

## 선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구

김경배\* · 신군재\*\*

### 〈목 차〉

- I. 서론
- II. 선택적 중재합의의 해석의 기본원칙
- III. 선택적 중재합의의 실례와 국내외 법원판례
- IV. 법원판례 분석
- V. 결론

\* 대한상사중재원 차장, 경영학 박사

\*\* 신라대학교 국제통상정보학과 전임강사

## I. 서론

국제거래분야에 있어서 분쟁해결수단으로서 중재의 중요성이 날로 높아가고 있으며 실제로 중재사건의 수도 꾸준히 증가하고 있는 상황에 있다. 그런데 중재사건에서 가장 기초적인 문제이면서 가장 먼저 검토의 대상이 되어야 하는 것이 바로 중재합의의 존부문제일 것이다. 왜냐하면 중재합의(arbitration agreement)란 당사자가 법원에 의한 재판절차를 배제한 채 당사자가 합의한 절차에 따라 종국적으로 분쟁을 해결하기로 하는 합의라는 점에서 그 존재 여부에 따라 당사자들의 이해관계에 지대한 영향을 미치게 되기 때문이다.

그런데 분쟁당사자가 중재제도를 이용하기 위한 전제조건으로 중재합의를 하는데, 이 중재합의의 내용이 “중재나 재판” 또는 “중재와 조정”을 선택하도록 규정된 이른바 선택적 중재합의가 유효한 중재합의로 볼 수 있는가에 대한 문제가 큰 이슈로 떠오르고 있다. 이에 대한 법원의 판결은 유효론과 무효론으로 나누어져 일관성을 유지하지 못하고 있었으나 최근에 두 사건의 대법원 판결<sup>1)</sup>로 선택적 중재합의에 대한 무효 또는 부존재의 경향으로 확립되어 가고 있다.

대법원이 선택적 중재합의에 관하여 부정적 입장을 취하고 있는 시점에서, 법원은 분쟁당사자에게 분쟁해결방식에 대한 광범위한 선택권 부여, 소송에 대체할 수 있는 최상의 분쟁해결서비스 제공, 소송과 중재의 상호간 보완적 · 동반적 관계설정, 중재제도의 적극적 이용권장이라는 점에서 선택적 중재합의의 유효성 판단근거를 재해석하고 이를 실무적 절차에 반영하여야 한다.

따라서 본 논문은 선택적 중재합의의 유효성을 검토하기 위해 첫째, 선택적 중재합의의 해석의 기본원칙 둘째, 선택적 중재합의의 실

1) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166판결.

례 셋째, 국내의 법원판례 등 기본적 자료를 제시하고 이를 토대로 법원의 판례분석 즉, 당사자간의 중재합의, 서면에 의한 중재합의, 사적자치의 원칙, 국내법원 판례와 외국법원 판례 비교, 중재와 재판의 상호관계 설정 등의 초점에서 선택적 중재합의의 유효성을 고찰하여 향후 선택적 중재합의의 판단근거를 제시하고자 한다.

## II. 선택적 중재합의의 해석의 기본원칙

### 1. 중재합의의 의의

중재합의(arbitration agreement)란 일정한 분쟁을 중재에 부탁하는 합의라고 할 수 있다. 즉, 당사자가 일정한 분쟁을 어떤 국가의 법원 판단에 의한 해결을 배제하고 당사자가 합의한 중재절차에 따라 해결하기로 하는 내용의 합의를 말한다. 우리나라 중재법 제3조 제2호에서는 “계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래에 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의”를 중재합의라고 규정하고 있다. 그 밖의 UNCITRAL 모범법 제7조 제1항과 뉴욕협약 제7조 제1항, 영국 중재법 제1부 제6항 (1), 독일 중재법 제2장 제1029항 (1)에서도 중재합의의 정의를 규정하고 있다.

요컨대, 중재합의는 분쟁사안에 있어서 법원의 재판절차에 의하지 아니하고 선정된 사람의 판단에 의하도록 하는 약정, 중재에 들어가기 위한 합의,<sup>2)</sup> 장차 분쟁을 중재에 부탁하기 위한 합의,<sup>3)</sup> 또는 야기되

2) Herny J. Brown, Arthur L. Marriott, *ADR Principales and Practice*, 2nd ed., Sweet and Maxwell, London, 1999, p.59.

3) D. Mark Cato, Lan Manezies, *Arbitration Practice and Procedure*, Lloyds's of

는 어떤 분쟁을 중재에 부탁하도록 하는 당사자의 합의를 말한다.

따라서 중재합의는 당사자간에 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말하며, 이는 주계약의 일부 분으로 삽입하는 중재조항(arbitration clause)과 주계약에 다른 문서나 서류를 편입하는 중재조항 그리고 분쟁이 발생한 후에 중재에 부탁하기로 하는 합의로서 사후중재합의 방식을 취할 수 있다.

## 2. 선택적 중재합의의 의의

선택적 중재합의라는 용어는 정부발주공사계약에 편입되는 재경부 회계예규 내용이 그대로 계약조항이 되고 그 회계예규상의 분쟁해결 조항인 중재조항이 인용되면서 사용이 일반화 되었다. 이러한 선택적 중재합의는 국내법상이나 국제법상 어느 규정에도 규정되어 있지 않다.

따라서 지금까지 발표한 여러 논문을 통한 선택적 중재합의의 정의를 정리하면, 김연호(2004)는 선택적 중재합의란 계약서에 당사자간에 분쟁이 발생한 경우 중재로써 해결하고 그 중재판정은 최종적이라는 전속적 중재조항을 삽입하지 아니하고 중재 이외에 조정 또는 법원의 판결을 통하여 분쟁을 해결할 수 있도록 규정한 중재합의를 의미한다.<sup>4)</sup> 그밖에 안동섭(2003)은 분쟁해결수단으로 중재와 소송 중 당사자 일방이 중재신청 또는 소송 제기시에 어느 하나를 선택할 수 있도록 규정하는 중재합의,<sup>5)</sup> 김명기(2003)는 중재와 재판을 선택적 분쟁해결 방법으로 규정한 중재합의,<sup>6)</sup> 김대현(2002)은 소송 또는 중재를 선택적

press, London, 1992, p.1.

4) 김연호, “건설중재시 선택적 중재합의의 재해석”, 「중재」, 제314호, 대한상사중재원, 2004.겨울, pp.52-53.

5) 안동섭, “중재합의의 유효성”, 「중재」, 제310호, 대한상사중재원, 2003.겨울, p.54.

6) 김명기, “선택적 중재합의에 관한 판례의 연구”, 「중재」, 제309호, 대한상사중

으로 이용할 수 있도록 규정한 중재합의,<sup>7)</sup> 장문철(2003)은 선택적으로 중재를 이용할 수 있도록 규정한 중재합의<sup>8)</sup> 등으로 규정하고 있다.

선택적 중재합의에는 당사자 중 어느 한쪽에 선택권을 부여하는 유형과 쌍방에 선택권을 부여하는 유형이 있을 수 있다. 한편, 전속적 중재합의란 중재합의시에 중재에 의해서만 해결하기로 정하는 중재합의를 의미한 것으로 소송에 의한 해결방법을 차단한 것이다.

