

연구논문

선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점

정 선 주 **

〈 목 차 〉

- I. 들어가며
- II. 하급심판례
- III. 대법원판례
- IV. 외국의 판례
- V. 선택적 중재합의조항의 유효성
- VI. 선택적 중재합의조항의 모습
- VII. 선택권의 행사
- VIII. 마치며

* 法學博士, 인제대 법학과 부교수

I. 들어가며

선택적 중재합의조항의 유효성이 관심의 대상이 되기 시작한 것은 “재경부 회계예규 공사계약일반조건”에서 규정하고 있는 “분쟁의 해결” 조항에 대해 하급심 법원의 판단이 일치하지 않고 있다는 점이 드러나면서부터이다. 특히 2002년 8월 8일 법률신문이 이 점을 지적하면서 대법원의 통일적인 해석이 필요하다고 보도한 이후, 본격적으로 실무계와 학계의 관심을 끌기 시작하였다. 그동안 이 문제에 대해서는 몇몇 논문이 발표되기도 했는데, 이 역시 하급심의 상황과 마찬가지로 찬반양론으로 나누어져 있는 실정이다.¹⁾

선택적 중재합의조항을 유효하다고 보는 입장에서는 당사자의 私的自治를 그 주된 논거로 삼고 있으며, 반대편에서는 선택적 중재합의조항 자체의 불명확성과 그에 따르는 부수적인 문제들을 이유로 무효론을 펴고 있다.

선택적 중재합의조항으로서 쟁점이 되고 있는 재경부 회계예규의 내용은 다음과 같다.

“공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결)

① 계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.

② 제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 해결한다.

1. 중재법에 의한 중재기관의 중재

2. 국가를당사자로하는계약에관한법률(이하 “국가계약법”이라 한다) 제4조에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정

1) 유효론: 김대현, 소송과 중재 모두를 규정한 선택적 분쟁해결조항의 효력, 중재, 2002년 가을호; 김명기, 선택적 중재합의에 관한 판례의 연구, 중재, 2003년 가을호; 장문철, 선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항, 중재연구, 제12권 제2호(2003년); 서동희, 법률신문 2002년 8월 22일; 임채홍, 법률신문 2002년 10월 12일. 무효론: 광경직, 법률신문 2002년 8월 29일.

한 절차

3. 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결

③ 계약상대자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁기간 중 공사의 수행을 중지하여서는 아니 된다.”

이 규정은 2001년 2월 10일에 개정된 것인데, 지금까지 하급심 법원의 판례에서 문제가 되었던 종전 규정은 다음과 같다.

“공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결)

① 계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.

② 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 해결한다.

1. 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다.

2. 제1항의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.

③ 계약상대자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁기간 중 공사의 수행을 중지하여서는 아니 된다.”

위 “공사계약일반조건”의 개정 전후를 비교해보면, 30일의 기간 제한이 없어졌다는 점 그리고 종전에는 2가지 방안, 즉 조정(조정에 불복하는 경우 법원의 판결에 의함) 또는 중재라는 분쟁해결방식에서 개정 후에는 3가지 방안, 즉 중재, 국가계약법상의 이의신청 및 조정, 판결이라는 분쟁해결방식을 규정하고 있다는 점이다.

그런데 국가계약법상의 이의신청 및 조정은 국제입찰을 대상으로 한 것으로서, 국가계약법 제28조 등의 규정에 따르면, 조정이 성립된 경우에는 재판상 화해와 같은 효력이 인정되어 이로써 분쟁이 해결되며, 만일 조정에 이의가 제기되면 조정의 효력은 상실하고 법원의 재판절차에 의해 분쟁이 해결되어야 하므로 중재 또는 (조정을 거친) 판결이라는 종전의 분쟁해결방안과 실질적으로 큰 차이를 보이고 있는 것은 아니다.

그밖에 국가가 체결하는 각종 계약의 지침이 되고 있는 재경부 회계에

규의 “물품구매계약일반조건” 제31조(분쟁의 해결)나 “기술용역계약일반조건” 제36조(분쟁의 해결)는 “(구)공사계약일반조건” 제51조의 내용과 동일하게 조정(조정에 불복하는 경우 법원의 판결에 의함) 또는 중재 2가지 분쟁해결방안을 규정하고 있다.

이하에서는 실무상 많은 계약체결에서 사용 내지 준용되고 있는 재경부 회계예규상의 선택적 중재합의조항의 유효여부 및 선택권과 관련한 문제점을 살펴봄으로써 이 문제의 해결에 기여하고자 한다. 특히 본 논문은 그동안 우리나라에서 법원의 재판을 대체하는 대표적인 분쟁해결방법의 하나로서 중재제도를 정착시키는 데 많은 학문적 연구와 실무적 노력을 기울이신 양병희 교수님의 정년퇴임을 축하드리는 의미에서 작성되었다. 양 교수님은 선택적 중재합의조항에 대해서는 유효론의 입장에서 서 계신 것으로 알고 있다.

II. 하급심 판례

그동안 선택적 중재합의조항과 관련하여 행해진 하급심 법원의 판례는 다음과 같다.

1. 서울지법 2000.9.19 선고 2000가합37949 판결(부정)

원고와 피고는 물품거래계약을 체결하면서 “원고와 피고 사이에 분쟁 발생시 서울민사지방법원 또는 상사중재원의 합의에 따른다”라는 조항을 두었다. 피고가 원고를 상대로 대한상사중재원에 계약위반을 이유로 손해 배상을 구하는 중재를 신청하자 원고는 유효한 중재합의가 없었다는 이유로 법원에 중재절차 위법확인 소를 제기하여 승소확정판결을 받았다.

이 판결에서 법원은 중재합의라는 것은 분쟁을 국가법원에 의한 소송절차가 아닌 사인의 중재에 의하여 해결하기로 하는 합의로서 국가법원에

의한 소송제도의 이용을 포기하는 것을 그 내용으로 하는데, “서울민사지방법원 또는 상사중재원의 합의에 따른다”는 물품거래계약상의 중재조항은 국가법원에 의한 소송제도의 이용가능성을 배제하지 않고 있으므로 유효한 중재합의라고 보기 어렵다고 판시하였다.

2. 서울지법 2000.9.22 선고 99가합26349판결(긍정)과 서울고법 2001.4.24 선고 200나51386판결(긍정)

원고와 피고사이에 체결된 투자계약서와 인수계약서에 따르면 “이 계약에 따른 거래에 관한 소송은 갑(피고)의 소재지를 관할하는 법원을 관할법원으로 합의한다. 다만, 갑이 대한상사중재원에 중재를 신청한 경우에는 상사중재규정에 의한다(투자계약서 제21조).”와 “이 계약에 따른 거래에 관한 소송은 갑(피고)의 소재지를 관할하는 법원을 관할법원으로 할 것을 합의한다. 다만, 갑이 대한상사중재원에 중재를 신청한 경우에는 상사규칙에 의한다(인수계약서 제20조).”라고 규정되어 있다. 갑(피고)이 계약위반을 이유로 한 손해배상청구에 대해 대한상사중재원에 중재를 신청하여 승소중재판정을 받자 을은 서울지법에 중재합의의 부존재를 이유로 중재판정취소의 소를 제기하였다.

