

중재법 개정연구*

- 개정방향과 개정안 제1조~제9조를 중심으로-

장 문 철**

〈 목 차 〉

I. 서론

II. 중재법 개정의 형식과 방향

III. 모델법의 수용과 각 조문별 논의

1. 중재법의 적용범위(모델법 제1조 2항)
2. 정의와 해석의 원칙(모델법 제2조)
3. 서면통지의 수령(모델법 제3조)
4. 이의 신청권의 포기(모델법 제4조)
5. 법원의 개입범위(모델법 제5조)
6. 관할법언(모델법 제6조; 현행법 제17조)
7. 중재합의의 정의와 형식(모델법 제7조; 현행법 제2조)
8. 중재합의와 법원의 제소(모델법 제8조; 현행법 제3조)

중재법개정(안)(제1조-제9조)

* 다음의 4편의 논문은 1997년도 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구한 결과이며 한국중재학회 주최로 1999. 2. 27 열린 중재법개정세미나에서 발표한 바 있는 내용을 재정리한 것이다. 한편, 법무부는 1998. 12 중재법개정위원회를 소집한 후 매달 수차례 회의를 열어 토론과 검토를 한 결과로 중재법개정안을 마련하였다. 그 후 중재법개정안에 관한 공청회는 1999. 8. 28 법무부 후원으로 한국중재학회와 대한상사중재원이 개최하였는데 그 공청회의 발표문과 법무부 중재법개정안은 별도로 대한상사중재원이 발행하는 “중재지” (1999 겨울호)에 게재될 예정이다

** 경찰대 교수

I. 서 론

1. 중재법 개정의 배경

최근 중재제도의 발전과 관련해서 뚜렷한 큰 변화는 국제적으로 1986-1998년 사이에 많은 국가들이 자국에 국제중재기관을 설치하거나 기존의 기관을 재정비 하였고 이에 맞추어 중재법을 개정하여 온 점이다. 특히 그들의 중재법 개정은 1985년 '유엔 국제 무역법 위원회'(UNCITRAL)가 채택한 '국제 상사 중재에 관한 모델법' (이하 모델중재법이라고 함)에 거의 대부분 영향을 받았다 해도 과언이 아니다.¹⁾ 물론 각국이 모델 중재법을 수용하는 방식은 아주 다양하게 나타나고 있는데 마치 국제조약에 가입하듯이 거의 그대로 수용한 방식에서부터 중요한 내용을 국내법에 삽입하는 방식에까지 이르고 있지만, 모델 중재법을 중심으로 중재법의 국제화 및 통일화의 경향은 명백히 드러나고 있다.

우리 나라에서는 그간 지속적인 국제무역의 확대와 성장 그리고 이에 따른 국제적 법률환경의 변화에 맞추어 지난 10년간 학계나 실무계에서 중재법의 전면적 개정의 필요성은 늘 거론되어 왔다. 그런데, 중재법 개정의 방향이 다른 분야의 입법 개정에서 보듯이 종전대로 독일법이나 일본법의 발전 방향에 따라 현행법의 몇 개 조문만 보완하거나 수정하는 식으로는 현재 급성장하고 있는 국내 중재활

1) 1999. 3. 9 현재 UNCITRAL 모델법을 수용한 국가들은 다음과 같다.

Australia, Bahrain, Bermuda, Bulgaria, Canada (연방정부 및 9개 주 정부), Cyprus, Egypt, Germany, Finland, Guatemala, Hong Kong, Hungary, Iran, Ireland, India, Kenya, Lithuania, Malta, Mexico, Nigeria, Oman, Peru, Russian Federation, Singapore, Sri Lanka, Tunisia, U.K (Scotland, Northern Ireland), Ukraine, U.S.A (California, Connecticut, Oregon, Texas) Zimbabwe, (30 개국, 47개정부)

California: An Act to Add Title 9.3 to Part 3 of the Code of Civil Procedure

Connecticut: An Act Concerning the UNCITRAL Model Law on Int'l Comm. Arb., 1989

Oregon: Int'l Comm. Arb. and Conciliation Act, 1991

Texas: An Act relating to the Arbitration and Conciliation of International Commercial Disputes, 1989

Georgia: Georgia Arbitration Code, 1988

North Carolina: International Commercial Arbitration Act, 1991

Ohio: International Commercial Arbitration Act, 1991

동이나 이 분야의 국제적인 흐름을 외면하고 만다는 점을 잊어서는 안될 것이다.²⁾

2. 중재법 개정의 필요성

우리 중재법은 1966년 제정된 이래 1973년 일부 개정이 있었으나 그 원형은 일본 민사소송법 제786조-805조와 아주 유사하며 18개 조문으로 구성되어 있다.³⁾ 물론 더 거슬러 올라가면 19세기말 독일의 중재법 질서에 기초한 1877년 독일민사소송법의 해당 규정을 모델로 한 것이다. 우선 1973년도 중재법 개정시에는 중재실무에 관한 미비한 규정을 보완하기 위하여 중재절차와 중재인 선정 절차에 관해서 우리 나라의 유일한 중재기관인 대한상사중재원의 중재규칙을 준용하도록 하여 중재제도를 운영하여 왔다.⁴⁾ 그런데 그 중재규칙은 미국중재협회(AAA)의 중재규칙과 그 중재관행에 많은 영향을 받은 반면 중재법은 독일법 또는 일본법을 모델로 삼고 있는 셈이다. 이러한 사실은 우리 나라의 중재가 대부분 중재기관의 행정적 조력을 받는 소위 기관중재의 형식으로 행해지고 있으므로 중재법 체계와 중재규칙 및 관행간의 차이는 좁혀 지거나 일치하여야 한다는 비판도 자주 있었다. 특히 현행 중재법은 2인 또는 짝수의 중재인을 선정할 것을 예상하고 중재인 선정이나 중재합의 효력 문제를 다루고 있으나 중재실무의 관행은 3인 중재인을 원칙으로 하고 있는 점도 이러한 차이점을 나타내고 있다.

현재 우리 중재법은 국내 및 국제 중재 모두에 적용되고 있다. 물론 1958년

-
- 2) 이러한 배경에서 최근 각국의 중재법에 관한 비교법 연구와 UNCITRAL 모델중재법의 성문화 과정에 대한 연구의 필요성을 절실히 느끼고 서로 다른 학문분야(상사법, 국제법, 소송법, 중재실무) 그리고 서로 다른 해외 법과대학(북미, 영국, 독일)에서 중재법을 연구한 학자들과 중재실무자가 1997. 10 이후 오늘에 이르기까지 정기적으로 모여 각국의 중재법 개정에 관해 비교법적 기초에서 체계적인 연구해왔다. 그 연구결과로서 이 보고서와 별도로 장문철, 정선주, 강병근, 서정일 4인 공저 “UNCITRAL 모델중재법의 수용론” (세창출판사, 1999. 3, 510면)이 나오게 되었다.
 - 3) 1960년 민사소송법 제정시에 중재에 관한 부분은 실무에서 이용되지 않는다는 생각에서 삭제하였다가 중재기관의 설립과 함께 필요성이 인정되어 다시 부활 된 것이다. 다만 민사소송법에 다시 복귀하지 않고 단행법으로 중재법이 탄생한 것인데 그 내용은 먼저 규정들과 아주 유사하다.
 - 4) 1973년 중재법의 부분적 개정에서 대한상사중재원 중재규칙을 삽입한 부분은 제4조 3항 중재인 선정에 관한 규정과 제7조 3항 중재절차에 관한 규정들로서 중재법체계에 실무관행을 삽입시킴으로서 그 기능을 유지시킨 것이다.

