

理由記載없는 仲裁判定

金 善 政*

〈目 次〉

- I. 問題의 提起
- II. 各國의 立法例
 - 1. 序言
 - 2. 英國
 - 3. 美國
 - 4. UNCITRAL의 商事仲裁規則
 - 5. UNCITRAL 模範仲裁法
 - 6. 國際商業會議所 仲裁規則
 - 7. 國際投資紛爭解決센터의 仲裁規則
 - 8. 기타
- III. 理由記載의 必要性에 대한 論議
 - 1. 理由記載 必要論
 - 2. 理由記載 不要論
 - 3. 關聯問題
- IV. 仲裁法上 「理由記載」部分의 改正問題
- V. 結語

I. 問題의 提起

本稿의 主題는 지금까지 仲裁法의 주요 이슈로 제기되어온 문제들, 예컨대 仲裁人의 公平과 獨立, 仲裁判定에 대한 法院의 關與, 外國仲裁判定의 承認과 執行, 仲裁判定의 準據로서의 衡平과 善, 仲裁適格性和 公序 따위의 문제처럼 크고 定型적인 문제가 아니다. 그래서인지 仲裁法에 관한 문헌들의 대다수는 이 주제를 아주 작게 취급하여 왔다. 또한 각국의 주요 입법이 仲裁判定에 이 유를 붙이도록 明文規定을 두었고 1985년 UNCITRAL의 模範仲裁法이 이를 수용함으로써 理由記

* 東國大學校 教授, 韓國商事法學會 理事, 法學博士

載 여부를 둘러싼 논쟁은 거의 결론이 내려졌다는 느낌도 든다.

그러나 각국의 사정에 따라 立法內容이 완전히 통일된 것은 아니며 최근의 일본 仲裁法改正案에서 보듯이 立法時마다 논란거리로 남아 있고¹⁾, 仲裁制度의 先進國이라 할 미국에서 理由不記載의 立法 및 實務慣行이 지켜지는 점에서 아직 논의의 여지가 있다고 생각한다. 한편으로는 理由記載 문제를 분석해 봄으로서 仲裁法의 다른 주요 문제들, 예컨대 仲裁制度의 本質과 機能, 司法的 監督의 限界, 仲裁人의 確保와 受諾忌避, 仲裁判定의 公表와 같은 문제들에 대한 시사를 얻을 수 있을 것이다.

특히 최근 우리나라 仲裁法改正 움직임과 관련하여 이 문제에 대한 改正意見이 개진되어 있고, 仲裁關係 判例가 매우 귀한 우리 실정에서 理由記載에 대한 法院의 立場을 엿볼 수 있는 大法院 判決도²⁾ 있으므로 이 기회에 이 문제를 정리하여 보는 것도 유익할 것이다.

이에 本稿에서는 먼저 理由記載에 관한 각국의 立法例를 다수 정리하면서 자료가 허용되는 범위 내에서 관련 문제들을 짚어 보고자 한다. 다음으로 理由記載의 必要性에 대한 찬반론을 소개하고 우리 仲裁法上 해당부분의 改正意見들을 검토하여 결론을 얻고자 한다.

II. 各國의 立法例

1. 序言

仲裁法分野에서 英美法과 大陸法은 상당한 충돌을 빚어 왔다³⁾. 國際去來의 증가에 따라 兩法系間의 仲裁法의 差異를 해소할 필요성이 증대하였다. UNCITRAL의 모범법은 兩法系의 妥協의 産物이다. 理由記載問題도 英美法과 大陸法의 차이로 설명하는 것이 보통이었다. 오랜 세월동안 대륙법계 국가들은 仲裁判定上 理由記載를 요구하여 왔으나 영미에서는 그러하지 않았다. 그러나 이와같은 전통은 변화를 거듭하고 있으며 적어도 國際仲裁分野에서는 理由記載가 대세로 되어 있다. 우선 대륙법계 국가중에도 理由記載를 國內公序의 문제로 보는 나라가 있는가 하면(스페인, 포르투갈등), 당사자가 仲裁人에게 理由記載없는 仲裁判定의 權限을 수여할 수 있는 나라(독일,

1) 최근 국제기관에서의 논의는 World Intellectual Property Organization 중재센터중재규칙안 제정 과정을 들 수 있다.

2) 대법원 1989. 6. 13. 제3부판결 88 다카 183, 184; 대법원판례집 제37권 2집 138 ~ 141면.

3) 지금도 상이한 法系에서온 중재인들에 의해 국제상사중재판정은 大陸法과 英美法의 혼혈아가 된다. Hahs Smit, "Substance and Procedure in International Arbitration : The Development of a New Legal Order", 65 Tulane L. Rev.314(1991).

스위스등)가 있다. 또 국내법이 國際仲裁의 仲裁判定形式에 어떤 요건도 정하지 않고 당사자 혹은 仲裁人이 결정하거나 그들의 意思로부터 推定되는 準據規則에 따라야 하되 실제로는 세계적 추세에 따라 이유를 기재하는 나라(프랑스)도 있다. 영국의 경우도 理由不記載의 傳統을 고수하지 못하고 있으며 미국의 사정도 변하고 있다. 전체적으로 본다면 國際仲裁法規의 통일을 위한 노력의 결과 理由記載 問題는 法系에 따른 차이가 해소되는 추세에 있다고 할 수 있다. 이러한 統一化의 추세는 國際仲裁機關에 있어서도 마찬가지이다. 1966년 國際商事仲裁法の 統一과 調和를 증진시키기 위해 취할 段階에 관한 國際聯合事務總長報告書(Steps to be taken for promoting the Harmonisation and Unification of the Law of International Commercial Arbitration ; Report of the Secretary - General of the United Nations, 1966)는⁴⁾ 당시의 國際仲裁機關들이 理由記載問題에 대하여 얼마나 혼란스러운 입장이었는지를 잘 보여주고 있다. 수십년이 경과한 오늘날 대다수 國際仲裁機關들은 明文規定 또는 實務慣行으로 理由記載를 義務化하기에 이르렀다.

다음에서 각국 또는 仲裁機關의 立法態度에 많은 지면을 할애하는 것은 理由記載뿐 아니라 이를 둘러싼 문제에 대한 세계적 추세를 파악하고 특히 英美의 관행이 理由記載 不必要論의 根據가 될 수 있는지 밝히고자 함에 있다.

2. 英國

英國法上 理由記載 問題를 이해하기 위하여는 영국의 仲裁制度와 司法制度와의 관계에 대한 이해가 선행되어야 한다. 전통적으로 영국법은 중재를 법원의 司法作用의 한부분으로 간주해 왔다. 그결과 仲裁過程과 仲裁判定에 대한 법원의 개입은 당연시되어 왔고 仲裁人 및 判定人은 법의 엄격한 적용을 요구받았다. 이른바 友誼仲裁는 法律以外的 基準(extra - legal crieterion)에 의해 판정하는 것으로 법원이 司法的 審査를 실행하는데 지장을 주었기 때문에 허용되지 않았다⁵⁾. 런던 國際仲裁法院만 하여도 다른 세계적 仲裁機關들과는 달리 각국의 전문분야의 전문가보다는 영국의 辯護士(특히 Queen's Counsels)를 仲裁人으로 선임해오고 있다.

그간 여러차례의 仲裁法 改正이 있었지만 理由記載와 관련하여 특히 중요한 것은 1979년의 개정이다. 그전까지 仲裁制度全般에 대한 英國法院의 간섭은 너무 노골적이어서 仲裁人들은 법원의 司法審査에서 흠을 잡히지 않으려고 意圖의으로 이유를 기재하지 않았고 그것은 實務慣行으로 굳

4) Chia - Jui Cheng ed., Basic Documents on International Trade Law, 2nd ed., Martinus Nijhoff publishers/Graham & Trotman, 1990, pp. 748 ~ 749.

5) Chia - Jui Cheng ed., Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law, Martinus Nijhoff publishers/Graham & Trotman, 1988, pp. 606~607.

어져 있었다. 특히 仲裁判定上 나타나는 法律問題에 대한 仲裁人의 判斷이 적법한 것인가에 司法 審査가 집중되었기 때문에 영국에서 중재를 진행시키고자 하는 자들은 영국의 國內法에 대한 이해까지 필요로 하였다. 이때문에 세계경제상 영국의 영향력이 감소하는 것과 함께 國際貿易紛爭에 관한 런던商事仲裁法院의 역할이 예전만 못하다는 평가를 받게 되었다⁶⁾. 이와함께 커먼 로우 세계 밖에서는 理由記載없는 仲裁判定의 承認을 거부하려는 시도가 계속되었다. 그러한 시도는 대부분 성공하지 못했지만 영국은 막대한 訴訟費用을 부담해야 했다.

이와같은 배경하에 1979년 개정은 仲裁判定의 外形的 瑕疵를 理由로 이를 폐기하는 法院의 權限 및 特別事件節次를 폐지하였다. 改正 仲裁法에 따르면 仲裁人은 여전히 仲裁判定에 이유를 기재할 義務가 없다. 그러나 만일 當事者가 仲裁人 또는 判定人에게 理由記載를 요구한 때에는 그러하지 아니하다(제 1 조 (6) (a)). 만일 當事者가 仲裁判定前에 理由記載를 요구하였음에도 仲裁人이 理由를 기재하지 않거나, 法院이 仲裁判定으로부터 제기되는 法律問題를 심사하기에 기재된 이유가 충분히 詳細하지 못한 때에는 法院은 당해 仲裁判定을 仲裁人에게 還送하고 충분히 이유를 밝히도록 命令할 수 있다(제 1 조 (5)). 이 절차는 당사자 조員이 同意하거나, 당사자간에 법원의 司法 審査를 배제하는 合意(an exclusion agreement)가 없어야 하고 法院의 許可가 있어야 한다⁷⁾. 改正法下에서도 法院의 關與는 예정되어 있지만 개정전에 비해 볼때 매우 제한적이며 특히 國內仲裁에서는 仲裁節次開始 후에, 國際仲裁에서는 仲裁節次開始 전이라도 당사자의 約定으로 당해 仲裁判定이 司法審査의 對象이 아님을 함의할 수 있도록 한 것은⁸⁾ 중요한 의미가 있다.

改正法의 의도는 일차적으로 仲裁人으로 하여금 그가 理由記載附 仲裁判定文을 작성할 의무가 있는지를 고려하도록 하는 것이다. 만일 仲裁人이 자신에게 그와같은 義務가 있다고 인정한다면 그는 어떤 이유가 「法」에 적합한지를 결정하여야 한다. 만일 그가 자신에게 理由記載義務가 없다고 판단한다면 그는 자진하여 이유를 기재할 것인지를 결정하여야 한다. 강제적으로 또는 자진하여 이유를 기재하지 않기로 하였다면 그는 隱密한 방법으로 당사자에게 이유를 전달할 것인가를 결정하여야 한다. 즉 仲裁判定의 일부가 아니라는 것을 전제로 별도의 文件을 당사자에게 교부하

6) Lawrence Collins, "The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England", Julian D.M.Lew ed., Contemporary problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff publishers, 1987, p. 138 ; Michael J. Mustill & Stewart C. Boyd, The Law and practice of Commercial Arbitration in England, 2nd ed., Butterworths, 1989, p.454.

