

보증신용장거래 분쟁에서 중재합의의 이행가능성

Enforcement of Arbitration Agreement in the Dispute of Standby Letter of Credit

박 원 형*

Won-hyung Park

강 원 진**

Won-jin Kang

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 보증신용장 일반
- III. 보증신용장과 중재합의의 이행가능성
- IV. Nova Hut, a.s. v. Kaiser Group International, Inc. 사건
- V. 결 론

주제어 : 보증신용장, 중재합의의 이행가능성, 중재합의의 비서명자, 중재권의 포기

* 주저자, 부산대학교 무역국제학부 강사, piziyong@pusan.ac.kr

** 교신저자, 부산대학교 무역국제학부 교수, wonjkang@pusan.ac.kr

I. 서 론

국제거래는 당사자가 속한 국가의 법 체제, 언어, 문화, 관습 등의 차이로 인해 분쟁발생 가능성이 높고 분쟁해결도 국내거래에 비해 복잡하고 많은 시간과 비용이 소요된다. 이에 국제거래의 당사자는 상대방의 계약이행에 대한 보장을 요구하게 되는 바, 일반적으로 신용장(letter of credit)은 수입자의 대금지급에 대한 보장의 성격을 갖는다. 이에 대하여 독립적 보증(independent guarantee)과 보증신용장(standby letter of credit)은 수출자의 계약이행에 대한 보장수단으로서의 역할을 하게 된다.¹⁾

특히 보증신용장은 제2차 세계대전 이후 미국에서 보증서를 대체하는 수단으로 사용되기 시작하여 다양한 국제거래에서의 계약의무의 이행 및 채무를 보증하는 기능의 유용성을 인정받고 있다. 그러나 국내의 신용장 관련 연구는 주로 화환신용장에 초점을 맞추고 있어 상대적으로 보증신용장에 대한 연구는 활발히 이루어지지 않고 있다. 그리고 근간의 보증신용장에 관한 연구도 법제적 검토나 지급이행 및 거절 등의 활용에 치중되어 있어,²⁾ 실제 보증신용장 관련 거래분쟁에 대비한 연구는 초기 수준에 머물러 있는 실정이다.

보증신용장과 관련한 분쟁은 보증신용장 발행의 근거가 되는 본계약(underlying contract) 상의 분쟁해결수단과의 관계가 중요한 쟁점이 될 것임에도 아직까지 우리 학계에서 이와 관련한 연구는 찾아보기 힘들다. 또한 중재합의와 관련한 연구에서도 보증신용장 분야는 큰 주목을 받고 있지는 않는 듯하다.³⁾ 이러한 배경에서 본 연구는 보증신용장

- 1) 보증신용장을 필요로 하는 거래 유형으로는 선수금을 지급하는 거래, 해외건설공사, 산업설비 수출거래 등을 들 수 있다.
- 2) 박세운, "ISP98의 특성과 UCP600과의 비교연구", 「무역상무연구」, Vol.41, 한국무역상무학회, 2009, pp.51-78; 채진익, "글로벌 전자무역에서 은행보증제도의 도입과 그 활용방안에 관한 연구", 「국제상학」, Vol.24 No.2, 한국국제상학회, 2009, pp.215-238; 이종원, "독립보증 및 보증신용장에 관한 유엔협약상의 준거법과 사기규정에 관한 연구", 「국제상학」, Vol.22 No.3, 2007, pp.51-69; 이상훈, "보증신용장거래에서 보증신용장통일규칙(ISP98)의 적용상의 문제점에 관한 연구", 「국제무역연구」, Vol.11 No.1, 한국무역통상학회, 2005, pp.1-16; 이상훈, "보증신용장거래에서 발행은행의 지급거절권의 행사에 관한 사례연구", 「무역학회지」, Vol.30 No.2, 한국무역학회, 2005, pp.261-281; 강원진·이상훈, "보증신용장거래에서 지급금지명령의 적용에 관한 분쟁사례연구", 「중재학회지」, Vol.14 No.1, 한국중재학회, 2004, pp.29-60; 강원진·이상훈, "국제무역결제]국제거래에서 화환신용장의 대체적 결제수단으로서의 보증신용장의 활용", 「국제상학」, Vol.19 No.4, 한국국제상학회, 2004, pp.87-110; 박석재, "독립적 보증 및 스탠드바이 신용장에 관한 유엔 협약", 「상사법연구」, Vol.22 No.5, 한국상사법학회, 2004, pp.315-1137; 이상훈, "보증신용장거래에서 발행은행의 지급이행에 관한 몇 가지 문제점", 「국제상학」, Vol.19 No.1, 한국국제상학회, 2004, pp.155-179; 이상훈, "보증신용장거래에서 발행은행의 지급의무의 예외적 적용에 관한 법규적 고찰", 「국제무역연구」, Vol.9 No.2, 한국무역통상학회, 2003, pp.191-211; 이상훈, "보증신용장의 활용을 위한 법규적 접근", 「무역학회지」, Vol.28 No.2, 한국무역학회, 2003, pp.247-273.
- 3) 사실 중재합의에 관해서는 중재합의의 성질과 요건, 효력과 범위 등에 관하여 다양한 연구결과가 축적되어 있어 중재제도의 효과적인 운용을 위한 이론적 토대를 제공하고 있다. 그러나 중재합의의 실현과정에 제기되는 쟁점에 대해 거래유형별 특수성을 토대로 한 연구가 여전히 부족하며, 특히 보증신용장과 관련해서는 그 예를 찾아볼 수가 없다. 중재합의와 관련한 다양한 연구 가운데 특히 최근의 연구는 다음과 같다. 서세원, "미국에 있어서 비서명자에 대한 중재합의의 효력", 「중재연구」, 제18권 제1호, 한국중재학회, 2008, pp.71-96; 김지홍, "중재합의의 제3자에 대한 효력", 「중재연구」, 제17권 제3호, 한국중재학회, 2007,

을 이용한 거래관행에서 중재합의의 이행가능성, 특히 비서명자에 대한 중재강제와 중재 포기여부가 직접적인 쟁점이 되고 있는 대표적인 사건⁴⁾에 대한 검토를 통해 보증신용장 거래분쟁의 해결을 위한 중재제도의 운용에 있어 실무상 함의를 도출하고자 한다. 다만 보증신용장의 기원인 미국에서의 보증신용장의 지속적인 증가 추세 및 기능적 확대가 종국적으로는 국제적인 보증신용장의 성장가능성에 기여하는 바가 크다⁵⁾는 점에서 연구범위를 미국의 중재환경 및 관련 법리로 한정하고자 한다. 거래분쟁의 해결에 있어 국가 간의 법제적 차이와 개별 거래의 특수성이 중요한 요소이지만 동시에 상사중재의 국제화경향에 비추어 보증신용장 관련 거래분쟁, 특히 중재합의의 이행가능성에 관하여 미국 중재환경에서 축적된 법리는 그 원용가능성이 큰 지침이 될 것으로 기대하기 때문이다.

II. 보증신용장 일반

1. 보증신용장의 의의

보증신용장의 개념⁶⁾은 대체로 고객이 근거거래에 따르는 채무불이행의 경우 수익자에게 지급을 담보하기 위한 발행은행의 확약으로 정의된다.⁷⁾ 보증신용장에서는 은행인 발행

pp.101-119; 유병욱, “국제상사중재합의의 요건과 내용에 관한 연구”, 『무역학회지』, 제32권 제4호, 한국무역학회, 2007, pp.93-119; 석광현, “국제상사중재에서의 중재합의에 관한 법적 문제점”, 『중재연구』, 제51권 제2호, 한국중재학회, 2005, pp.225-261; 조대연, “중재합의와 중재판정에 관한 소고”, 『중재연구』, 제14권 제1호, 2004, 한국중재학회, pp.289-290. 그밖에 선택적 중재합의와 관련한 다수의 연구결과가 있다.

