

발표논문

국제중재판정의 집행을 거부하기 위한 사유로서의 공서*

박 영 길 **

〈목 차〉

- I. 서론
- II. 공서의 개념
- III. 집행협약과 국가별 입법
- IV. 공공질서의 내용
- V. 어느 국가의 공서인가?
- VI. 법원에 의한 심사의 범위
- VII. 권고안

* 이 논문은 2002년도 한국중재학회 연구비 지원에 의한 논문임

**동국대학교 법과대학 교수

I. 서 론

외국상사중재판정이 집행국가의 공서질서(public policy, ordre public, 이하 “공서”라고 한다)¹⁾를 위반한 경우에는 오랫동안 외국판결 및 중재판정의 승인/집행을 거부하기 위한 하나의 사유가 되어 왔다. 이러한 원칙은 뉴욕협약 V.2조와 UNCITRAL의 Model Law 36조에 규정되어 있다. 우리 나라도 1999년 개정 중재법 제36조 2항 2호(나)목에서 “중재판정의 승인 또는 집행이 대한 민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된 때”를 중재판정의 취소의 사유로 정하고 있다.

이와 같이, 집행에 있어서 공서조항의 예외는 각국과 각국의 법원이 중재절차에 대하여 최종적인 통제를 할 수 있는 권리를 인정하는 것이다. 그러나 입법부와 법원이 해결해야 할 다음과 같은 문제가 있다. 그것은 한편으로는 국내법 및 가치에 반하는 중재판정의 집행력을 부여하지 않으려고 하는 점과 다른 한편으로는 최종적인 외국의 중재판정을 존중해야 한다는 상충되는 문제인 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위한 시도로서 일부 입법부 및 법원은 국내 중재판정에 적용되는 것 보다 좁은 공서의 개념으로서 국제적 공서라는 개념을 도입하여, 외국중재판정에 적용되어야 한다고 결정한 바 있다. 이러한 명칭은 어떤 면에서는 그것이 초국가적인 원칙이라

1) 공공질서(public policy)라는 개념은 영미법계에서 나온 용어로서, 대륙법계에서는 공서양속(ordre public)이라는 개념으로 사용되어 왔다. 그런데 뉴욕협약 영문판에서는 public policy로, 그리고 불문판에서는 ordre policy로 사용하고 있다. ILA보고서에서도 영문으로는 public policy로, 불문으로는 ordre policy로 사용하고 있다. 이는 양자는 동일한 개념으로서 특별히 구별할 필요가 없기 때문이 아닌가 생각된다.

는 것을 암시한다. 그러나 실제로 그것은 외국중재판정에 적용되는 것으로서의 공서일뿐이고 그 내용이나 적용은 각국의 주관에 속하는 것이다.

반면에 항상 적용되어야 하는 보편적인 기준과 승인된 행위규범에 관한 국제적 합의를 나타내는 “진정한 국제적 공서” 또는 “超國的 公序”에 어떤 중재판정이 반하는 경우에만 법원이 그 승인이나 집행을 거부해야 한다고 주장되어 왔다.

ICCA는 지난 1986년부터 지금까지 약 15년간에 걸쳐서 집행법원에 의하여 적용된 공서의 개념을 연구하였는바²⁾, 이에 따라 ILA는 1996년 헬싱키총회이후 연구를 시작하여 1998년 타이완 총회에서 제출된 보고서와 Comment를 기초로 하여 2000년 런던 총회에서 작성, 발표된 중간보고서(Interim Report)에 의하여 2002년 뉴델리 총회에서 최종보고서로서 권고안이 작성되었다.

본고는 2000년 런던총회에서 제출된 중간보고서와 2002년 뉴델리 총회에서 제출된 결의안으로서의 권고안³⁾을 살펴보고자 한다⁴⁾.

-
- 2) ICCA Congress Series No. 3, Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration (Kluwer, 1987).
 - 3) 2002년 뉴델리 총회에서 제출된 국제상사중재위원회의 보고서는, 최종 보고서와 결의안으로 구성되어 있으나 본고에서는 지면 관계상 결의안을 소개하고자 한다.
 - 4) 본고에서의 각주는 연구하고자 하는 자를 위하여 중간보고서에 기재되어 있는 것을 그대로 인용한 것이다.

II. 공서의 개념

1. 기본적인 도덕성과 정의의 위반

영국 상원은 1853년에 공서를 “어느 누구도 공중에게 유해하거나 또는 공동의 선에 반하는 경향을 가지는 행동을 합법적으로 할 수 없다는 법원칙”⁵⁾ 이라고 묘사했다. Cheshire와 North는 “어떠한 희생을 치르더라도 예외 없이 그것을 유지해야 할 신성불가침의 도덕적, 사회적 또는 경제적 원칙”이라고 설명하고 있다⁶⁾. 중재판정의 집행과 관련하여 영국의 항소법원은 D.S.T. v Rakoil사건⁷⁾에서 다음과 같이 판시하였다.

“공서에 관하여 고려할 사항은 결코 완전하게 정의될 수 없지만 매우 주의 깊게 접근하여야 한다. 일부 불법적인 요소가 있다거나 또는 중재판정의 집행이 공동선에 명백하게 유해할 수 있거나 또는 아마도 그 집행이 국가의 권한이 그들을 대표하여 실행되는 합리적이고 완전한 정보를 가지고 있는 공중에게 전적으로 유해 할 수 있다는 것이 밝혀져야 한다.”

자주 인용되는 공서에 관한 정의는 Parsons & Whittemore사건⁸⁾에

5) Egerton, v, Brownlow (1853) 4 HLC 1.

6) Cheshire and North, Private International Law (13th edn., Butterworths, 1999), p. 123.

7) Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft mbh v, Ras al Khaimah National Oil Company (1987) 2 Lloyd's Rep. 246 at 254.

8) Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc, v. Société Générale de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America 508 F. 2d 969 (2nd Cir., 1974).

서의 Joseph Smith판사의 견해이다. 동 사건에서 그는 외국중재판정의 집행은 “그 집행이 법정지 국가의 도덕성과 정의에 관한 가장 기본적인 개념을 침해하는 경우에만” 공서에 근거하여 부정될 수 있다고 판시했다.

독일 연방최고법원(1990)도 또한 공서를 다음과 같은 근본규칙과 정의개념이라고 하는 용어를 사용하여 한정적으로 정의하였다⁹⁾.

“중재판정이 공중 또는 상업계의 기본적인 규칙을 위반하거나 그것이 근본적인 면에 있어서 독일의 정의개념에 반하는 경우에만 독일법의 기본원칙에 대한 위반이 현재하게 된다. 중재원에 의해 적용된 실체법 또는 절차법의 단순한 위반은 그러한 위반을 구성하는 데 불충분하다.”

El-Ahdab박사는 Moslem Law에서 “공서의 개념은 Shari’a와 그 근원(Koran과 Sunna 등)의 기본 정신과 그러한 조항이 승인된 것을 금지하고 금지된 것을 인정하지 않는 한 개인이 그들 조항을 존중해야 한다는 원칙에 근거한다”¹⁰⁾고 쓰고 있다.

Lew박사는 공서에 관한 완전히 포괄적인 정의는 내려지지 않았다고 주장하였다¹¹⁾.

“공서가 각 국가 또는 사회의 근본적인 경제적, 법적, 도덕적, 정치적, 종교적 및 사회적 기준을 반영한다는 것은 명백하다. 물론 공서는 그것이 속해있는 국가 또는 사회의 특성과 구조에 따라 상이하고 또한 절대적인 것이어서 반드시 그리고 예외 없이 유지되어야 할 원칙과 기준을 내포하고 있다.”

9) BGH, 12 July 1990- III ZR 174/89, NJW 1990 at p. 3210.

10) El-Ahdab, “General Introduction on Arbitration in Arab Countries”, International Handbook on Commercial Arbitration (이하 “Handbook”이라 한다) (Kluwer), Suppl. 27, Dec. 1998, Annex 1, p. 12.

11) Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration (Oceana, 1978), p. 532.

2. 국제적 공서

van den Berg 박사는 공서를 지키는 것이 중재판정의 집행을 거부하도록 하는 일은 드물다고 주장했고 국내적 공서와 국제적 공서를 구별할 근거를 주장했다¹²⁾.

“국제적 공서”는 점차 입법 및 법원의 판단에 맡겨진다. 예컨대 프랑스에서 중재판정의 승인이나 집행을 거부하기 위한 제한된 사유중의 하나는 중재판정이 “국제적 공서”에 반하는 경우이다¹³⁾. 포르투갈도 유사한 조항을 가지고 있다¹⁴⁾. Milan 항소법원은 뉴욕 협약 V.2(b)에 언급된 공서는 국제적 공서라고 판시했다¹⁵⁾.

국제적 공서는 국내적 공서보다 더 좁은 개념으로 이해되고 있다. 국내적 공서에 속하는 모든 법 원칙이 국제적 공서에 반드시 속하는 것은 아니다. Sanders 교수는 “일반적으로 승인된 원칙에 따른 국제적 공서는 관련 국가에서 사실상 근본적인 법질서 개념의 위반에 한정된다”고 주장하고 있다¹⁶⁾.

프랑스의 입법에 관하여 코멘트 하면서 Fouchard, Gaillard와 Goldman은 다음과 같이 지적하고 있다¹⁷⁾.

“1502.5조가 규정하는 국제적 공서는 국제적 공서에 관한 프랑스의

12) van den Berg. “Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958 : the Unfortunate Few” in *Arbitration in the Next Decade* (ICC Bulletin-1999 Special Supplement) at p. 86.

13) 1981년 신 민사소송법, 5장 1489조, 1502조.

14) (1986년) 민사소송법 1096(f)조.

15) 1992. 12. 4, 결정, (1997) XXII Yearbook 725.

16) Sanders, “Commentary ” in *60 Years of ICC Arbitration- A Look at the Future* (ICC 발행, 1984)

17) Gaillard and Goldman on *International Commercial Arbitration* (ed. Gaillard and Savage) (Kluwer, 1999), para.1648.

개념을 의미할 뿐이거나 또는 다른 말로 하면 일련의 가치는 국제적인 사건에서도 프랑스 법질서에 의해 인용될 수 없는 위반을 의미한다.”

마찬가지로 포르투갈 법은 “포르투갈의 국제적 공서”에 관하여 규정하고 있다. 따라서 국제적 공서의 내용과 적용은 프랑스와 포르투갈에 각각 속하게 되고 어떤 나라도 공통적인 국제적 기준을 인정하고 적용하고자 한다고는 할 수 없다.

그러나 Milan 항소법원은 보다 초국가적인 개념을 염두에 두었던 것으로 보인다. 동 법원은 국제적 공서를 “기본적 인권의 보호를 목표로 하고 국제적인 선언문이나 협약에서 종종 구체화되어 있는 동등한 문명국가에 의해 공유되고 있는 보편적인 원리의 총체”라고 설명했다.

3. 초국가적 또는 진정한 국제적 공서

“초국가적 공서” 또는 “진정한 국제적 공서”의 개념은 보다 한정된 범위의 개념이지만 보편적으로 적용되는 개념이다. 동 개념은 자연법의 기본 원칙, 보편적 정의의 원칙, 국제공법상의 강행규범(jus cogens), 문명국에 의해 승인된 일반적인 도덕원칙을 내포하고 있다¹⁸⁾.

법원이 “초국가적 공서”를 명시적으로 적용한 사례는 없지만 동 개념을 분명하게 언급한 몇 가지의 판례가 있다. 예컨대 위에서 언급한 Milan 항소법원의 판결이 그것이다. 또한 W. v. F.사건¹⁹⁾에서 스위스 연방 법원은 “공서의 보편적 개념”을 고려하였고, “공서의 보편적 개

18) Buchanan, “Public policy and International Commercial Arbitration” (1988) 26 American Business law Journal 511.

