

중재인에 대한 기피

Challenge of Arbitrators

정 선 주*
Sun-Ju Jeong

〈목 차〉

- I. 들어가며
- II. 기피권의 의의
- III. 기피사유
- IV. 기피권의 행사
- V. 보궐중재인 선정 후의 절차
- VI. 마치며

주제어 : 기피권, 기피사유, 자격의 부존재, 공정성, 독립성, 당사자선정중재인

* 서강대학교 법과대학 부교수

I. 들어가며

중재절차에서 중재인은 소송절차에서의 법관과 마찬가지로 중재절차를 이끌어 나가며 중재판정을 내리는 결정적인 역할을 수행한다. 중재인이 차지하는 이러한 핵심적인 지위로부터 당사자들은 중재인이 공정하고 독립적으로 활동하여 정당한 중재판정을 이끌어 낼 것으로 기대하고 있다. 즉, 중재인에 대해서도 법관과 마찬가지로 공정성과 독립성이 요구되는 것이다. 이러한 태도는 각국의 중재법뿐 아니라 국제기구의 중재규칙 등에도 반영되어 중재인의 공정성과 독립성에 대해서는 명시적으로 규정하고 있다. 우리 중재법 역시 제13조에서 이를 규정하고 있는데, 중재인의 공정성이나 독립성에 의심을 야기할 수 있는 사유가 있는 경우에 당사자로 하여금 중재인에 대한 기피를 신청할 수 있도록 하여 중재인의 공정성과 독립성을 보장하고 있는 것이다.

그런데 구체적으로 어떤 경우에 중재인의 공정성과 독립성이 의문시 되어 기피될 수 있는지, 그리고 중재인의 공정성과 독립성에 대한 요구가 법관의 경우와 마찬가지로 수준으로 행해질 수 있는지, 또한 기피신청 후 중재판정부의 절차 진행은 어떻게 행해지는지 등에 대해서는 명확하지 않다.

이에 본 논문에서는 이러한 문제점들에 대해, 특히 대표적으로 문제되는 몇몇 기피사유를 중심으로 고찰해본다.

II. 기피권의 의의

중재법 제13조에 따라 중재인에 대한 당사자의 기피권은 중재인의 공정성이나 독립성에 의심을 야기할 수 있는 사유가 있거나 중재인이 당사자가 합의한 자격을 갖추지 못한 경우에 인정된다. 이러한 당사자의 기피권은 공정하고 중립적인 중재인에 의해 심판받을 당사자의 권리를 보장하는 것일 뿐 아니라, 적격자가 아닌 중재인으로부터 심판받지 않을 당사자의 권리를 보장하는 것이다. 당사자의 기피권이 가지는 중요성은 이 규정이 중재법에서 인정되고 있는 몇 안 되는 강행규정의 하나라는 점, 그리고 당사자가 이 기피권을 분쟁발생 전에 미리 포기할 수 없으며, 구체적인 기피사유를 인식한 후에만 포기할 수 있다는 점에서도 잘 드러난다. 1979년 독일 Köln 고등법원은 분쟁발생 전에 행한 기피권의 포기를 공서양속 위반으로 보아 당해 중재판정의 집행선언을 거부하기도 하였다.¹⁾ 물론 중재절차에서 차지하는 당사자의 사적자치의 중요성을 고려할 때 분쟁발생 후에는 당연히

1) OLG Köln ZZZP 97(1978), S. 318 ff.

기피권을 포기할 수 있다.

일반적으로 중재인에 대한 기피는 법관에 대한 기피와 비교된다. UNCITRAL 모델법에 의해 각국의 중재법이 개정되기 전에는 대부분의 국가에서 중재인에 대한 기피를 법관의 기피에 준하여 판단하도록 규정하고 있었다.²⁾ 따라서 늘 논란이 되는 것은 중재인에 대한 기피사유의 판단에서 법관과 마찬가지로의 기준을 적용할 수 있는지 하는 것이다. 일부에서는 이를 긍정하거나 오히려 법관보다 더 엄격하게 판단해야 한다고 보는 견해³⁾도 있다. 예컨대, 영국법원은 법관과 중재인의 공정성에 대해 동일한 판단기준을 인정하고 있다.⁴⁾ 영국법원은 법관이나 중재인의 공정성을 판단함에 있어 두 단계의 심사를 거치는데, 첫 번째는 실질적인 편파성(actual bias) 여부이고, 두 번째 기준은 외관상의 편파성(apparent bias)이다. 그리고 전자는 증명하기 매우 힘든 기준임을 인정하면서, 후자에 대한 심사는 편파성의 근거가 될 수도 있는 사실(facts)과 사정(circumstances)에 기초하여 행해져야 함을 지적하고 있다. 그리하여 영국 항소법원은 중재인이나 법관에 대한 기피가 인정되기 위해서는 항상 편파성의 실질적인 위험(a real danger of bias)이 존재하는지에 대해 심사하여야 한다고 강조하면서 법관과 중재인을 구분하지 않았다.⁵⁾

그러나 중재판정부는 법원과는 달리 당사자의 신뢰와 선택을 바탕으로 구성된다는 점을 고려한다면 법관에게 적용되는 기피기준을 그대로 중재인에게 적용하기는 어려울 것이다. 그리고 중재법에서 독자적으로 중재인의 기피사유 등을 명시적으로 규정하고 있는 이상 법관의 기피와는 구분하여 판단하여야 할 것이다. 개정 중재법의 입법취지에 비추어 볼 때 더욱 그러하다.

따라서 편파성을 이유로 중재인에 대한 기피를 신청할 때는 단순히 불공정성의 외양을 보이는 것만으로는 부족하며 그 이상의 뚜렷한 사정이 존재하여야 한다.⁶⁾ 예컨대 불공정성과 관련하여서도 현실적으로 중재인이 불공정한 행위를 하였다고 의심되는 경우가 아니면 기피권을 인정해서는 안 될 것이다. 중재법 제13조에서는 “.....공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 사유가 있거나.....”라고 표현하고 있지만, 다른 국가의 중재법이나 국제기구의 중재규칙 등에서는 “justifiable doubts”, “berechtigter Zweifel”이라고 하여 단순히 의심할 수 있는 것만으로는 부족하며 그 의심이 정당화 될 수 있는 사유의 존재가 필요함을 명백히 하고 있다. 공정을 기대하기 어려운 사정은 당사자의 관점에서 볼

2) 예컨대, 구중재법 제6조 : 당사자는 민사소송법 제37조 또는 제39조 제1항의 사유를 이유로 법원에 중재인의 기피를 신청할 수 있다....., 구독일중재법 제1032조 제1항 : Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen(중재인은 법관의 기피에 적용되는 동일한 사유와 요건에 의해 기피될 수 있다).

3) 일반 법원의 법관보다 더 엄격한 기준으로 중재인의 공정성을 심사하여야 한다는 견해로는 Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, § 1036 Rdnr. 25.

4) Gillian Eastwood, A Real Danger of Confusion? The English Law Relating to Bias in Arbitrators, 17(3) Arb.Int'l(2001).

5) Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators(2003), J. Int'l Arb. 329.

6) Peoples Security Life Inc. Co. v. Monumental Life Ins. Co., 991 F.2d 141(4th Cir.1993).

때 이성적인 제3자가 판단하기에 객관적인 사유가 존재하는 경우에 인정될 수 있을 것이다. 예컨대, 법관이 유사한 사안에 대해 일방당사자의 패소판결을 내렸다고 하여 당해 법원에 대한 기피권이 인정되는 것은 아니지만, 중재인의 경우에는 인정될 수 있을 것이다.⁷⁾ 그리고 법원에 대한 기피와는 달리 중재인에 대한 기피는 기피사유의 존재만으로 당연히 중재인의 판정권한이 박탈되는 것은 아니며, 원칙적으로 기피사유에 대해 당사자의 주장이 있어야 한다. 물론 불공정성을 주장하는 당사자는 합리적인 제3자가 보아 중재인이 일방당사자에게 치우쳐 중재판정을 내렸다고 결론내릴 수 있는 사정을 증명하여야 한다.⁸⁾

Ⅲ. 기피사유

중재법 제13조 제2항에서 규정하고 있는 기피사유로는 첫째, 중재인이 제1항에서 규정하고 있는 자신의 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 사유가 있거나 둘째, 당사자가 합의한 자격을 갖추지 못한 사유가 있는 때이다.

이하에서는 이러한 기피사유 중 대표적으로 문제되는 몇몇 구체적인 경우를 중심으로 살펴본다.

1. 당사자가 합의한 자격의 부존재

중재제도는 법원의 재판제도와는 달리 그 성립부터 중재합의라는 당사자의 사적자치에 근거하여 출발하고 있으며, 절차 진행 역시 당사자의 합의에 따라 자율적으로 이루어진다. 이처럼 중재절차에서는 당사자의 사적자치가 광범위하게 적용되고 있고, 또 중재법 그 어디에서도 중재인의 자격을 명시적으로 제한하고 있지 않으므로 원칙적으로 중재인은 누구든지 당사자의 선택에 의해 선정될 수 있다. 중재인의 선택에 대한 당사자의 권리는 중재절차에서 당사자가 가지는 본질적인 권리이기도 하다. 중재인이 어떠한 자격을 가져야 하는지에 대해 원칙적으로 당사자는 자유롭게 결정할 수 있기 때문에 결과적으로 자격과 관련된 기피사유에 대해서도 사적자치가 적용되는 것이다.

