서울고등법원 2013. 8. 16. 선고 2012나88930 판결 [집행판결]

원고, 항소인	A
	대표자 이사 ○○○○○○○○
	소송대리인 변호사 ○○○
피고, 피항소인	주식회사 B
	대표이사 ○○○
	소송대리인 법무법인 ○○○
	담당변호사 ○○○
제1심판결	서울중앙지방법원 2012. 9. 27. 선고 2011가합82815(본소), 2011가합111416(반소) 판결
변론종결	2013. 5. 30.
판결선고	2013. 8. 16.

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 제1심의 본소로 인한 소송비용 및 항소비용은 원고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다(피고는 제1심에서 반소를 청구하였다가 각하판결을 받자 당심에 이르러 이를 취하하였다).

원고와 피고 사이의 국제상업회의소 국제중재재판소(International Chamber of Commerce International Court of Arbitration) 사건번호 16061/CYK에 관하여 중재인 닐 카플란(Neil Kaplan, CBE, QC, SBS), 클라우스 마이클 삭스(Dr. Klaus Michael Sachs) 및 반 베히텐 비더(Van Vechten Veeder, QC)가 2011. 4. 18. 판정한 "피고는 원고에게 미화 32,601,248달러를 지급하고, 원고가 부담한 변호사비용 및 중재판정비용 미화 1,097,476.76달러와 2,152,446,230원을 지급하라“는 중재판정은 이를 집행할 수 있고, 피고는 원고에게 위 각 금원에 대하여 2011. 4. 28.부터 이 사건 소장부본 송달일까지 연 6%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자 등의 지위

1) 피고는 1999. 12. 27. 금융기관의 부실자산 취득 및 처분을 위해 예금보호공사의 100% 출자로 설립되었고, 당시 상호는 정리금융공사이었으나 2009. 11.경 현재와 같이 변경되었다. 피고는 부실 금융기관에 대하여 공적자금을 투입하여 취득한 부실채권을 그 부실채권의 매수인과 합작하여 설립할 자산유동화 전문회사로 하여금 관리.처분하도록 하여 회수실적의 최대화를 꾀하기로 하고, 국제입찰을 통하여 엘에스에프3 코리안 포트폴리오 인베스트먼츠 원 엘티디(LSF3 Korean Portfolio Investments Ⅰ, Ltd., 이하 '*** 펀드 3호'라 한다)를 합작투자 대상자로 선정하였다.

2) 피고와 *** 펀드 3호는 2000. 12.경 공동으로 자산유동화 전업법인인 원고를 버뮤다국에 설립하였다. 이는 원고가 발행한 308억 원 상당의 주식 및 1,841억 원 상당의 사채를 피고와 *** 펀드 3호가 50%씩 취득하는 방식으로 이루어졌는데, 피고가 명목 상 가액 4,131억 원의 부실채권을 2,150억 원(매각가는 2,044억 원이나 경과이자가 포함되었다)에 원고에 매각하되, 그 대금 중 1,075억 원을 *** 펀드 3호가 지급한 낙찰대금으로 충당하고, 나머지 매각대금을 원고가 회수하는 부실자산의 처분 대가 중 50%를 사채원리금 및 주식 배당금 등의 형태로 회수하는 구조이다.

3) 원고가 2000. 10. 25. 금융감독원에 제출한 자산유동화계획에 따르면, 원고는 부실자산 매입 재원을 마련하기 위해 주식 및 사채를 발행하고, 매입한 부실자산의 관리.처분을 통해 배당금, 사채의 원금과 이자를 지급하며, 부실자산인 채권에 담보로 제공된 부동산이 있을 경우 법원경매 등을 통해 이를 취득.개발한 후 제3자에게 처분하는 방법으로 채권을 회수할 수 있다.

4) C 주식회사(이하 'C'이라 한다)는 자산유동화에 관한 법률에 따라 원고로부터 유동화자산의 관리를 위탁받은 자산관리회사이다.

나. 이 사건 사채협약 및 이 사건 주주 간 협약의 체결

1) 원고는 2000. 12. 19. 피고 및 *** 펀드 3호와 원고의 사채 발행 및 사채원리금의 상환 등을 정한 사채계약(Bond Agreement, 이하 '이 사건 사채계약'이라 한다)을 체결하였는데, 위 계약에서는 준거법을 미합중국 뉴욕주법으로 정하였고 관련 분쟁에 관하여 반드시 중재로 해결하여야 한다는 조항은 없다.

2) 위와 같은 날 중재약정이 포함되어 있는 아래와 같은 내용의 주주 간 계약(Shareholders' Agreement, 이하 '이 사건 주주 간 계약'이라 하고 아래의 제10조 (b)항 이하를 특히 '이 사건 중재조항'이라 한다)이 체결되었고 말미에 피고, *** 펀드 3호 및 원고가 서명하였다.

본 계약은 대한민국 회사인 피고,버뮤다국 회사인 원고,버뮤다국 면세회사인 ***펀드 3호 [피고와 ***펀드 3호를 합하여 '주주들(Shareholders)']사이에 체결되었다.

