

15:40~17:10 무역센터 무역회관 51F 대회의실

건설중재에 있어서 선택적중재합의의 유효성에 관한 연구

서 정 일
(대한상사중재원)

목 차

I. 중재합의의 범위	151
II. 선택적 중재합의의 중재가능성	154
III. 판례검토	159
IV. 결론	166

I. 중재합의의 범위

중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부와 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말한다.

중재합의는 사법상의 법률관계에 관한 분쟁이고 당사자가 처분 할 수 있는 것이어야 한다. 특정한 분쟁이어야 하며 분쟁이 현존하거나 장래의 것도 가능하며, 또한 분쟁의 일부이든 전부이든 관계가 없다. 중재합의의 요건은 중재계약의 법적 성질을 보는 측면에 따라 달라질 수 있겠으나 사법상의 계약의 입장에서 보면 그 성립요건 및 효력발생요건을 갖추어야 한다.

중재합의의 성립요건으로는 당사자가 능력이 있고, 중재의사에 하자가 없고, 중재내용이 가능·확정·적법하고 사회적 타당성이 있어야 한다.¹⁾

중재합의의 성립요건이 충족되었어도 중재계약의 유효성으로서 문제되는 것은 중재지, 중재기관, 준거법 등을 명백히 합의하여야 유효한 중재계약이 될 수 있다. 또한 중재절차진행요건으로 명시되고 있는 내용은 중재인 선정방법, 중재비용 부담방법, 중재절차 진행기간, 심리방법 등이 있을 수 있다. 중재합의는 당사자자치의 원칙이 적용되어 전면적인 선택의 자유를 보장한다.

분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 중재합의는 독립된 합의 또는 계약 중 중재조항의 형식으로 할 수 있다.²⁾ 우리 중재법은 중재합의는, 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있거나, 서신, 전보, 전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있거나, 일방당사자가 당사자간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방당사자가 이를 다투지 아니하는 경우 등 중재합의의 서면주의를 명문화하고 있다. 또한 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에도 중재합의

1) Anthony Walton, Russel on the Law of Arbitration, Stevens and Sons Ltd.: London, 1970. P.37.

2) 중재법 제8조.

가 있는 것으로 보고 있다.

중재합의의 효력이 미치는 범위는 중재계약의 문언에 따라 정하여진다. 계약상의 분쟁을 중재에 의해 해결하기로 한 경우에 중재위반뿐 아니라 계약의 무효, 취소, 또는 해제에 관한 분쟁도 포함된다. 중재계약의 인적범위는 원칙적으로 중재계약의 당사자에 한할 것이나, 계약의 해석에 따라 그 승계인에게도 효력을 미친다고 볼 수도 있다.

중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의존재의 항변을 하는 때에는 법원은 그 소를 각하하여야한다.³⁾

중재합의의 존재는 법원의 직권조사사항이 아니므로 당사자가 항변하여야 한다. 중재합의의 항변은 일종의 방소항변이라 할 수 있고 법원은 항변이유가 있는 경우에는 소를 각하 하여야 한다. 중재계약의 존재를 하나의 방소항변사유로 보는 한 항변권의 포기·상실도 가능하다고 본다. 이 항변권은 본안에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하지 아니하면 상실된다. 법원에 의한 중재절차가 당사자의 자의에 의하여 좌우되어서는 아니 된다는 관점에서 중재합의의 존재를 알면서 본안의 변론을 하거나 준비절차에서 본안에 관하여 진술한 때에는 그 항변권을 상실한다고 보는 것이 타당하다.

일단 중재계약이 발효한 이상 임의로 철회할 수 없다. 계약의 구속력에서 논리적으로 도출되는 귀결인 것이다. 영미법에서는 종래 중재판정에 이르기까지는 임의로 중재합의를 철회할 수 있다는 해석이 있었으나 근래에는 중재합의의 불가철회성을 규정·확립하였다.

중재절차에서 중재계약의 무효, 효력상실, 이행불능의 주장에 따라 중재절차가 당연 정지되는 것이 아니고, 중재판정부의 판단에 따라 중재가 계속된다.

중재계약에 다른 정함이 없는 한 중재인의 판정권에 대한 결정은 중재인 자신이 내린다. 중재인은 중재합의에 의하여 그 권한이 부여된 사건에 대해서만

3) 중재법 제9조 제1항.

권한을 갖게 되나, 명시적으로 그 권한에 따라야 하는 사건 외에 당해 사건을 해결하기 위하여 처리하지 않으면 안 될 모든 문제, 즉 당해 사건과 절단될 수 없는 형태로 연계되어 있는 문제 또는 그 부차적인 조건의 문제를 해결하여야 하는 책임을 지게 된다.⁴⁾

중재판정부는 그 자율적인 권한범위를 규율하는 권한을 가지며, 그 권한 속에는 중재합의의 존부 또는 효력에 관한 것도 포함된다.⁵⁾ 중재판정부가 관할권한을 가지고 있는 것이 아니라는 항변은 본안에 관한 답변서가 제출되기 이전에 제기되어야 한다.⁶⁾ 중재인의 판정권에 이의가 있는 당사자는 법원에 중재계약의 부존재·무효 확인을 청구할 수 있고, 중재판정이 이미 내려진 경우에는 중재판정취소의 소를 제기하거나, 집행판결에서 이의를 제기할 수 있다. 중재인이 자기의 판정관할권(jurisdiction)에 관하여 판정권이 있느냐의 여부에 관한 학설이 긍정설과 부정설로 나누어져 있으나 중재본질에는 긍정설이 타당하리라 본다.

