

국제상사중재에서 중재판정부의 권한과 임시적 처분에 관한 연구*

The Powers and Interim Measures of the Arbitral Tribunal in
International Commercial Arbitration

이강빈**
Kang-Bin Lee

〈목 차〉

- I. 서론
- II. 중재판정부의 권한 확인
- III. 중재판정부의 일반적 권한
- IV. 중재판정부의 임시적 처분권한
- V. 중재판정부의 임시적 처분의 실효성 확보제도
- IV. 결론

주제어 : 중재판정부, 자기권한심사, 중재절차, 심리, 증거, 감정인, 중재판정, 임시적 처분,
예비명령

* 이 논문은 2007년도 상지대학교 교내연구비 지원에 의한 것임.
** 상지대학교 무역학과 교수

I. 서론

대부분의 중재입법례 및 중재규칙상 국제상사중재에 있어서 중재판정부는 자기권한 심사, 중재절차 진행, 중재심리, 증거조사, 감정인 지정, 서증고지, 심리출석 및 서증제출 불이행시 제재, 중재판정 및 판정문 정정 그리고 임시적 처분 등의 권한을 가지고 있다. 이와 같은 중재판정부의 여러 가지 권한들 가운데 특히 중요시 되는 것들은 자기권한 심사, 중재절차상 재량권 그리고 임시적 처분 권한 등이며, 중재절차의 원활한 진행과 당사자 보호를 위하여 이러한 권한들의 근거와 범위에 관한 문제들을 검토할 필요가 있는 것이다.

중재합의에 의하여 중재판정부가 구성되고 중재절차에 들어가려고 할 때에 당사자가 중재판정부의 중재권한을 다룰 수 있는데, 이 경우 중재판정부가 스스로 그의 중재권한에 관한 판단을 하기 위한 권한을 갖고 있는가의 문제가 이른바 중재판정부의 자기권한 심사 문제이다. 즉 중재판정부가 위의 경우에 중재절차를 중지하고 중재판정부의 권한에 관한 법원의 판단을 기다릴 것인가, 아니면 나중에 법원에 의하여 중재판정부의 권한이 부인되는 위험을 무릅쓰고 중재판정부가 자기 권한에 관한 심리와 판단을 하여 중재절차를 진행할 것인가 문제이다.

이에 대하여 대부분의 중재입법례는 중재제도의 취지를 살려 후자의 입장을 채택하여 중재판정부가 자기 권한을 판단할 수 있는 규정을 두고 있다. 예컨대, UNCITRAL 모델중재법 제16조 제1항은 “중재판정부의 존부 또는 유효성에 관한 이의를 포함하여 자신의 관할을 결정할 권한을 가진다” 라고 규정하고 있으며, 또한 우리 중재법을 비롯하여 영국 중재법, 독일 중재법 및 프랑스 중재법도 거의 동일한 규정을 두고 있다.

중재판정부는 중재절차를 진행하는 재량권을 가지는데, 개별적 심리나 다른 회합을 할 경우 또는 증거의 채택에 대한 중요사항을 결정할 경우에 적절한 절차를 선택할 수 있다. 대부분의 중재입법례는 중재판정부의 중재절차에 관한 재량권을 인정하는 규정을 두고 있다. 예컨대, UNCITRAL 모델중재법 제19조는 “① 이 법의 규정에 따라 당사자는 중재판정부가 중재절차를 진행할 때 지켜야 할 절차규칙에 관하여 자유로이 합의할 수 있다 ② 제1항의 합의가 없는 경우에 중재판정부는 이 법의 규정에 따라 스스로 적절하다고 여기는 방식으로 중재를 진행할 수 있다” 라고 규정하고 있으며, 또한 우리 중재법 제27조도 거의 동일한 규정을 두고 있다.

대부분의 중재입법례에 의하면, 중재판정부는 일방 당사자의 신청에 따라 분쟁의 대상에 관하여 임시적 처분을 명할 수 있다. 예컨대, 2006년 개정된 UNCITRAL 모델중재법 제17조 제1항은 “당사자간에 다른 합의가 없는 한, 일방 당사자의 신청 시에 임시적 처분을 내릴 수 있다”라고 규정하고 있으며, 또한 우리 중재법 제18조 제1항은 “당사자간에

다른 합의가 없는 경우에 중재판정부는 일방 당사자의 신청에 따라 결정으로 분쟁의 대상에 관하여 필요하다고 인정하는 임시적 처분을 내릴 수 있다”라고 유사한 규정을 두고 있다.

이와 같이 중재판정부가 임시적 처분을 내릴 권한이 용인되고 있으나, 개정 UNCITRAL 모델중재법을 제외한 대부분의 중재입법례는 강제집행제도의 결여로 말미암아 제한을 받고 있다. UNCITRAL 중재작업반은 2000년 3월 제32차 회의 시부터 임시적 처분의 집행에 관한 문제를 토의하기 시작하여, 2005년 10월 제43차 회의에서 임시적 처분과 예비명령에 관한 입법규정을 종전 UNCITRAL 모델중재법에 새로운 장(chapter)으로서 제4장 A를 삽입하기로 합의하였고, 사무국에서 이에 관한 규정초안을 준비하여 2006년 1월 제44차 회의에 “모델법에 제시될 수 있는 임시적 처분과 예비명령에 관한 입법규정의 형식에 관한 제안”을 제출하였다. 그리하여 2006년 7월 UNCITRAL 제39차 정기총회에서 이를 공식적으로 채택하여 UNCITRAL 모델중재법 제17조가 개정되었다.

본 연구에서는 국제상사중재절차 및 중재판정에 있어서 중재판정부의 일반적 권한과 임시적 처분권한에 관하여 UNCITRAL 모델중재법과 중재규칙을 비롯한 각국의 중재입법례 및 중재규칙 등을 중심으로 그 규정내용을 고찰하고, UNCITRAL 중재작업반에서 토의하여 채택한 중재판정부의 임시적 처분 및 예비명령에 관한 UNCITRAL 모델중재법 제17조 개정규정 가운데 특히 임시적 처분의 예비명령과 승인 및 집행에 관한 규정의 주요내용을 검토 평가함으로써, 국제상사중재에 있어서 중재판정부의 권한행사의 적정성을 도모하고 임시적 처분의 실효성을 확보하기 위한 제도를 고찰하고자 한다.

본 연구와 관련된 선행연구를 살펴보면, 국내의 중재학회지 또는 대한상사중재원의 중재지에 게재된 정선주(1994), 정운섭(1998), 강병근(2000), 윤진기(2004) 등의 연구에서 우리나라 및 중국의 중재법과 중재규칙상 중재절차에 있어서 보전처분에 관하여 고찰하고 있을 뿐이며, 본 연구와의 차이점은 국제상사중재에 있어서 중재판정부의 일반적 권한과 임시적 처분의 실효성 확보제도에 관하여는 고찰하고 있지 않는 점이다.

II. 중재판정부의 권한 확인

1. 중재판정부의 권한의 근거

중재판정부의 권한은 중재의 수행을 위한 중재판정부의 도구로서, 만일 중재판정부가 그의 권한을 초과하는 경우 판정은 무효가 될 수 있다. 중재판정부는 많은 근거로부터 그의 권한을 도출한다. 즉 중재판정부의 권한은 중재합의 또는 당사자들이 선택한 중재규칙

안에서 찾을 수 있으며, 또한 당사자들이 선택한 절차법에서 약간의 권한을 도출할 수 있다.

만일 중재판정부의 권한이 절차법에 의하여 부여된 권한과 당사자들이 합의한 권한 간에 저촉이 있는 경우, 그 저촉은 일반적으로 중재장소의 법률의 적용에 의해 해결될 것이다. 예컨대, 영국중재법에 의하면 중재판정부는 그의 권한이 영국중재법의 강행규정과 저촉되는 경우를 제외하고 당사자의 합의를 따라야 할 의무가 있는 것이다.¹⁾

(1) 중재합의

중재합의의 핵심기능중의 하나는 중재판정부에게 그의 권한을 부여하는 것이다. 2006년 개정UNCITRAL 모델중재법 제19조는 당사자들이 중재수행에 관하여 어느 때라도 합의하는 것을 허용하고 있으며, 중재판정부의 권한에 관한 합의는 중재판정부의 선정이전 또는 이후에 할 수 있다.

영국중재법 제39조에 의하면 중재판정부의 특정권한은 임시적으로 명령할 권한과 같이 당사자들의 명백한 합의가 있어야만 행사될 수 있는 것이다.

