

집행판결

[서울고등법원 2012. 8. 23. 2010나88882]



【전문】

【원고, 항소인】 주식회사 동진세미켐 (소송대리인 변호사 이진홍 외 1인)

【피고, 피항소인】

【제1심판결】 서울서부지방법원 2010. 7. 15. 선고 2008가합16806 판결

【변론종결】2012. 7. 12.

【주문】

】

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】 제1심 판결을 취소한다. 원고와 피고 사이의 미국중재협회 국제분쟁해결센터(American Arbitration Association International Centre For Dispute Resolution) 중재사건에 관하여 중재인 그레고리 에이 포스트(Gregory A. Post)가 2007. 7. 9. 한 별지 목록 기재 중재판정에 기한 강제집행을 허가한다. 피고는 원고에게 미화 950,465.88달러에 대하여 2007. 7. 9.부터 다 갚는 날까지 연 10%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

【이유】

】1. 기초사실

가. 원, 피고의 지위

원고는 화공약품 등을 제조 및 판매하는 대한민국 법인이고, 제1심 공동피고 이메일펀드 주식회사(이하 '이메일펀드'라 한다)는 무선 보안 소프트웨어 기술을 연구 개발하여 판매하는 미국 캘리포니아주 법인이며, 피고는 ○○대학교 수학과 교수로 이메일펀드 설립시부터 2001. 7.경까지 이메일펀드의 대표이사였다.

나. 원고와 이메일펀드 사이의 주식매수계약

원고와 이메일펀드(피고가 이메일펀드를 대표하였다)는 2000. 6. 24. 이메일펀드의 무선 보안 소프트웨어 기술 개발에 투자하려는 목적으로 원고가 이메일펀드의 주식 400만 주를 미화 200만 달러에 4차례에 걸쳐 매수하기로 하는 주식매수계약(Stock Purchase Agreement, 이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였는데, 이 사건 계약서(갑 제1호증)에는 원고와 이메일펀드가 계약당사자로 기재되어 있으며, 다음과 같은 내용이 포함되어 있다.

13.1 준거법(Governing Law)

본 계약상의 모든 의무의 해석, 유효성, 이행과 본 계약과 관련하여 발생하는 모든 클레임을 포함한 모든 측면은, 미국 캘리포니아주법에 따라 적용되고 해석된다(This Agreement shall be governed by and construed and interpreted in all respects in accordance with the laws of the State of California of the United States, including all matters of construction, validity and performance of all contractual obligations of this Agreement as well as all claims arising in relation to or out of this Agreement).

13.2 중재(Arbitration)

본 계약으로부터 또는 본 계약에 관련되어 당사자 간의 분쟁이나 상대방에 대한 클레임이 발생할 경우 협상을 통해 최대한 우호적으로 해결한다.

만약 그렇게 못할 경우, 미국 중재위원회의 현행 규칙에 의거하여 중재(분쟁을 해결하기 위한 배타적인 방법으로서)를 통하여 최종적으로 결정된다[In the event that any dispute between the parties hereto or claim by a party against another party arises out of or in relation to this Agreement, it will be settled amicably as far as possible through negotiation. If this fails, any dispute between the parties hereto or claim by a party against another party arising out of or in relation to this Agreement will be finally determined by arbitration(as the exclusive means for resolving the dispute) in accordance with the rules then in force of the American Arbitration Association].

다.

원고의 피고 및 이메일 펀드를 상대로 한 소 제기

- 1) 원고는 이 사건 계약과 관련하여 분쟁이 발생하자 2002. 4. 24. 피고 및 이메일펀드를 상대로 미국 캘리포니아주 오렌지카운티 법원에 소를 제기하였다(사건명 DONG JIN SEMICHEM INC VS EMAILFUND INC, 사건번호 02CC03682).
- 2) 위 사건에서 피고 및 이메일펀드를 대리한 ERVIN, COHEN & JESSUP, LLP의 소속변호사(이하 위 소송 및 아래에서 보는 이 사건 중재, 국내 소송에서 피고와 이메일펀드를 대리한 변호사를 구분하지 아니하고 모두 '피고 등의 대리인'이라 통칭한다)는 2002. 5. 22. 위 사건의 원고 소송대리인인 Lee & Kim의 소속변호사(이하 위 소송 및 아래에서 보는 이 사건 중재, 국내 소송에서 원고를 대리한 변호사를 구분하지 아니하고 모두 '원고의 대리인'이라 통칭한다)에게 위 소송은 이 사건 계약서상의 중재조항에 반한다는 취지의 주장이 포함된 서면(갑 제6호증)을 보냈다.
- 3) 피고 등의 대리인은 다시 2002. 5. 23. 원고의 대리인에게 위 사건에서 피고에 대한 소를 취하하고(또는 피고는 제외하고) 원고와 이메일펀드간의 분쟁만으로 처리하자(I suggested that you dismiss Dr. Kim as a defendant in this matter, so that we just keep the dispute between corporate entities)고 한 제안에 대하여 답변을 하여 달라는 취지의 서면을 보냈다.
- 4) 원고의 대리인은 2002. 6. 18. 피고 등의 대리인에게 "상기 건의 중재에 대하여, 우리는 주식매수계약서 제13.2조에 따라서 이메일펀드 및 피고에 대한 소송을 미국중재위원회 규칙에 의거한 중재에 의하여 처리하는 것에 동의합니다(As to the arbitration of the above-referenced matter, we agree to arbitrate the pending lawsuit against Emailfund and Mr. Sangmun Kim in accordance with the AAA rules pursuant to section 13.2 of the Stock Purchase Agreement)."라고 기재된 서면(갑 제7호증)을 보냈다.
- 5) 한편 원고의 대리인은 2002. 6.경 피고를 포함하여 위 사건의 당사자 전원에 관한 소송을 유예하고 중재에 의하여 처리한다는 중재부탁합의서를 작성하여 피고 등의 대리인에게 송부하였으나 그 동의를 얻지 못하였고, 2002. 7. 18.경 피고 등의 대리인과 사이에 위 사건의 당사자 중 이메일펀드에 대한 사건만을 중재에 의하여 처리하기로 합의하였다.
- 그에 따라 원고와 이메일펀드에 관한 사건이 중재에 회부되었다는 위 미국 법원의 조서가 작성되었다.
- 6) 위 합의의 결과 피고에 대한 위 사건은 위 법원에 계속 남아있게 되었는데, 당시 한국에 거주하던 피고에 대하여 원고가 헤이그송달협약상의 송달방법으로 송달을 실시하였으나 송달이 계속하여 이루어지지 않아 공시송달신청을 하였다.

