

선택적 중재합의의 유효성에 대한 판례분석

- 대법원 판례를 중심으로 -

Analysis of Judgements on the validity of selective/unilateral
Arbitration Agreement
- In case of the Supreme Court's Judgements -

정영환*
Young-Hwan Chung

〈목 차〉

- I. 머리말
- II. 중재합의의 개념
- III. 선택적 중재합의
- IV. 대상판결에 대한 분석
- V. 결 론

주제어 : 중재합의, 중재조항, 선택적 중재약정, 유동적 무효, 사적자치의 원칙, 분쟁해결
방법의 구조, L법적 안정성

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

I. 머리말

중재를 선택적으로 약정한 경우에 그 유효성에 대하여 많은 논의가 있다. 이것을 선택 중재약정의 유효성의 문제라고 한다. 이것은 중재약정의 개념 정의에 있어서 법원에 대한 관할배제의 명확성과 직결되어 있고, 또한 그 유효성 여부가 중재제도의 활성화와 직접 관련되므로 매우 중요한 문제이다.

여기에 대하여 외국의 판례 및 국내의 다수설은 유효설을 취하고 있지만, 대법원은 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결을 시작으로 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결, 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결에서 「조정 또는 중재를 분쟁해결방법으로 정한 선택적 중재조항은 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의로서의 효력이 있다」고 판시하여 선택적 중재조항은 일방 당사자가 상대방에 대하여 중재절차를 선택하여 분쟁해결을 요구하여 상대방이 이에 대하여 이의 없이 중재절차에 임하였을 때까지는 무효로 본다. 즉 대법원은 선택적 중재조항은 「상대방이 중재절차에 따른 분쟁해결의 요구를 이의 없이 받아들인 때」까지 유동적 무효라고 본다. 선택적 중재조항에 대한 대법원의 유동적 무효이론에 기초한 해석은 대법원이 종전에 국토이용관리법상의 규제구역 내의 토지에 대하여 허가받을 것을 전제로 체결한 거래계약의 유동적 무효이론과 매우 유사하다.¹⁾

그런데 토지거래허가 구역 내의 토지에 대한 거래계약에 대한 해석방식을 과연 선택적 중재조항에도 그대로 적용할 수 있는지 여부에 관하여 검토할 필요가 있다. 대법원의 선택적 중재조항에 대한 이러한 해석은 국내외의 학설, 외국의 판례의 흐름에 비추어 역행하는 것일 뿐만 아니라, 선택적 중재조항의 해석과 관련하여 사적 자치의 원칙, 중재법의 규정, 소송과 중재절차의 관계 등의 측면에서 보아도 문제이다. 또한 전문분야에 대한 중재의 활성화라는 정책적인 면에서도 부정적으로 평가된다.

따라서 이하에서는 위 대법원 판결의 분석과 관련하여 II.항에서 중재합의의 개념(선택적 중재조항 포함), III.항에서 선택적 중재합의의 의의, 유형, 유효성 등에 대한 일반적인 검토, IV.항에서 선택적 중재합의를 직접 다루고 있는 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결, 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결, 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결을 대상으로 사적 자치의 원칙, 분쟁해결방법의 구조(소송절차와 중재절차의 새로운 관계설정), 현행 중재법의 규정, 중재활성화의 필요성 등의 시각에서 대상판결의 의미와 타당성을 분석하고, V.항에서 마무리 하도록 하겠다.

1) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결; 대법원 2007. 11. 30. 선고 2007다30393 판결.

II. 중재합의의 개념

1. 의의

중재합의(arbitration agreement)라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 사이에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말한다(중재법 제3조 제2호, 이하 중재법은 법이라 한다.)²⁾ 중재합의의 대상은 일정한 법률관계이므로 사법상 법률관계로 한정된다고 할 수는 없지만 중재법상의 '중재'라 함은 당사자 간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말하므로(법 제3조 1호), 원칙적으로 중재합의는 사법상의 법률관계만을 대상으로 한다. 종전 중재법(1999. 12. 31. 법률 제6083호로 전부개정되기 전의 것)에는 '중재계약'이라고 하였으나, 중재조항이 있는 본 계약과의 혼동을 피하기 위하여 'arbitration agreement'의 해석을 중재합의로 하게 된 것으로 보인다.³⁾

한편 중재조항(arbitration clause, clause compromissoire)은 사법상의 법률관계를 맺는 계약에서 그 계약상 권리의무에 분쟁이 발생할 경우에 중재에 의한다는 취지로 삽입된 조항을 의미한다.⁴⁾ 중재법 제17조 제1항 단서에서 「중재합의가 중재조항의 형식으로 되어 있는 때에는 계약중 다른 조항의 효력은 중재조항의 효력에 영향을 미치지 아니한다」고 하고 있어, 본계약과의 관계에서 중재조항의 독립성(independence)이 인정된다.⁵⁾ 이는 유엔 무역법위원회(UNCITRAL)의 모델중재법 제16조 제1항 2문을 따른 것이다.

2. 성립요건

(1) 실질적 요건

중재합의는 사법상의 법률문제에 따른 분쟁을 중재에 따라 해결하겠다는 「당사자 사이의 약정」이므로, 실질적 요건으로 당사자 사이의 의사의 합치가 필요하다. 의사의 합치의 전제로서 당사자가 능력이 있어야 하고, 합치된 의사의 내용이 가능·확정·적법·사회적 타당성을 가져야 한다. 특히 내용과 관련하여 중재기관, 중재지, 중재절차 등도 함께 정하여야 한다. 그러나 상설중재기관의 중재에 의하기로 한 경우에는 해당 중재기관의 중재규칙

2) 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2000, 34면; 서정일, 건설중재에 있어서 선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구, 무역상무학회지, 제25권, 2005. 2., p166.

3) 장문철, 현대중재법의 이해, 세창출판사, 2000, p22.

4) 목영준, 전게서, p35.

5) 동일 : 석광현, 국제상사중재법연구 제1권, 박영사, 2007, p109.

에 중재지, 중재절차 등의 준거법이 규정되어 있어 의사의 합치에 문제가 없고, 그 밖의 경우에도 조약과 각국의 중재법 등에서 보충규정을 통하여 해결될 경우가 많다.

(2) 형식적 요건

또한 중재합의는 당사자 사이의 사법상의 분쟁을 국가가 아닌 사인(私人)이나 사기관(私機關)에 맡기는 사적 재판의 약정이다. 중재합의의 법적 성질에 관하여 소송계약설, 실체법상의 계약설, 절충설⁶⁾ 등이 있지만, 국가의 재판이 아닌 사적 재판을 약정하는 것이므로 통상의 계약과 다른 특수한 성질을 가지고 있는 것이 분명하다. 따라서 그 진실성의 담보와 명확성을 위하여 서면에 의하여야 한다는 엄격한 형식을 요구하는 입법례가 많다. 우리나라의 경우에도 중재합의는 서면으로 하여야 하고(법 8조 2항), 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우(동조 3항 1호), 서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우(동항 2호), 일방 당사자가 당사자간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 아니하는 경우(동항 3호)에는 이를 서면에 의한 중재합의로 본다. 또한 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 보며, 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우에 한한다(법 8조 4항).

