

중재가능성에 대한 미국연방법원의 해석

U.S. Court's Interpretation for Arbitrability

한나희*

Na-Hee Han

하충룡**

Choong-Lyong Ha

〈목 차〉

- I. 서 론
 - II. 미국 연방중재법과 중재가능성
 - III. 중재가능성과 자기권한심사
 - IV. 명확하고 분명한 당사자의 의도
 - V. 결 론
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 중재가능성, 중재합의, 자기권한심사, 연방중재법

* 주저자, 부산대학교 무역학부 BK+ 사업팀 연구원, trade@pusan.ac.kr

** 교신저자, 부산대학교 무역학부 교수, 미국 뉴욕주 변호사, choongha@pusan.ac.kr

I. 서론

사람들 간에 분쟁이 발생하면, 이를 해결하기 위하여 보다 효율적인 방법들을 모색한다. 이는 일반적인 국내거래나 국제거래에서도 마찬가지이다. 보통 분쟁을 해결하기 위한 방법으로는 소송과 소송이외의 것으로 나눌 수 있다. 소송은 국가공권력에 의하여 법관으로 구성된 법원에서 내리지는 판결인 재판으로 분쟁을 해결하는 것으로, 헌법과 법률이 보장하는 바에 따라 상급법원의 재판을 받을 수 있다.¹⁾ 반면, 소송이외의 것 즉, 대안적 분쟁 해결(Alternative Dispute Resolution : ADR)이라고 칭하는 방안에는 화해, 조정, 알선 및 중재가 속한다. 그 가운데, 중재는 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약 (United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (“New York Convention”(1958), 이하 뉴욕협약)에 의해 중재판정의 집행력이 확보되어 있어 여타의 대안적 분쟁해결방안 보다 특히, 국제상거래에서 더 적극적으로 활용되고 있다. 뿐만 아니라 소송에 비해 신속하고 경제적이라는 점에서 각광받고 있다. 우리나라의 경우, 정부가 국내 및 국제 분쟁해결방안으로 중재를 활성화하고 중재산업 조성을 위한 법률을 2017년부터 시행하였다. 이와 더불어 중재법의 개정을 통하여 중재대상의 범위를 확대하기도 하였다. 이처럼 우리나라는 국가적으로 중재를 더욱 발전시키려는 노력을 하고 있다.

중재라는 것은 당사자간의 중재합의를 통하여 분쟁을 중재로 해결하는 것으로서 헌법상 보장하고 있는 권리인 소송권을 배제하는 즉, 방소항변의 효력을 갖는다. 때문에 실제로 당사자간 중재합의가 없었던 경우에는 분쟁을 중재로 해결할 수 없고, 반대로 중재합의가 있었던 경우에는 분쟁을 소송으로 해결하여서는 안 될 것이다. 그러나 중재가 당사자의 합의를 통하여 성립된다 하더라도, 모든 경우를 중재로 해결할 수는 없다. 국제적인 기준이나 각국에서는 중재로 할 수 있는 사안들을 법률로 제한하고 있으며, 그 범위 또한 상이하하다. 따라서 우리나라에서는 중재가 가능하더라도 다른 국가에서는 중재가 불가능할 수 있게 되는 것이다.

미국은 우리의 주요교역국이자 중재가 매우 활성화되어 있는 국가이다. 하지만 미국은 연방중재법(Federal Arbitration Act, FAA)에 중재가능성에 대한 별도의 규정을 두지 않고 있다. 때문에 중재가능성을 법원의 관례를 통하여 확정해 나가는 경향이 있다. 이하에서 살펴보겠지만 중재가능성을 파악하는 관점은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 뉴욕협약과 UNCITRAL 모델법에서와 같이 “합법적으로 중재받을 수 있는” 청구나 분쟁을 의미하는 좁은 의미로 파악하는 경우와 미국법원에서 이루어지는 것과 같이 당사자간 분쟁을 “중재할 수 있는지”를 살펴보는 넓은 의미로 해석하는 경우이다. 미국내에서 중재가능성

1) 성준호, “중재산업진흥법의 주요내용과 발전적 운용”, 『중재연구』 제27권 제4호, 한국중재학회, 2017, p.37.

과 관련하여 논의되고 있는 판결례들을 검토하여 시사점을 도출하고자 하는 본 연구의 목적상 “중재가능성”에 대하여 미국법원의 입장과 같이 넓게 그 의미를 파악하고자 한다. 결국, 당사자간 중재합의를 통하여 분쟁을 중재로 해결하고자 하였는지는 즉, 중재가능성에 대한 판단을 법원이나 중재인이 하여야 하는 경우 이는 중재합의의 존재, 유효성, 및 범위를 판단하여야 하는 것으로 볼 수 있다.

이에 중재합의를 바탕으로 중재가능성에 대하여 접근해 보고자 한다. 또한 미국 법률 환경에서 구체적으로 중재가능성을 판단하는 기준들을 살펴볼 것이다. 이를 위하여 제II 장에서는 미국 연방중재법과 중재가능성에 대한 주요입법 등을 살펴본 후, 제III장에서 자기권한심사(competence-competence)와 실제적 및 절차적 중재가능성에 대하여 검토한 후, 제IV장에서 중재가능성과 관련한 명확하고 분명한 당사자의 의도를 사례를 통하여 파악하고 끝으로 제V장에서 결론을 내리고자 한다.

II . 미국 연방중재법과 중재가능성

1. 미국 연방중재법(Federal Arbitration Act)

1925년, 의회는 연방법원에서 중재조항을 집행하고 법원 이외의 곳에서 상인들간 발생하는 충돌을 해결하기 위하여 연방중재법(Federal Arbitration Act, 이하 FAA)을²⁾ 시행하였다.³⁾ FAA의 목적은 먼저 오랫동안 지속된 중재에 대한 사법적 적개심을 종식시키기 위함이었다.⁴⁾ 역사적으로 미국 법원들은 자신들이 분쟁해결을 독점하기 위해 중재합의의 집행을 거절하였으나 FAA 제정을 통하여 중재합의에 대하여 다른 계약과 동일한 효력을 부과하게 되었다. 동 법의 또 다른 목적은 의회가 법원의 역할을 중재합의의 성립과 이행에 관련한 쟁점으로만 한정함으로써 당사자들이 가능한 한 신속하고 쉽게 분쟁을 중재에 부탁할 수 있도록 하는 것이었다.⁵⁾

사실 FAA은 제정당시 연방법원이 중재합의를 강제하기 위한 절차법으로 의도되었으나⁶⁾ 현재는 연방대법원이 FAA을 미국 내에서 체결되는 거의 모든 중재합의의 집행을 위

2) Pub. L. No. 68-401, 43 Stat. 883 (1925).

3) David Horton, “Arbitration About Arbitration”, *70 Stan. L. Rev.* 363, 2018, p.367.

4) Joseph T. McLaughlin, “Arbitrability: Current Trends in the United States”, *59 Alb. L. Rev.* 905, 1996, p.906.; *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 24, 111 S.Ct. 1647, 114 L.Ed.2d 26 (1991).; *Green Tree Financial Corp.-Alabama v. Randolph*, 121 S.Ct. 513, 521, (2000).

5) *Koch v. Compucredit Corp.*, 543 F.3d 460, 463 (8th Cir. 2008); *Moses H. Cone Mem’l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 103 S.Ct. 927, 939, (1983).

6) Margaret L. Moses, “Statutory Misconstruction: How the Supreme Court created a Federal Arbitration Law never enacted by Congress”, *34 Fla. St. U. L. Rev.* 99, 2006, pp.99-100.

