

연구논문

다수당사자중재의 문제점에 관한 고찰*

김 명 엽 **

〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. 중재의 합의
- III. 중재절차의 병합
- IV. 제3자의 중재참가
- V. 중재인선정
- VI. 결 론

* 이 논문은 2002년도 한국중재학회의 연구비 지원에 의해 연구되었고, 2003년도 한국중재학회 하계학술세미나에서 발표한 논문임.

** 관동대학교 겸임교수

I. 서론

1. 다수당사자중재의 의의

국제중재에 대한 논의와 활용이 증가함에 따라 다변적인 중재에 대한 논의가 활발해지고 있다. 대규모의 국제적 프로젝트는 다수기업의 참여를 필요로 하게 되었다. 이 경우 기본적인 주계약 뿐만 아니라 계약당사자간의 금융에 관한 약정과 여러 개의 하도급계약, 물품공급계약, 지급보증계약 등 각종의 종된 계약을 필요로 하게 되었다. 이러한 법률관계에서 분쟁이 발생할 경우, 직접적인 두 당사자만의 문제가 아니고 동일한 법률분쟁의 해결에 이해관계를 갖는 여러 당사자의 문제가 되는 것이다. 이런 문제는 전형적으로 건설공사도급계약과 같이 거래에 다수가 관여하는 경우가 많다.¹⁾ 도급인과 수급인 그리고 하도급인 등이 관여하는 경우가 대부분이고²⁾, 용선계약은 선주 및 용선자, 보증인 등이 관여한다. 경제의 글

-
- 1) 건설공사도급계약처럼 복잡한 계약은 장기간의 건설공사진행 주에 또는 각 계약의 이행단계에서 복잡한 분쟁이 발생할 가능성이 있으므로 해당 계약서에 선택적 중재합의를 포함한 단계적 분쟁해결조항을 삽입하거나 인용한다. 그리고 중재를 자주 이용하는 이유는 효율성과 비용절감에 있다고 한다. 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 중재연구 제12권 2호, 2003, 2월, pp.265-266.
 - 2) 건설계약의 하도급은 건설업법과 동 시행령에 의하여 규율된다. 건설업의 하도급은 부분하도급에 제한된다. 하도급인과 도급인 사이에는 원칙적으로 직접적인 계약관계가 존재하지는 않지만 건설산업기본법 제32조와 같이 도급인에 대하여 수급인과 동일한 의무를 부담하는 법정채권관계가 존재한다. 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2002, p.541 참조.

로별리제이션에 따라 국제적인 사업에서 콘소시움계약 등이 일반화 되고 이것을 규율하는 법률관계가 복잡해지고 있는 것은 주지의 사실이다. 이러한 관계는 국제거래에서도 필연적으로 증가하고 있다.

그런데 거래관계에서 발생하는 분쟁해결을 위한 수단으로서의 국가의 법원이 제공하는 민사소송절차가 존재한다. 다양한 분쟁의 형태에 맞는 구조를 갖는 절차도 마련되어 있다. 따라서 복수의 주체가 관여하는 법적 분쟁이 발생한 경우에는 각 분쟁의 주체간에 모순없는 해결을 도모하는 것이 요청되고 있다.³⁾ 이러한 다수당사자 분쟁을 적절하고 효율적으로 해결하기 위해서는 판결효의 주관적 범위를 확장하는 경우⁴⁾를 제외하고는 다수의 분쟁자체를 다수자 내지 참가인으로서 소송에 관여시키는 제도인 다수당사자소송, 분쟁 주체 이외의 자를 다수의 분쟁주체를 위해 소송을 수행하도록 하는 방법이 있다. 전통적으로는 복수의 분쟁주체가 당사자나 참가인으로서 각 단계에 관여하는 다수당사자소송을 중심으로 대응해 왔다. 이러한 다수당사자소송은 우리 민사소송법상으로는 통상공동소송, 필수적 공동소송, 보조참가, 독립당사자참가 등이 있다. 다수당사자

3) 소송과 중재는 그 제도형식이나 기능면에서 유사하다고 할 수 있으나 소송은 당사자자치에 적용될 여지가 거의 없고, 반대로 중재는 당사자자치를 기본적 원리로 하고 있다는 점에서 본질적인 차이가 있다. 양자는 각기 장단점을 갖고 있지만 국제거래분쟁의 실제에 있어서는 그 장단점이나 적부의 문제보다는 당사자간의 이익의 합리적인 조정이라고 하는 문제가 더 중요하다. 岩崎 一生, “國際去來と訴訟外紛争處理制度”, 國際商事法務, 14卷 10号, p.747.

4) 판결의 실제적 확정력으로서 기판력의 인적 범위는 판결의 명의인에게만 미치나 예외적으로 변론종결후의 승계인이나 당사자 또는 승계인을 위하여 청구의 목적물을 소지하는 자 등에게도 미친다. 자세한 것은 양병희, 「민사소송법」, 삼지원, 2003, pp.356-357. 참조

분쟁을 해결하기 위한 절차로서 다수가 관여하는 경향이 강한 환경 소송이나 독점금지법위반소송, 제조물책임소송 등을 포함하는 현대형소송이 증가하여 그에 대한 적절한 대처가 요구되고 있다. 이러한 다수당사자분쟁의 해결을 위한 수단으로서 중재제도를 들 수 있다. 중재제도는 당사자가 자주적으로 설치 또는 지정하는 중재기관을 이용하는 자주적인 분쟁해결제도이다. 중재의 경우에도 당연히 복수의 분쟁주체가 관여하는 법적 분쟁이 그 대상으로 되고, 적정하고 효율적인 분쟁해결이 요청되는 것은 물론이다.⁵⁾ 이를 위해 각국이 중재법의 조화를 위해 UNCITAL모델중재법을 도입하여 중재법을 개정하였으며, 우리나라도 1999년 12월 31일 모델법을 수용하는 중재법의 개정이 있었다.⁶⁾ 그렇지만 복수의 분쟁주체가 관여하는 분쟁을 중재에 의해 통일적으로 해결한다 하더라도 중재는 당사자의 합의절차에 의해 분쟁을 해결하는 제도이므로, 소송에 의한 분쟁해결과는 다른 차원의 문제가 존재한다. 즉 소송에 의한 다수당사자의 분쟁해결은 공정한 재판이라고 하는 정당한 목적을 실현하기 위해서는 국가의 법질서하에서 어느 정도의 강제력을 행사하는 것이 허용된다. 국가가 재판권에 복종하는 자에 대해서 일정한 내용을 강제하기 때문에 그에 대응하는 합리적인 절차보장이 필수적이다. 이러한 이유로 임의소송금지의 원칙⁷⁾이 타당하며 합의에

5) Gaburiel M. Wilner, *Domke on Commercial Arbitration-The Law of Practice of Commercial Arbitration-*, Revised Edition, 1995, p.114.

6) 그러나 우리나라의 개정중재법은 모델중재법을 그대로 수용한 것이 아니라 우리 사법제도에 맞추어 일부 수정 또는 보완하는 방식을 택하였다. 이순우, “상사중재제도의 법적 구조에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 2002, p.91.

7) 당사자가 법률에 의하여 정형화 된 소송심리의 방법·진행 및 소송행위의

기초한 절차형성이 제한된다. 이에 비해서 중재는 당사자의 합의가 강제력·구속력의 근거가 된다. 따라서 만일 합의라고 하는 요소를 제외한다면 중재에 의한 다수당사자분쟁의 해결문제를 고찰의 대상으로 한다는 것 자체가 무의미하다. 그러므로 당사자간 합의는 중재판단의 구속력 또는 그에 이르는 절차를 정당화 시키는 근거가 된다. 합의는 절대적으로 당사자자치의 문제이므로, 중재제도는 국가의 법이 관여하지 않는 것으로 생각할 수도 있으나 중재판정취소의 소나 집행판결제도가 존재하므로 중재제도 자체가 국가의 법질서의 테두리 내에서 존재하는 것이라고 할 수 있다. 즉 중재제도는 국가법의 승인하에서 존재하고 있는 것이다. 다수당사자분쟁을 중재에 의해 해결함에 있어서는 당사자간의 합의에 기초하면서도 구체적인 당사자간의 이해관계를 신중하게 고려하여, 당사자의 합의의 형성이 곤란한 경우에는 합의와 강제의 조화를 도모하는 것이 불가결하다고 생각된다.⁸⁾

여기에서 발생하는 분쟁은 두 당사자사이에서도 해결할 수는 있으나 다수가 관여하는 복잡한 분쟁을 일거에 해결해야 할 필요성이 증가하고 있는 것이다. 이러한 다면적 분쟁을 통일적으로 해결하기 위해 복수의 당사자가 관여하는 중재를 다수당사자중재(Multiparty Arbitration, Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit)라고 한다. 이것은 다시 넓은 의미와 좁은 의미의 2개의 개념으로 나눌 수 있다. 전자는 이미 계속하고 있는 중재에 대해서 제3자가 임의 또는 소송고지

방식·요건 등을 함부로 바꿀 수 없다는 원칙을 말한다. 강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2002, p.441.