3. 유효성에 관한 태도 변화

역사적으로 보면 사인(私人)에 의한 재판인 중재 자체의 유효성에 대하여 국가 즉 사법부에서는 매우 적대적이었다.⁷⁾ 미국의 경우에도 중재약정이 법원의 관할을 배제하는 것이 공공정책에 반한다는 이유 때문이었으나, 20세기 초반 중재를 권장하는 주 및 연방 법률이 통과되면서 중재합의의 유효성을 인정하게 되었다.⁸⁾ 특히 미국 뉴욕주가 1920년 중재합의의 유효성을 최초로 인정하면서 유럽국가에서 중재제도의 유효성을 점차 인정하게 되었다. 영국은 장래 분쟁에 관한 관할배제합의(exclusion agreement)는 1975년 중재법에서 처음으로 인정하였고, 브라질 같은 일부 남미국가에서는 아직도 중재합의의 유효성을 인정하고 있지 아니하고 있다.⁹⁾

이러한 연혁적인 이유 때문에 현재에도 중재제도 또는 중재합의의 유효성에 대하여 소

6) 절충설에는 절차법적 법률관계에 관한 사법상의 계약이라는 견해, 소송법상의 효과를 수반하는 특수한 사법상의 계약이라는 견해 등이 있다(상게서, pp.109 - 111 참조).

7) 목영준, 전게서, p.36; JACQUELINE M. NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution*, pp.119-120.

8) JACQUELINE M. NOLAN-HALEY, *Ibid.*, p.120.

9) 목영준, 전게서, p.36.

극적인 면이 있다. 그러나 현대국가에서는 국가 내의 분쟁을 국가가 최종적으로 관리하고 있는 것이므로, 특정 전문분야의 분쟁에 대하여 분쟁해결방법의 우월성이 인정되는 경우에는 국가는 그러한 분쟁을 재판이 아닌 재판 외의 분쟁해결방법(Alternative Dispute Resolution, 이하 ADR이라 함)을 권장할 필요가 있다. 이것은 분쟁의 효율적인 처리를 위하여 필수적인 것이다. 국가가 분쟁해결을 중재, 조정 등의 다른 분쟁해결방법에 아웃소싱(outsourcing)을 하고, 다만 강제력 행사 등의 필요가 있는 경우에만 증거조사나 집행의 단계에서 관여하여 분쟁을 전체적으로 관리(management) 하는 것이 필요한 것이다.¹⁰⁾ 소송과 ADR과의 관계를 재정립할 필요가 있고, 특히 소송과 중재를 상호 배타적·적대적 관계로 볼 것이 아니라 상호보완적·의존적 관계로 수정할 필요가 있는 것이다. 상호보완적·의존적 관계라는 틀에서 소송과 중재를 보아야 하고, 또한 중재합의의 해석도 중재 우호적·촉진적인 측면에서 검토할 필요성이 높다.

Ⅲ. 선택적 중재합의

1. 의의

선택적 중재합의라 함은 중재합의를 함에 있어서 당사자가 분쟁해결방법의 하나로 소송, 조정 등과 같이 중재를 선택할 수 있도록 하는 중재조항을 약정한 경우이다. 선택적 중재조항은 중재합의의 특별한 형태이다. 현재까지 통상 중재합의라 함은 중재합의 시에 중재에 의하도록 하는 전속적 형태로 이루어 졌다. 그런데 정부조달계약과 관련하여 분쟁해결방법으로 단계적으로 정하여 1차적으로 합의에 의하고, 합의가 이루어지지 아니하면 2차적으로 소송 또는 중재 중에서 선택하거나, 소송, 조정, 중재 중에서 선택하는 방식의 분쟁해결방법에 관한 조항을 두고 있어 이러한 형태로 이루어진 중재합의가 과연 유효할 것인지에 관하여 논의되고 있다. 중재합의의 형태가 분쟁을 중재로 전속적으로 하기로 하는 형태를 전속적 중재합의라고 하고 있고, 선택적 형태로 되어 있는 경우를 선택적 중재합의라고 한다. 특히 분쟁해결의 방법에 대한 내용이 1차적으로 합의에 의하고, 2차적으로 소송, 중재, 조정 등의 선택적 방식으로 되어 있는 경우를 단계적·선택적 분쟁해결합의 또는 조항이라 칭할 수 있을 것이다.¹¹⁾ 특히 중재법에 선택적 중재합의 또는 중재조항에 관한 유효성을 정하고 있지 아니하여 문제가 된다.

10) 정영환, 단계적, 선택적 분쟁해결조항의 연구-선택적 중재조항을 중심으로-, 대한상사중재원, 2002. 12, p.56.

11) 정영환, 위 논문, p.1, 16.

2. 유형

정부조달계약상에 나타난 선택적 중재합의의 유형은 크게 보아 2가지로 나눌 수 있다. 이것은 공사계약 일반조건, 물품구매계약 일반조건, 기술용역계약 일반조건 등에서 나타난다.

가. 제1유형

「① 계약의 수행 중 계약당사자간에 분쟁은 합의에 의하여 해결한다. ② 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다. 1. 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다. 2. 제1항의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.」고 정하고 있는 경우이다.

나. 제2유형

「① 계약의 수행 중 계약당사자간에 분쟁은 합의에 의하여 해결한다. ② 제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다. 1. 중재법에 의한 중재기관의 중재, 2. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법이라 함) 제4조에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차, 3. 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결」

또는 「① 계약의 수행 중 계약당사자간에 분쟁은 합의에 의하여 해결한다. ② 제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 중재법에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차의 의할 수 있다」는 형태로 규정하고 있는 경우이다.

또는 「① 계약의 수행 중 계약당사자간에 분쟁은 합의에 의하여 해결한다. ② 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 국적이 같은 구매자와 공급자 간의 분쟁은 구매자의 국가의 법에 따라 판결 또는 중재에 의하여 해결한다 (the dispute shall be referred to adjudication/arbitration in accordance with the laws of the Purchaser's country)」

다. 분석

<제1유형>의 분쟁해결방법에 관한 약정은 1단계로 합의에 의한 해결시도, 2단계로 국가계약법상의 조정과 중재법상의 중재 중 선택을 하고, 조정을 선택한 경우에 이에 불복

하는 경우에 3단계로 국가계약법에 따라 재판절차에 의할 수 있지만 특별히 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의할 수 있도록 하고 있다. 이 경우에 1단계로 가장 기초적인 ADR인 합의에 의하고, 이것이 이루어지지 아니할 경우에 2단계로 국가계약법상의 조정과 중재법상의 중재 중 선택할 수 있도록 정하고 있다. 이러한 2단계의 규정이 선택적 중재합의 또는 선택적 중재조항에 관한 문제이다. 제3단계로 국가계약법상의 조정을 선택하였으나 그 조정에 최종적으로 이의할 경우에는 조정의 효력이 상실하게 되므로 당연히 재판절차에 의할 수 있지만 합의관할로서 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의하도록 정하고 있다. 3단계의 분쟁해결방법에 관한 조항은 선택적 중재조항의 문제가 아닌 합의관할의 약정으로서 전속적 합의관할로 해석할 수 있다.¹²⁾ 결국 <제1유형>의 분쟁해결방법에 관한 약정 중 2단계 조항이 선택적 중재조항으로서, 분쟁해결방법으로 국가계약법상의 조정과 중재법상의 중재 2가지 중에서 선택할 수 있도록 하고 있다. 특히 3단계에 관한 규정 속에서 판결이 최종적인 분쟁해결방법임을 명백히 하고 있다는 점이 의미가 있고, 법적으로는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원을 전속적 관할의 약정이라 할 수 있다.

