

연구논문

중재인의 기피에 관한 고찰

이 명 우*

〈목 차〉

- I. 처음에
- II. 법관의 기피제도와 중재인기피제도
- III. 사법으로서의 중재와 중재인과 독립성
- IV. 중재인의 자격
- V. 중재인의 기피사유
- VI. 기피절차
- VII. 맺음말

* 건국대 법대 강의교수

I. 처음에

민사상의 분쟁을 해결하는 방법으로서 재판 이외에도 중재나 화해와 같은 대체적 분쟁해결방법(Alternative Dispute Resolution, ADR)을 생각해 볼 수 있다. 재판은 당사자간의 분쟁에 대하여 강제적·공권적 해결방법으로서 집행력이 담보되는 확실한 분쟁해결방법이다. 이에 대하여 중재는 사인인 중재인에 의한 자주적이고 임의적인 분쟁해결제도이다.

재판에 대체하는 분쟁해결방법으로서의 중재는 개개의 분쟁의 구체적인 특성에 적합한 전문기술적 지식 내지 경험을 가진 제3자를 중재인으로 선임할 수 있고 그 중재인을 통하여 개별 분쟁의 실정에 맞는 해결책을 확보할 수 있다.

또한 판결절차와는 달리 사적인 분쟁해결방법인 중재절차는 비공개로 진행되며, 중재판정도 일반적으로 공표되지 않는다. 법적 분쟁이 진행중이라는 사실이 공공연한 것으로 되는 것을 당사자, 특히 상인은 바라지 않는 것이 통상적이고 또한 쓸데없는 악평에 시달리거나 영업상의 경쟁자에게 공격을 기회를 줄 수도 있기 때문이다.

중재는 당사자에 의한 사설재판이기 때문에 당사자의 합의에 의하여 절차를 탄력적으로 운용할 수 있고, 이로써 개개의 사건에 적합한 분쟁해결이 기대된다. 다만 중재도 국가법의 테두리 안에서 인정되는 것인 이상 강행법규에 위반하지 않아야 하겠지만 그래도 엄격한 절차규정의 규율을 받는 소송절차에 비하면 당사자의 합의로 제정할 수 있는 절차규칙의 범위는 광범하다고 할 것이다.

중재는 일반적으로 심급을 반복하지 않기 때문에 3심제를 택하고 있는 소송과 비교하면 신속한 분쟁해결에 이바지 할 수 있을 뿐만 아니라, 소송에 비하여 집중심리의 실시가 보다 용이하다는 점에서 우월하다. 즉 소송의 경우에는 법관이 다수의 사건을 맡고 있기 때문에 동시에 여러 사건을 병행하여 심리하게 되어 특정의 사건에 집중적으로 시간을 투입하기 어려워 전념할 수 없는데 반하여, 중재는 동일한 중재인이 담당하는 중재사건

은 보통 소수이기 때문에 집중심리를 실시하기가 용이하다고 할 것이다.

소송의 경우에는 법정에서 진행되는 것이 원칙이지만 중재는 사건의 성격에 맞는 중재장소를 선택할 수 있기 때문에 편하고, 특히 국제중재에 있어서는 강제집행의 편리성이나 중재사건에 대한 법원의 관여를 억제하는 등의 문제와 관련하여 중재지는 중요한 요소가 된다.

소송은 국가의 사법권의 행사로서 행하여지는 것이기 때문에 당연히 재판권 내지 관할권의 존재가 전제로 되는데 반하여 중재는 당사자의 합의에 의한 사설법원이기 때문에 누구나 동일한 조건과 상황에서 이를 이용할 수 있다는 의미에서 국제적인 보편성을 갖는다.

이러한 많은 장점을 가지고 있는 중재제도이지만 한편으로는 중재판정을 하는 중재인을 당사자가 선임하기 때문에 중재인이 독립성 내지는 중립성을 지키기 어렵고, 중재인은 단지 당사자의 이익을 대변하는 역할에 지나지 않는 경우가 많으며 또한 중재인이 분쟁실태에 대한 전문적 지식을 가지고 있지만 법률지식을 갖추지 않은 경우에는 중재판정서작성이나 이와 관련하여 다른 분쟁이 발생할 소지가 있다고 할 것이다.

이하에서는 공정한 중재판정을 담보하기 위한 제도로서 중재인의 기피에 관한 중재법 제13조 내지 제15조의 해석과 관련한 내용을 검토하여 보기로 한다.

II. 법관의 기피제도와 중재인기피제도

1. 공정하고 신속한 분쟁해결

국가적인 재판제도인 판결절차와 마찬가지로 사적인 분쟁해결제도인 중재에 있어서도 그 절차는 공평하고 적정하여야 한다. 또한 중재절차에 있어서는 중재제도의 핵심인 절차의 신속성이 확보될 수 있어야 한다.

법관의 경우와 달리 중재인의 자격에는 아무런 제한이 없기 때문에 그

자질 혹은 사회적 신뢰의 측면에서 중재인으로 적합하지 않은 자가 중재인으로 선임될 가능성이 있다. 이러한 사태를 회피하는 것도 중재제도의 질을 확보한다는 점에서 필요할 것이며, 중재인의 기피제도는 이러한 요청에 부응하는 것이다.

2. 법관의 제척·기피제도와 중재인의 기피제도

중재인의 기피제도는 법관의 제척·기피제도와는 다르다. 첫째로 법관의 제척이나 기피제도는 단지 재판의 공정이라고 하는 당사자의 이익뿐만 아니라 재판에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것도 목적으로 하고 있는데 중재인의 기피제도는 오직 한 쪽으로 치우친 중재판정을 회피한다고 하는 당사자의 이익에 봉사하는 것이다.¹⁾

그렇기 때문에 법관의 제척과 같은 절대적인 배척원인을 실정법에서 정하지 않았고 또한 법관의 제척원인이 있는 경우에도 당사자가 이를 알면서 중재인으로 되는 것을 허용하는 때에는 특히 문제로 하지 않는 이유이다.

