각 당사자는 법적 안정성의 확보를 위해 자국에서의 중재를 강력하게 요구하는 바, 중재지에 관한 합의가 이루어 지지 않을 경우 중재계약의 성립은 물론 국제거래계약자체가 무산될 수도 있다. 그리하여 중재지가 중재계약서상에 지정되어 있지 않거나 또는 당사자가 그러한 중재지에 관하여 서면으로 합의를 하지 못하는 경우, 그 합리적인 해결방안을 모색하기 위하여 각국의 상설중재기관 간에 상사중재협정을 체결하여 해결하고 있다.<sup>19)</sup>

### Ⅲ. 중재절차의 준거법과 중재지

#### 1. 중재절차법의 연결점으로서의 중재지

국제중재에 있어서의 준거법 문제는 중재합의의 성립과 유효성여부 및 중재합의의 방식 등을 판단하는 중재합의(계약)의 준거법과 중재절차를 규율하는 법인 중재절차의 준거법(*lex arbitri*) 및 분쟁의 실체에 적용될 준거법으로 나누어 파악할 수 있다.<sup>20)</sup> 일반적으로 중재계약의 준거법<sup>21)</sup>과 분쟁의 실체에 적용될 준거법<sup>22)</sup>에 관하여는 당사자자치의 원칙이 널리 인정되고 있으므로, 중재합의나 분쟁의 실체에 적용될 법에 관하여 당사자의 합의가 있는 경우 중재인들은 이를 우선적으로 적용해야 한다.

19) 우리나라는 1973년 10월 26일 처음으로 일본의 국제상사중재협회와 한·일 중재협정(The Korean-Japanese Arbitration Agreement)을 체결한 이래 1974년 11월 19일에는 세계적으로 그 권위를 인정받고 있는 미국중재협회(The American Arbitration Association)와 중재협정을 체결하였으며, 현재는 20여개 이상의 외국 중재기관과 중재협정을 체결하고 있다. 이에 관하여는 대한상사중재원 홈페이지 <http://www.kcab.or.kr> 참조.

20) 국제상사중의 준거법에 관하여는 Klaus Peter Berger, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: verfahrens- und materielle rechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze and Schiedspraxis*, 1991, S. 339-360.

21) 중재합의 및 중재합의의 준거법에 관하여 상세한 것은 석광현, “국제상사중재에서의 중재합의”, 『국제상사중재법연구』, 제1권, 박영사, 2007, 103면 이하; 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법결정에 관한 연구”, 『중재연구』, 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005, 197면 이하 참조.

22) UNCITRAL 모델중재법 제28조 제1항; 독일 민사소송법 제1051조 제1항; 프랑스 신민사소송법(NCPC) 제1496조; 스위스 국제사법 제187조 제1항; ICC 중재규칙 제17조 제1항; 우리나라 중재법 제29조 제1항. 국제상사중재의 분쟁의 실체에 적용될 준거법에 관하여는 석광현, “국제상사중재에서 분쟁의 실체에 적용될 준거법”, 『법학논총』, 제23집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2006, 315면 이하; 오석용, “국제상사중재판정의 준거법선택에 있어서 당사자자치의 원칙”, 『중재연구』, 제17권 제1호, 한국중재학회, 2007, 117면 이하 참조.

그런데 중재절차의 준거법에 관하여도 당사자자치가 인정되는 지는 의문이다. 왜냐하면 최근 모델법을 비롯한 각국의 중재법은 영토주의(속지주의)를 채택하여 자국의 영토 내에서 이루어지는 중재에 대하여는 자국의 중재법을 강행적으로 적용하도록 하고, 당사자들이 합의에 의하여 중재법의 강행규정을 배제하는 것을 불허하고 있기 때문이다.<sup>23)</sup> 따라서 최근의 입법례에 따르면 중재절차에 관하여는 당사자자치가 허용될 수 없고, 중재판정부는 중재지의 절차법에 따라 중재절차를 진행해야 한다. 즉 이는 중전과 달리 중재지를 연결점으로 하여 중재절차의 준거법을 지정하는 것을 의미한다. 이 경우 중재지법은 그 영역 내에서 행해지는 중재에 대하여 강행적 효력을 미치게 되고 중재판정에 대한 사법적 통제를 가할 수 있다. 그러나 이는 당사자나 중재인이 선정한 중재지를 기준으로 중재절차의 준거법이 결정된다는 점에서 국제소송에서처럼 법정지법원칙에 따라 법정지의 절차법이 강행적으로 적용되는 것과는 다르다.<sup>24)</sup>

결국 국제중재에서는 중재지의 선정이 중재절차법을 정하는 것과 동일하다고 볼 수 있다. 따라서 모델법을 비롯한 최근의 입법에서 볼 때 중재지는 중재절차의 준거법문제에 있어서 그 법적 의미가 더욱 강화 되었다고 볼 수 있다.

## 2. 중재절차의 준거법 결정에 있어서의 당사자자치의 원칙

국제상사중재는 당사자의 합의에 의한 분쟁해결수단이므로 중재판정부가 행하는 중재절차는 국가법원이 행하는 소송절차와 근본적으로 다르다. 따라서 중재지와 중재절차는 소송에 있어서의 법정지와 소송절차에서처럼 필연적인 관련성이 없다. 따라서 지금까지 중재절차의 준거법에 관하여는 당사자자치의 원칙이 널리 인정되어 왔다.<sup>25)</sup> 즉 중재절차의 준거법에 관하여는 당사자의 합의를 우선으로 하고, 당사자간의 합의가 없는 경우에는 중재지법(*lex loci arbitri*)이 보충적으로 적용되거나, 중재인에게 중재절차의 준거법을 선택하도록 하였다.<sup>26)</sup> 예컨대 스위스 국제사법(IPRG) 제182조는 “중재절차는 당사자들이 정한 절차에 의하고, 당사자들이 이를 정하지 아니한 때에는, 중재판정부가 필요한 범위 내에서 직접 또는 법률이나 중재절차규칙을 지시함으로써 절차를 결정한다”고 규정하여 당사자간

23) 모델법 제1조 제2항, 독일민사소송법 제1025조 제1항, 제1042조 제3항, 우리나라 중재법 제2조, 제20조 제1항.

