

발표논문

## 仲裁鑑定契約의 意義 및 法的 性質\*

강 수 미 \*\*

### 〈목 차〉

- I. 序 論
- II. 仲裁鑑定契約의 意義 및 類型
- III. 仲裁鑑定契約의 法的 性質
- IV. 맺음말

\* 이 논문은 2002년도 상반기 정기학술대회 발표논문임

\*\* 법학박사

## I. 序 論

중재감정계약에 관하여 실정법상 명문규정은 없지만, 계약자유의 원칙상 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 사항을 그 대상으로 하는 한 중재감정계약을 체결할 수 있다고 보아야 한다. 그런데 중재감정계약을 개념정의함에 있어서는 권리 내지 법률관계의 전제가 되는 사실관계의 확정 또는 기존의 권리 내지 법률관계의 내용에 관한 해명(確認的 仲裁鑑定)을 전문가인 제3자에게 맡기고 그 제3자의 판단에 복종하기로 하는 당사자간의 합의만을 중재감정계약이라고 할 것인가, 아니면 권리 내지 법률관계의 전제가 되는 사실관계의 확정 또는 기존의 권리 내지 법률관계의 내용에 관한 해명 뿐만 아니라 권리 내지 법률관계의 보충 또는 변경(權利形成的 仲裁鑑定)을 전문가인 제3자에게 맡기고 그 제3자의 판단에 복종하기로 하는 당사자간의 합의도 중재감정계약의 범주에 포함시킬 것인가에 관하여 견해의 대립이 있다.

중재감정인의 판단은 중재감정계약의 당사자를 구속할 뿐만 아니라, 중재감정의 대상이 된 일정한 사실을 기초로 하여 이루어진 권리 내지 법률관계에 관한 법적 분쟁에 관하여 재판하는 법관도 구속하므로, 중재감정은 법적 분쟁에 관한 소송예방적 효과가 크다. 또한 중재감정이 분쟁의 중요쟁점에 관하여 행해진 경우에 이는 사실상의 분쟁 해결기능을 가짐으로써 법원의 부담경감에도 도움이 된다. 중재감정계약이 위와 같이 여러 범영역에서 분쟁해결수단 또는 분쟁예방수단으로서 중요한 기능을 담당하고 있다는 점을 고려한다면, 중재감정계약의 개념에 관하여 법률상 명문으로 정의함과 아울러 그 성질에 반하지 아니하는 한 중재법규정을 중재감정계약에도 적용할 수 있다고 규

정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

권리형성적 중재감정계약을 실체법상의 계약으로 보는 데는 견해의 대립이 없다. 그러나 확인적 중재감정계약의 법적 성질과 관련해서는 실체법설과 소송법설이 첨예하게 대립한바 있지만, 이와 같은 法的性質決定論은 확인적 중재감정의 효과와 절차상의 기본원칙의 적용가능성 등의 문제를 검토함에 있어서 일정한 한계에 봉착하게 된다. 따라서 비생산적인 법적 성질론의 규명에 집착할 것이 아니라, 중재감정의 주된 기능이 무엇이며, 訴訟節次上的 基本原則(仲裁鑑定人の中立性, 當事者에 대한 法的審問權의 保障 등)을 중재감정절차에도 적용 내지 유추적용할 수 있는가의 여부 및 중재절차에 관한 중재법규정을 중재감정절차에 어느 정도 적용 내지 유추적용할 수 있는가에 관하여 논의의 초점을 맞추어야 한다.

본고에서는 실정법상 명문규정 없는 중재감정계약에 관하여 어떻게 개념정의할 것인가에 관하여 살펴보고, 중재감정계약의 법적 성질에 관한 논의과정을 검토해 봄으로써 중재감정제도를 보다 적극적으로 활용할 수 있는 방안을 모색해 보고자 한다.

## II. 仲裁鑑定契約의 意義 및 類型

### 1. 仲裁鑑定契約의 意義

현행 실정법상 명문규정이 없는 중재감정계약의 법적 성질을 살펴 보기에 앞서 중재감정계약에 관한 개념정의가 선행되어야 할 것인바, 당사자가 권리 내지 법률관계의 전제가 되는 사실의 확정 또는 권리

내지 법률관계의 내용에 관한 해명이나 권리 내지 법률관계의 보충 또는 변경을 제3자의 판단에 일임하고 그 제3자의 판단에 따를 것을 내용으로 하는 당사자간의 합의를 仲裁鑑定契約이라고 할 수 있으며, 이러한 제3자의 판단을 仲裁鑑定, 그 제3자를 仲裁鑑定人라고 할 수 있다.

이와 같이 개념정의할 수 있는 중재감정계약은 중재감정결과가 당사자간의 법률관계에 미치는 효력에 따라 이를 權利形成的 仲裁鑑定契約과 確認的 仲裁鑑定契約으로 분류할 수 있다. 권리 내지 법률관계의 내용의 보충 또는 변경을 중재감정인에게 맡기는 권리형성적 중재감정계약에 의해 중재감정인은 당사자의 의사를 보충하고 법률관계를 형성하는 임무를 수행하게 되고, 이러한 중재감정은 당사자간의 권리의무를 형성하는 효력을 가지는데 대하여, 권리 내지 법률관계 존부판단의 전제가 되는 일정한 사실의 확정 또는 기존의 권리 내지 법률관계의 내용에 관한 해명을 중재감정인에게 맡기는 확인적 중재감정계약에 의해 중재감정인은 이미 확정되어 있는 계약내용의 불분명한 부분을 명확하게 하는 임무를 수행하게 되고, 이러한 중재감정은 당사자가 주장하는 법률관계의 존부를 판단함에 있어서 그 전제가 되는 요건사실이나 법률적 상황을 확인하는 효력을 갖는다.

중재감정계약에 관한 개념을 정의함에 있어 권리형성적 중재감정계약과 확인적 중재감정계약의 위와 같은 차이점과 관련하여 확인적 중재감정계약만을 고유한 의미의 중재감정계약이라고 할 수 있으며, 권리형성적 중재감정계약을 중재감정계약의 개념에서 제외시키는 것이 중재감정계약과 다른 법제도의 구별을 명확하게 할 뿐만 아니라 중재감정(중재형식에 의한 감정)이라는 어의에도 충실한 이론구성이 될 것이므로, 제3자로 하여금 사실관계에 관한 다툼에 관하여 감정하도록

하여 그 결과에 복종할 것을 내용으로 하는 당사자간의 합의만을 중재감정계약이라고 할 수 있으며, 제3자가 계약내용을 보충하거나 변경하는 유형에 관하여는 ‘계약의 보충 및 적용’이라는 표현을 사용하여야 한다는 견해<sup>1)</sup>도 주장되고 있다.

확인적 중재감정계약 뿐만 아니라 권리형성적 중재감정계약도 중재감정계약의 범주에 포함시킬 경우 이에 관한 법적 논의가 복잡하게 될 염려가 있지만, 후술하는 바와 같이 중재감정계약의 法的性質決定論에 관한 비중이 약화되고 있는 현실과 양자 모두 당사자의 합의에 근거하여 분쟁을 자발적으로 해결하거나 예방하는 기능을 담당하고 있는 점에 비추어 볼 때 중재감정계약에 관하여 넓게 개념정의하는 것이 바람직하다고 본다.

중재감정계약에 근거하여 이루어진 중재감정은 중재감정계약 당사자를 구속할 뿐 아니라 중재감정의 대상이 된 일정한 사실을 기초로 하는 법률관계에 관하여 재판하는 법관도 구속하므로 중재감정계약은 법적 분쟁에 관한 소송을 예방하는 기능을 담당하기도 하고, 중재감정이 당사자간의 중요쟁점을 그 대상으로 하는 경우에는 사실상 분쟁을 해결하는 기능을 담당함으로써 법원의 부담을 경감시켜 줄 수 있다.

중재감정의 기능, 중재감정인의 임무의 성질이나 범위 등을 고려해 볼 때 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 사항을 중재감정의 대상으로 하는 한 계약자유의 원칙상 중재감정계약을 체결할 수 있다고 보아야 할 것이다. 중재감정결과에 법관이 구속된다고 하더라도 이는 當事者主義에 근거하여 허용되는 범위내의 제한이라고 할 수 있다.

1) ハーブシャイド(吉野正三郎 譯), “紛争の解決及び豫防の手段としての仲裁鑑定 - 比較法的研究”, 『民事訴訟雑誌』第29號, 149面.

## 2. 仲裁鑑定契約의 類型<sup>2)</sup>

중재감정계약은 현대사회에서 유용한 법현상으로서 중재감정계약을 이용하는 각. 나라의 연혁적·사회적 배경에 따라 그 운용실태가 다양하기 때문에 중재감정에 관한 법적 문제를 검토하기에 앞서 중재감정계약에 포함될 수 있는 각종 유형들을 살펴보는 것이 필요하다고 생각한다.

