

## 중재합의 문제로 인한 중재절차 지연에 관한 연구

### A Study on the Delay of Process Owing to Problems in Arbitration Agreement

신군재\*  
Koon-Jae Shin

#### 〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 중재합의의 개념과 협상
- III. 중재합의 문제로 인한 중재절차 지연사례
- IV. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

**주제어** : 글로벌 분쟁, 중재절차지연, 중재합의, 중재합의 문제점

---

\* 신라대학교 무역학과 교수, (skj0911@silla.ac.kr).

## I. 서론

국제통상환경의 글로벌화가 되어감에 따라 교역량이 증가하고 이러한 교역량 증가는 기업 간 분쟁의 증가를 초래하고 있다. 글로벌 환경에서의 분쟁은 단순히 수출입계약과 관련된 유형재 분쟁에서 지식재산권과 관련된 권리침해 등과 같은 무형재 분쟁 등으로 다양해졌고, 분쟁당사자가 2인간 분쟁에서 다수 간 분쟁 등으로 더욱 복잡해지고 있다. 글로벌 분쟁을 해결하고자 하는 많은 노력이 있어 왔지만 궁극적으로 분쟁을 해결하는 방법은 현실적으로 각국의 소송제도나 중재제도에 의존할 수밖에 없다. 역사적으로도 중재는 오늘날의 국제법의 기원이 된 각종 조약들을 통해서 국제적인 분쟁해결방법으로 오래전부터 도입되어 왔다. 그리고 대체로 중재는 국내적 분쟁해결수단이라기 보다는 국제 상거래 분쟁의 해결수단으로 더 빈번히 선택되어져 왔다<sup>1)</sup>.

국내에서는 중재제도가 공식적으로 도입된 지 50년이 지났음에도 불구하고, 그 활용도가 전체 분쟁사건에 비하여 매우 미흡한 실정이다. 미국 기업 간 분쟁을 제외하면 국제 중재 수는 연간 약 1,000 건에 달하는데, 이 중 유럽과 아시아 관련 사건이 절반을 차지한다. 한국 업체는 15~17건에 불과하여 한국이 세계 7위 무역 대국인 것을 감안하면 상당히 적다. 그만큼 한국 기업들이 한국에서 중재라는 분쟁 해결 수단을 잘 활용하지 않고 있다는 뜻이다.<sup>2)</sup> 우리나라 기업들이 많이 이용하는 국제중재기관으로서, ICC, AAA(미국), HKIAC(홍콩), CIETAC(중국), SIAC(싱가포르) 등이 있다.<sup>3)</sup>

지금까지 논문은 중재합의 관할재판권, 준거법, 중재인 등 개별 주제들에 대한 쟁점들을 중심으로 연구가 이루어졌다. 본 논문은 중재제도가 많은 장점이 있음에도 불구하고, 왜 국내에서는 정착되지 못하고 있는가라는 관점에서 접근하고자 한다. 본 연구에서는 중재제도가 정착되지 못한 이유로 중재제도에 대한 매우 낮은 인식과, 공급자 중심의 중재 서비스도 있지만, 중재합의의 대한 인식부족으로 하자있는 중재합의를 하게 되고 이로 인해 중재절차가 지연되어 중재이용자들로부터 외면당하고 있다는 관점에서 살펴보고자 하였다. 중재절차지연은 중재합의이외에도 중재인선정, 선정된 중재인 기피, 준거법, 관할재판권 등 불안 심리 전 또는 심리 중에 다툼뿐만 아니라 중재판정취소의 소 등 많은 요인들로 인하여 발생하지만, 본 연구에서는 하자있는 중재합의가 절차지연의 큰 원인 중 하나로 보았다. 따라서, 본 연구에서는 우리나라 기업인들에게 중재합의에 대한 올바른 개념 정립과 중요성에 대한 인식제고로 자신들의 상황에 맞는 중재조항을 삽입하도록 하는 협

1) 강정혜, “국제거래상의 대체적 분쟁해결제도”, 『인권과 정의』, Vol. 393, 2009.5, p.71

2) 시사저널, “국제 무역분쟁, 소송보다 중재가 더 효율적”, 제1394호, 2016.7.10.

3) 김상찬·김유정, “싱가포르 국제중재제도에 관한 연구”, 『중재연구』 제24권 제2호, 한국중재학회, 2014., p.138.

상에 도움을 주고자 하였다. 이를 위하여 중재합의에 대한 개념을 설명하고, 기존에 문제가 발생하였던 중재합의사례들을 검토함으로써 차후 계약 실무자들이 중재합의를 위한 협상 시 검토할 사항을 제시하여 궁극적으로 중재제도가 국내에서 정착되도록 하는데 도움을 주고자 하였다.

## II. 중재합의의 개념과 협상

### 1. 중재합의의 개념

#### (1) 중재제도에 대한 선호도

글로벌 기업들은 그들의 분쟁해결제도로서 소송보다는 중재를 선호하는 것으로 나타났다. 한 조사에 의하면, 글로벌 기업들은 그들의 분쟁 중 평균 57%는 협상을 통해 해결하고, 약 32%만이 소송이나 중재로 해결한다. 중재에 대한 선호도는 2006년 73%, 2008년도엔 86%까지 증가하였다가, 2013년에는 62%로 낮아졌다. 하지만 중재가 다른 대안들보다는 가장 선호도가 높았는데 이들 기업들의 주 관심은 중재비용과 절차의 지연에 대한 문제이었다.<sup>4)</sup> 즉, 응답자 중 86%는 중재판정이 내려지기까지 3개월에서 6개월이 적당하고, 1년 이상도 받아들여질 수 있는가라는 질문에는 어느 누구도 응답하지 않았다. 중재금액과 기간은 비례하지만, 변호사 중 86%가 목표기간을 3-6개월로 잡았으며, 3분의 2가 6개월에서 9개월 기간은 수용할 수 없다고 하였다. 실제 중재사건을 경험한 응답자의 66%는 중재기간에 대하여 불만족스럽게 여기고 있다.<sup>5)</sup>

글로벌 기업들의 중재에 대한 높은 선호도는 국내 중재제도나 중재기관의 위상을 높혀 국내기업뿐만 아니라 외국기업 간의 분쟁을 국내에 유치하여야하는 당위성을 제공하고 있다. 각국의 중재기관들은 중재이용자들의 중재제도에 대한 불신을 개선하기 위하여 많은 노력을 하고 있다. 영국 Queen Mary 대학(Queen Mary University of London)의 2015년 조사에 의하면, 과거 5년 동안 가장 개선된 중재지로는 싱가포르(24%)와 홍콩(22%)을 들었다. 이들 국가들은 보다 나은 심문설비, 질 좋은 중재인의 이용가능성, 중재기관 자체의 개선노력이라고 하였다.<sup>6)</sup> 개선된 분야로는 명성과 인지(55%), 보다 큰 효율성(54%), 보다

4) Gerry Lagerberg and Loukas Mistelis, Corporate choices in International Arbitration Industry perspectives-2013 International Arbitration Survey, School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, pp.5-6(www.pwc.com/arbitrationstudy).

5) Nicholas Fletcher, International Arbitration-Research based report on perceived delay in the arbitration process, *International Arbitration*, Berwin Leighton Paisner, 2010, pp.3-5.

6) Paul Friedland and Loukas Mistelis, 2015 International Arbitration Survey : Improvements and Innovation in International Arbitration, School of International Arbitration, Queen Mary University of London, pp.15-16(www.pwc.com/arbitrationstudy).

