creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

국제 중재에 있어
중재합의 효력의 주관적 범위
- 채권양도의 경우를 중심으로

2013년 8월

서울대학교 대학원

법학과 국제거래법 전공

김 상 호

국제중재에 있어
중재합의 효력의 주관적 범위
- 채권양도의 경우를 중심으로

지도교수 석 광 현

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2013년 4월

서울대학교 대학원
법학과 국제거래법 전공
김 상 호

김상호의 석사 학위논문을 인준함
2013년 7월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

대체적 분쟁해결의 수단을 넘어 일반적 분쟁해결 방법으로 정착된 중재에 있어 다수 당사자가 연루된 법률관계에서 발생하는 중재관련 쟁점에 대한 연구도 꾸준히 이루어지고 있다. 사실상 거래관계에 있어 양당사자만이 관련된 법률관계보다는 다수 당사자가 관련된 법률관계가 보다 일반적이라고 할 것인데, 이는 특히 국제거래관계에서는 복합적 국제계약(complex international contracts)의 모습으로 그 양상은 더욱 두드러진다. 이러한 국제거래관계에서 분쟁해결수단으로 중재가 선택된 경우 중재합의가 다수 당사자들에게 어떤 구속력을 지니는지가 문제된다. 즉 다수 당사자들의 거래관계에서는 최초 중재합의를 체결한 자와 그렇지 않은 자들이 법률관계를 맺는 경우가 있는데 이 경우 중재합의가 최초 중재합의를 체결하지 않은 당사자들 사이에서도 효력을 가지게 되는지가 문제된다. 다수 당사자의 국제거래관계에 중재가 개입된 경우의 대표적인 예로는 당사자들이 중재조항을 포함한 국제계약인 주된 계약을 체결한 뒤 일방 당사자인 채권자가 채권을 양도한 경우를 들 수 있다. 이 경우 과연 채권 양수인과 채무자는 그 중재조항 내지 중재합의에 구속되는지가 문제된다. 중재합의는 양도인(채권자)과 채무자 사이에서 체결된 것인데, 채권을 양도했다는 이유로 최초 중재합의를 체결하지 않은 양수인과 채무자 사이의 분쟁에도 중재합의가 효력을 가질 것인지가 문제된다는 것이다. 이러한 문제는 채권양도뿐만 아니라 보험자 대위(right by subrogation)나 선하증권(Bill of Lading, B/L)의 양도에서도 나타난다.

이러한 쟁점에 관한 결정은 준거법 결정에서부터 출발해야 한다. 결정된 준거법에 의해 이 쟁점이 해결될 수 있다면 그에 따르면 되지만, 준거법에도 이 쟁점에 관한 명확한 규정이 없을 경우 해석의 영역으로 옮겨가게 된다.

먼저 채권의 양도가능성 및 대항요건의 요부에 관한 준거법은 채권자

체의 준거법에 의한다. 양도금지특약(*pactum de non cedendo*)의 효력도 채권자체의 준거법에 의하며, 채권자체의 양도금지특약은 중재합의의 양도금지특약을 포함하는 것으로 추정된다고 보아야 한다.

둘째, 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법은 우선 주된 계약의 준거법에 의해 채권양도의 유효성이 인정된 뒤에 고려될 수 있다. 이 경우 중재합의의 준거법과 주된 계약의 준거법이 동일할 경우에는 중재합의의 준거법 결정문제는 전혀 문제될 것이 없지만, 양자가 다를 경우에는 양수인이 중재합의의 준거법이 주된 계약의 준거법과 다르다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우를 제외하고는 중재합의의 준거법, 그 중에서도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법이 적용되어야 하며, 양수인의 악의에 대해서는 채무자가 입증책임을 부담한다고 보아야 한다.

결정된 준거법에 의해서도 해결할 수 없는 경우 이 쟁점은 중재합의의 법적성질과 형식, 관련 당사자들의 법적 지위, 중재제도의 장려와 같은 정책적 상황 등 여러 가지 고려사항들에 대한 분석을 토대로 그 통일적 해석기준을 도출하여야 하는데, 다음과 같이 해석하는 것이 옳다.

첫째, 중재합의의 독립성은 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 논의에서는 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

둘째, 중재합의는 소송상의 합의의 일종이지만, 소송절차의 명확성 및 안정성과는 관련이 없는 소송행위이므로 합리적인 근거가 있을 경우 실체법 규정을 유추적용할 수 있다.

셋째, 중재합의는 원칙적으로 일신전속적 성격을 지닌 것이 아니며, 주된 계약 또는 중재합의에서 일신전속적 성격을 가지는 것으로 약정하였거나(non-waived confidentiality provision), 공서의 개입으로 인해 중재합의의 이전이 불가능할 경우 등 극히 예외적인 경우에만 일신전속적 성격을 가진다.

넷째, 중재합의는 협력의무를 포함하고 있는 것이지만 그것은 권리와 실질적으로 동일한 것이며 권리와 분리될 수도 없는 것이므로, 채권양도

시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부를 결정함에 있어서는 중재합의의 의무적 측면은 결정적 요인으로 고려할 필요는 없다.

다섯째, 중재합의의 서면성 요건의 목적은 양수인이 중재조항에 대한 서면 동의 없이 구속된다는 것을 반대하는 것이지만, 채무자 보호 또는 중재를 옹호하는 강력한 공서양속(public policy), 금반언의 법리(estoppel) 등 서면성 원칙을 압도하는 다른 이익에 의해서 극복될 수 있으며, 채권양도 시 양수인은 중재합의에 대해 알고 있거나 적어도 알 수 있었던 경우에는 중재합의에 구속된다고 보아야 한다. 이것은 중재옹호의 정책적 측면에서 서면성 요건이 완화되는 경우라고 할 수 있다.

여섯째, 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위를 논함에 있어 채무자의 법적 지위를 보장해야 한다는 요소는 중재합의의 효력이 양수인에게 미쳐서는 안 된다는 논거로 고려되어서는 안 된다.

일곱째, 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치지 않는다고 보는 것은 양도인의 법적 지위를 해하는 것이다.

여덟째, 중재합의에 관한 각국의 정책은 채권양도 시에도 중재합의의 효력이 지속되는 것을 지향하고 있다.

이러한 검토에 기초해 이 쟁점에 관해서는 다음과 같이 해석하는 것이 가장 적합하다.

당사자들이 중재조항을 포함한 국제계약인 주된 계약을 체결한 뒤 일방 당사자인 채권자가 채권을 양도한 경우, 중재합의는 양수인이 주된 계약에 중재합의가 있었다는 것을 알고 있었거나, 알 수 있었던 경우에는 채권의 속성 또는 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 이전되며 따라서 중재합의의 효력은 양수인에게도 미친다고 보아야 한다. 다만 주된 계약 또는 중재합의에서 중재합의에 대한 양도금지특약을 한 경우에는 양수인이 중재합의의 존재를 알았거나 또는 알 수 있었으나 양도금지특약의 존재는 몰랐다면 양수인은 중재합의에 구속되지만, 양도금지특약의 존재를 알았다거나 알 수 있었다면 중재합의의 효력에 구속되지 않는다고 보아야 할 것이다. 우리나라와 달리 양도금지특약이 있더라도 당사자

간 특약위반의 문제는 별론으로 하고 양도성 자체를 상실하지는 않는 것으로 보는 법제에서는 양수인이 중재합의의 존재를 알았거나 알 수 있었다면 양도금지특약의 유무에 불구하고 양수인은 중재합의에 구속된다고 해석하여야 할 것이다. 한편 채권양도에는 대항요건이 필요한데, 대항요건은 양수인이 채무자에 대하여 자신이 채권자임을 주장하기 위한 요건이며, 중재합의는 채권의 속성 또는 채권에 부수하는 권리이므로 이러한 해석은 채권양도의 대항요건을 구비한 것을 전제로 한다. 즉 채권양도의 대항요건을 구비하지 못한 경우 양수인은 채무자에게 채권자임을 주장할 수 없으며, 따라서 중재합의가 있었음을 주장할 수도 없다.

이러한 결론은 보험자대위나 선하증권의 양도에 있어서도 마찬가지이다. 국제거래에서의 보험자대위에 있어 보험자가 주된 계약에 중재합의가 있었다는 것을 알고 있었거나, 알 수 있었던 경우에는 중재합의는 채권의 속성 또는 채권에 부수하는 권리로서 보험자에게 이전되며 따라서 중재합의의 효력은 보험자에게도 미친다. 다만 주된 계약 또는 중재합의에서 중재합의에 대한 양도금지특약을 한 경우에는 양도금지특약의 효과에 관한 법제에 따라 결론이 달라질 것이며, 그 내용은 채권양도의 경우와 같다. 한편 보험자대위는 법률의 규정에 의한 채권의 이전이므로 채권양도의 대항요건에 관한 규정은 적용되지 않는다고 본다. 이러한 해석론은 보험자 대위에 의해 권리가 보험자에게 이전되는 우리 법 아래에서의 해석이며, 보험자 대위의 효과에 관한 입법례에 따라 해석론은 달라질 수 있다.

한편 선하증권 양도의 경우 선하증권을 취득한 매수인 기타 소지인은 매도인과 해상 운송인 사이의 주된 계약에 중재합의가 있었다는 것을 알고 있었거나, 알 수 있었던 경우에는 중재합의의 구속을 받는다. 따라서 선하증권 자체에 중재조항이 포함된 형식으로 중재합의를 체결하는 경우에는 매수인은 중재합의의 존재를 알았다고 보아야 할 것이므로 중재합의의 구속을 받는다고 보아야 한다. 다만 주된 계약 또는 중재합의에 대한 양도금지 특약이 있는 경우에는 위 채권양도의 경우와 같이 법제에

따라 해석론이 달라질 수 있을 것이다. 한편 선하증권의 양도는 일반 채권양도와 달리 유가증권 고유의 양도방법인 배서 또는 교부에 의해 양도되므로 채권양도의 대항요건은 그 적용이 없다.

이 쟁점에 관한 통일적인 입법이 없는 상황에서 위와 같은 해석론은 현실적인 해결책에 불과할 뿐 종국적인 해결방안이라고는 할 수 없으며, 궁극적으로는 입법에 의한 흠결보충이 필요하다. 이러한 통일적 입법은 국제상사거래의 맥락에서 볼 때 국내적 입법보다는 국제적으로 통일된 법규의 제정이 법정지 쇼핑(forum shopping)을 방지하고, 국제상사거래를 촉진시키며, 국제분쟁해결에 대한 예측가능성과 통일성을 보장한다는 측면에서 훨씬 효율적인데, 다음과 같은 내용이 반영되어야 할 것이다.

① 주된 계약에 대한 원 당사자들의 반대가 없을 경우, 중재합의는 채권과 함께 유효하게 양수인에게 이전된다. 중재합의는 이전된 채권으로부터 발생하는 모든 분쟁을 중재를 통해 해결하도록 양수인과 채무자를 구속한다.

② 양도인은 양수인에게 중재합의의 존재를 통지해야할 의무를 지닌다. 양도인이 통지를 해태한 경우에는 양수인에 대하여 그로 인해 발생한 모든 손해에 대한 책임을 진다.

③ 채무자는 중재합의에 있어 양수인이 양도인을 대체하는 것이 그의 법적 권리를 박탈하는 것임을 증명한 경우에는 중재의무에서 해방된다.

이에 더하여 국제상사중재에 있어서는 저촉법적 측면에서도 통일적 규칙이 필요한데 다음과 같은 내용이 포함되어야 할 것이다.

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법은 우선 주된 계약의 준거법에 의해 채권양도의 유효성이 인정된 뒤에 고려될 수 있으며, 이 경우 중재합의의 준거법과 주된 계약의 준거법이 동일한 경우에는 중재합의의 준거법 결정문제는 전혀 문제될 것이 없지만, 양자가 다를 경우에는 양수인의 의사를 기준으로 중재합의의 준거법을 결정하여야

한다. 즉 양수인이 중재합의의 준거법이 주된 계약의 준거법과 다르다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우를 제외하고는 중재합의의 준거법, 그 중에서도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법이 적용되어야 한다. 한편 양수인의 악의에 대해서는 채무자가 입증책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

마지막으로 중재인에게 폭 넓은 Kompetenz-Kompetenz를 부여하여야 할 것이다.

주요어 : 중재합의의 주관적 효력범위, 채권양도와 중재합의, 국제중재에 있어 중재합의의 효력의 주관적 범위, 중재합의와 준거법, 보험자 대위와 중재합의의 효력범위, 선하증권의 양도와 중재합의의 효력범위

학 번 : 2008-23116

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구목적 및 연구 범위 ····· 1

Ⅰ. 연구목적 ····· 1

Ⅱ. 연구범위 ····· 3

1. 채권양도의 경우를 중심으로 ····· 3

가. 당사자 지위의 승계는 제외한다. ····· 3

나. 특정승계에 한정 ····· 4

다. 채무인수에 대한 논의는 제외한다. ····· 4

라. 중재합의의 효력의 확장에 대한 논의는 제외한다. ····· 5

2. 국제중재에 한정 ····· 7

제 2 절 이 논문의 구성 ····· 9

제 2 장 채권양도 등과 중재합의의 관계에 대한 기초이론 ····· 10

제 1절 이 논문이 다루는 구체적 사례 ····· 10

Ⅰ. 채권양도 ····· 10

Ⅱ. 보험자 대위 ····· 10

Ⅲ. 선하증권 양도 ····· 12

제 2 절 채권양도에 따른 중재합의의 법률적 운명에 대한 두 방향의 논의 ····· 13

제 3 절 중재합의의 개념과 효력 ····· 15

Ⅰ. 중재합의의 개념 ····· 15

Ⅱ. 중재합의의 효력과 그 범위 ····· 15

제 4 절 고려요소 ····· 18

Ⅰ. 비교법적 고찰 ····· 18
Ⅱ. 중재합의의 법적 성격과 요건 ····· 18
Ⅲ. 당사자의 법적 지위 보호 ····· 19
Ⅳ. 준거법 결정 ····· 19
Ⅴ. 기타 논점 ····· 19

제 3 장 비교법적 고찰 ····· 20
제 1 절 보통법계 국가 ····· 20
Ⅰ. 미국 ····· 20
Ⅱ. 영국 ····· 22
제 2 절 대륙법계 국가 ····· 24
Ⅰ. 독일 ····· 24
Ⅱ. 오스트리아 ····· 25
Ⅲ. 스위스 ····· 26
Ⅳ. 프랑스 ····· 28
Ⅴ. 노르웨이와 스웨덴 ····· 29
제 3 절 국제조약 및 국제중재규칙 ····· 30
Ⅰ. 뉴욕협약 ····· 30
Ⅱ. 유럽협약 ····· 31
Ⅲ. 국제상업회의소 중재규칙 ····· 32
Ⅳ. UNIDROIT 국제상사계약원칙 ····· 33
제 4 절 우리 법의 규정 ····· 35
Ⅰ. 중재법의 태도 ····· 35
Ⅱ. 판례의 태도 ····· 36
제 5 절 소결 ····· 40

제 4 장 중재합의의 법적 성격과 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 ····· 43
제 1 절 서언 ····· 43
제 2 절 중재합의의 독립성 ····· 44
Ⅰ. 중재합의의 독립성의 개념 ····· 44
Ⅱ. 중재합의의 독립성에 대한 고찰 필요성 ····· 45
Ⅲ. 중재합의의 독립성에 대한 국제적 입법연혁 ····· 45
1. 서언 ····· 45
2. 중재합의의 독립성에 대한 국제적 입법연혁 ····· 46
3. 우리 중재법 및 판례의 태도 ····· 47
Ⅳ. 중재합의의 독립성과 중재합의의 주관적 효력범위 ····· 48
1. 서언 ····· 48
2. 중재합의의 의존성 ····· 50
3. 중재합의의 독립성의 한계 ····· 51
4. 중재합의의 의존성과 독립성의 양면성 ····· 53
5. 소결 ····· 54
제 3 절 중재합의의 실체법적 성격과 절차법적 성격 ····· 56
Ⅰ. 서언 ····· 56
Ⅱ. 소송행위의 의의와 종류 ····· 56
Ⅲ. 소송행위의 특징 ····· 58
1. 소송행위의 하자와 철회 ····· 59
2. 그 외의 특징 ····· 59
Ⅳ. 소송상 합의와 그 특징 ····· 60
1. 소송상 합의의 의의와 종류 ····· 60
2. 소송상 합의의 효과 ····· 61
3. 소송상 합의의 특징 ····· 63
Ⅴ. 중재합의의 혼합적 성격과 주관적 효력범위 ····· 63

제 4 절 중재합의의 일신전속성 여부 ····· 66
Ⅰ. 서언 ····· 66
Ⅱ. 일신전속권과 비전속권 ····· 66
Ⅲ. 중재합의와 일신전속권 ····· 69
제 5 절 중재합의의 권리성과 의무성 ····· 72
Ⅰ. 서언 ····· 72
Ⅱ. 중재합의의 효력과 당사자의 협력의무 ····· 72
Ⅲ. 소결 ····· 75

제 5 장 중재합의의 방식과 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 ····· 77
제 1 절 중재합의의 서면성 ····· 77
Ⅰ. 서언 ····· 77
Ⅱ. 서면성의 요구목적 ····· 77
Ⅲ. 중재합의의 서면성에 대한 입법례 ····· 78
1. 각국의 입법례 ····· 78
2. 국제협약 ····· 78
3. 우리 중재법 ····· 79
Ⅳ. 서면에 의하지 않은 중재합의의 효력 ····· 80
1. 일반적 효력 ····· 80
2. 채무자가 이의 없이 중재에 응한 경우의 서면성 요건의 면제 가능성 ····· 81
제 2 절 중재합의의 서면성과 중재합의의 주관적 효력범위 ····· 83
Ⅰ. 채권양도와 중재합의의 서면성 요건 ····· 83
Ⅱ. 채권 양수인에 대한 방식상의 보호부여 필요성 여부 ····· 84

제 6 장 당사자의 법적지위 보호와 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 ····· 88
제 1 절 서언 ····· 88
제 2 절 채무자의 법적 지위 보호 ····· 89
Ⅰ. 채권양도에 따른 중재합의의 효력과 채무자의 법적 지위 ····· 89
1. 자동양도원칙의 채무자의 법적 지위 보장측면 ····· 89
2. 자동양도원칙의 채무자의 법적 지위 저해측면 ····· 90
Ⅱ. 소결 ····· 91
제 3 절 양도인의 법적 지위 보호 ····· 93

제 7 장 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법 결정 ····· 94
제 1 절 서언 ····· 94
제 2 절 국제상사중재에 있어 제기되는 여러 가지 준거법 문제 ···· 95
Ⅰ. 서언 ····· 95
Ⅱ. 여러 가지 준거법 문제 ····· 96
1. 중재합의의 준거법 ····· 97
2. 분쟁의 실체에 적용할 준거법 ····· 97
3. 중재절차의 준거법 ····· 97
4. 중재합의 당사자들의 능력에 관한 준거법 ····· 98
5. 분쟁대상의 중재가능성의 준거법 ····· 98
6. 중재판정과 중재판정 취소의 준거법 ····· 99
7. 중재판정의 승인 및 집행의 준거법 ····· 99
제 3 절 중재합의의 준거법 ····· 100
Ⅰ. 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법 ····· 100

1. 집행단계 ····· 100
2. 항변단계 ····· 101
3. 중재단계 ····· 101
Ⅱ. 중재합의의 방식의 준거법 ····· 102
Ⅲ. 중재합의의 효력의 준거법 ····· 102
1. 중재합의의 효력 ····· 102
가. 중재합의의 소극적 효력 ····· 103
나. 중재합의의 적극적 효력 ····· 103
2. 중재합의의 효력의 준거법 ····· 104
가. 항변단계 ····· 104
나. 중재단계 ····· 105
3. 중재합의의 효력의 범위에 관한 준거법 ····· 105
제 4 절 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 준거법 ····· 106
Ⅰ. 서언 ····· 106
Ⅱ. 견해대립 ····· 106
1. 실체법적 접근법 ····· 107
2. 저촉법적 접근법 ····· 108
가. 국제적으로 승인된 저촉법 원칙의 부재 ····· 108
나. 배타적 적용법 ····· 109
(1) 법정지법(lex fori) ····· 109
(2) 중재합의의 준거법(lex compromissi) 또는
중재지법(lex arbitri) ····· 110
(3) 주된 계약의 준거법(lex contractus or lex causa) ····· 111
다. 결합적 적용법 ····· 113
(1) 가급적 유효하게(in favorem validitatis)보는 견해 ····· 113
(2) 보충적 적용법 ····· 114
Ⅲ. 검토 ····· 116

1. 준거법 결정에 있어 고려해야 할 사항 ····· 116
2. 실체법적 접근법에 대한 검토 ····· 117
가. 중재합의의 독립성 원칙 확장의 오류 ····· 117
나. 통일적 실체법 원칙의 부재 ····· 118
3. 법정지법(lex fori)설에 대한 검토 ····· 119
4. 중재합의의 법(lex compromissi) 또는
중재지법(lex arbitri)설에 대한 검토 ····· 122
5. 주된 계약의 준거법(lex contractus or lex causa)설에
대한 검토 ····· 124
6. 가급적 유효하게(in favorem validitatis)보는 견해에
대한 검토 ····· 125
7. 보충적 적용법에 대한 검토 ····· 126
8. 소결 ····· 126

제 8 장 중재합의의 주관적 효력범위와 관련한 기타 논점 ····· 129
제 1 절 중재판정부의 판정권한에 관한 결정 ····· 129
Ⅰ. 서언 ····· 129
Ⅱ. 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 쟁점을 해결함에
적합한 기관의 결정 ····· 130
1. 법원과 중재판정부 ····· 130
2. 검토 ····· 131
제 2 절 중재에 관한 각국의 정책 ····· 132

제 9 장 결론 ····· 134
Ⅰ. 준거법 결정 ····· 134

1. 채권양도의 경우 ····· 134
2. 보험자 대위의 경우 ····· 135
3. 선하증권 양도의 경우 ····· 135
Ⅱ. 해석론 ····· 136
1. 채권양도의 경우 ····· 136
가. 서언 ····· 136
나. 구체적 해석론 ····· 137
2. 보험자 대위의 경우 ····· 140
3. 선하증권 양도의 경우 ····· 141
Ⅲ. 입법론 ····· 143
1. 서언 ····· 143
2. 실질법적 측면 ····· 144
3. 저촉법적 측면 ····· 145

참고문헌 ····· 147
Abstract ····· 152

제 1 장 서론

제 1 절 연구목적 및 연구범위

Ⅰ. 연구 목적

분쟁해결방법으로서의 중재제도는 우리나라의 경우 1966년 중재법 제정이후 많은 발전을 이루어 오고 있으며 1985년 UN국제무역법위원회(UNCITRAL)가 채택한 UNCITRAL 국제상사중재모델법을 대폭 수용한 1999년의 중재법 개정으로 국제적 수준의 중재제도를 가지게 되었다. 국제거래관계에 있어 중재는 이제는 대체적 분쟁해결 수단의 수준을 넘어 일반적 분쟁해결방법으로 정착되었다고 평가할 수 있다. 중재제도의 발전과 더불어 관련 판례 및 연구도 축적되어 가고 있는데 다수 당사자가 연루된 법률관계에서 발생하는 중재관련 쟁점에 대한 연구도 꾸준히 이루어지고 있다. 사실상 거래관계에 있어 양당사자만이 관련된 법률관계보다는 다수 당사자가 관련된 법률관계가 보다 일반적이라고 할 것인데, 이는 특히 국제거래관계에서는 복합적 국제계약(complex international contracts)[1]의 모습으로 그 양상은 더욱 두드러진다.

한편 이러한 국제거래관계에서 분쟁해결수단으로 중재가 선택된 경우 중재합의가 다수 당사자들에게 어떤 구속력을 지니는지가 문제된다. 즉 다수 당사자들의 거래관계에서는 최초 중재합의를 체결한 자와 그렇지 않은 자들이 법률관계를 맺는 경우가 있는데, 이 경우 중재합의가 최초 중재합의를 체결하지 않은 당사자들 사이에서도 효력을 가지게 되는지가

---

1) 복합적 국제계약의 특징으로는 장기성, 기술성, 방대성, 복잡성, 불확실성, 다수 당사자의 연루, 상호의존성 등을 들 수 있다. 이에 대한 자세한 논의는 Joachim G. Frick, 「Arbitration and Complex International Contracts」, Kluwer Law International, 2001 참조

문제된다.

다수 당사자의 국제거래관계에 중재가 개입된 경우의 대표적인 예로는 당사자들이 중재조항을 포함한 국제계약인 주된 계약을 체결한 뒤 일방 당사자인 채권자가 채권을 양도한 경우를 들 수 있다. 이 경우 과연 채권 양수인과 채무자는 그 중재조항 내지 중재합의에 구속되는지가 문제된다. 중재합의는 양도인(채권자)과 채무자 사이에서 체결된 것인데, 채권을 양도했다는 이유로 최초 중재합의를 체결하지 않은 양수인과 채무자 사이의 분쟁에도 중재합의가 효력을 가질 것인지가 문제된다는 것이다.

이러한 문제는 채권양도뿐만 아니라 보험자 대위(right by subrogation)나 선하증권(Bill of Lading, B/L)의 양도에서도 나타난다.

먼저 보험자 대위와 관련해서는 우리 상법 제682조에 따르면 손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득하는데,[2] 보험계약자 또는 피보험자와 제3자 사이의 중재합의가 보험자에게도 미치는지 여부가 문제된다.

다음으로 선하증권의 양도와 관련해서는 선하증권을 취득한 매수인에게도 매도인과 해상운송인이 체결한 중재합의의 효력이 미친다고 볼 수 있을 것인지가 문제된다. 한편 선하증권 사례의 경우 중재합의의 체결방식에 따라 매도인과 해상운송인이 별도로 중재합의를 체결하는 경우와 선하증권 자체에 중재조항이 포함된 형식으로 중재합의를 체결하는 경우로 나눌 수 있다.

이처럼 채권양도, 보험자 대위, 선하증권의 양도는 채권의 특정승계라는 공통점을 가지고 있으며, 중재합의의 효력의 주관적 범위에 있어서도 동일한 문제점을 내포하고 있다. 그동안 국내에서 중재합의의 효력범위

2) 이를 제3자에 대한 보험자 대위라고 한다.

에 대한 논의는 객관적 효력범위에 대한 논의에만 치중되어 왔으며, 주관적 효력범위에 대해서는 심도 있는 연구결과를 찾아보기 힘든 상황이다. 이 논문은 중재합의의 법적 성격과 형식, 관련 당사자들의 법적 지위, 중재제도의 장려와 같은 정책적 상황 등 여러 가지 고려사항들에 대한 분석을 토대로, 국제거래관계에서 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인 또는 채무자에게 미치는지 여부를 중심으로 하여, 보험자 대위 및 선하증권의 양도 등의 사례에서 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 통일적 해석기준을 도출하는 것을 목적으로 한다.

Ⅱ. 연구 범위

1. 채권양도의 경우를 중심으로

가. 당사자 지위의 승계의 경우는 제외한다.

채권양도와 구별하여야 할 개념으로 계약인수가 있다. 계약인수란 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자 일방이 계약관계로부터 탈퇴하고 대신 제3자가 계약관계의 당사자로 들어서는 것을 말하는데, 탈퇴하는 계약당사자가 가지고 있던 계약관계상의 모든 권리·의무를 계약인수인이 인수하게 된다. 이처럼 계약에서 발생한 특정한 권리·의무의 승계가 아닌 당사자의 계약상의 지위 자체가 이전된 경우에는 양도계약에서 반대의 약정이 없는 한 중재합의의 효력이 양수인에게도 미친다는 것은 일반적으로 받아들여지고 있다.[3] 이 논문에서는 당사자 지위 자체의 이전의 문제가 아닌 권리의 특정 승계, 그 중에서도 채권양도의 경우에 한정하여 논의하기로 한다. 위에서 본 바와 같이 채권양도와 보험자 대위, 선하증권 양도는 채권의 특정승계라는 측면에서 공통점이 있으므로 이

3) 정병석, 「해사계약에 있어서 중재합의와 관련된 제문제」, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망:심당 송상현 교수 화갑기념 논문집(박영사, 2002), 493면, 석광현, 국제상사중재법연구, 127면

논문에서 다루는 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 법리는 보험자 대위와 선하증권 양도에도 적용될 수 있다.

나. 특정승계에 한정

권리의 승계취득 중 포괄승계의 경우 일반적으로 구권리자의 권리·의무가 신권리자에게 포괄적으로 이전하게 되므로 계약인수와 마찬가지로 원 계약에서 반대의 약정이 없는 한 중재합의의 효력이 승계인에게도 미친다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 논문에서는 포괄승계가 아닌 특정승계의 경우에 한정하여 논의하기로 한다.

다. 채무인수에 대한 논의는 제외한다.

채무인수 중 면책적 채무인수란 채무가 동일성을 유지하면서 종래의 채무자로부터 제3자인 인수인에게 이전하는 것을 말하며, 중첩적 채무인수란 구채무자가 채무로부터 해방됨이 없이 신채무자가 구채무자와 연대채무자가 되는 경우를 말한다.[4)]

중첩적 채무인수의 경우는 구채무자의 채무가 소멸되는 것이 아니므로 채권자와 구채무자 사이의 중재합의의 효력이 채권자와 신채무자 사이에도 미칠 것인지는 문제되지 않는다.[5)]

한편 면책적 채무인수는 채권양도의 반대개념이라고 볼 수 있는데,

---

4) 면책적 채무인수는 이전적·탈퇴적 채무인수 또는 면책적·배타적 채무인수라고도 불린다. 민형기 등, 민법주해「X」, 박영사, 601면 (곽윤직 등 편, 1995); 지원림,「민법강의」제7판, 홍문사, 2009, 1212면

5) 중첩적 채무인수는 ① 채권자·채무자·인수인의 3자계약, ② 채권자와 인수인 사이의 계약, ③ 채무자와 인수인 사이의 계약에 의해 발생할 수 있는데, 어느 경우라도 신채무자의 채무가 소멸되지는 않으므로 그 계약에서 중재합의에 관해 달리 정함이 없는 한 채무인수계약이 있었다는 이유만으로 채권자와 구채무자 사이의 중재합의의 효력이 인수인에게 미친다고는 볼 수 없을 것이다. 민형기 등, 민법주해「X」, 박영사, 613면 (곽윤직 등 편, 1995)

면책적 채무인수로 인해 인수인은 구채무자에 갈음하여 채무자가 되어 구채무자와 동일한 채무를 부담하며, 채권자와 구채무자 사이의 법률관계로부터 나오는 모든 항변사유로써 채권자에게 대항할 수 있다. 이러한 면책적 채무인수의 경우 채권자와 구채무자 사이의 중재합의의 효력이 인수인에게도 미치는지 여부가 문제될 수 있다. 면책적 채무인수는 채권양도와 구조적으로 유사한 면이 많기 때문에 이 논문에서 논의가 대부분 적용될 수 있을 것이다. 하지만 면책적 채무인수의 경우 채권자의 동의가 반드시 필요하다는 점에서 채권양도와는 다른 모습을 보이며, 이 점이 반드시 고려되어야 할 것이다. 이 논문에서는 채무인수의 경우는 제외하고 채권양도의 경우에 한정하여 논의를 진행하기로 한다.

라. 중재합의의 효력의 확장에 대한 논의는 제외한다.

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점과 구별하여야 할 개념으로서 중재합의의 효력의 확장(extension of arbitration agreements to non-signatories)이라는 개념이 있다.[6] 중재합의의 확장이란 중재합의의 효력이 중재합의의 원 당사자가 아닌 자들에게도 미친다는 의미인데, 이런 의미에서 보면 채권 양수인에게도 중재합의의 효력이 미치는지 여부라는 쟁점도 확장이라는 개념에 포섭될 수 있다. 그러나 중재합의의 효력의 확장은 채권양도와 같이 양수인이 양도인을 '대신'하는 것이 아니라 중재합의의 원 당사자에 '부가하여', 혹은 '보충적으로' 다른 당사자에게도 중재합의의 효력이 미치는지 여부에 대한 것으로서 이 논문에서의 논의와는 구별되어야 하며, 이 논문에서는 다루지 않는다.

중재합의의 효력이 확장되는 예로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

① 인용에 의한 편입이론(Incorporation by Reference)

---

6) Girsberger, p. 382

미국법원이 취하는 이론으로서 비록 중재조항을 포함한 계약서에 직접 서명하지 않았더라도, 그 계약의 당사자와 별도로 합의하면서 그 중재조항에 따르기로 한 경우 중재합의의 비당사자라도 당사자를 상대로 중재를 제기할 수 있다는 이론이다.[7)]

② 묵시적 중재합의 이론(Assumption)

미국법원이 취한 견해로서 중재합의의 당사자가 아니더라도 행동으로 중재의무를 승인했다고 볼 만한 사정이 있다면 중재합의에 구속된다는 이론이다.[8)]

③ 대리인 이론(Agency Theory)

이 역시 미국법원이 취한 견해로서 중재합의의 당사자뿐만 아니라 그 임원, 이사, 대리인도 중재합의를 이익으로 원용할 수 있다는 이론이다.[9)]

④ 법인격 부인론(Piercing the corporate veil)

중재합의의 효력에 법인격 부인론을 적용하여, 법인의 이름으로 체결한 계약상 책임을 그 배후에 있는 개인에게 물을 경우, 그 계약에 중재조항이 있다면 그 개인도 중재에 응해야 한다는 미국법원이 취한 이론이다.[10)]

---

7) *Import Export Steel Corp.* v. *Mississippi Valley Barge Line Co.*, 351 F.2d 503, 505, 506(2d Cir. 1965); *Continental U.K. Ltd.* v. *Anagel Confidence Compania Naviera*, S.A., 658 F.Supp. 809, 813(S.D.N.Y. 1987), ; 김지홍, 「중재합의의 제3자에 대한 효력」, 중재연구 제17권 제3호(2007. 12.), 105면

8) *Thomson CSF, S.A.* v. *American Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 777(2d. Cir. 1995); *Gvozdenovic* v. *United Air Lines, Inc.* 933 F.2d 1100, 1105(2d. Cir. 1982); *Teamsters Local Union no. 764* v. *J.H. Merritt & Co.*, 770 F.2d 40, 42(3d Cir, 1985); 김지홍, 「중재합의의 제3자에 대한 효력」, 중재연구 제17권 제3호(2007. 12.), 107면

9) *Arnold* v. *Arnold Corp.*, 920 F.2d 1269(6th Cir. 1990); *Letiza* v. *Prudential Bache Securities*, Inc., 802 F.2d 1185(9th Cir, 1986), 김지홍, 「중재합의의 제3자에 대한 효력」, 중재연구 제17권 제3호(2007. 12.), 111면

⑤ 금반언의 법리 이론(Estoppel)

미국법원은 만약 ⅰ)중재합의를 원용하는 중재합의의 비당사자와 중재합의의 당사자 사이에 밀접한 관계가 있고, ⅱ) 비당사자에 대한 청구내용이 중재합의의 당사자가 부담하는 계약상 의무의 이행과 긴밀하게 관련되어 있다면, 중재합의의 상대방은 비당사자가 위 계약에 직접 서명하지 않았다는 이유로 비당사자를 상대로 법원에 소를 제기할 수 없다고 하였다.[11] 이처럼 미국법원은 일정한 경우에 중재합의의 당사자가 아니더라도 중재조항을 원용하여 중재합의 당사자를 상대로 중재를 요구할 수 있다는 이론을 구성하고 있다.

2. 국제중재에 한정

국제중재는 국내중재에 비해 중재지 관할 국가 또는 그 국가의 법이 관여하는 정도가 적으며, 국제중재는 준거법을 결정할 필요가 있다.[12] 국제성이란 외국적 요소가 포함되어 있다는 것인데, 현재는 국제중재의 개념에 대한 일반적 개념이 정립되어 있는 것이 아니라, 개별 국가에 따라 국제중재의 개념 정립기준이 다르므로 국제중재인가의 여부는 각국의 국내법에 의해 결정되게 된다. 국제중재 개념의 기준에 대해서는 분쟁의 성질에 착안하는 견해[13]와 당사자의 주거지나 상거소 등 당사자에 착안하는 견해,[14] 양자를 결합한 견해 등이 있다.[15] 국제중재와 국내중재를

---

10) *Carte Blanche(Singapore) Pte., Ltd.* v. *Diners club Int'l, Inc.*, 2 F.3d 24(2d Cir. 1993); 「중재합의의 제3자에 대한 효력」, 중재연구 제17권 제3호(2007. 12.), 114면

11) *Thomson CSF, S.A.* v. *American Arbitration Ass'n*, 64 F.3d 773, 776(2d. Cir. 1995); *Sunkist Soft Drinks, Inc.* v. *Sunkist Growers, Inc*, 10 F.3d 753, 757, 758(11th Cir. 1993); 김지홍, 「중재합의의 제3자에 대한 효력」, 중재연구 제17권 제3호(2007. 12.), 115면

12) 이에 관해 더 자세한 내용은 석광현, 국제상사중재법연구, 8면 이하 참조

13) 프랑스 신 민사소송법과 ICC중재규칙이 취하고 있는 태도이다. 석광현, 국제상사중재법연구, 5면

14) 스위스 국제사법과 유럽협약이 취하고 있는 태도이다.

구별하는 실익은 국제중재는 국내중재에 비해 중재지 관할 국가 또는 그 국가의 법이 관여하는 정도가 적으며, 국제중재는 준거법을 결정할 필요가 있다는 점 등에 있다.[16]

국제중재 중 국제상사중재(International commercial arbitration)란 국제적 성격을 가진 상사에 대한 중재이다. 상사중재란 민사에 대응하는 개념인데 대륙법계에서는 민사와 상사를 구별하는 전통이 있으나 무엇이 상사에 포함되는가는 각국의 국내법에 의해 결정된다. 우리 중재법은 모델법을 받아들이면서 민사까지 적용범위에 포함하였기 때문에 민상사의 구별실익은 적은 편이다.[17] 또한 국제상사중재는 국가간 분쟁의 중재와도 구별된다.[18]

이 논문은 국내중재가 아닌 국제(상사)중재의 경우에 한정하여 논의를 진행하기로 한다.

---

15) 국제사법에 있어서 외국적 요소의 개념에 대해서는 외국적 요소가 포함된 모든 사법적 관계라는 견해와 외국적 요소를 포함하고 있는 것만으로는 부족하고 외국적 성격이 상당한 정도에 이르러 그 관계에 막연히 국내법을 적용함은 부당하고 국제사법을 적용하는 것이 합리적이고 타당할 경우에 한하여 섭외적 생활관계를 인정해야 한다는 견해, 일반적으로 국제사법이론상 연결점(connecting factor)으로 승인되고 있는 당사자의 국적, 주소, 거소, 상거소, 행위지, 이행지, 불법행위지, 물건의 소재지, 등록지, 법인의 본거지 등의 점에서 외국관련이 있는 때에는 일단 '섭외성' 또는 '국제성'이 있는 섭외사건으로 보고, 다만 그러한 섭외사건이 구체적인 연결원칙을 정한 국제사법의 개별 조문의 적용대상이 되는가의 여부를 판단하는 것은 당해 조문의 해석 문제로서 그러한 섭외성이 의미 있는 것으로 판단될 경우에만 적용대상이 된다는 견해가 대립하고 있다. 석광현, 「2001년 개정 국제사법 해설」 제2판, 지산, 2003

16) 이에 관해 더 자세한 내용은 석광현, 국제상사중재법연구, 8면 이하 참조

17) 석광현, 국제상사중재법연구, 10면

18) 국제분쟁해결에 관한 일반론은 J. G. Merrills, 「International Dispute Settlement」, 4th Edition, Cambridge University Press, 2005 참조

제 2 절 이 논문의 구성

이 논문은 우선 채권양도와 중재합의의 관계에 관한 기초이론으로서 채권양도와 중재합의의 개념 및 효력범위에 관해 검토한 후(제2장 참조), 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 각 국의 현 실태를 비교법적으로 고찰한다. 그 후 이 쟁점을 해결하기 위한 여러 가지 요소에 대한 면밀한 분석이 이어진다. 분석 요소는 우선 중재합의의 독립성, 실체법적 성격 및 절차법적 성격, 권리와 의무의 복합성 등 중재합의의 법적 성격과 중재합의의 방식, 연루된 당사자들의 법적 지위 보장, 중재제도에 관한 각국의 정책적 고려를 들 수 있다. 국제중재에 있어서는 준거법 결정에 대한 논의가 필연적으로 수반되므로 이에 대한 검토도 이루어질 것이다. 이러한 분석을 바탕으로 현재 상황에서 가장 적합한 해결기준을 제시하기로 한다.