8) 谷口安平, “多數当事者間國際商事仲裁(1)”, JCAジャーナル 28卷 9号, 1981. 9月, p.8.

에 해당하는 중재고지를 받고 중재절차에 참가하는 경우이다.⁹⁾ 이 경우 보조참가인은 본래 주된 당사자는 아니므로 엄밀한 의미에서 다수당사자에서 말하는 당사자는 아니라고 할 수 있다. 후자는 중재의 신청인측 또는 피신청인측에 복수의 당사자가 있는 경우이고, 소송제도에 있어서 공동소송에 해당하는 것이다. 독일이나 스위스에서는 이 2개의 개념만을 다수당사자중재라고 한다.¹⁰⁾ 그러나 실제로 발생하는 분쟁은 이 양자 어느 쪽에도 속하지 않는 예외적인 분쟁이 존재하고 있다. 예를 들면 도급계약과 수급계약의 관계처럼 주된 계약이 종된 계약에 의해 보충되는 경우가 있다. 일정한 계약에서 같은 거래의 당사자는 아니지만 복수의 개별거래를 통해서 직간접적으로 법률관계를 형성하게 된다. 이 경우 통상은 개별계약에 따라 분쟁을 해결하는 경우가 많지만, 필수적 공동소송이나 보조참가의 개념으로 다수당사자분쟁절차를 파악하는 것은 어려운 경우가 많다. 이러한 예외적인 형태도 다수당사자중재개념에 포함해서 고찰하는 경우에 문제가 되는 점이 있다. 즉 견련성이 약한 절차를 무리하게 통합한다면 재판의 복잡화나 지연의 문제가 발생하게 된다. 또한 다수당사자의 절차관여에 의한 소송촉진 등의 효과도 모든 당사자에 대하여 발생하지는 않고 복수의 절차에 관여하는 당사자에게만 발생한다. 이것은 비용의 문제와도 결부되어 있다.¹¹⁾ 당사

9) Karl Heinz Schwarb, "Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft" in Walder F. Lindacher, Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag, 1989, S. 285; Walter J. Habscheid, Schweizer Beiträgen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 1984, S. 177f.

10) Schwarb, a.a.O., S. 285.

11) Bernd von Hoffmann, "Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Inte-

자의 합의에 기초를 둔 중재는 합의가 있는 이상 통일적인 분쟁 해결절차의 형성에 정당성이 인정된다. 만약 모든 당사자의 합의를 얻을 수 없는 경우라도 통일적인 분쟁해결이 적절한 결과를 가져온다면 그러한 방향으로 노력하는 것이 좋을 것이다. 그렇다면 중재절차는 경직된 절차구조가 아닌 유연한 절차구조로서 다수당사자중재라고 하는 견고한 틀을 설정하게 될 것이다. 즉 소송법상의 개념에 집착할 필요는 없고, 통일적인 분쟁해결을 위해 분쟁을 있는 그대로 받아들이는 것이 중요하다고 생각된다. 따라서 중재절차의 통합에 의한 적절하고 효율적인 분쟁해결의 가능성을 검토할 필요성이 있다.

2. 문제의 소재

다수당사자 분쟁을 1개의 소송으로 해결한다면 효율적인 절차운영이나 심판의 모순저축을 방지할 수 있는 절차적인 장점이 있으며 이것을 중재에 의해 해결하는 경우에도 그와 같은 장점이 있다고 할 것이다. 중재는 당사자간의 합의에 기초한 분쟁해결수단이므로 다수당사자중재는 소송에서는 볼 수 없는 특유의 문제가 존재한다. 예를 들면 1개의 계약에는 중재조항이 존재하는데 다른 계약에는 중재조항이 없는 경우에는 관련분쟁의 해결이 2개의 다른 방법으로 나뉘어진다. 이 경우에는 중재판정과 소송에 의한 판결이 서로 다를 수가 있다. 또한 당사자의 합의에 기초한 자주적인 분쟁해결수단인 중재는 국가권력작용인 재판권의 행사로서 강제적 분쟁해결수

단인 재판과 다르고, 다수당사자중재의 전제로서 중재계약이 필요하므로 각각의 당사자간에 중재의 합의는 존재하지만, 현실적으로 다수관계인 사이에 포괄적인 중재합의를 성립시키는 것은 쉽지가 않다.¹²⁾ 중재는 소송과는 다분히 이질적인 요소를 갖고 있다. 즉 소송은 다수당사자분쟁에 관해서 법원이 적절한 제도운명을 위해 어느 정도 조치를 강구할 수 있고, 그것을 위해 어느 정도의 강제력을 사용할 것인가가 고려되고 있지만 중재는 당사자의 중재합의가 중재의 구속력의 원천이므로 합의의 요소를 고려하지 않고 다수당사자분쟁을 중재에 의해 해결하는 것은 무리일 수밖에 없다. 따라서 다수당사자중재에서도 당사자간의 합의에 의해서 당사자가 1개의 중재절차에 의해서 분쟁해결을 원하는 경우에는 다수당사자중재절차를 이용하는 것이 합리적이라고 할 수 있다. 이처럼 주요 분쟁을 다수당사자중재에 있어서 단일의 공동중재절차를 이용하기로 당사자들이 합의한다면 단일사업에 관련하여 발생하는 모든 분쟁을 각각의 중재절차에서 해결하는 경우 판정결과의 모순저축을 야기할 수 있으나 단일의 중재판정부에 의해서 해결하는 경우에는 이러한 위험을 피할 수 있다. 또한 관련 분쟁에 관하여 제출된 모든 관련 증거들을 중재판정부가 이용할 수 있다. 그리고 관련 모든 분쟁들을 단일공동중재절차에서 해결하는 비용이 분리된 중재절차에서 해결하는 비용보다 훨씬 저렴할 수 있다¹³⁾

12) 특히 다수당사자간 분쟁의 경우에는 다수당사자가 모두 중재지, 준거법 및 중재절차에 합의한 경우에는 가능하나 그렇지 않다면 중재인이 제3자를 당사자로 끌어들이는 방법이 없으므로 분쟁의 1회적 해결이 소송절차 보다 어렵다. 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2000, p.8.

13) 이강빈, “다수당사자중재에 있어서 절차병합과 중재인 선정,” 중재학회지

본 논문에서는 이러한 인식하에 다수당사자중재를 형성하기 위한
 1)의, 중재절차의 병합 및 중재절차의 참가에 대한 고찰을 하면서
 2)재판정부를 구성하는 문제에 대하여 언급하고자 한다.

II. 중재의 합의

중재는 당사자간의 합의 또는 당사자와 제3자 사이의 합의에 기
 해서 행해지는 것이다. 중재절차가 정당화 되고 중재판단에 당사
 자가 구속되는 근거도 당사자간의 분쟁해결을 위한 합의인 것이다.
 다수당사자중재절차도 원칙적으로 합의에 기초를 두고 있는 것은
 마찬가지이다. 그리고 중재계약을 체결하는 경우에는 처음부터 복
 수의 분쟁주체가 관여할 수 있는 절차, 개별적으로 계속 중인 중재
 차를 병합하는 절차, 계속 중인 중재에 중재계약의 당사자 이외
 제3자가 임의 또는 강제적으로 참가하는 절차에 대해서 미리 명
 으로 상세하게 합의를 해 두는 것이 바람직할 것이다.¹⁴⁾ 즉 처음
 터 다수당사자간에 1개의 중재계약을 체결하고, 각각의 계약 중
 공동중재조항을 삽입하면 된다. 그 구체적인 예로서 ICC의 모범
 재조항을 들 수 있다. 그 제2항에서는 모든 중재당사자의 합의에
 하거나 ICC중재법원이 임명하는 중재인이 종국적인 판단을 내리

제8권, 1998, p.39.

중재의 과정과 결과에 대한 예측가능성을 최대한 높이고, 그로 인한 불안
 감을 줄이기 위해서는 중재합의에 중요한 요소를 모두 포함시켜야 하며,
 이를 위한 가장 안전한 방법은 상설중재기관이 만든 표준중재조항을 사용
 하는 것이다. 목영준, 전계서, p.43.