높은 행정서비스수준(51%), 중재규칙에서 혁신적이고 독창적인 중재규칙의 소개(45%) 등이라고 하였다.<sup>7)</sup> 구체적으로는 이들 기관들이 사건의 평균 기간뿐만 아니라 개별 중재인이 내린 중재판정 날짜의 공포(65%), 편집 및/또는 요약의 형태로 중재판정의 공포(64%) 및 중재기관에 의한 중재인 선정의 투명성 증가(55%) 등이 국제중재의 개선에 기여하였다고 하였다.<sup>8)</sup>

우리나라도 국제적 경쟁력을 높이기 위하여 UNCITRAL 모델법을 대폭 수용하는 중재법으로 2016년에 개정되었다. 현행 중재법은 분쟁을 보다 신속하고, 효과적으로 해결하기 위하여 긴급중재인 제도, 다수당사자 분쟁해결제도 등을 도입하였다. 그러나 근본적으로는 수요자 입장보다는 공급자입장에서 강제성을 동원하여 당사자들이 빨리 중재절차에 응하도록 하거나, 중재인 보수 인상, 보존조치의 실행의 편의성 확보 등 공급자 편의 위주로 개정되어 사법화되고 있다 하겠다. 즉, 중재제도가 정착화되기 위해서는 중재서비스를 원하는 중재소비자인 기업의 욕구나 입장이 반영되어야 함에도 불구하고, 이들의 욕구보다는 법률전문가의 욕구에 부합되도록 개정되었다. 향후에는 중재이용자들의 입장에서 중재제도의 문제점에 대한 전반적인 서베이를 실시한 후 중재법이나 중재규칙 등에 이를 반영하고, 제반 제도들이나 관련 주무부서나 대한상사중재원의 홍보방향도 중재소비자입장에게 중재를 쉽게 이용할 수 있는 방향으로 수정되어야 할 것이다.

## (2) 중재합의의 개념

기업들이 국내나 국외에서 경제활동을 하다보면 상대방과 이해관계가 엇갈리게 되는 경우가 종종 있다. 이러한 경우 대립과 갈등, 경쟁과 협상이 불가피하게 수반되며, 이를 원만하게 해결하는 수단을 마련하기도 한다. 특히 국제간 상거래에서는 소송의 판결효력이 해당 국가 내에서 영향을 미치는 한계로 인하여 국제적 효력이 있는 중재제도를 활용하게 된다. 중재는 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약”(United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 뉴욕협약이라 칭함)에 의하여 국제적 효력이 부여되어 글로벌 환경에서 기업들의 이해관계를 최종적인 해결 수단으로 각광을 받고 있다. 하지만 중재는 사인인 중재인 또는 중재판정부의 판정에 따라 분쟁을 최종적으로 해결하는 제도이므로, 국가재판권을 적극적으로 배제하고 국가 사법작용의 일환으로 헌법상 인정되는 법관에 의해 재판받을 권리를 포기하는 행위를 일정한 범위 내에서 당사자자치의 일환으로 인정하는 법체계 하에서만 비로서 가능해지게 된다. 따라서 중재를 수행하기 위하여는 당사자간의 합의를 대전제로 한다.<sup>9)</sup> 즉, 중재에 의해 분쟁을 해결하기 위해서는 최소한 당사자 간의 중재에 의하여 분쟁을 해결하고자 하는

7) *ibid.* pp.22-23.

8) *ibid.* pp.22-23.

9) 조대연, “중재합의와 중재판정에 관한 고소”, 『중재연구』 제14권 제1호, 한국중재학회, 2004, p.297

합의가 존재해야 하며, 이를 중재합의(arbitration agreement)라고 한다.<sup>10)</sup> 중재합의는 계약 체결 시 계약의 한 조항으로 사후에 분쟁이 발생하였을 경우 중재로 해결한다는 중재조항(arbitration clause)을 삽입하는 방식과 분쟁이 발생한 후 당사자들이 중재로 분쟁을 해결한다고 합의하는 중재부탁(submission to arbitration)방식으로 이루어진다. 실무적으로는 중재부탁방식보다는 중재조항 삽입방식이 많다. 이는 분쟁이 발생한 후에는 당사자들의 감정이 악화된 상태에서 분쟁해결방식을 합의하는 것이 어렵기도 하지만 기업들이 자신의 표준계약서의 이면약관(general terms and conditions)에 각 중재기관에서 권장하는 표준중재조항 등을 사전에 삽입한 결과이기 때문이다.

중재합의는 여러 계약조건 중 한 조건이지만, 본 계약과는 다음과 같은 관계를 갖게 된다. 첫째는 본 계약으로부터 독립하여 본 계약이 무효가 되더라도 중재합의는 여전히 그 효력을 유지한다는 것(Doctrine of Separability)이고 둘째는 중재합의의 해석에 있어서는 본 계약의 해석과는 달리 독자적인 기준이 적용<sup>11)</sup>된다는 것이다.<sup>12)</sup> 중재조항의 독립성, 즉 본 계약에 무효 또는 취소사유가 있다 하더라도 이는 중재합의의 효력에 영향을 미치지 않는 것은 대부분의 입법례에서 인정하고 있다.<sup>13)</sup> Townsend는 중재조항에는 중재하겠다는 합의, 중재의 대상이 되는 분쟁, 중재를 규율하는 규칙, 필요하다면 중재기관, 중재지, 국제중재인 경우 언어, 준거법, 중재에 적용되는 절차법, 중재인 수 및 선정방법, 중재판정의 효력 등 10가지가 필수적으로 포함되어야 한다고 하였다.<sup>14)</sup>

### (3) 중재합의의 요건

중재합의는 당사자가 일정한 분쟁을 법원의 판단에 의한 해결을 배제하고 당사자가 합의한 절차에 따라 해결하기로 하는 내용의 합의로서 형식적 요건은 서면주의가 요청된다. 한국의 중재법 제8조에서는 중재조항이든 중재부탁이든 서면의 형식을 갖추되 다음의 경우는 서면주의의 요건을 갖추었다고 규정하고 있다. 즉, ① 구두나 행위, 그 밖의 어떠한

10) 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 『중재연구』 제16권 제2호, 한국중재학회, 2005, p.2 (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 위탁하는 당사자 사이의 합의”라고 규정).

11) 당사자가 중재합의를 한 경우 ①당해 중재합의 체결능력 구비여부를 어느 나라 법에 의하여 정할 것인가, ②당해 중재합의의 성립여부와 효력을 어느 나라 법에 의하여 정할 것인가, ③당해 중재합의의 방식준수여부를 어느 나라 법에 의하여 정할 것인가, ④당해 중재합의를 본 계약과는 별개의 독립된 것으로 인정할 수 있는가의 여부를 어느 나라 법에 의하여 정할 것인가, ⑤당해 중재절차를 어느 나라 중재절차에 의하여 진행할 것인가 등에 대한 문제에 있어 본 계약과 달리 해석된다.

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

13) 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.

14) John M. Townsend, “DRAFTING ARBITRATION CLAUSES: Avoiding the 7 Deadly Sins”, *Dispute Resolution Journal*, AAA, Feb.-Apr. 2003, p.3.

수단에 의하여 이루어진 것인지 여부와 관계없이 중재합의의 내용이 기록된 경우, ② 전보(電報), 전신(電信), 팩스, 전자우편 또는 그 밖의 통신수단에 의하여 교환된 전자적 의사표시에 중재합의가 포함된 경우. 다만, 그 중재합의의 내용을 확인할 수 없는 경우는 제외, ③ 어느 한쪽 당사자가 당사자 간에 교환된 신청서 또는 답변서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이에 대하여 다투지 아니하는 경우, ④ 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 본다. 다만, 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우로 한정한다.

뉴욕협약은 제2조 제1항에서 중재합의에 서면형식을 요구하면서, 제2항에서 “서면에 의한 중재합의란 계약문서 중의 중재조항 또는 당사자 사이에 서명되었거나 교환된 서신이나 전보에 포함되어 있는 중재의 합의를 포함한다.”라고 규정하고 있는데, 뉴욕협약이 요구하는 ‘서면에 의한 중재합의’가 결여되었다면 이는 중재판정의 승인·집행거부사유인 중재합의가 무효인 경우에 해당한다. 구체적인 요건을 살펴보면, ① 중재 당사자들은 법적 권리의무의 주체자로서 법적 능력을 갖추어야 하고, ② 중재하겠다는 상호 동의가 결정적이며, 구속력 및 집행력을 갖는 강행적인 것이어야 하며, ③ 셋째, 서면이라는 형식적 요건이 필요한데. 이는 각국 법제에 따라 상이하므로, 주의를 하여야 하며, ④ 계약에 의하든 아니든 간에 확정된 법률관계이어야 하며, ⑤ 중재 가능한 분쟁이어야 한다.<sup>15)</sup> 이러한 중재합의의 요건들을 갖추지 못할 경우 합의의 유효성 문제로 중재절차가 지연되기도 하며, 중재판정 취소 사유가 되기도 한다. 특히 국제 중재에 있어서 중재합의의 성립 및 효력이 문제가 된 경우에는 이를 해결하기 위하여 중재합의의 준거법에 따라 국가마다 다른 결정이 될 수도 있기 때문에 당사자들은 중재합의를 할 경우 중재합의 요건들을 사전에 숙지할 필요가 있다.

