

중재 관련 상계항변에 관한 고찰

A Study on the Set-off Defenses Issued in Arbitration

강수미*
Soo-Mi Kang

〈목 차〉

- I. 들어가며
 - II. 중재피신청인의 반대신청 허용 여부
 - III. 중재절차에서 상계항변의 허용 여부
 - IV. 소송절차에서 중재합의의 대상인 채권에 기한 상계항변의 허용 여부
 - V. 나오며
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 반대신청, 상계항변, 중재, 중재인, 중재합의

* 연세대학교 법학전문대학원 교수, kangsophia@yonsei.ac.kr

I. 들어가며

재산권상의 분쟁 및 당사자가 화해에 의하여 해결할 수 있는 비재산권상의 분쟁을 중재에 의해 해결할 수 있기 위해서는 당사자 간에 해당 분쟁을 중재를 통해 해결하고자 하는 중재합의가 존재하여야 한다(중재법 제3조 제1호·제2호). 중재절차는 중재합의의 당사자 일방의 중재요청에 의하여 개시된다(중재법 제22조 제1항1). 중재절차가 개시되고 중재판정부의 구성이 완료되면 중재판정부가 심리를 하여 중재판정을 하게 되는데, 중재의 당사자는 중재절차에서 동등한 대우를 받아야 하고, 자신의 사안에 대하여 변론할 수 있는 충분한 기회를 보장받아야 한다(중재법 제19조).

분쟁사안이 채권채무에 관한 것인 경우 중재신청인에 의해 개시된 중재절차에서 상대방인 피신청인이 신청인에 대한 채권을 행사하기 위하여 반대청구에 대한 중재를 신청하거나 신청인에 대한 채권을 반대채권으로 하여 상계의 항변을 하는 경우에는 중재판정부가 피신청인의 반대청구 또는 상계항변에 대하여 판단할 수 있는지 여부가 문제된다. 또한 중재합의의 대상이 아닌 채권에 관한 소송절차에서 피고가 중재합의의 대상인 채권을 반대채권으로 하여 상계의 항변을 하는 것이 허용되는지 여부가 중재합의의 항변(중재법 제9조)이 허용되는 것과 관련하여 문제될 수 있다.

본 논문에서는 중재신청인의 청구에 대하여 피신청인이 신청인에 대한 자신의 채권(반대청구)에 기하여 반대신청을 할 수 있는지 여부(Ⅱ), 중재신청인의 청구에 대하여 피신청인이 신청인에 대한 자신의 채권(반대채권)에 기하여 상계항변을 할 수 있는지 여부(Ⅲ), 소송절차에서 중재합의의 대상인 채권을 반대채권으로 하여 상계항변을 할 수 있는지 여부(Ⅳ)를 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 중재피신청인의 반대신청 허용 여부

1. 중재신청서 및 답변서의 변경

중재신청인은 당사자들이 합의하였거나 중재판정부가 정한 기간 내에 신청취지와 신청원인이 된 사실을 적은 신청서를 중재판정부에 제출하여야 하고, 피신청인은 이에 대하여

1) 당사자 간에 다른 합의가 없는 경우 중재절차는 피신청인이 중재요청서를 받은 날부터 시작된다.

답변하여야 한다(중재법 제24조 제1항).²⁾ 중재신청인은 신청서를 통해 중재판정부의 판단 대상을 특정하여야 하고, 피신청인은 답변서를 통해 신청인의 청구를 다툼으로써 중재판정부에서의 심리를 준비하게 된다. 당사자는 신청서 또는 답변서에 중요하다고 인정하는 서류를 첨부하거나 앞으로 사용할 증거방법을 표시할 수 있는데(중재법 제24조 제2항), 당사자 간에 다른 합의가 없는 경우에는 중재판정부는 자신의 일반적인 권한범위 내에서 일방 당사자로 하여금 그의 청구나 주장을 뒷받침하기 위하여 제출하려고 하는 문서나 다른 증거의 요약문을 제출하도록 할 수 있고, 일방 당사자로 하여금 일정한 기간 내에 문서, 증거, 기타 다른 증거를 제시할 것을 요구할 수도 있다.

당사자 간에 다른 합의가 없는 경우 당사자는 중재절차의 진행 중에 자신의 신청이나 공격방어방법을 변경 또는 보완할 수 있는데, 중재판정부는 그 변경 또는 보완에 의하여 절차가 현저히 지연될 우려가 있다고 인정하는 때에는 이를 허가하지 않을 수 있다(중재법 제24조 제3항).

2. 중재피신청인의 반대신청 허용 여부에 관한 논의

중재법은 중재신청의 변경 또는 보완에 관하여 규정하고 있지만, 피신청인의 반대신청에 관해서는 규정하고 있지 않다. 중재판정부가 피신청인의 반대청구에 대하여도 판단할 수 있는지와 관련해서는 피신청인의 청구가 신청인의 청구와 동일한 중재합의의 대상이어야 하는지가 문제된다. 이와 관련해서는 ① 피신청인의 청구가 신청인의 청구와 동일한 중재합의의 대상이 아닌 경우에도 중재인의 선정절차, 중재절차의 준칙, 언어, 중재지가 동일하면 중재합의 상호간의 호환성이 인정된다고 하여 중재판정부가 피신청인의 반대신청에 대하여 판단할 수 있는 것으로 보는 견해,³⁾ ② 반대청구에 관하여 중재합의가 없거나 재판관할합의가 있는 경우에도 중재판정부가 중재권한을 가지는 것으로 보는 견해⁴⁾

2) 국제연합 국제거래법위원회(The United Nations Commission on International Trade Law, 이하 'UNCITRAL'이라 한다)의 “국제상사중재에 관한 모델법(Model Law on International Commercial Arbitration, 이하 ‘모델중재법’이라 한다)” 제23조 제1항에 따르면 당사자가 합의하였거나 중재판정부가 정한 기간 내에 신청인은 청구의 원인사실, 쟁점사항과 신청취지를 진술하여야 하고, 피신청인은 그러한 세부사항에 대한 답변내용을 진술하여야 한다. 그러나 당사자가 그러한 진술이 필요한 사항을 달리 합의한 경우에는 그러하지 아니하다. 당사자는 직접 관계가 있다고 인정하는 모든 서류를 위 진술서에 첨부하여 제출할 수 있으며 자신이 제출하고자 하는 기타 증거에 참고자료로 추가할 수도 있다.

3) Christian Koller, “Chapter I The Arbitration Agreement and Arbitrability - Contemplations on Set-off and Counterclaim in International Commercial Arbitration in Christian Klausegger,” Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2008, pp.81-82; Jean-François Poudret and Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell 2nd ed., 2007, para. 574.

4) Bernhard Berger and Stefanie Pfisterer, “Article 21 Objections to the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Tobias Zuberbühler Müller,” Philipp Habegger (eds), *Swiss Rules of International Arbitration*, Juris 2nd ed., 2013, p.245; Pierre A. Karrer, “Jurisdiction on Set-off Defences and Counterclaims,” *67(2) Arbitration 176*, 2001, p.177.

등이 주장되고 있다.

UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules 2010) 제21조 제3항에 따르면 중재 피신청인은 중재판정부가 중재권한을 가지는 것을 조건으로 반대청구의 신청을 하거나 반대채권을 상계항변으로 주장할 수 있다.⁵⁾ 그러나 UNCITRAL 중재규칙도 반대신청과 상계항변의 요건에 관해서는 구체적으로 규정하지 않고 있는데, 그 결과 반대신청이나 상계항변의 요건은 각국의 입법정책에 의해 정해지게 될 것이다.

대한상사중재원의 국내중재규칙은 중재피신청인의 반대신청에 관하여 규정하고 있기는 하지만,⁶⁾ 피신청인은 심리가 종결될 때까지 반대신청을 할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 반대신청의 구체적인 요건에 관해서는 언급하고 있지 아니하여 이에 대한 해석이 필요하다.

3. 검토

피신청인의 반대신청에 관한 요건은 중재절차와 관련된 것으로 볼 수 있으므로 중재당사자가 합의로 이를 정할 수 있다(중재법 제20조 제1항). 중재당사자는 중재합의에서 반대신청의 요건을 직접 정할 수 있을 뿐 아니라 중재절차가 개시된 후에도 합의로 이를 정할 수 있다. 당사자가 반대신청의 요건에 관하여 구체적으로 합의하지 않았더라도 중재절차에 적용할 중재규칙을 합의하였고, 그 중재규칙에서 반대신청의 요건을 규정하고 있는 경우에는 그에 따라 반대신청의 허용 여부가 정해될 것이다.⁷⁾

당사자가 반대신청의 요건에 관하여 별도로 정해 두지 않은 때에는 중재판정부는 적절한 방식으로 중재절차를 진행할 수 있는데(중재법 제20조 제2항 전문), 피신청인은 기존의 중재절차에서 신청인의 청구와 동일한 중재합의의 대상인 신청인에 대한 자신의 채권

5) 2010년 개정 전의 UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules 1976) 제19조 제3항에 따르면 중재 피신청인은 중재신청인의 청구와 동일한 계약에서 발생한 청구권에 관한 반대청구의 신청을 하거나 상계를 위하여 이를 주장할 수 있었다. 2010년의 개정을 통해 반대청구의 신청과 상계항변의 범위를 확장한 것으로 볼 수 있다(이에 관해서는 David D. Caron and Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2013, p.428 참조).

6) 대한상사중재원 국내중재규칙 제16조에 따르면 ① 피신청인은 심리가 종결될 때까지 반대신청을 할 수 있다. 다만, 중재판정부가 그 신청이 중재절차를 현저히 지연시키거나 부적절하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다. 이 경우 피신청인은 별도로 중재신청을 할 수 있다. ② 중재판정부는 본신청과 반대신청을 병합 심리한다. ③ 반대신청에 관하여는 제14조 및 제15조를 준용한다.

7) 일본상사중재협회(The Japan Commercial Arbitration Association: JCAA)의 상사중재규칙 제19조 제1항에 따르면 ① 당사자 전원의 서면에 의한 합의가 있는 경우, ② 신청인의 청구와 반대청구가 동일한 중재합의에 기초한 것인 경우, ③ 신청인의 청구와 반대청구가 동일 또는 동종의 법률문제 또는 사실문제를 포함하고 있고, 신청인의 청구와 반대청구를 모두 이 규칙에 따른 중재 또는 일본상사중재협회에서의 중재에 맡기기로 하는 취지의 합의가 있으며, 중재지, 중재인의 수, 언어 등의 합의내용에 비추어 동일한 절차에서 심리하는데 지장이 없다고 인정되는 경우에는 피신청인은 중재신청의 통지를 수령한 날부터 4주 이내에 반대청구에 관한 신청을 할 수 있다. 중재당사자가 JCAA의 상사중재규칙의 적용을 합의한 때에는 신청인의 청구와 피신청인의 반대청구가 동일한 중재합의의 대상인 경우 뿐 아니라 일정한 호환성이 인정되는 경우에는 피신청인은 반대신청을 할 수 있다(이에 관해서는 中村達也, 「仲裁法の論点」, 成文堂, 2017, pp.314-315 참조).

에 기하여 반대신청을 하여 신청인의 청구와의 병합심리를 요구할 수 있고, 이러한 경우 중재판정부는 신청인의 청구와 피신청인의 반대청구를 병합하여 심리·판단할 수 있다. 피신청인은 중재판정부가 구성되기 전 뿐 아니라 구성된 후에도 반대신청을 할 수 있다. 후자의 경우 당사자 간에 다른 합의가 없는 한, 피신청인의 반대청구가 신청인의 청구와 동일한 중재합의의 대상인 때에는 이미 성립한 중재인과 당사자 간의 중재인계약⁸⁾에 의해 중재인에게 피신청인의 반대청구에 대한 중재권한도 부여된 것으로 볼 수 있을 것이다.

그런데 당사자 간에 별도의 합의가 없는 상황에서 피신청인이 중재합의가 체결되어 있지 않거나 신청인의 청구와는 별개의 중재합의의 대상인 채권에 기하여 기존의 중재절차에서 반대신청을 한 경우 중재판정부가 이를 어떻게 처리할 것인지가 문제된다. 대한민국 중재법이 적용되는 사건의 경우에는 반대신청의 상대방인 중재신청인은 해당 중재절차 내에서 피신청인의 반대신청이 중재판정부의 판정권한에 속하지 않는다는 이의를 제기할 수 있다(중재법 제17조 제3항). 이러한 때에는 중재판정부는 피신청인의 반대신청을 각하하여야 할 것이다. 그러나 중재신청인이 이러한 사유가 있음을 알고도 지체 없이 이의를 제기하지 아니하여 중재절차가 진행된 경우에는 중재신청인은 이의신청권을 상실하게 되고(중재법 제5조), 중재판정부는 피신청인의 반대청구에 대하여 판단할 수 있게 된다. 다만 이러한 때에는 중재판정부는 상대방인 중재신청인에게 그러한 사유를 지적해 줌으로써 방어의 기회를 보장할 필요가 있다.

Ⅲ. 중재절차에서 상계항변의 허용 여부

1. 중재합의의 효력이 미치는 객관적 범위

(1) 중재합의에 기해 중재의 대상이 되는 분쟁

중재합의의 효력이 미치는 객관적 범위에 관한 문제는 중재인이 판단할 수 있는 물적 한계를 정하는 것으로서, 중재인의 판정권한의 범위와 밀접한 관련이 있다. 중재인의 판정권한은 중재합의에서 정해지는데, 중재의 대상으로 합의되어 있는 분쟁 뿐 아니라 그러한 분쟁을 해결하는데 전제가 되는 선결문제도 중재인의 판정권한에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

당사자 간에 이미 발생한 분쟁을 해결하기 위하여 중재합의가 체결되는 경우에는 이미

8) 중재인계약이란 중재합의의 당사자와 중재인 사이에서 당사자는 중재인에게 중재판정을 맡기고 중재인은 이를 수락하기로 하는 합의를 말한다. 중재인이 중재업무를 담당하기 위해서는 당사자에 의해 중재인으로 선정된 자가 중재인으로서의 직무를 인수하여야 한다. 상설중재기관에 의한 중재의 경우에는 상설중재기관을 운영하는 단체가 중재인계약의 당사자가 된다.

