

## 중재합의의 제3자에 대한 효력

### Arbitration Agreement's Binding Effect on Non-Signatory

김 지 흥\*  
Gee-Hong Kim

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 중재합의의 제3자에 대한 효력이 문제되는 경우
- III. 중재합의의 제3자에 대한 효력
- IV. 결 론

주제어 : 중재합의, 중재계약, 약관의 계약 편입, 제3자를 위한 계약, 제3자의 부담을 목적으로 하는 계약, 법인격부인, 금반언, 선행행위에 모순되는 거동 금지, 특정승계인

---

\* 법무법인 지평 소속 변호사

## I. 서론

중재란 “당사자의 합의에 의하여 선출된 중재인[이] 중재판정에 의하여 당사자 간의 분쟁을 해결하는 절차”를 말한다.<sup>1)</sup> 이처럼 중재는 근본적으로 당사자의 합의,<sup>2)</sup> 즉 계약에 기초한 것이므로 중재하기로 약속하지 아니한 당사자는 중재에 응할 의무가 없다. 또 중재합의의 당사자라고 하더라도 중재합의의 당사자가 아닌 제3자와의 분쟁은 중재로 해결할 의무가 없다.

그러나, 거래관계가 날로 복잡해져 가는 현대 사회에서 중재합의에 구속되는 당사자의 범위를 지나치게 엄격하게 해석하면, 중재합의의 취지를 몰각시키거나 당사자 사이의 실질적 공평을 해하게 되는 경우가 종종 있다. 예컨대 현대의 거래관계는 두 당사자 사이의 일회적 거래로 끝나는 것이 아니라 다수 당사자가 복수의 계약을 통해 동시 또는 순차로 관여하는 것이 보통이다.<sup>3)</sup> 이들 계약 중 일부만 중재조항을 포함하고 있을 때, 하나의 분쟁임에도 불구하고 중재조항을 포함한 계약의 당사자들만 중재절차로 갈 수 있고 나머지는 법원으로 가야 한다고 하면, 자칫 분쟁의 1회적 해결이라는 민사분쟁 해결의 대원칙에 반할 염려가 있다. 또한 법률상 계약의 당사자와 실제로 계약을 체결·이행하는 주체가 다른 경우도 흔한데,<sup>4)</sup> 형식상 당사자에게만 중재를 신청할 수 있다고 할 경우, 자칫 실질적 계약 주체에게 면죄부를 주는 결과를 낳을 수 있다.

이에 미국 법원은 일정한 경우 (1) 중재합의의 당사자가 중재합의의 직접 당사자가 아닌 자(이하 “중재합의의 비당사자”)를 상대로 중재를 요구할 수 있거나, (2) 반대로 중재합의의 비당사자가 중재합의의 당사자를 상대로 중재를 신청할 수 있다는 여러 가지 이론을 개발·적용하고 있다.

우리나라에서는 아직까지 중재합의의 비당사자에 대한 효력에 관하여 구체적 논의가 별로 없는 실정이다.<sup>5)</sup> 이 글에서는 이에 관한 미국의 사례와 이론을 소개하고, 우리법상 중

1) 이시윤, 「신민사소송법(제2판)」, 박영사, 2004, p.21.

2) 이를 ‘중재합의(arbitration agreement)’라고 한다. 대법원은 중재합의를 “사법상의 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재에 의하여 해결하도록 서면에 의한 합의”라고 정의한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67264, 67271 판결).

3) 예컨대, 해상운송 중 화물이 멸실 또는 훼손된 경우, 송하인과 수하인 사이의 매매계약, 송하인과 운송인 사이의 용선계약, 운송인이 발행하는 선하증권, 화주와 보험회사 간의 적하보험계약 등이 문제된다. 하나의 화물 운송을 둘러싸고 여러 당사자가 다수의 계약을 통해 중층적으로 관계를 맺는 것이다.

4) 예컨대, 새로운 사업을 시작할 때에는 새로운 법인을 설립하여 그 이름으로 계약을 체결하는 경우가 많고, 현대금융거래에서는 특수목적법인(이른바 special purpose company 또는 special purpose vehicle)을 설립하는 것이 거의 기본처럼 되어 있다. 특히 글로벌 기업들은 각국의 조세나 행정 규제 등을 이유로 다수의 법인을 설립하여 사업을 수행하는데, 계열사 간의 관계가 하도 복잡하여 그 직원들마저 자신이 정확하게 어느 법인과 고용관계를 맺고 있는지 모르는 경우도 종종 있다.

5) 이하 III.항에서 상세히 살펴볼겠지만, 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결에 대한 석광현 교수님의 평석이 이에 관한 논의의 단초를 제시하고 있다. 석광현, “뉴욕협약상 중재합의에 관한 몇 가지 문제점 - 대법원 2004. 12. 20. 선고 2004다20180 판결이 제기한 쟁점들을 중심으로”, 「국제사법과 국제소송」 제4권,

재합의의 제3자에 대한 효력을 어디까지 어떻게 인정할 수 있고 또 인정하여야 하는지에 대하여 의견을 제시해 보고자 한다. 논의에 앞서 실천적 이해를 돕기 위하여 중재합의의 효력이 어느 단계에서 어떻게 문제되는지를 먼저 간단히 검토한다.

## II. 중재합의의 제3자에 대한 효력이 문제되는 경우

### 1. 중재합의의 원용 주체에 따른 구별의 필요성

중재합의의 제3자에 대한 효력은 누가 중재합의의 효력을 주장하는지에 따라 달리 붙여지가 있다. 중재합의의 당사자가 비당사자와의 분쟁에도 중재합의의 효력이 미친다고 주장하는 경우와 당사자가 아닌 자가 중재합의의 당사자를 상대로 중재를 주장하는 경우가 있다.

후자의 경우에는 중재합의의 당사자에게 비당사자와의 중재를 강제할 계약적·법률적 근거가 무엇인지, 그리고 중재합의의 비당사자가 타인 간의 중재합의를 원용할 수 있는 법적 근거는 무엇인지 문제된다. 반면 전자의 경우는 중재합의 당사자의 진정한 의사가 무엇이었던지, 그리고 비당사자에게 타인 간의 중재합의에 따르도록 할 계약적·법률적 근거가 무엇인지가 문제가 된다. 이론적 근거에 따라서는 이들의 법적 결론이 달라질 수도 있는데, 본문에서 상세히 살펴본다.

### 2. 중재합의의 존부와 효력 범위가 문제되는 절차

#### (1) 일방이 중재를 신청한 경우

중재신청을 받은 피신청인 중에는 중재절차의 출석·답변은 물론 중재인 선정까지도 일체 거부하는 경우가 있다.

미국법에 따르면, 피신청인이 중재를 거부할 경우 신청인은 미국법원에 중재강제명령(order to compel arbitration)을 구할 수 있다.<sup>6)</sup> 따라서 미국법원이 당해 사건에 관할권을 갖는다면, 신청인은 미국 법원에 중재강제를 구할 수 있고 이 절차에서 중재합의의 제3자적 효력 유무가 판단될 것이다. 반면 우리 법원으로부터 이와 같은 중재강제명령을 받을

박영사, 2007, pp.425-453 참조.

6) 미국 연방중재법(Federal Arbitration Act) 제4조는 “[중재합의의] 당사자가 서면중재합의에 따른 중재를 거절, 무시, 또는 이행하지 아니할 경우, 상대방은 그러한 중재합의가 없었더라면 그 분쟁에 관하여 관할권을 보유하였을 연방지방법원에 중재합의에 따라 중재에 임하라는 명령을 구할 수 있다”고 하고 있다. 미국 각 주법도 이와 유사한 중재강제 제도를 두고 있다.

