

韓國仲裁制度의 國際性 檢討

鄭 冀 人*

I. 序 言

一般的으로 仲裁은 當事者가 그 便利나 利益때문에 自發적으로 利用하는 것이므로 當事者들은 仲裁契約의 內容 또한 자신들의 便宜에 따라서 規定하고 있다.

韓國의 경우 仲裁制度의 導入歷史는 길었으나 그 利用은 전혀 없었고, 그나마 法律이 整備될 때 폐기되는 수난을 치루기까지 한 실정이었다. 韓國에 仲裁가 最初로 導入된 것은 1912年 朝鮮民事令 1條 13號에 의하여 日本民事訴訟法이 依用된 때부터이다.

日本民事訴訟法 第8編은 仲裁手續(仲裁節次)에 관하여 規定하고 있다. 이 朝鮮民事令은 8.15解放후에는 軍政法令 第21號에 의하여 大韓民國 獨立後에도 그 效力을 持續하여 왔기 때문에 仲裁節次編도 民事訴訟法에 그대로 存在하고 있었다.

그러나 이것은 실제로 한번도 이용된 사실이 없었기 때문에 1960年 現行 民事訴訟法을 制定할 때 仲裁에 관한 부분은 削除하였다. 그 후 仲裁法이 1966년에 特別法으로 制定될 때까지 韓國內에는 仲裁法은 없었던 셈이다. 다만 이 仲裁法의 空白期間中에도 韓美間에는 仲裁에 관한 條約이 있어서 仲裁란 用語가 완전히 사라진 것은 아니었다. 즉 1957年 10月 7日の「大韓民國과 美合衆國의 友好通商 및 航海條約」은 第5條에서 兩國의 會社나 國民間에 紛爭이 생긴 경우 그에 대한 法的地位의 平等을 規定하고 있다. 특히 同條 第2項은 그러한 紛爭을 仲裁에 의하여 解決하기로 合意한 경우 그 仲裁合意(仲裁契約)의 有效性을 認定하고 또한 그에 따라 仲裁判定이 내려진 경우에는 그 判定의 執行을 相互承認하기로 한다고 規定하고 있음으로써 韓·美間에 있어서는 仲裁場所의 制限과 仲裁人 國籍의 制限을 배제하고 또한 外國仲裁判定(即, 相對國內 仲裁判定)의 自國內에서의 效力의 保障을 規定하고 있다.

仲裁法이 없어진 以後 韓國政府는 1962년에 經濟開發5個年計劃을 着手하면서 國際貿易이 伸張됨에 따라 政府와 商工人들은 仲裁의 必要性을 새삼 認識하게 되었고 이 要求에 의거 1966年 3月 16日 特別法으로서 仲裁法이 法律 第1767號로 制定 公布되었다.

이 發表에서는 이러한 背景을 지닌 韓國仲裁制度의 現位置와 狀況을 몇가지 主要한 観点에서 檢討함으로써 그 國際性을 살피고자 하였다.

* 大韓商事仲裁協會 仲裁部長

II. 仲 裁 契 約

韓國 仲裁法의 本質은 傳統의인 大陸法系의 仲裁理論을 바탕으로 하되 仲裁人의 役割을 準司法的인 次元에 묶어 두려는데 있다.

이러한 意圖가 가장 뚜렷이 나타나고 있는 部分이 곧 仲裁法上의 仲裁契約에 관한 解釋 節次이다. 同法 第4條(仲裁人의 選定)와 第7條(仲裁節次)는 仲裁의 機能을 一般仲裁와 商事仲裁로 區分하여 규정하고 있는데 이 가운데서 商事仲裁의 경우에는 仲裁人의 裁量권을 제한하고 있다. 이러한 法文의 趣旨에 미루어 볼 때 韓國內에서는 商事仲裁의 경우 仲裁人에게 모든 節次를 위임하는 ad hoc arbitration은 當事者들이 仲裁契約으로 모든 節次를 明文化하지 않은 한 許容되지 않으며 대신 常設仲裁機關(大韓商事仲裁協會)에 의한 仲裁節次가 적용되게 된다.

가. 仲裁人의 選定

仲裁法 第4條는 仲裁人의 選定에 관하여 規定하고 있다. 同條文에 의한 仲裁人의 選定은 다음과 같이 區分될 수 있다.