(2) 중재규칙

중재규칙의 기능은 중재수행을 위한 뼈대를 규정하는 것이며, 이러한 규칙은 변함없이 뼈대가 유지되는 것을 보장하기 위하여 중재판정부에게 권한을 부여하고 있다. 어떠한 중재규칙은 일반적인 용어로서 “중재판정부는 모든 적절한 수단으로 사건의 사실들을 입증한다” 라고 규정하여 중재판정부의 권한을 다루고 있는 반면,²⁾ 다른 중재규칙은 중재판정부가 가지는 권한을 더욱 구체적으로 정하는 조항들을 두고 있다. 예컨대, UNCITRAL 중재규칙 제3장(중재절차)은 전체가 중재인의 권한을 규정하고 있지만, 일반적으로 중재인의 권한은 당사자들이 달리 합의하지 않는다는 조건을 단서로 하고 있다.

(3) 절차법

대부분의 중재입법례는 당사자들이 중재의 수행방법에 적용할 절차법을 선택하도록 허용하고 있다. 만일 절차법에 관하여 당사자들이 합의가 없는 경우에 중재판정부에 의하여 절차법이 결정될 수 있으며, 절차법은 중재판정부에게 특정한 또는 일반적인 권한을 부여할 수 있다. 법원판례에 의하면, 당사자들이 선택한 중재규칙과 절차법 간에 저촉이 있는 경우 절차법이 우선하지만, 이것은 절차법의 강행규정에 관하여서만 그러한 것이다.³⁾

1) Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, 2007, p.282.

2) ICC 중재규칙 제20조 제1항.

3) *National thermal power Corp v. Singer Company*, 3 Supreme Court Cases(1992) 551-73; Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *op. cit.*, p.284.

2. 중재판정부의 자기권한 심사

중재판정부가 그 자신의 관할을 결정할 권한은 국제상사중재의 근본적이고 명백한 원칙 가운데 하나로서, 현재 거의 모든 중재입법 및 중재규칙에서 찾아볼 수 있는 권한이다.⁴⁾

중재판정부가 그 자신의 관할을 결정할 권한은 2단계 과정으로부터 도출될 수 있는 것이다. 즉 첫째단계는 당사자들이 그들의 분쟁을 해결하기 위하여 중재를 선택하였고, 따라서 중재판정부가 관할을 포함하는 모든 면의 분쟁을 해결하는 것을 분명히 의도하였다는 것이다. 둘째단계는 대부분의 중재입법 및 중재규칙들은 계약안에서 중재합의는 독립적이고 분리된 계약이라는 것을 인정하고 있으며, 따라서 근거가 되는 계약이 무효인 경우에 중재합의는 여전히 존재한다는 것이다.⁵⁾

중재합의에 의하여 중재판정부가 구성되고 중재절차가 진행되려고 할 때에 중재를 원하지 않는 당사자가 중재판정부의 권한을 다툰 경우, 중재판정부가 중재절차를 중지하고 중재판정부의 권한에 관한 법원의 판단을 기다릴 것인가, 아니면 나중에 법원에 의하여 중재판정부의 권한이 부인되는 위험을 무릅쓰고 자기 권한에 관한 판단을 하여 중재절차를 진행할 것인가의 문제가 이른바 중재판정부의 자기권한 심사(competence-competence)의 문제이다.⁶⁾

대부분의 중재입법례는 중재제도의 취지를 살려 중재판정부의 자기권한 심사를 인정하고 있다. 예컨대, UNCITRAL 모델중재법은 “중재판정부는 중재합의의 존부 또는 유효성에 관한 이의를 포함하여 자신의 관할을 결정할 권한을 가진다” 라고 규정하고 있다.⁷⁾ 프랑스 민사소송법은 어느 당사자가 중재인의 심판권한에 이의를 제기할 때 그 권한의 효력 또는 범위에 관한 결정권은 중재인에게 있다고 규정하고 있다.⁸⁾ 영국중재법은 중재인의 권한에 관한 심판은 중재인이 하고 법원에 의한 심사는 중재판정 취소단계에서 하도록 규정하고 있다.⁹⁾ 한편 우리 중재법에 의하면, 중재판정부는 자신의 권한 및 이와 관련된 중재합의 존부 또는 유효성에 대한 이의에 대하여 결정할 수 있다. 중재판정부의 권한에 관한 이의는 본안에 관한 답변서를 제출할 때까지 제기되어야 하며, 이 경우 당사자는 자신이 중재인을 선정하였거나 선정절차에 참여하였더라도 이의를 제기할 수 있다. 중재판정부가 중재절차의 진행 중에 그 권한의 범위를 벗어났다는 이의는 그 사유가 중재절차에서 다루어지는 즉시 제기되어야 한다. 중재판정부는 그의 권한에 관한 이의가 전항에 규정된

4) UNCITRAL 모델중재법 제16조, 영국중재법 제30조, UNCITRAL 중재규칙 제21조, 미국중재협회(AAA) 국제 중재규칙 제15조.

5) Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, op, cit., p.289.

6) 복영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2000, p.120.

7) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제16조 제1항.

8) 프랑스 민사소송법 제1466조.

9) 영국 중재법 제30조 제1항.

시기보다 늦게 제기되었다 하더라도 그 지연에 정당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 받아들일 수 있다. 중재판정부는 그의 권한에 관한 이의에 대한 선결문제로서 결정하거나 본안에 관한 중재판정에서 함께 판단할 수 있다.¹⁰⁾

우리 대법원 판례에 의하면, 설사 당해 중재절차가 허용될 수 없는 경우에 해당한다 하더라도 당사자가 상대방에 대하여 법원에 중재절차 위법확인을 구하는 본안소송을 제기하거나 중재판정이 있는 후에 중재판정 취소의 소를 제기하여 중재절차의 위법을 다투는 것은 별론으로 하고, 막 바로 그 중재절차의 위법을 들어 법원에 중재절차 정지의 가치분을 구할 수는 없다고 판시하여, 중재절차 정지 가치분을 허용한다면 중재판정부의 자기권한 심사를 사실상 무력화시킨다는 이유에서 가치분을 받아들이지 않고 있다.¹¹⁾

Ⅲ. 중재판정부의 일반적 권한

1. 중재절차 진행

(1) 중재판정부의 재량권

중재절차상의 문제에 관하여 강행규정이나 당사자의 합의가 전혀 존재하지 않고 또한 법률상으로도 임의규정이 없는 경우에 중재판정부의 자유재량에 따른다.¹²⁾ 이 경우 중재판정부의 재량권에는 증거의 능력, 관련성 및 증명력에 관하여 결정할 권한을 포함한다.

당사자들이 증거를 포함하여 상세하고 엄격한 절차규칙을 정한 경우를 제외하고, 대부분의 중재입법례 및 중재규칙들은 중재판정부의 절차에 관한 재량권을 인정하고 있다. 따라서 중재판정부는 개별사안의 특별한 요구에 대응할 수 있으며, 또한 개별적인 심리를 하거나 다른 회합을 가질 경우 그리고 증거의 채택과 평가에 대한 중요한 세부사항을 결정할 경우에 가장 적절한 절차를 선택할 수 있는 것이다.¹³⁾

UNCITRAL 모델중재법은 “당사자의 합의가 없는 경우에 중재판정부는 이법의 규정에 따라 스스로 적절하다고 여기는 방식으로 중재를 진행할 수 있다. 중재판정부의 권한에는 증거의 채택 여부, 관련성, 중요성 및 그 경중을 결정할 권한이 포함된다.”라고 규정하여 중재판정부의 절차 진행상 재량권을 인정하고 있다.¹⁴⁾

ICC 중재규칙에 의하면, 중재인 앞에서 진행되는 절차를 규율하는 중재규칙은 ICC 중

10) 우리 중재법 제17조 제1항 내지 제5항.

11) 대법원 1966. 6. 11. 자 96 마149 결정 (공 1996 하, 2119); 목영준 전게서, p.122.

12) 장문철 외3인, 「UNCITRAL 모델중재법의 수용론」, 세창출판사, 1999, p.86

13) 양병희 외8인, 전게서, p.92.

14) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제19조 제2항.

