

중재절차에 있어서 보전처분

정 운 섭*

- I. 서 론
- II. 민사소송법상의 보전처분
- III. 중재법 규정
- IV. 대한상사중재원 중재규칙 규정
- V. 현행법상 중재인이나 중재판정부가 보전처분을 할 수 있다고 할 경우의 문제점
- VI. 맺음말(입법론)

I. 서 론

현행 민사소송법, 중재법, 대한상사중재원 중재규칙 아래에서 중재사건과 관련한 보전처분이 허용될 수 있는가? 허용된다면 법원이 아닌 중재인이나 중재판정부도 보전처분을 행할 수 있는가?하는 문제와 그 필요성 등에 대하여 검토해 보 고자 한다.

* 한국·뉴욕주 변호사, 성균관대 강사

1. 중재신청 사건의 증대

1995년까지 년평균 70여건에 지나지 않던 대한상사중재원의 중재 접수 사건수가 1996년에 109건, 1997년에 133건으로 각각 증가하였고¹⁾, 1998년 6월 중순 현재 이미 접수된 중재사건의 수가 이미 100건을 초과하였다고 하며, 최근 중재에 의하여 분쟁을 해결하려는 경향이 상당히 증가하고 있고, 이러한 급증추세는 점차 확대될 것으로 예상된다.

중재에 의한 분쟁해결 경향이 점차 증대하는 데는 여러 가지 이유가 있겠지만, 필자의 견해로는 무엇보다도 민사소송에 의한 분쟁해결에 대비하여 볼 때, 분쟁해결의 신속성과 구두변론에 의한 심리, 중재판정의 공정성, 그리고 사건 당사자들에게 대한상사중재원 직원들의 상대적 친절 등이 주요한 이유라고 생각한다.

주지하는 바와 같이, 당사자 사이에 다툼이 심한 사건에 있어서 일반 민사소송 절차에 의하여 분쟁을 해결하고자 할 경우 제1심 소송의 시작부터 최종심인 대법원에서 판결이 확정될 때까지 소송이 계속될 경우 길게는 수년의 세월이 소요되고²⁾, 사건 당사자 입장에서는 시간적, 경제적, 정신적으로 엄청난 고통을 감수하지 않으면 안되는 경우가 많은 데 비하여, 중재에 의할 경우 처리일수가 소송 절차에 의한 경우보다 상대적으로 훨씬 짧은 기간내에 종결되므로³⁾ 사건당사자 입장에서는 시간적으로나 경제적으로 유리할 뿐만 아니라 분쟁에 따른 정신적 고통에서 빨리 해방될 수 있기 때문에 소송보다 중재를 선호하는 것으로 보인다. 또한 민사소송에 의할 경우 소송사건의 폭주로 인하여⁴⁾ 구두변론에 의한 심리를

- 1) 대한상사중재원, [중재] 제287호(1998. 봄), p4. 1995년 79건 접수되어 중재사건 수를 기준으로 전년대비 10% 증가하고, 1996년에는 전년 대비 38%, 1997년에는 전년대비 22%가 증가되었다.
- 2) 법원행정처, 사법연감 1997, p565~597. 1996년에 전국 법원에서 판결에 의하여 처리된 제1심 합의부 관할 민사본안 사건은 29,853건이고, 그 중 심리기간 5월 이내인 사건의 합계가 14,205건으로서 47%만이 5월 이내에 처리되었고, 1년을 초과하여 처리된 사건이 3,916건에 이른다.
- 3) 대한상사중재원, [중재] 제287호(1998. 봄), p4. 대한상사중재원에서 1996년에 처리한 건수는 98건이고 처리일수는 137일이며, 1997년에 처리한 건수는 114건이고 처리일수는 131일로서 처리일수가 점진적으로 감소하는 추세에 있다.
- 4) 법원행정처, 사법연감 1997 p565~581 및 사법연감 1998, p565~581. 1996년 전국 법원에 접수된 민사사건은 모두 2,233,938건(그중 본안사건은 593,928건)으로 전년에 비하여 민사본안 사건은 13.3% 증가하였고, 1997년 전국법원에 접수된 민사사건은 모두 2,663,525건(그중 본안사건은 678,978건)으로 전년에 비하여 민사본안사건은 14.3% 증가하였다.

진행하는 것이 물리적으로 어렵고 사실상 서면심리 위주의 재판이 진행되는 실정이어서, 구두변론 과정에서의 대화를 통한 당사자 사이의 이해를 조정할 기회가 적은데 비하여, 중재에 의할 경우 구두변론 중심의 심리과정에서 당사자가 억울한 심정을 중재판정부에 호소하면서 쌓인 감정을 해소하는 한편(필자는 이를 ‘구두변론의 감정해소기능’이라고 표현한다), 구두변론과정에서 상대방의 입장을 들으면서 당사자 사이의 오해를 풀고 화해에 의한 사건 종결을 시도할 수 있는 여지가 많고, 화해가 성립되지 않는다고 할 지라도 구두변론과정에서 당사자가 자신의 약점을 충분히 이해하게 되므로, 중재판정주문이 다소 불만족스럽다고 하더라도 판정결과를 심정적으로 비교적 쉽게 승복할 수 있게 된다고 본다.

중재사건이 늘어나는 또 다른 이유는, 그동안 처리된 중재사건에 대한 공정한 판정과 대한상사중재원 직원들의 친절한 태도에 있다고 생각된다. 그동안의 중재에 대한 인식을 제고하려는 상사중재원의 노력과 중재인들의 공정한 중재판정이 당사자들의 신뢰를 얻었고, 소송을 할 경우 당사자들이 법원 직원들의 권위주의적이고 불친절한 태도를 불만스럽게 생각하고 있는데 비하여, 중재사건의 접수와 처리과정에서 중재원 직원들의 친절한 상담과 안내는 중재사건이 늘어나는 또 다른 요인으로 작용한다고 하겠다.