한 실제적 연방중재법으로 변형시켰다고 지적되고 있다.⁷⁾ 중재는 계약의 문제로서 FAA의 강력한 친-중재(pro-arbitration) 정책은 당사자들이 중재로 동의한 분쟁에만 적용한다.⁸⁾ 연방대법원 또한 반복적으로 FAA이 중재 우호적으로 강력한 연방정책을 정립하였다고 판결해 오고 있다.⁹⁾ 결과적으로 FAA은 ‘주(state) 및 연방(federal) 법원에 적용할 수 있는’ 연방 실제 법체를 형성한 것이다.¹⁰⁾ 연방 및 주 법 모두 적용하므로, 법원은 당사자들의 의도를 확인하기 위한 지침으로 주법에 일반적으로 주의를 기울인다.¹¹⁾

하지만 FAA이 모든 분쟁, 모든 당사자들을 중재로 할 것을 규정한 것이 아님에 유의하여야 할 것이다. FAA 제2조는 “해상거래나 상거래인 것을 증명할 수 있는 계약과 관련하여 분쟁을 중재로 해결하기로 하는 서면조항은 법률이나 형평법상 취소사유가 있는 경우를 제외하고는, 언제나 유효하고, 취소할 수 없으며 집행가능하다”고 규정하고 있다.¹²⁾ 이처럼 FAA 제2조는 최소한 중재합의가 서면으로 작성될 것을 요건으로 하고 있으며, “계약의 취소를 위한 법이나 형평법상 존재하는 근거”인 때에는 집행되어질 수 없다고 한다. 당사자간 발생하는 특정분쟁이 법원 혹은 중재판정부의 판단대상인지를 밝히는 것이 ‘중재가능성’의 문제라고 할 수 있다.

중재는 소송의 불필요한 절차를 줄이고 사법부의 부족한 자원을 보존하기에 분쟁해결에 효율적이고 저비용의 방법이지만,¹³⁾ 배심재판과 항소심에 당사자를 배제하므로, 합법성과 정당한 절차가 결여될 수 있다.¹⁴⁾ 때문에 중재가능성을 결정하는 것은 매우 조심스러운 문제라 할 수 있다.¹⁵⁾

7) Michael J. Yelnosky, “DIRECTV, Inc. v. Imburgia and the Continued Ascendance of Federal Common Law: Class-Action Waivers and Mandatory Arbitration Under the Federal Arbitration Act”, *Roger Williams University Law Review: Vol. 22 : Iss. 1, Article 7*, 2017, p.287.; *Allied-Bruce Terminix Companies, Inc. v. Dobson* 사건에서 연방대법원은 FAA가 상거래조항에 의해 부여된 의회의 권한의 전체범위로 확대된다는 입장을 지지하였다. 해당 법원은 “involving”이라는 문구가 광범위하게 해석된다고 결론 내렸다. *Allied-Bruce Terminix Companies, Inc. v. Dobson*, 513 U.S. 265, 115 S. Ct. 834, 130 L. Ed. 2d 753, 764 (1995).

8) Martin Domke, Gabriel Wilner, Larry E. Edmonson, *Domke on Commercial Arbitration*, 1 Domke on Com. Arb. §7:5, May 2018 Update, §7:5.

9) 예를 들어, *Perry v. Thomas* 사건에서 FAA는 중재에 우호적인 “명확한 연방정책”을 정립하였다고 언급하였고 *Perry v. Thomas*, 482 U.S. 483, 490-491 (1987); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 사건에서는 “중재분쟁해결에 우호적인 확실한 연방정책”으로 서술하고 있다 *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 631 (1985)

10) *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 12 (1984).

11) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 944 (1995).

12) Pub. L. No. 68-401, § 2, 43 Stat. 883 (1925) 제정 이후 1947년 개정되어 현행규정의 형태를 띠고 있다 61 Stat. 670 (1947); 9 U.S.C.A. § 2 Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate. “A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.”

13) Caitlin Toto, “Third Circuit confirms the Class Arbitration “Clear and Unmistakable” Standard in Chesapeake Appalachia, LLC. v. Scout Petroleum, LLC, dealing a blow to Consumers and Employees”, *58 B.C. L. Rev. E-Supplement 163*, 2017, p.166.

14) Jean R. Sternlight, “The Rise and Spread of Mandatory Arbitration as a Substitute for the Jury Trial”, *38 U.S.F. L. REV. 17*, 2003, pp.20-21.

2. 중재가능성

중재가능성(arbitrability)¹⁶⁾이라 함은 어떠한 분쟁이 중재로 해결될 수 있는지 여부를 일컫는다.¹⁷⁾ 구체적으로 중재가능성과 관련한 논의는 다음과 같이 나누어 볼 수 있다. 첫째, 일방당사자가 국내법원에 분쟁을 소송으로 제기하고, 타방당사자는 그러한 분쟁을 중재로 부탁할 것을 주장하는 경우이다. 둘째, 중재의 일방당사자가 분쟁이 중재의 대상이 아님을 이유로 중재합의의 효력에 문제를 제기하는 경우이다. 셋째, 중재판정의 집행을 위해 집행판결 구하는 과정에 패소당사자가 이를 취소하거나 집행 및 승인을 거부할 것을 요청하는 경우이다.¹⁸⁾ 이를 요약하여 보면, 앞의 두 가지는 중재합의의 유효성과 관련한 부분이며 나머지 하나는 중재판정의 승인과 집행의 거부 차원으로 구분할 수 있다.

당사자들이 특정분쟁을 중재하기로 계약을 맺으면 거기에서 발생한 분쟁은 중재할 수 있다. 중재합의의 계약의 창조물이기 때문에 궁극적인 계약의 문제는 미국 내에서 주법에 의해 판단되며, 후속문제들은 연방법에 의해 판단된다.¹⁹⁾ 중재가능성의 범위는 각국에서 추구하는 목적과 법적 환경에 따라 상이할 뿐만 아니라, 국가 내에서도 정치나 법률의 변화에 따라 달라질 수 있다.²⁰⁾ 이하에서는 중재가능성과 관련한 주요 입법상황과 미국 내에서의 일반적인 논의를 살펴보고자 한다.

(1) 주요 입법

뉴욕협약은 “중재에 의하여 해결이 가능한 사안(a subject matter capable of settlement by arbitration)”이 중재의 대상임을 명시하고 있으며(뉴욕협약 제2조 제1항), “분쟁의 대상인 사항이 그 국가의 법률하에서는 중재에 의한 해결을 할 수 없는 경우 중재판정의 승인과 집행은 거부할 수 있다”고 규정하고 있다(뉴욕협약 제5조 제2항(a)). UNCITRAL 모델중재법²¹⁾에서도 “분쟁의 본안이 법률상 중재로 해결할 수 없다는 사실을 안 경우 중재

15) *Escobar-Noble v. Luxury Hotels Int'l, Inc.*, 680 F.3d 118, 127 (1st Cir. 2012) 법원은 중재가능성은 복잡하며, 발전중이라고 지적하였다.

16) Arbitrability에 대하여 중재적격성이라 칭하기도 하며, (손경환, “중재 자치와 중재의 준거법”, 『국제사법연구』 제17호, 한국국제사법학회, 2011, pp.411-449.) 중재 대상적격이라 칭하기도 한다. (김상만, “계약 및 중재합의 유효성의 소송 대상적격성에 대한 미국 연방대법원의 입장에 관한 연구”, 『동아법학』 제50호, 동아대학교 법학연구소, 2011, pp.417-445.)

17) 김인호, “중재가능성의 합리적 경계획정을 통한 국제중재의 증진”, 『비교사법』 제23권 제3호, 한국비교사법학회, 2016, p.1149; “‘Arbitrability’ is a word that might well be banned from our vocabulary entirely – or at least restricted, as in other legal systems, to the notion of what society will permit arbitrators to do.” Alan Scott Rau, *The Arbitrability Question Itself*, 10 *Am. Rev. Int'l Arb.* 287, 308 (1999).

18) John J. Barcelo III, “Arbitrability Decisions Before, During and After Arbitration”, *Cornell Law School research paper No. 14-24*, 2014, p.2.

19) Thomas H. Oehmke, *Arbitration Highways to the Courthouse—A Litigator’s Roadmap*, 86 *Am. Jur. Trials III*, American Jurisprudence Trials, May 2018 Update, § 22.

20) 목영준, 『상사중재법』, 박영사, 2011, p.57.

