

國際商事仲裁의 活用과 仲裁契約의 國際交涉

崔 章 鎬*

- | | |
|--------------------------|---------------------|
| I. 問題의 提起 | 3. 仲裁條項의 期待效果와 妨訴抗辯 |
| II. 國際貿易紛爭의 解決과 國際仲裁의 成長 | IV. 仲裁條項의 決定과 國際交涉 |
| 1. 國際貿易紛爭의 選擇的解決方法 | 1. 仲裁條項의 主要要件 |
| 2. 國際仲裁의 成長 | 2. 國際交涉의 重要性과 그 戰略 |
| III. 國際商事仲裁와 仲裁契約 | 3. 仲裁條項要件의 國際交涉 |
| 1. 國際商事仲裁의 機能의 擴大 | 4. 仲裁條項의 交涉事例 |
| 2. 國際商事仲裁의 利用과 仲裁契約 | V. 今後의 課題 |

I. 問題의 提起

最近 科學文明의 急迅한 發達과 더불어 世界는 宇宙部落化하고 商去來의 國際化가 急迅히 擴大되고 있다

韓國 또한 1960年代의 本格的인 商品輸出時代와 1970年代의 企業의 海外進出時代를 거쳐 今日의 1980年代에는 廣範圍한 國際化時代를 맞이하고 있다. 60年代 政府의 輸出主導型經濟成長政策과 民間企業의 海外志向의 企業經營戰略에 따라 海外市場에 대한 商品輸出을 本格化한 이래 70年代에는 海外建設과 海外商品製造活動을 비롯하여 海外資源開發, 海外마아케팅子會社等에 대한 企業의 海外投資가 시작되고 우리國籍의 國際企業도 등장하기 시작하였으며 80年代에 이르러서는 國內外經濟環境의 變化에 副應하여 貿易, 外換, 資本, 金融等의 自由化 및 國際化趨勢와 더불어 企業 및 企業經營의 國際化가 實現되고 있다. 企業의 海外進出 및 對韓外國人合作投資의 增加와 함께 國際經營戰略이 활발히 展開됨에 따라 國際物品賣買契約, 技術導入契約, 合作投資契約, 資源開發契約, 에너지供給契約등 수많은 多種多樣한 國際契約을 締結하게 되고 이를 위한 國際交涉도 활발히 이루어지게 되었다. 이로다 經濟 및 企業의 大型化・國際化와 對外去來의 頻煩・多樣化等 量的成長과 國際化는 急進되고 있으나 이에 상응하는 質的發展과 國際化는 이에 미치지 못하고 있는 實情이다. 輸出商品은 아직도 世界市場에서 그 聲價가 문제되

* 本研究所 研究員, 檀國大 商經大 助教授

產業研究

고 있으며企業經營의 國際化에 따른 國際企業法律管理面에서도 國際水準화가 이루어 지지 않고 있다. 實際 企業經營管理者나 契約實務擔當者들은 不利하거나 不平等한 條件으로 國際契約을 締結하거나 契約紛爭을 處理하는 경우가 허다하며 特히 國際貿易契約上 國際慣例化되고 있는 貿易紛爭條項으로서 國際商事仲裁를 위한 仲裁條項의 作成에 있어서도 이에 대한 交涉段階에서 부터 不利한 條件으로 決定되어 不測의 損害를 보기도 한다. 그리하여 이렇듯 國際經營·國際契約時代에 國際契約法律管理가 國際水準화하지 못하고 不利·不平等하게 契約이 締結되어 보이지 않는 損害를 自招하며 企業의 國際的成長·發展을 저해하는 要因은 무엇이고 더우기 先進國과 같이 國際商事仲裁가 擴張되지 못하여 또한 不利한 條件으로 仲裁契約을 締結하게 되는原因是 무엇인가에 대한 問題가 提起되지 않을 수 없다.

이에 本稿에서는 國際貿易紛爭解決方法으로서의 國際商事仲裁 및 仲裁契約締結을 위한 國際交涉의 研究를 통해 國際貿易契約中 仲裁條項條件決定時의 문제점을 分析하고 이에 對處하며 아울러 國際企業法務管理를 國際水準화하기 위한 課題를 探求하기 위하여 國際貿易紛爭의 解決方法과 國際商事仲裁, 그리고 이를 위한 仲裁契約과 國際交涉과의 關係를 順次의으로 考察해보고자 한다.

II. 國際貿易紛爭의 解決과 國際仲裁의 成長

1. 國際貿易紛爭의 選擇的解方法

國際間의 通商關係가 增進됨에 따라 國際的分野에서 民·商事上의 私法的 契約紛爭도 增加한다. 從來 國際間의 商去來란 대부분 單純한 商品賣買에 불과하였으나 오늘날에는 그 內容이 複雜多岐한 플란트, 노우 하우等을 비롯하여 資本, 勞動等에 걸쳐 廣範圍하게 擴大됨과 더불어 그 紛爭 또한 複雜·多樣化되고 있다. 商品을 비롯한 技術, 用役, 資本, 勞動等의 國際間의 商去來인 國際貿易¹⁾에서 紛爭이 發生하는 경우, 關聯企業인 去來當事者는 가장迅速·便利하고 經濟的이며 持續的인 去來關係에 해독을 끼치지 않는 解方法을 모색하게 된다.

一般的으로 이와같은 國際間의 商事紛爭을 解決하기 위하여 紛爭當事者들이 선택할 수 있는

1) 貿易의 概念을 商品의 國際間의 交流인 狹義의 貿易과 商品以外 서비스 및 知識等의 國際去來를 포함하는 廣義의 貿易으로 定義하는 見解(齋藤祥男, 實踐貿易實務, 世界書院, 1979, p.2 參照)에 대해 商品의 國際去來를 貿易(international trade), 플란트와 노우 하우等의 國際去來는 國際投資(international investment)로 보는 見解(喜多川篤典, 國際商事仲裁의 研究, 東京大學出版會, 1978, pp.227~228 參照)도 있다. 한편 國際經濟法의 側面에서 볼 때 國際貿易은 “各國의 自然人, 法人, 그리고 公共機關 또는 國際機構가 行하는 商行爲(商事關係行爲-international commercial behaviours)의 法律關係”라 한다. (柳盛根, UNCITRAL ARBITRATION RULES와 韓國商事仲裁法規, 大韓商事仲裁協會, 1976, p. 12)

國際商事仲裁의 活用과 仲裁契約의 國際交涉

方法으로는 和解, 幹旋, 調停, 仲裁, 訴訟等을 들 수 있다.

첫째, 和解는 紛爭을 當事者間의 直接交涉에 의하여 友好的으로 원만히 解決하는 方法이다. 實제 交涉은 雙方의 辯護士를 통해 이루어지는 수도 많다.

둘째, 幹旋은 商工會議所와 같은 公正한 第3者的機關이 當事者의 一方 또는 雙方의 意見에 의하여 事件에介入하여 紛爭解決을 위한 助言을 주는 것으로 強制力은 없지만 이에 臨하는 第3者的機關이 當事者에게 強한 영향력을 행사할 수 있을 때에는 成功하는 경우가 많다. 韓國의 경우에는 貿易管理規定 第 24-1條等에 따라 수많은 國際貿易紛爭이 大韓商事仲裁院의 幹旋에 의해 解決・處理되고 있다.

셋째, 調停은 兩當事者が 公正한 第3者를 調停人으로 선정하여 調停人이 提示하는 具體的解決案(調停案)에 합의함으로서 貿易紛爭을 解決하는 方法이다. 提示된 調停案에 대해 當事者에게는 受諾義務가 없으므로 一方이 調停案에 대한 不滿을 표시하면 그 것으로 끝나게 된다.