도록 지정할 수 있다. 그러한 경우로는 ① 당사자 또는 제3자와의 사이에 계약과 관련해서 발생하는 분쟁 중의 쟁점과 같거나 관련성을 갖는 문제가 발생하고 그 관련분쟁이 ICC규칙에 의해 중재에 부탁하도록 되어 있는 경우 ② 관련분쟁의 당사자가 사전 또는 사후에 관련분쟁을 ICC의 다수당사자중재로 한번에 해결하도록 합의한 경우 ③ 본 계약의 당사자가 관련분쟁의 발생을 인식한 후 이상의 것을 요구하거나 수락한 경우 등이다. 다수당사자중재의 대상 및 분쟁범위와 관련해서는 특히 ①의 경우가 중요하다. 즉 당사자의 일방을 동일시하는 개별계약에 기초한 분쟁이 존재하고, 양분쟁의 쟁점이 동일한 것이어야 하며, 양 계약중의 중재조항에서 다수당사자 중재절차에 동의하고 있을 것 등이 요건이라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 또한 중재법원이 중재에 부탁하는 취지의 명시적 합의가 없는 경우라도 그 절차에 대해서 당사자가 묵시적 합의가 있다고 해석되는 경우에는 절차의 병합을 인정할 수 있다고 본다. 무엇보다도 이를 위해서는 당해 당사자가 중재인의 관할에 이의를 제기하지 않고 당해 중재절차에 참가하고 있는 등의 사정을 참작하는 것이 필요하다. 이상은 당연히 중재당사자간에 합의가 존재하는 것이다. 그러나 분쟁주체의 범위를 미리 확정하는 것은 곤란한 경우가 있고, 다수당사자분쟁발생 후에도 다수당사자 중재절차를 형성하는 합의를 당사자가 회피할 수도 있다. 모델중재조항처럼 상설중재기관의 중재규칙 중에 다수당사자 분쟁처리를 위한규정을 두고, 중재조항에는 그러한 중재기관의 중재에 따르도록 하는 합의를 행할 필

15) 谷本裕範, 多數当事者仲裁の問題点, 特に米國のそれについて-ワルシャワ, 國際シンポジウム報告(2), 海商法研究會誌 38号, 1980年, 23面.

요가 있다.¹⁶⁾ 다수당사자중재절차의 부정적인 측면만을 생각하고 그러한 중재규칙을 두고 있는 중재기관의 이용을 주저하는 결과가 발생할 수도 있다. 특히 각 당사자간에 심각한 이해관계가 대립하는 국제중재에서는 전략적으로 다수당사자중재절차의 이용을 회피하는 경우도 있다. 또한 중재조항에 관해서 그 문언을 단순히 중재기관의 중재에 복종한다 라는 문언만으로는 당사자가 의식적으로 당해 다수당사자중재절차에 복종한다 라는 합의로 볼 수 있는지의 문제도 발생한다.

Ⅲ. 중재절차의 병합

1. 병합의 근거

중재절차의 병합이란 수 개의 미해결의 중재절차를 동일중재인의 심리하에 통합된 행위 또는 방법을 말한다. 즉 관련분쟁에 관한 개별 내지 복수 중재절차를 병합해서 단일의 중재절차로 처리하는 중재인의 조치이다. 우리나라 민사소송법에서도 일정요건하에 법원이 소송절차를 병합할 수 있다.¹⁷⁾

16) 谷川安平, “多數当事者間國際商事仲裁(2)”, JCAジャーナル28卷 10号, 1981. 10月, p.5.

17) 공동소송과 소의 객관적 병합은 소제기 당초부터 여러 개의 청구가 병합되어 1개의 소송으로 되어있지만 변론의 병합은 동일법원에 계속되어 있는 여러 개의 소송의 변론 및 재판을 1개의 소송절차로서 결합하여 심판하는 법원의 소송지휘권을 말한다. 이는 소제기후 법원의 지휘에 의하여 1개의 소송으로 결합하는 것이다. 사건마다 심리와 증거조사를 반복하는 불편을

이와 같이 국가의 사법권에 기초한 민사소송에서는 절차의 병합이 비교적 용이하게 인정될 수 있다. 그러나 중재에서는 당사자간의 중재계약이 그 기초가 되는 본질적으로는 사적 절차이므로 모든 당사자가 동의한 경우에만 중재절차의 병합을 인정할 수 있다는 것이다.¹⁸⁾

병합의 근거는 제정법, 규칙, 당사자의 합의를 들 수 있다. 중재절차의 병합에 관한 규정을 두고 있는 중재법에 의할 경우에는 병합을 강행하는 것이 더욱 용이할 것이다.

(1) 병합의 요건

병합의 요건으로서는 당사자전원의 합의가 있으면 병합을 할 수 있는 경우와 합의이외의 일정한 요건으로서 사건관련성을 들 수 있다. 외국의 입법례를 고찰하면 당사자전원의 합의만을 요건으로 하는 법률로서는 영국 중재법 제35조¹⁹⁾가 있다. 동규정은 당사자의 합의가 있는 경우에만 병합을 인정할 수 있다는 취지의 규정을 한 것이라고 해석되고 있다.²⁰⁾ 또한 1996년 스웨덴 중재법 제12조는 당사자의 합의에 의해 법이 정한 다른 방법으로 중재인의 선정을 할 수 있다고 하고 있다. 이는 다수당사자중재에도 적용할 수 있는

없애고 재판의 통일을 기하기 위하여 인정되는 것이다. 중재절차의 병합 역시 신속하고 통일적인 분쟁해결을 위해서 인정되는 것이다. 송상현, 「민사소송법」, 박영사, 2002, p.384.

18) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO Kommentar, 1994, S. 224. Rdnr. 24.

19) 원문 (1) The Parties are free to agree-

(a) that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings.....

20) Trevor Davis, "The Arbitration Act 1996 and Multi-Party Disputes", in VII th International Congress of Maritime Arbitrators conference paper.

것으로 해석되고 있다. 이에 비하여 당사자간의 합의 이외에 일정한 객관적 요건으로서 사건관련성을 요구하는 경우도 있다. 미국 캘리포니아 민사소송법의 국제중재에 관한 제1279조를 보면 2개 이상의 중재계약의 당사자가 자기 또는 기타 다른 중재계약에 관해 해당 중재계약으로부터 발생한 중재의 병합을 합의한 경우에도 법원이 적절·필요하다고 인정되는 조건하에서만 병합을 할 수 있다. 또한 오스트리아 상사중재법 제26조 1항에서는 법원이 중재절차를 병합할 수 있는 요건을 보면 모든 절차에 있어서 동일한 법률상 또는 사실상의 문제가 발생한 경우, 모든 절차에서 구제를 구하는 권리가 동일하고 일련의 거래에 관련된 것일 것, 기타 본조에서 정한 명령을 하는 것이 상당하다고 인정될 경우 등을 요건으로 정하고 있다.²¹⁾ 그러나 중재절차의 병합에 관한 명문의 규정이 없는 국가에서도 법률의 해석에 의해 당사자간의 합의나 사건의 관련성 요건이 구비된 것으로 보는 경우도 있다. 예를 들면 미국 연방 중재법에서는 병합에 관한 규정을 두고 있지 않지만 *United Kindom v. Boeing Co.* 사건의 개요를 보면 영국정부소유 군용헬기의 전기연료 공급장치의 지상시험 중에 사고가 발생했다. T사가 동 장치를 설계하고 엔진을 제조하여 이를 Boeing사가 제조한 헬기에 탑재하였다. Boeing사와 T사는 별도로 영국정부의 군수품 프로젝트에 관하여 장기수급계약을 맺고 있었고, 계약서는 별도로 작성, 각각의 계약서에 중재조항이 기재되어 있었으나 그 조항은 동일한 내용이었고, 미국 중재협회의 중재규칙에 따라 중재인은 3명, 뉴욕에서 중재를 행하

21) 金祥洙, “오스트리아仲裁法의特徵”, 國際商事法務 24卷 7号, 1996. 7月, p.732.

도록 하고 있었다. 양사는 전기연료제어장치에 대한 책임은 별도로 규정한 상호협조에 관한 별도의 계약서상의 당사자 관계에 있었다. 사고 후 2년 6개월이 지나 영국정부는 AAA에 대하여 사고로 발생한 손실을 Boeing사와 T사에 청구하기 위하여 중재를 신청했다. 중재의 신청전후에 영국정부는 양사에 대하여 중재에 병합에 동의할 것을 요청하였으나 Boeing사는 병합할 경우에 중재비용의 증가와 단독중재의 유리를 내세워 병합에 동의하지 않았다. 이에 대하여 AAA는 영국정부에 대하여 모든 당사자의 동의 없이는 중재병합을 하지 않을 것임을 통보했다. 영국정부가 연방지방법원 뉴욕 남관할구에 중재병합의 강제를 신청하자 이를 받아들였고, Boeing사는 이에 불복, 항소하였다. 연방 제2순회구 항소법원은 지방법원이 중재절차를 병합할 권한이 없다고 하였다. 이에 대하여 연방 최고법원은 3인의 당사자간에 개별적으로 AAA의 중재계약을 체결하고 이러한 계약에는 중재절차의 병합에 관한 규정이 없기 때문에 분쟁이 유사 또는 동일한 사실상 및 법률상의 포함하고 있다는 단순한 사실에 기초해서 2개의 중재절차를 병합하는 권한이 법원은 갖고 있지 않다고 판시하고 적어도 당사자간의 합의 및 사건관련성이 있어야 한다고 하였다. 독일에서도 중재절차의 병합에 관한 규정은 두고 있지 않지만 종래부터 해석상 인정되어 온 당사자간의 합의 및 민사소송법상의 공동소송의 요건을 갖추어야만 병합할 수 있다²²⁾. 무엇보다도 당사자자치의 원칙이 지배하는 중재절차에서는 공동중재의 여부는 중재계약에 있어서 당사자의 의사를 어떻게 해석하느냐에 따라 판단해야 하고, 공동소송의 요건을 전용하는 것은

22) Schwarb, a.a.O., S. 289.

