

미국법원의 판례를 통한 선택적 중재합의의 지위

The Status of Unilateral Arbitration Agreements Through the U.S. Case Laws

하 충 룡*
Choong-Lyong Ha
박 원 형**
Won-Hyung Park

〈 목 차 〉

- I. 서
- II. 선택적 중재합의의 유효성
- III. 미국법원의 판례분석
- IV. 결 론

주제어 : 상사중재, 중재가능성, 선택적 중재합의, 중재합의의 부당성, 미국 연방중재법

* 부산대학교 무역·국제학부 부교수, choongha@pusan.ac.kr
** 부산대학교 무역·국제학부 강사, piziyong@pusan.ac.kr

I. 서론

중재는 당사자 간의 합의에 의하여 그 형식이 결정되는 계약의 산물로¹⁾ 중재합의의 유효성에 관한 논의는 중재합의의 이행가능성에 대한 판단으로 귀결된다 할 것이다.²⁾

지난 몇 년간 우리 중재환경에서 이른바 선택적 중재합의 조항과 관련한 견해의 대립이 있어왔고³⁾ 최근 대법원의 판례⁴⁾ 이후에도 지속적으로 이와 배치되는 하급심의 판결⁵⁾과 대법원의 판시사항에 대한 해석의 차이⁶⁾로 인해 이러한 논쟁이 가열되고 있는 실정이다. 한편 선택적 중재합의의 유효성에 관한 이른바 유효론과 무효론이 각기 상이한 논거를 제시하고 있음에도 양 견해 모두 중재제도의 활성화의 관점에서 이를 바라보고 있는데⁷⁾ 이는 분쟁해결절차로서의 중재제도의 활성화는 결국 그 사회에서 중재에 대한 접근성이⁸⁾ 법 제도적으로 어느 정도 보장되느냐에 달려 있기 때문일 것이다.⁹⁾ 우리 중재법이 발효되어 이미 반세기가 지났음에도¹⁰⁾ 여전히 중재제도의 효율성에 대한 인식이 보편화되

- 1) 중재와 관련한 쟁점은 당사자의 합의에 의해 결정된다. 계약관계에 처한 당사자가 계약의 해석, 이행 및 위반과 관련한 분쟁을 중재에 의해 해결한다면 이는 중재판정부의 판정이 바로 당사자 간의 합의에 근거함을 의미한다, Katherine V.W. Stone, *Arbitration Law*, Thomson/West, 2003, p.76.
- 2) 이행가능성을 보장받지 못하는 중재합의는 단순히 당사자의 의도를 표명하는 것에 그칠 뿐 아무런 법적인 효과를 기대할 수 없게 된다, Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Arbitration 3rd*, Sweet & Maxwell, 1999, p.7.
- 3) 유효론 : 김경배, 신군재, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 『중재연구』제15권 제1호, 한국중재학회, 2005, pp.147-178; 김교창, “선택적 중재합의의 효력”, 『인권과 정의』Vol.319, 2003.03, pp.75-86; 김대현, “선택적 중재조항 관련 대법원 판례의 해석과 의미”, 『계간중재』제312호, 2005, pp.42-54; 김명기, “선택적 중재합의에 관한 판례의 연구”, 『계간중재』제309호, 2003, pp.13-30; 김연호, “건설중재시 선택적 중재합의의 재해석”, 『계간중재』제314호, 2004, pp.52-60; 서정일, “건설중재에 있어서 선택적중재합의의 유효성에 관한 연구”, 『무역상무학회지』제25권, 무역상무학회, 2005, pp.166-188; 이주원, 김경배, “하자중재조항의 사례분석과 시사점”, 『국제상학』제21권 제1호, 국제상학회, 2006, pp.133-155; 임채홍, “공사계약일반조건상의 중재 관련 조항은 유효(2)”, 법률신문, 2002, 10,15; 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 『중재연구』제12권 제2호, 한국중재학회, 2003, pp.263-302; 장재형, 이른바 선택적 중재조항의 효력, 법률신문, 2005, 6,13; 정영환, “단계적, 선택적 분쟁해결조항의 연구”, 『계간중재』제308호, 2003, pp.45-64; 정선주, “선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점” 『중재연구』제13권 제2호, 한국중재학회, 2004, p.585-612.
무효론 : 광경직, “선택적 중재합의론 소고”, 법률신문 제3102호, 2002.08.28; 서동희, 공사계약일반조건상의 중재조항 유효성 여부, 법류신문 제3100호, 2002.08.22, p.15.
- 4) 대법원 2003.08.22. 선고 2003다318판결.
- 5) 김경배, 신군재, 전개논문, pp.172-173 참조; 한편 대법원 판결 이후에 하급심 판결이 대법원판결의 의미에 대하여 일치하고 있는 근본적 원인은 선택적 중재조항의 유형을 구별하지 못한 점에 있다는 견해가 있다, 김연호, 전개논문, p.58.
- 6) 김대현, 전개논문, pp.44-46; 다만 선택적 중재합의를 무효로 보는 대법원의 판례조차도 유효론의 관점에서 파악하는 경향이 있으나 이는 판례의 법원성을 부인하는 우리 민사소송법제에 비추어 성급한 일반화의 오류를 범하는 것이 될 것이다.
- 7) 중재합의의 유효성에 관한 검토가 법적적 토대에서 자유로울 수 없음을 감안한다면 중재활성화의 편향된 시각을 근거로 한 유효론과 무효론의 이분법적 접근법은 성급한 일반화의 오류를 범할 가능성이 크다.
- 8) 중재접근성이란 분쟁의 당사자가 중재에 의하여 분쟁을 해결하고자 하는데 도움을 주는 모든 법적 환경으로 정의된다, Penelope Hopper, “Mandatory Arbitration and Title VII : Can Employees Ever See Their Rights Vindicated Through Statutory Causes of Action?”, *Journal of Dispute Resolution*, 1995, p.326.
- 9) Susan P. Adams et al., “Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims”, *Louisiana Law Review*, Vol.54, 1994, p.1558.

어 있지 못한 상황에서¹¹⁾ 중재합의의 유효성을 이유로 한 중재판정에 대한 이의제기는¹²⁾ 분쟁당사자들의 중재에 대한 접근성을 떨어뜨리는 요인으로 작용하고 있다.¹³⁾ 이는 소송(litigation)에 대응한 분쟁해결절차로서의 중재가 가지는 장점을 저해하는 요인으로 작용할 것으로 보이고¹⁴⁾ 실제로 이러한 지연 전략이 신속성과 비용에 영향을 미친다는 실증적 연구가 있다.¹⁵⁾

중재제도의 운영이 법제도적 환경에서 자유로울 수 없는 점을 감안한다면¹⁶⁾ 선택적 중재합의와 관련한 법적 쟁점은 중재접근성의 관점에서 검토되어야 한다.¹⁷⁾

본 연구는 중재접근성의 관점에서 바라본 중재합의, 즉 중재접근성 확보의 선결 요건으로서 중재합의의 유효성 판단에 관한 축적된 법리를 바탕으로 선택적 중재합의에 관한 기존의 논의를 재검토하고 미국 연방법원의 판례에 대한 비교법적 분석을 통해 선택적 중재합의조항의 운용을 위한 법리적 기준을 도출하고자 한다.

특히 선택적 중재합의에 관한 미국 법원의 일반적인 견해는 당사자 일방에게 소송 혹은 중재의 선택권을 부여하는 중재조항은 구속력이 없다는 것이었으나¹⁸⁾ 최근 이를 인정하는 판례¹⁹⁾가 증가하고 있는 추세로 이러한 미국법원의 태도 변화에 대한 분석을 통해 선택적 중재합의와 관련한 국내의 논쟁과 관련한 시사점을 발견할 수 있을 것으로 보인다.

