

중재인의 근로자성과 자격요건*

- 영국 대법원의 2011년 *Jivraj v Hashwani* 판결을 중심으로 -

The Employment Issue and Qualifications for Arbitrators
: A Comment on *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40

김영주*
Young-Ju Kim

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. *Jivraj v Hashwani* 판결의 개요
- III. 중재인의 근로자성 판단기준
- IV. 중재인의 자격과 국적요건
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 중재인의 자격, 중재인선정계약, 중재인의 근로자성, 중재인의 지위, 종교 또는 신념에 의한 차별, 중재인의 국적, 영국 평등법, 직업상의 요건

* 이 논문은 2014년도 대구대학교 학술연구비 지원(과제번호: 20140159)에 의하여 연구되었음.

** 대구대학교 무역학과 조교수

I. 서론

중재인은 일정한 공적 자격요건의 과정을 거쳐 선임된 재판관에 비해 그 지위에 있어 ‘사적 특수성’을 갖는다. 이는 사인의 지위에서 중재판단에 의한 기관력을 행사하는 최종적 판단주체이기 때문이다.¹⁾ 다만 중재인은 공적 사법기관이 아니므로 사안을 판단함에 있어 재판관에 비해 보다 개방적이며 탄력적인 성향을 보이는 경우가 많다. 예컨대, 국적, 종교, 성별, 문화적 배경, 언어, 가치관 등의 다양한 요소들로부터 직·간접적인 영향을 받는 것이 현실이다. 특히 국제중재의 경우에는 이러한 경향들이 더욱 증가하게 된다. 따라서 중재인의 선정은 중재절차 실무상 가장 중요한 일 중의 하나라고 해도 과언이 아니다.²⁾

중재인 선정을 위해 당사자들은 여러 가지 제반 사정들을 고려하여 그들의 중재조항에 특정한 자격을 요구하거나 또는 배제한다. 그러나 당사자들의 합의가 언제나 보호받는 것은 아니며, 최종적인 선정절차에 이르는 과정 역시 쉽게 이루어지지 않는다. 여기서 당사자들의 중재합의가 무조건적으로 배제되는 예의 하나로는 그 합의가 강행법규에 위반되는 경우일 것이다. 다만 중재합의가 강행법상 명백한 위법적 성질을 갖지 않더라도 최소한의 위반가능성이 있는 경우에도 중재합의의 유효성이 부정될 것인가에 대해서는 그 기준이 명확하지 않다. 즉, 당사자들이 합의한 중재인 선정방식이 법에 저촉될 가능성이 발생하는 경우에, 중재제도가 부여하는 중재인선정 자유의 ‘원칙’을 어떠한 범위까지 인정할 수 있는지 문제인 것이다. 이와 관련하여, 2011년 영국 대법원의 *Jivraj v Hashwan*³⁾ 판결(이하 ‘*Jivraj* 판결’이라 한다)에서는 중재인 선정방식에 대한 당사자들의 합의와 그 합의사항의 위법가능성이 충돌하여 해석상의 쟁점이 된 바 있다.

본 논문에서는 중재제도에서의 ‘당사자 자치의 최우선적 고려’라는 관점에서 이 판결을 살펴보고자 한다. *Jivraj* 판결에 대해서는 아직 국내 선행연구가 없는 것으로 보이는데,⁴⁾ 중재인선정계약의 법적 성질이나 중재인의 근로자성 문제 나아가 중재인 자격요건의 직업상 제한 등과 같은 주요한 논점들을 담고 있다는 점에서 이에 대한 분석과 추후 논의가

1) 山本和彦·山田文, 「ADR仲裁法」, 日本評論社, 2008, p.298.

2) 김갑유 (편), 「중재실무강의」, 박영사, 2012, p.156.

3) [2011] UKSC 40.

4) 다만 중재인의 자격과 지위에 관하여 다루고 있는 선행연구들은 상당수가 있다. 대표적으로는 목영준, “중재인의 법률상 지위”, 「저스티스」, 제32권 제4호, 한국법학원, 1999, pp.134-158; 박종삼, “국제중재인의 자격과 양성방안에 관한 연구”, 「중재연구」, 제25권 제4호, 한국중재학회, 2015, pp.25-49; 신군재, “중재인선정 및 분야별 중재인 특성에 관한 연구”, 「중재연구」, 제19권 제3호, 한국중재학회, 2009, pp.141-160.; 안건형, “비변호사 중재인 활용의 문제점과 개선방안”, 「중재연구」, 제25권 제1호, 한국중재학회, 2015, pp.47-64; 이명우, “중재인의 기피에 관한 고찰”, 「중재연구」, 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004, pp.403-424 등이 있으나, 주로 포괄적인 범위에서 중재인 선임이나 지위 및 그 자격에 대해 분석한 논문들이다.

반드시 필요하다고 하겠다.

이하에서는 우선 *Jivraj* 판결의 사실관계와 판결요지를 중심으로 사안을 전체적으로 개관하고(Ⅱ), 핵심 쟁점으로 제기된 중재인의 근로자성 판단기준을 검토해 본다. 중재인의 근로자성을 판단함에 있어서는 중재인선정계약의 법적 성질에 대한 규명이 선결되어야 하므로 이에 대한 부분도 함께 살펴보기로 한다(Ⅲ). 또한 본 사안에서는 중재인 선정에 있어 직업상의 자격요건에 관해 하급심과 최종심이 각각 다른 판단기준을 제시하고 있는데, 이를 검토하여 본 판결의 취지를 확인하고 그 실무적 함의를 모색해 보도록 한다(Ⅳ). 마지막으로 본 판결이 갖는 중재제도 운용상의 시사점에 대한 개별적 의견을 피력해 보기로 한다(Ⅴ).

Ⅱ . *Jivraj v Hashwani* 판결의 개요

1. 사실관계⁵⁾

1981년 1월 29일 파키스탄 국적의 *Jivraj*(원고)와 *Hashwani*(피고)는 국제적 부동산 투자에 관한 합작투자계약(joint venture agreement, 이하 ‘the JVA’라 한다)을 체결하였다. 계약조건상의 분쟁해결조항에는 영국법(English law)을 준거법으로 하고 영국 런던을 중재지로 하는 중재조항이 삽입되어 있었다. 구체적인 중재조항의 내용으로는 “당사자간 분쟁이 발생하면 중재에 의하되 중재판정부는 3인의 중재인으로 구성한다”고 하는 중재합의 및 중재인 선정방식 등이 규정되어 있었다.

해당 중재조항에 따르면,⁶⁾ 당사자가 중재인 각 1인씩을 선임하고 의장중재인(제3중재

5) 본 사안에 관한 평석으로 대표적인 것은 Christopher McCrudden, “Two Views of Subordination: The Personal Scope of Employment Discrimination Law in *Jivraj v Hashwani*,” *Industrial Law Journal*, Vol. 41, Iss. 1, 2012, pp.30-55; Christopher Style & Philomena Cleobury, “*Jivraj v. Hashwani*: Public Interest and Party Autonomy,” *Arbitration International*, Vol. 27, Iss. 4, 2011, pp.563-574 등이다. 한편 본 사안에 대해 분석한 일본 문헌으로는 溜箭將之, “*Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40 仲裁人の選任と雇用平等法制”, 『JCAジャーナル』, 第58卷 第11号, 日本商事仲裁協會, 2011, pp.18-39; 手塚裕之·早川皓太郎, “仲裁人の資格に關する仲裁地法による制約”, 『國際仲裁と企業戰略』(三木浩一·手塚裕之·弘中聰浩(編)), 有斐閣, 2014, pp.117-128 등이 있다.

6) The JVA Art. 8: “(1) If any dispute difference or question shall at any time hereafter arise between the investors with respect to the construction of this agreement or concerning anything herein contained or arising out of this agreement or as to the rights liabilities or duties of the investors or either of them or arising out of (without limitation) any of the businesses or activities of the joint venture herein agreed the same (subject to sub-clause 8(5) below) shall be referred to three arbitrators (acting by a majority) one to be appointed by each party and the third arbitrator to be the President of the HH Aga Khan National Council for the United Kingdom for the time being. All arbitrators shall be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community. (2) The arbitration shall take place in London and the arbitrators’ award shall be final and binding on both parties.”