<제2유형>의 분쟁해결방법에 관한 약정은 1단계로 합의에 의한 해결 시도, 2단계로 국가계약법상의 조정과 중재법상의 중재, 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결 또는 구매자의 국가의 법에 따라 판결 또는 중재 중 하나를 선택할 수 있도록 정하고 있다. <제2유형>의 경우는 1단계의 합의가 성립하지 아니하는 경우에 2단계로 국가계약법상의 조정, 중재법상의 중재, 발주기관의 소재지를 관할하는 법원 등 3가지 분쟁해결방법 중 1가지, 또는 구매자의 국가의 법에 따라 판결 또는 중재 등 2가지 분쟁해결방법 중 1가지를 선택할 수 있도록 하고 있다. 선택할 수 있는 분쟁해결방법 중 중재가 있으므로 선택적 중재합의 또는 선택적 중재조항의 문제인 것이다. <제2유형>은 제1유형과 달리 합의가 이루어지지 아니하면 바로 2가지 또는 3가지 분쟁해결방법 중 1가지를 바로 선택할 수 있다는 점에서 차이가 난다. 제1유형의 경우에는 중재와 조정 중에 선택을 하고, 조정의 경우에는 이에 불복이 있는 경우에 국가계약법상의 절차에 따라 재판을 청구할 수 있는데 전속적 관할합의에 의하여 발주기관의 소재지를 관할하는 법원에 소를 제기하여야 한다.

그런데 넓게 보면 제1유형과 제2유형은 차이가 없다고 볼 수도 있다. 중재나 조정의 경우에도 중재법상의 중재판정취소의 소, 국가계약법상의 이의에 의하여 최종적으로 판결절차로 다룰 수 있는 가능성이 있기 때문이다. 다만 중재판정의 취소의 소의 경우는 그 취소사유가 제한적이므로 판결절차에서 재차 심리하여 구제될 가능성이 낮다는 점이 차이가 있다(법 36조).

본 논문의 검토대상인 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결은 <제2유형> 중 마치

12) 위 논문, p.9, 16(다만, 위 논문에서는 변론관할의 의미가 있다고 표현하였으나, 이는 '합의관할'의 명백한 오기로서 본 논문을 통하여 정정한다).

막 형태인 판결/중재의 선택적 중재조항에 관한 것이고, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결 및 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결은 <제1유형>의 선택적 중재조항에 관한 것이다.

3. 유효성

위 3.항의 선택적 중재합의의 유형의 존재가 확실할 경우에 그 유효성이 문제된다. 학설과 판례를 간단히 보면 다음과 같다.

가. 국내의 학설과 판례

(1) 학설

선택적 중재합의에 대하여 유효설¹³⁾과 무효설¹⁴⁾이 대립된다. 유효설이 절대 다수설이다. 필자는 유효설이 타당하다고 본다.

유효설의 주요근거로는 i) 중재법상 중재 또는 중재합의의 정의에 법원에 대한 재판청구권의 포기를 명시하고 있지 아니하고 있고, 이를 포함하여야 한다는 해석은 해당 규정을 너무 엄격하게 해석하는 것이므로 문제가 있다는 점, ii) 분쟁해결방법이 당사자 사이에 별도로 약정되어 있지 아니한 경우에는 당연히 재판제도를 이용할 수 있는 것인데, 선택적 중재조항에서 분쟁해결방법으로 ‘중재’를 선택하고 있는 것이 명백하다는 점, iii) 당사자 일방에 의하여 중재가 선택된 경우라도 중재판정취소의 소를 통하여 재판청구권이 나름대로 보장되어 종국적인 사법통제가 가능하고, 사적 자치의 원칙을 존중하는 것이 모든 분쟁이 법원으로 집중되는 것을 막고 중재의 활성화를 꾀할 수 있다는 점 등이다.

무효설의 주요근거는 4가지 정도로 요약할 수 있다. i) 중재 또는 중재약정은 당사자가 소송절차를 이용할 수 있는 권리를 완전히 배제하고 중재절차만을 이용하기로 하는 약정이어야 하는데 선택적 중재약정에는 그러한 약정이 존재하지 아니한다는 점, ii) 중재약정은 재판권 배제에 해당하는 중요한 법률행위이므로 서면으로 그러한 의사가 명확히

13) 김교창, 선택적 중재합의의 효력, 인권과 정의 319호, 2003. 3, pp.82-85; 김대현, 소송과 중재 모두를 규정한 선택적 분쟁해결조항의 효력, 중재, 2002. 가을/305호, p.17; 김연호, 정부건설공사계약 중재조항의 재해석, 중재, 2001. 겨울/제302호, pp.25-26; 여미숙, 선택적 중재조항의 유효성, 민사판례연구 XXVII, 박영사, 2005. 2., pp.769-770; 임채홍, 공사계약 일반조건상의 중재관련 조항은 유효(1, 2), 법률신문<토론광장>, http://www.lawtime.co.kr/Lawtimes_Web/index.aspx; 서정일, 위 논문, p.185; 장재형, 선택적 중재합의의 유효·무효사건의 표시(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결), 판례연구, 18집(1), 2004. 8, pp.153-155; 장재형, ‘이른바’ 선택적 중재합의의 유효·무효사건의 표시(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결), 판례연구, 19집(1), 2005. 9, p.102; 정택수, 중재조항에 관한 소고, 우리법연구회 논문집Ⅱ, 2005. 6., pp.26-27; 황정근, 검토보고서(서울고법 2002. 7. 2. 선고 2002나6878 판결의 상고사건인 대법원 2002다43936호 사건에 대한 보고서이며, 위 상고사건은 2003. 7. 10. 소취하로 위 2002나6878 판결이 확정되었음), p.11(서태환, 선택적 중재조항의 유효성, 대법원 판례해설 제46호, 2004. 7, 35면에서 재인용).

14) 광경직, 선택적 중재합의론 소고, 법률신문 제3102호, 2002. 8. 29.자, p.15; 서동희, 공사계약일반조건상의 중재조항의 유효성 여부, 법률신문 제3100호, 2002. 8. 22.자, p.14; 서태환, 위 논문, pp.44-47.

합의되어야 함에도 선택적 중재조항은 그렇지 못하다는 점, iii) 선택적 중재합의는 반드시 중재로 분쟁해결을 하여야 하는 강제적 규정으로 볼 수 없다는 점, iv) 선택적 중재합의를 유효라고 할 경우에 선택권행사의 시기와 방법, 소송과 중재의 중복 등의 문제로 법적안정성을 해칠 가능성이 있다는 점 등이 그것이다.

위에서 본 바와 같이 유·무효설의 핵심 쟁점은 i) 중재합의에 법원에 대한 재판청구권의 포기가 명시되어야 하는지 여부, ii) 중재합의라 함은 전속적인 중재약정 만을 의미하는지 여부, iii) 중재약정은 재판권의 배제를 내용으로 하는 중요한 법률행위이므로 서면으로 그러한 의사가 명백히 나타나야 하는데, 과연 선택적 중재합의는 이러한 명시적 의사표시가 있다고 할 수 있는지 여부, iv) 선택적 중재합의를 인정할 경우에 분쟁해결방법의 선택시기와 방법, 소송과 중재의 중복의 문제 등에 따른 법적 안정성을 해칠 염려가 있는지 여부에 관한 것이다. 이러한 쟁점들은 아래 IV.항에서 사적자치의 원칙, 분쟁해결방법의 구조, 현행 중재법 규정 등의 입장에서 검토될 것이다.