그러나 위 법원은 2003. 8. 21.경 공시송달신청을 기각하고 피고에 대한 위 소를 각하하였다.

라. 원고의 이 사건 중재 신청

- 1) 원고는 2002. 7. 23. 이메일펀드를 상대로 미국중재협회(American Arbitration Association, 약칭 AAA)에 중재를 제기하였는데, 원고가 2003. 2. 6. 제출한 청구서 표지에는 피고가 피신청인으로 명시적으로 표시되어 있지는 않고, 다만 신청취지 중 피고에 대한 청구가 기재되어 있었다.
 - 2) 미국중재협회는 원고와 이메일펀드에게 중재인을 추천하라는 안내문서를 보냈고, 이러한 절차를 거친 후 중재인 그레고리 에이 포스트(Gregory A. Post, 이하 '이 사건 중재인'이라 한다)에게 위 사건을 배당하였다(사건명 Dongjin Semichem Co., Ltd./ Emailfund, Inc. and Sangmun Kim, 사건번호 50 T 168 00134 03, 이하 '이 사건 중재'라 한다).
 - 3) 이 사건 중재인은 전화를 통하여 예비심리(preliminary hearing) 절차를 진행하였고 피고도 이에 참가하였는데, 당시 원고의 대리인은 이 사건 중재인과 피고 등의 대리인에게 피고와는 중재합의가 없으므로 피고는 중재의 당사자가 아니라는 취지의 주장을 하였다.
- 이에 대하여 피고 등의 대리인도 2003. 8. 15. 원고가 피고를 이 사건 중재의 당사자로 삼지 않았다는 취지의 서면을 보내기도 하였다.

마. 원고의 피고에 대한 서울서부지방법원에서의 소 제기

- 1) 원고는 피고가 이 사건 중재의 당사자가 아님을 전제로 하여 2004. 1. 30. 피고를 상대로 서울서부지방법원 2004가합575호로 손해배상청구소송(이하 '국내 소송'이라 한다)을 제기하였다.
- 2) 피고는 국내 소송에서 원고가 피고를 상대로 동일한 사안에 대해 중재신청을 하였으므로 중복제소에 해당한다는 취지의 2004. 3. 27.자 답변서, 2004. 10. 11.자 준비서면, 2004. 11. 8.자 준비서면을 제출하였고, 원고는 이와 반대로 이메일펀드만이 이 사건 중재의 당사자일 뿐, 피고는 이 사건 중재의 당사자가 아니므로 피고에 대한 국내 소송은 중복제소가 아니라는 취지의 주장을 하였다.

바. 이 사건 중재에서의 원·피고의 주장과 중재인의 중재당사자 결정

- 1) 원고가 위 손해배상청구소송을 제기할 즈음, 이 사건 중재절차에서 원고는 피고가 이 사건 중재의 당사자가 아니라고 주장하고, 피고는 자신이 이 사건 중재의 당사자라고 주장하고 있었다.
- 2) 미국중재협회는 피고의 요청에 따라 2004. 11. 5. 피고에게, 피고가 이 사건 중재의 당사자라는 서신을 보냈으나, 다시 원고가 이 사건 중재사건의 당사자는 원고와 이메일펀드만이라는 사실에 대한 확인을 요청하자, 2004. 11. 11. 원고 및 피고에게 피고가 이 사건 중재의 당사자라는 위 문서를 무효로 선언한다는 문서를 보내기도 하였다.
- 3) 이 사건 중재인은 2004. 11. 10. 작성한 문서에서, 2004. 11. 9. 개최된 전화 심리에서 원고의 대리인과 이메일펀드를 대리한 피고가 출석하였다고 기재하고, 원고의 중재신청서 기재에 의하면 피고가 이 사건 중재의 당사자인지 불분명하다는 입장을 표시하였다.

4) 원고의 대리인은 2004. 11. 16. 이 사건 중재인에게, 피고는 중재합의의 당사자가 아니므로 이 사건 중재절차의 당사자가 될 수 없고, 피고도 이 사건 중재절차에 이메일편드의 대표자의 자격으로만 출석하였으며, 만약 원고가 제출한 이 사건 중재 청구서의 표현이 모호하다면 중재당사자를 명확히 하기 위하여 이를 수정할 의사가 있다는 취지의 문서를 보냈다.

