

法學碩士 學位論文

國際商事仲裁의 仲裁判定에 관한 研究

A Study on The Arbitral Award
in International Commercial Arbitration

指導教授 黃 鉦 源

2005 年 8 月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

姜 錫 柱

<目 次>

제 1 장 序 論	1
제 1 절 研究의 目的	1
제 2 절 研究의 方法 및 範圍	5
I. 研究의 方法	5
II. 研究의 範圍	6
제 2 장 國際商事仲裁의 一般的 考察	8
제 1 절 國際去來紛爭과 紛爭解決手段	8
I. 紛爭解決手段의 選擇類型	9
II. 紛爭解決手段의 選擇	12
제 2 절 國際商事仲裁의 概念	13
I. 商事仲裁의 意義	13
II. 商事仲裁의 特質	15
제 3 절 國際商事仲裁의 基本的 構造	28

I. 商事仲裁의 要件	28
II. 商事仲裁의 利點과 問題點	31
제 4 절 國際商事仲裁의 效用과 機能	39
I. 商事仲裁의 效用	39
II. 商事仲裁의 機能	39
제 3 장 國際商事仲裁判定의 承認과 執行	42
제 1 절 仲裁判定의 一般論	42
I. 仲裁判定의 意義	42
II. 仲裁判定의 法的 性質	43
III. 仲裁判定의 種類	44
IV. 仲裁判定의 形式	46
V. 仲裁判定의 基準과 範圍	49
제 2 절 仲裁判定의 效力	51
I. 仲裁判定效力의 一般論(仲裁判定의 強制性)	51
II. 仲裁判定의 國內的 效力	52
III. 仲裁判定의 國際的 效力	53
제 3 절 仲裁判定의 承認과 執行에 관한 檢討	56
I. 仲裁判定의 承認과 執行 意義	56

II. 뉴욕협약상의 外國仲裁判定의 承認·執行	59
III. 仲裁法上の 承認과 執行	63
IV. 仲裁判定의 承認·執行에 있어서의 公序에 關한 問題	66
V. 仲裁判定 執行節次의 問題點 및 改善方案	68
제 4 장 仲裁判定取消의 訴	72
제 1 절 仲裁判定의 取消의 意義	72
I. 意義	72
II. 仲裁判定取消의 訴와 그 事由	72
제 2 절 仲裁判定 取消事由에 대한 檢討	74
I. 仲裁判定取消事由의 種類	74
제 3 절 仲裁判定 取消의 效果	80
제 4 절 國際商事仲裁判定에 關한 大法院 判例	81
I. 仲裁判定의 承認·執行에 關한 判例	81
II. 仲裁判定取消에 關한 判例	88
제 5 장 結 論	93
<參考文獻>	95
<Abstract>	98

제 1 장 序 論

제 1 절 研究의 目的

오늘날 과학화와 정보화에 따라서 산업구조도 고도화 및 전문화되어 國際去來에서도 상당한 변화를 초래하였다. 이에 따라 國際商事紛爭 사례들도 양적으로 증가하고 있으며 질적으로도 큰 변화를 보이고 있다. 전통적인 商去來에서 발생하는 商事紛爭 외에 전자상거래에서 발생하는 지적재산권이나 대금결제 등과 관련된 電子商去來紛爭¹⁾, 기업과 소비자간 물품의 매매나 금융 등과 관련하여 발생하는 消費者紛爭, 건설계약 당사자간 공사기간이나 공사대금 등 건설과 관련하여 발생하는 建設紛爭²⁾, 傭船契約 등의 해상거래계약에 있어서 발생하는 海事紛爭 등 國際去來에서 紛爭은 다양하고 복잡해졌다.

國際去來는 法制度가 상이한 수 개국의 당사자 사이에 이루어지므로 契約의 成立, 效力, 履行 등에 있어서 紛爭의 소지가 매우 높다. 실제로 이해관계가 날카롭게 대립되는 國際商事紛爭에 있어서는 慣習이나 法規의 상이함에 기인하여 그 해결이 곤란한 경우가 대부분이다. 國際的 법률관계분쟁을 해결하는 수단에는 여러 가지가 있다. 당사자간의 상호 양보에 의하여 紛爭을 해결하는 和解와 국가의 공권력에 의하여 시비를 재판하는 訴訟이 있으며, 그 和解와 訴訟의 중간에 調停과 仲裁가 있다. 이 중 仲裁는 당사자간의 合意에 의하여 私法上的 權利 기타 法律關係에 관한 紛爭을 法院의 訴訟節次에 의하지 않고, 私人인 제3자를 仲裁人으로 선정하여 그 紛爭의 해결을 仲裁人의 결정에 맡기는 동시에 최종적으로 그 결정에 복종함으로써 신속·간편하고 저렴한 비용으로 紛爭을 해결하는 자주적 분쟁

1) Bruce Leonard Beal, 『Online Mediation : Has Its Time Come ?』, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Volume15, Number3, 2000, p.735.

2) “건설공사에 관련된 분쟁은 법원의 판결, 중재법에 의한 중재, 법률의 규정에 의한 규정 등의 방법으로 해결될 수 있으나 많은 종류의 원자재와 여러 분야의 기술이 복합적으로 제공되는 건설공사의 특성상 건설분쟁의 해결은 중재법에 의한 중재가 가장 효율적이다”, 임채홍 변호사, ‘건설중재의 현황과 개선방안’ 정책세미나 및 학술발표대회, 『중재』 제312호, 2004년, 13쪽.

해결방법의 특색을 가지고 있다.

國際去來紛爭의 법적해결제도인 國際商事仲裁制度는 기업영역에서 의미가 크며, 특히 國際去來에 있어 필수 불가결의 제도로써 國際去來紛爭處理의 중요한 역할을 담당하고 있다.

일반적으로 法院判決이란 기업현실보다는 法理論에 기초하고 있으므로 많은 시간과 비용이 소요되며, 구체적 타당성의 관점에서 불합리한 경우가 많다. 이에 反하여 國際商事仲裁는 法理論과 아울러 기업거래현실을 충분히 고려함으로써 구체적인 진실에 접할 수 있으며, 審理를 非公開로 하여 기업비밀을 보장할 수 있고, 한편으로 타협에 의한 해결을 조장함으로써 기업의 우의관계를 계속 유지할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 근본적으로는 원래 국내의 법률분쟁해결을 목적으로 하는 訴訟制度가 國際去來의 분쟁해결수단으로는 적합하지 아니하다는 이유에서 訴訟을 기피하고 仲裁를 선호하는 경향이 있다. 또한 상이한 國籍을 가지는 당사자간의 紛爭에 있어서는 仲裁判定이 외국에서도 그 效力을 인정받을 수 있다는 점에서 매우 유효한 분쟁해결수단으로서의 특성을 가지고 있다고 하겠다.

자본주의 경제의 발달은 각국 간의 무역증대를 가져왔고, 이에 따른 國際商去來가 보편화됨에 따라 필연적으로 발생하는 國際紛爭을 國內裁判에 따라 해결한다는 것은 부적당하다 할 것이다. 이러한 난점은 상인단체로 하여금 상설중재법정을 설치토록 하여 裁判管轄의 競合문제를 해결하고, 準據法도 法이 아닌 당사자의 자주적 의사에 기초하는 經驗法則, 국내적·국제적인 慣行이나 慣習法, 衡平과 善에 의한 판단에 따르게 하여 國際商事仲裁制度로의 발전을 기하게 되었다. 法에 의한 판단이 아닌 公平과 善에 기초한 구체적 정의에 의한 해결인 仲裁制度는 그 독자적인 영역을 확보해 왔으며, 19세기 이래 현대에 이르러 대규모의 國際商去來 등의 시대적 경제변화에 맞추어 대륙법계의 普通去來約款과 英美의 표준계약상의 계약조항의 하나로 仲裁條項³⁾의 삽입이 일반화되었으며, 특히 상설적인 仲裁法廷을 설치하여 制度的 仲裁裁判所의 면모를 나타나게 되었다. 대표적인 상설 중재법정으로는 國際商業會議所(International Chamber of Commerce)의 國際仲裁法院(International Court of Arbitration)⁴⁾으로서 지금까지 國際商事紛爭 사

3) 仲裁條項이란 裁判條項이라고도 한다. 國際裁判 이외의 보통의 條約, 예를 들면 통상조약 등에서 그 조약의 적용이나 해석에 관한 분쟁, 또는 일반적으로 당사국간에 생기는 분쟁을 국제재판에 부탁하여 해결한다는 취지를 규정한 조약.

건처리를 위하여 효과적인 규칙과 행정상의 시설을 제공하는 세계에서 가장 중요한 國際仲裁機關으로 널리 이용되고 있다.

오늘날 대부분의 국가들은 상설중재기관의 설치, 仲裁立法의 정비 등으로 商事仲裁을 제도화시키고 있다. 여기에 仲裁判定의 承認·執行 및 判定의 取消에 관하여 제2차적인 法的 規制만을 가하는 것이 보통이다.

仲裁判定의 판단기준에 대해서, UNCITRAL 모델중재법과 우리 仲裁法의 입장에서는 國際商事仲裁에 있어서의 仲裁判定部는 당사자들이 지정한 法에 따라 仲裁判定을 내려야하며, 특정 국가의 法 또는 法體系가 지정된 경우에 달리 명시되지 아니하는 한 그 국가의 國際私法이 아닌 紛爭의 實體法을 지정한 것으로 보고 있다.

이와 같이 현재에 있어서는 國際商事紛爭에 대한 訴訟外 紛爭處理制度(ADR)인 國際商事仲裁은 國際訴訟에 필연적으로 수반하는 문제점을 상당한 정도로 해결하고 있으므로 유일하게 유효한 분쟁해결수단으로 간주되고 있다.

그러나 우리나라의 경우, 국제적으로 통일화되어 있는 UNCITRAL 모델중재법⁵⁾을 적극 수용함과 동시에 독일, 영국 등 선진외국의 立法例를 수용하여 국제적 수준의 仲裁法으로 전면적으로 改正·施行하고 있으며, 商事仲裁規則을 仲裁規則으로 改正하는 등 국내·외 仲裁環境의 변화에 따라 발전하고 있지만 아직도 國內仲裁 포함 國際仲裁 접수현황이나 해결되는 건수를 살펴보면 仲裁가 전체 法院 訴訟 건수에 비하면 아주 미미한 상황⁶⁾이다.

4) ICC 중재규칙 제1조 제1항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The International Court of Arbitration (the “Court”) of the International Chamber of Commerce (the “ICC”) is the arbitration body attached to the ICC. The statutes of the Court are set forth in Appendix I. Members of the Court are appointed by the World Council of the ICC. The function of the Court is to provide for the settlement by arbitration of business disputes of an international character in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (the “Rules”). If so empowered by an arbitration agreement, the Court shall also provide for the settlement by arbitration in accordance with these Rules of business disputes not of an international character.

5) The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. 1985. 6. 21. UN국제무역법위원회에 의하여 채택됨.

6) 2003년도 법원의 접수 건수는 약 100만건(민사본안 사건 기준)이 훨씬 넘는데 비하여 대한상사중재원에 접수된 2003년도 전체 접수 건수는 211건에 불과하다.

<표-1> 중재건수 현황

구 분		2000	2001	2002	2003	2004	
		건 수	건 수	건 수	건 수	건 수	
중재	국 내	135	132	163	173	139	
	국 제	대 내	15	21	17	11	23
		대 외	25	44	30	27	23
		계	40	65	47	38	46
	소 계	175	197	210	211	185	

* 자료 : 대한상사중재원, 년도별 클레임 통계

이렇게 仲裁가 활성화되지 못하고 있는 이유는 契約締結시 당사자들이 미처 紛爭의 발생 가능성을 소홀히 인식하는 경향, 仲裁制度 자체에 대한 인식 부족, 契約紛爭에 국한될 수밖에 없는 仲裁의 특수성, 仲裁人·仲裁節次에 대한 신뢰부족 등을 들 수 있겠지만, 가장 중요한 요인 중의 하나는 仲裁判定에 대한 효율적 執行이 이루어지지 않는다는 점일 것이다.

本論文은 私的自治에 의한 효율적 紛爭解決이라는 仲裁制度에 대한 올바른 인식과 활성화를 위하여 國際商事仲裁制度의 一般的·基本的인 考察과 國際商事仲裁制度의 法的性質을 살펴보고, 그 가운데에서도 특히 중요한 비중을 차지하고 있는 國際商事仲裁判定에 관하여 考察하고자 한다. 國際商事仲裁의 특징과 장점을 살펴보고 國際商事仲裁의 제도적 결함이나 仲裁節次, 仲裁判定의 承認 및 執行, 仲裁判定 取消의 訴를 提起할 경우에 나타나는 여러 문제에 관하여 검토하면서 효율적인 執行을 위한 改善方案 및 나아갈 방향을 제시하고자 한다.

제 2 절 研究의 方法 및 範圍

I. 研究의 方法

仲裁관 당사자들이 처분할 수 있는 司法的 紛爭을 法院 이외의 제3자인 仲裁人 이 내린 判定에 따라 해결하는 制度를 말한다. 이러한 仲裁은 당사자의 私的自治를 基本理念으로 하고 있기 때문에 仲裁을 할 것인지 여부를 포함하여 準據法, 仲裁節次, 仲裁地, 仲裁人の 수 및 선정방법, 審理節次 등을 당사자들이 자유로이 정할 수 있다. 또한, 仲裁人은 반드시 법조인으로 한정되지 않기 때문에⁷⁾ 전문 분야에 있어서는 오히려 法院보다 효율적인 審理와 타당한 결론을 유도할 수 있으며, 單審制로 紛爭이 종결된다는 점에서 신속성의 요건도 충족시킬 수 있는 제도이다.

오늘날 國際去來의 현실에 있어서 國際商事仲裁制度가 분쟁해결수단으로서 매우 중요한 위치를 차지하고 있음은 명백하다. 이러한 國際商事仲裁制度의 올바른 이해와 관련 諸問題들을 검토하고, 仲裁制度의 활성화 방안을 모색하고자 한다.

여기에서는 우선, 國際去來에서 國際去來 당사자간의 분쟁해결수단에 관하여 간단히 살펴보고, 訴訟과 仲裁을 비교·검토하면서 仲裁制度의 개념을 살펴보고자 한다.

둘째, 國際商事仲裁制度의 概念을 기초로 仲裁制度의 基本的 構造와 仲裁判斷의 기준이 되는 각국의 仲裁法, 중재기관의 仲裁規則, 國際的 동향의 立法例들을 考察하고, 商事仲裁制度의 문제점과 이점에 관하여 살펴보고자 한다.

셋째, 國際商事仲裁制度에서 仲裁判定의 概念을 개괄적으로 살펴보고, 仲裁判定의 法的性質, 仲裁判定의 效力, 仲裁判定의 承認과 執行에서 국내·외 仲裁判定, UNCITRAL 모델중재법과 뉴욕협약 등의 國際的 立法例와 우리나라의 仲裁法을 비교·검토하여본다.

7) 대한상사중재원, 국내거주 중재인 구성 현황(2004년 6월 1일 현재)을 살펴보면 다음과 같다.
전체 953명으로 구성된 중재인단 구분 : 법조계(244명), 실업계(274명), 학계(276명), 공공기타단체(93명), 공인회계사 및 변리사(35명), 외국인(31명).

마지막으로 國際商事仲裁의 仲裁判定 執行節次 및 判定의 取消에서 나타나는 문제점을 지적하고 타당한 改善方案 및 立法方向을 모색하고자 한다. 그리고 國際商事仲裁에 관한 仲裁判定의 承認 및 執行判決, 仲裁判定取消의 구체적 事例를 大法院 判例로 살펴보고자 한다.

II. 研究의 範圍

國際去來 형태가 더욱 더 다양해지고, 그것에 수반되는 紛爭도 매우 복잡하게 전개되고 있는 현실에서 國際去來紛爭의 해결방법의 특수성을 검토한 후, 訴訟外 紛爭處理制度(ADR)의 일종으로서 그 기능이 매우 중요시되고 있는 國際商事仲裁制度를 중심으로 논의하고자 한다.

本 論文은 國際去來의 분쟁해결수단인 國際商事仲裁의 이론과 仲裁制度의 내용을 전반적으로 논의하면서 仲裁制度의 활성화를 위하여 가장 중요한 요인 중의 하나인 仲裁判定의 효율적 執行을 위한 제도적 개선 방안의 논의를 研究範圍로 하고 있다.

따라서 本 論文은 國際商事仲裁制度를 개괄적으로 검토하며 仲裁判定을 중심으로 하여 모두 5장으로 구성되어 있는데, 다음과 같은 순서로 서술하였다.

먼저, 제1장 序論에서는 研究目的과 研究方法 및 範圍에 관하여 언급하였다.

제2장에서는 國際商事仲裁의 일반적 考察로서 國際去來에서 발생하는 國際去來紛爭과 분쟁해결수단을 4가지 경우로 나누어서 살펴보고, 商事仲裁의 意義와 要件을 살펴보고, 國際商事仲裁의 기본적 構造를 전반적으로 살펴보고, 仲裁制度의 이점과 문제점을 考察하였다.

제3장에서는 本 論文의 주요 논의대상인 仲裁判定의 意義와 法的 性質, 종류와 仲裁判定의 형식을 간략하게 살펴보고, 仲裁判定의 效力에 관하여 살펴보면서 仲裁判定의 執行節次상의 문제점 및 개선방안을 考察하였다. 그리고 仲裁判定의 承認과 執行의 意義에 관하여 먼저 살펴보고, 國內仲裁判定과 外國仲裁判定의 경우를 구분하여 仲裁判定의 承認과 執行을 살펴보았다. 仲裁判定의 承認·執行에 있어서의 公序에 관한 문제를 다루었으며, 執行節次상의 문제점과 개선방안을 모색

해 보았다.

제4장에서는 仲裁判定의 取消事由에 대한 解釋 및 判例를 살펴보고, 문제점 및 합리적인 개선방안을 모색하였다. 또한 國際商事仲裁의 仲裁判定에 의한 承認 및 執行判決, 仲裁判定取消의 구체적 事例로 大法院 判例를 살펴보았다.

마지막으로 제5장에서는 以上の 연구 결과를 요약하면서 國際商事仲裁制度의 필요성과 문제점을 기술하고, 國際商事仲裁制度의 활성화를 위하여 仲裁判定의 효율적 執行을 위한 제도의 개선점을 제시하면서 결론을 맺었다.

제 2 장 國際商事仲裁의 一般的 考察

제 1 절 國際去來紛爭과 紛爭解決手段

많은 國際去來가 모두 순조롭게 이루어진다면, 아무런 문제가 없다. 그러나 經驗法則에 의하면, 방대한 수의 國際去來가 있으면 일정한 수의 紛爭이 생기게 마련이며, 일단 紛爭이 생기면 각국은 文化·慣習·法制度 등이 각각 다르기 때문에 紛爭의 해결도 쉽지 않다. 나아가 國際去來의 경우에는 國內去來의 경우와는 달리 분쟁해결에 관한 일정한 法則이 확립되어 있지 않기 때문에 紛爭이 얽혀 순조롭게 타결되지 않는 경우가 많고, 國內去來라면 당연히 구제되는 피해자도 國際去來이기 때문에 구제되지 않는 경우도 많다.

나라마다 文化나 裁判制度가 다르기 때문에 어느 나라의 法院에서 裁判이 진행되는가에 따라서 결론이 달라질 가능성이 있을 뿐만 아니라 문제의 國際去來에 적용될 法을 어느 나라의 法으로 할 것인가를 정하는 國際私法이 나라마다 다르기 때문에 어느 나라의 法院에서 裁判이 이루어지느냐에 따라 적용될 法⁸⁾도 달라지게 된다. 그 결과, 당연히 裁判의 결론이 달라질 수도 있다. 실제의 문제로는 외국의 法院에서 裁判받기 위해서는 언어의 장애나 외국변호사에의 사건의뢰 등과 같이 노력과 비용이 한국내에서의 裁判의 경우와는 비교할 수 없을 만큼 더 많이 소요된다. 더욱, 근본적인 문제로는 어느 나라의 法院에 訴訟을 提起할 것인

8) UNCITRAL 모델중재법 제28조 참조, 조문은 다음과 같다.

“(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.”

가라는 문제도 있다. 일반적인 國內去來紛爭인 때에는 서울지방법원인가 또는 부산지방법원인가라는 문제가 생기는 일은 있더라도 한국법원에서 救濟를 請求할 수 있다는 점은 명백하다. 그러나 國際去來紛爭의 경우에는 도대체 한국법원에 救濟를 請求할 수 있는가가 맨 처음 문제된다. 한국법원에 救濟를 請求할 수 없는 경우는 외국법원에 救濟를 請求하게 되는데, 國際裁判管轄權⁹⁾의 결정기준이 나라마다 다르기 때문에 우리나라의 國際裁判管轄의 결정기준에 의하면 當該外國에 國際裁判管轄이 있는 경우라 하더라도 그 외국법원이 裁判管轄權을 부정하는 경우가 있다.

I. 紛爭解決手段의 選擇類型

1. 當事者間에 紛爭解決手段에 대한 合意가 없는 경우

國際去來 당사자간에 紛爭이 생긴 경우의 분쟁해결수단에 대한 事前合意가 없는 때에는 분쟁해결을 구하는 당사자는 자기 자신의 선택과 위험 아래 어느 나라의 法院에 救濟를 請求하기 위하여 訴를 提起하지 않을 수 없다.

이때에 訴를 提起한 나라의 法院이 國際裁判管轄行事を 거부하여 訴를 却下할 가능성도 배제할 수 없다. 즉, 國際裁判管轄의 결정기준은 각국마다 다르기 때문에 당초부터 어느 나라의 法院에 訴를 提起하면 國際裁判管轄이 인정되고, 實體審理가 이루어져 救濟를 받게 된다는 것은 언제나 명확하다고는 할 수 없다. 그러나 이와 반대로 복수의 나라에서 國際裁判管轄이 인정되는 사건이라면, 原告로서는 각국의 法制와 裁判制度, 특히 어느 범위까지 증거수집이 가능한가, 그 나라의 國際私法에 의하여 어느 나라의 법이 적용될 것인가를 고려하여 자신에게 가장 유리하다고 생각되는 나라의 法院에 訴를 提起하는 것도 가능하다.

한편, 被告가 될 당사자측은 原告가 어느 나라의 法院에 訴를 提起할 것인가를

9) “國際裁判管轄은 어느 국가의 법원이 제기된 법적 쟁송을 재판해야 하는가 또는 裁判任務를 전체로서의 어느 국가에 배당할 것인가의 문제이므로, ‘國際裁判管轄 規則’은 어느 국가가 그 안에서 자신의 裁判權을 행사하고자 하는 범위의 확정 또는 자발적인 裁判權의 제한에 관한 규칙을 의미한다.” 석광현, 『국제사법과 국제소송 제1권』, 박영사, 2001, 273쪽.

訴가 提起될 때까지는 파악하기 어려운 실정이나, 일단 原告가 선택한 法院에서 방어활동을 하지 않으면 안 된다.

이와 같이 당사자간에 분쟁해결수단에 대한 事前合意가 없으면, 國際去來紛爭이 일단 발생하면 國內去來의 경우와는 달리 예측할 수 없는 불이익이 생기는 때가 많다.

2. 當事者間에 紛爭解決手段에 대한 合意가 있는 경우

國際去來의 당사자간에 분쟁해결수단에 대한 事前合意가 있는 경우로서는 ①紛爭이 발생할 경우에 提訴할 法院을 미리 정해 두는 國際裁判管轄의 合意(國際合意管轄)와 ②紛爭을 法院의 裁判에 의하여 해결하지 않고, 仲裁에 의하여 해결한다는 國際仲裁合意의 두 가지가 전형적인 경우이며, 그 수도 가장 많다.

이와 같이 國際去來로부터 발생하는紛爭에 대하여 미리 외국법원의 管轄로 정할 수도 있다. 이러한 合意가 부가적이면 무방하지만 외국법원을 전속적으로 하는 合意인 경우에는 國內裁判權에 전속하지 아니하는 사건이고, 외국법원이 合意의 效力을 인정하여 사건을 수리할 수 있는 때에만 유효하다고 해석된다.¹⁰⁾ 특히 國際去來에 있어서는 당사자가 장래의 분쟁발생에 대비하여 國際的 裁判管轄權에 대하여 전속적 合意를 하는 경우를 쉽게 예상할 수 있다.

3. 當事者間에 紛爭解決手段으로서 國際仲裁의 合意가 있는 경우

國際去來 당사자간에 사전에 當該去來로부터 생기는 모든紛爭은 仲裁에 의하여 해결한다는 뜻의 合意가 이루어지고 있는 경우가 많다.

國內去來의 경우에는 法院에서紛爭을 해결한다고 하더라도 양당사자는 모두 우리나라 法院에서의 분쟁해결에 대하여는 충분히 알고 있으므로 예측하지 못한 불이익이 생기는 일은 적다. 또 법관도 國內去來의 商行爲에 대하여는 어느 정도의 지식을 가지고 있을 뿐만 아니라, 당사자의 주장도 충분히 이해할 수 있는 입장에 있다. 그러나 國際去來의 경우에는 自國法院 이외의 法院에서의 분쟁해결은

10) 송상현, 『민사소송법』, 박영사, 1997, 93쪽. 관할배분설적 관점에서 국제적 관할합의의 효력을 부인한 판례로는 大判 1992. 1. 21. 91 다 14994.

예측하지 못한 불이익이 생기기 쉽다. 즉, 상대국 法院의 경우에는 편견을 가지고 있을 우려도 있고, 또 법관이 國際去來에 대한 지식을 가지고 있지 못하기 때문에 부적절한 裁判이 행해질 염려도 있다.

國際商事仲裁에 있어서는 당사자들이 가장 적절하다고 생각하는 사람을 仲裁人으로 선임할 수 있으며, 仲裁節次도 당사자들이 자유로이 결정할 수 있으므로 國際訴訟의 경우에 볼 수 있는 폐해는 적다. 그리고 당해 國際去來에 대하여 충분한 전문지식을 가지고 있는 사람이 仲裁人으로 선임되는 것이 보통이며, 仲裁節次는 非公開로 행해지므로 공개로 행해지는 裁判節次와는 달리 당사자들의 비밀 정보가 일반에게 누설될 위험도 적다.

國際去來의 당사자간에 사전의 國際仲裁合意가 있음에도 불구하고, 일방당사자가 한국법원에 提訴하고, 상대방당사자가 國際仲裁의 合意를 抗辯으로 주장한 경우에 한국법원은 어떻게 다루어야 할 것인가. 이 경우에 國際仲裁의 合意는 유효하므로 國際仲裁에 의하여 해결되어야 한다는 國際仲裁의 抗辯을 인정함으로써 訴를 却下하여야 한다.

4. 外國判決과 外國仲裁判定의 承認·執行

國際去來紛爭에 대해 외국법원에서 判決이 宣告되거나 외국에서 仲裁判定이 내려진 경우에도 外國判決과 外國仲裁判定이 우리나라에서 당연히 우리나라 法院의 判決과 동일한 效力을 가지는 것은 아니다. 일정한 節次的 要件을 갖춘 경우에만 우리나라에서도 實體審理를 하지 않고 그 效力이 承認되며, 다시 그것에 의하여 強制執行하는 경우에는 執行判決을 얻는 절차를 밟아야 한다.

외국의 法院에서 내려진 判決(外國判決)의 承認·執行에 대하여는 우리나라가 締結¹¹⁾한 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약”(뉴욕협약)이 있기 때문에 外國判決을 우리나라가 어떠한 경우에 承認하고, 그 效力을 존중하는가는 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약”(뉴욕협약)에 의하여 결정되며, 동조의 요건을 갖춘 外國判決을 強制執行하기 위하여는 執行判決을 받아야 한다(仲裁

11) 1973. 2. 8. 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약(뉴욕협약)에 가입, 서명하였다. 단 우리나라의 경우, “한국은 이 협약가입에 있어서 ① 한국법상 당사관계의 분쟁에 한해서 이 협약을 적용한 것과, ② 내국 중재판정일지라도 그 외국이 이 협약의 체약국인 경우에 한해서 이 협약을 적용할 것을 선언하였다.” (한국의 유보선언)

法 제39조 제1항).