(2) 판례

대법원은 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결(위 제2유형 중 마지막 형태임)에서 「선택적 중재조항은 당사자 일방이 중재절차를 선택하여 그 절차로 분쟁의 해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때에 비로소 중재계약의 효력이 발생하고, 만약 일방 당사자가 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결을 반대한 경우에는 중재계약으로서 효력이 있다고 할 수 없다」고 한 이후 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결 및 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결(모두 위 제1유형에 해당함)에서 이를 그대로 유지하고 있다.

위 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결 이전에는 하급심에서 선택적 중재합의를 유효로 본 판결¹⁵⁾과 무효로 본 판결¹⁶⁾이 대립되었다. 대한상사중재원의 중재판정도 유효로 본 경우¹⁷⁾와 무효로 본 경우¹⁸⁾가 있었다.

현재 판례는 선택적 중재조항에 대하여 무효설에 입각하고 있다고 할 것이다. 즉 선택

15) 대구고등 2001. 7. 26. 선고 2000나7654 판결(확정); 대구지법 2000. 10. 5. 선고 99가합20982 판결(위 대구고등판결의 원심판결임); 서울고등 2002. 7. 2. 선고 2002나6878 판결(대법원 2002다43936호 사건으로 상고되었으나 2003. 7. 10. 상고취하로 확정됨); 서울지법 2002. 2. 5. 선고 2001가합54637 판결(서울고등법원에 2002나17007호 사건으로 항소되었으나 동 법원에서 2003. 11. 4.자로 각하 판결은 중재판정취소의 대상이 되지 아니한다는 이유로 제1심판결을 취소하고 소각하 하였고, 대법원 2003다63647호 사건으로 상고되었으나 같은 이유로 상고기각 되었음).

16) 서울지법 2000. 9. 19. 선고 2000가합37949 판결(서울고등 2000나48564 사건으로 항소되었다가 2000. 11.28. 항소취하로 확정됨); 서울 동부지법 2001. 12.21. 선고 2001가합6334 판결(서울고등 2002. 7. 2. 선고 2002나6878 판결의 원심판결로서 파기됨).

17) 대한상사중재원 중재번호 제99111-0040호 판정; 중재번호 제99111-0046호 판정(모두 확정됨).

18) 대한상사중재원 중재번호 제99111-0099 판정(위 서울지법 2001가합54637 판결의 대상판정임); 중재번호 제00111-0032 판정(위 서울지법 2000가합37949 판결의 대상판정임).

적 중재조항은 유동적 무효상태로서 당사자 일방이 중재절차를 선택하여 그 절차로 분쟁의 해결을 요구하고 상대방이 이에 대하여 이의 없이 중재절차에 임한 경우에는 그 때부터 확정적으로 효력을 갖게 되고, 반면 상대방이 이에 대하여 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결을 반대하는 경우에는 확정적으로 무효로 된다는 것이다. 토지거래허가구역 내의 토지매매계약의 경우와 같은 이론구성을 하고 있다.

이러한 이론구성에 기초하여 보면 선택적 중재합의가 공서양속이나 강행법규에 위반하여 무효인 것 같은 느낌이 든다. 선택적 중재합의가 사적자치의 원칙의 제한 또는 한계로서의 공서양속위반이나 강행법규의 위반과 어떤 관련이 있을 것인지 의문이 들며, 설사 판례와 같이 선택적 중재합의를 무효로 본다고 하여도 거래허가구역 내의 토지매매계약의 경우와 같이 유동적 무효인 계약이라도 신의칙상 계약을 유효하게 할 상대방에 대한 협력의무로서 당사자 일방의 분쟁해결방법의 선택에 협력할 의무가 있다고 볼 수 있다.

나. 외국의 학설과 판례

외국의 학설·판례는 대부분 선택적 중재합의를 유효하다고 본다. 구체적으로 보면 다음과 같다.

미국에서는 기본적으로 중재약정의 유효성을 계약법의 일반원칙에 따라 해석·운영하고 있고, 분쟁해결방법에 관한 의사의 합치를 중시하고 있고,¹⁹⁾ 연방대법원은 *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Const. Corp.* 판결{460 US 1, 74 L Ed 2d 765, 103 S Ct 927(1983)}에서 중재가능성의 범위와 관련한 어떠한 의심도 중재에 우호적으로(in favor of arbitration) 해결되어야 한다는 「Moses Cone 추정의 원칙」을 선언한 이후 *Satcom International Group PLC. v. Orbcomm International Partners, L.P.*(No. 98 Civ. 9095, 49 F. Supp. 2d 331, 1999) 판결 등에서 이를 인정하고 있다.²⁰⁾ 미국에서는 일부 주에서 선택적 중재조항을 입법으로 인정하는 경우도 있다. 대표적으로 미국 뉴욕주의 레몬 법(Lemon Law)에서는 소비자는 소송과 중재 중 하나를 선택할 수 있고, 고객이 중재를 선택한 경우에는 제조업자는 이에 응하도록 하고 있고, 또 뉴욕주의 무과실자동차보험에 관한 법률에 의하면 보험금 청구와 관련하여 보험금청구자는 소송과 중재 중 하나를 선택할 수 있고, 중재를 선택한 경우에는 보험자는 중재에 의할 의무를 법률에서 부과하기도 한다.²¹⁾

19) 정영환, 위 논문 pp.42-43.

20) *Hull Dye & Print Works, Inc. v. Riegel Textile Corp.*(37 a.d. 2d 947, 325 N.Y.S. 2d 782, 1971); *Sablosky v. Gordon Company, Inc.*(538 N. Y.S. 2d 513, 4 IER Cases 1315, 1980); *Kemiron Atlantic, Inc. v. Aguakem International, Inc.*, No. 01-16400; *Summit Packaging Systems, Inc. v. Kenyon & Kenyon*; *Dale Wells et al. v. Chevy Chase Bank, F.S.B. et al.*, No. 22(September Term, 2000) 등의 판결에서 선택적 중재합의를 인정하고 있음.

21) N. Y. Ins. L. 5106(b).

영국에서도 선택적 중재합의와 같은 분쟁해결조항의 유효성이 이미 정착되어 있으며,²²⁾ 영연방의 하나였던 홍콩고등법원은 *William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd. and Guangzhou Ocean Shipping Company* 사건(1997. 2. 17. 판결이 선고됨)²³⁾에서 소송/중재의 선택적 중재조항이 있는데 소송을 선택하여 소를 제기한 경우에도 소송절차의 중지를 인정하여 그 유효성을 간접적으로 인정하고 있다.

캐나다에서는 온타리오 법원의 *Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co. Ltd.* 판결²⁴⁾에서 이를 인정하고 있다.

독일도 학설 및 판례에서 선택적 중재합의의 유효성을 인정하고 있고, 일본의 학설도 이를 인정하고 있다.²⁵⁾

이상에서 본 바와 같이 미국, 캐나다, 영국 등의 영미법국가 뿐만 아니라, 독일, 일본 등의 대륙법계 국가에서도 학설과 판례를 통하여 선택적 중재합의를 인정하고 있다고 보아야 한다.