5) 한편 피고도 2004. 11. 15. 이 사건 중재인에게 피고 자신이 이 사건 중재의 당사자라는 취지의 서면(갑 제9호증)을 보내면서, 위 갑 제7호증과 함께 아래와 같이 기재된 피고 본인이 작성한 서면(갑 제8호증, 갑 제51호증의 16-4와 같다)을 첨부하여 제출하였다.

수신 : 원고의 대리인

본인 개인은 중재에 관한 귀사의 제안 및 동의를 수용하며, 본인과 원고 사이에 발생하였거나 발생할 모든 분쟁(계약상의 것이거나 그렇지 않거나 불문)을 미국중재위원회 규칙에 따라 중재로 처리하는 것에 관하여 본인이 중재절차에 복속할 것에 동의합니다

주식매수계약서의 중재조항에 따라 중재를 하는 것이 아니라 이 동의와 원고의 2002년 6월 18일자 동의를 교환하는 것에 의하여, 중재가 개시될 것으로 이해합니다.

6) 그러나 갑 제8호증은 갑 제9호증에 증거서류로 첨부되어 2004. 11. 15.경 이 사건 중재인에게 송부되었고, 중재인이 이를 원고에게 다시 송달하여 주어 원고가 이를 수령하였을 뿐이고, 2002. 6. 20.경 원고에게 송달된 바 없는 문서이다.

7) 피고는 다시 2004. 11. 24. 이 사건 중재인에게 피고를 중재당사자에서 제외하여야 한다는 원고의 주장이 부당하다고 주장하는 서면을 보냈다.

8) 이 사건 중재인은 2004. 12. 6. 아래와 같은 이유로 피고도 이 사건의 중재 당사자라는 결정(이하 '이 사건 중재 당사자 확인결정'이라 한다)을 하였다.

원고는 피고가 중재의 당사자가 아니라고 주장하나, 원고의 2002. 6. 18.자 갑 제7호증과 이에 대한 피고의 2002. 6. 20.자 갑 제8호증에 따라 원고와 피고는 중재의 서면약정을 하였고, 원고는 위 서면약정이 수정되거나 취소되었다는 어떤 증거도 제출하지 못하였다.

중재신청서와 청구취지의 첫 페이지에 피고가 피신청인으로 특정되어 있지 아니하나 청구취지는 명백히 피고를 피신청인으로 기재하고 있다.

사. 원고의 국내 소송 소 취하

원고는 2004. 12. 7. 국내 소송에 관하여 소취하서를 제출하였고, 피고는 2004. 12. 8. 소취하동의서를 제출하여 국내 소송은 종료되었다.

아. 이 사건 중재 당사자 확인결정 이후 이 사건 중재판정에 이르기까지의 과정과 이 사건 중재판정

- 1) 이 사건 중재인은 이 사건 중재 당사자 확인결정 이후 계속하여 원고와 이메일펀드, 피고 등이 참여한 가운데 전화로 심리를 진행하고 2005. 8. 23. 이 사건 계약의 적법한 이행이 있었는지 여부를 판단하기 위하여 이메일펀드로 하여금 무선전자상거래의 암호화기술을 다시 시연하도록 하는 등 절차를 진행하였다.

한편 이메일펀드의 대리인은 2005. 9. 12.과 2006. 2. 27. 피고는 이 사건 중재의 정당한 당사자가 아니라는 주장을 담은 서면을 제출하기도 하였다.

이 사건 중재는 2006. 12. 6. 본안의 심리를 개시하게 되었으나 원고 대리인의 사정으로 아무런 심리를 하지 못한 채 다시 연기되었는데, 이 무렵 피고는 자신이 이 사건 중재의 당사자가 아니라는 주장을 하였다.

- 2) 2007. 3. 26.부터 같은 달 29.까지 이 사건 중재의 본안 심리가 개최되었는데, 피고는 위 심리에 참석하면서 자신은 이메일펀드의 전대표자의 자격으로 위 심리에 참석하였을 뿐 피고 본인을 위하여 참석한 것은 아니라고 주장하였다.

- 3) 이 사건 중재인은 2007. 7. 9. 원고의 중재신청에 관하여 아래와 같은 이유로 별지 중재판정 기재와 같이 피고는 950,465.88달러(= 800,000달러+5,769.42달러+15,000달러+129,696.46달러), 이메일펀드는 피고와 연대하여 위 돈 중 944,696.46달러(=800,000달러+15,000달러+129,696.46달러)를 지급하라는 내용의 중재판정(이하 '이 사건 중재판정'이라 한다)을 하였다.

-이 사건 중재판정 이유 요지-

피고는 이 사건 중재 당사자 확인결정 이후로 중재 심리 전과정에 참여하면서 이 사건 중재의 당사자로 간주되는 점에 대하여 이의를 제기하였으나 이 사건 중재 당사자 확인결정에 기하여 피고가 이 사건 중재의 당사자이므로 이 사건 중재에서 자신을 대변할 수 있음을 알려 주었다.