중재합의가 갖는 법률적인 문제로서는, 중재판정부에 의한 심사과정으로 중재절차에서 중재인이 중재가능성과 범위를 확정하는 문제, 법원에서 중재합의의 존재를 이유로 방소항변이 제기된 문제, 중재판정이 내려진 후 법원에 의한 심사과정으로 중재판정의 집행, 중재판정의 취소와 관련한 문제 등을 들 수 있다.

국가나 지방자치단체가 다른 사람에게 공사를 주는 계약을 체결하는 경우에는 통상적으로 그 공사에 대해서는 계약내용에 공사계약일반조건을 따르도록 규정하고 있다. 최근에 이르러 이러한 선택적 중재합의가 중재합의로서 유효한 것인가에 관하여 국내외에서 그 해석론에 대한 논의가 나뉘어져 있다. 즉 ‘분쟁을 우호적으로 해결할 수 없는 때에는 중재 또는 재판에 의한다’는 취지의 규정 즉 재판과 중재를 선택적으로 규정하고 있는 때에 중재법에 의한 중재합의로 볼 수 있는가 하는 것이고, ‘분쟁이 협의에 의하여 해결되지 아니한 경우에는 재판을 배제하고 조정 또는 중재에 의한다’고 규정하고 있을 때에 이를

4) 서정일, 국제상사중재법론, 두남, 2003, 108면.

5) UNCITRAL 모델중재법 제16조 제1항.

6) UNCITRAL 모델중재법 제16조 제2항, 중재법 제17조 제2항.

중재법에 의한 중재합의로 볼 수 있는 문제가 제기된다.

대체적으로 우리나라의 판례는 중재합의의 범위에 있어서 일반계약조항의 해석과 마찬가지로 엄격한 해석원칙을 고수하고 있으나,⁷⁾ 현행법 하에서 법원은 중재합의가 재판권의 포기라는 점에 초점을 맞추어 중재합의를 엄격하게 해석할 것이 아니라 각국 법원이 선택적 중재합의를 적극적으로 지지하는 추세를 수용하여 중재합의범위에 대해 관대하게 해석하여야 한다는 주장이 상당히 설득력을 갖게 되었다.⁸⁾

따라서 본 논문에서는 이러한 선택적 분쟁해결조항에 대한 학설과 각국 법원이 취하는 판례연구를 통해 우리가 취할 수 있는 시대정책적인 현실적 접근방안을 모색하는 계기를 제공하고자 한다.

II. 선택적 중재합의의 중재가능성

선택적 중재합의의 정의에 관한 명문의 규정은 없으나 소송 또는 중재를 선택적으로 이용 가능하게 한 중재합의 또는 선택적으로 중재를 이용할 수 있도록 규정한 중재합의를 뜻하는 것으로 해석되며, 이에 는 중재와 재판을 예비적 선택관계로 규정한 조항과 대등적 선택관계로 규정한 조항이 모두 포함된다. 선택적 중재합의도 일종의 계약인 것이므로 그 효력에 관해서는 중재법에 특별히 정하여져 있지 아니한 사항은 계약일반을 규제하는 법의 해당 규정을 적용하거나, 또는 준용함으로써 해석할 수밖에 없다.

선택적 중재합의는 중재합의의 유효, 무효의 문제이며, 중재합의의 유효를 전제로 한 중재합의의 범위의 문제와는 구별된다.

실제로 도급계약에 있어서 건설공사계약은 건설공사이행과 관련한 계약당사

7) 김연호, “정부건설공사계약 중재조항의 재해석”, (중재 제302호, 2001.12), 20면,

8) 장문철, “선택적 중재합의의 유효성”, (중재 제307호, 2003.3), 51면,

자간의 권리의무관계를 명확히 하여 추가적으로 발생하는 시공비용 부담자를 결정하게 되므로 계약서상 중재합의는 발주자와 시공자간의 건전한 계약관계의 유지, 계약조항을 합리적으로 수정·보완하는 기능이 된다. 건설공사계약의 중재합의방식 중 최근 논란의 소지가 되고 있는 것은 선택적 중재합의 형태로 이루어진 방식이다.

선택적 중재합의를 포함하고 있는 계약은 정부기관 관련 시설공사 도급계약 뿐만 아니라 민간 건설공사 하도급계약서상에도 대다수 설정되고 있다. 건설공사 계약일반조건에 대한 지침의 제정 및 관리는 재정경제부의 회계예규(이하 '회계예규'라 한다) 형태로 되어 있고, 현행 건설공사계약 일반조건은 이를 따르고 있는 것이 보편적인 관행으로 되어 있다. 국가, 지방자치단체, 공기업 등이 발주하는 건설공사나 기술용역 및 물자구매와 관련하여 체결되는 계약에는 회계예규를 채택하고 있다.