제 2 장 채권양도 등과 중재합의의 관계에 대한 기초 이론

제 1 절 이 논문이 다루는 구체적 사례

중재합의의 주관적 효력범위에 대한 이 논문은 아래의 세 가지 사례를 상정하여 논의를 진행한다.

Ⅰ. 채권양도

먼저 채권양도의 경우이다. 당사자들이 중재조항을 포함한 국제계약인 주된 계약을 체결한 뒤 일방 당사자인 채권자가 채권을 양도한 경우 과연 채권 양수인과 채무자는 그 중재조항 내지 중재합의에 구속되는지가 문제된다. 중재합의는 양도인(채권자)과 채무자 사이에서 체결된 것인데, 채권을 양도했다는 이유로 최초 중재합의를 체결하지 않은 양수인과 채무자 사이의 분쟁에도 중재합의가 효력을 가질 것인지가 쟁점이다.

Ⅱ. 보험자 대위

보험자 대위(right by subrogation)란 「보험자가 보험사고로 인한 손실을 피보험자에게 보상하여 준 때에 보험의 목적이나 제3자에 대하여 가지는 피보험자 또는 보험계약자의 권리를 법률상 당연히 취득하는 것」을 말하는데 전자를 잔존물 대위(상법 제681조), 후자를 제3자에 대한 보험자 대위(상법 제682조)라고 한다.[19] 상법 제682조에 따르면 손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지

19) 보험자 대위의 법적성격은 민법상의 손해배상자의 대위(민법 제399조)로 보는 것이 통설이다. 정찬형, 「상법강의(하)」 제13판, 박영사, 2011, 634면

급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득하는데, 이 경우 제3자의 행위는 불법행위뿐만 아니라 채무불이행도 포함한다.[20] 중재합의의 주관적 효력범위와 관련한 문제는 제3자에 대한 보험자대위와 관련하여 발생하는데 한 가지 예를 들면 다음과 같다.

한국에 있는 매도인과 중국에 있는 매수인이 TV구매계약을 CIF조건[21]으로 체결하고 대금은 신용장으로 지급하기로 약정하였다. 매수인은 매도인을 수익자로 하여 개설은행과 신용장개설계약을 체결하고, 개설은행은 통지은행에 신용장이 개설되었음을 통지하였다. 통지은행으로부터 신용장 개설통지를 받은 매도인은 해상운송인과 운송계약을 체결하고 분쟁이 발생할 경우 중재에 의해 해결하기로 합의한 후 운임을 지불하였고 해상운송인은 매도인에게 선하증권을 발행하였다. 그 후 매도인은 보험회사와 적하보험계약을 체결한 후, 신용장 서류[22]를 매입은행에 제시하여 대금을 취득하고, 매수인은 매입은행을 거쳐 개설은행으로부터 신용장 서류를 취득한 후 개설은행에 매입대금을 상환하였다. 한편 해상운송인이 TV를 운송하던 중 선박충돌로 인해 TV는 모두 멸실되었고, 보험회사는 매수인에게 보험금을 지급하였다.

위의 예에서 보험회사는 보험자 대위에 의해 매수인이 해상운송인에

---

20) 정찬형, 「상법강의(하)」 제13판, 박영사, 2011, 641면

21) CIF란 국제상업회의소(ICC)가 제정한 『거래조건의 해석에 관한 국제규칙』(International Rules for the Interpretation of Trade Terms, 줄여서 Incoterms 혹은 인코텀즈라고 부른다.)상의 정형거래조건을 말한다. CIF조건이란 Cost, Insurance and Freight, 즉 운임 및 보험료 포함인도조건을 말하는데, 이 조건에 의하면 매도인은 지정된 선적항에서 본선의 난간을 통과시켜 물품을 인도하며 물품이 본선의 난간을 통과할 때까지의 모든 위험과 목적 항까지의 운임과 보험료를 매도인이 부담한다. CIF조건에 의하면 물품이 선적된 이후의 위험은 매수인에게 이전되며, 따라서 그 이후 보험사고 발생에 따른 보험금청구권도 매수인이 가지게 된다.

22) 신용장 서류에는 선하증권, 환어음, 상업송장, 포장명세서, 보험증권 등이 포함된다.

대하여 가지는 채무불이행에 의한 손해배상채권을 당연히 취득하게 되는데, 이 경우 매도인과 해상운송인 사이의 중재합의의 효력이 보험회사에게도 미치는지 여부가 문제된다.

Ⅲ. 선하증권(Bill of Lading, B/L)의 양도

선하증권은 「해상물건운송계약에 있어 선박소유자가 운송물을 수령 또는 선적하였음을 증명하고, 목적지에서 운송물을 증권소지인에게 인도할 의무, 즉 운송물인도청구권을 표창하는 유가증권」이다.[23] 선하증권은 채권적 효력(문언증권성)과 물권적 효력(인도증권성)을 동시에 가지는데, 문언증권성에 의해 선하증권이 유통되면 송하인(매도인)과 해상운송인간의 운송계약관계 외에 증권소지인(매수인)과 해상운송인간의 운송계약관계가 생기게 되며[24], 따라서 선하증권 소지인은 운송물인도청구권을 가진 채권자가 된다.

이러한 선하증권의 양도와 관련해서 선하증권을 취득한 매수인에게도 매도인과 해상운송인이 체결한 중재합의의 효력이 미친다고 볼 수 있을 것인지가 문제된다.

선하증권과 관련된 구체적 사례는 위 보험자 대위의 사례에서 동일하게 살펴볼 수 있다. 즉 위 보험자 대위의 예에서 선하증권을 취득한 매수인에게도 매도인과 해상운송인이 체결한 중재합의의 효력이 미친다고 볼 수 있을 것인지가 문제된다. 한편 선하증권 사례의 경우 중재합의의 체결방식에 따라 매도인과 해상운송인이 별도로 중재합의를 체결하는 경우와 선하증권 자체에 중재조항이 포함된 형식으로 중재합의를 체결하는 경우로 나눌 수 있는데, 이는 매수인이 중재합의의 존재 자체를 알고 있었는지를 결정함에 있어 기준으로 작용한다.[25]

---

23) 정찬형, 「상법강의(하)」 제13판, 박영사, 2011, 930면, 상법 제854조
24) 손주찬, 「상법(하)」, 제6정증보판, 박영사 1997, 840면; 정찬형, 「상법강의(상)」 제14판, 박영사, 2011, 334면
25) 선하증권 자체에 중재조항이 포함되어 있는 경우, 이를 중재법에 규정된

제 2 절 채권양도에 따른 중재합의의 법률적 운명에 대한 두 방향의 논의

채권이 양도되었을 경우 주된 계약과 함께 체결된 중재합의의 운명은 어떻게 될 것인가에 대해서는 크게 두 가지 견해가 대립되는 것으로 보인다. 첫 번째 견해는 채권양도 시 중재합의는 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 당연히 양수인에게 이전되며, 이에 따라 중재합의의 효력은 양수인에게 미친다는 견해이다. 두 번째 견해는 채권양도 시 중재합의는 양수인의 명시적 또는 묵시적 동의가 있을 경우에만 양수인에게 효력을 미친다는 견해이다. 전자를 '자동이전원칙(the automatic assignment rule)'으로, 후자를 '명시적 양도원칙(the express assignment rule)'으로 부르기도 하는데,[26] 중재합의를 권리의 측면으로 평가한 것으로 판단된다.

이러한 대립하는 두 가지 견해는 대륙법계와 영미법계에서 각각 주장되고 있는데 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 판단을 위한 모든 고려 요소들을 정밀히 분석한 후에 정립된 견해는 아니며, 양 견해를 지지하는 학설들도 이러한 정밀한 분석을 보여주지는 못하고 있다. 따라서 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 올바른 판단을 위해서는 중재합의의

서면에 의한 중재합의라고 볼 수 있는지에 대해서는 논의가 있다. 이에 대해서는 정병석, 「해사계약에 있어서 중재합의와 관련된 제문제」, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망:심당 송상현 교수 화갑기념 논문집(박영사, 2002), 486면 이하 참조, 우리 대법원은 선하증권에 삽입된 소위 "쎈트로콘(CeNtRoCoN) 중재조항"의 유효성을 인정한 후 준거법에 대한 판단을 하고 있다(대법원 1990.2.13. 선고 88다카23735 판결). 이 논문에서도 선하증권 자체에 중재합의가 포함된 경우 중재합의의 서면성을 충족한 것으로 보고 논의를 진행한다. 한편 대법원 1990.2.13. 선고 88다카23735 판결은 매입은행이 선하증권을 소지하고 있는 경우에는 그 선하증권은 담보로써 취득한 것이며, 매입은행이 운송계약상의 당사자의 지위를 취득한 것은 아니므로 선하증권상의 중재합의의 효력을 주장할 수는 없다고 한다.

26) Girsberger/Hausmaninger, p. 136

성격, 요건, 당사자 보호 등 관련 요소들에 대한 정밀한 분석 작업이 선행되어야 한다.

제 3 절 중재합의의 개념과 효력

Ⅰ. 중재합의의 개념

중재합의(arbitration agreement)란 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말한다.[27] 중재합의에는 이미 발생한 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 합의하는 중재부탁계약(submission to arbitration agreement, compromise)과 아직 발생하지 않은 장래의 분쟁에 대비해 주된 계약 안에 장래 발생할 분쟁을 중재에 의해 해결하기로 하는 조항, 즉 중재조항(arbitration clause, clause compromissoire)을 포함하는 형태의 두 가지 유형이 있다.[28] 전자는 주된 계약과는 독립된 합의의 형태를 취하는 반면 후자는 주된 계약의 내용에 포함된 형태를 취한다.

Ⅱ. 중재합의의 효력과 그 범위

중재합의가 유효할 경우 계약당사자는 분쟁을 중재에 의하여 해결하여야 한다. 즉 계약당사자는 그 분쟁에 대하여 소송을 제기할 수 없으며, 중재판정부의 중재판정에 따라야 한다. 계약당사자가 분쟁을 소송에 의

---

27) 중재법 제3조 제2호 참조, 중재합의는 중재절차를 개시하는 매개가 되고 중재라는 자발적 제도의 필수적 기초가 된다. 김병헌, 「국제상사중재계약에 관한 소고 -중재합의의 유형, 성격 및 규정내용을 중심으로」, 중재 제269호(대한상사중재원, 1994), 5면

28) 특히 국제거래의 당사자들이 중재를 선호하는 이유는 중재가 소송과 비교하여 여러 가지 장점을 가지고 있기 때문인데, 그 중의 하나가 2005년 현재 135개국이 뉴욕협약에 가입한 결과 그에 의하여 외국중재판정의 승인 및 집행이 상당히 보장되어 있기 때문이라고 한다. 석광현, 「국제상사중재에서의 중재합의에 관한 법적 문제점」, 중재연구 15권 2호 298호(한국중재학회, 2005), 231면

해 해결할 수 없다는 것은 곧 그 범위에 있어서 국가의 재판권을 배제한다는 것과 같다.[29]

중재합의의 효력범위(the scope of the arbitration agreement)는 객관적 범위와 주관적 범위로 나눌 수 있다. 중재합의의 객관적 효력범위는 어떠한 분쟁이 중재합의의 대상에 포함되어 있는지, 즉 어떠한 분쟁이 중재합의에 따라 중재판정부의 판정을 받게 되는지의 문제이다. 또한 법원의 입장에서 보면 이는 소송이 제기된 소송물에 중재합의의 효력이 미치는가하는 점인 바, 만일 그 효력이 미치지 않는다면 법원은 피고의 방소항변을 배척하여야 하고, 이미 그 법률관계에 관하여 중재판정이 내려졌다면 이는 법원에 의하여 취소될 운명에 놓이게 된다.

중재합의 효력의 주관적 범위는 중재합의의 효력이 법률행위에 관련된 당사자 중 어느 범위까지 미치느냐의 문제이다. 중재합의는 당사자 간의 계약이므로 계약이 성립하고 권리장애사실이 존재하지 않는 한 계약 당사자들을 구속하는 것은 당연하다. 이러한 계약의 구속력은 당사자의 법률상 지위를 승계한 자에게도 미친다. 이에 따라 중재합의라는 계약의 당사자 지위를 승계한 자에게 당연히 미치게 됨은 당연하다. 그런데 중재합의란 비록 독립적 성격을 가지기는 하지만 주된 계약의 존재 없이는 존재 의의가 없는 계약이므로 중재합의 자체의 당사자 지위의 승계가 아니라 주된 계약상의 채권이 양도된 경우, 즉 특정승계가 이루어지 경우에 있어서도 그 승계인에게도 중재합의의 구속력이 미치는 것으로 보아야 할지가 문제된다. 이러한 문제점이 바로 중재합의의 효력의 주관적 범위의 문제이며 이 논문이 다루고 있는 주제이다. 이러한 승계

29) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 66면, 이 책에서 저자는 계약당사자가 분쟁을 소송에 의해 해결할 수 없다는 것을 국가의 '재판관할권'을 배제하는 효력이라고 소개하고 있으나 '재판관할권'이 아니라 '재판권'이라는 표현이 옳은 표현이다.

의 문제는 포괄승계와 특정승계 등 여러 가지 방면에서 나타날 수 있는데 이 논문에서는 우선 채권양도라는 특정승계에 집중하여 논의하기로 한다.

제 4 절 고려요소

Ⅰ. 비교법적 고찰

중재합의의 주관적 효력범위의 문제를 검토하기 위해 각국의 입법, 학설 및 판례를 검토하는 것은 필수적이다. 각국에서 논의되는 사례와 문제점 등을 검토하여 적정한 이론 구성을 위한 기초로 삼는다.

Ⅱ. 중재합의의 법적 성격과 요건

중재합의의 효력이 주관적으로 어느 범위까지 미치는가의 문제를 살펴보기 위해서는 중재합의의 법적 성격(혹은 성질)[30]및 요건과 관련하여 다음의 논점들을 검토해야 한다.

첫째, 중재합의는 주된 계약의 분쟁에 대비하여 체결되는 계약이며, 그러한 의미에서는 부수적 성격을 가지지만 주된 계약과는 독립되어 체결되는 독자성도 가진다. 이러한 독립적 성격은 채권의 이전에 따라 중재합의의 효력도 당연히 이전되는 것인가에 대한 중요한 쟁점이 된다.

둘째, 중재합의는 실체법적 계약인가 절차법적 계약인가의 문제도 검토되어야 한다. 그에 따라 양도된 채권의 부수적 권리로 구성할 수 있을지에 대한 논의가 달라지기 때문이다.

셋째, 중재합의를 일신전속적 성격을 지닌 계약으로 볼 수 있을지, 중재합의는 권리와 의무의 복합체인지 여부도 쟁점이 된다.

넷째, 중재합의는 그 특유한 성립요건으로 서면성을 요구하는데 중재합의가 별다른 절차 없이 자동적으로 이전한다는 것은 이러한 서면성 요건에 대한 위반이 아닌가에 대해서도 검토하여야 한다.

---

30) 이하 '성격'과 '성질'을 혼용하여 사용한다.

Ⅲ. 당사자의 법적 지위 보호

중재합의가 자동으로 이전하는지의 문제는 자동으로 이전하였을 경우 중재합의 또는 주된 계약에 참여한 당사자와 그 이전에 참여한 당사자들의 법적 지위를 훼손하는 것은 아닌지에 대한 논의로 이어져야 한다. 즉 당사자들의 법적 지위는 훼손되어서는 안 되는 것인지, 어느 정도 훼손되는 것을 감수해야 한다면 그 구체적 기준은 무엇인지에 대해서 검토하여야 한다.

Ⅳ. 준거법 결정

중재합의가 국내적 분쟁해결절차에 머무르지 않고 국제상사분쟁에 있어 중재합의가 있을 경우에는 준거법 결정이라는 문제가 발생하므로 중재합의의 주관적 효력범위 결정에 대한 준거법은 무엇인지에 대한 논의도 필요하다.

Ⅴ. 기타 논점

중재합의의 주관적 효력범위의 결정과 관련해서는 중재라는 분쟁해결절차에 대한 각국의 정책도 살펴보아야 한다. 또한 중재합의의 효력이 문제될 경우 그 판단권을 중재판정부에 줄 것인지 법원에 줄 것인지의 문제, 즉 중재판정부의 판정권한에 관한 결정[31] (Kompetenz-Kompetenz)에 대한 논의도 필요하다.

---

31) 이를 “재판권의 재판권”이라고도 한다.

제 3 장 비교법적 고찰

제 1 절 보통법계 국가

Ⅰ. 미국

미국에서 중재합의의 주관적 효력범위의 문제는 대부분 채권양도(assignment of contractual rights)의 사례가 아닌 전체 계약의 이전(transfer of entire contracts)이라는 맥락에서 다루어지고 있다.[32] 개별적 채권만이 양도된 경우에 있어서 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 관한 사례는 거의 찾아볼 수 없다.

전체계약의 이전이란 우리 민법상의 계약인수와 유사한 개념으로 파악되는데, 이러한 전체계약의 이전이 있을 경우 미국법원의 초기 판례는 주된 계약(main contract)의 중재조항은 계약과 함께 이전하므로 양수인에 대하여 유효하거나, 채무자는 양수인에 대하여 중재조항으로 대항할 수 있다고 판시한다.[33]

이러한 미국의 초기 판례 중 하나가 *Hosiery Mfg. Corp. v. Goldston* 사건인데[34] 이 사건에서 법원은 양수인은 주된 계약에 포함된 중재조항에 구속된다는 견해를 취하였다. 즉, 법원은 어음 인수인을 상대로 법원에 소를 제기한 수출인수어음(trade acceptanace)의 양수인을 중재에 회부[35]하였는데, 이는 만일 한쪽 당사자가 원 당사자들 사이의

---

32) Girsberger/Hausmaninger, p. 123

33) *Lipman* v. *Haeuser Shellac Co*, 289 N.Y. 76, 81(1943); *Blum's Inc.* v. *Ferro Union Corp*, 318, N.Y.S. 2d 414, 415(1971); Girsberger/Hausmaninger, p. 123

34) 이는 통상의 채권양도 사건은 아니다.

35) 우리 중재법 제9조 제1항은 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하

중재합의의 효력범위 내에 있는[36] 채권(claim)을 제3자에게 양도함으로써 중재조항의 효력을 회피하게 될 경우 중재계약은 아무런 가치를 지닐 수 없기 때문이라고 하였다.

미국법원은 이러한 결론을 도출해 냄에 있어 양도법의 일반원칙을 적용하고 있다. 미국법원이 말하는 양도법의 일반원칙이란 양도는 통상적으로 그것을 완전히 유효하게 만드는 데 필요한 것이라면 어떤 것이라도 이전시키며, 그에 따라 양도된 계약에 부수하는 모든 권리와 구제수단 및 이익은 양수인에게 귀속된다는 것이다. 그러나 양도가 법으로 금지되어 있거나 당사자의 명시적·묵시적 양도금지특약이 있는 경우 또는 중재합의가 양도인에 전속하는 일신전속적인 성격을 지닌 경우에는 그 예외가 인정되고 있다. Hosiery 사건에서도 미국법원은 양도된 권리나 중재합의가 법률상 양도가 금지되거나 당사자가 양도금지특약을 한 경우에는 양수인은 중재조항에 구속되지 않는다고 하였다. 이에 더해 중재합의가 일신전속적(personal in character)인 경우임이 명백한 경우에도 양수인은 구속되지 않는 것으로 해석되고 있다. 이에 따라 만일 중재합의조항이 양도인이 중재인을 직접 선정(personal appointment)하여야 하는 것으로 규정하고 있다면 양수인에 의한 선정은 무효로 간주되어 왔다. 또한 미국법원은 중재합의가 분쟁이 발생한 이후에 이루어진 경우 그러한 중재합의는 특정 당사자들 사이에 현존하는 분쟁을 해결한다는 유일한 목적을 가진 완전히 일신전속적인 것이라고 판시한다.

이와 같은 초기 판례와는 달리 좀 더 최근의 사례에서는 채권 양수인은 일반적으로 중재에 구속되지 않는다는 견해를 취한 판례도 있다. 즉, *Kaufman v. William Iselin & Co. Inc.* 사건[37]에서 미국법원은 매도인으로부터 송장을 양수받은 위탁판매인(factor)은 매수인(purchaser)이

(却下)하여야 한다고 규정한다.

36) 미국법원은 이를 '중재합의에 복종하는 청구권(a claim subject to arbitration)'이라고 표현한다.

37) N.Y.S.2d 23 (App. Div. 1947); Girsberger/Hausmaninger, p. 124

그에 대해 물건에 대한 하자담보책임(claim for defective goods)을 중재의 방법으로 묻고자 할 경우 그에 구속되지 않는다는 견해를 취하였다. 법원은 이 사건에서 송장양도의 법률적 의미를 당사자의 의사를 기초로 판단하였는데, 상업은행이 발행한 대출 담보를 목적으로 하는 송장의 단순한 양도는 위탁판매인이 기본계약(basic contract)상의 채무를 이행해야 하는 경우가 아니라는 것이 당사자들의 의사라고 판단하였다.

이와 유사하게 *Lachmar v. Trunkline LNG Co.* 사건[38]에서 미국법원은 뉴욕주 법이 적용되는 경우 양수인은 양도인의 의무를 이행해야할 의무는 없고, 중재를 해야 할 의무는 양도인의 의무의 일종이므로 양수인은 중재를 해야 할 의무가 없다고 판시하였다. 그러나 Lachmar판결에서도 예외는 인정되는데 양수인이 명시적이든 묵시적이든 중재합의에 구속될 의사를 표시한 경우에는 중재합의에 구속된다고 하였다.

미국의 학설은 사실상 이 쟁점에 대해 침묵하고 있다. 미국의 학설은 통상 계약의 이전(transfer of contract)과 채권의 양도(assignment of rights)를 구별하지 않으며, 중재합의의 주관적 효력범위에 대해 별다른 논의를 하지 않고 있으며, 계약자체의 이전과 채권양도를 구별하는 소수의 학자들도 별다른 비판 없이 법원의 견해를 받아들이고 있다.[39]

Ⅱ. 영국

영국의 경우 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점에 대한 명시적 판결은 없는 상태이다. 영국법원은 *Cottage Club Estates v. Woodside Estates Co.* 사건[40]에서 주택 신축을 위해 일정 자산의 소유자와 계약을 체결하고 그 계약 하에서 만기가 도래하였거나 도래할 예정인 금전에 대한 채권자가 그 채권을 양도한 경우 계약에 포함된 중재조항 상의 어떠한 권리도 양수인에게 이전되지 않는다고 판시

38) F.2d 8, 9-10(2d Cir. 1985); Girsberger/Hausmaninger, p. 124
39) Girsberger/Hausmaninger, p. 125
40) Girsberger/Hausmaninger, p. 125

했다. 왜냐 하면 중재조항을 '개인적 약정(personal covenant)' 즉, 일신전속적 성격을 지닌 것이며, 이에 따라 중재조항은 '원 당사자들 사이에서만 완전히 유효한 것'으로 남아 있다고 보았기 때문이다. 이와 반대로 *Shayler v. Woolf* 사건[41]에서 영국법원은 중재조항은 양도될 수 있고 따라서 양수인을 구속할 수도 있다는 견해를 취하였다. 이 사건에서 영국법원은 *Cottage Club*판결을 일방의 원 당사자가 중재조항의 이전을 동의하는 경우에는 이전될 수 있다는 의미로 해석하였다.

학설은 이 쟁점에 대해 견해가 나뉘고 있다. 일부는 주된 계약에 포함된 중재조항에 양수인은 구속되어서는 안 된다고 주장하는 반면, 다른 견해는 양수인은 중재조항에 구속되어야 한다고 한다.[42]

41) [1946] Ch.320; 115L.J.Ch.D.131; Girsberger/Hausmaninger, p. 125
42) Girsberger/Hausmaninger, p. 126

제 2 절 대륙법계 국가

Ⅰ. 독일

독일법원은 채권양도의 경우 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점에 대해 비교적 많은 사례를 다루어 왔다. 독일법원도 미국과 마찬가지로 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점을 채권이 양도되었을 경우 중재합의도 함께 이전하는가라는 측면에서 접근한다. 여기서 중재합의의 주관적 효력범위와 중재합의의 이전은 같은 의미로 새겨야 할 것이다.

이 쟁점을 제일 처음 판시한 독일 최고법원은 제국최고재판소(Reichsgericht, RG)이다.[43] RG는 일반적으로 채권을 양도할 때 당사자들은 중재합의도 이전한다는 의사를 가지고 있기 때문에 중재합의는 채권과 함께 자동으로 이전되는 것이 일반적이라는 견해를 취하였다. 그러나 원 당사자들이 명시적으로 중재합의의 이전을 금지하였거나, 중재합의가 그 해석상 주된 계약에 대한 상대 당사자의 동일성(identity) 등으로 인해 계약상대방을 고려한 계약(*intuitu personae*)[44]으로 해석될 경우에만 자동으로 이전되지 않는다고 하였다.

RG의 후신인 독일연방대법원(BGH)도 이와 유사하게 중재조항의 자동이전을 인정해 오고 있다. 그러나 RG와는 달리 BGH는 당사자의 가정적 의사를 추정함에 의해서가 아니라 채권양도의 범위를 규율하는 독일민법(BGB) 제401조에 대한 분석을 통해 이 판결을 정당화하고 있다.[45] BGB 제401조는 '양도된 채권과 함께, 그 채권을 위한 저당권, 선박저당권이나 질권 및 그 채권을 위하여 설정된 보증에 기한 권리도 양수인에게 이전된다.'[46]고 규정하고 있다. BGH는 BGB 제401조 상의 담보권(security interests)과 중재합의를 비교하면서 중재합의를 양도에 대한

---

43) Girsberger/Hausmaninger, p. 126
44) 이는 중재합의에 일신전속성이 있다는 것을 뜻한다.
45) Girsberger/Hausmaninger, p. 127
46) 양창수, 「2008년판 독일민법전」, 박영사, 2008

양수인의 별도의 동의를 요하지 않고 채권 자체와 함께 자동적으로 양도되는 채권의 속성(attribute of the claim, Eingeshaft des abgetretenen Rechts)로 파악한다. BGH도 이러한 자동이전 원칙에 대한 예외를 인정한다. 즉, 최초 중재합의시부터 당사자들이 명시적 또는 묵시적으로 중재합의가 양수인에게 효력을 미치는 것을 배제하기로 한 것이 명백한 경우에는 예외를 허용하는데 이는 RG의 입장과 유사하다.

독일 학계의 다수설은 RG와 BGH의 입장을 같이하고 있다. 일부 소수설만이 중재합의의 이전은 자동적으로 이루어지지 않고 오히려 양수인이 중재합의에 구속되기 위해서는 양수인의 별도 동의가 필요하다고 주장하고 있다.[47]

Ⅱ. 오스트리아

오스트리아법원도 독일과 유사하게 채권양도의 경우 양수인에게도 중재합의의 효력이 미치는지 여부에 대하여 채권양도의 범위를 다루고 있는 오스트리아 민법(ABGB)을 근거로 판결을 내리고 있다.[48]

ABGB 제1394조는 '양수인의 권리는 양도된 채권에 관한 양도인의 권리와 동일하다.'고 규정하고 있다. 오스트리아 법원은 중재합의 혹은 중재를 할 권리를 ABGB 제1394조 아래에서 양도된 채권의 속성으로서 자동적으로 이전된다고 보고 있는데 이는 독일법원의 태도와 유사하다. 오스트리아 법원은 또한 중재합의가 계약상대방을 고려한 계약 (*intuitu personae*)로 해석되는 경우에는 이러한 자동이전원칙에 대한 예외를 허용하는데 이 또한 독일법원의 태도와 유사하다.

오스트리아의 다수설은 오스트리아 법원의 판결을 지지하지만, 오스트리아 법원의 방법론적 근거에 대해 비판하는 일부 견해가 제기되고 있기도 하다.[49] 이 견해는 채권양도 시 중재합의의 효력이 자동적으로 양

47) Girsberger/Hausmaninger, p. 128
48) RGZ 183(1904), Girsberger/Hausmaninger, p. 128
49) Rummel, Schiedsvertrag und ABGB, Österreichische Richterzeitung

수인에게 미친다는 오스트리아 법원의 모든 판결은 채권양도의 범위를 규정하고 있는 ABGB 제1394조에 그 근거를 두고 있는데 이는 곧 법원이 중재합의를 일반계약의 성립, 해석과 이전에 대한 민법조항의 주제라고 판단하였던 것이며, 이러한 판례의 태도는 제2차 세계대전 이전으로 거슬러 올라간다고 한다. 그런데 그 후 중재합의의 성격에 대한 견해가 변하였기 때문에 ABGB 제1394조는 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 유효한 근거를 제공할 수 없다는 것이다. 즉, 중재합의는 더 이상 실체법상의 계약(Verträge des materiellen Rechts)이 아니라 오히려 민법의 일반 조항에 포섭되지 않는 절차법상의 계약(Prozessverträge)으로 여겨지고 있으므로, 실체법상의 계약에 관련된 ABGB 제1394조를 근거로 삼을 수 없다는 것이다.

Ⅲ. 스위스

스위스법 아래에서 중재합의는 중재판정부가 설치되었거나 설치될 예정인 연방소속 각 주법에 의해 규율되는 절차법상의 계약(Prozessverträge)으로 여겨진다. 스위스에서 채권양도에 관련된 법률문제는 스위스 연방채무법(Swiss Federal Code of Obligations, code des obligations, CO)에 의해 규율되는데, 스위스 최고법원인 스위스 연방대법원(Bundesgericht, Federal Tribunal)는 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게도 미치는지 여부에 대한 명확한 입장을 밝히고 있지는 않다.[50] 다만 일부 사건에서 이와 관련된 판시를 한 예는 있다. 예를 들어 국내사건인 *Müller v. Bossard* 사건[51]에서 스위스 연방재판소는 채권양도 시 중재합의의 효력범위 문제는 연방법을 적용하여야 할 문제이며,

---

[RZ] 146, 151 (1986); G. Backhausen, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts 57 - 66 (1990); Girsberger/Hausmaninger, p. 128

50) Girsberger/Hausmaninger, p. 129

51) BGE 103 II 75, 79 - 80 (1977); Girsberger/Hausmaninger, p. 128

연방법은 당사자들의 의사를 고려하여야만 한다고 하였고, 국제분쟁인 *Clear Star Ltd. v Centromor* 사건[52]에서 스위스 연방재판소는 주된 계약의 당사자들이 계약상의 권리를 양도하지 않기로 합의한 경우 그 합의는 중재조항의 이전 또한 방해한다고 밝혔다. 이처럼 스위스 연방재판소는 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점에 대한 해결기준으로 당사자들의 의사를 중시하는 입장을 취하고 있다.

스위스 연방법원은 통상적으로 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점에 대해 채권양도에 관한 일반원칙을 직접적용하거나 유추적용하여 오고 있다.[53] 채권양도에 관한 일반원칙은 '채권의 양도는 특권(privileges)과 부속권리를 포함한다. 다만 양도인으로부터 분리될 수 없는 것을 제외한다.'고 규정하고 있는 CO 제170조 제1항에 포함되어 있다. 일부 법원은 중재조항이 '특권(privilege)'에 포함된다는 견해를 취하는 반면, 다른 법원은 CO 제170조의 해석상 중재조항은 양도된 채권에 '부수하는 권리'의 성격을 가진다고 판시하기도 한다. 이와 달리 스위스 연방법원들은 대개 중재조항은 양도된 청구권과 함께 이전된 것으로 추정할 수 있다는 견해를 취한다. 즉 중재합의가 양도인이라는 특정 개인에 대해서만 체결된 경우와 같이 일신전속적 성격을 가진 경우 등 중재합의가 양도인으로부터 분리될 수 없는 사안에 있어서만 중재조항은 양도된 채권과 함께 이전하지 않는다는 견해를 취한다.

스위스의 다수설은 이러한 법원의 실무를 지지하고 있다.[54] 즉 다수설은 의심스러운 경우에는 중재조항을 양도된 청구권과 함께 이전한다는 것이 당사자들의 의사라고 추정될 수 있다고 주장하면서 당사자 의사의 확정에 대해 더욱 상세히 설명하고 있다. 이에 반해 중재조항은 그것이 의무를 부여할 경우에 한해 양도된 채권과 함께 자동적으로 이전하는 것

---

52) Swiss Federal Tribunal, 1st Civil Division, decision of April 9, 1991, reprinted and translated in 8 J.Int'l Arb. 21 - 22 (1991); Girsberger/Hausmaninger, p. 129

53) Girsberger/Hausmaninger, p. 129

54) Girsberger/Hausmaninger, p. 129

이며, 권리를 부여하는 범위 내에서는 의심스러운 경우에만 이전되는 것으로 결론 내려야 한다는 소수설도 있다. 또한 중재조항이 객관적 이유보다는 개인적 이유에 근거하여 체결된 경우에는 이전이 추정되어서는 안 된다고 지적하고 있는 견해도 있다.[55]

Ⅳ. 프랑스

독일, 오스트리아, 스위스의 법질서와 유사하게 프랑스 법도 전체 계약의 양도 또는 개별 계약적 채권의 양도의 경우에 있어 중재조항(clause compromissoire)의 이전에 대한 명확한 규정을 두고 있지는 않다.

전체 계약이 양도된 경우[56]에 있어 중재의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 대해 프랑스 법원은 프랑스 민법 제1122조를 유추적용하여 양수인은 중재조항에 구속된다는 견해를 취하고 있다.[57] 이와는 달리 프랑스 법원은 개별적 채권이 양도된 경우에 있어서는 통상적으로 채권의 양도를 규율하고 있는 프랑스 민법 제1692조를 적용한다. 프랑스 민법 제1692조는 '채권의 매매 또는 양도는 보증·우선특권 및 저당권과 같이 채권에 부속되는 권리를 포함한다.'고 규정하고 있다.[58] 프랑스 법원은 중재합의의 법적 성격을 민법 제1692조 상의 채권에 부수하는 권리로 보면서 통상적으로 중재합의는 양도된 채권과 함께 자동적으로 이전되며, 그 결과 양수인은 중재합의의 수익자이면서 동시에 중재합의에 구속되는 것으로 보고 있다.[59]

프랑스의 다수설은 프랑스 법원이 채택한 자동양도 원칙에 동의하고 있다. 그러나 최근 이러한 견해를 비판하는 견해도 나타나고 있는데 이들은 특히 프랑스법에 강력하게 반영되어 있는 개념인 중재합의의 독립

55) Girsberger/Hausmaninger, p. 129
56) 우리 민법상으로는 계약인수와 동일한 개념이다.
57) Girsberger/Hausmaninger, p. 130
58) 명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004
59) Girsberger/Hausmaninger, p. 130

성으로 인해 중재합의는 자동으로 이전하지 않는다고 주장하고 있다.[60]

Ⅴ. 노르웨이와 스웨덴

2005년 1월 1일 시행된 노르웨이 중재법은 아래와 같이 규정하고 있다.[61]

"중재합의는, 중재합의의 당사자 사이에서 달리 합의하지 않는 한, 그것이 관련된 법적 관계의 모든 이전과 함께 이전되는 것으로 간주된다."

한편, 스웨덴 중재법(1999) 초안 제3조 제2항은 다음과 같이 규정한다.[62]

"만일 중재합의의 당사자가 중재합의의 대상인 채권 또는 채무를 양도할 경우, 중재합의는 잔존 당사자와 새로운 당사자가 그 적용에 동의한 것으로 간주할 수 있는 경우에만, 그들(잔존 당사자와 새로운 당사자) 사이에 적용된다."

노르웨이 규정은 양도인과 채무자의 예견가능성을 보호하고자 하는 의도인 반면에, 양수인이 중재합의가 체결되었다는 사실을 모르거나 더구나, 그것이 *lex contractus*(주된 계약의 준거법)에 의해 규율되는 경우에는 양수인의 예견가능성과 충돌할 수 있다. 이에 반해 스웨덴 중재법 초안은 양수인의 예견가능성을 충족하는 반면에, 채무자의 예견가능성을 제한할 수 있다는 견해가 있다.[63]

---

60) Girsberger/Hausmaninger, p. 131
61) Girsberger, p. 398
62) Girsberger, p. 398
63) Girsberger, p. 399, 여기서 채무자의 예견가능성을 제한한다고 보는 견해는 최초 양도인과 중재합의를 체결한 채무자가 채권양도 시에는 다시 양수인과 중재합의에 대한 합의를 체결해야 한다는 것은 중재합의의 효력이 지속되리라는 것에 대한 채무자의 예견가능성을 제한할 수 있다는 의미로 이해된다.

제 3 절 국제조약 및 국제중재규칙

Ⅰ. 뉴욕협약[64]

뉴욕협약은 중재조항이 채권양도 시 양도된 채권과 함께 자동적으로 이전하는지 여부, 즉 중재합의의 효력범위에 대해 특별하게 규정하고 있지 않다. 이와 같이 뉴욕협약이 명확한 규정을 두지 않은 관계로 협약과 관련하여 이 쟁점에 대해서는 두 가지의 견해가 대립하고 있다. 협약이 비록 이 쟁점에 대해 명확한 규정을 두고 있지는 않으나 협약 내에 묵시적으로 표명되어 있다고 보아야 하므로 관련되는 협약조항을 근거로 이 쟁점을 해결해야 한다는 견해와 협약이 명확한 규정을 두지 않은 이상 이 쟁점에 대한 해결은 회원국(member state)의 입법에 유보되어 있다는 견해가 그것이다.

첫 번째 견해는 이탈리아 대법원이 *Zimmer v. Cremascoli* 사건에서 취한 견해인데, 이탈리아 대법원은 이 쟁점은 뉴욕협약 제2조가 묵시적으로 표명하고 있다고 보았다.[65] *Zimmer* 사건은 중재조항을 포함한 판매점 계약(distributorship agreement)의 양도에 관련된 것으로서 양도계약에 중재조항에 관한 명시적 합의는 없었다. 이 사건에서 양수인이 채무자를 상대로 법원에 소를 제기하자 채무자는 양수인은 원 계약에 포함된 조항에 따라 중재에 구속된다는 방소항변을 제출하였다. 이탈리아 대법원은 준거법인 뉴욕협약 아래에서, 채권이 양도되었다는 이유로 양

64) 정식명칭은 1958년 6월 10일 뉴욕에서 서명된 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)이며, 통상적으로 '뉴욕협약'이라고 불린다. 이하 이 논문에서도 뉴욕협약으로 지칭하기로 한다.

65) *Zimmer (USA) Europe S. A. (Belgium)* v. *Giuliana Cremascoli (Italy), Corte di Cassazione* (June 3, 1985), 54 II Massimario del Foro Italiano 611 (1985), reprinted in XI YB. Comm. Arb. 518 (1986). ; Girsberger/Hausmaninger, p. 131

수인이 중재조항까지 수용하였다고는 볼 수 없다는 견해를 취하였다. 이 사건에서 이탈리아 대법원은 양도계약에서 중재조항에 대한 명시적 언급 없이 표준매매조건(standard conditions of sale)에 관한 일반적 언급만 있었다면 그것은 뉴욕협약 제2조를 충족시키지 못한 것이라고 판시하였는데, 이탈리아 대법원은 뉴욕협약 제2조를 중재합의는 '증명할 수 있고(evincible), 명백하고 명확하여야 함'을 요구하는 것으로 해석하였다. 뉴욕협약 제2조는 중재합의에 서면성을 요구하고 있는데 이탈리아 대법원은 이 서면성의 요건을 엄격히 해석하고 있는 것이다.

