

이슬람 중재제도의 특성에 관한 연구

이 무 원*

- I. 서
- II. 對 이슬람 교역 및 클레임현황
 - 1. 對 이슬람 교역현황
 - 2. 對 이슬람 클레임현황
- III. 이슬람 중재제도의 특성
 - 1. 모슬렘법에서의 중재의 개념
 - 2. 이슬람에서의 중재계약
 - 3. 중재인
 - 4. 중재절차
 - 5. 중재판정
 - 6. 중재판정의 취소와 재심
- IV. 결 론

I. 서

세계인구의 1/5를 점유하고 있는 이슬람국가들은 한때 중동의 석유분을 타고

* 동국대학교 무역학과 박사과정 수료
동국대학교 무역학과 강사
장안전문대학 무역학과 강사
경기전문대학 무역학과 강사.

우리나라의 경제발전이 이바지 한 바가 컸었지만, 이후 몇 차례에 걸친 oil shock 를 거치면서 중동 경기가 시들하여지자 이 지역에 관한 연구도 지지부진하여 왔다. 그러나 앞으로 이들 지역은 다시 한번 우리나라의 중요시장이 될 수 있는 잠재력은 얼마든지 가지고 있다고 할 수 있다.

따라서 본 논문에서는 이들 지역과의 거래관계가 활성화될 것에 대비하여 미리 무역거래의 걸림돌인 무역클레임을 사전에 예방하고 발생된 분쟁을 합리적으로 처리하기 위한 방안을 강구해두기 위하여 국제무역거래에서의 가장 일반적인 분쟁해결방법의 하나인 중재제도에 대하여 연구하고자 한다.

II. 對 이슬람 교역 및 클레임현황

1. 對 이슬람 교역현황

〈표 1 : 對 이슬람지역 무역현황〉

(단위 : 백만 달러)

연 도	수 출	수 입
1991	3,310	7,123
1992	3,500	8,651
1993	3,704	8,787
1994	3,869	9,264
1995	4,880	11,837

* 자료 : 한국무역협회 수출입통계(관세청 통관기준 자료)에서 작성

주 : 여기서 이슬람지역이라 함은 통상산업부의 중동지역으로 분류된 국가들을 말한다

대 중동 교역은 수출이나 수입이나 소폭의 증가추세를 보이고 있으나 큰 증

가는 없다. 그러나 수출보다는 수입의 증가세가 큰 것을 보면 이는 중동지역의 경기가 크게 활성화되지 않고 우리나라는 급격한 경제성장에 따른 석유나 천연가스 수입의 꾸준한 증가가 있기 때문에 총수입은 총수출에 비하여 증가세가 큰 것으로 사료된다.

2. 對 이슬람 클레임현황

(1) 국별 對 중동 Claim현황

〈표 2 : 국별, 연도별 클레임현황〉

(단위 : US\$)

연 도	'90		'91		'92		'93		'94		'95	
	건수	금 액	건수	금 액	건수	금 액	건수	금 액	건수	금 액	건수	금 액
사우디아라비아	12	465,719	5	67,354	7	112,000	5	1,330,000	8	12,287	8	115,839
쿠 웨 이 트	7	4,954			4	4,000	1	0	5	34,783	7	214,800
이 스 라 엘	3	386	8	92,624	5	27,000	5	76,000	4	16,394	7	42,360
이 집 트			1	5,000	6	38,000	3	64,000	5	61,723	3	12,200
이 란	3	17,904	5	211,433	15	284,000	5	76,000	4	146,594	12	200,883
이 라 크									2	12,076	0	0
아랍에미레이트	13	287,223	16	1,446,358	6	41,000	18	251,000	22	959,438	10	442,231
터 키	3	49,396	1	33,000	3	5,000			2	593,983	3	319,539
레 바논					6	60,000	4	108,000	1	21,740	1	10,609
모 로 코									1	4,478	0	0

연도별 구분 국별	'90		'91		'92		'93		'94		'95	
	건수	금 액	건수	금 액	건수	금 액	건수	금 액	건수	금 액	건수	금 액
리 비 아					1	611,000			1		0	0
요 르 단	2		7	20,251	2	15,000	7	94,000	7	9,473	3	485,734
오 만									0	0	2	5,786
에 멘					4	376,000	2	33,000	1	12,684	4	57,000
바 레 인									1	7,544	5	46,137
시 리 아									2	12,940	2	13,561
계	43	825,882	43	1,876,020	59	1,573,000	50	2,232,000	66	1,906,137	67	1,966,679

* 자료 : 대한상사중재원

국별 대 중동 클레임현황에서는 '90년, '91년 사우디아라비아와 아랍에미레이트에 편중되었던 것이 '94년, '95년도에 여러 지역으로 고르게 분포된 것은 거래선의 다변화현상에 기인한 것이라 할 수 있다.

(2) 원인별 對 중동 Claim현황

원인별 대 중동 클레임현황으로는 품질불량, 선적불이행 및 지연, 수수료 미지급 등이 많은 비중을 차지하고 있으며, 특히 수수료 미지급은 중동지역의 지역 관습 및 법규상 수수료 거래를 하지 못하도록 되어 있기 때문에 편법에 의한 거래가 이루어지므로 클레임이 많이 발생한 것으로 보인다.

