

중재에서의 임시적처분에 대한 연구 - 국내 중재를 중심으로 -

A Study on Interim Measures of Arbitration
- the Korea domestic perspective -

최안식*
An-Sik Choi

〈목 차〉

- I. 서 론
 - II. 임시적 처분의 개념
 - III. 임시적 처분의 절차
 - IV. 임시적 처분의 승인집행규정
 - V. 결론
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 중재, 중재판정, 임시적 처분, 보전처분, 한국 중재법, 승인과 집행

* 한국중재원 원장, 법학박사, 전북대학교 법학전문대학원 강사.

I. 서론

1. 중재의 목적과 중재제도의 활성화

중재의 목적은 민사소송의 목적과 다르지 않다. 즉 중재에 의하여 실현하려는 것은 분쟁을 해결하는 것(분쟁해결설)이며, 이로써 사인 또는 국민의 권리보호와(권리보호설), 사회생활의 질서를 유지(질서유지설)하는 것이다(다원설).

다만 중재의 목적이 민사소송상의 목적으로 거론되는 절차보장(절차보장설)과는 정면으로 대치된다고 보는 견해도 일부 있는 것이 사실이다. 그러나 중재가 절차보장에 대치되는 것으로 보는 견해에 의하면 그 결과는 중재를 활성화 하는데 크게 걸림돌이 되고 만다. 중재가 단심으로 종료되기 때문에 절차를 보장하기 위하여 이를 보충하여야 한다는 관점으로 중재절차를 이해하는 경우 중재는 소송 전(前)의 임의적 절차 또는 분쟁의 해결 절차를 4심 또는 7심화 하게 된다.¹⁾ 물론 외국중재절차에서의 판정은 판정의 근거가 되는 법질서 및 절차의 진행이 국내법과의 차이 또는 부조화의 문제로 인해 국내에서 그대로 실행하는 것이 부적합한 문제가 발생하게 되며, 이러한 문제를 해결하기 위해 외국중재판정의 실행을 위해서는 당사자의 신청에 의해 중재판정에 대한 승인 및 집행에 포함되어 일정한 절차를 거치게 된다.²⁾ 그러나 국내 중재 판정이나 임시적 처분에 대한 국내에서의 효력조치 또 다른 절차를 거쳐야만 인정할 수 있다고 보는 의견은 중재의 의의를 망각한 결과라고 본다. 이러한 견해에 따르면 국내 중재 판정이나 그 임시적 처분과 외국중재판정이나 그 임시적 처분에 대하여 구분 없이 법원이 이에 개입하는 내용으로 법규를 제정·개정하게 되고 이는 결국 국내 중재제도의 활성화뿐만 아니라 국제중재의 활성화 즉 중재지를 한국으로 선택하는데 중대한 장애가 된다. 예를 들어 당사자 자치³⁾에 의한 중재판정이나 임시적 처분의 집행이 한국에서 이루어져야 하는데 한국을 중재지로 선택한 경우 외국을 중재지로 선택한 경우에 비하여 오히려 그 승인 및 집행 절차가 어려운 경우는 물론 동일한 경우 굳이 한국을 중재지로 선택할 이유가 없게 된다.

1) 중재판정과 판정취소의 소1, 2, 3심 및 승인집행 판결이나 결정절차 1, 2, 3심 절차가 종료 되어야 만 분쟁의 중국적 해결이 가능하게 된다.

2) 성준호, “독일민사소송법상 외국중재판정의 승인 및 집행”, 『중재연구』, 제29권 제2호, 한국중재학회, 2019. 6. p108.

3) 하충룡, “중재합의의 당사자자치에 관한 미국계약법상 해석”, 『중재연구』, 제29권 제2호, 2019. 6. p.90. 당사자 자치라 함은 당사자들의 자발적 의사합치에 기하여 계약상의 권리·의무를 창출하는 것을 의미한다

2. 중재제도의 발전방향과 임시적 처분

과거에 비하여 국제적으로나 국내적으로도 중재제도의 발전 방향에 대하여 검토하면서 중재제도의 활성화가 우선시 되고 있는 것은 당연하다. 현 한국 중재법도 개정함에 있어 그 개정제안 이유를 보면 중재제도의 활성화를 기본으로 중재대상의 확대, 중재합의 요건의 완화, 중재판정의 신속성과 실효성 확보, 중재판정의 승인과 집행용이, 국제적 기준에 부합하는 선진화, 중재 친화적인 환경조성을 들고 있다.⁴⁾

그런데 한국 중재법은 상사중재와 국제중재를 중심으로 제정·개정되다보니 과거 UNCITRAL의 모델 중재법을 거의 그대로 인용하였다. UNCITRAL는 2006년에 모델중재법을 개정하였는데, 주목할 만한 개정 사항 중에 하나는 중재판정부의 임시적 처분을 폭넓게 인정하면서 그 절차를 구체적으로 명시하였다는 점이다.⁵⁾ 위와 같이 개정 또는 보충된 UNCITRAL의 모델 중재법에 따라 임시적 처분에 대하여 한국 정부도 2015. 10. 8. 전면 개정된 중재법 일부 개정법률안을 발의하여 2016. 5. 19. 국회 본회의에서 수정 가결되었다.⁶⁾ 그러나 한국의 경우 위 임시적 처분의 규정이 태생적으로 상사중재와 국제중재를 전제로 한 UNCITRAL의 모델 중재법을 그대로 인용함으로써 국내중재와 상사 중재뿐 아니라 사법상의 분쟁을 모두 중재의 대상으로 하는 한국중재법과 실정에 부합하지 않는 등 문제점이 있다. 이러한 문제는 총체적이어서 임시적 처분 규정의 실익이 있는지조차 의심스러운바 중재제도의 활성화 등의 측면에서 현 규정의 문제점을 살펴보고 새로운 개정방향 내지 규정의 해석 방향을 제시하여 보고자 한다.

II . 임시적 처분의 개념

1. 중재법에 의한 정의

임시적 처분에 대하여 중재법은 중재판정부가 중재판정이 내려지기 전에 어느 한쪽 당사자에게 이행하도록 명하는 잠정처분으로 한다(법 제18조 제2항)고 정의하고 있다. 이에 대하여 세분하여 살펴본다. 중재제도의 활성화가 필요한 이유는 단순히 법원의 부담을 줄

4) 대한민국 국회 법률 의안번호 17128 제안이유 참조.

5) 노태약, “UNCITRAL 모델중재법 및 중재규칙 개정에 따른 국내법 개정의 필요성 검토”, 「국제사법연구」, 제16호, 한국국제사법학회, 2010. 12., p.112.

6) 현재 UNCITRAL 모델중재법을 비롯한 전 세계 많은 국가들은 중재판정부의 임시적 처분을 인정하고 있다. 김갑유, 「중재실무강의」, 박영사, 2012, p.263.

이는데 만 있는 것이 아니고 분쟁당사자 입장에서 일반적인 소송에 비하여 비용의 저렴, 신속한 해결, 비밀의 보장과 사회적 갈등 감소 등 중재의 장점 등에 기인한다. 따라서 그에 부수한 임시적 처분 또한 위 장점을 벗어나서는 아니 된다.