두 번째 견해는 뉴욕협약상의 문구로부터는 어떠한 추론도 도출해 낼 수 없으며, 결과적으로 이 쟁점은 각 회원국의 국내법적 입법에 유보되어 있다고 주장한다.[66]

이러한 견해들은 뉴욕협약이 특정 쟁점에 대하여 명확한 규정을 두고 있지 않은 경우 통상적으로 법원과 학설들이 취하는 견해들이다. 논란의 여지가 있는 쟁점에 대한 해답을 협약 자체에서 구하는 것은 그 주제에 대한 통일적이고 실질적인 기준을 수립할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 그러나 이 논문의 주제와 같이 만일 협약이 그 쟁점에 대해 규율하고 있다는 것이 명확하지 않은 상황이고, 회원국들은 그 쟁점에 대해 협약과는 다른 기준을 발전시켜온 경우라면 협약 자체에서 기준을 정하는 것은 사실상 불가능하다. 이와 관련하여 뉴욕협약과 같은 국제조약의 규정들은 회원국들이 정립하여 온 확약(commitment)을 부당하게 넓히지 않기 위해서 엄격하게 해석되어야 한다는 견해가 있다.[67]

Ⅱ. 유럽협약(European Convention)[68]

---

66) Girsberger/Hausmaninger, p. 132
67) Girsberger/Hausmaninger, p. 132
68) 정식명칭은 1961년 4월 21일 제네바에서 서명된 국제상사중재에 관한 유럽협약(European Convention on International Commercial Arbitration)이며, 이하 이 논문에서는 '유럽협약'이라고 지칭하기로 한다.

뉴욕협약을 보완하기 위해 1961년에 제정된 국제상사중재에 관한 유럽협약도 뉴욕협약과 마찬가지로 채권양도 시 양수인에게 중재합의의 효력이 미치는지 여부에 대한 규정을 두고 있지는 않다. 따라서 뉴욕협약과 마찬가지로 이 쟁점에 대한 기준을 협약조항 내에서 추론할 수 있을지 아니면 회원국의 입법에 유보되어 있다고 보아야 할 것인지에 대해 견해가 나뉠 수 있다. 그러나 현재까지 유럽협약과 관련하여 이 쟁점에 대한 분명한 견해를 표명한 판례나 학설은 없다.[69] 다만 앞에서 언급한 바와 같이 협약이 이 쟁점에 대한 명백한 규정을 두고 있지 않은 반면에 회원국들은 그 쟁점에 대해 협약과는 다른 기준을 발전시켜온 경우라면 협약 자체에서 기준을 정하는 것이 매우 어려울 것이라는 동일한 추정은 가능할 것이다. 그러나 유럽협약은 뉴욕협약과는 달리 채권양도 시 중재합의의 효력범위라는 쟁점을 누가 판단할 것인가 혹은 그 판단 권한은 누구에게 있다고 보아야 할 것인가의 문제, 즉 '중재판정부의 판정권한에 관한 결정'에 대해서는 기준을 두고 있다. 유럽협약 제5조 제3항에서 중재인이 사후 사법적 통제에 따르는 것을 조건으로 쟁점 해결에 대한 적합성을 가지고 있다고 추론할 수 있다.

Ⅲ. 국제상업회의소 중재규칙(ICC[70] Arbitration Rules)

국제중재에 관한 국제상업회의소 규칙[71] 또한 채권양도 시 양수인에

69) Girsberger/Hausmaninger, p. 132

70) International Chamber of Commerce, 국제상업회의소 산하에 국제중재재판소가 설치되어 있는데, 국제중재재판소(ICC Court)는 ICC의 자치 기구로서, 1923년 파리에서 설립되었다. ICC는 뉴욕협약과 같은 중재에 관한 국제법들을 만드는데 중대한 역할을 하였으며, 국제중재재판소는 국제 상사중재 분야의 세계적인 권위를 가진 기관들 중 하나이다. 국제중재재판소는 '법원(court)'의 의미는 아니며, ICC 중재를 위한 행정기관으로서 전 세계 각국에서 온 대표들이 상주하고 있다. Alan Redfern, Martin Hunter, 「International Arbitration」 5th edition, Oxford University Press, 2009, p. 69

게 중재합의의 효력이 미치는 것인지에 대한 쟁점을 다루고 있지는 않다. 이와 같이 ICC 중재규칙이 이 쟁점에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않은 상황에서 중재판정부는 분쟁에 적용될 준거법을 확정함으로써 그 해결을 시도하고 있다. 예를 들면 ICC proceedings NO. 1704(1977)[72]에 따라 열린 ICC 중재판정부는 양수인은 준거법인 프랑스법 아래에서 원계약에 포함된 중재합의에 구속된다고 결정하였으며, ICC proceedings NO. 2626(1977)[73]에 따라 열린 ICC 중재판정부는 양수인은 준거법인 독일법 아래에서 원 당사자들이 체결한 중재합의에 구속된다는 견해를 취하였다. 이처럼 ICC 중재판정부는 중재합의에 적용될 준거법을 기준으로 하여 중재합의의 효력이 양수인에게 미친다는 것을 일반원칙으로 하면서도 이에 대한 몇 가지 예외를 인정하였다. ICC proceedings NO. 2626에 따라 개최된 ICC 중재판정부는 원 당사자들은 중재합의의 이전을 특약으로 금지할 수 있으며, 원 당사자들과 중재인 사이에 기밀을 요하는 관계가 존재할 경우 중재합의의 효력은 양수인에게 미치지 않을 수 있다는 견해를 취하였다.

ICC 중재규칙과 관련하여 대부분의 학설들은 ICC 중재판정부가 취한 위의 견해에 동의하고 있으나, 일부 소수설은 ICC 중재규칙 제7조, 제8조 및 Guide to ICC Arbitration(1972)을 근거로 하여 채권양도 시 중재합의는 양수인의 명시적 동의가 없는 한 양수인에게 효력을 미치지 않는다고 한다.[74]

Ⅳ. UNIDROIT 국제상사계약원칙 (Principles of International Commercial Contracts)

---

71) ICC Publication No. 447 (1.1.1988).

72) Journal du Droit International [J.D.I.] 977 (1978), Girsberger/Hausmaninger, p. 133에서 재인용

73) J.D.I. 981 (1978); Jarvin & Derains, Collection of ICC Arbitral Awards 1974 - 1985= Recueil des sentences arbitrales de la CCI 316 - 317 (1990), Girsberger/Hausmaninger, p. 133

74) Girsberger/Hausmaninger, p. 133

UNIDROIT[75]의 2010년 국제상사계약원칙 9.1.13 제1항은 “채무자는 양도인에 대하여 대항할 수 있는 모든 사유로써 양수인에게 대항할 수 있다.”라고 규정하며, 이는 절차법상의 항변에도 적용된다고 하며, 아래와 같은 예를 들고 있다.[76]

X회사는 A와 중재합의가 포함된 계약을 체결하고 가스터빈을 A에게 매도하였다. A회사는 B를 위해 공장을 건설하고 있었으며, 가스터빈은 그 공장에 설치될 예정이었다. 공장이 준공되고 난 후 A회사는 가스터빈의 보증권(warranty of satisfactory performance)을 B에게 양도하였다. 가스터빈이 제대로 작동하지 않자 B는 X를 상대로 자신의 영업소가 위치한 법원에 소를 제기하였다.

UNIDROIT의 2010년 국제상사계약원칙은 위와 같은 경우 중재합의는 절차법상의 항변이므로 원칙 9.1.13. (1)항에 의해 X는 A와 체결한 중재조항을 원용하여 B에 대하여 대항할 수 있다고 설명한다.

이처럼 UNIDROIT 국제상사계약원칙은 채권양도 시 양수인에게 중재합의의 효력이 미치는 것인지에 대한 쟁점을 직접적으로 다루고 있지 않고 단지 절차법상 항변의 문제로 해결하고 있으나, 중재합의의 준거법 또는 주된 계약의 준거법에 관계없이 통일적 결론을 제시하고 있다는 측면에서는 큰 의의가 있다고 할 것이다. 다만 채무자 또는 양수인의 이익보호라는 관점에서는 문제가 있다.

---

75) International Institute for The Unification of Private Law(*Institut Intetnational Pour L'Unification Du Droit Prive*), 사법통일을 위한 국제협회를 말한다.

76) UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts 2010, pp. 315, 316

제 4 절 우리 법의 규정

Ⅰ. 중재법의 태도

우리 중재법 또한 위에서 살펴본 각국의 입법례와 마찬가지로 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 명시적 규정을 두고 있지는 않다. 즉 우리 중재법 제9조 제1항은 '중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 한다.'라고 규정하여 중재합의의 효력은 중재합의 당사자 사이에 미침을 규정하고 있을 뿐이며, 당사자 이외의 주관적 효력범위에 대해서는 침묵하고 있다.[77] 이처럼 우리 중재법은 중재합의의 주관적 효력범위 중 원 당사자들 사이의 효력에 대해서만 규정을 두고 있으며, 원 당사자와 제3자 사이의 효력에 대해서 규정하고 있는 것은 아니지만 중재합의의 주관적 효력범위를 결정함에 있어 몇 가지 참고할 수 있는 규정을 두고 있는데 중재합의의 방식을 규정하고 있는 제8조와 중재판정부의 판정 권한 및 중재합의의 독립성에 관해 규정하고 있는 제17조가 그것이다. 그러나 우리 중재법 제8조와 제17조는 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 직접적인 규정은 아니고, 앞에서 논한 바와 같이 중재합의의 서면성 요건과 중재합의의 독립성은 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 판단 요소로서 기능한다는 면에서 주관적 효력범위 판단에 있어 반드시 고려해야 한다는 의미에 불과하다.

중재법 상의 원칙적 규정이 없는 상황에서 우리 법원이 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위를 결정함에 있어 참고할 수 있는 조항은 독

77) 참고적으로 중재합의의 객관적 효력범위와 관련하여 우리 중재법 제36조는 중재판정의 취소를 법원에 구하는 당사자가 '중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실'을 증명하는 경우 법원은 중재판정을 취소할 수 있다고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 중재합의의 범위는 중재합의의 객관적 효력범위를 말하는 것이다.

일 법원 등의 예에서 보았듯이 채권양도에 관한 우리 민법의 규정일 것이다. 그러나 우리 민법은 채권의 양도성과 대항요건 등에 관한 규정만을 두고 있을 뿐 독일 민법 등과 같이 채권에 부수하는 권리도 이전한다는 등의 채권양도의 효력에 대한 규정을 두고 있지는 않다.[78]

이와 같이 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 관해서는 우리 법은 직접적인 규정을 두고 있지 않아 전적으로 판례와 학설에 맡겨져 있는 상황이다.

Ⅱ. 판례의 태도

채권양도 시 중재합의가 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 이전하는 것이냐에 관한 우리 대법원의 명시적인 판례는 없다. 다만 대법원[79]은 관할합의의 효력이 특정승계인에게 미치는지 여부에 관하여 '관할의 합의는 소송법상의 행위로서 합의 당사자 및 그 일반승계인을 제외한 제3자에게 그 효력이 미치지 않는 것이 원칙이지만, 관할에 관한 당사자의 합의로 관할이 변경된다는 것을 실체법적으로 보면, 권리행사의 조건으로서 그 권리관계에 불가분적으로 부착된 실체적 이해의 변경이라 할 수 있으므로, 지명채권과 같이 그 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 경우에는, 당해 권리관계의 특정승계인은 그와 같이 변경된 권리관계를 승계한 것이라고 할 것이어서, 관할합의의 효력은 특정승계인에게도 미친다.'라고 판시하여 관할합의가 특정승계인에게도 미친다고 보았다.

그런데 위 관할합의와 관련된 대법원의 판단이 중재합의의 주관적 효

78) 다만 질권, 저당권 등 채권을 담보하는 권리와 같이 채권에 부수하는 권리들은 담보권의 수반성으로 인해 채권과 더불어 양수인에게 이전한다는 것에 대해서는 이론이 없다. 그러나 담보권은 이전하지 않는다는 특약이 있을 경우에는 이러한 권리들은 이전되지 않고 소멸한다. 즉 채권양도 시 채권에 부수하는 권리들의 이전은 강행적인 것은 아니다.

79) 대법원 2006. 3. 2.선고 2005마902 결정

력범위에 관하여도 그대로 유효하게 적용될 수 있다고 보아 채권양도 시 중재합의도 함께 이전한다고 보아야 한다는 견해가 있다.[80] 이 견해는 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결에 대한 평석에서 위와 같은 견해를 취하였는데 위 판결의 사실관계[81]는 다음과 같다.

① 베트남 회사인 켁심(Kexim Vietnam Leasing Co., Ltd)은 1997. 5. 3. 한국회사인 피고(썬스타 특수정밀 주식회사)가 생산하는 자수기 2대(이하 "이 사건 자수기들"이라 한다)를 베트남 회사인 원고(K&V International Emb. Co., Ltd)에게 리스하기 위한 목적의 수입임을 분명히 하고 수입대행업자인 제트라니멕스와 이 사건 자수기들에 대한 수입위탁계약을 체결하였다.

② 제트라니멕스는 1997. 5. 3. 피고로부터 이 사건 자수기들을 매수하였고, 1997. 5. 30. 원고에게 이 사건 자수기들을 리스하였다. 매매계약에서 당사자들은 매매계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 양자가 우호적으로 해결하되, 우호적 해결이 어려울 경우에는 베트남 상사중재원의 중재판정에 의하며, 그 중재판정은 최종적이며 당사자에게 구속력을 갖는다고 약정하였다.

③ 피고는 1997. 5. 16. 원고에게 이 사건 자수기들을 인도하였으나 원고가 이 사건 자수기를 사용하는 동안 이 사건 자수기들이 작동하지 않는 문제가 발생하였고, 그 후 피고는 원고에게 1998. 1. 4.까지 수리를 완료하고 40일 간의 기계 미작동에 대한 보상으로 미화 29,202.14달러를 배상하기로 약속하였음에도 미화 4,302.85달러만을 배상하고 기계 수리를 중지하였다.

---

80) 이연주, 「중재합의의 유효요건과 외국중재판정의 집행거부사유로서의 청구이의 사유에 관하여 : 대법원 2003. 4. 1. 2001다20134판결 및 대법원 2004다20180 판결을 중심으로」, 경기법학논총, 제12호(2011년6월), 경기법학연구소, 222면[이하 이연주 "중재합의의 유효요건과 외국중재판정의 집행거부사유로서의 청구이의 사유에 관하여"].

81) 석광현, 국제상사중재법 연구, 333-334면을 참조하였음.

④ 그 후 제트라니맥스는 트라니멕스코로 상호를 변경하였고, 위 회사기 피고에 대하여 갖는 이 사건 자수기들에 관한 손해배상 등 분쟁해결의 모든 권리를 켁심에게 위임하고 베트남 상사중재원의 중재판정은 피고와 켁심 사이에 효력이 있다는 위임장을 작성하여 베트남 상사중재원에 제출하였고, 켁심은 원고에게 위 권리를 재 위임한다는 위임장을 작성하여 베트남 상사중재원에 제출하였다.

⑤ 원고는 1998. 8. 4. 베트남 상사중재원에 중재판정을 신청하였고, 중재판정부는 1998. 11. 7. 중재판정부의 구성을 당사자에게 통지하였고 원고와 피고는 이에 대하여 어떠한 이의도 제기하지 않았으며, 중재판정부는 199. 2. 6. 원고가 신청한 중재사건에 관하여 새로운 자수기계의 제공과 미화 17,010.88달러의 변상 등을 명하는 중재판정을 하였다.

이 사안에서 제트라니멕스와 피고간의 중재합의가 원고와 피고 간에도 유효한 것인지 여부와 관련하여 위 견해는 매매계약 당사자인 제트라니멕스와 원고 사이에 매매계약에 따른 분쟁해결방법으로 중재합의를 한 경우에는 매매계약의 일부를 이루는 채무불이행에 따른 손해배상청구권이라는 권리도 채권양도의 대상이 될 수 있을 것이고 위 채권양도 시에 당해 채권과 불가분한 권리행사의 방법으로서의 중재합의도 함께 이전한다고 볼 것이므로, 중재합의는 합의 당사자의 특정승계인에게도 유효하다고 볼 수 있다고 한다.[82]

현재 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 명시적인 판례가 없는 상황이므로 관할합의에 관한 위 대법원 판례는 채권양도 시 중재합의의 운명에 관해서도 그대로 유지될 가능성이 매우 높다. 위 견해

82) 한편 이 견해는 피고가 원고의 중재신청에 대해 이의를 제기하지 않고, 이에 더 나아가 중재절차에 참여하고 중재인을 지명하는 등 적극적인 행위를 하였으므로 이를 묵시적인 채권양도의 승인으로 보아도 무방하다고 한다. 이연주, “중재합의의 유효요건과 외국중재판정의 집행거부사유로서의 청구이의 사유에 관하여” 주 81), 223면

는 이 점을 고려한 것으로 보인다. 그러나 위 견해는 그 결론의 타당성 여부를 떠나서 아래에서 검토할 중재합의의 여러 특성을 고려하지 않은 채 단순히 중재합의를 그 방법 면에서 양도된 채권과 불가분성이 있다는 이유만으로 양수인에게도 중재합의의 효력이 미친다고 결론 내린 점에서 너무 성급한 이론구성이라는 비판이 가능하다고 본다.[83]

오히려 위 대법원 판결은 “원고가 베트남 상사중재원에 중재판정을 신청하고 이에 대하여 피고가 아무런 이의를 제기하지 아니함으로써 일종의 묵시적인 중재합의가 이루어졌다 한들 이를 뉴욕협약 제2조에 정한 유효한 중재합의라고 볼 수는 없고”(밑줄을 필자가 추가)라고 한 점에 비추어 보면 채권양수인과 채무자 사이에 묵시적인 중재합의가 체결될 수 있음을 시사하고 있다는 점에 의의를 둘 수 있을 것이다.

향후 대법원에서 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 쟁점이 판단될 경우에는 위 관할합의에 관한 판례뿐만 아니라 이 논문에서 검토하는 중재합의의 여러 가지 특성도 반드시 고려하여 결론을 제시하여야 할 것이다.

83) 한편 이 판례는 중재합의의 서면성과 금반언의 법리라는 측면에서 검토하는 견해가 있는데 이러한 접근법이 더욱 타당하고 보며, 중재합의의 서면성과 관련한 아래 논의에서 자세히 검토하기로 한다.

제 5 절 소결

이와 같이 국제조약 및 국제중재규칙을 비롯한 각국의 입법례에는 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 직접적인 규정을 두지 않고 있는데, 이런 상황에서 보통법계 국가와 대륙법계 국가는 이 쟁점을 조금씩 다른 기준으로 해결하려고 시도하고 있다.

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 결정에 관한 논의는 대륙법계 국가에서 보다 활발하게 이루어지고 있는데, 대륙법계 국가는 통상 이 쟁점을 채권양도의 범위와 효과를 규정하고 있는 민사 실체법 규정을 기준으로 해결을 시도하고 있다.[84] 즉 채권양도의 범위와 효과를 규정하고 있는 조항들은 대체로 채권이 양도되면 채권에 부수하는 권리들도 함께 이전한다고 규정하고 있는데 중재합의 혹은 중재를 할 권리를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리의 성격을 지닌다고 보아 양수인에게도 중재합의의 효력이 미친다고 판단하고 있는 것이다. 하지만 대륙법계 국가의 법원은 대체로 이에 대한 예외도 인정하고 있는데 법률상 양도가 금지되거나, 원 당사자 간에 양도금지특약이 있는 경우[85]에는 중재합의의 효력이 양수인에게 미치지 않는다고 판단하고 있다.[86] 양도금지의 특

84) Girsberger/Hausmaninger, p. 134

85) 여기서 주의할 점은 법률상 혹은 특약상 양도가 금지된다는 것은 '중재합의'의 양도가 금지된다는 것뿐만 아니라 '채권 자체'의 양도가 금지되는 경우를 포함하다는 것이다. 채권 자체의 양도가 금지되는 경우에도 채권양도가 이루어지는 경우를 상정할 수 있으며, 이 때 중재합의의 효력범위를 다투는 당사자가 채권 자체의 양도가 금지되어 있다는 것을 주장하며, 중재합의의 효력이 미치지 않음을 항변할 수 있을 것이다. 물론 채권양도의 금지특약 등이 중재합의의 효력에 영향을 미치는 지에 대해서는 논란이 있을 수 있으나, 중재합의는 그 기초되는 채권의 존재 없이는 의미가 없다는 측면에서 당사자는 충분히 항변할 수 있을 것이며, 일반적으로 채권자체의 양도금지특약은 중재합의의 양도금지특약을 포함하는 것으로 추정된다고 보아야 한다. Girsberger/Hausmaninger, p. 134 ; Girsberger, p. 388

86) 채권양도의 경우 채권의 성질 자체가 양도를 허용하지 않는 경우에는 채권은 양도성을 가지지 않는다고 보는데, 그 예로서 채권자가 변경되면 권리의

약에는 명시적 특약만이 아니라 묵시적 합의도 포함된다고 보며, 묵시적 합의의 예는 당사자들 사이 혹은 당사자들과 중재인 사이에 비밀적 관계가 존재한다는 증거가 있는 경우 등을 들고 있다.[87] 이처럼 대륙법계 국가에서는 대체로 중재합의가 자동으로 양수인에게도 효력을 미친다는 원칙이 법원으로부터 일관된 지지를 받고 있기는 하지만, 이러한 법원의 접근법에 대한 학설의 거센 비판도 존재하고 있다.

보통법계 국가 중 미국은 뉴욕주 법원의 판결과 같이 초기에는 대륙법계 국가와 유사하게 중재합의를 양도된 채권에 부수된 권리로 파악하여 자동적으로 양수인에게 이전한다고 보았지만, 최근 사례에서는 중재합의 자체를 명시적으로 양수인에게 이전한다는 특약이 있을 경우에만 중재합의의 효력이 양수인에게 미친다는 판결도 나타나고 있다. 한편 영국법 체계는 이 쟁점에 관해 명백한 지침을 주지 않고 있어 이 쟁점과 관련된 판례들이 명백한 원칙을 밝히지는 못하고 있다. 즉 중재합의 효력은 양수인에게 미치지 않는다는 판례와 양수인에게도 효력을 미친다는 판례가 혼재되어 있는데, 전자는 기본적으로 중재합의 자체를 일신전속적인 것으로 판단하였으며, 후자는 중재합의가 일신전속적 성격을 지녔다 하더라도 일방 당사자가 중재합의의 양도를 허용하는 경우에는 예외가 인정되는 것으로 해석하고 있다.

뉴욕협약이나 유럽협약과 같은 국제조약과 ICC 중재규칙 등 국제상사중재규칙들도 중재합의의 주관적 효력범위에 대해 규정을 두고 있지 않은 것은 각국의 입법례와 마찬가지다. 이처럼 국제적 차원의 통일된 관련 규정이 없는 가운데 중재실무와 학설은 이 쟁점을 해결하기 위해 국내법 규정에 기초를 두고 판단하여 왔는데, ICC 국제 중재재판소의 대부분의 중재판정부들은 중재합의의 효력이 양수인에게도 미친다고 판단

행사에 커다란 차이가 생기거나, 특정채권자 사이에 이행되어야 하는 권리 등을 들 수 있다. 중재합의의 주관적 효력범위 판단을 채권양도의 효력에 관한 실체법에서 기준을 찾고 있는 대륙법계 법원의 논리대로라면, 중재합의가 그 성질 자체로 양도가 허용되지 않는다고 볼 여지도 있을 것이다.

87) Girsberger/Hausmaninger, p. 134

하고 있다.[88] 이러한 판단은 대륙법계 국가의 판례와 동일한 것인데, 그것은 이러한 판정을 내린 국제 중재재판소의 사건들이 대부분 대륙법계 국가의 법이 적용되는 사건이었기 때문이다. 그러나 이러한 결론은 보통법계 국가의 법체계에서도 동일할 수는 없는데, 이러한 측면에서 국제중재재판소의 판정들을 국제상사 중재에 대한 실체법적 원칙으로 추론하는 것은 현재로서는 무리가 있다고 보아야 할 것이다.

요약하자면, 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 즉 중재조항이 양수인에게 이전하느냐라는 쟁점에 관한 통일적 기준은 국내법적으로나 국제법적으로도 존재하지 않는다. 오히려 이 쟁점에 대해서는 두 개의 견해가 경쟁하고 있는 것으로 보이는데, 그 하나는 채권의 양수인은 양도된 권리와 관련해서 발생하는 어떠한 분쟁에 관해서도 채무자와 중재를 해야 하는 구속을 받는다는 견해이며, 다른 하나는 이와 반대로 양수인은 그가 명시적이든 묵시적이든 명백히 중재합의에 구속된다는 동의를 하지 않는 한 중재합의에 구속되지 않는다는 견해이다. 그러나 이러한 견해들은 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 판단을 위한 모든 고려 요소들을 정밀히 분석한 후에 정립된 견해는 아니며, 학설들도 이러한 분석을 제대로 내놓지 못하고 있는 상태이다. 따라서 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 올바른 판단을 위해서는 중재합의의 성격, 요건, 당사자 보호 등 관련 요소들에 대한 정밀한 분석 작업이 선행되어야 하며, 이러한 분석을 토대로 통일적 기준을 도출해 내어야 한다.

88) Girsberger/Hausmaninger, p. 135

제 4 장 중재합의의 법적 성격과 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위

제 1 절 서언

이 장에서는 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 논점 중 중재합의의 법적 성격과 관련된 논점을 검토한다. 중재합의의 여러 가지 특성 중 주관적 효력범위와 관련하여 논의되는 사항은 중재합의의 독립성(제2절), 중재합의가 실체법적 계약인가 아니면 절차법적 계약인가의 문제(제3절), 중재합의의 일신전속성 여부(제4절), 중재합의의 권리성과 의무성(제5절)이다. 이들은 모두 중재합의가 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 볼 수 있는지와 관련된 것이다. 이하 순서대로 논의한다.

제 2 절 중재합의의 독립성

Ⅰ. 중재합의의 독립성의 개념

중재합의의 독립성 혹은 중재조항의 독립성은 주된 계약에 무효 또는 취소 사유가 있다 하더라도 중재합의의 효력에 영향을 미치지 않는다는 원칙을 말한다.[89] 중재합의는 주된 계약상 분쟁이 발생할 경우 그 분쟁을 해결하기 위한 것인데, 주된 계약이 존재하지 않는다거나 해제 또는 취소되었다는 이유로 중재합의까지 실효된다면 분쟁해결 방법으로서 중재가 가지는 기능을 근본적으로 부인하는 꼴이 된다. 즉 중재합의란 그 본질상 주된 계약의 무효, 취소 등의 하자를 이유로 분쟁이 발생할 수 있음을 전제로 존재하는 것이므로 주된 계약의 효력과는 분리되어 독립된 합의로 간주되어야 한다는 것이다. 이러한 중재합의의 독립성으로 인해 주된 계약의 일방 당사자가 계약에 무효, 취소사유가 있다고 주장하더라도 중재합의 자체는 유효하고, 그에 기해 중재절차가 진행될 수 있게 된다.[90] 그러나 주된 계약의 효력상실 사유가 중재조항 자체에도 영향을 미치는 경우 또는 주된 계약이 부존재인 경우에는 중재합의의 독립성은 인정되지 않는다.[91]

---

89) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 103면

90) 중재합의의 독립성은 아래에서 논의할 '중재판정부의 판정권한에 관한 결정 문제(Kompetenz-Kompetenz)'와는 구별된다. 즉 중재합의의 독립성은 중재조항의 효력에 관한 실체적인 문제이므로, 중재인 스스로가 그의 판정권한 여부를 심리한 후 중재절차를 진행할 수 있는가의 절차적인 문제인 '중재판정부의 판정권한에 관한 결정(Kompetenz-Kompetenz)' 문제와 구별된다. 그러나 실무적으로 중재를 원하지 않는 당사자가 주된 계약의 무효, 취소사유가 중재합의에 미치고 따라서 그 조항에 기한 중재인의 판정권한이 없다고 다투는 것이 보통이므로, 이 두 가지 문제는 동전의 앞·뒷면과 같은 관계에 있다. 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 104면

91) 석광현, 국제민사소송법, 494면

Ⅱ. 중재합의의 독립성에 대한 고찰 필요성

중재합의의 독립성이란 개념이 정립된 연혁적 이유를 분석하는 것은 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위를 결정함에 중요한 단초를 제공한다. 왜냐하면 위에서 살펴본 바와 같이 많은 나라에서 중재합의를 일종의 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 파악하여 채권양도 시 양수인에게 당연히 이전한다는 논리구조를 취하고 있기 때문이다. 그런데 이러한 논리구성은 중재합의의 독립성과는 얼핏 양립하기 어려워 보인다. 중재합의의 독립성은 중재합의가 주된 계약과는 별개의 법률적 운명을 지님을 뜻하는 것인데 중재합의를 채권의 법률적 운명에 종속하는 것으로 보는 것은 분명 모순적 논리구성으로 볼 수 있기 때문이다. 오히려 중재합의는 주된 계약의 분쟁에 대비하여 체결한 것이기 때문에 주된 계약을 배제하고서는 그 자체로서 존재할 가치는 전혀 없는 것이라는 점을 강조할 경우 채권양도 시 양도인과 양수인의 별도의 합의가 없어도 중재합의는 자동적으로 이전한다는 논리를 뒷받침하게 될 것이다.

중재합의의 독립성은 국제적 입법례 및 판례에 의해 받아들여지고 있는 개념이므로 먼저 각국의 입법례 등을 살펴보고, 중재합의의 주관적 효력범위를 논함에 있어 중재합의의 독립성이 어떻게 고려되어야 하는가에 대해 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 중재합의의 독립성에 대한 국제적 입법연혁

1. 서언

중재합의가 주된 계약과는 별도로 그 자체의 법률적 운명(legal life)을 지니고 있고, 이에 따라 채권양도가 있을 경우에도 중재합의의 이전 내지 효력범위 확장에 대하여 양도인과 양수인이 별도로 명백한 동의를 하여야만 양수인에게도 중재합의의 효력이 미친다고 볼 수 있는 가장 강

력한 지표는 국제적 입법례와 각국의 판례들에 의해 중재합의의 독립성이 전면적으로 받아들여지고 있다는 점이다.

2. 중재합의의 독립성에 대한 국제적 입법연혁

프랑스 최고법원인 파기원(Cour de Cassation)은 국제중재에서 중재조항의 독립성을 인정하였고,[92] 미국 법원도 중재조항의 효력에 관한 문제는 법원의 판단사항이지만, 주된 계약의 효력은 중재인의 판단사항이라고 판시하였다.[93]

이와 같은 판례 외에 국제적 입법례도 대부분 중재합의의 독립성을 규정하고 있다. 국제조약 중 중재합의의 독립성에 대한 규정을 두고 있는 것은 유럽협약이다. 유럽협약 제6조 제3항은 '중재합의의 어느 당사자가 법원에 어떠한 구제를 구하기 전에 중재절차를 개시한 경우, 그 이후 같은 당사자들 사이의 같은 내용에 대한 청구나, 중재합의가 부존재, 무효 또는 실효되었는지 여부에 관한 청구를 받은 법원은 유효하고 실질적인 이유를 가지고 있지 않는 한 중재판정이 내려질 때까지 중재인의 권한에 대한 판결을 유보하여야 한다.'고 규정하고 있다.[94] 또한 UNCITRAL 모델법 제21조도 중재합의의 독립성에 관한 규정을 두고

---

92) David, 「ARBITRATION IN INTERNATIONAL TRADE(1985)」, P. 194

93) *Prima Paint Corp.* v. *Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395(1967)

94) 유럽협약 제6조 제3항. Where either party to an arbitration agreement has initiated arbitration proceedings before any resort is had to a court, courts of Contracting States subsequently asked to deal with the same subject-matter between the same parties or with the question whether the arbitration agreement was non-existent or null and void or had lapsed, shall stay their ruling on the arbitrator's jurisdiction until the arbitral award is made, unless they have good and substantial reasons to the contrary.

있다.[95] 동조에서 모범법안은 '중재판정부는 중재합의의 존재 또는 유효성에 관한 여하한 이의를 포함하여 자신의 권한에 대하여 결정할 수 있다. 이러한 목적을 위해 계약의 일부를 구성하고 있는 중재조항은 계약의 다른 조항과는 독립된 것으로 취급되어야 한다. 계약이 유효 또는 무효라는 중재판정부의 결정은 그 자체로서(ipso jure) 중재합의의 유효성에 대한 판단을 포함하여서는 안 된다'라고 명시적으로 규정하고 있다.

이외에도 독일 민사소송법 제1040조, 영국 중재법 제7조 등도 중재합의의 독립성에 관하여 규정하고 있다.

3. 우리 중재법 및 판례의 태도

우리 중재법도 제17조 제1항에서 '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.'라고 규정하여 중재합의의 독립성을 명시적으로 인정하고 있다. 우리 중재법 제17조 제1항 전문은 이른바 '중재인의 자기권한 심사(Kompetenz-Kompetenz)[96]'에 관한 규정이며, 후문이 바로 중재합의의

---

95) UNCITRAL 모델법 제16조는 Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction 제목으로 제1항에서 'The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objection 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.'라고 규정하고 있다.

96) Kompetenz-Kompetenz는 엄밀히 말하면 재판권의 재판권을 누가 가지느냐의 문제를 말하는 것이나, 중재판정부가 자신의 권한에 관하여 판단할 수 있다는 뜻, 즉 중재판정부의 판정권한으로 새기는 경우도 있다. 우리 중재법 제17조도 '중재판정부의 판정권한에 관한 결정'이라고 규정하고 있다.

독립성에 관한 규정이다. 이와 같이 중재합의의 독립성에 대한 부분을 중재인의 자기권한 심사와 동일한 조문에 배치한 것은 양자가 밀접한 관련성이 있기 때문이다.

이와 관련하여 참조할 만한 대법원 판례가 있는데, 대법원은 1996. 6. 11. 96마149 결정에서 “중재인은 당사자가 중재절차를 허용할 수 없는 것이라고 주장하는 경우에도 중재절차를 속행하여 중재판정을 할 수 있다고 규정한 중재법 제10조의 취지에 비추어 보면, 설사 당해 중재절차가 허용될 수 없는 경우에 해당한다고 하더라도 당사자가 상대방에 대하여 법원에 그 중재절차의 위법 확인을 구하는 본안소송을 제기하거나 중재판정이 있은 후에 중재판정취소의 소를 제기하여 중재절차의 위법을 다투는 것은 별론으로 하고, 막바로 그 중재절차의 위법을 들어 법원에 중재절차정지의 가처분을 구할 수는 없다고 할 것이다.”라고 판시하였다. 즉 우리 대법원은 법원이 중재절차를 중지시키는 가처분을 허용할 경우 중재판정부의 자기권한 심사와 중재조항의 독립성을 무력화 시킬 수 있다는 이유에서 중재절차 정지의 가처분은 받아들이지 않고 있다.

Ⅳ. 중재합의의 독립성과 중재합의의 주관적 효력범위

1. 서언

역사적으로 중재합의 또는 중재조항은 그 법률적 운명을 주된 계약과 같이하며 주된 계약과 일체화된 것으로 다루어져 왔다. 그러나 시간이 지나면서 중재합의는 독자성을 가지며 주된 계약과 법률적 운명을 같이 하지 않는 사례들을 인정하는 경향이 나타나기 시작했다. 그로인해 오늘날에는 주된 계약 또는 중재합의 중 일방의 무효는 타방에 영향을 미치지 않으며, 주된 계약과 중재합의는 서로 다른 법에 의해 규율되며 하나의 계약의 해제는 필요적으로 다른 하나에 영향을 미치지는 않는다는 것이 폭넓게 인정되고 있다. 그리고 몇 몇 법역에서는 모든 경우에 있어 중재합의는 완전한 독자성을 갖는다는 것을 인정하는 경향도 있다. 예를

들면 독일 중재법 제1053조는 일반적으로 중재합의는 별도의 합의로 고려되고 판단되어야 한다고 규정하고 있으며, 프랑스 판례와 학설들은 중재합의의 독자성으로부터 점점 더 보편적인 결론을 이끌어 내려는 경향이 있다.[97] 이처럼 중재합의가 주된 계약과는 구별되는 그 자체의 법률적 운명을 지닌다는 점은 국제적·국내적 입법으로 받아들여지고 있으며,[98] 뿐만 아니라 국제적 사건에 있어서는 수많은 국제적 판례 및 중재판정이 반복적으로 주된 계약과 중재합의는 서로 다른 별개의 법에 의해 규율될 수 있다는 점을 인정하고 있다. 이에 따라 대부분의 법역에서 중재합의는 주된 계약의 해소(termination)와는 별도로 계속하여 존속하는 것으로 인정되는데 이는 그 주된 계약의 종결로부터 발생되는 분쟁을 해결하기 위함이다.

이와 같이 중재합의는 주된 계약과는 독립된 성격을 가진다는 것에 대해서는 대부분의 국가가 인정하는 것임에도 불구하고, 이러한 개념이 정립된 국가에서조차 대부분 채권양도 시 중재합의는 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 자동적으로 이전하다는 판례들이 나타나고 있다. 즉 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 혹은 중재합의의 이전이라는 쟁점에 있어서는 여전히 중재합의를 주된 계약과 일체화된 것으로 취급하고 있는 것이다. 중재합의의 독립성을 인정하면서도 채권양도에 있어서는 중재합의가 주된 계약에 의존한다는 논리를 취하는 이유는 중재합의는 주된 계약에서 발생하는 분쟁을 해결하는 것을 유일한 목적으로 존재한다는 측면을 강조하였기 때문인데, 이에 따라 중재합의는 주된 계약의 채권에 부수하는 담보권 정도의 성격을 지니는 것으로 간주된 것이다. 이와 같이 중재합의를 독립적인 동시에 계약에 일체화된 필수요소로 보는 이질적인 취급은 일정 부분 모순되는 것인데 각

97) Girsberger/Hausmaninger, p. 138
98) 국제적 입법례에서는 이러한 중재합의의 독립성은 중재합의 또는 중재조항의 분리가능성(severability) 및 구별가능성(separability)이라는 개념으로 나타나고 있다. Girsberger/Hausmaninger, p. 136

국의 판례와 학설들은 중재합의에 대한 이러한 이질적인 취급에 대한 정교한 논리를 구성하지는 못하고 있다.

아래에서는 중재합의가 가지는 이러한 두 가지 성격의 내용과 양자가 모순성을 가지는지 여부에 대하여 검토해 보기로 한다.

2. 중재합의의 의존성

위에서 살펴본 바와 같이 중재합의는 주된 계약과는 독립적인 법률행위이기는 하지만 주된 계약의 존재 없이는 그 스스로 존재가치가 없는 것이므로 독립성과 의존성을 동시에 갖고 있는 특수한 형태의 법률행위이다. 그 중 독립성이란 주된 계약에 무효 또는 취소 사유가 있다 하더라도 중재합의의 효력에 영향을 미치지 않는다는 원칙을 말하며, 의존성이란 중재합의가 주된 계약에 그 존재가치를 두고 있다는 것인데 고유성(inherent dimension) 또는 주된 계약과의 연대성(solidarity)이라는 용어를 사용하기도 한다.[99] 다시 말해 중재합의는 주된 계약과의 관계에서 독립성을 가지지만 그것이 주된 계약과 아무런 연결점이 없다는 말은 아니라는 것이 의존성이다.[100]

중재합의의 주된 계약에 대한 의존성을 나타내는 지표로서 우선 중재합의는 주된 계약에 포함되어 있다는 점을 들 수 있다. 즉 중재합의는 주된 계약과 독립적인 것으로 취급되지만 별개의 계약이 아니라 주된 계약의 내용에 포함되어 있다는 것이다.[101]

다음으로 중재합의의 유일한 목적은 주된 계약의 분쟁해결방법을 결정함에 있다는 점을 들 수 있다.[102] 중재합의는 주된 계약 없이는 그 존

---

99) Landrove, p. 51 이하

100) Arthur W. Rovine, 「Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation」, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 140

101) 이는 이미 발생하여 있는 분쟁을 중재에 회부하기로 하는 중재부탁계약(submission agreement)이 아니라 장래 발생할 수 있는 분쟁에 대비한 중재조항(arbitration clause)의 경우에 대한 설명이다.