2. 중재사건과 관련한 보전처분의 실제적 필요성

중재사건이 증가함에 따라 비록 소송에 의한 경우보다 처리기간이 짧다고 하더라도 중재신청인의 입장에서는 중재판정을 받을 때까지 중재판정에 의한 집행보전을 취하여야 할 현실적인 필요성이 제기되고 있다.

물론 피신청인측에서 중재판정시까지 집행의 대상이 될 일반 재산이나 분쟁의 대상이 되고 있는 계쟁물을 처분하지 아니하고 또한 중재판정 내용을 자발적으로 이행할 경우에는 문제가 없으나, 중재 심리 진행과정에 피신청인측에서 일반 책임재산을 처분한다거나 계쟁물을 처분할 경우 신청인 입장에서는 중재비용을 들여 중재판정을 받는다고 하더라도 권리를 확보하기 어렵기 때문에 신청인 입장에서는, 집행의 전제로서, 피신청인의 책임재산 또는 계쟁물을 처분하지 못하게 할 현실적인 필요성이 절실히 요구된다.

특히 요즈음처럼 경제사정이 악화되어 도산이나 퇴출을 예상하는 피신청인이 악의적으로 재산이나 계쟁물을 처분하고 이를 현금화하여 활용하려는 경향이 나

타나는 상황에서는 어느 때보다도 보전처분의 현실적인 필요성이 크다고 하지 않을 수 없으며, 건물명도 단행가처분이나 지적재산권 관련 가처분 등 임시지위를 정하는 가처분에서 보전소송이 본안소송을 대신하여 통상의 권리구제수단이 되고 있는 ‘보전처분의 본안화’ 현상이 일어나는 근래의 추세에 비추어 중재절차에 있어서 보전처분의 문제도 다시금 면밀하게 검토될 단계에 와 있다고 하겠다.

II. 민사소송법상의 보전처분⁵⁾

1. 보전처분의 개념

집행보전을 위하여 잠정적 조치를 명하는 재판이다. 즉 권리관계 또는 법률관계에 관한 쟁송(본안소송)이 있을 것을 전제로 이에 대한 판결의 집행을 용이하게 하거나 확정판결이 있을 때까지 손해가 발생하는 것을 방지할 목적으로 일시적으로 현상을 동결하거나 임시적 법률관계를 형성하게 하는 제도로서 민사소송법 제7편 제4장의 가압류·가처분에서 규정하고 있다.

2. 필요성 : 본안 소송 판결 확정 전에 채무자가 일반 책임재산을 처분하든가 경쟁물에 관하여 멸실, 처분 등 법률상의 변동이 생기는 경우 채권자가 권리의 실질적 만족을 얻지 못하게 될 수 있다. 이러한 결과를 방지하기 위하여 확정판결을 받기 전에 미리 채무자의 일반재산이나 경쟁목적물의 현상을 동결하거나 임시로 잠정적인 법률관계를 형성시켜 두는 조치를 취함으로써 확정판결의 집행을 용이하게 하고 그때까지 채권자가 입게 될지도 모르는 손해를 예방하기 위한 수단이 필요하다.

5) 이항의 내용은 사법연수원 [보전소송] 1997.을 참고, 인용하였다.

3. 보전처분의 특질 과 보전처분의 본안화 현상

가. 잠정성(임시성) : 확정판결의 집행보전을 위하여 다툼있는 법률관계를 잠정적으로 규율하기 위한 처분이고, 다툼있는 권리 또는 법률관계의 존부를 확정적으로 판단하는 것이 아니다.

나. 긴급성(신속성) : 소송 확정까지 걸리는 시일의 경과에서 오는 피해를 방지하는 것이 주된 목적이므로 재판과 집행절차에서 신속성을 요한다.

다. 부수성 : 확정판결의 집행을 보전하기 위한 것이므로 확정판결을 얻기 위한 민사소송절차가 현재 또는 장래에 계속될 것을 전제로 한다.

임시의 지위를 정하는 가처분에서는 부수성이 쇠퇴하고 '보전소송의 본안화 현상이 일어나고 있고, 본안소송을 전제로 하지만 본안소송과는 별개 독립의 절차에 의하여 행하여 진다.

라. 밀행성 : 통상적으로 상대방이 알 수 없는 상태에서 심리하여 발령하고, 그 명령을 송달하기 전에 집행에 착수하게 한다. 다만 재판의 적정을 도모하기 위하여 밀행성을 희생하여야 하는 경우도 있다.

마. 자유재량성 : 심리방법에 있어서 변론의 경유 여부, 담보제공 여부, 담보의 종류와 범위는 법원이 자유재량으로 정하고, 권리 보전을 위한 수개의 방법이 있을 수 있는 경우에 구체적으로 어떤 형태의 보전처분을 할 것인가도 법원의 자유재량에 속한다.

4. 보전처분의 종류

가. 가압류(민소 제696조6) : 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권에 관하여 장래에 그 집행을 보전할 목적으로 미리 채무자의 재산을 압류하여 처분권을 제한하는 제도로서 채무자의 일반재산의 감소를 방지하는 제도이다.

나. 가처분(민소 제714조7) : 금전채권 이외의 권리 또는 법률관계에 관한 확

6) 민소법 제696조 (가압류의 목적) ①가압류는 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권에 대하여 동산 또는 부동산에 대한 강제집행을 보전하기 위하여 할 수 있다. ②가압류는 기간이 도래하지 아니한 청구에 대하여도 할 수 있다.

