

2016년 개정 중재법의 중재판정 집행에 관한 문제점*

Problems on the Arbitral Awards Enforcement in the 2016
Korean Arbitration Act

윤진기**
Jin-Ki Yoon

〈목 차〉

- I. 서 론
 - II. 중재판정 집행절차의 문제점에 대한 논의와 주요 개선 내용
 - III. 개정 중재법의 중재판정 집행절차와 관련된 문제점
 - IV. 결 론
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 중재법, 중재, 중재판정, 중재판정 집행절차, 집행판결절차, 집행결정절차, 중재판정 취소, 중재윤리, 집행권원, 알권리

* 이 논문은 2016.10.28. 한국중재학회 추계학술발표대회에서 발표한 논문을 수정 보완한 것이다.
** 경남대학교 교수

I. 서론

중재법이 법률 제14176호로 2016.5.29. 국회를 통과하여 일부 개정되어 2016.11.30. 시행을 앞두고 있다. 그 동안 1999.3.1. 개정된 중재법을 적용해 왔으나, 중재법을 선진화하고, 중재우호 환경을 조성함으로써 아시아 국제중재 중심지로 도약할 수 있는 기반을 마련할 필요가 있었고, 특히 2006년 UNCITRAL 모델법이 대폭 개정됨에 따라 그 수용 여부에 대한 논의도 필요하게 되었다. 따라서 2013.3.부터 법무부는 중재법개정위원회를 구성하여 개정 시안을 마련하였다.¹⁾ 이번에 개정된 중재법에는 중재합의 서면성 완화, 임시적 처분제도의 개선, 중재판정의 승인 및 집행절차 개선, 기타 중재법 선진화를 위한 제도 개선 등 중요한 부분의 개정이 이루어졌다.

이번 중재법 개정 시 법무부는 중재제도의 개선을 통한 아시아 국제중재 중심지로서의 역할을 주로 고려하고 있으나, 필자가 보기로는 국내중재의 활성화도 중재의 국제화 못지않게 중요한 시대적 요청이다. 중재법은 국내중재와 국제중재에 모두 적용되기 때문에 국내중재의 활성화도 염두에 두고 중재법을 바라볼 필요가 있다.²⁾

중재판정의 집행절차와 관련하여, 이번 중재법 개정에서는 중재판정의 집행절차를 판결절차에서 결정절차로 변경함으로써 그 동안 제기되었던 중재판정의 집행절차에 대한 불만을 해소하고 간이 신속하게 절차를 진행할 수 있을 것으로 기대하고 있다. 그러나 자세히 검토해 보면 개정 중재법의 집행절차에는 여러 가지 문제점이 존재하고 있어서 이러한 기대는 좀처럼 달성되기 어렵다고 생각된다.

따라서 이 논문에서는 문제의 맥락을 좀 더 정확하게 이해하기 위하여 현행 중재법(개정된 중재법은 2016.11.30.에 시행될 예정이므로, 이하에서는 개정 전 중재법은 ‘현행 중재법’으로, 이번에 개정된 중재법은 ‘개정 중재법’으로 구분하여 사용한다)상 중재판정 집행절차의 문제점에 대한 논의를 살펴보고, 개정 중재법상 중재판정 집행절차의 개선 내용을 검토하며, 중재판정의 집행권원 부인, 집행결정의 기판력 인정과 연관된 문제점, 당사자가 각각 중재판정 취소의 소와 집행결정을 신청하는 경우의 문제점 등 상존하는 중재판정 집행절차상의 문제점을 검토하기로 한다.³⁾

1) 장준호, “중재법 개정계획”, 한국중재학회, 중재법 개정의 중요 쟁점 및 제언, 2014년 중재학회 하계 국제학술발표대회 자료집, 2014.7.2.(수), p.57. 법무부에서는 중재 관련 다양한 논의와 입법례를 검토하는 한편, 실무현실 및 의견을 반영하기 위해 교수 5명, 실무가 5명, 판사 1명으로 위원회를 구성하여 2013.3.부터 중재법 전 조문에 걸쳐 개정방안을 심도 있게 토의하였다. 위의 글, p.59.

2) 우리나라 중재제도 활성화의 필요성에 관해서는 윤진기, “대한민국, 이제 중재대국을 말해야 한다”, 『중재연구』 제24권 제2호, 2014.6, 권두사 참조; 윤진기, “대한민국, 이제 대체적 분쟁해결 운동을 전개할 때이다”, 『중재연구』 제25권 제2호, 2015.6, 권두사 참조.

이외에, 과도한 분쟁해결 비용의 문제, 중재판정 집행절차와 중재홍보의 윤리 및 책임 문제, 임시적 처분의 집행절차에 관한 문제점 등에 대해서도 검토한다.

II. 중재판정 집행절차의 문제점에 대한 논의와 주요 개선 내용

1. 중재법상 중재판정 집행절차의 문제점에 대한 논의

현행 중재법에서는 문언적으로는 중재판정과 관련하여 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다고 하면서도 다른 한편에서는 중재판정은 그 강제집행의 과정에서 법원의 집행판결을 구할 것을 규정하고 있다.⁴⁾

중재법은 1966년 최초로 제정될 때부터 중재판정의 집행은 집행판결을 받아 하도록 규정하고 있었으며,⁵⁾ 현행 중재법 제35조(중재판정의 효력)와 제37조(중재판정의 승인과 집행) 제1항의 모순가능성에 대한 문제는 현행 중재법 이전부터 이미 논의가 있어 왔다.

1997년 황병일은 당시 중재법 제12조가 “중재판정은 당사자간에 있어서는 법원의 확정판결과 동일한 효력이 있다.”고 하면서도 동 제14조에서 강제집행을 위하여는 집행판결을 구하게 하는데 대하여 문제를 제기한 바 있다.⁶⁾

2004년 이태희는 중재판정의 집행과 관련하여 법원이 판결절차로서 즉 쌍방당사자의 변론절차를 일률적으로 요구하는 데는 중재제도 발전을 위하여 문제가 있다고 지적한 바 있다.⁷⁾

2005년 하충룡은 “우리나라 중재법에서 문언적으로 볼 때 중재법 제35조에서 ‘확정판결과 동일한’이라고 규정한 뒤에 제37조 제1항에서 강제집행을 위하여 다시금 집행판결을 받게끔 하는 것은 확정판결의 실제적 확정력으로서 인정되는 기판력을 부인하는 격이 되어 조문 내에서 상호 모순을 내정하고 있다. 현 중재법 상에서는 제35조에서 중재판정의

3) 이 논문에서 논의하고 있는 중재판정에 관한 문제점 중의 일부는 필자가 2015.10.14. 법무부 등이 주최한 ‘중재제도 선진화 및 중재산업 활성화를 위한 중재법 및 중재산업진흥에 관한 법률 제·개정 공청회’에서 발표한 내용을 수정 보완한 것이다. 자세한 것은 윤진기, “중재에 대한 법원의 협조 및 중재기관의 중립성 확보”, 법무부·대한상사중재원·한국중재학회·국제거래법학회, 중재제도 선진화 및 중재산업 진흥에 관한 법률 제·개정 공청회 자료집, 2015.10.14.(수) 참조.

4) 현행 중재법 제35조(중재판정의 효력) 중재판정은 양쪽 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다. 현행 중재법 제37조(중재판정의 승인과 집행) ① 중재판정의 승인 또는 집행은 법원의 승인 또는 집행판결에 따라 한다.

5) 중재법 [시행 1966.3.16.] [법률 제1767호, 1966.3.16., 제정] 제12조 (중재판정의 효력) 중재판정은 당사자간에 있어서는 법원의 확정판결과 동일한 효력이 있다. 제14조 (중재판정에 의한 강제집행) ① 중재판정에 의하여 하는 강제집행은 법원의 집행판결로 그 적법함을 선고한 때에 한하여 할 수 있다.

6) 황병일, “국내의 중재판정의 강제집행,” 『계간중재』 283호, 1997, p.54.

7) 이태희, “중재판정의 효율적 집행과 취소사유에 대한 고찰,” 『계간중재』 314호, 2004, pp.5-7.

효력이 현실에 맞지 않게 과장 표현되었던지 아니면 제37조 제1항에서 변론절차를 거쳐야 하는 판결을 요구한 것이 지나쳤던지 둘 중에 한 조문은 일정부분 수정이 불가피해 보인다.”고 지적하고 있다.⁸⁾

2009년 엄덕수는 “중재판정 자체에 법원의 확정판결과 동일한 효력, 즉 원고의 급부(이행)청구권의 존부에 대하여 기판력과 형식적 확정력을 인정하면서(중재 35), 다시 이에 대하여 집행판결을 받게 하고(중재 37, 민집 26) 동시에 중재판정 취소소송(중재 36)을 각 허용하고 있다. 이것은 곧 대표적 ADR제도인 중재판정이 단심제 확정으로 신속한 분쟁 종결이 가능하다는 최대의 장점을 무색하게 만들며, 실질적으로 절차를 4심제화 하는 결과를 초래하여 분쟁해결의 지연과 소송 비경제를 초래하고 있다.”고 지적하고 개선방안을 제시하고 있다.⁹⁾

2011년 김학기는 “중재판정에 확정판결과 동일한 효력이 있다는 중재법 제35조와 중재판정은 다시 승인과 집행의 판결을 받아야 한다는 제37조는 다소 상충되는 점이 있고, 독립한 집행권원이 되지 못한 중재판정에 대하여 별도의 집행판결 청구의 소가 필요하게 한 것은 중재제도의 이용을 주저하게 하는 요인이 될 수 있다.”고 지적하고 개선 방안을 모색하고 있다.¹⁰⁾

2014년 최안식은 “우리나라 법원이 …… 우리 중재법 모든 중재판정에 대하여 승인 또는 집행절차로서의 집행판결을 요구하는 것은 중재제도에 대한 이해부족이나 그 제도적 의의를 잃어버린 결과라고 하겠다. 중재제도가 활성화 되는 것은 말할 것도 없고 그 이전에 중재제도가 중재의 특성을 살리려면 외국중재 판정 혹은 외국판결의 승인 집행과 같이 피고 또는 상대방에 대한 보호 내지 국가별 공서양속 등의 문제가 없는 국내의 중재판정은 승인절차는 물론 집행판결절차를 요구하여서는 아니 된다.”고 주장하고 있다.¹¹⁾

2014년 정선주는 “중재법 제37조는 ‘중재판정의 승인 또는 집행은 승인 또는 집행판결에 따라 한다.’라고 재판형식을 판결로 명시하고 있다. 그런데 집행절차의 신속성 확보와 이를 통한 중재제도의 효율성 향상을 위해서는 판결보다는 결정의 형식으로 하는 것이 바람직하다. 즉 법원의 집행절차는 원칙적으로 구술변론 없이 결정의 형식으로 하고, 취소사유의 존재와 같이 필요한 경우에만 구술변론을 열도록 하는 것이다. 그리고 집행결정에 대해서는 즉시항고가 인정되어야 한다.”고 제안하고 있다.¹²⁾

위에서 살펴본 바와 같이, 중재판정의 집행절차를 집행판결의 형태로 규정하고 있는 것

8) 하충룡, “국내중재판정의 강제집행에서 법원의 역할에 관한 한미간 비교 교찰-한국의 중재법과 미국연방중재법을 중심으로”, 『중재연구』 제15권 제3호, 2005.12, p.94.

9) 엄덕수, “중재판정에 기한 강제집행절차의 문제점”, 『민사집행법연구』 제5권, 한국민사집행법학회, 2009. 2, p.34 이하.

10) 김학기, “중재판정의 승인과 집행”, 『원광법학』 제27권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2011, p.316 이하.

11) 최안식, “국내 중재판정의 집행절차에 관한 연구”, 『가천법학』 제7권 제3호, 2014.9, p.128.

12) 정선주, “중재법의 역할과 중재법 개정의 기본 방향 및 주요 개정 착안점”, 한국중재학회, 중재법 개정의 중요 쟁점 및 제언, 2014년 중재학회 하계 국제학술발표대회 자료집, 2014.7.2.(수), p.102.

에 대하여 전문가와 논자들은 계속해서 문제를 제기하고 개선의 목소리를 내어왔다. 이는 입법자들이 중재판정을 법원의 확정판결과 동일한 것으로 규정하면서도, 실제로는 소송법상 법원의 확정판결에 기판력과 집행력을 인정하는 것과 다르게 취급하고 싶어 하는 태도가 바람직하지 못하다는 점을 지적하는 것이다.

만약 중재판정이 불리하게 원용되는 당사자가 이에 응하지 않을 경우에는 집행판결을 통하여 강제집행을 해야만 하는데, 이는 중재판정 집행절차가 중재판정 이후에 다시금 변론을 거치게 하는 판결의 형식을 띠므로서 중재판정에서 패소의 당사자는 비록 중재판정 취소사유를 근거로 하여야 하기는 하나 다시금 변론의 기회를 획득하게 되고 재판실무는 별론으로 하더라도 승소판정의 당사자에게는 상당한 부담이 되는 현실이다.¹³⁾ 더 나아가 단심제 확정으로 신속한 분쟁 종결이 가능하다는 중재제도 최대의 장점을 무색하게 만들며, 실질적으로 절차를 4심제화 하는 결과를 초래하여 분쟁해결의 지연과 소송 비경제를 초래하는 원인이 되었다.

2. 개정 중재법상 중재판정 집행절차의 주요 개선 내용

이번 개정에서 중재법은 중재판정의 승인 및 집행과 관련하여 그 절차를 ‘승인판결’, ‘집행판결’에서 ‘승인결정’, ‘집행결정’으로 개선하였다. 개정 중재법 제37조는 “① 중재판정은 제38조 또는 제39조에 따른 승인 거부사유가 없으면 승인된다. 다만, 당사자의 신청이 있는 경우에는 법원은 중재판정을 승인하는 결정을 할 수 있다. ② 중재판정에 기초한 집행은 당사자의 신청에 따라 법원에서 집행결정으로 이를 허가하여야 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

이 중 ‘승인결정’에 관한 부분은 조문의 문맥을 바로잡는 것이 개정의 관점이고,¹⁴⁾ 승인결정 자체가 집행력을 가지는 것도 아니므로 중재판정의 승인에 관한 오해 내지 논란을 해소하게 되는 정도의 의의를 가지고 있다. 그러나 제2항에서 중재판정의 집행절차를 ‘판결절차’에서 ‘결정절차’로 변경한 것에 대해서 개정위원회는 그 개선에 커다란 의미를 부여하고 있다. 개정이유서는 개정이유를 다음과 같이 실시하고 있다:

“현행 중재법은 중재판정의 집행절차를 판결절차로 하고 있으나, 중재판정에 대한 집행허부의 심사가 그 집행허가요건을 갖추었는지 여부에 대한 신중한 심리를 요한다 할지라도, 이미 중재절차라는 권리확정절차를 거친 후에 다시 집행판결절차라는 이중

13) 하충룡, 앞의 논문, p.93.

14) 현행 제37조 제1항은, 구 중재법 제37조 제1항은 “중재판정의 승인 또는 집행은 법원의 승인 또는 집행판결에 따라 한다”고 규정하고 있으나, 승인에 관한 한 제1항은 “중재판정의 승인은 법원의 승인판결에 따라 한다”는 취지이거나, “중재판정의 승인은 법원의 승인에 따라 한다”는 취지로 읽히는데 어느 것이든 옳지 않으므로, 이를 명백히 하자는 의견인 개정안<제2안>을 채택하여 입법화한 것이다. 법무부, “조문별 제개정 이유서(중재법 일부개정법률안)”, 14 제37조 (중재판정 집행결정), 2. 제개정 이유 (1).

의 권리확정절차를 거치게 함은 지나친 것이라는 점, 실제 그 심사에 있어서도 본안의 심사는 원칙적으로 금지되어 있고, 단지 중재합의의 존재와 절차적 정의의 준수여부 및 공공의 질서 위배 여부 등 특정 사항에 한정되어 있다는 점, 중재판정의 집행을 간이·신속하게 할 필요성이 지대하다는 점 등을 종합하여 고려하면, 중재판정에 대한 집행허부의 심사절차를 판결절차에서 결정절차로 전환함이 옳을 것임”¹⁵⁾

개정 중재법은 나아가 중재판정의 집행절차를 결정절차로 함에 따라 구체적인 절차규정을 정비하여, 중재판정의 승인·집행결정의 심리방식은 변론기일 또는 필요적 심문기일 방식에 의하도록 하고, 이에 대하여 즉시항고할 수 있도록 하되 그 항고에 집행정지의 효력을 인정하지 아니하고, 예외적으로 그 집행의 정지를 명할 수 있는 제도를 마련하고 있다.¹⁶⁾

법무부 개정이유서에 의하면, 이번 개정에서, “중재판정의 집행절차를 판결절차에서 결정절차로 변경함으로써 그 동안에 중재판정의 집행절차에 대한 불만을 해소하고 간이 신속하게 절차를 진행할 수 있을 것이 기대되며, 집행허부의 재판을 중재선진국을 포함하여 거의 모든 국가가 판결절차가 아닌 간이한 절차에 의하여 재판하고 있는 국제적인 입법추세에도 부합하게 될 것”¹⁷⁾으로 그 입법효과를 기대하고 있다. 그러나 자세히 검토해 보면, 법무부의 이러한 기대는 좀처럼 달성되기 어렵다고 생각된다.

