仲裁硏究, 第 23 卷 第 4 號
2013년 12월 2일 발행, pp. 3~27

논문접수일 2013. 11. 12.
심사수정일 2013. 11. 19.
게재확정일 2013. 11. 29.

국제중재에서 국제적 강행법규의 적용가능성

Applicability of Overriding Mandatory Rules in International Arbitration

정 홍 식*
Hong-Sik Chung

〈목 차〉

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 국제사법상 국제적 강행법규의 개념 및 유형
Ⅲ. 국제소송에서 제3국의 국제적 강행법규의 적용
Ⅳ. 중재인이 국제적 강행법규를 적용할 수 있는지 여부
Ⅴ. 중재인이 어느 국가의 국제적 강행법규를 적용(또는 고려)할 수 있는지 여부
Ⅵ. 결 론
참고문헌
Abstract

주제어 : 국제중재, 국제적 강행법규, 국제적 강행규정, 제3국의 국제적 강행법규, 주된 의무이행지, 중재지, 집행국, 로마협약, 로마 I

* 중앙대학교 법학전문대학원 부교수

Ⅰ. 서 론

국제중재에서 중재인이 국제적 강행법규를 적용하거나 고려하는 문제는 많은 논란을 야기하고 있고, 가장 어려운 문제 중 하나로 일컬어진다. 그 이유는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째 이유로는 일단 국제중재가 국제소송과 달리 법정지(forum)의 개념이 없다는 점이다.[1] 국제사법 상 국제적 강행법규는 '준거법 소속국의 강행법규', '법정지의 강행법규'과 그 밖의 경우인 '제3국의 강행법규'3가지로 구분된다.[2] 이 중 첫 번째인 준거법 소속국의 국제적 강행법규와 두 번째인 법정지의 국제적 강행법규의 적용근거는 각국의 국제사법 조문들과 그의 해석에 비추어 볼 때 어느 정도 마련되어 있는 것으로 보인다. 반면 국제중재에서 중재인은 법원과 달리 실체에 관한 중재지(seat or place of arbitration)의 국제적 강행법규를 당연히 적용할 의무를 부담하지 않는다. 즉 국제중재에서는 중재지를 법정지의 개념으로 보지 않는다.[3] 이렇게 국제중재에서는 법정지의 개념이 존재하지 않기에 계약상 준거법 소속국의 국제적 강행법규 이외에는 모두가 제3국의 국제적 강행법규로 분류된다. 따라서 중재지의 국제적 강행법규도 제3국의 국제적 강행법규와 동일하게 취급된다. 둘째 이유로는 당사자자치가 최우선 가치로 인식되는 국제중재에서 당사자가 지정한 준거법에도 불구하고, 이 법과 다른 내용이거나 배치되는 제3국의 국제적 강행법규를 중재인이 적용(또는 고려)할 수 있느냐는 논란에 있다.

그렇다면 중재인이 계약상 준거법이 아닌 다른 국가의 국제적 강행법규를 적용(또는 고려)할 권한은 있는 것인지 아니면 없는 것인지, 만일 있다면 그 근거는 무엇인지의문이다. 그리고 중재인은 반드시 국제적 강행법규를 적용해야 하는지도 의문이다. 더 나아가 만일 중재인이 국제적 강행법규를 적용할 수 있고 그렇게 해야 한다면, 도대체 어느 국가의 국제적 강행법규를 적용할 수 있는지도 문제이다. 국제중재에서 국제적 강행법규로 간주될 수 있는 법은 당사자가 합의한 준거법 소속국법의 그것 이외에 여러 가지가 있을 수 있다. 예컨대, 중재지, 주된 의무이행지, 영업소 소재지, 중재판정의 집행 가능성이 높은 집행지 등의 국제적 강행법규들을 들 수 있다. 실제 중재인이 상기 문제들에 맞닥뜨리는 비율은 사건의 50%가 넘는다는 주장이 있다.[4]

---

1) Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, *REDFERN and HUNTER on INTERNATIONAL ARBITRATION*, 5th ed. Oxford, 2009, p.234.
2) 석광현, 「국제사법 해설」 박영사, 2013, p.148.
3) 석광현, 「국제상사중재법연구」 박영사, 2007, pp.149-150.
4) Marc Blessing, Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration, 14(4), *Journal of International Arbitration*, 23, 1997, pp.23-24. (그러나 이러한 통계의 근거는 어디에서 나오는지 여부를 제시하고 있지는 않다).

본고에서는 이러한 일련의 문제를 다음 순서로 검토해 보겠다. 일단 국제사법상 국제적 강행법규의 개념 및 유형구분과 국제소송에서의 최근 경향을 살펴보고 난 이후, 국제소송에서 제3국의 국제적 강행법규의 기능 및 적용여부를 나누어 살펴보겠다. 왜냐하면 국제중재에서는 법정지의 개념이 존재하지 않기 때문에 당사자가 지정한 준거법 소속국의 국제적 강행법규 이외에는 모두가 제3국에 해당되기 때문이다. 둘째, 국제중재에서 중재인은 국제적 강행법규를 적용할 수 있는지 그 찬반논의를 정리해 보도록 하겠다. 셋째, 이를 긍정하는 입장에서는 어느 국가의 국제적 강행법규가 적용가능한지 그리고 각각의 문제점은 무엇인지를 고찰해보고자 한다. 이를 통해 다다른 필자의 결론은 중재인이 국제적 강행법규를 적용(또는 고려)할 수 있는 법적 근거를 마련해야 하는 방향으로 나아가야 한다고 보며, 그 적용(또는 고려)의 범위는 계약상 주된 의무이행지의 국제적 강행법규 정도로 한정하는 것이 바람직하다는 견해를 피력하고자 한다.

Ⅱ. 국제사법상 국제적 강행법규의 개념 및 유형

1. 국제적 강행법규의 개념 및 국내적 강행법규와의 구분

국제사법에서 국제적 강행법규라 함은 당사자의 합의에 의해 적용을 배제할 수 없을 뿐만 아니라, 그에 추가하여 준거법이 외국법이라도 그의 적용이 배제되지 않는 규범을 말한다.[5] 국제적 강행법규를 가리켜 이탈리아권에서는 “필요적 강행법규”이라고 하고, 일본에서는 “절대적 강행법규”라고 하는 경우가 많다. 프랑스어권에서는 “직접적용법(lois d’application immédiate)”이나 “경찰법(lois de police)”라는 용어가 일반적으로 쓰인다. 독일어권에서는 국제적 강행법규라는 용어 외에도 ”간섭규범(Eingriffsnormen)“이라는 용어가 널리 관용되고 있다. 한편 이 용어는 ”국제적“이라는 수식어를 생략하고 ”강행법규(zwingende Vorschriften 또는 zwingende Bestimmungen)“ 또는 ”강행규범(zwingende Normen)“이라고 쓰는 예도 보인다. 영미법계의 판례와 학설에서는 국제적 강행법규라는 용어를 쓰기보다 간략히 ”mandatory rules”라고 지칭하는 것이 보통이다.[6]

이러한 국제적 강행법규는 당사자의 합의에 의해 그 적용을 배제할 수 없는 의미의 국내적 강행법규(또는 ‘단순한(또는 통상의) 강행법규)와 구분해야 한다. 국내적 강행법규인가의 판단은 당사자의 의사에 의해 그 적용을 배제할 수 있는가의 여부에 따른 것이지,

5) 석광현, 주 2, p.141. 영어 표현은 “internationally mandatory rules” 혹은 로마 I에서는 “overriding mandatory rules”라고 표현하고 있다.

6) 장준혁, “국제적 강행법규 개념의 요소로서의 저촉법적 강행성” 「성균관법학」, 제19권 제2호, 2007, 상 제1장 국제적 강행법규의 의의 부분을 참조.

그 위반의 결과 당해 행위의 효력이 부인되는지의 여부에 따른 것이 아니다.[7] 국제적 강행법규와 국내적 강행법규의 구분에 관하여는, 당해 규범이 주로 공적인 (즉 국가적·경제정책적인) 이익에 봉사하는 경우에는 전자임에 반해, 주로 계약관계에 관여하는 당사자들 간의 대립하는 이익의 조정에 관련되는 경우에는 후자라는 견해가 있다.[8] 그러나 다른 견해로는 국가의 정치적, 사회적, 경제적 구조를 보호하는 공적 이익에 관한 규정뿐만 아니라, 당사자 간의 이익의 조정에 관한 규정도 사적 이익의 조정을 통하여 궁극적으로 공적 이익을 보호하는 것이 되는 경우에는 국제적 강행법규라고 보는 견해도 있다.[9] 생각건대, 후자의 견해가 타당한 것으로 사료된다. 그 이유 중 하나는 유럽에서 대리상(commercial agent)과 판매점(distributor)에게 부여되는 보상청구권이 주로 당사자 간의 사적 이익의 조정임에도 불구하고, 이러한 권리를 국제적 강행법규로까지 간주해 유럽연합 역내의 공적 이익을 보호하려 한 사례가 있기 때문이다.[10]

2. 국제적 강행법규의 구분 및 관련 법제

앞서 언급한 대로 국제적 강행법규는 준거법 소속국의 강행법규, 법정지의 강행법규와 그 밖의 경우인 제3국의 강행법규로 분류될 수 있다. 먼저 당사자가 법정지법이 아닌 외국법을 계약상 준거법으로 선택하였고, 문제가 되는 국제적 강행법규가 그 준거법 소속국의 일부일 경우를 생각해 보자. 준거법의 일부로서 그 국제적 강행법규는 자동적으로 적용될 수 있는 것인가? 이를 긍정하는 쪽이 다수의 입장인데, 당사자자치 원칙하에서 판단하여 해당 국제적 강행법규를 강제할 수 있다고 본다. 또한 국제적 강행법규의 특별연결이론에 따라 그 적용근거를 찾을 수 있다.[11] 그러나 그 준거법 소속국의 국제적 강행법규가 법정지 공서와 부합하는 범위 내에서 적용하도록 하고 있으며, 외국법의 성질과 관계없이 계약상 준거법의 필요불가결한 적용대상이라고 보고 있다.[12] 반면 반대하는 견해는 준거법 소속국의 국제적 강행법규의 적용이 자동적으로 되어서는 아니된다고 주장한다. 왜냐하면 준거법 소속국의 국제적 강행법규를 적용하는 것은 다른 국가의 이익들보다 준거법을 제공하는 국가의 이익을 더 우선시한다는 이유에서이다.[13] 이러한 상반된 견해에

7) 석광현, 주 2, p.141.
8) 상동.
9) James Fawcett & Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2nd Ed., 2011, pp.788-789.
10) 대리상의 보상청구권에 대해서는 정홍식, "국제대리상계약의 주요 법률쟁점 - ICC 모델 대리상계약서를 중심으로" 「상사법연구」, 제30권 제1호, 상사법학회, 2011 을 참조; 판매점의 보상청구권에 대해서는 정홍식, "국제중재에서 판매점의 보상청구권" 「국제거래법연구」, 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013 의 논문을 참조.
11) 국제적 강행법규의 특별연결이론에 대한 자세한 내용은 장준혁, 주 6, pp.570-571 참조.
12) Hans W. Baade, "The Operation of Foreign Public Law, 30 *Texas Int'l Law Journal* 429 (1995), p.462; Frank Vischer, "General Course on Private International Law" 232 *RECUEIL DES COURS* 9, 1992, pp.150-151를 참조.
13) Nathalie Vose, "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial

대해 필자는 전자가 더 설득력이 있다고 본다. 그 이유는 전자의 견해가 준거법 소속국의 국제적 강행법규 적용에 있어 법정지의 공서에 부합하는 범위 내로 한정하고 있기 때문에 후자의 견해에서 우려하는 부분을 어느 정도 해소하고 있기 때문이다.