인)은 영국 소재의 이슬람 공동체인 ‘아가한 국립평의회’(HH Aga Khan National Council for the United Kingdom)⁷⁾ 의장이 담당하는 것으로 되어 있었다. 중재인의 자격요건에 대하여는 “중재인 3인은 모두 이슬람교 시아파의 이스마일(Ismail)파 고위급 무슬림(Muslim)이어야 하며 관련 이스마일 공동체(Ismaili community)의 존경을 받는 자이어야 한다”는 일정한 제한을 두고 있었다.⁸⁾

합작투자계약에 따라, Jivraj와 Hashwani는 1980년대 중반부터 캐나다, 미국, 파키스탄, 영국 등지에서 호텔업과 석유사업 등에 관한 부동산 투자를 진행하였다. 그러나 1988년 말이 되자 영업실적의 악화로 합작관계를 해소하기로 결정하고 재산처분작업이 시작되었다. 이 과정에서 당사자들은 재산의 원활한 분배를 위해 조정(conciliation)에 합의하였고, 1990년 2월에 이르기까지 합작투자계약상 발생한 영업재산의 상당수를 분할하거나 처분하였다.⁹⁾ 다만 조정절차 종료 후에도 몇 가지 문제들이 해결되지 않았는데, 당사자들은 이스마일 공동체 소속의 Zaher Ahamed라는 사람을 단독중재인 또는 단독조정인으로 선임하여 추후 관련 문제를 해결하기로 약속하였다.¹⁰⁾ 이들의 주요한 분쟁원인을 보면, Hashwani는 자신에게 미지급된 재산이 있음을 주장하였고, Jivraj는 Hashwani가 세금문제를 명확하게 처리하지 못하였기 때문에 미지급액이 발생하였다고 주장하였다. 분쟁은 꽤 오래 동안 해결되지 않은 채 지속되었는데, 결국 2008년 7월 31일, Hashwani는 런던국제중재법원(London Court of International Arbitration, LCIA)에 Jivraj를 상대로 미화 4,403,817 달러의 지급을 요구하는 중재신청을 개시하였다.¹¹⁾

해당 중재신청서에는, 1981년의 합작투자계약 제8조에 의해 당사자간 분쟁은 중재로 해결될 것이며, Hashwani는 Anthony Colman을 중재인으로 지명하였다는 취지가 삽입되어 있었다. 동시에 Jivraj가 7일 이내에 중재인을 지명하지 못하면 Colman에 의한 단독중재절차로 진행될 것이라는 내용도 포함되어 있었다. Colman은 영국 국적의 상사법원 재판관 출신으로 이스마일 공동체의 무슬림이 아니었는데, 이에 대해 Hashwani는 “1981년 합작투자계약조항에서 중재인 자격으로 이스마일 공동체의 고위 무슬림으로 제한한다는 내용은 1998년의 영국 인권법(the Human Rights Act 1998)¹²⁾ 상 ‘종교적 차별’(religious discrimination)에

7) ‘아가 한’(Aga Khan)이란 이슬람교 시아파의 니자리 이스마일(Nizari Ismail)파 계통의 종교 지도자인 이맘(Imam)을 의미한다. 시아파에서는 이맘을 공동체의 최고 지도자일 뿐만 아니라, 종교적으로 결코 파오를 범하지 않는 완벽한 영적 존재로 보며 절대적인 권력을 부여한다. 현재의 아가 한 카림(Aga Khan Karim)은 제 4대 아가 한이며 또한 그의 가문에서 대대로 이맘직을 이어오고 있다(김정위, 『이슬람사전』, 학문사, 2002).

8) *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40, p.2. 판결문 원본에 관하여는 <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0158-judgment.pdf>> (접속일 2015. 12. 2) 참조.

9) 이때의 조정 역시 합작투자계약상의 분쟁해결조항에 따라, 시아파 계통의 이스마일파 무슬림 3인의 조정인에 의해 이루어졌다.

10) *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40, p.3.

11) *Id.*

12) 이는 1950년 ‘유럽인권협약’(European Convention on Human Rights)을 영국이 의회제정법으로 수용한 것으로 2000년 10월 2일부터 발효되었다. 본법은 2004년 소폭 개정되어 현재에 이르고 있다.

해당되는 것이므로 효력이 없다”라는 이유를 기재하고 있었다.¹³⁾

그러나 Jivraj는 Hashwani가 지명한 Colman은 이스마일 공동체 소속이 아니라는 이유로 본 중재신청의 무효확인을 구하는 소송을 제기하였고, 중재신청서의 답변서에도 그러한 취지를 기재하여 송부하였다. 이에 Hashwani는 이스마일 공동체 소속의 회원을 중재인으로 선임하는 것은 본건 중재합의 이후 영국에서 제정된 2003년의 ‘종교 또는 신념에 관한 고용평등규칙’(Employment Equally (Religion or Belief) Regulation 2003, 이하 ‘EERBR 2003’이라 한다)¹⁴⁾ 위반임을 주장하면서, 본건 중재합의의 중재인 선임 규정이 1981년 당시에는 적법하였으나 2008년에 이른 현재에는 종교나 신념에 따른 고용상의 불이익을 가져오는 무효조항이라고 항변하였다. 나아가 Hashwani는 1996년 영국 중재법(the Arbitration Act 1996) 제18조 제2항에 따라 Colman의 단독중재에 의한 중재절차 개시명령도 제기하였다.¹⁵⁾

2. 쟁점

본 사안에서는 중재인 자격을 정한 중재조항의 유효성 여부가 쟁점이 되었다.¹⁶⁾ 이를 구체적으로 나누어 설명하면 다음과 같다.¹⁷⁾

첫째, 본건 중재합의의 중재인 선임 조항이 EERBR 2003의 적용을 받는지가 문제이다. EERBR 2003 제2조 (3)은 본 규칙의 적용을 받는 ‘고용’(employment)이란 “서비스계약이나 수습계약 또는 개인적으로 어떠한 일을 하기로 하는 계약”이라고 규정하고 있는 바,¹⁸⁾ 당사자들과 중재인간의 관계가 EERBR 2003의 적용대상이 되는 ‘고용’(employment) 관계에 해당하는지가 쟁점이 된 것이다(쟁점1).

둘째, 만약 당사자들과 중재인간의 관계가 EERBR 2003의 적용대상이 되는 고용에 해당한다면, 본건 중재합의에서 당사자들이 합의한 중재인 자격요건이 EERBR 2003상의 적용제외 조항인 ‘진정한 직업상 요건’(genuine occupational requirement)에 해당하는지 여부가 문제이다.

EERBR 2003 제7조 (3)에서는 “고용자가 종교 또는 신념에 기반한 이념(ethos)을 갖고

13) *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40, p.3.

14) EERBR 2003은 고용 및 직업상의 평등대우에 관한 기본구조를 설정한 EU 위원회 지침(Council Directive 2000/78/EC, 27 November 2000 (OJ 2000 L303))을 반영하여 제정한 것으로, 종교적 차별 또는 무종교에 따른 차별을 제한하는 노동법상의 법률이다. 다만 이 규칙은 2010년 제정된 영국의 평등법(Equality Act 2010)에 의해 폐지되었고, 구체적인 조항은 평등법에 흡수·통합되었다.

15) *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40, p.4.

16) Jessica Giles, “*Hashwani v Jivraj*: London Court of International Arbitration and Others Intervening,” *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1, Iss. 1, 2012, p.298.

17) 手塚裕之·早川皓太郎, 前掲書(註5), p.118.

18) EERBR 2003, § 2(3): “*employment* means employment under a contract of service or of apprenticeship or a contract personally to do any work, and related expressions shall be construed accordingly ...”

있는 경우에는 당해 이념과 고용의 성질 또는 다음과 같은 전후사정, 예컨대 (a) 해당 업무에 있어 특정한 종교 또는 신념이 ‘진정한 직업상 요건’이 되거나, (b) 특정한 사안에 있어 ‘진정한 직업상 요건’을 적용하는 것이 적절하고, (c) (i) 진정한 직업상 요건의 적용을 받는 사람이 해당 요건을 충족시키지 못하고 (ii) 이에 대해 고용자도 해당 사람을 만족하지 못하고 또한 모든 제반상황에 비추어 해당 사람이 이를 충족시키지 못한다고 합리적으로 인정되는 경우에는, ‘진정한 직업상 요건’에 따라 고용에 있어서 종교 또는 신념에 의한 차별이 허용된다.”고 규정한다.¹⁹⁾ 즉, Jivraj와 Hashwani가 1981년 합의한 중재인 자격요건이 EERBR 2003상의 진정한 직업상의 요건에 해당하는지가 쟁점이 된 것이다(쟁점2).

셋째, 당사자들이 합의한 중재인 자격요건이 EERBR 2003에 위배되는 경우, 해당 중재합의 자체가 무효인지 아닌지가 문제이다. 즉, 중재인 자격요건이 법률 위반으로 인정된다면 Jivraj와 Hashwani가 합의한 중재합의 자체가 전부 무효로 추정되는 것인지 아니면 해당 선임 조항만 분리시켜 일부 무효를 인정할 수 있는지에 관한 쟁점이다(쟁점3).²⁰⁾

3. 판결요지

(1) 제1심

본 사안의 제1심 법원(the High Court)에서는 EERBR 2003에서 의미하는 ‘고용된 자’에는 중재인이 포함되지 않는다면 중재인의 근로자성을 부정하였다. 제1심의 구체적인 판시 사항은 아래와 같다.²¹⁾

첫째, 중재인선정계약은 EERBR 2003에서 의미하는 ‘고용’계약이라고 볼 수 없으므로 본건 중재합의의 중재인 자격요건은 EERBR 2003에서 금지하는 차별(discrimination)에 해당하지 않는다(쟁점1).²²⁾

둘째, 만약 본 사안에 EERBR 2003이 적용된다고 하더라도 중재합의의 중재인 자격에서 정한 요건은 ‘진정한 직업상의 요건’에 해당하는 것으로 허용되어야 한다(쟁점2).²³⁾

19) EERBR 2003, § 7(3): “This paragraph applies where an employer has an ethos based on religion or belief and, having regard to that ethos and to the nature of the employment or the context in which it is carried out - (a) being of a particular religion or belief is a *genuine occupational requirement* for the job; (b) it is proportionate to apply that requirement in the particular case; and (c) either - (i) the person to whom that requirement is applied does not meet it, or (ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied, that that person meets it.”

