

## 仲裁人の 權限確定權限 (Kompetenz-Kompetenz)에 관한 연구

안 병 희 \*

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 各國의 立法例
- III. 改正仲裁法の 規定內容
- IV. 우리나라 判例
- V. Kompetenz-Kompetenz Klausel  
(權限確定權限條項)의 適法性

## I. 序 論

### 1. 仲裁人の 權限確定權限의 意義

중재는 소송이 갖는 복잡하고 엄격한 절차에서 벗어나 당사자들이 처분할 수 있는 私法的 紛爭을 私的法院인 仲裁法院<sup>1)</sup>에서 제3자인 仲裁人이 내린 판정에 따라 신속 간편하고 저렴한 비용으로 최종적으로 해결하는 제도이다. 중재가 代替的紛爭解決制度(ADR)로서 활성화되고 특히 국제상거래에서 발생하는 분쟁을 자치적으로 신속하게 해결하기 위해서는 당사자의 합의에 의한 私的法院에서의 분쟁해결이라는 私的·自治的 側面과 국가법원의 공정하고 객관적인 협조와 감독이라는 公的·制度的 側面이 잘 조화되어야 한다. 仲裁가 갖는 私的·自治的 側面만을 강조할 경우 중재합의 당사자 일방이 이를 履行하려고 하지 않거나, 중재판정을 遵守하지 않는 경우, 또는 위법하거나 불공정한 절차에 의한 仲裁判定의 取消을 국가법원에 제소하려는 경우에는 국가법원의 협조와 감독을 받아야 되므로 중재제도의 실효성을 기하는데 어려움이 따르게 된다. 반대로 仲裁가 갖는 公的·制度的 側面만을 강조할 경우에는 국가법원을 배제하고 자치적으로 신속하게 분쟁을 해결한다는 중재제도 본래의 목적을 달성하기 어렵게 된다. 여기에서는 仲裁의 私的·自治的 側面과 관련하여, 仲裁合意에 의거하여 당사자의 일방이 仲裁人(仲裁法院)에 仲裁判定을 申請하여 심리하는 과정에서 仲裁合意의 효력이 다투어지거나 중재합의에 의하여 判定하여야 할 다툼의 범위를 벗어났다고 다투는 경우에, 원래의 仲裁合意에 의하여 비로소 仲裁의 권한을 취득하는 仲裁人으로서 과연 스스로 자기 자신의 심판권한의 기초가 되는 仲裁合意의 유효성이나 그 중재합의의 대상범위를 스스로 판정할 수 있느냐, 즉 權限確定權限(Kompetenz-Kompetenz)<sup>2)</sup>이 있느냐 하는 문제를 살펴보고자 한다.

1) 仲裁法院이라 함은 중재판정권을 행사하는 중재판정기관을 의미하는 것으로, 넓은 의미에서는 중재판정을 행하는 판정기관뿐만 아니라 중재사무를 처리하는 사무국직원을 포함한 조직체를 말하며 좁은 의미로는 중재판정을 행하는 1인 또는 수인의 仲裁人으로 구성된 仲裁判定部를 말한다. 세계 주요국가들은 해당국가의 사법기관과는 별개의 사적인 중재법원을 두고 있다.

2) Kompetenz-Kompetenz를 權限確定權限이라고 부르는 외에도, 仲裁權限最終判定權(金洪奎,

## 2. 理論的 背景

개정중재법 제17조는 仲裁人の 仲裁權限에 대한 이의등 중재합의 存否 또는 有效性을 둘러싼 다툼에 대하여 우선 중재법원에 그 적부에 대한 判定權(仲裁法院의 權限確定權限)을 인정하고 있다. 이 규정은 1877년의 독일민사소송법 제863조(舊 독일민사소송법 제1037조)에서 “仲裁人은 중재절차의 不適法(Unzulässigkeit)이 주장되었을 경우, 특히 法律上 有效한 仲裁合意가 성립하지 아니하였다거나 仲裁合意가 판단하여야 할 다툼과 관련성이 없다거나 仲裁人이 중재인으로서의 직무를 수행할 권능이 없다는 주장이 있을 지라도 절차를 속행하고 仲裁判定을 할 수 있다”고 규정하고 있는 내용이 日本民事訴訟法 797條에서 그대로 번역하여 繼受되고<sup>3)</sup> 그것이 다시 우리나라 舊 仲裁法 제10조로 계수되었다가 改正仲裁法에서도 같은 취지의 내용을 규정한 것이다. 따라서 1877년의 獨逸民事訴訟法 제863조의 이유서의 내용이 우리나라 改正仲裁法 제17조의 이유에 해당된다고 할 수 있다. 1877년의 獨逸民事訴訟法의 이 조문에 대한 이유서에는 다음과 같이 설명되어 있다.

“仲裁節次가 부적법하다는 주장이 있었을 때에는 특별한 규율을 필요로 한다. 仲裁人 자신이 이에 관하여 판단할 수 없다. 그 이유는 仲裁人에게 한 위탁에는 그와 같은 판단까지 포함하고 있지 아니하기 때문이다. 그러나 일방 또는 타방의 당사자가 절차가 不適法하다고 주장함으로써 그 節次의 속행을 저지할 수 있다고 한다면 仲裁節次는 권한있는 國家法院에 의한 전제문제의 재판이 있는 뒤에 비로소 속행될 수 있게 됨으로 이것에 의하여 ‘節次遲延’을 위한 좋은 구실을 만들어 주는 것이 될 것이다. 따라서 이에 대한 解決方案으로서 하나는 권한이 있는 法院에 전제문제에 대한 確定的인 판단을 訴를 提起하여 신청하는 것을 승인하는 것이고, 다른 하나는 仲裁人(仲裁法院)에 대하여 그의 裁量에 의하여 이 다툼이 해결될 때까지 절차를 中止하도록 하는 것이고, 끝으로 第3의 方法으로는 그와같은 다툼이 있음에도 불구하고 절차를 속행해서 仲裁判定을 내리게 하는 방안을 생각할 수 있다. 仲裁節次가 부

중재학회지 제6권,15면), 裁判權의 裁判權(陸榮竣, 국제계약에 있어서의 중재조항, 사법론집 21집, 657면), 管轄權限(韓柱燮외4, 국제상사중재론, 동성사, 1991, 95면), 管轄權存否判斷權限(강병근, 중재학회지 제7권, 228면)이라고 부르기도 한다.

3) 小山昇, 仲裁法(新版), 有斐閣, 1983, 110面.

적당하다는 주장을 하는 당사자의 이익은 위의 제3의 방안에 따라서 절차를 계속해서 중재판정을 하도록 하더라도 침해되지 아니한다. 왜냐하면 仲裁判定取消의 訴와 執行判決을 통해서 부적법한 절차에서 내려진 중재판정의 효력을 취소시킬 수 있기 때문이다.”

이러한 이유서의 요지를 요약하면 다음과 같다. 당사자가 仲裁節次에서 仲裁合意의 效力을 다투는 경우에는 仲裁合意의 性質上의 한계로 인하여 仲裁人은 이에 관한 判定 권한을 부여받고 있지 아니하므로, 仲裁人은 이에 대하여 判定을 할 수 없고 그 權限은 國家法院에 유보된다는 것이나, 당사자 일방 또는 타방이 節次가 부적법하다고 주장함으로써 그 절차의 속행을 저지할 수 있게 되면 중재절차는 仲裁節次의 適法性에 대한 國家法院의 확정적인 終局판결이 있는 후에 비로소 속행되어 判定할 수 있게 될 것이고 이로 인하여 절차의 지연이 초래될 것이다. 이리하여 仲裁節次의 신속진행을 확보하기 위해서는 仲裁人이 우선 잠정적·가정적으로 節次를 속행하여 仲裁判定을 하도록 하고, 당사자의 適法節次의 보장은 국가법원에 제소할 수 있도록 하여 국가법원이 당해 仲裁節次의 適法性에 관하여 사후심사를 하는 권한과 의무를 갖도록 한 것이다.

### 3. 仲裁條項의 分離可能性과의 관계

仲裁合意가 비록 기본인 계약의 하나의 조항으로 되어 있는 경우에는 내용적으로 분리해서 생각하여야 하며 기본인 계약의 하자를 둘러싼 다툼이 있더라도 중재조항 그 자체에 하자가 없는 한 중재조항의 효력에는 영향을 미치지 않는다는 것이 仲裁條項의 分離可能性理論이다. 이러한 중재조항의 분리가능성은 仲裁法院의 權限確定 權限과도 밀접하게 관련되어 있다. 仲裁法院의 權限確定權限은 주된 契約과 仲裁條項의 獨立性이 전제되어야 행사할 수 있으며, 만약 중재조항의 분리가능성이 부정될 경우 주된 계약의 무효는 즉시 중재조항의 무효를 발생시키므로 중재법원은 주된 계약의 무효를 둘러싼 분쟁에 대해서 중재관할권을 행사할 수 없게되어 버리기 때문이다<sup>4)</sup>. 실무상으로는 중재를 원하지 않는 당사자가, 주된 계약의 무효 또는 취소

4) 한주섭외2, 최신국제상사중재론, 동성사, 1997, 87면.