이 소송에서 서울지법은 원고의 청구에 대해 기각판결을 내렸으며, 항소심인 서울고법은 항소기각판결을 내렸다. 서울고법은 이 사건 계약서의 내용으로부터 분쟁발생시 판결절차를 배제하고 중재절차에 의하여 해결하기로 한다는 취지를 분명하게 알 수 있기 때문에 선택적 중재합의조항을 유효한 것으로 보아 중재계약의 부존재를 주장하는 원고의 항변을 배척하였다.

3. 대구지법 2000.10.5 선고 99가합20982 판결(긍정)과 대구고법 2001.7.26 선고 2000나7654 판결(긍정)

대구광역시와 건축사 사무소간에 체결된 체육회관 건립 설계용역계약에

서 선택적 분쟁해결조항이 포함되어 있는 “기술용역계약일반조건”이 계약서에 첨부되어 있었다. 계약금과 관련하여 분쟁이 발생하자 건축사 사무소에서 중재신청을 하여 승소하였는데(대한상사중재원 중재번호 제 99111-0040호 중재판정), 대구시 측에서는 “기술용역계약일반조건”의 해석상 조정을 우선하여야 하고 중재는 부수적 분쟁해결조항이라며 중재판정 취소의 소를 제기하였다. 이에 대구지법과 대구고법은 “기술용역계약일반조건” 제36조(분쟁의 해결)는 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 있다고 판시함으로써 선택적 분쟁해결조항의 효력을 인정하였다.

다른 하급심 판결과는 달리 이 판결은 확정되었지만, 선택적 분쟁해결조항의 효력을 인정한 이유를 밝히고 있지 않아 아쉬움이 남는다.

4. 서울지법 동부지원 2001.12.21 선고 2001가합6334 판결 (부정)과 서울고법 2002.7.2 선고 2002나6878 판결(긍정)

선택적 중재합의조항에 관심을 불러일으키는 계기가 된 대표적인 판결인데, 2003년 7월 10일 소가 취하됨으로써 아쉽게도 대법원의 명시적인 입장을 확인할 수 없게 되었다(2002다43936사건).

사건의 내용을 간략하게 살펴보면 다음과 같다. A건설회사는 인천국제공항공사를 상대로 대한상사중재원에 중재를 신청하여 여객터미널 계류장 시설공사에 대한 손해배상 등을 청구하는 소송을 제기하여 승소하였다. 이에 인천국제공항공사는 당사자사이에 체결한 중재합의는 전속적 중재합의조항이 아니기 때문에 유효한 중재합의가 없었다는 이유로 서울지법에 중재절차 부적법확인소송을 제기하여 승소하였다.

이 판결에서 서울지법 동부지원은 도급계약서에 포함된 “(구)공사계약일반조건”의 분쟁해결조항은 선택적으로 중재나 판결에 의한 분쟁해결을 예정하고 있어 소송제도의 이용을 완전히 배제하고 오로지 중재에 의하여서만 분쟁을 해결하기로 한 약정으로 볼 수 없기 때문에 유효한 중재합의가

아니라고 판시하였다.

이에 반해 항소심인 서울고법은 선택적 중재합의조항은 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않을 뿐 아니라 분쟁당사자에게 다양한 분쟁 해결수단 내지 권리구제절차를 보장한다는 의미에서 당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 면이 있기 때문에 특별한 사정이 없는 한 유효한 것으로 보아야 한다고 판시하였다.

5. 서울지법 2002.2.5 선고 2001가합15595 판결(긍정)과 서울고법 2003.4.2 선고 2002나16134판결(긍정)

현재 이 사건은 대법원에 계류 중이다(2003다21995 사건).

피고는 원고를 상대로 시설공사계약일반조건 제31조(① 당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁은 계약당사자가 쌍방의 합의에 의하여 해결된다. ② 제1항의 합의가 성립되지 못할 때에는 당사자는 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 또는 중재에 의하여 해결할 수 있다)에 근거하여 대한상사중재원에 공사비의 추가비용지급을 구하는 중재를 신청하였고, 원고는 시설공사계약일반조건 제31조 제2항이 임의중재조항임을 주장하며 항변을 제기하였으나 중재판정부에 의해 받아들여지지 않고 피고의 일부승소판정이 내려졌다. 이에 원고는 중재합의의 부존재를 이유로 중재판정취소의 소를 제기하였는데, 서울지법은 원고의 주장을 이유 없는 것으로 보았으며, 항소심 역시 같은 입장을 취하였다. 이 소송에서 항소심인 서울고법은 일반조건 제31조 제2항이 “중재에 의하여 해결할 수 있다”고 규정되어 있지만 이러한 문언을 중재계약으로 본다 하더라도 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않으며, 분쟁당사자에게 다양한 분쟁해결수단 내지 권리구제절차를 보장한다는 의미에 당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 점을 내세워 선택적 중재조항의 유효를 인정하여 일반조건 제31조를 중재계약에 해당한다고 판시하였다.

6. 서울지법 2002.2.5 선고 2001가합54637 판결(긍정)과 서울고법 2003.11.4 선고 2002나17007판결(부정)

이 사건은 현재 대법원에 계류 중이다(2003다63647 사건).

원고는 조달청과 체결한 물품공급계약에 기하여 대한상사중재원에 지원 손해금 등의 청구를 구하는 중재신청을 하였는데, 중재판정부는 당사자의 물품공급계약서에 포함된 “물품공급계약일반조건” 제28조(분쟁의 해결)와 관련하여 단순한 선택적 중재합의에서는 당사자 일방이 선택한 분쟁해결 수단에 상대방 당사자가 반드시 따라야 한다는 보충적 합의가 없는 한 효력이 없다고 보아 중재신청을 각하하였다. 이에 원고는 서울지법에 중재판정의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 서울지법은 선택적 중재합의를 유효한 것으로 보고 원고가 대한상사중재원에 중재신청을 함으로써 분쟁해결 방법으로서 중재를 선택한 것으로 해석하여 원고승소판결을 내렸다.

이에 반해 서울고법에서는 선택적 중재조항은 계약의 일방당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있는 것이라고 보고, 본 사건에서 처럼 원고의 중재신청에 대해 피고가 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재계약으로서의 효력이 없다고 하여 제1심 판결을 취소하고 소각하판결을 내렸다.

Ⅲ. 대법원 판례

선택적 중재합의조항과 관련하여 현재까지 나와 있는 최고법원의 판례로는 대법원 2003.8.22 선고 2003다318 판결이 유일하다.

이 사건은 앞에서 언급한 중재판정취소의 소에 관한 서울지법 2002.2.5 선고 2001가합54637 판결 및 서울고법 2003.11.4 선고 2002나17007판결과

동일한 사실관계에 기초하고 있는데, 이 소송에서 원고(대한민국)는 피고를 상대로 계약금액증액청구에 대해 채무부존재확인의 소를 제기하였다. 이에 대해 피고는 자신이 먼저 1999. 12. 30. 원고를 상대로 계약금액 증액 등을 이유로 대한상사중재원에 중재를 신청하여 분쟁해결수단으로서 중재를 선택하였으므로 원고가 법원에 소를 제기할 수 없다는 중재항변을 주장하였다.

