

연구논문

## 선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항\*

장 문 철 \*\*

### 〈목 차〉

- I. 문제의 제기
- II. 선택적 중재합의를 포함한 단계적  
분쟁해결조항의 유형
- III. 현행 중재법 하에서 중재와 법원간의 관계
- IV. 중재합의에 관한 우리 판례의 경향
- V. 단계적 분쟁해결합의조항에 포함된  
선택적 중재합의
- VI. 결론

\* 이 논문은 2002년도한국중재학회의 연구비 지원에 의한 논문임.

이 논문의 판례 자료수집(2002. 11월까지 하급심판례)에 많은 도움을 준 여러분들에게도 감사드립니다.

\*\*경찰대 교수

## 1. 문제의 제기

현행 중재법 하에서 법원의 중재판정에 대한 사법심사의 여지는 최대한으로 좁혀지고 절차적인 정의에 반하는 이유로 법원이 중재판정의 취소를 인정하는 범위도 축소되므로 중재판정에 불복하는 당사자 측은 최근 들어 중재합의의 부존재 또는 중재판정이 중재합의의 적용 대상 밖이라는 이유를 주장하는 예가 많아 졌다. 그런데, 중재합의가 존재하지 않는 분쟁에 대해서 당사자는 법원에 소제기가 가능하며 중재절차를 진행하여 중재판정을 내린다하여도 중재판정에 대한 취소의 소의 사유가 되므로, 중재합의의 유효성 여부는 중재절차 개시에 있어 중요한 쟁점이 된다. 특히 분쟁 당사자 중 일방이 분쟁 해결절차에서 지연 전략으로 중재합의의 부존재를 다투거나 또는 중재절차에 생소하거나 부정적인 당사자 측이 중재를 회피하기 위한 수단으로 중재합의의 부존재를 주장하는 일이 빈번하게 있으므로 법률적으로 완벽한 중재조항의 작성은 더욱 강조된다. 이러한 상황에서는 소송에 대한 중재의 장점으로 신속, 저렴, 비공개, 전문성 등을 아무리 강조하거나 중재가 오랜 세월 상인들의 자율적인 분쟁해결 방식이며 상관행으로 이용되고 있음을 아무리 강조할지라도 중재절차 진행은 무력화되고 만다.

중재합의의 부존재의 사유는 다양하겠지만, 최근 들어 건설공사 도급계약이나 기술용역계약과 관련된 분쟁에서 중재합의의 유효성 여부에 대한 다툼은 불명료한 중재조항에 대해서 뿐만 아니라 중재제도에 대한 법원의 엄격한 해석에도 논란이 되고 있다.<sup>1)</sup> 일반적으로 건설도

1) 한국중재학회는 2001.6.9자 2001년도 정기세미나에서 “건설분쟁해결에 관한 중재합의”라는 주제하에 정부기관 관련 공공건설공사를 포함하는 정부공사 계약에 대해 적용되는 예규 중 하나인 “공사계약 일반조건” 제51조 제2항

급계약에서 자주 인용되는 분쟁해결규정은 분쟁해결을 위한 첫 단계로서 당사자간에 협의 단계를 정하고 이 단계에서 합의가 이루어지지 않으면 다음 단계로서 조정 또는 중재를, 아니면 중재 또는 소송을 거치도록 하는 등 단계적인 분쟁해결방식을 규정하고 있으므로 이 글에서 해당 규정을 전반적으로 ‘단계적 분쟁해결조항’ (Multi-Tiered Dispute Resolution Clause)이라고 부르고 또 다른 면에서는 선택적으로 중재를 이용할 수 있도록 규정하고 있으므로 이를 ‘선택적 중재합의’ (Selective Arbitration Agreement)라고 부르고자 한다. 따라서 이 논문에서는 단계적 분쟁해결조항에 삽입된 선택적 중재합의의 유효성 여부를 다룬 하급심 판례를 포함한 최근 우리나라 판례의 경향을 현행 중재법의 개정배경과 외국 법원의 판결에 비추어 검토하고자 한다.

## II. 선택적 중재합의를 포함한 단계적 분쟁해결조항의 유형

건설공사 도급계약이나 기술용역계약과 관련하여 발생하는 분쟁에 대해 소송이외의 분쟁해결방식을 선호하는 관행은 우리나라뿐만 아니라 많은 선진국가들의 관행인 것 같다.<sup>2)</sup> 건설분쟁해결에 조정이나 중

---

규정이 2001.2.10 개정됨에 따라 발생하는 문제점에 관해 토의한 바 있다. 최근에는 위의 공사계약 일반조건에서 정한 중재조항의 유효성에 관한 법원의 입장이 서로 엇갈리고 있는 점을 지적하고 대법원의 통일적 해석을 기다린다는 기사가 법률신문 2002.8.8일자 제1면, 2면, 5면에 게재된 바 있다. 이외에도 관련 논문으로는 김연호, “정부건설공사계약 중재조항의 재해석” 계간 중재, 2001 겨울호, 19면 이하가 있다. 이 논문은 2002.8월 중순에 자료수집 및 원고 작성을 시작하였는데, 이 글을 쓰던 중에 나온 관련 논문으로는 김대현, “소송과 중재 모두를 규정한 선택적 분쟁해결조항의 효력,” 계간 중재, 2002 가을호, 11면 이하가 있다.

재 등 소송에 대체하는 분쟁해결수단을 이용하는 주된 이유는<sup>3)</sup> 그 효율성과 비용절감에 있다고 한다.<sup>4)</sup> 더욱이 건설도급계약의 경우처럼 복잡한 계약에는 장기간의 건설공사 진행 중에 또는 계약이행의 각 단계에서 다양하고 복잡한 분쟁이 발생될 수 있으므로 해당 계약서상에 선택적 중재합의를 포함한 단계적 분쟁해결조항을 삽입하거나 인용한다.<sup>5)</sup>

- 
- 2) C. Chatterjee, "The Adjudication System under the Scheme for Construction Contracts Regulations 1998," *Arbitration (The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators)* vol.66 (Aug. 2000), pp.173ff.; Nael G. Bunni, "Construction Disputes on the Eve of the New Millennium," *Arbitration* vol.65 (Nov. 1999), pp.308, 309ff.
- 3) 한국중재학회 2001.6.9 중재세미나에서 발표된 미공개논문 배진수, "건설분쟁해결에 관한 중재합의" 제6면에서는 소송 이외의 분쟁해결방식이 선호되는 이유로서 다음과 같은 요소를 열거하고 있다. 첫째, 건설분쟁해결을 위해서는 일반적인 법률지식만 뿐만 아니라 건설분야에 관한 전문지식이 더욱 요구된다. 둘째, 건설공사계약의 특성상 도급인과 수급인간에 지속적 업무관계를 유지할 필요가 있으므로 서로 대립적 관계에서 분쟁해결을 하는 소송보다는 비공개적으로 우호적으로 분쟁을 해결할 가능성이 더 큰 조정이나 중재가 선호된다. 셋째, 조정이나 중재절차에서 건설관련 전문가들에 의해 분쟁을 해결할 경우 건설공사에 관한 감정인의 감정비용 등 불필요한 비용 지출을 피할 수 있다. 넷째, 건설관련 전문가들에 의한 집중적인 분쟁 해결방식은 단시간 내에 분쟁을 해결할 수 있어 비용과 시간을 절약할 수 있다.
- 4) Michael Pryles, "Multi-Tiered Resolution Clauses," in *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, ICCA International Arbitration Conference Congress series no.10 (Kluwer Law International, 2001) pp.24ff.
- 5) 여기서 열거한 회계예규 상의 신/구 공사일반조건과 특수조건은 선택적 중재합의의 개념을 정리하기 위해 앞에서 언급한 배진수, '건설분쟁해결에 관한 중재합의'의 발표문에 인용된 조항을 재인용하였으며 현실적으로 이 글의 후반에 언급하는 판례에서 지적되듯이 계약서에 따라 다소 변형적인 규정도 많으며 그 이전의 공사일반조건도 추후에 지적하고자 한다.

## (1) 구 회계예규의 공사계약일반조건 상의 중재조항

정부기관의 공공건설공사를 포함하는 건설공사도급계약에 대해 적용되는 규범은 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’과 그 시행령 그리고 그 시행규칙이 있으며 이를 보완하기 위한 예규들 중의 하나인 회계예규 상에 “공사계약 일반조건”이란 것이 있다. 위 공사계약 일반조건 (이하 “일반조건”이라고 칭함)은 2001.2.10에 개정되었는데 개정 전 일반조건에 관한 규정은 건설공사계약 상에서 발생하는 분쟁 해결을 위하여 다음과 같은 단계적 분쟁 해결조항을 규정하고 있다.

“분쟁이 발생한 날로부터 30일 이내에 해결 협의가 이루어지지 않는 경우 다음 각 호에서 정하는 바에 따라 해결한다.

- (i) 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다.
- (ii) 제1항의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.