이메일펀드는 이 사건 계약을 이행하기 위하여 신의성실의 원칙에 입각한 노력을 하지 아니한 책임이 있고, 이러한 불이행은 계약의 본질에 이를 만큼 충분히 본질적이므로 이메일펀드는 동진에게 미화 80만 달러를 반환하여야 한다. 피고는 이메일펀드의 설립자로서 이메일펀드의 설립일부터 2001. 7.까지 대표이사 등 관리자였고, 최소한 2004. 1.까지 이사였으며 2002년 이후에도 계속 이메일펀드의 자금을 관리하였다.

여기에 이메일펀드가 정규절차에 따른 장부와 기록을 유지하지 못하고 있고, 피고가 자금전용에 대한 서면허가 없이 이메일펀드의 자금 중 미화 742,000달러가 넘는 금액을 자신이 설립한 회사 등에 전용한 점, 임금지급대장의 결여 등 여러 사정에 비추어 보면, 이메일펀드는 피고의 Alter Ego라고 판단되므로 피고는 이메일펀드에 인정된 미화 80만 달러의 손해배상금에 대하여 이메일펀드와 연대하여 책임을 져야 한다.

- 4) 원고는 미국 캘리포니아주 법원에 피고에 대한 이 사건 중재판정의 확인을 구하는 청구를 하였고, 위 법원은 2011. 5. 31. 피고에 대한 이 사건 중재판정을 확인하고 인가하는 판결을 선고하였으며, 피고가 항소하지 아니하여 위 판결은 그대로 확정되었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 13, 17, 34 내지 44, 48 내지 51, 58 내지 61, 65, 66, 67호증, 을 제1, 2, 4, 6, 21, 23, 31, 33, 34, 37, 38, 39, 60 내지 64, 76, 77, 92, 93, 135, 136, 148, 182호증(갑호증 및 을호증 가지번호 있는 경우 각 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고의 주장

원고와 피고 사이에 ① 피고 등의 대리인이 원고의 대리인에게 보낸 갑 제6호증 및 원고의 대리인이 피고 등의 대리인에게 보낸 갑 제7호증에 의하여, ② 또는 위 갑 제7호증에 대하여 피고가 직접 승낙의 의사를 표시한 갑 제8호증이 이 사건 중재인을 통하여 원고에게 송달됨에 따라, ③ 위 갑 제7호증에 대하여 피고가 갑 제8호증을 첨부하여 이 사건 중재인에게 갑 제9호증을 보내고 이 서면이 원고에게 송달됨에 따라, ④ 이 사건 중재인의 이 사건 중재 당사자 확인결정에 따라, ⑤ 갑 제9호증 및 그에 첨부된 갑 제8호증이 이 사건 중재인을 통하여 원고에게 송달되고 이 사건 중재인이 이 사건 중재 당사자 확인결정을 하였으며, 이에 따라 원고가 국내 소송을 취하하고 피고가 소 취하에 동의한 데 따라 서면에 의한 중재합의가 성립하였으므로, 이 사건 중재판정에 기한 강제집행이 허가되어야 하고, 미국 캘리포니아주법에 따라 원금에 대하여 다 갚을 때까지 연 10%의 이자가 가산되어야 한다.

설사 원고와 피고 사이에 뉴욕협약에서 정한 서면에 의한 중재합의가 인정되지 않는다고 하더라도 피고가 이 사건 중재절차에서 처음에는 자신이 중재의 당사자라고 주장하다가 원고가 국내 소송을 취하하고 이 사건 중재에서 자신에게 불리한 증거가 계속 드러나 자신에게 불리한 결론이 날 가능성이 높아지자 돌연 입장을 번복하여 자신이 이 사건 중재합의의 당사자가 아니라고 주장하였는바, 이는 신의칙이나 금반언의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.

3. 판단

가. 뉴욕협약의 적용 및 준거법

1) 뉴욕협약의 적용 여부

대한민국은 1973. 2. 8. 대한민국법상 상사관계의 분쟁인 경우에만 타 체약국의 영토 내에서 내려진 중재판정의 승인과 집행에 한해서 이 협약을 적용한다는 유보선언 하에 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 '뉴욕협약'이라 한다)에 가입·비준하였고, 위 협약은 1973. 5. 9. 조약 제471호로 발효되었으며, 중재법 제39조 제1항은 '뉴욕협약을 적용 받는 외국 중재판정의 승인 또는 집행은 같은 협약에 따라 한다.

'라고 규정하고 있고, 이 사건 중재판정이 내려진 미국도 뉴욕협약에 가입하였다.

한편, 앞서 본 뉴욕협약에 대한 대한민국 정부의 유보선언에 따라 대한민국법상 상사관계의 분쟁인 경우에만 뉴욕협약이 적용되므로, 이 사건 분쟁이 대한민국법상 상사관계의 분쟁인지에 관하여 본다.

상법 제5조 제2항에 의해 회사는 상인으로 간주되고, 상법 제47조에 의해 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되어 이는 상행위로 보며, 상법 제3조에 따라 당사자 중 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 상법을 적용하도록 하고 있는 점이나 회사인 원고가 영업을 위하여 한 것으로 추정되는 이 사건 계약을 체결한 점, 이 사건 중재판정이 피고가 이 사건 계약의 당사자인 이메일펀드의 배후자로서 이메일펀드와 별개의 법인격을 내세우지 못한다는 것에 기초하는 점에 비추어 보면, 이 사건 중재판정은 상사의 법률관계에 관한 분쟁이라고 보아야 할 것이다

따라서 이 사건 중재판정은 상사의 분쟁에 관하여 뉴욕협약의 체약국인 미국에서 이루어진 외국중재판정이므로, 이 사건 중재판정의 승인 및 집행에 관하여는 뉴욕협약이 적용된다.