20) 쟁점3은 쟁점1에서 제기된 EERBR 2003의 적용여부에 따른 것으로, 대법원 판결에서는 다루어지지 않았다. 이는 대법원이 본건 중재인선임 조항에 대한 EERBR 2003의 적용을 부정하였기 때문이다. 따라서 본 논문에서는 쟁점1과 쟁점2의 기본적 전제가 되는 중재인의 근로자성 여부와 자격요건 문제를 중심으로 논의를 전개하기로 한다.

21) *Jivraj v. Hashwani* [2009] EWHC 1364. 제1심 판결문에 관하여는 <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/1364.html>> (접속일 2015. 12. 12) 참조.

22) *Jivraj v. Hashwani* [2009] EWHC 1364, para. 28.

23) *Id. paras.* 45-46.

셋째, 만약 사안에 EERBR 2003이 적용되고 본건 중재인 자격요건이 EERBR 2003에 위배되는 경우를 가정한다면, 중재인선임조항은 중재조항으로부터 분리될 수 없고 당사자 간의 중재조항 전체가 무효가 되어야 한다(쟁점3).²⁴⁾

(2) 제2심

항소심(the Court of Appeal) 판결에서는²⁵⁾ 제1심의 취지와는 정반대의 의견을 제시하면서 제1심 판결을 파기하였는데, 아래와 같은 이유에서이다.²⁶⁾

우선 쟁점1에 대하여, “중재인 선정은 특정한 업무를 제공하는 계약을 체결하는 것으로서 EERBR 2003 제2조 (3)에서 의미하는 ‘개인적으로 어떠한 일을 하기로 하는 계약’에 기반한 ‘고용’으로 보아야 하고, 중재인은 당사자와의 관계상 피고용자로 볼 수 있다”고 파악하였다.²⁷⁾ 따라서 본건 중재인 자격요건은 EERBR 2003에서 금지하는 종교에 의한 차별에 해당한다고 본 것이다.

쟁점2와 관련하여, “본 사안에서는 중재절차의 준거법으로 영국법이 지정되어 있는 바, 중재인이 중재판정을 내리기 위해서는 이러한 영국법상의 원칙과 이해가 기본적으로 전제된 상황에서 중재절차를 수행할 능력이 필요하다”고 보고, “중재합의의 중재인 자격요건을 이스마일 공동체의 회원으로 한정하는 것은 중재인의 직무상의 능력과 관련한 진정한 직업상의 요건에 해당하는 것이라고는 볼 수 없다”고 판시하였다.²⁸⁾

쟁점3에 대해서는, 중재합의에 포함된 일부조항의 부분적 분리가능성을 부인한 2006년의 *Percy v. Board of National Mission of the Church of Scotland*²⁹⁾ 판결을 인용하면서, “본건 중재인 자격요건은 EERBR 2003에 위배되므로 무효이고, 이러한 중재인 자격요건을 중재조항에서 제외하여 중재판정의 근거로 적용한다는 것은 애초에 당사자들이 의도한 중재합의의 기본적 성격을 변질시키는 것이므로 결국 중재조항 전체의 효력을 부정하여야 한다”고 판단하였다.³⁰⁾

(3) 대법원

본 사안은 결국 대법원(the Supreme Court)에³¹⁾ 상고되었는데, 중재인선임조항이 EERBR

24) *Id. para. 75.*

25) *Jivraj v. Hashwani* [2010] EWCA Civ 712. 항소심 판결문에 관하여는 <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/712.html>> (접속일 2015. 12. 15) 참조.

26) Laurence Rabinowitz, “Arbitration and Equality: *Jivraj v Hashwani*,” *Business Law International*, Vol. 12, No. 1, 2011, pp.121-122.

27) *Jivraj v. Hashwani* [2010] EWCA Civ 712, *para. 17.*

28) *Id. paras. 27-29.*

29) [2006] 2 AC 28 (HL).

30) *Jivraj v. Hashwani* [2010] EWCA Civ 712, *paras. 34-35.*

31) 원래 영국은 2009년 이전까지는 사법부의 최종심을 상원(House of Lords)에서 다루고 있었는데, 상원은 오랫동안 입법뿐만 아니라 사법에 관한 권한도 가지고 있었다. 1876년부터 대법원장과 상원 의장을 겸하는 대

2003의 적용을 받는지 여부, 즉 중재인의 근로자성 여부(쟁점1)와 중재인 자격요건상의 제한이 EERBR 2003 제7조 (3)에 해당하는지 여부인 진정한 직업상 요건의 범위(쟁점2)가 중점적으로 다루어졌다.³²⁾ 대법원은 다음과 같은 이유에서 항소심 판결을 파기하고 제1심 법원의 취지를 인용하였다.

첫째, 대법원은 중재인의 근로자성을 부정하고, 본건 중재인선임조항이 EERBR 2003의 적용대상이 아니라고 판단하고 있다. 그 이유로는 우선 당사자와 노무제공자와의 관계에 기반한 일반적인 ‘근로자’(workers)와 ‘독립적 서비스 제공자’(independent providers of services)의 지위가 다르다는 것이었다.

대법원은 “중재인은 노무를 제공하고 보수를 수령하는 자이기는 하나 당사자의 지시에 따라 서비스를 제공하거나 보수를 수령하지 않고, 당사자로부터 독립적인 관계에 있다”라고 보았다.³³⁾ 즉, 중재인은 타인의 지시에 따라 서비스나 노무를 제공하고 그 대가로서 보수를 수령하는 일반적인 근로자는 아니며, 당사자와의 관계에서도 종속관계(relationship of subordination)에 속하지 않는다고 판단한 것이다. 또한 “EERBR 2003 제22조 (1)에 따르면 피고용인이 행한 행위는 고용자의 인식 여부에 관련 없이 고용자에게도 영향을 미치도록 규정하고 있는데, 이러한 EERBR 2003의 적용상의 구조를 중재인과 당사자와의 관계에 적용하기에는 부적절하다”고 지적함으로써³⁴⁾ EERBR 2003에 근거한 중재인의 근로자성을 부인하였다. 결국 대법원에서는 “중재인은 당사자와는 종속관계가 아닌 당사자로부터 독립적인 지위에 있고, 당사자들의 이해관계에 얽매이거나 당사자 일방의 특정한 이해를 위해 행동하는 것이 금지되는 ‘준사법적 재판관’(quasi-judicial adjudicator)의 지위를 갖는 자”라는 결론을 내렸다.³⁵⁾

둘째, 대법원이 본건 중재인 자격요건에 대한 EERBR 2003 적용 여부를 부정한 이상, 해당 자격요건 조항이 EERBR 2003 제7조 (3)의 진정한 직업상 요건에 해당되는지는 판결의 결론과 관련이 없다. 그럼에도 불구하고 대법원은 다음과 같은 해석론을 제시하였다.³⁶⁾

법관(Lord Chancellor)과 법률 귀족으로서 상원 의원인 대법관(Lords of Appeal in Ordinary)들이 민사사건에 관해서는 영국 전체를, 형사사건에 관해서는 스코틀랜드를 제외한 영국 전체를 관장하는 최고법원의 역할을 담당해 왔다. 다만 2005년 헌정개혁법(Constitutional Reform Act)에 따라 2009년 10월부터 독립된 대법원(Supreme Court of the United Kingdom)이 설립되었고 사법에 관한 상원의 권한은 대법원으로 이전되었다.

32) Nicola Countouris, “Remoulding the Scope of Application of Anti-discrimination Law,” *The Cambridge Law Journal*, Vol. 71, Iss. 1, 2012, p.47.

33) *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40, p.18: “...the arbitrators’ role is not one of employment under a contract personally to do work. Although an arbitrator may be providing services for the purposes of VAT and he of course receives fees for his work, and although he renders personal services which he cannot delegate, he does not perform those services and earn his fees for and under the direction of the parties. ... He is rather in the category of an independent provider of services who is not in a relationship of subordination with the parties who receive his services ... ”

34) *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40, p.19.

35) *Id.* p.18.

36) 手塚裕之·早川皓太郎, 前掲書(註5), p.120.

대법원은 “분쟁의 사적인 해결을 위해 당사자들에게 일정한 재량적 권한을 부여하고 있는 것이 중재의 본질이라는 점을 이해하여야 한다”고 하면서, ‘진정한 직업상의 요건’에서의 ‘진정함’의 범위에는 적법성과 정당성(legitimate and justified) 기준이 포함되어야 한다고 보았다.³⁷⁾ 나아가 “1981년 당시 Jivraj와 Hashwani는 이스마일 공동체 소속의 중재인에 의한 중재판정을 신뢰하고 재량권을 부여하기로 합의하여 이를 중재합의의 명시적 조항으로 삽입하고 있으므로, 본건 중재합의에서 규정한 중재인 자격요건은 진정성에 기반한 적법함과 정당성을 갖춘 것이라 평가할 수 있다”고 파악하였다. 즉, 만약 중재인 자격요건이 EERBR 2003상의 적용을 받는다 하더라도 이는 EERBR 2003 제7조 (3)의 진정한 직업상 요건에 해당된다는 것이었다.³⁸⁾ 이는 본 사안에 이슬람법이 아닌 영국의 실체법만이 적용되므로 이스마일 공동체 회원에 한정하여 중재인 자격을 제한한 것은 EERBR 2003상의 차별이라고 파악한 항소심의 판단과는 다른 것이다.³⁹⁾ 대법원은 “영국법에 기초한 분쟁을 해결하기 위해 이스마일 공동체 소속의 중재인이 필요하지 않다고 판단하는 것은 중재절차의 기능을 지나치게 좁게 해석한 것”이라면서, 항소심의 법리 적용상의 오류를 지적하였다.

