

중재판정의 기판력에 관한 고찰

A Study on the Res Judicata of Arbitral Awards

서 세 원*
Se-Won Suh

〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. 중재판정의 구속력의 근거
- III. 중재판정의 기판력을 둘러싼 문제점
- IV. 중재판정의 효력을 다투는 방법
- V. 결 론

주제어 : 중재판정, 기판력, 중재판정 취소

* 서남대학교 법학과 교수, 법학박사

I. 서론

분쟁당사자는 중재합의에 의하여 국가기관인 법원이 아니라, 중재인으로 선임한 사인에게 그 분쟁해결을 위임할 수 있다. 이 중재절차가 실효적이기 위해서는 당사자가 중재인이 선언하는 권리의무 내지 법률관계를 승인 및 이행할 의무를 부담하는 것만으로는 충분하지 않으며, 중재인이 내린 판정의 효력은 강제집행의 가능성을 전제로 하여 최종적이고 구속력이 있는 것이어야 한다. 이에 대하여 종래 중재법은, 중재판정에 「확정판결과 동일한 효력」을 부여하여 그 실효성을 보장하여 왔다.

그러나 이 「확정판결과 동일한 효력」이 문언 그대로의 의미를 갖는 것인가, 특히 그것이 확정판결에서 발생한 기판력과 완전히 동일한 의미를 갖는 것인가에 대해서는 논의의 여지가 있다. 그 배경에는 중재절차에 있어서 판정을 내린 중재인은 당사자가 자유롭게 선임한 특별한 자격을 갖고 있지 않는 한 사인이며, 그 절차나 판정기준에 대해서도 당사자가 합의에 의하여 자유롭게 정할 수 있다는 점에서, 국가기관인 법원이 국가재판권의 행사로서 법에 따라 판단하는 재판과는 큰 차이가 있으며, 또한 중재판정을 국가권력의 행사로써 집행하기 위해서는 또 법원의 집행판결을 필요로 한다. 그럼에도 불구하고 중재판정과 확정판결을 구속력(기판력)의 면에 있어서 동일한 선상에서 볼 수 있는지 또 그 구체적인 취급에 있어서 차이는 무엇인지에 대하여 논의의 여지가 있는 것이다.

앞서 말한 대로 중재법은, 중재판정이 「확정판결과 동일한 효력」을 갖는다고 규정(중재법 제35조)하고 있지만, 또한 중재판정에 일정한 사유가 존재하는 경우 소로써 취소할 수 있음을 규정하고 있다(중재법 제36조 제2항). 이러한 규율의 차이가 중재법에 있어서 중재판정의 구속력을 둘러싼 해석론에 있어서 어떠한 의미를 갖는 것인가가 또한 문제로 될 것이다.

중재판정의 기판력을 둘러싼 문제는 당사자의 합의를 기초로 하는 중재제도를 국가의 재판제도와 관계에서 어떻게 규정할 것인가, 또 「기판력」이란 무엇인가 하는 문제에 대하여 살펴볼만 하다. 본 논문에서는 중재판정의 기판력을 둘러싼 문제에 대하여 검토하고, 중재법의 해석에 있어서 시사점을 제시하고자 한다.

II. 중재판정의 구속력의 근거

중재판정의 구속력을 설명하는데 있어서 법원의 「확정판결과 동일한 효력」을 매개로 하는 규율은 반드시 일반적인 것은 아니다. 예를 들면 영국 법제에서는 최종적인 구속력을

설명하는데 있어서 「확정판결과 동일한 효력」을 매개로 하지 않으며¹⁾, UNCITRAL모범법 제35조는 중재판정은 「그것이 이루어진 국가가 어디인가에 관계없이 구속력이 있는 것으로(as binding) 승인될 수 있다」고 규정하고만 있다²⁾. 법원의 확정판결의 효력을 매개로 하는 규율은 일본에서는 독일 민사소송법의 흐름에 따라³⁾, 1890년의 민사소송법에서 확립되었다. 다음에서는 우리나라 중재법과 유사한 법체계를 취하고 있는 일본에 있어서의 논의와 함께 중재판정의 구속력의 근거에 대하여 살펴보고자 한다.

중재판정의 구속력의 근거에 대하여, 이를 중재합의로부터 파생하는 의무이행의 합의에 두는 실체법설과, 중재판정을 판결과 같은 것으로 생각하는 소송법설이 대립하고 있는데⁴⁾, 현재의 통설은 당사자의 중재판정의 내용을 승인하고 이행할 의무에 더하여, 법은 「중재판정은 당사자 간에 있어서 확정판결과 동일한 효력을 갖는다」고 규정하고 있으며, 이 효력은 법에 의하여 중재판정에 특히 부여된 것이라고 한다⁵⁾. 그러나 후자는 제도적인 설명이며, 전자는 그 실질적 근거를 문제로 한 것에 불과하다⁶⁾. 양자를 병렬적으로 보아, 구속력을 자명한 것으로 보는 것만으로는 불충분하며, 그 구속력을 정당화하는 근거를 찾아야 할 것이다⁷⁾.

한편 당사자의 합의를 불가결의 요소로 하는 분쟁해결방법인 점에서 중재와 공통된 측면을 갖는 재판상의 화해나 조정에 있어서의 화해조서, 조정조서에 대해서도 중재판정과 같이 「확정판결과 동일한 효력」이 발생하게 되며(민사소송법 제220조, 민사조정법 제29조 참조), 역시 기판력의 유무가 문제로 되어 온 점이 주목된다. 이에 대해서는 어느 정도 법원의 관여가 있는 점에서 중재와는 다르지만, 여기서의 논의는 중재판정의 기판력에 대하여 검토하기로 한다⁸⁾.

1) 영국 중재법(1996년) 제58조는, 「(1) 당사자에 의한 특별한 정함이 없는 한, 중재합의에 기초하여 중재인에 의하여 이루어진 중재판정은 최종의 것이며, 당사자 쌍방 및 당사자를 통하여 또는 당사자 아래에서 청구한 자를 구속한다. (2) 이것은 유효한 중재의 상소절차 또는 중재의 불복신청절차 또는 이 법의 규정에 의한 중재판정에 대한 어떤 자의 중재판정에 대한 불복의 권리에 영향을 받지 않는다.」고 규정한다. 영국법상 기판력에 관한 원칙의 확립에 대해서는, Peter Barnett, *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments*(Oxford University Press, 2001) at 11. 이하 참조.

2) 다만 UNCITRAL모범법은 특히 국제상사중재를 규율대상으로 하는(동법 제1조 제1항 참조) 것이며, 그 성질상, 중재판정의 효력을 규율하는데 있어서 특정한 법적 표현을 사용하는 것이 곤란할지도 모른다.

3) 독일보통법까지의 중재의 연혁에 대해서는 小山昇, 「仲裁法の沿革の概観とその余恵」, (小山昇著作集 第6卷) 仲裁の研究(信山社, 1991), 223면 이하 참조.

4) 양병희 등, 주석 중재법, 대한상사중재원(2006), 180면. 谷口安平=井上治典 編, 新判例コンメンタール民事訴訟法(6)(三省堂, 1995), 699면 참조.

5) 小山昇, 仲裁法(新版) (有斐閣, 1983), 195면. 小島武司 編, 註釋仲裁法(青林書院, 1988), 158면.

6) 青山善充, 「仲裁判斷の效力」, 現代仲裁法の論点(有斐閣, 1998), 33면 이하.

