

중재절차정지가처분 결정에 관한 판례 평석

- 대법원 2018. 2. 2., 자 2017마6087 결정을 중심으로 -

장 원 석*

目 次

- | | |
|--|-------------------------|
| I. 머리말 | III. 중재합의의 부존재 혹은 무효 등에 |
| II. 대법원 2018. 2. 2. 자, 2017마6087
결정 | 대한 중재절차정지가처분 판단근거 |
| | IV. 맺음말 |

I. 머리말

중재는 이제 국내에서도 소송을 대체하는 대표적 분쟁해결수단으로 자리를 잡고 있다. 대체적 분쟁해결(ADR: Alternative Dispute Resolution)절차 중의 하나로서 중재(Arbitration)는 소송의 대안으로서 소송보다 선호되는 장점이 있는데, 당사자자치에 의한 제도라는 점에서 국가권력에 의한 분쟁해결인 법원의 재판과 구별된다고 할 것이다.¹⁾ 대한민국 중재법은 2016년 5월 29일 일부 개정되어 2016년 11월 30일부터 현재까지 시행되고 있다.

■ 투고일자 : 2019년 11월 13일, 심사일자 : 2019년 12월 10일, 게재확정일자 : 2019년 12월 23일.

* 부산대학교 법학연구소 전임연구원

- 1) 대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution : ADR)절차란 소송을 대신할 수 있는 모든 종류의 원만한 합의에 의한 분쟁해결절차를 의미하는데 국내분쟁의 경우 ADR이 중재를 포함하는 개념이나 국제거래에서는 상사중재가 일반화되어 있다.

이 글에서 다루게 될 법원의 결정 중 중재가 진행 중인 사건에서 중재피신청인은 법원에 중재절차의 정지를 구하는 본안소송 또는 가처분신청을 할 수 있을 것인지에 대한 내용분석 및 검토이다.

현행 중재법 제10조에서는 “중재합의의 당사자는 중재절차의 개시 전 또는 진행 중에 법원에 보전처분을 신청할 수 있다.”라고 규정함으로써 일정한 경우에 한하여 법원에 대한 보전처분을 인정하고 있다. 따라서 이 글은 현행 중재법 제10조에 대한 2018년의 법원의 판단을 정리를 한 후 필자의 의견을 제시하고자 하는데 있다.

중재법이 UNCITRAL 모델중재법을 수용하였다는 점에서 본다면, ‘중재절차 전 혹은 진행 중 법원의 보전처분을 신청할 수 있다.’고 규정하고 있고, 중재법 제6조가 법원의 관여를 금지하는 사항은 중재법에 관한 사항인데 보전처분은 민사소송법이나 민사집행법이 규율하는 사항이라 해석할 여지가 있는 점 등 여러 가지를 고려하여 볼 수 있을 것이다.

해당 글의 구성은 먼저 2018년 법원의 중재법 결정으로서 중재절차에 관여할 수 있는 경우를 “중재법에서 정한 사항으로 중재합의가 없거나 무효 혹은 효력상실을 주장하여 중재피신청인이 법원에 대한 중재절차 진행을 정지할 수 있는지를 다룬 사안을 살펴보고, 이와 관련된 현행 중재법의 전반적인 내용을 검토해보고자 한다.

II. 대법원의 2018. 2. 2 자., 2017마 6087 결정

1. 사실관계 및 재판의 경과

한국남부발전은 이에 앞서 2011년 6월 공동수급체를 구성한 현대건설 등과 사이에 발전소 1, 2호기 보일러 설치·시공계약을 체결했다.

한국남부발전은 현대건설 등이 2016년 5월 대한상사중재원에 발전소 1, 2호기 보일러 설치·시공계약과 관련, 추가공사비와 손해배상금의 지급을 요청하는 한편 지체상금채무는 존재하지 않는다는 확인을 구하는 내용의 중재신청을 하자, 현대건설 등과의 분쟁은 법원의 소송절차에 의해 해결해야 해 중재신청이 부적법하다는 취지의 답변서를 대한상사중재원에 제출했다.

그러나 대한상사중재원 중재판정부가 2016년 9월 1차 심리기일을 진행한 데 이어 같은 해 11월 2차 심리기일, 2017년 1월 3차 심리기일을 진행하는 등 중재절차를 강행하자 중재절차를 정지하라며 가처분 신청을 서울중앙지법에 제출하였다.

이에 2017. 7. 13. 중재절차정지가처분은 각하가 되었고, 2017. 10. 10 서울고등법원에서도 기각이 되자 대법원에서 재항고인이 주장한 중재합의의 부존재나 무효 등에 대한 중재절차정지가처분 불허결정은 원심결정이 정당하다고 판단하였다.

2. 사안의 쟁점

이 사건의 쟁점은 중재절차에서 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였다고 주장하면서 법원에 가처분의 방법으로 중재절차의 진행을 정지가 가능한지 여부이다. 법원에 대하여 중재절차정지가처분을 한 신청인의 법적 근거는 현행 중재법 제10조에서 중재합의 당사자는 “중재절차의 개시 전 또는 진행 중에 보전처분을 신청할 수 있다.”고 정하고 있는데, 중재절차에서 정하고 있는 보전처분 가능범위와 정지절차가처분 여부를 검토해야 할 것이다.

