

仲裁研究, 第 23 卷 第 1 號
2013년 3월 2일 발행, pp. 55~85

논문접수일 2013. 1. 31
심사완료일 2013. 2. 20
게재확정일 2013. 2. 27

중재합의에 대한 새로운 고찰

A New Approach on the Arbitration Agreement

손 경 한 *

Kyung-Han Sohn

심 현 주**

Hyun-Joo Shim

〈 목 차 〉

I. 서론	V. 중재합의의 효력범위
II. 중재합의 개관	VI. 결론
III. 중재합의의 준거법	참고문헌
IV. 중재합의의 요건	Abstract

주제어 : 중재합의, 준거법, 중재적격, 중재합의의 방식, 중재합의의 범위

* 주저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사(02-760-0596, khsohn@aramlaw.com).

** 교신저자, 한국지식재산연구원 전문연구원, 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정(02-2189-2660, hjshim@kiip.re.kr).

I. 서론

중재에 의하여 분쟁을 해결하기 위해서는 당사자 간의 중재합의가 존재하여야 한다. 중재절차를 진행하기 위한 중재인의 선정이나 중재인의 중재판정권은 중재합의에 연원하며 중재합의가 허용하는 바에 따라 중재절차가 진행되고 중재판정이 내려질 수 있다. “중재는 중재합의이다”라는 법언(法諺)은 중재합의의 중요성을 웅변하여 주고 있다. 중재합의에 기초하여 내려지는 중재판정은 양쪽 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지고,¹⁾ 중재판정을 이행하지 않는 경우 법원의 조력을 얻어 강제집행을 할 수 있다.²⁾ 또한 중재합의와 중재판정의 국제적인 승인과 집행을 위하여 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약(The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards : 이하 “뉴욕협약”이라 한다)”는 국제적으로 중재합의의 효력과 중재판정의 효력을 인정하고, 그 집행을 보장한다.

종래 중재합의의 중요성을 강조하고 본계약으로부터의 분리를 명확히 하기 위하여 중재합의의 독자성이 인정되어 왔다. 그러나 중재합의의 독자성이 확립된 오늘날에는 중재합의의 독자성을 지나치게 강조하는 것은 오히려 중재합의의 유효성과 중재합의에 관한 당사자의 자치를 훼손할 수 있는 위험이 있다. 나아가 종래에는 중재합의 존재의 명확화, 중재합의의 효력범위를 확정을 이유로 중재합의의 서면성을 요구하였고 중재합의의 대상도 가급적 좁게 해석하여 왔으나 중재가 분쟁해결수단으로 일반화된 오늘날에는 그 형식적 요건이나 내용적 요건을 재고할 필요가 있다. 또한 중재합의의 효력범위에서도 당해 중재합의와 관련된 분쟁을 일의적으로 해결하고 분쟁해결비용과 소요기간을 감소시키기 위하여 그 주관적 범위와 객관적 범위를 확장할 필요가 있다.

본고에서는 이러한 새로운 논점을 분석하기 위하여 먼저 중재합의를 개관한 다음(II), 중재합의의 준거법에 관한 새로운 고찰을 하고(III), 나아가 중재합의의 형식적 요건과 실질적 요건을 반추하며(IV), 이어 중재합의의 효력범위의 확장을 시도하는(V) 순서로 살펴보고자 한다.

1) 한국 중재법 제35조.

2) 한국 중재법 제37조.

II. 중재합의 개관

1. 중재합의의 개념

중재에 의해 분쟁을 해결하기 위해서는 최소한 당사자 간의 중재에 의하여 분쟁을 해결하고자 하는 합의가 존재해야 하며, 이를 중재합의(arbitration agreement)라고 한다.³⁾ UNCITRAL모델중재법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)은 “중재합의는 계약에 의하거나 또는 계약에 의하지 아니한 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 모든 분쟁 또는 특정한 분쟁을 중재에 부탁하는 당사자 사이의 합의”라고 규정한다.⁴⁾ 이러한 중재합의는 분쟁 발생 전에 이루어지는 것이 보통이지만, 분쟁 발생 후에도 할 수 있으며 중재합의 후에도 당사자는 합의로 중재를 포기할 수 있다.⁵⁾

중재합의는 중재절차와 관련하여 3가지 경우에 문제된다. 첫째는 중재인이 중재를 함에 있어 중재심판권의 유무와 그 범위를 정하는 기준이 된다. 둘째는 중재합의에도 불구하고 제소가 된 경우에 방소항변사유가 된다. 셋째는 중재판정의 취소나 승인·집행에 있어 중재합의의 존재가 그 전제가 된다. 첫째와 셋째의 경우는 중재합의의 적극적 효력이 문제되고 둘째의 경우에는 중재합의의 소극적 효력이 문제된다. 이하에서는 관련 부분에서 논의하기로 한다.

2. 중재합의의 유형

(1) 중재합의의 독립성 유무에 따른 유형

중재합의는 본 계약에 포함되어 있는지 여부에 따라 중재부탁계약과 중재조항의 두 가지 유형으로 나눌 수 있다.⁶⁾ 전자는 현존하는 분쟁을 중재에 따르도록 하는 독립된 합의이고, 후자는 장래의 분쟁을 중재에 의하여 처리하도록 하는 본 계약에 포함된 중재조항을 말한다. 이 두 가지 중재합의는 후술하는 바와 같이 이에 관한

3) 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 『중재연구』 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006. 8, p.92.

4) 동법 제7조. 한국 중재법 제3조 제2호도 UNCITRAL 모델중재법을 그대로 수용한 규정을 두고 있다.

5) 김상만, “계약 및 중재합의 유효성의 소송 대상적격성에 대한 미국 연방대법원의 입장에 관한 연구”, 『동아법학』 제50권, 동아대학교 법학연구소, 2011, p.421.

6) 한국 중재법 제8조 제1항.

당사자의 의사나 법적 성질을 달리하므로 이를 구별할 실익이 있다.⁷⁾ 실무에서는 중재부탁계약보다는 중재조항 방식이 압도적으로 많다.⁸⁾

(2) 분쟁발생전후에 따른 유형

중재합의는 분쟁발생전후에 따라 사전 중재합의와 사후 중재합의⁹⁾로 나눌 수 있다. 중재합의는 통상 분쟁 발생 전에 이루어진다. 전자는 당사자에 미치는 영향이 큰 반면, 당사자가 별다른 주의를 기울이지 아니하는 경우가 많으므로 비교적 엄격한 규제가 가해진다. 후자는 분쟁 당사자가 중재합의에 대하여 전자보다 많은 관심을 가진다는 점에서 비교적 넓게 당사자자치가 인정된다.

(3) 중재합의의 국제성에 따른 유형

중재합의는 본 계약의 국제성 여부에 따라 국제 중재합의와 국내 중재합의로 나눌 수 있다. 전자는 중재지, 중재에 사용될 언어 등에 관하여 엄격하게 합의할 것이 요청되고 준거법의 지정이 문제되나, 후자는 그럴 필요가 없다. 국내 중재합의는 국내 중재법에 따라 승인되고 해석됨에 반하여 국제 중재합의는 주로 뉴욕협약에 따라 승인되고 해석된다.¹⁰⁾

(4) 중재합의의 동시성에 따른 유형

1) 동시적 중재합의

동시적 중재합의란 중재합의가 하나의 계약으로 이루어지는 경우를 말한다. 대부분의 중재합의는 동시적 합의이다.

2) 순차적 중재합의

순차적 중재합의란 당사자 일방이 먼저 중재기관 등 제3자와 특정 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 합의하고, 나중에 타방 당사자가 그 제3자와 당사자 일방과의

7) 반면, 두 가지 유형은 모두 중재합의에 해당하므로 양자의 구별 실익은 없다는 반대견해도 있다. 석광현, 「국제상사중재법연구 제1권」, 박영사, 2007, p.108.

8) 특히 각국의 상설중재기관에서는 중재의 효율성을 높이고 신속한 중재절차의 진행을 위하여 당사자들이 중재계약을 체결할 때 쉽게 이용할 수 있도록 표준중재조항을 마련해 놓고 있다(대한상사중재원 www.kcab.or.kr 2013.1.14. 최종검색).

9) 새로운 중재계약이 체결되거나 일방 당사자의 중재 재개신청 등에 상대방이 응하여 사후적으로 중재합의가 있는 경우를 말한다(부산고등법원 1995. 7. 21. 선고 95나368 판결).

10) 국제 중재합의에 관한 판결로는 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결, 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결 등.

특정 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 방식의 합의를 말한다. 예컨대 국제인터넷주소관리기구(ICANN)가 1999. 8. 26. 제정한 통일도메인이름분쟁해결방침(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 이하 "UDRP"라 함)은 도메인이름 등록기관을 매개로 등록자와 그 절차에 따른 판정을 신청하는 자의 순차적인 동의에 의하여 구속력을 갖추는 분쟁해결합의 조항을 두고 있다.¹¹⁾ 순차적 중재합의의 유효성에 관하여 의문을 표하는 견해도 있으나 그러한 합의를 할 현실적인 필요도 있으므로 중재합의로서의 요건을 갖추는 한 그 유효성을 부인할 이유는 없을 것이다.

3. 중재합의의 법적 성질에 관한 논의의 의미

(1) 법적성질에 관한 논의

종래 중재합의의 법적 성질과 관련하여 소송계약설과 실체계약설의 대립이 있었다. 법원의 재판권을 배제하고 확정판결과 동일한 효력이 있는 중재판정을 목적으로 하는 중재합의는 소송계약의 일종이라고 보거나 중재합의를 당사자에게 인정되는 생활관계를 스스로 형성할 수 있는 권능, 즉 실체법상의 처분권의 행사인 실체계약으로 보았다.¹²⁾ 중재합의의 법적 성격에 대하여 중재조항과 중재부탁계약을 나누어 전자는 실체계약, 후자는 소송계약으로 보는 견해도 있다.¹³⁾

(2) 법적성질에 관한 논의의 무의미성

중재합의의 법적 성질을 논하는 실익이 거의 없다. 중재합의의 법적 성질을 논하

11) 즉, 도메인 이름의 등록인은 등록 시 자신이 등록하는 도메인 이름이 자3자의 권리를 침해하지 않으며 만약 제3자(신청인)가 UDRP에 따라 권리를 주장하는 경우에 중재유사의 의무적 행정절차(Mandatory Administrative Proceeding)에 응할 의무를 부담하는 조건으로 도메인이름을 등록하게 된다. 신청인도 UDRP와 UDRP규칙에 따라 도메인 이름의 등록 말소, 이전 또는 변경을 신청할 수 있게 되어 있으므로 결국 UDRP는 등록인과 신청인 모두를 구속한다. hpweb사건에 관한 첫번째 대법원 판결인 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결 참조.

