

라틴아메리카 국제중재의 최근 발전경향과 특징*

Recent Trends and Characteristics of International Arbitration in Latin American Countries

조희문**

Hee-Moon Jo

〈목 차〉

- I. 서론
- II. 중재에 관한 다자협약의 가입현황을 통해 본 라틴아메리카 국가들의 태도변화
- III. 라틴아메리카 주요 국가들의 중재법 경향
- IV. 라틴 아메리카 각국 국내법원들의 중재에 대한 태도
- V. 결어

주제어 : 라틴아메리카, 브라질, 아르헨티나, 칠레, 멕시코, 베네주엘라, 국제상사중재, 중재법, 중재판례, 법원

* 이 연구는 2008학년도 한국외국어대학교 교내학술연구비의 지원에 의하여 이루어진 것임.

** 한국외국어대학교 법과대학 교수, 법학박사, 상사중재인, 브라질 변호사

I. 서론

라틴아메리카는 국제중재를 연구하는 사람들에게는 아주 흥미로운 곳이다. 브라질의 경우 80년대 중반까지만 하더라도 한국보다 경제적으로 여유가 있었고 역사적으로도 우리보다 일찍부터 국제사회에서 활발한 활동을 해왔던 곳이다. 그런데 유독 중재에 대해서만큼은 국내외적으로 아주 심한 거부감을 표출해 왔다. 80년대 초반까지만 하더라도 라틴아메리카 법조인들의 상당수는 국가주권을 절대주권의 의미로 생각했었고 관할권(jurisdiction)도 사법관할권(judicial jurisdiction)과 같은 의미로 생각하여 중재법원의 임의관할권(voluntary jurisdiction)은 아예 관할권이라고 부르는 것조차 못마땅해 했었다.

국제중재에 대한 거부감은 초기 국제협약에서 쉽게 파악된다. 국제연맹이 주도했던 2개의 국제협약인 1923년에 체결된 중재조항에 관한 제네바의정서와 1927년에 체결된 외국 중재판정의 집행에 관한 제네바협약과 관련하여 브라질이 제네바의정서를 비준한 유일한 국가였고, 1927년 협약에 대해서는 라틴아메리카의 어떠한 국가도 비준을 하지 않았다.¹⁾

이렇듯 라틴아메리카 국가들이 국제중재에 대해 냉담했던 이유는 칼보원칙(Calvo Doctrine)²⁾으로 대변되는 동 지역의 쓰라린 역사적 배경에서 찾아볼 수 있다. 아르헨티나 법학자이자 외교관이었던 카를로스 칼보는 외국인의 배상청구권 관련하여 외국인들은 본국 정부에 외교적 간섭을 요청하지 말고 현지국의 국내법정에서 문제를 해결해야 한다고 주장했다. 즉, 정부와 외국인간에 계약상의 분쟁이 발생할 경우 외국인은 국내인과 동등한 대우를 받기 때문에 국내법원의 판결에 무조건 승복해야 한다는 주장인데, 당시 서방 선진국들은 외교적 보호를 빌미로 군함외교(gun boat diplomacy)와 같은 무력간섭을 자주했기 때문에 칼보원칙은 이러한 외교적 보호를 제한하려는 목적으로 개발되었던 것이다. 여기서 말하는 외국인투자가는 사실상 서방선진국의 국민을 말하는 것이기 때문에 결국, 외국인투자가는 자국의 혜택이나 보호를 포기하고 피투자국의 법률에 따르라는 것이었다.³⁾

이러한 라틴아메리카 국가들의 중재에 대한 태도에 변화가 왔다. 세계화의 추세에 맞추어 80년대 중반부터 중재법의 정비를 추진해 온 이들 국가들이 2005년 니카라과를 마지막으로 UNCITRAL모델법에 기초한 중재법의 현대화 작업을 종결지었으며, 또한 2003년

1) Gonzalo Biggs, "The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-U.S. Free Trade Agreement", ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol.19(1), 2004, p.63.

2) 칼보원칙에 관해서는 다음을 참조할 것. Alwyn V. Freeman, 'Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge of International Law', The American Journal of International Law, Vol. 40, No. 1 (Jan., 1946), pp. 121-147.

3) 칼보원칙은 현대국제법에 큰 영향을 미쳤다. 칼보원칙은 국내문제 불간섭 원칙, 외교적 보호의 제한, 내외국인 동등대우의 원칙등 여러 주요한 국제규범의 확립에 기여했다. 이에 대해서는 Francisco Tamburini, "Historia y Destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?", Revista de Estudios Historico-Juridicos, n.24, Valparaiso, Chile, 2002 참조할 것.

니카라과가 뉴욕협약(1958)에 가입함으로써 라틴아메리카의 모든 국가들이 뉴욕협약의 회원국이 되었다.⁴⁾

중재법의 현대화뿐만 아니라 법원의 태도도 과거와 상당히 달라졌다. 지난 10여 년간의 판례를 살펴보면 국내법원의 대부분이 중재에 호의적인 태도를 보이고 있음을 알 수 있다. 중재법원의 관할권을 사법부에 대한 경쟁적이고 병렬적인 관할권으로 간주하여 호전적이고 비협조적인 태도를 보였던 것에 비한다면 아주 큰 변화라 하겠다.

그리고 중재법의 정비, 법원의 호의적 태도와 함께 국제중재를 유치하고 보장하기 위해 뉴욕협약, 파나마협약, 워싱턴협약 등을 적극적으로 비준하고 양자투자협정이나 지역경제 통합체에도 국제중재를 도입하는 등 라틴아메리카는 중재제도에 관한 한 과거와 단절하는 모습을 보여주고 있다.

동 논문은 최근 10여 년간에 걸쳐 라틴아메리카에서 발생하고 있는 국제중재의 주요변화를 살펴보고자 하는 것이다. 그리고 이러한 변화의 특징을 국제협약에의 가입여부, 상사중재법의 개정이나 제정여부, 중재에 대한 법원의 태도 등을 통해 구체적으로 어떠한 공통적인 특징이 있는지를 분석함으로써 변화의 원동력이 무엇인지에 대한 고찰도 해보려는 것이다. 실상, 중재제도의 현대화는 단순히 중재분야에 그치는 것이 아니라 법제도의 전반적인 현대화 작업의 일환으로 진행되고 있다. 브라질의 경우만 하더라도 2002년에 민법과 상법에 대한 대대적인 개정이 있었고 국제사법의 현대화에 대한 논의도 점차 늘어가고 있다. 그리고 대부분의 국가들이 국외적인 요소가 있는 국내법 규범들에 대한 재정비를 거의 엇비슷한 시기에 진행해오고 있다. 이러한 변화는 종속이론 및 수입대체산업이론으로 대별되던 과거와의 단절이며, 90년대 진행되었던 신자유주의의 성행과도 직접적인 맥락이 닿아있다고 생각된다.⁵⁾

4) 아르헨티나도 UNCITRAL 모델법에 기초한 신중재법을 연방의회에 제출한 상태에 있다.

