

## 국제상사중재에서 중재합의의 준거법 결정기준 - 영국 대법원의 2021년 *Kabab-Ji SAL v Kout Food Group* 판결을 중심으로 -

The Governing Law of Arbitration Agreements Issues in International  
Commercial Arbitration : A Case Comment on *Kabab-Ji Sal  
(Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48

김영주\*

Young-Ju Kim

### 〈목 차〉

- I. 서 론
- II. *Kabab-Ji* 판결의 개요
- III. 중재합의의 준거법 결정 이론
- IV. *Kabab-Ji* 판결의 검토 및 시사점
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

**주제어** : 중재합의, 중재합의의 준거법, 영국 중재법, 중재지법, 영국 대법원, 주된 계약의 준거법, 계약준거법주의, 중재지법주의

\* 대구대학교 경영학부 부교수(youngjukim@daegu.ac.kr)

## I. 서론

중재에 적용될 법(governing law, applicable law)은 크게 중재절차를 규율하는 법과 주된 계약 및 중재합의의 효력을 결정하는 법으로 나뉜다. 전자를 절차법(the procedural law)이라고 하고, 후자를 실질법(the substantive law)이라고 하는데, 후자는 주된 계약에 적용될 실질법과 중재합의에 적용될 실질법으로 구분된다.<sup>1)</sup> 여기서 중재합의에 적용될 법은 다시 ① 중재합의의 성립, 유효성의 판단 및 해석의 준거법, ② 중재합의 방식의 준거법, ③ 중재합의 당사자들의 능력에 관한 준거법, ④ 중재가능성 여부를 정하는 준거법으로 구분될 수 있다.<sup>2)</sup>

국제중재의 경우에는 이러한 중재합의의 준거법 결정이 보다 복잡한 양상을 띠게 된다. 예를 들어, A국 당사자와 B국 당사자가 매매계약을 체결하면서, 매매계약의 준거법으로는 A국법을 지정하였고, 분쟁해결조항으로는 B국을 중재지로 하는 중재조항을 포함시켰다. 분쟁이 발생하여, B국 당사자는 중재신청을 제기하였고, 계약조항대로 B국에서 중재판정이 내려졌다. A국 당사자는 중재합의의 유효성을 문제삼으며 B국에서 해당 중재판정의 취소소송을 제기하였다. 이에 B국 당사자는 A국에서 B국 중재판정의 승인·집행을 청구하였고, A국 당사자는 B국 당사자의 집행재판 청구에 대해 해당 중재판정의 승인·집행거부를 A국에서 신청하였다. A국에서는 B국중재판정의 집행신청과 집행거부신청이 함께 제기되었으며, B국 법원에서는 B국중재판정의 취소소송이 제기되었다. 즉, A국과 B국의 법원 모두 중재합의의 유효성을 검증해야 하는 상황이 발생한 것이다.

그러나 선결문제로서 중재합의에 적용될 준거법을 확정하여야 하는데, 문제는 중재합의의 성립과 유효성을 판단하는 해석의 준거법이 각 국가마다 다르고 또한 그러한 결정기준도 명확하지 않다는 것이다. 게다가 중재절차의 흐름을 크게 중재단계, 항변단계, 집행단계의 순서로 구분할 때,<sup>3)</sup> 각 단계별로 중재합의의 유효성 쟁점이 달리 제기되는 경우에는 매우 복잡한 썬법을 더 거쳐야 한다. 해당 국가가 ‘외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약’(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 ‘뉴욕협약’이라 한다)에 가입되어 있는지, 가입되어 있다면 중재합의의 유효성 쟁점이 어느 단계에서 제기된 것인지, 뉴욕협약의 해석론을 어떻게 볼 것인지 등을 추가적으로 고려해야 한다. 이는 뉴욕협약이 항변단계와 집행단계를 규율하면서 집행단계에 관하여 중재합의의 준거법을 명시하고 있기 때문이다.<sup>4)</sup>

1) 목영준·최승재, 「상사중재법」, 개정판, 박영사, 2018, p.120.

2) 김갑유 외 (편), 「중재실무강의」, 개정판, 박영사, 2017, p.124.

3) 석광현, 「국제상사중재법연구 제1권」, 박영사, 2007, p.116.

최근 영국에서는 이러한 중재합의의 준거법 결정에 관한 일련의 대법원 판결들이 제시된 바 있다. 하나는 2020년에 판시된 *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb (Rev1)*<sup>5)</sup> 판결(이하 ‘Enka 판결’이라 한다)이고, 다른 하나는 2021년에 판시된 *Kabab-Ji Sal (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)*<sup>6)</sup> 판결(이하, ‘Kabab-Ji 판결’이라 한다)이다. 두 판결 모두 중재합의의 준거법 쟁점과 관련한 최종심 판단이라는 점에서 상당한 주목을 받았다.

본 논문에서는 보다 최근에 내려진 2021년의 *Kabab-Ji* 판결을 중심으로 사안을 검토하면서 *Enka* 판결의 중재합의 준거법 결정기준도 함께 비교 분석해보기로 한다. *Kabab-Ji* 판결에서는 중재합의의 준거법 기준, 당사자적격, 중재판정의 집행절차와 관련한 선후 관계 등이 쟁점화되었는데, 여기서는 중재합의의 준거법 쟁점에 집중하여 논의를 전개하기로 한다.<sup>7)</sup>

중재합의에 관한 준거법 결정에 관하여는 이미 많은 선행연구들이 축적되어 있다.<sup>8)</sup> 다

4) 석광현, 전게서(주3), p.116.

5) [2020] UKSC 38.

6) [2021] UKSC 48; [2022] 1 All E.R. (Comm) 773; [2021] Bus. L.R. 1717; [2021] 10 WLUK 344.

7) 본 사안의 항소심 판결에 관하여는 Crina Baltag, & Mihaela Maravela, “Applicable Law to Arbitration Agreement and No Oral Modification Clause: Case Note on the Decision of the England and Wales Court of Appeal, 20 January 2020,” *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 13, No. 2, 2020, pp.479-500; Darius Chan & Jim Yang Teo, “Re-formulating the Test for Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: a Comparative Common law Analysis,” *Journal of Private International Law*, Vol. 17, Iss. 3, 2021, pp. 439-472; Samantha Nataf, “Jurisdiction over Non-signatories, the Irreconcilable Approaches of French and English Courts Case Note on: (i) English Court of Appeal Decision of 20 January 2020 and (ii) Paris Court of Appeal Decision of 23 June 2020,” *ASA Bulletin*, Vol. 38, Iss. 4, 2020, pp. 894-911; Frederico Singarajah, Has the English Court of Appeal Changed Its Mind on the Proper Law of the Arbitration Agreement?, *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 17, Iss. 67, 2020, pp.108-128; Louis Thibierge, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: the Channel of Division England and Wales, Court of Appeal, Queen’s Bench Division [2020] EWCA Civ 6 (Comm) - Case No: CL-2017-000792 - 20.01.2020, France Cour d’Appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1 - Case No: 17/22943 - 23.06.2020,” *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 18, Iss. 69, 2021, pp.158-207; Jim Yang Teo & Darius Chan, “Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None,” *Journal of International Arbitration*, Vol. 37, Iss. 5, 2020, pp.635-648 등 참조. 최종심 판결에 관하여는 Michael A. Greenop, “Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC 48: UK Supreme Court Clarifies Approach to Determining Whether There Is a Valid Arbitration Agreement,” *Wilmer Hale LLP*, March 30, 2022, <<https://www.wilmerhale.com/en/insights/blogs/International-Arbitration-Legal-Developments/20220330-kabab-ji-sal-lebanon-v-kout-food-group-kuwait-2021-uksc-48>> (2022. 3. 8. 최종검색); Moses, Margaret L., “A New Framework: Choosing the Proper Law of the Arbitration Agreement Based on the Issue to be Decided,” in *Arbitration, Contracts and International Trade Law: Essays in Honour of Giorgio Bernini, Giuffrè*, 2021, pp. 533-568; Michail Risvas, “International Law as the Basis for Extending Arbitration Agreements Concluded by States or State Entities to Non-Signatories,” *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 71, Iss. 1, 2022, pp.183-209; Craig Tevendale & Elizabeth Kantor, “HSF Analysis of Supreme Court Decision in Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait),” *Herbert Smith Freehills*, November 2, 2021, <<https://hsfnotes.com/arbitration/2021/11/02/hsf-analysis-of-supreme-court-decision-in-kabab-ji-lebanon-v-kout-food-group-kuwait/>> (2022. 3. 9. 최종검색) 등 참조.

8) 중재합의의 준거법에 관한 국내 선행연구로는 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 「중재연구」, 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006, pp.89-120; 김갑유, “중재합의의 유효성판단과 그 준거법 - 대법원 2001.10.12.선고, 99다45543판결”, 「인권과 정의」, 제331호, 대한변호사협회, 2004, pp.173-185; 김용길, “중재

만, 국내에는 아직 *Kabab-Ji* 판결이 구체적으로 소개되지 않은 것으로 보이므로, 본 논문에서는 판결의 법리를 검토하여 우리나라 중재제도의 법해석상 활용될 수 있는 참고자료로 삼고자 한다. 특히, 국내 선행연구를 토대로 연구적 보완이 필요하다고 생각되는 중재합의의 준거법 판단에 관한 영국 대법원의 최신 경향 분석에 논의의 중심을 두고자 한다.<sup>9)</sup>

이하에서는 먼저 사안의 전체적인 사실관계와 법원의 판단 경위를 개관해 보고(II), 중재합의의 준거법 결정에 관한 이론 동향을 살펴본다. 이후 영국 법원의 법리와 경향을 분석하여 그 취지를 검토해 보고자 한다(III). 마지막으로 중재합의의 준거법 결정 기준에 관한 *Kabab-Ji* 판결을 2020년의 *Enka* 판결 및 우리나라 대법원 판결의 입장들과 비교 검토해 보고, 우리나라 중재제도상 어떠한 해석론을 시사하는지 생각해 보기로 한다(IV).