중재감정계약을 분류함에 있어서 학자들간에 다소의 차이는 있지만,<sup>3)</sup> 현재 독일의 학설·판례는 仲裁鑑定人の 任務에 따라 仲裁鑑定契約을 분류하고 있다. 이렇게 유형화된 중재감정계약은 중재감정결과가 당사자간의 法律關係에 미치는 效果에 따라 權利形成的 仲裁鑑定契約과 確認的 仲裁鑑定契約으로 분류할 수도 있다.

2) 중재감정계약의 유형에 관하여는 金洪奎, “仲裁鑑定契約”, 「民事裁判의 諸問題(下) - 松泉李時潤博士 華中紀念論文集」(서울: 博英社, 1995), 155面 이하 참조.

3) 예를 들면 W. J. Habscheid, Das Schiedsgutachten, S. 789ff.에서는 ①양당사자가 계약의사를 보충할 것을 제3자에게 맡긴 경우, ②이행기 당시에 이미 존재하고 있지만 당사자에게는 인식되지 않은 권리내용을 명백하게 해 줄 것을 제3자에게 맡긴 경우, ③청구권의 사실상·법률상의 요건, 기타의 구성요건해당사항에 관한 존부확인을 제3자에게 맡긴 경우, ④권리내용의 변경에 관한 판단을 제3자에게 맡긴(경제사정의 변경이 있는 경우 이에 상응하는 권리내용의 변경을 인정한 계약에서 그 변경내용을 제3자의 판단에 맡긴) 경우로 구분하고, K. H. Schwab/G. Walter, Schiedsgerichtsbarkeit 4. Aufl. (München: C.H.Beck, 1990), Kap. 2. I. 2., S. 8f.에서는 ①재판의 기초가 되는 사실 또는 요건의 확인, ②급부의 내용의 지정, ③기존의 법률관계의 변경에 적용한 급부내용의 변경을 제3자의 판단에 맡긴 경우로 분류하고 있다.

가. 仲裁鑑定人の 任務에 따른 區別

구체적인 사건에 있어서 당사자 쌍방이 중재감정인에게 당사자의 의사를 보충하고 권리를 형성하는 임무를 부여하고 있는가, 아니면 계약 자체는 이미 확정되어 있지만 계약내용의 불분명한 부분을 명확하게 하는 임무를 부여하고 있는가에 따라서 廣義와 狹義의 중재감정계약으로 구별하여, 전자의 경우에는 契約補充的 仲裁鑑定契約과 權利變史的 仲裁鑑定契約이 포함되고, 후자의 경우에는 權利解明的 仲裁鑑定契約과 要件事實要素確認的 仲裁鑑定契約이 포함된다고 한다.

(1) 契約補充的 仲裁鑑定契約

[Der vertragsergänzende(rechtsbegründende; bestimmende) Schiedsgutachtenvertrag]

계약보충적 중재감정계약이란 계약체결 당시에 당사자가 결정할 수 없었던 사항에 관하여 제3자에게 그 확정을 맡기는 당사자간의 합의를 말한다. 이러한 합의는 契約自由의 原則上 許容된다. 매매계약을 체결하는 당사자가 그 賣買價格의 決定을 제3자의 판단에 맡기는 경우가 이러한 유형의 전형적인 예에 속한다. 특히 장기적·복합적 계약인 천연자원개발계약, 플랜트건설계약, 기술이전계약 등을 체결함에 있어서 장래에 관한 정보가 부족하기 때문에 장차 발생할 것이 예상되는 사정에 적응하는 방법만을 계약 중에서 정해 놓고 그 구체적인 내용에 관하여는 미정인 채로 보류하면서, 장차 계약의 흠결을 보충할 사정이 생기면 당사자가 그 보충에 관하여 당사자간에 합의가 이루어지지 아니할 경우 제3자의 판단에 의하여 보충할 것을 약정하는 경우(open계약)도 이에 해당된다.<sup>4)</sup>

우리 나라에는 이에 관한 명문규정이 없지만 독일의 경우에는 민법

제317조 내지 제319조5)에서 ‘제3자에 의한 給付의 確定’에 관하여 규정하고 있고, 프랑스에서는 민법 제1592조6)에 ‘제3자에 의한 價格의 決定(fixation du prix par un tiers)’<sup>7)</sup>이 규정되어 있으며, 스위스법도

4) 小山昇, “Adaptation of Contracts と 仲裁”, 小山昇著作集 第6卷 仲裁の研究 (東京: 信山社, 1991), 165면 이하.

5) 제317조[제3자에 의한 給付의 確定]

- ① 給付의 確定이 제3자에게 위임된 경우 의심스러운 때에는 公平한 裁判에 의하여 確定을 하여야 하는 것으로 한다.
- ② 수인의 제3자가 確定을 하여야 하는 경우 의심스러운 때에는 全원의 額을 요하며, 數額을 確定하여야 하는 경우 각자가 認정한 數額이 상이한 때에는 의심스러우면 平均額을 기준으로 한다.

제318조[確定의 取消]

- ① 제3자에게 委託된 給付의 確定은 契約당사자의 一방에 대한 意思表示로써 이를 행한다.
- ② 契約당사자는 錯誤·強迫 또는 詐欺로 인한 確定에 대한 取消權을 가지며, 取消의 相對方은 당사자의 상대방으로 한다. 취소는 취소권자가 取消 事由를 안 후 지체없이 이를 하여야 한다. 確定을 한 후 30년이 경과하면 取消을 할 수 없다.

제319조[確定의 無效, 確定의 代行]

- ① 제3자가 公平한 裁判에 의하여 確定을 하여야 하는 경우 確定이 明白하게 不公平한 때에는 그 確定은 契約당사자에 대하여 拘束力을 가지지 못한다. 이러한 경우 法院이 判決로써 確定한다. 또한 제3자가 確定할 수 없거나, 確定을 거부하거나 또는 確定을 태만히 하는 경우에도 위와 같다.
- ② 제3자가 임의로 確定하여야 하는 경우에 제3자가 確定할 수 없거나 確定을 거부하거나 또는 確定을 태만히 하면 契約은 無效로 된다.

6) 프랑스 민법 제1592조 : 매매대금의 決定을 제3자에게 맡길 수 있다. 그러나 제3자가 매매대금의 決定을 거부하거나 매매대금을 決定할 수 없는 경우에는 매매가 성립하지 않는다.

7) 프랑스 민법 제1592조에 규정되어 있는 제3자에 의한 가격의 決定 내지 確定은 鑑定(expertise)은 물론 仲裁判定과도 구별된다. 이 경우 제3자는 가격을 決定함으로써 契約체결을 실현할 것을 위탁받고 있다. 제3자의 판단이 내려지기 전에는 契約이 존재하지 않으므로 이 상태에서는 法律上의 問題에 관한 다툼이 존재하지 않는다. 당사자가 법률관계에 관한 다툼을 判決에 의하는 것과 동일하게 해결해 줄 것을 제3자에게 맡긴 경우에는 仲裁의 문



‘제3자에 의한 價格의 決定’을 규정하고 있고, 이탈리아 민법 제1349조<sup>8)</sup> 이하는 ‘arbitraggio’<sup>9)</sup>에 관하여 규정하고 있다.

(2) 權利變更的 仲裁鑑定契約

(Der rechtsabänderende Schiedsgutachten-vertrag)

繼續的 契約關係에 있는 당사자는 장래 경제상태가 변화된 경우 당사자간에 급부의 변경에 관하여 합의가 이루어지지 않으면 제3자가 契約內容을 適應 내지 修正한다는 취지의 합의를 할 수 있을 뿐만 아니라, 계약작용을 위한 전제요건, 예를 들면 經濟狀態의 顯著한 變化

제로 된다. 중재는 訴訟上의 制度인데 대하여, 감정 내지 제3자에 의한 가격의 확정은 實體法의 영역에 속하는 制度로 간주된다. 제3자에 의한 가격의 확정은 公然한 詐欺 또는 明白한 錯誤의 경우에만 取消될 수 있다.

8) 이탈리아 민법 제1349조[目的의 確定]

- ① 계약의 내용확정이 제3자에게 위탁되고 계약당사자가 그 확정을 제3자의 재량에 맡기고자 하는 의사를 가지고 있음이 명백하지 않은 경우에 그 제3자는 公平한 評價에 의하여 이를 확정하여야 한다. 제3자가 확정을 하지 않거나 그 확정결과에 明白한 不公平 또는 錯誤가 있는 때에는 법관이 그 확정을 한다.
- ② 제3자의 재량에 맡겨진 확정은 제3자의 악의가 입증되지 아니하는 한 제3자의 확정을 부정하지 못한다. 제3자가 확정을 하지 아니하고 계약당사자간에 합의가 성립하지 아니한 경우 당해 계약은 無效로 된다.

