

국제상사중재절차 문제에 있어 당사자자치의 원칙 -

UNCITRAL 모델법과 스코틀랜드의 법을 중심으로

김 선 표*

- I. 서 론
- II. 당사자자치 원칙의 개념과 의의
 - 1. 당사자자치의 의미
 - 2. 당사자자치의 원칙에 제한이 있는가?
- III. 당사자자치 원칙에 대한 제한
 - 1. 근본적 제약
 - 2. 중재지법(Lex Arbitri)
 - 3. 중재장소의 법정책(Public Policy)
 - 4. 당사자의 사전합의
- IV. 당사자자치에 대한 심사
 - 1. 이의신청
 - 2. 중재판정 배제신청
 - 3. 중재판정 거부신청
 - 4. 당사자자치의 심사의 법적 복잡성
 - 어떤 법원에 절차를 심사할 관할권이 있는가?
- V. 중재장소와 중재절차

I. 서 론

중재법원은 당사자의 합의에 의하여 세워진 사적 법원(private tribunal)이다.

* 외무부 국제법규과 사무관.

당사자간 합의가 없이는 중재법원이 구성될 수 없다.

중재법원의 성립만 당사자의 합의에 의한 것이 아니다. 중재의 절차 또한 당사자의 합의에 의하여 행해지게 된다. 즉 국가법원이 위로부터 주어진 법과 규칙에 따라 그 절차가 진행되는 데 반해 중재법원은 당사자의 합의로부터 나오는 규칙에 따라 그 절차가 진행되는 데 중재법원과 국가법원의 근본적 차이가 있다고 하겠다.

특히, 국제상사중재의 경우 당사자자치의 원칙은 중재장소가 어디냐에 관계없이 당사자의 필요에 맞게 절차를 선택할 수 있다는 장점이 있어 더욱 중요하게 생각된다. UNCITRAL 모델법 역시 제19조에서 당사자자치 원칙을 규정하고 있는데 이 규정은 모델법에서 가장 중요한 조항으로 보인다.

본고에서는 국제상사중재에 있어서의 당사자자치의 원칙과 그 한계 그리고 중재의 장소와 당사자자치와의 관계를 논하고자 한다.

II. 당사자자치 원칙의 개념과 의의

1. 당사자자치의 의미

국가법원의 소송에 있어서는 절차규칙은 법과 법원의 규정 등에 의하여 주어지고 소송의 당사자는 이에 따를 것이 요구된다. 그러나 중재절차에 있어서 당사자는 절차규칙을 작성할 수 있고 이렇게 만들어진 규칙은 중재판과 당사자를 중재가 행해지는 동안 구속하게 된다.

중재절차에 관하여 합의할 수 있는 당사자의 자유는 이미 만들어진 중재규칙을 선택하거나 증거관련 규칙을 선택할 수 있음을 물론 포함한다.

모델법 제19조 2항은 다음과 같이 당사자자치의 원칙을 확립하고 있다.

“본법의 규정에 따를 것을 조건으로 당사자는 중재법원이 소송을 진행함에 있어 따라야 할 절차에 합의할 자유가 있다.”

상기 19조 1항은 당사자들이 UNCITRAL 중재규칙과 같이 한 세트의 규칙을 중재의 절차로 사용할 것을 합의할 수도 있고, 어떤 나라의 법체제의 절차법

을 빌려올 수도 있고 또는 포괄적으로 하나의 법체제나 규칙이 아닌 특정 일부만을 필요에 맞게 적용할 것을 합의할 수도 있음을 의미한다.¹⁾

이렇듯 모델법에 있어서의 당사자자치의 원칙은 당사자 자신들의 특별한 필요, 친숙성, 지식 등에 따라 자유로이 절차를 택할 수 있음을 의미하는 것으로 예컨대 대륙법계 계통의 나라가 중재장소라 할지라도 보통법(common law)계의 관습을 따를 수도 있음을 의미한다. 이러한 광범위한 당사자자치의 원칙은 중재장소 또는 중재관의 법적 배경 등에 관계없이 당사자가 선택한 절차에 의해 중재가 행해질 수 있게 하기에 효율적인 국제상사중재를 위하여 대단히 중요한 것으로 보인다.

이러한 당사자의 원칙은 제도적 중재(institutional arbitration)의 경우보다 수시적 중재(*ad hoc* arbitration)의 경우에 더 중요한 것이다. 왜냐 하면 제도적 중재의 경우에는 특정기관 예컨대 ICC의 절차를 따르면 되지만 수시적 중재의 경우에는 당사자 스스로 절차를 하나부터 열까지 만들어 나가야 하기 때문이다.

이러한 이유 때문에 UNCITRAL 사무국에서는 모델법의 제19조(당사자자치의 원칙)와 제18조(당사자의 동등대우원칙)는 중재규칙에 있어서 마그나 카르타라고 한 바 있다.²⁾

오늘날 당사자자치의 원칙은 널리 인정되는 것으로 보인다. ICC규정 제11조에 보면;

“중재관 앞에서의 절차를 규율하는 규칙은 본규칙으로부터 나온다. 그리고 규칙에 규정이 없으면 당사자가 정하고 당사자가 못 정하면 중재관이 정한다.”