그런데 중재인이 될 수 있는 자의 범위가 전혀 제한되어 있지 않기 때문에 중재인의 공정한 업무수행이 방해될 받게 되는 경우도 발생할 수 있다. 이러한 위험을 미연에 방지

7) 기피사유 중 중재인의 종전활동에 관한 이하 12면 참조.

8) *Hobet Mining, Inc. v. International Union, United Mine Workers of America, et al.*, 877 F.Supp.1011, 1018(S.D.W.V.1994).

하기 위하여, 만일 중재인이 당사자가 합의한 자격을 갖추지 못한 때에는 당해 중재인을 기피할 수 있도록 하고 있는 것이다. 이 점에서 법원의 재판에서 법관의 자격을 미리 법정하고 있는 것과는 비교된다.

당사자가 합의한 자격의 흠결은 중재인이 당사자나 분쟁대상과 아무런 관련성이 없음에도 불구하고 인정되는 기피사유로서 중재인 선정에 대한 당사자의 권한을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

중재인이 당사자가 합의한 자격을 갖추지 못한 경우에는 중재인에 대한 기피가 인정될 뿐 아니라 중재판정이 성립된 후에는 중재판정부의 구성의 하자를 이유로 중재판정취소의 소나 집행판결신청에서 이의를 제기할 수 있다.⁹⁾ 그런데 독일의 Dreden 고등법원은 2001년 결정에서 당사자가 중재인의 자격요건으로서 상공회의소 회원일 것을 합의하였으나 실제로는 회원이 아닌 자를 중재인으로 선정한 경우에는 중재인 자격에 대한 합의내용을 포기한 것으로 보았다.¹⁰⁾

기피사유가 되는 자격은 양당사자가 합의한 자격이어야 하며, 일방당사자가 제시한 자격의 부존재는 기피사유가 되지 못한다. 그리고 중재인의 공정성 및 독립성의 경우와는 달리 자격의 부존재에 대해서는 정당한 의심만으로는 부족하며, 그 부존재가 확실하여야 한다.

2. 공정성이나 독립성에 대한 우려

(1) 중재인의 공정성과 독립성의 의의

중재절차에서 중재인과 관련하여 가장 많이 그리고 자주 언급되는 자질은 공정성과 독립성이다. 거의 모든 국가의 중재법이나 각종 국제기구 또는 중재기관의 중재규칙 등에서는 중재인의 공정성 내지 독립성에 관하여 명시적인 규정을 두고 있다.¹¹⁾

중재인의 공정성과 독립성에 대한 요구는, Lord Hewart가 얘기한 것처럼, 정의는 실천되어지는 것만이 중요한 것이 아니라 의심의 여지없이 확실하게 실천되어지는 것처럼 보이는 것도 중요하다(Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done)¹²⁾는 관점에 근거하고 있기도 하다. 비록 중재절차가, 법원의 소송절차와는 달리, 당사자의 합의에 의해 성립되고 사적자치의 원칙이 광범위하게 적용됨으로

9) 양당사자가 합의한 자격을 중재인이 가지지 못한 경우 이를 중재합의의 해소사유로 보기도 한다, Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 13.

10) OLG Dresden, Beschl.v.20.2.2001, 11 SchH 0002/00.

11) 예컨대, 영국중재법 제24조, 독일중재법 제1036조, UNCITRAL 모델법 제12조, ICC중재규칙 제7조, AAA국제상사중재규칙 제7조 등.

12) R.v.Sussex Justices, ex parte McCarthy [1924] 1 K.B.256, Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators(2003), J. Int'l Arb. 325.

써 보다 자유롭게 진행될 수 있고 중재인까지 당사자에 의해 선정되기는 하지만, 중재판정 역시 판결과 마찬가지로 분쟁해결의 결과물이므로 당사자로서는 그 결과물이 공정한 절차 진행 속에서 나온 합리적인 것이기를 기대하는 것이다. 이처럼 중재인의 공정성과 독립성이 중재절차에서 가지는 의미는 매우 큰데, 특히 공정성의 요구는 분쟁해결절차에서 “자연적 정의(natural justice)의 원칙”이라고 표현되기까지 한다.¹³⁾

그런데 중재인의 공정성과 독립성에 대해서는 법관의 경우와 동일한 기준을 설정할 수는 없다. 왜냐하면 중재절차의 가장 큰 특징 중의 하나가 중재인을 당사자 스스로 선정할 수 있다는 점이기 때문이다. 법원의 소송절차에 비해 중재제도가 가지는 대표적인 장점 중 하나는 중재절차에서 당사자는 전문적 지식을 가진 제3자를 중재인으로 선정할 수 있으며, 실정법을 엄격하게 적용하여 판단을 내리는 것이 아니라 선과 형평에 맞는 판단을 내릴 수 있다는 것이다. 이로써 일반적으로 중재인은 법관과는 달리 어느 정도 당사자의 이익을 대변하고 있는 것으로 보아 법관에게 요구되는 정도의 독립성과 공정성을 기대하지 않는다. 중재인의 공정성과 독립성 보장에 담겨져 있는 공서양속의 정신은 당사자를 초월한 이해관계를 보호하려는 것이 아니라 중재합의의 당사자 자체를 보호하려는 것이다. 따라서 당사자를 초월하여 이익을 보호하여야 하는 법관에 대한 중립성 요구와는 다른 기준으로 판단하여야 할 것이다.¹⁴⁾

한편 일부에서는 중재인의 독립성과 공정성을 구분하기도 한다. Yves Derains과 Eric Schwartz에 따르면, 독립성은 일반적으로 중재인이 과거나 현재에 사건이나 당사자와의 사이에 형성된 관계의 문제이며 그 내용을 유형별로 분류하여 범주화할 수 있는 반면, 공정성은 내심의 문제이므로 명확하게 분류하기가 쉽지 않다고 본다. 이처럼 독립성은 중재인과 당사자간의 관계에 대한 것이므로 객관적인 기준인 반면, 공정성은 당사자나 사건에 대해 중재인이 취하는 개인적인 성향이나 태도의 문제이므로 주관적이며 외부에서는 오로지 중재인의 태도에 의해 알 수 있을 뿐이라는 것이다.¹⁵⁾

생각건대, 중재인의 독립성과 공정성은 개념적으로는 구분할 수 있겠지만, 실질적으로 이를 명확하게 구분할 수 있는지 또 그 구분이 현실적인 의미를 가지는 지에 대해서는 의문이다. 물론 공정성은 독립성에 비해 중재인의 성향 등과 관련되어 있어 주관적인 요소가 강하다는 점에서, 또 독립성은 중재인이 당사자 그 누구와도 밀접한 관련성을 가져서는 안 됨을 의미하는 것으로 객관적인 사실에 근거하여 판단한다는 점에서 양자는 구별

13) Andrew Tweeddale/Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, p. 639.

14) 예컨대, 중재인의 석명의무위반이 기피사유가 되는가에 대해 독일연방대법원은 법관의 경우와는 달리 중재판정 후 이를 중재판정의 취소사유로 삼은 데 대해 석명의무 위반 자체는 취소사유가 되지 않는다고 판시하였다, BGHZ 141, 90. 그런데 이에 대해서는 이미 중재판정이 행해진 후이기 때문에 독일 연방대법원이 법적 안정성에 더 많은 무게를 두고 내린 판단이라고 평가하기도 한다, Kröll, *Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht*, ZZP 116(2003), S. 208.

15) Yves Derains & Eric Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, p. 109.

될 수 있다. 그러나 실제로 독립성의 판단에도 주관적인 요소가 존재하고 있기 때문에 양자를 명확하게 분리하는 것은 쉽지 않으며, 또한 그러한 분리가 기피사유를 인정하는 데 현실적으로 큰 의미를 가지는지는 의문이다. 예컨대, 중재인이 전혀 편파적이지 않고 공정하게 절차를 진행시킨다고 당사자가 확신하는 경우에는 비록 당해 중재인의 독립성에 문제가 있다하더라도 기피신청을 하지는 않을 것이기 때문이다.

그리고 중재인의 독립성을 얘기할 때는 누구로부터의 독립인가 하는 문제가 있는데,¹⁶⁾ 당사자만을 기준으로 하는 것은 충분하지 않으며 당사자의 대리인까지 포함시켜야 한다.

(2) 당사자선정중재인과 제3중재인의 구분

중재인에 대한 기피사유를 심사할 때에는 모든 경우에 동일한 척도로 판단해서는 안 되며, 1인 중재판정부와 3인 중재판정부의 경우를 구분하여 살펴보고 후자의 경우 다시 당사자가 선정한 중재인(partial arbitrator, party-appointed arbitrator, party-nominated arbitrator)과 그렇지 않은 중재인을 구분하여 기피사유의 범위를 정하여야 한다.

