

# 統一獨逸에 있어서의 仲裁制度

—EEA지역의 제도와 비교—

梁 炳 晦

( 仲裁人 · 法博 · 建國大法大教授  
자유백림대 객원교수 )

## 目 次

### I. 概 說

### II. 통일된 독일에 있어서의 중재법

1. 중재의 법적근거
2. 중재에 관한 국가조약

### III. 국제상사중재의 筋次

1. 중재의 합의
2. 중재인의 선임
3. 準據法의 選擇과 仲裁筋次
4. 仲裁判定의 承認 및 執行

### IV. 맺 는 말

## I. 概 說

유럽공동體 會員國(EC.12개국)들은 유럽을 하나의 경제국가로 묶어 통합된 經濟市場으로 하여 1993년부터 새로운 출발을 앞두고 있다.

또한 이에 따른 여러가지 제도개선과 함께 새로운 법률을 마련하고 있음을 최근 각국의 입법동향을 통하여 관심 깊게 주시해 보면서, 특히 國際去來에서 발생하는 紛爭解決을 위한 仲裁制度도 보다 迅速하고 國際化(Internationalisierung)된 제반 절차를 모색하고 있음을 살펴볼 수가 있다.

80년대에 들어서면서 각국이 仲裁法 또는 仲裁規則을 재정비 하였는데 불란서(1980, 1981)<sup>1)</sup>, 영국(1979)<sup>2)</sup>, 벨기에(1985), 홀랜드(1986), 스페인(1988)<sup>3)</sup>, 스위스(1989)<sup>4)</sup>, 불가리아(1988)<sup>5)</sup>등은 중재법을 개정하였고 폴란드(1985), 소련(1988)<sup>6)</sup> 그리고 ICC 국제중재 재판소(1988)<sup>7)</sup>, 스톡홀름상공회의소 중재재판소(1988)<sup>8)</sup> 그리고 주리히 상공회의소 중재재판소(1989)가 중재규칙을 대폭 개정 하였고 독일중재위원회(1988)와 베르린 중재재판소(1990)도 UNCITRAL-Model Law 또는 UNCITRAL중재규칙에 맞추어 새로운 중재절차를 마련하였다.

이러한 상황속에 동서의 장벽이 무너지고 분단 독일은 그 숙원이었던 통일을 1990년10월 3일에 이룩하게 되었고 소련을 중심으로한 東歐共產圈의 몰락, 소련의 변화등은 철저한 계획경제에서 자유시장경제 체제로의 개편이 진행되는 가운데 1993년1월을 기해 北歐地域을 중심한 유럽자유무역연합(EFTA) 7개국과 EC가 함께 유럽經濟地域(EWR : Europäische Wirtschaftsraum 또는 EEA)이란 세계에서 가장 큰 단일시장권을 형성키로 합의했다는

---

1) Reiner, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nach österreichischem und franz. Recht, ZfRV 1986, S.162

2) Glotz, Englische Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 1983, 257.

3) Cremades, Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Spanien, JbPS(Bd.2) 1988, S.28ff.

4) Schneider, Internationale Schiedsverfahren in der Schweiz, JbPS(Bd.2), S.141ff.

5) Stalev, Das neue bulgarische Gesetz(Schiedsgerichtsbarkeit), JbPS(Bd.2), S.208

6) Boguslawskij, Das IPR in der UdSSR, RIW 1988, 166

7) Bredow, Änderung der SchO. der ICC, IPRax 1988, S.69ff.

8) Schütze u.a., Handbuch des Schiedsverfahrens, 2.Aufl. 1990, S.446 ff.

보도는 새로운 유럽의 정치경제 통합을 위한 전단계로서의 의의를 확인시켜 주는 것으로서 이른바 “유럽합중국”이란 域內市場을 향해 지속적인 진출을 해야하는 우리 기업의 발전을 위해서는 이에 대응한 多角的인 연구가 필요하다고 본다. 그 일환으로 國際貿易去來에서 발생할 수 있는 분쟁처리를 어떻게 할 것인가에 대한 법적 제도적 문제로서 유럽의 중심에 위치하면서 정치 경제적으로도 우리의 많은 관심의 대상이 되고 있는 통일후에 있어서의 獨逸의 仲裁制度(Schiedsgerichtsbarkeit / Arbitration)와 함께 유럽에 있어서의 國際商事仲裁(International Commercial Arbitration)의 발전동향을 살펴 보기로 한다.

통일후의 독일의 중재제도는 東西歐의 정치 경제적 이념과 체제의 차이에서 법적통일을 가져 왔다는 점에서 특징을 찾을 수 있겠다.

仲裁은 당사자간의 법률관계의 분쟁을 당사자간의 자발적인 合意에 의하여 제3자인 仲裁人의 유권적 판단에 좇아 분쟁을 해결하는 방법인 점에서 調停(Conciliation)과 다르고 분쟁해결의 절차와 방법을 法律에 의하지 않고 當事者의自治(Privatautonomie)에 맡긴다는 점에서 訴訟과 다르다. 특히 국제거래관계에서 발생하는 분쟁은 어느 국가의 法院에 소송을 제기하여 判決을 받는다고 하더라도 그 권리 實行을 위한 強制執行까지는 사실상 불가능하게 되고 만다.<sup>9)</sup> 뿐만아니라 소송절차에 따라 무역분쟁을 처리하는 경우 관계법제 및 상관습의 차이등에서 오는 訴訟遲延과 不確實性등의 어려움외에도 訴訟費用도 많이 들게 되어 國際貿易去來의 분쟁해결 수단으로서는 적합하지 않다는 이유에서 소송보다는 절차가 비교적 간편하고 友誼的인 분쟁해결을 할 수 있다는 장점에서 중재를 選好하는 것이라 하겠다.

## II. 통일된 독일에 있어서의 중재법

東西獨逸이 통일을 하기까지는 獨逸聯邦共和國(이하 西獨이라함 / BRD)과 獨逸民主共和國(이하 東獨이라함 / DDR)은 서로 다른 정치체제속에서 중재제도의 발전을 하여 왔었다.<sup>10)</sup> 서독은 주로 任意仲裁(Ad hoc Arbitration)를 국제 또는 내국중재에 채용하고 있는

9) Vgl. Strumpf, Ost-West-Schiedsgerichtsbarkeit, RIW/AWD 1987, S.821f.

10) Raeschke-Kessler, Normalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit im Ost-West-Verhältnis, BB-Beil. 40, 1990, S.15ff. ; Schütze, DWiR 1991, S.48 ; Sandrock, The German-German merger, ARIA Vol.1, 1990 at 272

데 반하여 동독에서는 소련을 중심한 동구권 사회주의 국가들과 같이 外國貿易會議所(Außenhandelskammer)에 부설된 常設仲裁機構(Institutional Arbitration)를 통하여 이루어 졌었다.

통일된 이후 독일 중재제도의 법적 근거는 단일화 되었으나, 常設仲裁機構로는 종전부터 Bonn에 있는 獨逸商工會議所(DIHT)에 설치된 獨逸仲裁委員會(Deutsche Ausschuß für Schiedsgerichtswesen-DAS)<sup>11)</sup>와 Berlin에 있는 동독의 舊貿易會議所 중재재판소를 1990년3월 法人體로 靑立하여 民營化시켜 改稱한 베르린仲裁裁判所(Schiedsgericht Berlin-BSG)<sup>12)</sup>가 있다. 독일에는 이 외에도 많은 중재기관들이 있으나 그 중 특히 함부르크 상공회의소의 友誼仲裁裁判所(Hamburger Freundschaftliche Arbitrage)는 國內·國際 仲裁機關으로 널리 알려져 있다.

