

## 중재의 대상적격의 의의 및 내용

### The Definition and the Substance of the Arbitrability of the Subject-matter of a Dispute

강 수 미\*  
Su-Mi Kang

#### 〈목 차〉

- I. 서론
- II. 중재의 대상적격의 의의 및 기능
- III. 중재의 대상적격의 내용
- IV. 중재의 대상적격이 문제되는 구체적 사례
- V. 결론

주제어 : 중재적격, 중재가능성, 중재합의, 중재절차, 중재

\* 연세대학교 법과대학 조교수, 변호사.

## I. 서론

중재란 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차로서, 중재에 의해 분쟁을 해결하기 위해서는 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의해 해결하고자 하는 당사자간의 합의, 즉 중재합의가 적법·유효하게 존재하여야 한다.

국가권력이 확립됨에 따라 국가의 재판권에 의한 분쟁해결이 기본적인 분쟁해결시스템으로 기능하게 되었지만, 복잡·다양한 현상을 띄고 있는 현대사회에서는 보다 전문화된 분쟁해결방법이 요구되었고, 중재제도는 이러한 요구에 부응하는 기능을 하기도 한다. 오늘날 대다수의 국가들은 당사자자치의 원칙에 근거하여 중재에 의한 분쟁해결을 허용하고 있다. 다만 법치국가원리가 현대사회의 기본원리로 작용하는 이상, 모든 분쟁이 중재의 대상이 될 수는 없고, 중재의 대상에 제약이 가해질 수밖에 없다. 우리나라의 경우에는 ‘사법상의 분쟁’을 중재의 대상으로 하고 있는바(중재법 제3조 제1호), 일정한 분쟁을 중재에 의해 해결할 수 있기 위해서는 우선 그 분쟁이 사법상의 분쟁에 해당하여야 한다. 그런데 분쟁현실에 있어서는 공·사법의 구분이 명확하지 않거나 양 성격이 혼재하는 경우가 존재하는바, 구체적인 분쟁이 사법상의 분쟁으로서 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제되는 경우가 적지 않게 발생한다. 이 문제에 관하여 영미법계 국가에서는 분쟁대상의 중재가능성(arbitrability of the subject-matter of a dispute)이라는 표제 하에, 대륙법계 국가에서는 객관적 중재적격(objective Schiedsfähigkeit)이라는 표제 하에 설명하고 있다.<sup>1)</sup>

일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부는 국내중재 뿐 아니라 국제중재의 경우에도 문제되는데, 국제중재의 경우에는 국제조약을 고려하여 이를 결정하여야 하는바, 본 논문에서는 국내중재의 경우에 한정하여 살펴보고자 한다. 따라서 이에 관한 용어와 관련해서도 객관적 중재적격을 의미하는 중재의 대상적격이라는 용어를 사용하고자 한다.

1) 후자의 경우에는 주로 일정한 분쟁이 특정한 중재합의의 범위에 속하는가의 여부에 초점을 맞추어 설명되고 있다.

## Ⅱ. 중재의 대상적격의 의의 및 기능

### 1. 중재적격의 의의

중재는 당사자가 분쟁에 관한 심리판단을 중재인(중재기관 포함)에게 맡기고 그 결과 내려진 중재판정에 따르기로 합의함으로써 분쟁해결방법을 자유로이 선택하고, 이에 기해 중재인이 담당하는 분쟁해결제도라고 할 수 있다. 중재는 사적 재판으로서의 성질을 가지며, 중재합의가 그 기반을 이룬다고 할 수 있다.

중재를 통한 분쟁해결을 가능하게 하는 중재합의는 일종의 법률행위로서, 그 대상이 된 분쟁에 관한 중재인의 중재판정에 당사자가 복종함으로써 분쟁을 해결하는 것을 그 목적으로 한다. 그런데 분쟁 당사자가 중재판정에 따르고자 한다는 것은 중재의 대상이 된 분쟁에 관하여 법원의 심판을 받지 않고 분쟁을 해결하고자 하는 의사를 가지고 있다고 할 수 있다. 따라서 당사자가 중재합의를 체결한 경우 그 당사자는 분쟁해결방법으로 중재를 선택한 반면, 소송이라는 분쟁해결방법을 선택하지 않은 것으로 볼 수 있다.<sup>2)</sup> 물론 이는 당사자의 합리적인 의사를 전제로 하는 것이다. 다만 중재에 의한 분쟁해결이 당사자의 합의에 기초하는 것이라고 하여 당사자가 원하는 한, 모든 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있을 것인가의 여부가 문제된다.

중재합의는 일종의 법률행위인 이상, 그러한 법률행위를 적법·유효하게 할 수 있는 능력 및 권한을 가진 자가 중재를 통해 해결할 만한 자격 내지 필요성이 있는 분쟁을 그 대상으로 하여야 한다. 이를 중재의 대상 측면에서 파악하면 해당 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있어야 한다는 것을 의미하고, 당사자의 입장에서 파악하면 당사자가 그러한 중재합의를 할 수 있는 능력 내지 권한을 가지고 있어야 한다는 것을 의미하는바<sup>3)</sup>, 본 논문에서는 전자에 초점을 맞추어 살펴보고자 한다. 결국 일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는 자격을 중재의 대상적격이라고 할 수 있다.

당사자자치의 원칙에 기하여 중재에 의한 분쟁해결이 허용된다고 하더라도, 이는 일종의 법제도로써 그것이 이용되는 나라의 법질서 내에서 인정되는 것이므로 각 나라의 법정책에 근거한 실정법상 제한 또는 법이론상의 제한이 가해질 수 있는바, 중재의 대상적격과 관련해서도 마찬가지라고 할 것이다.

2) Julian D. M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, para. 15-1.

3) 양자를 구분하면 전자를 객관적 중재적격, 후자를 주관적 중재적격이라고 할 수 있을 것이다.

## 2. 중재의 대상적격의 작용 국면

중재의 대상적격이 문제될 수 있는 경우로는 ①소송절차 진행 중 피고로부터 중재의 항변이 제출된 경우, ②중재의 피신청인이 당해 분쟁이 중재의 대상이 되지 아니함을 이유로 중재합의의 효력을 다투는 경우, ③중재의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 중재판정이 내려졌다고 하여 중재판정취소의 소가 제기된 경우, ④중재판정에 기한 강제집행을 하기 위하여 집행판결이 구해진 경우 등을 살펴볼 수 있다.

①과 관련해서는 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우 피고가 중재합의 존재의 항변을 한 때에는 법원이 소를 각하하여야 하는데, 그 분쟁이 중재의 대상이 될 수 없어 중재합의의 효력이 인정되지 않으면 법원에 계속 중인 소송에 영향을 미치지 않는다(중재법 제9조 제1항). ②의 경우 중재인은 당해 분쟁이 중재의 대상이 되지 않는 것으로 판단되면 중재신청을 각하하게 되고, 당해 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있어 중재절차개시의 근거가 된 중재합의가 유효하다고 판단되면 중재인에게 판정권한이 있다는 취지의 결정을 내리게 되며(중재법 제17조 제1항 전문), 중재절차의 속행이 불필요하거나 불가능한 것으로 판단되면 중재절차종료결정을 내리게 된다(중재법 제33조 제2항 제3호). ③과 관련해서는 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 때에는 중재판정취소소송의 수소법원이 직권으로 이러한 사유에 관하여 심리할 수 있고(중재법 제36조 제2항 제2호 가목), 중재의 대상이 될 수 없는 분쟁에 관하여 중재합의가 체결되어 당사자가 지정한 법 또는 대한민국의 법에 의하여 그 중재합의가 무효인 때에는 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 이러한 사유를 주장하면 이에 관하여 심리하여야 한다(같은 항 제1호 가목). ④와 관련해서는 국내중재의 경우 중재판정에 대한 승인 또는 집행을 구하는 소가 제기된 경우 피고는 중재의 대상이 될 수 없는 분쟁에 관하여 중재합의가 체결되었을 이유로 그 중재합의가 당사자가 지정한 법 또는 대한민국의 법에 의해 무효임을 주장할 수 있고, 중재판정에 대한 승인 또는 집행청구소송의 수소법원은 직권으로 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 경우에 해당하는가의 여부에 관하여 심리할 수 있다(중재법 제38조, 제36조 제2항 제1호 가목·제2호 가목).<sup>4)</sup>

이러한 사유 중 ①, ②는 중재합의의 유효성과 관련이 있고, ③, ④는 중재판정취소사유와 관련이 있다. 즉 중재의 대상적격은 중재합의의 유효성 여부 또는 중재판정취소사유의

4) 국제중재의 경우에는 '외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, 이하 뉴욕협약이라고 한다)'의 적용을 받는 사건과 그 적용을 받지 않는 사건으로 나누어 살펴보아야 하는데, 전자의 경우 분쟁의 대상이 중재판정의 승인이나 집행을 요구받는 법원이 속한 국가의 법률에 의하여 중재로 해결할 수 없는 것인 때에는 그 중재판정에 대한 승인과 집행이 뉴욕협약 제5조 제2항 (a)에 의해 거부될 수 있고(중재법 제39조 제1항), 후자의 경우에는 민사집행법 제27조 제2항, 민사소송법 제217조에 근거하여 집행여부를 판단하게 된다(중재법 제39조 제2항).