라고 규정되어 있다.

런던국제중재법원(LCIA: London Court of International Arbitration)의 규칙 제5조 1항은 규정하기를;

1) Seventh Secretariat Note, cited by H. Holtzman & J. Neuhaus in *A Guide to The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, p.565.

2) H. Holtzman & J. Neuhaus, p.565.

“당사자들은 중재절차에 합의할 수 있으며, 또 그렇게 하도록 권장된다.”
라고 규정하고 있다.

당사자자치의 원칙이 이렇게 중재절차에 있어서 절대적으로 중요하기에 당사자의 원칙에 부합되지 않게 진행된 절차로부터 나오는 중재판정은 set aside 되거나 거절(refused)된다. 이에 관하여는 뒤에 자세히 언급토록 하겠다.

2. 당사자자치의 원칙에 제한이 있는가?

모델법의 제19조의 규정만 가지고서는 당사자가 절차규칙을 합의하는 데 있어서 어떤 시간적 제약이 있는지는 분명하지 않다. 이 문제는 모델법 성안 당시 검토되었고 Working Group은 당사자자치의 원칙이 중재 내내 계속되는 것으로 해석하였다.³⁾

물론 당사자자치의 원칙이 원칙적으로는 지속적인 것으로 간주되기는 하지만 실제 중재에 있어서는 이와 관련해서 몇 가지 어려운 문제가 제기된다.

첫째, 중재가 한참 진행되고 있는데 당사자들이 새로운 절차규칙을 작성하였다고 가정해 보자. 만약 이 때 중재법원이 이 새로운 규칙을 달갑지 않게 생각한다면 어떻게 할 것인가? 중재법원은 이 새로운 규칙을 따라야 할 의무가 있는가?

둘째, 모델법 제19조는 만일 당사자간에 절차문제에 관하여 합의가 없으면 중재법원이 그 부족분(gap)을 메운다고 규정하고 있는데, 만일 중재법원이 어느 시점에서 당사자간에 그 부족분에 대해 합의가 없다고 결론짓게 되면 그 이후에도 당사자원칙은 계속되어 당사자들은 중재규칙에 새로이 합의할 수 있는가?

셋째, 당사자들과 중재법원이 당사자들이 절차규칙에 합의할 수 있는 시한(time limit)에 합의하였다고 가정해 보자. 이 때 만일 시한이 지난 다음에 절차규칙에 합의하였다면 이 규칙은 유효한 것인가?

3) H. Holtzman & J. Neuhaus, p.566

이상과 같은 문제점에 관하여 다음과 같이 보는 것이 일반적이고 또 합리적인 것으로 보인다.

첫째, 중재가 진행되고 있는 도중 당사자들이 새로운 규칙에 합의하였다고 하여도 중재관과 당사자 사이에 중재가 시작되기 전에 향후 있을 수 있는 새로운 규칙에 대하여 합의가 없었다면 중재관들은 새로운 규칙에 따를 의무는 없는 것으로 인식된다.

둘째 문제, 즉 중재법원이 당사자 합의의 부족분을 메울 수 있는 시기에 대하여는 의견이 분분하다. 따라서 이상적인 방법은 당사자들과 중재관들이 합의하여 당사자들이 보충적규칙에 합의할 수 있는 시기에 대하여 합의해놓는 것이 바람직하다. 아니면 중재관의 입장으로는 일단 당사자들이 초기단계에 전반적인 절차규칙에 합의하면 중재법원이 그때 그때 필요할 때 당사자들이 합의하여 놓은 절차의 부족을 보충토록 하도록 당사자들과 합의해놓는 것이 편한 짐이 있을 것이다.

셋째 문제, 즉 당사자들이 당사자들과 중재관들 간에 합의해놓은 시한이 지난 다음에 합의해놓은 지각합의의 효력도 확실히 분명한 것은 아니다. 만일 당사자들이 이 지각합의를 인정하면 다행이지만 인정하지 않으면 어찌할 것인가? 이 문제에 대한 접근은 법적 배경을 달리하는 사람마다 다를 것이다. 필자가 보기에 이 지각합의는 중재법원이 자발적으로 이 합의를 받아들이지 않는 한 무효인 것으로 보인다. 즉 당사자들과 중재법원 사이에 합의한 시한을 넘겨서 당사자들에 의해 합의된 규칙을 중재법원이 따를 의무는 없는 것으로 보인다.

III. 당사자자치 원칙에 대한 제한

1. 근본적 제약

당사자자치가 국제상사중재에 있어서 근본적인 원칙이라 하지만 당사자자치의 원칙을 제약하는 다른 원칙들이 있다. 다른 원칙들이란 당사자 기회균등의 원

칙과 당사자가 제3자에 대하여 한 합의의 무효성이다.

이런 원칙들은 계약법 등의 기본원리에서 나오는 것으로 특히 모델법에만 국한되는 것은 아닐 것이다.