2) 뉴욕협약의 규정 및 법리

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 있고, 뉴욕협약 제4조 제1항은 중재합의가 제2조에 정한 '서면에 의한 중재합의'일 것을 요구하고 있으므로 서면 방식이 아닌 묵시적인 중재합의는 뉴욕협약 제2조가 정한 유효한 중재합의라고 볼 수 없고(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결 참조), 위 제4조 제1항의 규정은 뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 집행을 위한 적극적 요건으로서 위 중재판정의 승인 및 집행을 신청하는 당사자가 그 입증책임을 부담한다(대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결 참조).

3) 중재합의 성립의 준거법과 그 내용

뉴욕협약 제5조 제1항 가목은 외국중재판정의 승인거부사유의 하나로서 '중재합의가 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의하여 무효인 경우'를 들고 있으므로, 중재합의의 성립과 실질적 유효성의 준거법은 당사자들이 중재합의의 준거법으로 지정한 법이 되고, 지정이 없는 경우 중재판정지국법이 된다.

이 사건 중재조항이 포함된 이 사건 계약의 준거법이 미국 캘리포니아주법으로 정하여져 있는 사실은 앞서 본 바와 같다.

비록 이 사건 중재조항 자체에는 준거법의 지정이 없다고 하더라도 이 사건 계약의 당사자들의 의사는 이 사건 계약의 준거법을 이 사건 중재조항의 준거법으로 지정한 것이라고 봄이 상당하므로, 이 사건 중재합의의 준거법은 미국 캘리포니아주법이다.

미국 캘리포니아주 법원은 중재합의의 유효한 성립 여부를 판단함에 있어 계약법의 법리에 따르고 있는데, 캘리포니아주 민법 제1587조는 청약은 청약자가 그 청약을 철회하였음을 상대방에게 통지함으로써 실효되거나 청약에 특정된 승낙기간의 경과 혹은 승낙기간이 특정되지 않았을 경우 승낙의 통지 없이 합리적인 기간이 경과함으로써 실효된다고 규정하고 있고(을 제155호증 참조), 캘리포니아주 법원은 청약과 모순된 청약자의 행위를 나타내는 신빙성 있는 정보를 상대방이 득하였을 경우도 청약이 실효된다고 본다.

나. 중재합의의 성립 여부에 관한 판단

가) 갑 제6호증과 갑 제7호증의 교환에 의한 중재합의 성립 여부

앞서 기초사실에서 본 바와 같이, 중재조항이 포함되어 있는 이 사건 계약의 당사자는 원고 및 이메일펀드이고 피고가 이 사건 계약상의 당사자가 아님은 명백하므로, 피고 등의 대리인이 원고의 대리인에게 보낸 미국 법원에서의 소송이 이 사건 계약의 중재조항에 반한다는 취지의 갑 제6호증의 기재만으로 원고와 피고 사이의 분쟁을 중재에 의하여 처리하자는 청약을 한 것으로 보기는 쉽지 아니하고, 설사 갑 제6호증의 송부를 중재합의의 청약이라고 본다고 하더라도 앞의 기초사실에서 본 바와 같이 피고 등의 대리인의 2002. 5. 23.자 서면에 의하면, 피고 등의 대리인은 갑 제6호증을 송부한 직후 원고의 대리인에게 피고에 대한 소를 취하하고(또는 피고는 제외하고) 원고와 이메일펀드 사이에 위 분쟁을 해결하자는 취지의 제안을 하였음을 알 수 있는바, 이는 청약과 모순된 청약자의 행위를 나타내는 신빙성 있는 정보를 상대방이 득한 경우에 해당하여 캘리포니아주 법령상 갑 제6호증의 청약은 실효되었다고 봄이 상당하다.

따라서 갑 제6호증과 갑 제7호증의 교환으로 중재합의가 성립되었다는 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 갑 제7호증과 갑 제8호증의 교환에 의한 또는 갑 제7호증과 갑 제8호증이 첨부된 갑 제9호증의 교환에 의한 중재합의의 성립 여부

원고의 대리인이 2002. 6. 18. 피고 등의 대리인에게 갑 제7호증을 송부하여 위 미국 법원에서의 소송을 이 사건 계약에 따라 중재에 의하여 처리하자고 제안한 사실과 피고가 작성일자가 2002. 6. 20.로 기재되어 있고 원고와 피고 사이의 분쟁을 이 사건 계약에 의한 것이 아니라 이 동의에 의하여 중재로 처리함에 동의한다는 취지의 갑 제8호증(작성일자가 기재된 문서는 갑 제51호증의 16-4이다)을 이 사건 중재인에게 제출하고 중재인이 다시 이를 원고의 대리인에게 송부함으로써 위 각 서면이 교환된 사실은 앞서 본 바이고, 위 인정사실에 의하면 갑 제7호증은 유효한 중재합의의 청약이라 볼 수 있다.