### 3. 선택적 중재합의의 해석의 기본원칙

#### (1) 당사자 자치의 원칙

당사자 자치의 원칙(*autonomy of the parties rule*)이란 계약자유 원칙에 따라 계약내용을 강행법(*jus cogen*)과 공서법(*public policy*)에 반하지 아니하는 한 당사자가 임의로 선정할 수 있는 것과 같이 중재합의의 내용은 당사자 임의로 정할 수 있다는 원칙을 말한다.<sup>9)</sup> 이 원칙은 당사자의 선택을 표시하는 당사자 자유의 원칙을 말한다.<sup>10)</sup>

이 원칙에 따라 중재인은 당사자의 의도를 승인하고 효력을 부여할 의무를 지게 된다. 그러므로 중재인은 당사자의 합의된 지침에 따라야 하고 중재판정부는 그 자신의 권한을 정할 권능을 갖고 있으므로<sup>11)</sup> 당사자의 선택적 중재합의도 존중되어야 한다는 것이다.

재원, 2003가을, p.15.

7) 김대현, “소송과 중재 모두를 규정한 선택적 분쟁해결조항의 효력”, 「중재」, 제305호, 대한상사중재원, 2002.가을, p.11.

8) 장문철, “선택적 중재합의의 유효성”, 「중재」, 제307호, 대한상사중재원, 2003.봄, p.49.

9) 김명기, 전계논문, p.17.

10) Julian D. M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York: Oceana, 1978, p.82.

11) Howard H. Holtzmann, Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Boston: Kluwer Law and Taxation, 1994, pp.478-479.

## (2) 광관할권해석의 원칙

광관할권해석의 원칙(wide jurisdiction rule of interpretation)이란 중재인의 관할권이 문제되었을 때 중재인은 그 자신의 관할권을 결정함에 있어서 광범위한 관할권이 중재인에게 주어지는 원칙을 의미한다.<sup>12)</sup>

영국의 항소심 법원은 *Dalimid Dairy Industrial v. National Bank of Pakistan* 사건에서 중재인은 그의 중재관할권을 결정함에 있어서 광범위한 재량권을 갖는다고 판시하였다. 이와 같이 영국법원은 중재인의 관할권이 문제되었을 경우에 중재인이 자신의 관할권을 결정할 광범위한 관할권을 갖는다는 광관할권해석의 원칙을 판례로 확립하고 있다.<sup>13)</sup>

## (3) 권능-권능의 원칙

권능-권능의 원칙(principle of Kompetenz - Kompetenz)이란 중재판정부는 그 자신의 권능을 규정할 권능을 갖는다는 원칙을 말한다.<sup>14)</sup> 이 권능-권능의 원칙에 따라 당사자 일방이 관할권의 부재를 주장할 경우에 중재판정부는 스스로 관할권의 존부를 결정하게 된다. 원래 중재판정부는 그 자신의 관할권을 스스로 결정할 권능을 갖고 있으므로 선택적 중재합의가 유효인가 무효인가를 결정할 권능은 중재판정부에 있다. 이 원칙은 UNCITRAL 모범법과 ICC 중재규칙 및 그 외의 많은 국제조약에 의해 중재의 기본원칙의 하나로 채택되어 있다.<sup>15)</sup>

---

12) Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet and Maxwell, 1986, p.214.

13) 김명기, 전제논문, pp.17-18.

14) 김명기, 상제논문, p.18.

15) The UNCITRAL Arbitration Rules, Article21(1), The Rules for the ICC Court of Arbitration, Article 8(3), The European Convention on International Commercial Arbitration, Article5(3).

## (4) 모세스 콘 추정해석의 원칙

모세스 콘 추정해석의 원칙(moses cone presumption rule of interpretation)이란 당사자가 중재합의의 범위에 대하여 명백히 범위를 축소하지 않는 한 당사자의 의도를 넓게 해석한다는 원칙을 말한다.<sup>16)</sup> 따라서 이 원칙은 중재조항이 주장된 분쟁을 포괄하는 해석을 수용할 수 없다는 적극적인 확증이 없는 한 중재는 강행되어야 한다는 것이다.<sup>17)</sup>

모세스 콘 추정해석의 원칙(moses cone presumption rule of interpretation)은 친 중재해석의 원칙(pro-arbitration rule of interpretation)이라고도 한다. 미국의 연방항소법원은 *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.* 사건에서 중재합의 범위에 관해 중재합의는 특정 분쟁을 제외하기로 당사자에 의해 명백히 의도되지 아니한 한 중재를 통하여 분쟁을 해결하기로 하였다는 의미로 해석되어야 한다고 판시하였다.<sup>18)</sup> 이러한 원칙은 미국의 중재법상 중재합의의 범위에 관해서만 적용되는 것이 아니라 뉴욕협약상 중재합의의 해석에 관하여도 많은 판결에 의해 수용되어 왔다. 모세스 콘 추정해석의 원칙은 중재합의의 범위에 관한 중재합의의 해석에 관해 미국의 판례에 의해 확립된 원칙이라고 할 수 있다.

16) 이주원, 김경배, 신군재, 「사례로 배우는 무역실무」, 무역경영사, 2003, p.431.

17) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration in the United States: Commentary and Materials*, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p.402.

18) 김연호, “정부건설공사계약 중재조항의 재해석”, 「중재」, 제302호, 대한상사중재원, 2001 겨울, p.20.

### Ⅲ. 선택적 중재합의의 실례와 법원판례

#### 1. 선택적 중재합의<sup>19)</sup>의 실례

재정경제부는 국가와 계약을 체결하는 공사계약일반조건, 물품매매 계약일반조건, 기술용역계약일반조건 등에 대체적 분쟁해결제도 중의 하나인 중재조항을 삽입하여 계약을 체결하도록 유도하고 있다. 위 계약일반조건에 삽입된 분쟁해결조항과 관련 수차례 수정·개정되었던 선택적 중재합의와 그 밖의 선택적 중재합의의 유효성의 다툼과 연관되었던 실례를 자세히 살펴보기로 한다.

##### (1) 제1유형 : 조정 또는 중재

제1유형은 대한민국 재경부 회계예규(1998. 8. 10. 2200.04-104-7)의 공사계약일반조건 제31조에 규정되어 있는 것으로 다음과 같다. ① 당해 계약문서와 회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁은 계약 당사자가 쌍방의 합의에 의하여 해결한다. ② 제①항의 합의가 성립하지 못할 때에는 당사자는 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의하여 해결할 수 있다.

##### (2) 제2유형 : 조정 또는 중재, 조정 불복시 소송

제2유형은 대한민국 재경부 회계예규(1999. 9. 9. 2200.04-104-8)의

---

19) 선택적 중재조항의 유형에 대해 다수의 논문이 발표되었음. 김연호, 전계논문, 2004. 겨울, pp53-55; 김대현, 전계논문, pp.11-12; 정영환, “단계적, 선택적 분쟁 해결조항의 연구”, 「중재」, 제308호, 대한상사중재원, 2003. 여름, pp.46-48; 장문철, “선택적 중재합의의 문제점”, 「인권과 정의」, Vol. 337, 대한변호사협회, 2004.9, pp.94-97.



공사계약일반조건 제51조에 규정되어 있는 것으로 다음과 같다. ① 계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ② 분쟁이 발생한 날로부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 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 법원의 해결에 의한다.

대법원이 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결(서울고법 2004. 7. 2. 선고 2003나66693)사건에서 이 유형에 대한 유효성을 판단하였다.