사유가 중재조항에도 미치고 따라서 그 조항에 기한 仲裁人の 判定權限이 없다고 다루는 것이 보통이므로 仲裁人の 裁判權의 裁判權과 仲裁條項의 分離可能性은 동전의 앞뒷면과 같은 관계에 있다<sup>5)</sup>. 따라서 중재조항의 분리가능성을 인정하는 것은 중재인의 권한확정권한을 행사하기 위한 전제라고 할 수 있다<sup>6)</sup>.

## II. 各國의 立法例

개정중재법 제17조의 조문은 UNCITRAL모범법 제16조와 거의 일치하고 있다.<sup>7)</sup> 그리고 1989年の 스위스 국제사법에 관한 연방법 제186조<sup>8)</sup>, 1986年の 네덜란드 민사소송법 제1052조<sup>9)</sup>, 그리고 1998年の 독일민사소송법 제1040조<sup>10)</sup>도 仲裁節次의 迅

5) 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2000, 77면.

6) 박상조의2, 국제상사중재법론, 한울출판사, 1997, 212면.

7) UNCITRAL 모범법 제16조(중재판정부의 관할에 관한 자율적 결정권한)

(1) 仲裁判定部는 중재합의의 存否(existence) 또는 效力(validity)에 관한 이의를 포함하는 자기 관할에 관하여 결정하는 권한을 가진다. 이 경우 계약의 일부를 형성하고 있는 중재조항은 그 계약의 다른 조항으로부터 獨立된 합의로서 취급된다. 仲裁判定部에 의한 계약 무효의 판정은 법률상 당연히 그 중재조항을 무효로 하는 것은 아니다.

(2) 仲裁判定部가 관할권한(jurisdiction)을 가지고 있지 않다고 하는 주장은, 답변서 제출 이전에 제기되어야 한다. 당사자는 그 자신이 仲裁人을 선정하였거나 또는 그 선정에 참여하였다는 사실에 의해서 그러한 주장을 제기하는 것을 배제당하지 아니한다. 仲裁判定部가 그의 권한범위를 逾越(exceeding the scope of its authority)하고 있다는 주장은 그러한 權限逾越이 주장되는 사항이 仲裁節次 進行중에 제기된 후 지체없이 행하여지지 않으면 안된다. 仲裁判定部는 어떠한 경우에도 지연에 正當한 理由가 있다고 인정된 때에는 시기에 늦은 주장을 허용할 수 있다.

(3) 仲裁判定部는, 본조 제2항에서 규정하고 있는 주장에 대하여 先決問題(preliminary question)로서, 또는 本案에 관한 판단(an award on the merits)에서 決定할 수 있다. 仲裁判定部가 스스로 관할권한이 있다고 하는 취지를 선결문제로 결정하는 경우에는, 어떠한 당사자도 당해결정의 통지를 받은 후 30일내에 제6조에서 정한 법원에 본건에 대하여 결정하여 줄 것을 신청할 수 있다. 그러나 그 결정에 대해서는 上訴할 수 없다. 그러한 申請이 아직 係屬中에 있는 동안에는 仲裁判定部는 중재절차를 그대로 遂行하여 중재판정을 내릴 수 있다.

8) 石黑一憲, 스위스新國際仲裁法について, 1989, 日本國際商事仲裁協會, 15面.

9) 貝瀬辛雄, 1986オランダ新仲裁法研究, 日本國際商事仲裁協會, 60面.

10) Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechte, Februar 1994, S.

速한 進行을 위하여 정책적으로 법률로써, 仲裁法院의 자기 관할권에 관한 재판권능 (Kompetenz -Kompetenz)은 제1차적인 잠정적인 것이고 仲裁判定部(仲裁法院)의 이 관정은 국가법원을 구속할 수 없고 중국적으로는 國家法院의 判決로서 판단하도록 규정되고 있다.

그러나 이러한 立法例와는 달리 미국 연방중재법(미국법전 제9편) 제4조에서는 당사자 일방으로부터 法院에 대하여 무효인 仲裁合意에 기하여 중재절차를 개시하였거나 개시하려 한다는 주장이 있는 때에는 法院은 약식소송(summary trial)에 의하여 그 주장이 이유있다고 판단되면 이미 개시되었거나 개시하려고 하는 중재절차를 정지시킬 수 있고, 상대방으로부터 부당하게 仲裁節次의 개시 속행이 거부되었을 때에는 약식소송에 의하여 상대방 당사자에 대하여 仲裁節次를 진행시키도록 약식명령(summary directing)을 내리도록 하여 仲裁法院의 잠정적인 권한확정권한을 인정하고 있지 않다. 이는 중재판정 후에 국가법원에 의해 중재인의 권한이 없는 것으로 판결이 나 仲裁判定이 취소될 경우 많은 비용과 시간을 들여 진행한 중재절차가 무의미해지며 권한에 대해 이의를 제기한 당사자로서는 仲裁節次에 협조하면 仲裁人의 權限을 인정하는 것이 되고, 협조하지 않으면 불리한 仲裁判定이 내려질 위험에 처하게 된다는 이유 때문이다<sup>11)</sup>.

中國의 경우에는 중국국제경제무역중재위원회 중재규칙에서 “중재위원회는 중재계약의 유효성 및 중재사건의 관할권에 관하여 決定을 하는 權限을 가진다”고 規定<sup>12)</sup>하여 仲裁契約의 有效性등에 관하여 仲裁人이나 國家法院이 아니라 중국국제경제무역중재위원회가 決定하게 되어 있는데 중국국제경제무역중재위원회는 다른 국가의 國家法院에 해당하는 권한을 가지며 UNCITRAL모범법 제6조에 ‘그 밖의 機關’이라는 用語가 삽입된 것은 中國과 같은 경우를 고려한 것이라고 한다<sup>13)</sup>.

11) 陸榮竣, 商事仲裁法論, 博英社, 2000, 120面.

12) 中國國際經濟貿易仲裁委員會 仲裁規則 제2조 제3항. 中國은 1986. 12. 2. 뉴욕조약에 加入하였다.

13) 文俊朝, 中國의 涉外經濟紛爭解決制度와 事例, 한국법제연구원, 1995.

### Ⅲ. 改正仲裁法の 規定內容

#### 1. 개정중재법 제17조에 대한 조문별 검토

改正仲裁法에서는 同法 第17條에서 仲裁節次 進行中에 當事者에게 仲裁判定部の 無權限 및 仲裁合意의 存否, 有效性에 대한 異議提起權을 規定함과 동시에 이 異議提起에 대하여 仲裁判定部가 자신의 權限 및 仲裁合意의 存在와 有效性을 肯定하는 判定(仲裁判定의 先決問題에 대한 中間判定)을 한 경우에 이에 대하여 불복하려 하면 國家法院에 提訴할 수 있도록 규정하고 있다. 改正仲裁法 第17條의 規定內容을 보다 구체적으로 검토하면 다음과 같다.

同條 第1項에서는 “仲裁判定部는 자신의 權限 및 이와 관련된 仲裁合意의 存否 또는 有效性에 대한 異議에 대하여 決定할 수 있다. 이 경우 仲裁合意가 仲裁條項의 形式으로 되어 있는 때에는 契約中 다른 조항의 效力은 仲裁條項의 效力에 影響을 미치지 아니한다”고 규정하여 仲裁判定部(仲裁法院)는 자기의 管轄權에 관하여 判定할 수 있도록 하고 있다. 이 判定은 仲裁合意의 有效性和 그 效力範圍에 限定되므로 제1항 後文에는 仲裁合意의 有效성을 判定하는 경우에는 仲裁合意와 주된 契約은 2개의 서로 獨立된 契約으로 보아야 하며 비록 仲裁合意가 주된 契約의 仲裁條項의 形式으로 되어 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다. 주된 契約의 無效가 바로 仲裁合意의 無效로 되는 것은 아니다. 仲裁合意가 有效하면 無效의 주된 契約으로부터 발생한 紛爭解決의 裁判權은 오히려 仲裁判定部(仲裁法院)에게 있다. 예컨대 ICC 仲裁規則 제6조 제2항<sup>14)</sup>에 明示적으로 규정되어 있는 이러한 法律上的 効果는 거의