102) Landrove, p. 53, 이와 관련하여 중재합의를 포함하고 있는 계약은 하나

재가치를 가질 수 없다는 것은 의존성을 나타내는 강력한 지표라고 볼 수 있다.[103]

중재합의의 주된 계약에 대한 배분성(distributiveness)을 이유로 중재합의의 의존성을 설명하는 견해도 있다. 이 견해는 채권양도가 이루어지면 양도된 권리만큼의 중재합의가 주된 계약으로부터 나뉘어 배분될 수 있다고 하는데,[104] 이러한 연결점을 배분성이라고 부를 수 있으며 주된 계약으로부터 하나의 권리가 별도로 분리되었을 경우 중재합의는 배분적 보급에 따라 적용될 수 있으며 이러한 점에서 중재합의는 주된 계약에 의존성을 지닌다고 한다. 이 견해는 과도하게 개념적인 견해로서 선뜻 받아들이기에는 힘들지만 중재합의와 주된 계약의 연결성을 설명함에 있어서는 일정한 기능을 할 수 있다고 생각된다.

3. 중재합의의 독립성의 한계

중재합의는 주된 계약에 의존성을 가지며, 이는 중재합의의 독립성이라는 개념에도 영향을 미쳐 독립성 개념의 한계를 설정한다. 즉 중재합의의 독립성은 그 목적 또는 기능의 한도 내에서만 제한적인 의미를 가진다고 보아야 한다.

중재합의의 독립성의 목적은 중재합의의 유효성이 지속될 수 있도록 보호하는 것이며, 분쟁을 중재에 의해 해결하려는 당사자들의 의도를 보호하는 것이다. 이러한 중재합의의 독립성은 중재판정부의 판정권한에 관한 결정(Kompetenz-Kompetenz)과 결합하여 중재판정부의 판정권한을 보호한다. 따라서 채권양도 시 중재합의를 독립적인 것으로 취급하여 중재합의의 효력은 양수인에게 미치지 않는다고 보는 것은 중재합의의 존

의 *instrumentum*만이 있으나, *negotia*는 몇 개가 있을 수 있다고 한다.

103) Landrove, p. 54, 이 견해는 중재합의의 이러한 목적이 서로 다른 법률적 전통을 가진 여러 국가들의 법원이 채권양도에 있어 중재합의를 주된 계약의 일체화된 부분으로 고려하게끔 만들고 있다고 한다.

104) Landrove, p. 61

속을 목적으로 하는 독립성 원칙의 주목적을 충족시키는 것이 아니다. 독립성은 본래 불성실한 당사자가 계약의 무효를 이유로 합의된 중재절차에 따르지 않는 것을 방지하기 위해 발전되어 온 개념이다.[105] 즉 독립성은 중재합의의 효력을 더욱 발전시키기 위해 발전된 개념이지 그 발전을 저해하기 위한 것이 아니므로 만일 중재합의를 보호하고 그 유효성을 보장하기 위한 목적을 가진 원칙이 중재합의의 이전을 금지함으로써 걸림돌로서 기능하게 된다는 것은 역설적인 것이다.[106] 즉 독립성으로 인해 채권양도인과 양수인이 중재합의에서 벗어날 수 있다고 하는 것은 독립성 원칙이 가지는 목적과 상충된다는 것이다. 따라서 중재합의의 독립성은 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 대한 문제에 있어서는 적용되지 않는다고 보는 것이 옳다. 중재관련 법률에 포함된 중재합의의 독립성 조항은 중재합의의 주관적 효력범위(*Ratione Personae* Scope)[107]에 관한 제한으로는 작용하지 않는다는 견해[108]도 이러한 결론의 논거가 될 수 있다. 즉 중재합의의 독립성은 중재합의의 유효성에 대해서는 유용한 영향력을 가지지만 중재합의의 주관적 효력범위 차원에는 적용되지 않는다는 것이다.

중재합의의 독립성은 현재화된 개념으로서 영속성을 지니는 것이 아니라 법률적인 가상적 개념일 뿐이라는 견해도 있다.[109] 이 견해는 중재

---

105) Landrove, p. 63

106) Landrove, p. 64

107) 객관적 효력범위는 '*Ratione materiae*'이다. '*Ratione*'은 본래 관할을 의미하는 것이지만 여기에서는 중재합의의 효력이 미치는 범위라는 의미이다.

108) Landrove, p. 62, 이 견해는 중재합의는 몇 몇 실체적 권리와 기능적으로 연결되어 일정 부분 목적화 되어있지만, 당사자에 대한 어떠한 연결 때문에 자동적으로 주체화 되지는 않는다고 하며, 또한 중재합의의 독립성과 반대적 의미를 지니는 중재합의의 고유성 측면(inherent dimension)도 중재합의의 효력의 객관적 범위(*Ratione materiae*)만을 제한하지 주관적 범위를 제한하지는 않는다고 한다. 마지막으로 이러한 점은 국제적 입법례에 대한 선별적 연구결과 중재합의의 독립성은 중재합의의 주체적 제한에 대한 어떠한 지표도 규정하지 않고 있음이 입증된다고 한다.

합의는 그 전체적 운명에 있어 주된 계약 또는 실체적 권리에 일체화된 부분이며, 오로지 당사자가 중재에 비협조적인 태도를 취하는 것과 같은 극히 예외적인 사안에서만 주된 계약으로부터 가상적으로 분리될 수 있으며, 그것은 실제로 분리된 것이 아니며, 단지 분리된 것으로 가상적으로 고려될 뿐인 예외적이고 일시적인 법률적 상태일 뿐이라고 한다.[110]

4. 중재합의의 의존성과 독립성의 양면성

중재합의의 주된 계약에 대한 의존성과 독립성은 얼핏 보면 모순되는 것처럼 보일 수 있지만 위와 같이 독립성의 목적과 기능에 비추어 그 적용범위를 한정시킬 경우 서로 모순되지 않는다고 볼 수 있다. 의존성과 독립성을 양적인 측면이 아니라 질적인 측면에서 비교할 경우 중재합의는 주된 계약의 유·무효와 관련이 있을 때에는 완전히 독립적이며, 채권양도와 같은 다른 예와 관련이 있을 때에는 완전히 의존적이라고 볼 수 있으므로 양자는 양립할 수 있다는 것이다.[111]

이러한 양립가능성은 중재합의의 법적 성격과 관련하여 설명할 수도 있다. 만일 중재합의를 순수한 실체적 계약으로 본다면 그것은 주된 계약에 고도의 의존성을 가진 것이라고 볼 수 있을 것이며, 그 반면에 절차적인 것으로 본다면 주된 계약과는 독립되어 있다는 결론에 이르게 될 것이다. 아래에서 검토하는 바와 같이[112] 중재합의는 소송상의 합의이지만 소송절차의 명확성과 안정성과는 관련이 없는 소송행위이므로 합리적인 근거가 있을 경우 실체법 규정을 유추적용할 수 있다고 본다면 채권양도 시 중재합의의 이전과 관련해서는 채권양도에 대한 실체법적 원칙

---

109) Landrove, p. 56

110) Landrove, p. 57은 중재합의의 독립성을 채권양도에 있어 중재합의의 이전에 대한 장애요인으로 보는 국가에서 조차도, 대다수의 학설은 중재합의의 독립성은 중재합의가 주된 계약으로부터 완전히 분리될 수 있다는 것을 뜻하지는 않는다는 견해에 동의하고 있다고 한다.

111) Landrove, p. 55

112) 제2절 참조

이 적용될 수 있는 반면에 주된 계약이 무효인 사안에서는 중재합의의 독립성원칙이 적용된다고 볼 수 있을 것이다.

5. 소결

중재합의는 주된 계약과는 독립적인 법률행위이기는 하지만 주된 계약의 존재 없이는 그 스스로 존재가치가 없는 것이므로 독립성과 의존성을 동시에 갖고 있는 특수한 형태의 법률행위라고 할 것이다. 논리적으로 보면 이 중 중재합의가 고도의 독립성 혹은 독자성(autonomy)을 가지고 있다는 측면을 강조할 경우 자연스럽게 중재합의는 주된 계약과는 구별되는 법률적 운명(legal life)을 가진 것으로서 채권양도 시 양수인에게 자동적으로 이전되는 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리라기보다는 오히려 양도인과 양수인이 중재합의의 이전에 대한 별도의 명시적 합의가 있어야 한다는 주장으로 연결될 수 있다. 반면에 중재합의가 주된 계약과는 독립된 성격을 가지고 있더라도 중재합의가 존재하는 근본목적에 비추어 일정 부분 주된 계약에 의존성을 지니고 있다는 측면을 강조할 경우 중재합의는 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 양도인과 양수인의 별도의 합의가 없어도 자동적으로 이전한다는 논리를 뒷받침할 수 있다.

검토컨대, 채권양도 시 중재합의의 독립성 원칙이 적용된다는 이유로 중재합의의 효력이 양수인에게 미치지 않는다고 보는 견해는 중재합의의 독립성의 궁극적 목적을 망각한 독립성 원칙의 기계적 적용이라는 비난을 피하기 어렵다. 중재합의는 주된 계약에 대한 의존성과 독립성을 동시에 지니고 있고, 양자는 그 적용 영역이 다르므로 서로 모순되는 것이 아니며, 각자가 그 영역에서 중재를 통한 분쟁해결이라는 동일한 목적을 위해 기능하고 있는 것이다.[113] 즉 중재합의의 독립성이란 중재합의가

113) Landrove, p. 208은 중재합의의 독립성 원칙은 채권양도 시 중재합의의 이전이라는 쟁점에 있어 그 기능적 차원에서 관련성이 없거나 최소한 중

주된 계약의 효력에 영향을 받지 않는다는 의미이지 주된 계약과는 전혀 무관한 별개의 존재임을 의미하는 것은 아니며, 중재합의의 본질 또는 중재합의의 효력범위와 같은 논의에 고려할 수 있는 요소가 아니라고 보아야 한다. 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위를 결정하는 요소로서 중재합의의 독립성을 드는 것은 독립성 개념의 적용영역을 잘못 이해한 것이다.

따라서 중재합의의 독립성은 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 논의에서는 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

립적이라고 한다.

제 3 절 중재합의의 실체법적 성격과 절차법적 성격

Ⅰ. 서언

다음으로 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위를 논함에 있어 고려되어야 할 요소는 중재합의의 법적 성격이다. 위에서 살펴본 바와 같이 채권양도 시 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 파악하여 양수인에게 자동으로 이전한다는 입장을 취하는 국제적 판례들은 대부분 채권양도에 관한 실체법 규정에서 그 근거를 구하고 있는데, 과연 중재합의 자체를 실체법적 성격을 가진 합의로 볼 수 있을 지와 관련하여서는 의문이 있을 수 있다. 즉 중재합의는 논란은 있지만 소송법상 일반적으로 절차법적 성격을 가진 소송상의 합의로 분류되는데[114], 이처럼 절차법적 성격을 가진 계약에 대해 민법과 같은 실체법을 곧바로 적용 내지 유추적용할 수 있을지에 대해 의문이 있을 수 있다는 것이다.

이와 관련하여 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 자동적으로 이전한다는 원칙에 반대하는 입장은 중재합의는 절차적 권리이므로 계약적 청구권의 양도에 적용되는 원칙에 종속될 수 없다고 주장하고 있다.[115] 이에 반해 자동이전원칙을 지지하는 입장은 중재를 할 권리는 양도된 계약적 권리에 부수된 것이며, 권리의 이전에 적용되는 법원칙을 포함하여 계약적 권리와 그 법률적 운명을 공유하는 한도 내에서 계약적 권리로 변형된다고 주장한다.

아래에서는 중재합의의 절차법적 성격과 중재합의의 양도에 이러한 성격이 어떻게 반영되어야 하는지에 대해 고찰하기로 한다.

Ⅱ. 소송행위의 의의와 종류

---

114) 소송계약이라고 한다. 이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013, 375면
115) Girsberger/Hausmaninger, p. 139

민사소송이란 분쟁이 발생하였을 경우 국가기관인 법원이 대립하는 당사자인 원·피고를 참여시켜 판결이라는 최종 분쟁해결책 생산을 목적으로 전개하는 통합적인 과정을 말한다.[116] 소송행위[117]란 소송절차를 형성하고 그 요건과 효과가 소송법에 의해 규율되는 행위를 말하며, 소의 제기 및 취하, 청구의 포기·인락, 증거신청 등이 그 예이다.[118]

소송행위의 종류는 분류 기준에 따라 여러 가지로 나눌 수 있다. 먼저 소송전·소송외의 소송행위와 변론에 있어서의 소송행위로 분류할 수 있는데, 중재합의 즉 중재계약은 전자에 속하며, 본안신청, 공격방어방법 제출 등은 후자에 속한다. 다음으로 신청·주장과 소송법률행위로 나눌 수 있는데, 소송법률행위란 소송법상의 법률효과 발생을 목적으로 하는 의사표시를 말한다.[119] 소송법률행위는 다시 단독행위와 소송상의 합의로 나눌 수 있는데 중재합의는 소송상의 합의에 포함된다.[120]

---

116) 이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013, 2면 참조

117) 소송행위란 넓은 의미로는 소송에 참여하는 모든 소송주체의 행위를 의미하는데, 소송주체는 법원과 당사자이므로 법원의 소송행위와 당사자의 소송행위로 나눌 수 있다. 이 중 법원의 소송행위는 국가기관의 행위이므로 사법행위와는 전혀 별개의 원칙이 적용되며, 이 논문의 주제인 중재합의는 당사자의 소송행위이므로 이하에서는 당사자의 소송행위에 대해서만 살피기로 한다.

118) 이는 현재의 다수설인 요건 및 효과설에 기초한 개념 정의이다. 즉 당사자의 행위가 소송행위인가 법률행위인가를 구별하는 일반적인 기준은 요건과 효과가 어느 법률에 의하여 규율되는가 하는 것이며, 당사자의 행위 중에서 그 효과가 소송법만이 아니라 실체법에 의하여 규율되는 것도 있으며, 이 경우 그 행위의 주된 효과가 어느 것인지에 따라 정해야 한다는 것이다. 이에 반해 주요 불가결한 효과가 소송법의 영역에서 발생되는 행위이면 소송행위로 보아야 한다는 효과설도 주장되고 있으나 견해대립의 실천적 가치는 적은 것으로 보인다. 호문혁, 「민사소송법원론」, 법문사, 2012, 222면; 이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013, 373면

119) 이러한 분류방법은 한때 민법상의 법률행위에 해당하는 소송행위를 묶어 소송법률행위로 이름붙여 다른 소송행위와 구별하기 위한 것이었으나, 오늘날에는 그 실효성이 의문시되고 있다고 한다. 이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013, 366면

Ⅲ. 소송행위의 특징

소송행위의 가장 큰 특징은 소송행위는 소송절차가 가지는 목적에 의해 독자적인 법리의 적용을 받으며, 특별한 규정 또는 특별한 사정이 없는 한 사법(私法)의 규정이 적용되지 않는다는데 있다.

우리 대법원도 아래와 같이 소송행위에는 원칙적으로 실체법상의 원칙이 적용될 수 없음을 분명히 하고 있다.

민법상의 법률행위에 관한 규정은 민사소송법상의 소송행위에는 특별한 규정 기타 특별한 사정이 없는 한 적용이 없다고 볼 것이요 민사소송에 있어서 소 또는 항소를 취하하는 소송행위가 정당한 당사자에 의하여 이루어진 것이 사실인 이상에는 그 소 또는 항소를 취하함에 있어서 타인으로 부터 기망을 당하였다던가 또는 법률행위의 내용의 중요한 부분에 착오가 있다 하여 민법 109조 또는 110조에 의하여 위 소송행위를 취소할 수는 없는 것이라 할 것..."(밑줄은 필자가 추가한 것임)[121]

소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것..."(밑줄은 필자가 추가한 것임)[122]

이처럼 소송행위는 사법상의 법률행위와는 다른 여러 가지 특징이 나타나는데 아래와 같이 나누어 볼 수 있다.

---

120) 그 외에 취효적 소송행위와 여효적 소송행위로 분류하는 방법도 있다. 이에 대한 자세한 해설은 이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013, 374면 참조

121) 대법원 1964. 9. 15. 선고 64다92 판결

122) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다6124 판결

1. 소송행위의 하자와 철회

소송행위는 처분권주의와 변론주의가 적용되는 결과 상대방이 그에 의해 일정한 소송상의 지위를 취득하지 아니한 상태에서는 자유롭게 철회할 수 있다. 그러나 소송행위에 의해 상대방이 일정한 법률상의 지위를 취득하거나 당해 행위를 한 당사자에게 불리한 소송행위는 자유롭게 철회할 수 없다. 이는 소송행위에는 소송절차의 명확성과 안정성을 위해 표시주의·외관주의가 적용되기 때문이다.[123] 이러한 판례와 통설의 입장에 대해 각 소송행위별로 구체적으로 비교형량하여 소송행위의 하자를 다루어야 한다는 견해도 있는데,[124] 이 견해에 의하면 청구의 포기·인락, 소송상의 화해 등 소송절차를 종료시키는 행위는 소송절차의 안정과는 관계가 없으므로 민법상 의사의 하자 규정을 유추적용할 수 있다고 한다. 이러한 소수설에 대해서는 소송행위에 대해 민법규정을 유추적용한다는 것은 소송에 있어 법적 안정성과 조화하기 어려워 여러 가지 복잡한 문제를 야기할 수 있다는 비판이 있다.[125] 다만 이러한 비판을 하는 입장에서도 소송 외에서 하는 소송상의 합의는 소송절차와의 직접적인 관련성이 없기 때문에 의사표시의 하자에 관한 민법상의 규정이 유추적용될 수 있다고 한다.

2. 그 외의 특징

소송행위는 계약자유의 원칙이 적용되는 사법상의 행위와는 달리 원칙적으로 조건이나 기한을 붙일 수 없다. 이는 조건이나 기한을 붙이게 될 경우 법원이나 상대방의 지위가 불안해 질 수 있으며, 이는 절차의 진행 자체를 불안하게 만들 수 있기 때문이다. 그러나 절차의 안정을 해

123) 대법원 1960. 3. 17. 선고 4291다244판결 등
124) 정동윤, 「민사소송법」 4정판, 법문사, 1995, 381면
125) 이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013, 379면

칠 우려가 없는 소송내적 조건, 예를 들면 소송 진행 중에 판명될 사실을 조건으로 하는 예비적 주장 등은 허용된다.

소송행위는 방식면에 있어 일정한 요건을 요구하는 경우가 많다. 예를 들면 소송행위는 변론주의의 요청으로 변론절차에서 구술로 행해야 하는 것 등을 들 수 있다.

소송행위가 무효일 경우라도 하자 없는 새로운 행위를 하거나, 추인 또는 보정, 책문권의 포기·상실로 인해 유효하게 될 수 있다.[126]

Ⅳ. 소송상의 합의[127]와 그 특징

1. 소송상의 합의의 의의와 종류

소송상의 합의란 현재 계속 중이거나 또는 장래 계속될 특정의 소송에 대해 직접 또는 간접으로 영향을 미치는 법적 효과의 발생을 목적으로 하는 당사자 간의 합의를 말한다. 이러한 소송상의 합의는 법률상 명문의 규정으로 허용되는 경우와 명문의 규정이 없는 경우로 나눌 수 있다. 법률상 명문의 규정이 있는 경우에는 중재합의, 관할합의, 불항소 합의, 기일변경의 합의 등을 들 수 있다. 한편 명문의 규정이 없는 경우에도 소송상의 합의가 인정될 것인가에 대해서는 과거 소송행위는 계약자유의 원칙이 적용되지 않고, 편의소송을 금지하여야 한다는 점을 강조하여 명문의 규정이 없는 경우의 소송상의 합의는 금지되어야 한다는 견해가 있었으나, 현재는 공익을 목적으로 한 강행법규를 변경 또는 배제하려는 합의[128]는 무효라고 하더라도, 당사자의 의사결정 자유를 인정해도

126) 이 밖에 소송행위에 무효행위의 전환이론을 적용할 수 있다는 견해도 있다. 그러나 이 이론은 소송절차에서의 석명권 제도로 인해 사법상의 법률행위의 전환만큼 큰 의미를 가지지는 못하지만, 부적법한 소송행위의 선의적 해석으로 살리는 것이므로 나름대로 의미가 있다는 견해도 있다. 이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013, 381면

127) 소송계약이라고도 한다.

128) 예를 들면 심급변경의 합의, 증거력 계약, 전속관할 배제 합의 등을 들 수 있

무방한 영역[129]에 대해서는 명문의 규정이 없더라도 소송상의 합의를 인정할 수 있다는 데에 이견이 없다.[130]

2. 소송상의 합의의 효과

법률상 명문의 규정이 있는 소송상의 합의의 효과는 그 법률에 의한 효과가 발생한다. 그런데 명문의 규정이 없는 영역에 대한 소송상의 합의는 어떠한 효과를 발생하는지에 대해서는 견해 대립이 있다.

첫째, 소송상의 합의는 합의 내용대로의 작위·부작위 의무를 발생시킨다는 견해이다.(사법계약설)[131]

둘째, 소송상의 합의는 문자 그대로 소송상의 사항에 관한 합의이므로 사법(私法)상의 작위·부작위 의무는 발생할 수 없고, 오히려 소송상의 합의로서 직접적인 소송법상의 효과를 발생시킨다고 보는 견해이다.(소송계약설)[132]

다.

129) 예를 들면 부제소 특약, 불상소 합의, 집행계약 등을 들 수 있다.

130) 우리 대법원도 1982. 3. 9. 선고 81다11312판결에서 "...재판 외에서의 소취하 합의는 소송상의 계약으로서 민사소송법에 이에 관한 규정이 없으므로 그 효력이 없는 것임에도 원심은 이에 관한 본원의 판례와 상반된 법률해석을 하여 소취하의 재판 외의 약정의 효력을 인정함으로써 판결의 결과에 영향을 미쳤다는데 있다. 그러나 소송당사자가 소송 외에서 그 소송을 취하하기로 합의한 경우에는 그 합의는 유효하여 원고에게 권리보호의 이익이 없다고 해석함이 본원의 판례로 하는 바...."라고 하여 적법설을 따르고 있다.

131) 이 견해는 의무불이행의 경우 구제방법과 관련하여 또 다시 ① 의무이행을 소구하여 강제집행을 할 수 있고, 강제집행이 불가능할 경우 손해배상을 청구할 수 있다는 견해와 ② 의무이행 소구와 강제집행은 간접적이고 우회적인 구제수단이므로 의무불이행의 경우 타방 당사자에게 항변권이 발생한다고 보는 것이 옳다는 견해로 나뉜다. 후자의 견해에 따를 경우 만일 소취하 계약을 위반하여 소를 유지할 경우 타방 당사자는 이를 법원에 항변으로 주장할 수 있고, 법원은 소를 각하하게 된다. 후자의 견해가 다수설이다. 김홍엽, 「민사소송법」, 제3판, 박영사, 2012, 452면

셋째, 소송상의 합의는 소송법상의 직접적인 효과뿐만 아니라 작위·부작위 의무까지 발생시킨다는 견해이다.(발전적 소송계약설)

우리 판례는 기본적으로 소송상의 합의에 대한 의무이행은 소구할 수 없다고 한다. 즉 대법원은 아래와 같이 강제집행 취하계약에 대한 의무이행 소구는 인정되지 않는다고 하였다.

일방당사자와 강제집행 신청자 사이에 특정 목적물에 대하여 진행 중인 강제집행의 신청을 취하하기로 하는 내용의 계약은, 사법상의 계약으로서는 유효하다고 할 것이나, 강제집행신청자가 약지에 위배하여 그 신청을 취하하지 아니한다고 하여서 직접소송으로 그 취하를 청구하는 것은 공법상의 권리인 강제집행 청구권의 처분을 구하는 것으로서 할 수 없다고 할 것임에도 불구하고, 원판결에서 본건 부동산에 관한 강제경매신청의 취하절차의 이행을 명한 제1심판결을 인용하였음은 위법(하다.)[133]

이러한 기본적인 입장에 더하여 대법원은 아래와 같이 소송계약 당사자에게 항변권이 발생함을 인정하고 있다.

소송당사자가 소송 외에서 그 소송을 취하하기로 합의한 경우에는 그 합의는 유효하여 원고에게 권리보호의 이익이 없다고 해석함이 본원의 판례로 하는 바로서...(중략)...원심이 원고들의 이 사건 소는 당사자들 사이에 소송 외에서 소취하의 합의가 있어 원고들에게 권리보호의 이익이 없다고 판단하여 원고들의 이 사건 소를 각하한 것은 본원의 판례에 따른 정당한 조치(이다.)[134]

---

132) 이 견해는 소송상의 합의 자체를 법원의 직권조사사항으로 파악한다. 다만 소송 외에서 행해진 합의는 당사자의 주장을 기다릴 수밖에 없지만 이 또한 단지 합의의 존재를 법원에 알리는 의미밖에 없다고 한다.

133) 대법원 1966. 5. 31. 선고 66다564 판결

134) 대법원 1982. 3. 9. 선고 81다1312판결, 그러나 판례는 불상소합의에 관하여는 직권조사사항으로 보고 있다.(대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2066 판결), 김홍엽, 「민사소송법」, 제3판, 박영사, 2012, 453면

3. 소송상 합의의 특징

소송상 합의는 소송행위의 일종이지만 법원에 대한 소송행위가 아니라 당사자들 사이의 소송행위이므로 위에서 설명한 소송행위의 특징과는 다른 특징을 가진다. 즉 소송상의 합의에는 방식의 자유가 인정되며, 의사표시에 하자가 있을 경우 민법의 규정을 유추적용하여 의사표시의 무효 또는 취소를 주장할 수 있고, 조건 또는 기한을 붙일 수 있으며 법원의 직권조사사항이 아니라 당사자의 항변사항이라는 특징을 가진다.[135]

Ⅴ. 중재합의의 혼합적 성격과 주관적 효력범위

채권양도 시 양수인이 당연히 중재합의에 구속되지는 않는다는 입장은 중재합의가 절차법적 권리이므로 계약적 청구권의 양도에 적용되는 원칙에 종속될 수 없다는 논거를 내세우고 있다. 실제로 일부 대륙법계 국가에서는 중재합의를 절차법적 계약 또는 절차법과 실체법적 요소가 혼합된 계약으로 취급한다. 그 결과 절차법적 계약은 실체법적 계약에 적용되는 원칙에 종속되지 않고 오히려 합의의 절차적 성격을 고려하는 특정한 원칙에 종속된다는 입장을 취하기도 한다.[136]

이에 반해 중재합의는 절차법적 권리가 아닌 실체법적 권리의 성격을 지니므로 실체법 원칙이 적용되어야 한다는 견해도 있다. 즉 채권양도 시 중재합의가 양수인에게 자동적으로 이전한다는 견해에서는 중재합의는 부수적 또는 보조적(auxiliary)권리이며, 법정선택 조항(forum selection clause)과 유사하게 계약적 권리에 부착되어 있어 그 성격이 변화되어 계약적 효과를 가진다고 한다.[137] 이 견해는 중재를 할 권리는 다른 부수적 권리와 유사하게 취급되어야 하며 부수적 또는 보조적 권리의 양도를 규율하는 실체적 원칙에 종속되므로, 양도된 계약적 권리와

135) 이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013, 376면
136) Girsberger/Hausmaninger, p. 140
137) Girsberger/Hausmaninger, p. 141

함께 자동적으로 이전한다는 것이다.

한편 중재합의는 주된 계약의 실체법상 권리에 대한 부수적 권리의 차원을 넘어서 그 자체로 실체법상 권리의 일체적 부분인 제소권의 고유한 측면을 가지는 것으로서 절차적 관계에 대한 실체법적 계약 혹은 절차적 효력을 지닌 실체법상의 계약이라고 보는 견해도 있다.[138]

우리의 다수설은 '절차법적 법률관계에 관한 실체법상의 계약' 또는 '소송상의 관계에 대한 실체법상의 계약' 또는 '소송법적 효과를 수반한 특수한 사법상의 계약'이라고 보고 있다.[139]

살피건대 중재합의의 성격은 위에서 살펴본 바와 같이 소송 외에서의 소송행위로서 소송상의 합의 또는 소송계약으로 보아야 하며, 소송계약의 특징을 살펴 중재합의에 실체법적 원칙을 유추적용할 수 있을지 여부를 따져보아야 할 것으로 보인다.

소송행위가 실체법적 법률행위와 다른 특징을 가지는 이유는 소송행위는 절차의 명확성과 안정성이라는 가치를 기초로 하고 있기 때문이다. 소송행위가 가지는 이와 같은 목적에 따라 소송행위는 독자적인 절차법적 법리의 적용을 받으며, 특별한 규정 또는 특별한 사정이 없는 한 사법(私法)의 규정이 적용되지 않는 것이다. 그렇다면 소송행위일지라도 절차의 명확성과 안정성을 해치지 않거나, 관련성이 없는 경우에는 실체법적 법리의 적용이 가능한 경우도 있다고 해야 할 것이다. 위에서 살펴본 바와 같이 소송상의 합의는 일반 소송행위와는 달리 의사표시에 하자가 있을 경우 민법상의 의사표시에 관한 규정이 유추적용될 수 있다고 보는 이유도 여기에 있다. 그러한 유추적용으로 인해 소송절차의 명확성과 안정성을 해할 염려가 없기 때문이다.

그렇다면 소송상의 합의의 일종인 중재합의에 있어서도 동일한 해석이 가능할 것이다. 즉 채권양도 시 양수인이 중재합의에 구속되는지 여부에 관하여 명확한 규정이 없는 상태에서, 중재합의 자체는 소송절차의

138) Landrove, p. 17 이하
139) 석광현, 국제민사소송법, 495면

명확성과 안정성과는 관련이 없는 소송행위이므로 합리적인 근거가 있을 경우 실체법 규정을 유추적용할 수도 있다고 판단하는 것이 정당한 해석 방법이 될 것이다.[140] 다만 이와 같이 해석하더라도 중재합의가 가지는 다른 여러 가지 특징도 반드시 반영되어야만 한다. 왜냐하면 유추적용이란 유사성을 추론의 근거로 하기 때문인데, 중재합의를 채권에 부수된 권리와 유사하게 볼 수 있을 지를 판단하기 위해서는 중재합의가 가지는 여러 가지 특징을 종합적으로 판단하여야 하기 때문이다.

140) 이러한 해석은 우리의 다수설과는 다른 입장이지만 그 결론에 있어서는 동일한 해석이라고 생각된다.

제 4 절 중재합의의 일신전속성 여부

Ⅰ. 서언

채권양도 시 중재합의가 양수인에게 자동적으로 이전하지 않는다는 입장에서는 중재합의가 절차법적 성격을 가지느냐 혹은 실체법적 성격을 가지느냐는 중요한 것이 아니며, 중재합의 자체가 개인적 권리(personal right)에 속하는 것이므로 일반적인 채권양도에 관한 원칙이 적용될 수 없다고 주장한다.[141] 중재합의를 개인적 권리로 파악한다는 것은 바로 일신전속권의 성격을 가진다는 주장과 동일하다. 일신전속권은 행사상의 일신전속권과 귀속상의 일신전속권으로 분류되는데 중재합의[142]가 어떠한 범주에 속하는지와 양도성을 가질 수 있는지에 대해 검토하기로 한다.

Ⅱ. 일신전속권과 비전속권

권리는 여러 가지 기준으로 분류될 수 있는데 양도성과 상속성이 있는지 여부를 기준으로 일신전속권과 비전속권으로 나뉜다. 일신전속권은 우리 민법상 귀속상의 일신전속권과 행사상의 일신전속권의 두 가지 의미로 사용된다.

먼저 귀속상의 일신전속권이란 권리가 고도로 인격적 성격을 가지기 때문에 타인에게 이전되어서는 그 존재의 의미가 없는 권리를 말한다. 우리 민법 제1005조 단서의 일신전속권이 이에 속하는데[143] 부양청구

---

141) Girsberger/Hausmaninger, p. 140, 초기 영국 판결인 *Cottage Club Estates* v. *Woodside Estates Co.* 사건에서는 중재조항은 개인적 조항(covenant)이기 때문에 양도는 주된 계약에 포함된 중재조항의 어떠한 권리도 양수인에게 이전하지 않는다고 하였다.

142) 정확하게는 중재합의에서 발생하는 권리를 말한다.

143) 민법 제1005조 (상속과 포괄적 권리의무의 승계) 상속인은 상속개시된 때

권[144]이 그 대표적인 예이다. 부양청구권은 부모와 자 사이 및 부부 사이 그리고 친족 간에 있어 일정한 요건 아래 부양을 청구할 수 있는 권리인데, 일정한 신분관계를 기초로 하여 그 권리를 인정하는 것이므로 타인에게 이전될 경우 신분관계 자체가 허물어지므로 권리의 존재의의가 사라지게 된다. 따라서 일반적인 재산권과는 여러 가지 다른 특징을 가지고 있다. 즉 채권담보를 위하여 입질할 수 없으며, 청구권자의 채권자가 압류하거나 대위권에 의하여 대위청구 및 대위 수령할 수 없으며, 장래에 향하여 포기하거나 타인에게 양도할 수 없고, 상계할 수 없으며, 상속재산에 포함되지 않는다.[145] 이처럼 귀속상의 일신전속권은 양도성과 상속성이 없는 권리이다.

다음으로 행사상의 일신전속권이란 권리자 자신이 직접 행사하지 않으면 의미가 없기 때문에 타인이 권리자를 대리하여 또는 대위하여 행사할 수 없고 권리자 자신이 직접 행사해야 하는 권리를 말한다. 채권자대위권을 규정하고 있는 민법 제404조 제1항 단서의 일신전속권이 그 예이다.[146] 이는 권리자 자신이 권리를 행사할 것인지 여부를 결정할 수 있을 때에만 비로소 그 권리의 행사가 의미를 가지는 권리를 말하는데, 위자료청구권을 그 예로 들 수 있다. 그 외에 행사상의 일신전속권에 속하는지 여부에 대한 논의가 있는 권리로서 재산분할청구권을 들 수 있다. 재산분할청구권이란 이혼한 부부의 일방이 타방 배우자에 대하여 혼인 중 취득한 재산의 분할을 청구하는 권리인데, 처의 가사노동을 정당하게 평가함으로써 이혼 후 생활공동체의 해소에 따른 재산관계를 헌법

로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다. 그러나 피상속인의 일신에 전속한 것은 그러하지 아니하다.

144) 민법 제975조

145) 송덕수, 「민법총칙」 제2판, 박영사, 2013, 92면; 1842면; 지원림, 「민법강의」 제7판, 홍문사, 2009, 1842면; 이덕환, 「민법총칙」, 율곡미디어, 2012, 80면

146) 민법 제404조 (채권자대위권) ①채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다.

제36조의 양성평등의 이념에 어긋나지 않게 청산하고, 아울러 이혼 후 경제적 자립 능력이 없는 배우자를 부양함으로써 이혼의 자유를 실질적으로 보장하기 위해 인정된 가족관계에 기초한 법정채권으로서,[147] 재산분할청구권 자체로는 대위권의 목적이 될 수 없으나, 협의 또는 재판에 의하여 구체적인 청구권으로 되었다면 대위의 객체로 될 수 있다고 보는 것이 일반적이다.[148] 재산분할청구권 자체가 대위권의 목적이 될 수 없다고 보는 이유는 재산분할청구권의 부양적 요소를 강조한 것인데 부양적 요소는 일신전속적 성격을 가지기 때문이다.[149]

이러한 두 종류의 일신전속권은 반드시 구별되어 한 가지 성격만을 가지는 것은 아니다. 즉 두 종류의 일신전속권은 대개는 일치하지만, 일치하지 않는 경우도 존재한다. 예를 들면 위자료청구권은 행사상의 일신전속권에 속하지만, 권리자가 행사할 뜻을 표시한 후에는 상속될 수 있다[150]고 보기 때문에 상속에 관하여는 귀속상의 일신전속권이 아닌 것이 된다.

한편 비전속권은 양도성과 상속성이 있는 권리를 말하며, 대부분의 재산권은 비전속권에 속한다.

---

147) 지원림, 「민법강의」 제7판, 홍문사, 2009, 1772면

148) 지원림, 「민법강의」 제7판, 홍문사, 2009, 1782면

149) 참고적으로 우리 대법원은 1999. 4. 9. 선고 98다58016 판결에서 “이혼으로 인한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의하여 그 구체적 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확·불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생하였다고 할 수 없으므로 이를 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 없다.”고 하여 재산분할청구권을 보전하기 위하여 채권자대위권을 행사할 수 없다고 하였다.

150) 우리 대법원은 1976. 4. 13. 선고 75다396 판결에서 “위자료청구권은 생명·신체 등 피해자로부터 제3자에게 양도할 수 없는 법익의 침해에 의하여 생긴 것이지만, 그러한 법익의 침해로 인하여 생긴 위자료청구권은 재산적 손해의 배상청구권과 구별하여 그 상속성·양도성을 부인할 이유가 없는 바이므로, 원심이 본 건 정신적 고통에 대한 위자료청구권의 일신전속성을 인정하지 아니하고 그 양도를 유효한 것으로 본 판단에는 무슨 위법이 있을 수 없다.”고 판시하였다.

Ⅲ. 중재합의와 일신전속권

중재합의를 개인적 권리로 파악하여 일반적인 채권양도에 관한 원칙이 적용될 수 없다는 주장은 일신전속권의 속성 중 양도성 또는 대위성이 없다는 부분을 강조한 것으로 보인다. 일신전속권의 속성은 양도성, 상속성, 대위성과 관련되어 있으며, 양도성과 상속성은 타인에게 귀속될 수 없다는 측면에서 보면 동일한 개념으로 볼 수 있다. 그렇다면 중재합의가 양도성 또는 대위성이 없는 것으로 파악할 수 있을 것인가? 이에 대한 판단을 위해서는 일신전속권이 양도성 또는 대위성을 가지지 않는다는 것은 어떠한 점에 근거하는지에 대해 살펴보아야 한다.

일신전속권이 양도성 또는 대위성을 가지지 않는 이유는 권리가 고도의 인격성을 가지거나, 채권자와 채무자 사이에 높은 밀접성이 요구되기 때문이다. 따라서 이러한 고도의 인격성이나 밀접성이 없거나, 최초에는 있었으나 후에 소멸한 경우에는 일신전속적 성격이 없다고 보아야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 재산분할청구권은 가족관계에 기초한 법정채권으로서, 재산분할청구권 자체로는 대위권의 목적이 될 수 없으나, 협의 또는 재판에 의하여 구체적인 청구권으로 변경되었다면 대위의 객체로 될 수 있다고 보는 것이 일반적인 견해인데 이는 재산분할청구권이 일신전속적 성격을 가진 것이지만 후에 구체적인 청구권으로 성립되었을 경우에는 고도의 인격성이나 밀접성이 탈락되었다고 보기 때문이다. 우리 대법원이 행사상의 일신전속권인 위자료청구권에 대해서 권리자가 행사할 뜻을 표시한 후에는 상속될 수 있다고 본 이유도 동일하다. 요컨대 권리의 일신전속성은 불변하는 것이 아니며, 상황에 따라 그 일신전속성이 탈락될 수도 있다는 것이다.

이와 같은 분석을 기초로 중재합의의 일신전속성에 대해 검토하자면, 우선 중재합의가 고도의 인격성을 가진다고 보기에는 무리가 있다. 고도의 인격성이란 주로 채권자와 채무자 사이의 신분관계에 기초하여 성립

되는 권리들이 지니는 성격으로서 가족관계, 친족관계가 대표적인 예이다. 중재합의 당사자가 반드시 가족관계 등의 신분관계를 가지는 것은 아니기 때문에 고도의 인격성을 가진 귀속상의 일신전속권이라고 볼 수는 없다. 그렇다면 중재합의의 채권자와 채무자[151] 사이에 밀접한 관련성이 있어 원 당사자들만이 중재를 요구할 수 있고, 이에 따라야 한다고 볼 수 있을 것인가? 예를 들면 주된 계약의 채권자가 채권을 양도한 경우 채무자가 양수인에 대해 중재합의의 존재를 이유로 중재를 요구하는 것은 주된 계약의 채권자와 채무자 사이의 밀접한 관계에 비추어 불가능하다고 보아야 할 것인가라는 문제이다. 반드시 그렇게 볼 수는 없다. 왜냐하면 주된 계약을 체결한 채권자와 채무자가 중재합의를 체결한 의도는 그 계약에서 어떠한 분쟁이 생겼을 경우 이를 중재에 의해 해결하고자 하는 것이며, 그 분쟁이 주된 당사자들 사이에서 생긴 것으로만 한정하여 중재로 해결하려는 의도는 아닌 것으로 보아야 하기 때문이다.