### (3) 제3유형 : 중재 · 조정 · 소송

제3유형은 대한민국 재경부 회계예규(2001. 2. 10. 2200.04-104-9)의 공사계약일반조건 제51조에 규정되어 있는 것으로 다음과 같다. ① 생략 ② 제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다. 1. 중재법에 의한 중재기관의 중재 2. 국가를당사자로하는계약에관한법률 제4조에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차 3. 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결.

### (4) 제4유형 : 소송 또는 중재

제4유형은 대한민국 재경부 회계예규(2003. 12. 26. 2200.04-104-8)의 공사계약일반조건 제51조에 규정되어 있는 것으로 다음과 같다. ① 생략 ② 제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 때에는 법원의 판결 또는 중재법에 의한 중재에 의하여 해결한다.

### (5) 제5유형 : 계약일반조건에 편입된 계약특수조건상의 소송 또는 중재

제5유형은 계약일반조건에 편입된 계약특수조건에 기재된 분쟁해결

수단 및 방법에 따라서 해결하는 방식으로 다음과 같다. 계약일반조건 제28조 제1항은 구매자와 공급자는 계약상 도는 계약과 관련하여 발생하는 모든 이견 및 분쟁을 직접적이고 공식적인 협상에 의해 원만하게 해결할 있도록 최선을 다하여야 한다. 제2항은 만일 그러한 비공식적인 협상의 개시일로부터 30일이 지나도록 구매자와 공급자간의 계약상 분쟁이 해결되지 않을 경우 일방 당사자는 그 분쟁이 계약특수조건에서 명기된 공식적인 분쟁해결수단 및 방법에 따라 해결되어 질 것을 요구할 수 있다. 계약특수조건 제10조 제1항은 계약일반조건 제28조에 의한 분쟁해결 수단 및 방법은 다음과 같다. 1. 국적이 같은 구매자와 공급자간의 분쟁은 구매자 국가의 법에 따라 판결 또는 중재에 의하여 해결되어야 한다. 대법원이 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결(서울고법 2002. 11. 28. 선고 2001나73093)사건에서 이 유형에 대한 유효성을 판단하였다.

## 2. 법원의 판례

선택적 중재합의의 유효성에 대한 법원의 판례가 기존에 많이 나와 있고 또한 현재 하급심이나 대법원에 많은 사건이 계류 중에 있다. 그런데 기존의 법원의 판결문을 자세히 살펴보면, 선택적 중재합의에 대한 유효성을 인정하는 범위가 조금씩 다르다. 그렇기 때문에 본 논문은 선택적 중재합의의 유효성을 단순히 유효론과 무효론으로 분류하는 것<sup>20)</sup>보다는 법원이 선택적 중재합의를 판단함에 있어 그 유효성을 어느 정도 인정(조건부 인정정도)<sup>21)</sup> 하고 있는지로 분류하여 살펴보고자 한다.

20) 김명기, 전계논문, pp18-29; 김연호, 전계논문, pp53-58; 정영환, 전계논문, pp50-52.

21) 김대현, "선택적 중재조항 관련 대법원 판례의 해석과 의미", 「중재」, 제312호, 대한상사중재원, 2004. 여름, pp441-46; 장문철, 전계논문, pp.99-104.

(1) 선택적 중재합의의 유효성을 인정한 판례

1) 서울고등법원 2002. 7. 2. 선고 2002나6878 판결<sup>22)</sup>

이 사건은 서울지방법원 동부지원 판결에 대한 항소심 사건으로 피고는 공사계약일반조건상의 선택적 중재합의(제2유형 : 조정 또는 중재, 조정 불복시 소송)를 유효한 중재합의라고 주장하다.

법원은 중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래에 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 해석하면서 본 계약상의 선택적 중재조항은 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.

2) 대구고등법원 2001. 7. 26. 선고 2000나7654판결<sup>23)</sup>

원고는 피고를 상대로 기술용역계약일반조건상의 선택적 중재합의(제2유형: 조정 또는 중재, 조정 불복시 소송)의 무효 또는 부존재를 이유로 중재판정취소의 소를 제기하였다.

법원은 기술용역계약일반조건 제36조 제2항 제1호는 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관

22) 이 판결은 원심판결(서울지방법원 동부지원 2001. 12. 21. 선고 2001가합6334판결)의 항소심으로 대법원(2002다43936)에 상고되어 소송계류 중에 취하·확정된 판결임.

23) 대구지방법원 2000. 10. 5. 선고 99가합20982판결 항소사건임. 법원은 원고주장(중재합의의 무효 또는 부존재)을 기각하였음.

의 중재에 의한다고 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있는 바 위 인정에 의하면 원고와 피고들은 위 일반조건 제36조의 중재조항을 그 계약의 내용으로 삼았다고 할 것이므로 이 사건 설계용역계약에 관하여 유효한 중재합의가 있었다고 판시하고 제36조 제2항은 당사자로부터 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 실시하면서 원고의 주장을 기각하여 선택적 중재합의도 유효한 중재조항으로 보았다. 원고는 이 사건에 대한 상고를 하지 않아 제2심 판결로 확정되었다.

## (2) 선택적 중재합의의 유효성은 인정하나 상대방의 이의제기여부에 따른 유·무효를 인정한 판례

### 1) 서울고등법원 2004. 2. 5. 선고 2003나33112판결<sup>24)</sup>

원고(항소인)와 피고(피항소인)간에 체결한 건설공사계약에는 선택적 중재합의(제1유형: 조정 또는 중재)가 약정되어 있다. 원고는 피고를 상대로 중재판정의 취소의 소를 제기하면서 선택적 중재합의(제1유형: 조정 또는 중재)에 대하여 법원의 재판절차를 포기한다는 당사자의 명백한 의사가 포함되어 있지 않을 뿐만 아니라 중재합의로서 유효하다고 인정할 경우 일방이 선택에 의하여 다른 당사자의 재판청구권이 박탈당하게 되는 부당한 결과가 발생하게 되어 허용될 수 없다는 주장이다.

이에 대해 서울고등법원이 제1유형인 조정 또는 중재에 의해 분쟁을 해결할 수 있도록 한 선택적 중재합의의 유효성에 대해 판단한 내용을 살펴보면, “중재법 제3조가 중재만에 의하여 분쟁을 해결하기로

24) 서울지방법원 2003.4. 23. 선고 2003가합16783판결에서 원고가 패소하여 항소한 사건임.

한다는 합의 즉, 이른바 전속적 중재합의만을 유효한 중재합의로 제한하고 있지 않는 점, 위 선택적 중재합의를 중재합의로 유효하게 인정한다고 하더라도 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않을 뿐만 아니라 분쟁당사자에게 다양한 분쟁해결수단 내지 권리구제절차를 보장한다는 의미에서 당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 면이 있으면 오히려 사적자치의 원칙에 부합한다고 볼 수 있는 점, 중재법 제3조를 전속적 중재합의만을 유효한 중재합의로 보아 엄격하게 해석한다면 중재제도 자체의 이용이 지나치게 감소할 우려가 있는 점” 등을 고려하여 선택적 중재합의(조정 또는 중재)는 중재법상 유효한 중재합의로 인정하였다. 그리고 동 법원은 선택적 중재합의는 양당사자 모두에게 분쟁해결 방법에 관한 선택권을 부여한 것이라는 점은 인정하였다.

