

중재절차에서 법원의 역할과 한계*

- 개정 중재법과 UNCITRAL 모델법 등을 중심으로 -

鄭 仙 珠

(法博, 인제대 법학과)

I. 들어가며

II. 代替的 분쟁 해결 방안으로서의 중재

III. 중재합의와 법원에의 直訴

1. 중재합의의 개념
2. 법원에의 直訴

IV. 중재절차에서 법원의 적극적 역할

1. 법원의 감독기능과 절차 개입
2. 법원의 보전처분
3. 증거조사에 관한 법원의 협조

V. 중재절차에서 법원의 소극적 역할

1. 법원의 관여범위
2. 중재판정부의 判定權限에 관한 決定權
3. 중재판정부의 임시적 처분권한

VI. 중재절차에 대한 법원의 통제

1. 중재판정 취소의 소
2. 중재판정의 승인과 집행

VII. 관할법원

VIII. 마치며

1. 들어가며

헌법 제27조 제1항은 국민의 裁判請求權에 관해 모든 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 재판 받을 권리가 있음을 명시하고 있다. 그러나 중재법은 분쟁을 해결하는 또 다른 수단의 하나로서 법원이 아닌 중재인이라는 私인에 의한 분쟁 해결 가능성을 열어 놓고 있다. 이에 따라 당사자는 私法上の 분쟁에 대해 법원의 판결에 의하지 않고 중재인의 중재판정에 의해 해결할 것을 합의할 수 있다(중재법 제3조 제1호¹⁾). 일반적으로 중재절차는 私法上の 분쟁에 대해 법원의 재판을 배제하려는 당사자의 합의에 근거하여 중재판정부에 의해 소송절차에 준하는 방식으로 진행된다. 이러한 중재제도는 법원의 소송제도보다 먼저 발달하였다. 역사적으로 볼 때 분쟁을 해결하는 방법으로서 처음에는 自力救濟가 인정되었고, 그 후 자력구제가 금지되면서 국가의 소송제도가 등장하게 되었는데, 중재제도는 그 중간단계로서 자력구제에서 국가에 의한 강제적인 분쟁 해결 방식으로 발달하는 과정에서 성립된 것이다. 그리하여 중재는 私인에 의해 법원의 소송에 준하는 절차에 따라 私人간의 분쟁을 해결하며, 중재인이 행한 중재판정은 법원의 確定判決과 동일한 효력을 가지게 된다(제35조).

이처럼 중재제도는 본래 국가의 소송제도로 향하는 중간단계로서 형성된 것이지만 이제는 국가간의 교류가 활발해짐에 따라 국제거래 등에서는 국가의 소송제도 못지 않게 그 중요성이 인정되고 있다. 중재제도의 중요성이 점점 증대되어 가고 있는 것은 중재제도가 법원의 소송제도에 비해 가지는 여러 가지 장점 때문이다. 우선 중재는 법원의 소송에 비해 그 절차가 신속하게 진행되며, 중재인의 전문적인 지식을 활용할 수 있을 뿐 아니라, 당사자의 합의에 의해 節次規則을 정할 수 있어 융통성 있는 절차운영이 가능하다는 장점을 가지고 있다. 물론 중재절차가 법원의 소송절차에 비해 항상 장점만 가지고 있는 것은 아니다. 일반적으로 중재절차는 非公開로 진행되기 때문에 법원의 판례와는 달리 기존의 중재판정 내용에 대해 일반인들이 쉽게 접근할 수 없다는 점, 강제력이 필요한 경우에는 결국 법원의 도움을 받아야 하기 때문에 신속성과 효율성이 떨어진다는 점 등이 단점으로 지적되기도 한다. 그러나 이러한 문제점들은 중재절차가 당사자의 자발적인 의사에 기초하고 있다는 점 그리고 중재절차의 탄력성 등 법원의 소송절차가 제공하지 못하는 다양한 장점으로 인하여 심각하게 받아들여지고 있지 않으며, 실제로 중재제도의 역할은 이와 상관없이 점점 더 커지고 있다.

그렇지만 앞으로 재판 외 대체적 분쟁 해결 수단으로서 중재제도를 더욱 활성화하는 데

* 본 논문은 1999년도 인제대학교 학술연구조성비 보조에 의하여 연구되었음.

1) 아래에서 법 표시가 없는 것은 중재법을 의미한다.

에는 중재절차에서의 법원의 역할이 큰 영향을 미친다. 중재제도는 그 본질상 법원과의 긴밀한 역학관계 속에서 발전할 수밖에 없다. 중재절차가 행해지는 곳에서는 원칙적으로 본안에 관해 법원의 관할이 배제되지만, 다른 한편으로 중재제도의 발달은 법원의 이익이 되기도 한다. 무엇보다도 분쟁사건이 중재에 의해 처리됨에 따라 법원의 업무가 경감될 수 있기 때문이다. 그러므로 국가는 중재절차에서 適法節次의 원칙 등 법치주의의 기본원칙들이 지켜질 수 있도록 배려하고, 강제력이 필요한 경우 도움을 주어 중재제도를 장려하여야 하는 것이다. 중재제도에 대한 법원의 지나친 관여는 억제하여야 하겠지만, 중재제도 자체에 법원의 재판에 상응하는 권위와 무게를 실기 위해서는 법원의 관여가 어느 정도는 반드시 필요하다.

11. 代替的 분쟁 해결 방안으로서의 중재

법원의 과중한 업무부담으로 인해 소송절차의 지연 등 副作用이 심각해지자 분쟁 해결의 대체 방안으로서 소위 ADR(Alternative Dispute Resolution) 프로그램의 적극적인 활용을 주장하는 목소리가 커지고 있다. ADR 프로그램은 분쟁 해결을 반드시 법원의 재판에 의할 것이 아니라 당사자의 자발성을 전제로 하는 調停, 和解, 仲裁 등의 방법을 통하여 분쟁 사건이 법원으로 집중되는 것을 피함과 동시에 당사자의 자율적인 분쟁 해결 가능성을 최대한 활용하자는 것이다.

이러한 ADR 프로그램의 하나로서의 중재제도를 활성화하기 위해서는 무엇보다도 중재절차에서 법원의 역할을 어떻게 규정할 것인가 하는 문제로부터 출발하여야 한다. 이는 중재제도를 단순히 넓은 의미의 재판기구의 하나로 볼 것인지 아니면 당사자의 私的自治에 근거하여 국가의 司法機構를 대신하는 제도로 볼 것인지에 달려 있다. 前者로 본다면 중재판정부는 실정법에 엄격하게 구속되어야 할 것이며, 後者の 경우에는 당사자와 중재판정부에 의해 자유로운 중재절차의 진행이 가능하며 중재판정은 법원의 판결에 상응하는 것으로 간주될 것이다. 일반적으로 대체적 분쟁 해결 방안으로서의 중재는 後者の 입장에서 출발하고 있으며, 중재제도에 대한 이러한 자유로운 관점은 현재 전 세계적으로 지배적인 견해를 이루고 있다.