5) 반면, 최근 라틴아메리카에 불고 있는 반세계화, 반 신자유주의의 여파로 다수의 국가들에서 급진 사회주의적 성향의 정부들이 들어서면서 국제중재를 좋지 않은 시각으로 보는 경우도 있다. 베네주엘라의 차베스 정부가 여기에 해당된다. 최근 베네주엘라는 세계은행과 국제통화기금으로부터의 탈퇴를 선언했다. 이들 국제금융기구들이 선진국의 이권만을 대변하기 때문이라는 것이 탈퇴의 이유였다. 이와 함께 베네주엘라는 ICSID 투자중재관할권 으로부터의 철수도 선언했으며 개도국을 중심으로 한 독립적인 국제중재제도의 수립 계획도 발표했다. ICSID 중재에서 가장 많은 건수의 중재소송에 걸려있는 아르헨티나도 국제중재에 대해 회의적인 시각으로 돌아섰다. 라틴아메리카에서 유일하게 중재법의 재정비를 늦추고 있기 때문에 중재제도의 현대화는 아직 많은 시간이 걸릴 것으로 보인다. 이와 같이 라틴아메리카에서의 국제중재는 한편으로는 세계화의 물결을 타고 급속도로 퍼진 신자유주의의 결과로 국제상사중재에 대해 호의적인 태도를 보이는 측면과, 한편으로는 외국인투자가 활발해 지면서 발생하는 국가와 외국인투자 간의 소위 국제투자분쟁이 증가하면서 국제중재에 대한 비판적인 입장으로 양분되어 있다. 그러나 전반적으로 국제상사중재에 대해서는 이미 돌이킬 수 없을 정도로 국제상사중재가 보편화 되어가고 있으며 국가가 가입되는 국제투자 중재에 대해 경험에 따른 반작용이 눈에 띈다.

Ⅱ. 중재에 관한 다자협약의 가입현황을 통해 본 라틴아메리카 국가들의 태도변화

우리가 라틴아메리카 상사중재의 활용도를 평가하는데 가장 기초적인 자료로 쓸 수 있는 것은 이들 국가들의 중재법이 언제 제정 또는 개정되었느냐 하는 점과 뉴욕협약(1958)과 파나마협약(1975)에 언제 가입했느냐 하는 점이다. 우선 이러한 점을 살펴본 후 그 의미에 대해 알아보겠다.

1. 뉴욕협약(1958)

현재의 국제상사중재제도는 아직도 1958년 뉴욕협약에 기초하여 운용되고 있다. 올해로 50주년을 맞이하는 아주 오래된 국제협약이지만 아직도 별 문제없이 제 기능을 발휘하고 있다.⁶⁾

뉴욕협약은 두 개의 큰 원칙에 기초하고 있는데 다른 협약이나 국내법이 이러한 원칙을 준수할 때 뉴욕협약을 따르고 있다고 한다. 첫째 원칙은 '사법권배제의 원칙'으로 계약서에 중재조항이 있는 경우 국내법원의 재판관할권을 배제하고 중재판할을 인정해야 한다는 원칙이고(중재판할 우선의 원칙), 둘째 원칙은 외국의 중재판정을 승인·집행할 경우 절대로 본안심리를 해서는 안 된다는 원칙이다 (중재판정확정의 원칙). 이러한 원칙은 회원국간의 상호주의에 기초하고 있다.

뉴욕협약이 체결될 당시 라틴아메리카는 아직도 칼보독트린의 절대적인 영향 하에 놓여 있었다. 뉴욕협약체결당시 대부분의 라틴아메리카 국가들은 협약에 냉담했었고 설사 협약에 가입했다고 하더라도 사실상 외교적인 목적이었지 그 이행을 전제로 가입한 것은 아니었다. 이러한 상황은 80년대 중반까지 지속되었었다.⁷⁾

그러나 정부들의 입장과는 달리 민간기업들은 꾸준히 국제중재를 사용해왔다. 외국파트너가 등장하는 대부분의 국제계약에는 중재조항이 삽입되었으나 라틴아메리카가 중재지로 지정되는 경우가 거의 없어 현지기업들에게 큰 부담이 되는 경우가 자주 발생했다. 그리고 정부와의 계약에서도 제3국을 재판관할지 또는 중재지로 요구하는 경우가 대부분이라 외국인투자유치에도 장애가 되었다. 그래서 라틴아메리카국가들은 미주기구(OAS)를 중심으로 지역적인 범위의 중재협약체결에 관한 논의를 시작했고, 그 결과 1975년에 상사중

6) 몇 가지 문제점에도 불구하고 아직 뉴욕협약을 대체할 만한 국제협약은 없으나 그 개정에 관해서는 꾸준한 논의가 진행되고 있다. 그러나 국제협약은 형성도 문제지만 개정이나 폐지는 더욱 어렵기 때문에 앞으로 국제협약의 개정문제는 국제법의 큰 문젯거리가 될 것이다.

7) Gonzalo Biggs, "The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-U.S. Free Trade Agreement", ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, p.63.

재에 관한 미주협약(일명 파나마협약)을 체결하게 되었다.

2. 파나마협약(1975)

라틴아메리카국가들은 1975년의 파나마협약 (the Inter-American Convention on Commercial Arbitration (the "Panama Convention"))을 통해 뉴욕협약에 접근하게 되었다. 이 협약은 뉴욕협약의 목적과 범위를 미주지역으로 축소하여 명시화했기 때문에 뉴욕협약의 라틴아메리카 판이라고 할 수 있다. 그래서 라틴아메리카 외부지역에서는 파나마협약이 뉴욕협약의 축소판이라는 이유로 그 형성에 대해 비판적인 시각이 있기도 하다.

그러나 파나마협약은 라틴아메리카 국가들이 국제중재로 진입하는 전단계로서 상당히 중요한 역할을 했다. 그것은 무엇보다도 파나마협약자체가 라틴아메리카 국가들이 국제상사중재에 대해 호의적인 표현을 한 최초의 국제협약이라는 점이다. 더구나 파나마협약은 뉴욕협약과 달리 미주기구(OAS)하의 미주상사위원회(the Inter-American Commercial Arbitration Commission - IACAC)를 사용할 수 있는 근거조항을 만들어서 중재기관의 제도화를 시도했다는 점도 눈에 띈다. 파나마협약 제3조는 당사자간 합의가 없는 경우 IACAC규칙에 따라 중재를 진행하도록 규정했는데, IACAC규칙은 UNCITRAL중재규칙을 기반으로 작성되었기 때문에 최근 중재법을 개정한 라틴아메리카 국가들이 UNCITRAL모델법을 참조한 사실을 감안한다면 동 지역 국가들의 국제상사중재의 발전경향은 국제상사중재의 발전방향과 맥을 같이 하고 있는 것이다.