재규칙에 의하고, 그 규칙에 특별한 규정이 없으면 당사자가 합의하는 규칙에 의하며, 그것도 없는 경우에는 그 중재에 적용할 규칙은 중재판정부가 결정하는 규칙의 적용을 따른다.¹⁵⁾

중재절차에서 영미법계의 중재절차는 당사자주의를 원칙으로 하고, 대륙법계의 중재절차는 직권탐지주의를 원칙으로 하고 있는바, 이 가운데 어떤 중재절차를 택할 것인가에 관하여 당사자간에 합의가 있을 경우에 중재판정부는 이에 따라야 하나, 이러한 합의가 없을 경우에는 중재판정부가 이를 결정한다.¹⁶⁾

우리 중재법에 의하면, 당사자들이 중재절차에 관하여 합의가 없는 경우에 중재인은 중재법의 규정에 따라 적절한 방식으로 중재절차를 진행할 수 있다.¹⁷⁾ 중재판정부의 중재절차에 관한 결정은 중재판정부 과반수의 결의에 의하지만, 당사자간에 다른 합의가 있거나 중재인 전원이 권한을 부여하는 경우에는 절차를 주재하는 의장중재인이 단독으로 결정할 수 있다.¹⁸⁾

중재판정부가 선정되었을 때 중재판정부는 일방 당사자가 심리에 출석하지 않을 경우 일반적으로 중재절차를 진행할 권한을 가지게 된다. 그러나 중재판정부는 일방 당사자에게 출석을 강요할 수는 없으나, 불출석에 대하여 제재를 가할 수는 있다. UNCITRAL 모델중재법에 의하면, 일방당사자가 심리에 출석하지 않는 경우에 중재절차를 진행하고, 중재판정부에게 제출된 증거에 근거하여 판결을 내릴 권한을 중재판정부에게 부여하고 있다.¹⁹⁾

(2) 중재지

중재지는 일반적으로 중재사건의 심리를 행하고 중재판정을 해야 하는 곳 또는 행하기로 예정하는 곳을 말하며, 중재절차에 적용되는 법을 정할 경우 국내 또는 외국 중재판정 인지를 분류할 경우 그리고 법원의 관할을 결정할 경우에 중요한 기준이 된다.²⁰⁾

대부분의 중재입법례 및 중재규칙들에 의하면, 중재지의 결정은 1차적으로 당사자의 합의에 의하며, 당사자의 합의가 없는 경우에는 중재판정부의 자유재량에 따른다. 이 경우 중재판정부는 사건의 여러 상황들 즉 당사자에게 적합여부, 중재인 자신의 요구 및 증인 등을 고려하여 결정하여야 한다. 또한 중재지와는 별도로 중재판정부는 당사자들의 다른 합의가 없는 한 일정한 행위를 위하여 적절한 장소에서 회합할 수 있다.

UNCITRAL 모델중재법은 “① 당사자는 중재지에 관하여 자유로이 합의할 수 있다. 그

15) ICC 중재규칙 제15조 제1항.

16) 목영준, 전게서, p.141

17) 우리 중재법 제20조 제3항.

18) 우리 중재법 제30조 단서.

19) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제25조 제3항.

20) 양병희 외8인, 전게서, p.95.

러한 합의가 없는 경우에는 중재지는 판정부가 당사자의 편의 등을 포함한 당해사건의 사정을 고려하여 결정한다. ② 당사자의 별도 합의가 없는 한 중재판정부는 그 구성원간의 협의를 위해서나 증인, 감정인 또는 당사자의 심리를 위하여 또는 물품, 기타 재산 또는 문서의 조사를 위하여 중재판정부가 적당하다고 여기는 장소에서 회합할 수 있다” 라고 규정하여 중재판정부에게 중재지 결정권한을 부여하고 있다.²¹⁾

ICC 중재규칙에 의하면, 중재지는 당사자간에 별도의 합의가 없는 한 중재법원이 정하며, 관련 당사자간에 별도의 합의가 없다면 중재법원은 관련 당사자와의 협의를 거친 후 적절하다고 생각되는 장소에서 심리와 기타 회의를 가질 수 있다. 또한 중재법원은 적절하다고 생각되는 장소에서 심의할 수 있다.²²⁾

(3) 중재절차의 사용언어

중재절차에서 사용하는 언어의 결정 및 사용범위의 문제는 중재절차의 원활한 운영뿐만 아니라 비용부담과 당사자간의 공평의 면에서 중요하다. 대부분의 중재입법례 및 중재규칙들은 중재절차에서 사용하는 언어에 관하여 당사자의 합의로 결정하도록 하는 한편, 당사자의 합의가 없는 경우에는 중재판정부가 결정하도록 규정하고 있다.

UNCITRAL 모델중재법은 “당사자는 중재절차의 진행에 사용되는 일개 또는 수개 언어에 관하여 자유로이 합의할 수 있다. 그러한 합의가 없는 경우에는 중재판정부는 중재절차에 사용되는 일개 또는 수개의 언어를 결정하여야 한다. 그러한 합의 또는 결정은 그 속에 별도의 의사가 명시되어 있지 않는 한 당사자의 서면진술, 중재판정부의 심리 및 판정, 결정 또는 기타 통지에도 적용된다” 라고 규정하여 당사자의 합의가 없는 경우 중재판정부에게 중재절차에 사용할 언어와 언어의 사용항목 범위를 결정할 권한을 부여하고 있다.²³⁾

ICC 중재규칙에 의하면, 당사자들의 합의가 없는 경우에 중재판정부는 계약서의 언어를 포함하는 모든 관련 상황을 적절히 고려하여 중재의 언어를 결정하여야 한다.²⁴⁾

2. 중재심리

대부분의 중재입법례 및 중재규칙들에 의하면, 중재심리절차는 중재판정부가 결정하는 것이 원칙으로 되어 있으며, 중재판정부는 적당하다고 판단하는 바에 의하여 제한없이 심리할 수 있다.

21) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제20조.

22) ICC 중재규칙 제14조.

23) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제22조 제1항.

24) ICC 중재규칙 제16조.

UNCITRAL 모델중재법은 “당사자간에 반대의 합의를 하지 않는 한, 중재판정부는 증거의 제출이나 구술변론을 위하여 구술심리를 할 것인지 아니면 서면 및 기타자료에 근거하여 중재절차를 진행시킬 것인지를 결정하여야 한다. 그러나 당사자간에 구술심리를 하지 아니한다는 별단의 합의가 없는 한, 중재판정부는 당사자 일방의 요청이 있으면 중재절차 진행중의 적절한 단계에서 그러한 구술심리를 개최하여야 한다” 라고 규정하여 당사자간에 다른 합의가 없는 경우에 중재판정부는 구술심리를 할 것인지 또는 서면 만에 의한 심리를 할 것인지 여부를 결정한다.²⁵⁾

UNCITRAL 중재규칙에 의하면, 중재절차의 어느 단계에서도 중재판정부는 당사자의 어느 일방으로부터 요구가 있으면 증인, 감정인의 증언 또는 구두쟁론을 위하여 심리를 개최하여야 한다. 한편 당사자의 이러한 요구가 없는 경우에는 중재판정부는 심리를 개최할 지의 여부, 아니면 증거서류 기타 증거에 의거하여 절차를 진행시킬 지의 여부를 결정하여야 한다.²⁶⁾ 또한 중재판정부는 예외적인 사태의 발생으로 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 당사자 일방의 요청이 있는 경우, 판정을 내리기 전에 언제든지 심리를 재개할 수 있다.²⁷⁾

3. 증거 조사

대부분의 중재입법례 및 중재규칙들에 의하면, 중재판정부는 당사자들이 출석해서 증거를 제출하도록 명령할 수 있는 반면에, 일방 당사자에게 증거를 제출하도록 강제할 권한은 가지고 있지 않다. 따라서 중재판정부는 이것을 지원하기 위하여 중재장소의 국내법원에 협조를 요청하거나²⁸⁾ 또는 불출석 당사자에 대하여 제재를 가하기 위해 가지는 권한에 의존하여야 한다.

UNCITRAL 모델중재법에 의하면, 당사자가 출석하지 않거나 또는 증거제출을 하지 않을 경우에 중재를 계속할 수 있으며, 증거에 관하여 판정을 내릴 수 있다.²⁹⁾

우리 중재법에 의하면, 증거조사방식에 관하여 당사자간에 합의가 있으면 그에 따르되, 만일 이러한 합의가 없으면 중재판정부는 가장 적절한 증거조사방식을 결정할 수 있다. 한편 중재판정부는 증거의 능력, 관련성 및 증명력에 관하여 판단할 권한을 가진다.³⁰⁾ 중재판정부는 증인, 감정인 및 당사자 본인에 대한 신문, 물건이나 장소의 검증 또는 문서

25) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제24조 제1항.

26) UNCITRAL 중재규칙 제15조 제2항.

27) UNCITRAL 중재규칙 제29조 제2항.

28) 우리 중재법 제28조 제1항에 의하면, 중재판정부는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 관할 법원에 증거조사를 촉탁할 수 있다.

29) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제25조 (c).

30) 우리 중재법 제20조 제2항.

