

중재와 법원 사이의 역할분담과 절차협력 관계*
-국제적 중재합의 효력에 관한 다툼과 중재합의관철 방안을 중심으로-

Close Relations between Arbitration and State Court
in each Procedural Stage
-With an Emphasis on International Arbitration Agreement-

김용진**
Yong-Jin Kim

〈목 차〉

- I. 서 언
- II. 관할단계에서의 중재관정부와 법원의 관계 : 중재합의의 무효 주장
- III. 중재합의위반의 경우 중재관정부와 법원의 상호협력 관계
- IV. 심리단계에서의 중재절차와 소송절차의 병행 관계
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 중재합의, 관할결정권한, 관할결정권한합의, 중재합의 위반, 소송금지명령

* 이 논문은 2015년 CNU 학술연구사업의 지원에 의하여 연구되었으며, 2017. 2. 16. 한국중재학회에서 발표한 내용을 축약(‘국제중재절차에서의 상계’ 부분)한 것임.

** 충남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

I. 서 언

사적 자치가 지배하는 계약법 영역에서 당사자 사이의 합의는 거래관계 형성 자체를 규율하는 데에 그치지 아니하고, 그 계약과 관련되는 분쟁을 해결하는 내용까지 포함시키는 것이 보통이다. 장래 발생가능한 분쟁을 해결하기 위하여 국제계약에 중재조항을 포함시키는 것은 이제 국제경제의 통상적인 거래 모습이 되었다. 중재절차개시의 바탕이 되는 중재합의는 국제교역의 현장에서 점차 재판관할합의를 대체해가고 있을 만큼 그 중요성을 더해 가고 있다. 중재합의를 통하여 국가의 법원이 아니라 중재판정부에서 분쟁을 해결하게 되면, 다른 나라의 법체계에서 오는 불편과 불이익을 현저하게 줄일 수 있을 것이다. 당사자들은 임의소송절차금지의 원칙의 제한을 받지 아니하고 스스로 선택한 중재절차에 의한 분쟁해결이 가능하기 때문이다. 예를 들어 당사자는 분쟁처리의 준거로 삼을 적용절차법을 지정함으로써 분쟁절차에서 사용하는 언어는 물론 절차를 진행할 지역 등을 분쟁사건의 특성에 맞추어 정할 수 있다. 이와 같은 당사자의 절차형성권은 중재인의 선정, 증거조사의 방식에까지 이른다. 기업들의 경제활동과 거래관계는 주로 계약이라는 법적 장치에 의하여 형성되고 발전하고 있다. 국가 사법기관은 각 나라마다 차이가 크고 복잡하기 때문에 특히 외국인이 부담하는 불편과 비용이 매우 크다. 이에 반하여 사적 자치의 원칙이 지배하는 중재의 경우에는 당사자가 스스로 중재인을 선정하고 중재절차를 결정한다. 특히 국제중재절차는 국가의 사법기관으로부터 독립되어 있다는 점이 국제중재가 각광받는 주요 요인이기도 하다. 세계 대부분의 국가들은 위와 같은 당사자의 합의를 존중하여 자신의 재판권의 행사를 제한하는 경향을 보이고 있다. 대다수의 상설중재기관은 그 중재규칙에서 중재판정부 스스로 자신의 관할을 정할 수 있도록 하고 있으며, UNCITRAL 모델법 제16조에 상응한 법규를 운영하고 있다. 뉴욕협약을 받아들이고 모델법을 국내입법으로 수용한 대부분의 국가들은 중재합의가 있는 경우 자국의 법원에서 분쟁절차가 진행되는 것을 허용하지 아니한다. 이와 같이 중재합의는 국가 사법기관의 소송절차에서 존중을 받는다. 중재는 재판 외에서의 독립한 법적 분쟁해결제도이나, 중재절차는 여러 개의 고유한 법적 문제를 안고 있는 경우가 드물지 않다. 이와 같이 중재절차에서 나타나는 문제가 법적 쟁점으로 바뀌면 국가조직으로의 법원이 최종적인 결정에 개입하는 일을 배제할 수 없다. 예를 들어 중재절차에서 중재인이 선정되지 아니한 경우 중재인 선정을 신청하거나 또는 보전처분을 신청하는 경우는 물론 중재판정의 집행과 중재합의 유효 여부에 관한 분쟁은 법원의 소송절차를 필요로 한다.

위와 같이 중재절차가 국가기관인 법원의 영향으로부터 유리되어 있지 않는 대표적인 분야로 중재합의의 법률적 문제를 들 수 있다. 현실의 국제중재실무에서는 중재합의의 유효성

을 문제 삼는 경우가 허다하다. 중재절차 개시 시에는 말할 것도 없고, 중재절차가 진행 중인 때에도 중재합의를 중재절차 내에서 다투거나 또는 특정국의 관할법원에 중재합의의 무효확인을 청구하거나 중재청구의 대상인 권리의 부존재 확인을 구하는 소를 제기하는 경우도 있으며, 더욱이 중재판정이 무효의 중재합의에 기초하였다고 주장하여 중재판정취소의 소를 제기하거나 중재판정의 승인·집행을 거부하는 사유로 주장하기도 한다. 문제는 중재합의가 유효한가의 문제를 관할하는 곳은 어디이며, 이와 관련하여 중재절차와 소송절차는 서로 어떠한 협력관계를 맺고 있는지의 여부이다. 아래에서는 분쟁해결주체로서의 법원과 중재판정부가 분쟁해결을 함에 있어서 각자 어떠한 역할을 분담하고 있으면서 상호 협력하고 있는지에 대하여 검토하고자 한다. 한쪽 당사자가 중재합의에 반하여 법원에 소를 제기한 행위를 규제함에 있어서 중재절차와 법원이 어떻게 긴밀한 협력관계에 있는지를 중재절차의 각 단계에서 주요한 쟁점을 중심으로 검토한다. 먼저, 관할결정권한의 문제를 살피고, 관할결정권한합의의 유효성 문제를 검토하는 동시에 중재합의 위반에 대한 영미법계 국가의 대응방안과 대륙법계국가들의 대응방안을 비교한 후 관할결정권한 제도의 바람직함 방향과 관할결정권한합의의 유효 여부에 대하여 검토한다(아래 II). 다음으로, 중재합의위반에 대한 종전의 구제방법인 중재항변제도, 중재합의를 관철하기 위한 소송금지제도, 중재합의를 무시한 외국법원의 판결에 대하여 승인집행을 제한하는 방법을 설명하여 중재합의를 관철시키는 방안에 대하여 검토하여 중재합의 위반이 있는 경우 그 법적 성질을 소송법적 성격으로 규정하면서도 손해배상청구권의 발생을 인정하여야 한다는 제안을 한다(아래 III). 마지막으로 영미법상 소송금지명령 조치를 우리나라에서 허용할 것인지의 여부를 부정적으로 검토하였으며, 중재절차와 재판절차의 병행관계에 대하여 살피기로 한다(아래 IV).

II. 관할단계에서의 중재판정부와 법원의 관계 : 중재합의의 무효 주장

1. 중재판정부에서의 절차

(1) 중재판정부의 관할결정권한

1) 중재판정부의 관할결정권한에 대한 입법례와 중간판정 제도

중재판정부의 관할결정권한(Kompetenz-Kompetenz)이란 중재판정부의 관할을 우선적으로 중재판정부 스스로가 결정할 수 있다는 원칙이다. 중재판정부에 우선적으로 중재합의의 유효·무효에 대한 관할권 존부를 판단할 수 있게 하되, 이에 대한 다툼이 있는 경우에는 최종적인 판

단을 국가의 법원에 유보한다는 점에서 순차적 우선의 원칙(rule of chronological priority)이라 할 것이다. 중재절차에는 통상적으로 중재지법이 적용되기 때문에, 중재합의의 유효성과 그 범위에 관한 다툼에 대해서도 중재지법이 적용된다. 그런데 이 경우 중재지법을 적용하는 주체가 중재신청을 받은 중재판정부인지, 아니면 중재지 법원인지 문제이다. 중재판정부의 관할 결정권한은 중재판정부가 자신의 관할을 결정한다는 적극적 내용과 국가의 법원은 중재판정부의 결정이 있는 연후에 비로소 중재판정부의 관할에 대해 결정한다는 소극적 내용을 포함한다. 이 중 적극적 의미의 관할결정권한은 대부분의 국가에서 인정되고 있으나, 관할결정권한의 소극적 효력 내용의 경우에는 이를 부정하는 입법례가 다소 있다. 예컨대 중국의 경우 관할문제를 결정할 권한은 인민법원과 중국국제경제무역중재위원회(CIETAC)만이 가지며, 다만, 2005년에 개정된 CIETAC 중재규칙에 의하면 CIETAC가 중재판정부에 그 권한을 위임할 경우에 한하여 중재판정부의 관할권이 인정된다. 또한 미국법은 중재합의의 유효성에 관한 다툼에 대해서는 법원만이 관할권을 행사할 수 있도록 한다. 이에 따라 중재판정부에서 중재합의를 다투면, 중재판정부는 자신의 절차를 중지하여야 하며, 상대방 당사자는 법원에 소를 제기할 수 있다. 나아가 영국법에 따르면 중재절차가 진행 중에 있다 하더라도 당사자가 법원에 그 효력을 다투는 신청을 하면 법원이 중재합의의 무효를 선언할 수 있는 권한을 행사할 수 있도록 하고 있다.¹⁾