타당하지 않다는 견해도 있다.²³⁾

이에 대해서 당사자간의 합의유무에 상관없이 일정한 객관적 요건을 갖춘다면 중재절차의 병합을 인정할 수 있다는 입법례도 있다. 1986년 네덜란드 중재법 제1046조 1항에 의하면 네덜란드의 중재법원은 네덜란드의 중재법원에서 개시된 중재절차의 대상과 관련하여 중재절차가 개시된 때에는 어느 당사자라도 암스텔담의 지방법원에 대하여 중재절차의 병합을 신청할 수 있다.²⁴⁾

미국 캘리포니아 주 민사소송법의 주내 중재에 관한 제1281조.3에 의하면 동일당사자간에 별개의 중재계약 또는 중재절차가 존재하고 1인의 당사자가 제3자와의 사이에 별개의 중재계약 또는 절차의 일방의 당사자이고, 분쟁이 동일 거래 또는 일련의 관련거래로부터 발생하고, 2인 이상의 중재인 또는 중재법정의 결정이 저촉될 우려가 있는 공통의 법률상 및 사실상의 쟁점이 존재하는 경우에는 법원은 개별중재절차의 병합을 명할 수 있다.²⁵⁾

Common Law 국가에서는 당사자간의 합의가 없더라도 일정한 요건하에 절차의 병합을 인정하는 경향이고, 네덜란드는 대륙법계 국가이면서도 일방당사자의 신청에 의한 병합을 인정하고 있다. 대륙법계 국가에서는 당사자간에 합의가 존재하는 것을 전제로 하는 경향이 있으며, 미연방차원에서 실무도 마찬가지이다. 이처럼 중재절차의 병합에 있어서 Common Law 국가와 대륙법계국가를 이

23) Peter Schlosser, "Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit", 1989, 2 Aufl. S. 430 ff.

24) 貝瀬辛雄, 「國際化社會の民事訴訟法」, 信山社, 1993, p.478.

25) Thomas J. Stipanowich, Arbitration and Multiparty Dispute - The Search for Workable Solution - Iowa L. Rev. Vol.72, 1987, pp.519-521.

분하는 것은 별로 의미가 없다고 할 수 있다.²⁶⁾

합의의 형식에는 서면에 의한 명시적인 합의가 있어야 할 것이다. 당사자가 전략적 의도를 갖고 중재계약에 병합에 관한 조항을 두지 않은 경우에도 묵시적으로 중재절차의 병합을 행하는 취지의 합의가 되어 있다고 해석되는 경우도 있을 것이다. 그리고 공동중재조항이 존재하는 경우에 법원이 직권으로 중재절차의 병합을 명할 수 있는가가 문제된다. 그러나 공동중재의 합의가 존재하는 이상 법원 또는 중재인에 의해 절차가 병합되는 것을 미리 승낙한 것으로 해석하는 것이 합리적일 것이다. 합의 이외에 일정한 요건이 필요한가에 대해서는 병합에 의해 심리의 혼란이나 절차의 지연이 발생할 가능성을 고려해서 판단해야 할 것이다. 당사자가 관련성을 결한 절차의 병합을 구하는 경우에 이것을 인정한다면 심리의 혼란이나 절차지연의 폐해가 발생할 가능성이 있고, 국민의 중재제도에 관한 신뢰를 잃을 염려도 있다. 따라서 당사자간의 합의에 의해서 배제되는 경우를 제외하고는 일정한 객관적 요건을 필요로 해야 할 것이다. 그 요건으로서 중재절차의 유연성을 손상하지 않기 위해 민사소송절차의 규정을 전용하는 것은 주체면이나 객체면에서 일정한 관련성을 요하는 것에 그치고 법원 및 중재법정에 재량권을 부여하는 것이 합리적일 것이다. 그러므로 병합의 원칙적인 요건을 보면 ① 모든 당사자가 다수당사자중재에 관하여 명시적 또는 묵시적인 합의가 있을 것 ② 중재절차의 당사자 및 대상에 대하여 일정

26) 중재판정부가 당사자주의와 직권탐지주의 중 어느 절차를 택할 것인가도 역시 당사자의 합의가 우선한다. 즉 어떤 중재절차를 택할 것인가에 대하여 당사자간에 합의가 있다면 중재판정부는 이에 따라야 할 것이다. 이호원, “중재에 있어서 증거조사,” 중재 제278호, 1995, p.26.

한 관련성이 존재할 것 등이다

(2) 병합을 명하는 권한

법원이나 중재판정부가 병합을 명할 수 있는지의 여부가 문제된다. 각국의 입법례를 살펴보면 다음과 같다. 1984년 오스트레일리아의 빅토리아 주 상사중재법 제26조 1항은 단순히 법원이 병합을 명하는 것으로 정한 2개 또는 그 이상의 중재절차에 관해서 절차의 모든 당사자에 대하여 중재절차의 병합을 법원에 신청할 수 있도록 하고 있다. 그리고 네덜란드 법 제1046조 1항에 의하면 암스테르담 지방법원에 대하여 절차의 병합을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 미국 캘리포니아 주 민사소송법의 국제중재에 관한 제 1297조를 보면 법원은 개별중재절차의 병합을 명할 수 있는 요건으로서 상급법원은 중재계약 기타 모든 당사자의 동의를 얻은 1인의 당사자의 신청에 의해 법원이 적절·필요하다고 인정되는 요건에 따른 중재의 병합명령을 신청할 수 있다.²⁷⁾

최종적으로는 법원이 판단권한을 갖고면서도 제1차적으로는 중재판정부가 명할 수 있도록 정한 것으로서 오스테일리아 뉴사우스웨스트 주의 중재법 제26조 1항을 보면 중재인은 각 중재절차에서 당사자의 신청에 의해 각 절차를 중재인이 상당하다고 인정되는 조건에서 병합을 명할 수 있고, 중재인이 그러한 병합명령을 거부한 때 또는 명령을 할 수 없을 때에는 법원은 당사자의 신청에 의해 병합명령을 할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 뉴질랜드 중재법 대표 2의 2조를 보면 중재판정부에 신청되었지만 중재판정부가 명

27) Wilner, *supranote*, pp.414-415.

령을 하지 않은 경우 또는 이를 거부한 경우에 고등법원은 전항에 따라서 중재절차의 일방당사자의 신청에 의해서 중재판정부의 병합 명령을 할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 영국중재법 제35조 2항에서는 당사자쌍방이 그러한 권한을 중재판정부에 부여하는 합의한 경우를 제외하고는 중재판정부는 절차의 병합 또는 동시판정을 명하는 권한을 갖을 수 없다고 함으로써 당사자의 합의에 의한 병합권한을 중재판정부에 부여하는 권한을 인정하면서, 중재판정부에 대한 병합권한 부여가 아닌 단순히 중재절차의 병합에 관한 합의가 되는 경우에는 법원이 병합을 명할 수 있다. Common Law 국가 중 미국, 캐나다 등에서는 단순히 법원에 병합권한을 인정하는 경향이고, 네덜란드는 대륙법계 국가이면서도 법원에 병합권한을 인정하고 있다. 어느 쪽이든 병합권한에 대해서는 법원이 최종적으로 결정하는 권한을 갖도록 하고 있다. 그러나 기능적인 절차운영이라고 하는 관점에서 본다면 중재판정부도 병합권한을 갖는 것으로 본다.²⁸⁾ 또한 중재절차의 병합은 어느 시점까지 가능한지가 문제된다. 예를 들면 1개의 분쟁이 중재신청되었으나 다른 분쟁은 신청되지 않은 경우로서 특히 중재당사자가 신청사항에 서명한 후나 중재판정부가 구성되어 증거조사에 착수한 단계에서도 병합을 인정할 수 있는 지가 문제이다.²⁹⁾ 이 경우 새로운 절차에 참가하게 되는 당사자는 이미 계속하고 있는 절차의 결과에 구속되는 것에 이의를 진술할 권리가 인정된다고 할 수 있다.³⁰⁾ 그리고 신청사항에 서명한

28) 谷口安平, 前掲論文, p.12.

29) Hoffmann, a.a.O., S. 118.

