

대한상사중재원

<변호사 의무전문연수 인정을 위한 제1회 중재실무연수과정> 강의 자료

仲裁判定의 取消事由와 執行要件에 관하여

2008. 11. 3.

법무법인 지평지성

대표변호사 李 鎬 元

仲裁判定의 取消事由와 執行要件에 관하여

법무법인 지평지성 대표변호사 李鎬元

I. 머리말

1966년 제정된 仲裁法이 1999. 12. 31. 전면개정되어 시행되고 있다. 이는 개정이라기보다 제정에 가까울 정도의 개혁적인 개정이라고 할 것이다.

1999년 개정 仲裁法의 특징은 첫째로 UNCITRAL모델仲裁法(이하 모델법이라고만 한다)을 전면적으로 수용한 점에 있다 할 것이다. 이는 仲裁法의 국제화를 위하여 반드시 필요하고도 바람직한 선택으로 평가할 수 있고, 이를 통하여 우리 중재제도를 이용하려는 외국인을 포함한 모든 관계자에게 한국의 仲裁法에 대한 이해와 신뢰를 높이게 될 것으로 기대된다. 그러나 모델법을 그 문언 그대로 받아들인 것은 아니고 우리 법체제에 맞추어 일부 모델법 규정을 수정 또는 보완하는 방식을 택하였다. 그러나 그 변경이나 추가의 정도는 경미하여 사실상 모델법을 채용하였다고 보아도 무방할 것으로 보인다.

개정 仲裁法의 두번째 특징으로는 國內仲裁와 國際仲裁를 통합하여 일원적으로 규율하고 있는 점에 그 특징이 있다. 모델법은 國際仲裁를 대상으로 한 것이어서, 國內仲裁를 어떻게 규율할 것이냐 라는 점은 각국의 입법적 결단에 따르도록 되어 있는데, 우리는 양자에 대하여 동일한 기준과 절차를 적용하기로 한 것이다.

그밖의 특징으로서는 상사와 민사를 구별하지 않았으며, 뉴욕協約을 법조문으로 化體(incarnation)하지 않고 그대로 인용하였다는 점 등이 들어지고 있다.

II. 仲裁判定의 取消

1. 仲裁判定 取消의 趣旨

중재판정은 법정의 형식적 요건을 구비하면 확정판결과 동일한 효력을 발생하는 것으로 되나(중재법 제35조), 중재절차의 기본적 요건을 결여하는 것으로서 중재법 제36조 제2항에 열거된 취소사유가 있는 때에는 당사자는 仲裁判定 取消의 訴를 법원에 제기할 수 있다(중재법 제36조 제1항). 또 중재판정에 기하여 그 내용을 강제적으로 실행하기 위하여 집행판결의 소가 제기되어 있는 경우에도 중재판정에 취소사유가 있는 때에는 법원은 집행판결을 선고할 수 없다(중재법 제38조 제1항).

위와 같이 중재판정의 취소를 인정하는 취지는, 국가의 입장에서 보면 중재판정은 국가의 의사와 아무런 관련 없이 선임된 중재인에 의하여 또한 국가가 제공하지 않은 소송절차에 따라 이루어진 것이기 때문에, 중재판정에 이른 절차가 형평의 원칙상 부당하거나 그 판정이 국가정책상 또는 공익상 허용될 수 없는 등 현저한 하자가 있을 때에는 그 집행에 협조하지 않음은 물론, 나아가 그러한 중재판정이 자국 내에서 내려졌을 때에는 그 책임 하에 그 판정의 효력을 상실시키기 위한 것이다. 한편 당사자의 입장에서 보면, 특히 당사자로부터 소가 제기되어야 비로소 중재판정이 취소될 수 있는 점을 고려하면, 당사자에 대한 구속력의 기초인 중재계약에 기한 중재절차의 기초적 요건을 결여할 경우 당사자의 주도아래 취소를 구할 수 있는 것으로 하었다고 볼 수 있을 것이다. 결국 중재판정의 기초적 요건의 흠결을 이유로 하여 당사자가 구속력의 배제를 구할 수 있음과 동시에, 국가는 중재제도의 보호의 반면으로서 중재에 대한 감독권의 발동으로서 취소를 할 수 있다고 할 수 있을 것이다.

2. 仲裁判定의 取消事由

가. 取消事由의 意義와 根據

(1) 중재판정의 취소사유는 중재판정 또는 그 기초로 된 중재절차에 하자가 있기 때문에 중재판정을 취소하여 그 효력을 소급적으로 잃게 하는 것을 주장할 수 있는 정도의 중대한 하자 사유이다. 중재판정에는 확정판결과 동일한 효력으로서 기판력이 인정되고, 중재판정의 취소사유는 중재판정의

기판력을 배제하는 것이라는 점에서는 확정판결에 대한 재심사유와 다를 바 없으므로, 중재판정에 대한 취소사유는 확정판결에 대한 재심사유에 대응하는 것이라고 말할 수 있다.

구 중재법 상의 중재판정 취소사유는 특히 재심사유와 유사한 점이 있었으나, 신 중재법은 모델법에 따르게 됨에 따라 재심사유와는 그 내용이 상당히 달라지게 되었다. 그러나 구 중재법상의 중재판정 취소사유는 대체로 신법상의 취소사유에도 해당된다고 해석되는바, 이 점은 뒤에 별도로 살피기로 한다.

(2) 구체적인 仲裁判定의 取消事由

우리 중재법은 원고에게 입증책임이 있는 취소사유로서 제36조 제2항 제1호에 4가지의 취소사유를, 법원이 직권으로 조사할 수 있는 취소사유로서 같은 항 제2호에 2가지의 취소사유를 열거하고 있다. 이는 모델법 제34조 2항을 그대로 받아들인 것으로서 모델법은 중재판정 취소사유로서 뉴욕협약 제5조에 규정된 집행거부사유와 본질적으로 동일한 사유를 설정하고, 그 문언도 거의 동일하게 함으로써 해석상의 통일을 기도한 것이라고 한다. 따라서 뉴욕협약상의 집행거부사유에 대한 해석은 우리 중재법상의 중재판정 취소사유의 해석에도 크게 도움된다 할 것이다.

중재판정의 취소원인을 크게 보면 중재계약이 유효하지 않고 중재의 기초를 결여하는 것, 당사자에 대한 절차보장을 결여하는 것, 중재권한 외의 사항에 관하여 판정이 내려진 것, 중재절차가 당사자의 합의 또는 법률의 규정에 반하여 행하여진 것, 중재가능성을 결여하는 것 및 중재판정이 공서양속에 반하는 것이라고 할 수 있을 것이다.

이들 사유는 제한적인 열거이고, 그밖의 사유는 중재판정의 취소사유로서 주장할 수 없다고 볼 것이다.

나. 仲裁合意 當事者の 無能力 또는 仲裁合意의 無效

(1) 중재법 제36조 제2항 제1호 가목은 “仲裁合意의 當事者가 그 準據法에 의하여 仲裁合意 당시 無能力者이었던 사실 또는 仲裁合意가 當事者들이 지정한 法에 의하여 無效이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 大韓民國의 法에 의하여 無效인 사실”을 중재판정의 취소사유로서 규정하고 있다.

(2) 위 조항은 두가지 취소 사유를 규정하고 있는바, 먼저 “仲裁合意의 當事者가 그 準據法에 의하여 仲裁合意 당시 無能力者이었던 사실”로서 이는 무능력자 보호를 위한 규정으로서, 중재합의 당시가 그 기준시가 된다. 중재판정취소소송의 원고는 중재합의의 당사자가 그 준거법에 의하여 중재합의 당시 무능력자이었던 사실을 입증하여야 한다.

우선 중재합의의 당사자가 그들에 대한 준거법 아래에서 행위능력이 없는 경우인바, 이 때의 준거법은 당사자간의 합의유무에 불구하고 취소소송이 제기된 법정지국인 우리나라의 국제사법에 따라 결정된다. 우리 국제사법에 의하면 사람의 능력은 그의 본국법에 따라(제11조, 제13조 1항), 법인 또는 단체는 그 설립의 준거법에 따르도록 하고 있다(제16조). 따라서 법인을 대표하는 권한의 유무에 관하여 원칙적으로 그 법인의 속인법, 즉 설립준거법에 의하여 결정될 것이다. 당사자가 정부 또는 정부관계기관, 공법인 등의 경우도 그 속하는 국가의 법령에 의하여 대표권한의 유무에 관하여 판단한다. 일반적으로는 원고 스스로가 중재합의 당시 행위능력이 없었다고 주장할 것이나, 원고가 중재합의 당시 피고의 무능력을 주장할 수도 있다.

당사자가 제한능력자(미성년자, 피후견인 등)인 경우 취소권 등의 행사가 필요한가 아니면 제한능력자가 중재합의를 체결하였다는 것만으로 당연히 중재판정 취소사유로 되는가가 문제로 되나, 중재합의가 무효인 사실이 중재판정 취소사유이고 예컨대 기망에 의하여 중재합의가 체결되었다고 하여도 중재판정 취소사유로서 중재합의가 무효인 경우에 해당하기 위하여서는 기망에 의한 의사표시로서 취소권등이 행사된 결과 중재합의가 무효로 된 것이 필요하다고 보이는 점과의 균형상 당사자가 제한능력자인 것만으로는 부족하고, 능력의 제한을 이유로 취소권 등이 행사된 경우에만 중재판정 취소사유가 인정될 수 있다고 봄이 타당할 것이다.

(3) 다음으로 “仲裁合意가 當事者들이 지정한 法에 의하여 無效이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 大韓民國의 法에 의하여 無效인 사실”이다. 중재합의가 위와 같은 실질법 아래에서 부존재, 무효이거나 효력을 상실한 경우 또는 이행불능인 경우를 말한다. 즉 중재합의가 외관상 존재하더라도 그것이 당사자의 의사에 기하지 않아 부존재한 것이거나 무효 또는 취소사유가 있는 경우에는 중재판정은 부존재하거나 효력이 없는 중재합의에 기한

것으로서 취소되어야 한다.