당사자가 선정하고 중재인이 이를 수락하여 그 지위에 취임한 것이기 때문에 중재인 자신의 의사에 기한 회피는 제도화하고 있지 않다. 그러나 중재인은 기피사유가 있다고 인정되는 경우에는 그 지위를 사퇴할 수 있다고 하지 않으면 가혹할 것이다.

또한 중재는 자치적 제도이고 당사자의 의사에 의한 절차형성의 자유를 널리 인정하여야 할 것이기 때문에 중재의 공정을 피하기 위하여 보다 높은 수준을 설정하는 것은 금지할 이유가 없고 중재계약으로 기피사유를 확장하거나 당사자의 합의로 특별한 이유 없이 기피하는 것도 허용되어야 할 것이다.²⁾

1) Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO 21 Aufl., 1990, §1032 Rdz 14.

2) 중재인에게 편파판정을 내릴 사유가 있다고 하는 의심을 가지고 있는 경우에도 이를 입증하는 것이 반드시 용이하지 않고 또한 통상적인 편파사유로는 포착할 수 없는 미묘한 원인에 대한 당사자의 견해가 독자적인 경우에도 이를 일정한 한도에서 수용하는 것이 합리성이 있는 경우가 있기 때문에 일

둘째로 법관의 제척·기피는 국가가 제시한 사법기관의 배제라는 점에서 국가적 이익에 관련되어 있다. 이에 대하여 중재인의 기피제도는 당사자 스스로의 의사에 기초하여 선임된 자에 대한 절차의 문제이고 이러한 점에서 국가적 이익에 관련되어 있지 않다. 그렇기 때문에 당사자는 중재계약으로 기피원인을 확장할 수 있고 또한 이유 없이 기피할 수 있다는 취지의 합의도 가능하지만 이를 제한하는 것은 허용되지 않는다.³⁾

중재인의 기피에 관하여 주의하여야 할 것은 제도의 실천적 의의의 크기 때문이다. 이미 앞에서 서술한 바와 같이 중재인으로 될 수 있는 자의 자격에 원칙으로 아무런 제한이 없기 때문에 중재계약이 유효하게 된 후에는 이러한 제도 이외에 중재판정의 공정성을 확보하는 충분한 대책은 없는 셈이다. 그렇기 때문에 중재인의 기피제도는 법관의 제척·기피와 비교하여 보다 커다란 실천적 의의를 가지는 것이고,⁴⁾ 그 의의를 충분히 살리기 위해서는 기피요건은 이를 완화하여 해석할 필요가 있다.⁵⁾

Ⅲ. 사법으로서의 중재와 중재인과 독립성

1. 사법으로서의 중재

법관은 독립하여 그 직권을 행사하는 것이 요구되며, 또한 법관은 법과

정한 범위(회수)에 한하여 무조건적 기피를 허용하는 專斷忌避制度가 있다. 이는 영미에서 배심원에 대한 기피와의 관계에서 인정되어 온 독특한 기피 유형이다. 예컨대 미국에 있어서 증권중재의 경우에 중재인의 이름의 통지를 받고 5일 이내이면 이유없이 한사람의 교체를 요구할 수 있다고 한다(金祥洙, 證券仲裁, 信山社, 1997, 55面 參照).

- 3) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 48 Aufl., 1990, §1031 1.
- 4) Kornblum, Entscheidungskompetenz bei Ablehnung von Schiedsrichter, ZZP 80, S.21.
- 5) Baumbach/Lauterbach/Albers, a.a.O., §1032 1.

양심에만 구속되고 그 이외의 것이 판단형성에 영향을 미쳐서는 안된다.

중재인에 대하여서도 마찬가지로 선임된 중재인 또는 중재법원이 이러한 독립성을 흠결하는 때에는 당해 중재계약은 헌법위반에 해당하여 공서에 반하는 것으로서 무효로 될 수 있는지 문제이다.

중재는 쌍방당사자의 합의로 비로소 개시한다. 이러한 합의 그 자체에 하자가 없는 때에는 그 선임한 중재인에게 사건의 처리를 위임하는 것이 중재이고, 중재판정도 계약에 유사한 것이라고도 생각할 수 있다. 그러면 법관의 독립이라고 하는 법치국가의 기본원칙은 중재절차에는 타당하지 않다고 할 수 있을 것이다.⁶⁾

그렇지만 이는 중재제도가 국가재판제도와 동일한 위치를 인정받고 있다는 것을 간과하고 있다고 할 것이다. 중재인은 법관과 같이 법적 분쟁의 해결에 해당하는 것이고, 중재판정은 당사자간에 있어서는 기판력을 가지는데(중재법 제35조), 이와 같은 점에서 살펴보면 중재제도는 국가재판제도와 나란히 하나의 사법제도(Rechtsflege)이고 그러한 소임을 맡고 있는 중재인에 대하여서도 법관의 독립이라고 하는 법치국가의 요청이 타당하다고 하여야 할 것이다. 그리고 또한 이와같이 해석하므로써 시민을 중재법원으로 끌어들이려고 하는 단체와 중재인의 자의로부터 지킬 수 있게 될 것이다.⁷⁾

2. 중재인의 독립성

법관의 독립성을 세가지 관점에서 살펴 볼 수 있을 것이다. 첫째로 당사자로부터의 독립이고, 둘째로 국가로부터의 독립이며, 셋째로는 사회로부터의 독립이다.⁸⁾ 다만 중재인에 관하여서는 국가로부터의 독립은 문제가 되지 않는다.

6) OLG Frankfurt, AWD 1960, S.217.