## 2. 중재합의와 협상

한국에서 중재제도의 인식부족 및 이용현황이 저조한 이유는 중재제도와 중재합의에 대한 이해부족에서 비롯된다고 하더라도 과언이 아닐 것이다. 중재는 계약의 창조물이기 때문에 분쟁당사자들이 계약을 체결할 때 중재와 중재제도에 대한 어느 정도 인지를 하고 있는 지 여부와 협상력에 크게 의존한다. 즉 중재의 성공여부는 중재합의가 얼마나 주의 깊게 협상되고 작성되었는지와 당사자들이 자신들의 사건을 의뢰할 중재인의 경험과 관리적 능력에 일부 달려있다.<sup>16)</sup> 당사자들은 각종 계약서를 작성할 경우 계약의 주 내용에 대

15) 유병욱, “국제상사중재합의의 요건과 내용에 관한 연구”, 『무역학회지』 제32권 제4호, 한국무역학회, 2007.8, pp.97-101.

16) Scott D. Marrs and Sean P. Mulligan, “10 Major Arbitration Issues”, *Dispute Resolution Journal*, Vol.64 No.3, Aug./Oct. 2009, pp.1-2.

하여만 관심을 갖고 있지 사후에 발생할 지도 모르는 분쟁에 대하여는 관심을 갖지 않는다 보니 분쟁이 발생할 경우 중재합의의 문제로 절차가 지연되는 경우가 발생하게 된다.

계약이나 중재합의를 할 때 법률적 비전문가나 중재에 대한 인식이 부족한 법률전문가가 상대방과 협상시 이면약관에 대하여 깊이 생각하지 않거나 검토조차 하지 않고 계약을 체결하다보니 문제가 발생하게 된다. 예를들면, 많은 교과서에서 국제중재조항의 3요소로 중재지, 중재기관, 준거법이라고 설명하고 있어 주로 기관중재만 언급하고 있다. 하지만 중재는 임의중재와 기관중재가 있다. 임의중재에서는 당사자들이 중재범위, 중재절차나 중재인 수나 선정방식 등 중재절차와 관련된 모든 사항들을 합의할 수 있어 중재제도 및 중재합의에 대한 보다 깊은 이해가 필요하다. 기관중재의 경우에는 중재 기관만 결정해 놓으면 절차나 중재인선정방법 등이 자동적으로 결정이 되므로 중재절차 지연사유는 발생될 염려가 적지만 당사자들의 협상력에 따라 특정 중재기관이 선정되어 협상력이 약할 경우 중재지나 준거법 선정에서 불리함을 감수하여야 할 뿐만 아니라, 실제적으로 많은 비용적 손해를 감수하여야 한다. 중재조항에 대한 인식부족으로 계약해석의 근거가 되는 준거법과 중재절차 해석의 근거가 되는 준거법을 혼동을 하는 경우가 발생한다. 즉, 계약서의 이면약관에 준거법이 있음에도 불구하고, 중재조항에도 준거법을 규정하고 있다. 준거법 규정에 있는 준거법은 계약을 해석하는 실체법을 의미하고, 중재조항 안에 있는 준거법은 중재절차를 규정하는 절차법을 규정하고 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 한국 중재법에서도 적용범위에서 중재지가 한국인 경우에 한국중재법이 적용되도록 하는 강제규정이다. 그리고 중재지는 ICC처럼 국제간 중재를 특화된 중재기관에서는 당사자 간에 중재지에 대한 합의가 있는 것이 좋으며 합의가 없는 경우 제3국 중에서 당사자들이 원하지 않는 국가가 선정될 수도 있다. 그러나 대부분 국가의 중재기관들은 그 중재기관이 속해 있는 국가가 중재지가 되므로 중재기관만 정하면 준거법이나 중재지 등 모든 것이 해결된다. 기관중재는 이러한 편리한 점도 있지만 어느 중재기관에서 중재를 할 것인가는 당사자들이 중재조항에 자신들에게 유리한 항목들을 삽입할 권리를 포기하여야 하는 문제가 발생한다. 예를 들면 Townsend가 제시한 중재합의에 포함될 10가지 항목들 이외에도 중재비용의 분담문제, 중재판정시 대리인 보수 등 당사자들의 이해관계에 영향을 미칠 수 있는 요인들이 많이 있다.

중재합의는 결제방법과 중재지와 연계하는 것처럼 다른 계약 조건과 연계하거나 중재합의의 이해관계에 영향을 미칠 수 있는 요인들에 대하여 협상할 여지가 많다. 특히 중재합의는 거래상황과 당사자들의 욕구에 적합하여야 함에도 이를 전혀 고려하지 않고 있는 것이 현 실정이다<sup>17)</sup>. 중재합의는 계약의 다른 조건들과 마찬가지로 당사자들이 협상을 통해 보다 합리적인 결정을 할 수 있음에도 불구하고, 많은 계약당사자들이 이를 무시하고 계

17) John M. Townsend, op., cit., p.2.

약서상의 중재조항에 대한 심도있는 검토를 하지 않거나 교과서에서 예시한 특정 중재기관의 표준중재조항을 그대로 삽입함으로써 실무적으로 많은 문제가 발생한다. 이러한 문제 발생은 곧 중재절차의 지연으로 이어지거나, 중재판정 취소의 소를 제기하도록 하는 원인을 제공한다. 즉, 잘못된 중재합의는 중재합의의 유효성, 절차상의 하자, 중재판정에 대한 불만 등을 발생시키고 이를 해결하기 위해서는 결국 소송에 의존해야만 하여 동일한 분쟁을 2중적 절차를 거쳐 해결되어야 하는 근본적인 문제점을 만들게 된다. 또한 중재제도에 대한 인식부족 등으로 중재합의 당시 중재인 선정방식을 잘못 정해놓거나, 중재기관의 명칭이 잘못 기재되어 중재절차가 지연되거나 중재나 소송 어느 것으로도 해결될 수 없는 분쟁해결 불능상태에 놓일 수 있다는 점도 명심하여야 한다.

### Ⅲ. 중재합의 문제로 인한 중재절차 지연사례

#### 1. 중재합의 문제점

기업들이 중재조항을 합리적 주의없이 작성하였을 경우 이 조항 자체가 갈등의 원인이 된다는 것을 고려하여야 한다.<sup>18)</sup> 중재합의는 절차에 대한 계약적 본질을 가지고 있어 당사자들의 합의가 없으면 중재를 통한 분쟁해결은 불가능하다. 중재는 당사자 간 사전 또는 사후 서면으로 된 중재합의는 필수적 전제조건이다.<sup>19)</sup> 사전이나 사후 서면합의가 없는 경우 중재는 일방 당사자가 일방적으로 분쟁을 중재에 회부한다고 하더라도 중재인이 절차진행을 하지도 않을뿐더러 설사 착오로 진행을 한다고 해도, 그렇게 진행된 중재판정의 결과는 뉴욕협약과 각국의 중재법에 따라 집행할 수가 없다.

중재를 위한 중재합의는 매우 중요하지만 모든 상황에 적용될 수 있는 완벽한 중재조항은 없다. 중재조항의 효과성은 조항의 길이에 있는 것이 아니라 명료성과 투명성에 의존한다. 즉 긴 중재조항은 때때로 모호하고 부정확하여 조항의 유효성과 효과성을 방해한다. 계약서에 중재조항을 삽입하고자 하는 당사자는 계약의 객관성, 다툼의 가능한 원천 및 중재조항이 가질 수 있는 결함에 대한 심도있는 이해가 필요하다.<sup>20)</sup> 분쟁당사자들이 전문성과 경험부족이었던 이면약관을 검토하지 않았던 잘못 작성된 중재합의는 중재절차

18) Luis Alfonso Gómez Domínguez, "Causes and Consequences of Faulty Arbitration Clauses", *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), Vol.9 No.2, 2007.9, p.117.