그런데 중재가 실질적으로 국가의 사법기구를 대신하는 역할을 하기 위해서는 무엇보다도 중재판정에 법원의 판결에 상응하는 무게가 실려야 한다. 물론 중재법 제35조에서는 중재판정이 당사자간에는 법원의 確定判決과 동일한 효력이 있음을 명시하고 있지만, 실질적으로 당사자들이 중재판정 자체에 대해 법원의 판결에 상응하는 힘을 느끼기 위해서는 중재판정부의 중립성, 중재절차의 適法性, 효율적인 권리보장 등 법원의 소송절차에서 인정되고 있는 절차적 정당성에 대한 보장장치가 마련되어 있어야 하는 것이다. 이를

위해서 필요한 것이 중재절차에 대한 법원의 사려 깊은 관여이다. 법원은 私的機構인 중재판정부가 행할 수 없는 公權力을 대신 행사함으로써, 또는 중재판정에 대한 취소나 승인·집행 절차를 통해 중재절차에 절차적 정당성이 보장될 수 있도록 협력함으로써 중재제도의 발전에 기여해야 하는 것이다. 물론 이 때 법원에 대해 기대하는 것은 중재제도 자체의 활성화를 가로막는 後見人的 역할이 아니며, 중재절차에서 법원은 가능한 한 중재제도의 발전을 위해 필요한, 최소한의 범위로 그 역할을 한정 지워야 한다.²⁾

III. 중재합의와 법원에의 直訴

1. 중재합의의 개념

중재합의란 계약에 의하거나 계약에 의하지 않은 일정한 법률관계에 기하여 당사자간에 발생한(compromis) 또는 장래 발생할 분쟁(clause compromissoire)의 전부 또는 일부에 대해 중재판정부의 판정을 받도록 하는 당사자간의 합의이다(제3조 제2호, 모델법 제7조 제1항). 중재합의는 독립된 합의의 형태(중재계약)나 계약의 한 조항의 형태(仲裁條項)로 체결될 수 있는데(제8조 제1항), 일반적으로 前者는 이미 발생한 분쟁에 대해, 後者는 장래 발생할 분쟁에 대해 행해진다. 仲裁條項의 형식으로 중재합의가 행해진 경우 이 중재조항은 本契約과는 별개의 독립된 합의이다. 중재합의는 서면으로 행해져야 하는데(제8조 제2항, 모델법 제7조 제2항),³⁾ 당사자가 서명한 서면에 중재합의가 포함되어 있으면 중재합의의 방식요건은 충족된 것으로 보고 있다.⁴⁾

2. 법원에의 直訴

중재합의가 행해지면 그 소송법상의 효력으로서⁵⁾ 당해사건에 대해 법원의 관할이 배제

2) 이런 의미에서 중재법 제6조는 “법원은 이 법이 정한 경우를 제외하고는 이 법에 관한 사항에 관여할 수 없다”고 함으로써 법원의 관여가 제한됨을 명시적으로 밝히고 있다.

3) UNÜE 1958 제2조 제2항은 口頭로 체결한 仲裁合意의 효력을 부인하고 있지만, 1996년 잉글랜드 중재법은 口頭로 된 仲裁合意를 인정하고 있다(제5조 제3항).

4) UNÜE 1958 제2조 제2항에서도 반드시 서명이 있어야 할 것을 요구하고 있는 반면, 1996년 잉글랜드 중재법은 문서로 仲裁合意가 작성된 경우에는 서명이 없더라도 유효한 仲裁合意가 있는 것으로 본다(제5조 제2항).

5) 실체법상의 효력으로서 당사자의 협력의무가 발생한다. 중재합의가 유효하게 성립함으로써 당사자는 중재판정부의 구성, 합의된 절차규정의 준수 등에 관한 의무를 부담하게 되는 것이다.

된다. 그럼에도 불구하고 중재합의의 대상이 된 분쟁에 대해 당사자가 법원에 직접 소송을 제기한 경우, 개정 중재법 제9조에서는 중재합의가 不存在, 無効이거나 效力을 喪失하였거나 履行이 불가능한 경우가 아니라면 그 訴를 법원이 却下하도록 규정하고 있다. 이에 비해 모델법에서는 법원으로 하여금 중재합의가 無効이거나 失効하였거나 履行不能의 상태가 아니면 당사자에게 중재절차로의 移送를 명하도록 하고 있다(모델법 제8조). 이러한 모델법의 태도는 아직 중재판정부가 구성되지 않은 경우에는 移送해야 할 곳이 없다는 문제에 부딪히게 된다. 따라서 이송보다는 법원에 의한 소각하가 사안해결에 보다 명확성을 부여한다. 독일의 개정 중재법 역시 이러한 모델법의 문제점을 지적하면서 제1032조에서 그 訴를 不適法한 것으로 却下하도록 하였으며, 중재합의가 無効이거나 實行不可能한 경우에는 법원이 분쟁 해결을 續行할 수 있다고 하고 있다. 이와는 달리 1996년 잉글랜드 중재법은 법원에 직접 제기된 소송을 不適法 却下하는 것보다는 법원의 절차를 中止하도록 규정하고 있다. 법원에 소송을 제기한 당사자의 상대방은 법원으로부터 訴提起의 통지를 받으면 訴訟中止(stay)를 신청할 수 있다. 그렇지만 법원은 중재판정이 먼저 행해져야 한다는 당사자의 합의에도 불구하고 당사자의 중지신청을 거절할 수 있다(잉글랜드 중재법 제9조 제5항).

중재합의의 대상이 된 사건에 대해 법원에 소송이 제기된 경우에도 이미 시작한 중재절차는 계속 진행될 수 있다. 중재절차의 시작은 절차위반의 抗辯에 의해 방해받지 않는다. 법원이 직권으로 중재판정부의 訴訟係屬을 고려해야 할 의무가 없는 것과 마찬가지로 중재판정부도 법원의 訴訟係屬을 고려해야 할 의무를 지지 않기 때문이다. 그렇지만 실제로 양쪽에서 소송절차나 재판이 병행될 위험은 그리 크지 않다. 왜냐하면 兩節次에서 모두 抗辯이 제기될 가능성이 있으며, 또한 법원 및 중재판정부는 각기 상대방이 행한 管轄權 없음의 재판에 서로 구속되기 때문이다. 일반적으로 중재판정부는 법원의 재판까지 자신의 절차를 停止시킨다.

IV. 중재절차에서 법원의 적극적 역할

1. 법원의 감독기능과 절차 개입

중재절차에서 중재판정부는 법원의 소송절차에서 만큼 엄격하게 절차규정에 구속되어 判定을 하지는 않는다. 중재절차는 당사자의 자유로운 합의에 근거하고 있기 때문에 당사자는 법원의 소송절차와는 달리 보다 자유롭고 융통성 있게 중재절차를 형성할 수 있다. 당사자는 중재절차의 구체적인 진행과정에 관해 합의할 수 있으며, 당사자의 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 裁量에 따라 중재절차를 진행시킬 수 있다(제20조 제2항, 모

델법 제19조). 이처럼 중재절차의 구체적인 진행과 관련하여 당사자와 중재판정부에게 광범위한 재량이 인정됨에 따라 중재절차의 진행에는 法治國家原則이 제대로 준수되지 못할 지도 모른다는 우려를 하기도 한다. Grunsky는 법원의 誤判可能性에 비해 중재판정부에 의해 잘못된 判定이 내려질 가능성이 훨씬 크다는 점을 우려한 입법자의 태도가 전혀 근거 없는 것은 아니라고 설명하고 있다.⁶⁾ 입법자도 이러한 위험을 도외시하지 않고 미리 조치를 취하였는데, 즉 법원에 대해 중재절차의 감독기능과 절차 개입의 여지를 부여한 것이다. 특히 모델법 제6조는 중재절차에 대해 법원의 중재협조 및 감독기능을 명시하고 있다. 이는 무엇보다도 국제중재에서는 중재절차의 適法性を 보장하기 위해 법원의 감독기능이 중시되고 있기 때문이다. 물론 법원의 감독기능에 의해 중재판정부의 지위와 가치가 감소되어서는 안 될 것이지만, 국가 역시 중재절차가 適法하게 행해질 수 있도록 배려하고 중재판정을 승인·집행하는 임무를 포기해서도 안 된다. 따라서 法治國家原則이 훼손되지 않도록 중재절차에 대한 국가의 감독과 개입은 일정한 범위 내에서 반드시 필요한 것이다.

