

## 미국법 상의 중재인의 고지 의무: 판례법상 명백한 편파성을 중심으로

Arbitrator's Duty to Disclose in the Context of U.S. Law:  
Focusing on Case Law's Evident Partiality

신승남\*  
Seung-Nam Shin

### 〈목 차〉

- I. 서 론
  - II. 중재인의 고지의무
  - III. 중재인의 명백한 편파성(evident partiality)
  - IV. 미국 연방대법원의 명백한 편파성에 관한 판례
  - V. 미국 연방항소심 법원들의 명백한 편파성에 관한 판례
  - VI. 결 론
- 참고문헌  
Abstract

**주제어** : 명백한 편파성, 편견의 인상, 실질적 이해관계, 중재인의 고지의무, 중재인의 조사의무, 합리적 인간 기준

\* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수. hisam@ewha.ac.kr

## I. 서론

중재인의 공정성과 독립성에 대한 신뢰가 훼손되면 신속하게 분쟁을 해결할 수 있는 장점에도 불구하고 분쟁 당사자들은 법원의 소송보다 중재제도를 굳이 이용하지 않게 된다. 즉, 중재제도의 활성화는 중재인의 공정성과 연관되어 있으며, 중재인의 공정성은 중재인의 심각한 고지의무 위반의 경우 중재판정이 취소될 수 있는 사법적 시스템이 제대로 작동하는지 여부와 직결된다고 할 것이다.

중재판정의 투명성과 공정성을 확보하여 중재인에 대한 잠재적인 이익 충돌 상황에 대하여 영미법계나 대륙법계 국가들의 법규정이나 판례는 다양한 입장을 취하고 있다. 이와 관련하여 중재인의 잠재적인 이익 충돌관계를 어느 정도까지 중재당사자들에게 고지하고 중재 당사자들이 그러한 관계가 중재인의 중재판정에 영향을 미칠 수 있는 편견에 해당하는지 여부를 결정하도록 해야 하는가에 대하여 미국 법원에서는 다양한 입장의 판례들이 존재한다.<sup>1)</sup> 이러한 판례들은 중재인의 불고지가 중재인 제척사유 또는 중재판정 취소 사유로 될 것인가의 쟁점과 관련되어 있다. 중재인의 불고지는 미국 연방중재법 조문<sup>2)</sup>상의 중재인의 명백한 편파성의 사유에 해당된다고 판단되면 중재인의 기피사유 내지는 중재판정 취소사유가 된다는 미국 판례법이 형성되어 있다. 물론 연방 제정법과는 별도로 ‘명백한 법의 무시’(manifest disregard of law), ‘공서양속 위반’(public policy exception), ‘자의적(arbitrary and capricious) 중재판정’ 등 미국 판례법에 근거한 중재 판정 취소 사유에 관한 법리도 형성되어 왔다<sup>3)</sup>.

우리나라의 경우에는 중재법<sup>4)</sup>에서 중재인으로 선정된 자는 자신의 공정성이나 독립성에 대하여 의심을 살 만한 사유가 있을 때에는 중재 당사자들에게 고지하여야 한다고 규정되어 있다. 우리나라 대법원 판결은 위 규정은 강행규정이지만 중재당사자들이 이를 알고도 소정기간 내에 기피신청을 하지 않은 경우 중재판정 취소 사유에 해당한다고 볼 수 없다는 판결<sup>5)</sup>이 있으며, 다만 이러한 경우에 중재인의 고지의무 위반이 중재판정 취소에 해당하는가에 대하여는 대법원의 판례가 존재하지 않고 있다<sup>6)</sup>.

1) Catherine A. Rogers, *Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct*, 41 *Stan. J. Int'l L.* 53, 117-20 (2005).

2) Federal Arbitration Act, (9 U.S.C. section 10(a)).

3) 김진현, 정용균, “미국의 중재판정 취소에 관한 연구: 판례법과 제정법의 조화를 중심으로”, 『중재연구』, 한국중재학회 제22권 제2호, 2012년, 8월, pp126-153.

4) 중재법 제 13조 제1항.

5) 대법원 2004.3.12. 선고 2003다21995판결, 대법원 2005.4.29. 선고 2004다47901판결.

6) 김경배, “중재인의 공정성과 독립성에 관한 연구”, 『중재연구』, 한국중재학회 제18권 제1호, 2008년, 3월, pp32-46; 신한동, “중재인의 고지의무에 관한 고찰 -한국 대법원판례를 중심으로-”, 『중재연구』, 한국중재학회

본 논문에서는 미국 제정법상 중재인의 명백한 편파성에 관한 미국 판례법의 구체적 내용에 관하여 살펴보고자 한다. 명백한 편파성이 존재하는 사유를 중재인이 고지하지 않은 경우 중재판정 취소에 어떠한 영향을 미칠 것인가를 살펴봄으로써 우리나라 중재인의 고지의무 위반에 대한 시사점을 제공하고자 한다.

## II . 중재인의 고지의무

중재인의 고지의무에 관해서는 4가지 쟁점이 있다. 첫째는 중재인이 고지해야 한다는 것을 어떻게 결정할 것인가의 문제이다. 둘째는 무엇을 고지해야 하는가이다. 셋째는 누구에게 고지하여야 하는 것인가이다. 넷째는 중재인이 조사해야 할 의무가 있는가이다.<sup>7)</sup>

### 1. 고지의무의 존재여부

국제변호사협회(International Bar Association, IBA)<sup>8)</sup>가이드라인의 일반기준(General Standard)에 따르면, 중재인의 공정성이나 독립성에 관한 의문이 생길 수 있는 사실이나 정황을 중재인이 중재 당사자에게 공개하여야 한다고 규정하고 있다. 또한, 중재인의 관점에서 볼 때 중재인의 공정성이나 독립성에 대한 의심이 존재하면 중재인은 중재인 선임을 거절하거나 사임을 해야 한다<sup>9)</sup>. 더 나아가, 관련분야의 지식을 갖고 있는 합리적인 제3자의 입장에서 볼 때 중재인의 공정성이나 독립성에 대한 정당한 의심이 드는 경우에는 중재인은 사임을 해야 하며, 정당한 의심이 필연적으로 존재하는 경우의 예로서 첫째, 중재인과 중재 당사자 회사가 동일할 때, 둘째는 중재인이 중재 당사자 일방 회사의 법률상 대리인일 때, 셋째는 중재인이 중재분쟁에 대해 중대한 금전적 또는 개인적 이해관계를 갖고 있을 때라고 규정하고 있다<sup>10)</sup>.

### 2. 고지해야 할 대상

국제변호사협회 가이드라인과 국제상업회의소(국제상업회의소)<sup>11)</sup>의 중재규칙(Arbitration

제21권 제3호, 2011년, 12월, pp4-18.

7) Claudia T. Salomon, et al., Arbitrator's Disclosure Standards: The Uncertainty Continues, 63 Dispute Resolution Journal 76, at 79 (2008).

8) 국제변호사협회(International Bar Association), General Standard 3(a). 국제변호사협회는 국제법의 개혁에 관여하며 전 세계 변호사들의 미래 방향에 영향을 주는 기구이다. <http://www.ibanet.org/> (2016년 5월 20일 방문).

9) General Standard 2(a), IBA.

10) General Standard 2(d), IBA.

11) International Court of Commerce, International Court of Arbitration, 국제상업회의소의 국제중재법원은 국제상사분쟁에 대한 규칙을 제정하고 중재판정을 통해 분쟁해결을 도모하는 중재기구이다. [www.iccwbo.org/](http://www.iccwbo.org/)

rules)은 고지의무가 발생하였을 때에는 예비중재인은 자신의 독립성과 공정성에 대해 의심을 불러일으키게 하는 사실관계와 정황을 고지해야 한다. 한편, 유엔국제무역법위원회(UNCITRAL)<sup>12)</sup>, 런던국제중재법원(LCIA)<sup>13)</sup>과 국제분쟁해결센터(ICDR)<sup>14)</sup> 규칙(Rules)은 중재인의 독립성과 공정성에 대해 의심을 불러일으키게 하는 정황만을 고지하면 된다. 양자의 차이점은 전자의 경우에는 후자보다 더욱 상세한 내용을 고지해야 한다는 것이다. 따라서 만약 중재인이 자신의 법률사무소가 중재 당사자 일방 회상의 자회사를 이전에 법정 대리 하였었다고 고지하면 자신의 독립성과 공정성에 의심을 불러일으키는 정황을 고지하는 의무를 다하였다고 생각할 수 있다. 하지만, 사실관계와 정황이 고지되어야 한다면, 법정 대리하였던 분쟁의 내용, 관련 당사자들, 해당사건을 수행했던 변호사들, 전문가들의 이름, 그리고 자신의 법률사무소가 수행했던 업무의 범위 및 관여시점 들을 모두 고지해야 고지의무를 충족시킨다고 볼 수 있다.