19) 대법원 선고 2004다20180(2004. 12. 10) 판결에서는 "당사자 일방이 외국의 상사중재원에 중재판정을 신청하고 이에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 당사자 사이에 위 협약 제2조에 정한 유효한 중재합의가 있었다고 볼 수 없다"고 판시하여 중재합의의 서면성 요건을 강행규정으로 보고 있다.

20) Luis Alfonso Gómez Domínguez, *op. cit.*, p.111.



를 지연시킨다. 따라서 당사자들이 중재합의를 할 때 다음 사례들의 문제점을 잘 인식하고 차후에 자신의 분쟁에 적합한 중재장소, 중재규칙, 중재인선정방식 등을 선택하거나 대한상사중재원에 중재합의 초안을 검토받고 협상에 임할 필요가 있다.

**(1) 불명확한 중재합의**

불명확한 중재합의이다. 첫 번째 유형은 당사자들이 임의중재조항을 계약서에 삽입하고, 중재기관에 중재를 신청<sup>21)</sup>하거나 단순히 중재로 해결한다고만 규정하여 절차불능상태가 되기도 한다. 당사자들이 쌍방 합의한 제3자의 중재에 따른다는 중재조항을 계약서에 삽입하고, 대한상사중재원에 중재를 신청한 사건에서 중재합의의 유효성은 인정하나, 대한상사중재원이 관할중재기관으로 지정되지 않았다는 이유로 법원에서도 각하결정이 내려졌다. 또한 간이한 중재합의는 이후 분쟁의 해결을 구하는 경우에 중재합의의 유효성 및 집행력 그리고 중재과정 중에서 여러 가지 곤란한 문제를 안게 되는 경우가 많다.

두 번째 유형은 중재기관 명칭의 불분명한 중재조항이다. 계약서의 중재조항에 “~발생되는 분쟁은 대한민국 서울에서 The Korea Commercial Board의 중재에 의하여 해결한다”든지, “~분쟁이 발생하면 대한민국의 상공회의소 중재위원회를 통해 합의되고 해결되어야 한다”, “~계약에 따른 분쟁은 서울에서 중재로 해결하되 중재는 ICC 중재규칙에 따라 Korea Arbitration Board이라고 하여 정확한 대한상사중재원의 명칭(The Korean Commercial Arbitration Board)을 사용하지 않아 분쟁사안에 대한 논쟁이전에 관할중재기관의 적법성에 대한 논쟁이 이루어져 절차지연의 원인이 되었다.”<sup>22)</sup> 한국 업체가 미국업체와의 수출계약서에 “계약과 관련된 분쟁은 ‘미국 플로리다주 무역중재위원회(Trade Arbitration Committee of the State of Florida)’의 중재규칙에 따라 해결하기로 한 중재조항을 삽입하였으나, 미국 플로리다주에는 무역중재위원회가 존재하지 않아 중재뿐만 아니라 소송도 불가능하였다<sup>23)</sup>”. 우리나라 대법원은 비록 중재판정부, 준거법이나 중재지의 명시가 되어 있지 않더라도 장래 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 명시적 의사표시가 있었다면 그 중재합의는 유효하다고 판시하였다.<sup>24)</sup> 이처럼 당사자들이 중재절차의 행정에 책임있는 중재기관을 부적절하게 표현하거나, 중재기관을 정확히 지정하였으나 행정을 지원할 수 없는 장소를 선정할 과실(negligent)은 절차지연과 금전적 불이익을 초래한다.

21) 대한상사중재원 중재사건 001110027, 2001. 7.24 판정.  
 22) 전자의 경우는 중재절차 중 당사자들이 대한상사중재원의 중재절차를 따르기로 하였지만 후자의 경우는 고등법원에서는 중재계약의 이행불능으로 판시하였고, 대한상사중재원은 중재신청을 수리하여 절차를 진행하였다. (이주원·김경배, “하자중재조항의 사례분석과 시사점”, 『국제상학』 제21권 제1호, 한국국제상학회, 2006, pp.142-145., 서울고등법원 1980.6.26.선고 80나5335.  
 23) 플로리다 주 법원은 하자 있는 중재합의이더라도 양 당사자가 중재로 분쟁을 해결하기로 한 합의는 유효하기 때문에 중재기관에 대해 다시 합의하면 되고, 법원에 소송을 내서는 안 된다는 입장(법률신문, “국제거래 계약 때 ‘중재합의’ 조심해야”, 2012.2.14.).  
 24) 대법원 선고 89다카20252판결(1990. 4.10).

세 번째 유형은 둘 이상의 중재기관을 지정한 중재조항이다. 한 용선계약서에 “~본 용선계약에서 발생하는 어떠한 분쟁도 대한민국 서울의 대한상사중재원 및 일본국의 일본해운집회소에 제기하여야 하며, 동 판정은 최종적으로 쌍방 당사자를 구속한다”라는 사건에서는 일본해운집회소에서 중재판정을 받았으나, 중재기관만 명시되어 있고, 준거법과, 중재장소에 대한 언급이 없이 중재기관을 복수로 지정하였는데 중재판정효력의 중국성과 배치된다는 이유로 중재조항에 하자가 있다는 항변이 이루어졌다. 한국 대법원에서는 “장래 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 명시적인 의사표시가 있는 한 비록 중재기관, 준거법이나 중재지의 명시가 되어 있지 않더라도 유효한 중재합의로서의 요건을 충족한다”고 판시하였다.<sup>25)</sup> 영국법원에서는 양당사자가 중재에 의하여 분쟁을 해결하기로 합의하고, 어느 한 순간에 한쪽의 중재지를 확정할 수만 있다면 복수의 중재지 또는 중재기관을 명시하여도 당해 중재조항은 유효하다고 판결하고 있다.<sup>26)</sup>

네 번째 유형은 중재합의에서 중재인 선정방식을 규정한 경우이다. 이에 대해 한국과 미국의 법원은 다른 견해를 갖고 있다. 한국은 중재계약에서 특정인을 중재인으로 선정할 경우에는 그 특정인의 중재판정을 받고자 하는 것이 중재계약을 체결한 당사자들의 의사이므로 그 특정인이 중재인으로서의 직무수행을 거부하면 그 중재계약은 효력을 상실하거나 그의 이행이 불가능한 때에 해당한다고 판시하였다.<sup>27)</sup> 미국법원은 중재인선정은 중재하고자 하는 기본합의를 진행하는 과정 중 단지 하나의 단계이고, 중재하고자 하는 당사자의 의도는 아직 유효하기 때문에 중재합의는 유효하다고 판시하였다.<sup>28)</sup> 따라서 중재합의를 이행하기 위해서는 당사자가 합의로 다른 중재인을 선정하여야 하며, 당사자들이 합리적인 기간 내에 합의하지 못할 경우에는 법원이 중재인을 선정하여 진행할 수 있다고 하였다.<sup>29)</sup> 당사자가 지정한 단독중재인이 중재를 할 수 없는 상황이 발생한 사건<sup>30)</sup>에서 미국법원은 중재합의가 본질적이고, 중재인의 존재는 부수적 사항이라고 보고, 당사자에게 다른 중재인 선정을 명령하였다.<sup>31)</sup>

중재합의의 하자에 대한 문제는 뉴욕협약이나 각국 법제의 의해 잘 규정되어 있다. 뉴욕협약 및 중재법에서 규정되어 있듯이 중재합의의 하자는 중재판정의 취소사유로서 취급되며 중재절차를 무위하게 만드는 결과를 초래하게 된다<sup>32)</sup>. 비록, 2010년 개정 UNCITRAL 중재규칙, 프랑스 개정 민사소송법 및 ICC 중재규칙에서 중재합의의 서면성을 요구하지 않는 경향이 있지만, 계약을 체결하는 당사자들은 중재합의의 문제로 절차가 지연되지 않

25) 대법원 선고 2005다74344 판결(2007. 5.31).