중재합의가 무효인 경우로서 문제되는 것은 당사자 사이의 의사의 불일치의 경우 즉 허위표시, 사기 또는 강박에 의한 의사표시등으로서 중재합의가 그 효력이 없게 되는 경우를 들 수 있다. 이 경우 그와 같은 사유로 중재합의가 당연무효로 되는 경우는 그와 같은 사유의 존재만으로 충분하나, 취소권이나 철회권이 인정될 뿐인 경우에는 실제로 취소권이나 철회권이 실제로 행사되어 중재합의의 효력이 소멸하였어야 할 것이다. 실제로는 대부분의 중재합의는 서면으로 이루어지므로 의사의 불일치가 문제되는 경우는 드물 것으로 예상된다. 또한 대부분의 입법례에서 중재조항의 독립성을 인정하고 있고 이 경우 중재조항을 포함하고 있는 주된 계약이 무효일지라도 그 중재조항의 효력에 아무런 영향을 미치지 아니한다고 해석되므로 중재합의상 의사의 불일치가 문제되는 경우는 더욱 적어질 것이다.

중재합의는 중재신청이 행하여진 때로부터 중재판정이 내려진 때까지 유효하여야 한다. 중재신청 전에 효력을 잃거나 또는 중재신청 후 중재판정이 행하여질 때까지 효력을 잃은 때는 중재판정은 그 근거를 잃는 것으로 되기 때문이다.

다. 敗訴한 當事者の 防禦權의 侵害

중재법 제36조 제2항 제1호 나목은 “仲裁判定의 取消를 구하는 當事者가 仲裁人の 선정 또는 仲裁節次에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 기타의 사유로 인하여 本案에 관한 辯論을 할 수 없었던 사실”을 중재판정의 취소사유로서 규정하고 있다.

중재판정취소소송의 원고는, 그가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 기타의 사유로 인하여 변론을 할 수 없었던 사실을 입증하여야 한다.

중재절차는 소송절차와 마찬가지로 사법적 절차이므로, 중재인의 선정과정 및 중재절차에서 모든 분쟁당사자에게 충분한 참여와 변론의 기회가 보장되어야 한다. 그리고 이를 위하여 분쟁당사자는 절차에 관한 적절한 통지를 받아야 하고, 심리기일에서 균등하고도 공정한 기회를 부여받아야 한다. 이러한 적정절차(due process)의 보장은 모든 입법례에 있어서 요구되는 최소한

의 절차적 기준이다.

다만 위 조항은 “기타의 사유로 인하여 本案에 관한 辯論을 할 수 없었던 사실”이라고 규정하고 있으나 취소를 구하는 당사자가 본안에 관한 변론을 할 수 없었던 경우뿐만 아니라 예컨대 중재인의 권한을 다투는 경우와 같이 본안 이외의 사항에 대한 항변을 하지 못한 경우도 위 경우에 해당한다고 볼 것이므로, 이 부분은 “기타 사유로 인하여 공격 또는 방어하는 것이 불가능하였다는 사실”로 해석함이 타당할 것이다.

구체적으로 보면 중재인의 선임 및 중재절차의 개시는 당사자에게 있어서 중요한 의미를 가지는 것이므로, 이에 관하여 적당한 통지가 행하여지지 않았다고 하면 당사자의 공평을 현저하게 침해하는 것으로 볼 것이다. 법문상 “중재절차에 관하여”라고 되어 있으나, 중재절차의 전부에 관하여 통지를 요한다고 해석되지는 않는다. 중재절차의 개시의 통지만으로 족한 경우도 있을 것이고, 그 후의 주요한 절차에 관하여 통지할 것을 요할 경우도 있을 것이다. 적당한 통지라고 함은 당사자로 하여금 방어를 위한 방법을 강구하는 것을 가능하도록 하는 내용의 통지가 준비가능한 기간을 두고 행하여진 것을 의미하고, 반드시 우리 법에 따르고 있어야 하는 것이 아닌 것은 물론 반드시 중재지법에서 정하는 바에 따르고 있을 필요도 없을 것이다. 통지의 발송인이 당사자인가 중재판정부인가는 묻지 않는다. 또한 중재절차에서 적법하게 대리되어 있었는지 여부는 중재절차의 준거법에 의하여 판단할 것이다.

그러나 당사자가 심리기일에 관한 적법한 통지를 받고도 정당한 이유 없이 심리기일에 불참한 경우에는 당사자에 대한 심문 없이 중재판정을 하였더라도 취소사유로 삼을 수 없고, 한편 패소당사자가 설사 ‘적절한 통지를 받지 못하였다’고 하더라도 실제로 중재인선정이나 중재절차를 알았고 이에 대비할 충분한 시간적 여유가 있었음에도 고의로 변론하지 않았다면 이는 취소사유에 해당하지 않는다. 우리 대법원도 ‘적절한 통지를 받지 못하였을 때’란 위와 같은 사유로 당사자의 방어권이 침해된 모든 경우를 말하는 것이 아니라 그 방어권침해의 정도가 현저하여 용인될 수 없는 경우에 한정된다고 한다.¹⁾

또한 이러한 적정절차위반은 절차적 정의에 반한 것으로서, 공공의 질서위

1) 大判 1990. 4. 10. 89다카20252.

반에도 해당되는바, 이는 중재법 제36조 제2항 제2호 나목의 중재판정 취소 사유에도 해당된다.

라. 仲裁合意의 範圍 逸脫

중재법 제36조 제2항 제1호 다목은 “仲裁判定이 仲裁合意의 대상이 아닌 紛爭을 다룬 사실 또는 仲裁判定이 仲裁合意의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실”을 중재판정의 취소사유로서 규정하면서 “다만, 仲裁判定이 仲裁合意의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로 分離될 수 있는 경우에는 대상이 아닌 仲裁判定部分만을 取消할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

중재판정취소소송의 원고는, 중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실을 입증하여야 한다. 즉 중재합의의 효력범위를 넘어 중재판정이 내려졌다면 그 중재판정은 권한없는 자에 의하여 이루어진 것으로 취소되어야 한다. 중재합의의 대상으로 되어 있는 사항 또는 분쟁인지 여부는 중재합의의 해석문제이다. 당사자의 합의에 기초를 두지 아니하는 중재판정은 중재인에게 권한이 없음에도 불구하고 내려진 중재판정이므로 이를 취소할 수 있을 것이다.

이에 관하여 주의할 점은 중재판정부는 자신의 권한에 대하여 결정할 권한을 가지고 있으나(중재법 제17조 제1항), 중재는 법원의 관할을 배척하는 것이므로 중재인의 권한유무는 최종적으로는 법원이 판단한다는 점이다. 예컨대 중재사건과 동일한 사건에 관하여 법원에 소가 제기된 경우, 법원은 독자적 입장에서 중재인의 권한유무를 판단하여 중재인의 권한이 있다고 인정되면 그 소를 각하할 것이고, 중재인의 권한이 없다고 인정되면 중재절차의 진행과는 관계없이 그 사건을 심리하게 될 것이다. 마찬가지로 중재인이 이미 판정을 내린 사항이 중재조항의 범위 내에 속한다고 결정하였을 경우에도, 법원은 독자의 입장에서 중재인의 권한범위를 심사하여 중재인이 권한범위를 넘었다고 인정되면 그 중재판정을 취소할 수 있을 것이다.

중재판정이 중재합의의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로 분리될 수 있는 경우에는 대상이 아닌 중재판정부분만을 취소할 수 있다. 이는 중재합의의 대상이 아닌 부분에 대한 중재판정부분을 이유로 하여 중재판정 전부를 취소하는 것을 방지하기 위한 규정이다. 부분취소의 허용여부는 법원의

재량에 속하는 사항이다.

마. 仲裁判定部 構成 또는 仲裁節次의 違反

(1) 중재법 제36조 제2항 제1호 라목은 “仲裁判定部の 구성 또는 仲裁節次가 이 法の 強行規定에 반하지 아니하는 當事者間의 合意에 따르지 아니하거나 그러한 合意가 없는 경우에는 이 法에 따르지 아니하였다는 사실”을 중재판정의 취소사유로서 규정하고 있다.

중재판정취소소송의 원고는, 중재판정부의 구성이나 중재절차가 이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 당사자간의 합의에 따르지 아니하거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니하였다는 사실을 입증하여야 한다.

중재절차라 함은 중재인 중재기관의 선정까지도 포함하여 중재의 신청으로부터 중재판정까지의 절차를 말한다. 그밖에 중재신청의 방법, 주장의 정리, 증거조사 등이 포함되는 것은 말할 것도 없다. 당사자에 의한 중재인 또는 중재기관의 선정 및 당사자의 합의에 의한 절차는 중재의 본질적 요소이므로, 이에 관하여 당사자의 합의가 있는 때에는 먼저 그에 따라야 한다. 당사자의 합의에는 개개의 사항에 관한 합의뿐 아니라 중재규칙 또는 특정국의 법률규정을 일괄하여 지정하는 것도 포함된다. 실제로는 일정한 중재기관의 중재규칙 또는 널리 이용되는 중재규칙 (예를 들면 국제상거래법위원회가 작성한 중재규칙 등)을 지정하는 예가 많다. 이와 같은 경우에는 당사자가 지정한 중재규칙, 법률규정이 당사자의 합의를 구성하는 것으로 된다. 또 특정 중재기관의 중재에 의할 것을 당사자가 합의하고 있는 경우에는 특히 그 기관의 중재규칙에 의할 것을 명시하고 있지 않아도 통상은 그 중재기관의 중재규칙 및 절차 관행에 따를 것을 합의하였다고 해석할 것이다.

당사자자치의 원칙에 입각한 중재제도에 비추어 볼 때, 중재인의 선정 또는 중재절차가 이 법의 강행규정에 반하지 않는 당사자간의 유효한 합의에 위반한 경우 그에 기한 중재판정이 유지될 수 없음은 당연하다.

(2) 중재판정취소소송의 관할법원이 우리 법원이어서 취소소송이 우리나라에서 이루어지고 있다면, 중재판정부의 구성이나 중재절차에 관하여 당사자간에 합의가 없을 때에는 우리 중재법이 보충적인 절차법이 되므로, 중재절차가 우리 중재법에 위반한 것이 취소사유가 된다.