Ⅲ. 개정 중재법의 중재판정 집행절차와 관련된 문제점

1. 중재판정 집행절차상의 문제점

(1) 중재판정 집행권원의 부인

강제집행을 하기 위해서는 집행권원이 필요하다. 법원의 확정판결은 집행권원이 되기 때문에 기판력과 함께 집행력이 발생하여 집행문만 받으면 바로 강제집행 할 수 있다.

15) 위의 제·개정이유서, 14 제37조 (중재판정 집행결정), 2. 제·개정 이유 (2).

16) 개정 중재법 제37조(중재판정의 승인과 집행) ④ 제1항 단서 또는 제2항의 신청이 있는 때에는 법원은 변론기일 또는 당사자 쌍방이 참여할 수 있는 심문기일을 정하고 당사자에게 이를 통지하여야 한다. <신설 2016.5.29.>

⑤ 제1항 단서 또는 제2항에 따른 결정은 이유를 적어야 한다. 다만, 변론을 거치지 아니한 경우에는 이유의 요지만을 적을 수 있다. <신설 2016.5.29.>

⑥ 제1항 단서 또는 제2항에 따른 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다. <신설 2016.5.29.>

⑦ 제6항의 즉시항고는 집행정지의 효력을 가지지 아니한다. 다만, 항고법원(재판기록이 원심법원에 남아 있을 때에는 원심법원을 말한다)은 즉시항고에 대한 결정이 있을 때까지 담보를 제공하게 하거나 담보를 제공하게 하지 아니하고 원심재판의 집행을 정지하거나 집행절차의 전부 또는 일부를 정지하도록 명할 수 있으며, 담보를 제공하게 하고 그 집행을 계속하도록 명할 수 있다. <신설 2016.5.29.>

⑧ 제7항 단서에 따른 결정에 대해서는 불복할 수 없다. <신설 2016.5.29.>

17) 법무부, 앞의 제·개정이유서, 14 제37조 (중재판정 집행결정), 5. 입법효과.

개정 중재법은 제35조에 “중재판정은 양쪽 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다.”고 규정하면서도, 제37조 제2항에 “중재판정에 기초한 집행은 당사자의 신청에 따라 법원에서 집행결정으로 이를 허가하여야 할 수 있다.”고 규정하여, 중재판정의 집행권원성을 인정하지 않고, 반드시 집행결정을 받아야 집행력이 생기고 집행이 가능하도록 하고 있다. 즉, 중재판정은 집행권원이 되지 않는다.¹⁸⁾

반면에 확정 판결은 아니지만 재판상 화해나 제소전 화해조서, 조정조서, 집행조서(강제집행을 인낙한 공정증서) 등은 집행권원으로 인정되며 집행문을 부여 받아 그대로 집행될 수 있다.

현행 중재법에 의하여 중재판정에 대하여 집행판결을 받아 강제집행 하는 경우에, 그 집행권원이 무엇인가에 관하여 중재판정이 집행권원이라는 중재판정 권원설, 집행판결만이 집행권원이 된다고 보는 집행판결 권원설, 중재판정과 집행판결이 합체되어야 비로소 강제집행의 권원이 될 수 있다고 보는 권원 합체설이 있다. 이외에 잠재적 집행력만 가지는 것으로 보는 견해도 있다.¹⁹⁾ 다수설은 권원 합체설을 지지하고 있다. 판례²⁰⁾도 권원 합체설을 지지하는 것으로 이해되고 있다.²¹⁾

개정 중재법이 집행판결에서 집행결정으로 그 집행의 절차를 바꾸었다 해도 중재판정의 집행권원성에 대한 법의 입장이 달라진 것은 아니다. 해석론으로서는 어쩔 수 없다고 하더라도 입법론적인 측면에서는 바람직한 것이 아니다. 중재법에서 집행판결이나 집행결정에 관한 조항만 삭제하면 중재판정이 집행권원이 된다는 논리를 무리 없이 전개할 수 있다.

중재판정에 대하여 이를 집행권원으로 인정하지 않는 것은 중재판정을 집행권원으로 인정하여 강제집행절차를 간소화하여 중재제도의 활성화를 도모하고 있는 국가들²²⁾에 비하여 우리나라 중재제도의 활성화가 늦어지게 하는 중요한 요인이 되며, 중재제도 발전의 장애요소가 되고 있다.

18) 이에 대하여, 2016.10.18. 한국중재학회 추계학술대회 논문발표 시 토론자로 참가한 강수미 교수는 토론문에서 “중재판정에 대하여 집행판결 또는 집행결정을 받도록 한다고 하여 중재판정의 집행권원성이 부정된다고 볼 수 있는지”에 대하여 의문을 제기한바 있다. 이 의문은 정당한 것이며, 이에 대해서는 중재판정의 집행권원이 무엇인가에 대한 학설에 따라 결과가 달라질 수 있다. 만약 ‘집행판결 권원설’에 의하면 중재판정은 확정력이 있으나 당연히 집행력을 갖는 것이 아니기 때문에 중재판정에 집행력을 부여한 집행판결만이 강제집행의 집행권원이 될 수 있다고 보는 것이므로 본문과 같은 결론에 도달하게 될 것이다. 그러나 만약에 ‘중재판정 권원설’이나 ‘권원 합체설’에 의하면 중재판정은 그 자체로서 집행권원이 되거나 잠정적으로 집행권원이 되는데 집행판결이 확정됨에 따라 ‘현실적으로 집행력이 발생’하는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

19) 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2001, p.197.

20) 대법원 2005.12.23. 선고 2004다8814 판결.

21) 엄덕수, 앞의 논문, p.17.

22) 미국, 영국, 싱가포르, 홍콩, 베트남 등 외국의 입법례는 중재판정을 확정판결과 같은 절차에 의하여 집행할 수 있도록 허용하고 있다. 손경환, “중재법 개정안에 대한 의견,” 법무부 제출 자료, 2015.10.10, p.7. 그러나 법제사법위원회의 중재법 일부개정법률안 검토보고에 의하면, 영국, 독일, 프랑스, 일본, 싱가포르, 홍콩 등 대부분의 중재 선진국의 중재법에서도 중재판정의 집행을 ‘판결’절차가 아닌 ‘결정’절차에 의하도록 규정하고 있다고 한다. 법제사법위원회, “중재법 일부개정법률안 검토보고(정부제출, 제17128호)”, 2015.12, p.43. 따라서 이에 대해서는 추후 상세한 비교검토를 통해서 확인해 볼 필요가 있다.

(2) 중재판정의 기판력과 문제점

민사소송법상 기판력이라 함은 판결의 효력 중 소송물에 관하여 행해진 판단의 효력으로서 판결이 확정되면 당사자는 후에 동일사항에 대해 별소로서 반대사실을 주장하여 이미 확정된 판결의 판단을 다룰 수 없고, 법원도 전판결과 모순 저촉되는 판단을 할 수 없는 구속력을 말한다.²³⁾

중재판정에 기판력을 인정할 것인지에 대해서는 견해를 달리할 수 있다. 영미법계 국가와 프랑스, 네델란드, 독일, 이탈리아 등의 국가는 중재판정의 기판력을 인정하고 있다. 특히 네델란드 민사소송법 제1059조 제1항은 “확정된 중재판정은 기판력을 가진다.”고 명시하고 있다.²⁴⁾

우리나라에서 “중재판정은 법원으로부터 승인을 받음으로써 기판력을 가지게 되는 것이다.”라고 하여 중재판정의 기판력을 마치 법원의 승인에서 나오는 것처럼 서술하는 견해가 있으나,²⁵⁾ 이러한 견해는 중재판정에 확정판결과 동일한 효과를 부여한 현행 중재법과 개정 중재법의 취지에 반한다고 할 것이다. 현행 중재법과 개정 중재법이 중재판정에 확정판결과 같은 집행권원성을 인정하지 않으면서, 기판력마저도 없다고 하면 개정 중재법 제35조는 전혀 의미 없는 규정이 되고 말 것이기 때문이다.²⁶⁾

따라서 개정 중재법 제35조에 따라, 중재판정에는 확정판결과 동일한 효과가 인정되나, 집행결정제도를 둔 개정법의 해석상 이는 중재판정에 기판력을 인정한 취지이고 집행권원

23) 기판력의 본질에 대해서는 (i) 확정판결을 실체법상의 법률요건과 동일하게 보아 기판력을 실체법상의 효력과 같은 것으로 보는 실체법설, (ii) 국가적 재판의 통일이라는 관점에서 후소법원에 대해 확정판결과 모순되는 판단을 금지시키고 당사자로 하여금 확정판결과 상이한 재판을 요구할 수 없게 하는 확정판결의 내용적인 구속력이라고 보는 소송법설(일명 모순금지설), (iii) 판결 전에는 단지 가정적·추상적으로 존재하는 권리에 실재성·구체성을 부여한다고 보는 구체적 법규설 내지 권리실체설, (iv) 국가적 재판의 통일이라는 관점에서 독자적인 재차의 재판을 금지시키는 것이라고 보는 신소송법설(반복금지설), (v) 확정판결에 있어 당사자에 대한 절차보장으로부터의 자기책임 및 신의칙이라고 보는 정당화근거설 등이 대립하고 있다. 호문혁 교수는 기판력의 본질과 관련하여 실체법설, 구체적 법규설, 소송법설 등이 대립하고 있다는 것을 설명하고 구체적 법규설은 실체법설의 아류로서 오늘날 고려의 가치가 없으므로 실체법설과 소송법설만을 설명하고 있다. 호문혁, 민사소송법, 제12판, 법문사, 2014, p.697. 우리 판례는 기판력의 본질이 모순금지에 있다고 본다. 위의 책, p.698.

24) 목영준, 앞의 책, p.196 및 각주 128에서 재인용.

25) 위의 책, p.240.

26) 필자의 생각으로는 중재판정 승인제도는 중재판정에 기판력을 부여하기 위한 것이 아니고 중재판정에 집행 거부 사유가 존재하지 않는다는 사실을 단순하게 확인하는 것에 불과하고 이미 발생한 중재판정의 기판력에는 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다. 이와 관련하여, 필자는 2016.10.18. 한국중재학회 추계학술대회 논문발표 시 “승인결정이 있으면 중재판정 거부 사유가 존재하지 않는다는 것이 확정되었으므로 다시 별도로 집행결정을 받지 않아도 중재판정을 집행할 수 있게 될 것이며, 그 결과 중재판정에 집행력을 부여한 것과 동일한 효과가 발생한다고 볼 것이다.”라고 주장하였지만, 개정 중재법 제37조가 승인결정과 집행결정을 별도로 규정하고 있고, 제2항에서 “중재판정에 기초한 집행은 당사자의 신청에 따라 법원에서 집행결정으로 이를 허가하여야 할 수 있다.”고 규정하여 집행결정이 있는 경우에만 특별히 집행력을 부여하는 입장을 취하고 있어서, 승인결정이 있다고 해서 당연히 중재판정에 집행력을 부여한 것과 동일한 효과가 발생한다고 볼 수는 없다고 보인다. 만약 승인결정 신청 당사자가 중재판정을 집행하려고 하는 경우에는 번거롭고 불편하더라도 다시 집행결정을 신청하는 수밖에 없을 것이다. 이 경우 법원은 승인결정의 기판력을 인용하여 집행결정을 하면 되겠지만, 국내 중재판정의 경우에 승인결정제도를 유지해야 하는 실익이 있는지에 대하여는 의문이 없지 않다.

으로서의 집행력을 인정한 것은 아니라고 보는 것으로 이해된다. 우리나라에서도 중재판정의 기판력을 인정하는 견해가 있다.²⁷⁾

일반적으로 집행결정 신청에 대한 결정은 중재판정에 집행력을 부여하는 결정이며, 중재판정의 기판력에 대해서는 직접적인 영향이 없다고 생각된다.²⁸⁾ 그런데 개정 중재법 제35조에 단서 규정을 추가하여, 중재판정의 승인 또는 집행이 거절되는 경우에는 확정판결과 동일한 효력을 상실하도록 하였다. 개정 중재법 제35조는 다음과 같다:

제35조(중재판정의 효력) 중재판정은 양쪽 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다. 다만, 제38조에 따라 승인 또는 집행이 거절되는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2016.5.29.>

법무부 개정이유서에 의하면, “현행법상 제35조에서 중재판정이 확정판결과 동일한 효력을 가진다고 선언하고도, 제37조에 제1항에서 중재판정의 승인 또는 집행은 법원의 승인 또는 집행판결에 따른다고 하고, 그 승인 및 집행의 요건에 관하여 국내중재판정의 경우 중재판정의 취소사유가 없을 것(제38조) 내지 뉴욕협약상 승인 및 집행거부사유가 없을 것(제39조 제1항)을 요구함으로써, 그 해석상 논란이 있으므로, 이를 해소하기 위하여 중재판정에 위와 같은 승인 거부사유가 있으면 취소되지 않더라도 기판력이 없다는 점을 명백히 규정하기로 한” 것이다.²⁹⁾

여기서 해석상의 논란이라는 것은 현행 중재법에서 중재판정의 승인 및 집행을 위해서는 중재판정에 취소사유가 없어야 하는데, 중재판정이 취소되지 않아 확정판결과 동일한 효력이 있더라도 승인 및 집행을 할 수 없는 경우가 발생하는 문제가 있는바, 이에 현행 중재법 제35조(중재판정의 효력)와 제38조(국내 중재판정) 내지 제39조(외국 중재판정)와의 관계상 중재판정에 취소사유가 있어도 취소되지 않는 한 당연히 기판력이 있다는 견해와 취소사유가 있으면 비록 취소되지 않더라도 기판력은 없다는 견해가 대립하고 있는 것을 말한다.³⁰⁾

국회 법제사법위원회 ‘중재법 일부개정법률안 검토보고(이하 ‘법률안 검토보고’라 한다)’는 위 단서와 같이 규정함으로써, 중재판정은 취소되지 않아도 집행허용 여부를 정하기 위한 절차에서 그 판정에 집행거부사유가 있음을 들어서 얼마든지 집행을 거부할 수 있으므로 일본 중재법과 같이 집행거부사유가 없는 경우에만 중재판정이 확정판결과 동일한

27) 호문혁, 앞의 책, 2014, p.692; 이시운, 신민사소송법, 제9판, 박영사, 2015, p.624.

28) 반면에, 중재판정 취소의 소는 중재판정의 기판력 자체를 다투는 형성의 소로 기판력 자체를 부인하는 효력을 갖게 된다. 이와 같이 집행결정과 중재판정 취소는 본질에 차이가 있다.

29) 법무부, 앞의 제·개정이유서, 12 제35조 (중재판정의 효력), 제38조 (국내 중재판정), 2. 제·개정 이유.

30) 위의 제·개정이유서, 12 제35조 (중재판정의 효력), 제38조 (국내 중재판정), 4. 입법추진과정에서 논의된 주요 내용 참조.

효력을 가진다는 것이 명확하게 되었다고 설명하고 있다. 나아가 중재판정에 승인 및 집행의 거부사유가 존재하는 경우 중재판정이 취소절차에 의해 취소되지 않더라도 기판력이 발생하지 않는다는 점을 명확히 하려는 개정안은 적절하다고 하고 있다.³¹⁾

또 대법원 법원행정처는 「중재법 일부개정법률안」(법무부)에 대한 검토의견³²⁾에서 중재법 개정안 제35조에 대하여 “견해의 대립은 있지만 중재판정취소사유가 있으면 중재판정이 취소되지 않더라도 기판력이 없다고 보는 것이 타당한바, 이러한 점을 명백히 한 개정 이므로 동의하”고 있다.³²⁾

이와 같이, 법무부, 국회 법제사법위원회, 대법원 법원행정처에서는 개정 중재법 제35조 단서는 중재판정 취소사유(승인거부사유)가 있으면 중재판정이 취소되지 않더라도 기판력이 없다는 점을 명백하게 하기 위한 것으로 이해하고 있다. 그러나 개정 중재법 위 제35조 단서 중 ‘제38조에 따라 승인 또는 집행이 거절되는 경우’는 두 가지로 해석될 여지가 있기 때문에 제35조 단서의 해석에 대하여 두 가지 견해가 있을 수 있다.

그 첫 번째 견해는 ‘제38조에 따라 승인 또는 집행이 거절되는 경우’를 ‘당사자가 집행결정 신청을 하고 법원이 이에 대하여 중재판정 취소사유의 존재를 이유로 승인 또는 집행의 거절이 확정되는 경우’로 이해하여, 신청기각결정을 받은 경우 중재판정은 확정판결과 동일한 효력을 갖지 않는다는 것이다. 다시 말해서 이 경우에는 비록 중재판정이 취소소송을 거치지 않고도 중재판정의 기판력을 인정하지 않는다는 것이다. 이 견해에 따르면 집행결정 신청기각결정을 받으면, 중재판정의 기판력이 존재하지 않기 때문에 취소소송에서 중재판정이 취소되어 중재판정의 기판력이 없는 것과 같은 상태가 된다. 따라서 당사자는 취소소송 결과와 동일하게 다시 다른 절차를 진행할 수 있게 된다.