법정지의 국제적 강행법규에 관한 각국의 법제를 살펴보면 다음과 같다. 먼저 우리나라 국제사법 제7조에서는 "그의 입법 목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 준거법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다"고 규정한다. 즉 법정지인 대한민국의 국제적 강행법규의 적용을 명시적으로 허용하고 있다.[14] 우리나라에서 국제적 강행법규로 간주되는 예로는 대외무역법, 외국환거래법, 공정거래법과 문화재보호법[15]이 있다.

2008년 유럽연합은 기존 로마협약을 토대로 "채권계약의 준거법에 관한 규칙(로마 I)"을 제정하였다. 로마 I 제9조 제1항에서는 국제적 강행법규 대신 '최우선 강행규정(overriding mandatory rules)'라는 용어를 사용하고 있으며 이를 정의하고 있다.[16] 그리고 제2항에서는 법정지의 최우선 강행규정은 적용될 수 있음을 밝히고 있다. 한편 2013년 초에 성안된 헤이그 국제사법회의의 "국제계약을 위한 준거법선택에 관한 원칙(Hague Principles on Choice of Law for International Contracts)" (이하, "Hague Principles")[17] 제11조, 제1항에서도 당사자의 준거법 선택과 관계없이 법정지의 최우선 강행규정(overriding mandatory rules)의 적용을 명시적으로 허용하고 있다.[18] 따라서 준거법 선택에 대한 당사자자치 원칙이 법정지의 특정한 국제적 강행법규에 의해 일정 부분 제한되는 것은 논란이 없는 것으로 보인다.

Arbitration" 7 *American Review of International Arbitration* 319, 1996, p.323을 참조.

14) 국제적 강행법규에 관한 우리 판례의 소개는 김인호, "국제계약에서 강행규정에 의한 당사자자치의 제한" 「선진상사법률」, 통권 제60호, 법무부, 2012, p.110 이하를 참조.

15) 우리나라를 포함한 많은 국가는 문화재의 보호를 위하여 문화재보호법을 두고 있다. 문화재보호법은 일정한 문화재의 거래 또는 유통을 금지하는 것을 내용으로 하는 공법적 성질의 규정을 포함하고 있다. 국제문화재보호의 영역에서는 중요한 조약이 있는데, 1995년 채택되고 1998. 7. 1. 발효된 UNIDROIT의 "도난 및 불법반출된 문화재에 관한 협약(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects)"가 그것이다. 이 협약(제3장)은 체약국인 문화재 기원국의 문화재보호법을 국제적 강행규정으로서 존중할 의무를 부과하고 있는 점이다. 또한 체약국인 문화재 기원국의 문화재 보호법은 법정지법이나 준거법소속국법인 경우는 물론 제3국법인 경우에도 적용된다는데 그 의미가 있어, 반드시 법정지국의 국제적 강행법규에만 해당되는 것은 아니다. 석광현, 주 2, p.150 이하를 참조.

16) 로마 I, 제9조 제1항 (한 국가에 있어 그 규정을 준수하는 것이 그 국가의 정치적, 사회적 또는 경제적 체제의 유지 등 공공의 이익을 지키기 위해 결정적으로 필요하다고 생각되어, 이 규칙에 따른 계약 준거법과 무관하게 그 적용범위에 있는 모든 사항에 적용되어야 하는 것을 최우선 강행규정이라 정의하고 있다).

17) Hague Principles은 주요 국가의 19명으로 구성된 Working Group이 수년 간 준비 끝에 내놓은 초안을 가지고 2012년 11월 헤이그국제사법회의에서 가진 Special Commission을 통해 최종 성안되었다. 그 최종본은 2013년 2월에 발표되었다. 저자는 한국대표단의 일원으로 Special Commission 회의에 참여한 바 있다.

18) 원문의 내용은 다음과 같다. "These Principles shall not prevent a court from applying overriding mandatory provisions of the law of the forum which apply irrespective of the law chosen by the parties".

3. 당사자자치와 관련한 국제적 강행법규에 대한 최근 경향

최근 글로벌화가 가속화됨에 따라 각국 법원들 간 다양한 협력사례가 보인다. 예컨대 각국 법원들 간 의사소통의 증진, 국내법규를 해석할 때 외국 판결례를 참고하는 경향, 다국적 기업의 도산과 증권집단소송과 같이 복수 국가에 걸쳐 발생하는 사건에 대한 해결의 논의 등이다. 이러한 경향으로 혹자는 점증하는 국제거래분쟁을 해결하기 위한 각국간 사법적 협력의 형태로서, 국제적 강행법규 적용을 재조명하기도 한다.[19] 그런데 흥미로운 점은 앞서 살펴본 법정지의 국제적 강행법규가 당사자자치 원칙을 제한하고 있는 것이 인정되는 것과는 별개로, 법정지의 국제적 강행법규 적용의 확대보다는 오히려 축소되는 경향이 뚜렷하다는 점이다. 오히려 당사자가 선택한 준거법에 의존하는 경향이 강화되고 있다는 점이다.

이러한 경향은 특히 미국 법원에서 나타나고 있는데, 미국 투자자들이 영국의 Lloyd를 상대로 미국법원에 소를 제기한 사건들[20]을 들 수 있다. 이 사건에서는 미국 투자자들과 Lloyd간 투자계약이 체결되었는데, 계약상 영국법원으로의 관할권 및 영국법의 준거법 합의가 있었다. 그럼에도 불구하고 미국 투자자들은 미국 연방증권법 (US Securities Act of 1933)의 '권리불포기 조항(anti-waiver clause)'을 근거로 미국 법원에 Lloyd를 상대로 소를 제기하였다. 미국 투자자들은 Lloyd가 자신들로 하여금 사기적인 방식으로 특정 보험 신디케이트에 가입하도록 유인했기에 미국 증권법을 위반하였다고 주장하였다. 원고의 주장에 따르면 미국 연방증권법은 국제적 강행법규이기에 본 사안에 적용되어야 한다는 것이다. 이에 미국 법원은 당사자들 사이의 관할권 및 준거법 합의는 강제되어야 한다고 판시하며 소를 각하하였다. 다만 그러한 결과가 문제가 된 공서를 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다고 판시하였다. 다시 말해서 합의된 법정지 국가가 원고에게 허용하는 구제는 미국 연방증권법 상의 공서에 현저히 반하지 아니해야 한다는 전제를 두었다. 미국법원은 영국법 상의 구제수단을 조사해 본 결과, 영국법도 미국법 상 허용되는 것과 유사한 형태의 구제를 미국 투자자들에게 제공하고 있다고 결론내리며, 선택된 관할권과 준거법조항을 강제하도록 하였고 미국 연방증권법은 적용하지 않았다.[21]

혹자는 가급적 당사자가 선택한 준거법에 의존하는 현상은 국제거래가 점점 더 복잡해지는 상황을 감안할 때 보다 바람직하다고 본다. 다시 말해서 국제거래가 갈수록 복잡다

---

19) Hannah L. Buxbaum, "Mandatory Rules in Civil Litigation: Status of the Doctrine Post-Globalization", 18 *American Review of International Arbitration* 21, 2007, p.30.

20) *Roby v. Corp. of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993); *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F.3d 156 (7th Cir. 1993); *Richards v. Lloyd's of London*, 135 F.3d 1289 (9th Cir. 1998)를 참조

21) 반대로 상기 인용된 미국 판례들의 비판에 대해서는 Courtland H. Peterson, "Choice of Law and Forum Clauses and the Recognition of Foreign Country Judgments Revisited Through the Lloyd's of London Cases", 60 *Louisiana Law Review* 1259 (2000)를 참조.

기해져서 단일 사법체계에만이 당해 사안과 밀접한 관련이 있는 경우가 거의 없어지기 때문에 보다 많은 국가의 국제적 강행법규가 동시에 적용대상이 될 수 있다는 문제를 들고 있다.[22] 때문에 가급적 당사자자치를 더 존중하는 쪽으로 나아가자는 의도인 것으로 해석된다. 그러나 이러한 태도는 미국법원이 연방증권법 뿐 아니라 다른 국제적 강행법규 뒤에 존재하는 자국의 이익을 포기한 것으로 간주할 수는 없다. 왜냐하면 당사자가 선택한 외국 준거법이 미국법과 실질적으로는 유사한 경우에 한해서만 미국의 국제적 강행법규를 대체할 수 있음을 분명히 하고 있기 때문이다. 이러한 단서로 말미암아 미국 법원이 무분별한 당사자자치를 허용하는 것으로 전환한 것은 아니라는 점과 아울러, 미국의 국제적 강행법규에 대한 미국법원의 지지는 어느 정도 계속될 것으로 보인다. 따라서 법정지국이 국제적 강행법규의 적용을 줄이고 있다고 해서 자국의 국제적 강행법규를 포기한 것은 아니라는 결론에 이르게 된다.[23]

이러한 미국의 접근방식과 유사한 주장이 유럽에서도 나오고 있다. 자국의 국제적 강행법규가 추구하는 목적이 당사자가 준거법으로 선택한 다른 EU 멤버 국가의 법에 의해 달성된다면, 법정지 법원은 자국의 강행법규를 자유롭게 적용해서는 아니되고, 당사자가 선택한 준거법을 적용해야 한다는 것이다.[24] 즉, 유럽에서의 접근방식은 국제적 강행법규의 자체를 없애자는 것도 아니고, 그렇다고 외국 강행법규의 폭넓은 적용을 위한 틀을 만들자는 것도 아닌 것으로 보인다.