IV. 대상판결에 대한 분석

1. 대상판결

가. 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결

위 판결에서 문제된 약정부분의 요지는 “1. 구매자와 공급자는 계약상 또는 계약과 관련하여 발생하는 모든 이견 및 분쟁을 직접적이고 공식적인 협상에 의하여 원만하게 해결될 수 있도록 최선을 다하여야 한다. 2. 만일 그러한 공식적 협상의 개시일로부터 30일이 지나도록 구매자와 공급자 사이의 분쟁이 해결되지 않을 경우, 일방 당사자는 그 분쟁이 계약특수조건에서 명시된 공식적 분쟁해결수단 및 방법에 따라 해결할 것을 요구할 수 있다(either party may require that the dispute be referred for resolution to the formal mechanisms specified in the Special Condition of Contract). 3. 계약특수조건에 「국적이 같은 구매자와 공급자 사이의 분쟁은 구매자 국가의 법에 따라 판결 또는 중재에 의하여 해결한다(the dispute shall be referred to adjudication/arbitration in accordance with the

22) OKANUNLE O. OLATAWURA, “MANAGING MULTI-LAYERED DISPUTE RESOLUTION UNDER THE ARBITRATION ACT 1996-SMASHING BRICKS OF INTENTION”, INTERNATIONAL ARBITRATION LAW REVIEW(Vol. 4, May 2001), pp. 70-73.

23) UNCITRAL 웹사이트 <http://www.2.gov.si/uncitral/clout.nsf> 참조.

24) Ontario Court, General Division(Zelinski J.) 30 April 1992[9 Ontario Reports(3d), 374].

25) 小島武司, 高桑 昭, 註釋 仲裁法, 青林書院, 1998, pp.46-48.

laws of the Purchaser's country),”고 규정되어 있다.

위 선택적 중재약정은 앞서 본 위 III. 3. 나.항의 <제2유형> 중 세 번째의 형태로 분류할 수 있다. 특히 위 3.의 “계약특수조건에 「국적이 같은 구매자와 공급자 사이의 분쟁은 구매자 국가의 법에 따라 판결 또는 중재에 의하여 해결한다”는 부분과 위 2.의 “.... 요구할 수 있다(may require.....)”는 부분이 문제된다.

판결의 요지는 구체적인 중재조항이 중재계약으로서 효력이 있는 것으로 보기 위하여는 구 중재법(1999. 12. 31. 법률 제6083호로 전문 개정되기 전의 것) 제1조, 제2조 제1항, 제2항, 제3조에 규정되어 있는 중재의 개념, 중재계약의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적인 사정을 종합하여 판단하여야 하고, 위 3.과 같은 내용의 선택적 중재조항은 물품공급계약의 일방당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 할 것이므로, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결을 반대한 경우에는 중재계약으로서 효력이 있다고 볼 수 없다고 하였다.

나. 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결

위 판결에서 문제된 약정부분의 요지는 “1. 계약의 수행중 계약 당사자 간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. 2. 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다. 1호 : 관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다. 2호 : 1호의 조정에 불복하는 경우에는 구매자의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다”고 규정하고 있다.

위 선택적 중재약정은 앞서 본 위 III. 3. 가.항의 <제1유형>에 속하는 형태이다. 특히 “분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다. 1호 : 관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다”는 부분이 문제된다. 조정과 중재 중 하나를 선택하고, 조정을 선택한 후에 그것에 불복할 경우에는 구매자의 소재지를 관할하는 법원의 전속적 합의관할에 속하는 것으로 약정한 것이다.

판결의 요지는 일방 당사자가 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁 해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 할 것이므로, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해

결을 반대한 경우에는 중재계약으로서 효력이 있다고 볼 수 없다고 하여, 위 가.항의 대법원 판결의 요지와 같다.

다. 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결

위 판결에서 약정의 요지, 문제된 부분, 판결의 요지 등은 위 나.항의 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결과 같다.

2. 대상판결의 요지와 의문점

가. 유동적 무효상태

대상판결은 선택적 중재합의 중 위 <제1유형>과 <제2유형>의 세 번째 형태인바, 대법원은 이러한 형태의 모든 경우에 대하여 일방 당사자가 중재라는 분쟁해결방법을 선택하여 그에 따른 분쟁해결을 요구하여 상대방 당사자가 이에 응한 경우에는 유효한 중재합의이고, 그렇지 아니한 경우에는 무효라고 한다. 즉 선택적 중재합의는 그 유형과 관계없이 유동적 무효상태이고, 상대방 당사자의 태도에 따라 이에 응한 경우에는 유효하고 그렇지 아니한 경우에는 확정적으로 무효가 된다는 것이다.

대법원은 강행법규에 위반한 토지거래허가를 받지 아니한 토지매매계약에 대하여 유동적 무효로 보았지만, 토지거래허가를 받으면 그 무효상태가 해소된다고 하였다.²⁶⁾ 또한 이 경우 유동적 무효상태 하에서 일방 당사자는 상대방에게 허가신청절차에 협력하지 않는 당사자에 대하여 그 협력의무의 이행을 소송으로써 구할 이익이 있다고 본다. 이 경우 대법원은 강행법규에 반한 토지거래허가 없는 토지매매를 무효라고 보면서도 계약을 체결한 당사자는 계약을 유효하게 협력할 의무가 있다고 보아 당사자는 다른 당사자에게 허가신청절차에 협력할 의무를 부담시키고 있다. 강행법규에 위반한 거래이지만 매매당사자의 거래의 취지를 살려 토지거래허가절차에 협력하게 함으로써 유동적 무효상태의 토지거래를 해소할 수 있도록 한 것이다.

나. 중재절차의 선택에 대한 상대방의 협력의무 여부

이러한 대법원의 유동적 무효이론을 선택적 중재조항의 해석에 적용한 것이 타당할 것인가? 사법상의 법률관계는 기본적으로 사적자치의 원칙에 따르는 것이고, 이것을 가능한 확대할 수 있도록 해석하여야 한다. 선택적 중재조항이 유동적 무효라는 것은 강행법규 또는 공공질서에 위반한다고 보아야 하는지 하는 의문이 든다. 그렇지 아니하면 일방 당사자가 약정에 따른 분쟁해결방법 중의 하나인 중재를 선택한 경우에 그 유효 여부가 상

26) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12243 전원합의체 판결 등.

대방 당사자의 이에 대한 이의 여부에 따라 무효상태의 확정 또는 유효로 되는 것은 무엇을 의미한다는 것인가? 토지거래허가 구역 내에서의 토지거래의 허가 없는 매매에 대하여 상대방 당사자에게 허가절차에 협력할 의무를 부담한다면, 유동적 무효상태의 선택적 중재조항에 따른 중재의 선택에 대하여 상대방 당사자도 특별한 사정이 없다면 선택에 따라 중재절차에 협력하여 분쟁을 해결하도록 할 신의칙상의 협력의무가 있다고 보아야 하는 것이 아닌가? 그렇다면 선택적 중재조항의 해석에 있어서 유동적 무효이론을 적용한다는 것은 자가당착에 빠지는 것은 아닌가 하는 느낌이 든다. 따라서 대법원과 같은 유동적 무효이론에 따른다고 하여도 양당사자가 서면으로 선택적 중재조항에 따른 합의를 한 후 분쟁이 발생하여 그중 일방 당사자가 중재절차를 선택하여 분쟁의 해결을 요구하자 종전의 서면상의 약정에 반하여 행위를 용인한다는 것 자체가 문제이다. 그렇기 때문에 선택적 중재조항이 강행법규 또는 공공질서에 반하여 무효라고 볼 수 없는 이상은 약정 당사자 일방이 중재를 선택하여 분쟁의 해결을 구하는 경우에는 상대방은 약정에 따라야 하고, 종전의 서면상의 조항에 반하는 행위는 신의칙상 용인될 수 없는 것이다. 따라서 선택적 중재조항에 대한 대법원의 유동적 무효이론은 선택적 중재조항이 강행규정 또는 공공질서에 반하는 경우 외에는 성립될 수 없다.