(1) 一般仲裁(非商事仲裁)의 경우

① 當事者는 仲裁契約에서 仲裁人의 選定方法和 仲裁人의 數를 定할 수 있다. 그러나 만약 當事者가 i) 仲裁人의 選定方法은 定하였으나 仲裁人의 數는 定하지 않은 경우, ii) 仲裁人의 選定方法은 定하지 않았으나 仲裁人의 數는 定한 경우 각각 어떻게 되는가의 問題가 있다. i)의 경우 當事者가 仲裁人을 選定하는 方法으로 仲裁契約에서 어떤 特定の 機構(예컨대, 大韓商工會議所등)에 仲裁人을 任命하여 主도록 委任하고 있는 때에는 그 指名權者(appointing authority)가 1명 또는 그 이상의 仲裁人을 指名함으로써 仲裁는 進行될 수 있다. 그러나 만약 指名權者가 2人的 仲裁人 또는 그 이상의 桴수의 仲裁人을 指名하는 경우에는 仲裁判定에 관한 意見이 可否同數가 될 우려가 있으며, 만약 仲裁人의 意見이 可否同數가 되면 仲裁契約이 效力을 喪失하게 되므로 仲裁契約에서 仲裁人의 數를 定하지 않으면 失效될 가능성이 있는 不充分한 合意가 된다(仲裁法 第11條 2項 및 獨逸 民事訴訟法 第1033條 2項 參照).

ii)의 경우처럼 仲裁人의 數만 定하고 選定方法을 定하지 않았을 때는 仲裁法 第4條 ②에 따라 選定되거나 아니면 仲裁契約이 無效化되게 된다. 만약 仲裁人의 數를 2인으로 定한 경우에는 仲裁法 第4條 ②에 따라 각 當事者가 1人씩 仲裁人을 선정하면 된다. 그러나 만약 仲裁人을 1人 또는 3人이나 그 이상의 數로 定한 경우에는 同 仲裁契約의 履行은 不可能해진다. 仲裁法 第4條는 이러한 경우의 仲裁人 選定方法은 規定하고 있지 않으므로 이의 履行은 當事者의 새로운 合意가 없는 한 不可能하게 된다. 仲裁契約이 失效된 때에는 訴訟으로 紛爭을 解決하는 수 밖에 없게 된다(仲裁法 第3條).

② 當事者が 仲裁契約에서 仲裁人の 選定方法과 仲裁人の 數도 定하지 아니한 경우에는 仲裁人の 仲裁法 第4條 ②에 의거한 選定方法은 각 當事者が 1人の 仲裁人을 選定하게 되어 仲裁人の 數는 2人으로 된다.

(2) 商事仲裁의 경우

韓國 仲裁法の 特性은 商事仲裁의 경우에 유감없이 발휘되고 있다. 非商事仲裁의 경우 機能이 저해 받게 되는 危險이 商事仲裁의 경우에는 완전히 치유되고 있다. 仲裁法 第4條 ③은 商事仲裁契約에서 仲裁人の 選定에 관하여 當事者の 意思를 우선 존중하되 만약 當事者の 意思로써 仲裁人 選定이 뚜렷이 나타나 있지 않은 때에는 商工部長官이 指定하는 社團法人의 商事仲裁規則에 規定된 仲裁人 選定方法에 의하도록 明白히 밝히고 있다. 仲裁法 (1973. 2. 17字 改正) 附則 ②는 “商工部長官이 指定하는 社團法人”은 社團法人 大韓商事仲裁協會임을 分明히 하고 있다. 大韓商事仲裁協會의 商事仲裁規則(以下 商事仲裁規則이라함)은 1973年 4月 3日 大法院의 承認을 받아 制定되었다. 仲裁法 第18條는 商工部長官이 指定하는 社團法人의 商事仲裁規則의 權威와 信用을 위하여 大法院의 承認을 받도록 規定하고 있다. 商事仲裁規則에는 當事者の 直接選定方法(第19條)과 大韓商事仲裁協會 事務局(以下 事務局이라함)에 의한 選定方法(第21條)이 있다.

商事仲裁規則에 의한 當事者の 直接選定에서 다음과 같은 內容의 仲裁契約을 가정하여 보자.

“……各 當事者는 1人씩의 仲裁人을 選定하고 選定된 2人の 仲裁人이 合意하여 第3의 仲裁人을 選定하기로 한다.”

위의 約定에서 仲裁人の 選定方法은 明示되어 있으나 選定期間은 明示되어 있지 않다. 이때는 商事仲裁規則 第19條 ⑤에 의거 30日 以內에 選定하여야 하며 만약 이 기간내에 선정하지 않으면 事務局에 의한 選定方法에 의하여 仲裁人이 選定된다. 이 30日의 期間내에 當事者が 第3 仲裁人까지를 選定하여야 하는가 또는 各各 1人씩의 仲裁人만을 選定하는 것으로 보아야 하는가는 明確하지 않으나 仲裁法 第1條의 “仲裁人の 判定에 의하여 신속하게 解決함을 目的으로 한다”는 취지에 견주어 볼때 當事者들이 지켜야 할 期間은 모두 30日이라 하겠다. 그러나 國際商事仲裁의 實務上으로는 書信의 往來등 時間的 損失이 많기 때문에 이 기간은 엄격히 지켜지지 않고 있다. 事務局에 의한 選定方法은 생략하기로 한다.