이러한 입장은 다른 윤리 규범에서도 찾아볼 수 있다. 미국중재협회(AAA)의 윤리규약(Ethics Code)의 규칙(Canon) II에 따르면 중재인으로 취임 요청을 받은 자는 취임을 수락하기 전에 다음의 사항들을 고려하여야 한다.

- (1) 중재소송의 결과에 대하여 알려진 직접적 또는 간접적인 금전적 또는 개인적 이해관계.
- (2) 중재 당사자들의 관점에서 볼 때 중재인의 공정성이나 독립성에 통상 영향을 줄 수 있는 알려진 기존의 또는 과거의 금전적, 사업상의, 전문직업상의, 또는 개인적인 관계.
- (3) 중재인이 중재 당사자, 당사자의 중재소송 대리변호사, 공동중재인, 또는 예비중재인과의 관계
- (4) 합리적인 노력을 기울이면 확인할 수 있는 중재인 가족들, 현재의 고용주, 파트너, 또는 직업상의 또는 사업상의 동료들과 관련된 중재인의 공정성 또는 독립성에 영향을 줄 수 있는 관계.
- (5) 중재 분쟁에 관하여 예비중재인이 이미 알고 있는 지식과 그 지식의 내용과 정도.
- (6) 중재 당사자들의 약점, 중재기관 또는 관련 법규에 의하여 고지 의무의 대상이 되는 다른 사항, 관계 및 이해관계.

(2016년 5월 20일 방문).

12) United Nations Commission on International Trade Law, 유엔국제무역법위원회는 세계무역기구(World Trade Organisation)와 공조하여 국제무역을 촉진하고 규제하는 위원회이다. <https://www.uncitral.org/> (2016년 5월 20일 방문).

13) London Court of International Arbitration. 런던 국제 중재법원은 상거래에서 생기는 분쟁에 관하여 포괄적인 상사중재 서비스를 제공하고자 하는 목적으로 설립되었다. <http://www.lcia.org/> (2016년 5월 20일 방문).

14) International Centre for Dispute Resolution. 국제분쟁해결센터는 미국 중재협회가 국제 중재에 관한 규칙을 제정하고 집행하기 위해 설립한 비영리기구이다. <https://www.icdr.org> (2016년 5월 20일 방문).

위의 (1)-(3)에 해당하는 사항들은 예비중재인에게 알려진 사항들이므로 조사의무가 발생하지 않는다. 4번째 사항은 조사가 필요하며 윤리규약은 합리적 노력의 범위 내로 조사의무의 정도를 제한하고 있다. 예컨대 윤리규약에 의하면, 변호사와 결혼한 중재인은 A와 B가 관여되어 있는 사건에서 공동 중재인 C와 D와 함께 중재 당사자 X와 Y사이의 중재 사건의 중재인 취임 요청을 받았다고 자신의 배우자에게 이야기해야 하며, 자신의 배우자인 변호사가 A, B, C, D, X, Y 또는 이들이 소속된 회사와 어떠한 관계가 있는지를 조사하여야 한다. 만약 중재인으로 취임하게 되면, 중재인은 자신의 가족구성원들이 중재 당사자들이 신청한 증인 목록에 올려져 있는 자들 사이에 어떤 관계가 있는지를 합리적인 노력을 기울여서 조사하여야 한다.

국제변호사협회 가이드라인은 중재인의 회사가 중재 당사자 일방이 소속된 회사를 위하여 변호사 업무를 수행한 경우에 수행한 업무의 성격, 시점 및 범위 등에 관한 중재인 회사의 활동내역을 고지하도록 요구하고 있다<sup>15)</sup>. 한편 예비중재인은 잠재적인 이익 충돌을 조사해야 할 뿐만 아니라, 자신의 공정성 또는 독립성에 의심을 일으킬 수 있는 사실관계나 정황을 조사해야 하는 의무를 갖는다<sup>16)</sup>.

일반 기준의 효용성을 증가시키기 위하여 국제변호사협회는 일반기준의 적용을 예시할 수 있는 3색 목록을 고안하였다.<sup>17)</sup> 이 목록들은 이익 충돌이 존재하는지 또는 고지의무가 발생하는 정황인지 여부에 대한 구체적인 사례들을 포함하고 있다. 적색목록은 국제변호사협회의 기준에 의하면 중재인의 독립성과 공정성에 대한 정당한 의심을 불러일으킬 수 있는 심각한 이익충돌을 포함하고 있다. 적색목록은 다시 두 가지의 경우로 나뉘는데, 첫 번째는 중재 당사자들이 예비 중재인의 이익충돌관계에 대한 이의를 제기할 수 있는 권한을 포기할 수 없는 적색목록이며, 두 번째는 당사자들이 해당되는 이익 충돌내용을 인지한 후에 그러한 이익 충돌관계를 갖는 개인을 중재인으로 선임하는 것을 명시적으로 동의함으로써 이의를 제기하는 권한을 포기할 수 있는 이익 충돌관계이다.

황색목록은 좀 더 모호한 상황을 포함하고 있다. 이 상황은 공정성이나 독립성에 대하여 정당한 의심을 불러일으킬 수 있으며, 고지의무를 발생시킬 수 있다. 고지가 필요한지 여부는 국제변호사협회 일반기준 3항의 “정당한 의심 (justifiable doubts)” 기준에 의하여 결정된다. 녹색목록은 객관적 입장에서 볼 때 이익충돌로 보이지 않는 것이 명백한 상황에 관한 것으로서 고지할 의무가 발생하지 않는다.

국제변호사협회의 목록들은 미국 중재현회의 윤리규약과 반드시 일관성이 있는 것은 아니다. 예컨대, 황색목록은 예비중재인의 법률사무소가 중재 당사자 일방의 회사에게 변호사 업무 서비스를 제공한 것이 본 중재 절차가 진행되기 3년 이내의 것이어야 예비 중재

15) General Standard 6(a), IBA.

16) General Standard 7(c), IBA..

17) Peter L. Michaelson, In International Arbitration, Disclosure Rules at the Place of Enforcement Matter Too, 62 Disp. Resol. J. no.4, Nov. 2007-Jan. 2008, at 82,85.

인의 고지의무를 발생시킨다. 그러나 윤리규약에 의하면 예비중재인의 회사가 중재 당사자 일방 회사와의 이익충돌 관계가 과거에 발생한 경우에는 얼마나 오래전에 발생되었는지 여부를 불문하고 고지의무가 발생한다.

### 3. 고지할 관련 정보의 수령자

국제변호사협회 가이드라인에 따르면 예비중재인은 이익 충돌에 관한 사항을 중재 당사자들, 중재기관 및 공동중재인들 모두에게 고지하여야 한다. 유엔국제무역법위원회 규칙 제 9조에 의하면, 예비중재인은 자신의 중재인 선임과 관련하여 자신에게 고지를 요청하는 중재 당사자뿐만 아니라 그 상대방 당사자에게도 중재인 취임 전에 고지를 하여야 한다. 중재절차 진행 중에 이해충돌 상황이 발생한 경우에도 중재인은 그 상황을 중재 당사자들에게 고지하여야 한다. 런던국제중재법원 규칙 5.3조에 의하면, 런던국제중재법원의 예비중재인은 서명을 한 선서를 바탕으로 자신의 공정성이나 독립성에 대해 정당한 의심을 일으킬 수 있다고 자신이 알고 있는 정황들을 고지해야 할 의무가 있다. 만약 그러한 정황들이 중재인 선임 이후에 발생하면, 중재인은 런던국제중재법원 중재 법원, 다른 중재인 들 및 중재 당사자들에게 그 정황을 고지해야 한다. 국제상업회의소 규칙도 유사하다.

국제분쟁해결센터 규칙 7조에 의하면 중재인 취임을 수락하기 전에 예비중재인은 중재 소송 절차 관리자에게 자신의 공정성 또는 독립성에 대해 정당한 의심을 일으킬 수 있는 정황들을 고지해야 한다. 이때의 중재 소송절차 관리자는 국제분쟁해결센터의 중재 사건 운영자가 대리하는 국제분쟁해결센터 자체를 말한다. 일단 국제분쟁해결센터의 중재절차가 개시되고 중재인의 공정성이나 독립성에 대해 정당한 의심을 불러일으킬 수 있는 새로운 정황이 발생하면 중재인은 이러한 정황을 중재사건 운영자와 중재 당사자들에게 지체 없이 고지하여야 한다.