30) *ibid.*

후에는 상대방의 동의를 필요로 한다고 보아야 할 것이다.³¹⁾

IV. 제3자의 중재참가

제3자의 참가의 방식에는 임의참가와 강제참가의 두 가지로 나눌 수 있다. 이것은 제3자의 참가에 대해서 합의여부에 따른 구별이다. 먼저 임의참가는 제3자가 이미 계속된 중재절차에 스스로 참가하는 임의참가에 대해서 중재인은 당사자가 이의를 하지 않는 경우에는 그것을 인정할 수 있다. 미리 중재계약에서 참가에 관하여 정함이 있는 경우에도 같다. 어느 경우에도 중재인은 상당한 이유가 있는 때에는 참가를 허용하지 않을 수 있다. 임의참가를 인정하는 법은 1986년 네덜란드 신중재법 제1045조를 들 수 있다. 제1항에서 중재절차의 결과에 대하여 이해관계를 갖는 제3자는 서면에 의한 신청으로, 중재법원의 허가를 얻어 일방당사자를 보조하거나 자기의 권리를 보호하기 위해 중재절차에 참가할 수 있다고 규정하고 있다.³²⁾ 또한 동조 4항에서는 원피고와 제3자가 참가의 효력에 대해 합의하면 중재법원은 제3자를 심문한 후에 중재절차의 당사자로 결정할 수 있다.

제3자의 동의가 없는 경우에도 강제적으로 중재절차에 참가시킬 수 있는 지가 문제이다. 그 기초인 중재계약에 비추어 보아 제3자의 참가를 예정하고 있는 경우에는 당사자는 중재인으로 하여금 그

31) *ibid*

32) 貝瀬辛雄, 前掲書

제3자를 참가할 수 있도록 해야 할 것이다. 그러나 제3자가 이에 응하지 않을 지라도 법원에 강제참가를 신청할 수는 없다고 본다.³³⁾

그리고 3자에게 절차계속을 고지하고 참가할 수 있는 기회를 부여하는 합의가 있는 경우에 제3자가 중재절차에 현실적으로 참가한 때에는 중재판정에 구속된다. 이에 대해서 고지를 받았을 뿐 중재절차에 현실적으로 참가하지 않은 경우에는 합의의 존재만으로 중재판정의 구속력을 미치도록 할 것인지가 문제이다. 기존의 당사자와 제3자 사이에 이것을 정당화 할 수 있는 실질적인 기초관계, 예를 들면 이익공동관계나 대표관계 등의 특별한 사정이 없는 한 소극적으로 해석해야 할 것이다.³⁴⁾ 중재고지에 관한 특별한 합의가 없는 경우에는 당사자의 일방이 민사소송법 제84조 내지 제86조의 소송고지의 규정을 준용하고, 단지 제3자에게 중재의 고지를 함에 그치도록 한 경우에는 고지로서의 법적 효과를 부정하는 견해가 많다. 적어도 당사자와 제3자 사이에 중재계약이 존재하는 경우에만 고지로서의 효과를 인정해야 할 것이다.³⁵⁾

33) 그러나 제3자의 강제참가를 허용하는 예로서 미국 펜실바니아 주의 의료과 오법에 의하면 환자가 의료기관이나 의사에 대해 신청한 중재사건에서 제약회사 등의 비의료기관을 참가시킬 수 있는 권한이 중재판정부에 부여되어 있다

34) 谷川安平, 前掲論文, p.9.

35) 중재고지의 법적 효과를 긍정하는 견해에서도 소송고지와 비교해서 몇 가지 제약요인이 존재한다. 예를 들면 중재판정의 이유는 간결한 것이 대부분이고, 이것을 생략하는 경우도 있으므로 소송고지의 효과가 실제상 한정될 가능성이 존재한다. 그러나 중재고지가 된 경우에는 중재인이 중재판정서의 작성에 필요사항을 명기한다면 이러한 난점은 상당히 해소될 것이다. 그리고 중재절차에서 각 당사자는 각자 중재인선정권을 갖고 있으므로 예를 들면 X와 Y간의 중재인의 중재판정에 Z이 구속된다면 Z는 독자의 중재인선정권을 침해하는 것이고, Z과의 분쟁에 관한한 X 또는 Y에게도 똑

중재고지가 현실적으로 문제가 되는 것은 도급계약을 둘러싼 발주자와 수급인과의 중재절차에서 설계감리자나 보증인 등에게 중재고지를 한 경우이다. 폴란드외국무역회의소 중재규칙은 중재의 결과에 의해 일방당사자가 제3자에 대해서 구상권을 갖는 경우에는 그 당사자는 당해 제3자에 대해서 절차가 계속 중인 것을 고지하고 보조참가를 하도록 할 수 있다. 제3자의 보조참가 여부는 자유이고 참가하더라도 중재판정은 제3자의 권리의무에 직접적인 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다.³⁶⁾

V. 중재인선정

중재당사자는 각각 중재인의 선정권을 갖고 있다. 대립하는 당사자의 수가 증가할 수록 중재인의 선정이 곤란한 측면이 있다.³⁷⁾ 중재인이 당사자에게 선정된다는 것은, 중재인이 당사자에게 종속되어 있다는 의심을 줄 가능성이 있다. 이러한 의미에서 중재인의 직무에 관한 독립성의 결여가 문제될 수 있다. 따라서 중재인의 독립성을 확보하기 위해서는 종속적인 외관을 가능한 한 줄이는 것으로서, 예를 들면 중재판정부의 구성이 모든 당사자에게 평등해야 할

같이 적용될 것이다. 이러한 난점을 극복하기 위해서는 중재계약 또는 중재규칙에 의해 공통의 중재인을 선정하기 위한 시스템을 갖추어야 할 것이다. 그렇지만 이익이 대립하고 교섭력에 격차가 있는 2주체간에 동일한 중재인을 미리 선정하도록 규정하고 있는 것은 절차의 공정성면에서 문제가 있으나, 분쟁발생 후에 관계자가 이 점에 대해 합의한다면 이러한 문제는 해결된다. 小島武司, 「仲裁法」, 青林書院, 2000, p.259.

36) 谷口安平, 前掲論文, p.9.

37) Hoffmann, a.a.O., S. 116.

필요성이 있다.³⁸⁾ 따라서 당사자가 다수인 경우에도 각자 중재인을 선정하는 것을 인정한다면 어떻게 중재판정부의 평등한 구성을 확보할 수 있는지가 문제된다. 기관중재라면 중재기관에게 중재인의 선정을 일임하는 등의 중재규칙을 두어야 하고, 이 경우에는 단독 중재인을 선정하는 것이 더 좋을 것이다. 그러나 ad hoc중재에서는 처음부터 중재인의 선정에 대해 합의할 필요가 있으므로 곤란한 점이 있다.³⁹⁾

1. 중재인 선정방법

2인의 당사자로 이루어지는 중재절차에서 중재인을 선정하는 방법은 각 당사자가 합의해 의해 단독중재인을 선정하는 방법, 각 당사자가 합의에 의해 복수의 중재인을 선정하는 방법, 각 당사자가 각기 1인의 중재인을 선정하고, 선정된 중재인으로 중재판정부를 구성하는 방법, 당사자가 각각 1인의 중재인을 선정하고 선정된 중재인이 제3의 중재인을 선정하는 방법 등이 있을 수 있다. 그러나 다수당사자중재에서 중재인을 선정하는 경우에는 특별한 입법정책적인 고려가 있어야 할 것이다. 외국의 입법례를 살펴보면 미국 캘리포니아 주 민사소송법을 보면 중재절차의 병합을 대상으로 하는 경우에는 병합을 명한 법원은 병합된 중재절차의 모든 당사자에 의해 선정방법에 관한 합의가 있는 경우 제1281조 3에 정한 절차에 따라서 중재인을 선정해야 한다고 하고 동법 제1281조 6에서는 중

38) Schlosser, a.a.O., S. 394

39) 小島武司, 前掲書, p.263.