수 있는지는 분명하지 않다.<sup>7)</sup> 대신 신청인은 중재판정부<sup>8)</sup>에 중재합의의 존부 및 효력 범위에 대한 판단을 구할 수 있고, 판정권한이 있다고 판단할 경우 중재판정부는 피신청인이 중재절차에 응하지 않더라도 본안에 관하여 판정을 내릴 수 있다(중재법 제17조).

피신청인은 중재절차를 원하지 않더라도 일단 중재절차에서 중재합의의 존부를 다투어야 한다. 중재절차 밖에서 법원에 중재절차의 금지 또는 중지를 구하는 가처분 신청<sup>9)</sup>이나 중재절차의 위법확인을 구하는 소송<sup>10)</sup> 등을 제기할 수는 없다. 개정 중재법이 중재판정부의 권한에 대한 일차적인 판단 권한을 중재판정부에게 주었기 때문이다.<sup>11)</sup> 중재판정부가 중재합의의 존부에 대하여 먼저 판단을 하고, 그 결정에 대하여 비로소 법원에 심사를 신청할 수는 있다(중재법 제17조). 하지만, 그에 대한 재판이 법원에 계속 중이더라도 중재절차를 진행하거나 중재판정을 내리는 것이 법적으로 가능하고(같은 조 제7항), 일단 중재판정이 내려지면 중재법 제36조 소정의 취소사유가 없는 한 다툴 수 없게 된다. 따라서 나중에 중재판정을 취소할 수 있을 것이 확실하지 않은 이상, 피신청인으로서 중재합의의 존부에 관하여 이의가 있더라도 일단 중재절차에 응하지 않을 수 없는 것이 현실이다.

## (2) 일방이 법원에 소송을 제기한 경우

중재합의의 당사자가 비당사자를 상대로 소송을 제기하였을 때, 비당사자는 그 분쟁도 중재합의의 대상이 되는 분쟁이라고 주장하며 소의 각하를 구할 수 있다(중재법 제9조 제1항). 이때 법원은 문제되는 중재합의의 주관적 효력 범위를 판단하게 될 것이다.

## (3) 중재판정에 대한 취소소송 또는 집행판결청구소송

중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 중재판정은 중재판정취소의 소를 통해 취소할 수 있고, 이에 대한 집행판결은 허용되지 않는다(중재법 제36조 제2항 제1호 다.목 및 제38

- 7) 목영준 판사님은 “법원에 중재의 이행을 강제하여 달라는 신청”을 할 수 있다고 하고 있다(목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2000. p.49). 반면 다른 학자들은 중재법 제6조가 “법원[이] 이 법이 정한 경우를 제외하고는 [중재]에 관한 사항에 관여할 수 없다”고 하고 있는데, 중재법에 중재강제명령에 대한 규정이 따로 없다는 이유를 들어 반대한다(양병희 외 8, 「주석 중재법」, 대한상사중재원·한국중재학회, 2005, p.30). 이같은 중재강제명령의 허용 여부에 관한 보다 구체적인 논의는 석광현, 「국제상사중재법연구 제1권」, 박영사, 2007, pp. 418-419 참조.
- 8) 이것은 어디까지나 중재판정부까지는 구성된 경우를 전제로 하는 것이다. 피신청인의 거부로 중재판정부의 구성조차 이루어지지 않은 경우에는 사실상 중재를 거부하는 당사자를 상대로 중재를 강제하거나 중재판정을 받을 방법이 없다. 앞의 글 p.30. 그런 점에서 우리법상 중재합의를 실현시키는 데 일정한 한계가 있다.
- 9) 대법원 1996. 6. 11.자 96마149 결정 참조.
- 10) 위 각주 9)에서 언급한 대법원 결정이 “... 법원에 그 중재절차의 위법확인을 구하는 본안소송을 제기하는 것은 별론으로 하고”라고 실시한 점을 들어 구(舊) 중재법 하에서는 중재절차 위법확인 소송이 가능한 것으로 이해되어 왔다(석광현, 앞의 책, p. 436). 그러나 대법원 2004. 6. 256. 선고 2003다 5634 판결은 개정 중재법이 “법원이 중재활동에 개입할 수 있는 범위를 ‘이 법이 정한 경우’로 한정하고 있고, 개정 중재법상 명문으로 인정되지 아니한 중재절차 위법확인 소송은 부적법하여 각하되어야 한다고 판시하였다(이 판결에 대한 자세한 평석은 석광현, 앞의 책 pp. 437-438). 반대로으로는 목영준, 앞의 글, p.27 참조.
- 11) 목영준, “중재에 대한 법원의 관여,” 「중재」, 제295호, 대한상사중재원, 2000. 3. p.27.; 석광현, 앞의 책 p.438.

조 각 참조). 따라서 중재판정부가 중재합의의 당사자 및 비당사자 사이의 분쟁도 중재합의의 대상이라고 판단했다라도, 이를 다투는 자는 중재판정 취소소송 혹은 집행판결 청구소송 단계에서 법원에 다시 한번 이 문제를 제기할 수 있겠다. 문제는 중재 당시에는 중재합의의 존부 및 효력에 관하여 아무런 이의를 제기하지 않다가 나중에 자신에게 불리한 판정이 나오자 비로소 중재합의가 없었다는 이유로 중재판정의 취소 또는 집행을 거부를 구할 수 있는가 하는 점이다. 이에 관하여는 아래 III. 2.항에서 상세히 살핀다.

### III. 중재합의의 제3자에 대한 효력

#### 1. 중재조항을 포함하는 다른 문서의 내용을 계약 내용으로 삼은 경우

##### (1) 미국 이론 - Incorporation by Reference

미국법원은 비록 중재조항을 포함한 계약서에 직접 서명하지 않았더라도, 그 계약의 당사자와 별도로 합의하면서 그 중재조항에 따르기로 한 경우 중재합의의 비당사자라도 당사자를 상대로 중재를 제기할 수 있다고 한다.<sup>12)</sup> 예컨대 선하증권상 중재조항은 없지만 용선계약의 모든 내용을 선하증권의 내용으로 삼고 있고 그 용선계약에 중재조항이 있는 경우 선하증권의 소지인은 비록 용선계약의 당사자는 아니지만 용선계약의 당사자이자 선하증권 발행인인 운송인을 상대로 중재를 구할 수 있다고 한다.<sup>13)</sup>

##### (2) 한국법상 적용 가부

엄밀하게 보면, 이것은 중재합의의 제3자에 대한 효력 문제가 아니라 “인용에 의한 중재합의(incorporation by reference)”를 유효한 중재합의로 인정할 것인가의 문제다. 대법원은 일찍이 “중재계약은 당해 계약서 자체에 중재조항이 명기되어 있는 경우에 한하지 아니하고 중재조항을 포함하는 일반거래약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 당사자가 이를 계약의 내용으로 삼은 이상 허용된다”고 하여 긍정적 입장을 취해 왔다.<sup>14)</sup> 1999년 전면 개정된 우리 중재법은 “계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 본다”고 하여 명문으로 인정하고 있다(중재법 제8조 제4항).

다른 문서의 중재조항을 구체적으로 특정하여 인용하였다면, 이를 유효한 중재합의로

12) Import Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line Co., 351 F.2d 503, 505 506 (2d Cir. 1965); Continental U.K. Ltd v. Anagel Confidence Compania Naviera, S.A., 658 F.Supp. 809, 813 (S.D.N.Y. 1987) 각 참조.

13) 위 Import Export Steel 사건 참조.

14) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다24385 판결 등 다수 참조.