19) 1994. 12. 30, 결정, (1995) Bull. ASA 217.

념 하에서 중재판정은 그것이 모든 문명국가에서 인정되는 기본적인 도덕적 또는 법적 원칙에 반하는 경우에 공서에 합치되지 않을 것”이라고 판시했다. 그리고 다수의 판례는 부패, 마약거래, 밀수 및 폭력과 같은 특정한 행위를 전세계적인 사실상의 불법행위라고 인정했다.

Ⅲ. 집행협약과 국가별 입법

중재판정의 집행에 관한 어떠한 국제협약도 또한 UNCITRAL Model Law도 국제적 공서 또는 초국가적 공서에 관하여 명시적으로 언급하고 있지 않다. 또한 공서에 의한 방어를 승인/집행과 조화시키려고 하지도 않는다. 국가규범에 의지하는 국제적 공서를 다양하게 언급하는 국가별 입법의 특정 표현에 관계없이 다수 국가의 법원은 그들이 엄격한 공서개념을 적용한다고 판시하여 왔다. OHADA Uniform Act는 회원국가 사이에서 국제적 공서개념을 조화시키는 데 있어서 독특한 점이 있다.

1. 1958년의 뉴욕협약

뉴욕협약은 국제상업회의소에 의해 준비된 국제중재판정의 집행에 관한 보고서와 협약초안에 기원을 두고 있다. 국제상업회의소는 1927년의 제네바협약에 의해 창설된 체제가 더 이상 국제거래의 요구에 부합되지 않는다고 결론을 내린 바 있다. UN의 경제사회이사회는 협약초안을 준비하기 위하여 특별위원회를 설립했다. 동 위원회는 원래 “중재판정이 승인되도록 청구되는 국가의 공서 또는 기본적 법 원칙

과 명백하게 불일치”하는 중재판정에 관한 규정을 권고했다. 이러한 표현이 전부 채택되지는 않았지만 기초위원회는 그 보고서에서 “명백하게”와 “기본적”이라는 표현을 사용함으로써 중재판정을 승인하고 집행하는 것이 중재판정이 제시되는 국가법질서의 기본적 원칙에 현저하게 반할 수 있는 사건에 동 규정의 적용을 제한하고자 하였다²⁰⁾.

V.2(b)는 “당해 국가의 공서”라고 표현하고 있다. 따라서 1958년 협약의 기초자는 공서를 조화시키거나 공통적인 국제기준을 설정하려는 시도를 공공연하게 취하지는 않았다.

3. 기타의 협약

1927년 제네바 협약은 중재판정이 승인되도록 청구되는 국가의 공서 또는 법 원칙에 반하지 않는 한 집행될 수 있다고 규정했다. 위에서 설명한 바와 같이 “법 원칙”은 뉴욕협약에서 제외되어 있다.

1975년의 파나마협약은 “당해 국가의 공서”를 언급하고 있다. 1979년의 몬테비디오 협약은 진일보하여 중재판정이 “승인 국가의 공서에 관한 원칙과 법에 명백하게 반할 것”을 요구하고 있다.

1983년의 리야드 협약은 “집행이 청구되는 서명국의 Moslem Shari'a, 공서 또는 도덕에 반하는 경우 집행이 거부될 수 있다고 규정한다. 반면에 1987년의 Amman협약은 “공서”라고 단순하게 표현하고 있다.

1965년의 워싱턴협약은 “공서”를 명시적으로 언급하고 있지 않다. 52조는 다양한 불승인의 근거를 규정하고 있다. 그러한 근거로는 중재

20) 국제중재판정의 집행에 관한 위원회 보고서, 1955. 3. 28, U N Doc. E/2704, E/AC. 42/4 /Rev.1.

위원측의 부정, 근본적인 절차규칙으로부터의 심각한 일탈, 중재판정이 기초하고 있는 근거에 대한 설명이 없는 것 등이다. 이중 앞의 2가지 근거는 일반적으로 국제적 공서의 범주에 속하게 될 것이다. ICSID중재판정의 집행은 주권면제(sovareign immunity)의 근거를 제외하고 집행국의 법원에서 다투어질 수 없다. Societe Quest Africaine des Betons Industriels v. State of Senegal사건²¹⁾에서 프랑스 법원은 공서는 ICSID중재판정의 집행을 처리함에 있어서 판사가 고려해야 할 문제가 아니라고 명백하게 확인했다.

4. UNCITRAL Model Law

1985년의 UNCITRAL Model Law는 뉴욕협약의 시행을 점검하기 위하여 아시아-아프리카 법률자문위원회에 의해 1977에 이루어진 요청에 그 기원을 두고 있다. 동 위원회는 중재판정의 집행에 대한 각국 법원의 접근방법에 명백하게 일관성이 결여되어 있다고 주장하였다. UNCITRAL의 사무총장은 각국의 집행 관행을 조화시키는 것과 중재 절차에 대한 사법적 통제는 뉴욕협약을 개정하려는 시도에 의하는 것보다 모범법 또는 통일법의 공포에 의하는 것에 의해 보다 효율적으로 달성될 수 있다고 결론지었다²²⁾. 최종안은 1985년에 채택되었다. 동 모범법은 “공서”를 중재원에서의 중재판정을 법원이 무효화할 수 있는 사유로서 또한 외국 중재판정의 승인 및 집행을 거부하기 위한 사유로서 규정하고 있다. 그것은 실질에 있어서 뉴욕협약의 V.2조를

21) Cass. Civ. Ire, translated in 30 ILM 1167.

22) “Study on the application and interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, UN Doc. A/CN. 9/168.

반영하고있는 것이다. 그러나 모범법은 “공서”에 관한 정의를 내리지 않고 있다.

34(2)(b)(ii)조에 관한 논의 중에 영국대표는 보통법 국가에서 이해되는 것과 같이 “공서”가 모든 절차적 불법사례를 포함할 수 없을 것이라는 우려를 표명하였다. 영국대표는 사기, 부정행위 또는 위증에 의한 증언 등으로 흠결을 지니고 있는 중재판정을 예로 제시했다. 동등한 취급하고 당사자들에게 각각 문제를 제기할 수 있는 충분한 기회를 부여할 요건이 이러한 상황을 충분히 포함했는가에 관한 의문이 제기되었다. 이러한 논의는 보통법상의 공서개념과 민사법(Civil Law)상의 공서개념(민사법상의 공서개념은 절차적 정의위반을 포함할 것이다) 과의 차이를 두드러지게 했다. 결국 중재판정의 무효화를 위한 사유의 목록을 확대하지 않고 보고서에 입장의 차이를 구분하는 것으로 결정되었다. 보고서의 내용은 다음과 같다²³⁾.

“1958년의 뉴욕협약과 다수의 기타 조약에서 사용된 ‘공서’라는 용어는 절차적인 면은 물론 실체적인 측면에서의 법과 정의의 기본적인 원칙을 포함하는 것으로 이해된다. 따라서 부정행위, 뇌물수수와 사기 및 유사한 중대한 문제들과 같은 사례는 무효화를 위한 사유가 될 수 있다. 그와 관련하여 ‘중재판정이 해당 국의 공서와 상충한다’는 표현은 그러한 결론이 내려지게 된 방식과 관련되는 사례 또는 사건을 배제하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 것이 지적되었다.”

뉴욕협약 V.2(b)조와 마찬가지로 36조는 집행이 청구되는 국가의 공서에 관하여 규정하고 있다. 반면에 공서에 관한 정의와 적용을 조화시키고자 하는 명백한 시도는 없었다.

23) UN Doc. A/ 40/17. para. 297.

5. OHADA 통일법

OHADA는 1993년 10월 17일 Port-Louis에서 조인된 아프리카법의 조화에 관한 협약에 의해 창설되었다. OHADA는 아프리카단일기구의 회원국에게 개방되어있고 현재까지 16개국이 가입하였다²⁴⁾. 1999년 3월 11일에 OHADA각료회의는 통일중재법을 채택하였다. 동 31조는 “중재판정이 회원국의 국제적 공공질서의 원칙에 명백하게 반하는” 경우에 그 인정과 집행이 거절될 수 있다고 규정한다. The Commune de Justice et d'Arbitrage, Cote d'Ivoire는 법의 해석과 적용을 감독하고 집행이 허용되지 않은 결정은 동 법원에 항소할 수 있다. 이것이 수 개의 주권국가간에서 공공질서를 조화시키기 위한 첫 번째의 시도이다.

6. 각국의 입법

각국 입법에 있어서 공공질서에 관하여 사용되는 용어는 “국제적 공공질서”를 명시적으로 명기하는 것으로부터 국가 규범에 참조시키는 것에 이르기까지 매우 다양하다.

프랑스²⁵⁾, 포르투갈²⁶⁾, 알제리²⁷⁾ 및 레바논²⁸⁾에서의 집행입법례는 “국제적 공공질서의 원칙”을 규정하고 있다.

24) 가입한 국가는, 베닌, 부르키나 파소, 카메룬, 차드, 중앙아프리카공화국, 코트디부아르, 콩고, 카모레, 가봉, 기니비사우, 적도 기니, 말리, 나이지리아, 세네갈, 토고 등이다.

25) (1981) 민사소송법 5장, 1502조.

26) (1986), 민사소송법 1096(f)조.

27) (1993), 법령 No. 83.09의 458조bis 23(h).

28) (1983), 법령 - 법률 No. 90, 817(5)조.

국내 중재판정에 적용되는 공공질서와 외국 중재판정에 적용되는 공공질서를 구별하기 위한 비슷한 시도는 튀니지의 입법²⁹⁾에서 명백하다. 동 법은 “공공질서를 국제사법에서 이해되는 것과 같은 것”으로 규정하고 있다. 동일한 접근방법이 루마니아 입법³⁰⁾에서 채택되어 있다.

다수 국가의 입법은 단지 “공공질서”라고 규정한다. 그러나 대부분의 국가들은 “X국의 공공질서”라고 규정하고 있는데 그것은 뉴욕협약과 UNCITRAL의 모범법의 표현이거나 또는 그 밖의 국가들은 단지 뉴욕협약을 채택한 것이다.

일부 국가들 예컨대 일본³¹⁾, 리비아³²⁾, 오만³³⁾, 카타르³⁴⁾, 아랍에미리트 연합국³⁵⁾ 등의 국가들은 공공질서 및 선량한 풍속이라고 규정하고 있다. 이들 국가중에서 일본을 제외하고는 뉴욕협약에 가입하지 않았다. 예멘³⁶⁾은 공공질서와 Moslem Shari’a로 규정하고 있다.

다수국가들은 공공질서라는 용어 자체를 규정하지 않고 있다. 예컨대 오스트리아 법은 강행규정³⁷⁾과 “오스트리아 법체계의 근본원칙”³⁸⁾을 구분하고 있다. 스웨덴 입법은 법원이 “중재판정을 승인하고 집행하는 것이 스웨덴 법체계의 기본 개념에 명백하게 반한다”는 것을 알았을 경우에 외국중재판정의 집행은 거부할 수 있다고 규정하고 있

29) (1993), 튀니지 중재법 81.11조.

30) 105/1992 법, 169조(2), 174조.

31) (1890) 민사소송법 200조3항.

32) 민사와 상사소송법(the Code of Civil and Commercial Procedure), 407(4)조, 408조.

33) (1997) 중재법, 53조.

34) 민사와 상사소송법, 380조(4).

35) (1992), 민사소송법 235조6항.

36) 민사소송법, 285조.

37) the Federal Statute on Private International Law (1978), Art 6.

38) (1983), 민사소송법 595조 (1). 6.