7) Habscheid, Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, NJW 1962, S.5 ff.

8) Bettermann, Bettermann/Nipperdey/Scheuer, Grundrechte III 2, S.523 ff.

우선 당사자로부터의 독립에 관하여 살펴보면 중재인은 당사자의 신뢰를 기초로 하여 선임되는 결과 중재인은 당사자와 개인적 혹은 거래상의 관계를 가지게 되고, 이러한 점에서는 당사자가 가지는 중재인선임권 그 자체에 법관과 같은 독립성을 요구할 수 없는 계기가 존재하고 있다. 또한 이 자체는 중재인의 독립이라고 하는 것이 유일한 당사자의 보호라는 점에 비추어보면 문제로 삼을 필요는 없다.

문제는 우선 중재인이 일방 당사자와 개인적 혹은 경제적으로 의존관계에 있는 경우이다. 예컨대 당해 문제에 관하여 교섭하여 왔던 변호사를 중재인으로 하는 경우 등이 그러하다. 나아가 당사자로부터의 독립이라고 하는 측면에서는 중재법원의 구성에 대하여서도 공정성의 확보가 필요하게 된다. 따라서 쌍방당사자가 기본적으로 중재인에 대하여 동일하게 영향을 미칠 수 있지 않으면 안 될 것이다. 결국은 일방당사자만이 중재인의 지명권을 가지게 되는 경우에는 그 중재법원 자체가 독립성을 흠결하게 될 수 있다

다음으로 사회로부터의 독립을 살펴보면 이 문제는 중재법원의 독립의 문제로서 경제단체가 만든 중재기관에 대한 문제이다. 당해 단체구성원과 구성원이 아닌 자 사이에 이러한 중재법원을 선택하는 취지의 합의가 이루어진 경우에는 단순히 당사자로부터의 독립이 문제로 되는데 그치지 않는다. 이러한 중재법원은 그 경제단체가 따르는 경제정책상의 목적에 지배될 위험이 있고, 이와같은 위험은 이른바 예단과 같아서 공정한 중재법원의 기초를 흠결하게 되는 점에서 배제되지 않으면 안 될 것이다.⁹⁾

중재인 또는 중재법원도 법관이나 법원과 마찬가지로 단순히 인적인 독립성(personliche Unabhängigkeit)을 갖추고 있는 것만으로는 충분하지 않고 다른 사람의 지시에 복종하지 않고 판단을 내릴 수 있는 상황(sachliche Unabhängigkeit)이 만들어지지 않으면 안된다.

법관이나 법원에 대하여서는 그 독립성의 요청 때문에 제3자가 재판에 관하여 어떤 지시를 내리거나 혹은 재판의 효력에 그 인가를 받도록 하는 것은 허용되지 않는다. 이는 국가재판제도와 함께 하나의 사법작용으로서

9) Habscheid, a.a.O., S.10 f.

의 위치를 가지는 중재의 소임을 맡고 있는 중재인이나 중재법원에도 타당하다고 할 것이다.¹⁰⁾

독립성에 관하여 구체적으로 문제로 되는 것은 상설중재법원의 규칙에서 예컨대 중재판정을 내리기 전에 반드시 다른 기관의 내용적인 검토를 받아야 한다고 정하여져 있는 경우나 또는 제3자에게 중재판정에 대한 거부권을 인정하고 있는 경우 등이 여기에 해당한다.¹¹⁾

IV. 중재인의 자격

1. 중재인이 될 수 없는 자

실정법상 기피에 의하여 중재인의 직무로부터 배제되는 자와 그 범위를 정하는 별도의 규정은 존재하지 않는다. 그러나 중재인은 사법기관으로서 판정을 내린다고 하는 성격에서 당연히 일정한 제약이 있다.

우선 중재인으로 될 수 있는 자격은 자연인에 한정되고 법인은 중재인이 될 수 없다. 법인이 중재인으로 되는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 대표자(경우에 따라서는 그 법인이 조직하는 중재법원)가 중재인에게 지시를 내리고 있다고 하여야 할 것이다.¹²⁾

중재당사자(법인의 경우에는 그 대표자) 및 그 법정대리인은 중재인의 독립이라고 하는 관점에서 당연히 배제되므로 중재인이 될 수 없다. 중재인이 중재당사자와 당해 중재사건에 대하여 공동권리자·의무자인지 또는 상환의무자의 관계에 있는 경우(민사소송법 제41조 제1호 참조)에도 마찬가지이다.¹³⁾

10) Schlosser, Zur sachlichen Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, Festschrift für Reinhardt S.137 ff.

11) Vgl. Stein/Jonas, a.a.O., §1032 Rdz 39 ff ; Schlosser, a.a.O., S.141f.

12) Stein/Jonas, a.a.O., §1032 Rdz 2.

그러므로 피후견인의 경우에 중재인계약을 유효하게 체결할 수 없고, 중재인으로 선정된 후에 후견이 개시된 때에는 중재인계약의 종료원인이 되지만 상대방이 이를 다투는 때에는 기피신청을 허용하여야 할 것이다.¹⁴⁾

의사능력이 없는 자를 중재인으로 선임하였다고 하더라도 그 수락은 무효이기 때문에 이들은 중재인이 될 수 없다. 또한 수락 후에 의사능력을 흠결하게 된 경우에는 이를 기피할 수 있고 나아가 중재판정 자체가 무효로 된다고 할 것이다.