(3) 위반이 중재판정에 영향을 미쳐야 하는지 여부

중재판정부의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의 또는 중재법에 위반함으로써 중재판정취소사유가 되는 것인지, 아니면 그것이 중재판정결과에 영향을 미쳐야 하는 것인지가 문제된다. 독일은 '중재판정에 영향을 미쳤던 사실'을(독일 민사소송법 제1059조 제2항 제1호 d호), 영국은 '실질적 부정의를 초래한 사실'을(영국 1996년 중재법 제68조 제2항) 부가하고 있다. 우리 신 중재법은 이에 관한 명시적 규정을 두지 않았지만, 중재판정부구성이나 중재절차의 위반이 중재판정에 영향을 미치지 않았다면 취소사유에 포함시키지 않아야 할 것이다. 그러나 이는 엄격하게 적용되어야 할 것인바, 절차상 하자가 없었다라도 동일한 중재판정에 이르렀을 것임이 객관적으로 명백하여 의문의 여지가 없을 때 한하여 취소사유가 없다고 볼 것이다. 또한 법원으로서 중재판정의 본안을 심사할 수 없으므로 절차상 하자가 없었다면 중재인이 어떠한 판정을 내렸을 것인가를 판단하기 위한 심사범위에는 이에 따른 한계가 있다고 볼 것이다.

마. 仲裁可能性 缺如

중재법 제36조 제2항 제2호 가목은 “仲裁判定의 대상이 된 紛爭이 大韓民國의 法에 따라 仲裁로 해결될 수 없는 때”를 중재판정의 취소사유로서 규정하고 있다. 중재판정취소소송의 수소법원이 위 사유를 발견하였을 때에는 직권으로 중재판정을 취소하여야 한다.

구 중재법 제2조 제1항 본문은, 중재합의의 대상으로 사법상의 법률관계를 상정하면서도, 같은 항 단서에서, ‘다만 當事者가 處分할 수 없는 法律關係에 관하여는 그러하지 아니하다’라고 규정함으로써 그 범위를 한정하였고, 이때의 ‘처분할 수 있는 사법상 법률관계’는 재산권에 관한 법률관계로서 당사자간에 화해로써 종결될 수 있는 것을 의미하는 것으로 해석되고 있었다. 그런데 신 중재법 제1조는, “이 法은 仲裁에 의하여 私法上의 紛爭을 적정·公平·신속하게 解決함을 目的으로 한다.”라고 규정하여 중재합의의 대상을 ‘사법상의 분쟁’으로 한정하고, 제3조 제2호는 모델법 제7조 제1항과 같이, “‘仲裁合意’라 함은 契約上의 紛爭인지의 여부에 관계없이 일정한 法律關係에 관하여(a defined legal relationship, whether contractual or not) 當事者

間에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 紛爭의 전부 또는 일부를 仲裁에 의하여 解決하도록 하는 當事者間의 合意를 말한다.”라고 정의함으로써 오히려 중재합의의 대상이 되는 법률관계가 무엇인지를 해석에 맡겨 놓았다. 우선 중재합의의 대상은 사법상의 분쟁이므로 민사에 관한 것이든 상사에 의한 것이든 묻지 않으나, 공법상의 법률관계, 예컨대 형사소송법이나 행정소송법상의 권리, 재산에 관련되지 않은 친족법상의 법률관계, 기타 강제집행법상의 권리 등은 중재합의의 대상이 될 수 없으므로 중재가능성이 없다. 또한 “계약상의 분쟁인지의 여부와 관계없이” 라고 규정하고 있음에 비추어 일정한 법률관계에 관한 분쟁인 한 불법행위로 인한 손해배상청구도 중재합의의 대상이 될 수 있다고 볼 것이다.

사. 公共의 秩序 違反

중재법 제36조 제2항 제2호 나목은 “仲裁判定의 승인 또는 執行이 大韓民國의 선량한 風俗 기타 社會秩序에 違背되는 때”를 중재판정의 취소사유로서 규정하고 있다. 중재판정취소소송의 수소법원이 위 사유를 발견한 경우에는 직권으로 중재판정을 취소하여야 한다. 위 조항의 “善良한 風俗 기타 社會秩序” 또는 “公序良俗”은 모델법이나 뉴욕협약상의 “公共의 秩序”(public policy)에 해당하는 용어이므로 이하 본서에서는 공공의 질서라는 용어를 사용한다.

공공의 질서에 위배되는 경우로는 ① 중재판정이 직접 법률에 의하여 금지되어 있는 행위를 명하는 경우, 예를 들면 금제품의 인도를 명하는 중재판정의 경우, ② 행위 그 자체는 법률상 금지되어 있지 않으나 그 근거가 법률상 금지되어 있는 경우, 예를 들면 도박계약상의 도금의 지급을 명한 경우, 수출입관련 법령 등 경제거래를 규제하는 법률에 의하여 금지된 행위의 대가로서 금전의 지급을 명하는 경우, ③ 행위 자체는 적법하나 이를 명하는 것이 공공의 질서에 반하는 경우, 예를 들면 주주총회에서 특정 내용의 투표를 행하는 것을 명하는 경우, ④ 공공의 질서의 위배가 판단 내용이 아니라 그 기초로 된 절차에 존재하는 경우 등을 들 수 있다. 예컨대 증인의 위증, 중재인의 뇌물수수등이 문제될 수 있을 것이다. 이를 판단함에 있어서는 공공의 질서에 관련된 법규의 적용 여부보다는 중재판정이 명하는 결과가 공공

의 질서에 위배되는지 여부에 중점을 두어야 할 것이다.

공공의 질서에 위배되는지 여부의 판단은 중재판정 취소소송의 구두변론 종결시를 기준으로 하므로 중재판정 후의 새로운 사실을 고려하는 것이 허용된다. 법원은 이를 판단함에 있어서 중재인의 의견에 구속되지 아니하고 사후적 심사로서의 법원의 역할에 비추어 독자적으로 판단하여야 하며, 변론주의에 의하지 아니하고 직권에 의하여 근거로 된 사실을 인정할 수 있다.

대법원은 “중재판정에서는 경우에 따라 실정법을 떠나 공평의 원칙을 근거로 하여 판단하는 것도 허용될 수 있는 것이므로 중재판정에서 금전채무의 이행을 명하는 경우 그 중재판정 당시 시행되던 구 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항에 규정된 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 명하였다고 하여 이를 가리켜 강행법규에 위반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다고 볼 수도 없으며, 비록 그 중재판정이 있는 후 헌법재판소에서 위 조항에 관하여 위헌결정을 선고하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이와 달리 볼 것도 아니다”라고 한다.²⁾

대법원은 또한 “중재인 등의 사무국에 대한 서면 고지가 없는 상태에서 그 직원들이 그 밖의 다른 경위로 알게 된 중재인 등의 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 사유를 당사자들에게 통지하였다고 하더라도 그와 같이 통지받은 사유에 관하여 소정의 기간 내에 기피신청을 한 바 없다면, 그 중재인 등의 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 사유가 예컨대 민사소송법 제41조(제척의 이유)에 정해진 법관의 제척사유와 같이 볼 수 있을 정도의 중대한 사유에 해당된다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 중재판정이 내려진 이후에 뒤늦게 그 중재인 등에게 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 사유가 있었다거나 중재법 제13조 제1항에 의한 중재인 등의 고지의무와 관련하여 중재규칙 제25조에 정해진 절차를 위반한 위법이 있다는 사유를 들어 중재법에서 정한 중재판정 취소사유인 ‘중재판정부의 구성이나 중재절차가 중재법에 따르지 않은 경우’ 또는 ‘중재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 때’에 해당된다고 주장할 수는 없다”고 한다.³⁾

Ⅲ. 仲裁判定의 執行

2) 大判 2005. 5. 13. 2004다67264,67271.

3) 大判 2005. 4. 29. 2004다47901.

I. 서설

중재법 제38조는 대한민국 내에서 내려진 중재판정을 국내중재판정으로 정의하고, 그 승인 또는 집행의 요건으로서 중재판정 취소사유가 없을 것을 규정하고 있다. 그리고 외국중재판정에 관하여는 제39조에서 뉴욕협약의 적용을 받는 외국중재판정의 집행에 관하여는 뉴욕협약에 따르도록 하는 한편, 뉴욕협약의 적용을 받지 못하는 중재판정은 외국판결과 동등하게 취급하여 그 집행에 외국판결의 집행에 관한 민사소송법 규정들을 준용하도록 하였다. 구 중재법은 국내중재판정을 전제로 규정하고 있어서 국내중재판정과 외국중재판정의 구분에 관하여 논란이 있었으나, 신 중재법은 영토주의원칙에 입각하여 대한민국 영토 내에서 내려진 중재판정을 국내중재판정으로, 외국에서 내려진 중재판정을 외국중재판정으로 구분하고 그 승인 내지 집행에 관한 취급을 달리하고 있다.

우리 신 중재법은 뉴욕협약의 내용을 조문화하지 않고 이를 그대로 인용하였는바, 그 이유는 뉴욕협약과 같이 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가지고, (헌법 제6조 제1항) 뉴욕협약은 이미 국문화되어 있어 새롭게 조문화할 경우에 해석상 혼동을 일으킬 우려가 있기 때문이다.

국내중재판정 집행 경우에 문제되는 중재판정 취소사유는 앞에서 이미 앞에선 살핀 바와 같으므로, 이하에서는 외국중재판정의 집행, 그 중에서도 뉴욕협약의 적용을 받는 외국중재판정의 집행에 관하여서만 살피기로 한다.

2. 뉴욕협약

외국중재판정의 승인과 집행에 관한 다국간 국제조약으로서 가장 중요한 것이 이른바 뉴욕협약으로 불리는 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 국제연합협약(the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)이며, 우리 법은 뉴욕협약을 그대로 인용하여 우리 법의 실질적 내용의 일부로 삼고 있다.

뉴욕협약의 가장 큰 특징은 외국중재판정의 승인 및 집행의 실질적 요건들을 모두 승인과 집행의 거부사유로 규정함에 의하여 승인 또는 집행을 구하는 당사자가 주장 및 입증책임을 지는 적극적 요건을 그 상대방이 주장

및 입증책임을 지는 소극적 요건으로 전환시켰다는 점에 있다. 그 결과 외국 중재판정의 승인 또는 집행을 구하는 당사자는 뉴욕협약 제4조에 따라 중재판정과 중재합의서면만을 제출함으로써 그 외국중재판정이 승인 및 집행의 적격을 지닌다는 一應의 證據(prima facie evidence)를 제시한 것으로 되었다. 뉴욕협약상 승인 및 집행의 거부사유는 모두 제5조에 규정되어 있는데 이들은 첫째 동조 제1항에 열거된 승인 및 집행의 상대방이 입증책임을 지는 승인 및 집행거부사유와 둘째 동조 제2항에 열거된 공공의 질서에 관한 사항으로서 법원이 직권으로 인정할 수 있는 승인 및 집행거부사유의 두가지로 나누어진다.