14) ICC중재규칙(1998. 1. 1.시행) 제6조 제2항은 “被申請인이 제5조에 규정된 答辯書를 제출하지 않은 경우 또는 當事者의 어느 일방이 중재합의의 存在(existence), 有效性(validity), 範圍(scope)등에 관하여 하나 또는 그 이상의 抗辯을 제기한 경우, ICC仲裁規則에 의한 仲裁合意가 존재함이 인정된다면 仲裁法院은 仲裁의 進行을 決定할 수 있다. 그러나 이것이 抗辯의 허용여부 및 權利를 부인하는 것은 아니다. 이러한 경우 仲裁判定部の 판정관할권에 관한 모든 決定은 중재재판부 자신이 내려야 한다. 만약 仲裁判定部가 이에 만족하지 못할 경우 관련 당사자는 중재가 進行될 수 없음을 통보받을 것이다. 그러한 경우 관련 당

모든 나라의 法律狀況과 一致하고 있고 이것은 독일민사소송법에서도 마찬가지다. 또한 改正仲裁法 第17條에서는 제1항뿐만 아니라 제5항, 제6항에서도 決定이라는 용어를 사용하고 있으나 여기에서 말하는 決定은 민사소송법에서 裁判(Entscheidung)의 종류로서 일컫는 判決(Urteil), 決定(Beschluss), 命令(Verfügung)중의 하나인 決定을 의미하는 것으로 보아서는 안될 것이다. 民事訴訟法上的의 決定은 訴訟指揮로서의 조치나 訴訟節次上的의 부수적 사항을 간이 신속하게 해결하기 위하여 행하여지는 裁判으로, 仲裁判定部가 자신의 권한의 당부 및 仲裁合意의 存否 또는 有效性에 대한 異議에 대한 재판을 하는 때에는 변론없이 판정해서는 안될 것이며 반드시 辯論을 열어서 判定하여야 할 것이다. 따라서 개정중재법 제17조에서 사용하고 있는 決定은 辯論의 經유여부가 재판기관의 재량에 맡겨져 있는 민사소송법상의 裁判의 종류중의 하나인 決定이라고 볼 수는 없을 것이다.<sup>15)</sup>

同條 第2項에서는 “仲裁判定部の 權限에 관한 異議는 本案에 관한 答辯書를 提出할 때까지 提起되어야 한다. 이 경우 當事者는 자신이 仲裁人을 選定하였거나 選定節次에 參與하였더라도 異議를 제기할 수 있다”고 규정하여, 當事者는 仲裁法院의 無管轄의 異議는 本案에 관한 答辯書를 提出할 때까지 提起할 수 있으며 當事者가 仲裁人을 選定하였거나 選定節次에 參與하였더라도 異議權을 喪失하지 않는 것으로 하였다. 이것은 仲裁判定部에 대한 無管轄의 異議는 仲裁判定部の 構成을 기다려서 提起하는 것이 바람직하기 때문에 改正仲裁法 第5조(異議申請權의 喪失)에 따른 特別規定을 한 것이다. 따라서 仲裁判定 後의 段階에서 仲裁判定의 取消나 承認 執行의 거부를 목적으로 중재판정부의 권한에 관한 이의를 제기할 수 없다고 할 것이다.

사자는 判定管轄權을 가진 法院(any court having jurisdiction)에 拘束力 있는 仲裁合意의 존재여부에 대해 질의할 권리가 있다”고 규정하고 있다.

- 15) 獨逸民事訴訟法 第1040조에서 決定(Beschluss)이라는 用語를 사용하지 않고 裁判(Entscheidung)이라는 用語를 使用하고 있다. 이와 관련하여 同法 第1063조 第1항에서 法院의 節次에 관한 總則規定에서 原則적으로 仲裁事件을 管轄하는 高等法院도 口述辯論없이 決定으로 裁判하도록 되어 있지 않느냐는 反問이 있을 수 있으나, 同條 第2項에서는 仲裁判定의 取消申請이 있거나 仲裁判定의 承認과 執行宣告 申請에 대해 仲裁判定取消事由가 考慮되는 때에는 口述辯論을 命하도록 하여 사실상 判決로 裁判하는 效果를 거두고 있다.



同條 第3項에서는 “仲裁判定部가 仲裁節次의 進行中에 그 權限의 範圍를 벗어났다는 異議는 그 事由가 仲裁節次에서 다투어지는 즉시 提起되어야 한다”고 규정하였다. 仲裁判定部가 그의 權限의 範圍를 벗어났다는 이의는 그 異議事由가 중재절차에서 다투어지는 즉시 提起토록 하여 仲裁判定部の 權限踰越에 대한 抗辯提起의 時點을 상세히 규정하였다. 따라서 시기에 늦게 제출한 데 대해 충분히 변명하지 못한 경우에는 그 이후의 仲裁節次나 仲裁判定取消 또는 執行宣告節次에서 더 이상 중재판정부의 권한유일을 주장할 수 없다고 할 것이다.

同條 第4項에서는 “仲裁判定部는 제2항 및 제3항의 規定에 의한 異議가 동항에 규정된 時期보다 늦게 提起되었더라도 그 遲延에 正當한 理由가 있다고 認定하는 경우에는 이를 받아들일 수 있다”고 규정하여, 無管轄이나 權限踰越의 異議가 위 2項 및 3項에 規定된 時期보다 늦게 提起 되었더라도 그 遲延에 正當한 理由가 있다고 認定하는 경우에는 이를 받아들일 수 있도록 하였다. 이는 仲裁判定部の 無管轄이나 權限踰越의 異議는 어느 경우에도 當事者가 異議提出 遲延에 대한 충분한 변명을 하였을 때 遲延한 異議를 許容할수 있다고 해석된다.<sup>16)</sup>

同條 第5項에서는 “仲裁判定部는 제2항 및 제3항의 規定에 의한 異議에 대하여 先決問題로서 決定하거나 本案에 관한 仲裁判定에서 함께 판단할 수 있다”고 규정하여, 當事者가 提起한 위 2항 및 3항에 따른 仲裁判定部の 무관할이나 권한유일의 이의에 대하여 스스로 자신의 管轄權이 있다고 判斷되면 仲裁判定의 先決問題로서 中間 재판으로 판단하거나, 本案에 관한 仲裁判定에서 함께 판단할 수 있도록 하고 있다. 그런데 本案의 仲裁判定에 대한 先決問題로서의 中間判定으로 하는 決定은 본래 仲裁法院이 自己自身の 管轄權을 긍정하는 경우에만 可能하다. 이렇게 함으로써 仲裁判定部の 權限確定權限(Kompetenz - Kompetenz)은 節次의 이른 段階에서 明確히 保障되는 것이 된다. 仲裁判定部가 당사자가 제기한 無管轄 또는 權限踰越의 主張이 오직 遲延의 目的으로 행하여 졌다는 疑心을 갖게 되면 本案의 仲裁判定에

16) 앞의 주 4)의 UNCITRAL模範法 第16條 第2項 참조. 獨逸民事訴訟法 第1040條 第2項은 “...仲裁判定部는 時期에 늦게 抗辯이 提出된데 대하여 當事者가 充分히 辨明한 때에는 비록 時期에 늦었다 하더라도 이를 許容할 수 있다”고 규정하고 있다.

대한 先決問題로서 決定으로 裁判하지 아니하고, 本案에 관한 仲裁判定속에서 自身の 仲裁權限(seine Kompetenz)에 관하여 긍정적으로 判定할 수 있는 可能性을 유보하고 있다.

同條 第6項에서는 “仲裁判定부가 제5항의 規定에 의하여 先決問題로서 그 權限이 있다고 決定한 경우에 異議當事者는 당해 決定의 通知를 받은 날부터 30일 이내에 法院에 仲裁判定部の 權限에 대한 審査를 申請할 수 있다”고 규정하였다. 그러므로 仲裁判定의 先決問題로서 仲裁判定부가 자신의 管轄권이 있다고 결정한 경우에 異議 當事者는 결정통지를 받은 날로부터 30일 이내에 國家法院에 仲裁判定部の 權限에 대한 審査(裁判)를 申請할 수 있으나 위 기간내에 申請을 하지 않으면 仲裁判定에 대한 取消訴訟이나 執行節次에서 더 이상 審査를 하지 못한다고 解釋하여야 할 것이다. 仲裁判定부가 當事者가 提起한 자신의 無管轄이나 權限踰越의 異議에 대하여 스스로 자신의 管轄權이나 권한범위를 긍정한 決定에 대하여 당사자가 이에 불복하여 國家法院에 提訴하면 國家法院은 仲裁判定部の 決定에 拘束받지 아니하고 독자적으로 재판할 수 있다. 國家法院은 仲裁節次나 仲裁判定의 적법성에 대하여 국가적 법질서 유지의 차원에서 適切한 감독과 통제를 하여야 하므로 國家法院에 대하여는 拘束力을 가질 수 없다고 해석하여야 하기 때문이다.