## II. *Kabab-Ji* 판결의 개요

### 1. 사실관계

본 사안의 원고인 *Kabab-Ji SAL*(중재신청인, 이하 ‘*Kabab-Ji*’라 한다)은 레바논 요리를 전문으로 하는 레바논 국적의 외식업체로서 자체적인 레스토랑 상호를 소유하고 있었다. 2001년 7월 16일, *Kabab-Ji*는 쿠웨이트 국적의 *Al-Homaizi Foodstuff Co WWL*(이하 ‘*Al Homaizi*’라 한다)과 가맹개발계약(Franchise Development Agreement, FDA)을 체결하였다.<sup>10)</sup> 이 계약에 따르면, 가맹계약의 기간은 향후 10년 간이었으며, 총 10개의 개별 가맹계약들(Franchise Outlet Agreements, FOAs)이 가맹개발계약에 포함되어 있었다(이하에서는 이 사건 가맹개발계약과 개별가맹계약을 합쳐 ‘본건 가맹계약’이라 한다).<sup>11)</sup>

본건 가맹계약은 ① 명시적으로 영국법(English law)에 준거하고 있었고, ② 분쟁해결조

합의의 효력범위에 관한 고찰 - 대법원 2011.12.22. 선고 2010다76573 판결을 중심으로”, 「중재연구」, 제23권 제2호, 한국중재학회, 2013, pp.1-35; 손경환, “중재합의의 준거법과 주관적 중재적격성 - 동진씨미켄중재사건을 중심으로”, 「국제사법연구」, 제23권 제1호, 한국국제사법학회, 2017, pp.387-408; 석광현, “국제상사중재에서 중재합의의 준거법”, 「법학논총」, 제24권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2007, pp.119-152; 하현수, “중국의 중재합의 준거법 결정 기준에 관한 연구”, 「무역금융보험연구」, 제22권 제4호, 한국무역보험학회, 2021, pp.3-17; 한나희·하충룡, “국제물품매매에서 중재조항 성립의 해석에 관한 고찰”, 「중재연구」, 제27권 제4호, 한국중재학회, 2017, pp.91-113 등 참조.

9) *Kabab-Ji* 판결에서는 중재합의의 준거법 판단 이외에 중재합의의 당사자 적격과 중재판정의 취소소송 및 집행재판의 절차적 효력에 관한 문제들이 쟁점이 되었다. 본 논문에서는 중재합의의 준거법 쟁점만을 중심으로 살펴보고 그 외의 쟁점들은 간략하게 언급하는 선에서 논의의 범위를 한정하기로 한다.

10) *Kabab-Ji Sal v Kout Food Group* [2021] UKSC 48, para.3.

11) 가맹개발계약을 통해 *Al Homaizi*는 쿠웨이트에 개설한 총 10개의 각 레스토랑 점포에 *Kabab-Ji* 가맹상호를 사용할 수 있었다.

항에는 프랑스 파리를 중재지로, 국제상업회의소(the International Chamber of Commerce, ICC) 중재규칙에 따르기로 하는 중재조항이 삽입되어 있었다. 또한 ③ 구두에 의한 계약 변경 금지조항(No Oral Modification clause)도 포함되어 있었다.<sup>12)</sup> 가맹계약상의 중재조항은 제14조에 규정되어 있었는데, 구체적으로는 다음과 같은 내용으로 기술되어 있었다.<sup>13)</sup>

(본건 가맹계약상 중재조항의 주요 내용)

제14조 분쟁해결(Settle of Dispute)

...

제14.2조 본 계약에서 발생하는 분쟁, 특히 본 계약의 위반 또는 위반에 기인하거나 관련된 문제에 대해, 상호의 사용자(가맹업자, licensor)와 사용자(가맹상, licensee) 간의 분쟁 또는 청구, [...] 우호적인 화해 실패 등이 발생하는 경우에는 상호사용허락자 또는 상호사용권자의 요청에 따라, ICC 중재규칙에 의해 선임된 1인 또는 복수의 중재인이 ICC 중재규칙에 근거해 해당 분쟁을 최종적으로 해결한다.

제14.3조 중재인은 본 계약에 포함된 규정들을 적용하여야 하고, 국제거래상 일반적으로 승인된 법 원칙을 적용하여야 한다. 중재인은 본 계약에 영향을 미치는 특정 국가의 의무 규정들의 적용을 고려하여야 한다. 중재인은 어떠한 경우에도 엄격하게 표현된 계약문언에 모순되는 규칙을 적용해서는 아니 된다.

...

제14.5조 중재언어는 영어로, 중재절차는 프랑스 파리에서 진행되어야 한다.

제15조 준거법(Governing Law)

본 계약은 영국법에 따라 해석되어야 하고 판단되어야 한다.

2005년, Al-Homaizi의 경영악화로 기업회생절차가 진행되었고, 지주회사로서 쿠웨이트 국적의 Kout Food Group(중재피신청인, 피고)(이하 ‘KFG’라 한다)가 설립되었다. Al-Homaizi는 기업회생절차에 따라 KFG의 자회사로 재편되었다.<sup>14)</sup> 그러나 이후, 가맹계약과 관련한 당사자 간 분쟁이 발생하였고, Kabab-Ji는 Al-Homaizi의 모회사인 KFG를 상대로 ICC 중재를 신청하였다.

12) Kabab-Ji Sal v Kout Food Group [2021] UKSC 48, paras.5-6.

13) *ibid.* para.37.

14) *ibid.* para.4.

## 2. 중재판정

중재절차는 3인 중재로 프랑스 파리에서 진행되었다. 다만, **Kabab-Ji**의 중재신청에 대해, **KFG**는, **KFG**가 본건 가맹계약의 당사자가 아니라는 점을 지적하고, 중재합의에 구속되지 않는다고 주장하였다.

2017년 9월 17일, 중재판정부는 중재합의 유효성 판단에 적용될 법으로 중재지법(the law of the seat of the arbitration)인 프랑스법이 적용되어야 한다고 판단하였다. **KFG**의 가맹계약상 실제적 권리 의무에 적용될 법, 즉 분쟁의 실체에 적용될 법으로는 영국법이 준거법으로 적용되어야 한다고 보았다.<sup>15)</sup> 이를 근거로 중재판정부는, ① 중재합의의 준거법으로 프랑스법을 적용하여, 본건 중재합의의 당사자로서 **KFG**의 당사자적격을 인정하였고, ② 분쟁 실체의 준거법으로 영국법을 적용하여, **KFG**는 **Al Homaizi**와 함께 본건 가맹계약상 추가적인 당사자 지위(additional party)를 가진다고 판단하였다. 구체적으로, **KFG**는 ‘채무자 변경에 의한 경개’(novation by substitution)가 아닌 ‘채무자 추가에 의한 경개’(novation by addition)의 방식으로 영국법상 본건 가맹계약의 추가 당사자 지위를 가진다고 파악한 것이다. 이와 같은 취지에서, 판정부는 **KFG**가 본건 가맹계약을 위반하였다고 보고, 미지불 라이선스 비용과 손해배상 청구에 관한 **Kabab-Ji**의 주장을 인용하였다. 결국 **KFG**의 배상책임이 인정되었고, 총 지급액은 미화 6,734,628 달러로 산정되었다.<sup>16)</sup>

위 중재판정에 대해서는 중재인 1인의 다음과 같은 반대의견도 제시되었다. 본 사안에서는 기업재건절차상 **KFG**가 **Al Homaizi**의 모회사가 되었을 뿐, 채무자변경이라든가 채무자추가 등과 같은 경개(novation)를 의도한 당사자들의 사정을 확인할 수 없고, 사안의 중재합의 역시 가급적 엄격하게 해석하여야 하므로, **KFG**는 본건 가맹계약의 당사자가 될 수 없다는 것이었다.<sup>17)</sup> 즉, **Kabab-Ji**에 대해 가맹계약상 그 어떠한 실제적 의무도 지지 않는다는 것이었다.

## 3. 중재판정 취소소송 - 프랑스 법원의 판단<sup>18)</sup>

2017년 12월 13일, **KFG**는 프랑스 파리항소법원(Cour d'appel de Paris)에 “**KFG**는 본건 가맹계약의 당사자가 아니므로 중재합의의 당사자가 될 수 없음에도 중재판정이 내려졌다”고 주장하며, 중재판정부의 권한유월을 이유로 한 중재판정 취소소송을 제기하였다.

2020년 7월 23일, 파리항소법원은 본건 가맹계약에 삽입된 ‘중재조항’에 적용될 법으로

15) *ibid.* para.6.

16) *ibid.*

17) *ibid.* para.7.

18) Cour d'appel de Paris, 23 juin 2020, n° 17/22943.

영국법이 아닌 프랑스법이 적용되어야 한다고 밝히면서, KFG의 중재판정 취소소송을 다음과 같은 이유로 기각하였다.<sup>19)</sup>

첫째, 국제중재에서 중재합의의 존재와 유효성 여부를 판단하기 위해서는 국내법적 요청에 의할 것이 아니라 국제적 공서양속(international public policy)의 요건에 따라 개별적으로 판단되어야 한다. 심지어 분쟁의 실체에 적용될 법으로 특정 국가의 국내법이 준거법으로 지정되었다고 하더라도, 해당 국내법적 판단요소를 중재합의의 준거법으로 고려해서는 아니 된다.

둘째, 중재조항의 독립성(separability) 원칙을 포함하여 국제중재의 실체 규칙을 적용할 때, 본 사안의 당사자들은 중재합의의 준거법으로 영국법을 명시적으로 지정하지 않았다. 프랑스법에 따르면, KFG는 본건 가맹계약상 중재합의에 구속되며, 중재판정부 역시 프랑스법을 적용하여 KFG의 중재합의에 대한 당사자적격을 인정하고 있다. 따라서 중재판정부의 권한유월이 있었다는 KFG의 청구원인에 이유가 없다.

#### 4. 중재판정 집행재판 - 영국 법원의 판단

##### (1) 제1심<sup>20)</sup>

2017년 12월 21일, Kabab-Ji는 영국 법원에 본건 중재판정의 승인·집행결정을 제기하였다. 법원은 2018년 2월 7일, Kabab-Ji의 청구를 인용하며 ‘1996년 영국 중재법’(the Arbitration Act 1996) 제101조에 기한 중재판정의 집행결정을 허가하였다. 그러나 KFG는 2018년 3월 1일, 영국 상사법원에 본건 중재판정이 중재법 제103조 제2항의 집행거부사유에 해당한다는 이유에서, 2018년 2월 내려진 중재판정 집행재판의 절차 정지를 신청하고, 본건 중재판정의 집행거부 소송을 제기하였다.