무능력자도 중재인으로서 적당하지 않으며, 대개의 경우는 무능력자를 중재인으로 선정하지 않을 것이다. 그러나 무능력자가 당연히 중재인으로 될 수 없는 것은 아니고 기피에 의하여 비로소 절차로부터 배제될 수 있는데 그친다.¹⁵⁾

중재법원의 구성에 있어서 일방당사자가 지배적 지위를 가지는 것은 법원의 독립이라고 하는 관점에서 허용되지 않는다. 예컨대 중재법원이 일방 당사자만이 소속하는 경제단체에 부속하여 설치되거나 또는 그 구성원만이 중재인 명단에 들어 있는 중재법원이 지정되어 있는 경우에는 그러한 취지의 합의는 무효로 된다.¹⁶⁾

그러나 상공회의소 등 다양한 업종의 기업을 구성원으로 하고 있는 단체가 설치하는 중재법원에 대하여서는 중재법원의 구성원이 단체구성원으

13) Vgl. a.a.O., §1032 Rdz 8.

14) 谷口安平/井上治典 編(青山善充), 新・判例コンメンタル VI, 三省堂, 1996, 668面.

15) 小島武司, 仲裁法, 青林書院, 2000, 185面. ; Stein/Jonas, a.a.O., §1042 Rdz 29 ; Wiczorek, ZPO, 2 Aufl., 1976, §1032 A I.

16) BGHZ 51, S.250 ff. 또한 이러한 합의의 무효를 가져오는 실정법상의 근거에 대하여는 견해가 나누어진다. BGH는 '법관의 편파의 염려를 이유로 법규위반행위의 무효를 정한다' BGB 제134조를 근거로 하였다. 그러나 여기에서 문제는 개개의 중재인이 아니라 중재법원의 독립에 관한 것이기 때문에 중재법원의 독립이라고 하는 관점에서 BGB 134조가 준용된다고 하는 견해(Kornblum, Die Problem der Schiedsrichterliche Unabhängigkeit, S.232). 공서를 근거로 하는 견해(Stein/Jonas, a.a.O., §1031 Rdz 4) 등이 주장되고 있다(小島武司/高桑 昭 編, 注解 仲裁法, 青林書院, 1988, 109面 參照).

로 한정되어 있다고 하여도 문제는 없을 것이다. 일정한 경제목표를 추구하고 단체구성원의 이익의 확보를 목표로 하는 일정한 업종의 단체와 달리 공정한 판정을 해칠 위험이 없기 때문이다.¹⁷⁾

2. 자격흡결의 효과

중재인이 될 수 없는 자를 중재인으로 선임하는 취지의 합의 또는 중재법원으로서의 독립성을 흡결하는 중재법원의 합의가 이루어진 경우에 그 합의조항은 무효이다. 중재인 또는 중재법원의 합의는 중재계약의 핵심적 요소 가운데 하나이기 때문에 일부무효의 법리에 따라 이러한 경우에는 원칙으로 중재계약 자체도 또한 무효로 된다.

그 결과 이러한 중재인 또는 중재법원이 내린 중재판정은 이를 취소할 수 있고 또한 집행판결이 요청된 경우에도 이를 원용하여 청구기각을 요구할 수 있다(중재법 제38조).

그러나 중재인이나 중재법원의 독립의 요청은 당사자의 보호에 있기 때문에 당사자가 이러한 하자를 알면서 방치하여 절차를 진행시킨 때에는 민사소송법 제43조 제2항의 취지에 비추어 중재판정의 취소를 구할 수 없다고 할 것이다.

이는 중재합의가 구체적 분쟁이 발생한 후에 이루어진 경우에도 적합하다고 할 것이다. 본래 중재인 또는 중재법원으로서의 배제되어야 할 것을 알면서, 나아가 분쟁대상을 명확히 파악하면서도 굳이 이러한 자를 중재인이나 중재법원으로 정한 경우에 나중에 이러한 하자를 이유로 중재판정의 취소를 인정할 필요는 없을 것이다. 이를 인정하게 되면 당사자는 중재판정이 자신에게 유리한지 여부를 살펴본 후에 하자를 문제로 삼을 수 있게 된다. 이러한 자의를 허용하는 것은 당사자보호의 요청을 벗어나는 것이라고 할 수 있기 때문이다.

17) 스위스의 대법원(Bundesgericht)이 택하고 있는 바이다. NJW 58, S.1702 ff. BGH도 또한 동일한 방향에 있다고 할 것이다. vgl. NJW 1973, S.98 ff.

V. 중재인의 기피사유

중재인은 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 사유가 있거나, 당사자들이 합의한 중재인의 자격을 갖추지 못한 때에 한하여 기피될 수 있다(중재법 제13조 제2항). 중재판정의 공정성이나 독립성을 해칠만한 사유로는 법원에 대한 제척원인이나 기피원인을 참고할 수 있을 것이다(구 중재법 제6조 참조).

1. 기피사유

1) 제척원인이 있는 자

중재인에게 법원의 제척원인에 해당하는 사유가 있는 경우에는 기피할 수 있다. 다만 민사소송법 제41조는 법원에 대한 규정이기 때문에 중재인에게도 적합한 사유는 한정될 것이다. 즉 제척원인을 정하는 민사소송법 제41조 가운데 제1호(법관 또는 그 배우자나 배우자이었던 자가 사건의 당사자가 되거나 사건에 관하여 당사자의 공동권리자, 공동의무자나 상환의무자의 관계가 있는 때), 제2호(법관이 당사자의 친족, 호주, 가족의 관계가 있거나 이러한 관계가 있었던 때), 제3호(법관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 하였을 때) 및 제4호(법관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 때)는 중재인에게도 적합하다.

이에 대하여 제4호가 적용되는 경우는 드물 것이고, 제5호(법관이 사건에 관하여 불복신청이 된 전심재판에 관여하였던 때, 다만 다른 법원의 촉탁에 의하여 그 직무를 행하는 것은 그러하지 아니하다)는 3심제도하에서 당사자에게 심급의 이익을 보장하기 위한 것이므로¹⁸⁾ 단심제(單審制)인 중재제도하에서는 적용되는 경우가 없을 것이다.