26) *Star Shipping A.S. v. China National Foreign Trade Transportation Corp.*(1998)

27) 대법원판례 선고96다280판결(1996.4.12)

28) *Marchant v. Mead-Morrison Mfg. Co.*, 252 NY 284, 295, 169 NE 386, 389(1929).

29) *Gabriel M. Wilner, Domke on Commercial Arbitration*, Callaghan & Company, 1984, p.302.

30) *Wilson v. Saffir*, 279 App Div 723, 108 NYS2d 248(1951)

31) *Gabriel M. Wilner, op., cit.*, p.309.

32) 유병욱, 전제논문, p.96.

기 위해서는 뉴욕협약에서 규정한 바와 같이 당사자들의 법적 능력요건, 중재합의가 결정적이며, 구속력 및 집행력을 강행적인 것이라는 상호 동의의 요건 및 동의가 서면으로 행해져야 한다는 형식적 요건을 갖추는 것이 매우 중요하다.

## (2) 계층적 분쟁해결조항

계층적 중재조항(tiered dispute resolution provision)은 중재조항 중 중재절차를 진행하기 전에 분쟁이 발생하면 먼저 협상을 통하고, 그 다음 조정절차를 거치도록 하는 중재조항으로서 국제건설 및 엔지니어링 계약과 같이 대규모이거나 장기적인 계약에서 주로 이용된다. 이와 같은 장기계약에서는 당사자 간 우호적인 관계를 중요시 여겨 분쟁이 발생하더라도 우호적인 해결을 먼저 시도하도록 계층적 중재조항을 삽입한다.<sup>33)</sup> 이러한 중재조항은 중국이나 북한의 투자관련 법<sup>34)</sup>이나 중재조항<sup>35)</sup>에 많이 포함되어 있다. 계층적 분쟁해결조항은 당사자들이 굳이 이러한 조항이 없더라도 분쟁이 발생하면 먼저 협상이나 조정절차를 시도해볼 수 있기 때문에 불필요한 내용이다. 이런 조항의 문제는 중재절차를 진행하기 전에 협상이나 조정절차를 진행하지 않았을 경우 중재절차의 유효성에 대한 다툼으로 중재절차를 시간 소비적이고 비효율적으로 이끌게 되거나 중재합의가 무효가 될 수 있다는 점이다. 또한 계층적으로 분쟁을 해결하기 위하여 한 단계 분쟁해결과정에서 다른 단계의 분쟁해결과정으로 이전하면서 선의로 협상을 한다든지 조정을 위한 최선의 노력을 한다는 문구가 있을 경우 이러한 문구를 이유로 중재절차를 지연시킬 개연성이 존재한다. 따라서 계층적 분쟁해결조항이 있을 경우 당사자 간 우호적인 해결은 굳이 중재조항에 삽입하지 않아도 일반적인 분쟁해결원칙이라는 점을 당사자들이 인식하고 삭제하는 것이 필요하다.

33) Luis Alfonso Gómez Domínguez, *op. cit.*, p.124.

34) 북한의 외국인 투자관련 주요 법률인 외국인투자법(제22조), 합영법(제47조), 합작법(제21조), 외국인기업법(제31조), 라진·선봉경제무역지대법(제42조), 대외경제계약법(제42조)에서는 분쟁이 발생하면 먼저 당사자 간의 협의로 해결하도록 노력하며 실패시에는 북한이 정한 중재 또는 재판절차로 해결함을 기본으로 하고 있어 당사자 간에 발생하는 의견상이에 대해 예외 없이 먼저 “협의를 방법”으로 해결토록 규정하고 있다. 중국 중화인민공화국 중외합자경영기업법 제15조에 의하면, 합영각방이 분쟁이 발생하고, 이사회가 협상하여 해결할 수 없을 때, 중국중재기구가 조정 혹은 중재를 진행하고, 합영각방이 기타중재기구에서 중재하기를 협의할 수 있다. 합영 각 당사자가 계약중 중재의 조항에 따르지 않거나 혹은 사후 서면 중재협의를 달성하지 않으면 인민법원에 상소할 수 있다고 규정되어 있고, 한중투자보장협정 제9조(투자자와 계약당사자간의 분쟁해결) 제2항 투자분쟁이 발생한 경우 그 분쟁은 가능한 한 협의와 협상에 의하여 해결한다. 이러한 방법으로 해결되지 아니하는 경우 소송이나 중재로 해결한다고 규정되어 있다.

35) 전라남도 M군과 중국법인과의 계약서 상 중재조항에는 당사자가 30일 이내에 조정과 타협을 통하여 분쟁, 청구 혹은 계약위반 등 문제를 해결하지 못할 경우, 손해를 입은 측은 아래 명시된 중재를 통하여 해결할 수 있다(제13조 제1호) 출처 : 노태약, “국제상사중재 관련 최근 판결에 관한 단상”, 『중재』 제344호, 대한상사중재원, 2015, p.39.

### (3) 선택적 중재조항

재정분야, 파생금융거래업, 대규모계약에서 중재합의 시 ‘중재와 소송’ 또는 ‘중재와 조정’을 당사자가 선택할 수 있도록 규정하는 경우가 있다. 이러한 선택적 중재 조항도 유효한 중재합의로 볼 수 있는 것인가에 대한 문제가 제기되어 있다. 선택적 중재조항의 문제는 ‘중재합의의 범위’의 문제와 구별된다. 전자는 중재합의의 유효·무효의 문제이며, 후자는 중재합의의 유효를 전제로 그의 범위에 관한 문제이다. 전자와 후자 그 판단은 중재 관정부에 있다는 점에서 양자는 동일하다.

선택적 중재조항은 국제적으로 보면 러시아와 중유럽 및 동유럽 국가사이의 거래에서 자주 사용되고 있으나, 러시아, 아랍에미리트 등에서는 그 유효성을 확인할 명백한 기관이 존재하는 것이 아니라는 이유로 그 효력이 인정되지 않기도 하고, 중국 법제 하에서도 선택적 중재조항의 효력이 인정되지 않고 있다. 이에 반하여 영국, 프랑스, 홍콩, 싱가포르 소재 주요 중재기관은 그 유용성에 대하여 지지를 얻고 있다. 선택적 중재조항의 사용은 주로 중재의 효율성과 신속성 및 경제성에 기인한다.<sup>36)</sup> 우리나라의 경우 “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률”에서는 국가를 당사자로 하는 계약에 있어서 중재합의를 규정한 “공사계약일반조건<sup>37)</sup>” 제49조 제1항과 이를 개정한 “공사계약일반조건<sup>38)</sup>” 제51조는 일방당사자가 중재를 선택할 수 있도록 규정하고 있으므로 일방당사자가 중재를 신청한 경우에 타방당사자는 선택적 중재합의는 무효이므로 중재합의는 존재하지 아니한다는 본안 전 항변을 흔히 제기해 왔다. 그리고 이에 대한 법원의 판결은 일관성을 결한 점이 있지만 선택적 중재조항에 해당한다고 하더라도, 상대방이 본안에 관한 답변서를 제출할 때까지 본 건 규정의 효력에 관하여 이의를 제기하지 않은 이상 이는 중재합의로서의 확정적인 효력을 가지게 된다고 보아 최근에는 선택적 중재합의는 유효하다는 판례가 확립되게 되었다.<sup>39)</sup> 하지만 선택적 중재조항은 중재절차 진행을 지연시키기 위하여 언제든지 어느 당사자가 사용할 수 있으므로 가능한 중재합의는 명확하게 하는 것이 필요하다.

36) 최성수, “선택적 중재조항에 대한 소고”, 『법학논총』 제38권 제3호, 동아대학교, 2014. p.468.

37) 1998년 8월 10일, 회계예금 2200.4 - 104 - 7.

38) 1999년 9월 9일, 2200.04 - 104 - 8.