7) 이와는 달리 仲裁人이나 判定人이나 當事者의 동의로 법원의 결정에 의해 중재절차 진행중 法律問題가 결정되는 경우가 있다(제 2 조).

8) Clive M. Schmitthoff, Schmitthoff's Export Trade, 9th ed., Stevens & sons, 1990. p.667. 단 보험이나 상품계약으로부터 야기되는 중재, 海事仲裁등 소위special category arbitration에 속하는 중재에 대한 사법심사는 배제할 수 없다.

거나, 司法審査를 청구하기 위해 仲裁人의 同意를 얻어야 한다는 조건하에 「理由」를 밝히는 방법이 사용되어 왔다. 이와같은 공개가 제한된 「理由」(restricted reasons)가 법원에 제출될 수 있는지가 문제된 사건에서⁹⁾ 법원은 공개가 제한된 「理由」를 당사자가 수령했다면 이를 法院에 제출하지 않기로 약속한 것으로 간주하였으나 그러한 합의는 法院의 管轄權을 박탈하는 것이어서 公序에 반한다고 판결되었다.

1979년 法에서 當事者の 理由記載要求權은 단지 上訴手段으로 도입되었다. 여기서 당사자가 仲裁判定節次終了時까지 理由記載를 요구하지 않는 것은 仲裁判定本案에 대한 提訴權을 명백히 포기한 것으로 본다. 그러므로 많은 경우에 당사자나 법원은 仲裁人이 자발적으로 하지 않는 한, 理由記載를 강요하지 못한다. 특히 ①당사자가 그 仲裁判定에 대한 사법절차를 排除하는 합의를 한 때 ②그 분쟁이 오직 事實問題에 관한 것인 때 ③仲裁判定 작성 전에 당사자의 어느 쪽도 理由記載를 요구하지 않은 경우에는 理由記載義務가 없다. 특히 仲裁人이 확정된 「事實」의 명백한 불합리성이 이유가 기재된 판정 자체에 나타나 있지 않는 한 어떠한 上訴도 불가능하다고¹⁰⁾ 판결하였다. 그러나 仲裁判定의 法律問題를 심사하는 데에는 법원은 여전히 법원만이 法の統一 및 正義의 後見者라는 생각에 사로잡혀 있다고 한다.

1979년의 개정에도 불구하고 仲裁判定에 대한 法院의 介入可能性은 다른 나라에 비해 높다. 왜냐하면 당사자의 일방이 仲裁判定이 자신의 기대에 미치지 못하면 법원에 호소하겠다고 계획하고 있다면 그는 통상 理由記載를 요구할 것이기 때문이다. 이는 필연적으로 理由記載를 위한 仲裁人의 노력과 비용을 증가시킨다. 仲裁人은 理由準備에 소요된 비용을 上訴한 당사자가 勝訴하느냐에 따라 그에게 부담시킬 별도의 仲裁判定을 내릴 필요가 있다¹¹⁾. 理由記載를 허용하는 改正法施行結果, 仲裁判定에 불복하여 법원에 上訴하는 사례가 늘었는지는 명백하지 않다. 다투는 사실이 여러가지 있을 때 당사자들은 흔히 그중의 일부를 갖고 上訴하려 하는데 그와 같은 경우에 仲裁人은 上訴事由가 안되는 사실에 대한 결정을 理由記載없이 내림으로써 당사자들에게 보다 효과적으로 忠告할 수 있다. 그러나 이러한 태도가 처음부터 上訴를 계획하고 있던 자들을 고무할 수도 있을 것이다.

요컨대 仲裁判定에 대해 不信하는 법원의 과도한 개입을 피하기 위해 理由不記載의 實務傳統이 확립되었던 영국에서 1979년 法은 法院의 介入을 제한함과 동시에 理由記載의 가능성을 열어 놓

9) Mutual Shipping Corporation v. Bayshore Shipping Co. Ltd(1985) : Adam Samuel, " Developments in English Arbitration Law Since the 1984 Antaios Decision ", 5 J. of International Arbitration 27(1988).

10) Universal petroleum Ltd. v. Handels und Transport G.m.b.H.(1987) ;Samuel, op.cit., p.31.

11) Mustill & Boyd, op. cit., p.375.

았다. 한편 1985년 런던國際仲裁法院의 國際仲裁規則은 모든 當事者가 달리 정하지 아니하는 한, 그 仲裁判定의 基礎되는 理由를 기재하도록 규정한다(제 16 조 1항).

3. 美國

理由記載없는 仲裁判定의 전통이 英國法の 繼受에서 비롯되었다는 점은¹²⁾ 異論이 없다. 그러나 미국의 경우 영국과는 여러 사정이 달랐다. 美國法院은 仲裁判定에 대한 後見的 監督을 자청하지 않음으로서 仲裁法院과 法院間의 긴장이 덜하였고 이는 1920년 뉴욕仲裁法이 仲裁判定에 대한 司法審査를 최대한 줄임으로서¹³⁾ 입법적 뒷받침을 받았다. 또 友誼仲裁概念이 제도적으로 보장되는 않았으나 仲裁實務上 仲裁人들은 그들이 正義와 衡平(justic and equity)이라고 여기는 것에 따라 判定하는 일이 흔했다¹⁴⁾. 이처럼 「法」과 「法院」을 강조하는 영국과는 사정이 다름에도 불구하고 부지불식간에 理由記載없는 仲裁判定의 전통을 繼受한 미국은 적어도 國內仲裁의 다수분야에서 理由不記載를 원칙으로 고수하고 있다.

미국의 거의 모든 商事仲裁가 의존하는 1925년의 美國仲裁法을 비롯 聯邦仲裁法, 統一仲裁法, 뉴욕주의 民事實行法과 規則, 建設業仲裁條項, 美國仲裁協會規則 등은 理由記載를 요구하지 않는다. 당사자가 仲裁契約에서 判定에 대한 설명을 요구할 수는 있지만 그러한 계약은 거의 없다. 仲裁人이 자진하여 이유를 설명하는 경우는 주로 建設分野의 분쟁을 중재할 때 영국식, 즉 理由記載文件이 仲裁判定의 일부가 아니라는 조건을 달거나 仲裁判定에 불복하여 上訴함에는 仲裁人의 同意를 얻으라는 식으로 제시된다¹⁵⁾. 이처럼 理由不記載는 관행상 당연시된다. 美國仲裁協會(AAA)의 商事仲裁人을 위한 指針(A guide for commercial arbitrators)도 仲裁判定은 한장의 白紙에 당사자에 대해 간략히 지시하는 것으로 족하다고¹⁶⁾ 한다.

한편 仲裁判定의 本案에 대한 심사를 자제하는 것이 법원의 확고한 입장이다. Domke¹⁷⁾는 매우 重要한 理由가 심하게 정도를 벗어난 誤解를 기초로 할 때 법원이 심사하는 최소한 예가 있을 뿐

12) Thomas E. Carbonneau, "Rendering Arbitral Awards with Reasons : The Elaboration of a Common Law of International Transactions", 23 Columbia J. of Transnational Law, 583(1985).

13) 張文哲, "상사중재와 상법의 발전", 상사법연구 7집, 한국상사법학회, 1989, 682면.

14) Thomas E. Carbonneau, "The Elaboration of a French court Doctrine on International Commercial Arbitration : A Study in Liberal Civilian Judicial Creativity", 55, Tulane L. Rev. 2(1980).

15) 중요한 것은 이때에 법원은 공개가 제한된 文件이 중재판정에 참작된 것으로 믿고 判定을 승인한다는 사실이다. Domke on Commercial Arbitration (Rev ed., Wilner). Callaghan, 1990 29 : 06

16) Rosemary S page, "Waiver of Right to Explanations", Arbitration and the Law 1989 - 90. AAA., 1990, p.44.

17) Domke, op.cit., 25 : 05.

이라고 한다. 이미 오래전에 법원은 仲裁人이 그가 내린 判定의 배후에 있는 理由나 事實을 開示할 義務가 없다고¹⁸⁾ 밝혔다. 법원의 입장이 이러하므로 仲裁人에게 제출된 사항을 고려하지 않은 것은 仲裁判定을 유효적법한 것으로 할 수는 없으며, 제출사항에 대한 언급이 없다고 하여 仲裁人이 그 문제를 검토하지 않은채 仲裁判定을 내렸다는 假定은 성립되지 않는다. 법원의 입장을 대변하는 몇몇 사례를 본다. ① 仲裁判定 自體에서 仲裁人의 偏頗性이 자명하게 드러난다는 이유로 敗北當事자가 법원에 仲裁人의 理由開示를 청구한 사건에서¹⁹⁾ 당사자가 중재에 합의한 것은 반대의 약정이 없는 한 理由記載要求權을 포기한 것이라고 하였다. ② 또 仲裁人이 그에게 제출된 증거나 특별한 주장을 고려하지 못하였거나 고려하기를 거부했다고 해서 仲裁判定이 공격당하거나 理由를 불이도록 요구받을 것은 아님을 확인했다²⁰⁾. ③ 不法的인 減額判定의 가능성있는 仲裁判定에 대해 仲裁人이 理由를 밝힐 필요가 없다고²¹⁾ 하였다. ④ 發生損害와 제출된 증거간에 합리적 관련이 없음을 仲裁判定이 언급하지 않았다는 이유로 仲裁判定의 取消가 청구되었으나 물리쳤다²²⁾. ⑤ 仲裁人은 判定에 이르게된 根據를 수학적으로 정밀하게 설명할 義務가 없다고 판결하였다²³⁾. ⑥ 仲裁判定에 仲裁合意에 대한 해석을 잘못하거나 實體法適用을 잘못하거나 明白한 意味를 무시한 것이 포함되어 있다하여도 중대한 公序違反, 전체적인 不合理的, 仲裁人 권한의 명백한 越權 등이 없다면 仲裁判定은 취소될 수 없다고²⁴⁾ 하였다. ⑦ 더 나아가 당사자가 합의하여 사실에 대한 理由記載를 요구한 사례에서도²⁵⁾ 법원은 상세한 理由記載는 필요없다고 판결하였다. 다만 仲裁人이 그가 내린 判定의 근거에 대하여 설명한다면 법원은 仲裁人의 理論的 說明(arbitrators' rationale)을 검토할 수는 있다²⁶⁾

그러나 부분적으로 보면 위와같은 理由不記載의 傳統은 동요하고 있다. 예컨대 商事仲裁의 범주에 넣지는 않지만 勞動仲裁를 규정한 勞使關係法은 理由記載를 요구하며 실무적으로도 仲裁判定을 지지하는 광범위한 의견을 記載하는 전통을 지니고 있다. 특히 理由不記載의 慣行은 國際商事仲裁 분야에서 도전받고 있다. 이에따라 최근 AAA는 당사자가 UNCITRAL 仲裁規則에 따른 해결

18) Bernhardt v. Polygraphic Co. of America, 350 US 198(1956); United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel & Car Corp., 363 U.S.593(1960); Page, op. cit., p.43; Domke, op cit., 29 : 06.

19) Craig v. Barber, 524 So 2d 974(1988)

20) Guetta v. Raxon Fabrics Corp., 510 N.Y.S. 2d 576(1987).