- 4) Nova Hut, a.s. v. Kaiser Group International, Inc., 307 B.R. 449 (D. Del. 2004); 본 연구의 제4장에서 논의될 쟁점사건의 개요는 다음과 같다. 건설업자 Kaiser Netherlands B.V.는 소유자인 Nova Hut a.s.와 철강공장의 건설계약을 체결하였다. 본계약서(underlying contract)에는 중재조항이 포함되어 있었다. 건설업자의 계약이행을 보증하기 위하여 모회사인 Kaiser Group International, Inc.의 보증서(guarantee)가 발행되었고, 건설업자는 소유주를 지급인으로 하는 천만백십만달러의 보증신용장을 우송하였다. 보증서에는 중재조항이 포함되어 있지 않았다. First Union Bank의 보증신용장 발행을 지시(indicate)하기 위하여 모회사는 천만백십만달러를 발행은행에 예치하였다. 소유주는 건설업자가 ‘만료 30일 내에 신용장을 갹신하지 않았으며 계약기준이 부합하는 철강공장을 제고하지 않았음’을 이유로 보증신용장을 발행하였다. 발행은행은 이를 인수하였고, 모회사는 미국 파산법(Bankruptcy law) 제11장에 따른 보호를 청구하였다. 신용장발행의 오류를 주장하면서 모회사는 소유주를 제소하였다. 소유주는 중재에 따른 소송절차의 진행의 중지와 중재의 강제 및 청구의 각하를 신청하였다. 미국 Delaware 지방 파산법원의 Katz, J. 판사는 소유주의 청구를 기각하고 소유주는 좀 더 일찍 중재조항을 발동하지 않았으므로써 중재권을 포기하였다고 판시하였고 이에 소유자인 Nova Hut은 항소하였다.
- 5) 이상훈, “보증신용장의 활용을 위한 법규적 접근,” 무역학회지, 제28권 제2호, 2003, pp.248.
- 6) 보증신용장의 영어표기는 ‘guaranty letter of credit’ 혹은 ‘standby letter of credit’ 등이 혼용되어 사용되고 있다. 본 연구에서는 두 용어의 구별에 별다른 실익이 발견되지 않으므로 통칭적으로 ‘보증신용장’으로 한다.
- 7) 보증신용장(Stand-by letter of credit)이라는 용어는 미국에서 처음 사용되었다. 19세기 후반부터 20세기 후반까지, 미국에서는 은행이 별개의 채무에 대하여 지급보증을 하는 것이 허용되지 않아 보증장의 발행은 권한 외(ultra vires)의 행위로 간주되었다. 따라서 은행은 환어음의 인수와 신용장 발행과 같은 수단을 사용하게 되었다. 사실 요즘도 미국의 은행은 신용장의 형태와 기법에 있어 은행의 독립보증이라는 표현을 선호하고

인이 고객의 요청에 따라 신용장에 요구된 바와 같은 채무불이행을 입증하는 수익자의 제시에 근거하여 수익자에게 지급을 약정하는 것으로,⁸⁾ 이러한 점에서 보증신용장은 의무이행의 보증으로서의 역할을 한다.⁹⁾

사실 미국통일상법전 제5편은 신용장 근거계약의 속성에 상관없이 적용되는 것으로 상업신용장과 보증신용장을 따로 구별하고 있지 않으나,¹⁰⁾ ‘미국 은행 및 은행업법(United States Code—Banks and Banking, 12 U.S.C. §§1-5261)’에 따른 ‘은행 및 은행업에 관한 미국 연방규정(Code of Federal Regulations—Banks and Banking, 12 C.F.R. §§1.1-1815-115)’에서도 보증신용장은 사실상의 용어와 무관하게 특정상황에 있어서의 수익자에 대한 발행인의 의무에 관한 신용장이나 유사한 약정이라고 정의하고 있다.¹¹⁾

보증신용장에서 발행인은 신용장 발행의뢰인과 수익자 간의 본 계약(underlying

있다. 강원진, 『신용장론』, 박영사, 2007, pp.390-391.

- 8) 흔히 물품을 공급하기로 한 공급인이나 건설공사 등을 도급받은 수급인은 목적물인도나 공사완성과 같은 채무이행을 담보하고 계약해지의 경우에 미리 받은 계약금을 반환하는 것을 담보하기 위해서, 매수인이나 도급인을 수익자로 한 보증신용장을 발행하도록 하는 것이다. 한편 신용장발행은행은 수익자의 신용장조건에 따른 지급청구에 의해 일정금액을 지급하면 발행의뢰인(수급인 등)에 대해 구상권을 행사할 수 있게 되는데, 발행은행은 자신의 구상권을 확보하기 위해 발행의뢰인으로 하여금 다른 은행에 역담보로서의 보증신용장을 발행의뢰할 것을 요구한다.
- 9) 50 Am. Jur. 2d Letters of Credit § 9; East Girard Sav. Ass'n v. Citizens Nat. Bank and Trust Co. of Baytown, 593 F.2d 598, 26 U.C.C. Rep. Serv. 475 (5th Cir. 1979); Lustrelon, Inc. v. Prutscher, 178 N.J. Super. 128, 428 A.2d 518, 31 U.C.C. Rep. Serv. 203 (App. Div. 1981); O'Grady v. First Union Nat. Bank, 296 N.C. 212, 250 S.E.2d 587, 26 U.C.C. Rep. Serv. 146 (1978).
- 10) Pastor v. National Republic Bank of Chicago, 76 Ill. 2d 139, 28 Ill. Dec. 535, 390 N.E.2d 894, 26 U.C.C. Rep. Serv. 988 (1979); O'Grady v. First Union Nat. Bank, 296 N.C. 212, 250 S.E.2d 587, 26 U.C.C. Rep. Serv. 146 (1978).
- 11) 12 C.F.R. § 337.2 Standby letters of credit.
- (a) definition. As used in this section, the term standby letter of credit means any letter of credit, or similar arrangement however named or described, which represents an obligation to the beneficiary on the part of the issuer: (1) To repay money borrowed by or advanced to or for the account of the account party, or (2) to make payment on account of any indebtedness undertaken by the account party, or (3) to make payment on account of any default (including any statement of default) by the account party in the performance of an obligation. The term similar arrangement includes the creation of an acceptance or similar undertaking.
- (b) Restriction. A standby letter of credit issued by an insured State nonmember bank shall be combined with all other standby letters of credit and all loans for purposes of applying any legal limitation on loans of the bank (including limitations on loans to any one borrower, on loans to affiliates of the bank, or on aggregate loans); Provided, however, That if such standby letter of credit is subject to separate limitation under applicable State or federal law, then the separate limitation shall apply in lieu of the loan limitation.
- (c) Exceptions. All standby letters of credit shall be subject to the provisions of paragraph (b) of this section except where: (1) Prior to or at the time of issuance, the issuing bank is paid an amount equal to the bank's maximum liability under the standby letter of credit; or, (2) Prior to or at the time of issuance, the issuing bank has set aside sufficient funds in a segregated deposit account, clearly earmarked for that purpose, to cover the bank's maximum liability under the standby letter of credit.
- (d) Disclosure. Each insured State nonmember bank must maintain adequate control and subsidiary records of its standby letters of credit comparable to the records maintained in connection with the bank's direct loans so that at all times the bank's potential liability thereunder and the bank's compliance with this section may be readily determined. In addition, all such standby letters of credit must be adequately reflected on the bank's published financial statements.

contract)에 하자가 있는 경우나 수익자가 신용장 발행의뢰인의 계약상 하자에 관한 서면을 제출한 경우에만 지급요구를 이행해야 한다.¹²⁾ 이처럼 전통적인 신용장의 새로운 용도는 과거 계약이행보증서(performance bonds), 에스크로우 계약(escrow agreements), 기타 다양한 형태의 보증계약의 사용과 동일한 결과를 가져올 수 있게 된다.¹³⁾