同條 第7項에서는 “仲裁判定부는 제6항의 規定에 의한 신청으로 裁判이 繫屬<sup>17)</sup>중인 경우에도 仲裁節次를 進行하거나 仲裁判定를 내릴 수 있다”고 규정하여, 당해 事件이 국가법원의 재판에 係屬중인 경우에도 仲裁節次를 進行하거나 仲裁判定를 내릴 수 있도록 하였다. 國家法院의 裁判을 신청함으로써 故意(惡意)로 절차지연을 도모하는 것을 막고 신속히 절차를 진행하기 위한 것이다.

17) 改正仲裁法 제14조 제3항과 제17조 제7항에서 繫屬이라는 용어를 사용하고 있으나 이는 문언상의 의미로 보아 係屬(pending)의 誤字로 보인다. 訴訟係屬이란 特定한 請求에 대하여 法院에 判決節次가 현실적으로 존재하는 상태로 訴訟法的으로는 重複提訴의 禁止效果가 발생하고 實體法上으로는 時效中斷 등의 효과가 발생한다(金洪奎, 前掲 民事訴訟法, 441面; 李時潤, 前掲書, 355面.)

同條 第8項에서는 “第6項의 規定에 의한 권한심사신청에 대한 법원의 권한심사에 대해서는 항고할 수 없다”고 하였다. 그러므로 당사자가 지연에 상당한 이유가 없이 중재판정부의 무관할에 관한 이의를 본안에 관한 답변서제출 전에 또는 권한유월에 관한 이의를 중재절차에서 다루어지는 즉시 제대로 제기하였는데, 이에 대해 중재판정부가 선결문제로서 중간판정으로 자신의 관할권이 있다고 판단한 경우에 당사자가 이에 불복하면 30일내에 국가법원에 심사를 신청할 수 있으나 이에 대한 국가법원의 결정에 대해서는 仲裁節次의 迅速한 進行을 위하여 抗告할 수 없게 된다. UNCITRAL模範法 제16조 제3항에도 같은 취지를 규정하고 있다. 그러나 독일 민사소송법 제10편 제4장 제1040조에서는 國家法院의 裁判에 대한 上訴制限을 규정하지 아니하였다.<sup>18)</sup> 따라서 중재판정부에서 당사자의 無管轄 또는 權限踰越의 이의 신청이 절차지연 목적으로 행하여 진 것으로 믿는 경우에 仲裁判定에 대한 先決問題로서 決定으로 判定하지 아니하고 본안에 관한 최종 중재판정에서 仲裁判定部 자신의 중재권한에 관하여 긍정적으로 판정한 경우, 당사자는 仲裁判定取消의 訴나 執行宣告를 申請하는 訴에서 이의를 제기한 바 있는 無管轄 또는 權限踰越을 주장할 수 있고 國家法院은 이에 대하여 개정중재법 제17조 제8항의 규정과는 달리 判決로서 裁判하고 이 判決에 대하여는 上訴를 제한하고 있지 아니하다. 결국 동일한 사안에 대해 仲裁判定部가 당사자의 이의에 대해 자신에게 仲裁判定權限이 있다고 긍정적으로 판단한 경우에, 이에 불복하는 이의당사자가 개정중재법 제17조 6항에 따라 국가법원에 제소할 경우에 국가법원은 동조 제8항에 따라 決定으로 裁判하여 이에 대하여 抗告할 수 없다는 上訴制限을 규정하면서, 이의당사자가 동법 제36조의 仲裁判定取消事由 또는 제37조의 중재판정의 승인·집행의 거부사유로서 국가법원에 제소할 경우에 국가법원은 判決로서 裁判하고 이에 대하여 上訴를 제한하지 아니하는 것은 균형을 잃고 있어서 모순이라고 보여진다. 따라서 독일민사소송법의 규정과

18) 獨逸 民訴法 제1040조 제3항은 중재판정부는 자신의 관할권을 인정하는 경우에 中間判定(Zwischenentschied)을 하여야 하며 이의당사자는 中間判定에 대한 서면통지를 받은 후 1월내에 法院에 裁判을 신청할 수 있도록 규정하여 抗訴 및 上告가 가능토록 하고 있으며, 日本 仲裁法 改正試案 제20조 제3항에서는 아예 中間決定制度를 두지 않으므로서 이의가 있어도 그대로 仲裁를 진행하고 仲裁判定取消의 訴나 執行許容 宣言을 구하는 절차에서만 다루도록 하고 있고, 1996년 잉글랜드 중재법 제 67조 제4항에서는 중재판정부가 관할권에 관해 내린 판정에 대한 법원의 결정에 대해 법원의 허가가 있으면 항고할 수 있도록 하고 있다.

같이 선결문제로서 중간판정을 하는 결정에 대해서도 상소를 제한하지 않도록 함으로써 兩者가 균형을 가하도록 규정하여 法體系의 統一性을 기해야 할 필요성이 있다고 할 것이다.

## 2. 改正仲裁法 第36條 및 第37條와의 關係

仲裁判定部가 중재절차 진행중에 당사자가 제기한 중재판정부의 無管轄이나 權限踰越의 이의에 대하여 仲裁判定의 선결문제로서 중간판정으로 재판하지 아니하고 仲裁判定에서 함께 판단한 경우에 이에 불복하는 當事者는 仲裁判定이 부적법한 仲裁節次에 의한 判定이라고 주장하거나, 當事者가 중재에 참여하지 못하였거나 분쟁의 본안에 관한 심리에 참여하지 못하여 仲裁節次 진행중에는 仲裁判定部の 無管轄이나 權限踰越을 주장하지 아니하였지만 仲裁判定이 내려진 후에 이를 이유로 부적법한 仲裁節次에 의한 판정이라고 주장하여 改正仲裁法 제36조나 제37조에 의하여 국가법원에 중재판정 취소소송을 제기하거나 집행판결절차에서 부적법성을 주장할 수 있다. 국가법원은 이에 대해 國家法(仲裁法)이 중재에 대하여 요구하는 節次의 適法要件을 흠결한 것으로 判斷하면 仲裁法院이 내린 당해 仲裁判定을 判決로 取消하거나 判決로써 仲裁判定의 適法함을 선고하는 신청을 거부함으로써 仲裁判定에 대한 강제집행을 하지 못하게 하고 있다. 따라서 仲裁判定節次의 적법성에 대한 判定은 제1차적인 판정권은 仲裁判定部에 있지만 이 判定은 國家法院을 구속할 수 없고 終局的으로는 國家法院의 판결로(仲裁法 第17條 第6項의 경우에는 決定으로) 仲裁節次의 적법성여부를 재판할 수 있다.

## IV. 우리나라 判例

국가법원이 중재합의의 效力有無나 중재인의 중재판정을 할 수 있는 權限有無에 대한 最終的 判定權限을 가지기 때문에 當事者(仲裁 申請人)는, 相對方 當事者(仲裁 被申請人)가 仲裁合意의 無效를 主張하거나 仲裁人에게 중재권한이 없다고 主張하여

중재절차의 개시나 수행을 거부하는 경우에, 중재인에게 중재판정을 할 수 있는 권한이 있다는 취지를 확인하는 積極的 確認의 訴 즉, 仲裁判定權限存在確認請求의 訴를 제기할 수 있다고 할 것이다. 이러한 적극적확인인 소는 仲裁節次가 開始되기 전에는 국가법원에 訴提起가 가능하지만 仲裁節次가 개시된 이후에는 개정중재법 제 17조에 의해야 할 것이다.

이와 반대로 상대방 당사자(仲裁 被申請人)가 타방 당사자(仲裁 申請人)를 상대로 仲裁人에게 중재판정을 할 수 있는 權限이 없으므로 仲裁節次가 許容되어서는 안된다는 消極的 確認의 訴를 국가법원에 제출할 수 있느냐가 문제이다. 이에 관한 우리나라 判例로는 “商行爲로 인한 私法上の 紛爭에 관하여 그 한쪽 당사자가 仲裁約定이 있었다 하여 다른 당사자를 상대로 仲裁法 및 이에 따른 商事仲裁規則에 의해 仲裁申請을 하는 경우, 仲裁約定이 없었다고 다투는 다른 當事者는 仲裁節次內에서 이러한 事由를 내세워 仲裁節次가 許容될 수 없다고 主張할 수 있고 仲裁判定 以後에 있어서는 仲裁判定取消의 訴를 提起하거나 執行判決의 訴에서 執行宣告申請의 棄却을 구할 수 있음은 물론이지만, 仲裁約定의 存否 및 이에 따른 仲裁節次 許容與否에 관한 다툼을 中絶적으로 判斷하는 權限이 仲裁判定取消의 訴 및 執行判決請求 訴訟에 의하여 法院에 留保되어 있음에 비추어 仲裁判定 以前에 있어서는 이를 다투는 當事者는 法院에 대하여 그 仲裁約定이 없음을 내세워 仲裁節次가 허용될 수 없는 것이라는 확인을 구하는 訴를 提起할 수 있다”고 판시<sup>19)</sup>하여 仲裁節次不許確認訴訟을 인용하였다.

