

碩士學位論文

韓國商事仲裁制度的 效率性提高方案에
관한 研究

(外國制度와의 比較를 中心으로)

1992年 12月

漢城大學校 經營大學院

經營學科

企業管理專攻

李 泰 雨

碩士學位論文

指導教授 姜錫中

韓國商事仲裁制度의 效率性提高方案에
관한 研究

(外國制度와의 比較를 中心으로)

A study on improving the efficiency of Korean
arbitration systems

<comparison with foreign systems>

1992年 12月

漢城大學校 經營大學院

經 營 學 科

企業管理專攻

李 泰 雨

碩士學位論文

指導教授 姜錫中

韓國商事仲裁制度의 效率性提高方案에
관한 研究

A study on improving the efficiency of Korean
arbitration systems

위 論文을 經營學 碩士學位論文으로 提出함

1992年 12月

漢城大學校 經營大學院

經 營 學 科

企業管理專攻

李 泰 雨

李泰雨의 經營學碩士學位 論文을 認準함

1992年 月 日

審査委員長 金 志 平 
審査委員 劉 丙 鎬 
審査委員 姜 錫 中 

感謝의 글

지난 학업의 시간들을 돌아보면서 오늘의 작은 결실을 맺을 수 있도록 이시간까지 인도해주신 모든 감사를 드립니다. 그동안 대학원 생활을 해오면서 학문에 대한 용기와 격려를 아끼지 않으셨던 최명규 대학원장님 그리고 이 논문의 처음부터 마지막까지 많은 시간을 기울여 세심하게 지도해 주신 강석중 교수님, 심사를 맡아주신 김길평 교수님과 수고하신 모든 분들께 감사의 마음을 드립니다.

또한 그동안 많은 도움을 준 원우들에게도 고마움을 표합니다.
마지막으로 이 글을 아버님 영전에 바칩니다.

1992년 12월

이 태 우

目 次

第 1 章 序論	1
第 1 節 研究의 目的	1
第 2 節 研究의 範圍 및 方法	2
第 2 章 商事仲裁의 意義, 特徵 및 法的性質	4
第 1 節 商事仲裁의 意義	4
第 2 節 商事仲裁와 類似概念	5
1. 調停 (Conciliation)	6
2. 和解(Compromise)	6
3. 斡旋 (Intermediation)	7
第 3 節 商事仲裁의 成立要件	7
第 4 節 商事仲裁의 特徵	9
1. 當事者間의 合意	9
2. 仲裁의 對象	9
3. 仲裁人(Arbitration)의 資格	10
4. 仲裁判定의 基準	11
5. 仲裁審理의 非公開	11
6. 單審制度	12
7. 準據法	12
8. 仲裁判定(award)의 效力	13
第 5 節 商事仲裁의 法的性質	15

1. 學說	15
2. 英美法系	16
3. 大陸法系	16
4. 統一法系	16
5. 共產圈系 및 回教圈系	17
 第 3 章 主要國의 商事仲裁制度와의 比較	18
第 1 節 英·美法系 仲裁制度와의 比較	18
1. 英國의 仲裁制度	18
2. 美國의 仲裁制度	21
第 2 節 大陸法系 仲裁制度와의 比較	24
] 1. 프랑스의 仲裁制度	24
2. 日本의 仲裁制度	27
3. 獨逸의 仲裁制度	30
第 3 節 國際商事仲裁制度의 確立을 위한 商事仲裁制度의 統一化 趨勢	34
1. 意義 및 經濟的 效果	34
2. 國際商事仲裁制度의 現況	36
3. 商事仲裁의 統一化와 國際協力	39
 第 4 章 韓國의 商事仲裁制度	52
第 1 節 韓國商事仲裁制度의 特徵	52
第 2 節 韓國의 國際商事仲裁機能	55
1. 大韓商事仲裁院의 性格	55

2. 大韓商事仲裁院의 構成	56
3. 大韓商事仲裁院의 主要業務	57
4. 大韓商事仲裁院의 國際的 努力	60
第 3 節 韓國商事仲裁法規와 仲裁節次	62
1. 商事仲裁法規와 概要	62
2. 商事仲裁節次	64
第 4 節 韓國商事仲裁制度의 現況	66
第 5 節 韓國企業과 外國企業間의 商事仲裁 判例	69
1. 外國仲裁制度의 承認	69
2. 外國仲裁判定의 執行	70
第 5 章 韓國商事仲裁制度의 問題點과 改善方案	73
第 1 節 商事仲裁制度의 問題點	73
1. 法制上の 問題點	73
2. 節次上の 問題點	75
3. 運營上の 問題點	76
第 2 節 商事仲裁制度의 改善方案	77
1. 法制上の 改善方案	77
2. 節次上の 改善方案	80
3. 運營上の 改善方案	81
第 6 章 要約 및 結論	84
參考文獻	87
Abstract	90

圖 · 表 目 次

圖 目 次

<圖 4-1> 韓旋業務處理過程圖	59
<圖 4-2> 仲裁節次過程圖	66

表 目 次

<表 3-1> 歐州協約署名國	47
<表 3-2> 外國仲裁判정의承認및執行에 관한草案同意國	49
<表 4-1> 仲裁人團構成	56
<表 4-2> 仲裁協定締結國	61
<表 4-3> 年度別 클레임 處理 現況	68

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

人類의 商業活動이 시작되고 오늘날과 같은 國際化時代에 이르기까지 商業活動은 人類와 밀접하게 관련되어 왔다. 또한 모든 商業活動은 그 展開過程에 있어서 關係當事者間에 利害關係가 존재하고 그것은 紛爭의 原因이 되어 商事紛爭이 필연적으로 발생하게 된다.

특히 國際間的 去來는 法律 經濟, 言語, 慣習, 宗教 등을 달리하는 二國當事者間에 이루어지는 것이므로 紛爭이 발생할 가능성이 많다.

뿐만아니라 貿易紛爭의 豫防이나 紛爭이 발생 했을때 대응하는 노력을 소홀히 할 경우에는 當事者の 損害賠償責任이 발생함은 물론 상사의 公信用을 실추시켜 當事者에게 여러가지 惡影響을 미칠 수 있게 되기 때문이다.

물론 國際去來에서 발생되는 商事紛爭은 기본적으로 當事者間에 私法上的 紛爭이지만 한편으로는 準據法을 달리하고 있는 國家間的 紛爭이기 때문에 紛爭의 合理的인 解決을 위해서는 무엇보다 國際商去來慣習과 國際商事仲裁制度에 대한 폭넓은 理解와 그 活用이 절실하게 요망되고 있다. 오늘날에 와서는 貿易에서 발생되는 紛爭의 爭訟處理의 한 方式으로 商事仲裁制度가 司法制度를 능가할 수 있다는 새로운 가능성을 보이고 있으며, 紛爭을 體驗한 사람이라면 商事仲裁는 商去來紛爭을 解決하는데 완전하지는 못하지만, 그래도 이제까지 經驗한 制度 가운데에서 가장 敎用價値가 있는 解決方法이라는 것을 알고 있다.

이러한 이유에서 國際商事仲裁法の 地域的 仲裁法 統一運動 및 世界的 仲裁法 統一化運動이 일고 있다. 現代國際社會의 계반 統一化 運動은 대체로 國際聯合(UN)을 중심으로 추진되고 있고, 國際商事仲裁의 경우도 그 예외는 아니다. 國際商事仲裁에 관하여, 1966년에 탄생한 UN國際貿易法委員會(UNCITRAL)는 1976년 4월 28일 하나의 model rules로서 UNCITRAL 仲裁規則을 制定하고, UN 第31次 總會(1976년 12월 5일)는 이 仲裁規則의 이용을 各國에 勸告하는 決意를 했다.

우리나라에서도 1960년대 輸出主導型의 經濟成長政策을 채택, 실시한 이후 輸出入量 增加에 따라 商事紛爭이 늘고, 商事仲裁에 대한 研究의 필요성이 인식되었지만 타 분야에 대해 미진한 실정이다. 그러므로 우리나라에서도 이 분야에 관심을 갖고 연구를 통하여 商事仲裁制度의 國際的 統一化를 꾀할 필요가 있으며 그 效率性을 提高시켜야 할 단계에 와있다고 보여진다.

따라서 본 研究의 目的은 韓國商事仲裁制度와 主要國의 商事仲裁制度를 比較·分析하여 商事仲裁의 效率性을 增大하기 위한 改善方案을 提示하는데 研究의 目的을 두었다.

第2節 研究의 範圍 및 方法

本 論文은 商事仲裁制度의 國際的 統一化에 영향을 미치는 法的인 側面과 實際 商去來에서 발생하는 紛爭을 迅速히 解決하여 그 經濟性을 保障하는 制度的 側面에 관하여 다루고자 하며, 商事仲裁에 관한 理解를 높이고 실제로 商事仲裁制度를 活用할 수 있도록 하기 위해 國內外

의 文獻과 研究 論文 특히 大韓商事仲裁院의 諸刊行物 및 統計資料 등을 활용하였고 實務事例를 分析·檢討하고자 한다.

本 論文의 研究範圍는 國際去來에서 發生하는 貿易클레임의 해결방법 중에서 國際間的 商事紛爭解決方案으로 널리 이용되고 있는 各國의 商事仲裁制度를 比較하고 나아가 韓國商事仲裁制度의 問題點과 改善方案을 提示하고자 하였다. 本 論文은 6개 章으로 構成되어 있다.

第2章은 商事仲裁의 意義 및 商事仲裁의 類似概念 - 調停, 和解, 斡旋 - 과 商事仲裁의 成立要件, 特徵 및 法的 性質을 다루고, 第3章은 主要國의 商事仲裁와의 比較로 英美法系 大陸法系 商事仲裁와의 比較 그리고 商事仲裁制度의 各國간 比較 및 國際商事仲裁制度 成立을 위한 商事仲裁制度의 統一化 趨勢를 설명하였고 第4章에서는 韓國의 商事仲裁制度의 特徵, 仲裁節次, 現況 및 事例를 설명하였고, 第5章은 商事仲裁의 效率性 増大를 위한 問題點 및 改善方案을 제시하였고, 第6章은 要約 및 結論으로 마무리 하였다.

第2章 商事仲裁의 意義, 特徵 및 法的性質

第1節 商事仲裁의 意義

仲裁은 國際經濟活動에서 발생하는 紛爭을 해결하는 한 수단이다. 當事者間의 合意, 즉 仲裁란 當事者들이 處分할 수 있는 私法上的 紛爭을 合意에 의하여 法官(judge)이 아닌 제3자(arbitrator)에게 그 해결을 委託(submit)하고 그의 判定(award)에 服從함으로써 紛爭을 최종적으로 해결하는 法的 節次(legal process)이다.¹⁾

즉 仲裁人에 의한 解決은 司法節次를 거치면 막대한 시간과 경비를 필요로 할 뿐더러 爭點解決過程에서 當事者間에 感情上的 對立을 악화시키기 때문에²⁾ 仲裁가 國際商事紛爭을 解決하기 위한 最善의 方法이며 실제로 公平하고 널리 인정되어, 세계 모든 곳에서 執行力이 있는 유일하고 용이하게 이용되는 解決方法으로 殆頭되었다.³⁾

仲裁의 이러한 기능을 法的으로 保護하고 規制하기 위하여 各국은 仲裁法을 制定하고 있다. 仲裁가 法的으로 規定되고 있는 것을 몇가지로 간추려 보면⁴⁾ 當事者間 合意에 의하여 法院의 判決을 排除하고 仲裁을 선택하는 明示的 表示(仲裁契約書)가 있어야 하며 紛爭의 客體인 紛爭對象은 當事者間에 處分할수 있는 私法上的 法律關係이어야 하며 當

1) Rodert Conslon, Business Arbitration, American Arbitration Association, 1980. p6

2) 朴東圭, 「海外進出에 따른 外換關係紛爭과 仲裁」, 「仲裁」 第73號1978. p2

3) JCA Journal, 1979, March, p14

4) 韓國仲裁法, 美國 統一仲裁法, 英國仲裁法, 獨逸仲裁法 등 모든 국가의 法趣旨는 同一하다.

事者들이 선택한 仲裁人의 판정에 복종하여야 할 것이며 그리고 仲裁에서 패한 當事者는 原則적으로 上訴權이 없다.

商事仲裁(Commercial or Business Arbitration)의 範疇는 一般仲裁에서 適用對象을 商事에 국한시킨 축소적인 것일 뿐, 기타의 節次는 大同小異하다.

商事仲裁는 「商事」 또는 商行爲에서 비롯되는 紛爭을 對象으로 하고 있기 때문에 당연히 當事者가 처분할 수 있는 私法的 法律關係에 속하나 一般的으로 私法上 法律關係라 하더라도 婚姻關係, 親子關係 등의 身分關係나 非訟事件, 執行事件, 保全事件 등은 仲裁契約에서 適用對象이 못 된다. 또한 商事의 特性은 慣例, 慣習 등과 같은 法보다 현실에 더 밀착되어 있는 規範에 의거 운용되고 있기 때문에 法律에 의한 판단은 이를 따르지 못하는 것이므로 商事仲裁의 발달을 촉진하게 하고 있다.

第2節 商事仲裁와 類似概念

仲裁는 私人間の 紛爭을 法院의 判決에 의하지 않고 當事者間の 合意로 私人인 仲裁人에게 依頼하여 最終的 해결을 얻는 방법으로, 이와 유사한 概念을 갖는 調停(Conciliation), 和解(Compromise), 斡旋(Intermmediation)과 비교해 보면 다음과 같다.

1. 調停 (Conciliation)

調停은 法院의 判決이나 仲裁判定에 의하지 않고 第3者인 調停者의 판단을 介入시켜서 紛爭을 해결하는 방식으로서, 當事者가 紛爭에 대한 調停案을 작성하여 當事者에게 提示하고 當事者가 이를 수락함으로써 成立되며, 그 調停案에 대하여 合意가 이루어지지 않으면 調停의 效力은 없는 것이다.

調停은 통상적으로 仲裁보다 우월한 紛爭解決手段이라고 인정된다.

그것은 仲裁에 의한 해결은 強制的 拘束力을 가짐으로써 當事者의 自發的 승복이 무시되기도 하지만 調停에서는 當事者가 불복하는 경우 拒否의 選擇權이 있기 때문에 보다 和解的 方法이라고 할 수 있다.

大韓商事仲裁院의 商事仲裁規則(1973.4.3 大法院 承認, 1985.5.11 改正) 第17條에는 仲裁申請이 있는 경우에는 當事者의 一方 또는 雙方으로부터 요청이 있을 때에는 大韓商事仲裁院의 事務局은 仲裁節次를 밝기에 앞서서 當事者 雙方의 友誼에 의한 調停을 시도한다고 規定하고 있다. 이경우의 調停人은 同 仲裁院의 事務局에 의해 仲裁人 團名簿 中에서 선정되며 實際의 調停節次는 調停人이 적당하다고 인정하는 방법으로 진행된다.

2. 和解(Compromise)

韓國民法 第731條는 和解의 意義에 대하여 「和解는 當事者가 相互讓步하여 當事者間의 紛爭을 終了할 것을 決定함으로써 그 效力이 생긴다」고 規定하고 있다. 調停節次에 있어서는 第3者의 개입이 요청되고 있는 것임에 비하여 和解와 相互讓步에 의존하게 되는 것이라는 점에서

調停과 和解는 명백히 구분하여 이해될 수 있을 것이다.

그리고 和解는 調停節次의 진행중에서나 仲裁節次의 진행중에서도 금지된 것이 아니므로 當事者는 그 내용에 있어서나 방식에 있어서 制約을 받음이 없이 契約自由의 原則에 따라 合意으로써 和解를 성립시킬 수 있는 것이다. 그러나 일단 和解가 성립되면 所定の 節次를 거쳐 和解, 仲裁 또는 訴訟이 終了된다는 것이다

3. 斡旋 (Intermediation)

斡旋은 日常的으로 가장 많이 쓰이는 방법으로서 이를 紛爭解決에 하나의 수단으로 도입한 것이다. 예컨대 어떤 紛爭에서 客觀的인 第3者가 明示的인 위임을 받은 바는 없더라도, 紛爭 兩當事者에게 合理的 해결 방안을 권고할 수 있는 데 이를 斡旋이라고 한다.

斡旋은 調停과 매우 흡사하나 구조면에서 調停보다 더 非形式的 성격을 띠고 있다. 調停은 仲裁節次의 한 부분으로 취급되고 있으나 斡旋은 仲裁와는 성격을 달리한다. 즉 “斡旋은 권고의 성격이나 仲裁는 司法的이고 機能的이며, 斡旋은 勸告하지만 仲裁는 決定하는 것이다⁵⁾

第3節 商事仲裁의 成立要件

自治的 裁判을 본질로 하는 商事仲裁가 성립되기 위한 요건은 다음과 같다.

5) Moore, 7 Digest of International Law 25(1906):from March Domke, op.cit, p3

첫째, 商事紛爭의 주체인 紛爭當事者가 있어야 한다. 이들은 權利義務의 주체로서 自然人은 물론 法人도 포함된다.

둘째, 商事紛爭의 객체인 紛爭物이 있어야 하는데 이것은 原則적으로 當事者間에 처분할 수 있는 私法上 法律關係이어야 한다. (韓國仲裁法 第2條)

셋째, 兩當事者間의 法律行爲로서 事前 또는 事後的인 仲裁에 대한 合意가 있어야 한다. 통상 소송인 경우에는 紛爭當事者 일방이 제소할 수 있으나, 私的自治의 原則에 근거하는 商事仲裁은 이런 합의없이 성립될 수 없다. (韓國仲裁法 第1條, 第2條)

넷째, 紛爭의 해결을 위임할 評定者로서의 第3者인 仲裁人이 있어야 한다. (韓國仲裁法 第1條, 第2條)

다섯째, 紛爭當事者는 재판 받을 권리를 포기하고, 그 권리는 法院에서 排除되어야 한다. 仲裁은 紛爭當事者가 임의로 선정한 仲裁人이 紛爭을 最終적으로 해결하도록 하여 통상 裁判이 갖는 硬直性和 非專門性을 피하고 해당 분야의 경험자나 전문가로 하여금 타당한 결론을 유도하는 것이므로 紛爭當事者는 裁判權을 포기하고 법원의 재판권을 배제하여 紛爭當事者가 評定에 不服하여 제소하는 것을 막아야 한다. (韓國仲裁法 第3條 및 뉴욕협약 第2條 3項) 그러나 仲裁契約이 無效이거나 效力을 喪失하였거나 이행이 불가능한 때에는 紛爭當事者가 소송을 제기할 수 있다.

여섯째, 仲裁人의 判定은 最終적이고 拘束力이 있기 때문에 當事者는 이에 무조건 복종해야 한다. 이러한 이유로 인하여 仲裁은 소송과 같은 強行的인 確實性和 終局性을 가지므로 "仲裁判定"이라고 한다.⁶⁾

第4節 商事仲裁의 特徵

1. 當事者間の 合意

仲裁는 當事者들이 자신들의 紛爭을 이 방법으로써 해결한다는 明示的 合意를 하여야만 有效하게 성립된다. 그러한 仲裁에 대한 合意는 私的 契約과 같은 方式으로 충분하며, 紛爭이 장차 생길 것을 假想하고 事件에 合意할 수도 있고, 아니면 紛爭이 생긴 때에 現存의 紛爭을 仲裁에 회부하기로 合意할 수도 있다. 곧 仲裁란 當事者들이 處分 할 수 있는 私法上的 紛爭을 合意(agreement)에 의하여 法官(judge)이 아닌 第三者(arbitrator)에게 그 해결을 委託(submit)하고 그의 判定(award)에 服從함으로써 紛爭을 最終적으로 解決하고자 하는 法的 節次(legal process)이다.⁷⁾

2. 仲裁의 對象

商事仲裁는 “商事”또는 商行爲에서 비롯되는 紛爭을 對象으로 하고 있기 때문에 당연히 當事者가 처분할 수 있는 私法的 法律關係에 속하나 一般的으로 私法上 法律關係라 하더라도 婚姻關係, 親子關係 등의 身分關係나 非訟事件, 執行事件, 保全事件 등은 適用對象이 못된다.

요컨대 當事者가 紛爭物에 대하여 화해할 수 있는 권리를 가진 경우

6) Roland L.Kramer, International Trade, 6th ed, South Western Publishing Co, 1959, p468.

7) Robert Coulson, Business Arbitration, American Arbitration Association, 1980, p6.

에는 모두 仲裁의 대상이 될 수 있다.

民事紛爭은 私益에 관한 것이므로 當事者에게 處分機能이 인정되어 있다. 곧 仲裁에서 「私法上の紛爭」의 “私法上” 이란 私法上の 法律關係를 뜻한다. (仲裁法 第2條) 여기에서 다시 仲裁는 私法上の 法律關係 가운데서도 當事者가 처분할 수 없는 法律關係는 仲裁의 대상에서 제외하고 있다 (仲裁法 第2條 第1項).

3. 仲裁人(Arbitration)의 資格

우리나라 仲裁法 第5條는 仲裁人の 缺格事由를 나열하고 있는 데, ① 禁治産者 또는 限定治産者, ② 破産者로서 復權되지 아니한 者, ③ 禁錮 이상의 刑을 받고 그 執行이 終了되거나 執行을 받지 아니하기로 확정된 후 3年을 經過하지 아니한 者, ④ 禁錮 이상의 刑을 받고 그 執行猶豫의 期間 중에 있는 者, ⑤ 禁錮 이상의 刑의 宣告猶豫를 받은 경우에 그 宣告猶豫期間 중에 있는 者, ⑥ 公民權의 制限 또는 資格停止의 刑을 받은 者의 6가지이다.