9) 이탈리아의 transazione(和解), arbitrato rituale(正式仲裁), arbitrato irrituale(非正式仲裁)는 법률관계가 이미 존재하는 경우에만 문제되는데 반하여, 이탈리아 민법 제1349조 이하에 규정된 arbitraggio(確定)는 당사자간의 법률관계가 아직 不完全할 것을 前提로 하고 있다. 確定은 계약당사자가 契約의 要素 중 계약체결시에 합의되지 않은 부분을 제3자의 判斷을 통해 補充할 것을 합의한 경우에 문제된다. 이러한 경우 法律關係는 아직 不完全하므로 이 상태에서는 법률상의 문제에 관한 다툼이 존재하지 않는다는 점에 그 특징이 있다. 확정은 법률상 명문규정이 있다는 점에서 非正式仲裁와 구별된다. 제3자의 임무는 계약의 요소를 양심에 따라 확정하여 契約를 補充하는 것이다. 제3자가 확정하지 아니하거나 확정의 결과에 明白한 不公平 또는 錯誤가 있는 경우에는 법관이 확정하여 계약을 보충한다(이탈리아 민법 제1349조 제1항 제2문).

가 실제로 발생하였는가의 여부에 관한 판단도 중재감정에 맡길 수 있는데, 이를 권리변경적 중재감정계약이라고 한다.

최근에는 계약의 이행에 장기간이 소요되는 國際投資契約의 분야에서 자연재해, 경제변화, 기술의 변화, 정치의 변화, 법률의 변화 등 계약체결당시에 당사자가 예견할 수 없었던 事情變更이 계약존속 중에 발생하더라도 당해 계약을 종료시키지 않고 새로운 상황에 契約을 適應시키기 위해서는, 계약당사자가 계약을 체결할 당시 미리 이러한 문제가 발생할 경우 당사자간에 합의가 성립되지 않으면 제3자의 판단에 의하여 문제를 해결하기로 약정해 둘 필요가 있다.<sup>10)</sup> 이러한 중재감정계약은 경제적 환경이 급격히 변화하는 현대사회에서 중재감정에 의한 迅速한 분쟁해결을 보장할 수 있다.

우리나라에는 이러한 중재감정계약에 관한 명문규정은 없지만, 契約自由의 原則 및 事情變更의 原則과 관련하여 볼 때 권리변경적 중재감정계약은 허용되어야 한다고 본다.

독일의 경우 연방법원이 이러한 유형의 계약조항의 해석·적용이 문제된 사건을 취급하는 사례가 증가하는 추세에 있다.<sup>11)</sup> 다수의 견해는 이러한 중재감정계약을 계약보충적 중재감정계약의 特殊한 형태로 파악<sup>12)</sup>하는데, 계약보충형과 권리변경형의 차이는 仲裁鑑定人の 任務에 있다고 한다. 단 그 법적 성질, 중재감정의 효력, 판단의 기준, 법

10) 小山 升, “Adaptation of Contractsと仲裁”, 前掲仲裁の研究, 165面.

11) W. Bulla, Schiedsgutachten Klauseln in Wertsicherungsabreden, BB 1976, S. 389.

12) W. J. Habscheid, a.a.O., S. 795; U. Kornblum, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit (München : 1968), S. 97; B. Rauscher, Das Schiedsgutachtenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelung der Praxis des Massenverkehrs, Dissertation (Frankfurt : 1969), S. 57; K. H. Schwab/G. Walter, a.a.O., Kap. 2. I. 3., S. 9ff.

원의 사후심사 등은 기본적으로 계약보충형에 준하여 취급하면 될 것이다.<sup>13)</sup>

당사자가 단지 계약의 적용 내지 수정에 관한 판단만을 제3자에게 맡긴 경우에도 제3자는 계약내용을 수정하기 위한 조건이 발생여부에 관하여 판단할 권한을 가지게 된다.

### (3) 權利解明的 仲裁鑑定契約

#### (Der rechtsklärende Schiedsgutachtenvertrag)

권리해명적 중재감정계약이란 전문가가 아니고는 발견할 수 없는 객관적으로 결정되어 있는 給付內容의 確認을 제3자에게 맡기는 당사자간의 합의를 말한다. 예를 들면 당사자간에 賣買契約을 체결하면서 매매대금을 적정한 금액으로 정하기로 하고 그 適正한 賣買代金を 전문가가 조사하여 확정하기로 합의한 경우, 貸貸借契約이나 都給契約 등을 체결하면서 전문가인 제3자가 適正한 貸貸料나 報酬를 조사하여 확정할 것을 합의한 경우, 消費貸借契約을 체결하면서 은행관련업무전문가인 제3자가 銀行去來業務에서 慣行的으로 적용되는 利率에 의하여 利率을 確定할 것을 합의한 경우 등이 이에 해당된다.

이에 관한 명문규정은 없지만 契約自由의 原則上 許容된다고 본다.

### (4) 要件事實要素確認的 仲裁鑑定契約

#### (Der Tatbestandselemente feststellende Schiedsgutachtenvertrag)

제3자가 계약의 내용자체를 확인하는 것이 아니라, 그의 전문지식을 이용하여 權利 또는 法律關係의 存否判斷의 前提가 되는 事實을 수

13) 豊田博昭, “ヴィットマン, 仲裁鑑定契約の構造と基本問題 - 世界の裁判外紛争處理制度(1) -”, 「比較法雜誌」第20卷 第1號(1986), 228, 229面.

집·확인할 것을 내용으로 하는 당사자간의 합의를 요건사실요소를 확인하는 중재감정계약이라고 한다. 예를 들면 회계감사의 전문가가 쌍무거래관계상의 잔고조사를 하면 이에 구속될 것을 당사자가 합의한 경우, 보험사고발생시 이에 관한 전문지식이 있는 제3자가 손해액 등을 조사하여 확정하면 이에 구속될 것을 당사자가 합의한 경우, 회사청산관련전문가가 회사청산시에 자산가액을 평가하면 이에 구속될 것을 당사자가 합의한 경우 등이 이에 해당된다.

우리나라의 경우 이에 관한 명문규정은 없지만, 계약자유의 원칙상 이러한 유형의 중재감정계약을 체결할 수 있다고 보아야 한다.

#### 나. 仲裁鑑定이 當事者間의 法律關係에 미치는 效果에 따른 區別

중재감정이 당사자간의 권리 또는 법률관계에 어떠한 효과를 미치는가에 따라서 權利形成的 仲裁鑑定契約과 確認的 仲裁鑑定契約으로 분류할 수 있다. 권리형성적 중재감정은 중재감정인의 감정에 의하여 當事者의 權利·義務를 形成·創造하는 效果를 發生시키는데 대하여, 확인적 중재감정은 당사자가 주장하는 법률관계의 준부판단의 前提가 되는 既存의 權利 내지 法律關係의 要件事實이 되는 要素 내지 法律的 狀況을 確認하는 效果를 발생시킨다.<sup>14)</sup>

##### (1) 權利形成的 仲裁鑑定契約

계약보충적 중재감정의 경우에는 제3자가 당사자의 의사를 보충함으로써 당사자가 합의할 수 없었던 중요한 契約要素를 形成하는 權利形成的 效果를 발생시키며, 권리변경적 중재감정계약의 경우에는 제3

14) 金洪奎, 前掲論文, 155面; ハーブシャイド(吉野正三郎 譯), 前掲論文, 143-145面.

자가 당사자간에 이미 완전하게 성립되어 있는 既存의 法律關係를 變更시킴으로써 權利形成的 效果를 발생시킨다. 다만 전자의 경우에는 제3자가 계약내용을 補充함으로써 권리를 형성하는데 반하여, 후자의 경우에는 계약의 내용을 變更하는데 불과하다.

제3자의 판단에 의한 법률관계의 보충 내지 변경은 계약에서 기초 지워진 形成權의 行使라고 할 수 있다. 契約補充的 仲裁鑑定의 경우에는 진정한 의미의 권리변동이 없으므로 형성권이 행사된 것으로 볼 수 없다는 견해<sup>15)</sup>도 주장되고 있지만, 형성권의 특징인 實體的 契約原理(materielles Vertragsprinzip)에 있어서의 개입기능은 계약보충적 중재감정의 경우에도 인정된다고 보아야 한다. 그런데 계약보충적 중재감정의 權利形成效果의 내용을 어떻게 파악할 것인가에 관하여는 주된 계약을 유효하게 하는 것이라는 견해<sup>16)</sup>와 계약의 공백에 대한 내용보충이라는 견해<sup>17)</sup> 등이 주장되고 있다. 주된 계약이 유효한가의 여부는 당사자가 급부확정의 여지를 중재감정인에게 어느 정도 부여하고 있는가에 관한 當事者の 意圖에 의하여 결정된다. 대개의 경우 주된 계약은 給付의 確定前부터 拘束力을 가지고 있으므로 급부확정에 의해 주된 계약이 유효하게 된다는 의미의 권리형성효과는 인정되지 않는다. 단 계약보충의 기준이라고 할 수 있는 ‘公平한 裁量’에 관하여 평가하는 단계에서는 주된 계약이 유효하게 된다는 의미의 권리형성효과가 생길 수 있다.