-
- 10) 중재법은 1966년 3월 13일 법률 제1767호로 공포되었으며, 1999년 12월 31일 법률 제6083호로 전면 개정되었고, 2002년 1월 26일 법률 제6626호로 2차 개정되었다.
- 11) 김정원/홍명신, “중재 활성화에 대한 고찰”, 계간중재 제314호, 2004, p.45.; 방희석, “중재 전문인력풀 제도의 필요성”, 계간중재 제313호, 2004, p.2.; 노경래, “중재제도의 효용성과 활성화 방안”, 계간중재 제308호, 2003, p.3.
- 12) 당사자 중 일방이 분쟁 해결절차에서 지연 전략으로 중재합의의 부존재를 다투거나 또는 중재절차에 생소하거나 부정적인 당사자측이 중재를 회피하기 위한 수단으로 중재합의의 부존재를 주장하는 일이 빈번하게 발생하고 있는 실정이다; 장문철, 전제논문, p.264.
- 13) 중재판정에 비해 상대적으로 높은 법원의 판결에 대한 신뢰로 인해 중재판정의 취소 소송이 빈발한 실정이다, 박길준, “한국법문화에서의 분쟁해결제도”, 연세법학연구 Vol.8 No.4, 2001, pp.17-18; 김종호, “중재판정 취소소송에 관한 소고”, 계간중재 제306호, 2002, p.28-29.
- 14) Andrew I. Okekeifere, “Commercial Arbitration as the Most Effective Dispute Resolution Method—Still a Fact or Now a Myth?”, *Journal of International Arbitration*, Vol.15, 1998, pp86-88.
- 15) Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, 1996, pp.143-156 참조.
- 16) 중재는 공적인 사법절차의 대안인 동시에 사법체계 내에 고착된 절차로 중립적인 제3자의 판정에 구속력을 부여한다는 점에서 상호간 합의에 의한 분쟁해결을 지향하는 조정, 알선 등 여타의 대안적 분쟁해결절차와 구분된다, Katherine V.W. Stone, op. cit., p.iii-iv.
- 17) 이러한 접근법은 해당 국가의 법제 내에서 중재제도의 지위와 중재활성화에 대한 기본적인 시각을 반영하게 된다.
- 18) Hull Dye & Print Works, Inc. v. Riegel Textile Corp., 37 A.D.2d 946, 325 N.Y.S.2d 782 (1st Dep’t 1971)
- 19) Sablosky v. Edward S. Gordon Co., Inc., 73 N.Y.2d 133, 538 N.Y.S.2d 513, 535 N.E.2d 643 (1989); Cindy’s Candle Co., Inc. v. WNS, Inc., 714 F. Supp. 973 (N.D. Ill. 1989); LaBonte Precision, Inc. v. LPI Industries Corp., 507 So. 2d 1202 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1987) Willis Flooring, Inc. v. Howard S. Lease Const. Co. & Associates, 656 P.2d 1184 (Alaska 1983) Sablosky v. Edward S. Gordon Co., Inc., 73 N.Y.2d 133, 538 N.Y.S.2d 513, 535 N.E.2d 643 (1989). 한편 이러한 경향변화에도 불구하고 여전히 선택적 중재합의 조항의 구속력을 인정하지 않는 판례도 발견된다, Ticknor v. Choice Hotels Intern., Inc., 265 F.3d 931 (9th Cir. 2001).

II. 선택적 중재합의의 유효성

1. 의의

중재의 요체는 민사적 분쟁의 궁극적 해결에 국가 법원의 재판에 의한 관여를 배제함에 있는바 이는 오로지 당사자 간의 합의에 의해서만 가능하고²⁰⁾ 일반적으로 중재합의란 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의로 정의될 수 있다.²¹⁾

선택적 중재합의의 개념에 관해서는 국내외적으로 정확히 규정된 바가 없다는 견해²²⁾가 있고 그 유형에 관해서도 다양한 연구결과가 축적되어 있으나²³⁾ 대체적으로 분쟁해결 방법으로서 소송과 중재 모두를 규정한 중재합의로 정의될 수 있을 것이다.²⁴⁾

한편 미국에서는 분쟁발생 시 중재 혹은 소송의 선택권(option)을 당사자 일방에게 부여하는 중재합의를 특히 unilateral arbitration agreement²⁵⁾로 정의하고 있다.²⁶⁾ 이는 선택적 중재합의의 조항 자체의 유무효보다는 양 당사자의 선택권 행사를 통해 드러나는 진의 파악에 주안점을 두는 미국 중재환경의 일반적인 시각을 반영하는 것으로 이하 본 연구에서는 선택적 중재합의와 관련한 논의의 초점을 unilateral arbitration agreement에 두고자 한다.

본고의 논의 대상인 선택적 중재합의는 분쟁해결을 위한 각각 독립된 개별 절차를 단계별로 규정하는 계약상의 조항인 단계적 분쟁해결조항(Multi-tiered Dispute Resolution Clauses)²⁷⁾과는 구별되어야 한다. 단계적 분쟁해결 조항도 당사자자치의 관점에서 파악된다는 점²⁸⁾에서는 양자가 그 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있으나 본고의 핵심쟁점인 선

20) 광경직, 전제기사.

21) 중재법 제3조 제2호; 한편 선택적 중재합의에 관한 무효론에서는 중재법 제3조 제1호 상의 중재의 정의에서 중재가 법원의 재판 배제를 그 핵심적 내용으로 하고 있음을 명시적으로 확인할 수 있다고 한다, 광경직, 전제기사.

22) 김명기, 전제논문, p.15; 김경배, 신군제, 전제논문, pp.150.

23) 김경배, 신군제, 전제논문, pp.154-156; 정영환, 전제논문, pp.46-50; 김연호, 전제논문, pp.53-59.

24) 현재 국내 문헌에서는 선택적 중재합의의 영문표기와 관련하여 selective arbitration agreement 혹은 optional arbitration agreement 등을 혼재하여 사용하고 있으나 전자의 경우 국제상사중재에서 사용되고 있는 예가 발견되지 않는다. 미국 중재환경에서는 "... option to arbitrate or litigate ..."란 영문 표현을 사용하고 있고 특히 당사자 일방에게 선택권이 부여된 경우의 선택적 중재합의를 'unilateral arbitration agreement'로 정의하고 있다. 한편 미국법원의 판결문에서는 'optional arbitration agreement'란 표현은 발견되지 않고 다만 'unilateral arbitration agreement'란 용어를 사용하고 있을 뿐이다.

25) The Publisher's Editorial Staff, *Corporate Counsel's Guide to Alternative Dispute Resolution Techniques*, Business Laws, Inc., 2006.05, § 2 : 47 Enforcement of arbitration agreements—Unilateral arbitration agreements

26) 선택적 중재합의의 유형에 관한 연구에 따르면 이를 일방형 선택적 중재합의로 표현할 수 있을 것이다, 김연호, 전제논문, pp.52-60.

27) Eliana Lopez, "The Use of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America : Questions of Enforceability", *American Review of International Arbitration* Vol.14, 2003, p.288.

택적 중재합의는 협상, 조정의 단계를 거쳐 중재를하기로 합의하는 것과는 성격이 다르며 중재합의의 이행가능성을 논하는 관점에서 단계적 분쟁해결조항을 선택적 중재합의의 논의에 혼용하는 것은 그 실익이 없을 것으로 보인다.²⁹⁾

한국의 중재환경에서는 선택적 중재합의의 유효성 여부에 관해 다양한 근거가 대립되고 있는 실정이나³⁰⁾ 중재접근성의 관점에서 바라본 상호관계에 따르면 크게 중재합의의 본질에 관한 것과 편의성과 신뢰성의 상충관계에 기인한 것으로 나뉜다.³¹⁾ 이하에서는 선택적 중재합의에 관한 국내의 논의에서 제시되고 있는 유효론과 무효론의 이론적 대립을 중재접근성의 관점에서 재검토하고³²⁾ 미국의 중재환경에서 선택적 중재합의의 구속력 인정과 관련하여 축적된 법리적 접근법을 통해 판례분석의 틀을 마련하고자 한다.

2. 중재합의의 본질

선택적 중재합의에 관한 쟁점을 다룸에 있어 먼저 중재합의의 유효성 판단여부와 관련한 선택적 중재합의의 개념을 정확히 도출할 필요가 있으며 이러한 중재합의의 본질적 구성요소에 대한 검토를 토대로 거래의 특수성에 기인한 개별 중재환경³³⁾에서 실제적으로 운용되고 있는 선택적 중재합의와 관련한 판단기준을 도출할 수 있을 것이다. 선택적 중재합의도 일종의 계약인 것이므로 그 효력에 관해서는 중재법에 특별히 정하여져 있지 아니한 사항은 계약일반을 규제하는 법의 해당 규정을 적용하거나, 또는 준용함으로써 해석할 수밖에 없다.³⁴⁾

중재합의의 필수 구성요소로는 중재합의의 범위, 분쟁해결수단의 지정, 배제성(Exclusivity) 등을 들 수 있는바³⁵⁾ 중재합의의 한 형태로서 선택적 중재합의의 유효성에 관한 논의의 핵심은 국가법원 관할권의 전속적 배제 여부에서 발견된다.