그러나 대부분의 국가는 UNCIRAL 모델법 제16조를 받아들여 당사자가 중재합의에 입각하여 중재신청한 중재판정부로 하여금 중재합의의 효력 여부에 대해 판단하도록 한다. 이에 따라 중재절차 계속 중에 한쪽 당사자가 중재효력이 소멸하였다고 또는 분쟁의 중재적격성의 흠을 이유로 중재합의의 효력을 다투는 때에는, 중재절차를 진행하고 있는 중재판정부 자신이 중재합의의 유·무효를 결정할 권한을 갖는다. 이와 같이 한쪽 당사자에 의해 중재판정부의 관할이 다투어지는 경우라도 중재판정부에게 그에 관한 판단을 할 수 있는 관할권을 부여하여 자신의 절차를 계속 진행시킬 수 있도록 한 취지는 부당한 관할항변으로부터 중재절차의 신속을 확보하려는 데에 있다. 결국 중재판정부는 본안에 관한 자신의 관할을 넘어 중재합의의 존재와 유효성 여부에 관한 판단권한도 갖는다. 우리나라 중재법도 제17조 제1항에서 중재판정부의 관할결정권한을 인정한다. 이에 따르면 중재판정부는 자신의 권한 및 이와 관련된 중재합의의 존재 여부 또는 유효성에 대한 이의에 대하여 결정할 수 있으며, 이 경우 중재합의가 중재조항의 형식으로 되어 있을 때에는 계약 중 다른 조항의 효력은 중재조항의 효력에 영향을 미치지 아니 한다.

한쪽 당사자로부터 관할항변을 받은 중재판정부가 유효한 중재합의의 흠을 이유로 자신의 관할을 인정하지 아니하면, 중재청구를 각하한다.²⁾ 이 경우 중재신청인은 자신의 청구

1) 미국법, 영국법, 프랑스법에서의 관할결정권한에 관한 상세는, 박영길, 중재연구 제13권 2호, 211쪽 이하 참조.
2) 다만, 프랑스 관례에 따르면 한쪽 당사자가 법원에 합의가 유효하지 않다는 것에 대하여 다투는 경우, 법원은 중재판정부로 하여금 중재절차를 수행하도록 감독을 할 권한이 있다. 이에 대해서는 Nagel/Gottwald,

권을 법원에 소구할 수 있으며, 여기서 피신청인은 중재판정의 기판력으로 인하여 더 이상 중재항변을 제출할 수 없다. 중재합의는 중재판정부의 판정으로 소진되기 때문에 법원은 이 판정에 구속되기 때문이다.³⁾ 물론 각 당사자는 관할을 부정한 중재판정의 취소를 신청할 수 있을 것이다. 이와는 달리 중재판정부가 자신의 관할을 긍정하는 판정을 한 경우에는, 이 판정은 법원을 구속하지 못한다. 중재판정부의 관할은 중재합의로부터 나오는 것이기 때문에, 중재판정부는 중재합의의 존부 및 효력 그 자체에 대하여는 구속력 있는 판정을 할 수 없다. 다시 말하면 이 경우 중재판정부는 중재합의의 유효성에 대하여 최종적이고 불가역적인 결정을 할 수 있는 권한을 가지지 아니한다. 이에 따라 중재판정부의 관할결정권한은 일반적이고 무제한적인 것이라고 할 수 없고, 오히려 법원이 그러한 역할을 대신한다. 결국 최종적인 권한결정권은 중재지의 법원에게 주어진다.⁴⁾ 물론 집행국가는 중재판정의 무효 원인이 되는 중재합의의 흠을 이유로 외국 중재판정에 기한 집행신청에 이의를 제기할 수 있을 것이다.⁵⁾

2) 우리나라 중재법상 중간판정 제도의 문제점과 법개정 방향

우리나라 중재법도 중간판정 제도를 도입하였다. 중재법 제17조에 따르면, 중재판정부의 권한을 다투는 당사자의 이의는 그 사유가 중재절차에서 다루어지는 즉시 제기하여야 하며(중재법 제17조 제3항), 이에 대하여 중재판정부는 선결문제로서 결정하거나 본안에 관한 중재판정에서 함께 판단할 수 있다(중재법 제17조 제5항). 그리고 중재판정부의 관할에 관한 다툼에 대해서는 법원이 최종적인 판단을 하도록 유보하였다(중재법 제17조 제6항). 우리나라 중재법상 중간판정 제도는 중재판정부의 관할 다툼에 대한 최종적인 결정권을 법원에 맡김으로써 관할을 집중시키는 효과를 거두었고, 이러한 맥락에서 중재판정부의 관할결정권한에 관한 당사자의 합의의 무효를 이끌어 낼 수 있어 관할문제의 법적 안정성과 통일성을 이루었다는 점에서 긍정적으로 평가된다.

그러나 우리나라의 현행 중간판정을 규정한 중재법 제17조 제5항의 규정내용에 대해서는 두 가지 의문이 있다. 하나는, 중간판정의 대상을 중재판정부가 자신의 관할을 인정하는 것으로 제한하지 아니하고 부정한 경우까지 포함시킬 필요가 있는가 하는 점이다. 중재판정부가 당사자의 관할이의에 대하여 자신의 관할을 부정한 때에는 당사자가 법원에 제소할 것인가의 여부는 당사자의 선택에 맡겨져 있는 것이고, 법원에 제소한 경우에 한하여 다시 또 중재판정부의 관할권을 주장할 수 없게 될 뿐일 것이다. 다른 하나는, 중재판정부가 선결문제결정을 중간판정의 형식을 넘어 중재판정 내에서 판단할 수 있도록 허용할

IZPR § 18 Rn. 154.

3) Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2009 (이하“IVR”), Rn. 2517.

4) Nagel/Gottwald, IZPR § 18 Rn. 149

5) 뉴욕협약 제5조 제1항 a호.

필요가 있는지 의문이다(중재법 제17조 제5항 참조). 중간판정 제도의 취지는 선결문제를 본안과 별도로 처리하여 되도록 본안판단 이전에 마무리하게 하려는 데에 그 취지가 있다 할 것이므로, 민사소송법상의 중간의 쟁의에 관한 판단에서와 같이 본안에 관한 중재판정에서 함께 판단해서는 아니 되고 별도의 중간판정의 형식에 의하여야 할 것이다. 이에 따라 “중재판정부는 제2항 및 제3항에 따른 이의에 대하여 선결문제(先決問題)로서 결정하거나 본안에 관한 중재판정에서 함께 판단할 수 있다.”는 현행 중재법 제17조 제5항의 규정은 “중재판정부가 자신의 관할을 인정할 경우에는 제2항 및 제3항에 따른 이의에 대하여 중간판정으로 판단하여야 한다.”로 개정하는 것이 타당하다.

(2) 관할결정권한합의

1) 문제점

당사자는 중재합의가 유효하다는 중재판정부의 결정이 최종적인 것이 아니고 법원의 최종심사를 거쳐야 한다는 한계에 당면하여, 중재합의의 유효 여부에 대하여 판단할 관할결정권한을 중재판정부에 부여하는 합의를 하는 경우가 많다. 이와 같은 관할결정권한합의(Kompetenz-Kompetenz-Klausel)는 유효한 것으로 존중될 수 있을 것인가? 이는 당사자가 중재관할을 발생시키는 중재합의에 부가하여 중재합의의 유효성에 관한 제2차적인 관할합의를 함으로써, 관할합의의 유효성에 관한 최종적인 심사권한을 법원으로부터 중재판정부로 이전시키는 합의를 허용할 것인가의 문제이다.