21) Willow Fabrics, Inc v. Carolina Freight Carriers Corp., N.Y.S. 2d 919(1965)

22) Chasser v. Prudential - Bache securities, 703 F. Supp. 78(SD Fla. 1988).

23) Hialeah park, Inc v. Ocala Breeders' Sales Co., 528 So. 2d. 1227(1988).

24) Silverman v. Benmore Coats, Inc., 61 N.Y.2d 299(1984).

25) Meharry v. Midwestern Gas Transmission, 103IV. App 3d 144(1981)

26) Jamaica Commodity Trading Company Limited V. Connell Rice & Sugar Company, inc and L & L marine Service, Inc., (1991); Yearbook of Commercial Arbitration. Vol. XVIII (1993) p.470.

을 원할 경우도 AAA에서 중재가 가능하도록 하였고 (1988.5.1.발효)²⁷⁾, 國際仲裁에 관해 UNCITRAL模範仲裁法을 모델로 한 州法이 생겨나고 있으며²⁸⁾ 國際仲裁에서는 仲裁人들이 이유를 기재하는 예가 흔하다고²⁹⁾ 한다. 또한 理由記載의 潛在的 價値가 논의되기도 한다. 이는 결국 理由不記載의 實務慣行을 國內仲裁에 국한하는 방향으로 가는 것으로 추측된다.

Carbonneau가 지적한 것처럼 영국과 달리 仲裁判定에 대한 법원의 司法的 審査를 神聖視 하려는 경향사실이 없는 미국으로서는 理由記載없는 仲裁判定節次의 繼受는 부적절하고 불필요한 것인지는 모른다. 그럼에도 미국은 그 慣行을 충실히 지켜왔으며 법원의 自制力이 큰 뒷받침이 되었다. 그러나 최근 國際商事仲裁에서의 변화는 필연적으로 理由記載의 요구를 높일 것이다. 이런 관점에서 1991년 AAA의 國際商事仲裁規則이 理由記載를 요구한(제128조) 것은 주목할 만하다.

4. UNCITRAL의 商事仲裁規則

1976년의 商事仲裁規則上 仲裁判定은 기재되어야 하며(제 32 조 2항), 당사자가 달리 합의하지 아니하는 한 판정의 기초가 된 理由가 記載되어야 한다(제 32 조 3항). 仲裁判定은 양당사자가 동의한 때에 한하여 공개할 수 있다(제 32 조 5항). 이때에는 當事者의 姓名을 削除하는 것이 慣例로 되어 있다³⁰⁾. 특이한 것은 理由不記載에 대한 救濟方法으로 追加判定을 규정하고 있는 것이다. 중재절차 진행중 당사자가 公式提出하였던 청구에 대한 판정이 漏落된 때에는 仲裁判定部가 고유의 裁量으로 당해 청구가 정당하다고 결정하고 또 追加審問이나 證據를 요하지 아니하는 때에는 追加判定할 수 있다(제 37 조). 그결과 제출된 모든 請求에 대하여 仲裁判定部가 결정하지 않아도 判定全體가 無效로 되지 않으며³¹⁾ 모든 청구에 대하여 판정하지 않았음을 이유로 판정이 取消될 가능성은 크게 줄게 된 것이다. 우리나라에서도 追加判定을 통한 救濟方法에 관심을 갖는 분이 있다.

理由記載를 요하는 同規則은 大陸法系 國家들의 요구를 반영한 것으로³²⁾ 1961년 제네바협약의

27) Michael F. Hoellering, "International Commercial Arbitration in the United States", Arbitration & the Law 1989-90, AAA, 1990, pp.223-224.

28) 연방대법원도 이러한 州法의 역할을 기대하고 있다. Volt Information Science, Inc. v. Stanford Univ. (U.S.1989) ; IAN R. Macneil, American Arbitration Law, Oxford Univ. Press, 1992, p.166.

29) David W. Rivkin, "International Arbitration", Richard J Medalie ed., Commercial Arbitration for the 1990s, BA, 1991, p.133.A.

30) Isaak I.Dore, Arbitration and Conciliation Under the UNCITRAL Rules : A Textual Analysis, Martinus Nijhoff publishers, 1986, p. 64.

31) Op.cit., p.67.

32) Report of the Secretary General, U.N. Doc. A/CN. 9/207 at 24(1981) ; Dore, op. cit.,

비슷한 規定(제 8 조)과 함께 폭넓은 지지를 받았으며 영국적 관행을 회피하게 하였다³³⁾. 다만 同規則은 仲裁節次의 거의 모든 부분에서 當事者自治를 인정하므로 理由不記載의 可能性은 상존한다.

5. UNCITRAL 模範仲裁法

模範法 제정시에 理由記載 문제가 다루어졌다. 그한가지로 實務慣行上 理由記載를 하지 않거나 별도의 文件 또는 非公開를 조건으로 이유를 說示하는 仲裁機關에 仲裁가 부탁되었을 때에는 理由記載를 默示的으로 포기하는 것으로 간주하자는 제안도 있었다³⁴⁾. 그러나 模範法은 UNCITRAL 商事仲裁規則 제 32 조 2항을 제차 수용함으로써 理由記載가 國際商事仲裁의 지향할 바임을 확인하였다.

反對意見を 기재하여야 하는가에 대하여는 模範法 立案者들간에 의견이 나뉘었다. 이는 反對意見이 기재됨으로서 敗北當事者의 不服을 고무할 것이라는 생각을 둘러싼 것이었다³⁵⁾. 논의끝에 이 문제는 當事者의 自由에 맡겨졌다(제 19 조 참조). 이점에 관한 당사자간 合意의 違反은 模範法 제 34 조 2항 (a) (iv)의 문언에도 불구하고 仲裁判定의 取消事由가 되지 않는다고 한다. 아울러 「見解」를 표명한 仲裁人에 대한 어떤 損害賠償請求訴訟도 용인되지 않을 것이다³⁶⁾.

仲裁判定의 公開에 대하여는 공개하는 것이 理由記載의 效果를 더욱 극대화시킬 것이라는 의견이 표명되었다. 한때 당사자의 明示의 合意가 있는 때에 한하여 공개할 수 있도록 하자는 제안이 있었으나³⁷⁾ 채택되지 않았다. 결국 模範法은 이에 관해 규정하지 않았다. 模範法의 중요한 특징의 하나는 법원의 介入範圍를 명확히 한 것이다(제 5 조). 이로서 當事者와 仲裁人은 그들이 알지 못하는 어떤 국가의 內國法에 근거를 둔 법원의 간섭으로부터 자유롭다. 이와같은 맥락에서 理由記載問題도 이해되어야 한다. 理由不記載時의 救濟方法에 대하여 模範法은 명시하는바 없으나 UNCITRAL 仲裁規則과 같은 입장인 것으로 보여진다.

6. 國際商業會議所 仲裁規則

p.125.

33) Francois Knoepfler and philippe Schweizer, " Making of Awards and Termination of Proceeding ", Petar Sarcevic ed., Essays on International Commercial Arbitration, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1989, p.165.

34) Aron Broches, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Kluwer law and Taxtation Publishers, 1990, p.164.

35) Dore, op cit., p.126.

36) Knoepfler & Schweizer, op. cit., pp.167 ~ 168.

37) Op. cit., p.167.

1975년 규칙에서 仲裁判定의 形式과 內容에 대해 규정하는 바 없으나 대다수 仲裁判定에 理由가 記載되고 있다. 小數意見의 기재도 허용된다³⁸⁾. 同規則 제 21 조에 따르면 仲裁裁判所는 判定文의 形式에 관하여 수정할 수 있는데, 仲裁裁判所가 仲裁判定文 초안을 검토할 경우에는 절차에 적용되는 법률 및 관례가 있다면 仲裁地의 強行規定속에 포함된 形式要件에 관한 慣例 특히 判定理由나 署名, 反對意見의 수용가능성에 관하여 特別한 主意를 기울이도록 요구한다(동규칙의 부칙II, 중재재판소의 내부규율 17). 실무상 理由記載의 慣行이 확립될 수 있었던 근거는 근본적으로는 동규칙 제 26조에 있다. 同條는 仲裁裁判所와 仲裁人은 同規則에 명시적으로 규정되어 있지 아니한 것에 대하여도 仲裁判定이 각국법에 의해 확실히 적용되도록 가능한 모든 노력을 기울여야 한다는 ICC規則의 정신에 입각하여 행위할 것을 요구한다. 규칙 제 26 조가 있음으로써 仲裁人들은 분쟁의 本案을 충분히 다루어야 할 뿐만 아니라 仲裁判定이 각 국내법에 의해 承認·執行되는데 장애가 없도록 仲裁判定의 形式問題도 취급하여야 한다는 것이다. Craig 등은³⁹⁾ ICC 仲裁判定文에 기재되어야 할 필수적인 것으로 각국의 節次法이 요구하는 12가지를 열거하고 있는데 그것도 한정적인 것이 아니라 列舉적인 것임을 밝히고 있다. 이중에 理由記載가 빠져 있는 것은 물론이다. 역설적인 설명이지만 ICC規則에 理由記載에 관한 직접규정이 없음으로 하여 理由記載를 명시적으로 요구하는 다른 규칙들보다 오히려 더욱 상세한 理由記載가 요구된다.

ICC 仲裁裁判所의 주된 관심은 그들이 내린 仲裁判定의 國際的 通用이다. 각국가의 법원은 국내 중재와는 달리 다른 나라나 國際機構의 仲裁에 대하여 그 다른 나라의 國內法이나 機構의 仲裁規則이 理由不記載를 허용하는 한 당해 仲裁判定에 理由記載가 없어도 自國內 執行을 承認하고 있고, 뉴욕협약은 署名한 회원국이 理由不記載를 문제삼아 仲裁判定의 承認·執行을 거부할 가능성을 염두에 두고 있지 않다. 다만 뉴욕협약하에서도 理由不記載를 仲裁判定取消事由로 하고 있는 국내법이 있는 나라의 仲裁判定이 승인될 것인지에 대하여는 의문이 남아있다.

ICC 仲裁上의 理由記載는, 仲裁人이 法官과 다르므로, 다루어지고 있는 모든 사실에 대한 證據를 요약할 필요는 없다. 이는 중재에 대해 통상적인 上訴節次가 생략되어 있다는 것과 관련된다⁴⁰⁾. 仲裁法廷은 適法節次에 대한 당사자의 권리가 충분히 존중되고 반대의견도 가능한한 충분히 開陳되도록 운영되면 된다.

38) Ottoarndt Glossner, "The Conduct of ICC Arbitration Proceeding", Julian D. '.

M. Lew ed. Contemporary Problems in International Arbitration, Martinus Nijhoff publishers, 1987, pp.214 ~ 215.

39) W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 2nd ed., Oceana publ., Inc., 1990, pp.326~327.

40) Op. cit., p.329.

ICC規則上 仲裁判定을 제 3자에게 공개하는 것은 제한된다(동규칙의 부칙 II, 2-4참조). 그러나 현재의 또는 잠재적인 紛爭當事자들이 ICC規則이 적용되는 仲裁原則들을 습득하도록 仲裁當事者를 匿名으로하여 仲裁結果를 간행한다. 특히 Journal du Droit International을 비롯하여 공표된 ICC仲裁判定은 國際商人法の 형성과 확인에 유익한 자료로 평가받고 있다.