우선, 이 규정은 당사자간의 분쟁해결을 위해 몇 단계를 밟도록 정하고 있으므로 ‘단계적 분쟁해결조항’이라고 부르기로 한다. 위의 규정은 분쟁이 발생하면 첫 단계로서 당사자간의 협의에 의하여 분쟁을 해결하도록 정하고 있다. 다음 단계로 협의단계에서 30일 내에 합의가 이루어지지 않으면 조정 또는 중재를 통해 분쟁을 해결하도록 정하고 있다. 이 단계에서 당사자는 분쟁해결을 위해 조정이나 중재 중 하나를 선택할 수 있으므로 이 규정을 ‘선택적 분쟁해결조항’ 또는 ‘선택적 중재합의조항’라고 부를 수 있을 것이다. 여기에서 만일 분쟁해결을

위해 당사자들이 조정에 의뢰한 경우에 일방 당사자가 조정의 결과에 불복한다면 소송에 의하여 분쟁해결 할 수 있다고 정하고 있다. 조정 합의와 조정의 결정은 '계약적 성격'만 가지며 중재합의나 중재판정처럼 법률적인 구속력이 없으므로 불복하는 자가 소를 제기할 수 있는 것은 당연하다. 따라서 (ii)의 규정은 분쟁해결방식을 규정한 점보다는 해당 소송의 관할을 정한 점에 의미가 있다. 그러나 만일 당사자가 (i)의 단계에서 중재를 선택하였다면 문제는 달라진다. 중재합의나 중재판정은 법률적으로 당사자를 구속하므로 이 경우 일방 당사자가 소를 제기한다면 소위 직소금지의 원칙이 적용되어 법원은 이를 각하 하여야 한다.<sup>6)</sup>

## (2) 새 회계예규 상의 중재조항

다음으로, 2001.2.10자 개정된 공사일반조건(회계예규 2200.04-109-9) 제51조 제2항은 다음과 같다.

“협이에 의해 분쟁 해결이 되지 않는 경우 다음 각 호에 정한 바에 따라 해결한다.

(i) 중재법에 의한 중재기관의 중재

(ii) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(“국가계약법”) 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차 (국가계약분쟁조정위원회)

(iii) 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결”

개정된 규정 역시 선택적 중재합의를 포함한 단계적 분쟁해결방식을 택한 점은 같다. 그러나 개정된 규정은 전반적으로 두 단계의 분쟁

6) 현행 중재법 제9조 제1항 그리고 구 중재법 제3조 참조.

해결절차를 설정하고 있다. 첫 단계는 분쟁이 발생하면 당사자간에 협의를 통해 해결할 것을 전제로 하고 있다. 다만 종전의 규정은 협의 기간을 30일로 정하고 있어 협상이 30일 내에 이루어지지 않으면 다음 단계를 선택할 수 있도록 정하고 있으나 개정 규정에서는 협의 기간을 정하고 있지 않아 협의 단계를 거치지 않고 곧 다음 단계의 분쟁해결방식을 선택할 경우에 또 다른 법률 쟁점이 발생할 여지가 있다. 물론 분쟁을 해결하기 위해서 반드시 협의 단계를 거쳐야 한다는 규정이 법률적으로 계약적 성격을 갖는다는 점에는 의심의 여지가 없지만 협의를 거치지 않고 느닷없이 조정이나 중재 등을 신청한 경우에 상대방은 지연의 책략 또는 기타의 여러 가지 이유로 협의를 거치지 않은 점을 본안전향변을 하며 우선 협의부터 하자면서 조정이나 중재를 회피할 가능성이 없지 않다.<sup>7)</sup>

협의를 의해 해결되지 않을 경우 다음 단계로서 중재, 조정 또는 소송 중 하나를 선택하도록 정하고 있는데, 이 부분의 규정이 상당한 논란을 일으킬 가능성이 있다. 첫째, 중재나 소송의 전 단계로서 조정을 거치는 것이 일반적인 경향인데, 여기에서는 조정을 중재나 소송과 대등한 위치에 두고 당사자가 선택하도록 정하였다. 만일 조정에서 합의가 이루어지지 않거나 불복한 경우에는 중재나 소송으로 가는 것이 일반적인 예이다. 둘째, 중재나 소송을 당사자가 선택할 수 있는 경우, 이 규정은 중재합의가 성립한 것으로 볼 수 있느냐는 논란의 여지가 있다. 중재합의는 소를 제기 하지 않고 중재로서 분쟁을 해결하겠다는 합의이며 이는 계약적인 성격을 갖는 것이 아니라 중재법에 의해 법률적으로 당사자를 구속한다. 만일 중재합의가 존재함에도 불구하고 소송을 제기하고 일방 상대방이 이에 대해 항변하면 직소금지 원칙에

7) Michael Pryles, *ibid.*, pp.25ff.

따라 법원은 소를 각하 하여야 한다. 그런데 이 규정은 당사자가 소송이나 중재 중에 하나를 선택할 수 있도록 정하고 있으므로 이를 중재 합의가 있는 것으로 볼 수 있는지 논란의 대상이 된다.<sup>8)</sup>

### (3) 공사일반조건 상의 분쟁해결조항에 대한 보완의 예

위의 일반조건 제51조에 의해 분쟁을 해결할 경우 조정이나 중재 중 하나를 선택하여야 한다면 당사자간에 이에 대한 합의가 이루어지지 않는 경우 어떻게 할 것인지 문제이다. 이 문제를 해결하기 위하여 서울시 지하철 건설본부의 일반공사계약의 특수조건 II 제34조의 2 제2항은 다음과 규정하고 있다.

“일반조건 제51조 각 호에 의하여 분쟁을 해결하고자 할 경우 분쟁 해결방법의 선택은 쌍방간의 합의에 의하여 결정하며, 어느 일방이 쌍방 합의에 의하지 아니하고 조정 또는 중재를 하는 기관에 조정 또는 중재를 할 수 없다. 쌍방간 합의가 안 될 경우에는 국가계약법 제29조에 의거 설치된 국제계약분쟁조정 위원회의 조정을 받으며, 조정의 절차는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 의한 절차에 따른다.”

즉, 당사자간에 분쟁해결방법으로 조정이나 중재 중에 하나를 선택하는 데에 합의가 이루어지지 않는 경우에는 국제계약분쟁조정위원회에서 분쟁해결 방법의 선택을 조정 받는다는 것이다.

8) 중재법 제9조 제1항 참조. V.3에서 후술하는 캐나다 온타리오 주법원이 내린 판결인 *Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co. Ltd.* (1992)에서 중재합의와 재판권할합의를 동시에 정한 분쟁해결조항에 대해 중재합의의 유효성을 인정한 바있다.



#### (4) 선택적 중재합의를 포함한 분쟁해결조항의 문제점

이상에서 살펴 본 바와 같이 정부관련 건설도급계약서상의 중재조항은 정부관련 계약의 특수성, 건설공사의 전문성 그리고 지속적인 사업관계 등 때문에 소송 이외의 분쟁해결방식이 선호되는 점을 반영하고 있으나, 중재합의의 존재 여부와 관련하여 많은 다툼이 야기될 가능성이 크다. 따라서 다음에는 현행 중재법하에 중재와 법원간의 관계에 대한 역사적 고찰 및 검토를 한 후 중재합의에 대한 우리나라 판례의 경향을 살펴봄으로써 우리 법원이 중재에 대해 어떤 입장을 견지하고 있지 알아보기로 한다.

### Ⅲ. 현행 중재법 하에서 중재와 법원간의 관계

현행 중재법 제6조는 “법원은 이 법 (중재법)이 정한 경우를 제외하고는 이 법 (중재법)에 관한 사항에 관여할 수 없다”고 정하고 있는데 이 규정은 단순한 선언적 규정에 불과한 것이 아니라 수 세기 간의 중재법의 발전 역사에서 보여준 중재와 법원의 관계를 설정해주는 중요한 규정이기도 하다. 또한 중재법 제7조는 법원이 중재에 관해 어떤 사안에 대해 개입할 수 있는지를 보다 구체적으로 규정하고 있다. 다른 의미로서 이들 규정들은 법원이 중재에 대해 감독자 내지 통제자의 입장이 아니라 중재 역시 분쟁해결을 통해 사법 정의를 실현하는 동반자의 관계로 대하겠다는 선언이기도 하다.<sup>9)</sup>

9) 중재에 대한 법원의 관계를 사법 정의를 실현하기 위한 동반자적인 관계로 표현한 사람은 영국의 중재법이 개정될 즈음인 1979년 Donaldson판사에 의해서이다. Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India

중재법 발전에 있어 독일법계에는 대략 19세기말까지 그리고 영국 법계에서는 20세기 중반까지 중재와 법원의 관계는 긴장관계 내지 질시관계에 있었다고 표현할 수 있는데 이 때까지 각국 법원은 중재활동에 대해 언제라도 사법적 심사를 하거나 개입하려는 경향이 있었다. 특히 영국 중재법 발전에 있어 중재합의의 구속성 원칙은 오랜 세월을 두고 판례에 의해 서서히 정립된 것이며<sup>10)</sup> 후에 중재합의가 당사자를 법률적으로 구속하며 당사자가 중재합의에도 불구하고 법원에 소제기하면 법원은 각하 하게 이른 것이다.<sup>11)</sup> 원래 상사중재는 이미 중세에 상인들 사이에 분쟁이 발생하면 국가권력에 의뢰하지 않고 상인 집단 내에서 자율적으로 해결하는 상관행으로 발전해왔지만 근대에 들어 각국이 중앙집권적 사법제도를 구축하는 과정에서 중재활동은 법원의 감독 내지 통제하에 인정하려는 입장으로 변환되었다. 특히 대륙법계에서 중재에 관한 규정을 민사소송법의 일부에 삼입하게 된 연혁도 이러한 근대법의 생성과정과 배경에서 이해하여야 하며, 현대에 들어 각국의 국내법은 법원으로부터 중재의 자율성을 인정하는 추세로 바뀌고 최근에는 법원 스스로 불필요하거나 과도한 소송사건의 급증을 피하기 위해서라도 오히려 소송외적 분쟁해결 방식을 적극 지지하는 입장이 되었다. 따라서 중재법이 연혁적인 이유 때문에 민사소

Shipping Corpn., Ltd. (1979) 3 W.L.R., 471, 479; 장문철, “상사중재제도의 발전과 현대적 의미”, 현대중재법의 이해 (세창출판사, 2000), 183, 212.