권리변경적 중재감정의 경우에 契約을 適應해야 할 것인가의 여부에 관한 判斷은 엄격하게 말하면 確認的인 성질을 가지므로, 이는 契

15) U. Kornblum, Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den § 315-319 BGB, AcP 168, 463, 464.

16) W. J. Habscheid, a.a.O., S. 793.

17) B. Rauscher, a.a.O., S. 60f..

約의 내용을 어떻게 變更 내지 修正해야 할 것인가에 관한 判斷과는 區別되어야 한다.<sup>18)</sup> 이러한 중재감정계약에 기한 제3자의 판단은 당사자 쌍방의 合意의 代替物이라고 볼 수 있으므로, 그 仲裁的 性格에 착안하여 그 성질에 반하지 않는 한 중재법규정을 적용 내지 유추적용할 수 있다고 보아야 한다. 權利形成的 仲裁鑑定契約의 경우에도 권리형성적 중재감정의 紛爭豫防 내지 解決機能을 결코 무시할 수 없다.

네덜란드 민사소송법 제4편 제1장 제1절 제1020조 제4항 (c)에서는 ‘法律關係의 補充(filling of gaps) 또는 修正(modification)’을 중재에 부탁할 수 있다고 규정하고 있고, 일본 仲裁法試案 제9장 補則 제50조에서도 “仲裁法規定은 그 성질에 반하지 않는 한 契約의 適應 및 補充에도 적용한다”고 규정하고 있다. 이탈리아에서 실무상 인정되고 있는 非正式仲裁 내지 自由仲裁(arbitrato irrituale 내지 arbitrato libero)<sup>19)</sup>와 네덜란드에서 판례법상 인정되고 있는 拘束力있는 意見(bindend advies)<sup>20)</sup>도 이러한 유형에 속한다고 볼 수 있다.

18) A. Wittmann, Struktur und Grundprobleme des schiedsgutachten Vertrages (Prozeßrechtliche Abhandlungen; Heft 46.) 1. Aufl. (Köln·Berlin·Bonn·München: Carl Heymanns Verlag KG, 1978), S. 39.

19) 非正式仲裁는 이탈리아의 중재법규정이 지나치게 엄격하기 때문에 실무상의 요청에 의하여 생겨난 特殊한 형태의 이탈리아적인 중재라고 할 수 있다. 비정식중재는 정식중재와 마찬가지로 제3자가 일정한 法律關係에 관한 다툼을 裁定함으로써 紛爭을 解決하는 제도이다. 그렇지만 계약법상 인정되는 비정식중재에 대하여는 민사소송법상의 중재에 관한 규정인 제806조 내지 제831조가 적용되지 않으므로, 係爭中인 法律關係에 대한 제3자의 판단은 일반법원의 판단과 동일한 효력을 갖지 못하고 단지 契約的 效力만을 갖는다고 한다.

20) ①중요하고도 계약당사자가 예견할 수 없었던 事情變更에 의하여 계약에 대한 訂正이 필요하게 된 경우와 ②당사자가 특정한 문제에 대한 해답을 처음부터 未定인 채로 남겨 놓아 사후에 그것을 확정할 것이 예정되어 있는 경우를 구별하여, ①에 관하여는 ‘合理性 및 衡平의 基準’에 비추어 볼 때 계약내용을 중전대로 유지할 경우 일방당사자에게 기대할 수 없는 예

(2) 確認的 仲裁鑑定契約

당사자가 既存의 法律關係로부터 發生하는 權利·義務의 正確한 範圍 등 契約內容을 調査하여 確定할 것을 제3자에게 위탁하는 權利解明的 仲裁鑑定契約과 당사자가 既存의 權利 또는 法律關係의 要件事實이 되는 要素를 調査하여 確定할 것을 제3자에게 맡기는 要件事實要素確認的 仲裁鑑定契約의 경우에는 이미 존재하고 있는 有效한 契約內容 기타 法律的 狀況 내지 權利 또는 法律關係의 要件事實이 되는 要素를 確認하는 效果가 생긴다. Zürich州 민사소송법 제258조<sup>21)</sup>에서는 이러한 유형의 중재감정계약에 관하여 명문으로 규정하고 있다. 또한 네덜란드 민사소송법 제4편 제1장 제1절 제1020조 제4항 (a)에서는 ‘商品의 質 또는 狀態만의 決定’을, (b)에서는 ‘損害額 또는 負債金額만의 決定’을 仲裁에 付託할 수 있다고 규정하고 있고, 일본 仲裁法 試案 제9장 補則 제49조에서는 “중재법규정은 그 성질에 반하지 않는 한 仲裁鑑定契約(事實關係에 관한 다툼에 대한 鑑定을 제3자에게 依頼하여 그 結論에 服從한다는 趣旨의 契約)에도 적용한다고 규정하고 있

견관란한 사정이 생긴다면 법관은 당사자의 청구에 의하여 계약을 정정 또는 해제할 수 있다는 취지의 네덜란드 민법 제6편 제5장 제3절 제1조 등을 원용함과 동시에 중재인에게도 이러한 권한을 인정하는 해석이 지배적이었지만, ②에 관하여는 당사자를 위하여 契約의 價格을 잡는 것(draft)은 법원의 직위가 아니라고 해석되었으며 당해 사항을 중재인에게 부탁하는 것도 인정되지 않았다. 따라서 이와 같이 중재부탁할 수 없는 사항은 判例法에 의하여 형성된 ‘拘束力 있는 意見’이라는 분쟁해결방법에 의하여 처리되었다.

21) Zürich州 민사소송법 제258조

- ① 仲裁鑑定은 법률상 중요하고 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 사실의 確定을 목적으로 하여 약정할 수 있다.
- ② 仲裁鑑定은 拘束力을 가진다. 단 중재감정인에게 중재인에 대한 기피사유가 인정되는 경우, 중재감정인을 선임함에 있어서 당사자일방에게 유리한 지위를 인정할 경우, 중재감정이 濫法하게 행해지거나 중재감정결과가 明白하게 不公正한 것이 증명된 경우는 예외로 한다.

다. 뿐만 아니라 독일이나 스위스의 確認的 仲裁鑑定(Das feststellende Schiedsgutachten), 이탈리아의 契約에 의한 鑑定(perizia contrattuale),<sup>22)</sup> 프랑스의 合意에 의한 鑑定(expertise amiable),<sup>23)</sup> Common Law상의 評價(valuation)<sup>24)</sup> 등이 이러한 중재감정에 포함된

- 22) 사실의 확정이 문제되는 경우 契約에 의한 鑑定(perizia contrattuale)을 이용하게 된다. perizia contrattuale가 인정되기 위하여는 法律關係가 成立되어 있을 것을 요하지만 분쟁이 발생해 있을 필요는 없다고 한다. 이는 분쟁을 가능한 한 조기에 배척하고자 하는 鑑定의 目的과도 일맥상통한다고 볼 수 있다. perizia contrattuale의 법적 성질에 관하여는 견해의 대립이 있지만, 이탈리아의 통설 및 판례는 arbitrato irrituale(비정식중재), arbitrato rituale(정식중재), arbitraggio(확정)와는 구별되는 제4의 독자적인 제도로 보고 있다. 일면에서는 확정(arbitraggio)과 또 다른 일면에서는 비정식중재(arbitrato irrituale)와 유사하다고 한다. 이에 대하여 계약에 의한 감정(perizia contrattuale)에 속하는 모든 사례를 확정(arbitraggio)이나 비정식중재(arbitrato irrituale) 중 어느 하나로 분류할 수 있다는 것을 이유로 하여 perizia contrattuale의 개념 자체를 부정하는 견해도 주장되고 있다.
- 23) 合意에 의한 鑑定(expertise amiable)은 쌍방당사자가 분쟁을 해결하기 위해 제3자를 감정인으로 선임하여 그에게 감정을 부탁하고 그 감정결과에 복종한다는 취지의 합의를 한 경우에 행해진다. 이러한 감정의 경우 감정결과에 구속력이 인정되는 것이 일반적이지만, 예외적으로 拘束力이 없는 경우도 있을 수 있다고 한다. 이 경우 감정인은 雙方當事者의 受託者라고 한다.
- 24) 評價(valuation)란 契約要素의 確定을 제3자에게 맡기는 것으로서 이 경우 당사자는 제3자에 대하여 評價人으로서의 역할을 기대한다. 평가인은 자기의 경험에 근거하여 당사자간에 대립하는 의견을 조정함과 아울러 계약의 요소를 확정한다. 영국에서는 제3자에게 평가를 맡기는 당사자간의 합의도 인정하고 고유한 중재계약으로 해석되고 있다. 평가와 중재간에는 실질적인 차이가 없으며 양자를 구별하는 기준은 중국적으로 當事者의 意思라고 할 수 있다. 즉 당사자가 제3자에 대하여 법관과 같이 중국적인 판단을 해 줄 것을 바라는 경우에는 仲裁가, 제3자의 전문지식 내지 기술 또는 실무상의 경험에 근거하여 판단해 줄 것을 원하는 경우에는 評價가 문제된다고 한다. 이러한 구별은 紛爭의 有無와도 관계가 있다. 따라서 당사자간에 아직 분쟁이 발생하지 않은 상태에서 당사자가 평가를 요구한 경우에는 중재를 할 수 없지만, 당사자간에 분쟁이 발생한 후 이에 관하여 평가를



다. 위와 같은 각국의 제도는 完소한 法律關係를 前提로 하며 제3자에 대하여 권리 내지 법률관계의 存否判斷의 前提事實을 確定해 줄 것을 맡긴다는 점에서 공통된다고 할 수 있다.