2019년 3월 29일, 법원(High Court, 제1심)은, 중재판정에서 판단한 준거법 결정 법리와는 달리, “본건 가맹계약에 적용될 법으로 당사자들은 명시적으로 영국법을 지정하고 있고, 거기에는 본 사안의 중재조항도 포함된다”는 점에서, 중재합의의 준거법은 프랑스법이 아닌 영국법이라고 판단하였다. 아울러, “중재합의에 적용될 법으로 영국법을 적용하는 경우, KFG는 본건 가맹계약의 당사자가 될 수 없다”고 판시하면서, 중재판정에서 내려진 KFG의 당사자 적격성을 부정하였다.<sup>21)</sup>

19) <[https://jsumundi.com/fr/document/decision/fr-kabab-ji-s-a-l-company-v-kout-food-group-company-jugement-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-23rd-june-2020#decision\\_11637](https://jsumundi.com/fr/document/decision/fr-kabab-ji-s-a-l-company-v-kout-food-group-company-jugement-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-23rd-june-2020#decision_11637)> (2021. 3. 5. 최종검색) 참조. 프랑스 법원의 판결에 대한 간략한 평석으로는 Laurence Franc-Menget et al., French Court of Appeal Upholds Award that was Denied Enforcement in England, Herbert Smith Freehills, 31 July, 2020, <<https://hsfnotes.com/arbitration/2020/07/31/french-court-of-appeal-upholds-award-that-was-denied-enforcement-in-england/>> (2021. 3. 5. 최종검색) 참조.

20) *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2019] EWHC 899 (Comm).

21) *ibid.* paras.64-65.

그러나 법원은 본건 중재판정이 중재법 제103조 제2항의 집행거부사유에 해당하는지에 관하여 구체적인 판단을 보류하며, KFG가 제기한 프랑스 항소법원의 중재판정 취소소송에 대한 결과가 나올 때까지 재판절차를 정지하였다.<sup>22)</sup>

## (2) 항소심<sup>23)</sup>

제1심 판단에 대해 Kabab-Ji와 KFG 모두 항소법원(Court of Appeal)에 항소하였다. Kabab-Ji는 KFG의 당사자 적격성을 부정한 제1심의 법리 오류를 지적하며 항소하였고, KFG는 프랑스 법원의 판단이 나올 때까지 법리 판단을 보류한 제1심의 결정이 부당하는 이유로 항소하였다.

2020년 1월 20일, 항소심은 다음과 같은 이유로 Kabab-Ji의 주장을 기각하고 KFG의 청구취지를 인용하였다.

첫째, 본건 중재합의에 적용될 법은 프랑스법이 아니라 영국법이다. 당사자들은 사안의 주 계약인 가맹계약에 적용될 법으로 영국법을 의도하고 있으므로, 가맹계약에 포함된 중재조항에도 동일한 영국법이 적용되어야 한다. 본 사안에서는 중재조항만을 본 계약으로부터 분리하여 해석해야 할 특별한 사정이 존재하지 않고, 그에 관한 당사자의 의사 또한 찾을 수 없다. 즉, 본건 계약은 전체적으로 해석되어야 하며, 당사자들에 의해 명시적으로 지정된 준거법이 계약의 모든 조항에 적용되어야 할 것이다. 당사자들이 프랑스 파리를 중재지로 합의하였다고 하여, ‘중재지법’을 중재합의에 적용될 법으로 묵시적으로(impliedly) 정했다고는 해석할 수 없다.<sup>24)</sup>

둘째, 영국법에 따를 때, 본 사안의 계약은 경계계약이라고 볼 수 없다. KFG는 채무자 변경이나 또는 채무자 추가에 의한 경계 방식으로 본건 가맹계약에 변경되거나 추가되지 않았다. 이점에서, KFG는 본건 가맹계약의 당사자가 아니며, 중재합의와 관련한 KFG의 당사자 적격성 또한 부정되어야 한다. 따라서 본 사안은 중재법 제103조 제2항의 집행거부사유에 해당하므로, 프랑스 파리에서 내려진 본건 중재판정은 승인·집행될 수 없다. 프랑스 항소법원의 재판 결과가 내려질 때까지 판단을 보류한 제1심의 법리는 위법하다.<sup>25)</sup>

항소심은 이와 같은 이유로 프랑스에서 이루어진 본 사안의 중재판정은 승인·집행될 수 없다고 판단하였다.

22) 제1심 판결은 2019년 3월 29일 내려졌다. 프랑스 항소법원의 중재판정 취소소송은 2020년 7월 23일 판시되었다.

23) *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2020] EWCA Civ 6.

24) *ibid.* paras.65-70.

25) *ibid.* paras.81-86.

### (3) 대법원

항소심 판단에 대해 *Kabab-Ji*는 영국 대법원에 상고하였다. *Kabab-Ji*의 상고 취지에 대해 대법원(the Supreme Court of UK)이 중점적으로 다룬 사안의 논점은 크게 다음과 같은 3가지이다.

- ① 본건 중재합의의 유효성 판단에 적용될 준거법은 무엇인가?
- ② 만약 영국법이 준거법으로 적용되는 경우, *KFG*는 본건 가맹계약상 중재합의의 당사자에 해당하는가?
- ③ 중재판정의 승인·집행을 거부한 항소심의 범리는 타당한가?

상기 논점 ①은 중재합의의 준거법 결정에 관한 문제이며, 논점 ②는 중재합의에 있어서 당사자 적격에 관한 문제이다. 논점 ③은 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 절차상의 문제이다. 2021년 10월 27일, 대법원은 이 3가지 논점에 대해 다음과 같이 판시하였다.

첫째, “2020년에 판시된 *Enka*<sup>26)</sup> 판결에서도 중재합의의 준거법 결정이 쟁점이 되었는데, *Enka* 판결은 본 사안과는 다른 사실관계를 갖는다. *Enka* 판결은 중재판정이 내려지기 이전에 중재합의의 일방이 중재 대신 소송을 제기하여 상대방이 방소항변으로 유효한 중재합의의 존재를 주장하는 사안이었다. 그러나 본 사안에서는 이미 중재판정이 내려진 이후 집행단계에서 중재합의의 준거법 결정이 쟁점이 되고 있다. 즉, *Enka* 판결의 경우 뉴욕협약이 적용될 여지가 없으나, 본 사안에서는 뉴욕협약상의 원칙이 적용되어야 한다.<sup>27)</sup> 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 따르면, 당사자들이 중재합의의 준거법을 명시적으로 지정한 경우, 중재합의의 유효성 판단과 관련해서는 당사자들이 지정한 법을 적용하여야 한다. 그러나 당사자들의 그러한 지정이 없는 경우, 중재합의의 유효성은 중재판정지 국가(the country where the award was made)의 법에 따라 판단하여야 한다. 뉴욕협약 제5조에 대한 관련 주석을 보면, 중재합의의 준거법에 대한 명시적인 합의는 특별히 요구되지 않으며 그 합의의 방식 역시 어떠한 형태로든 가능하다고 언급하고 있다.”<sup>28)</sup>

“본건 가맹계약 제15조에는 ‘이 계약서가 영국법에 따라 규율된다’라고 하는 일반적인 준거법 조항이 포함되어 있다. 이 준거법 조항은 명시적이다. 당사자들이 중재합의만을 본 계약에서 지정한 영국법 준거조항에서 제외되는 것으로 의도하였다고 볼만한 타당한 이유가 없다. 아울러 이러한 준거법 지정이 본건 중재합의의 준거법 지정과는 관련이 없다고 부인하기도 어렵다(difficult to resist). 따라서 본건 중재합의에 적용되는 법률은 영국법이

26) *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb (Rev1)* [2020] UKSC 38.

27) 1996년 영국 중재법 제100조 이하(제100조 ~ 제104조)는 외국중재판정의 승인 및 집행에 관해 1958년의 뉴욕협약을 그대로 수용하고 있다.

28) *Kabab-Ji SAL v Kout Food Group* [2021] UKSC 48, paras.28-30.

되어야 한다.”<sup>29)</sup>

“Kabab-ji는 상고취지에서 본 사안의 당사자들은 중재판정부가 ‘국제상사계약에 관한 UNIDROIT 원칙’(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)을 적용하는 것에 합의하였기 때문에, 중재합의에 적용되는 구체적인 법률도 존재하지 않는다고 주장하고 있다. 본건 가맹계약 제14.3조를 보면, 중재인이 국제거래상 일반적으로 승인된 법 원칙을 적용해야 할 것으로 기술되어 있다. 그러나 본건 계약에서 의도하는 UNIDROIT 원칙은 어디까지나 분쟁의 본안(the merits of the dispute)에 적용되어야 하는 것이지 중재 합의에 적용되는 것으로 해석할 수 없다. 영국법이라는 명시적인 법률이 준거법으로 적용되고 있으므로, 준거법 결정기준으로 UNIDROIT 원칙은 고려될 수 없는 것이다.”<sup>30)</sup> “또한 Kabab-ji는 준거법 조항을 포함한 계약조항들이 중재합의에 영향을 미치도록 해석되어야 한다는 ‘유효성 원칙’(validation principle)을 상고이유로 주장하였지만,<sup>31)</sup> 본건에서는 당사자 간 계약의 유효성에 대해 다투고 있으므로 이러한 주장은 인정될 수 없다.”<sup>32)</sup>

둘째, “본 사안에서는 Al-Homaizi의 기업회생절차에 따라 KFG가 모회사로 재편되었다. Kabab-ji는 이를 채무자 추가에 의한 경개(novation)라고 주장하며 KFG도 중재합의의 당사자가 된다고 항변하고 있다. 그러나 본건 가맹계약에는 구두변경금지(No Oral Modification, NOM) 조항이 삽입되어 있으므로, 가맹계약의 수정이나 수정에 적용되는 조항은 모두 NOM 조항의 적용을 받게 된다. 당사자가 교체되거나 추가되는 것은 계약의 수정이며, 그러한 수정은 NOM 조항에 따라 쌍방 당사자 간의 서면에 의한 경우에만 인정될 수 있고, 서면에 의하지 않은 계약 내용의 변경은 인정될 수 없다. 이는 2018년의 *MWB Business Exchange Centers Ltd v Rock Advertising Ltd*<sup>33)</sup> 판결에서도 확립된 법리이다. 따라서 KFG는 본건 중재합의의 당사자가 될 수 없다.”<sup>34)</sup>

셋째, “뉴욕협약 또는 1996년 중재법은 외국중재판정의 승인 및 집행에 대해 당사자가 집행거부사유를 주장한 경우, 그에 대한 당사자의 입증방식을 구체적으로 규정하지 않는다. 중재판정의 집행결정 여부는 전적으로 법원의 몫이며, 증거의 성격이나 범위를 결정하는 것도 법원의 재량에 따른다. 본 사안의 제1심 법원은 프랑스 항소법원의 결정이 있을 때까지 재판절차를 연기하였으나 합리적이라고 보기 힘들다. 프랑스 항소법원은 영국법이 아닌 프랑스법에 근거하여 본건 중재판정의 취소 여부를 판단하고 있으므로, 영국법을 판단기준으로 삼는 영국 법원의 결정에는 프랑스 법원의 결정이 영향을 미치지 않는 것으로

29) *ibid.* paras.35-36.

30) *ibid.* paras.45-46.