7) 이 문제는 특히 구속력의 주관적 범위에 대하여 첨예하다. 중재판정의 구속력은 「당사자 간에 있어서」 효력을 발생하는 점에서 확정판결과 다르지만, 중재의 통설은 그 구체적인 범위결정에 있어서 확정판결의 기판력에 대한 규정을 유추한다. 上野泰男, 「仲裁判斷の效力の主觀的範圍について」, 名城法學 第42卷(1992), 366면.

8) 중재와 조정의 절차비교에 대하여, 小島武司, 「仲裁手續と和解・調停」, 現代仲裁法の論点(有斐閣, 1998), 296면 이하참조.

1. 화해조서의 「확정판결과 동일한 효력」

화해조서에 인정되는 「확정판결과 동일한 효력」(민사소송법 제220조)은 기판력을 포함하는가에 대하여 살펴보자. 과거 화해조서에 전면적으로 기판력을 인정하고 그 기판력의 배제는 재심절차에 의하여야 한다고 하는 견해가 있었지만, 당사자의 처분행위를 확정판결과 완전히 동일시하는 것은 곤란하며, 당사자의 의사의 하자에 기초한 취소나 무효의 주장을 인정하여야 한다고 하는 비판이 이루어지고, 현재에는 기판력을 전면적으로 긍정하는 견해는 거의 볼 수 없다. 현재 논의의 초점은 오히려 기판력을 전면 부정할 것인가(기판력부정설), 또는 화해의 내용이 적정하고 유효한 경우에 한하여 기판력을 인정할 것인가(제한적 기판력설)에 있다고 할 것이다⁹⁾.

기판력부정설은 화해가 자주적 분쟁해결수단이며 당사자의 합의를 중요 핵심으로 하는 것이며, 화해에 있어서 법원은 그 내용이나 형식에 대하여 일정한 요건이 구비되어 있는가 여부를 형식적·소극적으로 심사할 뿐 하자의 존재에 대하여 판결의 경우처럼 충분한 심리판단을 하는 것은 아니며, 구속력의 문제는 민법 제732조에 의하여 해결된다고 하는 점 등을 이유로 한다¹⁰⁾. 또 실제문제로서 당사자가 당초 설정한 심판대상을 넘는 해결안으로 화해가 성립하는 경우도 있으므로, 이에 대하여 기판력을 인정한다면 그 범위결정에 대하여 곤란한 문제가 발생하는 경우가 있음도 지적하고 있다.

이에 대하여 제한적 기판력설은, 분쟁해결의 중국성을 보장하는 관점에서 원칙적으로 재판상의 화해에도 기판력이 인정되어야 한다고 하며, 화해가 당사자의 의사를 기초로 하는 분쟁해결방법인 점에서, 예외적으로 화해가 공서양속에 반하는 경우 그 성립과정에 요소의 착오, 통모허위표시, 사기·강박 등의 의사의 하자가 있는 경우에는 기판력을 부정하여 화해의 무효 내지 취소의 주장을 인정한다. 바꾸어 말하면 제한적 기판력설의 특징은 화해조서에 대하여 절차적 구속력을 승인하면서 확정판결보다 넓은 하자의 주장을 허용하는 점에 있다. 이 「제한적 기판력」이라는 개념은 화해조서의 구속력에 대해서만 주장되는 것은 아니다. 청구의 포기·인낙조서에 인정되는 「확정판결과 동일한 효력」(민사소송법 제220조)에 대해서는 화해조서에 대한 그것보다 오히려 유력하게 제한적 기판력설이 주장되어 왔다¹¹⁾. 이 견해에 의하면 전통적인 기판력개념보다 소위 유연한 기판력을 인정하는데, 즉 실제적 판단이 아니더라도 법원이 일정한 요건의 구비를 심사한 다음, 당사자의

9) 양병희 등, 전거서, 179~180면. 장태환, 「재판상 화해에 대한 모색」, 성균관법학 제16권 제1호(성균관대학교 비교법연구소, 2004), 239~245면.

10) 菊井維大=村松俊夫, 全訂民事訴訟法1(靑林書院, 1989), 309면.

11) 화해조서와 포기·인락조서의 양자 모두 제한적 기판력을 인정하는가 여부는 논자 각각의 제도평가에 따라 다르다. 포기·인락조서에 대해서만 제한적 기판력을 인정하는 견해는, 화해의 경우 민법 제696조에 의하여 구속력이 담보되고 있으며 또 기판력의 객관적 범위를 확정하는 것이 곤란하지만, 한편 포기·인락조서에 대해서는 이러한 것이 없으며, 이에 기판력을 인정하지 않으면 어떠한 구속력도 발생하지 않게 될 우려가 있는 점 등을 이유로 한다.

진술을 조서에 기재시키는 것으로 확정판결과 동일한 효력을 부여하는 구성은, 실제적 판단을 수반하는 판결과 동일하지는 않지만 절차적인 공권적 판단을 수반하는 한 절차상의 구속력을 당연히 인정할 수 있는 것이며, 공권적 판단·사법권 작용의 결과로서의 조서 기재내용에 절차법적인 구속력을 인정한다고 하는 틀은 유지되고 있다고 한다¹²⁾.

확정판결의 기판력은 당사자가 제시한 심판대상(소송물)에 대하여 당사자에게 충분한 주장입증의 기회를 부여하는(절차보장) 것을 예정한 절차에 있어서, 그 결과로서 중립의 제3자인 법원이 한 판단에 대하여 통유성을 보장한다. 최근 소송에 있어서는 당사자가 절차에 주체적으로 관여하고 절차 안에서 충분히 그 주장을 펼치는 것을 보장하는 점에 대한 중요성이 인식되어 왔다. 소위 기판력의 정당화 근거론에 있어서도, 이를 단순히 민사소송제도가 공권적·강행적 분쟁해결제도로서의 실효를 거두기 위한 불가결한 제도적 효력이라는 점을 이유로 하는 견해에 대하여, 현재에는 「절차보장」의 측면을 고려한 견해가 주류로 되고 있다. 그 대표적인 견해에 의하면, 기판력의 정당화 근거는 「당사자의 지위에 섬으로써 절차상 대등하게 그 소송물인 권리관계의 존부에 대하여 변론하고, 소송수행을 할 권능과 기회를 보장하는 점」에서 구할 수 있다¹³⁾. 양당사자는 소송물인 권리관계에 대해서는 적어도 결론지어진다고 하는 기대 아래, 절차의 진행경과에 따라 사실 및 증거방법을 제출할 동기를 부여받으며, 소송물인 권리관계에 대한 판결의 정당화가 보장된다. 기판력의 구속력을 담보하는 효력은 양당사자가 소송에 있어서 필요한 공격방어방법을 제출할 수 있는 기회가 충분하게 보장되고 있고, 이 기회를 상대방의 이익에 있어서도 이용해서는 안된다고 하는 가치평가로부터 근거지어질 수 있다. 즉 기판력의 정당화 근거에 있어서 「절차에 있어서 당사자의 행위」가 중요한 시점이 된다는 점은 이론이 없을 것이다¹⁴⁾.