외국에서 내려진 仲裁判定(外國仲裁判定)에 대하여는 다수의 國際條約이 있다. 즉, “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약”(뉴욕협약¹²⁾), 또 우리나라가 미국과의 사이에 2국간 조약으로서 체결한 通商條約, “한미 우호통상 및 항해조약”¹³⁾에 仲裁判定의 承認·執行에 대한 조항이 포함되어 있다.¹⁴⁾

II. 紛爭解決手段의 選擇

國際去來紛爭의 해결수단은 訴訟과 非訴訟的 紛爭解決制度(ADR)¹⁵⁾로 구별된다. 즉 분쟁해결방법 내지 절차는 당사자들의 자치적인 의사의 개입여부에 따라 訴訟과 非訴訟的 紛爭解決制度(ADR)로 대별된다고 할 수 있다. 訴訟은 전세계적으로 국가의 司法權에 의하여 紛爭을 해결하는 制度로서 國際的인 紛爭의 경우 裁判權, 主權의 문제가 개재되고, 非訴訟的 紛爭解決制度(ADR)의 경우에는 일반적으로 당사자들의 자치적인 合意를 근거로 하여 和解, 斡旋, 調停, 仲裁 등의 방법을 들 수 있으나 국가의 法制에 따라 그 형태 및 내용은 많이 다르다고 할 수 있다.

12) 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 UN협약 (1958년 6월 10일 뉴욕에서 채택).

제 1조 1. 이 협약은 중재판정의 승인 및 집행을 요구를 받은 국가 이외의 국가의 영토 내에서 내려진 판정으로서, 자연인 또는 법인간의 분쟁으로부터 발생하는 중재판정의 승인 및 집행에 적용한다. 이 협약은 또 한 그 승인 및 집행을 요구를 받은 국가에서 내국판정이라고 인정되지 아니하는 중재판정에도 적용한다.

13) 한미우호통상 및 항해조약 [韓美友好-航海條約, The Treaty of Friendship Commerce and Navigation between the ROK and the USA] : 1956년 11월 28일 서울에서 서명하고, 1957년 10월 7일에 비준서가 교환된 한국과 미국 간의 조약. 이 조약은 양국간에 전통적으로 존재하는 평화 및 우호의 관계를 강화하고, 양국 국민 간의 긴밀한 경제적·문화적 관계를 촉진하며, 상호간 유익한 투자를 촉진하고 상호간 유리한 통상관계를 조장하는 데 목적이 있다.

14) “한미우호통상 및 항해조약(제5조 참조)에서는 양국의 회사나 국민간에 분쟁이 생긴 경우 그에 대한 법적 지위의 평등을 규정하고 있다. 또한 중재판정이 내려진 경우에는 그 판정의 집행을 상호승인하기로 한다고 규정함으로써 한미간에 있어서는 외국중재판정에 대하여 집행을 인정할 근거를 마련해 놓았다.” 최장호, “한국무역기업의 상사분쟁관리와 상사중재처리에 관한 연구”, 고려대 대학원, 1985, 47쪽.

15) “비소송적 분쟁해결제도(ADR)란 전통적인 재판절차인 소송을 하지 않고 분쟁을 해결하기 위한 다양한 방법에 대한 전문용어라고 하기도 하고, 분쟁 당사자의 합의를 기초로 私人 또는 私的機關이 주체가 되어 분쟁을 처리하는 소송이외의 분쟁처리제도를 총칭하기도 한다.” 손태빈·이주원, 『무역클레임과 중재론』, 두남, 2001, 85쪽.

어떤 분쟁해결수단을 선택할 것인가 하는 문제는 勝訴와 敗訴 못지않게 중요하다.

國際去來의 분쟁해결수단은 紛爭이 발생되기 이전에 확정되는 경우와 紛爭이 발생한 이후에 결정할 수 있는 경우가 있다. 분쟁발생이전에 분쟁해결수단이 결정되어 있는 경우는 본 契約締結시 당사자간에 合意가 있었거나, 仲裁條項 등을 계약서에 삽입한 경우이고, 紛爭이 발생된 이후에 분쟁해결수단을 결정하는 경우는 그 반대의 경우이다. 분쟁해결수단을 분쟁발생이전 본 계약서 속에 삽입하는 경우에는 기본적으로 商去來의 특성이나 契約內容, 발생 가능한 紛爭의 性格, 法規의 適用, 法 執行可能性, 管轄權 문제 등을 종합적으로 고려하여 紛爭의 해결수단을 선택함이 바람직하다. 일반적으로 國際去來의 경우에는 仲裁로서 紛爭을 해결하고 이를 위하여 仲裁條項을 본 계약서에 삽입하고 있다.

紛爭의 해결수단은 去來의 특성이나 紛爭의 성격과 내용에 따라 그 선택을 달리하는 것이 바람직하다.

이렇듯 國際去來 紛爭의 해결수단은 去來의 특성은 물론 經濟性이나 能率性, 國際性, 秘密保障性 등 企業合目的性을 고려하여 당해 紛爭에 적합한 분쟁해결수단을 모색, 선택할 것이 요구된다.

제 2 절 國際商事仲裁의 概念

I. 國際商事仲裁의 意義

國際商事仲裁(International Arbitration¹⁶⁾)라 함은 당사자간의 合意(the parties'

16) Gary B.Born, 『International Commercial Arbitration』, Kluwer Law International, 2001, p.1.
“International arbitration is a means by which international disputes can be definitively resolved,

agreement)에 의하여 私法上의 權利 기타 法律關係에 관한 國際紛爭을 法院의 訴訟節次에 의하지 않고, 私人인 제3자를 仲裁人(arbitrator)으로 선정하여 그 紛爭의 해결을 仲裁人の 決定에 맡기는 동시에 最終적으로 그 決定에 服從함으로써 紛爭을 해결하는 制度를 말한다. 仲裁合意는 紛爭에 대한 法院의 裁判權(jurisdiction)을 배제하는 약속이므로 仲裁制度는 국가의 法院이 아닌 민간인에 의한 自主的 분쟁해결방법이다.

일반적으로 仲裁가 행하여지는 장소를 仲裁法院(arbitration tribunal or court of tribunal)이라고 부르고 있으나, 이것은 紛爭을 仲裁하기 위하여 당사자가 선정된 仲裁人으로 구성되는 합의체(board)를 의미하므로 국가기관이 아니라 민간인이 자주적으로 운영하는 사설법원이다. 예컨대, 仲裁가 중재기관(또는 중재협회) 또는 상공회의소 등의 사무실에서 행하여지므로 말하자면 사설법원과 같은 것이라고 할 수 있다.

裁判權은 국가주권의 일부이며, 국가마다 각각 主權을 가지고 있으므로 한 국가가 행한 裁判은 다른 국가에는 效力이 미치지 않는다. 뿐만 아니라 裁判은 복잡한 사회현상에 적응하여 신속히 紛爭을 해결하는 기능을 점차 상실하고 있다. 따라서 國際去來上의 裁判에 의하여 해결하려는 방법은 그다지 实效性이 없다. 이러한 사정 아래서 발원한 자주적인 분쟁해결수단이 바로 仲裁制度이다. 仲裁制度는 역사적으로 많은 우여곡절을 겪었지만 현대에 있어서는 국제적인 제도로서 정착되어 있다.

仲裁制度의 큰 특색은 仲裁合意(仲裁契約)에 따라 憲法上 國民의 基本的 權利로 인정되는 裁判請求權을 포기하고 仲裁人이 내린 仲裁判定에 복종함으로써 紛爭을 最終적으로 해결하는 자주적 분쟁해결방법이다. 仲裁制度는 이와 같이 一般訴訟과는 달리 契約自由의 원칙에 따라 當事者自治에 입각하여 누구나 仲裁를 선택할 수 있고 仲裁地, 仲裁機關, 仲裁規則 등을 자유롭게 約定할 수 있다.

仲裁制度는 대표적인 非訴訟的 紛爭解決制度(ADR)의 하나로서 仲裁法制에 따라 국가마다 차이가 있을 수 있으나 일반적으로 訴訟과 비교하여 다음과 같은 여러 면에서 차이가 있다.

pursuant to the parties' agreement, by independent, non-governmental decision-makers. There are almost as many other definitions of international arbitration as there are commentators on the subject."

<표-2> 중재와 소송의 비교

구 분	중 재	소 송
1. 대상	사법상의 권리 기타 법률관계에 관한 분쟁(신분관계 제외)	모든 분쟁(민사, 형사, 행정, 선거 등)
2. 요건	중재요건(서면에 의한 중재합의 등)	소송여건(당해 법원의 관할권 등)
3. 장소	민간인이 자주적으로 운영하는 사설 법원, 중재법원	법원
4. 판단인	중재인(사설법관)	법관
5. 판단의 기준	법률, 형평과 선	헌법 및 법률과 법관의 양심
6. 판단의 효력	법원의 확정판결과 동일한 효력 중재판정에는 집행력이 없어 법원의 집행판결이 필요 일반적으로 국제적 효력이 있다	확정판결의 효력 (기속력, 기판력, 형성력, 집행력 등) 일반적으로 국제적 효력이 없다
7. 절차	중재절차의 임의성과 간이성 자유로운 절차, 분위기	임의소송금지의 원칙, 법규에 의해 규율 되는 엄격한 절차
8. 상소제도	일반적으로 상소불가능, 단심제	일반적으로 상소가능, 3심제
9. 경제성	단심제로 경제적	3심제로 비경제적
10. 공개성	엄격한 비공개주의에 의해 영업상 비밀이 보장	공개주의원칙에 따라 영업상 비밀이 공개되고 대외신용이 실추

* 자료 : 최장호, 상사분쟁관리론, 두남, 2003, 259쪽.

II. 商事仲裁의 特質

1. 양당사자의 合意

訴訟의 경우에는 당사자의 일방이 일방적으로 訴를 提起할 수 있으나, 仲裁의 경우에는 당사자 간에 仲裁에 의하여 紛爭을 해결한다는 仲裁合意가 반드시 필요

하다. 사전에 이러한 합의가 이루어지지 않으면 仲裁制度를 이용할 수 없다. 사전의 합의가 필요하다는 점에서 調停의 경우와 같다.

仲裁에 의하여 紛爭을 해결한다는 합의에는 2가지 종류가 있다. 하나는, 계약서에 미리 仲裁條項을 넣어 두는 경우이고, 다른 하나는, 현존하는 紛爭을 仲裁에 의하여 해결하기로 하는 합의이다¹⁷⁾. 前者는 仲裁合意(arbitration agreement)라 하고, 後者를 仲裁付託合意 또는 仲裁付託契約(submission)이라고 한다.

(1) 仲裁合意의 範圍

仲裁合意가 없으면 仲裁制度를 이용할 수 없으나, 당사자가 仲裁合意를 할 수 있는 범위에 대해서는 ‘仲裁付託適格性’(arbitrability)의 문제가 있다. 즉, 民事에 관한 紛爭이 仲裁에 의하여 해결될 수 있기 위해서는 당사자가 紛爭에 대하여 和解할 수 있는 權利를 가진 것(係爭物에 대하여 당사자에게 處分權能이 인정된 것)이 아니면 안 된다. 예컨대, 父子關係의 存否에 관한 다툼과 같이 사람의 身分에 관한 사항은 仲裁에 의하여 해결할 수 없다.

(2) 仲裁合意의 時期

仲裁合意의 時期는 紛爭의 발생 전 또는 발생 후 그 어느 때라도 무방하나, 紛爭이 발생한 후 仲裁契約를 체결한다는 것은 일반적으로 불가능에 가깝다. 訴訟은 어느 당사자에게 유리하게 되는 경우가 많은데, 이 경우의 유리한 당사자가 紛爭을 仲裁에 부탁한다는 데 대해 합의하지 않는 것이 보통이기 때문이다. 그러므로 仲裁合意는 商事紛爭의 발생 전에 각종 國際去來契約 속에 仲裁條項을 넣는 방법으로 이루어지는 경우가 대부분이다.

仲裁條項에는 ① 장래 발생하는 商事紛爭을 當該契約에 관한 것으로 한정하는 것, ② 仲裁人의 인원수·선임방법, ③ 仲裁地, ④ 仲裁機關(따라서 仲裁規則), ⑤

17) Mauro Rubino-Sammartano, 『International Arbitration Law and Practice』, Kluwer Law International, 2001, p.195. "The arbitration agreement is between it and the contract with the arbitrators. The agreement to refer a dispute to arbitration, whether in a submission agreement or in an arbitration clause, consists in the agreement of the parties to refer to arbitration one or more disputes which have already arisen, or which made arise."

仲裁의 最終性(즉, 仲裁判定이 最終的이며, 기타의 분쟁해결수단에 호소할 수 없다는 것)에 대하여 約定하는 것이 보통이나, 또 필요에 따라 ⑥ 仲裁合意의 準據法, ⑦ 仲裁節次의 準據法, ⑧ 仲裁法院의 保全措置¹⁸⁾, ⑨ 仲裁費用의 분담, ⑩ 仲裁의 용어 등에 대해서도 約定할 수 있다.

(3) 仲裁合意의 獨立性 내지 分離可能性

仲裁條項이 들어 있는 契約의 본체가 어떠한 사유에 의하여 무효로 된 경우에 仲裁條項은 유효인가 또는 무효인가의 문제가 생긴다. 이 점에 관하여 많은 나라에서는 仲裁契約 및 仲裁條項의 獨立性 내지 分離可能性(separability)¹⁹⁾을 인정하고 있다. 즉, 주된 契約이 객관적으로 무효라 하더라도 仲裁合意는 당연히 무효로 되지 않고, 仲裁合意로서 유효하므로 仲裁에 의하여 주된 契約의 效力을 판단할 수 있다.

(4) 仲裁合意의 準據法

仲裁契約의 準據法에 대하여는 國際慣習上 당사자자치의 원칙(Prinzip der Parteiautonomie)에 의한다는 것이 널리 인정되어 있다. 프랑스에서는 1914년 파웨원(최고재판소)의 판결 이후부터 이 원칙이 전면적으로 인정되어 있으며, 한편 영국에서도 1894년 최고법원의 기본판례(Hamlyn v. B.V. Talisher Distillery)중에서 “다른 法域에 각각 所在를 두고 있는 당사자간에 체결된 契約에 포함된 仲裁條項의 허용성 및 강제력을 정하는 法은 당해 契約의 條項 전체 및 주위의 사정으로부터 推定될 수 있는 당사자의 意思에 의하여 이것을 결정하여야 할 것이다”

18) 중재법 제10조 참조, UNCITRAL 모델중재법 제9조 참조, 조문은 다음과 같다.

“It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.”

19) “주 계약의 효력과 중재조항의 효력은 별개라는 것으로 주 계약에 무효 또는 취소사유가 있다 하여도 이는 중재조항의 효력에 영향을 미치지 않는다는 것을 의미한다. 이는 중재합의의 효력에 관한 문제로서 본래 중재조항이란 그 본질상 주된 계약의 무효·취소 등 하자를 이유로 분쟁이 발생할 수 있음을 전제로 존재하는 것이므로 일방 당사자가 주된 계약에 무효·취소사유가 있다고 주장하더라도 중재합의 자체는 유효하고, 그에 근거하여 중재절차는 진행될 수 있다는 이론이다.” 최장호, 『상사분쟁관리론』, 두남, 2003, 296쪽.

라는 뜻을 判示하였다.

(5) 防訴抗辯²⁰⁾

民事訴訟으로 救濟를 받기 위해서는 原告의 訴가 起訴要件, 積極的·消極的 訴訟要件 및 權利保護要件을 갖추지 않으면 안 된다. 그런데 仲裁合意가 존재하면, 消極的 訴訟要件을 갖추지 않게 되어 訴는 却下된다. 따라서 仲裁合意는 이른바 防訴抗辯으로서의 기능을 수행하는 것이다. 그리고 國際的 仲裁合意에 대해서는 우리나라가 가맹하고 있는 뉴욕협약에 의하여 防訴抗辯이 인정되고 있다.²¹⁾

仲裁合意가 防訴抗辯이 되는가의 여부는 訴訟法上的 문제이므로 法廷地法에 의하여 판단하여야 한다. 예컨대, 法廷地法이 書面에 의한 仲裁合意를 요구하고 있을 때에는 가령 仲裁合意의 準據法이 요구하지 않는다 하더라도 防訴抗辯은 인정되지 아니한다.

2. 裁判權의 排除

仲裁合意는 紛爭에 대한 法院의 裁判權을 排除하는 약속이라 할 수 있다. 憲法 제26조는 국민의 裁判請求權을 기본적 人權의 하나로 보장하고 있는 바, 仲裁合意는 이러한 기본적 人權을 스스로 포기할 것을 약속하는 契約이다. 그 契約은 法律上 유효하므로 仲裁合意가 있는 紛爭에 대하여는 그 결과에 불만이 있더라도 法院에 提訴할 수 없다. 判例도 “仲裁合意는 民事訴訟法上的 국가적 보호를 포기하는 약속”이므로 仲裁合意가 있음에도 불구하고 提訴한 사건에 대하여 却下判決을 宣告하였다.

20) 民事訴訟에서, 被告가 原告의 소송 조건의 결함을 지적하여 本案의 변론을 거부할 수 있는 소송상의 권리

21) 뉴욕협약 제2조 제3항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

3. 仲裁人の 資格

우리나라뿐만 아니라 다른 모든 외국에서도 원칙적으로 仲裁人の 資格에는 제한이 없다. 인종·국적·성별·종교·빈부·학력·사회적 지위 등은 仲裁人の 資格과 아무런 관계가 없다. 따라서 당사자는 자유로이 仲裁人을 선정할 수 있는 것이다. 다만 각국에 공통된 仲裁人の 失格條件으로서는 未成年者, 無能力者, 精神異狀者 등이다. 어떻든, 仲裁制度의 취지로 미루어 볼 때에는 國籍을 지닌 민간인은 누구든지 仲裁人으로 선정될 수 있다는 것이 일반적인 원칙이다.

4. 仲裁判定의 基準

(1) 仲裁判定의 基準의 意義

仲裁判定의 내용은 당사자간의 權利義務의 存否에 관한 판단인데, 그것은 일정한 사실에 대하여 가치판단을 가함으로써 도출된다. 이때의 仲裁人の 가치판단의 基準이 仲裁判定의 基準이다.

仲裁判定의 基準은 일반적으로 法에 의한 仲裁를 원칙으로 하고 善과 衡平에 의한 仲裁는 특히 당사자가 그러한 判斷基準의 授權에 合意하였을 경우 및 仲裁節次의 準據法이 그것을 허용하고 있는 경우에만 적용할 수 있다.

仲裁判定 基準의 문제는 일정한 사건에 대하여 어떠한 기준에 의하여 판단하는 가라는 문제이다. 여기에는 두 가지 면이 있다. 하나는, 어떠한 規範이 仲裁判定의 基準이 될 수 있는가이며, 다른 하나는 仲裁人은 이러한 規範 중에서 어떤 방법으로 구체적인 規範을 선택하는가이다.

前者에 대하여 구체적으로 말하면, 國家法(國內法), 條約에 의한 統一法, 法の 통일을 위한 모델법, 統一規則, 표준(일반)계약조건, 일정한 지역 또는 일정한 去來에 있어서의 慣習, 실무의 慣行, 일정집단의 規則·慣行, 문명국에 인정되어 있는 法の 一般原則, 善과 衡平 등이 仲裁判定의 基準이 될 수 있다고 할 수 있다.

後者에 대해서는 당사자는 仲裁判定의 基準을 임의로 지정할 수 있는데, 이때 仲裁人은 당사자의 지정에 구속된다. 그러나 仲裁人은 당사자가 判定基準을 지정

하지 않은 경우에는 특정 國家法을 적용할 것인가, 仲裁人은 적용할 法을 어떠한 法則에 의하여 선택하는가, 또 그 경우에 仲裁人은 國家法 이외의 일정한 規範을 仲裁判定의 基準으로 선택할 수 있는가와 같은 문제가 提起된다. 또 商事件의 仲裁과 民事事件의 仲裁, 國際仲裁과 國內仲裁인가에 따라 그 判定基準에 차이가 있는가가 문제된다.

(2) 仲裁判斷의 基準에 대한 각국의 仲裁法, 仲裁規則 및 國際的 立法의 동향

1) 각국의 仲裁法

종래 각국의 仲裁法에는 仲裁判定의 基準에 관한 규정이 없었으며, 또 특히 國內仲裁과 國際仲裁을 구별하지 않고 있다. 각국 중재상황을 보고한 책자²²⁾에 의하면, 대부분 나라의 仲裁에 있어서는 法令의 규정을 적용하는 것을 원칙으로 하고 있으며, 友誼的 仲裁 또는 善과 衡平에 의한 仲裁는 당사자의 授權이 있는 경우에만 인정된다고 한다(仲裁法 제29조). 최근에 이르러 仲裁法을 改正한 나라는 모두 仲裁判定의 基準에 대한 명문규정을 두고 있다.

1981년 개정된 프랑스 民事訴訟法은 ① 國內仲裁에 대하여 仲裁人은 仲裁契約에 의하여 友誼的 仲裁人으로서의 權限을 부여받지 않는 한, 法律의 규정에 따라 紛爭을 해결하지 않으면 안 된다고 하고(제1474조), ② 國際仲裁에 대하여 仲裁人은 당사자가 선택한 法律의 규정에 따라 紛爭을 해결하지 않으면 안 되며, 당사자의 선택이 없는 경우에는 仲裁人은 적당하다고 생각되는 法律의 규정에 따라 판단하고(제1496조 제1항), 仲裁人은 어떠한 경우에도 商慣習을 참작하도록 하고 있다(同條 제2항). 또 仲裁人은 당사자의 合意에 의하여 友誼的 仲裁人으로서의 權限을 부여받은 때에만 友誼的 仲裁人으로서 紛爭을 해결할 수 있다고 규정하고 있다(제1497조).

1987년에 제정된 스위스의 國際私法에 관한 연방법에는 仲裁는 紛爭의 실체에 대하여 양당사자가 선택하였던 法에 의하여, 이와 같은 法의 선택이 없는 때에는 紛爭의 실체와 가장 밀접한 관계가 있는 法에 의하여 판단하며(제187조 제1항), 양당사자는 仲裁法院에 대하여 衡平에 의하여 판단하는 權限을 부여할 수 있다고

22) Yearbook Commercial Arbitration vols. I-XX (1976-96) I.

규정되어 있다(同條 제2항).

영연방제국에는 전통적으로 仲裁人은 法에 의하여 판단하는 것으로 되어 있었으나, 1996년 仲裁法에는 仲裁人은 당사자가 선택하였던 實體法에 의하여 판단하여야 하며(제46조 제1항 (a), (2)), 당사자간에 合意가 있는 때에는 당사자가 合意한 또는 仲裁人이 결정한 다른 기준에 의하여야 하며(同條 제1항 (b)), 당사자의 法選擇 또는 合意가 없는 경우에는 仲裁人이 적용된다고 생각하는 抵觸規定(國際私法의 規定)에 의하여 지정된 準據法을 적용하는 것으로 되어 있다(同條 제3항).

1997년 改正된 독일 民事訴訟法에는 당사자가 지정한 實體法에 의하여 판단하여야 하며(제1051조 제1항), 準據法의 지정이 없는 경우에는 가장 밀접한 관련이 있는 法을 적용하며(同條 제2항), 당사자에 의한 明示的 授權이 있는 경우에 한하여 衡平에 의하여 판단할 수 있도록 되어 있으며(同條 제3항), 어느 경우에도 契約에 정해진 바에 따라 商慣習을 고려해야 하는 것으로 규정되어 있다.

2) 각국 仲裁機關의 仲裁規則

각국 仲裁機關의 仲裁規則에는 仲裁判定의 基準에 관한 규정을 두고 있는 것과 두지 않는 것이 있다.

런던중재협회(CI Arb.)의 仲裁規則, 미국중재협회(AAA)의 仲裁規則에는 仲裁判定의 基準에 대한 규정이 없다.

이에 대하여 國際仲裁事件을 많이 다루고 있는 國際商業會議所(ICC)의 仲裁規則에는 당사자가 紛爭의 실체에 대해 적용될 法을 자유로이 결정할 수 있으며, 당사자가 그것을 정하지 않은 때에는 仲裁人은 적당하다고 생각되는 法의 抵觸에 관한 規則(國際私法의 規定)에 의하여 지정된 적절한 法을 적용하지 않으면 안 되며²³⁾, 仲裁人은 權限을 부여받은 때에만 友誼的 仲裁人으로서 행동하고²⁴⁾, 그 어느 경우에 있어서도 契約의 文言 및 商慣習을 고려하지 않으면 안 되는 것²⁵⁾으

23) ICC 중재규칙 제17조 제1항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.”

24) ICC 중재규칙 제17조 제3항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The Arbitral Tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.”

로 규정되어 있다.

런던국제중재법원(LCIA)의 仲裁規則에는 당사자가 仲裁判定의 基準이 될 法을 미리 정하는 것을 전제로 하여 그 서식에는 英國法에 의할 것을 권장하고 있으나, 다른 法에 의하는 것도 무방한 것으로 되어 있다(제4조 제1항). 그러나 당사자가 準據法을 선택하지 않은 경우에 대한 규정은 없다.

독일 중재위원회 仲裁規則은 근래 1978년의 UNCITRAL 仲裁規則 제33조에 따른 규정으로 改正되었다.

3) 仲裁에 관한 條約

仲裁에 관한 條約에는 涉外的 요소를 포함한 仲裁을 전제로 하고 있기 때문에 仲裁判定의 基準에 대한 규정을 두고 있다.

1961년의 國際商事仲裁에 관한 유럽조약은 ① 당사자는 合意에 의하여 紛爭의 실체에 적용될 法律을 결정할 수 있으며, 당사자가 合意에 의하여 紛爭의 실체에 적용될 法律을 결정할 수 있으며, 당사자가 準據法을 지정하지 않은 때에는 仲裁人은 적당하다고 판단하는 抵觸規則에 의하여 결정되는 法律을 적용하며, 그 어느 경우에도 契約條項 및 商慣習을 고려하는 것을 원칙으로 하고(제7조 제1항), ② 당사자가 仲裁人을 友誼的 仲裁人으로 한다는 것을 결정하고, 또 仲裁에 적용할 法律에 의하여 그 결정을 할 수 있는 때에는 仲裁人은 友誼的 仲裁人으로서 행동하는 것으로 규정하고 있다(同條 제2항).

1985년의 UNCITRAL 모델중재법은 당사자가 仲裁判定의 基準이 될 法을 선택한 때에는 그것에 의하며, 당사자의 지정이 없는 때에는 仲裁法院이 적당하다고 인정하는 抵觸規則에 의하여 결정되는 法을 적용하며, 당사자의 明示的 授權이 있는 경우에 한하여 善과 衡平에 의하여 또는 友誼的 仲裁人으로서 판단할 수 있다고 규정하고 있다(UNCITRAL 모델중재법 제28조²⁶⁾).

25) ICC 중재규칙 제17조 제2항 참조, 조문은 다음과 같다.

“In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the provisions of the contract and the relevant trade usages.”

26) 조문은 다음과 같다.

“(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly

또 국제기관이 涉外的 요소를 포함한 仲裁에 적용하기 위하여 제정한 仲裁規則에는 仲裁判定의 基準에 대한 규정을 두고 있다. 즉, 1966년의 유럽경제위원회 중재규칙 제38조, 제39조, 아시아극동경제위원회 중재규칙 제7조 4에는 다음과 같이 규정되어 있다. ① 仲裁人은 당사자가 紛爭의 실체에 적용되어야 할 것으로 지정한 法律에 의하여 仲裁判斷을 하지 않으면 안 되며, 당사자에 의한 準據法의 지정이 없는 때에는 法の 抵觸에 관한 規則에 의하여 정해진 準據法을 적용하지 않으면 안 되고, 어느 경우에도 仲裁人은 契約의 文言 및 商慣習을 고려하여야 하는 것을 원칙으로 한다. ② 당사자가 合意하고 또 仲裁節次에 대해 적용되는 法律에 의하여 인정될 때에는 友誼的 仲裁人으로서 또는 善과 衡平에 의하여 판단하지 않으면 안 된다.

