

국제중재절차와 상계

김 용 진*

차 례

- I. 서론
- II. 국제중재 합의 및 상계의 저촉법적 문제
 - 1. 중재합의에 대한 적용저촉법과 적용실질법
 - 2. 중재합의의 유효성 판단 주체
 - 3. 국제중재절차에서 상계에 대한 실체법적 요건
- III. 국제중재절차에서 반대채권 주장의 소송법적 제한 : 상계의 관할문제
 - 1. 국제상계와 관할
 - 2. 재판관할합의가 부착되어 있거나 다른 중재판정부의 관할에 속하는 반대채권으로 상계하는 경우
 - 3. 재판관할합의나 다른 중재판정부를 관할로 하는 중재합의가 붙지 아니한 반대채권으로 상계하는 경우
 - 4. 소송절차에서의 상계
- IV. 우리나라 법원의 승인 및 집행절차에서의 상계 허부
 - 1. 대한민국 법원의 국제재판관할과 준거법
 - 2. 승인 및 집행절차에서의 상계 주장 가부
- V. 결어

* 충남대학교 법학전문대학원, 교수, 법학박사

접수일자 : 2017. 4. 27. / 심사일자 : 2017. 5. 29. / 게재확정일자 : 2017. 5. 31.

I. 서론

국제거래가 늘어날수록 국제소송과 국제중재를 통한 채권실현의 필요성이 증가하고 있다. 그런데 국내 거래는 물론 국제간 거래에서도 계속적인 법률관계를 맺는 경우가 많아 어느 한쪽이 계약관계에 기한 채권을 소구하거나 중재신청을 할 경우, 상대방 당사자는 당해 계약관계에 연유하는 상호관련성 있는 반대채권 또는 다른 계약관계로부터 파생되는 채권으로 상계를 주장하고자 할 것이다. 국제중재사건에서 이러한 문제는 두 가지 영역에 걸쳐 나타난다. 그 하나는, 중재절차에서 상계로 제공되는 반대채권에 중재합의가 부착되었는지 여부에 따라 그 반대채권이 중재절차에서 주장할 수 있는 것인가, 아니면 국가 법원의 소송절차에서 주장하여야 하는가의 문제이다. 다른 하나는, 중재절차에서 상계를 하였는데, 중재판정부에서 상계를 판단하지 아니하고 배척한 경우 그 후에 진행되는 외국판정의 승인 및 집행절차에서 상계주장을 허용할 것인가의 문제이다. 이는 곧 상계의 절차법적 허용 요건의 문제로서 상계의 재판관할과 승인 및 집행절차에서의 상계 주장을 허용할 것인가에 관한 것으로, 결국 중재절차와 법원의 절차 사이의 관할문제로 귀결된다.

먼저, 소송절차와 중재절차에서 상계를 한 경우 이를 받아들일 것인가의 문제에 대하여 논한다. 반대채권에 중재합의가 부착되어 있는 반대채권을 가지고 통상의 소송절차에서 상계를 주장할 수 있는가의 문제는 현행 중재법에서 중재항변을 제출한 경우 소각하의 판결을 하도록 하고 있는 점에 비추어(중재법 제9조 제1항), 허용되지 않음은 명백하다. 그런데 이러한 법리를 반대의 경우에도 적용할 수 있는가? 즉 중재절차에서 피신청인은 반대채권에 대하여 재판관할을 합의하지 않거나 또는 다른 중재판정부의 관할에 속하지 아니한 반대채권을 가지고 상계를 주장할 수 있는가의 문제이다. 또한 중재절차에서 재판관할합의가 부착되어 있거나 또는 다른 중재판정부의 관할에 속하는 반대채권으로써 상계를 하는 것을 허용할 것인가의 문제도 발생한다. 이러한 문제와 관련하여 우리나라에서의 논의는 단순히 상계허용설, 제한적 허용설 등 학설만이 소개되어

있을 뿐 그 근거나 논의의 배경에 관한 연구 자료를 찾아보기 어려우며, 이에 관한 판례도 필자가 찾아 아는 범위 안에서는 존재하지 않았다. 아래 논문은 II의 3에서 전자의 문제를 다루고, II의 2에서 후자의 문제를 다룬다. 무엇보다 이 분야에서 일찍이 판례를 축적한 독일의 실무와 학설의 발전 및 논의 현황을 소개하여 우리나라에서 향후 이 문제에 관한 논의를 진작시키는 계기를 마련하고자 한다.

다음으로, 국제중재절차에서 반대채권으로 상계하였지만 중재판정부가 이를 판단하지 아니하고 배척한 경우에, 중재신청인이 중재판정을 우리나라에서 승인·집행하고자 할 때 상계주장을 허용할 것인가는 집행절차 영역에서의 상계의 허용 여부에 관한 문제에 속한다. 중재신청인이 승소한 중재판정을 가지고 중재피신청인의 국내에서 승인 및 집행을 받고자 할 경우, 중재피신청인은 이미 중재절차에서 배척된 상계항변을 다시 제출하고자 할 것이다. 이와 같이 이미 중재절차에서 중재합의의 효력이 미치는 채권을 반대채권으로 하여 상계하였지만, 중재판정부에 의하여 상계항변이 배척된 경우 이후의 강제집행절차에서도 상계는 여전히 허용되지 않는 것인가? 이는 결국 중재조항에 묶인 반대채권으로 국가법원의 절차에서 상계하는 것에 다름이 아니기 때문에 이를 허용할 수 없는 것이 원칙일 것이다. 이 영역에서도 반대채권에 중재합의가 붙어 있는지의 여부 내지는 중재판정부가 반대채권에 중재합의 효력이 미치는 것으로 판단하는가의 여부에 따른 법리를 그대로 적용할 수 있을 것이다. 그런데도 아래 IV의 2에서는 중재판정부가 중재합의가 부착된 반대채권으로 한 상계항변에 대하여 판단하지 않고 배척한 경우에도 상계불가의 원칙을 고수하는 것이 타당한가의 문제를 다루고 있다. 이러한 문제제기는 상계주장을 허용하지 않는다면 채무자는 자신의 반대채권으로써 집행채권을 소멸시킬 수 있는 기회를 박탈당하여 형평의 원칙에 위반하는 점에 근거한 것이다. 이와 관련하여 독일 실무는 외국판정에 기하여 개시된 독일의 집행절차에서 집행채무자는 상계를 주장할 수 있도록 허용하고 있다. 이와 같은 비교법적 검토를 통하여 우리나라에서 불모의 영역인 국제중재사건에서의 상계의 관할문제와 외국판정의 승인 및 집행절차에서 상계 주장을

허용할 것인가의 문제를 다루어 이 분야의 논의를 진작시키는 계기를 제공하자는 것을 이 논문의 주요 목표로 삼았다.

II. 국제중재 합의 및 상계의 저촉법적 문제

1. 중재합의에 대한 적용저촉법과 적용실질법

(1) 적용절차법과 당사자자치

당사자는 중재합의를 하면서 중재절차에 적용할 절차내용을 스스로 정한다. 이는 법원의 소송절차를 지배하는 임의소송금지의 원칙의 적용을 받지 않는다는 의미로 당사자에게 절차형성권을 보장하는 것이다. 당사자는 국가기관이 아닌 중재기관을 선택하였기 때문에 이른바 법정지법을 절차의 준거법으로 하는 국제민사소송법의 대원칙은 적용되지 아니한다. 다만, 중재판정부를 운영하고 있는 상설중재기관을 합의한 경우에는 묵시적으로 그 기관의 중재규정을 적용할 의사가 있는 것으로 본다.¹⁾ 이에 반하여 비상설적 (ad hoc) 중재판정부를 합의하면서 구체적인 절차 내용에 대하여 정하지 아니한 경우에는, 당해 중재판정부가 이를 재량으로 정할 수 있다. 예컨대 중재판정부는 비공식적 송달을 할 수 있으며, 외국에서 기일을 잡거나 직접 검증 또는 증인신문을 할 수도 있다.²⁾

중재절차를 국가의 사법기관인 법원과 만나게 하는 현실적으로 주요한 매개체는 중재지이다. 당사자는 물론 합의에 의하여 중재절차에 적용할 법을 정할 수 있지만, 이 또한 중재지에 의하여 크게 제약된다. 우선, 당사자가 상설 중재기관을 선택한 경우에는 그 기관이 마련해놓고 있는 중재절차규정에 따른다는 것에 동의한 것으로 인정되며,³⁾ 임시중재판정부를 선택하면서 중재절차에 적용할 법을 합의하지 아니한 경우에는 당해 중재판정부가 중재절차에 적용할 법을 정할 수 있는데, 이 경우 통상 중

1) Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013 (이하“IZPR”) § 18 Rn. 88.

2) Schütze, Rechtsverfolgung im Ausland, 3 Aufl., Rn. 305.

3) Nagel/Gottwald, a.a.O..