24) 국제소송에서는 절차에 관하여 법정지법원칙이 지배하므로 절차의 준거법문제는 생기지 않는다.

25) 스위스 국제사법, 제182조 제1항; 프랑스 신민사소송법(NCPC) 제1494조; 구 ICC중재규칙 제11조; 우리나라 구 중재법은 제7조 제1항.

26) 이에 관하여 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2006, 81면 이하는 당사자의 합의가 없는 경우 중재절차의 준거법에 결정에 관한 입법례를 중재지법주의, 중재인 결정주의, 그리고 중재지법주의를 택하면서도 중재인에게 보완적인 절차결정권을 주는 보완형으로 구분하고 우리나라 중재법 제20조 제1항은 보완형을 취한다고 설명한다. 그러나 우리나라가 보완형을 취한다고 하는 것은 중재절차에 있어서 당사자자치를 원칙으로 한 것을 전제로 한 것인 바, 이는 잘못된 해석이다. 왜냐하면 중재법 제21조 제1항의 해석상 당사자자치는 허용되지 않기 때문이다.

의 합의에 우위를 두고, 당사자 간 합의가 없는 경우에 있어서 중재인이 결정하도록 하였고, 프랑스 신민사소송법(NCPC) 제1495조도 중재절차에 관하여 당사자의 합의가 없는 경우에는 중재인이 프랑스법이나 다른 외국법에 의하여도 중재절차를 진행시킬 수 있도록 하고 있다.<sup>27)</sup> 따라서 스위스법이나 프랑스법 하에서는 자국을 중재지로 택한 경우에도 반드시 자국의 법에 따라 중재절차를 진행시킬 필요가 없다.

한편 뉴욕협약 제5조 제1항 d)호는 중재판정의 승인 및 집행의 거부사유로서 중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의와 합치되지 아니하거나, 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재를 행하는 국가법령에 합치하지 아니하는 경우를 규정하고 있으므로 동 협약에 의하여도 중재절차에 대하여 당사자들의 합의가 우선되고, 당사자간의 합의가 없는 경우에는 중재지법이 보완적으로 적용된다.<sup>28)</sup> 이러한 당사자자치에는 중재절차의 진행과 관련하여 자체의 개별적인 내용을 합의할 수 있는 자유, 특정 상설국제중재기관의 절차규칙, 예컨대 ICC중재규칙이나 UNCITRAL중재규칙을 합의할 수 있는 자유 및 결정된 절차규칙을 변경할 수 있는 자유까지도 포함된다.

### 3. 중재절차의 준거법에 관한 우리나라 중재법의 규정과 해석론

#### (1) 영토주의의 원칙

우리나라의 구 중재법은 중재절차의 준거법에 관하여 당사자자치의 원칙에 우위를 인정하였다. 그러나 현행 우리나라 중재법 제2조 제1항은 원칙적으로 중재지가 대한민국 영토 내인 경우에 적용한다고 규정하여 적용범위에 관하여 영토주의를 천명하고 있는 바, 이는 중재절차에 관하여 중재지법의 적용에 우위를 두고 있는 것이다.

우리나라 중재법이 적용범위에 있어서 영토주의를 채택한 것은 모델법(제1조 제2항)의 입장을 따른 것으로서, 이는 독일 민사소송법 민사소송법 제1025조 제1항의 내용과도 일치한다.<sup>29)</sup> 이러한 영토주의의 경향은 중재가 자국의 영토 안에서 행해졌으면 국내중재인가, 국제중재인가를 구별하지 않고 모두에 대해 이를 적용하도록 함으로써, 국내중재에서도 더욱 완벽한 중재법규를 제공함과 동시에 국제중재에 대해서는 예측가능성과 법적 안정성을 확보하기 위한 것이다. 뿐만 아니라 현실적으로 당사자가 중재지 이외의 국가의 절차법을 선택하기보다는 중재기관이나 유엔국제거래법위원회(UNCITRAL)의 중재절차규칙을 선택하는 예가 일반적이기 때문이다. 한편, 예외적으로 중재지가 대한민국 영토 내에

27) Andreas Bucher, Die neue interantionale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1989, S. 75; Hieke Lörcher, Das internationale Handelsschiedsverfahren in Frankreich(Diss. Köln), 1977, S. 14.

28) 한편 1998년의 국제상업회의소(ICC)중재규칙 제15조 제1항은 위 중재규칙에도 없고 당사자간에 합의도 없는 부분에 관하여는 중재판정부가 결정하는 절차규칙에 의하도록 함으로써 ICC중재규칙에 우위를 두고 당사자간의 합의와 중재인에게 순차적으로 보완적인 절차의 결정권을 부여하고 있다.

29) Klaus Peter Berger, DZWir 98, S. 47; Hubertus W. Labes/Torsten Löcher, MDR 1997, S. 420.



있지 않을 지라도 제37조 및 제39조와 관련하여 외국중재판정의 승인 및 집행이 문제된 경우 그리고 제9조 및 제10조와 관련된 사항으로 중재지가 아직 정해지지 않은 경우에는 중재법이 적용된다.