재계약에서 중재인을 선정하는 방법을 정한 때에는 그 방법에 따라야 한다. 그러나 중재계약에서 중재인의 선정방법을 정하지 않은 경우에는 중재당사자는 당사자간의 합의로 중재인의 선정방법을 정할 수 있고, 당사자는 그에 따라야 한다. 합의가 되지 않는 경우뿐만 아니라 합의된 방법에 의하여도 선정에 실패하거나 어떠한 이유에 의해 그것에 따를 수 없는 경우이거나, 선정된 중재인이 그 직무를 수행할 수 없거나, 그 후임중재인이 선정되지 않은 경우에는 법원은 일방당사자의 신청에 의해 중재인을 선정해야 한다고 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 또한 모든 당사자가 병합된 중재절차를 위해 중재판정부에서 합의할 수 없는 경우에는 동법 제1297·271조에서는 동법 제1297·118조에 의해서 중재판정부의 선정을 행할 것을 규정하고 있다. 동법 제1297·118조에서는 상급법원은 중재인 선정에 있어서 다음 사항의 모든 적절한 주의를 다하여야 한다고 규정하고 있다. 독립성과 공정성이 보장된 중재인을 확보해야 한다고 한다. 1984년 오스트레일리아의 빅토리아 주 상사중재법 제226조 2항을 보면 법원이 전항에서 중재절차의 병합을 명한 경우 및 병합된 중재절차의 당사자가 병합 후의 절차에서 중재인의 선정에 합의하고 있는 경우, 모든 당사자가 합의를 할 수 없는 경우를 제외하고는 법원이 당해절차의 중재인을 선정하지 않으면 안된다고 규정하고 있다. 1984년 오스트레일리아의 뉴사우스웨일즈 주 중재법 제11조 4항은 본조에 의해서 중재절차가 병합된 경우 병합된 절차의 중재인 또는

40) 이른바 불안정한 중재판정부의 결정에 대하여는 이강빈, “국제상사분쟁의 해결에 관한 UNCITRAL 논의동향”, 통상법률, 2000. 12월, pp. 84-85.를 참조

심판인은 개개절차에 있어서 모든 당사자가 합의해야 한다. 이 합의가 이루어지지 않는 경우에는 법원은 병합된 절차의 중재인 또는 심판인을 선정할 수 있다고 규정하고 있다. 1986년 캐나다의 브리티쉬 콜롬비아 주 중재법 제27조 2항은 최고법원은 중재절차의 모든 당사자의 동의를 얻은 당사자의 신청에 의해 다음과 같은 행위를 할 수 있다. 즉 병합된 중재를 주재하는 중재판정부에 대해서 모든 당사자의 합의가 없는 경우 제11조 8항에 의해서 중재판정부를 선정할 수 있다고 규정하고 있다. 네덜란드법 제1045조 3항 및 4항을 보면 암스텔담 지방법원장이 절차전체의 병합을 명한 때에는 당사자는 상호합의하에 1인 또는 수인의 중재인을 선정하고, 법원장이 정한 기간 내에 당사자가 전기사항에 대해 합의에 이르지 아니한 때에는 법원장은 당사자의 신청에 의해 중재인을 선정하고, 암스텔담 지방법원장이 절차의 일부병합을 명한 때에는 법원장이 정한 기간 내에 당사자가 합의에 이른 때에는 법원장은 당사자의 신청에 의해 중재인을 선정한다 라고 규정하고 있다. 뉴질랜드법 대표 제2의 2조 3항을 보면 중재절차가 전항에 기해서 병합된 경우 병합된 절차를 주재할 중재판정부는 개개절차의 당사자가 합의할 수 있고, 합의가 이루어진 때에는 고등법원이 병합된 절차를 위한 중재판정부를 선정할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 홍콩중재법 제6B조를 보면 병합된 중재절차의 중재인을 당사자가 선정할 수 없을 때에는 법원이 선정한다 라고 규정하고 있다.⁴¹⁾ 이상과 같이 각국의 입법을 보면 제1차적으로는 당사자가 중재인을 직접 또는 간

41) 松浦 馨, “香港仲裁法の特徴と問題點”, 民商法雜誌 115卷 3号, 1996年, p.362.

접적으로 선정할 수 있도록 보장하고 있고, 현실적으로 그것이 곤란한 경우에는 일정경과 등의 조건을 붙여 법원이 중재인을 선정하는 방식을 취하고 있다.

2. 중재기관규칙의 제정

당사자사이에 정해진 합의가 없고 법원에 의한 선정이 이루어진다면 재량으로 완전히 당사자로부터 독립된 중재판정부를 구성할 가능성이 있다. 다수당사자중재에서 중재인선정에 관한 합의가 이루어진 경우 어떠한 룰에 의해 중재인을 선정할 것인가가 중심적인 문제이다. 즉 당사자간의 합의에 기해서 1인 또는 2인 이상의 중재인을 선정하는 경우에 대해서는 당사자의 합의내용에 따라 합리적인 선정방법을 구체적으로 정한 상설중재기관규칙이 정해져야 할 것이다. 여기에 대해서 단독중재인을 선임하는 경우의 방법으로서 당사자간에 특단의 합의가 없는 다수의 신청인은 신청서에 공동으로 1인의 중재인을 선정하지 않으면 안된다 라고 하는 독일중재협회규칙 제13조 1항이나 제3자가 중재법원의 성립 이전에 제40조 규정에 의해서 중재절차에 참가하고, 참가한 경우에는 신청인·피신청인 및 제3자의 합의에 의해서 단수의 중재인을 선정한다고 정한 국제상사중재규칙 제26조 1항 등을 참고해야 할 것이다. 그러나 복수의 중재인을 선정하는 경우에는 신청인측이나 피신청인측에 공동관계가 있는 다수자가 존재할 경우에는 다수자에게 공동으로 1인의 중재인을 선정하도록 하는 방법이 있다. 이러한 방법을 취하는 예로서는 신청인으로서 또는 피신청인으로서 다수의 당사자가 존재

하는 경우, 분쟁이 3인의 중재인에게 부탁된 때에는 다수의 신청인 및 다수의 피신청인은 공동으로 1인의 중재인을 선정하지 않으면 안된다고 정한 ICC중재규칙 제10조 1항이나 2인 또는 3인의 피신청인이 신청서에 기재된 경우, 당사자간에 다른 합의가 없는 한 피신청인은 신청서를 수령한 후 30일 이내에 공동으로 1인의 중재인을 선정해야 한다고 정한 독일 중재협회규칙 제13조 2항을 참고할 필요가 있다. 즉 이러한 방법으로 각 중재기관은 당사자가 평등한 중재판정부가 구성될 수 있도록 노력하고 있다.⁴²⁾ 그러나 당사자가 이러한 방법에 동의하지 않을 때에는 다수의 중재기관규칙은 중재인선정권이 중재기관에게 이전하고 중재기관이 재량으로 공평한 중재판정부를 선정할 수 있도록 하고 있다

3. 중재판정부구성에 대한 구체적 사안의 검토

첫째 공동중재신청이 있는 경우 단독중재인을 선정하려면 다수결에 의한다면 불공평한 문제는 발생하지 않고 평등한 중재판정부를 구성할 수 있을 것이다. 그러나 다수당사자중재는 일반적으로 사실관계가 복잡한 경우가 많고 경우에 따라서 단독중재인에 의한 판정의 부담이 과중될 위험도 있다. 따라서 이러한 방법을 취하는 경우에는 구체적인 사안과 논점을 고려해야 할 것이다. 둘째로 복수의 중재인을 선정하는 경우에 신청인측이나 피신청인측의 일방만이 다

42) Schwarb, a.a.O., S. 490. 당사자의 평등은 선임방법의 평등을 의미한다. 중재판정부를 구성하는 경우 중재인의 선임방법이 모든 중재인에게 평등해야 한다

수인 불균형이 발생하는 때에는 각 당사자가 1인의 중재인을 선정하는 것을 인정한다면 불공평의 문제가 발생할 수도 있다. 이에 대한 중재인선정권과 다수당사자중재에 관한 *Simmens AG and BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortitium Construction Co. Ltd* 사건을 살펴보면 다음과 같다.⁴³⁾

독일의 BKMI사는 시멘트공장건설에 관해서 도급계약을 체결함과 동시에 Ducco사 및 Simmens사와 콘소시움계약을 체결하고 일정범위의 작업을 분담하였다. 그 콘소시움계약에는 「이 계약에서 발생하는 모든 분쟁에 당사자간에 유효하게 해결될 수 없는 분쟁은 ICC중재규칙에 의해 선정된 3인의 중재인에 의해 중국적으로 해결한다. 중재지는 파리로 한다」라는 중재조항을 삽입하였다. BKMI사와 Simmens사에게 채무불이행이 있음을 이유로 Dutco사는 중재를 신청했다. BKMI사와 Simmens사는 다수당사자중재에 이른 것에 이의를 신청했으나, ICC중재법원은 중재절차를 병합하였다. 그런데 중재조항에는 3인의 중재인으로 중재판정부를 구성하도록 하였다. ICC중재법원은 1개의 중재안으로 3인의 중재인을 선정하기로 하고 Dutco사가 1인, BKMI사와 Simmens사가 공동으로 1인의 중재인을 선정하기로 하였고, 1명의 의장은 ICC중재법원이 선정하여, 이러한 조치는 ICC중재규칙 제2조 4항에 의한 것으로 적법하였다. ICC중재법원의 중간적인 중재판정에 따라 중재절차는 적절하게 개시되었고, 다수당사자중재형식으로 행하는 것이 가능하다고 인정되었다.

그런데 BKMI사와 Simmens사는 각각 독자의 중재인을 선정할 권리가 있다고 주장하면서 공통의 중재인을 선정하도록 한 것은 권리

43) 小林秀之, 「國際取引紛争」, 弘文堂, 2000, pp.102-103.