다만, 이 경우에도 집행결정 신청기각결정이 확정된 후 중재판정의 기판력이 처음 성립당시에 소급하여 그때부터 소멸 되는지, 아니면 이왕에 존재하던 중재판정의 기판력이 신청기각결정이 확정된 때부터 소멸하는 것인지에 대하여 이견이 있을 수 있다.

만약에 처음부터 소급하여 기판력이 소멸한다고 하면 이미 중재판정 취소의 소가 제기되어 있는 경우에는 소의 이익이 상실되어 취소의 소를 유지할 필요성이 없어질 것으로 보이며, 신청기각결정이 확정 될 때까지 취소의 소가 제기 되지 않았다면 그 확정 이후에는 이미 기왕의 중재판정의 기판력이 소멸하게 되었으므로 취소의 소를 제기할 이익이 있는지가 문제될 것이나, 제35조 단서의 취지상 취소의 소를 거치지 않고 당사자는 취소소송 결과와 동일하게 다시 다른 절차를 진행할 수 있게 될 것이다.

31) 법제사법위원회, 앞의 법률안 검토보고, p.36.

32) 대법원 법원행정처, “「중재법 일부개정법률안」(법무부)에 대한 검토의견”, 2015.9.14, p.14.

만약에 신청기각결정이 확정된 때부터 중재판정의 기판력이 소멸한다고 해석하는 경우에는 신청기각결정이 확정되기 전까지는 중재판정의 기판력이 존재하고 있으므로 이에 대하여 중재판정 취소의 소를 제기할 수 있을 것이다. 그러나 신청기각결정이 확정된 경우에는 그때부터 중재판정의 기판력이 소멸되었으므로 취소의 소를 제기할 소의 이익이 존재하는지에 대하여 고민할 필요가 있을 것이나, 제35조 단서의 취지상 취소의 소를 거치지 않고 당사자는 취소소송 결과와 동일하게 다시 다른 절차를 진행할 수 있게 될 것이다.

첫 번째 견해에 의하면, 어떤 경우에도 중재판정 집행결정 신청이 있더라도 신청기각결정이 확정 되기 전까지는 제36조 제1항의 중재판정 취소의 소는 그대로 존재하며, 만약에 다른 당사자가 취소사유의 존재로 중재판정 취소의 소를 제기하면 이유가 있는 경우에는 중재판정 취소를 판결하여 중재판정의 기판력을 취소하게 될 것이다.

두 번째 견해는 ‘제38조에 따라 승인 또는 집행이 거절되는 경우’를 ‘제38조에서 정한 중재판정의 승인 또는 집행 거절 사유가 있는(존재하는) 경우’로 이해하여, 중재판정에 승인 및 집행의 거부사유가 존재하는 경우 확정판결과 동일한 효과를 갖지 않는다는 것이다. 다시 말해서 중재판정이 취소절차에 의해 취소되지 않더라도 기판력이 발생하지 않는다는 것이다.(법무부의 중재법 개정이유서나 법제사법위원회의 법률안 검토보고상의 문언은 이러한 견해를 지지하는 듯한 내용으로 읽힌다³³⁾) 개정 중재법 제35조 단서를 이와 같

33) 관련 부분을 명시하면 다음과 같다:

법무부 개정이유서에 의하면, “현행법상 제35조에서 중재판정이 확정판결과 동일한 효력을 가진다고 선언하고도, 제37조에 제1항에서 중재판정의 승인 또는 집행은 법원의 승인 또는 집행판결에 따른다고 하고, 그 승인 및 집행의 요건에 관하여 국내중재판정의 경우 중재판정의 취소사유가 없을 것(제38조) 내지 뉴욕협약상 승인 및 집행거부사유가 없을 것(제39조 제1항)을 요구함으로써, 그 해석상 논란이 있으므로, 이를 해소하기 위하여 중재판정에 위와 같은 승인 거부사유가 있으면 취소되지 않더라도 기판력이 없다는 점을 명확히 규정하기로 함. 이를 제35조에서 중재판정이 확정판결과 동일한 효력을 가진다고 선언함과 동시에 중재판정 승인 및 집행거부사유가 있으면 그러하지 아니함을 명시함.” 법무부, 앞의 제·개정이유서, 12 제35조 (중재판정의 효력), 제38조 (국내 중재판정), 2. 제·개정 이유;

“중재법 제35조와 제38조 내지 제39조와의 관계상 중재판정에 취소사유가 있어도 취소되지 않는 한 당연히 기판력이 있다는 견해와 취소사유가 있으면 비록 취소되지 않더라도 기판력은 없다는 견해가 대립하고 있었는데, 개정위원회로서는 후자의 견해를 채택하여 이를 명시하기로 함.”으로 되어 있다. 위의 제·개정이유서, 12 제35조 (중재판정의 효력), 제38조 (국내 중재판정), 4. 입법추진과정에서 논의된 주요 내용;

국회 법률안 검토보고에 의하면, “안 제35조는 중재판정에 승인 또는 집행거부 사유가 존재하는 경우 중재판정의 기판력이 발생하지 않는다는 점을 명확히 하려는 것임. 현행법은 중재판정이 확정결과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있으나, 중재판정의 승인 집행을 위해서는 ‘중재판정 취소사유가 없을 것(제38조), 뉴욕협약의 승인 집행 거부사유가 없을 것(제39조)’이 요구되어 중재판정이 취소되지 않아 확정결과 동일한 효력이 인정되더라도 승인 집행을 할 수 없는 경우가 발생하는 문제가 발생하여 그 해석에 논란이 있음. 이러한 논란을 해소하기 위해 중재판정에 승인 집행의 거부사유가 존재하는 경우 중재판정이 취소절차에 의해 취소되지 않더라도 기판력이 발생하지 않는다는 것을 명확히 하려는 개정안은 적절함. 아울러 중재판정의 효력이 발생하는 경우와 중재판정의 승인 집행이 가능한 경우를 일치시켜 현행 중재법 제35조와 제38조·제39조의 해석에서 발생하는 중재판정의 효력과 집행력의 불일치를 해소할 것으로 보임.”으로 되어 있다. 법제사법위원회, 앞의 법률안 검토보고, pp.36-37.

또 국회 법률안 검토보고 각주 16)에 의하면, “중재법 제35조와 제38조·제39조 간의 관계에서, 중재판정에 취소사유가 있어도 취소되지 않는 한 당연히 기판력이 있다는 견해와 취소사유가 있으면 비록 취소되지 않더라도 기판력은 없다는 견해가 대립하고 있으나, 중재판정은 취소되지 않아도 집행허용 여부를 정하기 위한 절차에서 그 중재판정에 집행거부사유가 있음을 들어 얼마든지 집행을 거부할 수 있으므로 일본 중재법과 같이 집행거부사유가 없는 경우에만 중재판정이 확정판결과 동일한 효력을 가진다는 것을 명시하기로

이 새기면 중재판정은 제38조의 승인 또는 집행 거부사유, 즉 취소사유가 있으면 처음부터 중재판정의 효력이 없고 나아가 처음부터 중재판정의 기판력이 존재하지 않게 된다. 따라서 이 단서 규정의 추가는 개정 중재법 제36조(중재판정 취소의 소)와의 관계에서 중재판정 취소의 대상을 애매하게 만들고 나아가 제36조 제1항의 규정을 무의미하게 만드는 문제가 있다. 다시 말하여 개정 중재법 제35조의 단서 규정으로 인하여 제36조 제1항이 사문화 되는 결과를 초래하였다. 이하에서 살펴본다.

개정 중재법 제36조는 제1항에서 “중재판정에 대한 불복은 법원에 중재판정 취소의 소를 제기하는 방법으로만 할 수 있다.”고 규정하고, 제2항에서 중재판정 취소사유를 규정하고 있다.³⁴⁾ 제36조 제1항에서 말하는 중재판정 취소의 소는 ‘소’를 제기하여 중재판정을 실효시키는 것이다.³⁵⁾ 만약에 취소사유를 구비하고 있다고 하여 제35조 단서와 같이 처음부터 중재판정이 확정판결과 동일한 효력이 없다고 하면 그 경우에는 중재판정의 기판력이 존재하지 않는다고 보아야 하고, 그러면 중재판정 취소소송에서 실효시킬 대상이 존재하지 않게 된다. 만약 당사자가 개정 중재법 제36조 제1항에 근거하여 중재판정 취소의 소를 제기하면 이 소는 소의 이익이 존재하지 않기 때문에 법원은 이 소를 부적법한 것으로 각하하게 될 것이다. 결국 당사자들은 중재판정에 취소사유가 있더라도 중재판정 취소소송을 제기하지 못하게 되어 개정 중재법 제36조 제1항은 사문화 되는 결과를 초래하게 된다.

한편, 개정 중재법 제36조 제1항은 중재판정에 대한 불복은 취소의 소를 제기하는 방법

합.”으로 되어 있다. 위의 법률안 검토보고, p.36.

34) 개정 중재법 제36조는 다음과 같다:

제36조(중재판정 취소의 소) ① 중재판정에 대한 불복은 법원에 중재판정 취소의 소를 제기하는 방법으로만 할 수 있다.

② 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 중재판정을 취소할 수 있다.

1. 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사실을 증명하는 경우

가. 중재합의의 당사자가 해당 준거법(準據法)에 따라 중재합의 당시 무능력자였던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 따라 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 따라 무효인 사실

나. 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 그 밖의 사유로 본안에 관한 변론을 할 수 없었던 사실

다. 중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실. 다만, 중재판정이 중재합의의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로 분리될 수 있는 경우에는 대상이 아닌 중재판정 부분만을 취소할 수 있다.

라. 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 당사자 간의 합의에 따르지 아니하였거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니하였다는 사실

2. 법원이 직권으로 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 경우

가. 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 경우

나. 중재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위배되는 경우

③ 중재판정 취소의 소는 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재판정의 정본을 받은 날부터 또는 제34조에 따른 정정·해석 또는 추가 판정의 정본을 받은 날부터 3개월 이내에 제기하여야 한다.

④ 해당 중재판정에 관하여 대한민국의 법원에서 내려진 승인 또는 집행 결정이 확정된 후에는 중재판정 취소의 소를 제기할 수 없다.

35) 목영준, 앞의 책, p.210.

만으로 할 수 있다고 규정하나, 취소사유와 동일한 사유가 존재하는 중재판정에 대하여는 제35조 단서가 애초에 기판력을 인정하지 않기 때문에 당사자는 취소의 소를 제기함이 없이도 중재판정에 집행거부사유가 존재함을 주장하며 중재판정의 기판력을 다툴 여지가 있고, 결과적으로 취소의 소를 제기함이 없이도 중재판정에 불복하는 것을 긍정하게 되는 것이다. 이 경우 제36조 제1항의 취소의 소는 중재판정에 기판력이 존재하는지 여부를 확인하는 것에 불과하여 그 성격을 형성의 소라고 볼 수 있는지도 의문이다. 제35조의 단서 규정 때문에 제36조 제1항의 ‘취소의 소’라는 표현도 잘못된 것으로 보아야 할 것이다.

취소사유와 동일한 사유가 존재하는 중재판정에 대하여는 제35조가 애초에 기판력을 인정하지 않기 때문에 당사자는 취소의 소를 제기함이 없이도 중재판정에 집행거부사유가 존재함을 주장하며 기판력을 다툴 여지가 있어서 결과적으로 취소의 소를 제기함이 없이도 중재판정에 불복하는 것을 긍정하게 되는 점을 명확히 하기 위하여 아래에 몇 가지 사례를 가정하여 살펴보기로 한다.

예컨대, A 명의로 소유권이전등기가 된 부동산에 대하여 B가 자신에게 소유권이 있음을 주장하였고, B는 A와의 중재합의에 따라 A에 대하여 문제가 된 부동산의 소유권확인을 구하는 중재신청을 하여 패소판정을 받았으나, B는 여전히 자신에게 소유권이 있다고 주장하고 있고, 한편 위 중재합의에는 무효사유가 존재한다고 가정해보자.³⁶⁾

이 경우 B는 중재판정 취소의 소를 제기할 수 있을 것이다. 그런데 개정 중재법 제35조 단서에 의하면, 이 중재판정은 취소사유(중재합의의 무효)가 있는 판정이므로 처음부터 중재판정으로서의 기판력이 존재하지 않게 된다. 따라서 이 때 B는 중재판정 취소의 소를 구하는 대신에 A의 소유권이전등기에 대한 말소등기를 청구하는 별개의 소송을 제기할 수 있으며(이때 A는 중재합의가 있었음을 들어 소가 부적법하다고 본안전항변을 할 수 있으나 중재합의가 무효이기 때문에 위 항변은 배척될 것이다³⁷⁾), 이 경우 소송을 접수한 법원은 B의 말소등기청구가 이유있는지를 심리함과 동시에 중재판정의 기판력 유무를 판단하기 위해 중재합의의 유무효에 관한 사항도 심리하게 될 것이다. 심리 결과 중재합의에 무효사유가 있다고 판단되는 경우 수소법원은 중재판정의 기판력(B에게 부동산에 대한 소유

36) 보다 일반적인 사례로서 A와 B 사이의 매매계약관계를 가정하고, A가 B에 대하여 매매대금채무부존재확인을 구하는 것과 B가 A에 대하여 매매대금을 청구하는 관계의 사례도 가능할 것이다.

37) 이 경우 법원은 개정 중재법 제9조 제1항을 적용하여 판단하게 될 것이다. 개정 중재법 제9조 제1항에 의하면, “중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변(抗辯)을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하여야 한다. 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하”므로 중재합의가 무효라고 가정된 사례에서 A의 항변은 배척될 것이다. 다만 이 경우에도 B가 제기한 소가 선행의 중재절차가 종료한 후에 소를 제기한 경우에 해당하는 것이기 때문에 이러한 경우에도 종전 중재합의의 무효 자체를 주장할 수 있는지 의문을 가져볼 수 있다. 현행법상 중재판정 취소의 소 역시 선행 중재절차가 종료된 후에 제기되어 중재판정의 유무효를 다투는 것이고, 취소의 소의 결과와 관련하여 당사자 사이에 실제적 분쟁관계가 모두 해소되었다고 볼 수 없는 경우 여전히 중재합의가 유효하면 다시 다른 중재절차를 개시할 수 있는 점을 고려하면 선행 중재절차가 종료되었다고 해서 중재합의의 무효를 다툴 수 없다고 세기기는 어려울 것으로 보인다. 또 이론적으로 중재판정의 존재만으로는 중재합의 자체의 유무효 여부에 대한 기판력이 생기는 것도 아니라고 보인다.

권이 없다)에 구속되지 않고 B에게 계쟁부동산에 대한 소유권이 인정되는지 여부, 그로 인해 B의 A에 대한 말소등기청구가 이유있는지 여부를 자유롭게 심리할 수 있게 된다.

반대로 A가 중재절차에서 패하여 B에게 소유권이 인정되는 상황의 경우, 이 때에도 중재합의가 무효이기 때문에 중재판정에는 기판력이 존재하지 않으므로 A는 중재판정 취소의 소를 제기하는 대신에 B에 대하여 다시 한 번 소유권확인 소를 제기하여 다룰 수 있게 된다.

만약에 실제관계와 관련된 내용은 동일한데 중재절차가 당사자 간의 합의에 따르지 않아 중재판정에 대한 취소사유가 인정되는 사안을 가정을 해보자. 이 경우에 A는 바로 다른 중재절차에서 다시 중재할 것을 신청하거나(A가 패소한 경우), 반대로 B도 중재판정 취소의 소를 제기하지 않고 다른 중재절차를 통한 중재를 신청할 수 있게 된다.³⁸⁾

만약에 현행 중재법과 같이 제35조의 단서가 없다고 가정하여, 중재판정의 기판력이 존재한다고 해도 별개의 소송을 제기할 수 있다. 왜냐하면 기판력 자체가 별소를 막는 효력이 있는 것은 아니고 단지 모순되는 판단만을 못하게 하는 효력을 가지기 때문이다. 다만, 중재판정에 기판력이 존재하면 별소를 제기할 큰 유인이 없게 된다.

가령 위 사안에서 중재판정 승소자인 A는 다시 자신의 소유권확인을 구하는 소를 제기한다고 해보자. 이때 중재판정의 기판력으로 인해 A의 소제기는 소의 이익이 없어 부적법하므로 각하의 대상이 될 것이다. 반대로 패소자인 B가 자신의 소유권 확인의 소를 제기하거나 A의 소유권이전등기에 대한 말소등기청구를 하는 경우 수소법원은 중재판정의 기판력으로 인해 실체를 심리함이 없이 중재판정과 모순되는 결론이 발생하지 않도록 하기 위해 B의 청구를 기각하게 될 것이다. 따라서 중재판정의 기판력이 존재하는 경우 당사자들이 별소를 제기하더라도 큰 실익은 없게 된다.

위에서 검토한 바와 같이, 중재판정이 있는 후에 별소나 다른 절차를 통하여 분쟁을 해결할 수 있다면, 취소의 소의 방법으로만 중재판정에 불복할 수 있다고 규정하고 있는 개정 중재법 제36조 제1항의 취지에 반하는 것은 아닌가 하는 의문이 없지 않다. 개정 중재법 제36조 제1항은 다음과 같다:

제36조(중재판정 취소의 소) ① 중재판정에 대한 불복은 법원에 중재판정 취소의 소를 제기하는 방법으로만 할 수 있다.