12) 실체계약으로 본 견해로는 손경환, "중재합의", 「사법연구 1: 계약법의 특수문제」, 1983, p.123; 김홍규, "중재법원(중재판정부)의 자기의 관할권을 판정하는 권한", 「중재」 제298호, 대한상사중재원, 2000, p.6; 오창석, "과산절차에 있어서의 중재합의의 효력과 중재절차", 「중재연구」 제15권 제1호, 한국중재학회, 2005, p.126; 석광현, "國際商事仲裁에서 仲裁合意의 準據法", 「법학논총」 제24권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2007, p.9.

13) 중재조항을 본 계약에 삽입하는 당사자의 의사가 본 계약과 별도의 중재계약을 따로 체결한다고 생각하지는 않으며, 실제 중재조항에 중재합의의 준거법에 관하여 따로 규정하는 경우가 거의 없음을 근거로 중재조항은 실체계약인 본 계약의 일부로서 실체계약적 성격을 가진다고 보는 반면 중재부탁계약의 경우에는 본 계약과 별도로 독립적인 계약이 체결되고 그에 관한 준거법의 합의도 별도로 규정하는 등 중재절차의 진행을 전제로 하여 체결되는 것이므로 소송계약의 성격을 지닌다고 본다. 손경환, "중재자치와 중재의 준거법", 「국제사법연구」 제17호, 한국국제사법학회, 2011. 12, pp.421- 422.

는 실익으로 먼저 중재합의의 당사자 능력에 관한 문제가 거론된다. 실제계약설에 따르면 당사자는 권리능력 및 행위능력을 가져야 하는 반면, 소송계약설에 따르면 당사자능력 및 소송능력을 가져야 하므로 서로 다르다고 하나 민사소송법상 당사자 능력은 권리능력을, 소송능력은 행위능력을 기초로 하므로 양자는 대체로 유사한 결론이 된다.¹⁴⁾ 또 하나의 실익으로 중재합의 및 중재절차의 준거법을 든다. 즉, 실제계약설에 따르면 당사자자치 원칙에 따라 준거법이 결정되는 반면, 소송계약설에 따르면 절차는 법정지법에 의한다는 원칙에 따라 법정지법이 적용된다는 것이다.¹⁵⁾ 그러나 후술하는 바와 같이 중재합의의 준거법을 법정지법으로 하게 되면 법정지가 어디로 되느냐에 따라 중재합의의 운명이 결정되어 법적 안정성을 해치므로 오늘날 이러한 입장을 관철하는 견해는 그 힘을 잃어가고 있다. 따라서 오늘날 중재합의의 법적성질에 관한 위와 같은 논의는 중재의 본질을 흐리는 시대착오적인 것이라고 하여야 할 것이다.

4. 중재합의의 독립성의 문제

종래 중재합의의 독립성은 두 가지 의미를 가지는 바 첫째는 본 계약으로부터 독립하여 본계약이 무효가 되더라도 중재합의는 여전히 그 효력을 유지한다는 것 (Doctrine of Separability)이고 둘째는 중재합의의 해석에 있어서는 본 계약의 해석과는 달리 독자적인 기준이 적용된다는 것이다.¹⁶⁾ 중재합의의 독립성이 문제되는 경우는 중재조항의 형식으로 되어 본 계약의 일부분으로 이루어진 경우이다.¹⁷⁾ 첫 번째 의미의 중재조항의 독립성, 즉 본 계약에 무효 또는 취소사유가 있다 하더라도 이는 중재합의의 효력에 영향을 미치지 않는 것은 대부분의 입법례에서 인정하고 있다.¹⁸⁾ 그러나 두 번째 의미의 중재조항의 독립성 즉 중재조항의 해석에 있어서는 본 계약의 해석과는 달리 독자적인 기준이 적용된다는 것에 관하여는 별도의 논의를 요한다. 앞서 본바와 같이 중재조항이 본계약과 마찬가지로 실제계약적 성질을 가지고 있고, 중재조항의 준거법에 관하여 별도의 합의를 하지 않는다는 점에서 본

14) 석광현, 전게서, 2007, p.111.

15) 손경한, 전게논문, 2011, pp.421-422.

16) 강수미, “본계약의 효력이 다투어지는 경우 그에 관한 중재합의의 효력 - 분리가능성 이론을 중심으로 -”, 『법학연구』 제17권 제2호, 연세대학교 법과대학 법학연구소, 2007, p.130.

17) 강수미, 전게논문, 2007, p.152.

18) UNCITRAL모델중재법 제6조 제1항; 한국 중재법 제17조 제1항 후문; 독일 민사소송법 (Zivilprozessordnung (ZPO)) 제1040조; 일본 중재법은 제13조 제6항; 미국 Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co., 388 U.S. 395(1967) 각 참조. 목영준, 『상사중재법』, 박영사, 2011, pp.104-105.

계약의 해석과 같은 기준을 적용하여야 할 경우가 많기 때문이다.¹⁹⁾ 이에 관하여는 후술한다.

5. 중재합의에 관한 뉴욕협약의 규정

(1) 뉴욕협약의 법적 지위

앞서 본 바와 같이 국제중재에 관한 중요한 규범으로 1958년 채택된 뉴욕협약²⁰⁾이 있다. 이는 외국중재판정의 승인 및 집행을 국제적으로 보장하기 위한 것으로, 일찍이 중재합의의 국제적 유효성과 존중의무를 규정하였다. 뉴욕협약은 55년의 역사 속에서 가장 성공적인 국제조약으로 인정받고 있다. 동 협약에는 2013. 1. 1. 현재 148개국²¹⁾이 가입하여 국제중재가 문제될 수 있는 거의 모든 나라가 다 가입한 상태이다.²¹⁾ 뉴욕협약은 그 광범한 수용성과 법적 권위로 인하여 이제 국제상사중재에 관한 한 일반적으로 승인된 국제법규의 지위를 획득하였거나²²⁾ 적어도 그에 준하는 지위를 얻었다 할 것이다. 따라서 우리나라에서도 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 같이 국내법과 같은 효력을 가진다고 보거나 뉴욕협약이 적용되지 않는 사건에 준용될 수 있다 할 것이다.²³⁾ 그러므로 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 중재합의나 중재판정도 뉴욕협약의 규정을 준용하여 그 요건과 절차에 따라 승인·집행될 수 있다고 할 것이다. 그렇다면 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 외국중재판정의 승인·집행에 비교적 엄격한 규제를 하고 있는 민사소송법과 민사집행법상의 외국 판결의 승인·집행에 관한 규정을 준용하고 있는 우리 중재법의 규정²⁴⁾은 뉴욕협약의 국제법적 지위를 고려하지 아니한 시대에 뒤떨어진 입법이라 하겠다.

(2) 뉴욕협약상 중재합의에 관한 규정

뉴욕협약은 먼저 각 체약국에 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 관한 일정한

19) 김갑유, “중재합의의 유효성 판단과 그 준거법”, 「인권과 정의」, 통권331호, 대한변호사협회, 2004, p.178.

20) 한국은 1973년 동 협약에 가입하면서 상사관련 분쟁에 한하고, 상호 체약국인 경우에 한해서만이 협약을 적용한다는 상사유보선언과 상호주의 유보선언을 하였다.

21) 타지키스탄은 2012. 11. 12. 동 협약에 가입하였다.
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html(2013.1.23. 최종검색).

22) 일반적으로 승인된 국제법규에는 국제관습법뿐아니라 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 것을 포함한다고 이해되고 있다. 예컨대 김명규, 「현대헌법론」, 법영사, 1997, p.279 등.

23) 한국 헌법 제 6조 제1항.

24) 한국 중재법 제39조 제2항.

법률관계에 관련하여 당사자 간에 발생하는 분쟁을 중재에 부탁하기로 약정한 당사자 간의 서면에 의한 합의를 승인할 의무를 규정하고 있다.²⁵⁾ 당사자들이 중재합의를 한 사항에 관한 소송이 제기되었을 때에는 체약국의 법원에 중재합의가 무효, 실효 또는 이행불능이 아닌 한 일방 당사자의 청구에 따라 중재회부를 명령할 의무를 부과하여²⁶⁾ 동 협약 가입국으로 하여금 중재합의의 효력을 승인하도록 하였다. 나아가 중재합의의 당사자가 무능력자이었던가 또는 중재합의가 무효인 경우에 한하여 그 중재판정의 승인·집행을 거부할 수 있게 하였다.²⁷⁾ 이 경우 당사자의 무능력 여부 판단의 준거법은 그 당사자들에게 적용될 법이고 중재합의의 무효여부 판단의 준거법은 당사자들이 준거법으로서 지정한 법 또는 지정이 없는 경우에는 중재판정을 내린 국가의 법이라고 규정한다.²⁸⁾

(3) 뉴욕협약의 문제점

뉴욕협약이 체결된 때로부터 55년이 지나 국제화와 정보화가 많이 진척된 오늘날은 중재합의에 엄격한 서면성을 요구한다거나 중재지법나 중재판정 승인·집행국법을 준거법으로 하는 종래의 태도는 낙후된 감이 있다.²⁹⁾ 궁극적으로는 뉴욕협약을 개정하여 근본적인 문제점을 해소하여야 할 것이지만 우선은 최대한 현실에 맞는 해석론을 전개하여 나가야 할 것이다.

III. 중재합의의 준거법

1. 개설

중재합의의 경우 특히 본 계약과는 별도로 중재합의의 유효성이나 효력을 결정하기 위하여 중재합의의 준거법이 문제된다.³⁰⁾ 당사자는 중재합의의 준거법을 자유로

25) 뉴욕협약 제2조 제1항.

26) 뉴욕협약 제2조 제3항.

27) 뉴욕협약 제5조 제1항 가호.

28) 뉴욕협약 제5조 제1항 가호.

29) 이러한 관점에서 뉴욕협약이 중재적격성의 준거법을 법정지법으로 정하고 있는 점을 비판하고 법적안정성과 예측가능성의 관점에서는 당사자의 의사를 존중하여 법정지의 공서에 반하지 않는 한 중재적격성을 인정하여야 할 것이라는 견해로는 손경한, “중재자치의 개념과 내용”, 「성균관법학」, 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012. p.13.

30) 중재합의의 준거법에 관하여는 손경한, 전제논문, 2011, p.411 이하; 강수미, 전제논문, 2006. 8, p.9. 각 참조.