2. 임시적 처분의 기능과 목적

채권자가 그 권리를 실현하기 위하여서는 집행권원을 얻고 다시 강제집행절차를 밟아야 하는데, 이러한 집행권원을 얻기 위해서는 많은 시일을 소요하게 되므로 그 사이에 채무자의 재산상태가 변하거나 다툼의 대상에 관하여 멸실·처분 등 사실적 또는 법률적 변경이 생길 수 있다. 그렇게 되면 채권자는 많은 시일과 경비만을 낭비하였을 뿐 권리의 실질적 만족은 얻을 수 없게 되거나 어려워지게 된다. 중재는 민사소송절차에 비하여 신속성이 월등하지만 이러한 염려는 마찬가지다. 따라서 이러한 결과를 방지하기 위하여서는 집행권원을 얻기에 앞서 미리 채무자의 일반재산 또는 다툼 대상의 현상을 보존시키거나 임시로 잠정적인 법률관계를 형성하여 나중에 집행권원을 얻었을 때 그 집행을 용이하게 하거나 그때까지 채권자가 입게 될지 모르는 손해의 예방이 필요하게 된다. 그런데 한국은 원칙적으로 자력구제를 허용하지 아니하므로 이러한 잠정치분 또한 자력에 의한 방법은 허용되지 않는다. 그리하여 이러한 집행의 확보와 손해방지 기능을 하는 보전처분(임시적 처분)은 권리의 실질적 만족을 위한 절차로서 중재절차나 강제집행절차에 못지않은 중요한 기능을 한다. 이러한 면에서 임시적 처분의 목적은 중재법 제10조상의 법원의 보전처분과 다르지 않다. 즉 임시적 처분은 중재판정의 실질적 효과를 위하여 집행을 보전하거나 중재판정과 집행의 용이 또는 중재판정의 적정과 신속을 목적으로 하는 처분이다. 그러나 중재판정부의 임시적 처분은 기능적인 면에서 법원의 보전처분과 매우 유사해보이지만 처분의 내용, 효력의 인적 범위, 처분시기 등에서 법원의 보전처분과 차이를 보인다.⁷⁾

3. 임시적 처분의 요건

(1) 전제적 요건

1) 중재절차의 개시

한국 중재법은 임시적 처분에 관하여 중재절차의 개시(계속)⁸⁾를 전제로 하여서만 가능

7) 석광현, 「국제민사소송법: 국제사법(절차편)」, 박영사, 2012, p.524.; 정선주, 「중재절차에서 임시적 처분제도의 개선방안」, 법무부 연구용역 보고서, 2012. 11. 30., p.10~22.

8) 중재절차의 개시란 ‘당사자 간에 다른 합의가 없는 한 피신청인이 중재요청서를 받은 날’이다(「중재법」 제22조 제1항).

한 것으로 보인다. 따라서 중재법 제10조에 의한 보전처분과 달리 중재절차의 개시 전에는 임시적 처분이 허용되지 않는다. 그러므로 바람직한 것은 아니나 중재절차의 개시 중 유효하게 결정⁹⁾된 임시적 처분이라도 이후 중재신청이 취하되고 같은 내용의 중재신청이 다시 이루어졌다고 하더라도 이를 전용하여 위 임시적 처분의 효력을 인정 할 수는 없다.

2) 중재판정부의 구성

임시적 처분은 해당사건의 중재판정부의 전속권한으로 파악된다(중재법 제 18조 제1항).¹⁰⁾ 따라서 중재판정부가 구성되기 전에는 중재의 신청이 있었다하여 임시적 처분을 할 수는 없다. 문제는 기관(또는 법인 등) 중재의 경우다. 예를 들어 당사자의 합의에 의하여 한국중재원에 중재를 신청한 경우 피신청인에게 중재요청서가 송달되어 중재절차가 개시 되었지만 내부적으로 중재판정부의 구성 또는 사건배당(지정)이 이루어지지 않았거나 당사자가 중재판정부 구성에 이의를 신청한 경우 임시적 처분을 할 수 있는가에 대하여 이론(異論)이 있을 수 있으나 당사자의 합의로 수명중재인(commisioned arbitrator)을 선임하는 등의 방법으로 하거나 중재판정부 구성시 까지 결정이 지연 될 수밖에 없다. 다만 그럼에도 불구하고 임시적 처분의 결정이 있었다면 이를 당연 무효로 보기보다는 당사자의 신청 등에 의하여 취소할 수 있다고 할 것이다. 물론 이와 달리 정상적으로 중재판정부가 구성되었다가 임시적 처분이후 기피나 회피 또는 사임 등에 의하여 새로운 중재판정부가 구성된 경우에는 위 임시적 처분은 유효한 것으로 보아야한다.

3) 임시적 처분을 거부하는 합의 부존재

법제18조 제1항은 당사자 간에 ‘다른 합의가 없는 경우’에 임시적 처분의 신청과 결정이 가능한 것으로 규정하고 있다. 위에서 말하는‘다른 합의가 없는 경우’란 중재의 제도 자체가 당사자 자치를 근거로 하므로 당사자들은 중재합의와 더불어 그 내용에 대하여 구체적인 합의가 가능하다. 예를 들어 중재지, 중재인 수, 중재인의 자격, 등이 대표적인 것이다. 이와 마찬가지로 당사자들 사이에 임시적 처분을 하지 않기로 하는 합의도 가능한 것으로 보여 진다. 그리하여 당사자들 간에 보전처분을 하지 않기로 하거나 보전처분을 법제10조에 의한 보전처분만을 하기로 합의 하는 경우는 법제 18조 이하의 임시적 처분은 허용되지 않는다고 할 것이다. 그러나 위 합의가 분쟁이후에 이루어진 경우에는 관계 없지만 분쟁발생 이전에 이루어진 경우에는 제한적 고려가 있어야한다. 왜냐하면 중재합의 당사자 일방이 경제적 강자로서 경제적 약자인 상대방에게 이러한 합의를 강요할 수도

9) 개정 중재법은 구 중재법 제18조 제1항의 ‘결정으로’라는 문구를 삭제하여 그 방식이 모호해졌으나 이를 처분방식의 확대로 보고 명령, 처분, 판정 등의 형식 도 가능할 것으로 보이나 편의상 ‘결정’으로 통일 하겠다.
10) 홍콩국제중재센터(HKCIAC) 중재규칙 제23.1조에 따르면, 중재판정부 구성 전(前)에도 당사자는 긴급중재인(emergency arbitrator)에 의한 긴급한 보전 및 임시적 처분을 신청할 수 있다.

있기 때문이다.¹¹⁾ 따라서 임시적 처분의 신청당사자가 소비자, 근로자 등이고 위 중재합의가 분쟁발생 전에 이루어진 경우에는 위 합의를 배척할 수 있어야 한다.¹²⁾¹³⁾ 또 한편 문제는 임시적 처분의 성질상 상대방이 인지하지 않은 상태에서 결정되어야 하는 경우가 있고, 그렇게 결정되는 경우 이 후 합의 존재사실을 소명하는 경우가 문제된다.

4) 당사자의 신청

중재법 제18조 제1항은 임시적 처분은 당사자의 신청에 의하도록 규정하고 있다. 따라서 당사자의 신청이 아닌 제3자의 신청 또는 중재판정부의 직권에 의한 임시적 처분은 허용되지 아니한다고 봐야한다.

(2) 시간적 요건

중재법 제18조 제2항을 본문 문구대로 해석한다면 임시적 처분이 가능한 기간은 중재신청 이후 중재판정부가 정해진 다음부터 중재판정이 내려지기 전까지 이다. 물론 신청은 중재판정부가 구성되기 전, 또는 중재신청과 동시 신청도 가능하다. 그러나 위에서 살펴본 임시적 처분의 기능과 목적을 참작하면 임시적 처분은 중재신청 전(前)과 중재판정 이후 중재판정의 집행이 있기 전(前)에도 가능하여야 한다. 한국의 현 중재제도는 중재판정의 효력이 확정판결과 같다고 하면서도 3개월의 불복기간과 이와 별도의 집행 결정절차를 필요로 하고 있어 집행을 위한 상당한 기한이 경과되므로 중재신청 전은 물론 중재판정시 또는 중재판정 이후에도 법 제18조의 2에 해당하면 임시적 처분이 가능하여야 한다. 즉 중재판정 특히 국내 중재판정의 경우에는 집행판결이나 결정 없이 바로 집행문을 부여 받을 수 있는 것으로 개정되지 않는 한 이는 국내 중재제도의 활성화와 중재산업 활성화(중재사건 국내유치)는 어렵게 된다. 홍콩은 2006년 UNCITRAL 국제상사중재 모델법을 대부분 받아들였지만 홍콩국제중재센터(HKIAC) 중재규칙에 따르면, 중재판정부 구성 전(前)에도 당사자는 긴급중재인(emergency arbitrator)에 의한 긴급한 보전 및 임시적 처분을 신청할 수 있다.¹⁴⁾¹⁵⁾

11) Maller et.al. Business Law, McGraw-Hill, 13th ed, 2007, p.398

12) 미국 오하이오 연방법원 판례, Rude v. NUCO Edn. corp., slip Copy, 2011 WL 6931516, (Ohio App. 9 Dist.,2011) (citing "To be sure, anarbitration clause in a consumer contract with some characteristics of an adhesion contract, 'necessarily engenders more reservations than an arbitration clasue in a different setting,' such as a collective-bargaining agreement or a commercial contract between two businesses.", Taylor Bldg. Corp. of Am. v. Benfield, 884 N.E.2d 12, 50, 2008).