- 10) 법원은 중재제도가 법원의 관할을 박탈하는 것으로 간주하고 중재에 대한 사법심사를 강화한 예는 Scott v. Avery (1855) 사건이 대표적이다. 이 사건에서 중재합의는 유효지만 법원은 언제라도 중재판정에 대해 사법심사를 할 수 있고 법률에 잘못이 있으면 무효를 선언할 수도 있다는 입장이었다. 따라서 중재합의로서 법률문제에 대한 법원의 관할을 뺏을 수 없다는 원칙을 확고히 한 사례이다.
- 11) 중재에 대한 법원의 사법심사가 최소한으로 제한되게 된 계기는 1979년 영국중재법의 개정을 계기로 종래의 법원의 입장을 바꾸게 되었다.

송법 내에 그대로 남아 있는지 아니면, 단행법으로 독립된 법전체계를 갖추고 있던 간에 민사소송법과는 독립된 분야로서 발전하고 있음을 간과할 수 없다.<sup>12)</sup>

이러한 배경에서 유엔무역법위원회(UNCITRAL)이 모델중재법(1985)은 위에서 언급한 바와 같이 법원과 중재간의 관계에 대한 현대 중재법의 중요한 요소를 포함하고 국제적 기준의 중재법체계를 제시한 것이며 우리나라 현행 중재법은 이 모델중재법의 규정을 수용하였으므로 중재법 제7조와 제8조는 이러한 연혁적 배경을 염두에 두고 해석하고 이해하여야 한다고 본다.<sup>13)</sup> 따라서 현행법하에서 법원은 중재합의가 재판권의 포기라는 점에 초점을 맞추어 중재합의를 엄격하게 해석을 할 것이 아니라 각국법원이 중재제도를 적극적 지지하는 이유와 추세를 수용하여 중재합의에 대해 보다 관대하게 해석하여 중재제도의 활성화를 장려해야 할 때가 되었다고 본다. 이 점에 관해서 보다한 상세한 내용은 후술하기로 한다.

#### IV. 중재합의에 관한 우리 판례의 경향

중재합의에 관한 최근 판례를 조사해보면 대체로 크게 중재합의의

12) 장문철, 상거서, 184-220면 참조.

13) 그럼에도 불구하고 현행 중재법에 대한 비판으로 민사소송법의 준용규정을 두지 않은 점을 지적하는 것은 중재법 발전 역사에서 볼 때 시대적으로 역행하는 감이 있다. 현재 중재활동을 하는 중재인이나 이를 연구하는 학자들 중에는 우리법의 모범이 독일 법이며 독일법상에는 중재법이 민사소송법 편에 규정되어 있으므로 중재법에 없는 사항은 소송법의 원칙을 그대로 준용하려는 경향도 보이는데 이는 우리 나라에서 중재법의 발전이 일천하다는 점도 있겠지만 소송절차에 익숙하다는 사실만으로 중재실무에 임하는 현실에도 기인한다고 본다.

존재 여부 문제와 중재합의의 적용범위에 관한 문제를 다루고 있다. 선택적 중재합의와 관련된 쟁점은 중재합의 존재여부와 관련되므로 이를 중심으로 법원의 중재에 대한 입장을 살펴보겠지만 중재합의에 대한 전반적인 경향을 살펴보기 위해 중재합의의 적용범위도 포함한다.

## 1. 중재합의의 존재여부

중재합의의 존재여부와 관련하여 우리나라 법원은 중재합의에 대한 해석에 있어 엄격한 입장을 취하지는 않는 것으로 보인다. 많은 쟁점이 있겠지만 우선 당사자간에 체결된 계약에서 중재조항이 포함된 다른 문서를 인용한 경우 구 중재법 하에서는 이에 관해 아무런 규정이 없었지만 그 중재합의가 유효한지 여부와 관련하여 법원은 어떤 입장을 취하였는지에 관해 살펴보자.<sup>14)</sup> 결론적으로 말하면 계약서 자체에 중재조항이 없더라도 중재조항을 포함하는 일반거래약관 등 다른 문서를 계약의 내용으로 인용하는 경우에도 중재합의는 존재하는 것으로 본다는 판례는 아주 많다.<sup>15)</sup> 분야별로 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 축협외의 입찰과 계약에 있어 일반약관과 일반조항을 인용한 경우.

먼저, 대법원 1997.2.25 선고 96다24385 판결에서 법원은 축산물 유

14) 현행 중재법 제8조 제4항에서는 이러한 방식의 중재합의를 긍정적으로 규정하고 있다.

15) 구 중재법하에서 이러한 형태의 중재합의의 유효성을 다투는 예는 아주 많았지만 대체로 법원은 일관되게 긍정적 입장을 취하였다. 대법원 2001.10.12 선고 99다45543판결; 대법원 2001.4.10 선고 99다13577판결; 대법원 1997.2.25 선고 96다24385판결 등.

통사업단의 입찰안내서에서 중재조항이 포함된 입찰에 관한 일반조건”을 인용한 경우 유효한 중재계약이 존재하였던 것으로 인정함으로써 원칙적으로 중재계약은 당해 계약서 자체에 중재조항이 명기되어 있는 경우에 한하지 아니하고 중재조항을 포함하는 일반거래약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 당사자가 이를 계약의 내용으로 삼은 이상 허용된다는 완화된 입장을 견지하고 있다. 이 사건에서는 원고가 ‘축산물 공급계약과 관련된 입찰에 관한 일반조건(General Terms for Bids)’과 관련해서 통상적으로 입찰에 참가하기 전에 신청인들에게 입찰에 관한 일반조건에 대하여 설명함과 동시에 이들 포함하고 있는 입찰안내서를 교부하여 왔지만 이 사건에서는 첫번째 입찰시에만 이를 교부·설명하였다. 그러나 법원은 이 경우에도 이를 신문공고 및 입찰안내서 등을 통하여 거래상대방으로 하여금 인지 가능하게 한 이상, 해당 입찰안내서가 당사자 사이의 계약내용이 되었으며 입찰에 관한 일반조건도 입찰안내서를 통하여 해당 계약내용으로 편입되었다고 보고, 따라서 그 중에 있는 이 사건 중재조항 또한 해당 계약의 내용으로 되어 당사자 사이에 유효한 중재계약이 있었던 것으로 인정하였다.

또 다른 하급심 판례에서도 중재계약은 당해 계약서 자체에 중재조항이 명기되어 있는 경우에 한하지 아니하고 중재조항을 포함하는 일반거래약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 당사자가 이를 계약의 내용으로 삼았는지 여부의 판단에 대해서도 완화된 입장을 보이고 있다. 서울지법 1998.10.9 선고 98가합35568, 55487에서 법원은 축협에서 입찰과 관련하여 일반적인 계약에 적용하는 약관에 해당하는 것으로 문제된 일반약관과 일반조항이 있을 뿐이라는 사실을 인정하고 해당 일반조항 제22조에 중재조항이 존재한다면 중재조항의 편입여부에 대한 원고가 주장하는 바와 같이 엄격한 기준인 용선계약의 선하증권에

의 편입에 있어서 제시되는 기준을 이 사건에 적용할 기준으로는 적절하지 않다고 보고 당사자 사이에 유효한 중재합의가 있었던 것으로 인정하였다.

## (2) 설계용역계약에 있어 기술용역계약 일반조건을 인용한 경우

또한 우리나라 법원은 설계용역계약에서도 첨부된 기술용역계약 일반조건에 중재조항이 포함되어 있는 경우에 대체로 중재합의의 유효성을 인정하고 있다. 대구고법 2001.7.26 선고 2000나7654 (중재판정취소)에서 한 지방단체 (원고)와 민간건설회사(피고) 사이에 문화체육 관건립을 위한 설계용역계약을 체결하였는데, 해당 계약서에 붙임서류로서 기술용역 계약 일반조건이 첨부되었다. 원고는, 중재계약존재의 판단은 형식적인 중재조항보다는 계약체결 당시 당사자의 태도나 계약이 체결된 사정, 계약목적물의 성질을 고려하여야 할 것인데, 이 사건 설계용역계약 당시 양 당사자는 계약금액 및 용역기간에 관하여만 협의를 하였고 그 붙임서류인 기술용역계약일반조건은 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률' 시행규칙에 의거한 회계예규에 따른 서류로서 정형화된 예문에 불과하므로, 계약 당사자가 계약체결 당시 중재의 의미에 대해 잘 알지도 못하였고 그 의미를 고려하여 중재합의를 한 것이 아니므로 유효한 중재합의가 없었다고 주장한다. 이에 대해 법원은 주된 계약서 자체에 중재조항이 명기되어 있는 경우 뿐 아니라 주된 계약에서 중재조항을 포함하는 일반거래약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 당사자가 이를 계약의 내용으로 삼은 이상 중재합의가 있는 것으로 보았다.<sup>16)</sup> 양당사자가 기술용역표준계약서를 작성할

16) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96나24385 판결 참조.

때 해당 일반조건을 첨부하였고 ‘기술용역입찰유의서·계약일반조건·선금지급요령’ 문서 첫 표지에 부등문자로 ‘본 조건을 전적으로 수락하고 서명 날인합니다’고 기재된 사실 그리고 기술용역계약일반조건 제36조 제2항 제1호는 ‘관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다’고 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있으므로 양당사자는 기술용역 계약 일반조건 제36조의 중재조항을 그 계약의 내용으로 삼은 것으로 보고 이 사건 설계용역계약에 관하여 유효한 중재합의가 있는 것으로 판단한 것이다. 기술용역계약 기본계약서에 중재조항이 포함된 일반조건을 인용한 경우, 중재합의의 유효성을 인정한 예는 뒤에 더 많은 판례에서 소개되므로 여기에서는 생략하고자 한다.