이 선택할 수 있다. 이는 뉴욕협약이 기본적으로 취하는 태도이다.³¹⁾ 중재합의의 당사자는 준거법의 선택에 있어 묵시적인 선택도 인정하고 있으므로 중재합의의 준거법을 명시적으로 뿐 아니라 묵시적으로도 지정할 수 있다.³²⁾ 중재합의의 준거법을 명시적으로 지정하지 아니한 중재조항의 경우 본 계약의 준거법을 중재합의의 준거법으로 하기로 하는 묵시적 합의가 있다고 보아야 할 것이다.³³⁾ 중재합의의 대다수가 중재조항의 형식을 취하고 있고 본 계약의 준거법은 명시적으로 지정하는 것이 보통이므로 중재합의의 준거법을 본 계약의 준거법에 따르도록 하는 이러한 해석론은 중재지법이 보충적으로 중재합의의 성립·유효성의 준거법이 된다는 뉴욕협약의 규정³⁴⁾의 적용범위를 극소화하는 결과로 될 것이다.³⁵⁾

2. 중재합의 체결능력의 준거법

중재합의의 체결능력의 준거법에 관하여는 본국법주의와 상거소지법주의가 대립된다. 우리나라와 같은 대륙법계국가에서는 그 준거법은 각 당사자의 본국법이며, 당사자가 법인인 경우에는 그 속인법이 될 것이며³⁶⁾ 영미법계 국가에서는 주소지법이 될 것이다.³⁷⁾ 국가의 중재합의 체결능력은 주권면제의 문제로서 이에 관한 국제

31) 뉴욕협약 제5조 제1항 가호. 이에 대하여 중재는 국가가 승인하는 한도내에서 법적 의미를 가진다는 국가주의적 견해는 입법론으로서 당사자자치를 부정하고 중재계약과 가장 밀접한 관련이 있는 중재지국법을 준거법으로 하고 중재지가 없는 경우에는 본 계약의 준거법에 의할 것이라고 한다. 高桑昭, 國際民事訴訟法·國際私法論集, 365頁참조.

32) 국제사법 제25조 참조. 이 때 묵시적인 준거법의 선택은 계약내용과 그 밖의 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다. 예컨대 계약내용 외에 표준계약조항의 내용, 재판관할합의 또는 중재합의, 계속적 거래관계 당사자 간에 체결한 종전 계약의 준거법, 당사자의 국적, 상거소 등이 고려할 수 있는 사정으로 될 것이다.

33) 손경환, 전개논문, 2012, p.10; 석광현, 전개서 pp.116-117 참조. 한국 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252판결은 당사자가 “본계약의 효력, 해석 및 이행은 영국법에 따라 규율되고 --- 분쟁은 본 계약일의 런던중재법원규칙에 따라 중재에 의하여 결정된다”고 합의한 사안에서 당사자가 중재합의의 준거법으로 영국법을 지정하였다고 볼 것이라고 판시하여 본계약의 준거법이 중재합의의 준거법으로 묵시적으로 지정되었음을 인정하였다. 여기에서 중재지가 영국인 사정은 중재절차의 준거법을 영국법으로 인정하는 묵시적 근거가 될지는 모르나 중재합의의 준거법을 인정할 근거는 아니라 할 것이다. James Miller & Partners v. Whitworth Street Estates(Manchester), 1 All E.R. 796, 809-80(House of Lords Mar. 3, 1970) 참조.

34) 뉴욕협약 제5조 제1항 가호.

35) 중재지법을 준거법으로 하면 중재지에 관하여 피고지주의를 채택하여 상대방국가에서 중재를 하기로 합의하는 경우도 많은 바 이 경우 중재신청 이전에는 중재지를 결정할 수 없어 중재합의의 준거법도 부동적인 상태로 되는 문제가 있다. 이 경우 두 개의 중재합의가 있다고 이해하는 견해(高桑昭, 前掲書, 366頁)도 있으나 법률관계를 복잡하게 할뿐 중재합의를 둘러싼 분쟁의 해결에는 도움이 되지 못한다고 할 것이다.

36) 국제사법 제11조, 제13조 제1항, 제16조 및 중재법 제36조 제2항 제1호 가목 참조.

37) 준거법합의를 할 행위능력에 대하여 미국법협회(ALI) 국제지재소송원칙(Intellectual Property

조약의 내용과 당해 법률행위의 성질 등을 고려하여 이를 인정할 수 있을 것이다.³⁸⁾

3. 중재합의 방식의 준거법

중재합의 방식의 준거법도 원칙적으로 앞서 본 중재합의의 준거법에 의거하여야 할 것이다. 법률행위 방식의 준거법에 관한 일반 원칙 즉 “장소는 행위를 지배한다 (locus regit actum)”는 원칙에 따라 그 행위지 즉, 중재합의 체결지 또는 중재지의 법이 요구하는 방식에 따른 것도 유효한 것으로 취급하여야 할 것이다.³⁹⁾

4. 중재합의의 유효성 및 효력의 준거법

중재합의 유효성의 준거법에 관하여도 중재합의의 준거법에 관한 논의가 타당하다. 뉴욕협약은 외국중재판정에 대한 승인·집행과 관련해서 법정지국 곧 집행국법에 따른다고만 규정하고,⁴⁰⁾ 중재합의의 승인단계에 있어서의 중재합의의 성립·유효성에 관한 준거법에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 중재합의의 승인단계에서도 외국중재판정에 대한 승인·집행단계에서와 마찬가지로 해석하여야 한다는 견해가 유력하다.⁴¹⁾ 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 경우에는 법정지법주의에 입각하여 당해 중재합의의 유효성이 문제되고 있는 국가의 국제사법에 의하여 그 준거법을 결정하여야 한다는 견해가 있으나⁴²⁾ 앞서 본바와 같이 뉴욕협약을 준용하거나 당사자자치를 존중하여 중재합의의 준거법을 적용하는 것이 타당할 것이다.

중재합의 효력의 준거법과 관련해서는 당사자가 준거법을 명시적으로 정한 경우에는 그에 따르고 이를 지정하지 않은 경우에는 중재지법을 중재합의의 준거법으로 하여야 한다는 입장, 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법을 중재합의의 준거법으로 하여야 한다는 입장, 본계약의 준거법을 중재합의의 준거법으로 하여야 한다는 입장,

Principles, Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes)은 당사자의 상거소지법에 의하고 있다(ALI §302(3)(b)).

38) 손경환, 전계논문, 2011, p.424.

39) 국제사법 제17조 제2항 참조.

40) 뉴욕협약 제3조.

41) 김갑유, 전계논문, 2004 p.181; 석광현, 전게서, pp.117-120; 목영준, 전게서, 2011, p.73.

42) 이 견해에 따르면 우리나라에서 중재합의의 성립·유효성이 문제되면 한국국제사법을 적용하여 당사자가 명시적·묵시적으로 선택한 법, 당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우에는 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 준거법이 된다. 목영준, 「국제상사중재법론」, 박영사, 2001, p.60.

본계약의 준거법과 중재지법을 준거법으로 하여야 한다는 입장 등이 주장되고 있으나⁴³⁾ 중재합의의 유효성의 준거법과 마찬가지로 중재합의의 준거법에 의거하여야 할 것이다.

중재적격성의 준거법에 관하여는 중재자치의 취지에 비추어 중재의 대상에 적용되는 준거법 즉 실제준거법에 의거할 것이라는 견해,⁴⁴⁾ 법정지법에 의거할 것이라는 견해, 중재지법에 의할 것이라는 견해, 중재합의의 준거법에 의거할 것이라는 견해 등이 있으나 중재적격은 중재합의의 유효성과 밀접한 관련이 있으므로 중재합의의 유효성의 준거법과 동일하게 취급하여야 할 것이다.⁴⁵⁾

IV. 중재합의의 요건

1. 개설

중재합의에 일정한 내용의 효력이 부여되려면 먼저 중재합의가 그 요건을 갖추어 유효하게 성립하여야 한다. 중재합의의 유효성은 중재합의 당사자, 중재기관, 중재합의의 대상인 분쟁과 관련하여 문제되고, 또한 중재합의의 내용 등의 실질적 요건과 중재합의의 방식 등 형식적 요건이 문제된다. 이와 관련하여 중재법은 중재합의의 요건으로 당사자는 서면으로 일정한 법률관계에 관한 당사자 간의 분쟁을 중재로 해결할 것에 합의할 것을 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 중재합의가 유효하기 위해서는 분쟁의 대상을 특정하고, 분쟁해결기관 내지 방법을 특정하며 서면으로 하여야 함을 알 수 있다. 이와 관련하여 우리 대법원은 “장래 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 명시적인 의사표시가 있는 한 비록 중재기관, 준거법이나 중재지의 명시가 되어 있지 않더라도 유효한 중재합의로서의 요건은 충족”한다고 판시하였다.⁴⁷⁾ 즉 중재기

43) 한국 대법원은 “중재계약이 유효한지의 여부나 그 효력은 중재가 행하여지는 국가의 법이나 중재조항상의 준거법에 따라 판단되어야 한다”고 판시하고 있다. 대법원 1990. 2. 13. 선고 88다카23735 판결.

44) 손경한, "강행법규상 청구의 중재적격성-미국의 경우를 중심으로(하)-" 「중재」 제173호, 대한상사중재원, p.10; 중재적격성의 준거법에 관한 일반적인 논의로는 손경한, 전제논문, 2011, pp.426-430 참조.

45) 다만 뉴욕협약이 중재판정의 승인집행에 있어서 중재적격이 문제된 경우에는 집행국의 법에 따라 판단한다고 규정하고 있어 그에 따라야 할 것이나 입법론상 비판을 받고 있음은 앞에서 본 바와 같다.

46) 한국 중재법 제2조 제2호 및 제8조. 한국 민사소송법 제29조는 관할합의의 요건으로 당사자는 서면으로 일정한 법률관계로 말미암은 소에 관하여 제1심 관할법원을 합의할 것을 규정하고 있다.

47) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다74344 판결.

관, 준거법 및 중재지의 명시가 중재합의의 유효요건이 아님을 명백히 하였다. 이하에서는 중재합의의 요건을 형식적 요건과 실질적 요건으로 나누어 고찰한다.

2. 형식적 요건-합의의 방식

(1) 서면요건의 당부

일반적으로 중재합의는 서면으로 하도록 되어 있다.⁴⁸⁾ 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 본다.⁴⁹⁾ 그러나 오늘날은 중재합의의 서면요건이 필수적이지 않은 것으로 되고 있다.⁵⁰⁾ 먼저 2006년 UNCITRAL은 모델중재법을 개정하면서 중재합의 서면요건을 획기적으로 완화하고 뉴욕협약의 해석에 있어서도 같은 입장을 취한다는 선언을 하였으며,⁵¹⁾ 심지어는 개정 모델 중재법 수용국이 서면요건을 폐지할 수 있는 option을 선택할 수 있도록 하였다.⁵²⁾ 2010년 개정 UNCITRAL중재규칙은 종래 요구하여 왔던 중재합의의 서면요건을 더 이상 요구하지 않고 있다.⁵³⁾ 이어 프랑스 개정 민사소송법은 국제중재에 있어 중재합의의 서면요건을 폐지하였고,⁵⁴⁾ ICC 중재규칙도 중재합의의 서면성을 요구하지 않는다.⁵⁵⁾ 종래 중재합의의 존재를 명확히 하고 중재합의의 효력범위를

48) UNCITRAL 모델중재법 제7조 제2항 및 한국 중재법 제8조 제2항 등 참조. 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함된 경우 또는 편지, 전보(電報), 전신(電信), 팩스 또는 그 밖의 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함된 경우 또는 어느 한쪽 당사자가 당사자 간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이에 대하여 다투지 아니하는 경우에는 서면에 의한 중재합의로 본다. 한국 중재법 제8조 제3항. 이 규정의 취지상 원고의 제소에 대하여 피고가 중재합의의 방소항변을 하였으나 원고가 그것을 다투지 아니하여 소가 각하된 때에는 후일 중재절차에서 상대방이 중재합의의 서면의 흠결을 주장하는 것도 허용되지 않는다고 할 것이다. 山本和彦·山田文, ADR仲裁法, 2008, 291頁

49) 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우로 한정한다. 한국 중재법 제8조 제4항.