다시 소송상의 화해에 대하여 보면, 제도상 법원의 공권적·형식적인 요건심사는 있다고 하더라도, 반드시 실질심리가 이루어지는 것은 아니다. 법원의 심사가 형식적인 것에 그친다고 한다면, 화해조서의 내용으로부터 법원의 「판단」으로써 절차적 구속력을 인정할 근거를 찾는 것은 곤란할 것이다¹⁵⁾. 확정판결의 기판력은 그것이 통유성을 갖으며 법적 안정성을 보장하는 한편, 그 범위는 절차에 의하여 구속이 정당화되는 범위로 엄격하게 한정되어 온 것이므로, 「기판력」 개념 그 자체를 유연한 것으로 바꾼다면 판단내용에 통

12) 확정판결에서 발생하는 기판력의 작용에는 「판결주문의 판단과 모순된 주장을 허용하지 않는다고 하는 측면」과 「판결형성에 대한 공격을 허용하지 않는다고 하는 측면」이 있다고 지적하며, 양 작용의 분리물 시기 상조라 하여 기판력부정설을 취하는 주장도 있다. 高橋宏志, 中點講義民事訴訟法(新版)(有斐閣, 2000), 668면 이하 참조.

13) 新堂幸司, 新民事訴訟法(弘文堂, 2003), 575-576면. 이 견해는 기판력의 정당화근거를 제도적 효력 및 절차보장과 자기책임의 이원적인 것으로 본다.

14) 유병현, 「기판력의 객관적 범위와 모순된 반대관계」, 민사소송 제10권 제1호(한국민사소송법학회, 2006. 5), 113면 이하 참조.

15) 小山昇, 民事訴訟法(日本評論社, 1993), 444면.

유성을 부여하는 「기판력」의 의의는 감소되며, 법적 안정성의 견지에서 문제가 발생할 것이다.

2. 조정조서의 「재판상의 화해와 동일한 효력」

민사조정제도는 민사분쟁에 있어서 「당사자의 상호양보에 의하여 조리가 아닌 실정에 따른 해결을 도모하는 것을 목적」으로 하고 있으며, 당사자의 합의를 본질로 하는 분쟁해결제도인 점에서 화해와 공통하는 면과(당사자가 조정안을 수락하지 않은 경우에는 당연히 구속력은 발생하지 않는다), 제3자가 당사자 사이에 서서 분쟁해결안을 제시하는 점에서 중재와 공통하는 면을 갖고 있다¹⁶⁾. 민사조정에 있어서 당사자 간에 합의가 성립하고, 조서에 기재된 때에는 조정이 성립하며, 그 기재에는 「재판상의 화해와 동일한 효력」(민사조정법 제29조), 따라서 「확정판결과 동일한 효력」(민사소송법 제220조)이 발생한다.

이에 대하여 기판력을 긍정하는 견해는, 조정에 있어서도 확정적인 것으로 해석된 법률관계의 존부가 다른 소송에서 존중되지 않는 때에는 분쟁해결의 목적을 잃게 되므로, 권리관계에 불가쟁성을 부여하는 것이며, 분쟁이 해결되었다고 하기 위해서 불가결한 기판력이 필요하고, 또 절차 면에서도 조정은 당사자의 절차상의 권리가 충분히 보장될 수 있도록 법규제되고 있으며, 규칙위반에 대한 법적 배려로서 법원이 조정위원회에 참여하여 당사자의 임의에 따른다고 하는 점에 대한 보완도 작용하므로, 조정은 기판력을 인정할 조건을 갖추고 있다고 한다. 또 조정은 본질적으로 국가분쟁해결기관의 공권적 판단인 것이며, 이론적으로나 또 제도의 실효성의 면에서나 이러한 공권적 판단에 기판력을 인정하여야 하며, 조정에 있어서 사법기관의 조정개입작용은 화해보다 강도가 있으며, 당사자 간의 자주적 합의가 전제로 되더라도 그 합의내용이 조정기관에 의하여 상당하다고 인정되지 않으면 조정은 성립하지 않는 것이고, 조정은 국가의 공권적 판단인 재판과 다르지 않다고 한다¹⁷⁾.

기판력긍정설은 조정합의가 법원의 판단을 구속한다고 하는 소송법상의 효과에서 분쟁해결의 실효를 인식하는 것에 대하여, 기판력부정설은 그것을 조정합의의 실체법상의 효과로 본다. 기판력부정설은 그 이유로서 조정절차가 비송사건절차에 따라 이루어지고, 당사자 본인의 출두의무는 있지만, 비공개로 이루어지는(또 엄격한 절차에 의하지 않은 사실조사가 이루어지고, 대부분은 증거조사를 수반하지 않는다) 점을 들어, 절차에 있어서 당사자권리의 보장이 갖추어지지 않았다고 하는 점을 지적한다. 그리고 조정합의가 「당사자의 임의에 의한다고 하는 점에 의하여 충분히 보완된다고 한다면, 임의의 합의에 의사

16) 주인, 「조정조서의 기판력제한에 관한 소고」, 비교사법 제11권 제1호(한국비교사법학회, 2004. 3), 337면.

17) 小山昇, 「民事調停と民事訴訟」, 民事調停・和解の研究(信山社, 1991), 288면 이하 참조.

표시의 하자가 있는 경우에는 그 보완을 결하여 기판력을 부정하게 된다」고 하여, 조정기관이 합의의 상당성을 인정하는 것만으로 공권적 판단이라 칭하여 기판력을 긍정할 수는 없다고 한다¹⁸⁾.

화해와 비교하여 조정에 있어서는 사법기관에 의한 공권적 개입은 절차적으로 보다 강도가 있다고 할 수 있지만, 원래 조정안을 당사자가 수락하지 않으면(당사자의 합의가 없다면) 그것은 어떠한 구속력도 발생하는 것은 아니다. 구속력의 내용을 검토하는 전제로 그 절차구조가 보다 상세하게 검토되는데, 소송절차와 비교하면 조정절차에 있어서 당사자권리의 보장이 희박한 점도 또한 부정할 수 없다. 그렇다고 한다면 역시 조서의 기재에 기판력을 인정하는 것은 곤란할 것이다¹⁹⁾.

3. 중재판정의 「확정판결과 동일한 효력」

(1) 중재합의와 중재판정

화해나 조정에 있어서는 당사자의 합의가 구속력의 기초로 되는데, 마찬가지로 중재에 있어서도 당사자가 분쟁해결을 중재인에게 위임하고 그 판단에 따를 것을 합의한 중재합의에 중재판정의 구속력의 기초가 있다. 다툼이 있는 권리관계에 대한 판단은 유효한 중재합의가 있어야 비로소 중재인에게 위임되며, 당사자를 구속할 수 있게 된다는 점에서, 법원이 공권적 강제적으로 판결을 내리는 확정판결과 크게 다르다²⁰⁾. 당사자는 유효한 중재합의가 없음에도 불구하고 이루어진 중재판정에 대해서는 중재판정취소의 소를 법원에 제기할 수 있으며(중재법 제36조 제2항), 취소의 소에 의하지 않더라도 당연 무효의 주장을 할 수 있다.

그렇지만 중재판정의 경우에 중재합의에서 그 구속력의 근거를 구하는 것만으로는 충분하지 않다. 화해나 조정에 있어서 이루어진 합의가 분쟁해결안의 승인에 있는 것과는 달리, 중재의 경우 당사자의 합의는 당해 분쟁이 된 권리관계의 해결에 대하여 굳이 중재절차를 선택하고 그 절차의 결과로 중재인이 내린 판정에 따른다고 하는 한도에서 존재하는데 그치며, 중재인이 제시한 구체적인 판정내용에 대하여 합의에 의한 당사자의 수용이

18) 中野貞一郎, 「民事調停の既判力」, 民事訴訟法の論点1(判例タイムズ社, 1994), 270면 이하. 긍정설이 절차대상과 기판력대상에 차이가 발생하는 것을 인정하는 것에 대해서는, 「조정합의의 내용은 소송에 있어서의 판결사항에 비하여 다양한 확대를 갖는 점이 결정적으로 다른」 것이며, 「조정합의의 내용이 새로운 권리관계의 성립을 포함하는 경우는 물론 그것을 전혀 포함하지 않는 경우에도 조정대상으로 된 권리관계의 분쟁과 조정합의 자체의 무효를 다투는 분쟁은 사항적으로나 시기적으로나 다른 별개의 민사분쟁이라고 하지 않으면 안되므로, 전자에 대한 조정의 기판력으로써 후자에 대해 통상의 재판절차에 의한 법원의 판단을 거부하는 것은 '재판을 받을 권리'를 부정하는 것이라고 하여야 한다」고 하여, 확정판결의 기판력의 객관적 범위(소송물=기판력)와 마찬가지로 절차대상으로서 심리된 권리관계에 대한 명확한 판단이 없는 경우에 기판력을 인정하지 않는다.