제5조 배당

주주들은 원고로 하여금 종결 이후 적어도 세 번째 역월 말까지 그리고 그 후 적어도 3역월마다 보통주 및 준거법의 조건에 맞고 상황에 따른 상업적으로 합리적이고 신중하게 결정된 원고의 실제 순운영비를 고려한 이 사건 대출채권의 정리 및 처분으로부터 생긴 실제 이익금에 해당하는 배당금을 분배하도록 한다.

제10조 준거법;분쟁해결;면책포기

(a)본 계약 및 본 계약에 따른 주주들(Shareholders)의 권리와 의무는 원고 설립에 대한 재판관할권의 법률에 의하여 규율되고 그에 따라 해석되어야 한다.단 피고가 합리적으로 수용할 수 있는 ***펀드 3호의 대리인은,본 계약의 규정들이 위와 같은 재판관할권 내에서 집행 가능하다는 자신의 의견을 피고가 합리적으로 수용할 수 있는 형식과 내용으로 ***펀드 3호 및 피고에게 제공하여야 한다.

(b)본 계약의 당사자들(TheParties)은 본 계약의 규정들에 대한 해석이나 적용으로부터 또는 그와 관련하여 발생하거나 또는 본 계약에 따른 객관적인 결정의 적용을 받는 사안의 판단과 관련하여 발생하는 모든 분쟁,논쟁 또는 청구(이하 본 계약 내에서 '분쟁'이라 한다)를 상호 합의에 의해 선의로 해결하고자 시도하여야 한다.

(c)만일 분쟁이 본 계약의 제10조 제(b)항 또는 기타 조항에 따라 당사자들(TheParties)에 의해 해결될 수 없는 경우 위와 같은 분쟁은 국제상업회의소(이하 'ICC'라 한다)의 중재규칙에 따라 중재에 의해 해결하기로 한다.중재는 위와 같은 분쟁의 해결을 위한 유일한 재판적이며,선고된 판정은 최종적이며 구속력을 갖는다.판정에 대한 판결은 그에 대한 재판관할권을 갖는 모든 법원에 제출될 수 있다.

(d)본 계약의 제10조 제(c)항에 따른 중재 절차는 다음과 같다.

(ⅰ)중재인의 수는 3인으로 하고,그 중 1인은 피고가 선정하고 또 다른 1인은 ***펀드 3호가 선정하며,제3의 중재인은 가능하면 두 번째 중재인 선정 후 30일 이내에 당사자 선정 중재인들(theparty-appointedarbitrators)이 상호 합의에 의해 선정해야 하고,그 이후에는 가능하면 두 번째 중재인 선정 후 45일 이내에 선정된 2인의 중재인들의 상

호 합의에 의해,그리고 그 이후에는 관리 당국에 의해 선정되어야 한다.

다. 부산화물터미널 부지의 취득 및 매각

1) 원고는 매입 부실자산인 부산종합화물터미널 주식회사에 대한 근저당권부 채권에 제공된 담보인 부산화물터미널 부지(이하 '이 사건 부지'라 한다)를 취득한 후 그 용도지역을 기존 준공업지역에서 주거지역으로 변경한 다음 처분하여 수익을 얻기 위해 2002년부터 2003년에 걸쳐 법원 경매 등으로 이 사건 부지를 737억 원에 취득하였고 C으로부터 분리 신설된 회사인 유한회사 D인베스트먼트(이하 'D'이라 한다)에게 이 사건 부지의 관리.매각 업무를 위임하였다.

2) 원고는 이 사건 부지의 매수인을 물색하다가 이 사건 부지에서 아파트 신축.분양사업을 하려는 주식회사 E컨설팅그룹(이하 'E'이라 한다)에 2004. 3. 29. 이 사건 부지를 135,065,000,000원에 매도하면서 원고가 용도지역 변경을 완료하기로 하였고, E은 이와 별도로 D에 이 사건 부지에 있던 기존 터미널시설 이전비용으로 110억 원을 무이자로 대여하며 D은 이를 부산종합화물터미널 주식회사에 대여하기로 하였다.

3) 이 사건 부지에 대한 용도변경이 계속 지연되자 원고는 용도변경 이전에 일부 매매대금을 받기 위해 2004. 11. 30.경 E과 사이에 일단 1,100억 원을 매매대금으로 받은 후 용도변경이 이루어지면 다시 매매대금을 정산하기로 하되, 2005. 5. 30.까지 용도변경을 완료하고 용도변경이 완료되지 않을 것이 최종적으로 결정되거나 위 기한으로부터 90일 이상 연장하여도 완료되지 않을 경우 E은 원고에게 매매계약을 해제하거나 환매를 요청할 수 있도록 하며, E은 D에게 터미널시설 이전비용으로 무이자로 110억 원, 유이자로 74억 원을 대여하고, D은 이를 다시 부산종합화물터미널 주식회사에 대여하는 것 등으로 부동산매매 변경계약을 체결하고, 이 사건 부지에 관하여 E 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 주었다.