인정하는 데 아무런 문제가 없다. 모든 계약의 내용을 하나의 문서에 담을 필요는 없기 때문이다. 하지만 중재조항을 구체적으로 특정하는 대신 “기타 이 계약에서 달리 정하지 아니한 사항은 XXX에 따르기로 한다”는 식으로 포괄적으로 다른 문서를 인용하고, 그 문서의 내용 중 하나가 중재조항인 경우에도 중재합의의 효력을 인정할 수 있는지는 논란의 여지가 있다. 인용되는 문서는 일반거래조건 등 약관(約款)인 경우가 많은데, 이러한 약관을 통한 중재합의는 상대방의 재판받을 권리를 박탈할 우려가 많으므로 원칙적으로 무효로 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>15)</sup> 하지만 「약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’)」에 따라 무효로 판단되는 경우는 별론으로 하더라도,<sup>16)</sup> 재판권을 배제하는 약정이라는 이유만으로 약관에 의한 중재합의를 무효라고 보는 것은 무리가 아닌가 생각된다. 법원에 재판을 받을 수는 없지만 중재가 가능한 만큼 분쟁해결의 기회를 완전히 박탈하는 것이 아니며, 제한적이기는 하지만 중재판정취소소송 등을 통해 법원이 중재판정의 절차 및 결과를 감독할 여지가 있기 때문이다.<sup>17)</sup> 게다가 국제거래의 증대로 말미암아 중재합의를 포함한 국제계약이 갈수록 늘고 있고, 세계 각국의 법원들도 중재합의의 이행을 보장하는 데 적극적인 점을 감안하면,<sup>18)</sup> 이러한 엄격한 입장은 자칫 국제거래의 안정성과 예측가능성을 해할 우려가 있다.

대법원은 인용문서에 중재조항이 있다는 사실을 상대방이 알았거나 혹은 충분히 알 수 있었는지 여부를 살핀다. 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다24385 사건에서 낙찰자인 피고는 발주자인 원고에게 “물품매도확약서”를 제출하면서 “기타 조건은 축산물 유통사업단[의] 입찰안내서에 따른다”고 하였고, 원고의 축산물 유통사업단 입찰안내서는 다시 “기타 조건은 … 축산물유통사업단이 제정한 입찰에 관한 일반조건에 따른다”고 하여, 중재조항을 포함한 ‘입찰에 관한 일반조건’을 인용하였다. 이에 대하여 대법원은 피고가 원고의 입찰에 여러 차례 참여하였고, 원고는 매 입찰시마다 입찰안내서 및 일반조건을 교부·설명하

15) 손지열, “약관규제에 관한 법률”, 「민법주해 [XII]」, 박영사, 1997, pp.398-399.

16) 제3자와 사이에 체결한 계약서(예컨대 용선계약)를 “계약(예컨대 선하증권)의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용”으로 볼 수 있는지 논란의 여지가 있다(약관규제법 제2조 제1항). 하지만 약관 여부는 “명칭이나 형태 또는 범위를 불문”하므로, 제3자가 작성한 문서이거나 제3자와 체결한 계약서라고 하더라도 그것을 다수의 계약에 계속·반복적으로 사용한다면, 약관규제법의 규율을 받는 약관으로 보아야 할 것이다.

17) 같은 의견으로 조희대, “중재판정에 대한 집행판결을 못하는 사유”, 「대법원판례해설」, 28호, 대법원 법원행정처, 1997. 12., pp.241-243 참조.

18) 근대 초기의 각국 법원들은 중재에 대하여 비우호적인 입장을 견지해 왔다. 영·미 법원도 20세기 초까지는 중재합의가 “법원에 재판받을 권리”를 배제하는 것으로 공공질서(public policy)에 반하므로 무효라고 판단하였다. 그러나 자유주의 경제가 자리를 잡으면서 선진국 법원들부터 중재합의에 대한 존중과 보장을 강조하는 흐름이 나타나기 시작하였다. 1958년에 체결된 「외국 중재 판정의 승인 및 집행에 관한 협약(이하 ‘뉴욕 협약’)」, 역시 그러한 노력의 일환이었다(각국 법원의 중재합의에 대한 태도 변화에 관한 구체적 논의는 Gary B. Born, 「International Commercial Arbitration (2d Ed.)」, Transnational Publishers, 2001, pp.155-167 참조). 미국 연방대법원은 “특정 분쟁이 중재에 회부할 수 있는지 여부에 관하여 의심이 있으면 중재에 유리한 방향으로 해석하여야 하며 그것이 연방중재법에 의하여 선언된 연방법의 범위다”라고 선언하고 있다. Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Const. Corp., 460 U.S. 1, 24-25 (1983) 참조.

거나 혹은 열람할 기회를 주었으며, 입찰안내서의 문구를 통해 “거래상대방으로 하여금 [중재합의의 존재를] 인지가능하게 한 이상 … ‘입찰에 관한 일반조건’도 위 ‘입찰안내서’를 통해 위 각 계약 내용으로 편입되었다고 할 것”이라면서 ‘입찰에 관한 일반조건’에 포함된 중재합의를 입찰계약의 일부로 판단하였다. 이 판결은 단순한 1회의 인용이 아니라 2차례에 걸친 순차인용의 유효성마저 인정하였다는 점에서 주목할 만하다. 대법원 2001. 10. 12. 선고 99다45543, 45550 판결도 같은 이유로 인용방식에 의한 중재합의의 유효성을 인정하였는데, 이 인용된 문서는 당사자가 아닌 제3자가 작성한 문서였다.

대법원의 판단에 동의한다. 중재합의는 그 자체로 상대방에게 부당하게 불리하거나 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 것이 아니다(약관규제법 제6조 제2항 제1호 및 제3호 참조). 따라서 약관을 명시·교부받고 그 내용에 대하여 설명을 들었거나, 별도의 설명 없이도 이미 알고 있거나 충분히 알 수 있었던 경우<sup>19)</sup>에는 인용된 약관상의 중재합의도 계약의 일부가 된다고 하겠다. 다만 인용된 중재조항이 외국에서 외국법에 따라 또는 외국어로 중재하도록 되어 있는 경우 다소 달리 볼 여지도 있겠다. 대등한 당사거래의 당사자 사이의 거래라면 모르겠으나, 불특정 다수의 소비자와의 계약에서 외국을 중재지로 삼는 중재조항을 인용하고 있다면, 이는 “고객에게 부당하게 불리한 조항”이 되어 무효가 될 가능성도 있기 때문이다(약관규제법 제6조).<sup>20)</sup>

## 2. 묵시적 중재합의 또는 중재합의 부존재에 대한 이의권 상실

### (1) 미국 이론 - assumption<sup>21)</sup>

미국법원은 비록 중재합의의 당사자가 아니더라도 행동으로 중재 의무를 승인했다고 볼 만한 사정이 있다면, 중재합의에 구속된다고 본다.<sup>22)</sup> 예컨대, *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.*, 933 F.2d 1100 (2d. Cir. 1991) 사건에서는 *United Airline*이 *PanAm*의 태평양

19) 약관규제법 제3조 및 대법원 2005. 12. 9. 선고 2004다26164, 26171 판결 참조.

20) 참고로 외국법원을 관할법원으로 하는 배타적 관할합의는 ① 당해 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 아니하고, ② 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가져야 하며, ③ 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구되고, ④ 만약 일방에게 현저하게 불합리하고 불공정한 경우에는 공서양속에 반하여 무효다(대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결 참조). 중재지는 국가주권(國家主權)의 일부인 관할권의 문제와 차원이 다르다는 점에서 ① 내지 ③의 요건은 직접 문제되지 않을 것이다(예컨대 한국과 프랑스 간 거래에서 거래와는 아무런 관계가 없지만 지리적으로 중간에 있는 홍콩을 중재지로 삼았다고 하여 중재합의를 무효라고 볼 수는 없다). 다만 일방에게 현저하게 불합리하고 불공정한지 여부를 판단할 때 하나의 요소로 고려될 수는 있겠다.

21) 미국법상 ‘assumption’이란 “the act of conceding or taking for granted”라고 정의되는데(『Black Law Dictionary』, West Group, 1998, p123.), 우리법상으로는 채무나 계약의 ‘승인(承認)’ 개념에 가깝다.