Ⅲ. 국제소송에서 제3국의 국제적 강행법규의 적용

앞선 장에서는 주로 법정지의 국제적 강행법규의 법제 및 적용여부에 대한 최근 경향을 살펴보았다. 여기 장에서는 국제소송에서 제3국의 국제적 강행법규에 관한 주요 규범 및 이의 기능과 적용여부를 살펴보도록 하겠다. 이 내용은 본고의 주된 주제인 국제중재에서 국제적 강행법규의 적용여부를 파악하는데 필수적으로 검토해야 할 부분이기 때문이다.

1. 제3국의 국제적 강행법규에 관한 주요 규범

제3국의 국제적 강행법규에 관한 주요 규범은 다음과 같다. 우선 우리나라의 경우 제3국의 강행법규에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 학설·판례에 맡기고 있음은 주지의

22) 보다 자세한 내용은 Buxbaum, *supra* note 19, pp.31-32를 참조.
23) *Ibid.* pp.35-36.
24) Milena Sterio, "The Globalization Era and the Conflict of Laws: What Europe Could Learn from the United States and Vice Versa", 13 *Cardozo Journal of International & Comparative Law* 161 (2005), pp.169-171.

사실이다. 로마 I은 로마협약 제7조 제1항에서 규정하고 있던 제3국의 국제적 강행법규의 적용요건을 개정하였다. 우선 로마협약 제7조 제1항에서는, 사안과 밀접한 관련을 가지는 다른 국가(법정지가 아닌 제3국)의 강행법규에 대하여는 그 성질과 목적 및 그 적용 또는 부적용의 결과 발생하게 될 효과를 고려하여 법원이 효력을 부여할 수 있었다.[25] 그런데 로마 I 제9조 제3항에 따르면 첫째, 밀접한 관련이 있는 제3국의 범위를 의무이행지인 국가로 한정하고, 둘째, 국제적 강행법규의 범위도 제3국의 모든 간섭규범이 아니라 계약의 이행을 불법한 것으로 만드는 간섭규범에 한정하고 있다. 로마협약과 로마 I의 주된 차이는 다음과 같다. 로마협약의 밀접한 관련 및 그의 적용 및 부적용의 결과 발생하게 될 효과에서, 로마 I은 계약이행을 위법으로 하는 이행지법으로 국제적 강행법규의 적용을 제한하고 있다.[26] 즉, 기존 로마협약보다 로마 I이 제3국의 국제적 강행법규 조항을 제한적으로 적용 및 고려하도록 하고 있다.

그런데 Hague Principles 은 로마 I과 약간 입장을 달리하고 있다. Hague Principles, 제11조 제2항에 따르면, 로마 I과 달리 어느 때 법정지 국가의 법원이 제3국의 최우선강행규정을 적용 혹은 이를 고려할지 여부에 대해서는 법정지법이 결정하도록 하고 있다.[27] Hague Principles은 구체적인 지침을 제공하고 있는 로마 I보다는 단지 원론적인 측면에서 규정하고 있음을 볼 수 있다.

2. 국제소송에서 제3국의 국제적 강행법규의 기능 및 적용여부

(1) 개요

앞서 설명한 대로 법정지의 국제적 강행법규 적용원칙은 어느 정도 확보되어 있는데, 기실 이러한 원칙은 다른 제3국의 국제적 강행법규를 적용하도록 하는데 하나의 근거로 활용되는 듯 하다. 국제소송에서 제3국의 국제적 강행법규 적용에 긍정하는 입장은 다음 두 가지 정당성을 부여하고 있다. 첫째, 법정지 법원이 제3국의 국제적 강행법규를 적용할 수 있는 권한을 갖게 하여 당사자들 간 협상과정에서 발생한 불균형을 바로잡도록 하자는 것이다.[28] 둘째, 법정지 법원이 제3국법을 적용하는 것은 그 국가의 중요한 규범과

25) 여기 제1항에 대하여는 로마협약의 협상단계에서부터 일부 회원국들의 반대가 있었기에 타협안으로서 각 회원국에게 동조의 적용을 유보할 수 있도록 허용하였는바 (제22조), 영국과 독일 등이 제7조 제1항의 적용을 유보하였다.

26) 안춘수, "국제사법상 절대적 강행규정의 처리" 「법학논총」, 제23권 제2호, 국민대 법학연구소, 2011, p.205. (안춘수 교수는 로마 I가 로마협약과 다른 점으로 제3국의 국제적 강행법규에 대한 다른 접근방법의 차이를 들고 있다. 즉 로마협약에서의 일방적 저촉규정의 원리에 따르면서 추가적인 요건으로 사건과의 밀접한 관련성이라는 불확정개념을 채용한데 비해, 로마 I에서는 이행지를 연결점으로 채용함으로써 쌍방적 저촉규정의 형식을 취하고 있다는 점이다).

27) 원문의 내용은 다음과 같다. "The law of the forum determines when a court may or must apply or take into account overriding mandatory provisions of another law".

28) Buxbaum, *supra* note 19, pp.21-22.

정책목표를 지지하고 사법적 예양(comity)에 기초한 상호 협력을 도모할 것이라고 보았다.[29] 결국 이 두 가지 정당성은 사법기관이 국제상거래 증진 및 분쟁해결에 기여할 것이라는 기대를 반영하고 있음에 다름 아니다.

그런데 첫 번째와 두 번째 정당성에 근거한 실제 성과는 차이가 존재한다. 첫 번째 제시된 정당성은 일정 부분 성공한 것으로 보인다. 특정한 법 영역에서 당사자들 사이의 불균형 및 불평등성을 시정하기 위해 제3국의 국제적 강행법규를 적용한 판례[30]가 더러 보인다는 점에서 그러하다. 그리고 로마협약 상 소비자계약과 개별적 근로계약에서 당사자 자치를 제한하고, 제3국의 법을 적용하도록 법제화하였다는 점을 들 수 있다. 즉 로마협약에서는 소비자의 상거소지법[31]과 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법[32]이 당사자들이 선택한 법보다 더 소비자와 근로자를 보호한다면 이 법이 적용되도록 하고 있다.[33] 반면 두 번째 제시된 정당성에 관해서는 이에 근거해 내린 판례랄지 그 밖의 성공 사례가 거의 보이지 않는다.[34]

(2) 제3국의 국제적 강행법규 적용 및 고려에 있어 장애요인

그렇다면 제3국의 국제적 강행법규에 관한 관심과 논의는 많았으나, 왜 각국 법원은 실제로 그 법을 적용하지 않았는가? 그 이유는 크게 네 가지로 구분해 볼 수 있다. 첫째, 법정지 입장에서 제3국법의 내용을 확인하고 적절히 해석하는 것 뿐 아니라, 그 법의 강행성(mandatory character) 여부를 판단하기 어렵다는 점이다. 법원은 해당 법이 국제적 강행법규로 간주되어 준거법에 관계없이 적용되어야 하는지 여부에 대해 대부분 그 입법 내용에 비추어 판단하도록 하고 있다.[35] 아주 간혹 소수의 법들만이 준거법에 관계없이 적용되어야 한다는 명시적인 문구가 있을 뿐이다.[36] 때문에 법정지 법원이 그 외국법의 내용을 판단하기 어려운 것으로 보인다. 둘째, 관련 제3국법이 공법에 해당하는 경우 (예컨대 경쟁법이나 증권거래법 등) 외국 공법의 적용을 터부시하는 국가의 법원들이 많다는

29) *Ibid.* p.23.

30) *See e.g., Southern Intern. Sales Co., Inc. v. Potter & Brumfield*, 410 F. Supp. 1339 (S.D.N.Y. 1976); *Caribbean Wholesales & Service Corp. v. US JVC Corp.*, 855 F. Supp. 627 (S.D.N.Y. 1994)(두 판례 모두 판매점을 보호하는 푸에트로리코 법을 적용하여, 판매점계약에서 불평등한 계약해지조항을 무효화하였다).

31) 로마협약, 제5조 제2항 (당사자들에 의한 법의 선택은...소비자가 상거소를 가지고 있는 국가의 법의 강행법규가 소비자에게 부여하는 보호를 박탈하는 결과를 초래해서는 아니된다).

32) 로마협약, 제6조 제1항 (근로계약과 근로관계에 있어서는 당사자들의 법의 선택은, 법의 선택이 없는 경우 통상 그의 노무를 제공하고 있는 국가의 법의 강행법규가 근로자에게 부여하는 법의 보호를 근로자로부터 박탈하는 결과를 초래하여서는 아니된다).

33) Buxbaum, *supra* note 19, p.23.

34) John Erauw, "Observations about Mandatory Rules Imposed on Transatlantic Commercial Relationships" 26 *Houston Journal of International Law* 263 (2004), p.267.

35) 대표적으로는 미국 연방증권거래법인 Securities Exchange Act of 1934의 적용범위가 아주 불분명한 점을 들 수 있다.

36) 이러한 유형으로 미국법 상에는 The Trading with Enemy Act of 1917과 The Carriage of Goods by Sea Act of 1936을 들 수 있다.

점이다.[37][38] 셋째, 상기 두 가지 장애가 문제되지 않는 상황이라 하더라도 제3국의 강행법규를 적용하기 위해서는 그 법적 근거가 확보되어야 한다. 그런데 대부분의 경우 법정지 법원에 이러한 사법적 권한을 명확히 부여하고 있지 않다는데 문제가 있다.[39] 그래서 제3국 강행법규의 적용을 명시적으로 입법화하지 않은 사법체계에서는 일반적인 예양원칙에 따라 그 적용여부를 결정하게 된다.[40] 넷째, 제3국의 국제적 강행법규 적용의 근거가 마련되어 있다 하더라도 그것은 법원에 재량정도를 부여하는 수준이다. 즉 법원이 반드시 이를 적용해야 한다는 요건이 존재하지 않기 때문에 법원은 이의 적용을 꺼려한다는 점이다.[41] 또한 법원이 그 법을 적용해야 하는 경우의 대부분은 여러 가지 이유에서 법관들이 피하고 싶어하는 상황들[42]인 경우가 많다.