다³⁹⁾. 폴란드의 법률은 “중재판정이 폴란드인민공화국내에서 합법성 또는 사회적 공존의 원칙을 손상시키는 경우에” 중재판정은 집행되지 않는다고 규정하고 있다⁴⁰⁾. 한국의 입법은 외국판결이 “한국의 선량한 풍속과 사회질서”에 합치될 것을 요구하고 있다. 중국의 법률은 “외국의 중재판정이 사회적 및 공공의 이익에 반하는 경우”에 중재판정의 집행은 거부할 수 있다고 규정하여⁴¹⁾ 제한적인 공공질서의 개념을 적용하고 있다.

용어와 적용에 있어서 이러한 범위의 극단에 서있는 브라질의 법률은 “결정이 국내의 공공질서에 반하는 경우에” 그 집행을 부인할 수 있다고 규정하고 있다⁴²⁾.

7. 법원의 접근방법

입법상의 용어의 차이에도 불구하고 다수 국가의 법원은 국제적 공공질서의 개념을 적용하고 있다. 국제적 공공질서는 일반적으로 국내의 공공질서보다는 한정적인 것으로 간주된다⁴³⁾.

예컨대 위에서 언급한 바와 같이 프랑스와 포르투갈의 법률은 “국제적 공공질서”라고 규정하고 있다. 유럽의 일부 시민법(Civil Law, 성문법) 국가들 예컨대 독일, 이태리 및 스위스 등은 국제적 공공질서를 명시적으로 적용하고 있다. 기타의 국가들 예컨대 덴마크, 네덜란드, 노르웨이, 스페인 및 스웨덴 등은 공공질서를 한정적으로 적용한다⁴⁴⁾.

39) (1999) 스웨덴 중재법, 55조(2).

40) (1964), 민사소송법, 712조(1), 1146조, 1150조.

41) (1991), 민사소송법, 28장 260조.

42) Article 39. II of Law no. 9. 307/1996.

43) 1998년 IIA대만총회, 국제상사중재위원회 보고서 참조.

44) Article 517.2 of the National Code of Civil and Commercial Procedure

아르헨티나에서는⁴⁵⁾ 법원이 아르헨티나의 국제적 공공질서를 침해하는 외국중재판정을 집행하지 않는다고 Grigera Naon 박사가 설명하고 있다.

덧붙여서 보통법국가들은 공공질서의 범위를 한정해 왔다.

또한 뉴욕협약과 파나마 협약에 입법적 효력을 부여한 미국은 한정적인 공공질서개념을 적용하고 있다⁴⁶⁾. 예컨대 Parsons & Whittemore 사건⁴⁷⁾에서 Smith 판사는 부수의견으로서 외국중재판정의 집행은 “그 집행이 법정지 국가의 가장 기본적인 도덕개념 및 정의관념을 침해할 경우”에 부인되어야 한다는 것이다. 같은 해인 1974년에 미국 대법원은 Scherk v. Alberto Culver Co. 사건⁴⁸⁾에서 국제적 공공질서와 국내적 공공질서 사이의 차이를 인정했다. 국내 거래로부터 제기된 것이었다면 유사한 청구에 대한 중재는 금지되었을 것이지만, 대법원은 국제거래에서 발생하는 청구를 중재하기로 한 합의를 집행했다. Holtzmann은 특히 미국이 뉴욕협약에 가입한 이후로 대법원이 미국의 국제적 공공질서는 국제적 중재의 집행을 해외거래와 세계평화를 증진시키는 데 필수적인 요소로서 지지한다는 것을 인정하고 있고 또한 이러한 국제정책은 국내법에 표현된 국내 공공정책에 대한 선례를 제공해 왔다고 설명한다⁴⁹⁾.

(1967).

45) Article 517. 2 of the National Code of Civil and Commercial Procedure (1967).

46) 미연방중재법, 201조·301조.

47) Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America 508 F. 2d 969 (2nd Cir., 1974).

48) 417 U. S. 506 (1974).

49) Holtzmann, "United States", Handbook, suppl. 13, sept. 1992, p. 39 : Born, International Commercial Arbitration in the United States

1996년의 영국 중재법은 “중재판정을 승인하고 집행하는 것이 공공질서에 반한다면” 뉴욕협약의 중재판정에 관한 승인 및 집행은 거부될 수 있다고 규정하고 있다. 비록 영국법원이 아직까지 명시적으로 국제적 공공질서를 언급하지는 않았지만, 영국법원은 최근에 불법성에 근거하여 집행거부를 고려하는 경우에 최종중재판정의 중요성을 확인하였고, 공공질서의 한정적 개념을 사실상 확인하였다⁵⁰⁾.

인도의 대법원은 *Renusagar Power Co. Ltd v. General Electric Co.* 사건⁵¹⁾에서 공공질서를 중전보다 한정적으로 해석하였다. 동 법원은 공공질서에 의한 금지를 이끌어내기 위해서는 중재판정의 집행이 인도법의 위반 이상의 것을 초래해야 한다고 판시했다. 동 법원은 “공공질서”라는 용어는 공공질서의 원칙이 국제사법분야에서 적용되는 의미 내에서 해석되어야 하고 또한 외국중재판정의 집행은 그것이 (a) 인도법의 기본원칙, (b) 인도의 이익, (c) 정의와 도덕에 반하는 경우에 공공질서에 반하게 될 것이라고 판시했다.

홍콩의 終審法院⁵²⁾ 1999년에 뉴욕협약하의 공공질서가 국제적 공공질서 또는 “모든 문명국에 공통하는 기준”을 의미한다는 주장을 받아들이지 않았다. 그럼에도 불구하고 동 법원은 공공질서를 협의로 해석했다. 동 법원은 공공질서에 근거하여 뉴욕협약상의 중재판정의 집행을 거절하기 위해서는 “중재판정이 당해 법역의 정의관념을 근본적으로 침해하여 당해 국가가 뉴욕협약의 당사자라고 하더라도 그러한 결함을 인정하는 것이 합리적으로 기대될 수 없는 정도”이어야 한다

(Kluwer, 1994), pp. 527-545.

50) Veeder, “England”, Handbook, Suppl. 24, Mar. 1997, p. 66.

51) AIR 1994 SC 860 ; (1995) XX Yearbook 681.

52) *Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Co. Ltd* (1999) 2 HKC 205.

고 판시했다. 또한 동 법원은 다른 국가의 법원이 자국의 기준에 합치되지 않는 상황에서 이루어진 뉴욕협약상의 중재판정을 집행하기 위해 어느 정도 준비되었는가를 검토하는 것이 인정될 수 있다는 것을 승인했다. 또 다른 판사는 다수의 사례에서 당해 법정지의 타당한 공공질서는 많은 다른 나라의 공공질서와 일치할 수 있다는 점을 지적했다. 다수의 국가에서 타당한 공공질서는 국제적 공공질서라고 정확하게 표현될 수 있을 것이다.

IV. 공공질서의 내용

광의의 공공질서개념 중에는 다음과 같은 법과 규범의 범위가 포함될 수 있다. 그것은 (1) 강행법규, (2) 기본적인 법원칙, (2) 공공질서/선량한 풍속 및 (4) 국가의 이익/외국과의 관계 등이다. 일정한 금지사항은(부패, 밀수 등) 한가지 이상의 범주에 포함될 수 있다. 보고서의 이 부분에서 우리는 어떠한 규범과 규칙이 공공질서의 범주에 포함되는가를 확인하고자 한다.

공공질서는 실체적인 범주와 절차적인 범주의 양자를 포함한다(예컨대, 위에서 인용된 1985년의 UNCITRAL 위원회 보고서의 코멘트 참조⁵³⁾).

공공질서의 개념을 한정하고 국제적 공공질서를 적용함에 있어서 법원들은 그 자체로서 공공질서의 한 측면인 최종성의 중요성을 인정해왔다. 공공질서개념을 지나치게 넓게 해석하는 것은 중재의 최종성과 중재의 목적을 무의미하게 하기 때문에 공공질서상의 예외는 좁게

53) UN Doc. A/40/17. paras. 297, 303.

해석하여 한다.

물론 공서는 비록 느리기는 하지만 변화하고 있다. 타당한 공서는 통상적으로 승인/집행의 시기에 적용되는 것이다. 그러나 새로운 강행 규정이 중재판정이 이루어진 후에 제정되는 경우에 그것이 승인/집행에 장애가 되어서는 아니 된다.

공서 조항(뉴욕협약의 V.2(b)와 모범법의 36(1)(b)(ii))은 각각 뉴욕협약의 V.2(a)와 모범법의 36(1)(b)(i)의 중재가능성 조항과 밀접하게 관련되어 있다. 동 조항들은 “중요 문제에 있어서의 차이점이 당해 국가의 법률하에서 중재에 의해 해결할 수 없는 경우에”, 외국중재판정의 승인 및 집행은 거부될 수 있다고 규정하고 있다. 중재가능성은 공서의 일부를 구성하고 따라서 V.2(a)는 불필요한 것이라고 주장한다.

1. 최종성

다수 국가에 있어서 법원은 가능한 한 최종적인 국제중재판정에 효력을 부여하고 이미 결정된 문제에 대한 소송을 억제하는 정책을 취해왔다. 이것은 뉴욕협약의 “일반적으로 집행을 찬성하는 태도”를 반영하고 있다. *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth Inc.* 사건⁵⁴⁾에서 미국 항소법원은 국제예양의 중요성, 외국 및 초국적 중재원의 능력에 대한 존중, 분쟁해결에 있어서 예측가능성에 관한 국제상업기구의 민감한 필요성에 비추어 국제적 중재합의와 중재판정을 찬성하고 지지하는 강한 추정을 다시 천명하였다. 또한 싱가포르의 한 판사⁵⁵⁾는 다음과 같이 주장했다. “국가간의 예양의 원칙은 외국중재원

54) 373 U. S. 614 (1985).

55) *Re an arbitration between Hainan Machinery Import and Export Corporation and Donald & McArthy Pte. Ltd* (1996)1 SLR 34 at 46, per

의 판정이 적절하게 존중되고 예외적인 상황이 존재하지 않는 한 집행될 것을 요한다.”

영국법원은 집행을 찬성하는 정책을 명확하게 했다. 예컨대 *Omnium de Traitement et de Valorisation SA v. Hilmarton Ltd*(1999)사건⁵⁶)에서 이들 두 회사 사이에서 잘 알려지고 오래된 소송이 스위스와 프랑스의 법원에 여러번 제기된 이후에 영국에서 제기되었다. Hilmarton은 OTV를 위하여 알제리 내에서 배수프로젝트를 따는 것을 목적으로 공무원과 알제리 정부관리들에게 접근하기 위하여 고용되었다. 그러한 행동은 알제리 법 위반이었고 알제리 법은 외국거래의 범주 내에서 모든 공적사업계약과 관련하여 브로커의 개입을 금지하고 있었다. Hilmarton은 컨설턴트 요금의 불지급에 대하여 소송을 제기하였다. 스위스 법을 적용하는 제네바 소재 중재원은 뇌물수수의 아무런 증거도 없고 그러한 계약이 스위스 법하에서 불법이 아니라고 인정하면서 Hilmarton을 지지하는 중재판정을 하였다. OTV는 영국에서 집행을 저지하고자 하였다. Timothy Walker J.는 다음과 같이 판시하였다.

“당사자에 의해 선정되고 당사자에 의해 선정된 영국법을 적용하는 영국의 중재원이 상이한 결론에 도달했을 것은 당연하다. 그러한 중재원이 Hilmarton의 청구를 기각했을 것은 당연하다.....그러나 나는 기본적인 계약을 판결하는 것은 아니다. 나는 중재판정이 영국에서 집행되어야 하는가 여부를 결정하는 것이다. 이러한 관계에서 영국법이 상이한 결론에 도달할 수 있거나 도달할 것이라는 사실은 중요한 쟁점이 아니라고 생각한다. 실제로 상이한 결론이 내려진 이유는 스위스

Judith Prakash J.
56) (1999) 2 QB 222.