그러나 선택적 중재합의는 일방 당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하면 이에 대해 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 중재합의로서 효력이 있다고 판시하였다.

## 2) 서울중앙지방법원 2004. 7. 16. 선고 2003가합6267판결

원고는 피고(5개 건설업체)를 상대로 공사계약 일반조건에 있는 선택적 중재합의(제2유형 : 조정 또는 중재, 조정 불복시 소송)에 대한 유효한 중재합의 부존재를 이유로 중재판정의 취소의 소를 제기하였다.

이에 대한 법원의 판단은 중재법 제3조가 전속적 중재합의만을 유효한 중재합의로 제한하고 있지 않은 점, 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않는다는 점, 사적자치의 원칙에 부합한다는 점, 중재제도 자체의 이용이 지나치게 감소할 우려가 있는 점 등을 고려하여 선택적 중재합의는 유효하다고 인정하였다. 그러나 선택적 중재합의는 일방 당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하면 이에 대해 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 중재합의로서 효력이 있다고 판시하였

다. 동 법원의 판단은 서울고등법원 2004. 2. 5. 선고 2003나33112 판결내용과 동일한 취지를 취하고 있다.

(3) 선택적 중재합의의 유효성은 유보하고 상대방의  
이의제기여부에 따른 유·무효를 인정한 판례

1) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318판결<sup>25)</sup>

피고는 서울지방법원(2001. 10. 19. 선고 2000가합49553판결)과 서울고등법원(2002. 11. 28. 선고 2001나73093판결)에서 선택적 중재합의(제5형 : 계약일반조건에 편입된 특수조건상의 판결 또는 중재)의 존재에 대한 본안전(本案前) 항변을 주장하였으나 배척 및 기각 당하자 상고한 사건이다.

피고의 중재합의의 존재주장에 대해 대법원은 구체적인 중재조항이 중재계약으로서 효력이 있는 것으로 보기 위해서는 중재법이 규정하는 중재의 개념, 중재계약의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 하면서 선택적 중재조항은 물품공급계약의 일방당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 할 것이고 일방당사자의 중재신청에 대한 상대방의 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대하는 경우에는 중재계약으로서의 효력이 없다고 판시하였다.

25) 원고는 피고를 상대로 채무부존재확인인 소(서울지방법원 2001.10.19. 선고 2000가합49553판결)를 제기하였는데 동 법원은 피고의 중재합의의 존재에 대한 본안전 항변을 배척하였다. 피고가 다시 서울고등법원(2002.11.28. 선고 2001나73093판결)에 항소하였으나 기각 당하였음.

2) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166판결<sup>26)</sup>

피고는 하급심의 중재판정취소의 소에서 유효한 중재합의의 존재를 주장하였으나 피고의 주장이 배척되자 원고를 상대로 선택적 중재합의(제2유형 : 조정 또는 중재, 조정 불복시 소송)의 유효성을 확인하기 위하여 상고하였다.

피고의 중재합의 존재의 주장에 대하여는 위 대법원(2003. 8. 22. 선고 2003다318) 판결과 동일한 내용으로 판시하였다.

(4) 선택적 중재합의의 무효를 인정한 판례

1) 서울지방법원 동부지원 2001. 12. 21. 선고 2001가합6334판결

원고는 피고를 상대로 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항이 유효한 선택적 중재합의(제2유형 : 조정 또는 중재, 조정 불복시 소송)가 아니라며 중재절차위법확인 소를 제기하였다.

법원은 중재합의는 국민의 기본권인 재판을 받을 권리를 포기하여 분쟁을 국가법원에 의한 소송절차가 아닌 사인의 중재에 의하여 해결하기로 하는 합의라고 정의하고, 중재합의가 유효하기 위해서는 그 내용이 국가법원에 의한 소송제도의 이용을 완전히 배제하고 오로지 중재에 의해서만 분쟁을 해결하는 것을 내용으로 할 때 비로소 유효한 중재합의라고 할 수 있고, 아울러 선택적 중재합의(제2유형)로 약정하여 선택적으로 조정이나 판결에 의한 분쟁의 해결을 예정하고 있으므로 이 중재합의만으로는 소송제도의 이용을 완전히 배제하고 오로지 중재에 의해서만 분쟁을 해결하기로 한 약정이라고 볼 수 없어 유효한 중재합의라고 볼 수 없다고 판시하였다. 이 사건의 판결은 피고가 항소하여 제2심(서울고등법원 2002. 7. 2. 선고 2002나6878판결)에서 파기되었다.

26) 원심판결은 서울고등법원 2004. 7. 2. 선고 2003나66693판결임.

2) 서울지방법원 2002. 9. 19. 선고 2000가합37949판결<sup>27)</sup>

원고가 피고를 상대로 선택적 중재합의(제6유형: 서울민사지방법원 또는 상사중재원의 합의)가 존재 또는 성립하지 아니하였고, 이 중재조항에 기하여 진행되는 중재절차가 위법하다는 중재절차위법확인의를 제기하였다.

법원은 중재법 제3조 제1호(중재), 제2호(중재합의)를 실시하면서, 결국 중재합의는 분쟁을 국가법원에 의한 소송절차가 아닌 사인의 중재에 의하여 해결하기로 하는 합의로서 국가법원에 의한 소송제도의 이용을 포기하는 것을 그 내용으로 하는데, 이 사건 중재조항은 서울민사지방법원 또는 상사중재원의 합의에 따른다고 규정하여 국가법원에 의한 소송제도의 이용가능성을 배제하지 않고 있으므로 유효한 중재합의라고 보기 어렵다고 판시하였다.

### 3. 외국판례

국내 법원들은 앞서 살펴 본 바와 같이 선택적 중재합의의 유효성에 대해 부정적인 견해를 가지고 있다. 이에 대하여 외국 법원들이 선택적 중재합의에 대한 유효성을 어떻게 판단하고 있는가에 대하여 외국판례를 통하여 국제적인 추세를 살펴보고자 한다.

#### (1) 홍콩 제1심 법원판결

홍콩법원이 1993. 2. 17. 판결한 William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd. & Guangzhou Ocean Shipping Company<sup>28)</sup> 사건에서 원고는 피고를 상대로 운송된 화물의 손상에 대한 손해배상 청구를

27) 원고와 피고간의 물품거래계약과 관련하여 분쟁이 발생하자 피고는 중재조항에 의해 중재신청(중재 제00111-0032호)하였고 원고는 중재판정부의 중재관할에 이의를 제기하면서 동시에 법원에 중재절차위법확인소송을 제기하였다.

28) UNCITRAL Case Law on Uncitral Texts(CLOUT) Case 44, GENERAL A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2, 4 November, 1993.



제기하였다. 이때 선하증권에는 중국에서 중국법에 따른 중재와 중국 법원의 전속관할을 규정한 분쟁해결조항이 있다. 이에 피고는 중재합의 존재의 항변과 예비적으로 중국법원의 전속적 재판관할 또는 홍콩 관할지의 불편함을 이유로 소송절차 중지를 주장하였다.