회계예규에 의하면 계약일반조건은 공사계약일반조건, 물품구매계약일반조건, 기술용역계약일반조건을 두고 있다. 그러나 국가가 체결하는 모든 계약을 일반조건만으로 규율할 수는 없는 것이므로 그 테두리 내에서 일부 내용을 변경할 수 있는 것이 계약특수조건이다. 국가나 지방자치단체가 기업등과 체결하는 계약은 일반조건과 특수조건의 형태로 이루어진다.

회계예규상 계약일반조건에 나타난 선택적 분쟁해결조항조항은 크게 5가지 형태로 이루어진다. 회계예규 공사계약일반조건 제51조는 계약당사자간에 발생하는 분쟁해결방법에 관해 다음과 같이 규정하고 있다.⁹⁾

회계예규 2200.04-104-9(2001.2.10. 회계예규)

제51조

- ① 계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.
- ② 분쟁이 발생한 날로부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할

9) 2001.2.10. 회계예규 2200.04-104-9, 2002.9.11. 회계예규 2200.04-104-10,

때에는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 해결한다.

1. 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다.
2. 제1항의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.

회계예규 2200.04-104-10(2002.9.11. 회계예규)

제51조

- ① 계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다.
 1. 중재법에 의한 중재기관의 중재
 2. 국가를당사자로하는계약에관한법률(이하 “국가계약법”이라 한다) 제4조에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차¹⁰⁾
 3. 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결

2001.2.1. 회계예규 제51조 제2항 제1호에 의하면, 당사자는 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회의 조정에 의하는 방식과 중재법에 의한 중재기관의 중재를 선택할 수 있다. 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회등의 조정이 어떠한 분쟁해결방식을 의미하는지는 논외로 하더라도 조정에 불복할 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의하도록 정하고 있으며, 중재를 선택한 경우는 소송외적인 분쟁해결장치로 중재가 최종적임을 나타내고 있다.

10) 국가계약법상의 이의신청 및 조정에 관한 사항으로, 정부조달계약의 범위와 관련된 사항, 입찰참가자격과 관련된 사항, 입찰공고와 관련된 사항, 낙찰자의 결정과 관련된 사항, 기타 대통령령이 정하는 사항(국가계약법 제1항 제1호 내지 제5호)에 관하여 불이익을 받은 자는 그 사유가 원인이 되는 행위가 있는 날로부터 15일 이내 또는 그 행위가 있음을 안 날부터 10일 이내에 해당 중앙부서의 장에게 이의신청을 할 수 있고(국가계약법 제28조 제1,2항), 해당 부서의 장은 이의신청을 받은 날로부터 10일 이내에 이를 심사하여 시정 등 필요한 조치를 하고 그 결과를 신청인에게 통지하여야 한다(국가계약법 제28조 제3항). 이에 이의가 있는 자는 15일 이내에 국제계약분쟁조정위원회에 조정을 위한 재심을 청구할 수 있으며 동 위원회는 특별한 사유가 없는 한 재심청구에 관하여 심사·조정하여야 한다.

2002.9.11. 회계예규에는 종전과 달리 분쟁해결방식이 2단계로 되어 있는 점이 특징적이다. 협의에 의한 분쟁해결방식에서도 일정한 시한을 정하고 있지 아니하나 이를 이유로 구체적 분쟁해결을 구하는 중재와 재판단계의 진입을 막을 수는 없다고 본다.

중재합의의 유효성에 관한 해석론에 있어서의 국제적인 추세는 당사자가 중재합의의 범위에 대해 명백히 그 범위를 축소하지 않는 한 당사자의 의도를 광의로 해석하여야 하는 경향이 지배적이고, 중재법상 정책은 중재합의에 대해 관대한 해석을 하도록 요구하고 있다고 보는 견해가 보편적으로 자리 잡고 있다. 또한 중재합의조항에서의 중재대상의 범위에 관하여 의문이 발생하면 중재를 선호하는 방향으로 해석하여야 한다.¹¹⁾

미국에 있어서는, 중재에 대한 기본적 시각은 중재약정도 일반적인 계약과 같이 당사자 사이의 자유로운 약속에 의하여 출발한다고 보는 점이다. 중재약정이 유효하고 구속력을 갖기 위해서는 계약법의 원칙이 준수되어야 한다.¹²⁾ 중재를 이용하려는 당사자의 의도가 명백한 경우에는 법원은 일반적으로 그렇게 될 수 있도록 효력을 인정하고 있다. 미국에 있어서 중재약정은 기본적으로 계약으로 파악하고 있고 계약법의 일반원칙에 따라 해석 운영되고 있다고 할 수 있다.¹³⁾ 중재약정을 위하여 특별한 단어를 쓸 필요는 없으나 분쟁해결방식으로 하려는 의사의 합치가 명백히 표시되어야 한다.¹⁴⁾

결국 선택적 중재합의는 당사자의 의사에 비추어 유효한 중재합의가 존재하는지의 문제로 볼 수 있다.