이러한 이유들로 인해 외국법 상의 국제적 강행법규는 그것이 계약상 준거법 소속국의 일부가 아니라면, 법정지 법원이 이를 자유롭게 적용하지 않는 것으로 보인다. 따라서 외국법 상 국제적 강행법규에 대한 많은 관심과 논의, 로마협약에 관련 근거가 마련되었음에도 불구하고, 법정지의 제3국 국제적 강행법규에 대한 사법적 지원은 그동안 실패한 것으로 보인다.[43]

3. 소결

결론적으로 법정지 법원은 실제 여러 가지 어려움 및 현실적인 장애로 말미암아 제3국의 국제적 강행법규의 적용을 꺼려하는 것 같다. 그리고 더 나아가 최근에는 법정지의 국제적 강행법규 적용조차도 그런 현상이 발생하고 있다. 즉 지정된 외국 준거법이 법정지의 국제적 강행법규에 반하지 않고 그와 유사한 구제수단을 당사자들에게 제공하는 경우라면 당사자자치를 존중하는 쪽으로 나아가고 있음을 볼 수 있다. 물론 앞서 살펴본 것처럼 그렇다고 해서 법정지 국가의 국제적 강행법규 자체를 포기하는 것은 전혀 아님을 확인할 수 있다. 그렇다면 국제중재에서는 어떠한가의 문제로 이어진다.

---

37) 이에 관한 일반적인 내용은 Williams S. Dodge, "Breaking the Public Law Taboo", 43 *Harvard International Law Journal* 161 (2002)을 참조.

38) 우리나라 국제사법은 제6조에서 준거법으로 지정된 외국법의 내용이 공법적 성격을 가진다는 이유만으로 그 적용을 배제하는 것은 부당하기에 이의 적용을 명시적으로 허용하고 있다. 그 취지는 사법과 공법의 구별을 알지 못하는 국가도 있고, 최근에는 사법의 공법화 현상이 두드러지게 나타남에 따라 사법과 공법의 구별이 명확하지 않은 경우가 많다는데 있다. 석광현, 주 2, p.137.

39) 스위스 국제사법 제19조 제1항은 적절한 상황에서는 법원에게 이러한 권한을 명시적으로 부여하고 있다. 그리고 상기에서 살펴본 것처럼 로마협약 및 로마 I에서 제한적으로 권한을 부여하고 있다.

40) Buxbaum, *supra* note 19, pp.27-28.

41) *Ibid.*, p.28.

42) 예컨대, 그 제3국의 국제적 강행법규가 국제공법에 반하는 경우랄지, 특정 국가를 타겟으로 하여 마련된 금수조치(embargo)나 보이콧 등 주권국가들 간의 다툼의 상황이랄지, 또는 해당 제3국의 과도한 입법의 결과물인 경우 등이다. 법관은 이러한 상황에 연루되길 꺼려하는 경향이 존재한다. 보다 자세한 내용은 Buxbaum, *supra* note 19, p.29 이하를 참조.

43) *Ibid.*, p.30.

Ⅳ. 중재인이 국제적 강행법규를 적용할 수 있는지 여부

1. 개요

중재인이 국제적 강행법규를 적용할 수 있는 권한이 있고 그리해야 하는지 여부에 대해서는 관련 논쟁이 뜨겁고, 여전히 계속 중이다. 예컨대, 한국의 X와 미국의 Y가 국제계약을 체결하면서 준거법으로 영국법을 지정하였고, 분쟁해결은 싱가포르 국제중재센터의 중재규칙에 따라 중재지는 싱가포르로 지정하였을 때, 준거법으로 지정된 영국법은 차치하고 그 밖의 한국법, 미국법 혹은 중재지인 싱가포르법 상의 국제적 강행법규가 적용될 수 있는지 여부이다. 기실 이 문제에 대한 관심을 갖게 된 이유는 다음과 같다. 벨기에와 독일에서는 최근 기존 계약상 중재합의가 있음에도 불구하고 이를 무시하고 자국법원에 소를 제기하여 보상청구권을 구한 판매점과 대리상이 있었다. 두 판례의 사실관계는 비슷한데, 전자의 사건에서는 벨기에에 영업소를 두고 있는 판매점(distributor)과 미국에 영업소를 두고 있는 공급자(supplier)간 판매점계약을 체결하면서 중재지를 캘리포니아주로 하고, 준거법은 캘리포니아주법으로 합의하였다. 공급자가 일방적으로 계약을 해지하자 판매점은 계약상 합의된 중재신청 대신 자국 벨기에 법원에 소를 제기해 공급자를 상대로 벨기에 판매점법[44]에 근거해 보상청구권을 구하였다. 이에 피고 공급자는 당사자 간의 중재합의에 근거해 벨기에 법원은 관할이 없음을 주장하였다. 그러나 벨기에 대법원에서는 당사자 간 중재합의 및 계약상 준거법에도 불구하고 판매점의 보상청구권에 관한 규정이 국제적 강행법규임을 들어 중재합의를 무효화하였다.[45] 그 이유는 중재합의가 판매점의 보상청구권에 관한 규정을 국제적인 강행법규로 인정하지 않는 외국법(여기서는 캘리포니아주법)의 적용을 목적으로 이루어졌고, 또 실제 그러한 결과로 귀결될 것이 농후하기 때문이라는 것이다.[46] 독일법원에서도 중재인이 독일의 국제적인 강행법규를 적용하지 않을 것이라는 '가능성의 위험'(likely danger)이 있다면 법원은 당사자 간의 중재합의에 효력을 부여할 수 없다고 하였다. 즉, 독일법원 또한 중재인이 독일법 상의 대리상의 보상청구권을 적용하지 않고, 결국 캘리포니아법만을 적용해 본 사안을 판단할 것이라고 보았던 것이다. 이러한

44) 벨기에는 판매점계약을 규율하는 실정법을 오래 전부터 입법화 한 유일한 나라이다. 벨기에 판매점계약법은 1961년 제정되었고, 1971년 일부 개정되었다. 벨기에 판매점계약법 제6조는 "당사자의 별도 다른 합의에 관계없이, 일방 당사자가 판매점계약의 종료 이전에 일방적으로 해지하는 경우 동 법이 적용되어야 한다"고 하여 국제적 강행규정성을 분명히 하고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 정홍식, 주 10, p.325 이하를 참조.

45) 상기 벨기에 및 독일 판례에 대한 자세한 내용은 정홍식, 주 10, p.332 이하를 참조.

46) *Van Hopplynus Instruments S.A. v. Coherent Inc.*, 2007 *REVUE BELGE DE DROIT COMMERCIAL*, 889, note L. Mertens (Belg.).

벨기에와 독일 판례들은 앞서 살펴본 유럽법원의 최근 경향에 무조건 반하는 것은 아닌 것으로 보인다. 왜냐하면 자국의 국제적 강행법규가 추구하는 목적이 캘리포니아주법에 의하면 달성되지 않을 것으로 보았기 때문이다. 따라서 앞서 살펴본 미국 및 유럽법원의 최근 경향에서 예외 혹은 전제를 두었던 것에 부합하는 판단을 내린 것이다.

이들 판례들은 중재합의를 무효로 한 것에 대해 많은 비판을 받았다.[47] 즉 법원이 중재로 강제해서 중재인으로 하여금 해당 국가의 국제적 강행법규의 적용 (혹은 고려) 여부에 대해서 판단하도록 하였어야 했다는 비판이다. 왜 법원이 당사자 간의 유효하게 체결된 중재합의까지 무효화 했느냐는 비판으로 이어진다. 중재합의와 국제적 강행법규의 적용은 별개로 취급해야 한다는 것이다. Kleinheisterkamp 교수는 이 판례들이 당사자 간 중재합의의 존중이라는 기본원칙과 공공의 이익을 보호하기 위해 마련된 국제적 강행법규 사이에 어느 쪽의 손을 들어주어야 하는지 유럽법원이 처한 딜레마라고 본다.[48] 반면 유럽법원 입장에서는 당사자 간 합의에 관계없이 국제적 강행법규에 효력을 인정해야 할 의무가 있고, 이는 분쟁해결 수단이 소송이 아닌 중재라는 이유로 국제적 강행법규를 달리 취급할 수가 없다는 입장이다. 따라서 유럽법원이 이를 달리 판단하도록 하기 위해서는 중재의 강제를 주장하는 당사자가 법원에 다른 유형의 보장장치를 제공해야 한다.[49] 그것은 중재합의를 강제하려는 당사자가 계약상 준거법에서 보호하는 수준이 유럽 법정지 국가의 법과 어느 정도 동일하다는 것을 보여주어야 한다. 아니면 중재절차로 가더라도 중재인이 당해 사안과 밀접한 관련이 있는 제3국의 국제적 강행법규를 적용(또는 고려)할 것이라는 점을 보여주어야 한다. 후자의 부분에 초점을 맞출 때 그렇다면 중재인이 국제적 강행법규를 적용(또는 고려)할 수 있거나 해야 하는 것인가의 문제로 귀결된다. 따라서 이를 긍정하는 입장과 부정하는 입장 및 각각의 근거를 나누어 살펴본다.

2. 이를 긍정하는 입장

먼저 중재인이 국제적 강행법규를 적용(또는 고려)하는 것을 긍정하는 입장의 근거를 든다면 다음과 같다. 첫째, 중재판정부는 집행가능한 중재판정을 내려야 하는 기본의무가 있다는 점이다. 취소되거나 승인되지 않을 중재판정을 내리는 것은 중재인의 가장 큰 과실이고 무책임한 것이며, 시장에서 중재절차의 신뢰를 잃게 만든다는 주장이 있다.[50] 왜냐하면 중재인이 국제적 강행법규를 적용하지 않는 결과로 만일 중재지 및 중재판정의 집

47) 정홍식, 주 10, p.334 이하를 참조.
48) Jan Kleinheisterkamp, "The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreement", *World Arbitration & Mediation Review*, Vol 3, No. 2 (2009), p.93.
49) *Ibid.*, p.117.
50) Alan Scott Rau, "The Arbitrator and Mandatory Rules of Law", in George A. Bermann & Loukas A. Mistelis ed. *Mandatory Rules in International Arbitration*, Juris, 2011, p.108.