〈표 3 : 원인별 클레임현황〉

(단위 : 천 달러)

연 도 구 분 원인별	'94		'95	
	건 수	금 액	건 수	금 액
품 질 불 량	20	1,363	14	457
수 량 부 족	5	10	4	61
포 장 불 량	1	2.5	3	394
선 적 (납기)	18	608	16	650
대 금 결 제	7	61	11	218
운 송	0	0	3	174
수수료 지급	16	47	12	51
계약내용변경및파기	3	158	4	128
원 인 미 상	0	0	2	0
기 타	3	21,177	0	0
계	73	23,426.5	69	2,133

* 자료 대한상사중재원

(3) 품목별 對 중등 Claim현황

〈표 4 : 품목별 클레임 현황〉

(단위: 천 달러)

연 도 구 분 품목별	'94		'95	
	건 수	금 액	건 수	금 액
일 차 산 업	2	66	2	194

연 도	'94		'95		
	구 분	건 수	금 액	건 수	금 액
고무,가죽제품		3	2	3	38
섬 유 류		21	115	23	528
생 활 용 품		8	41	6	40
화학공업제품		2	78	2	382
철 강, 금 속		8	1,802	1	42
전 자, 전 기		0	0	3	65.8
기 계 류		10	81	11	342
잡 제 품		10	43	8	58.8
품 목 미 상		6	14.8	9	940
기 타		2	12	0	0
계		72	2,254.8	68	2,630.6

* 자료 : 대한상사중재원

품목별 대 중등 클레임현황에서는 섬유류, 기계류, 잡제품이 가장 많은 비중을 차지하고 있으며, 특히 1차산품의 클레임이 적게 발생하였는데 그 이유는 대부분의 수입품이 유류에 해당하므로 클레임의 발생요인이 적은 품목이기 때문으로 유추된다.

(4) 금액 규모별 對 중동 Claim현황

〈표 5 : 금액규모별 클레임현황〉

(단위 : 천 달러)

연 도	구 분	'94		'95	
		건 수	금 액	건 수	금 액
금액규모별	금액이 없는 경우	16	0	15	0
	5,000 \$ 미만	27	48	20	43
	5,000~10,000 \$ 미만	11	75	8	56
	10,000~50,000 \$ 미만	12	238.9	18	444
	50,000~100,000 \$ 미만	3	182.6	2	141
	100,000~300,000 \$ 미만	1	140	4	720.7
	300,000~500,000 \$ 미만	1	368	2	730
	500,000~1,000,000 \$ 미만	2	1,221	0	0
	계	73	2,273.5	69	2,134.7

▶ 자료 대한상사중재원

금액규모별 대 중동 클레임현황에서 소액클레임이 많은 이유는 일상생활용품이나 잡제품의 수출이 많기 때문이다.

(5) 처리내용별 對중동 Claim현황

〈표 6 : 처리내용별 클레임현황〉

(단위 : 천 달러)

연 도 구 분 처리내용별	'94		'95	
	건 수	금 액	건 수	금 액
판 정	1	368	1	164.7
거래를 통한해결	8	63.5	5	90.5
현 금 배 상	18	87	5	137.9
현 물 배 상	3	38.9	5	78
철 회	2	9	12	147.5
수 락 거 부	24	1,391.9	21	615.7
소재불명, 도산	3	1	4	32.6
알 선 (기 타)	0	0	1	3
계	59	1,959.3	54	1,269.9

* 자료 : 대한상사중재원

처리내용별 현황을 보면 중재판정으로 해결이 된 것은 단 1건으로 중동지역에서는 대외무역거래상의 분쟁해결방법으로서 중재제도가 이용이 잘 되지 않고 있음을 단적으로 보여주는 것이다. 이는 중동국가들에 있어 중재판정의 집행분제가 아직 미해결의 상태로 남아 있기 때문일 것이다. 따라서 아직은 이지역 특히 이슬람지역에서는 분쟁의 해결에 있어 국제적인 분쟁해결수단인 중재제도보다는

그 지역 내에서의 분쟁해결수단으로 많이 쓰이는 화해나 당사자간의 합의로 분쟁을 해결하는 것이 아직은 일반적이기 때문인 것으로 추측된다.

Ⅲ. 이슬람 중재제도의 특성

1. 모슬렘법에서의 중재의 개념

우리나라에서의 중재란 사인간의 분쟁을 법원의 판결에 의하지 않고 당사자간의 합의로 사인인 제3자(즉, 중재인)에게 부탁하여 구속력이 있는 판정(award)을 구함으로써 최종적인 해결을 기하는 방법을 말한다.”

코란에서도 몇 군데에서 가족에 관한 중재와 기타 다른 문제에 관한 중재에 대하여 언급하고 있다. 그러나 현대 이슬람제국들의 중재법에서는 단지 중재의 부수적인 점들만을 규정하고 있을 뿐이며, 샤리아에서 중재의 주된 요점을 포함하고 있다. 이것은 모든 이슬람국가들의 중재법규들이 샤리아와 모슬렘 중재제도에 영향을 받고 있다는 것을 의미한다. 이들 법규들 중 일부는 유럽의 중재관련 법제에서도 영향을 받았다. 따라서 중재에 관한 아랍의 법제는 그것들이 어디에 영향을 받았나 하는 것에 따라 다음의 네 그룹으로 분류할 수 있다.

(1) 단지 샤리아의 중재에만 영향을 받은 것: Oman, 카타르, 사우디아라비아, 북예멘

(2) 본래 프랑스의 중재제도에 영향을 받은 것: 알제리아, 바레인, 이집트, 쿠웨이트, 레바논, 리비아, 모로코, 시리아, 튀니지

(3) 본래 영국 중재제도에 영향을 받은 것: 이라크, 요르단, 수단, UAE

(4) 사회주의 국가로부터 유래된 중재제도에 영향을 받은 것: 알제리아, 이집트, 시리아(이들은 모두 샤리아와 프랑스 법에서도 영향을 받았다.

1) 중재법 제1조(목적) : 이 법은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 신속하게 해결함을 목적으로 한다

오늘날 이슬람국가들이 중재제도를 선호하고 신뢰한다는 가장 좋은 증거는 다수의 이슬람국가들이 뉴욕협약과 ICSID협약에 가입하였다는 것이다.

모슬렘법에서는 중재의 개념 자체에 대한 논쟁이 있었으며, 본 논쟁에는 두 가지의 관점이 있다.