31) 이는 Kabab-ji가 중재합의의 준거법 결정에 UNIDROIT 원칙이 적용되어야 한다는 주장을 위한 근거로 제시한 것이었다.

32) *ibid.* paras.49-52.

33) [2018] UKSC 24.

34) *Kabab-Ji SAL v Kout Food Group* [2021] UKSC 48, paras.56-57, 67-69.

보아야 한다. 그러므로 프랑스 법원의 결정이 있을 때까지 중재판정의 집행재판을 연기해야 할 합리적인 이유가 없다. 이러한 취지로 제1심을 파기하고 본건 중재판정의 집행거부를 인정한 항소심의 법리는 타당하다.”<sup>35)</sup>

위와 같은 사유로, 대법원은 항소심의 취지를 인정하고 *Kabab-Ji*의 상고취지를 기각하였다.

### Ⅲ. 중재합의의 준거법 결정 이론

UNCITRAL 모델중재법 제36조 제1항 (a)호 (i)목 및 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)호에 따르면, 중재판정의 승인·집행 거부 사유로 “중재합의가 당사자들이 준거법으로 지정한 법령에 의하여 … 무효인 경우”라고 규정하여, 당사자들이 중재합의의 준거법을 지정한 경우에는 중재합의의 성립 및 그 유효성 판단에 있어 당사자들이 지정한 법이 준거법으로 적용된다.<sup>36)</sup> 이는 ‘당사자 자치의 원칙’에 비추어 당연한 것이다. 따라서 중재합의의 유효성에 관한 준거법 결정이 문제가 되는 것은 당사자들이 준거법 지정을 명시적으로 하지 않은 경우이다. 이하에서는 그에 관한 다양한 준거법 결정 이론을 살펴보고 *Kabab-Ji* 판결을 분석해 본다.

#### 1. 계약준거법주의

계약준거법주의란 당사자들이 계약상의 중재조항에 대해 준거법 지정을 명시적으로 하지 않았으나, 중재조항을 포함한 주된 계약의 준거법, 즉 분쟁의 실체에 적용될 준거법을 지정한 경우에는 중재합의의 준거법도 묵시적으로 지정하였다고 보는 견해이다.<sup>37)</sup> 계약해석의 일반원칙에 따라, 당사자들이 계약에 적용할 준거법을 명시적으로 지정하였으므로 모든 계약조항의 해석에 있어 그러한 준거법 조항을 적용하는 것이 합리적이라는 것이다.

한편 중재합의와 주된 계약에서의 당사자 자치(*autonomy*)가 그러한 조항들의 완벽한 독립성만을 의미하는 것은 아니라는 점에서, 당사자들이 주된 계약의 준거법을 명시적이든 묵시적이든 지정하였다면, 그 법을 중재조항의 준거법으로 묵시적으로 지정하였다고 보아

35) *ibid.* paras.86-92.

36) 강수미, 전계논문(주8), p.108; 김갑유, 전계논문(주8), p.181.

37) 석광현, 전계서(주3), p.117; 이강민, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 연구”, 「중재연구」, 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005, p.202; Julian D. Lew, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause,” *ICCA Congress Series*, No. 9, 1999, p.143.

야 한다는 견해도 있다.<sup>38)</sup>

계약준거법주의를 취한 몇 가지의 사례가 있는데, 먼저 2004년 영국의 *Peterson Farms Inc v C & M Farming Ltd*<sup>39)</sup> 판결을 보면 다음과 같다. 사안의 매매계약에는 영국을 중재지로 하는 중재조항이 삽입되어 있었고, 주된 계약의 준거법으로는 미국 아칸소(Arkansas)주법이 지정되어 있었다. 당사자들은 중재합의의 준거법을 지정하지 않았는데, 법원은 중재합의에 적용될 법으로 당사자 간 체결된 주된 계약의 준거법인 아칸소주법이 적용되어야 한다고 판단하였다.

영국의 2012년 *Arsanovia Ltd and others v Cruz City 1 Mauritius Holdings*<sup>40)</sup> 판결에서도 계약준거법주의가 채택되었다. 사안에서는 계약상 영국 런던을 중재지로 하는 중재조항이 삽입되어 있었는데, 주된 계약의 준거법으로는 당사들에 의해 인도법이 지정되어 있었다. 중재합의의 유효성을 판단하는 준거법 문제가 제기되자, 법원은 주된 계약의 준거법은 인도법이므로 중재합의의 유효성도 인도법에 의하여 해석되어야 한다고 보았다. 주된 계약의 준거법 합의가 ‘명시적’이라면 그러한 명시적인 합의에 근거하여 중재합의의 준거법을 결정해야 한다는 논리였다.

주식양도에 관한 국제계약에서 중재합의의 유효성이 다루어진 2016년 싱가포르 고등법원의 *BCY v BCZ*<sup>41)</sup> 판결에서도 계약준거법주의를 채택하고 있다. 사안에서는 주된 계약의 준거법으로 미국 뉴욕주법이 지정되어 있었고, 싱가포르를 중재지로 하는 중재조항도 계약에 포함되어 있었다. 법원은 중재합의에 적용될 법이 정해지지 않았다 하더라도 당사자들이 계약의 실체에 적용될 준거법을 명시적으로 지정했다면, 이는 중재합의에 관해서도 그 법의 적용을 받도록 한 것이라는 ‘당사자 의도의 강력한 지표’(strong indication of the parties’ intentions)로 볼 수 있다는 점에서 주된 계약의 준거법인 뉴욕주법이 중재합의에 적용될 법이라고 판단하였다.

이 밖에도 계약준거법주의를 취하는 ICC 중재판정례가 몇 가지 제시된 바 있다.<sup>42)</sup>

## 2. 중재지법주의

중재지법주의란 당사자들이 계약상 준거법 지정을 명시적으로 하지 않은 경우, 중재판정이 내려진 국가의 법, 즉 중재지법이 중재합의의 준거법이 된다고 보는 견해이다.<sup>43)</sup> 특

38) Yves Derains, “The ICC Arbitral Process - Part VIII: Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration,” *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 6, No. 1, 1995, pp.16-17.

39) [2004] EWHC 121.

40) [2012] EWHC 3702 (Comm).

41) [2016] SGHC 249.

42) ICC Arbitral Award Case no. 6379, *ICC Yearbook Commercial Arbitration XVII* (1992) p.212; ICC Arbitral Award Case no. 6752, *ICC Yearbook Commercial Arbitration XVIII* (1993) p.53.

43) Alan Redfern *et al.*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., Sweet & Maxwell,

히, 당사자들이 분쟁의 실체에 적용될 법을 지정하였다는 사실이, 중재합의도 같은 준거법에 의하여 판단되어야 함을 의미하는 것은 아니라는 것이다.<sup>44)</sup> 이는 중재합의의 독립성 내지는 분리가능성 원칙을 강조하고 있는 견해이다.

런던국제중재법원(London Court of International Arbitration, LCIA) 중재규칙(Arbitration Rules)이 이러한 중재지법주의를 취하고 있다. LCIA 제16.4조에 따르면, 중재합의 및 중재에 적용될 법률은 ‘중재지법’(the law applicable at the seat of the arbitration)이라고 규정한다. 다음과 같은 사례들이 중재합의의 준거법 결정 기준으로 중재지법주의를 채택하고 있다.

영국의 2000년 *XL Insurance v Owens Corning*<sup>45)</sup> 판결에서는 버뮤다 법인인 원고가 미국 델라웨어주 법인인 피고와 손해보험계약을 체결하였고 보험금 지급 분쟁이 발생하였다. 보험증권에는 계약의 준거법으로 미국 뉴욕주법이 지정되어 있었는데, 영국 런던을 중재지로 하는 중재조항도 분쟁해결조항으로 포함되어 있었다. 해당 중재조항에는 1996년 영국 중재법에 의해 중재절차를 진행하기로 합의되어 있었다. 다만, 중재합의의 준거법에 대해서는 명시적인 합의가 없었다. 분쟁이 발생하였고, 피고는 미국 법원에 소송을 제기하였다. 원고는 중재조항을 이유로 영국 법원에 소송금지를 신청하였다. 피고는 계약준거법인 뉴욕주법에 따를 때, 본 사안의 중재합의가 무효라고 주장하였다. 영국 법원은 “사안의 중재조항에는 1996년 영국 중재법에 따라 중재가 진행된다는 규정이 있고, 이는 중재지인 영국법을 중재합의의 준거법으로 결정하고자 하는 당사자의 의사를 나타내는 것”이라고 하면서, 중재합의의 준거법으로 중재지법인 영국법이 적용되어야 한다고 판단하였다.

영국 항소법원의 2007년 *C v D*<sup>46)</sup> 판결을 보면, 보험증권상 계약의 준거법으로는 미국 뉴욕주법이 지정되어 있었고, 영국 런던을 중재지로 하는 중재조항이 계약에 포함되어 있었다. 보험자는 영국법이 중재에 적용될 절차법이 된다고 하더라도, 명시적인 계약준거법으로 지정된 뉴욕주법에 의해 중재합의의 유효성을 판단해야 한다고 주장하였다. 이에 반해 피보험자는 영국법이 중재에 적용될 절차법이 되므로 중재합의의 유효성에 관한 분쟁은 영국 법원만이 관할권을 가진다고 항변하였다. 법원은 중재합의의 분리가능성을 전제로 당사자들이 중재합의의 준거법을 합의하지 않은 경우에는 가장 밀접한 관련성을 가지는 법이 중재합의의 유효성 판단에 적용될 법이 된다고 판단하였다. 나아가 본 사안에서는 주된 계약의 준거법보다 중재지법이 밀접한 관련성을 가진다고 판단하며 중재지법을 중재합의의 준거법으로 결정하였다.

2012년 영국 항소법원의 *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia*

2004, p.130.

44) 김갑유, 전게논문(주8), p.181; 이호원, “외국중재판정의 승인 및 집행”, 『재판자료』, 제34집(섭외사건의 제문제(하)), 법원행정처, 1986, p.675.

45) [2000] 2 LLR 500.

46) [2007] EWCA Civ. 1282.

SA<sup>47)</sup> 판결(이하 ‘*Sulamerica* 판결’이라 한다)도 중재지법을 택하고 있는 사례 중 하나이다.<sup>48)</sup> 사안은 브라질에서의 수력발전소 건설계약과 관련한 보험계약상의 분쟁으로, 보험자와 피보험자 모두 브라질 법인이었다. 보험약관상에는 브라질법을 계약의 준거법으로 지정한 준거법 조항이 있었고, 영국 런던을 중재지로 하는 중재조항도 포함되어 있었다. 다만, 중재조항에 관하여는 명시적인 준거법이 지정되어 있지 않았다.