행지 국가의 국제적 공서(international public policy)에 반하는 상황이 발생하게 되면, 중재지의 중재법에 의해 중재판정이 취소되거나 집행국의 뉴욕협약 가입으로 인해 중재판정의 승인과 집행이 불허되기 때문이다.[51]

둘째, 보통 중재합의 조항의 문구가 준거법 지정 조항보다 훨씬 포괄적으로 규정되어 있기 때문에,[52] 중재인은 지정된 준거법 이외 국제적 강행법규에 근거한 청구 및 반대청구 등을 허용하고 이를 판단해야 한다는 것이다. 이러한 입장은 미국 연방대법원이 유명한 Mitsubishi 판례[53]에서 취한 견해에 부합한다. 동 사건에서는 미국령 푸에트리코의 자동차 딜러사인 Soler와 Mitsuibishi간에 체결된 판매점계약에서 비롯된 것이었는데, 계약상 일본 상사중재위원회의 중재규칙에 의한 중재합의조항이 있었고 중재지는 일본이었다. 그리고 계약상 준거법은 스위스법이었다. Soler는 중재를 신청하지 않고 당해 계약이 미국의 국제적 강행법규로 간주되는 독점금지법을 위반했음을 주장하며 미국법원에 소를 제기하였다. 쟁점은 독점금지법으로터 기인한 소의 중재가능성(arbitrability) 여부였는데, 연방대법원은 이의 중재가능성을 인정하고 당사자 간의 중재합의를 강제하도록 하였다. 그리고 독점금지법 위반에 따른 3배 배상(treble damages)을 인정할지 여부는 중재인에게 맡기기로 하였다. 만일 중재인이 이를 제대로 감안하지 않는다면 미국 법원은 중재판정의 집행단계에서 뉴욕협약 V(2)(b)에 근거해 미국 공서에 반하는 판정으로 승인과 집행을 불허할 수 있다고 판시하였다. 즉. 연방대법원은 Mitsubishi사건에서 당사자의 스위스법 지정은 계약에 근거한 청구에 적용되는 반면, 상기 중재합의는 미국 독점금지법에 근거한 청구를 허용할 만큼 보다 포괄적으로 해석해야 한다는 것이다. 중재인이 국제적 강행법규를 적용해야 하는 것을 긍정하는 입장에서는 이러한 미국 연방대법원 판결의 추론을 통해 그 근거를 주장한다.

셋째, 종종 국제상사계약법원칙(UNIDROIT Principles)의 1.4조[54]와 그 조항의 공식 코멘트를 종종 인용하곤 한다. 설사 상기 조항 및 공식 코멘트가 국제중재에서 국제적 강행법규의 적용문제를 완전히 해결해주지는 못한다 하더라도, 중재인에게 이러한 복잡한 문제를 푸는데 있어 하나의 가이드를 제공해준다고 주장한다.[55] 공식 코멘트 4에 따르면,

---

51) 국제적 공서와 국제적 강행법규와의 관계 및 차이에 대해서는 Catherine Kessedjian, "Mandatory rules of Law in International Arbitration : What Are Mandatory Rules?" 18 *American Review of International Arbitration*, 147 (2007)을 참조. 이 논문에서 주된 결론은 다음과 같다. 국제적 강행법규와 국제적 공서의 차이는 적용방법이나 추구하는 가치에서의 차이는 있다. 이러한 차이에 기반해 그 둘을 구분하는 것은 실무상 관점에서 불필요하다는 것이다. 더욱이 국제적 공서와 국제적 강행법규의 기능은 같아야 하고, 또 보통은 그러하다는 주장이다.

52) 부연설명하자면, 준거법 지정은 단순히 어느 국가의 법이라고 하는데 반해, 중재합의 조문은 "본 계약으로부터 기인하고 관련된 모든 분쟁은 중재에 의해 최종적으로 해결되어야 한다"라는 포괄적인 문구로 기술된다는 점을 의미한다.

53) *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*. 105 S.Ct. 3346 (1985).

54) 영어 원문의 내용, ARTICLE 1.4 (Mandatory rules) "Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law."

55) Laurence Shore, "Applying Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", in George

국제소송과 국제중재에서 국제계약에 적용되는 국제적 강행법규를 결정하는 방식은 상이하다. 그러나 그런 차이 때문에 국제중재에서 국제적 강행법규의 결정과 적용은 완전히 예외가 되어 한다든지, 또는 중재인이 맞닥뜨린 상황이 불확실하다고 하여 그것이 중재인으로 하여금 국제사법의 준거법 결정원칙과 상반되는 국제규범이나 일 국가의 법을 적용할 자유를 갖는다는 의미는 적어도 아니라는 것이다.[56]

넷째, Hague Principles의 제11조 제5항에서도 '중재판정부가 당사자가 선택한 준거법 이외의 최우선 강행규정을 반드시 적용해야 하고 또는 그럴 재량이 있다면, 동 원칙은 중재판정부가 그러한 최우선 강행규정을 적용 또는 고려하는 것을 방해하지 못한다'고 규정하고 있다.[57] 상기 UNIDROIT Principles 1.4조를 거론하며 제3국의 국제적 강행규정의 적용을 긍정하는 입장에서는 Hague Principles 또한 이를 뒷받침하는 근거로 삼으려 할 가능성이 크다. 다만 Hague Principles이 전제로 하고 있는 "중재판정부가 반드시 그리 해야 하거나 또는 그럴 재량이 있다면"이라는 것을 어떻게 충족해야 할지는 여전히 숙제로 남는다.

3. 이를 부정하는 입장

반대로 중재인이 국제적 강행법규를 적용하는 것에 부정하는 입장의 근거는 다음과 같다. 첫째, 국제중재의 초국가적(a-national) 개념으로 인해 중재인이 계약상 준거법 소속국 이외 다른 국가의 국제적 강행법규를 적용하는 것은 변칙적이라는 견해이다.[58] 이는 초국가적 중재개념의 근간을 이루는 당사자자치 원칙을 무너뜨린다고 주장한다. 이러한 주장에 대해 중재인 또한 공적인 역할과 기능을 수행하는 것이기에 국제적 강행법규가 제시하는 규범적 가치를 완전히 무시해서는 않된다고 반박하는 주장도 있다.[59]

둘째, 중재인이 실제 사건에서 국제적 강행법규를 적용하는 사례가 거의 없음을 지적한다. 실례로 ICC 국제중재사건 No. 6320[60]에서는 당사자가 합의한 브라질 준거법이 아닌 미국 RICO법[61]의 적용여부를 둘러싼 쟁점에서 중재판정부는 RICO법의 적용을 허용하지

A. Bermann & Loukas A. Mistelis ed. *Mandatory Rules in International Arbitration*, p.134.

56) *Ibid*., pp.134-135.

57) 영어 원문의 내용은 다음과 같다. Article 11 (Overriding mandatory rules and public policy (*ordre public*)), 5. "These Principles shall not prevent an arbitral tribunal from applying or taking into account public policy (*ordre public*), or from applying or taking into account overriding mandatory provisions of a law other than the law chosen by the parties, if the arbitral tribunal is required or entitled to do so."

58) Rau, *supra* note 50, p.77 이하.

59) George A. Bermann, "The Origin and Operation of Mandatory Rules" in George A. Bermann & Loukas A. Mistelis ed. *Mandatory Rules in International Arbitration*, p.11.

60) 본 사건의 당사자는 브라질회사(신청인)와 미국회사(피신청인)였고, 당사자들은 준거법으로 브라질법을 합의하였고 중재지는 프랑스였다.

61) RICO 법은 미국 연방법으로서 'Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act'의 준말이다. RICO법은 범죄조직를 구성하고 범죄행위를 하도록 한 자에 대해 형사적인 처벌을 함과 아울러, 피해자가 민사소송을 제기하도록 허용하고 손해액의 3배를 배상하게 한다. RICO법이 제재하는 범죄행위의 유형들은 불법적인 도

않았다. 당초 신청인은 법원에 RICO법에 기한 청구를 제기하였으나, 계약상 중재합의에 의해 소가 각하되고 중재신청을 제기하였다. 그러나 중재판정부는 RICO법을 국제적 강행법규로 적용하는 것은 계약상 준거법에 반한다고 보았다. 당사자가 합의한 준거법보다 RICO법을 우위에 두고 이를 적용하기 위해서는 해당 국가의 강력하고 정당한 이익의 존재하여야 하나, 당해 분쟁에서는 그러한 이익이 존재하지 않는다고 보았다.[62] 반면, 중재판정부는 RICO법이 국제적 강행법규가 아니라고 하더라도 계약상 준거법이 신청인의 청구에 3배 배상을 제공하는 근거조문을 두고 있기에 RICO법을 적절히 대신할 수 있다고 보았다.[63] 그리고 계약서 상 준거법과 다른 실질조항들에 비추어 볼 때, 당사자들의 의도는 RICO법에 의한 청구는 배제하는 것으로 해석하였다.[64]

셋째, 보통 중재인들은 국제적 강행법규가 적용되어야 한다는 주장이 있어도 이를 무시하곤 한다. 그 이유는 자신을 지명한 당사자들이 계약서 조건 그대로 강제되는 것을 바라고, 국제적 강행법규에 의해서가 아니라 계약상 준거법에 의해 판정하는 중재인들에만 기꺼이 중재인 수당을 지급하려 한다는 사실을 스스로가 인지하기 때문이다.[65] 따라서 계속 중재인으로 지명되기를 바라는 중재인 입장에서는 국제적 강행법규를 적용해야 한다는 명시적인 권한이 부여된 것이 아닌 상황에서 굳이 이를 적용할 하등의 이유가 없다는 것이다.

넷째, 국제적 강행법규의 정당성을 확보할 채널은 반드시 필요하나, 그 채널이 꼭 중재판정부를 통해서 구현될 필요는 없다는 주장이 있다.[66] 이러한 주장에는 Mitsubishi사건을 토대로 다음과 같은 가정을 한다. 만일 당사자 간 계약체결 시 Soler 측에서 볼 때 미쯔비시가 반 경쟁적인 행위로 악명이 높아 계약서에서 '중재합의는 미국 독점금지법(Sherman Act)로부터 기인하는 청구나 방어로 확대되지 않아야 한다' 라는 문구를 삽입하였다고 가정한다. 이렇게 하면 Soler는 국제적 강행법규를 주장할 권리를 포기하는 것이 아니라, 대신 그에 기반한 청구나 방어를 법원 소송을 통해 보장받을 수 있다는 것이다. 물론 이러한 중재합의 문구가 있게 되면 중재인은 미국 독점금지법에 기한 청구나 방어는 자신의 관할권 밖이기 때문에 이 사안을 다룰 수 없다. 이 논리는 더 나아가 어느 누구도 중재합의를 강제적으로 할 수 없는 것처럼, 국제적 강행법규에 기반한 분쟁을 중재에 의해 해결하도록 강요해서는 않된다는 주장이다.[67]

박, 뇌물, 사기, 유괴, 살인, 자금세탁, 마약거래, 인신매매 등이다. RICO법은 미국영토 밖에서 발생한 범죄행위에도 역외적용되며, 국제적 강행법규의 일부로 간주된다.