4) E은 2004. 12. 1. 위 매매대금 등을 조달하기 위해 주식회사 F은행과 G화재해상보험 주식회사로부터 1,550억 원을 대출받았다. 원고는 위 2004. 11. 30. 변경계약 당시 E의 위 대출로 인한 금융비용 일부를 부담하기로 하였다.

라. 이 사건 확약서의 작성 및 매매대금의 지급

1) 원고는 2004. 12. 1. 피고에게 위 변경계약의 체결 경위 및 내용을 알리면서 E로부터 매매대금을 선급받아 이를 피고와 *** 펀드 3호에 분배할 예정이나 용도변경 완료 이후 정산과정에서 E에 지급할 금원이 발생할 수도 있고 용도변경이 무산되어 환매로 매매대금 전액을 반환하여야 할 상황이 발생할 수도 있으니 이에 대비하여, 제1안으로 피고에게 분배될 선급 매매대금을 원고의 에스크로 계좌에 입금하고 피고가 질권을 설정한 후 용도변경이 완료되어 위 매매계약이 최종

확정되면 피고에게 이를 지급하는 방안과 제2안으로 피고에게 선급 매매대금을 일단 분배한 후 원고가 E에 매매대금을 반환하거나 정산금을 지급할 사유가 발생할 경우 피고가 선급 매매대금을 즉시 원고에게 반환한다는 확약서를 제공하는 방안을 제시하고 선택할 것을 요청하였다.

2) 피고는 2004. 12. 8. 원고에게 제2안을 선택한다며 아래와 같은 내용이 기재된 문서를 송부하였다(이하 '이 사건 확약서'라 한다).

3. 피고는 2004. 12. 10. 원고로부터 피고가 보유한 원고의 Series 2000 사채(미화 77,416,259.86달러,이하 '달러'라고만 한다)의 원리금 상환 및 원고 주식 6,000주에 대한 이익 배당의 명목으로 합계 502억 원 또는 이에 상당하는 달러화를 수령할 예정입니다 (단,Series2000사채의 이자에 대한 원천징수 전 금액이므로 실 수령액은 동 금액보다 이하일 것임).

4.피고가 원고로부터 수령할 예정인 위 금액은 원고가 E 및 D과 체결한 매매계약에 따라 이 사건 부지를 매각하고 수령할 매매대금을 재원으로 하는데,위 매매대금의 전부 또는 일부가 위 매매계약에서 정한 바에 따른 매매대금의 정산,위 매매계약 상의 의무불이행 등으로 인한 계약의 해제 또는 환매 등으로 인하여 위 매매계약 상 매수인에게 반환될 수 있다는 사정을 피고는 잘 알고 있습니다.

6.따라서 원고가 상기 3항에서 정한 바와 같이 502억 원을 피고에게 지급한 후에 상기 4항에 따라 위 매매대금의 전부 또는 일부를 위 매매계약상 매수인에게 반환하여야 하는 경우 피고는 원고의 반환요청에 따라 일체의 이의 없이 그 요청일부터 2주 이내에 그 요청 금액에 해당하는 위 매매대금의 전부 또는 일부(다만 502억 원 중 Series2000사채의 이자에 대한 원천징수 금액을 제외하고 피고가 실수령한 금액을 한도로 함)로 정산 지급할 원화 상당액을 외화로 반환할 것임을 확약합니다.

3) 원고의 위 2004. 12. 1.자 선택 요청이나 이 사건 확약서에는 준거법 또는 중재에 관한 내용이 포함되어 있지 아니하다.

4) 원고는 2004. 12. 10. 피고에게 위 매매대금 중 주주 배당금 명목으로 21,404,651,510원, 사채원리금 명목으로 28,795,348,490원 등 합계 502억 원을 지급하였다(이하 이 502억 원을 '선급 매매대금'이라 한다).

마. 용도변경의 실패와 원고와 피고 사이의 분쟁

1) 2004. 12. 28. 이 사건 부지에 대한 용도변경 승인신청이 거부되자, 원고는 2004. 12. 31. 피고에게 정산금 지급 또는 환매 가능성이 있음을 통보하고, 같은 날 E과 매매계약의 조건을 다시 변경하여 매매대금을 1,030억 원으로 감경하고 용도변경 완료 기한을 연장하면서 연장된 기한까

지 용도변경이 이루어지지 않았음에도 E이 이 사건 부지에 대한 개발사업을 계속 추진하려는 경우 원고는 용도변경 완료 시까지 발생하는 E의 추가 금융비용을 부담하기로 하였다.