### 4. 이익충돌의 조사의무

국제변호사협회 가이드라인과 미국 중재협회의 윤리규약은 중재인에게 조사의무를 부과하고 있다. 국제변호사협회 가이드라인 7(c)에 따르면 중재인은 잠재적인 이익충돌 여부뿐만 아니라, 자신이 공정성이나 독립성에 의문을 품게 할 수 있는 사실관계나 정황을 합리적인 노력을 기울여서 조사해야 할 의무가 있다. 윤리규약의 규칙 II B 에 의하면 예비중재인은 고지되어야 할 이익충돌여부나 관계를 합리적인 노력을 통하여 알아내야 할 의무를 갖는다. 반면, 유엔국제무역법위원회, 런던국제중재법원, 국제분쟁해결센터 및 국제상업회의소 규정들은 중재인에게 조사해야 할 의무를 부과하지 않는다.

### Ⅲ. 중재인의 명백한 편파성(evident partiality)

#### 1. 중재인의 명백한 편파성에 관한 미국 연방법 조문

미국 연방 중재법<sup>18)</sup>은 중재판정이 (1) 부정부패, 사기 또는 부당한 방법에 의해 얻어진 경우, 또는 (2) 중재인에게 명백한 편파성이 있거나 부정부패가 있을 경우, (3) 연기할 사유가 충분히 존재함에도 불구하고 중재인이 심리를 연기하는 것을 거절하거나, 해당 분쟁에 관하여 중요한 증거를 검토하는 것을 중재인이 거부하는 부적절한 행동을 하거나, (4) 중재인이 자신의 권한을 초월하여 행사하거나 권한은 불완전하게 행사한 결과 분쟁대상에 관한 확정적이고 최종적인 중재판정이 내려지지 않은 경우에는 중재판정 당사자의 신청에 의해 연방지방법원은 중재판정의 취소를 명하는 판결을 내릴 수 있다고 명시하고 있다.

#### 2. 중재인의 고지의무에 관한 중재인 윤리규범

미국 중재협회 윤리규약<sup>19)</sup>에 따르면 중재인은 다음의 사항을 고지할 의무를 갖는다.

- (1) 중재소송의 결과에 대하여 알려진 직접적 또는 간접적 금전적 이해관계나 개인적 이해관계.
- (2) 중재 당사자들의 관점에서 볼 때 공정성이나 독립성 결여에 합리적으로 영향을 줄 수 있는 알려진 현재 또는 과거의 금전적, 사업상, 직업적 또는 개인적 관계. 예컨대, 예비중재인은 중재 당사자 또는 그의 중재대리인, 공동중재인 또는 예비증인들과의 사이의 개인적인 관계를 고지하여야 한다. 중재인은 합리적인 정도의 노력으로 확인할 수 있는 자신의 가족, 가족구성원, 현재의 고용주, 사업파트너, 직장 동료나 사업상 동료 사이에 갖는 관계도 고지하여야 한다.
- (3) 중재인인 해당 분쟁에 대하여 중재소송 시작 전에 갖고 있었던 지식의 내용과 정도.
- (4) 중재인의 고지와 관련된 중재 당사자들 간의 계약, 중재기관의 규칙이나 관행, 적용 법조에 따라서 중재인이 고지해야 할 의무가 있는 기타 사항들이나 이해관계.

18) Federal Arbitration Act, (9 U.S.C. section 10(a)).

19) American Arbitration Association, Canon II, Code of Ethics. 미국중재협회는 대체분쟁 해결 시스템을 개발하고 관련규칙을 제정, 개정하며 중재판정을 내리는 비영리기구이다. [www.adr.org/](http://www.adr.org/) (2016년 5월 20일 방문).

이 기준은 미국 재보험 및 보험 중재 협회(ARIAS-US)<sup>20</sup>, 행위 규범(Code of Conduct) 규칙 IV (고지의무, Disclosure)에서 상세하게 규정되어 있다. 즉, 예비 중재인은 자신의 판단에 영향을 줄 수 있는 어떠한 이해나 관계를 고지하여야 한다. 고지해야 할지 여부가 불명확한 경우에는 가급적 고지해야 한다. 이 고지의무는 중재인의 역할을 수행하는 동안 지속되며, 명백한 편파성의 논쟁을 불식시키기 위하여 편파성과 관련된 증거들은 모두 중재 절차 시작 전에 중재 당사자들에게 제시되어야 한다.

### 3. 중재인의 명백한 편파성에 대한 항변을 제기할 수 있는 시기

중재 당사자는 중재절차가 종료되고 최종적인 중재판정이 내려진 이후에야 명백한 편파성의 항변을 제기할 수 있다고 미국 제 2, 3, 4, 5, 6, 7 및 9 항소심 법원은 판시하고 있다<sup>21</sup>. 중재판정이 내려지기 전에 법원이 관여하는 것은 중재에 고유한 특성인 신속하고 저렴한 분쟁해결이라는 장점을 손상시키며, 중재인의 예비적 또는 소송절차 상의 판정들에 대한 장기적이며 고비용의 소송을 도입하는 결과가 될 수 있다고 미국 법원들은 일관성 있게 판시해왔다<sup>22</sup>.

제 2항소심 법원은 중재인의 결격사유나 편파성에 대한 이의제기는 중재판정이 내려진 이후에야 가능하다고 판시해왔다<sup>23</sup>. 제 6항소심 법원도 중재 일방당사자만 참석하여 중재인과의 단독 대화를 이유로 진행 중이던 중재 절차를 중단시킨 미시간 동부 연방지방법원의 결정을 번복하면서, 중재절차가 종료한 후 최종적 중재판정이 내려지기 전까지는 중재 당사자들은 중재인의 절차진행이나 편파성에 대하여 이의를 제기하지 못한다고 판시하였다<sup>24</sup>. 제 7항소심법원도 편파성을 포함하여 어떠한 사유이든 중재절차에 대해 이의를 제기하기 위해서는 중재판정이 내려진 후에야 가능하다고 판시하였다<sup>25</sup>. 제 9항소심법원도 비록 연방지방법원에서 중재인이 편파성이 있어서 중재판정도 취소될 수 있다고 판시하였다더라도 중재판정 도중에 중재절차에 대한 이의제기를 할 수 있는 예외는 존재하지 않는다고 동일한 입장을 취하고 있다<sup>26</sup>.

20) American Reinsurance and Insurance Arbitration Society of U.S. 미국 재보험 및 보험 중재 협회는 국제 및 미국 내의 재보험 및 보험 분야의 중재절차 관련 규칙을 제정하고 개정하며 관련분야의 중재판정을 담당하는 비영리 기구이다. <https://www.arias-us.org/> (2016년 5월 20일 방문).

21) Timothy W. Stalker, et al., Vacating Arbitration Awards Due To “Evident Partiality” Under The Federal Arbitration Act, 83 Defense Counsel Journal 207, 210 (2016).

22) Tempo Shain Corp. v. Bertek, Inc., 120 F.3d, 16, 19 (2d Cir. 1997).

23) Avall, Inc. v. Ryder Sys., 110 F.3d 892, 895 (2d Cir. 1997); Travelers Indemnity v. Gerling Global Reinsurance Corp., 2001 U.S. Dist. LEXIS 6684 (S.D.N.Y. 2001).

24) Savers Prop. and Cas. Co., et al v. Nat’l Union Fire Ins. Co., 748 F.3d 708, 717 (6th Cir. 2014).

25) Smith v. Am. Arbitration Ass’n, 233 F.3d 502, 506 (7th Cir. 2000).

26) Sussex v. United States Dist. Court for the Dis. of Nev., 781 F.3d 1065 (9th Cir. 2014).