외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약이 별도로 적용될 여지가 있다 하더라도 19세기말의 중재 규범을 기초로 한 중재법 그 자체로는 국제중재를 대상으로 적용하기에는 무리가 많았다. 이러한 이유 때문에 19세기의 중재법을 그대로 유지해온 많은 국가들이 주요 국제중재센터인 런던, 파리, 뉴욕등지에만 의존하여 오던 오랜 관행에서 벗어나고자 자국에도 중재센터를 신설하거나 재정비하고 국제중재건을 보다 많이 유치하기 위한 노력으로 해외의 중재 의뢰인에게 더욱 매력적인 중재법 정비에 나선 사실을 눈 여겨 보아야 한다. 이때 그들이 우선 관심을 둔 것은 국제상사중재에 관한 법질서를 외국 의뢰인들이 그들의 중재센터 이용에 어떤 장애도 느끼지 않고 쉽게 이해할 수 있도록 국제적인 기준의 중재규범을 수용하고자 했던 것이며 이러한 이유에서 UNCITRAL 모델법의 수용이 불가피했다고 본다. 그런데, 모델법이 채택되기 훨씬 이전인 1976년 채택된 UNCITRAL 중재규칙이 국제사회에서 이미 널리 이용되어 왔기 때문에 국제중재의 기본 원리를 같이 하고 있는 모델법의 규정들은 낯설지 않은 이유도 있었다.

이와 관련하여 최근 우리 나라 국방부가 미국 군수업체로부터 최첨단 무기를 구입하는 과정에서 대금을 과다 지불한 것이 뒤늦게 밝혀져 ICC중재법원에 대금 반환을 위한 중재 신청을 냈다가 패하여 수백만불의 손실을 입었다는 보도를 접했다.⁵⁾ 국방부측이 이러한 대형계약 체결시에 구매자로서 협상에 불리했을 리가 없는데도 중재지를 프랑스 파리로 정한 것을 곰곰히 생각할 필요가 있다. 물론 여러 가지 변수가 있을 수 있겠지만, 미국측에서 선뜻 한국에서 중재하기를 꺼리는 이유로서 분쟁이 발생하면 당사자와 변호인들이 한국 중재법에 익숙하지 않다는 점을 들어 양 당사자가 쉽게 파악할 수 있는 중재법 체계가 있는 법률적인 중립 중재지로 합의하자고 주장한다면 우리측에서는 어떻게 대응할 것인지 하는 문제가 생긴다. 만일 우리 중재법이 국제적으로 많은 국가들이 수긍하는 모델중재법과 같은 국제적 수준의 중재법을 갖추었다면 적어도 상대방에게 우리 중재법 체계에 법률적 장애가 없고 중립적이라고 주장할 수 있을 것이다. 즉 대부분의 국제 중재 센터와 이에 종사는 중재인이나 변호사들이 모델중재법에 익숙해 있으므로 우리 나라가 모델중재법을 수용한다면 그만큼 중재 합의 시에 우리 나라를 중재지로 정할 수 있는 기회가 커질 것이기 때문이다.

5) 장문철, “국방부의 최근 국제중재건에 관련하여” 중재지(1998. 겨울) 2면이하

이렇게 현행 중재법의 미비한 점과 세계적인 경향을 고려해 볼 때, UNCITRAL 모델 중재법의 수용은 우리 중재법 개정에 요구된다고 본다. 물론 국제적 흐름과 중재법개정의 필요성을 인식하여 1992년 중재학회는 당시 일본의 중재법 연구회가 내놓은 일본 중재법 개정시안과 아주 닮은 개정시안을 작성한 적이 있었으나 일본 개정시안 자체가 방치 상태에 있었고 그 후 독일이 1998년 UNCITRAL 모델 중재법을 채택함으로써 그 중재법 개정안은 무의미하게 되었다. 이제 중재법 개정은 그간 국제적으로 각국가들이 경험한 점들과 외국 이용자들의 입장에서 새롭게 정리하여 살펴보아야 할 것이다. 특히 중재가 중재기관의 도움없이 당사자들과 중재인들만 참여하여 행해지는 소위 수시중재(ad hoc arbitration)이 성장할 것을 예상하면 이 개정 작업은 더욱 필요하다고 본다.

II. 중재법 개정의 형식과 방향

1. 개정법의 형식

새로운 중재법의 형식은 유엔 무역법 위원회의 모델중재법의 형식을 최대한 수용하는 방식을 택하는 것이 유리하리라 생각된다. 첫째, 원래 모델중재법은 유엔 무역법 위원회에서 성문화하는 과정에서 국제협약의 형식으로 성문화하자는 의견도 상당히 제기되었지만 각국이 자국의 법률체계와의 충돌을 우려하여 이에 관한 유보조항이 많이 있지 않는 한 국제협약에 가입하기를 꺼린다면 중재법의 세계적인 통일과 조화라는 취지를 충족시킬 수 없다고 판단하여 모델법의 형식을 채택한 것이다. 따라서 모델법의 형식은 각국의 국내법 체계와의 충돌되는 부분은 수정하거나 보완할 수 있도록 성문화된 것이므로 우리 중재법도 전반적인 윤곽은 모델법을 취하되 우리 국내법 체계와 충돌되거나 반하는 사항은 수정 또는 보완하는 것이 타당하다.

둘째, 모델법을 채택한다고 할지라도 중재와 관련된 국제조약이나 국내법상 특수한 분야의 중재에 관한 규정은 적용 범위에서 배제하는 형식으로 모델법을 수

용한다면 원칙적으로 다른 법과의 적용상의 마찰은 피할 수 있다. 현재 우리나라가 채택한 외국중재 판정의 승인 및 집행에 관한 1958년 뉴욕협약이나 국내법상의 노사중재, 과학 기술관련 중재 등이 그 예이다. 덧붙여 상사중재에만 적용할 것인가 일반적인 중재에 관한 모두 사항에 중재법을 적용할 것인가 등의 문제가 제기될 수 있을 것이다. 이에 관해서는 후에 좀 더 상세히 기술한다.

셋째, 현행 중재법은 18개 조문으로 구성되어 있고 다소 상세한 사항은 당사자 합의 또는 지정된 중재규칙에 따르도록 되어 있으나 모델법은 36개 조항으로 구성되어 있어 중재법 일반에 관한 중요한 윤곽을 모두 규정하고 있으므로 앞으로 다양한 분야나 형태의 중재활동이 발전될 것을 고려한다면 모델법을 수용하는 것이 타당하다.

마지막으로 모델법을 국내법과 마찰이 없는 범위 내에서 최대한 수용하자는 가장 큰 이유는 외국의 분쟁 당사자나, 중재대리인, 중재인등이 마음놓고 우리나라에서 중재하도록 국제기준에 맞는 법률환경을 마련하자는 것이다. 국내 중재에 관해서는 모델법을 수용함으로써 더 완벽한 중재법규를 제공하는 반면 국제중재와 관련해서는 우리 나라 중재산업의 경쟁력을 강화시키는 법률적 기초를 제공하는 것이다.

2. 새 중재법의 총체적 윤곽

원래 현행법은 사법적 법률관계에 대한 중재활동 일반에 적용하고자 제정되었으며 원칙적으로 국내 중재를 대상으로 제정되었으나 현재 국내 중재나 국제중재 모두에 대해 적용되고 있다. 한편 모델 중재법은 원래 “국제상사중재”를 대상으로 성문화된 것이다. 따라서 새로운 중재법을 “국제중재”이자 “상사중재”만을 적용 대상으로 할 것인지 문제이다. 결론부터 말하면 새 중재법도 현행법과 마찬가지로 적용대상을 국내 및 국제 중재로 하는 일원적인 중재법 체계를 유지하고 상사중재에만 국한하지 말고 사법관계에 관한 중재 일반에 적용하는 것이 타당하리라 본다. 첫째 이유는 이미 모델법을 국제상사중재에만 적용하고 국내 중재법은 별도로 제정하여 이원적인 중재법을 갖고 있는 국가들이 경험하고 있는 바에 따르면 분쟁 당사자들이 자신에게 유리한 중재법을 적용하고자 법정 투쟁이 빈번히

일어나고 있다. 연방국가인 캐나다나 미국에서 이원적인 중재법을 채택한 결과 이러한 유형의 수많은 분쟁과 판례를 남기고 있다. 이와 같은 주장은 모델법을 수용한 많은 국가들의 문제점들을 목격한 UNCITRAL 관계자들도 지적하고 있으며⁶⁾ 최근 모델법을 수용한 독일과 영국을 위시한 많은 국가들이 이에 따르고 있다.