7) 민소법 제714조 (가처분의 목적) ①계쟁물에 관한 가처분은 현상의 변경으로 당사자의 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행함에 현저히 곤란할 염려가 있는 때에 한다. ②가처분은 쟁의있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 다만,

정판결의 강제집행을 보전하기 위한 제도이다(보관인을 정하거나 상대방에게 행위를 명하거나 금지할 수 있고 급여를 명할 수 있다).

- 1) 계쟁물에 관한 가처분 : 급전 이외의 물건이나 권리를 대상으로 하는 청구권을 가지고 있는 경우에 강제집행시까지 계쟁물이 처분, 멸실되는 등 법률적 사실적 변경이 생기는 것을 막기 위하여 계쟁물의 현상을 동결시키는 제도이다.
- 2) 임시의 지위를 정하는 가처분 : 다툼이 있는 권리 또는 법률관계가 현존하고 그에 대한 확정판결시까지 현상의 진행을 방치한다면 권리자에게 현저한 손해 또는 급박한 강포가 생길 위험이 있어 장래 확정판결을 언더라도 그 실효성을 잃게 될 염려가 있는 경우에 권리자에게 임시의 지위를 주어 그와 같은 손해나 강포를 피할 수 있도록 하는 제도이다.

5. 보전처분의 관할

가. 관할의 전속성 : 강제집행에 관한 관할과 같이 전속관할이다(민소 제524조8)

가압류 사건은 가압류할 물건의 소재지 지방법원 또는 본안의 관할법원의 관할에 속하도록 규정되어 있고(민소 제698조9), 가처분 사건은 본안의 관할법원이 관할하도록 규정되어 있으며(민소 제717조10), 다만 급박한 경우에는 나중에 본안의 관할법원에서 변론을 거쳐 가처분의 당부를 심리할 것을 전제로 계쟁물 소재지 관할법원에서 가처분 명령을 할 수 있도록 되어 있다(민소제721조11).

나. 본안관할법원 : 본안이란 보전처분에 의하여 직접 보전될 청구권 또는 법률관계의 존부를 확정하는 민사소송절차를 말하는 것으로 판결절차 뿐 아니라

이 처분은 특히 계속하는 권리관계에 현저한 손해를 피하거나 급박한 강포를 방지하기 위하여 또는 기타 필요한 이유에 의하여야 한다.

- 8) 민소법 제524조 (재판적) 이 편(민소법 제7편 강제집행편)에 정한 재판적은 전속관할로 한다.
- 9) 민소법 제698조 (가압류법원) 가압류는 가압류를 할 물건의 소재지를 관할하는 지방법원이나 본안의 관할법원이 관할한다.
- 10) 민소법 제717조 (관할법원) ①가처분의 재판은 본안의 관할법원이 관할한다.
- 11) 민소법 제721조 (계쟁물 소재지의 법원이 명하는 가처분) ①급박한 경우에는 계쟁물의 소재지를 관할하는 지방법원은 가처분의 당부에 관한 변론을 하기 위하여 본안관할 법원에 상대방을 소환할 신청기간을 정하고 가처분을 명할 수 있다.

독촉절차, 제소전화해절차도 포함한다.

본안이 계속되기 전인 경우에는 장차 본안소송이 제기될 법원으로서 여러 개의 관할법원이 있는 경우 그 중 어느 법원에도 신청이 가능하다.

다. 목적물 소재지 관할 지방법원

가압류의 경우 '집행의 편의'를 위하여 목적물의 소재지를 관할하는 지방법원도 관할 법원이 된다(민소 제698조).

라. 계쟁물 소재지 관할 지방법원(가처분)

급박한 경우에는 계쟁물 소재지를 관할하는 법원이 일단 가처분을 하고 그 후 본안의 관할법원이 그 결정의 당부를 변론에 의하여 재심사한다(민소 제721조)

6. 보전처분의 요건

보전처분을 하기 위하여는 실체법상 보전을 받아야 할 권리가 있고(피보전권리), 그와 같은 권리를 미리 보전하여야 할 필요성(보전의 필요성)이 있어야 한다.

두 가지 요건 중 어느 하나가 흠결되어도 보전처분을 발할 수 없다.

가. 피보전권리의 존재

1). 가압류

- ① 재산상 청구권으로서 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권일 것
- ② 청구권이 성립하여 있을 것 : 기한미도래, 조건미성취의 채권도 무방하다.
- ③ 통상의 강제집행이 가능할 것 : 불집행 특약이 있는 채권은 집행할 수 없는 청구권이므로 가압류의 피보전권리가 될 수 없다.

중재계약이 있는 청구권은 본안소송을 제기할 수 없는 채권이라고 하더라도 중재판정에 집행판결을 얻어서 강제집행할 수 있으므로(중재법 제14조 제1항12) 가압류할 수 있다.

2) 계쟁물에 관한 가처분

- ① 금전 이외의 특정물에 대한 이행청구권일 것 : 유체물, 채권적 청구권, 물건적 청구권, 지적소유권 등 권리도 계쟁물이 될 수 있다.

12) 중재법 제14조 제1항 : 중재판정에 의하여 하는 강제집행은 법원의 집행판결로 그 적법함을 선고한 때에 한하여 할 수 있다.

② 청구권이 성립하여 있을 것

③ 민사소송절차에 의한 본안소송의 대상이 되고 통상의 강제집행이 가능할 것

3) 임시의 지위를 정하는 가처분

① 권리관계가 현존할 것 : 장래의 집행보전을 목적으로 한 것이 아니고 현존하는 위협의 방지를 위한 것으로 권리의 확정전에 임시의 권리자로서의 지위를 신청인에게 주려는 것이다.

물권관계, 채권관계, 신분법상의 권리관계, 지적재산권관계 등 권리관계의 종류에는 제한이 없고 집행에 적합하지 않아도 무방하다.