첫째는, 당사자를 구속하지 않는 우의적 중재의 한 형태인 조정이다. 이것은 다음의 코란의 구절에 기초한다.

“만일 네가 그들 둘 사이의 계약위반을 걱정한다면 (두 명의)중재인들을 선임하라. 하나는 그의 가족에서 그리고 또 하나는 그녀 가족에서 선임하라. 만일 그 중재인들이 평화를 바란다면, 알라는 그들의 조정을…….”²⁾

중재인의 수는 짝수이며, 그들의 판단은 분쟁당사자들이 모두 받아들여지지 않는 한 최종적이거나 구속적이지 못하다. 이러한 관점을 주장하는 사람들은, 만일 중재판정이 당사자들을 구속한다면 이것은 국가법원에의 도전이며, 그리하여 lman³⁾과 당국의 권한에 대한 문제점을 야기시킨다고 생각한다.

따라서 중재판정은 당사자가 동의하는 경우에만 집행이 가능하며, 그리하여 중재는 사법적 성질을 가지지 않으며, 차라리 조정에 가깝다고 한다.

두번째 개념은 코란의 다음 구절에 기초한다.

“알라가 너에게 명하기를 너의 신뢰를 그들에게 돌려주라. 인간관계를 네가 판단할 때 정의로서 판단하라. 진실히 이르노니, 얼마나 현명하게 판단하는가 하는 것은 알라가 너에게 준 가르침이니라. 알라는 모든 것을 듣고 모든 것을 보느니라.”⁴⁾

어느 누가 판단할 권한이 있다면 그는 구속력있는 판결을 내릴 권한이 있다. 중재판정은 분쟁을 해결하고 당사자들을 구속하는 것임에 틀림없다. 중재인이 중재를 진행할 권한이 있다면 그 분쟁을 해결할 수 있도록 중재인이 선임되어야 한다. 즉 판정이 만장일치가 불가능하다면 다수결로라도 내려져야 한다. 결론적으로 중재인의 수는 홀수이어야 한다.

2) Verse 35 of the Surah of the Women

3) 이슬람교의 지도자, caliph

4) Verse 58 of the Surah of the Women.

그러나 이 점에 관해서 분명한 태도를 채택하는 학설이나 학파는 없으며, the Sunni⁵⁾ Moslem⁶⁾ Figh⁷⁾의 4개의 큰 학파(Hanafi, Hanbali, Shafii, Malilei)에서는 각각 많은 의견이 있다. 샤리아의 학자들은 중재의 개념에 대하여 각각 다른 관점을 가지고 있지만 이 두 가지 개념 중의 하나와 관련되어 있다. 중재인의 선정은, 법원이 수권하거나 선임을 승인하지 않는 한, 언제나 취소될 수 있었다. 이 경우 중재인들은 재판관의 대리인이 되었으며 그 경우에 그들의 선임은 취소될 수 없었다.

2. 이슬람에서의 중재계약

우리나라에서의 중재제도는 사인간의 분쟁을 법원의 판단에 의하지 않고 당사자의 합의로 중재에 의하여 신속하게 해결함을 목적으로 한다.⁸⁾ 따라서 당사자의 합의는 중재제도의 기초가 된다. 따라서 우리나라의 중재법에서는 사법상의 법률관계에 관하여 당사자간에 현재 발생되어 있거나 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 합의함으로써 효력이 생긴다.⁹⁾라고 하여 현존하는 분쟁뿐만이 아니라 장래에 발생할지도 모를 분쟁에 대하여도 중재계약의 효력을 인정하고 있다. 또한 중재계약의 효력은 “중재계약의 당사자는 중재판정에 따라야 한다. 다만, 중재계약이 무효이거나 효력을 상실하였거나 이행이 불가능할 때에 한하여 소를 제기할 수 있다.”¹⁰⁾라고 하여 중재계약의 당사자는 중재계약에 구속되므로 직소를 할 수 없도록 규정하고 있다.

그러나 모슬렘법에서는 다음과 같은 문제점들 때문에 중재조항과 중재합의는 특별한 위치에 있다.

-
- 5) 이슬람교도의 순지학파.
 - 6) 이슬람교도.
 - 7) Islamic Jurisprudence/ 이슬람의 학파.
 - 8) 한국 중재법 제1조.
 - 9) 중재법 제2조 제1항.
 - 10) 중재법 제3조(직소금지).

첫째, 중재합의는 당사자들을 구속하지 않을 수도 있다. 즉, 중재합의는 모슬렘법의 전형계약에 속하는 것도 아니며, 모슬렘법은 계약의 일반이론을 다듬은 것도 아니다.

둘째, 중재조항은 학문적인 저서에는 언급되어 있지 않으며, 그것들이 실무적으로 사용되었을 때 중재대상의 불확정성 때문에 유효성문제가 제기되었다. 샤리아는 사행성을 목적으로 하는 계약이나 조항을 금하고 있다.

이 점에 대하여 자세히 살펴보면 다음과 같다.

(1) 중재부탁계약(Submission to Arbitration)

중재합의에 대한 유효성과 구속력에 관한 학술논문에는 몇 가지 경향이 있다.

1) 중재합의는 유효하지만 전형계약에 속하지 않기 때문에 구속력이 없다.

모슬렘법에서는 구속력있는 전형계약은 제한된 몇 가지 밖에 없다. 결론적으로 중재합의는 이들 전형계약에 속하지 않으므로 만일 일방 당사자가 중재합의가 있음에도 불구하고 법원에 소원을 하면, 법원은 그 분쟁에 대하여 권한권을 가지는 것으로 주장하기도 한다.

2) 중재합의는 어느 일정조건 하에서는 유효하고 구속력이 있다.

the Medjella(제1차 세계대전 종료시까지 아랍국가들 전체에서 적용되었다)¹¹⁾는 4가지 조건부로 중재합의의 유효성을 인정하였다.