2) 원고는 2007. 5. 21. 피고에게, 이 사건 부지의 용도변경이 이루어지지 않았고 용도변경 승인을 확신하기 어려우며 E이 만기까지 대출금을 변제하지 못할 가능성이 크기 때문에 E의 대출금채무에 대한 담보로 제공된 이 사건 부지의 소유권이 제3자에게 이전되어 매매계약도 그대로 유지되기 어려울 것으로 예상한다면서 이 사건 확약서에 따른 선급 매매대금 전액의 반환을 요구하였다. 이에 대하여 피고는 2007. 5. 30. 선급 매매대금을 반환하겠으니 이를 매매대금 반환금 용도로 법원에 공탁하고 이 사건 부지에 대한 처분금지가처분을 신청하는 등으로 이 사건 부지에 관한 매매계약 해제 및 소유권이전등기절차가 차질 없이 진행되어야 한다고 회신하였다.

3) 원고는 이 사건 부지의 처리에 관하여 여러 방안을 구상하다가 E의 주식을 D 명의로 120억 원에 양수하는 방법으로 이 사건 부지의 소유권을 취득한 후 매각하기로 하였고, 이를 승인받기 위한 이사회를 2007. 6. 8. 개최하기로 하였다. 원고는 2007. 6. 7. 이사회 개최를 피고에게 통보하였으나, 피고는 원고에게 이에 대한 자세한 자료를 제출받지 못하였고 통보가 뒤늦게 되어 물리적으로 참석하기 어렵다며 '이사회 결의사항 중 원고 전체에 불이익한 내용의 결의가 있으면 수용할 수 없다'는 통지를 하였으며, 피고 측 이사 2명은 이사회에 참석하지 않았다. 그러나 2007. 6. 8. 개최된 원고의 이사회에서 출석한 원고 측 이사 3명은 E 주식을 D이 양수하는 방안을 찬성하는 결의를 하였다.

4) 원고는 위 주식매수대금을 마련하기 위해 2007. 6. 20. D로 하여금 *** 펀드 3호로부터 1,650만 달러를 차입하도록 하면서 *** 펀드 3호가 위 대여금채권으로 원고에 대한 배당금반환채무와 상계할 수 있도록 하였다.

원고는 2007. 6. 22. E, D, C과 사이에 E이 이 사건 부지를 처분하여 이 사건 부지를 담보로 한 대출금을 상환하고 만약 이 사건 부지의 매각대금으로 E의 대출금채무를 변제하기에 부족한 경우에는 그 부족분 및 위 매각과정에서 지출된 비용을 원고가 부담하기로 약정하였다.

5) 피고는 2007. 6. 27. 원고에게 E 주식 인수를 통한 이 사건 부지 취득은 당초 매매계약서에서 예정한 바가 없었음에도 그러한 방법을 채택한 이유에 대한 소명을 요청하였고, 구체적인 소명이 있기 전까지 이 사건 부지의 매각중단 및 근거자료와 정보제공을 요청하였다. 원고는 2007. 10. 22. 그간의 과정을 모두 피고에게 통보하였으며 E의 대출금채무 상환만기일이 임박하였기 때문에 다른 대안이 없는 한 매각절차를 중단하기 어렵다고 답변하였고, 2007. 10. 25. 관련 자료를 송부하였다. 그러나 피고는 계속하여 위 절차의 진행을 중단할 것을 요구하였다.

6) D은 2007. 11. 1. H 주식회사(이하 'H'이라 한다)에 E 주식을 1,600억 원에 매도하면서 매매대금 지급 방법으로 H은 10억 원을 현금으로 지급하고 E의 잔여 대출금채무 1,810억 원 중 1,590억 원을 인수하기로 하고, E의 잔여 대출금 채무 중 나머지 220억 원은 E이 *** 펀드 3호로부터 대여받아 변제하고, 이에 대하여 원고가 지급책임을 지기로 하였다.

7) 원고는 2007. 11. 6. 피고에게 E 주식의 H에 대한 매각사실을 알리면서 최종적인 손실배분 및 정산에 대한 의견제시를 요구하였고, 피고는 2007. 11. 14. 그간의 경위가 원고에 의해 일방적으로 추진되었음에도 구체적인 해명이나 자료제공이 없었고, E 주식의 매수가 이례적인 구조의 거래이며, 피고는 공적자금회수기관이므로 H에 대한 E 주식 매각을 즉시 중지하라고 요구하였다.

8) 원고는 2008. 6. 2. 피고에게 이 사건 확약서에 따라 E 주식의 매입 및 H에의 매각 과정에서 발생한 비용 중 50%에 해당하는 33,352,241.06달러(2008. 5. 30.자 환율인 1,031.40원을 적용하여 34,399,501,425원 상당)의 반환을 요구하였고, 같은 날 *** 펀드 3호에게도 동일한 취지의 통지를 하였다. 그러나 피고는 원고의 반환요구를 거절하면서 이 사건 부지의 매입, 환매, 재매각 과정의 실사를 요구하였다.

바. 이 사건 중재판정

1) 원고는 2009. 1. 16. ICC 중재재판소에 피고가 이 사건 확약서에 따라서 이 사건 부지 매각에 든 위 비용을 부담할 의무가 있다고 주장하며 중재를 신청하였고(사건번호 16061/CYK), 2009. 4. 3. 피고가 관할권에 이의를 제기하였으나 ICC 중재재판소는 2009. 4. 16. ICC 중재규칙 제6조 제2항에 따라 중재를 계속 진행하였다.