재지에서 통용되는 법, 즉 중재지법이 적용된다.⁴⁾ 결국 통상적으로 중재 절차에 적용되는 법은 당사자가 합의하여 선택한 법이 아니라, 중재지국 법(*lex loci arbitri*)이다.⁵⁾ 이러한 이유로 대부분의 나라는 UNCITRAL 모델 법⁶⁾을 수용하여 중재신청한 중재판정부가 중재합의의 유효 여부에 대하여 판단하게 하고 있으며,⁷⁾ 독일법은 중재절차에 적용할 법의 순위로, 중재지국법의 강행규정을 우선적용하고, 그 이외에는 당사자가 특히 중재기관의 절차규정 또는 외국의 중재절차법을 합의로 지정하는 방식으로 스스로 적용절차법을 선택할 수 있으며, 만약 당사자가 위와 같은 법선택을 하지 아니한 경우에는 중재지국법의 임의규정이 적용되며, 그럼에도 불구하고 법규의 흠결이 있을 경우에는 중재판정부가 재량으로 정한 절차법을 적용하도록 한다.⁸⁾

(2) 적용실질법

중재합의에 적용되는 실질법은 어느 나라의 법인가에 대한 문제는 국제중재사건에서 흔히 나타나는 문제이다. 이와 관련하여서는 주계약과 중재조항이 법적으로 독립된 별개의 약정인 것처럼 저촉법적으로도 양자를 구분하여야 한다. 중재조항에 적용될 실질법에는 다음과 같은 것들이 있다.

1) 1958년의 뉴욕협약

뉴욕협약⁹⁾은 ‘중재합의의 유효’ 여부를 어느 나라의 법에 따라 판단할

4) 석광현, 『국제상사중재법연구』, 제1권 2007, 41쪽.

5) Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl.(2013), Rn. 1378.

6) 정식 명칭은 “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration”으로, 1985년에 제정되었으며, 2006에 개정되었음. 우리나라에서는 국제상사중재에 관한 유엔위원회의 모델법 또는 단순히‘UNCITRAL 모범법’이라 한다(이하 ‘UNCITRAL 모델법’이라 함).

7) Binder, International Commercial Arbitration, 3. ed. 2010, para4-001 et seq; Nagel/Gottwald, IZPR § 18 Rn. 146.

8) 독일 민사소송법 제1042조 제4항 제1문.

9) 정식명칭은 「United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards」으로, 흔히 ‘1958년 국제연합협약’ 또는 단순히 ‘뉴욕협약’이라 부른다(이하 ‘뉴욕협약’이라 함).

것인가에 관한 저촉법적 규정(뉴욕협약 제5조 제1항 a호)을 두고 있는데, 이에 따르면 당사자가 합의한 법이 적용할 실질법이 되고, 그러한 합의가 없는 경우에는 중재판정이 이루어진 나라의 법, 즉 중재지법을 적용한다. 물론 뉴욕협약은 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약이므로 위 협약규정은 승인 및 집행시에 관한 규정임은 분명하나, 이에 불구하고 위 중재절차의 전 과정에 위 규정을 적용할 수 있다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁰⁾

2) 1985년의 UNCITRAL 모델법

UNCITRAL 모델법도 뉴욕협약과 마찬가지로 중재합의의 유효성에 관한 명문의 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 모델법 제36조 제1항 a호는 중재판정의 승인 및 집행에 관하여 규정하고 있는데, 이 규정은 뉴욕협약 제5조 제1항 a호와 마찬가지로, 중재합의의 유효성 여부에 대해서는 당사자가 합의한 법에 따라 판단하고, 당사자의 합의가 없는 때에는 중재지법에 따라 판단하여야 한다. 나아가 모델법은 제34조 제2항 a호에서 판정취소절차에서 제기된 중재합의의 유효 여부에 대하여는 당사자의 법선택이 없는 경우 판정취소를 신청한 국가의 법을 적용하도록 규정한다. 중재판정취소청구는 중재지에서 신청할 수 있으므로, 결국 중재합의의 저촉규정과 중재판정취소의 저촉규정은 다 같이 중재지법이 된다.

3) 각국의 입법례

중재합의의 유효 여부와 그 범위에 관한 다툼은 뉴욕협약에 가입한 대부분의 국가의 경우 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 따라 당사자가 중재신청을 한 중재법원에서 판단된다. 뉴욕협약 체약국인 우리나라의 경우에도 중재합의의 유효성 여부는 일반법원이 아니라 우선 중재법원에서 다투어야 한다. 이에 반하여 같은 뉴욕협약 체약국인 미국의 경우에는 법원만이 중재합의의 유효 여부 및 그 범위를 판단할 권한을 갖는다. 이에 따라 중

10) Kronke/Nacimiento/Otto/Port (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2010, 54.

재절차에서 중재합의가 다투어지는 경우 중재판정부는 자신의 절차를 중지하여야 하고, 피신청인은 법원에 제소할 수 있다.¹¹⁾ 또한 영국의 경우에도 법원은 이미 중재절차가 진행 중에 있더라도 당사자의 신청이 있는 경우 중재합의가 효력이 없음을 선언하는 재판을 할 수 있다.¹²⁾

3) 국제강행규정과 적용실질법

국제교역 실무에서 중재판정부가 국제적 강행규정을 적용하지 아니하였다는 이유로 중재판정이 취소되는 일은 매우 드물다.¹³⁾ 국제적 강행법규는 특정한 적용실질계약법의 유무에 상관없이 적용된다. 이러한 이유로 저축법에서는 국제적 강행규정에 관하여 특별연결점이라는 말을 사용한다. 이는 특정 법률문제에 대하여 특별연결점의 방법으로 당사자가 선택한 법이 아닌 다른 법을 적용하도록 함으로써 저축법에 따라 정해지는 적용실질계약법이 개별적인 강행규정에 의하여 배제된다는 것을 의미한다. 그러나 실제적으로는 강행법규가 적용되는 원천은 저축법적 특별연결점이 아니라 그 고유한 적용력 때문이다.¹⁴⁾

그런데 중재재판부의 경우 국제적 강행법규를 적용할 수 있는지 문제이다. 섭외적 법률문제를 처리함에 있어서 법원의 경우에는 이른바 법정지법(*lex fori*) 원칙이 지배한다. 이에 따라 법원은 적용실질계약법에 대항하여 적용할 강행법규를 법정지법으로부터 찾아내어 적용하게 된다. 이에 반하여 중재판정부는 절차법적 측면에서는 중재지의 중재절차법(*lex arbitri*)에 구속되는 반면에, 적용실질법 측면에서는 그러한 구속력을 인정할 수 없다.¹⁵⁾ 법정지법 원칙은 법원이 소재하는 국가의 사법기관을 전제로 하는데, 중재판정부는 결코 국가 차원의 사법기관이 아니어서 그 자신이 소재하고 있는 국가의 법과 항상 밀접한 관계를 맺는 것은 아니기 때문이다. 오스트리아가 1983년 강행규정위반을 이유로 중재판정을 취소할

11) Nagel/Gottwald, IZPR § 18 Rn. 152.

12) A.a.O., Rn. 153.

13) Dietmar Czernich, "Die Rom I- VO als Grundlage für die Anwendung von Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte", RIW 2016, 701.

14) Ibid.

15) Schnyder, *RabelsZ* 59 (1995), 293, 301.

수 있다는 규정을 삭제한 것은 이러한 이유 때문이다.¹⁶⁾ 그러나 위와 같은 제도적 취지에 불구하고 현실적으로 중재절차에서 원칙적으로 강행법규를 적용하여야 한다는 데에는 이론이 없다.¹⁷⁾ 중재가 어느 특정국가의 법규에 매이지 않는 특성은 있지만, 중재제도의 제도적 취지는 당사자들에게 분쟁해결을 위한 사적자치적 규정을 제공해 주려는데 있는 것이지,¹⁸⁾ 강행법규에서 벗어나게 하려는 것은 아니기 때문이다.¹⁹⁾

위와 같이 중재판정부는 그 소재지의 강행법규에 구속되지 않으므로, 법원의 경우와 달리 *lex fori*를 알지 못하고 그 결과 자신이 소재하고 있는 곳에서 통용되는 강행법규 역시 제3국의 법규로 취급된다. 무엇보다 강행법규가 공법적인 성질을 갖는 점에 비추어 보면 재판부 소재지의 강행법규를 적용하는 일은 법원의 몫이지, 사적 분쟁해결기구인 중재판정부의 사명이라 할 수 없다.²⁰⁾ 다른 한편, 당사자가 선택한 적용실질법(*lex causae*)을 강행법규에 대한 준거법으로 삼기도 어렵다. 적용실질법을 선택한 당사자의 의사에 강행법규가 포함되었다고 추정하는 것은 무리이다. 적용실질법에 대한 당사자의 법선택 자유는 당해 국가의 사법적 규정에 한하는 것이지, 공법적 규정에 대해서는 허용되지 않기 때문이다.²¹⁾

이와 같이 중재절차의 경우 중재지법은 법정지법이 아닌 제3국의 법이며, 당사자는 그들이 선택한 적용실질법에 강행법규를 포함시킬 수도 없기 때문에, *lex fori*는 물론 *lex causae*도 강행법규의 준거법으로 삼을 수 없다. 이러한 중재절차에서 적용할 강행법규는 중재사건과 가장 밀접한 제3국의 법을 적용하여야 한다고 주장되고 있다.²²⁾ 그런데 가장 밀접한

16) 구 오스트리아 민사소송법 제595조에 따르면 중재판정이 오스트리아의 강행규정에 저촉되는 때에는 취소가능하였다.