仲裁人은 이에 저촉되지 않으면 누구나 될 수 있으나 大韓商事仲裁院에서는 그 規定의 適用에서 公務員은 原則적으로 仲裁人の 就任을 막고 있다. 仲裁人の 職業이 어떻던 간에 그리고 仲裁判定에 經驗이 적다하더라도 그가 人格者로서 신중한 판단력과 전문적 知識을 가지고 있기만 하면 훌륭한 仲裁人으로서의 基本的 資格을 갖춘 것이다.

따라서 當事者는 자유로이 仲裁人을 選定할 수 있는 것이다. 곧 仲裁制度의 趣旨로 미루어 볼 때에는 韓國國籍을 지닌 民間人은 누구든지 仲裁人으로 選定될 수 있다는 것이 一般的인 原則이다.

4. 仲裁判定의 基準

仲裁人의 判定은 自由이며 자기 자신의 良識에 따라서 判定하면 된다. 즉 社會秩序 또는 強行規定에 반하지 않는 한 구태여 法律에 拘束될 필요는 없으며, 정의에 따라 自由裁量으로 判定할 수 가 있다.

그러나 이러한 條理, 良識에 基한 判定은 때로는 仲裁人의 主觀이나 恣意가 개입되어 客觀的인 妥爲性을 잃을 위험성이 있다. 이러한 점에서 仲裁는 訴訟에 비하여 公正性이 충분히 보장되어 있는 것은 아니다.

5. 仲裁審理의 非公開

法院의 訴訟節次는 公開主義에 立脚하여 進行되므로 會社自體의 操業方式, 運用費用, 損益에 관한 것 등 去來秘密이 자연히 對外에 알려지게 마련이며 이러한 것들이 對外的으로 누설될 경우에는 會社의 信用下落은 물론 國際競爭力이 弱化되어 예측하지 못한 손실이 발생하게 된다. 특히 거래과정에서 클레임이 발생된 사실자체가 노정되는 것은 회사의 명예에 악영향을 끼칠 우려가 크기 때문에 더욱 비밀을 요하는 사항이 아닐 수 없다. 仲裁는 바로 이러한 점을 감안하여 절차를 공개하지 않기 때문에 모든 사업상의 비밀이나 회사의 명성을 그대로 유지할 수 있게 한다.⁸⁾ 우리나라의 경우에도 大韓商事仲裁院은 절차의 非公開主義를 택하고 있다.

8) 申漢東, “韓國의 仲裁制度 改善에 對한 研究” 建國大學校碩士論文
1982, p. 16.

6. 單審制度

仲裁는 單審主義로써 몇 나라의 예외(노르웨이, 네델란드, 오스트리아, 인도)를⁹⁾ 제외하고는 上訴할 수 없다. 이것은 上訴의 濫用을 억제함으로써 신속한 처리를 존중하는 仲裁制度의 本質的 要求에 기한 것이다.

그러나 仲裁判定에 일정한 原因이 있는 경우에는 一般法院의 判決에 의하여 取消되는 경우가 있다. 왜냐하면 法院의 確定判決은 계속적인 判斷訓練을 쌓은 法官에 의하여 訴訟節次에 따라 내려진 것이므로 取消의 問題가 없으나, 仲裁判定은 엄격한 訴訟節次가 아닌 便易한 簡易節次에 따라 仲裁人이 내리기 때문에 當事者間에 공격 방어의 절차를 고의 또는 고의는 아니나 불공정하게 적용할 가능성이 있기 때문이다.

7. 準據法

國際商事仲裁는 외국의 判例들과 法律 그리고 우리나라 涉外私法 第9條에 의하여 當事者 自治意思(autonomy of the will)가 잘 보호되고 있다.

즉, 當事者間에 法律行爲의 成立效力 自體를 지배하는 法律의 지정이 있는 경우 그것이 準據法이 되는 것이다. 그러나 當事者의 意思로서 準據法이 허용하는 범위내에서 法律行爲의 구체적 내용을 정하는 대신에 어느 法律에 의하게 하고자 하는 지정, 즉 實質法的 指定은 부정되고

9) 鄭翼人, 「商事仲裁論」, 貿易經營社, 1984, p. 53. 仲裁制度에서 上級仲裁審을 두고 있는 나라로는 노르웨이, 네델란드, 오스트리아, 인도 등의 國家가 있다. 프랑스는 Amiable compositeurs에 의한 중재이외에는 上訴를 許容하고 있으며, 라틴 아메리카계 제국인 포르투갈, 페루, 파라과이 등에서는 法에 依한 仲裁에 限하여 性格上 司法裁判所에 上訴를 許容하고 있다.

있다.

이러한 입장에서 國際商事仲裁의 準據法則은 當事者の 自治意思가 가장 우선한다. 만약 當事者들이 외국법을 準據法으로 지정하였다 하더라도 仲裁人은 그에 따라 仲裁를 진행하여야 한다.

8. 仲裁判定(award)의 效力

가. 國內的 效力

仲裁判定은 當事者間에 있어서는 法院의 確定判決과 동일한 효력이 있다 (仲裁法 第 12條) 仲裁判定은 當事者가 미리 이를 존중하고 복종할 것을 합의한 것이므로 判定은 當事者에게 私的인 實體法上的 義務負擔의 원인을 주게 된다. 法律은 여기서 다시 公法的인 효과를 주어서 仲裁判定은 當事者間에 있어서는 확정된 法院의 判定과 동일한 효력을 갖도록 한 것이다.¹⁰⁾

특히 우리나라 仲裁法은 仲裁判定文의 原本은 法院에 移送保管 하도록 함으로써 후에 仲裁人 또는 仲裁機關에 의한 變造나 수정을 制度的으로 방지하고 있다.¹¹⁾

10) Cp Unidroit art. 25, Austria에서는 仲裁判定은 그 有效性和 執行性에 대한 전 仲裁人이 署名한 書面確認이 있어야 執行이 可能하다. Portugal은 한국과 같은 법원의 判決과 동일한 強制力을 附與하고 있다. (C.P.C제 50조 및 1100조)

11) 大陸法系の 仲裁制度는 우리나라와 같이 仲裁制度의 原本을 法院에 移送하도록 하고 있으나 英美法系の 仲裁法系는 仲裁機關이 仲裁判定文의 原本을 보관하여도 無妨한 점이 서로 다르다.

나. 國際的 效力

仲裁判定의 國際的 效力은 一般 法理論 이전의 단계에서 해석하는 것이 타당하리라 본다. 왜냐하면 判定의 國內的 效力이 외국에서도 똑같이 행사되기에는 法理的으로는 不可能하기 때문이다. 이제까지 仲裁判定의 國內的 效力은 涉外法的 문제가 생기면 無效로 간주되어 왔다.

國際的 協約이 없는 경우 判定의 效力은 涉外法的 問題를 야기시키는데 이때는 相互主義原則에 따라 해결하는 것이 慣例이나 그에 구애받지 않고 인정하는 경우도 있다.

미국 뉴욕州法院에서 있었던 경우인데 外國仲裁判定이 美國內에서의 執行에 대해 同法院은 相互主義原則에 관계없이 자유로이 執行을 허가한 적이 있다.¹²⁾

仲裁判定에서 相互主義原則에 구애받지 않을 수 있는 것은 仲裁는 외국판결과같이 私法的 決定이 아니라 私的 契約의 결과이기 때문이므로 外國의 主觀的 立場이 포함된 外國법원의 명령과는 구별하여 취급하는 것이 옳다는 취지에서 연유한다.¹³⁾

12) Ehrenzweig, Treatise on the Conflict of Law, p.193(1962)

13) Yutma, Enforcement of Foreign Judgements in Auglo-American Law,
33 Mich l, Rev 1129,1132(1935)

第5節 商事仲裁의 法的性質

1. 學說

오늘날 세계의 대부분의 국가에 있어서 仲裁은 그 고유의 기능을 인정받고 있으며, 仲裁判定權의 기초가 當事者의 仲裁契約이나 현존하는 紛爭과 거래의 紛爭에서 仲裁契約의 不可撤回性이 인정됨은 물론, 나아가서 常設仲裁機關의 設置, 仲裁立法의 整備, 國際仲裁條約의 締結 등으로 商事仲裁은 각 국에서 제도화되었으며 제도화되어 가고 있다.

다만, 仲裁의 法的性質에 대해서는 지금까지 몇가지 학설이 대립되고 있다.

즉 ① 仲裁가 實體法上 의무를 발생시키는 實體法上の 契約이라는 說, ② 仲裁는 그 요건이 訴訟法에 規定되어 있고 訴訟法上 效力을 가지기 때문에 (仲裁判定은 確定判決과 동일한 效力, 直訴禁止의 效力 등) 訴訟法上の 契約이라는 說, ③ 訴訟法上の 效力을 지니는 實體法的 契約이라는 混合契約說 등의 대립이 그것이다. 그러나 通說은 混合契約說을 採擇하여 仲裁는 自治的 裁判을 내용으로 하는 實體法上の 契約으로 해석되고 있다. 따라서 仲裁判定의 기초는 當事者에 의하여 합의된 仲裁契約으로부터 발생된 것이다.

다만 이와 같은 각 국의 仲裁制度는 그 동안의 발달과정과 現實的인 制度의 상이로 말미암아 다음과 같이 몇가지 체계로 구분되고 있다.¹⁴⁾

14) 李炳男, 중재계약과 관련하여, 대한상사중재원, "중재지" 1975.6.p2.

2. 英美法系

英美法系는 判例法중심의 不文法主義 국가들로서 非國營 貿易을 행하며 商事仲裁에 대해서는 거의 特別立法을 가진 國家들이 취하고 있는 체계이다.¹⁵⁾ 英美法系에서는 英國仲裁法과 美國의 統一州法型의 경우와 같이 法律問題의 解釋을 法院에다 유보하고 있는 방법과 미국의 뉴욕仲裁法, 聯邦仲裁法을 비롯하여 대부분의 주가 따르고 있는 뉴욕州法型으로 나눌 수 있다. 英美法系에 속하는 國家로는 英國, 美國, 멕시코, 아르헨티나, 브라질, 오스트레일리아, 뉴질랜드, 필리핀, 캐나다 등이 있다.

3. 大陸法系

大陸法系는 成文法 국가로서 非國營 貿易을 행하며 仲裁法을 대체로 民事訴訟法에 넣는 국가들의 仲裁法 體系를¹⁶⁾ 말한다.

大陸法系인 프랑스法型和 이탈리아法型이 속하는 라틴系와 독일法型和 일본法型이 속하는 독일계로 나뉜다. 특히 大陸法系 2대국인 프랑스와 독일에 있어서 外國仲裁判定은 內國仲裁判定과 같은 절차에 의하여 이를 승인, 집행할 수 있는데 프랑스나 독일에서는 外國仲裁判定文을 法院에 寄託할 필요가 없다.

大陸法系에 속하는 국가로는 스위스, 네덜란드, 스웨덴 등이 있다.

4. 統一法系

統一法系는 商事法の 세계적 統一化에 입각하여 자주성을 살리되 대개 英美法系 와 大陸法系등의 長點을 골라 仲裁를 制度化한 것으로

15) 高濬煥, 國際商事仲裁論, 法文社, 1987, p43.

16) 高濬煥, 上揭書, p48

17) 非國營 貿易을 행하는 국가들이 포함된다.

統一法系는 한국을 비롯한 각국이 현대 仲裁制度를 좀 늦게 받아들였지만 동시에 먼저 발달한 나라의 좋은 점을 자국의 독자성에 맞춰서 소화함으로써 國際商事仲裁의 통일화에는 오히려 순용하고 기여하기가 좋게 되어 있는 法系이다.

統一法系에 속하는 국가로는 타이, 말레이시아, 인도네시아, 나이지리아, 가나 등 아시아와 아프리카의 국가들이 이에 속한다.

5. 共產國系 및 回教國系

共產國系는 성문법 국가로서 國營 貿易을 하며 仲裁는 비정부적 公法人에 의해 이루어지는 국가들이다.

回教國系는 주로 중동의 회교국을 중심으로 하는 法系로, 회교경전인 「코란」속에 世俗法이 있는 것이 보통이며, 世俗法에 의하여 非國營 貿易을 행하고 仲裁는 정부기관에 의해 이루어진다.

이란, 사우디아라비아, 시리아, 파키스탄, 레바논, 쿠웨이트 등의 회교국들이 여기에 속한다.

17) 高濬煥, 前掲書, p55

第3章 主要國의 商事仲裁制度와의 比較

第1節 英·美法系 仲裁制度와의 比較

1. 英國의 仲裁制度

영국은 仲裁가 制度的으로 가장 먼저 정비된 국가이다. 英國의 仲裁制度는 에드워드 2세 (1307~1327) 시대에 시장 및 개항장에서 발생하는 商去來上의 紛爭을 동업자 가운데서 선정된 상인에 의하여 신속하게 해결하던 관행에서 비롯되어, 16세기의 길드 및 17~18세기의 산업혁명을 거치면서 많은 발전을 해왔다.¹⁸⁾

海事紛爭을 해결하기 위해 현재에도 海上運送約款 또는 海上保險約款에 英國의 仲裁條項이 많이 이용되고 있음이 특징이다.¹⁹⁾

장구한 仲裁制度 역사에도 불구하고 仲裁法은 1889년 공포된 후 많은 문제점으로 1950년 7월 28일 英國仲裁法이 제정 공포되었다. 普通法(Common Law)에 있어서 재판관의 仲裁制度에 대한 부정적인 태도로 仲裁契約의 撤回可能性(revocability of submission) 또는 仲裁判定의 取消可能性이 많았기 때문이다.²⁰⁾

英國의 仲裁制法으로 仲裁法(The Arbitration Act)이 있다. 그러나 英國에는 완전히 통일된 仲裁法은 없다. 1950년 제정된 仲裁法은 잉글랜드와 에이레에서만 유효하며, 스코틀랜드와 북부 아일랜드에는 부분적으로 적용되며 자체 仲裁法이 있다.

18) 姜二秀, 實易클레임, 三英社, 1981, p. 233

19) 張致順, 現代實易클레임論, 東星出版社, 1991, p. 270.

20) 森井清, 國際商事仲裁, 東京, 1970, p. 45.

英國은 뉴욕協約 가입을 미루어 오다가 1975년 9월 24일 가입했는데 그 가입을 위한 준비로서 1975년 2월 25일 仲裁法 일부를 개정했다.

英國은 오랜동안 세계 商去來의 중심지였고, London Court of Arbitration, Liverpool Cotton Exchanges, London Corn Trade Association, Lloyd's Shipping Exchanges 등에 부속하는 상설 仲裁機關의 仲裁가 누렸던 세계적 權威도 점차 퇴색해가고 있다.

그러나 The London Corn Trade Association의 標準約定은 서유럽은 물론 구소련 등 동구권국가들과의 거래에 있어서도 널리 활용되고 있으며, 英國의 仲裁機關을 대표한다고 볼 수 있는 The London Court of Arbitration 도 國內仲裁와 國際商事仲裁에 관한 適合한 規則을 갖고 널리 이용된다. 런던仲裁裁判所に 의하여 指名되는 仲裁人은 仲裁人協會(The Institute of Arbitrators)가 유지하고 있는 仲裁人團名簿(The panel of Arbitrators)에서 선정된다.

또한 동재판소는 UNCITRAL규칙하의 仲裁에 대한 설비를 제공하여 指名權者(appointing authority)로서 행동한다.

1) 仲裁合意

仲裁合意의 形式的 要件은 書面に 의하지 않으면 안된다고 하는 것이다. 書面이란 公式的 書面 또는 當事者 혹은 그 法定 代理人間에 교환된 서신, 전신,팩스 또는 그 이외의 書面形式을 취할 수 있다.

2) 仲裁人

가) 仲裁人の 資格

英國法에서는 仲裁人の 선정에 대하여 一般的으로 제한이 없다. 基本的인 原則은 裁判所の 裁判官과 같이 仲裁人は 公正해야 된다는 것이다. 물론 仲裁契約에 특별한 資格을 둘 수 있다. 仲裁契約에 있어 仲裁人は 「商人」이 아니면 안된다고 보통 규정하고 있는 경우가 있다.

1970년에 비로소 高等裁判所の 裁判官이 單獨仲裁人 또는 審判人(Umpire)으로서 選任할 수 있게 되었다. (1970년 裁判官 管理法 Administration of Justice Act 1970, 第4條) 또한 當事者は 裁判所の 職원을 仲裁人으로 選定할 수 도 있다.²¹⁾ (仲裁法 第11條)

나) 仲裁人の 忌避

仲裁人の 忌避申請은 仲裁判定이 이루어지기 전에 다음과 같은 이유에 의해 이루어질 수 있다.

- 非行(第23條 第1項)
- 仲裁人の 職務와 관련한 不適格
- 權限의 逸脫 또는 拒絶
- 當事者에게 詐欺의 問題가 발생한 경우(第24條 第2項)
- 仲裁節次의 開始,進行 및 仲裁判定을 할 때 合理的으로 신속한 처리를 하지 않는 경우(第13條 第3項)

3) 仲裁判定

仲裁人 또는 仲裁判定人은 審問 終結後에 언제라도 仲裁判定을 할 수

21) ICCA Year Book , 1977版, p. 97.

22) 高濬煥 , 前掲書p46

있으면(仲裁法 第13條), 적당하다고 생각할 때는 中間 仲裁判定을 할 수 있고, (仲裁法 第14條), 仲裁判定은 確定的 또는 拘束力을 갖는다.(仲裁法 第16條), 따라서 仲裁人이 내린 判定은 最終的이며 法院에 上訴할 수 없다.

2. 美國의 仲裁制度

美國은 英國의 Common Law를 답습했으며, 制定法(Statutory Law)보다도 判例法(Judge made Law)이 발달된 국가이긴하나, 聯邦과 함께 각 州도 立法權을 가지고 있어 州마다 仲裁制定法이 다른 복잡한 현상을 보이고 있다.²²⁾ 가장 일찍 仲裁法을 제정한 것은 1920년 뉴욕주이며 (The New York Arbitration Act) 현재 23개주가 현대의 仲裁法을 제정했다.

뉴욕주 仲裁法은 미국 근대 仲裁制度의 시초가 되었으며, 종래 Common Law상의 仲裁契約의 撤回可能性이 완전히 없어졌으며, 仲裁契約이 書面合意일 경우에 法院에 提訴한 것과 똑같은 효력이 인정되었다.

1925년에 연방대법원에서 仲裁合意의 유효성을 인정하기 위한 획기적 目的下에 성립된 聯邦仲裁法(U.S.A. Arbitration Act)은 海事(Admiralty) 仲裁과 州間이나 國際間의 거래에 적용되는 法으로서 仲裁契約의 有效性(Validity)과 撤回不可能性(Irrevocability)및 執行可能性(Enforcability)을 規定하고 있으며, 訴訟節次의 停止(Stay of trial) 그리고 仲裁의 特殊履行(Specific performance)을 規定하고 있음이 特徵이

22) 高濬煥, 前掲書p46

다.²³⁾

統一州法委員會는 1924년부터 각 州에서 統一的으로 채택 시행할 수 있는 標準仲裁法이 제정되었고 1955년 美國辯護士協會 代議員들의 協助로 25個 條文의 統一仲裁人法을 제정하였으며 이 法은 1979년 末까지 39個 州와 2個 特別地區에서 選別 採擇되어 시행되고 있다.²⁴⁾

統一仲裁法의 仲裁對象은 建設(Construction), 保險(Insurance), 賃貸(Leases), 勞使關係 (Labor Contracts), 借款 또는 貸付(Loans), 賣買(Sales), 義務怠慢으로 인한 損害賠償 (Torts), 非保險自動車(Uninsured Motorists), 醫師나 辯護士에 연관된 問題에 대한 紛爭으로서 New York 州나 California 州같은 商業 中心地域의 州에서 立法化되어 있다.

美國의 상설 仲裁機關으로는 1974년 11월 13일 大韓商事仲裁協會와 商事仲裁協定 (The Korea- U.S. Commerical Arbitration Agreement)을 체결한 美國仲裁協會 (American Arbitration Association: AAA)가 있다. 이 AAA는 1926년에 美國仲裁委員會 (Arbitration Society of America)와 仲裁財團 (Arbitration Foundation)의 두 團體가 合併하여 탄생한 것으로, 현재 New York에 본부를 두고, 美國內 23個 도시에 지부를 둔 세계최대의 仲裁機關으로 仲裁人團名簿에 등록된 仲裁人數는 5만여명이며, 國內, 國際商事 仲裁뿐만 아니라 勞動仲裁, 海事仲裁, 建設仲裁, 交通事故仲裁, 選舉仲裁, 醫療仲裁, 保險仲裁, 地域社會仲裁 등을 광범위하게 취급하고 있다.

또한 仲裁處理 업무도 매우 迅速하며, 특별한 경우를 제외하고는 대부분이 1個月 이내에 처리되고 있다.²⁵⁾

23) Alanl Widiss, Arbitration, 1979, pp. 4~5.