미국에 있어서 선택적 중재조항의 문제는 중재합의의 존부의 문제로 중재의 범위와 관련한 중재합의의 범위의 문제로서 중재가능성의 문제로 해석한다. 당사자가 중재로 분쟁을 해결하기로 합의를 한 경우 미국 연방중재법(Federal Arbitration Act)에서는 법원이 중재합의를 다른 계약과 마찬가지로 계약조건

11) Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp., 103 S.Ct. 927, 1983.

12) Martin Domke, Domke on Commercial Arbitration, Callaghan, 1990, p.47.

13) Ibid., p.48.

14) Ibid., p.49.

에 따라 집행하도록 하고 있다. 당사자들은 자신이 적합하다고 생각하는 방식과 의사대로 자유롭게 중재합의를 구성할 수 있다. 그러나 이러한 당사자의 의도는 일반적으로 중재가능성의 문제로 해석된다고 본다.¹⁵⁾

미국의 판례도 “다른 계약과 마찬가지로 청구의 중재가능성에 대하여는 당사자의 의사가 지배한다. 그러나 그러한 의사는 일반적으로 중재가능성의 문제로 해석할 수 있다”고 판시하였다.¹⁶⁾

당사자들은 일반적으로 자신들이 적합하다고 생각하는 방식과 의사대로 자유롭게 중재합의를 구성할 수 있다. 그러나 이러한 당사자의 의도는 일반적으로 중재가능성의 문제로 해석된다.¹⁷⁾ 법원은 중재가능성의 문제에 대하여 중재합의를 근거로 하여 당사자의 계약상 의사의 해석에 기초하여 결정하여야 한다. 법원은 중재가 적용되지 않는다는 명백한 의사가 없는 한 당사자를 중재에 회부하여야 하고, 당사자의 의사에 관한 의문은 중재에 우호적으로 해석되어야 한다고 하였다.¹⁸⁾

중재가능성에 대하여 연방대법원은 연방중재법의 해석과 관련하여 중재의 범위에 강한 지지를 보내고 있다. ‘중재법상 정책은 중재합의에 대해 관대한 해석을 하도록 요구하고 있다’고 선언하였다.¹⁹⁾ ‘미국 중재법의 목적은 중재합의에 관하여 기존에 존재하였던 사법적 분위기를 변경하고자 하는 것이었다. 따라서 동법과 관련한 사건에서 연방법원은 중재합의조건이나 중재법규를 좁게 해석하였던 영국 또는 다른 판례를 따라서는 안된다’고 하였다.²⁰⁾ 그 이론적 근거로서, ‘중재합의는 사법권을 박탈하기 때문에 공공정책에 반한다’고 판단하였던 영국의 Coke경의 판결을 그대로 수용하였던 것이고 그러한 경향은 1925년 미국 연방중재법이 제정되기 이전까지 중재에 대해 적대적인 양상을 띠게 되었다.

1925년 연방중재법은 중재합의는 다른 계약과 마찬가지로 해석되어야 한다고

15) Homes of Legend, Inc. v. McCollough, 776 So.2d 741, Ala., 2000.

16) Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 105 S. Ct. 3366, 1985.

17) Homes of Legend, Inc. v. McCollough, 776 So.2d 741, Ala., 2000.

18) Consumer Concepts, Inc. v. Me해 Corp., 458 F.Supp. 543, S.D.N.Y., 1978

19) Morses H. Cone Memorial Hosp. v. mercury Const. Corp., 103 S.Ct. 927, 1983.

20) Kulukundis Shipping Co., S/A, v. Amtorg. Trading Corporation, 126 F.2d 978, 1942.

하여 기존의 중재합의에 대한 사법적 분위기를 변화시켰으며, 그 후 대법원은 연방중재법에 대한 해석을 통해 점차적으로 중재에 대해 우호적인 방향으로 해석하기에 이르렀다.²¹⁾

Ⅲ. 판례검토

1. 유효론의 입장

1) 논리적 근거

선택적 중재조항을 인정하는 주된 근거는 사적자치의 원칙, 계약자유 원칙과 관련하여 새로운 형태의 선택적 분쟁해결조항을 인정할 수 있는지 여부를 검토하는 것이 보다 체계적이고 타당한 접근 방식이라고 한다. 사법상의 법률관계에 관하여 사적자치의 원칙이 인정되므로 그 내용의 형성에 있어서 국가의 법질서에 반하지 아니하다면 자유롭게 정할 수 있다. 그런데 그러한 사적자치의 원칙에 사법상의 법률관계로 인하여 발생할 수 있는 분쟁을 위한 해결방법을 다양하게 선택할 수 있는지 여부가 관건이다. 당사자는 사법상의 법률관계에 대하여 그 내용을 자유롭게 형성할 수 있는 자유가 있으며 그 법률관계로 인한 분쟁을 해결할 수 있는 방안을, 국가의 재판제도에 반하지 아니한다면, 자유롭게 선택할 수 있을 뿐만 아니라 분쟁해결방식을 선택적으로 배치하게 할 수 있을 것으로 보인다.²²⁾

유효론의 근거는 무효론이 취하는 근거가 타당하지 아니하다는 것을 전제로 한다. 또한 상당수 외국의 학설과 판례가 유효론의 입장을 지지하고 있는 국제적 추세를 반영한다.²³⁾ 일방 당사자에게 선택권이 유보되어 있어 상대방에게 불리하다는 등 특단의 사정이 없는 한 중재합의가 선택적으로 규정되어 있다 하더라도 유효하고, 선택적 중재조항으로 규정한 이상 당사자 일방이 중재를 선택

21) Stephen J. Ware, *Alternative Dispute Resolution*, (West Group, Minn.,2001), p.25.