물론 이에 대해서는 중재합의가 주된 계약의 원 당사자들 사이에서만 한정적으로 체결되는 경우도 있을 수 있으며, 중재합의에 특정 중재인을 한정한 경우 분쟁의 당사자가 달라지면 중재합의를 한 원 당사자들의 의도가 왜곡될 수 있다는 반론이 있을 수 있다.[152] 그러나 그러한 사정이 있다고 하더라도 중재합의는 오히려 분쟁해결의 편의와 비용절감과 같은 장점으로 인해 제도적으로 도입된 것이므로 일신전속적인 것으로 볼 수 없다고 보는 것이 더욱 타당한 것으로 판단된다.[153]

---

151) 중재합의에 의해 중재를 요구할 권리를 가진 자와 중재에 따를 의무가 있는 자를 말한다.

152) Landrove, p. 39에 따르면 중재합의에 특정 중재인을 지명한 경우 양수인에게는 중재를 거부할 수 있는 권리를 부여하거나 최소한 다른 중재인을 지명할 수 있는 권한을 부여하여야 한다고 하며, 그 이유는 중재당사자와 중재인의 관계는 신뢰에 기반을 두어야 함을 들고 있다.

153) Girsberger/Hausmaninger, p. 141, 한편 Girsberger, p. 388은 중재는 객관적 목적에 의해 정형적으로 선택되는 것이지, 계약 파트너의 동일성에 의해 선택되는 것은 아니기 때문에, 국제적인 맥락에서 중재합의가 계약상대방을 고려한 계약(*intuitu personae*)이 되는 것은 거의 예가 없을

따라서 중재합의는 원칙적으로 일신전속적 성격을 지닌 것이 아니며, 주된 계약 또는 중재합의에서 일신전속적 성격을 가지는 것으로 약정하였거나(non-waived confidentiality provision[154]), 공서의 개입으로 인해 중재합의의 이전이 불가능할 경우 등 극히 예외적인 경우에만 일신전속적 성격을 가진다고 보는 것이 옳을 것이다.[155]

것이라고 한다.

154) 당사자들이 일신전속적 성격을 포기할 수 없는 합의라는 의미이다.

155) 그 밖에 중재합의가 일신전속적인 것으로 간주되는 경우로서 특정 상품시장 등 매우 한정된 전문 영역에서의 중재합의를 그 예로 들고 있기도 하다. Landrove, p. 41

제 5 절 중재합의의 권리성과 의무성

Ⅰ. 서언

중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 보아 양수인에게 자동적으로 이전한다는 논리에 반대하는 입장에서 내세우는 논거 중 하나는 중재합의는 권리이기는 하지만 의무[156]를 창설하는 권리이므로, 채권양도에 적용되는 원칙에 종속될 수 없다는 것이다.[157] 중재합의의 당사자는 중재합의의 내용에 따라 신속한 중재절차의 진행을 위하여 협력할 의무를 부담하는데 이러한 의무가 일반적인 의무와는 다른 특징을 가지는 것인지를 검토할 필요가 있다.

Ⅱ. 중재합의의 효력과 당사자의 협력의무

권리란 법에 의해 권리주체에게 주어진 일정한 구체적 이익을 누릴 수 있는 힘을 말하며,[158] 의무란 일정한 행위를 하여야 할 또는 하지 않아야 할 법률상의 구속을 말한다. 일정한 행위를 하여야 할 의무를 작위의무라고 하고 하지 않아야 할 의무를 부작위의무라고 하는데, 부작위의무는 단순 부작위의무와 수인의무로 나누어진다.[159] 의무는 일반적으로 권리에 대응하는 개념이다. 즉 어떠한 권리가 있으면 그에 상응하여 의무가 존재하는 것이다. 하지만 권리와 의무가 항상 상응하는 것은 아니다. 즉 권리만 있고 의무는 없는 경우[160]도 있고 의무만 있고 권리는 없는 경우[161]도 있다.

---

156) 분쟁을 법원에 제소하여 해결하는 절차를 취해서는 안 될 의무를 말한다.
157) Girsberger/Hausmaninger, p. 139
158) 이 견해는 법력설의 견해인데 권리의 본질에 관하여 역사적으로는 의사설, 이익설 등이 주장되기도 하였다.
159) 지원림, 「민법강의」 제7판, 홍문사, 2009, 36면
160) 예를 들면 민법상의 계약해제권은 형성권으로서 이에 대응하는 의무는 없다.
161) 예를 들면 민법 제755조상의 책임무능력자의 감독의무는 의무만 있고 권

한편 중재합의의 소극적 효력은[162] 당사자들이 중재합의를 한 사항에 관하여 소송이 제기되었을 경우 법원은 일방당사자의 청구에 따라서 분쟁을 중재에 회부하여야 하는 것을 말하며, 적극적 효력[163]은 분쟁을 중재절차에 회부하여 해결할 수 있는 효력을 말한다.

그러나 권리와 의무의 측면에서 소극적 효력은 의무의 측면이며, 적극적 효력은 권리의 측면인 것은 아니다. 오히려 중재합의의 적극적 효력에 대응한 당사자의 협력의무가 중재합의의 의무성과 관련성과 관련된 것이다. 즉 중재합의의 적극적 효력에 대응하여 중재합의의 당사자는 중재합의의 내용에 따라 신속한 중재절차의 진행을 위하여 협력할 의무를 부담하는데, 이를 당사자의 협력의무라고 하며,[164] 독일연방대법원 판결[165]에 의해 인정된 바 있다.

이러한 당사자의 협력의무는 일반적인 실체법상의 의무와 다른 특징을 가지고 있는가? 이와 관련해서는 협력의무가 실체법상의 의무로서 일방 당사자가 이를 불이행할 경우 법원이 강제할 수 있는지가 문제되며 견해가 나뉜다.[166]

먼저 긍정설은 관할합의의 경우와 달리 중재합의의 당사자들은 중재합의를 이행할 의무, 즉 중재절차의 실행을 가능하게 하고 촉진하기 위하여 필요한 행위를 하고, 중재인의 판정 또는 기타 분쟁의 해결을 위태롭게 하는 행위를 하지 않을 실체법상의 의무를 부담하므로, 일방당사자가 중재합의의 이행을 거부하면 상대방은 법원에 강제이행 또는 의무위반에 대한 손해배상을 청구할 수 있다고 본다.

이에 반해 부정설은 협력의무는 법원에 의해 이행을 강제할 수 없는

리는 없는 경우이다.

162) 소송배제적 효력 또는 직소금지의 효력이라고도 한다.

163) 절차법적 효력이라고도 한다.

164) 석광현, 국제상사중재법연구, 126면

165) NJW(1988), 1215

166) 석광현, 국제상사중재법연구, 126면

성격의 것이라는 점에서 엄밀하게는 의무가 아니라, 소송상 필요하기는 하지만 그 행위를 할 것인지의 여부는 당사자의 재량에 맡겨져 있는 이른바 '소송상의 부담'(prozessuale Last)일 뿐이라고 한다. 이 견해는 협력의무는 어떠한 실체적 의무를 의미하는 것이 아니라 단지 양도된 청구권의 객관적 성격이 변경되지 않도록 하기 위해, 누구도 그 자신이 가진 것 이상의 권리를 양도할 수 없다(nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet)는 원칙을 위반하지 않는 모든 유효한 채권양도에는 반드시 포함되어야 할 절차적 약속(undertaking)에 불과하다고 한다.[167]

생각건대, 중재합의에 있어 당사자의 협력의무는 일반적인 실체법상의 의무와는 다르다고 보아야 할 것이다. 먼저 중재합의에 있어 당사자들이 가지는 권리와 협력의무는 그 내용이 실질적으로 동일하다는 측면에서 일반적인 실체법상의 권리·의무와는 다르다. 중재합의가 당사자들에게 분쟁을 중재절차에 회부하여 해결할 수 있는 권리와 중재에 협력할 의무를 부여한다는 의미에서 중재합의는 편무계약이기 보다는 쌍무계약에 가깝다. 그러나 중재합의의 권리와 의무는 당사자 일방과 타방이 나누어 가지는 것이 아니라 양 당사자가 동시에 권리와 의무를 가지게 되는 것이라는 점에서 일반적인 쌍무계약과는 차이를 보인다. 즉 쌍무계약에서의 채권·채무는 그 성격 내지 내용이 다르다. 예를 들면 매매의 경우 매도인은 대금지급청구권이라는 권리를 가지면서 동시에 목적물 인도의무를 부담하는데, 대금지급청구권과 목적물 인도의무는 그 성격 내지 내용이 전혀 다른 것이다. 그러나 중재합의의 경우 양당사자가 모두 중재에 회부할 권리를 가지며, 동시에 중재에 협력할 의무를 가지며 양자는 그 성격 내지 내용이 동일하다고 볼 수 있다.[168]

다음으로 채권양도와 중재합의의 양도[169]는 구조적 차이가 존재한다.

---

167) Landrove, p. 27 이하

168) Girsberger, p. 387도 "중재합의의 일부를 구성하는 의무들은 단지 분쟁이 중재에 의해 해결되게 하는 권리를 반영하고 양수인에 대한 어떤 실체적 의무를 포함하는 것은 아니다."라고 하여 같은 견해이다.

쌍무계약에서 발생한 채권이 양도된 경우 양수인은 그 채권만을 이전받는 것이며 그 채권에 대응하는 채무까지 이전받는 것은 아니다. 다만 채권은 동일성을 유지하며 이전되기 때문에 채무자가 양도인에 대하여 가지고 있던 항변권이나 이의권도 그대로 양수인에 대해 존속하게 된다. 이에 반해 중재합의의 경우 권리는 곧 의무를 말하는 것으로서 이를 분리하여 권리만을 양도한다는 것은 개념상 불가능하다.

Ⅲ. 소결

중재합의는 권리뿐만 아니라 의무도 포함하는 것이므로 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 보아 양수인에게 자동적으로 이전하는 것으로 볼 수는 없다고 주장하는 입장은 또 다시 두 가지 견해로 나뉘는데, 그 하나는 중재합의에 있어서 이러한 의무의 존재는 양수인이 그러한 의무들에 구속되는 것에 대해 동의하지 않는 한 양수인에게 중재조항의 어떠한 유효한 이전도 배제한다고 주장하며,[170] 다른 하나는 전체 계약의 이전과 유사하게, 중재합의의 이전은 채권양도에 연루된 모든 당사자들 즉 양수인과 채무자의 명시적 동의를 요구한다고 주장하고 있다.[171] 이러한 주장은 중재합의를 채권에 부수하는 권리로만 파악해서는 안 되며, 분쟁을 법원에 제소하지 않아야 할 의무도 발생시키는 것이며, 따라서 채무인수적 측면도 있으므로 이를 고려하여야 한다는 뜻으로

---

169) 물론 채권양도 없이 중재합의만을 양도한다는 것은 상정할 수 없는 예이므로 여기서의 논의는 개념적 분석이다.

170) F.2d 8, 9 - 10 (2d Cir. 1985)은 "뉴욕법 아래에서 채권 양수인은 중재에 따라야 할 의무를 포함하여 계약에서의 의무에 구속되는 것에 명백히 동의하지 않는 한 양도인의 의무에 구속되지 않는다."고 하였다. Girsberger /Hausmaninger, p. 139

171) Schricker, Zur Geltung von Schiedsverträgen bei Anspruchsabtretung, Festschrift für Karlheinz Quack(1991), p. 103; Schopp, Die Abtretung im Schiedsgerichtsverfahren, Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen [KTS](1979), p. 259; Girsberger/Hausmaninger, p. 139

판단된다.

생각건대, 채권양도 시 중재합의를 채권에 부수하는 권리로 파악하여 양수인에게 당연히 이전한다고 보는 것은 중재합의의 일 단면인 중재에 회부할 권리만을 염두에 둔 것이며, 협력의무라는 의무의 측면을 제대로 평가하지 못하고 있다는 것에 이론을 제기할 수는 없다고 본다.[172] 그러나 의무의 측면만을 강조하여 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치지 못한다고 보는 것도 타당한 결론은 아니다. 위에서 본 바와 같이 중재합의는 당사자의 협력의무를 포함하고 있는 것이지만 그 권리와 의무는 실질적으로 동일한 것이며, 권리만의 양도는 개념적으로 불가능한 것이라고 보아야 할 것이다. 즉 중재합의는 의무도 포함하고 있는 것이지만 그것은 권리와 실질적으로 동일한 것이며 권리와 분리될 수도 없는 것이므로, 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부를 결정함에 있어서는 중재합의의 의무적 측면은 결정적 요인으로 고려할 필요는 없다고 보는 것이 타당할 것이다.

---

172) 이러한 측면은 중재합의를 채권에 부수하는 권리로 이론 구성하여 양수인에게 당연히 이전한다고 보는 견해에 대한 강력한 반대논거이기도 하다. Girsberger/Hausmaninger, p. 140

제 5 장 중재합의의 방식과 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위

제 1 절 중재합의의 서면성(agreement in writing)

Ⅰ. 서언

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위를 판단하기 위해 필요한 또 하나의 요소는 중재합의의 서면성이다. 채권양도 시 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 파악하여 양수인에게 당연히 이전한다고 볼 경우 양수인과 채무자는 중재합의의 원 당사자인 양도인과 채무자의 경우와는 달리 서면에 의한 중재합의 없이 중재합의의 효력을 받게 되는데, 이러한 점은 중재합의에 서면성을 요구하는 목적과 상충될 수 있는 것이므로 면밀한 검토를 요한다.

Ⅱ. 서면성의 요구목적

중재합의는 반드시 서면으로 작성되어야 한다는 것은 중재합의의 방식 중 가장 중요한 것이다. 그 이유는 분쟁해결에 대한 국가의 책임에 있다. 분쟁이 발생할 경우 자력구제를 원칙적으로 금지하고 국가가 그 분쟁을 해결하여야 한다는 것은 가장 기본적인 근대적 법원칙 중의 하나이다. 중재합의는 이러한 근대적 법원칙을 수정하여 당사자들 간의 분쟁의 해결을 국가가 아닌 사인에게 맡기는 특수한 형태의 계약이므로 먼저 그 계약이 진실한 것인지를 확인할 수 있을 것을 요구하게 되었다. 또한 계약 당사자들이 중재합의가 가지는 중요성을 명백히 인식하게 할 필요성도 요구되었다. 이러한 요구를 충족시키기 위해 국가는 중재합의에 엄격한 형식성을 요구하게 되었으며 그것이 바로 중재합의는 반드시 서면

으로 작성되어야 한다는 것이었다.

Ⅲ. 중재합의의 서면성에 대한 입법례

1. 각국의 입법례

현재 대부분의 국가는 중재합의의 방식으로 서면성을 요구하고 있다. 하지만 스웨덴, 프랑스와 같이 서면성을 요구하지 않는 입법례도 있다.[173]

2. 국제협약

국제협약에서도 서면성을 요구하는 경우가 대부분인데 그 대표적인 것이 뉴욕협약이다. 뉴욕협약은 제2조 제2항에서 아래와 같이 중재합의의 방식에 대해 규정하고 있다.

The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.(서면에 의한 중재합의란 당사자들에 의해 서명되었거나, 서신 또는 전보교환 속에 포함된 주된 계약 속의 중재조항 또는 중재합의를 포함한다.)

위 뉴욕협약 제2조 제2항의 해석을 둘러싸고 다양한 논의가 있는데 그 중 대표적인 것이 중재합의 형식의 제한적 열거여부이다. 즉 위 조항을 문리적으로 해석할 경우 중재합의는 ① 당사자들이 서명한 주된 계약에 들어 있는 중재조항, ② 주된 계약과 별도의 중재합의로서 당사자들의 서명이 있는 것, ③ 서신이나 전보의 교환 속에 포함된 주된 계약에

173) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 46면, 프랑스의 경우는 국제중재의 경우에 서면성을 요구하지 않는다.

들어 있는 중재조항, ④ 서신이나 전보의 교환에 의하여 별도로 체결된 중재합의로 구별할 수 있는데 이러한 네 가지 모습은 중재합의의 형식을 제한적으로 열거한 것인지, 예시적으로 열거한 것인지가 문제된다. 만일 제한적 열거로 본다면 뉴욕협약 회원국은 자기 나라의 입법으로 위 형식과 다른 중재합의의 형식을 창설할 수 없으며, 다른 형태의 중재합의는 그 효력이 부정된다고 보게 될 것이며, 예시적 열거로 본다면 협약이 규정한 형식과 다른 형식의 중재합의도 유효하다고 보게 될 것이다. 이에 대해서는 제한적 열거로 보는 데에 견해가 일치하고 있다.[174]

뉴욕협약 외에 유럽협약도 제1조 제2항 a호에서 중재합의의 서면성에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

the term “arbitration agreement”shall mean either an arbitral clause in a contract or arbitration agreement, the contract or arbitration agreement being signed by the parties, or contained in an exchange of letters, telegrams, or in a communication by teleprinter and, in relation between States whose laws do not require that an arbitration agreement be made in writing, any arbitration agreement concluded in the form authorized by these laws.(중재합의란 당사자들에 의하여 서명되거나, 서신.전보.전신의 교환 속에 포함된, 주된 계약에 포함된 중재조항 또는 중재부탁합의, 그리고 법에 서면성을 요구하지 않는 국가에 관하여는 그 법에 의하여 인가된 형식에 따라 이루어진 중재합의를 말한다.)

3. 우리 중재법

우리 중재법 제8조도 아래와 같이 중재합의의 서면성에 대해 규정하고 있다.

---

174) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 48면

① 중재합의는 독립된 합의 또는 계약에 중재조항을 포함하는 형식으로 할 수 있다.
② 중재합의는 서면으로 하여야 한다.
③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 서면에 의한 중재합의로 본다.
1. 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함된 경우
2. 편지, 전보(電報), 전신(電信), 팩스 또는 그 밖의 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함된 경우
3. 어느 한쪽 당사자가 당사자 간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이에 대하여 다투지 아니하는 경우
④ 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 본다. 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우로 한정한다.

우리 중재법 제8조 제3항이 규정하고 있는 서면성의 예는 제한적 열거가 아닌 예시적 열거로 본다. 이는 UNCITRAL 모델법 제7조 제2항의 형식과 유사한 것이다. 우리 중재법 제8조 제3항의 서면성의 예는 뉴욕협약과는 다른 형식으로 규정되어 있는데 예시적 열거로 보므로 우리 중재법이 허용하는 중재합의의 형식은 뉴욕협약의 형식보다 범위가 넓다. 따라서 우리 중재법상 유효한 중재합의라도 뉴욕협약상으로는 무효가 될 수 있다.[175]

Ⅳ. 서면에 의하지 않은 중재합의의 효력

1. 일반적 효력

서면에 의하지 않은 중재합의는 무효이다.[176] 다만 중재합의에 서면

175) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 49면
176) 다만, 서면성을 요구하는 국가인 프랑스에서도 중재부탁계약의 경우에는 서면성을 중재합의의 존재에 관한 증거의 문제로만 파악한다. 즉 이미 발생한 분쟁에 관한 중재합의의 경우에는 서면성 요건을 완화하여 파악한다. 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 47면

성을 요구하지 않는 국가에서는 서면성을 중재합의의 존재에 관한 입증의 문제로 파악한다. 그러나 서면성 요건을 충족했다하더라도 각국의 강행법규에 의해 중재합의의 효력이 부정되는 경우도 있다. 예를 들면 우리 약관의 규제에 관한 법률 제6조에 따라 중재합의가 약관에 포함되어 있었으나, 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항이라고 판단될 경우에는 그 중재합의는 무효가 된다.

2. 채무자가 이의 없이 중재에 응한 경우의 서면성 요건의 면제 가능성

서면성 요건과 관련하여 채권양도 시 양수인이 중재신청을 하고 채무자가 이의를 제기하지 않고 그 중재에 응하였다면 서면성 요건을 구비하였다고 볼 수 있을지가 문제된다. 이는 제3장 제4절 Ⅱ.에서 논의한 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결과 관련된 내용인데, 서면성과 관련된 판례의 요지는 다음과 같다.[177]

뉴욕협약 제4조 제1항은 중재합의가 제2조에 정한 '서면에 의한 중재합의(agreement in writing)'일 것을 요구하고 있고, 제2조 제2항은 서면에 의한 중재합의란 "당사자들에 의하여 서명되었거나 서신(letter) 또는 전보(telegram) 교환 속에 담긴, 주된 계약 속의 중재조항 또는 중재합의를 포함한다."고 규정하고 있으므로, 이 사건 중재신청을 전후하여 원고와 피고 사이에 교환된 업무연락서류, 중재관련서류 등에 의하여 중재합의가 확인된다는 특별한 사정이 없는 한, 원고가 베트남 상사중재원에 중재판정을 신청하고 이에 대하여 피고가 아무런 이의를 제기하지 아니함으로써 일종의 묵시적인 중재합의가 이루어졌다 한들 이를 뉴욕협약 제2조에 정한 유효한 중재합의라고 볼 수는 없고(밑줄은 필자가 추가함), 뉴욕협약에 정한 유효한 중재합의의 존부가 다투어지는 경우에는 뉴욕협약 제4조에 정한 방식의 증거방법에 의하여 그 존재사실을 증명할 수 있을 뿐이라는 점에 비추어 보더라도, 뉴욕협약의 적용이 문제되는 이 사건에 있어서 위와 같이 원고가 중재판정을 신청하고 이에 대하여 피고가 아무런 이의를 제기하지 않았다는 점을 들어 유효한 중재합의가 있

177) 자세한 사실관계는 제3장 제4절 Ⅱ. 참조

었다고 본 원심의 판단은 잘못이라고 하지 않을 수 없다.

즉 대법원은 원고가 중재신청서에서 중재합의의 존재를 주장하고 피고가 답변서에서 이를 다투지 않았다 하더라도 뉴욕협약상의 서면요건을 구비하지 못하였다고 본 것이다.[178] 한편 모델 중재법 제7조 제2항은 "신청서와 답변서의 교환에 의하여 일방 당사자가 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 아니하는 경우" 서면요건이 구비된 것으로 보는데 모델 중재법이 정한 바와 같이 신청서와 답변서의 교환에 의하여 일방 당사자가 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 않은 경우가 과연 뉴욕협약이 말하는 서신의 교환 속에 담긴 중재합의라고 볼 수 있는지에 대해서는 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 대립하는데 위 대법원 판결은 이를 논의하지 않았다.

이 사건과 같이 중재신청 전까지 서면에 의한 중재합의가 없었더라도, 일방당사자가 중재신청을 하고 상대방 당사자가 그에 응하여 답변서를 제출하는 등 적극적인 행위를 하였다면 비록 서면에 의한 중재합의는 없었다고 하더라도 금반언(estoppel)의 법리에 의하여 상대방 당사자는 그 후 유효한 중재합의의 존재를 부정할 수 없다는 견해가 있다.[179]

서면성 요건을 완화하려는 현대 중재법의 경향에 따라 위와 같이 상대방 당사자가 중재절차에 참가한 경우에는 서면성 요건의 흠결을 주장할 수 없다고 보는 것이 옳을 것이다.

---

178) 이와 같은 대법원의 태도에 대해 가능한 한 서면성을 완화하려는 요즈음의 추세에 비추어 이렇게 엄격하게 해석하는 것이 타당한지 의문이라는 견해가 있다. 석광현, 국제상사중재법연구, 368면

179) 석광현, 국제상사중재법연구, 367면, 금반언의 법리가 적용됨에 있어서도 금반언은 국내법에 따른다는 견해와 뉴욕협약상 금반언의 법리가 포함되어 있다고 보는 견해가 대립하고 있으며, 후자가 다수설의 입장이라고 한다.

제 2 절 중재합의의 서면성과 중재합의의 주관적 효력 범위

Ⅰ. 채권양도와 중재합의의 서면성 요건

채권양도 시 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 자동으로 이전된다는 원칙에 반대하는 견해는 그것이 대부분의 국가가 요구하고 있는 중재합의의 서면성 요건을 위반할 수 있다고 주장한다.[180] 즉 채권양도 시 중재합의가 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 자동적으로 양수인에게 이전한다고 보는 것은 중재합의의 새로운 당사자라고 볼 수 있는 양수인이 중재에 합의하였다는 것을 확실하게 담보할 수 있는 엄격한 요식성의 요구를 위반할 수 있다는 것이다.

이에 반해 중재합의의 자동이전을 찬성하는 견해는 서면성 요건은 단지 최초의 중재합의 체결 시에만 적용되고 그 이후에 이루어지는 어떠한 양도에도 적용되지 않으며, 서면성 요건의 목적은 양수인의 보호를 포함하지 않는다고 주장한다. 이와 같이 채권양도 시 중재합의가 양수인에게 자동적으로 이전한다는 원칙은 중재합의의 서면성 요건을 위반하지 않는다는 견해는 대부분의 국가의 법원이 취하는 견해라고 하는데,[181] 이들은 서면성 요구는 단지 최초 중재합의를 목표로 한 것이며 그 이후의 이전에는 적용되지 않는다는 것에 더해 서면성 요건의 목적은 중재합의의 이전이라는 사안에서는 고려될 수 있는 권한을 부여받지 못했다고 주장한다.[182] 이 견해는 최초 새롭게 체결되는 중재합의에 참여하는 당사자들과는 달리 양수인은 중재조항의 존재에 대해 문의할 수 있는 가능성을

---

180) Girsberger/Hausmaninger, p. 142

181) Girsberger, p. 391은 서면성 요건은 단지 최초 중재합의 체결의 당사자들에 대해서만 적용되는 것이지, 그 이후의 이전에는 적용되지 않는다는 것은 확립된 견해로 보인다고 한다.

182) Girsberger/Hausmaninger, p. 142

가지고 있기 때문에 기 존재하는 중재합의의 이전에 대해 충분히 인지할 수 있다고 주장한다.

Ⅱ. 채권 양수인에 대한 방식상의 보호부여 필요성 여부

구두로 합의되거나 묵시적으로 합의된 중재조항은 일반적으로 무효이다. 서면성 요구에 대한 침해는 당사자들에게 중재합의를 무효로 하거나 무효를 선언할 수 있는 권한을 부여하며, 중재판정 취소사유를 구성한다.

중재합의에 서면성을 요구하는 목적은 분쟁이 발생했을 경우 당사자들이 그 해결을 법원에 요구할 수 없게 되는 중재합의의 중대성 때문이다. 분쟁을 법원에 제소하여 해결할 수 있는 권리는 헌법상의 권리인데 이러한 기본권적 청구권을 제한하는 중재합의의 중대한 효력을 당사자들이 명확히 인식한 상태가 담보되어야만 중재합의는 제대로 기능할 수 있다는 것이다. 이처럼 중재합의의 진실성을 담보할 수 있는 수단으로 서면성을 요구하는 것이지만 서면성 요건이 절대적인 요건은 아니다. 즉 중재합의의 서면성은 엄격한 요건 아래에서 면제될 수 있는 것인데, 실제로 일부 법체계에서는 당사자가 자신의 공언 또는 거래상 선행관례에 의해 충분히 통지받았을 경우에 한정하여 서면성 원칙에 대한 예외를 인정하기도 한다.[183] 이는 중재합의의 진실성을 담보하는 수단이 서면에 한정되는 것은 아니며, 다른 수단에 의해 중재합의의 진실성이 확인된다면 서면성 요건은 면제될 수 있다는 뜻인데 중재합의의 서면성 요건을 요구하지 않고 단지 입증의 문제로 취급하는 국가가 존재하는 것을 보아도 알 수 있다.

채권의 양수인에게 이러한 서면성 요건이 적용되는지 여부, 바꾸어 말하면 중재합의의 방식상의 보호를 부여할 필요성이 있는지 여부는 이

183) Girsberger/Hausmaninger, p. 143은 독일민사소송법(Zivilprozessordnung, ZPO) 제1027조 제2항을 그 예로 들고 있다.

와 같이 서면성을 요구하는 목적과 그 면제가능성에 기준을 두고 검토해야 한다.

중재합의의 자동이전을 찬성하는 견해는 서면성 요건은 단지 최초 중재합의 체결 시에만 적용되고 그 이후에 이루어지는 어떠한 양도에도 적용되지 않으며, 서면성 요건의 목적은 양수인의 보호를 포함하지 않는다고 주장하고 있다.[184] 하지만 형식적으로 볼 때 서면성 요건은 최초의 중재합의와 그에 잇따르는 제3자에 대한 중재합의의 이전을 구별하지 않고 이에 따라 중재합의의 이전이 유효하기 위해서는 양수인이 중재합의의 이전에 대해 서면합의를 해야만 하는 것으로 보인다. 대부분의 법체계에서 확립된 중재합의에 대한 서면형식 요구는 그 형식상 최초 중재합의와 그 이후 제3자에 대한 중재합의의 이전을 구별하지는 않는다.[185] 따라서 양수인이 중재합의의 이전에 대한 서면 동의 없이 중재조항에 구속될 수 있다는 주장은 서면성 요건에 대한 명백한 위반이 될 수 있다.[186] 즉 채권양도 시 중재합의의 자동이전을 주장하는 각국 법원들의 견해와는 반대로, 그러한 자동이전은 중재합의에 참여하는 당사자들이 분쟁을 중재에 의해 해결하기로 하는 합의로부터 발생하는 결과들을 충분히 인식하게 하는 것을 담보하려는 서면성 요건의 목적을 침해하게 되는 것이다.

그렇다면 서면성 요건이 최초의 중재합의에만 적용된다는 주장도 설득력을 갖기 어렵다.[187] 즉 서면성을 요구하는 목적이 당사자들에게 중재합의의 중요한 효력을 인식하게 하려는 것인데 양수인은 어떤 이유로 최초 중재합의에 참여한 원 당사자들보다 덜 보호받아야 하는지에 대한 설득력 있는 논거가 없다. 단지 양수인이 중재조항에 대해 인식하고 있다는 것은 당사자가 서면성 요건의 보호이익을 가져야 하는지, 가지지

184) Girsberger/Hausmaninger, p. 144
185) Girsberger/Hausmaninger, p. 144
186) Girsberger/Hausmaninger, p. 143
187) Girsberger/Hausmaninger, p. 144

말아야 하는지를 결정하는 요인은 아니기 때문에 양수인이 기 존재하는 중재조항에 대해 문의하고 조사할 수 있었다는 가능성을 가지고 있다는 사실은 양수인에게 방식상의 보호를 부여할 것인지를 결정할 수 있는 요인이 아니다. 오히려 위에서 언급한 바와 같이 양수인이 명시적으로 중재합의의 이전에 대해 동의하거나 거래상 선행관례에 의해 충분히 통지받았을 경우에 한하여 서면성 요건은 면제된다고 보아야 한다.[188]

결론적으로 다양한 국내 및 국제 중재합의 규범에서 정립된 서면성 요건의 목적은 양수인이 중재조항에 대한 서면 동의 없이 구속된다는 것을 반대한다고 보아야 한다. 중재합의에 대한 방식상의 보호는 채권 양수인에게도 그대로 적용된다고 보아야 하며 단지 채무자 보호 또는 중재를 옹호하는 강력한 공서양속(public policy), 금반언의 법리(estoppel) 등 서면성 원칙을 압도하는 다른 이익에 의해서만 극복될 수 있을 것이다.[189]

이런 입장에서 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게도 미치는지 여부를 판단해 보자면, 채권양도 시 양수인은 중재합의에 대해 알았거나 알 수 있었던 경우에는 중재합의에 구속된다고 보는 것이 옳을 것이다. 즉 양수인은 양도를 승낙하지 않거나 채무자와 함께 다른 분쟁해결 방법을 협상함으로써 중재합의를 포기할 수 있는 상태에 이를 수 있게 중재합의 존재에 대해 문의를 해 본 경우에 한하여 중재합의에 구속된다고 보는 것이 타당할 것이다.[190] 이것은 중재옹호의 정책적 측면에서 서면성 요건이 완화되는 경우라고 할 수 있다.

한편 이러한 해석과 관련하여 과연 정책적 측면에 의해 입법적으로 규정된 서면성 요건을 완화하는 것이 가능한 것인가에 대한 의문이 있을 수 있다. 그러나 현재 중재법에 규정되어 있는 서면성 요건은 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 논의까지 포섭하고 있다고는 보

188) 이는 위에서 설명한 금반언의 법리에 의해서도 설명될 수 있을 것이다.
189) Girsberger/Hausmaninger, p. 143
190) Girsberger, p. 391

기 어렵다. 따라서 가장 바람직한 해결책은 서면성 요건에 관한 규정을 보충하여 입법적으로 해결하는 것이며, 이 쟁점에 관한 명확한 규정이 없는 상태에서는 위와 같이 완화하여 해석할 수밖에 없다고 본다.

제 6 장 당사자 법적 지위 보호와 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위

제 1 절 서언

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위를 결정하기 위해 검토해야 할 또 하나의 고려요소는 당사자 법적 지위(legal position)[191]의 보장이다. 여기서 당사자란 중재합의의 원 당사자와 채권의 양수인을 말하는 것인데 양수인의 법적 지위 보장은 위에서 논한 중재합의의 서면성 요건과 관련된 논의에서 이미 살펴본 것이므로 이 장에서는 중재합의의 원 당사자의 법적 지위 보장에 대하여 살펴보기로 한다.

191) 여기서 당사자의 '법적 지위(legal position)'란 당사자가 가지는 권리·의무 및 예견가능성 등을 포함하는 의미이다.

제 2 절 채무자의 법적 지위 보호

Ⅰ. 채권양도에 따른 중재합의의 효력과 채무자의 법적 지위

채권양도 시 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 파악하는 견해는 양수인의 명시적 동의가 있어야 중재합의의 효력이 양수인에게 미친다고 보는 견해보다 채무자의 이익을 효과적으로 보호할 수 있다고 말할 수 있다. 채무자는 채권이 양도되었다 할지라도 자신이 가지는 중재합의상의 권리를 언제나 행사할 수 있기 때문이다. 즉 이른바 명시적 양도원칙(express assignment rule)은 주된 계약의 원 당사자들이 주된 계약에서 발생하는 분쟁을 중재에 의해 해결해야할 의무를 담보하지 않은 채 계약적 권리가 양도되는 것을 허용하고, 그에 따라 양도인이 그의 계약적 지위를 독자적으로 변경하는 것을 허용하는 것이므로 일정부분 채무자에게 해를 가할 수 있다는 것이다.[192]

그러나 중재합의가 자동으로 양수인에게 이전한다는 견해가 반드시 채무자의 법적 지위를 보장하는 것만은 아니다.

1. 자동양도원칙의 채무자 법적 지위 보장측면

중재합의의 자동이전을 지지하는 입장에서 가장 일반적으로 주장하는 논거는 채무자의 법적 지위를 보장할 필요성이다. 이 견해는 중재합의는 양도인에 의해 일방적으로 제거될 수 없는 권리들을 만들어 낸다고 주장한다.[193] 즉 양도인에게 채권을 그 기저에 위치하고 있는 중재조항 없이 양도하는 것을 허용할 경우 계약상 일방 당사자의 법적 지위는 타방 당사자의 일방적 행위에 의해 변경될 수 없다는 계약법 원칙을 위배하는 것일 수 있다는 것이다.[194] 양수인이 양도된 청구권에 대해 중재 대신

192) Girsberger/Hausmaninger, p. 145
193) Girsberger/Hausmaninger, p. 145
194) Girsberger/Hausmaninger, p. 146

소를 제기하는 것을 허용하는 것은 채무자에게는 손해가 될 수 있다. 왜냐하면 채무자는 애초에 소송을 시간과 비용이 많이 드는 분쟁해결 방법으로 여기고 이를 피하기 위해 중재를 택한 것이기 때문이다. 또한 그것은 일방 당사자에게 단지 제3자에게 청구권을 양도함으로써 주된 계약의 원 당사자들 사이에 체결한 중재합의의 효과를 완벽히 회피할 수 있는 기회를 부여하는 것일 수도 있다는 것이다.

2. 자동양도원칙의 채무자 법적 지위 저해측면

채권양도 시 중재합의가 자동으로 양수인에게 이전한다는 견해가 채무자의 법적 지위를 항상 보장하는 것이 아니라는 것은 다음과 같은 두 가지 사실을 살펴보면 알 수 있다.

첫째, 중재합의가 자동으로 양수인에게 이전한다는 것은 채무자에게도 불리할 수 있는 상황이 있을 수 있다. 이는 중재합의에 따라 채무자도 중재에 따라 분쟁을 해결해야 할 의무를 부담하기 때문인데 특히 국제적인 분쟁해결 절차에서 그 예를 찾아볼 수 있다. 즉 국제적 분쟁에서 균형 잡힌 중재절차를 위해 중재지를 중립적인 외국으로 하거나 중재에 적용될 준거법을 중립적인 외국의 법률로 지정하거나, 중재인을 중립적인 외국의 중재인으로 선정하기로 미리 합의하는 것은 이례적인 일이 아니다. 그런데 채권양수인이 그러한 중재합의에서 지정한 외국의 국민이거나 최소한 상거소를 두고 있을 경우 중재합의의 이러한 균형 잡힌 중립성은 오히려 채무자에게 불리할 수 있다.[195] 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 보는 견해가 채무자의 법적 지위를 보장할 수 있다는 논거를 내세우는 것은 이러한 상황을 간과하거나 무시한 측면이 있다.

둘째, 중재합의가 자동으로 이전한다는 견해는 중재합의가 권리와 의

195) Girsberger/Hausmaninger, p. 146

무의 복합체이기 때문에 주된 계약의 채무자는 중재합의의 측면에서 보면 동시에 채권자이기도 한 점을 간과하고 있다. 일반적으로 각 국의 법률은 채무인수에 채권자의 동의를 요구하는 경우가 많은데[196] 그 이론적 근거는 채권자의 동의 없는 채무자라는 당사자의 인적 대체에 대해 채권자의 동의를 요하지 않을 경우 채권자의 재정적 회복기회를 약화시킬 수 있다는 데 있다.[197] 즉 중재합의에 미리 비용을 지불한 경우 채무인수인의 지위에 있는 채권 양수인의 재정적 능력이 채권양도인의 재정적 능력보다 낮은 상태에 있다면, 채권자의 지위에 있는 주된 계약의 채무자는 중재합의에 미리 지불한 비용을 양수인으로부터 회복할 수 없게 될지도 모른다.

Ⅱ. 소결

채권양도 시 중재합의가 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 자동으로 이전한다는 견해는 양수인이 중재합의에 구속되는 한도 내에서는 채무자가 가지는 중재에 회부할 권리를 보장하는 측면이 있다는 것은 부정할 수 없다. 또한 중재합의의 자동이전이 채무자의 법적 지위를 저해할 수 있다는 측면도 부정할 수 없다. 하지만 채무자의 법적 지위를 저해할 수 있다는 가능성만으로는 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 보아 자동으로 이전한다는 견해에 대한 강력한 반대논거가 될 수는 없다고 본다. 양도법의 일반원칙상 양도인은 채무자의 동의 없이 자기의 채권을 양도할 수 있는데 그 이유는 채무자는 일반적으로 채권양도에 의해 손해를 입지 않기 때문이다.[198] 또한 자

196) 우리 민법도 채무인수는 채권자와의 계약 또는 채무자와의 계약으로 채무를 인수할 수 있다고 규정하면서 채무자와의 계약에 있어서는 채권자의 승낙이 있어야 그 효력이 있다고 규정한다. 민법 제453조, 제454조 참조

197) Girsberger/Hausmaninger, p. 146, 이러한 이론적 근거는 중재합의로부터 발생하는 채무의 인수에도 동일하게 적용될 수 있다.