3. 판결요지

재판부는 또 중재법 10조는 “중재합의의 당사자는 중재절차의 개시 전 또는 진행 중에 법원에 보전처분을 신청할 수 있다.” 라고 정하고 있는데, 이 규정은 “중재합의를 전제로 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 중재판정이 있기 전에 현상 변경을 막거나 다툼이 있는 권리관계에 끼칠 현저한 손해나 급박한 위험 등을 피하기 위하여 법원에 보전처분을 신청할 수 있도록 한 것으로 중재판정의 실효성을 확보하기 위한 것”이라고 지적하고, “중재법 10조는 중재합의의 부존재나 무효 등을 이유로 법원에 중재절차의 정지를 구하는 가처분신청을 할 수 있다는 근거가 될 수 없다.”고 대법관의 일치된 의견으로 위와 같이 판시 하였다.

이는 중재법 제6조, 제9조, 제17조의 문언, 내용, 체계 등에 비추어 보면, 중재법이 법원이 중재절차에 관여할 수 있는 경우를 “중재법에서 정한 사항”으로 엄격하게 한정하면서 중재절차의 진행을 정지하는 가처분을 허용하는 규정을 두고 있지 않는 이상 중재합의의 부존재나 무효 등을 주장하면서 법원에 가처분의 방법으로 중재절차의 진행을

정지해달라고 신청하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다고 판단하였다.²⁾

4. 법원의 보전처분

제10조(중재합의와 법원의 보전처분) 중재합의의 당사자는 중재절차의 개시 전 또는 진행 중에 법원에 보전처분(保全處分)을 신청할 수 있다. [전문개정 2010. 3. 31.]

법원에 신청하는 보전처분은 중재절차가 진행 중이던 혹은 중재절차가 시작되기 전이라도 관계없이 신청할 수 있는데, 이는 중재법 제10조에서 보전처분을 신청할 수 있는 시기에 대하여 ‘중재절차의 개시 전 혹은 진행 중’이라고 명시하고 있기에 중재가 진행 중인 사건에서도 중재합의의 부존재나 무효 등을 이유로 법원에 중재절차의 정지를 구하는 가처분신청이 가능 할 수 있는가를 아래에서 구체적으로 검토할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 중재합의의 부존재 혹은 무효 등에 대한 중재절차정지가처분 판단근거

중재절차에서 피신청인이 중재절차의 정지를 구하는 본안소송 혹은 가처분이 계속 중이더라도 중재절차의 진행에 있어 중재판정부는 판정을 계속 이어나 갈 수 있을 것이다. 대법원 2018. 2. 2., 자 2017마 6087 결정에서는 중재법 제6조와 제9조, 제17조의 문언, 내용, 체계 등을 참고하여 법원이 중재절차에 관여 할 수 있는 경우를 법률에서 정한 사항으로 엄격하게 한정하고 있는데, 그에 대하여 아래와 같이 알아보고자 한다.

1. 법원의 중재판정부에 대한 심사와 개입

제6조(법원의 관여) 법원은 이 법에서 정한 경우를 제외하고는 이 법에 관한 사항에 관여할 수 없다.

[전문개정 2010. 3. 31.]

2) 대법원 판례공보. 2018. 3. 5.

이처럼 원칙적으로 법원은 중재사건에 특별한 경우를 제외하고는 관여를 할 수 없지만, 중재법은 예외적으로 법원이 관여할 수 있는 사항들에 대하여 아래와 같이 명시하고 있다.

* 중재절차에서 법원이 관여하는 형태

가. 중재절차의 진행을 위한 법원의 역할	나. 중재판정부의 구성에 따른 법원의 관여	다. 중재판정에 대한 법원의 관여
· 보전처분(제10조) · 증거조사에 관한 협조(제28조) · 감정인의 기피신청에 대한 기피결정(제27조 제3항) · 중재판정문원본의 보관(제32조 제4항) · 대한상사중재원 중재규칙에 대한 승인(제41조)	· 중재인의 선정(제12조) · 선정된 중재인에 대한 기피결정(제14조) · 중재인의 권한종료 여부에 대한 결정(제15조)	· 중재판정의 취소(제36조) · 중재판정의 승인 및 집행(제37조) · 중재판정부가 선결문제로서 그 권한의 여부에 대해 결정한 경우에 당사자가 그 결정에 대하여 이의를 중재 진행 중 제기하였을 때 중재판정부의 권한에 대한 심사(제17조)

권자는 중재합의가 있더라도 중재절차 개시 이전 또는 중재절차 진행 중 채무자의 재산에 대한 가압류, 혹은 가처분 등을 보전의 필요성이 있을 때 법원에 제기할 수 있다. 이처럼 민사집행법에서 법원이 내리는 가압류 또는 가처분 명령을 ‘보전처분’이라 흔히 말하고 있다.

