

仲裁準據法으로서의 衡平과 善: 友誼的 仲裁人

張 福 姬

- I. 序 論
- II. 國際協約上 規定
- III. '衡平과 善'의 적용 또는 '友誼的 仲裁人'으로서의 권한행사
 - 1. 權限의 定義
 - 2. 權限의 範圍
 - 3. 國家慣行
 - 4. 衡平과 友誼的 仲裁人의 비교
- IV. 權限의 制限
- V. 結 論

I. 序 論

'衡平과 善'(ex aequo et bono)에 의한 혹은 '友誼的 仲裁人'(amiable compositeurs)으로서의 決定이란 裁判官이나 仲裁人이 紛爭의 衡平스러운(equitable) 해결을 이끄는 데 유리하다면 엄격한 法的 또는 契約的 要件(strict legal or contractual requirements)에 구속당하지 않고 衡平의 原則(principles of equity)과 良心에 따라 분쟁을 해결하는 것을 말한다.¹⁾ 裁判官이나 仲裁人은 當事

* 延世人 法學研究所 研究員, 延世人 및 漢陽大 講師, 法學博士.

1) Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial

쪽에 의하여 衡平和 善에 따른 裁判이나 仲裁을 진행할 수 있는 權限을 부여받을 수 있다. 權限委任이 있는 경우 仲裁人은 엄격한 法的 原則을 적용하는 것이 不公正하다고 생각할 때 公正하고 合理的인 基準에 근거하여 분쟁을 해결할 수 있다. 그러한 權限은 契約上 소위 '衡平條項'에 의하여 仲裁人에게 부여되며, 仲裁人은 엄격한 法的 解釋보다는 公正한 解釋에 따라 결정하거나 혹은 보다 간단히 友誼的 仲裁人으로서 결정할 수 있다.²⁾

'衡平和 善'에 의한 決定은 國家間 仲裁에서 찾아볼 수 있으며 현재는 私法(private law)上 仲裁에서도 사용된다. 衡平和 善에 의한 仲裁效果는 友誼的 仲裁人의 그것과 유사하며, 그러한 權限이 주어진 裁判官이나 仲裁人은 만일 그것이 衡平스럽지 못하다면 當事者들의 強制的인 法的 權利와 義務를 고려하지 않을 수 있다. 그러나 '衡平和 善'條項은 仲裁人이 法을 무시할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 이러한 의미의 條項은 無效이다. 이는 法과 契約을 해석하는데 있어서 仲裁人은 常識的 見解를 취해야 하고 法的 技巧性에 구애받을 필요가 없다는 것을 의미한다. 그러므로 契約에 衡平條項이 포함되어 있는 경우 仲裁人은 法規則의 의미보다는 廣義로 관대하게 해석할 자유가 있다. 그러나 실제로 그러한 權限은 쉽게 주어지지 않으며 오직 제한된 범위내에서만 허용된다.³⁾

그러한 權限의 인정은 국제적으로 적용되는 대부분의 仲裁規則에서 찾아볼 수 있다. 관련 仲裁規則들은 當事者들이 合意한다면, '衡平和 善'에 따라 결정을 내리거나 '友誼的 仲裁人'으로서 결정할 수 있다고 규정하면서 그 地位를 분명히 하고 있다. 예컨대 1985년 유엔에서 채택된 標準國際商事仲裁法(UNCITRAL Model Law)⁴⁾ 제28조 3항은 "仲裁判定部는 當事者가 明示的으로 權限을 부여한 경우에 한하여, '衡平和 善에 의하여' 또는 '友誼的 仲裁人'으로서 결정을 내리는 것으로 한다"고 규정하고 있다.

國家慣行에서도 그 實例를 찾아볼 수 있다. 예컨대 1907년 콜롬비아와 에콰도르분쟁에서, 仲裁人은 기존의 條約과 仲裁人을 임명한 協約에 따라 兩國間的

Arbitration (London: Sweet & Maxwell, 1991), p.35.

'衡平스러운'(equitable)의 용어는 일반적으로 '公正한'(fair)의 의미로 사용된다.

2) Alan Redfern and Martin Hunter, op. cit., p.121.

3) Ibid., p.38

4) 1985년 6월 21일 유엔國際貿易法委員會(United Nations Commission of International Trade Law, UNCITRAL) 第18次會期에서 채택. 이하 「UNCITRAL Model Law」라 함.

紛爭이 된 境界線을 결정해 줄 것을 요청받았는데, 關聯條項은, 仲裁人은 “엄격한 法과는 관계없이 兩國間의 必要性(necessities)과 便宜(convenience)에 따라 衡平한 線을 택할 수 있다”⁵⁾고 규정하고 있었다.

특히 國際商事仲裁에 있어서 本案의 準據基準으로서 ‘衡平과 善’이 적용됨에 따라 본논문은 이와 관련한 國際協約의 內容과, ‘衡平과 良心,’ ‘衡平과 善’ 그리고 이와 유사한 의미의 ‘友誼的 仲裁人’으로서의 決定權限의 範圍와 그 限界에 관하여 살펴보기로 한다.

II. 國際協約上 規定

대부분 仲裁關聯 國際協約에서는 仲裁準據法으로서 ‘衡平과 善’에 관한 規定을 두고 있다.

1961년 「國際商事仲裁에 관한 유럽협약」(The European Convention for the International Commercial Arbitration)⁶⁾ 제7조 2항은, “當事者들이 合意를 하거나 仲裁에 적용되는 法에 의하여 그렇게 할 수 있는 경우, 仲裁人은 ‘友誼的 仲裁人’(amiable compositeurs)으로서 결정할 수 있다”고 규정하고 있다. 「유럽협약」은 이후 1975년 國際商業會議所(International Chamber of Commerce, ICC)⁷⁾의 仲裁規則⁸⁾에 영향을 주었으며 「ICC 仲裁規則」 제13조 4항은 「유럽협약」 제7조 2항과 동일한 趣旨을 규정하고 있다.

1965년 「國際投資紛爭解決協約」(ICSID協約)⁹⁾ 제42조 3항도 “當事者가 合意하

5) 원문은 다음과 같다: “leaving to one side strict law, adopt an equitable line in accordance with the necessities and convenience of the two countries.”

6) 이하 「유럽협약」이라 함.

7) 이하 「ICC」라 함.

8) 이하 「ICC 仲裁規則」이라 함.