7. 國際投資紛爭解決센터의 仲裁規則

잘 알려져 있듯이 1965년의 국가와 다른 국가 국민간의 投資紛爭에 관한 協約(Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and Nationals of other states)에 根據, IBRD의 주도로 설립된 國際投資紛爭解決센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes ; ICSID)⁴¹⁾ 자체는 仲裁機關은 아니나 산하의 仲裁機關을 지원하고 있다.

동협약 제 48 조는 仲裁法廷이 제출된 모든 문제를 다룰것과 그 판정의 근거가 되는 이유를 밝힐 것을 요구한다(제 13항). 당초 同協約制定時 당사자의 意思에 따라 理由不記載를 허용하자는 제안이 있었으나 채택되지 않았다.

당사자는 準備節次過程에서 요구했던 청구에 대해 理由記載를 포기할 수 없다. 이유를 밝히지 못한 것은 同協約에 의해 그 仲裁判定이 그에 이르게된 이유를 명시하지 못한 경우에 해당하여 당사자는 仲裁判定의 無效를 청구할 수 있게 된다(제 52 조 1항 (e)). 그러나 그 판정이 實體的 適合性을 갖는지는 문제삼지 않으므로 仲裁判定은 원칙적으로 終局的이다. 만일 仲裁判定이 無效가 되면 당사자 일방의 요구로 분쟁은 새로운 法廷에 맡겨진다(제 52 조 6항). 仲裁法廷의 仲裁人은 그의 의견이 다수의견이든 소수의견이든 상관없이 私見을 判定文에 덧붙일 수 있다(제 48 조 4항).

동센터는 당사자의 동의없이 仲裁判定을 공표하거나 출간할 수 없다(제 48 조 5항). 그러나 실제로는 여러 경로를 통하여 판정은 공개되고 있다⁴²⁾.

최근에 理由不記載가 論点의 하나로 되어 다투어진 MINE 對기네政府事件은 분쟁해결에 15년이 나 소요되었다는 문제점도 있지만 한편으로는 ICSID仲裁에서 理由記載의 의미를 음미하는 계기도 되었다. 동사건에서 정리된바는 다음과 같다⁴³⁾.

41) 金楨鍵, "중재에 의한 국제투자분쟁의 해결에 관한 연구", 성곡논집, 1992, 1460면

42) Aron Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and Nationals of Other states of 1965. Explanatory Notes and Survey of its application", Yearbook Commercial Arbitration, XVIII(1993) p.681.

仲裁判定文에 포함되는 이유는 각 청구의 주된 項目에서 結論에 이르게된 이유를 설명하라는 뜻이다. 청구된 것중 개별항목에 대한 설명이 부족한 때에는 그 항목에 대한 決定部分만 無效로 되어 구제된다. 判定理由는 당사자가 주장하는 모든 事實에 대하여 붙이는 것이 아니라 請求한 바에 대하여 부치면 된다. 이유는 判定文을 읽는 자가 法과 事實의 관점에서 仲裁法廷의 判定을 신뢰할 수 있도록 작성되어야 하며 그것으로 충분하다. 이유를 검토해본 결과 법 적용이 明白히 잘못되었다 하여도 判정의 근거되는 이유가 明示되어 있는 이상 그 判정은 무효로 되지 아니한다. 仲裁法廷에 요구되는 것은 어떻게 節次가 순서대로 진행되었으며 결국 그러한 결론에 이르게 되었는가를 보여주는 것이기 때문이다. 또한 仲裁法廷에 제출된 문제가 빠짐없이 다루어지지 않은 경우라도 제 52 조에 의해 仲裁判定이 無效로 되는 것이 아니고 제 49 조에 의해 당사자의 청구로 判斷遺脫된 부분에 대한 追加判定이 가능하게 된다. 다만 判정의 追加로 치유될 수 없는 判斷遺脫은 理由不記載를 이유로한 無效事山라고 주장될 수 있다.

8. 기타

이하에서는 지면관계상 각국과 國際機關의 規制內容의 要點을 摘記하고 理由記載와 관련된 文獻을 소개하는데 그친다.

프랑스⁴⁴⁾ : 理由記載를 요한다. 그러나 법원은 理由記載를 요하지 않는 국가의 仲裁判定의 承認 및 執行에도 우호적이며 프랑스식 프래그머티즘을 실현한다.

독일⁴⁵⁾ : 民事訴訟法上 仲裁判定은 理由記載를 요하며 理由不記載는 仲裁判定取消事由로 된다. 소수의견의 표명은 허용되지 않는다. 仲裁法廷은 判定을 내리는 이유에 관련있는 당사자의 主張에 대하여만 판단하면 족하고 당사자가 주장하는 모든 事實을 다루어야 하는 것은 아니다.

43) Maritime International Nominees Establishment v. The Republic of Guinea, ICSID Arbitration Award ARB / 87 / 8 of 6 January 1988 : 이 사건에 대하여는 arc Sturzenegger, "ICSID Arbitration and Annulment for failure to State Reasons" 9 J. of International Arbitration 173ff.(1992) 또 W.Michael Reisman, Systems of Control in International Adjudication and Arbitration Duke Univ. press.1992, pp.79ff ; "ICSID. MINE v Government of Guinea", Yearbook Commercial Arbitration, X V I (1991), pp.40ff.

44) J.Stewart Mcclendon ed., Survey of International Arbitration Cites, 2nd ed. AAA, 1988 ; Bernard Audit, "A National Codification of International Commercial Arbitration: The French Decree of May 12, 1981" Thomas E. Carbonneau ed., Resolving Transnational Disputes through Internatinal Arbitration, Univ. press of Virginia, pp.117ff. , Carbonneau, 전계 주 14의 pp.5ff.

45) "Bundesgerichtshof, 18 January 1990, III ZR 269/88 " Yearbook Commercial Arbitration, vol. X V II (1992) pp.508~509.

네델란드⁴⁶⁾ : 1986년 改正仲裁法(民訴法)은 仲裁判定에 理由記載를 요한다. 그 不記載는 仲裁判定取消事由가 된다. 다만 仲裁判定이 단순히 商品의 品質이나 狀態에 관한 것인 때에는 理由記載가 필요없다. 기록이나 계산에 대한 訂正制度和 제출된 문제에 대한 判斷遺脫이 있는 경우의 追加判定制度를 채택하였다.

멕시코⁴⁷⁾ : 경제적으로 가장 중요한 聯邦地區 商事仲裁는 1932년 聯邦地區民事訴訟法에 의거하여 행해지는데 商事仲裁制度(1989년 改正)는 司法的 仲裁(judicial arbitration)를 주안으로 하며 仲裁判定에 理由記載가 필요한 근거는 法院의 判決에 충분한 理由記載를 요구하는 멕시코헌법 제 16 조에 있다. 그러나 衡平과 善에 의한 仲裁判定에는 理由記載를 요하지 않는다. 私的 判定(private awards)은 통상 공표되지 않는다.

스위스⁴⁸⁾ : 1992년 제네바상공회의소(CCIG) 仲裁規則은 당사자간에 다른 약정이 없으면 仲裁判定의 理由記載는 간략한 방법으로(in a concise manner) 할 수 있다고 규정한다. 동규칙은 이러한 방법이 商事仲裁의 非公開性(동규칙 제 4 조)을 보장하는 것이라고 밝히고 있다(제 29 조). 仲裁判定文의 간행도 당사자의 합의를 요한다.

오스트리아⁴⁹⁾ : 1991년 비엔나연방경제회의소의 국제중재센터의 중재 및 조정규칙은 理由記載問題에 대하여 규정하는 바 없다.

인도네시아⁵⁰⁾ : 1980년 개정된 인도네시아국립중재원의 중재절차에 관한 규칙은 理由記載에 대하여 규정한바 없으나 실무상 모든 仲裁判定에는 이유가 기재된다. 국내중재의 경우 仲裁判定取消事由가 제한적으로 열거되고 있는데(民訴規則 제 643~646조) '이유가 모순되는 때'도 그 하나이다.

필리핀⁵¹⁾ : 仲裁法은 仲裁判定에 理由記載를 요구하지 않는다(제 20 조). 仲裁判定이 법과 사실에 반하는 경우가 仲裁判定取消事由로 명기되어 있지는 않으나 논란이 되고 이 문제는 仲裁人에게 清廉과 公平義務를 부과하고 있는 仲裁法規定(제 24 조)과 얽혀서 역시 gray area에 속하는 문제다.

46) Pieters Sander, "The New Dutch Arbitration Act" *Rassegna Dell'arbitrato* Anno XXV II - n.1-2(1987) pp.39~40.

47) Alexander c. Hoagland, "Modification of Mexican Arbitration Law", 9 *J. of International Arbitration*, 91ff. (1990).

48) "International Council for Commercial Arbitration", *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXIII(1993), pp.195ff.

49) *Op. cit.*, p.206.

50) Robert N. Hornick, "Indonesian Arbitration In Theory And Practice", 39 *The American J. of Comparative Law*, 559 ff, 597(1991).

51) Custodio O. Parlade, "Remedies after Arbitration Award", Juliana R. Ricalde ed., *Commercial Arbitration*, U.P. Law Center, 1983, pp.78ff.

싱가폴⁵²⁾ : 실무상 관정에 상세한 설명이 포함되거나 그것이 반드시 요구되는 것은 아니다. 부정확한 설명이 仲裁判定의 효력에 영향을 미치지 않으나 표면에 드러난 법적용의 명백한 잘못은 仲裁判定 破棄事由라는 커먼 로우상의 원칙이 지배한다.

말레이시아 : 1950년의 영국 仲裁法을 모델로한 결과 理由記載는 요구되지 않는다.

싱가포르⁵³⁾ : 英國法支配의 원칙(民事法제15조)에 따라 理由記載를 요구하지 않으며 법원의 개입을 피하려면 가능한한 理由記載를 피하여야 한다는 생각이 지배한다.

일본⁵⁴⁾ : 일본중재연구회의 仲裁法試案(1989년)은 仲裁判定에 理由記載를 요하는 현행 民訴法の 태도를 유지한다. 試案은 당사자가 다른 합의를 하면 이유를 붙이지 않도록 한다(제32조). 이때에는 판정문안에 理由不記載에 대한 當事者 승意在함을 말하여야 한다는 解釋論이 있다. 理由不記載를 仲裁判定取消事由에서 삭제한 것은 이것을 仲裁判定의 訂正問題로 넘긴 것이라고 한다⁵⁵⁾. 訂正에 의해 이유가 보충되지 아니하면 仲裁判定의 효과가 생기지 않고 이와같은 仲裁判定을 갖고 強制執行을 하는 것은 불가능하다. 어느 정도 이유가 기재되어야 하는지는 仲裁人의 良識에 맡겨져 있다. 한편 少數意見의 기재는 節次에 대한 當事者自治의 原則(시안제21조 2항)에 따라 당사자가 원하는 경우에는 허용하여야 한다는 견해도 있다.