(1) 당사자의 기회균등

당사자를 균등하게 다룬다는 것은 모든 사법제도에 공통되는 것일 것이다. 절차적 측면에서 균등한 기회란 각 당사자가 법원 앞에 자기의 주장을 제기할 수 있는 충분하고도 균등한 기회를 의미한다. 만일 각 당사자가 자신의 주장을 펼 수 있는 공평하고도 충분한 기회를 부여받지 못했다면 법원은 올바른 결정을 내릴 수 없기에 사법절차에 있어서 당사자의 기회균등은 매우 중요한 것으로 생각된다.⁴⁾

이러한 원칙은 중재절차에 있어서도 똑같은 중요성을 가지는 것으로 생각된다.

UNCITRAL 모델법도 이 원칙을 규정하고 있다. 모델법 제18조는,

“각 당사자는 균등하게 대우 받을 것이며, 자신의 주장을 펼 수 있는 완전한 기회를 부여받아야 한다.”라고 규정하고 있다.

이 18조는 UNCITRAL 중재규칙 제15조에 근거하고 있다고 전해진다.⁵⁾ 중재규칙 제15조는 규정하기를;

“당사자들이 균등하게 대우받고 절차의 각 단계에서 각 당사자가 자신의 주장을 펼 수 있는 완전한 기회를 부여받는다면, 이 규칙에 따를 것을 전제로 하여 중재법원은 그 스스로가 적절하다고 보는 방법으로 중재를 진행시킬 수 있다.”

만일 당사자자치의 원칙(제19조)에 따라 당사자가 합의한 절차가 당사자균등 및 완전한 기회보장원칙(18조)에 어긋난다면 어떻게 되겠는가? 제18조가 제19조를 무효화할 수 있겠는가?

4) A. Redfern & M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, p.293.

5) Fraser P Davidson, *International Commercial Arbitration-Scotland and the Model Law*, p.94.

물론 모델법이 기회균등의 원칙을 인정하고 있지만 그렇다고 해서 기회균등의 원칙이 당사자자치의 원칙과 충돌하였을 때 기회균등의 원칙이 당사자자치의 원칙에 우선한다고 단정지을 수는 없다. 모델법에서 이에 대한 직접적인 대답을 찾을 수가 없다. 그러나 간접적인 대답은 찾을 수가 있다. 모델법 제34조 2항 a. (iv)를 보면 다음과 같이 규정되어 있다.

“만일 당사자가 다음의 증거를 제시하는 경우에 한하여 중재판정은 set aside 될 수 있다……

iv. 당사자간의 합의가 그것이 위반할 수 없는 본법의 규정에 어긋나지 아니 하는데도, 중재법원의 구성 또는 중재절차가 당사자의 합의에 어긋난 경우.

상기 제34조는 비록 당사자합의라 할지라도 그것이 위반할 수 없는 강행적 요건(mandatory requirement)이 있음을 의미한다. 제18조의 기회균등의 원칙은 강행적 요건으로서 제19조의 당사자의 원칙을 제한한다고 보여진다.

뉴욕협약 또한 중재절차에 있어서의 강행적 요건으로서 균등대우의 원칙을 인정하고 있다. 뉴욕협약 제5조 1항 (b)를 보면, “중재판정의 승인과 집행은…… 만일 패소한 당사자가……(중재절차에서) 자신의 주장을 펼 수 없었다면 거부될 수 있다.”라고 규정되어 있다.

(2) 제3자에 관한 당사자간의 유효치 못한 합의

중재법원이란 두 당사자간의 계약에 의하여 만들어진 어디까지나 사적인 법원이기 때문에 관련 중재법이 특별히 허락하지 않는 한 중재법원은 제3자가 중재절차에 출석하도록 명령을 내릴 수가 없다.

계약법의 기본원칙적 관점에서 본다면, 당사자가 제3자로 하여금 자신들을 위하여 어떤 의무를 부담케 하는 합의는 할 수 없다는 것은 당연한 일인 것이다. 만약 당사자가 그러한 합의를 한다면 그러한 합의는 절대무효(null and void)인 것이다.

따라서 역시 계약인 중재계약의 당사자들이 제3자에게 의무를 부과하는 절차, 예컨대 자신들의 중재절차를 위해 문서를 제출케 한다거나 증거를 제시하라

는 등의 것에는 한의를 할 수 없는 것이다. 당사자자치의 원칙을 가지고 제3자 중재를 위해 무엇을 하게 하는 것은 할 수 없는 것이다.

중재절차에의 제3자의 참여는 그것이 예컨대 문서의 제출이든 혹은 증거의 제시이든 간에 보통 중재지 법원의 협조를 얻어서야 비로서 강제할 수 있는 것이다.”

만약 당사자들이 제3자로 하여금 중재절차시에 증거를 제시토록 강제하는데 합의하였고 제3자가 증거를 제시하였다면 어떻게 되는가? 만일 그 제3자가 그러한 강제적 규칙이 무효인 것을 알았고 또 제3자가 증거제시를 거부하였을 경우에도 위협의 존재가 없었는데 자발적으로 나와 증거를 제시하여 주었다면 문제는 없을 것이다. 그러나, 만약 그 제3자가 증거를 제시하도록 위협을 받았다면 그 증거는 무효가 될 것이다.