9) 1927년 「제네바협약」(「外國仲裁判定の承認과 執行에 관한 제네바협약」)에 이어 商事紛爭解決을 위하여 仲裁를 이용하는 超國家的이고도 多變的 努力이 있었는데, 國際投資紛爭本部(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)가 1965년 3월 18일에 설립되고 1966년에 발효한 1965년 「國際投資紛爭解決協約」(「國家와 他國의 國民간의 投資紛爭解決에 관한 協약」, The Convention on the Settlement Investment Disputes between States and Nationals of Other States) 일명 「ICSID협약」 또는 「워싱

는 경우, 仲裁判定부는 ‘衡平和 善’(ex aequo et bono)에 따라 紛爭을 해결할 수 있다”고 규정하고 있다. ICSID중재에서 ‘衡平和 善’條項은 예컨대 1980년 Benvenuti and Bonfant와 콩고사건에서 적용되었는데, 損益평가의 基礎로서 法的 根據에 따르지 않고 道德的 次元의 賠償金이 산정되었었다.¹⁰⁾

이와 유사한 접근으로 1976년 유엔國際貿易法委員會(UNCITRAL)의 仲裁規則¹¹⁾ 제33조는 ‘意志의 自律性’(autonomy of will) 原則을 채택하였는데, 동조 2항과 3항은 “當事者가 明示의 으로 仲裁判定部에 대하여 權限을 부여하고 仲裁節次에 적용되는 法이 그러한 仲裁를 인정하고 있는 경우에 한하여, 仲裁判定부는 ‘友誼的 仲裁人’으로서 혹은 ‘衡平和 善’에 따라 결정하며, 모든 경우에 있어서 仲裁判定부는 契約條件에 따라 결정하고 當該去來에 적용되는 貿易慣習을 고려하여야 한다”고 규정하고 있다.

1985년 「UNCITRAL Model Law」 제28조 3항과 4항은 「UNCITRAL 仲裁規則」 제33조 2항, 3항과 동일하게 규정하고 있다.

이와 같이 本案을 규율하는 法을 다루는 모든 주요 國際協約과 文書들은¹²⁾ 超法的 基準을 선택하는 當事者들의 受諾을 전제로, 仲裁人에 대하여 當事者들이 合意한다면 ‘友誼的 仲裁人’으로서의 결정 혹은 ‘衡平和 善’에 의한 결정권한을 공통적으로 인정하고 있음을 볼 수 있고, 그 어느 경우이든 仲裁人은 契約條件과 貿易慣習을 고려하여야 함을 명시하고 있다.¹³⁾ 當事者들이 合意하거나 準據法에서 ‘友誼的 仲裁人’으로서 결정하도록 인정하는 경우에, 仲裁人은 商慣習法(lex mercatoria)에 기초하여 분쟁을 해결할 수 있다.¹⁴⁾

턴협약’이 바로 그것이다. 韓國에서 동협약은 1967년 3월 23일에 발효되었다.

10) Benvenuti and Bonfant v. the Government of the People's Republic of the Congo, International Law Materials, Vol.2, 1982, p.740.

11) 이하 「UNCITRAL 仲裁規則」이라 함

12) 이 외에도 1966년 「유럽經濟委員會(Economic Commission for Europe, ECE)仲裁規則」 제39조; 1963년 유럽經濟委員會에 제출된 「海外 工場 및 機械 供給에 관한 ECE 一般條件」 제23조 3항도 동일한 趣旨의 규정을 하고 있다.

13) 몇몇 常設仲裁機關도 유사한 規定을 가지고 있다. 예컨대, 「파리海事仲裁裁判所 仲裁規則」 제9조 3항; 「네덜란드 仲裁機構規則」 제28조; 「암스텔담 및 로테르담 船業會議所 仲裁規則」 제12조.

14) Ole Lando, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute," Petar Sarcevic (ed.), Essays on International Commercial Arbitration(London/Dordrecht/Boston Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1989), p.150.

주목할 점은 이러한 規定들은 仲裁地國의 法은 超法的 基準에 의한 仲裁을 허용해야 하는 필요성을 인정하고 있다는 것이다. 만일 仲裁가 超法的 基準에 의한 仲裁을 허용하지 않는 國家에서 행해진다면, 衡平과 善에 의하거나 友誼的 仲裁人으로서 결정을 내리는 權限을 仲裁人에게 부여하는 것은 無效가 된다. 이는 仲裁가 행해지는 國家의 法의 主權을 인정하는 것이다.¹⁵⁾

國際判決도 當事者들이 合意한다면, ‘衡平과 善’에 의한 결정을 널리 인정하여 왔다.¹⁶⁾ 國際司法裁判所(ICJ)規程 제38조 2항은 “當事國의 合意가 있는 경우에는 裁判所가 ‘衡平과 善’(ex aequo et bono)에 의하여 裁判을 행할 權限을 해하지 않는다”고 규정하고 있는데, 이는 當事國의 合意를 전제로 裁判所는 ‘衡平과 善’에 기초하여 재판을 행할 수 있다는 것이다.

그러므로 友誼的 仲裁人의 權限이 주어지거나 衡平과 善에 따라 결정하도록 요청받거나 적용할 概念의 모호한 선택에 직면했을 때, 仲裁人은 一般的인 常識, 商業的 經驗 그리고 法的 知識에 의존할 수 있다. 이러한 점에서 仲裁人은 一般的인 國際貿易原則에 의하여 해석되고 보충되며 特別한 貿易慣習과 慣行에 의하여 조정된 契約條件을 적용할 수 있다.¹⁷⁾

III. ‘衡平과 善’의 적용 또는 ‘友誼的 仲裁人’으로서의 권한행사

1. 權限의 定義

‘友誼的 仲裁人’의 定義는 한 가지로 말할 수는 없다.¹⁸⁾ 이러한 權限은 아마

15) Juhar D. M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration* (New York: Oceana Publications, Inc., 1978), p.121.

16) 衡平이란 善, 公平, 自然的 正義 그리고 信義誠實을 그 주내용으로 하는 것이며, 法의 一般原則과도 일치한다고 볼 수 있다. Lauerpacht교수는 道德, 良心 그리고 信義誠實이 일반적으로 國內法체제의 일부로 채택된 것과 같은 정도로 衡平이 國際法의 일부를 형성한다고 했으며, 이러한 의미에서 衡平의 原則은 國際判例에 적용되었다.

17) Julian D. M. Lew, op cit., pp.127 ~ 128.