발생한 분쟁을 개별적으로 특정하는 것이 일반적이므로 중재인의 판정권한에 관한 다툼이 생길 여지가 적다. 그런데 장래에 발생할 분쟁에 관하여 중재합의가 체결되는 때에는 중재의 대상이 “본계약에 관하여 발생하는 분쟁” 또는 “본계약으로부터 발생하는 일체의 분쟁” 등과 같이 추상적·포괄적으로 정해지는 것이 일반적이므로, 중재의 대상이 되는 분쟁의 범위에 관하여 다툼이 생기는 경우가 적지 않다. 이러한 경우에는 해당 중재합의의 해석을 통해 중재인의 판정권한의 범위, 즉 중재의 대상으로 합의된 분쟁의 범위가 정해지게 된다. 중재합의는 중재조항이 명기되어 있는 계약 자체 뿐 아니라 그 계약의 성립과 이행 및 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁에까지 그 효력이 미친다.⁹⁾

단일한 계약과 관련하여 발생한 분쟁은 그 내용을 이루는 청구의 법적 성질에 상관없이 모두 그 계약상의 중재조항의 범위에 포섭되는 것으로 보는 것이 중재를 통해 그 계약 관련 분쟁을 해결하고자 하는 당사자의 합리적인 의사에 부합할 것이다. 따라서 계약 당사자 일방이 손해배상청구를 하면서 채무불이행이 아니라 불법행위를 원인으로 주장하더라도 해당 계약과 관련이 있으면 그러한 청구도 중재조항의 대상이 되는 청구에 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

중재합의에 장래의 분쟁을 중재로 해결하겠다는 명시적인 의사표시가 포함되어 있는 경우에는 중재합의의 대상인 분쟁의 범위를 명확하게 특정하여 한정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 당사자들 사이의 특정한 법률관계에서 비롯되는 모든 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 정한 것으로 보아야 한다.¹⁰⁾ 또한 도급계약서의 중재관련조항이 중재합의의 대상을 사실관계에 대한 분쟁에 한정하기로 특정한 것으로 볼 수 없는 경우에는 그 중재관련조항으로부터 비롯되는 모든 분쟁을 중재에 의해 해결하기로 정한 것으로 볼 수 있으므로, 계약해석이나 법률문제에 관한 분쟁도 중재의 대상으로 한 것으로 볼 수 있다.¹¹⁾

(2) 중재합의의 대상인 분쟁해결을 위한 전제문제

중재인은 중재에 부처진 분쟁 뿐 아니라 이를 판단하는데 전제가 되는 선결적 법률관계에 관해서도 당사자로부터 판정권한을 부여받은 것으로 볼 수 있다. 또한 당사자는 중재절차에서 상대방이 주장하는 공격방어방법에 응답하는 것이 예정되어 있으므로, 당사자

9) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67264·67271 판결.

10) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다74344 판결; 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다76573 판결.

11) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다76573 판결. 이 사건에서 대법원은 도급계약서에서 ‘사실관계에 대한 이견 기타 분쟁’을 중재합의의 대상으로 하고, 중재인이 일정한 순서(1. 계약문서표현의 문자상 의미, 2. 계약문서 전체 규정에 비추어 합리적으로 나타나는 계약당사자의 의도, 3. 중재가 진행되는 시점에 유효한 대한민국 법률)에 따라 본계약의 제조건을 해석하거나 당사자의 권리의무 또는 책임을 정하도록 하며, “본계약에서 정하지 아니한 사항 또는 계약문서의 내용 중 불명확한 사항 등이 있거나 그 해석에 관하여 당사자 사이에 차이가 있는 때에는 발주자가 합리적으로 해석하거나 보충하고, 계약상대방이 이에 대하여 이견이 있어도 중재판정이 달리 판단할 때까지는 발주자의 해석 또는 보충에 따른다.”라고 규정하고 있는 경우에는 위 도급계약상의 중재조항은 도급계약서의 문리해석상 사실관계에 대한 분쟁 뿐 아니라 계약해석이나 법률문제에 관한 분쟁도 중재의 대상으로 한 것으로 보아야 한다고 판단한 원심판결이 정당하다고 하였다.

간에 명시적인 합의가 없더라도 중재에 부쳐진 청구권의 발생 뿐 아니라 그 소멸 등에 관해서도 중재인이 판단할 수 있다.

특허권침해금지청구나 특허권침해를 이유로 한 손해배상청구에 관한 중재절차에서 해당 특허권의 침해사실 외에 그 유효성이 다투어지는 경우, 즉 중재피신청인이 특허권의 부존재 또는 무효를 주장하는 경우 중재인이 이에 대하여 판단할 수 있는가가 문제될 수 있다. 물론 중재인이 특허권의 존재 여부 또는 효력 유무에 관하여 직접 판단할 수 있는가도 문제될 수 있지만, 특허에 무효사유가 존재하더라도 특허심판원의 심판절차를 거쳐 무효로 될 때까지는 유효한 것으로 취급되고, 무효심결이 확정된 때에 비로소 특허권이 소급적으로 소멸되어(특허법 제133조 제3항 본문) 대세적 효력이 발생하는 점 등을 고려하면, 특허의 유효성에 관한 판단권한은 특허심판원에 전속하는 것으로 볼 수 있으므로 중재인은 이를 직접 중재의 대상으로 하여 판단할 수는 없는 것으로 보아야 한다.

그러나 유효한 특허권의 존재가 침해금지청구나 손해배상청구를 판단하기 위한 선결문제에 해당할 경우 중재인이 이에 대하여 판단할 수 없다고 한다면 중재인은 중재대상인 침해금지청구나 손해배상청구에 관해서도 판단할 수 없게 된다. 특허권침해소송에서 수소법원이 등록된 특허가 무효라고 판단하여 이를 전제로 재판할 수 있는가에 관한 특허법상 명문규정은 없지만, 판례에 따르면 특허의 무효심결이 확정되기 전이더라도 특허권침해소송을 심리하는 법원은 특허에 무효사유가 있는 것이 명백한지 여부에 대하여 판단할 수 있고, 심리 결과 당해 특허에 무효사유가 있는 것이 분명한 때에는 그 특허권에 기초한 금지와 손해배상 등의 청구는 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다.¹²⁾ 특허권침해소송을 담당하는 법원이 진보성 결여에 대하여도 독자적으로 판단하여 재판의 전제로 삼을 수 있는가에 관하여 대법원의 입장이 갈리기도 하였지만, 전원합의체 판결을 통해 특허발명에 대한 무효심결이 확정되기 전이더라도 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 않고, 특허권침해소송을 담당하는 법원으로서도 특허권자의 그러한 청구가 권리남용에 해당한다는 항변이 있는 경우 그 당부를 살피기 위한 전제로서 특허발명의 진보성 여부에 대하여 심리·판단할 수 있게 되었다.¹³⁾ 특허권침해의 성립 여부를 판단하기 위한 전제로서 그 기술적 범위에 해당하는가의 여부에 관한 판단과정에서 특허의 효력이 문제되는 경우에는 중재인이 이에 대하여 판단할 수 있는 것으로 볼 수 있다.¹⁴⁾

12) 이에 관해서는 대법원 2004. 10. 28. 선고 2000다69194 판결 참조.