의 열람을 할 수 있다.³¹⁾

중재판정부는 구술심리기일에 증인을 신문할 수 있다. 그러나 우리 중재법을 비롯한 대륙법계 중재입법례는 중재판정부가 증인을 구술심리기일에 출석하도록 강제할 수 있는 규정과 구술심리기일에 출석하여 증언하는 증인에 대하여 선서를 받을 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 한편 영국 중재법은 중재판정부가 증인 또는 당사자로 하여금 선서를 한 후 증언을 할 수 있도록 규정하고 있다.³²⁾

4. 감정인 지정

대부분의 중재입법례 및 중재규칙들에 의하면, 중재판정부는 감정인을 지정하고 감정인 증거를 채택할 권한을 가진다. 중재판정부는 당사자의 특별한 권한 수여가 없을지라도 특정 쟁점에 대하여 보고할 감정인을 지정하고 당사자로 하여금 일정한 방식에 따라 감정인에게 협조하도록 명령할 수 있는 권한을 가진다. 그러나 이 규정은 강행규정이 아니기 때문에 당사자들이 비용 등을 고려하여 중재판정부의 감정인 지정권한을 배제할 수 있다. 감정인 선정계약은 입증책임있는 당사자만이 아니라 모든 중재당사자의 이름으로 중재판정부에 의해 지정되므로 중재판정부는 신중을 기해 감정인을 지정할 주의의무를 부담한다.³³⁾

UNCITRAL 모델중재법은 “당사자가 달리 합의하지 않는 한 중재판정부는 중재판정부에 의하여 결정될 특정한 쟁점에 관하여 보고할 1인 이상의 감정인을 지정할 수 있으며, 그리고 일방 당사자로 하여금 감정인에게 관계 정보를 주거나 감정인의 조사를 위해 관련 문서의 제출, 물품 또는 기타의 재산을 조사하거나 또는 감정인이 이용할 수 있도록 명할 수 있다” 라고 규정하여 중재판정부가 감정인을 지정하고 당사자가 감정인에게 협조하도록 명령할 권한을 부여하고 있다.³⁴⁾

UNCITRAL 중재규칙에 의하면, 중재판정부는 판정부가 판단해야 할 특수한 문제에 대하여 서면으로 판정부에 보고케 하기 위하여 1인 또는 2인 이상의 감정인을 임명할 수 있다. 한편 당사자는 감정인에게 관련 자료를 제출할 의무가 있으며, 감정인으로부터의 요청이 있으면 감정인이 조사할 수 있도록 관계 증거서류나 물품을 제시하여야 한다.³⁵⁾

우리 중재법에 의하면, 다른 합의가 없는 경우에 중재판정부는 특정 쟁점에 관한 감정을 위하여 감정인을 지정할 수 있고, 이 경우 중재판정부는 당사자로 하여금 감정인에게

31) 우리 중재법 제21조 제3항.

32) 영국 중재법 제38조 제5항.

33) 양병희 외8인, 전제서, p.113.

34) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제26조 제1항.

35) UNCITRAL 중재규칙 제27조 제1항 및 제2항.

필요한 정보를 제공하고 감정인의 조사를 위하여 관련 문서와 물건 등을 제출하거나 그에 대한 접근을 허용하도록 할 수 있다. 또한 당사자간에 다른 합의가 없는 경우에 중재판정부는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 감정인을 구술심리기일에 출석하여 당사자의 질문에 답변하도록 할 수 있다.³⁶⁾

5. 서증 고지

많은 국가들의 중재입법례와 대부분의 중재규칙들은 중재판정부가 일방 당사자에게 그가 소유 중인 서증을 고지하도록 명령할 권한을 부여하고 있다. 즉 UNCITRAL 중재규칙, 런던국제중재법원(LCIA) 중재규칙, ICC 중재규칙 등은 중재판정부가 서증 고지를 명령하는 것을 허용하고 있다. 그러나 중재판정부가 서증의 고지를 강제할 수는 없으며, 당사자 일방이 서증의 고지를 거절하는 경우에 중재판정부가 내릴 수 있는 제재는 적용 가능한 중재규칙이나 관련 절차법으로부터 확인되어야 한다.³⁷⁾

UNCITRAL 모델중재법에 의하면, 일방 당사자가 중재판정부에 제출하는 모든 진술서, 문서, 또는 기타 정보는 타방 당사자에게도 고지되어야 한다.³⁸⁾

6. 심리출석 및 서증제출 불이행시 제재

대부분의 중재입법례는 일방 당사자가 중재판정부의 명령을 이행하지 않을 경우에 행동할 권한을 중재판정부에게 부여하고 있다. 예컨대, UNCITRAL 모델중재법에 의하면, 당사자가 충분한 이유를 제시하지 아니하고, ① 신청인이 청구에 관한 진술서를 제출하지 않는 경우에는 중재판정부는 중재절차를 종료하여야 하고, ② 피신청인이 방어에 대한 진술서를 제출하지 아니하는 경우에는 중재판정부는 그러한 해태의 사실 자체가 피신청인이 신청인의 주장을 그대로 인정하는 것으로 취급함이 없이 중재절차를 속행하여야 하며, ③ 당사자의 어느 일방이 심리에 출석하지 아니하거나 서증을 제출하지 아니하는 경우에는 중재판정부는 중재절차를 속행하고 중재판정부에 제출된 증거에 근거하여 중재판정을 내릴 수 있다.³⁹⁾

우리 중재법 제25조는 일방 당사자의 해태의 경우 중재판정부의 제재에 관하여 UNCITRAL 모델중재법과 동일한 규정을 두고 있다.

36) 우리 중재법 제27조.

37) Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *op. cit.*, p.290.

38) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제24조 제3항.

39) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제25조.

7. 중재판정 및 판정문 정정

중재판정부는 심리를 마친 후 분쟁의 본안에 관한 판정을 내려야 한다. UNCITRAL 모델중재법에 의하면, 당사자간에 다른 합의가 없는 경우에 2인 이상의 중재인으로 구성된 중재판정부의 중재판정은 전 구성원중의 과반수의 결의에 의한다.⁴⁰⁾

대부분의 중재입법례와 중재규칙들은 중재판정부가 중재판정 속에 오류를 정정하도록 허용하고 있다. 예컨대, UNCITRAL 모델중재법에 의하면, 중재판정부는 판정일자로부터 30일 이내에 판정문의 계산상의 오류, 오키나 오식 또는 이와 유사한 오류를 정정할 수 있다.⁴¹⁾

8. 우의적 중재인으로 행동시 중재판정부의 권한

대부분의 중재입법례 및 중재규칙들은 중재판정부가 당사자들의 합의로 우의적 중재인(amicable compositeur)으로 행동하는 것을 허용하고 있다. 이것은 때때로 형평과 선(ex aequo et bono) 또는 형평(equity)에 의하여 행동하는 것으로 말해지고 있다

우의적 중재인이라는 개념은 프랑스 민사소송법 제1497조에서 생성되어 최초로 인정되었으며, 대륙법계의 많은 국가들이 이를 인정하고 있다. 우의적 중재는 당사자간의 우의와 신뢰가 중시되는 계약관계, 장래 거래가 계속될 가능성이 많은 당사자들 간의 계약 또는 어느 특정국가의 법을 적용하는 것이 상대방에게 부담이 되는 국제거래계약 등에서 필요로 한다.⁴²⁾

UNCITRAL 모델중재법은 “중재판정부는 당사자가 명시적으로 권한을 부여하는 경우에 한하여 형평과 선에 의하여 또는 우의적 중재인으로서 판정을 내려야 한다” 라고 규정하여 당사자의 합의를 전제로 우의적 중재인을 인정하고 있다.⁴³⁾ 또한 UNCITRAL 중재규칙에 의하면, 중재판정부는 당사자가 명시하여 중재판정부에 그 권한을 주었거나 또는 중재절차에 적용되는 준거법이 허용하는 경우에 우의적 중재(인) 내지 형평과 선의 원칙에 따라서 판정한다.⁴⁴⁾

중재판정부가 우의적 중재인으로서 또는 형평과 선에 의하여 결정하는 것은 당사자들이 명백하게 그렇게 하도록 중재판정부에게 권한을 부여하였고 또한 중재절차에 적용되는 법률이 그러한 중재를 허용하는 경우에만 가능한 것이다. 이러한 권한부여는 중재합의나 별

40) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제29조.

41) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제33조 제3항.

42) 복영준, 전게서, p.92.

43) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제28조 제3항.

44) UNCITRAL 중재규칙 제33조 제2항.

도합의에서 또는 중재판정부 앞에서 구두로 당사자들에 의해 공동으로 주어질 수 있다. 그러나 당사자들에 의한 권한부여가 중재인들이 형평과 선에 의하여 판정하거나 또는 우의적 중재인으로서 행동하기 위하여 유일하게 필요로 하는 조건은 아닌 것이다. 추가적으로 중재판정부는 중재절차에 적용되는 법률이 그러한 중재를 허용하고 있다는 것을 확인하여야 한다.⁴⁵⁾

중재판정부가 우의적 중재인으로서 행동하는 때에 그의 엄밀한 권한들이 불명확하다. 그러나 중재판정부가 제한없이 행동하거나 당사자들의 합의를 무시할 권리가 주어지는 것은 아니다. *Mexican Construction Co v. Belgian Co(Member of a Consortium)* 사건⁴⁶⁾에서 중재판정부는 다음과 같이 판정하였다: 즉 중재인의 최고의 의무는 우의적 중재인인 경우 조차 당사자들의 계약상의 조항들이 분명히 당사자들의 진정한 의도에 반하거나 또는 일반적으로 인정된 공서양속의 기본원칙을 위반하는 것으로 나타나지 않는 한 당사자들의 계약을 적용하는 것이다.