28) Eliana Lopez, *op. cit.*, pp.285-288.

29) 선택적 중재합의의 유형에 관한 최근의 연구(신군재, 김경배, 전계논문)에서 총 5가지의 유형이 거론되고 있으나 동 연구의 분류에 따른 2, 3유형은 선택적 중재합의라기 보다는 단계적 분쟁해결조항에 관한 것으로 이를 무효로 볼 여지가 없다. 선택적 중재합의에 관한 논의를 소송 또는 중재의 선택적 분쟁해결조항의 경우로 한정한다면 본고의 논의대상은 4 내지 5유형에 해당한다고 할 수 있다. 한편 선택적 중재합의를 총 3가지 유형으로 분류하고 있는 연구(김연호, 전계논문)에서도 대법원판결 이후에 이와 배치되는 하급심판결은 대법원판결의 대상이 된 유형에 대한 착각에서 비롯된 것임을 분명히 하고 있다.

30) 위의 각주 3 참조.

31) 선택적 중재합의와 관련한 국내의 선행연구에서는 특히 유효성의 관점에서 다양한 근거가 제시되고 있다; 정선주, 전계논문-중재제도의 본질, 인격권의 보호, 효율적인 권리보호; 김경배, 신군재, 전계논문-당사자자치의 원칙, 광관할권해석의 원칙, competence-competence 원칙, 모세스 쿤 추정 원칙.

32) 선택적 중재합의에 관한 우리나라 법원의 판례는 기존의 선행연구를 통해 충분히 소개되어 있으므로 본 연구에서는 자세한 사항은 생략하기로 한다.

33) 우리나라와 마찬가지로 미국에서도 선택적 중재합의와 관련한 논의는 건설중재, 소비자 중재 등의 분야에서 주로 발견된다.

34) 서정일, 전계논문, pp.172-173.

35) Paul D. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Juris Publishing, Inc., 2006, pp.46-49.

무효론은 법원이 아닌 제3자의 판단에 의하여 민사적인 분쟁을 최종적으로 해결하자고 강요할 수 없으며 이 원칙이 배제되는 것은 오로지 당사자 간에 유효한 중재합의가 있는 경우로 중재합의의 본질이 국가법원의 재판에 의한 관여를 배제함에 있다고 한다.³⁶⁾ 또한 무효론은 중재합의를 무효로 만드는 병적인 요소(pathological elements)³⁷⁾에 선택적 중재합의를 포함시키고 있다.

한편 유효론은 중재법 제3조 제1호 내지 제2호의 규정에 대한 문언해석을 통해 선택적 중재합의가 이루어져 있는 경우에 선택권을 가진 일방이 중재와 소송 중에 어느 하나를 선택하면 상대방은 그 선택에 구속되는 것으로 당해 법률관계에 관한 분쟁해결수단이 중재로 확정되는 강제적인 중재합의가 성립한 것으로 본다.³⁸⁾

생각건대 배제성이 중재합의의 본질적 구성요소가 됨에는 의문의 여지가 없고 당사자에게 중재와 소송 간의 선택권을 부여하는 것이 중재조항의 효율성을 해할 수 있다는 우려도 없지 않다.³⁹⁾ 다만 당사자 간의 특수한 계약상황을 반영한 선택적 중재조항에 대한 당사자 간의 합의가 있는 경우 중재절차의 통상적 특성인 종국성(finality)을 전제로 내국법 체계 안에서 운용 가능한 것으로⁴⁰⁾ 이는 선택적 중재합의의 계약법상 지위에 대한 검토가 선행되어야 함을 의미한다.⁴¹⁾

중재합의조항의 계약법상 지위를 검토하기 위해서는 중재합의의 법적 특성에 대한 파악이 선행되어야 하는데⁴²⁾ 우리나라의 경우 중재합의 내지는 중재계약을 대체로 같은 개념으로 이해하고 있으나⁴³⁾ 미국 계약법상 중재합의를 중재계약과 동일시 할 수 있을 것인가에 대한 문제는 약간 다른 방향에서 접근해야 할 것으로 보인다.⁴⁴⁾

36) 무효론의 관점에서는 우리 중재법 제3조상의 중재합의의 정의가 법원의 재판배제를 그 핵심적 내용으로 하고 있음을 명시적으로 확인하고 있다고 본다. 또한 법원의 재판이나 중재가 모두 제3자에 의한 강제적, 최종적 해결수단이기 때문에 존재론적으로 동시에 양립할 수 없는 것으로 본다, 광경직, 전제기사.

37) W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration 3rd*, International Chamber of Commerce, 2000, p.128.

38) 김교창, 전제논문, p.79.

39) Paul D. Friedland, *op. cit.*, p.48.

40) 즉 중재와 소송 간의 선택권은 중재합의의 배제성에 대한 예외로 파악될 수도 있다; *Ibid.* p.84.

41) 중재합의의 유효성 해석과 관련한 기본적 시각은 중재약정도 일반적인 계약과 같이 당사자 사이의 자유로운 약속에 의하여 출발하고 당해 중재약정이 유효하고 구속력을 갖기 위해서는 계약법의 원칙이 준수되어야 한다는 것이다. 미국의 중재환경에서도 중재약정은 기본적으로 계약으로 파악하고 있고 계약법의 일반원칙에 따라 해석 운영된다. 중재를 분쟁해결방식으로 이용하려는 당사자의 의사의 합치가 명백히 표시되어야 하고, 결국 선택적 중재합의는 당사자의 의사에 비추어 유효한 중재합의가 존재하는지의 문제로 압축된다, Martin Domke, *Domke on Commercial Arbitration*, Callaghan, 1990, p.47-49.

42) 하충룡, “최근 미국연방대법원의 판례를 통한 중재합의조항분리원칙(Doctrine of Separability)의 재평가”, 『국제상학』 제21권 제3호, 2006.03, p.160.

43) 이러한 경향은 중재합의 즉 양 당사자 간 중재의사의 합치만 있으면 유효한 중재계약으로 성립한다는 의미에서 별 무리가 없어 보인다; “중재합의는 중재를 하기로 하는 당사자 간의 의사표시의 합치를 말한다. '합의'는 각 당사자가 서로 상대방의 의사표시와 합하여 일정한 법률효과를 발생시키는 것으로서, 계약이 그 대표적인 경우이다. 따라서 중재계약은 중재합의와 같은 뜻으로 해석할 수 있다.” 이순우, “중재계약에 관한 소고”, 『계간중재』, 304호, 2002, p.4.

44) 하충룡, 전제논문, p.161.

미국계약법 상 단순한 ‘합의’(mutual assent/agreement)와 강제할 수 있는 요건인 약인(consideration)의 제공을 충족하는 ‘계약’(contract)은 그 의미가 분명히 다름에도 미국중재법 상에서는 엄밀한 의미의 중재‘계약’을 맺은 경우나⁴⁵⁾ 중재‘합의’에 그친 경우를 막론하고 연방중재법⁴⁶⁾에 의하여 이행의 강제성이 부여되고 있다. 사실 중재합의는 약인의 제공 없이도 이행강제 할 수 있다는 점에서는 미국의 중재법 현실에서는 특수한 형태의 계약이라 하겠다.⁴⁷⁾

중재합의의 배제성과 관련하여 당사자가 본안 분쟁에 대하여 소송에 의뢰할 수 있는 권리를 박탈당하는 것 자체가 약인이 될 여지는 없는가에 대한 의문에는 보통의 중재합의 시에 그러한 소송의 포기에 대한 명시적 언급은 하지 않고 오직 중재에 의하여 분쟁을 해결한다고 함으로 양당사자 중 어느 누구에게도 약인의 기본 요소인 법적 손해(legal detriment)가 당사자의 명시적 의사표시에 의하여 발생하지 않았다는 점에서 약인이 있었다고는 하기 힘들 것이다.⁴⁸⁾

요컨대 개별법제하의 계약 법리의 차이에 따라 구체적인 유효성의 인정범위에는 차이가 있을 수 있으나 선택적 중재합의 자체의 중재계약으로서의 지위는 대체로 인정되고 있는 것으로 볼 것이다.⁴⁹⁾

3. 편의성과 신뢰성의 상충관계

선택적 중재합의에 대한 일반적인 법리를 도출하고 이를 근거로 한 구체적 사안에서의 적용가능성에 대한 검토는 중재의 편의성과 신뢰성의 상충관계에 대한 논의를 바탕으로 한다. 선택적 중재합의를 통해 표출되는 중재의 편의성은 사적자치에 기인한 쟁송당사자의 선택권 확장으로 선택적 중재합의에 관한 유효론의 주된 근거가 된다. 즉 유효론은 쌍방 당사자의 분쟁해결의 방법에 관한 합의를 사적자치의 연장선상에서 이해하고 있는 것이다.