13) 이에 관해서는 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 전원합의체 판결; 대법원 2012. 3. 25. 선고 2010다63133 판결 참조.

14) 이러한 경우에는 특허의 효력 유무에 관하여 당사자 간에 상대적으로 판단받는 것만으로도 당사자 간의 분쟁을 해결할 수 있을 뿐 아니라, 중재판정부가 특허권이 무효 또는 부존재한다고 판단하여 이를 이유로 침해금지청구나 손해배상청구를 기각하는 중재판정을 하더라도, 특허권이 무효 또는 부존재한다는 판단은

저작권에 관한 라이선스계약에 중재합의가 포함되어 있는 경우에는 특허권의 경우와 같은 법률상의 제약이 없다. 저작권침해를 이유로 한 침해금지청구나 손해배상청구에 관한 중재절차에서 피신청인이 해당 저작권의 부존재 또는 무효를 주장하는 경우 이것이 선결문제에 해당하는 때에는 중재인은 이에 관하여 판단할 수 있다.

2. 중재절차에서 상계항변이 문제되는 국면

중재인은 중재대상인 청구를 판단하는데 전제가 되는 선결문제나 중재절차에서 제출된 공격방어방법에 관해서도 판단할 수 있다. 다만 상계항변의 경우에는 중재대상인 채권과는 별개의 채권을 반대채권으로 한다는 점, 소송에서 상계항변에 대한 법원의 판단에 기판력이 인정된다는 점(민사소송법 제216조 제2항) 등과 관련하여, 중재절차에서 상계항변이 주장된 경우 중재인이 그 반대채권의 존부 및 내용에 관하여 판단할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

중재법은 중재절차에서 행해지는 상계항변의 요건에 관하여 규정하고 있지 않고, 대한상사중재원의 국내중재규칙이나 국제중재규칙에도 이에 관한 규정이 없다. UNCITRAL 중재규칙의 경우에는 1976년의 규칙에서는 피신청인은 신청인의 청구와 동일한 계약에서 발생한 청구권을 상계를 위하여 주장할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있었는데(동 규칙 제19조 제3항), 2010년의 개정을 통해 피신청인은 중재판정부가 중재권한을 가지는 것을 조건으로 반대채권을 상계항변으로 주장할 수 있는 것으로 규정하였다(동 규칙 제21조 제3항). 이러한 개정을 통해 상계항변의 인정범위가 확대된 것으로 해석되기는 하지만,¹⁵⁾ 상계항변의 구체적인 요건에 관해서는 규정하지 않음으로써 각국의 입법에 일임한 것으로 볼 수 있다.¹⁶⁾

(1) 반대채권에 중재합의의 효력이 미치는 경우

상계를 위하여 주장된 반대채권이 중재에 부쳐진 채권과 동일한 법률관계에서 발생하였고, 중재합의의 당사자가 그 법률관계로부터 생긴 모든 분쟁을 중재에 의해 해결하기를

선결문제에 관한 것으로서 중재판정의 이유 중의 판단에 불과하므로 당사자 간에 기판력이 발생하지 않고 특허권의 무효 또는 부존재를 대세적으로 확정시키는 것도 아니다.

15) D. D. Caron and L. M. Caplan, *op. cit.*, p.428.

16) 스위스 상공회의소 중재기관의 국제중재규칙(Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers' Arbitration Institution) 제21조 제5항에 따르면 중재판정부는 반대채권이 중재조항의 범위 내에 속하지 않거나 다른 중재합의 또는 법정지 선택조항의 범위에 속하는 경우에도 상계항변을 심리·판단할 수 있다. 중재당사자가 이러한 중재규칙을 선택한 때에는 중재피신청인은 별다른 제한 없이 상계항변을 할 수 있게 된다. 이와는 달리 미국중재협회(American Arbitration Association: AAA)의 국제중재규칙(International Arbitration Rules) 제3조 제2항에 따르면 반대청구의 신청과 상계의 주장은 신청인이 원용하는 중재합의의 대상에 포함되어 있어야 한다.

원하는 것으로 볼 수 있는 경우에는 그 중재합의의 효력이 반대채권에도 미치게 되어 중재판정부는 그 반대채권에 관하여 심리·판단할 수 있을 것이다.¹⁷⁾

상계를 허용하는 취지의 조항이 중재합의에 포함되어 있는 경우에는 반대채권에 관하여 별도의 중재합의가 없더라도 중재판정부는 반대채권에 관하여 심리·판단할 수 있을 것이다. 이러한 경우에는 상계를 허용하는 취지의 조항에 중재합의의 효력이 미치는 것으로 볼 수 있으므로 상계를 위하여 주장된 반대채권에도 중재합의의 효력이 미치는 것으로 볼 수 있다.

(2) 반대채권에 중재합의의 효력이 미치지 아니하는 경우

중재피신청인이 중재합의의 대상이 아닌 채권을 반대채권으로 하여 상계항변을 한 경우에도 중재신청인이 피신청인의 상계항변에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않고 중재절차에 응함으로써 반대채권에 관하여 중재합의가 묵시적으로 성립한 것으로 볼 수 있는 때에는 중재판정부는 그 반대채권에 관하여 심리·판단할 수 있을 것이다. 다만 이러한 경우 중재판정부는 상대방인 중재신청인에게 위와 같은 사유를 지적해 줌으로써 방어 기회의 보장을 보장할 필요가 있다.

중재피신청인의 상계항변에 대하여 중재신청인이 중재합의의 효력이 미치지 않는 채권에 관한 판단은 중재인의 판정권한에 속하지 않는다고 주장할 경우 중재인이 그 반대채권에 관하여 판단할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이와 관련해서는 ① 법원의 심판대상이 될 수 있는 사항은 중재인도 판단할 수 있다는 것을 전제로 중재인이 반대채권에 관해서도 판단할 수 있는 것으로 보는 견해,¹⁸⁾ ② 중재합의의 대상이 아닌 반대채권에는 중재합의의 효력이 미치지 않으므로 중재인의 판정권한을 부정하여야 한다는 견해¹⁹⁾ 등이 주장되고 있다. ①의 입장에서는 중재합의는 중재인에게 특정한 청구에 대하여 권리발생 사유 뿐 아니라 권리소멸사유에 관해서도 심판할 권한을 부여한 것으로 볼 수 있으므로, 반대채권에 관하여 해당 중재합의의 효력이 미치지 않는 경우에도 중재인은 상계항변에 관하여 판단할 수 있다고 한다. ②의 입장에서는 해당 중재합의의 효력이 미치지 않는 채권에 관하여 피신청인에게 상계항변의 제출을 인정하는 것은 중재합의가 없는 분쟁에 관하여 중재를 강제하게 되고, 중재합의가 없으면 중재에 의해 분쟁을 해결할 수 없다는 중재법리에 반하게 되며, 상계항변이 제출되어 상계에 관한 피신청인의 주장을 인정하는 중재판정이 내려진 때에는 상계에 제공된 반대채권의 존재, 액수에 관해서도 기판력이 발생

17) UNCITRAL 중재규칙 제21조 제3항에 따르면 중재피신청인은 중재판정부가 중재권한을 가지는 것으로 조건으로 반대채권을 상계항변으로 주장할 수 있다.