Panalpina World Transports Holding AG V. la Societe Transco 사건⁴⁷⁾에서 파리항소법원은 우의적 중재인으로서 행동하는 중재판정부가 관련 기한법률을 무시할 수 있었던 가를 검토하여야 했다. 항소법원은 중재판정부가 그의 위임에 따라 행동하였다고 판시하였으며, 중재판정부가 기한법률을 무시하였다는 사실은 판정에 대한 이의신청의 근거가 되지 않았다.

우의적 중재인으로서 행동할 권한은 유럽협약(European Convention of 1961)에서 인정되어 왔는데, 유럽협약은 중재인들이 우의적 중재인으로서 행동할 때에 그들은 모든 당사자들에게 공정한 심리를 제공해야 하고, 그리고 그들의 결정은 역시 진정한 중재판정이어야 한다고 규정하고 있다. 중재판정부가 우의적 중재인으로서 행동하는 때에 다른 중재인과 동일한 방식으로 판정에 대한 그의 이유를 기재할 의무가 있다고 할 것이다.⁴⁸⁾

IV. 중재판정부의 임시적 처분권한

1. 임시적 처분의 개념

상사중재에 있어서 중재판정부의 임시적 처분(interim measures)이라 함은 중재판정부가

45) David D. Caron, Lee M. Caplan and Matti Pellonpa, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, p.135.

46) (1992) VII Ybk Comm Arb n 860105; Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *op. cit.*, pp.285-286.

47) (2003) Rev Arb, 240, Cour d'appel of Paris; Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *op. cit.*, p.286.

48) Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *op. cit.*, p.286.

본안에 관한 결정이 아직 계류중인 권리 또는 재산의 즉각적이고 임시적인 보전을 위하여 당사자가 신청한 처분을 내리는 것을 말한다.

중재판정이 내려진 후에 패소당사자가 스스로 이를 이행하지 않을 경우 판정의 집행을 통해 권리구제를 받아야 하는데, 만일 패소당사자가 중재절차 진행 중에 중재대상의 목적물을 처분하거나 재산을 도피시킨다면 중재판정은 실효성이 없어지게 된다. 또한 중재대상의 목적물이 부패할 우려가 있어 긴급한 처분을 하지 않으면 회복할 수 없는 손해가 발생할 수도 있다. 따라서 중재절차에서 당사자들의 지위를 보호하고 중재판정이 내려질 때까지 그 상태를 유지하기 위하여 임시적 처분을 허용할 필요성이 있는 것이다.⁴⁹⁾

대부분의 중재입법례 및 중재규칙들은 중재판정부에게 이러한 임시적 처분의 권한을 부여하고 있다. 예컨대, 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법은 “당사자간에 다른 합의가 없는 한, 중재판정부는 일방 당사자의 신청 시에 임시적 처분을 내릴 수 있다” 라고 규정하여 당사자의 신청에 의한 중재판정부의 임시적 처분권한을 인정하고 있다.⁵⁰⁾

우리 중재법 제18조는 종전 UNCITRAL 모델중재법 제17조를 수용하여 “① 당사자간에 다른 합의가 없는 한, 중재판정부는 일방 당사자에게 분쟁대상에 관하여 중재판정부가 필요하다고 인정하는 임시적 처분을 내릴 수 있다 이 경우 중재판정부는 피신청인에게 임시적 처분에 갈음하여 제공할 담보의 금액을 정할 수 있다 ② 중재판정부는 임시적 처분의 신청인에게 적절한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다” 라고 규정하고 있다.

UNCITRAL 중재규칙에 의하면, 당사자의 어느 일방이 요청하는 경우 중재판정부는 부패성있는 물품의 매각 또는 제3자로 하여금 물품의 보관을 명하는 등, 분쟁의 내용을 이루고 있는 물품의 보전을 위한 조치를 포함하여 판정부가 필요하다고 인정하는 분쟁의 대상에 관한 임시조치를 취할 수 있다.⁵¹⁾

2. 임시적 처분의 형태

대부분의 중재입법례는 임시적 처분의 형태에 관하여 규정을 두고 있지 않다. 따라서 중재판정부가 어떠한 형태의 임시적 처분을 내릴 수 있는가는 전적으로 당사자간의 합의에 의하지만, 이에 관하여 합의가 없을 경우에는 분쟁의 대상에 대하여 다양한 형태의 임시적 처분을 내릴 수 있을 것이다. 즉 분쟁의 대상에 대한 보전처분 또는 이행·금지명령, 증거의 보전명령 등을 내릴 수 있다.⁵²⁾

49) 목영준, 전계서, p.156.

50) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 제1항.

51) UNCITRAL 중재규칙 제26조 제1항.

52) 목영준, 전계서, p.161. 중재절차에서 행해질 수 있는 임시적 처분의 형태에 관하여는 크게 3가지 즉 첫째 증거조사와 증거보전에 관한 처분, 둘째 현상유지를 목적으로 하는 처분, 셋째 자산의 이전 또는 분산을 방지할 목적으로 하는 처분 등으로 분류하는 경우와 이러한 3가지 처분에 중재비용의 담보제공 기타 임시적

2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법에 의하면, 중재판정부는 일방 당사자에게 다음과 같은 임시적 처분을 내릴 수 있다. 즉 ① 분쟁의 결정을 할 때까지 현상을 유지하거나 회복하는 것, ② 중재절차 자체에 현재 또는 급박한 손해를 일으킬 것 같은 조치를 취하는 것을 방지 또는 억제하는 조치를 취하는 것, ③ 차후 판정이 충족될 수 있는 자산을 보전하는 수단을 제공하는 것, ④ 분쟁해결에 관련되고 중요할 수 있는 증거를 보전하는 것 등이다.⁵³⁾

보전처분은 물품 또는 증거의 보전을 위한 명령으로서 다음과 같은 2가지 다른 형태를 취할 수 있다.⁵⁴⁾

① 회복할 수 없는 손해의 방지 및 현상의 유지를 위한 처분

중재판정부는 특정한 상황 하에서 타방 당사자에게 회복할 수 없는 손해를 일으키는 방법으로 행동하는 것을 중단하도록 일방 당사자에게 명령을 할 수 있다. 즉 일방 당사자에게 부패하기 쉬운 물품을 매각하거나 또는 그것을 경쟁에서 불법적으로 거래하는 것을 방지하도록 일방 당사자에게 강요하기 위한 명령이 요구될 수 있다. 모든 경우에 있어서 당사자는 이러한 명령이 취해질 수 있는 절차를 확인하기 위하여 관련 중재입법과 중재규칙들을 조사할 필요가 있을 것이다.⁵⁵⁾

② 증거 및 재산의 보전처분

대부분의 중재규칙들은 중재판정부에게 증거 및 재산의 보전을 명령할 권한을 부여하고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 재산을 보전하기 위한 중재판정부의 권한은 복잡한 문제를 일으킨다. 즉 재산의 처분금지를 위한 명령은 동결명령(freezing order)이라고 알려져 있는데, 이러한 명령이 유효하려면 궁극적으로 당사자가 재산을 가지고 있는 은행이나 다른 금융기관에 적용될 필요가 있는 것이다. 그러나 중재판정부는 그의 명령을 준수하도록 은행이나 다른 금융기관에 강제할 권한을 가지고 있지 않다. 따라서 은행이나 다른 금융기관의 자발적인 협의가 없는 경우에 동결명령은 국가법원에 의해 내려져야 할 것이다.⁵⁷⁾

영국법원은 동결명령이 성질상 특정 개인을 위한 것이며, 중재판정부가 내린 동결명령은 명령의 목적물에 대하여 어떠한 형식의 책임부담을 일으키도록 작용하지 않는다고 판시하였다.⁵⁸⁾ 한편 미국법원들은 그들이 압류명령의 수단으로 임시적 구제처분을 내릴 것이라는 것을 지적해 왔다.⁵⁹⁾

구제를 추가하는 경우도 있다(中村達也, 『國際商事仲裁入門』, 中央經濟社, 2001, p.121).

53) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 제2항.

54) Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *op. cit.*, p.299.

55) Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *op. cit.*, p.299.

56) 런던국제중재법원(LCIA) 중재규칙 제25조, UNCITRAL 중재규칙 제26조.

57) Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *op. cit.*, p.301.

58) *Flightline Ltd v. Edwards* [2003] 1 WLR 1200.

59) *Carolina Power and Light Co v. Uranex* 451 F Supp. 1044(ND Calif 1977).