존부에 관한 판단기준으로 작용한다. 구체적인 사유가 어떻든 간에, 분쟁해결제도로써 중재를 법적으로 인정한 국가가 중재합의가 유효하게 존재하는가의 여부에 관한 판단을 통하여 중재제도를 규제 내지 감독하는 국면이라고 할 수 있다.<sup>5)</sup> 적법·유효한 중재합의의 존재가 중재의 기반으로써 그 근거를 이루는 이상, 중재적격이 없는 분쟁을 대상으로 한 중재합의는 중재법이 예정한 중재합의에 해당하지 않으므로 중재법이 인정한 중재합의로서의 효력을 가지지 못하게 될 것이고, 국가는 그와 같은 중재에 협력하지 않게 될 것이다. 그렇다면 중재의 대상에 관한 우리 중재법상의 규정 및 그 구체적인 내용을 살펴볼 필요가 있다.

### 3. 우리 중재법상 중재의 대상적격의 의의 및 기능

국가의 재판권에 기해 분쟁을 강제적·법률적으로 해결하는 소송<sup>6)</sup>의 경우에는 재판의 객관적 타당성을 확보하기 위하여 재판기준 및 절차를 법으로 규제하고, 그 대상도 법률관계를 둘러싼 법적 분쟁일 것을 전제로 한다. 그런데 중재를 비롯한 판결 외의 분쟁해결 시스템은 당사자의 합의가 그 정당성의 근거가 된다는 점에서 분쟁해결내용 및 그 절차에 관하여 당사자의 의사를 존중해 주고 있다. 그렇다면 ①그 대상도 엄격한 의미의 권리의 무에 관한 법적 분쟁일 것이 요구되는가의 여부가 문제될 수 있다. 이와는 다른 측면에서 ②소송사항에 속하는 사건 중 일부와 관련해서는 그것이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제되기도 한다. ①, ②는 모두 중재의 대상적격에 관한 문제로서, ①의 경우에는 중재의 대상을 확대시키는 작용을, ②의 경우에는 중재의 대상을 축소시키는 작용을 할 여지가 있다. 그런데 이러한 문제는 중재제도를 이용하는 각 국가의 중재에 대한 법정책 및 이에 관한 실정법의 영향을 받게 된다.

우리 중재법<sup>7)</sup>은 ‘당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차’를 중재라고 하고(중재법 제3조 제1호), ‘계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장

5) 다만 어느 국면에서의 통계를 중점을 둘 것인가는 각 나라 및 시대에 따라 차이가 있을 수 있다(田邊 誠, “民事紛爭の仲裁適格について - ドイツにおける議論を參考にして -”, 『民事訴訟雜誌』第42号, 法律文化史, 1996. 3. p.71).

6) 보다 정확히 표현하면 판결에 의한 분쟁해결을 의미한다고 할 것이다.

7) 우리 중재법에 영향을 미친 UNCITRAL 모델법은 “중재합의란 계약에 기초한 것인가의 여부를 분별하고 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 발생하였거나 발생할 모든 또는 어떤 종류의 분쟁을 중재에 부탁하는 취지의 당사자의 합의를 말한다.”(모델법 제7조 제1항)고 규정하고 있다. 다만 어떠한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가에 관하여는 규정하지 않고, 그 적용범위에 관한 규정에서 “해당 국가의 법령에 의하면 특정한 분쟁이 중재에 회부될 수 없거나 이 범 외의 규정에 의해서만 중재에 회부되어야 하는 경우 이 법은 해당 국가의 다른 법령에 영향을 미치지 아니한다.”(같은 법 제1조 제5항)고 규정하는데 그쳐, 중재의 대상적격에 관한 문제를 각국 법에 위임하고 있다. 따라서 모델법을 수용하더라도 각 국가의 실정법에 의해 중재적격을 제한하는 것이 가능하다.

래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의'를 중재합의라고 하고 있는데, 이에 따르면 '계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 사법상의 분쟁의 전부 또는 일부'를 중재의 대상으로 할 수 있다. 그런데 그 구체적인 의미와 관련해서는 중재법에 명문규정이 없어 이에 관한 해석의 문제가 남게 된다. 특히 사법상의 분쟁의 의미를 어떻게 파악할 것인가가 문제된다.

### Ⅲ. 중재의 대상적격의 내용

우리 중재법에 따르면 중재는 사법상의 분쟁해결을 중재인의 중재판정에 의해 종국적으로 해결하는 것을 목적으로 한다고 할 수 있는데, 일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있기 위해서는 그 분쟁은 사법상의 분쟁으로서 중재판정에 의해 해결할 수 있는 것이어야 하며, 분쟁의 내용을 이루는 법률관계가 특정되어야 한다. 그 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

#### 1. 법률상의 분쟁의 존재

##### (1) 법률상의 분쟁의 의미

중재는 사법상의 분쟁을 국가의 법원이 아닌 사인인 중재인에 의해 해결하는 것이므로 당사자간에 그에 관한 중재합의가 존재하지 않을 경우 법원의 재판권이 미치는 사항 즉 법률상의 분쟁<sup>8)</sup>을 의미한다고 할 수 있다. 따라서 법해석론상의 문제에 관한 분쟁이나, 법률문제를 포함하지 않은 단순한 사실의 존부나 평가에 관한 분쟁은 법률상의 쟁송에 해당하지 않기 때문에, 그에 관한 판단을 제3자에게 맡기고 이에 따르기로 하는 취지의 합의<sup>9)</sup>는 우리 중재법상의 중재합의에 해당되지 않는다. 다만 법률관계를 증명하는 서면의 성립의 진부라는 사실에 관한 확인을 구하는 소가 허용되는 것과 관련하여(민사소송법 제250조), 중재에 있어서도 비록 법률관계증서의 진정성립 여부라는 사실에 관한 문제라 하더라도 민사소송에서와 같은 맥락<sup>10)</sup>에서 중재의 대상이 될 여지가 있다.

8) 법률상의 분쟁의 의미와 관련해서는 법원조직법 제3조 제1항의 '법률상의 쟁송'과 동일한 의미로 이해할 수 있다.

9) 예를 들면 손해보험계약에 관하여 보험의 목적물의 가액이나 손해액 등을 제3자인 평가인의 평가에 맡기고, 이에 따르기로 하는 취지의 계약이 이에 해당한다. 물론 이러한 합의를 우리 중재법상의 중재라고는 할 수 없다고 하더라도 분쟁의 성질 등을 고려할 경우 중재법 규정이 준용 내지 유추적용될 여지는 있을 수 있다.

10) 법률관계를 증명하는 서면이란 그 서면의 내용에 의해 직접적으로 현재의 법률관계의 존재가 증명될 수 있는 것을 의미하는데, 어음, 수표 등의 유가증권이나 매매계약서, 차용증서 등의 처분문서가 이에 해당한다.

법률상의 분쟁이어야 하는 것과 관련하여 종교분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제될 수 있다. 종교단체의 교리의 당부 등에 관하여 그 단체 외부에서 판단할 경우 헌법상 보장된 종교의 자유 등이 침해될 염려가 있고, 순수하게 종교단체의 교리에 관한 분쟁이라면 그 단체의 자율에 맡기는 것이 바람직할 것이므로 중재의 대상이 되지 않는다고 보아야 한다. 다만 종교단체의 분쟁이더라도 그것이 종교교리와는 무관한 법률상의 분쟁에 해당하거나 종교상의 지위와 세속적인 지위가 불가분적으로 결합되어 종교상의 지위가 세속적인 법률상의 지위를 판단하는데 전제가 된 경우에는 법률상의 분쟁에 해당될 여지가 있다.<sup>11)</sup>

또한 스포츠 경기의 순위, 우열 등에 관한 분쟁이 법률상의 분쟁으로서 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제되는데, 이에 대한 판단이 사인의 법률상의 지위에 직접 영향을 미치는 경우에는 가능하다고 할 것이다.