넷째, 仲裁는 調停과 같이 第3者를 仲裁人으로 선임하여 그 仲裁人이 提示한 判斷에 복종함으로서 紛爭을 最終적으로 解決하는 方法이다. 仲裁에 의하여 解決할 것을 兩當事者間に 事前에 合意해야 한다는 점에서는 調停과 같으나 調停의 경우 調停案의 受諾與否를 當事者の 自由意思에 맡기고 있는데 대하여 仲裁는 仲裁判定을 當事者가 拒否할 수 없고 그 結果에 拘束된다는 점이 다르다.

다섯째, 訴訟은 國家機關인 法院의 判決에 의하여 紛爭을 强制的に 解決하는 方法이다.

以上의 紛爭解決方法中에서 和解나 幹旋, 調停은 當事者の 自由意志에 좌우되어 最後의 紛爭解決方法으로서는 實效性이 적다. 仲裁와 訴訟은 當事者 스스로의 自律의 紛爭解決方法인 和解나 幹旋, 調停等과는 달리 第3者的 介入을 통한 他律의 終局의 紛爭處理의 한 方法이라는 점에서 類似하다. 그中 訴訟은 文書의 解釋이나 法律問題에 관한 技術的紛爭의 경우 仲裁보다迅速하고 經濟的일 수 있으나 仲裁는 兩當事者사이의 紛爭이 事實의問題, 예를 들면 商品의 約定된 品質의 것인가 또는 見本과 同一한 것인가의 與否에 관한 것等의 경우 즉 品質仲裁에 있어서는 訴訟에 비하여 월등하다.²⁾ 實제에 있어 대부분의 國際貿易紛爭은 法律問題가 아니고 事實問題이며 많은 경우에 있어서 去來契約의 해석상 發生하는 것과 같은 法律問題는 그리 重要하지 않다.³⁾ 또한 訴訟은 爭鬭의 方法인데 비하여 仲裁는 紛爭解決의 平和의 方法이라 할 수 있다.

2. 國際仲裁의 成長

仲裁는 國民의 日常經濟生活에서 發生하는 紛爭을 解決하는 手段⁴⁾으로서 19世紀 및 그 以前

2) Clive M. Schmitthoff, Export Trade, 7th ed., Stevens & Sons, 1980. pp. 411~412 參照.

3) Roland L. Kramer, International Marketing, South-Western Publishing Co., 1970, p. 217. 參照.

4) Martin Domke, The Law and Practice of Commercial Arbitration, Callaghan & Co., 1968, p. 1.

產業研究

에는 主로 友人·同族·파트너等의 사이에서 發生하는 紛爭의 解決을 도모하였다.⁵⁾ 그後 20世紀에 이르러, 常設仲裁機關의 整備·活用과 더불어 仲裁制度는一般的으로 訴訟에 비하여 節次가 便利하며 商去來上의 機密이 保障되고 費用이 低廉한 商去來의 特殊性에 부합되는 紛爭解決方法으로 오늘날과 같은 商事仲裁가 본격적으로 發達하였다. 商事仲裁은 一般商事上 또는 營業上의 紛爭을 解決하기 위하여 利用되는 仲裁⁶⁾ 또는 “商業去來에서 發生하는 紛爭을 仲裁人의 判定에 의하여 解決하는 合法手段”⁷⁾으로서 仲裁의 歷史는 紀元前으로 거슬러 올라가나 그一般的性格에 비추어 19世紀 및 그 以前의 仲裁를 民事仲裁, 20世紀의 仲裁를 商事仲裁라 稱할 수 있다.⁸⁾ 그後 國際貿易이 增大됨에 따라 國際的인 紛爭을 원만히 處理하기 위하여는 國內的인 制度로서의 商事仲裁制度를 넘어 仲裁의 國際制度化, 즉 國際的인 仲裁制度의 必要性이 더욱 增大되었다. 國際商事仲裁는 그 節次가 國內司法裁判과의 관계로 부터 可能한 한 獨立하여 私的自治를 포함한 廣義의 當事者自治를 근간으로 하여大幅 自律化되면서 司法裁判과는 別個의 獨自의인 영역을 구축하려고 하는 것이 그 特徵이다.

第2次大戰以後 各國은 이른바 標準通商條約을 締結하기 시작하므로써 仲裁라는 紛爭解solution方法이大幅 採擇되게 되었다. 韓國의 경우에도 仲裁法制定(1966年) 以前에 韓·美友好通商 및 航海條約이 締結되었고 이 條約 第5條에서는 提訴權의 인정을 위시하여 仲裁와 仲裁判定의 執行에 관하여 規定하고 있다.⁹⁾ 國際商事仲裁는 지난 20여년동안 國內仲裁에 비해 경이적인 확장을 보였다. 이는 國際商事仲裁만이 갖고 있는 固有한 利點이 있다는 것을 뜻한다. 國際貿易紛爭에서 仲裁의 選擇은 國際的인 支配權을 갖는 私法不在의 結果이다.¹⁰⁾ 國際貿易紛爭을 解決하기 위하여 國內法律問題만을 解決하기 위한 國家的司法管轄權은 實效가 없기 때문이다. 國際間의 紛爭을 當事者間의 合意에 의해서 仲裁人의 判定에 따라 解決하는 國際仲裁(international arbitration), 더우기 國際間의 貿易紛爭을 紛爭當事者の 合意에 의하여 仲裁人의 判定에 의하여 紛爭을 최종적으로 解결하는 國際商事仲裁 또는 國際貿易仲裁의 成長은 國際貿易去來를 원활하게 하고 國際貿易秩序의 確立에 크게 기여할 것으로 기대된다.

III. 國際商事仲裁와 仲裁契約

1. 國際商事仲裁의 機能의 擴大

國際商事仲裁의 活用은 國際貿易紛爭發生後 事後處理에 限하지 않고 多樣하게 擴大되고 있다.

5) 喜多川篤典, 前揭書, p. 265 參照; Frank Elkouri: Edna Asper Elkouri, How Arbitration Works., BNA Books, 1979, p. 2. 參照。

6) Katharine Seide, A dictionary of Arbitration and its terms, Ocena Publications Inc., 1970, p. 51.

7) 上坂酉三, 貿易實務辭典, 青林書院新社, 1965, p. 265.

8) 喜多川篤典, 前揭書

國際商事仲裁의 活用과 仲裁契約의 國際交涉

仲裁制度란 本質上 裁判이나 法의 支配와 같이 黑白을 明確히 하는 *suum cuique tribuere*(各自에게 그의 것을 줌)가 아니고 兩當事者에게 互讓을 前提로 하여 우선 봉괴되어 가는 相互關係를 회복시켜 장래에 共存할 수 있는 路線을 發見토록 하는 것¹¹⁾이기 때문에 繼續的·反覆的·大量的·定型的性格의 商去來에서 발생하는 紛爭解決方法으로 매우 적합할 뿐 아니라 特히 國際貿易去來나 國際마아케팅에서 생긴 國際貿易紛爭에 있어서는 더욱 訴訟의 경우와 같은 管轄權의 문제나 判決의 執行에 대한 不安에서 벗어날 수도 있어 國際商事仲裁가 매우 理想的이다.