50) 국제재판관할합의의 서면요건을 폐지한 예로는 ALI지적재산국제사법원칙 §202 참조.

51) 2006 Recommendation regarding the interpretation of article II (2), and article VII (1), of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/A2E.pdf>

52) 개정 모델중재법 제7조 선택(Optional)II는 “중재합의란 계약적이든 비계약적이든 일정한 법률관계에 기초하여 당사자 사이에 이미 발생하였거나 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 중재로 해결하기로 하는 당사자 간의 합의를 말한다”라고만 정의한다.

53) Article 1, Para.1, 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. 1976년 UNCITRAL중재규칙 제1조와 비교하여 보면 그 차이가 확연히 드러난다.

54) 프랑스 개정 민사소송법 제1507조. 안건형·유병욱, “2011 프랑스 개정 민사소송법의 주요내용과 시사점”, 『민사소송·한국민사소송법학회지』, 제15권 제2호, 한국민사소송법학회, 2011, p.93 이하 참조.

55) 서면에 의한 중재합의를 요구하지 않는 ICC 중재규칙 제6조 제1항과 나아가 중재합의의 존부에

확정짓는다는 이유에서 중재합의의 서면성을 요구하였으나 어떤 형태로든 중재합의의 존재를 입증할 수 있게 되고, 또 후술하는 바와 같이 중재합의의 효력범위를 가급적 넓히려는 입장에서는 중재합의를 반드시 서면으로 하여야 할 필연적인 이유는 없다 할 것이다.⁵⁶⁾

(2) 부속문서상의 중재합의

본 계약의 본문에는 중재조항이 포함되어 있지 않으면서 중재조항이 포함된 다른 문서를 인용한 경우 중재합의의 유효성에 관하여는 보통 일반거래약관 또는 규칙이 계약의 내용에 화체된 것으로 보아 중재조항의 효력을 인정하고 있다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 이런 사례는 용선계약 등 해상운송계약에서 많이 발견되는데 우리 대법원은 용선계약상의 중재조항이 선하증권에 편입되었는지에 관하여 엄격하게 해석하고 있고,⁵⁹⁾ 로테르담규칙도 그 요건을 엄격화하고 있다.⁶⁰⁾

(3) 중재합의약관

오늘날 중재합의는 많은 경우에 약관의 형태로 이루어지고 있다. 이러한 중재약관이 당사자를 구속할 것인가가 문제된다.⁶¹⁾ 이에 관하여 한국 약관규제에 관한 법

대해 이의를 진술한 경우 ICC중재법원이 ICC 중재규칙에 적합한 중재합의가 존재한다는 추정적 (prima facie) 심증을 가지고 있는 경우 절차를 진행할 수 있도록 규정한 ICC 중재규칙 제6조 제2항 참조.

56) 山本和彦·山田文, 前掲書, 290頁은 서면에 의하지 않는 중재합의의 예로 해난구조시의 중재합의, 증권거래시의 중재합의를 들고 있다.

57) 목영준, 전게서, 2011, p.49.

58) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다24385 판결; 대법원 2001. 4. 10. 선고 99다13577 판결; 대법원 2001. 10. 12. 선고 99다45543 판결 참조.

59) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결에 의하면 일반적으로 용선계약상의 중재조항이 선하증권에 편입되기 위하여는 우선, 용선계약상의 중재조항이 선하증권에 '편입'된다는 규정이 선하증권상에 기재되어 있어야 하고, 그 기재상에서 용선계약의 일자와 당사자 등으로 해당 용선계약이 특정되어야 하며(다만, 위와 같은 방법에 의하여 용선계약이 특정되지 않았더라도 선하증권의 소지인이 해당 용선계약의 존재와 중재조항의 내용을 알았던 경우는 별론으로 한다.), 만약 그 편입 문구의 기재가 중재조항을 특정하지 아니하고 용선계약상의 일반 조항 모두를 편입한다는 취지로 기재되어 있어 그 기재만으로는 용선계약상의 중재조항이 편입 대상에 포함되는지 여부가 분명하지 않을 경우는 선하증권의 양수인(소지인)이 그와 같이 편입의 대상이 되는 중재조항의 존재를 알았거나 알 수 있었어야 하고, 중재조항이 선하증권에 편입됨으로 인하여 해당 조항이 선하증권의 다른 규정과 모순이 되지 않아야 하며, 용선계약상의 중재조항은 그 중재약정에 구속되는 당사자의 범위가 선박 소유자와 용선자 사이의 분쟁 뿐 아니라 제3자 즉 선하증권의 소지인에게도 적용됨을 전제로 광범위하게 규정되어 있어야 할 것이다.

60) “로테르담 해상운송규칙(United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea) 제80조제2항(d).

61) 석광현, 전게서, 2007, p.131.

를은 고객에게 부당하게 불리한 소 제기 금지 약관 또는 재판관할의 합의 약관을 무효로 규정하고 있는바,⁶²⁾ 중재약관도 고객에게 미치는 영향이 재판관할약관에 못지않으므로 동 규정을 유추적용하여야 할 것이다.⁶³⁾ 준거법이 외국법인 경우 중재약관이나 재판관할합의약관에 약관규제법이 적용되는지에 관하여는 견해가 대립되고 있다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾

3. 중재합의의 대상에 관한 요건

중재합의는 일정한 법률관계에 관한 분쟁에 관하여 하여야 하며 그 법률관계는 중재적격이 있어야 한다.

(1) 일정한 법률관계의 개념

중재합의는 “일정한 법률관계에 관한 분쟁”을 그 대상으로 하여야 한다.⁶⁶⁾ 일정한 법률관계에 관한 것인 한 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없고⁶⁷⁾ 이미 발생한 분쟁은 물론 장래 발생할 분쟁도 중재합의의 대상이 될 수 있다.⁶⁸⁾ 일정한 법률관계

62) 한국 약관규제에 관한 법률 제14조 제1호 참조.

63) 한국국제지적재산소송원칙 제6조는 중재약관은 계약의 내용을 작성하지 아니한 당사자의 소제지와 이해관계, 숙련도 및 분쟁 관련 당사자와 관련된 국가의 이해관계를 고려하여 합리적인 경우에 한하여 그 효력이 있는 것으로 하고 있다.

64) 부정설은 계약 준거법이 외국법인데도 약관규제법이 적용되려면 동법이 당사자가 합의에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 국제적 강행규정이어야 하나 약관규제법을 국제적 강행법규로 해석하여야 할 근거가 없다고 하고(석광현, 전거서, 2007, p.131면 이하) 긍정설은 중재합의는 당사자의 권리의무에 미치는 영향이 지대하므로 국제중재약관에 약관규제법을 적용할 현실적인 필요가 있음을 주장한다(손경환, “분쟁해결합의에 관한 일반적 고찰”, 「법조」, 통권 제675호, 법조협회, 2012, pp.70-71).

65) 대법원의 입장도 일관되지 않고 있다. 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009다105383 판결은 준거법을 영국법으로 하는 한국회사간의 보험계약약관에 있어서 준거법이 영국법임에도 불구하고 약관규제법을 적용하여 사업자에게 약관설명 의무를 부과하였으나 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결은 국제사법 제27조에서 소비자보호를 위해 준거법 지정과 관련하여 소비자계약에 관한 강행규정을 별도로 마련해 두는 점이나 약관규제법의 입법 목적을 고려하면, 외국법을 준거법으로 하여 체결된 모든 계약에 관하여 당연히 약관규제법이 적용되는 것은 아니라고 판시하였다. 이 판결에 대한 평석으로는 이정원, “영국법 준거약관과 보험자의 설명의무”, 「저스티스」, 통권 122호, 한국법학원, 2011 평석과 석광현, “약관규제법은 국제적 강행규정인가”, 법률신문 2011. 3. 21. 자 참조.

66) 한국 중재법 제3조제1호 및 제2호 및 UNCITRAL 모델중재법 제7조 참조.

67) 따라서 본 계약 자체의 효력에 관한 분쟁을 넘어 본 계약의 청산관계상의 분쟁도 그 대상이 될 수 있고 사무관리에 따른 보수나 비용지급청구권, 부당이득반환청구권, 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관한 분쟁도 분쟁해결합의의 대상이 될 수 있다.

68) 따라서 구체적인 법률관계를 전제로 하지 않는 추상적인 법해석론상의 문제에 관한 분쟁이나 법률문제를 포함하지 않은 사실의 존부나 평가에 관한 분쟁은 중재합의의 대상에 포함될 수 없다.

를 넘어 당사자 간에 발생하는 일체의 분쟁을 대상으로 하는 것과 같은 무제한적 범위를 가지는 중재합의는 국민의 재판청구권을 제약하기 때문에 무효로 이해되고 있다.⁶⁹⁾

(2) 중재적격성의 개념

일정한 법률관계에 관한 분쟁 중에서도 중재합의의 대상이 될 수 없는 분쟁 즉, 중재적격이 없는 분쟁은 중재합의의 대상이 될 수 없다. 중재적격성(arbitrability, Schiedsgerichtfähigkeit)은 당해 분쟁이 중재에 의하여 해결될 수 있는 성질을 가지고 있는지 여부이다.⁷⁰⁾ 중재적격은 ① 소송절차에서 피고가 중재항변을 한 경우, ② 중재의 피신청인이 해당 분쟁이 중재의 대상이 되지 않음을 이유로 중재합의의 효력을 다투는 경우, ③ 중재의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 중재판정이 내려진 것을 이유로 중재판정취소의 소가 제기된 경우, ④ 중재판정의 승인·집행단계에서 중재의 대상이 될 수 없었음을 다투는 경우 등에서 문제된다.⁷¹⁾ 이러한 중재적격성은 항구불변의 것은 아니다. 나라마다 추구하는 가치와 법적 환경에 따라 달라질 수 있고 같은 나라에서도 정치적, 법률적, 사회적 변화에 따라 바뀔 수 있다.⁷²⁾

(3) 중재적격성의 범위

한국중재법은 “사법상의 분쟁”은 어떤 것이든지 중재적격이 있다는 입장에서 있어 비교적 넓게 중재적격성을 인정하고 있다.⁷³⁾ 전통적으로 중재적격성과 관련해서는 전속관할에 속하는 분쟁은 중재적격성을 부정하여 왔다. 그것은 공익 기타 이유에서 특정법원에 전속적 관할권을 인정하고 다른 법원의 관할권을 배제하였기 때문에 중재에서도 이를 존중할 필요가 있기 때문이다. 따라서 일정한 회사법 기타 단체법상의 분쟁이나 가족법상의 분쟁은 전속관할에 속하여 중재합의의 대상에서 제외

69) 그러나 이러한 경우 언제나 무효로 된다고 해석할 필요는 없고 구체적인 사정에 비추어 그 유효여부를 판단하여야 할 것이라는 견해도 있을 수 있다.