## (2) 당사자자치의 제한과 범위

우리나라 중재법은 중재절차에 관하여 당사자자치에 우위를 두었던 종전과 달리 중재지법의 적용에 우위를 두고 있다. 그런데 중재법 제20조 제1항은 “이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 한 당사자들은 중재절차에 관하여 합의할 수 있다”고 규정하여 중재절차에 관한 당사자의 합의를 인정하고 있다. 따라서 본조의 해석과 관련하여서는 중재절차에 관한 당사자의 합의를 어디까지 인정할 수 있는가가 문제될 수 있다. 즉 문제가 되는 것은 당사자들이 합의에 의하여 중재절차에 적용될 규칙을 정할 수 있더라도 중재지법의 강행규정과 무관하게 절차에 대해서 합의할 권한을 갖는지의 여부이다. 이는 결국 중재절차에 관하여 당사자가 중재지법의 적용을 배제하는 합의를 한 경우 그러한 합의가 유효한가의 문제로 이는 오래 전부터 논의되어 온 중재절차의 탈지역화(delocalization)(또는 탈국가화)이론과 관련지어 진다.

중재절차의 탈지역화이론이란 국제중재에 있어서 당사자들이 중재절차를 중재지법으로부터 완전히 분리시키고 오로지 당사자들이 합의한 절차규칙만을 따를 수 있다는 이론으로서, 이렇게 절차적으로 중재지법으로부터 완전히 절연된 중재로부터 내려진 중재판정을 무국적중재판정(a-national award)이라고 한다.<sup>30)</sup> 이러한 탈지역화이론의 근거는, 중재당사자들이 중재지에서 유효한 내국절차법이 중재절차를 지배해야 한다는 생각에 좌우되리라고 가정할 수 없고, 각 국가는 서로 다른 법규를 가지고 있는 바 이를 국제상사중재에 적용하는 것은 적절치 못하고 규율한다는 것은 문제이며, 또한 대개 국내중재절차에 맞게 제정된 국내절차법은 역시 내국용이고 국제중재의 요구에 부합되지 않을 가능성이 매우 높기 때문이라고 한다.<sup>31)</sup>

중재절차에 있어서 탈지역화가 가능하려면 중재지국이 이를 허용하여야 하는데, 중재절차에 관하여 중재법의 강행규정의 배제를 허용하지 않는 현행 중재법 하에서 이러한 중재절차의 탈지역화이론에 근거한 무국적중재판정은 수용될 수 없다고 본다. 왜냐하면 중재절차의 탈지역화이론을 인정할 경우 중재절차법은 해당 중재지법은 물론 어떤 국가의 절차법도 되지 않을 수 있고, 이는 결국 중재지법의 강행규정의 적용까지도 배제할 수 있는 합의를 할 수 있음을 의미하기 때문이다. 또한 뉴욕협약 제5조 제1항 d)호는 중재절차에 관하여, 중재지의 중재절차에 관한 법령에 합치하지 아니하는 경우에는 외국중재판정의

30) 목영준, 앞의 책, 202면; 석광현, “뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행”, 『국제상사중재법연구』, 제1권, 박영사, 2007, 259면.

31) 송상현, 앞의 논문, 455면.

승인과 집행을 거부할 수 있도록 규정하고 있으므로 탈국가이론에 근거한 중재판정은 뉴욕협약 하에서도 그 승인과 집행이 불확실하게 된다. 이는 뉴욕협약에 의한 외국중재판정의 집행에 있어서도 중재지와 중재지법이 중요한 의미를 가지고 있음을 보여준다.

결국 우리나라 중재법 제20조 제1항의 해석에서 볼 때 당사자는 중재절차의 내용을 형성할 자유를 가질 뿐이지, 절차에 관한 중재법의 강행법규의 적용을 배제할 수 없는 바, 중재절차의 준거법을 자유롭게 정할 수는 없다. 이러한 점에서 당사자자처에 한계가 있다. 이는 결국 중재절차의 준거법결정에 있어서 중재지라고 하는 연결점을 사용하여 준거법을 결정해야 함을 의미한다. 다만 우리나라 중재법 제21조 제1항은 중재지를 당사자간의 합의로 정할 수 있도록 하여 중재지의 선택에 있어서 당사자자처를 인정하고 있는 바, 중재지를 연결점으로 하여 중재절차의 준거법을 정한다는 것은, 실질적으로는 당사자가 합의로 자유롭게 중재절차의 준거법을 정하는 것과 동일하다고 볼 수 있다.

## IV. 중재판정의 승인 및 집행에 있어서의 중재지

### 1. 중재판정의 국적과 중재지

#### (1) 중재판정의 국적결정의 의의와 중요성

중재는 당사자간의 합의에 기초한 자주적 해결수단이며, 중재판정은 원칙적으로 법원의 확정판결과 동일한 효력이 있으므로 중재판정이 내려지면 당사자는 이에 구속된다.<sup>32)</sup> 그러나 만일 패소당사자가 중재판정을 자발적으로 수락하여 이행하지 않는 경우에는 법원의 강제집행 절차에 의하여 중재판정을 집행해야 한다. 결국 국제상사중재판정은 국가법원의 조력 없이는 유효한 기능을 할 수 없는 바, 중재판정의 강제적 실현을 위해서는 반드시 각국법원의 협력이 필요하다. 이를 중재판정의 승인·집행이라고 한다. 이때 중재판정의 승인·집행에 앞서서 당해 중재판정이 국내중재판정인가 외국중재판정인가를 결정해야 하는 바, 이를 중재판정의 국적결정이라고 한다. 국제중재에서 중재판정의 국적은 다음과 같은 점에서 중요성을 갖는다.

첫째 중재판정의 국적은 국내중재판정의 집행과 외국중재판정의 집행을 구별하는 기준이 된다는 점에서 의의가 있다. 즉 국내중재판정의 대해서는 당해 판정에 적용되는 국내중재법상의 취소요건이 적용되고, 외국중재판정에 대해서는 집행국이 뉴욕협약의 가입국인 경우 협약상의 승인거부사유가 적용된다.<sup>33)</sup>

32) 우리나라 중재법 제35조.