22) 정영환, 단계적, 선택적 분쟁해결조항의 연구, (대한상사중재원, 2002.12), 38면.

23) 장문철, 정영환, 김명기 교수, 임채홍, 김연호 변호사 등은 선택적 분쟁해결조항의 효력을 적극 지지한다.

한 경우에 상대방은 이를 따라야 할 의무를 부담한다고 해석하는 입장이다.

유효론은 당사자자치의 규칙에 입각하여 중재합의를 당사자가 임의로 정할 수 있으며 이 규칙에 따라 실제상 중재인은 당사자의 합의를 존중하여야 하고 그 효력을 부여할 의무를 부여한다는 논거를 제시한다.²⁴⁾

선택적 중재합의조항은 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해하지 아니한다는 점, 다양한 분쟁해결수단 내지 권리구제절차를 보장하는 것이 당사자에게 이익이 되고 편리한 면이 있다는 점, 1차적 분쟁해결수단으로 법원의 소송절차를 취하지 아니하려는 당사자의 자치 내지 자율을 막을 근거가 없다는 점 등을 들고 있다.²⁵⁾

선택적 분쟁해결조항에 대한 최근 대법원의 판결과 중재판정이 서로 견해를 달리하고 있는 문제를 살펴본다. 현재까지 나타난 판결 및 판정들의 이유를 검토하여 보면 견해를 달리하는 이유를 알 수 있을 것이고, 이러한 것에 대한 검토를 통하여 선택적 분쟁해결조항과 관련된 문제들을 정확히 해결할 수 있을 것이므로 의미가 있다고 할 것이다.

2) 판례

대구고등법원 2001. 7. 26. 선고 2000나7654 판결

“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 중재계약이 성립되었다”고 하는 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다24385 판결을 인용하면서 ‘기술용역계약일반조건’ 제36조 제2항 제1호에 따른 유효한 중재합의가 존재한다고 하고 있다.²⁶⁾ 제36조 제2항

24) 김명기, ‘선택적 중재합의에 관한 판례의 연구,’ (중재 제307호, 2003.3), 17면.

25) 미국 뉴욕주의 레몬법(Lemon Law)은 자동차 제조업체로 하여금 소비자에 대한 담보의무를 이행하기 위한 목적으로 제정되었다.

26) 이 판결은 대구지방법원 2000. 10. 5. 선고 99가합20982 판결에 대한 항소를 기각한 판결로서 2001. 8. 14. 확정되었다.

은 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 할 것이다“고 판시하였다.

Summit Packaging Systems, Inc. v. Kenyon & kenyon

계약 중의 분쟁해결조항이 중재 또는 특정의 재판소에 대한 소송의 선택을 인정하는 경우에도 당사자가 당해 분쟁처리조항에 정한 소송을 선택하지 아니한 경우에는 해당 계약분쟁을 중재에 의할 의무가 있다는 취지이다. 위 분쟁해결조항은 양 당사자 사이에 중재약정이 있고, 그중 일방 당사자에게 소송을 선택적으로 인정한 경우라고 할 것이다. 이러한 분쟁해결조항의 경우에 중재와 소송을 선택할 수 있는 당사자가 소송을 선택하지 아니한 때에는 중재에 의하여 분쟁을 해결할 의무가 있다는 판결이다. 이 판결에 의하면 중재조항이 선택적으로 된 분쟁해결조항이 당연히 유효한 것을 전제로 한 판결이다.

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

당사자가 계약에서 분쟁이 발생할 경우 소송 또는 중재를 선택할 수 있다는 약정하였다. 당사자 일방이 소를 제기하여 소송절차가 진행되었고 1999. 3. 29. 중재계속 중임을 이유로 소송의 중지를 신청한 경우이다. 이에 대하여 뉴욕남부연방지방법원은 ‘대체적 분쟁해결수단에 대하여 미국 연방정책은 중재에 매우 우호적이고, 중재조항은 가능한 넓게 해석되어야 하고, 쟁점이 된 분쟁이 중재조항의 범위에 포함되는 것으로 해석할 여지가 없다는 적극적인 확신이 없는 한 중재회부명령이 내려야 한다’고 확인하면서 동 중재조항에 따라 원고가 중재를 신청하였다면 중재가 인정되었을 것이나, 이미 본안에 관한 소송절차가 상당히 진행되었으므로 이제 와서 기존의 소송절차를 무효로 하고 다시 중재를 개시하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였다. 동 사건에서 법원은 선택적 중재조항은 유효이고 당사자의 선택에 따라 상대방은 이에 응할 의무가 있는 것

으로 해석하였다.