22) *Thomson CSF, S.A. v. American Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 777 (2d. Cir. 1995); *Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc.* 933 F.2d 1100, 1105 (2d. Cir. 1991); *Kamakazi music Corp. v. Robinson Music Corp.*, 684 F.2d 228, 231 (2d Cir. 1982); *Teamsters Local Union no. 764 v. J.H. Merritt & Co.*, 770 F.2d 40, 42 (3d Cir. 1985) 등 다수 판결 참조.

지부 영업을 인수하였는데 PamAm에서 승계한 항공승무원들의 연차(年次)를 어떻게 정할 것인지 문제되었다. United Airline의 취업규칙은 신규채용 인력의 연공서열에 관하여 다름이 있을 경우 중재를 통해 해결하도록 정하고 있었고, PanAm 출신 승무원들은 대표를 뽑아 그들이 선임한 변호사로 하여금 중재절차에 참여하게 하였다. 그러나 중재결과가 나오자 승무원들은 자신들은 United Airline의 취업규칙에 적용을 받지 않고 따라서 회사와 중재합의도 없었다는 이유로 중재판정의 취소를 구했다. 이에 대하여 연방 제2지구 항소 법원은 중재합의는 묵시적으로도 이루어질 수 있는데, PanAm 출신 항공승무원들이 중재에 적극적으로 임하였다는 것은 당해 분쟁을 중재로 해결하겠다는 의사를 분명히 한 것이 라면서, 이 같은 신청을 기각하였다.

## (2) 한국법상 적용 가부

이 역시 중재합의의 효력이 제3자에게 미치는가의 문제라기보다는, 서면에 의한 중재합의가 없음에도 불구하고 이의 없이 중재절차에 응한 자가 나중에 중재합의의 부존재 또는 무효를 이유로 중재판정의 취소를 구하거나 집행거부를 구할 수 있는지의 문제다.

### 1) 기존 판례의 태도

대법원의 기존 입장은 묵시적 중재합의를 부정하고 있는 것으로 보인다. 대법원은 뉴욕협약의 적용이 문제되는 국제중재판정에 대한 집행청구사건에서, 뉴욕협약 제4조 제1항이 ‘서면에 의한 중재합의(agreement in writing)’를 요구하고 있으므로, 단지 당사자 일방이 중재를 신청하고 이에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 당사자 사이에 위 협약 제2조에 정한 유효한 중재합의가 있었다고 볼 수 없다고 하면서 집행판결 청구를 기각하였다(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결 참조).<sup>23)</sup> 뉴욕협약과 우리 중재법의 내용이 정확하게 일치하는 것은 아니지만, 둘 다 서면에 의한 중재합의를 요구한다는 점에서 이 판례의 입장을 그대로 관철한다면 우리 중재법이 적용되는 국내 중재에서도 묵시적 중재합의를 인정하지 않을 가능성이 높다.<sup>24)</sup>

대법원 1992. 1. 21. 선고 91다7774, 7781 판결은 중재합의의 당사자 일방이 중재절차를 거치지 아니한 채 법원에 제소한 것에 대하여 상대방이 중재합의의 존재를 들어 항변

23) 이 판결에 관한 자세한 평석은 석광현, 위의 글, pp.425-453 참조. 이 판결에 따라 파기환송을 받은 서울고등법원은 파기환송 취지에 따라 원고의 집행판결 청구를 기각하였고(서울고등법원 2005. 10. 26. 선고 2004나94480 판결), 상고기각으로 확정되었다(대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다69342 판결).

24) 뉴욕협약은 서면에 의한 중재합의를 “계약문 중 중재조항 또는 당사자 간에 서명되었거나, 서신이나 전보의 교환 속에 포함되어 있는 중재합의를 포함한다”고 하고 있는 반면(제2조 제2항), 우리 법은 “당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우,” “서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신 수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우,” 또는 “일방 당사자가 당사자 간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 아니하는 경우” 서면에 의한 중재합의가 있는 것으로 본다(제8조 제3항).



을 제기하지 않고 본안 판결을 받았다는 사정만으로는 중재합의를 해지하기로 하는 묵시적 합의가 이루어진 것으로 볼 수 없다고 하였다. 이를 반대 해석하면, 중재합의가 없다는 항변을 제기하지 아니하고 본안에 관하여 중재판정을 받았다는 사정만으로도 묵시적 중재합의가 성립한 것은 아니라는 결론이 도출될 수 있다.

그러나, 아무런 이의 없이 중재절차에 응하여 중재판정을 받은 자에게 중재합의가 없었다는 이유로 중재판정의 효력을 부정하게 하는 것은 이론의 당부를 떠나 부당하다고 하지 않을 수 없다.<sup>25)</sup> 이런 입장에 따르면, 중재신청을 받은 자는 일단 중재에 응하여 판정을 받아보고, 판정이 자신에게 유리하면 다투지 아니하고 자신에게 불리하면 처음부터 새롭게 소송을 제기할 수 있게 된다. 동일한 분쟁을 중재와 소송을 통해 두 번 다투어야 한다는 점에서 상대방에게 부당하게 불리한 결과를 초래하며, 공공적 측면에서 보더라도 중재에 들어간 노력과 비용을 무(無)로 돌아가게 한다는 점에서 부적절하다. 따라서 이에 관한 중복소송을 부정할 수 있는 법리의 개발이 필요하다.

## 2) 중재법 제8조 제3항 제3호 소정의 서면에 의한 중재합의 인정 가부

먼저 중재법 제8조 제3항 제3호 소정의 “일방 당사자가 당사자 간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고, 상대방 당사자가 이를 다투지 아니하는 경우”로 볼 수는 없는가 하는 점을 생각해 볼 수 있다.

만약 중재신청인이 중재신청서 기타 서면을 통해 분쟁 전 또는 후에, 구두 또는 서면으로 중재합의를 하였다든 주장을 하고,<sup>26)</sup> 피신청인이 이에 관하여 명시적으로 다투지 않았다면, 이 조항에 따라 서면에 의한 중재합의를 인정할 수 있을 것이다.<sup>27)</sup> 뉴욕협약이 적용되는 국제중재의 경우도 마찬가지다. 뉴욕협약 제2조 제2항은 “서신 또는 전보의 교환 속에 담긴 중재합의(arbitration agreement ... contained in an exchange of letters or telegrams)”도 서면에 의한 중재합의에 해당한다고 하고 있다. 특정 ‘서신’이나 ‘전보’에 합의사실이 담겨 있을 것을 요구하는 것이 아니라 그 ‘교환’ 속에 담겨 있으면 족하다. 따라서 구두 또는 서면에 의한 중재합의의 사실을 주장하는 신청서에 대하여 명시적으로 다투지 않는 답변서가 제출되었다면, 이 같은 신청서와 답변서의 ‘교환’ 속에는 당해 분쟁을 중재로 해결하겠다는 합의가 ‘담겨’ 있다고 할 것이다. 2004다20180 판결에서 대법원

25) 아무런 이의없이 중재절차에 응하였다가 나중에 중재판정 취소 또는 집행을 위한 소송절차에서 중재합의의 존부 및 효력을 다투는 것이 가능한 지에 관해서는 확실한 대립이 있다. 이에 관한 상세한 논의는 석광현, 앞의 책 pp. 431-432 참조.

26) 예컨대 계약 체결 과정에서 또는 분쟁 발생 직후 구두로 중재하자고 합의하였다거나, 서면에 의한 중재합의가 있었는데 그 문서가 멸실되었다는 주장 등이 있을 수 있겠다.