그러나 한편 앞서 본 사실에 의하면 갑 제8호증(또는 갑 제51호증의 16-4)은 그 기재된 작성일자 무렵이 아니라 2004. 11. 15.경 이 사건 중재인에게 제출되었는데, 설사 갑 제8호증을 갑 제7호증에 대한 승낙이라고 보더라도, 원고는 위 각 서면이 교환되는 사이에 이 사건 중재절차에서 피고가 중재의 당사자가 아니라고 주장하고 국내 소송도 제기하는 등으로 갑 제7호증에 기재된 청약과 모순된 행위를 하였고 피고도 이를 잘 알고 있었을 뿐만 아니라 갑 제8호증은 갑 제7호증이 송부된 때로부터 2년 5개월 가량 경과된 후에 원고에게 송부된 것이어서 캘리포니아주 민법상 청약이 효력을 가지는 합리적인 기간이 이미 도과되었다고 봄이 상당하므로 이를 유효한 승낙이라고 볼 수는 없다.

다음으로 갑 제9호증을 원고에 대한 의사표시로 볼 수 있다고 하더라도 위와 같은 이유로 갑 제9호증 역시 갑 제7호증의 청약에 대한 유효한 승낙으로 볼 수 없다.

이 부분 원고의 주장은 이유 없다.

다.

이 사건 중재 당사자 확인결정에 의한 중재합의의 성립 여부

캘리포니아주 민사소송법 제1297.161조는 중재재판부는 중재약정의 존재 혹은 유효성에 관하여, 이에 대한 이의를 포함하여, 판단할 수 있는 권한이 있다고 규정하고 있고, 위 법 제1297.166조는 중재재판부가 관할이 있다는 선결문제에 대하여 결정을 한 경우 당사자는 그 결정에 관한 고지를 받은 날로부터 30일 이내에 이의를 제기할 수 있고 그렇지 않은 경우 이의권을 포기하는 것으로 간주하도록 규정하고 있다(갑 제63호증 참조). 그런데 앞서 채택한 증거에

의하면 피고는 이 사건 중재 당사자 확인결정에 대하여 30일 이내에 이의를 제기하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 이 사건 중재합의의 성립 및 유효성에 대한 준거법이 캘리포니아주법이라고 하더라도 이는 중재합의 성립에 관하여 뉴욕협약이 명시하지 아니한 부분에 관한 판단을 위한 준거법이라는 의미에 불과하고, 앞서 본 바와 같이 뉴욕협약은 명시적으로 '당사자 사이의 서면에 의한 중재합의'를 외국 중재판정의 집행을 위하여 요구하고 있는바 중재인의 중재 당사자에 대한 결정은 이에 해당하지 아니함이 명백하고, 피고가 캘리포니아법에서 정한 중재 관할권에 대한 이의를 제기하지 않았다고 하여 이 사건 소송에서 원고와 피고 사이의 중재합의가 부존재한다는 주장을 할 수 없다고 볼 수도 없으므로, 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

라. 갑 제8, 9호증의 송달 및 이 사건 중재 당사자 확인결정에 따른 원고의 국내 소송 취하 및 피고의 소 취하 동의에 따른 중재합의의 성립 여부

원고가 이 사건 중재 당사자 확인결정이 내려질 무렵 국내 소송을 취하하였고, 이어 피고가 소 취하에 동의한 사실은 앞서 본 바와 같다.

그러나 한편 갑 제58, 59호증의 각 기재에 의하면, 원고가 2004. 12. 7. 서울서부지방법원에 제출한 소 취하서와 피고가 제출한 소 취하 동의서에는 중재합의에 관한 아무런 기재가 없는 사실을 인정할 수 있고, 달리 원고가 갑 제8호증 또는 갑 제9호증에 대한 중재승낙의 의사를 표시하거나 또는 피고와의 분쟁을 중재에 의하여 해결하자고 청약하는 취지를 표시한 서면을 피고에게 교부하였다는 점을 인정할 증거가 없으므로 국내 소송에서 피고가 중재합의의 존재를 주장하고 원고가 결국 이를 수용하여 소 취하서를 제출하자 피고도 소 취하 동의서를 제출하였다는 사정만으로 이를 서면에 의한 중재합의에 해당한다고 볼 수는 없다.

다만 위와 같은 여러 사정으로 인하여 원고와 피고 사이에 서면 방식이 아닌 묵시적인 중재합의가 이루어졌다고 볼 여지가 있다고 하더라도 이를 뉴욕협약 제2조가 말하는 유효한 중재합의라고 할 수 없으므로, 결국 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

다.

신의칙 또는 금반언의 법리에 관한 주장에 관한 판단

- 1) 피고가 당초 피고 등의 대리인을 통하여 원고가 미국에서 제기한 소송이 중재합의에 반한다는 입장을 표명하면서도 소장의 송달을 받지 아니하여 결국 위 소가 각하된 사실, 피고는 이 사건 중재가 제기된 후 국내 소송의 제기 전까지는 피고가 피고 등의 대리인을 통하여 이 사건 중재의 당사자가 아니라는 원고의 주장을 수긍하는 듯한 서면을 제출하기도 하고 또는 자신이 이 사건 중재의 당사자라고 주장을 하고 이 사건 중재에 참여하기도 하다가 국내 소송의 제기 이후에는 이 사건 중재에서나 국내 소송에서 자신도 중재합의의 당사자이므로 이 사건 중재의 피신청인에 해당하고 원고의 국내 소송은 중복제소라고 강하게 주장하기 시작하였고, 이러한 주장을 뒷받침하기 위하여 원고에게 보내지 않은 갑 제8호증을 마치 2002. 6. 20. 원고에게 송달한 것과 같은 외양을 갖추어 2004. 11. 14.경 중재인에게 보낸 사실, 피고는 이 사건 중재 당사자 확인결정이 있을 무렵인 2006. 12. 7. 원고가 피고의 주장을 받아들

여 국내 소송을 취하하자 바로 다음날인 2006. 12. 8. 소 취하에 동의하고는 돌연 입장을 번복하여 자신이 이 사건 중재의 당사자가 아니라고 주장하고 이 사건 소송에 이르러서도 이를 들어 이 사건 중재판정의 집행이 허가되어서는 아니된다는 주장을 하고 있는 사실, 피고는 이 사건 중재절차의 전화 심리에서부터 본안에 관한 심리에 이르기까지 피고 등의 대리인을 통하여 또는 본인이 직접 참석하여 온 사실은 앞서 본 바이다.