33) 다만 모델법을 받아들인 최근의 입법추세는 뉴욕협약상의 승인거부사유를 차용하여 이를 국내중재판정의

둘째 중재판정의 국적에 따라 뉴욕협약상의 상호주의의 적용을 받을지의 여부가 정해진다. 즉 뉴욕협약 제1조 제3항 전단은 어떠한 국가든지 상호주의의 기초 하에서 다른 계약국의 영토 내에서 내려진 중재판정의 승인 및 집행에 한하여 뉴욕협약을 적용할 수 있다고 규정하여 ‘상호주의 유보선언’을 허용하고 있는 바, 중재판정의 국적을 중재지를 기준으로 정하는 최근의 입법추세를 볼 때 상호유보선언을 한 계약국 내에서 외국중재판정을 집행하기 위하여는 중재지가 계약국인지가 중요하다.<sup>34)</sup>

셋째 중재판정의 중재판정에 대한 취소소송의 관할 법원을 결정하는 기준이 된다.<sup>35)</sup> 즉 뉴욕협약 제5조 제1항 e)호는 중재판정의 취소의 소에 대하여는 중재지국 또는 중재절차의 준거법 소속국이 전속적 관할권을 갖도록 규정하고 있으므로 중재지나 중재절차의 준거법을 기준으로 결정된 중재판정의 국적에 따라 당해 취소소송의 관할권이 정해진다.

## (2) 중재판정의 국적결정과 중재지

### 1) 중재판정의 국적결정에 관한 뉴욕협약의 규정

중재 중재판정의 국적을 결정하는 요인으로는 중재지법설<sup>36)</sup>과 준거법설<sup>37)</sup>이 대립되어 왔다. 중재지법설은 중재절차 내지 중재판정이 이루어진 지역을 중심으로 중재판정의 국적을 결정하는 입장이고, 준거법설은 중재계약 내지 중재절차의 준거법을 기준으로 중재판정의 국적을 결정하는 입장이다.

중재판정의 국적결정에 관하여 뉴욕협약 제1조 제1항은 협약이 “중재판정의 승인 및 집행의 요구를 받은 국가이외의 국가의 영토 내에서 내려진 판정으로서 국가, 자연인 또는 법인간의 분쟁으로부터 발생하는 중재판정의 승인 및 집행”과 “그 승인 및 집행의 요구를 받은 국가에서 내국판정이라고 인정되지 아니하는 중재판정”에 적용됨을 명시하고 있다. 즉 뉴욕협약은 외국중재판정을 1차적으로 집행국 이외의 계약국의 영토내에서 내려진 판정을, 2차적으로 집행국에서 내국판정이라고 인정하지 않는 판정으로 정의하고 있다. 뉴욕협약의 이러한 규정은 중재판정의 국적결정에 관하여 중재지법설과 준거법설의 대립을 절충한 것으로 볼 수 있다. 즉 뉴욕협약의 규정으로 볼 때, 중재판정은 중재지가 소재하는 국가가 1차적 국적국이 되고, 그 절차법을 가진 국가가 제2차적 국적국이 된다.<sup>38)</sup>

취소사유로 규정하고 있다. 모델법 제34조; 독일 민사소송법 1059조 제2항; 우리나라 중재법 제36조 제2항; 우리나라 중재법(제36조 제2항)은 뉴욕협약(제5조)과 모델법(제34조)를 따라 중재판정의 취소사유를 취소를 구하는 당사자가 증명해야 하는 사유(제1호)와, 법원이 직권으로 판단해야 할 사유(제2호)로 구분하여 열거하고 있는데, 전자는 당사자의 무능력 또는 중재합의의 무효, 피신청인의 방어권의 침해, 중재인의 권한유월 및 중재판정부의 구성 또는 중재절차의 하자이고, 후자는 대한민국 법에 따른 중재가능성의 결여와 대한민국의 공서위반이다.

34) 우리나라는 1973년 뉴욕협약에 가입하면서 상호주의유보를 선언하였다.

35) 뉴욕협약 제5조 제1항 e)호.

36) 김홍규, “중재판정의 국적”, 「춘계 현승종박사 화갑기념 법사상과 민사법」, 국민서관, 1979, 155면.

37) 이호원, “외국중재판정의 승인과 집행”, 「섭외사건의 제문제(하)」, 재판자료 제34집, 법원행정처, 1986, 661- 662면.

## 2) 우리나라 중재법과의 관계

우리나라 중재법은 국내중재판정의 승인·집행에 관하여는 제38조에서 “대한민국내에서 내려진 중재판정은 취소사유가 없는 한 승인 또는 집행되어야 한다”고 규정하고, 외국중재판정에 관하여는 제39조에서 뉴욕협약의 적용을 받는 외국중재판정은 뉴욕협약에 따르도록 하고(제1항),<sup>39)</sup> 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 외국중재판정의 승인 및 집행은 민사소송법 제203조, 제476조 제1항 및 제477조를 준용하도록 하고 있다(제2항). 이는 우리나라 중재법이 영토주의에 입각하여 국내중재판정을 정의하고 있는 것이다. 따라서 한국에서 내려진 중재판정이라면, 중재절차의 준거법이 외국법이거나, 당해분쟁이 한국과 아무런 관련이 없는 경우에도 국내중재판정이 된다.

문제가 되는 것은 중재판정의 국적결정에 관하여 전술한 뉴욕협약의 2차적 기준에 의하면 대한민국 영토 내에서 내려진 중재판정이라도 뉴욕협약의 적용을 받을 수 있는 바, 이러한 뉴욕협약의 해석이 현행 중재법 하에서도 타당한가 하는 점이다. 이에 관하여 중재법 제39조 제1항 내지 뉴욕협약 제1조 제1항에 따라 대한민국 내에서 내려진 중재판정이라도 비국내판정이면 뉴욕협약의 적용을 받을 수 있다는 견해<sup>40)</sup>와 대한민국 내에서 내려진 중재판정이라도 우리나라가 국내중재판정이라고 인정하지 않는 경우에는 뉴욕협약의 적용을 받는 외국중재판정이 될 수 있고, 따라서 집행을 구하는 당사자는 대한민국 중재법에 따라 집행을 구할지, 또는 뉴욕협약에 따라 집행을 구할지를 선택할 수 있다고 보는 견해가 있다.<sup>41)</sup> 전자의 해석은 한국에서 내려진 중재판정이라도 중재절차의 준거법이 외국법인 중재판정이나 당해 분쟁이 한국과 무관한 외국적요소만을 가지는 경우에는 외국중재판정으로 보았던 구 중재법의 해석을 따른 것이고,<sup>42)</sup> 후자의 해석은 구 중재법의 해석을 유지하면서 현행 중재법 제38조에 의미를 부여하는 견해이다.