법원의 보전처분은 본안판결이 나더라도 권리실현이 어려워지게 될 위험이나 확정판결이 날 때까지의 손해를 방지할 목적으로 일시적으로 현상을 유지하거나 임시적 법률관계를 형성하게 하는 법원의 처분이다. 좁은 의미의 보전소송 또는 보전처분은 민사집행법상의 가압류와 가처분의 재판과 그 집행절차를 말하지만, 넓은 의미의 보전처분이라 할 때에는 뒤에 본안판결이 나도 권리실현이 어렵게 될 위험 및 손해를 방지하기 위하여 본안판결이 나기 전에 신속하게 취하는 잠정적인 처분절차인 점이다. 이러한 의미에서 보전소송은 간이 내지 약식소송의 일종이다. 비록 민사집행법에서 규정하였지만, 이는 집행절차 아닌 소송절차이다. 왜냐하면 가압류·가처분명령의 신청은 집행권원을 얻으려는 소제기와 같은 것이고 그 자체가 집행행위가 아니기 때문이다. 보전처분은 혼

히 다섯 가지 특성을 지닌 것으로 평가한다. 첫째가 잠정성이다. 보전처분은 소송물인 권리 또는 법률관계의 확정을 목적으로 하는 것이 아니고, 판결의 확정시까지 현재의 권리 또는 법률관계를 잠정적으로 확보해 두거나 이에 대하여 임시적인 규율을 하는 조치이다. 가압류·가처분이라는 용어의 “가(假)”가 잠정성의 단적인 표현이다. 미국에서도 일시적 구제(Provisional remedies)라 한다. 이점에서 가집행과 맥락을 같이 한다. 그 효력이 임시적이므로 보전처분의 주문에서 “제1심판결 선고 시까지” 또는 “본안판결의 확정 시 까지”로 효력의 종기를 정하는 경우가 많다. 잠정성 때문에 보전명령과 보전집행에 의하여 생긴 결과가 본안소송에 영향을 미치지 아니한다.³⁾

중재법 6조에서는 법원이 중재절차에 관여할 수 있는 범위를 일정한 경우로 한정하고 있으며, 예외적으로 허용되는 경우는 중재 절차의 공정 및 안정성을 보장하기 위하여 법원의 협조와 최소한의 감독기능을 하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

이는 법원 밖에서 이루어지는 분쟁해결절차인 중재절차의 독립성을 제도적으로 보장하기 위한 것이다.⁴⁾

2. 제소금지의 효력

제9조(중재합의와 법원에의 제소) ① 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변(抗辯)을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하여야 한다. 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 피고는 제1항의 항변을 본안(本案)에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하여야 한다.

③ 제1항의 소가 법원에 계속(繫屬) 중인 경우에도 중재판정부는 중재절차를 개시 또는 진행하거나 중재판정을 내릴 수 있다. [전문개정 2010. 3. 31.]

중재합의는 분쟁을 소송절차에 의하여 해결하지 않고 중재에 의하여 해결하기 위한 당사자들의 계약적 합의로 볼 수 있다. 하지만 중재합의에 있어서 당사자가 합의의 존재 또는 유효성에 이의가 있거나 중재에 의한 분쟁해결을 원치 않기에 우선 소송절차를

3) 이시윤, 신민사집행법, 박영사, 2016, 566-568면; 한민오, 국제상사중재에 있어서 중재판정부의 임시적 처분에 관한 연구, 2012, 10면.

4) 대법원 2018. 2. 2., 자, 2017마6087, 결정이유 참고.

개시할 수 있는데, 이러한 모습은 소송절차에 상대방은 분쟁해결을 포기하고 소송에 의존하는 것이고, 또 다른 하나는 중재합의가 있다는 이유를 들어 소송의 절차진행을 방해하는 것이다. 이처럼 법원으로 하여 분쟁을 중재절차에 회부하도록 하는 효력을 제소 금지의 효력이라고도 한다.

가. 중재합의존재항변과 법원의 조치

중재법 제9조에서와 같이 유효하고 적법한 중재합의가 있는 경우에는 법원에 소송을 제기할 수 없다. 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 한다. 다만 “중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우(중재합의의 부존재나 무효 등)에는 그러하지 아니하다.”라고 정하고 있다. 대법원의 2017마 6087 결정이유에서 또한 중재합의의 부존재나 무효 등을 주장하는 사람이 중재절차가 계속 중이더라도 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소를 제기할 수 있는 사람이 중재절차가 계속 중이더라도 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소를 제기할 수 있고, 법원 역시 소송절차에서 중재합의의 부존재나 무효 등을 판단할 수 있다는 것을 전제로 하면서도, 중재판정부는 법원에 계속 중이 소송절차로부터 영향을 받지 않고 독립적으로 중재절차를 개시·진행할 수 있다는 것을 의미한다는 것으로 보고 있다.

중재합의에 대상인 분쟁에 관한 항변은 1차 변론기일 전까지 하여야 하며, 위 항변을 하지 아니한 채 응소한 경우에는 중재의 항변을 포기한 것으로 본다. 제9조 제3항은 '위와 같은 소가 법원에 계속 중인 경우에도 중재판정부는 중재절차를 개시 또는 진행하거나 중재판정을 내릴 수 있다.'고 정하고 있다. 이는 중재합의의 부존재나 무효 등을 주장하는 사람이 중재절차가 계속 중이더라도 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소를 제기할 수 있고 법원 역시 소송절차에서 중재합의의 부존재나 무효 등을 판단할 수 있다는 것을 전제로 하면서도, 중재판정부는 법원에 계속 중인 소송절차로부터 영향을 받지 않고 독립적으로 중재절차를 개시 및 진행할 수 있다는 것을 의미한다.⁵⁾

5) 김갑유 외 3인, 중재절차실무, 2016.