19) 주인, 전제논문, 342면 이하 참조.

20) Peter Barnett, *op. cit.*, at 16.

존재하는 것은 아니기 때문이다. 따라서 구속력의 근거에 대해서는 중재합의 뿐 아니라 판결과 같이 중재절차의 구조에 대하여 검토되어야 한다.

(2) 중재절차의 구조

일반적으로 중재의 장점은 당사자의 합의에 기초를 두며, 자유로운 절차로, 업계의 사정이나 상관습에 정통한 중재인의 적절한 판단을 신속하게 구할 수 있다는 점에 있고, 그 단점은 단 한번만으로 최종적 판단이 이루어지고, 판단기준이 법률에 구속되지 않으며 ‘선과 공평’의 이름으로 예상외의 판단이 될 위험성도 따를 수 있다고 하는 점이다. 분쟁당사자는 이러한 중재의 장점과 단점을 고려한 다음 법원에 의한 판단을 배제하고 오로지 중재인의 판단에 따를 것을 합의한다. 이러한 합의를 기초로 이루어진 중재법에 따른 중재절차에 대한 신뢰를 전제로, 법은 국가사법기관의 직접적 개입이 없음에도 불구하고 사인에 의한 중재판정에 강제집행을 전제로 한 강한 구속력 즉 확정판결과 동일한 효력을 부여한 것이다²¹⁾. 양 당사자는 자율적인 의사에 따라 법원에 의한 해결을 배제하고 중재절차에 의한 해결을 선택하였으며, 절차에 있어서는 중재합의에 기초하여 분쟁해결에 협력하여야 할 의무를 부담하며, 주체적으로 그에 관여할 수 있는 권한을 갖고 있다. 그 절차의 결과, 공평 중립의 제3자로부터 판정이 내려진다고 하는 구조는 판결절차와 다르지 않으며²²⁾, 이 점에서 중재판정의 구속력의 근거는 유효한 중재합의를 전제로 하여 당사자가 부여된 기회를 이용한 결과 중립공평한 입장에서 내려진 판정이라고 하는 점에서 구할 수 있다²³⁾. 당사자는 중재판정에 일정한 취소사유가 있는 경우에는 법원에 대하여 중재판정취소의 소를 제기할 수 있지만(중재법 제36조 제2항 각호 참조), 중재판정의 내용은 그것이 공서양속에 반한 경우 등을 제외하고 효력을 정당화하는 전제로서는 문제되지 않는다.

다만 중재절차에 있어서는 중재인의 질도 다양하며, 반드시 법원과 같은 정도의 절차권의 보장이 이루어지고 있다고는 할 수 없다. 중재인의 재량에 의한 부분도 많다. 그렇다고 하더라도 당사자가 유효한 중재합의를 전제로 하여 굳이 이러한 절차규율에 따를 것을 포함하여 그 판정에 따른다는 합의를 한 경우에는 원칙적으로 그 자율적 결정을 평가하여

21) Gaul, Die Rechtskraft und Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs im Verhältnis zur Verbindlichkeit des Staatlichen Richterspruchs, FS. Sandrock(2000), S. 320.

22) Gary Born, International Commercial Arbitration in the United States, (Kluwer, the Hague, 2001) at. 914.

23) 구속력의 근거는 전제에 있어서 합의와 절차과정에 있어서 당사자의 절차권보장의 결합에 있다고 할 수 있다. 일반적으로 중재판정은 법원의 재판권의 행사로서의 판결과는 본질적으로 다르며, 한 사인의 행위에 불과함에도 불구하고, 위와 같이 이를 확정판결과 동일한 효력을 갖는 것으로 규정한 이유는, 권리의무의 주체로서 자기의 권리관계의 다툼을 자신의 손으로 해결할 권능을 갖는 당사자가, 이 권능에 기초하여 다툼의 해결을 제3자인 중재인에게 위임하고, 또 그 판단절차에 관여하여 자기의 공격방어를 다한 이상, 그 결론인 중재판정은 당사자의 자치적 분쟁해결권능의 결과이므로, 이에 구속력을 인정하고 그 내용의 당부를 다시 심사하지 않는 뜻을 명확하게 한 것에 지나지 않는다. 따라서 중재판정의 구속력의 본체는 화해 등의 자치적 분쟁해결의 경우와 마찬가지로 분쟁이 된 권리관계에 대한 실제법상의 확정력에 있는 것이라고 할 수 있으며, 소송법은 위의 확정력을 용인함과 동시에 이를 기초로 하여 집행력 등의 소송법상의 효과를 부여한 것이라고 해석하는 것이 상당하다고 한다. 上野泰男, 전제논문, 332면 이하 참조.

야 할 것이다²⁴⁾. 다만 당사자가 전혀 절차에 관여하지 않은 경우에는 중재판정에 기판력을 인정해서는 안된다고 생각한다.

4. 중재화해의 중재판정으로서의 효력

중재절차의 진행 중에 중재에 붙여진 민사상의 분쟁에 대하여 당사자 간에 화해가 성립하고 또 당사자 쌍방의 신청이 있는 때에는 중재법정은 그 화해에 있어서의 합의를 내용으로 하는 결정을 할 수 있다(중재법 제31조1항). 이 결정은 「중재판정으로서의 효력」을 갖는다(동조3항). 여기서 중재판정은 확정판결과 동일한 효력을 갖기 때문에 중재판정에 기판력이 발생한다고 한다면, 화해중재판정에 대해서도 기판력이 발생하는가 하는 문제가 발생한다.

화해조서에 발생하는 「확정판결과 동일한 효력」이 기판력을 포함하는가에 대하여 앞서 살펴본 대로 논란이 있는데, 중재화해에 대해서도 기본적으로 같은 논리로 보아야 한다고 생각한다. 원래 이 제도는 분쟁해결의 실효성확보라는 견지에서 특히 신속하게 채무명의를 얻는 것을 가능하게 하는 것을 목적으로 한 것이라고 할 수 있다. 당사자의 합의를 중심으로 한다고 하는 그 성질상, 화해조서와 같이 기판력은 발생하지 않는다고 생각하여야 할 것이다.

Ⅲ. 중재판정의 기판력을 둘러싼 문제점

1. 기판력의 작용과 구체적 문제

중재판정의 기판력은 당사자의 유효한 중재합의를 전제로 하여, 사인인 중재인의 판단으로 발생하는 점에서는 확정판결의 기판력과 다르다. 그래서 중재판정에 기판력이 인정된다고 하여도, 그것은 법원이 내린 판결에 대하여 발생하는 기판력과 완전히 동일하게 파악되어야 하며 동일한 취급이 이루어져야 하는가가 문제로 된다. 이 문제는 특히 ① 중재판정의 기판력은 직권으로 고려하여야 하는가 아니면 당사자의 신청에 의하여 고려하면 충분한가, ② 중재판정의 기판력을 당사자의 합의에 의하여 해소할 수 있는가 라는 두 가지의 구체적 문제에 관하여 논의되어져 왔다.