2. 중재지법(Lex Arbitri)

중재지법이란 중재절차를 규율하는 것으로 보통 중재절차에 있어서 강행적 요건(mandatory requirement)을 규정한다. 따라서 중재지법은 절차문제에 있어서의 당사자자치에 영향을 미친다. 당사자들은 중재지법의 강행요건을 준수하여야 한다. 만일 준수치 않으면 법원, 보통 중재지에 있는 법원에 의해 그 중재의 판정이 set aside 될 수 있기 때문이다.⁶⁾

(1) 중재지법으로서의 모델법

모델법은 만일 중재지법으로 채택된다면 강행적 요건을 가지고 당사자자치를 제약한다. 그러던 당사자가 벗어날 수 없는 모델법에 있어서의 강행적 규정은

6) A. Redfern & M. Hunter, p.294.

7) Since the law of place of Arbitration is usually chosen as lex arbitri, the court which might order to set aside an award will be the court of place of arbitration in most cases. However, in case where the parties choose a law other than the place of arbitration as lex arbitri, the court may be a court other than the place of arbitration.

무엇인가? 이에 대한 답은 사람마다 다를 수 있을 것이나 모델법 주석(Analytical Commentary)은 강행적 요건으로서 다음을 열거하고 있다.⁸⁾

① 제18조 : 당사자들의 균등대우 규정

② 제23조 1항 : 소장과 변론의 작성에 있어서 기본적 요건들, 즉 사실관계, 쟁점사항, 소의 목적 등.

③ 제24조 2항 : 물건 기타 서류의 조사를 위한 중재법원의 심리나 회합 등에 관하여 당사자들이 충분히 사전에 통지를 받아야 함을 요구

④ 제24조 3항 : 일방 당사자에 의해 중재법원에 제출된 모든 진술, 서류, 기타 정보가 타방 당사자에게 전달되도록 할 것이며 동시에 중재법원이 그 결정에 참고한 전문가의 보고서나 증거서류가 양 당사자에게 공히 전달되도록 할 것.

⑤ 제27조 : 중재법원이나 중재법원의 허락을 받은 당사자가 관할법원(스코틀랜드의 경우는 Court of Session 이나 Sheriff Court)에 증인청취에 있어서 조력을 받는 것이 가능하여야 할 것.⁹⁾

⑥ 제30조 2항 : 중재판정은 그것이 중재판정이라고 표기할 것.

⑦ 제31조 1항 : 중재판정은 서면으로 작성하고 중재관의 서명이 있을 것.

⑧ 제31조 3항 : 중재판정에는 날짜와 중재장소를 표기할 것.

⑨ 제31조 4항 : 서명된 중재판정의 1부가 각 당사자에게 전달될 것.

⑩ 제32조 : 중재절차는 최종판정이나 또는 중재절차를 끝낸다는 중재법원의 결정으로만 종결됨.

⑪ 제33조 2항, 4항, 5항 : 중재법원은 중재판정의 사소한 착오(사무착오 또는 오타 등)에 관하여 당사자의 요구나 또는 그 스스로의 주도로써 그것을 정정하거나 또는 판정을 해석할 수 있음.

(2) 다른 중재지법

모델법이 중재지법으로서 당사자자치의 원칙을 규율하듯이 다른 중재지법들

8) A/CN9/246, para.3 as quoted by W. Green in *International Commercial Arbitration* p.99

9) What if the parties choose Scottish version of Model Law as lex arbitri for their international arbitration which is held in London, and ask the Court of Session for assistance in taking evidence? Can Scottish Court intervene applying its law?

도 비슷하다. 예를 들어 프랑스 민법은 당사자자치의 원칙을 다음과 같이 규정하고 있다.¹⁰⁾

“달리 당사자가 중재계약에 규정해놓은 바가 없으면, 중재관은 국가법원의 소송절차에 얽매임 없이 중재절차를 정한다.”

프랑스 민법은 이렇게 중재지법으로서 당사자자치를 규정하고 동시에 소위 ‘민사소송의 지도원리(guiding principles in civil litigation)’는 언제나 중재절차에도 적용된다고 하여 당사자자치를 제한하고 있다.

3. 중재장소의 법정책(Public Policy)

물론 당사자들은 중재장소의 법 이외의 법을 중재지법으로 선택할 수 있지만 중재절차는 중재장소의 절차적 법정책의 제한을 받게 된다. 따라서 당사자자치의 원칙이 중재에 있어서 보장된다 하여도, 당사자들은 중재지에서 시행중인 절차적 법정책을 따를 의무를 갖게 된다.

바람직하기는 당사자들이 중재장소를 어느 나라로 할 것인지 선택하기 이전에 먼저 그 나라의 법정책을 살펴보는 것이 바람직할 것이다. 그러나 어느 나라의 중재관련 법정책을 파악해본다고 그 나라의 중재법조문을 읽어본다고 해도 쉽게 파악되는 것이 아니기에 중재관련 어느 나라의 법정책을 사전에 충분히 파악하는 것은 쉽지 않다.