#### IV. 미국 연방대법원의 명백한 편파성에 관한 판례

미국 법원의 중재인의 명백한 편파성에 관한 법리를 이해하려면 미국 연방 대법원의 판결을 살펴보아야 한다. 1968년 *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.* 사건<sup>27)</sup>에서 미국 연방대법원은 모든 사법적 판결절차에서 적용되는 편파성의 이슈가 중재 사건의 경우에도 적용되는지 여부를 판단하였다. 페인팅 공사를 맡게 된 원청업자와 하청업자 간의 계약 불이행에 관련된 분쟁에서 해당 계약의 중재 조항에 따르면 각각의 당사자가 중재인을 선임한 후 선임된 중재인들이 제 3중재인을 선임하도록 되어 있었다. 제 3중재인은 사업체를 크게 운영하고 있었으며 수많은 건설공사의 법률자문 업무도 수행하고 있었다.<sup>28)</sup>

원청업자는 비록 산발적이기는 하지만 제 3중재인의 고정적인 고객이었다. 비록 본건 중재소송이 시작되기 1년 동안은 아무런 사업상의 거래가 없었지만 지난 4-5년 사이에 원청업자는 상당한 대금을 제3 중재인에게 지급하였으며, 본건 중재와 관련된 프로젝트에 참여하기도 하였다. 중재절차가 진행된 이후, 제 3중재인과 원청업자 사이의 밀접한 비즈니스 관계를 하청업자가 알지 못했으며 중재판정이 내려질 때까지 어느 누구도 이 사실을 고지하지 않았다. 하청업자는 중재판정 취소의 소송을 제기하였지만 연방지방법원과 연방 항소심법원<sup>29)</sup>은 원고 패소판결을 내렸으며 연방대법원은 항소심법원의 판결을 번복하면서 중재판정을 취소시켰다<sup>30)</sup>.

이 사건에서 주심인 Black 대법관은 ‘편견을 줄 수 있는 인상’(impression of bias) 기준을 채택하였다<sup>31)</sup>. 중재인의 공정성을 보호하며, 중재판정을 취소 할 수 있는 명백한 편파성을 배제하기 위하여, 중재인은 편견을 갖는다는 인상을 심어줄 수 있는 어떠한 거래 관계도 당사자들에게 고지해야 한다고 Black은 판시하였다. 중재인은 통상적으로 비즈니스에 종사하며 관련된 분쟁에서 특수한 지위를 가지며, 법원의 판단에 구속받지 않으며, 자신의 권한에 근거하여 판정을 내릴 수 있기 때문에 대법원은 중재인의 공정성에 대하여 높은 기준을 부과하였다<sup>32)</sup>.

보충의견을 낸 White 대법관은 관련 분쟁에 대하여 중재인이 ‘실질적 이해관계’(substantial interest)를 갖고 있는 경우에 대하여만 명백한 편파성의 범위를 한정시키고자 하였다<sup>33)</sup>. 중

27) *Commonwealth Coatings Corp. v. Cont'l Cas. Co.*, 393 U.S. 145 (1968).

28) *Id.* at 146.

29) *Commonwealth Coatings Corp. v. Cont'l Cas. Co.*, 382 F.2d 1010 (1st Cir. 1967).

30) *Commonwealth Coatings Corp.*, 393 U.S. at 146-47.

31) *Commonwealth Coatings Corp.*, 393 U.S. at 149.

32) *Id.*

재 당사자 쌍방이 모두 중재인의 사업상 관계를 알고 있거나, 비록 쌍방 당사자가 그 관계를 알지 못하더라도 그 관계가 사소한 성격인 경우에는 중재인은 사업적 관계를 맺고 있었다하더라도 중재인의 자격에서 자동적으로 결격되어서는 아니 된다고 White 대법관은 주장하였다. 그러나 중재인이 분쟁의 대상이 되는 거래에 대하여 실질적인 이해관계를 갖고 있는 경우에는 그 사실은 고지되어야 한다고 White 대법관은 판시하였다<sup>34)</sup>.

그러나 ‘편견을 줄 수 있는 인상’ 기준과 ‘실질적 이해관계’ 기준에 대한 명확한 개념을 연방대법원이 제시하지 않음으로 인하여 이후 연방하급심 법원들이 중재인의 명확한 편파성 문제를 판정함에 있어서 해당 사건의 사실관계에 따라 명백한 편파성에 관련된 다양한 판결들이 내려지게 되었다<sup>35)</sup>.

## V. 미국 연방항소심 법원들의 명백한 편파성에 관한 판례

### 1. 제 9연방 항소심의 판례: 편파성의 합리적 인상 (reasonable impression of partiality)의 범리

#### (1) Schmitz v. Zilveti 사건<sup>36)</sup>

제 9연방 항소심 법원은 위 사건에서 연방 대법원의 Commonwealth Coatings의 명백한 편파성 기준을 최초로 적용하여 판결하였다. 이 사건에서는 분쟁이 전미증권거래인협회<sup>37)</sup>의 규정에 따라서 중재에 회부되었다. 3인의 중재인들이 선임되었는데 이 중 1인은 그 중재인의 법률사무소가 35년간 19회 이상 법정대리를 해주었던 중재 당사자 회사의 모회사인 사실에 대하여 이익 충돌 여부의 조사를 하지 않았다. 연방 지방법원은 중재인은 중재 절차 개시 당시에 중재인이 알고 있었던 사항에 대해서면 고지의무가 있으며, 이 사건에서 해당 중재인은 자신의 법률사무소의 이익 충돌 사실을 알지 못했기 때문에 중재인 이익 충돌 사실을 고지하지 않은 것만으로는 명백한 편파성을 입증할 수 없다고 판시하였다<sup>38)</sup>. 연방 제 9항소심 법원은 지방법원의 판결을 번복하면서 중재판정을 취소하였다. 항

33) Commonwealth Coatings Corp., 393 U.S. at 151 (White, J. concurring).

34) Id. at 151-52.

35) Ann Ryan Robertson, Feature, International Arbitration in the U.S.: Evident Partiality Based on Nondisclosure: Betwixt and Between, 45 HOUSTON LAWYER 22, 23 (2007).

36) Schmitz v. Zilveti, 20 F.3d 1043, 9th Cir. (1994).

37) National Association of Securities Dealers (“NASD”). 중재인은 잠재적인 이익충돌 여부를 조사해야 할 의무를 NASD 규정은 요구하고 있으며, NASD Code 제 23(b)에 따르면, 중재인으로 지명된 예비중재인은 취임을 승낙하기 전에 제 23(a)에서 언급된 이해관계에 대하여 합리적 노력을 기울여서 조사할 의무를 가진다고 규정하고 있다.

38) Schmitz v. Zilveti, 20 F.3d at 1044-45.

소법원은 잠재적 이익 충돌사실의 불고지와 중재인의 실제적인 편견의 불고지를 구분하였다. 이익충돌 사실의 부지는 중재인이 실제적인 편견을 갖지 못하게 할 수는 있지만, 편파성의 합리적인 인상을 줄 수는 있다고 항소심 법원은 판시하였다. 즉, 전자의 경우에는 중재 당사자들은 현명한 판단력을 활용하여 중재인을 선임할 것이 예상되며 잠재적인 이익충돌 관계를 알려주는 사실관계가 고지되어야 비로소 현명한 판단력을 사용할 수 있기 때문에 ‘편파성에 관한 합리적인 인상’ 기준으로 충분하다고 제 9항소심 법원은 판시하였다<sup>39)</sup>. 다시 말하면, *Commonwealth Coatings* 판결의 법리에 근거하여, 제9항소심 법원은 편파성의 인상이 존재한다고 판단하는 것이 합리적이라고 볼 수 있는 경우에는 명백한 편파성의 법적 기준이 충족된다고 제9항소심 법원은 실시하였다.

중재인에게는 다음의 경우에 조사의무가 발생한다고 연방 제 9항소법원은 판시하였다. 첫째는, 중재 당사자와 이익 충돌 관계가 있는 경우에 조사의무가 발생한다. 둘째는, 일반적인 중재법 조문 또는 전미증권거래인협회의 금융산업규제기구 규정<sup>40)</sup>에 따르면, 공정성에 영향을 줄 수 있거나, 편파성이나 편견의 인상을 심어 줄 수 있는, 중재인 자신 또는 중재인의 고용주, 동업자, 또는 관련된 사업체의 현존하는 또는 과거의 금전적인, 사업상의, 또는 직업적 관계의 내용을 파악하기 위하여 합리적인 노력을 기울여서 조사해야 한다.