법원이 중재절차에 적극적으로 개입하는 것과 관련하여 개정 중재법과 모델법에 나타난 구체적인 내용으로서는 중재인 선정(제12조, 모델법 제11조), 중재인의 기피(제14조, 모델법 제13조), 중재인의 권한 종료(제15조, 모델법 제14조)에 있어서 이다. 우선 당사자가 중재인을 선정하지 않거나 당사자에 의해 선정된 2인의 중재인이 제3의 중재인을 선정하지 못하는 경우 또는 당사자가 중재인 선정에 합의하지 못하거나 합의된 선정절차를 이행하지 않는 경우, 법원은 당사자의 신청에 의해 중재인 선정에 필요한 조치를 취할 수 있으며, 법원의 이러한 決定에 대해서 당사자는 不服을 제기할 수 없다(제12조). 또한 중재인에 대한 기피신청이 중재판정부에 의해 받아들여지지 않은 경우, 법원은 당사자의 신청에 의해 이에 대해 판단할 수 있다(제14조). 그리고 중재인의 권한 종료 여부에 관해 다투어지는 경우, 법원은 당사자의 신청에 의해 중재인의 권한 종료에 관해 결정할 수 있다(제15조). 이처럼 법원은 당사자의 신청이 있으면 중재절차에서 일련의 행위에 대하여 적극적으로 개입하여 원활한 중재절차의 진행이 가능하도록 하고 있다.

2. 법원의 보전처분

중재 대상이 된 분쟁에 대해 保全處分の 필요성이 있는 경우, 本案에 관해서는 중재합의로 인해 법원의 관할이 배제되지만 보전처분에 관해서는 법원의 권한이 배제되지 않는다.

개정 중재법 제10조와 모델법 제9조는 仲裁節次前이나 仲裁節次係屬 중에 당사자의 신청

6) Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, § 16 II 1.

이 있는 경우 법원은 필요한 보전처분을 명할 수 있으며, 특히 모델법에서는 이러한 법원의 행위가 중재합의와 양립하지 않는 것은 아니라는 점을 명시적으로 밝히고 있다. 이 규정은 보전처분과 관련하여 중재합의가 법원에 미치는 소극적인 효력을 제한하고 있다는 데 그 의미가 있다. 그리고 개정 중재법 제18조와 모델법 제17조가 중재판정부의 臨時的 處分權限을 명시하고 있으므로 인해 이로부터 마치 중재판정부만이 임시적 처분권한을 가지는 것으로 오해할 수 있는 여지를 拂拭시키기 위해, 특히 모델법 제9조에서는 중재합의의 대상이 된 분쟁과 관련하여 법원에 보전처분을 신청하는 것이 중재합의에 반하지 않음을 명시하고 있는 것이다.

중재합의가 있으면 本案事件은 반드시 중재판정부에 의해 판단되어야 하고, 또한 중재판정부에게 명시적으로 임시적 처분권한이 인정되고 있음에도 불구하고 보전처분에 관한 법원의 관할을 그대로 인정하고 있는 것은 일반적으로 보전처분의 필요성이 중재판정부 구성 전에 나타나기 때문이다. 그리고 보전처분의 필요성이 중재판정부 성립 이후에 나타나는 경우에도 보전처분권한에 대해 법원의 附隨的 地位를 인정하지 않고 중재판정부와 並列的 地位를 인정하고 있는 것은 법원에 의한 보전처분과 중재판정부에 의한 임시적 처분의 내용과 요건이 서로 다르기 때문이다. 개정 중재법 제10조와 제18조에서 이미 용어상으로도 구분하여 사용하고 있듯이, 중재판정부가 행하는 임시적 처분은 법원이 행하는 가압류·가처분의 보전처분과 반드시 일치하지 않으며 보다 광범위한 개념이다. 단지 그 범위가 “분쟁의 대상에 관하여” 필요한 것으로 제한된다. 그리고 중재판정부는 임시적 처분에 대한 신청이 있더라도 재량에 따라 필요한 처분을 명할 수 있는 반면, 법원은 보전처분의 요건이 갖추어진 경우에는 반드시 보전처분을 명하여야 한다. 나아가 중재판정부의 임시적 처분이 실행되기 위해서는 법원의 執行宣告를 필요로 하나, 법원의 보전처분은 다른 절차를 더 이상 거치지 않고 그것 자체로서 바로 집행이 가능하다. 따라서 효율성의 측면에서 볼 때, 법원의 보전처분이 중재판정부의 임시적 처분보다 나올 수 있으므로 당사자에게 兩者의 가능성 중 선택할 수 있는 여지를 남겨 두고자 한 것이다. 本案에 대해 배타적으로 심판권을 가지는 중재판정부에게 임시적 처분권한도 함께 인정하여야 한다고 주장하는 사람들조차 법원의 보전처분이 훨씬 효율적이라는 사실을 시인하면서 당사자로 하여금 법원에 보전처분을 신청할 것을 권하고 있다.⁷⁾ 本案事件에 대해 당사자가 중재합의를 체결한 것은 중재판정부에 의해 법원의 재판보다 훨씬 신속하고 전문적 지식을 활용한 判定을 받기 원하기 때문이다.⁸⁾ 그러나 보전처분과 관련하여

7) Brinkmann, Schiedsgerichtsbarkeit und Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 35 ff., 42; Habscheid, KTS 1987, 184.

8) 연방대법원은 BGH, NJW 1977, 1397(1399)에서 자신들이 직접 선택한 그리고 사건에 대해 전문적 지식을 갖춘 중재인에 의해 분쟁을 신속하게 해결하려는 것이 仲裁合意를 체결한 당사자가 객

서는 중재판정부의 임시적 처분권한이 반드시 신속한 재판을 원하는 당사자의 의사에 상응한다고 보기 어려우므로 법원의 보전처분권한은 그대로 유지되어야 하는 것이다. 보전처분절차에서는 보전처분의 목적 자체가 신속한 실행과 연결되어 있기 때문에 무엇보다도 신속성이 그 생명이다. 그리하여 보전처분절차에서는 일반적으로 口頭辯論 없이 진행되며, 보전처분의 필요성에 대해서도 疎明으로 충분한 것으로 하고 있다(민사소송법 제700조, 제715조).

이런 점을 고려하여 개정 중재법이나 모델법은 법원과 중재판정부 모두에게 보전처분권한과 임시적 처분권한을 인정하고, 양자에게 동등한 지위를 부여하고 있다. 양쪽에 보전처분 내지 임시적 처분권한을 인정함으로써 생길 수 있는 二重裁判의 위험은 權利保護利益이라는 訴訟要件에 대한 심사 및 중재판정부의 임시적 처분에 대한 執行宣告節次를 통해 충분히 막을 수 있다.

3. 증거조사에 관한 법원의 협조

구체적으로 법원이 중재절차에 어떻게 적극적으로 협조할 것인가는 개정 중재법 제28조 및 모델법 제27조에 잘 나타나 있다. 개정 중재법에서는 법원에 대한 지원요청의 주체를 중재판정부로 명시하여 중재판정부는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의해 법원에 증거조사를 촉탁할 수 있도록 하였다(제28조). 이에 비해 모델법에서는 중재절차의 당사자가 중재판정부의 동의를 얻어 관할법원에 대한 증거조사의 협조요청을 할 수 있는 것으로 규정하고 있다(모델법 제27조). 한편 독일에서는 지금까지 일방당사자에게만 법원에 대한 협조요청권한을 인정하였기 때문에 실무상으로는 중재판정부가 양당사자로부터 법원에 대한 협조요청권을 위임받아 행하는 식으로 편법 운영되던 것을 이제는 중재판정부에게도 법원에 대한 협조요청권을 인정하고 있다(독일 민사소송법 제1050조).⁹⁾ 나아가 독일 중재법은 법원의 지원범위를 증거조사에 한정하지 않고 중재판정부가 할 수 없는 행위까지 명시적으로 확대해 놓고 있다(독일 민사소송법 제1050조).¹⁰⁾ 1996년 잉글랜드 중재법에서는 중재판정부로 하여금 당사자의 합의에 근거하여 중재판정에 필요한 거의 모든 행위를 할 수 있도록 규정하고 있다. 그렇지만 영국의 중재판정부 역시 법원이 가지

관적이며 타당성 있게 고려한 목적이라고 判示하였다.

9) Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rdnr. 434.

10) 중재판정부가 할 수 없는 행위란, 예컨대 공무원이 소지한 문서의 제출을 요청하거나 외국에서의 송달이나 公示送達을 해야 하는 경우 및 공무원과 법관에 대한 審問을 위해 陳述承認을 받아야 하는 경우 그리고 증인이나 감정인이 중재판정부에 대해 진술을 거부하거나 이들이 선서를 해야 하는 경우 등을 말한다.

는 강제력을 행사할 수는 없기 때문에 중재절차에서 법원의 협조는 불가피하다. 더욱이 잉글랜드 중재법은 합의사항을 위반한 당사자에 대한 명령은 법원의 강제력에 의해 실현 되도록 규정하고 있다(잉글랜드 중재법 제42조). 이에 따라 증언을 거부하는 증인에 대해서는 법원에 제기된 소송절차와 동일한 방식으로 또 법원의 소송절차에서 허용하는 방식으로 증언을 강제할 수 있는 것이다.¹¹⁾

법원의 협조와 관련하여 우리나라의 개정 중재법이 모델법이나 다른 나라의 중재법 보다 진일보한 점은 구체적으로 법원에 대한 협조신청을 어떻게 할 것이며, 또한 법원이 이를 어떻게 처리해야 할 것인지에 대해 상세히 규정하고 있다는 점이다(중재법 제28조 제2항 내지 제4항). 이에 따르면 중재판정부는 조서에 기재할 사항이나 기타 증거조사가 필요한 사항을 서면으로 지정할 수 있으며, 법원은 증거조사를 마친 후 證人訊問調書謄本·檢證調書謄本 등 증거조사에 관한 기록을 지체없이 중재판정부에 송부하여야 하며, 중재판정부는 증거조사비용을 受託法院에 납부하여야 한다.

중재판정부나 당사자의 협조요청이 있는 경우, 법원은 요청된 행위의 필요성 여부 등에 대해서는 판단할 권한이 없다. 예컨대 중재판정부가 법원에 증인의 宣誓를 요청한 경우에 법원은 자신의 견해로는 증인선서가 불필요하다는 이유로 그 신청을 거절할 수 없다. 이는 중재판정부와 법원이 절차상 同價值的인 지위를 가진다는 점에서 볼 때 당연한 결과이다. 그렇다고 하여 법원이 무조건 중재판정부의 협조신청에 응해야만 하는 것은 아니다. 법원은 중재합의가 강행법규에 반하는 등 무효인 것이 명확한 때에는 협조신청을 거절할 수 있다. 그리고 협조 대상이 된 행위는 민사소송법상 適法한 것이어야 한다. 또한 중재절차에 대한 지원행위로서 법원이 행하는 절차는 중재절차의 일부분이 아니기 때문에 직접적으로 이 절차상의 瑕疵를 이유로 중재판정 취소의 소를 제기할 수는 없다. 단지 법원의 不適法한 지원행위의 결과를 중재판정부가 중재절차에서 사용하여 중재판정이 행해진 경우에는 중재판정 취소사유가 될 수 있을 것이다.¹²⁾

중재절차에서 법원의 지원이 필요한 경우 구체적으로 어느 법원이 이를 관할할 것인가 하는 점도 문제이다. 모델법은 이에 대한 명문규정이 없으나, 우리나라의 개정 중재법은 제7조에서 법원의 관할에 관해 상세히 규정하면서 증거조사와 관련하여서는 증거조사가 행해져야 할 지역을 관할하는 법원을 관할법원으로 하고 있다(제7조 제2항). 독일의 개정 중재법은 제1062조 제4항에서 증거조사와 그 밖의 법원의 행위에 대해서는 當該行爲가 행해져야 할 區法院을 관할법원으로 명시하고 있다.¹³⁾ 증거조사 등의 지원행위가 효

11) 강병근, 우리 중재법의 개정방향과 1996년 잉글랜드 중재법, 중재학회지 제6권(1996), 124쪽.

12) Stein-Jonas-Schlosser, § 1036 Rdnr. 9.

13) 종전에는 지방법원이 관할법원이 되어 변호사강제주의가 적용되었다.

울적으로 행해지도록 하기 위해서는 당해행위가 행해져야 할 지역을 관할하는 지방법원을 관할법원으로 하는 것이 타당할 것이다. 그리고 독일 중재법에서는 중재판정부가 보다 공정한 중재판정을 내릴 수 있도록 하기 위해 법원의 증거조사 등에 중재판정부가 참여하여 질문할 수 있음을 명시하고 있다(독일 민사소송법 제1050조).

V. 중재절차에서 법원의 소극적 역할

1. 법원의 관여범위

개정 중재법 제6조와 모델법 제5조는 중재절차에서 법원의 관여범위를 제한하고 있다. 즉 법원은 중재법이나 모델법에서 규정하고 있는 경우 이외에는 중재절차에 관여해서는 안 된다는 것이다. 독일의 개정 중재법도 이와 유사한 내용을 제1026조에서 규정하고 있다. 물론 모델법의 이 규정은 법원이 광범위하게 중재절차에 관여할 수 있는 영미법에서는 큰 의미를 가지나 대륙법에서는 이미 당연시되고 있는 내용이다.

이처럼 개정 중재법이나 모델법이 법 자체에서 규정하고 있는 경우를 제외하고는 어떠한 사항에 대해서도 법원이 관여할 수 없도록 명시하고 있는 것은 중재판정부의 自律性을 최대한 보장하려는 의도에서이다. 그렇지만 모델법은 각국이 모델법을 수용하면서 법원의 관할권을 각국의 사정에 따라 확대 또는 제한하는 것을 배제시키고 있지는 않았다. 그리하여 예컨대 독일의 개정 중재법은 모델법을 대부분 수용하면서도 제1026조에서 법원의 활동범위를 다음의 세 경우까지 확대하였다. 즉 중재판정부가 구성되기까지 중재절차의 適法與否에 대한 확인청구(독일 민사소송법 제1032조 제2항), 중재인 선임에서 일방당사자의 우월적 지위(독일 민사소송법 제1034조 제2항) 및 중재절차의 진행에 대한 법원의 광범위한 지원가능성(독일 민사소송법 제1050조)을 규정하고 있다. 우리의 개정 중재법은 모델법에서 인정하고 있는 이상으로 중재절차에서 법원의 관여범위를 확대시키고 있지는 않다. 그러나 중재인 선임에서 일방당사자가 우월한 지위를 가지고 영향력을 행사하는 것처럼 문제의 소지가 있는 경우에 대해서는 법원의 개입이 필요할 것이며, 그러한 법원의 관여에 대해서는 그 범위를 법 자체에서 좀 더 상세하게 명시하는 것이 중재절차의 활성화에 도움이 될 것이다.

2. 중재판정부의 判定權限에 관한 決定權

중재판정부의 判定權限에 관한 決定權(Kompetenz-Kompetenz)에 대해서는 개정 중재법 제17조와 모델법 제16조에서 규정하고 있다. 이에 따라 중재판정부는 자신의 판정권한에

대해 판단할 수 있는데, 이와 함께 중재합의의 유효여부와 그 범위에 관해서도 판단할 수 있다. 중재판정부가 중재합의의 유효여부를 판단할 때에는 本契約과 중재합의를 별개의 독립된 계약으로 간주하여야 하는데, 이는 특히 중재합의가 仲裁條項의 형식으로 된 경우에도 그러하다. 따라서 本契約이 無效라고 하더라도 반드시 중재합의까지 無效가 되는 것은 아니다.