파나마협약이 나온 이유는 아래도표에서 표시하는 뉴욕협약의 가입현황에서도 쉽게 알 수 있다. 라틴아메리카국가 중 에콰도르만이 1962년에 뉴욕협약에 가입했고 1975년 파나마협약이전까지 멕시코(1971), 쿠바(1974), 칠레(1975)만이 가입했을 정도였다. 나머지 국가들은 1975년 파나마협약 이후에 뉴욕협약에 가입했다.⁸⁾ 그래서 멕시코와 칠레를 제외한다면 대부분의 주요 국가들은 국제중재에 대해 비판적이었고, 파나마협약은 동 지역 국가들이 국제중재에 대한 태도변화 및 뉴욕협약가입에 큰 추진제 역할을 했음을 이해할 수 있을 것이다. 결국, 파나마협약은 동 지역 국가들이 가까운 장래에 중재법을 개정·제정하는 데에도 큰 동력원이 되었고 주요한 중재협약 등에 가입하기 전 단계의 역할을 한 셈이다. 즉, 뉴욕협약에의 가입은 파나마협약의 체결 후 그 수가 증가하기 시작했으며 니카라과가 2003년 비준을 함으로써 라틴아메리카국가들은 모두 뉴욕협약의 비준을 완료하게 되었다.

8) 아르헨티나와 브라질은 Mercosur협정을 준수하기 위해 1995년에 동시에 파나마협약을 비준했다.

라틴아메리카 주요 국가들의 국제중재관련 경향					
	뉴욕협약 (가입연도)	파나마협약 (가입연도)	ICSID협약 (가입연도)	양자투자협약의 수(현재 발효 중)	중재법의 개정(연도)
브라질	2002	1995	비가입	0	1996
아르헨티나	1989	1995	1994	54	1981
칠레	1975	1976	1991	39	2004
멕시코	1971	1978	비가입	22	1993
베네수엘라	1995	1985	1995	22	1998

2007년11월말까지의 통계

Ⅲ. 라틴아메리카 주요 국가들의 중재법 경향

최근 중재법을 개정 또는 제정하는 국가들은 거의 예외 없이 UNCITRAL모델법을 기초로 하거나 반영하고 있다. 각국이 UNCITRAL모델법의 내용을 받아들이면 받아들일수록 중재법은 세계적으로 통일화되어가는 것이다. 그래서 UNCITRAL모델법은 중재합의부터 중재법원의 구성과 관할, 법원의 간섭범위, 중재판정의 승인과 집행에 이르기까지 중재절차관련 주요 실체규범과 절차규범을 모두 포괄하고 있다. UNCITRAL모델법은 전 세계 각국에서 사용하는 국제상사중재의 다양한 관행과 실행을 받아들여 제정했기 때문에 비교적 거부감이 덜 하다고 할 수 있다. 이러한 이유로 UNCITRAL모델법은 중재에 관한 전통이나 경험이 없거나 임의관할권에 대한 거부감이 있는 법제정자들이라 하더라도 현대적 중재법을 제정하거나 개정할 때 국제표준을 제공한다는 점에서 유용하다고 하겠다.

그러나 불행하게도 일부 라틴아메리카국가들은 중재법을 제정 또는 개정하면서 중재법의 국제보편적인 규범을 제한적으로 받아들이고 중재절차를 국내사법절차에 너무 맞추거나 공공정책(public policy)을 폭넓게 해석하는 등 중재에서 국내적인 특유의 요소를 너무 가미하여 국제중재의 활성화, 즉 국내외적으로 적합한 중재지로 지정받거나 외국중재판정의 승인과 판정을 받는데 어려움이 있는 국가들이 있다. 대표적인 국가가 브라질이다.

반면, 멕시코는 NAFTA가입의 영향으로 1993년 동 지역에서는 처음으로 UNCITRAL모델법을 충실하게 채택했고, 그 뒤를 이어 볼리비아, 과테말라, 파라과이, 페루, 베네수엘라,

칠레 등이 UNCITRAL 모델법에 충실한 중재법을 만들었다. 한편, 콜롬비아는 UNCITRAL 모델법을 기초로 중재법을 개정했으나 국내정치적인 이유로 적지 않은 변형을 해야 했으며, 아르헨티나도 UNCITRAL 모델법에 기초한 신중재법안을 연방의회에 제출했으나 의회는 냉담한 반응을 보이고 있다. 그리고 브라질이나 코스타리카처럼 국내사법계의 저항이 심하여 사실상 UNCITRAL 모델법을 참고했음에도 불구하고 겉으로는 그 사실을 드러내놓지 못한 경우도 있다.

국제중재는 외국투자자들의 입장에서 보면 선택이다. 여러 국가 중에서 가장 유리한 지역을 중재지로 선택하기 때문이다. 유망한 중재지역이란 결국 국제거래자들이 자발적으로 선택·선호하는 지역을 말한다. 그러한 지역은 중재절차의 진행도 원활하고 법원의 중재에 대한 협조가 좋다고 할 수 있다. 그래서 중재실무에 있어 당사자들이 항상 고민하는 부분도 중재판정의 실효성을 확보하기 위해 어디를 중재지로 하고 어디를 중재이행지로 해야 하는가 하는 점이다.

최근 라틴아메리카국가들의 중재법을 검토해 보면 나라마다 약간의 차이가 있기는 하지만 과거와 비교하여 몇 가지 주요한 공통점이 발견된다. 첫째는 중재조항의 분리원칙을 명시함으로써 중재조항의 실효성을 확보하려는 의지이며, 둘째는 기관중재를 장려하고 있다는 점이고⁹⁾, 셋째는 당사자 자치권의 확대이며, 넷째는 중재판정에 대한 법원의 재심기준을 강화했다는 점이다. 과거 라틴아메리카중재의 가장 큰 문제가 계약서상에 명시된 중재조항의 이행성이 보장되어 있지 않고 외국중재판정의 승인과 집행이 어려웠다는 점을 감안한다면 획기적인 변화라 하겠다. 다음은 주요 국가들의 중재법의 주요특징을 살펴보기로 하겠다.

1. 멕시코의 중재법

라틴아메리카지역에서 가장 먼저 UNCITRAL 모델법을 채택한 국가는 멕시코로 1993년에 도입되었다. 그 결과 멕시코는 라틴아메리카지역에서 국제중재를 가장 많이 받아들이는 지역으로 변신했다. 멕시코는 아무런 유보 없이 뉴욕협약에 가입했고 파나마협약에도 가입했으나 ICSID 만큼은 가입하지 않았다.¹⁰⁾ 멕시코에서 중재가 활성화된 이유로는 관

9) 예컨대, 브라질의 경우 기관중재의 경우에는 당사자들 간에 중재합의(compromiso arbitral)의 체결을 별도로 요구하지 않아 임의중재(ad hoc arbitration)보다 중재진행을 쉽게 하고 있다.