나. 仲裁節次

仲裁節次는 當事者が 仲裁契約으로서 自由로이 定할 수 있다(仲裁法 第7條 ①). 그러나 仲裁節次에 관하여 合意가 없는 경우 非商事仲裁인 때는 仲裁法이 정하는 節次에 의하고 同法에 特別한 規定이 없는 事項은 仲裁人이 정하며(同條 ②), 商事仲裁인 때에는 大韓商事仲裁協會의 商事仲裁規則에 의하여 仲裁節次가 進行되게 된다(同條 ③).

仲裁節次에 관하여 當事者の 意思가 分明하지 않다는 것은 어느 정도까지를 일컫는가의

문제가 있다. 우선 非商事仲裁의 경우 仲裁節次는 仲裁進行의 場所, 仲裁費用의 確定, 證據調查의 方法, 審問의 節次, 記錄의 作成, 通知의 方法등을 포함한다. 따라서 當事者가 仲裁節次를 定하지 않은 경우 仲裁人은 審問을 開催하여 當事者를 審問하여야 하며(仲裁法 第8條 ①), 證人과 鑑定人은 任意出席에 의하고 出席한 경우 宜誓시킬 수 없는 채로 審問하여야 한다(同條 ②). 그 이외의 仲裁節次는 仲裁人이 決定하여 進行하면 된다(第7條 ②).

商事仲裁의 경우에는 仲裁節次에 관하여 當事者의 合意가 없거나 當事者의 合意가 있어도 當事者의 意思가 分明하지 아니한 경우에는 大韓商事仲裁協會의 商事仲裁規則에 의하는 것으로 推定된다(仲裁法 第7條 ③). 그러나 異議있는 當事者는 다른 約定이 있었음을 同 商事仲裁規則에 의한 仲裁判定이 있기 전까지 證明할 수 있으며 이 경우에 證明이 充分하다고 認定되는 경우에는 그 約定에 의하게 된다(商事仲裁規則 第8條 ②). 商事仲裁規則에 의하는 경우 仲裁人은 3인이 選定되며 이들이 仲裁判定部를 構成한다(同 規則 第5條 및 第23條), 仲裁判定部의 事務所는 仲裁協會의 本部가 되며 仲裁判定部의 事務를 처리하기 위하여 仲裁協會의 職員中에서 1人 또는 數人의 仲裁書記가 指名되어 規則에서 정하는 職務를 처리한다(同 規則 第6條 및 第7條).

仲裁의 場所는 當事者가 約定할 수 있으나 仲裁申請이 提出된 날로부터 14日 以內에 約定하여야 하며 이 期間內에 決定하지 아니하는 경우에는 事務局이 그 場所를 決定할 權限을 가진다.

商事仲裁規則에 의한 仲裁의 申請이 提出된 경우에는 當事者의 一方 또는 雙方은 仲裁人의 選定節次 이전에 調停(conciliation)을 要請할 수 있다. 이러한 要請이 있는 경우 事務局은 仲裁人의 選定 또는 仲裁節次를 보류하고 調停節次를 進行하여야 하며 調停人이 選定된 날로부터 30日 이내 調停이 成立되지 아니하는 경우에는 그 調停節次는 廢棄되며 即時 仲裁人의 選定 및 仲裁節次가 續行된다. 그러나 當事者는 約定에 의하여 30日의 期間을 延長할 수 있다(同 規則 第17條).

다. Ad hoc 仲裁

非商事仲裁의 경우에는 ad hoc 仲裁는 仲裁法의 趣旨上 仲裁人의 選定만 잘 되면 可能하나 商事仲裁의 경우에는 상당히 까다로운 條件이 붙어 있다. 商事仲裁에서 ad hoc 仲裁가 可能하려면 仲裁人의 選定과 仲裁節次에 관하여 當事者의 合意가 分明하게 仲裁契約에서 明示되어야 한다. 만약 仲裁契約에서 仲裁人의 選定(仲裁人의 數 및 選定方法)에 관한 合意가 없거나 意思가 不分明하지만 仲裁節次에 관하여는 자세히 명시되어 있을 때에는 商事仲裁規則에 따라 選定되므로 이때는 仲裁契約에서 명시된 仲裁節次에 따라 ad hoc 仲裁가 可能하다. 그러나 當事者가 仲裁節次에 관하여 明示的 合意가 없을 경우에는 사실상 ad hoc 仲裁는 進行될 수 없다. 왜냐하면 그러한 경우에는 大韓商事仲裁協會의 規則에 의하여 仲裁節次가 進行되기 때문에 同 協會의 事務局이 審問의 進行, 申請 및 答辯등 제반 書類의

受發 및 通信 記錄의 作成, 기타 제반 事務的 業務을 담당하기 때문에 常設仲裁機構에 의한 仲裁로 되며 ad hoc 仲裁가 될 수 없게 된다.