홍콩법원은 선하증권에 삽입된 중재조항은 UNCITRAL 모범법 제7조 제2항의 중재합의의 기록을 규정한 것이라고 할 수 있으므로 위 중재조항을 유효한 서면중재합의라고 보았다. 또한 위 선하증권이 중재와 소송을 할 수 있는 조항을 담고 있기 때문에 중재조항이 무효인지의 여부에 관하여 위 홍콩법원은 분쟁이 발생한 경우 위 조항에 따라 원고가 중국에서 중재나 소송에 의해 해결할 수 있는 선택권한이 있었으나 선하증권에 명시되지 않는 분쟁해결방법을 선택하였으므로 분쟁해결방법을 선택하는 권한은 피고에게 있고 UNCITRAL 모범법 제8조에 따라 피고가 소송진행중지를 신청함으로써 중국에서의 중재를 선택하였기 때문에 위 소송진행중지 신청을 허가하였다. 따라서 홍콩법원은 소송 또는 중재를 선택할 수 있는 분쟁해결조항을 유효한 중재합의로 보았다.

## (2) 캐나다 온테리오주 법원판결

캐나다법원이 1992. 4. 30. 판결한 *Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co., Ltd.*<sup>29)</sup> 사건과 관련하여 원고는 피고를 상대로 계약불이행에 대한 손해배상 소송을 제기하였다. 기술지원계약에서는 중재조항과 제소권조항을 규정하고 있다.

캐나다 법원은 제소권이 중재약정에 따른 의무를 제한하지 않으며 제소권 조항과 관련하여 분쟁이 있다하여도 이 분쟁 역시 중재의 대상이라고 결정하였고 이어서 동 법원은 이 결정이 중재판정부가 자신의 권한과 권한범위에 대하여 일차적으로 결정할 권한이 있다는 모범

29) UNCITRAL Case Law on Uncitral Texts(CLOUT) Case 32, GENERAL A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2, 4 November, 1993.

법 제16조와 일치한다고 판시하였다. 캐나다 법원은 제소권 조항과 동시에 규정된 중재조항을 유효하다고 보았다.

### (3) 독일 함부르크 지방법원 판결

원고는 피고를 상대로 매매계약서에 있는 분쟁해결조항인 원고의 선택에 따라 분쟁을 함부르크의 중재나 소송으로 해결 한다는 분쟁해결조항에 의해 중재신청을 하여 중재판정을 받았다.<sup>30)</sup> 원고는 중재판정의 집행판결 청구의 소를 제기하자 피고는 중재합의 부존재를 주장하며 중재판정의 취소를 구하였다.

독일 함부르크 지방법원은 피고가 원고의 매매계약상의 분쟁해결조항에 이의를 제기하지 않았고 자신의 계약상 의무를 이행함으로써 동 중재조항은 당사자간에 계약의 일부가 되었으며 동 중재조항은 불명료하지도 아니하고 원고에게 중재 또는 소송을 선택할 수 있는 권리를 부여한 것은 피고에게 부당하게 불리한 것이 아니라고 판시하며 중재판정취소의 신청을 기각하였다.

### (4) 미국 뉴욕남부 연방지방법원 판결

원고는 당사자가 계약에서 분쟁을 소송 또는 중재로 해결하도록 하는 분쟁해결조항이 있음에도 1998. 12. 23.에 소송을 제기하였다. 법원이 원고 신청의 일부인 임시적 금지명령신청을 기각하자 원고는 중재조항을 인용하면서 소송절차의 중지와 중재회부 명령을 구하였다.

뉴욕남부 연방지방법원<sup>31)</sup>은 동 중재조항을 해석하는데 있어서 미국 연방정책은 대체적 분쟁해결제도로서 중재를 강력히 지지하며 또한 중재대상 범위에 관한 의문이 있을 시에는 중재에 유리하게 결정하여

30) UNCITRAL Case Law on Uncitral Texts(CLOUT) Case 457, GENERAL A/CN.9/SER.C/ ABSTRACTS/40, 2 July, 2003.

31) *Satcom International Group PLC v. Orbcomm International Partners, L.P.* No. 98Civ. 9095, 49F. Supp. 2d. 331, 1999.

야 하며 그러므로 중재조항은 가능한 폭넓게 해석되어야 하고 분쟁이 중재조항의 범위에 포함되는 것으로 해석될 여지가 없다는 적극적인 확신이 없는 한 중재회부명령을 내려야 한다고 확인하였다<sup>32)</sup>. 즉, 선택적 중재합의가 유효하다는 점을 분명히 밝힌 판례이다.

## IV. 법원의 판례분석

사인간의 분쟁에 있어서 당사자가 분쟁해결방법을 자유롭게 정할 수 있는가. 예컨대, 상사분쟁에 관하여 당사자가 분쟁해결방법을 “조정 또는 중재, 불복시 소송”과 “중재 또는 소송”의 방법을 정하여 놓고 이를 선택할 수 있는 조항을 계약서에 기재하면 그 조항은 법적으로 유효한 효력을 발생할 수 있는가. 법원판례의 내용에 근거하여 아래와 같은 사항으로 분석하고자 한다.

### 1. 당사자간의 중재합의

중재법에서의 중재합의라 함은 사법상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의라고 규정하고 있다.<sup>33)</sup>

현행 중재법상 중재합의를 판단함에 있어, 중재합의 시에 중재만에 의하기로 정하는 전속적 중재합의와 중재신청 또는 소송 제기 시에 어느 하나를 선택할 수 있도록 정하는 선택적 중재합의를 구별하지 않고 있다. 단지 당사자간의 과거 또는 장래의 분쟁을 중재에 의하여

32) 김대현, 전제논문, 2004.여름, pp50-51.

33) 중재법 제3조 제2항.

해결하도록 하는 당사자간의 합의, 이른바 실질적 요건을 요구하고 있을 뿐이다.

그런데 일부 법원이 중재법상 중재합의의 유효성을 판단함에 있어서는 사법상의 분쟁에 관하여 당사자는 법원의 판결을 받을 권리를 포기하고 반드시 중재인의 판정에 의하여 해결한다는 명시적인 의사표시가 있어야 한다는 주장이다. 예컨대, 전속적 중재합의가 서면으로 존재하여야만 중재합의가 있는 것으로 볼 수 있으며 전속적 중재합의가 아닌 것은 유효한 중재합의가 아니라는 주장이다.

서울지방법원 동부지원은 중재합의가 유효한 것이 되기 위해서는 그 내용이 국가법원에 의한 소송제도의 이용을 완전히 배제하고 오로지 중재에 의해서만 분쟁을 최종적으로 해결하는 것을 내용으로 할 때 비로소 유효한 중재합의라고 판시하였다.<sup>34)</sup> 이에 대한 항소심 서울고등법원은 중재법상 중재·중재합의에는 전속적 중재합의가 있는 경우에만 중재절차에 의하여 사법상의 분쟁을 해결할 수 있다고 규정되어 있지 않으므로 유효한 중재합의로 볼 수 있다고 판시하였다.<sup>35)</sup>

결론적으로 중재합의의 유효성 판단은 사법상의 분쟁을 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자의 의사표시가 존재하는 것이라고 판단하면 충분한 것이고 당사자가 법원에서 소송을 제기할 권리(헌법 제 27조 국민의 재판청구권)를 포기하는 의사가 존재하는 여부를 판단하여야 할 법적 근거는 없다. 또한 사적자치를 존중하여 중재제도를 재판제도와 병존하여 인정하는 취지에서 재판권포기를 내용으로 하는 전속적 중재합의만을 유효한 중재합의라고 보면서 선택적 중재합의의 유효성을 부정하는 판례는 타당한 주장이 아니라고 본다.