### (2) 법률관계의 특정

이미 발생한 분쟁만이 아니라 장래 발생할 분쟁도 일정한 법률관계에 관한 것인 한 중재합의의 대상이 될 수 있다(중재법 제3조 제2호). 장래의 분쟁에 관하여 무제한적으로 중재를 허용할 경우 소송에 의한 해결을 구할 수 없게 되는 방소항변의 효력이 당사자들이 예측하지 못한 범위까지 확대될 여지가 있고, 이로 인해 국민의 재판 받을 권리가 부당하게 제약당하는 결과가 초래될 염려가 있기 때문에, 이를 방지하기 위하여 분쟁의 대상인 법률관계가 특정되어 있을 것을 요구하고 있는 것이다. 따라서 장래 발생할 모든 분쟁을 중재합의의 대상으로 하는 것은 그 효력이 인정되지 않는다.

장래의 분쟁을 대상으로 한 중재합의는 ‘본계약에서 생긴 일체의 분쟁’ 또는 ‘본계약에 관하여 발생한 일체의 분쟁’이라는 포괄적인 문언을 사용하는 것이 일반적인데, ‘당사자간에서 장래 발생할 모든 분쟁’ 또는 ‘당사자간의 모든 거래관계에서 발생할 분쟁’이라는 문언을 사용한 때에는 분쟁의 대상인 법률관계가 특정되었다고 할 수 없어 그 중재합의는 무효로 될 것이다.

### (3) 법률관계의 내용

일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 발생한 분쟁인 이상 계약상의 분쟁인지의 여부에

---

위와 같은 법률관계를 증명하는 서면이 그 작성자에 의해 작성되었는가의 여부에 관한 사실을 확정함으로써 그 권리 내지 법률관계에 관한 분쟁을 해결 또는 예방할 수 있다는 것을 고려하여 예외적으로 소송의 대상이 될 수 있도록 한 것이다.

11) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다41026 판결; 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다29446 판결 등. 비록 중재의 대상이 될 수 있는가에 관한 직접적인 판례는 아니지만, 법원의 심판의 대상이 될 수 있는 법률상의 쟁송에 해당되는가의 여부가 문제된 사례로서 법률상의 분쟁을 대상으로 하는 중재의 경우에도 참고할 만한 것으로 판단된다.

관계없이 중재의 대상이 될 수 있다(중재법 제3조 제2호). 따라서 본계약 자체의 효력에 관한 분쟁 뿐 아니라 본계약의 청산관계상의 분쟁도 중재의 대상이 될 수 있다. 또한 사무관리에 관한 청구권, 부당이득에 관한 청구권 등을 행사함으로써 본계약상의 급부와 동일한 목적을 달성할 수 있는 때에는 이러한 청구권에 관한 분쟁도 중재의 대상이 될 수 있다. 본계약위반을 원인으로 하여 불법행위가 성립되는 때에는 당해 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관한 분쟁도 중재의 대상이 될 수 있다. 다만 일정한 법률관계에 관한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부를 검토함에 있어서는 중재절차가 민사소송과는 다른 성질을 갖는 분쟁해결수단이라는 점을 염두에 두어야 한다.

## 2. 사법상의 분쟁

1999년 개정 전의 중재법은 사법상의 법률관계에 관한 분쟁을 그 대상으로 하면서 당사자가 처분할 수 없는 법률관계는 제외되는 것으로 규정하고 있었다(구 중재법 제2조 제1항). 이와 관련해서는 처분할 수 있는 사법상의 법률관계에 관한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있으며, 처분할 수 있는 사법상의 법률관계란 재산권에 관한 법률관계로서 당사자가 화해할 수 있는 것을 의미하는 것으로 해석되었다.<sup>12)</sup>

그런데 현행 중재법은 단순히 사법상의 분쟁이라고만 규정하고 있어 이에 대한 해석의 문제가 남는다. 사법상의 분쟁이란 민사 또는 상사에 관한 법률관계를 그 대상으로 하는 것이므로, 공법상의 법률관계에 관한 분쟁은 중재의 대상이 될 수 없다. 그렇다면 가족법상의 법률관계에 관한 분쟁이 사법상의 분쟁으로서 중재의 대상이 될 수 있을 것인가의 여부가 현실적으로 문제될 수 있다. 이에 관하여 구체적으로 검토하기에 앞서 중재의 대상에 관한 외국의 입법례를 살펴보고자 한다.

### (1) 중재의 대상적격에 관한 입법례

독일의 경우에는 중재적격(Schiedsfähigkeit)과 관련하여 “어떠한 재산법상의 청구도 중재합의의 대상이 될 수 있다. 비재산법상의 청구에 관한 중재합의는 당사자가 분쟁의 대상에 관하여 화해를 할 권한을 가진 경우에 한하여 법적인 효력을 가진다.”고 규정하고 있다(민사소송법 제1030조 제1항).

다만 “국내에 있어서의 주거공간임대차관계존부에 관한 법률상의 다툼에 관한 중재합의는 무효이다. 민법 제549조 제2항 제1호 내지 제3호에 규정된 유형의 주거공간에 관한 것인 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정함으로써(민사소송법 제1030조 제2항) 경제적·사회적 약자인 주택임차인의 보호를 도모하고 있다. 이 규정은 민사소송법이 주택임차인을

12) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, p.55.



보호하기 위하여 주거공간임대차에 관한 소송의 관할을 주거공간소재지의 구 법원으로 규정(제29조의 a)한 입법취지를 살리기 위한, 즉 중재의 선택에 의해 위 규정의 적용을 회피하는 것을 방지하기 위한 것이라고 할 수 있다.<sup>13)</sup> 그러나 위 규정에 의하여 중재적격이 부정되는 것은 임대차관계의 존부에 직접·간접으로 관련된 분쟁에 한정되기 때문에 임대차의 목적물인 주거의 명도 또는 임료지급을 둘러싼 분쟁에 관한 중재는 금지되지 않는 것으로 해석된다. 또한 보호의 필요성 측면에서 일시적 사용만을 위하여 임대되는 주거공간(민법 제549조 제2항 제1호), 임대인이 직접 거주하는 주거의 일부로서 주로 임대인이 설비물을 설치하여야 하고, 임차인에게 그의 가족과 함께 또는 그와 항구적인 것으로 의도된 동일 세대를 이루는 사람과 함께 지속적으로 사용하도록 인도된 것이 아닌 주거공간(같은 항 제2호), 공법인 또는 공인의 사설 복지시설이 주거를 급박하게 필요로 하는 사람들에게 제공할 목적으로 임대한 주거공간(같은 항 제3호)에 관한 임대차관계분쟁은 중재의 대상에서 제외되지 않는다.

“분쟁이 중재에 회부될 수 없거나 단지 일정한 조건 하에서 회부될 수 있는 이 장 외의 법률규정에는 영향을 미치지 않는다.”고 규정함으로써(민사소송법 제1030조 제3항) 실정법에 의한 중재적격의 제한가능성을 인정하고 있다.

미국의 경우에는 연방 중재법에 중재가능성에 관한 명문규정을 두고 있지는 않지만, 중재가능성이 없는 분쟁이 존재하는 것이 일반적으로 승인되고 있다.

프랑스의 경우에는 “모든 사람은 자신이 자유로이 처분할 수 있는 권리에 관하여 중재부탁을 할 수 있다.”고 규정함과 아울러(민법 제2059조), “사람의 신분 및 능력의 문제, 이혼 및 별거에 관한 문제, 공공의 단체 및 시설에 관한 쟁송, 일반적으로 그 밖의 공서에 관한 사항에 관해서는 중재부탁을 할 수 없다.”고 규정하고 있다(같은 법 제2060조). 네덜란드의 경우에는 “중재계약은 당사자가 자유로이 처분할 수 없는 법률관계를 결정하기 위하여 체결되어서는 안 된다.”고 규정하고 있으며(민사소송법 제1020조 제3항), 스위스의 경우에는 “당사자가 임의로 처분할 수 있는 어떠한 청구도 중재절차의 대상이 될 수 있다. 다만 국가의 법원이 강행법규에 의해 사건에 관한 전속적 관할권을 가지고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다(연방 중재법 제5조).

일본의 경우에는 “중재합의는 당사자가 화해를 할 수 있는 민사상의 분쟁[이혼 또는 이연(離縁)<sup>14)</sup>의 분쟁을 제외한다]을 대상으로 하는 경우에 한하여 그 효력을 가진다.”고 규정하고 있다(중재법 제13조 제1항).