그리고, 갑 제14, 17, 19, 64, 72호증, 을 제31, 54, 55, 92, 181호증의 각 기재(다만 갑 제72호증의 기재 중 뒤에서 믿지 아니하는 부분 제외)에 변론 전체의 취지를 더하면, 다음 사실을 인정할 수 있고, 이에 반하는 갑 제72호증의 일부 기재는 믿지 아니한다.

가) 피고는 2004. 12. 1.경부터 2005. 2. 8.경까지 국내에 거주하고 있었다.

나) 피고는 작성일자가 2004. 12. 6.로 기재되어 있고, "중재당사자에 관한 원고의 최후 서면내용들을 확인한 후에 피고는 다음과 같이 이해하고 있습니다.

피고는 미국중재협회에 어떠한 응답적 답변을 제출한 바가 없습니다.

진행 중인 중재의 당사자는 원고와 이메일펀드뿐입니다.

당해 중재에 피고가 출석한 것은 개인자격으로서가 아닌 이메일펀드의 대표 자격으로서 출석한 것입니다(After verifying Dongjin Semichem's last briefs re parties to arbitration, Sangmun Kim understand following: Sangmun Kim has never filed any responsive pleading with the AAA. The parties subject to the ongoing arbitration are Dongjin and Emailfund only. Sangmun Kim's only appearance in the instant Arbitration has been in his capacity as of Emailfund, not as an individual)."라는 내용이 기재된 서면(갑 제19호증)을 이 사건 중재인에게 한국에서 팩스로 보냈는데, 갑 19호증에 함께 첨부되어 있는 팩스 전송기록에는 2004. 12. 6. 08:39분 이 사건 중재인의 팩스번호로 문서가 전송된 것으로 기재되어 있다.

다) 이 사건 중재인은 2010. 5. 4. 원고와 피고에게 '자신이 갑 제19호증을 수령하였는지 서류함을 찾아본 결과 피고가 발송한 2004. 12. 6.자 위 문서가 발견되었으므로 자신이 갑 제19호증을 수령한 것은 명백하다.

'는 취지의 메일을 보냈다.

라) 한편 이 사건 중재인은 2008. 12. 8.(미국 캘리포니아 시간) 이 사건 중재 당사자 확인결정을 팩스로 미국중재협회로 보냈고, 미국중재협회의 담당자는 2008. 12. 8. 16:07(미국 뉴욕 시간, 한국 시간으로는 2008. 12. 9. 06:07경이다)경 이를 다시 원고와 피고 등에게 이메일로 송부하였다.

마) 피고는 이 사건 중재절차에서 대리인을 사임시키고 재선임을 늦추며 다시 사임시키고 본인이 직접 참여하는 등으로 이 사건 중재의 진행을 방해하고 이 사건 중재 당사자 확인결정 이후에는 중재비용을 예납하지 않거나 미국 법원에 자신에 대한 파산신청을 수차례하고 그 기각결정에 대하여 불복하며 미국중재협회에 이 사건 중재인의 공정성에 의문을 제기하고 자격을 박탈하여 달라고 신청하는 등으로 이 사건 중재절차의 진행을 방해하였다.

2) 이 부분 원고의 주장을 판단함에 있어 피고가 갑 제19호증을 이 사건 중재인에게 보낸 시점, 특히 원고의 소 취하 또는 이 사건 중재 당사자 확인결정 이전인지 또는 그 이후인지가 상당히 중요하므로 먼저 이에 관하여 본다.