45) 즉 양당사자간의 유효한 의사의 합치에 더하여 약인이 존재하는 경우라 하겠다.

46) 9 U.S.C. §4.

47) 미국법에서는 금반언의 원칙(promissory estoppel)에 기한 ‘손해를 수반하는 의존(detrimental reliance)’이 발생하는 경우 예외적으로 약인이 없이도 (또는 약인을 대체하여) 이행강제를 구할 수 있다, Restatement (Second) of Contracts, §86 참조.

48) 다만 중재합의가 있는 한 소송에 우선하여 중재합의의 이행이 선행되어야 한다는 점에서는 분쟁해결의 수단을 선택하는 우선순위에서의 일종의 정지조건성(condition precedent)이 제한적으로 발견된다고 할 수 있을 것이다; 하충룡, 전제논문, p.164.

49) 일반적인 계약은 양 당사자의 약인을 요하나 중재합의의 경우 반드시 일치할 필요는 없고 전체로서의 계약이 약인에 의해 뒷받침되면 족할 것이다, Thomas H. Oehmke, *Oehmke Commercial Arbitration 3rd*, Thomson/West, 2005, §5 : 9; 다만 구제방법의 상호성을 결한 부합계약(adhesion contract)의 경우가 문제가 되는데 부합계약이란 우월적 지위에 있는 당사자 일방에 의해 제공되고 타당 당사자의 선택권이 제한되어 있는 일종의 정형계약으로 정의된다, Black's Law Dictionary(8th ed. 2004).

한편 무효론은 선택적 중재합의가 법적안정성을 해치지 않는 동시에 당사자에게 이익이 되고 편리한 면이 있다는 유효론의 논거에 의문을 제기하고 있다.⁵⁰⁾ 무효론은 법적 안정성의 관점에서 다양한 의문을 제기하고⁵¹⁾ 이러한 의문이 일관된 논리에 의하여 일거에 해결될 수 없는 점이 바로 선택적 중재합의가 야기한 법적 불안정의 한 모습이 되는 동시에 오히려 선택권이 보장되지 않는 결과를 낳을 수도 있다⁵²⁾고 본다.⁵³⁾

생각건대 선택적 중재합의에 관한 유효론이 손쉽게 다수설의 위치를 점할 수 있었던 것은 논거의 근원을 민법상의 대원칙인 당사자 자치에 두고 있기 때문이다.⁵⁴⁾ 그러나 중재접근성의 관점에서 당사자 자치로 대변되는 중재의 편의성은 신뢰성과의 균형을 통해 중재접근성의 제고로 이어질 수 있고 편의성과 신뢰성의 상충관계를 확실적으로 규정할 수 없는데 선택적 중재합의의 운영과 관련한 어려움이 발견된다.⁵⁵⁾ 여타의 대안적 분쟁해결에 비해 중재가 유효한 이유는 분쟁해결절차로서의 신뢰성을 확보하고 있기 때문이며 이는 결국 법적 안정성의 추구에 의해 확보되는 것이나 선택적 중재합의의 경우 선택의 대상이 소송과 중재라는 점에서 법적불안정성을 상쇄하는 측면이 없지 않을 것이다.

4. 중재합의의 부당성(uncounscionability)

앞서 밝힌 바와 같이 미국의 중재환경에서 선택적 중재합의와 관련한 논의는 계약 당사자의 선택권 포기여부의 파악과 unilateral arbitration agreement 자체에 대한 계약법적 항변인 중재합의의 부당성여부에 초점을 맞추고 있다.

대부분의 중재합의는 당사자 상호간의 의무를 부여하고 있는바 이러한 상호의존성

50) 사적자치의 원칙이 중재조항의 중요한 원칙이기는 하나 이는 중재조항의 명확성을 전제로 한 것이다. 중재법 제8조 제2항은 서면합의에 관한 규정으로 사적자치의 원칙만이 강조된다면 구두의 중재합의를 무효화할 이유가 없다. 한편 중재조항이 불명료한 경우 당사자는 이종의 분쟁에 휘말리게 된다. 즉 본래의 분쟁 외에 중재조항의 유효성 여부에 관한 또 다른 분쟁이 발생하게 된다는 것으로 중재조항은 최대한 명확하여야 한다. 서동희, 전제기사, p.15.

51) 광경직, 전제기사.

52) 서동희, 전제기사, p.15.

53) 한편 유효론에서는 서울고법 2002나6878 판결의 판시사항을 언급하면서 선택 전까지 분쟁해결수단이 미확정인 상태로 남아있는 것이 법적 안정성을 해치지 않는다고 한다, 김교창, 전제논문, p.85

54) 당사자 자치원칙은 국제상사중재를 지원하는 주된 추진력이라 할 것이다; Simon Nesbitt & Henry Quinlan, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, Vol.22, No.1, 2006, pp.133

55) 중재접근성이 확대되기 위해서는 편의성과 신뢰성이 각각 확대되어야 하지만 이 두 특성의 상호 상쇄효과로 인해서 어느 특정 요소만 강조할 수 없다는데 중재제도의 딜레마가 있기도 하다, Steven K. Birch, "The Arbitrator's Dilemma : External vs. Internal Law? Narrowing The Debate", *Dispute Resolution Journal*, Vol.53, 1998, p.66.; Christian Buhning-Uhle, *op. cit.*, pp.201-212; 사인간의 분쟁을 사적자치를 근거로 해결한다는 중재제도의 취지에 비추어 보면 일견 유효설의 주장은 그 타당성이 커 보이나, 분쟁해결과정에서의 사적자치의 확립적 적용이 결과적으로 중재제도의 실익을 떨어뜨리는 방향으로 나아갈 수도 있음을 간과해서는 안된다. 즉, 무효설과 유효설이 각각 내세우고 있는 근거를 한 가지 기준에만 비추어 확실적으로 양분하는 것은 이론적 모순의 가능성을 내포하고 있는 것이다.

(mutuality)이 중재합의 집행을 위한 선결요건인가의 문제는 결국 일방 당사자의 선택권 행사로 인한 당해 중재합의의 불공정 여부로 귀결된다.⁵⁶⁾ 따라서 미국의 중재환경에서는 부당성(unconscionability)의 원칙이 선택적 중재합의를 무력화시키기 위한 주된 계약법적 항변사유가 된다.

사실 부당성(unconscionability)이란 용어는 정확한 정의가 어려운 것이나⁵⁷⁾ 대체로 실제적 부당성과 절차적 부당성의 범주로 이해될 수 있다.⁵⁸⁾ 실제적 부당성이란 계약의 일방 당사자에게 비합리적으로 유리한 계약조건을 가리키고 절차적 부당성은 계약형성과정과 관련한 것으로⁵⁹⁾ 당사자일방에게 가혹한 관행이나 복잡한 언어, 이해력 부족, 협상력의 불균형 등을 문제를 포함한다.

중재합의에 있어서는 부당성의 원칙의 적용방식이 주요 쟁점이 되는바 구체적으로 중재인의 편견, 중재비용의 부담, 중재가능성에 대한 제한, 그리고 구제절차에 대한 제한 여부가 실제적 부당성의 판단과 관련하여 논의되고 있고 선택적 중재합의는 바로 중재가능성에 대한 제한여부를 뜻한다.

한편 건설계약은 이러한 부합계약(adhesion contract) 분석에 적합하지 않은 관계로 건설계약에 포함된 선택적 중재합의는 일반적으로 이행 가능한 것으로 보고 있다.⁶⁰⁾ 당사자 간의 하도급계약과 관련한 분쟁이 중재에 회부된 사건⁶¹⁾에서 법원은 소송과 동일한 수준의 공정성을 중재에 요구할 수 없으므로 일방 당사자에게 선택권을 부여하는 것이 반드시 부당하다고 볼 수는 없으며 하청업자가 자발적으로 참여한 계약은 이행가능하다고 판시하였다.