(3) 우리나라 仲裁法上的 仲裁判定의 基準

1) 紛爭의 실체에 適用될 法

仲裁判定部는 당사자들이 지정한 法에 따라 判定을 내려야 한다. 특정 국가의 法 또는 法體系가 지정된 경우에 달리 명시되지 아니 하는 한, 그 국가의 國際私法이 아닌 紛爭의 실체에 적용될 法(實體的 準據法)을 지정한 것으로 본다(仲裁法 제29조 제1항). 당사자에 의한 實體的 準據法의 지정이 없는 경우에는 仲裁判定部는 紛爭의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 法을 적용하여야 한다(仲裁法 제29조 제2항).

또 仲裁判定部는 契約에서 정한 바에 따라 판단하고, 해당거래에 적용될 수 있는 商慣習을 고려하여야 한다(仲裁法 제29조 제4항). 契約의 내용과 商慣習을 仲裁判定의 基準으로 삼는다고 규정은 당연한 규정으로서, 이것은 주의적 규정으로 해석된다.

referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.“

2) 衡平和 善

仲裁判定部는 당사자들이 명시적으로 權限을 부여하는 경우에 한하여 衡平和 善에 따라 判定을 내릴 수 있다(仲裁法 제29조 제3항). 衡平和 善에 의하여 判定이 내려지는 仲裁을 衡平和 善에 의한 仲裁이라고 한다.

우리나라의 仲裁法은 이와 같이 당사자들이 仲裁人에게 명시적으로 그 權限을 부여하는 경우에 한하여 衡平和 善에 의한 仲裁을 인정하고 있으나, 이른바 友誼的 仲裁(Amiable composition²⁷⁾)는 한국법상으로 그 개념이 명확하지 않다는 이유로 채택하지 않았다(UNCITRAL 모델중재법 제28조 제3항은 善과 衡平에 의한 仲裁과 友誼的 仲裁을 다같이 채택하고 있다). 友誼的 仲裁은 仲裁人이 仲裁判斷의 基準에 구속되지 않고, 실정에 맞는다고 생각하는 해결을 하는 것을 말한다.

仲裁人이 어떠한 판단기준에 의하는가는 당사자에게는 커다란 관심사이기 때문에 이것을 전적으로 仲裁人의 裁量에 맡긴다는 것은 대부분의 경우에 당사자로서는 바람직하지 않을 것이다. 근대국가에 있어서의 國家法은 일정한 節次를 거쳐 제정되며, 그것은 널리 명시되어 있어 추상적인 善과 衡平, 구체적 사건에 있어서의 타당성보다도 객관적인 명확한 기준으로서 존재한다. 이러한 관점에서 본다면, 國家法을 仲裁判斷의 基準으로 하여야 할 것이라는 것은 당연하다. 특히 商事仲裁에 있어서는 經濟的 合理性, 豫測可能性의 관점에서 본다면, 仲裁判斷의 基準이 명확한 것이 바람직하다. 또 涉外事件에 있어서는 당사자가 속하는 나라의 法律이 다르며, 당사자의 가치관, 행동양식이 다르기 때문에 判斷基準이 명확할 필요가 있다. 이와 같은 이유로 일반적으로 말한다면, 善과 衡平에 의한 仲裁은 당사자가 그 權限을 仲裁人에게 부여한 경우에 한정하는 것이 타당하다고 생각한다.

5. 仲裁節次

(1) 仲裁節次的 意義

仲裁節次란 일반적으로 仲裁의 구체적인 진행과정을 말하나 경우에 따라서는

27) Mauro Rubino-Sammartano, 前掲書 p.469. "The term amiable composition is still used in many languages, meaning in all of them to settle."

중재진행의 準則을 말하기도 한다. 중재진행과정에서 좁은 의미의 仲裁節次란 중재인후보자에 대한 중재인지면통지에서부터 仲裁判定에 이르기까지의 전 과정을 말하기도 하고 중재신청인이 당해 紛爭을 仲裁에 부탁할 것을 요구한 書面을 피신청인이 수령한 때로부터, 즉 仲裁節次의 개시에서부터 仲裁判定에 이르기까지의 全過程을 말한다. 이에 대하여 넓은 의미의 仲裁節次란 仲裁事件이 접수되어 仲裁判定이 내려질 때까지의 진행과정을 의미한다고 할 수 있다.

仲裁節次는 당사자자치의 원칙에 따라 원칙적으로 당사자들이 任意로 정할 수 있다. 仲裁契約은 당사자간의 紛爭의 해결을 제3자인 仲裁人에게 맡기고 仲裁人이 행한 仲裁判定에 복종함으로써 紛爭을 해결하는 것을 목적으로 체결된 契約이다. 따라서 仲裁概念의 본질적 요소는, ① 당사자의 契約에 그 기초를 두고 있다는 것, ② 裁判을 받을 權利를 포기한다는 것, ③ 제3자의 判定에 복종한다는 것 등 3가지이다. 이와 같이 仲裁은 일종의 私的 裁判이라고 할 수 있으므로 그 節次도 기본적으로는 당사자의 任意에 맡겨져 있다. 그러나 이것은 仲裁節次가 전적으로 당사자의 意思에만 일임되어 있다는 뜻은 아니다. 즉, 仲裁節次에는 仲裁制度의 기능이 충분히 발휘되지 못할 위험성이 잠재되어 있는 까닭에 국가는 仲裁에 관하여 公益을 유지하는 동시에 당사자를 보호하기 위하여 仲裁契約, 仲裁節次 및 仲裁判定에 대한 일련의 규정을 두어 규제를 하고 있는 것이 보통이다.

만일 당사자사이에 仲裁節次에 대한 合意가 없는 경우에는 仲裁判定部가 적절한 방식으로 진행할 수 있다.

(2) 仲裁節次의 法的性質

1) 訴訟法說

訴訟法說은 그 근원적 형태에 있어서 仲裁判定도 국가로부터 위탁된 公權力의 발현으로 보는 견해이다.²⁸⁾ 이 견해는 法은 모두 국가로부터 나오는 것이 정당하다고 보아서 국가에 法律制定의 독점을 요구할 뿐 아니라 오로지 국가기관만이 法律的 紛爭을 判定하여야 한다고 주장하고 法的 紛爭에 대한 타 기관의 判定에 대하여는 국가가 이 기관에 국가의 권리를 위탁하였다거나 國家法院에 의한 사후

28) 김홍규, “중재제도의 기능과 전망”, 『중재』, 1991, 11쪽.

심사의 判定이 있을 때까지 一時的, 暫定的 判定인 경우에 한하여 拘束力이 주어진다고 본다.

訴訟法說의 목표는 仲裁節次에 있어서 仲裁人의 公正성과 獨立性を 보장하고 기타 仲裁節次의 法治國家的 保障을 하려는데 있다.

2) 實體法說

實體法說은 仲裁節次에 있어 仲裁判定을 私人的 自治的 司法的 法律判定權의 表現이라고 보는 견해이다.

당사자는 仲裁契約에 근거하여 仲裁判定을 履行하여야 할 의무를 부담하는 것이므로 仲裁節次는 實體法的인 仲裁契約의 履行過程으로 본다. 국제거래관계로부터 발생하는 많은 法的 紛爭을 仲裁로 해결하려는 경우 仲裁契約의 準據法도 일반의 私法的 契約에 있어서와 마찬가지로 涉外私法上 당사자자치의 원칙을 적용하려고 한다.

仲裁節次的 法的 性質을 訴訟法說로 보는 경우 仲裁判定의 法的 性質도 당연히 國家法院의 判決과 동시하여야 하며 이 경우 外國仲裁判定에 대하여도 外國判決에 관한 규정이 적용되어야 하는 문제가 있다. 이에 대하여 仲裁관 당사자자치 내지 사적자치를 근거로 하며 仲裁判定은 私人인 仲裁人이 당사자가 仲裁契約에 의하여 수여한 紛爭에 대한 判定權에 근거한 私的行爲이며 따라서 仲裁判定에도 주권문제나 국가의 권위 문제가 개입될 수 없어 實體法說이 합당하다고 생각된다.

(3) 仲裁節次的 準據法

仲裁가 개시되어 仲裁判定이 내려질 때까지의 일련의 節次過程을 규율하는 법은 반드시 仲裁契約의 準據法과 동일할 필요는 없다. 仲裁가 자치적 분쟁해결방법이라는 점을 중시한다면, 仲裁節次에 대해서도 당사자자치를 인정하더라도 무방할 것이라고 보는 견해이다(다수설). 國際去來契約에 있어서 仲裁契約 자체 속에 미리 仲裁節次에 관한 條項을 두는 경우도 있으나, 仲裁節次的 準據法에 대해서까지 合意하는 경우는 드물다. 仲裁節次的 準據法에 대하여 明示的 合意가 없는 경우에는 당사자의 意思를 推定하여 합리적인 準據法을 결정하게 된다. 보통

상설중재기관이 지정되어 있는 경우에는 당해 중재기관이 정하는 仲裁節次에 따를 意思가 있는 것으로 推定되며, 또 仲裁地가 지정되어 있는 경우에는 그 곳의 法을 準據法으로 할 意思가 있는 것으로 推定된다.

이에 대하여 仲裁節次는 節次法上的 문제이므로 仲裁地法에 따라야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있다. 이 견해에 의하면, 仲裁規則은 仲裁地의 強行規定에 위반되어서는 안 되며, 또 法院은 仲裁地가 自國인 경우에 한하여(즉, 仲裁節次의 準據法이 自國法인 경우에 한하여) 仲裁人의 선정, 증거조사 등에 대한 지원 및 협력을 행하면 된다고 해석되고 있다.

仲裁節次의 準據法은 仲裁付託, 仲裁人의 선정, 仲裁節次의 진행, 仲裁判斷 등의 문제에 적용된다.

(4) 당사자가 缺席한 경우

紛爭이 仲裁에 부탁된 경우에 불리한 判定을 받을 우려가 있는 일방의 당사자가 仲裁을 불가능하게 할 목적으로 缺席하여 증거자료를 제출하지 않더라도 仲裁節次에 대한 통지가 정당하게 발송된 이상 仲裁人은 仲裁을 진행시킬 수 있다. 이것은 결석한 당사자가 權利를 포기한 것으로 볼 수 있으므로 처리의 신속을 기하기 위한 조치이다(대한상사중재원 중재규칙 제37조). 그러나 이 경우에는 결석한 당사자의 입장이 전적으로 무시되므로 이것도 仲裁制度의 節次上的 문제점이라고 생각한다.

(5) 仲裁審理의 非公開

訴訟節次는 일반적으로 公開되는데, 이것은 訴訟 중에 있음이 세간에 알려지는 것을 싫어하는 사람에게는 불리하며, 더욱이 사업의 내용이나 영업상의 비밀이 누설될 위험마저 있다. 이에 대하여 仲裁節次는 非公開이므로 그러한 위험을 피할 수 있다.

(6) 上訴制度의 有無

裁判에는 3審制가 채택되어 있으나, 仲裁는 원칙적으로 1審制로서 上訴할 수 없다. 가령 仲裁判定의 내용이 부당하더라도 仲裁合意나 節次上的 중대한 欠이 있기 때문에 取消의 대상이 되는 경우 이외에는 그것은 최종적인 결정으로서 당사자를 구속한다(仲裁法 제35조, 제36조, 제37조).

제 3 절 國際商事仲裁의 기본적 構造

I. 商事仲裁의 要件

商事仲裁의 일반적인 要件으로서는 다음의 여섯 가지를 들 수 있다.

첫째, 紛爭의 主體인 當事者들이 있어야 한다.

紛爭의 主體인 당사자들이 自然人 및 自然人 이외의 權利義務의 主體인 法人이 될 수 있다. 회사는 營利를 목적으로 하는 法人이므로 대체로 商事仲裁의 主體는 회사인 法人이 대종을 이룬다고 할 수 있다.

둘째, 紛爭의 客體, 즉 係爭物이 있어야 하며 私法上的 權利 기타 私法上的 法律關係이어야 한다(仲裁法 제1조, 제3조 제1항).

즉 仲裁에는 다툼이 되는 目的物이 있어야 하며 이는 당사자들이 처분할 수 있는 私法上的 紛爭인 당사자들이 처분할 수 있는 權利 기타 法律關係이어야 하며 형사, 행정사건 등의 公法上的 法律關係는 포함되지 않는 것이 원칙이다. 또한 私法上 法律關係라도 재산권관계가 아닌 혼인관계나 친자관계와 같은 身分關係 그리고 通常의 訴訟에 의한 判決節次로서 해결할 수 없는 非訟事件²⁹⁾, 執行事件, 保

29) 비송사건(非訟事件)이라 함은 廣義로는 민사소송사건 이외의 모든 민사에 관한 사건을 가리킨다. 狹義로는 비송사건절차법에 의하여 처리되는 사건을 가리킨다.

全事件 등은 그 대상이 되지 않는다. 우리나라의 仲裁法은 舊 仲裁法 제4조 제3항에서 商行為로 인하여 발생하는 法律關係에 관한 仲裁을 商事仲裁라고 하여 商事仲裁를 특별히 규정하였으나 1999년 改正된 仲裁法에서는 商事仲裁를 별도로 규정하지 아니하였다.

셋째, 당사자간에 法律行為로서 仲裁合意³⁰⁾가 있어야 한다.

『合意는 당사자간에 法을 만든다(Consent makes the Law)』 또는 『慣習과 合意는 法을 지배한다(Custom and Agreement overrule the Law)』는 法諺이 있다.

訴訟은 당사자의 일방이 法院에 訴를 提起할 수 있으나 仲裁는 반드시 당사자간 仲裁에 의하여 紛爭을 해결하겠다고 하는 仲裁合意가 있어야만 訴訟에 갈음하여 仲裁에 의해 紛爭을 해결할 수 있게 된다. 仲裁合意는 仲裁契約이라고도 한다. 仲裁合意는 紛爭의 발생전이나 발생한 후 모두 가능하며 紛爭이 발생하기 전, 장래에 발생할지 모르는 紛爭에 대한 仲裁合意를 事前仲裁合意라고 하고 이미 紛爭이 발생하여 현존하는 紛爭의 仲裁合意를 事後仲裁合意라 할 수 있다. 前者의 경우는 仲裁條項(arbitration clauses)에 의하여 이루어지고 後者の 경우는 仲裁付託合意(submission)에 의하여 이루어진다. 仲裁合意는 또한 口頭에 의한 合意는 아니 되며 반드시 書面으로 하여야 한다.³¹⁾

(1) 비송사건절차법에 의한 사건 - (ㄱ) 민사소송사건으로는 법인에 관한 각종 사건의 관할, 신탁법상의 사건에 관한 관할, 신탁사무의 감독, 재판상대위, 공탁, 법인등기, 부부재산약정의 등기에 관한 사항 등이 있고, (ㄴ) 상사비송사건으로는 상법상의 각종 사건에 관한 관할, 검사인, 각종 회사업무에 관한 감독, 사채, 회사의 청탁, 상업등기 등이 있다.

(2) 절차의 특색 - 비송사건절차법에 의한 절차는 반드시 소송과 같이 엄격·획일적인 것이 아니고, 비송사건절차는 신청에 의하여 또는 직권으로 개시되나 사안의 심리에 대하여서는 법원에 광범한 권한이 부여되어 직권탐지주의가 채택되고, 비공개로 행하여지고 검사의 참여도 인정되고 재판은 결정에 의해서 이루어지고, 이유를 불일 필요도 없고 고지로써 즉시 발효하고 재판후에도 취소변경이 인정되는 등이 그 특색으로 되어 있다.

(3) 재판의 내용 - 재판의 내용은 보통 형식적이며 일단 재판이 고지되면 당사자뿐만 아니라 일반 제3자와 다른 국가기관도 이에 기한 실질적효과를 승인하지 않으면 안된다.

30) 중재법 제3조 제2항 참조, UNCITRAL 모델중재법 제7조 제1항 참조, 조문은 다음과 같다.

“Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

31) 중재법 제8조 참조, UNCITRAL 모델중재법 제7조 제2항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of

넷째, 분쟁당사자들이 紛爭을 判定하도록 위탁한 仲裁人이 있어야 한다.

일반적으로 당사자들이 선정한 仲裁人에 의하여 仲裁節次가 진행되며 仲裁審理 終決 후 仲裁人이 내린 仲裁判定에 따라 紛爭이 해결된다. 仲裁節次는 仲裁判定 部³²⁾에 의하여 진행되며 仲裁判定部는 仲裁人으로 구성된다. 상설중재기관에는 仲裁人으로 이루어진 중재인단이 있으며 상설중재기관은 중재인단을 관리한다. 우리나라에서는 대한상사중재원에서 위촉한 국내·외 仲裁人으로 구성된 중재인 단이 있으며 대한상사중재원에서 이를 관리하고 있다.

<표-3> 중재인단 현황표

구 분	인 원 수
법 조 계	244
실 업 계	274
학 계	276
공 공 기 타 단 체	93
공 인 회 계 사 및 변 리 사	35
외 국 인	31
합 계	953

* 자료 : 대한상사중재원, 중재인 구성 현황(2004년 6월 1일 현재)

telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.”

32) 중재법 제3장 (중재판정부), UNCITRAL 모델중재법 제3장 (중재판정부의 구성) 참조.

다섯째, 당사자는 法院에 의한 裁判을 받을 權利를 포기하여야 한다.

訴訟과 仲裁은 선택적인 것이어야 하며 憲法에도 규정된 국민의 基本權의 하나인 裁判을 받을 權利인 裁判請求權(憲法 제27조 제1항)을 포기하는 것이어야 한다. 따라서 紛爭에 대한 法院의 裁判權이 배제되어야 한다. 仲裁란 당사자간의 合意에 의하여 私法上的 紛爭을 法院의 訴訟에 의하지 않고 私人인 제3자를 仲裁人으로 선정하여 그에게 紛爭의 해결을 맡기는 것으로 仲裁合意는 紛爭에 대한 法院의 裁判權을 배제하는 약속이라고 할 수 있다. 그리하여 유효한 仲裁合意가 있는 紛爭事件을 法院에 提訴하게 되면 訴는 却下된다. 이것은 私人이 紛爭의 해결방법을 合意하는 것도 私的自治 내지 契約自由의 原則의 하나라는 것을 국가가 承認한 것이다. 다만, 仲裁合意가 부존재·무효이거나 效力을 상실하였거나 그 履行이 불가능한 경우에는 訴訟을 提起할 수 있다.³³⁾

여섯째, 당사자들은 仲裁人의 判定에 대해 무조건 복종하는 것이어야 하며 그 判定은 終局的이고 拘束力이 있는 것이어야 한다. 일단 判定이 내려진 紛爭事件에 대하여는 提訴할 수 없고 再審이나 不服申請을 할 수 없다. 따라서 仲裁은 訴訟과 같이 終局性이 있어 仲裁裁判이라고도 한다. 다만, 判定의 當否문제가 아닌 節次上的 欠이 있는 경우에는 제한된 범위내에서 仲裁判定取消의 訴가 인정된다.

II. 商事仲裁의 利點과 問題點

1. 商事仲裁의 利點

國際商事仲裁은 國際訴訟에 비하여 여러 가지 利點을 지니고 있다. 즉, ① 國際訴訟에 의할 때에는 오랜 시간과 많은 비용이 소요되므로 신속·저렴을 이상으로 하는 國際仲裁制度를 이용하는 것이 유리하며(경제성), ② 國際商去來關係는 商慣

33) 중재법 제9조 제1항 참조, UNCITRAL 모델중재법 제8조 제1항 참조, 조문은 다음과 같다.

“A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

첩의 지배를 받는 경우가 많으므로 法律에 기속되는 법관의 판단보다도 商去來의 실정에 정통한 仲裁人の 判定이 오히려 합리적일 수가 있으며(전문성), ③ 訴訟節次는 公開³⁴⁾되므로 사업의 내막과 영업상의 비밀이 외부에 누설될 위험이 있으나 仲裁에 있어서는 이러한 위험이 없으며(절차의 비공개성), ④ 仲裁의 경우 단 한번의 判定만으로써 사건이 最終적으로 확정되지만, 訴訟에 있어서는 敗訴한 당사자가 上訴수단을 남용함으로써 節次를 지연시킬 위험이 있다.(판정의 신속성)

國際商事仲裁를 國際訴訟과 비교해 볼 때, 위에서 본 一般的 利點 이외에, 다음과 같은 구체적 利點이 있다.

(1) 仲裁抗辯의 국제적 承認

1923년 제네바의정서 및 1958년 뉴욕협약은 仲裁에 의하여 紛爭을 한다는데에 대하여 당사자간에 유효한 合意(仲裁契約)가 있는 경우에 仲裁의 抗辯의 성립을 인정하고 있다. 즉, 이들 條約의 締約국 法院은 유효한 仲裁契約이 존재할 때에는 이 仲裁契約에 위반하여 提起된 訴訟에 있어서 당사자의 일방으로부터 仲裁의 抗辯이 있으면, 그 仲裁의 抗辯을 인정하여 訴訟의 却下 또는 停止를 명할 것을 조약상의 의무로 하고 있다. 따라서 國際商事仲裁에 대해서는 仲裁契約의 대상인 紛爭은 仲裁에 의하여 해결하지 않을 수 없다고 하는 “國際條約에 의한 制度的 保證”이 이들 條約의 締約국 간에 존재한다. 또 締約국이 아니더라도 仲裁의 抗辯을 인정하고 있는 나라도 적지 않다. 그 결과 仲裁契約이 존재함에도 불구하고 訴訟이 제기될 위험성은 적다고 할 수 있다.

仲裁制度의 역사가 비교적 오래된 나라에서는 이들 條約이 성립되기 전부터 이미 國際去來紛爭에 대한 仲裁의 抗辯을 承認하고 있었다.

(2) 仲裁地의 豫見可能性

34) “公開審理主義 - 裁判의 審理와 宣告를 일반인이 방청할 수 있는 상태에서 행하는 주의이다. 국민에게 재판관을 감시시켜 그 공정성을 담보하고 사법에 대한 국민의 신뢰를 유지하는 한편 허위진술, 허위 증언을 방지하려는 데 그 목적이 있으며, 근대국가의 사법제도의 기본으로 채택되어 있는 바이다. 여기서 재판이라 함은 법률상의 실체적 권리관계 자체를 확정하는 것인 소송사건의 재판만을 뜻하며, 또 공개하여야 할 것은 변론절차와 판결의 선고이다. 소송사건이라도 재판의 심리는 국가의 安全保障, 安寧秩序 또는 善良한 風俗을 해할 염려가 있을 때에는 결정으로 공개하지 않을 수 있으며, 이 경우에는 이유를 開示하여야 한다.” 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2002, 262-263쪽.

당사자간의 仲裁契約에서 仲裁地에 대한 合意를 할 수 있는 것은 말할 것도 없다. 이러한 仲裁契約을 기초로 하는 仲裁의 경우에는 仲裁地에 대한 合意는 仲裁人을 구속하는 결과로 약정된 仲裁地 이외의 장소에서 仲裁가 행해진다는 것은 고려될 수 없는 것이 보통이므로 訴訟의 경우처럼 國際的 二重起訴의 위험성 문제가 생길 여지가 없다. 따라서 仲裁地의 예측은 法廷地의 예측과 비교할 때 확실성이 높으며, 그 때문에 仲裁節次에 적용될 仲裁地法の 예측도 쉽게 된다.

(3) 準據法の 豫見可能性

仲裁契約의 당사자간에 仲裁人이 紛爭의 해결에 적용하여야 할 準據法에 대한 合意가 있는 경우에 仲裁人은 法院과는 달리 이 準據法에 항상 구속되므로 紛爭의 해결에 적용할 準據法の 예측도 訴訟에 비하여 쉽다.

그 결과 仲裁의 경우에는 法廷地의 國際民事訴訟法이나 國際私法에 구속되는 訴訟의 경우와는 달리, 仲裁契約의 내용을 미리 정비해 둬으로써 仲裁의 결과를 예측하기가 쉽다고 할 수 있다.

(4) 仲裁判定의 국제적 執行의 可能性

仲裁의 결론인 仲裁判定의 경우에는 자발적 履行도 적지 않으나, 당사자가 자발적으로 履行하지 않을 때에는 仲裁地에 있어서의 執行에 대해서는 仲裁地法이, 그리고 외국에 있어서의 執行에 대해서는 제네바협약, 뉴욕협약, 2국간 조약 등을 적용함으로써 그 執行이 가능하다는 것은 앞에서 본 바와 같다.

이것은 判決과 仲裁判定의 본질적 차이에 기인한 것이다. 즉, 外國判決은 外國法院의 공권력에 의한 판단이며, 국가주권의 발동결과로 간주되므로 外國判決의 執行을 용인한다는 것은 外國主權을 자국내에서 행사하게 하는 것이 되기 때문에 각국은 그 執行을 제한하는 태도를 취하고 있다. 이에 반하여 仲裁判定은 당사자의 자유의사에 의한 仲裁의 合意를 기초로 하여 私人인 仲裁人이 내린 판단으로서 국가주권의 발동으로는 보지 않기 때문에 각국은 모두 外國仲裁判定의 承認 및 執行에 대하여는 관대한 태도를 취하고 있다는 데 기인한다.

(5) 主權免除原則의 극복³⁵⁾

당사자간의 合意를 바탕으로 하는 仲裁의 경우에는 당사자의 일방이 국가 또는 국가기관이라 하더라도 仲裁에 의한 분쟁해결에 동의함으로써 主權免除를 포기한 것으로 간주되는 경우가 많고, 이 경우에는 主權免除의 문제가 회피될 수 있다.

2. 商事仲裁의 問題點³⁶⁾

(1) 總說

訴訟과 仲裁을 비교해 볼 때에 仲裁은 紛爭의 당사자간에 적대감정을 일으키지 않고, 紛爭을 간이·신속히 또 경제적으로 시의에 맞게끔 해결할 수 있음을 특색으로 한다. 특히 國籍이 다른 당사자간에 貨物의 장소적 이동을 수반하는 國際去來上의 紛爭에 대하여는 準據法·裁判管轄 등 여러 가지 어려운 문제를 안고 있는 訴訟制度에 비하여 많은 利點을 지니고 있다.

이와 같이 현재에 있어서는 國際商事紛爭에 대한 訴訟外 紛爭解決手段(ADR)인 國際商事仲裁은 國際訴訟에 倂連적으로 수반하는 문제점을 상당한 정도로 해결하고 있으므로 유일하게 유효한 분쟁해결수단으로 간주되고 있다. 그러나 다른 한

35) “주권면제(sovereign immunity)문제의 회피관련하여, 사회주의국가와의 거래나 개발도상국과의 금융 거래에서 볼 수 있는 바와 같이, 국제거래의 일방당사자가 국가 또는 국가기관인 국제거래(국가통상)가 이루어지고 있음은 현대 국제거래의 하나의 특징이다. 국가통상에 관하여는 그 당사자인 국가 또는 국가기관에 대하여 국제법상 주권국가 또는 국가기관에 대하여 인정되고 있는 주권면제의 원칙의 적용을 제한하려고 하는 입법이 선진주요국에서 실현되어 왔으나, 아직 보편적인 단계는 아니다. 즉, 국가거래에 대해 주권면제원칙의 적용이 항상 제한되고 있지는 않다. 따라서 국가통상에 관련된 국제거래분쟁을 소송에 의하여 해결하려고 한다면, 주권면제의 문제에 봉착되지 않을 수 없는 경우가 적지 않다. 이에 대하여 당사자간의 합의를 바탕으로 하는 중재의 경우에는 당사자의 일방이 국가 또는 국가기관이라 하더라도 중재에 의한 분쟁해결에 동의함으로써 주권면제를 포기한 것으로 간주되는 경우가 많고, 이 경우에는 주권면제의 문제가 회피될 수 있다. 이 점을 고려한다면, 국가통상에 있어서의 분쟁당사자에게는 국제상사중재는 필요불가결한 제도라고 할 수 있다.” 강이수, 『국제거래분쟁론』, 삼영사, 2002, 354-355쪽.

36) “상사중재의 문제점으로 ① 예측가능성과 법적 안정성의 문제, ② 중재인의 신뢰성 문제, ③ 단심제의 문제 등을 지적하기도 한다.” 최장호, 前掲書, 265쪽,
“중재제도의 단점으로 ① 불확실성, ② 진실발견의 어려움, ③ 국내중재에 있어서 집행 가능성의 감소, ④ 다수당사자간의 분쟁을 일거에 하나의 절차에서 해결하기가 어려움을 지적하기도 한다.” 목영준, 『상사중재법론』, 박영사, 2001, 8쪽.