70) 강수미, “중재의 대상적격의 의의 및 내용”, 『중재연구』, 제19권 제1호, 한국중재학회, 2009, p.5. 손경환, 전제논문, 2011, p.426.

71) 자세한 내용은 강수미, “지적재산권분쟁에 있어서 중재의 대상적격”, 『민사소송:민사소송법학회지』, 제14권 제1호, 한국민사소송법학회, 2010, pp.130-131.

72) 목영준, 전제서, 2011, p.56.

73) 한국 중재법 제1조는 “사법상의 분쟁”해결을 중재법의 목적으로 규정하고, 동법3조 제1호는 “사법상의 분쟁”을 중재인의 관정에 의하여 해결하는 절차를 중재라 정의하며 동조 제2호는 중재합의의 대상을 “계약상의 분쟁인지 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여” 발생하는 분쟁으로 규정하고 있어 중재의 대상을 계약상의 분쟁을 포함한 일체의 사법상의 분쟁으로 하고 있다. 이는 UNCITRAL모델법 제7조 제1항의 중재합의(arbitration agreement)의 정의를 따른 것이다.

된다.⁷⁴⁾ 나아가 노동분쟁⁷⁵⁾, 소비자분쟁⁷⁶⁾, 파산분쟁, 특허무효분쟁, 해상운송분쟁, 징벌적 손해배상 청구, 강행법규상 청구(statutory claims) 등이 중재적격성이 있는지 여부가 문제되고 있다. 중재제도의 초기에는 이러한 강행법규상 청구의 중재적격성에 관하여 각국의 입법과 관례는 소극적이었으나 점차 그 범위를 확대하여 오고 있다. 증권분쟁, 독점금지법분쟁 등에 관하여 미국의 관례는 전향적인 태도로 전환하였으며 특허무효분쟁에 관하여는 입법적으로 이를 긍정하였음은 주지하는 바와 같다.⁷⁷⁾ 한국의 관례 하에서도 같은 결론에 이를 수 있게 되었다.⁷⁸⁾ 이러한 논리는 세계적으로 확산되어 가고 있으며 따라서 공익관련분쟁의 중재적격성을 긍정하는 방향으로 바뀌고 있다.⁷⁹⁾ 이와 같은 국제적 움직임을 확대하여 당사자가 처분할 수 없는 법률관계에 관한 분쟁도 당사자가 합의하면 그 중재적격성을 인정하여 중재의 대상으로 삼을 수 있게 하는 방안을 검토하여야 할 것이다. 이처럼 중재적격성을 확대하여도 무방한 것은 중재관정에는 대세적 효력이 인정되지 아니하고, 공개되지도 아니하며 또 중재관정에는 엄격한 법 적용이 반드시 요구되는 것이 아니기 때문이다.

74) 그러나 협의상 이혼 및 협의상 파양이 인정되는 법제 하의 이혼이나 파양사건, 신분관계의 부당과거를 원인으로 한 손해배상청구사건, 친족 간의 부양료청구사건, 상속회복청구사건 등은 중재적격성이 있다.

75) 노동분쟁의 중재부적격성은 절대적인 것은 아니다. 미국의 최근의 추세는 근로계약상 분쟁의 중재를 허용하는 경향이다 (Preston v. Ferrer, 552 U.S. 346 (2008)을 비롯한 일련의 판결 참조). 근로자의 상거소지를 중재지로 하는 중재 또는 근로자가 중재합의를 원용하는 중재는 허용할 수 있을 것이다.

76) 미국의 관례는 소비자분쟁의 중재적격성을 인정함은 물론 나아가 중재합의가 있는 경우 소비자 단체소송을 부인하고 집단중재포기조항의 유효성을 인정하기까지 하였다(AT&T Mobility LLC v. Vincent Concepcion, 131 S.Ct.1740(2011) 참조). 한충수, “소비자 집단분쟁해결수단으로서의 집단중재의 도입가능성 고찰”, 「국제사법연구」, 제17호, 한국국제사법학회 2011, p.475이하 참조. 다만 일본 중재법은 소비자계약상의 중재합의를 소비자가 취소할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 일본 중재법 부칙 제3조 참조.

77) 미국 1982년 개정 특허법 제294조에 의하여 특허권 또는 특허권에 기한 권리에 관한 계약에서 그 계약에 기초하여 발생한 특허권의 유효성이나 특허권의 침해에 관한 일련의 분쟁에 대해 그 분쟁을 중재에 부탁하는 조항을 규정할 수 있다.

78) 한국 대법원 2012. 1. 19 선고 2010다95390 전원합의체 판결은 “특허발명에 대한 무효심결이 확정되기 전이라고 하더라도 특허발명의 진보성이 부정되어 그 특허가 특허무효심판에 의하여 무효로 될 것이 명백한 경우에는 그 특허권에 기초한 침해금지 또는 손해배상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다고 보아야 하고, 특허권침해소송을 담당하는 법원으로서도 특허권자의 그러한 청구가 권리남용에 해당한다는 항변이 있는 경우 그 당부를 살피기 위한 전제로서 특허발명의 진보성 여부에 대하여 심리판단할 수 있다”고 판시하여 특허무효의 중재적격성을 긍정할 수 있는 계기를 마련하였다.

79) Loukas A. Mistelis & Stavros L. Brekoulakis, *Arbitrability*, Wolters Kluwer, 2009, pp.47-67.

4. 재판의 배제

중재합의는 법원의 재판을 배제하고 당사자간의 분쟁을 중재인의 판단에 맡기는 것이어야 한다. 따라서 중재판정에 대하여 법원에 불복할 수 있도록 하는 중재합의는 무효이다. 반면 중재판정에 대하여 또 다른 중재판정부의 판단을 받을 수 있도록 하는 중재합의 즉 중재상소합의는 여전히 법원의 재판이 배제된다는 점에서 유효하다. 선택적 중재합의가 법원의 재판을 배제하지 않는 것인지에 관하여는 논란이 있으나⁸⁰⁾ 당사자가 중재를 선택하는 순간 법원의 재판이 배제된다면 절차적 불안정성이 없으므로 유효한 중재합의라 할 것이다.⁸¹⁾

5. 당사자에 관한 요건

중재합의를 하는 당사자는 권리능력, 의사능력, 행위능력 등 당사자에 관한 일반적 요건을 갖추어야 한다. 중재합의의 당사자 적격문제 중 대표적인 것은 국가 또는 국가기관이 주권면제이론(sovereign immunity principle)에 근거하여 중재합의의 당사자가 될 수 없는지 여부가 문제된다.⁸²⁾⁸³⁾ 2004. 12. 채택된「국가 및 국가재산의 관할면제에 관한 UN협약(United Nations Convention on Jurisdiction Immunities of States and Their Property)」은 외국인과의 상거래상의 분쟁을 중재에 맡기기로 서

80) 정영환, “선택적 중재합의의 유효성에 대한 판례분석 : 대법원 판례를 중심으로”, 「중재연구」 제19권 제3호, 한국중재학회, 2009; 김경배·신군재, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 「중재연구」 제15권 제1호, 한국중재학회, 2005; 정선주, “선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004; 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 「중재연구」 제12권 제2호, 한국중재학회, 2002 등 참조.

81) 판례는 선택적중재합의에서 일방 당사자가 중재합의의 부존재를 주장하며 중재에 의한 해결에 반대하는 경우 중재합의는 무효라고 본다. 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결 등.

82) 원래 국제관습법에 의해 인정되던 주권면제는 거의 모든 국가행위에 대해 적용되는 절대적 면제였으며 이러한 절대적 면제이론은 20세기 중반까지 보편적으로 받아들여졌다. 그러나 각국 정부의 활동이 보다 적극적으로 되어 각종 상업적·사회적 활동에 나서게 되면서 절대적 주권면제이론은 그 타당성을 상실하게 되었고 오늘날에는 국가는 정부행위(jure imperi)의 결과로 인한 피해에 관한 소송으로부터는 면제를 누리지만 그러한 피해가 순전히 상업적이거나 비정부적 활동(jure gestionis)의 결과물인 경우에는 면제를 누리지 못하게 한다는 제한적 면제에 관한 이론이 보편적 원리로 인정받고 있다. 목영준, 전거서, 2011, p.54.

83) 한국 대법원 1998.12.17. 선고 97다39216 전원합의체판결도 “국가의 사법적 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 따라서 우리나라의 영토 내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이다”라고 판시하여 이러한 제한적 주권면제 이론을 수용하고 있다.

면 합의한 국가는 (i) 중재합의의 효력, 해석 또는 적용, (ii) 중재절차, (iii) 중재판정의 확정 또는 취소 소송에서 타국의 법원의 관할권 면제를 원용할 수 없음을 규정하여 국가가 중재의 당사자가 될 수 있음을 명시하였다.⁸⁴⁾

6. 중재지 지정의 요건성

중재지의 지정은 앞서 본바와 같이 중재합의의 요건은 아니나 대부분의 중재합의는 중재지의 지정을 포함하고 있다. 중재지는 사실상의 개념이기 보다는 법률적, 의제적(fictitious)인 개념으로서, 일반적으로 중재의 법적장소로서 주된 중재절차가 진행되고 중재판정이 내려진 국가 또는 그 국가의 영토를 말한다.⁸⁵⁾ 중재지는 중재절차에 적용되는 법을 정할 때, 국내 또는 외국 중재판정인지를 분류할 때, 법원의 관할을 결정할 때 중요한 기준이 된다.⁸⁶⁾

당사자는 중재지에 관하여 자유로이 합의할 수 있다.⁸⁷⁾ 따라서 당사자는 스스로 중재지를 결정하거나 중재기관을 포함한 제3자로 하여금 중재지를 결정할 수 있는 권한을 부여할 수 있다.⁸⁸⁾ 중재지의 합의는 반드시 서면으로 해야 하는 것은 아니며 구술로도 할 수 있다. 또한 중재지가 당사자 또는 중재사안과 합리적이거나 실질적 또는 기타 어떤 관련이 있을 필요는 없다.⁸⁹⁾ 반면, 중재지에 관하여 당사자의 합의가 없는 경우 중재지는 중재판정부가 당사자의 편의 등으로 포함한 당해사건의 사정을 고려하여 결정한다.⁹⁰⁾ 이 경우 중재판정부는 사안의 여러 상황들, 예를 들어 당사자에게 적합한지 여부, 중재인 자신의 요구 및 증인 등으로 고려하여 결정하여야 한다. 특히 국제중재절차에서는 예상되는 집행국에서 절차지법에 따라 행해진 중재판정에 대하여 승인 및 집행이 보장되는지를 고려해야 한다.⁹¹⁾ 중재지와 실제 중재가 이루어지는 중재장소는 다른 개념이다.⁹²⁾

84) 국가 및 국가재산의 관할면제에 관한 UN협약 제17조 참조. 국제법상 국가도 사인과 마찬가지로 중재합의의 당사자가 될 수 있는 것으로 이해되고 있다.