② 권리관계에 다툼이 있을 것 : 권리관계에 관하여 당사자의 주장이 대립되기 때문에 소송에 의한 권리보호가 요구되는 것을 말하고, 권리에 대한 불법한 침해의 위협이 가까워진 것도 다툼이 있는 경우에 포함된다.

나. 보전의 필요성

1) 가압류 : 가압류를 하지 않으면 판결 기타 채무명의를 집행할 수 없거나 현저히 곤란한 염려가 있을 때(민소 제697조).

2) 계쟁물에 관한 가처분 : 특정물의 현상에 변경이 생길 우려가 있어 미리 가처분을 해두지 않으면 현상변경으로 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행함에 현저히 곤란할 염려가 있을 때(민소 제714조 제1항, 채무자의 일반 책임재산의 변경과는 무관하다).

현상의 변경에는 목적물을 훼손·파괴하는 등의 객관적, 물리적 변경과 목적물을 타에 양도하거나 저당권, 전세권의 설정 기타 일체의 처분 등의 주관적, 법률적 변경을 모두 포함한다.

3). 임시의 지위를 정하는 가처분 : 현존하는 권리관계에 분쟁이 있어 현저한 손해가 발생할 염려가 있거나 급박한 강포의 염려가 있을 때(민소 제714조 제2항).

7. 보전처분의 절차

가. 당사자의 신청 : 본안소송의 제기 전에 행하여지는 것이 보통이나 본안소송이 제기된 이후에도 채무명의를 얻기까지는 신청할 수 있다.

나. 심리

1) 변론의 요부 : 보전처분의 재판은 변론을 거치지 않고 서면심리만 하거나 변론을 거쳐 재판할 수 있으며, 변론의 경유 여부는 원칙적으로 법원의 재량이다(민소 제700조13), 제717조).

실무상 보전처분의 신속성과 밀행성의 요청 때문에 극히 예외적인 경우에만 변론을 거치고 보통은 서면심리에 의하며, 서면심리만으로 불충분한 경우에는 당사자 심문절차를 거치는 수가 있다.

통상 변론을 거치는 보전처분으로는, 금전지급 및 동산인도를 명하는 가처분, 공사금지가처분 등이 있다.

2) 입증 : 다툼이 있는 사실은 증거에 의하여 인정하여야 하나 입증의 정도는 증명이 아니라 소명으로 족하고(민소 제699조14), 제715조), 소명의 방법에는 원칙적으로 제한이 없으나 즉시 조사할 수 있는 증거에 의하여야 한다(민소 제271조15)

다. 재판

변론을 열어서 재판하는 경우에는 판결의 형식으로, 변론을 열지 않은 경우에는 결정의 형식으로 한다.

1) 신청을 배척하는 재판 : 소송요건을 결하거나 법원이 제공을 명한 담보를 제공하지 아니한 때에 신청을 각하하고, 피보전권리나 보전의 필요성이 없어 신청이 이유없는 때에는 기각하는 재판을 한다.

2) 신청을 인용하는 재판 : 법원은 담보를 제공하게 하고 보전처분을 명할 수 있다(민소 제700조16), 제715조).

담보의 제공 : 후일 보전처분이 잘못된 것으로 밝혀진 경우 채무자로 하여금 그 손해를 쉽게 회복할 수 있도록 마련된 제도로서 담보의 제공은 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하거나 대법원 규칙이 정하는 바에 따라 지급보증위탁계약을 체결한 문서를 제출하는 방식에 의한다(민소 제112조).

3) 보전재판의 고지 : 판결로 재판한 때에는 선고의 방식에 의하고 결정으로 한 때에는 적당한 방법으로 고지하면 되나 일반적으로 재판서의 송달방식에 의

13) 민소법 제700조 (가압류명령) ①가압류신청에 대한 재판은 변론없이 할 수 있다.

14) 민소법 제699조 ②청구와 가압류의 이유는 소명하여야 한다.

15) 민소법 제271조 (소명의 방법) ①소명은 즉시 조사할 수 있는 증거에 의하여야 한다.

16) 민소법 제700조 ①가압류 신청에 대한 재판은 변론없이 할 수 있다. ②청구나 가압류의 이유를 소명하지 아니한 때에도 가압류로 인한 채무자의 손해에 대하여 법원이 정한 담보를 제공한 때에는 법원은 가압류를 명할 수 있다. ③청구나 가압류의 이유를 소명한 때에도 법원은 담보를 제공하게 하고 가압류를 명할 수 있다.

한다.

보전처분의 집행은 그 재판을 채무자에게 송달하기 전에도 할 수 있는 것이므로(민소 제708조17) 실무상 집행착수 후에 채무자에게 송달함이 관례이다.

4) 보전처분을 명하는 재판의 효력

- ① 효력발생시기 : 재판이 고지된 때 발생함이 원칙이다.
- ② 효력 : 피보전권리의 보전목적 범위 내에서 가정적, 잠정적으로만 발생하고 피보전권리나 계쟁법률관계의 존부를 확정하는 것은 아니다.

라. 보전처분의 집행

일반 강제집행에 관한 규정을 준용하나 몇가지 특칙이 있다.