우리나라의 경우도 당사자 간의 불공정한 지위에 착안한 약관법위반여부에 대한 논의가 있어왔다.⁶²⁾

56) Philip L. Bruner & Patrick J. O'Connor, Jr., *Bruner and O'Connor on Construction Law*, §20 : 43. Arbitration prerequisites : Valid written agreement to arbitrate-Enforceability of arbitration agreement-Unilateral provisions, 2006.05.

57) James A. Piki, "Arbitration and the DTPA", *Texas Tech Law Review*, Vol.26, the School of Law, Texas Tech University, 1995, p.894

58) 실제적 부당성과 절차적 부당성의 구별과 관련해서는 Arthur A. Leff, "Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.115, University of Pennsylvania, 1967, p.487 참조.

59) E. Allan Farnsworth, *Contracts* §4.28 (2d ed. 1990).

60) 우리나라에서의 선택적 중재합의와 관련한 논쟁도 건설중재를 중심으로 전개되었다는 점에서 일견 유사성이 발견된다. 즉 건설중재의 경우 일반중재와는 다른 측면을 내포하고 있고 선택적 중재조항의 사용이 일반화되어 있다. 김연호, 전제논문, p.52; 건설중재 분야에서의 선택적 중재합의의 이행가능성과 관련한 논의는 Nahmias, "The Enforceability of Contract Clauses Giving One Party the Unilateral Right to Choose Between Arbitration and Litigation", 21 *The Construction Lawyer* 36 (Summer 2001) 등 참조.

61) *Willis Flooring, Inc. v. Howard S. Lease Const. Co. & Associates*, 656 P.2d 1184, 1185-86 (Alaska 1983).

62) 중재합의약관의 효력을 관할합의약관의 효력의 관점에서 파악하고 선택적 중재합의의 각 유형에 따라 고객 일방에게 선택권을 부여하는 경우를 제외하고는 무효라고 판정받을 가능성이 높을 것으로 보고 있다. 다만 선택적 중재합의의 효력에 관한 판결과 중재판정에서 무효를 주장한 쪽이 작성자였던 까닭에 고객에게 불리한 여부를 가리는 약관법상의 효력에 대한 논의는 필요하지 않았던 것이다. 김교창, 전제논문, pp.85-86.

Ⅲ. 미국법원의 판례분석

앞서 살펴본바와 같이 미국 중재법 하에서 쟁점이 되는 선택적 중재합의는 이른바 unilateral arbitration agreements로 이하에서는 최근 미국법원의 태도변화를 포함한 판례의 동향을 분석하고 우리 중재법 환경에서 갖는 의미를 도출해 보고자 한다.

1. 중재합의의 이행가능성 판단을 위한 일반론적 접근법

선택적 중재합의의 이행가능성 판단을 위한 접근법과 관련하여 Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto 사건⁶³⁾에서 미국 연방대법원은 중재법에 대한 계약법적 접근법을 재확인하고 중재합의의 부당성판단에 있어 하급심 법원으로 하여금 계약법적 원칙을 적용하도록 하였다.⁶⁴⁾ 계약법적 접근법은 중재법을 계약법의 일부로 보고, 극히 예외적인 경우를 제외하고 법원은 중재합의를 통상의 계약과 동일하게 다루어야 함을 그 근거로 하고 있다. 특히 대상판결은 미국 연방법제의 특성으로 인해 발생하는 연방중재법상 계약법적 접근법을 개별 주의 중재법제로 확장하는 것과 관련한 문제를 다루고 있다.

동 판결에서 미국 연방대법원은 개별 주법의 특수한 계약법상 항변이 연방중재법에 의해 배제되며⁶⁵⁾, 중재의 법적지위와 관련한 문제에 있어 중재조항만을 특별히 다룰 것이 아니라 여타의 계약과 동일한 기반에서 판단해야 함을 명확히 하였다. 특히 대상판결은 선택적 중재합의를 포함한 정형화된 중재합의가 증가하고 있는 만큼 중재합의에 대한 이의제기도 늘어나고 있는 현실에서⁶⁶⁾ 정형계약과 당사자 간의 협상력의 차이에서 기인하는 부당성의 쟁점과 관련한 판단기준을 다루고 있다는 점에 그 의의를 찾을 수 있다.

63) 116 S. Ct. 1652 (1996); 지하철 샌드위치 판매점의 정형 프랜차이즈 계약과 관련한 대상판결에서 미국 연방대법원은 몬타나주 대법원의 판결을 기각하고 특별 고지요건의 부합을 조건으로 중재조항의 이행가능성을 인정하는 몬타나 주법의 효력을 부인하였다.

64) 다만 대상판결은 전형적인 개별 중재사례에 있어 부당성 원칙의 적용에 관련한 부분은 다루지 않고 있다; Stephen J. Ware, "Arbitration and Unconscionability after Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto", *Wake Forest Law Review*, Vol.31, 1996, p.1001.

65) 몬타나 주법은 당해 계약이 중재에 속하다는 통지가 계약서의 1면에 대문자로 명기되어 있어야 한다고 규정하고 있었으나 대상판결의 프랜차이즈 계약서상에는 중재조항이 통상적인 표기법으로 9면에 적시되어 있었다. 몬타나주 대법원은 이를 근거로 당해 중재조항의 효력을 부인하였다.

66) 미국에서는 연방중재법의 제정 이후 중재합의의 이행을 위한 실체법적 근거가 마련되어 공서양속을 이유로 중재합의의 이행강제를 거부해왔던 법원의 오랜 관행이 극복되었고, 선택권의 결여 및 협상력의 불균형으로 특징지어지는 고용계약, 용자계약, 소비자계약 등의 각 분야에서의 중재합의의 부당성과 관련한 논의가 활발히 이루어지고 있다. Stephen J. Ware, "Employment Arbitration and Voluntary Consent", *Hofstra Law Review*, Vol.25, Fall 1996, p.83-160; Mark E. Budnitz, "Arbitration of Disputes Between Consumers and Financial Institutions: A Serious Threat to Consumer Protection", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol.10, 1995, p.267-342.

2. 제쟁당사자의 선택권의 행사

유효론의 입장을 견지하고 있는 국내의 문헌은 선택적 중재합의에 비교법적 분석과정에서 미국에서도 선택적 중재합의가 당연히 인정되고 있고 그 근거로 *Satcom International Group PLC v. Orbcomm International Partners, L.P.* 사건⁶⁷⁾을 제시하는 한편 추가적인 근거로 *Moses Cone Presumption* 원칙을 들고 있는바 이는 중재합의 일반에 관한 연방법원의 친 중재적인 성향을 반영하는 것으로, 대상판결이 판시사항의 일부로 친 중재적인 미국연방의 정책을 거론하고 있기는 하나 선택적 중재합의 자체에 대한 명시적인 언급은 발견되지 않는다.⁶⁸⁾ 사실 대상판결은 당사자 일방의 선택권 포기 초점을 맞추어 중재절차의 중지를 명하였다.⁶⁹⁾

동법원은 선택권 포기 여부와 관련하여 ① 소송개시로부터 중재요구까지 경과된 시간⁷⁰⁾, ② 소송의 경과(amount of litigation)⁷¹⁾, ③ 손해의 입증⁷²⁾ 등 세 가지 요소에 대한 검토를 통해 당해 소송절차의 진행으로 원고⁷³⁾는 중재권을 포기한 것으로 판단하였다.

라이선스 계약과 관련한 일련의 판결에서 미국 법원은 당해 법적 분쟁에 있어 소 제기 혹은 반대청구는 중재권의 포기라고 보고 있다.⁷⁴⁾ 나아가 일부 법원에서는 한발 더 나아가 소제기의 위협만으로도 중재권의 포기가 된다고 한다.⁷⁵⁾

3. 사실관계의 정황분석 : 제쟁당사자의 상이한 법적 지위

최근까지 미국법원의 일반적인 시각은 유효한 중재조항은 양 당사자에 대해 구속력을

67) 49 F.Supp.2d 331 (1999).

68) 사실 판결문의 전문 어디에서도 선택적 중재합의의 자체에 대한 논의를 찾아볼 수 없다. 대상판결에서 선택적 중재합의의 자체의 유효성이 논의되고 있지 않는 점이 물론 선택적 중재합의를 당연히 인정하는 것으로 해석될 수 있으나 이보다는 선택적 중재합의와 관련한 쟁점에 관한 양국의 상이한 접근법에 주목해야 할 것이다.