24) 張致順, 前掲書p269

美國 1923년 제네바議政書와 1927년 제네바條約에는 가입하지 않았으나 1968년 10월 뉴욕 協約에 가입하여 외국에서 判定된 仲裁도 美國에서 執行이 가능하다.²⁵⁾

우리나라와는 韓·美友好通商航海條約 (1957년 11월 7일 發效)을 締結하고 그 내용에 仲裁條項이 挿入되어 양국간의 仲裁判定의 承認과 執行을 相互 保障하고 있다.

1) 仲裁合意

仲裁條項에 의하는 경우에는, 一方 當事者가 相對方 當事者에게 仲裁附託 意思를 書面으로 통지하며, 同 通知書 2通, 仲裁事項을 담은 契約書 寫本 2通, 해당관리비를 제출한다.

2) 仲裁人

가) 仲裁人の 資格

미국에 있어서의 仲裁에 관한 制定法에는 仲裁人の 자격에 대한 특별한 規定은 없다. 仲裁人の 資格問題와 관련하여 仲裁人으로 선정된 사람은 不適格事由가 될 가능성이 있는 利害關係를 開示하지 않으면 안된다는 의무이다.

즉 仲裁의 체결에 대한 經濟的 혹은 個人的 利害關係 또는 當事者 및 그 代理人과의 過去 또는 現在의 關係 등 그의 공정성에 영향을 미칠 기미가 있는 사정을 개시하여야 한다는 것을 요구하고 있다.

仲裁人の 資格에 관한 이러한 원칙은 當事者에 의한 것이건, 개인 또는 기관에 의한 것이건, 中立仲裁人으로써 選定된 모든 仲裁人에게 適用된다.

25) 金洪奎, 美國의 商事仲裁制度, 「仲裁」第67號, 1977.7, p18.

26) 金相造, 商事仲裁와 仲裁人, 「仲裁」第99號, 1980, p10.

나) 仲裁人의 忌避

聯邦仲裁法이나 대부분의 州의 仲裁에 관한 制定法도 仲裁人의 忌避 또는 解任에 관한 規定을 설정해 놓고 있지 않다. 裁判所는 仲裁人의 解任에 관한 高유의 權限을 가지고 있음에도 불구하고 一般的으로 仲裁 節次의 開始前 또는 그 途中에 있어서 仲裁人의 해임에 대해서는 호의적이 아니다.

그러나 AAA와 같은 機關의 規則에 의해 행해지는 仲裁의 경우에는 그러한 規則은 가끔 仲裁節次의 개시전 또는 그 도중에서도 仲裁人을 忌避하기 위한 節次를 規定하고 있다.

3) 仲裁制度

仲裁判定은 書面으로 해야 하며, 當事者의 全員一致를 條件으로 하는 경우를 제외하고는 仲裁人의 과반수가 서명하면 된다. 判定이 일단 내려지면 當事者들은 最終的 拘束을 받으며 극히 제한된 이유로 裁定 取消을 法院에 제기할 수 있다.

仲裁判定은 審問終結日로부터 30일이내에 判定을 내려야 하며, 어느 경우든지 判定이 내려진 區內에 所在하고 管轄權을 갖는 聯邦仲裁所는 仲裁 當事者의 어느 일방의 신청에 의해 仲裁判定의 取消을 命할 수 있다.

第2節 大陸法系 仲裁制度와의 比較

1. 프랑스의 仲裁制度

프랑스의 仲裁法은 1806년 4월 29일 制定된 民事訴訟法 第3編에 26

個 條文(第1003條 ~ 第1028 條)으로 構成되어 있다. 이후 프랑스 仲裁委員會가 핵심이 되어 1964년부터 集中的인 改正作業을 착수해서 1981년 5월 12일 총66개 條文으로 된 仲裁法 (民事訴訟法 第1442條~第1507條)을 成案시키게 되었다.²⁷⁾

프랑스는 독일, 일본, 스위스, 네덜란드, 스웨덴, 이탈리아와 같이 大陸法系 성문법 국가로서 民事訴訟法內에 仲裁法을 설정하고 있으며, 國際紛爭의 仲裁는 ICC내의 仲裁機關에 의해 처리되어지고 있어 國內紛爭에 대하여는 미온적인 태도를 고수해 오다가 최근에 大幅改正을 하였다.

프랑스의 仲裁法은 英國과 美國의 仲裁法이 전통적으로 民事訴訟法으로부터 독립된 單一法(仲裁法이라 稱함)으로 되어 있는데 反하여 프랑스의 仲裁法은 民事訴訟法의 일부분으로 編入되어 있었기 때문에 프랑스에 있어 普通仲裁(우선적 仲裁는 除外)²⁸⁾라 함은 한때 裁判制度의 하부구조로 이해되어 仲裁人을 當事者가 선정하는 것을 제외하고는 司法의 原則이 강하게 支配되고 있었다.

그러나 프랑스의 仲裁制度는 그 동안 歷史的 變遷過程을 통하여 여러 차례 改正을 거쳐 最近에는 1980년 5월 14일 de'cret 80~354號에 의하여 改正된 國內仲裁部分과 1981년 5월 12일 de'cret 81~500號에 의하여 신설된 國際仲裁(arbitrage international)부분으로 구성되어있다.

프랑스의 代表的인 國內仲裁機關으로 220 Bourse de Commerce Paris에 있는 Paris Chamber of Arbitration 이 있으나, 프랑스 관련 國際商事 仲裁事件은 대부분 같은 파리에 있는 세계 최대의 國際商事 仲

27) 小山昇, “てういすにおける仲裁”, 『法律時報』 54卷 8號, p. 56

28) 喜多川篤典著, 『國際商事仲裁の研究』, 1978, p248.

裁기관인 國際商業會議所 仲裁裁判所(ICC Court of Arbitration)로 신청되고있다.

1) 仲裁合意

仲裁合意 내용에는 紛爭이 발생된 主契約의 表示, 발생된 紛爭을 仲裁에 負하는 趣旨, 仲裁人の 選定 또는 選定方法이 書面으로 기재되어 있어야 하며 이 중 하나라도 빠진 것이 있으면 無效가 된다. (民訴法 第1443條) 여기서 書面性を 요구하는 것은 교환된 書信, 電報 또는 Telex라도 무관하며, 나아가 仲裁條項이 契約書가 아닌 다른 書類上에 挿入되어도 無效하다.

2) 仲裁人

가) 仲裁人の 資格

民法 또는 다른 法律에서 仲裁人の 能力 또는 仲裁人の 資格에 대하여 名文의 規定을 두고 있는 것은 없다. 그래서 이 점에 있어서는 仲裁人을 當事者の 受任者로 보는 立場으로부터 解決하려고 하는 것과 仲裁人을 紛爭의 法的 解決機關으로 보는 立場 이 立場에 있어서는 정치적 諸權利의 享有가 仲裁人の 자격요건이 된다는것 으로 나누어져 있다. 그러나 仲裁는 원래 當事者間の 합의에 의하여 기초가 부여되고 仲裁人도 當事者の 자유스러운 適格性の 판단에 의하여 기초가 부여되고 仲裁人도 당사자의 자유스러운 適格性の 판단에 의하여 선임되는 것이기 때문에 그 資格要件은 무엇보다도 法律行爲能力을 갖추어야 한다.

나) 仲裁人の 忌避

舊民訴法 第1014條 후단에 의하면 「仲裁人は 仲裁合意後에 생긴 원인에 의하지 않으면 忌避될 수 없다.」 仲裁人は 仲裁合意에 의하여 當

事者が 共同으로 선정하는 자이기 때문에 仲裁合意 전에 벌써 忌避原因에 해당하는 사실이 존재하는 자를 仲裁人으로 選任하는 當事者の 의사는 그 선임 이후에 새삼스럽게 忌避를 問題로 삼지 않는다는 생각때문이다. 그런데 敍上의 第1014條 이외에 仲裁人의 忌避에 언급한 規定은 없다. 따라서 仲裁人의 忌避에 관한 法の 結點은 裁判官의 기피에 관한 類推適用에 의하여 보완할 수 밖에 없다고 해석된다.²⁹⁾

3) 仲裁判定

仲裁判定은 만장일치가 되지 못하면 다수결에 의한다. (民訴法 第1470條) 만약 可否同數가 된 때에는 仲裁判定은 성립되지 않는다.

또한 仲裁判定은 書面으로 작성되어야 하며, 仲裁人 전원이 서명하여야 한다. 仲裁人의 소수가 判定文에 서명하기를 거부하는 경우에는 다른 仲裁人이 이 사실을 기재하면 當該判定文은 仲裁人 전원이 서명한 것과 동일한 效力을 가진다. (民訴法 第1473條)

2. 日本의 仲裁制度

日本의 仲裁制度는 1890년 民事訴訟法 제정시에 독일의 仲裁制度를 도입한 것이 그 民事訴訟法 제 8편(第786~805條)에 仲裁에 관한 것이 내포되어 있으며, 이것은 현재에도 有效하며, 單行法으로 된 仲裁法은 없다.

일본의 仲裁制度는 자국의 산업계의 요청에 앞서서 그 國際的 지위의 개선을 노린 독일법 문화의 無批判的 도입이었으므로 제2차 세계대전 때까지는 거의 이용되지 않았으며, 1922년 借地借家調停法을 비롯 小作

29) Garsonnet at Cezar-Bru, pp. 515ets . Robert, op. cit, pp. 214ets.

調停法 商事調停法 金銭債務調停法 등이 잇따라 입법되어 調停制度가 오히려 많이 보급되었다.

그러나 海事仲裁은 일찍부터 발달하여 1918년 神戸海運組合 안에 仲裁委員會를 설치하였고, 이것이 神戸海運集會所를 거쳐 현재의 日本海運集會所가 되었는데, 海運仲裁가 常設機關 仲裁의 시초였다.

제2차 세계대전 이후에 와서 美國과의 交易紛爭을 해결하기 위하여 1949년 9월에 美國仲裁協會(AAA)와 日本商工會議所 사이에 美·日仲裁委員會가 설치되고, 이듬해 3월 日本商工會議所를 중심으로 하여 日本經濟團體聯合會, 日本貿易協會, 日本中小企業聯盟 등 8개 단체가 핵심적 주체가 되어 國際貿易에서 발생하는 商事紛爭을 해결할 목적으로 國際商事仲裁委員會를 발족하였으며, 1952년 10월 美日仲裁協定이 체결되었다.

1963년 6월 14일에는 國際商事仲裁委員會가 日本 民法 第4條에 기초를 둔 「社團法人 國際商事仲裁委員會」로 발족되면서 동시에 전문48조 부칙으로 된 商事仲裁規則이 채택되어 오늘에 이르고 있다.³⁰⁾

日本仲裁法에 의하면 契約에서 명문화하고 있는 경우를 제외하고 1인이라도 되는 단독 仲裁人으로 하며(日本 國際商事仲裁協會의 仲裁規則 第11條), 그 資格은 仲裁 결과에 대하여 經濟적으로 이해관계가 있으면 안되지만 兩當事者가 書面으로 그 適否를 불문에 불인다는 합의가 있을 때에는 예외로 한다(동 규칙 第11條). 또한 외국 仲裁判定의 承認 및 執行을 위하여는 통상의 소송에 의하여 確認判定을 받아야 한다.

그러나 법원에 판정문 원본의 등록을 요하지 아니하며 또한 그 실제

30) 鄭翼人, 前掲書 p258

에 관한 심사에 들어갈 수 없다고 하여 가능한 한 國際主義를 준수하고 있다.³¹⁾

1) 仲裁合意

日本の 訴訟法에는 仲裁契約의 類型과 내용에 관하여는 제한을 두고 있지 않다. 仲裁契約은 명시적 또는 暗示的으로도 할 수 있다. 일본의 仲裁協會에서 마련한 여러가지 標準契約書上에서 찾아 볼 수 있는 仲裁條項은 다음과 같다.

"All disputes, controversies or differences which may arise between the parties, out of in relation to or in connection with this contract, or for the breach there of, shall be settled by arbitration in Japan in accordance with the by commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association. The Award shall be final and binding upon on both parties".

2) 仲裁人

가) 仲裁人의 資格

日本 民訴法에서는 仲裁人이 될 수 있는 資格에 관하여 별도 規定이 없으므로, 法律行爲能力을 가진 자이면 누구나 仲裁人이 될 수 있는 것이다. 日本에 있어서 仲裁人은 공정하여야 함이 基本原則이다. 이와 관련하여 日本 仲裁協會의 仲裁規則에서는 "仲裁事件에 이해관계가 없는 자는 누구도 仲裁人이 될 수 없다"고 規定하고 있다.(仲裁規則 第15條 1項)

나) 仲裁人의 忌避

31) 小山昇, 仲裁法, 有斐閣, 東京, 1981, P25~35.

仲裁節次の當事者は仲裁人の 공정성이 의심스러우면 仲裁人을 忌避할 수 있다. 民訴法 第792條(仲裁人の 忌避) 第1項은 「仲裁當事者は 裁判官의 訴訟 當事者が 裁判을 忌避하는 權利와 동일한 이유와 조건으로 仲裁人을 忌避할 수 있다.」고 주장하고 있으며, 第3項 「當事者도 無能力者, 公民權이 停止 또는 박탈된 仲裁人을 忌避할 수 있다」고 각각 規定하였다.

3) 仲裁制度

仲裁判定은 當事者間에 있어서는 裁判所의 確定判決과 동일한 效力이 있다.(民訴法 第 800條).

仲裁人이 복수인 경우에 裁判部는 仲裁人の 過半數로써 결정하며, 그 가운데 1인이 主仲裁人 (the chief arbitrator)으로 정해져 있는 경우 可不同數이면 主仲裁人이 결정하는 바에 따른다(規則 第34條)

3. 獨逸의 仲裁制度

獨逸의 仲裁法은 民事訴訟法(Die Deutsche Ziviprozessordnung) 第 1025~1048條에 規定되어 있고 동법에 의한 獨逸仲裁委員會의 仲裁規則과 任意仲裁에 적용할 仲裁規則이 있음이 특징이다.

獨逸의 仲裁은 프랑스의 友誼仲裁과 같다. 다만 獨逸의 仲裁은 프랑스와 달리 特定國法을 準據法으로 指定하는 것도 가능하다. 그러나 仲裁判定의 당부는 法院에서 심리할 수 없으므로 法の 解析과 적용의 잘못은 仲裁判定의 效力에 영향을 미치지 않는다.³²⁾

독일의 판례는 當事者 自治의 原則(party autonomy)에 대하여 자유

32) 高濬煥, 前掲書 p49

로운 태도를 취하고 있는데 프랑스나 ICC와 같이 特定國仲裁法으로부터 해방되거나 단순히 國際的 公序(international public order)에 의존할 정도를 철저하지는 않으므로 獨逸의 仲裁을 「不完全法」(Lex impertecta)이라고 한다.

獨逸의 仲裁에 있어서는 當事者 合意에 의거하여 仲裁이 시작되며, 그 準則은 仲裁人의 裁量, 즉 「公平과 先」에 맡겨지고, 公序에 反하지 않는 한 實體法도 무시할 수 있다.

독일의 대표적인 仲裁機能으로는 KoIn시에 있는 獨逸仲裁協會(Deutshes Institut fur Schiedsgerichtswesen)와 Bonn에 위치한 獨逸仲裁協會(Deutscher Ausschuss fr Schiedsgerichtswesen)이다.³³⁾

獨逸은 英國, 벨기에, 네델란드, 오스트리아, 스위스 등과 仲裁에 관한 2 國間條約을 체결하고 있으며, 1923년 Geneva議定書, 1927년 Geneva協定과 New York協約에 모두 가입하고 있어 國內에서와 外國에서 내린 判定의 執行이 독일내에서 가능하기 때문에 매우 유리하다.³⁴⁾

外國仲裁判定은 다음과 같은 적격사항을 포함해야만 獨逸에서 집행될 수 있다.

- 1 仲裁判定이 準據法에 의해 無效가 되지 않을 것.
- 2 그 承認이 公序良俗에 반하지 아니할 것.
- 3 仲裁節次에 있어서 當事者가 적법하게 처리할 것.
- 4 當事者가 仲裁節次에 審問을 받았을 것.

仲裁節次進行은 거의 우리나라 大韓商事仲裁院의 仲裁節次와 비슷하다. 왜냐하면 獨逸의 仲裁法은 日本과 韓國에 영향을 주었기 때문이다.

33) ICCA, National Reports by Dy.Ottoarndt Glossner, 1979, p.60-61.

34) 深炳晦, “西獨의 國際商事仲裁,” 仲裁108號, 1981, p.9.

1) 仲裁合意

獨逸의 聯邦大法院 判例(BGH, BB 1975 1553f)는 仲裁의 合意란 仲裁 契約과 仲裁條項을 모두 포함한다고 정의하고 있다.

독일 仲裁法은 契約自由의 原則에 立脚하고 있으며, 仲裁合意 중에 特約이 없는 한, 仲裁節次는 仲裁人의 裁量에 맡겨져 있다. (民訴法 第 1034條 第2項). 그러므로 當事者의 合意가 法에 우선한다. 다만 強制規定으로 當事者 반드시 심문을 받아야 한다. (民訴法 第1034條 第1項, 第 1041條 第1項 4號)

2) 仲裁人

가) 仲裁人의 資格

行爲能力에 缺格事由가 없는 한 어떠한 第3자도 仲裁人이 될 수 있을 것으로 해석된다. (第1032條 3項)

法人도 仲裁人이 될 수 있다. 이 경우에는 물론 法人의 기능이 仲裁人으로서의 권한을 행사하는 것으로 이해된다. 그러나 관청, 기타 단체 자체나 法院은 仲裁人이 될 수 없다.

나) 仲裁人의 忌避

仲裁契約에 仲裁人의 忌避事由를 정한 경우 또는 法院의 判事와 같이 民事訴訟法 第41條에 規定한 忌避事由가 있을 때에는 그 仲裁人을 기 피할 수 있다(民法 第1032條 1項). 또 法院에 의하여 일단 선정된 仲裁人이 職務進行을 부당하게 遲延시키거나, 미성년자등 특정인이 仲裁人이 되어 있는 경우 이를 이유로 仲裁人을 忌避할 수 있도록 되어 있다. (民法 第 1032條 第2項)

忌避의 申請은 仲裁에 있어서 장래에 대해서만 效力을 가지며 그 이

전에 한 仲裁人의 행위나 仲裁人의 전면에서 이루어진 절차는 계속 유효한 것으로 간주된다.

3) 仲裁判定

仲裁判定은 仲裁條項에 별도로 規定된 것이 없으며 仲裁人의 다수결에 따라 내용이 결정된다. (第 1038條) 仲裁判定은 書面으로 이루어져야 한다. (第1039條) 當事者가 특별히 반대의 의사를 정한 경우 이외에는 그 判定에는 이유가 기재되어야 한다. (第1041條 第1項 第5號 및 第2項) 물론 仲裁制度에서는 法院의 判決理由에 있어서와 같이 상세한 이유를 설명하는 것을 요구하는 것은 아니다.³⁵⁾ 仲裁判定에는 또 仲裁判定이 내려진 日字를 記載하여 全仲裁人이 이에 서명할 것이 요구된다. (第1039條)

상술한 바와 같이 仲裁判定은 그것이 仲裁判定 取消事由로 열거되어 있는 하자가 없는한 仲裁當事者間에 있어서 法院의 既判力 있는 判決과 동일한 效力이 있다. (第1044條)

第3節 國際商事仲裁制度 확립을 위한 商事仲裁制度의

35) ICCA, National Reports by Dr. Ottoandt Glossner, 1979, P.72.

"The arbitral award must contain the reasons on which the decision is based, unless the parties have agreed that the arbitrator need not give reasons(sect,1041, para.2j" para.1.no.5). There are no cases known where parties have in fact done so. A dissenting opinion of an arbitrator is unknown in German law."

第3節 國際商事仲裁制度 확립을 위한 商事仲裁制度의

統一化 趨勢

1. 意義 및 經濟的 效果

1) 統一化의 意義

오늘날의 商事仲裁 判定의 對象은 거의가 國際貿易에서 발생하는 國際間의 紛爭이기 때문에 仲裁判定이 自國內에서 執行되는 경우와 외국에서 執行하여야 하는 두가지의 경우를 생각할 수 있다.

일반적으로 自國內에서 내려진 仲裁判定을 自國內에서 強制執行하는 데는 일정한 法の의 요건에 맞추면 아무런 장애가 없다. 그러나 일국가내에서 내려진 仲裁判定을 타국가에서 強制執行하는 데는 상당한 곤란이 뒤따른다. 즉 外國法院에서의 절차에 대한 상식부족이나 그 국가의 실정법에 대한 무지등으로 外國法院에 強制執行을 부탁하는 請求人으로서의 소기의 목적을 달성하는 데 예기치 못한 장애 또는 방해를 받게 되는 경우가 많게 된다. 특히 외국의 法院들은 타국가내에서 내려진 判定의 強制執行에 대하여 閉鎖的인 입장을 취하고 있는 것이 보통이기 때문에 仲裁判定의 國際性은 實質上으로 큰 빛을 보지 못하는 경우가 있게 된다. 이러한 까닭에서 각국가간에서는 通商條約등의 개별적인 방식을 통하여 仲裁法制의 相異를 완화시키고 있었으나 國際間에 통용되기에는 너무나 미흡하여 國際的 統一化가 절실히 요구된다.