여기서 ‘불복’은 중재판정 자체에 대하여 이를 받아들이지 않는 것을 말하며, 다른 소

38) 이 경우에는 중재절차가 당사자 간의 합의에 따라 진행되지 않아서 중재판정에 취소사유가 있는 것이고 이왕의 중재판정은 중재법 제35조 단서에 의하여 기판력이 없는 것이므로 기존의 중재합의는 여전히 유효하다고 볼 것이고, 따라서 별소의 제기는 불가능하고 당연히 기존의 중재합의에 의하여 다른 중재절차를 개시할 수밖에 없을 것이다.

송사건에서 주장 항변 기타의 방법으로 다투는 것을 포함하지는 않는다고 보아야 할 것이다. 또 개정 중재법 제9조(중재합의와 법원에의 제소)³⁹⁾ 제1항에 의하여 중재합의 대상인 분쟁에 대하여 소송을 제기하지 못하는 것에도 구분해야 할 것이다. 이렇게 새긴다면, 제36조 제1항의 ‘불복’은 중재판정 기판력에 대한 불복으로 보아야 할 것이고, 따라서 제36조 제1항의 취지는 중재판정의 기판력을 없애고 싶으면 반드시 취소소송을 하라는 것이고 취소소송으로 하지 않으면 기판력을 없앨 수 없다는 것으로 보아야 할 것이다.

개정 중재법 제36조 제1항을 위반하여 제기된 별소나 다른 절차를 어떻게 처리할 것인지 제36조 제1항을 소송요건, 즉 적법요건으로 볼 것인지 아닌지에 달려 있다고 하겠다. 제36조 제1항을 적법요건으로 본다면 이를 위반하여 제기된 별소는 부적법한 것으로 각하되어야 마땅할 것이고, 적법요건으로 보지 않는다면 기각되어야 할 것이다.

이와 관련하여, 중재판정이 있는 사건이 별소의 형태로 제기된 경우에 법원은 제36조 제1항 자체를 소의 적법요건으로 보지 않는 것으로 보인다. 다시 말해서 개정 중재법 제36조 1항을 위반하여 별소를 제기하였다고 하더라도 이를 부적법한 것으로 그 소를 각하하지 않는다는 것이다. 현행 중재법 하에서 사실심에서 법원이 별소를 받아들인 후에 그 소의 심리를 진행하여 그 별소에 중재판정의 기판력이 미친다는 것을 이유로 소를 기각한 사례가 있다.⁴⁰⁾ 요컨대, 법원이 현행 중재법 제36조 제1항(개정 중재법 제36조 제1항과

39) 개정 중재법 제9조(중재합의와 법원에의 제소) ① 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변(抗辯)을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하여야 한다. 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 피고는 제1항의 항변을 본안(本案)에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하여야 한다.

③ 제1항의 소가 법원에 계속(繫屬) 중인 경우에도 중재판정부는 중재절차를 개시 또는 진행하거나 중재판정을 내릴 수 있다.

40) 서울서부지방법원 2015가단31172. 이 사안에 대한 법원의 판단과 결론은 다음과 같다.

2. 판단

중재판정은 양쪽 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력이 있고(중재법 제35조), 확정판결의 기판력이라 함은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단의 내용은 이후 그 소송당사자의 관계를 규율하는 새로운 기준이 되는 것이므로 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는 구속력을 의미하는 것인바(대법원 1987.6.9. 선고 86다카2756 판결 참조), 중재판정이 당연무효이거나 중재판정 취소 판결에 의하여 취소되지 아니하는 한 그 효력에 모순 저촉되는 주장을 할 수 없고, 가분채권의 일부에 대한 이행청구의 소를 제기하면서 그 일부를 유보하고 나머지만을 청구한다는 취지를 명시하지 아니한 이상 그 확정판결의 기판력은 청구하고 남은 잔부청구에까지 미치는 것이므로, 그 나머지 부분을 별도로 다시 청구할 수는 없다(대법원 1993.6.25. 선고 92다33008 판결).

갑 제3호증의 기재에 의하면, 원고와 피고는 이 사건 공사와 관련한 분쟁에 대하여 대한상사중재원에 중재를 각 신청한 사실, 중재판정부는 2014.3.26. 이미 시공된 판넬을 철거하는데 따른 비용으로 11,730,000원, 판넬 철거 후 전기, 설비 부분 재시공비용으로 7,656,000원을 인정하였고, 판넬공사대금 41,789,280원, 창호/유리공사대금 16,164,000원을 피고의 기성금으로 인정하였으며, 화장실 내부공사, 1층 탕비실 벽체공사 및 각 층 탕비실 내부공사, 누수차단 코킹공사, 1층 주출입구 강화도어 설치공사를 피고가 미시공한 부분으로 인정하고 이를 서로 정산한 후 피고로 하여금 원고에게 4,075,224원을 지급할 것을 명한 사실을 인정할 수 있다.

그런데 원고가 중재사건에서 지급을 구한 청구와 원고가 이 사건 청구를 통하여 지급을 구하는 판넬, 창호 재시공비용 57,953,280원, 주차장, 데크하부, 내부판넬 비난연 등 미시공 부분 비용 44,672,207원, 재시공 합의 후 미시공 부분의 비용 18,107,200원의 손해배상 및 부당이득반환청구는 동일한 공사에 기하여 발생한 것으로서 하나의 소송물이거나 최소한 청구의 기초를 같이 하는 관계에 있다 할 것인바, 위 중재

같다)을 운용하는 방식은 바로 별소를 부인하는 것이 아니고, 이를 중재판정의 기판력의 문제로 이해하여 동 조항의 취지에 맞게 처리하여 동일한 효과를 얻는다는 것이다.

이러한 입장에서는 현행 중재법처럼 중재판정이 확정적으로 취소되기 전까지는 기판력이 있다고 보았던 경우에는 당사자가 다시 중재를 신청하거나 별소로 동일한 내용을 다투더라도 중재판정의 기판력으로 인하여 실제관계를 심리함이 없이 중재판정과 같은 결론을 내야 했기 때문에 중재판정에 패소한 당사자는 오로지 중재판정 취소의 소만 제기할 수밖에 없었다. 다시 말해서 당사자들이 알아서 별소를 제기 하지 않고 취소소송을 제기하도록 간접적으로 강제하고 있다고 볼 수 있다.

다만, 현행 중재법 제36조 제1항에서 명시한 불복의 의미와 동 조항의 취지는 개정 중재법과 동일하다고 볼 것이며, 이를 고려하면 동 조항은 소의 적법요건을 규정하고 있는 것으로 보아야 할 것이고, 중재판정을 받은 당사자가 별소 또는 다른 절차를 이용하여 권리 주장을 하는 것은 제36조 제1항의 취지에 반하는 것으로 보아 당해 소를 각하해야 할 것이다.⁴¹⁾ 따라서 위 사실심에서 행한 법원의 판단은 올바른 것이 아니라고 보아야 할 것이다.

생각건대, 개정 중재법 제36조 제1항이 사문화 되지 않고 정상적으로 기능을 한다면 개정 중재법 하에서도 동일하게 새겨야 할 것이다. 개정 중재법 제36조 제1항이 취소의 소의 방법으로만 중재판정에 불복할 수 있다고 규정하고 있다고 하더라도 중재판정이 있을 후에 당사자가 별소나 다른 절차를 통하여 분쟁을 해결하는 것을 바로 억제할 수는 없는 것이고, 이러한 별소가 제기된 경우에 그 소를 각하하여 사건을 정리할 수 있을 것이다. 그렇지만, 개정 중재법 제36조 제1항을 적법요건으로 새긴다고 하여도, 제35조의 단서의 경우와 같이 중재판정의 기판력이 없는 경우에는 취소소송의 대상이 존재하지 않아 취소소송 자체가 성립되기 어려우므로 취소소송의 성립을 전제로 하는 위와 같은 논의는 적용되기 어렵고, 이 경우 바로 제기되는 별소가 부적법한 것이어서 각하되어야 한다고 보기는 어렵다고 생각된다. 다시 말해서 개정 중재법 하에서는 제36조 제1항이 사문화 되어 적법요건이 되는지를 검토할 대상이 존재하기 않게 되어 제36조 제1항이 적법요건이 된다고 말할 수 없게 된다. 따라서 개정 중재법 하에서 중재판정 취소사유가 있는데도 중재판정 취소의 소를 제기하지 않고 별소를 제기하는 것이 개정 중재법 제36조 제1항의 취

판정의 기판력이 이 사건에도 미친다 할 것이고, 중재사건에서 명시적 일부청구를 하였다고 볼 만한 증거도 없으므로 이 사건에서 원고의 잔부청구를 허용할 수도 없다.

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 위 중재판정의 기판력에 모순·저촉되어 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

41) 필자는 2016.10.28. 한국중재학회 추계학술발표대회에서 논문을 발표할 때 “중재판정을 받은 당사자가 별소 또는 다른 절차를 이용하여 권리 주장을 하는 것이 반드시 제36조 제1항의 취지에 반하는 것은 아니다.”라고 주장하였으나, 불복의 의미 및 제36조 제1항의 취지를 고려하면 개정 중재법 제36조 제1항을 적법요건으로 보는 것이 타당하다고 볼 것이므로 본문과 같이 견해를 수정하였다.

지에 반하는 것은 아니라고 생각된다.

한편, 앞에서 언급한 바와 같이 개정 중재법 제35조 단서에 의하여 중재판정에 취소사유(승인 또는 집행 거부사유)가 있는 경우에는 중재판정이 확정판결과 동일한 효력이 상실되고, 중재판정의 기판력도 상실된다고 보아야 할 것이므로 설사 패소 당사자가 제36조 제1항에 근거하여 취소의 소를 제기한다고 하더라도 이 소는 중재판정에 기판력이 존재하는지 여부를 확인하는 것에 불과하여 그 성격을 형성의 소라고 볼 수 있는지도 의문이 있고, 또 제35조의 단서 규정 때문에 제36조 제1항의 ‘취소의 소’라는 표현도 잘못된 것으로 보아야 할 것이기 때문에 이를 좀 더 살펴볼 필요가 있다.

먼저 취소의 소가 되기 위해서는 이미 존재하고 있는 기판력을 소멸시켜야 할 것인데, 중재판정의 기판력이 제35조의 단서에 의하여 이미 소멸되고 없기 때문에 제36조 제1항의 취소의 소는 성격상 ‘취소의 소’가 되기는 어렵고, 나아가 중재판정 기판력을 소멸시키는 것도 아니므로 그것이 ‘형성의 소’의 성질을 가진다고도 보기 어렵다. 또 패소 당사자가 제36조 제1항에 따라 중재판정 취소소송을 제기하더라도 판단해야 할 소송 대상이 부존재하여 소의 이익이 없을 것이므로 부득이하게 법원은 이 소송을 부적법한 것으로 판단하여 각하할 수밖에 없을 것이다. 그러면 당사자는 결국 중재판정 취소의 소를 제기할 수 없게 된다.

만약 당사자가 중재판정 취소소송을 제기할 수 없다면, 중재판정 부존재확인 소를 제기할 수 있는지 검토해 볼 수 있을 것이다. 실무상 판결이나 중재판정이 부존재하는 경우에 그 부존재를 확인하는 소가 허용되는지에 대해서도 검토를 해 보아야 하겠지만, 일단 이 경우 소송을 통하여 부존재를 확인하기보다는 그것이 다루었던 실체적 권리관계에 대한 소를 다시 제기하면 될 것이므로 판결이나 중재판정 자체의 부존재확인 소는 확인의 이익이 없는 것으로 보인다. 그렇다면 당사자가 중재판정 부존재확인 소를 제기하기는 어려울 것이다. 개정 중재법 하에서 당사자가 중재판정 자체를 취소하거나 부존재확인을 하는 것은 어렵기 때문에 결국 당사자는 중재판정 집행결정 신청이나 별소 또는 다른 절차를 통해서만 권리구제를 추구하게 될 것이다.

다시 개정 중재법 제35조 중재판정의 효력 문제로 돌아가서 살펴보면, 제35조 단서를 두 번째 견해와 같이 새기면, 앞에서 언급한 바와 같이, 중재판정이 애초부터 기판력을 상실하게 되어 별소나 다른 절차를 통하여 자유로운 심리가 가능한 중간지대가 존재하게 된다. 결과적으로 중재판정의 기판력을 제한하는 개정 중재법 제35조의 단서 규정으로 인하여, 중재판정에서 패소한 당사자가 중재판정에 취소사유가 있다고 주장하면서 중재판정 취소의 소를 제기할 수는 없고 중재판정에서와 동일한 실체관계에 대해 다시 중재를 신청하거나 별소를 제기하는 것이 오히려 허용되는 모양이 되어버렸다. 결국 두 번째 견해에 의하면, 개정 중재법은 제35조 단서를 추가함으로써 기존의 중재판정 취소와 중재판정의

승인 및 집행 거절에 관한 법적인 틀을 바꾸어버린 결과를 초래하게 되었다. 나아가 제36조 제1항의 규정을 사문화시켜 무의미하게 만들어버리는 불합리한 결과를 초래하게 된다.

생각건대, 두 번째 견해는 문제가 많으며, 그러한 문제에 대하여 쉽게 해결 방안을 모색하기도 쉽지 않다. 그러나 법무부 개정이유서와 국회의 법률안 검토보고는 두 번째 견해를 지지하는 것처럼 읽힌다는 데 문제가 있다. 첫 번째 견해에 따르는 것이 입법자의 입법의도와는 다소 다르지만, 중재법이 이미 입법자의 손을 떠난 만큼 법의 해석은 상황에 맞게 해석되어야 한다는 점에서 바람직하다고 할 것이다. 다행히 개정 중재법 제35조 단서 자체가 다의적으로 해석될 수 있도록 구성되어 있기 때문에 자구를 추가하여 그 의미를 분명히 해석한다면 운영에는 그다지 문제가 없을 것으로 사료된다.⁴²⁾

(3) 당사자가 각각 집행결정 신청과 중재판정 취소의 소를 구하는 경우의 문제점

개정 중재법이 중재판정에 대한 집행허부의 심사절차를 판결절차에서 결정절차로 전환함으로써 실무상 일방 당사자는 중재판정 결정을 신청하고, 다른 당사자는 중재판정 취소의 소를 구하는 경우가 발생할 수 있어서 검토가 필요하다.⁴³⁾

먼저, 일방 당사자가 먼저 중재판정 집행결정 신청을 하고 그 후에 다른 당사자가 중재판정 취소의 소를 제기한 경우, 후에 신청된 중재판정 취소의 소를 각하할 것인지, 각각 심리할 것인지 문제가 될 수 있다. 반대로 일방 당사자가 중재판정 취소의 소를 제기한 후 다른 당사자가 중재판정 집행결정을 신청 한 경우, 후에 신청된 집행결정 신청을 각하할 것인지, 각각 심리할 것인지 문제될 수 있다. 이는 특히 중복제소의 금지(민사소송법 제259조)의 취지⁴⁴⁾나 절차 이익의 측면과 관련이 있을 것이다.

취소의 소는 재심의 소와 유사한 형성의 소에 해당하는 것임에 반하여(다만 개정 중재법 하에서 제35조 단서 규정에 관하여 앞에서 언급한 두 번째 견해에 의한다면 취소의 소를 형성의 소라고 하기에는 무리가 있다. 아직 개정 중재법의 취소의 소의 성격에 대하여 정해진 바가 없으므로, 여기서는 기존의 이론에 따라 전개한다. 또 개정 중재법에서 취소의 소가 명칭과는 다르게 실질적으로 확인의 소에 불과하다고 하더라도 집행신청과는 성격이 달라서 결과가 달라지지는 않는다) 집행결정은 집행력을 부여할지 여부에 관한 것으로서 양자는 성격이 다르다. 따라서 실질적으로 판단되는 사유가 동일하다고 하더라도

42) 이와 관련하여, 특히 제35조 단서 내용의 영문 번역에 유의하여야 할 것으로 보인다. 영어는 한글 표현 방식과는 달리 본문에서 제시한 두 견해 중 어느 하나에 해당하는 견해를 택하여 번역해야 할 가능성이 크며, 이 경우 법무부 등 입법 관여자들의 견해를 좇아 두 번째 견해를 지지하게 되면 외국 당사자와의 관계에서 많은 혼란이 초래될 것으로 예상된다.

43) 이 부분은 윤진기, 앞의 글(중재에 대한 법원의 협조 및 중재기관의 중립성 확보)에서 해당 부분을 수정 보완한 것이다.

44) 양 절차가 판결절차와 결정절차로 서로 다르므로 중복제소의 금지 원칙이 바로 적용된다고 볼 수는 없을 것이다. 다만 기판력과 소송경제의 관점을 다루는 중복제소 금지의 '취지'를 양 절차에서도 살펴볼 필요는 있다고 생각된다.