69) 물론 중재권의 포기와 관련한 쟁점은 중재에 유리하게 해석되어야 하고 중재를 증진하는 공서양속에 대한 법원의 고려가 선행되어야 함은 물론이다.

70) 원고의 소 제기 이후 다시 중재를 신청하는데 약 4개월이 소요되었는데 중재권 포기여부와 관련하여 4개월이란 기간 자체는 그다지 길다고 할 수 없으나 이 기간 동안 당해 분쟁을 중재로 해결하고자하는 원고의 의도가 포착되지 않았다.

71) 동 요소에 대한 판단은 소송 진행기간에 대한 고려보다는 원고와 피고간의 소장 및 답변서, 명령신청(motion), 증거조사 등을 근거로 본안소송의 실체적 쟁점에 대한 판단이 이루어진 정도에 따른다.

72) 중재 선택권을 가진 당사자가 중재에서 이용할 수 없었던 증거조사(discovery)에 관여하거나, 중재권의 발동을 연기함으로써 불필요하게 절차가 지연되거나 비용이 발생한 경우 충분한 손해가 발생한 것으로 본다.

73) 통상적으로 중재권 포기여부와 관련한 항변은 피고를 대상으로 한다는 점에서 대상판결을 특이한 경우가 될 것이다.

74) *Titan Enterprises, Inc. v. Armo Constr., Inc.*, 32 Cal.App.3d 828, 108 Cal. Rptr. 456 (Dist. Ct. App. 1973); *Denihan v. Denihan*, 34 N.Y.2d 307, 313 N.E.2d 759, 357 N.Y.S.2d 454 (1974).

75) *Sanford Constr. Co. v. Rosenblatt*, 25 Ohio Misc. 99, 266 N.E. 2d 267 (Shaker Hts. Mun. Ct. 1970); 다만 소송 참가로 인해 타방당사자가 배제되지 않은 경우에는 중재권의 포기라고 보지 않는다, *Carolina Throwing Co. v. S & E Novelty Corp.*, 442 F.2d 329 (4th Cir. 1971).

가져야 하고 중재 혹은 소송의 선택권을 부여하는 중재조항은 당사자 대한 구속력이 없다는 것이었다.⁷⁶⁾

Stevens/Leinweber/Sullens, Inc. v. Holm Development and Management, Inc. 사건⁷⁷⁾에서 법원은 선택적 중재합의가 친 중재적인 공서양속의 증진에 미치는 영향에 주목하였다. 즉 당해 법원의 판단에 맡겨진 사실관계의 실재를 고려하여 쟁점이 되고 있는 중재조항이 선택권자에게 최종적인 판정이전에 언제라도 자신의 의사를 반복할 수 있는 분쟁해결방법의 선택과 관련한 재량권을 부여하는 것은 매우 부당한 것이며 중재제도의 활성화에 배치되는 것으로 선택적이란 용어 자체만으로도 중재의 목적과 의도를 위태롭게 하는 것이라고 판시하였다.

Iwen v. U.S. West Direct, a Div. of U.S. West Marketing Resources Group, Inc. 사건⁷⁸⁾은 변호사와 전화번호부회사간의 분쟁과 관련한 것으로 변호사는 주법원에 손해배상을 구하였고 전화번호부회사는 중재의 강제를 위한 신청을 하였다. 동 법원은 연방중재법상의 규정에 근거하여 당해 중재합의의 부당성을 판단하였다. 대상판결은 당사자 의무의 상호관련성을 결여하고 계약서 작성자(drafter)에게 비합리적으로 유리한 일방적 중재조항과 관련한 전형적인 사건으로 전화번호부회사가 양자택일식의(take-it-or-leave-it) 합의조항을 제시하였다면 당해 조항의 승낙과 관련하여 상대적으로 교섭력이 약한 상대방 측의 의미 있는 선택이 존재하지 않는다고 보았다. 즉 계약당사자의 관점에서 불균형(disparities)이 일방적으로 계약서 작성자에게 유리하다면 당해 중재합의는 부당한 것이 된다고 판시하였다.

연혁적으로 미국의 법원은 당사자 일방만이 선택권을 가지고 있음을 이유로 선택적 중재조항의 이행을 거부해 왔으나 최근 들어 점차 많은 법원들이 이를 인정해오고 있는 추세이다.⁷⁹⁾

대표적으로 *Cindy's Candle Co., Inc. v. WNS, Inc.*⁸⁰⁾ 사건은 쌍방 당사자가 중재에 의

76) 선택적 중재합의는 부당성과 약인의 부재를 근거로 그 이행을 강제할 수 없다; *Hull Dye & Print Works, Inc. v. Riegel Textile Corp.*, 37 A.D.2d 946, 325 N.Y.S.2d 782 (1st Dep't 1971); *R.W. Roberts Const. Co., Inc. v. St. Johns River Water Management Dist. for Use and Ben. of McDonald Elec.*, 423 So. 2d 630 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 1982)

77) 165 Ariz. 25, 795 P.2d 1308, 1313 (Ct. App. Div. 1 1990); 부동산소유자가 종합건설업자를 대상으로 중재의 강제를 구한 사건으로 동 법원은 중재조항의 이행가능성은 중재합의조항 분리의 원칙에 따라 판단되어야 하고 당해 중재조항이 부동산 소유자에게 일방적 선택권을 부여한 것은 계약의 상호성을 결한 것으로 약인의 부재로 인한 무효가 된다고 판시하였다.

78) 1999 MT 63, 293 Mont. 512, 977 P.2d 989, 996 (1999).

79) *Willis Flooring, Inc. v. Howard S. Lease Const. Co. & Assoc.*, 656 P.2d 1184 (Alaska Sup. Ct. 1983); *LaBonte Precision, Inc. v. LPI Industries Corp.*, 507 So. 2d 1202 (Fla. Dist. Ct. App. 1987); *Kalman Floor Co., Inc., v. Jos. L. Muscarelle, Inc.*, 196 N.J. Super. 16 (N.J. Supr. Ct. A. D. 1984), aff'd, 98 N.J. 266, 486 A.2d 3341 (N.J. 1985).

80) 714 F. Supp. 973 (N.D. Ill. 1989), 721 F. Supp. 167 (N.D. Ill. 1989); 동지의 판결에는 *LaBonte Precision, Inc. v. LPI Industries Corp.*, 507 So. 2d 1202 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1987)와 *Willis Flooring, Inc. v. Howard S. Lease Const. Co. & Associates*, 656 P.2d 1184 (Alaska 1983) 그리고 *Sablosky v. Edward S. Gordon Co., Inc.*, 73 N.Y.2d 133, 538 N.Y.S.2d 513, 535 N.E.2d 643 (1989) 등을 들 수 있다.

한 분쟁해결에 동의하는 조항과 피해를 야기할 가능성이 있는 위협행위에 대하여 당사자 일방이 중재를 회피하고 법원에 형평법상 구제를 구할 수 있도록 하는 조항을 동시에 규정하고 있는 프랜차이즈 계약에 관한 것이었다. 비록 관할권에 따라 상호구속력을 결한 중재합의의 이행을 강제하지 않는 경우가 있지만 동법원은 현대적인 판결경향이 상호구속력에 근거하여 계약을 무효로 하는 것에 대해 반대하고 있음에 주목하였다.

동법원은 쟁점사안의 분석을 통해 당해 중재계약이 구제의 상호성을 요하지 않는 점⁸¹⁾과 구제절차로서의 중재가 사실관계의 발견에 있어 사법적 쟁송절차에 비해 그 효율성이 떨어지기 때문에 당사자 일방에게 선택권을 부여하는 것이 공서양속의 관점에서도 부당하지 않다는 이유를 들어 선택적 중재합의조항의 유효성을 인정하였다.

Willis Flooring, Inc. v. Howard S. Lease Const. Co. & Associates 사건⁸²⁾에서 법원은 당사자간의 하도급계약과 관련 분쟁이 중재에 회부된 당해 사안의 해결과정에 내재된 어떠한 부당성도 발견하지 못했다고 판시하면서 소송절차에서와 같은 동일한 공정성을 중재에 요구할 수는 없는 것으로 당사자가 자발적으로 참여한 계약은 그 이행이 가능하다고 판시하였다.