2) 統一化의 經濟的 效果

國際商去來에서 발생하는 紛爭은 국내거래에서 발생하는 것보다 발생빈도

는 높으면서도 해결은 보다 난망하기 때문에 위험도가 높아서 貿易의 活性化를 크게 해치고 있다.

만약 國際商去來紛爭의 처리수단으로 획기적인 것이 출현한다면 國際貿易은 國內去來보다 오히려 活性化되고 企業들은 적극적으로 海外에 진출할 수 있게 될 것이다.

1952년 시카고법과대학 멘치코프(Saia Mentshikoff)교수를 선두로 실시한 조사에 의하면 私人間의 紛爭 가운데 仲裁方式으로 처리되는 것은 全民事事件의 약 70%에 해당한다는 사실이 밝혀졌다.³⁶⁾ 이것은 紛爭의 當事者들이 憲法에 보장된 해결양식인 재판을 불편하게 생각하고 仲裁을 실익이 있는 自律的인 해결수단으로서 선호하고 있다는 증거이다.

그렇다고 仲裁을 완전한 해결수단으로 본다는 것은 아니다. 적어도 國際間の 去來紛爭은 仲裁에 의한 해결이 가장 마찰을 불러 일으키고 그로 인한 시간과 비용의 지출이 많게 되기 때문에 非經濟的이다. 國際法上 國際商事仲裁制度가 전세계적으로 統一되어 單一制度和 單一法規에 의하여 시행된다면 그 能率은 크다. 國際去來 當事者들은 紛爭이 생기는 경우 쉽사리 仲裁申請을 할 수 있으며 또한 仲裁節次의 진행도 신속히 개시되고 완수될 수 있다³⁷⁾

이제까지 當事者間の 仲裁의 이용에 장애가 되었던 것은 相對方 國家의 法規에 대한 무지가 큰 원인이었다. 單一화된 仲裁法規는 이러한 불편과 혼동을 排除함으로써 仲裁制度의 이용을 促進하게 될 것이다. 仲裁은 이용이 무조건 經濟性이 있다는 것은 아니다. 때문에 仲裁制度의 統一은 經濟的 效果에 맞추어져야 할 것을 전제로 한다. 그 經濟性은 仲裁節次의 單審制 증거조

36) Saia Mentschikoff, Commercial Arbitration, 61 bolum, Law Review, 1961, 846~848 in : Martin Domk, The Law and Practice of Commercial Arbitration, Callaghan & Company, 1968, PP. 11~12

37) 越川純吉, 仲裁と實體法上の準據法, 日本國際商事仲裁協會1980, pp.15~16

사의 강권력 부여, 강력한 사무기능의 수행,³⁸⁾ 신속한 판단 거부나 遲延이 없도록 하는 仲裁判定등의 執行이 확보될 때 얻을 수 있다.

이러한 편리성과 현실성이 확보된다는 전제하의 仲裁制度 統一은 先後進 國間に 적용되던 해결규칙의 불공정한 執行을 除去하고 동등한 입장에서 紛 爭을 다루게 되므로 去來와 관련되는 불안을 감소시킬 수 있어서 貿易의 확 대에 기여하게 될 것이다.³⁹⁾

2. 國際商事仲裁制度의 現況

商事仲裁制度의 존재는 經濟的 이용가치가 있을 것을 전제로 하기 때문에 통일이 절대적으로 필요함에도 불구하고, 그 統一의 전망이 어두운 원인은 仲裁法이 相異한데 있다.

國際商事仲裁가 첫째로 각 국 國內強行法規와 주로 抵觸되는 當事者 자치 의 제한 問題는 仲裁人의 選任要件, 仲裁條項의 效力, 仲裁判定部の 管轄權 與否에 대한 決定權, 仲裁判定部の 절차상의 裁量權, 仲裁 및 實質紛爭關係 에 적용되는 準據法 선정상의 규제, 仲裁 本案事項에 대한 法院의 監督 및 統制權 등이다. 다음으로 當事者 합의에 의한 國內 任意法規의 적용배제가 주는 합리와 불합리의 問題와 適用法規의 부재가 있는 경우의 問題등은 國 際商事仲裁의 이질적 적용을 불가피하게 全世界的 仲裁法規의 統一化가 시 급한 실정이며, 최근 UNCIRAL이 標準國際商事仲裁院을 제정하려는 의의를

38) 美國 Federal Arbitration Act는 중재인에게 召喚權을 부여하고 있다. 이 에 관한 자세한 節次는 Rosemary S. Page, Subpeena Practice in Arbitration, in wide world of Arbitration, AAA, 1978, PP. 32~36 참조

39) 金智洙, 研究報告書 (UNCITRAL 제14次 會議 및 第2次 심포지움 참가와동 동회의 안건), 大韓商事仲裁院, 1981, p. 2

여기서 찾을 수 있다.

그리고 仲裁契約은 紛爭을 訴訟에 의하지 않고 仲裁로써 해결하는 訴訟管轄을 排除하는 것이므로 國內法으로 보호되고 있다. 그런데 이에 관한 각 국들의 法은 다소 불리게 規定하고 있음으로써 混沌을 招來하고있다. 仲裁契約은 장래 발생 가능한 紛爭에 대하여 約定한 仲裁付託으로 나뉘는데, 이 두가지를 굳이 구분하여 그 效力을 차별하는 國家들이 있다. 그러한 국가들 벨기에, 핀란드, 프랑스 등이 있고, 韓國을 비롯한 獨逸, 英國, 오스트리아 등의 仲裁法은 仲裁條項과 仲裁附託에 차별을 두고 있지 않다. 또한 仲裁人 資格의 제한 問題가 있다. 일반적으로 법적으로 적격성이 있어야 仲裁人이 될 수 있다. 그러나 몇몇 나라에서는 그 適格性 예외를 설정하고 있어서 批判의 대상이 되고 있다. 네덜란드에서는 사법적 인사는 仲裁人으로 역할 할 수 없다. 이태리, 그리스와 포르투갈에서는 仲裁人은 그 나라 국민이어야 한다.⁴⁰⁾

그리스와 스위스의 몇 주에서는 여자는 仲裁人으로 역할할 수 없다. 스페인에서 法律的 仲裁의 경우에는 職業法曹人만이 仲裁人이 될 수 있다. 스페인, 이태리, 네덜란드, 스위스에서는 홀수의 仲裁人으로 仲裁判定部를 구성하도록 하고 있다. 일본, 노르웨이, 스웨덴, 스위스, 터키 등에서는 仲裁人의 수가 짝수라 하더라도 仲裁를 진행할 수 있도록 규정하고 있다. 이 경우 대개의 國家는 만약 判定에 仲裁人의 決定에 가부가 동수인 경우는 當事者가 締結하도록 하던가 아니면 法에 정한대로 처리된다. 韓國이나 獨逸에서는 이러한 경우를 그 仲裁는 無效로 된다.⁴¹⁾

세계 거의 모든 나라는 當事者들이 仲裁節次를 정할 수 있도록 자치원칙

40) Pietter Sanders, Arbitrage International Commercial, Dallez et Sirey, P.15

41) 獨逸民訴法 第1033條, 韓國仲裁法 第11條 2

을 허용하고 있다. 다만 예외적으로 스페인은 法律的 仲裁의 경우에도 그러한 自治權을 불허하고 있다.⁴²⁾ 세계는 지금 當事者 자치원칙에 입각하여 仲裁節次를 통일화하고 있다.

當事者들이 仲裁節次를 約定하지 못한 경우에는 仲裁人들이 規則을 適用하도록 大概의 나라는 許容하고 있다. 즉, 韓國을 비롯한 獨逸, 日本, 英國, 오스트리아, 덴마크, 美國, 핀란드, 이태리, 노르웨이, 네덜란드, 포르투갈, 스위스 (몇 주는 예외), 스웨덴, 터키 등이 그러한 國家이다. 반면에 폐쇄적인 입장을 취하는 나라도 있다. 벨기에, 프랑스, 그리스, 포르투갈 (법률적 仲裁의 경우), 스위스 (몇 주에만) 등은 그러한 경우 訴訟節次를 적용케하고 있다.

仲裁節次에서 仲裁人에 부여되는 權限으로 가장 강력한 것은 召喚狀의 發付權이다. 그런데 대개의 국가에서는 仲裁人에게 직접 증인의 召喚狀 을 주지 않고 있다. 韓國이나 獨逸 등 大部分의 國家는 그러한 필요가 있을 경우 法院의 協助로 召喚을 하도록 規程하고 있다. 영국의 경우에도 법원에 소환 신청을 하여야 한다.⁴³⁾ 미국의 경우는 주마다 仲裁法의 차이가 있으나, 대개의 법으로 仲裁人에게 召喚權을 부여하고 있다.⁴⁴⁾

仲裁判定은 원칙적으로 종국적인 해결이라는 데 그 의미가 있다. 그러나 몇몇 나라는 法으로서 判定에 대한 上訴를 허용하고 있다. 上訴는 二審仲裁 判斷部에 하거나 法院에 대한 上訴를 허용하고 있다. 獨逸은 法에서 當事者가 합의하면 二審仲裁制度部를 구성하여 上訴가 가능하다. 실제로 모든 조합들은 二審仲裁制度를 채택하고 있다. 이런 경우에는 二審仲裁判定이 내린 후

42) Piter Sanders op, cit P.16

43) 韓國仲裁法 第8條 2項: 獨逸民訴法 第1035條: 英國仲裁法第12條

44) Martin Domke, op cit

에 집행이 허용된다.⁴⁵⁾

오스트리아는 法院에의 上訴는 금지되나 二審仲裁判定部에 상소하는 것은 仲裁契約에서 當事者가 약정한 경우에 한하여 허용된다.⁴⁶⁾ 노르웨이와 네델란드도 이와 유사하다. 한편 二審仲裁에의 상소를 불허하고 법원에의 상소를 허용하는 國家로 벨기에, 프랑스, 네델란드(法的 問題原則에 한해서), 포르투갈 등이 있다.

그 밖에 法院에 仲裁判定의 取消을 請求할 수 있도록 거의 모든 나라가 규정하고 있다. 이와는 다르지만 判定의 無效를 法院에 請求하는 方法을 택하는 나라도 있다. 예를 들면 터어키, 포르투갈, 스페인 등이다. 반면 判定에 대한 상소를 일체 금지하는 나라도 있는데 영국, 덴마크, 스위스, 핀란드, 이태리, 스웨덴, 스페인, 터어키 등이 그러한 예이다.

3. 商事仲裁의 統一化와 國際協力

1) 統一化의 一般論理

國際商事仲裁의 존재는 다음과 같은 세가지 假定에 의한다.⁴⁷⁾

- 當事者 自治意思의 原則.
- 私法과 公法에서 約束遵守 原則의 承認.
- 國際貿易의 存在.

이러한 가정의 현실적 실현은 관계 商事國間の 의견의 합치에 의하여서만 가능하다. 따라서 이러한 목적을 달성하기 위하여는 관계 商事國들은 商事仲裁에 관한 條約을 締結함으로써 이의 초국가적 법적 효력을 마련하는 길밖

45) Dr. Ottoarndt Glosser, ICCA YEAR Book Vol, IV, 1979 P.76

46) Dr. Werner Melis, Austris Arbitration, ICCA Year Book Vol, IV, 1979. P.39

47) International Commercial Arbitration, edited by C.M. Schmitthoff P.261.

"The attitude of Yugoslav Law to International Commercial Arbitration"

에 없다. 이러한 상황 아래서 각 국간에는 우선 손쉬운 지역적인 것부터 仲裁法則의 統一化를 기도하게 되었고 國際聯盟 (League of Nations)이 결성된 이후에는 그 주관하에 범세계적 仲裁制度의 單一化를 摸索하게 되었다. 國際聯盟이 해산되고 國際聯合(The United Nations)이 결성된 이후에는 商事仲裁制度의 國際的 統一化가 더욱 구체적으로 추진되어 상당한 진전을 보고 있다. 초기에 있었던 통일화 작업을 검토하면 이 시기에는 통신 및 수송 수단의 불비로 國際貿易이 그리 활발하지 못하였던 관계로 國際적으로 분쟁의 해결에 적극성을 띠지 못하였다. 따라서 經濟적으로 밀접한 관계에 있는 지역내에서 商事紛爭의 해결을 신속히 하는데 節次法의 利用을 極大化시킴으로써 지역내 經濟發展을 꾀하고자 하는 다자조약이 締結된 정도였다. 이런 목적으로 최초로 締結된 것으로 中南美地域의 몬테비데오條約이 있다.⁴⁸⁾

몬테비데오條約 (Theaty Concerning the Union of South American States in Respect of Procedural Law, Signed at Montevideo, January 11, 1889)은 남미 諸國이 民事, 商事, 國家에 의하여 署名된 公共證書(public indentures) 및 기타 認證된 文書, 請求依頼書, 調查依頼狀 등의 타지역에서의 合法性과 이를 둘러싼 국가에서의 執行등을 相互 인정하는 등에 관하여 우루과이의 수도 몬테비데오시에서 1889년 1월 11일 署名 採擇된 多者條約이다.

이 條約은 큰 役割을 하지 못하다가 1940년 3월 19일 몬테비데오시에서 개최된 제2차 南美國際私法會議(The Second South American Congress of International Private Law)에서 비로소 아르헨틴, 콜롬비아, 볼리비아, 파라과이, 페루, 우루과이 6개국이 가입함으로써 빛을 보게 되었다. 이 조약의 주

48) International Commerical Arbitration, edited by C.M. Schmitthoff, P.450

요 내용을 간추리면 첫째로 어떠한 성질 의 裁判(仲裁)이나 사건에 관하여 準據될 節次法은 裁判(仲裁)이 행하여지는 國家의 법에 따르도록 이를 명시하고 있어서 準據法은 둘러싼 절차진행이 핵심이 되는 사법재판의 準據法에 따라 채택되고 해석하도록 하였고 그 성격상 인정되지 아니하는 證據는 排斥하고 있다. 셋째로, 裁判의 判決과 仲裁判定이 적법하게 작성된 것이면 다른 締約國內에서도 유효하다.

2)地域的 仲裁法 統一運動

商事仲裁에 관한 規範統一化 운동에 그 선구자적 역할을 한 것은 國際聯盟 후원 아래 있던 國際私法研究所(UNIDROIT:International Institute for the Unification of Private Law)였다.

UNIDROIT는 처음 國際聯盟과 이탈리아 政府의 協約에 의해 創設되었으며 3차례에 걸친 개정이 있었다. 1970년 現在 會員國은 42개국(유럽 24, 남미11, 아프리카 2, 아시아5)이며, 實質統一立法을 추진한 것으로는 1964년의 國際物件販賣에 관한 統一法協約(ULIS:Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods 國際物件販賣法の 통일을 최초의 시도로, 그 第2條는 涉外私法の 規則을 統一實質法の 적용에서 배제한다고 규정)의 채택, 1972년의 販賣契約의 效力에 관한 統一法 草案과 割賦販賣, 委託販賣, 信用去來, 物品運送과 창고업자의 책임, 대리점 계약의 입법 작업을 진행하고 있으며, 節次統一法으로는 私法에 관한 國際關係의 統一仲裁豫備草案을 마련했다. 이것은 法の 解析 및 적용의 과오와 仲裁判定이 仲裁地國 公私法에 違背되어도 判定取消의 事由가 되지 않으며, 따라서 仲裁人들은 當事者사이의 契約條項과 國際商慣習法(Lex mercation)을 중심으로 서게 된다는 것이 특색이다. 이것은 사상적으로 New York Convention에 영향을 주

었으며, 정부간 地域經濟協議體인 國際聯合歐洲委員會(Economic Commission for Europe, ECE)에 의한 “國際商事仲裁에 관한 歐洲協力”을 탄생시킨 바, 東西貿易上의 紛爭解決과 南北問題 해결에도 目的을 준 것이다.

이 외에도 지역적 통일화 운동에 있어서 주요한 것들로는 다음과 같은 것들이 있다.⁴⁹⁾ 1956년 멕시코에서 開催된 美州法律家協會(the inter American Commercial Arbitration)이 있다. 동 協會에서는 美州 各國에 대하여 統一仲裁法案대로 입법조치를 취하도록 권장하고 있다. 1958년 구라파理協會(European Council)에서 서구진영 각 국의 仲裁法 統一을 企圖하기 위하여 統一仲裁判定을 위한 구주협력(The European Convention Providing a Uniform Law on Aebitration)이 西歐政府專門委員들에 의하여 채택되고 각 국이 協約草案에 의거하여 國內의 仲裁法을 개정하도록 권하고 있다.⁵⁰⁾

1966년 1월에 태국의 방콕에서 亞細亞極東經濟委員會의 主宰로 亞細亞 地域內에서 발생하는 貿易上의 紛爭을 仲裁에 의하여 해결하도록 권하기 위하여 ECAFE 國際商事仲裁規則(The economic commission for asia and the far east for international commercial arbitration) ⁵¹⁾ 이 채택되었다. 동년 4월 21일에는 유엔구라파지역 事務所인 제네바에서 歐洲經濟委員會(ECE) 主宰下에 國際商事仲裁에 관한 歐洲協力(The European Contention on International Arbitration)이 성립되었다. 그 목적은 특히 經濟構造가 상이한 국가에서와 國際貿易商의 紛爭에 의하여 해결하는 것을 목적으로 하는 것이

49) 成嗜德, 韓國의 商事仲裁 制度運營의 實態에 대한 研究, 延世大學敎 碩士學位論文 1980, P.16

50) 歐洲統一仲裁法草案의 概觀으로서는 Jerd, draft european. Convenrtion providing a uniform law on arbitration, (edited by pieter sanders)

Internation commercial Arbitration, A world hand book, volⅢ (1965), P.370

51) ECAFE 仲裁規則에 관하여는 森井清, 「國際商事仲裁」, 동양경제신문사, 1970. P.110

다.

1966년에는 國際聯合歐洲仲裁委員會 仲裁規則 (Arbitration Rules of the united nations economic Commission for europe)이 성립되었는데⁵²⁾ 이는 1961년 4월 21일 자의 國際仲裁에 관한 歐洲協約을 보완하는 것이었다.

그리고 우리 나라와 關聯된 地域的 仲裁法規 統一運動이라고 할 수 있는 것은 亞細亞·西太平洋 法律家協會(The Law Association for Asia and the Western Pacific; Law Asia)와 아시아·아프리카 법률자문위원회 (Asia-African Legal Consultative Committee; AALCC)가 있는데 전자는 民間協議機構이고, 후자는 政府間協議機構이다.⁵³⁾

3) 世界的 仲裁法 統一化 運動

현대 國際社會의 제반 통일화 운동은 대체로 國際聯合을 중심으로 추진되고 있고, 國際商事仲裁의 경우도 그 예외가 아니다. 國際商事仲裁에 관하여 1966년에 탄생한 UN國際貿易法委員會(UNCITRAL)는 1976년 4월 28일 하나의 Model Rule로서 UNCITRAL仲裁規則을 제정하고 UN 제31차 총회 (1976년 12월 15일)는 이 仲裁規則의 이용을 각 국에 권고하는 결의를 했다.

UNCITRAL 仲裁規則 第6,7,38條는 當事者が 仲裁選定權者 選定에 합의하지 못하거나, 仲裁人 選定權者가 仲裁人 선정에 실패한 경우에는 當事者는 헤이그 常設仲裁事務所 事務總長에게 仲裁人 選定權者 指名을 요구할 수 있고, 이에 따르는 비용을 규정하고 있는 바, 이것이 UNCITRAL 仲裁規則의 唯一한 機關仲裁性이다. 그런데 헤이그 常設仲裁裁判所는 1962년 일방이 국가인 國際分爭解決, 仲裁調整規則을 제정하여 놓고 있어, 원래 헤이그 常設

52) 金洪奎, 「外國仲裁判정의 國內에서의 承認과 執行」 大韓商事仲裁協會, 1975, pp. 10-11

53) 高 潯 煥, 前掲書 p68

仲裁裁判所는 國際政治的 分爭을 解決하는 一般國際仲裁裁判所이다.

한편 UN의 자문기관이며 국내위원회를 가진 세계 최대의 실업인 조직인 國際商業會議所 (International chamber of commerce: ICC)는 1922년부터 仲裁裁判所 (Court of Arbitration)를 설치 운영하여 仲裁人의 선정 및 準則등이 歐美 中心이어서 南北問題를 일으키고는 있으나 연간 200~300건의 仲裁를 처리하고 세계 최대의 常設國際商事仲裁裁判所로써 기능하고 있다.

4) 仲裁에 관한 條約 및 規則

가) 제네바議定書 (Geneva Protocol Arbitration Clauses)

산업 활동이 가장 활발하던 구주에서는 仲裁가 국가간 국내법상의 차이 때문에 불안한 가운데 이용되고 있었다. 이러한 이유 중 가장 큰 것은 仲裁條項 (Arbitration clause)의 效力保障이 어려운 데 있었다. 이러한 問題를 9월 24일 제네바에서 仲裁條項의 相互效力保障을 결의한 것이 제네바의정서이다. 우리 나라는 당시 일제의 식민지로 일본과 함께 1929년 2월 26일 자로 가입되었다.⁵⁴⁾

이 의정서는 전문 8개조로 된 것으로 주요내용은 아래와 같다.