17) Redfern/Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Aufl. 2015, Rn. 3.128f; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1990, S. 740.

18) Wagner, "Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probestein für die juristische Methodenlehre", in: Gottwald/Roth, FS Schumann, 2001, S. 535, 552.

19) Lando, in: Bernstein/Drobnig/Kötz, FS Zweigert, 1981, S. 170; Rubino-Sammartano, International Arbitration - Law and Practice, 2. Aufl. 2001, S. 418.

20) Beulker, Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren, 2005, S. 245; Freitag, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 5. 12.

21) Ibid, 234.

국가의 법과 관련하여 로마규정²³⁾은 계약의무 이행지를 연결점으로 삼고 있다. 로마규정 제9조 제3항에 따르면 일정한 요건이 갖추어진 경우 법원으로 하여금 영토주의를 넘어 이행지의 계약강행법규를 적용할 수 있도록 하고 있으며, 이를 위해서는 강행법규가 금지법규일 것과 적용이 적절하다고 판단할 것을 요구하고 있다. 로마규정에서 제시한 연결점은 타당하다고 생각된다. 한편으로는 중재합의를 통하여 사적자치의 해결방법을 보장하고, 다른 한편으로는 강행법규를 무력화시키려는 당사자의 기도에 대처하기 위해서는 당사자가 체결한 계약 자체의 의무의 이행지가 가장 적합한 연결점을 보장해 줄 수 있다고 볼 것이다.

2. 중재합의의 유효성 판단 주체

(1) 입법례: 중재판정부인가, 법원인가?

중재합의의 적용범위는 중재의 대상적격과 법원과의 관계에서의 적용범위의 한계로 나누어 볼 수 있다. 전자는 객관적 중재대상적격의 문제로서 본질상 분쟁의 주된 쟁점을 중재로 합의하였기 때문에 본질상 중재의 대상적격성을 갖추었음에도 불구하고 중재적격이 부정되는 경우임에 반하여, 후자는 중재합의 대상이 분쟁의 주된 쟁점이 아니라 부수적인 쟁점이거나 이차적인 쟁점인 경우에 중재판정부가 분쟁 전체를 관할할 수 있는가의 문제이다.

(2) 중재적격 : 분쟁의 주된 쟁점에 관한 중재합의

중재합의가 유효하기 위하여는 분쟁의 쟁점이 중재의 대상적격을 가진 경우라야 한다. 그런데 중재의 대상적격에 대하여 각국의 법이 통일되어 있지 않다. 이에 따라 중재적격 여부를 어느 나라의 법에 따라 판단할 것인지 문제이다. 주계약과 중재조항은 법적으로 서로 독립되어 있는 것과 같이 주계약과 중재합의는 저촉법적으로도 분리하여 처리하여야 한다. 예

22) Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1990, S. 740.

23) 유럽연합 내에서 계약책임의 준거법에 관한 중전의 로마협약은 2009. 12. 17. 발효된 유럽연합 규정 593/2008로 대체되었음.

컨대 주계약이 무효라는 이유로 중재계약도 당연히 무효로 되는 것이 아니므로, 각국은 자국의 중재법에 따라 중재합의의 허용 여부를 판단하고, 중재적격 또한 자국의 중재법이나 기타 특별법에 따라 제한된다.

그런데 2016년 말 현재 계약국이 152개국에 달한 뉴욕협약이 중재적격에 관하여 규정하고 있다면, 그 범위 내에서는 중재적격 여부에 대하여 통일적으로 판단할 수 있게 될 것이다. 뉴욕협약 제5조 제1항 a호에 따르면 중재적격 여부는 원칙적으로 당사자가 합의한 중재법에 따라 결정되며, 그러한 합의를 하지 않았을 경우에는 합의로 지정한 중재판정부가 소재하는 국가의 법정지법에 따르게 된다. 국제상거래에서 교역 당사자는 통상적으로 중재판정부를 지정할 뿐 이와 별도로 별개의 적용절차법을 선택하는 일은 드물기 때문에 결국 법정지, 즉 중재판정부가 소재하는 국가의 법에 의하여 중재적격 여부가 판가름 나게 된다. 그 결과 중재적격 여부는 나라마다 달리 판단할 여지가 크다. 예컨대 근로계약에 근거한 청구권에 대하여 중재합의한 경우, 독일은 중재적격의 흠을 이유로 중재합의의 효력을 부정할 것이지만(독일 근로기준법 제101조 이하), 근로계약을 당사계약으로 편별하는 미국에서는 중재적격이 인정되어 중재합의는 유효하게 된다. 이와는 달리 공정거래사건은 독일법에서는 중재적격이 인정되어 이에 대한 중재합의는 유효하지만, 미국의 국제무역위원회의 절차를 배제하는 내용의 사적 중재합의는 그 효력을 발생시키지 못한다.

3. 국제중재절차에서 상계에 대한 실체법적 요건

국제중재절차에서 한 상계가 실체법적으로 유효한 것인지의 여부는 그 사건에 적용되는 실질법(상계지법)에 따라 판단된다. 그러한 의미의 상계지법으로 고려할 수 있는 것으로는, 유엔통일매매법, 당사자의 법선택, 저촉법적 규정 등이 있다.

(1) 유엔통일매매법에 따른 상계

매매계약의 경우에는 유엔통일매매법(CISG)이 적용되는지 여부에 대한 검토가 필요하다. 그런데 CISG는 상계에 관한 규정을 두고 있지 않다. 일

부견해에 따르면 두 개의 청구권 모두, 즉 소구채권과 반대채권 양쪽에 대하여 CISG가 적용될 경우에는 상계를 허용하여야 한다고 한다. 그러나 이러한 해석은 상계에 관한 규정을 두고 있지 아니한 CISG의 명문의 규정에 반한다고 볼 것이다. 왜냐하면 상계는 어떤 법제에서는 법률상 당연히 허용되기도 하지만 또 다른 법제에서는 의사표시를 요구하는 경우가 있는데, 상계에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한 CISG로부터 상계허용을 이끌어낼 수 없기 때문이다.

(2) 당사자의 법선택

통상적으로 당사자는 그들 사이의 계약관계에 적용할 법을 선택하는 경우가 많기 때문에 중재판정부는 그 자신이 소재하고 있는 국가의 저촉법에 구속되는지 여부의 문제에 별다른 영향을 받지 아니한다. 예컨대 우리나라 내에서 (국제)국제중재절차가 행하여진다면, 우리나라 중재법이 적용될 것이다. 이 경우 당사자의 법선택은 그 나라의 실질법을 지정한 것으로 보아야 한다. 양쪽 당사자가 적용실질법으로 우리나라 법을 지정한 경우에는 상계가 실제법적으로 유효한가의 문제는 민법 제492조 이하에 따라 판단될 것이다.

(3) 저촉법 규정에 의한 적용실질법의 탐색

당사자가 법선택을 하지 아니할 경우 중재인은 중재판정부가 소재하는 곳의 저촉법에 따라 판정을 하여야 하는가, 아니면 독자적으로 적용실질법을 정할 수 있는지 문제이다. 오늘날에는 중재판정부로 하여금 그 소재지국의 저촉법에 따르도록 하는 것이 아니라 스스로 적용할 실질법을 정하여 이를 중재판정에 적용할 수 있도록 하는 것이 일반적인 추세이다. UNCITRAL-모델법은 적용실질법에 대한 당사자의 합의가 없는 때에는 중재판정부가 스스로 적용할 수 있다고 판단하는 저촉법에 따라 정해지는 실질법을 적용하여야 한다고 규정하고 있으며(모델법 제28조 제2항), 이를 수용한 대부분의 선진국들은 중재판정부의 선택권을 보장하고 있다.²⁴⁾

(4) lex mercatoria의 직접 적용 여부

당사자가 적용실질법에 대하여 합의하지 아니한 경우에 국제통일상관
습법에 해당하는 「렉스 메르카토리아」를 직접 적용할 수 있는지에 대
해서는 입법례가 누어져 있다. 프랑스와 스위스의 판례²⁵⁾는 당사자 간에
실질적용법 합의가 없으면 렉스 메르카토리아를 적용을 허용할 수 있다
는 입장인 반면에, 영국,²⁶⁾ 독일,²⁷⁾ 오스트리아²⁸⁾는 직접 적용을 인정하지
않고 있다. 우리나라의 경우 중재판정부가 중재법 제29조 제2항에 따라
적용실질법을 정할 때 법적 구속력을 받지 않고 형평에 따라 정할 수 있
다는 점에 비추어, 당사자의 명백한 의사가 없는 한 렉스 메르카토리아를
직접 적용하기는 어렵다고 볼 것이다. 다만, 당사자가 렉스 메르카토리아
적용을 명시하지 않았음에도 렉스 메르카토리아에 따라 내린 판정에 대
해서는 국내 승인 및 집행을 거부할 수 없다고 볼 것이다. 렉스 메르카토
리아를 적용하였다고 하여 이를 국내 공서양속 위반으로 볼 수 없기 때
문이다.²⁹⁾

24) 스위스 국제사법 제187조 제1항; 프랑스 민사소송법 제1496조 제1항. 한편 독일 민
사소송법은 당사자간 법선택 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 적용실질법을 정
할 수 있도록 하되, 다만 이 경우 분쟁의 대상과 가장 밀접한 법을 적용할 것을 요
구한다(§ 1051 II ZPO). 우리나라도 독일의 입법례에 따라 중재판정부가 분쟁의 대
상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여야 한다고 규정하고 있다(중재
법 제29조 제2항).