18) ‘友誼的 仲裁人’에는 여러 가지 定義가 제시될 수 있으나, Eric Loquin은 다음과 같이 말하고 있다:

도 그 起源이 되고 制度上 명백히 이 權限을 인정하고 있는 프랑스에서 가장 잘 이해되고 있는 개념이다. 단순히 仲裁人과 友誼的 仲裁人의 뚜렷한 차이점은 후자의 경우는 司法的 접근이 不公正한 결과를 가져올 때 當事者들의 義務에 대한 解釋을 함에 있어서 엄격한 法的 契約的 規則을 적용하지 않는다는 것이다. 특히 友誼的 仲裁人은 補償措置를 규율하는 法規則의 구속에서 벗어나 商業的 公正性과 現實을 반영하기 위하여 損害賠償額의 判定에 있어서 융통성있는 접근을 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 友誼的 仲裁人의 權限은 무제한적이지 않고 公序 (public policy)와 法의 義務規則(mandatory rules)을 존중하면서 대부분 司法制度에서 인정되는 衡平과 公平의 一般原則(general principles of equity and fairness)에 따라 결정하여야 한다.¹⁹⁾

“友誼的 仲裁人은 商慣習法(lex mercatoria)의 특별한 적용을 인정하는 條項으로 설명된다. 이러한 개념은 訴訟에 대한 다른 접근을 인정하는 것이다. 그렇다면 友誼的 仲裁人으로서의 仲裁는 法과 경쟁하려는 하나의 判定技術이다. M. David가 말했듯이, ‘法の 用役에 속하지 않는 그것은 法을 대신하는 한가지 選擇方法이다.’ 仲裁人은 起法의 基準을 의지하여 紛爭을 해결한다. 公正性(equity)이나 衡平과 善에 의한 判定과 같이 友誼的 仲裁人으로서의 결정은 다음과 같은 현실을 말해 주고 있다. 友誼的 仲裁人의 義務는 더 이상 그 起源에 관계없이 法規則을 적용함으로써 사건해결에 도달하는 것이 아닌 商事去來에서 재확립된 均衡을 이루는 것이다. 紛爭當事者간의 관계를 개선시키고자 하는 이 같은 바램은 當事者들이 자신의 主觀的인 法을 포기함으로써만이 이루어질 수 있다. 友誼的 仲裁人으로서의 중재에 분쟁해결을 부탁하는 데 合意한 當事者들은, 仲裁人에게 當事者들이 가장 利便할 수 있는 解決策을 제시할 것을 인정하기 위하여, 法에 따른 일정한 그들의 法的 權利를 포기한다. ‘友誼的 仲裁人’ 條項의 명칭은 이미 그 자체로 분명하고 광범위한 의미를 가진다. 그 條項은 예방적 기능을 가진다. 當事者들이 그러한 선택이 合意한 것은 장래 그들의 관계를 개선시키려는 信義誠實한 意思의 표현이다. 이것은 契約當事者들이 그들의 작업을 함께 추진하기 위하여 일정한 權利를 포기할 준비가 되어 있다는 것을 나타내는 것이다. 이러한 관점에서 友誼的 仲裁人에 의한 仲裁는 고전적인 절차에서보다는 相異하게 반응하는데, 訴訟이 지나는 司法的인 성격은 약화되고, 技術的이고, 心理的이며, 商事의 측면이 우세한 것으로 특징지어진다. ‘友誼的 仲裁人’ 條項은 仲裁人에 대하여 다른 要素에 유리하도록 法의 영향력을 줄이는 權限을 부여하고 있고, 건전한 商業환경에서 엄격한 規則의 적용으로부터 벗어나 다른 合理的인 해결책을 이끌 수 있는 事實로부터 基準을 이끌어 내는 權限을 인정하고 있다.” Eric Loquin, *L'arbitrage composition en droit compare et international*, 1980, pp.341~342; Sigvard Jarvin, “The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers,” Julian D.M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* (Dordrecht Martinus Nijhoff Publishers, 1987), pp.70~71.

19) Horacio A. Grigera Naon, *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration* (Tubingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1992), p.9.

友誼的 仲裁人이 모든 司法的 體制와는 독립하여 결정을 내릴 수 있다는 것은 인정되지 않는다.²⁰⁾ 友誼的 仲裁人은 다음과 같이 이해될 수 있다.

“혹자들이 믿고 있듯이 모든 기존의 規則으로부터 완전히 자유로운 仲裁를 하는것은 아니다. …友誼的 仲裁人은 적어도 節次法의 基本原則은 존중하여야 하고, 本案에 적용되는 規則에 관하여는 公序規定(public policy provisions)과 強制規則(prohibitive rules)은 지켜야 한다. 友誼的 仲裁人은 결코 調停人(conciliators)은 아니다. 그는 동일한 상황에 처한 모든 사람에게 일반적으로 공평하게 적용될 수 있는 規則이나 原則에 따라 분쟁을 해결하기 때문에 裁決的 機能(adjudicative function)을 수행하고 있는 것이다.”

2. 權限의 範圍

衡平과 善의 적용과 友誼的 仲裁人으로서의 권한행사는 當事者로부터 그러한 權限을 명백히 부여하는 경우에만 인정된다. 友誼的 仲裁人의 權限은 仲裁人에게 商慣習法을 적용하거나 혹은 裁量으로 準據法을 선택하는 權限을 주는 것인지에 대하여는 여전히 논란이 있다.²¹⁾ 그러나 友誼的 仲裁人으로서 결정할 權限을 부여하는 것이 자동적으로 商慣習法을 적용하는 것으로 보는 견해가 지지를 받고 있다. 衡平과 善에 의해 결정할 任務를 부여받는 경우, 仲裁人은 法의 一般原則과 貿易慣行을 고려하면서 友誼的 仲裁人으로서 행동하는 것이다. ‘友誼的 仲裁人’ 條項은 準據法으로서 商慣習法을 지정하는 의도를 은연중에 내포하고 있다고 볼 수 있다.²²⁾

友誼的 仲裁人으로서의 권한인정은 자동적으로 商慣習法의 적용이 된다는 견지에서, Goldman은 다음과 같이 말하고 있다.²³⁾

20) E. Mezger는 友誼的 仲裁人은 자신의 判定에 理由를 제시하여야 하며, 公序의 概念을 존중해야 한다고 하고 있다.

21) Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law* (Deventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990), p.272.

22) *Ibid.*, p.272.

23) B. Goldman, “La Lex mercatoria dans le contrat et l’arbitrage internationaux (Lex

“‘友誼的 仲裁人’條項은 仲裁人으로 하여금 法規則에 회부할 義務를 免除시켜 주는 것이다. 이러한 식으로 해석하는 경우, 이는 반드시 商慣習法(*lex mercatoria*)을 準據法으로서 選定하는 것은 아니고, 불완전하기는 하지만, 法規則들의 綜合的 적용을 지시하는 것이다. 분명한 것은 相異한 形式의 ‘衡平’에 관한 언급이나 ‘衡平和 善’에 따라 결정할 任務를 부여하는 것은, 友誼的 仲裁人으로서의 役割을 擔當한 仲裁人으로 하여금 法의 一般原則(*general principles of law*)과 國際貿易慣行(*practices of international trade*)을 고려하도록 지휘하는 것이다. ‘友誼的 仲裁人’條項은 內在的으로 商慣習法을 準據法으로 지명하는 것으로 볼 수 있다.”