둘째로 國際商事仲裁制度는 契約當事者에게 長期契約의 主要要素를 決定·補完도록 하는데 利用된다. 契約이 長期에 걸쳐 履行될 때 当事者들은 去來狀況의 變化에 상응한 措置를 필요로 하는 경우가 있다. 이 경우 契約當事者들은 仲裁人이 그러한 契約의 未備點을 補充하도록 하게 할 수 있다. 예를 들면 当事者들이 一定期間後 그들의 共同生產製品의 市場價格을 예측할 수 없는 상황에서 그들의 製品販賣의 로얄티는 仲裁人에 의해서 정기적으로 결정되게 합意하는 것이다.¹²⁾

셋째, 國際商事仲裁는 長期事業契約의 破棄나 延期를 防止하는 데에도 有用하다. 즉 事業의一部에 대한 紛爭을, 어떤 当事者도 希望하지 않는 基本去來에 대한 破棄나 延期 없이 解決할 수 있다.

넷째, 國家를 一方當事者로 하는 企業과의 契約紛爭의 경우, 主權國家는 다른 國家의 裁判權으로부터 免除된다는 主權免責의 문제로 司法裁判은 裁判管轄에 의해 방해될 수 있으나 國際商事仲裁의 利用은 主權免責의 주장을 포기하는 것으로 간주하여 이러한 難點을 제거시킨다.¹³⁾

다섯째, 앞으로 더욱 擴大·研究되어야 할 分野로 司法節次에 의해 處理할 수 없는 共產圈과의 貿易去來에서 야기되는 紛爭도 國際商事仲裁에 의해 解決할 수 있다는 것이다. 第1次 世界大戰後 쏘련, 第2次世界大戰後의 社會主義諸國은 資本主義諸國과의 商事契約이나 相互間의 同契約에서, 이로 인하여 發生하는 紛爭은 오로지 商事仲裁에 의해 解決하기로 하여¹⁴⁾ 東西商事去來와 產業協力의 特定分野에 있어서 仲裁는 紛爭解決의 手段으로서 오랜 傳統을 갖고 있다.¹⁵⁾ 國際商事仲裁는 相互經濟協力會議(Council for Mutual Economic Assistance)의 社會主義 國

9) 柳盛根, 前揭書.

10) Yves Derains, On ICC Arbitration, ICC, 1977, p.11. 參照.

11) 喜多川篤典, 前揭書, p.273 參照.

12) Arden C. McClelland, International Arbitration: A practical Guide to the System for the Litigation of Transnational Commerical Disputes, *Virginia Journal of International Law*. Vol. 17, 1977. p.733 參照.

13) 入江啓四郎, 國際經濟紛爭의 爭訟處理, 成文堂, 1971, p.18 參照.

朴善宇, 海外直接投資의 法의 問題點, 國際經濟研究院, 1981, p.37. 參照.

14) 入江啓四郎, 前揭書, p.16 參照.

15) Werner Melis·Heinz Strohbach, East-West Arbitration, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. VII (1982), p.395 參照.

產 業 研 究

家會員國 사이에서는 特別한 역할을 한다. 1958年 CMEA 會員國의 團體들 사이의 商品一般引渡條件과 1968, 1975, 1979年の 改正一般引渡條件, 그리고 其他 一般條件上의 類似規定은 司法權을 배제하여 會員國들의 經濟團體사이에서 이들 一般條項에 의하여 適用되는 契約으로부터 發生되는 모든 紛爭에 強制仲裁를 설정하였다. ICC에서 發行된 仲裁法庭의 利用에 대한 統計數字는 社會主義國家紛爭當事者들의 ICC 仲裁節次의 利用이 增加되고 있음을 보여 준다. 최근의 統計에 의하면 1975—1977期間 總 612 仲裁申請件中 34件(5.6%) 그리고 604件의 被申請件中 36件(5.9%)이 이들 CMEA 國家들의 것이었다.¹⁶⁾ 社會主義國家와 市場經濟國家사이 仲裁가 非常利用되는 主要한 理由의 하나는 仲裁判定의 相互執行可能性에 있다. 社會主義國家와 市場經濟國家사이의 仲裁判定執行 possibility과 관련된 雙務協定이나 條約은 거의 없지만 대부분의 CMEA 會員國들은 西邦國家들이 대부분 批准한 New York 協約等과 같은 國際仲裁協約을 비준(表 1)参照하여 이들 國家에서 行해진 仲裁判定의 執行 possibility이 保障된다.

表 1 CMEA會員國의 國際仲裁協約批准

	체네바의정서 (1923)	체네바협약 (1927)	뉴욕 협약 (1958)	체네바협약 (1961)	와싱톤협약 (1965)	모스크바협약 (1972)
Vietnam						
Bulgaria			×	×		×
Cuba			×	×		×
Hungary			×	×		×
Mongolia						×
Poland	×		×	×		×
G D R	×	×	×	×		×
Rumania	×	×	×	×	×	×
Czechoslovakia	×	×	×	×		×
USSR			×	×		×

資料 : YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION Vol. VII. 1982. p. 406.

2. 國際商事仲裁의 利用과 仲裁契約

國際貿易紛爭의 解決을 위한 國際商事仲裁 또는 國際貿易仲裁(international trade arbitration)의 利用은 紛爭當事者間의 仲裁合意에 의해서만 可能하다. 仲裁合意란 當事者間에 發生한 또는 將來 發生할 수 있는 紛爭의 解決을 第3者인 仲裁人에게 부탁하고 그 仲裁人의 判定에 복종함으로서 紛爭을 해결할 것을 目的으로 하는 契約¹⁷⁾이다. 契約은 一定한 法律效果의 發生을 目的으로 하는 複數當事者間의 反對方向의 意思表示의 合致에 의하여 이루어 지는 法律行爲로 請約

16) Ibid., pp. 404~405.

17) 森井 清, 貿易클레임과 對策, 日本經濟新聞社, 1972 p. 142 參照.

과 承諾의 形式으로 成立된다. 契約은 그 種類에 따라 公法上契約과 私法上契約으로 區分되며 仲裁合意 즉 仲裁契約은 바로 이러한 私法上契約의 一類型으로 近代法上 當事者가 平等에 입각하여 自由로히 계약을 締結하고 그 内容을 決定할 수 있다는 當事者自治의 一發現이다. 따라서 仲裁契約은 當事者の 自主的인 紛爭解決方法으로서의 私的裁判 즉 國家의 一般的司法制度에 대한 特別한 制度를 創設하는 意味를 갖는다고 볼 수 있다. 또한 貿易去來는 國際去來로서 國際的法秩序의 一環으로 보아 이러한 特別한 制度로서의 仲裁의 創設은 個別國家의 法秩序로부터의 解放이라고 할 수 있다. 仲裁契約(arbitration agreement)의 成立은 將來의 紛爭을 仲裁에 付託하는 合意인 仲裁條項(arbitration clause)이나 이미 發生한 紛爭에 대한 自意의 仲裁付託契約(submission agreement)의 形式으로 이루어 진다. 이러한 仲裁契約은 貿易去來에서는 仲裁條項의 形式으로 基本契約書에 삽입되는 것이 一般的이다. 紛爭이 發生한 後에는 不利하~~고~~고 判斷되는一方當事者가 첩사리 仲裁付託에 응하지 않을 것이기 때문이다.¹⁸⁾ 仲裁契約의 方式으로는 明示的으로 書面에 의하여야 하고 口頭로서는 아무런 意味를 갖지 못한다.¹⁹⁾ 왜냐하면 書面에 의하지 않을 경우 紛爭이 發生한 後에는 仲裁合意의 존재는 立證하기가 곤란할 뿐더러 不注意하게 경솔히 仲裁節次에 응하게 되는 일이 있을 수 있기 때문이다. 그리하여 대다수 國가의 國內仲裁法들은 仲裁合意의 有效要件으로 그 合意가 書面契約이어야 할 것을 要求하고 있다.²⁰⁾ 또한 뉴욕協約(第2條 1項)과 UNCITRAL仲裁規則(第1條 第1號)에서도 仲裁契約의 書面性을 규정하고 있다. 書面에 의한 合意는 當事者가 署名한 것 또는 交換한 書翰 또는 電報에 기재한 것을 포함한다. 韓國의 仲裁法도 “仲裁契約은 當事者가 仲裁를 合意한 書面에 記名捺印한 것이거나 契約中에 仲裁條項이 기재되어 있거나 交換된 書信 또는 電報에 仲裁條項이 기재된 것이어야 한다.”(第2條 第2項)고 하고 있다.