중재판정부에게 판정권한이 없다는 당사자의 異議는 늦어도 본안에 관한 答辯書を 제출할 때까지 제기되어야 한다. 이러한 당사자의 이의는 당사자가 중재인을 선정하였다거나 선정에 협조했다는 사실에 의해 배제되지 않는다. 중재판정부의 判定權限違反에 대해 이의를 제기하기 전에 중재판정부의 성립을 기다리는 것이 당사자에게 때때로 유리할 수 있기 때문이다.

당사자가 제기한 이의에 대해 중재판정부가 자신의 판정권한을 인정하는 경우에는 先決問題로서 또는 本案에 관한 중재판정에서 이를 판단할 수 있다(제17조 제5항, 모델법 제16조 제3항). 이에 비해 독일의 중재법은 중재판정부가 자신의 판정권한에 대해 판단하는 경우 中間判定(Zwischenentschied)¹⁴⁾에 의하도록 하고 있다(독일 민사소송법 제1040조). 자신의 판정권한을 인정하는 중재판정부의 中間判定에 대해서 각 당사자는 30일내에 법원의 재판을 신청할 수 있으며, 신청이 없는 경우 중재판정부의 판정권한에 관한 판단은 더 이상 取消節次나 執行宣告節次에서 심사될 수 없다. 중재판정부 스스로 자신의 판정권한에 대해 행한 판단에 관해 법원의 재판을 구함으로써 초래될 수 있는 절차 지연의 위험을 방지하기 위해 중재판정부는 이 경우 계속하여 중재절차를 진행시켜 중재판정을 행할 수 있다.¹⁵⁾

개정 중재법이나 모델법에 따르면 당사자의 신청이 있으면 중재판정부의 판정권한 여부에 대해서는 법원이 최종적으로 재판하게 된다(제17조 제6항, 모델법 제16조 제3항). 독일에서는 이러한 모델법의 규정을 중재법 개정시에 수용함에 따라 지금까지의 연방대법원의 입장,¹⁶⁾ 즉 당사자가 중재판정부의 自律的 判定權限決定에 대해 합의한 경우에는(중재합의의 有效與否에 상관없이 독립된 仲裁條項으로 규정한 경우에는) 중재판정부가 최종적으로 판단할 수 있다는 입장이 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 종전 연방대법원

14) 中間仲裁判定(Zwischenschiedsspruch)이라고 표현할 수 없는 것은 本案에 관한 재판이 아니기 때문이다, Kommissionsbericht zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, S. 132 ff.

15) 우리 大法院도 大判 1996.6.11 선고 96마149 결정에서 당사자가 법원에 중재절차의 違法을 이유로 仲裁節次停止假處分을 구하는 것은 중재인으로 하여금 당사자의 중재절차위반의 抗辯에도 불구하고 仲裁節次를 續行하여 仲裁判定을 할 수 있다고 규정한 중재법 제10조의 취지에 반한다고 判示하고 있다.

16) BGHZ 68, 356.

의 입장은 전체 중재절차가 아무런 소득 없이 끝나 버리는 위험을 방지할 수 있는 것이기는 하였지만, 독일의 개정 중재법이 모델법을 수용함에 따라 앞으로 연방대법원의 판례도 변경될 수밖에 없을 것이다.

1996년 잉글랜드 중재법은 모델법과 마찬가지로 중재판정부에게 판정권한에 관한 결정권을 인정하고 있으며(잉글랜드 중재법 제30조), 가능한 한 이 문제를 초기에 해결하도록 하기 위하여 時期에 늦게 판정권한의 존재여부를 다룰 수 없도록 규정하고 있다(잉글랜드 중재법 제31조 제2항 내지 제4항). 중재판정부의 판정권한에 관한 決定權과는 달리 법원도 당사자의 신청이 있으면 本案에 관한 중재판정부의 판정권한 여부를 판단할 수 있는데, 이 경우 중재판정부는 계속 중재절차를 진행하여 중재판정을 내릴 수 있다.

3. 중재판정부의 임시적 처분권한

개정 중재법 제18조와 모델법 제17조는 중재판정부에게 당사자의 신청이 있는 경우 계정 목적물과 관련하여 필요한 임시적 처분을 내릴 수 있음을 명시하고 있다. 중재판정부의 이러한 권한은 모델법에서 뿐 아니라 UNCITRAL 중재규칙 제26조, 스위스 국제사법 제183조 및 네덜란드 민사소송법 제1051조에서도 인정하고 있다. 1996년 잉글랜드 중재법 역시 제44조에서 중재판정부가 假押留·假處分措置를 할 수 있음을 규정하고 있다. 프랑스는 1980년 새로운 중재법이 시행되었으나 중재판정부의 보전처분에 관한 명문규정이 없다. 학설은 중재판정부의 보전처분을 인정하는 반면, 判例¹⁷⁾는 本案에 대한 중재합의에도 불구하고 임시적 조치는 법원의 관할로 보고 있다.¹⁸⁾

독일의 경우 중재판정부의 보전처분권한에 대해 오랜 기간동안 논란이 행해져 왔는데, 종전까지 判例¹⁹⁾와 學說²⁰⁾의 多數說은 중재판정부의 보전처분권한을 인정하지 않았다. 그 근거로서는 중재판정의 執行宣告는 최종적인 중재판정만을 그 대상으로 하고 있는데 假押留·假處分命令은 변경의 가능성이 있기 때문에 최종적인 중재판정이 아니라는 점,

17) 3 eme Civ.7.6.1979 Cinema Rex, Bull. civ. 1979 3. Abt., Nr.122, S. 93; Rev.arb.1980, 78 Anm Courteault.

18) 상세한 내용은 Mezger, ZJP 94(1981), 144 ff.

19) RG 31, 370; BGH, ZJP 71(1958), 436; OLG Frankfurt, NJW 1959, 1088; OLG Frankfurt, NJW 1973, 2208; LG Berlin, NVwZ 1983, 438.

20) 대표적으로 Thomas/Putzo, § 1034 Anm. 1; Zöllner/Vollkommer, vor § 916 II 2; Zöllner/Geimer, § 1034 XXI; Baumbach/Lauterbach/Albers, § 1034 5); Erman, FS für Möhring, S. 3, 12 ff.; Schwab, FS für Baur, S. 627 ff. 상세한 것은 Sunju Jeong-Ha, Einstweilige Maßnahmen in der Schiedsgerichtsbarkeit, S. 15 ff. 참조.

그리고 중재판정부는 公權力을 가지고 있지 않기 때문에 보전처분절차에 꼭 필요한 宣誓에 갈음하는 保證에서 宣誓를 받을 수 없다²¹⁾는 점 등을 들었다. 그러나 독일의 개정 중재법은 이러한 기존의 입장을 탈피하고 모델법을 받아들여, 제1041조에서 중재판정부의 보전처분권한을 명시적으로 규정하고 있다. 이에 따르면 중재판정부는 당사자의 신청이 있는 경우 係爭物에 관해 필요하다고 인정하는 臨時的 내지 保全的 處分을 명할 수 있다. 그러나 당사자가 달리 합의한 경우에는 중재판정부의 보전처분권한이 인정되지 않는다. 當事者主義를 우선으로 하고 있는 모델법이나 스위스 국제사법의 입장을 따른 것이다.

우리나라의 개정 중재법에서는 제18조에서 임시적 처분이라는 용어를 사용함으로써 법원에 의한 보전처분(제10조)과 구분하고 있다. 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 兩者는 여러 면에서 차이를 나타내고 있고 또한 보전처분의 효율성이라는 측면에서 볼 때 兩者를 구별하여 법원에 대해서는 보전처분을, 중재판정부에 대해서는 이보다 포괄적인 개념인 임시적 처분권한을 인정하는 것이 타당하다. 단지 중재판정부는 “분쟁의 대상에 관하여 필요한” 임시적 처분을 내릴 수 있으므로 분쟁대상이 아닌 목적물이나 법률관계에 관하여는 임시적 처분이 인정되지 않아 법원의 보전처분보다 그 범위가 제한된다. 이와 관련하여 모델법에서도 중재판정부의 임시적 처분이 제3자의 권리를 침해할 수는 없다는 점을 인식하여 모델법 제17조에 의한 임시적 처분을 제9조에 의한 법원의 보전처분과 비교하여 그 적용범위가 제한된다고 보고 있다.²²⁾

모델법에서는 중재판정부의 보전처분권한을 명시적으로 인정하고 있으나 구체적으로 이것이 어떻게 실현될 것인지에 대해서는 언급하고 있지 않다. 이는 모델법이 의도적으로 중재판정부의 보전처분권한의 실행에 대해서는 각국의 국내법에 일임하고자 하였기 때문이다.