21) UNCITRAL(United Nations Commission on International Trade Law) Model Law on International Commercial

판정은 취소될 수 있으며”(모델중재법 제34조 제2항 2호(i))라고 규정하여 중재가능성에 대하여 인정하고 있다.

우리나라 중재법에서도 “중재판정의 대상이 된 분쟁이 중재로 해결될 수 없는 경우 중재판정을 취소할 수 있다”고(중재법 제36조 제2항 제2호 가목) 하고 있어 중재가능성을 바탕으로 규정을 두고 있다. 또한 우리나라 중재법에 따라 중재합의의 대상은 사법상의 분쟁이므로, 공법상의 법률관계는 중재합의의 대상이 될 수 없어 중재가능성이 없다 할 것이다.²²⁾ 통상적으로 대륙법 국가에서 사용되는 중재가능성은 좁은 의미로 사용되어, 중재로 해결될 수 없는 쟁점에 속하는지 여부를 확인한다.²³⁾

중재에 의하여 해결할 수 없는 사안 즉, 중재가능성이 없는 분쟁에 대한 중재합의는 효력이 없으며, 당사자간 중재합의의 존재에도 그에 해당하는 분쟁에 중재판정이 내려지면 그 승인과 집행은 거부되며 당사자들은 법원에 소를 제기할 수 있다.²⁴⁾

(2) 미국에서의 논의

중재가능성의 범위를 어떻게 확정하느냐에 따라 중재의 대상범위가 달라진다는 것은 당연하다. 물론 중재가능성과 중재합의의 유효성을 구분하여 객관적으로 엄격하게 해석하여야 한다는 견해들이 존재하나,²⁵⁾ 미국 법원에서 중재가능성은 비교적 넓은 의미로 적용하고 있다.²⁶⁾ 중재가능성은 당사자들이 특정분쟁을 중재로 부탁하려는 의도가 있었는지 여부와 관련한 것뿐만 아니라 당사자들간 중재로 분쟁을 해결하기로 하였는지 여부, 그러한 합의의 범위, 이러한 쟁점을 법원이나 중재인 가운데 누가 판단할 것인지에 관한 것도 포함한다.²⁷⁾ 하지만 앞서 언급한 바와 같이, 미국은 FAA에 별도의 중재가능성 규정을 두고 있지 않고 관례를 통하여 해결하고 있다.

중재가능성을 판단하는 기초가 되는 것은 중재합의라는 것을 알 수 있다. 통상 이러한 중재합의는 중재조항으로 미리 계약에 산입되어 있는 경우가 많다. 미국 내에서 중재계약은 그 내용이 단순한 것에서 복잡한 것까지 매우 다양하다.²⁸⁾ 그러나 핵심은 중재조항의

Arbitration(1985), with amendments as adopted in 2006.

22) 목영준, 전게서, p.65.

23) John J. Barcelo III, *supra note 18*, pp.2-3; 통상적으로 이러한 입장에서 분쟁가능성은 분쟁이나 청구의 성질에 따른 법률문제로 파악하므로, 그 사실관계에서는 영향을 받지 않는다. George A. Bermann, “Arbitrability Trouble”, *23 Am. Rev. Int’l Arb.* 367, 2012, p.367.

24) 이현목, “국제적 강행법규에 대한 중재가능성”, 『국제거래법연구』 제22집 제2호, 국제거래법학회, 2013, pp.22-23.

25) George A. Bermann, “The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration”, *37 Yale J. Int’l L.* 1, 2012, pp.12-13. 해당 논문에서 Bermann은 좁은 의미로 중재가능성을 사용하여야 한다고 주장하면서, 그것이 국제적 관행(뉴욕협약 및 UNCITRAL 모델법)에 부합하는 것이라고 지적하였다; 김인호, 전게논문, pp.1153-1155.

26) 미국내에서도 중재가능성에 대한 광범위한 의미에 대한 비판이 있다. George A. Bermann, “Arbitrability Trouble”, *23 Am. Rev. Int’l Arb.* 367, 2012, p.367.

27) 강수미, “미국 관례상 중재조항의 분리가능성에 관한 고찰”, 『중재연구』 제24권 제2호, 한국중재학회, 2014, p.126.

28) 단순히 표준중재조항을 따른다고 하는 경우도 있으며, 그 외 변형은 이를 작성하는 사람의 수만큼 많다. Thomas H. Oehmke and Joan M. Brovins, *Arbitrability Disputes: Proving What Fracts to Whom*, 92 Am.

내용이 광범위 한지 혹은 좁은 것인지를 판단하는 것이다. 중재조항은 중재인이 발생한 분쟁의 모든 면에서 주요권한을 갖는 광범위한 중재조항과 특정사안만을 중재에 회부하고 나머지는 법원에서 판단하는 좁은 중재조항으로 구분할 수 있다.²⁹⁾ 법원이 이를 결정하는 기준은 다른 계약조항과 마찬가지로, 당사자의 의도이다.³⁰⁾ 때문에 유효한 중재합의가 있고 해당 분쟁이 그러한 합의의 범위에 속하는 경우 분쟁은 중재로 부탁되어야 한다.³¹⁾

FAA에 따른 중재는 강압적인 것이 아니라 동의를 문제이며, 당사자들은 일반적으로 자신들에게 적합한 방법으로 중재합의를 할 재량을 향유한다.³²⁾ 또한 중재판정부가 적법하게 중재판정을 내릴 수 있는 권한은 당사자의 유효한 중재합의에서 비롯되는 것이다. 이에 미국의 경우 중재에 부탁된 사건에 중재가능성이 문제되면, 중재인과 법원 가운데 누가 이를 판단할 권한을 갖는가 하는 중재인 자기권한심사(competence-competence) 문제로 논의되고 있다.³³⁾ 이하에서는 실제적중재가능성과 절차적중재가능성을 각각 살펴본 후 자기권한심사에 대하여 검토하고자 한다.

Ⅲ. 중재가능성과 자기권한심사

1. 실제적 중재가능성과 절차적 중재가능성

일반적으로 중재가능성 문제는 다음 두 가지 부류 가운데 하나에 속한다. 하나는 실제적(substantive) 중재가능성으로 분쟁이 당사자들이 중재로 부탁하기로 계약한 대상 사안과 관련한 것인지 여부를 살피는 것이다. 다른 하나는 절차적(procedural) 중재가능성으로 특정 절차가

Jur. Proof of Facts 3d 1, December 2017 Update, §.8.

- 29) 광범위한 중재조항은 조항의 문구가 ‘합의에서 발생하거나 관련한 모든 분쟁의 중재’를 요구하는 경우이며, 좁은 중재조항은 단지 ‘합의에서 발생하는’이라는 문구만을 사용한다고 지적한 판결도 있다. *Elkjer v. Scheef & Stone, L.L.P.*, 8 F. Supp. 3d 845 (N.D.Tex. 2014).
- 30) 미국법원은 판례에서 당사자들이 계약을 통하여 중재의 범위를 제한할 수 있음을 명확히 하고 있다. *21st Financial Services, L.L.C. v. Manchester Financial Bank*, 747 F.3d 331 (5th Cir. 2014); 또한 해당 사건에서는 법원이 유효한 중재합의를 발견하면, 해당분쟁이 중재합의 조항의 범위에 속하는지 여부를 결정하고, 특정조항이 광범위한지 좁은지를 분류하여야 한다고 지적하였다. *Chartis Seguros Mexico, S.A. de C.V. v. HLI Rail & Rigging, LLC*, 967 F. Supp. 2d 756 (S.D. N.Y. 2013), appeal dismissed, (2nd Cir., 13-3388)(Oct. 7, 2013); 뿐만 아니라 중재합의의 당사자들은 중재하기로 결정한 쟁점들을 제한하는 것에 동의할 수 있고, 중재절차에 대한 규칙을 동의할 수 있으며, 자신들의 분쟁을 중재할 사람을 지정할 수 있다. *Kinecta Alternative Financial Solutions, Inc. v. Superior Court*, 205 Cal. App. 4th 506, 2012 WL 1416619 (2d Dist. 2012), as modified, (May 1, 2012).
- 31) *Henggeler v. Brumbaugh & Quandahl, P.C., LLO*, 894 F. Supp. 2d 1180 (D. Neb. 2012); 중재명령신청을 결정하기 위하여, 법원은 먼저 당사자가 당해분쟁을 중재로 하는데 동의하였는지 여부를 조사한다. 이러한 조사는 당사자간 중재에 대한 유효한 합의가 있었는지 여부와 당해분쟁이 그러한 중재합의의 범위에 속하는지 여부로 판단한다. *Ambler v. BT Americas Inc.*, 964 F. Supp. 2d 1169 (N.D. Cal. 2013).
- 32) Martin Domke, Gabriel Wilner, Larry E. Edmonson, *Domke on Commercial Arbitration*, 1 Domke on Com. Arb. §15:1, May 2018 Update, §15:1.
- 33) 강수미, *supra note 27*, p.127.