이 사건에서 문제가 된 물품공급계약일반조건 제28조에 따르면 제1항에서는 "구매자와 공급자는 계약상 또는 계약과 관련하여 발생하는 모든 이견 및 분쟁을 직접적이고 공식적인 협상에 의해 원만하게 해결될 수 있도록 최선을 다하여야 한다."고 규정하고 있으며, 제2항에서는 "만일 그러한 비공식적인 협상의 개시일로부터 30일이 지나도록 구매자와 공급자 간의 계약상 분쟁이 해결되지 않을 경우, 일방당사자는 그 분쟁이 계약특수조건에서 명기된 공식적인 분쟁해결 수단 및 방법에 따라 해결되어질 것을 요구할 수 있다(either party may require that the dispute be referred for resolution to the formal mechanisms specified in the Special Condition of Contract)."고 규정하고 있다. 그리고 계약특수조건 제10조 제1항은 "계약일반조건 제28조에 의한 분쟁해결 수단 및 방법은 다음과 같다. 첫째, 국적이 같은 구매자와 공급자 간의 분쟁은 구매자 국가의 법에 따라 판결 또는 중재에 의하여 해결되어야 한다(the dispute shall be referred to adjudication/arbitration in accordance with the laws of the Purchaser's country)."고 규정하고 있다.

제1심(서울지법 2001.10.19 선고 2000가합49553판결)과 제2심(서울고법 2002.11.28 선고 2001나73093판결)은 피고의 중재항변을 배척하였는데, 즉 문제가 된 계약일반조건 제28조 제2항의 문언이 물품공급계약의 일방당사자가 상대방에 대해 분쟁을 판결이 아닌 중재에 의하여 해결할 것을 요구할 수 있다(may require)라고만 하고 있을 뿐이어서 일방당사자의 중재신청에 상대방이 반드시 구속되는 것은 아니며, 상대방이 중재에 의한 분쟁 해결을 반대하고 일반적인 소송절차를 통한 판결에 의해 분쟁을 해결할 것을 요구하는 경우에는 중재합의는 확정적으로 무효가 된다고 판단한 것

이다.

대법원 역시 선택적 중재조항은 일방당사자의 중재절차 선택에 대해 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 보고, 이 사건에서처럼 피고의 중재신청에 대하여 원고가 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재계약으로서의 효력이 없다는 소극적인 입장을 취하고 있다.

IV. 외국의 판례

선택적 중재합의조항의 유효여부에 대해서는 외국의 판례 역시 일치하고 있지 않다.

1. 유효론

독일 연방대법원은 1975년 12월 18일 판결(BGH NJW 1976, 852)²⁾에서 매도인에게 중재 또는 소송을 선택할 수 있는 권한을 부여한 중재합의가 유효한가의 문제에 대해 중재합의의 근거가 되는 계약자유 원칙에서 볼 때 인정하지 않을 이유가 없다고 판시하였다. 그밖에 다른 독일의 하급심 판례, 대표적으로 OLG Hamburg KTS 1958, 189; OLG München NJW 1959, 2222; OLG Oldenburg KTS 1972, 114도 이러한 입장을 취하고 있다.

홍콩법원은 1993년 2월 17일 William Company v. Chu Kong Agency C. Ltd. and Guangzhou Ocean Shipping Company사건(Hong Kong Law

2) 이 사건은 곡물공급계약에 기한 매매대금청구에 관한 것인데, 문제가 된 곡물공급계약의 조건에 따르면 매도인은 자신의 청구권에 대해 소제기전에 항변이 제기되지 않으면 중재판정부에 의해 또는 법원에 의해 판단을 받을 것 인지를 선택할 수 있도록 규정되어 있었다.

digest, B7)에서 소송 또는 중재를 선택할 수 있는 분쟁해결조항은 유효하다고 보았다.

캐나다 온타리오 주법원은 1992년 4월 30일 Mind Star가 삼성을 상대로 계약불이행을 이유로 한 손해배상청구소송에서 仲裁條項과 提訴權條項을 동시에 규정한 중재합의는 유효하다고 인정하였다(Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co. Ltd.).³⁾

미국의 연방법원은 일반적으로 중재합의조항과 관련하여서는 가능한 한 중재에 우호적인 방향으로 해석해야 한다는 입장에서 있는데, 1996년 Inegold v. Setty & Association Ltd. 81 3d 206(D.C. Cir. 1996) 사건에서 연방항소법원은 중재합의의 범위에 관해 의문이 발생하면 항상 중재가능 쪽으로 해결하여야 한다고 판시하였다.⁴⁾

2. 무효론

선택적 중재합의조항을 무효라고 본 대표적인 외국 판례로는 일반적으로 1979년 프랑스의 Tribunal de grande instance of Paris를 들고 있다. 여기서 프랑스 법원은 “분쟁의 경우, 쌍방은 중재에 의하되 만약 소송의 경우에는 센느지방법원의 전속관할로 한다(In case of dispute, the parties undertake to submit to arbitration but in case of litigation the Tribunal de la Seine shall have exclusive jurisdiction)”는 중재조항을 무효라고 보았다.⁵⁾

미국의 예로서는 1977년 Thiokol corp. v. Certain Underwriters at Lloyd's of London 사건이 있는데, 여기서 미국법원은 런던중재원의 중재 합의와 동시에 미국 법원의 관할을 인정한 중재조항을 무효로 보았다.⁶⁾

-
-) 김대현, 중재, 2002. 가을호, http://www.kcab.or.kr/M6/M6_S2.asp 참고.
 -) 김연호, 정부건설공사계약 중재조항의 재해석, 중재, 2001. 겨울호, http://www.kcab.or.kr/M6/M6_S2.asp 참고.
 -) W. Larance Craig/William W. Park/Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 2000에서 인용하고 있는 판례이다.
 -) 광경직, 법률신문, 2002.8.29.

그런데 일부 논문에서는 1972년 Heidelberg 지방법원의 판결과 이를 인용한 1973년 Kralruhe 고등법원의 판결을 선택적 중재합의조항의 유효를 인정하지 않는 독일 법원의 판례로 들고 있는데, 이는 타당하지 않다. 이 판례에서 문제가 된 것은 선택적 중재합의조항이 아니다. 문제의 조항은 "이 계약에서 생기는 모든 분쟁은 먼저 독일 상공회의소의 중재판정부에 복속한다. 당사자 일방이 그 판단을 받아들이지 아니할 경우에는 청구인이 지정하는 법원이 관할권을 가진다(All disputes arising put of this contract will be submitted in first instance to an arbitral tribunal of the German-Dutch Chamber of Commerce. If the decision is not acceptable to either party, an ordinary court of law, to be designated by the claimant, will be competent)."는 것이었다.