본 사건에서 중재 당사자의 모회사와 중재인 자신의 이익충돌 관계 조사를 하였더라면 모회사가 중재인이 소속된 법률사무소와 상당한 비즈니스 업무를 하고 있었음을 파악할 수 있었을 것이라고 항소심 법원은 실시하였다. 그러므로 변호사이자 중재인의 ‘의제적인 인식’ (constructive knowledge)과 현존하는 이익충돌 관계를 고려해 볼 때, 의제적인 인식이 있었음에도 불구하고 중재 당사자들에게 이익충돌 여부를 고지하지 않은 중재인의 행위는 *Commonwealth Coatings* 사건에서의 편파성의 인상이 존재한다고 합리적으로 볼 수 있는 경우에 해당한다고 제9항소심 법원은 판시하였다. 제 9항소심 법원은 비록 이후에 중재인의 실제적인 편견이 존재하지 않는다고 법원이 판단하는 경우에도 중재인은 조사의무와 고지의무의 이중의무를 갖는다고 명시하였다<sup>41)</sup>. 중재인에게 조사의무를 부과하는 것은 중재인들의 중재절차에서 공정성을 담보하는 데에 효과적인 도구임에는 틀림없지만 제 9항소심 법원은 특정의 정황에서 조사의무가 발생한다고 이야기하였을 뿐 그 정황을 자세히 실시하지는 않았다<sup>42)</sup>.

39) Id. at 1046.

40) Financial Industry Regulatory Authority, Arbitration Rules, 2200. Communications and Disclosures. 금융산업 규제기구(FINRA: Financial Industry Regulatory Authority)는 미국에서 영업하는 모든 증권사의 자율 규제 기관이다. 전미증권협회(NASD)가 2007년 7월 뉴욕증권거래소(NYSE)의 규제 및 투자자 보호 업무를 흡수하며 새로 출범한 것이 FINRA이다.

41) Id. at 1049.

42) Id. at 1048.

(2) New Regency Productions, Inc. 사건<sup>43)</sup>

제 9항소심 법원은 이후에 유사한 사건을 판시하면서 New Regency Productions, Inc. 사건에서 다시금 중재인에게 조사의무와 잠재적인 이익 충돌사실을 고지해야 할 의무를 부과하였다.

1995년 5월 항소인 New Regency와 피항소인 Nippon Herald는 Nippon Herald가 일본에 New Regency가 생산한 5개의 영화필름을 시장에 공급할 수 있는 계약을 체결하였다. 2003년 6월 Nippon Herald는 New Regency가 5개 영화 중 하나인 “Crowded Room”의 필름을 인도하지 않았고, 상호담보 조항에 따라 지급해야 할 금원을 Nippon Herald에 지급하지 못해서 공급계약을 위반하였음을 이유로 New Regency를 상대로 일본 법원에 소송을 제기하였다가, 미국 영화판매협회<sup>44)</sup>를 통해 중재절차로 이 분쟁을 해결하기로 합의하였다.

2003년 11월 Nippon Herald와 New Regency는 AFMA가 제공한 중재인 목록에서 Crusader Entertainment의 임원이자 로스앤젤레스의 변호사인 William J. Immerman을 공동으로 선임하였다. 중재인 선정 절차 진행 중에, Immerman은 Nippon Herald의 변호사인 Charles Shephard가 Nippon Herald를 대리한 사건의 중재인으로서 사건을 담당할 경험이 있으며, New Regency에서 임원이 되기 전에 New Regency의 여러 임원들과 많은 거래들의 협상을 한 적이 있다고 당사자들에게 고지하였다.

중재절차의 심리는 2004년 4월 27, 28일, 29일, 그리고 6월 1, 2, 3일에 각각 진행되었다. 2004년 7월 19일 내려진 중재판정에서 Nippon Herald는 New Regency가 인도하지 않은 필름에 대하여 44만불의 금원 및 이자를 Nippon Herald에게 반환해야 한다고 판결하였다. 추가로, Immerman은 상호담보 조항에 대한 New Regency의 주장을 받아들여서 보상자금의 일부 수익 및 이자에 해당하는 234만 1257불을 받을 권리가 New Regency에게 있다고 판정하였다.

이 중재판정은 두 차례의 보충 판정을 거쳐서 2004년 12월 3일 최종 중재판정이 당사자들에게 송달되었다. 2004년 12월 7일 New Regency는 미국 연방지방법원에 중재판정의 집행판결을 구하는 소송을 제기하였다. Nippon Herald는 다음의 이유를 근거로 이 중재판정의 취소를 구하였다. 그 이유 중의 하나로 Immerman은 New Regency의 변호사이자 중재증인인 Bill Weiner와의 이전의 업무관계를 고지하지 않았다는 것이다. 또한 2004년 7월 19일 중재판정 이전인 7월 중순경 Yari Film Group의 수석 부사장이자 수석행정이사 (Chief Administrative Officer)로서 일을 시작하였다는 것을 고지하지 않았다는 것이다. Immerman이 일을 시작했을 당시 Yari는 New Regency가 개발하고 Alexandra Milchman (“Milchman”)

43) 501 F.3d 1101, 9th Cir. (2007)

44) America Film Marketing Association(AFMA) 미국영화판매협회는 영화와 텔레비전 드라마 산업 분야의 전 세계 거래 협회이며, 2004년에 독립영화&텔레비전연맹(Independent Film & Television Alliance)으로 개명하였다. www.ifta-online.org (2016년 5월 20일 방문).

이 제작한 “The Night Watchman” 영화의 제작 자금을 지원하고 공동제작하기로 하는 협상을 진행 중이었다. Milchman은 New Regency에서 생산담당이사 (production executive)이며, New Regency의 대주주이며 대표이사인 Arnon Milchman의 딸이었다. 연방지방법원은 2005년 1월14일 중재판정의 취소를 구하는 Nippon Herald의 신청을 인용하였다. Yari와의 거래 사실을 Immerman이 고지하지 않은 것은 편파성이 존재한다는 합리적인 인상을 주었기 때문에 본 중재판정의 취소는 적절하였다고 지방법원은 판시하였다. New Regency는 항소하였다.

만약 Yari의 “The Night Watchman” 제작자금 지원 협상과정이 Immerman에게 본 중재 사건 종결이전에 알려져 있었다면 Immerman이 이러한 사실을 중재 당사자들에게 고지하지 않은 행위가 명백한 편파성의 근거가 될 수 있으며, 따라서 본 중재 판정의 취소 판정을 지지하는 근거가 됨은 당연하다고 항소심 법원은 판시하였다. 비록 중재인이 대리했던 모든 법률사건들에서의 잠재적인 이익충돌 여부를 조사할 의무를 갖지는 않지만, 중재인이 소속된 법률사무소가 중재 당사자 회사의 모회사의 법률대리를 한 적이 있었으며, 해당 중재기관의 중재절차에 따르면 중재인이 잠재적인 이익충돌 여부에 대하여 합리적인 정도의 노력을 하여 조사를 할 것을 요구되는 경우에는 중재인에게 조사의무가 발생한다고 제9항소심 법원은 판시하였다.

본 사건의 경우 다음의 이유로 인하여 중재절차가 진행 중에 Yari에서 고위직에 취임한 경우 Immerman은 잠재적인 이익충돌 여부에 대하여 조사할 의무가 있었다고 제9항소심 법원은 결론을 내렸다.

첫째, 중재절차 진행 중에 또 다른 영화 관련 회사의 법무팀 총괄 감독 업무 등을 수행하게 되는 업무에 취임하게 된 경우에도 Immerman은 잠재적인 이익충돌 여부에 대해 조사할 것을 중재 당사자들은 기대하는 것이 합리적이라는 것이다.<sup>45)</sup> 중재인이 중재절차 진행 중 중재 당사자 회사들과 동일한 산업분야에서의 고위임원으로 취임하게 되는 경우는 중요한 이익충돌 관계가 존재할 수 있다고 중재인이 믿는 것이 합리적이며 따라서 잠재적인 이익충돌 관계가 존재하는지 여부를 조사해야 하는 것이다.<sup>46)</sup>

둘째, 미국영화판매협회의 중재규칙의 고지의무 규정들은 Immerman에게 이익충돌 여부를 조사하고 이익충돌에 대해서 고지해야 할 의무를 부과하였다. 국제중재에 관한 미국영화판매협회 중재규칙 6.5조에 따르면 예비 중재인은 예비 중재인의 중재인으로서 선임되는 것과 관련하여, 중재지를 관할하는 지역의 절차법에 따라, 또는 해당 절차법이 특정되어 있지 않으면 캘리포니아 주 법률에 따라, 중재인의 공정성이나 독립성에 대해 합리적인 의심을 야기할 수 있는 어떠한 정황도 중재소송 대리인 및 중재 당사자들에게 고지하여야 한다.