독일법적 사고에 따르면 집행은 강제력을 가진 법원에 의해서만 가능하기 때문에 독일의 개정 중재법은 중재판정부의 보전처분이 법원에 의해 執行宣告될 수 있음을 규정하고 있다(독일 민사소송법 제1041조 제2항). 법원은 裁量에 따라 執行宣告與否를 결정할 수 있는데, 이 때 법원은 중재합의의 有效與否 및 處分命令의 不當性을 심사하여 문제가 있는 경우에는 執行宣告를 거부할 수 있다. 이미 법원에 상응하는 보전처분이 신청된 경우에는 당연히 執行宣告가 배제된다. 이는 법원의 보전처분에 대해서는 區法院이나 지방법원이, 중재판정부의 보전처분에 대한 執行宣告는 고등법원이 관할함으로써 생길 수 있는 이중적인 사건심리와 재판의 상충 위험을 피하기 위한 것이다. 물론 당사자는 법원과 중

21) 이에 반해 잉글랜드 중재법은 중재판정부에 대해 宣誓를 받을 수 있는 권한을 인정하고 있다(제38조 제5항).

22) 장문철/정선주/강병근/서정일, UNCITRAL모델중재법의 수용론, 372쪽.

재판정부의 보전처분 중 兩者擇一할 수 있다. 이에 비해 우리의 개정 중재법에서는 임시적 처분이 본안에 관한 문제가 아니라 절차적 문제이기 때문에 判定이 아닌 決定의 형식으로 하도록 하였으며(제18조 제1항), 이에 따라 법원의 집행판결을 받을 수 없고 당사자가 스스로 이행하지 않으면 강제할 수 없다는 한계를 안고 있다.

VI. 중재절차에 대한 법원의 통제

중재절차에 대한 광범위한 법원의 통제는 중재절차의 종료에 의해 비로소 가능해진다. 중재판정 취소의 소와 중재판정의 승인·집행절차를 통해서 법원은 중재절차와 중재판정에 대한 최종적인 평가를 하게 되는 것이다. 그러나 법원의 이러한 통제적 역할은 중재제도의 원활한 기능수행을 위한 본질적인 부분에 한정되어야 한다.

1. 중재판정 취소의 소

법원의 확정판결은 再審事由가 있는 경우에 한하여 취소될 수 있는 반면, 중재판정에 대해서는 법원에 대한 취소신청을 그 불복방법으로서 인정하고 있다. 중재판정의 有效나 無效確認請求는 權利保護利益이 없기 때문에 허용되지 않는다.²³⁾ 중재판정에 대한 유일한 불복방법은 중재판정 취소의 소를 제기하는 것이다. 중재판정 취소의 소는 일반적으로 중재절차가 單審으로 진행되는 데 대한 보완책으로서 이해되기도 한다.²⁴⁾ 프랑스처럼 중재절차에 審級制度를 인정하고 있는 나라도 있지만(Art. 1482 NCPC),²⁵⁾ 대부분의 국가에서는 법원의 소송절차와 비교하여 중재제도의 장점으로 중재절차의 單審構造를 들고 있다. 심급제도를 통해 正當性和 適法性이 보장되는 법원의 재판에 대응하여 중재판정에 대해서는 법원에 중재판정 취소사유의 存否를 심사하도록 함으로써 중재판정의 適法性を 보장하려는 것이다. 중재판정 취소의 소에 의해 법원은 중재판정부가 행한 재판에 개입하는 역할을 하게 되지만 중재판정의 本案 자체에 대해서는 심사할 수 없다. 법원은 중재판정을 취소할 때 판정의 정당성에 대해 심사할 수 없으며,²⁶⁾ 중재판정부가 행한 사실

23) MünchKommentar-Maier, § 1041 Rdnr. 2.

24) Heinz, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, S. 114.

25) Art. 1482 NCPC "중재판정에 대해서는 항소가 제기될 수 있다. 단 당사자가 중재합의에서 항소를 포기한 경우에는 그러하지 아니하다. 중재인이 友誼的 仲裁人으로 선임된 경우에는 항소가 제기될 수 없다. 단, 당사자가 중재합의에서 명시적으로 항소의 가능성을 유보한 경우에는 그러하지 아니하다."

26) BGH, NJW 1986, 1436에서 독일 연방대법원은 중재판정 취소의 소에서 법원은 중재판정부가

확정과 법적 판단에 구속된다.

개정 중재법 제36조와 모델법 제34조에서는 중재판정에 대한 유일한 불복방법이 중재판정에 대한 취소신청임을 명시하고 당사자로 하여금 제2항에 규정된 취소사유가 있는 경우에 법원에 대해 중재판정의 취소를 구할 수 있도록 하고 있다. 그런데 이미 채권자가 중재판정의 執行宣告를 신청한 경우에 채무자는 중재판정 취소의 소를 제기할 수 없다. 취소사유는 執行宣告節次에서 주장될 수 있기 때문이다. 이에 비해 중재판정 취소의 소가 제기되었다고 하여 중재판정의 집행선고 신청이 방해받지는 않는다.

거의 대부분의 나라에서 중재판정 취소의 가능성을 인정하고 있지만, 중재판정 취소의 소가 제기된 경우 그 다음의 절차가 어떻게 진행되는가에 대해서는 차이를 보이고 있다. 우선 우리 개정 중재법에서는 이에 관한 명문규정이 없다. 모델법은 중재판정 취소의 소가 제기된 법원에 대해 중재판정부로 하여금 중재절차를 再開하거나 취소사유를 제거할 만한 적절한 조치를 취할 수 있도록 하기 위하여 일시 취소절차를 停止시킬 수 있는 가능성을 열어 놓고 있다(모델법 제34조 제4항). 이에 반해 독일에서는 당사자의 중재판정 취소 신청이 이유 있으면 법원은 중재판정을 취소하고, 이 경우 당사자의 신청이 있고 또한 법원이 적절하다고 여기는 때에는 사건을 중재판정부로 還送하도록 하고 있다(독일 민사소송법 제1059조 제4항). 사건을 환송 받은 중재판정부는 중재판정 취소의 근거가 되었던 사유를 고려하여 새로운 중재판정을 내려야 한다. 또한 독일에서는 지금까지 중재판정이 취소되면 중재합의도 당연히 無效가 되는 것으로 보았는데, 개정법에서는 법원의 업무경감을 위해 명백한 경우가 아니라면 중재합의가 부활하는 것으로 명시하고 있다. 따라서 당사자는 중재판정 취소판결이 확정되었다 하더라도 반드시 새로운 중재합의를 체결하지 않고 새로이 중재절차를 진행시킬 수 있다(독일 민사소송법 제1059조 제5항). 영국은 좀 더 신축성 있는 해결책을 선택하였다. 1996년 잉글랜드 중재법은 중재판정의 瑕疵의 輕重에 따라 법원으로 하여금 사건을 중재판정부로 환송하거나 중재판정을 취소하거나 중재판정 무효 확인을 할 수 있도록 하고 있다(잉글랜드 중재법 제68조). 우리 개정 중재법의 해석상으로는 중재판정 취소사유가 당사자의 無能力 또는 중재합의의 무효, 중재가능성이 없는 경우, 공공질서 위반인 때에는 중재합의까지 그 효력을 상실하는 반면, 기타 다른 취소사유의 경우에는 취소판결이 확정되더라도 중재합의의 효력은 그대로 존속하여 당사자는 새로운 중재절차를 진행할 수 있다고 본다.²⁷⁾ 생각건대 가능한 한 중재합의의 효력을 그대로 유지시키는 것이 중재에 의해 분쟁을 해결하려는 당사자의 본래 의도와 합치할 뿐 아니라 중재제도를 통한 법원의 업무경감 효과도 가져올 수

본안에 적용된 법을 정확하게 해석했는지 여부 또는 중재판정부가 당사자의 행동으로부터 정확하게 법적인 결론을 이끌어 내었는지 여부에 대해서는 심사할 수 없음을 명확히 밝혔다.