환언하면 仲裁人이 衡平和 善의 적용 또는 友誼的 仲裁人의 權限을 부여받은 경우 商慣習法이 적용할 수 있다. 반면 準據法으로서 商慣習法이 적용되는 경우 仲裁人은 ‘衡平和 善’에 따라 결정을 할 수 있다.²⁴⁾ 그러나 友誼的 仲裁人의 개념이 반드시 자동적으로 商慣習法의 적용을 의미하는 것은 아니다. 當事者가 仲裁人에게 友誼的 仲裁人의 權限을 주는 사실 하나로 仲裁人에 대하여 必要한 機能上의 國際私法을 통한 準據法을 찾아내야 하는 義務까지 免除시켜 주는 것은 아니고,²⁵⁾ 仲裁人은 紛爭과 相關한 抵觸法을 찾아내는 노력을 하여야 한다.

따라서 ‘衡平’(equity)에 의한 決定權限은 여러 가지 상이한 해석을 할 수 있는데 대략 다음을 의미할 수 있다. 첫째, 仲裁判定部는 紛爭과 相關한 法規則을 適用하여야 한다. 그러나 예컨대 契約은 일정한 形式을 갖추어야 한다는 要件과 같은 單純히 形式的인 것은 무시할 수 있다. 둘째, 仲裁判定部는 紛爭과 相關한 法規則을 適用하여야 하나 當該事件에 있어서 加혹하고 불공정하게 작용하는 것으로 보이는 法規則은 무시할 수 있다. 셋째, 仲裁判定部는 法의 一般原則에 따라 결정하여야 한다. 넷째, 仲裁判定部는 法規則을 완전히 무시하고 仲裁判定部가 생각하는 基準을 本案에 適用함으로써 사건을 해결할 수 있다.

그러나 마지막 네번째의 해석은 비평가들에 의해 일반적으로 받아들여지지 않고 있다. 어느 경우든 衡平에 의한 결정을 하는 仲裁判定部는 일반적으로 받아

mercatoria in the international contract and arbitration),” *Clunet*, 1979, p.475.

24) Horacio A. Grigera Naon, *op. cit.*, p.56.

25) *Ibid.*, p.98.

들여지는 法的 原則(legal principle)과 兩立하는 行동을 하여야 한다. 대부분의 경우 仲裁判定部는 契約規定들이 一方 當事者나 相對方 當事者에게 損害를 주지 않고 불공정하게 濫用되지 않도록 하면서 주로 事實(facts)에 입각하고 契約規定(provisions of the contract)에 근거하여 결정을 내리고 있다.²⁶⁾

한 ICC사건에서 仲裁人이 다음과 같이 언급하고 있다. “衡平(equity)은, 法の 영향을 받지 않는 要素들, 狀況들, 特別한 事情들을 고려함으로써, 法の 성직성에 서부터 벗어나고 그것을 修正할 수 있는 能力을 가지는 것이다. 이는 仲裁人으로서 하여금 事건의 實際 權利와 일치하지 않을 때 엄격한 法の 적용을 금지시키는 것이다. 실제로 實定法과 衡平은 公존하면서도 때로는 일치하는 두개의 司法的 規則이며, 후자가 보다 광범위한 내용을 가지고 있으며 전자를 포함하는 概念이다.”²⁷⁾

Böckstiegel에 의하면 契約上 ‘衡平과 善’ 條項이나 ‘友誼的 仲裁人’ 條項을 ‘消極的 抵觸法條項(a negative choice of law clause)’이라 하고 있다.²⁸⁾ 실제로 當事者들은 法을 언급하지 않고 仲裁判定部가 正義(justice)와 公正性(fairness)에 따라 결정할 수 있는 權限을 부여할 수 있다. 이러한 委任은 仲裁判定部가 準據法에서 벗어날 수 있는 權限을 가짐을 의미하는 것이다. 仲裁人이 友誼的 仲裁人으로서 결정한 유명한 사건은 1956년 Societe Europeenne d’Etude et d’Entreprise SA와 유그슬라비아사건을 들 수 있는데,²⁹⁾ 본사건에서 두명의 仲裁人은 다음과 같이 결정하였다. 즉 貨幣의 評價節下를 補償하지 않는 것은 불공정하다고 보았고, 비록 當事者들이 契約을 체결할 당시 이 문제를 염두에 두었는는 어떠한 표현도 나타나 있지 않지만, 當該契約에는 貨幣安定化條項이 내포되어 있다고 판시하였다.³⁰⁾

한편 衡平과 善에 의한 결정에 강력한 반대의견을 갖고 있는 학자도 있다. Mann은 다음과 같이 말하면서 기존의 合理的이고 公正한 基準으로서의 法이 仲

26) Alan Redfern and Martin Hunter, op cit, p.122

27) Sigvard Jarvin, op cit., p.71.

28) K. H. Böckstiegel, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen (Athenaum Verlag, 1971), p.249.

29) Societe Europeenne d’Etude et d’Entreprise SA (SEEE) v Republicque l’opulaire Federale de Yougoslavie. Journal du Droit International, 1959, pp.1074~1080.

30) Wolfgang Peter, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986), p.172

裁人の 主觀的인 公正性 基準에 의하여 침해당할 수 있음을 염려하고 있다.³¹⁾

“仲裁人에게 裁量을 인정하는 것은, 當事者들에게 상대적으로 확실하고, 權威를 가지고 있으며, 무엇보다도 無差別的인 性格을 갖고 있는 法을 받아들여기를 強制하는 것보다 훨씬 위험할 수 있다.”

그러나 投資契約에서 國家는 간단히 立法權을 행사함으로써 契約上 義務에 영향을 줄 수 있고, Mann은 이러한 사실을 인정하고 있다.³²⁾ 그와 같은 상황에서 國家法은 強制的인 道具가 될 수 있고 投資家는 契約上 ‘衡平和 善’ 條項의 적용에 따른 위험 부담으로부터 보호를 받을 수 있다.³³⁾

실제로 ‘衡平和 善’ 條項은 다양한 형태로 규정되며, 혹은 國內法의 언급과 결합하여 “모든 紛爭은 …이 契約이 이행된 날로부터 強制力있는 …一國의 法에 의하여 결정되며, …仲裁人은 또한 當該紛爭을 자신의 裁量으로 ‘衡平和 善’에 따라 결정할 權限을 가진다”고 규정할 수 있다.

‘衡平和 善’에 의한 결정은 仲裁人이 非合理的으로 仲裁를 진행할 수 있는 것을 의미하는 것이 아니다. 仲裁人은 부탁된 사건에 적용할 수 있는 적절한 法을 적용할 수 있고, 既存의 國際的인 商慣習(international commercial usages)을 결정의 기초로 사용할 수 있다. 그러한 商慣習과 商慣行을 가장 직접적으로 적용하는 것이 友誼的인 仲裁人으로서의 決定權限의 진면목이라고 말할 수 있다.