(가) 분쟁이 이미 발생되었고 명확히 특정되어야 한다.

(나) 당사자들은 상호간에 청약과 승락에 의하여 중재할 것에 동의하였어야 하며, 중재인에게 당사자들은 다음과 같이 말하여야 한다. “우리는 당신을 중재인으로 선임하였으므로 우리 사이에서 중재를 진행하여 주십시오.”

(다) 중재인은 이름을 거명하여 지명되어야 한다. 만일 당사자들이 예를 들어 중재인은 길거리에서 처음 만나는 사람이 된다면, 회교사원에 들어오는 첫 번째 사람으로 한다면 그 중재는 무효이다.

(라) 중재인은 입회인(witness)이 될 자격이 있어야 한다.

11) Sharia의 외부법을 법전화한 것

그러나 우리나라 중재법에서는 “중재계약은 당사자가 중재를 합의한 서면에 기명·날인한 것이거나 계약중에 중재조항이 기재되어 있거나 교환된 서신 또는 전보에 중재조항이 기재된 것이어야 한다.”¹²⁾라고 하여 중재계약의 주된 형식은 서면임을 분명히 하고 있다.

Hanbali 학파의 주요학자중의 하나인 Ibn Taimiyya는 그의 저서에서

“The rule in contracts is tolerance and validity and one must only forbid or set aside those contracts which are forbidden by virtue of a text of Qiyas (reasoning by analogy)”라고 하였다.

그는 코란과 논리 양쪽으로 그의 분석을 정당화시키고 있다. 코란에서는 “믿는 자들이여 너의 계약이행을 존중하라.”고 되어 있으며 또한 “금지되지 않은 사항은 수권되었다.”라고 되어 있다. 결론적으로 금지되지 않은 것은 잘못되지 않았으며, 잘못되지 않은 것은 유효하다.

또한 그는 사람들간에 체결된 계약은 ‘통상의 거래(ordinary transactions)’에 속하며, Ibadats나 혹은 원래 신이 주신 것에 관련되지 않은 것이라고 논리를 전개하였다. 이처럼 법은 수권하였고 이러한 거래는 반대로 입증되기 전에는 유효한 것으로 간주된다.

Ibn Taimiyya는 어떤 계약도 공서양속에 반하지 않거나 혹은 알라에 의하여 금지된 것이 아닌 한 구속력이 있다고 결론짓는다.

Dr. Abdel Razzak Sanhury는 구속력 있는 계약과 구속력 없는 계약을 구분하는 이론은 표면적인(깊이가 없는) 것이라고 지적한다.

그에 따르면 무슬림은 그들의 계약이행을 존중해야하고 모든 모슬렘법에 의해 요구되는 조건들이 포함된 어떤 계약도 유효하다는 모슬렘의 교리가 있기 때문에 구속력이 있다고 주장한다.

Dr. Sanhury는 다음과 같이 결론짓는다.

고전학자들에 의해 언급된 전형계약들은 그 당시에 알려졌던 것들이다. 만일 현대문명이 이슬람법제에 의해 적법하다고 간주되는 조항이 포함된 새로운 계약

12) 중재법 제2조 제2항.

을 넣는다면 이 새로운 계약들은 적법한 것으로 간주되어야 하며, 구속력이 있는 것이다.

이 결론은 모슬렘법의 일반원칙과 마찬가지로 강조될 필요가 있으며, 법은 시간을 초월하여 발전되어야 하고 어떤 어려움도 극복되어야 한다. 그래서 전형 계약에 속하지 않는 중재계약도 경제발전의 따라 구속력이 있고 유효한 계약으로 간주되어야 한다. 왜냐하면 중재는 국제거래에서 중요한 역할을 하는 중요한 장치이기 때문이다.

그러나 이 견해는 학사들에 의하여 만장일치로 받아들여진 것은 아니다.

(2) 중재조항

우리나라는 중재법에서 현존하는 분쟁과 장래에 발생할 분쟁에 대하여 다 중재계약을 인정하고 있으며, 다만 중재법 제2조에서 당사자가 처분할 수 없는 법률관계에 관한 중재계약만 금하고 있다. 모슬렘법에서도 중재조항을 금지하지는 않았다. 단순히 지금까지는 장래에 발생할 분쟁에 대한 중재계약은 그 필요성을 느끼지 못하였기 때문에 모르고 있을 뿐이다. 이것은 원만한 경제여건이 그러한 관습을 필요로 하지 않았기 때문에 과거에는 이러한 무지가 어떤 문제를 야기시키지는 않았다. 상업은 오늘날만큼 발전되지 않았으며 중재하기로 하는 어떤 합의도 분쟁이 발생한 후에 체결되었다. 그러나 국내외적인 상거래 관계의 발전에 기인하여 중재조항은 현재 널리 이용되고 있으며 그 조항들은 아랍과 모슬렘의 몇몇 국가들에서 현대적인 입법으로 승인받고 있다.

그러면 이러한 중재조항들이 과연 모슬렘법 하에서 유효한 것인가? 대부분의 모슬렘법 학자들은 중재조항을 유효한 중재조항과 무효한 중재조항의 두 가지 범주로 나눈다.

즉, 다음조항들은 유효하다.

- 1) 판매된 물품의 인도와 같이 계약에 중재조항이 필요한 경우
- 2) 지급보증과 같이 계약에 중재조항이 적합한 경우
- 3) 거래에서 일반적으로 중재조항이 사용되는 경우

그러나 무효인 중재조항에는 두 종류가 있다.

첫번째 범주에는 중재조항에 문제가 있는 것은 그 조항자체는 무효이지만 계약은 유효하다. 이런 조항들은 사실상 당사자들에게 이자에 관한 거래가 없고 그 이행이 요구될 수 없는 것들이다.