법이 영국법과 다르고 또한 당사자들이 스위스법과 스위스 중재원을 선정하였다는 사실이다. 어쨌든 이러한 점을 고려하면 (국제적 중재판정을 지지한다는 정책의 문제로서) 중재판정은 집행되어야 한다고 생각한다.”

자신의 법역에서 이루어진 중재판정을 무효화하도록 청구되는 경우보다 외국중재판정을 승인/집행하도록 요구되는 경우에 법원의 관행이 관대한가에 관해서는 확인하기 어렵다.

프랑스 법원은 “공서의 완화된 효과”이론을 발전시켰다⁵⁷⁾. 즉 한편으로는 이미 해외에서 취득된 권리의 프랑스 내에서의 효과에 대한 공서의 반응과 다른 한편으로는 프랑스에서의 권리취득에 대한 공서의 반응 사이에 구분이 이루어져야 한다는 것이다. 전자의 경우에 공서상의 요구는 감소되거나 완화될 수 있지만, 후자의 경우에 공서상의 요구는 완전한 구속력을 가지고 적용된다. 그러나 Fouchard 등은 이러한 이론이 국제중재에서는 자리잡을 여지가 없다고 주장한다. 그 이유는 중재판정이 프랑스 내에서 이루어진 경우에도 더 이상의 완화의 여지를 남기지 않고 국제적 공서에 합치되는 법원의 통제가 이미 관대하게 이루어지고 있기 때문이라고 한다.

57) Batiffol and Lagarde, *Droit International Privé* (8th edn., 1993), pp. 580-584.

2. 공서의 실제적인 범주

실체적 공서는 중재판정의 주된 문제와 관련하여 중재원이나 집행 법원에 의한 권리와 의무를 인정하기에 이르고 있다.

(1) 강행법규

(a) 일반원칙

강행법규는 본 위원회 의장인 Mayer교수는 다음과 같이 말하고 있다⁵⁸⁾.

“강행법규는 국제관계를 규율하는 법에 관계없이 국제관계에 적용되어야 하는 강제적인 법 조항이다. 달리 말하면 강제적인 법 원칙은 공서의 문제이고 강제적인 법 원칙이 속하는 법체계가 충돌법규의 관련 원칙의 적용에 적합하지 않다고 하더라도 강제적인 법 원칙은 적용되어야 한다는 공서를 반영하고 있다.”

공서는 법정지의 강행법규 또는 관련 외국 또는 초국가적 법 체제의 강행법규에 의해 대체될 준거법을 요구할 수 있다. Mayer교수는 가장 빈번하게 마주치게 되는 강제적인 법 원칙 중에서 다음과 같은 것들이 인용될 수 있다고 지적하고 있다. 그것은 경쟁법, 통화규제, 환경보호법, 수출금지 및 봉쇄 또는 보이콧 등의 조치 또는 임금근로자나 상사대리인과 같은 낮은 지위에 있는 것으로 추정되는 당사자들을 보호하기 위하여 제정된 다른 범주의 입법에 속하는 법 등이다.

국제적 중재원이 당사자관계를 규율하는 법, 법정지법, 초국가적 질서 및 가능성 있는 집행지법과 같은 강제적 규범에 대하여 어느 정도

58) Mayer, “Mandatory rules of law in international arbitration”, (1986) 2 Arbitration International 274 at 275.

존중해야 하는가는 국제중재에 있어서 가장 어려운 문제중의 하나라고 알려져 있다. 중재원이 직면하고 있는 그러한 문제들은 본 보고서의 범위밖에 있는 것이지만 이 문제는 상세하게 논의되어 왔다.

집행법원이 유사한 문제에 직면할 수 있다. 어떤 국가의 법원은 그 국가의 법 하에서 불법인 계약이나 행동을 인정할 수는 없다. 또한 집행이 다른 법체제 하에서 불법이거나 불가능하기를 법원이 주의해야 하는 상황이 있을 수 있다. 그러나 다수국가의 법원들은 외국중재판정을 집행해야 할 것인가를 고려할 때 그들 국가의 각각의 금지법규 모두가 타당한 것은 아니라고 판시하여 왔다. 간단히 말하자면 모든 공서의 원칙은 강제적이지만 모든 강행규범이 공서가 되는 것은 아니다.

반면에 Mayer교수는 국제적 공서는 국내공서 보다 狹意의 것이라는 통상적인 견해는 강행규범(lois de police)의 적용과 무관하다고 주장한다(국제적 공서는 가장 근본적인 규범에만 초점을 맞추기 때문에). 이것은 “국제”중재가 어쨌든 간에 공서는 필연적으로 적용할 수 있기 때문이다. 게다가 국제적 공서원칙의 체계는 사실상 국내공서 보다 좁은 것이 아니라 광범위할 수 있다. 그 이유는 국제관계에만 적용되는 다수의 강행규범이 존재하기 때문이다.

스위스 연방 대법원은 1995년에 실체적 공서는 외국의 조항이 스위스법의 강제조항에 반하는 경우에 필연적으로 침해되는 것은 아니라고 판시했다⁵⁹⁾. 마찬가지로 인도 대법원도 1994년에 “공서상의 금지를 위하여서는 중재판정의 집행이 인도법 위반 이상의 어떤 것을 내포하여야 한다”고 판시했다⁶⁰⁾.

중재판정의 모호한 측면이 승인/집행이 거부되어야 하는 법정지 국

59) Inter Maritime Management SA v. Russin & Vecchi, 9 January 1995.

60) AIR 1994 SC 860.

가에서 분명하게 금지되는 어떤 행동을 할 것을 요구하는 상황에서 만이라고 할 수 있을 것이다.

(b) 특별적용 : 경쟁법

EU창설조약(EC) 81조는 회원국간의 경쟁을 제한하거나 왜곡하는 관행을 금지하고 있다. 회원국간의 경쟁을 제한하거나 왜곡하는 협정은 일정한 예외가 81조(3)에 따라 허용되지 않는 한 81조(2)에 따라 무효이다. 유럽재판소(The European Court of Justice)는 이러한 원칙을 국제적 공서의 수준으로 끌어 올렸다. 따라서 우리의 견해로는 위반이 있었다는 것을 발견한 중재인은 그러한 합의를 인정하지 말아야 한다. 마찬가지로 EC 81조를 위반한 중재판정을 취급하는 EU 각국의 법원은 공서에 근거하여 집행을 거절하거나 EC 234조에 따라 ECJ에 사건을 이송하여야 한다⁶¹⁾(그러나 중재원은 ECJ에 사건을 이송할 수 없다).

Eco Swiss China Time v. Benetton(ECJ, 1999)사건⁶²⁾에서 Benetton사는 Benetton사의 이름을 지닌 시계의 제조와 판매에 관한 라이선스 계약을 종료시키려 하였다. 네덜란드 법을 적용하는 중재원은 일부최종중재판정에서 Eco Swiss를 지지하였고 이후의 최종중재판정에서 미화 2,600만불 이상의 손해배상판정을 내렸다. Benetton사는 특히 중재판정이 EC81조에 따른 라이선스 계약이 무효이기 때문에 공서에 반한다는 근거로 동 중재판정을 무효화하도록 청구하였다. 동

61) Municipality off Almelo v. Energiebedrijf Ijsselmij NV, Case C 393/92 (1994) 1 ECR 1477 ; Van Haersolte-van Hof (1995) 6 American Review of International Arbitration 83.

62) Eco Swiss China Time Ltdd (Hong Kong) v. Benetton International NV, Court of Justice of the European Union, 1 June 1999, C-126/97, (1999) 2 All ER (Comm) 44.

사건은 네덜란드 대법원에 제기되었다. 동 법원은 81조는 “절차적인 특성을 지닌 어떤 제한도 인정되는 것을 금지할 정도로 근본적인” 강제규범으로 간주되지 않는다고 판시했지만 동 법원은 ECJ에 사건을 이송하였다.

ECJ는 중재판정에 대한 심사는 범위에 있어서 제한되어야 하고 따라서 실효 또는 거부는 예외적인 상황에서만 가능해야 한다는 것은 효과적인 중재절차를 위한 것이라고 지적했다. 그럼에도 불구하고 ECJ는 “그 적용이 국내의 공서원칙을 발견하지 못한 것에 근거하는 경우에 국내 절차규정이 국내 법원에게 중재판정의 실효를 위한 적용을 허용하도록 요구하는 것이라면, 법원은 EC81조에 규정된 금지에 합치되지 않는 것에 근거하는 경우에 그러한 적용을 허용하여야 한다”고 판시했다. 나아가서 ECJ는 81조의 조항이 공동체에게 위임된 임무의 달성을 위하여 또한 역내 시장의 기능을 위하여 필수적인 기본적인 조항이라고 판시했다. 따라서 동 조항은 뉴욕협약의 의미 내에서의 공서문제로서 간주되는 것이다.

그러나 책임을 인정한 중재원의 일부최종판정을 무효화시키기 위한 Bennetton사의 신청은 시기를 벗어난 것이었다. EJC는 81조의 경쟁조항은 중재절차의 기간제한과 최종성에 관한 유효한 절차규정을 무시할 정도로 근본적인 것은 아니라고 판시했다. 따라서 일부최종판정은 지지되었다.

1998년에 오스트리아 대법원은 유럽공동체법의 지위에 대하여 유사한 결론을 내렸다. 동 법원은 두 가지의 판결에서 회원국에게 직접적으로 적용될 수 있는 유럽공동체법의 모든 조항은 자동적으로 오스트리아의 국내 공서의 일부가 된다고 판시했다. 따라서 동 법원의 판결에서 직접적으로 적용되는 공동체법과 상충하는 중재판정은 파기될

수 있다. 첫 번째 사건⁶³⁾은 EC81조와 82조에 관한 것이었다(비록 과거에는 오스트리아 대법원이 오스트리아의 카르텔법이 오스트리아 공서의 일부라고 판시한 적이 없지만). 두 번째 사건⁶⁴⁾은 6차 VAT지침의 한 조항에 관한 것이었다.

(2) 기본적인 법 원칙

(a) 일반원칙

법 원칙은 강행규범과 구분되는 범주일 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 일부 법원들은 법 원칙이라는 표현을 특정 입법조항이 아니라 일반원칙을 의미하는 것으로 사용한다. 예컨대 스위스에서는 스위스 국제사법에 따른 중재판정을 무효화시키기 위한 신청에 있어 공서 위반을 주장하고자 하는 당사자는 중재판정에 의해 어떤 기본적 법 원칙이 침해되었는가를 구체적으로 입증하여야 한다. 이러한 기본적 법 원칙으로는 계약은 지켜져야 한다, 법의 남용금지, 신의성실의 원칙, 보상 없는 수용금지, 차별금지, 무능력자 보호 등이 있다⁶⁵⁾.

보통법 법률가들은 선의에 대한 위와 같은 언급을 알게 되면 놀랄 것이지만, 파리 항소법원도 또한 “계약은 성실하게 이행되어야 한다는 국제적 공서의 일반원칙”이 존재한다고 판시했다⁶⁶⁾.

(b) 특별적용

다수 국가 예컨대 독일의 실체법은 징벌적 손해배상판정을 허용하

63) 3 Ob. 115/95, 23. 2. 1998.

64) Ob. 2372/96 m. 5. 5. 1998.

65) ATF 116 II 634, (1992) XVII Yearbook 2279 발표.

66) *Republique de Cote d' Ivoire v. Norbert Beyrard*, 12 Jan. 1993, (1993) *Rev. Arb.* 685.

지 않고 있다⁶⁷⁾. ICC사건(No.5946)⁶⁸⁾에서는 뉴욕준거법으로 제네바에서 이루어진 중재에서 보상적 손해배상을 초과하는 손해배상은 스위스 공서양속에 반하여 가해자에 대한 처벌이 된다는 근거로 징벌적 손해배상청구가 거부되었다. 미국은 유명한 예외 국가이다. 미국에서는 징벌적 손해배상청구가 연방법에 따라 중재판정에 적합하다고 확인되어 오고 있다⁶⁹⁾. 그러한 접근방법은 중재를 소송에 대한 가능한 대체수단으로서 인정하는 대중의 생각과 합치된다고 설명된다. 또한 연방법원은 징벌적 손해배상부분을 포함하는 중재판정을 집행할 수 있다.