Ⅲ. 중재인의 근로자성 판단기준

1. 중재인선정계약의 법적 성질

2011년 *Jivraj* 판결에서의 핵심 쟁점은 중재인의 자격요건을 정한 중재조항의 유효성 판단 여부이다. 사안의 중재조항에는 중재인 선정과 관련한 일정한 자격요건이 삽입되어 있었는데, 이러한 자격요건이 영국의 고용차별금지법제인 EERBR 2003에서 금지하는 종교적 차별에 해당될 수 있다는 문제가 제기된 것이다. 이에 대하여 하급심에서 최종심에 이르기까지 각기 다른 해석론이 전개되었다. 실질적인 문제는 중재인과 당사자간의 관계를 고용관계로 볼 수 있느냐인데, 이는 중재인과 당사자간의 법률관계를 설정하는 중재인선정계약과 관련이 깊다. 즉, 중재인선정계약의 법적 성질에 대하여 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

보통 중재인과 당사자간의 관계 설정은 ‘중재인선정계약’에 의한다.⁴⁰⁾ 당사자간 합의에 따라 중재인으로 선임되었다는 사실만으로는 중재인으로서의 의무가 발생하는 것은 아니며,

37) *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40, p.25.

38) *Id.* pp.25-26.

39) Saad U. Rizwan, “Foreseeable Issues and Hard Questions: The Implications of U.S. Courts Recognizing and Enforcing Foreign Arbitral Awards Applying Islamic Law Under the New York Convention,” *Cornell Law Review*, Vol. 98, Iss. 2, 2013, p.511.

40) Emilia Onyema, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator’s Contract*, Routledge, 2010, p.60.

중재인으로 선임된 자가 중재사무에 대한 임무를 인수하여야만 비로소 중재인으로서의 의무가 발생하게 된다. 중재인의 의무는 당사자와의 이러한 계약에서 비롯되는 것인데, 이렇게 당사자가 중재인에게 중재사무를 위탁하는 계약을 보통 중재인선정계약이라고 한다.⁴¹⁾

애초에 당사자간 중재합의가 성립되는 시점에서는 향후의 분쟁발생에 대한 예측가능성을 가늠할 수 없으므로, 이 단계에서는 당사자들이 중재인을 미리 선정할 동기나 필요성이 극히 적다. 반대로 현실적으로 분쟁이 발생하여 중재절차에 의해 분쟁해결을 도모하는 시점에서는 누가 중재인이 되는가에 따라 중재판정의 향방이 달라지기 때문에, 중재인 선정에 대한 당사자들의 기대심리는 훨씬 증대된다. 결국 이 단계에서 당사자들이 처음으로 중재인 선정절차에 착수한다고 보는 것이 일반적이다. 즉, 중재인선정계약이란 당사자간 최초로 체결되는 포괄적인 중재계약과는 별도로 ‘당사자들과 중재인으로 선임된 자’와의 중재인 임무수행에 관해 성립되는 계약인 것이다.⁴²⁾

중재인 선정은 어디까지나 당사자들이 중재인을 특정하는 것이므로, 중재인에 선임된 자가 명시적 또는 묵시적으로 중재업무위탁을 인수함에 의하여 중재인선정계약은 성립한다. 중재인선정계약의 성립에 따라 중재인은 중재판정의 판단주체로서의 지위를 갖게 되며, 당사자를 구속하는 중재절차상의 권한과 의무가 발생한다.

중재인선정계약에 의해 중재인의 중재임무가 발생하므로, 그 임무의 내용은 기본적으로 중재신청의 대상이 된 분쟁의 심리와 판정이다. 여기서 중재인의 임무를 파생시키는 이와 같은 중재인선정계약의 법적 성질을 어떻게 파악하는지가 문제이다. 이에 대해서는 학설상의 다툼이 있는데, 독일과 일본에서 논의된 이론들을 한번 살펴보기로 한다.

예를 들어, 중재인선정계약을, ① 그것이 유상계약인 경우에는 고용계약으로, 무상계약인 경우에는 위임계약으로 보아야 한다는 견해,⁴³⁾ ② 일정한 전형계약으로서 다루지 말고, 독자적인 실체계약(Vertrag sui Genenis)으로 파악하여 기존의 법규정에서 이와 관련된 최적화된 규정을 유추적용해야 한다는 견해,⁴⁴⁾ ③ 실체법적 효과와 소송법적 효과라는 이중의 효과를 가지고 있다는 점에 주목하여, 실체법상 계약으로서의 성질과 함께 중재인의 직무라는 절차적 효과를 모두 포함하는 소송계약의 일종으로 보는 견해,⁴⁵⁾ ④ 소송계약적 성질이 병존하는 비전형계약으로 이해하고, 필요한 경우에 한하여 위임계약 등의 규정을 유추적용하면 문제가 없다는 견해,⁴⁶⁾ ⑤ 타인을 신뢰하여 일정한 사무의 처리를 의뢰한다

41) 河野正憲, “仲裁人の資格”, 『注釋と論点 仲裁法』(小島武司·高桑昭(編)), 青林書院, 2007, p.96.

42) 小島武司·猪股孝史, 『仲裁法』, 日本評論社, 2014, p.188.

43) 이는 독일의 통설이라고 한다.

44) 松浦馨·青山善充(編), 『現代仲裁法の論点』, 有斐閣, 1998, p.221(小島武司·猪股孝史, 前掲書(註42), p.189, n.132에서 재인용).

45) 齋藤秀夫(編), 『注解民事訴訟法XI』, 第2版, 第一法規出版, 1996, p.448; Karl Heinz Schwab & Gerhard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., 2005, Kap. 11, Rdnr. 9(小島武司·猪股孝史, 前掲書(註42), p.189, n.133에서 재인용).

46) 山本和彦·山田文, 前掲書(註1), p.303.

는 중재인선정계약의 성질을 이해하여 위임규정의 대부분이 유추적용되어야 한다는 견해⁴⁷⁾ 등이 있다. 우리법상으로는 위임에 유사한 특수계약이라고 보는 견해가⁴⁸⁾ 유력한데, 국제적으로도 전형적인 보통의 계약과는 다른 중재라는 특유의 제도에서 기인한 ‘특수 계약’의 일종으로 해석하는 것이 통설적 견해이다.⁴⁹⁾

Jivraj 판결에서는 중재인선정계약의 성질에 대하여 하급심과 대법원의 입장이 확연히 다른데, 일단 제1심에서는 중재인선정계약이 고용계약은 아니라고 보고 있는 반면, 항소심 법원은 ‘개인적으로 어떠한 일을 하기로 하는 계약’(a contract personally to do any work)에 기반한 ‘고용’으로 파악하고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 대법원에서는 중재인을 선임하는 주요한 목적이 당사자간의 합의에 따른 분쟁의 ‘공평한 해결’(the impartial resolution)에 있음을 지적하면서, 만약 중재인선정계약의 특정 조항에 개인적 노무 제공과 같은 표현이 삽입되어 있다 하더라도 중재인들은 당사자의 지시에 따른 개인적 서비스 제공을 하는 지위에 있지 않다고 보고 있다.⁵¹⁾

중재인선정계약의 성질에 관한 포괄적인 이론적 판단이 대법원에서 제시된 것은 아니다. 그 보다는 중재인과 당사자간의 관계가 고용관계인지 아닌지를 중심으로, 해당 관계의 ‘비종속적 성격’을 강조하고 있다. 특정한 관계가 비종속적이며 독립적 특성에 근거한 내용들을 주로 담고 있다면 고용계약적 성질은 부정되어야 한다는 것이다.

우선 중재인선정계약은 특정한 일의 완수를 목적으로 하지 않으므로 도급계약적 성질이 없다. 또한 중재인은 당사자들의 지시나 명령에 따라 중재임무를 수행하지 않고 수평적이며 독립적인 지위에서 그 임무를 수행한다. 그렇다면 중재인선정계약을 고용계약으로 볼 수는 없을 것이다. 오히려 당사자가 중재인에게 중재를 의뢰하는 계약이 중재인선정계약의 본질이므로 이러한 점에서는 위임계약과 유사하다고 볼 수 있다. 그러나 유상이 원칙이고 중재인 기피가 허용되는 등 위임과 다른 부분도 상당수 있으므로, 결국 중재제도 본연에서 나오는 특수계약적 성질을 갖는 특수위임계약으로 파악하여야 할 것이다.⁵²⁾

47) 小島武司·猪股孝史, 前掲書(註42), p.189. 이 견해에 따르면, 어떠한 학설에 따르더라도 위임규정이 적용된다는 측면에서 실질적 학설상의 차이는 크게 없다고 한다.

48) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, pp.145-146.

49) Gary B. Born, *International Commercial Arbitration Vol. II*, 2nd Ed., Kluwer Law International, 2014, p.1977.

50) 그러나 이러한 항소심의 취지에 대해서는 상당한 비판이 제기된 바 있다. Paul B. Klaas & Nick Burkill, “Religious Requirement for Arbitrators to Be Decided by Jivraj Appeal,” *Dispute Resolution Journal*, Vol. 66, No. 1, (Feb.-Apr. 2011), p.30; Inae Yang, “*Nurdin Jivraj v. Sadruddin Hashwani*: The English Court of Appeal Erects a Regulatory Barrier to Appointment of Arbitrators in the Name of Anti-Discrimination,” *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Iss. 3, 2011, pp.253-254.