두번째 범주에는 중재조항 그 자체도 무효일 뿐 아니라 중재조항이 포함된 계약도 역시 무효이다. 그것들은 이자가 포함된 조항이나 혹은 일방당사자에게 상응하는 반대이익 없이 이자와 같은 추가이익을 보장하는 조항이 있는 계약이다. 이자를 숨기는 이중계약을 만든 조항이 이 범주에 속한다.

이것들은 또한 'risk(위험)'가 관련되는 조항이 포함된다. 이것들은 내기나 도박계약을 피하기 위하여 샤리아에 의해 금지되어 있다. 증인(참고인)을 통한 증거를 만드는 권리를 포기하는 조항과 같이 계약의 결과가 어떻게 될지 정확히 알지 못하는 상황에서 당사자들이 계약을 할 때 모든 투기의 형태를 커버하기 위하여 학자들에 의하여 '위험'은 폭넓게 정의되고 있다. 그러나 이러한 구분에 대하여 모든 학자들이 만장일치로 동의하는 것은 아니라는 점을 주목하여야 한다.

정말로 Hanbali의 교리에 따르면 만일 계약목적에 반한다면 즉, 예를 들어 만일 매수인은 구매한 물품을 전매할 수 없다고 매도인이 규정한다던가 혹은 특별조항이나 무엇을 금지할 것이지 수권되었기 때문에 샤리아에 의하여 금지된다든가 하는 조항은 단지 예외로서 그런 조항을 무효라고 판단한다.

그 조항이 계약목적에 반하지 않는 한 계약에 필요한 것이건 아니건 그리고 적당한 것이건 아니건 유효하다. 심지어 이익이 포함되어 있더라도 유효하다. 이 교리는 일반적으로 사용되지 않는 조항의 유효성도 승인한다.

Sanhury는 결론적으로,

Ibn Taimiyya에 의한 개정판으로 Hanbali교리는 발전을 위한 거보를 내던게 되었다. 계약목적이나 샤리아 즉, 법, 공서양속, 선량한 풍속에 반하는 경우에만 그 조항이 하자가 있다고 보는 것처럼, 이중계약의 금지를 없애고, 하자있는 조항의 수를 제한하였다. 여기에서 Hanbali교리는 계약에 포함되는 어떤 조항도 이행이 불가능한 조항이거나 공서양속이나 선량한 풍속에 반하지 않는 한 유효하

다는 서구식 원칙에 근접해지게 되었다. 상기 조항은 무효이지만, 이 조항의 조건이 계약을 결정하는 motive가 아닌 한 계약은 유효하다. 그 조항의 조건이 계약을 결정하는 motive인 경우에는 계약도 역시 무효다.

상기에서 보면 Figh가 중재조항을 언급하지 않는다고 할지라도 그 중재조항들이 다음과 같은 경우에는 무효한 조항일 수 없다.

(가) 그 조항들이 계약 특히 국제상거래 계약에 필수적일 때

(나) 그 조항들이 계약에 적합하고 그것들이 더 빨리 정의를 실현하게 하여 양당사자들에게 유익한 조항일 때. 그 조항들이 법원의 관할권을 제한한다고 할지라도 이 제한은 합리적인 제한의 범주에 있으며, 실무적으로도 승인된다.

(다) 중재조항들이 국내중재에서 자주 사용되고 있으며, 국제중재에서 실질적인 규칙인 때

(라) 그 계약이 이자를 포함하지 않을 때, 그리고 계약 안에서 또 다른 계약을 구성하고 있을지라도 이 두번째 계약이 이자를 숨기고 있지 않을 때

(마) 당사자들이 그들의 분쟁을 해결하기 위한 법원 이외의 다른 관할을 선택하였더라도 어떤 위험이 없을 때.

3. 중 재 인

(1) 선 임

우리나라 중재법에서는 “당사자는 중재계약에서 중재인의 선정방법 및 그 수를 정할 수 있다”¹³⁾고 규정하여 중재인의 선정은 당사자들이 하도록 되어있다. Medjella하에서도 중재인은 소위 분쟁이 발생된 후에 서명된 중재합의에 따라 중재부탁을 할 때에 중재인이 선임되어야 한다.

13) 중재법 제4조 제1항.

(2) 중재인의 수

중재인의 수는 여러명이 될 수 있고 꼭 홀수이어야 될 필요는 없으므로 우리나라와 같다. 그러나 우리나라에서는 “중재계약에 중재인의 선정을 약정하지 아니하였을 때에는 각 당사자는 1인의 중재인을 선정한다”¹⁴⁾고 하여 2인 중재를 규정하고 있다.

(3) 중재인의 자격

우리나라 중재법에서는 일반적으로 공민권의 제한을 받는 자는 중재인이 될 수 없도록 규정하고 있다.¹⁵⁾ 그러나 이슬람에서는 중재인에 대한 자격이 까다롭다. 즉, Figh의 주된 추세는 중재인은 판사와 같은 자격을 가져야 한다. 또한 중재기간 동안 그 자격요건을 유지하여야 한다. Medjilla에 따르면 재판관은 남자이고 어느 정도 나이가 들고 현명하고 자유롭고 Muslim¹⁶⁾이고 공정하여야 한다. 또 그는 증인(참판인)이 될 수 있어야 한다.

유력한 견해에 의하면 Muslim이 아니면 중재인이 될 수 없다. 이 견해는 코란의 다음 구절에 근거한 것이다.

“알라는 믿지 않는자가 믿는 자를 정복할 길은 주지 않을 것이다.”¹⁷⁾

중재인이 Muslim일 때 그는 일정한 샤리아의 지식을 가져야 하고, 법적인

14) 중재법 제4조 제2항.

15) 한국 중재법 제5조(중재인의 결격사유)

다음 각호의 1에 해당하는 자는 중재인이 될 수 없다.

1. 금치산자 또는 한정치산자
2. 파산자로서 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년을 경과하지 아니한 자
4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간 중에 있는 자
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자
6. 공민권의 제한 또는 자격정지의 형을 받은 자

16) 이슬람교도의(Muslim).