Ad hoc 仲裁의 경우 非商事仲裁과 商事仲裁와는 仲裁法上의 要件이 다른 관계로 注意할 필요가 있다.

III. 仲裁의 法的管理

仲裁가 當事者들이 訴訟을 스스로 배제하고 選擇한 最終의 解決手段이라 하지만 내개의 경우 仲裁人은 法官처럼 계속적인 判斷訓練을 받지 못한 사람으로 判斷을 위한 節次의 운용에 실수를 범할 가능성이 있다. 이런 이유에서 法은 仲裁人에게 節次運用에 대한 規制를 하고 있으며 만약 이를 어겼을 경우 仲裁判定은 取消의 事由가 된다.

가. 仲裁審問

仲裁人은 仲裁判定을 하려면 그 전에 반드시 當事者를 審問하여야 한다(仲裁法 第8條 ①). 그러나 審問의 回數나 期間등은 明示하고 있지 않다. 다만, 仲裁判定은 仲裁契約에서 約定된 期間內 또는 仲裁가 開始된 날로부터 3月內에 하도록 되어 있는 취지(仲裁法 第11條 ⑤)에 따라 集中的으로 短期間에 審問과 證據調査를 完了하여야 할 것이다. 그러나 法의 3月이란 期間은 不變期間은 아니다.

그렇다면 仲裁의 開始의 時點은 언제인가 밝혀 볼 필요가 있다. 仲裁의 本質은 仲裁人의 判斷이다. 따라서 仲裁人이 완전히 選定完了된 뒤가 아니면 仲裁節次의 主內容은 進行될 수 없다. 仲裁人이 選定되는 時點은 마지막으로 仲裁人 就任受諾書를 제출하는 때이다. 仲裁人 選定이 完了된 뒤라 하더라도 첫번 審問이 열리는 때는 通常의으로 3週를 필요로 한다. 왜냐하면 國際商事仲裁의 경우 當事者의 一方이 外國에 있기 때문에 通信期間을 필요로 하게 된다. 仲裁法이나 商事仲裁規則은 仲裁節次의 代理人의 資格에 辯護士를 반드시 節次代理人으로 하도록 하지 않기 때문에 外國人當事者는 내개의 경우 國內의 agent를 節次의 代理人으로 委任하는 것이 가능하여 通信期間은 다소 줄일 수 있다.

하여튼 仲裁의 開始點은 仲裁申請의 受理時點인가 아니면 仲裁人選定이 完了된 時點인가 또는 첫 審問이 開催되는 時點인가의 問題가 있다.

i) 通常의으로 仲裁의 申請이 受理되는 要件은 仲裁契約의 事實確認, 請求의 內容(申請趣旨, 申請의 理由 및 立證方法)과 當事者의 表示, 所定 仲裁費用의 豫納으로 가능하며, 이러한 受理가 있는 후로 仲裁人이 選定되기 까지는 약 1個月半이 소요된다.

ii) 仲裁人이 選定完了된 뒤라 하더라도 첫번 審問이 있기 전까지는 실제적인 調査는 할 수 없다. 왜냐하면 첫번 審問에서야 仲裁人들은 처음 會合하여 具體的 仲裁進行節次등을 정하게 되며 또한 仲裁의 本案前 要件을 검토하고 그에 대한 仲裁의 進行 여부를 결정하게 되는 때문이다.

iii) 첫번째 審問이 개최된 날이 仲裁의 開始日이 되는 것이 가장 合理的이다. 왜냐하면 仲裁人은 各 分野에서 고유한 職責을 가지고 있기 때문에 실제로 첫 審問日 전까지는 아무런 仲裁의 開始를 위한 決定을 할 수 없기 때문이다. 또한 仲裁人이 選定된 뒤라 하더라도 첫 審問을 開催하기까지는 정상적인 상황에서 약 15~30일의 期間이 소요되며 만약 仲裁人 가운데 사정이 있는 때는 그 이상의 기간이 소요되는 것이 現實의인 實態이다. 따라서 仲裁法上 3月の 期間이 注意規定이라 하더라도 신청된 仲裁件의 엄밀한 事實조사와 審理期間을 충분히 고려하여야 한다는 취지에서 審問開始가 있을 후에야 그러한 期間이 合理的이 될 것이다.

나. 仲裁審問의 成立要件

(1) 全員出席主義

審問은 仲裁人과 當事者가 紛爭의 事實을 確認하는 유일한 기회이다. 따라서 審問에는 仲裁人 全員과 當事者 全員이 出席한 가운데 진행되어야 함은 再論의 여지가 없는 것이다. 그러나 이것은 理想일 뿐 실제로는 그렇지 못한 경우가 있게 된다.