몇 가지 예를 보면 다음과 같다. 독일에서는 오직 사법관(Judicial Officers)만 증인선서를 받을 수 있도록 법에 규정되어 있기 때문에 당사자들이 중재관이 증인선서를 받도록 유효하게 합의할 수 없다.¹¹⁾ 싱가포르에서는 싱가포르 고등법원이 터너사건에서 내린 판결에 따르면 싱가포르 법조인법(Legal Profession Act)은 외국변호사가 싱가포르에서 행해지는 국제중재에서 법전문가의 자격으로 참여할 수 없도록 하고 있다고 한다.¹²⁾ 스위스의 경우에는 반드시 변호사만이 중재인이

10) Article 1460 of the French Code of Civil Procedure, Bppk iv ‘ Arbitration

11) R. Redfern & M. Hunter, p.294.

12) Turner Case(1982) 2M.J.L., p.280.

될 수 있는 것은 아니지만 변호사가 중재인이든 혹은 중재사무원이든 또는: 각 당사자의 대리인 이든간에 중재에 참여토록 강제하고 있다. 따라서 스위스가 중재지가 되거나 혹은 스위스법이 중재지법이 되면 당사자들은 중재절차에 반드시 변호사를 포함시켜야 한다.¹³⁾

이러한 각 나라마다 있는 절차관련 근본 법정책을 당사자가 알건 모르건 무시하고 그에 어긋나는 절차에 합의하고 중재가 그 절차에 따라 행해졌다면 그 결과인 중재판정은 어떻게 되는가? 이러한 경우 당사자간의 그러한 합의는 무효이므로 그 중재판정은 set aside 될 것이다. 심한 경우에는 어떤 나라의 법정책에 어긋나게 진행된 중재절차는 범죄를 구성할 수도 있다.

4. 당사자의 사전합의

이미 언급하였지만 당사자자치의 원칙은 중재절차 내내 계속되는 것이다. 따라서 당사자들은 중재도중 합의된 중재규칙이 부족하다고 판단될 경우 사전에 달리 합의한 바가 없으면 중재도중에 추가적으로 세 중재규칙을 만들어 이를 보충할 수 있다.

문제는 당사자들이 사전에 달리 합의해 놓은 경우이다. 예를 들어 당사자들이 절차가 시작되기 전 중재법원과 합의하여 중재도중 절차상 예기치 못한 문제가 발생하면 중재법원의 지시에 따르겠다고 해놓고 나중에 가서 자기들이 새로운 규칙을 만들어 중재법원 보고 따르라고 요구한다면 어떻게 되겠는가? 이와 같은 경우 사전의 합의에 어긋나는 나중의 추가규칙은 법적으로 유효한 것인가? 당사자자치의 원리는 중재법원이 이러한 새로운 규칙을 따르도록 하는 것인가? 이 경우 당사자들은 중재법원과의 계약을 위반하였다고 할 수 있으므로 중재판정은 추가적 합의를 무시하고 그들의 직무를 계속할 수 있을 것이다. 원한다면 사퇴할 수도 있을 것이다. 즉 이러한 추가적 합의는 적어도 현재 중재를 맡고 있는 중재법원에 대해서는 무효라고 보인다.

13) R Redfern & M Hunter, p214.

따라서 당사자자치의 원칙은 중재절차가 진행되는 동안 계속되는 것이기는 하지만 그것은 당사자의 사전합의에 구속된다. 사전합의란 경우에 따라서는 ICC 같은 국제중재기관의 중재규칙일 수도 있다. 만약 당사자들이 ICC에 중재를 맡기로 합의하였다면 이는 곧 ICC규칙을 그들의 절차규칙으로 채택한 것으로 간주된다.¹⁴⁾ 따라서 중재가 진행되는 동안 당사자자치도 ICC규칙에 의해 제한된다.

ICC중재규칙 제11조는 오직 ICC가 침묵하고 있는 부분에 대해서만 당사자들이 절차규칙을 정할 수 있는 것으로 하고 있다. 제11조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“중재관 앞에서의 중재절차를 규율하는 규칙은 본규칙으로부터 나온다. 본규칙이 침묵하고 있는 경우에는 당사자들은 중재에 적용될 절차를 정할 수 있다.

물론 당사자들이 ICC규정에 구속되고 그 규정이 침묵하고 있는 부분에 대해서만 절차를 정할 수 있지만 그렇다고 당사자자치의 원칙이 무시되는 것은 아니다. 왜냐 하면 ICC규정이라는 것이 바로 그들 당사자에 의해 채택되었기 때문이다. 그들이 ICC중재를 택했다는 것이 바로 ICC규정을 따르기로 한다는 부대적인 합의를 수반한 것이기 때문이다.