이 조항이 무효인 것은 선택적 중재합의조항이기 때문이 아니라 중재합의 자체가 유효하게 성립되지 않았기 때문이다. 중재는 그 본질상 법원의 재판을 배제하는 것으로서 중재판정부의 중재판정이 내려진 이후에는 당사자는 더 이상 분쟁을 법원의 소송으로 가져갈 수 없다. 중재판정부의 판정에 불만이 있다 하더라도 중재판정 취소사유가 존재하지 않는 한 당사자는 이를 받아들여야 하며, 중재판정을 무시하고 법원의 재판을 구할 수는 없는 것이다. 그런데 위 조항에서는 당사자가 중재판정부의 판단을 받아들이지 않을 때에는 법원의 재판 가능성을 열어 두고 있어 이는 중재의 본질에 반하는 것이며, 실제로 위 조항은 그 내용상 중재라기보다는 조정에 가까운 것이다. 따라서 위 판례에서 仲裁抗辯이 인정되지 않는 것은 선택적 중재합의가 무효이기 때문이 아니라 처음부터 유효한 중재합의가 성립되었다고 보기 어렵기 때문이다.

7) 박경직, 법률신문, 2002.8.29.

V. 선택적 중재합의조항의 유효성

선택적 중재합의조항의 유효성을 검토할 때 고려되어야 할 점은 다음과 같다.

1. 중재제도의 본질

법원의 재판을 통하지 않고私人인 제3자의 판단에 의해 분쟁을 해결하려는 중재제도는 이미 널리 알려진 것처럼 법원의 소송제도보다 역사적으로 더 오래된 것이다.

원칙적으로 국가는 공공의 이익과 관련되어 있지 않는 한, 국민들이 자신의 분쟁해결을 위해 국가가 제공한 법원의 소송제도를 이용하지 않고 사적인 중재판정부를 이용하는 것에 대해 큰 관심을 가지고 있지 않으며, 또한 가질 필요도 없다. 국가로서는 국민들이 자신의 권리를 찾을 수 있도록 제도적 장치를 만들어 배려하는 것으로써 그 임무를 다하는 것이기 때문에 권리를 찾고자 하는 자에게 법원에 의한 재판이라는 가능성을 선택할 수 있도록 길을 열어 두면 되는 것이다. 만일 양당사자가 국가가 제공하는 이러한 권리구제방법을 선택하지 않고 제3자에 의한 분쟁해결방법을 택하였다면 이는 그들 자신의 일이므로 국가로서는 더 이상 간섭할 필요도 없으며, 그들의 결정을 존중해 주면 그것으로 충분한 것이다.

국가가 중재라는 분쟁해결방법에 본격적으로 관심을 가지게 되는 것은 사적인 중재판정부가 내린 중재판정이 집행되어야 할 시점에서이다. 중재판정의 집행은 공권력의 개입 없이는 불가능하기 때문에 국가는 仲裁判定의 承認과 執行(중재법 제37조 이하)이라는 제도를 통해 성립된 중재판정을 면밀히 검토하여 공권력을 제공할 가치가 있는지 여부를 판단하게 된다. 즉, 국가는 공공의 이익을 위하여 공권력이라는 도움을 제공하여 중재판정을 집행하기 전에 중재판정이 법원의 판결처럼 공정하고 적법한 절차를 거쳐서 성립되었는지, 중재판정부가 법원의 재판부처럼 중립성을 지켰

는지 그리고 양당사자가 평등한 대우를 받았는지 등을 검토하게 되는 것이다. 이러한 공공의 이익이 문제되지 않는 곳에서는 국가는 가능한 한 당사자의 자율을 중시하여야 하며, 국가의 개입을 자제하여야 한다. 그리하여 법원은 중재판정의 승인과 집행을 위해 중재판정을 검토할 때에도 중재판정의 내용의 당부에 대해서는 심사할 수 없다. 만약 그렇지 않다면 국가의 소송제도를 이용하지 않고 좀 더 자유로운 중재제도를 이용하려는 당사자의 의사가 무시되는 결과가 될 것이며, 또한 소송과 중재의 同價値性을 부인하는 결과가 될 것이기 때문이다.

그런데 중재제도라는 것이 당사자들에게 그들의 뜻에 따라 법원의 소송제도를 이용하지 않고 제3자에 의한 분쟁해결방법을 허용하는 것이라고 해서 양제도에 대한 선택권을 처음부터 배제하고 어느 한 제도만 인정하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 법원의 재판을 대체하는 중재제도의 본질상 중재판정이 행해지면 동일한 사건에 대해 다시 법원의 판단을 구하는 것은 당연히 허용되지 않으며, 또한 법원의 판결에 반대하여 중재판정부의 심판을 구하는 것도 허용되지 않는다.⁸⁾ 그러나 중재절차 도중에 양당사자가 합의하여 중재절차를 중단하고 법원의 재판을 구한다거나, 법원의 재판 중에 양당사자가 합의하여 소를 취하하고 사건을 중재판정부에 맡길 수는 있다. 나아가 법원에 소송이 제기된 후에도 중재절차가 시작될 수도 있다. 이는 소송절차와 중재절차의 동가치성으로부터 나오는데, 그렇다 하더라도 양절차가 동시에 진행되어 판결과 중재판정이 충돌할 위험은 희박하다. 왜냐하면 소송절차 중에 仲裁抗辯의 가능성이 인정되고 있고,⁹⁾ 또한 법원이나 중재판정부 모두 상대방의 관할권 없음 판단에 구속되기 때문이다.

이런 점들을 고려해 볼 때, 문제가 된 사안에서처럼 처음부터 당사자에게 중재 또는 법원의 소송 중에서 분쟁해결방법을 선택할 수 있는 권한을 부여하는 중재합의는 중재제도의 본질에 비추어 볼 때 그 유효성이 전혀 문제될 것이 없다. 중재합의가 법적으로 유효하기 위해서는 당해 분쟁에

8) BGH MDR 1961, 846.

9) Bosch, Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren, S. 190.

대해 법원의 재판에 의한 권리구제절차가 배제되어야 한다¹⁰⁾는 점은 당사자로 하여금 본격적인 분쟁해결절차에 들어가기 전에 일방 또는 쌍방이 법원이나 중재판정부의 판단을 선택할 수 있도록 합의하는 것을 막지는 않는다. 오히려 이러한 선택권은 국가가 자신이 제공하는 소송이라는 제도 외에 또 다른 방식의 분쟁해결가능성을 열어 둔 이상 당사자들이 이를 자유롭게 선택할 수 있도록 해야 한다는 의미에 더 적합한 것이다. 중재합의에 의해 법원의 관할이 배제된다고 하여 당사자로 하여금 법원과 중재판정부 사이에서 분쟁해결의 방법을 선택할 수 있는 자유를 방해할 수는 없는 것이다.

2. 인격권의 보호

일반적으로 선택적 중재합의조항의 유효성을 인정하는 견해에서는 그 근거를 사적자치에서 찾고 있다.¹¹⁾ 물론 사적자치의 원칙으로부터 당사자들이 자신들의 분쟁해결방안을 자유롭게 선택할 수 있는 근거를 이끌어내는 것은 당연하다. 중재는 중재합의라는 당사자의 사적자치에 근거한 법률행위에 그 근거를 두고 있기 때문이다. 사적자치의 원칙에 따르면 각 개인의 인격은 독립되어 있어 자신의 의사에 의하지 않고는 타인에 의해 지배되지 않으며, 각 개인은 자신의 이익을 추구하기 위하여 자유경쟁함으로써 사회공동생활의 균형을 스스로 유지할 수 있는 것이다.¹²⁾ 중재판정부에 판정권한이 인정되는 것은 바로 이러한 사적자치에 근거한 당사자의 중재합의에 의해서이다.