10) 멕시코헌법의 규정 제133조에 따라 멕시코가 가입한 국제협약은 별도의 국내입법절차 없이 자동으로 국내법으로 발효된다. 이러한 국제협약은 “멕시코 연방의 최고법(la Ley Suprema de toda la Unión; the supreme law of the whole Union)”의 지위를 갖는다. 멕시코헌법 제133조: Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

런법이 당사자들의 자치를 인정해주고 있고 사법부도 중재활성화를 위해 적극 지원하는 태도에 많은 영향을 받는 것으로 생각된다. 멕시코에서 중재를 규율하는 법은 상법전(Codigo de Comercio)¹¹⁾이고 관련판례 및 중재에 관한 국제협약이 적용된다. 그리고 상법전은 국내의 중재를 구분하지 않고 상사중재에 모두 적용된다.¹²⁾

중재대상과 관련하여 상법전은 특별한 규정을 하지 않고 있다. 단지, 멕시코법상 중재대상이 되지 않는 것은 중재의 승인이나 집행을 거부한다고 하여¹³⁾ 어떠한 것이 중재대상이 되지 않는지를 여러 법을 통해 찾아야 하는 불편이 있다. 이와 관련하여 연방민사소송법은 제615조에서 중재의 대상이 될 수 없는 것을 열거해 놓고 있다. 이에 따르면 부양권, 이혼(재산분배는 제외), 혼인무효, 민사상 지위에 관한 사항 등은 중재의 대상이 될 수 없다.¹⁴⁾ 그리고 명시적인 허가가 없는 경우 국가나 공공기관 관련한 중재, 즉 공공이익(public interest)에 관련되거나 중재로 인해 제3자에게 영향을 미치는 중재는 중재의 대상이 될 수 없다는 인식이 지배적이다.¹⁵⁾

그리고 중재법은 중재법원이 자신의 관할권을 결정할 수 있는 권한(kompetenz-kompetenz)을 명시화하고 있고¹⁶⁾ 법원판례로 이를 폭넓게 받아들이고 있다. 당사자가 중재법원의 관할권을 항변할 수 있는 기간은 중재판정이 나오기 전까지이나, 보통 중재절차의 시작단계에서 관할권에 대한 판정이 나오게 된다. 그리고 당사자가 판정에 불복하는 경우에는 30일내에 지방관할법원에 판정불복소송을 제기할 수 있다.

법원의 중재에 대한 개입은 아주 제한적이다. 법원의 개입은 원칙적으로 중재무효나 중재집행 때 이루어진다. 그러나 중재개시 전 또는 절차 중간에 당사자들의 요청에 의해 개입할 수 있는데 바로 중간보전조치(interim relief; medidas cautelares provisionales)가 필요

11) 멕시코 상법전은 1889년에 공포된 아주 오래된 법전으로 중재절차에 관한 개정이 1989년에 있었고, 1993년 제4편(titulo cuarto - Del arbitraje comercial)에 UNCITRAL모델법을 도입했다.

12) 상법전 제1415조: “Art. 1415 - Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.”

13) 상법전 제1462조.

14) 민사소송법 제615조: Artículo 615.- No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios: I. El derecho de recibir alimentos; II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias; III. Las acciones de nulidad de matrimonio; IV. Los concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 del Código Civil; V. Los demás en que lo prohíba expresamente la ley.

15) 민법 제6조는 사적자치의 한계와 관련한 규정을 하고 있는데 개인의 권리포기는 제3자에게 불이익을 주지 않고 공공이익에 직접적인 영향을 미치지 않는 범위 내에서 할 수 있다고 하여 국가를 당사자로 한 중재에 대해서는 구체적인 사건에 따라 해석상 다툼이 있을 수 있다. (민법 제6조: Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.) 중재대상에 관련해서는, Jorge Alberto Silva Silva, Arbitraje Comercial Internacional en Mexico, 2001, pp.81-84.

16) 상법전 제1432조: “Art. 1432 - El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.(...)”

할 때이다.¹⁷⁾

멕시코 중재법은 UNCITRAL모델법을 따랐기 때문에 외국중재판정의 승인과 절차는 우리에게 비교적 친숙하다. 즉, 외국중재판정은 관할지역 법원에서 중재판정의 집행을 구할 수 있다. 브라질이 연방대법원(STJ)을 관할법원으로 하는 것에 비한다면 아주 수월한 절차이다. 상법전 제1461조는 다음과 같이 중재판정의 집행절차를 규정하고 있다. “중재판정은 판정이 어느 나라에서 이루어지건 관계없이 구속적인 것으로 인정되어야 하며, 판사에게 서면으로 신청된 경우 동 편의 규정들에 따라 집행되어야 한다.”

실무를 하는 로펌들의 설명에 따르면 외국중재판정의 승인과 집행에는 약 6개월 정도의 기간이 소요된다고 한다. 멕시코 법원도 외국중재판정에 대해서는 절차상의 적부성만 심사하지 중재판정 본안을 심의할 수 없다. 즉, 법원은 멕시코 법에 따라 중재대상이 공공정책에 반하는지의 여부, 또는 당사자가 상법 제1426조에 열거된 사항들을 입증하는 경우에 한한다.

2. 베네주엘라의 중재법

베네주엘라는 1998년에 UNCITRAL모델법을 기초로 한 신중재법을 발표했는데 국내중재와 국제중재에 모두 적용된다.¹⁸⁾ 베네주엘라는 파나마협약과 ICSID협약에 가입했으며 뉴욕협약에는 유보조항을 두고 가입했다. 베네주엘라의 법체계상 조약이 국내법에 우선한다.¹⁹⁾ 중재법 제1조는 동법은 상사중재에 적용되며 발효 중인 어떠한 다자·양자조약을 침해할 수 없다는 규정을 하고 있어 베네주엘라의 경우에는 현재 발효 중인 조약이 상당히 큰 중요성을 갖는다.

베네주엘라의 중재법은 멕시코와 마찬가지로 당사자자치를 대폭 받아들이고 있다. 중재법에서는 당사자자치의 원칙을 명시하고 있지는 않지만 제15조는 중재절차를 당사자들이 정하지 않는 경우에 한해 중재법의 절차규범들이 적용될 수 있다고 하여 당사자자치원칙을 밝히고 있다.²⁰⁾

17) 상법전 제1425조: Art. 1425 - Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.

18) Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998

19) 베네주엘라 국제사법(Lei de Derecho Internacional Privado)은 제1조에 법적용의 서열을 규정하고 있는데 이에 따르면 베네주엘라에 발효중인 국제협약, 그 부재시에는 국제사법의 국내규정, 그 부재시에는 유추적용, 그리고 마지막으로 국제사법의 일반원칙을 적용하도록 하여 국제법의 우위를 명문화하고 있다. 국제사법 제1조(“ Artículo 1º. Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.”)