3. 임시적 처분의 판단 및 담보

2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법에 의하면, 중재판정부의 임시적 처분은 판정의 형식이든지 또는 다른 형식으로 내릴 수 있다.⁶⁰⁾ 또한 임시적 처분을 신청하는 당사자는 다음 조건들을 중재판정부에게 충족시켜야 한다. 즉 ① 처분이 명령되지 않는 경우 손해액의 판정에 의하여 적정하게 회복할 수 없는 손해가 생길 것 같고, 그리고 그러한 손해가 처분이 내려지는 경우 처분이 불이익하게 명령되는 당사자에게 생길 것 같은 손해를 실질상 더욱 무겁게 하는 것, ② 신청인이 손해배상청구의 본안에 관하여 성공할 합리적인 가능성이 있어야 하되, 다만 이러한 가능성에 관한 결정이 차후 결정을 하는 데에 중재판정부의 재량에 영향을 미치지 않을 것을 조건으로 할 것 등이다. 다만, 중재판정부는 분쟁 해결에 관련되고 중요할 수 있는 증거보전에 관한 임시적 처분신청에 관하여는 위의 조건들은 중재판정부가 적정한 것으로 생각하는 범위 내에서만 적용된다.⁶¹⁾

중재판정부가 임시적 처분을 내리기 위하여는 우선 당사자의 신청이 있어야 하지만, 원칙적으로 당사자의 신청 내용에 구속되지 않고 중재판정부 자신이 필요하다고 인정하는 적절한 처분을 내릴 수 있다. 다만, 임시적 처분 내용에 대한 신청인의 의사가 명백한 경우에는 이를 고려하여 결정하여야 할 것이다.⁶²⁾

UNCITRAL 중재규칙에 의하면, 임시적 처분은 중간판정의 형식으로 행해질 수 있다.⁶³⁾ 이 조항을 UNCITRAL 중재규칙에 삽입한 것은 중재판정부가 임시적 처분을 집행하는 수단을 가지고 있지 않으므로 임시적 처분을 중간판정으로 내림으로서 적용되는 국가중재법의 조항에 따라 임시적 처분이 일반적으로 관할법원에 의해 집행될 수 있도록 하기 위한 것이다. 그러므로 임시적 처분이 중간판정의 형식으로 명령되는 것은 권할 만한 것이다.⁶⁴⁾ 우리 중재법은 임시적 처분을 본안에 관한 문제가 아니라 절차적 문제로 보아 판정이 아닌 결정의 형식으로 판단하도록 하고 있다.⁶⁵⁾

2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법은 “중재판정부는 임시적 처분을 신청하는 당사자에게 처분과 관련하여 적절한 담보를 제공할 것을 요구할 수 있다” 라고 규정하여 신청인에 대한 담보제공 요구 권한을 인정하고 있다.⁶⁶⁾

우리 중재법에 의하면, 중재판정부는 임시적 처분에 갈음하여 피신청인으로 하여금 담보를 제공하게 할 수 있으며, 임시적 처분의 신청인에 대해서도 적절한 담보제공을 명할 수 있다.⁶⁷⁾

60) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 제2항.

61) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 A.

62) 양병희 외8인, 「주석 중재법」, 대한상사중재원, 2005, p.81.

63) UNCITRAL 중재규칙 제26조 제2항.

64) David D. Caron, Lee M. Caplan and Matti Pellonpa, *op. cit.*, p.541.

65) 양병희 외8인, 전제서, p.81.

66) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 E 제1항.

67) 우리 중재법 제18조.

최근 ICC, AAA, LCIA 및 WIPO(세계지적재산기구) 등 중재기관들은 각기 임시적 처분에 긴급하게 행동할 수 있는 비상중재인(emergency arbitrator)을 규정하기 위하여 그들의 규칙을 개정하자는 제안을 내세웠다. 구체적 내용은 다를지라도, 각 기관은 심리할 중재판정부의 구성이전에 짧은 통지로 이용할 수 있는, 그리고 적절한 경우 당사자의 긴급한 임시적 처분 신청에 관하여 명령을 내리기 위해 중재기관이 선임한 비상중재인을 규정하는 것을 고려하였다. 이러한 비상중재인에의 접근은 중재판정부의 모든 권한이 분쟁의 모든 단계에서 이용될 수 있다는 것을 보장할 것이다.⁶⁸⁾

V. 중재판정부의 임시적 처분의 실효성 확보제도

1. 임시적 처분의 실효성 문제

분쟁의 대상인 목적물 또는 법률관계에 대한 보전처분, 이행·금지명령 및 증거의 보전 명령 등 임시적 처분이 실효성을 얻기 위하여는 피신청인의 다른 동산이나 부동산에 대한 가압류 등 분쟁대상이 아닌 목적물 또는 법률관계에 대하여 처분이 이루어져야 한다. 그러나 대부분의 중재입법례는 분쟁의 대상에 관하여 필요하다고 인정하는 처분만을 허용하고 있다. 따라서 임시적 처분의 수명자가 이를 스스로 이행하지 않을 경우에 이를 강제할 수 있는 수단이 없으므로 임시적 처분의 실효성이 의문시 된다.

독일 중재법은 명시적으로 임시적 처분의 집행을 허용하고 있으나,⁶⁹⁾ 우리 중재법에서는 임시적 처분을 중재판정부의 결정의 형식으로 하는 바, 법원에서 집행판결을 받을 수 있는 대상은 중재판정에 한하므로,⁷⁰⁾ 중재판정부의 임시적 처분은 법원의 집행판결을 받을 수 없다고 본다.⁷¹⁾

2. 임시적 처분의 실효성 확보를 위한 UNCITRAL 모델중재법 개정규정의 내용 및 평가

(1) UNCITRAL 모델중재법 제17조 개정규정의 주요 내용

일반적으로 국제상사중재에 있어서 중재판정부가 내린 임시적 처분을 강제할 필요성이

68) Thomas E. Carbonneau and Jeanette A. Jaeggi, *Handbook on Commercial Arbitration*, American Arbitration Association, 2006, p.272.

69) 독일 민사소송법 제1041조 제2항.

70) 우리 중재법 제37조 제1항.

71) 목영준, 전계서, p.161.

강력하게 요구되고 있음에도 불구하고 종전 UNCITRAL 모델중재법 제17조는 중재판정부에게 임시적 처분명령을 강제할 수 있는 권한을 부여하고 있지 않으며, 또한 임시적 처분명령의 사법상의 강제집행에 관하여도 규정하고 있지 않다. 그러므로 비록 중재판정부가 임시적 처분명령을 내린다 하더라도 당사자가 이를 따르지 않을 경우에 그 실효성이 없게 된다.

따라서 중재판정부의 임시적 처분명령의 실효성을 보장하기 위하여 UNCITRAL 중재작업반은 그의 제32차 회의(비엔나, 2000년 3월 30일-31일)부터 제44차 회의(뉴욕, 2006년 1월 23일-27일)까지 임시적 처분에 관한 개정 검토 작업을 해왔다. 그 결과 UNCITRAL 중재작업반 제44차 회의에서 “임시적 처분 및 예비명령에 관한 개정 입법규정안(Revised legislative provisions on interim measures and preliminary orders)”⁷²⁾을 합의 채택한 후, UNCITRAL 제39차 정기총회(뉴욕, 2006년 6월 19일-7월7일)에서 공식적으로 채택하였는바, 이와 같이 개정된 UNCITRAL 모델중재법 제4장 A “임시적 처분 및 예비명령”에 관한 규정⁷³⁾들 가운데 임시적 처분의 실효성 확보를 위한 주요 개정규정의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

1) 예비명령의 신청 및 예비명령의 부여조건

2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 B는 “① 당사자간에 다른 합의가 없는 한, 일방 당사자는 타방 당사자에게 통지없이, 일방 당사자가 신청된 임시적 처분의 목적을 좌절시키지 않도록 지시하는 예비명령의 신청과 함께 임시적 처분을 신청할 수 있다 ② 중재판정부는 지시를 받는 당사자가 만일 임시적 처분 신청의 사전고지가 처분의 목적을 좌절시킬 위험이 있다고 생각한다면 예비명령을 내릴 수 있다” 라고 규정하여 일방 당사자의 예비명령 신청권한과 중재판정부의 예비명령 부여조건을 명시하고 있다.

2) 예비명령을 위한 특수제도

2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 C는 “① 중재판정부가 예비명령의 신청에 관하여 결정을 한 이후 즉시, 중재판정부는 임시적 처분 신청의 모든 당사자들에게 예비명령의 신청, 만일 있으면 예비명령, 그리고 관련당사자 및 중재판정부 간에 구두통신의 내용을 표시하는 것을 포함하는 기타 모든 통신을 통지하여야 한다 ② 동시에 중재판정부

72) UNCITRAL, Doc. A/CN.9/592, Annex I, 27 February 2006, pp.22-25.