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

캐나다 온타리오주 법원 판결에서는, 당사자간의 특허전용사용설정 계약과 관련하여 발생하는 분쟁에 대해 소송 또는 중재를 선택할 수 있다는 선택적 분쟁해결조항을 규정하고 있었다. 이에 따른 계약위반에 대한 손해배상청구를 구하는 사건에서 온타리오주 법원은, 당사자가 법원에 제소할 권리가 중재에 따라야 할 의무에 우선하지 않는다고 판단하면서 이 사건의 분쟁은 소송보다는 중재에 의해 해결되어야 한다고 보았다. 법원은 이 점은 중재인이 자신의 관할과 권한의 범위에 대해 일차적으로 결정할 권한이 있다는 UNCITRAL 모델 중재법 제16조(중재판정부의 판정권한에 관한 결정)와 일치한다고 판시하면서, 동 법원은 제소권 조항과 동시에 규정된 선택적 중재합의조항은 유효하다고 보고 UNCITRAL 모델 중재법 제8조(중재합의와 법원에의 제소)에 따라 소를 각하하고 같은 내용의 온타리오주 중재법의 규정에 따라서 중재에 의해 해결해야 한다는 결정을 하였다.

2. 무효론의 입장

1) 논리적 근거

무효론의 논리는 위 제51조의 문면은 중재합의가 있는지 여부가 불분명하다는 것이다. 선택적 중재조항은 반드시 중재를 하여야 한다는 강제적인 규정으로 볼 수 없기 때문에 중재합의로 보기 어려우며, 국가법원에 의한 소송제도의 이용가능성이 남아 있으므로 중재합의로 보기 어렵다고 본다. 중재합의는 재판의 배제에 해당하는 중요한 법률행위이므로 재판에 의하지 않고 중재에 의한다는 명확한 합의가 있어야 할 것이고 중재법이 중재합의를 서면에 의하여야 한다는 규정을 두게 된 이유도 이 때문이라고 주장하면서 중재합의가 있었는지의 해석은 엄격해석의 원칙에 따라 판단되어야 한다는데 기인하고 있다.²⁷⁾ 따라서

분쟁의 해결을 조정 또는 중재에 의한다고 규정하거나 중재 또는 재판에 의한다고 규정하고 있는 선택적 중재합의 조항은 재판을 배제하고 중재에 의한다는 명확한 의사표시로 보기 어렵다는 논거를 제시하면서, 선택적 중재조항을 유효로 볼 경우에 발생할 수 있는 선택권 행사의 문제들을 이유로 야기되는 법적인 정성의 관점에서 무효로 해석하는 것이 타당하다고 본다.²⁷⁾

2) 판례

대법원 2003.8.22. 선고 2003다318 판결

--- 중재계약은 사법상의 법률관계에 관하여 당사자간에 발생하고 있거나 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재에 의하여 해결하도록 서면에 의하여 합의를 함으로써 효력이 생기는 것이므로 구체적인 중재조항이 중재계약으로서 효력이 있는 것으로 보기 위해서는 중재법이 규정하는 중재의 개념, 중재계약의 성질이나 방식 등을 기초로 하여 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

--- 이 사건 물품공급계약의 일부를 이루는 계약일반조건 제28조 제1항은 “구매자와 공급자는 계약상 또는 계약과 관련하여 발생하는 모든 이견 및 분쟁을 직접적이고 공식적인 협상에 의하여 원만하게 해결될 수 있도록 최선을 다하여야 한다”고 규정하고, 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 해결될 것을 요구할 수 있다”고 규정하고 있으며, 계약특수조건 제10조 제1항은 “계약일반조건 제28조에 의한 분쟁해결 수단 및 방법은 다음과 같다. 첫째, 국적이 같은 구매자와 공급자간의 분쟁은 구매자 국가의 법에

27) 무효로 본 판정으로는 중재사건 제99111-0099호, 제00111-0032호 중재판정이 있다. 중재사건 제00111-0032호는 서울지방법원 2000. 9. 19. 선고 2000가합37949 중재절차위법확인 의 소와 관련된 사건으로서 위 판결이 무효를 그대로 인정한 것으로서 항소취하 되어 확정 되었다.

28) 박경직, 선택적 중재합의론 소고, (법률신문,2002.8.29) 참조,

따라 판결 또는 중재에 의하여 해결되어야 한다”고 규정하고 있는 사실 --- 위와 같은 내용의 선택적 중재조항은 이 사건 물품공급계약의 일방 및 당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다 할 것이고, 이 사건에서와 같이 일방 당사자인 피고의 중재신청에 대하여 상대방인 원고가 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재계약으로서의 효력이 있다고 볼 수 없다 할 것이다.