또 다른 예로서 서울지법 2000.11.14 선고 99가단263257 판결에서는 지방단체가 일방 당사자이었으며 당사자간에 체결된 설계용역계약서 제36조에는 회계예규 상에 기술용역 계약의 일반조건을 포함되어 있었다. 해당 계약 일반조건 제36조 제1항은 당사자간의 분쟁을 협의에 의하여 해결하도록 규정하고, 협의가 이루어지지 아니할 경우에는 같은 조 제2항 제1호는 ‘관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다’고 규정하였다. 이 사건에서 피고는 설계용역계약 체결 당시 당사자간에 계약금액 및 용역기간에 관하여만 협의를 하였을 뿐이고 그 첨부서류인 기술용역계약 일반조건은 ‘국가를당사자로하는계약에관한법률’ 시행규칙에 의거한 회계 예규에 따른 서류로서 정형화된 예문에 불과하므로, 계약 당사자가 위 계약체결 당시에 중재의 의미에 대해 잘 알지도 못하였고 그 의미를 고려하여 중재합의를 한 것이 아니므로 유효한 중재합의가 없었다고 주장하였으나, 법원은 중재합의는 해당 계약서상에 중

재조항을 포함하고 있는 경우에 한하지 아니하고 중재조항을 포함하는 일반거래약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 당사자가 이를 계약의 내용으로 삼은 이상 중재합의가 존재한다고 판시하였다.<sup>17)</sup>

### (3) 매매계약에서 용선계약조건을 편입한 경우

서울지법 2001.4.24 선고 2000가합28273 판결에서 당사자간에 매매 계약을 체결하면서 해상운송조건 중 용선조건은 아즈바탱크보이(ASBATANKVOY)로 하였고 따로 정하지 않은 조건은 종전과 같이 하기로 하였는데, 당사자간의 종전 계약인 매매계약서에 의하면 'GA/ARB LDN, ENG LAW, Y/A 74 AS AMENDED 1990' 하기로 약정하였다. 법원은 위의 문언의 의미를 공동해손(General Average)이 발생한 때에는 영국법을 준거법으로 1990년에 개정된 요크-앤트워프 규칙에 따라 런던에서 중재(Arbitration)하기로 한다는 것으로 해석하고 당사자간에 해상 운송조건 중 용선조건은 아즈바탱크보이로 하고 공동해손에 관하여는 런던에서 중재하기로 하는 내용으로 매매계약을 체결하였다고 보았다. 즉, 중재합의는 관련 계약서 자체에 중재조항이 명기되어 있는 경우에 한하지 아니하고 중재조항을 포함하는 일반거래약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 당사자가 이를 계약의 내용으로 삼은 이상 중재합의의 유효성은 인정된다는 종전의 대법원의 입장을 확인한 것이다.<sup>18)</sup> 그런데 이 사건에서 용선조건인 아즈바탱크보이가 용선계약으로 인해 생기는 모든 이견과 분쟁에 관하여 뉴욕 또는 런던에서의 중재를 규정함으로써 중재지에 관해 불확정적인 점을 보완하기 위해 종전계약 상의 구체적인 약정을 함께 편입함으로써,

17) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다24385 판결 참조.

18) 대법원 1997.2.25 선고 96다24385 판결 참조.



용선조건인 아즈바탱크보이의 불확정적인 중재조항은 런던에서의 중재로 확정되었으며, 나아가 당사자간에 용선조건 및 공동해손에 관한 분쟁은 물론 기타 이 사건 매매계약을 둘러싼 모든 분쟁을 하나의 절차인 런던에서의 중재절차로서 해결하기로 합의한 것으로 판단하였다.

#### (4) 중재합의의 내용으로 기재해야 할 사항

우리 법원은 일반적으로 당사자간에 특정분쟁을 중재에 부탁하기로 하는 서면에 의한 합의가 있으면 그 중재합의는 유효하다고 보고, 중재 장소나 중재기관 및 중재인 등을 반드시 명기해야 하는 것은 아니라고 봄으로써 중재합의의 유효성 판단에 완화된 입장을 보인다.<sup>19)</sup>

서울지법(남부) 2000.6.30 선고 99가합17020에서 법원은 대리점계약(Agency Agreement)을 체결하면서 ‘양 당사자가 협의를 이룰 수 없는 계약상의 분쟁이 있는 경우에 일방은 중재에 의하여 분쟁을 해결할 것을 요구할 권한이 있다’라는 내용을 위 대리점계약서에 중재조항의 형식으로 규정한 경우 중재지, 중재언어, 중재절차의 준거법 등을 정하지 않았다 할지라도 중재합의가 무효는 아니라고 판시하였다.

## 2. 중재합의의 적용범위

원칙적으로 중재합의는 중재조항에 기재되어 있는 계약 자체뿐만 아니라 그 계약의 성립과 이행 및 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁에까지 그 효력이 미친다. 그런데 현실적으로 법원은 어느정도까지 중재합의가 적용되는지 여부에 대해 다소 완화된

---

19) 대법원1990.4.10선고89다카 2024판결 참조.

입장을 취하고 있다.

우선 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146, 17153 판결에서 법원은 영업양도 계약서상 중재조항에 “본 계약내용에 관하여 당사자간에 해결할 수 없는 법적 분쟁을” 중재대상으로 규정한 경우에는 본계약 내용에 관한 법적 분쟁이란 단순히 계약내용의 의미해석에 관한 분쟁뿐만 아니라 계약 내용의 성립과 그 이행 및 그 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁까지도 포함하는 취지로 보아야 한다고 판시하였다. 또한 동일한 사실관계에 기하여 하자담보책임과 불법행위가 경합하는 경우에 그 불법행위의 존부에 관한 분쟁은 본 계약 이행과 밀접한 관련이 있는 분쟁이므로 해당 중재조항이 규정하는 중재대상에 포함된다고 봄으로써 중재합의의 적용범위를 다소 폭 넓게 인정하였다.

위의 입장은 대법원 2001.4.10 선고 99다13577판결에서도 그대로 유지되고 있다. 이 사건에서는 유원지 개발사업의 시행을 위하여 체결한 합작투자 계약서에 ‘위 계약과 관련하여 발생하는 분쟁은 중재에 의하여 최종적으로 해결되는 것으로 한다’고 기재되어 있었다. 그리고 그 후 당사자간에 위 합작투자 계약의 이행과 관련하여 다시 체결한 합의 약정서에는 ‘합의서에 명시되지 아니한 사항은 합작투자계약에 따른다’는 내용이 기재되었다. 그런데 이 사건 중재판정의 대상이 된 분쟁은 피고가 합의약정상의 의무를 이행하지 아니하여 합작투자계약 및 합의약정이 해제되었음을 이유로 한 기지급금의 반환에 관한 분쟁이었으며 법원은 이 사건 중재판정의 대상인 분쟁은 위 중재조항이 명기된 합작투자계약의 이행과 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁이라는 취지에서 중재계약의 적용을 인정하였다. 이와 유사한 사건이지만 이 보다 이전에 있었던 하급심판례인 부산지법 1999.12.2 선고

98가합15791 판결에서도 패널공사 하도급계약을 체결함에 있어 작성한 건설공사하도급계약서에 중재조항을 포함한 경우 계약서상 중재의 대상이 되는 “이 계약에 관하여 발생한 분쟁”이라 함은 위 하도급계약의 성부, 불이행 유무, 불이행의 경우 손해의 범위 등 위 하도급계약에 관하여 발생한 분쟁을 의미한다고 해석되고, 해당 하도급계약의 해지를 원인으로 하여 발생된 선급금의 반환 및 패널구조물의 해체비 등의 지급에 관한 분쟁도 포함하는 것으로 보았다.

그 후의 하급심 판결에서도 중재합의의 적용 범위는 다소 넓게 인정하고 있다. 서울지법 2000.5.12 선고 99가합67777 판결에 당사자들은 원자재 수출계약을 체결하면서 ‘이 계약 또는 이 계약의 이행과 관련된 모든 분쟁(all disputes in connection with this contract or the execution thereof)’을 당사자 사이의 합의에 의하여 해결하고, 만일 합의가 이루어지지 않는 경우에는 피고 국가의 중재기관에 중재를 신청하여 그 판정에 구속되기로 하는 내용의 중재합의를 하였다. 법원은 이 사건 중재조항 중 ‘위 계약 또는 위 계약의 이행과 관련된 모든 분쟁’이라고 함은 위 계약의 성립, 내용, 내용의 의미 해석 및 그 효력과 이행에 직접 관련되거나 부수적으로 관련된 모든 분쟁을 말하는 것으로서,<sup>20)</sup> 단순히 위 계약으로부터 비롯된 급부 그 자체의 이행, 불이행에 관한 것뿐만 아니라 그 급부의 실현에 관련되어 부수적으로 파생되는 사실관계에 관한 분쟁도 포함한다고 할 것이고, 그 기본적인 사실관계가 동일한 이상 당사자가 법기술적인 관점에서 상대방에 대하여 계약상 책임을 묻든 부당이득반환의 책임을 묻든 모두 이 사건 중재조항의 적용이 있다고 판시하였다.<sup>21)</sup>

20) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146, 17153 판결과 동일한 입장임.