3. 仲裁條項의 期待效果와 妨訴抗辯

(1) 仲裁條項의 期待效果

仲裁條項은 仲裁契約方式의 하나로서 將來 貿易紛爭이 發生할 경우 仲裁에 의하여 解決하기로 合意한 成文條項으로서의 本來的意味外에 다음과 같은 期待可能性的效果를 갖는다.

하나는 當該契約當事者は 仲裁條項을 설정하여 之으로써 紛爭豫防의 effect를 期待할 수 있다. 즉 仲裁條項은 契約破棄에 의한 仲裁과 訴訟을 미연에 防止하는效果를 갖는다. 왜냐하면 신중하게 작성되고 實行可能性이 있는 紛爭解決節次는 他方當事者에게 契約上의 義務를 태만하지 못하도록 하기 때문이다.

18) 森井 清, 前掲書 p. 143 參照.

19) 森井 清, 前掲書.

20) 金智洙, UNCITRAL 仲裁規則의 通用과 實際, 大韓商事仲裁協會, 1981, p. 16.

產業研究

다른 하나는 契約締結이나 交涉의 複雜하고 複雜하고 契約書의 起案時 將來 發生可能性이 있는 모든 것에 대한 것을 利害衝突 없이 망라함이 극히 곤란하여 交涉 내지 契約의 締結段階에서 난관에 봉착한 경우, 仲裁條項을 設定하여 둘으로써 成約에 이를 수 있으며 이에 의하여 契約締結에 있어 時間과 人力의 낭비를 줄일 수 있을 것이다. 따라서 契約實務擔當者나 企業經營者는 仲裁條項을 國際交涉이나 目的達成을 위한 企業經營戰略의 一技法으로 利用할 수 있을 것이다.

(2) 仲裁條項과 妨訴抗裁(plea in bar)

仲裁條項에는 妨訴抗辯의 效力이 있다. 妨訴抗辯이란 本案의 辯論을 거부할 수 있는 訴訟上의 權利로서 訴訟要件中 被告의 主張을 기다려서 비로소 訴가 不適法인 것으로 되는 管轄에 관한 抗辯 따위가 그것이다.²¹⁾ 따라서 當事者の一方이 仲裁條項을 삽입한 契約이 있는데도 불구하고 그 仲裁契約에 위반하여 紛爭의 解決을 위해 自國의 法院에 提訴하는 경우에는 他方當事者の 抗辯에 따라 그 訴訟을 却下할 수 있다.²²⁾ 日本의 舊大審院(判例)도 仲裁合意는 民事訴訟法上의 國家의 保護를 포기하는 約束이므로 仲裁合意가 있음에도 불구하고 提訴한 事件에 대하여 却下判決을宣告하였다.²³⁾ 이 妨訴抗辯은 제네바議定書(第4條)와 뉴욕協約(第2條 第3項)에 의해서도 인정되어 뉴욕協約에 加入한 韓國을 비롯하여 共產圈을 포함한 59個國(1982年 2月現在)法院은 被告側의 정당한 妨訴抗辯에 따라 訴訟을 排除하게 할 것이다. 또한 그 외의 國家에서도 仲裁關係 國際協約의趣旨나 仲裁條項의 內容에 따라 이를 인정하여야 할 것이다.

IV. 仲裁條項의 決定과 國際交涉

1. 仲裁條項의 主要要件

國際貿易契約에서 仲裁制度를 利用하기 위한 一般的인 方法은 仲裁條項의 決定・作成이다. 仲裁條項을 決定・作成한다는 것은 仲裁契約을 締結하는 것이기 때문에 契約自由의 原則에 의하여 仲裁條項의 內容은 兩當事者の 合意에 따라 決定되는 것이지만 仲裁條項으로서 갖추어야 할 基本的條件을 缺하는 경우 그 仲裁條項은 空文化되어 버리고 당초 의도한대로 實效를 거둘 수 없다. 가령 「紛爭은 仲裁로 解決한다」는 式으로 막연하게 仲裁文言를 작성하는 경우는 그 후 다시 仲裁機關이나 仲裁地等의 仲裁節次에 관한 合意를 하여야 하기 때문에 仲裁의 合意만

21) 李英燮, 新民事訴訟法(上), 博英社, 1978, p. 153 參照.

22) 中村巳喜人, 貿易契約論, 有朋堂, 1975, p. 272 參照; 笹森四郎, 貿易契約論, 同文館, 1966, p. 295 參照.

23) 森井清, 國際商事仲裁, 東洋經濟新報社, 1970, p. 12 參照.

國際商事仲裁의 活用과 仲裁契約의 國際交涉

으로는 전혀 意味가 없다. 仲裁條項의 內容에 포함시켜야 할 主要要件²⁴⁾은 學者에 따라 見解를 달리 하고 있으나 다음의 몇 가지를 들 수 있다.

가. 仲裁地의 選定

仲裁地의 選定은 매우 重要한 意義를 갖는다. 仲裁地가 明示되지 않으면 紛爭發生後 當事者間 仲裁地決定에 대한 合意를 보기 어렵고 따라서 仲裁節次가 지연되거나 仲裁가 成立되지 않는다. 또한 仲裁에 適用되는 節次法은 가끔 仲裁地의 選定에 의해 영향을 받기 때문²⁵⁾에 仲裁地의 선정은 仲裁條項의 基本要件充足行爲의 하나가 된다.

나. 仲裁機關의 選定

仲裁機關이 선정되면 자연히 仲裁地도決定된다. 仲裁機關으로서는 常設仲裁機關과 臨時仲裁機關 및 一般的仲裁機關과 業種別仲裁機關이 있다. 臨時仲裁機關은 特定한 紛爭에 대하여 一時的으로 設置되어 常設仲裁機關은 一定한 仲裁規則을 갖고 仲裁節次를 관리하며 오늘날 全世界에 130여개가 설치되어 있다. 一般的인 事物管轄을 가지는 一般的仲裁機關으로는 美國仲裁協會, 런던仲裁裁判所等이 있으며 業種·品種에 의한 特定的事物管轄을 가지는 業種別仲裁機關으로는 런던穀物協會(Grain and seed Trade Ass'n)나 各國에 所在하는 綿花去來所 예를들면 Liverpool Cotton Exchange等이 있다. 國際貿易契約의 當事者들에 의해서 세계적으로 널리 利用되고 있는 仲裁機關으로는 프랑스 파리에 本部를 두고 있는 國際商業會議所의 仲裁裁判所를 들 수 있다.