1) 집행의 특수성

- ① 집행력 : 명령 성립과 동시에 즉시 집행력이 발생하고 그 명령의 완성을 기다릴 필요가 없다. 따라서 가집행 선고나 집행문의 부여도 필요 없이 집행할 수 있다.
- ② 집행기관이 집행관인 동산 가압류 등의 경우에는 채권자가 재판서 정본을 집행관에게 제시하고 그 집행을 위임하여야 집행이 개시되나, 법원이 집행기관이 되는 채권가압류, 부동산 가압류 등에 있어서는 따로 집행신청을 기다리지 않고 집행에 착수한다.
- ③ 일반적으로 집행문의 부여가 필요없고, 당사자의 승계가 있는 경우에만 한하여 승계집행문이 필요할 뿐이다(민소 제708조)
- ④ 채무명의를 채무자에게 송달하기 전에 집행할 수 있다(민소 제708조 제3항)
- ⑤ 보전처분의 집행력은 그 고지 후 14일 이내에 집행에 착수하지 않으면 상실된다(민소 제708조 제2항, 제715조)

2) 집행기관 : 강제집행의 경우와 같다.

유체동산가압류, 동산·부동산 인도의 가처분, 부동산점유이전금지 가처분 등은 집행관이 집행한다. 부동산, 채권 기타 재산권에 대한 가압류, 부동산처분금지가처분, 채권에 대한 가처분은 집행법원이 행한다.

3) 집행절차

- 17) 민소법 제708조 (집행개시의 요건) ①가압류에 대한 재판이 있을 후 채권자나 채무자의 승계가 있는 경우에는 그 명령에 집행문을 부기하여야 한다. ②가압류에 대한 재판의 집행은 재판의 선고나 송달이 있는 날로부터 14일을 도과한 때에는 하지 못한다. ③제2항의 집행은 채무자에게 재판을 송달하기 전에도 할 수 있다.

① 가압류 :

동산 - 채권자의 집행위임함에 따라 집행관이 집행한다(압류와 동일).

부동산 - 가압류를 발령한 법원이 동시에 집행법원이 되어 등기소에 가압류등기 기입을 촉탁하여 집행한다(민소 제710조18).

지명채권 - 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금하는 명령이 기재된 가압류재판 정본을 송달하여 집행한다.

자동차, 건설기계, 항공기, 지적소유권 : 가압류발령법원이 등록사무관청에 가압류의 기입등록을 촉탁하여 집행한다.

② 가치분

부동산점유이전금지가처분 : 채권자의 집행위임에 따라 집행관이 집행한다.

채무자의 적극적 행위를 금지하는 가치분 : 부작위를 명하는 가치분은 채무자에게 가치분의 내용을 고지함으로써 족하고 집행이라는 관념은 존재하지 아니한다.

부동산, 지적소유권 처분금지가처분 : 등기공무원에게 가치분재판을 등기부에 기입할 것을 촉탁하여 집행한다.

동산점유이전금지가처분 : 채권자의 위임에 따라 집행관이 집행한다.

8. 보전처분에 대한 불복 및 구제

결정으로 한 보전처분에 대하여는 항고(민소법 제409조) 또는 이의(민소법 제703조)의 방법으로 불복할 수 있고, 판결로 한 보전처분에 대하여는 상소로 불복할 수 있다. 이외에도 채무자는 보전재판의 당부를 떠나 현재의 여러사정에 비추어 보전처분 유지가 필요없음을 이유로 취소를 구할 수 있고(민소법 제707조), 집행채권자가 본안소송에서 패소 판결을 받아 확정된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 집행채권자에게 고의, 과실이 있는 것으로 추정된다¹⁹⁾. 채무자의 이의 또는 상소가 있다고 하여 보전재판의 집행력이 정지되지 않는다(민소법 제703조 제3항).

18) 민소법 제710조 (부동산가압류집행) ①부동산에 대한 가압류의 집행은 가압류의 재판을 등기부에 기입하여야 한다. ②제1항의 집행법원은 가압류재판을 한 법원으로 한다.

19) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다8453판결 (법원공보 1992. 2990).

Ⅲ. 중재법 규정

1. 보전처분을 명문으로 인정하는 규정없음

현행 중재법상 중재와 관련한 ‘보전처분’을 인정하는 명문의 규정은 없다.

2. 중재계약이 있는 권리 또는 법률관계에 대한 법원에 의한 보전처분(중재법 제14조 제1항).

중재법 제14조 제1항의 규정에 따라 중재계약이 있는 권리 또는 법률관계에 대한 법원에 의한 보전처분이 가능하다는 데 이론이 없는 것으로 보인다.

3. 중재법 제7조, 제9조의 해석

중재법 제7조의 “①중재절차는 중재계약으로서 정할 수 있다. ②중재절차에 관하여 당사자의 합의가 없는 경우에는 이법이 정하는 절차에 의하고 이 법에 특별한 규정이 없는 사항은 중재인이 정한다. ③상사중재절차에 관하여 당사자의 합의가 없거나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 경우에는 전항의 규정에 불구하고 통상산업부장관이 지정하는 사단법인의 상사중재규칙에 의하는 것으로 추정한다”는 규정과, 중재법 제9조에서 “중재인이 중재판정에 필요하다고 인정하는 행위로서 중재인이 직접할 수 없는 것은 중재인이나 당사자의 신청에 의하여 법원이 이에 관한 사무를 행한다.”고 하는 규정을 종합하여, 중재인이 할 수 있는 것으로서 중재계약에서 중재절차에 관하여 정하였거나(중재법 제7조 제1항), 당사자의 합의가 없는 경우 중재법에 규정이 있거나 중재법에서 특별한 규정이 없는 경우에는 중재인이 정하여서 보전처분에 관한 중재절차를 발동시킬 수 있다고 보는 견해가 있다.

중재법 제7조는 ‘중재절차’에 관한 규정으로서 우선 ‘보전처분’이 중재계약으로 정하거나 중재인이 정할 수 있는 ‘중재절차’에 포함된다고 해석할 수 있는 지의문을 갖게 되고, 오히려 보전처분이 명령성립과 동시에 집행력이 발생하는 속성

과 강제집행은 법원의 전속관할로 규정한 민사소송법의 규정 및 법원이 집행판결로 그 적법함을 선고한 때에 한하여 중재판정에 의한 강제집행을 하도록 한 중재법 제14조 제1항의 취지 및 아래에서 보는 이유들에 비추어 볼 때 보전처분은 중재법 제9조에서 규정한 “중재인이 직접할 수 없는 것”에 해당하는 것이라고 생각한다.