한편 보증신용장통일규칙(International Standby Practices, 이하 ISP98)과 독립적 보증과 보증신용장에 관한 유엔협약(United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letter of Credit, 이하 유엔협약)에서는 보증신용장에 대한 직접적인 정의규정을 두고 있지 않는데¹⁴⁾ 이는 국제거래실무에서 보증신용장이 여러 분야에서 다양한 용도로 사용되고 있기 때문에 명확한 정의가 어려울 뿐만 아니라 보증신용장의 정의를 한정하는 실익이 없기 때문으로 판단된다.¹⁵⁾

2. 보증신용장의 활용

보증신용장은 여러 가지 면에서 은행지급보증서나 전통적인 상업신용장과 유사한 기능을 수행한다. 그러나 각각은 상호 구별되는 특징을 가지고 있다. 우선 보증신용장이 지급확약에 대한 1차적인 의무를 부담하는데 비하여 보증은 2차적인 의무, 즉 부종적인 의무를 부담하는 것이다. 물론 개별 거래에 있어 당사자들이 합리적으로 정하는 바가 있을 수 있으나 대체로 보증신용장은 신용장통일규칙의 적용을 받고, 일정한 서류의 제시를 전제조건으로 하며, 어음이 발행되는 근거가 된다는 점에서 은행지급보증서와는 확연히 구분된다 할 것이다.¹⁶⁾ 또한 보증신용장은 신용장조건에 맞는 일정한 서류의 제출에 따라 약정금액에 지급된다는 점에서 상업신용장과 유사하지만 양자 간에는 아래와 같은 차이점이 있다.¹⁷⁾ 우선 보증신용장에서는 발행의뢰인 측의 기본계약상의 의무불이행을 근거로 약정금액이 지급되지만, 상업신용장은 수익자의 근거계약상 의무이행을 전제로 한다.¹⁸⁾ 그리

12) Stockton v. First Union Nat. Bank of Florida, 700 So. 2d 394, 33 U.C.C. Rep. Serv. 2d 562 (Fla. Dist. Ct. App. 1st Dist. 1997); Ochoco Lumber Co. v. Fibrex & Shipping Co., Inc., 164 Or. App. 769, 994 P.2d 793, 40 U.C.C. Rep. Serv. 2d 530 (2000); Bank One, Texas, N.A. v. Little, 978 S.W.2d 272, 38 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1276 (Tex. App. Fort Worth 1998); Nobel Ins. Co. v. First Nat. Bank of Brundidge, 821 So. 2d 210, 47 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1433 (Ala. 2001).

13) Pastor v. National Republic Bank of Chicago, 76 Ill. 2d 139, 28 Ill. Dec. 535, 390 N.E.2d 894, 26 U.C.C. Rep. Serv. 988 (1979).

14) 대신 ISP98 및 유엔협약이 적용되는 약정에 대한 규정을 통해 간접적으로 정의하는 방식으로 채택하고 있다. ISP98 Rule 1.01; UN Convention Article 1 내지 2 참조.

15) 이상훈, “보증신용장의 활용을 위한 법규적 접근,” 무역학회지, 제28권 제2호, 2003, pp.248-249.

16) 보증계약에서처럼 보증신용장도 발행의뢰인의 의무불이행에 대한 담보의 역할을 수행하지만, 보증신용장의 수익자는 발행의뢰인에 대한 채소절차의 진행에 관계없이 우선적으로 대금을 수령할 수 있다는 점에서 차이가 난다. Nobel Ins. Co. v. First Nat. Bank of Brundidge, 821 So. 2d 210, 47 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1433 (Ala. 2001).

17) 보증신용장과 화환신용자의 차이는 일반적으로 다음과 같이 요약될 수 있다.

고 보증신용장에서는 발행의뢰인 측의 기본계약상 의무불이행을 주장하는 수익자의 진술을 기재한 서류만이 요구되는데 반하여¹⁹⁾, 상업신용장에 있어서는 선화증권과 같이 제3자가 작성한 서류가 요구된다.²⁰⁾ 또한 상업신용장은 전통적인 물품매매계약에서 지급수단으로 사용되지만 보증신용장은 매매계약외의 거래에서 계약상 의무 이행에 대한 보증으로서의 역할을 한다.²¹⁾ 즉 상업신용장은 지급의 1차적인 수단이지만 보증신용장은 수익자가 발행의뢰인으로부터 지급을 받지 못한 경우에 2차적으로 사용되는 것으로,²²⁾ 발행의뢰인의 재정능력이 발행은행의 것으로 대체되는 과정을 통해 계약상 의무의 이행을 담보하는 것이다.²³⁾ 마지막으로 양자는 채무 발생시점에서 차이가 있는데, 보증신용장에서는 기본적인 계약관계가 성립함과 동시에 은행의 채무부담이 시작되지만, 상업신용장에 있어서는 수익자가 정당한 서류를 제시하고 그 지급을 요청함으로써 은행의 채무가 발생된다.²⁴⁾

구 분	화환신용장	보증신용장
발행의뢰인(채무자)	수입자	수출자
수익자	수출자	수입자
지급사유	수출자의 수출이행시	수출자의 수출불이행시
제출서류	선화증권, 상업송장, 포장명세서, 검사증명서 등	단순서면지급청구
담보기능	수입자의 대금지급	수출자의 수출이행
발행은행의 담보	물품에 대한 권리 취득 (서류인수와 동시에 물품과 동일한 선화증권 취득)	물품에 대한 권리 없음
국제적 통일규칙	신용장통일규칙(UCP)	보증신용장통일규칙(ISP98), 독립적보증 및 보증신용장에 관한 유엔협약, 요구불보증 통일규칙(URDG), 신용장통일규칙(UCP)

※ 출처: 월간 수출보험지, 한국수출보험공사, 2008년 9월, p.29.

- 18) *Pastor v. National Republic Bank of Chicago*, 76 Ill. 2d 139, 28 Ill. Dec. 535, 390 N.E.2d 894, 26 U.C.C. Rep. Serv. 988 (1979); *Sherwood & Roberts, Inc. v. First Sec. Bank of Missoula*, 209 Mont. 402, 682 P.2d 149, 38 U.C.C. Rep. Serv. 1702, 44 A.L.R.4th 155 (1984).
- 19) *Brenntag Intern. Chemicals, Inc. v. Bank of India*, 175 F.3d 245, 38 U.C.C. Rep. Serv. 2d 274 (2d Cir. 1999). 다만 당사자의 합의에 따라 여러 종류의 문서가 요건으로 정해질 수 있을 것이다.
- 20) 보증신용장에서 요구되는 서류는 오직 발행의뢰인의 의무불이행에 대한 수익자의 주장에 불과하기 때문에, 상업신용장과는 달리 보증신용장은 발행은행의 무조건적인 지급약속을 의미하고 따라서 발행의뢰인에게 보다 큰 위험을 부담하게 한다. 이러한 점에서 보증신용장의 제1차적인 목적은 신용장의 발행의뢰인의 채무나 지급불능에 대한 대담이 되어야 하고 대금상환이 관련되어 있는 한, 보증신용장의 발행인은, 상업신용장의 발행인보다 더 많은 위험에 직면할 수 있다. 강원진, 전게서, p.392.
- 21) *In re Graham Square, Inc.*, 126 F.3d 823, 33 U.C.C. Rep. Serv. 2d 883, 1997 FED App. 0289P (6th Cir. 1997) (applying Ohio law).
- 22) *Nissho Iwai Europe PLC v. Korea First Bank*, 99 N.Y.2d 115, 752 N.Y.S.2d 259, 782 N.E.2d 55, 49 U.C.C. Rep. Serv. 2d 259 (2002).
- 23) *Nobel Ins. Co. v. First Nat. Bank of Brundidge*, 821 So. 2d 210, 47 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1433 (Ala. 2001).
- 24) 화환신용장을 발행하는 은행은 불확정채무(contingent liability)를 부담한다고 할 수 있다. 강원진, 전게서, p.393.