일반적으로 常設仲裁를 당사자들이 任意仲裁보다 널리 이용하는 데는 중재규칙등 체계적이고 기관자체의 조직이 주는 편리 때문이라고 본다.

## 1. 중재의 법적근거

統一條約(1990.8.31)의 제8조의 원칙에 따르면 舊東獨 지역은 西獨에 編入(Beitritt)되면서 聯邦法律이 적용된다고 하였고, 제11조 이하에서는 國際條約에도 영향을 미친다고 규정하고 있다(제11-12조).

따라서 仲裁節次에 관하여는 獨逸民事訴訟法(ZPO) 제1025조-제1048조가 적용된다. 이 법은 독일 전역에 원칙적으로 유효하나 통일조약(Einigungsvertrag) 부칙 I의 임시조치 규정중 중재에 관한 몇가지 주의하여야 할 중요한 규정들이 있다. 그것은 통일조약의 효력이 발생할 시점에<sup>13)</sup> 중재절차가 완료되지 않은 사건에 관하여는 계속해서 지금까지의 구 동독법이 적용된다고 하였다.

東獨은 1954년에 동독무역회의소에 중재재판소를 설치한 이래 1989년6월까지 모두 8943

11) Swoboda/Muller, Der DAS und seine Verfahrensordnung, JbPS(Bd.1) 1987, S.117ff. ; 金光英, 西獨의 중재制度, 仲裁 1988/1, 32面이하 ; 拙稿, 西獨의 國際商事制度, 仲裁 1981/1, 5面이하

12) Willma, Schiedsgerichtsbarkeit in der DDR, WR1991, S.54f. ; Strohbach, Ostdeutschland heute, BB-Beil. 8, 1991, S.3ff.

13) Vgl. Willma, aa0, S.55

건의 중재를 처리하였는데<sup>14)</sup> 그중 609건의 당사자는 西歐의 기업이었다고 한다. 또한 1990년 12월말 베르린중재재판소(Court of Arbitration Berlin)에 계속중인 사건은 모두 223건으로 2건은 1987년부터, 32건은 1989년, 189건은 1990년 신청된 중재들이었다. 통일이 되었던 1990년에도 238건의 새로운 중재신청이 있었던 것은 그동안 다른 사회주의 국가들에 비하여 비교적 공정성이 인정된(?)기관이 아니었나 판단된다.

베르린 중재재판소에 통일당시(1990.10.3) 계속중인 사건의 절차에 적용되는 법은 독일 민사소송법이 아닌 1975.12.18. 제정한 동독 중재재판규정(Verordnung über das schiedsgerichtliche Verfahren) 제1조-제23조가 계속 유효하게 된다. 물론 이러한 경과규정에 대하여 특히 仲裁地와 仲裁判定의 效力等 立法論的 문제점을 지적하는 견해도 있다.<sup>15)</sup>

이와 함께 중재판정에 대한 집행에 관하여 두 가지의 특별한 경우를 살펴볼 수 있는데 그 첫째는 구동독 중재판정은 외국중재판정(Ausländischer Schiedsspruch)이란 점이다. 동독은 통일조약의 효력이 발생되기 전에는 소송상 외국(Prozessuales Ausland)이었다.<sup>16)</sup> 동독의 仲裁判定(Schiedsspruch)은 동독의 중재절차에 의해 선고된 것이므로 독일민소법 제1044조에 의하면 외국중재판정인 것이다.<sup>17)</sup> 통일이 되었다고 하여 중재판정 자체의 효력이 상실하게 되는 것은 아니다. 그러므로 통독이전의 중재판정에 대하여는 뉴욕협약에 따라 인정하고 집행되어 진다. 동서독은 다같이 뉴욕협약 가입국이었으므로 반대로 생각하면 민사소송법 규정에 따라 (제1025조이하) 서독에서 받은 중재판정은 물론 새로 편입된 연방주(구동독지역을 말함)에 있어서는 외국중재판정이며 그 집행에 대하여도 같은 절차가 준용된다.

둘째는 집행선고 절차에 관한 문제이다.<sup>18)</sup> 독일연방공화국의 法院組織法(GVG)은 경과규정을 두어 당분간 새로 편입된 연방주에는 적용하지 않는다는 것이다. 구동독의 最高法院을 제외하고는 지금까지의 법원조직이 그대로 유지된다

14) Strohbach, BB-Beil. S.4 ; Schütze, DWiR 1991, 48

15) Vgl. Mann, Zur Nationalität des Schiedsspruchs, FS. Oppenhoff, 1985, S.215 ; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl. 1990, S.250ff.

16) Glossner u.a., Das Schiedsgericht in der Praxis, 1990, S.168 ; Schütze, JZ1982, S.637 ; BGHZ 21, 365 ; 96, 41=RIW 1985, 970 ;

17) Schütze u.a.aa0, Rn. 617 ; Schwab/Walter, aa0, S.250 ; Wieczorek/Schütze, ZPO, 2. § 1044 Anm. B III, 1 ; Hoffmann/Fincke, Int. Zivilprozeß, 1980, S.214ff.

18) Vgl. Rieß, Rechtspflege, DWiR 1991, S.10ff.

地域法院(Kreisgericht)은 서독의 區法院(AG), 지방법원(LG)의 一審事件을 관할한다. 仲裁判定에 대한 집행선고 및 중재절차에 따른 법원의 모든 협력은 지역법원의 관할이며 地方法院(BezirksG)은 抗訴事件을 관할한다(통일조약 Anl. I, Kap. III, Sachgebiet A, Nr.1 참조).

## 2. 중재에 관한 국가조약(Multilateral International Conventions)

독일연방공화국과 구동독은 다같이 중재에 관계되는 여러가지 국제조약에 가입하였으며 국가간에도(Bilateral Treaties) 특히 중재판정의 인정과 집행에 관한 많은 협정을 체결하고 있었다.<sup>19)</sup>

서독(BRD)은 1923년 Geneva의 중재조항에 관한 의정서(Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923), 1927년의 외국중재판정의 집행에 관한 협약(Geneva Convention on the Execution of Foreign Awards of 1927), 1958년에 뉴욕에서 채택된 外國仲裁判定의 承認과 執行에 관한 UN협약으로 (United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) -뉴욕協約이라고도 한다-, 1961년의 국제상사중재에 관한 歐洲協約(European Convention on International Commercial Arbitration of 1961) 그리고 1965년의 국가와 외국 국민간의 투자분쟁해결을 위한 이른바 와싱턴協約(Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965)등에 加入하고 있으며 국가간에도 스위스(1929), 이태리(1936), 벨기에(1958), 미국(1954), 소련(1958), 오스트리아(1959), 홀랜드(1962), 튀네시아(1966), 이스라엘(1977), 노르웨이(1977)등과 仲裁判定의 집행등에 관한 協定을 체결하고 있다.

舊東獨의<sup>20)</sup> 경우도 대부분 서독과 같은 국제중재조약, 예컨대 뉴욕협약(1975), 와싱턴협약(1969)에 가입하고 있었으며, 특히 東歐社會主義(共產國家) 국가들의 經濟協力機構인 COMECON 會員國간의 (The Council for Mutual Economic Assistance-CMEA) 國際去來法상 중요한 法源이면서 중재의 準據法則이 되는 物品引渡 一般約款(General Con-

19) Schütze, DWiR 1991, S.47 ; Schwab/Walter, aa0, S.342ff ; Glossner, aa0, 31f.