한편 *Sablosky v. Edward S. Gordon Co.* 사건⁸³⁾에서 뉴욕주 최고법원은 부동산중개업자와 중개회사간의 고용계약상에 포함된 선택적 조항의 유효성을 지지하였다. 동 법원은 지난 20년간 분쟁해결을 위한 수단으로 선호되어 온 점에 주목하였다. 또한 동 법원은 대 상판결을 고용계약에 한정하지 않고 당해 판결이 선택적 중재조항을 포함한 여타의 계약에도 동등하게 적용됨에는 의심의 여지가 없음을 분명히 하였다.⁸⁴⁾

Wilson Elec. Contractors, Inc. v. Minnotte Contracting Corp. 사건⁸⁵⁾은 연방 중재법 하에서의 선택적 중재합의의 법적이행가능성에 관한 것으로 제6 항소법원은 중재조항이 독립된 계약으로서의 상호 약인을 요한다는 주장을 기각하고 전체로서의 계약이 약인을 결

81) 전체 계약에 대한 약인이 존재한다면 그 약인은 계약서상의 여타의 의무와 마찬가지로 당사자의 중재선택을 뒷받침한다.

82) 656 P.2d 1184, 1185-86 (Alaska 1983); 바닥재 설치를 위한 건설하도급 계약과 관련한 분쟁에서 당사자 간의 건설하도급 계약서에 포함된 선택적 중재조항에 따라 *Lease Construction Co. & Associates*는 *Willis Flooring, Inc.*를 상대로 중재절차를 진행하였고 중재판정부는 당해 선택적 중재조항의 구속력을 인정하고 41,500달러의 손해배상액을 재정했다. *Lease*는 중재판정의 이행을 위한 명령을 신청하여 이를 인정받았고 *Willis*는 알래스카 대법원에 항소하였다; 이와 유사한 판결에는 *Doctor's Associates, Inc. v. Distajo*, 66 F.3d 438 (2d Cir. 1995) *Barker v. Golf U.S.A., Inc.*, 154 F.3d 788 (8th Cir. 1998); *Design Ben. Plans, Inc. v. Enright*, 940 F. Supp. 200 (N.D. Ill. 1996); *LaBonte Precision, Inc. v. LPI Industries Corp.*, 507 So. 2d 1202 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1987); *Sablosky v. Edward S. Gordon Co., Inc.*, 73 N.Y.2d 133, 538 N.Y.S.2d 513, 535 N.E.2d 643, 4 I.E.R. Cas. (BNA) 1315 (1989) 등이 있다.

83) 73 N.Y.2d 133 (1989). 동 판결은 앞서 언급한 *Hull Dye & Print Works, Inc. v. Riegel Textile Corp.* 사건에서의 판결을 파기하였다.

84) Joseph T. McLaughlin & Karen M. Crupi, "Civil Practice and Litigation Techniques in the Federal Courts Sponsored with the cooperation of the Federal Judicial Center: ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION", *ALI-ABA Course of Study*, Shearman & Sterling, New York, 1993.10, p.1008

85) 878 F.2d 167 (6th Cir. 1989).

하지 않았기 때문에 계약서상에 포함된 당사자 간의 중재조항이 유효하고 이행가능한 것으로 판시하였다.⁸⁶⁾

4. 시사점

실무적 관점에서 계약 체결 당시 당사자는 향후 발생할지도 모르는 분쟁의 세부사항을 알지 못하고 당해 분쟁해결을 위한 수단으로서의 중재의 적격성을 판단하는데 어려움이 있어 이를 실제 분쟁발생 시점까지 연기하고자 할 수도 있을 것이다.⁸⁷⁾ 따라서 선택적 중재합의는 거래당사자에게 이익이 되는 측면이 있고 거래의 유형에 따라 빈발할 것으로 예상된다.

다만 선택적 중재합의가 그 자체로 유효하다고 하더라도 부당성의 항변에 의해 선택권에 대한 당사자의 구속력이 부인된다면 결국은 무효의 경우와 같은 결론에 이르는 것으로⁸⁸⁾ 향후 선택적 중재합의와 관련한 논의는 상사중재의 국제화 경향을 반영하여 그 운용과 관련한 실무적 지침 마련을 위한 법리적 토대가 마련되어야 할 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이 선택적 중재합의와 관련한 미국에서의 논의는 이행가능성 판단을 위한 계약법적 법리의 도출에 초점을 맞추고 있다. 즉 선택적 중재합의와 관련한 쟁점은 특수한 거래상황에 기인한 것으로 미국의 경우에서도 이와 관련한 대부분의 사건들이 소비자중재와 건설중재 그리고 라이선스 계약 등과 같이 당사자의 지위에 있어 일정부분 차이가 나는 경우로 이는 우리나라의 선택적 중재합의 조항과 관련한 분쟁이 발생한 상황과 일정부분 공통점이 발견되나 그 해결방식에 있어 상당한 차이를 드러내고 있다. 선택적 중재합의와 관련하여 미국법원은 개별 거래상황에 기인한 선택적 중재합의의 특수성을 고려하여 당사자의 의사존중을 위한 진의파악에 주안점을 두고 있다.

선택적 중재합의와 관련한 미국법원의 태도가 일관되게 정해진 것으로 보기는 힘들나 이는 선택적 중재합의 조항 자체에 대한 논의가 아닌 개별 사례별 해결 방식에 기인한 것으로 적어도 선택적 중재합의 조항과 관련한 미국법원의 전향적 태도가 발견됨에는 재론의 여지가 없어 보인다. 비록 부당성의 원칙에 의한 항변가능성이 선택적 중재합의에 존재한다 하더라도 일반적인 계약법적 접근법의 원용과 개별 거래상황의 특수성을 고려한 당사자의 진의파악을 위한 노력은 중재가능성의 확대로 이어질 것이다.

선택적 중재합의에 대한 우리 대법원의 판결에 대해 다양한 의견이 개진되고 있으나⁸⁹⁾

86) 즉 친 중재적인 공서양속을 강조하는 일련의 연방대법원의 판례에 의존하여 가능한 중재가능성의 범위를 넓게 해석하고자 하는 법원의 경향을 반영하는 것이다.

87) 위의 각주 25 참조.

88) 쌍방 당사자 모두에게 충분한 구제수단을 제공하지 못한다면 당해 중재합의는 부당한 것으로 여겨져 결국 그 이행가능성을 확보하지 못하게 된다, Russel Myles & Kelly Reese, "Arbitration : Avoiding The Runaway Jury", *American Journal of Trial Advocacy*, Vol.23, pp.160-161.

소위 유효론의 관점에서 일견 유보 쪽으로 기우는 듯 보이는 대법원의 태도는 우리 민사 소송법상 절차법으로서의 중재의 지위를 고려한 사법부의 고뇌를 엿볼 수 있는 부분이다. 다만 중재와 관련한 핵심쟁점에 대한 우리 법원의 판결이 상대적으로 섬소하여 세부적인 지침을 제공하지 못하고 있다.⁹⁰⁾

IV. 결 론

분쟁해결에 있어 중립적 접근법을 취하고 있는 일반적인 분쟁해결조항⁹¹⁾과는 달리 선택적 중재합의에 관한 일련의 쟁점은 개별중재사안의 특수성에 기인한 것이다.

국제상사중재에서의 중재접근성 확보 관점에서 선택적 중재합의의 유효성에 관해서는 별다른 이견이 없고 공서양속의 측면에서도 별다른 이의가 제기되지 않음에도 선택적 중재합의와 관련한 기왕의 논의가 선택적 중재합의 자체의 유효성 여부에만 관심을 기울이고 있어 선택적 중재합의의 나아가 중재합의의 본질에 관한 심도 깊은 고찰이 필요할 것이다.

생각건대 선택적 중재합의에 금반언의 원칙을 적용된다면 ‘선택적’의 의미에 대한 논의는 별다른 실익을 가지지 못하며 일방당사자가 분쟁해결방식을 선택하고 상대방이 이에 응하게 되면 일종의 ‘사후적 중재합의’가 형성되는 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 선택적 중재합의에 관한 한 당해 조항의 효과와 적절한 운영과 관련한 유용한 지침을 제공하는 것이 보다 시급한 문제가 아닐 수 없다.⁹²⁾

89) 심지어 대법원이 모세스 콘 추정법칙을 인식하지 못하고 있다는 비판도 있다, 김경배, 신군재, 전계논문, pp.171-172.