생각건대 중재법의 적용범위에 관하여 영토주의 원칙을 채택한 현행 중재법상으로 구 중재법의 해석을 유지하는 것은 더 이상 허용될 수 없다고 본다.<sup>43)</sup> 즉 현행 중재법상에서 중재판정의 국적은 오로지 중재지가 어디냐에 따라서만 결정되므로 대한민국 내에서 내려진 중재판정이 대한민국과 아무런 관련이 없다고 하더라도 이는 국내중재판정이 된다. 또한 중재법 제20조 제1항의 해석상 중재절차의 준거법으로는 외국법이 될 수 없기 때문에

38) 이에 관하여 장문철, 「현대중재법의 이해」, 세창출판사, 2000, 67면은 뉴욕협약의 1차적 기준에 의한 중재판정을 ‘외국중재판정(foreign award)’으로, 2차적 기준에 의한 중재판정을 비국내 판정(non-domestic award)라고 칭하고 있다.

39) 우리나라 중재법 제39조 제1항은 외국중재판정의 승인·집행에 관해서 뉴욕협약의 내용을 조문화하지 않고 이를 그대로 인용하였는데 이는 독일 민사소송법 제1061조와 같이 최근 모델법을 수용한 입법례의 특징이다. 반면 프랑스 신민사소송법(NCPC) 제1498조 내지 1500조는 뉴욕협약의 내용을 화체시켜 조문화하고 있다.

40) 장문철, 앞의 책, 67면.

41) 목영준, 앞의 책, 249면.

42) 외국중재판정의 개념에 관한 종래의 견해에 관해서는 석광현, “뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행”, 255면 주 44 참조.

43) 동지 석광현, “뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행”, 256-257면.

중재절차의 준거법을 외국법으로 하는 중재판정은 현행 중재법 하에서 허용될 수 없으므로, 중재절차의 준거법을 중재판정의 국적결정의 기준으로 삼는 종래의 입장은 더 이상 인정될 수 없다.

## 2. 뉴욕협약상의 승인거부사유와 중재지

뉴욕협약은 중재지가 속한 국가의 법령에 의하여 중재계약이 무효인 경우와 중재기관의 구성이나 중재절차가 중재지 국가의 법령에 합치하지 아니하는 경우 및 중재판정이 내려진 국가의 권한 있는 기관에 의하여 중재판정이 취소되거나 정지된 경우를 승인·집행의 거부사유로 규정하여 중재가 중재지법에 의해 규율된다는 점을 인정하고 있다. 따라서 중재지와 중재지법은 중재판정의 승인·집행과정에 있어서 중요한 의미를 갖는다.

### (1) 중재지법에 의한 중재합의의 유효성판단

중재판정의 집행단계에서 중재판정의 유효성은 중재판정의 취소나 외국중재판정의 승인 및 집행여부를 판단하는 요소로 작용한다. 뉴욕협약 제5조 1항 a)호는 외국중재판정의 승인거부사유로서 “중재합의가 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의하여 전기 합의가 무효인 경우”를 규정하고 있다.<sup>44)</sup> 뉴욕협약의 이러한 규정은 다른 한편으로 중재합의에 관한 준거법결정원칙을 선언한 것이다. 따라서 중재합의의 유효성을 판단하는 준거법은 일차적으로 당사자들이 중재합의의 준거법으로 지정한 법에 의하고, 그러한 지정이 없는 경우에는 중재지법이 보충적으로 적용되므로, 이때 중재지는 중재합의의 유효성 판단에 대한 준거법 결정에 있어서의 보충적 연결점이 된다.<sup>45)</sup> 그러므로 중재판정의 집행단계에 있어서 중재지는 그에 따라 중재합의가 유효한가의 여부가 좌우된다는 점에서 중요한 의미를 가진다.<sup>46)</sup>

### (2) 중재지법에 의한 중재절차의 적법성판단

#### 1) 뉴욕협약의 해석

뉴욕협약 제5조 제1항 d)호는 중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의와 합치되지 아니하거나, 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재를 행하는 국가법령에 합치하지 아니하는 경우에는 외국중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>47)</sup> 따

44) 여기서 중재합의의 무효는 원시적 무효뿐만 아니라, 의사표시의 하자로 인하여 중재합의가 취소되거나 철회된 경우 그리고 중재합의의 부존재도 포함한다. 이호원, 「주식중재법」, 대한상사중재원, 2006, 385면.

45) 이에 관하여 상세한 것은 석광현, “국제상사중재에서의 중재합의”, 113면 이하; 이강빈, 앞의 논문, 197면 이하 참조.

46) 고범준, 「국제상사중재법 해의」, 대한상사중재원, 1985, 64면.

47) 중재절차의 하자에는 중재인 앞에서의 절차만이 아니라 중재신청 및 그의 통지와 같은 중재판정부의 개시

라서 일방당사자가 협약의 계약국인 집행국의 법원에 중재판정의 승인·집행을 신청하게 되면, 법원은 그 중재판정이 절차에 관한 당사자의 합의 또는 중재지법의 적법절차에 반하는지의 여부를 심사하게 된다. 이때 중재지의 절차법은 외국중재판정의 승인·집행을 거부하는데 있어서 그 기준이 된다.