중재의 대상적격에 관한 외국의 입법례를 살펴보면 기본적으로 분쟁의 대상에 관한 처분가능성을 일응의 기준으로 하고 있다고 할 수 있다.

13) Friedrich Stein/Martin Jonas/Peter Schlosser, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Bd. 9, J. C. B. Mohr, 2002, §1030 III, Rn. 9.

14) 양친자관계를 해소시키는 것으로서 우리나라의 파양에 해당하는 제도라고 할 수 있다.

## (2) 중재의 대상적격에 관한 논의

우리 중재법이 중재의 대상으로 삼고 있는 사법상의 분쟁의 의미를 명확하게 하기 위하여 독일에서의 중재적격에 관한 논의상황을 검토해 볼 필요가 있다. 독일의 경우 재산법상의 청구는 원칙적으로 중재의 대상이 될 수 있는 반면, 비재산법상의 청구는 당사자가 분쟁의 대상에 관하여 화해할 수 있는 권한을 가지고 있는 경우에 한하여 중재의 대상이 될 수 있으며, 중재적격에 대한 민사소송법 기타 실정법에 의한 제한을 허용하고 있다. 다만 UNCITRAL 모델법을 수용하여 1997년 민사소송법을 개정하기 전에는 재산법상의 청구와 비재산법상의 청구를 구분하지 않고, “1인 또는 수인의 중재인으로 하여금 분쟁에 대한 판단을 하도록 하는 합의는 당사자가 분쟁의 대상에 관하여 화해를 할 권한을 가지는 경우에 한하여 법률상 효력을 가진다(구 민사소송법 제1025조 제1항).”고 규정하고 있었다. 구법 이래 중재적격을 판단하는 기준으로서의 화해의 의미를 어떻게 파악할 것인가와 관련해서는, 실체법적인 관점에서 이를 민법상의 화해를 의미하는 것으로 볼 것인가 아니면 실체법과는 별개의 절차법적인 관점에서 이를 파악할 것인가에 관하여 견해의 대립이 있었는데, 현행 민사소송법 하에서도 여전히 의미를 갖는다고 할 수 있다.<sup>15)</sup>

①중재적격 판단기준으로서의 화해가 민법상의 화해(독일 민법 제779조)를 의미하는 것으로 파악하는 입장에서는 독일 민사소송법이 화해와 중재합의의 유사성에 근거하여 분쟁 대상에 관한 화해가능성을 요구하고 있는 것으로 본다. 이러한 입장에 따르면 실체법상 화해가 허용되는 분쟁만이 중재합의의 대상이 될 수 있으므로<sup>16)</sup>, 중재의 대상이 된 분쟁에 관하여 화해가 이루어진다고 가정할 경우 그 가정적인 화해에 대하여 화해로서의 효력이 인정될 수 있어야만 그 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있다고 한다. 따라서 가정적인 화해 내용이 강행법규 또는 공서양속에 반하여 무효로 될 때에는 중재의 대상이 될 수 없다고 한다. 다만 분쟁의 대상인 법률관계의 효력 자체에 관하여 당사자간에 다툼이 있는 때에는 예외적으로 중재의 대상이 될 수 있다고 한다.<sup>17)</sup>

화해의 의미를 민법상의 화해로 이해할 경우 중재적격의 인정범위가 좁아지게 되므로 이와는 다른 관점, 즉 ②분쟁의 대상인 법률관계에 관하여 객관적 처분가능성이 있는가의 여부를 기준으로 중재적격여부를 판단하여야 한다는 입장이 주장된 바 있다. 그런데 이러한 입장에서는 객관적 처분가능성이 무엇을 의미하는가에 관하여 다시 견해가 나누어지는 데, 특별히 보호할 가치 있는 법익을 위해 국가가 법원에 의한 재판권의 독점을 유보하였는가의 여부를 기준으로 하여야 한다는 입장<sup>18)</sup>과 당사자가 소송을 통해 추구하고자 하는 목적이 합의에 의해서도 달성될 수 있는가의 여부를 기준으로 하여야 한다는 입장<sup>19)</sup>이

15) Karl Heinz Schwab/Gehard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, C. H. Beck, 2005, Kap. 4, Rn. 1.

16) Rolf A. Schütze/Dieter Tscherning/Walter Wais, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Walter de Gruyter, 1990, Rn. 41ff.

17) Peter Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, J. C. B. Mohr, 1989, Rn. 288.

18) K. H. Schwab/G. Walter, *a.a.O.*, Kap. 4, Rn. 1. 연방대법원도 이와 같은 관점에서 중재의 대상적격여부를 판단한 바 있다(BGH NJW 1996, 1753, 1754).

주장되고 있다.<sup>20)</sup>

②의 입장에서는 ①의 입장이 주장하는 바와 같은 방법으로 중재의 대상적격여부를 판단할 경우 당사자가 어떠한 사항에 관하여 다투고 있는가가 아니라 어떠한 법적 주장을 하고 있는가에 따라 중재적격유무가 결정될 것인데, 이는 입법자가 의도한 바가 아니라고 한다.<sup>21)</sup> 또한 ①의 입장은 중재판정부가 강행법규에 반하는 판단을 함으로써 당사자간의 화해로는 합의할 수 없는 결과가 초래되는 것을 방지하기 위하여 강행법규가 문제된 사건의 중재적격을 부정하고 있는데, 오늘날 중재제도가 널리 이용되고 있을 뿐 아니라, 국가가 법률로 중재제도를 인정하고 중재판정에 대하여 국가의 법원에 의한 판단과 동일한 효력을 인정하며, 특별한 사유가 존재하는 경우에 한하여 이에 대한 심사를 허용하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 입법자들은 위와 같은 위협의 존재를 인식하고 중재판정부가 중재법규를 잘못 적용할 경우에 대처하기 위하여 중재판정취소 등의 통제수단을 마련해 놓고 있으므로, 이러한 염려를 배제하기 위하여 중재적격 자체를 부정할 필요까지는 없다고 한다.

다만 분쟁의 대상인 법률관계에 대한 객관적 처분가능성을 기준으로 중재적격여부를 판단하고자 하는 입장도 논자에 따라서는 약간의 차이를 보이고 있는데, **Kornmeier**는 중재의 대상이 된 법률관계에 관하여 당사자에게 소송상의 처분가능성이 인정되는가의 여부, 즉 당해 법률관계에 관한 분쟁에 대하여 소송이 제기될 경우 처분권주의 내지 변론주의가 적용되는가의 여부를 기준으로 중재적격여부를 판단하여야 한다고 한다. 소송상 법원의 직권에 의해 절차가 개시·심판되거나 직권탐지주의가 적용되는 때에는 당해 법률관계에 관한 분쟁해결을 사인인 당사자에게 맡기지 않고 국가의 법원에 유보하는 취지가 명백하기 때문에 중재적격을 부정하여야 한다고 한다.<sup>22)</sup>

이에 대하여 **Bork**는 소송법은 실체법을 실현하기 위한 것이라는 관점에서 소송상 당사자에게 처분권이 인정되는가의 여부는 실체법상의 가치판단결과 정해지는 것이며, 특히 입법자가 어떠한 유형의 사건을 직권탐지주의가 적용되는 비송사건절차에 따르게 할 것인가 아니면 소송에 따르게 할 것인가는 신속한 권리보호를 위하여 어느 것이 적당한가를 고려하여 선택하는 것이고, 분쟁해결수단에 대한 국가의 관여정도는 중요하지 않기 때문에 특별히 보호할 가치 있는 법익을 위하여 법관 외의 누구에게도 특정한 법률상태를 발생시키게 할 수 없다는 의미에서 국가가 법원에 의한 재판권의 독점을 주장하는가의 여부만이 기준이 되어야 한다고 한다.<sup>23)</sup>

19) K. H. Schwab, "Wandlungen der Schiedsgerichtsbarkeit," *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, Walter de Gruyter, 1995, S. 815.

20) 양자의 입장은 주주총회결의의 효력을 다투는 사건의 중재적격과 관련하여 전자의 입장에서는 이를 긍정하는데 대하여, 후자의 입장에서는 이를 부정하는 것을 제외하고는 큰 차이가 없다.

21) Reinhard Bork, "Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit," *ZfP* 100(1987), 256.

22) Udo Kornmeier, "Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefugnis," *ZfP* 94(1981), 38f.

23) R. Bork, *ZfP* 100, 272; K. H. Schwab/G. Walter, *a.a.O.*, Kap. 4, Rn. 1.