20) 중재법 제15조: Artículo 15. Cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables. Asimismo, estas reglas

반면, 중재법은 여러 조문에서 법원이 중재절차에 개입할 수 있는 가능성을 폭넓게 열어놓고 있어 중재와 법원의 관계는 법원이 중재에 어느 정도 협조적인가에 따라 변할 수 있는 불안정한 요인도 보인다. 법원의 개입은 중재인선정(제17조, 제28조), 중재인의 자격(제37조, 제38조), 중재판정의 무효(제43조, 제45조), 중재판정의 집행(제48조)등 여러 조문에서 보인다.

3. 브라질의 중재법

브라질은 1996년에 중재법을 제정했다.²¹⁾ 입법당시 사법계의 저항이 많아 중간 타협선에서 중재법이 제정되었기 때문에 전문가들은 누구나 중재법의 미완성을 인정하고 있다.²²⁾ 반중재정서는 중재법의 위헌소송에서도 증명되었는데 다행히도 연방헌법재판소는 중재법의 합헌성에 손을 들어주었다.²³⁾ 한편, 브라질은 2002년 뉴욕협약을 비준했다. 뉴욕협약의 가입으로 중재법의 즉각적인 개정이 필요한 것은 아니지만 브라질이 국제적으로 국제중재에 대해 우호적이라는 점을 공식화했다는 점에서 깊은 의미가 있다.

4. 아르헨티나의 중재법

아르헨티나는 R. Neon같은 세계적으로 유명한 상사중재인을 배출했지만 반면, 라틴아메리카에서 중재에 대해 가장 큰 거부반응을 보이는 국가이기도 하다. 아르헨티나의 중재규정은 민소법(Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)²⁴⁾에 수록되어 있는데 아직 현대적인 수정을 하지 않고 있다. 대표적인 경우가 분쟁을 중재에 회부하려면 반드시 중재합의(compromiso)의 체결을 요구하고 있는 점이다.²⁵⁾

아르헨티나는 ICSID협약과 파나마협약에 가입했으며 뉴욕협약은 유보를 두어 가입했다. 뉴욕협약의 유보는 상호주의(reciprocity)에 관한 것으로 뉴욕협약 가입국에 한해서만 협약을 적용한다는 것이다. 국내중재가 민소법에 적용을 받는다면 국제중재는 뉴욕협약과 파나마협약의 적용을 받는다.²⁶⁾ 따라서 중재대상에 관한 판단은 국내중재의 경우에는 민소법²⁷⁾, 국제중재의 경우에는 뉴욕협약의 적용을 받는다.²⁸⁾

podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes.

21) 브라질 중재법에 관해서는 조희문, “브라질 중재제도”, 「중재」, 제292호, 1999, pp.99-115.

22) Beat Walter Rechsteiner, Arbitragem Privada Internacional no Brasil, 2ed., RT, 2001, p.35.

23) STF, SE 5206 (2001.12.12.). 동 판례의 내용에 대해서는 다음의 논문을 참조할 것. 조희문, “브라질의 중재 활성화가 주는 몇 가지 시사점”, 「중재」, 제324호, 2007, pp.33-34.

24) Ley N° 17.454. según modificación por Ley N° 25.488.

25) 민소법 제739조

26) 뉴욕협약은 법률 제23619호, 파나마협약은 법률 제24322호로 입법화 되었다.

27) 민소법 제843조, 제844조, 제845조, 제847조, 제848조에 주요 관련규정이 있음. 예컨대 개인의 민법상 지위,

국내중재의 경우 당사자자치의 원칙은 인정되지만 법적인 제약이 적지 않기 때문에 아르헨티나정부는 현대적 경향의 중재법을 제정하려는 노력을 보이고 있다. 그래서 UNCITRAL모델법에 기초한 신중재법안(Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional)이 지금까지 연방의회에 3번 상정되었다. 첫 번째가 2003년, 두 번째가 2005년 3월, 세 번째가 2007년 3월 의회에 상정되었으나 아직까지 동 법안은 심의조차 되지 않은 상태에 있다.

이러한 문제의 이면에는 최근 들어 아르헨티나가 ICSID에서 외국인 투자자들로부터 거액의 중재소송을 제소당하면서 정부가 국제중재에 대해 불편해하기 시작했다는 사실이 있음을 간과할 수 없다. 사실, 아르헨티나는 90년대 시장개방 이후 라틴아메리카에서 양자투자협정(BITs)을 가장 많이 체결한 국가이다. 2007년 후반까지 54개의 BITs를 체결했는데 협정에 외국투자자들에게 대한 수용이나 국유화에 대해 국제적 기준의 보호를 명문화했고 투자분쟁을 ICSID나 UNCITRAL의 중재에 회부할 수 있는 권리를 투자자들에게 부여했다.

그런데 아르헨티나정부가 2001년과 2002년에 정치·경제적 위기를 거치면서 일련의 긴급법을 발표했고, 그 결과로 외국인투자자들은 막대한 투자손해를 보게 되었으며, 외국인투자자들은 ICSID중재에 30건 이상의 중재소송을 제기하였던 것이다. ICSID협약은 ICSID중재규칙에 따라 결정되는 중재판정은 구속력이 있다고 규정하고 있으며, 국내법원의 최종확정판결처럼 금전적 배상에 관한 판정을 반드시 이행하도록 규정하고 있다. 그러나 ICSID의 중재소송이 사회문제화 되면서 정부와 상당수의 학자들이 ICSID중재는 헌법에 위배된다는 의견을 내놓았는데, ICSID중재판정이 사법심사의 대상이 되지 못하도록 한 것 자체가 위헌이라는 것이다. 결과적으로 ICSID중재에서 투자자들이 일련의 승소를 하면서 아르헨티나정부나 정계 및 학계에 국제중재에 대한 비판적인 시각이 지배하기 시작했고 이것이 중재법안의 연방의회심의를 지연시키고 있으며 법원의 판결에도 영향을 미치고 있는 듯 하다.

5. 칠레의 중재법

칠레는 뉴욕협약에 유보 없이 가입했고 ICSID협약과 파나마협약에도 가입했다.²⁹⁾ 국내 중재제도는 1943년 법원조직법(COT - Código Organico de Tribunales) 제222조-제243조, 1902년 민소법(CPC) 제628조-제644조에 규정되어 있다. 중재관련 법규정이 절차법과 실체법의 특성을 모두 갖고 있기 때문에 별도의 중재법이 없는 국가에서는 통상 민법과 민소법에 분산되어 있는 것이다. 특징적인 것은 중재법원이 중재판정 전에 예비조치(interim

행위능력, 혼인의 효력, 가족법에 관한 사항 등은 중재의 대상이 아니다.

28) 뉴욕협약 제5조 참조.

29) 뉴욕협약은 외무부령 제664호로 국내법화 되었고, ICSID협약은 외무부령 제1304호, 파나마협약은 긴급법 제1376호로 국내법화 되었다.

relief)를 취할 수 있으나 중재법원이 강제조치를 취할 권한이 없기 때문에 결국 법원의 조력을 받을 수밖에 없다는 점이다.