대법원 2004.11.11. 선고 2004다42166 판결

--- 이 사건 계약의 일부를 이루는 계약일반조건 제50조 제1항은 “계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다”고 규정하고 있고, 제2항은 “분쟁이 발생한 날로부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 방법에 해결한다”고 규정하면서 제1호를 “관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다”, 제2호를 “제1호의 조정에 불복하는 경우에는 한국고속철도건설공단(이하 ‘건설공단’이라 한다)의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다”고 규정하고 있는 사실, 피고들이 건설공단을 상대로 대한상사중재원에 물가변동에 따른 계약금액의 조정과 터널굴착작업 변경에 따른 설계변경으로 감액된 82억 9,700만원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 내용의 중재신청을 한 사실, 위 중재신청에 대하여 건설공단이 답변서 및 그 후의 준비서면에서 계속하여 중재합의의 부존재를 주장한 사실, 대한상사중재원의 중재판정부는 위 계약일반조건 제50조에 의하여 건설공단과 피고들 사이에 중재합의가 존재함을 전제로 판시와 같이 중재판정을 한 사실을 인정할 수 있는 바, 앞서 본 법리와 조정에 의한 분쟁해결도 당사자 사이에 합의가 성립하지 아니하면 종국적으로는 법원의 판결에 의한 분쟁해결절차로 나아가지 아니할 수 없고, 더욱이 이 사건 계약일반조건 제50조 제2항 제2호가 제1호의 조정에 불복하는 경우에는 법원의 판결에 의한다는 규정을 따로 두고 있는 점에 비

추어 보면, 위와 같은 내용의 선택적 중재조항은 이 사건 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의의 효력이 있다고 할 것이고, 이 사건에서와 같이 일방 당사자인 피고들의 중재신청에 대하여 상대방인 건설공단이 중재신청서에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재합의로서의 효력이 없다 할 것이다. 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였거나 중재합의에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

서울고등법원 2002.7.2. 선고 2002나6878 판결

피고가 원고를 상대로 대한상사중재원에 제기한 중재 제01111-0004 사건의 중재절차는 적법하지 아니하다는 확인을 구하는 청구를 하여, 제1심인 서울지방법원 동부지원으로부터 2001. 12. 21. 선고 2001가합6334 판결로서 그 위법확인인 승소판결을 받아, 피고가 위 동부지원의 판결의 취소 및 원고 청구의 기각을 구하며 항소한 사건으로 도급계약서 제51조 분쟁해결조항은 전속적 중재합의조항의 규정이 서면으로 존재하여야 할 것인데, 이 사건의 합의는 이러한 전속적 중재합의조항이 아니므로 원고와 피고 사이에 유효한 중재합의가 없다는 취지이다.

대한상사중재원 중재사건 제00111-0032호 중재판정

‘분쟁 발생시 서울민사지방법원 또는 상사중재원의 합의에 따른다’는 조항에 근거한 중재신청은 중재합의가 있다 할 수 없다는 취지의 중재판정을 하였다. 이 사건의 경우에는 신청인은 피신청인이 중재를 원하지 아니한다는 의사를 알고 선택적 분쟁해결방식 중 중재를 선택한 것이므로 중재합의가 있다고 할 수 없다고 하여 결국 선택적 중재조항의 효력을 부인하고 있다.

Hull Dye & Print Works, Inc., v. Riegel Textile Corporation(37 a.d.2d 947, 325 N.Y.S. 2d 782, 1971) 사건

뉴욕주 대법원은 선택적 중재조항 중 당사자 중 일방만이 소송 또는 중재를 선택할 수 있다는 조항은 상호성이 없으므로 유효한 중재조항으로 인정할 수 없다고 판단하였다.

Dale Wells et al. v. Chevy Chase Bank, F.S.B. et al., No. 22(September Term, 2000)

Maryland 항소법원의 판결요지는 분쟁해결조항이 양당사자가 소송과 중재를 선택할 수 있는 경우에 그 중 일방이 소송을 선택한 경우에 있어서 상대방은 중재계약을 이유로 중재절차에 의하여야 한다는 항변을 할 수 없다는 취지이다.

IV. 결론

중재는 분쟁당사자들이 다투어지는 논점에 대하여 결정을 내려줄 수 있는 공정하고 중립적인 제3자의 조력을 원하는 자발적인 절차를 포괄적으로 지칭하는 소송외적인 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution)의 전형적인 한 형태이다.²⁹⁾

사법절차에 의하지 아니한 분쟁해결제도로서의 중재는, 당사자들의 이익을 위하여 분쟁을 법원 밖에서 해결하는 방법으로 종래의 사법적 절차에 수반되는 비용적·시간적 낭비를 경감하기 위한 일련의 절차로서 전문분야를 중심으로 발달되어 왔다.

중재를 다루는 중재판정부의 중재인은 당사자들 간의 유효한 합의를 통하여

29) 서정일, e-Trade 법규론, 두남, 2004, 39면.

구속력 있는 중재판정을 행사할 권한을 가진다. 중재의 핵심적 기능을 살펴보면, 공정한 분쟁해결, 분쟁처리과정에 법원개입의 가급적인 배제, 절차의 비공개원칙과 분쟁당사자들의 직접적인 절차참여, 의사결정의 존중과 변호사역할의 축소, 분쟁당사자의 지속적인 관계유지 가능, 실체법적용의 회피와 창의적인 규범의 창조 등이 특색이라 할 수 있다.³⁰⁾

분쟁을 중재로 해결하려는 당사자의 합의는 최대한로 존중되어야 한다. 중재합의범위의 폭넓은 해석은 중재자체의 진정한 존립근거가 될 수 있으며, 비형식적인 편리한 절차에 의하여 당사자들에게 만족감을 주는 방향으로 종국적인 해결을 기대할 수 있어야 한다. 중재의 목적은 법원에서의 사건 폭주와 이에 따른 사건처리의 지연을 막아주고 분쟁해결비용을 줄이며, 분쟁해결에 쉽게 접근할 수 있는 구제수단을 제공하고 보다 효율적인 분쟁해결방안을 마련하는 것으로 요약된다.