62) XX Year Book of Commercial Arbitration, pp.153-154.

63) *Ibid.*, p.164.

64) *Ibid.*, p.170. 계약서에는 여기 규정된 보장(warranties) 및 구제수단(remedies)이 유일하고 전속적인 것이며, 그 밖에 다른 법령상, 명시적, 혹은 묵시적인 보장 및 구제수단을 대신한다고 규정되어 있다. 중재판정부는 이를 당사자의 명시적인 의도로 보았고, 이로 인해 RICO법에 의한 청구는 당사자가 배제하기로 한 것이라고 해석하였다.

65) Eric A. Posner, "Arbitration and the Harmonization of International Commercial Law: A Defense of Mitsubishi" 39 *Virginia Journal of International Law* 647 (1999), p.650.

66) Alexander K.A. Greenawalt, "Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method?" in George A. Bermann & Loukas A. Mistelis ed. *Mandatory Rules in International Arbitration*, p.158 이하.

다섯째, 중재인이 국제적 강행법규를 적용하지 않고 내놓은 중재판정은 이의 취소나 집행거절의 위험에 직면하고, 그로 인해 중재인은 집행가능한 중재판정을 내려야 한다는 의무를 위반하게 된다는 주장에 이의를 제기한다. 도대체 그 의무의 본질이 무엇인지에 대해 의문을 제기하며, 이것이 당사자 합의의 범위를 넘어서는 수단으로 악용되지 않아야 한다고 주장한다.[68] 더구나 계약상 준거법 적용의 결과와 국제적 강행법규의 적용의 결과를 비교할 때 결과가 현저히 달라지는 경우는 더욱 문제가 된다. 또한 중재인 스스로가 중재판정이 어느 국가에 가서 집행될지도 모르고, 승소한 신청인은 중재판정을 복수의 국가에 집행할 능력이 있음을 감안하면 더욱 그렇다. 예컨대, 승소한 신청인이 징벌적 손해배상을 받을 자격이 있음에도 불구하고 중재인이 집행예상국의 공서는 징벌적 손해배상의 집행을 불허할 것이라는 예상을 하여 판정을 달리한다면 어떻게 되겠는가? 더욱이 신청인은 징벌적 손해배상판정의 집행을 허용하는 다른 국가에 가서 집행을 할 의도를 가지고 있었다면 문제는 심각해진다.

여섯째, 적용할 수 있는 복수의 국제적 강행법규들이 내용에서 직접 상충되는 경우, 중재인은 도대체 어떤 국제적 강행법규를 정해서 단일의 해결책을 내놓아야 할지 문제된다. 예컨대, 두 국가의 국제적 강행법규가 적용가능한데, 한 국가의 강행법규는 징벌적 손해배상을 내리도록 되어 있고, 다른 국가의 강행법규는 이를 금하고 있을 때이다.[69]

4. 소결

국제중재에서 중재인이 국제적 강행법규를 적용(또는 고려)할 수 있는지 여부에 대해 긍정하는 입장과 이를 부정하는 입장은 팽팽히 대립하고 있다. 필자는 이에 대해 대체로 긍정하는 방향으로 나아가야 한다고 본다. 그 이유는 벨기에 및 독일 판례에 비추어 볼 때, 일방 당사자는 자국의 국제적 강행법규 하에 미리 계약상 합의된 준거법의 내용과 배치되는 청구 혹은 반대청구가 있을 경우 언제든 중재합의를 무시하고 자국 법원에 소를 제기할 가능성이 많다는데 있다. 그렇게 되면 유럽법원 및 미국법원은 중재합의를 무효화하고 자국의 국제적 강행법규에 기반해 판결할 가능성은 계속 상존한다. 유효한 중재합의를 무효화 하는 것는 당사자자치 원칙에 최우선을 두는 국제중재 실무가들도 전혀 바라지 않는 결과일 것이다. 그리고 중재인이 쟁점이 되는 국제적 강행법규를 적용(혹은 고려)할 것이라는 근거를 제공해주어야 유럽법원이 처한 딜레마도 해결될 수 있을 것으로 본다. 한편, 최근 성안된 Hague Principles에서도 중재인이 그 권한과 재량만 확보된다면 제3국

67) Greenawalt, *supra* note 66, p.159.
68) *Ibid.*, p.160.
69) *Ibid.*, p.168. (여기에서 만일 징벌적 손해배상규정 차제가 국제적 강행법규라고 간주된다면 어떻게 되는지 의문이 든다).

의 국제적 강행법규의 적용을 허용하고 있음을 살펴볼 때, 국제적인 추세는 앞으로 이러한 방향으로 나갈 공산이 커 보인다. 그렇다면 문제는 어떤 방식에 의해 그러한 권한과 재량을 부여하느냐 여부와 아울러 도대체 어느 국가의 국제적 강행법규를 적용할 수 있느냐로 모아질 것이다.

Ⅴ. 중재인이 어느 국가의 국제적 강행법규를 적용(또는 고려)할 수 있는지 여부

국제중재에서 중재인이 적용(또는 고려)할 수 있는 후보지 국가의 국제적 강행법규를 파악해 보고 각각의 문제점은 없는지, 그리고 어느 곳의 강행법규를 적용(또는 고려)하는 것이 바람직한지 살펴보고자 한다. 상기에서 정리한 대로 국제중재에서 당사자가 선택한 준거법 상의 국제적 강행법규 이외에는 모두가 그 밖의 제3국의 국제적 강행법규들이다.

1. 당사자가 선택한 준거법 상의 국제적 강행법규

일반적으로 중재인은 계약상 준거법 소속국의 국제적 강행법규는 적용해야 할 의무가 있다. 그 근거는 준거법 소속국의 국제적 강행법규는 준거법의 일부로서 당연히 적용된다거나, 이른바 '특별연결이론'에 의하여 적용된다고 설명할 수 있다.[70] 만일 그러하지 않는다면 중재판정의 집행이 어려울 수 있기 때문이다.[71] 한편 중재인은 준거법 소속국의 국제적 강행법규를 적용해야 하되, 준거법 소속국의 국제적 공서(international public policy)[72]와 부합하는 한해서 할 수 있다는 견해도 있다.[73] 이는 전통적인 견해이며, 소송의 경우와 마찬가지로 종래 이는 당연한 것으로 생각되었다. 그러나 근자에는 준거법 소속국의 국제적 강행법규도 제3국의 국제적 강행법규와 다를 것이 없다는 견해가 주장되고 있으므로 앞으로 추이를 좀 더 지켜볼 필요가 있다.[74]

70) 석광현, 주 3, p.178.

71) Shore, *supra* note 55, p.131.

72) 여기에서 말하는 국제적 공서는 국내적 공서(internal or domestic public policy)와 구분하기 위해 부르는 것이 보통이다. 우리 국제사법 제10조에서 말하는 "선량한 풍속 그 밖의 사회질서"란 민법 제103조가 규정하는 국내적 공서와 구별되는 국제적 공서를 의미한다. 다시 말해서 모든 국내적 공서위반이 제10조가 말하는 공서위반이 되는 것은 아니라는 점을 설명하기 위해 국제적 공서라는 개념을 사용하는 것이다. 따라서 국제적 공서는 준거법이 외국법이더라도 양보할 수 없는 공서를 의미하고, 국내적 공서는 준거법이 외국법이면 양보할 수 있는 공서로 그 관계를 정립해 볼 수 있다. 그러나 무엇이 우리의 공서 그 중에서도 국제적 공서에 해당하여 준거법이 외국법인 때에는 포기할 수 없는 가치인지의 판단은 매우 어렵다. 결국 공서위반 여부의 판단은 구체적 사언에서 개별적으로 이루어져야 한다. 석광현, 주 2, p.174 이하를 참조.

73) Grigera Naon, "Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration", 289 *RCADI* 8, 200 *et seq*, 296 *et seq* (2001).

2. 그 밖의 제3국의 국제적 강행법규

국제중재에서 준거법 소속국의 국제적 강행법규 이외에는 모두가 제3국의 국제적 강행법규 할 수 있다. 여기에는 중재지와 집행지 이외에도 계약상 주된 의무 이행지 및 당사자의 주된 사무소 소재지 등이 있을 것이다. 제3국의 국제적 강행법규의 적용에 대해서는 1980년대부터 논의가 있었는데 이에 관해 살펴보면 다음과 같다. 논의를 주도한 쪽은 이를 긍정적으로 보는 입장이었고, 도대체 어떤 제3국의 국제적 강행법규가 적용되어야 하느냐에 대해서는 과거 로마협약 제7조가 제공하는 방식에 전적으로 의존하였다.[75] 로마협약 제7조에 따르면, 법원은 준거법을 적용함에 있어 사안과 밀접한 관련을 가지는 다른 국가 (즉, 준거법 소속국가 또는 법정지가 아닌 제3국)의 강행법규에 대하여 그것이 당해 국가의 법상 계약의 준거법에 관계없이 적용되는 것인 경우 효력을 부여할 수 있다.[76] 법원은 이러한 제3국의 강행법규에 효력을 부여할 것인지를 결정하는 재량을 가지는 바, 그의 성질과 목적 및 그의 적용 또는 부적용의 결과 발생하게 될 효과를 고려해야 한다.[77]

중재인이 제3국의 국제적 강행법규를 적용 또는 고려함에 있어 로마협약에만 전적으로 의존하는 것을 벗어나 다른 기준을 제공하는 입장도 있었다. Blessing은 6가지 기준을 제안했는데, 그 중 마지막 3가지 기준이 중요하다: (1) 분쟁대상과 국제적 강행법규를 제정한 국가 사이에 밀접한 관련이 있어야 하고, (2) 해당 국제적 강행법규는 적용할만한 가치가 있어야 하며, (3) 그로 인해 적절한 결과로 인정되어야 한다.[78] 그러나 Blessing의 6가지 기준은 로마협약 7.1조의 그것과 어떤 측면에서 명확히 다른지 구분하지 않고 있다. 한편 중재인은 당사자가 제기했을 때에 한하여 국제적 강행법규의 적용을 고려해야하는지 여부에 대해, Blessing은 로마협약 제7조의 해당 문구[79]를 인용하며 중재인 직권으로(ex officio) 그러할 수 있다고 주장한다.[80] 결국 Blessing의 견해 또한 로마협약 제7조의 울타리에 머물러 있는 측면이 강하다.