중재적격여부에 관한 판단기준으로서의 화해가능성의 의미와 관련하여 실체법적인 관점에서 이를 파악하는 입장은 중재를 이용할 수 있는 범위를 보다 명확하게 하고자 하는 입장인데 대하여, 절차법적인 관점에서 이를 파악하는 입장은 중재의 이용을 가능한 한 넓게 인정하고자 하는 입장이라고 할 수 있다.

### (3) 사법상 분쟁의 의미

우리 중재법의 연혁이나 외국의 입법례 등에 비추어 볼 때, 우리 중재법상 중재의 대상이 될 수 있는 사법상의 분쟁은 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 권리 내지 법률관계에 관한 분쟁을 의미한다고 할 수 있다. 중재의 경우 실정법만이 그 판단기준이 되는 것은 아니고<sup>24)</sup> 법관이 아니라 중재인이 판단의 주체라는 것 등을 고려하면, 중재판정에 의해 실체에 반하는 규율이 이루어지거나 당사자간에서 권리가 처분된 것과 같은 결과를 초래할 수 있다는 점에서 당사자가 처분할 수 있는 분쟁이 그 대상이 될 수 있을 것이다. 다만 처분가능성의 구체적인 의미를 어떻게 파악할 것인가가 문제된다.

이 문제를 해결함에 있어서는 자주적 분쟁해결제도로서의 중재 자체의 본질을 고려하여야 할 것이다.<sup>25)</sup> 중재는 이미 살펴본 바와 같이 당사자의 합의에 기초한 분쟁해결방법으로서 당사자가 합의로 해결할 수 있는 분쟁을 그 대상으로 하여야 한다. 당사자가 분쟁을 합의로 해결할 수 있다는 것은 분쟁을 어떻게 해결할 것인가, 즉 그 분쟁해결의 구체적인 내용을 합의할 수 있다는 것과 분쟁을 어떠한 방법으로 해결할 것인가, 즉 그 분쟁해결방법을 선택할 수 있다는 것을 의미한다고 할 수 있다. 당사자가 당사자자치의 원칙에 기하여 실체에 관한 분쟁해결의 구체적 내용을 합의할 수 있으면 이를 실현하기 위한 절차인 분쟁해결방법에 관해서도 합의할 수 있다. 중재는 분쟁해결의 내용 형성을 제3자에게 맡기고 그 제3자가 제시한 분쟁해결내용에 따르기로 하는 형태의 분쟁해결방법을 당사자가 자유로이 선택할 수 있다<sup>26)</sup>는 것을 전제로 하여 인정되는 것이다. 결국 분쟁당사자에게 분쟁해결내용 및 분쟁해결방법에 관한 처분권이 인정되는 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있다.

결국 사법상의 분쟁이란 당사자가 합의로 해결할 수 있는 분쟁으로서 분쟁해결의 내용 형성을 제3자에게 맡기는 형태의 분쟁해결방법을 자유로이 선택할 수 있는 분쟁을 의미한다고 할 수 있다. 그렇다면 당사자가 분쟁해결의 내용에 관하여 합의할 없는 분쟁은 중재의 대상이 될 수 없을 것이다. 그런데 분쟁 중에는 당사자가 분쟁해결의 구체적인 내용을 합의할 수 있음에도 불구하고 그에 관한 분쟁해결방법으로서 소송만이 허용되는 경우가 존재하는가의 여부가 문제되는데, 이러한 유형의 분쟁이 존재한다면 그것이 중재의 대상

24) 당사자가 명시적으로 권한을 부여한 때에는 중재인은 형평과 선에 따라 중재판정을 내릴 수 있다(중재법 제 29조 제3항).

25) 猪股孝史, “仲裁合意の本旨そして仲裁可能性”, JCAジャーナル 第53卷 第7号, 日本商事仲裁協會, 2006. 7. p.5.

26) 우리 중재법도 중재는 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 사법상의 분쟁을 해결하는 절차로 규정함으로써 이를 전제로 하고 있다고 할 수 있다.

이 될 수 있는가의 여부 또한 문제될 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 중재라는 분쟁해결방법을 선택함으로써 법원의 재판권을 배제하는 것이 허용되지 않는 경우가 존재하는가의 여부 및 그 근거, 이에 해당될 수 있는 구체적인 사유 등에 관하여 검토해 볼 필요가 있다.

## IV. 중재의 대상적격이 문제되는 구체적 사례

### 1. 중재의 대상적격 제한 근거

중재가 당사자의 합의에 기해 법원의 재판이 아닌 중재인의 판정에 의해 사법상의 분쟁을 해결하는 자주적인 분쟁해결제도로서의 성질을 가지고 있다는 점은 이미 살펴보았다. 다만 중재도 법률상의 분쟁을 그 대상으로 하는 법적 분쟁해결제도일 뿐 아니라, 법치국가원리가 적용되는 현대사회에서 국민의 재판 받을 권리가 침해되어서는 안 되기 때문에, 이것이 무제한적으로 허용될 수는 없을 것이다. 물론 이러한 사유에 기해 중재의 대상적격을 제한할 수 있다고 하더라도 그에 관한 실정법규가 존재하는 경우에 한하여 허용될 것이다. 이와 같은 맥락에서 우리 중재법도 중재에 의한 분쟁해결이 허용되지 않는 경우가 있을 수 있다는 것을 전제로 중재법이 아닌 다른 법률에서 중재에 의한 분쟁해결을 인정하지 않고 있는 때에는 중재법이 적용되지 않는 것으로 규정하고 있고(중재법 제2조 제2항<sup>27)</sup>), 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결할 수 없는 때에는 중재판정취소소송이나 중재판정에 대한 승인·집행청구소송의 수소법원이 직권으로 이러한 사유에 관하여 심리(중재법 제36조 제2항 제1호 가목, 제38조)할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

중재의 대상적격이 부정 내지 제한되는 근거로서, 중재인의 능력 및 그 중립성·공정성에 대한 불신이 거론되기도 한다. 이러한 입장에서는 중재인에게 정확한 사실인정 또는 법적용을 할 능력이 있는가, 중재인이 당사자의 일방 또는 쌍방의 의사<sup>28)</sup>에 따라 고의로 부당한 사실인정 또는 법적용을 하게 되는 것은 아닌가라는 불신에 근거하여, 중재인에게

27) 중재법은 중재절차를 인정하지 아니하거나 중재법상의 중재절차와는 다른 절차에 의하여 중재에 회부할 수 있도록 정한 법률에 영향을 미치지 않는 것으로 규정함으로써, 중재의 대상적격을 개별 법령에 의해 긍정하거나 부정할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 이러한 입법은 법정채적 관점에서 장차 중재의 대상적격에 관한 인식 변화 내지 현실적인 필요성에 탄력적으로 대처하기 위한 것이라고 할 수 있는데, 우리나라 실정법 중에는 중재에 의한 분쟁해결을 명문으로 금지하고 있는 것은 없다. 다만 중재법상의 중재절차와는 다른 절차로 중재에 회부할 수 있도록 규정하고 있는 법률로는 노동조합 및 노동관계조정법, 언론중재및피해구제등에관한법률 등이 있다.

28) 중재인은 자신을 선임한 당사자의 이익을 대표하고자 하는 의식을 가지는 경우가 있다는 지적이 있다(K. H. Schwab/G. Walter. a.a.O., Kap. 1, Rn. 9).

분쟁처리를 맡길 경우 관련법규의 취지에 반하는 판단이 내려져 각 법규의 보호법익이 침해될 염려가 있다고 한다.

물론 중재인에 따라 그 능력에 차이가 있을 수 있고 그 중립성·공정성에도 차이가 있을 수 있지만, 능력과 관련해서는 임시중재(ad hoc arbitration) 대신 기관중재(institutional arbitration)를 이용할 경우 능력의 격차를 줄일 수 있다. 또한 중재법은 위와 같은 염려를 고려하여 중재판정취소소송이나 중재판정에 대한 승인·집행정구소송에서 법원이 직권 또는 당사자의 주장에 의해 중재판정취소사유의 존부에 관하여 심사를 할 수 있도록 규정하고 있다. 중재판정은 확정판결과 동일한 효력을 가지는데, 확정판결에 대한 불복방법인 재심과 중재판정에 대한 법원의 통제수단을 비교<sup>29)</sup>해 보면 입법자가 중재판정에 대하여 불신감을 가지고 있었다는 것을 알 수 있다. 중재판정 취소사유와 관련해서는 중재판정의 내용 및 중재절차에 관한 사유가 이에 해당되고, 그 사유 중 중대한 사유의 경우에는 법원이 직권으로 그 사유의 존부에 관하여 심사할 수 있으며, 중재판정에 기한 강제집행의 경우 확정판결의 경우와는 달리 집행판결을 요구한다는 점에서 다른 취급을 받고 있다. 확정판결에 대한 재심에서는 이유로 삼지 않은 판단내용에 관한 사유가 취소사유로 취급되고, 중대한 사유에 관하여 법원이 직권으로 심사할 수 있도록 한 것은 내용상 또는 성립절차상 중대한 하자를 포함한 중재판정이 내려질 가능성이 있다는 것을 전제로 그와 같은 중재판정의 강제적 실현에 국가가 도움을 주어서는 안 된다는 의지를 표명한 것이라고 할 수 있다.