73) 2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제4장 A 임시적 처분 및 예비명령: 제1절 임시적 처분: 제17조 중재판정부의 임시적 처분 명령권한, 제17조 A 임시적 처분 부여조건; 제2절 예비명령: 제17조 B 예비명령 신청 및 예비명령 부여조건, 제17조 C 예비명령의 특수제도; 제3절 임시적 처분 및 예비명령의 적용규정: 제17조 D 수정, 정지, 종료, 제17조 E 담보규정, 제17조 F 고지, 제17조 G 비용 및 손해; 제4절 임시적 처분 승인 및 집행: 제17조 H 승인 및 집행, 제17조 I 승인 및 집행의 거부근거; 제5절 법원명령의 임시적 처분: 제17조 J 법원명령의 임시적 처분.

는 예비명령의 지시를 받는 당사자에게 가장 빠르고 실용적인 시간에 그의 입장을 진술할 기회를 주어야 한다 ③ 중재판정부는 예비명령에 대한 이의에 관하여 신속하게 결정하여야 한다 ④ 예비명령은 그것이 중재판정부에 의해 내려진 날로부터 20일 이후에 만료된다. 그러나 중재판정부는 예비명령의 지시를 받는 당사자에게 통지가 주어지고 그리고 그의 입장을 진술할 기회가 주어진 이후에 예비명령을 채택하거나 수정하는 임시적 처분을 내릴 수 있다 ⑤ 예비명령은 당사자들을 구속하지만 그러나 법원에 의한 집행을 조건으로 하지 않는다. 이러한 예비명령은 판정을 구성하지 않는다” 라고 규정하여 예비명령의 모든 당사자에게 통지, 수명 당사자의 입장진술, 이의에 대한 결정, 예비명령의 유효기한, 예비명령의 구속력 및 비강제성 등을 명시하고 있다.

3) 임시적 처분의 승인 및 집행

2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 H는 “① 중재판정부에 의하여 내려진 임시적 처분은 구속력이 있는 것으로 승인되고 중재판정부에 의하여 다른 규정이 없는 한, 제17조의 규정에 의거 내려진 국가를 불문하고 관할법원에 신청 시에 집행된다 ② 임시적 처분의 승인 또는 집행을 소구하고 있거나 또는 획득한 당사자는 신속하게 임시적 처분의 어떠한 종료, 정지 또는 수정을 법원에게 통지하여야 한다 ③ 승인 또는 집행이 구해지는 국가의 법원은 만일 그가 적당하다고 생각하는 경우, 신청 당사자에게 만일 중재판정부가 이미 담보에 관하여 결정을 하지 않았을 경우 또는 그러한 결정이 제3당사자들의 권리를 보호하기 위하여 필요한 경우에 적절한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다” 라고 규정하여 당사자가 임시적 처분의 승인 또는 집행을 관할법원에 신청할 수 있는 권한과 법원이 신청당사자에게 담보제공을 명할 권한을 인정하고 있다.

4) 임시적 처분의 승인 또는 집행의 거부근거

2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제17조 I 제1항은 “임시적 처분의 승인 또는 집행은 다음의 경우에만 거부될 수 있다 (a) 임시적 처분이 원용되는 상대방 당사자의 신청 시에 법원이 다음사항에 충족되는 경우: (i) 이러한 거부가 제36조 제1항 (a)(i),(ii),(iii) 또는 (iv)⁷⁴⁾에 규정된 근거로 보증되는 것, (ii) 중재판정부에 의하여 내려진 임시적 처분에 관련하여 담보의 제공에 관한 중재판정부의 결정이 준수되지 않았을 것, (iii) 임시적 처분이 중재판정부에 의하여 종료 또는 정지되었거나 또는 중재가 일어나는 국가의 법원 또는 임시적 처분이 내려진 법률에 의하여 그러한 권한이 주어졌을 것, (b) 법원이 다음사항을 발견하였을 것: (i) 법원이 그러한 임시적 처분을 집행할 목적으로 그리고 그것의 실질을

74) UNCITRAL 모델중재법 제36조 제1항 (a)(i)(ii)(iii)(iv)는 중재판정의 승인 또는 집행의 거부사유로서 중재판정이 불리하게 원용되는 당사자가 일정한 사실에 대하여 승인 또는 집행을 신청한 관할법원에 증거를 제출하는 경우에 관하여 규정하고 있다.

수정함이 없이 그 자신의 권한 및 절차에 그것을 적합시키기 위하여 필요한 만큼 임시적 처분을 재형식화하기로 결정하지 않는 한 임시적 처분이 법원에게 부여된 권한과 상반될 것, (ii) 제36조 제1항 (b)(i) 또는 (ii)⁷⁵⁾에 규정된 근거들의 어떤 것이 임시적 처분의 승인 및 집행에 적용될 것” 라고 규정하여 법원이 임시적 처분의 승인 또는 집행을 거부할 수 있는 근거를 명시하고 있다.

(2) UNCITRAL 모델중재법 제17조 개정규정의 평가

첫째, UNCITRAL 중재작업반은 개정 모델중재법 제17조의 예비명령에 관한 조항들이 당사자간에 다른 합의가 없는 한 적용된다는 것, 예비명령은 판정의 성질이 아니라 절차적 명령의 성질을 가진다는 것 그리고 임시적 처분의 강제집행 절차가 예비명령을 위하여 규정된 것이 아니라는 것 등의 원칙을 근거로 개정안에 포함시키기로 합의하였다.⁷⁶⁾

필자의 의견으로는 개정규정 제17조 B에서 중재판정부의 지시를 받은 당사자가 임시적 처분의 목적을 좌절시키지 못하도록 지시하는 예비명령을 중재판정부가 내릴 수 있도록 규정하고 있는 것은 법원에 의한 임시적 처분의 강제집행과 같은 효력이 있지 않더라도 임시적 처분의 목적 달성에 일시적으로 기여하는 효과가 있을 것으로 판단된다. 왜냐하면, 비록 예비명령이 강제집행제도가 없고 20일 후에 만료될지라도 당사자들을 구속하는 효력이 있으므로, 만약 예비명령을 받은 당사자가 이행하지 않을 경우, 중재판정부로부터 불리한 임시적 처분이 내려질 수 있다는 우려와 압박감이 예비명령의 실효성을 가져올 수 있다고 생각된다.

둘째, 중재작업반은 예비명령에 관하여 강제집행제도가 규정되어야 하는 가를 고려하였는데, 예비명령의 일시적 성격과 예비명령이 법원에 의해 강제집행된 이후로 까지 예비명령의 통지가 연기되어야 하는가와 같은 실제적으로 어려운 문제들이 발생할 수 있을 것이라는 사실을 가정하여 강제집행제도를 포함할 필요성에 대하여 의문이 제기되었다.⁷⁷⁾

필자의 의견으로는 개정규정 제17조 C에서 중재판정부의 예비명령은 당사자를 구속하지만 법원에 의한 강제집행을 조건으로 규정하고 있지 않는 바, 이는 예비명령의 효력이 20일 후 만료되는 일시적인 것으로 규정하고 있는 점을 감안할 때 예비명령의 강제집행을 법원에 신청할 수 있도록 하는 것은 바람직하지 않다고 판단된다.

셋째, 중재작업반은 개정규정 제17조 I 제1항 (a)(iii)에 의한 법원의 임시적 처분의 승인 또는 집행의 거부의 효과가 국가법원에게 중재판정부에 의해 내려진 임시적 처분을 파기하도록 허용할 것인가에 관하여 의문이 제기되었다. 이에 관하여 중재작업반은 이 개정조

75) UNCITRAL 모델중재법 제36조 제1항 (b)(i)(ii)는 중재판정의 승인 또는 집행의 거부사유로서 법원이 일정한 사실을 알았을 경우에 관하여 규정하고 있다.

76) UNCITRAL, Doc. A/CN.9/605, 25 April 2006, paras.8-9.

77) UNCITRAL, Doc. A/CN.9/605, 25 April 2006, paras.14-15.

항이 중재판정에 의해 내려진 임시적 처분을 국가법원이 파기하는 근거를 만들어 내는 것으로 잘못 해석되어서는 안된다고 합의하였다.⁷⁸⁾

필자의 의견으로는 개정규정 제17조 I에 규정된 임시적 처분의 승인 또는 집행의 거부 근거 조건들은 법원이 임시적 처분의 집행을 거부할 수 있는 상황들을 제한하기 위하여 의도된 것이므로, 법원이 임시적 처분의 강제집행을 요구 받은 때에 이를 거부하는 법원의 결정은 임시적 처분의 승인 또는 집행의 한정된 영역이상으로 영향을 미쳐서는 안된다고 판단된다.

IV. 결 론

현재 각국의 중재입법례는 중재절차를 진행하는 중재판정부에게 상당한 권한을 부여하고 있으며, 이러한 중재판정부의 권한은 분쟁당사자간의 합의에서 발생한다는 점에서 그 권한이 국가법질서로부터 발생하는 법관과 차이가 있는 것이다.