생각건대 중재감정계약의 유형을 검토함에 있어서 중재감정인의 임무의 내용을 명확히 하기 위해서는 중재감정이 當事者間의 法律關係에 미치는 效果를 고려하여 權利形成的 仲裁鑑定契約과 確認的 仲裁鑑定契約으로 분류하는 것이 바람직하다고 생각한다.

### Ⅲ. 仲裁鑑定契約의 法的 性質

중재감정계약의 態樣이 다양한 만큼 그 법적 성질을 논함에 있어서도 견해의 대립이 있기 마련이다. 독일에서는 일찍부터 實體法說과 訴訟法說이 대립·논의되어 왔는데, 종래의 통설·판례<sup>25)</sup>는 실체법설을 취하면서 독일 민법 제317조 내지 제319조가 적용된다고 하였지만, 그 후 訴訟法上契約說의 입장에서 중재감정계약의 법적 성질을 파악하여야 한다는 견해<sup>26)</sup>가 주장된 바 있으며, 仲裁鑑定契約의 類型에 따라서 고찰해야 한다는 견해<sup>27)</sup>도 주장되고 있다.

일본의 종래의 학설은 독일의 지배적인 견해와 마찬가지로 중재감정계약을 사법상의 권리의 내용을 형성하는 것을 목적으로 하는 實體法上 契約이라고 이해하였지만,<sup>28)</sup> 현재의 다수의 견해는 중재감정계약

요구한 경우에는 중재를 할 수 있다고 한다.

25) 이에 관한 학설과 판례에 관하여는 F. Stein/M. Jonas/P. Schlosser, Kommentar zur Zivilprozeßrecht 20. Aufl. (Tübingen : J. C. B. Mohr, 1984), vor § 1025 IV., S. 80, Fn. 105 참조.

26) 소송법설의 내용에 관하여는 A. Wittmann, a.a.O., S. 41, Fn. 131 참조.

27) W. J. Habscheid, a.a.O., S. 798ff..

을 廣義의 證據契約의 일종(단 소송법설을 취하는 학자들의 이와 같은 주장은 확인적 중재감정계약에 관한 설명인 것으로 이해된다)으로 파악하고 있다.<sup>29)</sup>

중재감정계약의 법적 성질을 어떻게 이해하는가에 따라서 ① 仲裁鑑定契約의 適法性(Zulässigkeit), ② 仲裁鑑定契約의 有效要件(Wirksamkeitforderung), ③ 國際私法領域에서의 規律問題 등에 있어서 결론을 달리하게 된다.

이하에서는 중재감정계약의 유형에 따라 그 법적 성질을 살펴보고자 한다.

### 1. 權利形成的 仲裁鑑定契約의 경우

권리형성적 중재감정계약의 법적 성질과 관련해서는 이를 實體法上の 契約으로 이해하는 것에 대하여 異見이 없다. 權利 내지 法律關係의 補充 또는 變更을 제3자에게 맡기기로 합의한 경우 이는 仲裁의 形式을 취하고 있다고 할 수 있는데, 이러한 합의를 眞正한 의미의 仲裁契約으로 볼 수 있는가의 여부가 문제된다. 만약 계약보충적 중재감정이나 권리변경적 중재감정을 부탁받은 제3자를 고유한 의미의 仲裁人이라고 한다면 그 제3자의 판단도 고유한 의미의 仲裁判定이라고 할 수 있으며, 그 제3자의 판단에 대하여 既判力이 인정되고 그 내용이 給付義務에 관한 것일 때에는 執行判決을 받아 그 내용을 강제적

28) 兼子 一, “訴訟に關する合意について”, 民事法研究 第1卷(東京: 酒井書店, 1950), 239, 285面; 小山 昇, 仲裁法[新版](東京: 有斐閣, 1983), 51面; 齊藤常三郎, “仲裁契約に就て”, 「國民經濟雜誌」第59卷 第6號, 744面.

29) 三月章, 民事訴訟法(東京: 弘文堂, 1988), 444面; 新堂幸司, 民事訴訟法(東京: 筑摩書房, 1983), 347面.

으로 실현할 수 있게 된다.

법률관계의 보충 또는 변경에 관한 제3자의 판단도 고유한 의미의 仲裁判定이라고 보는 견해<sup>30)</sup>도 없지 않다. 그러나 법률관계의 보충 또는 변경을 부탁받은 제3자는 중재감정인(arbitrator)의 계보<sup>31)</sup>에 속하는 것으로 이해하여야 하므로, 이러한 제3자의 판단은 當事者雙方의 合意의 代替物에 불과하다고 보아야 한다. 그렇다면 법률관계의 보충 또는 변경을 위임받은 제3자는 고유한 의미에 있어서의 중재인이라고 할 수 없다.

중재감정계약과 중재계약은 당사자가 제3자에게 맡긴 임무의 대상 및 그 범위를 기준으로 하여 구별할 수 있는데, 중재인은 권리 내지 법률관계자체에 대하여 판단하는데 대하여, 중재감정인은 권리 내지

30) David, La Technique de l'arbitrage comme procédé de révision des contracts, in : Reports on the 10th International Congress Comparative Law Budapest, 1978, p. 217 et. seq..

31) arbitrator라는 명칭은 13세기에 이르러 비로소 법률문헌에 나타나게 되었는바, 중재인(arbitrator)과 중재감정인(arbitrator)의 개념구별은 12세기 후반 경부터 일정한 중재인 자격이 없는 자가 Cannon법 하에서 또는 세속의 실무에서 중재인으로서 분쟁을 처리하는 문제를 해결하기 위한 주석학파의 노력의 산물이라고 할 수 있다. 보통법시대의 학설은 양자의 구별기준을 그 '임무의 성질'에서 찾았다. 즉 중재인은 분쟁에 관하여 법관과 동일하게 판단하지만, 중재감정인은 공평한 판단을 하는 사려 깊은 자로서 당사자의 입장에서 법률관계의 불완전·불확정 부분을 보충·해명한다고 이해하였다. 그 당시의 실무상 중재감정인이 법률관계의 요소인 일정한 사실등을 확인하는 임무도 담당하였지만, 독일 민법전의 입법자들은 보통법시대의 지배적인 학설의 주장을 받아들여 중재감정인은 계약당사자를 대신하여 계약내용을 보충하는 것을 그 임무로 한다는 입장을 취하여, 중재감정인의 개념에 관하여 협의로 이해하였다. 오늘날은 당사자가 제3자에게 맡긴 임무의 대상 및 범위를 그 구별기준으로 하여 중재인은 권리 내지 법률관계의 준부자체에 관하여 판단하는데 대하여, 중재감정인은 권리 내지 법률관계의 전제요소인 개개의 사실의 준부 또는 그 내용을 확인하는 것으로 파악하고 있다.

법률관계의 존부자체가 아니라 그 전제요소인 개개의 사실의 존부 또는 그 내용을 확정한다. 중재감정계약과 중재계약은 모두 당사자가 법원이 아닌 사인인 제3자의 판단에 따를 것을 합의하여 국가의 재판권을 배제하는 것이지만, 양자는 그 구속력의 정도에 차이가 있으며 법원의 사후심사의 범위에도 차이가 있다. 중재감정계약이 명백하게 부당하거나 불공평하다면 그 중재감정은 무효로 되지만 중재판정은 이러한 정당성 심사를 받지 아니한다.

그런데 법률관계의 변경을 위임받은 제3자는 법률관계를 변경해야 할 제조건(①事情이 變事되었다는 사실, ②사정변경이 契約締結後에 發生하였으며, 양당사자에게 사정변경에 대한 歸責事由가 없고, 양당사자가 사정변경을 豫見할 수 없었던 사실, ③사정변경에 의하여 當事者의 一方이 입게 될 不利益이 受忍期待可能性을 없는 사실, ④사정변경에 의하여 양당사자간의 給付사이에 현저한 불균형이 생긴 사실 등이 이에 포함된다)의 存否 및 변경해야 할 법률관계의 내용에 관하여 판단하여야 하는바, 前者에 관한 판단을 하는 과정에서 중재감정인은 일정한 조건의 존재를 인식하여 이러한 조건에 상응하는 일정한 효과를 부여한다는 점에 비추어 볼 때 이러한 판단은 司法的 判斷으로서의 성질을 가진다고 주장하는 견해도 있다.<sup>32)</sup> 그러나 계약보충적 중재감정이나 권리변경적 중재감정을 위임받은 제3자는 모든 사정을 참작하여 합목적적인 견지에서 가장 적절하다고 간주되는 방법(물론 이러한 경우에도 제3자는 무제한적으로 판단하는 것이 아니라 법률관계를 보충하거나 변경함에 있어서 契約의 內容 내지 信義則 등에 의하여

32) 小山 昇, “Adaptation of Contracts と 仲裁”, 前掲仲裁の研究, 175-176面 参照.