1인 중재판정부의 경우, 중재인은 양당사자가 합의하여 선정하므로 선정된 중재인에 대해서는 법원과 같은 중립성이 요구되며, 따라서 일반적으로 기대되는 독립성과 공정성의 요건을 충족하여야 한다.

3인의 중재인으로 구성되는 중재판정부의 경우에는 각 당사자가 1인의 중재인을 선정한 후 이 2인의 중재인이 합의하여 제3의 의장중재인(third, neutral arbitrator)을 선정하는 것이 일반적이다.¹⁷⁾ 이 경우 당사자에 의해 선정된 2인의 중재인은 각 당사자가 자신이 신뢰할 수 있는 사람을 선정하는 것이 보통이므로 법원에게 요구되는 그러한 정도의 공정성과 독립성을 기대하기는 어렵다.¹⁸⁾ 일반적으로 중재인을 선정할 때 당사자는 자신이 신뢰하는 사람을 선호하므로 중재인이 당사자나 대리인과 일련의 관계를 형성하고 있을 수 있다는 점은 충분히 예상할 수 있는 일이다. 심지어 당사자선정중재인의 경우 종종 자신을 당사자의 대리인처럼 인식하기도 한다.¹⁹⁾

당사자선정중재인의 이러한 특성은 각종 중재규칙에도 반영되어 나타나고 있는데, 대표적으로 미국중재협회의 상사중재규칙 제12조 (b)²⁰⁾와 제17조 (a)²¹⁾에서는 당사자가 선정

16) 중재인의 독립성을 당사자와 사회로부터의 독립성이라는 관점에서 설명하고 있는 견해로는 이명우, 중재인의 기피에 관한 고찰, 중재연구 제13권 제2호, 408면 이하.

17) 예컨대, 2003년 ICC 중재판정부의 통계에 따르면 당사자가 직접 중재인을 선정하는 경우는 95%에 달하고 있는데, 3인 중재판정부의 경우 의장중재인의 선정이 당사자선정중재인에 의하는 경우는 45.9%(2002년에는 51.4%, 2001년에는 48%), 당사자가 직접 선정하는 경우는 9.8%(2002년에는 9%, 2001년에는 9%) 나머지는 ICC 사무국에 의해 선정된다, Drahozal/Naimark, *Towards a Science of International Arbitration*, pp. 151-152.

18) Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, § 1036 Rdnr. 16.

19) Koch, *Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators*(2003), J. Int'l Arb. 333.

20) AAA Commercial Arbitration Rules :

R-12. Direct Appointment by a Party (b) Where the parties have agreed that each party is to name one arbitrator, the arbitrators so named must meet the standards of Section R-17 with respect to impartiality and

하는 중재인에 대해서는 당사자의 합의에 의해 공정성과 독립성의 요건을 갖추지 않아도 됨을 인정하고 있다. 그러나 의장중재인이나 단독중재인의 경우에는 이러한 예외가 명시적으로 규정되어 있지 않다. 이로부터 당사자선정중재인과 제3중재인을 구분하여 전자의 경우, 제3중재인과는 달리, 당사자로부터 완전히 독립할 것을 전제로 하지 않음을 알 수 있다.²²⁾ 그리고 미국변호사협회와 중재협회의 윤리장전(ABA/AAA Code of Ethics)에서도 국내중재의 경우 당사자선정중재인은 제3중재인만큼의 기준을 준수할 필요가 없다고 하고 있다.²³⁾

미국의 판례 역시 중재인의 중립성과 관련하여 당사자선정중재인과 제3중재인을 구분하고 있다. 예컨대, 1962년 *Astoria Medical Group. et al. v. Health Insurance Plan of Greater New York* 사건에서 뉴욕법원(Court of Appeals of New York)은 3인 중재판정부의 경우 당사자가 선정한 중재인은 “중립적(neutral)”이지 않으며 중립적일 수도 없으며 제3중재인이 중립적이면 된다고 여기는 것이 일반적이라고 판시하면서, 통상 당사자는 자신의 편에 설 수 있는 사람을 중재인으로 선정하고 있음을 지적하였다.²⁴⁾

또한 1999년 *Crim v. Pepperidge Farm* 사건에서는 각 당사자가 1인의 중재인을 선정하고 당사자가 선정한 2인의 중재인이 제3중재인을 선정한다는 문구를 가진 중재합의에서 당사자가 선정한 중재인에 대해서도 중립성이 요구되느냐가 문제되었는데, 미국 연방지방법원은 이를 부인하였다. 즉, 법원은 계약서의 문구상 각 당사자가 자신이 원하는 1인의 중재인을 선정하며 당사자에 의해 선정된 2인의 중재인이 제3의 중립적인 중재인을 선정하는 것으로 보아야 한다고 판단한 것이다.²⁵⁾

independence unless the parties have specifically agreed pursuant to Section R-17(a) that the party-appointed arbitrators are to be non-neutral and need not meet those standards.

21) AAA Commercial Arbitration Rules :

R-17. Disqualification of Arbitrator

(a) Any arbitrator shall be impartial and independent and shall perform his or her duties with diligence and in good faith, and shall be subject to disqualification for

(i) partiality or lack of independence,

(ii) inability or refusal to perform his or her duties with diligence and in good faith, and

(iii) any grounds for disqualification provided by applicable law. The parties may agree in writing, however, that arbitrators directly appointed by a party pursuant to Section R-12 shall be nonneutral, in which case such arbitrators need not be impartial or independent and shall not be subject to disqualification for partiality or lack of independence.

22) 당사자선정중재인에 대해 “Partisan he may be, but not dishonest”, 또는 “Only one step removed from the controversy”라고 표현하듯이 중립성에 대한 요구가 의장중재인과는 구분되고 있다, Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, § 1036 Rdnr. 16.

23) “..... However, parties in certain domestic arbitrations in the United States may prefer that party-appointed arbitrators be non-neutral and governed by special ethical considerations. These special ethical considerations appear in Canon X of this Code.”

이에 반해 목영준, 상사중재법론, 111면에서는 1987년의 “국제중재인들을 위한 국제변호사협회 윤리장전”에서는 당사자선정중재인과 제3중재인을 구별하지 않았다고 해석하고 있는데, 이는 오히려 국내중재인과 국제중재인을 구별한 것으로 보아야 할 것이다.

24) *Astoria Medical Group. et al. v. Health Insurance Plan of Greater New York*, 11 N.Y.2d 128, 227 N.Y.S.2d 401, 182 N.E.2d 85(N.Y.1962).

스위스 국제사법 제180조 제1항에서도 중재인의 독립성만 언급하고 있을 뿐 공정성에 대해서는 언급하고 있지 않은데,²⁶⁾ 이로부터 당사자에 의해 중재인이 선정되는 경우를 고려하여 공정성을 언급하지 않고 독립성만 명시하고 있는 것이므로 당사자선정중재인의 기피에 대해서는 완화된 기준을 적용하는 것으로 해석하기도 한다.²⁷⁾

생각건대, 당사자가 선정한 중재인에 대해서 무엇을 기대할 수 있느냐는 중재인의 윤리 문제와 직결되기도 한다. 당사자에 의해 선정된 중재인에 대해서 기대하는 것은 최소한의 선입견만을 가지고 최대한으로 공정하게 행동하는 것이다.²⁸⁾ 저명한 중재인 Martin Hunter가 당사자선정중재인의 경우 자신을 선정한 당사자에 대해 최대한 우호적이되(maximum predisposition towards the party) 외적으로는 최소한의 편견가능성(with a minimum appearance of bias)만 보이도록 조화롭게 행동하여야 한다고 지적한 것도 바로 이러한 의미에서이다.²⁹⁾

따라서 당사자가 선정한 중재인의 경우에는, 양당사자로부터 완전하게 독립되어 공정성을 유지해야 하는 의장중재인과는 달리, 적어도 자기를 선정한 당사자의 분쟁 내용을 의장중재인이 적절하게 이해하고 있는지에 대해 관심을 가지는 정도의 역할은 할 수 있는 것으로 보아야 한다.³⁰⁾ 당사자가 중재인을 선정하도록 하고 있는 제도의 취지상, 적어도 당사자로 하여금 자신이 선정한 중재인은 분쟁 내용에 대해 자신과 같은 관점에서 이해하고 있음을 느끼도록 할 수는 있는 것이다.³¹⁾ 이러한 입장에서 Schlosser는 중재인이 자신을 일방당사자의 “대리인”으로 표시한 경우에 대해 당사자선정중재인이 아닌 때에만 기피 사유로 인정해야 한다고 주장하기도 한다.³²⁾

당사자선정중재인의 경우, 공정성이나 독립성의 판단기준은 당연히 법관의 경우와는 달라야 한다. 법관은 당사자나 사건과 일정한 관계가 있는 경우 당연히 그 직무집행으로부터 제외되는 제척까지 인정되지만, 중재인의 경우에는 단순한 인적 관계의 존재만으로는 기피사유를 인정해서는 안 될 것이다. 만일 이를 인정한다면 당사자에게 자신이 원하는 중재인을 선정할 수 있도록 하고 있는 당사자의 중재인 선정권 자체와 배치될 수 있기 때문이다³³⁾. 당사자선정중재인제도를 인정하고 있는 이상 단순히 일방당사자의 신뢰를 받

25) *Crim v. Pepperidge Farm, Inc.*, 32 F.Supp.2d 326.