20) Strohbach, Handbuch, S.56ff. ; ders. Gydnia, WR1991, S.16f. ; Sandrock, German-German at 273.

ditions of Delivery of Goods / ALB-RGW)을 채택하였다.<sup>21)</sup>

이 約款(ALB/RGW)은 당사자의 意思와는 상관없이 회원국 국가간의 모든 去來에 적용되는 일종의 強行法이다. 또한 1972.5.26. COMECON 회원국 상호간의 경제, 과학 및 기술분야의 협력을 강화하기 위한 필요성에서 모스크바에서 체결된 經濟科學技術協力로부터 발생하는 民事仲裁에 의한 決定에 관한 協約(Convention on the Settlement by Arbitration of Civil Law Disputes Resulting from Economic, Science and Technical Cooperation) 이른바 모스크바協約에 가입하였고(1973.8.13) 이에 따라 마련된 회원국商業會議所附設 仲裁裁判所의 統一仲裁規則(Uniform Rules of Procedure for Arbitration Courts of the Chambers of Commerce of Member States-Uniform Rules) 적용에 참가하였다. 폴란드의 항구도시인 기디니아(Gdynia)에서 체결한 海事, 內海 국제중재재판소 설치협약(ISG 또는 IMAC)에 체코, 폴란드와 함께 1959년에 가입 하였었다.

한편으로는 에집트(1969), 예멘(1971), 폴란드(1957), 몽고(1969), 헝가리(1957), 체코(1956), 북한(1961), 중국(1960), 루마니아(1982)등과 다양한 형태의 중재판정과 집행에 관한 국가간 조약을 체결한 바 있다.

問題는 구동독이 國際法上 主體(Völkerrechtssubjekt)로서 체결한 모든 국제조약이 서독으로의 편입(Beitritt) 통일되므로 말미암아 失效되는가의 與否에 관한 국제법상의 논의가 있으나<sup>22)</sup> 이곳에선 이에 관한 獨逸統一條約(Einigungsvertrag) 제12조에 근거하여 몇 가지점만 살펴보기로 한다. 일반적으로 국제법상 주체의 몰락은 그와 체결한 국제법상의 의무도 소멸하게 된다고 한다. 동독이 1990년10월3일 독일연방공화국(서독)으로 편입함에 따라서 동독과 체결한 모든 국제조약들이 그에 따라 자동적으로 失效된다는 의미는 아니라고 본다. von Hoffmann의<sup>23)</sup> 견해에 의하면 국제조약 내용에 따라(je nach Regelungsgegenstand des Vertrages) 그 효력 상실여부를 가려야 한다고 한다. 즉, 정치적 내용의 것이라면 독일연방으로의 편입과 동시에 失效가 되지만 중재조약과 같은 양국 협정은 계속 구동독지역에 적용할 수 있다고 한다. 이와는 달리 Mansel은<sup>24)</sup> 그 효력이 당연히 停止

21) Kemper, Außenhandelsverträge, WR6/1991, S.181f.

22) Vgl. Herber, Deutsche Einheit und intern. Kaufrecht, RIW-Beil. 20/1990, S.3f. ; Starck, FAZ v.5.4.1990

23) Vgl. BGBl. 1990 II, S.885 ; Raeschke-Kessler, aa0, S.18

24) Vgl. Mansel, Staatsverträge nach der Wiedervereinigung, JR1990, S.444

되어야 한다고 주장한다.

통일조약 제12조, 제29조에 따라 독일정부는 구동독과 체결한 국제조약 당사국들에게 계약의 준수, 실효여부등에 관하여 당사자의 이익보호, 신뢰보호의 원칙 그리고 자유민주주의 법치국가의 원칙속에서 각국과 협의하고 있다.

예컨대 COMECON 회원국간에 물품인도일반약관(ALB/RGW)의 경우 ALB/RGW에 따라 계약을 체결한 시점이 독일통일전인 경우등은 계약이 유효하다고 본다.<sup>25)</sup> 특히 소련과 독일정부간의 새로운 협력협정(Kooperationsvertrag)에 의하면 1990.10.3. 이후에도 ALB/RGW (Allgemeine Lieferbedingungen der Mitgliedsländer der Rates für Gegenseitige Wirtschaftshilfe)에 의한 소련과의 관계에 있어서는 합의에 의하여 적용할 수 있다고 하였다. 베르린중재재판소(Schiedsgericht Berlin)는 앞으로도 특히 ALB/RGW 관련하여 계속적으로 중요한 東歐圈內의 중요한 常設仲裁機關으로서의 위치를 확인하면서 다른 한편으로는 중재규정을 개정하여 국제중재 뿐만아니라 국내중재 기관으로서 중재판활의 범위를 확대했다고 한다.

이외 관련하여 중요한것은 구동독지역내의 새로운 설비투자등으로 많은 국내외기업들이 관련되어 있어 그동안 축적된 중재기관으로서의 경험과 공정성(?)등이 재확인될때 東西地域仲裁센터로서도 발전 되리라고 전망된다.<sup>26)</sup>

### Ⅲ. 국제상사중재의 節次

독일중재법은 당사자자치를 원칙적으로 인정하여 상당한 범위내에서 당사자가 중재에 관하여 규정할 수 있는 권한을 허용하고 있고 중재절차의 진행에도 당사자간의 합의가 있으면 그에 따라야 하며 이와같은 합의가 없는 경우에는 중재인의 판단에 맡기고 있음이 특이할 점이다(ZPO 제1034조 2항).

국제상사중재(Internationales Handelsschiedsgerichtsbarkeit)에 관하여는 대부분 국제조약에 의해 정하고 있다. 독일의 경우에도 위에서 살펴본 바와같이 뉴-욕협약을 비롯

25) GBI(DDR) 1990T1, Nr.64, S.1629 ; Strohbach, WR1991, S.18 ; Kemper, ALB/REG, WR1991, 183

26) Vgl. Strohbach, ZAP-DDR 1991, 458에 의하여 1991.3.31. 현재 계속중인사건이 287건이며, 8월말까지 접수된 중재신청이 216건.



한 많은 중재에 관한 국제협약에 참가하고 있으며 국가간의 쌍무협정도 체결하고 있다. 물론 독일내에서 국제거래관계의 분쟁을 중재에 의해 해결하고자 할때는 국제조약외에도 독일 중재법(민사소송법 제10편)과 독일국제사법(1987개정 IPR) 규정들이 중요한 準據 法源이 된다. 그러나 1980년 개정 불란서 민사소송법(Decret 80-354 ; Artt. 1492-1507 CPC-)<sup>27)</sup>과 같은 국제중재에 관한 별도의 규정은 두지 않고 있어 입법상 흠이라는 지적을 면치 못하는 실정이다.

준거법지정과 관련하여 실무적으로 확실히 해야할 중요한 문제는 준거법의 적용에 있어서 어느협정 또는 조약이 우선적으로 적용되어야 하는가 이다. 독일의 경우 일반적으로 외국의 중재판정에 관한 중재법보다 협정이나 조약이 우선한다고 본다. 그러므로 적용의 순서도 모든 協定이 仲裁法規定보다, 兩國間의 條約(Bilaterale Abkommen)은 多國間의 協定(Multiaterle Abkommen)보다 優先하여 적용되며, 뉴욕협약(1958)이 적용 없으면 경우에 따라서는 Geneva 議定書(1923) 또는 仲裁承認協定(1927) 혹은 Geneva 歐洲協定(1961)을 적용 한다.