27) 이와 달리 중재합의의 서면요건은 중재합의의 ‘형식’요건이지 ‘증명’요건은 아니라는 견해로 이강빈, “국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모델법의 개정동향”, 「중재연구」 제16권 제3호, 한국중재학회, 2006. 12., pp.74-75가 있다. 이 입장에 따르면, 구두에 의한 중재합의가 주장되고 반박되지 않은 경우는 배제된다. 하지만 “애초에 서면에 의한 중재합의가 있었다”고 주장할 것을 요구하고 있지 아니한 중재법 제8조 제3항 제3호를 이렇게 좁게 해석할 이유는 없다고 판단된다.

은 “이 사건 중재신청을 전후하여 원고와 피고 사이에 교환된 업무연락서류, 중재관련서류 등에 의하여 중재합의가 확인된다는 특별한 사정이 없는 한”이라고 단서를 달고 있다. 이때 말하는 ‘중재관련서류’에는 당연히 중재신청서와 답변서도 포함된다고 할 것이며, 신청서와 답변서의 제출이라는 서면에 의한 공식적 의사표시로 증명된 이상 중재합의가 이들 문서의 교환에 포함되어 있다고 봄이 상당하므로, 우리 판례상으로도 이러한 해석가능성은 열려 있다고 하겠다.

이 글의 주제로 돌아와, 제3자와 체결한 중재합의의 효력이 피신청인에게도 미친다는 주장이 신청서에 담겨 있고, 이에 대하여 피신청인이 답변서 등 서면으로 따로 다투지 아니한 경우는 어떻게 할 것인가. “피신청인과 직접 중재합의를 하였다”는 것을 주장하는 것이 아니라 제3자와의 중재합의가 피신청인에게 “효력을 미친다”는 것뿐이므로 중재법 제8조 제3항 제3호에 해당하지 않는다고 볼 여지가 있다.<sup>28)</sup> 그러나, 어떠한 합의가 ‘있다’는 것은 그 합의에 구속을 받는다는 의미이지, 반드시 본인과 합의를 했어야 한다는 의미는 아니다. 예컨대, 대리인과 체결한 계약도 본인과의 합의에 해당한다. 그렇다면, 아래에서 상세히 살펴보는 것처럼, 법인격 부인(法人格 否認) 또는 대리(代理) 등의 이론을 들어 피신청인에게 중재합의의 효력이 미침을 주장하고, 이에 대하여 이의를 하지 않았다면 이것만으로 서면에 의한 중재합의 요건은 충족된다고 봄이 상당하겠다.

### 3) 중재판정부의 판정 권한에 대한 이의권 상실

한편 중재법 제17조 제2항은 “중재판정부의 권한에 관한 이의는 본안에 관한 답변서를 제출할 때까지 제기되어야 한다”고 하고 있다. 이때 ‘중재판정부의 권한에 관한 이의’에는 ‘중재합의의 존부 또는 유효성에 관한 이의’도 포함된다는 것이 대법원의 입장이다.<sup>29)</sup> 그렇다면, 중재합의의 당사자가 비당사자를 상대로 중재를 신청한 것에 대하여 비당사자가 본안에 관하여 답변서를 제출할 때까지<sup>30)</sup> 아무런 이의를 제기하지 않았다면, 나중에 중재판정의 취소를 구하거나 집행을 거부할 수 없다고 할 것이다.

이와 같은 처리는 민사소송법상 합의관할 및 변론관할의 법리와도 일맥상통한다. 민사소송법은 관할합의가 반드시 ‘서면’으로 이루어져야 한다고 하면서도(제29조 제2항), 관할합의가 사전에 없었더라도 본안 변론시까지 관할의 부존재에 관하여 이의하지 않으면 변

28) 우리 중재법 개정의 모델이 된 UNCITRAL 모델 중재법의 원문은 “An agreement is in writing if ... in an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another”라고 표현하고 있다. 1985년도 채택 UNCITRAL 모델중재법 제7조 제2항 참조.

29) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결 참조.

30) 이에 대하여 기관중재의 경우 답변서 제출시점까지 중재판정부가 반드시 구성되는 것은 아니므로 판정권한에 대한 이의 제출시기를 ‘답변서를 제출할 때까지’가 아니라 ‘본안에 관한 변론 전까지’로 하여야 한다는 견해가 있다. 서정일, “중재법 개정연구: 개정방향과 개정안 제10조~제18조를 중심으로”, 『중재학회지』9권, 한국중재학회, 1999. 12., p.45 참조. 그러나 적어도 중재합의에 관한 이의는 중재판정부의 구성 여부와 무관하게 주장할 수 있으므로 답변서 제출시까지로 제한하여도 문제될 것은 없겠다.

론관할이 생긴다고 하고 있다(제30조). 관할합의가 당해 분쟁을 특정 법원에서 판단받겠다고 하는 것이라면, 중재합의는 당해 분쟁을 특정한 중재판정부로부터 받겠다고 하는 것으로 매우 유사하다. 따라서 중재합의에 대하여 일종의 변론관할을 인정하는 것은 문제될 것이 없겠다.

#### 4) 금반언의 법리 적용

일부 학설은 이 문제를 금반언(estoppel)의 법리로 풀자고 제안한다.<sup>31)</sup> 이의없이 중재에 응하여 신청인에게 이를 신뢰하여 적극적으로 중재절차에 임하도록 한 다음 나중에 와서 그러한 신뢰를 저버리고 중재합의의 부존재를 이유로 중재판정의 무효를 주장하는 것은 선행행위와 모순되는 거동으로 신의칙상 허용되지 않는다는 것이다.

타당한 지적이다. 다만 우리 중재법은 이러한 금반언의 법리를 제8조 제3항 제3호 및 제17조 제2항으로 명문화하고 있는 만큼, 중재지가 대한민국인 국내중재의 경우 이에 따라 해결하면 족할 것이다.<sup>32)</sup> 따라서 금반언의 법리는 우리 중재법이 적용되지 않는 국제중재 판정에서 주로 문제될 터인데, 이때 구체적으로 어느 법상 금반언의 법리를 인정할 것인지 논란의 여지가 있다.<sup>33)</sup> 생각건대, 금반언의 법리는 세계적으로 널리 인정되는 법리인 만큼 뉴욕협약에 내재되어 있다고 보거나 일종의 국제상관습으로 보아 세계 각국에서 인정되는 보편타당한 법리의 범위 내에서 적용함이 마땅할 것이다.<sup>34)</sup>

#### 5) 소 결

이상의 검토를 종합하건, 어느 모로 보나 이의없이 중재에 임한 자에게 사후적으로 중재합의의 존부를 다투어 중재판정의 효력을 부정하게 할 수는 없다고 하겠다.

### 3. 중재합의 당사자의 임직원 또는 대리인에 대한 구속력 문제

#### (1) 미국 이론 - agency theory

미국법원은 중재합의의 당사자 뿐만 아니라 그 임원이나 이사, 대리인도 중재합의를 이익으로 원용할 수 있는 경우가 있다고 한다.<sup>35)</sup> 예컨대 *Arnold v. Arnold Corp.*, 920 F.2d 1269 (6th Cir. 1990) 사례를 살펴보면, 원고는 피고 회사와 주식양수도계약을 체결하고

31) 석광현, 앞의 글, pp.448-449 참조.

32) 중재법 제2조 제1항은 중재법의 적용범위를 “중재지가 대한민국 안인 경우”로 제한하고 있다.

33) 세계 각국이 금반언의 법리를 인정하고 있지만, 그 구체적 내용은 나라마다 조금씩 다르다. 그런 점에서 어느 나라 법상 금반언의 법리를 적용할 것인지 논란이 될 수 있다.

34) 석광현, 앞의 글 p.449 참조.

35) *Arnold v. Arnold Corp.*, 920 F.2d 1269 (6th Cir. 1990); *Letiza v. Prudential Bache Securities, Inc.*, 802 F.2d 1185 (9th Cir. 1986) 등 참조.