2) 견해의 대립

관할결정권한합의를 유효하다고 보는 견해⁶⁾에 따르면 중재합의의 유효성과 해석에 관한 권한을 중재판정부에 부여하는 것을 내용으로 하는 당사자간 합의는 유효하며, 그 결과 이 권한을 행사한 중재판정부의 판정은 법원을 구속한다고 한다. 이 견해는 당사자가 중재계약의 존부에 대하여 화해를 할 수 있음을 근거로 제2차적 중재계약을 통하여 중재판정부에 중재합의의 유효성 판단 권한을 부여할 수 있으며, 관할결정권한합의를 허용함으로써 법원에 제소하는 방식으로 중재절차의 진행을 방해하거나 지연시키려는 기도에 적절하게 대응할 수 있다고 한다.⁷⁾ 그러나 효력부정설에 따르면 당사자는 관할결정권한합의에 의하여 법원의 최종심사권을 중재판정부에 넘길 수 없다고 한다.⁸⁾ 그러한 합의 또한

6) 미국의 판례(First Opinion of *Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 US 938, 943 (1995); *Rent-a-Center, West, Inc. v. Jackson*, 130 S.Ct 2772, 2777 (2010)); 프랑스 민사소송법 제1458조(중재판정부의 관정을 우선함); 개정된 독일민사소송법에서의 연방법원 판례(BGH NJ 1991, 2215); *Reithmann/Martiny/Hausmann*, IVR. Rn. 2518; *Habscheid, FS Schlosser*, 247, 252 f.

7) *Reithmann/Martiny/Hausmann*, IVR Rn. 2518 f.

8) *Schack, IZVR Rn. 1361*; *Geimer, Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Aufl. 2009 (이하 “IZPR”), Rn. 3826;

결국 법원의 심사를 받게 된다는 점에 비추어 애당초 그러한 합의에 효력을 부여할 필요가 없다는 것을 근거로 한다.

3) 검토

생각건대 중재판정부에 관할결정권한을 부여하는 당사자의 합의의 효력을 인정할 필요는 없다고 본다. 관할결정권한합의를 유효하다고 보는 견해는 이 경우 중재합의의 유·무효에 관하여 중재판정부가 최종적인 판단을 할 수 있게 함으로써, 최종적인 판단을 법원에 유보하는 경우에 발생할 수 있는 무익한 중재절차를 방지할 수 있다고 보는 것 같다. 그러나 이러한 논거는 중간판정 제도를 도입할 경우에는 그 의미가 반감된다. 중재절차에서 한쪽 당사자가 중재합의의 유무효에 관한 중재판정부의 관할을 다투는 경우, 중재판정부가 내린 결정에 대한 다툼을 이미 중재판정이 나온 이후에 제기하는 중재판정취소의 소에 의하도록 하지 아니하고 중재판정부가 그 이의를 중간판정으로 할 수 있게 하면, 무익한 중재절차의 위험이 사라질 것이다.⁹⁾ 이 경우 중재절차에서의 관할다툼에 대하여 중재판정부가 자신의 관할을 인정하는 취지의 중간판정을 할 수 있게 하면 본안과 별도로 바로 중간판정에 연이어 법원의 절차가 진행되어 중재합의의 유·무효 여부가 최종적으로 마무리될 수 있을 것이다. 이에 따라 당사자가 일정기간 내에 중재판정부의 중간판정에 이의를 제기하지 아니하면 중재판정부의 결정이 최종적인 것이 되고, 이의를 제기하는 경우에는 법원이 최종적인 결정을 하게 된다. 결국 중간판정 제도를 도입하면 중재합의의 유·무효에 관한 다툼에 대하여 법원이 최종적인 관할권을 유지하도록 하여도 무방할 것이므로, 중재판정부에 관할결정권한을 부여하는 내용의 당사자간 합의의 효력을 인정하지 아니하여도 문제가 없을 것이다.

2. 법원에서의 소송절차

(1) 판결절차

중재판정부에 관할결정권한이 부여되어 있지 아니한 때에는 중재절차가 계속되어 있다고 하더라도 법원에 중재무효를 주장할 수 있다. 다시 말하면 중재합의의 효력을 부인하는 당사자는 중재판정이 나올 때까지 기다릴 필요 없이 중재절차 중에 법원의 판결을 구할 권리보호이익이 인정된다. 이에 반하여 중재판정부의 관할결정권한이나 관할결정권한 합의에 따라 중재합의의 효력에 대하여 중재판정부에게 우선 심사할 수 있는 권한이 있는

Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1037 Rn. 3; UNCITRA-모델법 제16조 제3항; 스위스 국제사법 제186조 제3항; 독일 민사소송법 제1040조 제3항 제2문; BGHZ 162, 9, 13 f. 석광현, 『국제상사중재법연구』, 70쪽도 부정설을 취한 것으로 보인다.

9) BT-Drs. 13/5274, S. 44.

경우에는, 법원은 중재판정부의 결정이 나온 연후에 비로소 중재판정부의 관할 여부에 대하여 심판할 수 있고, 그 결과 중재합의의 효력 여부를 최종적으로 재판할 수 있다.

우리 중재법은 중재판정부의 관할결정권한을 인정하고 있으므로, 중재합의에 관한 다툼은 우선적으로 중재판정부의 관할에 속하고, 그 후 중재판정부의 판정이 있는 후에 사법 심사를 받는다. 이와는 달리 미국의 연방중재법은 위와 같은 중재판정부의 관할결정권한에 관한 규정이 없으며, 연방대법원도 1995년의 *First Option v. Kaplan*-판결에서 “중재합의를 포함한 중재적격과 관련한 결정은 법원에서 판단할 사항”이라고 하면서도 “당사자가 분명하고도 착오 없이 달리 정하지 아니한 것”을 전제로 하고 있다. 이는 미국 중재법이 이른바 *Kompetenz-Kompetenz* 원칙을 인정하지 않는 한편, 당사자가 관할결정권한에 대한 합의를 한 경우에는 이를 존중한다는 것을 의미한다.

(2) 집행절차

1) 중재판정의 취소

국내판정의 경우에는 중재합의의 효력을 다투어 판정취소의 소를 제기할 수 있으나, 외국의 중재판정부 판정의 경우에는 중재합의의 무효를 승인집행의 소극적 요건으로 삼을 수 없다. 중재판정에는 고유한 사법적 효력이 없기 때문에 외국 중재판정에 대해 국내적으로 그 효력을 확장시킬 여지가 없기 때문이다.¹⁰⁾ 그런데 중재판정의 경우 승인대상은 국가의 행위가 아니라, 사적자치에 의한 법률관계형성의 효력 여하이기 때문에 중재판정의 법적 효력은 중재절차에 적용되는 법이 정하는 바에 따라야 한다. 이에 따라 중재합의의 무효는 중재합의가 중재절차법에 따라 중재합의를 기초로 한 중재판정의 무효를 가져오는 승인장애사유로 된다.

그러나 일반적인 경우 외국법에 따라 효력이 없는 중재조항의 흠은 당사자에게 중재판정의 취소를 청구할 수 있는 권리만을 발생시킨다. 이와 같은 취소소송에는 통상적으로 제소기간이 설정되어 있는데, 이 기간 안에 소를 제기하지 아니하면 실권되어 더 이상 취소원인을 주장할 수 없게 된다. 외국법의 규정에 따른 제소기간의 경과로 인하여 더 이상 중재판정의 취소를 구할 수 없는 불이익을 당하는 당사자는 외국판결의 국내집행절차에서 더 이상 중재합의의 무효를 주장할 수 없다.

2) 중재절차에서 주장하지 아니한 중재합의무효의 항변 제출 거부

최초의 국가에서 개시된 중재절차 자체에서 또는 권리구제절차에서 중재합의의 부존재 또는 무효를 주장하지 아니한 경우, 승인단계에서 그와 같은 부존재 또는 무효의 항변을 제출

10) Haas, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche*(수정), 1991, S. 129; Schütze, ZPO § 1061 Rn. 1; Geimer, IZPR Rn. 1061; Schack, IZVR Rn. 1442.