다. 仲裁規則의 指定

當事者들이 指定할 수 있는 仲裁規則으로는 대부분의 常設仲裁機關들이 갖고 있는 그 自體의 仲裁節次를 규정한 仲裁規則과 유엔國際貿易法委員會(UNCITRAL)에서 1976年 制定·採擇한 UNCITRAL仲裁規則이 있다. UNCITRAL仲裁規則은 유엔國際貿易法委員會가 私的으로 또는 仲裁機關에 의해 널리 有用하게 이용될 수 있도록 制定·採擇한 標準仲裁規則이다. UNCITRAL仲裁規則은 國內仲裁에도 適用되지만 國際的性格의 商去來上의 紛爭解決을 主目的으로 하는 節次規則이며 臨時仲裁를 비롯하여 常設仲裁에도 適用된다.²⁶⁾

라. 準據法의 指定

兩當事者들은 國際商事仲裁에 適用할 各國의 實體法과 節次法을 指定할 수 있으며 契約上에

24) Arden C. McClelland는 仲裁條項의 主要要件으로 : ① 仲裁節次를 관리하기 위한 적절한 機關의 選擇, ② 節次에 適用되는 規則의 指定, ③ 仲裁審問을 위한 便利한 中立法廷의 選擇, ④ 準據法의 指定, ⑤ 審問에 사용되는 言語의 指定, ⑥ 長期契約의 履行中 仲裁節次의 開始, ⑦ 將來의 仲裁判定部의 指定을 들고 있고(Arden C. McClelland, op. cit., pp. 740~742) Joseph T. McLaughlin은, ① 仲裁할 수 있는 紛爭의 範圍, ② 仲裁人의 選定方法, ③ 準據實體法 및 節次法規等을 들고 있으며 (Joseph T. McLaughlin, Arbitration and Developing Countries, *The International Lawyer*, Vol. 13 (1979), 森井 清은, ① 利用하는 仲裁機關, ② 適用하는 仲裁規則 또는 準據法, ③ 仲裁外行하여지는 場所等을 들고 있다(森井 清, 貿易를 해 입과 對策, p. 153 參照)

25) Joseph T. McLaughlin, op. cit., p. 231 參照.

26) 申鉉柱, UNCITRAL ARBITRATION RULES의 特異性과 問題點, 大韓商事仲裁協會, 1979, p. 2. 參

產業研究

그러한事項이規定되어 있지 않으면仲裁人の關係涉外私法에 따른實體法을 적용할 수 있다.適用可能한節次規則은 가끔仲裁地節次法의委任條項과 결부되어證人出席權, 審問 혹은反對審問, 關聯된證據의審問前公開, 鑑定人의證言範圍, 그리고 모든口頭節次의錄音에 관한權利等과 같은 매우重要한 문제에 영향을 미친다.²⁷⁾

마. 仲裁判定部의指定

當事者들은一般的으로契約을 체결할 때特定個人을仲裁人으로 지명하지 않는다. 그러나仲裁條項은최소한그事件의仲裁人은몇名으로할것인가, 그들의資格은어떻게할것인가또는第3仲裁人은어떻게선출할것인가에대하여合意를해두어야한다. 복잡한技術的問題를포함하는契約에있어서는仲裁人(들)이特別한技術的인知識을가지는것이바람직하다.

2. 國際交涉의重要性과 그戰略

(1) 國際交涉의重要性

賣渡人과買受人은賣買를交涉한다. 우리모두가交涉者이다. 國際契約의締結에는 반드시交涉이要求되며²⁸⁾契約當事者は交涉을통하여서로가單獨으로成就할수없는새로운契約을창조하게된다. 交涉은自己自身을위해一方當事者로행동하는個人들과또는組織化된集團의代表로서行動하는個人들사이에서행하여지며이는人間行態의主要要素로생각될수있다. 交涉의樣相은傳統的인것과새로운行態科學즉歷史學,法律學,經濟學,社會學,心理學에서부터사이버네틱스(cybernetics),개임理論,意思決定理論等에이르기까지共히關係된다.²⁹⁾ 交涉의全範圍는매우廣大하며既存行態科學의어느한範疇에국한시킨다는것은不可能하다. 交涉은특히美國內에서는法律紛爭을解決하는basic的手段이되고있다. 1973年美聯邦地方法院에接受·開始된事件의8.4%만이裁判에, 91.6%는재판이必要없이非公式의合意에 의해解决되었는데이들紛爭은거의辯護士에 의해代理되고紛爭當事者를위해서辯護士들사이의交涉을통해서이루어졌다.³⁰⁾ 이와같이美國內에서의紛爭當事者間의法的交涉은訴訟보다더큰영향을미치고있다. 또한오늘날國際交涉은國際企業戰略과더불어國際企業經營의 가장important한分野의하나이며戰略實行을위한important한段階로서등장하고있다. 國際企業은그活動을위하여現地政府나他企業그리고勞動組合等과같은關聯集團과不斷히

照; 金智洙, 前揭書, pp. 12~13 參照; 柳盛根, 前揭書, p. 15 參照。

27) Joseph T. McLaughlin, op. cit., p. 231.

28) 金贊鎮·韓東湖, 合作投資의典型契約을위한研究, 大韓商事仲裁協會 1978, p. 19. 參照。

29) Gerald I. Nierenberg, The Art of Negotiating, Cornerstone Library, 1980, p. 8. 參照。

30) Harry T. Edwards James J. White, The Lawyer as a Negotiator, West Publishing Co., 1977, p. 8. 參照。

國際商事仲裁의 活用과 仲裁契約의 國際交涉

交流하지 않으면 안되는데 國際企業이 그 戰略을 效果的으로 遂行할려고 하면 바로 이들 集團과의 交涉은 不可避한 것³¹⁾이기 때문이다. 이렇듯 交涉은 國際契約의 締結이나 企業의 戰略遂行等과 같은 個人이나 組織의 目的達成을 위한 必須的前提이며 그外 모든 行態科學分野와 密接한 關聯이 있는 것이다.

(2) 國際交涉의 戰略

成功的인 交涉을 위한 交涉技法으로서는 “When” (適期)戰略을 비롯하여 “How and Where” (方法과 範疇)戰略 및 “Agency” (代理人)戰略이 있다.³²⁾ “When” 戰略이란 본질적으로 타이밍의 본래의 뜻을 의미한다. 이 戰略은 論旨, 方法의 돌연한 轉換을 의미하는 「奇襲」이나 분노와 경솔한 行動을 유발하는 狀況에서의 「忍耐」, 그리고 실제 目標나 目的으로부터 注意를 떤 데로 돌리게 하는 「假裝」等으로 細分될 수 있다. “How and Where” 戰略이란 適用의 方法과 適用의 범위를 의미한다. 翁翁 同一交涉에 있어 2個以上의 戰略의 接近方法을 利用하는 것이 有利하다. 多樣한 戰略의 技法에 익숙하면 익숙할수록 交涉의 成功率은 높아진다. 이 戰略에는 다른 當事者들이 自己를 위해서 直·間接으로 協力하도록 努力하는 「同參」과 輕微한 問題를 신중하게 취급하여 相對方이 그것이 重大한 問題인 것 같이 다루어 결국 相對方에게 적은 것은 양보하고 큰 것은 획득하는 「相殺」 등이 있다. “Agency” 戰略이란 交涉代理人을 내세워 그에게 제한된 權限만 行使하도록 하거나 그 代理人 獨自의으로는 相對方에게 約束할 수 없는 特別한 指示事項에 결부시키는 戰略으로 많은 경우에 지극히 有利한 것으로 판명되었다.

한편 다분히 處世的인 行動 룰(Rule)로서 發顯되는 企業戰略의 한 部分으로서의 交涉戰略에는 다음과 같은 것들을 포함시키기도 한다.³³⁾

가. 言爭과 要求

價格交涉이나 團體交涉等과 같은 交涉을 할 때 처음부터 양보한다는 것은 戰略上 매우 不利하다. 따라서 처음에는 일부러 자기에게 有利한 要求를 하고 때로는 言爭도 하면서 자기편에 有利하도록 하는 戰略이다.