자신이 경영하던 회사의 주식 전부를 피고 회사에 넘기고 그 대가로 피고회사의 주식을 받았는데, 그 계약에 관한 모든 분쟁은 미국중재협회(AAA : American Arbitration Association)의 규칙에 따라 중재하기로 하였다. 이후 원고는 위 계약의 이행과정에서 피고에게 사기를 당했다면서 피고 회사는 물론 그와 같은 사기행위를 하였다는 피고 회사의 임·직원을 상대로 소송을 제기하였다. 이에 대하여 연방 제6항소지방법원은 원고의 청구가 중재합의 당사자인 피고의 임·직원이 그 중재합의를 포함한 계약에 관하여 자신에게 손해를 끼쳤다는 것이고, 그것이 위 임·직원의 직무 범위 내에서 이루어진 것이라면, 그 임·직원은 비록 중재합의의 직접 당사자는 아니더라도 중재합의를 이익으로 원용하여 소의 각하를 구할 수 있다고 판시하였다. 연방 제6항소법원은 당사자의 진정한 의사는 당해 계약에 관한 모든 분쟁을 하나의 중재절차를 통해서 해결하겠다는 데 있고, 만약 중재합의 당사자의 임·직원에 대하여 별개의 소송을 허용한다면, 사실상 중재합의의 당사자 사이의 중재마저 무산시킬 수 있다는 점을 지적하였다.

## (2) 한국법상 적용 가부

동일 분쟁은 하나의 쟁송절차에서 해결하는 것이 바람직하다거나 중재합의의 비당사자를 상대로 동일한 분쟁에 대하여 소송을 제기하고 판결을 받을 경우 사실상 중재합의를 무력화시킬 수 있다는 것은 타당한 지적이다. 그러나 그렇다고 중재합의의 대상으로 삼지 아니한 분쟁(일방 당사자의 임직원 또는 대리인과의 분쟁)마저도 무조건 중재로 해결할 수 있다고 보기는 어렵지 않은가 싶다. 위 Arnold 법원이 적절히 지적한 것처럼, 결국 이 문제는 중재합의 당시 당사자의 진정한 의사가 무엇이었는지에 따라 판단하는 것이 옳다.

예컨대, 증권회사가 고객과 체결하는 주식매매위탁계약서에 “이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 대한상사중재원의 중재규칙에 따라 중재로 최종 해결한다. 이 계약으로부터 발생하는 을(고객)과 갑(증권회사)의 임직원 사이의 분쟁도 동일하다”는 내용의 중재조항이 있다고 가정해 보자. 이때 고객이 증권회사 임직원을 상대로 소송을 제기한다면, 증권회사 임직원은 위 조항을 들어 소송의 각하를 주장할 수 있을 것이다. 위 계약은 제3자인 증권회사의 임직원을 위한 계약으로 중재합의의 항변이 곧 수익의 의사표시가 되기 때문이다(민법 제539조 참조). 반면 고객이 증권회사 임직원을 상대로 중재를 신청하였는데 그 임직원이 중재합의의 부존재를 이유로 중재를 거부할 수 있는지는 따져볼 필요가 있다. 임직원에게 중재를 강제한다는 점에서 위 계약은 일종의 ‘제3자의 부담을 목적으로 하는 계약’이 되는데, 이는 증권회사 임직원이 사전에 동의하였다거나 혹은 사후로 승인하지 아니한 한 무효가 된다.<sup>36)</sup> 증권회사 임직원 본인의 의사와 무관하게 중재를 강제하는 것은 사적자치의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 헌법상 재판받을 권리를 부당하게 제한하는 것이기 때문이다. 하지

36) 송덕수, “제3자를 위한 계약”, 『민법주해 [XIII]』, 박영사, 1997, pp.179-183 참조.

만 언제 증권회사의 임직원이 이에 관하여 ‘동의’ 또는 ‘승인’하였다고 볼 것이냐는 여전히 문제로 남는다. 생각건대 증권회사의 임직원이라면 이 같은 일반거래조건의 내용을 알고 있는 경우가 많을 것이므로, 분쟁의 1회적 해결 및 중재합의의 존중이라는 관점에서 이 같은 ‘동의’ 또는 ‘승인’을 폭넓게 인정함이 상당하다고 하겠다.

문제는 위와 같이 명시적으로 임직원과의 분쟁도 중재로 해결하겠다는 뜻을 분명히 하지 않고, Arnold 사건과 같이 “이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 … 중재에 의하여 해결한다”고만 약정하였을 경우 어떻게 할 것인가 하는 점이다.<sup>37)</sup> “중재합의는 중재조항이 명기되어 있는 계약 자체뿐만 아니라, 그 계약의 성립과 이행 및 효력의 준비에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁에까지 그 효력이 미치”므로,<sup>38)</sup> 계약 당사자간의 분쟁과 불가분적 관계에 있는 계약당사자의 임직원과의 분쟁도 포함하는 것이라고 해석할 여지가 없는 것은 아니다. 결국 “당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야” 할 것이냐,<sup>39)</sup> 사적자치의 원칙 및 재판받을 권리를 가벼이 할 수 없다는 점에서 중재합의의 주관적 효력 범위를 이렇게까지 넓게 인정하기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

#### 4. 법인격 부인론의 적용

##### (1) 미국 이론 - Piercing the corporate veil / alter ego theory

미국법원이 중재합의의 구속력을 제3자에게도 미치는 근거로 제시하는 것 중 하나가 법인격부인(piercing the corporate veil/ alter ego theory / disregard of the corporate fiction) 이론이다.<sup>40)</sup> 법인격 부인이란 “회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 이는 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 그 실질에 있어서는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 타인의 개인기업에 불과하거나 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 쓰여지는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위반되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다”는 이론이다.<sup>41)</sup>

37) 위 Arnold 사건 p.1271 참조.

38) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67264, 67271 판결.

39) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67264, 67271 판결 등 참조.

40) Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Diners club Int'l, Inc., 2 F.3d 24 (2d Cir. 1993); American Protein Corp. v. AB Volvo, 844 F.2d 56 (2d Cir. 1998); Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 7 F.3d 1110 (3d Cir. 1993) 등 참조.

41) 대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결 참조.

통상 회사의 실체법상의 책임을 배후의 개인에게 묻거나 혹은 배후 인물의 실체법상 책임을 명목상 법인에게 묻는 것이 문제되는데(이른바 ‘법인격부인론의 역적용’), 미국법원은 이러한 법인격부인의 이론을 중재합의의 효력에도 적용하고 있다. 즉 법인의 이름으로 체결한 계약상 책임을 그 배후에 있는 개인에게 물을 경우, 그 계약에 중재조항이 있다면 그 개인도 중재에 응해야 한다는 것이다.<sup>42)</sup> 거꾸로 개인 명의로 체결한 계약상 중재합의에 그 개인의 분신(alter ego)인 법인도 구속된다는 판결들도 있다.<sup>43)</sup>

## (2) 한국법상 적용 가부

우리법상 중재합의의 효력을 배후인 개인에게 미치거나 그 반대의 경우가 가능한지에 관한 구체적 논의나 판례는 아직 없다. 그러나 안될 이유가 없다. 계약의 주된 실체적 내용에 관하여 법인격이 부인된다면,<sup>44)</sup> 부수적 합의인 중재합의에도 법인격을 부인하는 것이 맞겠다.

학설 중에는 법인격부인론의 역적용을 인정할 실익이 없다는 이유로 부인하는 견해가 있다.<sup>45)</sup> “주주가 소유하는 주식 자체가 회사재산의 간접적 표현이므로 주주의 채권자는 주주의 소유주식에 대해 강제집행을 하면 족하지 그 이상 법인격을 부인하여 회사재산에 대하여 강제집행할 실익이 크지 않기 때문”이라고 한다.<sup>46)</sup> 그러나 법인격 부인론의 핵심은 법인제도의 남용에 따른 불공평성을 시정하겠다는 것으로 어느 방향으로 법인제도의 분리 원칙을 남용하느냐는 크게 중요하지 않다.<sup>47)</sup> 게다가 실무상 비상장회사의 주식을 압류하여 매각하는 것이 쉽지 않다는 점을 감안하면, 법인의 주식을 매각하면 되지 법인의 재산을 직접 강제집행할 실익이 없다는 주장도 설득력이 적다.<sup>48)</sup> 법인격부인론을 역적용하여 실체법상 책임을 물을 수 있다면, 당연히 중재합의의 효력도 역으로 적용할 수 있어야 마땅하겠다.