칠레도 중재법의 개정 또는 제정이 본격적으로 논의되었을 때 중재법을 독립시키려는 움직임이 있었으나 결국 국내중재는 그대로 놓아두고 국제중재만 별도의 법으로 분리하는 선에서 그쳤다. 이것이 2004년에 발표된 국제상사중재법(법률 제19971호)이다.³⁰⁾ 동법은 국제상사중재를 규율하기 때문에 이법의 적용대상이 아닌 중재는 모두 기존의 법규범에 의해 규율 된다. 동법은 UNCITRAL모델법을 거의 그대로 수용했다. 정부가 발의한 입법 취지를 보면 국내의 중재제도가 취약하여 칠레회사들이 해외에서 치러야 하는 소송비용이 너무 과다하기 때문에 칠레로 국제상사중재를 유인하기 위해서는 현대적인 입법이 필요하다는 것이다.

국제상사중재법은 UNCITRAL모델법에 비해 두 가지 새로운 특징적인 사항이 첨가되어 있다. 하나는 “commercial”의 개념에 “investment”개념이 폭넓게 포함되었다는 점이고, 둘째는 중재의 지원을 위해 항소법원이 특별관할권을 행사할 수 있게 되었다는 점이다.

칠레법은 중재대상 관련하여 당사자 처분이 안 되는 형사 건이나 가족법상의 문제 그리고 노동법상의 문제 등은 중재대상에서 제외했다. 브라질의 경우 대부분의 중재가 노동 관련 중재라는 점과 대비되는 점이다.³¹⁾ 그리고 소비자보호법(법률 제19496호)상의 강제 규정에 따라 소비자보호관련 분쟁도 중재대상에서 제외된다. 그 외에도 앞으로 법원의 해석을 지켜봐야 하겠지만 아직까지 공공질서(public order)의 개념이 상대적으로 넓게 해석되고 있어 경쟁법, 지적소유권 등도 중재대상에서 제외되는 것으로 인식되고 있다. 반면, 정부나 공공기업을 계약당사자로 하는 정부계약이나 행정계약 등은 중재의 대상이 된다는 것이 학계의 입장인데, 이는 국제상사중재법이 양허계약의 적용이나 해석 관련하여 조정이나 중재의 사용을 예정하고 있기 때문이다.

국제상사중재법은 당사자가 중재법원의 구성 전에 중간보호조치(interim measures; medidas provisionales)를 법원에 요청할 수 있는 권한을 주었고, 이러한 긴급보호조치권은 중재절차 중에도 취할 수 있다.³²⁾ 여기에는 재산보전조치도 포함되기 때문에 칠레법원의 중재에 대한 협력은 상당히 좋은 편이라 실효성이 있다고 보여 진다. 한 가지 흥미로운 점은 국내중재의 경우 중재를 법에 의해 판정하는 경우는 반드시 변호사에 의해 판정되어야 한다는 점이다. 칠레법에 따르면 칠레변호사가 되기 위해서는 반드시 칠레국적을 소지해야 만 하기 때문에, 결국 법에 의한 중재에서는 칠레변호사만이 중재인이 될 수 있다. 반면, 형평에 의한 중재 (arbitraje ex aequo et bono)는 중재인의 자격으로 국적이나 직업

30) Ley No 19.971 de Arbitraje Comercial Internacional

31) 중재의 노동분쟁 적용에 대해서는, Georgenor de Sousa Franco Filho, A Nova Lei de Arbitragem e as Relacoes de Trabalho, LTr, 1997.

32) 국제상사중재법 제9조.

에 대한 제한을 하지 않고 있다. 국제중재의 경우에는 중재인의 선정에 있어 직업에 대한 제한이 없다.

중재신속성과 관련해서는 국내중재의 경우 중재인이 선임된 날로부터 2년 내에 중재판정을 하도록 하고 있으나 국제중재에는 이러한 시간적인 제한규정이 없다.

IV. 라틴 아메리카 각국 국내법원들의 중재에 대한 태도

국제중재는 국내법원의 도움 없이 발달되기 어렵다. 그래서 법원의 협력은 아무리 강조해도 지나침이 없다.³³⁾ 중재는 당사자들이 장래에 발생할 분쟁을 법원대신 중재를 통해 해결할 것을 자발적으로 합의하는데 그 핵심이 있다. 분쟁이 발생한 후 당사자들이 중재합의를 할 수도 있으나 대부분의 경우는 장래에 발생할 분쟁에 대한 사전합의인 것이다. 그런데 현실적으로 라틴아메리카에서 자주 발생하는 현상중의 하나는 계약서에 중재조항이 있다 하더라도 일방당사자가 중재를 기피하고 법원에 소송을 제기하는 것이다. 이러한 경우에 법원이 중재조항을 근거로 소를 각하하고 분쟁해결을 중재절차에 맡기면 중재활성화에 큰 도움이 될 것이다. 법원이 중재의 주연은 아니지만 법원의 도움 없이 중재가 진행되기 어렵기 때문이다.

법원이 중재진행에 큰 도움을 주는 것으로 중간보전조치(provisional measures)가 있다. 대부분의 국가는 공권력이 없는 중재법원에 이러한 권한을 부여하지 않고 있다. 임시조치는 실효성과 직결되어 있다. 당사자나 중재인이 중재절차 개시 전 또는 중재진행 중에 임시조치를 신청할 경우 법원은 임시조치의 필요성을 잘 이해하여 중재절차의 진행을 적극 후원하는 형태로 진행해야 한다.

이외에도 법원의 지원이 필요한 경우는 주로 중재법원의 강제권이 없는 곳에서 나타난다. 예컨대 증인의 출석거부, 제3자가 소지한 증거물·서류 등의 준비에 비협조적인 경우, 현장조사의 경우 주인이나 임차인의 비협조 등의 경우에 특히 절실해진다. 결국, 법원의 협력여부는 구체적인 사건에서 중재진행을 위해 얼마나 우호적으로 법률을 해석하고 신속하게 적용하는가에 달려있다고 하겠다.

1. 멕시코 법원

멕시코는 NAFTA에 가입하면서부터 국제중재분야에 많은 발전이 있었다. 대외무역과

33) 브라질사회에서 범문화적 측면에서 법원과 중재와의 관계를 연구한 다음의 단행본을 참조할 것. Paulo de Tarso Santos, *Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural*, Sao Paulo, LTr, 2001.

외국인투자가 증가하고 국제사회에 많이 노출되면서 법제도나 사법제도의 운영도 국제화된 것이 사실이다. 멕시코가 국제중재의 중재지로 지정되는 경우도 다른 라틴아메리카국가들에 비해서는 많은 편이다. 이미 언급했듯이 1993년 상법전에 새롭게 삽입된 멕시코 중재법은 국내의 상사중재에 모두 적용되는데, 멕시코법원의 중재법에 대한 해석은 전반적으로 친 중재 성향을 보여주고 있다.