물론 중재기관에 의한 중재가 아닌 AD HOC 중재인 경우에는 당사자들이 보다 융통성 있는 규칙을 채택할 수 있도록 해준다. 예컨대 당사자들은 UNCITRAL규칙을 적절히 자신들의 필요에 맞게 고쳐서 쓸 수 있을 것이고 또 그것을 중재의 어느 한 시기에만 적용되는 것으로도 합의할 수 있을 것이다. 그러나 아무리 융통성 있다고 해도 일단 합의된 규칙은 사전합의로서 추후 당사자의 자치를 제약하게 된다.

IV. 당사자자치에 대한 심사(review)

우리가 앞서 살펴본 바와 같이 당사자자치의 원칙은 중재절차에 있어서 절

14) Article 8(1) of the ICC Arbitration Rule 5.

대적으로 중요한 원칙이고 또 그렇기 때문에 중재절차가 진행되는 도중 내내 존중되어야 함을 확인하였다.

민약 중재절차가 당사자의 합의에 맞지 않게 행하여지면 어떻게 되는가? 그러한 경우에는 당사자의 어느 한쪽은 중재가 진행되는 도중 그러한 절차에 대해 이의를 제기할 수 있을 것이다. 패소한 당사자는 판정이 내려진 후 판정의 배제를 신청할 수도 있을 것이며 그것이 안되면 마지막 수단으로서 판정집행단계에서 판정의 무효를 신청할 수도 있을 것이다.

1. 이의신청

민약 중재법원이 중재를 진행함에 있어 중재관이 당사자의 합의에 따르지 않을 경우 당사자들은 신속하게 이의를 신청하는 것이 필요하다. 이와 관련하여 모델법은 다음과 같이 규정하고 있다.¹⁵⁾

“당사자가 벗어날 수 없는 본법의 규정 혹은 중재합의상의 어떤 요구사항이 지켜지고 있지 않다는 것을 안 어느 당사자가 정당한 이유없이 즉각(without undue delay) 혹은 시한이 정해져 있는 경우에는 그러한 시한내에 이의를 제기하지 않으면 이의를 신청할 수 있는 권리를 포기한 것으로 본다.”

그런데 민약 중재법원이 이의신청을 거부하면 어떻게 될까? 이의를 제기한 당사자는 법원의 개입(intervention)을 요구할 수 있는가? 불행히도 모델법의 경우 중재법원이 당사자의 합의대로 중재를 진행하지 않는다는 사실을 가지고 당사자가 국가법원에 중재를 중지시키는 가처분(injunction)을 신청할 수는 없는 것으로 보인다. 이와 관련하여 모델법 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“본법에서 규율하고 있는 사항에 있어서는 어떠한 국가법원도 본법에서 특별히 규정하고 있는 경우를 제외하고는 개입할 수 없다.”

그런데 모델법을 살펴보아도, 중재법원의 절차상 진행 잘못을 이유로 국가법

15) Article 4 of the UNCITRAL Model Law

원이 개입할 수 있다고 규정한 조항이 없다.

그러나 당사자는 대신 중재관의 편파성(partiality) 혹은 종속성(dependence)을 이유로 삼아 중재관을 거부할 수 있다. 모델법 제12조 2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“중재관이 그 공평성(impartiality) 또는 독립성(independence)에 대하여 합리적으로 의심이 갈 만한 상황이 존재하는 경우에 한하여 그 중재관은 거부될 수 있다……”

만약 당사자가 중재절차가 당사자의 합의에 따라 진행되지 않는 것을 발견하고서 그 때문에 중재인을 거부하고 싶다면 그 잘못된 절차진행 그 자체를 문제삼는 것보다는 모델법 제12조 2항에 의거하여 중재관의 편파성이나 종속성을 문제삼는 방법을 택하는 것이 현명하다. 또는 모델법 제14조에 의거하여 중재관이 기대한 만큼의 그의 직무를 수행할 수가 없게 되었다고 주장하는 것도 한 방법이다. 모델법 제14조 1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“만일 중재관이 사실상 또는 법률상 그의 직무를 수행할 수 없거나 혹은 다른 이유로 두당한 지체없이 행동할 수 없는 상황이 되었을 때 중재관이 그의 직무에서 스스로 물러나거나 당사자가 합의하는 경우 중재관의 권한은 종료된다 만일 그렇지 않고 그 종료의 근거에 대하여 다툼이 남아있는 경우에는 어느 당사자라도 법원에……중재관의 권한 종료를 요청할 수 있다……”

물론, 중재관이 절차적 문제에 관련하여 당사자의 합의를 존중하지 않는다는 사실을 가지고 모델법 제14조에 의거한 중재관의 거부를 할 수 있으나,의 문제가 제기되는 것은 사실이다. 사실 중재관이 중재절차에 있어서 당사자의 합의를 존중해주지 않는다면 당사자가 기대한 만큼 임무를 수행하지 못한 것은 사실이니 까 이 14조에 의지해보는 것도 한 방법이며 또 14조에 따르면 당사자끼리 합의하는 경우에는 중재관이 사임하도록 되어 있다.