24) 小島武司, ADR·仲裁法教室(有斐閣, 2001), 156면은, 구속력의 근거를 당사자가 계약에 의하여 중재라는 특질을 갖는 ADR을 선택한 점, 즉 중재에 내재하는 제도적 합리성과 이를 이용하려 하는 당사자 간의 합의의 존재가 법정책의 관점에서 적극적으로 평가된 점에서 구한다.

통설에 의하면 중재판정은 중재합의를 전제로 하고 있고 사인의 판단에 기초한 것이므로, 법원이 내린 판결과는 다르며 공적 이익을 결하므로, 판결과는 다르게 취급된다고 한다. 즉 첫째로, 판결의 기판력은 직권으로써 고려되어야 하는데 대하여, 중재판정의 기판력의 존재는 당사자의 항변이 있을 때 고려하면 충분하며(당사자의 명시적인 원용이 없더라도 변론주의의 범위 안에서 법원이 알게 된 때에는 참작할 수 있다는 견해도 있다), 둘째로, 당사자는 언제라도 합의에 의하여 중재판정의 기판력을 취소할 수 있고 다시 동일한 다툼에 대하여 법원 또는 다른 중재인에 의한 판단을 요구할 수 있다(이에 대해서는 중재판정에 의하여 인정된 권리관계를 당사자가 실체적으로 변경할 수 있는데 불과하다고 하는 설도 유력하다²⁵⁾).

이에 대하여 중재가 사법부담의 경감에 도움이 되는 것으로 기대되고 있으며, 중재판정의 기초에 중재합의가 존재하는 것은 당연하지만, 중재판정의 구속력 자체는 중재합의와 별개이고, 그것은 법에 의하여 부여된 효력이며, 법원의 판결이 갖는 기판력과 다른 것은 아니라고 하여, 확실히 중재판정은 국가행위는 아니지만, 법에 의하여 부여된 효력은 공익성을 갖으며, 동일사건에 대해 이루어진 중재판정의 기판력에 대한 고려를 당사자의 항변에 맡겨 두는 것은 후에 취소할 가능성이 있는 판결의 기판력을 발생시키게 되므로, 법원은 이와 같은 취소될 수 있는 판결이 이루어지는 것을 피하여야 하며 또 중재판정의 기판력은 불필요한 권리보호요구로부터 법원을 보호하는 것을 목적으로 하는 점에서 권리보호의 이익과 공통성을 갖고 있고, 권리보호의 이익의 유무는 직권조사사항으로 되므로, 중재판정의 기판력도 직권으로 조사되어야 하며, 그리고 당사자는 확정판결의 기판력과 같이 중재판정의 기판력을 합의로 취소시킬 수 없다고 한다²⁶⁾.

확정판결의 기판력은 특히 통설인 소송법설에 의하면 전소법원의 판단내용의 통유성을 보장하여 법원 간의 판단의 통일을 도모하는 것이며²⁷⁾²⁸⁾, 직권으로 조사되어야 하는 것이라고 생각되어 왔다. 이에 대하여 중재판정의 기판력은 확정판결의 기판력과 같이 「전소법원→후소법원」이라고 하는 동종의 판단주체 간에 통용되는 것은 아니다(「중재판정부→법원」 또는 「A중재판정부」→「B중재판정부」 등). 따라서 우선 실제문제로서 법원에 있어서 사인이 행한 중재판정의 기판력을 확정판결의 기판력과 같이 직권으로 탐지하고 판단의 통일성을 도모하는 것은 매우 곤란할 것이다. 또한 중재판정이 어디까지나 당사자의 중재합의를 기초로 하는 점을 감안하면, 확정판결과 완전하게 동일시하는 것은 검토할 필

25) 집행판결이 확정할 때까지의 사이에는 당사자는 합의에 의하여 중재판정을 해소하여 기판력을 없게 할 수 있다(당사자는 중재판정에 의하여 인정된 권리관계를 실체적으로 변경할 수 있음에 불과하다고 해석하더라도 그 결과에 차이는 없을 것이라고 한다)고 한다. 小島武司, 전거서, 157면.

26) Schwab · Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 4 Aufl., 1990, S. 178.

27) 다만 절차적 구속력의 근거에 대한 정당화 근거론을 보면, 「전소법원→후소법원」이라는 형태에 대해서만 기판력의 구속력을 인정할 것이 아니라, 당사자도 직접 절차적으로 구속된다고 생각하여야 할 것이다.

28) Gaul, a. a. O., S. 323 참조.

요가 있다. 원래 양 당사자가 바라는 경우에는 중재합의를 파기하여 법원의 판단을 받을 수 있다고 한다면, 당사자 쌍방이 중재판정의 내용에 대하여 시비를 다투는 경우에는, 국가의 사법자원을 이용하여 공권적·최종적 해결을 도모하는 소송과는 사정이 다르므로, 합의에 의하여 그 기판력을 부정할 수 있는 것은 아닌가 한다. 그것과의 균형으로부터 기판력의 존재를 당사자의 원용에 관련시키는 것은 하나의 방책일 것이다(법원이 기판력의 존재를 인정한 경우에는 석명권을 행사하여야 할 것이다). 다만 합의에 의한 변경가능성에 대해서는 당사자가 중재판정에 의하여 인정된 권리관계를 실제적으로 변경할 수 있는데 불과하다고 해석하여도 결과에 특별한 차이는 발생하지 않을지 모른다²⁹⁾.

기판력의 존재를 직권조사사항으로 하는 통설 자체에 법률상의 확고한 근거는 없음을 전제로, 중재판정을 직권조사사항으로 하는 견해는 그 근거를 피고보호의 관점 및 사법행위청구권의 일회성에서 구한다. 이에 의하면 기판력 있는 중재판정이 있음에도 불구하고 법원에 소송이 제기된 경우 피고보호의 관점에서 직권으로써 기판력을 고려하여야 하지만, 양 당사자가 일치하여 법원의 재판을 요구하고 있는 때에는 사법행위청구권의 일회성의 원칙에 반하는 것은 아니므로, 공익을 이유로 이를 거부할 수 없다. 그러나 기판력의 존재를 항변에 관련시키더라도 반드시 피고보호에 부족하다고는 할 수 없을 것이다.

2. 구속력의 객관적 범위

다음으로 중재판정의 기판력의 객관적 범위에 대하여 검토하고자 한다.

중재판정은 중재합의로써 당사자가 합의한 중재위임사항의 범위 내에서만 행해지는 것이 허용되며³⁰⁾, 그 주문에는 당사자의 신청인 청구에 대한 중재인의 판정이 나타난다. 확정판결의 기판력은 주문 중의 판단에 대해서만 발생하는데, 중재판정에 대해서도 기본적으로 판결과 마찬가지로 해석할 수 있을 것이다³¹⁾. 주문에 나타난 판단에 기판력은 한정되며 그 근거에 불과한 이유 중의 판단에는 기판력이 발생하지 않는다고 생각한다. 특히 중재판정에 이유를 붙이는 것은 중재판정성립을 위한 불가결의 요건은 아니며, 이에 대하여 판결과 같은 정당성이 보장되는 것도 아니다³²⁾. 다만 중재판정에는 판결문과 같은 기

29) 당사자는 기판력을 부정하는 합의는 할 수 있지만, 그 효력은 당사자 간에 한정된다고 하여, 당해 기판력이 직권으로 고려되는 것을 부정하지 않는다. 小島武司, 전제논문, 157면.