참고로 유럽 주요 국가들의 뉴욕協約 加入國과 加入年度는 아래와 같다.<sup>28)</sup>(괄호안의 수는 가입년도이며 이 자료는 1990.1.1. 기준한것임)

벨기에(1975), 독일(1961), (舊東獨 1975), 덴마크(1972), 불란서(1959), 그리스(1962), 영국(1975), 아일랜드(1981), 이태리(1969), 룩셈부르크(1983), 홀란드(1964), 스페인(1977), 핀란드(1962), 노르웨이(1961), 오스트리아(1961), 스웨덴(1972), 스위스(1965), 불가리아(1961), 유고(1982), 루마니아(1961), 소련(1960), 체코(1959), 헝가리(1962)등이다. EEA국가중 포르투갈과 아이슬랜드만이 아직 가입하지 않고 있다.

## 1. 중재의 합의(Schiedsvereinbarung)

국제중재를 하기 위하여는 국내중재와 마찬가지로 당사자간에 유효한 중재합의(Wirksame Schiedsvereinbarung)가 있어야 한다. 여기서 중재의 합의라 함은 당사자 雙方이 그들 사이에 私法上 발생한 분쟁을 중재에 붙여 분쟁사항의 최종처리를 맡기기로 하는 일종의 契約이다.

27) Vgl. Merger, Franz, Reform des Schiedswesen, RIW / AWD 1980, S.677ff.

28) Glossner u.a.aa0, S.206-209

중재계약의 法的性質에 관하여는 訴訟契約說도<sup>29)</sup> 있으나 중재계약의 표현된 당사자의 의사에 의하여 중재절차의 준거법이 內外 어느나라의 법률에 의하여 정할 것인가를 기준으로 하여 결정하여야 한다는 準據法說(實體法說)이 독일의 通說이다.<sup>30)</sup> 연방법원(BGH)<sup>31)</sup>도 중재계약은 소송효과를 가져오는 실체법적 계약(ein materiellrechtlicher Vertrag mit prozessualen Wirkungen)이라 하여 제국법원(RG)이<sup>32)</sup> 소송법적 관계에 관한 (über prozessrechtliche Beziehungen) 실체법적계약이라는 견해를 지지하고 있다. 그러므로 이 說에 의하면 중재에서의 준거법의 결정은 먼저 당사자의 의사에 따르고(Parleiwille) 또한 그것이 확실하지 아니한 경우에는 계약의 일반 원칙에 따라 당사자의 계약의사를 推論하여 정하여야 한다는 것이다. 이에 따라 개개의 事案에 있어서 중재계약의 성질에 적합한 합목적적인 결론을 얻을 수가 있고 국제중재의 이용을 원활하게 하는 편익이 있다. 仲裁判定의 國籍(Nationalität des Schiedsspruch)결정에 있어서도 준거법설이 학설·판례의 입장이기도 한다.

仲裁合意에는 仲裁契約(Schiedsvertrag / Submission)과 仲裁條項(Schiedsklausel / Arbitral clause)이 있다. 중재계약(compromis)은 현재 발생하고 있는 분쟁이 중재판정의 대상이 될 수 있는 내용을 말하고 중재조항(clause compromissoire)은 장래에 발생할지도 모를 분쟁에 대하여 중재에 의해 해결토록 합의한 것을 의미한다. 그러나 독일중재법은 仲裁條項이란 용어를 사용하지 않을 뿐만 아니라 제1025조 1항 및 제1026조의 중재계약(Schiedsvertrag)은 이같은 두가지 개념을 모두 포함하고 있는 것으로 이해되며 동일한 법적 효력을 인정한다.<sup>33)</sup>

독일중재법에서 이같은 중재계약이 유효하기 위하여는 당사자가 紛爭對象物(訴訟物)에 대하여 화해할 수 있는 권한이 있어야 하며 당사자일방의 경제적인 優位등으로 인한 불공평한 중재계약이 되어서는 안된다(제1025조). 그러므로 독일중재법에서 이같은 중재계약

29) Vgl. Kornblum, FamRZ 1973, S.416(423)

30) Basedow, Vertragsstatut, JbPS(Bd.1) 1987, S.5f.; Schütze, IZPR, 1985, S.215f.; Schwab/Walter, aaO, S.348; 金洪奎, 外國仲裁判定의 承認執行의 要件 및 節次, 商事 仲裁叢書22輯, 1980, 2면.

31) BGHZ 23, 200; 49, 384; 59, 26f.; Schack, IZPR, 1991, Rn.432

32) RGZ 101, 147; 144, 98

33) Rosenberg/Schwab, ZPR, 1986, 174I; Schlosser, Recht d. Int. priv. SchG., Bd.1(1975), S.249

이 유효하기 위하여는 당사자가 紛爭對象物(訴訟物)에 대하여 화해할 수 있는 권한이 있어야 하며 당사자일방의 경제적인 優位등으로 인한 불공평한 중재계약이 되어서는 안된다(제1025조). 그러므로 객관적으로는 중재가 가능한 사항이어야 하며 또 중재의 대상을 특정하지 않으면 안된다. 이는 불특정한 事案으로 상대방이 입게 될지도 모를 不利益을 방지 하자는 것이다.

독일과는 달리 불란서 민사소송법(1980. 1981개정)은 중재조항(제1443조)과 중재계약(제1449조)을 1981년 국제중재법 개정시 따로 규정하여 뉴욕협약(Art. II, 1,2)과 1961 歐洲協約 규정에 맞추어 개정하였다. 그러나 두개념을 실제 적용하는데 있어서는 아무런 차이 없어 특별한 의미가 없다고 한다.<sup>34)</sup>

다만 뉴욕협약에서 규정한 중재합의는 일정한 법률관계로 부터 발생하는 분쟁에 관한 것 이어야 하며 또한 분쟁의 대상인 사항이 중재에 의하여 해결이 가능하고 書面에 의한 합의(agreement in writing)여야 한다.

書面(Schriftform)에 의한 합의는 뉴욕협약외에도 대부분의 중재법 또는 중재규칙에서도 정하고 있는데(獨 § 1027,1 ZPO /佛 Artt. 1493 CPC /오스트리아 § 577 OZPO /ICC 의 1988년개정 중재규칙 제7조 /주리히 상공회의소 1989년개정 중재재판규정 제2조) 書面에 의해 작성된 것이며 書信, Telex(Art.1,1 EC /Art. II,2 NYC), Telefax, 電報등도 인정된다. 여기서 말하는 서면에 의한 합의는 계약서중에 중재조항이 들어 있거나 또는 당사자간에 서명되었거나 교환된 서신(Brief)에 포함되어 있어야 한다. 書面에 당사자의 서명(Unterschrift)이 필수적 요건인가에 관하여는 국내중재의 경우인 경우라면 국내법이 적용될 것이므로 당사자의 署名을 요건으로 하고 있으면 서명의 누락은 서면으로써 인정을 받지못하게 됨에 주의를 하여야 한다. 오스트리아 대법원(OGH)이 1971년11월17일 판결한 것을 보면 민사소송법(중재법) 제577조의 署名要求는 뉴욕협약이 적용(제2조)되는 국제중재에 있어서는 반드시 서명이 없더라도 당사자간에 교환된 서면이면 유효하다고 인정하였다. 이는 뉴욕협약보다 制限的인 要件을 요구하고 있는 국내법의 적용을 허용함이 뉴욕협약의 趣旨에 어긋나는 것이라보기 때문이다.<sup>35)</sup>