51) *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40, p.20.

52) 목영준, 전게서(주48), p.146.

2. 중재인의 근로자성 여부

Jivraj 판결에서 대법원은 중재인선정계약의 고용계약성을 부정함으로써 중재인은 근로자가 아니라는 결론을 내리고 있다. 대법원이 이러한 판단을 함에 있어 가장 중요하게 고려한 요소로는 중재인과 당사자간의 관계가 종속적(subordinate) 관계가 아닌 독립적(independent) 관계에 있다는 것이었다.⁵³⁾

종속적 관계라는 것은 노무를 제공함에 있어 특정인의 지시를 받고 그 노무제공의 대가로 보수를 받는 것을 의미한다. 이러한 판단기준은 일련의 EU 사법재판소 판결들에서 제시된 해석론에 따른 것이었다. 예를 들어, EU 사법재판소의 1986년 *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*⁵⁴⁾ 판결에서는, “근로자(worker)성을 판단하기 위해서는 해당 근로자의 권리·의무가 생성되는 고용관계라는 객관적인 기준에 의해야 한다”고 하면서, “고용관계의 가장 본질적인 특징은 일정한 기간 동안 타인의 지시(the direction of another person)하에 노무를 제공하고 그 대가를 받는 것”이라고 명시한 바 있다.⁵⁵⁾ 특히 2004년의 *Allonby v. Accrington and Rossendale College*⁵⁶⁾ 판결에서는 대학강사들의 근로자성을 인정 하면서, ‘근로자’와 ‘독립적 노무제공자’의 차이점을 구체적으로 제시한 바 있는데, 대법원이 언급한 주요한 판단의 근거로 본 판결의 해석론이 강력하게 인용되었다.

물론 중재인이 중재임무를 수행한 후 보수를 수령하기는 하지만, 당사자의 지시를 받아 행동하는 것은 아니며 중재판정의 마지막 단계까지 당사자와는 수평적이며 대등한 관계를 유지한다. 오히려 중재인은 분쟁을 해결하는 판단주체라는 측면에서 당사자들에 비해 우월한 지위를 갖는 경우도 종종 있다. *Jivraj* 사건의 대법원에서도 이러한 중재인의 지위적 특징들을 강조하면서 그 근로자성을 부인한 것이다.

그런데 ‘고용’ 또는 ‘근로자’와 같은 개념들은 보통 국가마다 그 분류방식이 다르고, 설사 같은 국가라 하더라도 개별적 법률의 취지에 따라 그 정함이 각각 다른 경우가 많다. 따라서 중재인이 근로자인지 아닌지에 대해서는 일률적인 판단이 쉽지 않고, 관련 적용법상의 입법적 특색에 따라 구체적인 해석이 필요한 경우도 상당히 많다.⁵⁷⁾ *Jivraj* 사건의 항소심에서도 이러한 관점에서 중재인의 근로자성을 인정하고 있는데, 고용계약의 범위를 매우 자의적·포괄적으로 파악하였다는 비판이 많고⁵⁸⁾ 대법원에서도 이점을 강하게 지적하고 있다.⁵⁹⁾

53) MCCrudden, *supra* note 5, p.39.

54) [1986] ECR 2121, Case C-66/85.

55) 이러한 근로자성 판단기준은 이후의 *Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, [1999] ECR I-3289, Case C-337/97; *Kurz v. Land Baden-Württemberg*, [2002] ECR I-10691, Case C-188/00에서도 그대로 인용되고 있다.

56) [2004] ECR I-00873, Case C-256/01.

57) 手塚裕之·早川皓太郎, 前掲書(註5), p.123.

58) Klaas & Burkill, *supra* note 50, p.30.

우리법상으로도 중재인의 근로자성 판단이 문제가 될 수 있겠는데, 구체적으로는 근로기준법상 근로자의 범위에 중재인이 포함되는지 아닌지가 문제가 될 것이다. 근로기준법 제2조에서는 근로자를 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”로 정의한다. 즉, 근로자성이란 ① 직업의 종류와 관계없이, ② 사업 또는 사업장에서, ③ 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자로 그 요소를 구분하여 파악할 수 있을 것이다. 여기서 ①의 ‘직업의 종류와 관계없이’란 요소는 그 자체로 근로자성을 정하는데 적극적인 의미가 없고, ②의 ‘사업 또는 사업장’ 요소 역시 사회생활의 업으로서 계속적으로 행해지면 족하기 때문에 근로자성의 결정에는 중요한 의미를 갖지 못한다. 결국 ③의 ‘임금목적의 근로’에 대한 해석의 문제가 쟁점으로 되며, 이를 판단함에 있어서는 ‘종속관계’의 범위나 그 수준의 정도가 중요하다고 볼 수 있다.⁶⁰⁾

우리 대법원 판례의 태도 역시 근로자성 여부를 계약의 ‘형식’이 아닌 ‘실태’를 중심으로 파악하되, 그 대상이 된 노무제공의 관계에 ‘종속성’이 존재하는가 아닌가를 기준으로 판단하고 있다.⁶¹⁾ 여기서 종속성은 ‘사용종속성’과 ‘경제적 종속성’으로 구분되는데, 대법원은 이러한 양자의 종속적 성질을 모두 갖춘 경우에 한하여 근로기준법상의 근로자로 인정하고 있다.⁶²⁾

중재인의 경우에는 중재인선정계약이라는 당사자의 합의에 의해 중재임무를 수행하지만 당사자의 지시나 명령에 따라 그 임무를 수행하지 않으므로 ‘사용종속성’을 인정할 수 없다. 나아가 임무수행의 대가로서 보수를 받지만, 중재인이 다른 종류의 영업에 종사하는 것이 금지되어 있는 것도 아니고 또 그것이 사실상 곤란한 것도 아니다. 더욱이 타인의 노동력을 이용하는 데에도 큰 제한이 없다는 점을 보면 일반적인 ‘경제적 종속성’과는 차이가 있다.

결국 중재인은 우리법상의 해석론에 의하더라도 당사자와의 관계에서 종합적 종속관계가 있다고 볼 수 없으므로 근로자성은 부정되어야 할 것이다. 우리나라에서는 중재인의 근로자성에 대한 판단이 판례법상 문제시된 적이 아직 없다. 다만 향후 이러한 문제가 제기되는 경우에는 *Jivraj* 판결의 해석론과 유사한 결론에 도달할 것으로 보인다.

59) Dominique Hascher, “Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues,” *American University International Law Review*, Vol. 27, Iss. 4, 2012, p.791.

60) 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자의 판단”, 『노동법학』 제11호, 한국노동법학회, 2000, p.36.

61) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2778 판결.

62) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결: “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.”

IV. 중재인의 자격과 국적요건

Jivraj 사건의 항소심은 중재인과 당사자간의 관계를 고용관계로 보고 중재인의 근로자성을 인정하고 있다. 그런데 문제는 항소심 판결이 제시된 바로 직후에 2010년의 영국 평등법(Equality Act 2010)이 발효되었다는 점이다. 2010년 평등법은 고용관계에 있어 ‘국적’(nationality)에 의한 차별을 명시적으로 금지하고 있는데, 만약 항소심 판결이 대법원에서 파기되지 않고 그 자체로 확정되었다면, 중재인의 국적을 형식적 요건으로 지정한 중재인선임 조항은 2010년 평등법에 위반될 가능성이 발생하게 된다.

대법원이 항소심 판결을 파기함으로써, 중재인의 국적요건에 대한 강행법 위반 가능성 문제는 사라졌으나, 여기서 한번 중재인의 국적이 그 형식적 자격요건상 어떠한 의미를 갖고 있는지 나아가 실무적으로는 어떻게 이루어지고 있는지 재검토할 필요가 있다. 이하에서는 먼저 실무상 중재인의 국적 요건이 어떠한 방식으로 처리되고 있는지 살펴보고, 항소심의 해석론상 문제점을 지적하고자 한다. 나아가 그에 따른 대법원 판결의 취지와 그 시사를 확인해 보도록 한다.

1. 형식적 자격요건으로서의 국적

대부분의 주요 입법례들은 중재인의 형식적 자격에 관한 제한을 두고 있지 않다.⁶³⁾ 이는 당사자들의 판단으로 분쟁해결담당자인 중재인을 정한다는 것이 중재제도의 본질이라는 일반적 이해가 전제되어 있기 때문이다.⁶⁴⁾ 따라서 당사자들은 일정한 전문지식이 있는 자 또는 법조자격을 보유한 자를 중재인으로 고려하거나 아니면 미성년자나 피한정후견인과 같은 제한능력자는 중재인 선정에서 제외하는 등 당사자들의 합의에 따라 중재인의 자격을 구체적으로 명시할 수 있다.⁶⁵⁾ 심지어 중재인의 국적, 종교, 나이, 인종, 성별 등과 같은 보편적인 ‘차별’적 요건들을 설정하더라도 명백한 위법적 성질이 없는 한 유효한 중재합의로 인정받는 데에는 지장이 없다.⁶⁶⁾

이처럼 중재제도는 당사자들의 수권에 따라 비법률적 요소가 개입된 우의적 판단이 가

63) 목영준, 전게서(주48), p.129.