18) 강현중, 민사소송법, 박영사, 2002, 77면 ; 김홍규, 민사소송법, 삼영사, 2003, 67면 ; 송상현, 민사소송법, 박영사, 2002, 75면 ; 양병희, 민사소송법강의, 삼지원, 2003, 40면 ; 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2003, 69면.

이와 관련하여 제척원인 가운데 단순히 기피원인으로 되는데 그치지 않고 중재인의 직무로부터 당연히 배제되는 원인으로 되는 경우도 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 당사자가 이를 알면서 기피권을 유보하지 않고 절차를 진행한 때에는 나중에 중재판정의 취소 등을 주장할 수 없다고 할 것이다.

2) 기피원인이 있는 자

중재인에게 중재판정의 공정을 방해할 사정, 즉 편파판정을 내릴 염려가 있는 경우에는 중재인을 기피할 수 있다(중재법 제13조 제2항). 일반적으로 법관의 경우와 마찬가지로 당사자에게 중재판정의 공정함에 대하여 의문을 가질만한 객관적인 사정이 존재하는 것이 필요하다.¹⁹⁾

그러나 중재인의 기피에 관하여는 법관의 경우와 전연 동일한 기준으로 정할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 중재인에 대하여서는 상급심의 통제라고 하는 수단이 없고 또한 중재법원은 당사자의 신뢰를 기초로 하여 성립하고 있기 때문이다. 이러한 점에 비추어보면 편파판정의 염려가 있다고 생각되는 범위는 법관의 경우보다도 넓게 해석되어야 할 것이다.²⁰⁾ 예컨대 법관의 경우는 당해당사자가 동종의 사건에 대하여 이전에 재판을 받았던 것이 기피원인으로 되지 않겠지만 중재인의 경우에는 기피원인으로서 충분할 것이다.²¹⁾

당사자가 선임한 중재인에 대하여는 특별히 고려할 점이 있다. 즉 중재인의 선정에 대하여 중재계약에 정함이 없는 경우에 각 당사자가 스스로 중재인을 선정하게 되어 있기 때문에(중재법 제11조 제2항, 제13조 제3항 제2호) 당사자가 선정한 중재인에게 기피에 관한 규정을 그대로 적용하면 기피사유가 있는 경우가 지나치게 넓어지게 된다. 그러므로 당사자와의 사이에 지극히 긴밀한 유대가 있는 경우에 한하여 기피사유를 긍정하여야

19) 김상원/이시윤/박우동/이재성 편. 주석 민사소송법, 한국사법행정학회, 1991, 196면 ; 新堂幸司/小島武司 編集, 注釋 民事訴訟法(1), 有斐閣, 1991, 330面 以下 ; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., §42 Rdz 2.

20) 小島武司, 前掲書, 186面.

21) Vgl. Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3 Aufl., S.92.

할 것이다.²²⁾

구체적으로 보면 다음과 같은 사정이 존재하는 경우에는 편파의 염려가 있다고 할 것이다.

i) 중재인이 당사자의 친족·친구 또는 임차인 등의 관계가 있는 경우²³⁾

ii) 중재인이 중재판정의 결과에 이해관계를 가지고 있는 경우

간접적인 이해관계도 포함하지만 문제는 그 정도이다. 예컨대 회사가 당사자인 경우나 단체의 임원 등 일방당사자와 보수의 합의를 하고 있는 경우 등이 여기에 해당할 것이다.²⁴⁾

iii) 중재인이 당사자 또는 그 법정대리인과 적대관계에 있는 경우

중재절차에 있어서 중재인의 태도나 판단은 그 자체, 편파사유의 존재를 의심하기에 충분할 정도로 명확히 당사자 일방을 우대하는 인상을 주는 경우가 아닌 한 기피사유에 해당하지 않는다고 할 것이다.²⁵⁾

iv) 중재인이 사전에 사건과 관계를 가지고 있는 경우

당사자를 종전에 대리한 변호사가 중재인으로 되는 경우, 일방당사자로부터 정보를 제공을 받고 있는 경우, 중재인이 중재절차에서 문제로 되어 있는 사실에 대하여 종전에 증인으로서 신문을 받은 경우 등이 여기에 해당한다고 할 것이다. 그러나 이와 달리 법률적인 의견을 학술문헌에 발표한 경우 등은 기피사유로 되지 않는다고 할 것이다.

v) 국적을 달리하는 당사자 사이의 중재에서 중재법정의 구성이 당사자 일방에게 편중되어 있는 경우에도 원칙적으로 기피사유에 해당하지 않는다.²⁶⁾ 그러나 중재에 대한 신뢰를 높인다는 측면에서는 사건에 따라서는 이러한 경우에 균형감을 갖는 것이 필요할 것이다.

22) Schwab/Walter, Schiedsgerichtbarkeit, 5.Aufl., 1996, S.121.

23) 중재인이 당사자회사의 대리인의 동생이라고 하는 것만으로는 편파판정의 염려가 있다고 할 수 없다고 한 판례로 大判 大正 15.10.28. 法律新聞2639號, 13面.

24) Schwab/Walter, a.a.O., S.122.

25) A.a.O., S.123.

26) BGHZ 52, 184 ; BGHZ 55, 174.