할 수 없는지 문제이다. 중재절차의 효율성을 높인다는 이유로 실권된다는 견해가 있었으나, 최근에는 실권되지 않는다는 것이 일반적인 견해이다. 예컨대 제네바협약 제5조 제1항은 그와 같은 항변제출을 허용하고, 다만 늦어도 본안에 관한 응소와 동시에 제출할 것을 요구한다. 독일 연방대법원은 중재판정에서 패소한 자가 중재판정지에서 취소소송을 제기하여야 한다고 하였던 중전의 견해를 바꾸어 취소소송을 제기하지 아니한 경우라도 항변제출을 할 수 있다고 판시하였다.¹¹⁾ 중재절차에서 항변제출을 요구한 경우에 한하여 항변제출을 허용하는 것은 중재판정에서 패소한 자에게 큰 부담이 된다는 점에서 중재판정지에서 무효항변을 제출하지 아니한 경우라도 승인 및 집행절차에서 무효항변을 제출할 수 있도록 하여야 할 것이다.¹²⁾ 어쨌든 중재합의가 유효하여야만 중재판정을 용이하게 승인할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 중재합의위반의 경우 중재판정부와 법원의 상호협력 관계

1. 중재합의의 법적 성질

중재합의가 순수한 소송계약인가, 아니면 사법적 성격을 포함한 소송계약으로 볼 것인지에 대해서는 다투어지고 있다. 전통적인 견해에 따르면 중재합의는 순수한 소송계약이 아니라, 적어도 ‘소송법적 효력을 가지는 실체법적 계약’이거나 ‘소송법적 효과를 수반하는 특수한 사법상의 계약’¹³⁾ 또는 소송관계에 관한 사법계약(*privatrechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehung*)¹⁴⁾으로 파악한다. 이 견해에 따르면 중재합의는 실체법적 성질을 가진 소송계약이며, 관할배분을 넘어 분쟁을 중재에 의하여 처리하기로 합의하는 동시에 법원에 소송을 제기하여서는 아니 된다는 실체법적 의무까지 포함한다.¹⁵⁾ 이점에서 전속적 관할합의의 법적 성질이 소송계약이라는 데에 이론이 없는 것과 차이가 있다. 중재합의에 사법계약적 요소를 부여하면 합의위반에 대하여 실체법적 구제수단을 활용하는데 문제가 없을 것이다. 그러나 이에 대해서는 중재합의에 의하여 사건관할권이 분배되는 처분적 효력만을 발생시키는 순수한 소송행위로 보는 반대견해가 있다.¹⁶⁾ 중재합의는 직접 소송법적 효과를 발생시키므로, 중재합의는 관할배분이라는 소송법상의 처분적 효력만을 발

11) BGH IPRax 2012, 249 mit zust. Anm. Otto 223-226.

12) Schack, IZVR Rn. 1457.

13) 손경환, “중재합의”, 사법연구 1: 계약법의 특수문제 (1983), 123쪽; 석광현, 위 논문, 28쪽.

14) BGHZ 23, 198; BGHZ 53, 315; BGHZ 40, 320.

15) Chee Ho Tham, LMCLQ 46, 51-56; Mankowski, IPRax 2009, 23, 27; Schwab/Walter, Kap. 7 Rn. 20; 오창석, “과산절차에 있어서의 중재합의의 효력과 중재절차”, 중재연구 제12권 1호(2002. 8), 131면; 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, 선진상사법률연구 제50호(2010.4), 3, 26면 이하.

16) Wagner, Prozessverträge, S. 582; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO § 1029 Rn. 1; Zoller/Geimer, ZPO § 1029, 15; Hausmann, FS Lorenz 361; Schack, IZVR Rn. 1319; Nagel/Gottwald, IZPR § 18 Rn. 11.

생시키고 의무를 근거시키는 효력은 발생시키지 않는다고 한다. 당사자는 신속한 중재절차에 협력할 소송법상 협력의무를 지지만, 이는 국가의 법원에 의해 그 이행이 강제될 수 없는 성질의 것이기 때문에 소송상의 부담일 뿐 의무라고 할 수 없다고 한다. 이에 반하여 독일의 통설은 순수한 소송계약으로 파악하여 요건과 효과는 당해 법정지법에 따라 결정된다고 주장한다.¹⁷⁾

생각건대 중재합의를 순수한 소송계약으로 파악하는 견해가 타당하다. 중재합의는 법원의 무관할을 발생시키는 소송법적 처분을 그 목적으로 하는 것이지, 법원에 제소하여서는 아니 된다는 실체법적 효과를 발생시키지 않기 때문이다. 다만, 소송계약설에 따르더라도 소송적 처분효 외에 실체법적 의무 내지는 손해배상청구권을 발생시키는 효과를 인정할 수 있는지는 또 다른 문제이다.

2. 손해배상청구 가부

(1) 소송계약위반과 손해배상청구

중재합의의 법적 성질을 실체법적 효과를 발생시키는 사법계약으로 파악하는 견해는 중재합의의 부준수로부터 손해배상청구권을 이끌어 낸다. 그런데 중재합의를 순수한 소송행위로 파악하는 견해에 의하더라도 합의위반자에 대하여 손해배상의무를 부담시킬 수 있는지 문제이다. 중재합의를 순수한 소송계약으로 파악한다면, 중재합의를 위반하여 법원에 소를 제기한 자에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 없을 것이다. 기존의 법리에 따르면 손해배상청구는 실체법적 권리를 침해한 경우에 비로소 인정되는데, 소송계약은 관할처분적 효력만을 발생시킬 뿐, 의무를 부담시켜 이를 위반한 경우 손해배상청구권을 발생시키는 것은 아니기 때문이다.

그런데 최근에 이르러 중재합의를 소송계약으로 파악하면서도 중재합의를 위반하여 법원에 소를 제기한 자에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있다는 유력한 견해가 널리 퍼지고 있다.¹⁸⁾ 이 견해에 따르면 중재계약의 처분효의 내용은 중재판정에 의하여야 한다는 적극적 내용의 처분효와 법원에 소를 제기하여서는 아니 된다는 소극적 내용의 처분효가 있으며, 후자의 소극적 처분효에는 간접적인 의무부과효가 포함된다고 해석한다.¹⁹⁾ 당사자가

17) Wagner, Prozessverträge, S. 57 ff; Nagel/Gottwald, IZPR, § 18 Rn. 11; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1029 Fn. 5.

18) Schröder, FS Kegel, 523, 548 ff.; Schlosser, Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa. 1985, S. 37; ders, FS Lindacher, S. 111- 123; ders, RIW 2006, 486-492; Peiffer, Schutz gegen Klagen im forum derogatum, 2013, S. 330-337; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 66 Rn. 3; Gottwald, FS Henckel, 295, 307 f. 우리나라의 경우 이에 관한 소개는, 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, 선진상사법률연구 2010, 25-26쪽 : “나아가 당사자는 중재합의의 내용에 따라 신속한 중재절차의 진행을 위하여 협력할 의무를 부담하는데 이것이 당사자의 협력의무 또는 촉진의무이다. 문제는 이러한 협력의무 또는 촉진의무가 실체법상 의무인가, 따라서 일방당사자가 협력의무를 이행하지 않을 경우 법원이 이를 강제할 수 있는가, 나아가 이를 위반한 경우 손해배상의무가 발생하는지가 논란이 된다.”

일반적 소송촉진의무를 지는 것과 마찬가지로 중재절차의 당사자는 중재판정의 성립을 촉진시킬 협력의무를 지고, 이는 소극적 내용의 처분효에 의하여 달성되므로 이로부터 부작위의무를 이끌어 낼 수 있다는 것이다. 생각건대 소송계약인 중재합의로부터 중재판정부에 중재를 신청하여야 한다는 작위의무를 인정할 수는 없지만, 법원에 소를 제기하지 않는다는 소극적 내용의 처분효는 소송촉진의무에 따른 소송법상의 부작위의무를 발생시킨다고 볼 것이다. 물론 통상적인 권리구제 제도인 계약위반에 따른 손해배상 외에 비상권리구제로서 인정되는 특별이행(specific performance)에 따른 손해배상을 허용하는 영미법계 법제에서는²⁰⁾ 대륙법계의 경우와 같이 본래의 이행청구를 전제로 하고 이를 이행할 수 없을 경우에 제2차적으로 인정되는 손해배상과 달리 본래의 이행청구를 전제로 하지 아니하는 손해배상 청구도 가능하게 된다. 그런데 대륙법계의 금지집행문과 금지강제집행제도가 영미법상의 비상권리구제에 상응한다는 것이 일반적인 견해이므로,²¹⁾ 중재합의에 의하여 금지하는 법원 제소 행위에 대해서는 손해배상청구권이 발생한다는 해석도 가능하다고 본다.