나. 保有資料提示

相對便의 心理를 잘 파악하여 問題解決을 可能하게 하기 위해서는 自己의 欲求를 솔직하게 모두 들어내어 相對便에게 그 진실함을 설득시키는 것이다. 예를 들어 自己가 保有하고 있는 카드등의 資料를 相對便에게 보여 납득시키는 戰略이다.

다. 相對便의 虛點奇襲

相對便이 예기하지 못한 行動으로 갑자기 습격하여 상대방의 虛를 쳐서 交涉을 有利하게 전

31) John Fayerweather, Ashok Kapoor, Strategy & Negotiation for the International Cooperation, Ballinger Publishing Co., 1976, p. 2 參照。

32) Gerald I.Nierenberg, op. cit., pp. 109~122 參照。

33) 鄭守永, 新經營學原論, 博英社, 1982, p. 334.

개하는 것이다.

3. 仲裁條項要件의 國際交涉

交涉은 法律紛爭을 해결하는 基本手段으로서 또는 國際企業의 活動을 위한前提段階인 것과 같이 仲裁契約의 締結에 있어서도 重要한 의미를 갖는다.

일반적으로 契約의 締結은 當事者사이 契約內容에 대한 交涉으로부터 시작되고 交涉前에 確定된 政策은 交涉段階에서 讓步나妥協等에 의하여 여러가지 變形을 하면서 하나의 契約書라는 形式으로 明文化되어 간다. 따라서 有利한 仲裁契約을 締結하기 위하여는 多樣한 戰略的 技法이 必要하게 된다. 事前의 仲裁契約인 仲裁條項을 實效化하기 위한 必須의 基本要件으로서는 仲裁가 行하여 지는 仲裁地와 利用되는 仲裁機關 그리고 適用하는 仲裁規則 또는 準據法等을 들 수 있다. 그 中 仲裁地의 決定은 當事者나 辯護人의 便宜뿐만 아니라 適用되는 法規 그리고 採擇되는 法律의 見解에 있어서도 重要한 의미를 갖는다.³⁴⁾ 그 外에도 仲裁事件에 관한 證人이나 證據書類, 關聯資料等에 지대한 영향을 미친다. 그리하여 仲裁地의 決定은 當事者の 利害가 날카롭게 對立되는 重大問題라 아니할 수 없으며 仲裁條項交涉의 核心部分이라 할 수 있다. 仲裁地決定을 위한 國際交涉에는 다음과 같은 點을 留意하여야 한다.³⁵⁾

첫째, 仲裁地는 外國仲裁判定의 承認과 執行에 관한 UN協約을 批准한 나라이어야 한다. 왜냐하면 이것은 仲裁條項과 仲裁判定이 執行될 수 있는 可能性을 增大시키기 때문이다.

둘째, 法律이 仲裁를 인정하는 州나 國家이어야 하고, 仲裁地法은 節次問題에 있어서 當事者들에 의한 合意가 없는 경우에 종종 適用되기 때문이다.

셋째, 마지막으로 考慮하여야 할 事項은 當事者들에 의한 便宜이다. 往來하기 어려운 法廷은 運賃이나 外國法律辯護人費用 때문에 小額紛爭事件의 仲裁를 어렵게 한다.

上記와 같은 考慮下에서 韓國側當事者에게 最善의 交涉은 仲裁가 韓國內에서 行해 지도록 하는 것이다. 그렇게 되면 仲裁를 위해 外國에 나갈 필요도 없고 적당한 仲裁人을 용이하게 선정할 수 있으며 證人이나 證據書類等 여러가지 점에서 절대적으로 有利하다. 大韓商事仲裁院에서도 仲裁地를 韓國으로 하는 標準仲裁條項의 利用을 권장하고 있다. 相對方側에서 韓國側에 有利한 仲裁條項에 合意할 것이냐는 의문이지만 戰略的 接近으로 최선을 다하여 우선 이 線에서 交涉을 시작하는 것이 重要하다. 相對方이 이를 완강히 거부하거나 自國을 仲裁地로 할 것을 고집할 경우에는 다음으로 相對方이 韓國과 仲裁協定을 체결하고 있는 나라이면 그 仲裁協定에서 권고하는 仲裁條項에 따를 것을 提案한다. 大韓商事仲裁院은 日本과 韓·日仲裁協定을 체결(1973. 10. 26)한 것을 비롯하여 美國(1974. 11. 29), 自由中國(1978. 5. 10), 네덜란드(198. 5. 29),

34) Andreas F. Lowenfeld, International private Trade, Matthew Bender, 1981, p. 111.

35) Arden C. McClelland, op. cit., p. 741 參照.

國際商事仲裁의 活用과仲裁契約의 國際交涉

泰國(1978. 12. 10), 印度(1979. 2. 28), 가나(1979. 11. 15), 인도네시아(1983. 5. 6) 等과 仲裁協定을 체결하고 있다. 兩國仲裁協定에 의한 仲裁地의 決定이 반드시 韓國을 仲裁地로 하는 것은 아니지만 兩國合同仲裁委員會에서 仲裁地를 決定하거나(例: 韓·美仲裁協定) 또는 被申請人國(例: 韓·日, 韓·泰, 韓·印度, 韓·가나 仲裁協定)이나 仲裁機關(例: 韓·和 仲裁協定)에 의해 決定되기 때문에 無理가 없고 相對方을 납득시키기에 용이하다. 그 외의 方法으로는 亞·阿地域仲裁센터나 國際商業會議所(ICC)調停·仲裁規則에 의할 것을 提議할 수 있다. 亞阿地域仲裁센터는 UNCITRAL事業의 一環으로 아시아·아프리카法律諮詢委員會(Asian African Legal Consultative Committee: AALCC)의 결의에 의해 말레이지아政府의 協助로 쿠알라룸蓬地域仲裁센터란 명칭으로 1978年 10月 17日에 설립된 아시아, 아프리카貿易業者들의 利用을 위한 地域仲裁裁判所이다. 大韓商事仲裁院은 쿠알라룸蓬地域仲裁센터로부터 仲裁人指名要請을 받고 이에 韓國人仲裁人을 추천한 바 있다. ICC 仲裁裁判所는 國際的인 常設仲裁機構의 하나로서 韓國은 1978年 5月 29日 國際商業會議所와 仲裁協定을 締結한 바 있고 1982年 4月에는 ICC 서울仲裁센터運營에 관한 覺書가 交換되어 國內企業이 ICC 仲裁制度를 利用하는 奎의를 提供받을 수 있게 되었다. 以上의 여러 提案에 대하여도 相對方이 承諾의 意思를 表示하지 않는 경우에는 最後의으로 第3國이나, 業種에 따라서는 同種業界의 一般的인 國際慣例에 의할 것을 提議할 수 있을 것이다(中東地域 一部國家와 같이 自國外의 仲裁를 거의 不可能하게 하는 경우도 있다.) 또한 韓國과 仲裁協定國이 아닌 경우에는 仲裁判定執行面에서 편리한 被申請人國도 無妨할 것이다. 仲裁地以外의 仲裁機關이나 準據法等의 他仲裁條項條件의 國際交涉에 있어서도 또한 같다. 仲裁條項의 國際交涉은 本契約의 他主要內容과 더불어 複合的으로 舉論되는 것이지만 仲裁條項은 紛爭處理 및 紛爭豫防을 위해서도 重要한 만큼 上記와 같은 여려가지 代案을 갖고 交涉戰略을 수행할 것이 要求된다.