3) 기타의 사유

중재계약에 의하여 선임된 중재인 이외의 중재인, 즉 각 당사자가 선임한 중재인 또는 법원이나 제3자가 선임한 중재인에 대하여는 그 채무의 이행을 부당히 지체한 것을 이유로 기피할 수 있도록 하고 있는 경우도 있었다.²⁷⁾

채무지체가 부당한지의 여부는 사건의 규모, 성질, 난이도, 당사자가 처한 상황, 당사자의 대응 등을 종합적으로 판단하여야 하고,²⁸⁾ 합리적인 범위를 넘었는지에 따라 결정하여야 하며 중재인의 유책성은 필요하지 않다.²⁹⁾

무능력자, 농자, 아자를 중재인의 기피사유로 인정한 적도 있었다. 중재인이 무능력자, 농자(聾者)나 아자(啞者)인 경우에는 이들이 일반적으로 중재인으로서 기대되는 직책을 완수할 수 없다고 생각되지만, 사건에 따라서는 오히려 이들의 전문지식이 필요하게 되는 경우가 있을 것이다. 이러한 경우에는 단순히 농자 또는 아자라는 이유만으로 기피를 인정하는 것은 오히려 타당성을 잃게 되고 부당한 차별을 하게 되는 것일 것이다.

다만 쌍방당사자가 이러한 사유를 모르고 중재계약으로 선임하였거나 각 당사자가 중재인을 선임하여야 할 경우에 이러한 사유를 모르고 선임한 경우 또는 선임 후에 이러한 사유가 발생한 경우에는 중재인계약을 철회할 수 있을 것이다.³⁰⁾

2. 기피사유개시의무

중재가 그 본래의 역할을 충분히 발휘하여 객관적으로 타당한 중재판정

27) 일본의 구중재법 제792조 제2항, 다만 이러한 자를 중재인으로서 선임한 당사자는 해임을 별론으로 하고 기피는 할 수 없다(小山昇, 仲裁法 [新版] (法律學全集), 有斐閣, 1983, 136면).

28) 谷口安平/井上治典 編(青山善充), 前掲書, 668면 參照.

29) Schwab, a.a.O., S.55.

30) 小山昇, 前掲書, 136면 以下.

이 내려지기 위해서는 중재인의 공정성이 확보되어야 한다. 당사자가 중재인에 대한 기피사유를 충분히 알 수 있는 상황이라면 이를 기피할 것인지의 여부는 당사자의 자유로운 판단에 맡겨 두어도 좋을 것이지만 그렇지 않다면 문제가 있다.

그래서 기피사유, 특히 공정한 판단을 저해할 수 있는 사유가 존재하는 경우에는 중재인은 이러한 사유를 자진하여 당사자에게 개시(開示)하여야 할 의무를 가진다고 하여야 할 것이다.³¹⁾

중재인의 기피사유 개시의무의 위반이 중재판정을 내리기 전에 명백한 때에는 그 중재인은 기피되는 것으로 되고, 중재판정이 내려진 후에는 중재인의 개시의무위반은 중재절차의 하자이므로 중재판정취소의 소로써 주장하거나 또는 집행판결을 구하는 소에서 항변으로 주장할 수 있다고 할 것이다.³²⁾

VI. 기피절차

중재인기피절차는 법관을 기피하는 경우와 달리 중재절차의 개시 전에도 각 당사자는 상대방 또는 중재인에 대하여 기피의 진술을 할 수 있다. 이 경우에 당해 중재인을 제외하는 취지의 합의가 성립하거나 또는 당해 중재인이 임무의 인수나 이행을 거절하는 경우에는(중재법 제15조 참조) 중재인기피의 문제는 해결되고 중재인기피의 소를 제기할 필요가 없게 된다.

31) 小島武司, 前掲書, 191面 ; 기피사유 개시의무에 관한 입법활동으로는 프랑스법 제1452조 제2항, UNCITRAL 모델법 제12조 제1항, AAA상사중재규칙 제19조는 중립중재인은 공평에 영향을 줄 염려가 있는 사유를 협회에 개시하여야 한다고 정하고 있고, 이러한 사유에는 당사자의 대리인과의 과거 또는 현재의 관계도 포함한다.

32) 仲裁研究會 編(澤田壽夫 執筆部分), 仲裁法の立法論的檢討, 商事仲裁研究會, 1993, 73면.

1. 중재인에 대한 기피의 소

중재인을 기피하여 중재절차로부터 배제하기 위해서는 이를 목적으로 하는 소를 제기할 수 있다. 이를 인용하는 판결의 확정에 의하여 중재인의 배제가 확정된다. 이러한 소는 일종의 형성의 소이고, 소송물은 중재인기피권의 존재를 이유로 하는 중재인배제청구이다.³³⁾ 원고는 기피를 구하는 당사자이고 피고는 그 중재사건의 상대방이다.³⁴⁾

중재인 기피의 소에 대한 관할법원은 우선 중재계약에서 지정한 지방법원이고, 이러한 지정이 없는 경우에는 청구를 재판상 주장하는 경우에 그 소에 대하여 관할권을 가지는 지방법원이다.

관할이 경합하는 경우에는 어느 법원을 선택할지는 자유이지만, 경합하는 법원 가운데 어느 한 법원에 소를 제기한 경우에는 당해 사건이 계속하고 있거나 또는 계속하고 있었던 법원이 기피재판에 대하여서도 관할권을 갖는다고 할 것이다. 다만 그 법원이 관할권을 흠결하고 있었던 경우에는 중재인기피재판에 대한 관할권이 없다. 그러나 당사자는 나중에 이와 다른 법원을 관할법원으로 하는 취지의 합의를 할 수 있다.³⁵⁾

2. 당사자의 기피권 상실

중재인의 기피는 법관의 기피와 동일한 조건에 따르기 때문에 기피원인을 알면서 기피선언을 하지 않고 절차를 진행한 경우에는 당사자는 기피권을 잃는다(민사소송법 제43조 제2항 참조). 또한 기피사유 있는 중재인에 대하여 기피사유가 있다는 것을 알면서 선임한 당사자는 중재인에 대한 기피신청을 할 수 없는 것은 당연하다고 할 것이다. 다만 당사자가 기피사유가 중재판정에 미치는 영향을 정확하게 파악하고 있는 경우에 한정

33) 大判 大正 5.5.27. 民錄22輯, 1035面.