(2) 손해배상 제재약정의 유효성

당사자가 중재합의에 「중재합의를 위반한 경우에 손해배상의무 또는 실제법적 비용상환 청구권이 발생한다」는 내용의 합의를 추가하면, 중재합의의 법적 성질에 따른 손해배상청구권의 발생 여부와 같은 복잡한 문제를 피할 수 있을 것이다.²²⁾ 이 경우 당사자는 중재합의에 실제법적 효력을 부여하는 약정을 하는 것이기 때문이다. 이와 같은 독자적인 계약법적 효력으로 인하여 중재합의 위반에 대한 손해배상을 청구할 수 있는가와 같은 복잡한 문제를 해결할 수 있을 것이며, 그러한 약정은 중재합의에 통합되어 있으므로, 그에 대해서는 중재합의에 적용되는 법을 적용하여야 할 것이다.²³⁾ 중재합의를 무시하고 법원에 제소한 자에 대하여 소송비용을 물리기로 하는 내용의 약정도 허용할 것이다.²⁴⁾ 이는 중재합의를 관철시킬 목적으로 실제법상의 약정을 하는 내용이기 때문이다.

이외에도 당사자는 중재합의를 위반한 자에게 위약벌을 부과하기로 약정하여 중재합의의 준수를 압박할 수도 있다. 특히 위약벌 약정은 배상액이 사전에 확정되어 손해배상약정이나 비용상환약정의 경우와 같이 손해배상액을 산정하는데 드는 비용과 노력을 아낄 수 있는 장점이 있다. 그러나 다른 한편, 중재합의를 무시하여 얻을 수 있는 이익이 위약벌로서 약정한 금액보다 클 경우에는 소기의 효과를 거두기 어렵다는 단점도 있다.²⁵⁾

19) Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 66 Rn. 3; Gottwald, FS Henckel, 295, 307f.

20) Tan, 40 Texas Int'l. L.J. 623, 632, 637; Shantar, 82 B.U.L.Rev. 1063, 1065-1067.

21) Wagner, Prozessverträge, S. 271 f; Mankowski, IPRax 2009, 23, 30.

22) 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, 선진상사법률연구 2010, 33쪽 : “이처럼 논란이 있으므로 실무적인 해결방안으로서는 당사자들이 계약서에서 중재합의의 위반에 대한 손해배상책임을 명기하는 방안을 고려할 수 있다. 더 나아가 그 경우 손해배상액의 예정을 할 수도 있을 것이다.”

23) Mankowski, a.a.O. 32 f.

24) Pfeiffer, Liber amicorum Walter F. Lindacher, 77, 80.

IV. 심리단계에서의 중재절차와 소송절차의 병행 관계

1. 중재항변

(1) 법원과 중재절차의 상호 협력관계

중재개시와 관련된 절차단계에서의 중재와 법원의 상호관계에서는 대륙법과 영미법의 차이가 두드러진다. 영미법계 국가에서는 중재합의의 무효를 주장하는 소를 법원에 제기할 수 있다. 이에 반하여 대륙법계 국가의 경우 소송절차의 피고가 본안에 응소하기 전에 당사자 사이에 유효한 중재합의가 있다는 항변을 제출하면 법원은 해당 사건에 대한 자신의 관할권을 부정하여야 한다.²⁵⁾ 다른 한편, 법원에 계속 중인 소송절차에서 피고가 중재항변을 제출한 경우, UNCITRAL 모델법은 법원이 당사자로 하여금 중재절차에 붙이도록 하여야 한다고만 규정하고 있을 뿐, 중재절차로 이송하는 유형이나 방법에 대하여는 규정하고 있지 않다. 우리나라 중재법은 이 경우 단순히 법원이 소를 각하하도록 요구한다(중재법 제9조 제1항 본문). 우선 소를 각하하는 것이 간명한 해결방법이다. 다만 소각하는 중재합의가 유효하고 이행이 가능한 경우를 전제로 한다(중재법 제9조 제1항 단서). 그런데 소가 법원에 계속 중인 경우에도 중재판정부는 중재절차를 개시 또는 진행하거나 중재판정을 내릴 수 있으므로(중재법 제9조 제3항), 중재합의가 유효한지 또는 이행가능한지의 여부는 소송이 계속되어 있는 법원의 절차에서 조기에 확정되는 것이 바람직하다. 이러한 이유로 중재법 제9조 제2항은 피고의 항변을 본안에 관한 최초의 변론개시시까지 제출할 것을 요구한다. 관할권 없는 법원은 소를 각하하는 대신 직권으로 관할법원에 이송결정을 하여야 하는데(민사소송법 제34조 제1항), 여기서의 관할법원에는 중재판정부도 포함된다고 보아 이 규정을 중재항변의 경우에도 유추적용하여야 할 것이다. 중재판정은 확정된 중국판결과 동일한 효력을 가지므로(중재법 제35조), 중재절차와 소송절차는 상호 연계적으로 협력하여야 하기 때문이다.

위와 같이 법원이 중재항변을 받아들여 소를 부적법 각하하는 대신에 중재판정부로 이송할 경우, 중재합의 유효 여부에 대한 판단을 어디서 할 것인지 문제된다. 먼저, 중재판정부가 구성되어 있는 경우에는 중재판정부의 무관할 또는 권한유월의 이의에 대해서는 중재판정부의 관할결정권한의 원칙에 따라 중재판정부에서 판단할 것이다. 이와는 달리 이송결정시 중재판정부가 아직 구성되어 있지 아니한 경우에는 중재절차의 허부에 대하여는

25) 이에 대한 상세는, Mankowski, a.a.O. 33 f.

26) 중재법 제9조 제1항 본문; 독일 민사소송법 제1032조 제1항; 일본 중재법 제14조 제1항.

계속 중인 법원에 확인의 소를 제기하여 판단받도록 하여야 할 것이다. 이러한 점에 비추어 현행 중재법에 민사소송법 제34조의 규정을 준용하고, 중재판정부가 구성되기 전까지는 법원에 중재절차의 허부에 관한 확인의 소를 허용하는 명문의 규정을 두는 것이 타당하다.

(2) 중재항변의 경우 집행지법 고려의 필요성

한쪽 당사자가 법원에 소를 제기하고 이에 대하여 상대방 당사자가 중재항변을 제출할 경우, 객관적 중재적격의 판단은 추가적으로 수소법원의 법정지법에 따르게 된다. 그런데 수소법원이 중재항변을 배척하고 본안판결을 하였는데, 이 판결이 다른 나라에서는 중재적격의 흠을 이유로 승인·집행되지 아닐 수 있다. 이러한 경우 수소법원으로서 중재항변을 판단함에 있어서 그러한 사정을 고려할 수 없게 되는 문제가 있다. 만약 이를 고려할 수 있게 한다면 중재를 달갑게 여기지 아니하는 국가에게 중재절차 무시에 대하여 면죄부를 주는 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 그렇지만 현실적으로 국제적 중재절차가 소기의 성과를 거둘 수 있기 위하여는 다른 나라에서의 승인·집행을 예상하지 않을 수 없으므로, 결국 수소법원으로서 중재합의지국의 법은 물론 향후 예상가능한 집행지국법을 고려하여 중재합의와 중재적격 여부를 판단하여야 할 것이다. 법원에 제기한 소에 대해서는 피고가 중재합의를 방소항변으로 제출하여 부적법 각하의 재판을 이끌어 낼 수 있다. 중재합의가 무효 또는 실효되거나 실행할 수 없는 경우에는 중재항변이 배척되며, 이 범위 안에서 법은 중재합의에 대한 간접적인 관할권을 가지게 된다. 법원이 중재합의의 효력을 인정하지 아니하고 본안판결까지 한 경우에는 승인국가의 법원이 독자적으로 외국의 재판법원의 관할에 대하여 판단한다. 다만, 유럽민사소송법에 따르면 유럽연합 전역에서 위 본안판결이 승인된다.

2. 소송금지명령의 수용 여부

(1) 타국에서 제소받지 아니할 권리(a right not to be sued abroad)?

일찍부터 미국과 영국에서는 피고 측의 방어무기로서 ‘소송금지명령’(Anti-suit Injunction)이 활용되어 왔다. 이 법리는 법원과 법원 사이는 물론 중재판정부와 법원 간에도 적용된다. 따라서 중재절차를 신청한 신청인이 통상 자국의 법원에 피신청인으로 하여금 외국의 법원에 소를 제기하거나 또는 이미 제기된 소를 정지할 것을 명하는 재판을 신청한 경우 법원이 이유가 있다고 판단할 경우 이를 인용하는 판결을 한다. 이에 의하여 외국법원의 원고(중재절차에서의 피신청인)는 이미 제기한 소를 취하하거나 진행 중인 소송절차를 더 이상 수행하지 못할 압박을 받게 된다.