4. 仲裁條項의 交涉事項

〈事例 1〉

韓國의 K社는 半導體 및 電子製品을 生產하기 위하여 世界有數의 美國의 W社와 技術提携 및 合作投資키로 하고 W社側과 技術導入 및 合作投資를 위한 交涉에 着手하였다. 交涉의 主要內容은 노우 하우를 포함한 技術情報 및 技術用役과 技術料, 販賣許容地域 그리고 紛爭處理條項이였다. 紛爭處理를 위한 仲裁條項의 作成에 있어서는 그 基本要素가 되는 仲裁地, 準據法, 仲裁機關 모두 美側의 提議대로 W社의 本社가 있는 뉴욕에서 뉴욕仲裁法에 의하기로 合意하였다. K社의 經營陣에서는 仲裁條項作成을 위한 交涉에서 “일일히 따지고 들면 事業못한다”느니 “離婚할 것을 생각하고 結婚하는가”라고 하여 美側의 要求대로 合意해 주었다고 한다.

韓國의 H社는 英國현지에 本社가 있는 英國의 S社와 船舶의 造船輸出契約을 交涉하면서

產業研究

紛爭條項을 삽입키로 하되 仲裁는 英國법에서 英國仲裁法에 따를 것을 背字로 하는 다음과 같은 仲裁條項의 作成에 合意하였다.

“Any dispute, Claim or difference of opinion between the parties arising out of or relating to this Contract shall be resolved by arbitration in London in accordance with the rules of the United Kingdom Arbitration Act.....”

「本契約으로부터 또는 本契約과 關聯하여 當事者間에 發生하는 어떤 紛爭, 要求 또는 意見 差異는 런던에서 英國仲裁法에 따라 仲裁에 의해 解決한다.」

上記 仲裁條項의 交涉事例는 協商力(Bargaining Power)의 劣勢에 기인한 本契約의 他條件과 결부된 仲裁條項에서의 讓步이며, 뉴욕이나 런던은 近代的仲裁立法과 國際商事紛爭解決의 中心地의 하나라고 하더라도 相對方本社所在地에서 그곳 法律에 따르도록 하여 相對方에게 절대적 으로 有利하도록 한 것은 仲裁契約交涉의 抛棄라고 할 수 있다.

〈事例 2〉

韓國의 J社는 프랑스의 J社와 技術提携하여 衣類製造技術을 賦得하고 技術供與者의 商標를 使用하기 위하여 技術導入契約締結을 위한 交涉을 한 結果 다음과 같은 仲裁條項의 作成에 合意하였다.

“All disputes arising in connection with this agreement shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by One or more arbitrators appointed in accordance with the rules, it being understood that the sole arbitrator or the third arbitrator appointed by the Arbitration Court of the International Chamber of Commerce shall Compulsorily be of Swiss citizenship.

Arbitration shall take place in Geneva, Switzerland.

「本契約과 關聯하여 發生되는 모든 紛爭은 國際商業會議所調停 및 仲裁規則에 따라 規則에 의해 指名된 1人 또는 多數의 仲裁人에 의해 最終적으로 確定된다. 國際商業會議所仲裁裁判所가 指名한 單獨 또는 第3仲裁人은 스위스人이어야함을 서로 이해한다.

仲裁는 스위스 제네바에서 행해진다.」

本事例는 韓佛當事者間의 仲裁條項으로 프랑스所在 國際商業會議所의 調停 및 仲裁規則에 의하여 第3國인 스위스 제네바에서 스위스法(別個條項에서 明示)을 適用하도록 交涉되었다. 이는 仲裁條項의 基本的 3要素를 仲裁地, 仲裁機關, 準據法이라 할 때 仲裁地의 隔地性을 감안하면 韓國의 J社側에 다소 不利하나, 兩當事者間의 利害의 충돌을相當히 완화시킨 交涉이라 할 수 있다.

〈事例 3〉

韓國의 D社는 獨逸의 B社와 男子用 바지등 衣類와 輸出契約을 締結하면서 그 契約書背面에 다음과 같은 仲裁條項을 삽입하였다.

“Any disputes which may arise between the parties in connection with the contract which cannot be settled by mutual agreement shall be finally settled by arbitration in Seoul, Korea, pursuant to the rules of Arbitration then in force of the Korean Commercial Arbitration board.”……

「相互合意에 의해서 解決될 수 없는 本契約과 關聯하여 當事者사이에서 發生하는 어떤 紛爭도 大韓商事仲裁院의 仲裁規則에 따라 韓國 서울에서 仲裁에 의해 最終的으로 解決한다……」

上記와 같은 仲裁文言은 仲裁地, 仲裁機關, 仲裁規則等에서 모두 韓國의 D社側에 有利하다. 本事例의 仲裁條項은 賣渡人側의 輸出契約背面에 인쇄되어 있는 定型化된 貿易契約條件으로 大部分의 一般的인 商品賣買의 경우 商慣例에 따라 별다른 衝突 없이 합意되고 있는 實情이다. 따라서 韓國의 會社側이 國際物品賣買의 買受人이 되는 경우에는 그 反對가 되는 경우가 많다. 一般商品賣買契約以外의 技術導入契約의 경우에도 大部分의 國際企業이나 大會社들은 自身들의 입장을 충분히 반영한 標準技術讓渡協定을 미리 準備하고 있어 技術導入者는 여기에 自己의 意思와 自己나라의 技術導入政策이나 法規를 追加 내지는 修正交涉하것 되는 것³⁶⁾이 一般的이다.

V. 今後의 課題

1. 契約意識의 缺如와 法意識의 國際水準化

歐美先進諸國에서는 契約을 締結함에 있어 徹底한 契約觀念으로 個個의 條項 및 條件에 대해 면밀한 檢討와 그에 따른 要求를 當然한 것으로 생각하며 相對方側의 瑕疵나 弱點에 대하여는 추호의 양보나 관용을 보이지 않는 경향이 있다. 이에 비하여 韓國人은 約束의 文書化나 契約化에 익숙치 않으며 契約締結이나 履行에 있어 相對方側에 너무 관대하여 契約締結 및 履行時 相對方의 過誤나 瑕疵가 發見되어도 契約不履行이나 損害賠償等 철저히 責任을 추궁하기 보다는 오히려 同情의으로 理解하고 人情의으로 處理하는 경우가 많다. 또한 당연히 主張할 수 있는 權利를 主張하지 않음으로써 自身의 權益을 保護받지 못하는 경우도 있다. 즉 歐美人들이 「權利위에 留자는 者는 救濟받지 못한다」는 法彥을 실감하며 契約條項에 냉엄하게 집착하고 기계적으로 適用하는데 반하여 韓國人은 契約이나 法以前에 人間의 感情으로 解決하고자 한다.

36) 金贊鎮, 技術導入을 위한 典型契約의 研究, 大韓商事仲裁協會, 1979, p. 15. 參照.

產 業 研 究

이는 西歐人들은 合理主義 또는 商業主義나 實用主義精神에 입각하고 있음에 비하여 韓國人の 意識에는 溫情主義, 適當主義나 儒教의倫理觀이 支配하고 있음을 반영한 것으로 볼 수 있다. 國際契約 時代에 즈음하여 不公正한 國際契約의 締結을 저지하고 國際貿易去來活動을 원만히 遂行・促進시키며 치열한 세계시장에서 國際競爭力を 強化하기 위하여는 契約意識, 法意識의 國際水準화가 達成되어야 할 것이다.