일정한 제한을 받게 된다)으로 계약 중의 미확정부분을 보충하거나 계약의 내용을 일정한 사정변경에 적용시켜야 한다는 것을 고려한다면 제3자의 판단은 非訟的인 성질이 강하다고 할 수 있다.<sup>33)</sup> 따라서 고유한 의미에 있어서의 仲裁判定이 確認的 내지 回顧的인 判斷인데 대하여, 權利形成的 仲裁鑑定은 展望的 判斷이라고 할 수 있다. 더구나 권리형성적 중재감정의 경우 제3자의 판단은 당사자의 의사에 기초하여 계약의 일부를 구성한다는 의미에서 형성적인 것이라고 할 수 있으므로, 결국 이는 當事者の 意思를 대신하는 것으로 보아야 한다. 고유한 의미의 중재계약에 기한 중재인의 중재판정은 법원의 재판자체를 대체하는 것이라고 할 수 있는데, 권리형성적 중재감정의 경우 제3자의 판단이 형식적으로는 중재형식을 취하고 있더라도 이는 당사자의 의사를 대신하는 효력을 가진다고 보아야 한다. 따라서 前者의 제3자의 판단을 司法的 判斷이라고 한다면, 後者の 제3자의 판단을 당사자의 의사해석과 관련된 契約的 判斷이라고 할 수 있을 것이다.<sup>34)</sup>

따라서 제3자가 계약의 내용을 보충할 경우 그 제3자는 당사자가 계약을 체결할 당시 및 제3자가 계약내용을 보충할 당시의 사정과 신의성실의 원칙 및 거래관행 등에 의하여 인정할 수 있는 당사자의 가상적 의사를 확정하여야 하고, 제3자가 계약내용을 변경할 경우에는 당사자가 계약체결당시 그 전제로 삼았던 일정한 상황이 그 계약체결 당시부터 존재하지 아니하였는가 아니면 계약체결당시에는 존재하였더라도 그 후 그 상황이 변경되거나 소멸하였는가의 여부를 신의칙 등에 근거하여 확인하고 현재의 상황에 부합하게 계약의 내용을 수정하여야 한다.

33) 飯塚重男, “契約の適應と仲裁”, 「上智法學論集」第31卷 第3號(1988), 15面;

松浦 馨, “ドイツにおける”, 「法律時報」第54卷 第8號(1982), 54面.

34) 飯塚重男, 前掲論文, 15面.

결국 법률관계의 보충 또는 변경을 제3자에게 맡기는 것은 고유한 의미의 중재계약이 아니며, 권리형성적 중재감정계약에 기한 제3자의 판단도 고유한 의미의 중재판정이라고는 할 수 없을 것이다.

제3자에 의한 법률관계의 보충 또는 변경을 중재로 지칭하는 나라도 없지는 않다(이탈리아의 非正式仲裁(arbitrato irrituale)와 네덜란드의 拘束力 있는 意見(bindend advies)이 契約的 判斷의 대표적인 예라고 할 수 있다). 이러한 나라에 있어서는 소위 契約的 判斷도 중재의 개념으로 설명할 수 있으며, 법률관계의 보충 또는 변경을 제3자에게 위임하는 것도 중재계약으로 볼 수 있을 것이다(1986년 네덜란드 민사소송법 제1020조 제4항 (c)에서는 당사자간의 法律關係의 補充 또는 修正을 내용으로 하는 중재합의도 가능하다고 규정하고 있는바, 이는 법률관계의 보충 또는 변경을 제3자에게 위임하는 취지의 합의를 중재계약으로 보는 입장에 입각한 입법이라고 할 수 있다). 그러나 이러한 나라에서도 계약적 판단의 효력을 고유한 의미의 중재판정의 효력과는 엄격하게 구별하고 있다.

고유한 의미의 중재의 경우 그 판단기준이 반드시 법에 한정되는 것은 아닐지라도 대체로 回顧的 내지 確認的 判斷이 그 중심이 되는데 대하여, 권리형성적 중재감정은 創設的 내지 形成的이며 將來에 대한 展望的·決斷的 判斷을 그 내용으로 한다. 또한 확인적 중재감정과 비교하더라도 確認的 仲裁鑑定은 回顧的·確認的인데 대하여, 權利形成的 仲裁鑑定은 形成的·展望的이라고 할 수 있다.

따라서 권리형성적 중재감정계약이 중재의 형식을 취하고 있더라도 그 本質은 實體法上的의 特殊한 契約으로 이해할 수 있다.

## 2. 確認的 仲裁鑑定契約의 경우

확인적 중재감정계약의 법적 성질과 관련해서는 견해의 대립이 있다.

### 가. 實體法說

權利形成的 仲裁鑑定契約(契約補充的·權利變更的 仲裁鑑定契約)은 물론 確認的 仲裁鑑定契約(權利解明的·要件事實要素確認的 仲裁鑑定契約)도 實體法上的 契約이라고 주장한다.<sup>35)</sup>

獨逸의 판례와 다수의 견해는 確認的 仲裁鑑定契約도 實體法上的 合意의 일종으로서 이에 대하여도 權利形成的 仲裁鑑定契約과 마찬가지로 독일 민법 제317조 이하를 적용 내지 유추적용할 수 있다고 한다. 이 견해에 따르면 당사자가 유효·적법한 중재감정을 받은 때에 비로소 중재감정인이 사실을 조사·확정해야 하는 채권의 이행기가 도래하게 되므로, 중재감정이 있기 전에는 중재감정의 대상이 된 사실을 기초로 하여 형성된 채권자체의 소멸시효가 진행되지 않는다고 한다.<sup>36)</sup>

日本의 경우 실체법설의 범주에 속하는 제1설은 중재감정계약 중에는 중재감정인이 확인한 사실을 당사자간의 법률관계의 요건사실로

35) A. Baumbach/W. Lauterbach/J. Albers/P. Hartmann, Zivilprozeßrecht 48. Aufl. (München : C. H. Beck, 1990), Grundz. §1025 3) B., S. 2164; H. Thomas/H. Putzo, Zivilprozeßordnung 19. Aufl. (München : C. H. Beck, 1995), Vorbem §1025 2., S. 1450; W. Zeiss, Zivilprozeßrecht 7. Aufl. (Tübingen : J. C. B. Mohr, 1989), Kap. 17. §94 III. 2., Rdnr. 863, S. 297.

36) OLG Hamm MDR 1982, 933.

한다는 합의가 포함되어 있는바, 중재감정에 의하여 사실을 확인함으로써 당사자간의 法律關係를 確定하게 되므로 중재감정계약은 私法上 權利의 內容形成을 목적으로 하는 實體法上的 契約이라고 한다. 따라서 중재감정이 있기 전에는 권리 내지 법률관계 존부판단의 전제사실이 존재하지 않는 것이므로 중재감정계약의 항변이 있으면 청구가 기각된다고 한다.<sup>37)</sup>

제2설은 중재감정계약의 체결은 당사자간에 作爲 또는 不作爲義務를 발생시키는 義務負擔行爲가 아니라 條件이나 期限을 붙인 경우와 같이 권리 등의 내용을 변경시키는 處分行爲의 일종이므로, 이는 소송법상의 계약이 아니라 實體法上的 契約으로서 허용되어야 한다고 한다.<sup>38)</sup> 이 견해는 당사자가 계약에 의하여 자유로이 처분할 수 있는 내용의 권리에 대하여는 그 처분방법도 임의로 결정할 수 있으므로 당사자가 그 방법을 스스로 결정하지 않고 제3자의 판단에 맡길 수 있다는 것을 그 논거로 들고 있다.

우리나라에서도 중재감정계약이란 당사자가 중요한 계약을 체결하면서 그것이 소송상 문제될 경우 사정변경에 적용시키기 위하여 전문 지식 있는 평가자나 감정인으로 하여금 그 계약내용을 결정하도록 합의하는 경우와 같이 事實의 存否나 內容의 存否에 관한 判斷을 제3자에게 맡기기로 하는 合意로서, 이를 實體的인 法律狀況의 形成에 관한 합의로 보아야 한다는 견해<sup>39)</sup>가 주장되고 있다.

37) 小山 昇, 前掲書, 59-60面.

38) 兼子 一; 前掲論文, 286面.

39) 姜埈中, 民事訴訟法[第3全訂版] (서울: 博英社, 1998), 455面.