편으로 國際商事仲裁에 대하여는 전혀 문제가 없다고는 할 수 없고, 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

(2) 仲裁契約의 必要不可缺性

仲裁의 경우 당사자간에 仲裁契約이 존재하지 않는 한, 그 당사자간의 紛爭處理를 仲裁에 의하여 해결할 수 없다는 점은 큰 문제점으로 지적되고 있다.

(3) 國際條約의 適用範圍에 의한 制約

國際去來와 관련을 맺고 있는 주요국들은 仲裁에 관한 國際條約의 가맹국으로 되어 있으나, 세계 속의 모든 나라가 제네바협약이나 뉴욕협약의 가맹국은 아니다. 그 결과, 비가맹국에 있어서 仲裁判定의 執行이 예상되는 것과 같은 경우에는 仲裁가 유효하게 기능을 수행할 수 없다고도 생각된다.

(4) 仲裁에 의하여 해결가능한 紛爭의 範圍에 대한 制約

당사자간의 國際商事紛爭의 전부가 仲裁에 의하여 해결할 수 있는 것은 아니다. 예컨대, 無體財產權의 成立이나 獨占禁止法 違反與否에 대한 판단과 관련된 紛爭의 경우에는 이것을 仲裁에 의하여 해결하는 것을 법적으로 금지하고 있는 나라도 적지 않다.³⁷⁾ 仲裁地 또는 仲裁判定의 執行地가 이와 같은 나라일 때에는 仲裁節次의 實施 또는 仲裁判定의 執行이 곤란하게 된다.³⁸⁾

(5) 仲裁地 選擇의 곤란성

세계 중 어느 곳에서도 신뢰할 수 있는 仲裁人을 선임하여 양질의 중재기관 서

37) 예컨대, 우리나라에서도 “당사자가 처분할 수 없는 법률관계”에 대하여는 중재계약을 체결할 수 없다.”(중재법 제2조 제1항 단서).

38) 뉴욕협약 제2조 제1항에 의하여, 중재에 의한 해결이 가능하지 않은 사항에 대한 중재계약은 승인되지 않으며, 제5조 제2항 (a)에 의하여 중재판정의 집행거부원인으로 본다.

비스를 받는다는 것은 현실적으로 매우 어렵다. 이와 같이 國際商事仲裁의 仲裁地로서 적당한 장소는 한정되어 있기 때문에 적절한 仲裁地의 선정이 쉽지 않다는 것도 문제점으로 지적된다.

(6) 仲裁人の 代理人 認識

각 당사자가 각각 1명씩의 仲裁人을 선정하는 경우에 당사자 일방에 의하여 선정된 仲裁人은 자기 자신을 선정한 당사자에 대하여 일종의 의리감을 가지게 되고 당사자의 代理人으로 생각하는 경향이 있다.

仲裁人の 권한은 당사자와의 仲裁人契約에 의하여 발생하는 것은 사실이나, 이 契約이 委任契約 또는 倒給契約은 아니다. 仲裁人은 당사자의 代理人이 아니라 당사자의 의리와는 별개, 독립의 지위에서 判定을 하여야 하므로 仲裁人 契約은 일종의 特殊契約이라고 할 수 있다.

(7) 上訴制度가 없다는 점

裁判의 3審 制度가 敗訴한 당사자의 정당한 요구에 응하여 裁判의 정당성을 보장하고, 나아가 司法制度에 대한 신뢰를 확보하기 위한 制度이다. 그러나 仲裁에 있어서는 裁判에 敗訴할 만한 중대한 결함이 없는 한 判決에 대한 不服申請이 인정되지 아니한다. 이것은 訴訟의 남용을 방지함으로써 사건을 신속히 처리하려는 仲裁制度의 본질적 요구인 동시에 그 장점의 하나이다. 그 반면 仲裁를 이용하려고 하는 사람에 대하여는 큰 불안을 안겨다 주는 요인이 되고 있다.³⁹⁾

(8) 양당사자 주장의 折衷式 判定 경향

외국의 예를 보면, 仲裁人이 가끔 안일한 折衷主義에 의하여 判定을 내리는 경

39) 사법재판소에는 상소할 수 없으나, 중재제도의 테두리 안에서 상급중재심을 인정하고 있는 나라도 있다. 예컨대 노르웨이, 네덜란드, 오스트리아, 인도 등인데 중재제도로서는 예외에 속한다.

한편, 프랑스, 포르투갈, 페루, 파라과이, 우루과이 등에서는 판정에 대하여 사법재판소의 항소가 인정되고 있다. 다만, 이러한 나라에서는 “법에 의한 중재”에 대해서만 항소가 인정될 뿐이며, 우의적 중재에 대하여는 상소가 허용되지 아니한다.

우가 있다. 이것은 仲裁人에게는 법관과 같이 強制處分權이 없는데다가 판정기한이 짧게 정해져 있는 것이 보통이기 때문이다. 그러나 이러한 折衷主義는 서로 대립되는 주장에 대하여 그 當否에 관한 判定을 회피하는 태도이므로 仲裁制度의 이용자에게 불안을 안겨 주는 요인이 되고 있다.

(9) 節次上的 問題點

1) 당사자가 缺席한 경우의 審理

仲裁節次는 기본적으로는 任意性을 띠고 있으므로 당사자가 仲裁節次를 지연시킬 가능성이 있다. 따라서 각국의 仲裁立法 또는 仲裁規則은 불리한 判定을 받을 우려가 있는 당사자가 仲裁를 불가능하게 할 목적으로 정당하게 통지를 받았음에도 불구하고, 고의로 결석함으로써 증거자료의 제출을 게을리한 경우에는 결석한 채로 仲裁節次를 진행시킬 수 있도록 하고 있는 것이 보통이다.

그러나 이 점은 결석한 당사자의 입장이 전적으로 무시될 위험성이 내포하고 있으므로 특히 주의할 필요가 있다.

2) 仲裁에 있어서의 변호사 費用

仲裁人の 보수를 포함한 仲裁費用은 각국의 사정에 따라 다소 차이가 있으나, 係爭金額의 5% 이하인 경우가 많다. 그러나 당사자가 변호사를 代理人으로 선임한 경우에는 변호사비용을 부담하여야 하는데, 복잡한 클레임에 있어서는 재판보다도 오히려 변호사비용이 더 많이 들 때도 있다. 왜냐하면, 仲裁에 있어서는 訴訟의 경우와 같이 진술과 증거의 제출에 대하여 法的 制約이 가해지지 않을 뿐만 아니라 仲裁人の 仲裁法廷에서의 지휘권도 법적으로 보장되어 있지 않은 까닭에 자칫하면 節次가 장기화될 가능성이 있기 때문이다.

(3) 結語

國際商事仲裁는 결코 만능약은 아니다. 그러나 國際商事仲裁에 내재하는 이러

한 문제점에도 불구하고 國際訴訟과 國際商事仲裁를 비교해 보면, 國際去來紛爭의 분쟁처리제도로서 현실적으로 유효한 기능을 수행할 수 있는 것은 國際商事仲裁라는 결론에 도달하지 않을 수 없다.

한편, 각국의 仲裁制度의 실정은 반드시 동일하지는 않다. 이와 같은 다양성을 극복함으로써 仲裁制度를 국제적으로 통일시키려는 움직임은 주로 ICC의 발의와 추진에 의하여 1920년대에 2개의 다수국간 조약이 체결되었고, 그 후 뉴욕협약과 유럽중재협약 등도 탄생되었다. 이것은 國際貿易이 발달됨에 따라 國際去來上의紛爭에 대하여 仲裁制度를 널리 이용하려는 각국의 실업가들의 요망이 구체화된 데 불과하다. 어떻든, 당사자의 仲裁合意만을 기초로 하여 國際裁判 또는 國際裁定的 개념을 확립하는 것만이 國內法の 상위로 인하여 발생하는 곤란한 문제를 제거시킬 수 있을 것이다. 따라서 오늘날의 商事仲裁制度는 이미 국내적인 제도의 영역을 넘어서 國際的 制度, 즉 國際商事仲裁制度로서의 지위를 확고히 하고 있다.

國際商事仲裁는 그 제도적 결함이 전혀 없는 것은 아니지만 이것은 운영의 묘에 의하여 극복할 수 있으리라고 생각된다. 더욱 국제간의 경제교류의 증대는 필연적으로 紛爭의 대량처리시대를 도래하게 하며, 또한 이러한 시대에 있어서는 仲裁制度만이 적절한 해결제도라고 할 수 있다. 영국, 미국 및 유럽제국 등에서는 商事契約 가운데에 仲裁條項(arbitration clause)을 삽입하는 것이 일반적이 商慣行으로 되어 있으며, 仲裁契約을 포함하지 않는 契約은 극히 드문 실정이다. 우리나라에서도 商事仲裁制度가 이미 확립되어 있으므로 國際去來 당사자들은 商事仲裁에 대한 충분한 인식을 통하여 이 제도를 유효하게 이용할 필요가 있음은 물론 仲裁制度의 활성화를 위하여 위에 언급된 문제점들을 개선·해결하는 것이 바람직할 것이다.

제 4 절 國際商事仲裁의 效用과 機能

I. 商事仲裁의 效用

國際商事仲裁의 國內·國際的인 效力 등 많은 장점과 특성으로 商事仲裁의 效用은 광범위하다.

첫째, 仲裁制度란 본질상 裁判이나 法の 지배와 같이 흑백을 명확히 하는 *suum cuique tribuere*(각자에게 그의 것을 줌)가 아니고 양당사자에게 互讓을 전제로 하여 우선 붕괴되어 가는 상호관계를 회복시켜 장래에 공존할 수 있는 노선을 발견토록 하는 것이다. 이 때문에 계속적·반복적, 대량적·정형적 성격의 商去來에서 발생하는 분쟁해결방법으로 매우 적합할 뿐만 아니라 특히 訴訟의 경우와 같은 管轄權의 문제에서 벗어날 수도 있어 國際去來나 국제마케팅에서 생긴 國際去來紛爭의 해결에 있어서는 더욱 商事仲裁가 이상적이다.

둘째, 국가를 일방당사자로 하는 기업과의 契約紛爭의 경우, 주권국가는 다른 국가의 裁判權으로부터 면제된다는 主權免責의 문제로 司法裁判은 裁判管轄에 의해 방해될 수 있으나 商事仲裁의 이용은 主權免責의 주장을 포기하는 것으로 간주하여 이러한 난점을 제거시킨다.

셋째, 司法節次에 의해서 처리할 수 없는 공산주의국가나 사회주의국가와의 國際去來에서 야기되는 紛爭도 商事仲裁人에 의하여 해결할 수 있다는 점이다.

國際商業會議所(ICC)에서 발행된 仲裁法廷의 이용에 대한 통계숫자는 이러한 국가들의 분쟁당사자들의 ICC 仲裁節次의 이용이 증가되고 있음을 보여준다. 다수의 공산주의·사회주의 국가들은 뉴욕협약 등과 같은 국제중재협약을 비준하여 이들 국가에서 이루어진 仲裁判定의 執行可能性이 보장되었다.

II. 商事仲裁의 機能

1. 商事仲裁의 複合的 機能

商事仲裁은 그 특질과 장점으로 商事紛爭의 자주적 해결 외에 여러 가지 다양한 현실적 기능을 발휘한다. 이러한 기능을 대별하여 商事仲裁의 法的 機能과 社會·經濟的 機能으로 구분할 수 있다.

2. 商事仲裁의 法的 機能

(1) 私的紛爭解決 및 權利救濟機能

仲裁란 당사자간의 紛爭을 당사자들이 선정한 공정한 제3자인 仲裁人에게 해결하여 줄 것을 부탁하고 仲裁人은 당사자의 주장과 증거에 입각하여 결정을 내림으로써 당사자를 구속하고 紛爭을 최종적으로 해결하는 당사자들 자신에 의해 창설된 제도이다. 이 때문에 私的紛爭解決 및 權利救濟機能을 한다고 할 수 있다. 이를 司法的 機能이라고도 할 수 있다.

商事仲裁은 仲裁判定을 통하여 당사자간의 紛爭을 해결하여 주고 法院判決에 갈음하는 기능을 한다.

(2) 訴訟大體的 機能

仲裁은 和解, 調停 등과 같이 非訴訟的 분쟁해결방법의 하나이나 裁判과 같은 拘束力을 갖는다. 우리나라의 仲裁法에서도 仲裁判定은 당사자간에서는 法院의 確定判決과 같은 效力이 있다고 규정하고 있다(仲裁法 제35조). 따라서 商事仲裁은 訴訟大體的 機能을 한다.

(3) 法院業務輕減機能

仲裁은 분쟁사건의제 해결을 통하여 지속적으로 증가하는 訴訟事件을 경감시켜 법관의 업무량을 줄이며 法院이 정상적인 機能을 수행하도록 지원하는 機能을 한다.

(4) 商事仲裁의 社會·經濟的 機能

國際去來의 질적인 복잡성과 양적인 증가에 따라 國際去來紛爭도 복잡, 다양해졌다. 國際商事仲裁는 이에 부응하여 紛爭을 신속하고 경제적으로 해결하고 거래 상대방과의 거래관계를 유지하게 하여 國際去來를 원활하게 하고 활성화하게 한다.

제 3 장 國際商事仲裁判定の 承認과 執行

제 1 절 仲裁判定の 一般論

I. 仲裁判定の 意義

仲裁判定이란 仲裁合意(仲裁契約)의 당사자들이 부탁한 紛爭의 해결을 위하여 仲裁人(仲裁判定部)이 하는 최종적인 결정(final decision)을 뜻하며 그 외 仲裁判定文이나 仲裁判定에 의하여 인정된 請求權의 대상(지급금으로서의 위약금 등)을 의미한다. 仲裁判定이 이루어질 때 仲裁人의 權限도 終了된다.⁴⁰⁾

仲裁判定이란 양 당사자사이에 終局的이고 拘束力이 있으며 執行可能 하여야 실효성이 있다. 일반적으로 仲裁判定에서 勝訴한 당사자는 敗訴한 당사자의 재산이 소재한 곳에서 強制執行을 하려고 할 것이고 仲裁判定에는 직접적인 強制執行力이 없어 특히 國際仲裁에 있어서는 그 나라의 法院에 의한 執行判決을 받아 執行하게 된다. 이 경우 外國仲裁判定을 어떤 기준과 범위내에서 承認하고 인정할 것인가는 집행국 法院에 의하여 결정되기 때문에 仲裁判定の 執行에는 여러 가지 문제가 있다. 일반적으로 仲裁判定이 타국에서 承認되고 執行되기 위해서는 仲裁判定の 주체인 仲裁人이나 仲裁判定部가 정당하게 구성되어야 하고 仲裁合意가 仲裁適格性을 가져야 하며 仲裁節次나 仲裁判定이 準據法이나 仲裁節次規則에 반하지 않아야 한다. 또한 仲裁判定이 承認되고 執行되는 나라의 公共秩序 내지 公序良俗 및 強行法規에 反하지 않는 등 仲裁判定の 取消事由나 拒絕事由가 없어야 한다.

40) Gabriel M. Wilner, 『Domke on Commercial Arbitration』, Callaghan and Company, 1984, p.458.

II. 仲裁判定의 法的 性質

1. 判決說(節次地法說)

거의 모든 문명국가에서는 商去來上의 요구에 의하여 仲裁制度를 시인하며, 그 기초가 되는 仲裁契約에 대해서도 동일한 效力을 인정하고 있다. 그 결과 仲裁判定은 당연히 既判力과 執行力을 지닌다는 점을 강조하면, 仲裁判定은 訴訟法上 또는 公法上의 行爲에 속한다고 한다.

이에 의하면 仲裁合意의 法的 性質도 당연히 訴訟法上의 合意라고 보고 따라서 仲裁合意의 要件과 效力도 仲裁가 이루어지는 국가의 法律에 의한다고 한다. 仲裁合意는 實體法上의 合意가 아니기 때문에 당사자자치의 원칙이 적용될 여지가 적다고 본다.

2. 契約說(準據法說)

仲裁契約을 私法上 내지 實體法上의 契約으로 보고, 仲裁節次의 전체를 이 契約으로부터 발생하는 당사자간의 實體法上의 法律의 발전으로 파악하는 견해⁴¹⁾이다. 즉, 당사자는 仲裁契約의 체결에 의하여 仲裁節次의 목적인 仲裁判定을 받는데 필요한 모든 행위를 信義誠實의 原則에 따라 이행하여야 할 의무를 서로 부담하는 것이라고 한다. 이 설이 현재의 다수설이다.

3. 檢討

이상에서 살펴본바와 같이 仲裁判定에 관한 학설로는 判決說과 契約說이 있는데, 이를 종합적으로 비교·검토하여 보면 다음과 같다.

즉, 仲裁判定의 기초가 되는 仲裁契約은 仲裁制度를 운영하는데 있어서 핵심이 되고 있다. 仲裁法 제3조 제1호에서는 「당사자간의 合意로 私法上의 紛爭을 法院의 裁判에 의하지 아니하고 仲裁人의 判定에 의하여 解決」하는 것을 仲裁契約

41) 김홍규, “외국중재판정의 국내에서의 승인 및 집행”, 대한상사중재협회, 1971, 32쪽.

이라고 규정하고 있다. 따라서 仲裁契約은 私法上の 法律關係이므로 刑事事件이나 行政爭訟事件과 같은 公法上の 法律關係는 포함하지 않는 것이 명백하고, 또한 같은 私法上の 法律關係와 관련된 것이라도, 예컨대 非訟事件, 家事審判事件, 執行事件, 保全事件 등을 仲裁契約에서 다루어질 수 없다. 또한 仲裁法 제1조에 규정되어 있는 「法院의 判決이 아닌 仲裁에 의하여 私法上の 紛爭을 적정·공평·신속하게 解決함을 目的」으로 한 것이 仲裁制度의 목적이므로 仲裁契約 내지 仲裁判定도 이와 같은 목적에 따라서 법적으로 그 성질을 해석하여야 할 것이다. 또한 仲裁人도 紛爭을 判定하게 되므로 실제로는 法官으로서의 기능을 가지고 있지만, 이는 기본적으로 紛爭當事者の 合意에 의거하여 私人的 자격으로 행하는 것이다. 이와 같은 관점에서 仲裁人이 행하는 仲裁節次와 法院의 法官이 행하는 訴訟節次 간에는 근본적인 차이점이 존재하게 되는 것이다. 또한 仲裁制度가 발전하여온 역사를 보더라도 특히 商事仲裁制度는 法院의 訴訟을 배제하고 당사자간의 自治的 紛爭解決手段으로서 仲裁判定에 대한 당사자의 承服을 전제로 하여 발전하여 왔기 때문에 이러한 관점에서 보면 判決說보다는 契約說이 좀더 타당성이 있다고 판단된다.

Ⅲ. 仲裁判定의 種類

1. 終局判定(final award)

終局判定이란 법원의 確定判決과 같이 紛爭事件을 종결시키는 判定이다. 일반적으로 모든 仲裁判定은 終局判定이라고 할 수 있으며 사건을 완결하는 범위에 따라 全部判定, 一部判定, 追加判定으로 구분할 수 있다.

2. 全部判定(full award)

全部判定이란 사건의 전부에 대하여 審理를 완료한 때에 하는 判定을 뜻한다.

일반적으로 仲裁人은 紛爭의 대상으로 判定이 요구되는 모든 사항에 대하여 최종적인 결정을 仲裁判定으로 하도록 하여야 하며 그 중 일부가 제외되는 경우에

는 그러한 仲裁人의 判定은 그 진부가 不適法, 無效라 할 것이다. 또한 仲裁人은 한 가지 이상의 終局判決을 할 수 있는 특별한 授權을 받고 있지 않는 한 오직 한 가지 終局判決을 할 수 있다.

3. 一部判定(partial award)

一部判定이란 중재부탁사항이 가분적인 경우에 그 청구내용의 일부에 대하여 審理를 완료한 후에 終局的으로 하는 判定을 의미한다. 일반적으로 一部判定은 당사자의 요청에 의해서나 仲裁人의 재량으로 가능하다고 본다. 가분적인 청구내용부분이란 그 부분이 특정될 수 있어야 하고 또한 그 액수도 확정적이어야 하는 것이며 막연히 청구의 수량적 일부를 지칭하는 것이어서는 아니 된다.

4. 追加判定(additional award)

追加判定이란 중재부탁사항중의 일부에 대하여 判定을 遺脫하였을 경우에, 이를 보충하기 위하여 하는 終局判定을 말한다.

우리나라의 仲裁法은 당사자들이 달리 기간을 정하지 아니하는 한 각 당사자는 仲裁判定의 정본을 받은 날로부터 30일 이내에 다음 각호의 하나에 규정된 정정·해석 또는 追加判定을 仲裁判定部に 신청할 수 있다하고 그 하나로서 仲裁節次에서 주장되었으나 仲裁判定에 포함되지 아니한 청구에 관한 追加判定에 대하여 규정하고 있다(仲裁法 제34조 제1항, 제6항).

5. 臨時判定(interim award)

臨時判定이란 당사자간에 별도의 정함이 없는 한 仲裁人은 그 자신이 타당하다고 판단하면 중재부탁사항중의 특정한 부분에 대하여 그것에 국한하여 중간적인 판단을 하는 것으로 그 자체로서 완전한 것이 될 수 있다는 것이며 그 대상이 되어 있는 특정사항에 대하여는 그것은 全部判定이 될 수 있다. 臨時判定 또는 中間判定은 終局的 仲裁判定을 하기 위한 준비단계에서 하는 仲裁判定이라 할 수 있다.

6. 選擇的判定(alternative award)

選擇的 또는 代案的 判定이란 仲裁判定文 가운데 제시된 대안중의 하나가 실행 불가능할 경우일지라도 다른 대안이 명확하고 또한 실행가능한 경우에는 그러한 판정은 유효한 것으로 해석되는 것이다. 예를 들면 仲裁判定文에 「피신청인은 신청인에 대하여 미화 1,000불을 지급하라. 만일 그 지급이 불가능한 경우에는 향후 3월 이내에 미화 1,030불을 지급하라」는 경우와 같다.

7. 確認判定(declaratory award)

確認判定이란 당사자의 權利 또는 法律問題에 대하여 仲裁判定部の 의견을 선언할 뿐 그 밖의 하등의 행위 또는 不作爲를 명하지 아니하는 判定을 確認判定이라고 한다. 이는 紛爭의 대상이 금전의 請求가 아니라 權利에 관한 것일 경우에 이루어진다.

IV. 仲裁判定의 形式

1. 仲裁判定의 成立과 方法

仲裁判定은 판정형식을 구비함으로써 성립한다고 할 수 있으나 반드시 일정한 서식에 의할 필요는 없다. 그러나 국내외 상설중재기관에서는 편의상, 관행상 일정한 판정문 서식을 취하고 있는 것이 일반적이다.

일반적인 仲裁判定文에는 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 代理人이 있는 경우에는 그 代理人의 성명과 주소, 판정주문, 판정이유, 중재신청연월일과 판정문 작성일자, 분쟁경위와 신청금액, 중재인명, 중재인의 서명 등이 포함된다.

한편 仲裁判定의 방법은 당사자자치가 인정되나 실제에는 仲裁法制나 상설중재기관의 仲裁規則에 의한다. 복수의 仲裁人으로 仲裁判定部가 구성된 경우 仲裁人들의 의견이 일치하지 않는 경우에는 다수결에 의하여 결정하던가 의장중재인이

결정하게 되나 多數決原則에 따르고 만일 가부동수가 있게 되는 경우에는 의장중재인이나 仲裁法院의 長이 결정하는 것이 일반적이다.

UNCITRAL 모델중재법은 仲裁判定部の 결정방법(decision-making by panel arbitrators)은 2인 이상의 仲裁人에 의한 중재진행의 경우에 仲裁判定部の 모든 결정은 당사자간에 별도의 合意가 없으면 그 전 구성원중의 과반수결의에 의한다고 하고 그러나 仲裁節次의 문제는 당사자 또는 仲裁判定部 전원의 授權이 있으면 의장중재인이 결정할 수 있다고 규정하고 있다.⁴²⁾ 와싱턴협약⁴³⁾에서는 判定은 다수결투표에 의하여 문제를 결정하여야 한다고 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 한국의 仲裁法에서는 仲裁判定部の 의사결정은 당사자간에 다른 合意가 없는 경우에 3인 이상의 仲裁人으로 구성된 仲裁判定部の 의사결정은 과반수의 결의에 의한다고 하고 다만 仲裁節次는 당사자간에 合意가 없거나 仲裁人 전원이 權限을 부여하는 경우에는 절차를 주재하는 仲裁人이 단독으로 이를 결정할 수 있다고 규정하고 있다(仲裁法 제30조)고 하여 UNCITRAL 모델중재법의 결정방법을 취하고 있다.

2. 書面性과 署名

仲裁判定은 書面으로 작성되어야 하고 仲裁人의 署名이 있어야 한다. 署名이 없는 仲裁判定은 效力이 없다.

42) UNCITRAL 모델중재법 제29조 참조, 조문은 다음과 같다.

“In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.”

43) 와싱턴협약 前文. “체약국은 경제발전을 위한 국제적 협력의 필요와 그에 대한 국제민간투자의 역할을 고려하고, 이러한 투자와 관련하여 일방 국가와 타방 체약국 국민간에 분쟁이 수시로 야기될 수 있는 가능성에 유의하고 이러한 분쟁은 통상적으로는 국내의 법적 절차에 따르겠지만 때로는 국제적인 해결방법이 적절한 것임을 인정하고, 일방 체약국과 타방 체약국 국민이 원한다면 이러한 분쟁을 회부할 수 있는 국제조정 또는 국제중재기관의 유용성을 특히 중요시하고, 이러한 기관을 국제부흥개발은행의 주관하에 설치할 것을 희망하고, 이러한 분쟁을 동 기관에 의한 조정 또는 중재에 회부한다는 데 대한 당사국간의 상호동의를 구속력있는 합의를 구성하며 동 합의는 조정위원의 어떠한 건의에 대하여서도 적절한 고려를 할 것과 또한 어떠한 판정도 준수되어야 한다는 것을 특히 요구하는 것임을 인정하고, 어떠한 체약국도 본 협약에 비준·수락 또는 동의를 하였다는 단순한 사실만으로서 자국의 동의없이 특정한 분쟁을 조정·중재에 회부하여야 할 의무를 갖는 것으로 간주되지 아니함을 선언하며 다음과 같이 합의한다.”

44) 와싱턴협약 제48조 제1항 참조.

UNCITRAL 모델중재법은 판정문은 書面으로 작성하며 仲裁人의 署名이 있어야 한다고 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 한국의 仲裁法도 仲裁判定은 書面으로 작성하여야 하며 仲裁人 전원이 署名하여야 한다고 규정하고 있다(仲裁法 제32조 제1항).

그러나 仲裁人이 복수인 경우 仲裁判定文에 仲裁人 전원의 署名이 있어야 하는가에 대한 문제가 있다. 仲裁判定部의 仲裁人은 원칙적으로 전원이 署名하여야 하나 이 문제도 당사자간의 合意에 따라 달라질 수 있고 仲裁節次의 準據法에 의해 달라질 수 있다.

UNCITRAL 모델중재법은 2인 이상의 仲裁에 있어서는 仲裁判定部 구성원중의 과반수의 署名으로 충분하다고 하고 다만 이 경우에는 署名이 생략된 이유가 기재됨을 요한다고 명시하고 있다(UNCITRAL 모델중재법 제31조 제1항). 한국의 仲裁法은 3인 이상의 仲裁人으로 구성된 仲裁判定部의 경우에는 과반수에 미달하는 일부 仲裁人에게 署名할 수 없는 사유가 있는 때에는 다른 仲裁人이 그 사유를 기재하고 署名하여야 한다고 규정하고 있다.⁴⁶⁾

3. 主文과 理由의 記載

仲裁判定文에는 主文이 기재되어야 한다. 判定主文이란 訴訟에 있어서 判決主文과 같이 仲裁判定의 결론적 부분이다. 仲裁申請에 放訴抗辯이 있다든지 신청요건에 欠缺이 있는 경우에는 却下되고 중재신청이유가 없는 때에는 棄却될 수 있다.