Ⅲ. 보증신용장과 중재합의의 이행가능성

1. 개요

일반적으로 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 합의했는지 여부는 분쟁의 당사자 간에 합의된 계약상 조건에 의해 판단된다. 이러한 점에서 미국연방중재법 제1조는 중재합의의 이행강제를 위한 법원을 권한을 규정하는 동시에 제2조에서 중재합의의 이행을 위한 전제 요건으로서 서면성을 요하고 있다. 그러나 한편으로는 일정한 상황에서 이른바 중재합의의 비서명자(nonsignatory)도 중재를 강제할 수 있는 경우가 있을 수 있다. 보증신용장 실무에 있어 본계약서(underlying contract)는 중재조항이 포함하고 있지만 보증신용장 발행을 위한 보증서(guarantee) 자체는 분쟁해결수단에 대한 언급이 없거나 적어도 중재를 분쟁해결의 수단으로 지정하지 않고 있는 것이 일반적으로 이 경우 보증신용장과 관련한 분쟁의 해결수단으로써 본계약 상 지정된 중재합의를 강제할 수 있는가가 쟁점이 된다. 한편 보증신용장 거래 분쟁에서는 당사자 일방이 분쟁해결수단으로서 합의된 중재절차의 진행과 별개로 파산절차에 참가하는 경우가 있는데 이 경우 파산법원을 통한 절차참여가 중재의 포기인지 여부가 쟁점이 될 수 있다. 이하에서는 사례분석의 이론적 배경으로써 비서명자에 대한 중재합의의 강제와 당사자의 소송절차 참가의 중재권의 포기여부에 대해 살펴보기로 한다.

2. 비서명자에 대한 중재합의의 강제

미국의 중재환경은 중재합의의 효력을 적극적으로 인식하는 이른바 친중재적인 공서양속에 터잡고 있다.²⁵⁾ 당사자자치의 원칙에 따라 중재합의를 구성하는 요소가 여타의 계약과 마찬가지로 당사자 합의를 통해 형성됨은 물론이고, 다양한 법리를 활용하여 중재합의의 효력을 확장하는 근거를 마련하고 있다.²⁶⁾ 구체적으로 비서명자에 대한 중재합의의 효력 문제에 관해서는 중재합의조항을 포함하는 다른 문서에의 편입의 법리, 임의적 의무인의 법리, 대리의 법리, 법인격부인의 법리, 금반언의 법리 등이 두루 사용되고 있다.²⁷⁾

25) 미국 중재환경에서의 중재합의의 효력에 관해서는 하충룡·박원형, “중재합의의 유효성에 관한 미국법원의 해석과 합의”, 『국제상학』, Vol.22 No.1, 한국국제상학회, 2007, pp.149-168 참조.

26) Michael A. Rosenhouse, “Application of Equitable Estoppel Against Nonsignatory to Compel Arbitration Under Federal Law,” *American Law Reports ALR Federal 2d*, 2006, p.22.

27) Alexandra Anne Hui, “Equitable Estoppel and The Compulsion of Arbitration,” *Vanderbilt Law Review*, Vol.60, 2007, pp.711-743; 서세원, “미국에 있어서 비서명자에 대한 중재합의의 효력”, 『중재연구』, Vol.18 No1, 한국중재학회, 2008, pp.77-90.

중재합의조항을 포함하는 다른 문서에의 편입이란 비서명자가 당사자인 계약서의 내용 가운데 서명자가 합의하고 있는 중재합의조항을 포함한 다른 문서를 인용하여 편입(incorporation by reference) 시키고 있는 경우 당해 중재합의의 효력이 비서명자에게도 미친다고 보는 것이다. 임의적 의무인수의 법리란 비서명자의 행위로부터 분쟁을 중재에 회부할 의무가 있다고 추정(assumption)되는 경우에 서명자는 비서명자에 대하여 중재를 강제할 수 있다는 것이다. 또한 비서명자가 본인의 대리인으로서 중재합의조항에 서명한 경우 당해 중재합의조항의 효력이 비서명자에게도 미친다는 것이 이른바 대리의 법리이다. 일반적인 대리의 법리에서 대리인의 적절한 권한을 가지고 있는가가 중요하듯이 대리인리 본인에 의하여 부여된 권한의 범위 내에서 중재조항을 포함하는 계약에 서명한 경우 본인은 중재합의에 구속된다고 보아야 한다. 한편 법인격부인의 법리에 따르면 서명자인 회사가 비서명자인 소유자의 분신이나 도구에 불과한 경우 비서명자인 소유자가 중재합의에 구속되는 경우가 있을 수 있다.²⁸⁾ 금반언의 법리가 비서명자에 대한 중재합의의 강제에 영향을 미치는 경우는 두 가지가 있을 수 있는데, 비서명자가 중재합의조항을 포함한 계약으로부터 이익을 얻고 있는 경우와 비서명자가 서명자에 대하여 중재강제신청을 한 경우가 그것이다.²⁹⁾ 이러한 법리는 전통적인 계약법상의 법리에 따른 결과로 중재합의에 대한 계약법적 접근법을 고수하고 있는 미국 중재환경에서의 법원의 태도를 엿볼 수 있는 부분이기 하다.

3. 당사자의 소송절차 참가와 중재권의 포기

일반적으로 계약상 합의된 중재에 대한 권리는 명시적 혹은 묵시적³⁰⁾으로 포기될 수 있다고 본다. 이처럼 피신청인이 당해 분쟁의 해결에 있어 중재권을 포기했는지 여부가 쟁점이 되는 경우에 통일화된 판단기준이 존재하는 것으로 보기는 힘들다. 이러한 문제에 대하여 중국적 판정주체로서 법원은 중재포기여부가 특정사실 혹은 개별 사건의 상황으로부터 판단된다는 일반적인 규칙이나 불이익(prejudice) 혹은 당사자 행위의 모순이 존재하는가 여부 등의 일반지침을 따르고 있다. 다만 당사자 특히 피고의 소송 참가는 중재를 강제하거나 혹은 당해 소송에 대한 항변으로서 중재를 원용할 수 있는 권리를 포기한 것으로 판단되는 경우가 많은 것으로 보인다.³¹⁾

28) 법인격부인의 적용 요건 및 기준에 관해서는 박원형·최영봉, “해상운송인 책임제한의 배제사유로서의 법인격부인에 관한 연구”, 『무역학회지』, Vol.33 No.4, 한국무역학회, 2008, pp.123-128 참조.

29) Michael A. Rosenhouse, *op.cit.*, p.22.

30) 당사자의 행위가 명시적으로 중재포기의 의사를 나타내는 경우가 될 것이다. *Am. Jur. 2d, Arbitration and Award* § 51.

31) 당사자의 소송참가 유형과 중재권 포기여부에 관한 미국 법원의 판시동향에 대해서는 Joel E. Smith, “Defendant’s Participation in Action as Waiver of Right to Arbitration of Dispute Involved Therein,” 98 *A.L.R.3d* 767, § 2[a] Summary and comment-Generally 참조.

보증신용장이 사용된 거래의 분쟁해결 과정에서는 소송 혹은 중재 등의 본안에 대한 절차진행과 별개로 예컨대 파산법원에 대한 채권신고서(proof of claim) 제출 등과 같은 형태로 소송 절차 진행에 참가하는 경우가 많은데, 이 경우 당사자의 소송절차 참가가 중재권의 포기인지 여부가 문제가 될 것이다.