둘째 이유는 “상사 중재”와 관련하여 UNCITRAL의 모델법 해설집에서도 “상사”의 개념을 아주 넓게 해석할 것을 권하고 상사 중재에 관해 모델법 제1조의 각주에 상당히 많은 유형의 예시목록을 제시하고 있다. 특히 각국이 “상사성”의 개념을 달리 이해하고 있으며 상사성의 개념이 기술개발이나 시대에 따라 급격히 변할 여지가 있으므로 상사중재이나 여부가 논란거리가 되고 있다. 따라서 새 중재법은 중재에 관해 별도의 특별 규정이 없는 한 상사중재 뿐만 아니라 사법관계의 중재 일반에 적용한다는 현행 중재법의 입장을 유지하는 것이 좋으리라 본다. 따라서, 현행 중재법 제1조 즉, “이 법은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 신속하게 해결함을 목적으로 한다”는 취지를 그대로 유지하여 국제 및 국내 중재를 모두 포함하고 상사성 여부에 관계없이 사법상의 분쟁을 해결함을 목적으로 한다는 점을 밝힐 필요가 있다. 만일 이 규정의 성격이 적용범위의 문제로 파악한다면 별도의 조문을 만들지 않고 다음 항목(적용범위)의 제1조 1항에 삽입할 수도 있을 것이다.

Ⅲ. 모델법의 수용과 각 조문별 논의

1. 중재법의 적용범위(모델법 제1조)

모델법 제1조는 모델법의 적용범위에 관해 규정하고 있는데 이 부분은 모델법 성문화 과정에서 많은 논란거리가 된 것 중에 하나이다.⁷⁾ 그러나, 이미 위에서

6) Pieter Sanders, "Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law," *Arbitration International*, vol. 11, no.1 (LCIA, 1995) p.7.

7) *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (Kluwer 1989) p.123.

본 바와 같이 새 중재법의 방향이 국제 중재와 국내 중재를 구별하지 않으며 상사 중재 여부와 관련 없이 사법적 법률관계에 관한 중재 일반에 적용한다면 모델법의 제1조는 다음과 같은 쟁점으로 축소될 것이다.

첫째 새 중재법과 대한민국에서 발효 중인 중재에 관한 국제조약간의 관계, 둘째 새 중재법은 중재지가 대한민국의 영토 내에 있는 경우에만 적용할 것인가 또는 당사자의 선택으로 중재지가 외국인 경우에도 우리 나라 중재법을 적용하기로 합의할 수 있는지, 셋째 중재에 관한 이 법 이외의 국내법과의 관계에 관해 해결해야 할 것이다.

(1) 국제조약과의 관계(모델법 제1조 1항)

우리 나라 중재법과 우리 나라에서 발효 중인 중재에 관한 조약과의 관계는 모델법 제 1조 1항을 그대로 수용해도 좋다고 본다. “외국 중재 판정에 관한 승인 및 집행에 관한 1958년 뉴욕협약”과 “국가와 타방 국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 1965년 워싱턴협약”이 현재 우리 나라에서 발효 중이며 현행 중재법보다 이 조약들이 특별법으로서 우선하기 때문이다. 이 규정은 피상적인 의미를 지닌다고 볼지 모르나 국제적으로 새 중재법이 우리 나라에서 발효 중인 국제조약의 효력에 영향을 미치지 않는다는 입법적 의도를 선언할 필요는 남아 있다. 그 적용범위는 중재에 관한 조약 뿐만 아니라 국제거래에 관한 조약에 규정된 중재에 관한 조항도 포함하는 것으로 해석한다면 더욱 의미가 있다. 우리 나라는 아직 채택하고 있지 않은 “물품운송에 관한 1978년 함부르그 협약” 제22조 3항과 관련하여 예를 들어보자. 해당 조항에 따르면 당사자의 선택에 따라 원래 중재합의에서 정한 중재지 이외에 다른 장소를 중재지로 정할 수 있는데, 모델법 제20조의 중재지 선정에 관한 규정과 충돌될 수 있으며 이 경우 제1조 1항에 의해 함부르그 협약 제22조 3항이 우선한다는 결론을 지을 수 있다.⁸⁾ 따라서 새 중재법 제1조 1항은 다음과 같이 수정하여 채택하는 것이 바람직하다.

“이 법은 대한민국에서 발효중인 중재에 관한 국제조약이나 그 규정에 달리 정하지 않은 한 사법상 분쟁을 해결하기 위한 중재활동에 적용된다.”

8) Yearbook of UNCITRAL (1985) vol. xvi, p.107.

(2) 영토적 적용범위(모델법 제1조 2항)

모델법 제1조 2항은 원칙적으로 적용 범위를 중재지(place of arbitration)가 해당 국가에 있는 경우로 엄격히 제한하고 있다. 모델법의 대부분의 조문들에 엄격한 영토적 기준(territorial criterion)을 적용한 이유는 첫째 대다수의 국가들이 이 기준을 채택하고 있으며 이를 통해 법적 안정성을 확보하기 위해서이다.⁹⁾ 실제로 어떤 국내법이 당사자들에게 중재지 이외의 국내 절차법을 선택할 수 있도록 허용하여도 이렇게 선택하는 것은 드문 일이며, 오히려 이 경우 중재조항에 외국 절차법의 선택을 삽입하느니 보다 중재기관이나 유엔국제무역법 위원회의 중재절차규칙을 삽입하는 것이 흔한 일이다. 특히 이렇게 엄격한 영토적 기준을 채택할 경우 중재활동을 지원 및 감독하는 법원에 관한 규정인 제11조, 제13조, 제14조, 제16조, 제27조, 제34조와 관련하여 유익하다.

한편, 예외적으로 중재합의에 관한 규정 제8조, 제9조와 중재판정의 승인 및 집행에 관한 규정 제35조, 제36조의 규정들은 중재지나 절차법의 선택과 관계없이 적용하도록 의도하고 있다. 중재합의의 승인을 다루는 제8조와 법원의 중간처분을 다루는 제9조는 중재지가 아직 결정되지 않았거나 중재지가 해당국가이건 외국이건 간에 적용되며, 제35조, 제36조는 중재지가 해당국가이건 외국이건 간에 적용된다고 해석되어야 할 것이다.¹⁰⁾

그런데 좀더 상세히 들어가면 모델법 성문화과정에서도 제8조, 제9조, 제35조, 제36조 이외에 제11조(중재인 선정), 제13조(중재인 기피절차), 제14조(중재인의 직무불이행), 제16조(중재판정부의 관할)와 제27조(증거조사를 위한 법원의 협조)와 제34조(중재판정의 취소의 소)와 관련해서도 좀 더 상세히 규정되어야 한다는 논의가 있었다.¹¹⁾ 이러한 점을 충실히 고려하여 입법한 예가 1998년 독일 개정 중재법 제1조에 나타나 있다. 이에 따르면 (i) 원칙적으로 중재지가 독일인 경우에 적용되며, (ii) 예외적으로 제8조, 제9조, 제27조와 관련해서는 중재지가 외국이거나 아직 특정되지 않은 경우에도 적용되며, (iii) 중재지를 아직 정하지 않은 경

9) Explanatory note, para.13.

10) A/CN.9/264, art.1, para. 5, 6; A/CN.9/263 art.1, para.1,2; Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration (여기서부터는 Explanatory note로 약칭함) para.12-13.

11) ibid.

우라도 신청인이나 피신청인이 독일에 주소나 거소를 두고 있으면 독일 법원이 중재판정부 구성에 관한 제11조, 제13조, 제14조의 소송을 수행할 수 있고, (vi) 외국 중재판정의 승인에 관해서는 중재지의 영토적 적용 범위 밖이라 할지라도 제35조, 제36조가 적용된다고 규정하였다. 1996년 영국 중재법 제2조 역시 이러한 점을 고려하여 중재지가 영토적 적용 범위 밖에 있다 하더라도 적용되는 예를 상세히 정하고 있다.