仲裁合意의 有效性 여부는 우선 仲裁地法(lex fori)에 의해 판단 되어지므로 독일민소법

34) Reiner, ZfRV 1986, S.163(167)

35) Reiner, aa0., S.172f. ; OGH v.17.11.71, JB1 1974, 629

제1027a조에 의해 판단 되어진다. 일단 중재계약이 유효하게 성립되면 당사자는 그에 구속되어 임의로 철회할 수 없게 된다. 유효한 중재합의는 實體法上 그리고 訴訟法上 중요한 효력을 갖게 되는데 실체법상으로 중재합의를 전제로 중재지, 중재인의 선임, 중재기관, 중재절차의 규정등에 관하여 정할 수 있고 이에 따라 중재절차가 개시되고 중재화해(Schiedsvergleich) 또는 중재판정(Schiedsspruch)으로 분쟁을 최종적으로 해결하게 된다.

또한 중재계약이 유효하게 체결된후 당사자는 이 사건에 대하여 일반법원에 訴를 提起할 수 없다(獨民訴 제274 조). 중재계약이 유효하게 存在함에도 불구하고 訴를 제기한 경우 피고는 법원에 仲裁抗辯(Schiedseinrede)을 제기하고 중재계약의 존재를 주장하면 법원은 訴訟判決(Prozessurteil)로 訴를 不適法한 것으로 보아 却下(als unzulässig abzuweisen)하게 된다. 이같은 항변은 원칙적으로 辯論開始前에 (제282, 284조)하여야 하나 그 자체가 소송요건이 아니므로 법원이 직권으로 조사해야할 사항은 아니다.<sup>36)</sup> 중재합의의 국적, 즉 어느나라의 법에 의한 중재인지는 문제되지 않는다. 그러나 영국중재법(Sect.1, Arbitration Act 1975)에 의하면 위와같은 경우 독일법이나 우리법과는 달리 법원이 그 항변에 대하여 직권으로(Amtswegen) 조사한 것이며 소송절차 진행에는 방해가 되지 않는다.

## 2. 중재인의 선임

독일에는 중재인이 될 수 있는 資格(Befähigung zum Schiedsrichteramt)에 관한 법은 없다. 自然人이면 男女 또는 内外國人을 막론하고 행위능력자이면 될 수 있다. 行爲能力은 당사자와 중재인 사이에 중재인선임계약(Schiedsrichtervertrag)체결과 관련하여 문제가 되므로 행위능력자라야 한다.

미성년자(Minderjähriger)의 경우에도 법정대리인의 同意를 받아 중재인으로서 취임할 수는 있으나 중재법(민소법 제1032조 3항)에 忌避事由중 하나인 未成年子라는 이유로 기피신청(Ablehnungsgesuch)을 할 수 있도록 되어 있어 결국 어렵게 되고 만다. 중재인의 기피사유는 민사소송법(제41조)에 규정하고 있는 법관에 대한 경우와 같으며 또 중재인이 職務遂行을 부당하게 지연시키거나 미성년자등 특정인이 중재인이 되어 있는 경우 이를 이유로하여 중재인을 忌避할 수 있도록 되어 있다(DAS, BSG 중재규칙 제8조).

36) BGHZ 68, 356 ; BGH, WM 1988, 1430 ; Glossner, u.a.aau, S.56

중재인이 기피신청에 의해 그 職으로부터 물러난 경우에도 忌避申請 以前에 행한 중재인의 행위나 중재인 面前에서 이루어진 절차는 계속 有效한 것으로 看做되며 기피신청은 장래에(nur für die Zukunft) 대해서만 효력을 가진다. 문제가 되는 것은 法人도 중재인이 될 수 있으나에 관하여 肯否定의 兩論이 있으나 대체로 긍정적이다.<sup>37)</sup> 그러나 이 경우 실제 중재인으로서의 역할은 (tatsächlich ausüben) 물론 법인의 기관이 권한을 행사하는 것으로 본다. 官廳(Behörde)과 法院(Gerichte)은 국가기관이므로 중재인이 될 수 없다. 그러나 공무원과 법관의 경우에는 감독기관의 허락을 얻은 후에 중재인으로서 취임할 수 있다.

개정(1988)된 독일중재위원회(DAS)의 중재규칙에는 단독 또는 3인으로 구성되는 중재판정부의 의장은 법조자격을 갖는자야 한다고 하였다(제3조 2항). 베르린 중재재판소(BSG)는 법률가(Jurist)라 하여 일반적 개념만 두고 자격에 관한 제한을 두고 있지 않다. 물론 일반적으로 독일에서의 법조자격자란 법과대학을 졸업한자라는 의미로 이해하면 될 것이다.

중재인의 선임(Schiedsrichterwahl)에 관하여는 원칙적으로 당사자의 중재합의에 따라 선임 되겠지만 중재계약에서 중재인의 數를 약정하지 않았다면 各當事者는 1인의 중재인을 선정한 후 그 중재인들이 議長仲裁人(Vorsitzender /Obmann)을 선정한다. 중재인간에 의장중재인에 대한 합의가 사무국의 요청을 받고도 기간내에 이루어지지 않은 경우에는 당사자의 신청으로 仲裁委員會(DAS) / 仲裁裁判所所長(BSG)이 임명한다. 중재인 선정과 관련하여 仲裁人名簿도 활용하고 있으나 이는 推薦을 위한 성격외는 어떠한 拘束力도 갖질 않는다.

독일의 常設仲裁裁判所인 Bonn에 있는 DAS나 Berlin에 있는 BSG의 중재규칙은 1988년과 1990년에 改正되었으나 중재비용에 관한 규정을 제외하고는 내용과 法條文의 順序까지도 거의 같다. 兩側 仲裁規則은 유럽의 새로 개정된 각국의 중재규정과 마찬가지로 UNCITRAL仲裁規則을 그대로 받아 드리고 있다는데 그 要因이 있다고 설명하고 있다.<sup>38)</sup>

스위스 茈理히商業會議所의 국제중재규칙(Internationale Schiedsgerichtsordnung der Züricher Handelskammer, 1989년 개정) 제10조에 의하면 議長仲裁人이 될 資格있는 者를 미리 商會회의소회장에 의해 임명해 두고 (현재 8명) 중재판정부가 구성되면 그 중에서 의장 또는 單獨仲裁人(Einzelschiedsrichter)으로 選任된다. 3인으로 구성되는 중재판정부의

37) Vgl. Schütze u.a., aa0, S.97f.

38) Schütze, DWiR, 1991, S.48 ; Schütze, u.a,aa0, S.404

배석중재인도 당사자가 중재합의로 중재인을 선임하지 않은 경우 원칙으로 議長仲裁人이 선임한다.<sup>39)</sup> 의장 또는 단독중재인은 법조인(법과대학교수, 변호사등)이 되고 배석중재인은 법조인 뿐만아니라 상인 또는 기술직등 전문인으로 한다.