仲裁判定文에 이유를 기재하여야 하는가에 대하여는 立法例에 따라 상이하다. 일반적으로 英美法係 국가에 있어서는 仲裁判定文에 이유의 기재가 요구되지 않고 大陸法係 국가에서는 이유의 기재가 요구되는 것으로 대비되었으나 英美法係 국가의 대표격인 영국은 1996년 UNCITRAL 모델중재법을 수용하여 仲裁法을 改

45) UNCITRAL 모델중재법 제31조 제1항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.”

46) UNCITRAL 모델중재법 제32조 제1항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.”

正하면서 당사자들이 이유 없는 것으로 승의하지 않는 한 이유를 기재하도록 규정하였다.⁴⁷⁾ 당사자들은 當事者自治의 原則, 契約自由의 原則에 따라 仲裁判定文의 이유기재에 대하여 승의할 수 있다.

UNCITRAL 모델중재법에서는 仲裁判定文에는 그 判定의 근거가 되는 이유를 기재하여야 한다고 하고 다만 당사자간에 理由不記載에 대하여 승의하였거나 또는 仲裁判定文이 和解에 의하여 승의된 내용의 判定인 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다.⁴⁸⁾

와싱턴협약에서는 仲裁判定은 仲裁判定部에 제출된 모든 문제를 해결하여야 하며 判定의 근거가 되는 이유를 명시하여야 한다고 규정하고 있다.⁴⁹⁾

한국의 仲裁法에서는 仲裁判定에는 그 判定의 근거가 되는 이유를 기재하여야 한다고 하고 다만 당사자간에 승의가 있거나 和解仲裁判定인 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다(仲裁法 제32조 제2항). 오늘날 仲裁判定文에 主文과 더불어 이유를 기재하는 것은 일반적인 추세인 것으로 보인다.

V. 仲裁判定의 基準과 範圍

1. 仲裁判定의 基準

仲裁判定의 基準은 일반적으로 法에 의한 仲裁을 원칙으로 하고 善과 衡平에 의한 仲裁은 특히 당사자가 그러한 판단기준의 授權에 승의하였을 경우 및 仲裁節次의 準據法에 그것을 허용하고 있는 경우에만 적용할 수 있다.

UNCITRAL 모델중재법 제28조⁵⁰⁾와 뉴욕협약 제3조⁵¹⁾, 와싱턴협약 제42조⁵²⁾

47) 영국연방중재법 제52조 제4항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The award shall contain the reasons for the award unless it is an agreed award or the parties have agreed to dispense with reasons.”

48) UNCITRAL 모델중재법 제31조 제2항 참조, 조문은 다음과 같다.

“The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.”

49) 와싱턴협약 제48조 제3항 참조.

50) 조문은 다음과 같다.

등에서는 法에 의한 仲裁原則을 명시하고 있다. 한국의 仲裁法도 仲裁判定部는 당사자들이 지정한 法에 따라 判定을 내려야 한다고 하고 특정 국가의 法 또는 法體系가 지정된 경우에 달리 명시되지 아니하는 한 그 국가의 涉外私法이 아닌 紛爭의 실체에 적용될 法을 지정한 것으로 본다고 규정하고 있다(仲裁法 제29조 제1항). 그리고 당사자들이 명시적으로 權限을 부여한 경우에 한하여 衡平과 善에 따라 判定을 내릴 수 있다고 규정하고 있다(仲裁法 제29조 제3항).

또한 나아가 위의 實體法上的의 문제가 아닌 節次法上的의 문제에 대하여는 仲裁人은 사실관계의 存否의 판단을 위하여 제출된 증거의 신빙성과 유용성은 自由心證으로 함을 원칙으로 한다. 한국의 仲裁法은 強行規定에 反하지 아니하는 한 당사자들은 仲裁節次에 관하여 合意할 수 있다고 하고 이러한 合意가 없는 경우 仲裁判定部가 이 法의 규정에 따라 적절한 방식으로 仲裁節次를 진행할 수 있다. 이 경우 仲裁判定部는 증거의 능력, 관련성 및 증명력에 관하여 판단할 權限을 가진다고 규정하고 있다(仲裁法 제20조 제1항, 제2항).

“Article 28. Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.”

51) 조문은 다음과 같다.

“Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.”

52) 조문은 다음과 같다.

“(1) 재판소는 당사자가 합의하는 법의 규정에 따라 분쟁을 해결하여야 한다. 이러한 합의가 없는 때에는 분쟁당사자인 계약국의 법률(국제사법규정을 포함) 및 적용 가능한 국제법의 규정을 적용하여야 한다.

(2) 재판소는 적용법규가 없음을 이유로 재판을 거부할 수 없다.

(3) 제1항 및 제2항의 규정은 분쟁당사자가 합의하는 경우 공평과 선에 입각하여 분쟁을 결정할 재판소의 권한을 침해할 수 없다.”

2. 仲裁判定の 範圍

仲裁判定の 範圍는 仲裁人の 管轄權限의 문제라고 할 수 있으며 仲裁合意에 따라 정해진다. 즉 仲裁判定部는 원칙적으로 仲裁管轄權의 범위내에서만 判定할 수 있다. 仲裁判定の 範圍는 仲裁合意의 범위내이며 당사자들로부터 부탁된 사항에 관하여는 전부 결정을 하여야 하며 그 한계를 벗어나서도 아니 된다. 만일 仲裁判定部가 仲裁判定の 範圍를 벗어난 紛爭에 대하여 判定을 한다면 그 仲裁判定은 取消될 수 있다.

제 2 절 仲裁判定の 效力

I. 仲裁判定效力의 一般論(仲裁判定の 強制性)

仲裁는 당사자의 合意를 바탕으로 하여 이루어지는 자주적인 해결방법이므로 당사자는 仲裁判定에 절대적으로 복종하여야 한다는 강행적인 일면이 있다. 만약 이에 불응하면 國家公權力에 의한 強制執行을 받는다. 이 점에서 訴訟과 유사하다고 할 수 있다.

이에 대하여 調停은 仲裁의 경우와 같이 調停에 의한다는 合意가 전제조건이나, 調停案에는 拘束力이나 既判力이 없다. 결국 調停의 경우에는 紛爭을 종결시킬 것인가의 여부는 당사자에게 最終決定權이 있으나 裁判 및 仲裁의 경우에는 紛爭을 종결시키는 最終決定權은 법관 및 仲裁人에게 있고 당사자는 그 결과를 강제 당하게 된다.⁵³⁾

II. 仲裁判定의 國內的 效力

仲裁判定의 效力은 仲裁節次의 準據法이 정하는 바에 의한다. 따라서 우리나라를 仲裁地로 하는 仲裁判定(즉, 仲裁節次의 準據法이 한국법으로 되어 있는 경우의 仲裁判定)은 당사자간에 있어서는 確定判決과 동일한 效力이 있다. 이를 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다.

1. 確定判決과 동일한 效力

우리나라의 仲裁法 제35조는 “仲裁判定의 당사자간에 있어서는 法院의 確定判決과 동일한 效力이 있다.”고 규정하고 있다. 이와 같이 法律이 私人이 행한 仲裁判定에 대하여 確定判決과 동일한 效力을 부여한 것은 당사자가 最終적으로 이에 복종할 것을 약속했기 때문이다.

다시 말하면, 이러한 자치적 분쟁해결수단에 의해서도 法院에 私法秩序가 유지·실현될 수 있기 때문이다. 보통 仲裁判定에 대하여는 法院에 不服申請을 할 수 없으므로 일단 仲裁判定이 행하여진 경우에는 그것은 형식적으로 확정된다. 따라서 그 이후에는 仲裁判定을 撤回하거나 또는 변경할 수가 없는 것이다.

2. 既判力

仲裁判定의 내용은 당사자를 구속하는 規範性을 지닌다. 즉, 그 내용이 당사자간의 권리관계의 存否를 확인하는 것이거나 또는 給付義務의 존재에 기하여 給付를 명하는 것인 경우에 仲裁判定이 행하여진 이후에는 당사자가 仲裁判定에 의하여 확정된 권리관계를 다툴 수 없다. 이것은 곧 仲裁判定에는 既判力이 있음을 의미한다.

3. 執行力の 問題

53) “중재판정의 법적성질에 대하여는 사행위설(무구속력설), 소송법설(판결설), 계약설 3가지 학설이 있다.” 강이수, 『국제거래분쟁론 -예방, 해결, 상사중재-』, 삼성사, 2002, 369-370쪽.

執行力은 국가에 전속되어 있으며, 또 執行의 要件도 國法에 의하여 정해져 있다. 法院의 確定判決은 국가권력에 기하여 國法에 따라서 행한 것이므로 당연히 執行力도 가지고 있다.

그러나 仲裁判定은 私的인 분쟁해결행위로서 그 權威는 당사자의 合意에 기초를 두고 있을 뿐만 아니라 반드시 國法에 적합하게 행해진다는 보장이 없으므로 仲裁判定 그 자체 만으로서는 執行力이 없다. 따라서 仲裁判定의 내용을 국가에 전속하는 執行權의 행사에 의하여 실현하기 위해서는 國法에 의하여 執行力을 부여받을 필요가 있는 것이다. 즉, 法院의 執行判決이 있어야만 비로써 仲裁判定을 執行할 수가 있다(仲裁法 제37조).

결국, 당사자가 私的 판결인 仲裁判定의 강제적 실현을 요구하는 경우에는, 法院은 이를 허용하기 전에 仲裁判定의 내용의 당부에는 미치지 않고, 주로 형식적·외관적인 면에 국한되는 것이 일반적인 慣行이다.

이와 같이 仲裁制度는 國法에 의한 執行力을 그 배후에 가지고 있으므로 매우 유효한 해결수단으로 간주된다.

Ⅲ. 仲裁判定의 國際的 效力

1. 仲裁判定의 國籍(內國仲裁判定과 外國仲裁判定의 구별)

우리나라의 仲裁法은 仲裁에 대하여 法院의 협조와 仲裁判定에 의한 強制執行을 규정하고 있다(仲裁法 제28조, 제37조). 이 규정은 內國仲裁判定에만 적용된다. 또 우리나라의 法院은 外國仲裁判定의 取消에 대한 管轄權을 가지고 있지 않다. 이러한 이유로 內國仲裁判定과 外國仲裁判定의 구별이 필요하다. 양자의 구별에 관한 논점은 仲裁判定의 國籍문제로 불리어지기도 하는데, 이에 대해서는 節次地法說과 準據法說이 대립되어 있다.

節次地法說은 仲裁에 있어서는 仲裁人이 그 임무를 수행하여 仲裁判定을 내리는 곳이 중요한 의미를 지니고 있으므로 仲裁節次 및 仲裁判定이 내려진 곳을 기준으로 兩者를 구별하는 견해이다. 그러나 가령 仲裁節次地가 여러 곳으로 전진하는 것과 같은 경우에는 그 확정이 곤란하다던가 또는 仲裁判定이 있기까지 判

정의 國籍이 확정되지 않는다는 것은 부당하다는 등의 비판이 있다.

이에 대하여 準據法說은 仲裁節次·仲裁判定은 仲裁契約의 발전과정과 그 성과이므로 仲裁契約의 準據法을 기준으로 하여야 한다는 견해이다. 그러나 한국법을 準據法으로 하는 중재판단도 순수한 內國仲裁判定과 다른 문제를 포함하는 경우가 있다거나 또는 경우에 따라 準據法의 확정이 곤란하다는 등의 비판이 있다.

1958년의 뉴욕협약 제1조 제1항에 의하면, 外國仲裁判定이라 함은 “仲裁判定의 承認 및 執行의 요구를 받은 국가 이외의 국가 영토 내에서 내려진 判定” 및 “承認 및 執行의 요구를 받은 국가에서 內國判定이라고 인정되지 아니하는 仲裁判定”이라고 정의하고 있다. 여기에서 뉴욕협약은 節次地法說을 채택한 것처럼 보이나, 그것은 協約의 적용범위를 독자적 입장에서 한정 한 것이며, 나라마다 판단 기준이 구구하기 때문에 타협적 해결을 한 것으로 볼 수 있고, 반드시 節次地法說을 채택하고 있다고 단언할 수는 없다고 본다.

仲裁判定의 國籍문제는 우리나라 法院의 仲裁節次에의 협조와도 관계된다(仲裁法 제28조). 仲裁節次에 대한 협조는 非訟的 성질을 지닌 것으로서 外國仲裁節次에 대한 협조를 부정하는 견해와 外國仲裁判定의 承認·執行을 인정하는 이상 그 바탕이 되는 절차에 대한 협조를 부정할 이유는 없다는 견해가 대립되고 있다.

2. 外國仲裁判定의 承認 및 執行

裁判權은 국가주권의 발동이므로 판결의 效力은 원칙적으로 主權이 미치는 범위 안에 한정되고 外國에는 미치지 않는 것이 보통이다. 그러나 仲裁判定은 순전히 私法上의 행위이므로 主權이나 司法權의 權威와는 관계가 없다고도 볼 수 있다. 따라서 당사자의 意思에 의한 承認에 대해서 국경을 그을 필요가 없으므로 仲裁判定은 국경이나 法域을 넘어서 外國에서도 그 效力을 미칠 수 있는 특성을 지니고 있다.

여기서 문제가 되는 것은, 外國에서 행하여진 仲裁判定의 效力은 그 상대국에서도 당연히 承認되는가이다. 外國仲裁判定에 대하여는 條約關係 또는 相互保證이 있는 국가에서 행하여진 것은 國內仲裁判定과 동일하게 취급되는 것이 慣行으로 되어 있다.⁵⁴⁾ 우리나라는 外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관하여 다수국간 條

約인 뉴욕협약⁵⁵⁾과 兩國間 條約인 한·미 우호통상 및 항해조약을 체결⁵⁶⁾하고 있으므로 대부분의 경우에 이 條約에 따라 처리된다. 仲裁協約 중에서도 뉴욕협약은 가장 중요한 위치에 있는데, 우리나라는 동 協約의 적용에 대해 相互主義를 선언하고 있기 때문에 “다른 체결국의 영역에서 행해진 仲裁判定”만이 우리나라에 있어서 “外國仲裁判定”으로서 承認 및 執行을 거부할 수 있는 사유에 대해서는 뉴욕협약 제5조에 규정되어 있다.⁵⁷⁾ 사실, 外國仲裁判定의 承認과 執行에 대하여는 나라에 따라 法制上으로 조금씩 차이가 있다. 外國仲裁判定을 國內判定과

54) Domke, *op. cit.*, p. 368 이하 및 Dokme, 『American arbitral awards : enforcement in foreign countries』, University of Illinois Law Forum, 1965, p. 399-410.

55) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award ; New York Convention, 1973. 5. 9. 가입.

56) Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Republic of Korea and the United States of America, 1956. 11. 28. 서명, 1957. 11. 7. 발효.

57) 조문은 다음과 같다.

“1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) The award has not yet become binding, on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”

동일하게 취급하는 나라도 있고, 外國仲裁判定을 內國判定과 동일하게 취급하는 나라도 있고, 혹은 外國判決과 동일하게 취급하여 相互保證을 요구하고, 判定이 행해진 나라의 執行判決이 있어야 하는 것으로 정한 나라도 있다. 우리나라에서는 外國仲裁判定에 대한 明文의 규정이 없으나, 條約 등에 의하여 相互保證이 있는 나라와의 사이에서는 그 나라의 사회질서에 反하지 않는 한, 원칙적으로 執行이 가능하다고 본다. 또 우리나라와 仲裁協約 관계가 없는 나라에 있어서의 外國仲裁判定의 承認 및 執行에 대해서도 明文의 규정이 없기 때문에 견해가 대립될 수 있다. 결국, 이 경우에는 條理에 따라 판단하여야 할 것이다. 다만, 그 承認 및 執行의 要件으로서는 ① 仲裁契約이 유효할 것, ② 仲裁判定이 公序에 反하지 않을 것, ③ 仲裁節次에 있어서 절차보장이 있을 것 등이 갖추어져야 할 것이다.

제 3 절 仲裁判定의 承認과 執行에 관한 檢討

I. 仲裁判定의 承認과 執行 意義

訴訟의 경우 法院의 判決은 원칙적으로 주권국가의 私法作用인 強制執行의 성격상 外國에서 직접 執行力을 가질 수 없으며 外國法院의 새로운 절차에 따라 그 國內的 效力이 주어진다. 外國法院의 判決에 대한 각국의 立法태도는 일정하지 않다. 어떤 나라에서는 소위 封鎖立法을 하여 자국의 公序를 이유로 하여 그 執行을 금지하기도 한다. 특히 기업연합 또는 자기의 국익과 관련된 문제에서 外國判決의 承認·執行을 저지시키는 立法경향이 뚜렷하다.⁵⁸⁾ 우리나라는 法律에 의한 自動承認制度를 취하고 있으며 法律이 규정하는 承認要件을 갖춘 外國判決은

58) 김용진, 『국제민사소송전략』, 신영사, 1997, 183쪽.

특별한 절차를 거치지 않고도 法律上 당연히 承認의 效力이 발생한다. 그러나 承認된 外國의 判決을 執行하는 데에는 또 다른 통상적인 執行節次를 필요로 한다. 이는 執行이 별개의 집행기관에서 행사되는 주권적 행위로 파악되기 때문이다. 그리하여 먼저 執行判決에 대하여 그 適法함이 宣告되어야 한다. 外國判決이 國內的 效力을 인정받기 위하여 民事訴訟法에 따라 承認管轄權, 被告의 방어권을 주 내용으로 하는 節次的 公正性, 公序良俗 및 상호보증요건을 충족하여야 한다.

仲裁判定의 경우 國內仲裁判定과 外國仲裁判定으로 구별되며 仲裁判定의 承認·執行上 차이가 있다. 國內仲裁判定이란 자국영토 내에서 내려진 仲裁判定을 의미한다. 外國仲裁判定이란 대체로 仲裁判定의 承認·執行을 요구받은 국가의 영토 밖, 外國에서 내려진 仲裁判定 또는 仲裁判定의 承認·執行을 요구받은 국가의 國內法에 의해 內國仲裁判定이라고 할 수 없는 仲裁判定을 의미한다고 할 수 있다.

仲裁判定은 敗訴한 당사자가 자발적으로 이행하면 별 문제가 없지만 그렇지 않을 경우에는 法院의 執行判決에 의하여 強制執行을 하거나 압력을 가하여야 실효성이 있다. 그리하여 仲裁判定의 承認·執行에 있어서 국가법원의 介入이 요구되어진다. 國內仲裁判定과 달리 外國仲裁判定에 대하여는 각국법원에 의한 私法的 強制가 보장되는 경우에만 자주적 분쟁해결수단으로서 실효성이 있게 된다. 그리하여 세계 각국은 국가간의 協約을 체결하여 條約國에서 행한 仲裁判定에 대하여는 가능한 한 國內仲裁判定과 같이 承認·執行을 인정하여 外國仲裁判定의 承認과 執行을 용이하게 하고 있다. 이와 같은 外國仲裁判定의 承認·執行에 대한 대표적인 國際協約이 바로 1955년에 작성되고 1958년에 유엔총회에서 채택된 뉴욕협약이다.

外國仲裁判定의 承認이란 外國의 仲裁判定을 자국의 仲裁判定과 같이 보아주고 자국법원의 確定判決과 같은 效力을 인정하여 주는 것이라 할 수 있다. 또한 外國仲裁判定의 執行이란 外國의 仲裁判定에 대한 強制執行을 의미한다. 國內仲裁判定에 대하여는 法院의 確定判決과 같은 效力을 가지기 때문에 法院의 執行判決에 의하여 強制執行이 가능하다. 그러나 外國仲裁判定에 대하여는 國內仲裁判定과는 달리 外國仲裁判定의 承認節次가 필요하다.

UNCITRAL 모델중재법은 外國仲裁判定은 그 判定이 어느 국가 내에서 내려졌는지의 여부를 불문하고 拘束力이 있는 것으로 承認되어야 하며 書面으로 管轄

法院에 신청하면 본조 및 仲裁判定의 承認과 執行을 拒否하는 이유의 규정에 순응할 것을 조건으로 하여 執行되어야 한다고 규정하고 있다(仲裁法 제36조). 또한 仲裁判定文을 원용하거나 그 執行을 신청하는 당사자는 정당하게 인증된 판정문의 원본 또는 정당하게 증명된 그 사본과 仲裁合意의 정의와 방식에 규정된 仲裁合意書의 원본 또는 정당하게 증명된 그 사본을 제출하여야 한다고 하고 仲裁判定文 또는 合意書가 당국내의 공용어로 작성되어 있지 아니하는 경우에는 당사자는 당해 공용어로 번역된 것을 정당하게 증명하여 제출하여야 한다고 仲裁判定의 承認과 執行節次에 대하여 명시하고 있다(仲裁法 제35조).

뉴욕협약은 각 체약국은 仲裁判定을 다음조항에 규정한 조건하에서 拘束力이 있는 것으로 協約이 적용되는 仲裁判定의 承認 또는 執行에 있어서는 內國仲裁判定의 承認 또는 執行에 있어서 부과하는 것보다 실질적으로 엄중한 조건이나 고액의 수수료 또는 과징금을 부과하여서는 아닌 된다고 규정하여 外國仲裁判定의 承認과 執行에 대하여 명시하고 있다.⁵⁹⁾

일방국가와 타방국가 국민간의 투자분쟁해결에 관한 協約인 와싱턴협약도 각 체약국은 本 協約 따라 내려진 判定은 拘束力이 있는 것으로 承認하고 그 判定에 의하여 과하여진 금전상의 의무를 자국법원의 終局判決과 같이 執行하여야 한다고 하며 연방헌법을 가진 체약국은 상기관정을 그 국가의 연방법원에서 또는 이를 통하여 執行할 수 있으면 또한 연방법원은 그 判定을 州 法院의 終局判決과 동일하게 취급할 것으로 정할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 체약국의 영역내에서 承認이나 執行을 구하는 당사자는 동 국가가 이 목적을 위하여 지정한 管轄法院 또는 기타 기관에 대하여 사무국장이 인증한 판정문의 사본을 제출하여야 한다고 하고 각 체약국은 이 목적을 위한 管轄法院 또는 기타 기관의 지정이나 그 후에 동 지정의 변경이 있을 때에는 이를 사무국장에게 통고하여야 한다고 규정하고 있으며 判定의 執行은 執行이 요구된 국가에서 效力이 있는 裁判執行에

59) 뉴욕협약 제3조 참조, 조문은 다음과 같다.

“Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.

관한 法律에 의하여 규제되어야 한다고 명시하고 있다.

한국의 仲裁法은 仲裁判定의 承認 또는 執行은 法院의 承認 또는 執行判決에 의한다고 하고 外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 協約의 적용을 받는 外國仲裁判定의 承認 또는 執行은 동 協約에 의한다고 규정하여 국내 및 외국의 仲裁判定을 구별하여 仲裁判定의 承認 또는 執行에 대하여 명시하고 있다(仲裁法 제37조, 제39조).

II. 뉴욕협약상의 外國仲裁判定의 承認·執行

1. 國際條約에 의한 承認·執行

外國仲裁判定의 承認·執行에 관련한 國際條約으로는 1923년의 제네바 의정서가 있다. 제네바의정서는 각 체약국은 자국영역내에서 행한 仲裁判定의 執行을 확보하는 약속을 함에 그치고 外國仲裁判定의 承認·執行에 대하여는 직접적인 규정을 두지 않았다. 그리하여 이를 보완하고 체약국상호간에는 外國仲裁判定에 強制執行力을 부여할 것을 상호 약속하는 外國仲裁判定의 執行에 관한 條約, 즉 1927년의 제네바협약을 체결하였다. 1958년에 이르러서는 外國仲裁判定의 執行을 훨씬 용이하게 한 뉴욕협약이 성립되어 제네바의정서와 제네바협약에 같음하게 되었다.

또한 1965년에는 국가와 외국사기업간의 仲裁에 관한 논의에 따라 세계은행은 국가와 타국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 協約, 즉 와싱턴협약을 성립시켰다. 이 協約에서는 判定의 執行은 그 국가에서 제정한 판결의 強制執行에 관한 法律에 의하여 규제된다.

仲裁判定의 承認·執行에 관련한 國際條約 중에서도 外國仲裁判定의 承認과 執行에 관한 유엔 협약인 뉴욕협약이 제일 중요하다고 영향력이 크다고 할 수 있다.

2. 外國仲裁判定의 承認과 執行을 위한 뉴욕협약

뉴욕협약은 仲裁判定의 承認 및 執行의 요구를 받은 국가 이외의 국가의 영토 내에서 이루어진 判定으로서 自然人 또는 法人間의 紛爭으로부터 발생하는 仲裁判定의 承認 및 執行에 적용된다. 이 協約은 또한 承認 및 執行을 요구받은 국가에서 國內判定이라고 인정되지 아니하는 仲裁判定에도 적용한다고 규정하여 뉴욕협약의 적용범위를 명시하고 있다.

또한 뉴욕협약은 어떠한 국가든 이 協約에 署名, 批准 또는 加入할 때, 또는 이 協約 제10조⁶⁰⁾에 의하여 확대적용을 통고할 때에 相互主義의 기초에서 다른 締約국의 영토내에서 이루어진 判定의 承認 및 執行에 한하여 이 協約을 적용한다고 선언할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 어떠한 국가든지 계약적 성질의 것이거나 아니거나를 불문하고 이러한 선언을 행하는 국가의 國內法上 商事上の 것이라고 인정되는 법률관계로부터 발생하는 紛爭에 한하여 이 協約을 적용할 것이라고 선언할 수 있다는 것을 명시하고 있다(뉴욕협약 제1조 제3항).⁶¹⁾ 前者의 경우를 相互主義 留保宣言이라고 한다.

한국은 1973. 2. 8. 뉴욕협약에 가입, 서명할 때 이 규정에 따라 相互主義 留保宣言과 商事限定 留保宣言을 하고 뉴욕협약에 가입한 바 있다. 따라서 뉴욕협약 가입국이 아닌 국가에서 내려진 外國仲裁判定은 한국에서 뉴욕협약에 따라 承認

60) 조문은 다음과 같다.

“1. Any State may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all or any of the territories for the international relations of which it is responsible. Such a declaration shall take effect when the Convention enters into force for the State concerned.

2. At any time thereafter any such extension shall be made by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations and shall take effect as from the ninetieth day after the day of receipt by the Secretary-General of the United Nations of this notification, or as from the date of entry into force of the Convention for the State concerned, whichever is the later.

3. With respect to those territories to which this Convention is not extended at the time of signature, ratification or accession, each State concerned shall consider the possibility of taking the necessary steps in order to extend the application of this Convention to such territories, subject, where necessary for constitutional reasons, to the consent of the Governments of such territories.

61) 조문은 다음과 같다.

“When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.”

및 執行된다고 할 수 없다. 또한 뉴욕협약 가입국에서 내려진 仲裁判定이라도 한국의 商法에서 商行爲로 인한 紛爭으로 볼 수 없다면 한국에서는 뉴욕협약이 적용되지 않는다고 할 수 있다.

뉴욕협약에는 총 134개국이 가입되었다.⁶²⁾

3. 뉴욕협약상 外國仲裁判定의 承認과 執行의 要件과 拒否要件

(1) 承認과 執行의 要件(積極的 要件)

뉴욕협약은 外國仲裁判定의 承認과 執行을 용이하게 하기 위하여 이를 요구하는 당사자는 協約에서 정한 서류만을 제출하면 되도록 규정하고 있다. 즉 그 仲裁判定의 承認과 執行을 얻기 위하여 承認과 執行을 신청하는 당사자는 ① 정당하게 인증된 판정원본 또는 정당하게 증명된 그 등본 ② 仲裁合意의 원본 또는 정당하게 증명된 등본 ③ 判定이나 合意가 원용될 국가의 공용어로 작성되어 있지 아니한 경우에는 공증인 또는 선서한 번역관, 외교관 또는 영사관에 의하여 증명된 번역문을 제출하기만 하면 된다(뉴욕협약 제4조).⁶³⁾

(2) 承認과 執行의 拒否要件(消極的 要件)

外國仲裁判定의 承認과 執行을 요구받고 이를 拒否하고자 하는 당사자는 관련 국가간 별도의 協約이 없는 한 뉴욕협약에 따라 이를 拒否할 수 있으며 그 拒否事由는 당사자의 입증에 의하여 拒否될 수 있는 사유와 執行國의 法院이 직권으

62) 가입국 현황 : 2004년 12월 기준.