85) 손경한, “국제지적재산분쟁의 중재”, 『중재연구』, 제17권 제2호, 한국중재학회, 2007, p.85.

86) 양병희 외, 『주석 중재법』, 한국중재학회, 2006, p.95.

87) UNCITRAL 모델중재법 제20조 제1항 본문 및 한국 중재법 제21조 제1항.

88) 양병희 외, 전거서, 2006, p.95.

89) 김용길, “국제거래에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 고찰”, 『원광법학』 제25권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2009, p.387.

90) UNCITRAL 모델중재법 제20조 제1항 단서 및 한국 중재법 제21조 제2항.

91) 양병희 외, 전거서, 2006, p.96.

92) 1988년 서울 올림픽이나 2018년 평창올림픽 때 한국에서 스포츠중재를 하였다 하더라도 그 중재지는 스위스 로잔느이고, 한국의 중재법은 적용의 여지가 없다.

7. 중재합의에 대한 판단

중재합의의 성립, 유효성, 중재적격성 및 효력의 문제는 그 중재합의에서 지정된 중재기관으로 하여금 우선적으로 판단할 수 있는 권한을 부여하는 것이 당사자의 의사에 부합할 것인 바, 이는 중재인의 자기권한심사권(competence-competence)의 법리에 따라 확립되어 있다. 중재합의에 불구하고 법원에 제소가 된 때에는 법원은 중재합의의 존부나 유효성 여부를 판단할 수 있고 만약 유효라고 판단하는 때에는 소를 각하하여야 할 것이고, 무효라고 판단하는 경우에는 중간판결 또는 종국판결의 이유로서 피고의 본안 전 항변을 배척하고 소송을 진행하여 본안판결을 내릴 수 있을 것이다.

V. 중재합의의 효력 범위

1. 중재합의의 주관적 범위

(1) 개설

중재는 당사자의 합의에 의한 것이므로 중재하기로 약속하지 아니한 당사자는 중재에 응할 의무가 없다. 또한 중재합의의 당사자이더라도 제3자와의 분쟁은 중재로 해결할 의무가 없다. 그러나 오늘날은 그 당사자가 아닌 제3자에게까지 중재합의의 효력을 확장하려는 경향을 보인다.⁹³⁾ 이 경우 중재합의의 제3자에 대한 효력을 인정할 수 있는 근거가 먼저 문제된다. 분쟁해결합의를 제3자에게까지 확장하는 법적 근거로는 편입(incorporation by reference), 수용(assumption), 대리(agency), 법인 격부인의 법리(corporate veil piercing), 금반언(estoppel), 당사자변경(novation), 제3자를 위한 계약(3rd party beneficiary), 대위(subrogation) 및 그룹회사이론(group of companies doctrine)이 원용된다.⁹⁴⁾ 중요한 법리를 살펴보면 아래와 같다.

93) 이러한 경향은 미국에 있어 특히 강하다. Carolyn B. Lamm & Jocelyn A. Aqua, Defining the party - Who is a proper party in an international arbitration before the American Arbitration Association and other international institutions, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 711(2003) 참조.

94) Margaret L. Moses, op.cit., pp. 33-38. 각 법적근거에 관한 자세한 내용은 Permanent Court of Arbitration, *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009 참고.

(2) 승계인

상속인, 합병법인 등과 같이 권리의 포괄승계가 이루어진 경우, 중재합의된 분쟁의 권리의무의 포괄승계에 관하여 반대의 합의가 없거나 일신전속적 권리가 아닌 한 중재합의의 효력이 미친다. 특정승계와 관련하여서는 관할합의의 승계를 명시적으로 인정한 판례가 있다.⁹⁵⁾ 법원 대신 중재에 의하여 분쟁을 해결하기로 하는 중재합의 역시 실제적 권리행사의 조건에 해당한다고 할 것이므로, 중재합의를 포함한 계약에 근거한 특정 채권을 양수한 특정승계인에게 승계된다고 보아야 할 것이다.⁹⁶⁾ 중재합의가 있는 채권의 채무자는 그 채권의 양수인에 대해서도 중재합의로써 대항할 수 있으며,⁹⁷⁾ 선하증권 이면약관상의 중재조항은 선하증권을 배서, 양도 받은 소지인에게도 미친다.⁹⁸⁾ 또한 중재합의의 당사자가 파산한 경우 그 중재합의는 파산관재인에게도 미친다고 보아야 할 것이다.⁹⁹⁾

(3) 보증인과 연대채무자

채권자와 주채무자간의 중재합의가 보증인에게도 미치는가. 보증인이 중재합의의 존재를 알고 보증을 한 경우에는 주채무자와 함께 중재법정에 서게 될 것을 예견하였다고 할 것이므로 중재합의의 효력을 받는다고 할 것이다. 연대채무자 중 1인과 체결한 중재합의의 효력이 다른 연대채무자에게도 미치는가 하는 점도 보증인에 준하여 고찰하여야 할 것이다. 연대채무자라고 할 수 있는 운송인과 선박소유자에게 있어서 선박소유자는 운송인이 발행한 선하증권 이면약관상 히말라야조항(Himalaya Clause)¹⁰⁰⁾에 따라 중재합의를 원용할 수 있다는 한국의 판례가 있

95) 대법원 2006. 3. 2. 자 2005마902 결정은 “관할의 합의는 소송법상의 행위로서 합의 당사자 및 그 일반승계인을 제외한 제3자에게 그 효력이 미치지 않는 것이 원칙이지만, 관할에 관한 당사자의 합의로 관할이 변경된다는 것을 실제법적으로 보면, 권리행사의 조건으로서 그 권리관계에 불가분적으로 부착된 실제적 이행의 변경이라 할 수 있으므로, 지명채권과 같이 그 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 경우에는, 당해 권리관계의 특정승계인은 그와 같이 변경된 권리관계를 승계한 것이라고 할 것이어서, 관할합의의 효력은 특정승계인에게도 미친다.”고 판시하였다.

96) 김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 「중재연구」 제17권 제3호, 한국중재학회, 2007. 12, p.117.

97) 서울지방법원 2002. 7. 5. 선고 2001가합6107 판결.

98) 부산고등법원 2009.7.8. 선고 2008나179090 판결과 그 하급심인 부산지방법원 2008.10. 8. 선고 2007가합20559 판결 참조.

99) 김갑유(대표집필), 「중재실무강의」, 박영사, 2012. pp.92-94; 임치용, 판례를 통해본 국제도산법의 쟁점, 「BFL」 제38호, 서울대학교 금융법센터, 2009, pp.107-108 각 참조. 다만 채무자회생법 제463조 2항이 채권조사확정재판에 대한 이의의 소에 대하여 전속관할을 규정하고 있는 범위 내에서 중재합의의 효력이 문제되나 파산으로 인하여 중재적격성을 상실하는 것은 아니라고 하여야 할 것이다. 동지 김경옥, “중재당사자의 파산이 중재절차에 미치는 영향”, 「민사소송:한국민사소송법학회지」 제10권 2호 한국민사소송법학회, 2006, p.306 참조.

100) 선박소유자 등이 운송인이 누리는 방어방법과 책임제한사유를 원용할 수 있다는 조항이다.

다.¹⁰¹⁾

(4) 기타 관련 당사자

1) 법인과 대표자

법인과 중재합의를 한 경우 또는 법인의 대표자와 중재합의를 한 경우에 그 법인과 대표자를 공동 피신청인으로 하여 중재신청을 하면 그 법인과, 또는 그 대표자와의 중재합의가 그 대표자 또는 그 법인에게도 미치는가 하는 문제이다. 이 경우 법인과 그 대표자는 연대책임을 져야 할 경우가 많을 것이고 또 법률관계를 확실적으로 확정할 필요도 있을 것이므로 이러한 중재합의는 특별한 사정이 없는 한 그 법인의 대표자 또는 그 법인에게 서로 미친다고 해석하여야 할 것이다.¹⁰²⁾ 법인격 부인의 법리가 적용되거나¹⁰³⁾ 역적용 되어 법인의 대표자 또는 그 법인을 상대로 중재신청을 하는 경우에도 마찬가지이다.¹⁰⁴⁾

2) 모회사와 자회사 기타 계열회사

자회사와 중재합의를 한 경우 모회사에게도 중재합의의 효력이 미치는가, 계열회사간에는 중재합의의 효력이 미칠 수 있는가 하는 문제이다. 외국에서는 이른바 그룹회사이론에 의하여 중재합의의 효력이 그룹을 이루는 회사간에 미치는 것으로 보고 있다.¹⁰⁵⁾ 일련의 계열관계에 있는 당사자 중 1인과 간에만 중재합의가 있는 사안에서 모든 당사자들에게 중재를 명한 예가 있다.¹⁰⁶⁾

101) 대법원 2010.7.15. 선고 2009다66732 판결 및 그 하급심인 부산고등법원 2009.7.8. 선고 2008나179090 판결과 부산지방법원 2008.10. 8. 선고 2007가합20559 판결 각 참조.
 102) 미국(Arnold v. Arnold Corp. 920 F.2d 169(6th Cir. 1990)) 및 일본(이른바 링구링구서커스 사건에 관한 東京高裁 平成6年5月30日判決 判時1499号68頁 및 그 원심인 東京地裁 平成5年 3月25日判決 判時1472号88頁)에서는 판례에 의하여 인정되고 있다. 이 법리는 법인의 대표자 외에 그 법인의 임직원에게까지 확장될 여지가 있다.
 103) 대법원 2001. 1.19. 선고 97다21604 판결 등 참조.
 104) 김지홍, 전제논문, 2007 p.114; 김기창, "Arbitration Agreement under Korean Law", 「고려법학」, 제3권, 고려대학교 법학연구원, 2008, p.98. 일본에서의 논의로는 貝瀬幸雄 “仲裁契約の効力の範囲 : 主觀的範圍を中心に” 松浦馨·青山善充編 `現代仲裁法の論点`有斐閣 `1998` `140` 頁 이하 참조.
 105) Margaret L. Moses, op.cit.,, p.34. ICC 중재사례로는 Dow Chemical France v. Isover Saint-Gobain, ICC Case No. 4131, Interim Award of 23 September 1982, JDI p.899(1983), comment Yves Derains. 이에 관한 자세한 내용은 John P. Gaffney, "The Group of Companies Doctrine And The Law Applicable To The Arbitration Agreement", *MEALEY'S International Arbitration Report*, Vol.19, 2004, Permanent Court of Arbitration, op.cit., 2009, pp.22-23. 참조
 106) Kim, et al v. Rain, order of Judge Rita Miller, Los Angeles Superior Court on September 16, 2010 참조.