26) Art. 180 : 1. An arbitrator may be challenged : (c) if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his **independence**.

27) Kröll, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZJP 116(2003), Fn. 43.

28) Martin Hunter, *Ethics of the International Arbitrator*, p. 223.

29) Koch, *Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators*(2003), J. Int'l Arb. 334.

30) 이론상으로는 당사자선정중재인과 제3중재인의 공정성 등을 구분할 근거가 없다는 견해로는 목영준, *상사중재법론*, 111면.

31) McLaren, *Party-appointed vs list-appointed arbitrators, Towards a Science of International Arbitration*, p. 162.

32) Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, § 1036 Rdnr. 18.

33) 국제분쟁에서 당사자가 중재를 선택하는 중요한 이유 중의 하나는 바로 당사자가 가지는 중재인의 선택권 때문이다, Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, pp. 136-137. 또는 중재인의 선정이 중재에서 당사자가 행하는 가장 중요한 결정이라고 표현하기도 한다, José María Abascal,

고 있는 사람이 중재인으로 선정되었다고 하여 당연히 기피가 인정되어서는 안 되며, 구체적으로 판정의 공정성을 의심할 만한 사유가 존재하는 경우에 한하여 기피권이 인정되어야 한다. 따라서 중재인이 중재판정의 결과에 이해관계를 가지는 경우에는 중재인에 대한 기피신청권을 인정할 수 있겠지만, 친족관계를 제외하고 단순히 중재인과 당사자간의 인적 관계를 이유로 기피신청권을 인정해서는 안 될 것이다. 중재인과 당사자 또는 대리인과의 인적인 관계에 대해서는 이해관계의 충돌가능성이 충분히 있다고 인정될 때에 한하여 기피사유를 인정하여야 한다. 예컨대, 중재인은 일방당사자의 신뢰를 바탕으로 선정되는 것이 보통이므로 중재인을 선정한 당사자와 중재인 사이에는 특별한 관계가 존재할 수 있음이 전제된다. 따라서 단순히 중재인이 임차인이었다거나 친구라는 사실만으로 중재인에 대한 기피를 인정해서는 안 될 것이다.

(3) 구체적인 기피사유

1) 중재인의 종전 활동

중재인의 종전 활동이 기피사유가 되는지, 또 중재인과 당사자 일방 사이에 있었던 종전의 협력관계가 문제될 수 있는지에 대해서는 일률적인 기준을 제시하기 어렵다. 일반적으로 객관적인 제3자가 판단하였을 때 공정성이 의문시 되는 경우에는 기피가 인정될 수 있다. 예컨대, 중재인으로 선정된 변호사가 일방당사자를 지금까지 늘 대리해왔거나 법률자문을 지속적으로 해 온 경우, 또는 한번이라도 당해 사건에서 대리인으로 활동한 적이 있는 경우에는 기피사유가 될 것이다.³⁴⁾ 이에 반해 과거 단 한차례 자문을 해 준 사실만으로는 기피사유로서 충분하지 않다.

그리고 중재인으로 선정되기 전에 당해 사건에 대해 일방당사자에게 자문을 하거나 계약체결시 대리인으로 활동하였던 적이 있는 경우에는 비록 중재인이 자신이 당해 사건에 대해 중재인으로 선정될 것이라는 사실을 전혀 알지 못하고 한 경우라 하더라도 사건 자체와의 관련성이 밀접하기 때문에 기피사유가 된다.

중재인이 일방당사자에게 감정의견을 주고 대가를 받은 경우, 중재인이 중재절차에 중요한 의미를 가지는 사실에 대해 과거 증인으로서 진술한 적이 있었던 경우 등도 기피사유가 된다. 또한 현재 중재절차에서 다루어지고 있는 사건에 대해 과거 법원의 소송절차에서 단순히 증인으로 진술하였다는 사실도 중재인의 공정성에는 장애가 된다.

나아가 중재인이 일방당사자와 근래에 사업상의 관계를 가진 적이 있는 경우에도 기피사유가 인정되는데, 예컨대 미국법원에서는 일방당사자로부터 과거 5년 동안 엔지니어업무를 수행하면서 12,000달러를 수령한 사람은 당해 당사자가 관련된 중재절차에서 의장중

Barcelona Afterthoughts (2003) 20 J. Int'l Arb. 111, 116.

34) OLG Hamburg JZ 1956, 226.

재인이 될 수 없다고 판시하였다.³⁵⁾

이에 비해 당사자가 중재절차에서 자신을 대리하는 변호사의 과거 파트너였던 변호사를 중재인으로 선정하는 것은 문제되지 않으며, 동일인을 계속하여 중재인으로 선정하는 것도 기피사유가 되지 못한다. 중재감정인과 같이 과거 중립적인 지위에서 양당사자와 관계를 맺은 사실이 있다는 것은 중재인의 중립성과 공정성에 문제를 제기하지 않는다.³⁶⁾

그런데 중재인이 현재 진행 중인 중재사건의 판단에 결정적인 영향을 미칠 내용에 대해 종전에 확고한 입장 표명을 한 적이 있는 경우, 이를 이유로 중재인에 대한 기피가 가능한지에 대해서는 의견이 나누어지고 있다. Schlosser³⁷⁾와 Schütze/Wais³⁸⁾는 기피를 인정하는 반면, Lachmann³⁹⁾은 모든 문제에 대해서가 아니라 의견대립이 매우 심각한 경우에만 기피를 인정하고자 한다. 이에 반해 Schwab⁴⁰⁾와 Maier⁴¹⁾는 종전에 중재인이 문헌상으로 발표한 견해나 당사자와 관련 없는 다른 절차에서 의견을 표명한 것은 기피사유가 되지 않는다고 보고 있다.

살피보건대, 현재 진행 중인 사건과 관련하여 직접 표명한 것이 아니라 과거에 문헌 등을 통해 자신의 의견을 밝힌 것은 중재인 개인이 가지는 언론출판의 자유 등의 기본권 보장이라는 측면에서도 기피사유로 삼기는 어려울 것이다.

2) 밀접한 관계

일반적으로 일방당사자와 중재인이 밀접한 관계를 형성하고 있는 경우에는 기피사유가 된다. 중재인의 기피사유로 인정되는 것은 당사자와 인척관계 기타 밀접한 관계가 있는 경우인데, 예컨대 중재인이 일방당사자의 임차인인 경우⁴²⁾에도 기피사유로 인정된다. 그런데 이미 앞에서 언급한 것처럼 단순히 임대차관계에 있다는 것만으로는 기피를 인정해서는 안 될 것이다.

특히 친분관계와 관련해서는 국제중재의 경우, 중재인이나 대리인으로 활동할 수 있는 국제중재전문변호사들의 수와 범위가 제한되어 있기 때문에 단순히 중재인과 대리인인 변호사와의 친소관계를 기준으로 기피사유를 인정하기는 어렵다. 국제중재전문가의 범위가 넓지 않아 한정된 수의 법률가들이 각종 국제중재관련 세미나나 모임에서 상호 접촉할 수 있는 기회가 많기 때문이다.

절차진행 중에 새로 선정될 가능성이 있는 중재인후보로 하여금 중재인으로서의 직무를

35) 393 US 145 = 21 L.Ed. 2d 305 = 89 S.Ct. 337(1968).

36) OLG Saarbrücken DB 1988, 2398.

37) Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, § 1036 Rdnr. 25.

38) Handbuch des Schiedsgerichtsverfahrens, Rdnr. 274.

39) Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rdnr. 312.

40) Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 14.

41) MünchKommZPO-Maier, § 1036 Rdnr. 5.

42) OLG Stuttgart JW 1928, 1322.

수락하도록 하기 위해 일방당사자가 그간의 진행상황을 설명하였다면 이것만으로는 밀접한 관계의 형성을 인정하기 어려우므로 기피사유가 될 수 없다.⁴³⁾ 그러나 중재인이 다른 당사자를 배제한 채 일방당사자와만 논의를 하고 함께 현장방문을 한 경우에는 기피사유가 된다.⁴⁴⁾ 그리고 중재인에게만 제공되고 당사자에게는 알려지지 않아야 될 정보를 중재인이 일방당사자에게 전달한 경우에도 역시 기피사유가 된다.⁴⁵⁾

한편, 독일 연방대법원은 당사자 일방인 회사의 대표를 분쟁발생 후 중재인으로 선정하는 것을 허락하는 판단을 내린 적이 있는데,⁴⁶⁾ 이에 대해서는 신랄한 비판이 행해졌다.⁴⁷⁾ 자신의 사건에 재판관이 될 수 없다는 원칙은 법관과 중재인의 경우를 구별할 필요 없이 똑같은 수준으로 적용되어야 하기 때문이라는 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 당사자가 자신의 법정대리인이나 대표자를 중재인으로 선정한 것은 무효이며, 중재인 선정 후 당해 중재인이 관련당사자의 대표기구의 구성원이 된 경우에도 중재인의 직무는 종료하는 것으로 보아야 한다.