30) 중재판정의 기초로 되는 중재합의의 효력의 객관적 한계에 대해서는 이것이 중재합의의 해석의 문제로 되므로 소송물과는 약간 다른 고려가 필요하게 된다.

31) 양병희 등, 전제서, 184면.

32) 이유에 대하여, 중재에 있어서 법규에 엄격하게 구속되는 것이 아니라, 사실에 따라 실질적으로 타당한 판단을 내리는 길을 여는 의미를 갖는 것이라고 한다. 또 특히 이유를 달지 않아도 좋은 당사자간의 합의가 존재하면, 이유를 결한 중재판정은 취소의 대상은 아니다. 또 중재판정의 이유의 기재의 정도에 대하여, 중재판정에 붙이는 이유도 중재인이 당해 중재판정에 있어서 결론에 도달하기 이른 판정의 과정의 대강을 알 수 있을 정도의 기재가 존재하면 족하고, 그 법적추론도 그 이외에는 있을 수 없다고 하는 정도의 것일 필요는 없으며, 그러한 추측도 불가능하지는 않다고 하는 정도의 것이라도 좋다고 하여야 한다. 또 판결과 같

재가 요구되는 것은 아니므로, 주문에 포함된 것에 대하여 해석을 필요로 하는 경우도 있을 것이다.

또 판결의 경우 상계의 항변에 대해서는 예외적으로 이유 중의 판단에도 구속력이 발생한다(민사소송법 제26조2항). 그러나 이에 대하여 중재에 있어서는 다른 고려가 필요할 것이다. 즉 상대방이 중재조항이 존재하지 않는 채권을 자동채권으로 하여 상계의 항변을 주장한 경우에는 원래 자동채권은 중재절차의 대상으로 되어 있는 채권은 아니므로 기본적으로 이 채권에 대해서는 법원에 의한 판단을 보장하여야 한다고 생각된다. 그러나 상계의 항변으로 주장된 자동채권에 대한 판단이 이루어지고 그것이 유효라고 해석된 경우에는 그 구속력을 부정하면 후에 분쟁이 남아 중재판정으로 이루어진 상계의 판단이 번복될 우려가 있으므로 상계에 주장된 자동채권의 존재에 대한 이유 중의 판단에 구속력을 인정하여야 할 것이다.

Ⅳ. 중재판정의 효력을 다투는 방법

1. 중재판정취소의 소

중재판정이 확정되어 기판력을 발생하면 그에 의하여 원칙적으로 법원이나 중재법정은 그 중재판정의 내용에 구속되며, 당사자도 또 그 내용을 다투 수 없게 된다. 그러나 사인이 내린 판단에 절대적 구속력을 인정하는 것은 또한 타당하지 않다. 당사자는 법이 규정하는 일정한 취소사유가 있고, 그 내용적 통용성을 유지하는 것이 부당하다고 평가하는 경우에는, 법원에 중재판정의 취소를 요구할 수 있다(중재판정취소의 소)(중재법 제36조)³³⁾. 이 중재판정취소의 제도는 법원이 중재판정에 대하여 행하는 특별한 구제방법이며, 당사자의 합의를 기초로 하여 사인이 행한 중재판정에 대한 국가의 통제수단이다. 최소한의 소의 근거는 중재의 적법성에 대한 국가의 감시권한에서 유래하는 것이라고 볼 수 있는데, 원래 취소사유와 같은 중대한 하자가 있는 경우에는 중재판정에 구속력을 인정하는 정당화근거를 결하며, 당사자가 그 내용에 구속될 이유는 없다고 할 수 있다.

일반적으로 중재판정에 대한 상소절차는 예정되어 있지 않으므로, 최종적인 구속력을 갖는 중재판정에 대하여 인정되는 구제수단으로서의 취소제도는 법원의 판결에 대한 재심 절차와 유사하다. 다만 중재판정취소의 소와 재심은, ① 재심은 상소를 거친 확정판결에

이 증거에 기초한 사실인정으로 하고 또 세세한 부분에 걸쳐 법적판단을 할 것까지는 요구되지 않는다고 한다. 小島武司, 전거서, 148면.

33) 양병희 등, 전거서, 197면.

대한 구제인데 대하여, 중재판정취소의 소는 소위 제1심으로부터의 법적 구제인 점, ② 재심은 동일한 법원이 심리하는 것인데 대하여, 중재판정취소의 소에 있어서는 불복의 대상으로 되어 있는 중재판정을 내린 중재기관이 아니라 법원이 판단하여 구제하는 것인 점, ③ 중재판정취소의 소에 있어서 중재판정부는 중재판정을 취소하는데 그치며 이에 대신하여 스스로 판단하는 것이 아닌 점, ④ 중재판정취소사유는 집행결정절차 중에도 주장이 가능하다고 하는 점, ⑤ 제소기간에 대하여 취소의 소는 3개월이라고 하는 매우 단기인 점 등에서 차이가 있다.

2. 중재판정의 취소와 당연무효

중재판정취소의 소는 기판력을 갖는 중재판정이 존재하는 것을 전제로, 그것에 의하여 불이익을 받는 당사자가 법원에 제소하여 일정한 취소사유가 존재하는 경우 법원이 그것을 취소할 것을 명한다고 하는 구조를 취한다. 그러나 취소판결을 거치지 않으면 중재판정의 효력을 부정할 수 없는 것인가.

전통적인 견해는 취소의 소를 재심절차에 유사한 형성소송으로 이해하여, 중재판정취소사유가 존재하는 경우에도 법원에서의 주장·입증 및 심리·판단을 거치지 않고 중재판정의 당연 무효의 주장을 하는 것은 원칙적으로 불가능하다(제1설)³⁴. 이에 대하여 중재판정취소의 소를 거치지 않더라도 당연 무효의 주장을 인정하여야 한다고 하는 견해는 다시 하자가 큰 경우에 한하여 당연 무효를 인정하여야 한다고 하는 견해(제2설)³⁵와 취소사유가 있는 경우 모두 당연 무효라고 하는 견해(제3설)로 나뉘어진다³⁶. 다만 제1설에 있어서도 이와는 별도로 확정판결의 사기와 동시하여야 할 사정이 있는 경우에는, 중재판정의 무효를 전제로 직접 손해배상청구를 제기할 수 있다고 하는 주장도 있다³⁷.

당연 무효를 넓게 인정하는 제3설은 중재판정은 법원의 관여 없이 이루어진 사인에 의한 재판이며, 그 적법성의 담보는 판결만큼 높지 않으므로 중대한 하자가 있는 경우에도 소에 의해서 밖에 그 효력을 부정할 수 없다고 한다면, 오히려 당사자의 권리를 침해하게 된다고 하고, 외국판결이나 외국중재판결과 비교하여 중재판정의 승인요건도 취소사유가 아니며 이 요건을 결한 중재판정은 승인되지 않는다고 하는 의미에서 당연 무효라고 한다. 당연무효를 넓게 인정하는 것은 취소소송을 정한 법의 취지에 반하는 것은 아닌가(또는 당연무효를 인정하더라도 그것은 취소사유 가운데 중대한 하자가 있는 경우에 한하여야 하는 것은 아닌가) 하는 의문에 대해서는 재심사유가 있었다고 하여 판결이 당연무효

34) 河野正憲, 「仲裁判斷の承認・執行とその取消」, 現代社會における民事手続法の展開(下), (商事法務, 2002), 262면.