3) 建連關係에 있는 당사자

중재조항이 포함된 계약으로 인하여 혜택을 입은 자는 중재합의의 부담을 거절할 수 없다는 법리로 영미법에서는 금반언 원칙의 발현으로 인정되고 있다. 여기에서 요구되는 건連關係는 중재조항이 포함된 계약을 둘러싼 밀접한 것이어야 하는 것으로 이해되고 있다.¹⁰⁷⁾

4) 國營기업과 國家

國營기업과 중재합의를 한 경우에 그 중재합의가 그 國營企業을 經營하는 國家에도 미치는가 하는 문제이다. 모자회사간의 문제의 일종으로 볼 수도 있으나, 主權면제이론과 결부되어 중재합의의 효력이 미치는지 여부가 문제될 수 있다. 國營企業을 經營하는 것 자체가 商業적 행위이므로 主權면제의 법리를 인정하여서는 안 될 것이다.¹⁰⁸⁾

(5) 소결

분쟁의 일의적 해결이라는 관점에서는 중재합의의 주관적 범위를 일정 한도까지 확장할 필요가 있다 할 것이다. 그 기준의 설정이 문제이나 중재합의 당사자와 일정한 관계가 있어 그 법률효과를 받고 또 중재합의의 존재를 알고 있었던 경우에는 중재합의의 당사자가 아니라 하더라도 중재합의에 구속된다고 보는 것이 분쟁의 효율적 해결을 도모하는 방안이 될 것이다.

2. 中裁合의의 客觀적 범위

(1) 概설

중재합의의 효력이 미치는 물적 범위는 중재판정부의 판단권한이 어떠한 사항에 대하여 미치는가에 관한 문제이다. 중재판정부의 판단권한은 원칙적으로 당사자가 중재합의로 특정한 분쟁에 대해서만 발생한다. 중재합의 시에 이미 발생한 분쟁이 중재에 부탁된 경우에는 분쟁이 이미 특정되어 있기 때문에 문제가 되는 일은 많지 않을 것이다. 그러나 중재합의 당시에는 아직 발생하지 않았지만 장래 발생할 가능성이 있는 분쟁에 관하여 중재합의를 한 경우 “본 계약으로부터 생기는 일체의 분쟁” 등의 추상적인 문언이 사용되기 때문에 계약의 해석이 필요하다. 중재합의의 효

107) *Intergen N.V. v. Grina*, 344 F.3d 134(1st Cir. 2003).

108) *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, 447 F.3d 411(5th Cir. 2006).

력이 미치는 물적 범위는 중재합의에 관한 당사자의 의사해석의 문제로 귀착된다.

(2) 물적 범위

1) 특정한 법률관계에 비롯한 분쟁

특정한 법률관계에 관하여 중재합의를 한 경우 당사자들 사이의 특정한 법률관계에서 비롯되는 모든 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 정한 것으로 보아야 함은 당연하다.¹⁰⁹⁾ 나아가 중재합의는 중재조항이 명기되어 있는 계약 자체뿐만 아니라 그 계약의 성립과 이행 및 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁에까지 그 효력이 미친다고 보아야 할 것이다.¹¹⁰⁾ 따라서 중재합의가 명기된 본 계약에 관한 분쟁뿐 아니라 부속합의에 관한 분쟁에도 중재합의의 효력이 미친다.¹¹¹⁾ 계약에 관하여 중재합의가 있는 경우 그 계약위반을 이유로 한 입찰자격 제한의 제재처분에 관한 분쟁도 중재합의의 범위에 포함된다고 하는 판례가 있다.¹¹²⁾ 또한 계약상의 책임에 한정되지 아니하고 불법행위책임에도 중재합의의 효력이 미친다.¹¹³⁾

2) 특정한 법률관계에 관련한 청구에의 확장

특정한 법률관계에 관련한 분쟁을 중재에 의하러 해결하기로 하는 중재합의의 범위는 포괄적으로 이해되어야 한다. 이와 관련하여 게임 소프트웨어 라이선스계약 또는 동 계약과 관련하여(in relation to this Agreement) 발생하는 당사자 간의 분쟁을 중재로 해결하기로 하는 중재합의가 동 계약에 포함된 경우 동 게임이 당사자의 다른 게임의 저작권을 침해하는지 여부에 관한 분쟁은 동 계약과 관련하여 발생한 분쟁이 아니라고 판시한 사례가 있으나,¹¹⁴⁾ 계약과 관련하여 발생한 분쟁에는

109) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다74344 판결. 또한 같은 취지에서 대법원 2011.12.22. 선고 2010다76573판결은 도급계약상 중재조항이 '사실관계'만을 중재의 대상으로 한다는 원고의 주장을 배척하고 이 중재조항은 계약해석이나 법률문제에 대한 분쟁도 중재의 대상으로 한 것으로 보아야 한다고 판시하였다.

110) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67264 판결.

111) 서울고등법원 1999. 1. 21. 선고 98나18102, 18119 판결.

112) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다7774, 91다7781 판결.

113) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146, 17153 판결.

114) 서울중앙지방법원 2007. 1.17. 선고 2005가합65903 판결은 "계약은 원고가 피고로부터 B 게임 서비스에 관한 허락을 받는 대가로 일정한 금원을 지급하는 것을 내용으로 하는 반면 이 사건 소는 B 게임이 A 게임의 저작권을 침해하는지에 관한 분쟁을 대상으로 하는 것으로서 이 사건 소에서 위 계약과 관련하여 당사자 사이에 어떠한 분쟁이 있는 것은 아니고, 저작권 침해여부에 관한 판단이 위 계약의 성립, 이행 및 그 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁이라고 볼 수 없으며, 위 계약과 같이 당사자가 사용허락에 관한 채권적 권리의무를 약정하면서 그 계약관련분쟁에 대한 중재조항을 두었다고 하여 절대권인 저작권에 대한 침해 여부의 판단을 구하는 이 사건 소에까지 위 중재조항의 효력이 미친다고 보기 어렵다"고 판시하였다.

당사자 간의 계약과 관련한 지적재산권 분쟁도 포함한다고 해석하여야 할 것이므로 이 판결은 부당하다 할 것이다.¹¹⁵⁾

3) 특별법상의 청구에 중재합의가 미치는지 여부

중재조항이 포함된 계약과 관련한 특별법상의 청구가 중재합의의 물적 범위에 포함되는지 여부이다. 한 하급법원판결은 당사자 사이의 특정계약으로부터 발생하는 일체의 분쟁에 관한 전속적 재판관할합의의 효력이 그 분쟁과 사실관계를 같이하는 민사상 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구에 미친다고 보면서도 그 전속적 재판관할합의가 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률위반을 원인으로 구하는 손해배상청구에 적용되지 않는다고 보았다.¹¹⁶⁾ 그러나 중재합의를 포함한 계약상의 분쟁해결 합의에는 특별법상의 청구를 포함하여 당해 계약과 관련한 일체의 청구에까지 미친다고 해석하는 것이 분쟁의 일의적인 해결에 도움이 된다 할 것이므로 이 판결은 중재합의를 포함한 분쟁해결합의의 효력을 부당하게 제한하였다는 비판을 받을 수 있다.¹¹⁷⁾

3. 반대신청의 가능범위

민사소송에서 반소를 제기하려면 소송의 목적이 된 청구가 다른 법원의 관할에 전속되지 아니하고 본소의 청구 또는 방어의 방법과 서로 관련이 있어야 한다.¹¹⁸⁾ 중재합의를 한 경우에도 반대신청의 목적이 된 청구가 중재합의 범위 내에 있거나 본신청의 청구 또는 방어의 방법과 서로 관련이 있으면 반대신청이 허용된다고 할 것이다. 중재합의에 본신청의 대상이 된 분쟁 뿐 아니라 반대신청의 경우까지 포함된다고 볼 것인가는 중재합의의 해석의 문제이다. 반대신청이 법원의 전속관할에 속하지 않아야 할 것이며,¹¹⁹⁾ 중재합의에 반대신청의 관할을 배제하는 합의가 포함

115) 이 판결에 대한 자세한 소개는 김갑유(대표집필), 전게서, pp.101-102 참조.

116) 서울지방법원 2003. 12. 5. 선고 2003가합43945 판결.

117) 이는 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률상의 청구의 중재적격의 문제로도 볼 수 있는바 앞서 본바와 같이 그 중재적격을 긍정하여야 할 것이다.

118) 한국 민사소송법 제269조 제1항. 본소의 방어방법과 상호관련성이란 반소청구가 본소청구의 항변사유와 대상·발생원인에 있어서 사실상 또는 법률상 공통성이 있는 경우를 말한다. 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2009, p.635.

119) 한국 민사소송법 제269조 2항 단서의 유추적용. 여기서 전속관할 여부는 한국 관할법의 규정에 비추어 한국법원 또는 외국법원에 전속관할이 있다고 인정되는 경우라야 할 것이다. 김용진, "사이버거래에서의 국제분쟁과 재판관할, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결", 한국국제사법학회 심포지움 자료, 2002, p.17.

되어 있는 때에는 이 합의는 존중되어야 할 것이다.¹²⁰⁾ 반대신청의 목적인 청구와 본신청의 목적인 청구 또는 방어의 방법 간의 관련성은 반대신청의 기초가 되는 사실관계 즉 계약의 동일성이나 원인된 행위의 동일성이 있거나 청구에 관한 권리관계의 동일성이 있는 등의 경우에 인정될 것이다.¹²¹⁾ 반대신청이 본신청의 청구 또는 방어의 방법과 밀접한 관련이 있을 필요까지는 없다할 것이다.¹²²⁾

4. 상계의 가능범위

중재합의의 대상인 분쟁에 관련되지 않은 채권으로 상계를 할 수 있는가, 또는 중재합의의 대상인 채권으로 별개의 소송절차에서 상계를 할 수 있는가 하는 문제이다. 구체적으로 말하면 중재절차에서 중재합의에 포함되지 않은 채권을 자동채권으로 하여 상계를 주장할 수 있는가, 역으로 중재합의를 한 경우 당해합의의 대상이 되는 채권을 자동채권으로 하여 중재절차 이외의 소송에서 상계를 주장할 수 있는가 하는 문제이다. 이 점에 관하여는 (i) 무제한 상계항변 허용설 (ii) 개별 관할요건충족설 (iii) 제한적 허용설 등의 견해 대립이 있으나,¹²³⁾ 피고가 원고의 청구권과 견련관계에 있는 자신의 청구권을 동일 소송절차에서 반소의 형식으로 주장할 수 있다면, 원고의 청구에 대한 방어로 상계권을 행사할 수 없다는 것은 부당하므로 중재합의가 있는 경우에도 채권을 소멸시킬 수 있는 범위 내에서 원칙적으로 상계는 가능하다고 보아야 할 것이다.¹²⁴⁾

마찬가지로 상계채권에 관하여 중재합의를 한 경우에 다른 절차에서는 상계항변을 할 수 없다는 견해가 있으나, 중재합의의 대상이 된 채권이라 하더라도 소송절차

120) 반소에 관련하여 동지 김용진, "반소 및 상계의 국제관할", 「민사소송:한국민사소송법학회지」, 제3권, 한국민사소송법학회, 2000, pp.27-28 참조.
 121) 대한상사중재원 국제중재규칙 제9조 제4항 단서는 "반대신청의 원인은 신청인과 피신청인 사이의 중재합의에 기초하여야 한다"고 규정한다. 또한 국제재판관할과 관련한 반소에 관하여 "민사와 상사사건의 재판관할과 판결의 집행에 관한 브뤼셀규정(Brussels Regulation on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters)" 제6조 제3호는 본소와 동일한 계약 또는 동일한 사안에 기한 반소의 관할을 인정하고 있다.
 122) 일본 개정 민사소송법 제146조 제3항은 "일본의 법원이 반소의 목적이 되는 청구에 관하여 관할권을 갖지 않는 경우에 피고는 본소의 목적인 청구 또는 방어의 방법과 밀접한 관련이 있는 청구를 목적으로 하는 경우에 한하여 반소를 제기할 수 있다"고 규정한다.
 123) 재판관할합의와 관련한 학설에 관한 상세한 논의는 김용진, 전계논문, 2000, pp.19-21 참조.
 124) 중재나 소송에서 무제한적으로 상계를 허용하는 경우 원고는 자신이 피고의 지위에서는 옹소할 필요가 없는 중재나 법원에서 반대채권을 다투어야 하는 불이익을 강요당하게 되는 반면 피고는 자신의 보통재판적소재지에서 청구권을 주장할 수 있게 되어 관할의 재분배를 도모할 수 있게 되는 문제가 있다는 지적(김용진, 전계논문, 2000, p.24)이 있으나, 피신청인에 대한 중재신청을 하는 신청인의 입장에서는 그 정도의 불이익은 감수하여야 할 것이다.