스톡홀름(Stockholm) 商業會議所 仲裁院의 중재규칙(1989개정)<sup>40)</sup>은 당사자간에 중재판정부를 구성할 인원수에 대한 합의가 없는 경우에는 3인의 중재인으로 判定部를 구성하고 중재인은 당사자가 각각 한명씩 그리고 중재원에서 한명의 중재인을 선임한다(제5조). 이 경우 仲裁院에서 選任한 者が 議長仲裁人이되며 중재인 또는 의장중재인의 자격을 법조인 등으로 제한하는 것은 없다. 중재인명부(Schiedsrichterliste)는 두지 않고 원칙적으로 당사자에 의해 중재인을 선임하도록 하고 있다.

그러나 선임된 중재인은 公正하고 獨立(Unparteilichkeit und Unabhängigkeit)된 중재인으로서 판단할수 있는지에 관하여 밝혀야 한다(제6조). 국제중재의 경우 배석중재인 모두가 스웨덴인이 아닌 때에는 의장중재인은 스웨덴인으로 임명하는 것이 관례이다. 스톡홀름 상업회의소 중재원(Arbitration Institut)은 상설중재기관으로 3명의 임원으로 중재위원회를 구성하고 있다. 그중 위원장은 경제분야의 재판경력을 갖는 판사출신으로 하고 나머지 두명의 임원은 변호사출신과 경제계 출신 각 1명씩으로 구성하며 임기는 3년이다.

仲裁人을 內國人으로만 選任하던 東歐의 나라들도(예컨대 불가리아, 유고, 폴란드) 중재인으로서 外國人을 선임할 수 있다. 이는 國際商事仲裁의 專門化와 國際化의 趨世에 맞는 仲裁制度의 現代化 傾向이라 하겠다.

### 3. 準據法の 選擇과 仲裁節次

당사자는 중재의 합의를 할 경우 場所(仲裁機關포함) 뿐만 아니라 중재에 適用할 規範을 정하는 것도 대단히 중요한 것으로 유럽 대부분 나라들의 중재규칙에는 이를 당사자가 자유로히 선택할 수 있도록 하고 있다(DAS/BSG 제21조 ; ZürichSO 제4조). 그러나 중재규칙이나 중재법에 준거법의 지정에 관한 특별한 규정을 두고 있지 않은 Stockholm 중재원과 같은 경우는 스웨덴 국제사법에 의해 준거법을 정해야 할 것이므로 결국 국제사법규정에 의거 紛爭事件(Streifall)과 가장 密接한 關係(die ensten Beziehungen)가 있는 것의

39) Schütze /Wais, aa0, S.443(633)

40) Schütze /Wais, aa0, S.446f.(644)

법이 적용을 받게된다. 이러한 연유 등으로 東西貿易去來에서 소련의 貿易業體들은 契約을 가능한 소련에서 締結하기를 바라고 또 자주 스톡홀름을 중재지로 선택한 이유를 알 수 있을 것 같다.<sup>41)</sup>

중재계약에 적용할 준거법의 선택에 당사자간의 합의가 없다면 계약의 준거법을 확정하기 위해 契約締結地에 우선 연결점을 인정하게 된다는 점에 유의할 필요가 있다고 본다.

이처럼 당사자가 중재합의에서 어느 곳에서 어떤 법과 절차에 의해 중재를 할 것인가에 대하여 정하는 것은 後日 중재판정에 대한 承認 및 執行에 관한 문제도 함께 고려해 두지 않으면 아니될 중요한 사항이다. 불란서법(Art. 1494 CPC)도 역시 특별히 준거법의 지정에 대한 규정을 정하지 않고 당사자와 중재인의 자유로운 재량으로 정하도록 하고 있다.

독일국제계약법은 當事者自治(Party autonomy)의 원칙이 認定된다. 당사자는 중재계약에서 중재에 적용할 법을 선택할 수 있고 이러한 법선택의 가능성(Rechtswahlmöglichkeit)에 대하여 원칙적인 제한을 두고 있지 않지만 어떤 경우에도 외국관계를(Auslandsbeziehung) 전제로 하지 않으면 안된다. 그러므로 순수한 國內事件인 경우는 법선택의 가능성은 없게 되고 국내법이 적용된다. 당사자가 중재합의에 적용할 準據法에 대하여 확실한 선택을 하지 못한 경우에는 당사자의 默示의 意思에 따라 결정하여야 함으로 중재인은 독일의 국제사법원칙에 따라 준거법으로 지정된 법을 적용하게 된다. 준거법의 선택에 관한 당사자간의 합의는 물론 독일의 公共秩序에 反하지 않아야 한다.<sup>42)</sup>

대부분의 중재당사자는 중재에 적용할 節次規則을 합의에 의해 스스로 결정할 수 있음에도 불구하고 約定하지 아니하고 있다. 일반적으로는 仲裁合意에서 어느 仲裁機關에서 중재할 것을 정하면 곧바로 그 중재기관이 정하고 있는 중재규칙에 따라 절차가 진행되기 마련이다.

독일에서의 중재절차는 당사자가 만약 다른 중재기구의 중재규칙을 적용하기로 합의를 한다면 그에 의해 절차가 지켜 진다. 예컨대 베르린중재재판소(BSG)에서 政治的 中立國으로 동서貿易센터로서 많이 이용하는 오스트리아 빈의 연방경제회의소 중재재판소의(Schiedsgericht bei der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft in Wien) 1983년 개정 중재규칙을 적용하는 것은 가능하다고 본다. 다만 이러한 경우에는 事前에 중재규칙

41) Vgl. Schütze, u.a.aa0, S.314, Fn.121 ; S.442, Fn.37

42) Reitmann /Martiny, Int. Vertragsrecht, 3. Aufl. 1980, Rn.114

을 入受하여 법원의 協力, 예컨대 중재인 忌避에 대한 判斷, 중재판정에 대한 실현등의 문제점은 없는지 검토 되어야 할 것이다. 당사자간에 절차에 관하여 합의가 없는 경우 중재인은 재량에 의하여 절차를 정할 수도 있다. 일단 중재기관을 정하고 중재규칙에 합의하면 중재의 모든 당사자는 이에 구속된다. 그러나 仲裁節次에서 다음과 같은 사항은 遵守하지 않으면 안될 규정으로 민사소송법은 정하고 있는데,<sup>43)</sup> 1) 당사자에게 主張과 立證의 충분한 기회(Freibeweis)가 주어져야 하며 또 審問請求權이 (Rechtliches Gehör)보장되어야 하고, 2) 辯護士의 代理(Prozeßbevollmächtigte)가 인정되어야 하며, 仲裁判定部는 事實關係를 調査할 수 있는 權限 (Beschränkter Untersuchungsgrundsatz)이 인정되어야 한다 (민소법 제1034조). 중재판정부가 證據調査등을 위하여 당사자에게 출석을 명하거나 임의 출석한 證人에게 陳述을 요구할 수 있으나 중재인에게는 이들에게 宣誓를 시킬 권한은 인정되지 않으므로(제1035조) 이를 위하여는 관할법원의 협력을 필요로 한다.

당사자는 또한 仲裁人이 法 또는 衡平의 原則(Rechts- oder Billigkeitsentscheidung)에 따라 결정할 것을 요구 할 수 있다(BSG /DAS 중재규칙 제21조3항). 友誼的 仲裁人으로서 결정할 권한을 부탁받지 않았음에도 불구하고 중재인이 任意로 衡平에 따라 (ex acq-uo et bono, amiable compositeur)내린 중재판정은 민사소송법 제1041조에 의하여 취소될 수 있다.