17) Verse 141 of the Surah of the Women.

법칙을 정의할 능력을 가져야 한다. 이 조건은 공서양속에 반하는 것과 같이 중재인의 판정을 무효화시키는 것을 피하고 중재의 효율성을 높이는 데 유용한 것이지 필수적인 조건이나 정지(停止)조건은 아니다.

그러나 먼저 II.1.(a)에서 인용된 the Surah of the Women의 35절에 근거한 다른 견해가 있다. 이 학파의 지지자들에 의하면 중재는 비무슬림에게도 맡길 수 있다. 그들은 이 절에 근거하여 부인이 비무슬림인 경우 본절에 비무슬림을 배제하는 특별조항이 없기 때문에 비무슬림에 의한 중재가 이루어질 수 있다고 주장한다. 그리하여 중재판정은 이 경우 1인의 무슬림과 다른 1인의 비무슬림의 2명의 중재인에 의해 내려지고 더구나 이러한 학리상의 경향은 그들에게 그렇게 할 것을 수권하는 명백한 text가 있는 반면 ‘religions of the Book’의 하나에 속하는 비무슬림에 의한 중재를 금지하는 조항이 없다고 판단한다.

어떤 학자에 의하면, 중재가 비모슬렘국가에서 개최되는 경우에도 중재인이 무슬림이어야 한다는 요건에 예외가 있다. 이슬람지역 밖에 거주하는 무슬림들은 비모슬렘중재인을 선정할 수 있다. 이 견해는 입증하는 사람이 그가 비모슬렘국가에 거주한다면 2명의 비모슬렘인 혹은 2명의 무슬림을 증인으로 선택할 수 있도록 수권된 코란의 구절에 근거한다.

코란에 의해 허용되고 있고 필요성과 화급성에 근거한 이 예외는 비모슬렘국가에서 열리는 중재에도 확대적용될 수 있다.

(4) 중재인의 면직

우리나라에서는 중재인은 당사자들에 의한 기피사유에 해당하거나 당사자들이 합의에 의하여 중재인을 면직시킬 수 있다. 모슬렘법에서는 중재인은 판사보다 역할과 신분에서 떨어지므로 판사와는 달리 당사자들에 의하여 면직될 수 있다. 그러나 만일 그가 판사에 의해서 중재인으로서의 확인을 받았다면 이 경우에는 판사의 자격을 획득한 것이므로 면직될 수 없다.

(5) 중재인의 기피

우리나라에서는 “민사소송법 제37조 또는 제39조 제1항의 사유를 이유로 중

재계약이나 이 법에 특별한 규정이 없을 때에 한하여 법원에 중재인의 기피를 신청할 수 있다.”¹⁸⁾ 그러나 모슬렘법은 중재인은 그를 선임한 당사자의 남편, 조상(피상속인), 자손인 경우에만 중재인의 기피신청을 할 수 있다.

4. 중재절차

중재절차는 우리나라와 마찬가지로, 당사자들은 심문되어야 한다.¹⁹⁾ 또한 중재판정에는 중재인이 당사자들의 주장을 들었으며, 당사자가 출석한 상황에서 절차가 진행되었다고 기술되어야 한다. 또한 우리나라에서는 중재절차는 중재계약으로서 정할 수 있으며, 절차에 관하여 당사자간에 합의가 없는 경우에는 중재법에 따르고 중재법에 특별한 규정이 없는 경우에는 중재인이 정한다.²⁰⁾ 이것은 이슬람에서도 같다.

5. 중재판정

우리나라에서는 중재법이나 중재를 관리하는 어떤 법에서도 ‘중재인이 무엇으로 중재판정의 기준을 삼아야 할 것인가’에 관하여서는 명문의 규정을 두고 있지 않다.²¹⁾ 그러나 중재판정의 기준과 소위 법의 지배(rule of law = the supremacy of law)와의 관계에 대하여 흔히 ‘중재는 법에 의하여 판단되어야 하는 것이 아니라 선과 형평에 의하여(ex aequo et bono) 그 최종적인 결정이 내려져야 하는 것’이라는 견해가 있음을 볼 수 있으며, 평이하게 말하자면 ‘통상재판과 중재의 차이는 통상재판이 법에 의한 판단이라면 중재는 인격에 의한 판단이

18) 한국 중재법 제6조

19) 한국 중재법 제8조 당사자·증인·감정인의 심문

① 중재인은 중재판정 전에 당사자를 심문하여야 한다

② 중재인은 임의로 출석한 증인 또는 감정인을 심문할 수 있다. 그러나, 그 증인 또는 감정인을 선서시킬 수는 없다.

20) 한국 중재법 제7조 제1항 및 제2항 참조.

21) 고법준, 국제상사중재법 해의, 대한상사중재원, 1991년, p.157

란 점'이라 할 수 있다.²²⁾ 이와 마찬가지로 이슬람에서도, 앞에 인용된 Surah 제5장 58절에서 유래된 모슬렘법에 있는 유력한 학설에 의하면, 중재인은 공정의 법칙과 공서양속에 따라 분쟁을 해결하여야 한다. 따라서 그들의 지위는 프랑스법의 우의적 중재인(amiable compositeur)의 중재인에 차라리 가깝다. 즉 당사자들은 화해에 의하여 분쟁을 해결할 수 있다.

그러나 분쟁의 기본이 되는 법규가 이러한 공정과 공서양속의 원칙들을 포함한다고 하더라도 중재인이 모슬렘법을 적용할 필요가 없다는 것을 의미하는 것은 아니다(상사분야라고 하더라도 이것은 다소 희박하다.) 그러한 원칙을 포함하지 않는다면 중재인은 공정성으로 분쟁을 해결하게 된다. 많은 분야에서 -- 다른 법원과 이러한 원칙에 대하여 -- 학자들의 일치된 견해는 얻어지지 않았다.²³⁾

중재인은 상사문제에 있어서도 역시 이 원칙을 고려하여야 하며, 이것을 Al-Ghazali라는 저자는 “상거래관계에 있어서의 선의의 이행(Good conduct in commercial relations)”의 서두하에 코란과 Sunna에서 인용하였다.