특정분쟁에 적용되는지 여부, 그러한 절차를 따랐는지 여부 등과 관련한 것이다. 대륙법(civil law) 국가에서는 실체적 중재가능성과 관련한 사안을 관정부의 ‘관할권(jurisdiction)’으로 보며, 절차적 중재가능성과 관련한 사안을 청구의 ‘허용가능성(admissibility)’으로 파악하고 있다.³⁴⁾ 미국에서 중재가능성은 당사자들이 특정분쟁을 중재로 부탁하는 것을 의도하였는지 여부와 관련한 것으로,³⁵⁾ 일련의 연방대법원 판결을 통하여 법원이 판단하여야 하는 실체적 중재가능성 문제와 중재인이 판단하여야 하는 절차적 중재가능성 문제를 확실히 구별하고자 하였다.

(1) 실체적 중재가능성

실체적 중재가능성은 당사자들이 특정분쟁을 중재로 부탁하는 것에 계약상 동의하였는지 여부와 관련한 사안이다.³⁶⁾ 다시 말해, 실체적 중재가능성은 특정쟁점이 중재합의의 범위에 포함될 것을 당사자들이 의도하였는지에 대한 것으로 중재합의의 유효성, 취소불가능, 및 집행가능성에 중점을 두는 것을 말한다.³⁷⁾ 실체적 중재가능성 문제는 중재계약이 있었는지 여부와 서면, 작위 혹은 부작위로 계약을 구성하는지가 핵심이다.³⁸⁾ 즉, 중재합의의 범위에 해당 분쟁을 포함하는지 이다. 중재합의에서 달리 규정하지 않는 한 연방 중재법에 의거하여 실체적 중재가능성은 중재계약에서 중재인의 권한이 발생하기 때문에 중재인이 아닌 법원이 판단하여야 하는 법적문제이다.³⁹⁾ 비록 중재가능성 문제가 통상적으로 사법적 판단의 대상이지만, 계약원칙에 따라 당사자들은 중재인에게 배타적인 판단을 하도록 명확하고 명백한 증거로 쟁점을 유보할 수 있다.⁴⁰⁾

분쟁의 본안이 중재할 수 있는지 여부의 문제와 관련한 사건인 *First Options* 사건에서, 연방대법원은 다음과 같이 언급하였다;⁴¹⁾ ‘분쟁의 본안에 대한 중재가능성이 당사자들이 분쟁을 중재하기로 합의하였는지 여부에 달려있듯, “누가 중재가능성을 판단할 주요권한을 갖는지” 문제도 당사자들이 한 합의에 달려있다.’ 이처럼 미국법원은 중재가능성과 자기권한심사에 대하여 당사자의 의도를 바탕으로 판단을 내리고 있음을 알 수 있다. 한편, 개정통일중재법(Revised Uniform Arbitration Act)은 법원이 중재합의가 존재하는지 혹은

34) John J. Barcelo III, *supra* note 18, p.2.

35) Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution*, 1 Alt. Disp. Resol. (4th ed.), September 2018 Update, § 7:1.

36) Jay E. Grenig, *ibid*, § 7:8.

37) 하충룡·박원형, “중재합의의 유효성에 관한 미국법원의 해석과 함의”, 『국제상학』 제22권 제1호, 한국국제상학회, 2007, p.153.

38) Thomas H. Oejmke and Joan M. Brovins, The Arbitration Contract - Making it and Breaking it, *83 American Jurisprudence Proof of Facts 3d1*, June 2018 Update, §52.

39) *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 133 S. Ct. 2064 (2013); *Granite Rock Co. v. International Broth. of Teamsters*, 561 U.S. 287 (2010).

40) Jay E. Grenig, *supra* note 35, § 7:8. 특정분쟁이 계약의 중재조항범위에 속하는지 여부를 결정하기 위하여 법원은 첫째, 중재조항이 광범위한 것인지 좁은 것인지 분류한다. 둘째, 좁은 조항을 검토하는 경우 해당분쟁이 중재조항의 범위에 속하는지 혹은 본 계약의 부수적인 문제인지 여부를 결정한다. 셋째, 중재조항이 광범위한 경우, 중재조항에 대한 일반적인 추정이 발생한다.

41) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995).

분쟁이 중재합의의 대상인지 여부를 판단하도록 규정한다.⁴²⁾ 하지만 당사자들은 중재인이 실제적 중재가능성을 결정하는 것에 동의할 수 있다. 미국중재협회(American Arbitration Association)와 같은 일부 중재기관은 법원이 아닌 중재인이 실제적 중재가능성에 대한 최종 판정을 내리는 상사중재규칙을 제공하고 있다.⁴³⁾

중재조항이 침묵하고 있는 집단중재의 중재가능성과 관련하여 연방대법원에 지배적인 선례가 없는 경우에, 연방법원은 의견을 달리하고 있다. 예를 들어, 제10연방항소순회법원은 중재인이 집단중재의 중재가능성을 판단하여야 한다고 판결하였고,⁴⁴⁾ 몇몇 지방법원 특히 일리노이 북부와 뉴욕지방법원은 이와 유사하게 판결하여 왔다.⁴⁵⁾ 그러나 이와 반대로 제3 및 제6항소순회법원은 집단중재는 법원이 판단하여야 하는 “게이트웨이(gateway)” 사안이라고 판결하였다.⁴⁶⁾

또한 당사자들의 작위로, 당사자들이 달리 계약상 중재에 구속되지 않는 분쟁을 중재하는 것에 동의할 수 있다.⁴⁷⁾ 중재합의가 존재하는지 여부를 법원이 판단하는 것으로 추정되어 *OMG* 사건에서 제5순회법원은 당사자들이 중재절차를 통하여 쟁점을 “부탁하고 브리핑하고 일반적으로 논쟁”함으로써 그러한 추정을 변경하였다고 판결하였다. 제5순회법원은 그들의 작위로 인해 당사자들이 달리 계약상 중재에 구속되려고 하지 않았던 분쟁을 중재하는 것에 동의한 것이라고 판단하였다. 그러므로 중재조항범위 외에서 쟁점이 일방 당사자에 의해 중재인에게 제시되고 상대방이 그러한 부탁에 이의제기를 원하는 경우, 상대방은 “강력하게 반대”하여야 한다.⁴⁸⁾ 그렇지 않는 경우, 해당 당사자는 쟁점을 중재하는데 동의한 것으로 간주되어 질 수 있다.

한편, *BG Group* 사건에서는 미국법원이 투자자-국가 사건이라도 명시적으로 통상적으로 국내상거래 사건에⁴⁹⁾ 적용하였던 해석프레임과 동일하게 적용하며 사적 상사합의와 조약에 따른 중재합의를 구별하지 않음을 확인하였다.⁵⁰⁾ 따라서 국내상사중재에 적용하는 해석원칙을 국제상사중재에도 그대로 적용하고 있음을 알 수 있다.

42) RUA § 6(b) “The Court shall decide whether an agreement to arbitrate exists or a controversy is subject to an agreement to arbitrate.”

43) AAA Commercial Arbitration and Mediation Rules R-8(b).