25) 프랑스: Cour cass. 9. 10. 1984, Rev. Arb. 1985, 431; Kahn, Note Clunet 1981, 839. 스
위스: Blessing, JIA 1988(vol. 5 no. 2), 8, 60 et seq.

26) Rubino-Sammartano, Rev. Arb. 1987, 133.

27) Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 8. Aufl.(2000), S. 109ff.

28) OLG Wien, AG 1982, 165.

29) 같은 취지에서 영국의 공서양속에 반하지 아니한다고 하여 렉스 메르카토리아를 적
용한 스위스 중재판정을 승인하고 집행을 영국의 판례로, Court of Appeal, All E.R.
1987, [2] 769, 755 = YCA 1988 [XIII] 522 참조.

Ⅲ. 국제중재절차에서 반대채권 주장의 소송법적 제한 : 상계의 관할문제

1. 국제상계와 관할

국제중재절차에서의 상계는 실무상 자주 이용되고 있음에도 불구하고 각국의 중재법이나 중재기관의 중재규칙에서 이에 관한 규정을 찾아보기 어렵다. 그 주된 이유는 상계의 특이한 법적 성질에 기인한 것으로 보인다. 상계의 법적 성질에 관한 논의는 분분하다. 어떤 나라는 상계적상에 놓이면 법률상 당연히 상계의 효력을 발생시키는가 하면, 또 다른 나라는 상계적상 외에 일방적인 상계의 의사표시가 있어야 상계의 효력을 인정한다. 또 같은 유형의 법체계 내에서도 어떤 나라는 상계에 소송법적 효과만을 부여하는가 하면, 또 다른 나라는 실체법적 효과도 발생시킨다. 국내법적으로도 권리구제경로가 다른 채권으로써 상계할 수 있도록 할 것인가의 문제가 제기되는 것과 달리, 국제중재절차에서는 중재합의의 대상으로 삼지 아니한 채권으로 상계하는 것을 허용할 것인지 문제된다.

반대채권의 주장이 절차법상 허용되는가의 여부는, 그 주장을 상계의 방식으로 제출하든 또는 반소의 형태로 주장하든 상관없이 중재지법(*lex loci arbitri*), 즉 당해 중재절차에 적용되는 절차법에 따라 판단한다. 그런데 어디가 중재지법인지의 여부는 모든 나라가 반드시 동일한 기준을 가지고 판단하는 것은 아니다. 예컨대 스위스, 영국, 미국 및 스웨덴 법에 따르면 중재지를 기준으로 하여 적용할 중재법(*lex arbitri*)이 결정된다. 이와는 달리 독일은 독일 내에서 이루어지는 (국제) 중재절차인 경우에 중재규정인 독일 민사소송법 제1025조 제1항을 적용한다.

상계의 관할문제와 관련하여서는 먼저, 중재절차에서 상계하는 경우와 소송절차에서 상계하는 경우를 나누어 생각하여야 한다. 나아가 중재절차에서 상계하는 경우에 상계의 허용 여부가 나타나는 전형적인 모습에는 두 가지의 경우가 있는데, 하나는 관할합의가 부착되어 있지도 않고 또 다른 중재판정부의 관할로 묶여 있지도 아니한 채권(상계채권)으로써 상계하는 것이며, 다른 하나는, 재판관할합의 또는 상계합의가 붙은 채권으

로써 상계하는 경우이다. 아래에서는 먼저, 중재절차에서 상계하는 경우를 설명한 후에 소송절차에서 상계하는 경우의 상계의 허용 여부를 검토한다.

2. 재판관할합의가 부착되어 있거나 다른 중재판정부의 관할에 속하는 반대채권으로 상계하는 경우

현재 진행 중인 중재판정부에서 청구되고 있는 채권과 반대채권 모두가 중재합의 효력 범위 내에 있다면, 설사 반대채권이 다투어진다고 하더라도 상계할 수 있다는 점에는 의문의 여지가 없다.³⁰⁾ 문제는 중재절차에서 재판관할 합의대상으로 삼은 채권에 의한 상계를 허용할 것인지, 또는 다른 중재판정부의 관할로 하기로 합의한 채권으로 상계하는 것을 허용할 수 있는지의 여부이다. 이에 관하여서는 허용하는 견해와 허용할 수 없다는 견해, 그리고 중지설이 대립하며, 입법례도 나누어져 있다.

상계허용설은 중재판정부나 법원은 반대채권에 재판관할합의가 붙어 있거나 또는 중재합의가 붙어 있다 하더라도 이에 불구하고 상계를 허용할 수 있다는 입장이다.³¹⁾ 그 근거로 상계를 허용하면 실체법적 상황과 소송적 효과를 동일적으로 취급할 수 있다거나,³²⁾ 분쟁의 일회적 해결에 도움이 된다고 주장한다.³³⁾ 상계의 실체법적 효과와 소송법적 효과를 동일적으로 구성하지 아니할 경우에 나타날 수 있는 불합리를 피하기 위해서는 소송행위 및 사법행위의 효과를 운명공동체로 만드는 것이 필요하다는 것이다. 상계를 불허하면 실체법상 상계의 의사표시는 존재하여 채권소멸이라는 실체법적 효과는 발생하면서도 소송상으로 상계가 허용되지 않아 중재청구를 기각시키는 소송상 효력은 발생시키지 못하는 모순

30) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010다3148 판결도 “채무자가 중재합의에 따른 중재절차에서 중재판정이 성립하기 이전에 상대방에 대하여 중재합의의 대상이 되는 별개의 채권을 내세워 상계주장을 하였으나...”(이태릭체 부분 필자 강조) 라고 하여 상계채권이 중재합의의 적용범위 내에 있는 경우에는 당연히 상계가 가능하다는 것을 전제로 하였다.

31) Schwab/Walter, Kap. 3 Rn. 12; 손경환, “중재합의에 대한 새로운 고찰”, 중재연구 제 23권 제1호 (2015), 80쪽.

32) Schwab/Walter, a.a.O..

33) 손경환, 위 논문, 같은 곳.

을 방지하려는 취지로 보인다. 이에 반하여 불허설의 입장은 명백하다. 반대채권에 이미 재판관할합의가 붙어 있거나 또는 진행 중인 중재판정부와 다른 중재판정부의 관할을 합의한 경우라면, 중재합의의 효력 범위에 관한 당사자의 의사를 해석할 여지가 없으므로, 중재판정부는 상계를 할 수 없다고 한다. 독일의 통설과 판례는 불허설의 입장이다.³⁴⁾ 당사자간 중재합의의 의사에는 중재합의가 부착된 채권을 상계의 방법으로 통상의 소송절차에 제출하지 아니할 것을 내용으로 하는 것을 포함한다고 볼 수 있기 때문에 피고는 통상의 소송절차에서 중재합의가 붙은 채권을 가지고 상계할 수 없다는 것이다.³⁵⁾ 이에 반하여 스위스와 오스트리아의 통설 및 판례는 허용설을 취하는데, 상계항변의 법적 성질을 강조하여 국제중재절차에서 위와 같은 반대채권으로도 상계할 수 있도록 하여야 한다고 한다.³⁶⁾ 상계항변은 순수한 소송상 방어방법이므로 여타의 항변처럼 별도의 관할이 요구되지 않아 중재판정부가 이에 대하여 심판할 수 있으며, 이를 허용하여도 상대방당사자(중재신청자)의 이익을 해한다고 볼 수 없다고 주장한다.³⁷⁾ 마지막으로 중지설은 관할법원 또는 중재판정부가 청구채권을 판결할 수 있도록 중재절차를 중지하여야 하고, 중재판정부는 그 결과인 법원의 판결 또는 다른 판정부의 판정을 존중하여야 한다고 주장한다.³⁸⁾

생각건대 허용설은 무엇보다 반대채권을 별개의 관할로 하려는 당사자의 분명한 의사를 무시하는 결과로 되어 부당하다. 또한 중재절차를 중지하여야 한다는 견해에도 찬성하기 어렵다. 중재판정부는 중지진후를 통하여 두 번의 절차를 진행하여야 하는데, 이는 특히 비상설중재기관, 이른

34) Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR § 103 Rn. 42; Nagel/Gottwald, IZPR, § 18 Rn. 95, 181; BGHZ 42, 37 = NJW 1964, 1797; OLG Düsseldorf NJW 1983, 2149; OLG Hamm RIW 1983, 698, 699.

35) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O..

36) 상세는 Berger, RIW 1998, 426, 432 참조.

37) HonsellVogt/Schnyder-Wenger, IPR Art. 186 Rn. 28: “상대방당사자가 다른 계약관계에서 발생하는 반대채권을 가지고 상계한다는 의사를 표시하는 것은 경제생활에 비추어 불의타로 볼 수 없으며 중재합의를 하는 당사자로서 응당 예상할 수 있어야 한다.”

38) Binder, Intern. Commercial Arbitration, 3. ed. 2010, para 11-012; Köhne/Langner, “Geltendmachung von Gegenforderungen im internationalen Schiedsverfahren”, RIW 2003, 361, 362.

바 ad hoc-중재판정부의 경우에 불편과 불합리가 크다할 것이다.³⁹⁾ 따라서 당사자의 의사에 충실하게 불허설을 취하되, 다만 중간판정을 하는 절충적인 방안이 타당하다고 생각한다. 절차중지보다는 오히려 중간판정을 하도록 하고, 이를 법원에서 다룰 수 있는 기회를 보장하면 될 것이기 때문이다. 만약 중재재판부가 중간판정을 하지 아니한다면 반대채권자로서는 중재판정에 대한 집행절차에서 다투거나, 집행이의사유를 주장하여 청구이의의 소를 제기하거나⁴⁰⁾ 또는 반대채권을 별개의 중재판정부 내지는 법원에 청구할 수 있을 것이다.

3. 재판관할합의나 다른 중재판정부를 관할로 하는 중재합의가 불지 아니한 반대채권으로 상계하는 경우

중재절차에서 중재합의나 법원의 재판관할합의에 복종하지 아니한 반대채권을 가지고 상계할 수 있는가? 중재절차에서 중재합의의 효력이 미치지 않는 채권을 반대채권으로 하여 상계를 주장할 수 있는가의 문제이다. 이는 결국 자동채권이 중재합의에 포함되어 있는가의 여부가 쟁점이 되기 때문에 중재합의를 한 당사자의 의사를 해석하여 중재합의의 객관적 효력 범위를 정하여 결정하여야 할 문제이다. 당사자의 중재합의에 반대채권을 포함시키는 의사가 있다고 해석하게 되면, 중재재판부가 진행하고 있는 절차에서 상계가 허용될 것이지만, 포함되어 있지 않다고 해석하면 상계를 허용해서는 아니 될 것이다. 당사자의 의사가 분명하지 아니한 경우에 반대채권 포함의사를 추정할 것인가, 아니면 불포합의사를 추정할 것인가에 대해서는 견해가 나뉘어져 있다.⁴¹⁾

39) Kannengießer, Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1998, S. 210.

40) Stein/Jonas/Schlosser, § 1029 Rn. 31; Nagel/Gottwald, IZPR § 18 Rn. 95.

41) 손경환, “중재합의에 대한 새로운 고찰”, 중재연구 제23권 제1호 (2015), 55, 79쪽에서는 무제한 상계항변허용설, 개별 관할요건 충족설, 제한적 허용설로 나누어 설명한다. 생각건대 위 논문에서의 견해는 전면적으로 상계허용설을 취하기 때문에 제한적 허용설에 대하여는 설명하고 있지 않다. 그런데 불허설을 취할 경우에는 예외적으로 중재채권과 상계채권이 동일계약에서 발생하거나 동일계약관계는 아니지만 두 채권이 상호밀접하게 관련되어 있는 경우에는 상계를 허할 수 있는 여지가 있어 제한적 허용설을 소개한 취지로 보인다.

포함설은 중재합의의 의사에는 상계금지의 내용이 포함되어 있지 않아 반대채권에 대해서도 중재합의를 미치게 하려는 의사가 있다고 보아야 한다고 주장한다. 이에 따라 중재재판부는 상계를 실체법상 항변으로 취급하여 상계채권을 위한 특별한 재판관할권을 요구해서는 아니 된다 할 것이므로, 중재판정부는 결국 상계를 허용하여야 한다고 한다.⁴²⁾ 이러한 내용의 상계허용설은 소송경제를 또 다른 근거로 삼는다.⁴³⁾ 중재절차에서 상계를 허용하면, 상대방은 반대채권을 실현하는데 필요한 소송절차 내지는 또 다른 중재절차의 중복을 피할 수 있으며, 중재신청자 또한 반대채권에 관한 다툼을 같은 절차에서 한꺼번에 해결할 수 있어 양쪽 당사자 모두에게 유익하다고 한다. 이에 반하여 불포함설⁴⁴⁾은 관할합의 대상의 명확성에 비추어 당사자가 상계하는 반대채권에 대하여 명시적으로 중재합의를 하지 아니한 이상, 당사자의 의사는 반대채권을 중재합의에서 배제하려는 의사로 추정할 수 있다고 한다. 그 근거로 중재절차는 중재합의가 미치는 한도에서 개시될 수 있는데 반대채권에 대해 중재합의를 하지 아니한 이상 반대채권으로써 상계할 수 없으며, 반대채권에 대해서도 중재합의를 하였는가의 여부가 불분명한 경우에는 국가의 사법재판권을 보장하여야 하기 때문에 중재합의에 상계금지의 의사가 포함된 것으로 보아야 한다고 하거나.⁴⁵⁾ 이 경우의 상계를 반소에 준한 것으로 파악하여 상계채권에 필요한 별도의 관할이 필요하다고 주장한다.⁴⁶⁾ 그 결과 신청인이 중재판정부의 관할을 다투면, 중재판정부로서는 조건부 판결을 하거나 또는 국가 법원이나 다른 중재판정부가 그 반대채권에 대하여 판결할

42) RGZ 133, 16; BGHZ 16, 124 = NJW 1955, 497; BGHZ 23, 17 = NJW 1957, 591; Nagel/Gottwald, IZPR § 18 Rn. 95; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl.(2005), Kap 3 Rn. 12; Kawano, ZZPInt 4(1999), 393; Kohler, ZZP 20(1894), 45. 결과적으로 같은 견해로는, 손경환, 위 논문(앞의 각주).

43) Reiner, FS Hempel, S. 108, 113.

44) 독일의 통설로, BGHZ 23, 26; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl.(1999), Rn. 208; Lüke, in: FS 150 Jahre LG Saarbrücken, S. 307. 및 아래 각주 45, 46, 47.

45) Schreiber, ZZP 1977, 395, 414; Reithmann/Martiny/Hausmann, IVR Rn. 2498; Stein/Jonas/Schlösser, ZPO § 1025 Rn. 13; Schack, IZVR Rn. 1347; Zöllner/Geimer, ZPO § 1029 Rn. 85.

46) Berger, RIW 1998, 426, 430.

때까지 절차를 중지시켜야 한다고 한다.⁴⁷⁾

생각건대 불포함설이 타당하다. 국가 법원의 소송절차에서 중재합의가 부착된 채권에 의한 상계가 허용되지 않는 것과의 균형상 중재판정부에 중재합의가 부착된 반대채권으로 상계하는 것을 허용해서는 아니 될 것이다. 국가 법원에서 중재합의가 붙은 반대채권에 의한 상계를 불허하듯이 마찬가지로 중재판정부도 중재합의가 부착되어 있지 아니한 채권에 의한 상계를 허용해서는 안 될 것이다. 당사자가 일정한 채권에 중재합의의 제한을 가하지 아니하였다면, 분쟁해결수단은 통상의 분쟁해결기관인 국가의 법원의 관할로 그대로 남는 것으로 보아야 한다. 이러한 해석은 중재판정부와 국가 법원 사이에 형평을 넘어 국제중재의 경우에 그 의미가 더욱 크다. 국제중재인 경우에는 상계를 반소에 준하여 상계금지의 예외를 인정하는 것이 타당하기 때문에, 중재합의를 한 당사자의 의사는 중재판정부로 하여금 법원의 관할합의나 다른 중재판정부의 중재합의가 붙지 아니한 반대채권에 대하여 심판할 수 있게 하려는 것으로 해석하여야 한다. 그렇지 아니하면 당사자는 반대채권을 동일한 절차에서 간편하게 청구할 수 있는 기회를 잃게 되기 때문이다.⁴⁸⁾ 이와는 달리 국제상계의 경우에는 관할에 대하여 갖는 당사자의 이익은 지대하므로,⁴⁹⁾ 국제상계의 경우는 반소에 준하여 취급하여 별도의 국제재판관할을 필요로 한다고 보아야 한다. 이와 같이 별도로 상계채권을 국제중재합의의 객관적 범위에 포함시키는 조치가 없는 한, 중재판정부는 법원의 관할합의나 다른 국제중재합의가 부착된 반대채권에 대하여 판단할 수 없다 할 것이다. 다만, 중재채권과 상계채권이 동일계약에서 발생하거나 동일계약관계는 아니지만 두 채권이 상호밀접하게 관련되어 있는 경우에는 상계를 허용하는 것이 타당하다.⁵⁰⁾ 예를 들어 UNCITRAL 모델법 제21조 제3항 단서는

47) Thomas/Putzo, 37. Aufl.(2016), § 1029, Rn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR 17. Aufl.(2010), § 175 Rn. 24; Stein/Jonas/Schlosser, 23. Aufl.(2013) § 1029, Rn. 31; Zöller/Geimer, Kommentar zur ZPO, 31. Aufl.(2016), § 1029 Rn. 85; Peters, in Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl.(2012), § 145 Rn. 35; Busse MDR 2001, 729, 732.