35) 谷口安平, 「仲裁判斷の取消し」, 現代仲裁法の論点, 147면 이하 참조.

36) 青山善充, 전제서, 338면.

37) 河野正憲, 전제서, 272면.

라고 할 수 없다는 관점에서, 취소사유가 있고 따라서 승인되지 않은 경우와, 그 가운데 특히 중대한 하자가 있어서 당연무효인 경우를 구별하여 고려하여야 하는데, 중재판정이 승인되지 않는다고 하는 것은 즉 당연무효일 것이라고 한다³⁸⁾.

이러한 입장에 의하면 취소의 소를 거치지 않더라도 취소사유가 있는 경우에는 중재판정은 당연무효이므로, 취소의 소의 성질은 형성적인 것이 아니라 오히려 확인적인 것으로 된다. 따라서 취소의 소가 가능할 여지는 매우 한정되며 주로 채무자 측이 선제공격의 목적에서 취소사유의 존재를 증거에 의하여 입증하고, 중재판정을 형식적으로 부존재하다고 하기 위하여 이용하는데 그치게 될 것이다³⁹⁾.

중재판정을 취소하기 위해서는 반드시 법원에서 중재판정취소의 소 또는 중재판정에 대한 집행선언절차로 취소사유를 주장하고, 그 심리·판단을 거치는 것이 필요하다. 이 절차는 중재법정의 판단을 존중하고 그 내용의 통용성을 보장하는 기판력에 의한 법적 안정성을 확보하는 것에 이바지하였다. 그러나 항상 당연무효의 주장을 허용하여 중재판정에 나타난 것과 다른 권리의무관계에 대한 주장을 인정한다고 한다면 중재판정의 구속력을 명확하게 하기 위하여 정해진 취소의 소에 관한 규정(중재법 제36조2항)은 무의미하며, 법적 안정성은 상실될 우려가 있다. 특히 중재법 제36조2항 2호는 「중재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 때」 법원이 직권으로 중재판정을 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 국제중재를 대상으로 한 UNCITRAL모범법에서 모방한 것이라고 생각되는 이 규정은 내국중재인가 외국중재인가를 불문하고 적용된다. 그러나 특히 내국중재에 대하여 이 공서요건은 막연하고 매우 넓은 일반적 요건으로 될 수 있다. 만일 취소의 소를 거치지 않고 이에 기초하여 당연무효의 주장이 항상 허용된다고 한다면, 매우 문제일 것이다. 중재판정에 기판력이 발생하게 된다면, 이를 타파하기 위해서는 역시 원칙적으로 중재판정취소의 소 등을 거쳐야 하는 것으로 하여야 할 것이다. 다만 이와 같이 해석하면 특히 취소의 소의 제소기간을 엄격하게 제한한 중재법에 있어서는 그 기간경과 후에 중대한 하자가 발견된 경우, 그에 대하여 어떠한 구제수단을 부여할 것인가 하는 것이 큰 문제로 된다.

3. 중재판정취소의 소의 신청기간

중재판정취소의 소는 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재판정의 정본을 받은 날로부터 또는 중재법 제34조의 규정에 의한 정정·해석 또는 추가판정의 정본을 받은 날로부터 3월 이내에 제기하여야 한다(중재법 제36조3항). 이는 소 제기기간에 대한 제한이

38) 青山善充, 전계서, 339면.

39) 상계서, 339면. 近藤昌昭 等, 仲裁法コンメンタール, (商事法務, 2003), 265면.

없었던 구법에 비하여 매우 엄격한 규율을 하는 것으로, 중재판정의 조기 확정을 도모하기 위하여⁴⁰⁾ UNCITRAL모범법 제34조4항을 채용한 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 그 결과 이 기간 경과 후에 소위 원상회복사유가 존재하는 경우가 판명된 경우에 이를 주장할 수 있는가 또 가능하다고 하다면 어떠한 수단에 의하여야 하는가가 문제로 되고 있다. 이 문제는 취소의 소를 재심유사의 것으로 파악하는 경우, 기본적으로는 사취된 확정판결에 대하여 재심을 거치지 않고 손해배상청구가 인정되는가 하는 문제와 같이 볼 수 있지만, 중재의 경우에는 법원이 개입할 수 있는 범위가 엄격하게 제한되어 있으므로 한층 곤란한 문제가 생긴다.

중재판정취소의 소에 3개월이라는 신청기간을 둔 이유를 중재판정의 통용(확정)력을 명확하게 하기 위해서라고 할 수 있지만, 독일의 판례이론에 있어서 판결이 사취된 경우에 재심에 의하지 않고 직접 손해배상을 인정하는 것처럼, 중재판정취소의 소의 경우에도, 그 신청기간경과 후에는 이와 같은 해결이 도모될 수 있음을 고려할 가치가 있다⁴¹⁾.

그러나 중재판정에 기판력을 인정하는 이상, 당연무효의 여지를 원칙적으로 넓게 인정해서는 안되며, 중재판정에 대하여 기판력이 발생한 후에는 법원에 중재판정에 대한 통제 권한이 유보되고 있다고 생각한다.

V. 결 론

중재란 당사자의 중재합의에 의하여 국가기관인 법원이 아니라, 사인인 중재인으로 하여금 당사자들간에 다투어지는 분쟁의 해결을 위임하는 것이다. 또 그러한 중재인에 의하여 내려진 중재판정은 강제집행의 가능성을 전제로 최종적이고 구속력이 있어야 한다. 그리하여 중재법은 중재판정에 대하여 「확정판결과 동일한 효력」을 부여하여 그 실효성을 보장하여 왔다. 즉 중재판정은 당사자와 중재판정부를 규율하는 구속력을 갖게 되고, 후에 같은 사항이 다시 문제되면 당사자는 그에 반하여 다시 중재신청을 하여 다툴 수가 없고 중재판정부는 그에 모순하는 판단을 하여서는 아니되는 구속력인 기판력이 인정된다. 그러나 과연 중재판정의 기판력은 확정판결에 있어서의 기판력과 동일하게 볼 수 있는가 또 확정판결과 달리 중재판정의 효력을 다투는 방법으로서 중재판정취소의 소에는 어떠한 문제점이 있는가 고찰할 필요성이 있다.

우선 구속력의 근거에 있어서, 화해나 조정에서 이루어진 조서에 대한 당사자의 합의에서 구속력의 근거를 구할 수 있으나, 반면 중재판정의 경우

40) 양병희 등, 전계서, 220면.

41) Gaul, a. a. O., S. 297.

당사자의 합의는 분쟁이 된 권리관계의 해결을 굳이 중재절차를 선택하고 그 절차의 결과 내려진 중재인의 판정에 따른다고 하는 한도에서만 존재할 뿐 중재인이 제시한 구체적인 판정내용에 대하여 합의에 의한 당사자의 수용이 존재하는 것은 아니다. 그렇다면 과연 중재판정의 구속력은 어디에서 그 근거를 구할 것인가. 분쟁의 양 당사자는 자율적인 의사에 따라 법원에 의한 해결을 배제하고 중재절차에 의한 해결을 선택하였으며, 중재절차에 있어서 각 당사자는 중재합의에 기초하여 분쟁해결에 협력하여야 할 의무를 부담하며 주체적으로 그에 관여할 수 있는 권한을 갖고 있고 그러한 절차의 결과 공평중립의 제3자로부터 판정이 내려진다고 하는 구조는 판결절차와 다르지 않다. 따라서 구속력의 근거를 중재합의 뿐 아니라 판결과 같은 중재절차의 구조에서 구할 수 있을 것이다. 법도 또한 법원의 직접적인 개입이 없음에도 불구하고 사인에 의하여 내려진 중재판정에 강제집행을 전제로 한 강한 구속력 즉 확정판결과 동일한 효력을 부여한 것은 같은 이유에서라고 할 수 있다.