나. 각 국가별 제소금지 효력에 관련된 입법례⁶⁾

일부 국가에서는 장래 분쟁에 관한 중재합의에 한하여 제한적으로 인정받는 것을 제외하고는 모든 입법에서 그 효력을 인정받고 있으나 구체적 형태는 국가마다 조금씩 차이가 있는 것으로 보인다.

(1) 각 국가별 중재에 관한 입법례

(가) 미 국

연방중재법 제3조는, “당해 법원은 당사자의 신청에 의하여 소송절차를 중지하여야만 한다.”고 정하고 있다.

(나) 영 국

영국 중재법 제9조는 “국제중재에 관하여는, 중재합의가 무효, 효력상실 또는 이행불능인 사유가 없을 때에는 중지하여야 한다.”고 규정한다.

(다) 독 일

독일 민사소송법 제1032조는, “중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 때에는, 법원은 피고가 본안의 구두변론이 시작되기 전까지 이에 관한 항변을 제기하면 그 소를 부적법한 것으로 각하하여야 한다.”고 규정하고 있다.

(라) 프랑스

프랑스 민사소송법은 중재판정부가 이미 구성된 후 소가 제기되었으면 법원은 재판권 없음을 이유로 소를 각하하고, 중재판정부가 아직 구성되어 있지 않을 때에는 중재합의가 명백히 무효가 아닌한 소를 각하한다. 즉 후자의 경우에는 법원이 중재합의 무효사유를 검토한 후 각하여부를 결정하게 된다. 이 모든 경우에는 당사자 신청이 있어야 한다.

(마) 일 본

일본 중재법 제14조는, “① 중재합의의 대상인 민사상의 분쟁에 관하여 소가 제기된 때에는 수소법원은 피고의 신청에 의하여 소를 각하하여야 한다. 단, 다음에 규정하는 경우에는 그러하지 아니하다. (i) 중재합의가 무효, 취소 기타의 사유로 효력을 갖지 않는 때, (ii) 중재합의에 기한 중재절차를 행할 수 없는때, (iii) 당해 신청이 피고가 본안에

6) 목영준·최승재, 앞의 책, 2018. 85-88면.

관하여 변론을 하거나 변론준비절차에서 진술을 한 후에 이루어진 것인 때, ② 중재판정부는 전항의 소에 관련된 소송이 법원에 계속되는 중에도 중재절차를 개시하거나 속행하고 또한 중재판정을 내릴 수 있다.”라고 규정하고 있다.

(바) 중 국

중국 중재법 제5조는, “당사자가 중재합의를 체결한 경우, 일반 당사자가 법원에 소를 제기한 때에는 법원은 소를 수리하여서는 아니 된다. 다만 중재합의가 무효인 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

(2) 국제협약

(가) 제네바 의정서

제네바의정서 제4조는, “중재합의 또는 중재가 진행될 수 없거나 이행불능일 때, 법원은 재판권을 가진다.”라고 하였다.

(나) 모델중재법 제8조 제1항

뉴욕협약 제2조 제3항도 “체약국은 법원은, 본조에서 의미하는 중재합의사항에 관한 소가 제기되었을 때, 당사자들의 신청에 따라 당사자들을 중재에 회부(refer)하여야 한다.”라고 규정하여 그 구체적 효력을 각국의 입법에 위임하고 있다. 다만, ‘중재가 외국에서 이루어지는 경우’ 또는 ‘그 외국이 뉴욕협약의 체약국이 아닌 경우’ 등 까지도 포함된다는 취지가 명시되어 있지 않으나, 이러한 경우 등에도 당연히 중재에 회부되어야 한다고 할 것이다.

(다) 뉴욕협약

유럽협약 제6조 제1항은, “중재합의의 존재를 이유로 한 법원의 재판권 없음의 항변은 피고로부터의 실질적 항변 이전 또는 동시에 행하여져야 한다.”라고 규정하고 있고, 제3항은 “체약국의 법원은 타당하고 실질적인 이유가 없는 한 중재판정이 내려질 때까지 중재인의 권한에 관한 판단을 정지하여야 한다.”라고 규정함으로써, 중재합의의 법원재판권배제원칙을 천명하였다. 이는 중재인의 ‘자기권한심사권’을 명시적으로 인정한 것이다. 또한 4항은 “법원에 대한 중간처분 또는 보전처분신청은 중재합의와 양립되고, 사안을 법원으로 부탁하는 것으로 간주되지 않는다.”라고 규정하여 중간처분의 신청이 본안에 관한법원재판권을 창설하지 않음을 명시하였다.

모델법안도 제8조 제1항에서, “중재합의가 무효, 효력상실 또는 이행불능이 아닌 한,

중재판정부는 당사자들을 중재에 회부(refer)하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

3. 중재판정부 권한에 대한 법원의 심사 및 개입

제17조(중재판정부의 판정 권한에 관한 결정) ① 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.

② 중재판정부의 권한에 관한 이의는 본안에 관한 답변서를 제출할 때까지 제기하여야 한다. 이 경우 당사자는 자신이 중재인을 선정하였거나 선정절차에 참여하였더라도 이의를 제기할 수 있다.

③ 중재판정부가 중재절차의 진행 중에 그 권한의 범위를 벗어난 경우 이에 대한 이의는 그 사유가 중재절차에서 다루어지는 즉시 제기하여야 한다.

④ 중재판정부는 제2항 및 제3항에 따른 이의가 같은 항에 규정된 시기보다 늦게 제기되었더라도 그 지연에 정당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 받아들일 수 있다.