일반적으로 채권자 혹은 자산증권소지인(equity security holders)은 자신의 소전 권리(prepetition claims or interests)를 인정받기 위해 법원에 채권신고서를 제출한다.³²⁾ 이 경우 채권(claim)이라함은 채소, 확정, 및 기한의 도래 여부와 상관없이 지급에 대한 권리 일체와 계약위반에 따른 지급의 경우 미이행에 대한 형평법³³⁾상의 구제권 일체를 포함하는 것으로 본다.³⁴⁾ 미국 파산법상의 규정은 채권신고자의 제출을 채권자에 한정하고 있지 않지만,³⁵⁾ 일반적으로 파산법 제9장 혹은 제11장에 기술되어 있지 않은 종류의 채권의 경우³⁶⁾ 채권신고서는 청구권(priority claims)과 유치권자에 의해 주장되는 채권 중 무담보부분과 같은 무담보채권의 인정을 위한 요건이 된다.³⁷⁾ 즉 적법하게 제출된 채권신고서는 채권금액과 유효성의 추정증거(prima facie evidence)가 된다.³⁸⁾

한편 파산법원에의 채권신고서 제출은 비록 채권담보를 주된 목적으로 하고 있지만 법원절차에 참가하는 것으로, 특히 본계약 상 분쟁해결수단으로 지정된 중재합의에 대한 포기로 간주될 여지가 있다. 즉 당사자 일방의 소 제기에 대하여 피고인 당사자는 계약상 중재합의를 근거로 한 항변이 가능하지만 이와는 별개로 피고의 소송절차 참가는 중재합의에 대한 포기가 될 수 있는 것이다. 사실 당사자의 소송절차 참가는 그 유형과 정도가 다양하여 중재합의 포기여부의 판단에 있어 확립화된 기준이나 근거를 도출할 수는 없을 것이다. 다만 피고인 당사자가 중재에 대한 적절한 요구 없이 답변서를 제출하거나, 오히려 원고에 대하여 반대청구를 하는 경우 등은 중재권의 포기 의사가 있다고 볼 수 있을 것이다. 또한 심리준비통지신청, 약식판결(summary judgment) 신청, 증거개시절차(judicial discovery)의 이용 등과 같이 다양한 소송 단계에 참가하는 것도 중재권의 포기에 해당한다고 볼 수 있다.³⁹⁾

32) *Domke on Commercial Arbitration*, § 52:13. Proof of claim or interest and objections thereto.

33) 영미법계는 우리가 속하는 대륙법계와는 달리 이른바 보통법(Commo Law)와 형평법(Equity Law)이라는 이중의 법체계를 가지고 있다. 형평법은 영미 관례법의 근간을 이루는 보통법의 부족한 부분을 보충하는 과정에서 형성된 것으로 보통법이 다루기 힘든 사건에서 보통법과는 다른 색다른 해결책을 마련하게 된다. 이를테면, 채무의 특정이행, 인정선(Injunction), 금반언, 신탁, 수입자의 주의의무에 관한 원칙 등이 그것이다. 이러한 형평법은 재산, 계약, 불법행위, 및 부당이득과 같은 보통법의 모든 부분에 영향을 미치고 있다. 형평법을 포함한 영미법에 관해서는 새라 웨딩턴 지/ 임동적 역, 「형평법」, 소화, 2009 참조.

34) 11 U.S.C.A. § 101(5).

35) 11 U.S.C.A. § 501.

36) 11 U.S.C.A. §§ 925, 1111(a).

37) Fed. R. Bankr. P. 3002(a); 채무자에 의한 반대청구가 가능함은 물론이다. Fed. R. Bankr. P. 3007.

38) Fed. R. Bankr. P. 3001(f).

39) Joel E. Smith, *op.cit.*

IV. Nova Hut, a.s. v. Kaiser Group International, Inc. 사건

1. 사건개요

Nova Hut, a.s. v. Kaiser Group International, Inc. 사건의 개요는 다음과 같다.⁴⁰⁾ 채무자 Kaiser International의 자회사인 Kaiser Netherlands, B.V. (이하 "Kaiser Netherlands")와 철강 제조업자인 Nova Hut은 체코공화국의 오스트라바(Ostrava) 소재 Nova Hut의 시설에 제강공장의 설계와 건설을 위한 이른바 '단계 0'과 '단계 1' 등의 두 건의 계약을 체결하였다. Kaiser Netherlands와 Nova Hut 간의 계약서 작성 시, 채무자 Kaiser International은 '단계 1' 계약에 따른 Kaiser Netherlands의 이행을 보증하기 위한 'Kaiser Netherlands B.V.의 이행보증서'를 작성하였다. 또한 '단계 1' 계약은 Kaiser Netherlands가 천백십만달러의 보증신용장을 제출할 것을 요건으로 정하고 있었다. 동 신용장의 발행은행인 First Union Bank는 Kaiser Netherlands의 담보제공을 요구하였고 이에 채무자 Kaiser International은 현금 천백십만달러를 First Union에 예치하였다. Nova Hut은 Kaiser Netherlands가 만기 30일 이내에 신용장을 갱신하지 않았고 계약기준에 부합하는 소규모제철소(mini-mill)을 제공하지도 않았다고 주장하면서 어음을 발행하였다. 채무자는 Nova Hut의 어음 발행이 잘못되었음을 주장하면서 반대절차(adversary proceeding)를 신청하였다. '3차 개정 소장'에서 채무자는 Nova Hut의 잘못된 신용장 발행에 대한 천백십만달러의 손해배상금과 Kaiser의 기술자들이 Nova Hut에 제공한 기술 및 재무 서비스와 건설재 및 서비스에 대한 대금 미지급을 이유로 한 추가적인 손해배상을 청구하였다.

항소심에서의 Nova Hut의 주장은 다음과 같다: 주위적으로 파산법원은 Nova Hut의 소송절차중지와 중재강제신청을 기각하는데 있어 오류를 범했다. 예비적으로 파산법원의 '3차 개정 소장' 기각에 오류가 있었다.

중재문제에 관한 Nova Hut의 주장은 다음과 같다. Nova Hut이 채권신고서(proof of claim)을 제출하고 네덜란드와 체코공화국 법정에 Kaiser Netherlands를 제소한 것이 중재의 포기에 해당한다는 파산법원의 결정에 오류가 있다. 또한 비록 채무자가 중재조항을 포함하고 있는 '단계 0'과 '단계 1' 계약서에 서명을 하지 않았지만 형평법상의 금반언(equitable estoppel)과 계약적 의무의 추정을 포함한 전통적인 계약법의 원칙에 따라 중재를 하여야 한다고 주장하였다.

또한 Nova Hut은 '3차 개정 소장'에 관하여 파산법원이 아래의 이유를 근거로 당해 소장을 기각해야 했어야 한다고 하였다. 첫째, 부적절한 신용장 발행에 대한 채무자의 제소

40) 307 B.R. 449 (D. Del. 2004).

는 당사자 간의 의무를 규율하고 있는 명시적인 계약의 범위를 벗어나는 것이므로, 합리적 비용(quantum meruit)과 부당이득의 대한 제소는 법에 의해 배제된다. 둘째, 의향서(letter of intent)와 양해각서(memorandum of understanding)에 근거한 채무자의 제소는 비채무자인 Kaiser Netherlands에 속한 것으로 기각되어야 하고 중재에 따라야 한다.

답변서에서 채무자는 Nova Hut이 중재를 강제할 수 있는 권리를 포기했다는 파산법원의 결정을 지지하였다. 즉 재량적 판단기준의 악용(abuse)은 채무자가 중재를 거부하는 것이 금반언에 의해 금지되는 것은 아니라는 파산법원의 사실관계 판정에 적용되어야 하며, Nova Hut은 네덜란드와 체코공화국의 법원에 Kaiser Netherlands를 제소함으로써 중재를 강제할 수 있는 권리를 포기했다.

또한 채무자는 자신이 ‘단계 0’과 ‘단계 1’ 계약서의 서명자가 아님을 주장하고 양 계약서 상의 조항은 비서명자의 중재참가를 배제하고 있다고 주장하였다. 따라서 채무자는 중재에 대한 의무를 지지 않음은 물론이고, 파산절차 중 Nova Hut의 주장에 근거하여 채무자에 대하여 중재를 강제하는 것은 형평법상의 금반언에도 위배된다는 것이다. 즉 채무자는 ‘단계 1’ 계약상의 의무를 지지 않고 ‘단계 0’이나 ‘단계 1’ 계약상의 제3수익자가 아니라는 파산법원의 판결이 정당했음을 주장하였다. 한편 ‘3차 개정 소장’에 대하여 채무자는 주위적으로 항소법원은 중재신청을 기각한 파산법원의 명령을 검토할 수 있는 부수적 항소관할권(pendent appellate jurisdiction)⁴¹⁾이 없다고 주장하였다. 예비적으로 채무자는 자신의 청구가 실제적 문제로 기각되어서는 안된다고 주장하였다.