Laminoirs Trefileries Cableries de Lens SA v. Southwire Co.사건⁷⁰⁾은 미국법원이 공서에 근거하여 뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 집행을 거부한 보고된 소수의 사례중 하나이다. 조지아주 법원은 프랑스 제정법에 따른 중재판정일로부터 2개월 후에 이자율이 추가적인 5%까지 증가되어야 한다는 중재인의 결정은 보상적인 것이 아니라 징벌적인 것이고 따라서 해당 부분 중재판정은 집행될 수 없다고 판시했다. 미국연방법원들이 징벌적 손해배상 판정을 집행할 것이라는 것을 고려하면 이 판례는 더 이상 良法일 수 없다.

(c) Moslem shari'a

El-Ahdab박사는 Moslem shari'a에 반할 수 있는 사례로서 다음과 같은 것을 제시했다. 즉 이집트 또는 시리아 법에 따라 법정이자를 허

67) BGH 1992, 3096.

68) (1991) XVI Yearbook 97.

69) Wills v. Shearson and American Express Inc. 569 F. Supp, 821 (DCNC, 1983).

70) 484 F. Supp. 1063. (ND Ga., 1980).

용하거나 시리아 법에 따라 계약상의 이자를 허용하는 중재판정이 쿠웨이트에서는 Moslem shari'a 에 부분적으로 반한다고 판시될 수 있고 결국 중재판정의 당해 부분은 집행되지 않는다⁷¹⁾. 또한 (Hanbali Moslem 원칙에 의해 인정되지 않는)이익개념을 다루는 중재판정, (사우디 법에 반하여⁷²⁾)회교도 아닌 중재인에 이루어진 중재판정 그리고 사행계약은 집행되지 않는다⁷³⁾.

(3) 선량한 풍속/공서 위반

(a) 금지행위

특정한 행위는 전세계적으로 선량한 풍속에 반하는 것으로 간주된다. 예컨대 해적행위, 테러, 대량학살, 노예제도, 밀수, 마약거래, 아동에 대한 성적 학대 등이 그것이다. 그러한 행동을 돕는 계약은 불법이고 집행할 수 없는 것이다. 그러한 불법행위의 당사자간의 분쟁을 결정하는 중재판정은 모두 집행되지 않는다.

1998년의 Solemany v. Solemany사건⁷⁴⁾에서 영국의 항소법원은 계약 체결시에 불법적인 것이었다는 근거로 이란의 소득세법과 수출규제에 위반하여 이란으로부터 카페트의 밀수를 내용으로 하는 부자간의 계약에 효력을 부여하는 중재판정의 집행을 거부하였다. Beth Din(Court of the Rabbi in London)는 유태법을 적용하여 아들에게 카페트 매각으로부터의 수익에 대한 몫을 인정했다. 동 사업의 불법성이

71) Al-Ahadab, Handbook, Suppl. 27. Dec. 1998, Annex 11, p. 23.

72) El-Ahdab, "Saudi Arabia Accedes to the New York Convention", (1994) 11 Journal off International Arbitration 87, at 91.

73) El-Ahdab, "Arbitration in Saudi Arabia under the New Arbitration Act 1983" (1986) 3 journal of International Arbitration 23, at 57.

74) (1998) 3 WLR 811.

인정되었지만 유대법에 따라 매각이익에 대한 당사자의 권리에 아무런 관련이 없다고 판시했다. 부정한 거래관행의 유행에 대한 점증하는 국제적 우려를 반영하고 있는 “국제적 거래에 있어서의 외국공무원의 뇌물수수에 대처하기 위한 1997년의 OECD협약”⁷⁵⁾에 따라 독직과 뇌물수수는 국제적 공서에 반한다는 국제적 합의가 있다고 할 수 있다. 예컨대 1993년에 파리항소법원은 다음과 같이 판시하였다⁷⁶⁾.

“뇌물의 지급을 통한 영향속에서의 거래를 목적 및 목표로 하는 계약은 국제사회에서 대다수의 국가에 의해 인정되는 국제거래윤리는 물론 프랑스의 국제적 공서에 반하는 것이다.”

마찬가지로 영국법에서는 B가 A와의 계약에 대한 뇌물로서 공적 지위를 취득한다면 A가 B에게 금전지급을 약속하는 계약은 불법이고 원인무효이다⁷⁷⁾. 형성되는 것에 이르지 않고 B가 이행하는 것만으로 불법이 될 수 있고 어떤 경우에도 B는 A에 대한 계약을 집행할 수 없다.

일부 사례에 있어서 사실상 한쪽 당사자가 뇌물의 지급을 위한 계약을 집행하고자 한 분쟁에서 중재에 적합하지 않다고 판시되었다⁷⁸⁾. 다른 사례에서는 중재원이 분쟁내용을 청취할 관할권을 갖지만 그러한 계약은 불법이라고 판시하였다⁷⁹⁾. 다른 사례에서 수수료 지급청구는 그 합의가 금지입법의 제정 전에 이루어진 경우에는 허용되어 왔다. 또 다른 사건에서 법원/중재원은 개인적인 영향력 발휘의 합의와

75) 1999. 2. 15, 발효되었다.

76) *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd.* 30 Sept. 1993, (1994) Rev. Arb. 359.

77) *Chitty on Contracts* (28th edn., Sweet & Maxwell, 1999), chapter 19.

78) 예를 들면, 1963년 Lagergren 판사 판결, (1994) 10 *Arbitration International* 277.

79) 예를 들면, *Northrop Corp. v. Triad* 593 F. Supp. 928 (1984).

너물지급 합의를 구분하였다⁸⁰⁾.

기타의 활동은 보다 낮은 국제적 비난을 받고 있다. 예컨대 도박계약은 일부 국가에서는 불법이지만 다른 국가에서는 불법이 아니다.

(4) 국가의 이해관계/외국과의 관계

1974년의 Parsons & Whittemore사건에서 미국의 항소법원은 공서는 “국가의 정책(외교 또는 대외정책이라는 의미에서)”과 다르다고 판시하였고 또한 그 당시에 미국과 이집트사이의 긴장을 이유로 이집트 당사자에게 유리한 중재판정의 집행을 거부할 수 없다고 판시했다. 중재원은 이집트가 아랍과 이스라엘의 6일전쟁 직전에 미국과의 외교관계를 단절한 후에 미국인 피신청인이 이집트내에 판지공사의 건설을 포기함으로써 계약을 위반하였다는 것을 인정하였다. 동 사건에서 Smith판사는 빈번하게 인용되는 공서에 관한 정의를 명시하였다. 동 법원은 상충하는 국가정책이 계약의 이행을 금지할 수 있을 경우에만 집행이 거부된다고 지적했다.

이러한 접근방법은 이후의 미국판례인 National Oil Corp. v. Libya Sun Oil Corp.사건⁸¹⁾에서 강력하게 확인되었다. 동 사건에서 법원은 “국제적 테러리즘의 후원자로 알려진 국가”인 리비아에게 유리한 것이었다는 근거로 집행단계에서의 중재판정에 대한 항변을 기각하였다. 델라웨어 법원은 미국이 아직 리비아 정부를 인정하고 있고 리비아에 대하여 전쟁을 선포하지 않았고 특히 중재판정을 확인하기 위한 소송을 허용했다는 점을 지적했다. 동 법원은 다음과 같이 판시하였다.

80) Westacre Investments Inc. v. Jugoinport-SDPR Holding Co. Ltd (1992)
2 Lloyd's Rep. 65, at 74.

81) 733 F. Supp. 800 at 819 (Del., 1990).

“공서를 국가의 정치적 이해관계를 보호하는 편협한 수단으로 해석하는 것은 뉴욕협약의 효용을 심각하게 해칠 것이다. 이러한 조항은 ‘공서’라는 규정하에 국제정치의 변화무쌍함을 포함하는 것을 의미하지 않는다.”

1978년의 *Dalmia Dairy Industries Ltd v. National Bank of Pakistan* 사건⁸²⁾에서 영국 항소법원은 두 나라 모두가 영국과 우호관계를 유지하고 있는 경우에 전쟁중에 있는 양국(인도와 파키스탄)의 국민 사이에서 스위스에서 이루어진 ICC 중재판정을 영국법원이 집행하는 것은 영국 공서에 반할 것이라는 주장을 기각했다. 그러나 영국 법원은 외부의 적국 국민과의 계약 또는 우호적인 정부에게 피해를 야기하는 공공연한 목적을 가진 계약에 관하여 상이한 접근방식을 취하는 것으로 보인다.

제재 또는 불매동맹 입법을 위반하는 중재판정은 집행이 거절될 수 있다. 미국은 특정국가와 그 국민의 자산을 동결해 왔다. 그러한 국가를 상대로 이루어진 외국중재판정을 제출하는 것은 가능하지만 외국 자산통제관청의 허가 없이 그것을 집행하는 것은 불가능하다. 이러한 것들은 또한 강행법규의 적용의 예이다.

파리항소법원은 “외국투자에 대한 공적 규제에 관한 원칙은 강행규정을 통하여 국제 경제적인 공서의 이념을 나타내고 있다. 왜냐하면 이러한 원칙은 공공의 이해관계에 있어서 국가간의 자본의 이동을 규제함으로써 다른 세계 각국과의 경제 및 금융관계의 균형을 유지하는데 목표를 두고있기 때문”이라고 판시하였다⁸³⁾.

82) 733 F. Supp. 800 at 819 (Del., 1990).

83) *Courreges Design v. Andre Courreges*, 5 Apr. 1990, (1992) Rev. Arb.

3. 공서의 절차적 범주

(1) 사기/부패한 중재인

판정과정의 사기 또는 부패에 의해 이루어지거나 영향을 받는다면 중재판정의 집행은 거절되어야 한다는 국제적 합의가 존재하는 것은 의심의 여지가 없다. 예컨대 UNCITRAL위원회의 보고서는 다음과 같이 언급하고 있다. “1958년 뉴욕협약과 기타의 다수 조약에서 사용된 ‘공서’라는 용어는 절차적인 측면은 물론 실체적인 면에서 법과 정의의 기본적인 원칙을 포함하고 있는 것으로 이해된다. 따라서 부패, 뇌물수수 및 사기와 유사한 심각한 사건과 같은 예는 무효화의 근거가 될 수 있다.⁸⁴⁾ 오스트레일리아⁸⁵⁾, 뉴질랜드⁸⁶⁾, 인도⁸⁷⁾ 및 짐바브웨⁸⁸⁾는 UNCITRAL 모범법의 개정안을 입법화하였다. 동 개정안은 모범법의 34조와 36조의 “의심스러운 경우의 취소를 위하여” 또는 “보편성을 제한하지 않고”, “중재판정이 사기 또는 부패에 의해 이루어지거나 영향을 받았다”면 중재판정은 공서에 반한다고 규정하고 있다.

ICSID협약은 중재판정의 무효화를 위한 사유의 하나로서 “중재인의 일부에게 부패가 있을 것”을 규정하고 있다.

사기는 중재원에 대한 또는 타방 당사자에 대하여 행하여진 기만행위를 의미한다.

사기/부패가 판정에 영향을 미쳤음이 입증되어야 하는가에 관하여는 견해의 차이가 있다. 우리는 중재인과 관련된 사기는 그 효과를 입

84) UN Doc. A/40/17, paras. 297, 303.

85) 1974년 국제중재법, s. 19(a).

86) 1996년 중재법 36조.

87) 11996년 중재 및 화해법, 48조(2).

88) 1996년 짐바브웨 중재법, 36조 (3).