그런데 이러한 사적자치의 원칙 보다, 좀더 근본적으로 선택적 중재합의조항의 유효성을 인정하는 근거로는 인격권, 나아가 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조를 들 수 있다. 인격권은 생명, 신체, 건강, 자유나

10) BGH NJW 1984, 669.

11) 정영환, 단계적 선택적 분쟁해결조항의 연구, 2003.4.26 안암법학회 발표논문.

12) 이영준, 한국민법론, 11면.

프라이버시 등 인격적 속성의 자유로운 발전을 위하여 인정되는 권리이다. 분쟁에 대해 법원의 재판 또는 중재판정부의 판단을 구할 것인가 하는 결정은 전적으로 당사자의 자유로운 선택에 맡겨져 있어야만 한다. 각 개인이 자신들의 분쟁을 국가가 제공하는 소송절차라는 서비스를 이용할 것인지 아니면 사인에 의한 자유로운 분쟁해결수단인 중재를 이용할 것인지를 선택할 수 있게 하는 것은 인격의 자유로운 발현이며, 또한 권리자의 인격과 분리할 수 없는 사회생활상의 이익을 보호하기 위하여 인정되어야 하는 것이다. 물론 독일과는 달리 우리 헌법에는 명문으로 인격권에 대한 규정이 존재하고 있지는 않지만, 실무에서는 학문적으로는 인격권을 인정하는 데는 이견이 없다.

또한 분쟁이 발생하였을 때 그 해결을 위해 법원이 제공하는 민사소송 절차에 의한 지원을 받아 상대방에게 청구할 것인지 아니면 이를 포기하고 다른 방법을 취할 것인지는 각 개인이 자유롭게 결정하여야 할 문제이며, 이를 인정하지 않는 것은 인간의 존엄과 가치에 반하는 일이기도 하다. 중재합의의 기초가 되고 있는 사적자치 역시 인격권 내지 개인의 존엄과 가치를 보장하기 위한 수단으로서 의미를 가지고 있는 것이다.

만일 양당사자가 분쟁해결에 국가의 지원을 원하지 않는다면, 이것 역시 그들의 자유로운 결정이므로 국가는 이를 존중하여야만 한다. 국가도 이러한 점을 인식하여 당사자들이 스스로 구성된 판정부에서 자신의 분쟁을 해결할 수 있는 가능성을 열어 두고 있으며, 이것이 바로 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판 받을 권리의 중대한 예외인 중재제도인 것이다. 당사자가 자유로운 판단에 의해 중재판정부의 판정을 받기로 합의한 때에는 당사자의 인격권을 보호하기 위해 그 의사를 존중하여 당해 분쟁과 관련하여서는 중재판정부가 법원을 대체하게 되는 것이다.

3. 효율적인 권리보호

중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력이 인정되어(중재법 제35조) 중재판정 후에는 다시 법원의 재판을 구할 수 없다는 점에서 중재제도는

다른 어떠한 대체적인 분쟁해결방안보다 법원의 재판을 완벽하게 대체하는 것이다. 그러므로 중재합의를 할 때 당사자는 당해 사건에 대해 원칙적으로 더 이상 법원의 재판이 불가능함을, 즉 자신들의 헌법상 권리인 법원에 의해 재판 받을 권리를 포기하는 것임을 정확하게 인식하고 있어야 한다. 법원에 의해 재판 받을 권리를 포기하는 당사자의 이러한 결정은 매우 신중하게 행해져야 하며, 이 점을 고려하여 중재법에서도 중재합의의 서면성을 요구하고 있는 것이다(중재법 제8조 제2항).

이처럼 중재는 조정 등과는 달리, 일단 중재합의가 행해지면 법원의 재판을 받을 수 있는 길이 막히게 되는 제도인 만큼 중재합의를 할 때 서면성의 요구 등을 통해 당사자로 하여금 신중을 기하도록 해야 할 뿐 아니라, 당사자가 최종적으로 중재를 선택할 때까지는 가능한 한 당사자에게 다양한 분쟁해결방안으로 나아갈 수 있는 길을 열어 두어야만 한다. 이는 헌법상 보장된 국민의 재판청구권을 보다 적극적으로 보호하는 길이기도 하다. 당사자로 하여금 다양한 분쟁해결방법으로서 중재 또는 법원의 재판 중에서 선택할 수 있는 가능성을 열어 두는 것은 무엇보다도 당사자의 권리를 효율적으로 보호하기 위해 필요한 일인 것이다. 당사자는 중재와 소송 중 어느 것이 자신들의 권리를 보호하는 데 더 효율적인가를 검토하여 그 중 하나를 선택할 수 있어야만 한다. 이처럼 당사자로 하여금 분쟁해결을 위해 법원의 소송이나 중재 중에서 선택할 수 있도록 하는 것은 장래에 대한 예측이 덜 명확해 질 수 있는 위험이 존재한다는 우려가 제기되기도 하나,¹³⁾ 이는 보다 효율적인 당사자의 권리보호라는 법익보다 우선시될 수 없는 관점이다.¹⁴⁾

13) 선택적 중재합의가 부적법한 것은 아니나 복잡한 문제를 발생할 가능성이 있기 때문에 가능하면 당사자에게 선택적 중재합의를 피할 것을 권한다는 견해로는 Schütze/Tscherning/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, S. 54.

14) Habscheid는 KTS 1959, 174에서 선택적 중재합의에 대해 불확실성을 이유로 의문을 표시하였으나, KTS 1979, 1에서는 자신의 견해를 수정하여 긍정적인 입장을 보이고 있다.

VI. 선택적 중재합의조항의 모습

지금까지 살펴보았듯이 선택적 중재합의조항은 중재제도의 본질이나 인격권의 측면 그리고 당사자의 효율적인 권리보호를 위해 당연히 그 유효성이 인정되어야 한다.

이러한 선택적 중재합의조항은 다양한 모습으로 나타날 수 있는데, 예컨대 법률관계로부터 다양한 형태의 분쟁이 발생하는 경우 이를 분리하여 일부에 대해서는 중재판정부에, 다른 부분에 대해서는 법원에 그 판단을 구하는 것도 가능하다. 다만 이 양자가 합쳐져야 비로소 전체 분쟁이 해결되는 경우에는 법원과 중재판정부 사이의 재판권을 분할하는 합의는 허용되지 않는다.¹⁵⁾ 그리고 당사자는 합의를 통해 중재판정부로 하여금 청구권의 근거에 대해서만 판단하도록 할 수 있으며,¹⁶⁾ 또한 청구권을 양적으로 분리하여 법원과 중재판정부에게 각각 분쟁해결을 신청하도록 하는 것도 가능하다.¹⁷⁾

다만 명확하지 않은 표현 등으로 인해 중재합의의 내용을 해석해야 할 필요가 있는 경우¹⁸⁾에는 중재와 소송을 단순히 병렬적으로 인정할 것이 아니라, 분쟁해결방법으로서 중재와 소송 중 어느 쪽을 우선시하려는 것이 당사자의 진정한 의사인지를 밝혀 내는 것이 중요하다. 일반적으로 법원의 소송은 당사자사이에 특별한 합의가 없더라도 당연히 인정되는 권리구제 수단이기 때문에 분쟁해결방안에 대해 당사자사이에 합의가 있었다면 이는 특별한 사정이 없는 한 중재를 우선시하려는 당사자의 의사로 추단할 수 있을 것이다.