27) 목영준, 상사중재법론, 235쪽.

있을 것이다.

2. 중재판정의 승인과 집행

중재절차에서 법원이 가장 중심적 역할을 하게 되는 것은 바로 중재판정의 承認과 執行에
에서이다. 중재판정이 중재절차의 당사자간에 確定判決과 같은 효력을 가진다고 하지만
현실적으로 중재판정을 실현시키기 위해서는 중재판정에 대한 법원의 승인과 집행선고절
차를 거쳐야 한다. 중재판정의 승인과 집행에 관한 이러한 규정은 한편으로는 중재절차
에서 법원의 협력의 중요성을 명시적으로 보여주고 있으며, 다른 한편으로는 중재절차의
취약점을 그대로 드러내고 있다. 중재판정은 당사자의 합의에 근거하여 私人에 의해 행
해진 분쟁 해결의 결과에 불과하므로 그 강제적 실현을 위해서는 公權力을 행사할 수 있
는 법원의 개입이 반드시 필요하다. 중재판정에 의한 강제집행은 중재판정 자체에 의해
서가 아니라 법원의 집행선고에 의해서 비로소 가능해진다. 이런 점 때문에 중재판정은
원천적으로 법원의 판결과 완전히 동일시될 수 없다는 한계를 안고 있는 것이다.

중재판정의 承認과 執行에 관해 모델법은 국내 또는 외국중재판정인지 여부를 구별하지
않고 일률적으로 제35조에서는 승인의 필요성과 집행선고의 형식적 요건을, 제36조에서
는 승인과 집행의 거부사유를 규정하고 있다. 이에 반해 우리나라의 개정 중재법과 독일
의 개정 중재법은 국내와 외국중재판정을 구분하여 前者에 관해서는 중재판정 취소사유
의 존재 여부에 따르고 있다(제38조, 독일 민사소송법 제1060조). 한편 외국중재판정에
대해 독일에서는 “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약”의 적용을 받는지 여부를
구분하지 않고 일률적으로 UNÜE 1958에 따르도록 하고 있는 반면(독일 민사소송법 제
1061조), 우리나라에서는 위 협약의 적용을 받는 외국중재판정인가 아닌가에 따라 제39
조 제1항과 제2항에서 구분하여 규정하고 있다. “외국중재판정의 승인 및 집행에 관한
협약”의 적용을 받는 국가는 이 협약에 따라, 그렇지 않은 국가는 외국판결의 효력(민사
소송법 제203조)과 외국판결에 의한 강제집행(민사소송법 제476조 제1항 및 제477조)에
관한 민사소송법의 규정에 따라 승인 또는 집행이 결정된다. 한편 1996년 잉글랜드 중재
법에서는 종전까지 판례법상 인정되고 있었던 중재판정에 따른 소송(action on award)을
명문으로 인정하여 중재절차의 敗訴當事者가 자발적으로 중재판정에 따르지 않는 경우
중재계약 위반을 이유로 법원에 소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 이와 함께 중재판
정의 집행을 위해서는 법원이 집행력 있는 결정문이나 판결문의 형식으로 집행을 허가해
야 한다(잉글랜드 중재법 제66조).²⁸⁾

28) 강병근, 국제 중재판정의 취소 및 승인, 집행과 우리 중재법의 개정, 국제법률경영, 1996 여
름호, 207쪽.

그리고 독일의 중재법에서는 국내중재판정에 대해서는 집행선고 속에 중재판정에 대한 승인까지 포함한다고 보아²⁹⁾ 승인에 대해서는 규정하지 않고 집행선고만을 규정하고 있다. 이에 비해 우리의 개정 중재법에서는 국내중재판정에 대해서도 승인과 집행을 규정하고 있다(제38조). 생각건대 중재판정의 강제집행은 중재판정에 대해 집행이 선고된 경우에만 가능하다. 중재판정 자체는 직접적으로 집행 가능한 執行名義가 될 수 없다. 그런데 법원의 집행선고의 의미는 강제집행이 가능하도록 한다는 데에 그치는 것이 아니라, 중재판정을 확정한다는 의미까지 가지는 것이다.³⁰⁾ 중재판정에 대한 집행여부를 선고할 때 법원은 중재판정 취소사유의 存否에 관해 판단하여야 하기 때문이다. 그리하여 중재판정 취소사유가 존재하면 집행선고 신청은 중재판정의 취소와 함께 기각된다. 이런 점에서 집행선고절차는 강제집행절차가 아니기 때문에 강제집행이 필요하지 않는 확인적 중재판정이나 請求却下 내지 棄却의 중재판정이나 形成的 仲裁判定에 대해서도 집행선고가 행해질 수 있다. 이 경우 집행선고는 이들 중재판정을 법원의 확정판결과 질적으로 완전히 동일하도록 만들어 주며, 중재판정 취소사유를 더 이상 주장할 수 없도록 중재판정을 확정한다는 의미를 가진다.³¹⁾ 그리고 우리 개정 중재법이 국내중재판정과 외국중재판정을 구분하여 규정하고 있는 이상, 국내중재판정에 대해서는 집행선고가 행해질 때 당해 중재판정이 집행선고될 수 있는지 여부도 검토되는 것이므로 집행선고 속에 승인이 포함된 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

증거조사에서 법원의 지원의 경우와 마찬가지로 모델법은 중재판정의 승인과 집행의 관할법원에 대해서도 명시적으로 규정하고 있지 않다. 각국의 법에 따르는 것이 타당하다고 보았기 때문이다. 우리나라는 개정 중재법 제7조에서 중재판정의 승인과 집행에 관한 관할법원을 상세하게 규정하고 있다. 이에 따르면 중재합의에서 지정한 법원, 중재지 관할법원, 피고 소유 재산소재지 관할법원 및 피고의 보통재판적 소재지 지방법원이 관할법원이 된다. 이에 비해 독일의 개정 중재법은 중재판정의 승인과 집행에 관한 관할법원을 고등법원으로 하고 있다(독일 민사소송법 제1062조). 과거 독일의 중재법에 따르면 중재판정의 집행선고는 당사자의 다른 합의가 없으면 區法院이나 지방법원에 의해 행해졌다(구 독일 민사소송법 제1045조, 제1046조). 그리고 지방법원의 재판에 대해서는 고등법원에 항소가, 연방대법원에 상고가 제기될 수 있었다. 이러한 구법하의 체제는 중재판정부의 판정에 대해 복잡하고 시간이 많이 걸리며 비용도 많이 드는 법원의 절차가 뒤따른다는 비효율성을 의미하는 것이었다. 이에 독일의 개정 중재법은 중재판정부의 판정

29) BGHZ 55, 171.

30) BGH, BB 1962, 616.

31) BGH JZ 1962, 287.

을 법원의 소송절차의 제1심 재판과 동순위로 인정하여 중재판정에 대한 법원의 절차를 고등법원에 집중하도록 하였으며, 중재판정에 대한 불복의 제기를 현저히 제한하였다.