45) Schmitz 20 F.3d at 1048.

46) Applied Industry materials Corp., 492 F.3d at 137.

캘리포니아 주 법률<sup>47)</sup>은 국제 중재소송에서의 중재인들은 중재인들의 공정성을 의심하게 하는 어떠한 정보도 당사자들에게 고지하여야 한다고 규정하고 있다. 비록 이 조항은 중재인이 의심을 살 만한 이익충돌 관계가 있는지 여부를 중재인이 조사해야 한다고 명시적으로 표현하고 있지는 않지만, 잠재적인 이익충돌 관계가 존재하는 경우에는 조사해야 할 의무가 있음을 시사하고 있다.<sup>48)</sup>

또한 미국중재협회의 I(C)항과 미국변호사협회의 상사분쟁에서의 중재인의 윤리규약<sup>49)</sup>에 따르면, 특정사건의 중재인으로 취임된 이후에는, 공정성에 악영향을 주거나 편파성의 인상을 줄 수 있는 어떠한 업무상, 전문직업상, 또는 개인적 관계를 맺거나 금전적 또는 개인적 이익을 얻는 것을 피하여야 한다고 규정하고 있다. 윤리규약 II(B)에 따르면, 중재인은 이해상충 관계를 조사하기 위한 합리적 노력을 해야 하며, 조사결과를 공개해야 할 의무를 갖는다고 규정하고 있다. 국제중재에서의 이익충돌에 관한 국제변호사협회 가이드라인 7(C)<sup>50)</sup>에 의하면 중재인은 어떠한 잠재적인 이익충돌 여부뿐만 아니라, 중재인의 공정성이나 독립성에 영향을 줄 수 있는 어떠한 사실이나 정황도 조사하는 데에 합리적인 노력을 기울여야 할 의무가 있다고 명시하고 있다. 만약 중재인이 조사하는 데에 합리적인 노력을 기울이지 않았다면 이익충돌을 알지 못해서 잠재적인 이익충돌을 고지하지 않았다 하여도 책임을 면할 수 없다고 규정하고 있다.

셋째, 중재 당사자들은 중재절차에서 중재인의 행동 패턴을 고려했을 때, Yari에서의 새로운 고용관계를 Immerman이 당사자들에게 고지할 것을 기대하는 것이 합리적이라고 연방항소심 법원은 판시하였다. Immerman이 자신의 과거 고용관계를 자세하게 당사자들에게 고지하였음에도 불구하고 Yari에서 고위 임원으로 취임한 것을 고지하지 않은 것은 Nippon Herald로 하여금 Immerman에게 중대한 이익충돌 관계가 존재하지 않는다고 오인하게 할 수 있다고 연방 항소심 법원은 지적하였다. 이러한 상황에서는 Immerman은 자신이 Yari에서 새로운 고용관계를 맺게 되었을 때 그 고용관계로 인하여 발생할 수 있는 이익충돌 관계를 조사할 의무가 있다. 그러나 비록 Immerman이 조사의무를 위반하였다 하여도 고지하지 않은 이익충돌 관계가 실제로 존재하고 중요한 것이어야 중재 판정 취소가 가능하다고 제9 연방항소심 법원은 판시하였다.

47) California Code of Civil procedure §1297.121.

48) HSMV Corp. v. ADI Ltd., 72 F.Supp. 2d 1122, 1129 (C.D. Cal. 1999).

49) Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, (2004).

50) General Standard 7(c), International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2004.

## 2. 제 2연방 항소심 법원의 판례: 합리적 인간 기준(reasonable person standard)

### (1) Applied Industrial Materials Corp. v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S. 사건<sup>51)</sup>

1992년에 AIMCOR와 Ovalar는 AIMCOR가 원유 정제과정에서 생기는 석유 코크스를 구매하고 Ovalar에게 인도하면 Ovalar는 그 코크스를 터키에서 판매한다는 취지의 합작투자 계약을 체결하였다. 이 계약에 대한 분쟁이 발생할 경우 뉴욕에서의 중재절차에 의하여 해결할 것을 약정하였다. 1997년 합작투자 계약에 따른 수익의 배분을 둘러싸고 분쟁이 발생하여 당사자들은 중재절차를 진행하였다. Ovalar와 AIMCOR는 각각 1명씩의 중재인을 선임하였으며, 선임된 중재인들이 중재의장으로 Charles Fabrikant를 선임하였다. 중재절차의 구두심리가 시작되기 전인 2003년 9월3일에 중재인들은 AIMCOR가 Oxbow 회사에게 매각될 것이라는 통지를 받았다. 중재인들은 이러한 잠재적 계약에 대해 개인적 또는 비즈니스 관계가 없다고 고지하였다. 2005년 중재의 구술심리 절차가 진행되던 도중인 4월 16일에 중재의장인 Fabrikant는 4월 14일 경에 자신의 회사인 St. Louis 지사("SCF")는 최근에 Palm Beach의 Oxbow 회사와 석유 코크스 운송계약 체결을 위한 협상을 시작하였으며, 중재인 자신은 그러한 협상 진행에 대하여 아는 바도 없으며, SCF의 일상 업무수행에 전혀 관여한 바 없다고 중재 당사자들에게 고지하였다.

2015년 9월 22일, 중재판정부는 Ovalar가 AIMCOR에게 계약위반 책임이 있다고 판정하였다. 2달 뒤에 Ovalar의 변호사는 Fabrikant가 중재인을 사퇴할 것을 요청하였다. Ovalar가 조사한 결과, Ovalar의 계약위반 책임의 중재판정이 내려지기 훨씬 이전인 2004년에 SCF가 Oxbow를 위하여 석유 코크스를 운송하였으며, 그 결과 27만5천불의 수익을 얻었다는 것을 알게 되었다. 2005년 12월 5일 Fabrikant는 Ovalar의 중재인 사퇴요구에 대하여 사퇴거부 의사표시를 하면서, 자신이 처음에 SCF가 Oxbow와 운송계약 협상단계에 있다는 이야기를 들었을 때 SCF의 대표이사에게 자신은 SCF의 협상내용이나 진척사항에 대하여 더 이상 알고 싶지 않다고 통지하였다고 밝혔다. Fabrikant는 Ovalar의 변호사의 서면통지를 받지 전까지는 양 회사와의 관계를 전혀 알지 못하고 있었다고 답변하였다. 2006년 2월 AIMCOR가 계약위반 책임을 인정한 부분 중재판정을 집행판결 신청을 하였을 때 Ovalar와 Ataman은 Fabrikant가 중재인 사퇴를 하지 않은 것은 미국 연방중재법 10(a)항을 위반하였음을 이유로 중재판정의 취소를 구하였다. 연방지방법원은 Ovalar와 Ataman의 요청을 받아들였다.

중재절차에서 터키 회사인 Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi 와 대표이사 Ural Ataman

51) Applied Industrial Materials Corp. v. Ovalar Makine Ticaret Ve Sanayi, A.S., 492 F.3d 132 (2d Cir. 2007).

은 AIMCOR에게 석유 코크스를 인도하기로 한 계약 위반에 대해 손해배상 책임이 있다는 중재판정이 내려졌다. 이 중재판정을 내린 중재인 3인 중 1인은 자신의 회사와 중재 당사자 간의 잠재적인 비즈니스 관계를 조사하지고 않았고, 중재 당사자들에게 이 관계를 더 이상 조사하지 않겠다는 의도를 고지하지도 않았으므로 명백한 편파성을 갖고 행동하였다고 판시한 연방지방법원 판결을 제2 연방항소심 법원이 인용하였다.

제2 연방항소심 법원은 모든 정황을 고려해 볼 때 합리적인 사람이라면 특정 중재인이 중재 당사자 일방에게 편파적이었다고 결론을 내려야 하는 경우에 한하여 중재인의 결격 사유에 해당된다고 판시하였다. 이 사건에서는 중재 당사자와의 중요한 관계를 알고 있는 중재인이 이를 중재 당사자들에게 고지하지 않은 경우에 합리적인 인간이라면 그 중재인이 당사자 일방에게 편파적이었다고 결론을 내릴 수밖에 없으므로, 명백한 편파성의 기준을 충족한다고 제2 연방항소심 법원은 판시하였다. 이익충돌이 존재하는 것을 실제로 중재인이 인지하고 있었던 경우에는 명백한 편파성의 기준이 충족되는데 반하여, 이익충돌 존재를 실제로 인지하지 못한 경우에는 명백한 편파성의 기준이 충족되지 못한다. 하지만 중요한 이익충돌 관계가 존재할지 모른다고 믿을 만한 이유가 있다고 중재인이 판단한 경우에는 (1) 이익충돌 여부를 조사 한 후, 알게 된 정보는 Commonwealth Coatings 판결에 따라서 당사자들에게 고지해야 하거나, (2) 이익충돌 관계가 존재한다고 믿을 만한 이유와, 이해충돌 여부를 조사하지 않겠다는 중재인의 의도를 당사자들에게 고지하여야 한다고 제2 연방항소심 법원은 판시하였다.