39) ‘선택적 중재조항’으로 볼 여지가 있는 중재조항을 계약서에 둔 경우 소송절차로 진행되면 상대방이 중재합의의 유효성을 다투는 것이 보통이다. 우리나라의 어느 지방자치단체와 중국 투자자 사이에 중재합의 조항을 둘러싸고 당사자의 해석을 어떻게 볼 것인가가 쟁점이 된 사안이 있었다. 원심인 서울고등법원과 대법원 모두 구체적 사실관계를 따져서 당사자의 진정한 의사가 무엇인가를 탐구하였는데, 원심은 관련 계약이 몇 차례 변경되면서 “중재한다”에서 “중재할 수 있다”로 최종적으로 문언이 사용된 경위 등에 착안하여 이를 선택적 중재합의 조항으로 보았다. 그러나 대법원은 계약의 다른 부분에서 규정된 내용과 이 사건 회사 정관의 규정 등을 전속적 중재합의의 적극적인 근거로 보는 한편, 외국 당사자 사이의 합작투자계약이라는 점에 중점을 두어 당초 당사자의 진정한 의사는 분쟁이 발생하였을 경우 제3국 중재기관에서 해결하려는 의사에 있었다고 보아야 한다고 판시하였다(대법원 선고 2013다71845 판결, 2014. 4. 30).

#### (4) 법적 조화의 부족

상거래, 법 및 문화적 배경, 국제상사중재에 대한 단일 규칙의 이행 등과 같은 변수들은 다루기 힘든 문제로 밝혀졌다. UNCITRAL 모델법(제7조 제2항)과 뉴욕협약(제2조 제2항) 모두 서면성을 요구하고 있다. 하지만, UNCITRAL 모델법은 전자적 수단 또는 클레임서류를 교환하는 과정에서 한 당사자가 중재를 주장하였고, 다른 당사자가 이를 부인하지 않은 경우에도 이를 인정하고 있어, 뉴욕협약의 엄격한 서면성 요건과는 배치되고 있다.<sup>40)</sup> 따라서 관련 당사자들이 UNCITRAL 모델법을 따르기로 한 경우에는 문제가 되지 않지만 해당 국가가 New York 협약만 단지 가입되어 있는 경우에는 그 중재조항은 집행력이 보장받지 못할 수도 있다.<sup>41)</sup>

#### (5) 비현실적 기대

당사자들이 중재조항 속에 기간을 단축시키기 위하여 서류제출기간, 심문기간 등 중재절차 단계별 시간적 제약을 두는 것은 역효과를 낼 뿐 아니라 중재인에게도 자유재량을 허용하지 않아 문제가 발생할 수 있다. 이러한 조항들은 프로젝트 제품, 지식재산권 및 건설프로젝트 등에서 절차지연을 위하여 두는 경우가 종종 있다. 중재조항을 삽입할 경우에는 어떠한 상황이든 환경에 적용되는 중재조항이 없다는 것을 인식하여야 한다. 이를 예방하기 위해서는 기관중재를 따르거나, 임의중재인 경우에는 UNCITRAL 규칙을 따르는 것이 중요하다.

#### (6) 제3자에 중재합의 확장

거래관계가 날로 복잡해져 가는 현대 사회에서 중재합의에 구속되는 당사자의 범위를 지나치게 엄격하게 해석하면, 중재합의의 취지를 몰각시키거나 당사자사이의 실질적 공평을 해하게 되는 경우가 종종 있다. 예컨대 현대의 거래관계는 두 당사자 사이의 일회적 거래로 끝나는 것이 아니라 다수 당사자가 복수의 계약을 통해 동시 또는 순차로 관여하는 것이 보통이다.<sup>42)</sup> 중재는 당사자의 합의에 의한 것이므로 중재하기로 약속하지 아니한

40) 1958년에 채택된 뉴욕협약(제2조 제2항43)에서는 서면에 의한 중재합의가 무엇인지 규정하고 있는데, ①당사자가 서명한 주된 계약서에 포함된 중재조항, ②당사자가 서명한 별도의 중재합의, ③편지 또는 전보의 교환에 포함된 주된 계약에 포함된 중재조항, ④편지 또는 전보의 교환에 포함된 별도의 중재합의 네 가지에 한정함으로써 그 범위를 매우 좁게 보고 있다. 1985년에 채택된 UNCITRAL 모델법 제7조 제2항은 우리 중재법 제8조 제3항, 제4항<sup>45)</sup>과 그 내용이 사실상 동일한데, 뉴욕협약에 비하여 서면성의 요건이 충족되는 경우를 확대하고 있다. 2006년에 개정된 UNCITRAL 모델법 제7조 Option I에서는 “중재합의 또는 계약서가 구두, 행위 또는 기타 다른 방법에 의하여 체결되었는지 관계없이 중재합의의 내용이 어떤 형태로든 기록되었다면 중재합의는 서면에 의한 것이다”고 규정하여 중재합의의 서면성의 요건이 충족되는 경우를 더욱 확대하고 있다. 심지어 Option II에서는 서면성 요건을 완전히 배제하고 있다.

41) Luis Alfonso Gómez Domínguez, *op. cit.*, pp.127-128.

42) 예컨대, 해상운송 중 화물이 멸실 또는 훼손된 경우, 송하인과 수하인 사이의 매매계약, 송하인과 운송인 사이의 용선계약, 운송인이 발행하는 선하증권, 화주와 보험회사간의 적하보험계약 등이 문제된다. 하나의 화물 운송을 둘러싸고 여러 당사자가 다수의 계약을 통해 중층적으로 관계를 맺는 것이다. - 김지홍, “중재합의

당사자는 중재에 응할 의무가 없다. 그러나 오늘날은 그 당사자가 아닌 제3자에게까지 중재합의의 효력을 확장하려는 경향을 보인다.<sup>43)</sup> 이러한 경향은 미국에 있어 특히 강한테, 미국법원은 ① 중재합의의 당사자가 중재합의의 직접 당사자가 아닌 자, 즉 비서명자를 상대로 중재를 요구할 수 있거나, ② 반대로 중재합의의 비서명자가 중재합의의 당사자를 상대로 중재를 신청할 수 있다는 여러 가지 이론을 개발하여 적용하고 있다.<sup>44)</sup>

계약상 중재합의 내지 중재조항이 계약 당사자에게만 적용되는지 또는 당사자 이외의 제3자에게까지 적용되는지는 그 규정 내용에 따라 달라진다. 즉, 계약상의 중재조항은 “(중재) 본 계약의 이행에 관하여, 갑·을 간에 분쟁이 발생할 경우 대한상사중재원 규정과 대한민국 법률에 따라 서울에서 중재로 이를 해결한다”라는 규정과 “이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 중재에 의하여 해결한다”고만 약정되어 있는 경우를 비교하면, 전자는 당사자 이외의 제3자에게 중재조항의 원용을 배척할 수 있지만, 후자의 경우 명시적 당사자가 아닌 제3자에게까지 적용될 것인가하는 점이다. 후자의 경우에도 미국법에서는 비록 중재가 당사자들이 동의한 일종의 계약을 근거로 하지만, 중재계약에 서명하지 않은 자라 할지라도 편입(incorporation by reference)<sup>45)</sup>, 대리 또는 대위관계, 금반언 내지 제3자 계약, 법인격 부인론 등을 위주로 계약상의 양도, 채권 혹은 채무와 관련된 중재의무의 인수에 의하여 국제중재의 묵시적 당사자가 될 수 있다. 중재조항이 있는 계약의 양수인이나 승계인(assignee or successor)도 당해 계약에 서명한 자가 아니지만, 양도인이나 상속인이 서명한 계약으로부터 이익을 받고 있기 때문에 중재당사자가 될 수 있다.<sup>46)</sup> 글로벌 환경에서 많은 기업들은 2개국 이상에서 자회사를 설립하고 있다. 자회사가 현지에서 독자적으로 기업활동을 하다가 중재합의를 한 경우 모회사에게도 중재합의의 효력이 미치는가 하는 점과, 계열회사에도 중재합의의 효력이 미칠 수 있는가 하는 점이 문제된다. 외국에서는 이른바 그룹회사이론에 의하여 중재합의의 효력이 그룹을 이루는 회사 간에 미치는 것으로 보고 있다.<sup>47)</sup>

의 제3자에 대한 효력”, 「중재연구」 제17권 제3호, 한국중재학회, 2007. p.102, 양석완, “중재합의의 효력 - 주관적 범위”, 「비교사법」 제21권 제2호(통권65호), 한국비교사법학회, 2014. p.925.