- i. 締約國은 當事者간에 분쟁을 仲裁로 해결하기로 합의한 경우에는 설사 그 법제하에서 裁判管轄權 이외에 인정되지 않을지라도 그 효력을 승인한다.
- ii. 중재절차는 당사자간의 합의로 정할 수 있으며 그렇지 아니한 경우에는 중재가 행하여지는 국가의 법령에 따라 결정된다.
- iii. 仲裁判定은 國內判定과 같이 법대로 집행력을 보장한다.
- iv. 仲裁契約이 있는 경우에는 當事者 중 일방은 분쟁을 仲裁에 의하여 해

54) 제네바議定書 가입국에 대하여 자세한 것은, 李相球 外, 國際貿易에 있어서 國際法上的 救濟問題, 大韓商事仲裁協會, 1979, P. 43~47 참조

결하여야 하며(直訴禁止) 仲裁契約의 이행이 불가능하거나 무효가 된 경우에 한하여 법원에 訴를 제기할 수 있다.

제네바의정서는 그 적용에 상이한 국가간 當事者의 仲裁契約에만 한정된 범위의 縮小問題와 仲裁判定의 집행이 거부된 경우 訴訟에 의한 구제수단도 박탈되는 불합리한 問題가 있어서 이에 대한 補完策으로 1927년 제네바협약이 나오게 되었다.

나) 제네바協約(Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Award)

이 協約의 출현배경은 제네바 議定書의 缺陷에 있음을 지적한 바와 같다. 이 協約은 1927년 9월 26일 제네바에서 締結되었는데 全文 11개조로 된 주요내용을 간추리면 아래와 같다.

- i. 仲裁契約(條項)에 의한 判定은 締約國間에 執行되는 것으로 한다.
- ii. 判定에 不服하는 一方 當事者가 항변하는 경우에는 法院은 執行에 관한 審理를 中止할 수 있다.
- iii. 法院은 判定의 效力이 完全無缺하다는 것을 執行申請人에게 立證하도록 요구할 수 있다.

이 協約도 역시 締結이 있었는데, 첫째, 非締約國에서 행하여진 判定에는 이 協定을 적용할 수 없다는 점, 둘째, 仲裁判定에서의 勝者가 執行을 받기 위하여는 절차상 대단히 곤란하게 되어 있어서 國際商事仲裁의 이용을 저해하는 결과가 되었다는 점이다.

韓國은 이 協定에 解放 훨씬 후인 1968년 3월 4일 署名만 하였고, 가입을 위한 批准은 하지 않았다. 여기에서 問題가 되는 것은 우리 나라가 署名하는 시점은 이미 뉴욕협약이 체결된 지 10년이 되는 때인데도 이미 무효화된 제

네바협약에 가입하고자 서명을 한 처사는 어이없을 뿐이다.

다) 歐洲地域에서의 統一協約 및 協定

유럽지역에서는 이미 지역내에서의 직접적인 仲裁節次를 다루는 국가간 협정(Conventions)를 모색하여 4개의 刮目할 만한 지역협약(Regional Conventions)을 채택하였다. 이 4개의 유럽지역 협정을 나열하면 다음과 같다.

i. 國際商事仲裁에 관한 구주협약(The European Convention on International Arbitration):Geneva에서 1961년 4월 21일 채택됨.

ii. 國際商事仲裁에 관한 구주협약의 적용에 관련되는 협정(The Agreement on relating to application of the European Convention on International Commercial Arbitration):파리에서 1962년 12월 17일 채택됨. 약칭 파리 협정.

iii. 仲裁에 관한 統一法을 規定하는 歐洲協約(The European Convention Providing a Uniform Law on Arbitration):스트라스부르그에서 1966년 1월 20일 채택됨. 약칭 스트라스부르그협약.

iv. 유엔歐洲經濟委員會 仲裁規則(The Arbitration Rules of the United Economic Commission for Europe):제네바에서 1966년 1월 20일 채택됨. 약칭 ECE仲裁規則.

歐洲協約에 署名하고 批准하거나 가입한 나라는 다음과 같다.⁵⁵⁾

55) United Nations, Treaty Series, vol 484, P.349.

<表 3-1>歐州協約 署名國

국 가 명	서 명 년 월 일	비 준 또 는 가 입 년월일
오 스 트 리 아	1961. 4. 21	1964. 3. 6(비준)
벨 기 에	1961. 4. 21	
불 가 리 아	1961. 4. 21	1964. 5. 13 (")
바일러시아공화국	1961. 4. 21	1963.10.14 (")
쿠 바		1965. 9. 1(가입)
체코 슬로바 키아	1961 4. 21	1963.11.13(비준)
덴 마 크	1961. 4. 21	
독일 연방 공화국	1961 4. 21	1964.12.16 (")
핀 랜 드	1961.12.21	
프 랑 스	1961. 4. 21	1966.10.21 (")
형 가 리	1961. 4. 21	1963.10. 9 (")
이 탈 리 아	1961. 4. 21	
폴 란 드	1961. 4. 21	1964. 9.15 (")
루 마 니 아	1961 4. 21	1963.10.9 (")
스 페 인	1961.12.14	
터 어 키	1961 4. 21	
우크라이나공화국 19	1964. 4. 21	1963 3.18 (")
소 련	1961 4. 21	1962. 6.27 (")
어 퍼 블 타		1965. 1.26 (가입)
유고 슬 라 비 아	1961. 4. 21	1963. 9.25 (비준)

라) 뉴욕협약(New York Convention)

뉴욕협약의 원명은 「外國仲裁判定의 承認과 執行에 관한 유엔 協約(The United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10,1958)이다.

이는 1958년 6월 10일 뉴욕(유엔본부)에서 採擇되었다고 해서 略稱 뉴욕협약이라고 부른다.

유엔은 뉴욕 協約의 성립을 위하여 우선 民間經濟機構 및 國際學術團體들과 협력하여 이 協約의 기초를 ICC(國際商會會議所)에 의뢰하였다. 이에 따

라 ICC는 1951년 리스본에서 총회를 열고 「仲裁判定의 집행에 관한 國際制度」(International System off Enforcement of Arbitral Awards)를 창립하기로 결의하고 1953년 5월에는 「仲裁判定의 承認과 執行에 관한 協約 豫備草案」(A Preliminary Draft Convention on the Recognition and Enforcem-ent of Arbitral Award)을 작성하여 유엔의 經濟社會理事會에 제출하였다.

유엔 經濟社會理事會는 同豫備草案을 검토하기 위하여 1954년 4월 6일 會員國 가운데 8개국을 선정하고 그 代表들으로써 特別委員會를 구성하고 同草案을 검토한 후 協約草案을 작성하도록 요청하였다.⁵⁶⁾

동특별위원회는 1955년 5월 20일 유엔 經濟社會理事會에 「外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 協約草案」을 제출하였다. 經濟社會理事會는 同協約草案을 각국 政府에 送付하고 이에 대한 의견을 물은 결과 15개국 政府로부터 建設的 意見이 제출되었다.⁵⁷⁾

이에 따라 經濟社會理事會는 同協約을 採擇하기 위하여 1956년 5월 3일 全權代表者會議을 소집하고 동초안을 상정하였으나 더 수정이 필요하다는 의견에 따라 재수정을 한 후, 1958년 5월 20일부터 1958년 6월 10일 사이에 유엔본부에서 48개국 대표가 참석하여 개최된 전권회의에서 더욱 수정을 가한 후 동협약은 채택되었다. 동회의에는 48개국 대표 이외에도 ICC, Hage Conference on Private International Law, International Institute for Unification of Private Law(Rome), International Law Association등 15개의 國際學術團體가 參加하였다.⁵⁸⁾

56) 會員國 8個國은 Australia, Belgium, Ecuador, Egypt, India, Sweden, U.S.S.R United Kingdom 이다.

57) 이들 15個國은 각각 Austria, Belgium, Brazil, Free china, Denmark, France, Germany, India, Japan, Korea, Lebanon, Mexico, Philippines, Swiss, U.S.S.R이다.

<表 3-2>外國 仲裁判定の 承認 및 執行에 관한 草案 同意圖

국 가 명	국 가 명	국 가 명
Algeria	German	Norway
Antigua and Barbuda	Federal Republic of	peru
Argentina	Chana	Panama
Australia	Greese	philippines
Austria	Guatemala	Poland
Bahrain	Haiti	Rumanis
Belgiym	Hungary	San Marino
Benin(Dahomey)	India	Singapore
Botswana	Indonesia	South Africa
Burkina Faso	Ireland(Rep)	Spain
Bulgaris	Israel	Sri Lanka
Byelorussian S.S.rR.	Italy	Sweden
Canada	Japan	Switzerland
Cameroon	Jordan	SyrianArib Republic
Centrial Africa	Democratic	Tanzania
Chile	Kampuchea	(United Republic of)
China	Kenya	Thailand
(People's Republic of	Korea(Republic of)	Trinidad and tobago
Colombia	Kuwait	Tunisia
Costa Rica	Lesotho	Ukranian S.S.R
Cuba	Luxemburg	United Kingdum
Cyplus	Madagascar	Uruguay
Czechoslovakia	Malaysia	U.S.A
Denmark	Mexico	U.S.S.R.
Djibouti	Monaco	Vtican(Holysee)
Dominica	Morocco	Yugoslavia
Ecuador	Metherlands	
Egypt	New Zealand	
Finland	Niger	
France	Nigeris	

58) 뉴욕 協會의 特定背景과 그 效果등에 관한 자세한 것은: New Strategies for Peaceful of International Business Disputes, American Arbitration Association, 71: 金 洪 奎, 外國仲裁判定の 國內에서의 承認 및 執行, 外國仲裁判定の 承認, 執行의 要件 및 節次, 大韓商事仲裁院參照

마)워싱턴 協約(世界銀行 仲裁 센터)

國際貿易은 그 형태에 있어서 유형 또는 무형의 거래를 촉진하게 되어 오늘날에는 급격히 다양화되어 가고 있다. 과거에 貿易이라고 일컫는 경우에는 유형상품의 물리적 거래를 주로 하였으나 國際經營 으로서의 合理的 利潤追求는 國籍이 상이한 機關이나 商人間에 相互合作投資經營 또는 資本投資를 유발케 하였다. 이러한 資本의 投資는 開發國家의 企業들이 開發途上國家의 企業을 대상으로 하는 것이 一般的인데 大部分이 開發途上國家들은 投資關係法을 立法하여 海外資本導入을 법적으로 제한하고 있다.

그러나 한편 資本投資의 입장에서 본다면 자신의 투자 자본의 보증은 매우 중요하다. 특히 투자이후에 발생하는 제분쟁에 대하여 이를 공정하고 신속히 처리하는 問題는 앞으로 國際間 資本投資去來를 促進 발전시키는 데 큰 역할을 담당하게 되었다.

이러한 범세계적 요구에 따라서 經濟復興開發銀行(IBRD)은 國際機構로서 投資紛爭國際解決本部(International Settlement of Investment Disputes, 약칭 ICSID)를 설치하고 투자분쟁에 관한 조정과 仲裁를 담당하게 하였다. 이 본부의 事件管轄權은 紛爭當事者의 合意에 의한 의심이 있을 때에 발생하는 것이나 그 근거는 「國家와 他國民間의 投資紛爭의 解決에 관한 協約(略稱 Washington協約)」(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and national of Other States)이다.

이 協約은 國際復興開發銀行의 주도하에 締結된 다자조약으로서 1965년 3월 18일에 미국의 워싱턴시에서 채택되어 1966년 10월 18일에 발효되었다.

이제까지의 國際仲裁는 한 국가의 法을 準據하고 그 管轄을 인정하였기 때문에 國家가 直接 當事者가 되는 경우에는 公正性, 獨立性이 問題가 되었다.

이러한 점을 감안하여 전혀 별개의 독립된 仲裁에 관한 準據法을 만든 것이 이 協約이라 할 수 있다.

우리 나라는 이 協約에 1967년 3월 23일 가입하였다.

第4章 韓國의 商事仲裁制度

第1節 韓國商事仲裁制度의 特徵

오늘날 세계적으론 商事仲裁制度는 司法制度에 비하여 國際商事紛爭事件을 해결하는데 있어서 다음과 같은 長點을 갖고 있다. 첫째, 商去來에 대하여 專門的인 知識과 經驗을 가진 專門家에 의하여 判定部가 구성됨으로써 非專門家인 일반적인 司法判決에 비하여 심문절차를 단축할 수 있고 상관습과 상거래실정에 맞는 判定을 할 수있으며, 둘째, 이와 같이 單審制 와 審問節次의 短縮으로 인하여 紛爭事件이 신속하게 해결됨으로써 訴訟費用을 절감할 수 있고, 셋째, 비공개리에 평화적으론 霧圍氣에서 분쟁해결절차가 진행됨으로써 기업기밀이 보장되고 紛爭當事者의 감정대립을 최대한으로 완화하여 거래가 계속되도록 하며, 넷째, New York協約에 의하여 외국에서도 仲裁判定이 承認되고 執行이 보장된다는 것이다. 그러나 이와같은 특징은 오늘날 세계 여러 나라에서 거의 공통적으론 인정된 것이기 때문에 한국의 商事仲裁制度의 특색은 좀 더 다른 각도에서 우리 나라 商事仲裁制度의 關係法規를 중심으로 고찰하고자 한다.

가)調整 優先(Conciliation first)

전통적으론 우리 나라에서는 사적인 분쟁을 법에 호소하여 해결하려 하지 아니하고 그 보다는 부족 또는 마을 공동체의 풍습을 존중하면서 자연적으로 형성된 道德的制度(moral sanction)의 방법에 의존하여 자치적으론 규율하고자 하는 仲裁 또는 調停을 우선하는 전통이 확립되어 있었던 것이며 그러한 전통이 현행 商事仲裁規則 第17條에도 반영되어 있음으로써 우리 나라

商事仲裁制度의 또다른 하나의 특색을 나타낸다고 하겠다.

仲裁節次에 들어가기 전에 「調停節次를 우선적으론」 시도할 수 있다는 자동적 장치에 관한 규정을 마련하여 놓고 있는 商事仲裁規則의 실례는 大韓商事仲裁院의 경우에 있어서만 발견될 수 있다.

나) 判定에 대한 「豫見可能性」의 問題(Problem of Predictability)

大韓商事仲裁院의 商事仲裁規則 第23條 (仲裁人の數)에 의하면 「仲裁契約에서 仲裁人の 수를 정하였을 경우에는 그 수는 3인으론 한다」고 규정되어 있음으론서 우리 나라의 商事仲裁制度에서는 所謂 “Three-member Board” (3인위원회)의 원칙과 多數決(decision by majority vote)의 原則(동규칙 第34條)이 채택되어 있을 뿐 아니라 실제운도 單純仲裁人(sole arbitrator)에 의한 仲裁件數는 거의 찾아볼 수 없을 만큼의 예외에 속하고 있는 것이다.

그러나 우리 나라 仲裁院에서는 (그 전신인 사단법인 大韓商事仲裁協會가 공식적으론 발족한 때운부터의) 운영방침으론서 위와 같은 3인의 仲裁人의 선임에 있어서는 의장으론서 행동할 1인의 仲裁人은 법률가으론서 그리고 나머지 2인에 대하여서는 각각 학계 및 업계의 저명한 전문가 중에서 각 1인 씩을 충당하도록 紛爭當事者들에 권장함으론서 이 predictability결여의 위임성을 불문으론서 현실적기술적으론 해결하여 온 것이 금일에 와서는 하나의 전통으론서 확립되어 가고 있는 것이며 이것은 우리 나라 商事仲裁制度의 운영면의 특색이라고 할 수 있을 것이다.

다) 判定事例集(precedent)의 利行

우리나라 仲裁法 第11條 第3項에서는 「仲裁判定은 서면으론 작성하여 仲裁人이 署名捺印하고 仲裁判定에 대한 주문 및 이유의 要旨와 작성년월일을

기재하여야 한다」고 규정하고 있으며 또한 동법 第4項에서는 「仲裁인은 判定의 正本을 當事者에게 송달하고 그 원본은 송달의 증서를 添附하여 管轄 법원에 이송보관하게 한다」고 규정함으로써 「判定理由의 要旨」가 문서화가 되어야 할 것을 법적인 장치하여 놓고 있다.⁵⁹⁾

그러한 「判定理由의 要旨」는 비록 불문율적이기는 하지만 仲裁院에 의하여 그 機關誌 「仲裁」에 그때마다 그 내용이 소개되어 왔을 뿐 아니라 그 밖에 별첨으로서 仲裁判定事例集이 발간됨으로써 判定先例의 조성을 위하여 현실적인 공헌을 해왔다는 사실에 주목하지 않을 수 없으며, 우리 나라 仲裁制度에 있어서 그 운영의 묘를 통하여 발휘되고 있는 중요한 특색인 것이라고 말할 수 있다.

그 동안의 우리 나라의 大韓商事仲裁院은 商事仲裁制度에 대한 啓蒙을 위해 이러한 방법을 통하여 많은 성과를 거두어 왔다. 그러나 선진국의 경우, 특히 세계적인 ICC仲裁裁判所의 경우는 秘密保障性의 原則에 부합하여 判定의 공개를 철저히 금지하고 있다. 이제 우리 나라의 仲裁制度도 계몽의 단계를 지나, 仲裁制度의 전칙에 상응하도록 非公開主義에 따라 내적 성장을 기할 때라고 여겨진다.

라) 仲裁節次進行의 趨勢

오늘날 仲裁의 특징으로서 분쟁사건의 신속한 해결을 지적할 수 있다. 그러나 지금까지 우리 나라에서 仲裁事件의 처리는 이와같은 仲裁의 장점을 충분히 발휘하였다고 볼 수 없다.

大韓商事仲裁院의 최근 통계에 의하면 1985년도와 1986년도 2개년간 仲裁事件의 처리기간은 國際仲裁事件이 평균적으로 1985년에 241일, 1986년에는

59) 高 範 俊, 國際商事仲裁法解義, 大韓商事仲裁院, 서울 1985, pp. 29~30.

206일이 소요되었으며 國內仲裁事件의 경우에는 185년에 213일, 1986년에 135일이 각각 소요되었는 바 이 기간은 서울 民事地方法院의 1985년도 민사 본안처리기간(1985년 총처리건수 32,774건중 4개월내 처리가 86.2%에 해당하는 28,257건임. 1986년도 사법년감 참조)과 대비하여 너무 遲延된 것으로서, 거기에는 초창기에 이에 대한 이해부족, 當事者의 비협조인 인한 지연, 사법재판소와의 협력관계의 부족, 경험부족에 따른 업무미숙, 國際紛爭事件에서 온 복잡성 등을 들 수 있겠으나 아무튼 仲裁事件의 신속진행의 問題는 大韓商事仲裁院이 앞으론 풀어가야 할 시급한 과제중의 하나라 할 것이다.

第2節 韓國의 國際商事仲裁機能

1. 大韓商事仲裁院의 性格

우리나라의 商事仲裁制度는 1966년 3월 16일 「仲裁法」이 공포된 이래 이제 겨우 26년이나 짧은 기간의 역사속에서도 그 동안 비교적 착실한 발전을 거듭해 왔다고 말할 수 있다. 1980년 8월 29일 大韓商事仲裁協會운 부터 그 명칭을 大韓商事仲裁院으로 개칭하고 국내업자 상호간에 상거래로부터 발생하는 商事紛爭事件의 예방과 해결에도 노력함으로써 이제는 명실상부하게 한국에 있어서 商事紛爭事件을 담당하는 常設仲裁機關으로서의 전모를 갖추게 되었다.

大韓商事仲裁院(The Korean Commercial Arbitration Board :KCAB)은 국내 유일의 國內·國際의 一般常設仲裁機關으로서 商事仲裁調停 및 斡旋에 의하여 商事紛爭의 해결을 도모하고, 外國貿易을 促進하며, 우리 나라 産業經濟의 振興에도 기여하는 社團法人이요, 서비스 성격의 기관인 것이다.⁶⁰⁾

2. 大韓商事仲裁院의 構成

大韓商事仲裁院의 構成은 院長, 事務總長을 위시해서 企劃管理部(總務, 企劃, 敎育, 弘報, 相談), 仲裁部(國內 및 國際仲裁, 國內 및 國際斡旋, 外國換支給推薦, 仲裁法規管理, 仲裁人管理, 國際協力), 調查研究部(調查研究, 情報資料 蒐集, 分析 및 統計管理, 各種資料 및 研究物의 發行, 機關誌 發行) 3部에서 構成되어 있다.

1) 仲裁人團

현 仲裁院 仲裁人團은 國內外 各界專門家은 商事仲裁規則 第1章 第5條에 의해 構成하고, 仲裁人의 資格은 同規則 第4章 第18條에 의해 부여하고 있으며, 仲裁人의 임기는 특별한 사항이 없으면 3년으로 하고, 매년 10월 1일을 기준으로 仲裁人을 정비하고 있다.

1989년 현재 중재인단 구성을 보면 아래 표와 같다.

〈表 4-1〉 仲裁人團 構成(1989.4)

資料 : 大韓商事仲裁院

區 分	人 員 數	構 成 比(%)
法 曹 界	110	24.1
업 종 별 단 체 (당 연 직)	55	12.1
實 業 界	88	19.3
外 國 人	23	5.0
學 界	151	33.1
公 共 및 其 他 團 體 등	15	3.3
公 認 會 計 士 · 辦 理 士	14	3.1
計	456	100

2) 會員

仲裁院의 회원은 通常會員과 特別會員으로 구분되는데 通常會員은 對外貿易管理規定 第2-1-3 條 第4項에 의거 수출입업 허가 신청시 회원가입신청서를 제출하여야 하며 특별회원은 貿易과 관련된 업을 영위하는 자와 기타 仲裁院의 趣旨를 찬동하는 법인 및 개인이 된다.