분쟁이 발생하자, 보험자는 런던에서 중재신청을 하였고, 피보험자는 브라질 법원에 소송을 제기하였다. 그러나 보험자는 중재합의를 근거로 영국 법원에 소송금지 신청을 제기하면서, 중재합의의 유효성 판단 여부가 논란이 되었다. 사안에서는 중재합의의 준거법에 관한 명시적인 합의는 없었으나, 보험약관상의 준거법으로 브라질법이 지정되어 있었으므로, 브라질법이 중재합의의 준거법에 관한 묵시적인 합의로 인정될 가능성이 있었다.

법원은 “사안에서는 중재조항이 있고 영국 런던이 중재지로 선택되어 있으므로, 당사자들이 1996년 영국 중재법을 중재에 적용하는 준거법으로 의도하고 있다”면서, “만약 브라질법이 적용되는 경우에는 중재합의가 무효가 되는 것이므로 이러한 점에 비추어 당사자간의 묵시적 합의도 본 사안에서는 존재하지 않는다”고 보았다. 결국 법원은 “브라질법은 본 사안의 실체관계에 적용될 법이고, 중재합의의 관점에서는 관련성이 없다”면서, “중재지로서 런던이 선택되어 있으므로 당사자들은 영국법에 근거해 분쟁을 해결하고자 하는 의도를 가지고 있다”고 판단하였다. 즉, 중재합의의 준거법은 중재지법인 영국법이 된다고 본 것이다.

2014년 싱가포르 고등법원의 *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*<sup>49)</sup> 판결(이하 ‘*FirstLink* 판결’이라 한다)도 중재합의의 준거법으로 중재지법주의를 택하고 있다. 사안에서는 쌍방 당사자 모두 싱가포르 법인이었으나, 주된 계약의 준거법은 특정 국가의 법률이 아닌 스웨덴의 ‘스톡홀름 상업회의소 중재원’(Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce)의 법이 지정되어 있었다. 또한 중재지를 스웨덴 스톡홀름으로 하는 중재조항도 계약에 포함되어 있었다. 분쟁이 발생하였고, 원고가 중재조항에도 불구하고 싱가포르 법원에 소송을 제기하자, 피고는 소송금지를 신청하였다. 법원은 사안의 당사자들이 주된 계약의 준거법보다는 중재지법을 중재합의에 적용될 법으로 정하고자 했던 묵시적 합의가 존재한다고 보고, 중재지법인 스웨덴법이 중재합의의 준거법이 된다고 판단하였다.

2020년 영국 대법원의 *Enka*<sup>50)</sup> 판결에서도 중재합의의 준거법 결정이 쟁점이 되었다. 당사자들은 러시아에서 발전소 건설계약을 체결하면서 중재지를 런던으로 하는 중재조항

47) [2012] EWCA Civ 638, para.11

48) Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, 2015, p.159.

49) [2014] SGHCR 12.

50) *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb (Rev1)* [2020] UKSC 38.

을 계약에 삽입하였다. 그러나 본 계약의 실체에 적용될 준거법에 대해서는 명시적인 합의가 없었고, 중재합의에 적용될 법에 대해서도 특별한 정함이 없었다. 분쟁이 발생하자, 중재합의의 유효성이 바로 논란이 되었다. 대법원은 중재합의의 분리가능성을 전제로, “준거법에 대해 당사자 간 명시적인 또는 묵시적인 지정이 없는 경우, 가장 밀접하고 가장 현실적인 관련을 갖는 법이 적용되어야 한다”고 밝히면서, 본 사안의 가장 밀접한 관련지법은 중재지법인 영국법이라고 판단하였다. 그 이유로는 ① 중재가 적법하게 이루어지는 곳은 중재지라는 점, ② 뉴욕협약의 접근방식과 정합적이라는 점, ③ 계약에 특정한 중재지를 선택한 당사자의 합리적인 기대를 보호할 필요가 있다는 점, ④ 명시적이거나 묵시적인 법률의 선택이 없을 때, 어떠한 법률이 적용되는지 당사자가 쉽게 알 수 있게 하기 위해 중재지법이 적용될 필요가 있다는 점 등이 제시되었다.

이 밖에도 명시적으로 합의된 주된 계약의 준거법이 아닌 중재지법을 적용하여 중재합의의 유효성을 판단한 ICC 중재판정 6149호<sup>51)</sup> 또는 중재합의의 준거법은 반드시 주된 계약의 준거법에 의할 필요가 없음을 지적하며 중재지법을 중재합의의 준거법으로 판단한 ICC 중재판정 6162호<sup>52)</sup> 등 중재지법주의를 취한 몇몇 ICC 중재판정례가 존재하고 있다.

### 3. 공통의사주의

공통의사주의(parties' common intention)는 프랑스 법원에서 채택하고 있는 중재합의 준거법 결정기준으로, 당사자들의 공통적 의사표시에 따라 중재합의의 존재와 범위가 배타적으로 결정되는 방식이다.<sup>53)</sup> 이 방식에 따르면, 중재합의의 결정을 위한 특정국의 국내법적 적용이 배제되며, 국제적인 법의 일반 원칙이 직접적으로 적용된다. 이를 통해 전통적으로 발생하는 저촉법적인 문제를 회피할 수 있게 되며, 국내법으로부터 분리된 당사자처치를 중심으로 중재합의의 독립성 원칙을 확보할 수 있다고 한다.<sup>54)</sup>

공통의사주의는 1993년의 프랑스 대법원(Cour de Cassation)<sup>55)</sup> 판결인 *Dalico* 사건에서 처음으로 제시되었다.<sup>56)</sup> 대법원에서는 “국제적인 중재합의의 유효성 판단은 특정 국가의 국내법이 적용되는 것이 아니라, 국제적인 중재법의 실체 준칙이 적용되어야 하고, 그러한 준칙의 구체적인 내용은 당사자들의 공통의사에 기초해야 한다”고 판시하였다.<sup>57)</sup> 다만, 공

51) ICC Arbitral Award Case no. 6149, *ICC Yearbook Commercial Arbitration* XX (1995), p.41.

52) ICC Arbitral Award Case no. 6162, *ICC Yearbook Commercial Arbitration* XVII (1992), p.153.

53) 공통의사주의에 관한 소개는 Blackaby *et al.*, *supra* note 48, pp.164-165 참조.

54) Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, para.388.

55) ‘파기원’(破棄院)이라고도 불리나, 여기서는 대법원으로 번역한다.

56) Cour de Cassation, Civ. 1ere, 20 Décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb v Société Dalico* [1994] Rev Arb 116.

57) *ibid.* p.117.

통의사주의에 따른다 하더라도, 당사자의 공통적 의사가 명시적으로 특정 국가의 국내법을 지정하고 있을 때에는, 그러한 국내법이 중재합의의 준거법으로 결정된다고 한다.<sup>58)</sup>

#### 4. 결합주의

입법례에 따라서는 국제사법에서 중재합의의 준거법에 관해 별도의 규정을 두고 있는 경우가 있는데, 스위스의 연방국제사법(Federal Act on Private International Law)이 그러한 예이다. 결합주의(combining several approaches)란 이러한 스위스 국제사법이 취하고 있는 중재합의 준거법 결정 방식을 의미한다.<sup>59)</sup>

스위스 국제사법 제178조 제2항에 따르면, 중재합의의 유효성 판단에 적용될 법으로, ① 중재합의 유효성에 관한 준거법으로 지정한 법, ② 주된 계약의 준거법으로 지정한 법, 또는 ③ 스위스법 중 어느 하나의 법을 적용하여, 유효성이 증명되는 경우 해당 중재합의가 유효하다고 인정할 수 있다고 한다. 스위스 법원에서는 이와 같은 국제사법 규정에 따른 결합주의 방식으로 중재합의의 준거법을 결정한다.

### IV. *Kabab-Ji* 판결의 검토 및 시사점

#### 1. 프랑스 항소법원 판결과의 비교

*Kabab-Ji* 판결은 레바논 법인인 *Kabab-Ji*(원고)와 쿠웨이트 법인인 *Al-Homaizi*가 체결한 국제가맹계약상의 분쟁사건이다. 본건 가맹계약에는 영국법을 계약의 준거법으로 지정한 준거법 조항이 있었고, 프랑스 파리를 중재지로 하는 중재조항도 포함되어 있었다. 문제는 *Al-Homaizi*가 *KFG*(피고)의 자회사로 편입된 이후 분쟁이 발생하였다는 점이다. *Kabab-Ji*는 *KFG*를 상대로 중재를 신청하였고, 파리에서 중재판정이 내려졌다. 그러나 *KFG*는 중재합의의 유효성을 문제삼고 프랑스 법원에 중재판정 취소소송을 제기하였다. 중재합의의 당사자는 *Al-Homaizi*이지 *KFG*가 아니라는 것이었다. *Kabab-Ji*는 이와는 별도로 영국 법원에 본건 중재판정의 집행재판을 신청하였다.

이처럼 사안은 프랑스에서 중재판정이 내려진 이후, 한쪽은 중재합의의 유효성을 지적하며 중재판정 취소소송을 프랑스에서 제기한 반면, 다른 한쪽은 해당 중재판정의 집행을

58) Cour de Cassation, Civ. 1ere, 30 Mars 2004, *Société Uni-Kod v Société Ouralkali* [2005] Rev Arb 959.

59) Blackaby *et al.*, *supra* note 48, p.165.

영국에서 신청한 사건으로, 복잡한 절차 진행이 전개되었다. 일자별로 절차 진행의 경과 순서를 정리하면 다음 표와 같다.