이러한 내용의 영미법상의 제도를 대륙법계에서 허용할 수 있는지 문제이다. 소송금지명령은 실체법상 청구권이 아니라 소송절차에서 법원의 처분에 불과하기 때문에 소송금지

의무를 소로써 실현하기는 어렵다. 우리나라 법에 따르면 외국에서의 소송수행을 금지시키는 것을 내용으로 하는 소송은 그와 같은 금지를 청구할 수 있는 실체법적 의무가 있는 경우에 한하여 허용된다. 그런데 당사자가 외국에서 소송수행을 하지 않는다는 부작위의무를 인정하는 실체법상의 규정은 존재하지 아니하며, 당사자가 그와 같은 의무를 명시적으로 표명하는 일은 거의 없다.

다만, 예외적으로 당사자가 외국소송을 취하한다는 내용의 실체법적 의무를 재판의 화해의 형식으로 할 경우에는 실체법상 부작위의무에 기하여 법원에 제소금지명령을 신청할 수 있을 것이다. 그런데 당사자가 전속적인 관할합의를 하거나 또는 중재합의를 한 경우에도 이와 같은 법리를 적용할 수 있을지 문제된다. 이는 곧 관할합의 또는 중재합의 속에 다른 법원 또는 법원 그 자체에 소를 제기하지 않는다는 부작위의무를 발생시키는 의사가 포함된 것으로 볼 것인지의 문제이다. 만약 중재합의의 효과로서 그와 같은 부작위의무의 발생을 인정하게 되면, 피고는 수소법원에 원고에 대한 소송금지명령을 신청할 수 있게 될 것이다. 이와 관련하여 일부 견해는 당사자 사이에 유효한 중재합의가 성립되면 중재법원에서만 분쟁을 해결하여야 할 실체법적 의무를 발생시키고, 그 결과 법원에 제소한 원고를 상대로 하여 중재합의지 관할법원에 소송금지명령을 신청할 수 있다고 주장한다.²⁷⁾ 그러나 중재합의는 직접적으로 소송상 효과만을 발생시키는 순연한 소송계약이라 할 것이다.²⁸⁾ 하지만 이와 같이 중재합의에 중재항변이라는 소송법상 효과만을 부여한다 하더라도, 위에서 논한 바와 같이 소송계약의 처분효 중 소극적 내용의 처분효로부터 ‘외국에서 제소받지 아니할 권리’에 상응하게 상대방의 ‘외국법원에 제소 금지’라는 소송법상 협력의무를 발생시켜도 무방할 것이다. 이와 같이 소송금지라는 소송법적 협력의무 위반에 따른 제재가 가능하다고 보는 것이 당사자자치의 존중 차원이나 소송경제에 비추어 타당할 것이다. 물론 이에 대해 중재합의에 소송법상 효과를 부여하는 견해는 재판관할권을 주장하는 국가에서 중재판정을 승인하지 아니하는 모순을 발생시킨다고 주장할 수 있을 것이다.²⁹⁾ 다시 말하면 중재합의에 의하여 자신의 재판관할권을 배제당한 국가의 법에 따르면 중재합의가 무효라든가 또는 중재판정이 공서조항에 반한다는 이유로 중재합의 위반을 이유로 한 손해배상재판에 대하여 승인을 거부할 수 있는 위험이 있다는 것이다. 그러나 이와 같은 우려는 소송금지의무에 대하여 중재하기로 합의한 곳의 국가의 법을 적용하게 하여 판단하게 하고, 이에 대해서는 뉴욕협약상의 승인거부사유인 공서조항의 적용을 제한하는 방향으로 운영하는 방법으로 해결할 수 있을 것이다.

27) Schlosser, RIW 2006, 486-492; Peiffer, Schutz gegen Klagen im forum derogatum, 2013, S. 330-372; Manner/Mosimann, FS Schwencher, 2011, II, S. 1200 f.

28) Kropholler, IZPR I, Kap. III Rn. 168; Geimer, IZPR Rn. 1717; Schack, IZVR Rn. 862; Spickhoff, FS Deutsch 335; Mankowski, IPRax 2009, 27; Wagner, Prozeßverträge, S. 256 ff.

29) Schack, IZVR Rn. 862.

(2) 영미법상 소송금지명령 제도의 허부 검토

영국법원으로부터 소송금지명령을 받을 수 있다는 점은 런던이 중재지 선택의 메카로 각광받고 있는 배경의 하나라 할 수 있다. 그런데 유럽연합에서는 이미 영국식의 소송금지명령 제도가 배척되었다. 유럽사법재판소는 *Turner v. Grovit* 판결³⁰⁾을 통하여 영국법원이 유럽연합에 대하여 발하는 소송금지명령을 불허하였으며, 이는 중재합의를 관철시키기 위한 방편으로 발하는 소송금지명령의 경우에도 마찬가지라고 하여 영국법원의 소송금지명령은 유럽연합 내에서는 그 효력이 없다고 판결하였다(*West Tankers*-사건³¹⁾). 이는 결과적으로 가장 경쟁적인 중재지로 자리 잡은 런던³²⁾의 세계금융도시로서의 위상에 커다란 타격을 가한 것이었다. 이와 같은 사정이 브렉시트의 사법적 동기의 한 요인이 되었는데는 알 수 없으나, 영국으로서는 유럽연합에서 빛을 잃은 소송금지명령 제도를 유럽연합 외의 제3국에 대해서는 종전과 같이 적용하려는 의욕을 나타내고 있다. 예컨대 영국의 학자들은 물론이거니와 이 제도를 옹호하는 타국의 학자들은 영국의 전통적인 법제도인 소송금지명령 제도가 유럽사법재판소에 의하여 폐기되는 것을 우려하여 제3국에 대한 제도 유지를 주장하고 있다.³³⁾ 이와 같은 움직임에도 불구하고 영미법상의 소송금지명령 제도에 대한 대륙법계 국가들의 비호감은 여전하다.

이러한 점을 고려하여, 특히 1980년대 대륙법계국가와의 사법충돌의 경험으로부터 영국과 미국의 실무는 소송금지명령 제도를 제한적으로 운영하고 있는 경향을 보이고 있다. 먼저 영국법원(House of Lords)은 소송금지명령은 영국의 법정지가 분쟁사건과 특별히 밀접한 관련성을 가지고 있거나 또는 소송금지명령이 외국법원에 미치는 직접적인 영향을 정당화할 수 있는 특별한 이익이 있을 경우에 허용할 수 있다는 입장을 취하였다.³⁴⁾ 이와 같이 소송금지제도에 대한 제한적 운영 경향은 미국의 실무에서도 나타났다.³⁵⁾ 미국 연방대법원에 따르면 소송금지명령은 법원관할권의 보호 및 보장이나 관할법원의 중대한 공공정책원칙에 관한 규정을 잠탈하는 것을 방지하는데 필요한 경우에 한하여 허용된다.³⁶⁾ 연방대법원은 나아가 외국법정지에서의 권리보호 수준이 국가 사이에 등가적이지 않다는 점을 환기시키고,³⁷⁾ 동시에 소송금지명령 신청을 판단함에 있어서 공공안녕질서나 자국의

30) Case C-159/02 *Turner v. Grovit* [2004] ECR I-03565 (27 April 2004).

31) Case C-185/07 *Allianz SpA v West Tankers Inc.* [2009] ECR I-00663 (10 February 2009).

32) 이에 대해서는 Stephan Wilske, *The Global Competition for the 'Best' Place of Arbitration for International Arbitrations*, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2008, 1, 21 이하 참조.

33) 예컨대, Ambrose, 52 *ICLQ*, 2003, 401, 421; Flannery, 154 *NLJ* 2004, 798; Kruger, 53 *ICLQ* 2004, 1030, 1038 f; Rauscher, *IPRax* 2004, 405, 409; Dietz/Schnichels, *EuZW* 2005, 532, 557; Schmidt, *IPRax* 2006, 492, 496 f.

34) *Airbus Industries G.I.E. v Patel and others*, [1998] 2 *W.L.R.* 66, 699.

35) *China Trade & Dev. Corp. v. M.V. Choong Yong*, 877 F. 2d 33 (2nd Cir. 1987), 34; *Roberson*, [1998] 146 *U. Pa. L. Rev.* 409, 421 ff.

36) *Laker Airways v Sabena*, 731 F. 2d 909 (D.C. Cir. 1984), 930; Smith, *RIW* 1993, 802, 805.

37) *China Trade & Dev. Corp. v. M.V. Choong Yong*, 877 F. 2d 33 (2nd Cir. 1987), 36.