#### 4. 仲裁判定의 承認 및 執行

1) 仲裁節次는 審問이 종결되고 仲裁人에 의해 判定이 내려 졌을때 끝난다. 仲裁判定은 중재합의에 별도의 규정이 없으면 중재인의 多數決에 따라 그 내용이 결정되며, 仲裁判定 (Schiedsspruch)은 書面으로 작성되어야 한다(ZPO 제1038-1039조). 중재판정은 最終的이며 당사간에 있어서는 法院의 確定判決과 同一한 效力이 있다(ZPO 제1040조 /DAS, BSG중재규칙 제25조). 仲裁判定文에는 判定의 理由를 기재하고<sup>44)</sup> 判定日字의 記載와 함께 全仲裁人의 署名을 要한다.

問題는 다수결에 의해 결정은 되었으나 仲裁人中에서 한사람이 署名을 拒否한 경우에는

43) Glossner, aaO. S.179 ; 金洪奎, 前掲書, 6面이하.

44) Bühler /Waitz, IPRax 1990, S.62, 64 ; BGH, BB1972, S.1295



그 효력이 발생할 수 없게 되므로 民訴法 제1039조를 改正하여<sup>45)</sup> 決定에는 參加하였으나 署名을 拒否한 경우에 議長仲裁人이 이 事實을 判定文에 記載하고 나머지 두명의 서명으로도 효력을 갖게 하였다(DAS /BSG 중재규칙 제23조 제2항 /Stockholm 중재규칙 제28조도 동일함 /Zürich 중재규정 제47조는 議長仲裁人 署名만으로도 有效). 判定文은 당사자에게 送達되어야 하며 管轄法院에 제출하여야 한다.<sup>46)</sup>

불란서 民訴法은 중재판정과 同時에 既判力(Rechtskraftwirkung)을 갖는다고 (Art. 1476, 1500 CPC)하였으나, 오스트리아 民訴法(제594조2항)은 仲裁人에 의해 既判力 있음을 書面으로 證明(Rechtskraftbestätigung)해야 하는 절차 때문에 중재인이 이를 拒否한 경우에 證明書 發給이 어렵게 되어 그 救濟方法등 문제점이 제기되어 1983년 이를 개정 (ZVN)하였다. 현행법은 이를 單純化하여 多數의 署名만으로도 가능하게 하여 독일 民訴法 제1039조 1항 /이태리 民訴法 제823조3항과 유사한 규정을 두어 개선하였다. 대부분의 중재판정이 既判力만을 認定하는데 비하여 오스트리아법은 執行(Vollstreckbarkeit)까지 인정된다는 점에 특징이 있다(OZPO 제594조2항). 그러므로 중재판정을 법원에 제출해야 한다거나 執行宣告를 별도로 받아야 할 필요는 없다(OZPO 제593조1항).<sup>47)</sup>

仲裁는 또한 仲裁申請人의 拋棄, 和解에 의해서도 종결된다. 화해는 당사자가 중재인 앞에서 분쟁을 화해에 의해 종결한다는 합의로써 이루어지고 이를 반드시 書面으로 作成하여야만 한다. 調書(Protokoll)와 같은 일정한 형식은 없으나 書面에는 仲裁人과 當事者들이 署名하여야 하며, 서명과 함께 和解 成立日字를 기입하여 管轄法院에 제출하지 않으면 (ZPO 제1044a조1항) 중재화해가 아닌 法院外에서의 和解(Außergerichtlicher Vergleich) 즉, 一種의 私的契約으로 밖에 認定되지 않게 되어 仲裁和解의 認定이나 執行을 하기 위해서는 문제가 된다.

독일에는 仲裁判定에 대한 上訴 또는 再審에 의한 救濟方法은 없다. 仲裁判定의 내용 진실여부등을 들어 取消할 수는 없으나 民訴法 제1041조에 규정된 取消事由가 있으면 중재에서 敗한 當事者가 管轄法院에 仲裁判定取消의 訴를 (Aufhebungsklage) 제기할 수 있다. 법원은 判定의 내용사실에 관한 심사는 할수 없고 다만 중재판정의 形式的 有效與否에 대해서만 판단하게 된다. 取消事由들은 중재판단이 유효한 仲裁契約에 根據하고 있는지, 節

45) Locher, BB 1988, 78f. ; Basedow, aa0, S.3 ; Sandrock, JZ 1986, 37ff.

46) BGH NJW 1986, 1436=RIW1985, 970

47) Vgl. Krilyszyn u.a.aa0, S.241

次는 適法했는지, 公序에 反하지 않았는지, 訴訟代理는 可能하였는지, 審問請求權은 保障되었는지 등이다. 當事者들은 仲裁判定取消의 訴를 排斥하는 합의는 할 수 없다. 改正된 스페인의 仲裁법은(Ley 36 /1988 de 5 de diciembre.de arbitraje)<sup>48)</sup> 仲裁판정은 仲裁節次가 시작된 後 6개월내에 書面에 의하여 내려져야 하며 (제22조) 判定문은 公證人에 의한 公證을 받아 당사자에게 送達되어야만 확정된다. 判定理由記載는 法的判斷(Rechtsentscheidung)인 경우에 한하고, 期間이 遵守되지않은 判定등에 관한 取消事由가 있는 때에는 判定을 내린 管轄地域의 高等法院(Audiencia Provincial)에 仲裁判定取消의 訴를 提起하여야 한다. 東歐國家들의 仲裁에서는 仲裁판정문을 법원에 제출하거나 보관하는 規定이 없다고 한다.<sup>49)</sup>

2) 仲裁判定은 당사자간에는 법원의 確定判決과 같은 效力(ZPO 제1040조)을 갖기 때문에 敗訴한 당사자는 그에 따라 義務履行을 하여야 한다. 만약 敗訴한 當事者가 스스로 仲裁判定을 履行하지 아니하면 債權者는 管轄法院에 強制執行申請을 하여 執行判決(Vollstreckbarerklärung)을 받아야 한다(ZPO 제1046조).

國內仲裁이거나 外國仲裁이거나 원칙적으로 仲裁判定 그 자체는 執行力を 가지지 않기 때문에 법원의 執行判定을 받아 비로소 집행력이 생긴다(제1044조).<sup>50)</sup> 그리하여 各國은 오래전 부터 이를 위해 國內法에 또는 多國間, 兩國間의 國際協約 또는 條約을 체결하여 外國 仲裁判定의 承認 및 執行의 保障에 관한 노력과 協력을 계속해 왔다. 獨逸聯邦共和國은 물론 舊東獨도 1958년 外國 仲裁判定의 承認과 執行에 관한 뉴욕協約과 1961년 國際商事仲裁에 관한 歐洲協約의 當事國이다.

우리나라의 仲裁法이나 民事訴訟法에는 外國 仲裁判定의 承認과 執行에 관하여 明文의 規定을 두고 있지 않기 때문에 國際條約이 없는 限 條理에 의할 수밖에 없으나, 獨逸法은 외국중재판정의 執行許容에 관하여 民事訴訟法 제1044조에 內國判定과 같은 執行節次가 적용된다고 規定하였다. 中재판정에 대한 承認과 執行은 집행이 실시될 지역의 管轄法院에 속한다. 이 경우 外國 仲裁判定이 當該 外國法에 의하여 有效한 判定이 아닐 때에는 집행선고를 할 수 없으며 또한 외국중재판정이 독일의 公序(ordre public)에 反하거나 節次의 保障등 仲裁判定取消의 事由가 있는 경우에는 집행판결을 할 수 없다. 대부분의 유럽국가들

48) Vgl. Cremades, aa0, S.29f.