13) 「약관규제법」 등에 의하여 사전 '중재조항' 자체를 무효로 하여야 한다는 견해가 있으나 이는 중재의 특성 등을 이해하지 못하고 단순히 제소금지라는 권리제한으로 파악한 것으로 보인다. 성준호, "프렌차이즈 분쟁 계약상 사전중재합의에 관한 법리적 검토", 중재연구 제29권 제1호, 2019. 3., p.13.

14) HKIAC 2018 Administered Arbitration Rules, 제 23.1조.

15) 전우정, 중국 민사소송제도의 특색과 중재절차에서의 임시적처분 및 중재판정의 집행, 중재연구 제29권 제2호, 2019. 6. p.186~187.

(3) 내용상의 요건과 필요적 요건

1) 회복불능의 손해발생 가능성

중재법 제 18조의2 제1항 제1호는 신청인이 임시적 처분을 받지 못하는 경우 신청인에게 중재판정에 포함된 손해배상으로 적절히 보상되지 아니하는 손해가 발생할 가능성이 있음을 신청인이 소명하여야 함을 요건으로 하고 있다. 따라서 회복이 불가능하거나 대체적으로 손해의 배상(보상)을 할 수 없는 경우만 임시적 처분이 인용될 수 있다.

2) 손해의 비교형량

임시적 처분은 중재에 의하여 권리의 준부가 확정되기 전에 그 집행을 보전 하는 등의 제도이므로 상대방에게 큰 불편 내지 손해를 발생케 할 수 있다. 그러므로 임시적 처분은 상대방에게 그와 같은 불편을 감수시키더라도 중재에 의한 권리실현을 위하여서는 미리 임시적 처분을 하여야 함이 꼭 필요하다고 하는 경우가 아니면 인용 되어서는 안 된다. 그리하여 위 같은 1호 후단은 가능성 있는 신청인의 회복불능의 손해가 임시적 처분으로 인하여 상대방 당사자에게 발생할 것으로 예상되는 손해를 상당히 초과하여야 한다고 규정하고 있다.

3) 본안의 인용가능성

본안인 중재에 대하여 합리적으로 신청인의 청구가 인용될 가능성이 있어야 한다. 그러나 임시적 처분의 인용결정이 있었다고 본안의 심리에서 이에 구속되는 것은 아니다.¹⁶⁾ 그리고 분쟁의 해결과 밀접한 관련이 있는 증거의 보전을 이행하도록 명하는 잠정적 조치를 구하는 임시적 처분 신청자에게는 위 요건이 완전하게 적용되는 것이 아니라, 중재판정부가 적절하다고 판단하는 범위 내에서만 적용된다고 규정하고 있다.¹⁷⁾

4) 피보전 권리와 필요성

임시적 처분을 신청한 신청인에게 임시적 처분을 위한 본안의 피보전권리가 존재하여야 한다. 이러한 피보전 권리는 임시적 처분당시 존재하여야하고 그 발생여부가 불확정적인

16) 2006년 모델중재법 제17조의 A 제1항 제b호 청구의 당사자가 본안에 성공할 가능성이 있을 것. 이 가능성에 대한 결정은 후속 결정을 내릴 때 중재판정부의 재량에 영향을 미치지 않아야 한다(There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination). 중재법 제18조의 2 제1항 제2호 참조.

17) 2006년 모델중재법 제17조의A 제2항 제d호항에 따른 임시적 처분 요구와 관련하여, 이 조 제1항 제a항 및 제b항의 요건은 중재재판소가 적절하다고 판단하는 범위까지만 적용한다(With regard to a request for an interim measure under article 17(2)(d), the requirements in paragraphs (1)(a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate).

경우는 임시적 처분 신청이 인용될 수 없을 것이다. 그리고 위 피보전 권리는 중재의 대상이 되는 권리에 국한된다고 봐야한다. 또한 임시적 처분의 종류에 따른 필요성이 존재하여야한다. 예를 들어 현상유지의 임시적 처분은 현상이 바뀌면 중재판정에 의한 집행권란 또는 집행불능 등과 상태 등을 피하기 위한 필요성이 있어야한다. 현상의 변경은 보전할 청구권의 목적물을 훼손하는 것(객관적 변경), 이전하거나 양도하는 것(주관적 변경) 등에 의하여 생긴다. 이 현상의 변경은 장래에 생길 염려가 있는 경우와 이미 그 염려가 발생하고 있는 경우를 포함 한다.

4. 임시적 처분의 종류(중재법 제18조 2항)와 법원의 보전처분 비교

(1) 본안에 대한 중재판정이 있을 때까지 현상의 유지 또는 복원

현상유지란 양도·저당권 설정, 전세권 설정, 임대차 등 일체의 처분행위나 현상을 변경 또는 손괴 등의 행위를 하지 못하도록 하는 것인바 이는 중재법 제10조의 보전처분 중 가압류나 가처분 등이 이에 해당 할 것이다. 복원이란 위 보전처분 중 임시지위를 정하는 가처분 또는 단행가처분이 될 것이다.

(2) 중재절차 자체에 대한 현존하거나 급박한 위험이나 영향을 방지하는 조치 또는 그러한 위험이나 영향을 줄 수 있는 조치의 금지

현존하거나 급박한 위험이나 영향을 방지하는 조치란 분쟁과 관련된 물건의 가치 폭락 또는 부패 등으로 회복할 수 없는 손해가 발생할 위험이 있는 경우 이에 대한 처분 또는 냉동보관 등으로 이를 방지하는 조치로 보인다. 또한 이러한 위험이나 영향을 줄 수 있는 조치란 아직 추수기가 되지 않은 농작물의 수확이나 판매 금지 등을 예로 들 수 있을 것으로 보인다.

(3) 중재판정의 집행 대상이 되는 자산에 대한 보전 방법의 제공

집행대상이 되는 자산에 대한 보전방법의 제공이란 위에서 본 부패 가능한 물건에 대한 냉동보관 또는 공탁·저당권의 설정, 판매금지과 법원의 보전처분 중 다툼대상에 관한 가처분 등도 이에 해당한다고 보여 진다.

(4) 분쟁의 해결에 관련성과 중요성이 있는 증거의 보전

분쟁해결의 관련성과 중요성이 있는 증거의 보전이란 분쟁해결과 관련한 증거 중 시간 또는 환경 등의 변화로 소멸하거나 변화될 가능성 있는 증거를 보전하는 처분으로 보여진다. 예를 들어 외국으로 출국할 가능성 있는 증인의 심문이나 시한부 판정 받은 증인, 보

존기간 경과로 소각될 서류 등을 보전조치 할 수 있을 것이다.

5. 임시적 처분의 특징(성질)

(1) 잠정성

임시적 처분은 권리 또는 법률관계의 존부를 확정적으로 판단하거나 그 집행이나 이행으로서 권리를 중국적으로 실현하는 것이 아니라 중재판정의 집행보전 또는 다툼 있는 법률관계를 임시로 규율하기 위한 잠정적 처분이다. 따라서 채무자의 재산의 현상유지에 그치고 가압류물의 현금화를 원칙적으로 하지 못한다.¹⁸⁾

문제는 민사집행법상 단행적 가처분과 같은 ‘복원’등의 경우 분쟁대상인 권리 또는 법률관계가 이행되는 것과 같은 내용의 처분을 명하게 되는데(제309조 제1항 전단) 이러한 가처분도 잠정성이 있느냐 하는 것인바, 이 역시 잠정성을 갖는 것으로 본다. 임시적 처분의 집행이나 상대방의 이행으로 피보전권리가 실현된 것과 마찬가지로의 상태가 사실상 달성되었다 하더라도 그것은 어디까지나 임시적인 것에 지나지 않으므로, 임시의 이행상태가 되었다 하더라도 본안인 중재판정의 심리에서는 그와 같은 임시적, 잠정적 이행상태를 고려함이 없이 판정하게 된다(중재법 제18조의2 제1항 2호). 그리고 본안 중재판정에서 채권자가 패소하면 그 임시적 처분에 의한 집행이나 이행 부분에 대하여 원상회복을 하여야 할 것이다.