다만 중재에 대한 법원의 통제는 당사자의 신청 내지 주장<sup>30)</sup>을 전제로 하고 있는바, 중재판정이 일정한 급부의 이행을 명하는 경우 그 이행명령이 임의로 이행된 때에는 중대한 하자 있는 중재판정이라든가 그대로 효력을 발생하게 된다. 그러나 당사자가 부당한 판결이라는 사실을 알지 못하거나 그러한 사실을 알면서도 중재판정에 따르는 경우는 그리 많지 않고, 만일 있다고 하더라도 그 결과로 발생할 위법상태로 인한 보호법익의 침해가 크다고 할 수는 없다. 권리 내지 법률관계의 확인을 그 내용으로 하는 중재판정이 부당한 경우에도 당사자의 중재판정취소소송에 의해 취소될 것이므로, 그러한 중재판정이 그대로 효력을 유지하는 경우는 흔치 않다. 부당한 중재판정이 법원의 통제를 면할 가능성이 전혀 없는 것은 아니지만, 그렇게 될 경우는 현실적으로 드물고, 그로 인한 법익 내지 법질서 침해의 정도도 그리 크다고 할 수는 없다. 따라서 일말의 가능성을 배제하기 위하여 사전에 일률적으로 중재적격을 부정하는 것은 타당하지 않다. 또한 당사자가 부당한 법률관계를 승인하는 것은 현실적으로 흔치 않을 뿐 아니라, 부당한 판단이 내려질 염려는 소송에 의한 분쟁해결의 경우에도 존재하는 것이므로 중재의 경우에만 이를 문제 삼아 사전

29) 다만 양자 모두 당사자의 신청이 있어야 절차가 개시된다는 점에서는 공통된다.

30) 중재법 제36조 제2항 제2호 사유와 관련해서는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 이를 심리할 수 있다.

에 중재적격을 부정할 것은 아니다. 따라서 강행법규와 관련이 있다는 것만을 이유로 일률적으로 중재적격을 부정할 것이 아니라, 일정한 법규정에 반하는 내용의 중재판정이 당사자간의 법률관계를 규율하는 것을 허용하지 않는 법규가 존재하는 경우에 한하여 중재적격을 부정하여 당사자에 의한 중재합의, 중재인에 의한 중재절차의 개시·속행 및 중재판정을 금지할 필요가 있다.

당사자가 합의로 해결할 수 있는 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는데, 분쟁 중에는 일정한 법정정책적 또는 법이론적 관점에서 당사자가 사인인 중재인에게 분쟁해결을 맡기는 중재를 분쟁해결방법으로 선택하는 것이 허용되지 않는 경우가 존재할 수 있다. 그렇다면 위에서 살펴본 여러 판단기준을 고려하여 중재의 대상적격이 문제될 수 있는 구체적인 경우에 관하여 살펴보고자 한다.

## 2. 중재의 대상적격이 문제되는 구체적인 경우

### (1) 가사사건

가족법상의 법률관계와 관련해서는 실체적 진실발견이 강하게 요구됨에 따라 당사자에 의한 임의처분이 허용되지 않으므로 그에 관한 분쟁을 당사자간의 합의로 해결할 수 없는 것이 원칙이다.<sup>31)</sup> 가사사건과 관련해서는 객관적 진실발견을 위해 소송절차에 있어서도 직권탐지주의가 적용된다(가사소송법 제17조). 진실한 신분관계와 가족관계등록부 등에 의해 공시된 신분관계가 불일치하는 경우 그 불일치를 제거하기 위한 가류 가사소송사건이나 신분관계의 변동을 내용으로 하는 나류 가사소송사건의 경우에는 수인간의 신분관계를 확립적으로 확정할 필요가 있어 청구를 인용한 확정판결의 효력이 제3자에 대해서도 미치고, 청구를 배척한 판결이 확정된 경우 다른 제소권자가 사실심의 변론종결 전에 참가할 수 없었음에 대하여 정당한 사유가 있지 아니하는 한 다시 소를 제기할 수 없도록 하고 있는데(같은 법 제21조), 중재판정에 의해서는 이러한 목적을 달성할 수 없으므로 중재적격이 부정된다.

이혼이나 파양과 관련해서는 이에 관한 소가 제기된 경우 당사자가 소송상 화해를 할 수 없는 것으로 보는 입장<sup>32)</sup>도 있지만, 민법상 협의상 이혼(민법 제834조), 협의상 파양(같은 법 제898조)이 인정되고 있는 것을 고려하여 이러한 사건의 소송상 청구를 당사자가 임의로 처분할 수 있는 것으로 보는 입장이 주류를 이루고 있는데<sup>33)</sup>, 그렇다면 이혼이

31) 이러한 경우에는 중재의 대상적격 판단기준으로서의 처분가능성과 관련하여 당사자간의 합의로 분쟁해결내용 자체를 자유로이 정할 수 없는 결과 중재의 대상이 될 수 없다.

32) 방순원, “가사심판법의 특이성 - 특히 민사소송의 원리와 대비하여 -”, 「법학의 제문제」: 해남고병국박사환력기념, 경희대학교출판국, 1969, p.342.

33) 오상걸, “가사조정”, 「가정법원사건의 제문제」 재판자료 제18집: 서울가정법원 설립 20주년 특집, 법원행정처, 1983, p.47; 이현승, “가사조정에 있어서 조정에 갈음하는 결정”, 「가정법원사건의 제문제」 재판자료

나 파양사건이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부에 관하여 검토해 볼 필요가 있다.

혼인관계 또는 양친자관계라는 친족법상의 법률관계의 변동은 당사자의 진의를 반영하여야 하므로, 당사자가 그 변동에 관하여 합의할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 그런데 중재의 대상적격 판단기준으로서의 처분가능성은 당사자간의 합의로 분쟁해결내용을 자유로이 정할 수 있을 뿐 아니라 법원의 재판이 아닌 사인인 제3자의 판정에 의해 분쟁을 해결하는 방법을 선택하는 것이 허용되는 경우에 인정된다. 이러한 관점에 비추어 볼 때 당사자간의 혼인관계나 양친자관계를 당사자가 아닌 제3자가 변동시킬 수 있는 것은 재판상 이혼(민법 제840조) 또는 재판상 파양(같은 법 제905조)을 통해서만 가능하다고 할 것이다. 따라서 이혼·파양사건은 중재의 대상이 되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>34)</sup>

다만 가사사건이더라도 수인간의 신분관계의 획일적 확정이 요구되지 않고 재산법상의 법률관계와 밀접한 관련이 있어 분쟁당사자간에서만 효력이 미치는 중재판정에 의해 당해 분쟁을 해결할 수 있는 때에는 예외적으로 중재의 대상이 될 수 있다. 신분관계의 부당파기를 원인으로 한 손해배상청구사건은 재산법상의 법률관계에 관한 분쟁으로서 제한 없이 중재의 대상이 될 수 있다. 친족간의 부양청구사건이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제되는데, 우리 민법상 부양을 받을 권리를 처분하지 못하는 제한을 받기는 하지만(민법 제979조), 이는 부양청구권을 장래에 향하여 포기하거나 타인에게 양도하는 것을 금지하는 것을 의미하므로, 이행기가 도래한 부양청구는 중재의 대상이 될 수 있을 것이다. 상속회복청구사건은 일정한 신분관계, 즉 상속인의 지위<sup>35)</sup>를 전제로 하는 것이지만, 상속재산의 회복을 목적으로 하는 것으로서, 재산법상의 청구를 그 내용으로 하고 있는바, 상속회복을 구하는 사건도 중재의 대상이 될 수 있을 것이다.