VI. 대한상사중재원 중재규칙 규정

1. 보전처분에 관한 명문의 규정없음

중재법과 마찬가지로 대한상사중재원의 중재규칙에도 중재와 관련한 보전처분에 관한 명문의 규정은 두지 않고 있고, 다만 제40조에서 중재판정부는 중재의 대상이 된 재산을 보호하기 위하여 필요한 조치를 당사자의 일방에 지시할 수 있는 재산의 보존에 관한 규정을 두고 있을 뿐이다.

2. 규칙 제40조 규정의 해석 : “중재의 대상이 된 재산”에 한하여 재산보존조치 지시 가능.

대한상사중재원 규칙은 제40조(재산의 보존)에서 “①중재판정부는 당사자의 어느 일방의 신청이 있는 경우에는 당사자의 권리나 분쟁의 최종판정과는 관계없이 중재의 대상이 된 재산을 보호하기 위하여 필요한 조치를 당사자의 어느 일방에 지시할 수 있다. ②중재판정부는 재산의 보존조치에 필요로 하는 비용을 부담하기 위하여 적절한 담보를 제공할 것을 일방에게 요구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

규칙 제40조를 민사소송법상의 보전처분과 비교할 때 다음과 같은 차이가 있음을 알 수 있다.

첫째, 제1항에서 ‘당사자의 권리나 분쟁의 최종판정과는 관계없이’ 당사자의 신청이 있는 경우에 중재의 대상이 된 재산의 보존 조치를 중재판정부가 지시할 수

있도록 규정하고 있고, 따라서 피보전권리의 존재를 소명하지 않더라도 재산에 대한 보존 조치를 지시할 수 있도록 함으로써 피보전권리를 전제로 하는 민사소송법상의 보전처분과 그 요건에서 차이가 있다.

둘째, 중재판정부가 필요한 조치를 지시할 수 있는 경우는 '중재의 대상이 된 재산을 보호'하기 위한 경우에 필요한 조치를 지시할 수 있다고 규정하고 있는 바, '중재의 대상이 된 재산'의 범위에 금전채권도 포함하는 것으로 보고 민사소송법상의 가압류가 가능하다고 할 수 있는지, 아니면 중재의 대상이 된 '계쟁물'로 한정하여 중재의 대상이 된 계쟁물에 한하여 중재판정부가 필요한 조치를 지시할 수 있다고 보고 민사소송법상 '계쟁물에 관한 가치분'에 해당하는 필요한 조치를 지시할 수 있을 것인지 그 해석에 관하여 문제가 제기될 수 있다. 필자의 견해로는 중재가 사법상의 분쟁을 소송절차에 의하지 않고 당사자간의 합의로 중재인에 의해 해결하는 분쟁해결의 특수한 방법이라는 점에서 중재의 대상이 된 '재산'을 '계쟁물'로 한정하는 것이 타당하다고 본다.

셋째, 중재판정부는 재산의 보존조치를 지시함에 있어 적절한 담보의 제공을 요구할 수 있는데, 담보 제공을 요구하는 것은 '재산의 보존조치에 필요로 하는 비용을 충당'하기 위한 것인 반면에, 민사소송법상 보전처분에서 담보의 제공은 후일 보전처분이 잘못된 것으로 밝혀진 경우 보전처분으로 인하여 채무자가 입을 수 있는 손해를 담보하는데 있다는 점에서 차이가 있다.

3. 보존조치의 가능한 예

중재판정부가 보존조치를 지시할 수 있는 '중재의 대상이 된 재산'을 '계쟁물'로 한정할 경우 민사소송법상의 계쟁물에 관한 가치분과 유사한 보존조치의 지시를 명할 수 있을 것이다. 예컨대 동산인 경우 중재판정시까지 그 재산을 제3자에게 보관을 위탁하라는 지시를 하면서 재산보존 조치를 요구한 당사자에게 그 보관에 필요한 비용의 충당을 위해서 담보의 제공을 요구할 수 있을 것이고, 부동산의 경우에 점유이전금지를 신청하면 이를 제3자로 하여금 점유, 관리하게 하고, 부동산 처분금지를 신청하면 등기권리증을 제3자에게 보관하라는 지시를 하면서 보존조치를 요구한 당사자에게 그 점유, 관리 또는 보관에 필요한 비용의 충당을 위해서 적절한 담보의 제공을 요구할 수 있을 것이다.

V. 현행법상 중재인이나 중재판정부가 보전처분을 할 수 있다고 할 경우의 문제점

규칙 제40조의 규정이 민사소송법상의 보전처분과 앞서 본 차이점이 있음에도 불구하고 규칙 제40조의 규정에 의하여 중재판정부가 보전처분을 할 수 있는가의 문제가 제기되고 있다.

1. 보전처분의 법원 전속관할과 중재법 제14조

민사소송법 제524조, 제698조, 제717조에서는 보전처분에 관한 재판권을 법원의 전속관할로 규정하고 있고, 중재법 제14조에서 중재판정은 법원의 집행판결에 의하여 강제집행할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 보전처분에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 중재판정부가 보전처분을 할 수 있다고 할 경우 보전처분이 그 자체로서 집행력을 갖는다는 특성과 중재판정은 법원의 집행판결에 의하여 강제집행할 수 있다고 규정한 중재법 제14조와 모순된다고 하겠다.