2. 중재판정 배제신청

만일 이의신청이 받아들여지지 않고 중재가 계속되어 판정이 내려졌을 경우 불만이 있는 당사자는 그 다음 조치로서 중재법원이 당사자의 합의에 따르지 않았다는 사실을 이유로 삼아 중재판정의 배제를 신청할 수 있다. 모델법의 제34조 2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“중재판정은 본법 제6조에 규정된 법원(중재지법원)에 의하여 다음의 경우에만 한하여 배제될 수 있다.

(a) 배제를 신청하는 당사자가 다음의 증거를 제시하는 경우:

:

(iv) 중재법원의 구성 또는 중재절차가 당사자가 벗어날 수 없는 본법의 규정에 어긋나지 않는데 그것이 당사자의 합의에 따르지 않았다는 것

3. 중재판정 거부신청

만일 당사자가 이의신청에도 실패하고 그 다음 단계인 중재판정의 배제에도 패한 경우에도 그 당사자는 중재판정 집행이행단계에서 중재를 거부하는 마지막 방법이 남아 있다. 다시 말하면 ‘잘못된 중재절차에서 비롯된 판정’을 그 판정의 집행이 구해지는 나라의 법원에서 그 판정을 거부할 수 있다.

모델법 제36조는 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있는 근거를 제시하여 주고 있다.

“중재판정의 승인과 집행은 그것이 만들어진 나라가 어디인지를 불문하고 다음의 경우에 한하여 거부될 수 있다.

(a) 패소한 당사자의 신청에 의하여 그 당사자가 그 중재판정의 승인과 집행이 구해지는 나라의 관할권이 있는 법원에 대하여 다음의 증거를 제시하는 경우

:

(iv) 중재법원의 구성 또는 중재절차가 당사자의 합의에 따르지 않았다는 사실

4. 당사자자치의 심사에 있어서의 법적 복잡성

— 어떤 법원에 절차를 심사할 관할권이 있는가?

앞서 살펴본 바와 같이 만일 당사자 일방이 중재의 절차가 당사자의 합의대로 이루어지지 않는다는 것을 발견하였다면 그는 국가법원에 의지할 수 있다. 즉 모델법 제12조에 따라 중재관의 편파성과 종속성을 이유로 중재관을 거부할 수도 있고, 또는 모델법 제14조에 의거 중재관이 기대한 만큼 그 직무를 수행할 수 없다고 주장하여 그를 갈아치울 수도 있다. 또 국가법원에 대해 중재판정의 배제를 신청할 수도 있다. 또는 중재판정의 승인과 집행이 구하여지는 나라의 법원에 그의 중재판정에 대한 거부를 신청할 수도 있다.

문제는 어떤 나라의 어느 법원이 중재절차의 심사를 수반하는 당사자자치와 관련된 문제를 다룰 권한이 있는가 하는 것이다. 판정의 거부(challenge)의 경우에는 중재판정의 집행이 구해지는 나라의 법원이 관할권이 중재절차를 재검토할 것이다. 그리고 중재관에 대한 제척, 중재판정에 대한 이의신청(set aside)의 경우에는 대개의 경우 중재장소국가의 국가법원이 관할법원이 될 것이다. 그러나 중재지법(Lex Arbitri)가 중재장소의 법이 아닌 경우에는 당사자의 신청에 따라 중재지법의 법원이 이러한 문제들을 다루게 될 것이다. 그런데 일반적으로는 이렇게 말할 수 있으나 나라마다 입장이 조금씩 다르다.

(1) 스코틀랜드의 경우

스코틀랜드에서 채택한 모델법은 어떻게 규정하고 있는가?

당사자들이 자신들의 중재지법으로 스코틀랜드의 중재법(즉, 스코틀랜드에서 채택한 모델법)을 선택하였고 국제중재를 스코틀랜드의 에딘버러에서 진행하였다고 하자. 만일 패소한 당사자가 중재판정에 이의를 신청하려면 그는 중재가 당사자의 합의에 따라 이루어지지 않았다고 주장하면서 에딘버러에 있는 Court of Session에 그의 이의신청을 제기할 것이다. 그러면 그 법원은 스코틀랜드의 중재법을 적용하여 이의신청을 심사할 것이다. 스코틀랜드에서 채택된 모델법 제1조 2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“본법의 규정은 제8조(중재합의와 국가법원에 세소된 소송), 제9조(중재합의와 국가법원에 의한 잠정조치), 제35조(중재판정의 승인과 집행), 제36조(중재판정의 승인과 집행을 거절할 수 있는 근거)를 제외하고는 스코틀랜드에서의 중재에 대하여만 적용된다.”

만일 중재장소는 런던인데 당사자들이 중재지법으로 스코틀랜드의 법을 선택하였다고 가정해보자. 이 때, 패소한 당사자가 중재절차가 당사자의 합의에 따라 진행되지 않았다고 주장하면서 중재판정의 배제를 위한 신청을 스코틀랜드의 법원에 하였다고 하면 과연 이 때 스코틀랜드의 법원이 이 신청을 다룰 관할권이 있는가?