48) BGH NJW 1983, 1266.

49) 이에 대한 상세는 김용진, “반소 및 상계의 국제관할”, 민사소송 제3권(2000), 27쪽 이하 참조.

상계의 경우 반대채권에 대한 중재판정부의 관할을 요구하지만, 상대방이 동일계약에서 발생하는 채권으로 상계를 하고자 할 경우에는 허용된다고 해석되고 있다.⁵¹⁾ 국제중재실무에서는 “밀접하게 관련된 계약”으로부터 발생하는 채권을 반대채권으로 하는 상계를 허용하고 있다.⁵²⁾ 또한 상계채권이 국제중재합의의 객관적 범위에 포함되어 있지 않는 경우라도, 청구인이 중재판정부의 관할에 이의하지 아니하고 중재합의확장서를 제출하면 중재판정부는 반대채권에 대하여 심판할 수 있다고 할 것이다.⁵³⁾

4. 소송절차에서의 상계

중재로 처리하기로 합의한 반대채권을 가지고 소송절차에서 소송상 상계를 할 수 있는가? 이 문제는 당사자의 의사에 비추어 허용되지 아니한다고 보아야 할 것이다. 법원에게 중재합의 대상으로 합의한 반대채권에 대하여 심판할 수 있게 하는 것은 중재합의 대상으로 한 청구권에 대한 판단을 법원의 관할에 맡기는 결과로 되어 반대채권을 중재합의의 대상으로 한 당사자의 의사에 명백하게 반하기 때문이다. 뿐만 아니라 이 경우 상계를 허용하면 중재합의를 한 당사자의 비밀유지이익을 해치는 결과로 되어 부당하다. 당사자가 중재절차의 비공개성을 신뢰하여 반대채권에 대하여 중재합의를 하였는데, 상계를 허용하면 당사자의 의사에 반하여 법원의 소송절차에서 공개될 수 있기 때문이다.⁵⁴⁾ 결국 중재합의가 붙은 채권을 자동채권으로 하여 소송절차에서 상계를 한 때에는 설사 상계채권에 대하여 중재신청을 하더라도 중재판정부는 자신의 절차를 중지하고, 법원의 판결이 나오면 이를 존중하여야 할 것이다.

50) 이를 위 각주 41의 제한적 허용설의 입장으로 볼 수 있을 것이다.

51) 이와 같이 상호관련성이 있는 반대채권에 대해서는 당연히 허용된다는 견해로는, Nagel/Gottwald, IZPR § 18 Rn. 157.

52) 1980. 10. 1. 소피아 산업상업중재재판소에서 판정한 SOFIDIF-사례, Yearbook Commercial Arbitration 1987, 84. 이에 대해서는 Berger, RIW 1998, 426, 427 이하 참조.

53) BT-Drs. 13/5274, 49.

54) A.a.O..

IV. 우리나라 법원의 승인 및 집행절차에서의 상계 허부

1. 대한민국 법원의 국제재판관할과 준거법

(1) 국제재판관할

국내법상 소송상 상계는 순수한 방어방법의 성격을 가지므로 반대채권에 대한 소송요건, 그 중에서도 반대채권에 대한 법원의 재판관할이 요구되지 아니한다. 이는 반대채권에 전속관할합의가 붙어 있는 경우에도 마찬가지이다.⁵⁵⁾ 그런데 이러한 법리를 국제재판관할합의에 그대로 적용할 수 있는지 문제이다. 만약 상계채권에 대한 관할불요원칙을 국제재판관할 영역에 그대로 적용하다면, 우리나라 법원에서 임의의 섭외적 채권으로써 상계하는 일이 가능하게 될 것이다.

그러나 이러한 법리는 현행법의 해석에 부합하지 아니한다. 국제사법 제2조 제2항은 “법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.”고 규정하고 있기 때문에, 이는 결국 과연 국제상계의 경우에 국제재판관할에 관한 특수성을 인정할 수 있는가의 문제로 귀결된다. 그런데 국제사법 제2조 제1항은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는가의 여부를 판단 기준으로 정하고 있으며, 판례는 법원이 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 도모한다는 기본이념에 따라 국제재판관할을 결정하여야 하고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 및 국가의 이익도 함께 고려하여야 하며, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단할 것을 요구하고 있다.⁵⁶⁾ 이에 따라 국제상계의 경우 국내의 토지관할

55) Geimer, NJW 1973, 951, 952,

과 달리 국제재판관할을 요구할 정도로 당사자의 이익을 조정할 필요가 있는지를 검토하여야 한다. 결론적으로 말하면, 상계의 국제재판관할은 국내법과 다른 특수성을 인정하여야 한다. 원고는 자신이 피고의 입장이 되는 경우에는 응소할 필요가 없는 (외국의) 법원에서 반대채권을 다투어야 하는 불이익을 강요당하는 반면에, 피고는 자신의 보통재판적에서 청구권을 주장할 수 있게 되어 관할의 재분배를 편취할 수 있게 된다.⁵⁷⁾ 이로써 피고주소지주의 원칙은 당사자에게는 특히 중대한 의미를 가지는 국제재판관할영역에서 그 기능을 잃어 당사자공평대우의 원칙이 크게 후퇴하는 결과에 이르게 되고 만다. 다른 한편, 원고의 관할이익을 앞세울 특별한 이익을 인정할 수 있는 경우에는, 그 범위 내에서 반대채권에 대한 독자적인 국제재판관할을 반드시 요구할 필요는 없다고 보아도 무방할 것이다. 반소의 경우에 요구하는 상호관련성의 요건이 국제상계의 경우에도 보장되어 있는 경우라면 본소절차에서 반소를 제기할 수 있는 것과 마찬가지로 국제상계시 별도의 국제재판관할을 요구할 필요는 없을 것이다. 결국 상계채권에 대해서도 국제재판관할을 요구하여야 할 것이고, 다만 소구채권과 반대채권이 동일한 청구원인에 기하는 등 상호관련성을 갖춘 예외적인 경우에 한하여 상계채권에 대한 국제재판관할이 요구되지 않는다고 해석할 것이다.

(2) 적용실질법

통일매매법이 적용되지 아니하고 또 적용실질법에 관하여 당사자간에 합의가 없는 경우, 상계의 효력 여부는 상계를 당하는 주채권에 적용되는 법에 따라 결정하여야 할 것이다.⁵⁸⁾ 그런데 상계를 소송상 제도로 편별하는 영미법이 적용될 경우에는 적용실질법을 어떻게 찾을지 문제이다. 이 경우에는 마치 소멸시효의 경우와 같이 처리하면 될 것이다. 영미법은 소멸시효는 물론 상계의 법적 성질을 실체법적 제도가 아닌 소송법적 제

56) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다21737 판결 등 다수.

57) von Hoffman, AWD 1973, 165, 168. (Anmerkung zu OLG Hamm, MDR 1971, 217)

58) 이러한 입장의 외국의 실무로, 독일판례(BGHZ 38, 254)와 스위스판례(BGE 77 II, 189) 참조.

도로 보기 때문이다. 따라서 주채무에 영미법이 적용될 경우에는 가상적 반정이론에 따라 영미의 절차법이 우리나라 저촉법을 법정지법으로서 적용할 것을 허용한 취지로 보아야 할 것이다.⁵⁹⁾

2. 승인 및 집행절차에서의 상계 주장 가부

(1) 문제점

상계적상이 중재판정절차에서 그 존재가 인정되었고, 그 행사 또한 중재절차 내에서 이루어졌는데, 중재판정부가 상계항변을 판단하지 아니하고 배척한 경우, 이후 채권자인 중재신청인이 신청한 집행문부여절차에서 중재피신청인은 이미 중재절차에서 주장하였던 반대채권을 가지고 상계할 수 있는가? 국제중재절차에서 피신청인이 상계항변을 제출하였지만 중재판정부가 이를 배척한 경우에, 우리나라 법원에서의 승인 및 집행에 관한 절차에서 반대채권을 주장할 수 있는가 문제이다. 이러한 경우는 흔히, 반대채권에 중재합의가 붙어 있어 중재판정부가 자신의 관할권을 부정하거나 또는 법규 또는 계약의 해석상⁶⁰⁾ 중재판정부가 반대채권에 대한 재판관할권을 가지지 아니한 경우는 물론, 중재절차에 적용되는 중재절차법상 항변이 아니라 반소를 제기할 것을 요구하는 경우에도 발생할 수 있다. 이와 관련하여서도 중재합의 효력이 반대채권에 미치는가의 여부로 나누어 살펴볼 수 있다.