그런데 뉴욕협약 제5조 제1항 d)는 중재판정부의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의와 합치하지 아니하거나, 또는 합의가 없는 경우 중재지법에 합치하지 않는 경우를 승인 거부사유로 규정하고 있는바, 이는 중재절차의 준거법선택에 있어서 당사자의 합의에 우위를 인정하고 있는 것이다. 즉 협약의 해석으로는 중재지법의 강행규정에 반하는 중재절차의 합의가 가능하고, 이는 중재절차에 관하여 중재지법의 적용에 우위를 두고 있는 우리나라 중재법과 상충된다. 따라서 논리적으로는 중재판정부의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의에는 일치하나, 중재절차의 준거법의 강행규정에는 반하는 경우에도 당해 중재판정은 집행지의 법원에 의해 그 승인이 거부되지 않는다.

## 2) 우리나라 중재법과의 관계

전술한 바와 같이 뉴욕협약 제5조 제1항 d)호는 외국중재판정의 승인과 집행이 거부될 수 있는 중재절차상의 하자를 판단하는 기준의 우선순위를 먼저 당사자의 합의에 두었다. 이는 중재절차의 준거법 선택에 있어서 당사자자치를 인정하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 중재판정부의 구성이나 중재절차의 준거법에 관해 당사자들의 명시적 합의가 있는 경우에는 그러한 합의가 중재지법에 우선한다고 볼 수 있다.<sup>48)</sup> 즉 이는 당사자가 중재지의 강행규정의 적용을 벗어나 자유로이 중재절차를 합의할 수 있음을 의미한다. 그러나 뉴욕협약이 중재절차에 관하여 당사자자치를 허용하더라도 이는 협약의 해석에 관한 문제이고, 국내법상 당사자자치의 허용여부와는 별개로 봐야한다.<sup>49)</sup> 즉 우리나라 중재법 제20조 제1항은 “강행규정에 반하지 아니하는 한 당사자들은 중재절차에 관하여 합의할 수 있다”고 규정하여 당사자에게 중재절차의 준거법 선택에 있어서 당사자자치를 제한하고 있다. 따라서 우리나라를 중재지로 하는 국제중재에 있어서는 중재법 제2조 제1항에 따라 우리나라 중재법이 강행적으로 적용될 것이고, 중재법 제20조 제1항에 따라 당사자는 중재법의 강행규정에 반하는 중재절차를 합의할 수 없다.

문제가 되는 것은 중재판정부의 구성 또는 중재절차의 하자가 중재절차의 준거법의 강

와 중재판정부의 구성을 포함하며, 이때의 중재절차의 하자는 판정의 주문에 영향을 미칠 만큼 중대한 것이어야 하며, 만약 이러한 하자가 없더라도 동일한 중재판정이 내려지리라고 인정되는 경우에는 집행거부사유가 되지 않는다. Peter Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl., 1989, Rn. 448; 목영준, 앞의 책, 228면.

48) Kar Heinz Schwab/Gerhard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar*, 5. Aufl., C. H. Beck(이하 Schwab/Walter), 1996, Kapitel 50 Rn. 2.

49) 석광현, “뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행”, 291면.

행규정에 반하는 경우 뉴욕협약의 체약국에서 당해 중재판정의 승인과 집행이 가능한가하는 점이다. 왜냐하면 뉴욕협약의 해석상 중재절차의 준거법지정에 있어서는 당사자자치가 허용되고, 특정국가의 강행규정에 의해 제한을 받는다는 취지의 규정이 없으므로, 이는 곧 중재지 중재절차법의 강행규정에 반하는 중재판정이라고 할지라도 협약의 체약국에서의 집행은 거절되지 않기 때문이다. 따라서 우리나라를 중재지로 하는 중재판정의 경우, 그 절차가 우리나라 중재법의 강행규정에 반할 경우 당해 중재판정은 우리나라 법원에 의해 취소될 수는 있지만, 그 절차가 당사자의 합의에 따른 경우라면 협약의 체약국에서의 집행은 거절되지 않는다.<sup>50)</sup>

다만 뉴욕협약 제5조 제1항 e)호는 중재판정이 중재판정지의 국가의 권한 있는 기관이나 또는 그 국가의 법령에 의거하여 취소 또는 정지된 경우에는 외국중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있도록 규정하고 있으므로, 절차적으로 중재지법의 강행규정에 반하는 중재판정이 중재지의 법원에 의해 취소된 경우에는 뉴욕협약 제5조 제1항 e)호에 의해서도 그 승인과 집행이 거부 될 수 있다.

### (3) 중재지법에 의한 중재판정의 구속력 판단 및 취소 또는 정지

뉴욕협약에 따른 중재판정의 승인·집행에 있어서 중재지법은 중재판정의 구속력 및 취소 또는 정지의 준거법으로서의 기능을 가지며, 또한 중재지의 법원은 당해 취소소송의 관할 법원이 된다. 즉 뉴욕협약 제5조 제1항 e)호는 외국중재판정의 승인 및 집행거부사유의 하나로서 “판정이 당사자에 대한 구속력을 아직 발생하지 아니하였거나 또는 판정이 내려진 국가의 권한 있는 기관 또는 판정의 기초된 법이 속하는 국가의 권한 있는 기관에 의하여 취소 또는 정지된 경우”를 규정하고 있는 바 이는 중재판정이 구속력을 발생하지 아니한 경우와 판정의 성립국 또는 중재절차의 준거법소속국에서 취소·정지된 경우의 두 가지 집행거부사유를 함께 규정하고 있다.<sup>51)</sup>

제1항 e)호 전단에서의 중재판정이 구속력을 갖는지의 여부는 중재절차의 준거법에 의해 결정되어야 한다.<sup>52)</sup> 이는 뉴욕협약이 “판정이 내려진 국가 또는 판정의 기초된 법이

50) 석광현, “뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행”, 291면 이하는 이를 ‘중재판정부의 딜레마’라고 표현하고, 이는 중재판정부가 당사자의 합의에 따르면 중재판정은 뉴욕협약의 체약국에서 집행될 수 있으나 중재판정지 국가의 법원에 의해 취소될 수 있고, 반대로 당사자의 합의에는 반하고 중재절차의 준거법의 강행규정에 따르면 중재판정은 체약국에서 승인이 거부될 수 있기 때문이라고 한다.