증할 필요 없이 중재판정을 무효로 하여야 하지만, 승리한 당사자에 의한 사기는 집행이 거부되기 전에 판정에 영향을 미쳤음이 틀림없어야 한다고 생각한다.

위증/사기에 관한 주장에 직면했을 때 법원의 심사범위에 관해서는 후술하는 VI을 참조할 것. 집행법원은 심문시점에서 이용 가능했고(거나) 중재판정을 무효화시키기 위한 신청에서 상위법원에 제기될 수 있었을 주장을 고려하는 데 주저할 수 있다.

(2) 정의/적법절차 위반

정의 또는 적법절차 위반이 있었던 경우에 공서를 사유로 하여 집행이 거부될 수 있다. 이것은 중재판정이 제기되는 상대방 당사자에게 중재인의 구성/신분에 관한 적절한 통지가 이루어지지 않거나 그의 주장을 제시하지 못한 경우에 집행이 거부될 수 있다는 뉴욕협약 V.1(b)의 근거에 대한 추가사항이다.

한편 호주, 뉴질랜드, 짐바브웨는 모범법의 34조와 36조의 의심스러운 경우의 취소를 위하여 또는 보편성을 제한하지 않고, “정의원칙의 위반이 발생하면” 중재판정은 공서에 반한다고 규정하고 있는 UNCITRAL 모범법의 개정판을 입법화하였다.

이것은 여전히 공서의 모호한 범주를 포함하고 있고 패한 당사자의 불만을 실질적으로 포함하는 것이다. 그러나 심각한 불규칙성이 존재한다는 공통된 인식이 있다. 예컨대 ICSID협약은 무효의 근거로서 “근본적인 절차규범으로부터 심각한 일탈이 있을 것”을 규정하고 있다.

Schwebel과 Lahne은 중재절차의 운영을 위한 근본적인 정책적 요건은 매우 명확하고 그 자체로서 거의 논쟁거리가 없다고 지적했다⁸⁹⁾.

그들이 “국제적 적법절차”의 일반원칙으로서 설명하고 있는 이러한 원칙들은 당사자의 동등한 대우, (중재인의 임명 및 절차의 운영 모두에 관한)공정한 통지, 양 당사자로부터의 증거에 대한 설명에 공평하게 주어진 접근이 있었다는 것을 보장하는 의미에서 각자의 주장을 제기할 수 있는 공정한 기회 등을 포함한다. 또한 중재원은 일방적인 외부적 사실에 주의를 기울이도록 선정되어야 하고 공정한 통지를 하며 당사자들에게 외부적인 사실에 관하여 중재원에 제출할 기회를 주어야 한다.

1992년의 유명한 Dutco사건 결정⁹⁰⁾에서 프랑스 破毀院은 당사자 동등의 원칙 즉 중재인 지명에 있어서 평등을 존중하지 않는 것은 국제적 공서의 위반이 된다고 판시하였다.

집행지의 강행적인 중재규칙을 위반하는 것은 적법절차의 위반이 아닐 수 있다.

(3) 공평성의 결여

중재인 구성의 부분적인 공평성의 결여는 공서에 근거한 집행거부의 사유라는 것이 일반적으로 승인되고 있다. 그러나 집행단계에서 보다는 절차에 대한 상위 관할권을 가진 법원에 대하여 중재개시시점에서 중재를 실행하는 중재기구에 공평성의 결여가 제기되는 것이 보다 통상적이다.

89) Schwebel and Lahne, “Public Policy and Arbitral Procedure” in ICCA Congress series No. 3, p. 205.

90) 1992. 1. 7, 결정.

(4) 이유의 결여

수많은 사례에서 이유를 제시하지 않은 것은 외국중재판정을 거부하기 위한 사유가 아니라고 판시하였다⁹¹⁾.

(5) 명백한 법의 무시

예컨대 스위스⁹²⁾, 프랑스⁹³⁾, 영국⁹⁴⁾, 독일⁹⁵⁾ 및 필리핀⁹⁶⁾ 등과 같은 다수 국가의 법원은 중재원에 의한 실체법의 부정확한 해석이 집행을 거부하기 위한 충분한 이유라는 주장을 기각하여 왔다.

법원칙 이외의 어떤 기준에 의한 분쟁의 판정은 공서에 반하지 않는다고 판시되어 왔다. 예컨대 오스트리아 대법원은 비엔나에 위치한 ICC중재원이 “국제상관습법”을 적용하는 경우에 공서위반으로 인정하지 않는다⁹⁷⁾. 프랑스의 법원도 유사한 결론을 내리고 있다⁹⁸⁾. D.S.T v. Rakoil사건⁹⁹⁾에서 영국의 항소법원은 국내법질서에 근거한 것이 아

91) Delvolvé, " Essai sur la motivation des sentences arbitrales", (1989) 2 Rev. Arb. 149 ; Germany-BGH NJW 1992, 2300 ; Switzerland-ATF 116 II 373 ; Canada- Schreter v. Gasmac Inc. (1992) ; Philippines - Oil and Natural Gas Commission v. Court of Appeals (1998) 293 SCRA.

92) 대법원 판결 : ATF 115 II 105 ; ATF 115 II 291 ; ATF 116 II 634.

93) Andre v. Multitrade, Cass. le civ., 23 Feb. 1994 (CA), (1994) Rev. Arb. 83.

94) Adams v. Cape Industries ple (1990) Ch. 433 at 569 (CA).

95) BGH NJW 1990, 3210.

96) 대법원 판결 : Asset Privatization Trust v. Court of Appeals, GR No. 121171, 29. December 1998 ; National Steel Corporation v. Thee Regional Trial Court of Lanao de Nostro, GR No. 127004, 11 March 1999.

97) Norsolor SA v. Pabalk Ticaret Ltd, (1984) IX Yearbook 159.

98) Compania Vaalenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc., Cass. le civ., 22 Oct. 1991, (1992) Rev. Arb. 457.

나라 계약관계를 규율하는 국제적으로 승인된 법 원칙에 근거한 중재판정의 집행은 공서에 입각하여 거부되어야 한다는 주장을 기각하였다. 당사자는 어느 중재원이 분쟁을 결정할 것인가에 관한 기준에 합의할 수 있다고 규정한 1996년의 영국중재법 46(1)(b)는 상관습법¹⁰⁰⁾ 또는 ‘형평과 선(ex aequo et bono)’ 또는 형평중재(amicable composition)에 근거하여 이루어진 중재판정을 공서에 반하는 것으로 영국법원이 생각할 수 있다는 모든 오래된 의문을 제거하였다.

미국에서 “명백한 법의 무시”는 연방중재법에 따라 집행거절의 이유이다. 그러나 연방법원은 뉴욕협약에 따라 법의무시가 집행소송에 대한 유효한 거부의 이유가 아니고 또한 명백한 무시기준은 V.2(b)의 범위에 속하지 않는다고 판시했다¹⁰¹⁾. 그러나 최근의 한 판결에서 제2 순회항소법원은 명백한 법의 무시를 포함하는 연방중재법 기준은 미국에서 부여된 비국내적 중재판정에 적용된다고 판시했다¹⁰²⁾. 명백한 법의 무시를 이유로 중재판정을 무효화하기 위해서는 법에 있어서의 단순한 실수 또는 중재인 측이 법을 해석하거나 적용하지 못한 것과 다른 그 이상의 어떤 것이 존재해야 한다고 판시되었다¹⁰³⁾. 그러한 실수는 명백한 것이어야 하고 중재인으로 종사하는 통상적인 유자격자에 의해 쉽게 즉각적으로 인지될 수 있는 것이어야 한다. 더구나 “무시”라는 용어는 중재인이 분명하게 적용원칙의 존재를 알고 있었지만

99) (1987) 2 Lloyd's Rep. 246.

100) Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", (1985) 34 ICLQ 474 ; Mustill, "The New Lex Mercatoria : The First Twenty-five Tears", (1988) 4 Arbitration International 86.

101) M&C Corp. v. Erwin Behr GmbH & Co. KG 87 F 3d 844 (6th Cir., 1996).

102) Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, WLL v. Toys 'R' Us, Inc., 126 F. 3d 15 (2d Cir., 1997).

103) Ibid., p. 23.

그것을 무시하거나 주의를 기울이지 않고 결정하는 것을 의미한다.

(6) 사실관계의 명백한 무시

중재판정은 또한 사실관계에 반하거나 또는 근본적으로 잘못되거나 불합리한 것일 수 있다. 그러한 오류는 공서 또는 기타에 근거한 집행 거부 of 충분한 사유가 아니라는 것이 일반적으로 인정된다.

1999년의 짐바브웨 대법원의 최근 결정은 하나의 예외이다¹⁰⁴⁾. 뉴욕 협약과 모범법상의 집행에 대한 공서상의 금지를 검토한 후에 동 법원은 다음과 같이 판시했다.

“모범법 34조 또는 36조에 따라 법원이 올바른 결정이었어야 한다고 생각하는 것을 존중함으로써 중재판정을 승인하고 집행하는 것을 유지하거나 무효화하거나 또는 기각하기 위하여 법원은 항소권한을 실행하지 않는다. 그러나 중재판정에 있어서 논거나 결론이 단순한 오류나 부정확을 넘어서고 있고, 또한 논리 또는 승인된 도덕기준을 무시함에 있어 지나치고 터무니없어, 인식 있고 공정한 마음을 지닌 사람이 그 중재판정에 의해 짐바브웨의 정의관념이 참을 수 없을 정도로 침해된다고 생각할 정도로 명백한 불공평을 구성하는 경우에 그 중재판정은 그것을 유지하기 위한 공서에 반하게 될 것이다. 중재인이 그러한 문제에 그의 정신을 집중하지 않거나 문제를 전적으로 오해한 경우에 동일한 결론이 적용되고 결과적인 불법은 위에서 언급한 지점에 이르게 된다.”

104) Zimbabwe Electricity Supply Authority v. Maposa, 1999. 12. 21 판결.

(7) 기판력

동일한 주제에 대한 법원의 이전 판결에 반하여 불일치 되는 중재판정을 집행하는 것은 공서에 반할 수 있다고 주장된다. 이것은 이집트와 같은 일부의 국가의 입법에서 명시적으로 규정되어 있다¹⁰⁵⁾. 영국 법원도 또한 기판력의 원리는 공서의 원칙이라고 판시했다¹⁰⁶⁾. 동일한 분쟁에 관한 인도 고등법원의 명령을 무시한 또는 상반되는 중재판정이 인도 대법원에 의해 잠재적으로 공서에 반하는 것으로서 인정되었다.

(8) 중재지에서의 무효

뉴욕협약 V(1)(e)는 중재판정이 중재지에서 무효화된 경우에 승인 및 집행이 거부될 수 있다고 규정되어 있다. 파리 항소법원은 *The Arab Republic of Egypt v. Chromalloy Aeroservices Inc.* 사건¹⁰⁷⁾에서 중재지의 법원에 의해 무효화된 중재판정을 프랑스에서 승인하는 것은 (프랑스)국제공서를 위반하지 않는다고 판시하였다.

(9) 기타의 범주

인정된 프랑스의 국제 절차적 공서에 관한 다른 원칙은 청구인이 그 주장사실을 입증해야 한다는 것과 누구도 대리로 주장할 수 없다는 것을 포함한다¹⁰⁸⁾. 반면에 다음의 원칙들은 프랑스 국제공서의 문

105) Article 58 (2) (a) of the Law Concerning Arbitration in Civil and Commercial Matters.

106) *Vervaeke v. Smith* (1983) 1 AC 145.

107) 1997. 1. 14 판결 ; (1997) XXII Yearbook 691.

제로서 고려되지 않는다. 그것은 중재판정을 무효화하기 위한 소송은 절차의 중지에도 이르게 한다, 관할권 없는 법원에 제소하는 것은 제정 법상의 제한기간을 연장한다, 민사소송절차는 관련된 형사소송절차의 결과를 심리중에 머물게 한다는 것 등이다.