2. 쟁점분석

Nova Hut의 소송절차중지 및 중재강제 명령신청을 기각한 파산법원의 결정에 오류가 있었는지 여부를 판단하기 위해서는 우선 적절한 판단기준을 정해야 한다. 이 사건에서 채무자는 항소법원이 Nova Hut의 중재강제 명령신청을 기각하는 파산법원의 결정이 명백히 잘못된 판단기준에 따른 것으로 중재조항을 포함한 계약의 비서명자에 대하여 중재를 강제할 수 있는지 여부에 대한 판단 기준은 항소법원이 다시(de novo) 정해야 한다⁴²⁾고 주장하였다. 또한 이와 유사하게 중재권의 포기에 관한 법적인 결론도 재검토되어야 한다는 것이다.⁴³⁾

41) 원고가 주법과 연방법에 의한 청구원인을 동시에 주장하는 경우에는 부수적 관할권(pendent jurisdiction)에 기하여 연방법원에 제소할 수 있는데 이러한 경우에는 연방법원이 하나의 소송절차에서 연방법상의 청구와 주법상의 청구를 병합하여 심리할 수 있다. 반면에 주법원은 주법상의 청구가 포함되어 있다 하더라도 연방법상의 청구에 대하여 관할이 인정되지 않는다. 임재연, 미국회사법(수정판), 박영사, 2001, p.81.

42) E.I. DuPont, 269 F.3d at 194; Bel-Ray Co. v. Chemrite (Pty.) Ltd., 181 F.3d 435, 440 (3d Cir.1999).

43) Wood v. Prudential Ins. Co. of America, 207 F.3d 674, 680 (3d Cir.2000); Hoxworth v. Blinder, Robinson & Co., Inc., 980 F.2d 912, 925 (3d Cir.1992).

이에 대하여 항소법원은 중재에 관한 파산법원의 법적인 결론의 근거를 형성하는 사실 관계의 판정에 대해 당사자들이 다투는 범위에 대해서는 동법원은 명백한 판단기준에 의한 판정을 재검토 할 것이지만, Nova Hut의 소송절차중지 및 중재강제명령을 기각한 파산법원의 명령을 파기하기 위해 Nova Hut은 (1) 중재합의의 비서명자인 채무자에 대해 중재를 강제할 수 있는지 여부와 (2) Nova Hut이 중재강제권을 포기했는지 여부를 입증해야 한다고 하였다.⁴⁴⁾

1) Nova Hut이 중재강제권을 포기했다는 결정에 있어 파산법원의 오류 여부

항소법원은 중재권의 포기여부의 결정에 있어 소위 불이익(prejudice)의 개념을 강조한 제3연방항소법원의 설시사항⁴⁵⁾을 인용하면서 파산법원의 결정에 오류가 있었음을 지적하였다. 즉 중재를 회피하고자 하는 당사자는 불이익을 입증하여야 한다.

본 사건에서 파산법원은 (1) Nova Hut이 채무자의 파산절차에서 채권신고서를 제출하였고 채무자가 채권신고서에 이의를 제기한 이후에야 중재를 주장한 점, (2) Nova Hut이 Kaiser Netherlands를 대상으로 네덜란드와 체코공화국에서 소송을 개시한 점 등을 이유로 Nova Hut이 중재권을 포기했다고 결정하였다. 그러나 파산법원은 채무자가 Nova Hut의 관련 절차진행의 결과로 발생한 불이익을 입증하였는가 여부는 다루지 않고 있다.

중재권 포기여부의 기준이 되는 불이익은 실제적으로 당사자가 본안에 대한 청구에서 패소한 뒤 중재절차를 통해 동일한 쟁점을 다시 다투고자 하는 경우나, 절차적으로 중재에 대한 계약적 권리를 장기간 지연함으로써 상대방으로 하여금 불필요한 지연이나 비용을 야기하도록 한 경우에 입증 될 수 있는 것이다.⁴⁶⁾ 앞선 제3항소법원의 설시사항에서처럼 소송관련행위를 근거로 한 전형적인 중재포기는 당사자가 광범위한 증거개시절차(extensive discovery)를 포함한 장기간을 요하는 소송절차에 참가한 경우를 말한다.⁴⁷⁾ 중재권 포기를 입증하고자 하는 당사자는 소송 개시 이후 상당기간이 경과한 이후에 중재에 대한 요구가 있었고, 양 당사자 모두 광범위한 증거개시 절차에 참여했음을 입증해야 한다.⁴⁸⁾

본 사건에서 비록 Nova Hut이 채권신고서를 제출하였고 채무자가 반소절차를 개시하기 전까지 중재를 구하지 않았지만, Nova Hut은 채무자의 본안청구에 대한 답변서를 제출하지 않았고 증거개시 절차를 수행하지 않았다. 사실 Nova Hut은 중재를 강하게 요청하면서 채무자가 소장을 제출할 때마다 중재강제명령을 신청하였다. 또한 채무자는 Nova Hut

44) Wood v. Prudential Ins. Co. of America, 207 F.3d 674, 680 (3d Cir.2000).

45) Hoxworth v. Blinder, Robinson & Co., Inc., 980 F.2d 912, 925 (3d Cir. 1992).

46) Kramer v. Hammond, 943 F.2d 176, 179 (2d Cir.1991).

47) Great Western Mortgage Corp. v. Peacock, 110 F.3d 222, 233 (3d Cir.1997); 구체적으로 본안 청구에 대한 답변, 반대청구 혹은 증거개시절차 참여 등이 이에 해당한다.

48) Gavlik Constr. Co. v. H.F. Campbell Co., 526 F.2d 777, 783 (3d Cir.1975).

의 중재요청으로 인해 야기된 절차지연이 합리적으로 장기간이거나 Nova Hut의 행위로 인해 실제적인 불이익이 발생했음을 입증하지 못했다. 또한 파산법원은 체코공화국과 네덜란드에서의 Kaiser Netherlands에 대한 소송절차 진행에 대하여 Nova Hut의 제소로 인한 채무자의 불이익에 관한 어떠한 판정도 내리지 않았다. 사실 네덜란드와 체코공화국에서 Nova Hut의 제소의 결과 중재권을 포기했다는 주장을 위해 채무자가 동 법원에 제출한 두 사건⁴⁹⁾에서도 실제적인 불이익의 입증을 요구하고 있다.

ABN International 사건에서 법원은 Zwitserse Maatschappij van Levensverzekering en Lifrente가 6명의 증인을 대상으로 하는 증언녹취(deposition) 증거개시 절차에 참여하였고 이는 중재절차에서는 가능하지 않은 미국식 소송절차 상의 증거개시절차와 유사하다는 점에서 특히 ABN International Capital Markets Corporation이 실제적인 불이익을 입었다고 판시하였다.⁵⁰⁾ 즉 일방 당사자가 중재절차에서는 이용할 수 없는 증거개시절차를 통해 부당한 이득을 얻기 위해 소송절차를 이용한 경우 명백한 불이익의 예가 된다는 것이다. MicroStrategy 사건에서도 법원은 중재를 구하는 당사자가 일정부분 소송절차를 원용한 경우라 하더라도, 결정적인 문제는 중재에 반대하는 당사자가 실제적인 불이익을 입었는가 여부라고 실시하고 있다.⁵¹⁾ 나아가 법원은 사실관계가 실제적인 불이익을 입증하는지 여부를 분석하였고, Microstrategy가 Lauricia을 상대로 3건의 소송을 제기하였지만 그로 인한 절차상의 지연이 실제적인 불이익의 정도에는 이르지 않는다고 판시하였다. 또한 동 법원은 MicroStrategy가 광범위한 소송절차에 참가하였지만 당해 소송은 Lauricia의 청구의 근거를 형성하는 법적·사실적 쟁점과 동일한 사항은 아니므로 MicroStrategy가 중재권을 포기했다고 말할 수 없다고 결론지었다.