2. 國際仲裁의 認識不足과 그 活用方法講究

仲裁制度가 國內的인 去來에서 보다 오히려 對外的인 商品去來, 資本去來, 技術去來, 用役去來等 國際的인 經濟去來에서 그 機能을 發揮함에 따라 최근 20여년간 國際仲裁는 國內仲裁에 비하여 비약적으로 擴張・發展하여 왔다. 이는 國際의인 經濟紛爭에 대한 國家法院의 裁判에서 國際私法을 連結點으로 하여 어느 特定國家의 實定法을 적용하게 되고 外國法院의 判決을 執行하는 데에는 많은 어려움이 뒤따르므로 國際商去來上의 紛爭解決을 國際商事仲裁가理想的의 方法임이 國제적으로 인정되고 있음에 기인한다. 그러나 國내에서는 아직도 國際商事仲裁를 제대로 인식하지 못하고 無關心하여 不測의 損害를 보는 경우도不少하다. 國際商事仲裁는 仲裁契約에 의해서만 可能한 바 國際貿易去來에서는 基本貿易契約에 仲裁條項을 作成・挿入하는 것에 의함이一般的인 國際慣例이다. 仲裁條項의 作成은 當事者間의 利害가 相反되므로 다른契約條件과 더불어 國際交涉의 과정을 거치게 되는데 國際物品賣買契約은 繼續・反復的으로 빈번히 이루어지고 技術導入이나 合作投資契約等의 경우에는 그 條項交涉에 長期間을 要하게 되므로 賣渡人이나 提供者側이 定型化된 仲裁條項을 準備해 두고 交涉에 의해 修正하는 것이 效率의이다. 그리하여 定型化된 仲裁條項을 作成・準備하고자 하는 경우에는 國際貿易慣習이나各國의 法規, 政府의 政策方針 및 地域事情等을 고려하여 複數形態의 仲裁條項을 마련함이 바람직할 것이다.

3. 交涉姿勢의 不備와 仲裁契約條件交涉의 戰略的 思考化

國際契約의 경우와 같이 仲裁條項이나 仲裁付討契約의 締結에 있어서도 國際交涉은 必須의인 過程이다. 西歐人們이 契約條件의 交涉에 임하는 姿勢는 積極的이며 能動的이고 利害關係가 날카롭게 對立되는 事項에서는 오히려 攻擊的일 程度이며 周倒綿密하다. 이에 비하여 韓國人은 交涉時 契約條件를 일일히 따지는 것을 어려워하고 消極的이며 事前計劃이 치밀하지 못한 경향이 있다. 이는 西歐人們이 計量的인 事實을 重視함에 비하여 韓國人은 非計量的인 價值를 앞세운다³⁷⁾는 데에도 그 要因이 있는 것으로 보인다. 이러한 韓國人の 傳統的인 價值觀이나 倫理觀이 國際交涉에도 그대로 반영되기 때문이다.

37) Dong Ki Kim, *The Korean Manager, Profile of an Asian Manager*, 1981, p.32 參照.

國際商事仲裁의 活用과 仲裁契約의 國際交涉

그러나 契約條件의 國際交涉에 있어서는 非打算的이고 非合理的인 姿勢는 지양되어야 할 것이며 보다 有利한 條件으로 仲裁契約의 交涉이 이루어 지도록 위하여 國際交涉을 經營戰略의 一環으로 파악, 交涉의 戰略的思考와 交涉技法의 研究·活用이 수반되어야 할 것이다.

4. 國際貿易契約法律關係의 不知와 法律專門家의 活用

國際契約關係는 國內契約과 달라 그 契約의 근거하는 法律制度의 二元性이나 多元性으로 인하여 매우 複雜하고 까다로워 이에 精通하기가 어렵다. 더우기 韓國은 西歐에 비해一般的으로 國際貿易慣習이나 海外法律情報에 어두운 실정이어서 이들과의 貿易契約이나 仲裁契約條件의 交涉에 있어 不利한 입장에 처하게 된다. 따라서 國際貿易契約條件의 交涉과 契約締結에는 國際貿易契約關係에 정통한 法律專門家의 活用이 바람직하다.

5. 國際交涉 및 契約實務專門家의 養成

國際契約은 國際交涉을 통하여 체결되므로 不利하거나 不平等한 계약체결을 지양하고 나아가 보다 有利한 條件으로 契約을 체결하기 위하여는 契約對象에 대한 전반적인 協商ability의 強化와 더불어 國際契約法關係에 정통하여 契約實務ability이 있는 交涉者가 최선의 交涉戰略에 따라 이를 수행하여야 한다. 따라서 國際企業經營管理의 一環으로 國際契約管理를 원활히 하기 위하여 國際交涉 및 國際貿易法規와 國際商事仲裁等의 知識과 經驗을 축적한 國際交涉 및 契約實務專門家의 養成이 要求된다.

參 考 文 獻

- 金智洙, 「UNCITRAL 仲裁規則의 適用과 實際」, 大韓商事仲裁協會, 1981.
金贊鎮, 「技術導入을 위한 典型契約의 研究」, 大韓商事仲裁協會, 1971.
金贊鎮, 韓東湖, 「合作投資의 典型契約을 위한 研究」, 大韓商事仲裁協會, 1978.
朴善宇, 「海外直接投資의 法의 問題點」, 國際經濟研究院, 1981.
申鉉柱, 「UNCITRAL ARBITRATION RULES의 特異性과 問題點」, 大韓商事仲裁協會, 1979.
柳盛根, 「UNCITRAL ARBITRATION RULES와 韓國商事仲裁法規」, 大韓商事仲裁協會, 1976.
李英燮, 「新民事訴訟法(上)」, 博英社, 1978.
鄭守永, 「新經營學原論」, 博英社, 1982.
American Bar Association, *The International Lawyer*, Vol. 13, No. 2, 1979.
Bernstein Merton C, *Private Dispute Settlement*, The Free Press, 1968.
Derains Yves, *On ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, 1977.
Domke Martin, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Callaghan & Company, 1968.
Edwards Harry T · White James J, *The Lawyer as a Negotiator*, West publishing Co., 1977.
Elkouri Frank · Elkouri Edna Asper, *How Arbitration Works*, The Bureau of National Affairs, INC., 1979.
Fayerweather John · Kapoor Ashok, *Strategy & Negotiation for the Internationally Corporation*, Ballinger.

產 業 研 究

publishing Co., 1976.

International Council For Commercial Arbitration. *YEAR Book COMMERCIAL ARBITRATION* Vol. VII, 1982.

Kramer Roland L, *International Marketing*, South-Western Publishing Co., 1970.

Lowenfeld Andreas F, *International Private Trade*, Matthew Bander, 1981.

Nierenberg Gerald I, *The Art of Negotiating*, Cornerstone Library, 1980.

Schmitthoff Clive M, *Export Trade*, 7th ed. Stevens & Sons, 1980.

Seide Katharine, *A Dictionary of Arbitration and its Terms*, Ocena Publication Inc., 1970.

Singh P.N. *Profile of An Asian Manager*, St. XAVIER'S College. Bombay India, 1981.

Virginia Journal of International Law Association, *VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* Vol. 17 No. 4. 1977.

中村已喜人,「貿易契約論」,有明堂, 1975.

入江啓五郎,「國際經濟紛爭의 爭訟處理」,成文堂, 1971.

喜多川篤典,「國際商事仲裁의 研究」,東京大學出版會, 1978.

齋藤祥男,「實踐貿易實務」,世界書院, 1979.

笹森五郎,「貿易契約論」,同文館, 1966.

森井 清,「貿易를해 임 카 對策」日本經濟新聞社, 1972.

森井 清,「國際商事仲裁」,東洋經濟新報社, 1970.

上坂酉三,「貿易實務辭典」,青林書院新社, 1965.