뉴욕협약의 다른 특징은 제5조에 열거된 승인 및 집행거부사유는 예시적인 것이 아니라 제한적인 것이라는 점이다. 즉, 제5조에 열거된 사유에 의하여서만 집행의 거부가 가능하고, 그밖의 다른 사유는 집행을 거부할 사유가 되지 못한다는 것이다. 따라서 외국중재판정의 집행상대방은 중재의 준거법상 중재판정의 효력을 다룰 수 있는 사유라 할지라도 제5조에 열거한 사유에 해당하지 않는 한 그와 같은 사유를 들어 집행을 거부할 수 없다 할 것이다.

또한 외국중재판정의 승인 및 집행을 요구받은 법원은 중재판정의 내용, 즉 본안을 심사할 수 없다는 것은 일반적으로 인정된 해석이다. 이는 뉴욕협약 제5조는 외국중재판정의 승인 및 집행거부사유를 제한적으로 열거하고 있으나 중재인의 사실인정 또는 법률적용의 잘못을 들고 있지 아니함에 비추어 보아도 명백하다.

그러나 뉴욕협약상 법원은 위 협약 제5조 제1항에 규정된 외국중재판정의 승인 및 집행거부사유 유무를 판단하기 위하여 필요한 경우에 중재판정의 본안을 검토하는 것까지 금지하는 것은 아니라 할 것이다. 예컨대 법원이 뉴욕협약 제5조 제1항 (c)가 규정하는 바와 같이 중재판정이 중재조항에 규정되어 있지 아니한 분쟁이나 중재부탁의 범위를 벗어나는 사항에 관한 결정을 포함하는지 여부를 심리하기 위하여, 또는 제5조 제2항 (b)가 규정하는 바와 같이 판정의 승인이나 집행이 공공의 질서에 반하는지 여부를 판단하기 위하여 필요한 범위내에서는 중재판정의 본안을 검토할 수 있다 할 것이다. 그러나 어느 경우에도 이를 넘어 중재인의 사실인정과 법률적용상의 하자유무를 문제삼을 수 없음은 물론이다.

뉴욕협약 제5조는 외국중재판정의 승인, 집행을 거부할 수 있는 사유를 정한다. 이 협약은 체약국은 일정한 사유가 있는 때에 그 승인·집행을 거부할 수 있는 것으로 하였다. 제1항에서는 승인·집행을 구하는 당사자가 주장 입증할 사유를 정하고 제2항은 승인·집행을 구하여진 기관이 직권으로 판단할 사유를 다음과 같이 정하고 있다.

- ① 판정의 승인과 집행은 판정이 불리하게 운용되는 당사자의 청구에 의하여, 그 당사자가 판정의 승인 및 집행의 요구를 받은 국가의 권한 있는 기관에게 다음의 증거를 제출하는 경우에 한하여 거부될 수 있다.
- (a) 제2조에 규정된 합의의 당사자가 그들에게 적용될 법률에 의하여 무능력자이었던가 또는 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의하여 전기 합의가 무효인 경우, 또는
 - (b) 판정이 불리하게 원용되는 당사자가 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절한 통고를 받지 아니하였거나 또는 기타 이유에 의하여 방어할 수 없었을 경우,⁴⁾ 또는
 - (c) 판정의 중재부탁조항에 규정되어 있지 아니하거나 또는 그 조항의 범위에 속하지 아니하는 분쟁에 관한 것이거나 또는 그 판정이 중재부탁의 범위를 벗어나는 사항에 관한 결정을 포함하는 경우, 다만, 중재에 부탁한 사항에 관한 결정이 부탁하지 아니한 사항과 분리될 수 있는 경우에는 중재부탁사항에 관한 결정을 포함하는 판정의 부분은 승인되고 집행될 수 있다.
 - (d) 중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의와 합치하지 아니하거나, 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재를 행하는 국가법령에 합치하지 아니하는 경우, 또는
 - (e) 판정이 당사자에 대한 구속력을 아직 발생하지 아니하였거나, 또는 판정이 내려진 국가 또는 판정의 기초된 법이 속하는 국가의 권한 있는 기관에 의하여 취소 또는 정지된 경우.⁵⁾

4) 이 부분은 외무부 번역문에는 "응할 수 없었을 경우"라고 표현되어 있으나 영문정본상 "unable to present his case"라고 되어 있음에 비추어 본문과 같이 번역함이 타당할 것이다.

- ② 중재판정의 승인 및 집행이 요구된 국가의 권한 있는 기관이 다음의 사항을 인정하는 경우에도 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있다.
- (a) 분쟁의 대상인 사항이 그 국가의 법률하에서는 중재에 의한 해결을 할 수 없는 것일 경우, 또는
 - (b) 판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우.

이하에서는 뉴욕협약 제5조에 규정된 집행거부사유를 그 사유별로 살펴보기로 한다.

3. 仲裁合意 當事者の 無能力 또는 仲裁合意의 無效

가. 서

뉴욕협약 제5조 제1항 (a)는 중재합의의 당사자가 무능력자인 경우와 중재합의가 그 준거법에 의하여 무효인 경우 그에 기하여 성립된 중재판정의 집행을 거부할 수 있는 것으로 하고 있다.

나. 當事者の 無能力

중재합의의 당사자가 무능력인 경우 중재판정의 집행은 거부될 수 있다. 그러나 뉴욕협약은 당사자의 무능력 여부를 결정함에 있어 어떤 법률을 적용할 것인가에 대하여는 아무런 규정도 두고 있지 아니하므로 결국 집행을 요구받은 국가의 국제사법에 의하여 결정되어야 할 것이다. 우리 국제사법은 사람의 권리능력 및 행위능력은 그 본국법에 의하여 이를 정하도록 규정하고 있고,(제11조, 제13조 제1항) 법인 또는 단체는 그 설립의 준거법에 의하도록 규정하고 있는바,(제16조) 이는 뉴욕협약상 중재합의의 당사자가 무능력자 인지의 여부를 결정함에 있어서도 그대로 적용될 것이다. 또한 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)후단은 중재합의에 관한 준거법의 결정에 관하여 규정함으로써 그 준거법과 당사자의 무능력 여부를 결정함에 있어서 준거법은 별개의 국제사법상 원칙에 의하여 다루어짐을 나타내고 있다.

5) 이 부분은 외부부 번역문에는 "판정이 내려진 국가의 권한있는 기관이나 또는 그 국가의 법령에 의거하여 취소 또는 정지된 경우"라고 표현되어 있으나, 영문정본상 "The award...has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made"라고 되어 있음에 비추어 본문과 같이 번역함이 정확할 것이다.

다. 仲裁合意가 無效인 경우

뉴욕협약 제5조 제1항 (a)는 중재합의에 관하여 당사자 의사자치의 원칙을 인정하여 당사자는 중재합의의 준거법을 지정할 수 있고, 당사자의 지정이 없을 때는 중재판정이 내려진 국가의 법률이 적용된다고 규정하고 있다. 이러한 중재합의의 준거법 결정의 원칙은 외국중재판정의 집행을 요구받은 국가의 국제사법상의 규정보다 우선적으로 적용되어야 할 것이다. 실제로는 당사자가 중재합의의 준거법으로 중재판정이 내려진 국가의 법을 선택하는 경우가 많을 것으로 예상되는바, 이는 중재합의의 준거법으로 중재판정이 내려진 국가 이외의 국가의 법을 선택할 경우 법률관계가 복잡해지고 불명확하여질 우려가 있기 때문이다.

당사자에게 준거법 지정의 자유를 준다 할지라도 중재합의와 아무런 관계도 없는 국가의 법률을 준거법으로 지정할 수 있는가 라는 점이 문제되는데, 당사자에게 중재합의의 준거법의 선택에 관하여 아무런 제한을 가하지 않으므로써 당사자에 의한 중재합의의 합목적적 규율이라는 목적을 달성할 수 있을 것이다. 그러나 위와 같이 당사자 의사자치의 원칙을 인정한다 할지라도 이는 국제거래의 영역, 즉 수개국과 어떠한 사실상의 관계가 있는 법률관계에 한하여 적용될 것이고, 당사자가 모두 내국인이고 중재의 대상인 사항도 국내에서 이행되어야 할 계약상의 것이라면 중재합의의 준거법을 외국법으로 하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이다.

당사자의 중재합의의 준거법의 지정은 명시적으로뿐만 아니라 묵시적으로도 행하여질 수 있다. 예컨대 당사자가 중재절차 및 중재판정이 행하여질 곳을 정한 경우에는 그 국가의 법을 중재합의의 준거법으로 삼는다는 묵시적 합의가 있다고 봄이 상당할 것이다. 주의할 점은 중재의 대상인 실체적 법률관계에 적용되는 법은 원칙적으로 중재합의의 준거법과는 별개로서 중재합의 또는 중재절차의 준거법의 결정에 영향을 미치는 것이 아니라 할 것이다.

중재합의의 준거법에 관한 당사자의 지정이 없을 경우에는 중재판정을 내린 국가의 법령이 적용된다. 중재판정이 내려진 국가를 정함에 있어 가장 중요한 기준은 중재인이 중재판정서에 중재판정이 내려진 곳으로 기재한 곳으로서, 실제로 중재인은 중재판정서에 이를 기재함이 통례이므로 쉽게 판별될

것이다. 예컨대 중재절차가 수개국에서 진행되었거나, 당사자와 각기 다른 나라에 거주하는 중재인들 사이에서 서류의 교환에 의하여 중재절차가 진행되어 중재판정이 내려진 경우, 중재판정이 내려진 곳은 중재판정서상 중재판정이 성립되었다고 기재된 곳이라고 보아야 할 것이다.