仲裁人은 法官과는 달라서 非常勤職으로 事件을 취급하기 때문에 긴급히 事業上으로 또는 기타 不可避한 사유로 審問에 不參하게 되는 일이 있게 된다. 當事者의 경우에는 正當히 통지 받은 審問日에 審問의 延期許可를 받지 않고 不參하였다면 仲裁는 그대로 進行되어도 無妨하나 仲裁人 가운데 1인이 전혀 예기치 않은 사정으로 인하여 아무런 사전 예고도 없이 不參하게 되었을 때는 어떻게 되겠는가의 問題가 있다. 만약 仲裁를 진행하지 않는다면 外國에서 온 當事者가 있을 경우에는 그에게 많은 旅費의 損失과 不便을 끼치게 되므로 不合理하고, 그렇다고 仲裁를 진행하는 경우에는 不參한 仲裁人의 判斷에 영향을 주게 되는 모순이 있게 된다.

이러한 事項에 대하여 仲裁法과 商事仲裁規則은 明確히 規定하고 있지 않다. 다만, 商事仲裁規則은 모든 證據는 仲裁人 全員과 當事者 全員이 出席한 자리에서 受理되고 調査되어야 하도록 規定하고 만약 어느 當事者가 怠慢하여 出席하지 아니하거나 出席할 權利를 拋棄한 경우에는 그렇지 않도록 定하고 있다(商事仲裁規則 第41條 ④). 그렇다면 證據調査가 없는 審問의 進行에는 仲裁人中 1인이 不參하는 경우에도 進行이 可能하다고 推論된다. 그러나 審問에서 證據의 受理 및 調査가 없는 경우란 극히 드문 일이므로 再論의 여지가 있다.

ICC(國際商業會議所)의 仲裁裁判所(Court of Arbitration)의 경우에는 不參한 仲裁人이 있을 경우에도 그대로 審問을 進行하여도 무방하도록 實務를 운영하고 있다. 大韓商事仲裁協會는 狀況에 따라 적절히 운영하고 있다. 仲裁人 가운데 1인이 不參한 경우라 하더라도 兩當事者가 出席한 경우에는 仲裁의 進行與否를 물어 進行하여도 좋다는 合意를 받으면 仲裁를 그대로 進行한다.

그러나 만약 當事者中 一方이 不出席한 경우에는 合意가 不可能하므로 仲裁는 進行될 수

없다. 當事者의 그러한 合意가 있을 경우에 仲裁을 進行할 수 있다는 理由는 當事者가 利害의 直接關係人으로서 자신의 權利를 拋棄할 수 있다는 것과 仲裁의 근본목적에 반하지 않는 범위내에서 어느정도 仲裁의 進行中에도 仲裁節次를 合意로써 變更 要請할 수 있으며 이를 仲裁人이 決定할 수 있다는데서 연유한다. 이 경우 仲裁人의 決定은 多數決이므로 1人의 不參을 否票로 간주하더라도 可決이 될 수 있다.

(2) 雙方 不出席의 問題

訴訟이 아닌 仲裁에서의 雙方 不出席은 어떻게 처리되어야 하는가의 문제가 있다. 仲裁은 訴訟과 달라서 當事者들이 合意로써 원한다면 雙方 不出席下에도 進行이 가능하다. 그러나 이러한 合意가 없는 경우에는 雙方 不出席은 허용될 수 없다고 하겠다. 仲裁法이나 商事仲裁規則은 雙不의 경우에 대한 明示가 없으니 全規定의 趣旨로 보아 雙不은 금지되고 있는 것으로 하여야 옳을 것이다.

왜냐하면 仲裁에서 만약 당사자들이 審問에 참석하여 口頭陳述을 할 수 없는 사정이 있는 경우에는 當事者의 書面合意로써 口頭審問(oral hearing)에 의하지 않고 書面審理에 의한 仲裁에 불일 수 있도록(商事仲裁規則 第44條) 例外措置가 마련되어 있기 때문이다. 이러한 口頭審問의 拋棄도 없이 雙不이 된 경우는 仲裁人은 한번 더 出席 促求를 한 후 그래도 雙方이 不出席하면 仲裁申請의 철회로 보아도 무방할 것이다.

IV. 韓國仲裁制度的 性格

가. 友誼的 仲裁

韓國의 仲裁制度는 法的仲裁가 아닌 友誼的仲裁(amicable composition)에 속한다. 法上 仲裁人에게 委任되는 모든 節次와 權限은 當事者의 合意意思에 基礎를 두고 있기 때문에 仲裁人은 자신의 合理的 判斷에 따라 행동하며 法的 制約을 별로 받지 않고 있다.