2. 현행 중재인 제도와 보전처분의 효율성

중재판정부는 일반법원과 같이 항상 조직되어 있는 것이 아니라 당사자의 약정에 따라 중재인이 선정되므로 중재판정부가 선정되는데 상당한 시간이 소요된다. 중재판정부가 성립되기 위해서는 중재원에서 추천하는 중재인 명부에서 당사자가 중재인을 선정하거나 사무국에 의해 중재인이 선정되어야 하고, 중재판정부가 구성된 이후에야 비로소 보전처분에 대한 심리개시가 가능하게 되는 데, 이러한 중재인 선정절차에 의해 보전처분의 가장 큰 특질인 신속성이 현저하게 침해되므로 상당한 시간이 걸려 구성된 중재판정부에 의해 필요한 보전처분을 받는다고 하더라도 그 실효성이 상실될 수 있다.

3. 보전처분 강제집행의 문제

중재법 제12조에서 중재판정은 확정판결과 동일한 효력이 있다고 규정하고 있으나 중재판정은 그 자체로서는 채무명의가 되지 아니하고 집행력이 부인되며, 법원의 집행판결이 있어야 비로소 강제집행이 가능하다(중재법 제14조).

이와 관련하여 우선적으로, 재산보존 조치의 '지시'를 중재판정의 형식으로 할 수 있는지가 문제될 수 있고, 나아가 중재판정부의 재산보존 조치 '지시'를 당사자가 임의로 따르지 아니할 경우 그에 대한 강제집행의 문제가 반드시 수반되는 데, 여기서 중재판정부의 재산보존조치에 관한 '지시'를 중재법 제14조에서 법원의 집행판결을 받을 수 있는 '중재판정'에 해당한다고 할 수 있는지 의문이 아닐 수 없으며, 그 '지시'를 중재판정의 형식으로 한 경우라고 하더라도 당사자가 임의로 따르지 아니할 경우 그 강제집행을 위해서는 법원의 집행판결을 받아야 하는 절차적, 시간적 지연이 이어지게 되고, 결국 신속을 요하는 보전처분은 그 실효성을 잃게 될 것이다.

특히 당사자가 외국에 있거나 보전처분의 대상이 되는 재산이 외국에 있을 때 당사자가 임의로 보전처분을 따르지 아니할 경우 우리나라의 재판권이 미칠 수 없으므로 보전처분을 하였다고 하더라도 채권자가 의도하는 집행의 보전이라는 소기의 목적을 달성할 수 없다.

4. 중재절차에 있어 당사자의 심문청구권²⁰⁾

중재판정부가 재산보존 조치의 지시를 중재판정의 형식으로 할 수 있다고 가정할 때 중재법 제8조의 당사자의 심문청구권과 관련한 문제가 제기된다. 중재법 제8조 제1항에서 중재인은 중재판정전에 당사자를 심문하여야 한다고 규정하고 있고, 중재법 제13조 제1항 제1호에 따라 당사자를 심문하지 않고 중재절차를 진행한 경우에 중재판정취소의 소가 제기될 수 있는 원인이 되므로, 중재판정 취소의 제소를 예방하기 위해서는 중재판정의 형식으로 재산보존 조치의 지시를 함에 있어 당사자를 심문하여야만 하고 당사자를 심문하게 된다면 일반적으로 변론없이 재판을 하는 보전처분의 특질인 신속성과 밀행성이 몰각되는 결과를 초래할 것이다.

20) 정선주, '중재절차에 있어서의 보전처분에 관하여', 중재 제269호(1994. 7.), p9-11.

5. 중재판정의 최종성과 보전처분²¹⁾

중재판정은 성격상 단심제로서 일반 소송절차에서 인정되는 항소나 상고제도가 인정되지 않는 것으로 보는 데 반하여, 보전처분에 대하여는 항고 또는 항소에 의하여 불복할 수 있고, 사정이 변경된 경우에 보전처분은 취소될 수 있다. 만약 보전처분이 중재판정부의 판정형태로 행해질 수 있다면, 이러한 중재판정은 중재법 제13조에서 정하고 있는 취소사유 외에, 불복하는 경우 항소심 재판에서 보전처분의 내용이 바뀌되거나 사정이 변경된 경우에 취소될 수 있다고 하여야 하는 바, 이는 현행 중재법의 규정과 모순된다고 본다.

IV. 맺음말(입법론)

위와 같은 문제점들을 모두 종합하여 볼 때 현행법상, 중재판정부에 의한 보전처분이 인정된다고 하기는 어렵다고 생각한다.

1. 법률적 근거 마련의 필요

물론 보전처분을 법원과 분리된 중재판정부에서 행할 수 있도록 하여 굳이 이를 2원화 할 필요가 있느냐고 하는 견해도 있을 수 있으나²²⁾, 중재와 관련하여 보전처분의 현실적 필요성이 대두되고 있고, 중재판정부가 보전처분을 할 수 있다고 한다면 폭주하는 소송업무로 과중한 업무에 시달리는 법관들의 업무를 일

21) 정선주, 전게서.

22) 실제로 미국 뉴욕주의 경우 중재사건에 있어서 중재가 계속되거나 중재지를 관할하는 법원에 보전처분을 신청할 수 있고 법원은 중재판정에 의하여 충분한 권리구제가 이루어지지 않는 경우에 보전처분을 할 수 있다고 규정하고 있다. The New York Arbitration Law—Article 75, Civil Practice Law and Rules의 § 7502 (c) Provisional remedies. The Supreme Court in the county in which an arbitration is pending, or, if not yet commenced, in a county specified in subdivision (a), may entertain for an order of attachment or for a preliminary injunction in connection with an arbitration controversy, but only upon the ground that the award to which the applicant may be entitled may be rendered ineffectual without such provisional relief.