198) 이에 따라 채무자의 법적 지위가 양도에 의해 저해될 경우에는 채무자는 그 양도에 구속되지 않는다고 보아야 한다는 견해도 있다. Girsberger/

동이전 견해를 지지하는 논거, 즉 양도인은 독자적인 행위에 의해 채무자의 법적 지위를 변경할 수 없어야 한다는 것은 그 자체로 양수인이 중재에 구속되어야만 한다는 것을 함의하는 것도 아니기 때문이다.[199] 따라서 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위를 논함에 있어 채무자의 법적 지위를 보장해야 한다는 요소는 반드시 고려되어야 하지만 그 자체가 중재합의의 효력이 양수인에게 미쳐서는 안 된다는 논거로 고려되어서는 안 될 것이다.[200]

Hausmaninger, p. 146, 그러나 채무자가 양도에 구속되지 않는다는 것은 양도 자체를 (상대적)무효로 볼 것이 아니라 우리 민법상의 해석과 같이 채권양도에 의해 채권은 그 동일성을 유지하면서 양수인에게 이전되며, 이에 따라 채무자가 양도인에 대하여 가지고 있던 항변권이나 이의권도 그대로 양수인에 대하여 존속하게 되므로 채무자의 법적 지위가 채권양도에 의해 악화되지 않는다고 새겨야 할 것이다. 다만 지명채권양도에 있어 채무자가 이의를 보류하지 아니하고 승낙을 한 때에는 양도인에게 대항할 수 있는 사유로써 양수인에게 대항하지 못한다.(민법 제451조 제1항 본문)

199) 이러한 측면에서 채권양도 시 중재합의가 자동으로 이전한다는 견해가 채무자 보호를 확실하게 보증하는 유일하고 가능한 해석이라고 하는 견해도 있다. Girsberger/Hausmaninger, p. 147

200) 채무자의 법적 지위를 보장하는 다른 방안으로 채권양도인을 계속하여 중재합의에 구속시키거나, 또는 채권양도인이 중재합의에 구속되기는 하지만 양수인이 중재합의에 구속되는 것에 동의할 경우에는 중재합의가 채권과 함께 양수인에게 이전한 것으로 보거나, 채무자가 중재를 할 권리를 상실할 경우 양도인에 대한 면책권(indemnity claim)을 부여하는 방안을 들고 있는 견해도 있다. Girsberger/Hausmaninger, p. 147

제 3 절 양도인의 법적 지위 보호

채권양도의 당사자인 양도인의 법적 지위도 중재합의의 주관적 효력 범위 논의와 관련되어 반드시 고려되어야 할 요소이다. 채권양도 시 중재합의가 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 자동으로 이전한다는 견해는 채권양도가 이루어지면 양도인은 중재합의의 효력에서 해방되어 더 이상 중재합의에 구속되지 않는다고 본다. 양도인이 단순한 채권양도만으로 중재를 해야 할 의무에서 벗어날 수 있다는 것은 양도인의 입장에서는 이익으로 볼 수 있다. 여기에서 더 나아가 채권양도 시 양도인은 중재를 해야 할 의무에서는 벗어나지만 중재에 회부할 권리는 계속 보유하고 있다고 볼 경우에는 양도인의 법적 지위는 더욱 더 강력하게 보호받게 된다.[201]

이러한 입장에서 보면 채권양도 시 중재합의는 양수인의 명백한 동의가 있는 경우에만 양수인에게 효력을 미친다는 견해는 양도인의 법적 지위를 저해하는 것으로 볼 수 있다. 중재에 의한 분쟁해결을 원하지 않는 양수인도 분명히 존재할 것이므로 그들이 동의하지 않을 경우 양도인의 입장에서는 계약적 권리의 양도의 자유를 제한받는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 실제로 일부 국가에서는 이러한 제한을 계약적 권리의 전체적인 이동성과 이전가능성에 대한 부당한 제한으로 간주한다.[202]

요컨대 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치지 않는다고 볼 경우 양도인의 법적 지위를 해하게 되는 것은 분명하므로 이러한 측면도 고려하여야 할 것이다.

---

201) 일부 국가의 법원은 실제로 이러한 견해를 취하고 있다. *Vainquer Corp. v. Lamborn & Co.*(S.D.N.Y, 1969), Girsberger/Hausmaninger, p. 147

202) Girsberger/Hausmaninger, p. 147

제 7 장 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법 결정

제 1 절 서언

위와 같이 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 통일적인 규정이나 판례 또는 법원칙이 정립되어 있지 않은 관계로 중재합의가 국내적 분쟁해결절차에 머무르지 않고 국제상사분쟁에 있어 중재합의가 있을 경우에는 준거법 결정이라는 또 하나의 복잡한 문제점에 봉착하게 된다. 국제상사분쟁에 있어 통일적 규정의 부재로 인한 이러한 불안정성은 국제상사중재의 활성화를 저해할 수 있는 것으로서 중재합의의 당사자에게 상당히 중요하다. 따라서 중재합의의 주관적 효력범위를 논의함에 있어서는 준거법의 검토가 반드시 필요하며, 통일적 규정의 제정 또는 통일적 원칙의 수립에 있어 반드시 고려되어야 한다. 아래에서는 우선 국제상사중재에 있어 준거법의 문제는 어떤 형태로 제기되는지를 살펴보고 특히 중재합의의 준거법에 관하여 심도 있게 검토하기로 한다.

제 2 절 국제상사중재에 있어 제기되는 여러 가지 준거법 문제

Ⅰ. 서언

국제상사중재는 중재합의, 중재절차 등 여러 가지 다양한 준거법의 문제가 제기된다.[203] 우선 국제상사중재에서 제기되는 준거법의 제 문제를 개관한 후 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위라는 문제는 어느 논의에 속하는지를 살펴보기로 한다.

한편 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 준거법 결정은 우선 그 성질결정(characterization)에서 출발해야 한다는 견해가 있는데[204] 이는 중재합의의 법적 성질을 중재합의의 준거법 결정과 연계하려는 논의와 유사하다. 즉 중재합의의 준거법 결정과 관련하여 우선 중재합의의 법적

---

203) 이에 관하여는 우선 석광현, 국제상사중재법연구, 39면 이하 참조, 국제상사중재의 개념에 관하여는 제1장 제1절 Ⅱ.연구범위 참조

204) Girsberger/Hausmaninger, p. 149는 다음과 같이 주장한다. 「법원 또는 중재재판소가 중재가능성 또는 중재합의의 범위와 효과 또는 중재합의의 해석의 문제점을 절차법적 문제로 성질 결정할 경우 그들은 법원은 외국의 실체법만을 적용할 뿐이지, 그 자신의 절차법을 사용한다는 일반적인 저촉법 원칙에 근거한 *lex fori*에 따라 법정지법을 적용할 것이다. 만일 이러한 쟁점들을 실체법적 문제로 성질 결정한다면, 법원 등은 계약법적 문제에 적용되는 저촉법 원칙을 적용할 것이다. 이러한 사례에서 선택된 저촉법적 접근방법은 이 쟁점이 양도가능성 또는 양도의 범위와 효과의 일종으로 간주되는지 또는 중재가능성 또는 중재합의의 범위와 효과의 일종으로 간주되는지에 따라서 여전히 다를 수 있다. 마지막으로 절차와 실체의 결합이라는 접근법이 적용될 경우, 관할권을 가지는 법역(competent jurisdiction)은 이러한 저촉법적 접근법 또는 그들의 결합적 방법을 사용할 수 있을 것이다.」, 또한 강수미 「중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법」, 중재연구 제16권 제2호(2006), 93면에서도 이러한 접근방법을 소개하고 있다.

성질을 결정하고 만일 소송행위라고 본다면 *lex fori* 원칙(이하 "법정지법 원칙"이라고 한다)[205]에 의해 법정지법을 적용하고, 사법상(私法上)의 계약으로 본다면 당사자 자치를 허용하거나 법정지의 국제사법을 통해 준거법을 결정한다는 견해가 있는데 중재합의의 법적 성질이 준거법 결정과 관련성이 있는 것은 사실이지만 필연적인 관계가 존재하는 것은 아니므로 중재합의의 법적 성질을 결정하고 그로부터 연역적으로 준거법을 도출하려는 시도는 적절하지 않다는 비판론도 있다.[206] 중재합의는 위에서 살펴본 바와 같이 소송상의 합의이지만 소송절차의 명확성과 안정성과는 관련이 없는 소송행위로서 합리적인 근거가 있을 경우 실체법 규정을 유추적용할 수도 있다고 본다면 중재합의의 법적 성질과 준거법 결정이 논리 필연적 관계가 아니라고 보는 비판론이 타당한 것으로 보인다. 그렇다면 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법 결정에 있어서도 법적 성질 결정이 우선해야 한다는 견해도 동일한 비판이 가능할 것이다. 따라서 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법 결정은 국제상사중재에서 제기되는 여러 가지 준거법의 문제 중 어떠한 논의에 포섭되는지를 결정하는 것이 더 옳은 방법이 될 것이다.

Ⅱ. 여러 가지 준거법 문제

---

205) 법정지법 원칙*(lex fori)*은 소송의 맥락에서 판결이 내려지는 방법에 관한 원칙이지 판결의 결과에 관한 원칙은 아니다. 법정지법 원칙의 구성요소 및 기능에 관해서는 Georgios Petrochilos, 「Procedural Law In International Arbitration」, Oxford University Press, 2004, p. 6 이하 참조

206) 석광현, 국제상사중재법연구, 113면 이하, 이 비판론은 그 논거로서 첫째, 중재합의의 준거법에 관하여 뉴욕협약과 같은 국제조약이 통일적인 연결원칙을 두고 있으므로 중재합의의 법적 성질로부터 준거법을 도출하는 태도는 제한적 의미밖에 없다는 점과 둘째, 중재합의의 법적 성질을 소송행위로 보더라도 중재법 또는 민사소송법이 규율하지 않는 사항은 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 준거법 또는 법정지의 실체법에 의하여 보충할 수밖에 없다는 점, 셋째, 소송행위의 개념에 관하여 견해대립이 있고 중재합의의 법적 성질결정도 그에 따라 달라질 수 있다는 점을 들고 있다.

1. 중재합의의 준거법

중재합의의 준거법에는 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법, 중재합의의 방식 또는 형식적 유효성의 준거법, 중재합의의 적극적 효력과 소극적 효력에 관한 준거법, 중재가능성의 준거법, 중재합의의 허용요건의 준거법 등이 있다.

2. 분쟁의 실체에 적용할 준거법[207]

분쟁의 실체의 준거법에는 분쟁의 실체의 주관적 준거법, 당사자들이 준거법을 지정하지 않은 경우 분쟁의 실체의 객관적 준거법 등의 논점이 있다.[208] 우리 중재법 제29조는 분쟁의 실체의 준거법은 당사자들이 지정한 법[209]에 따른다고 하여 당사자 자치를 인정하고 있다. 당사자들이 지정하지 않은 경우의 객관적 준거법의 결정은 입법례에 따라 차이가 있는데 대체로 중재판정부는 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하거나 적절하다고 판단하는 국제사법을 적용하여 준거법을 결정한다.[210]

3. 중재절차의 준거법(lex arbitri)[211]

---

207) 이에 대하여는 석광현, 국제상사중재법 연구, 145면 이하 참조

208) 주관적 준거법(subjective governing law)이란 외국적 요소가 있는 법률관계에 대한 준거법을 당사자가 선택했을 경우의 그 준거법을 말하며, 객관적 준거법(objective governing law)이란 외국적 요소가 있는 법률관계에 대한 준거법을 당사자가 선택하지 않은 경우 국제사법이 준거법으로 정하고 있는 준거법을 말한다. 주관적 준거법은 우리 국제사법 제25조 제1항과 같이 '선택'할 수 있다는 규정이 있을 경우에만 인정된다.

209) 이를 주관적 준거법이라고 한다.

210) 이와 같이 중재의 실체에 대한 객관적 준거법을 결정함에 있어서는 저촉규범에 의한 중개를 요하지 않는 방법도 있다는 점에서 국제소송에서의 객관적 준거법 결정과 구별된다.

중재절차에 적용될 준거법은 뉴욕협약 제5조 제1항 d호에 의하면 당사자가 지정한 법(주관적 준거법)에 의하고, 당사자가 지정하지 않은 경우 객관적 준거법으로 중재지법이 된다. 우리 중재법의 해석상 중재절차의 준거법에 관하여 당사자 자치는 인정되지 않지만 우리 중재법은 계약자유를 널리 인정하므로 실제로는 외국법을 중재절차의 내용으로 편입할 수 있으므로 중재절차를 자유로이 형성할 수 있다.[212]

4. 중재합의 당사자들의 능력에 관한 준거법

중재합의를 체결하는 당사자들의 권리능력과 행위능력에 관한 준거법의 문제이다. 능력에 관한 문제는 대륙법계에서는 신분의 문제로 이해하여 당사자의 속인법에 따라 결정하는 반면, 영미법계에서는 계약의 준거법의 문제로 이해한다.

5. 분쟁대상의 중재가능성의 준거법[213]

분쟁이 중재에 의해 해결될 수 있는 가능성에 관한 준거법의 문제이다. 이에 대한 논의는 중재단계별로 검토되어야 하는데, 집행단계의 경우에는 뉴욕협약이 규정을 두고 있으나[214] 항변단계, 중재단계에서는 명시적 규정을 두고 있지 않아 견해가 대립하고 있다.[215] 참고로 대부분

---

211) lex arbitri를 의미에 충실하게 중재의 준거법이라는 넓은 의미로 이해하기도 한다.

212) 즉 저촉법적 지정을 통해 외국법을 중재절차의 준거법으로 지정할 수는 없지만 실질법적 지정을 통해 외국법을 중재절차의 내용으로 편입하는 것은 허용된다는 것이다.

213) 이에 대한 자세한 논의는 Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, 「Arbitrability-International & Comparative Perspectives」, Wolsters Kluwer, 2009 참조

214) 뉴욕협약 제5조 제2항 a호

215) 중재가능성을 중재합의의 유효요건으로 보아 중재합의의 준거법에 따라

국가의 중재관련 법률은 중재가능성에 대한 일반적 규정을 두는 형식이 아니라 직접적으로 어떤 형태의 분쟁은 중재가능성이 있고 어떤 형태의 분쟁은 중재가능성이 없다는 형식을 취하고 있다.

6. 중재판정과 중재판정 취소의 준거법

중재판정의 준거법이란 중재판정의 성립, 효력과 방식 등에 관한 준거법을 의미하는데 뉴욕협약 제5조 제1항 e호는 중재판정의 취소에 관한 준거법을 결정하고 있다. 중재판정의 준거법도 동일하게 판단한다.

7. 중재판정의 승인 및 집행의 준거법

중재판정의 승인 및 집행에 관해서는 당사자가 승인 및 집행을 구하는 국가의 법이 준거법이 된다. 뉴욕협약이 적용될 경우에는 뉴욕협약이 준거법이 되지만 뉴욕협약이 적용되지 않을 경우에는 법정지법이 준거법이 된다.

중재가능성 여부를 판단해야 한다는 견해(중재합의의 준거법설), 중재가능성을 중재판정의 승인요건으로 보아 법정지법에 따라 중재가능성 여부를 판단해야 한다는 견해(법정지법설), 법정지법과 중재합의의 준거법을 중첩적으로 적용하여 중재가능여부를 판단해야 한다는 견해(중첩적 적용설) 등이 대립한다. 강수미, 「중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법」, 중재연구 제16권 제2호(2006), 99면

제 3 절 중재합의의 준거법

Ⅰ. 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법

중재합의의 성립과 유효성에 대한 분쟁이 있을 경우 그 준거법은 어떻게 결정되느냐에 대한 문제이다. 중재합의의 성립이란 중재로 분쟁을 해결하기로 하는 양 당사자의 의사의 합치를 말하며, 중재합의가 유효하기 위해서는 당사자가 권리능력 및 행위능력을 가져야 하고, 의사표시에 하자가 없어야 하며, 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않아야 하는 등의 요건을 구비하여야 한다.[216] 중재합의의 준거법을 논의하기 위해서는 중재절차의 단계별로 검토하여야 하는데, 뉴욕협약의 경우 집행단계에서의 중재합의의 준거법을 명시하고 있으므로 집행단계, 항변단계, 중재단계의 순서로 검토한다.

1. 집행단계

뉴욕협약이 적용되는 경우에 있어서는 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 따라 중재합의의 성립 및 실질적 유효성에 관한 준거법은 당사자들이 지정한 법에 의하고, 지정이 없을 경우 중재판정지국법에 의해 결정한다.

중재합의가 뉴욕협약 기타 국제조약의 적용을 받지 않는 경우의 준거법에 관하여는 견해가 대립한다.[217] 법정지의 국제사법에 의하여 준거법

---

216) 석광현, 국제상사중재법연구, 115면, 중재합의의 해석도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법에 따를 것이라고 한다. 한편 강수미, 「중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법」, 중재연구 제16권 제2호(2006), 96면은 중재합의의 의사표시에 하자가 없어야 한다는 요건과 중재합의의 당사자가 능력을 가져야 한다는 요건을 중재합의의 성립의 문제로 설명하고 있으나, 이는 중재합의의 실질적 유효성에 관한 문제로 보는 것이 옳다.

217) 이에 대하여 우리 중재법은 중재합의의 유효성을 전제로 하고 있으므로 중재합의의 허용성은 문제될 여지가 없다고 하는 견해도 있다. 박찬주, 「중재합의와 준거법」, 외법논집 제33권 제4호(2009. 11.), 196면

이 결정된다는 견해와 중재지와 실질법과의 관련성을 부인하여, 중재인이 스스로가 적절하다고 판단하는 국제사법을 적용하여 실질법을 결정하여야 한다는 견해가 있다.[218]

2. 항변단계

뉴욕협약은 제2조 제3항[219]에서 항변단계에서의 중재합의의 무효, 실효 또는 이행불능을 판단하는 준거법 결정이 필요함을 인정하고 있으면서도 그 준거법이 무엇인지는 명시하지 않고 있다. 이에 대하여는 판결의 불일치를 방지하고, 뉴욕협약의 일관성 있는 적용을 위해 뉴욕협약 제5조 제1항 a호가 규정하고 있는 집행단계에서의 중재합의의 준거법을 항변단계에서도 적용 또는 유추적용하여 동일한 연결원칙에 따르도록 하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.

뉴욕협약이 적용되지 않는 경우에는 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 중재합의의 준거법에 따른다.

3. 중재단계

중재단계에 있어 중재합의의 준거법 결정에 대해서는 우선 중재단계에도 뉴욕협약이 적용되는지에 대한 논의가 있는데 이를 긍정하는 견해는 뉴욕협약 제5조 제1항 a호를 유추적용하여야 한다고 한다.

---

218) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 71면, 참고로 우리 중재법 제39조 제2항은 뉴욕협약이 적용되지 않는 외국중재판정의 승인 및 집행에 관하여 민사소송법 제217조, 민사집행법 제26조 제1항 및 제27조를 준용하고 있다.

219) 뉴욕협약 제2조 제3항은 '당사자들이 본 조에서 의미하는 합의를 한 사항에 관한 소송이 제기되었을 때에는 회원국의 법원은 전기 합의를 무효, 실효 또는 이행불능이라고 인정하는 경우를 제외하고 일방당사자의 청구에 따라서 중재에 부탁할 것을 당사자에게 명하여야 한다.'고 규정하고 있다.

뉴욕협약이 적용되지 않는 경우에는 중재지의 국제사법에 의하여 준거법을 결정하여 한다는 견해와 중재인이 스스로가 적절하다고 판단하는 국제사법을 적용하여 실질법을 결정하여야 한다는 견해가 대립한다.

Ⅱ. 중재합의의 방식의 준거법

중재합의의 방식은 중재합의의 서면성 요건 구비여부에 관한 문제이다. 뉴욕협약이 적용되는 경우에는 뉴욕협약 제2조 제1항이 서면성을 요구하고 있으므로 중재합의의 방식에 대한 준거법은 문제가 되지 않는다.

뉴욕협약이 적용되지 않는 경우 중재지가 한국이면 우리 중재법 제8조에 따르며, 중재지가 외국인 경우에는 우리 중재법 제8조를 쌍방적 저촉규정으로 보아 외국의 법이 준거법이 된다는 견해와 일반원칙인 국제사법 제17조에 따라 중재합의의 준거법과 중재합의의 체결지법에 선택적으로 연결할 것이라는 견해가 주장될 수 있다.

Ⅲ. 중재합의의 효력의 준거법

이 논문은 중재합의의 효력의 주관적 범위에 대한 것이므로, 우선 중재합의의 효력에 대한 준거법을 먼저 살펴보고, 그 효력의 '범위'에 대한 준거법, 그 중에서도 효력의 '주관적 범위'에 대한 준거법은 어떻게 결정되어야 하는지에 대하여 논의하기로 한다.

1. 중재합의의 효력

중재합의의 효력은 소극적 효력과 적극적 효력으로 나눌 수 있다. 중재합의가 있을 경우 당사자는 중재합의의 대상[220]에 속한 사항에 관하여 분쟁이 발생할 경우 그 분쟁을 중재에 의해 해결해야 한다. 이처럼

220) 중재합의의 객관적 효력범위 내에 있는 대상을 말한다.

중재합의의 대상에 대한 분쟁을 중재절차에 회부할 수 있고, 중재인은 분쟁을 중재판정을 통해 해결할 수 있다는 측면을 중재합의의 적극적 효력이라고 하며, 반면에 중재합의가 있음에도 당사자들이 중재합의를 한 사항에 관하여 소송을 제기하였을 경우 법원은 일방당사자의 청구에 의해 그 분쟁을 중재에 회부하여야 하는데 이를 중재합의의 소극적 효력이라고 한다.[221]

가. 중재합의의 소극적 효력

중재합의의 소극적 효력은 중재합의의 대상인 분쟁에 대하여 소가 제기된 경우 상대방이 법원에 중재합의가 있음을 항변으로 제출하는 형태로 나타난다. 이 항변은 방소항변이며 우리 중재법 제9조 제2항에 따르면 이 항변은 본안에 관한 최초의 변론을 할 때까지 제출할 수 있다. 그러나 중재합의가 존재하지 않거나, 무효이거나 효력을 상실하였거나 또는 그 이행이 불가능한 경우에는 직소금지의 효력이 발생하지 않는다.[222]

나. 중재합의의 적극적 효력

중재합의의 적극적 효력의 구체적인 모습은 중재의 실현단계에서 나타나는데 중재신청인은 중재의 실현을 위해 법원의 협조를 구하는 형태로, 중재피신청인은 중재절차를 회피하기 위해 법원의 협조를 구하는 형태로 나타난다. 즉 중재합의의 실현단계에서 법원은 당사자의 신청에 의해 중재인을 선정하고, 중재인에 대한 기피 여부와 중재인의 권한종료 여부를 결정하고, 중재판정부의 증거조사 신청이 있으면 이에 협조하여야 한다.[223] 중재합의의 적극적 효력과 관련하여 중재피신청인이 중재절

221) 이를 직소금지의 효력 또는 소송배제적 효력이라고도 한다. 석광현, 국제상사중재법연구, 125면; 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 73면
222) 중재법 제9조 제1항

차의 정지를 구하는 본안소송 또는 가처분 신청을 할 수 있을 것인지가 문제되는데, 우리 대법원은 본안소송은 인정하지만 가처분 신청은 불허하고 있다. 즉 우리 대법원은 "현행 중재법 제10조[224]의 취지에 비추어 보면, 설사 당해 중재절차가 허용될 수 없는 경우에 해당한다고 하더라도 당사자가 상대방에 대하여 법원에 중재절차위법확인을 구하는 본안소송을 제기하거나 중재판정이 있은 후에 중재판정취소의 소를 제기하여 중재절차의 위법을 다투는 것은 별론으로 하고, 막바로 그 중재절차의 위법을 들어 법원에 중재절차 정지의 가처분을 구할 수는 없다 할 것이다.[225]"라고 판시하였다.

2. 중재합의의 효력의 준거법

가. 항변단계[226]

항변단계에서는 위에서 본 바와 같이 중재합의의 소극적 효력이 문제되는데, 뉴욕협약이 적용되는 경우에는 협약 제2조 제3항이 적용된다. 뉴욕협약 제2조 제3항은 "중재합의의 대상인 사항에 관한 소가 제기되었을 때에는 회원국의 법원은 중재합의를 무효, 실효 또는 이행불능이라고 인정하는 경우를 제외하고 일방 당사자의 청구에 따라 당사자들을 중재에 회부하여야 한다."고 규정하고 있다. 이는 우리 중재법 제9조 제1항이 소를 각하하여야 한다고 규정하고 있는 것과는 차이가 있는데, 법원이 취할 조치를 각 회원국의 입법에 위임하고 있는 것이다.[227] 만일 뉴

---

223) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 67면
224) 신 중재법으로 보면 제17조에 해당한다.
225) 대법원 1996. 6. 11. 96마149결정
226) 집행단계에서는 중재판정이 내려지면 중재합의는 목적을 달성한 것이므로 중재합의의 효력은 문제되지 않으므로 별도로 논의하지 않는다. 석광현, 국제상사중재법연구, 125면
227) 중재합의에도 불구하고 제기된 소를 법원이 어떻게 처리할 것인가는 소송절차의 문제이므로 *lex fori principle*에 따른 것이다. 석광현, 국제상사중재법연구, 125면

욕협약이 적용되지 않는 경우이고 우리나라에 소가 제기되었다면 중재지에 관계없이 우리 중재법 제9조가 적용된다.

나. 중재단계

중재단계에서의 중재합의의 효력은 적극적 효력을 말하는 것인데 위에서 검토한 바와 같이 당사자는 중재합의의 내용에 따라 신속한 중재절차의 진행을 위하여 협력할 의무를 부담한다. 중재합의의 적극적 효력 중 중재인이 중재절차를 진행할 수 있는 효력에 관한 적극적 효력은 중재지법에 따르며,[228] 당사자가 법원을 통하여 중재합의를 강제할 수 있는가는 법정지법에 따른다. 뉴욕협약이 적용되지 않는 경우에도 마찬가지이다.[229]

3. 중재합의 효력의 범위에 관한 준거법

중재합의의 효력에 관한 준거법은 위에서 살펴본 바와 같은데, 그 효력의 범위, 그 중에서도 특히 주관적 효력범위에 대한 준거법 결정은 어떻게 하여야 하는지가 문제된다. 즉 중재조항을 포함한 국제계약인 주된 계약을 체결한 뒤 일방 당사자인 채권자가 채권을 양도한 경우 과연 양수인과 채무자가 그 중재조항 내지 중재합의에 구속되는가에 대한 준거법은 어떻게 결정되어야 할 것인지가 문제된다. 이에 대해서는 국제적으로 견해가 나뉘는데 절을 바꾸어 논의하기로 한다.

---

228) 석광현, 국제상사중재법연구, 127면, 이에 따르면 중재인이 중재절차를 진행할 수 있는 효력에 관한 적극적 효력은 중재지법에 따르는 것은 우리 중재법이 영토주의를 취하기 때문이라고 한다.

229) 석광현, 국제상사중재법연구, 126면, 137면

제 4 절 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 준거법

Ⅰ. 서언

위에서 논한 바와 같이 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법 결정은 법적 성질 결정에 따를 것이 아니고, 국제상사중재에서 제기되는 여러 가지 준거법의 문제 중 어떠한 논의에 포섭되는지를 결정해야 할 것인데, 국제적으로 보면 다음과 같은 견해가 크게 대립하고 있는 것으로 보인다.

먼저 채권양도 시 양수인과 채무자가 중재합의에 구속되는지 여부에 대한 실체법적 원칙이 확립되어 있으므로 준거법 결정 자체가 필요 없다는 견해가 있다.[230]

다음으로 이에 대한 통일적인 실체법 원칙의 존재를 부정하면서 저촉법적 방법에 의해 준거법을 결정해야 한다는 견해가 있는데,[231] 이 견해는 이 쟁점에 적용되는 준거법은 오직 하나의 법이어야 한다는 견해와 하나 이상의 법이 준거법으로 적용될 수 있다는 견해로 나뉜다. 이 중 전자의 견해는 준거법을 어떻게 보는가에 따라 법정지법이 준거법이 된다는 견해(*lex fori*)와 중재합의의 법(*lex compromissi*) 또는 중재지법(*lex arbitri*)이 준거법이 된다는 견해 및 주된 계약의 법이 준거법이 된다는 견해(*lex contractus, or lex causa*)로 다시 구분된다.[232]

Ⅱ. 견해 대립

---

230) 이를 실체법적 접근법이라고 부를 수 있을 것이다. Landrove, p. 98; Girsberger, pp. 392, 393, 한편 이를 준거법 결정 자체가 필요 없다고 볼 수도 있지만, 오히려 그 실체법적 원칙이 준거법이 된다고 보는 것이 옳다고 본다.

231) 이를 저촉법적 접근법이라고 부를 수 있을 것이다. Landrove, p. 98

232) Girsberger, p. 395

1. 실체법적 접근법

이 견해는 프랑스에서 주장되었던 방법론으로서, 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점은 특정한 실체법 원칙에 의해 해결되는 것이므로 더 이상의 준거법 결정은 필요 없다는 견해이다. 즉 프랑스 법원은 중재조항을 포함한 국제계약인 주된 계약을 체결한 뒤 채권자가 채권을 양도한 경우, 채권양도 계약에 대한 당사자들[233]의 의사는 중재합의를 양수인과 채무자 사이에서도 유효하게 하려는 것이라는 실체법 원칙(*règle matèrielle*)[234]이 존재한다고 판시하였다.[235] 프랑스 법원뿐만 아니라 다수의 국제중재재판소들도 국제상사관습법(international commercial usage)을 원용하여 이와 유사한 결론을 내린 경우가 있었다.[236]

이러한 방법론에 따르면 실체적 채권의 양도에 대한 유효성은 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점과는 아무런 관련성이 없는 것으로 여겨지기 때문에 실체적 채권의 양도에 관한 준거법은 그 쟁점에 대해서는 적용될 여지가 없다.[237] 이는 독자적인 실체법 원칙이 존재한다고 보는 이 견해에 따를 경우 당연한 것이며, 비단 채권양도에 관한 준거법뿐만

---

233) 주의할 점은 여기서 판단기준이 되는 당사자들의 의사는 주된 계약에 대한 당사자들의 의사가 아니라, 채권양도계약에 대한 당사자들, 즉 양도인과 양수인의 의사라는 점이다. 그러나 이에 대해 오히려 그 의사는 양도 후 중재에 잠정적으로 구속되는 당사자들 즉, 양수인과 채무자의 의사를 기준으로 해야 한다는 견해도 있다. Landrove, p. 101

234) Landrove, p. 101에 따르면 여기서의 실체법 원칙은 프랑스 국제사법에서의 실체법 원칙을 말하며, 비국가적(non-State) 실체법 원칙을 의미하는 것은 아니라고 한다.

235) *Cour d'Appel de Paris*(*Ire Ch.* C, France), 25 November 1999, SA *Burkinabé des ciments et matériaux*(CIMAT) *v. Société des ciments d'Abidjan*(SCA), 47 Rev. Arb.(2001), p. 165 이하, Girsberger, p. 393, Landrove, p. 98

236) ICC Interim Arbitral Award, case no. 7245 of 1994; Girsberger, p. 393

237) Landrove, p. 98

아니라 저촉법적 접근법에 따른 *lex fori, lex arbitri, lex compromissi, lex contractus* 등도 적용될 여지가 없다.

이와 같이 저촉법적 접근법을 취하지 않는 이 방법론은 중재합의의 주관적 효력범위, 즉 중재합의가 양수인 또는 채무자에게도 유효한가라는 쟁점은 실체적 채권의 양도에 영향을 미치는 결함들에 의해 영향 받지 않는다.[238]

2. 저촉법적 접근법

가. 국제적으로 승인된 저촉법 원칙의 부재

아래에서 검토하는 바와 같이 위와 같은 통일적 실체법 원칙은 존재하지 않는다고 보아야 하는데, 이와 같은 상황에서 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 준거법 결정은 저촉법적으로 해결할 수밖에 없다. 그런데 이러한 저촉법적 접근법에 있어서도 국제적으로 승인된 통일된 원칙은 없으며, 국가 및 중재판정부별로 다양한 저촉법적 접근방법을 채택하고 있는 실정이다.[239]

이러한 다양한 저촉법적 접근법은 (a) 중재합의가 양수인에게 이전되는지 여부의 쟁점은 오직 하나의 법에 의해 규율된다는 배타적 적용법과 (b) 하나 이상의 법이 적용될 수 있다는 결합적 접근법의 두 가지 형태로 구분될 수 있다.[240]

이 중 (a) 배타적 적용법은 채권양도 시 중재합의가 양수인 또는 채무자에게도 효력을 미치는지 여부에 관하여 가장 밀접하게 관련된 하나의 법을 발견하여 적용한다는 것인데, 아래 세 가지 준거법의 적용으로 귀결될 수 있다.

① *lex fori.* 즉 관련된 국가의 법정지 법,

---

238) Landrove, p. 101
239) Girsberger, p. 393; Girsberger/Hausmaninger, p. 155 이하
240) Girsberger, p. 395

② *lex compromissi,* 즉 중재합의를 규율하는 준거법 또는 *lex arbitri,* 즉 중재지법(law of the seat of the arbitration)
③ *lex contractus, or lex causa,* 즉 주된 계약의 준거법[241]

다음으로 (b) 하나 이상의 법이 적용될 수 있다는 결합적 접근법은 또 다시 (ⅰ) 중재합의의 효력이 양수인에게도 미치는지 여부에 대해 가장 '관대한(mildest)' 몇 가지 법을 찾은 후, 그 법에 따를 경우 중재합의가 양수인도 구속하는 것이라면 그 유효성을 인정하는 견해와 (ⅱ) 주된 계약의 준거법(*lex contractus*)은 채권의 이전가능성과 이전의 유효성에 대한 준거법이 되며, 중재합의의 법(*lex compromissi*)은 채권양도 시 중재합의가 양수인게도 효력을 미치는지 여부에 대한 준거법이 되어 상호 보완적(complementary)으로 적용된다는 견해로 나뉜다.[242]

나. 배타적 적용법

(1)법정지법(*lex fori*)

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위의 문제를 절차적 문제로 성질 결정하여 법정지법이 준거법이 된다는 견해이다. 이 견해는 중재합의를 '절차적 관계를 다루는 실체법'의 계약으로 보는 국가의 법원들이 적용하고 있는 것으로 보인다.[243] 즉 독일연방대법원(BGH)은 1980년 판

241) 한편, 양도계약의 법은 준거법으로서 고려될 수 없다. 왜냐하면 그것은 양도인과 양수인 사이의 계약으로서 채무자에 대하여 충분한 관계를 가지지 못하기 때문이다. p. Girsberger, 395
242) Girsberger, p. 402
243) 독일연방대법원을 예로 들 수 있다. BGHZ 198, 200 (1957)는 중재합의를 eine materiellrechtlichen Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen (절차적 관계를 다루는 실체법적 계약)으로 판시했다. 실체법적 계약으로 보면서도 법정지법을 준거법이라고 판단한 것은 계약의 내용이 '절차적' 관계를 다루는데 있음을 강조한 것으로 판단된다. Girsberger/Hausmaninger,

결[244]에서 법정지법 원칙을 적용하여 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부를 결정하기 위해 법정지인 독일법을 적용하였다.[245]

한편 소가 제기된 경우가 아니라 중재인이 판단할 경우에 있어서의 법정지는 어떤 의미를 가지는지가 문제된다. 중재는 특정한 법정지를 가지고 있지 않으며, 따라서 법정지의 법은 준거법 쟁점에 관해서는 적절할 수 없다는 입장에서 보면, 중재합의의 절차적 요소는 법정지 법의 적용을 정당화하지 않는다.[246] 그런데 일반적으로 법정지법 원칙을 적용하는 견해에서는 중재인이 판단할 경우에는 중재절차가 개시된 국가의 법이 법정지법이 되는 것으로 보고 있는 것으로 보인다.[247]

(2)중재합의의 준거법(*lex compromissi*) 또는 중재지법(*lex arbitri*)

채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게도 미치는지 여부에 대해서는 당사자들이 중재합의에 적용될 특정한 법을 선택 또는 지정한 경우 그 법이 준거법이 되며, 그러한 선택이 없을 경우 중재지법이 준거법이 된다는 견해이다.

이 견해는 먼저 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점의 법적성질은 중재합의의 효과와 그 범위에 관한 것이며, 중재합의의 독립성 원칙에 따라 주된 계약의 준거법과 중재합의의 준거법은 달라질 수 있음을 그 근거로 들고 있다.[248] 이처럼 주된 계약의 준거법과 중재합의의 준거법이 달라질 수 있다는 것을 준거법의 분열(dépeçage)[249]이라고 하는데,

---

p. 154

244) BGHZ 37 (1980), BGHZ 41 (1980)

245) 그러나 BGH는 중재조항이 유효한지 여부에 대한 판단에 있어서는 중재판정이 내려진 국가의 법을 적용하여, [Die Wirksamkeit der Schiedsklausel ist nach französischem Recht zu beurteilen.(중재조항의 유효성은 프랑스법에 따라 결정되어야 한다.)]고 판시하였다, Girsberger/Hausmaninger, p. 154

246) Girsberger, p. 396

247) Landrove, p. 109

248) Girsberger/Hausmaninger, p. 157; Landrove, p. 112 이하

249) 이는 주된 계약과 중재합의의 준거법 또는 양수인-채무자 관계의 준거법

이 견해는 그 근거를 중재합의의 독립성 원칙에서 찾고 있다. 즉 중재합의의 독립성 원칙은 면제효과(immunity)와 해방효과(emancipation)를 가지며, 면제효과는 중재조항을 주된 계약의 흠결로부터 방어하는 반면에, 해방효과는 중재조항이 주된 계약의 준거법과 다른 법에 의해 규율될 수 있는 가능성을 부여하는 것이라고 한다.[250]

당사자들이 중재합의에 적용될 특정한 법을 선택한 것이 아니라, 단지 기관중재(institutional arbitration)규정 또는 특정한 중재규정(specific set of arbitrational rules)만을 지정한 경우 이를 중재합의에 대한 별도의 준거법 선택으로 간주할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해서는 당사자의 예견가능성을 기준으로 그 규정들이 단지 절차만을 규정하는 것이 아니라 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점을 규율하는 실체적 성격도 가지고 있는 범위 내에서는 당사자들이 이러한 별도의 규정들을 중재합의에 적용되어야만 한다는 것을 선택한 것으로 간주되어야만 한다는 견해가 있다.[251]

다음으로 이 견해는 뉴욕협약도 그 근거로 들고 있다.[252] 즉 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)호는 "중재합의가 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의하여 합의가 무효인 경우" 판정의 승인과 집행은 거부될 수 있음을 규정하고 있는데, 이에 따라 당사들이 중재합의에 대해 지정한 법 또는 중재지법이 이 쟁점에 대한 준거법이 된다는 것이다.

(3)주된 계약의 준거법(*lex contractus or lex causa*)

과 양도인-채무자 관계의 준거법이 다르게 된다는 의미이며, 우리 국제사법 제25조 제2항이 규정하고 있는 하나의 계약에서의 준거법 분열과는 다른 것이다. 우리 국제사법 제25조 제2항은 '당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다'라고 규정하고 있다.

250) Landrove, p. 112

251) Girsberger/Hausmaninger, p. 158, 이에 대해 기관중재 등에 명시적은 규정은 없다. Landrove, p. 111

252) Girsberger, p. 397

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대해서는 주된 계약의 법(*lex contractus*)이 준거법이 되고, 주된 계약의 준거법은 당사자들이 선택한 경우는 그 법이 되며, 당사자들이 특정한 법을 선택하지 않았을 경우에는 채무자의 예견가능성을 보호하기 위해 양도된 계약 또는 채권과 가장 밀접한 관련이 있는 법이 준거법이 되어야 한다는 견해이다.[253]

이 견해는 먼저 채무자의 지위는 채무이행에 적용되는 법이 규정하는 예외적인 경우를 제외하고는 채권양도에 의해 변경되어서는 안 된다는 일반원칙을 그 논거로 내세운다. 즉 채권양도에 직접 참여하지 않은 채무자의 예견가능성을 담보하기 위해서는 양도행위 그 자체를 규율하는 법은 고려하여서는 안 되고, 양도가 이루어지기 전에 채무자의 청구권 또는 항변권에 이미 적용된 법이 중재합의의 주관적 효력범위라 쟁점을 규율하여야만 된다는 것이다.[254] 이 견해에서 채무자 보호를 논거로 내세우고 있는 이유는 채무자는 양도계약에 직접 참여하지 않았기 때문에 그 내용을 알 수 없다는 것이다.