[표1] 본 사안의 일자별 사건 및 절차 진행 경과

일자	사건 및 절차 진행	비고
2001. 07. 16.	Kabab-Ji와 Al-Homaizi 간의 가맹계약 체결	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 가맹계약상 중재조항 삽입</li> <li>• 중재조항 - 프랑스 파리를 중재지; ICC 중재규칙에 따름</li> <li>• 준거법 - 영국법</li> </ul>
2005. 00. 00.	Al-Homaizi의 기업회생절차	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Al-Homaizi → KFG의 자회사로 재편</li> </ul>
2017. 00. 00.	Kabab-Ji의 중재신청 제기	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 중재신청인 - Kabab-Ji</li> <li>• 중재피신청인 - KFG</li> </ul>
2017. 09. 17.	중재판정 (프랑스, 파리)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 준거법 프랑스</li> <li>• KFG의 중재합의 당사자자격 인정</li> </ul>
2017. 12. 13.	KFG의 중재판정 취소소송 제기	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 프랑스 파리항소법원</li> </ul>
2017. 12. 21.	Kabab-Ji의 중재판정 승인·집행재판 제기	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 영국 상사법원</li> </ul>
2018. 02. 07.	중재판정 집행결정	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 영국 상사법원</li> </ul>
2018. 03. 01.	KFG의 중재판정 승인·집행거부 소송 제기	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 영국 상사법원 (본건 제1심)</li> </ul>
2019. 03. 29.	제1심 판결 : 중재판정 집행재판 보류	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 준거법은 영국</li> <li>• 프랑스 법원의 소송 결과가 나올때 까지 재판절차 보류</li> </ul>
2019. 04. 00.	Kabab-Ji와 KFG 모두 항소	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 영국 항소법원 (본건 항소심)</li> </ul>
2020. 01. 20.	본건 항소심 판결 : 중재판정 집행거부 판결	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 준거법은 영국</li> <li>• KFG의 중재합의 당사자자격 부정</li> </ul>
2020. 02. 00.	영국 법원 판결에 대한 Kabab-Ji의 상고	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 영국 대법원 (본건 최종심)</li> </ul>
2020. 07. 23.	프랑스 파리항소법원 재판결과	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 준거법은 프랑스</li> <li>• KFG의 중재합의 당사자자격 인정</li> </ul>
2020. 08. 00.	프랑스 법원 판결에 대한 KFG의 상고	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 프랑스 대법원</li> </ul>
2021. 10. 27.	본건 대법원 판결 : 중재판정 집행거부 판결 → 항소심 확정	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 준거법은 영국</li> <li>• KFG의 중재합의 당사자자격 부정</li> </ul>

중재합의에 적용될 준거법에 대해서는 당사자 합의가 애초에 없었다. 그러나 피고인 KFG가 당사자자격 문제를 제기하면서, 중재합의의 유효성이 쟁점화된 것이다. 가장 논란이 되었던 점은 KFG의 당사자적격을 파악하기 위해 중재합의의 준거법을 확정해야 하는데, 준거법 선택에 따라 KFG의 당사자성이 긍정되거나 부정될 수 있다는 것이었다. 위

표에서 보는 바와 같이, 실제로 프랑스 법원에서는 KFG의 당사자성을 인정한 반면, 영국 법원에서는 이를 부정하고 있다. 결국 사안의 가장 핵심적인 쟁점은 중재합의의 성립과 유효성에 관한 준거법을 어떻게 결정하느냐 하는 것이었다.

종래 영국에서는 중재합의의 준거법 결정과 관련하여, 2012년의 *Sulamerica* 판결에서 제시된 ‘3단계 test’ 절차를 그 판단기준으로 적용하고 있었다. *Sulamerica* 판결의 ‘3단계 test’는, ① 당사자의 명시적인 합의가 있으면 그러한 합의대로 준거법을 정하고, ② 명시적인 합의가 없으면 당사자의 묵시적인 합의가 지정하는 법을 준거법으로 정하며, ③ 묵시적인 합의도 없는 경우라면, ‘가장 밀접한 관련지법’(most closely connected with the law of the place)에 의해 중재합의의 준거법을 정하도록 하는 것이다. 물론 최밀접관련지를 준거법 결정의 기준으로 파악하는 시각은 *Sulamerica* 판결에서 처음 제시된 것은 아니지만, 중재합의의 유효성 판단에 관한 준거법 결정과 관련해서는 비교적 최근에 정립된 선례로서 적용되어 온 것이다.

*Kabab-Ji* 판결 역시 *Sulamerica* 판결에서 제시된 ‘3단계 test’를 적용하여, 외형상으로는 ‘계약준거법주의’를 공식적으로 채택하고 있다. 즉, ① 중재합의의 준거법에 관한 당사자 간 명시적인 합의는 없었으나, ② 주된 계약의 준거법을 영국법으로 지정한 계약준거법 조항은 존재하므로, 이를 통해 중재합의의 준거법도 영국법으로 지정하겠다는 당사자 간의 묵시적인 합의를 추정할 수 있다는 것이다.

위 표에서 알 수 있듯이, *Kabab-Ji* 판결의 항소심은 2020년 1월에 내려졌고, 최종심은 2021년 10월에 내려졌다. 반면에 프랑스 파리항소법원의 재판결과는 2020년 7월에 제시되었는데, 그 준거법 판단의 해석론이 영국 법원의 입장과는 크게 달랐다. 파리항소법원은 중재합의에 적용될 법은 프랑스법이라고 밝히면서, KFG의 중재판정 취소소송을 기각하였다. 프랑스 법원은 ① 국제적인 중재합의의 준거법은 국내법적 요소가 아닌 국제적인 법원칙과 공서양속을 근거로 삼아야 하고, ② 이를 통해 당사자의 공통된 의사를 규명하여 결정해야 한다. ③ 이점에서 중재지를 프랑스 파리로 정했다는 당사자의 의사가 계약에 존재하므로, 중재합의에 적용될 법으로 당사자들은 프랑스법을 지정하고자 했던 공통적인 의사가 있었다고 판단하였다. 이러한 준거법 결정이론은 종래 프랑스 법원의 해석론상 전개된 ‘공통의사주의’에 기반한 것으로 볼 수 있다. 아울러, 프랑스 법원은 당사자의 법정지 선택에 우선순위를 둔 것으로도 해석할 수 있었는데, 그러한 점에서는 중재지법주의를 취한 결론과 큰 차이가 없다. 동시에 중재조항의 완전한 독립성을 강조하였다는 점에서도 중요한 의미를 지닌다.

만약 본 사안에서 주된 계약의 준거법 조항이 지정되지 않았더라면, 영국 법원과 프랑스 법원이 동일한 결론에 이르렀을까하는 의문이 있다. 다시 말하면, 계약준거법의 명시 지정이 없었다면, 영국 법원에서도 중재지법주의에 따라 프랑스법을 중재합의의 준거법으

로 결정할 수 있었을까 하는 점이다. 확실한 것은 프랑스 법원이 계약준거법에 대해 영국법을 명시적으로 지정하고 있음에도 당사자의 법정지 선택을 우선시하여 중재지법인 프랑스법을 중재합의의 준거법으로 결정하였다는 것이다. 이점에서는 *Kabab-Ji* 판결의 영국법원과 프랑스 법원의 이론적 기반의 전제가 달리 형성되고 있음을 확인할 수 있다.

## 2. 2020년 *Enka* 판결과의 비교

2020년 영국에서는 *Enka* 판결을 통해 중재합의의 준거법 결정에 관한 최초의 대법원 판결이 내려졌다. *Kabab-Ji* 판결은 *Enka* 판결이 내려진 바로 그 다음해에 제시된 대법원 판결로, 중재합의의 준거법 확정이 쟁점이 되었다는 점에서는 동일한 법리 전개가 예상되었다. 그러나 표면적으로 2020년의 *Enka* 판결은 중재지법주의를 따르고 있고, 2021년의 *Kabab-Ji* 판결은 계약준거법주의를 따랐다는 입장 차이가 발생하였다.

*Enka* 판결에서도 ‘3단계 test’를 적용하였다. 일단 ‘3단계 test’를 개시하면, 당사자 합의의 존재를 사안에서 찾게 되는데, 이 과정에서 *Enka* 판결과 *Kabab-Ji* 판결은 큰 차이가 있었다. *Enka* 판결은 ‘중재판정이 내려지기 이전’에 중재합의의 일방이 중재 대신 소송을 제기하여 상대방이 방소항변으로 유효한 중재합의의 존재를 주장하는 사안이었다. 게다가 *Enka* 판결에서는 중재합의에 적용될 준거법 합의는 물론이고 주된 계약의 준거법에 대해서도 당사자 간 그 어떠한 합의가 이루어지지 않았다. 단지 중재지를 런던으로 한다는 중재조항만이 삽입되어 있을 뿐이었다. 즉, *Enka* 판결의 대법원은 ① 명시적인 합의도 없고, ② 묵시적인 합의도 찾을 수 없으므로, ③ ‘중재지법’인 영국법을 가장 밀접한 관련지로 중재합의의 준거법으로 결정한 것이었다.

반면에 *Kabab-Ji* 판결은 ‘중재판정이 내려진 이후’인 집행단계 시점에서 중재합의의 준거법 쟁점이 제기된 된 사안이다. *Enka* 판결에서는 뉴욕협약이 적용될 여지가 없었지만, *Kabab-Ji* 판결의 대법원은 뉴욕협약상의 원칙을 적용하고 그 해석론을 제시하여야 했다. *Kabab-Ji* 판결에서 해석한 뉴욕협약 제5조 제1항 a호의 취지는 “집행단계에서 중재합의의 준거법을 명시하고 있으므로, 중재합의의 준거법에 대한 당사자 간의 명시적인 지정이 있는 경우에는 그 법이 준거법이 된다”는 것이었다. 이점에 대해서는 법원에서도 이론의 여지가 없다고 보았다. 문제는 중재합의의 준거법이 명시적이지 않은 경우이다. *Kabab-Ji* 사안에서는 영국법이라는 당사자의 명시적 계약준거법 지정을 중재합의의 묵시적인 준거법 지정으로도 볼 수 있는가가 논점이 된 것으로 대법원은 이를 긍정한 것이다.

다시 말하지만, *Enka* 판결에서는 주된 계약의 준거법이 지정되지 않았었다. 명시적으로도 묵시적으로도 지정하지 않아 주된 계약의 준거법이 객관적 연결에 의해 결정된 경우이므로, 이때에는 중재지법이 중재합의의 준거법으로 결정된다고 본 것이다. 이처럼 *Enka*

판결은 외관적으로 *Kabab-Ji* 판결과는 다른 ‘중재지법주의’를 취한 것으로 보이나, 해석론적으로는 ‘3단계 test’를 동일하게 적용하였다는 점에서 *Kabab-Ji* 판결의 법리 구조와 실질적인 차이가 없다.

### 3. 우리나라 대법원 판결과의 비교

중재합의의 준거법 결정에 관하여는 우리법상으로도 통설적 이론이 확립되어 있지 않다. 1990년대에 내려진 몇 개의 대법원 판결들이 ‘중재지법주의’에 따른 준거법 결정기준을 제시하였다고 파악되고 있을 뿐이다.<sup>60)</sup>

먼저 1990년의 88다카23735 판결<sup>61)</sup>이 있다. 본 사안에서는 한국법인인 피고 범양상선이 미국법인인 대우인터내셔널과 옥수수를 운송하기로 하는 용선계약을 체결하고 선하증권을 발행하였다. 선하증권상에는 이 사건의 원고인 농협이 수하인으로 기재되어 있었으나, 이는 수입업자에 대한 신용장 대금을 담보하기 위한 것이었다. 선하증권에는 영국 런던을 중재지로 하는 중재조항이 포함되어 있었고, 계약의 준거법에 대해서는 명시적인 지정이 없었다. 화물인도에 관한 분쟁이 발생하자, 원고는 한국에서 손해배상청구 소송을 제기하였고, 피고는 본안전 항변으로 런던을 중재지로 하는 중재합의의 존재를 주장하였다. 사안에서는 신용장 대금의 담보 목적으로 선하증권을 소지한 자에 대하여 중재합의의 효력이 미치는지 여부가 쟁점이 되었다.