이 경우 앞서 살펴본 스코틀랜드 중재법의 제2조 1항은 중재가 오로지 스코틀랜드에서 행해지는 경우에 한하여 스코틀랜드의 법원이 관할권이 있다고 하였으므로 비록 스코틀랜드의 법이 중재지법이라고 하여도 스코틀랜드의 법원은 런던에서 행해진 중재의 결과인 중재판정의 배제신청을 다룰 수가 없다.

그러면 English Court는 어떠한가? English Court는 런던에서 행해진 중재의 결과인 중재판정의 배제를 심사키 위해 당사자자치의 문제를 스코틀랜드의 중재법을 적용하여 다룰 수 있는가? 다시 스코틀랜드 중재법 제2조 1항을 보면 본법은 원칙적으로 스코틀랜드에서 행해진 중재에만 한정된다고 하고 있으므로 English 법원도 결국 이 문제를 다룰 수 없게 된다. 그러나 아마도 English 법원은 장소가 England라는 관계를 들어 English 중재법을 적용하여 이 문제를 다룰 지도 모른다. 1993년 Union of India 대 McDonnell Douglas 회사 사건에서 당사자들은 중재지법으로 인도의 중재법을 선택하였고 중재장소는 런던을 선택하였는데 English 법원은 이 경우 English 중재법이 적용되며 인도의 중재법도 England의 법과 충돌하지 않는 한 적용된다고 판시한 바 있다.¹⁶⁾

16) In Union of India v. McDonnell Douglas Corporation Case, Where the parties choose Indian Arbitration Act as a lex arbitri but choose London as a place of arbitration, the English Court held that English law governs the proceeding and also Indian law can apply to the proceedings as long as it is not in conflict with English law. [1993] 2 Lloyd's Law Reports p.48.

(2) 잉글랜드의 경우

만약 중재장소가 잉글랜드가 아닌데 당사자들이 중재지법으로 잉글랜드의 법을 택하였다고 하자. 이 때 잉글랜드 법원은 잉글랜드 법이 중재지법이라는 것을 연결점으로 하여 잘못 진행되었다고 주장되는 중재절차를 심사할 수 있겠는가?

1981년 Black Clawson International 대 Paperweike Waldhorf-Aschaffenburg 회사 사건에서 중재지법은 잉글랜드의 법이었는데 중재장소는 스위스의 취리히였다. 이 때 잉글랜드의 법원은 취리히 법원이 내린 명령과 사실상 대치되는 명령을 내려달라는 신청을 접수받았다. 이 때 잉글랜드 법원은 다음과 같이 판시하였다.

“잉글랜드 법원은 해외에서의 중재절차를 구속할 수 있는 명령을 내릴 수 있다. 물론 그러한 명령은 잉글랜드에서 집행가능한 정도로만 해외에서 집행될 것이다. 그러나 그러한 관할권은 조심스럽게 행사되어야 하는데 이 번 사건이 그러한 경우이다. 반복된 신청으로 판매자는 취리히 법원을 중심법원으로 삼아놓았다. 우리 잉글랜드 법원은 이 취리히 법원을 대체하려고 해서는 안된다.”

위 사건이 의미하고 있는 바와 같이 당사자들은 잉글랜드가 아닌 제3국을 중재장소로 선택하더라도 잉글랜드의 법을 중재지법으로 선택할 수 있다. 이것이 중재법에 있어서 잉글랜드와 스코틀랜드와의 큰 차이이다.

그러나 실제에 있어서 잉글랜드의 법원은 중재의 중심지가 잉글랜드가 아닌 경우에는 관할권 행사를 자제할 것이다.

V. 중재장소와 중재절차

앞서 언급한 바와 같이 중재절차는 중재지 국가법의 법정책 및 강행규정의

영향을 받는다. 따라서 중재장소를 선택할 때에는 중재지의 이러한 것들을 잘 살펴야 한다. 또 중재가 진행되는 도중, 중재지 국가의 법원이 필요시 얼마만큼의 조력을 줄 수 있는지 여부를 살펴야 하고 또 중재관련 실제법도 잘 살펴야 한다. 나라에 따라 중재로서는 다를 수 없도록 규정된 사항들이 있기 때문이다. 또 중재지 국가가 뉴욕협약의 당사국인가도 살펴야 한다.

우리가 앞서 McDonnell 사건에서 살펴보았듯이 비록 당사자들이 중재지국가의 법이 아닌 다른 나라의 법을 중재지법으로 선택하였나 하더라도 중재지국가법의 강행규정은 적용된다. 이는 물론 잉글랜드의 사건이지만 다른 나라의 법원들도 유사한 입장을 취할 것으로 생각된다. 왜냐 하면 중재지 국가법원이 행사하는 중재에 대한 지원적, 또 감독적 역할은 그 나라의 법에 따라 행해지게 되기 때문이다.

따라서 중재지의 선택은 어떤 의미에서는 암묵적인 중재지법의 선택이 된다는 점을 명심하고 당사자들은 중재지를 선택하여야 할 것이다. 일단 중재지가 선택되면 당사자자치는 중재지법이 다른 나라의 법이라 하더라도 그 중재지 국가의 법에 따라 규제되기 때문이다.