이러한 判例의 견해에 대해 찬성하는 견해<sup>20)</sup>에서는 다음과 같이 주장하고 있다. 즉 理論的으로는 仲裁節次에 參與하면서 仲裁判定部の 判定權限에 관하여 異議를 하고 그에 대한 仲裁判定部の 決定에 대하여 國家法院의 판단을 받는 것이 이상적이겠지만 仲裁判定部는 그에 대한 재판이 係屬중이더라도 중재절차를 進行하거나 중재판정을 내릴 수 있기 때문에 큰 實效性이 없기 때문에 消極的 確認의 訴를 구하는 本案訴訟이 許容되어야 한다는 견해이다.

그러나 위 判例 및 이에 贊成하는 見解는 다음과 같은 점에서 不當하다. 중재피신

19) 서울지방법원 東部支院 1989. 6. 9 宣告, 89가합 2514 判決.

20) 陸榮竣, 仲裁에 대한 法院의 關與, 仲裁, 2000년 봄, 27面.

청인(原告)이 중재절차 개시 후에 중재신청인(被告)을 상대로 消極的 確認의 訴를 국가법원에 제기하면, 그에 대하여 被告는 改正仲裁法 제17조(舊 仲裁法 제10조)의 規定에 의하여 仲裁判定部는 자신의 權限 및 이와 관련된 仲裁合意의 存否 또는 有效性에 대한 異議에 대하여는 제1차적 잠정적으로 判定할 수 있고 이 判定에 대하여 不服하는 경우에 비로소 國家法院에 提訴하면 국가법원은 終局적으로 재판할 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 명문의 규정을 단지 現實的 必要性이 있다는 이유로 적용을 배제하는 것은 타당하지 못하기 때문이다. 따라서 消極的 確認의 訴 역시 積極的 確認의 訴와 마찬가지로 仲裁節次가 開始되기 전에는 國家法院에 訴提起가 가능하지만, 仲裁節次가 개시된 이후에는 먼저 仲裁人(仲裁判定部)에게 이의를 제기하고 이에 대한 仲裁人의 決定에 不服하는 경우에 한하여 국가법원의 판단을 받을 수 있다고 하여야 할 것이다.

또한 大法院은 仲裁節次를 中止시키려는 假處分 申請에 대해서는 “仲裁人은 當事者가 仲裁節次를 許容할 수 없는 것이라고 主張하는 경우에도 仲裁節次를 續行하여 仲裁判定을 할 수 있다고 규정한 改正仲裁法 제17조 제7항(舊 仲裁法 第10條)의 취지에 비추어보면, 실사 당해 仲裁節次가 허용될 수 없는 경우에 해당한다고 하더라도 當事者가 상대방에 대하여 法院에 仲裁節次 違法確認을 구하는 본안소송을 제기하거나 중재판정이 있는 후에 仲裁判定取消의 訴를 제기하여 중재절차의 違法을 다투는 것은 별론으로 하고, 막바로 그 仲裁節次의 違法을 들어 法院에 仲裁節次停止의 假處分을 구할 수는 없다고 할 것이다”라고 判示하여 가처분신청을 받아들이지 않았다<sup>21)</sup>. 國家法院에 仲裁節次를 中止시키는 假處分申請을 함으로써 故意(惡意)로 節次遲延을 도모하는 것을 막고 신속한 節次進行을 확보하기 위한 改正仲裁法 제17조 제7항의 취지와 같은 판결이라 해석된다.

21) 大法院 1996. 6. 11 宣告, 96마 149 決定.

## V. Kompetenz-Kompetenz Klausel

### (權限確定權限條項)의 適法性

#### 1. 意義

Kompetenz-Kompetenz Klausel이라 함은 당사자가 중재합의속에 仲裁人에게 仲裁合意의 有效性이나 그 範圍에 대해서 判定하는 권한을 주는 조항을 포함시켰을 때 이 條項을 말한다.<sup>22)</sup> 본래 仲裁合意에 의하여 仲裁의 權限을 취득하는 仲裁人(仲裁法院)은 자기 자신의 審判權限의 기초를 이루고 있는 仲裁合意의 有效性 자체에 대해서는 判定할 수 없다고 할 것이다. 그러나 당사자가 仲裁法院의 審判權限의 기초를 이루고 있는 중재합의속에서 仲裁合意의 有效性 자체에 대해서도 判定하는 권한을 주는 條項 즉, 權限確定權限條項(Kompetenz-Kompetenz Klausel)을 포함시켰을 경우에 仲裁法院이 자기의 管轄權에 관하여 재판할 수 있느냐가 문제된다. 자기 자신의 管轄權의 유무에 대해서 判定하는 중재인의 權限確定權限(Kompetenz-Kompetenz)은 獨逸의 법률용어에서 유래하는 것인데 BGH의 최근의 判例에 의하여 발전된 이론이다.<sup>23)</sup>

獨逸에서는 1998년의 民事訴訟法の 改正을 통해 Kompetenz-Kompetenz Klausel의 適法性에 대한 논란을 立法的으로 해결하였다. 우리나라에서는 이에 대한 論議조차 이루어지지 않은 상태였는데 獨逸에서는 치열한 논란 끝에 일단락이 된 상태이지만 國家法院과 仲裁法院의 상관관계를 고찰하는데 있어서는 Kompetenz-Kompetenz Klausel의 적법성에 대해 독일에서 진행되었던 BGH判例와 學說의 대립 내용을 살펴보는 것은 상당한 의미가 있다고 할 것이다.

22) 河野正憲, 仲裁契約の效力と限界, 1992, 21面以下; 小島武司 - 高桑昭 編, 註解仲裁法, 青林書院, 1988, 142面 以下(栢木邦良 執筆).

23) Ulrike A. Schafen, Die Einrede der kompetenz- kompetenz des Schiedsgerichtes, Festschrift für Wolfram Henkel zum 70. Geburtstag, 1995, S. 723ff.

## 2. 종래 BGH判例

중재당사자는 仲裁人(仲裁法院)에게 仲裁合意의 有效性을 최종적으로 판정하는 權限을 부여할 수 있다고 하는 독일연방법원의 판례이론의 발전에 있어서 중요한 계기가 된 것은 1955年 3月 3日의 聯邦通常法院의 判決이었다<sup>24)</sup> 사안은 X는 Y에 대하여 Hamburg 중재법원에 손해배상청구에 대한 중재판정을 신청하였다. Y는 이 중재절차에서 중재합의의 흠결을 이유로 중재법원의 관할권에 대하여 이의를 신청하였으나, 중재법원은 중재판정에서 관할권의 부존재의 항변을 却下하고 Y에게 X가 신청한 것과 같은 금액의 지급을 명하였다. 이 仲裁判定은 합법적으로 양당사자에게 송달되고 Hamburg地方法院에 예치되었다. X는 Hamburg지방법원에 중재판정의 집행선고 신청을 하였다. 이에 대하여 Y는 중재판정의 취소에 의한 신청의 기각을 구하였다. 법원은 X의 請求를 인용하여 집행선고를 하였다. Y는 抗訴 및 上告를 하였으나 모두 기각되었다.

抗訴審에서는 “일반적인 경우에는 仲裁人(仲裁法院)은 주된 계약 및 주된 계약에 동반하는 仲裁合意의 有效性에 관하여 판정하는 권한을 가지지 아니하지만, 仲裁條項의 해석으로부터 당사자의 의사가 단지 품질이 다르다는 것뿐만 아니라 주된 契約 및 仲裁條項을 포함하는 거래로부터 발생하는 모든 분쟁에 관하여 仲裁人(仲裁法院)이 判定하여야 한다는 것이 명백한 경우에는 이에 대하여 判定하는 권한을 가진다. 이 경우에는 法院은 주된 계약과 중재합의의 성립 및 그 효력에 관하여 仲裁人(仲裁法院)의 판정에 관하여 재심사(Nachprüfung)를 할 수 없다”고 判示하였다.