이러한 점을 고려한다면, 우리 새 중재법은 (i) 원칙적으로 중재지가 대한민국인 경우에 적용되며, (ii) 예외적으로 중재지가 대한민국 밖이거나 아직 특정되지 않은 경우에도 중재합의와 증거조사에 관해 법원의 협조를 구하는 제8조, 제9조, 제27조와 관련해서는 적용되며 (iii) 중재지를 아직 정하지 않은 경우라 할 지라도 중재인 선정과 직무에 관해 법원의 협조를 구하는 제11조, 제13조, 제14조와 관련해서도 적용되며 (iv) 중재지가 대한민국 밖이라고 할 지라도 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 제35조, 제36조는 적용된다고 정하는 것이 바람직하다.

(3) 중재법과 기타 국내법과의 관계

모델법 제1조 5항은 “해당 국가의 법령에 의하여 특정 분쟁이 중재에 회부될 수 없거나 이 법 이외의 규정에 따라서만 중재에 회부되어야 하는 경우에 이 법은 해당 국가의 다른 법령에 영향을 미치지 않는다”고 규정하고 있어 두 가지 문제점을 다룬 것으로도 볼 수 있다. 하나는 소위 ‘중재가능성’(arbitrability)의 문제를 언급한 것으로 볼 수 있고 다른 하나는 모델법의 ‘적용범위’의 문제로 해석할 수 있다. 따라서 이 조항을 전자의 중재 가능성의 문제를 강조하여 독일 개정 중재법 제1030조는 이 조항을 중재합의의 항목에 삽입하여 원칙적으로 ‘모든 재산법상의 청구는 중재합의의 대상이 될 수 있다’ 규정을 첨부하여 규정하고 있다. 그러나, 우리 나라에서는 원칙적으로 사법적 법률관계가 중재의 대상이 될 수 있으므로 중재가능성의 문제는 넓게 인정하고 있으므로 굳이 또 다른 규정을 삽입할 필요는 없다고 본다. 두 번째 문제인 기타 국내법상의 중재에 관한 조항과의 관계는 제1조 1항 (국제조약과의 관계)과의 균형을 고려하여 문구를 바꾸어 다음과 같이 채택할 필요가 있다. “이 법은 중재절차를 인정하지 않거나 다른 규정에 따라서만 중재에 회부할 수 있다고 정한 대한민국의 기타 법령에 영향을 미치지 않는다.”

2. 정의와 해석의 원칙 (모델법 제2조)

(1) 용어 정의

모델법 제2조는 ‘중재’, ‘중재판정부’ 및 ‘법원’에 관한 정의와 몇 가지 사항의 해석 원칙을 규정하고 있다. 이 용어들의 정의는 아주 당연하고 피상적인 것으로 간주될 지 모르나, 혼동될 우려가 있는 사항들을 확실히 한 것이다. “중재라 함은 상설중재기관에 의한 관리 여부와 관계없이 모든 중재를 말한다”고 정의한 것은 현재 우리 나라에서는 대한상사중재원의 관리하에 행하는 소위 기관 중재만 이루어지고 있지만 외국에서는 중재기관의 관리에 의존하지 않고 당사자와 중재인들에 의해 행하는 중재(소위 ‘수시중재’; ad hoc arbitration)도 많이 있다. 따라서 국내 및 국제 중재에 모두 적용되는 우리 중재법에서는 이 점에 대해 혼동을 피하기 위한 선언적 의미가 있다. 특히 장래에는 우리 나라에서도 수시 중재가 많아질 것을 예상한다면 새 중재법이 이러한 중재에도 적용된다는 점을 명시하는 것이 바람직하다. 중재판정부(arbitral tribunal)나 법원(court)에 대한 정의는 국제 중재에서 야기될 수 있는 언어상의 혼동을 피하기 위한 의미있는 정의로 보여진다. 예를 들면 법원이라 용어가 사법기관이 아닌 중재법원(International Court of Arbitration)에 쓰이며, 판정부란 용어가 중재판정부를 의미하는지 여부와 관련해서 오해를 피하기 위함이다.

한가지 첨부할 필요가 있는 정의는 중재판정에 관한 것인데 중재판정은 본안에 관한 중재판정만 의미하는 것인지 또는 중간 처분까지 포함하는 것인지 논란이 생길 수도 있으므로 캐나다의 입법에 처럼 “중재판정’이라 함은 중재판정부가 내린 본안에 대한 판정 뿐 만 아니라 중간처분을 포함한다”고 명시할 필요가 있다.¹²⁾ 또한 모델법 제20조의 중재지에 관한 정의는 체계적 일관성을 고려하여 여기에 삽입할 수도 있을 것이다.

(2) 해석의 원칙

12) UNCITRAL 모델법 수용론, (세창출판사, 1999) 33면.

제2조 4호, 5호의 해석 원칙은 어떤 쟁점이나 합의에 대해 당사자가 결정할 수 있는 사항을 지나치게 문자 그대로 해석하지 않도록 하기 위해 정한 것이다. 4호에 따르면 당사자가 쟁점을 정할 자유가 있다는 것은 스스로 이를 정할 수 있을 뿐만 아니라 중재기관이나 제3자에게 그 권한을 부여할 자유도 포함한다. 예를 들면, 중재인의 수와 중재지 또는 중재절차상의 쟁점들에 관해서 이러한 해석이 가능하다. 5호는 당사자가 중재합의를 할 때 새로 모든 사항을 열거한 중재 합의문을 작성하느니 보다 중재기관의 중재규칙을 인용하는 관행을 인정한 것이다. 따라서 중재절차상의 쟁점을 중재기관의 규칙에 따르고자 합의한 경우에는 4호와 5호는 중복되는 경우도 발생하지만 언제나 그러하지는 않다. 모든 사항에 관해 중재규칙에 따를 수도 있겠지만 일부는 제3자에게 맡기고 다른 부분은 중재기관의 중재규칙에 따르도록 정하는 것도 가능하기 때문이다. 덧붙여 6호는 제25조 1항과 제32조 2항을 제외하고 중재신청에 관한 규정은 반대신청에도 적용되고 답변에 관한 규정은 반대답변에도 적용된다고 규정하여 해석상의 오해를 피하고 있다. 이러한 점들을 고려할 때, 새 중재법이 이 조문을 그대로 수용해도 좋으리라 본다.

3. 서면통지의 수령(모델법 제3조)

이 규정은 UNCITRAL 중재규칙(1976) 제2조 1항을 모델로 한 것이며 제1항 1호에서는 당사자나 중재판정부에 대한 서면통지는 현실적인 수령을 원칙으로 하고 이외에 열거한 상황에서는 “수령한 것으로 본다”는 법률적 의제를 택하고 있다. 1항 2호에서는 수령사실 뿐만 아니라 수령일자에도 1항 1호가 적용된다. 제2항은 위의 규정이 중재에 관한 소송 절차에는 적용되지 않는다는 점을 명시하고 있다. 다만, 여기에서 문제가 되는 것은 최근 국제 조약이나 유럽 각국의 국내법 상에는 정하고 있지만 현행 우리법에는 아직 도입되고 있지 않는 ‘상거소’(habitual residence)의 개념을 그대로 수용할 것인지 고려해야 할 것이다. 제1항 1호는 “모든 서면통지가 수신인의 영업소, 상거소 또는 우편주소지에 전달된 경우에 수령된 것으로 본다”고 정하였다. 독일 개정 중재법은 상거소란 용어 대신 주소나 거소란 용어로 대체하고 있다.¹³⁾ 이 조문은 임의규정으로 당사자의 합

의로 다른 중재규칙을 인용하거나 달리 정할 수 있겠으나, 중재법 이외의 국내법을 유추 적용하지 않으려면 이 규정의 채택이 필요하다고 본다. 따라서 새 중재법에서는 서면통지의 수령에 관해 다음과 같이 정리하는 것이 바람직하다고 본다.

“ 제1항: 당사자가 달리 합의하지 않는 한,

1. 모든 서면 통지는 수신인에게 직접 교부되거나 수신인의 영업소, [주소][상거소] 또는 우편 주소지에 전달된 경우에 수령된 것으로 본다. 적절한 조회를 한 후에도 위와 같은 장소를 알 수 없는 경우에는 등기우편 또는 전달하려고 한 기록을 남길 수 있는 기타 다른 수단에 의하여 수신인의 최후 영업소, [주소][상거소], 또는 우편주소지에 송부되었다면 서면 통지가 수령된 것으로 본다. * [] [] 중 택일 할 것.