중재합의가 무효인 경우로서 문제되는 것은 당사자 사이의 의사의 불일치의 경우 즉 허위표시, 사기 또는 강박에 의한 의사표시등으로서 중재합의가 그 효력이 없게 되는 경우를 들 수 있다. 중재합의가 무효(not valid)라는 것이 좁은 의미의 원시적 무효만을 의미하는 것이 아니라 의사표시의 하자로 인하여 중재합의가 취소되거나 철회된 경우도 포함한다고 볼 것이다. 우리나라 대법원도 같은 입장에서 “중재합의의 취소란 중재합의에 취소사유가 존재함을 전제로 하여 그 의사표시의 효력을 소급적으로 소멸시키는 당사자의 일방적 의사표시를 의미하므로 소론의 ‘취소’라는 용어는 그러한 사유 없이 장래에 향하여 그 의사표시의 효력을 상실시키는 당사자의 일방적 의사표시 즉 중재합의의 철회를 의미한다고 하겠는바, 중재합의의 철회가 가능한지 여부는 결국 중재합의의 효력에 관한 문제로서 이 점에 관하여 뉴욕협약 제5조 제1항 (a) 후단은 1차적으로 당사자들이 준거법으로 지정한 법령에 의하고, 그 지정이 없는 경우에는 중재판정을 내린 국가의 법령에 의하여 판단하도록 규정하고 있다.”라고 한다.⁶⁾

실제로는 뉴욕협약상 중재합의는 서면에 의한 형식을 갖추어야 할 것이 요구되고, 또한 대부분의 입법례에서 중재조항의 독립성을 인정하고 있으므로 중재합의상 의사의 불일치가 문제되는 경우는 더욱 적어질 것이다.

그리고 중재합의의 요건의 하나인 분쟁의 대상인 사항이 중재에 의하여 해결할 수 있어야 한다는 점은 뉴욕협약 제5조 제1항 (a)에 별도로 규정된 외국중재판정의 집행거부사유로 다루어짐을 유의하여야 할 것이다.

라. 뉴욕協約 제2조의 關係

뉴욕협약 제5조 제1항 (a)는 중재합의를 "제2조에 규정된 합의"라고 표현하고 있는바, 뉴욕협약의 조문체계에 비추어 제5조 제1항 (a)에서의 중재합의도 앞서 뉴욕협약 제2조에 대한 해설에서 살핀 바와 같은 요건을 구비하

6) 大判 1990. 4. 10. 89다카20252.

고 있어야 할 것으로 해석함이 타당하므로 이와 같은 요건을 갖추지 못한 중재합의에 기하여 성립된 중재판정에 대하여는 뉴욕협약을 원용할 수 없다고 할 것이다. 만일 위와 같이 해석하지 않는다면 뉴욕협약상 승인할 수 없는 중재합의에 기하여 성립된 중재판정이라 할지라도 그 집행을 거부할 수 없다는 기이한 결과로 될 것이다.

4. 敗訴한 當事者の 防禦權의 侵害

가. 서

뉴욕협약 제5조 제1항 (b)는 당사자에게 공정한 심리의 기회를 주어야 한다는 기본적 절차적 정의에 위배된 경우를 집행거부사유로 하고 있다. 이 협약은 당사자에 대한 중재절차상의 통지 이외에 방어권 침해의 구체적 경우를 상정하지 아니하고 포괄적으로 당사자가 “기타 이유로 방어할 수 없었을 경우”라고만 규정하여 백지조항의 성질을 가지므로 당사자의 방어권이 침해된 모든 경우를 포함하는 듯이 보이나, 뉴욕협약상 집행거부사유를 좁게 해석하여야 한다는 일반원칙에 비추어 그 방어 침해의 정도가 심각하여 용인할 수 없는 경우에만 인정하여야 할 것인바, 어떠한 경우가 이에 해당할 것인가는 결국 개개의 구체적 사체에 따라 결정할 수밖에 없다 할 것이다.

나. 防禦權 侵害의 경우

어떠한 경우 패소 당사자의 방어권이 침해되는가의 여부를 판단하기에 앞서 먼저 선결문제로서 어느 국가의 법을 기준삼아 이를 판단할 것인가 라는 점을 해결할 필요가 있다. 중재당사자의 방어권의 보장은 각국에 있어서 司法的 분쟁해결이라는 절차적 정의실현과 직결된 문제로서 공공의 질서의 일부를 이루는 것이므로, 이는 중재판정의 집행을 요구받은 국가의 기준에 의하여 판단하여야 할 것이다. 그러나 이 경우에도 國際的 私法秩序의 존중이라는 측면이 특히 고려되어야 함은 물론이다. 따라서 우리 중재법상 당사자의 방어권과 관련된 조항의 위반이 곧바로 뉴욕협약상의 집행거부사유가 되는 것이 아니라, 우리 법체제 전체의 절차적 정의의 관점에서 판단하여 당사자에게 적절한 심리의 기회가 주어졌는지 여부, 즉 당사자가 자신의 주장을 펴고 입증하고 상대방의 주장 및 입증에 대하여 답변하고 의견을 표

시할 수 있었는지 여부를 실질적으로 판단하여 방어권의 침해가 심하여 공정한 심리라고 보기 어려운 경우에 한하여 집행거부사유가 있다고 인정하여야 할 것이다. 우리 대법원 역시 뉴욕협약 제5조 제1항 (b)호의 취지는 이와 같은 사유로 당사자의 방어권이 침해된 모든 경우를 말하는 것이 아니라 그 방어권침해의 정도가 현저하여 용인할 수 없는 경우만으로 한정되는 것이라고 해석되고, 또 중재당사자의 방어권 보장은 절차적 정의실현과 직결되어 공공의 질서의 일부를 이루는 것이므로 이는 집행국 법령의 기준에 의하여 판단하여야 할 것이니 우리나라의 법령을 기준 삼아 볼 것이라고 한다.⁷⁾

뉴욕협약은 이에 해당하는 경우로서 당사자가 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 아니한 경우를 들고 있다. 어떠한 통지가 적절한 것인지의 여부는 우리 법령에 정한 법적 방식을 따라야 하는 것은 아니고 당사자 또는 정당한 대리권을 가진 자에게 중재인을 선임하고 중재절차상 방어권을 행사함에 충분할 정도의 통지가 있는 것을 의미한다 할 것이다. 예컨대 중재인 선정에 관하여 너무 급박한 기간내에 중재인을 선임할 것을 통지하거나 정당한 대리권 없는 자에 대하여 그와 같은 통지를 한 것은 적절한 통지가 될 수 없다.

또한 당사자에게 공정한 심리의 기회가 부정된 경우도 방어권 침해에 해당한다. 예컨대 중재절차에 관하여 충분한 기간을 두고 통지가 행하여진 경우라 할지라도 당사자가 불가항력으로 인하여 중재절차에 참가하지 못한 채 중재판정이 내려진 경우 위 조항에서 규정하는 방어권 침해에 해당한다. 그러나 적절한 통지를 받고도 중재절차에 참여하지 아니하고 아무런 조치도 취하지 아니한 당사자는 스스로 방어를 포기한 것이므로 이는 중재판정의 집행을 거부할 사유로 되지 아니한다.⁸⁾ 공정한 심리를 받는다는 것이 모든 경우 구두변론이 행하여져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 서류심사에 의할지라도 각 당사자가 각자 주장과 입증할 기회를 가짐으로써 족한 것이다. 중재인은 당사자 일방에서 제출한 주장 및 증거를 상대방에게 알리고 그로 하여금 상대방의 주장 및 증거에 대한 의견을 표시할 기회를 주어야

7) 大判 1990. 4. 10. 89다카20252.

8) 東京地裁 1959. 8. 20判決(下民集 10卷 8號 1711面)이 판례의 평석으로는 川上太郎, "外國仲裁判定の承認執行", 別冊ジュリスト涉外判例白選 186면 참조, 위 사건의 상제에 대하여는 森井清, 國際商事仲裁(1970), 3면 참조.

할 것인바, 이와 같은 원칙을 무시하고 진행된 중재절차는 뉴욕협약 제5조 제1항 (b)의 집행거부사유에 해당한다. 그러나 당사자가 적절한 통지를 받고도 참여하지 아니한 중재절차에서 상대방이 출석하지 아니한 당사자의 항변사유있음을 알고도 밝히지 아니하였다 할지라도 이는 방어권의 침해에 해당되지 아니한다.⁹⁾ 또한 당사자 일방이 신청한 증인의 개인적인 사정에 맞추어 심문기일을 정하지 아니하여 그가 중재절차에 참석하지 못하여서 증인의 기회를 갖지 못하였다는 것도 당사자의 방어권이 침해된 경우라고는 볼 수 없다.¹⁰⁾

그밖에 당사자의 방어권이 침해된 경우로서 중재인의 공정성이 결여된 경우를 들 수 있다. 중재인이 중재절차상 실제로 불공정한 행동을 한 경우에는 공정한 심리가 행하여졌다고 볼 수 없으므로 당사자의 방어권을 침해한 것으로서 뉴욕협약상의 집행거부사유에 해당한다고 보아야 할 것이다. 그러나 단지 중재인의 불공정하다는 인상을 줄 정확이 있음에 불과한 경우에는 집행거부사유가 있다고 보기는 어려울 것이다.¹¹⁾

다. 다른 條項과의 關係

앞서 살핀 바와 같이 중재당사자의 방어권의 보장은 절차적 정의의 실현이라는 공공의 질서의 일부를 이루는 것이므로 뉴욕협약 제5조 제1항 (b)에 해당한다고 인정되는 경우는 또한 동조 제2항 (b)에서 규정하는 "판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우"에도 해당하게 된다.

한편 위 협약 제5조 제1항 (d)는 중재기관의 구성 및 중재절차는 당사자의 합의에 의하여 정할 것을 원칙으로 하여 그 합의에 어긋나는 경우에는 집행을 거부할 수 있다고 규정하고 있으나, 중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자의 합의와 합치한다 할지라도 패소한 당사자의 방어권이 침해되었을 때에는 동조 제1항 (b) 또는 제2항 (b)에 해당하는 집행거부사유가 있다고 할

9) Biotronik, etc. v. Medford Medical Instrument Company, 415 F. Supp 133(1976). 이 판례에 대한 해설로 李鎬元, 중재214호(1989. 11.) 219면 참조

10) Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier, 508 F. 2d 969(1974). 이 판례에 대한 해설로 李鎬元, 중재 209호(1989. 6.) 322면 참조.