회원의 權利와 義務에 있어서는 權利가 있으며, 수출입 질서 및 對外信用 確立등의 의무가 있다.

3. 大韓商事仲裁院의 主要業務

大韓商事仲裁院의 主要業務는 서비스의 성격을 띠고 있다. 즉, 相談, 斡旋, 調停, 仲裁을 통한 紛爭의 事前豫防 및 物品代金未拂, 任加工賃非拂, 引受證不發給, 品質不良, 不平等契約, 海事紛爭 등과 기타 商去來時 발생하는 국내의 紛爭의 解決 및 클레임 解決을 위한 斡旋지급 推薦등을 주업무로 취급하고 商事仲裁制度의 弘報, 普及 및 仲裁에 관한 일을 하고 있다.

1) 豫防 및 和解

紛爭의 豫防 및 和解 業務는 弘報, 相談, 斡旋을 포함한다.

가) 弘報

仲裁院은 國內外 商事紛爭의 사전예방 및 해결을 위한 法律 및 商慣習 商事仲裁制度등을 啓蒙弘報함으로써 對內外的 信用을 제고시킬 뿐만 아니라 商去來 秩序의 확립을 목적으로 서울 및 기타 지방 啓蒙講座를 년중 실시하고 있다.

나) 相談

相談의 기능에는 첫째, 商事紛爭의 사전예방을 위한 契約書 作成指導, 둘

제, 商事紛爭 발생시에 신속하고 공정한 해결방법을 모색하는 것과, 셋째, 전화 또는 來訪에 의한 相談業務를 취급하고 있다.

다) 斡旋(Mediation)

斡旋이라 함은 商事紛爭이 발생한 경우, 當事者간의 우호적 해결이 불가능하게 되면, 일방 또는 쌍방의 의뢰에 의하여 전문적인 지식과 경험이 풍부한 大韓商事仲裁院이 當該事件에 직접 개입하여 원만한 妥協이 이루어지도록紛爭을 처리하는 방법이다.

斡旋은 強制力은 없으나 斡旋受任機關의 역량에 의해 그 실효성이 나타난다. 大韓商事仲裁院은紛爭 발생시 當事者간의 우호적 해결이 곤란한 경우에 일방 當事者의 의뢰에 따라 클레임을 접수하여 신속·공정하게 처리하며, 필요한 경우에는 클레임 當事者나 關係人으로 부터 진술을 받거나 관계서류의 제출을 요구하고 사실조사를 한다.⁶¹⁾

斡旋業務 처리과정은 아래의 그림과 같다.

2) 調停 및 仲裁을 통한 解決

일반적으로 弘報와 相談은 豫防段階이고, 斡旋은 和解段階이나, 調停과 仲裁은 解決段階라고 할 수 있다.

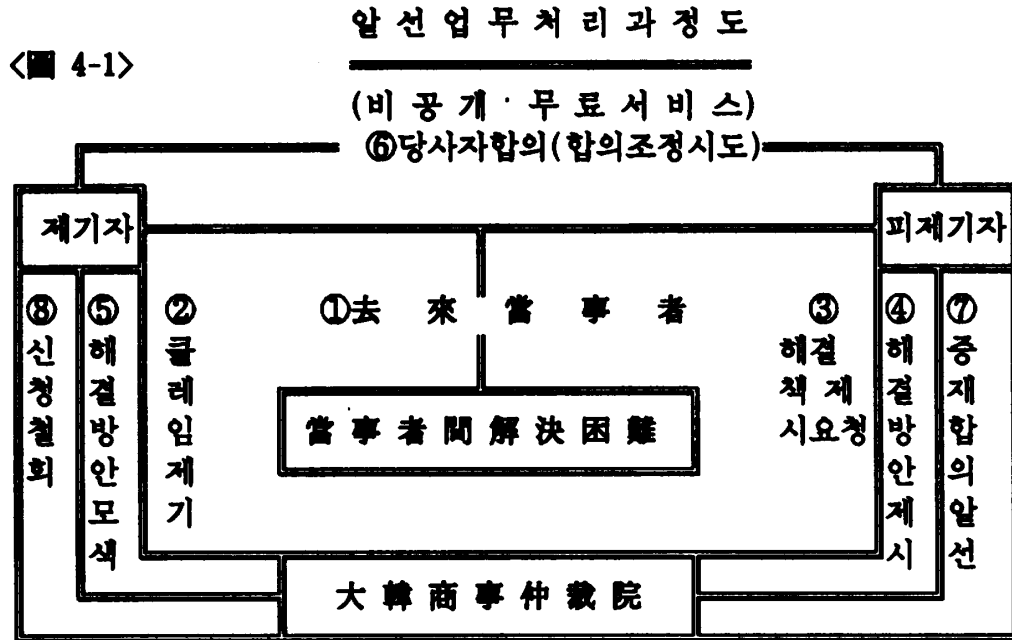
가) 調停(Conciliation)

調停이라 함은 仲裁에 선행하여 해결할 수 있는 방법으로서, 當事者 쌍방이 동의하는 調停人이 제시하는 해결책에 따라紛爭을 해결하는 것이며, 이 조정결과는 仲裁에 의한 判定과 동일한 效力을 갖는다. 그러나 일정기간, 이내에 조정안이 성립되지 못할 경우 조정절차는 自動廢棄되고 商事仲裁規則

61) 對外貿易法 第 46條 規定에 따라 商工部長官은 貿易紛爭의 迅速한 解決을 위하여 貿易業者 등에게紛爭의 解決에 관한 의견을 진술하게 하거나 그紛爭에 관련되는 서류의 제출을 요구한다.

에 따라 仲裁節次가 이행된다.

調停은 일반적으로 仲裁가 없는 國家에서 紛爭解決을 위하여 많이 이용되고 있다.⁶²⁾



나) 仲裁(Arbitration)

仲裁라 함은 紛爭當事者間의 合意(仲裁合意)에 의하여 私法上의 權利, 기타 法律關係에 관한 紛爭을 訴訟에 의하지 않고 사인인 제3자를 仲裁人(Arbitrator)로 選定하여 그 紛爭의 解決을 仲裁人의 判定에 맡기는 동시에 最終적으로 그 判定에 服從함으로써 紛爭을 解決한다.

다) 外國換支給推薦(recommendation for remittance)

國家間 對外去來에 있어서 우리 나라가 不可避하게 交易相對國에 外貨를 送金하는 경우, 보통 子社의 去來銀行을 통하여 外貨를 送金하게 된다. 그러나 다음의 경우에는 外換管理規程 및 同關係協定에 따라 仲裁院의 送金推薦을 받은 후에야 送金이 가능하다. 첫째, 미화 \$100,000을 초과하는 代理店手數料, 代行支給金과 기타 중개수수료로서 10%초과 事後支給, 5%초과 事前

62) Peter, Stein Legal institutions, Butterworths, 1984, P.5

支給의 경우, 둘째, 미화 \$10,000이상의 違約金, 損害賠償金, 補償金 또는 解約金支給의 경우, 셋째, 輸出入 完了以後에 작성된 代理店契約 등에 의한 代理店手数料, 代行支給金과 기타 手数料支給인 경우 등이다.

4. 大韓商事仲裁院의 國際的 努力

國際貿易에서 발생하는 클레임 등을 잘 해결하려면 국내기관 단독만으로는 어렵고 2개국 仲裁機關이 서로 協力하여 業務提携를 하여야 하며, 이를 약속하는 사법상 예약이 필요한데, 이를 貿易仲裁協定(trade arbitration agreement) 혹은 合同仲裁協定(joint arbitration agreement)라고 한다.

이러한 仲裁協定은 대개 민간단체인 仲裁機關의 協定이므로 兩國間 貿易契約 當事者들을 구속하는 것은 아니라는 점에서 國家間 契約인 條約과는 엄격히 구별된다.⁶³⁾

大韓商事仲裁院은 우리 나라와 貿易量이 많은 국가들의 仲裁機關과 仲裁協定締結交渉을 꾸준히 해온 결과, 1973년 10월 26일 日本國際商事仲裁協會와의 사이에 韓日仲裁協定(The Korean - Japanese Arbitration Agreement)을 체결한 것을 비롯 11개 仲裁協定을 締結하였다.

大韓商事仲裁院은 앞으로도 仲裁協定 締結을 계속 확대해 나갈 방침이다. 이 仲裁協定の 적용을 받아 仲裁節次의 實效性을 保障받으려면, 이 協定에서 勸告하는 仲裁條項을 契約書에 挿入해야 한다.

仲裁協定에서는 대개 仲裁地 決定⁶⁴⁾, 相互設置協助, 情報提供 등에 관한 내용이 들어간다.

大韓商事仲裁院은 앞으로 交易이 增大하고 있는 舊共產圈 國家들과도 貿

63) 高濬煥, 前掲書 pp267~268

64) 當事者 사이에 있어서 仲裁地에 관한 合意가 안 될 경우에 대개는 韓日仲裁協定과 같은 被申請人地主義 나 혹은 韓美仲裁協定과 같이 合同委員會에서 決定.

易紛爭의 처리에 대비한 仲裁協定을 체결해 나가야 할 것이며, 항구적인 國際經濟平和를 위하여 仲裁統一法 制定과 國際仲裁機關의 世界的 統一體의 구성을 향한 긴 旅路에의 노력을 해야 할 것이다.

<표 4-2> 仲裁協定 締結圖

소 속 장소	명 칭	체결일
일 본	The Japan Commercial Arbitration Association	1973. 10. 26
미 국	The American Arbitration Association	74. 11. 19
중 국	The Commercial Arbitration Association of the Republic of China	78. 5. 10
네덜란드	Netherlands Arbitration, The Institute	78. 5. 29
ICC (국제상업회의소)	Court of Arbitration, The International Chamber of Commerce	78. 5. 29
태 국	Office of Commercial Arbitration Tribunal (Board of Trade of Thailand)	78. 12. 10
인 도	The Indian Council of Arbitration	79. 2. 28
가 나	Commercial Arbitration Chamber	79. 11. 15
인도네시아	Indonesian National Board of Arbitration (Badam Arbitrase National Indonesia)	82. 5. 6
덴 마 아 크	The General Court for Adjudication and Arbitration at The Danish Chamber of Commerce	82. 10. 11
아.아법률자문 위원회. 쿠알라 룸푸르 지역 중재 센터	The Asian-African Legal Consultative Committee, The Regional Centre for Arbitration at Kuala Lumpur (Acting through the Asian-African Legal Consultative Committee)	82. 11. 4
아. 법률자문위원 회 카이로 센터	Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration	82. 10. 17
헝 가 리	The Court of Arbitration of Hungarian Chamber of Commerce.	90. 8. 28
루 마 니 아	The International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Romania	91. 6. 20
불 가 리 아	The Court of Arbitration at the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry	90. 6. 21

第3節 韓國商事仲裁法規와 仲裁節次

1. 商事仲裁法規와 概要

1) 仲裁法

1960년 7월 1일부터 施行된 現行 民事訴訟法이 시행되기 이전에 조선민사령과 규정법령에 의하여 적용되던 舊日本 民事訴訟法 제8편에 仲裁節次에 관한 規定을 두어 우리 나라에서도 仲裁制度가 시행되고 있었다. 그러나 1960년 現行 民事訴訟法을 제정할 때 종전의 規定을 전면 削除함으로써 1960년 7월 1일부터 仲裁法이 公布 施行된 1966년 3월 16일까지는 法律上 우리 나라에서는 仲裁制度 자체가 존재하지 않았다. 1963년 이르러 1억불 수출이 달성되면서 자연히 貿易클레임이 증대하자 政府에서는 輸出振興이 전지에서 클레임을 해결하는 制度의 필요성을 인식하고, 國際間的 商事仲裁制度에 관한 연구를 하게 되었다.⁶⁵⁾

法律 第1767號로 制定 公布된 現行 仲裁法은 1973년 2월 17일 改正(法律 第2537號)되어 시행되고 있다.

우리 仲裁法은 仲裁契約, 仲裁節次, 仲裁判定의 效力 및 執行判決節次, 仲裁判定取消의 訴 등에 관하여 상세한 규정을 두고 있으나, 仲裁法上的 外國 仲裁制定에 관한 規定을 설정되어 있지 않다. 外國 仲裁判定의 효력에 관한 중요한 法的 根據을 들 수 있는데 우리 나라는 뉴욕協約에 가입되어 있어 그 효력을 인정받는다.

仲裁法の 구성을 보면 전문 18條와 부칙으로 되어 있는데 그 내용을 살펴 보면 第1條(目的), 第2條(仲裁契約), 第3條(直訴禁止), 第4條(仲裁人의 選定),

65)고 재경, 서 정일, 商事 仲裁論, 東 星 社, 1990, p20

第5條(仲裁人의 缺格事由), 第6條(仲裁人의 忌避), 第7條(仲裁節次), 第8條(當事者, 證人, 鑑定人의 審問), 第9條(法院의 協助), 第10條(仲裁節次 違法의 主張과 仲裁人의 判定權), 第11條(仲裁判定), 第12條(仲裁判定의 效力), 第13條(仲裁判定 取消의 訴), 第14條(仲裁判定에 의한 強制執行), 第15條(執行判定後의 仲裁判定取消의 訴), 第16條(訴提起期間), 第17條(管轄法院), 第18條(仲裁規則의 承認)에 대하여 規定하고 있다.

2) 商事仲裁規則

仲裁規則은 1966년 10월 13일 大法院의 承認後 1973년과 1981년 그리고 1980년 11월6일 세차례에 變更承認이 있었다.

商事仲裁規則은 9장 66條와 附則과 附表로 되었으며, 그 내용은 다음과 같다.

第1장 總則 第 1~8條

第2장 當事者의 合意 第9條

第3장 仲裁의 申請 第10~18條

第4장 仲裁人의 選定 第19~27條

第5장 審問節次 第28~44條

第6장 特別條項 第45~47條

第7장 判定 第48~56條

第8장 迅速節次 第57~61條

第9장 仲裁費用 第61~66條

그리고 附則과 附表浮(料金表)가 있다.

2. 商事仲裁節次

仲裁節次는 紛爭 當事者間の 仲裁契約으로 정할 수 있으나 (仲裁法 第7條 第1項), 만일 절차에 관하여 합의되지 않거나 當事者들의 합의가 明確하지 아니할 때에는 商事仲裁規則에 의거 다음과 같이 仲裁節次가 진행된다.(仲裁法 第7條)

1) 仲裁申請

仲裁를 大韓商事仲裁院 事務局에 申請하는 當事者는 商事仲裁規則 第9條에 따라 다음 書類를 事務局에 提出해야 유효하다.

- i. 仲裁合意(契約)書의 原本 또는 寫本
- ii. 仲裁申請書
- iii. 代理人이 申請할 경우 그 委任狀
- iv. 請求의 根據를 立證하는 書類등의 증거가 있을 경우 그것의 原本 및 寫本
- v. 申請하는 當事者는 商事仲裁法 第4條에 따른 소정의 仲裁費用을 필히 仲裁院이 豫納하여야 된다.

2) 仲裁節次의 進行過程

- i. 事務局은 仲裁의 申請을 접수하면 그 신청이 위의 규정에 적합한 것인지의 여부를 확인하고 적합한 경우에는 이를 수리하고 兩當事者에게 그 뜻을 통지한다.
- ii. 事務局은 登錄通知와 함께 仲裁人團 명부에서 仲裁人 候補者 10명을 選定하여 兩當事者에게 보내면 兩當事者는 議長仲裁人和 기타 仲裁人에 대하여 선호순위를 표시하여 발송일로부터 30일 이내에 사무국에 제출해야 한다.(被申請人에게 仲裁申請書 送付)

iii. 事務局은 兩當事者로부터 仲裁人候補者の 選定書와 被申請人으로부터 答辯書を 접수한다. 그리고 申請人에게 접수된 答辯書を 송부한다.

iv. 事務局은 兩當事者에 의해 작성된 申請人候補者 선정서의 우선순위에 따라 선정된 仲裁人에게 受諾書を 받아 仲裁判定部를 구성한 다음 제1차 심문을 결정하게 된다.

v. 事務局은 兩當事者에게 仲裁人 선정 통지 및 제1차 심문기일을 통지한다. 仲裁審問의 장소와 날짜는 兩當事者の 자기번호를 위한 준비기간의 필요성을 인식해서 최소한 심문 개시 5일 전에 통보되어야 한다.

vi. 審問 開始 및 進行이 된다. 보통의 경우 仲裁는 1회에서 약 4회까지의 정도로 그 심문이 단계적으로 진행된다. 첫회 심문은 약 한시간 정도로 양측의 확인 및 本件 審議를 위한 기초자료를 정리하는 것이 주된 내용이다.⁶⁶⁾

vii. 仲裁判定部는 事件內容에 따라 수차에 걸쳐 심문을 진행한 후 當事者가 主張 및 立證을 다하였다고 인정한 때에는 심문종결을 선언해야 한다.

viii. 仲裁判定部는 審問終結日로부터 30일 이내에 仲裁判定을 하여야 한다. 仲裁判定은 仲裁人の 다수결정에 의하여 내려지며 이는 法院의 확정 判決과 동일한 효력을 가지게 된다.

ix. 事務局은 仲裁費用豫納에 대해 작성된 費用精算書を 仲裁判定文과 함께 兩當事者에게 발송함으로써 仲裁節次를 完了하게 된다⁶⁷⁾.

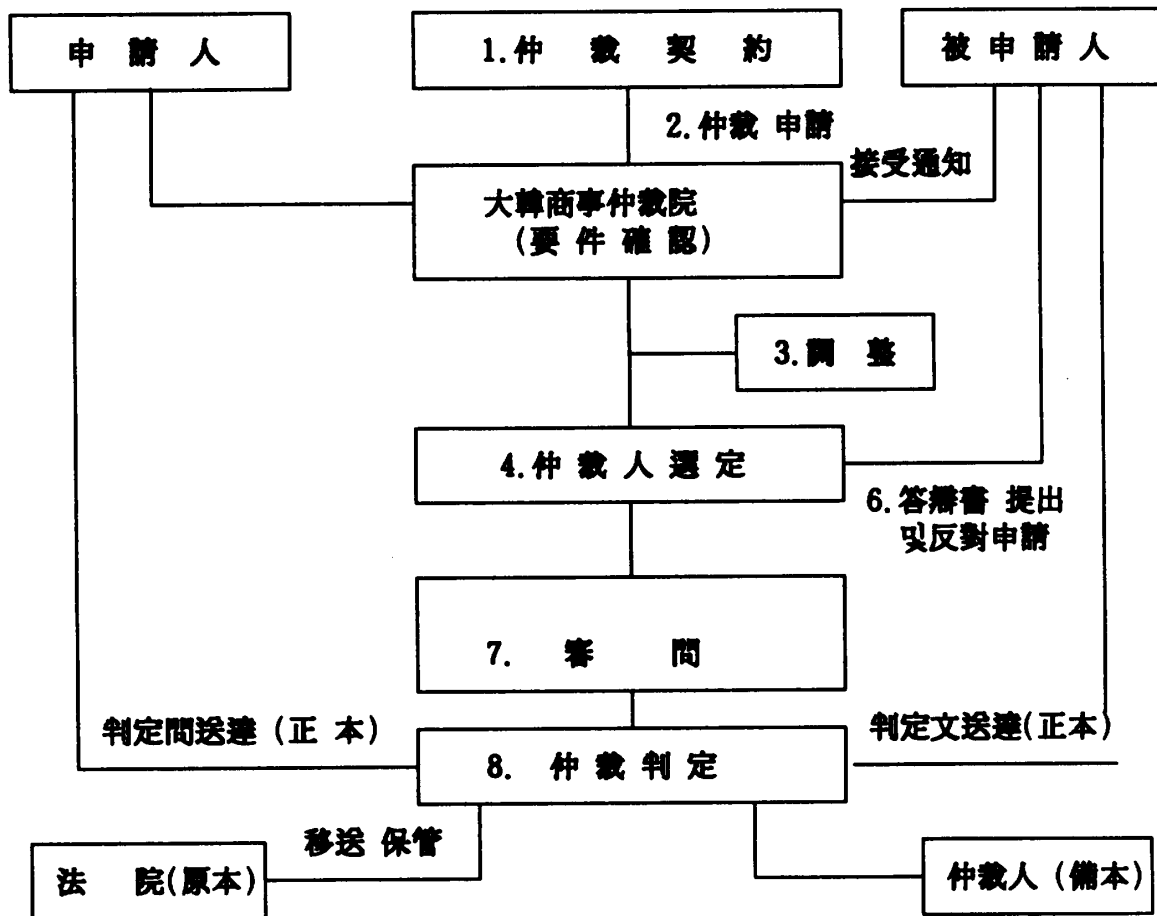
참고로 仲裁節次過程을 그림으로 간략하게 나타내면 아래와 같다.