51) 석광현, “뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행”, 303면과 강병근, 「국제중재의 기본문제」, 소화, 2000, 332면에 의하면 뉴욕협약 제5조 제1항 d)의 영문 “the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”에 대해 정부가 공포한 한글 번역문인 “판정이 당사자에 대한 구속력을 아직 발생하지 아니 하였거나 또는 판정이 내려진 국가의 권한 있는 기관이나 또는 그 국가의 법령에 의거하여 취소 또는 정지된 경우”는 원문의 내용을 제대로 반영하지 못하고 있으므로, 밑줄 부분을 “판정이 중재판정의 기초가 된 법령이 속하는 국가의 권한있는 기관에 의하여”라고 수정해야 한다고 한다. 왜냐하면 중재판정을 취소할 수 있는 국가는 중재판정지국만이 아니라 중재절차의 준거법 소속국일 수도 있기 때문이다. 필자도 본문에서 이러한 입장을 따랐다.

속하는 국가의 권한 있는 기관에 의하여 취소 또는 정지된 경우"라고 규정함으로써 중재판정의 취소와 정지의 준거법을 명시하고 있으므로 구속력에 관해서도 동일한 준거법에 따른다는 것이라고 한다.<sup>53)</sup> 이때 중재절차에 관하여 당사자자치를 인정하고 있는 뉴욕협약의 취지에 따라, 만일 중재의 당사자들이 중재판정지 국가의 법령과 다르게 중재절차의 준거법을 정하였다면, 구속력에 관하여도 각각 다른 두 개의 준거법이 존재할 수 있지만, 통상 중재판정지법과 중재절차의 준거법은 동일하고, 중재절차에 관하여 중재지법의 강행적 적용을 규정하고 있는 최근의 입법추세에서 볼 때에도 중재절차의 준거법은 중재지법이 되므로 항상 양자는 동일하다. 따라서 중재지법은 뉴욕협약 상 중재판정의 구속력을 판단하는 준거법이 된다. 그리고 제1항 e)호 후단에서의 '권한 있는 기관(a competent authority)'이란 해당국가의 관할법원을 의미하는 바, 이는 중재판정지국 또는 중재절차의 준거법소속국의 법원이 중재판정의 취소 또는 정지에 관하여 배타적인 권한, 즉 전속관할을 가지고 있음을 명시한 것이다. 그런데 전술한바와 같이 통상적으로나, 현행 중재법상으로도 중재판정지법과 중재절차의 준거법은 동일하므로, 뉴욕협약 상 효력 있는 중재판정 취소를 받기 위해서는 중재판정이 중재지의 법원에 의해 판정취소를 받아야하며, <sup>54)</sup> 외국 중재판정의 집행을 요구받은 국가의 법원에 그 판정의 취소를 구하는 것은 허용되지 아니한다.<sup>55)</sup> 따라서 뉴욕협약은 중재판정의 집행거부사유로서 중재판정의 취소를 구할 수 있는 국가와 법령은 중재지국과 그 국가의 중재절차법에 한한다는 점을 분명히 하고 있다.

## V. 맺음말

지금까지 국제상사중재에 있어서 중재절차의 준거법 결정과 중재판정의 집행단계에서 중재지가 갖는 의미를 우리나라 중재법 및 뉴욕협약을 중심으로 살펴보았다.

국제상사중재에 있어서 중재지는 중재의 법적 환경으로서의 의미를 가지며, 보다 구체적으로는 중재의 진행 및 중재판정의 집행과 관련하여 중요한 의미를 가진다. 우리나라 중재법은 구 중재법과 달리 적용범위에 관하여 모델법의 입장인 영토주의를 받아들여 원칙적으로 중재지가 대한민국 영토 내인 경우에 적용하도록 규정하고 있다. 이는 중재절차의 준거법결정에 있어서 당사자자치에 우위를 인정한 종래의 입장과 달리 중재지법주의에 우위를 인정하고 있다는 점에서 특색이 있다. 따라서 우리나라를 중재지로 하는 중재판정의 경우 중재절차

52) 석광현, "뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행", 298면.

53) Schwab/Walter, Kap. 53, Rn. 2; 목영준, 앞의 책, 260면; 석광현, "뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행", 299면; 이호원, "외국중재판정의 승인과 집행", 686면.

54) 석광현, "뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 승인 및 집행", 303면.

55) Schwab/Walter, Kap. 53, Rn. 2.



와 관련된 대한민국 중재법의 강행법규는 준수되어야 하며, 중재판정부의 구성이나 중재절차가 중재법의 강행규정에 반하는 중재판정은 취소사유가 된다. 다만 중재법은 우리 중재법의 강행규정에 반하지 않는 범위 내에서 중재절차에 관한 합의를 할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 우리 중재법이 허용하는 범위 내에서 외국 중재법을 반영하여 중재절차를 자유로이 형성할 수 있다. 그러나 이는 계약자유 원칙에 기하여 중재절차의 내용을 형성할 수 있는 자유를 의미하는 것이지, 중재절차의 준거법 결정에 있어서 당사자자치의 원칙을 인정한 것은 아니다. 따라서 우리나라 중재법상 중재절차의 준거법에 관하여 당사자자치는 허용되지 않는다고 본다.