2. 서면 통지는 1호의 규정에 따라 전달된 일자에 수령된 것으로 본다.“

“제2항: 제1항의 규정은 소송 절차상의 송달에는 적용되지 아니한다.”

4. 이의 신청권의 포기 (모델법 제4조)

이 규정은 우리 현행 중재법에는 규정되어 있지 않지만 상사중재원규칙 제45조에 모델법 제4조와 동일한 표현을 하고 있어 수용에 어려움이 없다. 일반적으로 중재법이나 절차에 관한 중재합의 사항이 준수되지 않은 경우에 당사자는 그 절차상의 하자를 치유하기 위하여 이의 신청권을 가진다. 그런데 모델법 제4조는 일정한 조건하에 “금반언”의 원칙에 근거하여 이의 신청권의 포기를 정하고 있다. 이 규정의 첫번째 조건은 준수되지 않은 절차상 요건이 모델법상의 ‘임의규정’이나 중재합의 사항에 정해져 있는 경우이다. 당사자가 효력을 배제할 수 있는 임의규정에 대해서만 이 원칙을 적용하도록 제한한 것은 기본적인 절차상의 흠결을 다루는 금반언의 원칙을 강제규정에까지 적용하는 것은 지나치게 엄격하다는 이유에서이다. 그러나 모델법은 유효한 중재합의의 결여이나 중재판정부의 권한 일탈 (제16조 2항)과 같은 특정한 근본적인 결함에 관한 이의에 대해서는 관한

13) UNCITRAL 모델중재법의 수용론, 106면

특별한 예외 규정도 있다. 중재합의 사항을 준수하지 않았다는 점과 관련해서 당사자의 합의 사항은 유효해야 하며 중재법상의 강행규정에도 저촉되어서는 아니 된다.

두 번째 조건은 당사자가 임의규정 등을 준수하지 않았다는(non-compliance) 사실을 알았거나 알았어야만 한다는 것이다. “알았어야 한다”(ought to have known)는 표현은 과실에 의해 알지 못한 것까지 포함하는 것이 아니라 당사자가 그 결함을 몰랐을 리 없는 경우만으로 제한적으로 해석하는 것이 이의권 포기에 관한 입법 의도에 비추어 적절한 것으로 보인다. 셋째 조건은 당사자가 지체없이 이의를 제기하거나 만일 기한이 정해져 있다면 그 기한 내에 해야 한다. ‘지체없이’라는 개념이 모호하다는 지적도 있을 있겠지만 법원에 그만큼의 재량을 준 것으로 해석할 수 있다. 마지막으로 간과해서는 안될 또 다른 조건은 당사자가 이의를 제기하지 않고 중재 절차를 속행했을 때만 그의 이의권을 잃는 것이다. 이런 절차 속행의 행위는 예를 들면 심리에 참석하거나 또는 중재 판정부나 상대방에 대한 서면 통지 등을 포함한다. 그러므로 예를 들어 우체국의 파업이나 이와 유사한 장애 때문에 당사자가 연장된 기간 내에 서면통지를 전혀 발송할 수 없었다면 그의 이의 신청권을 포기된 것으로 간주되지 않는다.

이 규정에 의해 당사자가 자신의 이의 신청권을 포기한 것으로 간주될 경우, 그 당사자는 후에 속행된 절차 중에서도 판결이 내려진 이후에 이의를 제기하지 못한다. 특히 그는 중재판정 취소 사유로서 또는 승인 및 집행거부 사유로서 중재법이나 중재합의에 따르지 않은 사실을 주장할 수 없을 것이다. 물론 이의권 포기는 제4조가 적용될 수 있는 경우, 예를 들면 이 중재법하에 내려진 판정에 대해서만 그 효과가 부여된다. 한편, 중재판정의 승인 및 집행청구 소송이 제기된 외국 법원은 이와 유사한 절차에 관한 준거법이나 금반언에 관한 일반 원칙을 적용하여 당사자의 뒤늦은 이의 제기를 무시할 수도 있을 것이다.

따라서 새 중재법 제4조는 다음과 같이 정리하는 것이 바람직하다.

“이 법의 임의규정이나 중재합의 사항이 지켜지지 아니한 사실을 당사자가 알았거나 알 수 있으면서 이에 대해 지체 없이 또는 기한이 정해져 있는 경우에는 그 기한 내에 이의를 제기하지 아니하고 중재 절차를 속행한 경우에는 이의 신청권을 포기한 것으로 본다.”

5. 법원의 개입범위 (모델법 제5조)

현대 중재법에서는 법원이 중재활동에 개입할 수 있는 여지를 최소한으로 제한하려는 경향이 있다. 중재법이 법원의 중재활동에 대한 개입을 최소한도에서 정한다면 중재활동과 그 결과에 대한 신뢰성과 예측 가능성을 한층 높여 줄 것이다. 과거에 영국법에서 법원이 중재절차와 중재판정을 빈번히 사법심사 대상으로 삼아 중재제도를 이용하는 당사자들로부터 상당한 비난을 받아 왔던 것은 그런 이유에서이다.

모델법 하에서 법원이 중재절차에 개입할 가능성은 다음과 같은 경우로 한정하고 있다. 첫째는 중재인의 선정, 기피, 권한 종료에 관한 제11, 13, 14조와 중재판정부의 관할에 관한 제16조 그리고 중재판정 취소의 소에 관한 제34조이며 이에 대한 관할법원은 제6조에서 언급하고 있다. 둘째는 증거 조사를 위한 법원의 협조에 관한 제27조, 중재합의의 승인과 중간보전처분에 관한 제8조, 제9조 그리고 중재판정의 승인 및 집행에 관한 제35조, 제36조와 관련된 경우이다.¹⁴⁾ 제5조에 따르면 이외에 이 법에서 정한 사항에 관해 법원은 개입할 수 없으며, 다만 이와는 다른 차원에서 모델법에서 정하지 않은 중재절차 병합, 중재인과 당사자 및 중재기관 간의 계약상 관계, 중재비용, 수수료 및 공탁금에 관한 결정에 관해서 법원이 개입할 여지는 남아있다. 이러한 범위 내에서 이 법을 이용하는 외국 당사자나 중재대리인 또는 중재인은 쉽게 해당 관할법원이 개입할 가능성을 예상할 수 있는 것이다.¹⁵⁾

독일 중재법은 “법원은 제1025조 내지 제1061조(중재에 관한 규정전체)의 사안에 대하여 이 법에서 규정하는 범위 내에서만 활동할 수 있다”고 규정하여 모델법의 입법취지에 따르고 있다. 따라서 우리 새 중재법도 위와 같은 취지에서 다음과 같이 제5조를 정할 필요가 있다. “법원은 이 법에 그렇게 정하지 않은 한 이 법이 규율하는 사항들에 대하여 개입할 수 없다.”

14) Ibid., para 15.

15) Ibid., para.16.

6. 관할법원 (모델법 제6조; 현행법 제17조)

특정한 법원에 중재에 관련된 기능을 집중시키는 것은 외국 당사자들에게 쉽게 관할법원의 소재를 파악할 수 있고 그 법원의 과거 판결의 경향을 포함한 각종 정보를 얻는데 많은 도움을 줄 것이다. 따라서 새 중재법에서는 국내 이용자 뿐만 아니라 외국 이용자를 고려하여 관할법원에 관한 사항을 일부 민사소송법에만 맡길 것이 아니라 중재법 자체 내에 각 각의 경우를 나누어 해당 관할법원을 분명히 규정할 필요가 있다.

먼저 현행 우리 중재법 제17조를 살펴보면 특정한 경우에 중재를 지원하고 감독하는 기능을 수행할 관할법원에 관해 다음과 같이 규정하고 있다. 동조 1항은 “(i) 중재인을 선정하거나, (ii) 중재인을 기피하거나, (iii) 중재계약이 소멸하거나 (iv) 중재절차를 허용할 수 없는 것이거나, (v) 중재판정취소의 소 또는 집행판결에 관한 소에 대하여 중재계약에서 합의한 때에는 그 지방법원 또는 동 지원이 관할하고 그러하지 아니한 때에는 민사소송법 제1조 내지 제22조를 적용한다”고 규정하고 동조 2항은 “전항의 규정에 의하여 관할을 가지는 법원이 다수인 때에는 당사자 또는 중재인이 최초로 관계하게 한 법원이 관할한다”고 정하고 있다.