本案에 적용되는 準據法을 결정함에 있어 仲裁人에게 友誼的인 仲裁人의 權限을 인정하는 경우 特定法의 효과는 약화된다. ICC의 仲裁法院에 부탁된 분쟁사건을 보면, 當事者들은 많은 경우 분쟁해결을 特定法에 부탁하는 것을 거절하고, 仲裁人에게 배타적으로 ‘衡平和 善’에 의한 決定權限을 부여하고 있다.³⁴⁾

요컨대 衡平條項이 있는 경우 仲裁人은 개인적 확신을 기초로 필적할 만한 사회의 지배적인 慣行에 따라 문제를 해결할 수 있다.³⁵⁾ 이는 仲裁人이 實體法의

31) F. A. Mann, “Lex Facit Arbitrum,” in *International Arbitration*, Liber Amicorum for Martin Domke (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1967), p.176

32) F. A. Mann, “State Contracts and State Responsibility,” *American Journal of International Law*, Vol.54, 1960, p.588.

33) Wolfgang Peter, op. cit., p.173.

34) Sigvard Jarvin, op. cit., p.71.

35) Arnold M. Zack (ed.), *Arbitration in Practice* (Cornell University ILR Press, 1984),

規則을 적용할 수 없다는 것을 의미하는 것이 아니고 그 法의 義務的 적용이 아닌 仲裁人이 적용하기를 원하는 것을 선택할 수 있다는 것이다.³⁶⁾ 그 결과 仲裁人이 선택할 수 있는 法은 광범위하다. 仲裁人은 공평한 危險分擔原則, 契約公正原則, 慣習法原則 등을 적용할 수 있고, 國內法에 상반되는 招國家的인 基準인 ‘商慣習法’(lex mercatoria)을 적용할 수 있다. 그러나 義務規則과 原則 또는 國際公序概念과 國際義務規則은 존중하면서 國際貿易慣行과 慣習을 적용하여야 한다.³⁷⁾

3. 國家慣行

友誼的 仲裁人 제도는 프랑스와 같은 市民法國家에서 잘 알려진 것으로서, 그 定義는 내려져 있지 않지만 명백히 인정되고 있다.³⁸⁾ 프랑스 법제도의 영향을 받은 아프리카 국가들도 대부분 契約에서 友誼的 仲裁人의 仲裁를 택해왔다.³⁹⁾ 몇몇 아프리카 국가들은 자신의 國內投資法에 ‘友誼的 仲裁人’ 規定을 명백히 포함하고 있다.

普通法國家의 司法制度에서는 이 權限을 인정하는 데 상당한 어려움이 있다.⁴⁰⁾ ‘友誼的 仲裁人’과 ‘衡平과 善’에 의한 분쟁해결의 개념은 영국에서는 인정되지 않았다. 최근까지 영국에서는 仲裁人이 法에 따라 결정을 내리는 것은 公序의 문제이기 때문에 仲裁人에게 추상적 正義(abstract justice) 혹은 衡平의 原則에 의거한 仲裁人이나 裁判官의 個人的 見解와 같은 基準을 적용하는 友誼的 仲裁人의 權限은 인정하지 않았다.⁴¹⁾ 그러나 영국의 오랜 전통에 반하고 대부분 보

p.33

36) Stein and Wotman, "International Commercial Arbitration in the 1880's: A Comparison of the Major Arbitral System and Rules," *Business Lawyer*, Vol.38, 1885, p.1712.

37) Horacio A. Grigera Naon, *op. cit.*, pp.98~99.

38) 프랑스 민사소송법 제1774조: "The arbitrator shall decide the case in conformity with rules of law, unless the parties have given him the power to decide amiable compositeur."

39) M. Bartels, *Contractual Adaptation and Conflict Resolution*(Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), p.111

40) M. J. Mustill and S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (London, 1982), p.605.

41) Alan Redfern and Martin Hunter, *op. cit.*, p.36.

통법국가에서는 사실상 폐지된 友誼的 仲裁人 제도는 앞으로 영국에서는 더 이상 公序의 문제로 보지 않고 계속 유지될 것으로 보이는데⁴²⁾ 특히 국제중재사건에서는 그러하다.⁴³⁾ 보통법국가에서는 仲裁人의 權限을 ‘友誼的 仲裁人’이라고 명명하지 않고 衡平의 原則을 적용함으로써 사건을 해결하는 것을 인정하고 있다. 왜냐 하면 그러한 權限은 法의 一部이기 때문에 가능하다.⁴⁴⁾

1978년 영국 抗訴法院은, 仲裁人이 “엄격한 法規則에 구속되지 않고 …當該 契約의 엄격한 法的 解釋보다는 衡平한 解釋에 따라 그들에게 부탁된 문제를 해결하여야 한다”는 仲裁條項을 지지하는 판결을 내렸었다. 同法院은, “當該 仲裁條項은 전적으로 合當(entirely reasonable)하며 國家法院의 管轄權으로부터 벗어난 것뿐만 아니라 法의 技巧性과 嚴格한 構成(technicalities and strict constructions)을 해소하는 것이다”고 판시하였다.⁴⁵⁾ 1990년 한 사건에서도 영국 抗訴法院은, 契約用語의 文言的 解釋에 따르기보다는 合理的인 방식으로 當該 契約의 一般目的에 부합하기 위하여, 仲裁人에 대하여 契約을 “名譽로운 約束”(an honourable engagement)으로서 해석할 것을 요구하고 있는 當事者간의 合意에 근거한 仲裁判定은 有效하다고 하였다.⁴⁶⁾ 본 사건은 仲裁人이 法에 의한 해결로부터 벗어난 방식이 아닌 商業的 意味(commercial sense)의 방식으로 契約을 해석한 사건이었다.⁴⁷⁾

미국의 判例法에서는 仲裁人은 “자신의 생각에 따라 正義를 실현하고 자신의 常識(his own sense of law)을 적용하고 衡平에 따른 고려를 할 수 있다”고 판시한 바 있다.⁴⁸⁾

42) Ibid, p.37.

43) Rene David Arbitration in International Trade (Deventer Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), p.116.

44) Sigvard Jarvin, op. cit., p.70.

45) 이러한 判定은 商慣習法條項을 포함하는 것인지 의문이 있을 수 있는데, M. J. Mustill 과 S. C. Boyd에 따르면 商慣習法을 적용하는 合意는 衡平條項과 동등한 의미를 가지는 것이라고 보고 있다. M. J. Mustill and S. C. Boyd, op. cit., pp.605, 611; Eagle Star Insurance Co., Ltd. v. Yuval Insurance Co., Ltd. (1978) 1 Lloyd's Rep., p.357 (CA), Ole Lando. op. cit., p.152

46) Home and Overseas Insurance Co., Ltd. v. Mentor Insurance Co., (U.K.) Ltd [1990].

47) Alan Redfern and Martin Hunter, op. cit., p.37.

48) Silerman v. Benmor Coats, Inc., 61 N.Y. 2d 299, 308. 461 N.E 2d 1261, 1266, 473 N.Y.S. 2D 774, 779, 1984.