V. 어느 국가의 공서인가?

승인법원과 관련되는 법정지의 공서이어야 하는가? 또는 다른 말로 하면 중재판정의 집행이 다른 국가의 규범을 침해할 수 있다고 하더라도 승인국가의 실제적 규범을 침해하지 않는 경우에 중재판정의 집행이 거부될 수 있는 상황이 존재하는가? 강행규범과 마찬가지로 법원은 당사자 관계 및 이행지를 규율하는 법과 초국가적 법질서에 관한 그리고 중재지에서의 법을 존중하도록 요구받을 수 있다. 그에 대한 답은 보편적으로 관련된 법정지의 공서 뿐이라는 것이다.

예컨대 Böckstiegel 교수는 독일에서 외국법 원칙 또는 강행규범의 위반이 중재판정의 무효화를 위하여 주장될 수 없다고 설명한다¹⁰⁹⁾. 프랑스에서 Fouchard 등은 어떠한 근거에 의해서도 외국의 국내적 공서가 고려되어서는 안 된다고 주장한다. 또한 Renusagar 사건에서 인도의 대법원은 “인도의 공서” 대신에 “공서”라는 단어는 중재판정이 부여된 국가 또는 그 법이 계약을 규율하는 국가의 공서를 중재판정이 위반하는가의 관점에서 중재판정의 유효성을 자유롭게 검토할 수 있다는 것을 의미하지 않는다고 판시했다¹¹⁰⁾.

108) Fouchard, Gailard and Goldman on International Commercial Arbitration (ed. Gaillard and Savage) (Kluwer, 1999), paras. 1655-1660.

109) Written Memorandum provided to the Committee, 24.12. 2000.

유럽공동체법은 회원국내에서 이러한 원칙의 예외일 수 있다. Eco Swiss China Time v. Benetton사건에서 ECJ는 EC81조를 국제적 공서의 수준으로 끌어 올렸다. 그러나 EC의 공서는 사실상 법정지의 공서의 일부라고 주장할 수 있다. 예컨대 1998년에 오스트리아 대법원은 두 개의 판결에서 회원국에서 직접적으로 적용할 수 있는 유럽공동체법의 모든 조항은 자동적으로 오스트리아의 국내 공서의 일부라고 판시하였다¹¹¹⁾.

또한 영국에서의 지위는 예외일 수 있다. 영국법원은 그 이행이 당해 국가의 법에 의해 불법이라면 외국의 우호국법에 의해 규율되거나 그러한 국가에서 이행을 요구하는 계약을 집행하지 않을 것이라고 설명된다. 예컨대 Soleimany v. Soleimany사건¹¹²⁾에서 영국의 항소법원은 이란의 소득세법과 수출규제에 위반하여 이란으로부터의 카페트 밀수를 요구하는 부자간의 계약에 효력을 부여하는 중재판정의 집행을 거부하였다. 그러나 그러한 사례는 매우 적었고 이와 같은 사례는 이행이 영국법과 실질적인 이행지법에 따라 모두 불법인 상황에 한정되었다.

영국법원은 또한 개인의 영향력을 매입하는 것과 같은 보다 부도덕하지 않은 계약을 집행하도록 요구되는 경우에 이행지의 공서를 고려할 것이다. 뇌물수수, 부패, 마약거래, 테러 등을 포함하는 계약은 준거법이 어떠한 것이든 이행지가 어디든지 영국에서 집행될 수 없다. 개인적인 영향력을 매입하기 위한 계약은 그것이 영국에서 이행된다면 영국의 국내공서에 반하는 것을 사유로 집행되지 않을 것이다. 그

110) 1961년 외국판정의 승인과 집행에 관한 법, 7 (1) (b) (ii).

111) 3 Ob. 115/95, 23.2.1998. (1999) Rev. Arb. 385 ; 3 Ob. 2372/96 m, 5. 5. 1998.

112) (1998) 3 WLR 811.

러나 그러한 계약이 외국에서 이행되는 경우에는 그러한 이행이 당해 국가의 국내 공서에 반할 경우에만 영국법원이 그것을 집행하지 않을 것이다¹¹³⁾.

VI. 법원에 의한 심사의 범위

집행법원의 역할은 중재판정의 논거를 심사하는 것이 아니라 중재판정의 승인/집행이 공서에 위반하는가 여부를 결정하는 것이다. 예컨대 파리 항소법원은 다음과 같이 판시했다¹¹⁴⁾.

“....법원의 심사는 ... 인용된 공서의 요건에 관하여 중재인에 이루어진 평가에 대해서가 아니라 분쟁에 대하여 부여된 판정에 관한 것 이어야 하고 그러한 판정의 집행이 공서를 위반하는 경우에 취소될 뿐이다.”

1. 실체적 공서

중재판정의 승인/집행이 실체적 공서를 침해한 것인가를 결정하기 위하여 법원은 중재판정 그 자체 이상을 심사할 필요가 없다.

불법 또는 부패가 주장되는 경우에 법원이 사실관계를 다시 심리할 조건이 최근의 영국판결인 *Westacre Investment Inc. v. Jugoimport SDPR Holding Co. Ltd* 사건¹¹⁵⁾에서 문제시 되었다. 스위스법을 적용

113) *Lemenda Trading Co. Ltd v. African Middle East Petroleum Co. Ltd* (1988) 1 Lloyd's Rep. 361.

114) *Lebanese Traders, Distributors & Consultants v. Reynolds*, 27 October 1994, (1994) Rev. Arb. 709.

하여 제네바에서 이루어진 ICC중재판정의 집행이 당사자간의 기본적인 자문계약은 특히 무기계약을 획득하기 위한 자문에 의해 쿠웨이트 관리의 뇌물수수가 포함되었다. 동 계약은 쿠웨이트 법과 공서 위반이었고 조언자에게 유리한 중재판정을 집행하는 것은 영국 공서에 반하는 것이었다. 중재원은 불법성이 입증되지 않았다고 만장일치로 결정하였다. 적용을 무효화하는 것이 스위스 연방법원에 의해 기각되었다. 피고는 영국법에 대하여 뇌물수수의 주장을 뒷받침하는 새로운 증거를 제출하고자 하였다.

법원이 사실관계의 재개를 허용해야 하는가에 관하여 Colman J.는 최초의 사례에서 국제적 중재판정을 유지하고 소송을 억제하면서 가능한 한 중국판정에 효력을 부여하는 공서는 이 사건의 사실관계에 있어서 국제적 부패를 억제하는 공서보다 중요하다고 판시했다¹¹⁵⁾. 동 판사는 그러한 결정이 부패라는 이유에 의한 불법성의 문제가 고위급 ICC중재인들에게 맡겨지고 그들에 의해 적절하게 결정된다면, 집행법원이 공서 제기와 관련하여 바로 그 문제를 재심리하도록 요청되어야 한다는 것은 뉴욕협약과 관련하여 전적으로 부당할 것이라는 확신의 표현이 아니라 국제거래에 있어서의 부패를 보고도 못 본채하기 위하여 상사법원이 준비되어있다는 것을 나타내는 것으로 이해되어서는 안 된다고 강조했다. 항소법원의 다수는 그 사건의 사실관계 위에서 사실심리를 재개하려는 시도는 좌절되어야 한다는 것에 대하여 Colman J.와 의견을 같이 했다.

파리항소법원은 전면적인 재심사를 하려한 것으로 보인다. 1993년의 European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd 사건¹¹⁷⁾에

115) (1999) 2 Lloyd's rev. 65.

116) (1998) WLR 770.

117) 1993. 9. 20, 판결, (1994) Rev. Arb. 359.

서 EGT는 실질적인 목적이 영향력 행사와 뇌물수수였던 계약에 중재판정이 효력을 부여했다는 것을 사유로 파리에서 이루어진 ICC중재판정의 무효를 주장하였다. 법원은 민사소송법 1502.5조 하에서 중재판정에 대한 법원의 심사는 국제적 공서의 원칙에 따라 계약의 유효성을 평가하는 것을 포함하여 국제적 공서의 원칙의 적용을 정당화하는 모든 법적 실제적 요건에 관계된다고 판시했다.

EC 81조 위반에 근거한 인정/집행에 대한 반대는 중재기간 중에 제기되어야 한다는 요건이 존재하지 않는다는 것은 *Eco Swiss China Time v. Benetton* 사건으로부터 유래한 것으로 보인다. 그러나 패소한 당사자가 81조에 근거하여 중재판정을 무효화하고자 한다면 ECJ는 규정된 기간 내에 그러한 반대가 제기되어야 한다고 판시했다.

물론 뉴욕협약 V.2조는 법원이 자발적으로 공서에 근거하여 집행을 거절할 수 있음을 예정하고 있다.

Hilmarton v. OTV 사건에서 제네바 항소법원의 판결은 중재판정을 무효화하고 공서위반이 존재하지 않는다고 판시한 법원의 예외적인 사례의 하나이다. 원래의 중재원은 당사자간의 자문계약이 계약을 위한 로비활동에서 *Hilmarton*이 공적계약을 취득함에 있어 중개인의 개입을 금지하는 알제리법의 강행규정을 위반했다는 사실에 비추어 스위스 공서에 반한다고 판시했다. 제네바 법원은 중재판정이 독단적으로 부여되었다는 것에 근거하여 중재판정을 무효화하였다. 뇌물수수나 부패가 발견되지 않은 경우에 계약의 준거법이며 중재지법인 스위스 법은 동 계약을 공서위반으로 여기지 않았다. 항소법원의 판결은 스위스 연방법원에 대한 항소에서 지지되었다¹¹⁸⁾.

118) (1994) XIX Yearbook 214.

2. 절차적 공서

한 당사자가 절차적 공서에 근거하여 승인/집행에 대하여 반대하는 경우에 법원은 광범위하게 조사할 필요가 있을 것이다. 그러나 영국법원은 그러한 주장을 저지해 왔다. *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd* 사건¹¹⁹⁾에서 Ferco사는 공서위반 즉 중재인이 근거한 증거를 Ferco사에 제공하지 않은 정의위반에 근거하여 CIETAC 중재판정의 집행에 항변하였다. Ferco사는 베이징 법원에 신청하였고 동 법원은 중재판정을 지지하였다. Colman J.는 중재판정이 흠이 있거나 중재가 결함을 지닌 채 이루어졌다고 항변하는 당사자는 우선적으로 중재인에 대한 감독적 관할권하에 존재하는 것과 같은 구제를 구해야 하고 당사자 합의의 그러한 부분을 고수하는 것은 외국중재판정의 집행을 고려하는 영국법원에 의한 기본적인 정책고려이어야 한다고 판시했다. Colman J.는 절차적 공서에 근거하여 집행이 저지되고 있는 경우에 다음과 같은 고려사항을 주장하였다.

i) 절차적 정의의 내용, (ii) 피집행자가 중재원의 감독적 관할권을 제기했는가 여부, (iii) 그 관할권하에서 구제가 가능한가 여부, (iv) 그 법역의 법원이 중재판정을 지지하는 데 있어 피집행자의 불만을 결론적으로 종결시켰는가 여부, (v) 피집행자가 그러한 개선할 수 있는 법역을 주장하지 않았다면, 어떤 이유인지 특히 그가 그렇게 하지 않은 데 있어서 불합리하게 행동하고 있었는가 여부 등이다.

Westacre 사건에서 중재판정이 위조된 증거에 의하여 취득되었기 때문에 사기를 사유로 하여 집행이 거부되어야 한다고 주장되었다. 법원은 당사자가 영국법원에서 사기의 주장을 용이하게 하기 위한 추가적

119) (1999) 1 All ER (Comm.) 315 ; (1999) X X IV Yearbook 739.

인 증거를 인용하도록 허용되지 않는다고 판시하였다. 그러나 다음과 같은 사항이 입증되는 경우에는 그러하지 아니하다.