의 침해이고, 당사자평등 및 프랑스의 공서에 반한다고 주장하면서 파리 항소원에 상소했다. 파리항소원은 BKMI사와 Simmens사가 공통의 1인 중재인을 선정한 것은 양사가 본건 콘소시움계약의 당사자로서 필연적인 결과이며, ICC중재규칙 제2조 4항은 각 당사자가 1인의 중재인을 선정하도록 규정하고 있으나 이는 각 당사자가 자기의 중재인을 선정할 권리가 기본적인 것인 하지만 절대적인 것은 아니라는 것이다. 따라서 당사자평등의 원칙도 법적 심문청구권도 침해한 것이 아니라고 하면서 ICC중재법원의 판단을 지지했다.⁴⁴⁾

이에 대하여 프랑스 毀破院은 3사가 계약에서 발생한 분쟁을 3인의 중재인에게 부탁한다는 의사를 명확히 표명한 중재조항은 그 계약의 다수당사자적 성질에서 필연적으로 3사의 분쟁을 결정하는 3인의 중재인에 의하여 구성되는 단일의 중재법정의 가능성을 인정하는 것으로 되어 있으나 이는 법규정에 반하는 것이라고 하였다⁴⁵⁾. 즉 중재인의 선정에 관한 당사자평등은 공서에 속하고 분쟁 발생후가 아니라면 이것을 사적 계약에 의해 포기하는 것은 인정되지 않는 것이라는 이유로 파리항소원의 판결을 파기했다.⁴⁶⁾ 그 결과 3인의 당사자가 각각 독자의 중재인을 선임하는 것으로 중재판정부가 구성되었다. 중재는 Dutco사에 의하여 신청되었기 때문에 BKMI사와 Simmens사가 피신청인의 입장에 서게 되었다. ICC중재규칙에 의하면 중재인이 3인으로 구성되는 경우, 각 당사자가 선임하는 2명의 중재인이 제3의 중재인을 선임하도록 하는 합의가 없는

44) Cour d'Appl de Paris 5. 5, 1989, Rev. A 1989, pp.723-727.

45) 프랑스 신민사소송법전 제1502조 2항 및 제1504조, 민법전 제6조에 기인한다

46) Cour de Cassation, 7 Jan. 1992, XII YBCA. 1993, pp.140-142.

한, 중재인의 선임은 각 당사자가 1인을 선정할 수 있고, 제3의 중재인은 ICC중재법원이 선임하도록 되어 있다. 여기에서 각 당사자1인을 선임한다는 의미는 중재의 신청인과 피신청인이 각 당사자로서 각 1인을 선임하는 것을 의미하는 것으로 이해하여 BKMI사와 Simmens사는 피신청인의 입장에 서게 되었으므로 공동으로 1인을 선임하도록 하였던 것이다. 즉 양사는 별개의 중재로서 각사가 1인의 중재인을 선임할 권리를 주장하였으나 ICC중재법원은 이를 인정하지 않았던 것이다. 항소원은 이를 ICC판단을 지지하였으나, 프랑스회파원은 파기하였다. 이 판결에 대해서는 각 당사자가 독자적으로 중재인을 선정할 권리를 갖는다는 점을 출발점으로 해서 민사소송에 있어서 고유필수적 공동소송의 요건인 「관리처분권이 공동으로 귀속하는 관계」에 있는 경우에는 그것을 제한할 수 있고, 본건에 대해서는 그러한 관계에 있지 아니하므로 결론에 대해서 지지하기도 하지만⁴⁷⁾ 구체적 사안의 타당한 처리보다도 보편적인 처리공식을 중시한 것이라는 비판도 있다.⁴⁸⁾

생각건대 자기의 중재인을 선정하는 권리는 당사자의 중요한 권리이고, 각 당사자에게 평등하게 보장되어야 하고, 중재판정부의 구성은 각 당사자의 중재인선정권을 침해하지 않는 범위 내에서 이루어져야 할 것이다. 그렇지만 절차상 복수의 당사자에게 각각의 중재인선정권을 존중한다면 실질적으로는 중재판정부의 구성이 편중

47) Schwarb, a.a.O., SS. 293-294.

48) Eric A. Schwartz, "Multi-Party Arbitration and the ICC- In the Wake of Dutco" 10 J.Int'lA.r.b. 3, p.5 ;Stelios Koussoulis, "Fragen Zur Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit", insbesondere zur Bestellung der Schiedsrichter", ZZP, Bd. 107, 1994, S. 195ff.

되는 난점이 있을 수 있고, 당사자의 합의가 성립되지 않는 한 결국은 다수당사자중재를 실현하기가 어려울 수 밖에 없다.⁴⁹⁾ 그런데 이 점에 대해서는 당사자가 각 1인의 중재인을 선정할 권리를 갖기 때문에 그렇다는 의미가 아니고, 오히려 구성되는 중재판정부가 적절한 균형을 확보해야 한다고 하는 관점에서 당사자평등의 의의를 보다 심도있게 파악해야 할 것이다.⁵⁰⁾ 즉 분쟁의 실태를 보면 각 당사자의 이해관계를 따지기 보다 공정한 중재운영의 확보라는 관점에서 자기의 중재인의 개념을 재정립해야 한다고 생각한다. 그리고 이해관계가 일치하는 경우에는 다수의 공동신청인 또는 공동피신청인은 절차상 단일당사자로 파악해서 각각의 경우에 각 1인의 중재인을 선정하는 것이 타당하다고 생각한다. 이 경우 민사소송법상의 선정당사자제도를 이용하는 것도 생각해 볼 수 있다. 그러나 선정당사자제도는 자기의 권리의무에 관한 소송을 타인의 명의로 수행시키는 제3자의 소송담당의 일종으로⁵¹⁾ 당사자의 의사에 의해서 이용해온 제도이므로 독자적으로 중재인선정권을 행사하는 것을 바라는 중재당사자가 선정당사자제도를 이용할 지는 의문이다.

또한 복수의 중재인을 선정하는 경우에 다수자 사이에 서로 대립관계가 있을 때에는 각자에게 중재인선정권을 인정하는 것도 좋을 것이다.

셋째로 중재절차병합의 경우에 대해서 병합된 중재절차에 있어서 중재판정부의 구성이 공통된 경우에는 병합 후에도 당해 중재판정

49) 大隈 一武, 前掲論文, p.28.

50) Schwarb, a.a.O., S. 290.

51) 양병희, 전거서, p.105.

부를 그대로 이용하는 것이 바람직하고 별다른 문제는 없다. 이에 대해서 각 중재절차에 있어서 중재판정부의 구성이 다른 경우가 문제이다. 새로운 중재판정부를 구성해야 하기 때문이다.

넷째로 중재절차에 제3자가 당사자로서 참가하는 경우를 보면 우선 참가하는 제3자가 중재인선정권을 중요시 한다면 제3자의 의사도 반영되어야 하므로, 다시 중재인선정을 하는 것도 고려해야 할 것이다. 제3자는 중재절차의 계속 중에 참가하는 경우, 종래의 당사자의 이익을 중시해야 한다. 즉 제3자의 참가에 의해 새로운 중재판정부를 구성하면 절차의 진행이 지연되는 등 종래의 당사자가 불이익을 입을 가능성이 크기 때문이다. 이 경우에 기존의 중재판정부가 그대로 참가후의 절차를 주재하더라도 기존절차의 계속을 전제로 참가가 이루어진 이상 기존의 절차를 인수하는 것도 좋을 것이기 때문이다. 그러므로 참가인인 제3자는 중재인선정권을 포기하고 기존의 중재인 또는 중재판정부를 승계해야 할 것이다.⁵²⁾ 보조 참가의 경우에는 제3자는 종래의 당사자에 종속하는 것이므로 독자의 중재인선정권을 보장할 필요가 없다. 따라서 중재판정부를 재구성할 필요성이 없다고 할 수 있다. 이상에서 본바와 같이 당사자의 권한에 제한을 가하여 실질적인 평등을 실현하기 위한 여러 가지의 방법이 있지만 자기의 중재인선정권을 제한받는 당사자는 불만이 있을 수밖에 없으므로 다수당사자중재의 어려움이 존재할 수 밖에 없다. 이처럼 중재인선정에 있어서의 어려움을 시사해 주는 사건을 보면 *Compañia Española de Petróleos. S. A. v. Nereus Shipping* 사건⁵³⁾을 들 수 있다. 이 사건에서는 용선계약의 각서에 따라 선주

52) 小島武司, 前掲書, p.267.