15) BGH NJW 1960, 1462.

16) BGH WM 1963, 944.

17) BGH WM 1963, 944; Schwab-Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 26 f.

18) 독일 중재실무에서 볼 수 있는 중재합의상의 표현인 "Der ordentliche Rechtsweg wird nicht ausgeschlossen(일반적인 권리구제방법이 배제되는 것은 아니다)."는 중재판정에 대한 법원의 사후심사권 유보를 의미하는 것이 아니라 중재 또는 소송에 대한 당사자의 선택권을 의미하는 것으로 해석하여야 한다, Stein-Jonas-Schlosser, §1025 Rdnr. 9.

VII. 선택권의 행사

중재는 법원의 재판을 완벽하게 대체하는 분쟁해결수단이기는 하지만, 중재합의를 하는 경우 반드시 법원의 재판에 의한 권리구제 가능성이 배제되어야 하는 것은 아니다. 당사자는 합의에 의해 양자에게 또는 일방당사자에게 법원이나 중재판정부를 선택하여 분쟁해결을 구하는 선택권을 부여하는 것도 가능하다.

선택적 중재합의조항에서는 그 유효성보다는 선택권을 누가 행사할 것인지 그리고 언제 선택권이 행사된 것으로 볼 것인지 하는 문제가 실질적으로 더 큰 의미를 가진다.

1. 선택권의 행사주체

선택적 중재합의조항에서 중요한 것은 우선 누가 선택권을 가지는가 하는 점이다. 당사자는 중재합의에서 선택권을 양당사자에게 또는 일방당사자에게만 부여할 수 있다.

(1) 양당사자의 선택권

중재합의에서 양당사자에게 선택권을 부여하는 것은 어느 당사자가 언제 선택권을 행사할 것인지가 명확하지 않기 때문에 법적 안정성을 해치는 것이라는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 양당사자는 중재합의를 체결할 때 이미 분쟁해결방법으로서 법원의 재판이나 중재 중에서 선택할 수 있고, 그 선택권이 당사자 모두에게 주어져 있으며, 또한 어느 당사자이든 먼저 선택하는 사람의 선택방법에 따라야 한다는 사실을 인식하고 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 어느 당사자든 자신의 선택권을 행사하면 그로써 선택적 중재합의조항의 불안정성은 깨끗하게 해소되는 것이다. 그리고 양당사자에게 선택의 기회가 공평하게 부여된 이상, 그 선택권을 자신보다 먼저 행사하였다고 해서 상대방 당사자를 비난할 수는 없다. 각 당사자는

언제든지 상대방이 먼저 선택권을 행사하면 자신은 이에 따라야 한다는 사실을 알고 있고 또 알고 있어야 하기 때문에 만일 자신이 법원의 재판보다 중재를 원한다면 상대방보다 먼저 이를 신청하면 되는 것이다.

(2) 일당당사자의 선택권

선택적 중재합의에서 당사자는 합의를 통해 일방당사자로 하여금 일정한 요건을 갖춘 경우 일반법원과 중재판정부 사이에서 선택할 수 있는 권한을 부여할 수 있다. 예컨대 매매계약을 체결할 때 양당사자는 매매대금 청구권과 관련하여서는 매도인에게 중재 또는 소송을 선택할 수 있는 권한을 부여할 수 있다. 일반적으로 매매대금청구권은 매도인에게 귀속되기 때문이다. 이와 관련하여 독일 연방대법원은 소제기시까지 청구권에 대해 아무런 이의가 제기되지 않은 경우에는 매도인으로 하여금 중재판정부 대신 법원의 판단을 구할 수 있는 선택권을 준 당사자의 합의를 유효하다고 보았다.¹⁹⁾ 이러한 점에서 볼 때, 앞에서 언급한 서울고법 2001.4.24 선고 2000나51386 판결이 선택적 중재합의를 유효로 보기는 하였으나, 그 판결 이유에서 당사자사이에 체결한 계약서에 명시적으로 규정되어 있는 일방당사자의 선택권을 인정하지 않은 점은 타당하지 않다. 판결이유에 따르면, 서울고법은 계약서에서 일방당사자인 피고에게 선택권을 주는 것으로 표현하고 있는 경우라 하더라도 중재조항에서 어느 일방당사자의 중재신청권을 배제 또는 제한하기로 명시적으로 규정하지 않는 한 쌍방 계약당사자 모두 중재신청권을 갖는다고 보는 것이 당사자의 의사에 합치한다고 보았다. 그러나 이 소송에서 문제되고 있는 투자계약서와 인수계약서 제21조와 제20조에서는 각각 명시적으로 갑(피고)의 선택권을 인정하고 있기 때문에 일방당사자에게 선택권을 부여하고 있는 당사자의 의사를 충분히 확인할 수 있다. 따라서 계약서에 나타나 있는 명시적인 의사와는 달리 굳이 양당사자 모두에게 선택권이 있는 것으로 해석할 필요는 없는 것이다.

19) BGH NJW 1979, 852. 물론 일방당사자에게만 그러한 선택권을 준 것에 대해 법적 불안정성을 이유로 우려를 표하는 견해가 없는 것은 아니다, Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rdnr. 165.

물론 일방당사자에게 선택권을 부여하는 합의를 하는 경우에는 항상 조심하여야 한다. 왜냐하면 법원이나 중재판정부를 선택할 수 있는 권한을 가진 당사자가 이를 악용할 위험이 있기 때문이다. 특히 일방당사자에게만 선택권이 주어진 경우에는 그 합의가 당사자 사이의 불공정한 협의에 의해 결정된 것은 아닌지 하는 점을 유의하여야 한다. 만일 일방당사자가 자신의 우월적 지위를 이용하여 독점적으로 선택권을 행사하도록 합의한 경우에는 중재판정의 효력을 인정하기 어려울 것이다. 과거 독일 중재법에서는 이러한 일방당사자에 의한 부당한 중재합의의 무효를 명시적으로 규정하였지만(舊독일민사소송법 제1025조 제2항), 개정법에서는 공서양속(ordre public)에 반하는 중재판정에 대한 取消의 訴의 규정(독일민사소송법 제1059조 제2항)을 통해 이 문제를 해결할 수 있다고 보아 폐지하였다.

2. 선택권의 행사시기

당사자에게 법원이나 중재판정부의 판단을 구할 수 있는 선택권을 부여하는 경우에 당사자의 합의에서 무엇보다도 명확히 하여야 할 것은 언제 그 선택권을 행사한 것으로 보아야 할 것인지 하는 점이다.

선택권의 행사시기와 관련하여서는 선택권이 양당사자에게 주어진 경우와 일방당사자만이 선택권을 가지는 경우를 구분하여 살펴보아야 한다.