## 나. 訴訟法說

權利形成的 仲裁鑑定契約(契約補充的·權利變史的 仲裁鑑定契約)과 確認的 仲裁鑑定契約(權利解明的·要件事實要素確定的 仲裁鑑定契約)을 구별하여, 前者를 實體法上的 契約으로, 後者를 訴訟法上的 契約으로 파악한다.<sup>40)</sup> 단 權利形成的 仲裁鑑定契約에 따른 제3자의 판단은 고유한 의미의 중재감정이라고 할 수 없으며, 권리 내지 법률관계의 보충 또는 변경을 위임받은 제3자는 실체법의 영역에서 형성적으로 그 임무를 수행하는데, 이러한 경우 그 제3자는 당사자쌍방의 대리인의 자격을 갖는다고 한다.<sup>41)</sup>

독일에서 주장되고 있는 訴訟法說의 범주에 속하는 견해 중 제1설<sup>42)</sup>은 확인적 중재감정이 證據提出에 기여하고 一定한 事實에 대한 일종의 證據評價로서 拘束力을 가지므로, 확인적 중재감정계약을 證據契約의 일종으로서 許容하여야 한다고 한다.

제2설<sup>43)</sup>은 확인적 중재감정계약의 법적 성질을 일률적으로 파악하지 않고 중재감정인의 역할을 고려하여 설명한다. 이 견해에 따르면 確認的 仲裁鑑定契約에 따른 仲裁鑑定人의 役割은 권리 내지 법률관계 존부판단의 전제가 되는 既存의 一定한 事實的·法律的 狀況을 客觀的으로 確定하는 것인바, 법관이 당사자가 주장하는 법률효과의 존부에 관하여 판단하기 위해서는 소송물을 구성하는 권리의무뿐 아니라 그 기초를 이루고 있는 사실도 확정하여야 할 필요가 있는 것과

40) F. Stein/M. Jonas/P. Schlosser, a.a.O., vor § 1025 IV. 2. b., Rdnr. 24, 25, 26.

41) ハーブシャイド(吉野正三郎 譯), 前掲論文, 141-142面.

42) G. Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß (Berlin·Frankfurt : 1957), S. 256ff..

43) ハーブシャイド(吉野正三郎 譯), 前掲論文, 148面.

마찬가지로 중재감정인도 위와 같은 임무를 수행하는 과정에서 이러한 의미의 裁判的 機能을 담당한다. 따라서 仲裁鑑定契約과 이를 규율하기 위하여 적용되는 仲裁鑑定에 관한 法律은 訴訟法의 領域에 속한다고 한다. 중재감정인이 당사자가 주장하는 請求權의 基礎가 된 事實 내지 要件事實要素를 確認해야 하는 경우 중재감정인의 판단은 후의 소송이나 중재절차에서 법관이나 중재인이 하는 證據評價를 拘束하여 중재감정인이 확정한 사실을 사후에 심리할 수 없을 뿐만 아니라 새로운 事實資料의 提出이나 새로운 證據申請이 排斥되므로, 要件事實要素를 確認하는 仲裁鑑定契約은 證據(方法)契約으로서 許容된다<sup>44)</sup>고 한다. 그런데 중재감정인의 役割이 事實의 確定에 그치지 않고 法律關係의 내용을 명확하게 하는 경우에는 중재감정인의 판단의 폭이 넓어져 法律關係에 관하여도 評價하게 되므로, 이러한 중재감정계약은 證據契約 以上の 의미를 갖는 仲裁契約에 類似的한 訴訟上의 特殊한 契約(sui generis)이라고 한다. 이러한 중재감정계약은 法律關係의 規律 그 자체를 目的으로 할 뿐 아니라 紛爭을 解決함으로써 그 목적을 달성하여 終了하게 되는 裁判과 類似的한 節次에 그 基礎를 두고 있다고 할 수 있다. 따라서 비록 이러한 중재감정계약에 따른 仲裁鑑定인의 判斷에 대하여 仲裁判定의 경우처럼 既判力이 부여되지는 않는다 하더라도 이러한 계약은 仲裁契約에 類似的한 것이므로 法官 또는 仲裁人은 중재감정인의 法的 判斷에 拘束된다고 한다. 다만 法官은 중재감정인의 판단이 당해 仲裁鑑定條項에 근거한 것인가의 여부, 중재감정인의 판단이 당사자가 중재감정인에게 부여한 權限을 逸脫한 것인가의 여부, 중재감정인의 판단이 明白하게 不當한 것인가의 여부 등에 관하여 판단

44)ハーブシャイド(吉野正三郎 譯), 前掲論文, 148면; G. Baumgärtel, a.a.O., S. 256; RGZ 96, 57.

할 수 있다고 한다.

제3설<sup>45)</sup>은 확인적 중재감정계약이 소송에서 證據(方法)契約으로서 機能하는 것 자체를 부정하지는 않지만, 이것만으로는 중재감정인의 전반적인 기능을 제대로 설명할 수 없다고 한다. 이 견해에 따르면 중재감정인은 證書眞否確認判決의 경우와 같이 사실적 또는 법률적인 판단요소를 확정함으로써 분쟁을 해결하는 것이므로, 仲裁人과 類似한 機能을 遂行하게 된다. 또한 仲裁法이 訴訟法의 영역에 속하는데, 이와 유사한 기능을 하는 仲裁鑑定도 訴訟法의 領域에 포함된다고 볼 수 있으므로 仲裁鑑定契約과 仲裁契約의 法的 性質이 類似하다고 한다. 따라서 仲裁鑑定에 仲裁法을 適用 내지 類推適用할 수 있다고 한다.

우리나라나 일본의 다수의 견해는 중재감정계약을 證據契約의 一種으로서 그 適法性を 認定한다.<sup>46)</sup>

45) F. Stein/M. Jonas/P. Schlosser, a.a.O., vor § 1025, Rdnr. 26ff., 31.

46) 金洪奎, 前掲書, 607-608面; 方順元, 民事訴訟法 上(서울: 韓國司法行政學會, 1987), 457-458面; 宋相現, 民事訴訟法[新訂版](서울: 博英社, 1997), 548-550面; 李時潤, 前掲書, 568面; 鄭東潤, 民事訴訟法[第4全訂版](서울: 法文社, 1998), 499-500面; 註釋民事訴訟法 III(李在性 執筆)(서울: 韓國司法行政學會, 1991), 330面; 兼子 一/松浦 馨/新堂幸司/竹下守夫(松浦 馨 執筆), 條解民事訴訟法(東京: 弘文堂, 1986), 941-942面; 三ヶ月章, 前掲書, 441面; 新堂幸司, 前掲書, 346-347面; 小島武司, 要論民事訴訟法(東京: 中央大學出版部, 1982), 213面; 齊藤秀夫 編, 注解民事訴訟法(4)(齊藤秀夫 執筆)(東京: 第一法規, 1975), 351面. 다만 菊井維大/村松俊夫, 民事訴訟法 II(東京: 日本評論社, 1964), 230面은 仲裁鑑定契約을 證據契約의 하나로 들면서 그 有效性을 否定하고 있다.

#### 다. 性質決定無用說

중재감정계약의 법적 성질에 관하여 實體法說의 입장에서는 모든 유형의 중재감정계약을 실제법상의 합의로 이해하였음에 대하여, 소송법학자들에 의해 지지를 받고 있는 訴訟法說의 입장에서는 권리형성적 중재감정계약을 실제법상의 합의로, 확인적 중재감정계약을 소송법상의 합의로 파악하고 있다. 그런데 이와 관련하여 중재감정계약의 法的性質決定論이 仲裁鑑定契約의 機能 등 구체적인 문제를 해결하는데 필수불가결한 것은 아닐 뿐 아니라 중재감정계약의 기본구조를 인식함에 있어서도 실제법설과 소송법설간에 본질적인 차이가 없다는 견해가 주장되고 있다.

이러한 견해는 ①仲裁鑑定人の 判斷基準과 관련해서 실제법설이나 소송법설 어느 견해에 따르더라도 중재감정인의 임무의 성질상 동일한 기준이 적용되어야 하며, ②仲裁鑑定の 訴訟上 效果에 관하여 실제법설과 소송법설 모두 중재감정결과가 소송이나 중재절차에서 법관이나 중재인을 拘束하는 效果를 인정한다는 것을 그 논거로 들고 있다.

이 견해에 따르면 중재감정계약의 기본구조를 인식함에 있어서 그 법적성질결정론에 얽매일 것이 아니라, 仲裁鑑定の 주된 機能이 무엇이며 仲裁鑑定에도 訴訟上의 諸原則 내지 仲裁節次에 관한 規定을 어느 정도 적용 내지 유추적용할 수 있는가를 논의하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>47)</sup>

확인적 중재감정계약의 법적 성질과는 무관하게 확인적 중재감정을 하는 중재감정인은 그 전문지식을 이용하여 사실을 확인하고 확인된 사실을 법적으로 평가하여야 하는데, 중재감정인의 감정결과는 중재감

47) 金洪奎, 前掲論文, 158面 以下; A. Wittmann, a.a.O., S. 46ff.; 豊田博昭, 前掲論文, 212面.