11) Imperial Ethiopian Government v. Baruch Foster Corp., 535 F 2d 334(1976). 이 판례에 대한 해설로 李鎬元, 중재 210호(1989. 7.) 32면 참조. 중재인의 공정성에 대한 미국 법원의 태도에 대하여는 睦榮竣, 商事仲裁法論(2000), 106면 참조

것이다. 예컨대 당사자 사이에 중재인이 누구인지를 당사자에게 알리지 아니하기로 합의하고 이에 따라 중재절차가 진행된 경우 이는 동조 제1항 (d)의 집행거부사유에는 해당하지 아니하나, 공정한 중재인의 선정은 공정한 심리의 기본요건의 하나이므로 방어권의 침해의 경우로서 동조 제1항 (b) 또는 제2항 (b)의 집행거부사유에 해당한다 할 것이다.

5. 仲裁合意의 範圍 逸脫

가. 越權判定

뉴욕협약 제5조 제1항 (c)는 판정의 중재부탁조항에 규정되어 있지 아니하거나 또는 그 조항의 범위에 속하지 아니하는 분쟁에 관한 것이거나 또는 그 판정이 중재부탁의 범위를 벗어나는 사항에 관한 결정을 포함하는 경우를 집행거부사유로 규정하고 있는바, 중재인의 권한이 전혀 없는 경우는 동조 제1항 (a)의 중재합의가 무효인 때에 해당하므로 위 조항과는 관계없다. 이에 관하여 주의할 점은 중재판정부는 자신의 권한에 대하여 결정할 권한을 결정할 권한을 가지고 있으나(중재법 제17조 제1항), 중재는 법원의 관할을 배척하는 것이므로 중재인의 권한유무는 최종적으로는 법원이 판단한다는 점이다.

중재인의 권한에 관한 준거법은 동조 제1항 (a)에 규정된 준거법 결정의 원칙에 따라 당사자가 지정한 법에 의하되 당사자의 지정이 없으면 판정이 내려진 국가의 법에 의하게 될 것이다. 중재인의 권한 유무 및 범위를 판단함에 있어 구체적인 기준이 되는 것은 당사자 사이에서 앞으로 발생할 수 있는 분쟁을 미리 중재에 회부하기로 하는 중재조항의 경우에는 그 조항에 규정된 분쟁의 종류나 범위가 될 것이나, 이미 발생한 분쟁을 중재에 회부하는 중재부탁의 경우에는 그 부탁 속에 이미 특정되어 있는 분쟁이 된다는 점에서 약간 다르다. 뉴욕협약 제5조 제1항 (c)는 중재부탁이라는 용어를 사용하고 있으나 위 협약 전체의 체제에 비추어 볼 때 이는 중재조항과 중재부탁을 모두 포함하는 중재합의의 의미로 사용된 것이라고 해석함이 타당할 것이다.

나. 部分執行

뉴욕협약 제5조 제1항 (c) 단서는 중재인이 권한을 벗어나 내린 판정이 라도 그 권한내에 속하는 부분만을 승인 또는 집행할 수 있음을 규정하고 있다. 이는 중재권한을 넘은 사소한 판정내용을 이유로 하여 중재판정 전부의 승인 및 집행을 거부하는 것을 방지하기 위한 규정이다.

그리고 부분집행의 허용여부는 법원의 재량에 속하는 사항이다. 그러나 중재판정 중 중재인의 권한내에 속하는 부분을 가려내기 위하여 법원이 판정의 본안을 심사하는 결과로 될 우려가 있으므로, 예컨대 대여원금에 대한 이자부분만이 중재인의 권한초과부분으로 인정되는 경우와 같이 권한초과부분이 사소하고 명백한 경우에 한하여 부분집행을 허용함이 타당할 것이다.

다. 判斷遺脫의 경우

중재인이 권한을 벗어나 내린 판정이 있을 수 있는 반면 중재인이 중재인에게 제시된 모든 문제점을 판단하지 아니한 경우가 있을 수 있는바, 이에 관하여 제네바협약은 중재판정의 집행여부에 대한 결정을 연기하거나 담보를 제공하고 집행할 수 있는 것으로 규정하고 있었다.

그러나 뉴욕협약상 제5조의 집행거부사유는 제한적인 것이고 위와 같은 사유가 동조에 열거되지 아니한 이상 집행거부의 사유로는 되지 않는다고 할 것이다. 따라서 우리 구 중재법상 중재판정 취소사유의 하나인 중재판정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때(구 중재법 제13조 제1항 제5호, 구 민사소송법 제422조 제1항 제9호)에 해당한다 할지라도 원칙적으로 뉴욕협약의 적용을 받는 외국중재판정의 집행을 거부할 수는 없다 할 것이다.

6. 仲裁判定機關의 構成 또는 仲裁節次의 瑕疵

뉴욕협약 제5조 제1항 (d)는 외국중재판정의 승인 및 집행거부사유의 하나로서 “중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의와 합치하지 아니하거나, 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재를 행하는 국가법령에 합치하지 아니하는 경우”를 들고 있다. 중재기관은 1인이나 3인 또는 그 이상의 홀수의 중재인으로 구성되는 것이 상례인바, 그 구성에 관하여는 대부분의 경우 당사자 사이에 중재인의 수 및 구체적 선정의 방법이 정하여져 있거나

특정 상설중재기관을 통하여 선정하기로 하는 등의 합의가 이루어져 있을 것이다. 특히 국제상업회의소와 같은 국제상설중재기관에 의한 중재가 이용되는 경우 예외없이 이들 중재기관은 중재인의 선정 이외에도 중재절차에 관한 상세한 규정을 포함한 중재규칙을 작성하여 놓고 있고, 그 중재기관이 있는 곳의 법을 중재절차의 준거법으로 삼는 것이 대부분이므로 중재절차에 관한 법률관계가 명백하게 된다. 우리 대법원은 “...’본 계약하에서 또는 그와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 이 계약일 당시의 런던중재법원의 규칙에 따라 중재에 의하여 결정된다’고 기재되어 있는 것은 전형적인 중재조항으로서 중재장소는 영국 런던, 중재기관은 런던중재법원, 준거절차법은 런던중재법원의 규칙(즉 영국법)으로 정한 당사자 사이의 합의라고 해석된다.”고 한다.¹²⁾

뉴욕협약 제5조 제1항 (d)는 동조항 (a)와 마찬가지로 당사자의사자치의 원칙을 인정하여 중재판정기관의 구성이나 중재절차가 정당하게 행하여졌는지의 여부를 판단함에 있어서도 일차적으로 당사자의 합의가 그 기준이 되고 그러한 합의가 없을 경우 중재판정이 내려진 국가의 법이 적용된다고 하고 있다. 그런데 우리 중재법 제2조, 제11조, 제15조, 제17조, 제27조 내지 제28조 등에서 보는 바와 같이 중재절차의 진행을 위하여 중재인의 선정, 기피 또는 증거조사 등에 관하여 국가기관인 법원이 관여할 필요성이 생기거나, 중재절차가 행하여지는 곳의 법과 중재절차의 준거법이 다른 경우에는 법률제도의 차이에 따라 현실적인 장애가 있는 경우가 많으므로 양자는 일치하는 경우가 대부분이다.

중재절차상 하자가 있는 경우 당사자가 중재절차내에서 이를 다투지 아니하고 절차가 진행되어 중재판정이 내려지고, 그 판정의 승인 또는 집행의 단계에 이르른 경우 그 하자가 치유되어 이를 주장할 수 없는지의 여부에 관하여 뉴욕협약상 명문의 규정은 없으나 이를 주장할 수 있다고 한다면 중재절차의 안정성을 심하게 해치는 결과로 될 뿐더러 각국의 소송법상 일반적으로 소송절차에 관한 이의권 상실제도 또는 금반언의 원칙의 적용이 인정됨에 비추어 당사자가 중재절차에서 그 절차상의 하자를 알고도 이의를 제기하지 아니하였을 때에는 중재절차상의 하자를 주장하여 중재판정의 집행

12) 大判 1990. 4. 10. 89다카20252.

을 거부할 수는 없고, 다만 절차상 하자를 알 수 있었을 경우, 즉 과실로 인하여 이를 알지 못한 경우는 이의권을 상실하지 않는다고 봄이 타당할 것이다.

또한 중재절차상 하자가 있었다라도 그 하자가 없는 경우와 동일한 중재판정에 이르렀을 것으로 인정되는 경우, 즉 중재절차의 하자과 중재판정 사이에 인과관계가 없는 경우에도 중재절차의 하자가 집행거부의 사유로 되는지 여부에 관하여는 의문이 있으나, 뉴욕협약 제5조 제1, 2항 첫머리에 동조에 열거된 사유가 있는 경우 법원은 승인 및 집행을 "거부할 수 있다"라고 규정하고 있음에 비추어 위와 같은 경우 중재절차의 하자는 집행거부 사유가 되지 아니한다고 봄이 타당할 것이다. 그러나 이는 엄격하게 적용되어야 할 것인바, 절차상 하자가 없었다라도 동일한 중재판정에 이르렀을 것임이 객관적으로 명백하여 의문의 여지가 없을 때 한하여 법원은 그 집행을 허용할 수 있다고 할 것이다. 또한 법원으로서 중재판정의 본안을 심사할 수 없으므로 절차상 하자가 없었다라면 중재인이 어떠한 판정을 내렸을 것인가를 판단하기 위한 심사범위에는 이에 따른 한계가 있다고 볼 것이다.

한편 당사자의 합의에 의하여 중재기관이 구성되었다 할지라도 당사자의 일방만이 중재인을 선정할 권한을 가진다면 뉴욕협약 제5조 제1항 (d)에는 해당하지 아니한다 할지라도 당사자의 방어권의 침해의 경우 또는 공공의 질서에 위반하는 경우로서 동조 제1항 (b) 또는 제2항 (b)에 의하여 위 중재기관이 내린 중재판정은 그 집행이 거부될 것이다. 당사자가 합의한 바에 따라 중재절차가 진행된 경우에도 예컨대 당사자 일방에게 심리의 기회를 주지 아니한다면 동일한 법리에 의하여 중재판정의 집행은 거부될 것이다. 또한 중재판정성립국의 법에 의하여 중재기관의 구성이나 중재절차에 관한 그 국가의 법률이 강행규정으로 되어 있는 경우 당사자가 합의한 대로 중재절차가 진행되어도 그 국가의 법률에 위반하는 경우가 있을 수 있는바, 그와 같은 사유로 그 국가에서 중재판정이 취소된다면 뉴욕협약 제5조 제1항 (e)에 의하여 그 판정의 집행이 거부될 수도 있음을 유의하여야 할 것이다.