34) 중재인을 피고로 한 판례도 보인다(예컨대 札幌地判 平成3.8.22).

35) Baumbach/Lauterbach/Albers, a.a.O., §1047 1 ; 반대 Wieckzoreck, a.a.O., §1047 AIIa.

하여야 할 것이라고 하거나³⁶⁾ 또는 분쟁성립 후에 선임된 경우에 한정된다고 하는 견해도 있다.³⁷⁾

법관의 경우에는 본안에 관하여 변론하거나 준비절차기일에서의 진술이 실권의 요건으로 되어 있지만(민사소송법 제43조 제2항), 중재절차에서는 특별한 정함이 없는 한 구술변론이 타당하지 않기 때문에 기피신청을 하지 않고 서면을 중재법원에 제출한 단계에서 실권한다고 하여야 할 것이다.³⁸⁾

기피권을 상실하지 않기 위하여서는 굳이 기피의 소를 제기할 필요까지는 없고 기피하는 취지를 중재법원(중재절차가 개시되기 전에는 상대방)에 대하여 진술하면 충분하다.

3. 법원 이외의 제3자에 의한 기피판단

당사자는 합의로 기피에 대한 종국적인 판단을 법원 이외의 제3자에게 위임할 수 있는지에 대하여 견해가 나누어진다.³⁹⁾ 긍정설은 당사자자치를 이유로 기피에 대한 판단을 위임받은 자가 중재적 기능을 가지고 있는 것을 조건으로 이러한 합의를 인정한다.⁴⁰⁾ 이에 대하여 독일의 통설·판례는 이를 부정한다.⁴¹⁾

부정설의 근거는 중재인의 기피에 대한 판단을 법원이 아닌 제3자에게 위임하는 것은 기피권의 사전포기에 해당한다고 할 것인데, 기피권의 포기는 기피사유가 존재한다는 것을 알고 나서 사후적으로만 할 수 있고 사전포기는 법이 인정하는 바가 아니기 때문이라고 한다.

중재인에 대한 기피권이 당사자가 중재판정의 확보를 피하기 위하여 가

36) Schwab, a.a.O., S.95.

37) Stein/Jonas, a.a.O., §1032 Rdz 30.

38) A.a.O., §1032 Rdz 33 ; Schwab, a.a.O., S.95.

39) Vgl. Kornbrum, Entscheidungskompetenz bei Ablehnung von Schiedsrichters, ZZZ 80, S.20 ff.

40) Stein/Jonas, a.a.O., §1032 Rdz. 36.

41) BGHZ 24 S.1 ; Schwab, a.a.O., S.97 ; Kornbrum, a.a.O., S.36 ff.

지는 대책 가운데 하나인 점에 비추어 볼 때 부정설이 정당하다고 할 것이다.

어느 쪽이든 적절한 절차에 의하여 기피사유의 유무를 판정하는 공정한 제3자로 구성된 합의체가 중재기관 내에 설치되어서 이 합의체가 신속하게 실정에 맞는 결론을 내리면 그 기관내의 판정은 최종적인 것은 아니라 할지라도 법원에 의하여 상당한 무게로 받아들여지게 되어 실질적으로는 법원 이외의 제3자에게 판정을 위임한 것과 마찬가지로 되는 경우가 많을 것이다.⁴²⁾

4. 기피신청과 중재절차의 속행

중재인에 대한 기피절차는 당사자간의 합의로 정하며(중재법 제14조 제1항), 당사자간에 기피절차에 대한 합의가 없는 경우에는 중재인을 기피하고자 하는 당사자는 중재판정부가 구성된 날 또는 중재인에게 기피사유가 있다는 것을 안 날로부터 15일 이내에 중재판정부에 서면으로 신청하여야 한다(중재법 제14조 제2항 전문).

법원에 대한 기피신청이 있는 경우에는 그 재판이 확정될 때까지 소송절차가 정지되지만(민사소송법 제48조), 당사자가 중재인에 대하여 기피신청을 한 경우에도 중재법원은 절차를 속행할 수 있다(중재법 제14조 제3항).

그러나 중재판정이 내려진 후에 중재인에 대한 기피를 인정하는 판결이 확정된 때에는 이를 이유로 중재판정의 취소를 구하고(중재법 제36조 제2항 제1호 라목 참조) 또는 집행판결을 구하는 소에서 이를 원용하여 청구기각을 구할 수 있을 것이다(중재법 제38조).

다른 한편으로 기피하는 취지를 신청한 당사자가 기피권을 유보하고 절차의 진행에 응할지 여부는 자유이다. 절차의 진행에 응하였다고 하여 바로 기피할 권리를 잃는 것은 아니지만, 기피의 소제기를 현저하게 지연시켜 그 사이에 중재판정이 내려진 경우에는 실권한다고 할 것이다.⁴³⁾

42) 小島武司, 前掲書, 195面.

당사자의 기피신청에 대하여 기피신청을 받은 중재인이 사임하지 아니하거나 상대방 당사자가 기피신청에 동의하지 않으면 중재판정부는 기피신청에 대하여 결정하여야 한다(중재법 제14조 제2항 후문). 기피신청이 중재판정부에 의하여 받아들여지지 않은 경우에는 기피신청을 한 당사자는 그 결과의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 법원에 대하여 해당 중재인에 대한 기피신청을 할 수 있고(중재법 제14조 제3항), 기피신청에 대한 법원의 기피결정에 대하여는 항고할 수 없도록 하고 있다(중재법 제14조 제4항).