이에 불복하여 상고하였는데 聯邦通常法院은 仲裁人(仲裁法院)의 權限確定權限을 인정하고 다음과 같이 判示하였다. “민사소송법 제1059조 1항 1호(개정중재법 제36조 2항 1호 라목 해당)와 관련하여 제1040조(개정중재법 제17조 해당)에 의하면 仲

24) BGH, KTS 1961, 26. 이 判決은 1955년에 宣告되었던 것이지만 오랫동안 公表되지 아니하고 있다가 겨우 1961년이 되어서야 KTS(Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen) 紙上에 公表되었다. 이 判決에 대한 批判的인 研究로서는 다음의 文獻이 있다. Schwab, Die Entscheidung des Schiedsgericht über seine eigene Zuständigkeit. Eine Stellungnahme zum Verhältnis von Hauptvertrag und Schiedsvertrag und zur sog. Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts, KTS 1961, Heft 2, S. 17, bes. 21ff.



裁人(仲裁法院)은 일반적인 경우에는 有效한 仲裁合意가 存在하지 아니한다는 항변에 대하여 判定하는 권한을 잠정적으로 가지는 데 지나지 아니하다는 것, 通常法院의 법관은 이 문제 및 이 문제와 연관되는 한 仲裁判定 자체의 사후심사를 하는 권한과 의무를 가지고 있다는 것으로부터 출발하지 않으면 안된다(RG in JW 1928, 2136). 그러나 仲裁合意의 有效性에 관하여 그 심사가 중재합의에 의하여 특별히 仲裁人(仲裁法院)에게 맡겨져 있는 때는 이 심사권은 仲裁法院에 있다(RG in Warn. 1934 Nr. 42). 계약에서 仲裁人(仲裁法院)이 계약 및 중재재판조항자체의 효력을 심사하는 권한을 가지고 있는 것으로 보이는 중재재판조항을 가지고 있는 때는 通常法院은 중재재판조항이 이 해석을 허용할 것인가의 여부, 따라서 중재재판조항에 의해 모든 관청에 대하여 拘束力이 있는 權限確定權限, 즉 그 관할권의 심사권이 있는가의 여부만을 심사할 수 있는데 지나지 아니한다. (중략) 通常法院이 이 문제를 긍정하는 때는 중재법원의 판정에 구속되고, 주된 계약 및 이에 포함된 중재합의의 효력에 관한 재심사는 금지된다. 독일민사소송법 제10편은 基本的으로 通常法院의 裁判에 복종하는 법적분쟁의 판정을 仲裁人(仲裁法院)에 의하여 하는 것을 허용했다. 따라서 중재법원을 구성하고 당사자간에서 행하여진 중재의 합의에 근거해서 행동하는 仲裁人은 중재절차에 있어서 법률에 의한 법관(gesetzlicher Richter)에 갈음하는 판정을 하는 권한이 있는 재판관이다. 그 判定權限의 한계를 규율하는 것은 중재조항이다. 仲裁人(仲裁法院)에 대하여 유효한 중재합의가 존재하는가에 관하여 당사자간에 다툼이 있는 경우에 그 점에 관하여 스스로 판정할 것을 수권한 때에는 仲裁人(仲裁法院)은 그것을 판정하는 권한을 가진다. 이 점에서 당사자는 법률에 의한 법관에 의한 재판을 포기한 것이다.”

위의 抗訴審判決이나 BGH의 判決에서는 當事者가 權限確定權限을 明示的으로 仲裁人(仲裁法院)에게 부여한 사건은 아니었다. 그런데 Hamburg의 상품거래에 관한 관습에서는 중재에 관해서는 단지 품질의 흠결뿐만 아니라 그 밖의 거래에서 발생되는 모든 쟁점에 대하여도 判定을 하여야 할 것으로 되어 있었다. 따라서 當事者가 仲裁條項속에 仲裁人の Kompetenz-Kompetenz Klausel을 명시적으로 포함시키고 있지 아니하더라도 중재조항의 해석으로부터 이것을 이끌어 낸 사례이고 중재가 신청된 Hamburg우호중재법원의 관행이 이를 전제로 하고 있다.

1955년 3월 3일 BGH의 仲裁人의 권한확정권한에 관한 판시가 있는 후에 주목할 만한 동 취지의 判示가 계속 행하여졌다. BGH는 1977년 5월 5일의 판결<sup>25)</sup>에서 仲裁人의 權限確定權限에 관하여 “중재합의가 유효한가의 여부, 신청의 상대방이 이 계약에 복종하는가의 여부에 대하여 구속력있는 판정을 仲裁人에게 위임하는 權限確定權限이 처음부터 부적법한 것은 아니다. 민사소송법 제1025조 제1항(改正仲裁法 제3조 해당)에 의하면 당사자가 분쟁대상에 관하여 화해를 체결하는 권한을 가지는 한 仲裁合意는 법적효력을 가진다. 이 요건을 여기에서는 부정하여서는 안될 것이다. 仲裁節次의 당사자는 仲裁人의 관할권에 관한 이의는 仲裁人이 판단하여야 하는데 대하여 合意를 하는 것은 가능하다. (중략) 헌법상 또는 법원조직법상의 의문은 이점에 관하여는 存在하지 아니한다”라고 판시하였고, BGH 1988년 5월 26일의 판결<sup>26)</sup>에서는 “抗訴法院의 判決은 당사자들이 합의한 중재조항의 범위에 대하여 抗訴法院 스스로가 해석하는 권한을 가진다는데 근거하고 있다. 상고심은 당연히 이 判決에 이의를 제기한다. 당사자들은 중재법원에 중재합의의 효력과 해석에 관해 구속력있는 재판을 위탁할 수 있다. (중략) 이러한 合意는 (중략) 原則적으로 허용(zulässig)된다. (중략) 이러한 합의는 이른바 Kompetenz-Kompetenz Klausel의 효력과 해석에 대하여 국가법원의 사후심사(nachprüfung)를 제한한다”고 判示하였다.

그리하여 獨逸判例는 당사자가 權限確定權限에 관한 조항을 체결하고 있는 경우, 또는 이같은 해석의 가능성이 있는 경우에는 국가법원의 (사후)심사의 권한은 제한되고, 이것은 仲裁人에게 위탁하는 것을 기본으로 하고 있다. 그리고 국가법원의 심사는 권한확정권한조항이 적법하게 체결되었는가의 여부 및 그 해석의 문제에 한정하려고 한다. 그리하여 결론적으로는 국가법원은 그 심판권한의 행사를 억제하여 仲裁人의 自立性을 강하게 승인하려고 하는 견해를 피력하고 있다.<sup>27)</sup>

25) BGHZ 68, 356 = 1977, ZZP 91, 470.

26) JZ 1989, 201(=NJW-RR 1988, 1526)

27) 이밖에도 Kompetenz-Kompetenz Klausel의 適法性을 肯定하는 OLG의 判例는 다음과 같은 것이 있다. OLG Frankfurt AWD 1961, 126 ; OLG Hamburg MDR 1958, 610 ; Reichsgericht의 判例에서 Kompetenz-Kompetenz Klausel의 適法性을 肯定하는 判例는 다음과 같다. RGJW 1928, 2136 mit zust. Anm. von Kisch ; RG Warn. 1934 Nr. 42 = ZZP 59, 66 (lässt die Möglichkeit zu, daß dem Schiedsgericht die Kompetenz Kompetenz vertraglich übertragen wird), ähnlich RGSA 63, 120, 122; RGDR 1942, 910. In der zuletzt genannten ämEntscheidung wird ausgeführt, niemals könne der

### 3. 종래 독일學說

Kompetenz-Kompetenz Klausel에 대한 판례이론에 대하여 독일의 학설은 긍정설과 부정설로 대립되어 있었다. 학설상으로 당사자가 합의한 Kompetenz-Kompetenz Klausel의 有效性을 主張한 學者로는 Habscheid와 Schlosser가 있었다.