改正試案중 주목되는 것은 仲裁判定의 公開에 관한 규정이다. 이에 따르면 仲裁判定은 당사자의 합의없이 공개할 수 없되 仲裁判定日로부터 10년을 경과한 때에는 그때까지 당사자가 異議를 제기한 경우를 제외하고는 당사자 표시부분을 삭제하여 공개할 수 있도록 한다(試案제39조). 이때 仲裁의 非公開性을 강조하는 입장에서는 중재기관이 공개시점에서 당사자의 의사를 확인하도록 하겠지만, 공개의 장점을 강조하는 입장에서는 당사자가 적극적으로 公開反對意思를 표명하지 않은 이상 공개를 허용할 것이다.

이상에서 여러나라와 國際仲裁機關의 규제태도를 살폈으나 요컨대 理由記載를 요구하는 것은 세계적 추세라 하겠고 문제는 이와 관련되는 사항들의 향방이라 하겠다.

52) Cherry - Lynns, Ricafrente, "Commercial Arbitration in ASEAN Countries", Ricalde, op. cit., pp.51ff.

53) M. Karthigesu, "Singapore, the Settlement of Commercial Disputes", Gonzalo T. Santos ed., Settlement of Commercial Disputes, ASEAN Law Association of The Philippines, Inc., 1982, pp. 67ff.

54) 仲裁研究會編, 仲裁法の立法論的研究, 商事法務研究會, 1993, 88頁 以下.

55) 高橋宏志교수 의견. 이는 UNCITRAL 중재규칙의 처리방법을 따른 것이 아닌가 한다. 이에 대하여는 이유불기재를 訂正으로 補正할 수 없다는 견해(小島武司교수)도 있다고 한다. 上掲書

Ⅲ. 理由記載의 必要性에 대한 論議

理由記載가 필요한 것인지에 대하여 오랫동안 다투어져 왔으며 다음에 소개해 본다.

1. 理由記載 必要論

많은 학자들이 理由記載의 필요성과 함께 그에 따르는 問題點을 지적하여 왔다. 먼저 必要論의 根據를 정리해 본다.

첫째, 理由記載는 紛爭當事者를 설득하는데 유용하다고 한다. 이유는 仲裁判定의 결론에 이르게 된 合理的 經過를 밝히는 것으로써 敗北當事者를 說得하는데 도움을 줄 것이다. 그러나 理由記載에 관한 많은 학자들의 언급은⁵⁶⁾ 그러한 利點과 함께 理由記載가 오히려 敗北當事者의 不服을 고무할 것이라는 점을 지적한다.

Rodman은⁵⁷⁾ 이유를 기재토록 함으로서 법적용이 현저히 잘못된 경우가 노출될 것이며 이는 仲裁의 效率性과 상대적 迅速性을 毀損할 것이라고 우려한다. Domke의⁵⁸⁾ 견해는 더욱 비판적인 것 같다. 즉 理由記載가 비슷한 事案의 분쟁을 抑止하는 효과를 가져올 것이지만 法律專門家가 아닌 仲裁人에게 理由를 기재토록 하는 것은 仲裁判定이 법원에서 도전받도록 通路를 열어주는 것이며 중재의 迅速性과 終局性을 위협한다는 것이다. 또한 仲裁業務가 實業界에 대한 그들의 市民的 義務라고 여기는 仲裁人들은 理由記載를 위해 각별한 노력과 시간을 추가하여야 한다는 것이다. Domke는 그들의 仲裁判定의 기초가 업계와 법원의 비판에 노출되는 것을 몹시 꺼리는 仲裁人들의 특성도 지적한다. Page는⁵⁹⁾ 仲裁制度를 이용하는 당사자들이 증가함에 따라 법원의 부담을 효과적으로 경감해주던 ADR의 메카니즘은 理由記載때문에 법원을 초만원으로 만들지 모르며 이는 법원과 분쟁해결의 역할을 분담하고 있는 仲裁制度의 위기를 초래할 것이라고 한다. Lazatin은⁶⁰⁾ 바보가 아닌바에야 기재된 이유에서 抗訴理由를 찾지 못할리 없다고 하여 理由不記載가 仲裁判定에 대한 당사자의 불만을 억제할 것으로 믿었다.

그러나 이와같은 지적들에도 불구하고 理由記載는 일반적으로 仲裁判定에 대한 당사자의 이해를 도울 것이다. 仲裁判定의 결과를 불신하는 자들은 理由記載가 없다고 하여도 갖가지 구실을 붙여

56) Dore, op. cit., p.125.

57) Robert M. Rodman, Commercial Arbitration with Forms, West Publishing Co., 1984, pp.450-451.

58) Domke, op. cit., 29 : 06.

59) Page, op.cit., p.45.

60) Lazatin, op. cit , p 33.

법원에 호소할 것이며, 理想論(loafy ideal)이겠으나 仲裁判定의 格을 법원의 수준으로 끌어 올려야 한다는 주장도 있다. 법률전문가가 아닌 仲裁人에게는 부담스러운 일이지만 오랜 분쟁의 해결의 경험하에 고안된 判決文과 仲裁判定의 形式을 가능한한 일치시키는 것이 좋다고도 한다. Carbonneau는⁶¹⁾ 법원에의 개입을 우려하는 견해들을 겨냥하여 仲裁判定이 법원의 최소한도의 後見的 監督에서조차 완전히 자유로워야 한다는 생각은 盲目的이라고 비난했다.

둘째, 기재된 이유는 仲裁判定의 豫測과 仲裁人의 訓練에 활용되어 仲裁制度의 신뢰를 높인다고 한다.

仲裁의 短點으로 豫測可能性이 없으며 그로 인해 法的 安定性이 결여된다는 점이 지적된다. 이에 대한 대응으로 중재에 이유를 기재토록 하고 集積된 仲裁判定을 公刊함으로써 利害關係者들에게 仲裁判定의 向方을 가늠할 수 있도록 하는 方案이 생각된다. 仲裁判定이 선례에 따라 행하여져야 하는가는 몇가지 검토가 선행되어야 한다. 우선 英美法에서는 先例拘束의 原則이 지배하지만 大陸法系 國家에서는 先例가 절대적 영향이 없다. 이러한 차이를 감안함이 없이 어느 나라에서나 仲裁判定이 선례에 구속된다고 할 수는 없다. 즉, 理由記載의 근거로 仲裁判定의 先例拘束性을 드는 것은 大陸法系 國家에서는 설득력이 약하다⁶²⁾. 또한 仲裁人은 法만이 아니라 衡平과 善에 따라 判定함으로써 具體的 妥當性을 중시한다. 그리고 仲裁判定의 豫測性을 강조하면, 國際仲裁에서 당사자가 어떤 특정국가의 國內法을 準據法으로 지정한 경우 仲裁人은 그 국가의 實定法과 先例를 함께 탐구하여야 한다는 부담을 갖게 된다. 한편으로는 仲裁判定(및 기재된 이유)의 公開는 중재의 秘密性에도 반한다. 仲裁法廷이 어느 정도 判定의 一貫性을 유지하여야 하는지도 의문이며 仲裁判定의 同一性을 보장해줄 법원은 존재하지 않는다. 다만 仲裁人이 어떤 특정국가의 선례에 맹목적으로 구속될 것은 아니지만 그 선례가 문제된 特定事案에도 적합한 것인지 검토해보는 것은 의미가 있을 것이다.

요컨대, 理由記載와 判定을 公開한다고 하여도 英美法國家의 법원판결과 같이 先例拘束性을 갖기는 어렵다. 이는 영미에서도 仲裁判定이 확고한 구속성을 갖지 못한 사실에서도 간취된다. 이러한 사정은 友誼仲裁과 品質仲裁(Quality arbitration)의 경우에 특히 그러할 것이다. 그러나 이유를 기재하고 仲裁判定을 공개토록 제도적으로 보장함으로써 당해 仲裁機關의 판단을 豫測하는 효과는 다소 있을 것이다. 先例拘束性보다는 후술하는 바와 같이 理由記載와 公開를 통하여 새로운 國際去來上의 法秩序를 창출하는 효과를 기대할 수 있을 것이다.

셋째, 理由記載는 각국 仲裁人法의 代세이며 國際節次法의 형성에 기여한다고 한다. 기술한 바와

61) Carbonneau, 전계 주14의 p.3.

62) 상세한 것은 Klaus Peter Berger, "The International Arbitrators' Application of Precedents", 9 J. of International Arbitration, 21ff.(1992)

같이 理由不記載의 慣行은 仲裁制度에 대한 英國法院의 불신에서 그 단서를 찾을 수 있다. 말하자면 영국의 특수한 국내사정이 당시의 영국이 경제의 覇權을 차지하고 있다는 사실과 결부되어 한때 國際社會에서 수용되기도 하였다. Carbonneau가⁶³⁾ 영국의 國內仲裁에 대한 프랑스法院의 대응태도를 예로 들어 설명하듯 그것은 自國의 입장에서 판단한 결과가 대세를 이룬 것이라 할 수 있다.

입법례를 통하여 간취되듯이 대다수 국가의 仲裁立法은 理由記載를 요구하고 있다. 흔히 영국과 미국을 理由不記載의 대표적인 나라로 꼽지만 영국은 條件附文件의 交付나 口頭通知로 중재당사자들의 '알고자 하는 욕구'를 달래왔고 1979년의 仲裁法改正으로 '理由不記載'로 전환한 바 있다. 미국은 영국법의 繼受를 통하여 부지불식간에 理由不記載의 입법태도를 보였고 이를 實務慣行으로 정착시켰으나 오늘날 많은 변화를 겪고 있음은 기술한 바와 같다. 더구나 전체적으로 英美法과 大陸法の 混血兒라는 지적에도 불구하고 國際仲裁制度의 통일을 위한 노력 가운데 가장 괄목할만한 성과라고 할 UNCITRAL模範法이 理由記載를 명시하고 있으며 理由記載에 관한 각국법의 상이함에도 불구하고 아주 폭넓은 지지를 받았다.⁶⁴⁾ ICC등 聲價높은 國際機關의 입장도 비슷하다. 이런 점에서 理由記載 찬성론자들은 理由記載의 입장을 유지하는 것이 단순히 국제조류에 합류한다는 것 이상의 의미가 있다고 생각한다. 이는 國際紛爭解決節次에 대한 國際社會의 컨센서스라고 한다.

더구나 여러 국가 또는 國際機關에서 仲裁判定上 理由記載를 요구하는데서 더 나아가 反對意見 내지는 少數意見(dissenting opinion)의 기재까지 허용하고 있음⁶⁵⁾ 볼때 이유의 「要旨」의 기재까지 거부한다면 매우 특이한 立法例로 기록될 것이다.

이미 理由附 仲裁判定의 실무가 관례화된 海事仲裁에서는 判定集의 公刊과 仲裁判定의 先例로서의 가치가 승인되어 있다⁶⁶⁾. ICC도 몇가지 實體法的 法源則을 확립하였으며 그것은 기재된 이유를 통하여 행성되어간 것이라고⁶⁷⁾ 한다. 여기서 理由記載를 통한 새로운 國際去來法의 形成이 성급히 전망되기도 한다.