63) 조문은 다음과 같다.

“1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:

(a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;

(b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.

2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.”

로 拒否할 수 있는 사유 등 두 가지로 나눌 수 있다. 이러한 拒否事由는 例示的인 것이 아니고 制限的 열거사유로서 執行 피신청인은 다른 사유로 다룰 수 없고 法院도 재량으로 다른 사유를 이유로 拒否할 수 없다.

첫째, 仲裁判定의 承認과 執行은 判定이 불리하게 원용되는 당사자의 請求에 의하여 그 당사자가 判定의 承認 및 執行의 요구를 받은 국가의 권한 있는 기관에게 다음의 증거를 제출하는 경우에 한하여 拒否될 수 있다. 이들 事由는 ① 제 2조(仲裁合意)에 규정된 合意의 당사자가 그들에게 적용될 法律에 의하여 無能力者이었던가 또는 당사자들이 準據法으로서 지정한 法律에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 判定을 내린 국가의 法令에 의하여 전기 合意가 무효인 경우, 즉 당사자의 行爲能力이 결여되어 있거나 仲裁合意가 무효인 경우, ② 判定이 불리하게 원용되는 당사자가 仲裁人の 선정이나 仲裁節次에 관하여 적절한 통고를 받지 아니하였거나 또는 기타 이유에 의하여 응할 수 없었을 경우, 즉 仲裁節次 통지상의 欠이 있었던 경우, ③ 判定이 仲裁付託條項에 규정되어 있지 아니하거나 또는 그 條項의 범위에 속하지 아니하는 紛爭에 관한 것이거나 또는 그 判定이 仲裁付託의 범위를 벗어나는 사항에 관한 결정을 포함하는 경우 다만 仲裁에 부탁한 사항에 관한 결정이 부탁하지 아니한 사항과 분리될 수 있는 경우에는 仲裁付託事項에 관한 결정을 포함하는 判定의 부분은 承認되고 執行될 수 있다. ④ 仲裁判定部の 구성이나 仲裁節次가 당사자간의 合意와 합치하지 아니하는 경우, 즉 仲裁判定部の 구성이나 仲裁節次的 欠이 있는 경우, ⑤ 仲裁判定이 당사자에 대한 拘束力을 아직 발생하지 아니하였거나 또는 判定이 내려진 국가의 권한 있는 기관이나 또는 그 국가의 法令에 의하여 取消 또는 停止된 경우, 즉 仲裁判定의 無效, 取消 또는 停止 등의 경우이다(뉴욕협약 제5조 제1항).⁶⁴⁾

64) 조문은 다음과 같다.

“1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the

둘째, 仲裁判定의 承認 및 執行이 요구되는 국가의 권한 있는 기관, 즉 집행국의 法院이 다음의 2가지 사항을 인정하는 경우에도 仲裁判定의 承認과 執行은 拒否될 수 있다. ① 紛爭의 대상인 사항이 그 국가의 法律下에서는 仲裁에 의한 해결을 할 수 없는 경우, 즉 仲裁不適格의 경우, ② 仲裁判定의 承認이나 그 국가의 公共秩序에 反하는 경우, 즉 公序의 경우 등이다(뉴욕협약 제5조 제2항).⁶⁵⁾

Ⅲ. 仲裁法上的의 承認과 執行

1. 仲裁判定의 判決에 의한 執行

仲裁法은 UNCITRAL 모델중재법의 承認·執行 관련 규정과 달리 仲裁判定을 國內仲裁判定과 外國仲裁判定으로 이분하여 규율하고 있으며⁶⁶⁾, 承認·執行의 일반규정인 제37조 제1항에서 “仲裁判定의 承認 또는 執行은 法院의 承認 또는 執行判決에 의한다”라고 하여 仲裁判定이 判決節次에 의하여만 執行할 수 있음을 선언하고 있다. 1992년 仲裁法 改正試案 제27조와 ZPO 제1063조 제1항이 仲裁判定의 執行을 원칙적으로 決定節次에 의하도록 규정한 것과 상이하다.

submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) The award has not yet become binding, on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

65) 조문은 다음과 같다.

“2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

66) 이러한 입장은 獨逸 ZPO 제1060조, 제1061조 및 일본 중재법 개정시안 제38조, 제46조의 규정방식과 유사하다.

2. 國內仲裁判定과 外國仲裁判定の 區分

(1) 適用法則의 差等

仲裁法은 제38조에서 대한민국에서 내려진 國內仲裁判定은 제36조 제2항의 仲裁判定取消事由가 없는 한 承認·執行되어야 함을 규정하는 반면, 제39조 外國仲裁判定에 대해서는 뉴욕협약에 적용을 받는 것과 그렇지 않은 것을 구분하여 前者에 대해서는 뉴욕협약을, 後者에 대해서는 民事訴訟法 제217조, 民事執行法 제26조 제1항 및 제27조 등이 규정하는 外國判決의 承認·執行 규정을 準用하고 있다. 결국 仲裁法은 仲裁判定을 대한민국 내에서 仲裁判定이 내려진 國內仲裁判定, 뉴욕협약의 적용을 받는 仲裁判定, 뉴욕협약 적용 밖의 外國仲裁判定 등으로 삼분하여 규율하고 있다.

(2) 民事訴訟法の 準用에 따른 問題點

1) 民事訴訟法上的 外國判決의 承認·執行 規定

仲裁法 제39조 제2항에 따라 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 外國仲裁判定은 外國判決의 執行·承認을 규정하고 있는 民事訴訟法 제217조, 民事執行法 제26조 1항 및 제27조의 규정을 적용받게 되었다. 民事訴訟法 및 民事執行法에 있어서도 外國判決의 效力에 대한 취급은 기본적으로 변함이 없는데(外國判決의 確定性, 相互保證과 公序良俗은 그대로 요구되고 있다), 단지 舊法 제203조 제1호의 “裁判權”이라는 용어 대신 “國際裁判管轄原則”, “國際裁判管轄權”이라는 용어가 사용되며, 同條 제2호가 규정하는 절차적 보호를 모든 敗訴한 당사자에게로 확대하고 있는 점만이 상이하다.

결국, 民事訴訟法下에서 뉴욕협약의 대상이 되지 않는 外國仲裁判定이 한국에서 執行되기 위해서는 相互保證과 公序良俗이 충족되어야 한다. 또한 當該 仲裁判定을 한 중재판정기관이 대한민국의 法令 또는 條約에 따른 國際裁判管轄權을 가질 것(民事訴訟法 제217조 1호)과 敗訴한 被告가 적법한 송달을 받았거나 그렇지 않다 하더라도 이에 應訴할 것(同條 2호)이 요구된다.

2) 問題點 및 代案

仲裁法 제39조 제2항에 따른 民事訴訟法 準用에 있어 문제가 될 수 있는 규정은 바로 제1호 규정인 管轄權에 관한 규정일 것이다. 당사자자치의 원리가 적용되는 仲裁節次에 法院의 管轄權 규정을 準用한다는 것은 ‘準用’의 한계를 일탈하는 것이라고 생각된다. UNCITRAL 모델중재법을 수용하여 모처럼 국제적인 수준의 仲裁法을 마련하는 자리였다면, 의당 뉴욕협약상의 相互主義留保를 撤回하는 것이 뒤따라야 했을 것이며⁶⁷⁾, 또한 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 外國仲裁判定에 대해서는 民事訴訟法상의 外國判決의 承認 규정을 準用하기보다는 相互主義요건하에 뉴욕협약을 準用하는 것이 바람직했을 것이다.⁶⁸⁾

3. 執行判決의 對象

外國仲裁判定에 대해 仲裁地國에서 執行判決 내지 이와 유사한 裁判이 宣告된 경우, 仲裁判定에서 勝訴한 자는 執行地國에서 어느 것에 대한 執行判決을 구해야 하는지에 대해 문제가 된 바 있다.⁶⁹⁾

미국회사인 原告가 한국회사인 被告를 상대로 仲裁申請을 하여 勝訴判定을 받은 후 管轄法院인 California 州 法院으로부터 確認命令(order of confirmation)⁷⁰⁾을 얻었음에도 불구하고, 한국에서의 執行을 위해 仲裁判定에 대한 執行判決을 서울민사지방법원에 請求한 事件이다. 미국 法院의 確認命令에 의해 仲裁判定의 執行判決을 신청하는 것이 가능한가의 문제인데, 被告와 法院 모두 이 문제에 대해 전혀 언급이 없어 法院의 견해는 확인할 수 없으나, 執行判決에 대한 執行判決은 불가능하므로 仲裁判定이 한국의 執行判決의 대상이 되어야 한다는 견해가 있다.⁷¹⁾ 미국에서 내려진 仲裁判定에 대해 當該 국가에서 執行判決에 해당하는

67) 獨逸은 모델법 수용에 따른 중재관련 규정의 개정(ZPO 제1061조 제1항)에 따라 1998. 8. 31. 상호주의 유보를 철회하였다.

68) 견해로는, 석광현, “개정 중재법의 몇 가지 문제점”, 『중재』, 2000, 16쪽.

69) 서울고등법원 1995. 3. 15. 94나11868 (법률신문, 1995. 4. 10. 11-12쪽)

70) “우리의 집행판결에 해당한다”, 석광현, 前掲書, 269쪽.

71) 上掲書 269쪽.

절차를 취한 경우에도 다른 外國의 執行地에서 판단되어야 할 사항은 본질적으로 當該 仲裁判定이므로 仲裁判定에 대한 執行判決을 구하는 것이 타당하다고 생각된다. 그러나 執行地 국가에서 거듭 仲裁地國의 仲裁判定을 審理할 필요는 없으므로 그대로 外國判決의 承認·執行 절차를 밟도록 하는 것이 타당하다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 外國에서의 裁判이 항상 엄격한 辯論節次를 거쳐 내려지는 것이 아니므로 부당한 경우가 생길 수 있다는 문제가 있을 수 있다.

4. 承認·執行 拒否事由

國內仲裁判定의 執行 拒否事由는 仲裁法 제36조 제2항이 규정하는 仲裁判定 取消事由와 동일한데, 이는 뉴욕협약 제5조가 정하는 執行拒否事由와 전적으로 동일하지는 않다. 즉, 國內仲裁判定取消事由를 열거하고 있는 제36조 제2항에는 뉴욕협약 제5조 제1항 e호⁷²⁾의 내용이 규정되어 있지 않다.

IV. 仲裁判定의 承認·執行에 있어서의 公序에 관한 問題

우리나라를 비롯한 거의 모든 국가에서 外國仲裁判定의 경우에는 거의 모든 국가에서 外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 協約의 적용에 따라 公序良俗違反을 仲裁判定執行拒絶 또는 取消事由의 하나로 인정하고 있다.

國際仲裁에 있어서 外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 協約상의 公序良俗의 違反(Contrary to the public policy)의 “公序良俗”의 의미에 관하여 우리나라의 학설은 國內法秩序의 보존이라고 하는 방어적인 기능을 가지는 것이므로 民法 제103조가 규정하는 國內的 公序와는 다른 개념으로 보아야 한다든가, 여기에서 公共의 秩序는 民事訴訟法 제203조의 善良한 風俗 기타 社會秩序와 涉外私法 제5조의 公共秩序와 동일한 의미로서 民法 제103조의 國內的 公序와는 구별되는 國際的 公序를 말한다고 일반적으로 설명하며 國際私法의 본질에 비추어 公序條項은

72) 조문은 다음과 같다. “The award has not yet become binding, on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

外國法適用原則에 대한 예외로서 부득이 한 경우에만 신중하게 적용하여야 하며 공序를 이유로 國內法適用의 확대, 안이한 法廷地法の 적용이 남용되어서는 아니 된다고 하면서 國內法 질서를 혼란시킬 정도로 정의관념에 反하는 경우에 한하여 적용되어야 한다고 주장되고 있다.

우리 法院도 이러한 학설의 입장과 비슷하게 뉴욕협약 제5조 제2항 (b)에 의하면 仲裁判定의 承認이나 執行이 국가의 公共의 秩序에 反하는 경우에는 執行國 法院은 仲裁判定의 承認과 執行을 拒否할 수 있게 규정하고 있는 바 이는 仲裁判定이나 承認이 執行國의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 보호하려는 데 그 취지가 있다고 할 것이므로 그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면을 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것 이라고 판단하였고, 이러한 취지에 따라 최근에는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 및 불공정거래행위의 유형 및 기준에 관한 공정거래위원회의 고시에 위반한 外國 仲裁判定에 대하여 國內實定法違反의 仲裁判定이라고 하더라도 國際的 去來秩序의 安定을 위하여 이를 承認하였다.

우리나라의 학설 및 판례의 입장을 요약하면 外國仲裁判定의 國內執行시 執行 拒否事由로 적용될 우리나라의 公序良俗이란 제한적으로 解釋되어야 하며 國際的 去來秩序의 安定이라는 측면을 고려하여 國際公序의 違反 즉, 국내법질서를 혼란 시킬 정도로 정의관념에 反하는 심각한 公序의 違反의 경우만으로 한정하여 파악 하고 있는 듯 하다.

미국의 경우도 우리와 유사하게 道德과 正義라는 가장 기초적 개념을 위반한 경우로 제한해석하고 있다.

1. 仲裁判定에서의 公序

民事訴訟法 제217조 제3호는 “裁判의 效力을 확정하는 것이 대한민국의 善良한 風俗이나 그 밖의 社會秩序에 어긋나지 아니할 것”이라고 하여 公序를 外國 判決의 承認要件의 하나로 규정하고 있다. 이는 外國의 立法例⁷³⁾나 判決 등에서도 일반적으로 인정되는 것으로 國內法 秩序의 保存이라는 방어적 기능을 수행한다.

73) Uniform Act §4(b) (3)는 “foreign judgements need not be recognized if based on cause of action/claim for relief repugnant to the public of this state”라고 규정하고 있으며 Brussels 협약 제27조 제1호, Hague 협약 제5조 제1항에서도 명백히 public policy에 위반하지 않아야 함을 규정하고 있다.

그러나 이는 대외적 관계에서 요구되는 최소한의 것으로서 國內法的 秩序 守護를 위해 民法 제103조가 규정하는 國內的 公序와는 다른 차원의 國際的 公序로 보아야 할 것이다. 따라서 이를 한국에서는 抵觸法的 公序 혹은 國際的 公序라고 부르고 있다.⁷⁴⁾ 한국의 法院 역시 동 규정의 해석은 엄격히 하여야 한다는 것을 명백히 하였으며 이는 仲裁判定の 경우도 동일하다고 할 것이다.⁷⁵⁾ 이러한 입장은 미국이나 영국, 독일 역시 동일하며, 外國仲裁判定の 公序 違反 여부를 판단할 때는 당해 仲裁判定の 주문뿐 아니라 仲裁判定理由 역시 고려 대상에 포함시켜야 할 것이다.

仲裁節次에 있어서의 公序概念 역시 外國判決의 承認制度에서와 같은 기능과 역할을 수행하는 점에 대해서는 별다른 이의가 없다. 단지, 仲裁節次에 있어서의 仲裁判定の 承認뿐 아니라 仲裁判定取消에서도 문제가 될 수 있는 점, 그리고 公序概念을 포괄적으로 파악할 경우에는 執行 요건의 하나인 仲裁可能性 및 적정절차 요건을 포함하는 경우도 생길 수 있다는 점이 색다르다고 할 수 있다.⁷⁶⁾ 한편, 仲裁節次는 判決節次와는 달리 원칙적으로 당사자간의 仲裁合意에 의해 개시되므로, 仲裁判定에서의 公序條項의 발동은 外國判決의 執行節次와 달리 보다 엄격하게 제한되어야 할 것으로 생각된다.

V. 仲裁判定 執行節次의 問題點 및 改善方案

1. 執行節次의 概要 및 그 問題點

仲裁法上 규정된 仲裁判定の 執行節次는 비교적 간단하다. 즉, 仲裁判定에 執行力을 부여하는 執行判決을 구하는 당사자는 法院에 ① 仲裁判定の 정본 또는 정당하게 인증된 등본과 ② 仲裁合意의 원본 또는 정당하게 인증된 등본을 제출하

74) 참고로 한국 국제사법 제5조 역시 公序 규정을 두고 있으나, 抵觸法的 公序 혹은 國際的 公序에 대한 구체적 개념이 확실하게 정립되어 있지는 않다.

75) 대법원 1990. 4. 10. 89다카20252 판결, 동 사례는 뉴욕협약 제5조 제2항 (b)호에 규정되어 있는 公序 규정에 대한 해석을 담고 있다.

76) 우리 판결 중에도 중재당사자의 방어적 보장은 절차적 실현과 직결되어 공공질서의 일부를 이루는 것이라고 판시한 것이 있다(대법원 1990. 4. 10. 89다카20252).

는 것으로 족하고 法院은 仲裁法 제36조에서 정한 取消事由가 없는 한 仲裁判定을 承認 또는 執行하도록 규정되어 있다(仲裁法 제37조 제1항, 제2항).

그러나, 仲裁法上 간단한 절차가 규정되어 있는 것과는 달리 아직도 상당수의 사례에서 仲裁節次上 공격방어방법과 증거자료가 그대로 法院에 현출되어 지리한 법정공방이 계속되고 있다. 이렇게 執行判決節次가 단순히 仲裁節次的 節次的 瑕疵를 검증하는데 그치지 아니하고 사실상 실체적 검증을 시도하는 再審過程이 되는 이유는 당사자들의 仲裁制度에 대한 인식부족 및 仲裁人·仲裁節次에 대한 불신에 근거한 것일 것이다. 즉, 敗訴한 당사자가 자신에게 불리한 仲裁判定에 대하여 이는 仲裁制度和 그 節次 및 仲裁人的 불공평성에 기인한 것이라면서 자신의 억울함을 法院에 다시 한번 하소연하고자 하는 데서 비롯된 것이다.

그렇지만 法院의 節次가 再審化하여 仲裁節次에서 審理하였던 논점이 재삼 거론되는 것은 애초에 仲裁條項을 삽입하여 간편하고 용이한 절차로 紛爭을 종식시키려고 하였던 당사자들의 의사에 명백히 배치되는 것이고, 仲裁에서 勝訴한 당사자로 하여금 향후 去來에서 仲裁條項을 삽입하게 하는 것을 주저하게 만드는 계기가 될 것이며, 나아가 다른 사람들에게 미치는 영향 또한 크다.

2. 執行判決 審理節次에 있어서 改善方案

執行判決 단계의 再審化를 막기 위해서는 우선 法院의 嚴重한 法適用이 중요하다. 즉, 法院은 仲裁判定의 節次的 瑕疵의 검증에 그쳐야 하는 것이다. 그렇지만 일반적인 判例의 경향에 따르면 法院은 구체적 타당성을 지극히 중시하는 경향이 있고, 그 결과 仲裁判定의 실체적 판단에 있어서 부당한 점을 발견하는 경우 이를 어떤 식으로든 法院이 해결하려는 태도를 보여주고 있다. 비록 그러한 사정이 많이 개선된 것은 사실이지만 아직 모두 해소된 상태라고 보기는 어렵다.

이러한 문제 해결을 위하여 法院으로서는 執行判決節次가 實體的 判斷節次로 전환되는 것을 방지하기 위하여 당사자의 주장 및 증거신청이 실체 판단에 관한 것일 경우 과감히 제한하거나, 금지할 필요가 있다고 본다. 그러한 관점에서 볼 때, 執行判決節次에서 증인의 신문이 이루어지는 것은 아주 부자연스러워 보인다. 특히 仲裁判定 取消事由는 대부분 증인의 증언이 필요 없고 단지 書面으로 증명하면 충분할 것이다. 즉, 당사자의 무능력, 통지를 받지 못한 사실, 仲裁合意 등은

마땅히 書面으로 증명하면 충분하고, 法院이 직권으로 참작할 사유(仲裁可能性 缺如, 公共秩序 違反 등) 역시 法院의 法律判斷에 따르면 충분하다고 본다.

또한, 한정된 期日 내에 審理를 終決하도록 하는 관련 法規의 改正도 고려하여야 할 것이다.

3. 간이 執行命令 制度의 導入

학설에 따라서는 仲裁判定 즉시 執行力을 부여하는 방안을 적극적으로 주장하는 견해가 있다. 즉, 仲裁法 제35조에서 “仲裁判定은 당사자간에 있어서 法院의 確定判決과 동일한 效力이 있다”고 하면서도 執行力을 부여받기 위하여 仲裁判定에 기한 執行判決 節次를 거치도록 하는 것은(仲裁法 제37조 제1항), 仲裁法上 仲裁判定 자체에 執行力을 부여하지 아니한 것은 잘못이라는 취지의 주장⁷⁷⁾을 펴고 있다. 이는 현행 仲裁法의 규정 및 執行判決 節次의 장기화를 지적한다는 측면에서 보면 어느 정도 설득력이 있는 견해로 보인다.

그러나, 다른 나라의 立法例를 살펴보면 仲裁判定 그 자체로 執行力을 인정하는 立法例를 찾기는 쉽지 않다. 즉, 執行力을 부여받기 위해서는 대부분 法院에 仲裁判定文을 제출하여 일정한 요건을 審理한 후 命令 또는 判決을 통하여 執行力을 부여하고 있고, UNCITRAL 모델중재법 제35조⁷⁸⁾에서도 仲裁判定은 管轄法院에 대한 書面申請에 의하여 執行되어야 한다고 규정함으로써 執行力의 부여를 위한 法院의 관여를 당연시 하고 있다.

위와 같은 立法例를 고려해 볼 때 仲裁判定 자체만으로는 執行力을 부여하는 것은 부적절해 보인다. 다만, 法院의 관여가 반드시 필요하다고 하더라도 執行判

77) 황병일, “국내외 중재판정의 강제집행”, 『중재』 283호, 1997, 9쪽.

78) 조문은 다음과 같다.

“Article 35. Recognition and enforcement

(1) An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.

(2) The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof, and the original arbitration agreement referred to in article 7 or a duly certified copy thereof. If the award or agreement is not made in an official language of this State, the party shall supply a duly certified translation thereof into such language.”

決節次의 간소화를 통하여 이를 보완할 여지는 많다. 미국, 영국의 경우 우리나라 보다 훨씬 간소한 절차에 의하여 執行判決 또는 命令이 發令되고 있고, 특히 독일의 경우 원칙적으로 구술변론 없이 결정의 형식으로 裁判을 진행하되, 다만, 仲裁判定의 取消訴訟이 提起되었거나, 仲裁判定執行申請 자체에 取消事由가 고려되는 경우에만 구술변론을 거치는 절차로 규정되어 있다.

현재 우리나라는 執行力を 얻기 위하여 모든 경우에 반드시 판결을 얻는 절차가 이루어져야 하기 때문에 현행 民事訴訟法の 규정상 변론절차는 필수적이고 최소한 1審 判決 이전까지는 假執行宣告에 의한 執行節次로도 나아갈 수 없는 상황이다. 바로 이러한 二重의 節次 및 法院에서의 辯論을 통한 判決獲得 節次가 당사자로서는 二重의 부담을 가중시키는 것이고 仲裁判定만으로는 아무런 執行을 할 수 없는 문제점을 지적할 수 있다.

4. 私見

私見으로는 앞에서 살펴본 독일의 立法例와 같이 일단 執行力を 부여하는 단계에서는 書面審理에 의한 간소한 절차에 의하여 執行命令을 부여할 수 있는 절차를 도입하는 것이 바람직할 것이고, 다만 執行命令申請 자체에 執行取消事由가 발견되거나, 상대방이 執行取消의 訴를 提起하는 경우에만 辯論節次로 나아가 판결의 형식으로 執行力を 부여하는 制度를 도입하는 것을 검토해야한다고 생각한다. 다만, 書面審理만으로 執行力を 부여하게 되면 당사자는 바로 상대방에 대한 執行을 할 수 있는 權原을 취득하게 되는 바, 執行取消事由가 사후적으로 발견되어 상대방에게 돌이킬 수 없는 손해가 발생하는 것에 대비하여 담보를 제공받는 방안을 함께 검토하는 것도 필요한 방법이라 생각된다.

제 4 장 仲裁判定取消의 訴

제 1 절 仲裁判定의 取消의 意義

I. 意義

仲裁判定의 取消란 一방당사자의 請求에 의하여 法院이 판결로서 仲裁判定의 效力을 소멸시키는 것을 뜻한다. 取消할 수 있는 행위는 取消될 때까지는 유효하며 取消되면 처음부터 遡及하여 무효가 된다. 이와 같은 仲裁判定의 取消은 法廷의 사유가 발생한 경우에 한하여 法院의 判決로서 가능하다. 仲裁判定이 取消되면 民法의 一般原則에 따라 그 法律行爲는 처음부터 遡及하여 무효가 된다.

II. 仲裁判定取消의 訴와 그 事由

仲裁은 당사자간에 紛爭의 해결방안에 관한 不一致를 전제로 하고 있으므로, 거의 대부분의 경우에 仲裁判定은 적어도 한 쪽 당사자에게는 불만스러운 것이 될 수밖에 없다. 그런데 만일 仲裁契約이 잘못되었다거나, 仲裁節次가 부당하였거나, 仲裁判定이 납득할 수 없는 때에는 어떠한 형태로든 이를 구제받는 절차가 필요하게 된다. 이러한 경우, 敗訴한 당사자가 대응할 수 있는 방법으로는 크게 두 가지가 있는데, 그 하나는 仲裁判定의 履行에 협조하지 않고 있다가 勝訴 당사자가 法院에 執行判決請求의 訴를 提起하면 그 訴訟에서 위와 같은 사유를 들어 執行을 拒否하는 것이고⁷⁹⁾, 다른 하나는 적극적으로 仲裁判定取消의 訴를 提起하여 仲裁判定을 失効시키는 것이다. 특이할 점은, 仲裁判定의 執行請求訴訟은 대개의 경우 敗訴한 당사자의 住所地나 財産所在地에서 이루어지는 반면, 仲裁判

79) 이 경우에 反訴로서 仲裁判定의 取消을 구하는 경우가 많다.

定取消의 訴는 仲裁判定地에 提起하여야 하므로⁸⁰⁾ 敗訴한 당사자의 입장에서는 國際仲裁의 경우에는 前者를, 國內仲裁의 경우에는 後者를 많이 이용하게 된다.

仲裁判定에 대한 上訴與否는 仲裁法制에 따라 다르다. 영국과 프랑스 등에 있어서는 法院에 대한 上訴가 가능하나 UNCITRAL 모델중재법을 비롯하여 미국, 우리나라 등에 있어서는 이를 인정하지 않고 있다. 오늘날 上訴可能與否에 관계 없이 각국의 仲裁立法은 仲裁判定의 救濟手段으로서 仲裁判定取消의 訴를 규정하고 있다.

한편 국가의 입장에서 보면, 仲裁判定은 국가가 선정하지 않은 仲裁人에 의하여, 또한 국가가 제공하지 않은 절차에 따라 이루어진 것이기 때문에 그 適正性을 의심하지 않을 수 없다. 따라서 仲裁判定에 이른 절차가 衡平의 원칙상 부당하거나 그 판정이 國家政策上 또는 公益上 허용될 수 없는 등 현저한 瑕疵가 있을 때에는 그 執行에 협조하지 않음은 물론, 나아가 그러한 仲裁判定이 自國 내에서 내려졌을 때에는 그 책임하에 그 判定의 效力을 상실시키고자 한다.

이같이 仲裁判定에 대한 取消는 억울한 敗訴 당사자에 대한 權利救濟나 국가에 대한 국법질서의 유지 등의 필요성과 의의가 있는 반면, 이를 지나치게 넓게 적용한다면 仲裁判定이나 仲裁制度의 존재의의나 가치를 무의미하게 할 수 있다는 우려가 있다.

즉 仲裁判定은 敗訴 당사자가 그 이행에 자발적으로 협조하거나 국가공권력이 뒷받침되지 않는 한, 그 자체로는 實效性을 확보할 아무런 장치가 없는 것이다. 만일 仲裁判定이 法院에 의하여 그 유효성을 인정받지 못하고 빈번히 취소된다면, 누구도 仲裁라는 절차에 시간과 노력을 낭비하려들지 않을 것이며, 결국 仲裁制度는 아무도 이용하려 하지 않는 명목상의 制度가 될 수밖에 없다고 생각한다. 여기에 仲裁判定取消의 限界가 있다.