그 후 Barraclough와 Waincymer는 제3국의 국제적 강행법규의 적용여부는 중재인 재량에 따르도록 하며, 이를 위해 8가지 원칙을 제공하고 있다.[81] 그러나 이 또한 로마협약 7

---

74) 석광현, 주 3, p.180.

75) Pierr Mayer, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", 2 *Arbitration International* 274 (1986).

76) 로마협약, 제7조 제1항 1문.

77) 로마협약, 제7조 제1항 2문. (로마협약 제7조 제1항에 대하여는 그것이 사안과 밀접한 관련을 가지는 국가의 강행법규라고 규정함으로써 고려의 대상으로 되는 제3국의 범위를 불분명하게 하는 점과, 법원은 당해국가의 강행법규를 적용할 의무를 지는 것이 아니라 강행법규의 적용여부에 관하여 재량을 가지므로 제1항의 법적효과가 애매하게 된다는 점 등을 이유로 비판이 가해지고 있다. 석광현, "계약상 채권관계의 준거법에 관한 유럽공동체협약(로마협약)" 「국제사법연구」 제3호 (1998), p.607 을 참조.)

78) Blessing, *supra* note 4, pp.31-32을 참조.

79) may give effect to mandatory rules *ex officio*

80) Blessing, *supra* note 4, pp.35-38. (그러면서 경쟁법을 직권으로 적용한 다음의 ICC 사건번호 7181 (1992), 7315 (1992) 그리고 7539 (1996)을 인용하고 있다).

조가 제공하는 범위에서 크게 벗어나지 못하고 있으며, 로마협약의 문구 또한 판사에게 재량을 부여하는 것으로 해석된다는 측면에서 아주 획기적인 방안이라고 하기는 어렵다는 비판이 있다.[82] 더구나 앞서 살펴본 것처럼 로마협약상 제3국의 국제적 강행법규의 적용이 실제 거의 발생하지 않은 것을 감안할 때, 상기 대안은 완전히는 아니더라도 이제 설득력을 조금씩 잃어가고 있다.

(1) 중재지의 국제적 강행법규

중재지에는 두 가지 강행법규를 들 수 있다. 하나는 중재지에서 대부분의 중재절차를 규율하는 중재법이 있다. 만일 당사자가 합의한 중재규칙(arbitration rules)이 중재법의 특정 조문과 중복되는 경우, 보통 중재규칙이 우선한다. 그러나 중재법 중 강행규정의 성질을 띠는 규정의 경우는 예외이다. 그러한 강행규정성을 띠는 중재지의 중재법은 준수되어야 한다.[83] 그렇지 않을 경우 중재판정은 중재지에서 취소될 수 있고, 외국에서도 승인 또는 집행이 거부될 수 있다.[84] 문제는 중재지의 실체상의 국제적 강행법규를 고려하여 이를 중재인이 적용해야 하느냐이다.

이에 대해 부정하는 견해는 다음과 같다. 중재인은 중재지에 현존하는 경찰규범(policing norms)의 수호자로서 기능해야 할 의무가 없으며, 그러한 의무는 중재지 법원이 갖는 것이라고 주장한다.[85] 또한 중재에 있어서 중재지의 개념은 법정지의 개념과는 달리 현실적인 것이라기보다는 관념적인 것이고, 당사자가 중재지의 국제적 강행법규에까지 구속될 의사였다고는 볼 수 없다는 것이다. 중재에서 문제되는 국제적 강행법규는 준거법 소속국의 국제적 강행법규와 당해 법률관계와 밀접한 관련이 있는 제3국의 국제적 강행법규에 한정되어야 한다는 견해도 있다.[86]

반면 긍정하는 견해는 다음과 같다. 중재지의 국제적 강행법규를 고려하지 않아 중재판정이 취소되면 그 중재판정은 어디에도 쓸모없는 것이 된다는 주장이 있다.[87] 그리고 중재지 법원은 그 지역에서 진행되는 중재행위를 허용하고, 제재하거나 감독하는 권한을 가지고 있음을 내세운다. 무엇보다 특정 장소를 중재지로 선택한 것은 당사자들 스스로 중재지

---

81) Andrew Barraclough & Jeff Waincymer, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration" 6 *Melbourne Journal of International Law*. 205 (2005), pp.236-242.

82) Shore, *supra* note 55, p.142. (로마협약 제7조 1항의 "regard shall be had to"의 문구 자체가 판사에게 재량권을 부여하고 있다는 것이다).

83) *Ibid*., p.131. (영국 중재법 Section 4와 Schedule 1 에 따르면, 강행규정(mandatory provisions)을 규정하고 있으며, 이들은 당사자간의 어떤 반대되는 합의에도 불구하고 효력을 갖는다고 하고 있다); 석광현, 주 3, p.179.

84) 석광현, 주 3, 같은 면.

85) Blessing, *supra* note 4, p.27의 각주 10.

86) 손경한, "중재자치와 중재의 준거법"「국제사법연구」제17호, 한국국제사법학회, 2011, p.440.

87) Rau, *supra* note 50, p.109. (그러나 중재판정이 중재지에서 취소되었다고 해서 다른 모든 국가에서 집행이 불가능한 것은 아니다. 어떤 국가에서는 그곳 중재법에 따라 집행이 될 수 있는 곳도 있다. 즉, 그것은 집행국법에 따를 일이다).

의 법체계를 따르겠다는 것으로 간주해야 한다는 주장이다.[88] 긍정하는 견해에서는 몇 가지 실례를 들기도 한다. 첫째 사건은 ICC 중재였다. 프랑스 와인 공급자와 미국 판매점 사이의 판매점계약에서 준거법은 뉴욕주법이고, 중재지는 스위스 제네바였다.[89] 중재판정부는 판매점 승소판정을 내렸으나, 판매점의 징벌적 손해배상 청구에 대해서는 설사 이러한 손해배상을 인정하는 준거법에 따른 분쟁을 다뤄야 함에도 불구하고 중재지 국가인 스위스법의 공서에 반한다는 이유로 인용하지 않았다. 또 하나의 사건은 피고가 푸에트리코에서 도박빚을 졌고, 푸에트리코법에 따르면 도박빚은 유효하고 강제할 수 있도록 되어 있다. 계약상 중재합의가 있었고, 중재지는 뉴욕이었다. 뉴욕주법은 도박과 관련한 합의는 금하고 있고 무효로 간주하고 있기에, 뉴욕주 법원은 중재판정을 취소한 바 있다.[90]

(2) 중재판정 집행국의 국제적 강행법규

일반적으로 중재인은 집행가능한 중재판정을 내올 의무가 있다.[91] 왜냐하면 집행국의 국제적 강행법규를 고려 및 적용하지 않게 되면 집행국의 공서에 반하게 되어 집행이 거절되기 때문이다. 이 문제와 관련해서는 먼저 어느 국가가 과연 집행국이 될 것부터 시작한다. 왜냐하면 다수의 집행 가능한 국가들이 존재하는 경우, 그들 가운데 쟁점이 되는 국제적 강행법규의 내용이 상이할 경우, 어떤 집행국의 법을 우선적으로 고려하고 적용해야 하는지 문제된다. 더구나 전자금융이 고도로 발달된 현대에서 한쪽 국가에 소재한 자금을 다른 국가로 이동시키는 것은 전혀 문제가 되지 않을 수도 있음을 감안할 때, 도대체 중재판정부가 정확히 집행국을 판단하기가 거의 불가능할 수 있다. 더구나 어느 당사자가 승소하느냐에 따라서 집행국의 판단은 확연히 달라질 수 있고, 승소여부에 대한 판단은 어느 법을 적용하느냐에 따라 달라진다는 점에서 중재인은 딜레마에 빠지게 된다.[92] 반면 실제 집행국은 피신청인 소재지 또는 재산소재지로서 대체로 2-3개 국가에 한정될 수 있다고 달리 보는 견해도 존재할 것이다. 그렇다고 한다면 중재인이 2-3개 집행예정국의 공서를 감안하는 것은 그리 어렵지 않다는 주장도 가능할 수 있다. 그러나 중재인은 판정을 내릴 때 어느 국가에서 본 판정이 집행될지 명시하지 않는다. 다만 가능한 후보국가의 관련 법을 감안할 수는 있을 것이다. 그러나 판정문에 예상가능한 모든 국가의 관련 법들을 고려할 때 일치된 결론에 이르게 된다고 할 수도 없으려니와, 하기도 불가능할 것이다. 이러한 점에서 중재판정 집행국의 국제적 강행법규의 고려라는 부분은 상당히 어려운 문제이다.

---

88) *Ibid.*

89) Case No. 5946, XVI Year Book of Commercial Arbitration, 97 (1990).

90) *Intercontinental Hotels Corp. (Puerto Rico) v. Golden*, 203 N.E.2d 210 (N.Y. 1964).

91) ICC 중재규칙, 35조에는 이러한 중재인의 명시적인 의무를 규정하고 있다 (to make every effort to make sure that the Award is enforceable at law). 하지만 혹자는 이러한 조항이 중재인으로 하여금 중재판정이 집행될 국가들을 결정하고, 그 국가들의 국제적 강행법규까지 적용해야 것으로 확대되는 것에 의문을 표하기도 한다).

92) Rau, *supra* note 50, p.118.