넷째, 理由記載에 반대하는 입장의 주요 논거는 理由記載가 법원의 介入을 불리하며 仲裁人의 부담을 가중시킨다는데 모아진다. 그러나 仲裁制度에 대한 법원의 시각은 각국에 따라 상이하며

63) Carbonneau, 전계 주12의 p.583.

64) Broches, op. cit., p.164.

65) 이에 관하여는 Jacques Werner, "Dissenting Opinions, Beyond Fears", 9 J. of International Arbitration 23ff.(1992). 중재판정상 소수의견기재가 바람직하지 소수의견기재가 바람직하지 않다는 金智洙, UNCITRAL상사규칙의 적용과 실제, 대한상사중재원 1981.61면

66) Carbonneau, 전계 주12의 p.587.

67) Op. cit., pp.589ff.

근래 仲裁의 역할이 재평가되면서 가능한한 司法的 審査를 자제하는 추세에 있다.

이점에서 司法的 審査는 理由記載를 부정한 근거가 못된다는 것이다. 더구나 다른 紛爭解決方法들 특히 調停制度의 運營實態등도 감안하여야 한다. 우리나라의 경우 예컨대 保險監督院內에 설치된 두개의 保險紛爭調停委員會는 調停文안에 반드시 법적 관점의 것은 아니라도 하여도 상당히 논리적인 調停理由를 밝히고 있다. 조정은 당사자가 調停案을 수락하여야 조정효과가 발생하나 중재는 당사자의 수락여부에 상관없이 판정하게 되는 차이점을 들어 理由記載가 無用하다고 할 수는 없을 것이다. 당사자들이 설득하고 신뢰할 수 있지 못한 제도는 다른 代替的 紛爭解決節次에 그 優位를 빼앗길 것이라는 것이다.

다섯째, 法의 엄격한 적용보다는 衡平과 善(ex aequo et bono)에 따라 판정할 권한이 부여된 友誼仲裁人(amicable compositeur)의 仲裁判定에는 理由記載가 무의미하다는 주장에 대하여 理由記載찬성론자들의 反對見解가 있다. Kmoepfler 와 Schweizer는⁶⁸⁾ 友誼仲裁人의 판정이 통상적인 법 적용의 경우와 다른 때에는 특히 理由記載의 의무가 있다고 한다. 원래 友誼仲裁라하여 확고한 법원칙이나 公知의 사실로 되어 있는 법규내용을 무시할 수는 없는 것이며⁶⁹⁾ 법의 엄격한 羈束으로부터 비교적 自由롭게 判定하라는 것이므로 일반적으로 생각하는 것처럼 법에 의한 仲裁判定과 현격한 차이가 생기는 것은 아니라고 한다. Sanders도 자신의 경험을 들어 양자간에 그다지 차이가 없다고 말함⁷⁰⁾ 있다. 실제로 ICC의 友誼仲裁人들은 항상 理由記載를 하며⁷¹⁾ 프랑스 법원도⁷²⁾ 이를 요구한다.

다만 立法例로는 仲裁判定이 衡平에 基해 내려졌음을 明示한 이유를 기재하도록 하는 경우(브라질 民訴法 제 1095 조)가 있다.

理由記載 必要論의 根據로서 仲裁判定의 公開 또는 판정집의 公刊문제를 들고 있다. 원래 절차의 비공개와 이에 의한 企業去來의 비밀보장은 중재의 장점으로 꼽혀왔다. 이에 따라 仲裁判定集의 간행도 전통적으로 불허되어 왔으나 근래들어서는 당사자의 同意가 있을 것파 人的事項을 삭제할 것을 조건으로 판정집의 공간을 허용하는 立法例가 늘고 있다. 일본의 仲裁法改訂試案은 '仲裁判定있는 날로부터 10년이 경과한 때'라는 조건을 덧붙이고 있다(시안 제 39 조). 우리나라의 경우 仲裁判定절차의 非公開原則은 進行節次上에서는 아직 보장되고 있으나(仲裁規則 제 8 조) 판정의 결과는 여러 경로로 공개되고 있다. 그리고 仲裁判定의 公開를 긍정적으로 평가하는

68) Kmoepfler & Schweizer, op. cit., p.166.

69) Schmitthoff, op. cit., p.656.

70) 張孝相, 국제경제법, 박영사, 1985. 318면 주 38참조.

71) Craig, Park & Paulsson, op. cit., p.328.

72) Societe Etablissements A Fayard v. Societe Cofratel, Rev. Arb.(1982) : Knoepfler & Schweizer, Op. cit., p.166.

견해도⁷³⁾ 있다.

仲裁人·仲裁管理者 등이 秘密維持義務를 지고 있다는 것에도 불구하고 이 문제에 대한 최근 논의의 초점은 공개여부가 아니라 적당하고 효과적인 公開方法이⁷⁴⁾ 어떤 것이냐에 모아지고 있다. 우리의 경우도 仲裁判定公開에 대해 당사자의 同意를 구하는 節次規定을 商事仲裁規則에라도 마련하여야 할 것이며 1991년 AAA의 國際商事仲裁規則(제 28 조 5항)처럼 당사자의 同意 또는 法的 根據가 있을 때에 한하여 공개할 수 있다고 하는 것도 한 방법이 될 것이다.

위에서 설명한 여러 사정을 볼때 理由記載없는 仲裁判定은 공개를 무의미한 것으로 할 것이다.

2. 理由記載 不要論

仲裁判定上 강제적인 理由記載에 반대하는 측의 논거는 대체로 다음과 같다.

첫째, 理由記載는 중재의 잇점을 훼손케할 우려가 있다는 것이다. 중재의 장점으로는⁷⁵⁾ 흔히 經濟, 迅速, 秘密保障, 當事者間 對立意識의 極小化, 專門家의 判斷에 의한 구체적 妥當性, 仲裁判定效力의 國際性등을 든다. 이와같은 중재의 장점이 理由記載와 이에 자극받은 敗北當事者의 불복으로 크게 훼손된다는 것이다. 예컨대 비용문제만 하여도 중재가 반드시 경제적인가는 의문이며⁷⁶⁾ 여기에 소송비용까지 필요하다면 仲裁節次는 무용한 낭비가 된다는 것이다⁷⁷⁾.

둘째 實務上 가장 중요한 근거의 하나로 仲裁人選任이 제한되며 仲裁人이 仲裁受諾을 거부하는 문제가 있다. 仲裁人은 特定産業이나 技術分野에서 특수한 지식과 실무에 능통한 사람들이나 상당수는 전문적인 法學教育 또는 法律事務의 訓練機會를 갖지 못한 사람들이다. 그럼에도 法的 判斷과 理由記載를 행하여야 한다면 과중한 부담이 된다. 이런 이유로 仲裁受諾을 기피하는 경우도 없지 않다고⁷⁸⁾ 한다. 仲裁人의 良識과 專門的 識見에 따라 판정하는 仲裁制度의 특질에 합당한 유능한 仲裁人을 다수 확보하고 仲裁制度의 運用을 원활하게 하는 측면에서 理由記載의 부담을

73) 韓柱燮, "우리나라 상사중재제도의 국제성 증진에 관한 연구" 청곡 문병집박사 화갑기념 한국경제 및 기업경영의 제문제, 1988, 501면. 또 金智洙, 전게서, 64~65면.

74) Kenji Tashiro, "Quest for a Rational and proper Method for the publication of Arbitral Awards", J. of International Arbitration, pp.102~104.

75) 申漢東, 상사중재실무, 신영사, 1993, 102~111면 고재경·서정일, 국제상사중재론, 동성사, 1990, 12면 ; 鄭冀人, 상사중재론, 무역경영사, 1984, 51~54면 ; 高潯煥, 국제상사중재론, 법문사, 1980, 32~33면.

76) 우리나라에서 이에 관한 논의는 申漢東, 전게서, 103면이하.

77) George T. Yates III, "Arbitration or Court Litigation for Private International Dispute Resolution : The Lessor of Two Evils", Thomas E. Carbonneau ed., Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, The Univ. press of Virginia, 1984, pp.227~228.

78) 金光洙, "우리나라 상사중재의 현황과 문제점", 인권과 정의, 1994년 7월호, 34면.

줄이자고 한다.

셋째, 理由記載는 仲裁判定에 대한 信賴感을 손상한다고 주장된다. 仲裁判定은 法的 判斷의 엄격함과 상치할 수 있으며 理由記載는 오히려 判定에 대한 當事者의 不服과 仲裁制度에 대한 불신을 조장할 수 있다는 것이다.

넷째, 오늘날 仲裁分野의 다양함이나 취급건수로 보아 가히 중재왕국이라 할 미국에서 理由不記載가 一般化되어 있다는 점을 들어 理由不記載는 仲裁制度의 성패에 크게 장애가 되지 않는다는 것이다. 또한 UNCITRAL을 비롯한 여러 입법이 理由記載를 요구한다고 하나 UNCITRAL模範法の 채택여부는 각국의 사정에 따라 문제이며, 理由記載를 요구하는 국가간에도 理由不記載에 대한 救濟方法이 일치하지 않는 것도 理由記載를 요구하는 근거를 약화시킨다고 한다.

다섯째, 仲裁節次上 理由記載 요부에 대해 당사자가 합의에 이르지 못하면 仲裁節次가 지연되므로 자신없는 紛爭當事者는 고의로 절차를 遲延코자 한다는 점도⁷⁹⁾ 지적된다(우리 대외무역법 제46조, 제69조, 동법시행령 제83조 참조).

여섯째, 후술하는 바와 같이 理由記載는 公序問題가 아니라는 것이다.

3. 關聯問題

1) 理由記載와 公序

일반적으로 公序에는 한 국가의 '道德과 正義에 관한 가장 基礎的인 概念'들이 포함되고 있다. 그러기에 外國仲裁判定의 承認 및 執行에 관한 協約 즉 1958년의 뉴욕협약 제 5 조 2항(b)도 공서에 반하는 仲裁判定에 대한 承認과 執行을 거부할 수 있도록 규정하고 있다. 한편으로 각국은 仲裁에 대하여도 '節次의 公正性을 보장하는 基本的인 規範'들이 적용되기를 바란다. 이는 仲裁制度가 한 국가의 법질서의 한부분인만큼 당연한 것이다. 그러나 이는 두가지 문제를 발생시킨다. 첫째, 중재절차는 그 나라의 legal system의 일부이긴 하지만 그것을 訴訟節次의 일부로 간주할 때는 當事者自治가 크게 제한받게 된다. 둘째, 仲裁節次에 대한 制限과 規制가 外國의 그것과 저촉함으로써 國際仲裁判定의 執行에 곤란을 가져온다는 점이다. 즉 한 국가의 仲裁制度와 다른 나라의 仲裁制度와 節次上 또는 形式上 합치하지 않을 경우 仲裁判定에 적용된 實體法の 내용 못지 않게 仲裁判定에 이르기까지의 과정에 대한 節次法 또한 公序의 문제를 제기할 수 있다. 이를 本稿의 주제에 한정하여 말한다면 어떤 국가의 仲裁判定이 그 국가의 국내법이 정한바나 仲裁實務慣行에 따라 理由記載없이 判定된 경우 다른 나라에서 公序違反을 이유로 判定의 承認 및 執行이 拒否될

79) Carbonneau, 전제 주 12의 p.600.