42) Carte Blanche (Singapore) Pte., Ltd. v. Diners club Int'l, Inc., 2 F.3d 24 (2d Cir. 1993) 참조.

43) American Protein Corp. v. AB Volvo, 844 F.2d 56 (2d Cir. 1998) 참조.

44) 구체적으로 어떠한 경우에 법인격이 부인될 수 있는지에 관하여는 아직 판례가 충분히 축적되어 있지 않고, 학설들도 분분하다. 각국의 학설과 판례도 마찬가지로(차한성, “법인격부인론”, 『민사판례연구 XXIV』, 민사판례연구회, 2001. 1., p.575). 더 나아가 중재합의에 법인격 부인론을 적용하기 위한 요건이 실체적 책임에 관한 법인격부인의 요건과 동일한지 아니면 달리 볼 여지가 있는지도 문제다. 이에 대하여는 아직 필자의 연구도 부족하고 지면상 제약이 있어 다음 기회로 미룬다.

45) 이철송, 『회사법강의(제8판)』, 박영사, 2001, p.46 참조.

46) 이철송, 앞의 글.

47) 차한성, 앞의 글, pp.586-587.

48) 주식을 강제집행절차에 따라 매각하기 위해서는 먼저 주식가치를 평가하여야 한다. 그러나 비상장회사의 주식가치 평가는 곧 회사 가치의 평가가 되는데, 회사의 협조가 없이는 평가 자체가 불가능하고, 가능하다고 하더라도 막대한 시간과 비용이 소요되어 강제집행의 실익이 없는 경우가 많다.

## 5. 금반언(禁反言)의 원리 적용

### (1) 미국 이론 - Estoppel

미국법원은 일정한 경우에 중재합의의 당사자가 아니더라도 중재조항을 원용하여 중재합의 당사자를 상대로 중재를 요구할 수 있다고 한다.<sup>49)</sup> 대표적 사례인 *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753, 757-58 (11th Cir.1993)를 살펴보면, Sunkist사는 Sunkist Soft Drink사(이하 'SSD사')와 라이선스 계약을 체결하여 SSD사에게 Sunkist 브랜드를 사용한 오렌지 청량음료 판매권을 부여하였는데, 그 계약에 중재조항이 포함되어 있었다. 이후 경쟁사인 Del Monte사가 SSD사의 주식 전부를 인수한 다음, SSD사의 업무를 Del Monte사의 프랜차이즈 음료사업부문에 사실상 흡수시켜버렸던바, SSD사는 독자적 인원이나 경영진 등이 없게 되었다. 그 후 Sunkist사는 Del Monte사가 100% 자회사인 SSD사로 하여금 위 라이선스계약을 위반하게 만들었다는 이유로 Del Monte사 및 SSD사를 상대로 소송을 제기하였다. 이때 Del Monte사는 비록 자신이 중재조항을 담고 있는 라이선스계약의 직접 당사자는 아니지만 이 분쟁은 중재로 해결하여야 한다고 주장했다. 이에 대하여 연방 제11항소지구재판소는 만약 ① 중재합의를 원용하는 비당사자와 중재합의의 당사자 사이에 밀접한 관계가 있고, ② 비당사자에 대한 청구 내용이 중재합의의 당사자가 부담하는 계약상 의무의 이행과 긴밀하게 관련되어 있다면, 중재합의의 상대방은 비당사자가 위 계약에 직접 서명하지 않았다는 이유로 비당사자를 상대로 법원에 소를 제기할 수 없다고 판단하였다. 단지 상대방의 모회사 또는 자회사 등을 피고로 삼았다는 이유로 중재하기로 약속한 분쟁에 대하여 중재를 회피하게 하는 것은 금반언의 원칙에 반하여 허용할 수 없다는 것이다.

*In re Currency Conversion Fee Antitrust Litig.*, 265 F.Supp.2d 385 (S.D.N.Y. 2003)에서는 신용카드 이용자들이 신용카드 발급회사 및 그 모회사들을 상대로 집단소송을 제기하였는데, 연방 남부뉴욕지방법원은 Sunkist사건과 같은 이유를 들어 신용카드 발급회사는 물론 그 모회사들에 대한 분쟁도 신용카드 발행계약상 중재조항에 따라 중재를 하여야 한다고 판시하였다.

### (2) 한국법상 적용 가부

이 문제는 앞서 3.항에서 살펴본 “중재합의 당사자의 임직원 또는 대리인에 대한 구속

49) Thomson CSF, S.A. v. Am. Arbitration Ass'n, 64 F.3d, 773, 776 (2d. 1995); *Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753, 757-58 (11th Cir.1993), cert. denied, 513 U.S. 869; *J.J. Ryan & Sons, Inc. v. Rhone Poulenc Textile, S.A.*, 863 F.2d 315, 320-21 (4th Cir.1988); *Grigson v. Creative Artists Agency, L.L.C.*, 210 F.3d 524 (5th Cir. 2000); *McBro Planning & Dev. Co. v. Triangle Elec. Constr. Co.*, 741 F.2d 342, 344 (7th Cir.1984).

력 문제”와 일맥상통한다. 중재합의의 비당사자가 중재합의를 원용한다는 점에서 유사하고, 비당사자에 대한 소송제기를 통해 중재합의를 무력화시켜서는 안 된다는 취지 역시 비슷하다.

분쟁의 1회적 해결의 필요성이나 중재합의의 실효성 보장의 취지는 공감한다. 또 법인격을 남용한 자가 스스로 법인격을 부인할 수 없다는 점에서 법인격 부인론도 적용될 수 없는 사안이다. 하지만, 서면에 의한 중재합의 또는 이에 갈음하는 묵시적 동의를 요구하는 현행법상 이러한 이론이 적극적으로 수용될 수 있을지는 의문이다. 우리법상 금반언의 원칙에도 잘 맞지 않는다. 우리법상 금반언의 원칙을 적용하려면 후행행위(後行行爲)에 반하는 일정한 선행행위(先行行爲)가 있었어야 하는데,<sup>50)</sup> 중재합의의 당사자가 상대방의 모회사나 자회사와의 분쟁까지도 중재로 해결하겠다는 의사를 명백하게 표시하지 아니한 이상, 계열사와의 중재를 거부하는 것이 선행행위에 모순된다고 보기 어렵기 때문이다.

위 3항에서 검토한 것처럼, 중재합의 당사자의 의사가 상대방의 계열사와의 분쟁마저 중재로 해결하겠다는 의사를 표시한 것이라면, 제3자를 위한 계약 또는 제3자의 부담을 목적으로 하는 계약의 법리로 해결할 수 있을 것이다. 하지만, 사적자치의 원칙 및 재판받을 권리를 가버려 할 수 없다는 점에서 이러한 합의사실을 인정하는 것은 현행법상 쉽지 않아 보인다. 중재합의의 취지를 무력화할 수 있다는 우려는 계열사에 대한 소송의 기일을 중재합의의 주된 당사자 사이의 중재절차가 종료될 때까지 추정하는 등의 방법으로 해결할 수밖에 없지 않는가 사료된다.