(2) 긴급성

임시적 처분은 중재절차가 민사소송절차에 비하여 신속하게 종료되지만 그래도 상당한 시일이 경과하는 데서 오는 피해를 방지하기 위한 것이 그 목적이다. 따라서 신청에 따른 결정과 집행절차에 신속성이 요구된다. 그리하여 그 결정은 변론 없이 하고 그 집행은 임시적처분이 상대방에게 고지되기 이전에도 가능하여야 할 것이다. 임시적 처분은 기일지연 또는 채무자의 인식으로 그 목적을 달성할 수 없는 경우가 대부분이기 때문이다. 그런데 문제는 민사소송상 임시의 지위를 정하기 위한 가처분과 같은 단행적 임시처분의 경우¹⁹⁾는 상대방의 피해가 클 가능성이 다분하므로 예외적으로 상대방이 참석할 수 있는 심문기일을 열어야 할 것이다. 따라서 임시적 처분의 대부분은 신청자의 주장과 소명에 의해 결정하여야 할 것이다(중재법 제18조의2 제1항). 이에 대하여 모델중재법이 영미법 원리를 기본으로 하였음을 이유로 또는 중재절차가 동등대우를 원칙으로 하기 때문에 임

18) 다만, 임시적 처분 목적물이 즉시 매각하지 않으면 값이 크게 떨어지거나 그 보관에 지나치게 많은 비용이 드는 경우는 매각하여 현금화가 가능하다.

19) 분쟁에도 불구하고 자재의 계속적인 공급 등.

시적 처분에 대하여 상대방도 진술기회를 부여하여야 한다는 취지로 보는 경우도 있다.²⁰⁾ 그러나 앞에서 본 것처럼 임시적 처분 신청에 대한 결정을 하기 위한 심리방법 또한 임시적 처분의 내용에 따라 중재판정부가 선택 할 수 있게 하여야한다.

(3) 부수성

임시적 처분은 본안 중재판정의 집행을 보전하거나 판정을 용이하게 하기 위한 것이고, 법원의 보전처분과 달리 중재절차개시를 요건으로 하기 때문에 중재판정을 얻기 위한 중재가 현재에 계속될 것을 전제로 한다.²¹⁾ 따라서 중재합의 대상인 권리범위를 초과하는 임시적 처분은 인용되어서는 아니 된다.

(4) 잠행성

앞에서 본 긴급성과 마찬가지로 임시적 처분의 목적이 채무자의 재산이나 다툼의 대상에 관한 법률적·사실적 변경을 막고자 함에 있는 만큼 이것이 채무자에게 알려지면 그 목적을 이룰 수 없다. 따라서 임시적 처분 절차는 원칙적으로 채무자가 알지 못한 상태에서 비밀리에 심리·결정되며, 그 집행도 채무자에게 송달하기 전에 할 수 있도록 하여야 한다. 다만 잠행성의 요구는 중재판정의 적정을 완전히 희생시키면서까지 지켜져야 할 것은 아니므로 일방적 소명이나 담보만으로 중재의 적정을 기대할 수 없는 경우에는 잠행성의 요구를 희생시킬 필요가 있다. 그래서 중재판정부의 판단에 따라 예외적으로 채무자에게 의견을 진술 할 기회를 주거나 채무자가 참석할 수 있는 심문기일을 열수도 있어야 할 것이다. 그러나 한국 중재법이 임시적 처분과 달리 사전명령제도를 별도로 도입하지 않은 것으로 보아 반드시 임시적 처분 전에 당사자에게 진술의 기회를 부여하는 취지는 아니라고 할 것이다. 만약 임시적 처분에 상대방 당사자의 의견 진술이 필요적 요건이라면 법원의 보전처분은 별도의 집행절차를 필요로 하지 않으므로 오히려 더 효율적이라는 점,²²⁾ 등을 고려할 때 한국중재법에 사전 명령 제도를 도입하는 것²³⁾과 마찬가지로 임시적 처분 제도도 도입할 이유가 없다.

20) 박준선, “상사중재 활성화를 위한 중재판정부의 임시적 처분제도의 개선” 중재연구 제26권2호, 한국중재학회, 2016. 6, p. 128-129., 정선주, “중재법 개정의 방향과 주요 내용”, 『고려법학』, 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013. 6, p.232. 2006년 영미법에서는 대륙법과는 달리 법원의 보전처분에서도 밀행성이 보장되지 않아 상대방에 대한 심문 없이 보전처분을 내리는 것은 원칙적으로 금지된다. 영미법에서는 중재판정부에 의한 임시적 처분에도 이러한 원리가 적용되어 상대방에 대한 심문 없이 중재판정부가 임시적 처분을 내리는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 한다.

21) 중재법 제10조에 의한 보전처분은 중재가 현재 또는 미래에 계속될 것을 전제로 한다.

22) 정선주, 앞의 논문, p.233.

23) 박준선, 앞의 논문, p.130.

(5) 자유재량성과 처분권주의

임시적 처분절차에 있어서는 긴급성 및 밀행성의 요구와 적정이라는 서로 상충하는 요구를 개개의 사건에 관하여 구체적으로 조화시키기 위해서는 중재판정부에게 심리방법, 담보액과 담보의 종류와 범위 등은 모두 중재판정부의 자유재량에 속한다고 할 것이다. 또한, 하나의 청구권 기타 권리를 보전하기 위하여 그 종류와 강도가 각기 다른 여러 가지 방법이 있는 경우에 그 중 어떤 형태의 임시적 처분을 할 것인가도 중재판정부의 자유재량에 속한다.

그러나 임시적 처분에 있어서는 사권분쟁해결의 대원칙인 처분권주의가 전적으로 배제되는 것은 아니므로, 당사자가 부동산의 현상유지를 구함에 대하여 동산의 현상유지에 관한 임시적 처분한다든지, 건물의 현상유지만을 구함에 대하여 건물명도와 같은 복원을 명할 수는 없다고 본다.

Ⅲ. 임시적 처분의 절차

1. 임시적 처분절차의 구조

민사소송에서는 소송절차와 보전절차를 구분하고 있고, 중재절차에서도 판정절차와 임시적 처분 결정절차로 나눌 수 있을 것이나 한국 중재법에 의한 임시적 처분 절차에서는 중재의 인용가능성을 요건으로 하고 있어서 실무적인 요건은 별론으로 하고 본안소송의 인용(승소)가능성을 명시적 요건으로 하지 않는 민사소송절차와는 차이가 있다. 여기서 소송절차란 판결절차와 집행절차를 구분하여 볼 수 없고, 집행이 불가능한 판결절차는 실익이 있다고 할 수 없다. 마찬가지로 위 보전절차도 결정절차와 그 집행절차를 포함하는 개념이다. 따라서 중재절차는 판정절차와 임시적 처분절차로 나눌 수 있고, 판정절차나 임시적 처분절차는 모두 그 집행절차를 포함하는 개념이다.

2. 임시적 처분절차의 당사자

(1) 호칭

중재절차에서는 분쟁당사자가 반드시 양면의 대립관계만 인정되는 것이 아니고 3면 대립 등 다면(多面) 대립관계에서의 중재도 가능하다고 할 것이다. 중재법에 의하면 중재판정절차에서의 당사자는 신청인과 피신청인으로 구분한다.²⁴⁾ 그런데 임시적 처분의 절차에

서는 신청인과 상대방으로 구분하고 있다(중재법 제18조의2 제1항 1호). 일반적인 민사소송과 달리 중재절차에서는 반드시 중재신청인(민사소송의 원고)이 임시적 처분의 신청인이 되는 것은 아니다. 소송은 판결절차에서 당사자를 원고와 피고로, 보전절차에서는 채권자와 채무자로 표시하고 있는데 이는 실제적 채권채무관계에 의한 것이 아니고 본안과의 혼란을 방지하기 위한 절차상의 호칭에 불과하다. 중재절차에서의 임시적 처분에 대한 호칭도 중재법의 규정에도 불구하고 실무적으로 혼란을 방지하기 위한 당사자 호칭에 대한 검토가 필요하다고 본다.

(2) 당사자능력과 대리 등

중재절차에서의 임시적 처분의 당사자가 되기 위한 당사자 능력에 관하여 중재법에 구체적인 규정이 없고 다만 중재법 제36조 제2항 제1호 가목은 중재합의의 당사자가 해당 준거법(準據法)에 따라 중재합의 당시 무능력자였던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 따라 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 따라 무효인 사실을 중재판정 취소의 요건으로 하고 법제 18조의 8 제1항 제1호 가목 1)에서 이를 임시적 처분의 승인집행의 거절사유로 명시하고 있다. 위 조문에 의하면 중재절차에서의 판정 절차와 임시적 처분 절차 모두 해당 준거법 또는 당사자들이 지정한 법에 따라 당사자 능력과 법률행위 또는 소송 능력에 대비 되는 중재능력이 인정되어야 한다.