2) ICC 중재재판소는 원고를 대리하여 원고가 지명한 닐 카플란을 중재인으로 선정하였고, 피고가 선정한 반 베히텐 비더를 중재인으로 확인하였으며, 의장중재인은 위 중재인들의 공동지명으로 클라우스 마이클 삭스가 선정되었고, 중재절차는 일본국에서 진행되었다.

3) 진행된 중재절차에서 피고는 원고와 피고 사이에 중재합의가 없어 ICC 중재재판소에 이 사건 분쟁에 대한 관할권이 없고 이 사건 확약서에 따른 반환조건이 충족되지 않았다는 것 등을 다투었다. 그러나 중재판정부는 2011. 4. 18. 피고가 이 사건 확약서에 따라 이 사건 부지를 매각함에 있어 소요된 원고의 비용 중 피고의 부담분인 50%에 해당하는 32,601,248달러를 원고에게 지급할 의무가 있고, 이와 더불어 원고가 중재신청을 하면서 부담한 변호사비용 등 법률비용과 각종 부수비용 2,152,446,230원와 822,476.76달러, 중재인의 보수 및 경비 등으로 ICC에 납부한 275,000달러 또한 원고에게 지급할 의무가 있다는 중재판정을 하였다(이하 '이 사건 중재판정'이라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 5, 6, 8 내지 10, 15 내지 19, 21 내지 28, 32 내지 35, 43호증(가지번호 있는 경우 각 가지번호 포함, 이하 같다), 을 제1 내지 10, 14 내지 19, 21, 23호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 당사자의 주장 요지

가. 원고

이 사건 중재조항이 이 사건 확약서에도 당연히 미친다는 것을 전제로 중재법 제39조, 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 '뉴욕협약'이라 한다) 제3조에 따라 이 사건 중재판정의 집행은 허가되어야 하고, 이에 더하여 피고는 이 사건 중재판정에서 지급을 명한 위 중재판정 원금에 대하여 각 이 사건 중재판정문 송달 다음날부터 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장한다.

나. 피고

이 사건 중재조항은 이 사건 확약서에 관련한 분쟁인 이 사건에는 미치지 아니하고 이 사건 확약서에 관하여 중재약정이 존재하지 아니하며 원고는 이 사건 중재조항의 당사자도 아니라고 주장한다.

3. 판 단

가. 뉴욕협약의 적용 및 규정

1) 대한민국은 1973. 2. 8. 대한민국법 상 상사관계의 분쟁인 경우에만 타 체약국의 영토 내에서 내려진 중재판정의 승인과 집행에 한해서 이 협약을 적용한다는 유보선언 하에 뉴욕협약에 가입하여 비준하였고, 뉴욕협약은 1973. 5. 9. 조약 제471호로 발효되었으며, 중재법 제39조 제1항은 '뉴욕협약을 적용받는 외국 중재판정의 승인 또는 집행은 같은 협약에 따라 한다.'라고 규정하고 있고, 이 사건 중재판정이 내려진 일본국도 뉴욕협약에 가입하였으며, 위에서 본 기초사실에 의하면 이 사건 분쟁은 대한민국법 상 상사관계의 분쟁임이 분명하다. 따라서 이 사건 중재판정의 집행에 관하여는 뉴욕협약이 적용된다.

2) 뉴욕협약 제2조 제1항은 "각 체약국은 계약적 성질의 것이거나 아니거나를 불문하고, 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 관한 일정한 법률관계에 관련하여 당사자간에 발생하였거나 또는 발생할 수 있는 전부 또는 일부의 분쟁을 중재에 부탁하기로 약정한 당사자간의 서면에 의한 합의를 승인하여야 한다."고 규정하고, 제2항은 "서면에 의한 합의"라 함은 계약문 중의 중재조항 또는 당사자간에 서명되었거나, 교환된 서신이나 전보에 포함되어 있는 중재의 합의를 포함한다."고 규정하고 있으며, 뉴욕협약 제4조 제1항 나목은 중재판정의 승인과 집행을 얻기 위해서 당사자가 제2조에 규정된 합의의 원본을 제출하도록 규정하고 있다. 위와 같은 제4조 제1항의 규정

은 당사자들 사이에 중재합의의 존재 또는 그 내용에 관한 다툼이 있는 경우에 있어서 그에 대한 증명은 오로지 위 제4조 제1항에 정한 서류로써만 하여야 한다는 증거방법에 관한 규정으로(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결 참조), 이는 뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 집행을 위한 적극적 요건에 해당하여 중재판정의 승인 및 집행을 신청하는 당사자가 그 입증책임을 부담한다(대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결 참조).