## 2. 서면에 의한 중재합의

34) 서울지방법원 동부지원 2001. 11. 16. 선고 2001가합6334판결.

35) 서울고등법원 2002. 7. 2. 선고 2002나6878판결.

분쟁당사자가 선택적 중재합의의 유효성을 제기한 사건에서, 계약당사자가 분쟁해결조항으로 중재에 의하기로 하는 합의는 중재법 제8조 제3항 제1호의 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우에 해당하고 이를 중재법 제8조의 서면에 의한 중재합의로 보는 것이다.

서면에 의한 중재합의는 민사소송법 제29조(합의관할)의 성질을 가지는 것이므로 소송법상의 효과를 목적으로 하는 당사자간의 합의이며, 법원의 관여 없이 당사자간에 교환된 문서에 의하여 대한상사중재원의 관할변경이 생기는 것이다. 따라서 서면에 의한 중재합의가 있는 경우에는 유효한 합의를 성립시키기 위한 당사자의 하자 없는 의사표시의 합치가 존재한다고 보는 것이며,<sup>36)</sup> 중재합의가 성립하여 일방이 중재를 신청하면 상대방이 그 중재신청에 응하고 중재기관은 중재절차에 의하여 중재인의 판정으로 분쟁을 해결하는 것이다.

대법원은 선택적 중재합의인 경우 상대방이 이의 없을 때 비로소 중재계약으로서의 효력이 있고 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결을 반대하는 경우에는 중재합의의 효력이 없다고 판시하였다.<sup>37)</sup> 그러나 중재합의의 유효성을 판단하는 근거로서는 당사자간의 중재에 의한 분쟁해결의사의 합의 이외에 서면에 의한 중재합의에 의하여 중재합의의 유효성을 판단할 수 있다는 점을 대법원은 간과한 것 같다. 즉, 선택적 중재합의는 모두 당사자들이 서명한 문서에 포함되어 있는 것으로 중재법 제8조 제3항 제1호의 서면에 의한 중재합의로 볼 수 있을 것이다. 중재법상의 중재합의로 의제할 수 있는 서면에 의한 중재합의의 규정을 검토하지 아니하고 당사자의 의사표시의 합치만으로 중재합의 유효성을 판단한 것은 잘못이 있다고 할 수 있다.

36) 안동섭, 전제논문, pp.57-58.

37) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166판결.

### 3. 사적자치의 원칙

선택적 중재합의는 사적자치의 영역에 속하는 사항이므로 이에 대한 약정은 자유롭게 할 수 있다는 것이다. 그렇다면 새로운 형태의 분쟁해결조항인 선택적 중재합의는 과연 사적자치의 원칙 내에서 해결될 수 있는지 여부를 검토할 필요가 있다.

사적자치의 원칙은 개인이 자기의 법률관계를 그의 자유로운 의사에 의하여 형성할 수 있다는 것을 말한다. 즉, 개인은 사법상의 법률관계와 관련한 내용을 그의 자유로운 의사에 따라 만들 수 있다는 것을 의미한 것으로 계약자유 원칙이라고도 한다.<sup>38)</sup>

사적자치의 원칙 또는 계약자유 원칙에 비추어 보면 사회질서에 위반되지 않는 한도 내에서 자유롭게 분쟁해결방식을 선택한다는 것은 어떠한 제한도 받지 않는다는 것이다. 즉, 선택적 중재합의도 사회질서에 위반되지 않는 범위 내에서 사적자치의 영역 내에 있으므로 유효한 중재합의라고 할 수 있다. 예컨대, 서울고등법원 판결<sup>39)</sup>은 ① 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않는다는 점 ② 다양한 분쟁해결수단을 보장한다는 측면에서 당사자의 편익에 도움을 준다는 점 ③ 사적자치의 원칙상 제1차적 분쟁해결수단을 자유롭게 선택할 수 있다는 점 등을 들어 선택적 중재합의의 유효를 인정하고 있다. 그러나 선택적 중재합의의 유효성을 인정하지 않는 판결은 중재합의 자체의 개념 속에 국가의 재판제도의 이용을 배제하는 약정이 있어야 하는데 선택적 중재합의는 그러한 약정으로 볼 수 없다는 것이다.

사법상의 법률관계와 관련된 분쟁은 사적자치의 원칙이 적용되는 영역이므로 강제적 분쟁해결절차 내에서도 자유로운 처분이 최대한 보장된다고 볼 수 있다. 분쟁당사자는 합의를 통하여 모든 분쟁해결절차의 이용을 포기할 수도 있고 국가가 관장하는 소송절차 이용을 포

38) 곽윤진, 「민법총칙I」, 박영사, 2004, p.56.

39) 서울고등법원 2002. 7. 2. 선고 2002나6878판결.

기할 수 있다. 이렇게 당사자가 강제적 분쟁해결절차인 판결절차와 관련하여 분쟁의 대상에 대한 처분이 자유롭다고 할 것이다.<sup>40)</sup> 이러한 점에 비추어 보면 분쟁해결방식의 선택의 문제는 사적자치의 원칙 또는 계약자유의 원칙에 위배되는 사항이 아니다. 법원은 선택적 중재합의의 유효성 문제를 판단함에 있어 민법의 3대 기본원칙 중의 하나인 사적자치의 원칙(법률행위 자유의 원칙)을 저버리는 결과를 초래하였다.

#### 4. 중재와 재판의 상호관계 설정

중재법에서 중재라 함은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말한다고 규정하고 있다.<sup>41)</sup> 본래의 민사분쟁의 해결은 최종적으로 법관으로 구성된 법원의 재판에 의하여 해결하도록 되어 있으며<sup>42)</sup> 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리가 있다.<sup>43)</sup>

그러나 민사분쟁은 사법적 자치가 바람직한 분야이므로 법원에 의한 법원의 재판을 배제하고 중재법에 따른 중재를 하기로 합의한 경우에는 중재인에 의한 중재로서 분쟁을 해결하는 것이 바람직한 일이다.<sup>44)</sup> 또한 대한민국 헌법 제10조에는 국민의 인간으로서의 존엄과 가치에는 국민의 자기결정권이 포함되어 있고 국민이 사법상의 분쟁을 해결하는 심판절차(중재)를 합의하였다면 이는 헌법상 보장된 자기결정권을 행사하여 사법적 정의를 실현하는 방법을 선택한 것이므로 사적자치의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그러므로 중재라는 심판절차

40) 정영환, 전제논문, p.56.

41) 중재법 제3조 제1항.

42) 헌법 제101조.

43) 헌법 제27조.

44) 임채홍, “공사계약 일반조건상의 중재관련 조항은 유효하다”, 「중재」, 제306호, 대한상사중재원, 2002. 겨울, p.5.

는 법원이 해결하기 어려운 사인간의 사법적 분쟁을 당사자가 선정한 중재인에 의한 중재절차에 의하여 해결한다는 점, 소송절차가 가지고 있지 아니한 비공개성, 전문성, 탄력성, 중립성에서 국가의 소송절차를 보완하는 동반자관계<sup>45)</sup>에 있다는 점을 법원은 인식하고 판단의 잣대로 병행하여야 한다.