중재인이 일방당사자의 대리인인 변호사와 동일한 법률사무소에 근무하고 있다는 사실 자체만으로 기피사유가 되는지에 대해서는 논란이 있다.

일반적으로는 중재인이 일방당사자의 대리인과 동일한 법률사무소에 근무하는 것을 독립성의 결여로 본다.⁴⁹⁾ 예컨대, 중재인이 상대방당사자에게 감정의견을 제공한 사람과 같은 변호사 사무실에 속해 있는 경우, 또는 중재인이 일방당사자에게 지속적으로 자문을 해 온 법률사무소에 소속된 변호사인 경우에는 기피를 인정하고 있다.⁵⁰⁾ 대표적으로 스위스 연방대법원은 자신의 아내가 중재절차에서 일방당사자를 대리하고 있는 변호사와 같은 사무실에 근무한다는 이유로 중재인으로 선정된 법관에 대해 기피를 인정하였다.⁵¹⁾ 이에 대해 Schlosser는 당사자선정중재인이었으므로 연방대법원의 이러한 결과는 잘못된 것이라고 비판하였다.⁵²⁾

이와는 달리 당사자가 선정한 중재인이 당사자의 대리인과 같은 사무실에 근무한다는 사실이 중재인의 공정성에 대한 의심을 정당화시킬만한 사정이 아니라고 판단한 대표적인 사례로는 1999년 Queen's Bench Division의 FLS Aerospace Ltd. v. Laker Airways Inc. 판

43) OLG München BB 1971, 886.

44) OLG Hamburg OLG Rspr. 15, 298.

45) OLG Neustadt, MDR 1955, 616.

46) BGHZ 65, 59.

47) BGH NJW 1976, 109.

48) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, §177 III 1.

49) Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators(2003), J. Int'l Arb. 327.

50) BGH NJW 1999, 2370.

51) SchwBGE 92 I 271. 그런데 스위스 연방대법원은 1998년 판결에서는 당사자의 대리인인 변호사와 중재인이 단순히 같은 사무실에 근무한다는 사실 자체만으로는 기피사유가 되지 않는다고 하였다, Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators(2003), J. Int'l Arb. 327.

52) Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, § 1036 Rdnr. 19.

결을 들 수 있다. 이 사건에서는 중재인 중 1인이 일방당사자의 대리인과 같은 법률사무소에 근무하고 있는 것이 문제되었다. 여기서 법원은 중재인이 당사자의 대리인을 같은 사무실에 근무하는 등의 사정으로 안다고 하여도, 설령 잘 안다고 하여도 이 사실만으로는 “누구도 자기 사건에 재판관이 되어서는 안 된다는 원칙(nemo iudex in sua causa)”이 침해되었다고 할 수는 없다고 판시하였다.⁵³⁾

마찬가지로 1991년 프랑스의 Court of Appeal도 KFTCIC(Kuwait Foreign Trading Contract & Investment Co.) v. Icori Estero SpA 사건에서 패소 당사자가 중재판정부의 의장중재인이 상대방당사자의 변호인과 동일한 사무실에 속해 있다는 이유로 기피를 주장하였으나 받아들여지지 않았다.⁵⁴⁾

그러나 이 판례를 근거로 중재인과 변호인이 동일한 법률사무소 소속이라는 사실이 중재인의 공정성과 독립성에 영향을 미치지 않는다고 결론내리기는 어렵다. 이 사건에서 문제가 된 barrister는 영국 특유의 변호사제도로서 같은 사무실에 소속되어 있지만 매우 독립적이어서 사무실 운영비용만 상호 부담할 뿐 수입 등은 각자 처리하기 때문에 일반적인 변호사제도와는 다르다. barrister의 경우, 동일한 법률사무소에 소속되어 있지만 동일한 사건에서 당사자들의 변호인이 되어 상반된 입장에서 법정에 등장하는 경우도 적지 않으며, 동일한 사건에서 중재인과 일방당사자의 대리인으로 활동하는 경우도 적지 않다. 따라서 이 사건의 결론을 일반화시켜서는 안 된다.

생각건대, 로펌에 근무하는 변호사가 중재인으로 선정되는 경우에는 같은 사무실에 근무하는 다른 변호사가 일방당사자의 대리인으로 활동할 수도 있으므로 이해관계의 충돌여부가 문제될 수 있다. 이에 대해 IBA 지침서(General Standards Regarding Independence, Impartiality and Disclosure)에서는 중재인이 소속되어 있는 로펌의 활동이 자동적으로 고지의무의 발생사유가 되지 않는음을 명확히 하고 있다.⁵⁵⁾ 따라서 중재인이 일방당사자의 대리인과 동일한 법률사무소에 소속되어 있는 것이 기피사유가 되는지는 일률적으로 정하기보다는 실제 변호사 상호간의 독립성이 어느 정도 유지되느냐에 따라 결정되어야 할 것이다.⁵⁶⁾

한편, 중재절차 종료 후 중재인과 당사자의 관계도 기피사유에서 문제된다. 예컨대, 중재인이 중재절차 종료 후 승소한 당사자의 회사에 취업하거나 승소당사자의 대리인과 특별히 밀접한 관계를 형성하게 된 경우에는 중재절차 중에 취업에 관한 기대가 있었다거나

53) [1999] 2 Lloyd's Rep. 45.

54) Cour d'Appel de Paris, 4 Revue de l'arbitrage 568-71(1992).

55) Gracia-Bolivar, International Commercial Trade Investment Disputes, DRJ 2005.11/2006.1, p. 81.

56) 우리 대법원은 2005.4.29. 선고 2004다47901 판결에서 중재판정의 일방당사자의 소송대리인과 같은 법무법인 소속 변호사가 중재인으로 선정된 경우에는 법관의 제척사유에 관한 민사소송법 제41조 제4호의 ‘법관이 사건당사자의 대리인이었거나 대리인이 된 때’와 같이 볼 수 있을 정도로 중재인의 공정성과 독립성에 의심을 야기할 중대한 사유로 볼 수 없다고 판시하였다.

밀접한 관계가 형성되기 시작했다는 확증이 없더라도 이러한 사후의 정황은 중재인의 공정성을 충분히 의심케 할 수 있으므로 중재판정취소의 소를 통해 중재인의 공정성을 문제삼을 수 있을 것이다.⁵⁷⁾

3) 이해관계의 충돌

중재인의 공정성을 의심케 할만한 이해관계의 충돌은 동일인이 상충되는 업무를 담당하는 경우, 혹은 중재인이 자신의 의뢰인에 대한 의무와 자기 자신의 고유한 이익이 충돌되는 상황에 빠지게 되는 경우에 인정된다. 따라서 중재인이 일방당사자와 사업상 단순히 경쟁관계에 있다는 사실만으로는 기피사유가 되지 않는다. 2000년 *Rustal Trading Ltd. v. Gill & Duffus SA* 사건에서 *Queen's Bench Division*은 중재인이 당사자 일방과 과거에 상업적 관계를 맺은 적이 있고 그것이 일반적인 상업활동 중의 행위였다면 그러한 사실만으로는 충분한 기피사유가 되지 않는다고 판단하였다.⁵⁸⁾

중재인이 주식을 보유하고 있는 회사가 당사자가 된 경우, 중재인의 기피여부는 경제적 이해관계가 얼마나 큰지에 따라 판단된다. 즉, 중재인이 보유하고 있는 주식의 수와 중재판정의 결과가 회사에 미치는 영향 등을 고려하여 결정되는 것이다. 예컨대, 중재인이 일방당사자나 중재절차의 결과에 이해관계를 가진 회사의 소액주주라는 사실만으로는 기피를 인정하기 어려울 것이다.

그리고 중재인이 자신의 보수에 대해 일방당사자와만 합의한 경우에는 기피사유로 인정되는 반면, 양당사자 모두와 합의한 경우에는 기피사유가 되지 않는다.

4) 중재인의 고지의무위반

중재법 제13조는 제1항에서 중재인의 고지의무를 명시하고 있다. 중재인 수락요청을 받거나 선정된 자는 자신의 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 사유에 대해 지체 없이 당사자들에게 고지하여야 한다. 물론 중재인의 고지의무의 범위는 개별사안에 따라 달라진다.⁵⁹⁾ 특히 국제중재에서는 당사자가 다양한 문화권에 속하므로 중재인의 고지의무의 범위에 대해서도 당사자의 관점이 중요한 판단기준이 된다. 독일 *Naumburg* 고등법원은 2001년 판결⁶⁰⁾에서 중재인의 고지의무에 대한 기준을 제시하였는데, 즉 이성적으로 고찰하여 중재인의 공정성과 독립성에 의심을 불러일으킬 수 있는 그러한 사정에 대해서만 고지의무를 인정하였다.

57) *Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, § 1036 Rdnr. 24.*

58) [2000] 1 *Lloyd's Rep.* 14. 이 사건에서는 중재인 중 한 명이 *Gill & Duffus*가 행하는 거래활동에 중요한 역할을 하고 있던 사람과의 사이에 있었던 유사한 분쟁에서 *Rustal*사의 자문역할을 한 적이 있는 회사의 대표자였던 사실이 문제되었다.