(2) 중재합의가 부착된 반대채권으로 상계하는 경우

반대채권이, 예컨대 중재청구채권과 같이 중재조항의 제한을 받는 채권이라면, 이 채권으로 국가법원이 행하는 절차에서 상계할 수 있는가의 문제가 나타난다. 원칙적으로 이를 부정하여 중재합의가 부착된 반대채권으

59) Köhne/Langner, RIW 2003, 361, 366.

60) 중재판정부가 중재청구권을 대상으로 한 중재합의의 효력이 반대채권에는 미치지 아니한다고 스스로 판단한 경우를 포함한다. 중재판정부의 관할은 중재계약의 범위를 벗어날 수 없으며, 중재판정부는 중재계약의 범위 안에서만 판단할 권한이 있기 때문이다.

로는 국가법원이 행하는 승인집행절차에서는 상계가 허용되지 않는다고 볼 것이다. 중재합의를 한 당사자의 의사에는 소송절차에서는 반대채권의 주장을 금지하는 합의가 포함되어 있다고 보아야 하기 때문이다. 독일의 실무도 청구이의의 소에서 중재합의가 부착된 반대채권을 가지고 상계하는 것을 허용하지 않는다.⁶¹⁾ 당사자가 중재판정부에 특별한 신뢰를 주어 분쟁을 해결하려 하였다는 점, 만약 통상의 소송절차에서 반대채권에 대한 판단을 할 수 있도록 한다면 중재합의는 그 의미를 잃게 되어 부당하다는 점에 비추어 중재합의가 부착된 반대채권을 가지고 강제집행절차에서 상계할 수 없다고 보아야 할 것이다. 이는 곧 중재조항으로 제한된 반대채권에 대해서는 중재판정부가 전속관할을 가진다는 것을 의미한다.

(3) 반대채권에 중재합의가 붙었으나 중재절차에서 상계항변이 배척된 경우 집행절차에서의 주장 가부

반대채권에 중재합의가 붙었음에도 중재절차에서 상계항변이 배척된 경우 집행절차에서 상계를 주장하는 것은 소송법상 법리에 따르면 허용되지 않을 것이다. 왜냐하면 상계적상과 상계권행사 모두 변론종결 전에 이루어진 경우와 다르지 않아 그 판결 또는 판정으로 확정된 채권을 집행하는 절차에서는 더 이상 상계에 의하여 집행채권을 소멸시키지 못할 것이고, 기껏해야 별도의 소송으로 반대채권을 소구할 수밖에 없을 것이기 때문이다.⁶²⁾ 그런데 우리나라에서 이러한 문제에 관한 논의를 찾아보기 어렵고 실무의 예도 존재하지 않는 것 같다. 이에 반하여 독일의 실무는 이미 오래전부터 이에 관한 판례를 꾸준히 축적하여 오고 있다. 독일의 판례는 중재절차에서 상계항변을 배척하여 판단하지 아니하였다면, 중재판정의 집행채무자는 중재판정으로 확정된 채권에 기한 집행절차가 개시될 경우 이 집행절차에서 상계할 수 있다고 하였다. “중재판정부가 상

61) BGH NJW 1987, 651.

62) 이러한 법리는 변론종결 후에 발생한 새로운 사유를 상계권행사를 기준으로 삼는 우리나라 실무에 의해서도 달라지지 아니한다. 대법원이 상계권행사에 대한 예외를 인정한 경우는 상계적상이 변론종결 전에 존재하였지만 변론종결 후 행사한 경우로서, 중재절차 내에서 상계적상은 물론 상계권행사가 동시에 이루어진 경우에는 적용될 수 없기 때문이다.

계에 대하여 판단하지 않았다고 하여 통상의 법원절차에서 상계항변을 다시 주장하는데 방해가 되지 아니 하며, 이는 중재판정부가 상계를 정당하게 배척하였는가의 여부를 불문한다.”라고 판시한 1960년 초반의 연방대법원의 판결⁶³⁾의 취지는 지금까지 지속되어 오고 있다. 나아가 연방대법원은 이 경우 집행채무자로서는 민사소송법 제767조 제2항(우리나라 민사집행법 제44조 제2항)의 예외로서 청구이의의 소의 소송절차에서 상계를 주장할 수 있을 뿐 아니라 집행문부여절차에서도 주장가능하다고 판시하고 있다.⁶⁴⁾

생각건대 국가 법원의 소송절차에서 중재합의가 붙은 채권으로 상계할 수 없다는 원칙에 대해서는, 중재판정부가 중재합의가 부착된 반대채권에 의한 상계를 판단하지 아니하고 배척한 때에는 그 예외를 인정하여 상계를 허용하여야 할 것이다. 왜냐하면 중재판정부가 자신의 관할권이 없다는 이유로 상계항변을 받아들이지 아니하고, 집행절차를 진행하는 통상의 법원은 중재합의가 붙은 채권이라 하여 상계를 거부하고, 나아가 청구이의의 소에서도 중재판정 후에 발생한 새로운 사유가 아니라는 이유로 주장을 차단시킨다면, 집행채무자는 상계항변 제출권을 박탈당하는 결과가 되어 부당하기 때문이다.⁶⁵⁾

(4) 중재합의에 묶이지 아니한 반대채권으로 상계하는 경우

중재조항의 제한을 받지 아니하는 반대채권을 가지고 국가법원의 집행절차에서 상계할 경우에는 국가법원과 중재판정부 사이의 관할충돌은 발생하지 아니한다. 이에 따라 중재신청인이 승소판정을 가지고 피신청인의 국내에서 강제집행에 착수하여 강제집행절차가 진행되는 경우에 피신청인은 위의 반대채권으로 상계할 수 있다. 그런데 이 경우 피신청인은 승인 및 집행절차에서 주장제출하여야 하는가, 아니면 청구이의의 소에서 비로소 제출할 수 있을 뿐인지 의문이다. 원칙적으로 항변은 민사집행법

63) BGH, Urteil vom 22.11.1962 - VII ZR 55/61, BGHZ 38, 259, 264 ff.

64) BGH, Beschluss vom 08.11.2007 - III ZB 95/06; BGH, Beschluss vom 29.07.2010 - III ZB 48/09; BGH, Urteil vom 30.09.2010 - III ZB 57/10 = NJW-RR 2011 S. 213 Nr. 3.

65) Köhne/Langner, a.a.O., 367.

제44조 제2항의 요건을 충족할 때 허용되므로, 청구이의의 소에서 제출하여야 하는 것이 원칙일 것이다. 그러나 집행채무자는 채권자가 신청한 승인집행절차에서도 상계를 허용하는 것이 타당하다. 대법원은 상계적상이 변론종결 전에 존재하였더라도 변론종결 후에 상계권을 행사할 수 있다는 입장이므로, 민사집행법 제44조 제2항에서 정한 요건이 충족되었는가는 여부는 문제되지 않기 때문이다. 승인·집행절차에서 상계를 허용하지 아니하고 이를 청구이의의 소를 제기하도록 요구하는 것은 소송경제에 비추어 보아도 불합리하다. 예를 들어 중재판정부는 사건에 대한 자신의 관할권이 없다는 이유로 상계항변을 배척하고, 강제집행절차에서 통상의 법원은 상계를 불허하여, 결국 청구이의의 소에 이르러 상계권행사비실권을 이유로 허용하는 우회적인 구제를 한다면 소송경제에 비추어 불합리하다.

V. 결어

위에서는 중재절차의 본안심리 단계에서 적법한 중재절차가 개시되고 난 뒤 내지는 소송절차가 적법하게 개시된 뒤에 각 절차에서 상계가 가능한 범위에 대하여 논하였다. 이와 관련하여 중재절차에서 중재합의대상으로 삼지 아니한 채권을 가지고 상계할 경우와 소송절차에서 중재합의를 걸어놓은 채권을 가지고 소송상 상계를 할 경우 그 허용 여부에 논의의 초점을 맞추었다. 논의한 결과를 정리하면 다음과 같다.

1. 중재절차에서 중재합의의 효력이 중재채권과 반대채권에 미치는 경우에는 국가 법원과 중재판정부 사이 또는 여러 중재판정부 상호간에 관할분쟁은 발생할 여지가 없으므로 상계는 당연히 허용될 것이다. 이에 반하여 중재합의의 효력이 미치는 반대채권을 가지고 통상의 법원에서 상계를 할 경우에는 피고의 중재항변에 의하여 법원은 소를 각하하여야 한다. 이와 같이 중재항변에 관한 중재법 제9조 제1항의 규정취지에 상응하게 중재합의가 부착되지 아니한 반대채권에 의한 상계도 허용하지 않아야 할 것이다. 마찬가지로 중재합의의 효력이 미치지 아니하여 결국 통상 법원의 관할에 속하는 반대채권을

가지고 중재절차에서 상계를 허용하여서는 아니 될 것이다.