대법원은 “중재계약이 유효한지의 여부나 그 효력은 중재가 행하여지는 국가의 법이나 중재조항상의 준거법에 따라 판단되어야 한다. … (생략) … 본건 선하증권상의 중재조항에는 ‘이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 런던에서 업무수행중인 중재인들 중 쌍방당사에 의하여 선임되고 의장 중재인 1인을 선임할 권한을 가진 2인의 중재인의 최종중재에 회부되어야 한다’고 규정되어 있으나, 영국의 법원이나 중재인들은 당사자 사이에 영국에서의 중재합의가 있는 경우에는 반대의 특약이 없는 한 준거법도 영국법으로 하기로 하는 합의가 있었던 것으로 보고 중재절차에 영국법을 적용하고 있는데 그 준거법에 의하면 이 사건 선하증권상에 수하인으로 기재되어 있으나 오직 신용장 대금의 담보를 위하여 이 선하증권을 소지하게 되었고, 또한 운송물이 이미 멸실되어 선하증권을 제시하여도 새로이 운송계약상의 당사자의 지위를 취득할 수 없게 된 원고로서는 피고와의 사이에 운송계약에 부수된 유효한 중재계약이 있었음을 주장할 수가 없다”고 하면서, “중재조항이 삽입되어 있으나 중재준거법에 의하면 유효한 중재계약이 있었음을 주장할 수 없게 된 경우에는 유효한 중재계약이 존재한다고 볼 수 없거나 그 이행이 불능하다고 보아야 한

60) 대법원 판결에 대한 분석으로는 김갑유 외, 전게서(주2), pp.127-129 참조.

61) 대법원 1990. 2. 13. 선고 88다카23735 판결.

다”고 판단하였다.

이처럼 대법원 88다카23735 판결은 ① 당사자 간 중재합의의 준거법 합의가 명시적이면 그에 따르고, ② 그러한 합의가 없으면 중재지법에 따라 준거법을 정하는 준거법 결정이론을 제시하고 있다. 다만, 88다카23735 판결은 소송절차가 진행되는 단계에서 방소항변으로 중재합의의 존재가 주장된 사안으로, 집행단계에서 중재합의의 준거법 쟁점이 다루어진 *Kabab-Ji* 판결과는 사실관계가 다르다는 점에 유의하여야 한다. 88다카23735 판결은 오히려 2020년의 *Enka* 판결의 사실관계 전개와 유사한데, 두 판결 모두 중재지법주의에 따라 중재합의의 준거법을 결정하였다는 특징이 있다.

한편 같은 해인 1990년의 대법원 89다카20252 판결<sup>62)</sup>에서도 중재합의의 준거법 결정이 쟁점이 되었는데, 이 판결은 상기 88다카23735 판결과는 달리 중재판정의 집행단계에서 중재합의의 준거법 결정이 문제되어 뉴욕협약 제5조 제1항 a호가 직접 적용되었다. *Kabab-Ji* 판결과는 그 해석론을 직접 비교해 볼 수 있다는 점에서 중요한 판례이다.

대법원 89다카20252 판결에서는 ① 주된 계약의 준거법으로 영국법이 지정되었고, ② 영국의 LCIA 중재규칙에 따라 중재를 진행하기로 하는 중재합의가 포함되어 있었다. 이 사안의 피고는 중재합의가 철회되어 유효한 중재합의가 존재하지 않는다고 주장하였다. 즉, 중재합의의 철회가 가능한지 여부를 판단하는 준거법으로 어떠한 법률이 적용되어야 하는지가 쟁점이 된 것이다. 대법원은 외국중재판정의 집행단계에서 있어서 중재합의의 준거법은 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 따라 결정하여야 한다는 점을 전제로,<sup>63)</sup> “중재합의의 철회가 가능한지 여부는 결국 중재합의의 효력에 관한 문제로서 이 점에 관하여 뉴욕협약 제5조 제1항 가호 후단은 1차적으로 당사자 등이 준거법으로 지정한 법령에 의하고, 그 지정이 없는 경우에는 중재판정을 내린 국가의 법령에 의하여 판단하도록 규정하고 있는 바, 매매계약서에 ‘... 본 계약하에서 또는 그와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 본 계약일의 런던중재법원규칙에 따라 중재에 의하여 결정된다 ...’라는 조항이 포함되어 있는 경우에는 당사자가 중재합의의 준거법으로 영국법을 지정하였다고 볼 것”이라는 점에서 영국법을 중재합의의 준거법으로 결정하였다. 즉, 당사자들이 영국의 LCIA 중재규칙에 따라 중재를 진행하기로 합의한 것은 중재장소는 영국 런던, 중재기관은 LCIA, 중재절차의 준거법은 LCIA 중재규칙으로 지정한 것이므로, 이를 근거로 했을 때, 당사자들이 중재합의의 준거법을 영국법으로 지정하였다고 해석한 것이다. 대법원은 “영국법에 의하면 위와 같은 서면에 의한 중재합의(written arbitration agreement)는 당사자의 일방이 임의로 철회할 수 없게 되어 있다”라는 점을 지적하며, 피고의 중재합의 철회 주장을 배척하였다.

대법원 89다카20252 판결 역시 “중재계약이 유효한지의 여부나 그 효력은 중재가 행하

62) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결.

63) 김갑유 외, 전게서(주2), pp.129

여지는 국가의 법이나 중재조항상의 준거법에 따라 판단되어야 한다”고 하며 중재지법 주의에 따라 준거법 결정 이론을 제시하였는데, 그 이론구성은 88다카23735 판결의 그것과 동일하다. 다만, 중재판정의 승인·집행 단계에서 중재합의의 유효성 검증이 제기되었다는 점, 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 관한 해석론이 제시되었다는 점에서는 *Kabab-Ji* 판결과 유사한 사실관계 구조를 띠고 있다.

그러나 89다카20252 판결에서 대법원은 “뉴욕협약 제5조 제1항 a호 후단은 1차적으로 당사자들이 준거법으로 지정한 법령에 의하고, 그 지정이 없는 경우에는 중재판정을 내린 국가의 법령에 의하여야 한다”는 점을 명시하고, 본 사안에서는 그러한 지정이 없으므로, 중재지법인 영국법을 준거법으로 결정하고 있는데, *Kabab-Ji* 판결과는 다른 이론구성을 보이고 있다.

대법원은 어디까지나 뉴욕협약 제5조 제1항 a호의 문리해석에 철저한 반면, *Kabab-Ji* 판결은 그보다는 주된 계약의 준거법 지정이 명시적인 경우 중재합의의 준거법도 계약준거법을 적용하기로 하는 당사자의 묵시적인 합의를 추정할 수 있다고 파악하였다. 대법원이 중재지법주의를 철저히 관철하였다면, *Kabab-Ji* 판결은 외형적으로든 내재적으로든 계약준거법주의를 취하고 있는 것이다. 예컨대, 89다카20252 판결에서, 주된 계약의 준거법이 한국법으로 지정되었고 중재지법은 영국법으로 지정되었다고 가정할 때, 만약 이 경우에도 대법원이 뉴욕협약 제5조에 따라 중재합의의 준거법을 중재지법인 영국법으로 판단할 수 있었을까?<sup>64)</sup> 이 경우에도 대법원이 중재지법주의를 적용하여 영국법이 중재합의의 준거법이 된다고 판단한다면, *Kabab-Ji* 판결과는 전혀 다른 취지의 해석론을 제시하게 되는 것이다.

#### 4. *Kabab-Ji* 판결의 시사점

중재합의의 성립과 실질적인 유효성의 준거법은 당사자들이 중재합의의 준거법으로 지정한 법에 의하는 것이 원칙이다. 우리나라 중재법이나 국제사법은 이러한 중재합의의 준거법을 정하는 기준에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않지만, UNCITRAL 모델중재법 제36조 제1항이나 뉴욕협약 제5조 제1항 a호는 이러한 당사자 자치 원칙을 확인하고 있다. 문제는 그러한 지정이 없는 경우인데, 특히 문제가 되는 것은 당사자가 주된 계약의 준거법을 A국법으로 선택하면서 중재지는 B국으로 합의하는 경우이다. 즉, 중재합의의 준거법에 대해서는 명시적인 지정이 없으나, 중재조항을 포함한 주된 계약의 준거법에 대해서는 명시적으로든 묵시적으로든 합의가 있었다면, 이를 중재합의에도 그 법을 적용하기

64) 대법원 89다카20252 판결에 대하여는 중재합의의 준거법을 영국법이라고 본 근거가 분명하지 않고, 또한 분쟁 실제의 준거법과 중재합의의 준거법을 명확하게 구별한 것인지 의문이라는 지적이 있다. 이에 관하여는 석광현, 전게서(주3), pp.118-119 참조.

로 하는 묵시적인 준거법 지정으로 볼 수 있는가이다. 이 문제는 중재합의의 준거법 결정 기준과 관련하여 오래전부터 제기되어온 핵심적인 쟁점 중의 하나인데, *Kabab-Ji* 판결에서는 바로 이 문제가 본격적으로 다루어진 것이다. *Kabab-Ji* 판결의 취지에 갈음하여 본 판결의 해석론이 제시하는 시사점을 다음과 같이 정리해 본다.

우선, 국제중재사건에서 중재합의의 준거법이 지정되지 않은 경우, 명시적이든 묵시적이든 주된 계약의 준거법이 지정되었다면, 당사자들은 그 법을 중재합의의 준거법으로도 묵시적으로 지정하였다고 추정된다. 이는 *Kabab-Ji* 판결에서 영국 대법원이 채택한 준거법 결정기준으로, 이른바 ‘계약준거법주의’에 따른 것이다. 중재조항 역시 계약의 일부인 하나의 조항이라는 점, 당사자가 선택한 계약준거법이 묵시적 합의로 형성되어 중재합의의 유효성 판단에도 확대·적용될 수 있다는 점, 주된 계약으로부터 중재합의가 실제적인 계약으로서 가지는 성질을 완전히 분리시키는 것은 어렵다는 점 등에서는 계약준거법주의의 합리성을 확인할 수 있다. 중재지법주의에 따라, 당사자가 법정지를 선택하였다는 것 자체에 큰 의미를 부여하고 거기에 당사자의 묵시적 의사가 있었다고 추정하기에는 한계가 있기 때문이다.