(a) 사기를 입증하는 증거가 중재인 앞에서의 심리시기에 사기를 주장하는 당사자에게 이용가능하지 않았고,

(b) 위조된 증거가 너무 강력하여 심리에서 의심할 여지가 없다는 것이 합리적으로 기대되는 경우 등이다.

이러한 조건들은 미국 법원에 의해 *Bonar v. Dean Witter Reynolds Inc.* 사건¹²⁰⁾에서 열거된 기준과 유사하다. 첫째로 사기는 명백하고 확실한 증거에 의해 입증되어야 한다. 둘째, 사기는 중재 전 또는 중재 중에 적절한 주의에 의해 발견될 수 없었을 것, 셋째, 사기가 중재 문제에 실질적으로 관련되었다는 것이 입증되어야 한다.

3. 포기

당사자는 반대의 권리를 포기할 수 있다. 예컨대 *AAOT Foreign Economic Association (VO) Technostory Export v. International Development and Trade Services, Inc.* 사건¹²¹⁾에서 패소한 당사자인 IDTS는 뉴욕협약의 V(2)(b)에 근거하여 중재인을 지명한 중재원이 부패했다는 증거를 가지고 있다는 사실에 근거하여 러시아 중재판정의 미국 내에서의 집행을 거부하고자 하였다. 미국 항소법원은 부당함 또는 불공평을 나타내는 사실을 알고 있는 당사자는 침묵할 수 없고 추후에 반대할 수 없다는 근거에 입각하여 그러한 주장을 기각했다. IDTS가 중재원을 통한 구제를 구하는 것이 무익하다고 생각했더라도

120) 835 F. 2d 1378 (11th Cir., 1988).

121) 139 F. 3d 980 (2nd Cir., 1998).

적어도 반대의견을 주장하는 것이 IDIS의 의무인 것이다.

마찬가지로 프랑스 법원은 아무런 항변이 제기되지 않는 것을 제외하고 중재인에게 어떤 항변이 제기될 수 있었을 경우에 1502(2)조에 따른 소송은 더 이상 승인될 수 없다고 판시했다¹²²⁾.

Ⅶ. 권고안

2002년 뉴델리 총회에서는 결의안으로서 다음과 같은 권고안을 채택하였다.

1. 총칙(General)

(1) 국제 상사 중재심판에 있어서 내려진 판정의 종국성(finality)은 예외적인 경우를 제외하고는 존중되어야 한다.

(2) 이와 같은 예외적인 경우는 특히 국제중재판정의 승인 또는 집행이 국제공서(international public policy)에 저촉되는 경우 인정될 수 있을 것이다.

(3) 본 권고에 있어서의 국제공서(international public policy)'라는 표현은 국제상사중재에 있어서의 중재판정의 승인과 집행이 국제공서의 절차적 위반(절차법적 국제공서)이나 실체법적 위반(실체법적 국제공서)을 수반할 경우, 그 특성에 의해, 국가가 국제상사 중재판정의 승

122) *Gemanco v. SAEP*. CA Paris, 2 June 1989, (1991) Rev. Arb. 87.

인과 집행의 거부하기 위해 인정한 원칙과 규칙의 내용을 말한다.

(4) 한 국가의 국제공서는 다음을 포함한다: (i) 국가가 그 직접적인 관계가 없는 경우에도 보호하기를 원하는 정의 또는 도덕과 관련된 기본적인 원칙들; (ii) 공서 법규 또는 경찰법규(lois de police)로 알려진 국가의 필수적인 정치, 사회, 또는 경제적인 이익을 제공하기 제정된 법규; 그리고 (iii) 다른 국가나 또는 국제 기구를 대한 의무 (obligation)를 존중해야 하는 국가의 의무(duty).

(5) 실체법적인 기본원칙의 실례는 권리남용 금지의 원칙이다. 절차법적인 기본원칙의 실례는 법원의 공정성에 대한 요건이다. 공서 법규의 실례로 독점금지법이 있다. 국제기구에 대한 의무의 실례로는 제재(sanction)를 부과하는 UN의 결의가 있다. 부정방지를 위한 법률과 같은 법규는 위의 하나 이상의 범주에 해당된다.

(6) 중재지가 법원의 관할 내에 있는지 국외에 있는지는 법원이 심판의 국제공서와의 적합성을 판단하는데 있어 고려해야할 요소는 아니다.

(7) 만약 법원이 중재판정의 승인 또는 집행을 거부할 경우, 뉴욕 협약 1958의 Article V.2 (b) 또는 자국의 제정법 또는 판례법에의 단순한 인용(reference)만으로 제한되어서는 안 될 것이다. 승인과 집행에 대한 거부의 근거와 이유를 상세하게 제시하는 것은 국제공서에 포함되는 것으로 간주될 수 있는 원칙과 규칙의 합의에 대한 발전과 보다 일관된 관행을 조장하는데 도움이 될 것이다.

(8) 만일 국제공서에 저촉되는 판정의 어떠한 일부분이 그렇지 않은 다른 부분으로부터 분리될 수 있다면 국제공서에 저촉되지 않는 부분은 승인되거나 집행될 수 있다.

2. 기본 원칙(Fundamental Principles)

(1) 기본 원칙으로서 판정의 확정성을 검증하는 법원은, 절차법적이든, 실체법적이든지 간에, 계약에 적용되는 법률 또는 계약이행장소의 법률 또는 중재장소의 법률의 측면에서가 아니라 소속국가 자신의 법률 시스템 내에서 근본적인 것으로 여겨지는 원칙을 인용(적용)해야 할 것이다.

(2) 그럼에도 불구하고, 반드시 고려되어야 하고, 법적 시스템의 일부를 구성하는 어떠한 원칙이 판정의 승인이나 집행의 거부를 정당화하는데 있어 충분히 기본적인(fundamental) 것인지 결정하기 위해, 법원은 한편으로는 판례의 국제적 특성과 이의 법원의 법적 시스템 사이의 관련을 고려해야 하고 다른 한편으로는 고려의 대상이 되는 원칙에 대한 국제사회 내에서의 합의가 존재하는지를 고려해야 한다 (국제 협약은 이러한 합의의 존재에 대한 증거가 될 수 있다). 이러한 합의가 존재할 경우 초국가적 공서(transnational public policy)이 이러한 개념을 설명하는데 이용될 수 있을 것이다.

(3) 당사자가 중재절차를 밟기 전에 기본 원칙에 의한 구제를 받을 수 있었지만 그렇게 하지 않은 경우는 판정의 집행 또는 승인에 대한 거부의 근거로서 위의 기본적 원칙을 적용해서는 안 된다.

3. 공서 법규(Public policy rules)

(1) 단순한 강행법규(예를 들어 사건에 대해 이의 적용을 강제하는 것에 대한 당해 국가의 국제공서를 구성하지는 않지만 강제적인 규칙)에 대한 판정의 위반은 비록 위 법규가 당해 관할의 법률, 계약에 적용되는 법률, 계약이행장소의 법률 또는 중재장소의 법률을 구성한다고 하더라도 판정의 승인과 집행을 금지하지는 못한다.

(2) 법원은, (i) 공서 법규의 범위가 심사의 상황을 포함하는 것을 의도한 것으로 판단된 경우, 그리고 (ii) 판정의 승인과 집행이 당해 법규의 보호를 받는 필수적인 정치적, 사회적 또는 경제적 이익을 명백히 침해하는 경우에 있어서 소속국가의 법적 시스템의 일부를 구성하는 공서 법규에 의해 금지된 해결책(solution)을 이행하고 있는 판정의 승인과 집행을 거부해야만 한다.

(3) 당사자에 의해 주장되어진 공서 법규에 대한 위반이 단순한 판정의 검토가 아니라 사건의 사실관계의 조사에 의해 명백해질 수 있는 경우 법원은 이러한 사실관계의 재조사 할 수 있다.

(4) 판정이 결정된 이후에 제정된 공서 법규가 당해 판정에 의한 해결책의 적용을 금지하고 있을 경우 법원은, 입법자가 당해 공서의 법규의 제정 이전의 판정에 대해서도 적용되는 것을 의도한 것이 명백하다면, 당해 판정의 승인과 집행을 거부해야만 한다.

4. 국제적인 의무(International obligations)

법원은 판정의 승인 또는 집행을 다른 국가 또는 국제 기구에 대한 명백한 의무위반을 구성하는 경우 당해 판정의 승인과 집행을 거부할 수 있다.

VIII. 결 어

이상에서 국제상사중재판정의 승인과 집행을 거부하기 위한 사유로서의 공서에 관한 IIA국제상사중재위원회의 2000년 런던총회 보고서와 2002년 뉴델리총회 보고서를 살펴보았다.

1824년에 영국의 한 법관은 공서를 다음과 같이 말하고 있다¹²³⁾.

“.....제 멋대로 날뛰는 말, 당신이 비스듬히 걸터앉았을 때 그 말이 당신을 어디로 데려갈지 결코 알지 못한다. 공서는 당신을 유효한 법으로부터 벗어나게 할 것이다. 공서는 다른 논점이 없어지는 경우 이외에는 결코 입증되지 않는다.

그러나 위의 인용구에 관하여 “유능한 사람이 안장에 앉으면, 다루기 힘든 말도 통제할 수 있다”라고 대응하고 있다¹²⁴⁾.

공서의 개념은 매우 가변적이고 보충적이라고 할 수 있다. 사실 법원에 의한 공서의 적용에 대한 불확실성과 불일치는 패소한 당사자

123) Richardson v. Mellish (1824) 2 Bing. 228 ; (1824-34)A11 ER Rep. 258.

124) Lord Denning MR in Enderby Town Football Club Ltd v. The Football Association Ltd (1971) Ch. 591 at 606.

(losing party)로 하여금 공서에 의존하여 집행을 저지하거나 최소한 집행을 연기하도록 활용할 수도 있을 것이다. 또한 공서는 실패한 피고와 / 또는 국가에게 집행을 좌절시키기 위한 ‘a second bite(두 번째 자극)’로 될 우려가 있다.

따라서, 공서위반을 판단함에 있어서는 국제적 공서로서 초국가적 공서(transnational public policy)의 개념을 도입하여야 할 것이다. 또한 국제적 공서의 개념을 해석함에 있어서도 자국의 이익만을 위하여 해석·적용하여야 할 것이 아니라, 이는 예외적 사항이기 때문에 제한적으로 해석하여 국제적으로 보편 타당하다고 인정할 수 있는 범위로 한정하여 적용하여야 할 것이다.

그 방법의 하나로서는 가능하다면 국제중재기구가 실현가능성이 있는 공서의 개념과 유형을 정립하여 국제적으로 합의에 이르게 하고, 이에 따라 확립된 국제적 공서는 각국이 국제적인 의무로서 이를 존중하는 방향으로 나아가도록 하여야 할 것이다.

ABSTRACT

On Public Policy As bar to Enforcement of International Arbitral Awards.

Young-Gil Park

When the ruling of Foreign Arbitral Awards contradicts the public policy of the enforcement state, it can be a ground for a refusal to enforce the ruling. New York Convention V section 2, UNCITRAL section 36, and Korean arbitration law section 36 confirm this principle.

The final ruling of international arbitral awards should be respected according to the international convention or the principle of reciprocity, which cancel out the above principle: when the ruling contradicts the country's public policy, it can be refused to enforcement.

Since the Helsinki General Convention, ILA have studied upon it and presented the final report and recommendation during the 2002 New Delhi General Convention.

In it, firstly, the finality of awards rendered in the context of international commercial arbitration should be respected save in exceptional circumstances. Secondly, every state is recommended the "international public

policy", on which it can refuse to follow the ruling of international arbitral awards, and advised to respect it as far as possible.

key-words : Foreign Arbitral Awards, public policy, international commercial arbitration, international arbitral awards