⑤ 중재판정부는 제2항 및 제3항에 따른 이의에 대하여 선결문제(先決問題)로서 결정하거나 본안에 관한 중재판정에서 함께 판단할 수 있다.

⑥ 중재판정부가 제5항에 따라 선결문제로서 그 권한의 유무를 결정한 경우에 그 결정에 불복하는 당사자는 그 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 법원에 중재판정부의 권한에 대한 심사를 신청할 수 있다. <개정 2016. 5. 29.>

⑦ 중재판정부는 제6항에 따른 신청으로 재판이 계속 중인 경우에도 중재절차를 진행하거나 중재판정을 내릴 수 있다.

⑧ 제6항에 따른 권한심사신청에 대한 법원의 권한심사에 대하여는 항고할 수 없다.

⑨ 제6항에 따른 신청을 받은 법원이 중재판정부에 판정 권한이 있다는 결정을 하게 되면 중재판정부는 중재절차를 계속해서 진행하여야 하고, 중재인이 중재절차의 진행을 할 수 없거나 원하지 아니하면 중재인의 권한은 종료되고 제16조에 따라 중재인을 다시 선정하여야 한다. <신설 2016. 5. 29.> [전문개정 2010. 3. 31.]

위에서 살펴본 바와 같이 중재법 제17조 제6항은 중재판정이 있기 전에 법원이 중재절차에 직접 관여할 수 있는 경우를 정하고 있다. 즉 당사자가 중재판정부의 권한에 대하여 이의신청을 하면 중재판정부는 선결문제로서 그 권한의 유무를 결정할 수 있고,

중재 당사자는 본안에 관한 답변서를 제출할 때까지 중재판정부의 권한에 대한 이의를 제기하여야 한다.⁸⁾ 이는 중재절차 진행 중에 권한 범위를 벗어난 경우에는 그 사유가 중재절차에서 다루어지는 즉시를 말한다. 즉, 그 결정에 불복하는 당사자가 그 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 법원에 중재판정부의 권한에 대한 심사를 신청한 경우, 법원은 이에 따라 중재판정부의 권한을 심사한다.

만약 중재판정부가 선결문제로서 ‘권한이 있다’고 결정한 경우, 이의제기 당사자는 최종 중재판정이 내려지기를 기다려 중재판정취소의 소를 제기하거나 중재판정 집행판결 청구를 방어하는 대신 이의를 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 법원에 중재판정부의 권한에 대한 심사를 신청할 수 있다 이러한 법원의 권한 심사에 대해서는 항소할 수 없다(제17조 제6항 및 제8항).⁹⁾

가. 중재합의의 부존재나 무효 등으로 인한 절차정지가처분 신청에 대한 검토

중재합의의 부존재, 무효, 실효를 주장하는 당사자가 중재절차 개시 전에 중재판정부 설립을 막거나 또는 진행 중인 중재절차를 정지하기 위하여 법원에 신청하는 것을 말하는데 사례에서와 같이 가처분의 형식을 갖추고 있으며, 중재절차에 관한 법원의 협조는 아니지만 법원이 중재에 관여하는 모습으로 볼 수 있다.

법원의 결정과 같이 대한민국 중재법은 중재절차정지가처분은 인정되기 어려운 것으로 보는데 먼저 위에서 알아본 제6조에서 또한 일정한 사항을 제외하고 법원의 중재관여를 금지하고 있다. 다만, 법원의 개입은 제17조 제6항에서 정한 중재판정부의 권한에 대한 심사 뿐 이후 중재판정에 대하여 취소 혹은 집행판결 거부를 신청할 수 있을 뿐이다. 따라서 중재법 제17조는 중재판정부의 관할권에 대하여 우선적으로 판정권한을 부여하고, 이에 불복하는 경우에 있어서 사법적인 통제권을 법원에 부여하고 있다. 그러므로 법원이 가처분의 형태로 중재절차의 금지를 명하는 것은 허용되지 않는다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

7) 중재법 제17조 제1항 및 제5항.

8) 중재법 제17조 제2항 및 제4항.

9) 중재법 제17조 제6항 및 제8항; 김갑유 외 3인, 앞의책, 2016. 256면.

(1) 관련 판례

대법원 1996. 6. 11. 자., 96마149 결정

중재인은 당사자가 중재절차를 허용할 수 없는 것이라고 주장하는 경우에도 중재절차를 속행하여 중재판정을 할 수 있다고 정한 중재법의 취지에 비추어 보면, 설사 당해 중재절차가 허용될 수 없는 경우에 해당한다고 하더라도 당사자가 상대방에 대하여 법원에 그 중재절차의 위법 확인을 구하는 본안소송을 제기하거나 중재판정이 있는 후에 중재판정취소의 소를 제기하여 중재절차의 위법을 다투는 것은 별론으로 하고, 곧바로 그 중재절차의 위법을 들어 법원에 중재절차정지의 가처분을 구할 수는 없다고 판시하였다.¹⁰⁾

(2) 각 국가에서의 중재합의의 유효성에 대한 판단

일방 당사자가 제기한 소송과 관련하여 상대방이 중재합의가 있다는 방소항변을 제기하는 경우 법원은 그 중재합의가 무효이거나 실효하였거나 또는 이행불능의 상태에 있는 경우가 아닌 이상 분쟁을 중재에 회부해야 하고 그에 대한 관할권을 행사할 수 없다.¹¹⁾ 이와 같이 소송에서 중재합의에 기초하여 방소항변이 제기된 경우 법원은 필연적으로 유효한 중재합의가 있는지를 심사하게 되는데 그 경우 과연 어느 범위 내에서 법원이 중재합의에 대한 심사권을 가지는가 하는 점은 다양하게 검토될 수 있을 것이다.