이 사건에서 Nova Hut은 일정부분 외국법원에서의 소송 절차에 참가한 것이 인정되지만, 채무자는 Nova Hut의 행위에 따른 실제적인 불이익을 입증하지 못했다. 외국법원에서의 소송은 증거개시 절차나 소송상의 이점에 이르지 못하고 있고, 채무자 역시 이에 대한 반증을 하지 못하였다. 즉 채무자는 Nova Hut의 중재권 포기 입증의 요건인 실제적 불이익을 입증하지 못했으므로 Nova Hut이 중재권을 포기했다는 파산법원의 결정은 잘못된 것이다.

2) 전통적인 계약법 이론에 따라 채무자에 대해 중재를 강제할 수 없다는 결정에 있어 파산법원의 오류 여부

비록 Nova Hut이 중재권을 포기했다는 파산법원의 결정에 오류가 있다 하더라도, 형평

49) MicroStrategy, Inc. v. Lauricia, 268 F.3d 244, 249 (4th Cir.2001); Zwitserse Maatschappij Van Levensverzekering En Lijfrente v. ABN International Capital Markets Corp., 996 F.2d 1478, 1479 (2d Cir.1993).

50) 996 F.2d 1478, p.1480.

51) 268 F.3d 244, p.249.

법상의 금반언이나 기타 관련된 계약법상의 원칙에 따라 채무자에 대하여 중재를 강제할 수 없다는 파산법원의 결정이 옳다면 이는 확정될 수 있을 것이다. 그러한 이 사건에서 항소법원은 Nova Hut의 소송절차중지 및 중재강제명령을 기각한 파산법원의 결정에 오류가 있다고 판시하고 있다.

중재합의의 비서명자가 제3자 수익자 지위, 대리법 및 형평법상의 금반언(equitable estoppel) 등을 포함하는 대리법이나 계약법상의 전통적인 원칙에 따라 중재에 구속될 수 있음은 명백하다.⁵²⁾ 형평법상의 금반언의 원칙에 관하여 비록 중재조항의 비서명자가 중재합의에 서명한 사실이 없다 하더라도 중재조항을 포함하는 계약을 의도적으로(knowingly) 이용한 경우 중재에 구속된다고 보는데⁵³⁾ 이는 계약을 이용한 비서명자가 계약 중 자신에게 불리한 조항만을 회피할 수는 없기 때문이다.

이 사건에서는 Nova Hut에 의해 제출된 증거에 따르면 채무자는 ‘단계 1’ 계약서를 이용하고 동 계약으로부터 직접적인 이익을 얻었음이 분명하다. 사실 채무자는 이행보증서에 서명함으로써 ‘단계 1’ 계약에 따른 이익을 수령할 것임 인정하고 있고, 나아가 계약이 서명된 이후 이러한 이익에 의존하였다. 관련 서증에 따르면 채무자는 ‘단계 1’ 계약서로부터 발생하는 이익의 중요성을 인지하고 있음을 알 수 있다.⁵⁴⁾ 또한 채무자는 파산법원에서의 기타의 구제를 구하는 과정에서 ‘단계 1’ 계약으로부터 발생하는 수익이 의존하고 있다. 예를 들어, 2001년 5월의 진술서(declaration)에서 채무자는 당해 계약의 수익금이 Kaiser International에 지급될 것임을 이유로 법원에 대해 중재절차 진행 중 소송절차의 중지 신청을 기각해 줄 것을 요청한 바 있고, ‘단계 1’ 계약의 수익금에 대한 Nova Hut의 제소를 Kaiser International의 자산에 대한 몰수(confiscation)로 보고 있다.

채무자는 동 법원에 대해 ‘단계 1’ 계약서의 문면 상 서명자만이 중재에 구속되는 의도가 명백하다고 하고 있으나, 판례법에 따르면 형평법상의 금반언의 원칙이 적용되는 것과 같은 특정사안의 경우 중재조항을 포함한 계약의 비서명자도 중재에 구속될 수 있는 것이다. 파산법원은 Nova Hut과 채무자 간에 체결된 계약 상 중재에 대한 언급이 없는 점이 당사자들이 중재에 참여할 의사가 없음을 입증한다고 판시하고 있으나, 형평법상의 금반언이 중재합의를 포함한 계약의 비서명자를 기속하는가 여부를 판단함에 있어 계약체결 당시의 당사자의 의도가 중요하다고 보지는 않는다. 제3항소법원이 지적하고 있는 바와 같이 형평법상의 금반언은 법원으로 하여금 계약 체결시가 아니라 계약 서명 이후의 당사자의 행동을 검토하도록 하고 있다.⁵⁵⁾ 본 사건에서처럼 최소한 분쟁이 일정 부분 중재조

52) E.I. DuPont, 269 F.3d 187, p.193.

53) *Ibid.*, p.199. 동 판결에서는 특히 Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Assoc. 사건(64 F.3d 773, p.778 (2d Cir.1995))을 인용하여 이러한 결론에 이르고 있다.

54) 관련 서증 상 채무자 회사의 대표인 Burakow는 자회사인 Kaiser Netherlands를 통해 Nova Hut으로부터 Kaiser에게 지급되는 금액은 회사의 채권자들에게 할당될 부분으로 조직개편계획의 승인을 얻는데 있어 중요한 사항임을 명시적으로 진술한 바 있다.

항을 포함한 본 계약으로부터 기인한 경우라면 형평법상의 금반언이 적용된다 할 것이다.⁵⁶⁾ 또한 관련 판례에서도 알 수 있듯이 중재합의의 이행가능성에 대한 의문점은 친중재적인 공서양속에 따라 일반적으로 중재에 유리한 방향으로 해결되어야 한다.⁵⁷⁾

따라서 항소법원은 친중재적인 공서양속의 관점, 채무자의 제소가 '단계 1' 계약에서 기인하거나 이를 전제로 하고 있는 점, 그리고 '단계 1' 계약을 이용하고 직접적인 수익을 기대하고 있는 채무자의 행동 등에 비추어 Nova Hut의 소송절차 중지 및 중재강제 명령신청을 기각한 파산법원의 결정을 파기·환송한다고 결정하였다.

3. 검토

앞서 살펴본 바와 같이 항소법원은 2004년 3월 16일자 선고를 통해 Nova Hut의 소송절차 중지 및 중재강제 명령신청을 기각한 미국 파산법원 Delaware 지방법원의 2002년 10월 18일자와 2003년 1월 6일자 명령을 파기·환송하였다. 요약하면 자신이 계약의 직접적인 당사자가 아니기 때문에 중재에 구속되지 않으며 상대방이 파산절차상 채권신고서를 제출하고 건설업자를 대상으로 네덜란드와 체코공화국에서 소송을 진행을 함으로써 중재권을 포기하였다는 채무자의 주장에 대하여 항소법원은 그러한 사유로 중재를 회피하기 위해서는 불이익(prejudice)이 입증되어야 함에 주목하였다. 즉 중재절차의 신청에 장기간의 지연이 없었고 소송절차의 진행과정에서 증거개시절차가 행해지지 않았기 때문에 채무자 측에 실제적인 권리침해가 입증되지 않았다고 판단하였다. 결과적으로 항소법원은 친중재적인 공서양속, 당사자 합의상 청구의 속성, 모회사의 계약 이용행위, 당사자의 이익에 대한 기대 등에 비추어 형평법상의 금반언의 원칙(the doctrine of equitable estoppel)을 근거로 한 중재의 강제가 인정된다고 판시하였다.