이를 조화시키기 위하여 각국의 仲裁法과 중재규칙, 國際條約은 仲裁判定最小의 訴를 허용하면서, 다만 그 取消事由를 제한적으로 열거하여 그 남용을 방지하고 있다.

80) 예컨대, 사실상 거의 모든 외국중재판정의 집행에 적용되고 있는 '외국중재판정의 승인과 집행에 관한 국제협약'(뉴욕협약), 제5조 제1항 e호는 외국중재판정의 집행거부사유로서 '판정이 내려진 국가의 권한있는 기관이나 또는 그 국가의 법령에 의하여 取消 또는 停止된 경우'를 예시함으로써 판정이 내려진 국가가 중재판정취소의 권한이 있음을 명시하고 있다.

제 2 절 仲裁判定 取消事由에 대한 檢討

I. 仲裁判定取消事由의 種類

仲裁判定의 取消事由는 法制에 따라 다르다. 仲裁判定의 取消事由는 프랑스와 같이 國內仲裁와 國際仲裁로 구별하여 달리 규정하는 立法例도 있고 國內仲裁와 國際仲裁를 구별하지 않는 立法例도 있다.

오늘날 仲裁判定의 取消事由는 특히 國際仲裁에 있어서는 外國仲裁判定의 承認과 執行에 관한 UN협약이나 UNCITRAL 모델중재법과 대체로 크게 다르지 않다.

한국의 仲裁法은 仲裁判定의 承認 또는 執行拒否申請 外 仲裁判定에 대한 유일한 불복 방법으로서 仲裁判定取消의 訴를 인정하고 있다(仲裁法 제36조). 仲裁判定의 取消事由는 UNCITRAL 모델중재법을 고려하여 당사자의 신청에 의한 경우와 法院이 직권으로 仲裁判定을 取消할 수 있는 사유로 나누어 규정하고 있다. 당사자의 신청에 의하여 仲裁判定取消가 가능한 사유에는 仲裁合意의 당사자가 그 準據法에 의하여 仲裁合意 당시 무능력자이었거나 仲裁合意가 무효인 경우, 仲裁判定의 取消를 구하는 당사자가 仲裁人의 선정 또는 仲裁節次에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 기타의 사유로 本案에 관한 변론을 할 수 없었던 경우, 仲裁判定이 仲裁合意의 대상이 아니거나 그 범위를 벗어난 경우, 仲裁判定部의 構成 또는 仲裁節次가 당사자간의 合意에 따르지 아니하거나 이 法에 따르지 아니한 경우 등이 있다. 또한 法院의 직권에 의하여 仲裁判定이 取消될 수 있는 사유로는 仲裁判定의 대상이 된 紛爭이 대한민국의 法에 따라 仲裁로 해결될 수 없는 경우와 仲裁判定의 承認과 執行이 대한민국의 善良한 風俗 기타 社會秩序에 違反되는 경우 등이 있다.

이하에서는 仲裁判定의 取消事由에 대한 解釋 및 判例를 살펴보고, 나아가 합리적인 改善方案을 모색하여 보고자 한다.

1. 當事者の 無能力 혹은 仲裁合意의 無效

仲裁合意 당시에 적용되는 準據法에 의할 때 仲裁當事者의 일방이 무능력이었거나 仲裁合意 자체가 '당사자들이 지정한 法' 혹은 '대한민국의 法'에 의해서 무효가 되는 경우 해당 仲裁判定을 取消할 수 있다(仲裁法 제36조 제2항 제2호 가목).

우리나라 判例上 仲裁當事者의 일방이 무능력이었다는 사유를 들어 仲裁判定을 提起한 사례는 찾기 어렵고, 대부분의 경우 仲裁合意의 存否가 문제되고 있다. 즉, 敗訴한 당사자로서 仲裁合意의 존재를 부인하여 仲裁의 效力을 부인하려는 경우가 보다 일반적이다. 아직 우리나라의 거래실정에서는 仲裁에 관한 인식이 부족하고 장래 발생할 수도 있는 紛爭의 蓋然性에 대하여도 사실상 무관심한 경우가 많기 때문에 仲裁條項을 契約書에 규정할 때 제대로 신경을 쓰지 않는 경우가 많다. 그 결과 仲裁人의 선정 및 仲裁節次에 관한 合意가 포함되는 경우가 드물고, 실제로 “위 계약내용이 履行되지 아니하였을 경우 仲裁로 해결한다”, “本件 契約과 관련된 紛爭은 仲裁로 해결한다”는 식으로 지극히 형식적인 仲裁 문구만을 삽입하거나, 다른 一般約款 등을 인용하여 仲裁合意를 하는 것이 보통이다. 그 때문에 실제 紛爭이 발생하였을 경우 紛爭 자체를 仲裁로 해결한다고 인지하지 못한 경우도 상당수 있고, 어떤 유형의 紛爭이 仲裁로 해결하기로 한 것인지도 명확히 인식하지 못하는 경우가 많다.

기본적으로 仲裁合意 자체가 憲法上 보장된 裁判請求權을 포기하는 意思이므로 명확히 그 意思가 표시되어야 함은 기본적인 前提일 것이지만 적어도 書面上의 明文으로 仲裁를 언급하는 경우이거나, 本契約 문서에는 직접 언급되지 않았지만 인용되는 다른 문서를 통하여 仲裁條項이 삽입되는 경우에 당사자들의 意思는 紛爭은 어떤 형태의 것이든 상관없이 私的自治의 原則이 적용되는 仲裁로 해결한다는 意思를 표시한 것으로 보고, 仲裁合意 意思를 좀더 넓게 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.

이런 측면에서 현재 法院이 仲裁合意의 범위를 비교적 넓게 인정하고 있는 점은 충분히 수긍할 만 하다. 즉, 法院은 本契約書 내의 仲裁條項에 明記되어 있는 경우에 한하지 않고, 仲裁條項을 포함하는 一般去來約款 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 仲裁合意가 존재한다고 볼 수 있고⁸¹⁾, 계약내용에 관하여 당사자간에 해결할 수 없는 法的 紛爭을 仲裁對象으로 규정하고 있는 경우에도 계약내용

81) 대법원 2001. 10. 12. 선고 99다45543,45550 판결.

에 관한 法的紛爭이라 함은 단순히 계약내용의 의미해석에 관한 紛爭만이 아니라 계약내용의 成立과 그 履行 및 效力의 存否에 직접 관련되거나, 밀접하게 관련된 紛爭까지도 포함하는 취지라고 하면서 仲裁合意가 明記된 本 契約에 관한 紛爭이 아니라 附屬合意에 관한 紛爭도 仲裁合意의 대상이 되며, 契約上の 책임은 아니지만 양도목적물에 관련된 불법행위책임에 관하여도 仲裁合意의 대상이 된다⁸²⁾고 判示하고 있다.

2. 適定節次 保障의 未備

仲裁 당사자 일방이 仲裁人의 선정 혹은 仲裁節次에 관하여 적절한 통지를 받을 수 없어서 혹은 다른 사유로 인해서 本案에 대한 공격 방어 방법을 제대로 마련할 수 없었던 경우에 仲裁判定이 取消될 수 있다(仲裁法 제36조 제2항 제1호 나목).

仲裁節次는 訴訟節次와 마찬가지로 모든 분쟁당사자에게 충분한 參與와 辯論의 기회가 보장되어야 하는바, 위 取消事由는 바로 이러한 최소한의 節次的 기준을 제시하여 놓은 것이다. 그런데, 本 條項의 취지는 바로 동등한 기회의 보장이라는 측면에 있는 것이어서 단순히 통지를 받지 못하였다는 사실만으로는 부족하고 그와 같은 통지누락이 적절한 방어권 침해의 결과로 이어져야 할 것이다.

이러한 관점에서 法院이 적정절차의 보장 미비로 인한 取消事由를 당사자의 節次參與權의 적극적 침해로 한정하고 있는 것은 충분히 수긍할 만 하다. 즉, 法院은 수차례의 仲裁審理節次가 진행되는 동안 仲裁人 선정 문제에 대해서 적극적으로 다투지 않고 오히려 반대신청까지 하며 자신의 주장 및 입증자료를 적극 제출한 경우 仲裁節次의 違法을 이유로 仲裁判定의 取消를 인정하지 않았고⁸³⁾, 仲裁條項이 무효라는 이유를 들어 仲裁를 거부하는 태도를 표명하면서 仲裁節次의 진행에 항의하는 書面만을 몇 차례 제출하였을 뿐 답변서나 준비서면을 제출하지도 아니하였고 代理人도 선임하지 아니하였으며 審理期日에 한번도 출석하지 아니한 사안에서 이는 스스로 그 節次參與權을 포기한 것이므로 仲裁節次 違反을 이유로 仲裁判定의 取消를 인정하지 않았으며, 仲裁法院으로부터 각종 통지들을 충분히

82) 대법원 1992.4.14. 선고 91다17153(반소) 판결.

83) 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다47200 판결.

전달받았으리라고 推定됨에도 불구하고 방어권을 행사하지 아니하였고 仲裁의 準據法인 영국법에 따른 불복절차를 전혀 취하지 아니한 경우도 방어권이 부당하게 박탈되었다고 볼 수는 없다고⁸⁴⁾ 判示하고 있습니다.

3. 仲裁判定部の 越權

仲裁判定이 仲裁合意의 대상이 아닌 紛爭을 다루거나, 仲裁判定이 仲裁合意의 범위를 벗어난 사항을 다루었다면 當該 仲裁判定은 取消될 수 있다(仲裁法 제36조 제2항 제1호 다목).

이는 앞서서도 살펴본 바가 있는 仲裁合意의 存否에 대한 문제를 넘어서 仲裁合意가 존재할 경우 仲裁合意의 대상이 되는 범위가 어디까지이냐를 확정하는 문제이다. 大法院 91다17153호의 判決⁸⁵⁾에 따르면 仲裁合意의 대상은 계약내용의 의미해석에 관한 紛爭만이 아니라 계약내용의 成立과 그 履行 및 效力의 存否에 직접 관련되거나, 밀접하게 관련된 紛爭까지도 포함하는 취지라는 것이므로 契約上의 紛爭에 관하여 폭넓게 仲裁合意를 인정한다는 것이고, 기본적인 판단기준은 당사자들의 예측가능한 紛爭에 해당하느냐 여부라는 것이다.

위와 같이 仲裁合意 範圍를 예측가능한 紛爭이냐의 여부로 판단한다고 하더라도 역시 개별적인 사안에서 이를 명백히 구분하기는 쉽지 않을 것이고 실제로 訴

84) 대법원 1990.4.10. 선고 89다카20252 판결.

85) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17153 판결요지를 살펴보면 다음과 같다.

“가. 영업양도계약서의 중재조항에 ‘본계약내용에 관하여 당사자간에 해결할 수 없는 법적 분쟁’을 중재대상으로 규정하고 있는 경우, 본계약내용에 관한 법적 분쟁이라고 함은 단순히 계약내용의 의미 해석에 관한 분쟁만이 아니라 계약내용의 성립과 그 이행 및 그 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁까지도 포함하는 취지라고 보아야 한다.

나. 양도목적물의 숨은 하자로부터 손해가 발생한 경우에 양도인이 양수인에 대하여 부담하는 하자담보책임은 그 본질이 불완전이행책임으로서 본계약 내용의 이행과 직접 관련된 책임인바, 동일한 사실관계에 기하여 하자담보책임과 불법행위책임이 경합하는 경우에 그 불법행위책임의 존부에 관한 분쟁은 본계약내용의 이행과 밀접하게 관련된 분쟁으로서 위 ‘가’항의 중재조항이 규정하는 중재대상에 포함된다고 보는 것이 타당하다.

다. 심문기일에서 당사자들이 중재인 3인 중 1인이 불참한 채로 심문기일을 진행하고 심문종결을 하는 데에 동의하였더라도 이로써 나머지 2인의 중재인만으로 중재판정을 하는 것까지도 동의한 것으로 볼 수는 없고, 그 밖에 달리 위와 같은 2인의 중재인에 의한 중재판정에 당사자들이 동의하였다고 인정할만한 자료가 없다면 당사자의 동의 없이 3인의 중재인 중 2인만이 관여하여야한 중재판정은 중재법 제13조 제1항 소정의 중재절차가 중재법이나 중재계약에 의하지 아니한 때에 해당하여 취소를 면할 수 없다.“

訟에서 紛爭의 대상이 충분히 될 수 있다. 그러나 仲裁判定의 효율적 執行 및 紛爭의 一回的 해결이라는 측면에서 본다면 예측가능성이 없다는 이유로 仲裁判定의 取消을 쉽게 인정하면 비효율적인 紛爭의 확산이 量産될 수도 있을 것이다. 따라서, 예측가능 여부에 대하여 불분명할 때에는 추가적인 紛爭의 여지를 막는다는 취지에서 현저하게 불합리하지 않는 한 仲裁合意의 대상에 포함시켜 取消事由에 해당하지 않는 방향으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

4. 仲裁判定部の 構成 혹은 仲裁節次의 瑕疵

仲裁判定部の 構成 혹은 仲裁節次가 중재당사자들의 合意에 따르지 않거나(仲裁法の 强行規定에 反하지 않는 범위 내에서) 혹은 仲裁法 규정에 따르지 않은 상태에서 仲裁判定이 내려진 경우, 그 仲裁判定은 取消될 수 있다(仲裁法 제36조 제2항 제1호 라목).

이와 관련하여 法院은 3인의 仲裁人 중 1인이 사망한 후 2명의 仲裁人만으로 審理를 終決하고 仲裁判定을 한 경우, 舊 仲裁法 제13조 제1항 제1호에 따라 仲裁節次가 仲裁法이나 仲裁合意에 의하지 아니한 경우로 보고 그 仲裁判定을 取消한 사례가 있다⁸⁶⁾.

그러나 仲裁法上 단순히 “仲裁節次”에 관한 위반이라고만 규정되어 있어 비록 사소한 仲裁節次 위반이 있는 경우라 할지라도 仲裁判定을 取消하여야 하는가의 문제가 있고, 실제 仲裁判定의 敗訴 당사자는 仲裁判定의 勝敗와는 직접 관련이 없는 節次的 瑕疵, 예를 들어 증거신청 등을 仲裁判定部에서 받아들이지 아니한 사실도 節次的 위반에 해당한다는 주장을 펴는 경우가 있다. 그렇지만 仲裁節次的 瑕疵를 仲裁判定 取消事由로 삼는 이유는 그 節次的 公正성을 담보하여 실질적인 방어가 가능하도록 하는데 의의가 있다 할 것이고, 실질적인 방어는 어디까지나 결론에 영향을 미칠만한 사유가 될 경우에 의미가 있다 할 것이므로 仲裁節次的 瑕疵가 결론에 영향을 미쳤다는 사정이 입증되는 경우에만 取消事由가 될 수 있다고 할 것이다.

5. 仲裁可能性 缺如

86) 대법원 1992.4.14. 선고 91다17146, 91다17153(반소) 판결.

仲裁判定의 대상이 된 紛爭이 우리나라 法에 따라서 仲裁로 해결될 수 없는 경우, 그 仲裁判定을 取消할 수 있다(仲裁法 제36조 제2항 제2호 가목).

아직 위 사유에 관하여 직접 다른 判例를 찾기 어렵다. 그 이유는 본 사유가 문제될 수 있는 경우는 주로 당사자가 無能力者이던가, 仲裁合意가 무효인 경우 또는 判定의 承認이나 執行이 그 국가의 公共의 秩序에 反하는 경우일 것인데 그러한 경우는 각 해당 取消事由에 의하여 해결될 것이라서 本 條項에 따라 따로 처리할 경우가 드물기 때문일 것으로 보인다.

6. 公共秩序 違反

仲裁判定의 承認 또는 執行이 國內의 善良한 風俗 기타 社會秩序에 위반되는 때에는 取消할 수 있다(仲裁法 제36조 제2항 제2호 나목).

여기에서 “公共의 秩序”에 위반되는 경우라 함은 ① 仲裁判定이 직접 형법 기타 法律에 의하여 금지된 행위, ② 행위 그 자체는 法律上 금지되고 있지 않지만 그 근거가 法律上 금지되어 있는 경우, ③ 행위내용 자체는 적법하지만 그 행위를 하도록 명하는 것이 公序良俗에 反하는 경우이다. 요컨대, 仲裁判定의 주문 또는 내용상 대한민국의 善良한 社會秩序에 위반되는 부분이 있으면 仲裁判定을 取消할 수 있다는 것으로서 다른 取消事由의 경우에는 실제 판단의 여지가 없으나, 본 取消事由의 경우에는 예외적으로 실제 판단을 허용하고 그 대신 판단의 기준을 公共秩序 기타 社會秩序에 위반되는 것으로 한정하고 있다.

실제로 仲裁判定에서 敗訴한 당사자는 실제 판단에 관한 取消事由는 위 사유가 유일한 것이기 때문에 取消事由를 주장함에 있어서는 어떻게든 公共秩序의 取消事由와 연결시키려는 것이 執行判決 節次에서의 일반적 경향이다. 그리고 仲裁判定에서 앞에서 거시한 예와 같이 社會秩序와 직접 矛盾되는 仲裁判定이 宣告되는 예는 극히 예외적인 사항에 속하므로 대부분의 경우에는 仲裁判定이 法律 특히 強行法規와 위반되었다는 점을 들어 公序良俗에 반한다는 주장을 하는 경우가 많다.

仲裁判定이 일반적인 任意法規에 위반되는 경우는 仲裁判定이 任意法規와는 다른 당사자들의 意思를 그렇게 해석한 것이므로 이를 公序良俗에 反한다고 할 수 없다. 문제는 強行法規에 위반되는 判定을 어떻게 처리할 것인가 여부인데 실제

로 敗訴한 당사자의 경우에는 가능한 한 仲裁判定을 強行法規에 연결시켜 仲裁判定이 公共秩序에 위반된다는 점을 강력히 주장한다.

그렇지만 強行法規에 위반된다고 하여 모두 사회상규에 위반된다고 볼 수는 없다는 것이 일반적인 견해이고, 때로는 強行法規에 위반하였다고 하여도 개인간의 私的 合意 자체는 인정하는 경우가 있는 것으로 보아 強行法規 위반이 반드시 社會秩序에 反하는 것이라고 단정하기는 어렵고 強行法規 위반의 결과 그 仲裁判定의 承認執行이 사회일반 관념상 허용될 수 없는 경우에만 取消事由로 인정하여야 할 것이다. 실제로 外國仲裁判定의 執行에 관하여는 國內法에 위반되는 사유라 할지라도 國際的 公共秩序의 개념을 도입하여 제한적으로 해석하는 것이 일반적인 判例의 경향이라고 할 수 있다.

제 3 절 仲裁判定 取消의 效果

仲裁判定이 法院의 判決에 의하여 取消되면 그 仲裁判定은 처음부터 무효가 된다. 그러나 仲裁合意 그 자체는 유효한 경우 仲裁合意에 따라 訴訟이 아닌 仲裁에 의하여 해결되어야 한다. 따라서 仲裁人에 의하여 새로운 仲裁節次가 진행되게 된다고 볼 것이다. 그러나 仲裁合意가 무효이거나 公序에 反한다는 사유로 仲裁가 무효가 되는 경우에는, 즉 仲裁가 仲裁地法에 의하여 불가능 내지 부적격하여 仲裁合意가 있다하더라도 仲裁合意 자체가 무효가 되는 경우에는 당사자는 별도로 仲裁合意를 하여 새로운 仲裁를 하거나 法院에 訴를 提起할 수 있다고 할 것이다.

또한 仲裁判定의 取消事由가 仲裁人의 잘못에 기인한 경우에는 仲裁人의 책임 문제로 이어질 가능성도 배재할 수 없으며 仲裁人의 자격이나 仲裁人 기피 문제

가 제기될 수 있다.

제 4 절 國際商事仲裁判定에 관한 大法院 判例

I. 仲裁判定의 承認·執行에 관한 判例

1. 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결 【집행】

(1) 事件概要

베트남 회사인 原告(케이앤드브이 인터내셔널 이엠비 씨오 엘티디)가 썬심 베트남 리싱 씨오 엘티디(Kexim Vietnam Leasing Co., Ltd., 이하 '썬심'이라 한다)라는 리스회사를 통하여 자수기 제조회사인 被告(썬스타 특수정밀 주식회사 (변경 전 상호 : 한국특수정밀기계 주식회사))로부터 자수기 2대를 인도받아 사용하던 중 위 자수기 2대가 제대로 작동하지 아니하여 原告와 被告 사이에 損害賠償을 둘러싼 紛爭이 발생하였다.

이에 原告가 被告를 상대로 베트남 상사중재원에 仲裁判定을 신청하자 被告는 原告의 중재신청자격이나 위 상사중재원의 중재절차진행 등과 관련하여 아무런 이의를 제기하지 아니하였다.

그 후 위 仲裁事件에서 1999. 2. 6. 원심판결 仲裁判定이 내려진 사실 등 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 原告가 仲裁判定을 신청하고 이에 대하여 被告가 아무런 이의를 제기하지 않았다.

이 사건 仲裁判定의 承認과 執行에 관하여는 외국중재판정의 승인 및 집행에

관한 협약(이하 '뉴욕협약'이라 한다)이 우선 적용되어야 한다고 전제한 다음, 뉴욕협약 제4조가 "외국중재판정의 승인과 집행을 신청하는 당사자는 그 신청을 할 때에 ① 정당하게 인증된 중재판정 원본 또는 정당하게 증명된 그 등본, ② 제2조에 정한 중재합의의 원본 또는 정당하게 증명된 그 등본을 제출하여야 하고, 또한 중재판정이나 중재합의가 그 적용될 국가의 공용어로 작성되지 아니한 경우에는 공적 기관인 번역관, 선서한 번역관, 외교관 또는 영사관에 의하여 증명된 번역문을 제출하여야 한다."고 규정하고 있다. 위 각 서류들은 국내에서 外國仲裁判定의 執行判決을 얻기 위하여 반드시 제출하여야 하는 것인데, 原告는 정당하게 인증된 이 사건 중재판정의 원본(베트남어로 작성된 것)만을 제출하였을 뿐 그에 관한 뉴욕협약상의 번역문이나 중재합의의 원본 또는 등본 및 그에 관한 뉴욕협약상의 번역문 등을 전혀 제출하지 못하였다는 이유로 다투게 되었다.

(2) 判決要旨

1) 뉴욕협약 제4조 제1항은 "외국중재판정의 승인과 집행을 신청하는 당사자는 그 신청을 할 때에 ① 정당하게 인증된 중재판정의 원본 또는 정당하게 증명된 그 등본, ② 제2조에 정한 중재합의의 원본 또는 정당하게 증명된 그 등본을 제출하여야 한다."고 규정하고 있는바, 위 협약은 기본적으로 체약국들 사이에 서로 다른 나라에서 성립한 仲裁判定에 대한 執行을 용이하게 해주려는 취지에서 출발한 협약이라는 점에다가 국제적으로도 위 협약 제4조의 요건을 완화하여 해석하려는 경향이 강하다는 점까지 감안하여 볼 때, 위 제4조 제1항에 정한 서류들의 제출을 집행판결사건의 訴의 적법요건으로서 법원이 직권으로 판단하여야 할 사항이라거나, 당사자들 사이에 仲裁判定이나 仲裁合意의 존재 및 그 내용에 관한 다툼이 없는 경우에까지 그 제출이 반드시 요구되는 것이라고 해석할 수는 없고, 이는 당사자들 사이에 仲裁判定이나 仲裁合意의 존재 또는 그 내용에 관한 다툼이 있는 경우에 있어서 그에 대한 증명은 오로지 위 제4조 제1항에 정한 서류로써만 하여야 한다는 증거방법에 관한 규정이라고 봄이 상당하며, 나아가 여기서 원본이나 등본을 제출하여야 한다는 것은 반드시 그 실물을 신청서 등에 첨부하여 제출하여야 한다는 의미가 아니고, 원본이나 등본의 제출에 갈음하여 그 사본을 제출하고 상대방이 아무런 이의를 제기하지 않으면서 그에 대하여 '成立認定'

으로 인부하였다면, 이는 위 협약의 해석상으로도 적법한 원본이나 등본의 제출에 해당한다고 보아야 한다.

2) 뉴욕협약 제4조 제2항은 "중재판정이나 중재합의가 그 적용될 국가의 공용어로 작성되지 아니한 경우에는 공적 기관인 번역관, 선서한 번역관, 외교관 또는 영사관에 의하여 증명된 번역문을 제출하여야 한다."고 규정하고 있는바, 위 협약의 제정경위 등에 비추어 볼 때, 外國仲裁判定의 承認과 執行을 신청하는 당사자가 제출하여야 하는 번역문 역시 반드시 위와 같은 엄격한 형식을 갖춘 것만으로 한정할 것은 아니고, 만약 당사자가 위와 같은 형식에 따르지 않은 번역문을 제출하였는데 그 내용이 부실하다고 인정되는 경우에는 그 서증제출자의 비용부담으로 전문 번역인에게 번역을 의뢰하는 등의 방법에 의하여 이를 보완시킬 수도 있는 것이라고 봄이 상당하며, 따라서 위 제4조 제2항에 정한 형식에 따른 번역문이 제출되지 않았다는 이유만으로 집행판결청구를 배척할 수는 없다.

3) 뉴욕협약의 적용이 문제되는 사안에서 당사자 일방이 외국의 상사중재원에 仲裁判定을 신청하고 이에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 당사자 사이에 위 협약 제2조에 정한 유효한 중재합의가 있었다고 볼 수 없다.

(3) 檢討

1) 外國仲裁判定에 대한 執行判決을 신청함에 있어서 뉴욕협약 제4조 제1항에 정한 서류의 제출이 반드시 필요한지 여부 및 위 서류의 원본이나 등본 제출의 의미

뉴욕협약 제4조 제1항은 "외국중재판정의 승인과 집행을 신청하는 당사자는 그 신청을 할 때에 ① 정당하게 인증된 중재판정의 원본 또는 정당하게 증명된 그 등본, ② 제2조에 정한 중재합의의 원본 또는 정당하게 증명된 그 등본을 제출하여야 한다."고 규정하고 있는바, 뉴욕협약은 기본적으로 체약국들 사이에 서로 다른 나라에서 성립한 仲裁判定에 대한 執行을 용이하게 해주려는 취지에서 출발한

협약이라는 점에다가 국제적으로도 뉴욕협약 제4조의 요건을 완화하여 해석하려는 경향이 강하다는 점까지 감안하여 볼 때, 당사자들 사이에 仲裁判定이나 仲裁合意의 존재 및 그 내용에 관한 다툼이 없는 경우에까지 그 제출이 반드시 요구되는 것이라고 해석할 수는 없고, 이는 당사자들 사이에 仲裁判定이나 仲裁合意의 존재 또는 그 내용에 관한 다툼이 있는 경우에 있어서 그에 대한 증명은 오로지 위 제4조 제1항에 정한 서류로써만 하여야 한다는 증거방법에 관한 규정이라고 보는 것이 타당하며, 나아가 여기서 원본이나 등본을 제출하여야 한다는 것은 반드시 그 실물을 제출하여야 한다는 의미가 아니고, 이는 뉴욕협약의 해석상으로도 적법한 원본이나 등본의 제출에 해당한다고 보아야 함이 타당하다고 생각한다.

2) 뉴욕협약 제4조 제2항에 정한 형식에 따른 번역문이 제출되지 않았다는 이유만으로 執行判決의 請求를 배척할 수 있는지 여부

뉴욕협약 제4조 제2항은 "중재판정이나 중재합의가 그 적용될 국가의 공용어로 작성되지 아니한 경우에는 공적 기관인 번역관, 선서한 번역관, 외교관 또는 영사관에 의하여 증명된 번역문을 제출하여야 한다."고 규정하고 있는바, 뉴욕협약의 제정경위 등 앞서 본 사정들에 비추어 볼 때, 外國仲裁判定의 承認과 執行을 신청하는 당사자가 제출하여야 하는 번역문 역시 반드시 위와 같은 엄격한 형식을 갖춘 것만으로 한정할 것은 아니고, 만약 당사자가 위와 같은 형식에 따르지 않은 번역문을 제출하였는데 그 내용이 부실하다고 인정되는 경우에는 이를 보완시킬 수도 있는 것이라고 봄이 타당하며, 따라서 위 제4조 제2항에 정한 형식에 따른 번역문이 제출되지 않았다는 이유만으로 執行判決請求를 배척할 수는 없다고 보는 것이 타당하다.