우선, 영국이나 미국은 물론 모델법을 채택하는 국가들 상당수가 법원은 위와같은 경우에도 중재합의의 유효성에 대하여 일응심사권이 아닌 최종적인 결정권을 갖는 것으로 해석한다. 따라서, 실령중재판정부의 관할에 관한 판정이 아직 없는 경우에도 법원은 유효한 중재합의가 존재하는지에 대하여 전면적인 심사를 하게 된다. 다만, 미국의 경우는 다수의 판례가 당사자들이 중재판정부의 '권한심사권한의 원칙'을 천명하는 중재규칙을 선택한 경우 당사자가 합의에 의하여 중재관할에 관한 중재판정부의 판단을 종국적인 것으로 하고 법원에 의한 재심사가 불가능하도록 약정한 것으로 보아 법원에 의한 중재합의의 심사를 극히 제한적으로만 인정하기도 한다.

나아가, 모델법이 중재판정의 취소 또는 승인 및 집행의 단계에서는 법원이 중재합

10) 대법원 1996. 6. 11. 자 96마149 판결.

11) 뉴욕협약 제2조; 모델법 제8조 제1항.

의의 범위에 대하여도 심사할 수 있도록 하고 있는 반면,¹²⁾ 중재판정부의 판단이 내려지기 이전에 소송에서 중재합의의 존부가 문제된 경우에는 단지 중재합의가 무효이거나 실효하였거나 또는 이행불능의 상태에 있는지 여부만 심사하는 것으로 하여 달리 규정하고 있다는 점¹³⁾ 등을 근거로 하여, 중재합의의 성립(existence), 유효성(validity), 적법성(illegality) 등과 같이 유효한 중재합의가 존재하는지 여부에 대하여는 법원이 전면적인 심사를 할 수 있지만, 중재합의가 유효히 존재하는 것을 전제로 하여 다만 중재대상 분쟁의 범위 해석만이 문제가 되는 경우에는, 법원은 오로지 일응의(prima facie) 심사, 즉, 중재합의가 명백하고 현저하게 무효인지 여부만을 심사하고 만약 유효한 것으로 판단될 여지가 있는 이상 중재판정부의 관할을 부인할 수 없다는 입장도 있다.¹⁴⁾

이러한 입장에서 더 나아가, 중재판정부의 자기권한심사권을 최대한 존중한다는 측면에서 중재판정부의 판단에 앞서 이루어지는 법원의 중재합의에 대한 심사는 어떤 경우이든 일응의(prima facie) 판단에 그쳐야 하고, 다툼의 여지가 있을 때에는 바로 소송 관할을 인정하기보다는 소송을 중지하고 중재판정부의 판단을 먼저 기다려야 한다고 보는 국가도 있다. 싱가포르나 홍콩 등 적지 않은 국가의 법원들이 이러한 입장에 동조하고 있다.¹⁵⁾

소송이 제기되고 동 소송에서 중재관할을 이유로 방소항변이 제기되는 경우이든 아니면 그 밖에 일방 당사자가 적극적으로 법원에 중재관할 유무의 판단을 구하는 경우이든 불문하고, 법원은 중재판정부의 관할에 관하여 전면적인 심사에 나아가기보다는 우선 일응의(prima facie) 심사만을 하되, 그 결과 중재합의가 명백하게 무효가 아닌 이상 일단 중재관할의 문제에 관하여는 중재판정부의 판단에 먼저 맡기는 것이 바람직하다고 보고 있다.¹⁶⁾

12) 모델법 제34조·제35조.

13) 모델법 제8조 제1항.

14) 임성우, 국제중재, 2016, 139면.

15) 임성우, 앞의 책, 2016, 139면; Tomolugen Holding Ltd and another v. Silica Investors Ltd and another appeals [2015] SGCA 57; Kin Yat Industrial Co Ltd v. MGAEntertainment(HK) Ltd [2007] HKCU 435 등.

16) 임성우, 앞의 책, 2016, 139면.

(2) 해외에서의 중재절차에 있어 법원의 관여 형태

(가) 소송유지명령(anti-suit order)

소송유지명령은 중재합의에 반하는 소가 국내법원에서 제기되는 경우보다 다른 국가에서 절차의 경합이 발생한 경우에 전형적으로 활용된다. 국내법원에는 실무적인 측면에서는 방소항변을 제기하여 소를 각하시킬 수 있기 때문이다. 예를 들면 중재합의에 위반하여 채권자가 채무자를 상대로 제3국의 법원에서 손해배상청구를 구하는 경우를 상정할 수 있다. 이 때 피고가 된 채무자는 그 나라의 소송에서 절차적으로 다룰 수도 있지만, 생소한 외국 소송 절차 또는 중재친화적이지 않는 법제로 인해 소를 각하시키는 데에 실무적인 어려움이 있을 수 있다. 또 다른 예로는 원고가 피고를 상대로 다수의 국가에서 동시다발적으로 소를 제기하는 경우도 상정할 수 있다. 피고는 소가 제기된 모든 국가의 법원에서 방소항변을 제기할 수 있으나, 절차적으로 비용면에서 부담스러울 수 밖에 없다. 이럴 때 피고는 원고를 상대로 소송의 중단이나 금지를 구하는 소송유지명령을 구할 실익이 있다.