21) 서울지법(남부) 2000.6.30 선고 99가합17020 참조. 마찬가지로 이 하급심

그러나 한편 서울고법 1998.6.3선고 96나36503 판결에서는 건설부 산하 지방국토관리청과 민간건설업체간에 시설공사도급계약을 체결함에 있어 계약내용으로 삼은 시설공사계약일반조건에 중재조항을 포함하였는데, 이 사건은 추가공사 및 우회도로개설로 인한 당초 공사계획이 변경됨으로써 공사대금 증액 책정에 대해 다툼이 발생하였다. 법원은 추가공사 및 우회도로개설로 인한 당초 계약 변경이 목적이든 구두계약으로든 성립되었다 할지라도 중재합의가 포함되어 있는 기본계약과는 별개의 계약으로서 이 사건은 중재합의의 대상이 되지 않는다고 판시함으로써 직접적 관련이 없거나 별개의 계약에 대한 분쟁에 까지 중재합의의 적용 대상으로 인정하지는 않았다.<sup>22)</sup>

유사한 입장을 취한 또 다른 사례는 서울지법 2002.2.5선고 2001가합15595 (중재판정취소) 판결에서 찾아 볼 수 있다. 이 사건에서 서울시와 민간 건설업체간의 시설공사도급계약에서 시설공사계약 일반조건을 도급계약 내용의 일부로 약정하였다. 일반조건 제31조는 ‘당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는

판결에서는 중재합의의 대상은 계약상 분쟁인 계약서의 해석에 관한 분쟁 뿐만 아니라 계약상 채무불이행에 관한 분쟁도 포함된다고 보았다.

- 22) 원래 이 사건은 대법원1997.7.8 선고97다11935판결 (해당사건의 항소심 사건은 서울고법 1997.10.29 선고 96나36103 판결이었음.)에서 파기 환송되어 다시 다룬 사건이었다. 원심 및 항소심 법원은 위 설계변경 및 그에 따른 계약금액의 조정에 관련된 분쟁은 위 일반조건 제31조에서 정하는 당사자 합의나 조정 또는 중재의 대상이 되지 않는다고 판시하였다. 그러나 대법원은 추가공사 등으로 인한 설계변경 및 계약금액의 조정문제와 관련하여 공사비 그 자체의 지급이 문제가 아니라 현장감독이 감리인으로서 의무를 위반하여 그의 귀책사유로 인해 발생한 추가비용에 관한 문제는 일반조건 제31조에서 말하는 당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁으로 보고, 중재합의 없이 이루어진 중재판정이라고 취소되어야 한다고 판단하고 원심판결을 파기 환송한 바있다.

문제에 관한 분쟁은 계약당사자가 쌍방의 합의에 의하여 해결한다(제1항), 제1항의 합의가 성립되지 못할 때에는 당사자는 관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재에 의하여 해결할 수 있다(제2항)'고 규정하고 있다. 이 사건은 공사 시공 중 서울시가 설계변경 등으로 인한 추가 비용의 지급을 다투다가 중재에 의뢰되었던 것이다. 법원은 이 사건 도급계약에서 일반조건 제31조 제2항의 문언이 비록 '중재에 의하여 해결할 수 있다'고 규정되어 있다고 하더라도 해당 도급계약에 중재에 관하여 별도로 규정한 점에 비추어 볼 때, 일반조건 제31조는 당해 계약문서 및 예산회계법령에서 규정한 사항을 제외한 사항에 관한 중재합의에 해당한다고 볼 수 있으며 위 일반조건 제31조만으로는 당해 계약문서 및 예산회계법령에서 규정한 사항과 관련한 분쟁에 관하여서까지 중재합의가 있다고 보기 어렵다고 판시하였다. 추가 비용의 지급과 관련된 부수적 계약도 실제로 기본계약의 이행과 관련되었다고 본다면 이전의 판례에 비해 중재합의의 적용범위에 관해 해당법원은 다소 엄격하게 해석한 감이 없지 않다.

이와는 전혀 달리 중재판정부가 중재합의를 좁게 해석하여 중재합의가 있음에도 불구하고 중재합의의 효력이 미치는 대상에 포함되지 않는다고 판단한 예도 있다. 서울지법 2002.10.11선고 2002가합10139 판결에서는 수입대행계약과 관련된 분쟁에서 중재합의가 논란이 되었다. 법원은 중재판정에 이 사건 분쟁에 관한 중재합의가 있음에도 불구하고 중재합의의 효력이 미치는 대상에 포함되지 않는다고 잘못 판단한 하자가 있다고 하더라도 현행 중재법상의 취소사유의 어떤 항목에도 해당하지 않는다면 중재판정의 취소를 인정할 수 없다는 입장을 취하였다. 법원과 중재와의 관계 그리고 현행법하에서 법원이 어느 정도까지 중재에 개입할 수 있는지를 알려주는 예라고 할 수 있다. 즉

법원의 사법심사는 오직 중재법상에 규정된 한도 내에서만 가능하다는 점을 극명히 표현한 판례이다.

### 3. 하자있는 중재합의의 형태와 효력

중재조항에 하자가 존재하는 경우란 주로 앞뒤 문장사이의 모순, 내용의 불확실성, 이행이 불가능한 경우 등이다. 이 경우 일방 당사자가 중재조항의 하자를 근거로 분쟁해결을 위해 법원에 소를 제기한다면 상대방은 이에 맞서 중재조항의 존재를 근거로 소 각하를 주장할 것이다.<sup>23)</sup> 언뜻 보기에는 효력이 상실된 경우와 이행이 불가능한 경우의 차이점을 가리기가 어려운 것 같지만, 효력이 상실된 경우란 당사자가 이의 신청 기한을 지나 항변한 경우 또는 당사자의 행동에서 묵시적으로 중재합의를 취소한 경우 등으로 그 결과 중재조항의 효력이 상실한 경우이다. 이에 반해 중재합의의 이행이 불가능한 경우란 미래에 행할 중재절차와 관련하여 현실적 또는 기술적인 의미를 갖는데 어떤 이유로 중재판정부를 구성할 수 없게 된 경우가 그 예이다.

그런데 일반적으로 대부분 국가의 법원들은 중재조항의 앞뒤 문장간에 다소의 모순이 있는 경우일지라도 당사자가 분쟁 해결을 위해 중재를 통해 해결할 의도가 발견된다면 중재조항의 존재를 인정하려는 경향이 있다.<sup>24)</sup> 마찬가지로 대부분 국가의 법원은 중재조항의 내용

23) 현행 중재법 제9조 제1항에 따르면 중재합의가 부존재 또는 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 해당 분쟁에 대해 소가 제기되면 법원은 그 소를 각하할 수 없다. 마찬가지로 1958년 뉴욕협약 제2조 제3항에는 당사자들이 중재합의를 한 사항에 관한 소송이 제기되었을 때에 계약국의 법원은 그 중재합의를 무효, 실효 또는 이행불능이라고 인정하는 경우를 제외하고 일방 당사자의 청구에 따라서 중재에 의해 해결할 것을 당사자에게 명하여야 한다고 규정하고 있다.

이 다소 불확실하더라도 그 불확실성이 전혀 뜻이 통하지 않는 경우가 아니라면 그 중재합의의 존재를 인정한다. 그렇다면 우리나라 법원은 이 경우 어떤 입장을 취하는지 최근 판례를 통해 알아보자.

### (1) 중재합의의 이행불능을 부정한 판례

부산고법 2000.10.26선고 2000나164 판결(선급금반환)에서는 양당사자 간에 패널공사 하도급계약을 체결함에 있어 이 계약에 관하여 분쟁이 발생한 때에는 당사자 쌍방이 선정한 제3자에게 분쟁의 중재를 의뢰하고 쌍방은 그 중재에 따르기로 하는 중재조항을 포함시켰다. 그런데 해당 계약에 관해 분쟁이 발생하자 중재 신청을 하게 되었는데 피신청인은 신청인이 지정한 중재인에 대해 불공정성을 근거로 거부함으로써 중재인 선정이 불가능하게 되었다. 그러나 법원은 중재합의의 개념은 완화하여 해석함으로써 위와 같은 사정에서 당사자가 더 이상 중재자를 선정하지 아니한 경우도 당사자가 처음부터 중재인을 선정하지 않은 경우와 마찬가지로 중재원의 사무국에 의하여 중재인 선정이 가능하다고 보아야 할 것이므로 이 사건 중재계약이 이행불능이 되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.

중재합의의 이행불능을 부정한 또 다른 하급심 판례인 서울지법(서부) 2002.7.5 선고 2001가합6107 판결은 공사도급계약 체결에서 '공사계약일반조건'을 인용한 사례인데 이 계약서에 따르면 계약 수행 중 발생한 분쟁은 협의에 의하여 해결하고 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 협의가 이루어지지 아니할 때에는 중재법에 의한 대한상사중

24) Alan Redfern & Martin Hunter, "Law and Practice of International Commercial Arbitration," Sweet & Maxwell, 1986, London pp.135; E.J.R. Lovelock Ltd., v. Exportles [1968] 1 Lloyd's Rep. 163.

재원의 중재에 의하여 해결한다고 정하였다. 법원은 비록 계약 당사자인 소외 회사가 부도로 인하여 화의절차가 개시되었다고 하여도 중재합의의 이행 불가능에 해당하지 않으며 공사대금 채권의 일부를 양수한 원고 회사에 대해서 중재합의의 존재를 인정하였다.