3) 뉴욕협약의 적용이 문제되는 사안에서 당사자 일방이 외국의 상사중재원에 仲裁判定을 신청하고 이에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 당사자 사이에 위 협약 제2조에 정한 유효한 仲裁合意가 있었다고 볼 수 있는지 여부

뉴욕협약 제4조 제1항은 중재합의가 제2조에 정한 '서면에 의한 중재합의 (agreement in writing)'일 것을 요구하고 있고, 제2조 제2항은 書面에 의한 仲裁合意란 "당사자들에 의하여 서명되었거나 서신(letter) 또는 전보(telegram) 교환 속에 담긴, 주된 계약 속의 仲裁條項 또는 仲裁合意를 포함한다."고 규정하고 있으므로, 이 사건 仲裁申請을 전후하여 原告와 被告 사이에 교환된 업무연락서류, 중재관련서류 등에 의하여 仲裁合意가 확인된다는 특별한 사정이 없는 한, 原告가 베트남 상사중재원에 仲裁判定을 신청하고 이에 대하여 被告가 아무런 이의를 제기하지 아니함으로써 일종의 묵시적인 仲裁合意가 이루어졌다 한들 이를 뉴욕협약 제2조에 정한 유효한 仲裁合意라고 볼 수 없는 것이 타당하다. 뉴욕협약에 정한 유효한 仲裁合意의 存否가 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 原告가 仲裁判定을 신청하고 이에 대하여 被告가 아무런 이의를 제기하지 않았다는 점을 들어 유효한 仲裁合意가 있었다고 볼 수 없는 것이 타당하다고 본다.

2. 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다20134 판결 【집행】

(1) 事件概要

被告(썬스타 특수정밀 주식회사(변경 전 상호 : 한국특수정밀기계 주식회사))가 제작하여 공급한 자수기에 瑕疵가 있음을 원인으로 原告(케이앤드브이 인터내셔널 이엠비 씨오 엘티디)가 被告를 상대로 베트남 상사중재원에 提訴한 이 仲裁事件에서 1999. 2. 6., 被告는 原告에게 그 판정일로부터 30일 이내에 동일한 성능의 새로운 자수기를 교체·설치하고, 손해배상으로 미화 17,010.88\$를 지급하며, 기계 교체 의무와 배상금지급 의무를 연체하는 경우 베트남 은행의 대출이율에 의한 지연손해금을 지급하고, 아울러 중재판정비용 미화 5,336\$를 지급하라는 내용의 仲裁判定이 내려진 사실이 있었다.

이에 따라 被告는 같은 해 3. 13. 원고에게 손해배상금 미화 17,010.88\$ 및 중재판정비용 미화 5,336\$ 합계 미화 22,346.88\$를 송금하였고, 이어 교체용 자수기를

생산하여 3. 26. 베트남으로 수송한 다음 수입통관 절차를 밟고 나서 같은 해 5. 17. 자수기를 교체·설치하고자 교체용 자수기 및 소유권이전에 필요한 수입서류 등을 가지고 原告의 공장으로 찾아갔으나, 原告가 輸入節次上의 瑕疵 등을 문제 삼아 기계의 교체·설치를 거절한 사실이 있었다.

그 후로부터 현재까지 교체용 자수기는 소유권이전용 서류와 함께 피고가 지정한 베트남의 수입대행사가 보관중인 사실을 인정한 다음, 被告가 같은 해 5. 17. 해당사건 仲裁判定에 따라 적법하게 이행제공을 하였고 그 이후에도 수입대행사를 통하여 교체용 자수기 및 소유권이전용 서류를 계속 보관하고 있는 이상 被告는 이 사건 仲裁判定에 따른 기계교체의무를 이행하였다고 봄이 타당하다는 이유로, 仲裁判定 중 이행되지 아니한 부분, 즉 같은 해 3. 9. 이후 기계교체의무 및 손해배상금지급의무가 각 이행된 날까지의 지연손해금 부분이 포함된 중재판정문 제1.2항의 執行만을 허용하고, 이미 모두 이행된 제1.1항의 기계교체 부분 및 제2항의 중재판정비용 지급 부분에 대하여는, 仲裁判定 이후 청구이의의 사유가 발생 본건 訴訟을 제기하였다.

(2) 判決要旨

1) 뉴욕협약 제5조에서는 執行의 拒否事由를 제한적으로 열거하고 있는데, 그 중 제2항 (나)호에 의하면 仲裁判定의 承認이나 執行이 그 국가의 公共의 秩序에 反하는 경우에는 집행국 법원은 仲裁判定의 承認이나 執行을 拒否할 수 있는바, 이는 仲裁判定의 承認이나 執行이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 해하는 것을 방지하여 이를 보호하려는 데 그 취지가 있다 할 것이므로, 그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 國際的 去來秩序의 安定이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것이고, 해당 仲裁判定을 인정할 경우 그 구체적 결과가 집행국의 善良한 風俗 기타 社會秩序에 反할 때에 承認이나 執行을 拒否할 수 있다.

2) 執行判決은 外國仲裁判定에 대하여 執行力을 부여하여 우리나라 법률상의 강제집행절차로 나아갈 수 있도록 허용하는 것으로서 그 변론종결시를 기준으로 하여 執行力의 유무를 판단하는 재판이므로, 仲裁判定의 성립 이후 채무의 소멸

과 같은 집행법상 청구이의의 사유가 발생하여 중재판정문에 강제집행절차를 밟아 나가도록 허용하는 것이 우리 법의 기본적 원리에 반한다는 사정이 執行裁判의 변론과정에서 드러난 경우에는, 법원은 뉴욕협약 제5조 제2항 (나)호의 公共秩序違反에 해당하는 것으로 보아 그 仲裁判定의 執行을 拒否할 수 있다.

(3) 檢討

1) 外國仲裁判定의 承認이나 執行의 拒否事由인 뉴욕협약 제5조 제2항 (나)호 소정의 仲裁判定의 承認이나 執行이 그 국가의 公共秩序에 反하는 경우에 대한 판단 기준

이 사건 仲裁判定은 뉴욕협약의 적용을 받은 外國仲裁判定이므로, [仲裁法 제37조 제1항](#), [제39조 제1항](#)에 따라 그 執行은 뉴욕협약을 적용하여 執行判決에 의하여야 한다. 뉴욕협약 제5조 제2항 (나)호에 의하면 仲裁判定의 承認이나 執行이 그 국가의 公共의 秩序에 反하는 경우에는 집행국 법원은 仲裁判定의 承認이나 執行을 拒否할 수 있는바, 이는 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 해하는 것을 방지하여 이를 보호하려는 데 그 취지가 있다고 본다.

그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 國際的 去來秩序의 安定이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것이고, 해당 仲裁判定을 인정할 경우 그 구체적 결과가 집행국의 善良한 風俗 기타 社會秩序에 反할 때에 承認이나 執行을 拒否할 수 있다고 할 것이다([대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결](#), [1995. 2. 14. 선고 93다53054 판결](#) 참조).

이와 같이 해석하는 것이 執行判決의 확정 이후에 별도의 청구이의 訴訟을 통하여 다투도록 하는 것보다 소송경제에 부합할 뿐만 아니라, 변론을 거친 판결의 형식에 의하여 執行判決을 하도록 정한 우리 법제에 비추어 타당하다고 본다.

2) 外國仲裁判定의 성립 후 청구이의의 사유가 발생한 경우, 執行裁判의 단계에서 뉴욕협약 제5조 제2항 (나)호를 적용하여 그 仲裁判定의 執行을 拒否할 수 있는지 여부

被告가 적법한 이행제공을 함으로써 原告를 수령지체에 빠뜨렸다고 볼 수 있을지는 별론으로 하고 기계교체의무의 이행이 완료되어 기계교체의무가 소멸하였다고 볼 수 없으니 청구이의 사유가 될 수 없다고 보는 것이 타당하다.

II. 仲裁判定取消에 關한 判例

1. 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결 【중재판정취소】

(1) 事件概要

이 사건 契約의 일부를 이루는 契約一般條件 제50조 제1항은 "계약의 수행중 계약 당사자 간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다."고 규정하고 있고, 제2항은 "분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 해결한다."고 규정하면서 제1호를 "관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 調停 또는 仲裁法에 의한 중재기관의 仲裁에 의한다.", 제2호를 "제1호의 조정에 불복하는 경우에는 한국고속철도건설공단(이하 '건설공단'이라 한다)의 소재지를 관할하는 法院의 判決에 의한다."고 규정하고 있는 사실, 被告 삼부토건 주식회사, 계룡건설산업 주식회사와 被告 두산산업개발 주식회사에 합병되기 전의 두산건설 주식회사(이하 '피고들'이라 한다)가 건설공단의 철도자산 및 권리가 原告에게 포괄승계되기 전인 2002. 6. 경 건설공단을 상대로 대한상사중재원에 물가변동에 따른 계약금액의 조정과 터널굴착방법 변경에 따른 설계변경으로 감액된 82억 9,700만 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 내용의 중재신청을 한 사실, 위 중재신청에 대하여 건설공단이 그 답변서 및 그 후의 준비서면에서 계속하여 仲裁合意의 부존재를 주장한 사실, 대한상사중재원의 중재판정부는 위 계약일반조건 제50조에 의하여 건설공단과 被告들 사이에 仲裁合意가 존재함을 전제로 판시와 같이 仲裁判定을 한 사실을 인정할 수 있는바, 앞서 본 法理와 調停에 의한 분쟁해결도 당사자 사이에 합의가 성립하지 아니하면 終局的으로는 法院의 判決에 의한 분쟁해결의 절차로 나아가지 아니할 수 없었다.

위와 같은 내용의 選擇的 仲裁條項은 이 사건 契約의 일방 당사자가 상대방에 대하여 調停이 아닌 仲裁節次를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 仲裁節次에 임하였을 때 비로소 仲裁合意로서 효력이 있다고 할 것이고, 이 사건에서와 같이 일방 당사자인 被告들의 仲裁申請에 대하여 상대방인 건설공단이 仲裁申請에 대한 답변서에서 仲裁合意의 부존재를 적극적으로 주장하면서 仲裁에 의한 해결에 반대하면서 다투게 되었다.

(2) 判決要旨

1) 仲裁合意는 私法上的 法律關係에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 紛爭의 전부 또는 일부를 法院의 判決에 의하지 아니하고 仲裁에 의하여 해결하도록 書面에 의하여 合意를 함으로써 效力이 생기는 것이므로, 구체적인 仲裁條項이 仲裁合意로서 效力이 있는 것으로 보기 위하여는 仲裁法이 규정하는 仲裁의 概念, 仲裁合意의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 仲裁條項의 내용, 당사자가 仲裁條項을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

2) 분쟁해결방법을 “관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 調停 또는 仲裁法에 의한 중재기관의 仲裁에 의하고, 調停에 불복하는 경우에는 法院의 判決에 의한다.”라고 정한 이른바 選擇的 仲裁條項은 契約의 일방 당사자가 상대방에 대하여 調停이 아닌 仲裁節次를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 仲裁節次에 임하였을 때 비로소 仲裁合意로서 效力이 있다고 할 것이고, 일방 당사자의 仲裁申請에 대하여 상대방이 仲裁申請에 대한 답변서에서 仲裁合意의 부존재를 적극적으로 주장하면서 仲裁에 의한 해결에 반대한 경우에는 仲裁合意로서의 效力이 있다고 볼 수 없다.

(3) 檢討

1) 구체적인 仲裁條項이 仲裁合意로서 效力이 있는지 여부의 판단 기준, 調停 또는 仲裁을 분쟁해결방법으로 정한 이른바 選擇的 仲裁條項의 仲

裁合意로서의 效力 유무

仲裁法 제3조 제1호는 "仲裁"라 함은 당사자 간의 합의로 私法上의 紛爭을 法院의 裁判에 의하지 아니하고 仲裁人의 判定에 의하여 해결하는 절차를 말한다고 규정하고 있고, 같은 조 제2호는 "仲裁合意"라 함은 契約上의 紛爭인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 紛爭의 전부 또는 일부를 仲裁에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제8조 제1항은 仲裁合意는 독립된 합意 또는 契約 중 仲裁條項의 형식으로 할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 仲裁合意는 書面으로 하여야 한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제9조 제1항은 仲裁合意의 대상인 紛爭에 관하여 訴가 제기된 경우에 被告가 仲裁合意 존재의 抗辯을 하는 때에는 法院은 그 訴를 却下하여야 하고, 다만 仲裁合意가 부존재·무효이거나 效力을 상실하였거나 그 履行이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있는바, 이와 같이 仲裁合意는 私法上의 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 仲裁에 의하여 해결하도록 書面에 의하여 합의를 함으로써 效力이 생기는 것이므로, 구체적인 仲裁條項이 仲裁合意로서 效力이 있는 것으로 보기 위하여는 위와 같은 仲裁法이 규정하는 仲裁의 概念, 仲裁合意의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 仲裁條項의 내용, 당사자가 仲裁條項을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 하는 것이 타당하다고 본다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결 참조).

2. 대법원 2003. 2. 26. 선고 2001다77840 판결 【중재판정취소】

(1) 事件概要

동해펄프 주식회사(아래에서는 '동해펄프'라고 한다)와 미국 루이지애나주법에 따라 설립된 被告(마제스틱 우드칩스 인코퍼레이티드 (Majestic Woodchips Inc.))는 1994년 被告가 미국에서 생산하는 제지용 펄프 원료인 나무 조각을 동해펄프에게 장기간 공급하기로 하는 契約을 체결하면서, 그 契約과 관련된 紛爭은 한국

법과 국제상업회의소(International Chamber of Commerce)의 조정·중재규칙(Rules of Conciliation and Arbitration)에 따라 仲裁로 해결하기로 約定하였다.

그런데 被告와 동해펠프 사이에 위 契約의 履行과 관련하여 紛爭이 발생하자, 被告와 그 국내대리점인 주식회사 티케이티는 1996. 3. 28. 동해펠프를 상대로 국제상업회의소 중재재판소(Court of Arbitration)에 仲裁를 신청하였고, 중재재판소는 1996. 8. 4. 홍콩에 거주하는 닐 카플란(Neil Kaplan)을 仲裁人으로 임명하는 한편 싱가포르를 仲裁地로 결정하였다. 仲裁人은 자신이 仲裁地를 변경할 수 있고, 仲裁節次는 仲裁地國의 强行法規와 1988. 1. 1. 개정된 국제상업회의소의 조정·중재규칙에 따르기로 한다는 등의 내용이 포함된 부탁사항(Terms of Reference)을 작성하였고, 당사자들이 여기에 서명하였다. 그 뒤 仲裁人은 仲裁地를 홍콩으로 변경하고 홍콩에서 仲裁節次를 진행한 다음 1998. 7. 14. 동해펠프의 계약 위반 사실을 인정하고 동해펠프가 피고에게 손해배상을 하여야 한다고 판정하였다.

이에 原告는 法院에 取消判定의 訴를 제기하였다.

(2) 判決要旨

뉴욕협약 제5조 제1항 이(e)호는 仲裁判定의 承認과 執行이 拒否될 수 있는 사유의 하나로 그 判定이 取消된 경우를 규정하고 있는데, 이 규정에 따르면 仲裁判定은 "중재판정이 내려진 국가(the country in which that award was made)" 나 "중재판정의 기초가 된 법령이 속하는 국가(the country under the law of which that award was made)"의 권한 있는 기관(competent authority)만이 取消할 수 있고, 여기에서 "중재판정의 기초가 된 법령"이라 함은 仲裁節次의 準據法을 뜻하고 사건의 실체에 대하여 仲裁人이 적용한 法을 뜻하는 것이 아니다.

(3) 檢討

- 1) 우리나라의 법원이 뉴욕협약이 적용되는 仲裁判定을 取消할 수 있는 권한 있는 국가기관인가

이 사건의 仲裁判定은 商事上の 법률관계로부터 발생한 紛爭에 관하여 홍콩에서 내려진 判定으로서 仲裁法上 內國判定이라고 인정되지 아니하므로, 이 사건 仲裁判定의 承認 및 執行에 관하여는 우리나라와 미국이 모두 條約國으로 가입하고 있는 뉴욕협약이 적용됨이 타당하다고 본다.

그런데 이 사건에서 보면, 동해필프와 被告가 위 계약에 따른 분쟁해결은 仲裁로 한다고 約定하면서 그 仲裁節次의 準據法에 대하여는 명확히 合意하지 아니하고 다만 한국법과 국제상업회의소의 조정·중재규칙에 따른다고만 約定하였으며, 이에 仲裁人이 국제상업회의소의 조정·중재규칙 제11조에 따라 당사자의 동의하에 仲裁節次에 적용할 準據法을 仲裁地의 強行法規와 국제상업회의소의 조정·중재규칙으로 정함으로써, 이 사건 仲裁節次에 있어서는 홍콩의 強行法規와 국제상업회의소의 조정·중재규칙이 적용되었으므로, 이 사건 仲裁判定이 내려진 국가도 아니고 仲裁節次의 準據法이 속하는 국가도 아닌 우리나라의 법원은 이 사건 仲裁判定을 取消할 수 있는 권한 있는 기관이 아닌 것으로 판단된다.

제 5 장 結 論

國際商事仲裁은 國際去來에서 紛爭 발생시, 紛爭 당사자간의 仲裁契約에 따라 私法上의 법률관계에 관한 현존 또는 장래에 발생할 紛爭의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 私人인 제3자를 仲裁人으로 선정하여 仲裁人의 判定에 맡기는 동시에 그 判定에 복종함으로써 紛爭을 해결하는 自主法廷制度이다. 아울러 국가공권력을 발동하여 強制執行 할 수 있는 권리가 법적으로 보장되는 國際去來에 있어 필수 불가결의 분쟁해결수단으로서 매우 중요한 역할을 담당하고 있다.

國際去來紛爭 당사자의 仲裁合意를 기초로 하여 당해 사건의 특성이나 성질에 따라 적정한 仲裁人을 선정, 신속하게 審理節次를 거치고 나서 確定的이고 最終的인 仲裁判定을 내리게 된다.

분쟁해결수단으로서 訴訟이나 다른 소송외 분쟁해결제도(ADR)와는 다른 특징 내지 장점을 지니고 있으며 널리 이용되고 있는 仲裁制度의 활성화를 위해서는 國際商事仲裁에 관한 개념을 확실하게 정립하고 이에 대한 올바른 이해가 따라주어야 한다.

國際去來가 다양해지고, 복잡화되어가는 현시점에서 國際去來紛爭의 효율적인 분쟁해결수단으로서의 지위를 확고히 하고 있는 國際商事仲裁의 활성화를 위하여 仲裁制度가 안고 있는 현실적인 문제점을 충분히 인식하고 이를 해결하기 위한 올바른 개선방안과 제도적 노력이 필요하다고 본다.

國際商事仲裁에 있어서 仲裁制度의 활성화를 위한 制度上의 운영 개선이나 다른 노력보다 우선시 되는 것은 國際去來에 임하는 당사자들의 仲裁制度에 관한 인식의 전환이라고 본다. 아직까지도 우리나라에서는 仲裁를 訴訟의 보조수단이나 유사제도로 보거나 중재기관을 사법부의 하위기관으로 인식하고 있는 경우가 많아 보인다. 仲裁란 訴訟에 대체되는 자주적인 사적분쟁 해결방법으로 오래전부터 세계적으로 이용되어 왔다. 따라서 仲裁은 訴訟의 보조적 기능을 수행하는 것이 아니라 독자적 기능을 수행하며 분쟁해결의 조역이 아니라 주역이라는 인식의

전환이 仲裁制度의 활성화에 기여할 것이다.

첫째, 國際去來紛爭의 고액화와 법률문제의 복잡화 때문에 법률전문가를 仲裁人으로 선임하는 경우가 증가함으로 仲裁가 訴訟과 유사한 형태로 변질되는 경향이 있다. 紛爭을 적정·공평·신속하게 해결함을 목적으로 하고 있는 仲裁制度의 장점에 反하여 仲裁節次 기간의 장기화, 중재비용의 증가뿐 아니라 仲裁判定도 商去來의 실태에 맞는 현실적인 것이라기보다 법적인 결론에 기우는 현상이 생기고 있다. 그러나 이러한 현상이 심화되면 신속성, 경제성, 합리적 분쟁해결수단으로서의 仲裁制度의 장점이 사라지게 될 것이다. 이에 대비한 제도적 대안으로 간이 執行命令 制度를 도입할 필요가 있다고 본다. 또한 복잡화 되어가는 國際去來紛爭의 해당 전문가의 양성이 체계적으로 이루어져야 할 것이다.

둘째, 仲裁判定은 당사자간에 있어서 법원의 確定判決과 동일한 效力이 있다고 규정하고 있으면서도 당사자가 仲裁判定을 執行하기 위해서는 법원에 별도로 強制執行에 따른 執行判決을 받아야 하는 제도적 모순을 안고 있다. 상당수의 사례에서 법원의 節次上 審理, 命令, 判決이 장기화되고 있고, 仲裁節次에서 審理하였던 논점이 법원에서 재삼 거론되는 것은 계약당시 仲裁條項을 삽입하여 간편하고 용이한 절차로 紛爭을 종식시키려고 하였던 당사자들의 의사에 배치되고, 仲裁判定의 承認 및 執行의 效力에 문제점을 제시하게 된다. 따라서 判定의 執行에 있어서도 確定判決과 같이 용이하게 執行할 수 있도록 규정해야 할 것이다. 즉, 仲裁判定 取消의 訴가 제기되어 있지 않는 한 執行法院이 仲裁判定에 바로 집행문을 부여할 수 있도록 할 필요가 있다. 우리나라 仲裁法 뿐만 아니라 다른 나라의 立法例를 살펴보아도 仲裁判定 그 자체로 執行力을 인정하는 法例는 찾기 힘들다. 하지만 仲裁制度가 활성화 되어있는 영국 仲裁法의 경우, 仲裁判定은 모두 법원의 허가를 받아 執行하도록 규정되어 있으나 우리나라와 같이 별도의 소송형식이 아니라 仲裁判定에 여러 가지 取消事由가 주장되지 않는 경우, 중재판정내용을 그대로 이용하는 형식을 취하고 있다. 이같은 입장은 뉴욕협약도 마찬가지이며 우리나라는 이미 동 협약에 가입하였으므로 仲裁法에 이를 명문화하면 될 것이다.

參 考 文 獻

1. 國內文獻

1) 單行本

- 강병근, 「국제중재의 기본문제」, 소화, 2000.
- 강이수, 「국제거래분쟁론 -예방, 해결, 상사중재-」, 삼영사, 2002. 7.
- 강이수, 박종삼 공저 「국제거래분쟁론 -상사중재, 전자상거래분쟁 해결-」, 삼영사, 2004
- 고준환, 「국제상사중재론」, 법문사, 1984.
- 곽영실, 김석철 공저, 「최신국제상사중재론」, 두남, 2003.
- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2002.
- 서정일, 「국제상사중재법론」, 두남, 2003.
- 서헌제, 「국제거래법」, 율곡출판사, 1996.
- 석광현, 「국제사법과 국제소송 제1권」, 박영사, 2001.
- _____, 「국제사법과 국제소송 제2권」, 박영사, 2001.
- 신한동, 「상사분쟁과 해결」, 신영사, 1999.
- 이성민, 김종득, 김장호 공저, 「국제무역분쟁과 상사중재」, 두남, 2003.
- 이순우, 「상사중재론」, 법경사, 1998.
- 장문철, 「현대중재법의 이해」, 세창출판사, 2000.
- 장문철 외저, 「UNCITRAL 모델중재법의 수용론」, 세창출판사, 1999.
- 최장호, 「상사분쟁관리론」, 두남, 2003.
- 홍성규, 「국제상사중재」, 두남, 2002.

2) 論文

- 강위두, “중재판정의 무효와 취소”, 중재논총, 대한상사중재원, 2002.
- 김종호, “중재판정 취소소송에 관한 소고”, 중재논총, 대한상사중재원, 2003.
- 김성준, “해사중재발전방향에 관한 소론”, 계간 중재 제310호, 2003.
- 류병운, “국제상사중재의 준거법 적용의 원칙과 방향”, 안암법학 제18호, 2004. 3.
- 로버트 K. 패더슨, “국제상사중재에 대한 캐나다법원의 새로운 경향, 캐나다 연구 제8집, 1997.
- 석광현, “개정중재법의 몇가지 문제점 -국제상사중재를 중심으로-”, 계간 중재 제298호, 2000.
- 서정일, “국제상사중재제도의 법적성질에 관한 연구”, 무역학회지 제29권 제1호, 2004. 2.
- 이순우, “외국중재판정의 강제집행 고찰”, 계간 중재 제306호, 2002.
- 장문철, “상사중재와 상법의 발전”, 상사법연구 제7집, 1989.
- 홍창기, “국제상사중재제도에 있어서 중재판정에 관한 비교법적 고찰”, 무역학회지 제28권 제3호, 2003. 6.

2. 外國文獻

Albert Jan Van Den Berg, 「International Dispute Resolution - Toward an International Arbitration Culture」, Kluwer Law International, 1998.

Cabonneau, Thomas e., 「Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration」, 2nd. ed., Juris Publishing, 2000.

Gary B.Born, 「International Commercial Arbitration」, Kluwer Law International, 2001.

Mauro Rubino-Sammartano, 「International Arbitration Law and Practice」, Kluwer Law International, 2001.

Rule Colin, *Online Dispute Resolution for Business*, Jossey-Bass, 2002.
W.Michael Reisman, W.Laurence Craic, William Park, Jan Paulsson,
「International Commercial Arbitration」, University Casebook Series, 1997

3. 인터넷 사이트

<http://www.kcab.or.kr>

<http://www.moleg.go.kr>

<http://www.adr.org>

<http://www.arbitrators.org>

http://www.iccwbo.org/home/menu_international_arbitration.asp

<http://www.arbitrators.org>

<http://www.epms.nl/arbit/nycmain.htm>

<http://www.smany.org>

<http://www.bcicac.com>

<http://www.uncitral.org>

<http://www.kluwarbitration.com/arbitration>

Abstract

A Study on The Arbitral Award in International Commercial Arbitration

Korea Maritime University
Graduate School
Department of Maritime Law
By Kang Suk Joo

The international trade claims arise between the *parties* concerned in performing international trade. So it is a serious matter for those who perform the international trade to settle the international commercial dispute.

There are many ways to settle such international commercial dispute, but above all, to make the most of international commercial arbitration system is most rational and efficient for settling the dispute.

The *purpose* of this *paper* is to explore efficient ways to activate the international commercial arbitration system. This *paper* focuses

on how to reach the decision in arbitral procedure.

It is very important to give the credibility to arbitral awards and the arbitration system, so it is necessary to state the reasons on which arbitral are based.

International commercial arbitration has progressively become an autonomous the dispute resolution systems at th heart of the law and practices of international trade.

For this purpose, I write an introductory remarks as a way of bringing in the point at issue in the first chapter.

In chapter two, the dispute resolution system are studied to settle the disputes concerning the international trade. The advantage of international commercial arbitration is considered.

In chapter three, the legal aspects of the international commercial arbitration awards are examined. The issues of the definition and kinds of the arbitral award, and the recognition and execution of the foreign arbitral award are studied and examined.

In chapter four, an arbitral award may be set aside by the court. The specified grounds are studied.

Last chapter of this paper is five and this part is a conclusion. The contents of the upper research are summarized in this chapter. I try to propose some ways to activate the international commercial arbitration and to execute the arbitral award efficiently in this paper. First, it is necessary to cut period of arbitration, to improve

the notification *procedure* of arbitrators, and to cultivate arbitration with a high level of *specialty*. Secondly, the clause in the current Arbitration Act that requires a *separate* court decision to enforce arbitration awards needs to be mended to enforce court *permission* only, as in the British Arbitration Act of 1996. Lastly, a change in awareness on the arbitration system is urgent. An effort should be made to establish independence of the arbitration system. The reason is that the arbitration is not a *supplementary* measure for legal *procedures*, but a *separate* system of dispute resolution that solves *problems* in the current legal system.