정의 대상이 된 사실과 일치하여야 할 필요, 즉 중재감정인의 사실인정은 정확하여야 한다.

#### IV. 맺 음 말

중재감정계약에는 당사자쌍방이 중재감정인에게 당사자의 의사를 보충하고 법률관계를 형성하는 임무를 부여하여 중재감정인의 중재감정에 의해 당사자의 권리의무를 형성하는 권리형성적 중재감정계약과 계약자체는 이미 확정되어 있지만 계약내용의 불분명한 부분을 명확하게 하는 임무를 중재감정인에게 부여하여 당사자가 주장하는 기존의 권리 내지 법률관계의 존부를 판단함에 있어서 그 前提가 되는 要件事實을 이루는 要素 내지 法律的 狀況을 確認하는 확인적 중재감정계약이 있는데, 전자의 경우에는 契約補充的 仲裁鑑定契約과 權利變史的 仲裁鑑定契約이 포함되고, 후자의 경우에는 權利解明的 仲裁鑑定契約과 要件事實要素確認的 仲裁鑑定契約이 포함된다고 할 수 있다.

중재감정계약의 법적 성질을 논함에 있어서 권리의 발생요건을 보충하거나 사정변경에 대응하여 권리내용을 변경시키는 權利形成的 仲裁鑑定을 위임하는 중재감정계약은 實體法上的 契約이고, 권리관계를 해명하거나 구성요건의 각 요소에 해당하는 사실의 확정을 목적으로 하는 중재감정계약은 訴訟法上的 契約이라고 해석하는 것은 일응 경청할 만한 가치가 있는 것으로 보인다. 그러나 중재감정계약의 법적 성질을 實體法的으로 이해한다고 하더라도 그 효력은 訴訟上에서도 나타날 수 있기 때문에 중재에 관한 규정의 유추적용을 전적으로 부정할 수는 없을 뿐만 아니라,<sup>48)</sup> 중재감정계약의 법적 성질을 유형화하

여 파악하는 입장에서도 확인적 중재감정계약에 대하여 실체법규정의 유추적용을 긍정<sup>49)</sup>하기 때문에 兩說의 실제적인 차이는 그리 크지 않다. 더욱이 실체법적 성질과 소송법적 성질을 兼有한다고 해석할 수 있는 경우도 있을 수 있다.

따라서 중재감정계약의 基本構造를 파악함에 있어서는 그 법적 성질결정에 치우칠 것이 아니라, 仲裁鑑定契約의 주된 機能은 무엇이고 仲裁鑑定에 대하여 訴訟節次上的 諸原則(仲裁鑑定人の 中立性 내지 獨立性, 法的 審問의 原則, 當事者平等의 原則 등)을 어느 정도 적용 내지 유추적용할 수 있으며, 仲裁鑑定을 仲裁과 어느 정도로 유사하게 취급할 수 있는가에 관하여 고찰하는 자세가 필요하다고 본다. 네덜란드의 1986년도의 개정민사소송법 제4편 제1장 제1절 제1020조 제4항에서 確認的 仲裁鑑定契約은 물론 權利形成的 仲裁鑑定契約도 仲裁契約의 한 태양으로 규정하고 있는 것과 일본의 仲裁法試案 제9장 補則 제49조에서는 確認的 仲裁鑑定契約에 관하여, 제50조에서는 權利形成的 仲裁鑑定契約에 관하여 그 성질에 반하지 않는 한 仲裁法의 規定을 適用한다고 규정하고 있는 것은 이러한 요구에 부합하는 입법이라고 할 수 있다. 특히 오늘날 활발하게 이루어지고 있는 長期的인 國際投資契約 등과 관련해서 볼 때 確認的 仲裁鑑定契約은 물론 權利形成的 仲裁鑑定契約에 대하여도 訴訟節次上的 基本原則을 適用하여야 할 必要性이 절실하다는 점에 비추어 더욱 그러하다.

당사자가 중재감정계약을 체결하는 이유를 검토해 보면 仲裁鑑定人에 의한 迅速한 紛爭解決, 訴訟의 回避, 仲裁鑑定の 終局性 등을 지적할 수 있다. 그러므로 當事者가 仲裁鑑定契約을 利用하는 目的이 반드시

48) A. Baumbach/W. Lauterbach/J. Albers/P. Hartmann, a.a.O., Grundz. § 1025 3), S. 2163ff.

49) K. H. Schwab/G. Walter, a.a.O., Kap. 2. II., S. 7.

시 소송상에 있는 것이라고는 할 수 없을 것이다. 또한 確認的 仲裁鑑定契約의 예로서 인용된 판례를 살펴보더라도 그러한 계약이 將來의 訴訟에서 判決의 基礎資料를 만들기 위하여 이용된 경우는 그리 많지 않다.

따라서 중재감정계약을 訴訟外의 紛爭解決手段으로 파악하고, 일단 중재감정이 적법·유효하게 행해진 후에는 이에 관하여 다룰 수 없다고 보아야 한다. 이러한 시각에서 중재감정제도를 활용할 경우 중재감정자체에 관한 분쟁을 예방하기 위해서는 무엇보다도 信賴할 수 있는 公平하고 中立의인 仲裁鑑定人の 確保가 선행되어야 한다. 더욱이 권리형성적 중재감정과 확인적 중재감정간에 중재감정인이 담당하는 임무의 차이도 반드시 명확한 것이라고는 할 수 없다. 仲裁鑑定人이 준수하여야 하는 判斷基準이나 活動內容의 면에서 보더라도 합리적인 재량에 의한 매매가격의 확정과 적절한 매매가격의 해명간에는 별다른 차이가 없을 것이다. 確認的 仲裁鑑定契約도 주로 訴訟外에서 계약에 관련된 당사자간의 분쟁을 해결하는 기능을 담당한다고 할 수 있다.

대체적 분쟁해결수단에 관한 관심이 고조되고 있는 현실을 감안해 볼 때, 분쟁예방수단으로서 뿐만 아니라 분쟁해결수단으로서 기능할 수 있는 중재감정계약이 보다 활발하게 이용될 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 이를 위해서는 일차적으로 중재감정계약과 관련하여 논의되고 있는 법적 문제를 해결하여야 한다. 중재감정계약을 법이론적으로 정립하는 것 못지 않게 중요한 것은 정확한 중재감정을 수행할 수 있는 중재감정기관 내지 중재감정인을 확보함과 동시에 중재감정계약의 장점을 일반인에게 적극적으로 홍보함으로써 중재감정계약에 보다 쉽게 접근할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 일이라고 생각한다.

## ABSTRACT

**The definition and the nature of voluntary agreement for the arbitration which third party confirms factual bases of relationship of rights and duties, determines and supplements or modifies contents of the contract**

Mi-Su Kang

Arbitration Act does not have express provision about voluntary agreement for the arbitration which third party, that is, the expert confirms factual bases of party's relationship of rights and duties, determines contents of the contract, and supplements or modifies contracts, and then the parties obey the expert's decision, but it is more probable that the parties can agree to this kind of arbitration agreement as long as they freely make a contract within the scope of law.

However, there is a split of authority on the scope of such arbitration agreement. Some scholars argue that the parties can only agree on the extent of the expert's confirmation about factual situations of party's relationship of rights and duties or contents of the contract. On the



other hand, the other scholars argue that the parties can consent not only the expert's confirmation about factual situations of party's relationship of rights and duties or contents of contract, but also the expert's supplement or modification of contents of contract.

Due to the expert's decision has effect on both parties and judges who give a judgment as a matter of law, this kind of arbitration agreement can contribute to prevent litigation. Also arbitration relieves court's burden, if such arbitration agreement was done on the important disputes. Considering that the arbitration agreement can function as a dispute resolution or a dispute prevention, it is desirable that legislators make the provision about this kind of arbitration and allow the application of arbitration Act in such arbitration agreement.

Most scholars agree that the voluntary agreement for the arbitration as to third party's supplement or modification of contents of the contract can be included in the concept of a substantive law. However, it has not been concluded whether the voluntary agreement for the arbitration which follows the expert's confirmation about factual situations of party's relationship of rights and duties or contents of the contract has the nature of substantive law or procedural

law. The dispute about the nature of such arbitration agreement have some shortcomings in the effect of second kind of voluntary arbitration and the applicability of procedural principles. Therefore, it will be more adequate that the focus is given to the original function of this kind of arbitration agreement and the applicability of procedural principles (the neutrality of arbitrator, the assurance of hearing of the parties) rather than the dispute regarding the nature of this kind of arbitration agreement.

Considering that more attention is given to the substitutive dispute resolution these days, the function of arbitration as prevention to the litigation and resolution before the litigation should be emphasized. To do this, a legal dispute about such arbitration agreement has to be resolved. More important issues in this kind of arbitration agreement are to retain of the neutral expert and to positively inform the benefits of this institution to the public.

key-words : arbitration agreement, arbitration Act, expert,  
substantive law, procedural law