중재합의가 국가의 재판권을 배제한다는 약정이 있어야 한다는 전속적 중재합의 만이 유효하다는 주장에 대하여 중재법 제3조 제1호, 제2호의 규정에 문언해석을 통하여 그 전속적 중재합의가 있는 경우에만 중재절차에 의하여 사법상의 분쟁을 해결할 수 있다고 규정하고 있지 않기 때문에 선택적 중재합의조항을 중재법상의 서면에 의한 중재합의로 보는 것이 타당하다고 보여 진다. 선택적 중재조항의 유효성을 인정하는 근거로서는, 선택적 중재합의조항이 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해하지 아니한다는 점, 다양한 분쟁해결수단 내지 권리구제절차를 보장하는 것이 당사자에게 이익이 되고 편리한 면이 있다는 점, 1차적 분쟁해결수단으로 법원의 소송절차를 취하지 아니하려는 당사자의 자치 내지 자율을 막을 근거가 없다는 점을 들어, 이러한 중재합의조항에 있어서 일방당사자에게 선택권이 유보되어 있어 상대방에게 불리하다는 특단의 사정이 없는 한 중재합의가 선택적으로 규정되어 있다고 하여도 유효하다고 보는 견해가 보다 설득력이 있다고 본다.

30) Harvard 법대에서는 1989-1990년 학기에 사법절차에 의하지 아니한 ADR, 협상(Negotiation), 조정(Mediation), 상사중재(Commercial Arbitration) 등 ADR에 관한 여러 강좌를 개설하였다.

선택적 중재조항을 인정하는 주된 근거는 사적자치의 원칙, 계약자유의 원칙과 관련하여 선택적 분쟁해결조항을 인정할 수 있는지 여부를 검토하는 것이 보다 체계적이고 타당한 접근 방식이라고 할 것이다. 현재 우리나라에서는 사법상의 법률관계에 관하여 사적자치의 원칙이 인정되므로 그 내용의 형성에 있어서 국가의 법질서에 반하지 아니하다면 자유롭게 정할 수 있다. 그런데 그러한 사적자치의 원칙에 사법상의 법률관계로 인하여 발생할 수 있는 분쟁을 위한 해결방법을 다양하게 선택할 수 있는지 여부가 관건인 것이다. 당사자는 사법상의 법률관계에 대하여 그 내용을 자유롭게 형성할 수 있는 자유가 있으며 그 법률관계로 인한 분쟁을 해결할 수 있는 방안을 자유롭게 선택할 수 있을 뿐만 아니라 분쟁해결방식을 선택적으로 배치하게 할 수 있을 것으로 보인다.

결론적으로 중재합의의 유효성에 관한 해석론에 있어서의 국제적인 추세에 부응하여, 당사자가 중재합의의 범위에 대해 명백히 그 범위를 축소하지 않는 한, 당사자의 의도를 광의로 해석하여야 할 것이다. 더욱이 법원은 UNCITRAL 모델중재법을 전부 수용한 현행 중재법상 정책에 따른 시대적 상황을 고려하여 중재합의의 범위에 관하여 의문이 발생하면 중재를 선호하는 방향으로 관대하게 해석하여야 하는 것이 중재수요자를 보호하는 최선의 정책이라 여겨진다.

參考文獻

- 곽경직, 선택적 중재합의론 소고, (법률신문, 2002.8.29)
- 김명기, “선택적 중재합의에 관한 판례의 연구”, (중재 제307호, 2003.3),
- 김연호, “정부건설공사계약 중재조항의 재해석”, (중재 제302호, 2001.12),
- 서정일, e-Trade 법규론, 두남, 2004. 3.
- 장문철, “선택적 중재합의의 유효성”, (중재 제307호, 2003.3).
- 정영환, 단계적, 선택적 분쟁해결조항의 연구, (대한상사중재원, 2002.12)
- Martin Domke, Domke on Commercial Arbitration, Callaghan, 1990,
- Stephen J. Ware, Alternative Dispute Resolution, West Group, 2001.

ABSTRACT

A Study on the Validity of the Selective Arbitration Clause on Construction Arbitration on Construction Arbitration

Suh, Jeong il

Arbitration is a creature of contract. The parties agree that selective dispute resolution clause provides them with a choice to litigate or arbitrate certain disputes. Under the agreements, the parties had the option in the action. In the event any dispute arises between the parties concerning our representation or payment of our fees and disbursements which cannot be promptly resolved to our mutual satisfaction, you agree that dispute will be submitted to arbitration.

Arbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit.

The selective arbitrations clauses are to be construed as broadly as possible, and arbitration will be compelled unless it may be said with positive assurance that arbitration clause is not susceptible of an interpretation that covers the asserted dispute.

Key Words : Selective Arbitration Agreement, Arbitrability Dispute Resolution Clause.