64) 小島武司·猪股孝史, 前掲書(註42), p.171.

65) 河野正憲, 前掲書(註41), p.98.

66) Giorgio Bernini, “The Parties’ Right to Choose Their Arbitrator and the Prohibition Against Discrimination: An Unstable Balance. A Comment on the Judgments in *Jivraj v. Hashwani*,” *American Review of International Arbitration*, Vol. 24, No. 1, 2013, p.31.

능하므로, 종교적 기준(religious norms)에 따른 절차진행 역시 가능하다.⁶⁷⁾ *Jivraj* 사건에서의 당사자들도 이러한 맥락에서 중재인의 자격에 제한을 둔 것이다.⁶⁸⁾ 즉, 당사자들이 중재인 선정에 대한 직접적인 선택권 행사야말로 중재제도의 가장 근본적인 요소임에는 분명하다고 볼 수 있다.

그런데 국제중재의 경우에는 종종 중재인의 국적요건이 문제가 되는 경우가 많다. 우선 영국 중재법을 비롯하여 UNCITRAL 모델중재법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)이나 미국의 연방중재법(Federal Arbitration Act)에서는 중재인의 형식적 자격요건으로서 국적요건을 명시하지는 않고 있다. 우리나라 중재법 역시 제12조 제1항에 “당사자간에 다른 합의가 없으면 중재인은 국적에 관계없이 선정될 수 있다”고 규정함으로써 이러한 국적제한을 두고 있지 않다. 다만 주요 국제중재기관의 중재규칙들은 단독중재인이나 의장중재인의 경우에는 당사자들과는 다른 국적을 가진 자로 할 것이라는 국적요건 규정들을 보유하고 있다.⁶⁹⁾ 이에겐 중재기관에 따라 두 가지 유형의 규정 방식이 있다.

첫째, 단독중재인이나 의장중재인은 ‘원칙’으로서 당사자들과는 다른 국적이어야 할 것을 정한 방식이다. ICC 중재규칙(ICC Rules of Arbitration 2012) 제13조 제5항과 LCIA 중재규칙(LCIA Arbitration Rules 2014) 제6조가 이러한 규정을 갖고 있다.⁷⁰⁾

둘째, 중재인의 국적 요건을 명시적으로 제한하지는 않으나, 중재인 선정기관이 중재인을 선임하는 경우에는 중재인의 국적을 고려할 것을 요구하는 방식이다. UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules 2010) 제6.7조, 미국중재협회 중재규칙(AAA Commercial Arbitration Rules) 제6.4조, 일본상사중재협회 중재규칙 제27조 제4항 및 제28조 제6항이 그러하다.⁷¹⁾ 우리나라의 대한상사중재원 국제중재규칙 제12조 제4항에서도 “당사자 일방이 요청하는 경우 사무국은 다른 특별한 사정이 없는 한, 각 당사자들과는 국적이 다른 자를 단독중재인이나 중재판정부의 의장으로 선정하여야 한다”고 규정한다.

상당수의 중재기관들이 중재인의 국적을 당사자들과는 다른 국적으로 요구하는 것은 중재절차상의 공정성 확보와 중재인의 중립성을 담보하기 위함이다.⁷²⁾ 그러나 단독중재인이

67) Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford University Press, 2009, p.365.

68) 예를 들면, 유대교 공동체(Jewish community)에서도 ‘베트 딘’(the Beth Din)과 같은 회의체 기관들이 종종 중재절차를 진행하고 있는데, 이 경우 *Jivraj* 사건에서와 같이 중재인의 자격요건에 종교적 제한을 두고 있다(Bernini, *supra* note 66, p.31).

69) Dalma Demeter & Thilini Perera, “Religious Influences Over Arbitral Proceedings: Personalising or Jeopardising Justice?” in *Justice Connections*(Patricia Eastal, ed.), Cambridge Scholars Publishing, 2013, p.271.

70) Klaas & Burkill, *supra* note 50, p.30.

71) 일본 중재법 제17조 제6항 3호에서도 법원이 단독중재인이나 의장중재인을 선임하는 경우에는, 당사자 쌍방의 국적과 다른 국적을 가진 자를 선임할 것을 고려하도록 하고 있다.

72) Joe Tirado & James Thomas, “*Jivraj v Hashwani?* Discrimination Law Applied to the Appointment of Arbitrators,” *IBA Arbitration News*, Vol. 16, No. 1, 2011, p.72.

나 의장중재인이 당사자들과 같은 국적이라고 해서 중재판정부의 독립성과 공정성이 무조건 훼손되는지에 관해서는 다소 의문이 든다. 국적이 다르다면 국내적으로 형성된 선입관이나 문화적 편견 등을 배제할 수 있음은 당연하겠지만, 그렇다고 단지 중재인의 국적이 다르다는 이유만으로 중재절차의 독립성과 공정성이 확보될 것이라는 보장 역시 가능한 것인지는 다시 생각해 볼 문제이다.⁷³⁾

2. 대법원 판결의 취지 및 시사점

Jivraj 사건의 항소심은 이슬람 신도로 중재인의 자격을 제한한 중재합의가 EERBR 2003상의 종교차별에 해당한다고 판단하고, 당사자간 중재합의의 유효성을 부정하였다. 항소심은 그 근거로 중재인선정계약에 따라 형성된 중재인과 당사자간의 관계가 고용관계라는 점을 들고 있는데, 앞서 살펴본 바와 같이 이러한 해석은 고용관계의 범위를 지나치게 넓게 판단한 것으로 실무계의 상당한 비판을 받았으며 대법원에서도 파기되었다.

그러나 보다 더 큰 문제는 항소심이 중재인의 근로자성을 인정함으로써, 2010년의 평등법상 ‘국적’에 의한 차별금지조항의 적용을 받게 될 가능성이 발생하였다는 점이다.⁷⁴⁾ 2010년 평등법은 기존의 고용관련 반차별법제들을 일괄적으로 흡수·통합하여 제정된 법률로서,⁷⁵⁾ 제9조에서는 ‘인종’(race)에 의한 차별을 금지하고 있고, 이러한 인종에 해당되는 기준으로써 국적 요소를 포함하고 있는데, 바로 이점이 매우 큰 논란이 되었다.⁷⁶⁾

항소심 판결은 2010년 6월 22일에 관시되었고, 2010년 평등법은 2010년 10월부터 발효 되었으므로, 항소심 판결 당시에는 평등법의 적용여지가 없었다. 그러나 항소심 판결은 EERBR 2003 제2조 (3)에 근거해 중재인과 당사자간의 관계를 고용이라고 파악하고 있기 때문에, 2010년 평등법 제83조 (2)(a)에 의해서도 중재인과 당사자간의 관계는 고용관계라는 동일한 결론이 도출될 것이다.⁷⁷⁾ 즉, 항소심의 해석대로라면 중재인과 당사자간의 관

73) Philip Clifford & Hussein Haeri, “*Jivraj v. Hashwani*: Arbitrator Nationality and the Law of Unintended Consequences,” Latham & Watkins, March 2010, p.5.

74) *Id.* p.3.

75) 2010년 평등법은 2006년 제정된 평등법(Equality Act 2006)과는 다른 별개의 법이다. 즉, 2010년 평등법은 2006년 평등법과는 그 적용대상의 범위가 다르며, 이를 개정된 법률이 아니다. 2010년 법은 주로 고용문제에 초점이 맞추어져 있는데, 기존의 영국에서 입법된 고용관련 반차별법제들이 대부분 통합되었다. 2010년 평등법에 흡수된 법률로는 1970년의 평등임금법(Equal Pay Act 1970), 1975년의 성차별금지법(Sex Discrimination Act 1975), 1976년의 인종관계법(Race Relations Act 1976), 1995년의 장애인차별금지법(Disability Discrimination Act 1995), 2003년의 종교·신념에 따른 고용평등규칙(EERBR 2003), 2003년의 성적 지향에 따른 고용평등규칙(Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003), 2006년의 연령에 따른 고용평등규칙(Employment Equality (Age) Regulations 2006) 등이다.

76) Equality Act 2010(2010 c. 15) Sec. 9(1): “Race includes – (a) colour; (b) nationality; (c) ethnic or national origins.”

77) 2010년 평등법 제83조 (2)(a)는 EERBR 2003의 제2조 (3)이 대체된 조항으로, “개인적으로 어떠한 일을 하기로 하는 계약”(a contract personally to do work)은 고용에 해당한다고 명시한다.

계는 2010년 평등법의 적용을 받는 고용에 해당되는데, 문제는 중재인의 국적요건을 정한 중재인선임조항이 있는 경우라면 2010년 평등법상 국적차별에 해당되어 중재조항이 무효화될 수 있다는 점이다. 따라서 중재인의 국적요건을 중재조항에 포함시키면 이는 2010년 평등법상 모두 강행법 위반이 될 가능성이 생긴다는 것이다.