59) *Kröll, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZJP 116(2003), S. 199.*

60) *OLG Naumburg, 19.12.2001, 10 SchH 3/01.*

여기서 문제되는 것은 중재인이 고지의무를 위반하였다고 하여 이것이 당연히 기피사유가 될 수 있느냐 하는 것이다.⁶¹⁾ 중재인의 고지의무는 중재인으로 요청된 자나 선정된 자가 중재절차의 공정성을 위해 당사자나 사건과 관련하여 존재하는 이해관계의 충돌가능성을 밝히도록 한 것이다.

일반적으로 고지의무위반은 중재판정취소의 소를 통해 구제된다. 예컨대, 스위스 연방대법원은 중재인이 자신의 공정성에 대한 의심을 정당화시킬 수 있는 사정을 밝히지 않은 경우 당해 중재판정부의 구성이 부적법하다고 판단함으로써 중재판정취소의 가능성을 열어두었으며,⁶²⁾ 프랑스에서도 고지의무위반은 중재인의 침묵에 의해 당사자의 방어권이 보장되지 않은 것으로 판단하여 중재판정의 취소를 인정하였다.⁶³⁾ 이에 비해 독일 연방대법원은 1999년 판결⁶⁴⁾에서 중재인의 고지의무위반에 대한 주장은 중재판정이 선고될 때까지 해야 하며, 특별히 심각하고 명백한 기피사유가 존재하지 않는 한 중재판정에 대한 집행선언절차나 취소절차에서 더 이상 주장할 수 없다고 판시하였다.⁶⁵⁾

살피보건대, 고지의무의 위반과 기피사유의 인정은 분리해서 보아야 한다. 고지의무를 위반한 것은 우선적으로 중재인 계약위반의 문제로 다루어야 하며, 반드시 기피사유와 연결지을 필요는 없다. 원칙적으로 중재인의 기피는 고지의무와 무관하게 공정성과 독립성에 의심을 야기할 수 있는 사유가 존재하는 경우에 인정되어야 하기 때문이다. 따라서 중재인이 자신의 사정에 대해 고지하지 않았다고 하여 모든 경우에 기피사유가 인정될 수는 없다. 고지되지 않아 당사자가 미리 알지 못한 사정 가운데 중재인의 공정성과 독립성이 의심되는 경우에만 기피사유로 인정하여야 할 것이다. 이러한 제한은 기피신청으로 인해 중재절차가 지연되는 것을 막고, 중재절차의 원활한 진행과 효율성을 도모하기 위해서도 필요한 것이다.

3. 기피사유에 대한 합의 가능성

기피사유를 당사자의 합의에 의해 확대할 수 있는가. 불가능하다고 보는 견해도 있으나⁶⁶⁾ 중재절차는 법원의 소송절차와는 달리 당사자의 합의가 핵심적인 부분을 차지하고 있으며, 또한 중재절차는 당사자의 의사에 근거하여 시작하고 진행된다는 점을 고려한다면 당사자가 합의하여 중재인에 대한 기피사유를 확대 하는 것은 가능하다고 볼 수 있다.

61) 긍정하는 견해로는, 이명우, 중재인의 기피에 관한 고찰, 중재연구, 제13권 제2호, 417면.

62) SchwBGE 111 1a 72.

63) Cour d'appel Paris Revue de l'arbitrage 1996, 446.

64) BGH NJW 1999, 2370.

65) 이에 대해 Schlosser는 중재절차에서 중재인의 공정성과 독립성이 가지는 중요성을 인식하지 못한 판결이라고 신랄하게 비판하였다. 중재인의 공정성과 독립성이 가지는 특별한 의미를 의식하여 법에서 명문으로 고지의무까지 규정하고 있다는 것이다, Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, § 1036 Rdnr. 38.

66) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 177 III 2.

중재인의 기피에 관한 규정이 강행규정이기는 하지만, 이는 당사자가 합의하여 그 적용을 배제할 수 없다는 의미이지 그 내용을 확대하는 것까지 막는 것은 아니다. 따라서 당사자는 최초의 한 번은 기피사유를 제시하지 않고서도 중재인을 기피할 수 있다는 내용의 합의도 할 수 있다. 다만, 기피권이 가지는 절차법적 의미를 고려할 때 기피사유를 제한하는 내용의 합의는 허용되기 어려울 것이다.

IV. 기피권의 행사

1. 행사시기

기피권의 행사시기에서 문제되는 것은 중재판정이 내려진 후에도 기피신청을 할 수 있느냐 하는 점이다. 보통은 중재판정 선고 전에 기피신청이 행해지지만, 경우에 따라서는 당사자가 중재판정 선고 후에 비로소 기피사유를 알게 되었거나⁶⁷⁾ 또는 이 시점에서 비로소 중재절차에 대해 진지하게 관심을 가지게 되어 강제집행의 위험으로부터 벗어나기 위해 기피신청을 하기도 한다.

당사자의 기피권은 통상 중재판정의 선고 전까지 인정된다.⁶⁸⁾ 중재판정의 선고로 중재인의 임무는 종료하므로 중재판정 후에는 중재인에 대한 기피신청을 할 수 없다고 보는 것이다.⁶⁹⁾ 다만, 이 사유를 가지고 중재판정취소의 소를 제기하거나 집행절차에서 이의를 제기할 수는 있다. 중재판정 선고 후에 비로소 기피사유를 알게 된 경우도 마찬가지이다. 독일 연방대법원 역시 일관되게 중재판정선고 후에는 기피절차의 진행은 불가능하며, 중재판정에 대한 취소의 소를 통해 구제받을 수 있을 뿐이라는 입장을 취하고 있다.⁷⁰⁾ 다만, 이미 기피절차가 중재판정부에서 시작된 경우에는 기피절차를 통해 구제받을 수 있다고 본다.⁷¹⁾

이에 비해 미국 중재법은 중재절차 중 중재인에 대한 기피신청제도를 알지 못하며, 중재인의 불공정성은 중재판정에 대한 이의제기로 해결하도록 하고 있다.⁷²⁾ 따라서 법원은 중재인의 불공정성에 대해 중재판정이 내려지기 전에는 검토할 수 없으며, 당사자는 중재

67) 기피사유를 미리 알고 있었음에도 불구하고 소정의 기간 내에 기피신청을 하지 않다가 중재판정 선고 후에 취소의 소를 제기하는 것에 대해 우리 판례는 특별한 사정이 없는 한 소극적인 입장을 취하고 있다, 대법원 2005.4.29. 선고 2004다47901판결.

68) BGH NJW 1999, 2370.

69) BGH NJW 1952, 27.

70) BGH NJW 1952, 27; BGHZ 141, 90.

71) BGHZ 24, 1.

72) 미국연방중재법 제10조(a)(2) : 법원은 중재판정이 명백하게 중재인의 불공정성(evident partiality)이나 수뢰(corruption)에 의해 성립된 경우 중재판정을 취소할 수 있다.

절차 중에 기피대상이 된 중재인의 사임을 법원에 구할 수 없다.⁷³⁾

생각건대, 중재인의 공정성과 독립성이 가지는 중요한 의미를 고려한다면 중재인에 대한 기피신청은 무제한적으로 인정되어야 할 것처럼 보인다. 그러나 다른 한편으로 중재판정의 선고에 의해 발생하는 법적 안정성 역시 보호되어야 할 중요한 법익임을 간과해서는 안 된다.⁷⁴⁾ 중재판정의 선고에 의해 형성되는 법적 평화는 중재인의 공정성이나 독립성과 마찬가지로 *ordre public*에 속하는 것이다. 그리고 기피제도의 목적이 당해 중재인의 직무를 종료시키는 데 있다면, 중재판정 선고 후에 기피를 신청하는 것이 무슨 의미가 있는지도 의문이다. 중재판정의 선고로 중재인의 직무는 자동적으로 종료되기 때문에 기피절차 역시 중재판정의 선고로 해결된 것으로 보아야 한다. 따라서 중재판정 선고 후에는 취소의 소를 통해 구제받을 수 있다고 보는 것이 타당하다. 중재판정 선고 후의 기피신청은, 경우에 따라서는, 중재판정 취소신청으로 해석할 수 있을 것이다. 이러한 결론은 일반 법원의 소송절차에서 법원에 대한 기피신청에도 불구하고 판결을 선고한 경우 중국판결에 대한 불복절차를 통해 구제받아야 하며, 별도의 항고를 제기할 수 없도록 한 것과도 일치한다.⁷⁵⁾

문제는 중재인에 대한 기피가 어떤 취소사유 안에 들어갈 수 있는지, 그리고 그 기준은 어떻게 설정해야 할 것인지 하는 점이다. 중재판정 선고 전이라면 중재인에 대한 기피가 인정될 수 있었던 사정이 중재판정 선고 후의 경우에도 똑같이 적용될 수 있는 것인지, 아니면 이미 중재판정이 선고되었기 때문에 이 경우에는 좀 더 엄격한 기준을 적용해야 할 것인가 하는 문제인 것이다.