한편 뉴욕협약 제5조 제1항은 제2조에 규정된 합의의 당사자가 그들에게 적용될 법률에 의하여 무능력자이었던가 또는 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의하여 전기 합의가 무효인 경우(가목), 판정이 중재부탁조항에 규정되어 있지 아니하거나 또는 그 조항의 범위에 속하지 아니하는 분쟁에 관한 것이거나 또는 그 판정이 중재부탁의 범위를 벗어나는 사항에 관한 결정을 포함하는 경우(다목)에는 그 중재판정의 승인과 집행은 판정이 불리하게 원용되는 당사자의 청구에 의하여 그 당사자가 판정의 승인 및 집행의 요구를 받은 국가의 권한 있는 기관에게 그 증거를 제출하는 경우에 거부될 수 있다고 규정하고 있다.

위와 같은 뉴욕협약의 각 규정 및 그에 관한 법리에 비추어 보면, 외국중재판정에 대한 집행판결을 구하는 당사자인 원고는 피고가 중재합의의 존재를 다투는 경우 서면에 의한 중재합의가 존재한다는 것을 그 서면을 제출하는 방식으로 입증하여야 하고, 위와 같은 서면이 제출된 경우에는 피고가 다시 그 서면에 기한 중재합의가 무효이거나 중재판정이 그 중재합의의 대상이 된 분쟁에 관한 것이 아니라는 것을 입증함으로써 중재판정의 승인 및 집행을 저지할 수 있다고 해석된다.

나. 이 사건 분쟁에 중재약정이 존재하는지 여부

1) 중재약정의 성립, 유효성에 관한 준거법은 위 뉴욕협약 제5조 제1항 가목에서 정한 바에 따라 당사자가 중재합의의 준거법으로 지정한 법에 의하고 지정이 없는 경우에는 중재판정지국에 의하여야 하나, 여기의 지정에는 묵시적 지정도 포함된다고 봄이 상당하다. 당사자들이 중재합의의 준거법을 명시하지 않았다고 하더라도 중재조항을 포함한 주된 계약의 준거법을 명시적 또는 묵시적으로 정하였다면 특별한 사정이 없는 한 당사자들은 주된 계약의 준거법을 중재조항의 준거법으로 지정할 의사였다고 봄이 상당하다. 그러나 당사자가 주된 계약의 준거법을 묵시적으로라도 지정하지 아니하여 주된 계약의 준거법이 국제사법에 따라 객관적 연결에 의하여 결정되는 경우에는 중재조항의 준거법은 중재판정지법으로 봄이 합리적이다.

2) 위 기초사실 및 원고의 중재절차에서의 위 주장에 따르면, 이 사건 분쟁은 피고에게 이 사건 확약서에 기하여 원고가 구하는 이 사건 부지의 매각과 관련한 비용을 지급할 의무가 있는지 여부에 관한 것으로 이 사건 확약서의 해석 및 적용에 관한 분쟁이다. 그런데 이 사건 확약서 자체에는 준

거법에 관한 규정이 없고 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 확약서가 이 사건 주주 간 계약의 일부 변경계약이거나 이 사건 주주 간 계약에서 당연히 예정하고 있는 계약으로 보기도 어려우므로, 이 사건 확약서의 해석 등에 관한 준거법은 원칙적으로 국제사법 제26조의 규정에 따라 이 사건 확약서 상 합의와 가장 밀접한 관련이 있는 법이라고 할 것인데, 이 사건 확약서는 대한민국에 소재한 대한민국 법인인 피고가 대한민국에서 대한민국의 화폐로 선급 매매대금을 반환하겠다는 내용이므로, 이와 가장 밀접한 관련이 있는 법은 대한민국법이라고 할 것이고, 이 경우 이 사건 확약서에 중재약정이 존재하는지 여부 등 중재합의의 성립 여부에 관한 준거법은 중재판정지인 일본국법이 준거법이 된다.

이 사건 확약서 자체 및 피고가 이 사건 확약서를 교부하게 된 근거가 되는 원고의 위 2004. 12. 1.자 통지에 별도의 중재약정이 없고, 피고가 이 사건 확약서를 작성.교부하면서 지급받은 선급 매매대금은 주주 배당금 21,404,651,510원, 사채원리금 28,795,348,490원 등 합계 502억 원으로 배당금보다 사채원리금이 다액인 사실, 원고와 피고 및 *** 펀드 3호는 2000. 12. 19. 원고가 발행할 사채 및 그 원리금의 상환에 관하여 이 사건 사채계약을 체결하고, 원고에 대한 주주로서의 권리.의무 등에 관하여는 이 사건 주주 간 계약을 체결한 사실은 앞서 본 바와 같다.