그런데 뉴욕협약은 외국중재판정의 승인과 집행이 거부될 수 있는 중재절차상의 하자를 판단하는 기준의 우선순위를 먼저 당사자의 합의에 두고 있으므로, 협약은 중재절차의 준거법 선택에 있어서 당사자자치를 인정하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 이는 우리나라 국내법의 해석과 상충되는 바, 만약 중재판정부의 구성 또는 중재절차의 하자가 당사자의 합의에는 일치하나 우리 중재법의 강행규정에 반하는 경우에도 협약의 체약국에서의 집행은 거절되지 않고, 반대로 중재법의 강행규정에 따르면 집행이 거부될 수 있는 모순이 생긴다.

생각건대 오늘날 우리나라를 비롯한 각국의 중재법은 모델법의 내용을 수용하여 영토주의 원칙을 천명하고 자국에서 행해지는 중재에 대하여는 자국의 중재법을 강행적으로 적용하도록 함으로써 최소한 중재절차에 관하여는 중재지법의 강행규정을 위반할 수 없도록 하는 것이 최근의 경향인 바, 이는 중재절차의 준거법 지정에 있어서 당사자자치에 절대적 우위를 인정하는 협약과 상충되는 논란이 발생한다. 따라서 이러한 논란은 앞으로 협약의 해석에 관한 학설에 의해 정리되거나, 협약의 내용을 수정하는 것도 논의되어야 한다고 본다.

## 참 고 문 헌

- 강병근, 「국제중재의 기본문제」, 소화, 2000.
- 고범준, 「국제상사중재법 해의」, 대한상사중재원, 1985.
- 김홍규, 「중재판정의 국적」, 「춘제 현승종박사 화갑기념 법사상과 민사법」, 국민서관, 1979.
- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001.
- 석광현, 「국제상사중재에서 중재판정의 취소」, 「국제거래법연구」, 제16집 제1호, 국제거래법학회, 2007.
- \_\_\_\_\_, 「국제상사중재법연구」, 제1권, 박영사, 2007.

- \_\_\_\_\_, “국제상사중재에서 분쟁의 실체에 적용될 준거법”, 「법학논총」, 제23집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2006.
- 송상현, “국제상사중재에 적용될 절차법에 관한 일고”, 「민사재판의 제문제」, 제7권, 한국사법행정학회, 1993.
- 오석웅, “국제상사중재판정의 준거법선택에 있어서 당사자자치의 원칙”, 「중재연구」, 제17권 제1호, 한국중재학회, 2007.
- 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법결정에 관한 연구”, 「중재연구」, 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005.
- 양병희 외, 「주석중재법」, 대한상사중재원, 2006.
- 이호원, “개정중재법에 관한 소고”, 「중재」 2001년 겨울호(302호), 대한상사중재원, 2001.
- \_\_\_\_\_, “외국중재판정의 승인과 집행”, 「섭외사건의 제문제(하)」, 재판자료 제34집, 법원행정처, 1986.
- 장문철, 「현대중재법의 이해」, 세창출판사, 2000.
- 대한상사중재원 홈페이지, <http://www.kcab.or.kr>
- Basedow, Jürgen, “Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR”, JPS 1 1987.
- Berger, Kalus Peter, “Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht”, DZWIR 1998.
- \_\_\_\_\_, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: verfahrens- and materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze and Schiedspraxis, Köln/Berlin/New York 1991.
- Böckstiegel, Karl-Heinz, “Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationales Schiedsgerichtsverfahren”, in: FS Beitzke, Berlin/New York 1979.
- Bucher, Andreas, Die neue interantionale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1989.
- Calavros, Constantin, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit(Diss. Bielefeld), 1988.
- Drobnig, Ulrich, “Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen”, in: FS Kegel, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1987.
- Husslein-Stich, Gabriel, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit(Diss. Köln), 1990.
- von Hoffmann, Bernd, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit(Diss. Frankfurt/M.), Berlin 1970.
- Kronke, Herbert, “Internationale Schiedsverfahren nach der Reform”, RIW 1988.
- Labes, Hubertus W./Lörcher, Torsten, “Das neue deutsche Recht der Schiedsgerichtsbarkeit-

Zur bevorstehenden Neufassung des 10. Buches der ZPO (§§1025 ff.) -", MDR 1997.

Lörcher, Hieke, Das internationale Handelsschiedsverfahren in Frankreich(Diss. Köln), 1977.

Sandrock, Otto, "Welches Kollisionsrecht hat ein internationales Schiedsgericht anzuwenden", RIW 1992.

Schlosser, Peter, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Tübingen, 1989.

Schwab, Karl-Heinz/Walter, Gerhard, Schiedsgerichtsbarkeit(Kommentar), 5. Aufl., C.H.Beck, 1995.

Triebel, Volker, "Das neue englische Schiedsgerichtsgesetz", Betriebs-Berater(BB) Beilage 13, 1997.

## ABSTRACT

### The meaning of the place of arbitration on the international commercial arbitration

Seog-Ung O

The purpose of this article is to make research on the meaning and function of the place of arbitration for the international commercial arbitration. For this purpose is to analyse legal issue the meaning and function of the place of arbitration on the international commercial arbitration relating to the arbitration law and the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

In this Article is dealt with Art. 2 para. 1 of the Korean Arbitration Act(KAA). The KAA corresponds with the connection to the place of arbitration, the internationally prevailing 'the principle of territoriality'. The place of arbitration is therefore great practical relevance, as there is not only the existing legal supplements on the arbitration procedure applies, but also in the state courts rule for the support and control of the tribunal are responsible.

In this context, this article first intends the importance of the place of arbitration for determination of the applicable procedural law. Secondly, this article intends the importance of the place of arbitration for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards under "the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards(New York Convention)". In conclusion, this article stresses, that the place of arbitration setting under Article 21 para. 1 KAA determine not only the applicable arbitration law, but also the jurisdiction of state courts in lawsuit for repeal of arbitration and qualification as a domestic or foreign arbitration award.

**Key Words** : international commercial arbitration, the place of arbitration, *lex arbitri*, principle of party's autonomy, principle of territoriality