아울러 중재절차는 판단주체 선정의 자치성(autonomy), 국제분쟁에 있어서 중립성(neutrality), 국제분쟁의 승인과 집행의 용이성 등의 장점을 가지고 있을 뿐만 아니라<sup>46)</sup> 국가 내에 발생하는 많은 분쟁을 국가의 재판제도 만으로 소화하기 어려운 포화상태에 이르렀다. 따라서 법원은 중재절차와의 관계에 있어서 단순히 과거의 연혁적 이유에 얽매어 상호 배타적 관계로 보아서는 안 될 것이다. 또한 법원은 국가적 차원에서 사법상의 법률관계와 관련된 분쟁해결을 중재절차에서 아웃소싱(outsourcing) 받아 기술적, 전문적 분야의 분쟁을 처리해야 할 것이다. 그렇기 때문에 재판과 중재는 상호 배타적인 관계가 아니라 상호 의존적이고 상호 보완적인 동반적 관계로 인식하여야 할 것이다.

## 5. 국내 법원판례와 외국법원 판례의 비교

선택적 중재합의에 관한 대부분의 법원판례는 유효한 중재합의<sup>47)</sup>로 보고 있다. 하급심의 일부 법원<sup>48)</sup>은 무효 및 부존재의 인정하고 있으

45) 안동섭, 전제논문, p.53.

46) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, pp.5-8.

47) 대구고법 2001. 7. 26. 선고 2000나7654판결, 서울지법 2002. 5. 2. 선고 2001가합54637판결, 서울지법 2002. 5. 2. 선고 2001가합15595판결, 서울고법 2002. 7. 2. 선고 2002나6878판결, 서울고법 2002. 11. 28. 선고 2001나73093판결, 서울고법 2003. 4. 2. 선고 2002나16134판결, 서울지법 2004. 5. 3. 선고 2003가합49684판결.

48) 서울지방법원 동부지원 2001. 12. 21. 선고 2001가합6334판결, 서울지방법원 2002. 9. 19. 선고 2000가합37949판결, 광주고등법원 2003. 11. 21. 선고 2003나5595판결.



며 대법원<sup>49)</sup>은 선택적 중재합의의 유효성 자체판단을 유보하고 상대방의 적극적인 이의제기여부에 따라 유·무효를 인정한다는 것이다.

계약당사자가 분쟁해결방법으로 중재를 선택하였다면 그 중재합의는 양당사자를 구속한다. 따라서 일방 당사자가 분쟁해결을 위하여 중재를 신청하면 상대방은 이에 따라야 하는 것이 유효한 중재합의의 효력이다. 그런데 대법원은 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의의 효력이 있다고 보는 것은 조건부 중재합의 유효성만 인정한 것이 된다. 결국 선택적 중재합의의 유효여부는 상대방의 선택에 따라 결정됨으로 중재합의의 구속성의 원칙에 반하게 된다.<sup>50)</sup> 아울러 계약자유 원칙 또는 사적자치의 원칙에 비추어 보면 자유롭게 중재합의를 할 수 있을 뿐만 아니라 어떠한 제한도 받지 아니한다고 볼 수 있다.

한편, 외국법원의 판례는 대체로 소송과 중재를 동시에 규정한 선택적 중재합의를 유효한 것으로 인정하고 있다. UNCITRAL 모범법을 채택한 캐나다, 홍콩은 물론 독일, 미국에서도 이를 인정하고 있다.

미국연방법원은 당사자가 중재합의의 범위에 대하여 명백히 범위를 축소하지 않는 한 당사자의 의도를 넓게 해석하여야 한다는 입장이 지배적이다. 이를 모세스 콘 추정법칙(Moses Cone Presumption)이라고도 부른다. 즉, 중재합의조항에서의 중재대상의 범위에 관하여 의문이 발생하면 중재를 선호하는 방향으로 해석한다는 것이며 이 원칙은 수많은 연방사건 판결문에서 광범위하게 인용되고 있다.<sup>51)</sup>

대법원은 이와 같은 외국판례 및 선택적 중재합의의 해석의 기본원칙 등을 토대로 중재합의의 해석 및 범위 확정에서 중재조항 문구에 매달려 해석하는 것이 아니라 중재의 대상 및 범위에 관하여 의심이 나면 중재합의에 포함되는 방향으로 해석하여야 한다는 이른바 모

49) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166판결.

50) 장문철, 전제논문, p.102.

51) 이주원, 김경배, 신군재, 전제서, p.431.

세스 콘 추정 의 법칙을 인식하지 못하고 또한 이를 적시하지 못한 점이 아쉽다.

## 6. 대법원 판결<sup>52)</sup> 이후의 하급심의 판결내용

선택적 중재합의의 유효성에 관한 법원판례를 살펴보면, 소수의 부정적인 판례 이외에는 대다수 긍정적인 판례이다. 그 동안 선택적 중재합의의 유·무효 여부가 명확하지 않았으나 그 후 대법원이 중재합의의 유효성을 유보하고 상대방의 이의제기 여부에 따라 유·무효를 판단함으로써 선택적 중재합의에 관한 유·무효의 찬반 논쟁이 일단락되었다. 그러나 여기서 간과해서는 안 될 점은 비록 대법원의 판결 이후에도 하급심 판결<sup>53)</sup>이 대법원의 판결내용 보다 더 선택적 중재합의의 유효성을 인정하고 있는 실정이다.

예컨대, 대법원은 일방당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 할 것이고 일방당사자의 중재신청에 대한 상대방의 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대하는 경우에는 중재계약으로서의 효력이 없다고 판시하였다.

이에 반하여 하급심은 “중재법 제3조가 전속적 중재합의만을 유효한 중재합의로 제한하고 있지 않는 점, 위 선택적 중재합의를 유효한 중재합의로 인정하더라도 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않는 점, 분쟁당사자에게 다양한 분쟁해결수단 내지 권리구제절차를 보장한다는 점, 당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 면이 있으면 오

52) 대법원 2003.8. 22. 선고 2003다318판결.

53) 서울고등법원 2004. 2. 5. 선고 2003.나33112판결, 서울중앙지방법원 2004. 5. 3. 선고 2003가합49684판결, 서울중앙지방법원 2004. 7. 16. 선고 2003가합6267판결.

히려 사적자치의 원칙에 부합한다는 점, 중재법 제3조를 전속적 중재합의만을 유효한 중재합의로 보아 엄격하게 해석한다면 중재제도 자체의 이용이 지나치게 감소할 우려가 있는 점” 등을 고려하여 선택적 중재합의(조정 또는 중재)은 중재법상 유효한 중재합의로 인정하였다. 그러나 선택적 중재합의는 일방 당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하면 이에 대해 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 중재합의로서 효력이 있다고 판시하였다.

대법원은 선택적 중재합의의 유효성 판단을 일단 유보하고 상대방의 중재합의 무효 및 부존재의 주장여부에 따라 중재합의의 인정범위가 달라지는 취지를 취하고 있으나 하급심은 몇 가지의 사유를 들어 선택적 중재합의의 유효성을 인정하고 대법원의 조건부 인정사항을 취하고 있다. 하급심은 일단 대법원 판결 이후에도 선택적 중재합의의 유효성을 인정하고 있다는 점에서 시사하는 바가 크다. 이는 선택적 중재합의가 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에 있고 분쟁당사자에게 오히려 이익이 되며 편리한 분쟁해결수단을 제공한다는 측면에서 유효하다고 보고 있다. 향후 선택적 중재합의의 유효성 판단에 있어서 대법원은 하급심의 판단취지를 잘 이해하여 판단 근거를 취하는 것도 바람직한 일이라고 할 수 있다.