여기에다가 이 사건 사채계약은 이 사건 주주 간 계약과 달리 배타적인 중재에 관한 규정을 두고 있지 아니하고 그 준거법도 달리하고 있는 등으로 이 사건 사채계약과 이 사건 주주 간 계약은 별개의 계약으로서, 위 선급 매매대금 중 비중이 더 큰 사채원리금은 이 사건 사채계약에 따라, 주주 배당금은 이 사건 주주 간 계약에 따라 각 지급된 것으로 봄이 합리적인 점[이 사건 주주 간 계약 제6조 (f)항에서 원고가 주주들에게 유동화채권형증권(debt securities)을 발행할 수 있다고 규정하고 있고, 제2조 (e)항에서 주주들에게 그 대여금(loans)을 변제할 수 있다고 정하고 있다고 하더라도 위 각 규정으로 인하여 이 사건 주주 간 계약이 이 사건 사채계약까지를 포함하는 기본계약이 되는 것도 아니다], 한편 이 사건 사채계약이나 이 사건 주주 간 계약에 사채원리금이나 배당금의 지급에 관한 규정은 있으나 그 지급된 사채원리금이나 배당금을 원고에게 반환하는 경우에 관한 규정이 있다고 볼 증거가 없는 점, 위와 같이 피고 및 *** 펀드 3호에 지급된 선급 매매대금은 원고와 E 사이의 이 사건 부지에 관한 2004. 11. 30.자 변경계약에 따라 원고에게 지급된 매매대금의 일부에 해당하고 위 변경계약에서 계약의 해제나 환매 등으로 원고가 E에게 위 매매대금을 반환하여야 하는 사유가 생길 수 있다는 것이 예정되어 있기는 하지만, 원고와 원고에 대한 사채권자이자 주주인 피고 및 *** 펀드 3호와의 관계에 있어서는 사채원리금의 상환이나 주주에 대한 배당금으로 지급된 것이므로, 위 매매계약이 해제되거나 환매 등의 사정이 생긴다고 하여 당연히 피고나 *** 펀드 3호가 지급받은 선급 매매대금을 원고에게 반환하여야 하는 것은 아

닌 점, 따라서 피고의 선급 매매대금의 반환의무는 이 사건 확약서에 의하여 비로소 발생한 것인 점 등의 사정을 종합하여 보면, 이 사건 확약서 상 원고와 피고의 합의가 이 사건 주주 간 계약의 일부 변경계약에 해당한다거나 이 사건 주주 간 계약에서 당연히 예정하고 있는 계약에 해당한다고 보기 어렵고(원고는 이 사건 주주 간 계약 제5조의 변경계약이라는 취지의 주장도 하나 위와 같은 점에 비추어 받아들일 수 없다), 또는 선급 매매대금 중 사채원리금의 반환에 관하여는 이 사건 사채계약을 적용하고 주주 배당금의 반환에 관하여는 이 사건 주주 간 계약이 적용됨을 전제로 한 계약이라고 볼 수도 없으므로, 원고와 피고 사이의 이 사건 분쟁은 이 사건 확약서의 해석 및 적용에 관한 것일뿐 이 사건 주주 간 계약과는 직접 관련이 없다(이러한 판단은 일응 대한민국법의 일반적인 법해석 원칙에 따른 것이나 중재약정의 성립에 관한 준거법인 일본국법에 이와 달리 해석하여야 하는 법령이 있다고 보이지도 않는다).

그런데 원고는 이 사건 주주 간 계약에 이 사건 중재조항이 있다는 것을 주장.입증하였을 뿐 이 사건 확약서에 서면에 의한 중재약정이 존재한다는 것을 입증하지 못하고 있으므로, 원고의 피고에 대한 이 사건 중재판정의 집행청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

3) 나아가 이와 달리 이 사건 확약서에 기한 원고와 피고의 합의가 이 사건 주주 간 계약의 변경계약이거나 이 사건 주주 간 계약이 예정하고 있던 계약으로 이 사건 주주 간 계약에서 정한 이 사건 중재조항이 적용된다고 가정하여 살펴보기로 한다.

이 경우에는 중재약정의 성립에 관한 준거법은 주된 계약인 이 사건 주주 간 계약에서 당사자들이 명시적으로 지정한 주된 계약의 준거법인 버뮤다국법이라고 봄이 상당한데, 버뮤다국에서는 “문서가 다루고 있는 사람들이 합리적으로 알 수 있는 배경 지식을 가진 합리적인 사람에게 문서가 전달하는 의미(……) 이 객관적인 의미는(……) 관습적으로 당사자의 의도라고 불린다.”[1)]는 원칙에 따라 계약을 해석하고 있다.

이러한 버뮤다국의 해석원칙에 따르더라도 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 원고와 피고 사이에는 이 사건 중재조항이 적용된다고 할 수 없다.

즉, 이 사건 주주 간 계약은 원칙적으로 주주인 피고와 *** 펀드 3호 사이의 권리.의무를 정하고 있기는 하지만 제6조 등에서 그와 관련한 원고의 의무를 정하고 있고 이 사건 주주 간 계약의 첫 머리에 이 사건 주주 간 계약이 피고, *** 펀드 3호 및 원고 사이에 체결되었다고 기재되어 있으며, 말미에 원고도 서명을 하고 있는 등으로 원고도 계약의 당사자로 참여하였다고 인정할 수는 있다.