이처럼 중재합의에 위반하여 제기된 소송에 대하여 방소항변을 제출하는데 그치지 않고 소송을 금지하는 명령을 내릴 수 있도록 한 입법례도 있으나 대한민국 중재법은 이러한 제도를 도입하지 않았다.

(나) 중재이행명령(pro-arbitration order)

법원이 당사자로 하여금 중재합의에 따라 중재를 행하도록 강제하는 명령을 내릴 수 있도록 하는 입법례도 있으나 대한민국 중재법에서는 허용하지 않고 있다. 미국에서는 법원이 이러한 명령을 종종 내리고 있으나(order to compel arbitration), 중재이행명령에 대하여는 다양한 비판이 있다. 즉, 중재합의가 있는 분쟁에 대한 법원의 관여는 중재합의에 반하여 제기된 소송을 금지하는 것으로 최소화하더라도 충분히 효율적일 수 있고, 법원이 중재를 강제하는 것은 중재판정부의 자기권한 심사원칙에 반할 수 있으며, 당사자 자치원칙을 위협할 수 있다는 것이다.¹⁷⁾

(다) 중재금지명령(anti-arbitration injunction) 등

당사자 일방이 유효한 중재합의가 존재하지 않음을 이유로 법원에 중재절차의 진행의 금지를 구하거나 진행되고 있는 중재절차가 위법하다는 확인을 구할 수 있는지는 다

17) 이규호, 위의 글, 89-96면.

양한 논의가 있고 각국의 취급레도 통일되어 있지 않다.¹⁸⁾

소송금지명령(anti-suit injunction)이 분쟁을 중재로만 해결하고 소송을 제기하지 않기로 하는 당사자의 명시적 합의사항의 이행을 확보하는 차원에서 그 필요성과 정당성이 인정되는 것임은 앞서 본바와 마찬가지로 당사자들이 적극적으로 소송관할에 합의를 하였음에도 일방 당사자가 그러한 합의에 위하여 악의로 중재를 제기한 경우나 중재관할을 부인하는 법원의 판결이 있음에도 불구하고 중재를 제기한 경우 등과 같은 특수한 상황 하에서는 법원에 그 금지를 구하는 가처분 등을 신청하는 길을 원천적으로 배제할 필요는 크지 않다고 오히려 그와 같은 이례적인 상황에서까지 중재관할에 대하여 법원의 심사가 원천적으로 배제된다고 본다면 이는 모델중재법 의미를 너무 지나치게 확대 해석하는 것이라고 보는 견해도 있다.¹⁹⁾

다만, 중재금지명령이 실무상 절차지연을 위한 전략에서 남용되는 경우가 다반사라는 점을 감안할 때, 위와 같은 이례적인 사정이 있는 경우가 아니라면, 가급적 법원은 중재판정부의 권한심사권을 최대한 존중하여 중재금지명령에 매우 신중을 기하여야 한다.²⁰⁾

IV. 맺음말

사적분쟁이 발생하였을 때 국가권력인 사법권에 의하지 않고 당사자 간의 합의로 제3자에 의한 판정에 의하기로 하는 것이 중재제도라는 점에서 법원은 사적자치 원칙에 기초하여 합의를 최대한 존중하여야 할 것이다. 하지만 다른 한편으로는 최소한의 공정성을 확보하기 위하여 법원이 일정 부분을 개입하여 절차와 최소한의 감독적인 기능의 필요성 또한 존재하는 것이 사실이다.

중재합의의 당사자 일방이 중재합의의 부존재 혹은 무효, 효력상실 혹은 이행불능을

18) 이규호, 앞의 논문, 66면.

19) 임성우, 앞의 책, 141면.

20) Born(ICA), 1314면.

이유로 중재절차를 정지해달라고 하는 신청을 법원에 제기한 경우에 중재절차의 위와 같은 내용, 문언, 체계 등을 검토하게 된다.

현행 중재법 제6조에서는 법원이 중재절차에 개입할 수 있는 범위를 중재법에서 정한 경우로 한정하고 있지만, 다른 한편으로 중재법 제10조는 중재절차에서 법원의 “중재절차의 개시 전 또는 진행 중에 보전처분을 신청 할 수 있다.”라는 문언은 법원이 잠정적 처분(보전처분)을 관여할 수 있다는 여지를 줄 수 있을 것이다. 이는 중재제도의 취지에 비추어 법원의 협조와 감독은 어느 정도 필요성과 법률적 근거가 있기에 적절하게 합리적이고 최소한의 선에서만 법원이 개입되어야 할 것으로 생각된다. 이처럼 중재판정절차에 있어서 법원의 개입을 최소화하여 조력으로서의 역할에 중점을 두는 것이 중재제도의 취지에 부합할 것이라는 것이 필자의 견해이다.