44) *Quilloin v. Tenet HealthSystem Philadelphia, Inc.*, 673 F.3d 221, 232 (3d Cir. 2012).

45) 예를 들어, *Kovachev v. Pizza Hut, Inc.*, 2013 WL 4401373, 1-2 (N.D. Ill. 2013); *Lee v. JPMorgan Chase & Co.*, 982 F. Supp. 2d 1109, 1113 (C.D. Cal. 2013); *Guida v. Home Savings of America, Inc.*, 793 F. Supp. 2d 611, 617-618 (E.D. N.Y. 2011).

46) *Reed Elsevier, Inc. ex rel. LexisNexis Div. v. Crockett*, 734 F.3d 594 (6th Cir. 2013), cert. denied, 134 S. Ct. 2291, 189 L. Ed. 2d 173 (2014).

47) *OMG, L.P. v. Heritage Auctions, Inc.*, 612 Fed. Appx. 207 (5th Cir. 2015).

48) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 946 (1995).

49) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995); *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 70 (2002).

50) *BG Group, PLC v. Republic of Argentina*, 572 U.S. 25 (2014); John J. Barcelo III, “Substantive and Procedural Arbitrability in Ad Hoc Investor-State Arbitration-BG Group v. Argentina”, *Cornell Law School research paper No. 14-25*, 2014, pp.2-3.

(2) 절차적 중재가능성

실체적인 사안이 중재조항의 범위에 속한다고 판단되는 경우, 절차적 문제들은⁵¹⁾ 법원이 아닌 중재인이 결정할 사안이다. 중재요청이 시기적절하게 이루어졌는지 여부와 같은 절차적 문제는 중재인이 판단하고 실체적 중재가능성 문제는 법원에서 판단하여야 한다.⁵²⁾ 특히, 절차적 중재가능성 쟁점들은 유효한 중재포럼이 당사자들의 분쟁을 해결하기 위하여 개시되었더라도 발생할 수 있다.⁵³⁾ 절차적 중재가능성은 종종 전체계약과 업계의 관습이나 관례에 비추어 해석하지 않고는 해결할 수 없으며, 이를 해결하는 것은 아마도 당사자들 간 합의를 토대로 중재인의 권한 내에 있다.⁵⁴⁾ 그러나 일부 법원은 계약상 시효(기간제한)의 준수가 정지조건이며 그러한 준수는 법원에 의해 결정되어야 한다고 주장한다.⁵⁵⁾ 유의할 것은 개정통일중재법의 경우 당사자들이 달리 규정하지 않는 한, 절차적 중재가능성의 문제는 중재인이 판단한다고 규정하고 있다.⁵⁶⁾

실체적 중재가능성에 영향을 미치지 않는 사안은 절차적 사안으로 법원보다 중재인이 중재절차에 있어 더 전문적이라 말할 수 있다. 법원이나 중재인이 당사자들이 정해진 분쟁을 중재로 부탁할 의무가 있다고 판단하면, 그러한 분쟁에서 발생하는 기타 절차적 사안은 중재인에 의해 해결되어야 하는 것이다. 예를 들면, 최종처분과 관련한 절차적 문제 및 중재장소(venue)에 대한 항변 등이다.

2. 자기권한심사(competence-competence)

중재가능성이란 앞서 살펴보았듯이 당사자들이 특정분쟁을 중재로 해결하기 위한 계약을 하였는지를 판단하는 것이다. 예를 들어, 중재합의는 존재하는가? 그러한 합의는 유효하고 집행할 수 있는 것인가? 양당사자들이 합의에 서명자인가 혹은 그것에 구속되는가? 합의가 특정 분쟁에 적용되는가? 하는 쟁점들을 다룬다.⁵⁷⁾

중재판정부가 판정을 내릴 수 있는 권한은 양 당사자간에 적법하게 이루어진 중재합의

51) 실체적인 것에 부수한다는 의미가 있어, 미국에서는 현재 절차적 중재가능성이라는 용어보다는 gateway procedural arbitrability 라는 용어를 쓰는 경향이 있다. Thomas H. Oehmke and Joan M. Brovins, *Arbitrability Disputes: Proving What Facts to Whom*, 92 Am. Jur. Proof of Facts 3d 1, June 2018, § 40.

52) Jay E. Grenig, Grenig, *supra note 35*, § 7:4.

53) John J. Barcelo III, "Substantive and Procedural Arbitrability in Ad Hoc Investor-State Arbitration-BG Group v. Argentina", *Cornell Law School research paper No. 14-25*, 2014, p.5.

54) *Village of Carpentersville v. Mayfair Const. Co.*, 100 Ill. App. 3d 128, 55 Ill. Dec. 412, 426 N.E.2d 558 (2d Dist. 1981).

55) *Davis v. Keyes*, 859 F. Supp. 290, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 98387 (E.D. Mich. 1994); *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc. v. Jana*, 835 F. Supp. 406 (N.D. Ill. 1993).

56) RUAA § 6(c). "An arbitrator shall decide whether a condition precedent to arbitrability has been fulfilled and whether a contract containing a valid agreement to arbitrate is enforceable."

57) George A. Bermann, "The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration", 37 *Yale J. Int'l L.* 1, 2012, p.10.

즉, 유효한 중재합의에서 비롯된다.⁵⁸⁾ 중재가능성이 없는 법률관계에 대하여 중재합의를 하게 되는 경우 중재합의는 무효가 되는 것이다.⁵⁹⁾ 당사자간 중재합의의 존재 및 효력 등이 문제되는 경우, 중재합의에 의거하여 판단권한을 받게 되는 중재인이 자신의 판단권한의 근거가 되는 중재합의의 효력이나 범위를 스스로 판단내릴 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.⁶⁰⁾

사실, 국제상사중재의 초석이라 일컫는 자기권한심사는 분리원칙⁶¹⁾과 더불어 대부분의 경우 법률적으로 입법화되어 있다.⁶²⁾ 하지만 미국 연방중재법의 어디에도 이에 대한 명시적인 언급이 없다.⁶³⁾ 중재판정부의 자기권한심사와 관련하여 판례를 통하여 개념을 정립하고 있음을 알 수 있다.⁶⁴⁾ 연방대법원은 *First Options* 사건에서 FAA에 의거하여 중재가능성을 결정하는 주요권한을 어느 포럼(법원 혹은 중재인)에서 갖는지와 관련한 쟁점은 당사자들이 중재인에게 중재가능성 쟁점을 부탁하는데 동의하였는지 여부에 달려 있다고 판결하였다.⁶⁵⁾ 즉, 미국 법원에서 중재가능성과 관련한 당사자의 의사를 판단하는 것이 그 출발점이라 할 수 있다. 때문에 중재합의의 존재 및 효력 등에 대한 판단은 당사자들이 명확하고 분명하게 달리 규정하지 않는 한 법원이 판단한다.⁶⁶⁾ 중재가능성 쟁점에 대

58) 하충룡·박원형, *supra note 37*, p.151.

59) 이용재, “중재대상적격과 진속관할”, 『계간중재』 제346호, 대한상사중재원, 2016, p.70.

60) 강수미, “미국의 증권거래분쟁중재에 관한 고찰”, 『비교사법』 제19권3호, 한국비교사법학회, 2012, pp.1019-1020.

61) ‘중재조항 분리원칙은 본 계약에 포함되어 있는 중재조항은 본 계약의 효력여부와 상관없이 독립적으로 강제될 수 있어야 한다는 법리로 볼 수 있다’ Christopher R. Drahozal, “Buckeye Check Cashing and The Separability Doctrine”, *1 Yearbook on Arb. & Med* 54, 2009, p.54; 하충룡, “최근 미연방대법원의 판례를 통한 중재합의조항 분리원칙(Doctrine of Separability)의 재평가”, 『국제상학』 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2006, p.159.

62) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Art. 16. (Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction) “(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.”; English Arbitration Act of 1996, Art. 30. (Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction) “(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to—(a)whether there is a valid arbitration agreement, (b)whether the tribunal is properly constituted, and (c)what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.”; French Code of Civil Procedure Article 1466 “If a party challenges in the arbitration the existence or scope of the arbitrator’s jurisdiction, the arbitrator shall decide on the issue.”; 우리 중재법 제17조(중재판정부의 관할 권한에 관한 결정) 제1항 “중재판정부는 자신의 권한 및 이와 관련된 중재합의의 존재 여부 또는 유효성에 대한 이의에 대하여 결정할 수 있다. 이 경우 중재합의가 중재조항의 형식으로 되어 있을 때에는 계약 중 다른 조항의 효력은 중재조항의 효력에 영향을 미치지 아니한다.”

63) 9 U.S.C. §§1-307.

64) Jack M. Graves는 미국에서 중재조항의 분리원칙은 40여 년 전에 재판으로 연방대법원에서 확립되었지만, 자기권한심사의 발전은 훨씬 더 느린 과정으로 이제 점점 명확한 형태를 띠기 시작하였다고 지적하였다. Jack M. Graves, Yelena Davydan, “Competence-Competence and Separability- American Style” *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, 2011, pp.157-178.

65) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995); *Abram Landau Real Estate v. Evona*, 123 F.3d 69, 73 (2d Cir. 1997).

66) Thomas H. Oehmke, Joan M. Brovins, *Commercial Arbitration*, 1 *Commercial Arbitration*, May 2018 Update, §19:7.

한 적절한 의사결정권자가 누구인지 즉, 법원인지 중재인인지에 대한 면밀한 평가를 하는 것이 필요하다. 중재조항의 범위에 해당 분쟁이 속하지 않는다는 것을 증명하기 위해 중재가능성에 이의를 제기하는 당사자에게 입증책임이 있다할 것이다.⁶⁷⁾

Rent-A-Center 사건에서⁶⁸⁾ 피고용인인 Jackson은 고용조건으로 “중재청구에 대한 상호합의”라는 문서에 서명을 하였다.⁶⁹⁾ 해당 사건에 당사자들은 중재합의가 포함된 서면계약을 체결한 것이 아니라 중재에 대한 전체합의에 서명하였다는 것에 주목할 필요가 있다. 위 문서에 의거하여 Jackson은 차별이나 연방법 위반에 대한 모든 청구를 포함하여 그의 고용과 관련하여 발생하는 모든 분쟁을 중재로 하는 것에 동의하였다.⁷⁰⁾ 이후 Jackson은 주 및 연방 법률에 의거한 차별소송을 제기하였고 중재합의가 비양심적이므로 집행할 수 없다고 주장하였다.⁷¹⁾ 제9순회법원은 중재합의가 비양심적이었는지 여부의 문제는 법원이 결정하는 것이라고 판결하였다.⁷²⁾ 그러나 연방대법원은 이를 기각하였다.⁷³⁾ 연방대법원은 다음과 같이 판결하였다; ‘FAA에⁷⁴⁾ 의거하여 당사자가 구체적으로 특정합의의 집행가능성에 대하여 이의를 제기하는 경우 지방법원이 이를 검토하지만, 일방당사자가 전체로써 합의의 집행가능성에 이의를 제기하는 경우 이는 중재인이 판단한다.’⁷⁵⁾ 이에 법원은 전체 합의를 중재에 부탁하였다. 즉, 연방대법원은 Jackson이 중재합의가 비양심적이라고 주장한 바에 대하여 *Prima Paint* 원칙을⁷⁶⁾ 적용하여 비양심성 문제는 중재인이 판단하는 것이라고 판결하였다. 왜냐하면 Jackson이 계약 안에 포함된 위임조항에 대한 주장이 아니라 전체로서 중재합의에 대하여 이의제기를 하였기 때문이다. 그러나 해당 사건에서 문제는 전체계약이 중재합의였다는 것이다. 그리고 이러한 판단을 하는 기준은 명확하고 분명한 당사자의 의도를 파악하는 것이다.

67) Thomas H. Oehmke, *supra* note 19, §22.

68) *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010)

69) *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63, 72 (2010).

70) “[t]he Arbitrator, and not any federal, state, or local court or agency, shall have exclusive authority to resolve any dispute relating to the interpretation, applicability, enforceability or formation of this Agreement including, but not limited to any claim that all or any part of this Agreement is void or voidable.”

71) *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63, 66 (2010).

72) *Jackson v. Rent-A-Center West, Inc.*, 581 F.3d 912 (2009).

73) *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63, 76 (2010).

74) FAA 제4조는 “중재합의의 성립이나 준수 의무 위반이 쟁점이 아닌 데 이의가 없다면, 중재조항의 존재 여부를 제외하고는, 연방법원의 재판관할에 속하는 사안에 대하여 연방법원은 중재절차를 진행하도록 명령하여야 한다.”

75) *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63, 63 (2010).

76) *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395 (1967); “중재합의의 성립과 관련된 문제로 중재조항을 본 계약에 포함시키는데 사기가 있다면 연방법원이 개입하여 판단할 여지가 있지만, 본 계약을 체결하는데 있어서 사기와 관련된 분쟁은 연방중재법이 법원으로 하여금 중재합의에 따른 중재의 계속을 명령하여야 한다고 지시하고 있다고 판결함으로써 연방중재법 제4조의 적극적 인용을 통한 중재조항 분리원칙의 기초를 마련하였다.” 하충룡, *supra* note 61, p.158.

IV. 명확하고 분명한 당사자의 의도

미국 법원은 전통적으로 계약당사자들이 기본계약이나 후속합의에서 중재가능성에 대한 판단권한을 중재인에게 명시적으로 위임하지 않는 한, 법원이 중재가능성에 대한 판단을 내려왔다.⁷⁷⁾ 즉, 중재가능성과 관련한 판단은 명확하고 분명한 당사자의 의도가 있지 않는 한 법원이 그러한 판정을 내리는 것으로 파악하여 왔다. 이는 반증허용 추정(rebuttable presumption)으로 보고 있다. 특히, 실제적 중재가능성과 관련하여 그러하다. 이에 반해 절차적 중재가능성과 관련한 판단은 중재인이 내리는 것으로 본다.

이하에서는 미국이 중재가능성을 판단하는 기준인 당사자의 의도와 분명하고 명확한 의도에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 당사자의 의도(parties' intention)

계약조항에 중재가능성을 포함하고 있는지 여부의 문제는 당사자의 의도로 결정되는 계약문제이다. 법원은 다양한 방식으로 그러한 의도를 알아내려는 시도를 할 것이다. 때문에 당사자의 의도는 법원이나 중재인이 중재가능성을 판단할 때 고려되는 핵심요소가 된다.⁷⁸⁾ 일반적으로 중재인의 권한 범위는 중재 당사자의 의도에 달려 있으며 중재합의에 의해 판단된다.⁷⁹⁾ 예를 들어, *Ibis Lakes Homeowners Ass'n, Inc. v. Ibis Isle Homeowners Association, Inc.* 사건에서 법원은 중재조항이 특정분쟁에 대한 중재를 규정하였는지 여부의 판단은 반드시 당사자의 의도에 달려 있다고 지적하였다.⁸⁰⁾ 하지만, 중재인의 권한에 대한 제한이 불확실하거나 모호한 경우 이는 좁게 해석되어질 것이다. 심사법원은 중재인이 자신의 권한 범위를 초과하였는지에 대한 모든 의구심은 중재 우호적으로 판단한다.⁸¹⁾

Leadertex, Inc. v. Morganton Dyeing & Finishing Corp. 사건에서 제2 순회법원은 계약상 사안과 마찬가지로, 중재합의의 범위를 결정함에 있어 법원이 당면한 주요 관심사는

77) Martin Domke, Gabriel Wilner, Larry E. Edmonson, *Domke on Commercial Arbitration*, 1 Domke on Com. Arb. §15:8, May 2018 Update, §15:8.

78) *Medanic v. Citicorp Inv. Services*, 954 So. 2d 1210, 1211-1212 (Fla. 3d DCA 2007).

79) *Synergy Gas Co. v. Sasso*, 853 F.2d 59, 63 - 64 (2d Cir.1988).