앞서 본 바와 같이 갑 제19호증에 첨부되어 있는 전송기록에는 갑 제19호증의 전송시각이 2004. 12. 6. 08:39분이라고 기재되어 있으나, 팩시밀리 기계의 시간 설정에 따라 실제 전송시간이 아니라 실제와 달리 설정된 시간이 전송기록으로 남을 수 있는 점이나 앞서 본 피고의 신뢰할 수 없는 행동에 비추어 갑 제19호증이 피고의 주장과 같이 이 사건 중재 당사자 확인결정 이전에 이 사건 중재인에게 전송되었다고 믿기 어렵고, 이 사건 중재인이 2004. 12. 6.자 문서(갑 제19호증)를 수령한 것은 확실하다고 하고 있으나 만일 피고의 주장과 같이 그 일시에 갑 제19호증을 전송하였다면 이 사건 중재인은 미국 캘리포니아주 시간으로 2004. 12. 5. 오후에 갑 제19호증을 수령하였을 것임에도 이 사건 중재인은 단지 2004. 12. 6.자 문서라고 기재하고 명시적으로 갑 제19호증을 수령한 일시를 밝히지 않은 점에 비추어 이 사건 중재인의 수령 확인에도 불구하고 갑 제19호증의 전송일시를 특정하기는 어렵고, 한편 피고는 별다른 계기가 없었다고 보임에도 갑자기 중전의 입장을 번복하고 자신이 이 사건 중재의 당사자가 아니라고 주장한 이유에 관하여, '갑 제19호증의 전송일시인 2004. 12. 6.경 자신이 2002. 6. 20. 원고에게 갑 제8호증을 송부한 것이 아니라는 것을 알게 되어 원고와 피고 사이에 중재합의가 존재하지 아니한다고 판단하게 되어 이 사건 중재인에게 자신의 입장을 알린 것'이라고 주장하고 있으나 원고와 피고가 이 사건 중재절차 및 국내 소송에서 중재합의의 당사자에 관하여 치열하게 다투고 있었으므로 관련 증거에 대하여 여러 차례 세밀한 검토가 있었을 것으로 보이는 점이나 피고의 주장과 같이 이 사건 중재 당사자 확인결정 이전에 서둘러 이 사건 중재인에게 자신의 입장 변화를 알린 것이라면 그러한 사실을 원고에게도 고지함이 상당한데, 원고에게는 아무런 고지를 하지 아니하여 국내 소송을 취하하게 하고 바로 다음날 소 취하에 동의하여 국내 소송이 종료되게 한 점 등에 비추어 위 변소를 그대로 받아들이기 어렵다.

결국 이 사건에 나타난 모든 증거를 살펴보아도 갑 제19호증의 전송일시를 특정하기는 어려우나, 국내 소송에서 자신이 이 사건 중재의 당사자라고 치열하게 다투던 피고가 갑자기 입장을 번복한 점에 비추어 이는 원고의 소 취하에 대하여 2004. 12. 8. 동의서를 제출한 다음 이 사건 중재 당사자 확인결정의 결과를 이메일로 송부받기 전이어서 그 결과를 알지 못하던 2004. 12. 9. 06:07경 이전에 이 사건 중재 당사자 확인결정에 영향을 미치기 위하여 전송한 것이 아닌가 하는 강한 의심이 든다.

3) 위에서 본 여러 가지 사정, 즉 피고는 대학교수로서 국내에 확실한 주거지나 직장 등이 있으면서도 원고가 미국에서 제기한 소송의 소장 수령을 회피하면서 그 소송의 진행을 방해하고, 이 사건 중재절차에서도 중재인에 대한 자격박탈 신청을 하는 등 여러 가지 방법으로 진행을 방해하였으며, 나아가 원고의 국내 소송 제기 이후에는 자신이 중재당사자라고 강력하게 주장하면서 원고가 국내 소송을 취하하도록 만들고 소 취하에 바로 동의하였음에도 이 사건 중재절차에서는 다시 입장을 번복하여 자신이 중재당사자가 아니라고 주장하여 이 사건 중재의 효력을 부인하고 있으며, 피고가 그와 같이 입장을 번복한 시점에 대하여도 앞서와 같은 의심의 여지가 많이 있는 점, 피고는 자신의 주장을 관철하기 위하여 갑 제8호증이 마치 원고에게 송부된 것처럼 이 사건 중재인에게 제출하였고 결국 이 사건 중재인은 피고의 당초 의도대로(비록 이후 입장이 바뀌었지만) 기망당하여 이 사건 중재 당사자 확인결정을 한 것으로 보이는 점, 피고는 이 사건 소송절차에서 불리해질 것으로 염려되자 자신이 작성하여 보낸 것이 명백한 문서(갑 제9호증)에 대하여도 기억이 나지 않는다고 주장하는 등 신뢰할 수 없는 행동을 하는 점, 이 사건 소송이 제기되자 그 소장 수령을 고의적으로 지연하였다고 볼 사정이 많은 점, 피고의 위와 같은 행위로 인하여 원고가 이 사건 중재에

의하고자 국내 소송을 취하하였음에도 5년간 진행된 이 사건 중재판정의 효력을 피고에게 주장하지 못하는 피해를 입게 된 점 등에 비추어 볼 때, 피고의 위와 같은 행위는 비록 재판을 받을 권리 등 자신의 권리를 행사한 것이라고 하여도 법의 일반원칙인 신의칙이나 금반언의 원칙에 반하는 것으로 보지 않을 수 없다.

그러나 뉴욕협약에서 서면에 의한 중재합의를 요구하는 이유가 법원이 아닌 사인에 의한 분쟁해결을 위한 합의는 그 존재를 명확하게 입증할 수 있어야 하고, 이에 따라 합의에 일정한 방식을 요구하여 그 신중성을 꾀하기 위함이라는 점을 고려할 때, 피고의 위와 같은 행위가 신의칙이나 금반언의 원칙에 반한다고 하더라도 그러한 사정으로 인하여 피고는 서면합의의 부존재를 주장할 권리를 상실하고 그에 따라 원고가 입증책임을 부담하는 서면에 의한 중재합의가 있는 것으로 의제된다고 보기는 어려우므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

라. 소결론

결국, 원고는 뉴욕협약에서 정하고 있는 '서면에 의한 중재합의'의 존재를 입증하지 못하였다고 할 것이므로, 원고의 피고에 대한 이 사건 중재판정의 집행청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없고, 이 사건 중재판정이 집행됨을 전제로 한 원고의 지연손해금 청구도 역시 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 피고에 대한 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 원고의 항소를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 윤성근(재판장) 문정일 구자현