(3) 계약상 주된 의무이행지

상기에서 살펴본 벨기에와 독일법원에서 유효한 중재합의를 무효로 한 판례에서 벨기에와 독일은 계약상 주된 의무이행지였다. 벨기에에 소재한 판매점과 독일에 소재한 대리상은 각기 판매점계약과 대리상계약에서 주된 의무를 이행하는 당사자였다. 중재지는 캘리포니아주 그리고 준거법도 캘리포니아주법이었다. 만일 주된 의무이행지의 국제적 강행법규는 중재인에 의해 적용되고 고려되어야 한다면 벨기에와 독일법원은 중재합의를 무효화하지 않았을 것이다. 의무이행지의 국제적 강행법규를 적용 (또는 고려)하도록 한 것은 앞서 살펴본 로마 I에서도 규정되어 있어 어느 정도의 설득력은 있어 보인다. 로마 I 제9조 제3항에서는 계약상의 의무가 이행되어야 하거나 이행된 나라의 국제적 강행법규만을 고려하고 있고, 그로 인하여 계약의 이행이 위법한 것이 되는 범위에서 효력이 부여될 수 있도록 하고 있다. 그리고 효력부여 여부를 결정함에 있어서는 해당 국제적 강행법규의 종류와 목적 및 적용의 결과 또는 부적용의 결과를 고려해야 한다고 규정하고 있다. 제3국의 국제적 강행법규 적용에 있어 기존 로마협약에서 로마 I으로의 변화와 제한은 국제중재에서도 참고할 여지는 충분히 있어 보인다. 로마 I의 그것으로만 한정한다면 국제적 강행법규의 적용여부를 결정하는데 예측가능성과 안정성을 높여 긍정적으로 작용할 수도 있을 것이다. 그로 인해 중재인이 제3국의 국제적 강행법규를 고려하고 적용하는데 부담은 줄어들 수 있을 것으로 본다.

Ⅵ. 결 론

확실히 국제중재에서 국제적 강행법규의 쟁점은 중재인에게 더욱 커다란 숙제를 부여하고 있고, 그 판단을 더욱 어렵게 만드는 것은 분명하다. 그러나 국제적 강행법규의 적용근거가 명백하지 않은 상황에서 이를 판단해야 할 때, 중재인은 당해 규범이 문제되는 상황을 포괄하도록 의도한 것인지를 고려해야 한다. 그리고 당해 규범이 적용되지 않으면 그 규범이 보호하려 했던 중요한 정치적, 사회적 또는 경제적 이익을 명백히 훼손하는 것인지 여부를 참작해야 한다.[93] 어찌되었건 벨기에나 독일에서처럼 국제적 강행법규의 존재 및 이의 미적용 가능성을 이유로 유효한 중재합의가 무효로 되는 것은 막아야 할 것이다. 그러기 위해서는 중재인이 상기 전제조건들을 충족하는 국제적 강행법규는 적용(또는 고려)해야 한다는 결론에 이른다. 앞서 사견을 밝힌 대로 국제적 강행법규의 적용(또는 고려) 여부는 이를 긍정하는 방향으로 나아가야 한다고 보고 있으며, 그렇다면 도대체 어

93) Loukas A. Mistelis, "Mandatory Rules in International Arbitration: Too Much Too Early or Too Little Late?" 18 *American Review of International Arbitration* 217 (2007), p.226.

느 국가의 국제적 강행법규를 적용 또는 고려해야 하느냐로 논의가 확대된다. 이에 대해서도 계약이행을 위법으로 하는 주된 의무이행지의 국제적 강행법규는 전향적으로 고려되어야 할 것으로 본다. 그 이유는 앞서 밝힌 대로 로마 I의 조문에 기반한 정도면 수용가능하지 않겠는가 하고 조심스럽게 예견해 본다.

여기에 추가로 당해 계약과 밀접한 관련이 있는 제3국의 국제적 강행법규까지 포함해야 한다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 로마협약에서 규정했던 밀접한 관련이 있는 제3국법이라는 개념이 로마 I의 그것과 비교해 볼 때 보다 포괄적이고 예측가능성이 더 떨어진다는 측면, 그리고 실제 활용되지 않았던 현실을 감안할 때, 로마 I 에서처럼 좀 더 확실하고 구체적이며 예측가능성을 높인 수준으로만 제한하는 것이 국제중재에서 발생한 관련 문제들을 해결하는데 도움이 될 것으로 본다.

앞으로의 과제로는 중재인이 이렇게 할 수 있는 법적 근거를 어떻게 마련하느냐이다. 중재인의 재량에 의존할 수도 있으나, 국제소송의 경우에도 법관들에게 재량이 부여되어 있으나 그 재량을 거의 활용하지 않는 것을 확인하였다. 따라서 명확한 법적 근거를 확보하는 것이 보다 효과적일 것이다. 그렇다면 한 가지 생각할 수 있는 방안은 UNCITRAL의 모델 중재법에 이러한 방안을 반영하는 것을 고려해 볼 수 있다. 또 쉽지는 않겠지만 주요 국제중재 규칙에서도 이 부분을 고려해 볼 수 있을 것이다. 한편 최근 성안된 Hague Principles에서 최초로 관련 조문을 두었기에 앞으로 이에 대한 논의가 활성화 되리라 본다.

마지막으로 중재인이 국제적 강행법규를 적용해야 한다고 판단한다면 이를 일방 당사자의 요청이 없이도 중재판정부의 직권에 의해 적용해야 하는가의 문제가 있다. 그리고 당사자에 의한 국제적 강행법규 적용은 명시적으로 포기할 수 있고, 이것은 유효한지의 문제도 검토되어야 한다. 또한 국제상사중재가 아닌 투자중재의 경우 국제적 강행법규의 고려는 어떠해야 하는지의 문제도 검토되어야 할 것이다.

참고문헌

김인호, “국제계약에서 강행규정에 의한 당사자자치의 제한”, 선진상사법률, 통권 제60호, 법무부, 2012.

석광현,「국제사법 해설」박영사, 2013.

_____,「국제상사중재법연구」박영사, 2007.

_____, “계약상 채권관계의 준거법에 관한 유럽공동체 협약(로마협약)”,「국제사법연구」, 제3호, 한국국제사법학회, 1998.

손경한, “중재자치와 중재의 준거법”,「국제사법연구」, 제17호, 한국국제사법학회, 2011.

안춘수, “국제사법상 절대적 강행규정의 처리”, 「법학논총」, 제23권 제2호, 국민대 법학연구소, 2011.

장준혁, “국제적 강행법규 개념의 요소로서의 저촉법적 강행성”, 「성균관법학」, 제19권 제2호, 성균관대 법학연구소, 2007.

정홍식, “국제대리상계약의 주요 법률쟁점 ICC 모델 대리상계약서를 중심으로”, 「상사법연구」, 제30권 제1호, 한국상사법학회, 2011.

_____, “국제중재에서 판매점의 보상청구권”, 「국제거래법연구」, 제22집 제1호, 국제거래법학회, 2013.

Baade, Hans W., "The Operation of Foreign Public Law", 30 *Texas Int'l Law Journal* 429, 1995.

Barraclough, Andrew & Jeff Waincymer, “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration“ 6 *Melbourne Journal of Int'l Law* 205, 2005.

Bermann, George A., "The Origin and Operation of Mandatory Rules" in George A. Bermann & Loukas A. Mistelis ed., *MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL ARBITRATION*, 2011.

Blackaby, Nigel and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration,* 5th ed., Oxford Univ. Press, 2009.

Blessing, Marc, "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration" 14(4) *Journal of International Arbitration* 23, 1997.

Buxbaum, Hannah L., "Mandatory Rules in Civil Litigation: Status of the Doctrine Post-Globalization", 18 *AMERICAN REVIEW OF INTERNATIONAL ARBITRATION* 21, 2007.

Erauw, John, "Observations about Mandatory Rules Imposed on Transatlantic Commercial Relationships" 26 *Houston Journal of International Law* 263, 2004.

Fawcett, James & Paul Torremans, *INTELLECTUAL PROPERTY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW*, 2nd Ed., 2011.

Greenwalt, Alexander K.A., “Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Methods?“ in George A. Bermann & Loukas A. Mistelis ed., *MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL ARBITRATION,* 2011.

Kessedjian, Catherine, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What Are Mandatory Rules?" 18 A*merican Review of International Arbitration* 147, 2007.

Kleinheisterkamp, Jan, “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreement" *World Arbitration & Mediation Review,* Vol 3, No.2,

2009.

Mayer, Pierr, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration” 2 *Arb. Int’l* 274, 1986.

Mistelis, Loukas A., ″Mandatory Rules in International Arbitration: Too Much Too Early or Too Little Late?″ 18 *American Review of International Arbitration* 217, 2007.

Peterson, Courtland H., ″Choice of Law and Forum Clauses and the Recognition of Foreign Country Judgments Revisited Through the Lloyd’s of London Cases″, 60 *Louisiana Law Review* 1259, 2000.

Posner, Eric A. “Arbitration and the Harmonization of International Commercial Law: A Defense of Mitzubishi“ 39 *Virginia Journal of International Law* 647, 1999.

Rau, Alan Scott, ″The Arbitrator and Mandatory Rules of Law″, in George A. Bermann & Loukas A. Mistelis ed., *MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL ARBITRATION*, 2011.

Shore, Laurence ″Applying Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration″ in George A. Bermann & Loukas A. Mistelis ed., *MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL ARBITRATION*, 2011.

Sterio, Milena, ″The Globalization Era and the Conflict of Laws: What Europe Could Learn from the United States and Vice Versa″, 13 C*ardozo Journal of International & Comparative Law,* 161, 2005.

Vischer, Frank, ″General Course on Private International Law″ 232 *RECUEIL DES COURS* 9, 1992.

Vose, Nathalie, ″Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration″ 7 *AMERICAN REVIEW OF INT’L ARBITRATION* 319, 1996.

XVI YearBook of Commercial Arbitration, ICCA.

ABSTRACT

Applicability of Overriding Mandatory Rules in International Arbitration

Hong-Sik Chung

Overriding Mandatory rules are laws that purport to apply irrespective of the law chosen by the parties to govern their contractual relations. This article examines their role and applicability in international arbitration. The overriding mandatory rules pose a complex and continuing problem for arbitrators because they put the interests of states and parties in direct competition. When a law says that arbitrators must apply it, yet the parties' contract excludes it, what should the arbitrators do? Where should their allegiance lie? The answer depends on the underlying nature of arbitration - and since that can be legitimately conceptualized in different ways, a principled approach to overriding mandatory rules seems to be impossible to provide. Nevertheless, a practical solution is required, because there were European cases in which courts voided valid arbitration agreements made, reasoning that arbitrators certainly would not apply and/or take into account its overriding mandatory rules of indemnity right granted to commercial agent and distributor in Europe. Therefore, this paper first examines status of overriding mandatory rules of another law in international litigation and then explores any possibility of application of overriding mandatory rules of another law in international commercial arbitration. With this analysis, the author reaches into a conclusion that the arbitrator should and/or take into account overriding mandatory rules of another law, yet should limit to them of the country where characteristic performance is made under the contract.

Key Words : International Arbitration, Internationally Mandatory Rules, Overriding Mandatory Rules, Overriding Mandatory Rules of Another Law, Characteristic Performance, Place of Arbitration, Rome Convention, Rome Regulation I