80) *Ibis Lakes Homeowners Ass'n, Inc. v. Ibis Isle Homeowners Association, Inc.*, 102 So. 3d 722, 728 (Fla. 4th DCA 2012); 또한 그러한 맥락에서 *Drucos Restaurants, Inc.* 사건에도 인디애나 법을 적용하여, 당사자가 모든 분쟁을 중재로 하는데 동의하였는지 여부는 계약 해석의 사안이며, 가장 중요한 것은 당사자의 의도라고 판단하였다. *Drucos Restaurants, Inc. v. Steak N Shake Enterprises, Inc.*, 765 F.3d 776, 782 (7th Cir. 2014)

81) *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton*, 514 U.S. 52, 62 (1995); *Action Indus., Inc. v. U.S. Fid. & Guar. Co.*, 358 F.3d 337, 343 (5th Cir.2004).

법적구속력을 가진 자들의 합리적 기대를 충실하게 반영하는 것이라고 판단하였다.⁸²⁾ 당사자들이 서면으로 중재를 합의한 경우 법원은 분쟁의 중재가능성과 관련한 어떤 재량도 갖지 못하고, 법원은 특정청구를 심리하거나 중재가능성을 강화하기 위해 중재인의 권한을 확대하려는 당사자의 합의를 다시 작성하지 못한다고 판결하였다.⁸³⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 당사자의 의도는 중재에 우호적으로 판단되어야 한다. 하지만 중재에 우호적인 추정은 중재합의의 존재가 증명된 경우에만 그러하다는 것에 유의하여야 할 것이다.⁸⁴⁾

2. 명확하고 분명한 의도 (clear and unmistakable intent)

법원이 중재가능성을 판정한다는 추정에 반박하기 위하여 ‘당사자가 중재가능성의 문제를 중재인이 판단하여야 한다는 명백하고 분명한 증거가 중재합의에 있는지’ 여부이다.⁸⁵⁾ *Petrofac, Inc. v. DynMcDermott Petroleum Operations Co.* 사건에서, 법원은 당사자가 미국중재협회 상사중재원칙을 참조로 편입한 경우, 중재인이 중재가능성 문제를 판단하기 위한 명백하고 분명한 의도를 입증하는 것이라고 판결 내렸다.⁸⁶⁾

판례에 따르면, 미국 법원은 중재가능성의 문제를 명백히 사법적 판단의 문제라고 보고 있다. 때문에 당사자들이 명확하고 분명한 의도를 규정하지 않는 한, 당사자가 중재에 동의하였는지 여부의 문제는 중재인이 아닌 법원에서 결정하는 것이다.⁸⁷⁾ 예를 들어, *Oehme, van Sweden & Associates, Inc. v. Maypaul Trading & Services Ltd.* 사건에서 미국 법원은 당사자들이 중재가능성에 대한 문제를 중재하기로 동의하였다고 추정하지 않으며 그들이 그러한 합의에 명백하고 분명한 증거가 있는 경우에만 중재하여야 한다고 판결할 것이라고 지적하고 있다.⁸⁸⁾ 이처럼 중재가능성과 관련하여 당사자들의 합의가 있었다는 것을 명확하게 입증하는 증거가 있는 경우 중재인이 판단할 수 있으며,⁸⁹⁾ 당사자가 달리 명확하고

82) *Leadertex, Inc. v. Morganton Dyeing & Finishing Corp.*, 67 F.3d 20, 28-29 (2d Cir. 1995).

83) *Leadertex, Inc. v. Morganton Dyeing & Finishing Corp.*, 67 F.3d 20, 27 (2d Cir. 1995).

84) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 944-945 (1995).

85) Thomas H. Oehmke, Joan M. Brovins, *Arbitrability Disputes: Proving What Facts to Whom*, 92 Am. Jur. Proof of Facts 3d 1, June 2018, § 6.

86) *Petrofac, Inc. v. DynMcDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 674-675 (5th Cir. 2012). AAA 규칙은 “중재인은 중재합의의 존재, 범위, 및 유효성과 관련한 모든 이의제기를 포함하여 자신의 관할권을 판단할 권한을 갖는다”고 규정하고 있다. *Qualcomm Inc. v. Nokia Corp.*, 466 F.3d 1366, 1372 - 1373 (Fed.Cir.2006); *Terminix Int'l Co., LP v. Palmer Ranch Ltd. P'ship*, 432 F.3d 1327, 1332 - 1333 (11th Cir.2005); *Contec Corp. v. Remote Solution Co.*, 398 F.3d 205, 208 (2d Cir.2005) 사건에서도 동일한 판결을 내렸으며; *Apollo Computer, Inc. v. Berg*, 886 F.2d 469, 473 (1st Cir.1989) ICC 규칙을 적용한 경우에도 유사한 결론이 내려졌다.

87) *Washington Metropolitan Area Transit Authority v. Local 2, Office and Professional Employees Intern. Union, AFL-CIO*, 965 F. Supp. 2d 13, 47-48 (D.D.C. 2013).

88) *Oehme, van Sweden & Associates, Inc. v. Maypaul Trading & Services Ltd.*, 902 F. Supp. 2d 87, 96 (D.D.C. 2012).

89) *Allen v. Regions Bank*, 389 Fed.Appx. 441, 444 (5th Cir.2010); *International Bancshares Corp. v. Lopez*, 57 F. Supp. 3d 784, 790 (S.D. Tex. 2014).

분명하게 규정하지 않는 한, 법원은 당사자가 중재가능성을 중재하는 것에 동의하였다고 추정할 수 없다.⁹⁰⁾

한편, 명백하고 분명한 증거가 존재하는지 여부를 결정하기 위해 법원은 통상적인 주법의 계약 성립원칙을 적용한다.⁹¹⁾ 이처럼 미국법원은 중재가 오로지 ‘동의를 문제’라는 입장이다.⁹²⁾ 최근 *Catamaran Corporation v. Towncrest Pharmacy* 사건에서도 연방법원은 중재에는 당사자의 동의가 필요하기 때문에, 침묵이나 모호성은 중재가능성에 대한 실제적 문제를 중재인에게 위임하려는 명확하고 분명한 의도를 표현한 것이 아니라고 판결하였다.⁹³⁾

3. 검토

미국 법원은 중재를 철저하게 계약상의 문제로 인식하고 있으므로, 당사자간 합의에서 의도한 것이 무엇인가에 대한 문제로 파악하고 있다. 위의 기준을 검토함으로써 다음을 알 수 있었다.

첫째, 중재합의가 유효한지 여부에 대하여 미국 법원은 보통 주법 계약성립 원칙을 통하여 해결하고 있다. 둘째, 당사자들이 자신들에게 발생하는 분쟁을 중재로 해결하겠다는 명확하고 분명한 당사자들의 의도가 서면으로 존재하다면, 연방법원은 통상적으로 분쟁을 중재인에게 부탁하여야 한다고 판단할 것이다. 셋째, 중재가능성과 관련한 모든 의구심은 중재에 우호적으로 해석되어야 하나, 그러한 해석은 중재합의가 존재할 때임을 알 수 있다. 넷째, 당사자의 중재합의에 특정 쟁점에 대한 중재가능성을 침묵하는 경우, 그러한 쟁점은 중재인이 아닌 법원에서 우선 판단되어야 한다.

V. 결론

당사자들이 분쟁해결을 중재로 하는 중재합의를 하였다는 것이 법률에 의해 부여된 실제적 권리를 포기한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 즉, 이는 당사자들의 분쟁해결을 사법적 포럼이 아닌 중재포럼에 부탁하는 것을 말한다. 중재를 통하여 분쟁을 하는 것은 당사자의 의도를 통하여 비롯됨을 알 수 있다. 그러나 당사자가 분쟁을 중재하기로 하였다

90) *Petrofac, Inc. v. DynMcDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 675 (5th Cir.2012); *Petrobras America, Inc. v. Vicinay Cadenas, S.A.*, 921 F. Supp. 2d 685, 693 (S.D. Tex. 2013).