것인가가 문제된다. 만일 理由不記載를 이유로 仲裁判定의 承認 및 執行이 거부된다면 仲裁判定上의 理由不記載는 公序의 한 내용이 되는 셈이고 각국의 立法 및 實務는 반드시 이유를 부치는 방향을 지향할 것이다⁸⁰⁾. 일반적으로 節次法上의 公序問題에 관해 각국 법원은 「國際」商事仲裁判定이 자국이 보장하고자 하는 최소한의 기본적인 절차를 무시하는 것인 경우만 公序違反인 것으로 국한하여 公序問題를 보고 있다⁸¹⁾. 商事仲裁에 관한 國際公序(international public policy)가⁸²⁾ 國內公序(domestic public policy)보다 훨씬 제한된다는 것은 절차법분야에서도 일반적으로 인정되고 있는 것이다. 더구나 仲裁判定上 理由記載의 결여를 公序問題로는 다루지 않고 있다. 이런 사례는 理由記載를 요구하지 않는 英美와 理由記載를 요구하는 다른 대다수 국가 사이에 理由記載없는 仲裁判定의 執行을 위한 재판에서 제기되어 왔다.

실례를 보자

런던의 곡물 및 사료거래협회(GAFTA)규칙이 적용되어 理由記載없이 내려진 仲裁判定의 執行이 문제된 1976년 사건에서⁸³⁾ 이탈리아 플로렌스항소법원은 영국법이 理由記載없는 仲裁判定을 허용하는 점과 뉴욕협약 자체도 理由記載를 요구하지 않는 점을 지적하였고 이태리 訴訟法上 주요한 것이라고 하여 그것을 외국의 입법자나 사법기관에도 강요할 수는 없는 것이라고 밝혔다. 1977년의 유사한 사건에서 同法院은 美國仲裁協會(AAA)의 理由記載없는 仲裁判定을 승인하였다. 1980년 이태리 제노바항소법원⁸⁴⁾ 당사자가 理由不記載에 대하여 事前合意한 때에 理由記載없이 내려진 외국의 仲裁判定을 승인하는 것은 더 이상 이태리의 公序에 반하는 것이 아니라고 하였다. 이와같은 견해는 영국의 仲裁判定에 대한 프랑스법원⁸⁵⁾의 입장과는 같으며, 독일과 인도⁸⁶⁾에서도 같은 취지의 결론에 이르고 있다.

요컨대 UNCITRAL의 모델법 및 대다수 국가의 입법이 仲裁判定에 理由記載를 요구하고 있음에도 불구하고 理由不記載가 公序에 반한다는 이유로 외국에서 仲裁判定의 承認이 거부된 사례는 없으며 앞으로도 이것이 公序의 문제로 다루어질 가능성은 없다고 생각한다⁸⁷⁾. 이와같은 결론은

80) 한편 이유기제가 공서에 반한다는 것은 생각할 수 없다.

81) Stephen M. Schwebel and Susan G. Lahne, "Public Policy and Arbitral Procedure", Pieter Sanders ed., ICCA Congress Series No. 3. Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, pp.208f ; Hornick, op. cit., pp.576-577.

82) 국제공서개념을 채용한 판례로 大判 1990. 4. 선고 89다카 20252 판결.

83) S.A.Tradax Export v. S.p.a. Carapelli.

84) Efxinos Shipping Co. Ltd. v. Rawishipping Lines Ltd.

85) Denis Coakley Ltd. v Ste. Michel Reverdy(1981).

86) European Grain & Shipping Ltd. v. Seth Oil Mills Ltd.(1983)

87) Knoepfler & Schweizer, op. cit., p.166 ; 金洪奎, "韓國仲裁現狀 - 國際商事仲裁を中心として - " 청록 윤익수교수화갑기념 현대법학의 제문제, 관동대출판부, 1993, 354면.

우리나라에서도 같다⁸⁸⁾. 1958년의 뉴욕협약도 理由記載問題를 다루지 않고 있다.

2) 國際仲裁의 特殊性

우리나라의 경우 國際仲裁에 관한 별도 입법이 없는 것은 물론 仲裁法案에 별도 규정을 두고 있지 않다. 그러나 國際仲裁의 活性化를 위하여 國際仲裁의 特性을 고려한 별도 입법을 하거나 규정을 들 필요성에 대하여 검토할 시점에 왔다고 본다. 만일 현재의 仲裁法體系를 유지하고자 한다면 급한대로 仲裁法案에 國際商事仲裁에 관한 특칙을 두되⁸⁹⁾ 장기적으로는 國際仲裁에 관한 單行法の 제정도 구상될 수 있을 것이다⁹⁰⁾. UNCITRAL도 模範法을 각국에서 特別法(lex specialis)으로 채택하여 줄 것을 희망하고 있는 것으로 보이며⁹¹⁾ 模範法實務作業所最終案에 대한 우리 법무부의 검토의견도⁹²⁾ 이를 수긍한바 있다. 모델법을 각국의 사정을 감안하여 國內法에 용해시키는 것도 한 방법이지만 규제대상의 차이를 고려하여 별도 입법을 할 수 있을 것이며 이는 國際商事仲裁의 內國節次法으로부터의 離脫 또는 脫國家化에⁹³⁾ 진전을 이룰 수 있을 것이다. 이때에는 가능한한 모델법을 반영하게 될 것이고 理由記載에 관한 논쟁도 國際商事仲裁에 관한한 결론이 날 것이다.

3) 仲裁人訓練과 倫理性的의 確保

理由記載를 반대하는 중요한 논거중의 하나가 理由記載가 訴訟에의 호소를 촉발한다는 점과, 전문분야에는 능통한 자가 法律的 素養이 부족하여 理由記載에 예로가 있다는 이유로 仲裁受諾을 回避하는 경우가 있다는 점이다. 仲裁가 依頼人과 法院 양측으로부터 신뢰받기 위하여는 장단기 대책이 수립되어야 할 일이다.

단기적으로는 著作權審議調停委員會 調停部처럼 조정위원회 반드시 법률전문가를 포함시킬것을

94) 仲裁院規則로 정하는 것이 좋을 것이다. 이 경우에는 법률가의 의견이 다른 전문가의 입장

88) 金相浩, " 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 연구 - 뉴욕협약의 적용사례를 중심으로(V I) " 중재 1989년 2월호, 24면.

89) 1981년 개정프랑스민소법과 이에 고무되어 1986년 개정된 네덜란드민소법은 국제중재에 관한 조항을 신설하였다. Sanders, op. cit., pp.27-28, pp.38-39.

90) 분리입법론에 대하여는 張文哲, " 재판에 의하지 않은 분쟁해결방식(ADR) - 우리나라상사중재제도를 중심으로 ", 인권과 정의 1994년 7월호, 20~22면.

91) Dore, op. cit., p.90.

92) 법무자료 제 67집, UN국제상거래위원회 자료집, 법무부, 1986, 508면.

93) 그 필요성에 대하여는 宋相現, " 국제상사중재에 적용될 절차법에 관한 일고 - UNCITRAL Model Law의 규정과 관련하여 - ", 죽당 김상원선생·공우 윤일영선생화갑기념 민사재판의제문제, 민사실무연구회, 1993, 454면.

94) 저작권법 제 83 조, 보험업법 제 197조의 3. 또 언론중재위원회중재부구성에 관한 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제 18 조 2항 참조.

을 훼손하지 않도록 운영될 필요가 있다. 다만 1人仲裁, 迅速節次, 當事者が 法律家を 仲裁人으로서 선임하지 않는 경우의 문제는 여전히 남는다.

장기적으로는 고매한 인격과 뛰어난 전문지식을 지닌 仲裁人을 발굴·교육하며 仲裁人의 道德性과 中立性을 법적으로 보장하고 經濟的으로 지원하면서 그에 상응한 責任도 물을 수 있어야 할 것이다. 仲裁人教育과 地位保障은 仲裁의 信賴性提高라는 측면에서 매우 중요하다. Caldwell이⁹⁵⁾ “仲裁人은 독특하다”고 말한 것은 仲裁人職務의 특수성때문에 유능한 仲裁人을 확보하고 교육하는 일이 얼마나 어려운 일인가를 함축한다. 그간 大韓商事仲裁院은 중재에 관한 연구를 지원하고 仲裁誌를 비롯한 각종 문헌을 간행하며 각종매체를 통하여 仲裁制度를 알림으로써 制度定着과 發展을 위한 역할을 거의 도맡아 해냈다. 이에 더하여 본격적인 國際商事仲裁時代의 수요에 응할 專門的 職業仲裁人 確保에도 遠慮를 아끼지 말아야 할 것이다. 이와같은 관점에서 런던대학 퀸메리 칼리지 商事法研究所에 다양한 學制와 프로그램을 구비하고 1985년 출범한 The School of International Arbitration을⁹⁶⁾ 주목할만 하다.

아울러 紛爭當事者의 승복을 유도하고 법원을 하이금 관여를 자제토록 하는데 「理由記載」보다 중요한 것은 근본적으로 仲裁人에 대한 信賴感을 쌓는 일이다. 즉 中立과 公平이라는 두가지 특질을 내포한 仲裁人의 獨立性을 보장하고⁹⁷⁾ 특히 당사자가 선정한 仲裁人의 윤리성을 확보할 것이 요구된다. 그런면에서 仲裁人의 行動準則을 보다 細部的으로 설정하는 것도 필요할 것이다⁹⁸⁾.

IV. 仲裁法上 「理由記載」部分의 改正問題

최근 우리나라 仲裁法의 개정논의와 관련하여 理由記載部分의 改正問題를 언급하고자 한다. 이에 관한 논의는 두부분으로 나뉘는데 첫째 理由記載를 요하는 현행법의 규정을 개정하자는 것과

95) Peter S. Caldwell, "The Training of Arbitrators and Quality Assurance of Arbitration", 9 J. of International Arbitration, 99(1992).

96) Roy Goode, "The School of International Arbitration: aspirations and Objects", Julian D.M.Lew ed., Contemporary Problems in International Arbitration Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp.14ff. 그밖의 중재인 훈련 프로그램과 상사중재진공 석사과정 운영에 대하여 Caldwell, op. cit., pp.101-102.

97) Giorgio Bernini, "The Ethical Implications of the Arbitral Functions. Standards of Behaviour of Arbitrators", 田代健二譯, 小島武司編, 各國仲裁の法とフラクテイス, 中央大學出版部, 1992, 104~106頁.

98) 상세한 것은 M.Scott Donahay, "The Independence and Neutrality of Arbitrators", 9 J. of International Arbitration 33ff(1992), William O'Malley Forbes, "Rules of Ethics for Arbitrators and their Application and their Application", 9 J. of International Arbitration 5ff(1992).

둘째 理由不記載時의 救濟節次를 조정하자는 것이다.

첫번째 문제에 관하여는 현행법의 維持論과⁹⁹⁾ 改正論이¹⁰⁰⁾ 각기 개진되어 있다. 둘째 문제에 대하여는 대체로 우리 학계와 실무계의 의견이 개정쪽으로 모아지고 있다¹⁰¹⁾.