VII. 맺음말

민사분쟁을 해결하는 제도로서의 소송은 강제적이고 공권적인데 반하여, 중재는 자주적이고 임의적인 분쟁해결제도인 점에 특징이 있다. 소송에 있어서는 분쟁해결의 내용인 판단에 당사자가 구속되는 근거가 사법권이라고 하는 국가권력에서 구하여 지는데 반하여, 중재는 분쟁해결에 관한 당사자간의 자주적 합의에서 구속력의 근거를 찾을 수 있다.

화해나 조정은 당사자의 자주적 합의에 기한 분쟁해결방법이라는 점에서는 중재와 같지만 양자간에는 중요한 차이점이 있다. 즉 중재는 소송과 함께 분쟁해결의 내용이 제3자에 의하여 제시되는 재단형 내지 결정형(imposed solution)인데 대하여 조정이나 화해는 당사자간의 상호양보를 핵심으로 하는 타협형(agreed solution)에 속한다.

재단형의 분쟁해결방법은 제3자가 객관적인 기준에 따라 재단을 하기 때문에 그 해결의 내용은 소송과 같이 양자택일로 되는데 반하여, 타협형에 의한 분쟁해결방법은 상호양보를 통하여 당사자쌍방이 의견을 접근시켜 중간적인 점에서 분쟁해결이 되는 경우가 많다.

중재와 같은 재단형의 분쟁해결에 있어서는 어떻게 재단자인 중재인의

43) Stein/Jonas, a.a.O., §1032 Rdz 34.

공평성과 독립성을 확보하느냐 하는 것이 중요한 점이다. 특히 당사자로부터의 독립성과 함께 단심제를 통한 해결의 신속성이라는 이점을 살리고 또한 분쟁의 성격에 따라 실태에 맞는 전문가를 중재인으로 선정함으로써 재판관을 통한 분쟁해결이 가지지 못하는 우월한 점들을 살려 나간다면 재판에 대체하는 분쟁해결방법으로서의 중재의 활성화를 꾀할 수 있지 않을까 생각한다.

독립성을 확보하는 방법으로서 중재법원의 구성을 당사자의 어느 한편으로 기울지 않은 중립적인 사람을 중재인으로 선정하는 방법도 생각해 볼 수 있겠지만 각 당사자가 각각의 입장을 대변할 수 있는 자를 한사람씩 선임하고 여기에 중립적인 사람을 한 사람 추가하는 것이 적당한 경우도 있고, 기관중재에 있어서도 여러 가지 메뉴를 준비하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이며 나아가 공익위원을 중재인으로 선임하는 방식도 고려해 볼 수 있을 것이다.

현재 각종의 상설중재기관은 선정의 편의를 위하여 중재인 명부를 구비하고 있지만, 더 나아가 국내분쟁뿐만 아니라 국제분쟁을 효율적으로 해결하기 위하여 다양하고 충분한 자질과 능력을 구비한 자원을 개발하고 이들을 중재실무에 접촉시켜 경험을 쌓도록 하는 부단한 배려가 요망되며, 중재인으로서 적절한 자를 사건의 필요에 따라 항상 제공할 수 있는 기반을 만듦으로써 중재제도의 이용촉진을 도모하는데 큰 도움이 될 것이다.

끝으로 중재절차의 분화를 자각적으로 진행시켜 가는 것도 장래의 과제 가운데 하나라고 할 것이다. 중재절차는 기본적으로 당사자가 결정하는 것이지만 기관중재의 경우 복수의 절차모형을 준비하여 둔다면 당사자의 필요에 따라 절차의 선택이 용이하고 중재절차도 그 신속성 내지 경제성은 물론 보다 상응한 절차라는 평가를 얻을 수 있을 것이다.

ABSTRACT

A Study on the Challenge of a Arbitrator

Myung Woo Lee,

In the solutions of civil disputes, there are decision of a court and alternative dispute resolution . Arbitration is one of alternative dispute resolutions.

The decision of a court is the compulsory settlement and the solution by citizenship between two opposing parties, but arbitration is the autonomous and voluntary settlement by a private person, that is arbitrator.

Besides these points, arbitration has various features in comparison with a decision of a court.

The procedure of arbitration is not open to the public and single trial system guarantees speedy solution of disputes

In the procedure of arbitration, arbitrator who pass judgement is selected and appointed by the parties to an affair. And there are questions how the arbitrator to become independent from them.

Because Arbitration is not agreed solution which based on the concession between opposing two parties but imposed solution which is alike decision of a court.

This study illustrates the system of challenge on arbitrator to guarantee independence of arbitrators.

참 고 문 헌

- 강현중, 민사소송법, 박영사, 2002.
김홍규, 민사소송법, 삼영사, 2003.
송상현, 민사소송법, 박영사, 2002.
양병희, 민사소송법강의, 삼지원, 2003.
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2003.
김상원/이시윤/박우동/이재성 편. 주석 민사소송법, 한국사법행정학회, 1991.
谷口安平/井上治典 編(青山善充), 新・判例コンメンタル VI, 三省堂, 1996.
金祥洙, 證券仲裁, 信山社, 1997.
小島武司, 仲裁法, 青林書院, 2000.
小島武司/高桑 昭 編, 注解 仲裁法, 青林書院, 1988
小山 昇, 仲裁法 [新版] (法律學全集), 有斐閣, 1983.
新堂幸司/小島武司 編集, 注釋 民事訴訟法(1), 有斐閣, 1991,
仲裁研究會 編, 仲裁法の立法論的檢討, 商事仲裁研究會, 1993.
Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 48 Aufl., 1990.
Habscheid, Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, NJW 1962.
Kornblum, Entscheidungskompetenz bei Ablehnung von Schiedsrichter,
ZZP 80,
Schwab/Walter, Schiedsgerichtbarkeit, 5.Aufl., 1996.
Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO 21 Aufl., 1990,
Wieczorek, ZPO, 2 Aufl., 1976.