### 3. 제 5항소심 법원의 판례 (Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortg)<sup>52)</sup>

Positive Software는 New Century를 상대로 계약위반, 영업비밀 유용 등의 청구원인에 기한 소송을 제기하였으며 New Century가 자동화된 소프트웨어 지원 프로그램을 복제하였다고 주장하였다. 계약에 따르면 분쟁 발생시 중재로 가게 되어 있으며 당사자들은 Peter Shurn을 중재인으로 선임하였다. 7일 간 심리후에 중재인 Shurn은 원고에게 패소판정을 내리면서 피고에게는 원고가 반소로 청구한 11,500불과 변호사 비용 150만불을 지급하라는 중재판정을 내렸다. 중재 판정 이후 Positive Software가 중재인 Shurn을 조사한 결과 중재인 Shurn과 그의 이전 법률사무소는 New Century를 주로 대리하던 Susman Godfrey, L.L.P. 법률사무소와 함께 7개의 법률사무소들과 34명의 변호사들이 관여되었던 Intel Corporation의 대규모의 특허 침해소송들을 공동 대리해 왔다는 것을 알아냈다.

본건 중재사건과 Intel Corporation의 특허침해소송 사이의 간격은 10년이나 지났지만, 중

52) Positive Software, 476 F.3d at 284-86.Id at 280.



재인 Shurn은 자신과 Susman Godfrey 변호사들이 공동 고객인 Intel을 위하여 특허 소송의 핵심부분을 공동대리 해왔다는 점을 고지하지 않았다. 뒤늦게나마 중재 상대방 당사자 회사의 법률사무소인 Susman Godfrey 중재인 간의 관계를 알게 된 후 Positive Software는 중재인이 Susman Godfrey와의 관계 때문에 New Century를 중재절차에서 편파적으로 지지 하였으며 따라서 사기에 의해 중재판정이 내려졌으며, Shurn은 관련 법규를 명백히 무시했다는 것을 이유로 중재판정의 취소를 신청하였다. 제5항소심 법원은 지방법원의 중재판정의 취소판결을 지지하면서 Shurn의 Susman Godfrey 변호사들과의 공동대리 관계는 합리적인 사람이 볼 때, 편파성이 존재한다는 인상을 심어주었을 수 있다는 판시를 하였다<sup>53)</sup>.

제5 연방항소심의 전원합의체 법원은 지방법원의 중재판정 취소 판정을 파기하면서 명백한 편파성의 개념을 정의함에 있어서 Commonwelath Coatings 사건에서의 White 대법관의 보충의견을 따랐다. 즉, Shurn 중재인과 Susman Godfrey 변호사들의 변호사 업무관련 접촉내용은 이들이 Intel 사건에서 함께 심리절차에 참여하였거나 서로 소통하지도 않았다는 점에서 심각한 정도가 아니었다고 제5 항소심 법원은 판시하였다<sup>54)</sup>. 명백한 편파성에 근거하여 중재판정을 취소하는 것은 심각한 이해관계를 고지하지 않은 경우에 한정되어야 한다고 제5항소심 전원 합의체 법원은 판시하였다<sup>55)</sup>. 하지만 제5항소심 법원의 5인의 강력한 반대의견도 참조할 필요가 있다. 중재판정은 사법부의 심사를 받지 않기 때문에 중재 당사자들은 중재인을 선택할 권한을 보장받기 위해 중재인들의 이익충돌 관계 여부에 대해 광범위하게 알아야 할 필요가 있다는 것이 반대의견의 논리이다.

이후의 판결들을 살펴보면, Ameser v. Nordstrom, Inc. 사건에서는 Nordstrom 백화점의 이전 피고용인이 Family and Medical Leave Act 위반을 이유로 Nordstrom 백화점을 상대로 중재소송을 제기하였다<sup>56)</sup>. Nordstrom이 중재소송에서 승소한 후 연방지방법원은 이전 피고용인의 중재판정 취소소송을 받아들이지 않았다. 제5 연방항소심 법원도 중재 당사자 일방을 이전에 중재인으로 사건을 맡았다는 사실을 중재인이 고지하지 않았다는 사실만으로는 명백한 편파성에 해당한다고 볼 수 없으며, 따라서 Positive Software Solutions 판결의 기준을 충족시키지 못하였다고 판시하면서 연방지방법원의 판결을 지지하였다<sup>57)</sup>.

그 결과 Positive Software Solutions 사건에 대한 제5 연방항소심 전원합의체 판결 이후에는 텍사스, 루이지애나 및 미시시피 지역의 연방법원에서 명백한 편파성에 근거하여 중재판정이 취소를 하려면, 중재 당사자 일방 또는 그 법정대리인과 중재인 사이에 직업적인 또는 개인적인 관계가 중대한 것임을 구체적인 증거에 의해 입증해야만 가능하게 되었다<sup>58)</sup>.

53) Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortg., 436 F.3d 495, 504 (5th Cir. 2006), rev'd on reh'g en banc, 476 F.3d 278 (5th Cir. 2007).

54) Id. at 284-85.

55) Id. at 286.

56) Ameser v. Nordstrom, Inc., 442 F. App'x 967, 968 (5th Cir. 2011)(percuriam).

57) Id. at 970.

#### 4. 제2 연방항소심, 제9 연방항소심, 제5 연방항소심 법원의 명백한 편파성에 관한 중재인의 고지의무 비교

제2 연방항소심의 경우 중재인의 조사의무는 경미하지 않은 이익 충돌관계가 존재한다고 믿을만한 이유가 있을 때에만 발생한다<sup>59</sup>). 이러한 상황의 경우에는 중재인은 이익 충돌 관계를 조사하거나, 아니면 이익 충돌관계가 존재한다고 생각하는 근거와 그럼에도 불구하고 더 이상 그 관계를 조사하지 않기로 결정하였다는 것을 고지하여야 한다<sup>60</sup>). 잠재적인 이익 충돌관계가 존재함에도 불구하고 그 이해관계를 조사하지 않거나 조사하지 않겠다는 의도를 고지하지 않는 것은 명백한 편파성을 인정할 수 있는 충분한 근거가 된다<sup>61</sup>). 그러나 *Applied Industrial Materials Corp.* 사건에 관한 법원은 중재인에게 적극적인 조사의무를 부과하였다. 경미하지 않은 이익 충돌관계에 대하여 중재인은 단순히 외면할 수는 없는 데 그 이유는 중재인이 단순히 외면을 하게 되면 중재 당사자들은 경미하지 않은 이익 충돌관계가 존재하지 않는다고 오해할 수 있기 때문이다<sup>62</sup>). 제9 연방항소심 법원은 중재 절차 진행 중에 기존 정황의 변화가 발생하여 잠재적인 이익 충돌 관계가 발생한 경우에는 중재인은 이 관계를 적극적으로 조사해야 할 적극적 의무가 비로소 발생한다고 판시하고 있다<sup>63</sup>). 반면 제5 연방항소심 법원의 경우에는 명백한 편파성에 근거하여 중재판정이 취소를 하려면, 중재 당사자 일방 또는 그 법정대리인과 중재인 사이에 직업적인 또는 개인적인 관계가 중대한 것임을 구체적인 증거에 의해 입증해야만 하며, 결국 중재인의 이익 충돌 관계 존재 여부를 조사해야 할 의무를 제5 연방항소심 법원은 인정하지 않고 있다<sup>64</sup>).

## VI. 결 론

국제 상사 중재 분야에서 점점 증가하고 있는 이해관계의 교차 현상을 고려한다면, 광범위한 고지의무를 예비 중재인들에게 부과한다는 것은 더욱 많은 이익 충돌관계를 야기하게 되지만, 중재절차의 투명성을 증진시키는 순기능을 제공해주기도 한다. 중재 당사자들은 자신들이 중재인을 선정하는 데 있어서 절대적인 재량권을 갖는다. 따라서 광범위하

58) Christopher D. Kratovil, Anne M. Johnson, Evident Partiality, 65 *The Advoc.* (Texas) 52 (2013).