특히 證據調查의 경우에는 證人과 鑑定人을 強制召喚할 수 없도록 하고 또한 任意로 出席하도록 하여 仲裁人은 證據判斷에 오로지 자신의 專門知識과 良心에 따라 행동할 수 밖에 없다. 다만, 仲裁人이 仲裁判定에 필요하다고 인정하는 行爲로서 仲裁人이 직접할 수 없는 것은 仲裁人이나 當事者의 申請에 의하여 法院이 民事訴訟法을 準用하여 事務를 行하여 주는 것이 있을 뿐이다(仲裁法 第9條). 또한 任意出席한 證人이나 鑑定人에 대하여도 宣誓을 시킬 수 없도록 함으로써 그들의 陳述에 대한 眞僞를 仲裁人의 專門知識과 良心에 따라 判斷하도록 許容하되(仲裁法 第8條, 規則 第41條 5), 그 判斷의 範圍를 i) 仲裁人의 選定 또는 仲裁節次가 仲裁法이나 仲裁契約에 의하여야 하며, ii) 仲裁人의 選定 또는 仲裁節次에 있어서 當事者가 訴訟無能力者이거나 代理人이 適法하게 選任되지 않은 狀態의 仲裁規制, iii) 仲裁判定이 法律上 禁止된 行爲를 하도록 하는 것을 금지하며, iv) 仲裁節次에서 正當한 事由없이 當事者를 審問하지 않거나 仲裁判定에 理由를 붙이지 않는 것의 금지(다만

當事者간에 따로 합의가 있는 경우 제외), v) 民事訴訟法 第422條 第4號 내지 第9號에 저촉되는 仲裁의 進行禁止등에 한정하고 있다(仲裁法 第13條). 이상의 5個項에 저촉된 仲裁判定이 내려졌을 때는 仲裁判定은 仲裁判定取消의 訴를 통하여 取消된다.

위에서 iii)의 法律上 禁止된 行爲를 하도록 判定하지 못하게 規定한 것은 獨逸의 仲裁法과 英美의 仲裁法規와는 약간 차이가 있다. 독일의 경우에는 仲裁判定이 善良한 風俗 또는 公共秩序에 反하는 때(民訴法 第1041條)로 규정하고 英美는 衡平(equity)에 根據를 두는 公序良俗에 저촉되는 경우를 仲裁判定取消의 대상이 되도록 규정하고 있다.

法律上 禁止된 行爲와 公序良俗의 저촉 문제는 약간의 차이가 있다. 法律上 禁止된 行爲라 하더라도 반드시 公序良俗에 저촉되는 것은 아닌 관계가 있으며 公序良俗에 저촉되는 것이 반드시 法律에 저촉되는 것도 아니다. 그러나 國際商事仲裁에서는 이 두가지의 차이가 중요한 의미를 가진다. 仲裁人은 法律家가 아닌 경우가 허다한데 이들이 外國內에 특별한 法律의 存否를 알기란 극히 힘들므로 이들에게는 차라리 一般的인 公序良俗과 자신의 良心의 범위내에서 자유롭게 判定할 수 있도록 하는 것이 더욱 바람직하다 하겠다. 따라서 우리나라 仲裁法이 獨逸法系를 따른 것이지만 友誼的 仲裁란 면에서는 다소 보수적인 점도 있다.

나. 仲裁와 民訴法上 再審事由

仲裁法 第13條 1項 5號는 民事訴訟法 第422條 第4號 내지 第9號에 해당하는 사유가 있을 때 仲裁判定은 取消의 訴를 통하여 取消되도록 규정하고 있다. 즉 이는 民訴法上 再審事由에 해당되는 것으로 과연 仲裁에서도 이 規定이 엄격히 적용되어야 하는가의 문제가 있다. 民訴法上 同規定에서 특히 문제가 되는 點을 中心으로 비교 검토하고자 한다.

① 同條項 第6號(判決의 證據된 文書 其他 物件이 偽造나 變造된 것인 때) : 이것은 仲裁와 裁判과의 사이에 분명히 한계가 그어지지 않은 채로 그럭저럭 유지되어온 사항으로서, 이제까지는 仲裁人의 性格에 따라 엄격히 또는 가볍게 다루어져 왔다. 다만 國際商事仲裁에서 엄격한 證據主義가 대입된다면 非法律家인 仲裁人의 경우에는 큰 부담이 될 것이며 오히려 仲裁의 신속성을 저해하는 문제의 소지가 있다고 보인다.