양 절차의 심리 방식이 다르고 또 효력에 차이가 존재하는 이상 어느 한 절차가 개시되었다는 사정만으로 다른 절차의 개시가 부적법하다거나 절차의 이익이 없다고 단정할 수 있는지 여부에는 의문이 있다. 즉, 양 절차의 병존을 긍정할 수밖에 없지 않은가 생각된다.⁴⁵⁾ 판례는 단지 중재판정 취소의 소가 제기된 것만 가지고는 집행판결을 구하는 소제기를 저지할 수 없다고 한다.⁴⁶⁾

이렇게 새길 경우에, 모든 집행결정 신청의 경우에 상대방 당사자가 엄격한 심리를 하는 중재판정 취소의 소를 제기하여 집행결정을 방해할 가능성도 없지 않다. 또 변호사들도 소송전략의 차원에서 이러한 것을 권유할 가능성이 많아 보인다.

개정 중재법 제36조(중재판정 취소의 소)와 제37조(중재판정 집행결정)의 부조화⁴⁷⁾로 인하여 중재판정 집행결정 신청이 중재판정 취소의 소에 의해서 제동이 걸리게 되면 중재를 통한 신속한 분쟁해결이라는 중재의 장점은 거의 무시되고, 당사자들은 취소소송에 휘말려 의도하지 않은 시간과 비용을 치르게 될 우려가 있다.

만약 대법원에 가서 최종적으로 판정취소의 사유가 없는 것으로 판결이 내려졌다고 하더라도, 당사자는 단심이고 신속하고 경제적인 중재를 이용하여 분쟁을 해결하려고 하다가 오히려 자신의 분쟁을 해결하기 위하여 실질적으로는 4심의 지루한 소송 전을 치르게 되어 아예 처음부터 소송을 제기한 경우보다 못하게 될 것이다. 이 경우 피해 당사자는 다시는 중재를 하지 않으려고 할 것이고 중재라는 말만 들어도 진저리를 칠 것이다. 나아가 다른 동업자들에게 절대로 중재를 하지 말라고 충고하게 될 것이다. 이렇게 되면 잠재적 당사자들의 중재제도에 대한 신뢰도가 저하되어 중재 친화적인 환경을 조성하여 중재를 활성화시켜야 하는 시대적 요구에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

그 다음, 중재판정 집행결정 신청과 중재판정 취소의 소가 동시에 또는 각각 제기된 경우에 이를 별도로 심리할 것인지, 병합하여 심리할 것인지, 아니면 둘 중 하나를 중지시키고 그 중 하나만을 먼저 심리할 것인지도 문제될 수 있을 것이다.

당사자가 처음부터 같은 법원에 양 절차의 병합심리를 신청할 수 있는지에 관하여는 부정적일 것으로 보인다. 예컨대, 취소의 소 진행 중 당해 재판부에 집행결정을 신청한다거나 집행결정절차의 진행 중 당해 재판부에 취소의 소를 제기하는 것은 이를 인정하는 민

45) 개정 중재법 제36조 제4항의 취지를 고려하면, 집행결정이 확정되기 전에 중재판정 취소의 소가 제기된 경우에는 이를 각각 심리할 수밖에 없을 것이다. 두 사건을 각각 심리하는 경우에는, 먼저 확정된 판결 내지 결정에 의해 중재법 제36조 제2항 사유의 존부 여부에 대한 기판력이 발생할 것이고, 계속 중인 절차는 위 재판의 기판력에 모순·저촉되지 않는 재판을 하여야 할 것이다(취소의 소가 먼저 확정되어 중재판정이 취소되는 경우라면, 집행결정 신청은 그 전제가 되는 중재판정이 존재하지 않아 신청의 이익이 없어 부적법하게 될 것이다). 양 절차가 모순되게 확정되는 경우 먼저 확정된 재판의 기판력에 저촉되는 재판에 재심 내지 준재심사유가 존재하는 것으로서 취소되어야 할 것이다(이는 양 절차가 기판력이 미치는 관계에 있음이 전제된 경우에 한한다).

46) 대법원 2001.10.12. 99다45543.45500, 이시윤, 신민사집행법, 제6보정판, 박영사, 2014, p.132에서 재인용.

47) 여기서 '부조화'란 동일한 취소사유에 대하여 심리의 경중이 다른 절차에 의하여 동일한 결과를 얻을 수 있는 것을 말한다. 이 경우에 중재판정 이행을 원하지 않는 당사자는 심리가 복잡한 절차를 원하게 될 것이다.

사소송법상 근거가 없는 것으로 보이며, 양 절차의 성격이 다르기 때문에 반소를 인정하는 것도 쉽지 않다. 결국, 두 사건을 접수 받은 법원은 모순되는 결론을 회피하기 위하여 사건의 이송 또는 재배당을 통하여 한 재판부가 전담하는 형식을 취하거나 다른 절차가 종료될 때까지 사건을 중지하는 등 법원의 절차수행권을 행사하여야 할 것으로 보인다.

이와 관련된 법원의 재판 실무를 알기는 어려우나, 먼저 접수된 사건을 우선적으로 처리하거나 각각 별개로 심리를 하는 경우에는 아무래도 중재판정 집행결정 신청을 먼저 하는 것이 다소 유리한 측면이 있다. 이 경우에는 당사자들이 경쟁적으로 중재판정 결정신청을 하게 될 것이므로 단심제로서의 중재의 장점이 사라지고 의도치 않게 4심제에 의한 심리가 불가피하게 될 우려도 없지 않다. 이를 방지하기 위해서는 두 사건이 성격이 다른 것이지만, 집행결정과 중재판정 취소의 소가 실질적으로 판단하는 사항은 같다는 점을 고려하여 두 사건의 접수시기와는 무관하게 병합심리하여 하나의 결론을 당사자들에게 제시하는 것이 바람직하다고 생각된다.

이 경우에도 법원은 필요적 변론을 허용할 것인지의 여부에 대하여 결정해야 할 것이고, 만약 필요적 변론을 허용하지 않는다면 취소의 소를 제기한 당사자의 입장을 고려하지 않는 것이 되어 단순한 불공평함을 넘어서 당사자의 소송상의 권리를 침해한 것으로 볼 수 있고, 만약 필요적 변론을 허용한다면 변호사들은 취소의 소를 소송 전략으로 사용할 가능성이 높아진다.

또 집행결정절차와 취소소송절차를 동일한 재판부가 담당하는 방법과 관련하여 소송실무상 변론의 병행이라는 것을 고려해 볼 수 있지만, 이것은 제도화되어 있는 것이 아니므로, 동일한 재판부가 집행결정절차와 취소소송절차를 함께 처리하기 위해서는 입법론적 해결책이 강구되어야 할 것으로 보인다.⁴⁸⁾

또 중재판정 취소의 소와 집행결정 신청이 다른 법원에서 이루어지는 경우가 존재할 수 있기 때문에 심각한 소송지연이 발생할 수 있다. 중재판정 취소의 소는 중재합의에서 지정한 법원이 관할하고, 그 지정이 없는 경우에는 중재지를 관할하는 법원이 관할한다. 반면에 중재판정 집행 청구의 소는 앞의 두 법원 외에 피고 소유의 재산이 있는 곳을 관할하는 법원이나 피고의 주소 또는 영업소, 주소 또는 영업소를 알 수 없는 경우에는 거소, 거소도 알 수 없는 경우에는 최후로 알려진 주소 또는 영업소를 관할하는 법원이 관할한다.⁴⁹⁾

48) 이 방안은 2016.10.28. 한국중재학회 추계학술발표대회 논문발표 시 강수미 교수가 토론문에서 제안한 것이다.

49) 개정 중재법 제7조(관할법원) ③ 다음 각 호의 사항에 대하여는 중재합의에서 지정한 법원이 관할하고, 그 지정이 없는 경우에는 중재지를 관할하는 법원이 관할한다.

1. 제32조제4항에 따른 중재판정 원본(原本)의 보관

2. 제36조제1항에 따른 중재판정 취소의 소(訴)

④ 제37조부터 제39조까지의 규정에 따른 중재판정의 승인과 집행 청구의 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법원이 관할한다.

1. 중재합의에서 지정한 법원

만약 중재판정 집행결정 신청과 취소소송이 병행적으로 다른 법원에 제기된 경우에 집행결정 신청이 제기된 법원은 중재판정 취소의 소에서 어떠한 결과가 내려지는지를 기다린 후 집행결정을 내리는 것이 바람직할 것이다. 집행결정이 먼저 확정되면 중재판정 취소의 소는 각하되어야 할 것이나, 이러한 결과는 개정 중재법 하에서 필요적 변론을 해야 하는 사안이 변론 없이도 종결될 수 있다는 점에서 바람직하지 않다고 생각된다.⁵⁰⁾ 이와 관련된 법원의 실무는 알기 어려우나 집행결정절차의 중지 여부는 재판장의 재량에 맡겨져 있는 듯하다. 만약 집행결정이 계류되어 있는 재판부가 취소소송 재판 결과가 나올 때까지 심리를 중단하고 기일을 추후 지정으로 미루는 경우에는 심각한 재판지연이 발생할 수 있다.

(4) 집행결정의 기판력 등과 문제점

판결이 일단 확정되면 그 기판력에 의하여 당사자는 후에 동일사항에 대해 별소로서 반대사실을 주장하여 이미 확정된 판결의 판단을 다룰 수 없고, 법원도 전판결과 모순 저촉되는 판단을 할 수 없다. 일반적으로 결정이나 명령은 보통 기판력이 없다. 그러나 결정의 경우 모든 결정에 기판력이 부인되는 것은 아니며 실체관계를 중국적으로 해결하는 결정에는 일반적으로 기판력이 인정되고 있다.⁵¹⁾

중재판정의 집행결정에도 기판력이 인정될 수 있는데, 일본에서는 이 점을 명확하게 하기 위해 중재판정의 집행결정은 법원에 의한 소송지휘로서 발령하는 통상의 부수적인 결정이 아니라 독립하여 당사자 간의 권리의무관계를 형성 또는 심사하고 집행력을 창조하는 독립적인 결정이라고 설명하고 있다.⁵²⁾

중재판정 집행결정의 기판력은 기본적으로 중재판정 집행요건의 구비 여부에 대한 판단에 대하여 부여된다고 할 것이다. 법무부 개정이유서에 의하면, “중재판정의 승인결정이나 집행결정에 대하여는 승인요건의 구비 여부에 대한 판단에는 기판력이 인정되고, 집행결정에 의하여 중재판정에 집행력이 부여되는 것으로 하고, 이러한 의미에서 중재판정에 대한 집행결정이 확정될 때는 중재판정의 취소를 구할 수 없다는 명문의 규정을 신설”하도록 하였다.⁵³⁾

중재판정 집행결정 신청을 하게 되면 결정의 형식으로 신청각하결정, 신청기각결정, 집

2. 중재지를 관할하는 법원

3. 피고 소유의 재산이 있는 곳을 관할하는 법원

4. 피고의 주소 또는 영업소, 주소 또는 영업소를 알 수 없는 경우에는居所,居所도 알 수 없는 경우에는 최후로 알려진 주소 또는 영업소를 관할하는 법원

50) 이 점은 중재판정 집행결정 신청과 취소의 소가 동일한 법원에 병행적으로 제기된 경우에도 동일하다고 보인다.

51) 이시훈, 앞의 책(신민사소송법), p.623; 호문혁, 앞의 책, p.692; 정선주, 앞의 논문, p.102.

52) 석광현, “외국중재판정의 승인·집행제도의 개선 방안”, 『국제사법연구』 제16호, 2010, p.172; 정선주, 앞의 논문, p.102.

53) 법무부, 앞의 제·개정이유서, 14 제37조 (중재판정 집행결정), 2. 제·개정 이유 (4).

행결정을 하되, 결정에는 이유를 적어야 한다.⁵⁴⁾ 법원이 집행결정을 하면 중재판정 집행요건이 구비되었다는 사실에 기판력이 생기지만, 중재판정에 집행거부사유가 존재하여 법원이 집행결정을 하지 않고 신청기각결정을 하더라도 중재판정에 집행거부사유가 존재한다는 것에 기판력이 생긴다고 볼 것이다.

다만, 집행결정의 기판력이 이왕의 중재판정의 기판력에 어떤 영향을 미치는지에 대해서는 별도로 파악해야 할 것이다. 개정 중재법 하에서는 중재판정의 기판력은 중재판정에 취소사유가 있는지의 여부에 따라 달라지게 되므로 그 영향도 구분하여 살펴야 할 것이다. 법원이 중재판정 집행결정을 한 경우에는 이왕에 존재하는 중재판정의 기판력이 유지되도록 하는 영향을 미칠 것이며, 법원이 집행결정 신청기각결정을 한 경우에는 이왕의 중재판정에 애초에 기판력이 존재하지 않기 때문에 중재판정에 기판력이 존재하지 않는다는 사실을 확인하는 효과만 있을 것이다. 신청기각결정을 한 경우에는 당해 결정은 당사자적격이나 본안적격 또는 신청인적법요건 등 소송요건이 없다는 데만 기판력이 생기게 되므로, 중재판정의 기판력과는 상관이 없다. 이 경우에는 소송요건 부존재의 흠만 치유하여 다시 집행결정 신청이 가능하다.

개정 중재법은 제36조 제4항을 수정하여, “해당 중재판정에 관하여 대한민국의 법원에서 내려진 승인 또는 집행 결정(수정 전에는 ‘집행판결’)이 확정된 후에는 중재판정 취소의 소를 제기할 수 없다.”고 규정하고 있다. 이는 확정된 집행결정에 의해 중재법 제36조 제2항 사유의 존부 여부에 대한 기판력이 발생하여 다른 절차를 통하여 이 재판의 기판력에 모순 저촉되는 재판을 하는 것은 허용되지 않기 때문에 이를 명확히 규정한 취지로 새길 수 있다.⁵⁵⁾

만약 당사자가 개정 중재법 제36조 제4항을 위반하여 중재판정 취소의 소를 제기한다면 이 중재판정 취소의 소는 각하되어야 할 것이다. 제36조 제4항은 성격상 이를 소의 적법요건으로 보아야 할 것이고, 이를 위반한 중재판정 취소의 소는 부적법하므로 각하의 대상이 된다고 보아야 하기 때문이다.

54) 위의 제·개정이유서.

55) 집행결정의 경우 승인 및 집행 거부사유의 존부에 기판력이 발생하고, 취소의 소의 경우 형성소권의 존부(취소사유의 존부)에 기판력이 발생할 것인데, 위 승인 및 집행 거부사유와 취소사유는 범문상 동일한 것이다(중재법 제36조 제2항). 따라서 양 절차의 소송물을 ‘실질적’으로 (부분적으로) 동일하다고 본다면 양 절차는 기판력이 미치는 관계에 있다고 할 수 있을 것이다. 개정이유는, “중재판정의 (승인결정이나) 집행결정에 대하여는 승인요건의 구비 여부에 대한 판단에는 기판력이 인정되고, 집행결정에 의하여 중재판정에 집행력이 부여되는 것으로 하고, ‘이러한 의미에서 중재판정에 대한 집행결정이 확정될 때는 중재판정의 취소를 구할 수 없다는 명문의 규정을 신설한다’는 취지를 설명하고 있는바,(법무부, 앞의 제·개정이유서, 14 제37조 (중재판정 집행결정), 2. 제·개정 이유 (4).) 집행결정과 취소의 소가 일용 기판력이 미치는 관계에 있다는 점을 전제한 것으로 보인다. 이하에서는 기본적으로 이러한 토대에서 논의를 전개하긴 하였으나, 이 점이 분명한 것은 아니라고 보인다. 승인 또는 취소의 사유가 사실상 동일하더라도 실제법상의 근거 규정이 엄연히 달라 소송물의 동일성이 부인되고, 집행결정과 취소의 소가 모순관계에도 있지 않다고 보는 관점에서는 양 절차는 기판력이 미치는 관계에 있지 않게 될 것이다. 이 경우 양 절차는 중재법 제36조 제4항과 절차의 이익의 관점에서 구별될 것으로 보이며, 위 제4항의 의미에 관한 해석론이 문제될 수 있을 것으로 보인다.

이와 관련하여 중재판정 취소의 소가 각하되는 이유가 취소소송의 소의 이익을 흠결하는 데 있다고 보아 제36조 제4항에서 승인 또는 집행결정이 확정된 후에 중재판정취소의 소를 제기할 수 없도록 규정한 것이 기판력과 직접적인 관련이 있는 것으로는 볼 수 없다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 소의 이익을 흠결하는 원인이 집행 신청에 대한 결정의 기판력으로 인한 것이라고 보아야 하기 때문에 제36조 제4항의 입법이유와 효력은 별개의 문제로 취급하는 것이 바람직할 것이다.

위에서 언급한 바와 같이, 집행결정을 하게 되면 그 확정에 의해 중재판정 취소의 소가 차단되는 효과가 있다. 만약에 법원이 집행결정 신청을 기각하는 결정을 하게 되면, 그 결과 신청기각결정의 확정에 의해 중재판정 ‘취소의 소’도 차단되는 효과가 있는지가 문제될 수 있다.