18) Karl Heinz Schwab/Gehard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., C. H. Beck, 2005, Kap. 3 II 4, Rn. 12; RGZ 133, 16.

19) Friedrich Stein/Martin Jonas/Peter Schlosser, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Bd. 10, 23. Aufl., Mohr Siebeck, 2014, §1029 V 6, Rn. 60.

하기 때문에 신청인은 반대채권에 관하여 소송으로 다룰 기회를 박탈당하게 되므로, 반대채권이 신청인의 청구와 동일한 중재합의의 대상에 포함되어 있지 아니한 경우에는 상계항변을 할 수 없다고 한다.

중재절차의 개시원인인 중재합의의 효력이 반대채권에 미치지 않는 경우에도 동일한 당사자 간의 다른 중재합의의 효력이 그 반대채권에 미치는 때에는 중재인이 동일하면 그 중재인은 반대채권에 관하여 심리·판단할 수 있을 것이다.

국제상업회의소(International Chamber of Commerce: ICC)의 중재판정례 중에는 상계항변에 제공된 반대채권이 신청인이 원용하는 중재합의와는 별개의 중재합의의 대상인 경우에도 반대채권의 기초가 된 계약과 신청인의 청구의 기초가 된 계약이 서로 관련성이 있고, 경제적인 단일성이 인정되는 때에는 상계항변을 인정한 것이 있다.²⁰⁾

3. 검토

중재신청인의 청구의 기초가 된 중재합의의 효력이 피신청인의 신청인에 대한 반대채권에도 미치는 것으로 볼 수 있는 때에는 중재판정부는 그 반대채권에 관하여 심리·판단할 수 있는 것으로 보아야 한다.

그러나 중재신청인의 청구의 기초가 된 중재합의의 효력이 피신청인의 신청인에 대한 반대채권에 미치지 않는 경우에는 중재합의의 효력이 미치지 않는데도 불구하고 상계적상에 있다는 것을 이유로 중재의 대상인 채권과는 다른 절차의 대상인 반대채권에 관한 분쟁을 피신청인이 일반적으로 중재에 끌어들이는 것을 허용한다면 당사자의 합의에 기초한 분쟁해결제도로서의 중재의 역할을 부당하게 확장시키는 것으로 인정될 때에는 피신청인은 중재합의의 대상이 아닌 채권을 반대채권으로 하여 상계항변을 할 수 없고, 중재판정부도 그러한 반대채권에 관하여 심리·판단할 수 없는 것으로 보아야 한다. 그런데 중재신청인이 이러한 사유가 있음을 알고도 지체 없이 이의를 제기하지 아니하여 중재절차가 진행된 때에는 중재신청인은 이의신청권을 상실하게 되고, 중재판정부는 피신청인의 상계항변에 대하여 심리·판단할 수 있게 된다. 다만 이러한 경우 중재판정부는 상대방인 중재신청인에게 그러한 사유를 지적해 줌으로써 방어 기회를 보장할 필요가 있다.

중재절차에서 중재인의 판정권한에 속하지 않는다고 하여 상계항변이 배척되더라도 그 후에 반대채권을 자동채권으로 하는 상계가 실제법상 금지되는 것은 아니다. 다만 중재합의의 대상인 채권에 관한 분쟁과 중재합의의 대상이 아닌 채권에 관한 분쟁에 대한 해결절차가 분리되어 각각 판단받음으로써 중재에 의한 분쟁해결의 실효성이 줄어들 수 있고,

20) Swedish Company v. Two Entities from the Former Yugoslavia, Final Award, ICC Case No. 5971, 13(4) *ASA Bulletin* 708, 1995, p.728.

경우에 따라서는 상계의 권리실현기능²¹⁾이나 담보적 기능²²⁾이 발휘될 수 없는 사태가 발생할 수도 있다. 그런데 이러한 불이익은 반대채권을 중재합의에 포함시키지 않은 당사자가 부담하게 될 것이다.

반대채권의 존재 및 내용이 기관력에 의해 이미 확정되어 있거나 중재당사자간에 반대채권의 존재 및 내용에 관한 다툼이 없는 때에는 반대채권에 대하여 중재합의의 효력이 미치지 않는 경우에도 중재판정부는 그러한 사유를 근거로 판단할 수 있을 것이다.

IV. 소송절차에서 중재합의의 대상인 채권에 기한 상계항변의 허용 여부

1. 중재합의의 효력발생시기 및 존속기간

중재합의는 서면에 의하여 체결하여야 하는데(중재법 제8조 제2항), 당사자 쌍방이 중재합의의 내용이 기재된 서면에 서명한 때에 중재합의가 성립하고 그 효력이 발생하게 된다.²³⁾ 당사자가 구두로 중재에 의한 분쟁해결을 합의한 것만으로는 중재합의가 유효하게 성립할 수 없으므로, 구두에 의한 중재합의의 당사자 일방이 그 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소를 제기하더라도 중재합의의 항변을 할 수 없게 된다.

중재합의는 그것이 실효될 때까지 효력을 가지는 것으로 볼 수 있다. 당사자는 중재합의의 체결시에 그 존속기간을 정할 수 있고, 존속기간이 정해진 경우에는 약정기간의 만료로 중재합의의 효력이 소멸하게 된다. 당사자 간에 기간연장에 관한 약정이 있는 경우에는 이에 따라 존속기간을 연장할 수 있고, 당사자 간에 그러한 약정이 없는 때에도 당사자는 필요한 경우 새로운 합의에 의해 기간을 연장할 수 있을 것이다.

2. 중재합의의 효력의 내용

유효한 중재합의가 존재하는 경우 당사자는 중재합의의 취지에 따라 중재판정이 내려지거나 중재화해가 성립될 때까지 중재절차를 진행시키는데 필요한 행위를 하여야 하고, 중재합의의 목적을 달성하는데 방해가 되는 행위를 해서는 안 된다. 또한 중재합의의 대상인

21) 피고의 상계권 행사에 의해 피고의 반대채권이 원고의 소구채권과 대등액에서 소멸됨으로써 반대채권이 강제집행 등의 수단을 필요로 하지 않고 바로 실현된 것과 같은 기능을 하게 된다.

22) 피고의 상계권 행사에 의해 소송이 종료된 후의 시점에서 원고의 자력이 약화됨으로써 피고의 반대채권을 실현할 수 없게 되는 사태에 대처할 수 있는 기능을 하게 된다.

23) 중재합의의 당사자는 중재합의의 효력발생시기를 중재합의의 성립시기와 달리 정할 수 있다.