중재능력이 없는 자는 법정대리인이나 임의 중재대리인²⁵⁾이 중재당사자를 대리하여야 하고 중재대리인은 별도의 위임없이 당연히 임시적 처분 신청의 대리권도 가지게 될 것이다.

3. 임시적 처분 신청의 효과

(1) 중재판정부의 의무

임시적 처분의 신청은 먼저 중재판정부로 하여금 그 신청에 대한 심리를 개시하여 그 인용 여부의 결정을 하여야 할 의무를 부담시킨다. 그러나 그 결정시기에 관하여는 중재판정부의 자유로운 의사에 의하므로 중재판정과 동시 결정되었다하여 위법한 것은 아니라고 할 것이다. 다만 이러한 지연 결정은 사실상 신청을 기각하는 것과 같을 수 있다.

24) 중재법 제24조 제1항 등. 한국중재원의 경우 일방이 중재를 신청하면 그 신청인을 '신청인'으로, 양당사자가 신청하는 경우 동시에 신청하면 당사자 합의로, 시간적 간격이 있으면 먼저 신청한 당사자를 '신청인'으로 호칭한다.

25) 중재사건의 대리에 대하여 한국중재원은 변호사 대리를 원칙으로 하고, 다만 중재인이 1인인 사건의 경우 당사자의 배우자 또는 4촌 안의 친족 중 당사자와의 생활관계에 비추어 상당하다고 인정되는 경우 및 당사자와 고용, 그밖에 이에 준하는 계약관계를 맺고 그 사건에 관한 통상사무를 처리·보조하는 사람으로서 그 사람이 담당하는 사무와 사건의 내용 등에 비추어 상당하다고 인정되는 경우 중재원의 허가를 받아 대리인이 될 수 있도록 하였다. 한국중재원 중재규칙 제13조.

(2) 중복신청의 금지

임시적 처분의 신청 후 당사자가 동일하고 나아가 피보전권리와 보전의 필요가 동일한 중복신청은 금지된다고 할 것이다. 그러나 금전 집행보전을 목적으로 한 처분 중 목적물이 동산인 경우를 제외한 사건에서는 목적물을 특정하여 신청하므로 목적물이 다르면 중복신청에 해당하지 아니한다고 보아야 할 것이다.

(3) 소멸시효 문제

중재는 민법제168조(소멸시효중단 사유) 상의 제1호 청구에 해당한다고 할 것이고, 임시적 처분은 민사집행법상의 보전처분과 달리 위 중재사건의 계속을 전제 하는 것이어서 임시적 처분 자체가 소멸시효의 중단사유로 볼 수 없고 실익도 없다.

(5) 신청의 취하와 결정에 대한 불복

1) 신청의 취하

임시적 처분은 처분주의에 의하여 이루어지는 것이어서 신청 후 결정 전 및 결정 후에도 언제든지 신청을 취하할 수 있다고 할 것이다. 임시적 처분 결정과 승인 및 집행 후에도 마찬가지이고 상대방의 동의 등 아무런 조건없이 신청인이 일방적으로 취하할 수 있다.

2) 결정에 대한 불복방법

중재법에는 임시적 처분의 신청에 따른 인용결정은 물론 기각결정 등에 대한 불복절차가 없다. 인용결정에 대한 상대방의 불복방법은 그 처분의 종류와 내용에 따라 민사집행법의 보전처분을 준용할 수 있거나 본안인 중재판정의 불복절차를 준용하여 임시적 처분 취소의 신청 또는 취소의 소를 고려할 수 있을 것이다. 인용된 임시적 처분결정에 대한 불복 절차는 인정 되어야한다. 그러나 거부된 임시적 처분에 대한 신청당사자의 불복방법은 없다. 따라서 임시적 처분을 거부당한 당사자는 위 거부가 중재법 제10조에 의한 법원의 보전처분 신청에 장애가 되지 않으므로 법원을 통한 보전처분이 가능하다.

4. 임시적 처분의 효과

(1) 효력발생시기

임시적 처분의 효력은 그 결정이 고지된 때에 발생함이 원칙이다. 임시적 처분이 상대방 당사자에게 송달되기 전에 집행을 하게 되면 상대방 당사자는 그 집행에 의하여 처분의 내용을 알게 되는 것이므로 그때에 효력이 생긴다고 할 것이다. 임시적 처분에 대한

경정결정이 있는 경우에는 당초의 보전명령이 고지된 때에 소급하여 경정된 내용의 효력이 발생한다고 보아야한다.

(2) 기속력

임시적 처분을 발령한 중재판정부는 스스로 이를 취소·철회할 수 없고, 이에 대한 이의(당사자의 신청)가 제기된 때에는 당사자 심문을 거쳐 스스로 취소 또는 변경이나 정지를 할 수 있다고 할 것이다(중재법 제18조의3). 다만, 부당한 처분이나 이후 그 신청의 기초가 되는 사정에 중요한 변경이 있을 경우(특별한 사정) 당사자에게 고지의무가 있고 이에 따라서는 취소와 변경이 가능하다고 볼 것이다(중재법 제18조의5).

(3) 집행력

법원의 보전처분은 채권자에게 고지되면 즉시 집행력이 생기고, 당사자의 승계가 없는 한 본안 판결과 달리 집행문조차도 필요 없다(민사집행법 제292조). 그런데 임시적 처분은 현행법 하에서 집행력이 없고, 다만 법원에 승인과 집행을 구할 효력만 있게 된다. 여기에서 중재절차 과정에서의 임시적 처분의 필요성 또는 그 규정의 불완전성(개정론)이 대두된다. 따라서 임시적 처분의 집행 문제는 임시적 처분제도의 목적을 실현하기 위하여 필수불가결한 제도라고 할 것이다. 현실적으로는 중재판정부에 부정적인 인상을 주어 불리한 판정을 받을 수 있다는 점에서 중재판정부의 임시적 처분은 사실상의 구속력을 갖는다²⁶⁾는 의견도 있으나 이는 중재당사자들을 비하 하고 중재인 나아가 중재절차의 평등이나 판정의 적정에 대한 불신에 기인한 것이어서 바람직하지 못하다.

(4) 효력의 잠정성

임시적 처분의 집행 또는 상대방 당사자의 이행에 대한 효력은 피보전권리의 보전목적 범위 내에서 잠정적·가정적으로만 발생하고 피보전권리나 계쟁 법률관계의 존부를 확정하는 힘은 가지지 않는다. 그리하여 임시적 처분은 확정된 후에도 사정변경 등의 이유로 취소될 수 있다. 그러나 법원의 보전처분은 잠정적 효력을 갖는다고 하여 본안인 소송에서 원고가 패소하면 보전처분의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니나 임시적 처분에서는 신청인이 패하면 그 효력은 상실 된다고 보아야한다. 따라서 집행된 임시적 처분의 피보전권리의 존재가 본안 중재에서 부정적으로 확정된 경우에는 그 임시적 처분은 취소 되어야한다.

26) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, p.188; 김갑유, 「중재실무강의」, 박영사, 2012, 274.

(5) 실제적 확정력

임시적 처분절차는 피보전권리를 중국적으로 확정하는 것을 목적으로 하는 것이 아니므로 임시적 처분절차에서 그 신청이 인용 되거나 기각된 결정이 확정되었다고 하더라도 그로써 피보전권리에 관하여 기판력이 생기는 것은 아니다. 또한, 인용된 임시적 처분에 대한 피보전권리가 부인되어 임시적 처분 신청인이 새로운 본안으로 다른 중재신청을 한 경우 그 임시적 처분을 그 피보전권리와 다른 권리의 보전을 위하여 유용할 수도 없으므로 위 임시적 처분 후에 그에 반해서 행하여진 행위라고 하더라도 그 효력은 유효하다고 보아야한다.