## (2) 중재합의의 효력 상실 또는 이행불능을 인정한 판례

그러나 중재조항의 적용을 다소 엄격하게 해석하여 중재조항의 효력의 상실 또는 이행불능을 인정한 판례도 없지 않다. 대법원 1996.4.12 선고96다280 판결에서 법원은 중재조항에서 서울특별시장이라는 특정인을 중재인으로 지정한 경우에 있어서는 그 특정인의 중재판정을 받고자 하는 것이 중재합의를 한 당사자들의 의사라고 보고 그 특정인이 중재인으로서의 직무수행을 거부하면 그 중재조항은 효력을 상실하거나 이행이 불가능할 때에 해당한다고 판시하였다. 또한 중재법 제4조 제4항, 제5항에서 중재계약의 당사자가 그 상대방에 대하여 중재인의 선정이나 대체를 최고하고 그 상대방이 이에 응하지 아니한 경우에 법원이 그 최고를 한 당사자의 신청에 의하여 중재인을 선정하거나 대체한다고 규정하고 있는 것은 중재합의의 일방 당사자가 중재인을 선정할 권리를 가지고 있는 경우에 그 당사자가 중재인을 선정하지 아니하거나 혹은 그 당사자가 선정한 중재인이 중재인으로서의 직무 수행을 거부하는 경우 등에 적용되는 것으로서 당사자가 중재합의에서 이미 특정인을 중재인으로 선정해 둔 경우에는 적용되지 않는다고 보았다. 따라서 이 사건 중재합의는 그 중재합의에서 서울특별시장이라는 특정인을 중재인으로 선정한 경우이므로 서울특별시장이 중재인으로서 직무수행을 거부하였다면 중재법 제4조 제4항, 제5항에 의하여 법원이 중재인을 선정하거나 대체할 수 있는 경우에



해당되지 않는다고 보았다.<sup>25)</sup>

이들 판례보다 오래 전의 판례인 대법원 1980.6.26선고 80나535판결에서는 계약당사자가 분쟁이 있을 때에 서울소재 대한상공회의소의 중재에 회부하기로 한다고 약정하였는데 법원은 대한상공회의소와 별도의 사단법인인 대한상사중재협회만이 중재법에 의한 중재를 하게 되어 있으므로 해당 중재합의는 이행이 불가능하다고 판단한 바 있다.

### (3) 중재합의의 내용이 불분명한 경우에 중재합의의 효력

서울고법 1995.11.21 선고 95나23738 판결에서 원고들과 소외회사 사이에 작성된 계약서에서 이 계약서에 명기되지 않은 사항은 일반 상거래 관습에 준하며, 분쟁이 있을 경우 양당사자가 지정하는 제3자에게 중재를 의뢰하고 이도 여의치 않으면 소송관할법원은 서울민사지방법원으로 한다고 정하였다.<sup>26)</sup> 법원은 이 중재합의에 대한 해석으로 이 사건의 계약에 관하여 원고들과 소외 회사 사이에 분쟁이 발생하면 일단 원고들과 소외회사가 함께 지정하는 제3자의 중재판정을 받고 그 판정에 대하여 원고들이나 소외회사가 불만이 있는 경우에는 다시 법원에 제소할 수 있고 다만 그 제소법원은 서울민사지방법원으로 하기로 한 것이라고 보고, 해당 중재합의는 최종적인 분쟁해결을 중재에 의하지 아니하고 법원의 판결에 의하기로 한 것으로서 구 중재법 제2조에서 정한 중재합의에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>27)</sup> 따

25) 이에 대한 항소심 판결은 서울고법 1995.11.22선고 95나25925 판결임을 참조할 것.

26) 소외회사는 회사정리 절차에 들어가 그의 보전관리인이 위 사건의 피고가(항소인)이 되었다.

27) V.3에서 후술하는 바와 같이 캐나다 온타리오 법원이 1992.4.20 판결한 Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co. Ltd (1992)에서는 이와 같은 경우

라서 이 사건의 분쟁에 대하여 중재를 거침이 없이 바로 법원에 제소하였다 하더라도 직소금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다. 만일 그렇지 않고 위의 중재합의를 분쟁해결을 최종적으로 제3자인 중재인의 판정에 맡기되 다만 중재인의 선정에 있어 당사자 사이에 의견의 일치를 보지 못해 중재인의 선정이 여의치 못한 경우에는 당사자는 바로 법원에 제소할 수 있다는 뜻으로 해석할지라도 당사자의 합의에 따른 중재인의 선정이 여의치 못한 경우에는 당사자는 위 중재합의에 따라 법원에 제소할 수 있다고 보았다. 새 중재법 제12조 제3항에 따르면 당사자간에 중재인 선정에 관하여 합의하지 못한 때에는 일방 당사자의 신청에 의하여 법원이 중재인을 선정할 수 있도록 규정되었으므로 새 중재법 하에서도 후자의 해석론은 인정될 수 있다.

또한 최근의 하급심 판례인 서울지법 2001.10.12 선고 2001가합13445 판결도 불명료한 중재조항을 포함한 계약에서 중재합의의 존재에 대해 부정적인 해석을 내리고 있다. 이 사건에서 당사자는 상표에 관한 전용사용권설정계약을 체결함에 있어서, 그 계약서 제12조 제1항에 “본 계약과 관련하여나 이에 관해 당사자 사이에 발생하는 모든 분쟁, 논쟁, 의견의 차이, 혹은 그 위반은 쌍방이 선임한 중재원의 조정을 거치되, 만약 합의의 불일치시에는 상표권자의 본사 소재지 관할 법원의 판단이 최종적이며 양 당사자에게 구속력을 갖는다”라고 규정하였다. 그런데, 법원은 중재법 제3조 제1호에서는 “중재”를 “당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차”로, 같은 조 제2호에서는 “중재합의”를 “계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는

---

중재합의의 유효성을 인정한 바 있다.

일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의”라고 각 정 의하고 있으므로 제소금지사유에 해당하는 중재합의라고 하기 위하여 서는 그 조항에 당사자간의 법률관계에 관한 분쟁을 법원의 재판이 아닌 중재에 의하여 최종적으로 해결하기로 약정하였다고 해석될 수 있는 내용이 포함되어야 한다고 판시하였다. 그런데 이 사건 계약의 제12조 제1항은 법원의 재판에 의한 분쟁해결을 배제하지 않고 있을 뿐만 아니라 오히려 이를 양 당사자에 대한 구속력을 가지는 최종적 인 분쟁해결방법으로 명시하고 있어, 위 조항이 계약상 제소금지사유로서의 중재합의조항에 해당한다고 할 수 없다고 보았다.

위의 판결들은 중재합의의 내용에 당사자가 법원에 제소할 권리를 포기할 것을 의도하여야 한다는 조건을 포함시킴으로써 선택적 중재 합의의 유효성에 관해 엄격한 해석을 한 것으로 판단된다.

## V. 단계적 분쟁해결합의조항에 포함된 선택적 중재합의

단계적 분쟁해결합의 조항에 선택적 중재합의를 포함하고 있는 계약은 정부기관 관련 시설공사 도급계약 뿐만 아니라 민간 건설공사 하도급계약상에서도 나타나고 있다. 따라서 여기에서는 정부기관 관련 시설공사와 민간건설 하도급계약에서 나타난 선택적 중재합의에 관한 법원의 입장을 살펴보자. 특히 이 글의 서론에서 밝힌 바와 같이 최근 이러한 형태의 선택적 중재합의의 유효성 여부에 관해 법원은 입장은 서로 상반되는 경우도 종종 보이고 있으므로 관련된 사례들은 검토함으로써 문제점이 어디에 있는지 분석하고자 한다.

## 1. 선택적 중재합의의 유효성을 인정한 예

서울고법 2002.7.2 선고 2002나6878판결(중재절차위법확인)과 서울지법 동부지원 2001.12.21 선고 2001가합6334 판결에서는 인천국제 공항공사가 당사자인 터미널 시설공사 도급계약서에 다음과 같은 선택적 중재합의를 포함하고 있는 분쟁해결조항의 유효 여부가 문제로 제기되었다. 해당 계약서 제51조 (분쟁해결) 제1항은 계약의 수행 중 계약 당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다고 규정하고 제2항은 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 해결한다고 정하였다. (i) 관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다. (ii) 제 1호의 조정에 불복하는 경우에는 공단의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.

해당사건에 대한 항소심 법원은 새 중재법 제3조 제3호의 중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자들의 합의를 의미하며 반드시 전속적 중재합의가 있는 경우에만 중재절차에 의하여 사법상의 분쟁을 해결할 수 있다는 의미는 아니라고 해석하고 위의 도급계약서 제51조의 조항은 중재법상 서면에 의한 중재합의로 볼 수 있다고 판시하였다. 또한 법원은 이러한 선택적 중재합의는 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않을 뿐만 아니라 분쟁당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 면이 있다는 점을 인정하고 일방 당사자에게만 중재의 선택권이 유보되어 있어 상대방에게 불리하지 않는 한 이 사건의 중재합의는 유효하다고 인정하였다.

그러나 이 사건의 제1심급 판결은 중재계약 제 51조가 선택적으로 조정이나 판결에 의한 분쟁의 해결을 예정하고 있으므로 해당 규정만으로는 소송제도의 이용을 완전히 배제하고, 오로지 중재에 의하여만 분쟁을 해결하기로 한 약정이라고 볼 수 없다고 보고 중재합의의 유효성을 부정하였다. 또한 법원은 새 중재법 제5조, 제8조, 제17조는 중재절차에서의 중재합의의 존부에 관한 중재판정부의 판정절차나 당사자의 이의절차를 규정하고 있을 뿐이라고 해석하고 중재절차위법확인 의 소를 용인하지 않았다.<sup>28)</sup>

이외에도 선택적 중재합의의 유효성을 인정한 사례는 하급심 판결에서 자주 보인다. 대구고법 2001.7.26 선고 2000나7654 판결 (중재판정취소)에서 지방단체 (원고)와 민간건설회사간(피고)에 문화 체육관 건립을 위한 설계용역계약을 체결하였는데, 해당 계약서에는 붙임서류로서 기술용역계약일반조건이 첨부되었다. 위 일반조건 제36조는 “(분쟁의 해결) ①계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ②분쟁이 발생한 날로부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각 호에 정하는 바에 의하여 해결한다. (i) 관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다. (ii) 제1항의 조정에 불복하는 경우에는 원고 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다”라고 규정하고 있는데, 피고는 공사가 완료된 후 설계상 공사금액 총액이 예정공사비 보다 초과하여 다툼이 있자 원고를 상대로 먼저 중재에 의뢰하여 피고에게 유리한 판정을 받았고 그 후 원고가 다시 법원에 중재합의의 부존재를 근거로 중재판정취소의 소를 제기하였다. 이 사건에서 법원은 우선 주된 계약에서 중재조항을 포함하는 일반거래

28) 대법원 1996. 6. 11.자 96마149 결정 참조.