그러나 중재약정은 비록 주된 계약에 중재조항으로 편입되어 있다고 하더라도 계약 중 다른 조항의 효력은 중재조항의 효력에 영향을 미치지 아니하는 등의 독립성을 가지고 있고(중재법 제17조 제1항) 이는 버뮤다국에서도 마찬가지로 인정되며,[2] 하나의 계약이라고 하더라도 모든 조항이 그 당사자들 전부에 대하여 효력을 가질 필요는 없고 당사자들의 합의에 의하여 계약의 일부 조항은 특정 당사자에 효력이 없다는 취지의 합의도 당연히 가능하므로, 이 사건 주주 간 계약의 당사자와 이 사건 중재조항의 효력을 받는 당사자는 구별될 수 있는 점, 이 사건 중재조항이 포함되어 있는 제10조는 제1항 (a)항에서 준거법을 정하면서 '주주들'의 권리와 의무라는 표현을 사용하고 있음에도 (b), (c)항에서는 이와 달리 '당사자들(이 사건 주주 간 계약에서 당사자를 정의하는 규정은 없다)' 사이의 분쟁이 합의에 의하여 해결되지 않는 경우 중재에 의한다고 규정하고 있어 '주주들'과 '당사자들'이라는 용어를 구분하여 사용한 듯 보이기도 하지만 중재절차의 중재인 선임에 관하여 구체적으로 정하고 있는 (d)항에서는 다시 중재인 중 1인은 피고가 선정하고 다른 1인은 *** 펀드 3호가 선정하며, 제3의 중재인은 위 '당사자' 선정 중재인들이 합의에 의하여 선정한다고만 규정하고 있고, 원고가 중재인을 선임할 수 있다고 규정하고 있지 아니하는바, 중재의 대립당사자가 될 지위에 있는 3인의 당사자들이 그들의 중재인 선임에 관한 구체적 약정을 하면서 그 중 2인에게만 중재인 선임권을 부여하고 나머지 1인에게는 중재인 선임권을 부여하지 않는다는 것은 일반의 거래관념에 비추어 이해할 수 없고 위와 같이 중재인 선임권에 대한 명시적인 약정을 하면서 원고의 중재인 선임권을 실수로 누락하였다고 보기도 어려운 점, 당사자들이라는 표현은 계약에서 일반적으로 사용되는 용어로 주주들에 대하여도 당사자들이라고 표현할 수 있고, 실제 위 (d)항에서 주주들이 선정한 중재인을 '당사자 선정 중재인'이라고 표현하고 있기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 중재조항이 (b), (c)항에서 비록 '주주들'이라는 표현 대신에 '당사자들'이라는 표현을 사용하고 있다고 하더라도 피고와 *** 펀드 3호 및 원고는 이 사건 중재조항이 피고와 *** 펀드 3호 사이의 분쟁에 적용된다는 의도를 가지고 이 사건 중재조항을 작성하였다고 봄이 합리적이다. 한편 원고와 피고 사이에 이 사건 중재조항 등에 비추어 또는 그 이후 중재과정에서의 중재인 선정 등에 비추어 묵시적으로라도 중재약정이 있다고 인정될 여지가 있는지에 관하여 보더라도, 중재절차에서 피고가 명시적으로 중재합의를 다투었음이 분명한 점 등에 비추어 보면 묵시적인 중재약정을 인정하기도 어렵고, 뉴욕협약은 서면에 의한 명시적인 중재약정만을 유효한 중재약정으로 보고 있어 이를 인정할 실익도 없다.

따라서 이 사건 중재조항이 이 사건 확약서에도 적용된다고 하더라도 원고는 여전히 이 사건 중재조항의 당사자가 아니고 달리 중재약정의 존재를 인정할 수도 없으므로, 원고와 피고 사이의 이 사건 분쟁에 관하여는 중재합의가 부존재하거나 이 사건 중재판정은 중재약정의 범위에 속하지

아니하는 분쟁에 관한 것이라고 보아야 하고, 결국 이 사건 중재판정의 집행은 허용될 수 없다.

다. 소결

따라서 이 사건 중재판정은 중재합의의 존재가 입증되지 않았거나 중재약정의 범위에 속하지 아니하는 분쟁에 관한 것으로 집행거부사유가 있으므로, 원고의 이 사건 중재판정에 대한 집행청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없고, 이 사건 중재판정에 대한 집행이 허용됨을 전제로 하는 원고의 지연손해금 청구도 역시 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소를 기각하기로 하되, 제1심판결이 소송비용의 부담재판을 누락하였으므로, 민사소송법 제212조 제3항에 따라 당원이 소송총비용(제1심의 본소에 관한 소송비용 및 항소비용)의 부담을 정하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 윤성근

판사 문정일

판사 구자헌

1) "the meaning which the instrument would convey to a reasonable person having all the background knowledge whichwould reasonably be available to the audience to whom the instrument is addressed [...] this objective meaning [...] isconventionally called the intention of the parties." 버뮤다국 대법원 판례 [2010] SC (Bda) 34 Civil(2010. 7. 5.)(갑 제1호증참조)

2) SNE v. Joc Oil Limited[1990] XV ICC Ybk 384(갑 제1호증 참조)