비서명자에 대하여 중재합의조항의 효력을 인정하는 데는 다양한 법리가 근거로 활용될 수 있지만, 이 사건에서는 특히 중재합의조항을 포함하는 다른 문서에의 편입의 법리와 금반언의 법리가 쟁점이 되고 있다. 사실 보증신용장을 활용한 거래의 정황에 비추어 본다면 보증신용장 발행의 근거가 되는 본계약이 중재조항을 포함하고 있을 가능성이 높고, 보증의 주체로서 모회사 역시 당해 계약에 의존하는 바가 큰 것이 일반적인 경우일 것이다. 또한 당사자가 소송절차, 특히 파산법원에의 채권신고서 제출과 같은 절차에 참여하였다는 사실만으로는 이러한 중재합의의 효력을 부인하는 것은 힘들 것으로 판단된다. 당사자가 중재합의를 포기했는가 여부에 있어 불이익의 개념이 중요한 판단기준으로 작용한다고 한다면 중재합의의 효력을 다투고자 하는 당사자는 상대방이 중재합의의 이행을 장기

55) E.I. DuPont, 269 F.3d 187, p.200 이하 각주 7 참조.

56) International Paper Co. v. Schwabedissen Maschinen & Anlagen, 206 F.3d 411, 418 (4th Cir.2000).

57) E.I. DuPont, 269 F.3d 187, p.194.

간 지연함으로써 불필요한 지연이나 비용 등과 같은 피해를 야기하였다는 사실을 입증하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 이 사건에서 쟁점이 되고 있는 광범위한 증거개시절차에의 참여는 중재권 포기여부를 판단하기 위한 유일한 기준은 아니며 오히려 하나의 예시로 보아야 할 것이다.

V. 결 론

다양한 국제거래에서 그 유용성을 인정받고 있는 보증신용장은 그 활용의 가능성이 점점 더 높아 질 것으로 보인다. 사실 보증신용장에 대한 명확한 정의가 힘든 것도 국제거래 실무에서 보증신용장이 여러 분야에서 다양한 용도로 사용되고 있기 때문일 것이다. 이에 보증신용장 거래 구조의 특수성을 반영한 분쟁해결수단에 대한 심도 깊은 논의가 필요하다. 본 연구에서는 미국 파산법원의 사건을 중심으로 보증신용장을 이용한 거래에서 중재합의의 이행가능성을 살펴보았다. 보증신용장 거래에 있어 분쟁해결수단으로서의 중재와 관련한 문제는 이른바 중재합의의 비서명자에 대한 중재합의의 이행 강제와 소송절차 참가에 따른 당사자의 중재권 포기 여부가 주된 쟁점이 되고 있다. 즉 비서명자에 대한 중재합의의 효력 문제에 관해서는 중재합의조항을 포함하는 다른 문서에의 편입의 법리, 임의적 의무인수의 법리, 대리의 법리, 법인격부인의 법리, 금반언의 법리 등 다양한 근거 법리가 제시되고 있지만, 보증신용장 거래에서는 주로 중재합의조항을 포함하는 다른 문서에의 편입의 법리와 금반언의 법리가 중심이 되고 있다. 또한 의무이행의 보증으로서의 역할을 하는 보증신용장의 특수성으로 인해 당사자는 중재와 같은 분쟁해결절차와는 별개로 채무보전을 위한 소송절차에 참가할 필요가 큰 경우가 대부분일 것이다.

본 연구에서 다루고 있는 *Nova Hut, a.s. v. Kaiser Group International, Inc.* 사건은 보증신용장 거래분쟁에 있어 중재합의의 이행가능성과 관련한 중요한 쟁점을 포괄하고 있는 대표적인 사건으로 국제거래분쟁에서의 일반적인 분쟁해결수단인 중재의 활용과 관련한 중요한 실무상 지침을 제공하고 있다. 즉 친중재적인 공서양속, 당사자 합의 상 청구의 속성, 모회사의 계약 이용행위, 당사자의 이익에 대한 기대 등에 비추어 본다면 보증신용장 거래분쟁에서도 형평법상의 금반언의 원칙은 중요한 판단기준으로 작용하게 될 것이다. 즉 중재합의의 이행가능성이 적극적으로 검토된다는 것이다. 또한 채무보전을 위한 당사자의 소송절차 참가는 그 자체만으로는 중재합의의 효력에 대한 항변사유로서는 부족하며 중재권 포기여부의 판단에서는 불이익과 같은 추가적인 입증이 필요할 것이다. 다만 본 연구는 중재합의의 이행가능성이 인정되고 있는 대표적인 사건을 대상으로 하고 있어 보증신용장 분야의 광범위한 거래 실무를 포괄하는 일반적인 지침을 제공하지는 못하고

있다. 국가 간의 법적 차이와 개별 거래의 특수성은 구체적인 사안에 있어 중재합의의 이행가능성을 결정짓는 중요한 요소로 향후 이에 대한 비교사법적 연구가 계속 진행되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

〈한국문헌〉

강원진, 「신용장론」 제5판, 박영사, 2007.

김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 「중재연구」, 제17권 제3호, 한국중재학회, 2007.

서세원, “미국에 있어서 비서명자에 대한 중재합의의 효력”, 「중재연구」, Vol.18 No1, 한국중재학회, 2008.

석광현, “국제상사중재에서의 중재합의에 관한 법적 문제점”, 「중재연구」, 제51권 제2호, 한국중재학회, 2005.

유병욱, “국제상사중재합의의 요건과 내용에 관한 연구”, 「무역학회지」, 제32권 제4호, 한국무역학회, 2007.

이상훈, “보증신용장의 활용을 위한 법규적 접근”, 무역학회지, 제28권 제2호, 2003.

박원형·최영봉, “해상운송인 책임제한의 배제사유로서의 법인격부인에 관한 연구”, 「무역학회지」, Vol.33 No.4, 한국무역학회, 2008.

조대연, “중재합의와 중재판정에 관한 소고”, 「중재연구」, 제14권 제1호, 2004, 한국중재학회.

하충룡·박원형, “중재합의의 유효성에 관한 미국법원의 해석과 함의”, 「국제상학」 Vol.22 No.1, 한국국제상학회, 2007.

〈서양문헌〉

Alexandra Anne Hui, “Equitable Estoppel and The Compulsion of Arbitration,” *Vanderbilt Law Review*, Vol.60, 2007.

Am. Jur. 2d, Letters of Credit.

Am. Jur. 2d, Arbitration and Award.

Rosenhouse, Michael A., “Application of Equitable Estoppel Against Nonsignatory to Compel Arbitration Under Federal Law,” *American Law Reports ALR Federal 2d*, 2006.

Smith, Joel E., “Defendant’s Participation in Action as Waiver of Right to Arbitration of Dispute Involved Therein,” 98 *A.L.R.3d* 767, § 2[a] Summary and comment-Generally

ABSTRACT

Enforcement of Arbitration Agreements in the Dispute of Standby Letter of Credit

Won-hyung Park

Won-jin Kang

This article focuses on the enforceability of arbitration agreements in the dispute of standby letter of credit, especially with the case analysis of the leading case from the U.S. Bankruptcy Court.

In *Nova Hut a.s. v. Kaiser Group International Inc.* case, while the underlying contract contained an arbitration clause, a guarantee to assure contractor's performance did not contain an arbitration clause. Nova Hut drew on the standby for the Contractor's failure to deliver contractual obligations. Against the Kaiser's action under US Bankruptcy law, Nova Hut moved to stay the proceedings pending arbitration, to compel arbitration, and to dismiss the complaint. The US Bankruptcy Court for the District of Delaware denied Nova Hut's motions. On appeal, Kaiser argued that it was not subject to arbitration since it was not a party to the contract. It also argued that Nova Hut had waived its right to arbitration by filing a proof of claim in the bankruptcy proceeding and commencing legal actions in other countries. The appeals court noted that in order to avoid arbitration on those grounds prejudice must be shown. It indicated that because there was no long delay in requesting arbitration and no discovery conducted in the course of litigation, the Kaiser could not demonstrate actual prejudice on the part of Owner. In light of public policy favoring arbitration, the nature of the claims in the parties' agreements, Kaiser's conduct in embracing the agreements, and their expectation of benefit, the appeals court ruled that the doctrine of equitable estoppel applied in requiring the Parent to arbitrate.

Key Words : Standby Letter of Credit, Enforceability of Arbitration Agreement, Nonsignatory to Arbitration Agreement, Waiver of Right to Compel Arbitration