약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 중재계약은 성립한다고 판단하였다.<sup>29)</sup> 또한 법원은 일반조건 제36조 제2항 제1호는 관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다고 규정하고 있으므로 이 사건 설계용역 계약에 관하여 유효한 중재합의가 있는 것으로 보았다. 한편 원고는 위 기술용역계약일반조건을 합리적으로 해석하면 조정과 중재 중에 우선적인 것은 조정이고 또한 당사자간에 법원의 관할지를 예정하고 있었으므로 중재조항은 이에 부수적인 분쟁해결조항이라고 주장하였지만, 법원은 제36조 제2항은 당사자로 하여금 비소송적 분쟁해결방안 중 조정 또는 중재를 선택하도록 하였고, 만일 조정이 선택된 경우에는 구속력이 없는 조정의 성격상 그것에 불복하는 당사자는 법원에 소를 제기할 수 있도록 한 것이라고 판단하였다.

또한 위의 사건들과는 다소 다른 내용의 민간 건설공사 하도급계약 상에서도 선택적 중재합의의 유효성을 인정한 예는 있다. 먼저, 서울고법 2001.4.24 선고 2000나51386판결<sup>30)</sup>에서 민간기업간의 투자 계약서 제21조은 “이 계약에 따른 거래에 관한 소송은 갑(피고)의 소재지를 관할하는 법원을 관할법원으로 합의한다. 다만, 갑이 대한상사중재원에 중재를 신청한 경우에는 상사중재규칙에 의한다”고 정하였다. 법원은 해당 조항의 단서규정이 비록 위 본문규정에서와 같이 중재절차에 관하여 ‘합의한다’라는 문구를 사용하지는 아니하였지만, 해당 계약에 따른 거래에 관한 분쟁의 해결에 있어 소송절차를 배제하고 중재절차에 의하여 분쟁을 해결하기로 한다는 취지임을 확인하고 중재합

29) 대법원1997.2.25 선고 96다24385 참조.

30) 해당 사건의 제1심판결은 서울지법 2000.9.22 선고 99가합26349판결 (중재판정취소)이다.

의의 존재를 인정하였다. 또한 해당 분쟁해결조항에서 중재절차에 의할 것을 선택할 권리가 피고에게만 있다 하여도 계약당사자들이 계약 체결시 중재조항을 두기로 합의한 경우 그 중재조항에서 어느 일방 계약당사자의 중재 신청권을 배제 또는 제한하기로 명시적으로 규정하지 않는 한 쌍방 계약당사자들은 모두 중재를 신청할 수 있는 권리를 갖는다고 보는 것이 신속한 분쟁해결을 위하여 중재조항을 둔 계약당사자들의 의사에 합치한다고 판시하였다.<sup>31)</sup>

유사한 내용의 민간기업간 건설공사하도급 계약과 관련된 서울지법 2001.5.30선고 2000가합4628, 23414 판결에서도 선택적 중재합의의 유효성을 인정하였다. 이 사건에서 해당 신축공사하도급 계약서 제32조는 “이 계약에 관하여 분쟁이 발생할 때에는 대한상사중재원의 중재에 의하여 최종 해결한다”고 규정하고 이어서 제33조에서는 “본 계약으로 인한 제반분쟁 또는 제32조에 의거한 합의가 불가능한 경우의 관할 법원은 서울민사지방법원으로 한다”라고 모순된 규정을 정하였다. 법원은 계약서 제32조와 제33조 양 규정 사이에 모순이 있어 중재합의가 성립하지 않았다고 볼 여지도 있지만, 당사자가 제32조의 중재합의를 우선하여 중재절차에 적극적으로 참여하였다면 그 중재판정은 당사자 사이의 중재계약에 따라 적법하게 이루어진 것으로 보고 해당 중재합의의 유효성을 인정하였다.

다소 판결의 내용에 의문 사항이 없지 않지만 대구지법 1998.10.13 선고 96가합1676 판결도 선택적 중재합의의 유효성을 인정하고 있다. 이 사건에서 당사자는 건설공사하도급계약을 체결하면서 민간건설공사 표준도급계약서 제27조 제1항에서 규정한 대로 “계약에 별도로 규

31) 대법원 1990. 11. 13. 선고 88다카7795 판결 참조.

정된 것을 제외하고는 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁은 계약당사자가 쌍방의 합의에 의하여 해결한다”고 정하고 동조 제2항에서는 “제1항의 합의가 성립되지 못할 때에는 당사자는 (구) 건설업법에 의해 설치된 건설업분쟁 조정위원회에 분쟁의 조정을 신청하고 동 위원회의 조정에 따른다”는 조항을 계약서에 명기하였다. 그런데 이 사건에서 원고는 조정을 신청하지 않은 채 소를 제기하였다. 해당 법원은 제2항의 건설업법에 의해 설치된 건설업분쟁 조정위원회의 분쟁해결 절차를 중재합의로 판단하고 (구)중재법 제3조의 직소금지 원칙에 어긋나므로 이 사건의 소가 부적법하다고 판시하였다.<sup>32)</sup> 이 판결에서 건설업분쟁 조정위원회의 분쟁해결절차를 조정합의가 아니라 중재합의로 판단한 점에는 다소 의문점이 없지 않지만 중재합의에 관해 넓게 해석한 점이 인정된다.

## 2. 선택적 중재합의의 유효성을 부정한 예

서울지법 2000.9.19 선고 2000가합37949 판결(중재절차위법확인)에서 당사자간의 물품거래계약 제8조 제1항은 ‘원고와 피고 사이에 분쟁 발생시 서울민사지방법원 또는 상사중재원의 합의에 따른다’라고 규정하였다. 법원은 중재란 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말하고,<sup>33)</sup> 중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부와 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있

32) 한편, 창원지법 1997.5.8 선고 96가합1399, 10768판결에서는 건설분쟁조정위원회의 분쟁조정을 하기로 약정한 것은 중재법상의 중재합의에 해당하는 것은 아니라고 판시한 바 있다.

33) 중재법 제3조 제1호 참조.



는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자들의 합의를 말하는바,<sup>34)</sup> 결국 중재합의는 분쟁을 국가법원에 의한 소송절차가 아닌 사인(私人)의 중재에 의하여 해결하기로 하는 합의로서 국가법원에 의한 소송제도의 이용을 포기하는 것을 그 내용으로 하는데, 이 사건 중재조항은 “서울민사지방법원 또는 상사중재원의 합의에 따른다”라고 규정하여 국가법원에 의한 소송제도의 이용 가능성을 배제하지 않고 있으므로, 이를 위와 같은 중재합의라고 보기 어렵다고 판시하였다.

한편 법원은 중재약정의 존부 및 이에 따른 중재절차의 허용 여부에 관한 다툼을 중국적으로 판단하는 권한이 중재판정취소의 소 및 집행판결청구소송에 의하여 법원에 유보되어 있음에 비추어, 중재판정 이전에 있어서도 이를 다투는 당사자는 법원에 대하여 그 중재약정이 없음을 내세워 중재절차가 허용될 수 없는 것이라는 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다고 판시하였다.<sup>35)</sup>

또한 법원은 새 중재법 제17조 제6항이 중재판정부의 권한에 대하여 이의를 제기한 당사자는 중재판정부가 선결문제로서 그 권한이 있다고 결정하는 경우 법원에 중재판정부의 권한에 대한 심사를 신청할 수 있다고 규정하고 있지만, 중재권한 유무에 관한 이의제기가 있다고 하여 중재판정부가 반드시 선결문제로서 그 권한 유무를 결정하여야 하는 것은 아니고, 그 권한에 대한 심사가 법원에 신청되었다고 하여 중재절차의 진행을 정지하여야 하는 것도 아니므로, 위 조항만으로는 위법하게 중재신청을 당한 피신청인을 구제하는 데에 충분하지 않다고 보고 중재절차위법확인외의 청구를 인용하였다.

34) 중재법 제3조 제2호 참조.

35) 대법원도 1996. 6. 11.자 96마149 결정에서 법원에 중재절차위법확인을 구하는 본안소송을 제기할 수 있다고 판시한 바 있다.

그러나 선택적 중재합의의 유효성에 대해 부정적 입장을 보이는 위의 판결을 자세히 살펴보면 법원은 중재합의의 유효성 판단에 당사자가 분쟁을 중립 제3자인 중재인의 판정에 따라 해결하려는 의사가 있었는지 여부뿐만 아니라 국가법원에 의한 소송제도의 이용을 포기하려는 의도가 있었는지 여부를 검토한다는 점이다. 아마도 그 근거는 새 중재법 제3조 제1호가 중재라 함은 “당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차”라고 정의하고 있고 제3조 제2호의 중재합의의 정의에 제1호의 의미는 당연히 포함되는 것으로 해석하는데 있는 것 같다. 그런데 현행 중재법은 “유엔무역법 위원회”(UNCITRAL)의 국제중재에 관한 모델법 (이하 모델중재법이라 함)을 전폭적 수용하였는데 원래 모델 중재법에는 중재 또는 중재합의의 정의에 분쟁 해결에 “법원에서 소송할 권리를 포기한다” 내용의 문구를 포함하고 있지 않다.<sup>36)</sup> 구 중재법 제1조 [목적]에서 “이 법은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 신속하게 해결함을 목적으로 한다”는 문장의 일부를 새 중재법 제3조 제1호 중재의 정의에 포함시킨 것으로 생각된다. 따라서 개인적인 의견으로는 중재합의의 유효성 여부 판단에 당사자가 장래 또는 현재의 분쟁을 중재를 통하여 해결할 의사가 있었는지를 판단하면 충분하지 당사자가 법원에서 소송을 제기할 권리를 포기하였는지 여부를 포함시켜 판단하는 것은 해당 법 조문을 지나치게 엄격하게 해석하는 것으로 판단된다. 즉 법원은 당사자간에 중재합의가 있었는지 또는 유효한 중재합의를 하였는지 여부를 단지 제3조 제2항의 정의에 따라 “일정한 법

36) 새중재법 개정과 모델중재법 수용에 관한 배경에 관해서는 줄고, 현대중재법의 이해 (2000)와 UNCITRAL 모델중재법의 수용(1999)을 참조할 것.