관할보호에 관한 중대한 법규에 반하는지 여부를 판단하고 국제예양 법리의 적용을 검토하여야 한다고 판시하였다.³⁸⁾

위와 같이 영미법에서 소송금지명령 제도를 제한적으로 운영하고 있다는 사실에 비추어 이 제도를 우리나라에서 허용할 여지가 있는지 검토할 필요가 있다. 이 문제는 소송금지명령 제도가 우리법 체제에 부합하는지 여부는 물론이거니와, 우리나라 법에 대안적 제도가 존재하는가의 측면에서 접근하여야 할 것이다. 대안적 제도가 존재하는 한 우리법과의 조화 여부가 의심되는 제도를 굳이 수용하여야 할 필요는 없기 때문이다. 이와 관련하여 우선, 적어도 중재합의를 지원할 목적으로 발해지는 소송금지명령이 적절한지 의문이다. 현행법상으로, 수소법원이 중재항변을 받아들여 소를 각하하는 방법으로 중재합의를 존중하게 하는 방법이 있을 뿐 아니라, 합의위반행위에 대해서는 손해배상청구로 제재하는 수단을 강구할 수도 있다. 만약 손해배상을 청구하는 방법이 제한될 경우에는 중재합의에 손해배상액을 예정하는 방식으로 대처할 수도 있을 것이다. 이와 같이 중재합의 위반행위에 대해서는 현행법상 중재항변이나 손해배상을 청구하는 방안이 있는 이상, 굳이 사법마찰의 위험을 내포하고 있는 소송금지명령을 허용할 필요는 없다고 본다.³⁹⁾ 위에서 논한 바와 같이 중재합의를 무시하고 법원에 소를 제기한 자에 대해서는 중재합의의 소극적 처분효에 기한 중재합의 침해를 이유로 손해배상을 청구할 수 있으며, 손해배상을 청구하고자 할 경우 손해배상액 산정의 어려움이 예상되는 때에는 손해배상액예정합의를 하는 방법으로 적절하게 대응할 수 있다 할 것이다.

(3) 제도개선방안

장기적 안목에서는 중재합의의 무효주장에 대한 관할결정권한을 현재와 같이 중재판정부의 관할로 할 것이 아니라 법원의 관할로 통일하는 방안이 타당하다고 생각한다. 국제간 절차병행 또는 소송경합과 그로 인한 판결간 모순저축의 문제는 물론 소송금지명령을 야기하는 근본적인 요인은 중재합의의 무효 여부에 대한 판단을 중재판정부의 관할로 하고, 다시 이에 대한 최종적인 판단을 법원의 관할로 한 것으로부터 연유하기 때문이다. 중재합의 유효 여부와 그 범위에 관하여 최종적이고 통일적인 관할권을 중재지의 법원에 부여하는 방안은 이미 하이델베르크 보고서⁴⁰⁾에서 제안된 바 있다. 하이델베르크 보고서 내용의 핵심은 관할집중과 절차중지이다.⁴¹⁾ 한편으로는, 중재합의의 유효 여부와 그 범위

38) *Gau Chan Co. Ltd. v Bankers Trust Co.*, 956 F. 2d 1349 (6th. Cir.) 1992.

39) 그러나 원칙적으로는 허용할 근거가 없지만, 중재합의와 같은 분쟁해결합의 위반의 경우에는 그 주된 목적이 비록 소송법상의 효력이라 하더라도, 그에 포함된 또는 그와 함께 체결된 것으로 볼 수 있는 부수적 합의 근거로 소송유지명령을 허용할 여지가 있다는 견해로, 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, *선진상사법률연구* 2010, 34쪽.

40) *Hess/Pfeiffer/Schlösser, The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001: The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussel I in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)*.

41) A.a.O. Rn. 130 ff.

에 관한 판단에 대해서는 중재지법원의 전속관할로 하고, 다른 한편으로는, 다른 나라 법원에 소를 제기할 경우에는 당사자 한쪽이 중재지법원에 중재항변을 제출하거나 또는 중재합의의 유효함의 확인을 구하는 소를 제기하면 다른 나라의 법원은 자신의 절차를 중지하여야 한다는 것이다. 하이델베르크 방안은, 우선 절차중지를 통하여 국제분쟁해결에서의 중재합의의 실효성을 높일 수 있으며, 다음으로 관할집중을 하더라도 국가 법원으로 하여금 중재절차에 개입할 수 있도록 하는 새로운 권한을 부여하는 것이 아니라 현행과 같이 여전히 국가의 중재법에 의하여 규율되기 때문에 주권충돌 문제가 제기되지 아니 한다⁴²⁾는 점에서 향후 법발전의 올바른 방향이라고 생각한다.

V. 결 론

1958년의 뉴욕협약은 ‘중재합의의 유효’ 여부를 어느 나라의 법에 따라 판단할 것인가에 관한 저촉법적 규정(뉴욕협약 제5조 제1항 a호)을 두고 있는데, 이에 따르면 당사자가 합의한 법이 적용할 실질법이 되고, 그러한 합의가 없는 경우에는 중재판정이 이루어진 나라의 법, 즉 중재지법을 의미한다. 물론 뉴욕협약은 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약이므로 위 협약규정은 승인 및 집행시에 관한 규정임은 분명하나, 이에 불구하고 위 중재절차의 전 과정에 위 규정을 적용할 수 있다. 마찬가지로 1985년의 UNCITRAL 모델법도 중재합의의 유효성에 관한 명문의 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 모델법 제36조 제1항 a호는 중재판정의 승인 및 집행에 관하여 규정하고 있는데, 이 규정은 뉴욕협약 제5조 제1항 a호와 마찬가지로, 중재합의의 유효성 여부에 대해서는 당사자가 합의한 법에 따라 판단하고, 당사자의 합의가 없는 때에는 중재지법에 따라 판단하여야 한다. 나아가 모델법은 제34조 제2항 a호에서 판정취소절차에서 제기된 중재합의의 유효 여부에 대하여는 당사자의 법선택이 없는 경우 판정취소를 신청한 국가의 법을 적용하도록 규정한다. 중재판정취소청구는 중재판정부소재지에서 신청할 수 있으므로, 결국 중재합의의 저촉규정과 중재판정취소의 저촉규정은 다 같이 중재지법이 된다.

그런데 위와 같은 중재지에서 중재합의의 유효 여부를 판단한다 하더라도 중재판정부와 일반 법원 중 어느 쪽이 관할권을 가지며, 양 분쟁해결기관은 이와 관련하여 어떻게 역할분담을 하고 상호 협력 내지는 견제하고 있는지 문제이다. 그러한 관계는 중재절차의 진행 단계별로 조명할 수 있는데, 이를 기준으로 위에서 논한 내용을 정리하면 다음과 같다.

42) Illmer, IPRax 2009, 312, 317. 당사자는 지금과 같이 특정국의 중재법을 선호하거나 분쟁사건의 특수성을 감안하여 자신에 맞는 중재지를 선택할 것이고, 이로써 중재지 경쟁이라는 부수적 효과도 보장될 것이다.