먼저 Habscheid는 위의 판례에 의하여 전개된 이론을 적극 지지하고 있다. 그는 “仲裁合意의 有效性의 문제는 예컨대 행위능력, 제정법 위반, 공서양속 위반과 같은 계약일반의 규정에 반하지 아니하는 한 당사자가 자유롭게 결정할 수 있는 문제이다. 따라서 당사자가 계약에서 중재조항의 유효성의 판단을 하는 권한을 仲裁人(仲裁法院)에게 맡기는 것은 자유이다. 예컨대 중재합의를 결정하는 요건이 완전히 충족되어 있는가의 문제, 또는 중재합의가 사기를 이유로 취소되어야 할 것인가의 문제에 관하여 당사자는 제2의 중재합의로 이들 문제를 중재에 부탁할 수 있다. 만약 그러하지 아니하면 제1의 仲裁合意에서 선정된 중재인에 대하여 仲裁合意의 有效性을 판정하는 權限을 부여하는 것을 어떤 이유로 인정하지 아니할 것인가가 문제된다. 적어도 이론적으로는 當事者는 제1의 仲裁合意에서 仲裁人에 대하여 仲裁의 有效性이나 중재합의의 범위에 대하여 판정하는 권한을 부여하는 추가적 조항을 삽입하는 것은 자유로이 할 수 있다고 할 것이다.”라고 主張하고 있다.<sup>28)</sup>

다음으로 Schlosser에 의하면 우선 첫째로, 仲裁人은 그 권한을 당사자의 仲裁合意에 의하여 취득하고 있는 것이므로 仲裁人은 스스로 그 성립에 관하여 拘束力있는 판단을 할 수 없는 것이라고 한다. 그러나 당사자는 중재합의의 존재 또는 부존재에 관해서도 화해를 할 수 있으므로 仲裁人이 제1의 仲裁合意의 존재에 관하여 판정을 한다고 하는 제2의 중재합의를 체결한다고 하는 것도 생각할 수 있다고 한다. 그리고 그 권한을 제1의 중재합의의 仲裁人에게 수권하는 것도 가능하고 또 그 수권은 주된 계약과 함께 2개의 중재합의를 맺는 것에 의해서도 논리적으로는 가능

---

Schiedsrichter die Frage der Gültigkeit des Schiedsvertrags mit bindender Wirkung für den ordentlichen Richter entscheiden.

28) Habscheid, Zur Frage den Kompetenz- Kompetenz der Schiedsgerichte, in FS für Fritz Baur zum 70. Geburtstag, 1981, S. 425ff ; Habscheid, Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen, KTS 1955 Heft 3, S. 33, 37.

하다고 한다. 특히 독일민사소송법 제1059조 제2항 제1호(개정중재법 제36조 제2항 제1호 라목 해당)의 해석과 관련해서 仲裁判定을 하기 위하여 처분가능한 유효요건이 문제가 되고 있는 한, 國家法院 이외의 부서에 의한 구속력이 있는 판정을 하는 것을 금지할 이유가 없다고 한다.<sup>29)</sup>

이와 같은 BGH의 판례를 지지하는 유력한 긍정설에 대하여 독일학설의 일반적인 반응은 부정설이 주류를 차지하고 있었다.<sup>30)</sup> 부정설의 논거는 대체로 다음의 셋으로 설명되고 있다.<sup>31)</sup>

첫째로, Kompetenz-Kompetenz Klausel의 부적법성(Unzulässigkeit)은 독일민사소송법 제10편의 중재절차 규정에 비추어서 명백하다. 그것은 입법자는 의식적으로 중재재판권(Schiedsgerichtsbarkeit)을 오직 일정 제한내에서만 허용하고 이 한계의 준수를 國家法院에 의하여 심사(überprüfung)할 수 있도록 배려하고 있기 때문이다. 따라서 당사자에 의한 仲裁人의 Kompetenz-Kompetenz Klausel을 수권하는 중재합의의 적법성을 긍정하는 경우에는 독일민사소송법 제1029조(중재합의의 정의), 제1030조(중재적격성), 제1031조(중재합의의 방식)의 규정에 대한 위반여부를 國家法院이 확정·시정할 수 없게 되고, 이리하여 Kompetenz-Kompetenz Klausel은 법률이 명문으로 규정하고 있는 법적근거가 없는 仲裁節次의 저지라는 공적 이익에 반하게 된다.

둘째로, 중재판정취소의 소는 독일민사소송법 제10편 제1059조 제2항 제1호 (a) 유효한 중재합의가 중재판정의 기초가 아닌 때 또는 (d) 중재판정이 기타 허용할 수

29) Stein-Jonas-Schlosser, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., 1980, § 1037 III, Rdnr. 3.

30) BGH의 Kompetenz-Kompetenz Klausel을 肯定하는 判例에 대하여 이를 反對하는 否定說을 취하고 있었던 學說은 다음과 같다. F. Baur, FS Fasching 1988, S. 81, 87; Kerameus ZJP 92, 422; Leipold, Anm. zu BGHZ 68, 356, ZJP 91, 481; Bärmann, FS Friedrich Weber 1975, S. 7f ; Nagel, Durchsetzung, S. 20; ders., FS Fisching 1985, S. 193f ; Bülow, KTS 1970, 125 ; Schwab, KTS 1961, 17 ; ders., International Arbitration, Liber amicorum for Martin Domke, 1967, S. 306; Schottelius, KTS 1959, 134(mit zahlreichen Nachweisen); Henn, NJW 1954, 1835; Kreuzer, NJW 1954, 543; Werthauer, NJW 1953, 1416; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., §1025 Anm. VII 3; in Fällen, in denen die Anwendung des §91 GWB in Betracht kommt, Lipps, BB 1965, 312; OLG Hamburg, ZIP 1981, 170.

31) Schwab - Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl., 1990, S. 50f.

없는 절차에 기한 때를 請求原因으로 하여 제기할 수 있기 때문에 仲裁人(仲裁法院)에게 권한확정권한을 부여하는 당사자간의 합의 즉, Kompetenz-Kompetenz Klausel에 의해서도 위의 仲裁判定取消의 訴를 배제할 수 없다. 뿐만 아니라 독일민사소송법 제10편 제1054조 제2항(改正仲裁法 제32조제2항에 해당)에서도 당사자가 이유의 기재를 요하지 아니한다는 합의를 하지 않는 한 중재판정에는 이유를 기재하지 않으면 안된다. 따라서 이유의 불기재는 동조 제1항 제1호(d)(개정중재법 제36조 제2항 라호에 해당)에서 규정하는 ‘仲裁節次가 본편의 규정 또는 당사자의 적법한 합의에 따르고 있지 아니한 때’에 해당되어, 당사자간의 Kompetenz-Kompetenz Klausel에 의해서도 仲裁判定取消의 訴를 배제할 수 없다.

셋째로, 중재합의의 無效確認의 訴를 제기하지 아니하는 합의나 중재판정의 집행선고절차에서 중재판정의 取消原因事由를 제출하지 아니한다는 합의는 부적법하다.

#### 4. 소결 - 立法的 解決

긍정설과 부정설의 핵심적인 논점은 중재법원의 권한확정권한조항(Kompetenz-Kompetenz Klausel)의 유효성을 둘러싼 다툼에 대한 最終的 有權의 判定은 國家法院에 유보되어야 하느냐에 있다. 중재합의의 효력에 관한 다툼의 판정을 전면적으로 仲裁人(仲裁法院)의 판정에 맡기는 권한확정권한조항의 적법성에 대하여는 위에서 보아 온 바와 같이 獨逸의 학설에서 부정설이 주류를 이루고 있었고 이 부정설이 타당하다고 생각한다. 그 이유는 國家法院은 중재법원의 권한확정권한조항의 적법성에 대하여 국가적 법질서 유지의 차원에서 적절한 감독과 통제를 할 수 있어야 하므로 중재법원의 중재합의의 유효성에 대한 판정에 대하여 國家法院에 대하여도 그 拘束力을 인정하는 Kompetenz-Kompetenz Klausel은 不適法하다고 하여야 할 것이기 때문이다. 이와같이 법적으로 유효한 중재합의에 기초하지 아니한 仲裁法院의 중재판정은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 된다고 할 것이다.<sup>32)</sup> 肯定說에서는 중재합의속의 仲裁人(仲裁法院)의

32) Kornblum, Zur "Kompetenz-Kompetenz" Privater Schiedsgerichte nach deutschen Recht, in Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, 1989. S. 42.

Kompetenz-Kompetenz Klausel을 제2의 유효한 중재합의의 체결이라고 보고 이를 시인한다고 하나 이러한 논리는 國家法院의 적절한 감독과 통제를 피하기 위한 기교적인 구성으로 보아야 하기 때문이다. 또한 仲裁法院이 仲裁合意의 유효성과 범위에 관하여 國家法院에 대하여 구속력을 가지고 재판할 수 있다는 것은 仲裁判定이 법적으로 有效한 仲裁合意에 기초하고 있는 지 여부에 대한 국가법원을 통한 후일의 사후심사를 유보하고 있는 개정중재법 제36조 제2항의 강행규정에 정면으로 위반된다. 따라서 仲裁法院이 전적으로 또는 부분적으로 특정 仲裁合意의 유효성과 범위에 관하여 즉 자기자신의 管轄權에 관하여 國家法院에 대하여 拘束力을 가지고 재판할 수 있다는 의미의 仲裁法院의 權限確定權限은 存在하지 않으며 존재할 수도 없다 할 것이다<sup>33)</sup>. 국제적으로도 仲裁法院의 관할에 관한 최종적인 재판은 국가법원의 사항이라는 점에 대해서 일치하고 있다<sup>34)</sup>.