이 원칙들은(국제상거래에서의 실제적인 관습에 근접하여 있는데) 계약조항의 직접적인 이행이 불공정한 것 같이 보일 때 판사나 중재인에게 도움을 준다. 이 원칙들은 분쟁 당사자간의 균형을 고르게 하는 권한을 중재인에게 주고 있다.

(1) 중재기간동안 존중되어야 하는 원칙

중재인은 계약 당사자간에 균형을 유지하기 위하여 과도하게 짐이 되는 계약적 의무이행을 부과시킬 수 있는 경제환경의 변화를 참작하여야 한다.

신의성실은 통상적이고 공정한 당사자들의 이해관계를 목표로 할 것이 요구된다. 선의의 이행이란 계약의무는 성실히 이행되고 경제환경의 변화뿐만 아니라 각 당사자의 개인적 상황도 또한 고려할 것이 요구된다

22) 고범준, 전계서, p 159.

23) 모슬렘들은 이자, 주류와 돼지고기의 매매, 사행성이 있는 계약 등과 같이 몇 개의 금지 사항이 있다.

(2) 중재판정에 있어 중대한 하자(material error)의 해석과 정정

대한상사중재원의 상사중재규칙에는 착오나 오류를 발견하였을 때에는 중재인이나 사무국이 이를 정정할 수 있도록 하고 있으나²⁴⁾, 이슬람에서는 중재인들이 그들의 판정을 해석하고 집행이나 취소에 대한 신청이 법원에 제기될 때까지 material error를 정정할 권한을 가진다.

(3) 중재판정의 집행

우리나라에서는 중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지고 있으며²⁵⁾ 그 강제집행은 법원의 판결로서 적법함을 선고한 때에 한하여 할 수 있다.²⁶⁾ 이슬람에서도 대부분의 학자들은 중재판정이 그 자체로 집행력이 있다고 보았다. 그러나 중재인은 중재판정의 집행에 관하여 수권되지 않고 있으며 따라서 법원의 개입이 필요하다.

판사는 분쟁의 본안이나 중재인의 판단을 재심할 권한은 없고 그는 단지 유효한 중재합의의 존재, 중재판정이 중재인 전원에 의하여 내려졌는가 하는 것, 그리고 분쟁의 주된 점을 다루었는가 하는 문제와 같은 형식적인 조건만을 검토할 수 있다.

만일 형식적인 면에 하자가 있다면 판사는 판정의 집행을 거부할 수 있다. 만일 약한 error 혹은 불의가 포함되어 있거나 공서양속에 반하는 경우에는 판정을 취소시킬 수도 있다. 이것은 2심이 아니고 판정에 대한 감독의 형태이다.

모슬렘법에서 공서양속의 개념은 샤리아와 샤리아의 근원인 코란과 Sunna 등과 같은 것의 일반적 정신과 “개인은 그들이 수권받은 것을 금지하거나 금지된 것을 수권하지 않는 한 그 말씀(경전의 구절, clauses)들을 존중하여야 한다”는 원칙에 근거를 두고 있다.

24) 대한상사중재원 상사중재규칙 제54조 참조.

25) 한국 중재법 제12조.

26) 한국 중재법 제14조 제1항.

(4) 외국중재판정

외국의 판결과 판정에 대한 모슬렘법의 태도는, 비무슬림들은 모슬렘법의 금지와 수권의 개념을 참작할 필요없이 그들 자신의 종교에 따라 법적인 계약체결의 자유와 거래관계를 가지는 자유가 있다고 본다. 그래서 와인의 매매계약은 비무슬림간에는 유효하지만 무슬림간에는 무효이다. 그러나 무슬림이 계약의 일방이 되면 모슬렘법은 계약을 관할하고 모슬렘법규를 참작하여야 한다. 그 때는 모슬렘의 공서양속의 개념이 적용된다.

상기에 근거하여 중재는(그리고 결국 중재판정은) 하기 경우에 외국판정으로 간주된다.

1) 중재가 이슬람국가 내에서 이루어지는 경우, 모든 당사자가 다 비무슬림이고(외국인이나 혹은 비모슬렘시민) 분쟁본안이 그들 각자의 종교에 관해서 법적인 것을 규정하고 있는 경우

이 관점은 그러나 만장일치로 받아들여지고 있지는 않으며 어떤 학자들은 분쟁당사자들의 국적이나 종교에 관계없이 이슬람법원의 관할 내에 거주하는 모든 사람들에게 모슬렘법이 적용되어야 한다고 믿는다.

2) 중재가 이슬람국가 밖에서 행하여지는 경우

이점에 관한 의견들이 분분하기 때문에 상황은 불분명하다. 어느 저자들은 이슬람사회 밖에서 행하여지는 중재는 항상 외국중재이며, 중재가 무슬림간이나 혹은 비무슬림간에 이루어지건, 또는 민사상 혹은 상사상 혹은 형사상의 성질이건 간에 상관없이 해외에서 이루어지는 판결이나 판정에 모슬렘법은 적용되지 않는다고 주장한다. 다른 저자들은 중재가 이슬람국가 밖에 거주하는 외국인들간 혹은 무슬림간에 행하여지는 경우에만 단지 외국중재로 간주한다. 그리고 그 때에는 이중처벌을 방지하기 위하여 형사상에만 한한다. 민사상이나 상사상의 문제에 대하여 해외에서 무슬림간에 열리는 중재는 외국중재로 간주되지 않는다. 세 번째 견해는 해외에서 열리는 중재는 비무슬림간에 열리는 경우에만 외국중재로 간주된다. 무슬림들이 당사자로서 관련되는 한 중재는 민사, 상사, 형사의 어떤 성격이건 상관없이 더이상 외국중재가 아니다.