이처럼 해외 입법례 및 협약 등에 비추어 보아도 세계적으로 중재절차를 고려하여 볼 때 법원의 감독적인 역할은 점차적으로 줄어들고 조력 및 후견으로서의 역할은 점점 더 중요시되고 있는 것으로 보인다. 대한민국 중재법이 UNCITRAL 모델법을 대폭 수용한 점에서도 대한민국 법원 또한 이러한 취지를 반영한 법률적 해석의 흐름으로 생각된다.

결국 우리는 대한민국 중재절차와 가처분 범위에 있어서 당사자 자치 개념과 국가권력인 법원의 개입정도를 문제로 볼 수 있을 것인데 중재절차에서 법원의 가처분 또한 현상의 변경을 막거나 다툼이 있는 권리관계에 현저한 손해 및 급박한 위험을 등을 피하기 위함으로 한정함으로서 우선적으로 중재판정절차의 중점을 두는 것이 현행 중재제도의 취지에 부합할 것이라 생각한다. 따라서 법원이 보전처분에 관한 권한이 당사자 자치라는 개념을 염두하여 중재법에서 또한 법원의 처분이 제한된다는 점을 명문으로 명확히 하는 것이 낫지 않을까라는 제언을 하여 본다.

참 고 문 헌

- 김갑유 · 임수현 · 김홍중 · 김준우, 중재실무강의, 박영사 2016.
- 목영준, 상사중재법, 박영사. 2018.
- 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012.
- 이시윤, 신민사집행법, 박영사, 2016,
- 임성우, 국제중재, 2016.
- 대한상사중재원, 중재 50년사, 2016.
-
- 윤진기, “2016년 개정 중재법의 중재판정 집행에 관한 문제점”, 한국중재학회, 2016.
- 이규호, “국제상사중재와 국제소송의 경합”, 국제사법연구 제16호, 2010.
- 이현묵, “중재판정부의 임시적 처분과 법원의 보전처분의 관할의 충돌”, 법조협회, 2016.
- 목영준, “중재에 있어서 법원의 역할에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위 논문, 2005.
- 박준선, “상사중재 활성화를 위한 중재판정부의 임시적 처분 제도의 개선 : 2016년 개정 중재법을 중심으로,” 중재학회 제26권 제2호, 2016.
- 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, 선진상사법률연구 통권 제40호, 2010.
- 손경한, “중재자치와 중재의 준거법,” 한국국제사법학회 제17호, 2011.
- 조무제, “판례에서 보는 중재법”, 중재 2006년 봄호, 2006.
- 한민오, “국제상사중재에 있어서 중재판정부의 임시적 처분에 관한 연구, 2012.
- 한종규, “국제중재의 활성화를 위한 법원의 역할 - 중재판정부의 임시적 처분을 중심으로 -”, 이화여자대학교 법학논집 제20권 제3호, 2016. 3.

<국문초록>

중재합의의 당사자 일방이 중재합의의 부존재 혹은 무효, 효력상실 혹은 이행불능을 이유로 중재절차를 정지해달라고 하는 신청을 법원에 제기한 경우, 현행 중재법 제6조에서는 법원이 중재절차에 개입할 수 있는 범위를 중재법에서 정한 경우로 한정하고 있다. 하지만 다른 한편으로 중재법 제10조는 중재절차에서 법원의 “중재절차의 개시 전 또는 진행 중에 보전처분을 신청할 수 있다.”라는 문언은 법원이 잠정적 처분(보전처분)에 관여할 수 있다는 여지를 줄 수 있을 것이다.

중재제도의 취지에 비추어 법원의 협조와 감독은 어느 정도 필요성과 법률적 근거가 있기에 합리적이고 최소한의 조력으로서 법원이 개입되어야 할 것이다. 이는 결국 대한민국 중재법의 가처분 범위에 있어서 당사자 자치 개념과 법원의 개입정도를 문제로 볼 수 있을 것인데 중재절차에서 법원의 가처분 또한 현상의 변경을 막거나 다툼이 있는 권리관계에 현저한 손해 및 급박한 위험 등을 피하기 위함으로서 한정함으로서 중재판정절차의 중점을 두는 것이 현행 중재제도의 취지에 부합할 것이라 생각한다. 따라서 법원이 보전처분에 관한 권한은 중재법 정하는 당사자 자치라는 개념을 염두하여 법원의 처분이 제한된다는 점을 명문으로 명확히 하는 것이 낫지 않을까라는 제언을 해본다.

주제어 : 중재절차정지 가처분, 보전처분, 중재합의의 무효

<Abstract>

Review on the decision of provisional suspension in the arbitral proceeding

*Jang, Won-Seok**

In the case of an application by party to suspend the arbitration proceeding to the court that arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, Article 6 of current arbitration act limits the extent to which the court can intervene in the arbitration procedure as defined by the arbitration act. however, Article 10 of the arbitration act provided that the court to engage in a provisional disposition(preservative measure) by the court in the arbitral proceeding state that "before the commencement of or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure."

In light of the purpose of the current arbitration system, the court's cooperation and supervision will have to intervene as reasonable and minimal assistance. In short, the concept of party autonomy and the extent of the court's intervention in the scope of the arbitration act could be regarded as problematic. Therefore, it would be better for the court to make clear in a statement that the court's authority on preservation measure is limited in consideration of the concept of party autonomy.

Keywords : provisional suspension of arbitral proceeding, preservative measure, invalidity of arbitration agreement

* Pusan National University, Institute of Law Studies, Full-time researcher.