다음으로 이 견해는 중재합의는 양도된 계약적 권리의 부수적 권리 혹은 내재적 권리라는 이해에 바탕을 두고 있다.[255] 이 논의는 자연스럽게 중재합의의 독립성과 의존성의 논의로 연결되는데, 양자 중 중재합의의 주된 계약에 대한 의존성 또는 동질성(consubstantiality)을 더욱 강조하

---

253) Girsberger/Hausmaninger, p. 155; Landrove, p. 121은 그 이유를 양수인은 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점에 적용될 법으로 양도된 채권에 적용되는 법 이외에 다른 법을 기대할 수는 없기 때문이라고 한다.

254) Girsberger, p. 399; Girsberger/Hausmaninger, p. 156; Landrove, p. 118은 채무자의 상황은 양도에 의해 수정되어서는 안 되며, 양도인과 양수인은 실체적 권리나 그 내용의 준거법 중 어느 것도 수정할 수 없다고 한다. 즉 채무자가 주된 계약의 법이 아닌 다른 준거법의 적용에 동의하지 않는 한, 채무자의 이익을 위험에 처하게 할 수 있는 모든 쟁점은 주된 계약의 준거법에 복종해야만 한다고 한다.

255) Girsberger/Hausmaninger, p. 155

는 것이라고 볼 수 있다.[256] 중재합의의 주된 계약에 대한 동질성의 결과, 중재합의는 결코 그 자체만으로 존재가치를 가질 수 없으며, 분쟁해결 방법은 그것이 관련된 권리들과 같은 운명을 지닌다는 것, 즉 중재합의는 양도된 실체적 권리의 운명을 따라간다고 보는 것이 타당하다고 한다.[257] 이에 더해, 중재합의의 동질성의 결과 중재합의에 대한 법(lex compromissi)은 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점에 대한 준거법이 될 수 없다는 견해도 있다.[258]

다. 결합적 적용법

(1) 가급적 유효하게(*in favorem validitatis*)보는 견해

저촉법적 접근법이 가지고 있는 예견되지 않은 결과를 피하기 위해 중재합의의 효력이 양수인에게도 미치는지 여부에 대해 가장 '관대한(mildest)' 몇 가지 법을 찾은 후, 그 법에 따를 경우 중재합의가 양수인도 구속하는 것이라면 그 유효성을 인정하는 견해이다. 예를 들면 스페인과 스위스는 중재합의의 실질적 유효성에 적용될 수 있는 가능하면 유효한 것으로 보려는 원칙(*in favoren validitatis*)을 법제화하고 있으며,[259] 중재합의의 '확장'의 쟁점과 관련하여 스위스 연방법원(federal tribunal)은 *in favorem validitatis* 접근법을 채택하였다.[260] 이 접근법

256) 아래에서 검토할 것이지만, 실체법적 접근법은 중재합의의 독립성을 논거로 내세우는데, 주된 계약의 무효사례가 아닌 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 논의에서는 중재합의의 독립성은 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다는 점에서 보면, 이 견해에서 중재합의의 의존성을 강조하는 것은 타당하다고 생각한다.

257) Landrove, pp. 122, 124

258) Landrove, p. 123, 이 견해는 lex compormissi를 적용할 경우 실체적 권리의 양도가 없는 상태에서 중재합의의 이전만 발생할 수 있는 가능성이 있다고 비판한다.

259) Spain: Art. 9.6 of the 2003 Arbitration Law; Swiss: Art 178(2) PILA,; Landrove, pp. 103, 98

아래에서, 중재합의는 만일 중재합의의 준거법(*lex compromissi*)이나 계약의 준거법(*lex contractus*) 또는 중재(절차)의 준거법이나 법정지법(*lex arbitri*나 *lex fori*) 아래에서 양수인이나 채무자를 구속한다면 양수인이나 채무자에 대한 구속력을 가지게 된다. 한편 이러한 *in favoren validitatis* 원칙은 위에서 검토한 실체법 원칙(*règle matèrielle*)과는 구별되는 개념이다. 왜냐하면 이 원칙은 실체법 원칙과는 달리 직접적으로 해결책을 제시하지는 않으며, 단지 중재조항이 유효한 것으로 고려될 수 있다는 기회를 강화하기 위해 잠재적으로 적용될 수 있는 법률들을 지정할 뿐이기 때문이다.[261]

(2) 보충적 적용법

주된 계약의 준거법(*lex contractus*)은 채권의 이전가능성과 이전의 유효성에 대한 준거법이 되며, 중재합의의 준거법(*lex compromissi*)은 채권양도 시 중재합의가 양수인게도 효력을 미치는지 여부에 대한 준거법이 되어 상호 보완적(complementary)으로 적용된다는 견해이다.[262] 주된 계약의 준거법과 중재합의의 준거법이 동일한 법일 경우에는 전혀 문제가 되지 않지만, 다를 경우에는 배타적 적용법에서와 같이 그 중 하나의 법만을 준거법으로 보는 것이 아니라 양자를 각자의 영역에서 적용되는 준거법으로 본다는 것이다.

이 견해는 주된 계약의 준거법과 중재합의의 준거법이 다를 경우, 우선 채권양도의 유효성에는 주된 계약의 준거법이 적용되어야 하며,[263]

---

260) *Swiss Federal Court*, 16 October 2001, DFT 128 Ⅲ 50(63); *Swiss Federal Court*, 9 April 1991, *Clear Star Ltd*, DFT 117 Ⅱ 94(98); Girsberger, pp. 401, 389, Girsberger, p. 401에 따르면 이러한 접근법은 국제중재 입법에 있어 친중재적 편견(pro-arbitration bias)에 영향을 받은 것이라고 한다.

261) Landrove, p. 103

262) Girsberger, p. 402

263) Girsberger, p. 403에서는 이와 다른 어떤 저촉법적 접근법도 채무자의

이에 의해 그 유효성이 인정된 이후에라야 비로소 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 준거법 결정이 있을 수 있다고 한다. 다음 단계인 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 준거법 결정단계에 있어서는 필연적으로 양자의 충돌이 생기게 되는데 이 견해는 양수인의 인식을 기준으로 이를 결정한다. 즉 양수인이 중재합의의 준거법이 주된 계약의 준거법과 다르다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우를 제외하고는 중재합의의 준거법이 적용되어야 한다는 것이다.[264] 또한 양수인의 악의에 대해서는 채무자가 입증책임을 부담한다고 한다. 왜냐하면 양수인은 그가 몰랐다는 것을 입증할 수 없기 때문이다(*negativa non sunt probanda*).[265]

한 가지 가상적인 예를 들면 다음과 같다.[266]

① 주된 계약의 준거법은 A국가의 법이며, 그 법에 따르면 양수인이 중재합의의 존재를 모르고 있는 경우일지라도 중재합의는 양도된 권리와 함께 자동적으로 이전된다고 규정하고 있다.

② 주된 계약의 당사자들이 중재합의의 준거법으로 B국가의 법을 선택했고, 양수인은 이 선택을 몰랐다고 가정하자. B국가의 법에 따르면, 양수인은 그의 동의 없이는 중재합의에 구속되지 않는다고 규정하고 있다.

이 사례에서 먼저 채권양도의 유효성에 대한 준거법은 A국가의 법이 되며, 그 법에 의해 채권양도가 유효한 경우에 한하여 중재합의의 효력에 대한 준거법을 결정할 수 있다. 만일 A국가의 법에 의해 중재합의의 효력이 유효할 경우 중재합의의 준거법은 A국가의 법이 될 것인지 아니면 B국가의 법이 될 것인지를 결정해야 하는데 그 기준은 양수인의 인

예견가능성과 국제적으로 승인된 "누구도 자기가 가진 권리 이상을 양도할 수 없다(*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*)"는 원칙을 침해하게 됨을 그 이유로 들고 있다.

264) Girsberger, pp. 402, 403

265) Girsberger, p. 405

266) Girsberger, p. 402

식이다. 이 사례에서 양수인은 중재합의의 준거법(B국가의 법)이 주된 계약의 준거법(A국가의 법)과 다르다는 것을 몰랐으므로 B국가의 법이 중재합의의 준거법으로 적용되어야 하며, 양수인이 이를 알았거나 알 수 있었다는 것은 채무자가 입증해야 한다는 것이다.

Ⅲ. 검토

1. 준거법 결정에 있어 고려해야 할 사항

채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 대한 준거법 결정에 있어 고려되어야 할 요소로는 주로 다음과 같은 것이 소개되고 있다.[267]

먼저 법정지 쇼핑을 방지할 수 있는 방법이어야 한다. 다음으로 동일한 법률적 상황과 연계하여 발생하는 쟁점들은 가능한 동일한 법에 의해 규율되어야만 한다.[268] 또한 어떠한 국가의 법원 또는 어떠한 중재판정부에 의해 쟁점이 해결되더라도 동일한 법률적 쟁점에 대해서는 동일한 법이 적용되어야 한다.[269] 마지막으로 계약에 있어 가장 중요하게 고려되어야 할 기준인 당사자들 의사, 즉 당사자들의 예견가능성이 반영되어야만 한다. 따라서 관련된 당사자들이 선택한 법이 가장 중요하게 고려되어야 하며, 만일 그러한 법이 선택되지 않은 경우에는 그들의 정당한 예견가능성을 충족할 수 있는 법을 적용하여야 한다.

현재 상황에서 위와 같은 다양한 고려요소들을 모두 만족하는 준거법 결정방법이 존재하지는 않지만 최대한 반영한 방법론을 찾아가야 할 것이다.

---

267) Girsberger/Hausmaninger, p. 152; Landrove, p. 99

268) 이를 결정의 내재적 통일성(inherent uniformity of decision)이라고도 한다. Landrove, p. 99

269) 이를 결정의 외형적 통일성(external uniformity of decision)이라고도 한다. Landrove, p. 100

2. 실체법적 접근방법에 대한 검토

가. 중재합의의 독립성 원칙 확장의 오류

우선 채권양도 시 양수인 또는 채무자도 주된 계약의 중재합의에 구속되는지 여부에 관하여 채권양도 계약에 대한 당사자들의 의사는 중재합의를 양수인과 채무자 사이에서도 유효하게 하려는 것이라는 통일된 실체법 원칙이 존재한다면, 복잡한 준거법 결정 과정을 거칠 필요가 없으므로 매우 편리할 것이며, 법적 안정성과 당사자들의 예견가능성을 동시에 충족하는 것이 될 것이다.

그러나 이 견해에는 이론적인 흠결이 존재한다. 위에서 본 바와 같이 이 견해에 따르면, 중재합의가 양수인 또는 채무자에게도 유효한가라는 쟁점은 실체적 채권의 양도에 영향을 미치는 결함들에 의해 영향 받지 않게 되는데, 이는 독립성 원칙의 경계가 확장된 효과로 볼 수 있다.[270] 즉 이 견해에 따를 경우 중재합의는 그 기초된 실체적 권리로부터 독립하여 양도될 수 있으며, 그에 따라 양수인은 중재합의에는 구속되지만, 실체적 권리 그 자체에 의해서는 구속되지는 않는다고 다툴 수 있게 된다. 하지만 이러한 결론은 옳지 않다고 본다.

위에서 본 바와 같이 중재합의는 독립성과 동시에 주된 계약에 대한 의존성도 가지며, 중재합의의 독립성은 그 목적 또는 기능에 비추어 제한적인 의미를 가지며, 독립성과 의존성은 양립할 수 있다고 보아야 한다. 즉 질적인 측면에서 비교할 경우, 중재합의는 주된 계약의 유·무효와 관련이 있을 때에는 완전히 독립적이며, 채권양도와 같은 다른 예와 관련이 있을 때에는 완전히 의존적이라고 볼 수 있으므로 양자는 서로 모순되는 것이 아니며, 각자가 서로 다른 적용영역에서 중재를 통한 분쟁해결이라는 동일한 목적을 위해 기능하고 있는 것이다. 따라서 주된 계약의 무효사례가 아닌 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에

---

270) Landrove, p. 101, 이를 국제중재의 정신에 부합하는 것이라고 한다.

관한 논의에서는 중재합의의 독립성은 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.[271] 이러한 관점에서 본다면 중재합의의 독립성을 강조하는 실체적 접근법은 비판의 여지가 있다.

나. 통일적 실체법 원칙의 부재

실체법적 접근법에 대한 보다 근본적인 비판은 과연 그러한 통일적 실체법 원칙이 존재하는지가 의문스럽다는 것이다. 국제적으로 통일된 규범이 존재한다고 볼 수 있으려면 어떠한 쟁점에 관한 실질법이 통일되어 있거나, 최소한 국제조약 또는 모델법, ICC중재규칙 등 원용 가능한 통일규칙, UNIDROIT가 만든 Principle, FIDIC의 표준약관과 같이 표준약관, UNCITRAL 입법지침 등에 관련규정이 존재한다고 볼 수 있어야 한다.

그러나 뉴욕협약이나 상사중재에 관한 모델법(UNCITRAL ML on Commercial Arbitration), 국제채권양도협약(U.N. Assignment Convention)과 같은 양도법의 통일을 위한 도구 또는 UNIDROIT Principles, 유럽계약법 원칙(Principles of European Contract Law)의 어느 것도 이 쟁점에 관한 명확한 규정을 두고 있지 않다.[272] 심지어 프

271) Landrove, p. 102도 실체적 접근법은 국제중재조항의 독립성 원칙을 이끌어 내고 있는데, 이는 주된 계약의 무효사례에서는 바람직할 수 있으나, 양도에 의한 이전의 발생에서는 바람직하지 않다고 한다. 그 이유로는 실체적 접근법은 심지어 양도된 채권이 존재하지 않는 경우에도 중재합의가 채권양도를 통해 이전할 수도 있다고 주장할 수도 있는데, 중재조항은 그것이 성립할 수 있는 기초(platform)가 있어야만 하는 것이므로 이러한 주장은 타당하지 않다는 점을 들고 있다.

272)Mohs, Drittwirkung von Schieds und Gerichtsstandsvereinbarungen(2006), p. 66 이하, Devolvé, Third Parties and the Arbitration Agreement, in: United Nations(ed), Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention: Experience and Prospect, Sales no. E.99.V.2(1999), p. 19 이하, Girsberger, pp. 393, 394에서 재인용

랑스 내부에서 조차도 이러한 실체법 원칙이 초국가적 성격(transnational character)을 가진다는 것은 광범위하게 부인되고 있으며, 가까운 장래에 국제적으로 승인된 원칙이 될 수 있다는 환상도 깨어졌다고 한다.[273]

결론적으로 실체법적 접근법에서 말하는 통일된 국제적 실체법 원칙은 존재하지 않으며, 이러한 접근법은 수용할 수 없다고 보아야 한다.

3. 법정지법(*Lex Fori*)설에 대한 검토

법정지법 원칙은 몇 가지 장점을 가지고 있다. 우선 법정지법을 적용할 경우 판사와 중재인[274]은 자기가 가장 잘 알고 있는 법을 적용할 수 있기 때문에 법 결정과 적용의 용이성(ease of determination and application of the law)이라는 장점을 가진다. 또한 하나의 법률적 상황에서 발생한 모든 쟁점에 동일한 법이 적용되기 때문에 절차법적 문제 또는 실체법적 문제 사이에 어떠한 충돌도 발생하지 않는다는 장점을 가진다.[275]

그러나 법정지법 원칙은 단점도 존재하는데,[276] 먼저 당사자들의 예견가능성을 침해할 수 있다는 단점이 있다. 즉 중재합의의 효력이 양수인에게 확장되는지 여부를 결정함에 있어 소가 제기된 국가의 법이 적용

---

273)Hosking, The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent, 4 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal(2004), p. 575 이하, Girsberger, p. 393에서 재인용, Girsberger 교수는 중재합의는 주된 계약으로부터 완벽하게 분리되어서 분석될 수 없으며, 양도의 실체법 원칙의 중요한 통일성이 해결되지 않은 상태에서, 중재합의와 관련된 국제적 실체법 원칙은 수립될 수 없다고 한다.

274) 중재인에게 있어서의 법정지는 중재절차가 개시된 국가의 법이 된다.

275) Girsberger/Hausmaninger, p. 154

276) Girsberger/Hausmaninger, p. 154

된다는 것은 중재합의의 당사자들이 예측할 수 없는 것으로서 당사자들의 예견가능성을 침해하게 된다는 것이다.

다음으로 법정지법 원칙은 중재합의의 주관적 효력범위가 실제로 문제되고 있는 지리적 중심을 고려하지 못할 수 있다는 비판도 있다. 즉 소송이 제기되었거나 중재절차가 개시된 법정지의 법은 당사자들 또는 분쟁과 아무런 연관성이 없는 경우가 있을 수 있다.[277]

마지막으로 법정지법 원칙은 법정지 쇼핑(forum shopping)을 부추길 수 있다는 단점도 있다. 소를 제기한 원고[278]는 중재를 강제할 것인지 또는 피할 의사를 가지고 있는지 여부에 따라, 중재합의의 효력이 양수인에게 확장되는 것을 받아들일 것 같은 법 또는 받아들이지 않을 것 같은 법을 가진 법역을 법정지로 선택할 가능성을 부여하기 때문이다.

법정지 쇼핑의 폐해를 단적으로 보여주는 사례가 미국[279]과 스위스[280]에서 나타난 바 있다.[281]

두 판례의 공통되는 기초사실은 다음과 같다.

① 계약의 당사자는 스위스 당사자와 비스위스 당사자이며, 주 계약에 관한 양도금지조항(non-assignment clause)을 포함하고 있었다.

② 중재합의에는 ICC 중재와 준거법에 대한 조항을 포함하고 있었다.

③ 분쟁이 발생한 후 스위스 당사자는 파산을 신청했고, 스위스 파산관재인은 제3자에게 스위스 당사자의 다른 당사자에 대한 채권을 양도하였다.

---

277) Landrove, p. 109

278) 채권의 양수인 또는 채무자가 될 것이다.

279) *Apollo Computer, Inc.* v. *Berg*, 886 F.2d 469, 472, 473 (Ist Cir. 1989)

280) Swiss Federal Tribunal, 1st Civil Division, decision of April 9, 1991, reprinted and translated in 8 J.Int'l Arb. 21 - 22 (1991); Girsberger/Hausmaninger, p. 150

281) 하나의 동일한 사건에 대하여 당사자들이 스위스 법원과 미국법원에 각각 제소한 사건으로 추정된다.

위 사건에 있어 스위스 법원은 주된 계약을 독자적으로 해석하여, 이 계약에 대한 당사자들의 상호 합의에 근거하여 중재조항 역시 양도할 수 없는 것이라고 결론 내렸다. 또한 중재합의에 대한 양도금지조항이 없는 상황에서 어느 당사자가 중재합의에 구속될 것인지에 대한 문제는 스위스 저촉법 아래에서 중재합의의 유효성, 내용 및 범위의 문제를 규율하는 법에 의해 규율된다는 견해를 취하였다.[282]

이에 대해 미국의 경우 하급심 법원은 이 문제를 양도가능성(assignability)의 일종으로 성질결정하고 주된 계약의 당사자들이 선택한 주된 계약의 법(lex contractus)을 준거법으로 적용하여, 중재조항 역시 양도할 수 없는 것이라고 결론 내렸다.[283] 그러나 미국 항소법원은 양수인이 양도인과 채무자 사이에서 체결된 중재합의에 근거하여 중재에 회부할 수 있는지 여부에 대해 어떤 법이 적용되어야 하는지에 대한 판단을 내리지 않은 채, 즉 준거법에 대한 결정 없이, 이 문제를 주된 계약의 당사자들이 선택한 ICC 중재에 회부하였다.[284]

---

282) 스위스 국제사법(CPIL) 제178조 제2항은 "중재합의는 당사자들이 선택한 법 또는 분쟁의 실체에 적용되는 법, 특히 주된 계약의 준거법, 또는 스위스법에 따를 경우 유효하다."고 규정한다. 스위스 법원은 이 규정에 근거하여, 주된 계약의 당사자들이 주된 계약의 준거법과 다른 특정한 법을 선택하지 않았기 때문에 주된 계약에 대한 스위스법이 중재합의의 준거법이 된다고 판시하였다. Girsberger/Hausmaninger, p. 151

283) *Apollo Computer, Inc,* v. *Berg*, 886 F.2d 472

284) *Apollo Computer, Inc,* v. *Berg*, 886 F.2d 473, 미국 항소법원은 이 사건의 선결문제는 양도인과 채무자 사이에 중재합의가 존재하느냐의 여부이며, 이에 대해 ICC규칙을 적용하여, 중재가능성(arbitrability)의 문제를 법원이 아닌 중재인이 결정하는 것으로 계약하였다고 판시하였다. 법원은 ICC규칙 제8조 제3항을 적용하였는데, 동항은 "당사자 중 일방이 합의 그 자체의 존재 또는 유효성에 대해 다툴 경우, 중재가능성(arbitrability)의 문제는 중재인 자신이 결정하여야 한다."고 규정하고 있다. 법원은 또한 ICC규칙 제8조 제4항도 적용하였는데, 동항은 "중재인은 당사자들 사이의 계약이 부존재, 무효 또는 실효된 경우라 할지라도 중재인이 계속해

위와 같은 해석의 불일치는 당사자들이 자신의 이익에 부합하는 법정지를 쇼핑할 수 있는 기회를 제공하게 되는데, 국제상사중재에 있어 이러한 법정지 쇼핑의 가능성은 제거되어야 할 요소이다.

이처럼 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위 결정이라는 쟁점에 대해 법정지법 원칙을 적용하는 것은 그 장점보다 단점이 더 크다고 보아야 한다. 따라서 그 쟁점이 절차의 문제냐 실체의 문제냐에 상관없이, 법정지법 원칙은 중재합의의 주관적 효력범위 결정이라는 쟁점에 적용되어서는 안 된다고 보아야 한다.

4. 중재합의의 준거법(*lex compromissi*) 또는 중재지법(*lex arbitri*)설에 대한 검토

중재합의의 법(*lex compromissi*) 또는 중재지법(*lex arbitri*)이 준거법이 된다는 견해에 대해서는 아래와 같은 여러 가지 비판론이 있다.

첫째, 이 견해는 우선 중재합의의 독립성을 그 근거로 들고 있는데 이에 대해서는 비록 독립성 원칙이 주된 계약과 중재합의에 대해 서로 다른 준거법을 선택하는 것을 허용하고 있지만, 실무상 당사자들이 중재합의를 주된 계약의 준거법이 아닌 다른 법에 따르는 것으로 합의하는 경우는 거의 없다는 비판이 있다.[285] 또한 위에서 살펴본 바와 같이 중재합의는 주된 계약에 대한 의존성과 독립성을 동시에 지니고 있으며, 양자는 그 적용 영역이 다르며, 각자가 그 영역에서 중재를 통한 분쟁해결이라는 동일한 목적을 위해 기능하고 있는 것으로서 중재합의의 독립성은 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 논의에서는 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다는 비판은 여기서도 정당할 것이다.[286]

서 관할권을 가진다."고 규정하고 있다. 법원은 원 당사자들의 합의에 근거하여, 중재합의는 명백하게 존재하며, 따라서 중재가능성에 대해서는 법원이 아니라 중재인이 결정하여야 한다고 판시하였다. Girsberger/Hausmaninger, p. 151

285) Landrove, p. 113

286) Landrove, pp. 115, 116도 중재합의의 독립성의 원칙이 자동적으로 특정

둘째, 중재합의와 주된 계약의 유효성에 대해 서로 다른 법을 적용하는 것은 중재합의만의 이전이라는 기이한 결과에 이를 수 있다는 비판이 있다.[287]

셋째, *lex compromissi*의 배타적 적용은 중재합의의 원 당사자들과 양수인의 이익을 모두 만족시키지 못하며, 중재합의가 양도된 채권의 일부를 구성하고 있는 제소권에 고유한 또는 부수적 요소임을 간과하는 것이라는 비판이 있다.[288]

넷째, *lex compromissi*의 배타적 적용은 또한, 만일 양수인이 이를 받아들일 것으로 예견가능하지 않을 경우, 양수인의 예견가능성을 침해한다는 비판이 있다.[289]

다섯째, 양도와 양수인에 대한 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 쟁점이 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)호에 의해 규율된다는 것이 명백히 확립된 것은 아니라는 비판이 있다.[290] 이 견해는 협약 제2조를 언급하고 있는 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)호는 양도의 쟁점에 적용되는 것이 아니며, 설령 이 조항이 양도의 쟁점에 적용된다고 할지라도, 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 쟁점에 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령의 적용을 강제하는 것으로 볼 수는 없다고 한다.

한편 당사자들이 중재합의에 적용될 특정한 법을 선택하지 않았을 경우 중재지법이 준거법이 된다는 부분과 관련해서는, 특정한 중재지의 선택을 그 중재지법을 중재합의의 준거법으로 선택한 것으로 볼 수 있을 것인지는 의문이라는 비판이 있다.[291] 이 견해는 당사자들이 중재지를 선택했고, 그 중재지법이 중재합의는 이전될 수 없다는 규정을 두고 있

한 *lex compromissi*의 적용을 도출해 내는 것은 아니라고 하여 같은 견해이다.

287) Landrove, p. 114
288) Girsberger, p. 399
289) Girsberger, p. 399
290) Girsberger, p. 397
291) Landrove, p. 109

을 경우, 그 중재지법은 주된 계약의 준거법에 대한 보충적 역할을 할 뿐이며,[292] 당사자들이 중재지를 선택했고, 그 중재지법이 양수인도 중재합의에 구속됨을 규정하고 있다면 중재지법에는 어떠한 효력도 주어져서는 안 된다고 한다. 왜냐하면 이 경우 만일 주된 계약의 준거법에 의하면 채권의 양도가 유효하고, 중재지법에 의할 때에도 마찬가지로 주된 계약의 양도가 유효일 경우 그 중재지법은 무익한 것이며, 주된 계약의 준거법에 의하면 채권의 양도가 무효일 경우 주된 계약상의 채권의 이전 없이 중재합의만의 이전은 있을 수 없기 때문이라고 한다.[293] 이 비판론은 또한 당사자가 아닌 중재인 또는 법원이 중재지를 선택했을 경우에는, 그 중재지법은 계약상으로 합의되었다고 볼 수 없으며, 법정지법 원칙에 대한 것과 동일한 비판이 가능하므로 적용되어서는 안 된다고 주장한다.

5. 주된 계약의 준거법(*lex contractus*)설에 대한 검토

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점에 대해 주된 계약에 적용되는 법이 준거법이 된다는 견해는 법정지 혹은 중재지에 따라 그 결론이 달라지지 않는 장점이 존재한다. 또한 이 견해가 제시하는 중재합의의 의존성 또는 동질성(consubstantiality)에 대한 강조도 위 실체법적 접근법에 대한 검토에서 본 바와 같이 타당하다고 생각된다.

그러나 주된 계약의 법(*lex contractus*)이 중재합의의 법(*lex compromissi*)과 다른 경우[294]에 있어서는 주된 계약의 법을 중재합의의 준거법으로 적용하는 것은 양수인의 예견가능성을 침해할 수 있다는 단점이 있다.[295]

---

292) 그러한 중재지법은 계약적으로 합의되었고, 주된 계약의 준거법에 대한 특별법(lex specialis)이 되었기 때문에 중재합의의 주관적 효력범위의 쟁점에 적용될 수 있다고 한다. Landrove, p. 109

293) Landrove, p. 110

294) 실제로 이런 경우는 드물 것이다.

295) Girsberger, p. 400

6. 가급적 유효하게(*in favorem validitatis*)보는 견해에 대한 검토

이 견해는 중재합의 자체의 유효성을 옹호하는 선택적 준거법 선택의 시스템을 제공한다는 측면에서는 실용적이라는 장점은 있지만,[296] 다음과 같은 비판론이 있다.

첫째, 중재합의는 실체적 채권의 일부를 이루는 제소권(right to sue)에 부수적이거나 고유한 요소인데 그 주관적 효력범위에 대한 준거법이 왜 친중재적 정책(pro-arbitration policy)에 의해 결정되어야 하는지는 의문이라는 비판이 있다.[297]

둘째, 이러한 원칙은 당사자의 자율성을 충분히 존중하지 않는다는 비판이 있다.[298] 즉 이 원칙에 따를 경우 당사자들이 합의한 바와는 다른 결론이 내려질 수 있다는 것이다.

셋째, 중재합의에 대한 과도한 보호는 자칫 중재절차에서 중재 이용자들의 이익과 중재절차의 공정한 분쟁해결 제도로서의 신뢰를 축소시킬 수 있다는 비판도 있다.[299]

넷째, 이 원칙에 따를 경우 실체적 채권의 법률적 운명과 중재합의의 법률적 운명이 달라져 중재합의만이 양수인에게 이전되는 결과를 초래할 수 있다는 비판이 있다.[300]

다섯째, *in favoren validitatis* 원칙에 의해서도 준거법은 예견될 수 없고, 실제적으로 어떠한 선택도 이루어질 수 없기 때문에 예견가능성을 완전히 확보할 수 없다는 비판이 있다.[301]

마지막으로, 양수인과 채무자의 예견가능성은 어떤 경우에라도 중재

---

296) Landrove, p. 103
297) Girsberger, p. 402
298) Girsberger, p. 402, Landrove, p. 104
299) Landrove, p. 104
300) Landrove, p. 103은 탄약 없이 무기만을 이전하는 이유가 무엇인지 의문스럽다고 비판하고 있다.
301) Landrove, p. 108

로 분쟁을 해결하려는 것이 아니라, 단지 그렇게 합의된 경우에만 중재를 하려는 것이라는 비판이 있다.[302]

7. 보충적 적용법에 대한 검토

저촉법적 측면에서 보면, 이러한 보충적 접근법은 명확성과 단순성이라는 장점을 가진다.[303] 또한 중재합의의 주관적 효력범위는 중재합의에 대한 문제이므로 이에 대한 준거법은 우선적으로 중재합의를 규율하는 법이 되어야 한다는 측면에서 보면 이 견해는 타당성을 가진다고 생각한다. 물론 양수인의 의도를 기준으로 중재합의에 주된 계약의 준거법이 적용될 가능성도 있지만 이는 양수인이 감수한 것으로 볼 수 있으므로 성격적 측면에서 크게 벗어난 것이라고 볼 수는 없을 것이다.

하지만 이러한 접근법은 주된 계약의 당사자들이 선택한 준거법에 대한 양수인의 인식이라는 실증적 요소를 포함함으로써 불확실성을 초래한다는 비판도 있다.[304]

8. 소결

위와 같은 검토에 비추어 보면, 우선 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 국제적으로 승인된 실체법원칙은 존재하지 않으므로 이 견해는 받아들일 수 없다고 본다. 또한 저촉법적 접근법 중 배타적 적용법은 준거법 결정에 있어 고려되어야 할 요소인, 법정지 쇼핑의 방지, 관련 당사자들 모두의 이익 보호 등을 충족시키지 못하는 것으로 보인다. 저촉법적 접근법 중 선택적 적용법도 중재합의의 의존성 내지 동질성 측면을 간과한 측면이 있어 받아들이기 힘든 것으로 보인다.

결론적으로 중재합의의 효력이 채권양수인에게도 미치는지 여부는 중

---

302) Landrove, p. 108
303) Girsberger, p. 402
304) Girsberger, p. 404

재합의에 대한 논의이므로 중재합의에 적용되는 법이 준거법이 되는 것이 논리적으로 타당하므로,[305] 보충적 적용법이 가장 현실적인 방법론이자 준거법 결정에 있어서의 고려사항을 최대한 반영하고 있는 방법론이라고 생각한다. 물론 양수인의 의도를 기준으로 중재합의에 주된 계약의 준거법이 적용될 가능성도 있지만 이는 양수인이 감수한 것으로 볼 수 있으므로 성격적 측면에서 크게 벗어난 것이라고 볼 수는 없을 것이다.

요약하자면, 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법은 우선 주된 계약의 준거법이 채권양도의 유효성을 인정한 뒤에 고려될 수 있으며, 이 경우 중재합의의 준거법과 주된 계약의 준거법이 동일할 경우에는 중재합의의 준거법 결정문제는 전혀 문제될 것이 없지만, 양자가 다를 경우에는 양수인의 의사를 기준으로 중재합의의 준거법을 결정하여야 한다. 즉 양수인이 중재합의의 준거법이 주된 계약의 준거법과 다르다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우를 제외하고는 중재합의의 준거법, 그 중에서도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법[306]이 적

---

305) 이에 대하여는 중재합의와 주된 계약에 대해 서로 다른 법이 선택된 사안에 있어서 조차도 중재합의의 범위와 효과를 규율하는 법의 적용이, 연루된 모든 당사자들의 예견가능성을 보호할 수 있는 것인가에 대해서는 여전히 의문점이 있다는 비판론이 있다. Girsberger/Hausmaninger, p. 159, 이 견해는 양도인과 채무자는 중재합의와 주된 계약에 참여한 것으로 간주될 수 있기 때문에 충분히 보호되는 반면에, 양수인은 그에 대해 양도가 유효하게 되었을 당시 중재합의의 존재여부를 몰랐거나 또는 알 수 있었다고 기대할 수 없는 사안에서는 보호받지 못할 수도 있으므로 그러한 사안에서는 중재합의의 준거법이 주된 계약의 준거법과 다른 경우에는 양수인에 대해 효과를 가져서는 안 된다고 한다. 그러나 만일 양수인이 중재합의에 대한 특정한 준거법 선택 조항을 포함하고 있는 중재합의를 알고 있거나 알았어야만 한다면 충분히 보호되며, 따라서 그러한 사안에서 중재합의에 적용되는 특정한 법은 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 대한 쟁점에도 또한 적용될 수 있다고 한다.

306) 석광현, 국제상사중재법연구, 128면, 한편 강수미, 「중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법」, 중재연구 제16권 제2호(2006), 101면은 '법률행위에 의하여 권리가 양도된 경우, 즉 권리의 특정승계가 이루어진 경우에는

용되어야 한다. 한편 양수인의 악의에 대해서는 채무자가 입증책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

그 권리자체의 준거법에 의하여 당사자 지위의 이전여부를 판단하여야 한다는 것이 국제사법학계의 다수의 입장'이라고 하고 있으나, 위에서 논의한 바와 같이 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 대한 준거법은 중재합의의 준거법, 그 중에서도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법으로 보는 것이 옳을 것이다.

제 8 장 중재합의의 주관적 효력범위와 관련한 기타 논점

제 1 절 중재판정부의 판정권한에 관한 결정 (Kompetenz-Kompetenz, competence - competence)

Ⅰ. 서언

채권양도가 이루어지고 난 후 양수인 또는 채무자에 의해 중재절차가 개시된 경우 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 대한 쟁점이 문제 되었을 때 이를 누가 판단할 것인가 혹은 그 판단 권한은 누구에게 있다고 보아야 할 것인가의 문제도 검토가 필요하다. 이 논의는 이른바 '중재판정부의 판정권한에 관한 결정'문제인데 자신에게 판정권한이 있다는 권한은 누구에게 있는 것인가에 대한 논의이다.

UNCITRAL 국제상사중재모델법 제16조는 Kompetenz-Kompetenz의 원칙, 즉 중재판정부가 자신의 권한에 관하여 판단할 수 있다는 원칙을 명시하고 있다. 이 경우 중재판정부의 판단은 법원을 구속할 수 있는 판단까지 할 수 있다는 의미는 아니다.[307] 우리 중재법 제17조도 모델법을 받아들여 중재판정부의 자기권한심사를 인정하고 있다. 모델법과 우리법의 태도를 살펴보면 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 대한 판단권한은 당연히 중재판정부가 가지는 것이다. 그러나 각 법체계에 따라 견해의 대립이 있으므로 아래에서는 이에 대해 살펴보고 이 쟁점에 대한 판단권한은 누가 가지는 것이 적합한지에 대해 검토하기로 한다.

---

307) 석광현, 국제상사중재법연구, 69면

Ⅱ. 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 쟁점을 해결함에 적합한 기관의 결정

1. 법원과 중재판정부

권한에 대한 판정권한의 문제는 여기서는 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부에 대한 판정권한이 중재판정부에 있다고 할 것인가 법원에 있다고 할 것인가의 문제이다.

입법례를 살펴보면 보통법계 국가에서는 일반적으로 중재판정부가 아니라 법원이 위와 같은 쟁점판단에 있어 적합성을 가진다는 견해를 취한다. 미국 법원들은 양수인이 주된 계약의 원 당사자에게 대하여 중재합의를 주장할 수 있는 권리를 취득하였는지 여부에 대한 결정권은 중재판정부에 있는 것이 아니라 법원에 있다는 견해를 계속적으로 취하고 있다.[308] 이에 더해 미국 법원은 만일 국내법이 법원의 결정권을 규정해 놓고 있음에도 불구하고 중재판정부가 이 쟁점에 대해 결정할 경우에는 법원은 그 쟁점에 대해 다시 판결할 수 있다는 견해를 취하고 있다. 이 경우 만일 법원이 중재판정부의 결정을 유지할 경우에는 중재절차는 반복될 필요가 없다.

이에 반해 대륙법계국가에서는 중재판정부가 Kompetenz-Kompetenz를 가진다는 견해를 일반적으로 취한다.

대륙법계 국가의 현대 중재입법과 유사한 국제 중재협약과 기관 중재규정들은 폭 넓은 Kompetenz-Kompetenz를 중재판정부에게 부여하였고, 결과적으로 중재판정부가 위와 같은 쟁점 판단에 있어 적합성을 가진다고 본다. 위에서 논의한 바와 같이 모델법 제16조와 우리 중재법 제17조도 중재판정부에게 Kompetenz-Kompetenz를 인정하고 있다.

---

308) Girsberger/Hausmaninger, p. 162

2. 검토

법원에 중재판정부의 권한에 대한 심사권을 부여해야 한다는 견해는 이 경우 분쟁해결의 효율성이 높아질 수 있다는 장점이 있다고 주장한다. 즉 중재판정부의 자기권한심사권은 일반적으로 종국적인 것이 아니라 법원의 승인에 복종해야 하는 것으로서 당사자들은 중재판정이 이미 내려진 경우에 있어서도 법원이 위 쟁점에 대해 중재인과 다른 결론을 내릴 수 있으므로, 절차가 반복되는 위험성을 떠안게 되기 때문에 중재인이 쟁점에 대해 결정하게 하는 것은 연루된 모든 당사자들에게 고비용・비효율을 가져다주게 된다는 것이다. 또한 이 견해는 중재판정부에게 판정권한을 인정할 경우 권한에 관한 이의를 제기한 당사자의 입장에서 보면 중재절차에 협조하면 마치 중재판정부의 권한을 인정하는 것 같고, 대응하지 않으면 불리한 중재판정이 내려질 위험이 있어 매우 불안정한 처지에 빠지게 되므로 법원이 판정권한을 가지는 것이 타당하고 한다.[309] 이에 반해 법원에 판정권한을 부여할 경우 진행 중인 분쟁이 공공에 공개되고 그에 따라 비밀사업관계 혹은 중요한 거래상의 비밀이 공개될 수 있는 위험이 있고, 당사자의 상업적 명성을 해칠 수도 있는 단점도 존재한다.[310]

한편 위와 같은 쟁점에 대한 판단에 있어 중재판정부의 적합성을 인정하는 견해는 중재판정부가 판정권한을 가질 경우 분쟁이 공개될 염려가 줄어들며, 법원에 판정권한이 부여될 경우에 야기되는 외국법원에 권리구제를 해야 하는 어려움과 외국법의 예측불가능성을 피할 수 있으므로 주된 계약에 대한 당사자들과 양수인 모두에게 이익이 된다고 주장한다. 또한 이 견해는 중재합의를 한 당사자는 특별한 사정이 없는 한 그에 따른 중재판정부의 판단을 기다려야 하고 법원에 판단을 의뢰하는 것은 신의에 반할 뿐만 아니라 시간을 벌기 위한 목적이 많으므로 중재판

309) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 149면
310) Girsberger/Hausmaninger, p. 162

정부가 자기권한심사권을 가지는 것이 옳다고 주장한다.[311]

살피건대, 중재판정부에게 자기권한심사권을 부여하였을 때 얻을 수 있는 장점이 단점보다 훨씬 크다고 할 것이다. 이러한 입장에서 현대 각국의 입법례는 중재판정부의 자기권한심사를 인정하고 있는 것이며 따라서 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부가 문제되었을 경우에도 그 판단은 우선 중재판정부가 가지는 것으로 보아야 한다.