43) 손경한·심현주, “중재합의에 대한 새로운 고찰”, 「중재연구」 제23권 제1호, 한국중재학회, 2013.3., p.73.

44) 양석완, 전제논문, pp.911-912.

45) 중재합의조항의 선하증권 등 다른 문서에의 편입(incorporation by reference)의 범리란 비록 중재조항을 포함한 계약서에 직접서명하지 않았더라도, 비서명자가 그 계약의 당사자와 별도로 체결한 계약내용 가운데 서명자가 합의하고 있는 중재합의조항을 포함한 다른 문서를 인용하여 편입시키고 있는 경우에 중재합의조항의 효력이 당해 비서명자에게 미친다고 보는 것이다.

46) 양석완, 전제논문, p.917. 채무자는 중재합의가 있는 채권의 양수인에게 중재합의로써 대항할 수 있다고 한 사례(서울지방법원 서부지원 2002. 7. 5. 선고 2001가합6107 판결 참조). 선하증권 이면약관상의 중재조항은 선하증권을 배서, 양도받은 소지인에게도 미친다(부산고등법원 2009. 7. 8. 선고 2008나179090 판결과 그 하급심인 부산지방법원 2008. 10. 8. 선고 2007가합20559 판결 참조.) 중재합의의 당사자가 파산한 경우 그 중재합의는 파산관재인에게도 미친다고 보아야 할 것이다(김경욱, “중재당사자의 파산이 중재절차에 미치는 영향”, 「민사소송·한국민사소송학회지」 제10권 제2호, 한국민사소송법학회, 2006, p.306.)

47) 손경한·심현주, 전제논문, p.75.

개품운송계약은 운송인과 송화인과 수화인이 기본 당사자이고, 선화증권이 계약의 증명 서류이며 이면약관 상에 중재조항이 삽입되어 있다. 계약당사자 간의 분쟁과 중재합의 조항의 선하증권 등 다른 문서에의 편입, 대리 또는 의무인수(assumption)의 관계나 금반언의 원칙 및 계약의 수익자 그리고 법인격부인론 등 불가분적 관계에 있는 관련당사자의 분쟁도 포함하는 것이라고 해석할 여지가 있다고 본다. 이 경우 중재합의의 제3자에 대한 효력을 인정할 수 있는 근거가 먼저 문제된다. 중재합의의 대상 및 효력범위를 가급적 넓게 해석하여 당사자 및 이해관계자 간에 발생한 분쟁을 하나의 절차와 하나의 규범 하에서 일괄적으로 해결할 필요가 있다. 용선운송계약은 운송인, 용선인 그리고 화주 등으로 구성되어 있다. 먼저 연대채무자라고 할 수 있는 운송인과 선박소유자에게 있어서 선박소유자는 운송인이 발행한 선하증권 이면약관상 히말라야조항(Himalaya Clause)에 따라 중재합의를 원용할 수 있다는 한국의 판례가 있다.<sup>48)</sup> 또한 선하증권상의 일반 편입문구에 의해서는 용선계약상 중재약정은 당연히 편입되는 것은 아니지만, 일정한 요건하에 유효하게 될 수 있다고 한다. 하나는 선하증권에 용선계약이 특정되지 않았더라도 선하증권의 소지인이 용선계약의 존재와 중재계약의 내용을 잘 알았거나 알 수 있었다면 유효하다고 한다.<sup>49)</sup> 또 다른 하나는 선하증권에 일반 편입문구가 있을 경우에는 용선계약상 중재조항이 용선계약 관련 분쟁은 물론이고 선하증권 관련 분쟁도 다룬다는 점을 명백히 규정하고 있어야 한다는 것이다. 이 견해는 선하증권은 유가증권으로서 누구든지 선하증권의 소지인으로서 선하증권에 표시되는 운송계약의 당사자가 될 수 있는 특성이 있기 때문에 선하증권이 아닌 용선계약서에 있는 중재조항이 선하증권의 일반적 편입문구에 의해 당연히 선하증권상의 분쟁을 해결하는 방식이 되어야 한다는 것은 부당하다는 점을 그 이유로 들고 있다.<sup>50)</sup>

선하증권상 용선계약의 일반 편입문구에 덧붙여, 적어도 중재합의에 구속될 제3자가 중재에 대하여 적절한 통지를 받을 것을 요건으로 하여야만 유효한 편입이 된다고 본다. 우리나라와 미국 판례와 같이 일반편입문구에 선하증권소지인이 중재조항을 알거나 알 수 있었을 것 등의 요건을 추가하여 그 편입을 인정하는 것은 개별적인 사건의 입증에 따라 분쟁해결절차가 달라지는 등 법적 안정성을 해칠 수 있고, 영국 판례와 같이 ‘용선계약에 포함된 중재조항에 용선계약에 따른 분쟁뿐만 아니라 선하증권 하에서의 분쟁에 대해서도 중재가 적용되는 것으로 되어 있어야 한다’는 요건 아래에서는 당사자가 이를 알 수 있었는지 확인되지 않기 때문이다.<sup>51)</sup>

48) 대법원 2010. 7. 15. 선고2009다66732 판결 및 그 하급심인 부산고등법원 2009. 7.8. 선고 2008나179090 판결과 부산지방법원 2008. 10. 8. 선고 2007가합20559 판결.

49) 우리나라 판례의 태도이다. 이 견해는 당해 거래당사자의 실제적 의사와 거래관행 등에 비추어 양당사자가 중재합의를 하려고 한 의사가 명백하다면 일반 편입문구만으로 중재조항의 편입을 인정하여도 무방하다는 입장이다.

50) 양석완, 전제논문, pp.935-936.

마지막으로 중재합의는 많은 경우에 약관의 형태로 이루어지고 있다. 이러한 중재약관이 당사자를 구속할 것인가가 문제된다. 유럽법정(European jurisdictions)에서는 판매자 표준계약조건(standard contract terms)의 표준중재조항(standard arbitration clause)은 기업들에게는 구속력을 갖지만, 소비자에게는 구속력을 갖지 못하여, 소비자의 결정에 따라 중재절차를 진행할 수 있다. 반면, 미국에서는 위와같은 소비자중재조항도 효력을 갖되, 구속력 있는 중재조항(binding arbitration clause)이 소비자에게 비합리적일 때에는 미국법원이 집행을 거부할 수 있다.<sup>52)</sup>

오늘날 국내외적 거래관계는 다수 당사자가 복수의 계약을 통하여 동시 또는 순차적으로 관여하는 등 매우 복잡하게 얽혀있기 때문에 중재합의에 구속되는 당사자의 범위를 좁게 해석하면 중재합의의 취지를 간과하게 되거나 당사자 사이의 공평을 해하는 경우가 발생하게 된다. 따라서 당사자가 아닌 제3자에게까지 중재합의 효력의 주관적 범위를 일정한 한도까지 확장할 필요가 있다 할 것이다. 정작 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.<sup>53)</sup>

#### IV. 결 론

중재제도 활성화의 걸림돌은 중재의 개념이나 중재합의에 대하여 아직 익숙하지 못한 것에서부터 시작한다. 중재는 이론적으로 단심제, 당사자자치원칙, 탄력적 절차진행이라는 많은 장점을 가지고 있지만 실무적으로는 당사자들의 중재제도와 중재합의에 대한 올바른 인식부족으로 절차지연, 절차불능, 소송제기 등으로 이어져 그나마 중재제도를 이용하고자 하는 당사자들에게 불만을 초래하기도 한다. 본 연구는 한국에서 중재제도가 정착되지 않은 가장 근본적인 원인이 중재합의에 대한 잘못된 인식에 있다고 보았다. 즉, 중재합의는 계약서 이면약관에 있다는 이유로 심도있게 검토하지 않고 거래를 하거나, 중재합의 자체가 계약의 각 조건처럼 협상의 대상이 되지 않는다고 인식하는 등 이를 등한시하여 중재절차가 지연되거나 불능에 빠질 수 있다는 점을 간과하고 있다는 점이다. 따라서 본 연구에서는 중재합의가 협상의 대상이 되며, 중재제도를 이용하는 데 중재합의가 얼마나 중요한지를 실무자들에게 인식시키고 하였다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 중재합의에 포함될 수 있는 내용, 중재합의가 당사자 이해관계에 영향을 미칠 수 있어 협상의 대상이

51) 상계서, p.937.