(1) 양당사자의 선택권

우선 양당사자가 선택권을 가지는 경우에는 특히 그 선택권의 행사시기가 중요한데, 일반적으로 법원에서의 訴提起 또는 중재절차의 시작으로써 선택권을 행사한 것으로 보아야 한다.²⁰⁾ 일방당사자가 법원에 소송을 제기하거나 또는 중재절차를 시작하면 이로써 소송계속의 항변이나 중재항변이 발생하게 된다. 특히 당사자의 의사가 분명하지 않은 경우에는 일방당사자가 중재인을 선임하는 등 중재절차를 시작하면 이로써 선택권을 행사

20) Schwab-Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 27 f.

한 것이 되어 원칙적으로 법원의 재판은 배제되고 분쟁해결은 중재절차에 의하게 된다.

(2) 일당당사자의 선택권

당사자의 합의에 의해 선택권이 일방당사자에게만 주어진 경우에는 선택권이 적절한 기간 내에 행사될 수 있어야 한다. 선택권자는 선택의무를 부담하는 것은 아니지만 선택권자가 선택권을 행사하지 않으면 상대방에게 선택권이 넘어가는 것으로 보아야 한다. 예컨대 선택권이 없는 당사자는 소를 제기하고자 하는데, 선택권이 있는 당사자가 선택권을 행사하지 않고 있는 경우의 문제에 대해 일부에서는 일정한 기간을 정하여 그 기간이 지나가 버린 후에는 선택권이 상대방에게 넘어간다고 보기도 하고,²¹⁾ 또 다른 편에서는 새로운 합의가 필요하다고 주장하기도 한다.²²⁾ 생각건대 절차의 신속한 진행을 위해서는 전자의 견해가 타당하다.

일방당사자에게만 선택권을 부여한 경우에는 이 일방당사자가 사회적 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 상대방 당사자에게 불리한 행위를 할 수도 있다. 그러므로 이를 피하기 위해서는 일정한 기간을 정하여 그 기간까지 선택권을 행사하지 않는 경우에는 상대방 당사자에게 선택권이 넘어가는 것으로 해석하여야 할 것이며, 실무상으로는 당사자가 선택적 중재합의에서 이러한 내용을 명시하도록 유도하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 해석은 민법 제381조(選擇權의 移轉)와도 상응한다. 선택권을 가진 당사자가 선택권을 행사하지 않는 경우에는 민법 제381조를 준용하여, 상대방은 선택권 행사기간이 정해져 있는 경우뿐 아니라 선택권 행사기간이 정해져 있지 않은 경우에도 상당한 기간을 정하여 선택권자에게 선택을 최고한 후 선택권자의 선택이 없으면 자신이 선택권을 행사할 수 있게 되는 것이다.

21) Schwab-Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 26 f.

22) Wiczeorek/Schütze, §1025 Anm. B II b 1.

3. 선택권의 행사방법

선택적 중재합의에 대해서는 명문규정이 존재하고 있지 않기 때문에 선택권 행사방법에 대해서는 민법상 선택채무의 내용을 준용하는 것이 타당할 것이다. 선택채무에서 선택권의 행사는 묵시적으로도 가능하며, 선택권한이 있는 채무자가 선택한 목적물을 제공하는 것으로 선택권을 행사한 것이 된다. 또한 채권자가 선택권을 가지는 경우에는 급부를 아무런 이익 없이 수령하거나 소를 제기하거나²³⁾ 강제집행절차를 개시하는 것²⁴⁾에서도 선택의 의사표시를 추인하고 있다.

이에 따라 선택적 중재합의에서도 당사자는 선택권을 행사할 때 반드시 명시적인 의사표시로 할 필요는 없다. 당사자가 법원의 재판을 선택한 경우에는 訴狀의 제출을 선택권의 행사로 보아야 하며, 중재판정부의 경우에는 상설중재판정부가 아닌 한, 중재인의 선임 등 중재절차의 시작을 선택권의 행사로 보아야 한다. 즉, 법원의 재판에서와는 달리 중재판정부의 중재에서는 중재판정부를 구성하는 일이 먼저 행해져야 하므로 중재신청서를 제출하는 것을 선택권의 행사로 보아서는 안되며, 이와 함께 중재인의 선임이 행해져야 하는 것이다.

4. 보충적 합의

선택권의 행사와 관련하여서는 중재합의에서 당사자에게 선택권을 부여하는 일 외에 선택권 행사에 양당사자가 구속된다는 보충적 내용이 반드시 포함되어 있어야 하는가의 문제가 있다.

앞에서 언급한 서울지법 2002.2.5 선고 2001가합54637 판결(선택적 중재합의조항의 유효 인정)의 대상이 된 대한상사중재원의 제99111-0099호 판정에서 중재판정부는 “재판과 중재합의가 선택적으로 허용되는 합의를 한 경우에 이 합의가 유효한 중재합의로 인정되기 위하여는 적어도 계약당사

23) RGZ 154, 58.

24) RGZ 136, 127.

자 일방이 먼저 선택한 분쟁해결수단에 대하여 다른 당사자가 반드시 이에 따라야 한다는 취지의 보충합의가 있어야 한다”고 판단하였다. 이 중재판정은 일부에서 해석하듯이²⁵⁾ 선택적 중재합의조항의 무효를 인정한 판정이 아니라 선택적 중재합의는 인정하되 보충적 합의가 필요함을 밝히고 있는 판정이다. 그리고 서울고법 2002.11.28 선고 2001나73093 판결에서는 문제가 된 계약일반조건 제28조 제2항의 문언이 물품공급계약의 일방당사자가 상대방에 대해 분쟁을 판결이 아닌 중재에 의하여 해결할 것을 요구할 수 있다(may require)라고만 하고 있을 뿐이어서 일방당사자의 중재신청에 상대방이 반드시 구속되는 것은 아니라고 보았으며²⁶⁾, 이 사건에 대한 대법원 2003.8.22 선고 2003다318 판결 역시 선택적 중재조항은 일방당사자의 중재절차 선택에 대해 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 보았다.

살펴보건대 만일 일방당사자가 선택권을 행사했음에도 불구하고 상대방 당사자가 이에 따르지 않는다면 이는 선택적 중재합의의 본질에 반하는 것이다. 당사자의 합의에 의해 소송이나 중재 중에서 분쟁해결방법을 선택할 수 있도록 해 놓고서 상대방의 선택권 행사를 인정하지 않고 그 선택에 따르지 않는다면 이는 선택적 중재합의의 존재 자체를 부인하는 것이다. 따라서 상대방의 선택에 따른다는 보충적 합의는 선택적 중재합의에 명시적으로 나타나 있지 않다 하더라도 선택적 중재합의의 본질 자체에서 당연히 인정될 수 있는 내용이다. 즉, 양당사자 또는 일방당사자에게 법원의 소송이나 중재 중에서 선택할 수 있는 권한을 부여하는 합의 속에는 그 선택에 따른다는 내용이 당연히 포함되어 있는 것으로 보아야 하는 것

25) 정영환, 단계적 선택적 분쟁해결조항의 연구, 2003.4.26 안암법학회 발표논문.

26) 서울고법은 may require라고 표현하고 있는 것을 근거로 상대방의 선택에 반드시 따라야 할 필요는 없다고 해석하고 있지만, 사전적인 의미에서 보면 require는 단순히 요청하는 것이 아니라 권리나 권력으로서 상대방에게 요구하는 것을 의미(To call for as obligatory, To impose an obligation on...)하기 때문에 require라는 단어자체로부터도 상대방의 선택에 따라야 함을 인정할 수 있을 것이다.