부나마 덜어 주는 방법이 될 수 있으며, 헌법재판소가 권한쟁의심판을 받은 때 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국 결정의 선고시까지 심판의 대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 가처분을 할 수 있도록 규정하여(헌법재판소법 제65조) 법원이 아닌 분쟁해결기관이 가처분할 수 있는 입법적 선례를 토대로 중재판정부에 의한 보전처분을 적극적으로 검토할 필요가 있다고 하겠다. 다만 보전처분의 집행과 관련하여 외국에 우리나라의 재판권이 미치지 아니하는 점을 고려하여 당사자가 임의로 중재판정부가 하는 보전처분을 따르는 경우 및 당사자가 임의로 보전처분의 내용을 이행하지 아니할 경우 우리나라 재판권이 미치는 범위내에서 중재판정부가 중재사건과 관련한 보전처분을 할 수 있다는 법률적 근거를 마련하고 그에 따른 집행방법에 관한 규정을 신설하여야 할 필요가 있다고 하겠다. 다만 중재판정부가 할 수 있는 보전처분의 종류에 관하여, 법원이 할 수 있는 모든 보전처분을 중재판정부도 할 수 있다고 하기보다는, 현재까지 중재원에 제기된 사건의 내용을 분석하여 당사자가 신청 가능하다고 예상되는 보전처분의 종류를 검토하고, 그 가운데서 일반적으로 많이 신청될 것이라고 생각되는 보전처분을 일정한 범위로 제한하고 중재판정부가 한 보전처분에 대하여 법원에 불복할 수 있는 길을 열어 두는 방법으로 시험적으로 운영한 다음 점차 중재판정부가 할 수 있는 보전처분의 종류를 확대하는 것이 바람직하다고 하겠다.

2. 보전처분을 전담할 상근중재인 제도의 도입 검토

나아가 중재판정부가 보전처분을 할 수 있는 법률적 근거가 마련된다고 하더라도 보전처분은 신속성을 특질로 하는데 비하여, 현행 중재인 제도 하에서는 중재판정부의 구성에 시간이 걸려 신속한 보전처분을 할 수 없으므로 신속한 보전처분을 위하여 중재원에 보전처분의 심리를 전담하는 상근 중재인 제도의 도입을 적극적으로 검토해 볼만하다고 생각한다.

중재판정부가 보전처분을 할 수 없다고 한다면 중재를 본안 사건으로 제기한 당사자가 보전처분을 하여야 할 필요가 있을 경우 본안 사건은 중재원에 접수하여 심리를 받고 보전처분 사건은 별도로 법원에 접수하여 그 결정이나 판결을 받아야 하는 번거로움을 피할 수 없을 것이다. 만약 중재판정부가 보전처분을 할 수 있다는 법적 근거를 마련하고 중재원에 보전처분을 전담할 상근중재인 제도

를 든다면 당사자는 중재원에 본안 사건의 접수와 동시에 또는 그 이전에 보전처분을 신청할 수 있고, 본안 사건과 보전처분이 함께 중재원에서 심리, 처리될 수 있으므로 절차면에서도 당사자에게 많은 편의를 제공할 수 있을 것이라고 생각된다.

3. 중재법 제14조 제1항의 개정 필요

중재법 제14조 제1항에서는 중재판정에 따른 강제집행을 하려면 법원의 집행판결을 받은 경우에 한하여 할 수 있도록 규정하고 있으므로 현행 중재법상 패소한 당사자가 중재판정의 내용을 임의로 이행하지 아니할 경우 승소한 당사자는 강제집행을 하기 위하여 다시 법원의 집행판결을 받아야 하는 소송절차를 거쳐야만 하는 데, 당사자 입장에서 소송절차의 번거로움을 피하기 위하여 중재에 의한 조속한 분쟁해결을 시도하려는 데 중재제도의 의의가 있음을 고려할 때 중재판정에 대하여 분쟁의 종국적인 해결을 위해서 집행판결이라는 별도의 소송절차를 거치도록 하는 것은 중재제도의 본래 취지에 어긋난다고 할 것이다.

대한상사중재원의 중재판정에 대한 국내 강제집행에 대하여는 집행판결이라는 소송절차에 의할 것이 아니라, 중재판정문에 곧바로 집행문을 부여받을 수 있게 하거나 그와 유사한 간단한 절차에 의해서 법원의 확인을 받아 강제집행을 허용하되, 다만 강제집행의 상대방은 중재판정 취소의 사유가 있다는 이유로 강제집행의 정지를 법원에 구할 수 있도록 하는 방안도 가능할 것이라고 생각한다.

소비자보호법에 따라 소비자분쟁조정위원회에서 당사자가 수락한 분쟁조정 내용은 재판상 화해와 동일한 효력을 갖고(소비자보호법 제45조), ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’에 따라 국제계약분쟁조정위원회가 한 조정도 재판상 화해와 동일한 효력을 갖으므로(국가를당사자로하는계약에관한법률 제35조) 위와 같은 조정조서에 대하여 당사자는 곧바로 집행문 부여 신청을 할 수 있는데 비하여, 중재의 경우에는 중재판정부의 판정에 의한 경우는 물론 당사자 사이에 합의 종결된 경우에도 법원의 집행판결을 받지 아니하면 강제집행을 할 수 없도록 규정하고 있어서 소비자보호법 등과의 관계에서 보더라도 모든 중재판정에 대하여 집행판결을 받도록 한 중재법 위 조항은 개정되어야 한다고 본다.

다만 외국에서 행해진 중재판정에 따라 우리나라에서 강제집행 하고자 할 경우에는 이를 외국 판결의 경우와 마찬가지로 현행과 같이 집행판결을 받게 하는 것이 타당하다고 생각한다.