BGH의 판례를 통해 권한확정권한조항을 인정해오던 獨逸은 1998년 민사소송법개정을 통해 UNCITRAL모범법 제16조의 규정을 받아들여, 제1040조 제2항 및 제3항에서 Kompetenz Kompetenz Klausel의 適法性에 대한 재판권은 일차적으로 仲裁法院(仲裁判定部)이 판정하지만 이러한 仲裁法院의 판정에 대해서는 국가법원에 제소할 수 있도록 함으로써, 仲裁法院의 權限確定權限을 잠정적으로 인정하고 最終의 재판권은 國家法院에 유보한다는 명문의 규정을 두어, BGH 判例를 中心으로 전개되어 왔던 Kompetenz -Kompetenz Klausel 자체의 적법성여부에 대한 논쟁을 입법적으로 해결<sup>35)</sup>하였다. 따라서 지금까지 Kompetenz -Kompetenz Klausel의 적법성을 인정하였던 BGH의 입장은 더 이상 유지될 수 없게 되었고, 앞으로 BGH의 판례는 변경될 수 밖에 없을 것이다<sup>36)</sup>.

33) Kornblum, a. a. O., S. 47.

34) Schäfer, Die Einrede der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichtes, in FS für Wolfram Henkel zum 70. Geburtstag, 1995, S. 735.

35) Rolf A. Schutze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 2. Aufl., 1998, S. 60 ; Musielak, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1999, S. 2142.

36) 鄭仙珠, 중재절차에서 法院의 역할과 한계, 仲裁學會誌 제10권, 2000, 78面.

## ABSTRACT

### Die Untersuchungen über Kompetenz-Kompetenz

Byung-Hee Ahn

Der Schiedsspruch hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, hat also materielle Rechtskraft. Aber die Wirkung nicht von Amts wegen zu beachten ist wie beim Urteil. Vollstreckbar ist er dagegen nicht ohne weiteres, er muß erst durch das staatlich Gericht für vollstreckbar erklärt werden. So ist vorsorglich eine Überprüfung eingeschaltet, ob der Schiedsspruch Ordnungsgemäß erlassen ist, vor allem ob ein Aufhebungsgrund, denn in diesem Fall wird der Spruch nicht für vollstreckbar erklärt, sondern aufgehoben.

Der Schiedsspruch bringen Nachteile und Gefahren mit sich, die von Staat wegen abzuwehren sind. Von der Beachtung der guten Sitten und der öffentlich Ordnung kann der Schiedsspruch nicht befreien, sonst ist der schiedsspruch aufzuheben. Wenn das Schiedsverfahren unzulässig war wegen fehlerhafter Besetzung des Schiedsgericht oder wegen Unwirksamkeit des Schiedsvertrag, die vom staatlichen Gericht uneingeschränkt nachprüfbar ist. Das Schiedsgericht kann sie also nicht bindend verneinen, ihm fehlt die Kompetenz-Kompetenz. Wegen bestimmter, abschließend aufgezählter verfahrensmangel, auf denen der Schiedsspruch beruht, die Aufhebung des Schiedsspruch kann verlangt werden. Das Schiedsgericht können das schiedsgerichtliche Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahren behaupt, insbesondere wenn geltend gemacht, dass ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe oder dass der

Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit nicht beziehe. Das Fehlen einer gültigen Schiedsvereinbarung stellt für ausländische Schiedssprüche ein Anerkennungs-hindernis und für inländische Schiedssprüche einen Aufhebungsgrund dar.

Der BGH billigt einem privaten Schiedsgericht die sogenannte Kompetenz-Kompetenz-Klausel zu, d. h. die Befugnis, mit bindender Wirkung für die staatlichen Gerichte über seine eigene Kompetenz zu entscheiden, also über seine Zuständigkeit und damit Reichweite und Gültigkeit der betreffenden Schiedsabrede. Der BGH befand, dass das Berufungsgericht nicht befugt gewesen sei, die von dem Parteien vereinbarte Schiedsklausel im Hinblick auf ihren Umfang selbst auszulegen, ohne zuvor Beweise über die vom Beklagten geltend gemachte Kompetenz-Kompetenz-Einrede zu erheben. Schiedsspruch eines Schiedsgericht gegen das Verbot der Entziehung des gesetzlichen Richters verstoßen wurde und auch dem Prinzip des sozialen Rechtsstaat zuwiderliefe. Damit läßt sich abschließend feststellen, daß es nach Schiedsverfahrensrecht keinerlei schiedsgerichtlich Kompetenz-Kompetenz in dem Sinne gibt und geben kann, daß das private Schiedsgericht ganz oder auch teilweise mit bindender Wirkung für die staatlichen Gerichte über die Gültigkeit und Reichweite der betreffenden Schiedsabrede entscheiden darf. Auch international ist man sich darüber einig, daß es Sache der staatlichen Gerichte ist, abschliessend über die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes zu entscheiden.



## 참 고 문 헌

- 강병근, 국제중재의 기본문제, 서울: 小花, 2000.
- 姜玆中, 民事訴訟法, 서울: 博英社, 1999.
- 金洪奎, 民事訴訟法 [第4版] 서울: 三英社, 1999.
- 陸榮竣, 商事仲裁法論, 서울: 博英社, 2000.
- 朴相祚-周基鍾-尹種珍 共著, 國際商事仲裁法論, 서울: 한울출판사, 1997.
- 申漢東, 商事紛爭과 解決, 서울: 新英社, 1999.
- 李時潤, 民事訴訟法, 서울: 博英社, 2000.
- 李泰熙, 國際契約法(增補版) 서울: 學研社, 1997.
- 장문철, 현대중재법의 이해, 서울: 세창출판사, 2000.
- 장문철-정선주-강병근-서정일 共著, UNCITRAL모델중재법 수용론, 서울: 세창출판사, 1999.
- 강병근, “直訴禁止규정을 통해서 본 仲裁判定部와 法院의 關係”, 仲裁, 1999 봄.
- 金洪奎, “仲裁法 改正의 方向”, 仲裁(292호), 1999 여름.
- 서정일, “신중재법규의 실무상적용” 중재(296호), 2000 여름.
- 石光現, “개정중재법의 몇 가지 문제점”, 仲裁, 2000 겨울(298호), 20面.
- 鄭東潤, “仲裁契約의 抗辯의 提出時期”, 人權과 正義, 大韓辯護士協會, 1992. 5
- 鄭仙珠, “獨逸의 仲裁法 改正案에 관하여”, 仲裁學會誌 第8卷, 仲裁學會, 1998.
- , “仲裁節次에서 法院의 역할과 한계”, 仲裁學會誌 第10卷, 仲裁學會, 2000.
- 曹喜大, 大法院判例解說, 1997 上半期, 法院圖書館,
- 하용득, “仲裁法の 改正經過 및 主要內容”, 仲裁(295호), 2000년 봄.
- 大隈一武, 國際商事仲裁の理論と實務, 東京: 中央經濟社, 1995.
- 松浦響-青山善充編, 現代仲裁法の論点, 東京: 有斐閣, 1998.
- 小島武司-高桑昭編, 註解仲裁法, 東京: 青林書院, 1988.
- 小山昇, 仲裁法(新版), 東京: 有斐閣, 1983.

- 青山善充「仲裁手続」谷口安平-井上治典編, 新判例コンメンタル 民事訴訟法 (6), 三省堂, 1995.
- 石黒一憲, “スイス新國際仲裁法について”, 日本國際商事仲裁協會, 1989. Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung 53. Aufl, München, 1995.
- Hans W. Fashing, Lehrbuch des österreichischen Zivil Prozeßrechte, 2 Aufl, wien, 1990.
- Jauernig, Othmar, Zivilprozeß, 21. Aufl, C.H.Beck, München, 1985
- Musielak, Hans Joachim, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München, 1999.
- Schlosser, Peter, Das Recht der internationalen privaten Schides-gerichtsbarkeit, 2. Aufl, J.C.B. Mohr Tübingen, 1989.
- Stein-Jonas-Schlosser, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20.Aufl, Tubingen, 1980.
- Schwab, Karl Heinz, Das Uncitral-model Law und das deutsche Recht, FS für Heinrich Nagel zum 75 Geburtstag, Munster, 1987.
- Schutze, Rolf A, Schiedsgericht und Schiedsverfahren 2.Auf, München, 1998.
- Schwab-Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl, C.H.Beck, München, 1990.
- Kornblum, Zur “Kompetenz-Kompetenz” Privater Schiedsgerichte nach deutschen Recht, in Jahrbuch für die praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, 1989.
- Schäfer, Die Einrede der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichtes, in FS für wolfram Henkel zum 70. Geburtstag, 1995.