IV. 임시적 처분의 승인집행규정

1. UNCITRAL 모델중재법

(1) 승인 및 집행의 준칙주의

2006년 개정·보충된 모델중재법 17조의H 제1항²⁷⁾은 중재판정부가 내린 임시적 처분은 구속력 있는 것으로 승인되어야 함을 명시하고 있다. 그리고 중재판정부의 임시적 처분이 반드시 중재판정의 형태가 아닌 결정이나 명령 등 다른 형태로 처분되어도 집행력이 인정된다. 또한 위 규정은 중재판정부가 달리 정하지 않은 경우 모델중재법 17조의I²⁸⁾에 규정

27) (1)중재 판정부에 의해 발행된 임시적 처분은 구속력 있는 것으로 인정되며, 중재 판정부에서 달리 규정하지 않는 한, 그것이 발행된 국가에 관계없이 관할 법원에 신청하면 집행되며, 제17조 1항의 규정에 따른다.
An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17 I.

28) 제17조 I. 인정 또는 집행 거부의 근거³

(1) 임시적 처분의 승인이나 집행은 다음 사항만 거부할 수 있다.

(a) 법원이 다음 중 어느 하나에 해당한다고 인정하는 경우에만 거부될 수 있다.

(i) 제36조 제(1)항(a)(i), (iii) 또는 (iv)에 명시된 이유에 해당하는 경우,

(ii) 중재판정부에서 발행한 임시적 처분과 관련한 결정이 준수되지 않았거나,

(iii) 임시적 처분은 중재 판정부 또는 중재가 행해진 국가의 법원에 의해 종료되거나 정지된 경우, 또는, 중재가 행해진 경우,

(b) 법원이 다음을 인정하는 경우:

(i) 법원이 집행 목적을 위해 자신의 권한과 절차에 따라 조정하는데 필요한 범위 내에서 임시적 처분을 변경하기로 결정하지 않는 한, 임시적 처분은 법원에 부여된 권한과 양립하는 경우

(ii) 제36조 (1)(b)(i) 또는 (ii)에 명시된 모든 근거는 임시 조치의 승인 및 집행에 적용된다.

(2) 본조 (1)항의 사유에 대해 법원이 내린 모든 결정은 임시적 처분을 인정하고 집행하기 위한 신청의 목적에만 유효하다. 승인이나 집행을 신청 받은 법원은 그 결정을 함에 있어 임적 처분의 실질에 대한 검토를 할 수 없다(Article 17 I. Grounds for refusing recognition or enforcement)³

(1) Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only:

된 임시적 처분의 승인 및 집행 거부사유를 벗어나지 않는 한 그 처분이 어떤 국가에서 내려졌느냐에 관계없이 관할법원에 신청하면 집행하여야 한다고 규정하고 있다.²⁹⁾ 즉, 중재지와 집행의 장소가 일치하지 않는 경우에도 집행력이 인정된다고 규정 한 것이다.³⁰⁾

(2) 고지의무

모델중재법 제17조의H 제2항³¹⁾에서는 임시적처분의 승인 또는 집행을 구하거나 이를 허락 받은 당사자는 그 처분의 종료, 정지 또는 변경 사항을 즉시 관할 법원에 고지하도록 하여 임시적 처분을 신청한 당사자에게 고지의무를 부과하고 있다. 위 규정은 임시적 처분의 취소 등 종료와, 정지 또는 변경사항에 대하여 집행결과와 집행을 실시할 법원이 알 수 없으므로 이에 대한 의무를 당사자에게 부과하여 법원의 결정에 대한 책임부담을 덜어주려는 것이지 임시적 처분절차 자체를 상대방 당사자에게 고지하라는 의미는 아니다. 앞에서 본 것처럼 예외³²⁾를 제외하고 임시적 처분 또는 그 승인 및 집행신청 사실이 모두 상대방 당사자에게 고지된다면 그 잠행성이나 긴급성을 잃어 처분의 실익을 기대하기 힘들기 때문이다.

(3) 법원의 보완

모델중재법 제17조의H 제3항³³⁾에서는 법원이 적절하다고 판단하는 경우, 중재판정부가

- (a) At the request of the party against whom it is invoked if the court is satisfied that:
- (i) Such refusal is warranted on the grounds set forth in article 36(1)(a)(i), (ii), (iii) or (iv); or
 - (ii) The arbitral tribunal's decision with respect to the provision of security in connection with the interim measure issued by the arbitral tribunal has not been complied with; or
 - (iii) The interim measure has been terminated or suspended by the arbitral tribunal or, where so empowered, by the court of the State in which the arbitration takes place or under the law of which that interim measure was granted; or
- (b) If the court finds that:
- (i) The interim measure is incompatible with the powers conferred upon the court unless the court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance; or
 - (ii) Any of the grounds set forth in article 36(1)(b)(i) or (ii), apply to the recognition and enforcement of the interim measure.
- (2) Any determination made by the court on any ground in paragraph (1) of this article shall be effective only for the purposes of the application to recognize and enforce the interim measure. The court where recognition or enforcement is sought shall not, in making that determination, undertake a review of the substance of the interim measure).

29) 노태약, 앞의 논문, p.127.

30) 노태약, 앞의 논문, p.131.

31) (2) The party who is seeking or has obtained recognition or enforcement of an interim measure shall promptly inform the court of any termination, suspension or modification of that interim measure.

32) 단행 가치분이나 임시지위를 정하는 가치분과 같은 임시적 처분.

33) (3) 승인이나 집행이 필요한 국가의 법원은, 중재판정부가 담보에 관한 결정을 아직 하지 않았거나, 제3자의 권리를 보호하기 위해 그러한 결정이 필요한 경우, 이를 타당하다고 판단하는 경우에는 청구 당사자에게 적절한 담보를 제공하도록 명령할 수 있다(The court of the State where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, order the requesting party to provide appropriate security if the arbitral tribunal

담보의 제공과 관련한 결정을 내리지 않았거나 또는 제3자의 권리 보호를 위해 필요한 때에는 임시적 처분의 승인 및 집행을 신청한 당사자에게 적절한 담보의 제공을 명할 수 있다고 규정하고 있다. 문리적으로 해석하면 중재판정부가 담보제공을 명하였으나 법원이 그 담보액이 현저히 부족하다고 판단되는 경우 추가 담보를 명할 수 없을 것으로 보인다. 그러나 위 규정 취지에 비추어 추가 담보명령도 가능하다고 해석하여야 할 것이다.

2. 국내중재법

(1) 모델중재법의 수용

개정 중재법은 모델중재법을 거의 그대로 수용하여 제18조의7 제1항에 중재판정부가 내린 임시적 처분의 승인을 받으려는 당사자는 법원에 그 승인의 결정을 구하는 신청을 할 수 있으며, 임시적 처분에 기초한 강제집행을 하려고 하는 당사자는 법원에 이를 집행할 수 있다는 결정을 구하는 신청을 할 수 있다고 규정하고 제18조의8 제1항에 그 거부 사유를 두어 사실상 위 모델중재법의 준칙주의를 수용하고 있다. 또한 제2항은 임시적 처분의 승인 또는 집행을 신청한 당사자 및 그 상대방 당사자는 그 처분의 변경·정지 또는 취소가 있는 경우 법원에 이를 알려야 한다고 규정하여 당사자들에게 고지의무를 부과하였다. 모델 중재법은 신청 당사자에게만 고지의무를 부과한데 반하여 중재법은 상대방 당사자를 추가하였다. 이로써 신청 당사자가 고지의무를 위반하였더라도 상대방 당사자가 알고 있는 사항이라면 신청 당사자에게 어떤 책임을 묻기 어렵게 되었다. 고지의무 위반에 대한 제재 조치를 규정해두고 있지 않아 그 실효성을 확보하기가 어렵다는 의견³⁴⁾이 있으나 별도의 제재조치규정이 없어도 이로 인하여 손해가 발생한 경우 그 책임의 근거규정이 된다고 할 것이다. 제3항에서 중재판정부가 임시적 처분과 관련하여 담보제공 명령을 하지 아니한 경우나 제3자의 권리를 침해할 우려가 있는 경우, 임시적 처분의 승인이나 집행을 신청받은 법원은 필요하다고 인정할 때에는 승인과 집행을 신청한 당사자에게 적절한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다고 규정하여 법원에게 중재판정부의 임시적 처분에 대한 보완권을 주고 있다.

(2) 모델중재법과의 비교

중재법이 UNCITRAL 모델중재법을 거의 그대로 수용하였으나 임시적 처분을 중재판정형식이 아닌 자유로운 형식으로 하고 승인 및 집행도 결정형식으로 함을 규정함은 다행이

has not already made a determination with respect to security or where such a decision is necessary to protect the rights of third parties).

34) 박준선, 앞의 논문, p.131.