모델법의 수용과 관련하여 중재지원 및 감독기능을 수행하는 관할법원에 관해 새로 규정하기 위해서 다음과 같은 점들이 고려되어야 한다. 첫째, 이에 대한 관할법원을 정하는 문제는 각국의 국내법상의 법원 조직과 관련된 문제이므로 각국의 입장이 일치하지 않다는 점을 염두에 두고 우리 현행법상의 관할제도를 우선 고려해야 한다. 둘째, 관할법원의 심급도 중요한 문제로 제기될 수 있는데, 중재의 신속성과 종결성을 고려하여 캐나다의 경우는 최고법원을, 독일의 개정 중재법은 고등법원을 관할법원으로 정한 점도 유념할 필요가 있다. 중재와 관련하여 본안에 대한 심리를 최대한 자제하고 절차적인 법률문제만을 대상으로 한다면 대법원을 관할법원으로 하는 것이 합리적이거나 법률문제에 대한 2심급의 심리가 필요하다면 고등법원을 관할법원으로 하는 것도 현재의 3심급 제도보다는 낫다고 생각한다. 셋째, 우리 현행법의 경우는 열거된 사항에 대해 당사자가 합의하였다면 그 지방법원이 관할이지만 합의가 없는 경우에는 민사소송법상의 관할에 관한 규정을 적용하도록 되어 있는데, 중재법 자체 내에 이에 관한 자세한 규정을 들

필요가 있다. 즉, 모델법 제6조에서처럼 제11조 3, 4항, 제13조 3항, 제14조, 제34조 2항에 대해서만 관할법원을 규정하고 이외의 경우는 민사소송법에 맡길 것이 아니라 구체적으로 제8조, 제9조, 제27조, 제35조, 제36조에 관해 중재를 지원 및 감독하는 기능을 수행할 법원에 관해서는 여기에서 각각의 경우로 나누어 규정할 필요가 있다고 본다.

이러한 배경과 현행법을 충분히 고려하여 새 중재법은 다음과 같이 정리하여 규정하는 것이 바람직하다.

제1항: 다음 사항에 대해서 관할법원에 관한 중재합의를 한 때에는 그 [지방 또는 고등]법원이 관할하고 그러하지 아니한 때에는 중재절차가 진행되는 지역의 법원이 관할한다.

1. 중재인의 선정(제11조 3,4항), 중재인의 기피절차(제13조 3항), 중재인의 직무불이행 (제14조), 중재관정부의 관할 (제16조 3항)
2. 중재합의의 승인과 중간보전처분 (제8조, 제9조)
3. 중재관정취소의 소 (제34조 2항)
4. 중재관정의 승인 및 집행 (제35조, 제36조)

제2항: 전항에서 중재지가 대한민국이 아닌 경우에는 피신청인의 주소 또는 청구의 목적 또는 재산 소재지를 관할하는 [지방 또는 고등] 법원이 관할한다.

제3항: 제27조에 따라 증거조사를 위한 법원의 협조 및 지원은 증거조사를 행할 지역의 [지방 또는 고등]법원이 관할한다.

제4항: 중재지가 아직 정해지지 않은 경우에 중재인 선정과 직무에 관한 제11조, 제13조, 제14조에 관해서는 당사자의 영업소 또는 주소지를 관할하는 [지방 또는 고등]법원이 관할한다.

* 지방법원 또는 고등법원을 선택하여 정할 것.

7. 중재합의의 정의와 형식 (모델법 제7조; 현행법 제2조)

(1) 중재합의의 정의

현행 중재법 제2조는¹⁶⁾ 중재합의의 정의와 형식에 관해 다음과 같이 규정하고 있다. 제1항에 의하면 중재합의는 “당사자가 처분할 수 있는 사법상의 법률관계에 관하여 당사자간에 발생하고 있거나 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 합의함으로써 효력이 생긴다”라고 규정함으로써 중재합의에 관한 다음 두 가지 논점에서 현대중재법의 일반원리에 따르고 있다. 첫째, 현행법은 현존하는 분쟁(compromis) 뿐만 아니라 장래에 발생할 분쟁에 대한 합의(clause compromissoire)도 인정하고 있다. 둘째, 제1항 단서에서 당사자가 처분할 수 있는 법률관계에 대해서는 중재합의를 할 수 있다고 정하여 ‘중재가능성’¹⁷⁾에 관한 사항을 언급하고 있다.

현행법을 기초로 모델법 제7조 1항을 살펴보자. 모델법은 뉴욕협약 제2조 1항과 같은 의미에서 중재합의라는 용어를 사용하고 있는데 위에서 말한 현행법 제2조의 첫째 쟁점은 담고 있으나 둘째 쟁점은 제외하였다. 그 이유는 중재 가능성이라는 요건이 중요하지 않기 때문이 아니라 제34조, 제36조에 적절히 정해져 있으므로 여기에서 반복하여 명시적으로 정할 필요성을 느끼지 못하였기 때문이다.¹⁸⁾ 현행법에 없는 다른 표현은 (i) 중재합의는 “계약상의 분쟁이든 아니든 관계없이 일정한 법률관계”에 대해 할 수 있다고 정하여 계약관계를 침해하는 제3자나 불공정경쟁으로 인한 침해까지 모두 포함하는 의미로 해석할 수 있다. 덧붙여, 중재합의는 계약상의 중재조항의 형식이나 별도의 합의형식으로 할 수 있다

16) 현행법 제2조는 ‘중재계약’이라는 용어를 사용하고 있는데, (i) 계약이라는 용어는 주로 실체법상의 개념으로 많이 사용하고 있으며 일상적으로 절차법상 합의를 하였다든 말을 많이 쓰고 있고 (ii) 영문으로도 arbitration agreement이라는 용어는 계약보다는 합의라는 용어가 합당하며 (iii) 실제로 본 계약과의 관계에서 중재계약이라는 용어는 한 문장 속에 두 용어가 함께 있을 경우 어떤 계약을 지칭하는지 혼동될 우려도 있으므로 여기에서는 편의상 ‘중재합의’라는 용어를 선호하여 사용하고자 한다.

17) ‘중재가능성’ (arbitrability)이란 용어를 필자에 따라서는 ‘중재적격성’이라는 용어로 사용도 하는데, 중재합의가 가능한지를 지칭한다면 오히려 중재가능성이라는 표현이 그 뜻을 이해하기 쉽게 한다.

18) A/CN.9/264. 제7조 para.5.

고 정하여 종래에 별도의 형식만 고집하지 않고 있는데, 이 사항은 위의 중재합의 정의와는 분리하여 항목으로 정하는 것이 타당하다고 본다. 이러한 점들을 고려하여 새 중재법에서는 다음과 같이 정리하여 규정하는 것이 바람직하다.

제1항: ‘중재합의’는 계약상의 분쟁이든 아니든 관계없이 [사법상의] 법률 관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 모든 분쟁 또는 특정한 분쟁을 중재에 위탁하는 당사자 사이의 합의이다.

제2항: 중재합의는 계약상의 중재조항의 형식이나 별도의 합의 형식으로 할 수 있다.

(2) 서면형식의 요구 (제2항)

현행법 제2조 2항에 따르면 중재합의는 서면 형식으로 작성될 것을 요구하고 있다. 우선 이점에서 모델법 제7조 2항 및 뉴욕협약 제2조 2항과 일치한다. 현행법은 중재합의 속에 중재조항을 기재하는 경우와 교환된 서신 또는 전보에 중재조항이 기재된 경우를 포함시키고 있지만 모델법은 현대 통신수단의 발전등을 고려하여 더욱 상세히 규정하고 있고 서면형식으로 의제된 사항을 열거하고 있다. 모델법 제7조 2항을 파악하기 용이하게 분리하여 정리하면 다음과 같다.

제3항 중재합의는 서면으로 하여야 한다.

제4항 중재합의는 다음에 경우에 해당하면 서면으로 한 것으로 본다.