59) *Applied Indus. Materials Corp.*, 492 F.3d at 138.

60) *Id.*

61) *Id.*

62) *Id.*

63) Steven Smith et al., *International Commercial Dispute Resolution*, 42 *Int'l Law* 363, 368-69 (2008).

64) *Ameser v. Nordstrom, Inc.*, 442 F. App'x 967, 968 (5th Cir. 2011).

고 포괄적인 고지는 당사자의 자치를 보장해주며 당사자들이 고지된 이익 충돌관계를 받아들일 것인가를 결정할 수 있게 된다. 중재인 선임 시점부터 초기에 광범위하게 이익 충돌 관계를 중재인이 고지하게 함으로써 당사자들은 고지된 이익 충돌관계를 무시할 것인지, 아니면 더욱 중립적인 중재인을 찾을 것인가를 신속하게 결정할 수 있게 된다. 따라서 중재인의 편견을 이유로 중재판정의 취소를 구하는 소송이 줄어들게 되며 중재절차의 효율성과 판정의 최종성을 강화시킬 수 있다.

미국 법원의 경우, 중요한 이익충돌 관계가 존재할지 모른다고 믿을 만한 이유가 있다고 중재인이 판단한 경우에는 (1) 이익충돌 여부를 조사 한 후, 알게 된 정보는 당사자들에게 고지해야 하거나, (2) 이익충돌 관계가 존재한다고 믿을 만한 이유와, 이해충돌 여부를 조사하지 않겠다는 중재인의 의도를 당사자들에게 고지하여야 한다고 제2 연방항소심법원은 판시하였다. 반면, 제9 연방항소심법원은 중재 당사자와 이익 충돌 관계가 있는 경우에 조사의무가 발생하며, 중재인이 이를 조사하지 않고 중재 당사자들에게 고지하지도 않은 채 중재절차를 진행하여 중재판정이 내려진 이후에 중재 당사자들이 조사하여 중재인의 이익 충돌관계가 중대한 경우에는 중재판정을 취소할 수 있게 된다.

우리나라의 경우에도 중재당사자들이 중재절차 초기에 중재인이 고지하는 사실관계만을 근거로 중재인의 이익충돌관계의 중대성을 판단할 수 있는 정보가 부족할 경우가 많다. 이러한 경우 이익충돌 관계의 중대성이 사후에 밝혀진 경우에는 중재 당사자의 중재절차 진행 중 기피신청의 결여를 문제삼지 말고 중재판정 취소 판정을 법원에서 내릴 수 있도록 하여 중재인의 중대한 이익충돌 사유에 대한 고지의무 위반을 중재판정의 취소사유로 보는 판례가 확립되어야 할 것이다. 이러한 판례가 확립되어야 우리나라 중재판정의 투명성이 강화되고 궁극적으로는 우리나라 중재제도가 세계적으로 활용되는 기반을 닦을 수 있게 될 것이다.

## 참고문헌

- 김경배, “중재인의 공정성과 독립성에 관한 연구”, 『중재연구』, 한국중재학회 제18권 제1호, 2008년.
- 김진현, 정용균, “미국의 중재판정 취소에 관한 연구: 판례법과 제정법의 조화를 중심으로”, 『중재연구』, 한국중재학회 제22권 제2호, 2012년.
- 신한동, “중재인의 고지의무에 관한 고찰 -한국 대법원판례를 중심으로-”, 『중재연구』, 한국중재학회 제21권 제3호, 2011년.

- American Arbitration Association, Canon II, Code of Ethics.
- Ameser v. Nordstrom, Inc., 442 F. App'x 967, 968 (5th Cir. 2011)(percuriam).
- Ann Ryan Robertson, Feature, International Arbitration in the U.S.: Evident Partiality Based on Nondisclosure: Betwixt and Between, 45 HOUSTON LAWYER 22, 23 (2007).
- Applied Industry materials Corp., 492 F.3d at 137.
- Applied Indus. Materials Corp., 492 F.3d at 138.
- ARIAS-US, <https://www.arias-us.org/> (2016년 5월 10일 방문)
- Avail, Inc. v. Ryder Sys., 110 F.3d 892, 895 (2d. Cir. 1997); Travelers Indemnity v. Gerling Global Reinsurance Corp., 2001 U.S. Dist. LEXIS 6684 (S.D.N.Y. 2001).
- California Code of Civil procedure §1297.121.
- Catherine A. Rogers, Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct, 41 Stan. J. Int'l L. 53, 117-20 (2005).
- Christopher D. Kratovil, Anne M. Johnson, Evident Partiality, 65 The Advoc. (Texas) 52 (2013).
- Claudia T. Salomon, et al., Arbitrator's Disclosure Standards: The Uncertainty Continues, 63 Dispute Resolution Journal 76, at 79 (2008).
- Commonwealth Coatings Corp. v. Cont'l Cas. Co., 393 U.S. 145 (1968)(plurality opinion).
- Commonwealth Coatings Corp. v. Cont'l Cas. Co., 382 F.2d 1010 (1st Cir. 1967).
- Commonwealth Coatings Corp., 393 U.S. at 146-47.
- Commonwealth Coatings Corp., 393 U.S. at 149.
- Commonwealth Coatings Corp., 393 U.S. at 151 (White, J. ,concurring).
- Federal Arbitration Act, (9 U.S.C. section 10(a)).
- Financial Industry Regulatory Authority, Arbitration Rules, 2200. Communications and Disclosures.
- General Standard 7(c), International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2004.
- Geoff Nicholas & Constantine Partasides, LCIA Court Decision on Challenges to Arbitrators; A Proposal to Publish, 23 Arb. Int. 1 (2007).
- HSMV Corp. v. ADI Ltd., 72 F.Supp. 2d 1122, 1129 (C.D. Cal. 1999).
- Peter L. Michaelson, In International Arbitration, Disclosure Rules at the Place of Enforcement Matter Too, 62 Disp. Resol. J. no.4, Nov. 2007-Jan. 2008, at 82,85.
- Positive Software Solutions, Inc. v. New Century Mortg., 436 F.3d 495, 504 (5th Cir. 2006),rev'd on reh'g en banc, 476 F.3d 278 (5th Cir. 2007).

Savers Prop. and Cas. Co., et al v. Nat'l Union Fire Ins. Co., 748 F.3d 708, 717 (6th Cir. 2014).

Schmitz, 20 F.3d 1043, 9th Cir. (1994).

Smith v. Am. Arbitration Ass'n, 233 F.3d 502, 506 (7th Cir. 2000).

Steven Smith et al., International Commercial Dispute Resolution, 42 Int'l Law 363, 368-69 (2008).

Sussex v. United States Dist. Court for the Dis. of Nev., 781 F.3d 1065 (9th Cir. 2014).

Tempo Shain Corp. v. Bertek, Inc., 120 F.3d, 16, 19 (2d Cir. 1997).

Timothy W. Stalker, et al., Vacating Arbitration Awards Due To "Evident Partiality" Under The Federal Arbitration Act, 83 Defense Counsel Journal 207, 210 (2016).

## ABSTRACT

### Arbitrator's Duty to Disclose in the Context of U.S. Law: Focusing on Case Law's Evident Partiality

Seung-Nam Shin

The FAA provides that a district court may make an order vacating an arbitration award upon the application of any party to the arbitration where there was evident partiality on the arbitrator's behalf. The U.S. Supreme Court in the case of *Commonwealth Coatings Corp.* held that arbitrators must disclose to the parties "any dealing that might create an impression of possible bias." Justice White attempted to limit the scope of evident partiality to instances where an arbitrator has a "substantial interest" in the dispute before disclosure is required.

The Second Circuit held that if an arbitrator thinks that a nontrivial conflict of interest might exist, the arbitrator must either (i) conduct an investigation into the potential conflict, or (ii) disclose to the parties why he or she thinks there could be a conflict. Further, the arbitrator must disclose his or her intent not to investigate the matter. By utilizing a reasonable impression of partiality standard, the Ninth Circuit held that evident partiality can exist despite an arbitrator's actual acknowledgement of a conflict, and if an arbitrator fails to discharge his or her duty to investigate potential conflicts of interest, his or her constructive knowledge of the conflicts can give rise to evident partiality.

**Key Words** : Evident Partiality, Impression of Bias, Substantial Interest, Arbitrator's Duty to Disclose, Duty to Investigate, Reasonable Person Standard