스칸디나비아法院들 또한 友誼的 仲裁人의 權限에 대한 當事者간의 合意에 따라 商慣習法이 적용된 判定을 받아들이고 있다. 國際仲裁에서 商慣習法은 衡平에 따라 내려지는 判定의 적절한 기준이 될 수 있다.⁴⁹⁾

그 외에도 友誼的 仲裁人으로서의 決定權限은 많은 國家와 특히 市民法國家에서 명시적으로 인정되고 있다.⁵⁰⁾

Lena Goldfields Ltd.와 소련간의 契約 제75조에 의하면, 契約은 소련법에 의하여 규율된다고 하고 있으나, 제89조는 “當該契約에 關係한 關係는 契約의 合理的 解釋뿐 아니라 善意(good will)와 信義誠實(good faith)의 原則에 기초한다”고 규정하고 있다. 이와 같은 衡平條項은 法の 一般原則, 衡平과 善에 따라 결정할 수 있는 權限 또는 商慣習法의 적용으로서 생각할 수 있다.⁵¹⁾

4. 衡平과 友誼的 仲裁人의 비교

一定國家의 司法體制에서는 ‘友誼的 仲裁人’의 權限을 단순히 自然的 正義의 의미로서의 ‘衡平’에 의한 결정과 同意語로 보고 있다. 自然的 正義(natural justice)의 의미로 衡平의 原則을 적용한다면 仲裁人은 國內司法體制에서 벗어날 수 있고, 自然的 正義에 입각한 ‘衡平’에 의한 결정은 國內法을 적용하는 것과는 다른 결과를 이룰 수 있다. 國內的 次元의 衡平과는 관계없이 문명국에 공통으로 적용되는 自然法 原則에 따라 형성된 國際的 次元의 衡平이 존재하고, 國際的 衡平은 國內的 衡平과 일치할 수도 있다고 하지 않을 수도 있다.⁵²⁾

‘衡平과 善’에 따른 결정과 ‘友誼的 仲裁人’으로서의 權限은 「UNCITRAL Model Law」 제28조 3항에서 확인할 수 있다. 「UNCITRAL Model Law」는 각기 다른 司法體制를 충분히 고려하고 수용하고 있는데, 예컨대 英美法係國家에서 허

49) B. Goldman, “La Lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage interaationaux, realites et perspectives”, The Influence of the European Communities upon Private International Law of the Member States (Brussels, 1981), p.215. Ole Lando, op. cit., p.153에서 재인용.

50) 예컨대, 아르헨티나, 브라질, 칠레, 이집트, 프랑스, 이라크, 레비논, 멕시코, 페루, 스위스, 시리아, 유고슬라비아 Alan Redfern and Martin Hunter, op. cit., p.37.

51) Wolfgang Peter, op. cit., p.169.

52) Mauro Rubino-Sammartano, op. cit., p.273.

용되는 判定의 恩赦制度(remission of an award)와 大陸法係國家에서 인정되는 友誼的 仲裁人 制度를 각각 제28조 4항과 제28조 3항에 규정함으로써 두 개 司法 體制간의 和解的인 解決을 이끌고 있다.

友誼的 仲裁人과 自然的 正義(衡平)간의 구별은 이탈리아法制度에서 발전되었다. 이탈리아법에서는 '節次的 仲裁'(procedural arbitration)와 '契約的 仲裁'(contractual arbitration)를 구별하고 있다. '節次的 仲裁'에서는 仲裁人이 判事의 決定과 유사한 決定을 내리며, '契約的 仲裁'에서 當事者들이 仲裁人에게 仲裁地를 결정하도록 委任하고 節次的 內容 대신 契約的 內容에 의한 분쟁해결을 委任한다. 또한 '節次的 仲裁'에서는 仲裁人이 法에 근거하여 決定을 내리지만, '契約的 仲裁'에서는 오직 自然的 正義原則을 적용함으로써 衡平에 따라 결정할 수 있다.⁵³⁾

一定 司法制度에서는 友誼的 仲裁人으로서의 결정은 그에 따라 해결하라는 委任이 있을 경우에 가능함을 인정하고 있고 '節次的 仲裁'에서는 생각할 수 없다. 반면 다른 司法制度에서는 '節次的 仲裁'와 '友誼的 仲裁人'의 權限을 양립시키는 規定을 하고 있다. 전자의 경우는 當事者의 委任에 따른 友誼的 仲裁人으로서의 권한행사로 仲裁人이 正義規則(the rules of natural justice)에 따라 결정하는 것을 의미하고, 후자의 경우는 이탈리아法처럼 法的으로 仲裁人이 友誼的 仲裁人으로서 결정할 것에 대한 요구가 있는 경우로 이 때 仲裁人은 準據法으로 自然的 正義(natural justice)을 적용하여야 한다. 이탈리아法에서는 위의 구별과는 달리 심지어 '節次的 仲裁'에서조차 仲裁人이 友誼的 仲裁人으로서 결정할 것을 요청받을 수 있다. 만일 그런 요청을 받으면 仲裁人은 自然的 正義를 적용하여야 한다.

따라서 友誼的 仲裁人으로서의 결정은 위와 같은 해석을 받아들이기 전에 우선 當事者의 合意에 의한 것인지 혹은 法規定에 의한 것인지, 當事者의 意圖와 적용가능한 司法制度를 먼저 신중히 확인하여야 한다.⁵⁴⁾

當事者는 두 가지 방법을 택할 수 있다. 첫째, 衡平, 公正性, 혹은 正義의 전통적 개념으로서, '衡平과 善'을 적용하는 規定을 할 수 있고, 둘째, 友誼的 仲裁人으로서 결정할 것을 규정하는 것이다. 이 두 가지는 결국 동일한 의미가 된다.

53) Ibid, pp.273~274.

54) Ibid, p.274

IV. 權限의 制限

衡平과 善에 의한 결정 혹은 友誼的 仲裁人으로서의 決定權限의 가장 중요한 制限點은 當事者에 의한 權限委任이 전제되어야 한다는 것이다. 當事者에 의한 權限委任없이 衡平에 따라 내려진 결정은 越權이며 取消될 수 있다.⁵⁵⁾ Agence de Diffusion et de Publicite v. Societe Cooperative d'Etudes et de Librairie 사건에서는 不法行爲와 仲裁人의 故意에 의한 越權行爲간의 구별을 분명히 해주고 있는데, 오직 仲裁人의 任務를 故意로 무시한 경우에만 再審査의 對象이 되는 越權行爲로 간주하였다. 본 사건에서, 仲裁人은, 광고대행업소 자신이 만든 작품을 광고한 출판업자에 대하여 損害賠償을 청구한 것에 대하여 法이 아닌 貿易慣行에 따라 損害賠償額을 책정하였다.⁵⁶⁾ 본 사건에서 法院은, 仲裁人이 故意로 法을 무시하고 慣習에 유리하게 판정을 내렸고, 友誼的 仲裁人으로서 행동하면서 法이 아닌 자신의 主觀的인 正義觀念에 따라 決定할 權限을 가진 것으로 사칭함으로써 越權行爲를 했음을 지적하였다. 즉 友誼的 仲裁人으로서의 權限은 당사자들에게 의하여 인정되지 않았기 때문에, 당해사건에서 仲裁人은 契約의 範圍를 벗어나서 행동한 것이고 따라서 그 仲裁判定은 無效라고 하였다.⁵⁷⁾ 결론적으로 仲裁人은 友誼的 仲裁人으로서의 權限委任이 없는 경우에는 그러한 義務規定은 지켜야 한다.