1. 당사자가 서명한 서류에 포함되어 있거나
2. 서신, 텔렉스, 전신 등기타 중재합의를 기록한 통신 등의 교환에 포함되어 있거나 또는
3. 신청서와 답변서의 교환 속에서 중재합의의 존재가 일방 당사자에 의해서 주장되고 상대방이 이를 부인하지 아니하는 경우.

제5항 중재조항이 포함된 서류를 다른 계약에서 언급하고 있는 경우, 그 계약이 서면으로 작성되었고 동시에 중재조항을 계약의 일부로 한다고 정한 때에는 중재합의가 성립된 것으로 한다.

제5항은 현행법에는 명시하지 않고 있지만 우리 판례에서도 늘 인정하고

있으므로 새 중재법에 포함시키기에 어려움이 없다.¹⁹⁾

8. 중재합의와 법원의 제소 (모델법 제8조; 현행법 제3조)

현행법 제3조는 ‘직소금지’라는 제목 하에 중재판정의 구속력과 중재합의의 부정적 효과를 다루고 있다. 전자의 문제는 후에 중재판정과 관련하여 다루겠지만 후자는 중재합의에 관한 사항이므로 좀 더 상세히 다룰 필요가 있다. 이 규정은 우선 중재에 부탁한다는 합의는 소송을 배제한다고 명시했는지 여부에 관계없이 법원에서 그 사항에 대해 심리하지 않으며 판결도 내리지 않는다는 의미이다. 그럼에도 불구하고 일방 당사자가 소송을 제기한다면 법원은 중재합의가 무효이거나 효력을 상실하였거나 이행불능이 아닌 한 중재에 회부한다는 말이다. 현행법 제3조와 마찬가지로 모델법 제8조도 뉴욕협약 제2조 3항을 모델로 삼아 “중재합의의 대상이 된 사항에 관하여 소가 제기된 법원은 중재 합의의 부존재나 무효, 이행불능의 경우를 제외하고, 그 당사자들을 중재에 회부하여야 한다”고 규정하고 있다. 다만, 여기에 한 가지 요건이 첨부된 것은 “당사자가 늦어도 분쟁의 본안에 관한 최초의 진술서를 제출하기 전까지 요청하여야만” 이 효과가 있다는 점이다. 그러나, 현행법상에 이러한 표현은 없지만 우리 법원은 이 입장에 따르고 있으므로 모델법 제8조 1항을 수용하기에 어렵지 않다.²⁰⁾ 즉, 우리 판례는 방소항변의 제출시기를 “본안에 관한 변론을 하기 전”으로 보고 있다.

모델법 제8조 2항은 법원에 소송이 제기된 경우에도 중재절차는 속행될 수 있다고 규정하여 중재에 참여하지 않으려는 당사자의 지연작전의 위험과 효과를 감소시키려는 의도가 있다. 아주 같은 내용은 아니지만 현행법 제10조에 따르면 당

19) 대법원 1997. 2. 25 선고96다24385집행판결. 이 판결에서는 중재계약은 당해 계약서 자체에 중재조항이 명기되어 있는 경우에 한하지 아니하고 중재조항을 포함하는 일반계약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 당사자가 이를 계약의 내용으로 삼은 이상 허용된다고 판시하고 있다. 같은 내용의 판례는 대법원 1990. 2. 13. 선고 88다카23735 판결(공1990, 625); 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결(공1990, 1043)이 있다.

20) 대법원 1996.2.23 선고95다17083판결에서 “중재심판을 먼저 거쳐야 한다는 주장은 사건에 관하여 본안에 관한 변론을 하기 전에 하여야 하고, 그러한 항변을 제출함이 없이 본안에 관한 실질적인 변론을 하여 본안의 심리에 들어간 후에는 그러한 방소항변을 제출할 수 없다”고 판시하고 있다. 같은 내용의 판례로는 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4812 판결(공1991, 1477)을 참조할 것.

사자가 중재합의의 부존재 등을 주장하여도 중재절차를 속행하여 중재판정을 할 수 있다는 입장이므로 모델법 제8조 2항을 수용하는데 어려움이 없다고 본다.²¹⁾ 모델법의 수용과는 별도로 영미법계의 절차법에서 인정되는 소송중지(stay of legal proceedings)의 제도를 도입하자는 의견도 있으나²²⁾ 대륙법계의 절차법에서는 인정하지 않고 있으므로 여기에서 논외로 한다.

이러한 점들을 고려하여 새 중재법 제8조를 정리하면 다음과 같다.

제1항 중재합의 사항에 관해 법원에 제소된 때에 법원은 당사자가 늦어도 본안에 관한 최초의 진술서를 제출하기 전까지 항변을 제출하면, 중재 합의의 부존재나 무효, 이행불능의 경우가 아닌 한 당사자들을 중재에 회부하여야 한다.

제2항 전항에서 언급한 소송이 제기된 경우에도 중재절차를 개시하거나 속행할 수 있으며 사건이 법원에 계속 중인 경우에도 중재판정을 내릴 수 있다.

9. 법원의 중간 처분 (모델법 제9조; 현행법 제9조)

모델법 제9조는 제8조와 함께 서로 다른 각도에서 중재합의의 승인과 효력 문제를 다루고 있다. 당사자가 중재절차 전이나 진행 중에 법원에 중간처분을 신청하거나 법원이 이러한 처분을 인정하는 것은 중재합의에 반하지 않는다는 의미는 즉 법원의 관할을 배제하려는 중재합의의 부정적 효과가 중간 보전처분에 대해서는 적용되지 않는다는 점을 명백히 보여준 것이다. 그 이유는 이러한 중간 처분을 이용할 수 있게 하는 것이 중재합의를 한 의도에 합치되며 중간처분 자체가

21) 이를 뒷받침해주는 관련 판례로서 대법원1996. 6. 11.선고96마149 판결을 참조할 것. 중재인은 당사자가 중재절차를 허용할 수 없는 것이라고 주장하는 경우에도 중재절차를 속행하여 중재판정을 할 수 있다고 규정한 중재법 제10조의 취지에 비추어 보면, 설사 당해 중재절차가 허용될 수 없는 경우에 해당한다고 하더라도 당사자가 상대방에 대하여 법원에 그 중재절차의 위법 확인을 구하는 본안 소송을 제기하거나 중재판정이 있는 후에 중재판정취소의 소를 제기하여 중재 절차의 위법을 다루는 것은 별론으로 하고, 곧바로 그 중재절차의 위법을 들어 법원에 중재절차정지의 가처분을 구할 수는 없다고 판시하고 있다.

22) 캐나다 B.C 국제상사중재법 제 8조; 영국중재법 제9, 86조의 소송중지제도 참조.

중재를 효율적이고 신뢰성을 주기 때문이다. 중간처분이 어디에서 행해졌던 간에 ‘이 법’ 하에서 유효한 중재합의에 불복한 것으로나 무시한 것으로 간주되지 않는다.²³⁾ 즉, 중간처분과 중재합의는 양립할 수 있다는 점을 인정한 것이다. 제9조상의 법원의 중간처분의 범위는 제17조상의 중재판정부의 중간처분의 범위보다는 넓은 것은 이해된다. 제17조의 중간처분은 본안에 대해 당사자가 중간보전처분을 얻을 수 있도록 명령할 수 있는 중재판정부의 제한된 권한이며 그 집행문제는 다시 법원의 협조를 요한다. 한편 제9조의 중간처분은 본안문제를 보존하거나 증거를 확보하기 위한 조치뿐만 아니라 그들 집행까지 포함한다.(중재판정전 압류 또는 이와 유사한 가처분을 포함함.) 현행법 제9조는 법원의 협조에 관한 일반적인 규정으로 “중재인이 중재판정에 필요하다고 인정하는 행위로서 중재인이 직접할 수 없는 것은 중재인이나 당사자의 신청에 의하여 법원이 이에 관한 사무를 행한다”고 규정하여 모델법 제9조상의 법원의 중간처분을 인정하는 근거로 삼을 수도 있으므로 해당 규정의 채택에 어려움이 없으리라 생각한다. 따라서 새 중재법 제9조는 다음과 같이 정리할 수 있다.