52) 박철수·류건우, “온라인 紛爭解決에 관한 研究”, 『국제학논총』, 제8집, 계명대학교. 2003, pp.255-256.

53) 상계서, pp.937-939.



된다는 점을 지적하고, 계약 실무자들에게 중재합의 중요성을 강조하기 위하여 중재합의의 유효성이나 내용 상 문제로 절차가 지연되는 사례들을 제시하였다.

실무적으로 중재합의는 계약서의 일반 거래조건들과 마찬가지로 당사자들이 협상을 통해 합의해야 하는 사항임에도 불구하고, 지금까지 한국 내에서는 중재제도에 대한 홍보에 초점이 맞추어져 중재합의가 협상의 대상이라는 것조차도 인식하지 못하였다. 따라서 향후 정부부처나, 대한상사중재원 및 중재관련 전문가들은 잠재적인 중재이용자들에게 중재제도 그 자체 못지않게 중재합의에 대한 올바른 인식을 제고시키는 것이 무엇보다도 중요하다. 또한 이들 기관들은 중재법이나 중재규칙을 마련하고자 할 경우 우선적으로 고려할 점이 과연 중재를 이용하고자 하는 고객들이 어떻게 하면 보다 질 좋은 중재서비스를 제공받을 수 있을 것인지 여부를 수요자 관점에서 중재제도를 고려할 필요가 있다. 이를 위하여 기존 중재이용자들이나 잠재이용자들을 대상으로 중재제도나 중재합의에 대한 종합적이고 체계적인 서베이를 실시하거나, 싱가포르와 홍콩의 중재기관들이 중재서비스의 질을 어떻게 이용자중심으로 개선하였는지에 대하여 분석을 하여야 할 것이다.

한편, 각 기업들은 표준계약서 서식을 작성할 때 자신의 거래상황에 적합한 중재조항에 대하여 면밀하게 재검토하여야 하며, 자신이 없을 경우 대한상사중재원과 같은 전문기관이나 전문가의 자문을 받는 것이 좋으며, 시간 등이 없을 경우에는 대한상사중재원에서 권장하는 표준중재조항을 삽입하는 것이 좋다. 중재이용자들은 계약의 각 조건들 못지않게 중재합의의 내용 즉, 중재인선정, 중재절차, 언어, 중재장소 등등을 협상테이블에 올려놓을 수 있으며, 중재합의의 각 내용 자체도 협상의 대상이지만 일반 거래조건들을 협상할 때 이들 사항들을 협상테이블에 올려놓으면 쌍방 모두가 승자가 되는 통합적 협상 결과를 얻을 가능성을 한층 높일 수 있다는 점을 인식하여야 한다. 또한, 중재이용자들은 자신에게 유리한 중재합의가 되어 있는 경우 차후에 분쟁이 발생하더라도 자신에게 유리하게 협상을 이끌 수 있으며, 최종적으로 중재로 최종 해결하더라도 자신에게 불리함이 없는 결과를 도출하는데 중재합의가 활용될 수 있음을 명심하여야 할 것이다. 마지막으로 글로벌 환경에서 중재가 소송이나 다른 분쟁해결수단으로서 경쟁력을 갖기 위해서는 정부나 중재기관은 이용자들에게 만족을 줄 수 있는 서비스를 제공하여야 한다.

## 참고문헌

- 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 『중재연구』 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006.
- \_\_\_\_\_, “본계약의 효력이 다투어지는 경우 그에 관한 중재합의의 효력 -분리가능성 이론을 중심으로-”, 『법학연구』 제17권 제2호, 연세대학교 법과대학 법학연구소, 2007.
- 강정혜, “국제거래상의 대체적 분쟁해결제도”, 『인권과 정의』, Vol. 393, 2009.5.
- 김경욱, “중재당사자의 파산이 중재절차에 미치는 영향”, 『민사소송·한국민사소송학회지』 제10권 제2호, 한국민사소송법학회, 2006.
- 김상찬·김유정, “싱가포르 국제중재제도에 관한 연구”, 『중재연구』 제24권 제2호, 한국중재학회, 2014.
- 김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 『중재연구』 제17권 제3호, 한국중재학회, 2007.
- 노태악, “국제상사중재 관련 최근 판결에 관한 단상”, 『중재』 제344호, 대한상사중재원, 2015.
- 목영준, 『상사중재법』, 박영사, 2011.
- 박철수·류건우, “온라인 紛爭解決에 관한 研究”, 『국제학논총』, 제8집, 계명대학교, 2003.
- 법률신문, “국제거래 계약 때 ‘중재합의’ 조심해야”, 2012.2.14.
- 손경한·심현주, “중재합의에 대한 새로운 고찰”, 『중재연구』 제23권 제1호, 한국중재학회, 2013.
- 시사저널, “국제 무역분쟁, 소송보다 중재가 더 효율적”, 제1394호, 2016.7.10.
- 양석완, “중재합의의 효력 - 주관적 범위”, 『비교사법』 제21권 2호(통권65호), 한국비교사법학회, 2014.
- 유병욱, “국제상사중재합의의 요건과 내용에 관한 연구”, 『무역학회지』 제32권 제4호, 한국무역학회, 2007.
- 이주원·김경배, “하자중재조항의 사례분석과 시사점”, 『국제상학』 제21권 제1호, 한국국제상학회, 2006.
- 조대연, “중재합의와 중재판정에 관한 고소”, 『중재연구』 제14권 제1호, 한국중재학회, 2004, p.297
- 최성수, “선택적 중재조항에 대한 소고”, 『법학논총』 제38권제3호, 동아대학교, 2014.
- Fletcher N., International Arbitration-Research based report on perceived delay in the arbitration process, *International Arbitration*, Berwin Leighton Paisner, 2010,
- Friedland P. and Mistelis L., 2015 International Arbitration Survey : Improvements and

- Innovation in International Arbitration, School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, ([www.pwc.com/arbitrationstudy](http://www.pwc.com/arbitrationstudy)).
- Lagerberg G. and Mistelis L., Corporate choices in International Arbitration Industry perspectives-2013 International Arbitration Survey, School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, ([www.pwc.com/arbitrationstudy](http://www.pwc.com/arbitrationstudy)).
- Luis Alfonso Gómez Domínguez, “Causes and Consequences of Faulty Arbitration Clauses”, *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), Vol.9 No.2, 2007.9.
- Marrs D. S. and Mulligan P. S., “10 Major Arbitration Issues”, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 64 No.3, Aug./Oct. 2009.
- Townsend M. J., “DRAFTING ARBITRATION CLAUSES: Avoiding the 7 Deadly Sins”, *Dispute Resolution Journal*, AAA, Feb.-Apr. 2003.
- Wilner M. G., *Domke on Commercial Arbitration*, Callaghan & Company, 1984.

## ABSTRACT

### A Study on the Delay of Process Owing to Problems in Arbitration Agreement

Koon-Jae Shin

The international arbitration system has been a useful method of settling disputes arising from international transactions. Arbitration provides the opportunity for the parties to choose a fair and neutral forum and to participate in the selection of the decision maker and the rules that will be applied. Because arbitration is a creature of contract, there is no agreement to arbitrate if there is no contract. An arbitration clause should be designed to fit the circumstances of the transaction and the parties' needs. The parties draft an arbitration clause with insufficient attention to the transaction to which it relates. Insufficient attention to arbitration agreement has caused the delay of arbitration procedure or even the inability to arbitrate. Therefore the parties pay sufficient attention to the underlying transaction so that the arbitration clause can be tailored to their particular requirements and to possible disputes that may reasonably be anticipated.

**Key Words** : Global Dispute, Arbitration Agreement, Delay of Arbitration Procedure, Problems of Arbitration Agreement