66) 韓國商事仲裁院, 進行節次 資料, No. 83-2

67) 張 致 順, 現代貿易클레임論, 東星出版社, 1991, p266

〈圖 4-2〉

仲 裁 節 次 過 程 圖



第4節 韓國商事仲裁制度的 現況

오늘날 우리는 소위 國際化 時代를 맞이하고 있다는데 대하여 누구도 이의를 제기하지 않을 것이다. 즉 제2차 世界對戰 이후 科學技術이 急進적으로 발전됨에 따라 세계각국의 經濟, 社會 및 그 構成員인 企業들은 活動範圍을 크게 넓혀가게 되었다. 특히 交通과 通信手段의 經이적 發展으로 인하여 세계가 當日生活圈內에 포함됨에 따라 企業도 國境線이란 장벽을 넘어 세계전체를 무대로 한 經濟活動을 본격적으로 하게 되었다.

한편으로 이와 같이 外國과의 密接한 交流는 어느새 國民經濟의 對外依存度를 높여 주었는가 하면 貿易摩擦, 각종 商事紛爭事件이 빈번이 제기 되고 있다. 더우기 紛爭事件의 數는 每年 增加하고 있으며 이러한 時代的 趨勢에 따라 우리 나라에서도 지난 60년대에 처음으로 商事仲裁制度가 導入 되게 되었다. 따라서 韓國에서 현재와 같은 商事仲裁制度가 社會制度의 一部로서 그 機能을 시작한 것은 1966년 3월 16일 「仲裁法」이 公布된 이후이다.

구체적으로 「國際商事仲裁委員會」라는 名稱의 常設仲裁法院⁶⁸⁾ 이 비로소 大韓商工會議所 안에 설치되고 同委員會의 商事仲裁規則이 1966년 10월 13일자 大法院에 의하여 승인된 이후였다고 말할 수 있다.

우리 나라의 商事仲裁制度는 西歐, 특히 美國과 獨逸의 制度를 模範으로 하여 발전되어 이제 26년이란 짧은 기간의 역사속에서 그 동안 비교적 착실한 發展을 거듭해 왔다고 평가되고 있다.

우리 나라는 1960년대부터 시작한 輸出主導政策에 따라 1970년대를 거쳐 1980년대를 지나 현재에 이르기 까지 급성장을 거듭해 왔으며 그에 따라 貿易摩擦의 增加를 가져왔다.

貿易클레임의 年度別 접수 現況과 클레임 년도별 처리현황을 보면 다음 표와 같다.

68「仲裁 法院」이란 “Court of Arbitration” 의 直譯이며 仲裁判定所라고 稱하기도 한다. 우리나라에서는 國內法上 司法權을 行使하고 司法裁判所와의 混同을 피하기 위하여 이를 「仲裁判定部」라 부르고 영어로는 “Arbitration Tribunal”이라고 쓰기로 되어있다. (大韓 商事 仲裁院 仲裁規則 第11條)

〈表 4-3〉 年度別 클레임 處理現況

단위: 미화 천불

년도	1988		1989		1990		1991		1992. 8월말	
	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액
상 담	1,092	125,960	1,186	245,143	1,466	8,377,606	2,453	2,786,234	1,900	274,381
알선-조정	592	19,526	584	11,234	482	11,779	563	15,896	328	14,244
중 재	14	1,161	27	21,734	20	1,995	24	3,988	14	5,573
외국환지급 추 천	77	8,328	76	16,407	118	7,428	100	9,816	60	10,061
계	1,775	154,975	1,873	294,518	2,086	8,398,808	3,140	2,815,934	2,302	304,259

〈表 4-5〉 年度別 클레임 接受現況

단위: 미화 천불

년도	1988		1989		1990		1991		1992. 8월말	
	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액
상 담	1,092	125,960	1,186	245,143	1,466	8,377,606	2,453	2,786,234	1,900	274,381
알선-조정	687	20,955	647	13,103	575	20,183	646	17,713	422	17,210
중 재	54	7988	56	116,426	36	15,037	51	9,150	53	20,482
외국환지급 추 천	77	8,328	76	16,407	118	7,428	100	9,816	60	10,061
계	1,910	163,234	1,965	390,085	2,195	8,440,255	3,250	2,822,911	2,435	322,134

자료 : 大韓商事仲裁院

이와 같은 貿易클레임의 增加에 따른 필요성 이외에도 仲裁院 간부진의 꾸준히 지속해 왔던 社會奉仕的인 忍耐力과 또 새로운 制度에 대한 研究로써 主要外國機關의 關係法規를 調査, 編輯 간행하고 반면에 國際關係法規의 補完作業을 해온 결과 商事仲裁制度는 꾸준히 發展할 수 있었다.

또한, 大韓商事仲裁協會는 1980년 8월 20일 그 名稱을 大韓商事仲裁院으로

로 改稱하고 組織을 擴大改編하여 國內, 國際的 仲裁機關으로 商事仲裁, 調停 및 斡旋에 의하여 商事紛爭의 解決을 圖謀하고 外國貿易을 促進하고 常設法的仲裁機關으로서의 面貌를 갖추었다.

第5節 韓國企業과 外國企業間의 商事仲裁 判例

1. 外國仲裁制度의 承認

仲裁判定의 國際的 效力은 一般 法理論 이전의 단계에서 해석하는 것이 타당하리라고 본다. 왜냐하면 判定의 國際的 效力이 外國에서도 똑같이 행사 되기에는 法理論으로는 불가능하기 때문이다.

이제까지 仲裁判定의 國際的 效力은 涉外法的 問題가 생기면 無效로 간주 되어 왔다. 예컨대 이태리의 경우 仲裁人은 모두 이태리인이어야 한다. 따라서 外國인이 내린 判定은 無效가 된다.

이러한 諸般 問題 때문에 商事仲裁制度의 國際的 統一問題가 논의되었고, 그 결과 國際聯盟의 제네바議定書(Geneva Protocol on the Enforcement of Arbitral Agreement, 1923)와 제네바協約(Geneva Convention on the Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1927), 그리고 뉴욕協約(New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958)이 탄생되었다.

이러한 協約에 의하여 相異的 法規들은 完化되고 判定을 相互 認定하는 方式으로 國際的 效力을 부여하고 있다. 만약 그러한 協約에 加入國이 아닐 경우는 기존의 法理的 問題가 그대로 存在한다고 할 수 있다. 國際的 協約이 없는 判定의 效力은 涉外法的 問題를 야기시키는데, 이때는 相互主義原則에

따라 해결하는 慣例이나 그에 구애받지 않고 인정하는 경우도 있다.

仲裁判定에서 相互主義原則에 구애받지 않을 수 있는 것은 仲裁는 外國判決과 같이 司法的 결정이 아니라 私的 契約의 결과이기 때문이므로 外國의 주판적 입장이 포함된 外國法院의 命令과는 구별하여 취급하는 것이 옳다는 취지에서 연유한다.

2. 外國仲裁判定의 執行

仲裁判定은 國內仲裁判定(domestic arbitral award)과 外國仲裁判定(foreign arbitral award)으로 나눌 수 있다.

이처럼 仲裁判定을 國內判定과 外國判定으로 구분하는 이유는 判定의 窮極的 性質인 執行의 問題 때문이다. 國際司法的인 側面에서 본다면, 外國仲裁判定의 國內執行은 國內判定과는 달리 그 判定이 있기까지 適用된 該當國의 實定法 등이 相異할 수도 있기 때문에 國家마다 그에 대한 解釋이 달라서 執行이 遲延되거나 留保되는 어려움이 있게 된다.

우리 나라의 경우에 相互主義 原則에 따라 취급하게 되는데, 外國判定이 司法上의 節次를 준수한 것이고 管轄權이 있는 外國仲裁機關의 判定으로서 該當國內에서 判定取消의 訴訟이 계류되어 있지 않을 것을 요하며, 民法 第103條가 規定하는 公序良俗을 해하지 않는 것일 경우 執行이 許容될 수 있다.

영국의 경우 外國判定은 英國管轄에서는 直接 執行될 수 없게 되어 있다. 그러나 프랑스, 독일, 이태리 등의 大陸法系 國家에서는 일정한 要件(certain requirements)을 갖추면 相互主義 原則에 따라 執行을 認定하고 있다. 英國에서는 이러한 直接的인 執行은 外國主觀的 命令이 그 國家의 領土 밖에서

는 服從을 命할 수 없다는 普通法の 根本原理에 違背되는 경우가 있기 때문에 直接 執行을 不許하는 것이다. 이것은 執行에 問題가 있어서가 아니라 承認(recognition)에 問題가 있기 때문이다.

各國의 이러한 法的 相異點은 최근의 國際協約들에 의하여 치유되고 있다. 外國仲裁判定의 執行을 위한 國際協約은 締約國間에서 涉外法的 問題들을 해결하고 있어서 執行의 어려움을 解消하고 있다. 이러한 國際協約들은 外國判定의 執行을 용이하게 하기 위한 規定들을 두고 있다.

이제까지 國際協約으로는 4가지가 있으나 그 중 뉴욕協約과 워싱턴協約만이 現代적인 것으로 實用價値가 있다.

協約에 가입하지 않은 國家에서 執行은 일단 國內判定과 동일한 方法으로 執行될 수 있다. 이 경우 원고는 첫째, 仲裁契約이 있고, 둘째, 判定은 仲裁契約에 따라 행해졌고 셋째, 判定은 契約의 規定대로 이루어졌으며 절대로 有效하다는 것을 證明하도록 되어 있다. 그러나 그러한 有效條件의 審査는 法院에서 하기 때문에 執行地 國家法律에 의거하게 되므로 協約과 같은 강력한 規準이 없는 狀況속에서 내려지는 法解釋은 豫測하기 어려운 점이 있다.

國際協約 중에서 뉴욕協約의 主要 內容을 열거하면 다음과 같다⁶⁹⁾.

첫째, 뉴욕協約의 適用對象인 外國判定은 그 判定의 承認 및 執行의 請求를 받은 國家 이외의 領土에서 내려진 外國判定과, 그 執行他國의 法에 의하여 內國判定이 아니라고 認定되는 判定(第1條 第1項)을 網羅함으로써 제네바議定書 및 제네바協約에 비하여 그 適用範圍가 大幅 擴大되었다.

둘째, 國家 또는 公法人(a legal body of public law)이 司法關係에 關하여

69) 大韓商事仲裁院, 중재지, 第201號, 1988, 10, pp20~21

仲裁契約을締結할 수 있으며, 共產陣營의 國際商業會議所 附設의 또는 독립적인 常設仲裁機關에 의한 仲裁도 認定하고 있다.

셋째, 뉴욕協約은 「仲裁判定」의 承認 및 執行뿐만 아니라, 「仲裁契約」의 承認 및 執行도 規定하고 있다.

仲裁合意는 「書面으로」(in writing)되어 있으면 有效하고, 일정한 法律關係에 관한 것이어야 하되(第2條 第1,2項), 「契約에 의한 것이거나 아니거나 不問하고」(without contractual or not) 有效하다고 規定하고 있는데 이는 仲裁合意 要式行爲에 各國 國內法の 適用을 制約하는 것이다.

넷째, 仲裁判定의 承認 또는 執行의 請求者는 仲裁合意의 原本(또는 그 寫本)과 仲裁判定의 判定文 原文(또는 그 寫本)을 執行國 該當法院에 提出함으로 執行請求者側의 立證責任이 完了된다.

다섯째, 執行請求의 拒否條件中에서 仲裁判定에 대한 이유의 記載條件이 排除 되어 있다.

여섯째, 仲裁合意에 관한 準據法の 選定 仲裁節次 또는 仲裁判定部構成에 관한 準據法이나 그 方法의 選定에 있어서는 當事者自治原則을 우선 케 하였으며, 그러한 當事者間의 準據法選定合意가 없을 경우만이 비로소 仲裁他國의 法律을 適用하게 되어 있다.

일곱째, 仲裁合意의 有效性 내지 仲裁判定의 適法性の 심사원을 執行地 法院에 부여하여, 執行請求 및 節次의 迅速化를 기하고 있다.

第5章 韓國商事仲裁制度的 問題點과 改善方案

第1節 商事仲裁制度的 問題點

1. 法制上の 問題點

準據法(proper law, loi applicable)이라 함은 涉外私法規定에 의하여 特定涉外的 生活關係에 實際로 適用되는 特定法域의 실질사법질서로서, 效果法(Wirkungsrecht)이라고도 한다. 보통 國內裁判所에서 準據法이 결정되기까지는 다음과 같은 과정을 거치게 된다. 즉, 國際的 法律關係가 사건으로서 법원에 제기되면, 대체로 法院은 法律關係의 性質決定(qualification), 連結點(Aukmuptungspunkt)의 決定, 判定法과 公序法등의 決定과 같이 3段階 操作過程을 거쳐 涉外私法原則이 청하는 바에 따라서 法律關係를 규율할 실질법을 지정하게 된다.

우리 나라 涉外私法은 商事에 관한 國際的 法律關係에 대하여 第3章에서 規定하는데, 그 第28條의 商事에 관한 法律適用 순위를 보면 다음과 같다. 우선 涉外私法 第3章의 여러 規定이 適用되고(國際商法), 第3章에 다른 規定이 없는 사항은 國際的으로 널리 認定되는 商慣習이 適用되고 그러한 商慣習조차 없는 경우에는 涉外私法 第2章(國際民法)이 適用되는데, 이 準據法을 찾아내는데 國際商法과 國際民法 사이에 原理的 차이가 있는 것은 아니다.

그런데 19세기 이래의 民族主義에 영향을 받아 各國은 國際的 法律關係에서 原則的으로 國內法을 適用토록 하는 屬地法主義를 채택하고 있는데, 이것

이 法廷地法主義이다. 그런데 너무 內國法 위주로 하는 경우에 國際的 司法交通의 安全이 방해될 초래한다. 다른 한편으로는 國際法이 아니고 法の 抵觸에 관한 各國 國內法인 涉外私法은 나라에 따라 그 내용을 달리하고 있을 뿐 아니라 의심이 가는 경우엔 法廷地法으로 (in dubio lex fori)라는 말과 같이 폐쇄적인 경향도 무시할 수 없으므로, 裁判管轄이 생긴 경우 어느 나라 法院에 사건이 繼續되느냐는 우연에 따라 結論이 달라질 가능성이 크므로 涉外私法에 대한 불신이 생길 問題點이 있다.

둘째, 仲裁對象이 되는 保存措置에 관한 問題點으로 仲裁制度가 圓滿하게 利用되기 위하여 仲裁人은 仲裁의 對象이 되는 재산을 보호할 필요가 있다. 이에 관하여 仲裁規則 第 40條에 의하면, 仲裁人은 양 당사자의 합의를 조건으로 仲裁의 대상이 되는 재산을 보호하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 利害關係가 대립되고 있는 仲裁에 있어서 判定의 結果, 權利를 획득한 當事者의 權利行使는 악의의 채무자에 의하여 집행이 불가능하게 되거나 지연되어 그 價値가 상실되는 問題點이 있다.

셋째, 仲裁判定의 取消의 訴에 관한 問題點으로 仲裁判定은 法院의 確定判決과 同一한 效力을 지니나 한 가지 다른 점은 法院의 確定判決은 여하한 경우에도 取消될 수 없는 데 반하여 仲裁判定은 일정한 원인이 있는 경우에는 一般法院의 判決에 의하여 取消되는 경우가 있다. 왜냐하면 法院의 確定判決은 계속적인 판단훈련을 쌓은 法官에 의하여 엄격한 訴訟節次에 의거 내려진 것이므로 취소의 문제가 없으나 仲裁判定은 엄격한 訴訟節次가 아닌 편이한 간이절차에 따라 仲裁人이 내리기 때문에 當事者間에 공격방어의 節次를 고의는 아니나 불공정하게 適用할 가능성이 있기 때문에 이러한 불공정한 節次의 適用에 관하여는 法院으로 하여금 심사하게 하는 것은 國家 法

秩序를 위하여 타당한 것이다. 그러나 이로 인하여 仲裁制度의 本質 中の 하나인 迅速性의 결여와 仲裁의 신뢰도를 하락시키는 問題點을 내포하게 된다.

2. 節次上の 問題點

1) 仲裁人 選定上の 問題點

仲裁人 選定은 當事者의 權限이다. 當事者는 仲裁人을 仲裁契約(arbitration agreement)에 의하여 選定할 수 있다. 仲裁契約으로 仲裁人을 選定하는 경우에도 2가지 방법이 있는데, 그 하나는 當事者가 직접 選定하는 것이고, 다른 하나는 제 3 자에게 選定을 委託하는 것이다.

當事者가 직접 選定하는 方法과 第 3 者が 選定하는 方法 사이에는 근본적으로 상당한 차이가 있다. 仲裁가 準사법적 訴訟節次라면 그 公正성을 궁극적인 목표가 되어야 한다. 그럼에도 불구하고 當事者에 의한 仲裁人의 직접 選定은 仲裁人에게 公正성을 확보하는데 상당한 問題點이 있다.

2) 仲裁審問上の 問題點

仲裁審問節次는 모든 「仲裁節次」중에서 審問(conduct of hearings)에 해당하는 기간중의 節次만을 말하며, 그것은 第 1 次 審問에서 仲裁書記가 기록한 착수한 때로부터 시작하여, 仲裁判定部가 當事者의 주장 및 입증이 끝났다고 인정하여 審問의 終結을 선언할 때까지의 節次를 명칭 한다. 審問節次는 仲裁人이 決定하는 것이다.

우리 나라의 경우 審問의 順序, 時間, 場所등은 仲裁判定部가 결정하여 事務局이 當事者에게 審問開始 5日 이전에 통지함을 原則으로 한다.(仲裁規則 第 27 條)

訴訟에 있어서는 送達原則에 우편송달이나 공시송달을 예외로 하나, 仲裁

에 있어서는 仲裁合意當事者는 當事者 또는 代理人의 최종 주소에 대한 우편송달에 동의한 것으로 본다.(仲裁規則 第 47 條 1 項) 그리고 仲裁人은 필요에 따라 증거의 제출이나 증인, 감정인의 임의출석을 요구할 수 되어있다.

그러나 이러한 仲裁審問에 관한 홍보 및 계몽사업의 마비로 인한 問題點, 審問節次, 內容上의 問題點으로 仲裁審問의長期化, 證據確保의 不充分 그리고 通知上의 問題點을 갖고 있다.

3. 運營上의 問題點.

1) 仲裁機關의 機能弱化

韓國의 유일한 國際商事仲裁機關인 社團法人 大韓商事仲裁院은 法制上으로는 獨立法人이다. 재정면에서 韓國貿易協會와 大韓商工會議所 補助金에 의존하는 바 크기 때문에, 자주적 발전이 잘 안되고 機能이 약한 실정이다. 그러므로 독자성을 갖고 運營할 수 있도록 運營資金을 마련하는 것이 同仲裁院으로서의 절대 필요하다.⁷⁰⁾그런 기초위에서 仲裁人의 질을 높이고, 仲裁를 다각도로 연구한 仲裁專門家를 양성하여 商事仲裁뿐만 아니라, 投資仲裁, 海事仲裁 및 여러 가지 國內仲裁도 다룰 수 있게 機能을 強化해야한다.

2) 仲裁判定의 認定 및 效力의 限定

一般的으로 자국내에서 내려진 仲裁判定을 자국내 강제집행 하는 데는 一定한 법의 요건만 갖추면 아무런 장애가 없다. 그러나 일 국가 내에서 내려진 仲裁判定을 타국가에서 強制執行 하는 데는 상당히 곤란한 點이 뒤따른다. 특히 외국의 法院들은 타국가에서 내려진 判定의 強制執行에 대하여 폐쇄적인 입장을 취하고 있는 것이 보통이기 때문에 仲裁判定의 國際性은 現

70) 高濬煥, 前掲書 p319

實적으로 큰 빛을 보지 못하는 경우가 있다.⁷¹⁾

國際紛爭의 圓滿한 해결을 위해서는 交易상대국의 地理적 여건 또는 文化에 따른 貿易慣習에 精通한 專門仲裁人 육성과 아울러 國際紛爭을 그 발생 빈도에 따라 분야별로 세분화하여 常設專門仲裁機關을 설치함으로써 해당 분야에 대한 가능한 많은 專門的인 정보를 入手할 수 있도록 하여야 할 것이다.

그러나 國際紛爭의 解決을 위한 우리 나라의 유일한 仲裁機關이고 大韓商事仲裁院은 기구의 편제를 분야별로 세분하여 해당 專門業務만을 담당하도록 構成하고 있지 못할 뿐만 아니라 특정 交易상대국의 貿易慣習에 精通한 專門仲裁人 또한 細分化되어 있지 않은 실정이다. 따라서 大韓商事仲裁院은 業務能力의 폭이 制限되어 있으며 이로 인하여 그 國際的 信賴度가 저하되고 있다.

第2節 商事仲裁制度의 改善方案

1. 法制上の 改善方案

1) 準據法の 相異點에 따른 改善方案.

準據法上の 주요 問題點이란 각국의 終止法主義 屬地法主義,各國의 國內法인 涉外私法이 나라에 따라 그 내용을 달리하는 문제를 의미한다. 國際商事仲裁는 적용할 법이나 규칙으로서 現實적으로 國際貿易法과 당사자나 仲裁人이 지정할 수 있는 각국 實體法 및 節次法, 準據하거나 修行할 仲裁規則, 그리고 법의 支配原則 및 公評과 善 등을 廣範圍하게 갖고 있는 것이므로,

71) Anthony Walton, Russel, on the Law of the Arbitration(London: Stevens & sons, 1979), pp. 336-341

國際商事仲裁에 있어서 그 適用範圍을 準據法이라는 것보다도 準據規則이 포함된 準據法則이라고 표현하는 것이 더 적절하다 하겠다.