3. 대상판결에 대한 분석

가. 주요쟁점

위 대상판결에 있어서 선택적 중재조항과 관련하여 유·무효론의 주요 쟁점은 위에서 본 바와 같이 i) 중재합의에 법원에 대한 재판청구권의 포기가 명시되어야 하는지 여부, ii) 중재합의라 함은 전속적인 중재약정 만을 의미하는지 여부, iii) 중재약정은 재판권의 배제를 내용으로 하는 중요한 법률행위이므로 서면으로 그러한 의사가 명백히 나타나야 하는데, 과연 선택적 중재합의는 이러한 명시적 의사표시가 있다고 할 수 있는지 여부, iv) 선택적 중재합의를 인정할 경우에 분쟁해결방법의 선택시기와 방법, 소송과 중재의 중복의 문제 등에 따른 법적 안정성을 해칠 염려가 있는지 여부 등이다.

이러한 쟁점에 관하여 i) 사적자치의 원칙, ii) 분쟁해결방법의 구조, iii) 중재법의 명문규정, iv) 법적 안정성, v) 중재활성화라는 정책적 관점에서 검토하여 봄으로써 무효론을 취하고 있는 대상판결의 타당성과 향후의 변화 가능성에 관하여 보도록 하겠다.

나. 사적자치의 원칙의 관점

사적자치의 원칙은 사유재산권존중의 원칙, 과실책임의 원칙과 더불어 근대사법의 3대 기본원칙 중 하나이다. 이것은 개인의 사법상의 법률관계와 관련된 내용은 국가 내의 법 테두리의 한계인 강행법규 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 아니하는 경우에

는 자유롭게 방식, 내용을 결정할 수 있는 자유를 의미한다. 사적 자치의 원칙은 계약의 형태로 일반적으로 이루어지기 때문에 계약자유 원칙이라고 한다. 통상 계약자유라 하면 i) 계약을 체결할 것인지 여부에 관한 자유로서 계약체결의 자유, ii) 계약체결의 상대방을 선택하는 자유로서 상대방 선택의 자유, iii) 계약내용을 자유롭게 결정하는 자유로서 내용결정의 자유, iv) 계약에 특별한 경우 외에는 방식을 필요하지 아니하다는 방식의 자유로 나눌 수 있다. 선택적 분쟁해결방식에 관한 약정인 선택적 중재약정은 법적 성질과 관계없이 넓은 의미로 보아 계약자유와 내용과 방식에 관한 것이다. 따라서 계약자유 원칙의 영역의 문제인 것이다. 다만 계약자유와 관련한 내재적 한계는 강행법규 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반될 수 없다는 것이다. 이러한 의미에서 보면 선택적 중재조항은 강행법규 또는 선량한 풍속, 기타 사회질서에 위반되지 아니하면 효력을 갖는다고 할 것이다.²⁷⁾ 선택적 중재합의는 사법상의 법률관계로 인한 분쟁에 대한 분쟁해결방법의 선택을 정하고 있는 것을 내용으로 하고 있는 것이고, 선택의 대상으로 정한 분쟁해결방법이 강행법규 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 아니하다면 문제될 것이 없다. 그런데 대상판결들에서 선택의 대상이 되는 분쟁해결방법은 재판, 중재, 조정으로서 모두 법에서 인정하고 있는 분쟁해결방법인 것이다. 따라서 이러한 분쟁해결방법에 대한 선택을 약정한 것은 강행법규 또는 선량한 풍속, 기타 사회질서에 위반할 수 없는 것이다. 또한 조정, 중재는 최종적으로 헌법이 정하고 있는 사법부의 최종적인 통제방법인 조정에 대한 이의, 중재판정취소의 소 등을 갖고 있는 것이므로 문제될 여지가 전혀 없는 것이다. 선택적 중재합의가 대법원이 유동적 무효이론을 취하고 있는 토지거래구역 내의 토지매매계약과는 완전히 다른 것이다.

따라서 선택적 중재합의는 사적자치의 원칙이나 계약자유 원칙에 비추어 보면 너무나 당연한 것으로 무효의 여지가 전혀 없다. 오히려 중재약정에서 재판 배제를 명시하여야 한다는 것은 최종적인 사법통제를 부인하는 것이므로 이러한 내용을 표시하는 것이 오히려 무효의 소지가 있는 것이다. 사법부의 최종적인 통제를 부인하는 것이므로 보는 관점에 따라 국가주권을 부인한다고도 할 수 있는 것이다. 중재라는 분쟁해결방법의 발전과정에서 중재가 마치 법원의 사법통제를 부인하는 것으로 보았기 때문에 중재약정에 이러한 부분의 명시가 필요한 것으로 보았다고 보인다. 그러나 이러한 생각은 중재의 발전연혁에 비록된 것이지만 국가주권이 확대된 현재에 유지할 필요가 없다고 본다. 현대의 주권국가라는 것은 국가 내의 분쟁의 해결을 최종적으로 책임지고 있다. 따라서 국가의 최종적인 분쟁해결책무를 지고 있는 사법부는 자신의 재판절차를 통한 분쟁해결에 최선의 노력을 경주하여야 할 뿐만 아니라, 자신이 직접 하는 것이 아닌 각종의 자율적인 분쟁해결방법(ADR)과의 유기적인 협조와 이에 대한 내용의 체크와 강제력 행사의 점검을 책무를 가지

27) 정영환, 위 논문, p.60.

고 있는 것이다. 각종의 자율적 분쟁해결방법 중 가장 체계적으로 정비되어 있는 분쟁해결제도가 중재인 것이다. 중재는 사법부의 분쟁해결의 협력적·보조적인 분쟁해결방법으로 국제·상사분야에 특별히 전문성을 가지고 있는 제도로서, 사법부가 활성화하고 장려할 필요가 있는 대표적인 제도인 것이다.

결국 사적자치의 원칙에서 보면, 선택적 중재합의와 같이 계약상 분쟁해결방법의 선택을 약정하는 것은 그 분쟁해결방법의 강행법규 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 아니하다면 무효로 볼 여지가 없는 것이다. 또한 중재약정에서 재판 배제를 명시하여야 효력이 있다는 시각은 사법부의 최종적인 통제를 거부하는 것이므로, 그 명시 자체가 약정의 무효사유가 될 소지가 있는 것이지 이를 약정에 명시하지 아니하였다는 것이 선택적 중재약정이 무효라는 논거는 성립될 수 없다고 본다.

다. 분쟁해결방법의 구조라는 관점

국가 내의 분쟁을 해결하는 구조라는 관점에서 선택적 중재약정의 의미를 살펴볼 필요가 있다. 국가 내의 분쟁의 최종적인 책무는 헌법상 국가에게 있고, 국가기관 중 사법부(법원 + 헌법재판소)에 있다고 할 것이다. 사법부는 이러한 헌법상의 책무를 자신의 조직인 법원, 헌법재판소를 통하여 직접적 해결을 시도한다. 그러나 사법상의 법률관계와 관련하여서는 사적자치의 원칙상 당사자의 합의를 전제로 한 다양한 자율적 분쟁해결방법이 존재하고 있고, 이러한 분쟁해결방법이 강행법규 또는 선량한 풍속, 기타 사회질서에 위반하지 아니하다면 이를 막을 필요가 없다. 오히려 이를 장려하여 분쟁의 자율적 해결을 활성화할 필요가 있다. 그러나 자율적 분쟁해결방법의 효율적 운영과 그 과정에 강제력 등 사법부의 실제적인 도움이 필요한 경우 등을 위하여 사법부의 자율적 분쟁해결방법에 대한 전체적인 관리가 필요하고, 분쟁해결의 아웃소싱을 할 수 있는 것이다.