를관계에 관하여 당사자간에 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁을 중재에 의하여 해결하려는” 의도를 분석하는 것에 그쳐야 한다고 본다.

### 3. CLOUT상의 외국 판결에 나타난 선택적 중재합의

국제무역법위원회 (UNCITRAL)는 모델중재법을 수용한 각국의 법원이 해당 중재법을 어떻게 해석하는지를 알려주는 자료집을 CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts)라는 이름으로 공포하고 있다.<sup>37)</sup> 여기에서는 CLOUT에 나타난 외국 판결들을 중심으로 모델중재법 제7조 (중재합의의 정의) 및 제8조 (중재합의와 법원의 제소)와 관련된 선택적 중재합의 또는 단계적 분쟁해결조항을 어떻게 해석하고 있는지 검토하고자 한다.

첫째, 캐나다 온타리오 법원이 1992.4.20 판결한 Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co. Ltd (1992)<sup>38)</sup>에서는 당사자간의 전용특허사용설 정계약과 관련하여 발생하는 분쟁에 대해 중재조항과 함께 법원에 제소할 수 있다는 조항을 해당 계약서에 삽입하였다. Mind Star는 삼성이 위의 계약을 위반하자 계약불이행으로 인한 손해배상청구를 하고자 했다. 먼저 위의 계약서상의 중재조항이 온타리오주 국제상사중재법(1990)에 규정된 중재합의 (모델중재법의 제7조와 동일함)에 해당한다는 점을 양당사자가 인정하였다. 이 점에 대해 법원은 당사자의 법원에 제소할 권리가 중재에 따라야 할 의무에 우선하지 않는다고 판단하고 오히려 해당 분쟁은 소송보다는 중재에 의해 해결되어야 한다

37) UNCITRAL 웹사이트 <http://www2.gov.si/uncitral/clout.nsf>를 참조할 것.

38) Ontario Court, General Division (Zelinski, J) 30 April 1992, 9 Ontario Reports(3d), 374; CLOUT case no.32.

고 보았다. 또한 법원은 이 점은 중재인이 먼저 자신의 관할과 권한의 범위에 대해 결정하여야 한다는 규정과 일치한다고 판시하였다. 따라서 해당 선택적 중재합의는 유효하며 모델법 제8조와 같은 내용의 온태리오주 중재법의 규정에 따라서 당사자는 중재에 의해 분쟁을 해결해야 한다고 결정하였다.

위의 온태리오주 판결에서 문제로 된 선택적 중재합의는 먼저 언급한 서울지법 2000.9.19 선고 2000가합37949 판결에서 ‘당사자간에 분쟁 발생시 서울민사지방법원 또는 상사중재원의 합의에 따른다’라는 분쟁 해결조항과 유사하다. 그러나 우리 법원은 중재합의의 유효성여부 판단에 법원에 제소할 권리를 포기할 의사가 존재하여야만 중재합의가 있는 것으로 본다는 입장에서 선택적 중재합의의 유효성을 부정한 점이 다르다. 또 다른 하급심 판결인 서울지법 동부지원 2001.12.21 선고 2001가합6334 판결에서도 재판권 포기의 의도가 없었다는 이유로 비록 다소 다른 내용의 합의이었던 선택적 중재조항의 유효성을 부정한 사실을 주시할 필요가 있다.

둘째, 홍콩 법원이 1993. 2. 17 판결한 William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd and Guangzhou Ocean Shipping Company (1993) 에서는 피고회사가 발행한 선하증권에 운송계약과 관련하여 발생하는 분쟁에 대해 중국법에 따라 중국에서 중재할 것을 정한 중재조항과 함께 중국법원에 전속관할이 있다는 합의관할조항이 삽입되어 있었다. 원고는 운송물의 멸실 및 손상에 대한 손해배상청구의 소를 홍콩법원에 제기하였는데, 피고 측은 해당 소송은 중국에서 중재한다는 중재조항 아니면 부수적으로 중국법원의 전속관할 또는 불편의법정(forum non conveniens)을 근거로 소송중지를 주장하였다. 법원은 해당 선하증권에 중재조항과 법원의 전속관할조항이 함께 삽입되어

있으므로 중재조항의 유효성 여부에 대해 의문이 있을 수 있지만 손해배상을 주장하는 자의 선택에 따라 중국에서 중재를 신청할 수도 있으며 아니면 소송을 제기할 수도 있다고 판단하였다. 법원은 다만 원고가 선하증권에 예정되어 있지 않은 방식으로 홍콩에서 소송을 제기하였으므로 피고가 이를 받아들일지 여부를 선택할 수 있다고 보았다. 결론적으로 법원은 모델중재법 제8조에 따라 소송중지를 인정하였다.

위의 두가지 외국 판결에서는 모델중재법상의 중재합의의 정의에 충실히 따라 중재조항과 법원의 전속관할조항이 동시에 계약서에 삽입되어 있는 경우 당사자 일방이 중재 또는 소송을 선택할 수 있다고 보고 일단 중재합의의 유효성을 인정하였다. 한편 우리나라 법원은 중재합의의 개념 해석에 있어 재판권의 포기 의사를 조건으로 포함시키고 있어서 중재합의를 엄격하게 해석하고 있다. 따라서 모델중재법을 수용한 우리나라의 현행 중재법하에서 선택적 중재합의의 유효성문제를 다룰 때에는 중재와 소송을 당사자 일방이 자신의 선호에 따라 선택할 수 있는 것으로 보고 중재합의의 전제로서 법원에 재판할 권리를 포기할 의도 여부를 검토하지 말아야 할 것 같다.

## VI. 결 론

이 글에서 다룬 대부분의 판례들은 새 중재법이 시행되기 전 중재절차가 진행된 경우가 대부분이므로 새 중재법 하에서 우리 법원이 중재제도에 대해 어떤 입장을 취하는지 확립된 원칙을 제시하기에는 아직 이른 감도 있다. 그러나 법원을 새 중재법의 개정 이전에도 중재제도에 대해 우호적인 입장에서 중재합의의 유효성 여부를 판단해온

것으로 볼 수 있다 그렇다면 더욱 법원은 새 중재법은 단순한 중재규정의 개정이 아니라 새로 중재법의 제정에 해당할 만큼 전반적인 중재제도에 대한 개혁이라는 입장에서 중재제도에 대한 선택적 중재합의 해석에 관한 입장을 재정리 할 필요가 있다고 본다. 특히 현행 중재법이 유엔무역법위원회의 모델중재법을 전폭 수용한 점을 감안한다면 중재법 해석에 있어서도 현대중재법의 흐름이나 외국 법원의 해석론을 고려할 필요가 있다고 본다. 이러한 점을 모두 고려한다면 선택적 중재합의 또는 단계적 분쟁해결조항과 같은 당사자간에 약정한 모호한 중재합의 규정 해석에 있어서 법원은 보다 완화된 해석론이 요구된다고 본다.

검색어: 중재, 중재합의, 선택적 중재합의, 단계적 중재합의

## ABSTRACT

### **Selective Arbitration Agreement in the multitiered Dispute Resolution Clause**

**Moon-Chul Chang**

Since new Korean arbitration law was modeled after UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Law, the judicial review on the arbitral award is at most limited to fundamental procedural justice. Thus, drafting valid arbitration clause is paramount important to enforce arbitral awards in the new legal environment. A losing party in arbitral process would often claim of the invalidity of arbitration agreement to challenge the arbitral award. Especially, the validity of arbitration clause in the construction contracts is often challenged in Korean courts. This is because the construction contracts usually include selective arbitration agreement in multi-tiered dispute resolution clause that is drafted ambiguous or uncertain. In this paper selective arbitration agreement means a clause in a contract that provides that party may choose arbitration or litigation to resolve disputes arising out of the concerned contract. On the hand multi-tiered dispute resolution clause means a clause in a contract that provides for distinct stages such as negotiation, mediation or arbitration.

However, Korean courts are not in the same position on the

validity of selective arbitration agreement in multi-tiered dispute resolution clause. Some courts in first instance recognized its validity on the ground that parties still intend to arbitrate in the contract despite the poor drafted arbitration clause. Other courts reject its validity on the ground that parties did not intend to resort to arbitration only with giving up their right to sue at courts to resolve their disputes by choosing selective arbitration agreement. Several cases are recently on pending at the Supreme Courts, which decision is expected to yield the court's position in uniform way.

Having reviewed recent Korean courts' decisions on validity and applicability of arbitration agreement, this article suggests that courts are generally in favor of arbitration system. It is also found that some courts' decisions narrowly interpreted the concerned stipulations in arbitration law despite they are in favorable position to the arbitration itself. However, most courts in major countries broadly interpret arbitration clause in favor of validity of selective arbitration agreement even if the arbitration clause is poorly drafted but parties are presume to intend to arbitrate. In conclusion it is desirable that selective arbitration agreement should be interpreted favorable to the validity of arbitration agreement. It is time for Korean courts to resolve this issue in the spirit of UNCITRAL model arbitration law which the new Korean arbitration law is based on.

**Key Words** : arbitration, arbitration clause, arbitration agreement, selective arbitration agreement, multi-tiered dispute resolution clause