이것은 다소 이론적인 논의이고, 실제로는 승소 당사자가 집행결정을 신청하여 거부된 것이므로 패소 당사자는 굳이 중재판정 취소소송을 제기할 이유도 없다. 특히 개정 중재법 하에서는 중재판정이 이미 확정판결로서의 기판력도 상실한 상태이므로 패소 당사자가 취소소송을 제기할 실익이 없다. 다만, 집행거부결정으로 불리한 입장에 처한 승소 당사자가 다른 절차를 통하여 다투기 위하여 중재판정의 기판력을 취소시킬 경우를 상정해 볼 수 있으나, 개정 중재법 하에서는 이미 중재판정에 기판력이 존재하지 않고 있으므로 마찬가지로 딱히 취소소송을 제기할 실익이 없다. 그러므로 중재판정 취소의 소를 ‘차단’해야 할 실익이 존재하지 않는다.

또 만약 중재판정 취소의 소가 제기되더라도(가능성이 거의 없지만), 집행결정 신청기각결정이 확정되면 그 기판력이 중재판정 취소의 소에도 미치므로 당사자들이 다시 한번 중재판정의 취소사유 구비 여부를 다툴 수는 없다고 보인다.

따라서 개정 중재법 제36조 제4항이 “해당 중재판정에 관하여 대한민국의 법원에서 내려진 승인 또는 집행 결정이 확정된 후에는 중재판정 취소의 소를 제기할 수 없다.”고 하는 규정은 문언에 충실하여 ‘집행결정’의 경우에만 취소의 소를 제기할 수 없다고 새기는 것이 바람직하다.

일단 집행결정 신청기각결정이 확정되면 그 기판력이 중재판정 취소의 소에도 미치므로 당사자들이 다시 한번 중재판정의 취소사유 구비 여부를 다툴 수는 없다고 보이지만, 그럼에도 불구하고 만약 당사자가 중재판정 취소의 소를 제기하면 법원은 이 취소소송을 각하해야 할 것인지 취소청구를 기각해야 하는 것인지 문제가 될 수 있다. 생각건대, 신청기각결정의 확정에 의해 중재판정 ‘취소의 소’도 차단되는 효과가 있다고 해석하는 경우에는 그 취소의 소는 부적법한 것이 되어 각하되어야 할 것이지만, ‘집행결정’의 경우에만 취소의 소가 차단된다고 해석한다면 제36조 제4항이 적용되기는 어렵고, 이왕에 발생한 신청기각결정의 기판력이 후소인 취소의 소에도 미친다고 보아야 할 것이므로 취소의 소

는 확정된 신청기각결정과 모순되지 않도록 기각되어야 할 것으로 보인다.⁵⁶⁾

문제는 중재판정 집행거부 결정이 확정된 경우에 이 사건은 이것으로 종결될 것인지 아니면, 당사자가 다른 적절한 절차를 통하여 다시 바른 해결을 구하도록 해야 할 것인지이다.

생각건대, 중재절차의 경우에도 다른 절차와 마찬가지로 절차상의 하자로 인하여 집행거부 결정이 확정된 때에는 다른 절차를 통하여 당사자가 자신의 권리를 구제할 권리를 침해할 수는 없을 것이다. 따라서 중재판정의 집행이 거부된 후에 당사자는 중재계약이 아직 유효하다면 다시 다른 관정부를 통하여 중재를 할 수 있을 것이고, 중재계약 부존재를 이유로 집행이 거부되었다면 중재가 아닌 다른 절차를 통하여 권리 구제를 할 수 있을 것이다. 다만, 다시 중재나 다른 절차로 나아가는 길은 개정 중재법과 현행 중재법이 서로 다를 수 있다.

개정 중재법 하에서는, 기관력의 관점에서 중재판정에 집행거부사유가 존재하여 법원이 집행결정을 하지 않고 신청기각결정을 하면 중재판정에 집행거부사유가 존재한다는 것에 대하여 기관력이 생기고, 제35조의 단서 규정에 의하여 중재판정의 기관력이 존재하지 않게 되므로 이는 중재판정 취소의 소가 확정된 것과 동일한 효력이 있다고 볼 수 있는 것이다.⁵⁷⁾ 따라서 중재판정이 취소된 경우와 마찬가지로 당사자는 바로 다시 실체적 분쟁관계가 모두 해소될 때까지 권리구제를 할 수 있을 것이다.

이렇게 되면 당사자들이 일단 중재판정 집행결정을 신청하는 경우가 증가할 것으로 보인다. 일단 집행결정을 받아내면 다행이고, 받아내지 못하더라도 대부분 다시 다른 절차를 진행하여 권리구제를 받을 수 있기 때문이다. 반대로 중재신청이 줄어들게 될 가능성도 배제할 수 없다. 당사자들이 이러한 복잡한 법리를 알게 되면, 복잡하게 중재할 것이 아니라 처음부터 일반적인 소송을 통하여 분쟁을 해결하는 것이 더 알기 쉽다고 생각할 여지가 있기 때문이다.

현행 중재법 하에서는, 기관력의 관점에서 중재판정에 집행거부사유가 존재하여 법원이 집행판결을 하지 않고 청구기각판결을 하면 중재판정에 집행거부사유가 존재한다는 것에 대하여 기관력이 생기기는 하지만, 중재판정의 기관력 자체가 없어지는 것은 아니다.⁵⁸⁾ 따라서 이 경우에는 중재판정 취소의 소가 확정된 것과 동일한 효력이 있다고 볼 수 있는 것은 아니고, 중재판정의 기관력을 없애기 위해서는 다시 당사자가 중재판정 취소의

56) 이런 점에서 신청기각결정의 확정에 의해 중재판정 '취소의 소'도 차단되는 효과가 있는지의 문제를 논의할 실익이 다소 있다고 할 수 있다.

57) 이렇게 새긴다면, 중재판정의 취소를 굳이 취소의 소로만 해야 하도록 하는 것은 형평에 맞지 않는 측면도 있다. 또 입법론적으로 중재판정 취소 배제합의를 인정한다고 하더라도 여전히 취소의 소를 승소한 것과 동일한 효과를 가져올 수 있고 그 결과 다른 권리구제 방법을 활용할 수 있기 때문에 무조건 중재판정 취소 배제합의를 부인할 필요는 없어 보인다. 그러나 우리나라에서는 일부 전문가를 제외하고는 중재판정 취소 배제합의를 도입하는 데 대하여 매우 부정적이다. 이 점에 대해서는 윤진기, 앞의 자료(중재에 대한 법원의 협조 및 중재기관의 중립성 확보), p.23 이하 참조.

58) 집행 청구기각판결은 중재판정에 집행거부사유가 있어서 집행력이 없다는 데에 기관력이 생기며, 중재판정 자체의 기관력을 없애는 형성적 효력을 가지는 것은 아니라고 볼 수 있다.

소를 제기하여야만 할 것이다. 이 경우 취소소송을 접수한 법원은 집행 청구기각판결의 기판력에 저촉되지 않게 중재판정 취소판결을 하게 될 것이고, 이를 토대로 당사자는 다른 절차로 나아갈 수 있게 될 것이다. 이렇게 되는 경우 패소한 당사자는 새로운 권리구제 방법을 사용하기까지는 다소 복잡한 과정을 거쳐야 한다. 이러한 점을 고려하면 집행절차의 간소화라는 점에서는 개정 중재법이 현행 중재법보다 다소 개선된 것으로 볼 수 있다.

(5) 집행결정 절차 엄격 운용의 가능성

개정 중재법은 중재판정의 집행절차를 판결절차에서 결정절차로 변경함으로써 그 동안에 중재판정의 집행절차에 대한 불만을 해소하고 간이 신속하게 절차를 진행할 수 있을 것을 기대하고 있으나,⁵⁹⁾ 실제 운용에 있어서, 중재법의 집행결정 절차도 엄격한 심리를 거치는 방향으로 진행될 가능성이 열려 있다는 점(임의적 변론 또는 필수적 심문기일을 열도록 하고 있음, 입증책임에 있어 소송 절차와 차이가 없음, 3심제의 불복절차가 존재함)에서, 실질적으로 다툴이 있는 사안에 대해서는 판결에 의하는 변론 절차와 운용상 큰 차이를 두지 않고 운용할 수 있기 때문에 여전히 판결절차와 유사하게 진행될 가능성이 존재한다.

중재법 개정 논의 당시에도 이러한 문제가 제기된 바 있다. 그에 의하면, “이번 중재법 개정안은 중재판정의 집행에 관한 법원의 심사절차를 필요적 변론을 요하지 않는 결정절차에 의하도록 하여(개정안 제37조) 집행판결제도를 집행결정제도로 변경하고 있으나 여전히 중재판정의 집행 지연으로 인한 폐해가 불식되지 않을 것으로 예측된다. 중재판정에 대한 집행결정절차에 있어서도 심문을 개시하는 경우 많은 시간이 소요되고 그 결정에 대하여는 항고, 재항고할 수 있어 현행 집행판결제도의 문제점은 별반 해소되지 않을 것”이라고 하여 문제점을 지적하였다.⁶⁰⁾

(6) 중재판정 취소의 소의 존재로 인한 문제점

개정 중재법은 중재판정 집행결정 신청과 중재판정 취소의 소를 모두 인정하고 있다. 중재판정 집행절차를 집행결정 절차로 변경하여 집행절차가 다소 간편하게 되었다고 하더라도 여전히 중재판정의 취소의 소가 존재하기 때문에 이로 인한 집행절차의 지연은 불가피하며, 이러한 문제는 현행 중재법에서도 존재하고 있다.⁶¹⁾

그 동안 실무상 중재판정 취소의 소가 제기 되는 경우에는 당사들이 의도치 않게 실질적으로는 4심의 지루한 소송 전을 치르게 되는 경우가 종종 있으며, 이로 인하여 중재판

59) 법무부, 앞의 제·개정이유서, 14 제37조 (중재판정 집행결정), 5. 입법효과.

60) 손경환, 앞의 의견, p.6-7.

61) 이하의 내용은 윤진기, 앞의 글(중재에 대한 법원의 협조 및 중재기관의 중립성 확보)에서 해당 부분 참조

정 집행에 대한 불만이 제기 되고 있다. 또 이로 인해서 교과서에서 중재의 가장 중요한 장점으로 설명되는 단심제가 실질적으로는 4심제가 되어 중재의 단점으로 지적되기도 하며, 비용도 원래의 중재비용이 실무상 소송보다 적게 드는 것도 아닌데다 추가적인 소송 비용까지 부담하게 되어 경제적인 측면에서도 당사자에게 매우 불리하다.

게다가 중재판정 취소판결이 확정된 경우에, 만약 그 취소사유가 당사자의 무능력이나 중재합의가 무효인 때, 중재가능성이 없는 때, 공서양속에 위배되는 때에는 중재합의 자체가 효력이 상실되므로 당사자는 바로 법원에 대하여 소송을 제기할 수 있게 될 것이다.⁶²⁾ 이 경우에는 만약에 소송이 3심까지 가서 다투게 된다면 당사자는 처음부터 소송을 제기하는 것에 비하여 최소한 3배의 시간과 비용을 부담해야 할 것이다. 그러면 중재는 일반적인 기대와는 달리 세상에서 가장 비효율적이고 비극적인 분쟁해결제도로 남게 될 것이다.

법의 테두리 안에서 당사자가 끝까지 법적투쟁을 하여 자신의 권리를 찾았다고 가정해 보면, 당사자에게는 중재가 사실상 1심이 될 것이고, 중재판정 취소소송에서 3심까지 다투고, 바로 법원에 소송을 제기해서 3심까지 다투면, 총 7심을 거쳐야 당사자는 최종 판결을 손에 쥌 수 있게 된다. 법 이론적으로야 아무런 하자가 없고, 당사자의 절차적 권리 보장 내지 재판받을 권리의 보호가 중요한 것이지만, 총 7심을 거쳐야 최종 결과를 손에 쥌 수 있는 법제도를 가지고 있다면 이는 누가 보아도 비이성적이라고 할 수밖에 없다. 감독과 통제의 눈으로 보면 이러한 절차나 과정은 당연한 것일지도 모르나, 당사자의 입장에서는 그저 놀라울 뿐일 것이다.

(7) 화해중재판정에 대한 집행권원 부인에 대한 불합리성

재판상 화해나 제소전 화해조서, 조정조서, 집행조서(강제집행을 인낙한 공정증서) 등은 집행권원이 되며, 집행문을 부여받아 그대로 집행된다.

현행 중재법 하에서 중재판정에 대하여도 “「각종 분쟁조정위원회 등의 조정조서 등에 대한 집행문 부여에 관한 규칙」에 근거하여 집행문을 부여하면 된다.”고 하는 주장이 있다.⁶³⁾ 이 규칙에 의하면, 법원 또는 법원의 조정위원회 이외의 각종 조정위원회, 심의위원회, 중재위원회 또는 중재부 기타의 분쟁조정기관이 작성한 화해조서, 조정조서, 중재조서, 조정서 기타 명칭의 여하를 불문하고 재판상의 화해와 동일한 효력이 있는 문서에 표시된 채권자는 상대방에 대한 강제집행을 실시하기 위하여 관할지방법원에 조서의 정본(채권자가 조정위원회로부터 재판상의 화해와 동일한 효력이 있는 것으로서 송달 또는 교부받은 문서를 말한다)을 제출하여 집행문부여의 신청을 할 수 있다.⁶⁴⁾ 그러나 중재판정은 여기에서 말하는 ‘재판상 화해와 동일한 효력이 있는 문서’에 해당된다고 보기는 어렵기 때문

62) 목영준, 앞의 책, p.235.

63) 최안식, 앞의 논문, p.136.

64) 「각종 분쟁조정위원회 등의 조정조서 등에 대한 집행문 부여에 관한 규칙」 제4조.

에 위와 같은 주장은 타당하지 않다. 그러나 만약에 중재판정이 여기에서 말하는 ‘재판상 화해와 동일한 효력이 있는 문서’에 해당된다고 보는 입장에서는 위의 주장이 타당하게 될 것이다.

위 규칙의 취지에 비추어 본다면, 개정 중재법 제31조의 ‘화해중재판정’의 경우에는 그것이 사실상 ‘재판상 화해와 동일한 효력이 있는 문서’의 실질을 갖추고 있는데도 불구하고,⁶⁵⁾ 단지 그것이 중재판정의 형태로 주어졌기 때문에 바로 집행문을 부여 받지 못하고 집행결정을 통하여 집행을 해야 한다는 것은 심히 불합리한 것으로 보인다. 이에 대한 대책이 마련되어야 한다.

(8) 중재판정 집행결정 결과의 불합리 가능성

개정 중재법은 중재판정의 집행절차를 결정절차로 함에 따라 구체적인 절차규정을 정비하여, 중재판정의 승인·집행결정의 심리방식은 변론기일 또는 필요적 심문기일 방식에 의하도록 하고, 이에 대하여 즉시항고 할 수 있도록 하되 그 항고에 집행정지의 효력을 인정하지 아니하고, 예외적으로 그 집행의 정지를 명할 수 있는 제도를 마련하고 있다.⁶⁶⁾

이 결정 절차에 따라 중재판정 집행이 허락되면 다행이지만, 3심까지 다투어서 중재판정 집행이 절차상의 하자로 인하여 최종적으로 강제집행을 못하게 되면 중재판정 절차상의 하자로 인하여 강제집행을 못하는 위험을 고스란히 승소 당사자가 부담하게 되어 매우 불합리하다.

개정 중재법의 구조에 의하면(현행 중재법도 동일하다), 최종적으로 강제집행이 거부되면 당사자는 중재판정 승소 당사자가 손해를 보고 사건이 종결되는 경우가 많다. 당사들이 비용 기타의 이유로 더 이상 다투어 보려고 하지 않기 때문이다. 또 더 다룰 수 있다는 사실을 모르고 있는 경우도 많을 것이다.⁶⁷⁾

중재판정의 집행거절 사유는 다양한데, 당사자의 귀책사유가 아닌 이유로 중재판정의 집행이 거절될 수 있다. 예컨대, 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 그 밖의 사유로 변론을 할 수 없었던 사실, 중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실, 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 중재법의 강행규정

65) 개정 중재법 제31조(화해) ① 중재절차의 진행 중에 당사자들이 화해한 경우 중재판정부는 그 절차를 종료한다. 이 경우 중재판정부는 당사자들의 요구에 따라 그 화해 내용을 중재판정의 형식으로 적을 수 있다.

② 제1항에 따라 화해 내용을 중재판정의 형식으로 적을 때에는 제32조에 따라 작성되어야 하며, 중재판정 임이 명시되어야 한다.

③ 화해 중재판정은 해당 사건의 본안에 관한 중재판정과 동일한 효력을 가진다.

66) 개정 중재법 제37조(중재판정의 승인과 집행) 제4항 내지 제8항.

67) 현행 중재법에 의하면, 이 경우에 중재판정 승소 당사자가 다시 다투려면 일단 중재판정 취소의 소를 제기하여 기왕의 중재판정의 기판력을 제거하여야 하는 불편함이 있었는데, 개정 중재법의 경우에는 제35조 단서가 추가 되어 이왕의 중재판정의 기판력을 제거하여 버렸으므로 분쟁해결 절차의 한 단계를 줄인 효과가 있게 된다.

에 반하지 아니하는 당사자 간의 합의에 따르지 아니하였거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니하였다는 사실⁶⁸⁾에 기하여 중재판정의 집행이 거절 될 수 있다.