이러한 관점에서 국가의 분쟁해결방법을 전체적으로 파악하여야 하는 것이다. 이러한 분쟁해결방법 중 국가가 직접 운영하는 사법부에 의한 분쟁의 해결은 일반적·최종적인 것이므로 누구든지, 또는 다른 분쟁해결방법으로 해결이 되지 아니하거나 다툼이 있는 경우에 이용할 수 있는 것이다. 특히 다른 자율적인 분쟁해결방법이 강행법규 또는 선량한 풍속 기타, 사회질서에 위반하는지 여부는 최종적인 사법적 통제를 완전히 배제할 경우에 문제되는 것이다. 따라서 자율적 분쟁해결방법이 법적으로 인정된 분쟁해결방법이라면 이것에 대한 해석은 선택 여부와 관계없이 미국 연방대법원이 *Satcom International Group PLC. v. Orbcomm International Partners, L.P.*(No. 98 Civ. 9095, 49 F. Supp. 2d 331, 1999) 판결에서 밝힌 중재 우호적 해석의 원칙인 「Moses Cone 추정의 원칙」을 생각할 필요가 있다고 본다.

특히 분쟁해결방법으로서 소송과 중재와의 관계를 새롭게 정립할 필요가 있다. 중재의

발전과정에서 생긴 소송절차의 중재절차에 대한 적대적 관계는 더 이상 견지할 여지가 없다고 본다. 초창기 중재가 국가의 유일한 분쟁해결방법인 재판제도의 틈바구니 속에서 성장하는 과정에 생긴 적대적 관계는 초창기 분쟁을 재판제도 만으로 충분히 해결할 수 있다는 생각 때문이다. 그러나 현대에 있어서 분쟁이 다양화·전문화·국제화·세계화되면서 기존의 재판제도 만으로는 모든 분쟁을 해결한다는 것은 어렵없는 일이 되었다. 사법부는 이러한 분쟁을 해결하기 위하여 자체적으로 전문화·다양화·국제화를 추구하면서, 더불어 각종의 다양한 분쟁해결방법을 장려하고 관리하는 시스템을 구축하는데 주력하여야 한다. 각종의 분쟁해결방법 중에 가장 체계적이고 전문화된 분쟁해결방법이 중재제도인 것이다. 따라서 자신의 분쟁해결을 돕는 중재제도를 어떻게 하면 활성화할 수 있는가를 고민하여야 할 단계에 온 것이다.

이러한 관점에서 보면 소송과 중재의 관계는 중전의 적대적·배타적 관계를 완전히 청산하고, 중재가 사법부의 소정절차를 돕고 보조하는 일등공신 임을 자각하여야 하는 것이다. 이러한 점에서 보면 소송과 중재는 상호보조적·의존적인 관계에 있다고 재평가할 필요가 있는 것이다. 그런데 위 대상판결들의 기본적인 시각은 그렇지 못한 점이 있다는데 문제가 있는 것이다.

이러한 시각에서 보면 중재합의가 전속적일 경우에만 유효하고, 선택적인 경우에는 무효라는 논거는 이유가 없다. 중재제도는 소송과 상호의존적·상호보조적인 분쟁해결방법이므로 전속적일 필요가 없는 것이다. 오히려 다양한 분쟁해결방법을 당사자가 자유롭게 선택할 수 있게 하는 약정이 당사자나 국가·중재기관 모두에게 득이 되는 것이다. 분쟁해결 제도의 최종적인 목적이 효율적이고 잘된 분쟁의 해결에 있는 것이기 때문이다. 중재합의가 전속적일 경우에만 효력이 있다는 것은 소송의 중재에 대한 적대적·배타적 관계라는 시각에서 출발한 것이다. 따라서 소송과 중재제도를 적대적·배타적 관계가 아닌 상호의존적·보조적 관계로 새롭게 정립하여야 하고, 이러한 변화된 시각에서 본다면 선택적 중재합의는 무효가 아닌 적극 권장하여야 할 것이다.

라. 중재법의 명문규정의 관점

대상판결에서 대법원은 「...구체적인 중재조항이 중재계약으로서 효력이 있는 것으로 보기 위하여는 중재법상의 중재의 개념, 중재계약의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다」고 하고 있다.

중재법 제3조 제1호에 중재라 함은 당사자 간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말한다고 규정하고 있고, 같은 조 제2호는 중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계

에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말한다라고 규정하고 있다. 같은 법 제8조 제1항은 중재합의는 독립된 합의 또는 계약 중 중재조항의 형식으로 할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 중재합의는 서면으로 하여야 한다고 규정되어 있으며, 같은 법 제9조 제1항은 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의존재의 항변을 하는 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 하고, 다만 중재합의가 부존재·무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다.

중재법의 이러한 규정에 비추어 대상판결을 살펴보면, 대상판결 상의 중재합의는 사법상의 법률관계에 관한 계약과 관련된 현재 또는 장래의 분쟁을 해결하기 위하여 재판/중재 또는 재판/조정/중재로 분쟁을 해결하기로 계약 중 중재조항의 형식으로 서면으로 명백히 약정하고 있다. 이러한 당사자 간의 약정에 따라 당사자 일방이 분쟁해결방법 중 중재를 선택하여 분쟁해결을 시도한 사안들이다. 이러한 점에 비추어 보면 대상판결은 중재약정을 서면으로 중재조항의 형식으로 명시적으로 약정된 것으로 보아야 한다. 다만 분쟁해결방법을 재판/중재 또는 재판/조정/중재 중 하나를 선택할 수 있도록 한 것이 특징이다. 위에서 본 바와 같이 다양한 분쟁해결방법의 선택은 국가·중재기관·양 당사자 모두에게 도움이 되는 소위 말하는 「Win-Win 전략」이 되는 것이다.

마. 법적 안정성의 관점

선택적 중재약정의 무효론의 입장에서 선택적 중재약정을 유효하다고 인정하면 분쟁해결방법의 선택권자, 선택방법 등에 불분명한 부분이 많고, 소송과 중재가 동시에 제기된 경우에 처리방법이 적당하지 아니하다는 점을 들고 있다. 대상판결도 선택적 중재조항에 따른 선택에 대한 상대방 당사자의 이의 여부가 확정적으로 무효상태를 그대로 유지시킬 것인지, 이에 이의를 제기하지 아니하면 유효로 본다고 하여, 선택적 중재조항이 분쟁해결방법의 선택과 밀접한 관련이 있다는 점을 시사하고 있다.