중재판정 선고 후에 중재인의 기피에 근거하여 권리구제를 받을 수 있는 방법은 중재절차의 흠결, 즉 중재판정부의 부적법한 구성 또는 공서양속을 이유로 중재판정취소의 소를 제기하는 것이다. 중재인의 공정성이 매우 의심스러운 가운데 중재판정이 성립된 경우, 당해 중재판정은 공서양속에 반하는 것으로 보아 중재판정취소의 소를 통해 또는 집행판결을 구할 때 다룰 수 있다. 독일 연방대법원은 중재인의 불공정성을 중재판정취소사유 중 공서양속의 문제로 보았으며, 다만 중재인의 불공정성을 이유로 중재판정을 취소하기 위해서는 공서양속 위반의 정도가 매우 심해야 한다고 판시하였다.⁷⁶⁾ 이에 비해 중재인의 공정성에 대한 착오를 이유로 중재합의를 취소한 후 중재합의의 부존재를 이유로 중재판

73) Paul Davis Systems of Northern Illinois, Inc. v. Paul W. Davis Systems Inc., N. 98 C 2027, 1998 WL 749041; Aviall, Inc. v. Ryder Sys., Inc., 110 F.3d 892, 895(2d Cir. 1997) 등. 그러나 이에 반해 일부 법원에서는 법원이 중재합의를 강제할 수 있으므로 중재인 역시 중재판정 전이라도 사임시킬 수 있다고 보아 이에 대한 판단을 내리기도 한다, Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators(2003), J. Int'l Arb. 339.

74) 독일 연방대법원은 양자의 법익에 대한 이익형량을 통해 결정하여야 한다고 보았으며 어느 한쪽의 절대적인 보호를 인정하지 않았다, BGHZ 141, 94 f.

75) 대법원 2000.4.15.자 2000-120결정.

76) BGH Urt.v.1.2.2001 III ZR 332/99.

정취소를 주장한 사안에서 독일 연방대법원은 이를 받아들이지 않았다.⁷⁷⁾ 기피규정은 착오에 의한 취소규정을 배제하는 특별규정이기 때문에 착오를 주장하며 중재인에 대한 기피를 구할 수는 없다는 것이다.

그리고 기피사유의 인정에 대해서는 중재판정 선고 전과 후를 서로 다른 기준을 가지고 판단해서는 안 될 것이다. 중재판정이 선고되었다고 하여 더 엄격한 기준으로 기피사유를 판단하는 것은 기피권 규정을 통해 공정한 절차 진행을 보장하려고 한 입법취지에도 반하는 것이다.

2. 절차

당사자는 기피사유를 구체적으로 적시하여 서면으로 신청하여야 한다.⁷⁸⁾ 일반적으로 기피신청시기에 대해서는 제한을 두고 있는데, 우리 중재법도 제14조 제2항에서 기피사유를 안 날로부터 2주⁷⁹⁾내에 신청하도록 규정하고 있다. 이는 기피권을 절차지연의 목적으로 악용하는 것을 막고자 한 것이다. 보통 중재인에 대한 기피신청은 중재절차의 진행이 자신에게 불리한 방향으로 진행되는 경우, 또는 절차지연의 목적을 위해 전략적인 수단으로 사용되는 경우가 많기 때문이다. 중재인에 대한 기피신청은 지속적으로 증가하는 경향인데, 이는 중재인의 공정성에 대한 당사자의 강한 요구가 반영된 것이라는 측면도 있지만, 기피신청을 이용하여 중재절차를 지연시키려는 경우가 많아진 것으로 분석하기도 한다. 특히 국제중재에서는 기피신청을 통해 중재인에게 심리적인 압박을 가하려는 경우도 적지 않다.⁸⁰⁾

기피신청기간은 기피사유에 대해 당사자가 실질적으로 알고 있는 것을 기준으로 하며, 단순히 알아야만 했다는 상황만으로는 부족하다. 그리고 중재인의 기피사유에 대한 증명책임은 기피를 주장하는 당사자가 부담한다. 모든 당사자가 기피사유를 인정하는 경우에는 중재인은 사임할 수 있는데, 사임한다고 하여 중재인이 기피사유를 인정하는 것으로 보지는 않는다. 당사자의 기피사유주장에 대해 중재인이 동의하지 않는 경우라도 모든 당사자가 기피사유를 인정한다면 이는 중재인에 대한 당사자의 신뢰가 실제로 존재하지 않는 것이 되어 중재인이 직무를 수행하는 것은 별 의미가 없을 것이다.

77) BGHZ 17, 8. 이에 비해 프랑스의 Cour d'appel Paris은 중재인의 공정성에 대한 착오를 이유로 중재합의를 취소함으로써 중재합의의 부존재를 이유로 한 중재판정의 취소를 인정하였다, Kröll, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116(2003), S. 212 f.

78) ICC규칙 제11조, AAA중재규칙 제8조 등.

79) 대부분의 국제중재규칙에서는 15일로 정하고 있는데, ICC규칙은 30일로 규정하고 있다, 제11조 2호. ICSID 중재규칙은 명시적인 기간은 설정하지 않고 “즉시(promptly)” 기피신청을 하도록 하고 있다(제9조 제1항).

80) Kröll, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116(2003), S. 196.

3. 기피권에 대한 심사

누구도 자기 자신의 사건에 재판관이 되어서는 안 된다는 일반원칙과는 달리 중재인에 대한 기피신청에서는 기피대상이 된 중재인이 포함된 중재판정부에서 당해 신청에 대해 판단하도록 하고 있다(중재법 제14조). 독일의 중재법 개정에서는 이것이 문제되어 일반원칙을 준수하려고 하였으나, 결국은 UNCITRAL 모델법과 같이 기피신청된 중재인이 배제되지 않은 채 중재판정부의 판단을 받도록 하였다.⁸¹⁾

그런데 이러한 입법태도는, 특히 단독중재인의 경우, 자신에 대한 기피신청을 중재인 스스로 판단해야 하는 불합리한 상황을 야기한다. 이 점을 고려하여 일부 상설중재기구에 서는 기피신청된 중재인을 제외한 중재판정부가 판단하도록 규정하고 있는데, 대표적으로 ICSID 중재규칙을 들 수 있다. 이에 따르면 단독중재인이나 중재판정부의 다수 중재인에 대해 기피신청이 행해진 경우에는 ICSID 행정위원회 의장(Chairman of the ICSID Administrative Council)이 판단하도록 하고 있으며(ICSID 중재규칙 제9조 제2항), 1명이나 소수의 중재인에 대해 기피신청이 행해진 경우에는 나머지 다수의 중재인이 판단하도록 하고 있다(ICSID 중재규칙 제9조 제4항).

생각건대, 중재절차에서 중재인에 대한 당사자의 기피권이 많은 경우 절차지연의 목적으로 사용되고 있다는 점을 감안한다면 1차적으로 중재판정부 스스로 기피신청에 대해 판단하도록 한 것은 나름대로 의미 있는 일이라고 볼 수 있다. 이는 법관의 경우에 인정되는 간이각하제도(민사소송법 제45조 제1항)에 비추어 더욱 그러하다. 간이각하는 당사자의 기피권 남용에 대한 대비책으로서 신청방식을 준수하지 않았거나 소송지연을 목적으로 하는 것이 분명한 경우 기피당한 법관이 스스로 재판하여 기피신청을 각하할 수 있는 제도이다. 그리고 중재판정부가 기피신청을 받아들이지 않는 경우, 당사자는 30일 이내에 법원에 해당중재인에 대한 기피신청을 함으로써 권리구제를 받을 수 있으므로(중재법 제14조 제3항) 중재판정부 스스로 기피신청에 대해 판단하도록 한다고 하여 법치주의의 원칙에 반한다고 볼 수도 없다.⁸²⁾ 다만, 법원은 기피신청에 대한 중재판정부의 판단에 법적으로 구속되지는 않지만, 중재판정부의 판단을 참고하는 것이 합리적인 결론을 이끌어내는 데 도움이 될 것이다.

4. 기피권 행사가 중재절차에 미치는 영향

중재인에 대한 기피신청이 진행 중인 중재절차에 어떠한 영향을 미칠 것인가. 법원에

81) Kommissionsbericht zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, S. 121 ff.

82) 독일법 역시 이 기간을 한달로 제한해두고 있다(독일 민사소송법 제1037조 제3항). 이에 비해 프랑스에서는 중재판정부의 판단이 최종적인 것이어서 다시 법원의 판단을 구하지 못한다.

대한 기피신청의 경우에는 중재법 제14조 제3항에서 명시적으로 중재판정부가 중재절차를 계속 진행하여 중재판정을 내릴 수 있도록 규정하고 있다.⁸³⁾ 이에 비해 중재판정부에 중재인에 대한 기피가 신청된 경우, 중재판정부는 지금까지 진행해 온 중재절차를 어떻게 할 것인가에 대해서는 아무런 규정이 없다.

살펴보건대, 법원에 기피신청이 행해진 경우 중재절차를 중단하지 않도록 하고 있는 것은 당사자가 기피신청을 중재절차의 지연책으로 사용하는 것을 막기 위한 것이며, 또한 이미 중재판정부가 기피신청에 대해 한번 판단하였으므로 중재절차를 계속 진행하는 것이 중재절차의 불필요한 단절을 방지하는 것이 되기 때문이다.