중재가 외국중재로 간주되는 경우에는 모슬렘법관은 모슬렘의 공서양속에 관련된 사항과 모슬렘법에서 금지와 수권된 사항에 근거해서만이 무효로 하거나 집행을 거부할 수 있다. 외국중재판정이 흉악한 불법행위를 포함하고 있거나 모슬렘의 선량한 풍속(good moral)에 반하는 경우에만 그렇게 할 수 있다.

6. 중재판정의 취소와 재심

모슬렘법은 중재판정을 무효화시키는 것과 항소 혹은 제3자 이의신청(Tierce opposition)에 의한 구제를 규정하고 있다.

(1) 무효신청

Medjella는 판정이 구속력이 있고 어느 당사자도 중재인이 한번 내린 판정에 대하여 이의를 제기할 수 없다고 주장한다. 그러나 Medjella에 의해 채택된 판정의 계약적 성질은, 판정은 계약과 같은 근거이유 즉 동의를 없는 경우에 취소될 수 있다고 암시하게 된다.

판정의 사법권적 성질에 대한 지지자들은 판정취소의 청구는 판정의 문면상 error의 경우에만 성공할 수 있다고 주장한다. 즉, 문면상 error란 중재인이 청구된 것보다 더 많은 것을 판정한 경우(판단유월), 청구내용의 일부를 판단하지 않은 경우(판단유탈), 중재계약이 무효이거나 효력이 소멸되었거나 중재인이 자격이 없는 자인 경우, 판정이 공서양속에 반하거나 흉악한 불의를 포함하거나 당사자들이 중재에 부탁할 자격이 없거나 혹은 공정한 심문을 하지 않은 경우이다.

판정의 취소는 적절한 법원에 청구하거나 판정의 집행시에 집행을 담당하는 판사에게 하며 그 경우 판사는 마치 원래 취소청구가 있었던 것처럼 사안에 대하여 결정을 내릴 수 있다. 그러한 청구는 'judge of judges(항소심 판사)'에게 할 수 있다.

판정이 취소된 경우 판사는 당사자 일방이 요청하면 단지 사건을 재심만 할 수 있다. 판정이 취소되지 않은 경우 그렇게 하지 말라는(취소하지 말라는) 그의 판단은 집행허가와 같다.

(2) 항 소

이 구제수단은 하나의 가능성이고 권리가 아니며, 판정취소청구에 대하여 잘못되는 일이 가끔 있다. 항소는 판정취소청구와 같은 근거이유로 항소심 판사(judge of judges)에게 한다. 항소를 고려할 때 판사는 판정은 취소시키고 분쟁에 대하여 새로운 판결을 내릴 수 있다.

(3) 제3자에 의한 이의신청(Tierce Opposition)

Tierce Opposition은 제3자의 권리로서 그들이 당사자가 아닌 중재절차에서 내려진 판정이지만 어떤 면에서 그들에게 손해가 미칠 때 이의를 제기하는 것이다. 판결이나 판정은 분쟁의 제3자에 대해서는 효력을 가지지 않는다. 따라서 판정의 집행으로 영향을 받는 제3자들은 판사에게 판정에 이의를 제기할 수 있다.

IV. 결 론

이상에서 살펴 본 바와 같이 이슬람국가들은 그들의 법제나 사회관습, 정치, 문화, 종교 등에 의하여 여타지역 국가들과는 너무나 상이한 제도를 가지고 있다. 이러한 상이에서 오는 문제점들은 다음과 같다.

첫째, 같은 이슬람국가들이라고 하더라도 각국의 법제들이 어디에서 영향을 받았는가에 따라서 서로 상이하고 법의 적용에도 영향을 미치게 되므로 사전에 계약체결국들에 대하여 개별적인 조사연구가 필요하다.

둘째, 모슬렘법에서는 구속력있는 전형계약은 제한된 몇 가지 밖에 없으며 중재계약은 이러한 전형계약에 속하지 않는다는 것이다. 따라서 이슬람에서는 중재계약이 체결되었을 때 그 중재계약이 과연 유효한 것인가 하는 문제가 제기될 수 있다.

셋째, 대부분의 국가들에서는 중재계약의 성립요건으로 서면성을 요구하고

있다. 그러나 이슬람에서는 모든 계약의 성립시에는 서면성보다는 유효한 요건을 갖춘 증인을 요구하고 있다. 따라서 일반적인 방법, 즉, 국제무역거래에서의 계약 성립요건인 offer와 acceptance에 의하여 성립된 계약서상에 중재계약이 있는 경우 그 유효성 문제가 제기될 수 있다.

넷째, 이슬람에서는 사행성이 있는 혹은 확정되지 않은 목적물에 대한 계약이나 이자의 지급에 관한 계약 등은 인정되지 않는다. 따라서 중재계약이 중재조항으로서 장애에 발생될 수도 있는 분쟁에 대하여 중재하기로 합의한 경우 그 효력상의 문제가 제기될 수 있다.

다섯째, 이슬람국가들의 공서양속은 일반 다른 국가들과는 상이한 면이 많이 있다.

여섯째, 이슬람에서 허용되는 중재인의 자격도 여타국과는 상이하다.

이러한 여러 가지 문제점들은 중재계약을 체결하기 전에 해당국가의 법제나 관례들을 검토하여 중재계약의 하자사항이나 판정의 집행상 장애가 될 수 있는 사항은 중재계약에서 사전에 제거하여야 할 것이다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 이슬람국가들의 관습을 잘 파악하여 이를 이해하고 그러한 관습들에 정면으로 부딪치는 것보다는 같이 융화하여 나가는 것이 중요할 것이라 사료된다.