## V. 결론

중재와 소송을 선택하여 분쟁을 해결할 수 있도록 약정한 선택적 중재합의에 관한 유·무효의 판단이 최근 대법원의 판결로 정립되었다고 볼 수 있다. 그러나 중재합의를 유효하다고 인정한 여러 법원들의 판단들을 검토해 보면, 대법원이 간과한 중요한 점을 발견할 수

있다. 첫째, 중재법 제3조가 전속적 중재합의만을 규정하고 있지 않다는 점 둘째, 중재법상의 서면에 의한 중재합의라는 점 셋째, 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해하지 아니한다는 점 넷째, 다양한 분쟁해결수단 내지 권리구제절차를 보장하는 것이 당사자에게 이익이 되고 편리하다는 점 다섯째, 제1차적 분쟁해결수단으로 법원의 소송절차를 취하지 아니할 당사자의 자치를 막을 근거가 없다는 점 등을 들 수 있다.

대법원이나 중재합의의 무효 및 부존재를 인정하는 하급심 판례는 선택적 중재합의의 효력을 소송절차와 중재절차가 상호 배타적인 관계에 기초하여 설정된 중재약정의 개념에 따른 것으로 20세기 초반에 중재합의의 효력을 인정하지 아니하려던 논리와 사실상 동일하다고 보아야 할 것이다. 그러나 외국 법원판례에서 보았듯이 소송과 중재를 동시에 규정한 선택적 중재합의는 유효하다고 보고 있다. UNCITRAL 모범법을 중재법에 반영한 우리나라로서는 다소 의외의 판결이라고 아니할 수 없다.

본 논문은 대법원의 판례를 대상으로 당사자간의 중재합의, 서면에 의한 중재합의, 사적자치의 원칙, 국내법원 판례와 외국법원 판례 비교, 중재와 재판의 상호관계 설정 등의 초점에 맞추어 집중적으로 분석하여 계약당사자가 사적자치의 원칙에 입각하여 약정한 선택적 중재합의는 유효한 중재합의로 고찰하였다. 또한 이를 향후 중재합의의 판단근거로 제시하고 법원들은 선택적 중재합의의 유효성 판단함에 적극적 수용해야 할 것이며 이로 인하여 외국 기업이 한국에서의 중재를 선호하도록 하는 계기를 이번 기회로 삼아야 할 것이다.

세계 각국은 대체적 분쟁해결수단(Alternative Dispute Resolution : ADR)을 분쟁해결수단으로 적극적으로 수용하는 추세에 있으며 특히, 중재에 우호적인 방향으로 해석하고 있는 시점에, 우리 법원들도 전통적인 재판절차를 보완하고 분쟁해결의 부담을 분담하며 소송불경제의 결과 초래를 방지하는 중재제도를 고양하는 방향으로 중재합의의 유효성을 판단하는 것이 바람직한 방향이라고 할 수 있다.

## 참 고 문 헌

- 곽윤직, 「민법총칙I」, 박영사, 2004.
- 김대현, “소송과 중재 모두를 규정한 선택적 분쟁해결조항의 효력”, 「중재」, 제305호, 대한상사중재원, 2002. 가을.
- \_\_\_\_\_, “선택적 중재조항 관련 대법원 판례의 해석과 의미”, 「중재」, 제312호, 대한상사중재원, 2004. 여름.
- 김명기, “선택적 중재합의에 관한 판례의 연구”, 「중재」, 제309호, 대한상사중재원, 2003. 가을.
- \_\_\_\_\_, “건설중재시 선택적 중재합의의 재해석”, 「중재」, 제314호, 대한상사중재원, 2004. 겨울.
- 김연호, “정부건설공사계약 중재조항의 재해석”, 「중재」, 제302호, 대한상사중재원, 2001. 겨울.
- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001.
- 안동섭, “중재합의의 유효성”, 「중재」, 제310호, 대한상사중재원, 2003. 겨울.
- 이주원, 김경배, 신군재, 「사례로 배우는 무역실무」, 무역경영사, 2003.
- 임채홍, “공사계약 일반조건상의 중재관련 조항은 유효하다”, 「중재」, 제306호, 대한상사중재원, 2002. 겨울.
- 장문철, “선택적 중재합의의 유효성”, 「중재」, 제307호, 대한상사중재원, 2003. 봄.
- \_\_\_\_\_, “선택적 중재합의의 문제점”, 「인권과 정의」, Vol.337, 대한변호사협회, 2004.9.
- 정영환, “단계적, 선택적 분쟁해결조항의 연구”, 「중재」, 제308호, 대한상사중재원, 2004. 여름.

- Alan Redfern, Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London: Sweet and Maxwell, 1986.
- D. Mark Cato, Lan Manezies, Arbitration Practice and Procedure, Lloyds's of press, London, 1992.
- Gary B. Born, International Commercial Arbitration in the United States: Commentary and Materials, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- Herny J. Brown, Arthur L. Marriott, ADR Principales and Practice, 2nd ed., Sweet and Maxwell, London, 1999.
- Howard H. Holtzmann, Joseph E. Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Boston: Kluwer Law and Toxation, 1994.
- Julian D. M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration, New York: Oceana, 1978.
- Satcom International Group PLC v. Orbcomm International Partners, L.P. No. 98Civ. 9095, 49F. Supp. 2d. 331, 1999.
- UNCITRAL Arbitration Rules, Article21(1), The Rules for the ICC Court of Arbitration, Article 8(3), The European Convention on International Commercial Arbitration, Article5(3).
- UNCITRAL Case Law on Uncitral Texts(CLOUT) Case 32, GENERAL A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2, 4 November, 1993.
- UNCITRAL Case Law on Uncitral Texts(CLOUT) Case 44, GENERAL A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/2, 4 November, 1993.
- UNCITRAL Case Law on Uncitral Texts(CLOUT) Case 457, GENERAL A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/40, 2 July, 2003.

## **ABSTRACT**

### **A Study on Validity of Selective Arbitration Agreement**

**Kyung-Bae Kim**

**Koon-Jae Shin**

Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain dispute which have arisen or which may arise between them. Arbitration agreement is an important factor to judge the existence of the mutual arbitration agreement and it should be the object of examination before anything else to judge the existence of the mutual arbitration agreement.

Recently the Supreme Court seemed to make negative position about validity of selective arbitration agreement. However theoretically and scientifically selective arbitration agreement is a valid arbitration agreement. Examine selective arbitration agreement thoroughly according to the autonomy of the parties rules, wide jurisdiction rules of interpretation, principle of kompetenz-kompetenz, and moose cone presumption rule of interpretation, selective arbitration agreement is a valid arbitration agreement.

Also analyze precedents in accordance with validity of selective from all angles which are voluntary agreement of the parties, agreement in writing, principle of private autonomy, comparative study of domestic and foreign precedents and mutual relation of arbitration and trial, selective arbitration agreement based on principle of private by the parties is considered a valid arbitration agreement.

Courts should actively accept selective arbitration agreement as a valid arbitration agreement to make foreign companies prefer arbitration in Korea and in order for arbitration to be widely used in disputes.

**Key word:** arbitration, selective arbitration agreement,  
autonomy of the parties rule, moose cone presumption