다음으로 기판력의 작용과 관련하여, 판결에 대한 기판력은 법원 간의 판단의 통일성을 도모하기 위한 것으로 법원이 직권으로 조사하여야 하지만, 사인에 의하여 이루어진 중재판정에 대해서도 판결에 대한 기판력과 같이 보아 직권으로 탐지하고 판단의 통일성을 도모하는 것은 무리라고 생각한다. 또한 중재판정이 당사자의 중재합의에 기초한 것이라는 점을 감안하면 확정판결과 완전하게 동일시할 수는 없으며, 따라서 양 당사자가 합의하는 경우 중재합의를 파기하여 법원의 판단에 따르는 것도 가능하지 않은가 한다. 다만 기판력의 존재를 항변으로 인정한다면 당사자 보호에 부족한 것은 아닐 것이다.

한편 중재판정이 확정되면 기판력이 발생하고 그에 의하여 원칙적으로 당사자는 그 중재판정의 내용에 구속되지만 법이 규정하는 사유가 있는 경우 법원에 중재판정취소의 소를 제기할 수 있다. 반면 일정한 사유가 있는 경우 취소판결을 거치지 않고 중재판정의 효력을 부정하여 당연 무효로 할 수 없는가에 대하여, 법이 정한 취소사유가 존재하여 경우 반드시 법원에 의한 절차를 통해서만 다투도록 한 이유는 중재판정부의 판단을 존중하고 그 내용의 통용성을 보장하는 기판력에 의한 법적 안정성을 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다. 또한 당연 무효의 주장을 허용하여 중재판정과 다른 권리의무관계에 대한 주장을 인정한다면 중재판정의 구속력을 명확하게 하기 위하여 정한 취소의 소에 대한 규정은 무의미하게 될 우려가 있다. 하지만 법이 중재판정취소의 소의 제소기간을 3개월의 매우 짧은 기간으로 규정함으로써 제소기간 경과후 중대한 하자가 발견된 경우 그에 대하여 어떠한 구제를 인정할 것인가가 문제로 된다. 그렇다고 하여 당연 무효의 주장을 넓게 인정해서는 안되며, 제소기간이 경과한 후라도 손해배상청구의 길을 열어 줌으로써 해결할 수 있다고 생각된다.

마지막으로 국내 뿐 아니라 국제적인 측면에 있어서 중재의 영역은 더욱 확대될 것으

로 예상되며, 앞으로 새로이 발생할 구체적인 문제에 대해서는 예의 주시할 필요와 그에 대한 연구가 필요할 것이다. 또 당사자의 합의를 기초로 하는 자치적인 분쟁해결인 중재 절차를 법원이 어떻게 지원·감독할 것인가, 그리고 사인인 중재인의 판단이 어느 정도 존중되어야 하는가 하는 문제에 대하여 좀 더 깊이 있는 고찰이 필요할 것이다

참 고 문 헌

- 양병희 등, 「주식 중재법」, 대한상사중재원, 2006.
- 유병현, 「기관력의 객관적 범위와 모순된 반대관계」, 민사소송 제10권 제1호, 한국민사소송법학회, 2006. 5.
- 주인, 「조정조서의 기관력 제한에 관한 소고」, 비교사법 제11권 제1호, 한국비교사법학회, 2004. 3.
- 장태환, 「재판상 화해에 대한 모색」, 성균관법학 제16권 제1호, 성균관대학교비교법연구소, 2004.
- 近藤昌昭 等, 仲裁法コンメンタール, 商事法務, 2003
- 小島武司, ADR・仲裁法教室, 有斐閣, 2001
- _____ 編, 註釋仲裁法, 青林書院, 1988.
- _____, 「仲裁手續と和解・調停」, 現代仲裁法の論点, 有斐閣, 1998.
- 小山昇, 仲裁法(新版), 有斐閣, 1988.
- _____, 「仲裁法の沿革の概観とその余恵」, 仲裁の研究, 信山社, 1991.
- _____, 民事訴訟法, 日本評論社, 1993.
- _____, 「民事調停と民事訴訟」, 民事調停・和解の研究, 信山社, 1991.
- 新堂幸司, 新民事訴訟法, 弘文堂, 2003.
- 高橋宏志, 中點講義民事訴訟法(新版), 有斐閣, 2000.
- 谷口安平=井上治典 編, 新判例コンメンタール民事訴訟法(6), 三省堂, 1995.
- 菊井維大=村松俊夫, 全訂民事訴訟法1, 青林書院, 1989.
- 河野正憲, 「仲裁判斷の承認・執行とその取消」, 現代社會における民事手續法の展開(下), 商事法務, 2002.
- 青山善充, 「仲裁判斷の效力」, 現代仲裁法の論点, 有斐閣, 1998.
- 中野貞一郎, 「民事調停の既判力」, 民事訴訟法の論点1, 判例タイムズ社, 1994.
- 上野泰男, 「仲裁判斷の效力の主觀的範圍について」, 名城法學 第42卷, 1992.
- Schwab・Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 4 Aufl., 1990.

Gaul, Die Rechtskraft und Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs im Verhältnis zur Verbindlichkeit des staatlichen Richterspruchs, FS. Sandrock, 2000.

Peter Barnett, Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments, Oxford University Press, 2001.

Gary Born, International Commercial Arbitration in the United States, Kluwer, the Hague, 2001.

ABSTRACT

A Study on the Res Judicata of Arbitral Awards

Se-Won Suh

Arbitration is a private and contractual means of dispute resolution. As a creature of contract, any particular arbitration owes its existence-and attendant limitations-to an arbitral agreement. This means that, in practice, the parties select their own judges, forum, and rules. By agreeing to arbitration, parties hope to achieve several goals. And arbitration has proven to be quicker, cheaper, and more predictable than litigation as a means of resolving many types of claims.

As a primary method of conflict resolution, it is now worthwhile to consider carefully any procedural mechanism designed to promote the central aims of this alternative to litigation. It is helpful to frame any particular analysis according to (1) the type of decision for which preclusive effect is sought (arbitral award or court judgment) and (2) the type of subsequent proceeding in which preclusion is sought (an arbitration or a litigation). Res judicata may well bar litigation of that claim between the parties, but non-parties (affiliates or individuals) will not benefit from this bar unless the arbitral tribunal makes findings sufficient to satisfy the elements of collateral estoppel. The final permutation to be considered involves an arbitral award's preclusive effect on a subsequent arbitration.

Whether a prior court decision should preclude issues or claims in a subsequent arbitration presents the easiest case for analysis. It is the easiest primarily because there is generally little room to debate whether adequate procedures were followed in a litigation. That is, one can safely assume that the rules of evidence and the rules of civil procedure were followed and that formal records sufficiently memorialize both the proceeding itself and the ultimate decision. Procedural regularity is mentioned not necessarily because it is an analytic tool, but because so many jurists and scholars see it as an impediment to the application of preclusionary doctrines.

Key Words : Arbitration, dispute resolution, conflict resolution, Res judicata, arbitral tribunal, collateral estoppel, arbitral award, preclusive effect, civil procedure, preclusionary doctrines