VII. 관할법원

중재절차에서 법원은 소극적이든 적극적이든 어떤 형태로든지 일정한 역할을 할 수 있고 또한 해야만 한다. 중재절차에서 법원이 이러한 역할을 할 때 문제가 되는 것은 어느 법원을 관할법원으로 하는 것이 현실적으로 가장 효율적으로 중재절차의 진행에 도움이 될 것인지 하는 점이다. 모델법은 중재절차에서 법원의 다양한 역할에 관해 규정하면서도 구체적인 관할법원에 대해서는 침묵하였다. 이는 각국이 모델법을 수용할 때 自國의 실정에 맞게 결정하는 것이 타당하다고 여겼기 때문이다.

독일은 중재법 개정시 법원의 업무경감을 중요한 목표로 설정하였기 때문에 중재절차에 관해서는 관할법원을 고등법원으로 집중하는 한편, 이로써 발생할 수 있는 고등법원의 업무부담을 피하기 위하여 법원의 절차를 원칙적으로 決定節次로 통일하여 법원의 재판에 대해서 일반적인 上訴를 배제시켰다. 이처럼 중재절차에서 법원의 관할을 가능한 한 한 군데로 집중시키려는 노력은 최근 각국의 경향이다. 스위스는 연방법원을 중재판정 취소의 소에 있어 제1심이자 최종심으로 하고 있고(스위스 국제사법 제191조), 프랑스는 중재판정 취소와 관련하여 고등법원을 관할법원으로 하고 있다(NCPC 제1486조, 제1502조, 제1505조). 이에 비해 우리나라의 개정 중재법에서는 지방법원이나 지원을 관할법원으로 하고 있다(제7조). 따라서 이론적으로 우리의 개정 중재법하에서는 독일의 구법에서처럼 중재판정의 승인과 집행에 대해 항소와 상고 등 일반적인 不服制度가 인정되어 복잡한 법원의 재판절차가 이어질 수 있다는 문제가 있다. 살펴보건대 중재절차에서는 중재판정부가 이미 제1심으로서의 역할을 충분히 수행한다고 볼 수 있기 때문에 중재절차의 신속성 등을 위해 중재절차에서의 관할법원은 상급법원으로 집중시키는 것이 바람직할 것이다. 단지 증거조사 등 법원의 지원활동과 관련하여서는 행위가 필요한 지역의 지방법원을 관할법원으로 하는 것이 효율적일 것이다.

VIII. 마치며

중재판정부도 분쟁을 해결하는 司法制度의 하나이기는 하지만 국가권력으로서 강제력을 가지는 법원과는 그 지위가 일치할 수 없다. 그럼에도 불구하고 중재제도의 활성화를 통해 분쟁 해결의 가능성을 법원의 재판 외로 확대시키는 것은 법원의 업무경감 등 많은 장점을 제공할 수 있다. 일반 국민들로 하여금 법원이 아닌 私人으로 구성된 중재판정부

에게 분쟁 해결을 맡기도록 유도하기 위해서는 중재판정부의 판정에 법원의 판결에 상응하는 힘이 부여되어야 한다. 이를 위해서는 무엇보다도 먼저 중재절차가 법원의 소송절차에서 보장되는 節次的 正當性을 갖추어야 한다. 특히 중재판정부는 公權力을 행사할 수 있는 공적기관이 아니기 때문에 중재절차와 관련된 일련의 행위를 위해서는 법원의 협조가 불가피하다. 그렇지만 이 경우 법원에 대해 後見人的 역할을 기대하는 것은 아니며 또한 기대해서도 안 된다. 법원은 가능한 한 중재절차의 개입을 자제하여야 하며, 관여하더라도 그 범위는 최소한에 그쳐 중재제도의 활성화에 도움을 주어야 할 것이다.

Zusammenfassung

Die Rolle und Grenze des Gerichts in der Schiedsgerichtsbarkeit

Prof. Dr. Sunju Jeong
Juristische Fakultät der
Inje Universität

Neben der staatlichen Gerichtsbarkeit gibt es eine gesetzlich legitimierte Schiedsgerichtsbarkeit durch Privatpersonen nach dem Schiedsverfahrensrecht. Diese Institution entwickelte sich zwar als Übergangsstufe von der Selbsthilfe zur staatlichen Gerichtsbarkeit und aber erlangt zur Zeit mit dem Wirtschaftswachstum, vor allem mit der Verschmelzung des internationalen Handels eine hervorragende Stellung im Justizsystem. Für die weitere Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit ist die Unterstützung und Kontrolle des staatlichen Gerichts von großer Bedeutung. In der vorliegenden Arbeit handelt es sich hauptsächlich um die Rolle und Grenze des Gerichts in der Schiedsgerichtsbarkeit. Dabei ist die Rolle des Gerichts in 3 Teilen geteilt untersucht, und zwar die aktive, die passive und die kontrollierende Rolle des Gerichts. Unter der ersten gehören das Eingreifen des Gerichts in das Schiedsverfahren, z.B. bei der Bestellung und Ablehnung des Schiedsrichters und bei der Frage über die Bedendigung des Schiedsrichteramtes und die einstweiligen Maßnahmen des Gerichts sowie die Unterstützung des Gerichts bei der Beweisaufnahme. Weil das Schiedsgericht keine Zwangsgewalt besitzt, ist die Schiedsgerichtsbarkeit in bestimmten Fällen auf die aktive Mitwirkung des Gerichts stark angewiesen.

Die Rolle des Gerichts in der Schiedsgerichtsbarkeit ist aber durch die Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts über die eigene Zuständigkeit und über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung(sog. Kompetenz-Kompetenz) und durch den einstweiligen Rechtsschutz durch das Schiedsgericht eingeschränkt. Hier beschränkt sich das Gericht auf die passive Rolle.

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist außerdem der Kontrolle durch das staatliche Gericht zu unterziehen, sei es durch die Aufhebungsklage oder sei es durch die Entscheidung über die Vollstreckung des Schiedsspruchs. Besonders im Vollstreckbarerklärungsverfahren hat das ordentliche Gericht eine umfangreiche Überprüfungsmöglichkeit des Schiedsspruchs.

Einerseits soll die Stellung der Schiedsgerichtsbarkeit nicht durch die Mitwirkung und Kontrolle des staatlichen Gerichts entwertet werden, andererseits ist es aber Aufgabe des Staates, die Richtigkeit der schiedsgerichtlichen Entscheidung zu garantieren. In der Schiedsgerichtsbarkeit ist auch das Rechtsstaatsprinzip aufrechterhalten zu bleiben. Abschließend ist festzustellen, daß die Schiedsgerichtsbarkeit ohne Mitwirkung des staatlichen Gerichts nicht auskommt, die Rolle des Gerichts aber auf das erforderliche Maß beschränkt sein sollte.

참고문헌

- 강병근 우리 중재법의 개정방향과 1996년 잉글랜드 중재법, 중재학회지 제6권(1996), 124.
- _____ 국제 중재판정의 취소 및 승인, 집행과 우리 중재법의 개정, 국제법률경영, 1996 여름호, 207.
- 목영준 상사중재법론, 박영사 2000.
- 장문철/정선주/
강병근/서정일 UNCITRAL모델중재법의 수용론, 세창출판사 1999.

- Brinkmann Schiedsgerichtsbarkeit und Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, Berlin 1977.
- Grunsky Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1974.
- Habscheid Das neue schweizerische Recht des internationalen Schiedsverfahrens, KTS 1987, 177 ff.
- Heinz Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte, Köln 1992.
- Lachmann Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Köln 1998.
- Mezger Überblick über das französische Recht der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Dekret vom 14. Mai 1980, ZJP 94(1981), 117 ff.
- Münchener Kommentar Zivilprozeßordnung, 1992.
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1994.
- Sunju Jeong-Ha Einstweilige Maßnahmen in der Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1991.

Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts mit einem Diskussionsentwurf zur Neuregelung des zehnten Buches der ZPO und Begründung zu den einzelnen Vorschriften, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz im Februar 1994.