이다. 선택적 중재합의에서 선택이라는 것은 그 결과에 당사자 모두 구속됨을 전제로 한 것으로 해석하여야 하며, 만일 그렇지 않다면 당사자에게 선택권을 부여한 합의는 그 의미를 상실하게 될 것이다.

VIII. 마치며

법원의 업무부담이 증가하면서 법원의 재판을 대체하는 분쟁해결방안(ADR Alternative Dispute Resolution)은 현재 전 세계적으로 관심의 대상이 되고 있다. 그 중에서 특히 중재는 가장 완벽하게 법원의 판결을 대신한다는 점에서 보다 큰 의미를 가진다. 그리하여 세계 각 국은 自國의 중재활성화를 위해 그리고 自國을 국제중재지로 부상시키기 위해 1985년 UNCITRAL에서 제안한 Model law를 수용하여 국내중재법을 개정하기도 하였다. 우리나라에서도 1999년 중재법을 개정하여 UNCITRAL 모델중재법을 받아들임으로써 중재법의 현대화와 국제화를 도모하였다.

중재제도가 가지는 편리성, 신속성 그리고 전문성 등 여러 장점을 고려해 볼 때 분쟁해결방안으로서 중재가 적극적으로 활용되는 것은 바람직한 일이다. 다만 다른 대체적 분쟁해결방안과는 달리 중재는 일단 성립되면 법원의 소송으로 나아갈 수 있는 길이 막히게 되는 제도라는 점을 감안한다면 가능한 한 당사자들에게는 중재와 법원의 소송 가운데서 분쟁해결방법을 선택할 수 있도록 보다 넓은 가능성이 열려 있어야만 한다.

중재합의라는 것이 일반적으로는 분쟁을 법원의 재판이 아니라 중재판정에 의해 해결하겠다는 당사자의 의사가 합치된 모습이지만, 이와는 달리 당사자로 하여금 분쟁해결을 위해 중재 또는 법원의 재판을 선택하도록 한 다음 중재를 선택하면 이로써 법원의 재판이 배제되는 모습의 합의도 가능한 것이다. 이러한 선택적 중재합의조항은 중재의 본질이나 국민의 인격권 그리고 효율적인 권리보호라는 측면에서 당연히 그 유효성이 인정되어야 한다. 다만 선택권의 행사와 관련하여 행사주체, 행사시기, 행사방법

등을 판단할 때 어느 일방당사자의 이익이 침해되지 않고 양당사자가 공평한 기회를 가질 수 있도록 주의 깊게 해석하여야 할 것이다.

Zusammenfassung

Die wahlweise Vereinbarung zwischen Schieds- und Staatsgericht

Sun Ju Jeong

Die vorliegende Arbeit bezieht sich auf die Probleme, ob eine Vereinbarung, in der einer der Parteien oder den beiden ein Wahlrecht zwischen ordentlichem Gericht und Schiedsgericht eingeräumt ist, als eine wirksame Schiedsvereinbarung anzusehen ist, wem das Wahlrecht zuzustehen ist und wie das Wahlrecht auszuüben ist. Im Hinblick auf diese Problematik stehen nicht nur in der Literatur sondern auch in der Praxis die Meinungen einander konträr gegenüber.

Die Wirksamkeit einer wahlweisen Vereinbarung zwischen Schieds- und Staatsgericht ergibt sich vor allem aus dem Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht i.V.m. Vertragsfreiheit und nicht zuletzt dem effektiven Rechtsschutz. Weil es für das schiedsgerichtliche Verfahren wesentlich ist, dass es an die Stelle des sonst offenstehenden Verfahrens vor den Staatsgerichten tritt und nach dem Erlass des Schiedsspruchs die Beschreitung des ordentlichen Rechtswegs auszuschliessen ist, ist es erforderlich, den Parteien die Erledigung des Rechtsstreits auf verschiedene Weise zu gewährleisten. Das trägt auch zum effektiven Rechtsschutz der Parteien bei. Ausserdem

ist es nicht einzusehen, warum es rechtlich nicht möglich sein sollte, die Vertragsschliessenden sich gegenseitig das Wahlrecht zwischen Schiedsgericht und Staatsgericht einzuräumen. Die Vertragsfreiheit bzw. das allgemeine Persönlichkeitsrecht gilt auch für Schiedsverträge. Wenn die Parteiautonomie im Privatrecht ihren Sinn behalten sollte, ist es notwendig, den Parteiwillen in dem wörtlichen Ausdruck und in seinem Sinngehalt bestehen zu lassen. Damit steht fest, dass gegen die Einräumung eines Wahlrechts zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht grundsätzlich keine Bedenken bestehen.

Das Hauptproblem der wahlweisen Vereinbarung zwischen Schieds- und Staatsgericht liegt nicht in ihrer Wirksamkeit, vielmehr in den einzelnen Problemen hinsichtlich des Wahlrechts, nämlich das Subjekt, die Art und Weise der Ausübung des Wahlrechts usw. Das Wahlrecht kann aufgrund der Parteivereinbarung nur einer Partei vorbehalten bleiben oder beiden eingeräumt werden. Anders als die Ansicht des höchsten Gerichtshofes ist von der Bindung der Partei an die Ausübung des Wahlrechts auszugehen, wenn die andere von dem Wahlrecht Gebrauch macht. In bezug auf die Bindung bedarf es im Prinzip keiner ergänzenden Vereinbarung, denn mit dem Verneinen dieser Bindung würde zugleich das Wahlrecht selbst geleugnet. Ein Verbrauch des Wahlrechts ist anzunehmen, sobald die Klage vor dem staatlichen Gericht erhoben oder das Schiedsverfahren eingeleitet wurde. Steht das Wahlrecht nur einer Partei zu, ist es entsprechend §381 KBGB Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Wahlrecht übergeht.

Key Words : Schiedsvereinbarung, Schiedsverfahren, Vertragsfreiheit, Wahlrecht, wahlweise Vereinbarung, effektiver Rechtsschutz

참 고 문 헌

- 곽경직 법률신문 2002년 8월 29일
김대현 소송과 중재 모두를 규정한 선택적 분쟁해결조항의 효력, 중재, 2002년 가을호, 11면 이하.
김명기 선택적 중재합의에 관한 판례의 연구, 중재, 2003년 가을호, 13면 이하.
김연호 정부건설공사계약 중재조항의 재해석, 중재, 2001년 겨울호, 19면 이하.
서동희 법률신문 2002년 8월 22일
이영준 한국민법론, 박영사, 2003.
임채홍 법률신문 2002년 10월 12일
장문철 선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항, 중재연구, 제12권 제2호 (2003년), 263면 이하.
채완병 선택적 중재합의에 대한 판단, 중재, 2002년 가을호, 87면 이하.
- Bosch Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren, 1991.
Lachmann Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit, 1998.
W. Larance Craig/William W. Park/Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 2000.
Schütze/Tscherning/Wais Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl., 1990.
Schwab-Walter Schiedsgerichtsbarkeit, 2000.
Stein-Jonas-Schlosser Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1994.
Wieczorek/Schütze ZPO-Kommentar, 1994.
ZPO Münchener Kommentar, Bd. III, 1992.