② 同條項 第7號(證人, 鑑定人, 通譯人 또는 宣誓한 當事者나 法定代理人의 虛偽陳述이 判決의 證據된 때) : 이 點은 裁判과 仲裁간에 明確한 差異가 있다. 裁判의 경우에는 宣誓를 要하나 仲裁의 경우에는 宣誓를 시킬 수 없도록 하고 다만 仲裁人이 꼭 필요하다고 判斷하는 경우에 法院의 協助를 얻어 法院으로 하여금 民訴法에 따라 宣誓를 시킬 수 있다(外國의 경우에는 다소 다른 나라도 있다). 宣誓가 없는 채로 행한 證言, 鑑定證言, 通譯에 대한 그 신빙성과 유용성에 대하여 仲裁人은 다만 良心과 知識에 따라 判斷할 수 밖에 없으며, 더구나 그 내용에 虛偽가 있는 경우에도 證言者의 負擔이 적은 반면 仲裁人의 判斷에는 큰 負擔을 주는 까닭에 仲裁人이 證言 內容을 그대로 채택하려면 이 條項의 저촉여부에 一方的인 주의

가 요구된다. 따라서 이條項은 宜齧가 없는 仲裁의 경우에 적용하는데 지나친 法的制約要因이라고 할 수 있으며 엄격한 적용은 피하여야 할 것으로 본다.

③ 同條項 第9號(判決에 영향을 미칠 重要한 사항에 관하여 판단을 遺脫한 때): 仲裁가 準司法制度로서의 機能을 유지하기 위하여는 判定에 중요한 영향을 미칠 사항에 대하여 遺脫이 없어야 함은 當然하다. 그러나 仲裁節次의 實際運營은 仲裁人이 하는 것이므로 그러한 仲裁人은 善과 衡平에 따른 綜合的 判斷能力은 인정되나 法官처럼 모든 사항에 대하여 일일이 판단하고 넘어가는 能力은 없는 경우가 있다. 이것은 仲裁과 裁判과의 큰 차이점이 되는 동시에 또한 司法的 側面에서는 紛爭의 公正한 解決을 위해 쉽게 양보할 수 없는 一面이기도 하다.

一般的으로 仲裁는 當事者가 自意로 선정한 仲裁人의 人格을 믿고 裁判權을 포기하면서 그의 判定에 承服하기로 한 것이므로 엄밀한 訴訟節次를 적용하기를 원하고 있다고 할 수 없다. 따라서 判定에 重要한 영향을 미칠 사항에 대한 遺탈이 있다 하더라도 判定內容이 公序良俗과 衡平의 定義內에 속하는 것이라면 그 判定은 보호되어야 할 것이다. 이러한 취지에서 英美系의 仲裁制度를 따르는 仲裁에서는 아예 判斷遺脫의 是非를 배제하고자 仲裁判定에 理由를 붙이지 않도록 하고 있으며 大陸法系의 仲裁에서도 當事者의 合意로써 仲裁判定의 理由를 생략할 수 있도록 허용하고 있다.

특히 韓國 仲裁法에서는 이러한 點을 고려하여 舊仲裁法을 1973年 2月 17日의 現行法으로 改正할 때 「仲裁判定에 대한 理由」를 「仲裁判定에 대한 理由의 要旨」로 表現을 바꾸었다(仲裁法 第11條 ③). 그러므로 이條項에 대한 仲裁에의 적용은 判定의 內容이 公序良俗과 衡平에 저촉되지 아니하는 한 엄격한 대입은 곤란하다고 하겠다. 또한 이러한 취지는 民訴法 第430條(結果가 正當한 경우의 再審棄却)에도 합치하는 것이기도 하다. 그러나 仲裁判定이 正當한가에 대한 法院의 解釋이 완고한 경우에는 仲裁判定의 本案에 관한 실질상의 심사가 되므로 이는 仲裁의 본뜻에 어긋나므로 피하여야 할 것이다.

V. 外國仲裁機關과의 雙務仲裁協定

仲裁의 基本要件이 仲裁契約이라면 各國의 專門仲裁機關間에 맺는 雙務仲裁協定(mutual arbitration agreement)은 그 補助的 要件이라고 할 수 있다. 왜냐하면 商去來 當事者間의 仲裁條項의 內容에 따라 仲裁의 與件이 달라지기 때문에 專門仲裁機關으로서의 雙務仲裁協定을 통한 仲裁條項의 정립을 필요로 하기 때문이다.

仲裁條項이 強制力을 지니기 위한 要件으로는 ① 仲裁를 담당할 仲裁人, ② 仲裁場所, ③ 仲裁節次 및 ④ 準據法이 明示되어 있어야 한다. 그러나 위의 要件 가운데 가장 어려운 것이 仲裁場所에 관한 合意이다. 仲裁場所의 問題는 대체적으로 두가지 方法에 의하여 처리되고 있다.

하나는 소위 「被告地主義」라고 할 수 있는 仲裁事件의 被申請人所在地를 仲裁場所로 하는 方法(또는 이의 補完型)이며 다른 하나는 仲裁場所의 決定은 보유하여 두고 紛爭이 실제로 發生한 경우에 決定할 수 있는 權限을 受任한 指名權者(appointing authority)를 仲裁契約 約속에 明記하여 두는 方法이다. 現在の 雙務仲裁協定은 이 두가지 가운데서 仲裁條項의 文言을 선택하고 있다.