그러나 당사자들이 중재지를 선택하는 과정에서는, 분쟁 실체에 적용될 법을 정하는 경우보다 더 중립적이고 독립적인 법적용의 기대를 가진다는 점에 주목하여야 한다. 실제로 2014년 싱가포르 고등법원의 *FirstLink* 판결에서는 주된 계약의 준거법에도 불구하고 중재지가 가진 중립적 성격에 의미를 부여하여 중재지법을 중재합의의 준거법으로 결정한 바 있다. 당사자에게 있어 중재지가 항상 중립적이지는 않겠으나, 중립성이야말로 당사자들이 중재에 참여하게 되는 1차적인 동기임을 부정할 수 없다. 특히 국제분쟁에 있어서는 더욱 그러하며, 중재규칙의 채택, 중재기관의 선정, 중재인 선임과 같은 중재절차의 모든 국면에서 중립적 요소는 가장 중요한 고려 사항 중 하나가 된다. 주된 계약의 준거법은 오히려 그러한 중립적인 요소로부터 보다 자유롭고, 계약형태의 특성과 구조에 따라 특정 국가의 국내법이 보다 효율적인 측면에서 적용될 수 있다는 선별성을 가질 수 있다.

중재지법이 아니라 계약준거법을 우선시킴으로서 당사자 자치의 확대를 실현한다는 논리는 (주된 계약의 준거법은 지정되었고, 중재합의의 준거법은 지정되지 않은 경우) 주된 계약에 중재합의를 종속시키겠다는 관점이 내재된 것으로도 해석할 수 있다. 그렇다면 *Kabab-Ji* 판결에서와 같이, 계약준거법주의를 확대 적용하는 경우, 상당수의 입법례에서 규정하고 있는 중재조항의 독립성(separability) 원칙과 어떠한 정합을 이룰 수 있을지가 문제가 될 것이다. 중재조항의 분리 독립성이 보편적으로 인정되고 있는 현실을 고려할 때, 주된 계약상 준거법 합의가 있다고 하여 이를 곧바로 중재합의도 같은 준거법에 따르게 한다는 것 자체가 중재조항의 독립성 원칙을 침해할 여지를 만들기 때문이다.

게다가 주된 계약상의 준거법 지정이 명시적인 것에 한하는 것인지 묵시적인 합의도

포함하는 것인지 *Kabab-Ji* 판결에서는 명확하게 밝혀지지 않았다. 예를 들어, 주된 계약의 준거법 지정이 묵시적이고 중재지는 명시적으로 지정된 경우에도, 계약준거법주의에 따르면 중재합의의 준거법은 계약준거법이 될 것인데, 과연 이를 당사자들이 의도한 실체적 합의로 볼 수 있을지 의문이라는 것이다. 특히, 국제중재에서 계약준거법주의를 지나치게 따르는 경우, 중재합의의 분리가능성 또는 독립성을 훼손할 가능성이 보다 커지지 않을까 우려된다. 뉴욕협약이나 UNCITRAL 모델법 모두 외형적으로는 중재지법주의와 같은 접근법을 취하고 있다. 이러한 시각에서 보면, 중재지법주의를 적용함으로써 제도운용의 안정성이나 법적 예측가능성을 보다 적극적으로 기대할 수 있는 이점도 있지 않을까 생각한다.

## V. 결 론

유효한 중재합의가 되기 위해서는 당사자 간 의사표시의 하자가 없어야 하고 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 등의 유효요건을 구비하여야 한다. 여기서 중재합의가 존재하지 않거나 무효 또는 효력을 상실한 경우, 아니면 그 이행이 불가능한 경우에는 그러한 중재합의의 유효성 검증이 이루어져야 하고, 그 검증의 잣대가 되는 준거법 확정 문제는 가장 중요하면서도 선결적인 작업이 될 것이다. 국제중재의 경우에는 이 문제가 고도로 복잡하게 또한 매우 중요하게 다루어지고 있다. 본 논문에서 살펴본 2021년의 *Kabab-Ji* 판결은 바로 이와 같은 중재합의의 준거법 결정 기준에 관한 것이었는데, 영국 대법원의 최종 입장을 다음과 같이 확인할 수 있었다.

*Kabab-Ji* 판결의 핵심 쟁점은 중재합의의 준거법에 대해서는 명시적인 지정이 없었으나, 중재조항을 포함한 주된 계약의 준거법에 대해서는 명시적인 합의가 있는 경우, 중재합의에도 그 법을 적용하기로 하는 묵시적인 준거법 지정으로 볼 수 있는가에 관한 것이었다. 이는 전통적으로 중재합의의 준거법 결정과 관련하여 제기되었던 가장 중요한 논란들 중의 하나이다. *Kabab-Ji* 판결에서 대법원은 종래 영국 법원에서 답습되어온 3단계 test를 거쳐 중재합의의 준거법에 대한 그러한 묵시적인 지정을 긍정하여, 계약준거법주의에 따른 이론구성을 확립하였다.

그러나 *Kabab-Ji* 판결에서 영국 대법원이 취한 계약준거법주의가 중재지에 대한 당사자들의 중립성 담보에 대한 기대, 중재조항의 분리 독립성 원칙, 중재합의의 준거법 결정에 관한 뉴욕협약이나 UNCITRAL 모델법이 택한 접근법 등을 어떠한 방식으로 양립시킬 수 있을지 다소 의문이다.

2020년 파리항소법원이 중재합의의 준거법으로 프랑스법을 결정하면서 KFG의 당사자

적격을 인정하자, KFG는 프랑스 대법원(Cour de Cassation)에 상고하였고, 현재 사안은 계류된 상황이다. 향후, *Kabab-Ji* 사건에 대한 프랑스 대법원의 최종 판결이 파리항소법원과 유사한 프랑스식의 ‘공통의사주의’에 기반한 준거법 결정이론을 제시하는 경우에는 국제중재법상 상당한 논란이 접화될 것으로 예상된다.

## 참고문헌

- 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 「중재연구」, 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006.
- 김갑유 외 (편), 「중재실무강의」, 개정판, 박영사, 2017.
- 김갑유, “중재합의의 유효성판단과 그 준거법 - 대법원 2001.10.12.선고, 99다45543판결”, 「인권과 정의」, 제331호, 대한변호사협회, 2004.
- 김용길, “중재합의의 효력범위에 관한 고찰 - 대법원 2011.12.22. 선고 2010다76573 판결을 중심으로”, 「중재연구」, 제23권 제2호, 한국중재학회, 2013.
- 목영준·최승재, 「상사중재법」, 개정판, 박영사, 2018.
- 손경한, “중재합의의 준거법과 주관적 중재적격성 - 동진썬미켄중재사건을 중심으로”, 「국제사법연구」, 제23권 제1호, 한국국제사법학회, 2017.
- 석광현, 「국제상사중재법연구 제1권」, 박영사, 2007.
- 석광현, “국제상사중재에서 중재합의의 준거법”, 「법학논총」, 제24권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2007.
- 이강빈, “국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 연구”, 「중재연구」, 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005.
- 하현수, “중국의 중재합의 준거법 결정 기준에 관한 연구”, 「무역금융보험연구」, 제22권 제4호, 한국무역보험학회, 2021.
- 한나희·하충룡, “국제물품매매에서 중재조항 성립의 해석에 관한 고찰”, 「중재연구」, 제27권 제4호, 한국중재학회, 2017.
- Baltag, Crina, & Mihaela Maravela, “Applicable Law to Arbitration Agreement and No Oral Modification Clause: Case Note on the Decision of the England and Wales Court of Appeal, 20 January 2020,” *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 13, No. 2, 2020.
- Balthasar, Stephan, *International Commercial Arbitration*, Beck/Hart, 2016.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, 2015.
- Born, Gary B., *International Commercial Arbitration Vol. III: International Arbitral Awards*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014.

- Derains, Yves, "The ICC Arbitral Process - Part VIII: Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration," *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 6, No. 1, 1995.
- Lew, Julian D., "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause," *ICCA Congress Series*, No. 9, 1999.
- Moses, Margaret L., "A New Framework: Choosing the Proper Law of the Arbitration Agreement Based on the Issue to be Decided," in *Arbitration, Contracts and International Trade Law: Essays in Honour of Giorgio Bernini*, Giuffrè, 2021.
- Nataf, Samantha, "Jurisdiction over Non-signatories, the Irreconcilable Approaches of French and English Courts Case Note on: (i) English Court of Appeal Decision of 20 January 2020 and (ii) Paris Court of Appeal Decision of 23 June 2020," *ASA Bulletin*, Vol. 38, Iss. 4, 2020.
- Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby, & Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., Sweet & Maxwell, 2004.
- Risvas, Michail, "International Law as the Basis for Extending Arbitration Agreements Concluded by States or State Entities to Non-Signatories," *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 71, Iss. 1, 2022.
- Sutton, David St, John, Judith Gill, & Matthew Gearing, *Russell on Arbitration*, 24th ed., Sweet & Maxwell, 2015.
- Yang, Jim Teo & Darius Chan, "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None," *Journal of International Arbitration*, Vol. 37, Iss. 5, 2020.

## ABSTRACT

### The Governing Law of Arbitration Agreements Issues in International Commercial Arbitration : A Case Comment on *Kabab-Ji Sal (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48

Young-Ju Kim

On 27 October the Supreme Court of UK handed down its much anticipated decision in *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48. The issues for the Supreme Court to decide were as follows: (1) which law governed the validity of the arbitration agreement; (2) if English law applied, whether, as a matter of English law, there was any real prospect that a court might find that KFG became a party to the arbitration agreement, and (3) whether, procedurally, the Court of Appeal was correct in giving summary judgment refusing recognition and enforcement the award, or whether there should have been a full rehearing of whether there was a valid and binding arbitration agreement for the purposes of the New York Convention and the AA 1996 (the ‘procedural’ issue)

The decision in *Kabab-Ji* provides further reassuring clarity on how the governing law of the arbitration agreement is to be determined under English law where the governing law is not expressly stated in the arbitration agreement itself. The Supreme Court’s reasoning is consistent with its earlier decision on the same issue, albeit in the context of enforcement pursuant to the New York Convention, rather than considering the arbitration agreement before an award is rendered.

This paper presents some implications of *Kabab-Ji* case. Also, it seeks to provide a meaningful discussion and theories on the arbitration system in Korea.

**Key Words** : Arbitration Agreement, Law Applicable to Arbitration Agreement, Arbitration Act 1996, Choice of Law, Law Governing the Agreement to Arbitrate, Validation of an Arbitration Agreement, Separability of an Arbitration Agreement, the Proper Law of the Arbitration Agreement, the Seat of the Arbitration