이 경우에 잘못은 해당 중재기관이나 중재판정부에 있는데도 불구하고 손해는 승소한 당사자가 감수해야 한다. 많은 경우에 당해 사건을 대리한 변호사가 잘못 판단하거나 대응하였을 가능성도 배제할 수 없다. 중재기관, 중재판정부 또는 변호사에게 과실이 있다면 손해배상 책임이 발생할 여지도 없지 않다.⁶⁹⁾

이런 법리와 사정을 알지 못하는 승소 당사자에게 이러한 집행거절 소식은 마치 청천벽력과 같이 황당할 것이다. 그렇다고 중재기관이나 중재판정부 또는 변호사에게 손해배상을 청구하기도 쉽지 않다.

2. 과도한 분쟁해결 비용의 문제

현행 중재법 하에서 소송비용의 과다가 집행판결 절차의 문제점으로 지적되어 왔다. 법원은 전혀 실체 판단을 하지 않으면서도 마치 원고의 실체적 급부청구권 존부를 심리하는 통상의 소송절차와 동일한 소송비용(인지 첩부액)을 원고에게 부담시키고 있어서, 즉 소송비용(소송인지대) 측면에서 원고는 마치 두 번의 실체적 심리를 받는 것과 같이, 이중으로 실체재판의 비용을 지급해야 하는 것이 되어, 집행판결의 심리대상과 범위에 비추어 매우 불합리하다는 지적이 있었다.⁷⁰⁾ 또 법원이 민사조정사건의 소송비용(인지대)을 일반 소송의 1/10로 경감하면서, 중재판정에 기한 집행판결에 대해서만 일반 소송과 동일한 소송비용을 요구하는 것은 자기모순이 아닐 수 없다고 한다.⁷¹⁾

현행 「민사소송법 등 인지규칙」에 따르면, 집행판결을 구하는 소에 있어서는 외국판결 또는 중재판정에서 인정된 권리의 가액의 2분의 1을, 중재판정 취소의 소에 있어서는 중재판정에서 인정된 권리의 가액을 기준으로 소가를 산정하고 있으므로,⁷²⁾ 실제로는 일반 소송비용의 절반의 비용을 부담하여 왔다. 그렇다고 하더라도 현행 중재법 제31조의 ‘화해중재판정’의 경우에는 다른 민사조정사건의 인지대와 비교할 때 현저히 불합리하다고 보여진다.⁷³⁾

위 「민사소송법 등 인지규칙」은 중재판정에 대한 집행판결이 집행결정으로 바뀌고 나서 아직 개정되지 않고 있으나, 이 규칙의 개정 시에 형평에 맞도록 규정을 개정할 필요가 있다.

68) 개정 중재법 제38조(국내 중재판정) 및 제36조(중재판정 취소의 소) 제1항 2호 나, 다, 라 목.

69) 필자는 이 문제에 대하여 더 심도 있는 논의가 진행될 필요가 있다고 생각한다.

70) 엄덕수, 앞의 논문, p.34.

71) 위의 논문.

72) 「민사소송법 등 인지규칙」 제16조 제1호.

73) 같은 의견, 엄덕수, 앞의 논문, p.34.

중재판정의 집행과 관련된 비용의 문제는 단지 소송인지대만의 문제는 아니고, 오히려 절차 지연으로 인한 추가적인 비용부담이 더욱 심각할 수 있다.

그 동안 중재는 비용이 덜 드는 분쟁해결 방법이라고 알려져 왔지만, 실제로는 소송보다 비용이 더 드는 경우가 있다. 중재인 보수, 중재기관에 대한 비용, 중재장소 비용 등을 모두 당사자가 부담해야 하므로 분쟁당사자는 소송보다 더 많은 비용을 부담하여야 한다. 또한 소송비용 중 가장 큰 비용이 되는 변호사 비용이 중재에도 드는 경우가 많다.⁷⁴⁾

위에서 언급한 것처럼, 당사자 일방이 중재판정을 이행하지 않아서 집행결정 신청이나, 취소의 소가 제기되어 다투게 되는 경우에는 이미 일반 소송보다 많이 지출한 중재 관련 비용 외에 일반 소송에 들어가는 비용이 추가로 들어가게 되어 당사자는 의도치 않게 막중한 비용을 떠안게 된다. 이는 중재제도의 발전을 위해서 결코 바람직한 현상은 아니다.

3. 중재판정 집행절차와 중재홍보의 윤리 및 책임 문제

일반적으로 중재의 대표적인 장점으로 단심제, 신속성, 경제성을 거론하여 왔다. 대한상사중재원은 ‘최고경영자의 중재제도 활용 방안’이라는 설명자료에서 중재의 장점으로 단심제, 신속성, 저렴한 중재비용, 국제적인 인정, 전문가에 의한 판단, 중재인을 당사자가 직접 선정, 심리의 비공개, 민주적 절차진행 등을 들고 있다.⁷⁵⁾ 대한상사중재원 홈페이지의 중재의 특징에 대한 설명에서도 거의 동일한 설명이 게시되어 있다.⁷⁶⁾ 중재 이용을 장려하기 위하여 설명되는 이러한 특성에 대한 언급은 일반 국민들로 하여금 중재를 오해하게 할 기만적인 요소가 없지 않다.

대한상사중재원 홈페이지는 ‘단심제’에 대하여, “중재판정은 분쟁당사자 간에 있어서는 법원의 확정판결과 동일한 효력이 있습니다. 다시 말하면 판정에 불만이 있어도 재판처럼 2심 또는 3심 등 항소절차가 없습니다. ‘확정판결과 동일한 효력’이라 함은 불복신청을 할 수 없어 당사자에게 최종적 판단으로 구속력을 갖는다는 뜻입니다.”라고 설명하고 있다.

이러한 안내는 자세히 살펴보면 사실과 매우 다르다. 앞에서 검토한 바와 같이, 중재판정에 대한 불복 절차가 중재법에 엄연히 규정되어 있고,⁷⁷⁾ 중재판정의 집행권원성을 인정하지 않고 있어서 당사자 일방이 중재판정을 이행하지 않거나 중재판정에 시비를 걸면 다시 정식 소송이 진행되게 된다. 그럼에도 불구하고 이러한 사정을 숨기고 단순히 ‘확정판결과 동일한 효력’만 강조하여 홍보하는 것은 ‘중재 소비자’⁷⁸⁾의 알권리를 침해할 뿐만

74) 목영준, 앞의 책, p.9.

75) 대한상사중재원, “최고경영자의 중재제도 활용방안”, http://www.kapsm.or.kr/website/in_pds/files/20060605130601_8.PDF. 2016.8.8. 검색.

76) 대한상사중재원 홈페이지>중재란>특징 http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_kor/arbitration/arbi_01_02.jsp?sNum=0&Num=0&pageNum=1&subNum=1&mi_code=arbi_01_02. 2016.8.8. 검색.

77) 개정 중재법 제6장의 제목도 ‘중재판정의 효력 및 불복’으로 되어 있다.

아니라, ‘생략에 의한 허위광고’⁷⁹⁾가 될 수 있다. 생략에 의한 허위광고란 광고에서 언급한 것이 문자 그대로는 진실이지만 그 광고가 의도하는 것이 적절한 정보를 생략함으로써 진실한 설명이 되지 않는 경우이다.⁸⁰⁾

우리나라에서 소비자의 알권리는 소비자기본법 제4조 제2호에 규정되어 있으며, 소비자의 알권리는 물품 및 용역을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리로 합리적 소비생활을 이루기 위한 전제조건이며, 사업자는 소비자가 이들을 구매하기 전에 각종 상품정보나 상품표시(Labeling)등을 통해 사용목적에의 부합여부를 정확히 판단하게 해야 하고, 사용과정에서는 올바른 사용(취급)방법, 주의사항을 통해 최대의 효용수준을 충족할 수 있도록 사전에 소비자에게 정보 등을 제공하여야 한다.

소비자기본법에 의하면, ‘소비자’라 함은 사업자가 제공하는 물품 또는 용역(시설물을 포함한다. 이하 같다)을 소비생활을 위하여 사용(이용을 포함한다. 이하 같다)하는 자 또는 생산활동을 위하여 사용하는 자로서 대통령령이 정하는 자를 말한다.⁸¹⁾ 또 “사업자”라 함은 물품을 제조(가공 또는 포장)을 포함한다. 이하 같다)·수입·판매하거나 용역을 제공하는 자를 말한다.⁸²⁾

대한상사중재원이 제공하는 중재 서비스는 이른바 ‘용역’에 해당 될 수 있지만, 대한상사중재원이 소비자기본법 제2조 제2호의 ‘사업자’에 해당하는지, 및 중재에 회부한 당사자가 같은 법 제2조 제1호의 ‘소비자’에 해당하는지의 여부에 대해서는 명확하지 않다. 다만 대한상사중재원이 법적으로 사단법인의 형태를 구비하고 있고, 사적 주체로서 중재 서비스를 제공하고 있는 점을 고려한다면, 같은 법 소정의 사업자에 해당한다고 볼 여지가 있고, 나아가 중재 서비스를 이용하는 당사자는 같은 법 소정의 소비자에 해당한다고 볼 여지가 있지만, 중재를 이용하는 사람들이 서비스를 ‘소비생활을 위하여 사용하는 자’에 해당한다고 보기 어렵기 때문에 전체적으로는 소비자기본법의 적용 대상이 아니라고 볼 수 있다.

비록 법적으로 소비자기본법의 적용을 받지 않아 소비자기본법상의 법적 책임은 물을 수 없다고 하더라도, 생략에 의한 허위광고에는 해당한다고 보여지기 때문에, 윤리적 비난 가능성은 매우 높다고 생각한다.

또 다른 관점에서, 생략에 의한 허위광고는 우리나라 「표시·광고의 공정화에 관한 법

78) 여기서 ‘중재 소비자’는 분쟁 발생 시 중재제도를 이용할 수 있는 잠재적인 당사자를 말하며, 설명을 위한 편의적 개념이며, 법적인 개념은 아니다. 후술하는 바와 같이 소비자기본법에서 말하는 소비자에 해당한다고 보기는 어렵기 때문이다. 다만 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」(약칭: 표시광고법)에서는 전제하는 소비자에는 해당할 수 있을 것이다.

79) ‘생략에 의한 허위광고’는 미국의 소비자보호법제도상 사용되는 개념이다. 우리나라의 경우에는 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」의 ‘기만적인 표시·광고’에 해당한다고 할 수 있다.

80) 이기수, 경제법, 세창출판사, 1999, p.329.

81) 소비자기본법 제2조 제1호.

82) 소비자기본법 제2조 제2호.

를」(이하 ‘표시광고법’이라 한다)상의 ‘기만적인 표시·광고’에 해당한다.⁸³⁾ 기만적인 표시·광고는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 표시·광고하는 것을 말한다.⁸⁴⁾

표시광고법에 의하면, ‘사업자’란 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 사업자를 말하며,⁸⁵⁾ 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제1호에 의하면, ‘사업자’라 함은 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다. 대한상사중재원은 사단법인으로서 기타사업을 행하는 자에 해당된다. 표시광고법에 의하면, ‘소비자’란 사업자들이 생산하거나 제공하는 상품등(상품 또는 용역)을 사용하거나 이용하는 자를 말한다.⁸⁶⁾ 중재 당사자는 대한상사중재원의 중재서비스를 이용하는 자이므로 표시광고법상의 소비자에 해당된다. 따라서 대한상사중재원의 위와 같은 설명은 ‘기만적인 표시·광고’에 해당되어, 표시광고법을 위반한 것으로 새길 수 있다. 표시광고법 제3조 제1항을 위반하여 기만적인 표시·광고를 한 자는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다.⁸⁷⁾ 또 사업자들은 표시광고법 제3조 제1항을 위반하여 부당한 표시·광고 행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 그 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 지며, 손해배상의 책임을 지는 사업자들은 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 피해자에 대한 책임을 면할 수 없다.⁸⁸⁾

대한상사중재원 홈페이지는 ‘신속한 분쟁해결’에 대하여, “소송은 평균 대법원까지 2~3년이 걸리지만, 중재는 국내중재가 약 5개월, 국제중재가 약 7개월 정도 소요됩니다. 신속성을 극대화하기 위하여 집중심리로 심리횟수를 줄이고 예비회의 제도를 활성화하여 심리 자체의 소요시간도 단축하여 진행합니다. 또한 당사자가 신속절차에 의하여 중재를 진행하기로 합의하는 경우 2~3개월 내에도 분쟁해결이 가능합니다.”라고 설명하고 있다.

또 ‘저렴한 중재비용’에 대하여는 “중재는 단심제이기 때문에 3심제인 소송에 비해 소요되는 비용이 저렴하고, 중재관리비용은 1심 소송비용보다 저렴합니다.”라고 설명하고 있다.

그러나 최근에는 전문가들도 신속성과 경제성을 점차 중재의 장점에서 제외시키고 있다. 여러 가지 절차 지연 요인이 있어서 중재절차가 소송절차보다 신속하다는 주장은 실

83) 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제3조 제2항. 이 법 제3조는 다음과 같다:

제3조(부당한 표시·광고 행위의 금지) ① 사업자들은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로써 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자등으로 하여금 하게 하여서는 아니 된다.

1. 거짓·과장의 표시·광고
2. 기만적인 표시·광고
3. 부당하게 비교하는 표시·광고
4. 비방적인 표시·광고

② 제1항 각 호의 행위의 구체적인 내용은 대통령령으로 정한다.

84) 「표시·광고의 공정화에 관한 법률 시행령」 제3조 제2항.

85) 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조 제3호.

86) 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제2조 제5호.

87) 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제17조.

88) 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 제10조.

제에 있어 타당하지 않은 경우가 있다.⁸⁹⁾ 또 실제로 문제가 발생하였을 경우 소송으로 인한 추가적인 비용까지 고려하면 중재 관련 비용은 앞에서 언급한 것처럼 만만치가 않다.

중재판정의 집행절차와 관련된 여러 가지 절차의 지연 및 그로 인한 추가적인 비용의 부담 가능성 등을 고려할 때, 위와 같은 중재의 특징에 대한 설명은 자칫 중재 소비자들을 호도하여 오해를 야기할 수 있다. 나아가 중재제도에 숨겨져 있는 이러한 사실을 모르고, 사건을 중재에 회부할 것을 권유받은 당사자가 길고 지루하며, 비용이 많이 드는 집행절차에 휘말려 의도치 않게 많은 시간과 돈을 낭비한 경우에, 중재를 권유하고 중재사건의 대리 등의 방법으로 직접 관여한 전문가-대부분 변호사일 가능성이 많다-나 중재기관의 종사자들은 어떤 책임을 져야 할까.

의료행위에 종사한 의사들은 중대한 부작용을 초래할 우려가 있는 약품을 투여할 때 부작용의 발생 가능성 및 필요한 조치사항을 환자에게 고지해야 하며, 이를 해태한 경우에는 그에 대한 책임을 져야 한다.

판례에 의하면, 중대한 부작용을 초래할 우려가 있는 약품을 투여할 때 부작용의 발생 가능성 및 필요한 조치사항을 환자에게 고지하는 것은 진료상의 설명의무로서 진료행위의 중요한 내용에 해당하며, 그 부작용의 발생 가능성이 높지 않다고 하더라도 중대한 부작용의 결과를 미리 예방하기 위해 필요한 조치가 무엇인지를 환자가 스스로 판단, 대처할 수 있도록 환자의 교육 정도, 연령, 심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 설명, 지도할 의무가 있다.⁹⁰⁾

이론적으로는 당사자에게 중재를 권유하여 중재에 참여한 전문가나 중재 종사자들의 책임도 의료행위에 종사한 의사들에 못지 않는 책임을 물을 수 있다고 생각된다. 중재제도, 특히 중재판정에 대한 집행절차를 중재 이용자들이 편리하게 사용할 수 있는 정도로 개선하지 않은 상태에서 중재에 대한 장점들을 홍보하여 중재를 이용하도록 홍보하는 것은 이미 윤리적인 문제를 넘어서 법적인 책임까지 논할 수 있는 상황에 처해 있는 것으로 보인다. 중재제도를 활성화하기 위해서는 중재판정 집행절차에 대한 문제를 조속히 해결해야 할 것이다.

4. 임시적 처분의 집행절차에 관한 문제점

임시적 처분과 관련하여, 개정 중재법은 임시적 처분의 대상을 확대하고, 종류의 명시, 임시적 처분의 요건 명시 등을 통하여 임시적 처분에 대한 구체적인 기준을 마련하였다. 특히 제18조의 7에는 임시적 처분의 승인 및 집행에 관한 규정을 신설하여, 중재판정부가

89) 자세한 것은 목영준, 앞의 책, p.9.