1. 관할다툼에 관한 최종적인 결정권을 법원에 부여하는 현행제도는 유지되어야 한다. 그리고 이는 관할결정권한합의의 경우에도 타당하다 할 것이므로 중재판정부에 관할 결정권한을 부여하는 내용의 당사자간 합의를 무효로 처리하여야 할 것이다. 다만, 제1차적 심사 후에 비로소 제2적 심사를 거치게 되어 중재판정부가 무익한 절차를 하는 것을 피하기 위해서는 중재절차에 중간판정 제도를 두는 것이 합리적이며, 이를 둔 경우라면 관할결정권한합의를 무효로 보아도 무방할 것이다. 다만, 현행 우리나라 중재법상의 중간판정 제도는 중재판정부가 자신의 관할을 인정한 경우뿐만 아니라 부정한 경우도 그 대상으로 하고 있고, 또는 선결문제를 중간판정이 아니라 본안에 관한 중재판정에서도 판단할 수 있도록 하고 있는데, 이는 제도 취지에 반하므로, 중간판정제도를 중재판정부가 자신의 권한을 인정한 경우 이에 대한 이의시로 제한하여야 할 것이며, 판단 형식은 본안에 관한 중재판정과 함께 할 것이 아니라 별개의 중간판정을 요구하도록 개선해 나가야 할 것이다.
2. 중재합의위반에 대한 제재의 하나로 손해배상청구권 발생을 인정하여야 할 것이다. 이는 중재합의의 법적 성질을 소송계약으로 파악하는 경우에도 마찬가지이다. 중재합의의 효과는 적극적 내용으로서 중재절차에 의하여야 한다는 것과 소극적 내용으로서 법원의 소송절차에 의하지 않는다는 두 가지의 내용이 포함되어 있는데, 실제 법상 청구권을 발생시킬 수 없는 소송계약적 성질에 비추어 전자의 작위청구는 인정하기 어렵지만, 후자의 부작위는 신속한 중재절차 진행이라는 당사자의 소송법상 의무에 위반한 것으로 손해배상청구권을 발생시킨다고 볼 수 있다. 다시 말하면 전자의 작위의무는 이에 위반한 경우 소송상 불이익을 당하는 소송상 책임의 성격임에 반하여, 후자의 부작위의무는 이를 위반한 경우 중재절차에의 협력의무라는 소송상 의무를 위반하고, 이에 대해 손해배상청구를 할 수 있다고 볼 것이다.
3. 소송금지명령 제도는 현행법상으로는 허용하기 어렵다. 이는 소송금지명령이 중재합의 위반을 이유로 발령되거나 아니면 법정관할을 편취할 목적으로 발령되는지 여부를 불문한다. 소송금지명령이 중재합의에 대한 권리남용적 잠탈수단으로 활용되는 것을 방지하기 위하여 발령된다는 이유로 제도 자체를 정당화하기는 어렵다. 소송금지명령이 중재합의를 관철시키는 실효적인 제도라는 점에는 의문이 없으나, 그로 인하여 외국절차에 대한 침해를 결과하는 이상 이 제도를 국내법으로 받아들이기는 어렵다고 본다. 그렇다면 소송금지명령 제도를 대체할 수 있는 다른 제도를 통하여 중재합의를 관철시킬 수 있어야 할 것이다. 단기적으로는, 손해배상 제도를 활용할 수 있을 것이며 당사자는 중재합의에 손해배상예정을 합의함으로써 동일한 효과를 거둘

수 있을 것이다. 장기적으로는, 현재 Kompetenz-Kompetenz 법리를 채택하고 있는 뉴욕협약 및 UNCITRAL 모델법을 개정하여 관할합의 유무효에 관한 판단을 중재지법원에 전속시키는 한편, 다른 나라 법원에 제기된 소송절차를 중지시키는 제도를 도입하여 관할집중을 위한 국제적 협력을 이끌어 내어 국제간 판결의 모순저축을 방지해 나가야 할 것이다. 결국 하이델베르크 보고서가 제안한 제도개선 방향이 합리적이라 하겠다.

참고문헌

1. 한국문헌

박영길, “국제상사중재에 있어서 분리원칙과 중재인의 자기관할권판정의 원칙“, 중재연구 제13권 2호, 211쪽 이하.

오창석, “파산절차에 있어서의 중재합의의 효력과 중재절차“, 중재연구 제12권 1호(2002. 8), 131쪽 이하.

석광현, 『국제상사중재법연구』, 제1권, 2007.

석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령“, 선진상사법률연구 제50호(2010.4), 3쪽 이하.

손경한, “중재합의에 대한 새로운 고찰“, 중재연구 제23권 제1호 (2015), 55쪽 이하.

손경한, “중재합의“, 사법연구 1: 계약법의 특수문제 (1983), 123쪽 이하.

2. 서양문헌

Ambrose, “Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?”, 52 ICLQ 2003, pp. 401 et seqq.

Binder, International Commercial Arbitration, 3. ed. 2010. (인용: Binder, Internat. Commercial Arbitration)

Chee Ho Tham, “Damages for breach of English jurisdiction clauses: more than meets the eye”, LMCLQ 46, 2004, pp. 51-56.

Dietz/Schnichels, “Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ und zur EuGVVO”, EuZW 2005, pp. 532-558. (인용: Dietz/Schnichels, EuZW 2005)

Flannery, 154 NLJ 2004, pp. 798 et seqq.

Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009.

- Gottwald, “Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen”, FS Henckel, 1995, pp. 295 ff. (인용: Gottwald, FS Henckel)
- Habscheid, “Zur Kompetenz-Kompetenz nach dem neuen Schiedsrecht”, FS Schlosser, 2005, pp. 247 et seqq. (인용: Habscheid, FS Schlosser)
- Haas, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, 1991.
- Hausmann, “Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?” FS Lorenz, 1991, S. 359 ff.
- Hess/Pfeiffer/Schlosser, The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001: The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussel I in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03).
- Honsell/Vogt/Schnyder-Wenger, Internationales Privatrecht, 1996.
- Kronke/Nacimiento/Otto/Port (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2010.
- Kropholler, Europäisches Zivilprozeßrecht, 7 Auflage, 2002.
- Kruger, “Anti-suit injunction in the European judicial space: Turner v. Grovit”, 53 ICLQ 2004, pp. 1030 et seqq.
- Manner/Mosimann, “Damages and Fixed Sums for Breach of Arbitration Agreements”, FS Schwencher, 2011, II.
- Mankowski, “Ist eine vertragliche Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen möglich?”, IPRax 2009, S. 27 ff.
- Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013.
- Pfeiffer, Schutz gegen Klagen im forum derogatum, 2013; ders, “Die Absicherung von Gerichtsstandsvereinbaungen durch Vereinbarung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs, Liber amicorum Walter F. Lindacher (2007), S. 77 ff.
- Rauscher, Unzulässigkeit einer anti-suit injunction unter Brüssel I”, IPRax 2004, pp. 405-408.
- Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2009.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2009.
- Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014.
- Shantar, 82 B.U.L.Rev. 1063, 2002, pp. 1065-1067.
- Schmidt, “Anti-suit injunctions im Wettbewerb der Rechtssysteme”, IPRax 2006, pp. 492 et seqq.
- Schreiber, “Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung”, ZZP 90 (1977), S. 395-417.

- Spickhoff, "Die Klage im Ausland as Delikt im Inland", FS Deutsch, 1999, pp. 335
- Stephan Wilske, "The Global Competition for the 'Best' Place of Arbitration for International Arbitrations", Contemporary Asia Arbitration Journal, 2008, pp. 1 et seqq.
- Schlosser, "Anti-suit injunctions zur Unterstützung von internt. Schiedsverfahren, RIW 2006, S. 486-492 ff.
- Tan, "DAMAGES FOR BREACH OF FORUM SELECTION CLAUSES, PRINCIPLED REMEDIES, AND CONTROL OF INTERNATIONAL CIVIL LITIGATION", 40 Texas Int'l. L.J. 2005, pp. 623-662.
- Schröder, "The Right not to be sued Abroad?", in: FS Kegel 1987, pp. 523 et seqq.
- Schlosser, Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa. 1985; ders, "Materell-rechtliche Wirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen", FS Lindacher, 2007; ders, "Anti-suit injunctions zur Unterstützung von internt. Schiedsverfahren", RIW 2006, S. 486-492.
- Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2013.
- Schreiber, ZZP 90(1977), S. 395 ff.
- Schütze, Deutsches Internatiuonales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2005.
- Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005.
- Stein/Jonas/Schlosser, Zivilprozessordnung, Kommentar, 22 Aufl. 2013.
- Wagner, Prozeßverträge, 1998.
- Zöller/Geimer, Zivilprozessordnung, Kommentar, 30. Aufl. 2013.

ABSTRACT

Close Relations between Arbitration and State Court in each Procedural Stage -With an Emphasis on International Arbitration Agreement-

Yong-Jin Kim

This article deals with the relationship between arbitration and state court in each procedural stage. As most legal systems over the world respect arbitration agreement, the relationship between arbitration and state courts puts emphasis on party autonomy and provides the independent power of arbitration agreement tribunal (Kompetenz-Kompetenz). Most institutional arbitration rules the arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction. Modern national laws have similar provisions based on Art. 16 UNCITRAL Model Law. In this regards the author throws a question in Chapter II, whether the doctrine of Kompetenz-Kompetenz, namely the ability of the tribunal to decide upon its own jurisdiction is worth while persisting, and whether the Kompetenz-Kompetenz-agreement should be regarded as valid, with the conclusion, that this doctrine should concede to the power of state court and that Kompetenz-Kompetenz-Klausel is invalid. In Chapter III the author discusses the issue of whether the breach of an arbitration agreement could lead to the compensation of damage. Although the author stands for the procedural character of arbitration agreement, he offers a proposal that the breach of an arbitration agreement bring about the compensation of damage. The issue of anti-suit injunction is discussed also in this Chapter. He is against the approval of anti-suit injunction based on an arbitration agreement resisting the other party from pursuing a lawsuit in a foreign country.

Key Words : Arbitration Agreement, Kompetenz-Kompetenz, Kompetenz-Kompetenz-Klausel, Breach of an Arbitration Agreement, Anti-Suit Injunction