중재판정부의 권한은 중재합의와 중재절차법이 허용하는 범위에서 당사자가 부여할 수 있으며, 양자가 저촉되는 경우에는 물론 중재절차법이 우선적으로 적용된다.

2006년 개정 UNCITRAL 모델중재법 제16조 제1항은 “중재판정부는 중재합의의 존부 또는 유효성에 관한 이의를 포함하여 자신의 관할을 결정할 권한을 가진다”라고 규정하여 중재판정부가 자기의 관할권에 대하여 판단할 수 있는 근거를 두고 있다. 이러한 중재판정부의 자기권한 심사는 중재절차에서 당사자가 중재판정부에게 판정권한이 없다고 주장한다고 하여 중재절차를 중단할 필요가 없으므로 중재절차의 신속한 진행을 도모할 수 있을 것이다.

한편 중재판정부는 중재입법 및 중재규칙에 의해 그에게 부여된 중재절차상의 각종 권한들을 적정하게 행사함으로써 신속하게 중재절차를 진행할 수 있는 동시에, 중재의 장점 가운데 하나인 신속성의 도모에 이바지할 수 있을 것이다. 대한상사중재원의 발표에 의하면, 2007년도 대한상사중재원의 중재사건 처리건수는 국내 156건, 국제51건을 처리하였는 바, 평균처리일수는 국내건은 133일로 전년도보다 17일 증가하였고, 국제건은 232일로 전년도보다 45일 증가하였으며, 전체 평균처리일수는 158일을 기록하였다.⁷⁹⁾ 이와 같이 중재사건 처리일수가 증가한 것은 여러 가지 이유가 있겠으나, 중재판정부가 보다 신속 원활하게 중재절차를 진행함으로써 중재사건의 처리일수를 단축할 수 있을 것이다.

대부분의 중재입법례 및 중재규칙들에 의하면, 국제상사중재에 있어서 중재판정부가

78) UNCITRAL, Doc. A/CN.9/605, 25 April 2006, paras.18-21.

79) 대한상사중재원, 「중재」, 제325호, 봄, 2008. p.35.

임시적 처분을 내릴 권한이 용인되고 있으나, 강제집행제도의 결여로 인하여 제한을 받고 있다. 그러나 임시적 처분의 실효성에 문제가 있음에도 불구하고 수명 당사자가 이를 이행하지 않음으로써 중재판정상 불이익을 입을 수도 있다는 우려와 압박감이 중재판정부의 임시적 처분의 실효성을 어느 정도 확보할 수 있다는 측면이 있다고 볼 수 있다.

최근 국제상사중재가 점점 복잡하고 전문화된 분쟁으로 확대되고 있으므로 여기에 적합하고 실효성이 있는 임시적 처분제도가 마련되어야 할 필요성이 있는 것이다. 따라서 위에서 설명한 바와 같이 2006년 UNCITRAL 중재작업반에서 합의 채택한 중재판정부의 임시적 처분 권한에 관한 UNCITRAL 모델중재법 제17조의 개정내용들을 심도있게 검토하여 우리 중재법 및 중재규칙에 조속히 수용함으로써 임시적 처분의 실효성이 확보될 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

본 연구의 한계로는 최근 국제상사중재절차에 있어서 중재판정부의 일반적 권한과 임시적 처분 권한에 관한 이론적 연구논문과 중재판정 또는 법원판례가 희소하다는 점, 그리고 임시적 처분의 예비명령에 관한 규정을 UNCITRAL 중재규칙에 포함시킬 것인가의 문제에 관하여 현재까지 UNCITRAL 중재작업반에서 논의 중에 있으며, 이에 관하여는 찬반양론이 제기되고 있다는 점이다.⁸⁰⁾

본 연구의 시사점으로는 중재판정부가 중재절차를 신속 적정하게 진행하여 중재사건의 처리기간을 단축함으로써 중재의 신속성과 비용절감을 도모할 수 있다는 점이다. 또한 중재판정부의 임시적 처분명령 제도의 실효성 확보를 위하여 2006년 개정된 임시적 처분에 관한 UNCITRAL 모델중재법 제17조 규정에 맞추어 우리나라 현행 중재법 및 대한상사중재원 중재규칙의 관련규정 개정을 위한 연구검토 작업을 수행해야 한다는 점이다.

참 고 문 헌

- 고범준, 「국제상사중재법 해의」, 대한상사중재원, 1992.
 광영실·김석철, 「국제상사중재론」, 도서출판두남, 2003.
 대한상사중재원, 「외국중재법규집」 제1집, 2005.
 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2000.
 법무부, 「국제상사중재제도」, 1999.
 양병희 외8인, 「주석 중재법」, 대한상사중재원, 2005.
 이순우, 「상사중재론」, 법경사, 1998.
 장문철, 「현대중재법의 이해」, 세창출판사, 2000.

80) UNCITRAL, Doc. A/CN.9/641, 25 September 2007, pp.10-12.

- 장문철·정선주·강병근·서정일, 「UNCITRAL 모델중재법의 수용론」, 세창출판사, 1999. 정
기인, 「상사중재론」, 무역경영사, 1992.
- 최장호, 「상사분쟁관리론」, 도서출판 두남, 2003.
- 中村達也, 「國際商事仲裁入門」, 中央經濟社, 2001.
- 小島武司·高桑召, 「注釋と論点 仲裁法」, 靑林書院, 2007.
- Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford
University Press, 2007.
- Born, Grary, *International Commercial Arbitration*, Transnational Publishers, 2001.
- Carbonneau, Thomas E. and Jaeggi, Jeanette A., *Handbook on Commercial Arbitration*,
Americican arbitration Association, 2006.
- Caron, David D., Caplan, Lee M. and Pellonpaa, Matti, *The UNCITRAL Arbitration Rules;
A Commentary*, Oxford University Press, 2006.
- UNCTAD/WTO International Trade Centre, *Arbitration and alternative dispute resolution*,
2001.
- UNCITRAL, Doc.A/CN.9/592, Annex I, 27 February 2006.
- UNCITRAL, Doc.A/CN.9/605, 25 April 2006.
- UNCITRAL, Doc.A/CN.9/641, 25 September 2007.
- <http://www.iccarbitration.org>
- <http://www.lcia.org>
- <http://www.adr.org>
- <http://www.uncitral.org>

ABSTRACT

The Powers and Interim Measures of the Arbitral Tribunal in International Commercial Arbitration

Kang-Bin Lee

This paper is to research the powers and interim measures of the arbitral tribunal in the arbitral proceedings of the international commercial arbitration under arbitration legislation and arbitration rules including the UNCITRAL Model Law and Arbitration Rules.

The powers of the arbitral tribunal may be found within the arbitration agreement or any arbitration rules chosen by the parties, or the chosen procedural law.

The power of the arbitral tribunal to decide its own jurisdiction is one of the fundamental principles of international commercial arbitration. It is a power which is now found in nearly all modern arbitration and rules of arbitration.

Where an arbitral tribunal has been appointed then it will usually have the power to proceed with the arbitration in the event that a party fails to appear. It cannot force a party to attend but it may sanction the failure.

While the arbitral tribunal can direct the parties to attend and give evidence the arbitral tribunal has no power to compel a party to give evidence. The arbitral tribunal may continue the arbitration in the absence of the party or its failure to submit evidence and make an award on the evidence before it.

Under most of arbitration legislation and arbitration rules, the arbitral tribunal has the power to appoint experts and obtain expert evidence. The power to order a party to disclose documents in its possession is a power given to the arbitral tribunal by many national laws and by most arbitration rules. The arbitral tribunal cannot, however, compel disclosure and in the case where a party refuses to disclosure documents then the sanctions that the arbitral tribunal can impose must be ascertained from the applicable rules or the relevant procedural law.

A number of arbitration rules and national laws allow for the arbitral tribunal to correct errors within the award.

Most of arbitration legislation and arbitration rules permit the arbitral tribunal to grant orders for interim measure of protection. Article 17(1) of the Revised UNCITRAL Model

Law of 2006 states: Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.

Interim measures of protection usually take such forms as (1) conservatory measures intended to prevent irreparable damage and maintain the status quo; (2) conservatory measures intended to preserve evidence or assets.

Orders for interim measures by the arbitral tribunal are not self-enforcing. However, the arbitral tribunal must have the powers necessary to make interim measures effective. The Article 17 B of the Revised UNCITRAL Model Law of 2006 provides applications for preliminary orders and conditions for granting preliminary orders. And the Article 17 H provides recognition of enforcement of interim measures.

In conclusion, the revised articles with regard to interim measures of the UNCITRAL Model Law of 2006 would contribute significantly to the security of the effectiveness of interim measures in international commercial arbitration. Therefore, Korean Arbitration Law and Arbitration Rules would be desirable to admit such revised articles with regard interim measures.

Key Words : Arbitral tribunal, Competence-competence, Arbitral proceeding, Hearing, Evidence, Expert, Arbitral award, Interim measure, Preliminary order