다. 그러나 국제적 요소가 없는 국내중재와 국제중재 또는 중재지나 준거법의 내국 또는 외국의 구별 없이 일괄하여 승인 및 집행결정을 요구하는 것이어서 참으로 안타깝다. 이는 모델중재법이 국제상거래분쟁 해결을 목적으로 탄생한 것을 국내분쟁해결과 특히 그중 상거래분쟁이 아닌 사건까지 분쟁해결의 대상이 되는 중재법에서 그대로 수용하면서 오는 흠이 아닐까 한다.

3. 임시적 처분의 승인 및 집행 거부사유

(1) 규정의 의의

중재법 제18조의 8 제1항은 2006년 UNCITRAL 모델중재법과 같이 임시적 처분의 승인 또는 집행에 대하여 거부될 수 있는 사유를 규정하고 있다. 위 승인 및 집행 거부사유 규정이 예시적 규정인지 또는 열거적 규정인지에 관하여 열거적 규정으로 보인다. 즉 위1항은 ‘해당하는 경우에만’ 같은항 1호는 ‘어느 하나에 해당한다고 인정하는 경우’의 각 문구에 의하면 열거적 규정으로 해석 된다. 따라서 법원은 열거된 사유 이외의 사유로 중재판정부의 임시적 처분의 승인과 집행을 거부할 수 없다. 오히려 문리적 해석으로 본다면 위 1항 “거부 될 수 있다”는 규정은 위 열거적 거부사유에도 불구하고 승인 또는 집행을 거부하지 않을 수 있다는 것으로 해석 될 수 있다.

(2) 상대방의 이의와 사실의 주장 소명

제18조의8 제1항 제1호는 임시적 처분의 상대방 당사자의 이의로 법원은 ① 중재합의의 당사자가 해당 준거법(準據法)에 따라 중재합의 당시 무능력자였던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 따라 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 따라 무효인 사실,³⁵⁾ ② 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 당사자 간의 합의에 따르지 아니하였거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니하였다는 사실,³⁶⁾ ③ 임시적 처분의 상대방 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 그 밖의 사유로 변론을 할 수 없었던 사실, ④ 임시적 처분이 중재합의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 임시적 처분이 중재합의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실 중 어느 하나 이상이 소명되면 해당 임시적 처분은 승인과 집행이 거부될 수 있다. 다만, 임시적 처분이 중재합의의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로 분리될 수 있는 경우에는 대상이 아닌 임시적 처분 부분만이 거부될 수 있다. 문제는 상대방 당사자의 이의가 없었는데 위와 같은 사실을 법원이

35) 중재법 제36조제2항제1호 가목.

36) 중재법 제36조제2항제1호 라목.

인지한 경우 거부 될 수 있는가의 문제가 발생한다.

(3) 중재판정부와 법원의 명령과 직권

임시적 처분에 대하여 법원 또는 중재판정부가 명한 담보가 제공되지 아니한 경우와 임시적 처분이 중재판정부에 의하여 취소 또는 정지된 경우, 법원에게 임시적 처분을 집행할 권한이 없는 경우, 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 경우,³⁷⁾ 승인 또는 집행을 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위배되는 경우³⁸⁾ 임시적 처분은 승인과 집행이 거부될 수 있다. 다만 법원에 임시적 처분을 집행할 권한이 없는 경우에 법원이 임시적 처분의 집행을 위하여 임시적 처분의 실체를 변경하지 아니하고 필요한 범위에서 임시적 처분을 변경하는 결정을 한 경우에는 그러하지 아니하다.

(4) 민사집행법과의 관계

중재법 제18조의7 제4항은 임시적 처분의 집행에 관하여는 민사집행법 중 보전처분에 관한 규정을 준용하도록 되어있다. 따라서 위와 같은 사유가 아니더라도 위 보전처분의 규정에 의한 집행이 불가능한 경우에는 중재판정부의 임시적 처분에 관한 법원의 승인 및 집행결정의 실익이 없고 결국 이러한 임시적 처분의 승인 및 집행은 거부될 수밖에 없다. 그래서 위 준용규정은 또 하나의 승인 및 집행 거부사유의 명사로 볼 수도 있다. 그렇다면 임시적 보전처분이 승인 및 집행결정을 받기 위해서는 위 보전처분 규정에 의한 가압류와 임시지위를 정하는 가처분 또는 단행가처분을 포함하는 가처분 형식이 되어야 하고, 민사소송절차에서 보호받을 수 있는 권리에 한정 된다. 예를 들어 상대방이 실시하는 강제집행이나 행정행위에 대한 가처분은 그러한 권리관계라고 할 수 없어 승인 및 집행의 대상이 될 수 없다. 이와 달리 중재판정부가 임시적 처분의 일종으로 제소금지명령(anti-suit injunction)을 내릴 수 있는지가 논란이 되었다.³⁹⁾ 일부는 2006년 모델중재법에서 중재판정부에 의한 임시적 처분의 내용을 유형화하고 ‘중재절차를 훼손하는 행위를 방지하거나 금지토록 하는 조치’를 유형의 하나로 포함시킴으로써, 실질적으로 중재판정부에 의한 제소금지명령이 가능하게 되었다고 주장⁴⁰⁾하고 있으나 적어도 한국에서는 이러한 임시적 처분이 승인 및 집행 될 가능성이 없고, 실익도 없다. 왜냐하면 중재합의에 의하여 중재절차가 개시된 상태에서의 같은 내용의 제소는 중재법 제9조 제1항에 의하여 소각 사유이기 때문이다.

37) 중재법 제36조제2항제2호 가목.

38) 중재법 제36조제2항제2호 나목.

39) 노태악, 앞의 논문, p.126.

40) 목영준, 앞의 책, p.185., 박준선, 앞의 논문, p.120.

V. 결론

중재판정부의 임시적 처분이 법원의 보전처분과는 구별되는 독자적인 제도라고 본다면 중재법에 별도로 임시적 처분에 관한 독자적인 개념 규정을 두고, 임시적 처분의 유형도 명시해둘 필요가 있다.⁴¹⁾ 그런데 살펴본 바로는 중재법상의 규정으로는 임시적 보전처분이 법원의 보전처분과는 구별되는 독자적인 제도로 보기 어렵다. 한편, 중재법상의 규정은 중재판정부가 구체적으로 어떠한 처분까지 내릴 수 있는지가 모호하다는 문제가 있다.⁴²⁾ 결국 임시적 처분은 법원의 보전처분 규정을 준용하여야 하는 유사한 개념으로 볼 수밖에 없다. 그렇다면 임시적 처분은 상대방 당사자의 자율적 이행이나 금지만을 목적으로 하는 경우와 집행을 필요로 하는 처분으로 양분할 수 있을 것인데 집행을 목적으로 하는 임시적 처분 제도는 다음과 같은 조건과 형식 및 절차를 갖추어야 할 것이다.

첫째, 임시적 처분의 신청에는 피보전 권리와 그 필요성이 기재되어야 하고, 중재판정부는 신청서를 심사하여 심리방법을 결정하고, 그 결과의 중대성을 감안하여 임시지위를 정하는 가치분과 같은 경우에만 상대방 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하고, 임시적 처분(결정 등)을 즉시 하여야 한다. 이때 신청당사자에게 담보를 제공하게 할 수 있으나 임시적 처분은 공탁법상 담보공탁도 불가하고 영업보증공탁을 고려할 수 있으나 이 또한 어려우므로 공탁법 또는 중재법에서의 입법이 필요하다.

둘째, 집행을 하여야 하는 또는 집행을 목적으로 하는 임시적 처분은 결국 법원의 보전처분의 방법인 가압류와 가치분의 형식만이 가능하므로 피보전권리는 민사소송절차에서 보호받을 수 있는 권리에 한정되게 된다. 왜냐하면 다른 방식이나 이름으로는 등기에 의한 집행, 송달에 의한 집행, 집행관에 의한 집행이 불가능하기 때문이다. 특히 현행법 하에서는 임시적 처분을 원인으로 한 등기가 될 수 없고 그 성격을 특정할 수도 없다. 이 부분에 대한 부동산 등기법 등 관련 법률의 입법도 필요하다.