그런데 이러한 해석은 실무적 현실과는 상당히 동떨어진 것으로, 중재인의 종교적 자격요건에 대한 단순한 제한을 훨씬 뛰어 넘어, 중재인의 국적을 명시한 수많은 중재조항의 효력에 제약을 가하고 있다. 실제로 수많은 중재조항들은 중재인의 국적요건을 삽입하고 있는 경우가 많고, 기존의 영국 판례법도 이러한 중재조항의 유효성을 수차례 인정한 바 있다.⁷⁸⁾ 이러한 측면에서 항소심 판단의 해석론은 학계·실무계에서 상당한 비판을 받았다.⁷⁹⁾

실제로 본 사안은 2010년 항소심 판결이 내려지고 대법원 판결이 제시되기 전까지 국제중재 실무계상 엄청난 반향을 일으켰다. ICC와 LCIA는 대법원 재판절차에 참가인으로서 관여하여, 항소심 판단의 부당성을 지적하며 구체적인 실무적 견해를 제시하기까지 하였다고 한다.⁸⁰⁾ 일단 대법원이 항소심 판결을 파기하였으므로 본 사안에 대한 실무적 비판은 피할 수 있게 되었으나, 대법원이 제시한 중재인의 근로자성 판단기준에 해석상의 한계가 있음을 지적하는 견해들도 있고,⁸¹⁾ 2010년 평등법의 적용가능성 여부도 명확하게 실시하지 않았다는 문제가 있다. 그럼에도 불구하고 *Jivraj* 사건에서 대법원이 제시한 해석론은 다음과 같은 매우 중요한 시사점을 제공하고 있다.

우선 대법원은 중재인의 근로자성을 부정함으로써 중재인의 국적요건이 명시된 중재조항의 위법가능성을 배제하였다는 점이다. 만약 항소심의 판단이 최종 확정되어 중재인의 근로자성이 인정되었다면 중재 본연의 특성이 훼손되고 중재제도의 활용이 크게 위축되었을 것이 분명하다. 이는 항소심이 확정되었다고 가정하고 이를 설명해 보면 보다 명확하게 이해될 수 있다. 예를 들어, 중재인의 국적요건을 명시한 어떠한 중재조항이 있고 이에 대한 유효성 여부가 영국 법원에서 분쟁의 대상이 되는 경우라면, 중재인과 당사자간의 관계는 고용관계이므로 우선적으로 2010년 평등법이 적용될 것이다. 2010년 평등법은 국적에 의한 차별을 금지하므로, 해당 중재조항은 강행법규 위반에 해당되어 무효가 된다.

78) Rabinowitz, *supra* note 26, p.124.

79) Bernini, *supra* note 66, p.45; Clifford & Haeri, *supra* note 73, pp.6-7; Tirado & Thomas, *supra* note 72, pp.72-73; Tom Toulson, "Leave to Appeal Granted in *Jivraj*," *Global Arbitration Review*, Vol. 5, Iss. 6, 2010, <<http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28932/leave-appeal-granted-jivraj/>> (접속일 2016. 1. 20); Yang, *supra* note 50, p.254. 그러나 Sarosh Zaiwalla, "Are Arbitrators Not Human? Are They from Mars? Why Should Arbitrators be a Separate Species?" *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Iss. 3, 2011, pp.273-282에서는 항소심 판결을 지지하고 있다.

80) Oliver Gayner & Audrey Ah-kan, "Case Comment: *Nurdin Jivraj v Sadruddin Hashwani* [2011] UKSC 40," *Olswang LLP News Articles*, 29 Jul. 2011, <<http://ukscblog.com/case-comment-nurdin-jivraj-v-sadruddin-hashwani-2011-uksc-40/>> (접속일 2016. 1. 28).

81) Mark Freedland & Nicola Kountouris, "Employment Equality and Personal Work Relations? A Critique of *Jivraj v Hashwani*," *Industrial Law Journal*, Vol. 41, Iss. 1, 2012, pp. 56-66에서는 대법원이 중재인의 근로자성을 부인한 근거상 해석론적 한계가 있음을 지적하고 있다.

그렇다면 중재인의 국적을 자격요건으로 명시한 중재조항은 최소한 영국법상 활용될 수 없다는 결론에 이르게 된다.

보다 중요한 문제는 이러한 결론이 단지 영국 내의 중재실무로 국한될 성질이 아니라 는 점이다. 예를 들어, 한국 국적의 당사자들이 중재인의 국적요건을 특정국으로 명시하고 영국을 중재지로 한 중재조항에 합의하였는데 추후 영국에서 해당 중재조항의 유효성 여부가 분쟁으로 제기되는 경우에는, 해당 중재조항은 2010년 평등법 위반에 해당되어 무효가 될 가능성이 크다.

만약 한국 국적의 당사자들이 제3국을 중재지로 지정하여 중재판정을 받았다 하더라도, 영국에서는 중재판정의 승인 및 집행 절차를 실행할 수 없다. 이는 해당 중재조항에 국적요건이 명시되어 있는 이상 영국에서는 강행법 위반으로 중재판정의 승인·집행이 거부될 수 있기 때문이다. 따라서 *Jivraj* 판결은 영국의 국내법적 효력을 넘어 그 자체로 국제적 영향을 미치는 사안이라 볼 수 있겠다.

또한 ICC와 LCIA를 비롯해 상당수의 중재기관들은 중재규칙상 단독중재인이나 의장중재인을 당사자와는 다른 국적을 가진 자로 강제하고 있는데, 이 역시 영국법상 위법적 규칙조항으로 판단될 가능성이 생긴다. 이러한 점은 별론으로 하더라도 현재 수많은 국제중재실무에서는 당사자들이 중재인의 국적요건을 중재합의에 포함시키고 있는 것이 현실이다. 영국이 국제중재실무에서 차지하는 중심지적 역할을 상기해 보면, 항소심은 자의적 판단을 넘어 해석론적 남용에 가까운 논리를 제시하였다는 비판도 가능한 것이다.

결국 대법원은 항소심 판단과는 정반대로 중재인의 근로자성을 부정하고 EERBR 2003의 적용을 배제함으로써 궁극적으로는 중재인 국적요건의 강행법 위반가능성을 불식시켰다. 아쉬운 점은 대법원이 사안에 대한 2010년 평등법의 적용가능성을 밝히거나 그에 대한 분석을 명확하게 제시하지는 않았다는 점이다. 다만 대법원 판단의 취지로 보아 2010년 평등법의 고용관련 조항들이 중재인선정계약에 적용될 여지는 없어 보인다.⁸²⁾

V. 결론

이상 영국 대법원의 2011년 *Jivraj* 판결을 살펴보았다. 본 사안은 중재인의 근로자성 여부, 중재인의 형식적 자격으로서 국적요건의 한계, 강행법규의 위반가능성과 당사자 자치의 충돌 등 매우 다양한 관점들을 담고 있다. 또한 중재인의 근로자성 판단기준에 관한 영국 판례법상의 선례구속적 이론이 제시된 사안으로도 볼 수 있다.

82) Katharina Kraatz-Dunkel, "Arbitrators' Independence? The English Supreme Court's Decision In *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40," *CM Report of Recent Decisions*, Vol. 3, 2011, p.14.

본 판결의 경위를 간략히 정리하면, 1981년 영국에 거주하는 파키스탄 국적의 원고와 피고는 계약을 체결하면서 중재조항을 삽입하였고, 해당 중재조항에는 이슬람 신도 중에서 중재인을 선정할 것이라는 중재인의 자격요건사항이 명시되어 있었다. 2003년이 되자 영국에서는 종교에 따른 차별을 금지하는 고용평등규칙(EERBR 2003)이 제정되었는데, 그 이전부터 지속된 당사자간 분쟁의 해결을 위해 피고는 2008년 중재신청을 제기하면서 이슬람 신도가 아닌 재판관 출신의 영국인을 중재인으로 지명하게 된다. 원고는 피고의 중재인 지명이 중재합의에 위반하는 것이라고 주장하였고, 피고는 2003년의 고용평등규칙상 해당 중재조항은 위법하다고 항변하였다.

이에 법원에서는 중재조항에 대한 고용평등규칙의 적용을 검토하면서 중재인의 근로자성 여부를 판단하게 된 것이다. 제1심에서는 근로자성이 부정되었지만 항소심에서는 인정되어, 해당 중재조항이 고용평등규칙상 위법하다는 결론이 제시되었다. 그러나 대법원에서 이는 다시 번복되면서 제1심의 취지가 인용되었다. 즉, 중재인은 근로자가 아니므로 고용차별법제의 적용을 받지 않고 따라서 피고의 중재인 지명은 중재합의에 위반된다는 것이었다.

주목할 점은 대법원 판단이 항소심 판결을 변경하지 않았다면, 중재실무적 엄청난 파급이 발생하였을 것이라는 점이다. 예컨대, 항소심의 판단에 따라 중재인과 당사자간의 관계를 고용관계로 보면, 국적을 고용상의 차별적 요소로 명시한 2010년 영국 평등법이 중재인선정계약에 적용된다. 만약 당사자들이 중재인의 국적요건을 자격요건으로서 일정하게 제한하고 있다면 이는 평등법상 국적차별금지의 위반이 된다. 즉, 해당 국적요건을 규정한 중재인 선임조항은 강행법 위반으로 무효가 될 가능성이 발생한다는 것이다. 나아가 국적요건을 중재인선임조항에 명시한 제3국의 당사자들은 2010년 평등법 위반 때문에 영국을 중재지로 활용할 수 없고 타국에서 중재판정을 받았다 하더라도 영국에서는 승인·집행할 수 없게 된다.