91) *Oehme, van Sweden & Associates, Inc. v. Maypaul Trading & Services Ltd.*, 902 F. Supp. 2d 87, 96 (D.D.C. 2012).

92) Arbitration is strictly “a matter of consent.” *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. 468, 479 (1989).

93) *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 944-945 (1995); *Catamaran Corporation v. Towncrest Pharmacy*, 864 F.3d 966, 972-973 (8th Cir. 2017).

고 해서 모든 사안을 중재로 해결할 수 있는 것은 아니다. 이것이 중재가능성의 문제이다. 하지만 중재가능성은 국가별로 처한 환경이나 목적에 따라 달라질 수 있다는 것에 유념하여야 할 것이다. 미국은 상사활동에서만 아니라 개인의 영역에 이르기까지 중재가 적극적으로 활용되어 있는 국가이면서 우리의 주요교역국이기도 하다. 중재를 국가적으로 육성하고자 하는 우리나라에서 미국의 중재환경을 파악하고 구체적인 판례를 살펴보는 것은 우리의 중재발전을 위하여 유익하다 할 것이다. 이에 본 연구는 중재가 활성화되어 있는 미국의 경우 중재가능성을 어떻게 파악하고 있는지를 살펴보았다.

미국은 FAA 규정 어디에도 중재가능성에 대한 명시가 없어 판례를 통하여 중재가능성 문제를 해결하고 있다. 기본적으로 미국연방법원에서 중재가능성 특히, 실제적 중재가능성 문제를 판단하고 있다. 당사자의 명확하고 분명한 의도가 없는 한, 법원이 중재가능성 문제를 판단한다는 추정 은 임의규정의 성질을 갖는다고 할 수 있다. 그러므로 중재인이나 법원 가운데 누가 중재가능성에 대한 판단을 할 것인지는 당사자의 의도가 무엇인지를 살펴보는 것으로 볼 수 있다. 또한 중재합의의 성립과 관련하여 당사자의 의도를 판단하기 위하여 미국 법원은 주법상 계약성립의 원칙을 적용하고 있다.

본 연구를 통하여 중재가능성에 대한 미국연방법원들의 판례를 살펴봄으로써 미국법원에서 중재가능성을 보다 넓게 인정하고 있으며 중재가능성의 범위나 중재인의 권한 또한 당사자들의 의사를 통하여 해결하고 있음을 알 수 있다. 특히나 미국에서 중재가 이루어지거나 이루어질 수 있는 경우 이러한 미국법원의 판결들을 검토하는 것이 도움이 될 것으로 보인다.

참고문헌

- 강수미, “미국 판례상 중재조항의 분리가능성에 관한 고찰”, 『중재연구』 제24권 제2호, 한국중재학회, 2014.
- _____, “미국의 증권거래분쟁중재에 관한 고찰” 『비교사법』 제19권 3호, 한국비교사법학회, 2012.
- 김상만, “계약 및 중재합의 유효성의 소송 대상적격성에 대한 미국 연방대법원의 입장에 관한 연구”, 『동아법학』 제50호, 동아대학교 법학연구소, 2011.
- 김인호, “중재가능성의 합리적 경계획정을 통한 국제중재의 증진”, 『비교사법』 제23권 제3호, 한국비교사법학회, 2016.
- 목영준, 『상사중재법』, 박영사, 2011.
- 성준호, “중재산업진흥법의 주요내용과 발전적 운용”, 『중재연구』 제27권 제4호, 한국중재학회, 2017.
- 손경한, “중재 자치와 중재의 준거법”, 『국제사법연구』 제17호, 한국국제사법학회, 2011.
- 이용재, “중재대상적격과 전속관할”, 『계간중재』 제346호, 대한상사중재원, 2016.
- 이현목, “국제적 강행법규에 대한 중재가능성”, 『국제거래법연구』 제22집 제2호, 국제거래법학회, 2013.
- 하충룡, “최근 미연방대법원의 판례를 통한 중재합의조항 분리원칙(Doctrine of Separability)의 재평가”, 『국제상학』 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2006.
- _____, 박원형, “중재합의의 유효성에 관한 미국법원의 해석과 합의”, 『국제상학』 제22권 제1호, 한국국제상학회, 2007.
- Alan Scott Rau, The Arbitrability Question Itself, *10 Am. Rev. Int’l Arb.* 287, 1999.
- Caitlin Toto, “Third Circuit confirms the Class Arbitration “Clear and Unmistakable” Standard in Chesapeake Appalachia, LLC. v. Scout Petroleum, LLC, dealing a blow to Consumers and Employees”, *58 B.C. L. Rev. E-Supplement* 163, 2017.
- Christopher R. Drahozal, “Buckeye Check Cashing and The Separability Doctrine”, *1 Yearbook on Arb. & Med* 54, 2009.
- David Horton, “Arbitration About Arbitration”, *70 Stan. L. Rev.* 363, 2018.
- George A. Bermann, “Arbitrability Trouble”, *23 Am. Rev. Int’l Arb.* 367, 2012.
- _____, “The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration”, *37 Yale J. Int’l L.* 1, 2012.

- Jack M. Graves, Yelena Davydan, “Competence-Competence and Separability- American Style” *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, 2011.
- Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution*, 1 Alt. Disp. Resol. (4th ed.), September 2018 Update.
- Jean R. Sternlight, “The Rise and Spread of Mandatory Arbitration as a Substitute for the Jury Trial”, *38 U.S.F. L. REV.* 17, 2003.
- John J. Barcelo III, “Arbitrability Decisions Before, During and After Arbitration”, *Cornell Law School research paper No. 14-24*, 2014.
- _____, “Substantive and Procedural Arbitrability in Ad Hoc Investor-State Arbitration-BG Group v. Argentina”, *Cornell Law School research paper No. 14-25*, 2014.
- Joseph T. McLaughlin, “Arbitrability: Current Trends in the United States”, *59 Alb. L. Rev.* 905, 1996.
- Margaret L. Moses, “Statutory Misconstruction: How the Supreme Court created a Federal Arbitration Law never enacted by Congress”, *34 Fla. St. U. L. Rev.* 99, 2006.
- Michael J. Yelnosky, “DRECTV, Inc. v. Imburgia and the Continued Ascendance of Federal Common Law: Class-Action Waivers and Mandatory Arbitration Under the Federal Arbitration Act”, *Roger Williams University Law Review: Vol. 22 : Iss. 1*, Article 7, 2017.
- Thomas H. Oehmke, *Arbitration Highways to the Courthouse—A Litigator’s Roadmap*, 86 Am. Jur. Trials 111, American Jurisprudence Trials, May 2018 Update.
- _____, Joan M. Brovins, *Arbitrability Disputes: Proving What Facts to Whom*, 92 Am. Jur. Proof of Facts 3d 1, June 2018.
- _____, _____, *Commercial Arbitration*, 1 Commercial Arbitration, May 2018 Update.
- _____, _____, *The Arbitration Contract - Making it and Breaking it*, 83 American Jurisprudence Proof of Facts 3d1, June 2018 Update.

ABSTRACT

U.S. Court's Interpretation for Arbitrability

Na-hee Han

Choong-Lyong Ha

The foundation of arbitration is the arbitration agreement between parties. If no agreement to arbitrate exists, the parties should not send to arbitrate their disputes. In the United States, there are no provisions as to arbitrability under the Federal Arbitration Act.

Before a court can enforce arbitration, it must first determine arbitrability. The general presumption is that the issue of arbitrability should be resolved by the courts. The question of whether parties have submitted a particular dispute to arbitration raises a question of arbitrability which is an issue for judicial determination unless the parties clearly and unmistakably have provided otherwise. Determining if the parties agreed to arbitrate a dispute involves inquiries into whether there is a valid agreement to arbitrate the claims, and the dispute falls within the scope of the arbitration agreement. Therefore, the purpose of this article is to review how to settle the issue of arbitrability in the U.S. federal courts.

Key Words : arbitration agreement, arbitrability, competence-competence, Federal Arbitration Act