7. 仲裁할 수 없는 事項

뉴욕협약 제5조 제2항 (a)에 의하면 중재판정의 대상인 사항이 그 승인

또는 집행을 요구받은 국가의 법률하에서 중재에 의하여 해결이 가능한 것이 아니면 그 승인 및 집행을 요구받은 법원은 직권으로 이를 거부할 수 있다. 이 경우 중재에 의한 해결가능성은 집행을 요구받은 국가의 법에 의하여 결정됨이 명백한바, 이는 분쟁의 사법적 해결이라는 법정지국가의 이익과 밀접하게 관련되기 때문이다. 그러나 중재판정성립국에서 그 국가의 법률에 의하여 중재의 대상이 될 수 없다는 이유로 중재판정이 취소된다면 위 협약 제5조 제1항 (e)에 의하여 그 판정의 집행이 거부될 수 있다는 점에서 중재판정성립국의 법도 간접적으로 중재가능성의 문제에 영향을 미칠 수 있다.

한편 뉴욕협약의 적용을 받기 위하여 중재판정의 기초된 중재합의는 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 대한 것이어야 함은 앞서 살핀 바와 같고, 다시 뉴욕협약 제5조 제2항 (b)는 분쟁의 대상인 사항이 중재에 의하여 해결할 수 없는 경우를 집행거부의 사유로 삼고 있는바, 중재합의의 단계에 있거나 중재판정 집행의 단계에 있어서 중재의 대상이 되는 법률관계의 성질이 달라지는 것은 아니므로 양단계에 있어서 중재에 의하여 해결이 가능한지의 여부는 동일한 기준에 의하여 판단되어야 할 것이다.

우리 중재법 제1조는, “이 법은 중재에 의하여 사법상의 분쟁을 적정·공평·신속하게 해결함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있으므로, 사법상의 분쟁인 한 민사에 관한 것이든 상사에 의한 것이든 중재합의의 대상이 될 수 있으나, 공법상의 법률관계는 중재합의의 대상이 될 수 없다. 다만 우리나라는 뉴욕협약에 가입함에 있어서 상사한정 유보선언을 하였으므로 민사에 관한 중재판정에는 뉴욕협약이 적용되지 아니하고 상사에 관한 중재판정에만 뉴욕협약이 적용됨을 유의할 것이다.

중재에 의하여 해결할 수 없는 사항으로서 일반적으로 불공정거래행위, 특허권 및 상표권등 지적소유권의 효력, 가족관계와 경제적 약자의 보호 등에 관한 법률관계를 들 수 있는바, 이는 각국에 따라 달라질 것이다.

8. 公共의 秩序에 反하는 경우

가. 一般論

뉴욕협약상 외국중재판정의 승인 및 집행이 공공의 질서에 반하는 경우에는 그 승인과 집행은 거부될 수 있다. 공공의 질서에 반하는 경우에는 전

통적으로 외국중재판정 및 외국판결의 승인 및 집행과 외국법 적용의 거부 사유로 인정되어 왔고, 이와 관련된 모든 국제조약상 같은 취지의 규정을 찾아볼 수 있는바, 이는 법정지국가의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서의 보호에 그 기능이 있다 한다. 그러나 도덕적 신념과 사회질서는 각국에 따라 다를 수밖에 없으므로 공공의 질서가 무엇을 의미하는가를 일반적으로 논한다는 것은 매우 어려울 수밖에 없다.

뉴욕협약상 공공의 질서는 영문정본상으로는 "public policy"라고 표현되어 있고 불문정본상으로는 "ordre public"이라고 표현되어 있는바 이들은 같은 범주에 속하기는 하나 양자의 개념이 정확히 일치하는 것은 아니라고 한다. 뉴욕협약상의 공공의 질서에 해당하는 우리 법상의 용어는 "善良한 風俗 기타 社會秩序" 또는 "公序良俗"이라 할 것인데 법률행위의 효력에 관한 민법 제103조, 외국법의 적용에 관한 국제사법 제10조, 외국판결의 효력에 관한 민사소송법 제217조 등에서 위 표현을 찾아볼 수 있으나, 뉴욕협약상의 공공의 질서는 국제사법 제10조의 공서양속이나 민사소송법 제217조의 공서양속과 목적을 같이 하고 있고, 한편 민법 제103조의 국내실체법상의 공서양속보다는 국제적인 고려를 필요로 한다는 점에서 좁은 의미로 해석하여야 할 것이다. 외국중재판정의 승인 및 집행의 거부사유로 문제되는 공공의 질서는 외국판결의 효력에 관한 민사소송법 제217조에 규정된 선량한 풍속 기타 사회질서와 동일한 의미로 사용되었다 할 것인바, 본서에서는 편의상 "공공의 질서"라는 표현을 사용하기 한다.

외국중재판정의 승인 및 집행이 우리나라의 공공의 질서에 반하는지의 여부는 우리의 정치, 경제적 기본관념, 윤리감, 법규범 등을 고려하여 결정할 것으로서 상대적이고 탄력적이며 일률적으로 정해질 수 없으므로 각개의 구체적 경우에 따라 고찰할 수 밖에 없을 것이다. 이때 판정의 주문에 의하여서만 공공의 질서에 반하는지 여부를 판단할 것은 아니라 그 이유까지도 심사하여 이를 결정할 것이다. 외국중재판정의 집행이 우리의 공공의 질서에 반하는 경우에는 중재판정이 명하는 내용 자체가 예컨대 우리법상 거래가 금지된 마약의 인도를 명하는 것과 같이 공공의 질서에 반하는 경우뿐만 아니라 그 중재판정의 성립이 절차에 관한 공공의 질서에 반하는 경우도 있는 바 예컨대 당사자의 출석의 기회로 박탈하거나 우리나라 판결의 기판력과

모순저촉하는 때 또는 당사자가 정당하게 대리되지 아니한 때 등이 이에 해당한다.

나. 國際的 特性的 고려

외국중재판정의 승인 및 집행이 공공의 질서에 반하는지 여부를 판단함에 있어 특히 유의할 점으로 우리나라 법질서를 기준삼아 공공의 질서의 위반 여부를 판단할지라도 국제거래질서의 안정이라는 국제적 특성을 고려하여야 한다는 점이다. 앞서 본 바와 같이 공공의 질서는 각기 그 문제되는 경우마다 약간씩 다른 의미와 기능을 가진다 할 것으로서, 국제관계에 있어서의 공공의 질서는 국내관계에 있어서의 공공의 질서보다 약간 좁은 개념이고 양자는 서로 구별된다 할 것이다. 즉 국내관계에 있어서의 공공의 질서에 반하다 할지라도 국제관계에 있어서의 공공의 질서에는 반하지 아니한다고 해석할 경우가 있다는 것이다.

우리 대법원은 누차 반복하여 “중재판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우에는 집행국 법원은 중재판정의 승인이나 집행을 거부할 수 있는바, 이는 중재판정의 승인이나 집행이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 해하는 것을 방지하여 이를 보호하려는데 그 취지가 있다 할 것이므로, 그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것이고, 해당 중재판정을 인정할 경우 그 구체적 결과가 집행국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반할 때에 승인이나 집행을 거부할 수 있다.”라고 판시하고 있다.¹³⁾

다. 우리 대법원 판례의 입장

우리 대법원 판례에서 뉴욕협약 상의 공공의 질서 위배가 문제된 사안 들로는 다음과 같은 것들이 있다. ① 피고가 영국의 런던중재법원으로부터 중재절차에 관한 통지를 받고 출석하지 아니한 채 중재판정이 내려졌고, 위 중재법원이 당초의 매매대금보다 더 큰 배상금액을 인정하였으며, 피고에 대하여 일반적으로 적용되는 국제금리인 미국은행 우대금리에 따른 지연손해

13) 大判 1990. 4. 10. 89다카20252. 大判 1995. 2. 14. 93다53054. 大判 2003. 4. 11. 2001다 20134.

금의 지급을 명하였고, 중재판정서에 자세한 이유 기재가 없다는 사정만으로는 우리나라의 공공의 질서에 반한다고 볼 수 없다고 한다.¹⁴⁾ ② 중재판정에서 계약의 준거법인 네덜란드 안틸레스법상 소멸시효기간이 30년을 인정하였는바, 그 소멸시효기간이 우리나라 법상의 그것보다 길고 또한 우리나라 소멸시효규정이 강행규정이라고 하더라도, 그것만으로 위 외국중재판정을 우리나라에서 집행하는 것이 반드시 우리나라의 공서에 반한다고는 할 수 없고, 계약의 내용이 피고에게 불리하다는 점만으로 불공정행위라고 단정할 수 없고, 원고측의 권리의 행사가 늦었다고 하여 이를 신의칙 위반이라고 할 수도 없으므로, 이 사건 중재판정의 승인이나 집행을 우리나라의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 해하는 것으로 볼 수 없다고 한다.¹⁵⁾ ③ 한국인인 피고가 중국법인인 원고로부터 수산물을 수입하였으나 수입식품검사 당시 수입제한품목으로 판명되어 분쟁이 발생하고 이에 관하여 중국국제경제무역중재위원회에서 내려진 중재판정에 적용된 외국법이 우리나라의 실정법상 강행법규에 위반된다고 하여 바로 승인거부의 사유가 되는 것은 아니고, 해당 중재판정을 인정할 경우 그 구체적 결과가 우리나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반할 때에 한하여 승인 및 집행을 거부할 수 있다고 하면서 이 사건 중재판정을 인정할 경우 그 구체적인 결과가 우리나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 보기 어렵다고 한다.¹⁶⁾ ④ 집행판결은 외국 중재판정에 대하여 집행력을 부여하여 우리나라 법률상의 강제집행절차로 나아갈 수 있도록 허용하는 것으로서 그 변론종결시를 기준으로 하여 집행력의 유무를 판단하는 재판이므로, 중재판정의 성립 이후 채무의 소멸과 같은 집행법상 청구이의의 사유가 발생하여 중재판정문에 터잡아 강제집행절차를 밟아 나가도록 허용하는 것이 우리 법의 기본적 원리에 반한다는 사정이 집행재판의 변론과정에서 드러난 경우에는, 법원은 뉴욕협약 제5조 제2항 (b)호의 공공의 질서 위반에 해당하는 것으로 보아 그 중재판정의 집행을 거부할 수 있다 할 것이고, 이와 같이 해석하는 것이 집행판결의 확정 이후에 별도의 청구이의 소송을 통하여 다투도록 하는 것보다 소송경제에 부합할 뿐만 아니라, 변론을 거친 판결의 형식에 의하여 집행판결을 하도록 정한 우

14) 大判 1990. 4. 10. 89다카20252.