바로 이러한 측면에서 항소심 판결을 배척한 대법원의 판단은 매우 큰 의미가 있다. 대법원에 의해 중재인의 근로자성이 부인되었으므로, 2010년 평등법의 적용가능성도 논리적으로 부정된다. 이렇게 중재인의 국적요건이 명시된 중재조항의 위법가능성을 배제하였다는 점에서 대법원 판결의 취지를 확인할 수 있는 것이다.

한편 *Jivraj* 판결은 중재인의 형식적 자격에 대한 재검토적 기회를 제공해 주고 있다. 국적요건의 문제가 특히 그러하다. 상당수의 중재기관에서 단독중재인이나 의장중재인의 국적을 당사자와는 다른 국적을 가진 자로 강제하고 있는데, 이러한 방식은 궁극적으로 폐지되어야 하는 것은 아닌가 생각해 본다.

당사자들이 중재인에게 실질적으로 기대하는 바는 사안에 적용될 법적용에 관한 전문지식이다. 그러나 어떠한 분쟁해결이든 복잡한 법률관계를 명확하게 따져 옳고 그름을 가르

기보다는 당사자간의 화해나 중도적 합의를 유도하는 경우가 역시 선호될 것이며 이는 중재의 경우에도 마찬가지일 것이다. 이러한 경우에는 중재인의 문화적인 배경이나 종교적 관점의 근원이 되는 출신지 내지는 국적이 일정한 영향을 미치게 마련이다. 특히 당사자들이 이러한 이해와 고려를 위해 중재인의 국적을 자격요건으로 합의한 경우라면 이는 최대한 존중되어야 한다. 즉, 당사자들이 이와 같은 고려하에 중재판정부를 구성하고 그로부터 자신들의 분쟁해결을 도모하였다면, 이러한 기대는 반드시 보호되어야 할 법적 가치인 것이다. 결국 중재제도는 어디까지나 사적 자치에 의한 분쟁해결을 도모하기 위해 생성된 것이라는 점이 대명제가 되어야 한다. *Jivraj* 판결에서도 강행법규상의 위법가능성이 있었음에도 불구하고 당사자 자치에 보다 큰 가치를 두고 있다.⁸³⁾

요컨대, 중재합의를 해석함에 있어서는 그것이 법충들의 문제를 명확하게 불러오지 않는 한 언제나 ‘당사자 자치의 우월적 지위’를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

참고문헌

- 김갑유 (편), 「중재실무강의」, 박영사, 2012.
- 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011.
- 목영준, “중재인의 법률상 지위”, 「저스티스」, 제32권 제4호, 한국법학원, 1999.
- 박종삼, “국제중재인의 자격과 양성방안에 관한 연구”, 「중재연구」, 제25권 제4호, 한국중재학회, 2015.
- 신군재, “중재인선정 및 분야별 중재인 특성에 관한 연구”, 「중재연구」, 제19권 제3호, 한국중재학회, 2009.
- 안건형, “비변호사 중재인 활용의 문제점과 개선방안”, 「중재연구」, 제25권 제1호, 한국중재학회, 2015.
- 이명우, “중재인의 기피에 관한 고찰”, 「중재연구」, 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.
- 小島武司·高桑昭 (編), 「注釋と論点 仲裁法」, 青林書院, 2007.
- 小島武司·猪股孝史, 「仲裁法」, 日本評論社, 2014.
- 溜箭將之, “*Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40 仲裁人の選任と雇用平等法制”, 「JCAジャーナル」, 第58卷 第11号, 日本商事仲裁協會, 2011.
- 三木浩一·手塚裕之·弘中聰浩 (編), 「國際仲裁と企業戰略」, 有斐閣, 2014.

83) Jeff Dasteel, “Arbitration Agreements That Discriminate in the Selection and Appointment of Arbitrators,” *Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 11, Iss. 4, 2012, p.385.

- 山本和彦・山田文, 「ADR仲裁法」, 日本評論社, 2008.
- Andrews, Neil H., *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, 2012 ed., Springer, 2011.
- Bernini, Giorgio, “The Parties’ Right to Choose Their Arbitrator and the Prohibition Against Discrimination: An Unstable Balance. A Comment on the Judgments in *Jivraj v. Hashwani*,” *American Review of International Arbitration*, Vol. 24, No. 1, 2013.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern, & Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford University Press, 2009.
- Born, Gary B., *International Commercial Arbitration Vol. II*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014.
- Clifford, Philip, & Hussein Haeri, “*Jivraj v. Hashwani*: Arbitrator Nationality and the Law of Unintended Consequences,” *Latham & Watkins*, March, 2010.
- Countouris, Nicola, “Remoulding the Scope of Application of Anti-discrimination Law,” *The Cambridge Law Journal*, Vol. 71, Iss. 1, 2012.
- Dasteel, Jeff, “Arbitration Agreements That Discriminate in the Selection and Appointment of Arbitrators,” *Richmond Journal of Global Law and Business*, Vol. 11, Iss. 4, 2012.
- Easteal, Patricia, (ed.), *Justice Connections*, Cambridge Scholars Publishing, 2013.
- Freedland, Mark, & Nicola Kountouris, “Employment Equality and Personal Work Relations? A Critique of *Jivraj v Hashwani*,” *Industrial Law Journal*, Vol. 41, Iss. 1, 2012.
- Gaunard, Pierre M., Hdeel Abdelhady, & Nabil A. Issa, “Islamic Finance,” *International Lawyer*, Vol. 45, No. 1, 2011.
- Gayner, Oliver, & Audrey Ah-kan, “Case Comment: *Nurdin Jivraj v Sadruddin Hashwani* [2011] UKSC 40,” *Olswang LLP News Articles*, 29 Jul. 2011.
- Giles, Jessica, “Hashwani v Jivraj: London Court of International Arbitration and Others Intervening,” *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1, Iss. 1, 2012.
- Hascher, Dominique, “Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues,” *American University International Law Review*, Vol. 27, Iss. 4, 2012.
- Klaas, Paul B., & Nick Burkill, “Religious Requirement for Arbitrators to Be Decided by Jivraj Appeal,” *Dispute Resolution Journal*, Vol. 66, No. 1, 2011.
- Kraatz-Dunkel, Katharina, “Arbitrators’ Independence? The English Supreme Court’s Decision In *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40,” *CM Report of Recent Decisions*, Vol. 3, 2011.

- MCCrudden, Christopher, "Two Views of Subordination: The Personal Scope of Employment Discrimination Law in *Jivraj v Hashwani*," *Industrial Law Journal*, Vol. 41, Iss. 1, 2012.
- Onyema, Emilia, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge, 2010.
- Rabinowitz, Laurence, "Arbitration and Equality: *Jivraj v Hashwani*," *Business Law International*, Vol. 12, No. 1, 2011.
- Rizwan, Saad U., "Foreseeable Issues and Hard Questions: The Implications of U.S. Courts Recognizing and Enforcing Foreign Arbitral Awards Applying Islamic Law Under the New York Convention," *Cornell Law Review*, Vol. 98, Iss. 2, 2013.
- Style, Christopher, & Philomena Cleobury, "*Jivraj v. Hashwani*: Public Interest and Party Autonomy," *Arbitration International*, Vol. 27, Iss. 4, 2011.
- Tirado, Joe, & James Thomas, "*Jivraj v Hashwani*? Discrimination Law Applied to the Appointment of Arbitrators," *IBA Arbitration News*, Vol. 16, No. 1, 2011.
- Toulson, Tom, "Leave to Appeal Granted in *Jivraj*," *Global Arbitration Review*, Vol. 5, Iss. 6, 2010.
- Yang, Inae, "*Nurdin Jivraj v. Sadruddin Hashwani*: The English Court of Appeal Erects a Regulatory Barrier to Appointment of Arbitrators in the Name of Anti-Discrimination," *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Iss. 3, 2011.
- Zaiwalla, Sarosh, "Are Arbitrators Not Human? Are They from Mars? Why Should Arbitrators be a Separate Species?" *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Iss. 3, 2011.

ABSTRACT

The Employment Issue and Qualifications for Arbitrators : A Comment on *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 40

Young-Ju Kim

This paper reviews the Supreme Court decision of the United Kingdom in *Jivraj v. Hashwani* (2011) concerning the employment issue of arbitrators, falling within the exception of genuine occupational requirement under the Employment Equality (*Religion or Belief*) Regulations 2003, and nationality of arbitrators.

In 2011, the Supreme Court of the United Kingdom delivered its judgment in *Jivraj v. Hashwani*, unanimously overturning decision of the English Court of Appeal. The facts of this case and the decision of the Court of Appeal have been widely discussed.

The decision of the Supreme Court has been met with approval within the international arbitration community in London, having restored the legal position to that prior to the Court of Appeal's ruling. Thus, the Supreme Court unanimously overturned the Court of Appeal's finding that arbitrators are the employees of the arbitrating parties. Arbitrators were held to be genuinely self-employed, and therefore outside the scope of the Regulations or Equality Act(2010). As such, the anti-discrimination provisions are not applicable to the selection, engagement or appointment of arbitrators.

Most importantly, the Supreme Court's finding that arbitrators are not employees removes the possibility of challenges to arbitration agreements on the grounds that they are in breach of the Equality Act. As a practical matter, parties no longer need to consider carving out nationality provisions when drafting arbitration agreements.

Key Words : Qualifications for Becoming an Arbitrator, Arbitrator's Contract, Arbitrator's Position as Employee, Nature of Workers, Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, Arbitrator's Nationality, Discrimination on the Grounds of Religion or Belief, Occupational Requirement