멕시코 중재 관련하여 자주 인용되는 사건이 멕시코대법원이 판결했던 *Megacable v. Telefonos de Mexico* (30 June 2004) 사건이다. 동 사건은 당사자간에 중재합의를 할 수 있도록 한 중재법의 규정이 헌법상의 규정인 적법절차규정에 위배되는 것인지의 여부를 판별하는 것이었다. 이에 대해 대법원은 당사자간의 분쟁을 중재로 해결하기로 합의하는 당사자간의 중재합의는 적법하며 헌법에 위배하지 않는다는 판결을 내렸다.

그런데 연방대법원은 2006년에 중재법원의 관할권에 관련하여 비교적 모호한 판결을 내놓았다. 중재법 제1424조와 제1432조간에 중재법원의 관할권과 관련하여 하급심 법원간에 해석상 이견이 있어 그 해결에 관한 사건이었다. 중재법 제1424조는 UNCITRAL 모델법 제8조와 뉴욕협약 제II.3조를 따라 "판사는 중재분쟁이 중재합의에 관한 사항인 경우, 그 합의가 무효나 실효 또는 이행불능이 아닌 경우를 제외하고는 당사자들이 중재에 회부하도록 해야 한다"고 규정하고 있다.³⁴⁾ 반면, 중재법 제1432조는 UNCITRAL 모델법 제16조를 따라 "중재법원은 중재합의의 존재나 유효성 등에 관련하여 자신의 관할권여부를 스스로 결정해야 한다"고 규정하고 있어³⁵⁾, 당사자들이 중재합의의 무효, 실효 또는 이행불능 등을 근거로 법원에 중재합의의 무효를 제소할 수 있는지, 아니면 중재법원이 이를 판단해야 하는지가 충돌이 될 수 있었다.

동 사건에서 멕시코 대법원은 중재합의 존재와 그 유효성에 관해서 결정을 할 수 있는 관할권은 중재법원에 있는 것이 일반원칙이라고 판결하여 중재법원의 권능-권능의 원칙(the principle of kompetenz-kompetenz)을 확인해 주었다. 반면, 대법원은 제1424조 제2항에 근거하여 당사자들이 중재합의의 유효성에 관해 법원에 제소할 수 있으며 단, 이 경우에도 중재는 계속 진행될 수 있다는 판결을 내렸다.³⁶⁾ 이에 따를 경우 중재합의의 무효, 실효 또는 이행불능이 문제가 될 경우에는 중재법원과 법원이 관할권 경합을 할 수 있는 불편한 상황이 발생할 수 있다. 대법원은 중재법원의 관할권은 당사자들 간의 자유의사에 의해 성립되는 만큼 만일 중재합의가 동의의 흠결에 의해 영향을 받는다면 우선적으로 법원에 의해 선결적으로 해결되어야 한다는 즉, 중재에 대한 정당한 사법부통제권은 엄연히

34) Art. 1424 - El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. (밑줄은 저자가 표시함)

35) Art. 1432 - El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.(...)

36) Contradiccion de Tesis 51/2005-PS, Tesis de Jurisprudencia 25/2006.

존재한다는 논리를 전개한 것이다. 대법원의 판결내용은 뉴욕협약의 내용에 명시된 것이기는 하지만 구체적인 사건에 대해 멕시코법원이 중재절차에 대해 개입할 수 있는 가능성을 열어놓은 만큼 앞으로 법원이 구체적인 사건에서 어떠한 태도를 취할 지가 궁금해진다. 즉, 만일 이러한 종류의 사건이 법원에 많이 제기되고 그에 대한 법원의 태도가 친중재인지 반중재인지에 따라 중재사용에 영향을 미칠 수 있을 것이다.

한편, 최근 멕시코 대법원은 중재판정의 집행과 관련하여 친중재 성향의 판결을 내놓아 향후 중재법해석에 관한 밝은 전망을 보여주었다.³⁷⁾ 동 건 역시 하급심이 동일 건에 대해 다른 판결을 하여 대법원이 구속력 있는 판결을 내린 것이다. 동 건에서 대법원은 중재판정의 집행절차는 최종적이고 더 이상의 중간조치나 항변 등을 받아들여서는 안된다는 입장을 분명히 했다. 즉, 중재법의 해석에 있어 중재제도의 안정과 신속성에 더 비중을 두어 중재제도의 장점이 훼손되지 않는 방향의 해석을 한 것이다.

2. 베네주엘라 법원

최근 베네주엘라 정부와 사법부는 중재에 대해 반 정서적인 감정을 보이고 있다. 차베스 정부의 선진국에 대한 비판적인 시각에 큰 영향을 받고 있는 것으로 보인다. *Elettronica Industriale S.P.A. (Italy) v. Venezolana de Television, C.A. (Venezuela)* 사건³⁸⁾에서 베네주엘라 대법원은 카라카스에서 진행된 ICC중재에서 결정된 중재판정을 취소했다. 재판부는 중재합의가 적절한 베네주엘라 당국의 허가를 받지 않았기 때문에 무효라는 점을 판결의 근거로 삼았다. 재판부는 국가적 관심사가 되는 양허계약의 경우에는 피신청인의 사장이나 이사진은 중재합의를 할 권한이 없을뿐더러 이러한 종류의 계약은 중재대상이 될 수 없다는 논리를 전개했다.

또한, *Corporacion Todosabor, C.A. (Venezuela) v. Haagen-Dazs International Shoppe Company, Inc.* 사건³⁹⁾에서는 마이애미에서 진행된 AAA중재판정과 관련하여 대법원은 중재판정의 합헌성 여부를 재심할 수 있는 권한이 있다는 종래의 입장을 확인했으나, 동 건은 하급심의 관할이기 때문에 헌법소송을 받아들일 수 없다고 기각했다. 한편, 동 건에서 헌법심의부 재판장은 약식위헌소송(*amparo constitucional*)은 외국중재판정에 사용될 수 없는 부적절한 소송방식이라는 반대의견을 내었다. 동 건에서 해당 헌법소송을 대법원으로 부터 반송 받았던 카라카스의 상급심은 2006년6월 판결에서 헌법심의부 재판장의 반대의견을 받아들여 중재판정에 대한 항소방식으로 약식위헌소송을 하는 것은 부적절한 소송방식이라고 판결하여 소송을 기각했다.⁴⁰⁾

37) *Contradiction 40/2007-PS.*

38) *Tribunal Supremo de Justicia - Sala Politico-Administrativa, 5 April 2006.*

39) *Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional, 14 February 2006.*

이와 같이 베네수엘라 사법부는 비교적 발전된 형태의 중재법을 갖고 있음에도 불구하고 최근 국제중재 관련하여 상당히 보수적인 판결을 내리고 있다. 이러한 현상은 반신자 유주의 정책을 펼치고 있는 현 정부의 정책과 무관하지 않아 보이며 일시적인 혼란상황이 아닌가 생각된다.