49) Strobach, Schiedsgericht, WR 5/1991, S.152

50) Glossner, aa0, S.175f. ; 崔公雄, 國際訴訟 1988, 413面.

이 외국판정의 집행선고 요건으로 들고 있는 公序留保의 개념은 내국적 법률개념만으로 그 判斷基準을 정한것이므로 보다 各個의 具體的인 경우에 따라 그 기준을 정해야 할 것이며 포괄적인 價値充足基準(Wertausfüllungsmaßstab) 위에서 適用되어야 할 문제로 본다.<sup>51)</sup> 독일에서는 국가나 경제규범에 不當하게 위반하거나 심히 公평성에 반하는 경우에 한하여 적용할 수 있다고 본다. 예컨대 중재절차에서 중재인 선임의 재량이 보장되지 않았던 코펜하겐의 糧穀및 飼料商仲裁所의 중재에 의한 판정에 대한 판단에서 중재인의 忌避가 받아지지 않는 중재절차였음은 법치국가의 公序에 反하는 절차였다고 한다.

3) 仲裁判定의 法的性質을 準據法說에 따라 설명하는 견해에서는 內外國仲裁判定의 구별이 실질적으로 없으므로 중재판정의 승인이나 집행에 관한 절차적문제는 國內節次法에 따라 類推適用 되어야 하리라고 본다.<sup>52)</sup> 그리하여 獨民訴法 제1044조1항은 準據法에 따라 拘束力 있는 외국중재판정은 특별히 國家間的 條約이 없는 限 內國의 중재판정에 대하여 규정된 절차에 의하여 집행선고를 한다고 하였다.

중재판정에 대한 執行의 宣告 또는 取消은 仲裁判定의 國籍(Nationalität von Schiedsspruche)에 따라 다르다.<sup>53)</sup> 독일중재판정 또는 內國判定만이 독일 法院에 의해 取消(Aufhebung) 될 수 있다.<sup>54)</sup> 외국중재판정은 독일 법원에 의해 취소할 수 없고 다만 독일에서의 중재판정에 대한 집행선고만을 拒否할 수 있을뿐이다. 그러므로 외국중재판정에 대하여 집행을 허용할 수 없는 경우에는 외국중재판정을 취소하는 것이 아니고 다만 독일내에서 承認을 하지 않으면 된다. 國內法院에서 외국중재판정에 대한 취소의 訴는 許容되지 않는다.

독일에서의 通說에 의하면 民事訴訟法上的의 외국중재판정은 외국절차법이 적용된 경우라고 보고 外國의 개념은 國法(Staatsrecht)上的의 개념이 아닌 訴訟法에 있어서의 판단 기준이라고 한다.<sup>55)</sup> 국제중재의 실무이론가로 유명한 Glossner박사의 견해로는 결국 內外國仲裁의 판단기준은 어느나라의 절차법을 중재절차에 적용했느냐에 따라서 결정된다는 것이

51) Vgl. BGHZ 27, 254 ; 98, 73 ; BGH NJW 1986, 3027 ; Schlosser ZZZ 93(1980), S.121ff. ; Schütze u.a, aa0, S.352 ; 金洪奎, 外國仲裁判定...16面

52) Schlosser, aa0, Bd.1, S.245 ; Schwab/Walter, aa0, S.353

53) Nagel, IZPR, 1980, S.380 ; BGHZ 21, 365=JZ 1957, 26

54) Slossner, u.a, aa0, S.168(Rn.491)

55) Schütze/Wais, aa0, Rn614 ; Strohbach, WR1991, S.153 ; BGHZ 21, 365 ; 96.40=RIW1985, 970

다. 예를들면 두 외국당사자가 독일내에서 중재절차에 관한 합의가 없고 또는 하지 못하여 독일중재법을 적용하여 판정이 내려졌다면 독일법원의 입장에선 內國判定인 것이다. 그러므로 두 독일회사가 Paris에 있는 ICC-국제중재재판소에 중재신청을 하고 독일중재법(民訴法)을 적용했다면 독일법원으로서도 내국중재판정으로 본다든 것이다.

다른 한편 독일은 뉴욕協約등에 加入國으로서 뉴욕협약을 원칙적으로 우선 적용한다. 뉴욕협약은 원칙적으로 중재판정의 承認 및 執行의 要求를 받은 國家以外의 國家領土內에서 내려진 판정으로서 자연인 또는 법인간의 분쟁으로 부터 발생하는 중재판정의 承認 및 執行에 적용된다. 또한 이 협정은 판정의 승인 및 집행의 요구를 받은 국가에서 內國判定이라고 認定되지 아니하는 중재판정에도 適用된다고 하였다.

뉴욕協約에 따라 外國仲裁判定의 承認과 執行을(Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche) 구하는 경우에는 이 협약보다 制限的인 要件을 정한 조약이나 국내법의 規定은 적용할 수 없고 이 협약보다 寬大한 要件을 定한 범위안에서만 그 적용이 인정되므로 당사자들 입장에서는 뉴욕협약에 따라 외국중재판정의 승인과 집행을 구하는 것이 위에서 살펴본 독일仲裁法(민사소송법 제10편) 절차에 의해 승인을 받고 또 집행을 구하는 것보다 容易하게 된다. 그러나 執行의 要件에 관하여 뉴욕협약가입국으로서 이 협약에 따라 規律되지만 그 執行節次는 執行國의 執行節次에 따라야 함은 위에서 살펴본 바와 같다.<sup>56)</sup>

뉴욕협약은 1990년1월1일 현재 83個 國家가 加入하고 있으며 대부분의 유럽경제지역(EEA) 회원국들이 참여하고 있다.

#### IV. 맺는 말

이상에서 概略的으로 통일후의 독일仲裁制度에 관하여 살펴 보았다. 독일의 중재는 法을 바탕으로 하면서도 유연성 있고 국제화된 제도의 운영속에서 발전해 왔다. 우리의 중재제도도 그 필요성은 인정하면서도 國內的인 司法的 思考속에서 개방되지 못하고 閉鎖的인 제도적 모습을 仲裁法이나 仲裁規則에서 까지 찾아볼 수 있다. 유럽국가들에서 보는 바와 같

56) 高範俊, 國際商事仲裁法解義, 大韓商事仲裁院 1985, 117面以下; 崔公雄, 前掲書, 412面; Glossner/Bredow/Bühler, aa0, S.175f.

이 우리 중재제도의 국제화를 위해 UNCITRAL Model-law나 UNCITRAL仲裁規則을 과감하게 검토 도입하여 중재제도의 현대화를 추진해 나가야 할 것이다. 중재의 장점으로 신속성과 저렴한 비용이 든다. 그러나 반드시 값싼 중재만이 좋다는 의미로 받아드려서는 안될 것이다.

「仲裁는 私法上의 분쟁을 仲裁人에 의해 해결하는 수단이므로 결과도 역시 적정한 판단에 의해서만 승복될 수 있을 것이다」 이를 위하여 公正한 판단으로 信賴를 쌓아 나가야 할 仲裁人의 훈련도 중대한 우리의 課題라고 생각한다.