## 6. 중재합의상 당사자의 지위 승계 가부

미국에서 논의되고 있지는 않지만, 중재합의의 제3자에 대한 효력을 검토하면서 빠뜨릴 수 없는 것이 승계인에 대한 효력이다.<sup>51)</sup> 상속인과 같은 일반승계인에게 중재합의의 효력이 미친다는 것은 의문이 없다. 문제는 특정양수인에 대한 효력이다. 중재합의를 포함한 계약에 근거한 특정 채권 또는 물권을 양수한 자가 채무자를 상대로 혹은 그 채무자가 양수인을 상대로 중재를 구할 수 있는지 문제된다.

계약관계의 채권적 승계인이라면 가능하다. 대법원은 관할합의를 실체법적으로 보면 “권리행사의 조건으로서 그 권리관계에 불가분적으로 부착된 실체적 이행의 변경이라 할 수 있으므로, 지명채권과 같이 그 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 경

50) 이시윤, 앞의 책 p.28.

51) 관련하여 중재합의의 당사자에 대하여 파산 또는 회생절차가 개시되었을 때, 파산관재인이나 정리회사의 관리인이 중재합의에 구속되는가 하는 것도 문제가 된다. 이 문제는 단순히 중재합의의 효력 문제가 아니라 도산절차가 중재합의 및 중재절차에 어떠한 효력을 갖는가 하는 도산법상 문제가 중첩되게 된다. 따라서 이 문제는 다음 기회에 다루기로 하고 이 글에서는 생략하도록 한다. 이 쟁점에 관해서는 임치용, 「파산법연구 2」, 박영사, 2006, pp.82-130에서 기본적인 내용을 잘 정리하고 있다.



우에는, 당해 권리관계의 특정승계인은 그와 같이 변경된 권리관계를 승계한 것이라고 할 것이어서, 관할합의의 효력은 특정승계인에게도 미친다”고 판시하였다.<sup>52)</sup> 법원 대신 중재에 의하여 분쟁을 해결하기로 하는 중재합의 역시 실체적 권리행사의 조건에 해당한다고 할 것이므로, 중재합의를 포함한 계약에 근거한 특정 채권을 양수한 특정승계인에게 승계된다고 봐야 할 것이다. 하급심 판례 중에 채무자는 중재합의가 있는 채권의 양수인에게 중재합의로써 대항할 수 있다고 한 사례가 있다.<sup>53)</sup>

계약의 대상이 된 물권을 승계한 것에 불과하다면, 그와 물권적 양수인에게 계약상 중재합의의 효력을 주장할 수는 없겠다. 예컨대, 근저당권설정자와 근저당권자 사이의 중재합의는 해당 부동산의 양수인에게는 미치지 아니할 것이다. “물권인 경우에는 그 내용이 법률상 정형화되어 당사자가 그 내용을 자유로 변경할 수 없고, 또 그 합의된 바를 등기부상 공시할 수 없는 것이기 때문”이다.<sup>54)</sup>

#### IV. 결 론

이 글에서는 중재합의의 직접 당사자 아닌 자가 중재합의의 당사자를 상대로 중재를 구할 수 있는지 또는 중재합의의 당사자가 중재합의에 서명하지 아니한 자를 상대로 중재를 강제할 수 있는지 여부를 미국 판결에 나타난 이론들을 중심으로 살펴보았다. 일부는 당연히 우리법상으로도 인정되지만, 일부는 양국의 법제상 차이로 말미암아 직접 적용이 어렵다고 판단된다. 주목할 것은 미국법원이 중재합의를 대단히 넓게 해석하고 적극적으로 인정하고 있다는 점이다. 이 같은 친(親)중재적(pro-arbitration) 입장은 비단 미국에서만 발견되는 것이 아니며, 세계적인 추세이다.<sup>55)</sup> 국제거래의 증대로 말미암아 중재에 대한 사회·경제적 요청이 그만큼 증가한 결과이며, 중재의 공정성에 대한 불신이 그만큼 해소되었다는 뜻이기도 하다. 우리 법원도 중재합의를 해석하고 적용함에 있어 이와 같은 사회·경제적 요구와 국제적 흐름을 충분히 감안하여야 할 것이다. 중재인과 중재 대리인들이 법원으로부터 좀더 깊은 신뢰를 받을 수 있도록 공정한 중재절차의 진행에 노력을 경주해야 함은 물론이겠다.

52) 대법원 2006. 3. 2.자 2005마902 결정 참조.

53) 서울지방법원 서부지원 2002. 7. 5. 선고 2001가합 6107 판결 참조.

54) 이시윤, 앞의 책, p.103. 同旨 대법원 1994. 5. 26.자 94마536 결정.

55) 이 같은 세계적 추세에 관해서는 Gary B. Born의 앞의 책 pp.155-167 참조.

## 참고 문헌

- 강병근, “중재계약의 준거법과 섭외사법의 적용”, 「중재」제280호, 대한상사중재원, 1996.
- 강병근, “중재합의의 서면요건”, 「중재」제303호, 대한상사중재원, 2002.
- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2000.
- 목영준, “중재에 대한 법원의 관여”, 「중재」제295호, 대한상사중재원, 2000. 3.
- 서정일, “중재법 개정연구 : 개정방향과 개정안 제10조~제18조를 중심으로”, 「중재학회지」, 9권, 한국중재학회, 1999. 12.
- 석광현, 「국제상사중재법연구 제1권」, 박영사, 2007.
- 석광현, “뉴욕협약상 중재합의에 관한 몇 가지 문제점 - 대법원 2004. 12. 20. 선고 2004다20180 판결이 제기한 쟁점들을 중심으로”, 「국제사법과 국제소송」 제4권, 박영사, 2007.
- 손지열, “약관규제에 관한 법률”, 「민법주해 [XII]」, 박영사, 1997.
- 송덕수, “제3자를 위한 계약”, 「민법주해 [XIII]」, 박영사, 1997.
- 양병희 외 8, 「주식 중재법」대한상사중재원·한국중재학회, 2005.
- 이강빈, “국제상사중재에 관한 UNCITRAL 모델법의 개정동향”, 「중재연구」, 제16권 제3호, 한국중재학회, 2006. 12.
- 이시윤, 「신민사소송법(제2판)」, 박영사, 2004.
- 이철송, 「회사법강의(제8판)」, 박영사, 2001.
- 임치용, 「파산법연구 2」, 박영사, 2006.
- 장재형, “판례에 나타난 법인격부인 사건”, 「판례연구」제15집(상), 서울지방변호사회, 2001. 8.
- 조희대, “중재판정에 대한 집행판결을 못하는 사유”, 「대법원판례해설」28호, 대법원 법원행정처, 1997. 12.
- 차한성, “법인격부인론”, 「민사판례연구 XXIV」, 민사판례연구회, 2001. 1.
- Gary B. Born, 「International Commercial Arbitration」, 2d Ed., Transnational Publishers, 2001.

## ABSTRACT

### Arbitration Agreement's Binding Effect on Non-Signatory

Gee-Hong Kim

Arbitration is contractual by nature. One cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed to so submit. As commercial transactions become increasingly complex, involving multiple parties and numerous contracts for a single transaction, however, limiting the parties who are subject to arbitration to only those who have signed a contract containing an arbitration clause would frustrate the purpose of such arbitration clause and might lead to injustice among the relevant parties. Therefore, U.S. courts have recognized a number of theories under which non-signatories may be bound to the arbitration agreement of others : (1) incorporation by reference; (2) assumption; (3) agency; (4) veil-piercing/alter ego; and (5) estoppel.

Incorporation by reference and veil-piercing theories have already been recognized by Korean courts. Agency theory and estoppel theory are not recognizable under Korean law. However, the same or similar result may be achieved by applying the third party beneficiary theory or assumption by third party theory. Although a couple of Supreme Court cases appear to be at odds with the assumption theory, on the basis of the recent amendments to the Arbitration Act, such court precedents can be and should be reversed.

**Key Words** : arbitration agreement, non signatory, incorporation by reference, agency, piercing the corporate veil, alter ego, estoppel.