90) 대법원 2005.04.29. 선고 2004다64067 판결

내린 임시적 처분의 승인을 받으려는 당사자는 법원에 그 승인의 결정을 구하는 신청을 할 수 있으며, 임시적 처분에 기초한 강제집행을 하려고 하는 당사자는 법원에 이를 집행할 수 있다는 결정을 구하는 신청을 할 수 있도록 하고 있으며, 더 나아가 구체적인 집행 결정 절차에 대해서도 규정하고 있다.⁹¹⁾

개정 중재법 제18조의 8에는 임시적 처분의 승인 및 집행에 대한 거부 사유에 관한 조항을 신설하여, 임시적 처분의 승인 및 집행 거부에 관한 사유를 분명하게 하였다.⁹²⁾

개정 중재법은 위와 같이 중재판정부가 내리는 임시적 처분의 최대 약점이던 집행 문제를 해결하여 당사자들이 법원에 의한 보전처분보다 판정부에 의한 임시적 처분을 적극 활용할 수 있는 토대를 마련하였다. 이러한 개정은 당초 중재합의를 함으로써 중재판정부를 통해 분쟁을 해결하려고 했던 당사자들의 의사에 더 부합하는 것으로 중재에 대한 법원의 협조가 더욱 강화된 것으로 평가할 수 있다. 다만, 임시적 처분의 집행절차의 신설과 관련하여 몇 가지 아쉬운 부분이 있다.

첫째, 개정 중재법은 사전명령제도(preliminary orders)를 도입하지 않았다. 개정 논의 시에는 사전명령제도를 도입할 것인지에 대한 논의가 이루어졌으나, 국내법의 다른 분야에서 인정되지 않는 생소한 제도인 점, 사전명령에 대하여는 모델법도 집행력을 인정하지

91) 개정 중재법 제18조의7(임시적 처분의 승인 및 집행) ① 중재판정부가 내린 임시적 처분의 승인을 받으려는 당사자는 법원에 그 승인의 결정을 구하는 신청을 할 수 있으며, 임시적 처분에 기초한 강제집행을 하려고 하는 당사자는 법원에 이를 집행할 수 있다는 결정을 구하는 신청을 할 수 있다.

② 임시적 처분의 승인 또는 집행을 신청한 당사자 및 그 상대방 당사자는 그 처분의 변경·정지 또는 취소가 있는 경우 법원에 이를 알려야 한다.

③ 중재판정부가 임시적 처분과 관련하여 담보제공 명령을 하지 아니한 경우나 제3자의 권리를 침해할 우려가 있는 경우, 임시적 처분의 승인이나 집행을 신청받은 법원은 필요하다고 인정할 때에는 승인과 집행을 신청한 당사자에게 적절한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다.

④ 임시적 처분의 집행에 관하여는 「민사집행법」 중 보전처분에 관한 규정을 준용한다.

92) 개정 중재법 제18조의8(승인 및 집행의 거부사유) ① 임시적 처분의 승인 또는 집행은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 거부될 수 있다.

1. 임시적 처분의 상대방 당사자의 이익에 따라 법원이 다음 각 목의 어느 하나에 해당한다고 인정하는 경우
가. 임시적 처분의 상대방 당사자가 다음의 어느 하나에 해당하는 사실을 소명한 경우

1) 제36조제2항제1호가목 또는 라목에 해당하는 사실

2) 임시적 처분의 상대방 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 그 밖의 사유로 변론을 할 수 없었던 사실

3) 임시적 처분이 중재합의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 임시적 처분이 중재합의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실. 다만, 임시적 처분이 중재합의의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로 분리될 수 있는 경우에는 대상이 아닌 임시적 처분 부분만이 거부될 수 있다.

나. 임시적 처분에 대하여 법원 또는 중재판정부가 명한 담보가 제공되지 아니한 경우

다. 임시적 처분이 중재판정부에 의하여 취소 또는 정지된 경우

2. 법원이 직권으로 다음 각 목의 어느 하나에 해당한다고 인정하는 경우

가. 법원에 임시적 처분을 집행할 권한이 없는 경우. 다만, 법원이 임시적 처분의 집행을 위하여 임시적 처분의 실체를 변경하지 아니하고 필요한 범위에서 임시적 처분을 변경하는 결정을 한 경우에는 그러하지 아니하다.

나. 제36조제2항제2호가목 또는 나목의 사유가 있는 경우

② 제18조의7에 따라 임시적 처분의 승인이나 집행을 신청받은 법원은 그 결정을 할 때 임시적 처분의 실체에 대하여 심리해서는 아니 된다.

③ 제1항의 사유에 기초한 법원의 판단은 임시적 처분의 승인과 집행의 결정에 대해서만 효력이 있다.

않고 있어 도입할 실익이 적은 점 등을 감안하여 도입하지 않기로 하였다.⁹³⁾

사실 대륙법계에 속하는 우리나라의 경우에 사전명령제도에 의해서 거둘 수 있는 효과는 법원의 보전처분을 통하여 동일한 효과를 거둘 수 있다. 그러나 그렇다고 하더라도 우리 법원의 보전처분은 대한민국의 주권이 미치는 범위 내에서만 효력이 미침에 반하여 중재인의 사전명령은 전 세계적으로 효력을 미칠 수 있고, 당사자 일방에 대한 심문만으로 보전처분을 할 수 있기 때문에 이를 도입하면 우리 중재제도가 더욱 국제적 경쟁력을 갖추었다고 생각한다.⁹⁴⁾

둘째, 개정 중재법은 외국에서 내려진 임시적 처분에 대해서는 우리 법원이 이를 승인·집행할 수 없도록 하였다. 개정 당시 외국에서 이루어진 임시적 처분에 대한 국내에서의 집행을 인정하는 경우의 문제점에 대하여도 논의가 이루어졌으나, 법원이 국내법상 허용되지 않는 처분을 변경할 권한을 갖게 되는 점 등을 감안하여 모델법의 규정대로 외국에서 이루어진 임시적 처분에 대한 국내에서의 집행도 허용하자는 의견이 있었으나, 현재 국제중재의 상황에 비추어 조금 신중한 것이 나으리라는 반론이 제기되어 국내에서 이루어진 임시적 처분에 한하여 그 집행을 허용하기로 하였다.⁹⁵⁾

그러나 우리 중재법에 국제적인 경쟁력을 부여하려면 외국에서 내려진 임시적 처분에 대하여도 우리 법원이 이를 승인·집행할 수 있도록 해 줄 필요가 있을 것이다.⁹⁶⁾

IV. 결 론

개정 중재법에서는 중재판정 집행절차를 집행판결에서 집행결정으로 개선함으로써 중재판정의 간이하고 신속한 집행을 도모하고 있지만, 위에서 검토한 바와 같이 중재법은 여전히 중재 친화적이지 않다. 무엇보다도 여전히 중재판정의 집행권원성을 인정하지 않고 있기 때문에 여러 가지 문제점이 존재하며, 중재제도 활성화의 걸림돌이 되고 있다.

개정 중재법은 제35조 단서 규정의 모호성으로 인하여 매우 다른 법리적 접근이 가능한 두 가지 견해가 있을 수 있다. 단서 규정의 자구를 수정하여 단서 규정의 의미를 분명하게 함으로써 제36조 제1항의 중재판정 취소의 소에 관한 규정을 사문화시켜 기존의 중재판정 취소와 중재판정의 승인 및 집행 거부에 관한 법적인 틀을 바꾸어버릴 결과를 초래할 수 있는 해석의 여지를 방지해야 할 것이다.

개정 중재법 제36조와 제37조가 동일한 사유에 대하여 심리의 경중이 서로 다른 절차

93) 법무부, 앞의 제·개정이유서, [5] 제18조 (임시적 처분), 4. 입법추진과정에서 논의된 주요 내용.

94) 중재인의 사전명령제도 부도입의 부당성에 대하여는, 손경한, 앞의 의견, pp.3-4.

95) 법무부, 앞의 제·개정이유서, [5] 제18조 (임시적 처분), 4. 입법추진과정에서 논의된 주요 내용.

96) 손경한, 앞의 의견, pp.4-5.

를 통하여 해결하도록 하고 있기 때문에 중재판정 집행결정 신청이 중재판정 취소의 소에 의해서 제동이 걸리게 되면 중재를 통한 신속한 분쟁해결이라는 중재의 장점은 거의 무시되고, 당사자들은 취소소송에 휘말려 의도하지 않은 시간과 비용을 치르게 될 우려가 있다. 또 중재판정 취소의 소와 집행결정 신청이 다른 법원에서 이루어지는 경우가 존재할 수 있기 때문에 심각한 소송지연이 발생할 수 있다.

개정 중재법이 집행판결에서 집행결정으로 절차를 간소화시켰으나, 실질적으로 다툼이 있는 사안에 대해서는 판결에 의하는 변론절차와 운용상 큰 차이를 두지 않고 운용할 수 있기 때문에 여전히 판결절차와 유사하게 진행될 가능성이 존재한다.

중재판정 집행절차를 집행결정 절차로 변경하여 집행절차가 다소 간편하게 되었다고 하더라도 여전히 중재판정 취소의 소가 존재하기 때문에 이로 인한 집행절차의 지연은 불가피하며, 최대 총 7심을 거쳐야 당사자는 최종 판결을 손에 쥌 수 있는 상황도 있을 수 있게 되어, 비용뿐만 아니라 중재제도에 대한 신뢰에도 좋지 않은 영향을 미치게 된다.

중재판정에 대한 집행절차를 중재 이용자들이 편리하게 사용할 수 있는 정도로 개선하지 않은 상태에서 중재에 대한 단심제 등 일반적인 장점들을 홍보하여 중재를 이용하도록 홍보하는 것은 이미 윤리적인 문제를 넘어서 법적인 책임까지 문제가 될 수 있다.

임시적 처분의 집행절차와 관련하여, 개정 중재법은 사전명령제도를 도입하지 않았으며, 외국에서 내려진 임시적 처분에 대해서는 우리 법원이 이를 승인·집행할 수 없도록 하였다. 이러한 것은 우리나라 중재의 국제화에 좋은 영향을 주지 못한다.

비록 중재법개정위원회에서 중재법을 선진화하고, 중재우호 환경을 조성하려고 시도하였지만, 중재판정의 집행절차와 관련된 개정내용을 자세히 검토해본 결과 여전히 중재 친화적이 아니며, 또 중재선진화에 그다지 다가갔다고도 보기 어렵다. 위에서 검토한 문제들을 모두 개선하기에는 본질적으로 어려운 부분도 없지 않으나, 보다 제도를 중재 친화적으로 개선하여 국내중재를 활성화 시키고, 국제적으로도 더 많이 우리나라 중재제도를 활용할 수 있도록 해야 할 것이다. 이를 위해서 다시 중재법을 개정하는 논의가 시작되어야 할 것이다.

참고문헌

- 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2001.
- 이시윤, 신민사소송법, 제9판, 박영사, 2015.
- 이시윤, 신민사집행법, 제6보정판, 박영사, 2014.
- 호문혁, 민사소송법, 제12판, 법문사, 2014.
- 김학기, “중재판정의 승인과 집행”, 「원광법학」 제27권 제4호원, 광대학교 법학연구소, 2011.
- 석광현, “외국중재판정의 승인·집행제도의 개선 방안”, 「국제사법연구」 제16호, 2010.
- 손경한, “중재법 개정안에 대한 의견,” 법무부 제출 자료, 2015.10.10.
- 엄덕수, “중재판정에 기한 강제집행절차의 문제점”, 「민사집행법연구」 제5권, 한국민사집행법학회, 2009. 2.
- 윤진기, “중재에 대한 법원의 협조 및 중재기관의 중립성 확보”, 법무부·대한상사중재원·한국중재학회·국제거래법학회, 중재제도 선진화 및 중재산업 진흥에 관한 법률 제개정 공청회 자료집, 2015.10.14.(수).
- 윤진기, “대한민국, 이제 대체적 분쟁해결 운동을 전개할 때이다”, 「중재연구」 제25권 제2호, 2015.6, 권두사.
- 윤진기, “대한민국, 이제 중재대국을 말해야 한다”, 「중재연구」 제24권 제2호, 2014.6, 권두사.
- 이정일, “미국중재제도에 있어서 중재의 법원으로부터의 자주성”, 「중재연구」 제6집, 1996.12.
- 이태희, “중재판정의 효율적 집행과 취소사유에 대한 고찰,” 「계간중재」 314호, 2004.
- 장준호, “중재법 개정계획”, 한국중재학회, 중재법 개정의 중요 쟁점 및 제언, 2014년 중재학회 하계 국제학술발표대회 자료집, 2014.7.2.(수).
- 정선주, “중재법의 역할과 중재법 개정의 기본 방향 및 주요 개정 착안점”, 한국중재학회, 중재법 개정의 중요 쟁점 및 제언, 2014년 중재학회 하계 국제학술발표대회 자료집, 2014.7.2.(수).
- 최안식, “국내 중재판정의 집행절차에 관한 연구”, 「가천법학」 제7권 제3호, 2014.9.
- 하충룡, “국내중재판정의 강제집행에서 법원의 역할에 관한 한미간 비교 고찰-한국의 중재법과 미국연방중재법을 중심으로”, 「중재연구」 제15권 제3호, 2005.12.1.
- 황병일, “국내외의 중재판정의 강제집행,” 「계간중재」 283호, 1997.
- 대법원 법원행정처, “「중재법 일부개정법률안」(법무부)에 대한 검토의견”, 2015.9.14.

법무부, “조문별 제·개정이유서(중재법 일부개정법률안)”, 이 안은 각 개정위원들이 작성한 개정이유서를 위원장인 이호원이 2015. 9. 26. 제19차 회의 이후 일부 수정하거나, 보충한 개정이유서임.

법무부·대한상사중재원·한국중재학회·국제거래법학회, 중재제도 선진화 및 중재산업 진흥에 관한 법률 제·개정 공청회 자료집, 2015.10.14.(수).

법제사법위원회, “중재법 일부개정법률안 검토보고(정부제출, 제17128호)”, 2015.12.

한국중재학회, 중재법 개정의 중요 쟁점 및 제언, 2014년 중재학회 하계 국제학술발표대회 자료집, 2014.7.2.(수).

대한상사중재원 홈페이지>중재란>특징

http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_kor/arbitration/arbi_01_02.jsp?sNum=0&dNum=0&pageNum=1&subNum=1&mi_code=arbi_01_02. 2016.8.8. 검색.

대한상사중재원, “최고경영자의 중재제도 활용방안”,

http://www.kapsm.or.kr/website/in_pds/files/20060605130601_8.PDF. 2016.8.8. 검색.

ABSTRACT

Problems on the Arbitral Awards Enforcement in the 2016 Korean Arbitration Act

Jin-Ki Yoon

This paper reviews the problems on the arbitral awards enforcement in the 2016 Korean Arbitration Act. In order to get easy and rapid enforcement of the arbitral awards, the new arbitration act changed the enforcement procedure from an enforcement judgement procedure to an enforcement decision procedure. However, like the old arbitration act, the new act is still not arbitration friendly. First of all, there are various problems in the new act because it does not approve that an arbitral award can be a *schuldtitel* (title of enforcement) of which the arbitral award can be enforced.

In this paper, several problems of the new act are discussed: effect of arbitral award, approval to *res judicata* of enforcement decision, different trial process and result for same ground, possibility of abuse of litigation for setting aside arbitral awards and delay of enforcement caused by setting aside, infringement of arbitration customer's right to be informed, and non-internationality of enforcement of interim measures of protection, *inter alia*.

The new arbitration act added a proviso on article 35 (Effect of Arbitral Awards). According to article 35 of the old arbitration act, arbitral awards shall have the same effect on the parties as the final and conclusive judgement of the court. The proviso of article 35 in the new act can be interpret two ways: if arbitral awards have any ground of refusal of recognition or enforcement according to article 38, the arbitral awards do not have the same effect on the parties as the final and conclusive judgement of the court; if arbitral awards have not recognised or been enforced according to article 38, the arbitral awards do not have the same effect on the parties as the final and conclusive judgement of the court. In the case of the former, the parties cannot file action for setting aside arbitral awards in article 36 to the court, and this is one of the important problems of the new act.

In the new act, same ground of setting aside arbitral awards can be tried in different trial process with or without plead according to article 35 and 37. Therefore, progress of enforcement decision of arbitral awards can be blocked by the action of setting aside arbitral awards. If so, parties have to spend their time and money to go on unexpected litigation.

In order to simplify enforcement procedure of arbitral awards, the new act changed enforcement judgement procedure to enforcement decision procedure. However, there is still room for the court to hear a case in the same way of enforcement judgement procedure.

Although the new act simplifies enforcement procedure by changing enforcement judgement procedure to enforcement decision procedure, there still remains action of setting aside arbitral awards, so that enforcement of arbitral awards still can be delayed by it. Moreover, another problem exists in that the parties could have to wait until a seventh trial (maximum) for a final decision. This result in not good for the arbitration system itself in the respect of confidence as well as cost.

If the arbitration institution promotes to use arbitration by emphasizing single-trial system of arbitration without enough improvement of enforcement procedure in the arbitration system, it would infringe the arbitration customer's right to be informed, and further raise a problem of legal responsibility of arbitration institution.

With reference to enforcement procedure of interim measures of protection, the new act did not provide preliminary orders, and moreover limit the court not to recognize interim measures of protection done in a foreign country. These have a bad effect on the internationalization of the Korean arbitration system.

Key Words : Arbitration Act, Arbitration, Arbitral Award, Arbitral Award Enforcement Procedure, Enforcement Judgement Procedure, Enforcement Decision Prodecure, Setting Aside of Arbitral Awards, Moral of Arbitration, Schuldtitel, Right to be Informed