에서 상계를 할 수 있도록 허용하는 것이 분쟁을 일의적으로 해결하는 방안이 될 것이다. 중재절차에서 배척된 상계항변을 다른 소송절차에서 주장하는 것은 중재판정의 기관력에 반하고 따라서 그 중재판정의 승인·집행절차에서도 재차 상계항변을 할 수는 없다.¹²⁵⁾

VI. 결론

계약 당사자는 당사자자치의 원칙에 따라 계약의 형식과 거래조건 뿐만 아니라 분쟁해결에 있어서도 그 방법과 절차를 스스로 결정할 수 있는 자유를 가져야 한다. 이러한 점에서 현대 중재실무는 당사자들에게 중재절차에 관하여 더 많은 자치를 허용하고 있다. 이는 단순한 관념적인 논의가 아니라 현실적으로 소송외의 다양한 분쟁해결방법의 등장과 그로 인한 당사자의 분쟁해결주체로서의 지위의 격상, 분쟁 예방과 분쟁해결에 관한 합일적 규정의 필요, 전자상거래의 폭증을 비롯한 새로운 유형의 상거래의 출현으로 그 필요성이 확인되었기 때문이다. 중재합의의 자유는 분쟁에 관련한 당사자의 예측가능성을 제고하고 분쟁해결비용을 절감하며 우호적인 분쟁해결을 위하여도 필요하다.

오늘날 국경이 무의미해져 가는 거래현실에서 중재지 중심의 중재이론을 탈피하여야 할 것이다. 무국적중재(stateless arbitration) 등 중재지 없는 중재가 허용되고 있는 현실에서 중재지를 기준으로 국제중재의 준거법을 결정하고 중재합의의 효력을 판단하려는 기도는 이미 시대에 뒤떨어진 것이다. 이제 중재지중심의 중재이론에서 중재합의중심의 중재이론으로 전환하여 나아갈 때가 되었다 하겠다.

중재제도를 국가법제도의 일환으로 이해하고 국가가 승인하는 범위 내에서만 중재가 허용된다는 국가주의적 견해는 이제 탈피할 때가 되었다. 따라서 가능한 한 중재합의의 대상과 효력범위를 좁게 해석하고 국가재판권의 범위를 넓게 유지하려는 종래의 입장은 재고되어야 할 것이다. 따라서 중재합의의 대상 및 효력범위를 가급적 넓게 해석하여 당사자 및 이해관계자 간에 발생한 분쟁을 하나의 절차에서 하나의 규범 하에서 일의적으로 해결할 필요에 부응하여야 할 것이다.

이러한 관점에서 국제중재제도의 정착과 발전을 위한 뉴욕협약의 긍정적인 기여와 역할에도 불구하고 그 노후화를 극복하려는 노력이 요청된다. 먼저 2006년 뉴욕협약에 있어서 중재합의의 해석에 관한 권고에서 보는 바와 같이 해석론으로써 뉴

125) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010다3148판 결은 중재절차에서 배척된 상계 주장을 중재판정집행 청구소송에서 다시 하면서 그 중재판정의 집행을 거부할 수는 없다고 판시하였다.

욕협약을 21세기의 새로운 시대에 맞추어 나가야 할 것이며, 궁극적으로는 뉴욕협약의 개정이라는 입법론을 통하여 새 시대의 요구에 부응하여 나가야 할 것이다.

참고문헌

- 김갑유(대표집필), 「중재실무강의」, 박영사, 2012.
- 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011.
- 박상조 외, 「국제상사중재법론」, 한울출판사, 1997.
- 석광현, 「국제상사중재법연구 제1권」, 박영사, 2007 .
- 양병희 외, 「주식 중재법」, 한국중재학회, 2006.
- 이시윤, 「신민사소송법 제6 증보판」, 박영사, 2012.
- 강수미, “지적재산권분쟁에 있어서 중재의 대상적격”, 「민사소송」, 제14권 제1호, 한국민사소송법학회, 2010.
- _____, “중재의 대상적격의 의의 및 내용”, 「중재연구」, 제19권 제1호, 한국중재학회, 2009.
- _____, “본계약의 효력이 다투어지는 경우 그에 관한 중재합의의 효력 - 분리가능성 이론을 중심으로 -”, 「법학연구」, 제17권 제2호, 연세대학교 법과대학 법학연구소, 2007.
- _____, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 「중재연구」, 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006.
- 김갑유, 중재합의의 유효성 판단과 그 준거법, 「인권과정의」, 통권331호, 대한변호사협회, 2004.
- 김경배·신군재, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 「중재연구」, 제15권 제1호, 한국중재학회, 2005.
- 김명업, “중재계약의 법적성질과 효력에 관한 연구”, 「중재연구」, 제11권, 한국중재학회, 2001.
- 김상만, “계약 및 중재합의 유효성의 소송 대상적격성에 대한 미국 연방대법원의 입장에 관한 연구”, 「동아법학」, 제50권, 동아대학교 법학연구소, 2011.
- 김용길, “국제거래에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 고찰”, 「원광법학」, 제25권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2009.
- 김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 「중재연구」, 제17권 제3호, 한국중재학회, 2007.
- 석광현, “國際商事仲裁에서 仲裁合意의 準據法”, 「법학논총」, 제24권 제1호, 한양대

- 학교 법학연구소, 2007
- 손경환, “분쟁해결합의에 관한 일반적 고찰”, 「법조」, 통권 제675호, 법조협회, 2012. 12.
- _____, “중재자치의 개념과 내용”, 「성균관법학」, 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.
- _____, “중재자치와 중재의 준거법”, 「국제사법연구」, 제17호, 한국국제사법학회, 2011.
- _____, “국제지적재산분쟁의 중재”, 「중재연구」, 제17권 제2호, 한국중재학회, 2007.
- 안건형, 유병욱, “2011 프랑스 개정 민사소송법의 주요내용과 시사점”, 「민사소송·한국민사소송법학회지」, 제15권 제2호, 한국민사소송법학회, 2011.
- 이정원, “영국법 준거약관과 보험자의 설명의무”, 「저스티스」, 통권 122호, 한국법학원, 2011.
- 임치용, 판례를 통해본 국제도산법의 쟁점, 「BFL」, 제38호, 서울대학교 금융법센터, 2009.
- 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 「중재연구」, 제12권 제2호, 한국중재학회, 2002.
- 정선주, “선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점”, 「중재연구」, 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.
- 정영환, “선택적 중재합의의 유효성에 대한 판례분석 : 대법원 판례를 중심으로”, 「중재연구」, 제19권 제3호, 한국중재학회, 2009.
- 한충수, “소비자 집단분쟁해결수단으로서의 집단중재의 도입가능성 고찰”, 「국제사법연구」, 제17호, 한국국제사법학회 2011.
- Loukas A. Mistelis & Stavros L. Brekoulakis, *Arbitrability*, Wolters Kluwer, 2009
- Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Press, 2008
- Permanent Court of Arbitration, *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009
- 松浦馨·青山善充, 現代仲裁法の論点, 有斐閣, 1998.
- 和田仁孝, ADR 理論と實踐, 有斐閣, 2007.
- 小島武司·高桑昭 編, 仲裁法 : 注釋と論点, 青林書院, 2007.
- 山本和彦·山田文, ADR仲裁法, 日本評論社, 2008.
- 仲裁ADR法學會, 仲裁とADR 第4號, 商事法務, 2009.
- 日本弁護士連合會ADRセンタ, 紛争解決手段としてのADR, 弘文堂, 2010.
- 高桑昭, 國際民事訴訟法·國際私法論集, 東信堂, 2011.

Abstract

A New Approach on the Arbitration Agreement

Kyung-Han Sohn

Hyun-Joo Shim

There should be an arbitration agreement between concerned parties in order to resolve a dispute through arbitration. The arbitration procedures, including the selection of the arbitrator and the adjudicative rights of the arbitrator, are based on the arbitration agreement. In other words, the arbitration procedure and adjudication can be carried out within the boundaries of the arbitration agreement. Traditionally, the Doctrine of Separability of the arbitration agreement has been acknowledged in order to emphasize its importance and to clearly separate it from the contract. Today, when the Doctrine of Separability of the arbitration agreement is well established, overemphasizing this separability could hamper its effectiveness and the autonomy of the parties.

Moreover, arbitration agreements in the past were required to be written, clarifying the existence of the agreement and determining the scope of its validity. Further, an arbitration agreement was considered as narrowly as possible. However, since arbitration has become a generalized resolution for disputes, the formal or content requirements should be reconsidered. In terms of validity, the subjective and objective scope should necessarily be extended as a means to resolve disputes related to an arbitration agreement and reduce the resolution cost and duration.

Under this perspective, the arbitration theory should now focus on arbitration agreements rather than the place of arbitration. We should break from the nationalistic view, which understands that the arbitration system is a part of the national legal system and that arbitration is allowed solely by permission of the nation. Instead, we should extensively reinterpret the subject of arbitration agreement and its range of effects so that disputes can be resolved between the concerned parties under a single procedure and norm, a necessary step forward.

Moreover, in spite of the positive contribution and role of the New York Convention toward the establishment and development of the international arbitration system, there should be an effort to overcome its deterioration. As mentioned in the recommendations regarding the interpretation of the arbitration agreement in the New York Convention in 2006, we should begin by striving to match the Convention as a means of interpretation with the changes of the twenty-first century. Ultimately, we should meet the demands of the new era through amendments to the Convention.

Key Words : Arbitration Agreement, Applicable law, Arbitrability, Form of the Arbitration Agreement, Scope of the Arbitration Agreement