대리인과 용선자 사이에 보증계약이 체결되었다. 이 각서에는 용선 계약이 인용되고, 보증인은 용선계약을 이행하지 않거나 금액이 지불되지 않는 경우에 용선계약자와 같은 의무를 부담하도록 하였다. 그러나 1970년대 국제적인 오일쇼크로 인하여 채무불이행이 발생하였다. 이에 선주와 용선자, 선주와 용선자 및 보증인 사이에 각각 중재절차가 개시되었다. 그런데 선주가 법원에 중재절차의 병합을 신청했다. 선주대리인과 용선자 사이의 중재절차는 중재인의 선정까지 이미 행해진 후였다. 이에 대해 채무불이행이 모두 용선자에게 기인한 것이 아니라고 생각한 보증인은 중재를 거부하고 중재합의 부존재확인 소를 법원에 제기하였다. 제1심은 중재합의의 성립을 인정하고 양절차의 병합을 명하였다. 항소심인 미국 제2순회 구 연방항소법원도 중재절차의 병합을 인정하였다. 본건의 각 중재계약에서 쌍방의 당사자 각1인이 중재인을 선정하고, 선정된 2인의 중재인이 1인의 중재인을 선정하여 모두 3인의 중재인으로 중재판정부가 구성되었다. 이에 대해 법원은 중재절차의 병합후에는 각 당사자가 1인의 중재인을 선정하고 다시 3인의 중재인이 만장일치로 2인의 중재인을 선정하여 모두 5인의 중재인으로 하여금 중재판정부를 구성하도록 하였다. 이 사안에서는 용선자와 보증인과 사이에 공통의 이해관계가 있으므로, 3인의 당사자에게 각각 중재인의 선정을 인정한다면 중재인 구성에 편파적인 문제가 발생할 우려가 있으므로 2인의 중재인을 추가 선정하도록 하여 다수자측의 중재인이 중재판정부의 다수가 되는 것을 방지하고 casting vote와 같은 새롭게 선정된 중재인을 구성하도록 한 것은 중재판정의 공정성을

유지하기 위한 것이다.⁵⁴⁾ 즉 합의의 내용이 국가법의 입장에서 볼 때 불합리 하다고 생각되는 경우에는 법원이 합의의 흠결된 부분을 보충하고, 합의의 효력을 제한할 수 있다고 본 것이다.⁵⁵⁾ 이처럼 각 당사자의 중재인선정권을 최저한 억제하도록 함으로써 공평한 중재 판정부의 확보라고 하는 목적이 달성되는 것이라고 할 수 있다.⁵⁶⁾

VI. 결론 다수당사자중재를 활성화 하는 방안

현실의 거래관계인 일대일 관계가 아닌 일반적인 형태로 고찰하기에는 곤란한 다면적인 구조를 갖는 관계가 존재한다. 이러한 3인 이상의 복수의 당사자가 관여하는 관계는 종래부터도 존재해 왔으며, 중소기업이 많은 우리나라에서는 복수의 여러 회사가 공동으로 수주하여, 1개의 대사업을 담당하는 경우가 많고 특히 건설공사분야에서는 공동기업체를 구성하는 경우가 많다. 이러한 다면적 분쟁을 통일적으로 해결하기 위해 복수의 당사자가 관여하는 중재를 다수당사자중재라고 한다.

재판의 모순저축을 회피하고 적절한 해결을 도모하기 위한 다수당사자중재의 목적달성을 위해서는 많은 방법이 있을 수 있으나 중재가 합의에 기초한 분쟁해결수단이므로 장래의 분쟁을 미리 예상하고 분쟁에 관여하거나 관여를 바라는 상호간에서 통일적인 중재

54) 小島武司, 前掲書, p.269.

55) Ian R. Macneil/Richard E. Speidel/Thomas J. Stipanowich, *Federal Arbitration Law*, Vol.III, 1994, 27, pp.22-23.

56) 大隈一武, 前掲論文, p.5.

절차를 행하고 모순 없는 해결이 가능하도록 중재계약을 미리 작성해 두어야 할 것이다. 또한 중재기관에서 다수당사자중재절차를 위한 규정을 제정하고 그 이용을 계약에 삽입하도록 하여야 할 것이다. 특히 다수당사자중재절차를 사후적으로 형성할 필요가 있는 경우에는 개별적으로 계속되어있는 중재절차를 강제적으로 병합할 필요성이 있는 것이다. 이와 관련해서 제3자가 주도권을 갖고 중재절차에 참가할 수도 있을 것이다. 즉 제3자의 참가에는 강제참가와 임의참가가 논의되고 있다. 특히 임의참가는 참가하는 자의 동의가 있다면 별다른 문제는 없다. 중재인의 선정에 있어서는 당사자의 중재인선정권을 존중하여 당사자가 중재인을 직접 또는 간접적으로 선정할 수 있도록 보장하고 있고, 현실적으로 곤란한 경우에는 일정한 조건을 붙여 법원이 중재인을 선정하는 방식을 취하는 것이 타당할 것이다. 그러나 되도록이면 다수당사자중재절차를 단순화하는 것이 필요하다. 그러기 위해서는 중재법제의 정비가 필요하고, 중재제도의 이용이 촉진되기 위해서는 다수당사자중재에 있어서의 절차의 병합과 중재인선정에 관한 제규정이 상세하게 마련되어야 할 것이다.

ABSTRACT

A Study on Some Problems in Multiparty Arbitration

Myung-Yeop Kim

There are many parties who connected with contracts like a contract for construction. Dispute arising from the two parties can be settled by themselves. but it grows the necessity of settlement at one effort. The meaning of multiparty arbitration is solution of mixed disputes without inconsistency through multiparty concerned. If the parties wish to settle the disputes by arbitration, they must come to an arbitration agreement.

The arbitration agreement is necessary to resolve disputes autonomously, that may be in the form of a separate agreement or in the form of a clause in a contract. More ever it is resonable to view the arbitration agreement as a substantive contract in its legal nature enabling the authority for dispute resolution by the arbitrator.

I had argument about who should appoint the arbitrator. That is to say, each party can appoint the arbitrator, otherwise the courts can appoint one.

The basis of multiparty arbitration is focused on the factor that the courts may have the right to order the consolidation of arbitration proceedings without consent of the parties. The dispute can be settled by the arbitrators who are appointed. Appointing arbitrator is very important because it affects the party's equality.

The right to appoint arbitrator shall be entitled each party in multiparty arbitration.

Therefore they can appoint plural arbitrators by mutual agreement. For reference to Rules of Arbitration of The International Chamber of Commerce, the Court shall appoint a sole arbitrator or three arbitrators in condition.

The Arbitration Act of Korea dose not have the clause on multiparty arbitration including the arbitration rules. But if we have the clause enacted, it brings a situation in which both parties gain a benefit.

Key Words : multiparty arbitration, Appointing arbitrator, arbitration agreement

참 고 문 헌

- 강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2002.
- 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2000.
- 송상현, 「민사소송법」, 박영사, 2002.
- 양병희, 「민사소송법」, 삼지원, 2003
- 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2002,
- 只瀬辛雄, 「國際化社會の民事訴訟法」, 信山社, 1993.
- 小島武司, 「仲裁法」, 青林書院, 2000
- 小林秀之, 「國際取引紛争」, 弘文堂, 2000.
-
- 이강빈, “다수당사자중재에 있어서 절차병합과 중재인 선정,” 중재학회
지 제8권, 1998
- , 이강빈, “국제상사분쟁의 해결에 관한 UNCITRAL 논의동향”,
통상법률, 2000. 12월
- 이순우, “상사중재제도의 법적 구조에 관한 연구”, 성균관대학교 박사
학위논문, 2002
- 이호원, “중재에 있어서 증거조사,” 중재 제278호, 1995.
- 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 중재연구 제12권 2
호, 2003, 2월.
- 谷口安平, “多數当事者間國際商事仲裁(1)”, JCAジャーナル 28卷 9号,
1981. 9月,
- , “多數当事者間國際商事仲裁(2)”, JCAジャーナル28卷 10号,
1981. 10월

- 谷本裕範, 多数当事者仲裁の問題点, 特に米國のそれについて-ワルシャワ, 國際シンポジウム報告(2), 海事法研究會誌 38号, 1980年.
- 岩崎 一生, “國際去來と訴訟外紛争處理制度”, 國際商事法務, 14巻 10号
- 金祥洙, “オーストリア仲裁法の特徴”, 國際商事法務 24巻 7号, 1996. 7月.
- 松浦 馨, “香港仲裁法の特徴と問題點”, 民商法雜誌 115巻 3号, 1996年
- Gabriel M. Wilner, *Domke on Commercial Arbitration-The Law of Practice of Commercial Arbitration-*, Revised Edition, 1995.
- Karl Heinz Schwarb, “Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft” in Walder F. Lindacher, *Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag*, 1989
- Walter. J. Habscheid, *Schweizer Beiträgen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 1984,
- Bernd von Hoffmann, “Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und International Handelskammer”, *FS Nagel*, 1987.
- Stein/Jonas/Schlosser, *ZPO Kommentar*, 1994,
- Thomas J. Stipanowich, *Arbitration and Multiparty Dispute - The Search for Workable Solution - Iowa L. Rev. Vol.72*, 1987.