셋째, 임시적 처분과 중재판정의 승인과 집행절차에 관하여 외국판정과 국내판정을 구분할 필요가 있다. 국제중재와 상거래 분쟁중재를 목적으로 제정된 모델 중재법을 그대로 수용하다보니 국내에서 내려진 임시적 처분이나 중재판정조치 사실상 외국의 중재판정과 같이 승인은 물론이고 집행결정을 받아야 된다고 하면 집행지가 한국이라도 한국을 중재지로 할 이유가 없어 결국 중재사건을 유치하려는 노력은 허공에 친 고함에 불과하다. 국내 중재 절차에서 내려진 임시적 처분은 법원의 보전처분과 같이 즉시 집행력을 부여하거

41) 박준선, 앞의 논문, p.118.

42) 강태훈, “중재법 개정안 등에 관한 토론문”, 「중재제도 선진화 및 중재산업 활성화를 위한 중재법 및 중재산업 진흥에 관한 법률 제·개정 공청회 자료집」, 2015.10, p.59.

나 법원으로부터 집행문을 받아 집행하고, 언제든지 이의절차를 보장하면 된다. 중재판정은 중재법 제36조 제3항에 의한 3개월의 기간이 도과되면 이를 확정으로 보고 결정이나 판결 절차없이 즉시 집행문 부여⁴³⁾를 신청할 수 있어야 중재의 활성화 내지 최소한 국내 관련 국제중재사건 등을 유치하기 위한 방안이라고 생각된다. 이것이 중재판정의 신속성과 실효성 확보, 중재판정의 승인과 집행용이, 국제적 기준에 부합하는 선진화, 중재 친화적인 환경조성에 해당한다.

따라서 현 중재법의 규정이 국내중재절차에서의 임시적 처분을 구분하고 있지 않는 등 대폭 개정해야할 부분이 있지만 그래도 그 입법취지에 따른 실용규정이 되려면 그 특징(잠행성, 긴급성, 자유재량성 등)을 원칙으로 해석하고 가능한 법원의 관여는 중재판정부의 처분이 현행 민사집행법에 따라 집행력을 확보하는데 보완하는 역할에 그쳐야 한다. 그렇지 않으면 집행이 필요 없고 당사자의 자율적 이행이나 금지만을 목적으로 하는 경우가 아니면 단언컨대 현행 임시적 처분 절차를 이용하려는 당사자는 없을 것이며, 그러한 당사자가 있다면 잠행성이나 긴급성이 필요 없는 경우 또는 중재법 제 10조에 따른 법원의 보전처분제도를 이해하지 못한 경우 일 것이다.⁴⁴⁾

43) 상대방은 집행문 부여에 대한 이의로 다룰 수 있다.

44) 실제 한국 중재원은 당사자의 임시적 처분에 관한 상담 시 가능한 법원의 보전처분제도를 권유하고 있고 특히 긴급한 처분이 필요한 경우는 더욱 그렇다.

참고문헌

- 김갑유, 「중재실무강의」, 박영사, 2012.
- 김갑유, 임수현, 김홍중, 김준우 외, “중재실무강의”, 2016. 9.
- 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011.
- 석광현, 「국제민사소송법: 국제사법(절차편)」, 박영사, 2012.
- 이시윤, 「신민사집행법」, 제6보정판, 박영사, 2014.
- 최안식, 「민사집행법」, 어화, 2006. 3.
- 강태훈, “중재법 개정안 등에 관한 토론편”, 「중재제도 선진화 및 중재산업 활성화를 위한 중재법 및 중재산업 진흥에 관한 법률 제·개정 공청회 자료집」 2015. 10.
- 김상찬, “ICSID 중재판정 취소제도”, 중재연구 제25권제4호, 한국중재학회, 2015. 6. 2.
- 김영주, “ASEAN 국가들의 외국중재판정에 관한 승인 및 집행”, 중재연구 제25권제4호, 한국중재학회, 2015. 6.
- 김용진, “중재와 법원 사이의 역할분담과 절차협력 관계(국제적 중재합의의 효력에 관한 다툼과 중재합의관철 방안을 중심으로)”, 중재연구 제27권제1호, 한국중재학회, 2017. 3.
- 노태악, “UNCITRAL 모델중재법 및 중재규칙 개정에 따른 국내법 개정의 필요성 검토”, 「국제사법연구」, 제16호, 한국국제사법학회, 2010. 12.
- 박준선, “상사중재 활성화를 위한 중재판정부의 임시적 처분제도의 개선” 중재연구 제26권 2호, 한국중재학회, 2016. 6.
- 성준호, “프랜차이즈 분쟁계약상 사전중재합의에 관한 법리적 검토”, 중재연구 제29권 제1호, 2019. 3.
- 성준호, “독일민사소송법상 외국중재판정의 승인 및 집행”, 「중재연구」, 제29권 제2호, 한국중재학회, 2019. 6.
- 윤진기, “2016년 개정 중재법의 중재판정 집행에 관한 문제점”, 중재연구 제26권 제4호, 한국중재학회, 2016. 12.
- 임동진, “대안적갈등해결방식(ADR)제도의 운영실태 및 개선방안 연구”, KIPA 연구보고서 2012-39, 한국행정연구원.
- 전우정, “중국 민사소송제도의 특색과 중재절차에서의 임시적처분 및 중재판정의 집행”, 중재연구 제29권 제2호, 2019. 6.

- 정선주, “중재절차에서 임시적 처분제도의 개선방안”, 법무부 연구용역 보고서, 2012. 11.
- 정선주, “중재법 개정의 방향과 주요 내용”, 「고려법학」, 제69호, 고려대학교 법학연구원, 2013. 6.
- 정선주, “2016년 개정 중재법 소고”, 민사소송, 제21권 제1호(2017. 5.)
- 하충룡, “중재합의의 당사자자치에 관한 미국계약법상 해석”, 「중재연구」, 제29권 제2호, 2019. 6.
- Andy Hewitt, Construction Claims & Responses(effective writing & presentation), Wiley Blackwell. 6. 2015.
- Golden, Jeffrey and Lamm, Carolyn, International Financial Disputes: Arbitration and Mediation, Oxford University Press, 2015.
- Harvard Law School, “Mediation Secrets for Better Business Negotiations: Top Techniques from Mediation Training Experts - 2008 - 2018 Program on Negotiation at Harvard Law School”, 6. 2018.
- Maller et.al. Business Law, McGraw-Hill, 13th ed, 2007.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang, Zivilprozessordnung, 14. Auflage, Verlag Vahlen, 2017.
- Rude v. NUCO Edn. corp., slip Copy, 2011 WL 6931516.
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, Beck’scher Online-Kommentar ZPO, 24. Edition, 2017.
- William Henry Fisher MSc, Dip. Surv (building), Dip. Arb. FRICS (retired), FCIArb(retired). “The use of arbitration in the construction industry in England and Wales: an evaluation of its continuing role following the Arbitration Act 1996” A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements of the University of Wolverhampton for the degree of Doctor of philosophy (PhD), NOVEMBER 2017.

ABSTRACT

A Study on Interim Measures of Arbitration - the Korea domestic perspective -

An-Sik Choi

If the interim disposition of the Arbitration Tribunal is not immediately enforceable, it will only give pressure to the other party concerned and the arbitration could work against him if the other party fails to implement it. If enforcement is impossible, the disposition will have no practical effect or practical benefit.

In addition, if a system is contrary to its unique characteristics or nature, it will not function as a system or it will become an unnecessary decoration. There is no room for argument that the above provisions are wrong or misinterpreted if the temporary disposition in arbitration cannot be characterized by its characteristics, such as its provisionality, urgency, incidentality, or invasibility.

As attracting international arbitration cases can create enormous added value for the national economy, countries are scrambling to create a mediating-friendly legal environment in their countries, and Korea has been more active in arbitration than in the past. Despite various efforts, however, attracting international arbitration cases is still a long way off. Therefore, Korea should create a mediating-friendly, legal environment to attract arbitration cases. There are many reasons why arbitration is activated internationally, but the most important of them is that it is easier to approve and execute. The use of the approval and execution of heavy court is, in turn, the most important requirement of a mediating-friendly environment. It is natural that temporary dispositions made in arbitration should be as easy to approve and enforce as in the case of arbitration. In addition, it is natural for the parties to consider the use of approval and execution when deciding where to mediate or when applying for arbitration; thus, the degree of ease of execution, along with the procedural use of arbitration or provisional disposition, will be a measure of the likelihood of hosting international arbitration cases, as well as the activation of arbitration.

Keywords: Arbitration, Arbitral award, Temporary disposal, Conservative measure, Arbitration Act of Korea, Recognition and enforcement