제 2 절 중재에 관한 각국의 정책

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위라는 쟁점을 해결하는 데 있어 고려되어야 할 요소로 개별 법체계에 있어 대체적 분쟁해결 방법(ADR)의 수단으로서의 중재의 전체적인 중요성을 빠뜨릴 수 없다. 대체적으로 중재, 특히 국제상사중재에 있어서 중재의 장점으로 들고 있는 것은 중립적인 판단주체의 선택, 중재판정의 승인 및 집행의 법적 보장, 단심제에 의한 신속한 분쟁해결, 경제적인 분쟁해결, 분쟁해결의 전문성 확보, 절차적 유연성의 보장, 형평에 따른 분쟁해결 가능, 분쟁해결의 비밀보장, 거래관계의 손상 회피 가능, 중재합의의 효력보장 등을 들 수 있다.[312] 중재는 이러한 장점으로 인해 각국이 대체적 분쟁해결 수단으로 도입한 것인데 채권양도 시 양수인도 중재합의에 자동적으로 구속된다는 견해는 이러한 장점을 더욱 부각시키고 장려하는 견해가 되는 반면에 양수인의 명시적 동의를 요한다는 입장은 당사자들의 중재이용을 위축시킬 우려가 있을 수 있다. 당사자의 일방적 행위에 의해 다른 당사자가 가지는 중재에 의해 분쟁을 해결할 권리를 상실시킬 수 있기 때문이

311) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 149면
312) 석광현, 국제상사중재법연구, 11면 이하 참조

다. 그러나 반면에 중재는 적정한 분쟁해결에 취약하고, 법에 의한 분쟁해결을 선호하는 입장에서는 분명히 비법적 분쟁해결 수단이며, 다수당사자간의 분쟁해결에 취약하다는 단점도 존재한다.

중재합의의 주관적 효력범위에 대한 적절한 해결책을 도출하는 과정에서 중재에 관한 국가적 정책을 반영하여야 할 것인데 그 기본입장은 중재합의의 장점을 살려 양수인에게도 중재합의의 효력이 미치는 방향이 되어야 할 것이다.

제 9 장 결론

Ⅰ. 준거법 결정

1. 채권양도의 경우

이 논문의 쟁점, 즉 당사자들이 중재조항을 포함한 국제계약인 주된 계약을 체결한 뒤 일방 당사자인 채권자가 채권을 양도한 경우 중재합의의 효력이 양수인에게도 미치는지 여부에 관한 결정은 준거법 결정에서부터 출발해야 한다. 결정된 준거법에 의해 이 쟁점이 해결될 수 있다면 그에 따르면 된다. 그러나 준거법에도 이 쟁점에 관한 명확한 규정이 없을 경우 해석의 영역으로 옮겨가게 된다.

먼저 유효한 채권양도가 있어야 한다는 것은 중재합의 효력을 논함에 있어 선결적인 문제이므로 원인행위와 채권양도가 모두 유효하여야 한다. 채권양도의 유효성, 즉 채권의 양도가능성 및 대항요건의 요부에 관한 준거법은 채권자체의 준거법에 의한다.[313] 양도금지특약(*pactum de non cedendo*)의 효력도 채권자체의 준거법에 의한다. 채권자체의 양도금지특약과 별도로 중재합의의 양도금지특약을 체결하는 경우도 예상할 수 있지만, 채권자체의 양도금지 특약만 체결하는 경우가 더 일반적이다. 이 경우 채권자체의 양도금지특약은 중재합의의 양도금지특약을 포함하는 것으로 추정된다고 보아야 한다.[314]

위와 같은 선결문제가 해결된 다음에 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법을 결정하여야 한다. 이 경우 중재합의의 준거법

313) 국제사법 제34조 제1항

314) 양도인과 채무자 사이의 양도금지특약 효과는 양수인에게는 효력이 없다고 보는 입법례(절대적 무효)와 양수인에게 효력이 없지만 양도인은 채무자에게 책임을 지는 것으로 보는 입법례(상대적 무효)로 나뉜다. Girsberger, p. 388

과 주된 계약의 준거법이 동일할 경우에는 중재합의의 준거법 결정문제는 전혀 문제될 것이 없지만, 양자가 다를 경우에는 양수인이 중재합의의 준거법이 주된 계약의 준거법과 다르다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우를 제외하고는 중재합의의 준거법, 그 중에서도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법이 적용되어야 하며, 양수인의 악의에 대해서는 채무자가 입증책임을 부담한다고 보아야 한다.

2. 보험자 대위의 경우

우선 보험자 대위에 따른 권리이전의 유효성에 대해서는, 보험자 대위는 법률에 의한 채권의 이전이므로 우리 국제사법 제35조에 따라 그 이전의 원인이 된 구채권자와 신채권자 간의 법률관계의 준거법에 의한다. 보험자 대위에 있어 구채권자는 보험계약자 또는 피보험자이며 신채권자는 보험자이므로 이들 간의 법률관계는 보험계약이 된다. 따라서 보험자 대위에 따른 권리이전의 유효성은 보험계약의 준거법에 의한다.[315]

위와 같은 선결문제가 해결된 다음에 보험자 대위에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법을 결정하여야 한다. 이 경우 중재합의의 준거법과 보험자 대위의 원인이 된 법률관계의 준거법이 동일할 경우에는 중재합의의 준거법 결정문제는 문제될 것이 없지만, 양자가 다를 경우에는 보험자가 중재합의의 준거법이 보험자 대위의 원인이 된 법률관계의 준거법과 다르다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우를 제외하고는 중재합의의 준거법, 그 중에서도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법이 적용되어야 하며, 보험자의 악의에 대해서는 채무자가 입증책임을 부담한다고 보아야 한다.

3. 선하증권 양도의 경우

315) 김연·박정기·김인유, 「국제사법」, 제3판, 법문사, 2012, 349면

우선 선하증권이 유효하게 양도되었는지 여부에 대한 준거법은 선하증권의 종류에 따라 달라진다. 선하증권은 수하인의 표시방법에 따라 기명식·지시식·무기명식 선하증권으로 나눌 수 있다.[316] 무기명식 선하증권의 경우 국제사법 제21조에 따라 그 권리의 득실변경은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 무기명증권의 소재지법에 의한다. 기명식 또는 지시식 선하증권의 경우 채권자체의 준거법에 따른다.

선하증권이 유효하게 양도된 경우에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법 결정도 위 채권양도 및 보험자 대위의 경우와 동일하다. 즉 이 경우 중재합의의 준거법과 선하증권의 준거법이 동일할 경우에는 중재합의의 준거법 결정문제는 전혀 문제될 것이 없지만, 양자가 다를 경우에는 양수인이 중재합의의 준거법이 선하증권의 준거법과 다르다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우를 제외하고는 중재합의의 준거법, 그 중에서도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법이 적용되어야 하며, 양수인의 악의에 대해서는 채무자가 입증책임을 부담한다고 보아야 한다.

Ⅱ. 해석론

1. 채권양도의 경우

가. 서언

결정된 준거법이 이 논문의 쟁점을 명확히 규정하고 있지 않을 경우 해석에 의해 해결할 수밖에 없다.[317] 위에서 본 바와 같이 이 논문에서는 국제중재에 있어 중재합의의 효력의 주관적 범위를 결정함에 있어 고

316) 정찬형, 「상법강의(하)」 제13판, 박영사, 2011, 932면

317) 이 해석론은 이 쟁점이 입법적으로 해결되지 않은 나라에 어느 정도 공통적으로 적용될 수 있는 해석론이며, 적어도 우리나라의 경우에는 아래와 같이 해석되어야 할 것이다.

려되어야 할 여러 가지 고려요소들에 대하여 검토하였다. 그 고려요소들은 중재합의 법적 성격[318]과 방식, 당사자 보호와 국제적 중재정책, 준거법과 중재판정부의 판정권한에 관한 결정문제 등을 들 수 있으며, 위와 같은 고려요소들을 분석한 결과 이 쟁점에 관한 두 가지 대립하는 견해들의 장단점이 드러나고 있다.

채권양도 시 중재합의를 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로 파악하여 양수인에게 자동으로 이전한다고 보는 견해, 즉 자동양도원칙은 채무자와 양도인의 법적 지위를 보호하고 중재의 이용을 장려한다는 장점이 있지만 그 반면에 중재합의의 독립성과 중재합의는 권리와 의무의 복합체라는 사실을 경시하는 경향이 있으며, 양수인에 대한 적절한 통지 없이 양수인이 중재에 구속되는 한도 내에서는 양수인의 이익을 무시한다는 단점이 있다. 반면에 양수인은 그가 명시적이든 묵시적이든 명백히 중재합의에 구속된다는 동의를 하지 않는 한 중재합의에 구속되지 않는다는 견해 즉, 명시적 양도원칙은 양수인이 그의 명시적 동의가 없어 중재에 구속되지 않는 한도 내에서는 양수인의 법적 지위를 보호하고 따라서 중재합의의 독립성과 서면요구성의 목적을 존중한다는 장점이 있으나, 채무자가 양도된 청구권에 대해 중재를 할 권리를 주장하지 못할 수도 있다는 점에서는 채무자의 이익을 무시하며, 또한 중재의 이용을 제한할 수 있고, 양수인이 그의 계약적 권리를 자유롭게 양도할 수 있는 가능성을 침해할 수 있다는 단점도 있다.

나. 구체적 해석론

이와 같이 현재 이 쟁점에 관해 대립하는 두 방향의 견해들은 표면적으로는 위와 같은 고려요소 모두를 적정하게 고려하지 못한다는 문제점이 있다. 이러한 상황에서 이 논문에서 검토한 여러 가지 고려요소들에 대한 검토를 바탕으로 최선의 해석론을 찾는다면 다음과 같을 것이다.

---

318) 구체적으로는 중재합의의 독립성과 절차법적 성격, 일신전속성 여부, 권리와 의무의 복합성을 말한다.

먼저 이 쟁점에 대한 고려요소는 위에서 검토한 바와 같이 다음과 같이 해석하는 것이 옳다고 생각한다.

첫째, 중재합의는 주된 계약에 대한 의존성과 독립성을 동시에 지니고 있으며, 양자는 그 적용 영역이 다르므로 서로 모순되는 것이 아니며, 각자가 그 영역에서 중재를 통한 분쟁해결이라는 동일한 목적을 위해 기능하고 있다. 따라서 중재합의의 독립성은 채권양도에 있어 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 논의에서는 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

둘째, 중재합의는 소송상의 합의의 일종이지만, 소송절차의 명확성 및 안정성과는 관련이 없는 소송행위이므로 합리적인 근거가 있을 경우 실체법 규정을 유추적용할 수 있다. 따라서 채권양도 시 양수인이 중재합의에 구속되는지 여부에 관하여 실체법 규정을 유추적용할 수 있다. 이러한 해석은 중재합의를 '절차법적 법률관계에 관한 실체법상의 계약' 또는 '소송상의 관계에 대한 실체법상의 계약' 또는 '소송법적 효과를 수반한 특수한 사법상의 계약'이라고 보는 다수설의 결론과 동일하다.

셋째, 중재합의는 원칙적으로 일신전속적 성격을 지닌 것이 아니며, 주된 계약 또는 중재합의에서 일신전속적 성격을 가지는 것으로 약정하였거나(non-waived confidentiality provision), 공서의 개입으로 인해 중재합의의 이전이 불가능할 경우 등 극히 예외적인 경우에만 일신전속적 성격을 가진다.

넷째, 중재합의는 협력의무를 포함하고 있는 것이지만 그것은 권리와 실질적으로 동일한 것이며 권리와 분리될 수도 없는 것이므로, 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치는지 여부를 결정함에 있어서는 중재합의의 의무적 측면은 결정적 요인으로 고려할 필요는 없다.

다섯째, 중재합의의 서면성 요건의 목적은 양수인이 중재조항에 대한 서면 동의 없이 구속된다는 것을 반대하는 것이지만, 채무자 보호 또는 중재를 옹호하는 강력한 공서양속(public policy), 금반언의 법리(estoppel) 등 서면성 원칙을 압도하는 다른 이익에 의해서 극복될 수 있으며, 채권양도 시 양수인은 중재합의에 대해 알고 있거나 적어도 알 수

있었던 경우에는 중재합의에 구속된다고 보아야 한다. 이것은 중재옹호의 정책적 측면에서 서면성 요건이 완화되는 경우라고 할 수 있다.

여섯째, 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위를 논함에 있어 채무자의 법적 지위를 보장해야 한다는 요소는 중재합의의 효력이 양수인에게 미쳐서는 안 된다는 논거로 고려되어서는 안 된다.

일곱째, 채권양도 시 중재합의의 효력이 양수인에게 미치지 않는다고 보는 것은 양도인의 법적 지위를 해하는 것이다.

여덟째, 중재합의에 관한 각국의 정책은 채권양도 시에도 중재합의의 효력이 지속되는 것을 지향하고 있다.

이러한 검토에 기초해 채권양도와 관련된 쟁점에 관해서는 다음과 같이 해석하는 것이 가장 적합하다고 생각된다.

당사자들이 중재조항을 포함한 국제계약인 주된 계약을 체결한 뒤 일방 당사자인 채권자가 채권을 양도한 경우, 양수인이 주된 계약에 중재합의가 있었다는 것을 알고 있었거나, 알 수 있었던 경우[319]에는 중재합의는 채권의 속성 혹은 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 이전되며 따라서 중재합의의 효력은 양수인에게도 미친다고 보아야 한다. 다만 주된 계약 또는 중재합의에서 중재합의에 대한 양도금지특약을 한 경우에는 문제가 있다. 우리 민법 제449조 제2항에 의하면 채권자체의 양도금지특약이 있는 경우 채권은 그 양도성을 상실하지만 선의의 제3자에게는 대항하지 못한다. 따라서 만일 양수인이 양도금지특약을 몰랐다면 채무자는 양수인에게 대항할 수 없다. 채권자체의 양도금지특약은 중재합의의 양도금지특약을 포함하는 것으로 추정되고 이러한 법리는 중재합의의 양도금지특약에도 적용된다고 보아야 하므로, 양수인이 중재합의의 존재를 알았거나 알 수 있었으나 양도금지특약의 존재는 몰랐다면 양수

319) 예컨대 양수인이 양도인과 계약을 맺으면서 양도인으로부터 채무자와 맺은 계약서, 차용증 등 중재합의가 포함된 서면을 인도받은 경우에는 양수인은 중재합의의 존재를 알았거나 적어도 알 수 있었던 것으로 보아야 할 것이다.

인은 중재합의에 구속되지만, 양도금지특약의 존재를 알았다거나 알 수 있었다면[320] 중재합의의 효력에 구속되지 않는다고 보아야 할 것이다. 우리나라와 달리 양도금지특약이 있더라도 당사자 간 특약위반의 문제는 별론으로 하고 양도성 자체를 상실하지는 않는 것으로 보는 법제에서는 양수인이 중재합의의 존재를 알았거나 알 수 있었다면 양도금지특약의 유무에 불구하고 양수인은 중재합의에 구속된다고 해석하여야 할 것이다.

한편 우리나라와 같이 채권양도에 대항요건을 요구하는 법제가 있는데[321] 이 경우 대항요건은 양수인이 채무자에 대하여 자신이 채권자임을 주장하기 위한 요건[322]이며, 중재합의는 채권에 부수하는 권리이므로 이러한 해석은 채권양도의 대항요건을 구비한 것을 전제로 한다. 즉 채권양도의 대항요건을 구비하지 못한 경우 양수인은 채무자에게 채권자임을 주장할 수 없으며, 따라서 중재합의가 있었음을 주장할 수도 없다.

2. 보험자 대위의 경우

이러한 결론은 보험자대위에 있어서도 마찬가지이다. 국제거래에서의 보험자대위에 있어 보험자가 주된 계약에 중재합의가 있었다는 것을 알고 있었거나, 알 수 있었던 경우에는 중재합의는 채권의 속성 또는 채권에 부수하는 권리로서 보험자에게 이전되며 따라서 중재합의의 효력은 보험자에게도 미친다. 다만 주된 계약 또는 중재합의에서 중재합의에 대한 양도금지특약을 한 경우에는 양도금지특약의 효과에 관한 법제에 따라 결론이 달라질 것이며, 그 내용은 채권양도의 경우와 같다. 한편 보험자대위는 법률의 규정에 의한 채권의 이전이므로 채권양도의 대항요건

320) 중과실을 말하며 이는 악의와 같이 취급되어야 할 것이다. 대법원 1996. 6. 28.선고 96다18281참고
321) 독일과 같이 대항요건을 요구하지 않는 법제에서는 불필요한 논의이다.
322) 이상훈 등, 민법주해「X」, 박영사, 576면 (곽윤직 등 편, 1995); 지원림, 「민법강의」 제7판, 홍문사, 2009, 1194면

에 관한 규정은 적용되지 않는다고 본다.[323] 이러한 해석론은 보험자 대위에 의해 권리가 보험자에게 이전되는 우리 법 아래에서의 해석이며, 보험자 대위의 효과에 관한 입법례에 따라 해석론은 달라질 수 있다.

이러한 해석론을 제2장 제1절에서 든 예를 가지고 설명하자면 다음과 같다. 제2장의 예를 다시 한 번 상기해 본다.

한국에 있는 매도인과 중국에 있는 매수인이 TV구매계약을 CIF조건으로 체결하고 대금은 신용장으로 지급하기로 약정하였다. 매수인은 매도인을 수익자로 하여 개설은행과 신용장개설계약을 체결하고, 개설은행은 통지은행에 신용장이 개설되었음을 통지하였다. 통지은행으로부터 신용장 개설통지를 받은 매도인은 해상운송인과 운송계약을 체결하고 분쟁이 발생할 경우 중재에 의해 해결하기로 합의한 후 운임을 지불하였고 해상운송인은 매도인에게 선하증권을 발행하였다. 그 후 매도인은 보험회사와 적하보험계약을 체결한 후, 신용장 서류를 매입은행에 제시하여 대금을 취득하고, 매수인은 매입은행을 거쳐 개설은행으로부터 신용장 서류를 취득한 후 개설은행에 매입대금을 상환하였다. 한편 해상운송인이 TV를 운송하던 중 선박충돌로 인해 TV는 모두 멸실되었고, 보험회사는 매수인에게 보험금을 지급하였다.

위의 예에서 보험회사는 보험자 대위에 의해 매도인이 해상운송인에 대하여 가지는 채무불이행에 의한 손해배상채권을 당연히 취득하게 되는데, 매도인과 해상운송인 사이에 중재합의를 체결한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 중재합의의 효력이 보험회사에게도 미친다. 다만 운송계약 또는 중재합의에서 양도금지 특약을 한 경우에는 보험회사는 그 양도금지특약의 존재를 알았거나 알 수 있었다면 중재합의에 구속되지 않는다.

3. 선하증권 양도의 경우

323) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2002다40456 판결, 대법원 2007.11.16.선고 2007다36537 판결 등 참조

한편 선하증권 양도의 경우 선하증권을 취득한 매수인 기타 소지인은 매도인과 해상 운송인 사이의 주된 계약에 중재합의가 있었다는 것을 알고 있었거나, 알 수 있었던 경우에는 중재합의의 구속을 받는다. 따라서 선하증권 자체에 중재조항이 포함된 형식으로 중재합의를 체결하는 경우에는 매수인은 중재합의의 존재를 알았다고 보아야 할 것이므로 중재합의의 구속을 받는다고 보아야 한다. 다만 주된 계약 또는 중재합의에 대한 양도금지 특약이 있는 경우에는 위 채권양도의 경우와 같이 법제에 따라 해석론이 달라질 수 있을 것이다. 한편 선하증권의 양도는 일반 채권양도와 달리 유가증권 고유의 양도방법인 배서 또는 교부[324]에 의해 양도되므로 채권양도의 대항요건은 당연히 그 적용이 없다.

선하증권과 관련하여 위 보험자 대위의 사례를 살펴보면, 위의 예에서 선하증권 자체에 중재조항이 포함된 형식으로 중재합의를 체결하는 경우에는 매수인은 중재합의의 존재를 알고 있었으므로 중재합의의 구속을 받는다고 보아야 한다. 선하증권과는 별도로 중재합의를 체결한 경우에는 매수인이 매도인과 해상운송인이 중재합의를 체결한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한해 중재합의의 구속을 받는다. 다만 운송계약 또는 중재합의에서 양도금지특약을 한 경우에는 매수인이 그 양도금지특약의 존재를 알았거나 알 수 있었다면 중재합의의 구속을 받지 않는다.[325]

---

324) 기명식 또는 지시식 선하증권은 배서에 의하여 양도되며, 무기명식 또는 소지인 출급식 선하증권은 단순한 교부만에 의하여 양도된다. 배서 또는 교부가 있을 경우 권리이전적 효력과 자격수여적 효력은 있으나 담보적 효력은 없다.

325) 선하증권은 채권적 효력뿐만 아니라 물권적 효력도 있다. 즉 운송물품 위에 행사하는 권리의 취득에 관하여는 운송물을 인도한 것과 동일한 효력이 있다. 이러한 선하증권의 물권적 특성을 고려해 보면 선하증권 양도의 경우는 일반적인 채권양도의 경우와 달리 양수인에게 중재합의의 효력이 전면적으로 미치는 것으로 볼 여지도 있어 보인다. 하지만 물권적 효력은 운송물품이 멸실된 경우 등에 있어서는 인정되지 않아 선하증권의 항시적

Ⅲ. 입법론

1. 서언

이 논문의 쟁점에 관한 통일적인 입법이 없는 상황에서 위와 같은 해석론은 현실적인 해결책에 불과할 뿐 종국적인 해결방안이라고는 할 수 없다. 궁극적으로는 이 쟁점에 관해서는 입법에 의한 흠결보충이 필요하다. 이러한 통일적 입법은 국제상사거래의 맥락에서 볼 때 국내적 입법보다는 국제적으로 통일된 법규의 제정이 법정지 쇼핑(forum shopping)을 방지하고, 국제상사거래를 촉진시키며, 국제분쟁해결에 대한 예측가능성과 통일성을 보장한다는 측면에서 훨씬 효율적일 것이다.

규범의 국제적 통일(unification or harmonization)을 위한 방법은 앞에서도 잠시 언급하였지만, 우선 일정한 사법 분야의 실질법을 통일하는 방법과 각국의 국내법은 그대로 두고 국제거래에 적용되는 법을 입법적으로 통일하는 방법이 있다. 후자는 다시 국제조약[326]에 의하는 방법과 모델법을 만들어 각국이 이를 모델로 하여 입법을 하는 과정을 통해 규범통일을 이루는 방법[327]으로 나눌 수 있는데 모델법에 의할 경우에는 각 국에서 조금씩 수정을 가하게 되므로 규범의 통일성 내지 동질성이 조금 떨어지는 단점이 있다. 다음으로 ICC중재규칙 등 원용 가능한 통일규칙을 통한 방법과 UNIDROIT가 만든 Principle을 채용하는 방법,

---

인 특성이라고는 볼 수 없으므로 채권적 효력에 기초하여 이론을 구성하는 것이 옳다고 생각한다.

326) 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG), 1999년 국제항공운송에 있어서의 일부 규칙 통일에 관한 협약(몬트리올 협약, 2007년 12월 우리나라에서도 발효되었다.) 등을 예로 들 수 있다.

327) 이는 미국의 각종 Uniform Law에 상응하는 것인데 우리나라도 채택한 UNCITRAL의 국제상사중재에 관한 1985년 모델법을 그 예로 들 수 있다.

FIDIC의 표준약관과 같이 표준약관을 이용하는 방법, 2004년 도산법에 관한 UNCITRAL 입법지침과 각종 지침을 이용한 방법, 사법적 협력의 방법 등도 국제적 규범통일을 위한 방법이 될 수 있다. 이러한 여러 가지 방법 중 현 시점에서 가장 이상적인 입법 방법은 국제 중재에 관하여 가장 많은 가입국을 가진 뉴욕협약에 관련 규정을 도입하는 것일 것인데, 다자조약의 수정이 쉬운 작업은 아닐 것이다.

2. 실질법적 측면

채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 관한 국제적인 통일규범을 어떠한 형태로 제정하든지 간에 그 규범에는 이 논문에서 검토한 여러 가지 고려요소들이 적절하게 반영되어야 할 것이다. 이러한 고려요소들을 어떻게 반영할 것인가에 관해서는 아래와 같은 견해가 있는데 위에서 살펴본 고려 요소들을 적절히 반영한 견해라고 생각한다.[328]

① 주된 계약에 대한 원 당사자들의 반대가[329] 없을 경우, 중재합의는 채권과 함께 유효하게 양수인에게 이전된다. 중재합의는 이전된 채권으로부터 발생하는 모든 분쟁을 중재를 통해 해결하도록 양수인과 채무자를 구속한다.

② 양도인은 양수인에게 중재합의의 존재를 통지해야할 채무[330]를 지닌다. 양도인이 통지를 해태한 경우에는 양수인에 대하여 그로 인해 발생한 모든 손해에 대한 책임을 진다.

③ 채무자는 중재합의에 있어 양수인이 양도인을 대체하는 것이 그의 법적 지위를 약화시키는 것임을 증명한 경우에는 중재의무에서 해방된다.[331]

---

328) Girsberger/Hausmaninger, p. 164

329) 채권양도 시 중재합의가 채권에 부수하는 권리로서 양수인에게 이전하는 것에 대한 반대를 말한다.

330) Girsberger/Hausmaninger는 이를 전(前)계약적 의무(pre-contractual duty)라고 표현하고 있다. 이것이 채무와 구별되는 간접의무, 즉 책무를 말하고 있는 것인지는 분명하지 않다.

위와 같은 고려는 우선 채권양도 시 중재합의의 효력은 양수인에게도 미친다는 것에서부터 출발하는 것인데 이것은 중재를 적극 장려하고 촉진시키고자 하는 국제적 정책과도 부합하는 것이며, 양수인과 양도인의 법적 지위를 보장하고, 채권양도 시 중재합의의 존재를 양수인에게 통지하게 함으로써 중재합의에 요구되는 서면성 요건의 목적도 충족하는 것이 될 것이다.

3. 저촉법적 측면

이에 더하여 저촉법적 측면에서도 국제상사중재에 있어서는 통일적 저촉법 규칙도 필요한데 위에서 살펴본 바와 같이 중재합의의 효력이 채권양수인에게도 미치는지 여부는 중재합의에 대한 논의이므로 중재합의의 준거법 또는 중재합의의 성립과 실질적 유효성의 준거법이 준거법이 되는 것이 논리적으로 타당하므로, 위에서 논의한 보충적 적용법이 가장 현실적인 방법론이자 준거법 결정에 있어서의 고려사항을 최대한 반영하고 있는 방법론이라고 생각한다. 다시 말해 채권양도 시 중재합의의 주관적 효력범위에 대한 준거법은 우선 주된 계약의 준거법이 채권양도의 유효성을 인정한 뒤에 고려될 수 있으며, 이 경우 중재합의의 준거법과 주된 계약의 준거법이 동일할 경우에는 중재합의의 준거법 결정문제는 전혀 문제될 것이 없지만, 양자가 다를 경우에는 양수인의 의사를 기준으로 중재합의의 준거법을 결정하여야 한다. 즉 양수인이 중재합의의 준거법이 주된 계약의 준거법과 다르다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우를 제외하고는 중재합의의 준거법, 그 중에서도 중재합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법이 적용되어야 한다. 한편 양수인의 악의에 대해서는 채무자가 입증책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

---

331) 여기서 채무자의 법적 지위를 약화시킨다는 것은 채무자가 중재합의를 주된 계약 또는 중재합의에서 일신전속적 성격을 가지는 것으로 약정한 경우에 있어 채권이 양도된 경우 또는 채권 양수인의 재정적 능력이 채권양도인의 재정적 능력보다 낮은 상태에 있게 되는 경우를 말한다.

마지막으로 중재판정부에게 폭 넓은 Kompetenz-Kompetenz를 부여하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

Ⅰ. 국내문헌

[단행본 및 주석서]

강병근, 「국제중재의 기본문제」, 소화, 2000

곽윤직(편집대표), 「민법주해[Ⅰ]」, 박영사, 1997

곽윤직(편집대표), 「민법주해[X]」, 박영사, 1995

김병관, 「영미법사전」, 백영사

김연·박정기·김인유, 「국제사법」, 제3판, 법문사, 2012

김홍엽, 「민사소송법」, 제3판, 박영사, 2012

대한상사중재원 · 한국상사중재학회, 「주석중재법」, 2011

대한상사중재원, 「국제중재규칙 해설」, 2010

명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004

목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011

석광현, 「국제상사중재법 연구」 제1권, 박영사, 2007 [석광현, 국제상사중재법연구]

_____, 「국제사법과 국제소송」 제1권, 박영사, 2002[석광현, 국제사법과 국제소송 1권]

_____, 「국제사법과 국제소송」 제2권, 박영사, 2002[석광현, 국제사법과 국제소송 2권]

_____, 「국제사법과 국제소송」 제3권, 박영사, 2004[석광현, 국제사법과 국제소송 3권]

_____, 「국제사법과 국제소송」 제4권, 박영사, 2007[석광현, 국제사법과 국제소송 4권]

_____, 「2001년 개정 국제사법 해설」 제2판, 지산, 2003

_____, 「국제재판관할에 관한 연구」, 서울대학교 출판부, 2001

_____, 「국제민사소송법-국제사법(절차편)」, 박영사, 2011[석광현, 국제민사소송법]

손주찬, 「상법(하)」, 제6정증보판, 박영사, 1997
송덕수, 「민법총칙」 제2판, 박영사, 2013
양창수, 「2008년판 독일민법전」, 박영사, 2008
이덕환, 「민법총칙」, 율곡미디어, 2012
이시윤, 「신민사소송법」 제7판, 박영사, 2013
장문철, 「국제사법총론」, 홍문사, 1996
정동윤, 「민사소송법」 4정판, 법문사, 1995
정찬형, 「상법강의(상)」 제14판, 박영사, 2011
_____, 「상법강의(하)」 제13판, 박영사, 2011
지원림, 「민법강의」 제7판, 홍문사, 2009
호문혁, 「민사소송법원론」, 법문사, 2012

[논문]

강병근, 「선하증권에 포함된 중재조항의 효력」, 국제법률경영 25호(국제법률경영연구원, 1995)
_____, 「중재합의의 서면성 : Kahn Lucas 사건을 중심으로」, 한림법학 Forum 10권(한림대학교 법학연구소, 2001)
강수미, 「중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법」, 중재연구 16권 2호(한국중재학회, 2006)
고광하, 「간략한 중재조항의 효력」, 중재 194호(대한상사중재원, 1988)
김갑유, 「중재합의의 유효성 판단과 그 준거법」, 상사판례연구 Ⅵ (박영사, 2006)
김명엽, 「중재계약의 성질과 효력에 관한 연구」, 중재학회지 11권(한국중재학회, 2001)
김병헌, 「국제상사중재계약에 관한 소고-중재합의의 유형·성격 및 규정내용을 중심으로」, 중재 18권 7호(대한상사중재원, 1994)
김연호, 「중재계약의 효력범위」, 중재 283호(대한상사중재원, 1997)
김용길, 「국제거래에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 고찰」, 원광법학 제25권 제2호(2009)

김용한,「중재합의의 준거법」, 중재논총 1972~1990(대한상사중재원, 1991)
김지홍,「중재합의의 제3자에 대한 효력」, 중재연구 제17권 제3호(2007. 12.)
목영준,「국제거래에 있어서의 중재조항」, 사법논집 21집(법원행정처, 1990)
박찬주,「중재합의와 준거법」, 외법논집 제33권 제4호(2009. 11)
석광현,「개정 중재법의 몇 가지 문제점」, 중재 298호(대한상사중재원, 2000)
_____,「국제상사중재에서의 중재합의에 관한 법적 문제점」, 중재연구 15권 2호 298호(한국중재학회, 2005)
서세원,「미국에 있어서 비서명자에 대한 중재합의의 효력」, 중재연구 제18권 제1호(2008. 2.)
손경한,「중재합의에 관한 일반적 고찰」, 중재논총 1972~1990(대한상사중재원, 1991)
이강빈,「국제중재에 있어서 중재합의의 준거법 결정에 관한 연구」, 중재연구 15권 2호 (한국중재학회, 2005)
이연주,「중재합의의 유효요건과 외국중재판정의 집행거부사유로서의 청구이의의 사유에 관하여 : 대법원 2001다20134판결 및 대법원 2004다20180판결을 중심으로」, 경기법학논총 제12호(경기대 법학연구소, 2011)
이영준,「한국 중재법과 중재합의」, 비교법연구 4권 1호(동국대학교 비교법문화연구소, 2003)
이태영,「중재합의의 법적구조에 관한 연구」, 고려대학교 석사논문
임신택,「국제거래와 중재합의의 중요성」, 중재 303호(대한상사중재원, 2002)
장복희,「중재합의의 형식과 내용」, 중재 292호(대한상사중재원, 1999)
장준영,「중재합의에 관한 연구」, 연세대학교
정병석,「해사계약에 있어서 중재합의와 관련된 제문제」, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망:심당 송상현 교수 화갑기념 논문집 (박영사, 2002)
정선주,「개정 민사소송법과 중재절차」, 중재연구 14권 1호(대한상사중재원, 2004)

Ⅱ. 외국문헌

Alan Redfern, Martin Hunter, 「International Arbitration」, Oxford University Press, 2009

Alex Flessner, Hendrik Verhagen, 「Assignment in Europe Private International Law」, European Law Publishers, 2006

Andrew Dickinson, 「The Rome Ⅱ Regulation : The Law Applicable To Non-contractual Obligations」, Oxford University Press, 2009

Arthur W. Rovine, 「Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation」, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

Bernard Hanotiau, 「Complex Arbitrations」, Kluwer Law International, 2005

Daniel Girsberger · Christian Hausmaninger, 「Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate」, Arbitration International, Vol. 8, No 2(1992) [Girsberger/Hausmaninger]

Daniel Girsberger, 「The law applicable to the assignment of claims subject to an arbitration agreement」, Conflict of Laws in International Arbitration, European law publishers(2012) [Girsberger]

Gary B Born, 「International Civil Litigation In United States Courts」 4th Edition, Aspen Publishers, 2007

_____, 「International Commercial Arbitration」 Vol Ⅰ, Ⅱ, Kluwer Law International, 2009

Georgios Petrochilos, 「Procedural Law In International Arbitration」, Oxford University Press, 2004

J. G. Merrills, 「International Dispute Settlement」, 4th Edition, Cambridge University Press, 2005

Joachim G. Frick, 「Arbitration and Complex International Contracts」,

Kluwer Law International, 2001

Juan Carlos Landrove, 「Assignment and Arbitration, A Comparative Study」, European Law Publishers, 2009 [Landrove]

Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis, 「Arbitrability- International & Comparative Perspectives」, Wolsters Kluwer, 2009

Abstract

The Subjective Scope of Arbitration Agreement in International Arbitration

- Laying Stress on Assignment of Rights and Arbitration Agreement

Sang-Ho Kim
Department of Law
The Graduate School
Seoul National University

Arbitration has gone beyond ADR and been settled as a general dispute resolution. Actually in international business transactions, multi-party contractual relationships are more general than that of two-party. Representative instance of multi-party contractual relationship is assignment of contractual rights. In case the contract concluded between the original parties (the 'main contract') contains an arbitration clause, and parties assign to third parties legal rights arising from their contractual relationships, question is that the assignee is bound by an arbitration agreement contained in the main contract. This issue is also arising in the 'right by subrogation' or 'assignment of B/L'.

Solution to this issue must start from deciding what law is

applicable to this issue.

First, the assignability of rights and requirement of defense conditions are subject to the law applicable to the contractual rights. The effect of *pactum de non cedendo* is also subject to the law applicable to the contractual rights and non-assignment clause is presumed to encompass the arbitration agreement.

Second, the subjective scope of arbitration agreement is subject to the law applicable to the conclusion and substantive effectiveness of arbitration agreement, except the assignee knows or should have known about that the law applicable of arbitration agreement is different from that of the main contract.

If this issue is resolved by applicable law decided, there is no problem but if there is no clear provision in applicable law, this issue must be transferred to the territory of construction. Construction must be based on the analyses of many factors, i.e. characterization of arbitration agreement, the legal positions of assignee, obligor and assignor, and the importance of arbitration as a means of dispute resolution. Under the analyses it is strongly recommended that :

First, the principle of autonomy of the arbitration agreement should not affect the subjective scope of arbitration agreement in assignment of rights.

Second, the arbitration agreement is one of the procedural matter but is not related to the clearness or stability of the judicial proceedings, the rule of substantive law could be analogized to this issue.

Third, the arbitration agreement is presumed to be impersonal.

Fourth, the arbitration agreement is an indivisible combination of rights and obligations, but the aspect of obligations is not need to be

considered in concluding the subjective scope of arbitration agreement in assignment of rights.

Fifth, the purpose of the written form requirement in arbitration agreement speaks against a rule permitting the arbitration agreement to bind the assignee to arbitrate without his written consent. But the rule of in writing can be overcome by other, overriding interests, such as the need to protect the obligor, or a strong public policy favouring arbitration.

Sixth, the legal position of obligor should not be considered as a ground to speak against arbitration agreements are automatically transferred together with the assigned claim.

Seventh, an attitude that arbitration agreements are not automatically transferred together with the assigned claim harm the legal position of assignor.

Eighth, the relevant policies of international jurisdictions intend to maintain the effectiveness of the arbitration agreement.

Under these analyses the most proper construction to this issue is that :

In case original parties concluded the international contract contains the arbitration agreement and assignor assigned the contractual rights to the assignee, the arbitration agreement travels automatically with the assigned contractual right to the assignee only if assignee knows or should have known about the arbitration agreement. But if there is a non-assignment clause in the main contract or arbitration agreement, when the assignee knows or should have known about the non-assignment clause, the assignee is not bound to the arbitration agreement. This conclusion is also the same in the 'right by subrogation' or 'assignment of B/L'.

But the construction can not be ultimate resolution. The ultimate resolution is formulation of international uniform rule and in a point of efficiency revision of the New York Convention should be such a formulation. Girsberger/Hausmaninger proposed that such a rule could be formulated as follows :

① Absent a mutual intent to the contrary of the original parties to the contract, an arbitration clause is transferred together with a validly assigned contractual claim. It entitles and binds both assignee and obligor to arbitrate any dispute arising from such contractual claim.

② The assignor has a pre-contractual duty to notify the assignee that the assigned claim is subject to a duty to arbitrate. Should the assignor fail to do so, he is liable to the assignee for every damage caused thereby.

③ The obligor is released from his duty to arbitrate if he can show that the substitution of the assignor by the assignee in the arbitration agreement curtails his legal rights.

Moreover it is necessary to formulate the uniform conflict-of-law rule. Such a rule could be formulated as follows :

① The assignability of rights and requirement of defense conditions are subject to the law applicable to the contractual rights. The effect of *pactum de non cedendo* is also subject to the law applicable to the contractual rights and non-assignment clause is presumed to encompass the arbitration agreement.

② The subjective scope of arbitration agreement is subject to the law applicable to the conclusion and substantive effectiveness of arbitration agreement, except the assignee knows or should

have known about that the law applicable of arbitration agreement is different from that of the main contract.

At last arbitrator should be considered to be competent to solve the question of transfer of the arbitration agreement.

key-words : the subjective scope of arbitration agreement, assignment of rights and arbitration agreement, the subjective scope of arbitration agreement in international arbitration, arbitration and law applicable, right by subrogation and the subjective scope of arbitration agreement. assignment of B/L and the subjective scope of arbitration agreement.

Student Number : 2008-23116