2. 국제중재절차에서 실체법상 존재하는 반대채권을 가지고 상계를 하였지만, 여의치 않게 방어에 실패한 경우라도 그 반대채권이 소멸되지 아니한다. 실체법상 상계의 의사표시가 있었지만 소송상 방어에 실패하더라도 상계의 실체법적 효과를 소송법적 성공여부와 결부시켜 운명공동체로 파악하는 것이 상계의 법적 성질에 관한 오늘날의 일반적인 견해이기 때문이다. 따라서 중재절차에서 상계항변이 받아들여지지 않았다 하더라도 반대채권이 소멸되지 아니한다. 그런데 이 반대채권을 반드시 새로운 중재절차에서 주장하여야 하는 것은 아니며, 강제집행절차에서 주장하여도 무방하다. 중재신청자가 중재판정에 대해 집행문을 신청하지 아니한 경우라면, 중재피신청인은 자신의 반대채권을 실현하기 위해서는 별도의 청구이의의 소를 제기하여야 하는 것이 원칙이다. 이와 달리 중재신청인이 이미 중재판정에 대해 집행신청을 하였다면, 중재피신청인이 제기하는 청구이의의 소는 권리보호이익을 잃게 될 것이다. 그러나 이 경우에도 승인 및 집행절차에서 집행채무자에 의한 상계주장을 허용할 것이다.

참고문헌

- 석광현, 『국제상사중재법연구』, 제1권, 2007.
- 김용진, “반소 및 상계의 국제관할”, 민사소송 제3권, 2000.
- 손경한, “중재합의에 대한 새로운 고찰”, 중재연구 제23권 제1호, 2015.
- 손경한, “중재합의”, 사법연구 1: 계약법의 특수문제, 1983.
- Binder, International Commercial Arbitration, 3. ed. 2010.
- Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009.
- Kannengießer, Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1998, Mohr Siebeck.
- Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. 2000.
- Kronke/Nacimiento/Otto/Port (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2010,
- Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012. C.H. Beck.
- Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013, Dr. Otto Schmidt.
- Redfern/Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Aufl. 2015.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR 17. Aufl. 2010, C.H. Beck.
- Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2013.
- Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1990.
- Schütze, Deutsches Internatiuonales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2005.
- Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005.
- Stein/Jonas/Schlosser, Zivilprozessordnung, Kommentar, 23. Aufl. 2013 § 1029.
- Thomas/Putzo, 37. Aufl. 2016, C.H. Beck.
- Zöllner/Geimer, Kommentar zur ZPO, 31. Aufl. 2016.

- Berger, "Die Aufrechnung im Internationalen Schiedsverfahren", RIW 1998.
- Beulker, Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren, 2005.
- Busse, "Aufrechnung bei internationalen Prozessen vor deutschen Gerichten", MDR 2001.
- Dietmar Czernich, "Die Rom I- VO als Grundlage für die Anwendung von Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte", RIW 2016.
- Geimer, Anmerkung zu BGH Urt. v. 201. 12. 1972 = NJW 1973, 422), NJW 1973.
- Köhne/Langner, "Geltendmachung von Gegenforderungen im internationalen Schiedsverfahren", RIW 2003.
- Schnyder, "Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, RabelsZ 59, 1995.
- Schreiber, "Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung", ZZP 90, 1977.
- von Hoffman, Anmerkung zu OLG Hamm(MDR 1971, 217), AWD 1973.
- Wagner, "Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probierstein für die juristische Methodenlehre", in: Gottwald/Roth, FS Schumann, 2001.

<국문초록>

이 논문은 국제 및 국내 중재절차에서의 상계의 법률적 문제를 다루고 있다. 이를 위하여 먼저 중재합의 및 상계에 관한 적용절차법과 적용실질법을 논구한 다음, 상계의 소송법적 쟁점인 상계의 관할과 관련하여 국가법원과 중재판정부의 상호관계를 중심으로 상계의 허용 여부에 대하여 설명하고 있다. 상계의 허용여부는 첫째, 반대채권에 중재합의가 부착되었는지 여부에 따라 중재판정부 내지는 국가 법원에서의 상계 허부를 검토하였으며, 둘째, 외국의 중재판정에서 확정된 채권을 집행하기 위하여 국내 통상 법원에 승인 및 집행에 관한 절차가 개시되어 있을 경우 이 절차에서의 상계를 허용할 수 있겠는가의 문제를 다루고 있다. 어느 영역이나 우리나라에서의 논의나 실무의 예를 찾기 매우 어렵다는 점에서 독일법 및 독일 실무에 대한 비교법적 고찰을 통하여 논의의 계기를 마련하고자 하였다. 전자의 문제에서는 특히, 중재항변에 관한 중재법 제9조 제1항의 규정취지에 상응하게 중재합의가 부착되지 아니한 반대채권에 의한 상계도 허용하지 않아야 할 것이고, 마찬가지로 중재합의의 효력이 미치지 아니하여 결국 통상의 법원의 관할에 속하는 반대채권을 가지고 중재절차에서 상계를 허용하여서는 아니 된다는 입장을 취하였다. 다른 영역에 속하는 문제로 중재절차에서 상계를 하였는데, 중재판정부에서 상계를 판단하지 아니하고 배척한 경우 그 후에 진행되는 외국판정의 승인 및 집행절차에서 상계주장을 허용할 것인가의 문제를 논하였다. 논문은 중재절차에서 상계항변이 받아들여지지 않는 경우 이 반대채권을 반드시 새로운 중재절차에서 주장하여야 하는 것은 아니며, 강제집행절차에서 주장하여도 무방하다는 입장을 취하였다. 이에 따라 중재신청자가 중재판정에 대해 집행문을 신청하지 아니한 경우라면, 중재피신청인은 자신의 반대채권을 실현하기 위해서는 별도의 청구이의의 소를 제기하여야 하는 것이 원칙이지만, 중재피신청인은 승인 및 집행절차에서도 상계를 주장할 수 있다고 주장하고 있다.

주제어 : 중재합의, 중재와 상계, 상계항변, 청구이이의 소, 집행문부여절차

Die Aufrechnung im internationalen Schiedsverfahren

KIM, Yong-Jin*

Wird vor einem Schiedsgericht eine Gegenforderung geltend gemacht, die der gleichen Schiedsvereinbarung unterliegt, so ist die Aufrechnung verfahrensrechtlich zulässig, da sich insofern keine streitige Zuständigkeitsverteilung – sei es zwischen staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten, sei es unter verschiedenen Schiedsgerichten – ergibt. Die Aufrechnung vor einem ordentlichen Gericht mit einer Forderung, die im Schiedsvertrag geregelt worden ist, ist unzulässig. Denn das staatliche Gericht aufgrund der § 9 I kSchiedsG kann sich nicht auf eine Aufrechnung berufen, wenn für diese Aufrechnung eine Schiedsabrede vorliegt. Entsprechend diesem Normzwecke ist auszugehen von der Aufrechnungsunmöglichkeit mit Gegenforderungen, die keiner Schiedsklausel unterliegen. Wie aber ist es im umgekehrten Fall der Aufrechnung vor den Schiedsgerichten mit einer Forderung, die an sich in die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte fällt? Der Autor hat zu dem Ergebnis gekommen, von einer Vermutung der Unzulässigkeit der Aufrechnung auszugehen. Die Einrede der fehlenden Schiedsvereinbarung macht somit die Aufrechnung unzulässig.

Wenn auch die Aufrechnung mit einer materiell-rechtlich existenten Gegenforderung im internationalen Schiedsverfahren gescheitert ist, muss diese Gegenforderung weder abschreiben, noch in einer erneuten Schiedsklage geltend machen. Die Aufrechnung müsste viel mehr grundsätzlich im koreanischen Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren nachgeholt werden können. Wenn das Schiedsgericht zur Gegenforderung die Aufrechnung nicht in Betracht zieht, kann der Antragsgegner diese Forderung sowohl in der Vollstreckungsgegenklage als auch im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung vor dem staatlichen Gericht geltend machen. Sofern der Schiedskläger noch

* Prof. Dr. School of Law, Chungnam National University

keine Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs beantragt hat, kann der aufrechnungswillige Schiedsbeklagte grundsätzlich selbständige Vollstreckungsgegenklage erheben, um seine Gegenforderung geltend zu machen. Hat der Schiedskläger bereits die des Schiedsspruchs beantragt, so fehlt einer Vollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis. Er kann wohl aber die Aufrechnung im Exequaturverfahren geltend machen.

Key Words : Schiedsabrede, Aufrechnung im Schiedsverfahren, Aufrechnungseinwand, Vollstreckungsgegenklage, Vollstreckbarerklärungsverfahren