準據法の 相異點에 따른 問題點은 準據法則의 決定의 問題로 볼 수 있다.

準據法の 決定은 1958년의 뉴욕協約과 1976년의 UNCITRAL仲裁規則이 널리 인정되고 있다.

國際商事仲裁에 있어 確立된 當事者 自治의 原則은 法制와 當事者에 따라 그 내용이 다를 수는 있으며 오늘날 國際商事仲裁의 準據法則 決定은 抵觸法的 지정에서 實質法的 지정 중심으로 그 비중이 옮겨지는 統一化 傾向이 있다.⁷²⁾

그리고 國際仲裁契約의 成立 및 效力의 準據法 決定은 當事者の 意思自治의 原則을 인정하되, 仲裁契約의 當事者로 仲裁判定을 國家的인 모든 法秩序의 拘束으로부터 解放시켜 超國家的 嚴格을 부여하고 當事者の 意思를 알 수 없는 경우에는 仲裁契約의 履行地法으로 指定하고, 그렇게 할 수 없는 경우에는 仲裁契約締結地法이나 主契約의 準據法을 仲裁契約의 準據法으로 하는 방향으로 나가야 할 것이다.

2) 仲裁對象이 되는 재산의 保存措置에 관한 改善方案

財産을 保存하기 위하여 필요한 措置, 즉 財産의 管理行爲를 말한다. 이는 財産全體의 現在價値를 유지하는 것을 目的으로 하는 保存行爲와 仲裁의 대상이 된 물건이나 권리의 성질을 변화시키지 아니하는 범위내에서 利用 또는 改良하는 行爲를 包含한다.⁷³⁾

72) 金指洙, “仲裁契約의 準據法과 私的自治” 『仲裁』第 58號(1976.10)
大韓商事仲裁院.

73) 利用行爲란 受益을 도모하는 行爲를 뜻하며 裁量行爲는 財産의 使用價値나 交換價値를 增加하는 行爲를 말한다.

또한 仲裁節次의 目的을 위하여 保管者를 選任하거나 관련 當事者가 所有하고 있는 土地나 建物에 관한 日當的인 使用을 許可하는 것은 가능하다.⁷⁴⁾

우리 나라는 “仲裁人은 當事者 雙方의 同意를 얻어 當事者의 權利나 紛爭의 最終判決과는 關係없이 仲裁의 對象이 된 財産을 保護하기 위하여 必要한 措置를 지시할 수 있다”라고 規定하고 있어 양당사자의 同意가 이루어질 경우에는 별다른 問題가 없지만, 그렇지 못할 경우에는 필요한 處分行爲를 할 수 없는 不合理한 境遇가 생긴다. 그러므로 이러한 不合理한 結果를 是正하기 위해서는 仲裁規則에 있는 兩當事者의 合意要件을 排除하거나 반드시 必要하다면 合意要件을 制限하여 明示하여야 할 것이다.

3) 仲裁判定 取消의 訴에 관한 改善方案

當事者가 仲裁判定 取消의 訴를 提起하기 위해서는 보통의 訴의 一般的 訴訟條件의에 다음의 이유가 존재하는 경우에만 가능하다. 첫째, 仲裁人의 選定 또는 仲裁節次가 仲裁法이나 仲裁契約에 의하지 아니한 때(仲裁法 第 13 條 1項 1號) 둘째, 仲裁人의 選定 또는 仲裁節次에 있어서 當事者가 訴訟 無能力者이거나 代理人이 적법하게 選任되지 않았을 때(同法 第 13 條 1項, 2項), 셋째 仲裁判定이 法律上 禁止된 行爲를 할 것을 내용으로 할 때(同法 第 13 條 1項 3號).

넷째, 仲裁節次에 있어서 當事者를 審問하지 아니하였거나 仲裁判定에 理由를 붙이지 않았을 때(同法 第 13條 1項 4條), 다섯째 民事訴訟法 第 22條 第 4 號 내지 第 9 號에 該當하는 事由가 있을 때(同法 第 13條 1項 5號).

현재 우리 나라 仲裁法에서는 判定이 영향을 미칠 중요한 事項에 관하여 判斷을 유달한 때에는 法院에 訟을 提起함으로써 仲裁判定은 그 勝訴判決에

74) 蔡元植, “仲裁對象 財産保存措置” 『仲裁』 第 113 號(大韓商事仲裁院, 1981-7), P. 9

의하여 取消된다고 규정하고 있다. 그리고 위와 같은 내용의 사항이 있을 때는 再審事由로 삼는 것이 가능하고 합리적이라 할 것이다.⁷⁵⁾

그러나 仲裁制度의 特性인 迅速性を 強化하기 위하여 仲裁人 嚴別選定 및 仲裁人の 論理領 준수와 權限을 強化 그리고 私的自治의 폭을 넓힘으로써 仲裁制度의 기본정신에 부합하는 방향으로 나가야 할 것이다.

2. 節次上の 改善方案

1) 仲裁人 選定上の 改善方案

韓國에서는 仲裁人の 자격에 관하여는 一定한 要件은 없으나, 公正성이 요구되므로 禁治産者나 限定治産者, 破産者로 復權되지 아니한 자, 禁錮 이상의 형을 받고 그 執行이 終了되거나 執行을 받지 아니하기로 確定된 후 3년을 經過하지 아니한 자, 禁錮 以上の 형을 받고 그 執行猶豫의 기간중에 있는 자 등은 仲裁人이 될 수 없다(第 5 條). 또, 仲裁의 結果에 利害關係가 있는 者は 仲裁人이 될 수 없다.

仲裁人の 數는 각 나라마다 다르지만 우리 나라는 仲裁契約에서 정할 수 있으며, 정하지 않았을 경우에는 仲裁人の 數는 3인으로 한다(仲裁法 第 4 條, 商事仲裁規則 第 23 條). ICC 仲裁規則은 이 경우에 특별한 경우가 아니면 單獨仲裁人으로 하고 UNCITRAL 仲裁規則은 3인으로 하는 것이 각각 다르다.

그런데 仲裁人の 選定시 數人인 경우 모두 決定이나 判定은 多數決로 하고 可否同數일 때 해당 仲裁契約은 그 效力을 상실하므로 仲裁人の 수는 홀수로 하는 것이 바람직하다.

75) 張大永, 高錫尹 前掲書, p. 4

2) 審問上의 改善方案

우리 나라의 仲裁은 法的 仲裁가 아닌 優先的 仲裁(amicable composition)⁷⁶⁾에 속한다. 證據調査는 當事者主裁에 職權主裁을 가미하여 當事者는 自己의 主張을 立證할 證據를 提出하거나 證人 또는 鑑定人의 任意出席을 申請할 수 있고, 이에 대하여 仲裁人은 證據와 要證事實의 關聯性을 考慮하여 受理與否를 결정한다.

한편 仲裁人은 必要하다고 認定하면 職權으로 證據의 提出이나 證人, 鑑定人의 任意出席을 요구할 수 있도록 되어 있어 仲裁人의 必要에 따른 強制召還을 할 수 없도록 되어 있다. 이에 따라 迅速性을 原則으로 하는 仲裁制度의 紛爭解決을 위하여 仲裁人의 公정한 判斷을 위한 證人 및 鑑定人 등을 強制召還할 수 있도록 權限을 강화하여야 한다.

그리고 仲裁人은 仲裁判定을 하려면 그 전에 當事者 審問을 하여야 하나 그에 대한 審問 回數나 期間이 정해져 있지 않다. 仲裁期間의 長期化에 따른 費用이 所要되는 것을 막기 위하여 可能的 1차 審問을 보다 重點적으로 하여 審問期間의 短縮에 따른 不公正仲裁判定을 막고 仲裁審問 通知에 있어 불확실한 郵便送達 이외의 方法으로 紛爭 當事者에게 連絡하여 通知를 한다면 紛爭解決의 기간 및 審問節次上의 問題點을 改善될 것이다.

3. 運營上의 改善方案

1) 仲裁機關의 機能強化

우리 나라 商事仲裁制度가 탄생한 후 지금까지 歴史的으로 짧은 기간이지

76) 喜多川, 龍典 “商社仲裁의 世界的 傾向과 그 當面課題” 『仲裁』, 第 36 號 (大韓商事仲裁院, 1974, 12)p. 2

만 高度의 經濟成長과 政府主導의 貿易政策에 힘입어 行政的으로나, 財政的으로 큰 지원을 받아 오면서 안정을 維持하였다.

그렇지만 유일한 國際商事仲裁機關인 社團法人 大韓商事仲裁院은 法制上으로는 獨立法人 이나 財政面에서는 韓國貿易協會나 大韓商工會議所의 補助金에 依存하고 있는 바 크기 때문에 自主的 發展이 沮害되었고 業務의 幅도 制限되어 있다.

이와 같은 法律的 側面的 改善을 위해서는 첫째, 仲裁院에 의한 判定은 特別한 境遇를 제외하고 法院에 의해서 그 내용이 取消되여 않고, 바로 執行될 수 있는 仲裁院과 法院 사이의 共同體制가 조속히 실현되어야 하며 둘째, 정부는 仲裁를 통한 經濟的 效用的 増大를 꾀할 뿐이지 이를 통해 經濟的 利益을 얻으려 해서는 아니된다는 仲裁院의 設置 趣旨를 유지하여야 한다.

셋째, 公共機關의 介入防止를 위한 制度등이 보장되어야 할 것이다. 아울러 仲裁院은 非營利機關이므로 自主的이고 運營基金을 마련하기 위하여 그 育成方案을 신중히 모색하여야 한다.

이러한 취지에 부응하려면 仲裁에 관련된 協會 및 會員들로부터 寄附金 制度를 활성화시키고, 상거래질서 확립을 위하여 政府政策的 次元에서 基金을 造成하는 方案을 講究하여야 할 것이다.

2)業務範圍의 擴大(仲裁判定의 認定 및 效力의 限界)

大韓商事仲裁院은 貿易의 신장과 함께 업무가 증가되어 기구를 확대하는 등 지금까지 성장을 거듭하여 왔으나 아직까지도 專門仲裁人 및 相對方 貿易慣習에 정통한 專門人 보유의 폭이 한정되어 있다.

그러므로 國際的 協約에 가입하지 않거나 仲裁法 존재하지 않는 나라와의 紛爭解決에는 곤란한 점이 따랐다. 이에 國際紛爭의 解決을 위하여 大韓商事

仲裁院은 기구의 편제를 분야별로 세분화하고 전문업무만을 담당하도록 구성하여야 할 것이며 貿易 相對國의 管轄權이 있는 仲裁機關과의 관계를 증진시키므로 仲裁判定의 인정 및 효력을 증진시키고 相對國의 貿易慣習에 精通한 專門仲裁人의 양성기관을 신설하고 大韓商事仲裁院의 業務能力을 증대시켜 신뢰도를 향상시켜야 할 것이다.

第6章 要約 및 結論

우리 人類의 歷史는 狩獵時代와 農業時代를 거쳐 現在의 工業과 商業時代를 이룩하게 되었다. 工業과 商業爲主의 經濟體制가 狩獵과 農業爲主의 經濟體制와 根本적으로 다른 것은, 後者가 개인이나 家族單位의 自給自足制度 (autarky system)였는 데 비하여, 전자는 分業 (division of labor)과 交換 (exchange)의 相互依存制度 (interdependent system)라고 할 수 있다.

分業과 交換의 發展은 이국간의 上행위를 형성하였고 이국가간의 法律, 慣習, 風俗, 言語의 相異點과 國境을 달리하는 去來當事者 사이에는 利害가 쉽게 얽히게 되어 자칫 紛爭化되기 쉽다.

紛爭은 발생하지 않는 것이 바람직하지만 부득이 발생한 紛爭이라면 신속하고 비용이 적게 들며, 절차가 편리하고 비밀이 보장되면서도 공정하고 합리적인 紛爭解決方法을 찾아야 한다.

一般的으로 말하기를 仲裁는 裁判와 낮고, 調停은 仲裁보다 나으며, 분쟁의 예방은 調停보다 낫다고 한다.

따라서 商事仲裁制度가 訴訟制度和 本質적으로 다른 것은 訴訟은 人權을 전제로 한 최선의 慎重과 公正을 追求함으로써 節次와 時間의 所要가 不可避하다고 보지만, 商事仲裁制度는 效率적으로 상거래를 運營하기 위해 비록 公正성이 결여된다 하더라도 迅速성과 節次의 簡便性에 있어서는 他의 追從을 不許할 만큼 뛰어난 制度이다.

仲裁制度는 當事者간의 仲裁契約을 基礎로 하여 存在하는 데, 仲裁契約이란 民事上の 紛爭을 訴訟節次에 의하지 아니하고 當事者간의 合意에 의하여 私人인 제3자를 仲裁人으로 選任하여 그 紛爭의 解決을 仲裁人の 결정에 맡겨

그에 服從함으로써 紛爭을 解決하기로 하는 契約을 말한다.

특히 지금의 國際去來는 運送手段 및 決濟手段의 發達로 效率性에 基礎하고 있기 때문에 迅速한 紛爭解決手段을 絶對적으로 要求하고 있어서 商事仲裁는 國際商去來에서 중사하는 商人들에게는 필요하게 되었다.

이에 國際적으로 事前 및 事後의 紛爭解決을 위한 國際條約과 商事仲裁制度의 國際的 統一化 方案이 研究 檢討되어 왔다. 그 주요한 國際條約은 Geneva協約, New York 協約, UNCITRAL仲裁規則, Washington 協約 등을 들 수 있다.

오늘날 대부분의 나라에서 仲裁는 그 고유의 機能을 인정받고 있으며 紛爭의 증대와 紛爭解決의 효율성의 인정에 따라 세계 각국에서 商事仲裁는 制度化되고 있다. 韓國商事仲裁制度는 仲裁의 基本법인 仲裁法과 節次法規인 商事仲裁法規등 法規를 整備하고 있으며, 각국 仲裁團體 및 ICC 등과 仲裁協定을 締結하는 등 國際的 노력을 하고 있다. 하지만 仲裁制度의 持續的인 발전과 그 效率性을 제고하기 위해서는 韓國의 유일한 國際商事仲裁機關인 社團法人 大韓商事仲裁院의 獨自性을 갖고 運營할 수 있도록 運營基金을 마련하는 것이 同院으로서는 절대필요하다. 그런 기초 위에서 仲裁人의 質을 높이고 仲裁를 다각도로 연구한 仲裁專門家를 養成하여 國際貿易仲裁는 물론 投資仲裁, 技術仲裁, 海事仲裁 및 여러 가지 國內仲裁도 다룰 수 있도록 그 機能을 強化해야 하며, 國際的 協約에 가입하지 않거나 仲裁法이 존재하지 않은 나라와의 紛爭解決을 위하여 仲裁機關에 기구의 編制를 분야별로 세분화하고 該當 業務만을 담당하도록 構成하여야 할 것이며 貿易 相對國의 管轄權이 있는 仲裁機關과의 關係를 증진시키므로 仲裁官廳의 인정 및 效力을 증진시키고 상대국의 貿易慣習에 精通한 專門仲裁人의 양성기관을 신설

하고 仲裁機關의 업무능력을 증대시켜 신뢰도를 향상시켜야 할 것이다.

또한 韓國商事仲裁제도도 國際的 趨勢에 따라 制度的 보완을 강구하면서, UNCITRAL이 추구하는 바, 仲裁制度的 全世界的 조화와 균형에 초점을 맞추어 나가지 않으면 안될 것이다.

그리고 國際商事仲裁에 있어서 仲裁判定이 내렸는 데도 임의로 이행되지 않는 경우가 많이 발생하므로, 仲裁의 확실한 집행을 위하여 統一仲裁法制定을 물론 雙務條約이나 司法共助協定 같은 조약도 締結해야 되겠고, 국제적 公序의 統一法的 劃一化를 달성하여 經濟的 효율성을 증대시키도록 持續的으로 노력하여야 할 것이다.

본 논문이 國際的 商事仲裁의 效率性を 증대시키는데 基礎的 토대를 마련하고 韓國商事仲裁의 發展에 보탬이 되기를 바란다.

參 考 文 獻

I. 國內書籍 및 論文

姜二秀, 貿易클레임, 三英社, 1981

高範俊, 國際商事仲裁法解義, 大韓商事仲裁院, 1985

고재경.서정일, 商事仲裁論, 東星社, 1990

高濬煥, 國際商事仲裁論, 法文社, 1987

金相浩, 商事仲裁와 仲裁人, 大韓商事仲裁院[仲裁] 第99號, 1980

金智洙, 仲裁契約의 準據法과 私的自治,
大韓商事仲裁院 [仲裁] 第58號 1976

金智洙, 研究報告書(UNCITRAL 第14次 會議
및 第2次 심포지움參加와 同會議 案件),大韓商事仲裁院,1981

金洪奎, 外國仲裁制度의 國內에서의 承認과 執行,
大韓商事仲裁院, 1975

金洪奎, 美國의 商事仲裁制度, 大韓商事仲裁院[仲裁]
第67號 1977.7

朴東圭, 海外進出에 따른 外換關係紛爭과 仲裁,
大韓商事仲裁院 [仲裁] 第73號, 1978

梁炳晦, 西獨의 國際商事仲裁, 大韓商事仲裁院[仲裁]
第108號, 1981

李相球 外, 國際貿易에 있어서 國際法上的 求濟問題,大韓商事仲裁院, 1979

李炳勇, 仲裁契約과 關聯하여, 大韓商事仲裁院[仲裁] 1975.6
 張致順, 現代貿易論에 關한 論, 東星出版社, 1991
 鄭翼人, 商事仲裁論, 貿易經營社, 1984
 蔡元植, 仲裁對象 財産保存措置, 大韓商事仲裁院 [仲裁] 第113號, 1981.7
 喜多川篤典, 商事仲裁의 世界的 方向과 그 當面課題大韓商事仲裁院 [仲裁]
 第36號, 1974.12

II. 外國書籍 및 論文

森井清, 國際商事仲裁, 東京, 東洋經濟新聞社, 1970
 小山昇, フラソスレニ おける仲裁, 法律時報, 54卷8號
 小山昇, 仲裁法, 有斐閣 東京, 1981
 喜多川篤全, 國際商事仲裁 の 研究, 1978
 Alanl Widiss, Arbitration, 1979
 C.M. Scmitthoff, International commercial Arbitration,
 " The attitude of Yugoslaw Law to international commercial arbitration"
 Dr. Ottoarndt Glossner, ICCA Year Book Vol IV, 1979
 Dr, Werner Melis, Austris Arbitration, ICCA Year Book Vol IV, 1979
 Ehrenzweig. Treatise on the conflict of Laws, 1962
 Garsonnet et CezafBru, pp515 ets, Robert, op, cit, pp213ets
 ICCA, National Reports by Dr.ottoarndt Glossner, 1979
 ICCA, Year Book, 1977
 Jerad, Draft european, conversion providing a uniform law an arbitration,
 International Commercial Arbitration, A World handbook, Vol III, 1965

JCA Journal, 1979, 3

Martin Domke, The Law Practice of Commercial Arbitration, Callaghan & Company, 1968

Moore, 7 Digest of International Law 25(1906); from Martin Domke, op.cit

New Strategies for Peaceful resolution of International Business Disputes, American Arbitration Association

Peter, Stein Legal institutions, Buttercoorths, 1984

Pieter Sonders, Arbitrage International Commercial, Dallez et Sirey.

Robert Coulson, Business Arbitration, American Arbitration Association, 1980

Roland L. Kramer, International Trade, 6th ed South Western Publishing co. 1959

Soia Mentschikoff, Commercial Arbitration 81 Colum, Law Review, 1961.

United Nations, Treaty Series, Vo 484

Yutnar, The Enforcement of Foreign Judgment in Anglo-American Law 33 Mich L, Rev 1129, 1132, 1935

A b s t r a c t

A study on improving the efficiency of Korean arbitration systems

<comparison with foreign systems>

Lee Tae Woo

The Graduate School of

Business Administration

Han Sung University

International disputes could happen frequently during international trades because the deals are made on the basis of each nation's own law economy, language, custom, and religion. In case they neglect the prevention and confrontation for trade disputes, it could cause the parties bad influences such as the liability of compensation for and the loss of reputation. Basically, the disputes between firms in international deals are just legal disputes between the parties concerned. But, on the other hand, the international disputes have different law standards. Therefore, the general understandings and the practices of the international business deals and international arbitration systems are strongly required.

The plan for standardization of the international treaties and arbitration systems is being researched and examined to settle international disputes before and after the deals. The principal international treaties are Geneva Treaty, New York Treaty, UNCITRAL Arbitration Regulation, Washing-

ton Treaty and so forth.

At present, the unique function of arbitration is approved in most countries, and arbitration between international firms is being institutionalized according to the effectiveness of the arbitration and the solution of the disputes.

We have revised the fundamental arbitration law and arbitration regulation which is the procedure regulation, and also joined to New York Treaty. We are concluding arbitration treaties with many arbitration organizations in different countries and ICC. The Korean Commercial Arbitration Board, the sole international arbitration agency in Korea, should operate independently for continuous developments and efficiency improvements, and have good relations with foreign arbitration associations.

We also should establish a training center to educate arbitrators to be experts in the trading practices of another countries, and let arbitration agencies improve their whole operation abilities.

The Korean arbitration system should evolve in accordance with international trends and UNCTRAL's pursuits.