15) 大判 2000. 12. 8. 2000다35795.

16) 大判 2000. 12. 8. 2000다35795.

리 법제에 비추어 타당하기 때문이라고 한다.¹⁷⁾

라. 미국의 판례

비교적 뉴욕협약의 해석에 관한 판례가 많이 나온 미국의 판례상, 증권 거래법의 적용을 받는 계약에 관하여 일어나는 분쟁은 원칙적으로 중재를 부탁할 수 없으나 국제거래의 경우 분쟁이 다루어질 법정 및 적용될 법을 미리 정할 필요성이 크므로 국제거래상의 계약은 증권거래법의 적용이 있는 경우에도 중재의 대상이 될 수 있음을 인정하고 있고,¹⁸⁾ 미국과 이집트 사이의 외교관계 악화로 미국회사가 이집트에서의 공사를 포기한 것에 대한 손해배상의 지급을 명한 외국중재판정의 집행이 공공의 질서에 반하지 아니한다고 하면서 미국의 국가적 정책과 공공의 질서는 별개로서 뉴욕협약상 공공의 질서를 국가의 정치적 이익을 보호하기 위하여 내세운다면 뉴욕협약의 실효성이 크게 떨어질 것이라고 하고 있는바,¹⁹⁾ 이들은 모두 외국중재판정의 집행단계에 있어서 공공의 질서의 국제적 측면을 중시한 판례들이라 하겠다. 미국판례는 위 협약상 공공의 질서를 법정지의 가장 기본적인 도덕과 정의의 관념에 국한시키려는 경향이 있고 국제적으로 진보적인 판례들이라고 한다.

마. 그밖의 문제점

공공의 질서에 관한 뉴욕협약 제5조 제2항 (b)의 규정은 일반규정으로 서 위 협약상 규정된 다른 집행거부사유에 대하여 보완적인 성격을 가진다. 따라서 제5조 제2항 (b)이외의 다른 집행거부사유에 해당하지 아니한다 할지라도 다시 공공의 질서에 반하는지의 여부의 심사를 받게 된다 할 것이다. 또한 패소한 당사자의 방어권이 침해된 경우 집행의 상대방은 제5조 제1항 (b)에 의하여 이를 입증하여 중재판정의 집행을 거부할 수 있지만, 상대방이

17) 大判 2003. 4. 11. 2001다20134.

18) Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 US 506(1974).

19) Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier, 508F 2d 969(1974). 이 판례에 대한 해설로 李鎬元, 중재 209호(1989. 6.) 32면 참조. 또한 Nortrop Corporation v. Triad International Marketing S. A. & Triad Fianancial Establishment, 811 F. 2d 1265(1987) 및 이 판례에 대한 해설로 李鎬元, 중재 212호(1989. 9.) 31면 참조.

중재판정의 집행재판절차에 참여하지 아니할 경우에도 법원은 이를 공공의 질서에 반하는 것으로서 제5조 제2항 (b)를 적용하여 직권으로 그 중재판정의 집행을 거부할 수 있다.

구 중재법 하에서 공공의 질서에 관련된 특수한 문제의 하나로서 이유를 붙이지 아니한 외국중재판정의 집행이 공공의 질서에 반하는지의 여부가 문제되고 있었다. 구 중재법상 중재판정에 이유를 붙이지 아니한 것은 중재판정 취소의 사유로 규정되어 있었는데(중재법 제13조 제1항 제4호), 이는 당사자에게 판정에 이유를 알리고 판정에 대한 법원의 심사를 용이하게 하기 위한 것으로 해석되고 있었으나, 영미에서는 중재판정에 이유를 붙이지 아니하는 것이 관례이므로²⁰⁾ 그와 같이 이유를 붙이지 아니한 외국중재판정의 집행이 공공의 질서에 반하는지 여부가 문제로 되었다. 구 중재법상 당사자 사이의 합의에 의하여 중재판정에 이유를 붙이지 아니하는 것을 인정하고 있음에 비추어(구 중재법 제13조 제2항), 중재판정성립국에서 이유를 기재하지 아니한 중재판정을 인정하고 당사자가 이를 알고 있는 경우에는 중재판정에 이유의 기재가 없더라도 공공의 질서에 반하는 것은 아니라 할 것이다. 그와 같은 사정이 없는 경우에는 이유가 기재되어 있지 아니한 중재판정의 집행을 허용하는 것은 절차에 관한 공공의 질서에 반한다고 해석하는 것이 일반적이었다. 그러나 현행법 하에서는 중재판정에 이유를 붙이지 아니한 것이 중재판정 취소사유가 되지 아니하므로, 그와 같은 사유만으로 우리의 공공의 질서에 반한다고 볼 수는 없을 것이다. 다만 중재 당사자 사이에서 판정에 이유를 기재하기로 합의하였거나 그러한 합의가 없다면 중재를 행하는 국가의 법령에 의하여 이유의 기재가 요구되는 경우 이유를 기재하지 아니한 판정이 협약 제5조 제1항 (d)의 중재절차에 하자가 있는 경우에 해당하는지 여부는 별개의 문제로 다루어야 할 것이다.

20) *Bernhardt v. Polygraphic Co. of America*, 350 US 198(1956).

참고문헌

陸榮竣, 商事仲裁法論(2000)

註釋 仲裁法(2005) 大韓商事仲裁院・韓國仲裁學會

石光現, 國際商事仲裁法研究 제1권(2007)

강병근, “국제중재판정의 취소 및 승인, 집행과 우리 중재법의 개정”, 季刊 國際法律經營1996 여름호, 184

康炳根, “仲裁判定の 取消, 承認과 執行을 둘러싼 몇 가지 論爭”, 통상법률 제40호(2001. 8.), 6

김봉석, “仲裁判정에 의한 執行判決의 節次와 그 問題點”, 중재연구 13권 1호(2003. 8.), 169

김상수, “중재판정취소의 소의 적법성”, 중재 299호(2001), 106

金相浩, “外國仲裁判定の 承認과 執行에 관한 研究(I)-(IX), (結), 중재 201호(1988. 10.)-중재 211호(1989. 8.)

金洪奎, “仲裁判定の 國籍”, 春齋玄勝鍾博士華甲紀念 法思想과 民事法(1979), 533

金洪奎, 外國仲裁判定の 承認執行의 要件과 節次, 商事仲裁研究叢書 第22輯(1980);

金洪奎, “仲裁判定 取消와 再審”, 仲裁論叢(1991), 454

陸榮竣, “仲裁判定の 取消-現行 仲裁法の 解釋과 그 改正方向에 관하여-”, 民事裁判의 諸問題(下)(1995), 14

陸榮竣, “外國仲裁判定の 집행거부사유인 公共秩序-우리 나라와 미국의 판례를 중심으로-”, 商事判例研究 제V권(2000), 413

박영길 “국제중재판정의 집행을 거부하기 위한 사유로서의 공서”, 중재연구 제12권 제1호(2002. 8.) 3

서철원, “외국중재판정의 승인과 집행에 관한 1958년 뉴욕협약에 대한 국내법원 판례 분석”, 國際判例研究 제1집(1999), 189

석광현, “개정중재법의 몇 가지 문제점”, 중재 298호(2000. 겨울), 15

孫京漢, 外國判決 및 仲裁判定の 承認과 執行-判例를 中心으로-, 國際私法研究 1호, 77

李鎬元, “外國仲裁判定の 承認과 執行”, 裁判資料 제34집(1986), 653

李鎬元, “改正 仲裁法에 대한 小考”, 중재 302호(2001. 겨울), 5

蔣尙均, “외국중재판정에 대한 집행재판과정에서의 청구이의사유의 주장”, 대법원판례해설 44호(2003), 107

- 장문철, “개정중재법해설”, 人權과正義 284호(2000. 4.), 99
- 정선주, “개정 민사소송법과 중재절차”, 仲裁研究 제14권 제1호(2004.08).
- 趙連浩, “뉴욕協約下의 外國仲裁判定의 承認과 執行”, 裁判資料 제47집(1989), 381
- 趙載淵, “外國仲裁判定에 대한 執行判決”, 司法研究資料 제11집(1984), 162
- 曹喜大, “仲裁判定에 대한 執行判決을 못하는 事由”, 대법원판례해설 28권(1997), 230
- 채동현, “청구이의사유와 외국중재판정에 대한 집행판결 거부”, 중재 300호(2001) 111
- 하충룡, “국내중재판정의 강제집행에서 법원의 역할에 관한 한미간 비교 고찰 -한국의 중재법과 미국연방중재법을 중심으로-”, 중재연구, (2005.12)
- 韓相國, “국제상사중재에 있어 공공정책의 의미”, 국제법 동향과 실무 7호 (2004)
- 韓忠洙, “韓國에 있어서의 外國仲裁判定 및 調停의 承認·執行”, 國際私法研究 8호, 419
- 小山昇, 仲裁法(新版)(1983)
- 注解仲裁法(1988)
- 小島武司, 仲裁法(2000)
- 三木浩一, “商事仲裁法制の國際的調和に關する新たな動き(上), (下)”, NBL No. 701(2000. 11. 15.), No. 702(2000. 12. 1.)
- 小林秀之, “外國仲裁判定の承認·執行についての一考察”, 判例タイムズ 468號(1982. 7. 15.), 10
- Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958(1981)