## (2) 회사관계사건

주주총회결의취소나 주주총회결의무효확인인 경우 청구를 인용한 판결은 제3자에 대하여도 그 효력이 미치는데(상법 제376조 제2항, 제380조, 제190조 본문), 이와 관련하여 주주총회결의취소나 주주총회무효확인을 구하는 사건이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제된다. 이와 관련해서는 당사자간의 합의로 대세적·소급적 효력을 창출할 수 없다는 것에 근거하여 이러한 사건은 중재의 대상이 될 수 없다는 입장<sup>36)</sup>이 주장되는가 하면, 중재에 있어서는 대세효, 소급효가 중요하지 않으므로 당사자간의 합의로 그러한 효력을 수반하지 않는 주주총회결의취소나 무효확인을 구하는 것이 가능하다는 입장<sup>37)</sup>도 주장되

제62집 : 서울가정법원 설립 30주년 특집, 법원행정처, 1993, p.191; 정지형, “가사조정전치주의의 이론과 실무”, 「민사재판의 제문제」 제8권 : 오당박우동선생화갑기념, 한국사법행정학회, 1994, p.936.

34) R. Bork, ZPP 100, 251f.

35) 당사자가 상속인으로서의 법적 지위 자체를 처분할 수는 없지만, 이에 관하여 법원의 심판을 받더라도 당사자간에서 상대적으로 판단되는 데에 불과하다.

36) R. Bork, ZPP 100, 269f.



고 있다. 전자의 입장에 따르면 주주총회결의취소나 무효확인 은 제3자와의 관계에서도 결 의의 효력을 획일적으로 확정하는 방식으로만 허용되므로, 이에 관하여 당사자간에서만 효력을 미치는 판결을 구할 수 없을 뿐 아니라 중재의 대상도 되지 않는다고 한다. 후자 의 입장에 따르면 중재합의를 통해 당사자간에서만 효력을 미치는 새로운 유형의 주주총 회결의취소나 무효확인을 인정함으로써 중재합의의 당사자가 아닌 제3자의 이익을 보호할 수 있는 한편 중재의 대상적격이 인정될 수 있다고 한다.

중재판정의 효력은 중재합의의 당사자와 중재합의의 효력이 미치는 자<sup>38)</sup>에게만 미치므 로<sup>39)</sup>, 일반 제3자에게는 그 효력이 확장되지 않는다. 소송절차에 의할 경우 대세효가 수 반되는 판결만이 예정되어 있는 사건이라도 당사자가 당사자간 또는 중재합의의 효력이 미치는 자간에서만 상대적으로 중재에 의해 분쟁을 해결하기로 합의할 수 있는 것이 가능 한가에 관하여 검토해 볼 필요가 있다. 물론 이러한 처리가 가능하다면 당사자간 또는 중 재합의의 효력을 받는 자간에서의 규율과 일반 제3자와의 관계에서의 규율이 일치하지 않 는 상황이 발생할 수 있는데, 수인간의 신분관계의 획일적인 확정을 요구하는 가사사건의 경우에는 이러한 상황이 용인되기 어려울 것이다. 다만 회사관계사건에서는 당사자간의 중재합의가 대세효를 수반하는 중재판정을 구하는 취지일 경우에는 중재의 대상이 될 수 없지만, 분쟁의 내용에 따라서 당사자간에서만 상대적으로 효력이 미치는 중재판정에 의 해서도 분쟁처리기능을 담당할 수 있는 것으로 인정되면 그러한 사건은 중재의 대상이 될 여지가 있다.

### (3) 특허관계사건

특허관계사건 중 심결에 대한 소 및 심판청구서나 재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할<sup>40)</sup>로 되어 있는데(특허법 제186조), 심결취소사건이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제된다. 우리 특허법상 특허심판은 행정절차에 해당하고 그에 따른 심결은 준사법적 행정행위로서의 성질을 가지며 심결취소의 소는 행정소송으로서의 성질을 가지는 것으로 해석되고 있다.<sup>41)</sup> 심결취소의 소의 법적 성질을 이와 같이 파악할 경우 특허법원은 심결의 실체적·절차적 위법성 여부를 심리하게 되는데, 이러한 사항에 관한 분쟁은 당사자가 합의로 해결할 수 있는 분쟁에 해당된다고 할 수 없는바, 중재의

37) Horst Barber, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, PETER LANG, 1994, S.163.

38) 제3자에 대한 급부를 내용으로 하는 계약(민법 제539조)에 관하여 중재합의가 체결된 경우 그 제3자에게도 중재합의의 효력이 미치는 것으로 볼 수 있다.

39) K. H. Schwab/G. Walter, *a.a.O.*, Kap. 21, Rn. 2.

40) 특허법원은 특허법 제186조 제1항, 실용신안법 제33조, 디자인보호법 제75조 및 상표법 제86조 제2항이 정 하는 제1심사건, 다른 법률에 의하여 특허법원의 권한에 속하는 사건을 심판한다(법원조직법 제28조의4).

41) 다만 심결취소소송 중 특허청장을 피고로 하는 결정계사건은 항고소송이라는 데에 이견이 없지만, 특허권자 또는 이해관계인은 피고로 하는 당사자계사건과 관련해서는 항고소송으로 보는 입장과 당사자소송으로 보 는 입장이 주장되고 있다(황종환, 「특허법」, 한빛지적소유권센터, 2005, pp.930-931).

대상이 되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

특허권이나 전용실시권은 행정처분의 일종인 설정등록에 의하여 그 권리가 발생하는데(특허법 제87조 제1항, 제101조 제1항 제2호), 특허권의 무효 또는 전용실시권의 부여를 구하는 사건이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제된다. 특허권의 설정등록에 의해 특허권자는 독점배타적인 권리를 취득한다. 특허법은 등록된 특허에 대하여 일정한 사유(같은 법 제133조 제1항)가 존재하는 경우 특허심판원에 특허무효심판을 청구하도록 하고 있다. 또한 이러한 심판절차를 거쳐 특허가 무효로 되기 전에는 유효한 것으로 취급되고, 무효심결이 확정된 때에 특허권이 소급적으로 소멸되어(같은 법 제133조 제3항) 형성적·대세적 효력이 발생하고 재심사유가 없는 한 더 이상 다룰 수 없는 효력이 인정된다<sup>42)</sup>는 점에서 인용심결은 형성행위로서의 성질을 가진다. 특허법상 특허권의 발생, 변경, 소멸 등 일정한 사항에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 별도의 심판절차를 마련한 취지<sup>43)</sup>, 심결의 대세적 효력 및 특허권의 이전 등 변동사항에 관하여 등록을 하여야 그 효력이 인정되는 점 등을 고려할 때 대세적 효력이 인정되는 특허권무효를 구하는 사건은 중재의 대상이 되기 어려울 것이다.

제3자가 특허권자의 허락 없이 특허를 실시하여 특허권자가 이에 대한 금지 또는 이로 인한 손해배상을 구하는 사건에서 상대방이 특허의 무효를 주장하는 경우 중재인이 그에 관하여 판단할 수 있는가의 여부가 문제된다. 이 문제를 검토하기에 앞서, 특허는 특허청의 등록처분에 의해 성립하고 등록이 이루어지면 그 등록에 무효사유가 존재하더라도 특허등록무효심판절차에 의해서만 그 등록을 무효로 할 수 있는데, 이러한 절차를 거치지 않은 상태에서 특허침해소송의 수소법원이 등록된 특허가 무효임을 독자적으로 판단하고 이에 기하여 재판할 수 있는가의 여부를 살펴보아야 한다.<sup>44)</sup> 이에 관하여 대법원은 발명에 신규성이 없는 경우에는 특허침해소송의 수소법원이 그 특허가 무효임을 전제로 판단할 수 있고<sup>45)</sup>, 발명에 명세서 기재 불비의 사유가 존재하여 그 기술적 범위를 특정할 수 없거나<sup>46)</sup> 특허의 실시가 불가능<sup>47)</sup>한 때에는 그 특허가 등록 무효되지 않고도 권리범위를 가지지 못한다고 하여 이러한 경우에는 특허가 무효임을 전제로 판단하는 것을 허용하고 있다.<sup>48)</sup> 따라서 특허침해의 성립여부를 판단하기 위한 전제로서 기술적 범위에 해당하는

42) 황중환, 앞의 책, pp.836-838.

43) 특허의 등록에 관여한 특허청으로 하여금 그 등록의 유효 여부를 심리·판단하도록 함으로써 이에 관한 분쟁을 신속하고 공정하게 해결하기 위하여 국기기관의 권한을 분배한 것으로 볼 수 있다.