友誼的 仲裁人의 權限의 限界를 정할 때 다음과 같은 문제가 생긴다.⁵⁸⁾

첫째, 仲裁人이 일반적으로 法規則으로부터 벗어나 仲裁을 한다고 하면, 公序規則(public policy rules)과 같은 仲裁地國이나 判定執行地國의 義務規定에는 구속당하는가? 둘째, 仲裁人은 契約과 貿易慣行의 條件으로부터 자유로울 수 있는가? 셋째, 友誼的 仲裁人의 權限은 仲裁人에게 節次規則으로부터 벗어날 수 있

55) M. Michael Reisman, System of Control in International Adjudication and Arbitration - Breakdown and Repair (Durham/London: Duke University Press, 1992), p.95.

56) Cr. Paris, Ire Ch. supp., 4Feb. 1966, (1966) REV. ARB 27.

57) Thomas E. Carbonneau, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration (Chalottesville: University Press of Virginia, 1984), p.114.

58) Sigvard Jarvin, op. cit., p.70.

는 權限을 부여하는 것인가? 넷째, 仲裁人은 判定에 理由를 提示할 義務가 있는가?

첫째, 公序의 성격을 가진 義務的 法規則의 준수는 友誼的 仲裁人에게도 적용된다.⁵⁹⁾ 이는 仲裁判定이 執行力을 있도록 하기 위한 仲裁人의 義務에 기인한 것이다. 만일 判定이 仲裁地國에서 거절된다면 判定은 중재가 행해진 국가 이외의 국가, 적어도 1958년 「뉴욕협약」⁶⁰⁾이 적용되는 국가에서 承認되거나 執行되지 않는다. 「뉴욕협약」 제5조 2항 b는 仲裁人은 公序에 근거한 義務規定을 따를 것을 규정하고 있다. 따라서 仲裁人은 미리 적어도 뉴욕협약이 적용되는 仲裁地國과 判定執行國의 公序의 義務規則을 확인하여야 한다. 즉 仲裁人은 가능하다면 判定의 執行을 확보하기 위하여 仲裁地와 執行地의 公共의 秩序에 관하여 익히 알고 있어야 한다.

둘째, 契約條件은 友誼的 仲裁人에 의하여 원칙적으로 수정될 수 없다.⁶¹⁾ 적어도 이는 國際商事去來의 安全에 필요한 要件의 일부로서 契約條件에 관한 사건에서 그러하다. ICC중재사건 3267에서, 仲裁人은 만일 國內的 次元에서 契約條件을 수정하는 것이 인정된다 하더라도 國際仲裁에서는 그렇지 않다고 하였다. 이와 같은 결정은 國際仲裁人은 國際去來安全의 利益을 위하여 지켜야 하는 基本規則이라고 하였다. 이러한 原則은 「ICC 仲裁規則」 제13조 4항과 5항⁶²⁾, 1976년 「UNCITRAL 仲裁規則」 제33조 2항과 3항 그리고 1985년 「UNCITRAL Model Law」 제28조 3항과 4항에 의하여 지지되고 있다. 또 다른 ICC중재사건에서도, 紛爭의 對象이 된 契約에서 仲裁人의 契約修正權限을 명시하고 있다 하더라도 仲裁人任務의 範圍를 축소시키는 결정을 내린 바 있다.⁶³⁾

원칙적으로 혹은 이론적으로는 契約條件을 수정할 權限을 인정해야 할 하등의 이유는 없으나, 최근 실제로는 友誼的 仲裁人의 權限으로서 契約을 修正하거

59) Comments to ICC Case No 3267, Clunet, Vol.107, 1980, p.969

60) 1958년 유엔에서 채택된 「外國仲裁判定의 承認과 執行에 관한 協約」(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards). 일명 「뉴욕협약」. 이하 「뉴욕협약」이라 함.

61) ICC Case No.3933, Clunet, Vol.111, 1984, p.926

62) 「ICC 仲裁規則」 제13조 4항과 5항은 다음과 같이 규정하고 있다. “仲裁人은, 當事者가 그에게 그러한 權限을 부여하는 데 合意한다면, ‘友誼的 仲裁人’으로서의 權限을 갖고, 모든 경우 仲裁人은 當該契約의 規定과 關聯貿易慣行을 고려하여야 한다.”

63) ICC Case No 4206, Affarsratt, No 3, 1984. Sigvard Jarvin, op cit., pp.71~72.

나 契約의 缺陷을 보충할 수 있는 광범위한 權限을 인정하고 있는 사례도 있다. 契約을 수정하고 그 缺陷을 보충하는 權限을 인정하려는 것은 契約의 엄격한 法的 解釋에 기초한 것이 아니고 紛爭의 公正한 解決點을 찾아내려는 權限을 인정하려는 이유 때문이다. 예컨대 파리抗訴法院은, 仲裁判定部가 義務規定을 따르지 않았다는 이유로 제네바에서 내려진 判定의 執行을 거절할 것을 요청받았는데, 當該 仲裁條項은, 제네바의 仲裁人이 法과 衡平에 따라 결정해야 한다고 규정하고 있었고, 仲裁人은 이 條項이 友誼的 仲裁人의 權限을 부여한 것으로 생각하여, 契約의 재협상으로 나아가지 않고 契約을 보다 公正하게 하기 위하여 契約上 特定條項을 修正하였다. 이에 프랑스 抗訴法院은 仲裁判定部가 契約을 수정할(modify) 수 있는 權限을 가지고 있음을 판시한 바 있다.⁶⁴⁾

그러므로 契約을 修正하고 契約의 缺陷을 補充하는 權限을 부여하기를 원하는 當事者는 契約 체결당시 그러한 權限을 仲裁人에게 인정할 것인지에 관하여 세심한 注意로 仲裁條項을 작성하여야 할 것이다.⁶⁵⁾

셋째, 友誼的 仲裁人은 또한 節次問題에 있어서는 워치적으로 裁量權을 가질 수 없다. 友誼的 仲裁人으로서의 결정은 仲裁人이 本案에 적용하는 基準에 관계된 概念이며 節次問題에 관계된 概念은 아니다.⁶⁶⁾ 友誼的 仲裁人은 명백히 適法節次는 지켜야 한다.⁶⁷⁾

넷째, ICC 중재사건 實例에서 보면, 友誼的 仲裁人은 判定에 대한 理由提示의 義務에서 벗어나지 못한다. 理由提示義務는 仲裁人이 法에 의하거나 의하지 않거나 관계없이 모든 判定에 적용되는 法院慣行에 따른 것이고, 當事者들의 判定理由를 알 權利를 가지는 原則에 근거한 것이다. 判定에 대한 理由提示는 仲裁人의 決定에 대한 이해를 증진시키고, 判定을 보다 신속히 받아들이며, 그러므로 쟁 초기 判定의 자발적인 이행을 이끄는 데 필요한 것이다.