분쟁의 해결을 중재인의 중재판정에 맡기고 그러한 중재판정에 따르기로 하는 중재합의에는 법원의 재판권을 배제하는 취지가 포함되어 있으므로, 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우 상대방 당사자는 그 소송절차에서 중재합의의 존재를 주장할 수 있다.

(1) 중재합의의 항변

중재합의의 당사자 일방이 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 법원에 소를 제기한 경우²⁴⁾ 그 상대방인 피고가 중재합의가 있다는 주장을 한 때에는 법원은 그 중재합의가 부존재, 무효, 실효, 이행불능인 경우를 제외하고는 소를 각하하여야 한다(중재법 제9조 제1항).²⁵⁾ 유효한 중재합의가 존재하는 경우에는 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 법원의 심판을 구할 현실적인 필요성이 흠결되어 이에 관한 소가 제기된 경우 수소법원은 해당 소를 각하하여야 하는 것으로 볼 수 있다.²⁶⁾²⁷⁾

중재합의의 존재는 소극적 소송요건에 해당하는데, 이는 중재합의의 존재가 공익과 직접적인 관련이 있어서라기보다는 당사자가 재판이 아닌 중재를 선택하였기 때문인 것으로 볼 수 있으므로, 수소법원은 중재합의의 존부에 관하여 직권으로 조사할 필요는 없고, 피고가 그 존재를 주장할 경우 그 존부에 관하여 조사하면 된다.²⁸⁾ 또한 중재합의의 존재를 판단하는데 필요한 사실은 피고가 수집하여 제출하여야 하는 것으로 볼 수 있고, 중재합의의 존재에 관해서는 자백이 성립될 수 있으며, 중재합의의 항변을 사전에 포기할 수 있는 것으로 볼 수 있다.

(2) 중재합의 항변의 제출시기

소송절차 내에서 중재합의의 존재 여부 또는 효력 유무에 관하여 다투어질 경우 증명 책임분배의 원칙에 따라 피고는 당사자 간의 합의가 중재합의에 해당한다는 것, 당사자 간에 의사의 합치가 있다는 것, 소송의 대상인 분쟁이 중재합의의 대상에 포함된다는 것

-
- 24) 중재절차가 이미 계속되어 있는 단계에서 피신청인이 법원에 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소를 제기한 경우도 이에 포함된다.
- 25) 중재합의의 항변에 대한 법원의 처리방법과 관련해서는 법원이 해당 사건을 중재에 회부하도록 하는 입법례, 해당 소송절차를 중지하도록 하는 입법례, 해당 소를 부적법한 것으로 취급하여 각하하도록 하는 입법례 등이 있다(이에 관해서는 양병희 외, 「주식 중재법」, 대한상사중재원·한국중재학회, 2006, p.43 참조). 중재법에 따르면 당사자 일방이 소를 제기하고 그 상대방이 중재합의의 항변을 한 경우 법원은 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우를 제외하고는 그 소를 각하하여야 한다(중재법 제9조 제1항).
- 26) 김홍규·강태원, 「민사소송법[제4판]」, 삼영사, 2017, p.278; 민일영 편, 「주식 민사소송법(IV)(제8판)(강영수 집필)」, 한국사법행정학회, 2018, p.44; 이시윤, 「신민사소송법(제13판)」, 박영사, 2019, p.226.
- 27) 이러한 경우 소의 이익을 흠결하여 각하한다는 구성은 우회적이고, 오히려 중재라는 대체적 분쟁해결방법에 관한 합의가 사적 자치의 원칙에 의해 소송법상으로 승인된 결과, 중재합의의 유효한 존재 자체의 직접적 효과로서 소송의 진행을 방해하거나 소송절차를 중지시키는 것으로 보아야 한다는 견해도 주장되고 있다(이에 관해서는 小島武司·猪股孝史, 「仲裁法」, 日本評論社, 2014, p.116 참조).
- 28) 중재법도 이러한 취지에서 “... 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 ... ”이라고 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

을 주장·증명하면 되고, 중재합의 체결시의 의사능력이나 행위능력의 흠결, 의사표시의 무효, 취소원인의 존재, 중재합의의 실효 등은 원고가 주장·증명하여야 할 것이다.²⁹⁾ 중재합의의 대상인 분쟁에 관한 법원의 심판권이 배제되는 것은 유효한 중재합의가 존재하는 것을 전제로 한 것이므로, 중재합의가 무효 등으로 인해 그 효력이 인정되지 않는 때에는 법원의 심판권이 배제되지 않는 것으로 보아야 하고, 중재합의의 항변을 이유로 소를 각하해서는 안 된다. 따라서 중재합의에서 특정인을 중재인으로 지정하여 선정하였는데, 그 중재인의 사망에 의해 중재합의를 이행할 수 없게 된 경우 또는 중재판정부가 자신에게 판정권한이 없다고 판단하거나 기타 이유로 중재판정을 거절한 경우 등에는 중재합의의 항변을 주장할 수 없을 것이다.

중재합의의 당사자 일방이 법원에 소를 제기한 경우 피고는 본안에 관하여 최초의 변론을 할 때까지는 중재합의의 항변을 하여야 한다(중재법 제9조 제2항).³⁰⁾ 따라서 피고가 본안에 관하여 유보 없이 변론한 때에는 더 이상 중재합의의 존재를 주장할 수 없게 된다. 피고가 본안에 관하여 변론한 경우에는 소송에 의한 분쟁해결을 구한 원고의 이익 내지 기대를 보호할 필요가 있고, 본안심리가 개시된 후에도 중재합의의 항변을 주장할 수 있게 한다면 원고의 소송상 지위를 현저히 불안정하게 할 뿐 아니라 소송경제에도 반하게 되며, 피고의 이익보호를 위해서는 본안에 관하여 변론할 때까지를 항변을 위한 기간으로 부여하면 족하다고 할 수 있으므로, 피고가 응소하여 본안에 관하여 변론을 하면 항변을 포기한 것으로 볼 수 있고, 이렇게 처리하는 것이 신의칙에 부합한다고 할 것이다. 다만 피고가 책임질 수 없는 사유로 본안에 관하여 변론할 때까지 중재합의의 존재를 주장할 수 없었던 때에는 중재합의의 항변이 실권되지 않는다고 할 것이다.

(3) 중재합의 항변에 대한 심리

중재합의의 존재가 주장된 경우 법원은 본안에 대한 심리에 앞서 중재합의가 유효하게 성립하였는지 여부를 심리하여야 한다.

중재합의의 항변이 이유 있다고 판단한 때에는 법원은 종국판결로 소를 부적법 각하하여야 하는데, 이러한 소각하판결이 확정되면 법원이 아니라 중재인이 해당 분쟁을 판단하여야 한다는 점, 중재합의의 부존재 또는 무효를 주장할 수 없게 된 점에 관하여 기판력이 생기는 것으로 볼 수 있다. 이러한 기판력은 후소의 법원과 당사자 뿐 아니라 중재판정부도 구속하는 것으로 볼 수 있다.

중재합의의 항변이 이유 없다고 판단한 때에는 법원은 소송의 심리를 속행하면 된다.

29) 이렇게 보는 것이 중재법 제9조 제1항 단서의 내용에 부합할 것이다.