생각컨대 앞서 소개한 立法例와 찬반논쟁에서 알 수 있듯이 仲裁判定에 이유를 붙여야할 論理的必然性은 없다. 仲裁契約自體가 仲裁判定에 적정한 이유가 있음을 조건으로 하는 것은 아니기 때문이다. 여기서 理由記載與否는 당사자의 意思가 존중될 필요가 있다. 이런 점에서 4인시안이 當事者自治의 여지를 둔 것은 좋다고 생각한다. 그러나 當事者의 다른 約定이 없는 한 이유를 기재한다는 현행법과, 당사자의 合意가 있어야 이유를 기재한다는 試案과는 큰 차이가 있는 것이고 理由不記載를 유도하는 정책적 의도가 명백히 포함되어 있다.

理由記載에 관한 각국의 立法例와 논쟁을 보면 4인시안은 지나치게 仲裁人確保問題를 염두에 둔 것이 아닌가 생각된다. 연혁적으로 중재기재를 요구하는 것은 仲裁判定에 法規를 적용할 것을 요구하는 생각과 연결되어 있었지만 오늘날에는 當事者에게 판정에 이르게된 經過를 납득시키고 仲裁判定의 豫測可能性을 높이며 仲裁人의 誠意를 촉구한다는 의미가 강하다. 더구나 현행 仲裁法 제 13 조는 이유의 「要旨」의 기재를 요구하므로 그자체 이미 本案에 대한 司法審査로부터 멀어져 있다고 할 수 있다. 또 당사자의 합의에 의해 理由記載를 배제하면 당연히 理由不記載를 이유로 仲裁判定取消의 訴도 提起할 수 없는 것인바 이점을 仲裁法은 확인하고 있기도 하다(제 13 조 2 항). 현행법상 규정을 유지할 때 理由不記載 특히 判斷遺脫을 이유로한 取消訴訟이 濫用될 우려도 물론 있으나 紛爭當事者들에게 법원의 입장이 확고히 弘報되면 濫訴는 자제될 것이라 생각한다. 현행법을 유지함으로써 仲裁人의 성의를 촉구할 수 있고 세계적 경향에도 부합하며, 仲裁受諾忌避問題는 「理由記載」問題로 해결할 것이 아니라 仲裁判定部의 技術的인 구성과 장기적인 仲裁人確保와 訓練의 問題에 맡겨야 할 것이다. 여기서 앞으로의 개정안에서는 仲裁人의 倫理性과 公定性·獨立性 確保와 責任問題, 少數意見의 記載問題, 仲裁判定의 公開와 프라이버시문제, 仲裁費用 現實化問題 등에 대한 논의가 있었으면 한다. 아울러 사소한 문제이겠으나 仲裁法 제 11조 3항의 仲裁判定에 이유의 「要旨」를 기재토록 요구하면서 제 13 조 1항 4호는 「理由」를 붙이지 아니한 것을 仲裁判定取消事由로 하고 있어 일치하지 않는 점도 조정하고 제 13 조 1항 4호와 5호와의 관계도 정비되었으면 한다.

한편 현행 仲裁法이 判斷遺脫을¹⁰²⁾ 仲裁判定取消事由 및 執行判決後의 仲裁判定取消事由로 하는

99) 李光範, “중재판정취소사유로서의 이유불비·판단유탈”, 민사판례연구(XIII), 1991, 319면.

100) 金洪奎, 鄭冀人, 鄭圭相, 李康斌, “중재법개정시안 및 해설” 중재학회지 제2권 한국중재학회, 1992, 10면, 36~38면(편의상 「4인의견」으로 칭함).

101) 상계논문, 41-42면.

102) 판단유탈과 추가판정사유로서의 판정유탈에 대한 구별은 金洪奎, 민사소송법, 삼영사, 1994, 372면

것은 문제가 있다고 본다. 이에 대해 지금까지 지적된 바를 모아보면¹⁰³⁾ ①訴訟과 仲裁의 본질적 차이 예컨대 소송은 철저한 處分權·義와 當事者辯論主義를 기초로 法官의 釋明權과 職權調査權 및 當事者의 責問權을 인정함으로써 判斷遺脫을 막을 제도적 장치가 되어 있으나 중재는 그렇지 못한 점을 감안할 때 판단유탈은 仲裁判定取消事由가 될 수 없다. ②立法例上 찾아보기 힘들다. ③절대적 上告理由로 되어 있는 理由不記載에는 判斷遺脫이 포함된다고 보는 것이 통설인만큼 이를 별도로 규정할 필요가 없다. 또 舊訴訟物理論을 취하면 理由不備를 이유로 仲裁判定의 取消를 주장하였다가 패소한 뒤 다시 判斷遺脫을 이유로 취소주장을 함으로써 소송경제적으로 불합리하다. ④仲裁法上 理由不備의 경우에는 당사자간의 합의로 仲裁取消의 訴를 제기할 수 없도록 함으로서 사법적 심사를 배제하여 중재의 의의를 살릴 여지가 있으나¹⁰⁴⁾ 判斷遺脫의 경우는 당사자의 합의에 좌우되지 않으며, 理由不備의 경우에는 執行判決 후에는 仲裁判定取消의 訴를 제기할 수 없으나 判斷遺脫의 경우에는 이와같은 규정이 없다는 것도 仲裁判定의 終局性을 저해하는 것이라 할 것이다. ⑤현행 仲裁法上 法院의 確定判決로 취소된 때의 처리방법에 대한 규정이 없으며 취소판결확정후 節次續行與否에 대한 문제를 제기한다. ⑥仲裁判定에 대한 법원의 심사로 判定의 執行이 장기간 불가능하며 인플레이션 등을 감안할때 결과적으로 判定價額이 감소하며 추가적인 소송비용의 부담, 公開法廷에서의 진행으로 인한 營業秘密의 漏洩可能性등 문제의 소지가 있다¹⁰⁵⁾.

한편 위의 削除論에 대하여는 이를 理由不記載까지도 仲裁判定取消事由에서 빼자는 것으로 이해하여 반대하는 입장이 있다고 한다. 또 單審制인 仲裁判定에서 판단유탈로 인한 당사자의 불측의 손해를 구제할 필요성이 강조될 수도 있다.

생각컨대 仲裁은 어느정도 法院의 訴訟과는 다른 특성을 지니며 거기에 仲裁制度의 장점이 있다고 할 수 있다. 물론 중재라하여 전적으로 법원의 援助나 後見이 배제될 수는 없는 것이나 가능한한 국가 司法機關의 관여로부터 이탈하려하며 법원도 개입을 자제하는 것이 세계적인 추세이기도 하다. 더구나 仲裁判定·執行判決이 있는 후에까지 判斷遺脫을 가지고 다투는 것은 정당하

참조, 金智洙교수는 이를 깊은 것으로 파악하는 듯 하며 UNCITRAL의 추가판정제도에 긍정적이다. 金智洙, 전게서, 67~69면.

103) 金洪奎, "판단유탈이나 이유불기재를 이유로 하는 중재판정취소판결을 둘러싼 문제의 검토: 법률연구 제 3 집, 연세대, 1983, 357~361면. 李光範, 전개논문, 320면; 林源, "중재판정에 대한 대법원 판결(하)", 중재 1981년 3월호 41면. 金光洙, 전개논문, 34면; 張大泳·高錫尹, 현행 중재법상 제삼사유에 대한 문제점, 대한상사중재협회, 1980, 9~10면. 高潑煥, 전게서, 314면; 禹盛九, "UNCITRAL 표준국제상사법의 적용에 관한 연구(VI)", 중재 1990년 11월호 15~16면; 대한상사중재원조사연구반, "우리나라 중재법과 UNCITRAL표준 국제상사중재 및 주요선진국중재법과의 비교연구", 중재학회지 제 1 권, 한국중재학회, 1991, 273면.

104) 이런 관점에서 이유기재를 요하지 않는다는 당사자간 합의는 중재판정이 내려진 후 이루어져도 유효하다. 金洪奎, 전개논문, 349면.

105) 고재경·서정일, 전게서, 139면.

다고 할 수 없다. 또한 판단유탈을 仲裁判定取消事由와 再審事由에서 제외하는 것은 理由不記載를 당연히 전제로 하는 것은 아니다. 이런 여러점을 감안하여 削除論을 지지한다.

문제는 仲裁法 제 13조 1항 4호후단의 '仲裁判定에 이유를 붙이지 아니한 경우'와 동조 제 5항의 '判斷遺脫' 조항이 法條文의 文言과 위치상으로는 별개이지만 그 立法趣旨와 그 실질적으로 의미하는 바가 같다고 보는 것이 통설이라는 점이다. 즉 판단유탈을 '仲裁判定에 이유를 붙이지 아니한 때'의 補充 내지는 解釋規定이라고 본다면 판단유탈을 仲裁判定取消事由중에서 삭제하는 주장은 理由不記載도 함께 삭제하여야 논리상 맞다는 것이다.

위의 설명은 일면 수긍이 가지만 실질적으로 이것이 仲裁判定에 이유를 붙이지 말자는 주장으로 연결되는 것은 곤란하다고 생각한다. 기술한 바와같이 理由記載는 필요하다고 생각한다.

필자의 短見으로는 현재 理由記載에 대한 大法院의 입장을 파악함으로써 이 문제에 대한 해결점을 찾을 수 있지 않을까 생각한다. 주지하듯이 우리 大法院은 당사자간에 이유를 요하지 않는다고 함의를 하였을 때에는 仲裁取消의 訴를 제기할 수 없다는 規定(仲裁法 제 13 조 2항)과의 均衡上 理由記載를 거의 형식적으로 곧 仲裁節次의 公正性確保次元에서 仲裁判定에 理由의 說示가 있는 이상 그 당부를 문제삼지 않고 있다¹⁰⁶⁾. 이와같은 大法院의 입장이 유지된다면 理由記載와 判斷遺脫을 때어서 취급할 수 있다고 생각한다. 즉 仲裁判定에 理由記載가 전혀 없거나 不明瞭한 때에는 仲裁判定의 取消事由로 삼아 仲裁判定에 理由記載를 붙이도록 하는 법의 취지를 살리면서, 判斷遺脫만을 仲裁取消事由에서 삭제함으로써 濫訴를 방지하며 民訴法上 再審事由를 축소하여 仲裁法에 반영하여야 한다는 실무계의 요청에도 어느 정도 응하는 것이 되리라 생각한다. 한편 4인 시안에는 당사자가 이유의 기재를 요한다고 함의한 경우에만 이유를 붙이도록 되어 있으나, 만일 이때에 이유가 기재되지 않은 것에 대하여는 어떻게 처리할 것인지 명확하지 않은 것 같다(시안 제 28 조 참조).

V. 結 語

理由記載問題의 취급은 각국에 따라 다르지만 적어도 國際商事仲裁에 관한 어느 정도의 합의가 이루어졌다고 생각한다. 立法例와 理由記載의 必要性을 둘러싼 찬반 양론은 본문에서 소개한 바와 같으며 필자의 생각은 지면관계상 제차 요약하지 않는다. 문제는 향후 우리 仲裁法의 개정에서 理由記載 問題는 그것만 때어서 다룰 것이 아니라 관련된 문제들을 전반적으로 다룸으로써 仲裁法의 先進化가 이루어지길 기대한다.

106) 대판 88 다카 183, 184 참조.