대상판결의 선택적 중재합의를 선택과 이에 대한 상대방 당사자의 이의 여부에 따라 해석하려는 태도는 합의의 유·무효의 문제를 유효를 전제로 한 계약 내용의 선택문제를 혼동하고 있다고 볼 수 있다. 합의의 존부와 유·무효의 문제가 다른 것 같이, 합의의 효력의 문제와 선택에 관한 문제는 별개로 보아야 한다. 선택의 당사자, 방법, 시기 등이 문제가 된다고 하여 합의 자체가 무효로 볼 수는 없는 것이다. 선택의 당사자, 방법, 시기 등이 문제는 유·무효의 문제가 아니라 유효한 계약 내용의 해석의 문제인 것이다. 선택의 당사자, 방법, 시기 등이 문제가 불명확한 부분이 있다고 하여 약정 자체가 무효로 될 수는 없는 것이고, 이것은 계약해석의 일반원칙에 따라 내용을 확정하면 되는 것이다. 선택

적 중재약정에 있어서 선택의 당사자, 방법, 시기 등이 구체적으로 정하여져 있다면 그것에 따르면 된다. 그것이 분명하지 아니하다면 계약해석의 일반원칙에 따라 가능한 계약을 유효한 방향으로 해석하여, 선택할 수 있는 당사자는 특별한 사정이 없다면 약정의 양 당사자 모두가 할 수 있고, 선택의 방법과 시기도 전체적으로 특별한 문제가 없다면 인정하여 주는 것이 당사자의 원래의 약정취지에 부합할 것이다. 따라서 선택의 문제는 계약 내용을 구체화하는 작업일 뿐이고 계약 자체의 효력을 좌우할 수는 없는 것이다. 또한 소송/중재의 선택적 중재조항의 경우에 소송과 중재가 동시에 제기된 경우에 처리가 문제될 수 있지만, 중재약정의 경위, 취지 등에 비추어 소송/중재 중 가장 적절한 분쟁해결방법에 따르도록 선택적 중재조항의 해석을 통하여 해결할 수 있으므로 큰 문제는 없다고 본다.

따라서 선택적 중재조항에 있어서 선택의 문제가 법적 안정성을 그르칠 염려가 있어 선택적 중재합의가 효력이 없다는 주장은 타당하지 아니하다고 본다.

바. 중재활성화라는 정책적 관점

위에서 본 바와 같이 중재제도는 분쟁해결이라는 측면에서 보면 소송제도에 가장 도움이 되는 자율적 분쟁해결방법인 것이다. 소송과 중재는 상호보존적·의존적 관계로 보아야 하고, 종전과 같이 적대적·배타적 관계로 보아서는 안된다. 국가 내의 분쟁해결의 헌법적 책무를 지고 있는 사법부의 중재제도를 도움을 통하여 자체적 해결을 위하여는 상당한 노력과 비용이 들어가는 상사 또는 국제 분야의 어려운 사건들을 대신하여 처리하는 기능을 하고 있는 것이다. 따라서 이러한 기능을 충분히 인정하고, 가장 충실한 재판보조적 분쟁해결방법인 중재제도를 적극적으로 활성화할 필요가 있는 것이다.

대법원의 선택적 중재합의에 대하여 무효라고 하는 것은 소송과 중재의 상호 보조적·의존적 관계를 도외시 한 해석이라고 할 것이다. 소송과 중재는 상극관계가 아닌 상생관계임을 명심하여야 한다. 소송과 중재를 상생관계로 운영될 수 있도록 하여야 한다. 그것이 첫 단추가 선택적 중재조항을 유효로 인정하는 것임을 명심하여야 한다.

V. 결 론

이상에서 선택적 중재합의에 대한 대상판결에 대한 의미를 살펴보았다. 선택적 중재합의를 무효라고 하는 대상판결은 위에서 살펴 본 바와 같이 사적자치의 원칙, 분쟁해결방법의 구조, 중재법의 명문규정, 법적 안정성, 중재의 활성화라는 측면에 비추어 타당하지 아니하다고 본다. 또한 이러한 판례는 최근 중재법이 중재판정취소의 소의 사유를 제한하는 등의 중재의 활성화를 위한 전문개정을 한 입법취지에도 맞지 아니하는 것이다.

이제 사법상의 법률관계에 대한 분쟁의 해결은 기존의 재판제도를 중심으로 운영하면서도 중재제도·조정제도 등의 자율적 분쟁해결방식과의 효율적인 역할분담을 통하여 분쟁을 보다 신속하면서도 적정하게 처리할 수 있도록 하여야 한다. 이것은 분쟁해결방식 전반에 대한 새로운 인식을 통하여 가능한 것이다. 이러한 인식의 전환 중의 하나가 선택적 중재조항에 대한 대법원의 판례변경도 포함된다고 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 교과서

- 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2000년
석광현, 국제상사중재법연구 제1권, 박영사, 2007년
장문철, 현대중재법의 이해, 세창출판사, 2000년
정영환, 신민사소송법, 세창출판사, 2009년
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2009년
정동윤/유병현, 민사소송법, 법문사, 2009년
JACQUELINE M. NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution*
小林武司, 高桑 昭, 註釋 仲裁法, 青林書院, 1998年

2. 논문 등

- 김교창, 선택적 중재합의의 효력, 인권과 정의, 2003. 3(319호)
김대현, 소송과 중재를 모두를 규정한 선택적 중재조항의 효력, 중재, 2002년 가을(제305호)
김연호, 정부건설공사계약 중재조항의 재해석, 중재, 2001년 겨울(제302호)
곽경직, 선택적 중재합의론소고, 법률신문 제3102호(2002. 8. 29.자)
서동희, 공사계약일반조건상의 중재조항의 유효성 여부, 법률신문 제3100호(2002. 8. 22.자)
서정일, 건설중재에 있어서 선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구, 무역상무학회지 제25권, 2005. 2
서태환, 선택적 중재조항의 유효성, 대법원 판례해설 제46호, 2002. 7.
여미숙, 선택적 중재조항의 유효성, 민사판례연구 XXVII, 박영사, 2002년
장문철, 선택적 중재합의의 유효성, 중재, 2002년 봄(제307호)
장재형, 선택적 중재합의의 유·무효사건의 표시, 판례연구 18집(1), 2004. 8
장재형, '이른바' 선택적 중재합의의 유·무효사건의 표시, 판례연구 19집(1), 2005. 9
정택수, 중재조항에 관한 소고, 우리법연구회 논문집II, 2005. 6

하충룡/박원형, 미국법원의 판례를 통한 선택적 중재합의의 지위, 중재연구, 제17권 제1호,
2007. 3. 2

3. 참조 판례 등

대법원 2003. 9. 22. 선고 2003다318 판결

대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결

대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452

기타 관련 고등법원/지방법원 판결, 대한상사중재원 판정

ABSTRACT

Analysis of Judgements on the validity of selective/unilateral Arbitration Agreement

- In case of the Supreme Court's Judgements -

Young-Hwan Chung

This article discusses the validity of selective/unilateral arbitration agreement that provides arbitration as one of several dispute resolution methods. The Supreme Court has held selective/unilateral arbitration agreement that is conditional invalidity since the judgement of 2003Da318 decided on Aug. 22, 2003: In the following judgements of 2004Da42166 decided on Nov. 11, 2004 and 2005Da12452 decided on May 27, 2005, the Court stated that the selective/unilateral arbitration agreement that stipulates to resolve a dispute through arbitration or mediation would be valid as an effective arbitration agreement only if a party elects and proceeds an arbitration proceeding and another party responds to the arbitration proceeding without any objection.

The definition of arbitration agreement, the formation of selective/unilateral arbitration agreement, the summary of relative judgements and academic theories will be reviewed in order to examine the appropriateness of the series of judgements of the Supreme Court. Based on such reviews, this article will investigate the adequacy of the Supreme Court judgements from the perspectives of i) the principle of party autonomy, ii) the structure of dispute resolution methods, iii) legal provisions of Arbitration Act, iv) legal stability, and v) the policy to revitalize the use of arbitration.

At conclusion, this article will suggest the change of precedents of the Supreme Court's judgements with regard to the selective arbitral agreement.

Key Words : Arbitration Agreement, Arbitration clause, clause compromissoire, Selective/
Unilateral Arbitration Agreement, Conditional Invalidity, Rule of Party
Autonomy, Structure of Dispute Resolution Methods, Legal Stability