30) 중재법은 “... 본안에 관하여 최초의 변론을 할 때까지는 ...”이라고 규정하고 있는데, 피고가 본안에 관하여 변론기일에서 변론한 경우 뿐 아니라 변론준비기일에서 진술한 경우도 이에 해당하는 것으로 보는 것이 중재합의의 항변을 허용한 취지에 부합할 것이다.

이러한 경우 법원은 중간판결(민사소송법 제201조 제1항)이나 중국판결의 이유에서 중재합의의 항변이 이유 없다는 점에 관하여 판단하면 된다.

3. 소송절차에서 중재합의의 대상인 채권에 기한 상계항변의 허용 여부에 관한 논의

중재합의의 대상이 아닌 채권에 관한 소송절차에서 피고가 중재합의의 대상인 채권을 반대채권으로 한 상계항변을 하는 것이 허용되는지 여부가 문제될 수 있다. 이와 관련해서는 ① 상계권 행사라는 일방적 의사표시에 의해 중재에 의한 분쟁해결의 이익을 박탈하는 것은 부당하다는 점, 중재합의의 효력으로 인해 당사자는 중재합의의 대상인 채권에 관하여 법원에 제소해서는 안 되는 의무를 부담한다는 점 등을 이유로 상계항변을 허용하여 법원의 판단을 받게 해서는 안 되는 것으로 보는 견해,³¹⁾ ② 상계권 행사에 따른 실제 법상 효과를 중시하여 중재합의의 항변 유무를 불문하고 상계항변을 허용하여 법원의 판단을 받을 수 있도록 하여야 하는 것으로 보는 견해³²⁾ 등이 주장되고 있다. ①의 입장에서는 소송절차에서 피고가 중재합의의 대상인 채권을 반대채권으로 하는 상계항변을 한 경우 법원이 이에 관하여 판단할 수 있다고 한다면 상계항변에 대한 판결이유 중의 판단에 대해서도 기판력이 발생하게 되어(민사소송법 제216조 제2항) 중재제도의 취지에 반하게 되므로, 피고가 중재합의의 대상인 채권에 기해 상계항변을 한 때에는 원고가 중재합의의 존재를 주장하면 상계항변을 배척하여야 한다고 한다. ②의 입장에서는 상계항변은 소송상 방어방법으로서 기능하는데, 반대채권이 중재합의의 대상이라는 것만을 이유로 상계항변이 가지는 권리실현기능이나 담보적 기능이 소멸한다고 볼 수 없고, 중재합의의 당사자가 반대채권에 의한 상계를 소송상 원용하지 않을 의사를 가지고 있었다면 그러한 취지를 합의해 두어야 할 것이므로 당사자 간에 중재합의의 대상인 채권을 소송에서 상계의 항변에 제공하지 않기로 하는 등의 합의가 없는 한, 중재합의의 대상인 채권이더라도 소송절차에서 반대채권으로 상계항변을 할 수 있다고 한다.

4. 검토

소송절차에서 중재합의의 대상인 채권을 반대채권으로 한 상계항변이 주장된 경우 원고

31) F. Stein/M. Jonas/P. Schlosser, *a.a.O.*, §1029 V 6, Rd. 60; K. Schwab/G. Walter, *a.a.O.*, Kap. 3 II 4, Rn. 13; Rolf A. Schütze/Dieter Tscherning/Walter Wais, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1990, Rn. 133, 134; BGHZ 38, 254.

32) Ottoarndt Glossner, *Das Schiedsgericht in der Praxis*, 2. Aufl., Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1978, II, Rd. 51; BGHZ 23, 17.

가 중재합의의 존재를 주장한 때에는 이에 대한 법원의 심판권이 배제되는 것으로 보는 것이 중재제도를 인정할 취지에 부합한다고 할 것이다. 원고의 중재합의의 존재 주장에 의해 상계항변이 배척된 경우 법원은 중재판정이 내려진 후에 소송절차를 진행할 필요가 있다. 소송절차에서 반대채권의 존재에 관하여 다툼이 있는 때에는 이를 확정할 필요가 있고, 절차상으로 소구채권과 동일한 절차에서 심리·판단하는 것이 소송경제에 부합한다고 할 수 있지만, 당사자들이 반대채권의 존부에 관한 분쟁을 소송이 아닌 중재로 해결하기로 정한 때에는 당사자 간에 별도의 합의가 없는 한, 이러한 당사자의 의사를 존중하여 중재에 의한 해결을 보장하여야 하고, 이로 인해 상계의 권리실행기능이나 담보적 기능이 저하되더라도 이는 중재를 분쟁해결방법으로 선택한 당사자가 감수하여야 할 것이다.

다만 소송절차에서 중재합의의 대상인 채권을 반대채권으로 한 상계항변이 주장되었다 라도 원고가 중재합의의 존재를 주장하지 않고 법원이 그 반대채권의 존부 등에 관한 변론을 진행한 때에는 법원은 중재합의의 존재를 이유로 피고의 상계항변을 배척할 수 없게 될 것이다.

V. 나오며

중재합의의 당사자는 중재합의의 대상인 분쟁만을 중재에 의해 해결하기를 의도한 것으로 볼 수 있으므로, 당사자 간에 이와 다른 합의가 없는 한 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 중재인이 심판하는 것은 당사자의 의사에 반하여 허용되지 않을 것이다. 또한 중재합의의 당사자가 일정한 분쟁을 중재에 의해 해결하기로 합의한 때에는 당사자는 중재합의의 대상인 분쟁을 중재에 의하여 해결하여야 할 의무를 부담하고, 그 외의 절차에 의하여 분쟁을 해결하는 것은 당사자의 의사에 반하여 허용되지 않을 것이다.

이미 진행 중인 중재절차에서 피신청인의 신청인에 대한 채권을 반대청구로 하는 중재신청이 허용되는지와 피신청인의 신청인에 대한 채권을 반대채권으로 하는 상계항변이 허용되는지는 중재절차와 관련된 것으로서 중재당사자가 이에 관하여 합의로 정할 수 있다. 당사자가 이에 관하여 구체적으로 합의하지 아니한 경우에도 당사자가 중재절차에 적용하기로 합의한 중재규칙에 이에 관한 규정이 있는 때에는 그에 따라 처리하면 될 것이다.³³⁾ 당사자가 중재합의에서 이에 관하여 별도로 합의하지 않은 때에는 중재판정부는 적절한 방식으로 중재절차를 진행할 수 있는데, 피신청인은 신청인의 청구와 동일한 중재합의의 대상인 신청인에 대한 자신의 채권에 기하여 기존의 중재절차에서 반대신청을 하여 신청

33) 따라서 당사자는 중재합의를 체결할 경우 당사자 간에 상호 채권채무관계가 존재하는 때에는 이에 관하여 별도로 합의를 해 놓거나 이에 관하여 규정하고 있는 중재규칙을 선택해 둔다면 중재에 의한 분쟁해결의 실효성을 높일 수 있을 것이다.