가. 被告地主義의 長短點

被告는 대개의 경우 紛爭을 야기한 장본인이므로 被告가 所在하는 곳에는 紛爭과 직접 관련된 제반 物的 資料가 있게 마련이고 判定的 執行과 관련하여 볼 때 被告地主義에 의한 仲裁判定은 外國仲裁判定이 아닌 內國仲裁判定이므로 被告가 所在하는 곳이 바람직한 仲裁地라 하겠다.

또한 被告地主義를 채택하면 상당한 損害가 確定的으로 발생되기 이전에는 仲裁申請의 남발을 삼가게 하는 억제 효과를 가져 올 수 있다. 왜냐하면 어느 當事者도 相對方의 소속 國에서 자기의 事件이 취급되는 것을 주저하기 때문이다. 被告地主義의 不適當한 경우로는 商去來에서 物品의 占有權 移轉이 있고 난 후에 일어난 品質에 관한 紛爭에서 紛爭의 對象인 物品은 原告地에 所在하므로 仲裁人이 物品의 不良事實을 직접 확인하거나 또는 第3의 檢査人으로서 하여금 檢査하게 하는데에 不便을 겪게 되는 것을 들 수 있다. 특히 紛爭物品이 부패성 物품인 경우에는 더욱 더 그러하다.

나. 指名權者에 委任하는 方法의 長短點

韓·美商事仲裁協定은 仲裁地에 관하여 指名權者를 설정하여 두고 그에게 仲裁場所를 決定하도록 하고 있는데 그 決定過程은 다음과 같다.

i) 仲裁地에 대하여 兩當事者가 書面으로 合意하지 못하는 경우에는 仲裁를 申請하는 당사자는 자기가 거주하는 國의 仲裁協會에 이를 通知한다.

ii) 이러한 통지를 받은 仲裁協會는 兩當事者에 대하여 仲裁場所에 관한 그들의 爭點 및 選好理由를 14日 以內에 제출하도록 통지한다.

iii) 이에 의거 접수한 양당사자의 주장은 3인으로 구성되는 合同仲裁委員會(Joint Arbitration Committee)에 제출되며 이들 3인의 위원이 양당사자의 주장을 검토한 후 양당사자가 주장한 곳 가운데 한 곳을 중재장소로 결정한다. 이 方法의 長點은 紛爭의 解決에 적합한 場所가 정하여질 가능성이 높다는 點이며 短點은 仲裁의 신속성에 역행하여 合同仲裁委員會가 仲裁場所의 決定을 지연할 가능성이 있는 點, 그리고 어느 당사자이든지 먼저 仲裁申請을 하는 측에 유리할 것이라는 생각에서 중재신청을 남발할 우려가 있다는 點이다. 왜냐하면 중재장소에 관한 결정은 仲裁申請人이 소재하는 곳의 合同仲裁委員會가 결정하기 때문에 아무래도 申請人에게는 유리한 입장임은 틀림없다.

VI. 結論과 展望

韓國 仲裁制度的 特性은 當事者自治意思에 의한 仲裁人의 專門知識과 良心에 따른 자유로운 판단에 있으나, 다만 극히 제한적으로 仲裁의 公正性을 확보하기 위한 司法上 干渉이 있다는 것이다.

司法上 仲裁에 대한 規制는 仲裁人의 能力에 대한 監視의 效果를 주는 것이므로 當然히 必要한 것이다. 그러나 仲裁人의 能力이 어느 정도까지 要求되고 있는가 등에 대한 明示가 없는 이상은 政策運營面에서 考慮하여야 할 것이라 믿는다. 國際化 時代에서의 韓國의 仲裁制度는 이미 國內의 性格이 아니며, 國際機構의 一員이란 뜻에서 仲裁人의 資質向上과 주변확대를 위한 政策上의 획기적 지원이 있어야 할 것이다.

특히 國際商事仲裁制度는 UN을 비롯한 國家間 또는 民間간 國際的 協力機構내지 地域的 協力機構에서 仲裁制度의 統一化를 위한 활발한 움직임이 있고 일부는 큰 成果를 거두고 있는데 비하여 아직도 韓國內에서는 이에 적극 참여하지 못하고 있음은 유감스러운 일이다.

따라서 韓國仲裁制度의 國際性은 學界, 法曹界 및 關聯機構에서 仲裁制度의 國際的 統一을 위한 움직임에 적극 참여하는 것이 前提되어야 하며, 그럼으로써 國內的인 試行錯誤가 차츰 부각되어 그 是正의 길을 찾게 될 것임은 물론 명실상부한 國際仲裁制度로서의 機能을 발휘하게 될 것이다.