44) 이에 대한 처리방법은 입법례에 따라 다른데, 특허무효를 다룰 수 있는 별개의 제도가 존재하지 않는 미국의 경우에는 특허침해소송단계에서 항변이나 반소의 형태로 특허의 무효를 주장할 수 있는데 대하여, 별개의 불복제도를 두고 있는 우리나라의 경우에는 특허청과 법원간에 권한을 배분한 제도의 취지, 제도 운영상의 효율성 등과 관련하여 개별적인 침해소송 등(보전처분 포함)에서 법원이 스스로 등록특허의 무효여부를 판단하여 재판의 전제로 삼을 수 있는가의 여부 및 그 범위가 문제될 수 있다.

45) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000후1283 판결.

46) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000후235 판결.

47) 대법원 2001. 12. 27. 선고 99후1973 판결.

가의 여부에 관하여 판단하는 과정에서 특허의 효력에 관하여 판단하는 것은 중재의 대상이 될 수 있다. 이러한 경우에는 당사자간에서 상대적으로 특허의 효력에 관하여 판단받는 것만으로도 당사자간의 분쟁을 충분히 해결할 수 있으므로 이를 허용하는 것이 바람직할 것이다.

#### (4) 강제집행관계사건

청구이의사건, 제3자이의사건 등 강제집행사건도 넓은 의미에서는 민사에 관한 분쟁이라고 할 수 있는데, 이러한 사건이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제된다. 강제집행의 허용여부, 기존의 강제집행의 취소 또는 인가 등에 관한 권한은 법원에 속하는 재판권의 일종이므로 당사자간의 합의로 이를 처분할 수 없으므로, 강제집행소송의 판결주문과 같은 내용의 중재판정을 구하는 것은 허용되지 않을 것이다. 다만 당사자가 기판력에 의해 확정된 청구권을 처분하는 것은 허용되므로 강제집행소송의 전제가 된 권리관계에 대하여 집행권원에 표시된 실체법상의 권리관계존부의 확인을 구하는 것은 가능할 것이다.

또한 일정한 급부의 이행을 명한 중재판정에 기해 강제집행을 하기 위해서는 법원의 집행판결을 받아야 하고, 그 과정에서 중재판정 취소사유의 존부가 심리되는데(중재법 제38조, 제36조 제2항), 이는 중재판정에 대한 불신에 근거한 것이라고 할 수 있다. 이와 같은 관점에 비추어 볼 때 중재판정에 의하여 집행권원의 집행력을 배제하거나 제한하는 것은 법원의 통제수단, 즉 부당한 중재판정을 배제할 수 있는 절차가 마련되어 있지 않기 때문에 허용되지 않는다고 보아야 한다.

## V. 결 론

당사자가 분쟁을 중재에 의해 해결하기로 합의하는 경우 중재절차진행의 구체적인 내용도 임의로 정할 수 있는바, 중재절차는 통상 비공개로 진행되며 심리나 증거조사와 관련해서도 소송에 있어서와 같은 제약을 받지 않고, 중재판정에 대하여는 확정판결과 동일한 효력이 인정되므로 중재에 의한 분쟁해결은 절차를 보다 신속하고 효율적으로 진행할 수 있는 측면을 가지고 있다고 할 수 있다.

48) 특허침해소송을 담당하는 법원이 진보성 결여에 대하여도 독자적으로 판단하여 재판의 전제로 삼을 수 있는가에 관하여는 대법원의 입장이 통일되어 있지 않다. 다만 최근의 대법원 판례 중에는 “특허의 무효심결이 확정되기 전이라도 특허침해소송을 심리하는 법원은 특허에 무효사유가 있는 것이 명백한지 여부에 대하여 판단할 수 있고, 심리한 결과 당해 특허에 무효사유가 있는 것이 분명한 때에는 그 특허권에 기초한 금지와 손해배상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다.”고 판시한 것이 있다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2000다69194 판결).

또한 중재인이 분쟁을 해결함에 있어서 판단기준이 되는 것은 실정법에 한정되지 않는 결과, 소송에 비해 구체적인 사안에 적합한 해결을 도모할 수 있고, 특히 법률에 정해진 구체 외에도 당사자의 의사에 따라서는 보다 다양한 내용의 중재판정이 이루어질 수도 있다. 다만 이러한 특성을 가지는 중재가 그 제도적 취지에 맞게 운영되기 위해서는 중재인의 판단내용의 적정 및 예측가능성, 적절한 중재인의 선임 및 중재인의 공정성 등이 확보되어야 한다.

중재의 대상적격 판단기준인 분쟁대상에 관한 처분가능성 여부를 판단함에 있어서는 중재제도 자체의 본질을 고려하여야 한다. 중재는 당사자자치를 전제로 당사자간의 합의에 의해 국가의 재판권을 배제하고 사인인 중재인의 판정에 의해 사법상의 분쟁을 해결하는 제도이므로, 당사자가 합의로 해결할 수 있는 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있다. 당사자가 분쟁해결의 구체적 내용을 스스로 정할 수 있을 뿐 아니라 분쟁해결내용의 형성을 제3자에게 맡기는 분쟁해결방법을 자유로이 선택할 수 있는 분쟁이라면, 당사자에게 그 분쟁에 관한 처분가능성이 인정되어 중재의 대상이 될 수 있을 것이다. 다만 당사자가 스스로 분쟁해결의 구체적인 내용에 관하여 합의할 수 있다고 하더라도 법이론적 또는 법정정책적 관점에서 사인인 제3자에게 분쟁해결내용의 형성을 맡기는 중재를 분쟁해결방법으로 선택하는 것이 허용되지 않는다면, 그러한 분쟁은 중재의 대상이 될 수 없을 것이다. 구체적인 경우에 일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 그 실제적 권리관계를 기준으로 하면서도 이에 적용될 법규, 소송에 의할 경우 분쟁해결절차나 그 결과에 부여되는 효력 등을 고려하여 법이론적 또는 법정정책적인 관점에서 당해 분쟁이 중재를 통해 해결하기에 적합한 것인가의 여부를 검토하여야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001.
- 황종환, 「특허법」, 한빛지적소유권센터, 2005.
- 猪股孝史, “仲裁合意の本旨そして仲裁可能性”, 「JCAジャーナル」 第53卷 第7号, 日本商事仲裁協會, 2006.
- 田邊 誠, “民事紛争の仲裁適格について - ドイツにおける議論を参考にして -”, 「民事訴訟雑誌」 第42号, 法律文化史, 1996.
- Barber, Horst, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, PETER LANG, 1994.
- Bork, Reinhard, “Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit(§1025 Abs. 1 ZPO)”, ZJP

100(1987), 249.

Kornmeier, Udo, "Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefugnis," *ZZP* 94(1981), 27.

Lew, Julian D. M./Mistelis, Loukas A./Kröll, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

Schlosser, Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, J. C. B. Mohr, 1989.

Schütze, Rolf A./Tscherning, Dieter/Wais, Walter, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, Walter de Gruyter, 1990.

Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard, *Schiedsgerichtsbarkeit*, C. H. Beck, 2005.

Schwab, Karl Heinz, "Wandlungen der Schiedsgerichtsbarkeit," *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, Walter de Gruyter, 1995.

Stein, Friedrich/Jonas, Martin/Schlosser, Peter, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Bd. 9, J. C. B. Mohr, 2002.

## ABSTRACT

### The Definition and the Substance of the Arbitrability of the Subject-matter of a Dispute

Su-Mi Kang

Arbitration is the system of resolving disputes not by the adjudication of a national court but by the award of an arbitrator or arbitrators. To settle disputes by arbitration, it should be concluded that the arbitration agreement which is implied that the parties agree to submit to the arbitral award about all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of defined legal relationships.

It is a matter for debate that which types of dispute may be resolved by arbitration. This problem is concerning the arbitrability of the subject-matter of a dispute. National laws establish the domain of arbitration. Each state decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social and economic policy.

According to Korean Arbitration Act Art. 3 (1), any dispute in private laws would be the object of arbitral proceedings. Therefore, the parties may agree to arbitrate disputes relating to the rights that they freely dispose of. Besides, they may have the freedom to choose arbitration as the form of a dispute resolution. Because arbitration is a private proceeding with public consequences that some types of dispute are reserved for national courts, whose proceedings are generally in the public domain. It is this sense that they may not be the object of arbitration. After all, it could be the object of arbitral proceedings that disputes which are capable of a settlement by arbitration.

**Key Words** : Arbitrability of the subject-matter of a dispute, Arbitrability, Arbitration agreement, Arbitral proceeding, Arbitration