“당사자가 중재절차 전이나 진행 중에 중간처분을 신청하거나 법원이 이를 인정하는 것은 중재합의에 반하지 않는다.”

중재법 개정(안) (제1조~9조)

*조문의 순서와 번호는 차후에 재구성할 것을 고려하여 일단 모델법 순서에 따랐다.

제 1 장 총 칙

[제1-1조: 목적: 이 법은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 신속하게 해결함을 목적으로 한다][별도의 조문이나 문장을 바꾸어 제1조 1항에 삽입 가능함]

23) A/CN.9/264, 제9조 para.1-3.

제 1 조 적용 범위

- (1) 이 법은 대한민국에서 발효중인 중재에 관한 국제조약이나 그 규정에 달리 정하지 않은 한 사법상 분쟁을 해결하기 위한 중재활동에 경우에 적용된다.
- (2) 이 법은 제20조에서 정한 중재지가 대한민국인 경우에 적용된다. 그러나, 다음의 사항에는 중재지가 아직 정해지지 않았거나 대한민국 밖인 경우에도 적용된다.
1. 중재지가 대한민국 밖이거나 아직 특정되지 않았다 해도 중재합의와 증거 조사에 관해 법원의 협조를 구하는 경우 제8조, 제9조, 제27조가 적용되며,
 2. 중재지를 아직 정하지 않은 경우라 할 지라도 중재인 선정과 직무에 관해 법원의 협조를 구하는 경우 제11조, 제13조, 제14조가 적용되며,
 3. 중재지가 대한민국 밖이라고 할 지라도 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관해 제35조, 제36조가 적용된다.
- (3) 이 법은 중재절차를 인정하지 않거나 다른 규정에 따라서만 중재에 회부할 수 있도록 정한 대한민국의 기타 법령에 영향을 미치지 않는다.

제 2 조 정의와 해석의 원칙

이 법의 취지에 따라

1. ‘중재’라 함은 상설중재기관에 의한 관리 여부와 관계없이 모든 중재를 말한다.
- (1-1) ‘중재판정’이라 함은 중재판정부가 내린 본안에 대한 판정 뿐 만 아니라 중간처분을 포함한다.
- [(1-2) ‘중재지’에 관한 제20조를 여기에 삽입할 수 있음]
2. ‘중재판정부’라 함은 단독 중재인 또는 다수의 중재인단을 말한다.
3. ‘법원’이라 함은 한 국가의 사법 기관 또는 그 조직을 말한다.
- * [용어 정의 해석의 원칙을 들로 나누어 2개 조항으로 분리할 수도 있음]
4. 제28조를 제외한 이 법의 규정에 따라 당사자가 일정한 쟁점에 대해 자유롭게 결정할 권한이 있는 경우에는 당사자는 대신 중재기관이나 제3자에게 그 결정을 내리도록 권한을 부여할 수 있다.
5. 이 법의 각 규정에서 당사자가 합의하였거나 합의할 수 있다고 정하거나

또는 기타 방법으로 당사자의 합의에 관하여 정한 경우에 그러한 중재합의에는 그 합의에서 정한 중재규칙도 포함된다.

6. 제25조 1호 및 제32조 제2항 1호를 제외하고 중재 신청에 관한 이 법의 규정은 반대 신청에도 적용되며 답변에 관한 규정은 반대 답변에도 적용된다.

제 3 조 서면 통지의 수령

- (1) 당사자가 달리 합의하지 않는 한,
 1. 모든 서면 통지는 수신인에게 직접 교부되거나 수신인의 영업소,[주소 또는 거소] [상거소] 또는 우편 주소지에 전달된 경우에 수령된 것으로 본다. 적절한 조회를 한 후에도 위와 같은 장소를 알 수 없는 경우에는 등기우편 또는 전달하려고 한 기록을 남길 수 있는 기타 다른 수단에 의하여 수신인의 최후 영업소, [주소 또는 거소][상거소], 또는 우편주소지에 송부되었다면 서면 통지가 수령된 것으로 본다. * [] [] 중 택일 할 것.
 2. 서면 통지는 1호의 규정에 따라 전달된 일자에 수령된 것으로 본다.
- (2) 제1항의 규정은 소송 절차상의 송달에는 적용되지 아니한다.

제 4 조 이의 신청권의 포기

이 법의 임의규정이나 중재합의 사항이 지켜지지 아니한 사실을 당사자가 알았거나 알 수 있으면서 이에 대해 지체 없이 또는 기한이 정해져 있는 경우에는 그 기한 내에 이의를 제기하지 아니하고 중재 절차를 속행한 경우에는 이의 신청권을 포기한 것으로 본다.

제 5 조 법원의 개입의 범위

법원은 이 법에서 그렇게 정하지 않은 한 이 법이 규율하는 사항들에 대하여 개입할 수 없다.

제 6 조 중재 지원 및 감독 기능을 수행하는 법원

- (1) 다음 사항에 대해서 관할법원에 관한 중재합의를 한 때에는 그 [지방 또는 고등]법원이 관할하고 그러하지 아니한 때에는 중재절차가 진행되는 지역

의 법원이 관할한다.

1. 중재인의 선정(제11조 3,4항), 중재인의 기피절차(제13조 3항), 중재인의 직 무불이행 (제14조), 중재판정부의 관할 (제16조 3항)
2. 중재합의의 승인과 중간보전처분 (제8조, 제9조)
3. 중재판정취소의 소(제34조 2항)
4. 중재판정의 승인 및 집행 (제35조, 제36조)
 - (2) 전항에서 중재지가 대한민국이 아닌 경우에는 피신청인의 주소 또는 청구 의 목적 또는 재산 소재지를 관할하는 [지방 또는 고등] 법원이 관할한다.
 - (3) 제27조에 따라 증거조사를 위한 법원의 협조 및 지원은 증거조사를 행할 지역의 [지방 또는 고등]법원이 관할한다.
 - (4) 중재지가 아직 정해지지 않은 경우에 중재인 선정과 직무에 관한 제11조, 제13조, 제14조에 관해서는 당사자의 영업소 또는 주소지를 관할하는 [지방 또는 고등]법원이 관할한다.

* 지방법원 또는 고등법원을 선택하여 정할 것.

제 2 장 중재합의

제 7 조 중재합의의 정의와 형식

- (1) ‘중재합의’는 계약상의 분쟁이든 아니든 관계없이 [사법상의] 법률 관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 모든 분쟁 또는 특정한 분쟁을 중재에 부탁하는 당사자 사이의 합의이다.
- (2) 중재합의는 계약상의 중재조항의 형식이나 별도의 합의 형식으로 할 수 있다.
- (3) 중재합의는 서면으로 하여야 한다.
- (4) 중재합의는 다음에 경우에 해당하면 서면으로 한 것으로 본다.
 1. 당사자가 서명한 서류에 포함되어 있거나
 2. 서신, 텔렉스, 전신 등기타 중재 합의를 기록한 통신 등의 교환에 포함되어 있거나 또는
 3. 신청서와 답변서의 교환 속에서 중재합의의 존재가 일방당사자에 의해서

주장되고 상대방이 이를 부인하지 아니하는 경우.

(5) 중재조항이 포함된 서류를 다른 계약에서 언급하고 있는 경우, 그 계약이 서면으로 작성되었고 동시에 중재조항을 계약의 일부로 한다고 정한 때에는 중재합의가 성립된 것으로 한다.

제 8 조 중재합의와 법원에 제소

(1) 중재합의 사항에 관해 법원에 제소된 경우에 법원은 당사자가 늦어도 본안에 관한 최초의 진술서를 제출하기 전까지 항변을 제출하면, 중재 합의의 부존재나 무효, 이행불능의 경우가 아닌 한 당사자들을 중재에 회부하여야 한다.

(2) 전항에서 언급한 소송이 제기된 경우에도 중재절차를 개시하거나 속행할 수 있으며 사건이 법원에 계속 중인 경우에도 중재판정을 내릴 수 있다.

제 9 조 중재합의와 법원의 중간처분

당사자가 중재절차 전이나 진행 중에 중간처분을 신청하거나 법원이 이를 인정하는 것은 중재합의에 반하지 않는다.