90) 분쟁발생시 당사자 일방이 선택적 중재합의 조항을 근거로 중재를 분쟁해결수단으로 선택한 단계에서 그러한 ‘선택’의 유효성 여부에 관한 논의는 그 실익이 없다고 보아야 한다. 즉 일방 당사자가 분쟁해결방식으로 선택하고 상대방이 어떠한 형태로든 이에 응하게 되면 일종의 ‘사후적 중재합의’가 형성되고 중재는 정당한 분쟁해결절차로서의 효력을 가지게 되고 영미법상의 금반언의 원칙에 기하여 중재과정에 응한 상대방은 중재합의 자체에 대한 효력을 다룰 수 없다고 보아야 한다. 선택적 중재합의가 아닌 중재합의 자체의 유효성에 초점을 맞추어 선택적 중재합의를 이유로 중재합의의 부존재를 주장하는 당사자(피선택권자)가 그러한 주장을 통하여 법적인 권리를 기대한 바가 있다면 이는 금반언의 원칙에 의거 해결해야 할 문제가 되며, 금반언의 원칙이 적용된다면 ‘선택적’의 의미에 대한 논의는 의미가 없다 할 것이다. 적어도 이러한 논지에 비추어 현재 선택적 중재합의에 관한 국내 판결은 그 판시 이유의 형성과정에 대한 일관성이 결여된 것으로 보인다.

대법원 2003.8.22 선고 2003다318 판결과 대법원 2004.11.11 선고 2004다42166 판결은 ‘일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우 중재계약으로서의 효력이 있다고 볼 수 없다’고 판시하고 있으나 이 경우 상대방은 중재원에 중재합의의 부존재를 주장하는 과정에서 분쟁해결과정상의 권익을 기대하고 있는 것이므로 중재과정에 응했다고 보고 중재합의는 유효하며, 이후 중재의 효력을 다투고자 하는 당사자는 중재판정 취소 소송 등의 수단을 이용해야 할 것이다. 다만 ‘언제 중재에 응했는가’의 물리적 의미는 개별 사안에 비추어 판단해야 할 문제로 최소한 중재에 응한 당사자(피선택자)가 중재절차의 진행으로부터 법적 권리를 기대했는가를 판단해야 하고 그러한 기대부분이 있다면 금반언의 원칙에 의거하여 중재합의의 이행가능성을 확보할 수 있을 것이다.

91) 이는 분쟁해결수단으로 중재를 선택하는 과정에서 당사자 간의 동등한 협상지위(bargaining positions)가 반영되는 경우이다.

따라서 우리 법원도 미국의 중재환경에서 선택적 중재합의의 운영과 관련한 미국법원의 태도와 축적된 법리에 대한 비교법적 고찰을 통해 선택적 중재합의, 나아가 중재합의 전반의 이행가능성 확보를 위한 보다 전향적인 견해를 취할 필요가 있을 것이다. 종래 우리나라에서는 국제상사중재를 포함한 광의의 국제사법 및 국제민사절차법 분야가 학문적으로 매우 소홀히 다루어지고 있는데,⁹²⁾ 우리 민사소송법상 중재제도의 위치와 판례의 법원성에 대한 검토를 근거로 일반적 범위의 중재합의와 계약의 당사자의 특수한 지위를 반영하는 선택적 중재합의를 구분하여 실무상 운용을 위한 지침을 제공하기 위한 노력이 경주되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

〈한국문헌〉

- 김경배, 신군재, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 『중재연구』제15권 제1호, 한국중재학회, 2005
- 김교창, “선택적 중재합의의 효력”, 『인권과 정의』Vol.319, 2003.03
- 김대현, “선택적 중재조항 관련 대법원 판례의 해석과 의미”, 『계간중재』제312호, 2005
- 김명기, “선택적 중재합의에 관한 판례의 연구”, 『계간중재』제309호, 2003
- 김연호, “건설중재시 선택적 중재합의의 재해석”, 『계간중재』제314호, 2004
- 서정일, “건설중재에 있어서 선택적중재합의의 유효성에 관한 연구”, 『무역상무학회지』제25권, 2005
- 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 『중재연구』제12권 제2호, 2003, 한국중재학회
- 정영환, “단계적, 선택적 분쟁해결조항의 연구”, 『계간중재』제308호, 2003
- 정선주, “선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점” 『중재연구』제13권 제2호, 2004, 한국중재학회
- 곽경직, “선택적 중재합의론 소고”, 법률신문 제3102호, 2002.08.28
- 서동희, 공사계약일반조건상의 중재조항 유효성 여부, 법률신문 제3100호, 2002.08.22, p.15.

92) 즉 특정국가의 법체계하에서의 선택적 중재합의의 허용여부에 더하여 실무상 적절한 운영방식, 그리고 신청인 혹은 피신청인이 이러한 선택권을 행사할 수 있는지 여부가 중요한 쟁점이 될 것이다; Simon Nesbitt & Henry Quinlan, *op. cit.*, pp.133

93) 석광현, “국제상사중재에서의 중재합의에 관한 법적 문제점”, 『중재연구』 제15권 제2호, 한국중재학회, 2005, p.256

〈한국법령〉

중재법(법률 제6626호, 2002년 1월 26일 개정)

〈한국판례〉

대법원 2003.08.22. 선고 2003다318판결

〈서양문헌〉

Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Arbitration 3rd*, Sweet & Maxwell, 1999

Andrew I. Okekeifere, "Commercial Arbitration as the Most Effective Dispute Resolution Method--Still a Fact or Now a Myth?", *Journal of International Arbitration*, Vol.15, 1998

Eliana Lopez, "The Use of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America : Questions of Enforceability", *American Review of International Arbitration*, Vol.14, 2003

Henry Quinlan, "The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses", *Arbitration International*, Vol.22, No.1, 2006

Katherine V.W. Stone, *Arbitration Law*, Thomson/West, 2003

Martin Domke, *Domke on Commercial Arbitration*, Callaghan, 1990

Paul D. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Juris Publishing, Inc., 2006

Stephen J. Ware, "Arbitration and Unconscionability after Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto", *Wake Forest Law Review*, 1996

Susan P. Adams et al., "Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims", *Louisiana Law Review*, Vol.54, 1994

Thomas H. Oehmke, *Oehmke Commercial Arbitration 3rd*, Thomson/West, 2005

〈미국법령〉

Federal Arbitration Act U.S.C. title 9

〈미국판례〉

Cindy's Candle Co., Inc. v. WNS, Inc., 714 F. Supp. 973 (N.D. Ill. 1989), 721 F. Supp. 167 (N.D. Ill. 1989)

Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 116 S. Ct. 1652 (1996)

Satcom International Group PLC v. Orbcomm International Partners, L.P., 49 F.Supp.2d 331 (1999)

Stevens/Leinweber/Sullens, Inc. v. Holm Development and Management, Inc., 165 Ariz. 25, 795 P.2d 1308, 1313 (Ct. App. Div. 1 1990)

Iwen v. U.S. West Direct, a Div. of U.S. West Marketing Resources Group, Inc., 1999 MT 63, 293 Mont. 512, 977 P.2d 989, 996 (1999).

Willis Flooring, Inc. v. Howard S. Lease Const. Co. & Associates, 656 P.2d 1184, 1185-86 (Alaska 1983)

Sablosky v. Edward S. Gordon Co., 73 N.Y.2d 133 (1989)

Wilson Elec. Contractors, Inc. v. Minnotte Contracting Corp., 878 F.2d 167 (6th Cir. 1989).

ABSTRACT

The Status of Unilateral Arbitration Agreements Through the U.S. Case Laws

Choong-Lyong Ha

Won-Hyung Park

This article focuses on the history and evolution of the US court's attitude towards unilateral arbitration and dispute resolution clauses, but also considers the practical approach of national courts to these clauses. It goes on to consider some potential pitfalls in the operation of unilateral clauses, which should be borne in mind when developing a strategy for bringing or defending a claim which falls within the scope of a unilateral clause.

There can be few objections to the general validity of unilateral arbitration clauses. The principle of party autonomy is the driving force behind international arbitration and, provided it is tolerably clear that the parties intended the arbitration clause to operate unilaterally, courts should be reluctant to interfere with the parties' agreement. There are also no persuasive public policy reasons why such clauses should not be upheld in commercial agreements.

In addition to the issue of whether such unilateral clauses are permissible under certain law, it is important to be aware of how they should properly operate in practice, that is, useful guidance on the subject of the proper operation and effect of such clauses where they are intended to be used to enable a party to decide whether, and in what circumstances, a claim should be referred to court or to arbitration.

Key Words : Commercial Arbitration, Arbitrability, Unilateral Arbitration Agreements,
Federal Arbitration Act