인의 청구와의 병합심리를 요구할 수 있고, 이러한 경우 중재판정부는 신청인의 청구와 피신청인의 반대청구를 병합하여 심리·판단할 수 있다. 또한 중재신청인의 청구의 기초가 된 중재합의의 효력이 피신청인의 신청인에 대한 반대채권에도 미치는 것으로 볼 수 있는 때에는 중재판정부는 그 반대채권에 관하여 심리·판단할 수 있는 것으로 보아야 한다.

당사자 간에 별도의 합의가 없는 상황에서 피신청인이 중재합의가 체결되어 있지 않거나 신청인의 청구와는 별개의 중재합의의 대상인 채권에 기하여 기존의 중재절차에서 반대신청을 한 경우 그 상대방인 중재신청인이 해당 중재절차 내에서 피신청인의 반대신청이 중재판정부의 판정권한에 속하지 않는다는 이의를 제기한 때에는 중재판정부는 피신청인의 반대신청을 각하하여야 할 것이다. 그런데 중재신청인이 이러한 사유가 있음을 알고도 지체 없이 이의를 제기하지 아니하여 중재절차가 진행된 때에는 중재신청인은 이의신청권을 상실하게 되고, 중재판정부는 피신청인의 반대청구에 대하여 심리·판단할 수 있게 된다. 다만 이러한 경우 중재판정부는 상대방인 중재신청인에게 그러한 사유를 지적해 줌으로써 방어기회의 기회를 보장할 필요가 있다.

또한 중재신청인의 청구의 기초가 된 중재합의의 효력이 피신청인의 신청인에 대한 반대채권에 미치지 않는 경우에는 중재합의의 효력이 미치지 않는데도 불구하고 상계적상에 있다는 것을 이유로 중재의 대상인 채권과는 다른 절차의 대상인 반대채권에 관한 분쟁을 피신청인이 일방적으로 중재에 끌어들이는 것을 허용한다면 당사자의 합의에 기초한 분쟁 해결제도로서의 중재의 역할을 부당하게 확장시키는 것으로 인정될 때에는 피신청인은 중재합의의 대상이 아닌 채권을 반대채권으로 하여 상계항변을 할 수 없고, 중재판정부도 그러한 반대채권에 관하여 심리·판단할 수 없는 것으로 보아야 한다. 그러나 중재신청인이 이러한 사유가 있음을 알고도 지체 없이 이의를 제기하지 아니하여 중재절차가 진행된 때에는 중재신청인은 이의신청권을 상실하게 되고, 중재판정부는 피신청인의 상계항변에 대하여 심리·판단할 수 있게 된다. 다만 이러한 경우 중재판정부는 상대방인 중재신청인에게 그러한 사유를 지적해 줌으로써 방어기회의 기회를 보장할 필요가 있다.

소송절차에서 중재합의의 대상인 채권을 반대채권으로 한 상계항변이 주장된 경우 원고가 중재합의의 존재를 주장한 때에는 이에 대한 법원의 심판권이 배제되는 것으로 보는 것이 중재제도를 인정한 취지에 부합한다고 할 것이다. 원고의 중재합의의 존재 주장에 의해 상계항변이 배척된 경우 법원은 중재판정이 내려진 후에 소송절차를 진행할 필요가 있다. 다만 소송절차에서 중재합의의 대상인 채권을 반대채권으로 한 상계항변이 주장되었더라도 원고가 중재합의의 존재를 주장하지 않고 법원이 그 반대채권의 존부 등에 관한 변론을 진행한 때에는 법원은 중재합의의 존재를 이유로 피고의 상계항변을 배척할 수 없게 될 것이다.

참고문헌

- 김홍규·강태원, 「민사소송법[제4판]」, 삼영사, 2017.
- 민일영 편, 「주석 민사소송법(IV)(제8판)」, 한국사법행정학회, 2018.
- 양병희 외, 「주석 중재법」, 대한상사중재원·한국중재학회, 2006.
- 이시윤, 「신민사소송법(제13판)」, 박영사, 2019.
- 小島武司·猪股孝史, 「仲裁法」, 日本評論社, 2014.
- 中村達也, 「仲裁法の論点」, 成文堂, 2017.
- Berger, Bernhard and Pfisterer, Stefanie, “Article 21 Objections to the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in Tobias Zuberbühler Müller,” Philipp Habegger (eds), *Swiss Rules of International Arbitration*, Juris 2nd ed., 2013.
- Caron, David D. and Caplan, Lee M., *The UNCITRAL Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2013.
- Glossner, Ottoarndt, *Das Schiedsgericht in der Praxis*, 2. Aufl., Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1978.
- Karrer, Pierre A., “Jurisdiction on Set-off Defences and Counterclaims,” *67(2) Arbitration* 176, 2001.
- Koller, Christian, “Chapter I The Arbitration Agreement and Arbitrability - Contemplations on Set-off and Counterclaim in International Commercial Arbitration in Christian Klausegger,” Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2008.
- Poudret, Jean-François and Besson, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell 2nd ed., 2007.
- Schütze, Rolf A./Tscherning, Dieter/Wais, Walter, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1990.
- Schwab, Karl Heinz/Walter, Gehard, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., C. H. Beck, 2005.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin/Schlosser, Peter, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Bd. 10, 23. Aufl., Mohr Siebeck, 2014.

ABSTRACT

A Study on the Set-off Defenses Issued in Arbitration

Soo-Mi Kang

In investigating how set-off defenses matter in arbitration, one should take into account that it is not permitted against the parties' will for arbitrators to rule on the disputes that are not the subject of an arbitration agreement, unless otherwise agreed upon by the parties involved, because it is considered that the parties intend to solve only the disputes which are the subject of the agreement by arbitration. Also, one should keep in mind that the parties must settle the disputes that are the subject of an arbitration agreement by arbitration when they conclude the agreement, and it is not allowed against the parties' will to resolve the disputes in other ways.

The parties may agree whether the respondent can request for arbitration on the counterclaim, which is his/her claim against the claimant, and whether the respondent can raise a plea for a set-off that his/her claim against the claimant is a counter obligation. Failing on such agreement, the respondent may submit a counterclaim when his/her claim and the claimant's claim are the subject of the same arbitration agreement. The arbitral tribunal may rule on the counter obligation when the arbitration agreement, which becomes the basis for the claimant's claim, has an effect on the counter obligation. Where the claimant fails to raise an objection even after he/she becomes aware that the respondent has requested for arbitration or has raised a plea for set-off by providing his/her claim which is not the subject of the arbitration agreement as a counterclaim or a counter obligation, the arbitral tribunal may rule on the respondent's claim against the claimant. On these occasions, the arbitral tribunal has to guarantee the parties an opportunity to defend themselves by pointing out those situations.

It will meet the purposes of arbitration systems to rule out the jurisdiction of the courts when the plaintiff alleges the existence of the arbitration agreement, in case the respondent raises a plea for set-off based on his/her claim which is not the subject of the arbitration

agreement in the litigation procedures. However, where the plaintiff fails to allege the existence and conducts pleading in the court with regard to the counter obligation, the court must not reject the respondent's set-off defense because of the existence of the agreement.

Keywords : counterclaims, set-off defenses, arbitration, arbitrator, arbitration agreement