그런데 중재판정부의 경우는 중재인에 대한 기피신청에 대해 당해 중재판정부가 먼저 판단하도록 하고 있기 때문에 기피신청이 행해진 때에는 중재판정부는 진행 중인 중재절차를 중단하고 기피신청에 대해 우선적으로 판단하여야 할 것이다. 이는 법원의 소송절차에서 법원이 기피된 경우의 절차 진행과도 상응하는 것이다. 민사소송법 제48조에 따르면, 법원에 대한 기피신청이 있는 경우에는 신청이 이유 있는지에 관한 재판이 확정될 때까지 본안소송절차를 정지하도록 하고 있다. 다만, 중국판결을 선고하거나 가압류 가처분과 같은 긴급을 요하는 행위는 예외적으로 가능하다.

그리고 법원에 기피신청이 행해졌다고 해서 중재절차가 중단되지 않음으로써 생겨나는 또 다른 문제가 있다. 즉, 현행법상 법원에 기피신청이 계속 중인 때에도 중재판정부는 중재절차를 중단시키지 않고 계속 진행하고 중재판정을 내릴 수 있다(중재법 제14조 제3항). 문제는 이렇게 중재절차가 계속 진행되어 중재판정이 내려진 경우, 법원에 계속 중인 기피절차에 어떤 영향을 미칠 것인가 하는 점이다. 이에 관해 명시적인 규정은 없다.

중재판정의 선고로 기피절차는 종료된 것으로 보고, 당사자는 취소절차나 집행절차에서 기피사유를 주장할 수 있다고 볼 수도 있다. 그러나 기피절차는 법원에서 계속하고 있는 별개의 절차임을 고려할 때 중재판정이 선고되었다고 해서 기피절차가 부적법해지거나 기피신청이 해결된 것으로 되지는 않는다. 오히려 기피신청이 받아들여지면 중재판정에 대해 부적법한 절차를 이유로 취소의 소가 제기될 수 있을 것이다. 이미 집행절차가 개시된 경우에는 기피신청에 대한 판단이 이루어질 때까지 집행절차는 중지되어야 할 것이다.⁸⁴⁾ 이러한 점을 고려하여 2001년 독일 Naumburg 고등법원은 중재판정 선고 전에 제기되어 진행된 기피절차에 대해 중재판정 선고 후에도 계속 진행시켰다.⁸⁵⁾

83) 중재절차의 중지 또는 속행은 중재인의 자유로운 의견으로 결정한다, 주석 중재법, 66면.

84) BGHZ 40, 342.

85) OLG Naumburg, 19.12.2001, 10 SchH 3/01.

V. 보궐중재인 선정 후의 절차

중재인에 대한 기피신청이 받아들여진 경우, 당해 중재인은 사임하고 보궐중재인이 선정된다(중재법 제16조). 그런데 보궐중재인이 선정된 후 중재절차의 진행은 어떻게 될 것인가. 지금까지의 진행상황을 모르는 새로운 중재인이 참여하였으므로 중재절차를 다시 새롭게 진행하여야 할 것인지 아니면 중전의 중재절차를 반복하지 않고 그대로 연속하여 진행할 것인지 하는 문제이다. 일부 중재규칙에서는 이 문제를 중재판정부에게 일임하고 있는가 하면,⁸⁶⁾ 다른 중재규칙에서는 보궐중재인으로 하여금 기피된 중재인이 담당하다가 중단된 업무부터 수행하도록 하여 절차의 반복을 피하고 있다.⁸⁷⁾

생각건대, 이 문제는 보궐중재인을 포함하여 중재판정부 스스로 절차의 반복 여부와 범위를 결정하도록 하는 것이 합리적이라고 판단된다. 보궐중재인이 참여하였다고 하여 전체 중재절차를 처음부터 다시 진행할 필요는 없을 것이다. 만일 이를 인정한다면 중재인의 기피에 의해 중재절차가 불필요하게 장기화되어 중재제도가 가지는 신속성이라는 장점이 없어질 수 있다. 그러므로 기피된 중재인의 업무 중 중재판정을 내리는 데 필요한 중요한 부분이 있는 경우에 한하여 중재판정부는 다시 절차를 진행하도록 결정하는 것이 바람직할 것이다. 이로써 중재절차의 지연이라는 부작용 없이 보궐중재인으로 하여금 합리적인 중재판정을 내리는 데 필요한 정보를 얻는 데 도움을 줄 수 있을 것이기 때문이다.

VI. 마치며

중재절차에서 중재인은 법관과 마찬가지로 분쟁해결의 최종적인 판단을 내리는 역할을 한다. 그러므로 중재인에 대해서도 법관의 경우처럼 항상 공정성과 독립성이 기대되는 것이다. 이를 보장하기 위해 중재법 등에서는 당사자의 기피권을 인정하고 있다. 그런데 중재인이 법관과는 다른 과정을 거쳐 선정된다는 점 등을 고려하여 중재인에게 법관과 같은 수준의 공정성과 독립성을 요구할 수는 없다. 특히 당사자선정중재인의 경우에는 법관과 차이를 두어야 할 뿐 아니라 의장중재인과의 다른 기준으로 기피사유를 판단하여야 한다. 일반적으로 당사자는 자신이 신뢰하는 사람을 중재인으로 선정하고 싶어 하며, 따라서 중재인과 당사자 사이에는 어떤 형태로든지 인적인 관계가 존재할 가능성이 크기 때문이다. 또한 중재인에 대한 기피는 실제 중재절차에서 당사자의 기피권이 절차지연의 목적으로 남용되고 있는 점을 고려할 때, 단순히 불공정성을 의심할 수 있는 정도로는 부족하며 그

86) 대표적으로 ICC중재규칙 제12조

87) 대표적으로 제네바상공회의소규칙(CCI) 제15조

의심이 정당화될 수 있는 사유의 존재가 필요하다. 이러한 제한은 기피절차로 인해 중재 절차가 부당하게 지연·단절되는 것을 막아 원활한 진행과 신속한 판정을 도모하기 위해 필요한 것이다.

중재인에 대한 기피사유 인정범위, 판단기준, 절차진행 등의 문제를 판단할 때는, 물론 중재인의 공정성과 독립성이 중재절차에서 가지는 의미와 중요성을 간과해서는 안 되겠지만, 가능한 한 중재절차의 장점이 기피신청과 절차에 의해 훼손되지 않는 방향으로 결론을 이끌어 나가야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 목영준, 상사중재법론, 2000.
- 이명우, 중재인의 기피에 관한 고찰, 중재연구 제13권 제2호, 2004. 2.
- 주석 중재법, 2005.
- Andrew Tweeddale/Keren Tweeddale, Arbitration of Commercial Disputes, 2005.
- Bühning-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business, 1996.
- Derains & Schwartz, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, 1998.
- Drahozal/Naimark, Towards a Science of International Arbitration, 2005.
- Hunter, Ethics of the International Arbitrator, 1987.
- Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators, J. Int'l Arb. 2003.
- Kröll, Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach deutschem Recht, ZZP 116(2003).
- Lachmann/König, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 1998.
- Lotz, Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des parteiernannten Schiedsrichters, AnwBl. 2002.
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004.
- Schlosser, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZZP 93(1980).
- Schütze/Wais, Handbuch des Schiedsgerichtsverfahrens, 1989.
- Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., 1979.
- Stein-Jonas-Schlosser, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2002.
- Kommisionsbericht zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, 1994.
- ZPO Münchener Kommentar, Bd. III, 1992.

ABSTRACT

Challenge of Arbitrators

Sun-Ju Jeong

Parties to national or international disputes use arbitration because they think it is faster than litigation or affords privacy. But it is very important for the parties that the decision of arbitrators is made impartially and independently.

For the parties to accept the outcome of an arbitration, it is essential that the final outcome be the result of an impartial process, especially because arbitration is a form of adjudication, albeit a private one. The success of arbitration resides in the conduct of arbitrators. The more independent and impartial arbitrators are, the more trustworthy arbitration will be.

Just as court procedures allow for the recusal of judges under certain circumstances, the arbitral process provides means to remove arbitrators from a tribunal if arbitrator can no longer be considered impartial or independent. This is known as the disqualification or challenge of arbitrators. An arbitrator can also be challenged when he or she does not fulfill the contractually agreed and stipulated qualifications required by the arbitral agreement. An arbitrator's inability to act impartially could give rise to a challenge to the arbitrator, and even to the award.

However, deciding whether an interest or relationship could give rise to an apprehension of bias is a difficult issue for every arbitrator.

The standard of arbitrator's impartiality and independence is not commensurable to that of judge, because the parties are permitted considerable autonomy in selecting arbitrators. Particularly it may be expected for the party-appointed arbitrator to act as the advocate of the party in the deliberations of the tribunal.

Doubts that could give rise to a challenge to the arbitrator should be justifiable. That is the case if a reasonable, informed third party would conclude that the arbitrator's decision making might be influenced by factors other than evidence presented by the parties. Consequently, for example, the mere fact that an arbitrator was to work in the same firm as one of the parties' counsel, this could not automatically be considered as grounds for challenge for lack of impartiality.

Key Words : challenge of arbitrator, disqualification, justifiable doubt, impartiality, independence, party-appointed arbitrator