끝으로 友誼的 仲裁人은 當事者에 의하여 부여된 명백한 權限없이 調停人으로서 결정하거나 契約을 更新할 수 없다.⁶⁸⁾

64) S.A. Infrafor Cofer et Subtec Middle East v Company Consorts Gagnant, Cour d'Appel de Paris, March 12, 1985. Alan Redfern and Martin Hunter, op. cit., pp.183~184

65) Alan Redfern and Martin Hunter, op. cit., p.184

66) Ibid., p.38.

67) Comments to ICC Case No 3327, Clunet. Vol 109, 1982, p.976, by Derains.

68) ICC Case No.3938, 111 Clunet 926, (1984) Sigvard Jarvin, op. cit., p.72.

V. 結 論

國際仲裁에 있어서 실제로 法的 問題에 대한 司法的 규율은 아마도 최소한 이 되어야 한다. 仲裁人에게 ‘衡平과 善’의 적용 혹은 ‘友誼的 仲裁人’의 權限을 부여함으로써 확고부동하고 엄격한 法規則에 따르기보다는 衡平과 正義의 原則에 따라 결정할 수 있는 융통성을 가질 수 있다. 또한 友誼的 仲裁人은 法的 推論을 통해 起權行爲를 할 수 있는 위험으로부터 자유로울 수 있으며 보다 合理的이고 理由있는 判定을 내릴 수 있고 商慣習法(law merchant or lex mercatoria)의 발전에도 기여할 수 있을 것으로 기대된다.⁶⁹⁾ 當事者が 사건을 友誼的 仲裁人으로서의 결정에 合意하는 것은 특별히 仲裁人에 대하여 商慣習法을 적용할 것을 인정하는 것으로 볼 수 있다. 반면 商慣習法의 적용을 명시하는 것은 반드시 仲裁人이 友誼的 仲裁人으로서 결정해 주기를 合意하는 것은 아니다.

當事者が ‘衡平과 善’의 적용 혹은 ‘友誼的 仲裁人’으로서의 결정에 合意하는 경우, 仲裁人에게 友誼的 仲裁人으로서의 權限에 기초하여 準據法을 선택하도록 허용하는 견해가 지배적이고 이 權限은 포괄적이라고 할 수 있다. 이에 仲裁人은 法規則의 嚴格한 적용을 하지 않고 자신의 良識과 常識에 비추어 衡平과 善에 따라 判定을 내려야 한다. 仲裁人은 商慣習法, 標準貿易慣行, 또는 法의 一般原則과 같은 超國家的 基準을 적용할 수 있다. 仲裁人은 超國家的인 基準을 적용하는 경우 우선 法의 一般原則의 적용에서 시작되어야 한다. 法의 一般原則의 경우는 그 內容이 아직 명확하지 않다는 弱點이 있으나 國際商事仲裁에서의 法의 一般原則의 具體的 名簿化는 앞으로 國際契約과 國際貿易의 발전에 중요한 要素가 될 것으로 기대된다. 商慣習法은 어느 特定國과도 연관되어 있지 않은 國際貿易法이다 많은 當事者들은 그들의 紛爭을 國際貿易에 참가하는 국가들에게 가장 공통되는 國際貿易慣習, 慣行 또는 規則들과 같은 商慣習法에 의하여 결정되도록 부탁하고 있다. 그 內容으로는 國際去來에서 商業人들의 일반행동원리로

69) Thomas E Carbonneau, op. cit., p.88.

서 信義誠實(good faith)原則, 權利濫用禁止原則 또는 公正去來(fair dealing)를 들 수 있다. 商慣習法은 具體性을 지니고 있다는 점에서도 友誼的 仲裁人이 선택하는 準據法으로 바람직하다고 보여진다.

友誼的 仲裁人은 거의 廣範圍한 權限을 가지나 그 權限은 制限的임을 이미 살펴보았다. 예컨대 友誼的 仲裁人의 權限을 적절히 행사하는 데 있어서 契約締結場所에 法の 義務規定을 고려하여야 하고 仲裁地와 判定執行地의 公序(public policy)와 仲裁地法(lex arbitri)의 義務規定을 존중하여야 한다. 友誼的 仲裁人은 契約上 義務의 履行과 不履行을 평가하는 포괄적인 權限을 가지나, 契約의 명백한 條件을 무시할 權限을 가지는 것은 아니며 契約條件을 원칙적으로 수정할 수 없다. 長點으로는 友誼的 仲裁人은 엄격한 法規則에 의하여 평가를 하는 一般仲裁人보다는 商業的 公正性 기준의 적용으로 合理的인 損害補償과 損益判定을 내릴 수 있다. 무엇보다도 友誼的 仲裁人으로서의 權限을 주는 보다 뛰어난 法的效果는 司法審査에서 벗어난다는 점이다.

衡平에 의한 決定에 관한 論議는 앞으로 계속적인 연구가 필요하다. 國際仲裁에서 當事國은 國內法の 구속을 받기보다는 契約締結時 미리 準據法의 내용으로 ‘衡平과 善’의 적용 혹은 ‘友誼的 仲裁人’에 관한 衡平條項을 삽입하기를 선호하고 있으며 仲裁關聯協約과 國家慣行에서도 이를 인정하고 지지하고 있다. 최근 날로 발전을 거듭하고 있는 國際貿易과 상업분야에서 반드시 일어나기 마련인 분쟁해결에 있어서, 행여나 이러한 발전에 미치지 못한 固定된 法에 의한 公正한 判決을 기대하기가 어려운 상황이 있는 경우, 합리적이고 제대로 된 결정을 구하기 위하여 國際契約上 仲裁合意에 衡平條項을 포함하는 것이 필요하다고 본다. 仲裁은 어디까지나 當事者自治原則과 正義原則이 그 근간을 이루는 것으로 무엇보다도 融通性(flexibility)이 仲裁에 가장 매력적인 要素이지 強點이다. 보다 탄력있고 합당한 해결을 위하여 當事者간의 합의영역에서 衡平條項의 마련은 紛爭解決과 관련한 애로점을 한층 줄일 수 있다 하겠다.