3. 브라질 법원

브라질 법원은 브라질의 중재제도가 짧은 기간 내에 자리를 잡는데 큰 역할을 수행하고 있다. 최근의 주요 판례를 보면 그 이유를 알 수 있다.⁴¹⁾ 중재는 2000년대에 들어서면서 노동분쟁, 기업분쟁, 주식회사관련 분쟁, 민자유치사업(PPP - Public-Private Partnership) 등 그 적용범위가 급속도로 확대되어 왔는데 공공부문에도 중재가 적용되는가에 대한 논의가 본격적으로 제기되었다.⁴²⁾ 법학자들 간에도 공공기관이나 공기업이 동의하는 경우 중재는 당연히 적용된다는 당사자 처분설과 공익(public interests)은 당사자 처분이 불가능하기 때문에 공공기관이나 공기업은 중재를 사용할 수 없다는 공익설이 팽팽히 맞서있었다.

이에 관련된 분쟁이 드디어 법원에 제기되었다. *Companhia Paranaense de Energia (COPEL) v UEG Araucaria Ltda(UEG)* 사건에서 COPEL은 파라나주의 1심 법원에서 UEG가 COPEL을 상대로 파리 ICC에서 중재소송을 금지하는 예비조치를 청구했으며 법원은 2003년 6월 이를 받아들였다. 파라나주 법원은 계약에 포함된 ICC 중재조항이 분쟁발생 후 중재에 회부한다는 명확한 표현이 없으며 당사자가 국영기업이며 분쟁대상이 공익(public interest)에 관한 사항이라 중재대상이 아니라는 판단을 했다.

그러나 항소심인 파라나주 대법원은 2004년 6월, 중재인이 관할권을 스스로 판단할 수 있는 권한이 있기 때문에 (principle of Kompetenz-Kompetenz) 동 문제는 중재법원이 결정해야 한다고 원심을 기각하고 중재법원으로 반송했다.⁴³⁾ 즉, 공공이익 그 자체는 사인의 처분이 불가능한 대상이라 중재가 불가능하지만 공공행정의 이익은 중재의 대상이라는 판단을 한 것이다.

2005년10월 연방대법원(STJ)은 *AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda(AES) v Companhia Estadual de Energia Eletrica (CEEE)* 사건에서 COPEL건과 유사한 건을 심리할 기회가 있었다. 동 건에서 연방대법원은 국영기업이 당사자가 된 계약에 삽입된 중재조항의 유효성을 재

40) Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Transito de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas. 2006년6월9일 판결

41) 브라질 법원의 판례경향은 필자의 다음의 논문에서 36-37쪽을 요약한 것임. 조희문, 「브라질의 중재 활성화가 주는 몇 가지 시사점」, 『중재』 제324호, 2007, pp.32-37.

42) 공공부문의 중재사용에 관해서는 다음을 참조할 것. Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública, Quartier Latin*, 2007, 319p.

43) TJ Parana - Medida Cautelar Preparatoria no. 160213-7

확인하고 동 건을 중재에 의해 해결하도록 반송했다.⁴⁴⁾

연방대법원(STJ)은 이중소송에 관해서도 심리할 기회가 있었다. 2006년 12월 *First Brands do Brasil Ltda. and STP do Brasil Ltda. v STP Petroplus Produtos Automotivos S/A PPA and Petroplus Sul Comercio Exterior S/A SPC* 건⁴⁵⁾에서 중재발전을 위한 획기적인 판결을 내렸다. 동 건은 ICC중재로서 미국 마이애미에서 중재판정이 내려졌는데 패소측이 중재판정에 따른 금전지불이행을 하지 않자 승소인측이 브라질 연방대법원(STJ)에 판정이행을 위한 중재판정의 승인과 집행의 소를 구한 것이다. 이에 대해 패소인측은 상파울로 법원에 중재판정무효의 소를 제기했다. 패소인측은 STJ에서 중재절차가 적법한 절차의 원칙과 동등대우의 원칙 등 근본원칙을 준수하지 않았으며, 현재 브라질법원에 중재판정무효의 소가 제기된 상태이기 때문에 브라질사법주권을 침해하는 행위를 해서는 안된다는 논리를 폈다. 그러나 STJ는 중재판정무효의 소가 존재한다는 사실이 STJ의 중재판정 승인절차와 충돌하지 않는다면 중재판정의 승인절차를 그대로 진행했다.

또한, 연방대법원(STJ)은 *the Liverpool Cotton Association*의 중재판정의 승인 건에서 묵시적 중재합의도 인정했다.⁴⁶⁾ 동 건에서 피신청인은 분쟁을 중재신청 하는 것을 합의한 적이 한번도 없다고 주장했으나 법원은 피신청인이 중재절차에 자발적으로 참석했고 중재법원의 관할권에 대한 항변을 하지 않았다는 점 등 당사자의 행태가 묵시적으로 중재를 인정했다고 판단하여 묵시적 중재조항의 존재를 인정했다.

이러한 브라질법원들의 태도는 중재법의 긍정적인 적용과 해석에 큰 역할을 하고 있다. 브라질법원은 지난 10여 년간에 걸쳐 당사자자치의 원칙, 중재합의의 효력, 중재법원의 권능-권능의 원칙(*principle of Kompetenz-Kompetenz*), 외국중재의 승인과 집행 등과 관련해 비교적 풍부한 판례를 누적해오고 있다. 초기에 사법부를 정점으로 하여 중재를 사법부의 재판관할권을 위협하는 경쟁자로 간주했던 부정적 시각에서 중재제도는 아주 짧은 기간에 사법부의 없어서는 안 될 동반자로 자리를 잡은 것이다.

4. 아르헨티나 법원

얼마 전까지만 해도 아르헨티나 법원은 중재제도에 부정적인 태도를 보여 왔다. 법원이 중재법원보다는 더 중립적이라 중재판정이 내려지더라도 법원에 의해 재심될 수 있다는 인식이 지배적이었다. 이러한 인식은 시장개방 이후에 많이 바뀌었다. 연방대법원도 판례를 통해 친 중재적인 성향을 보여주었다. 특히, 일방이 연방정부였던 *Fibraca c/Salto Grande* 사건⁴⁷⁾에서 법원은 당사자가 중재에 합의한 경우 법원관할은 기각되어야 한다는

44) Resp no. 612.439-SP

45) SEC No. 611 EX (2005/0055688-0)

46) SEC No. 856/05

중재원칙을 확인했고, 동 원칙은 다른 사건에서도 계속 인정되어왔다.

그러나 아르헨티나정부가 ICSID 투자중재소송에서 계속 패하면서부터 국제중재에 대한 시선이 차가워지기 시작했다. 아르헨티나정부는 외국인투자가와의 투자계약서에 분쟁해결 수단으로 국내법원을 지정했기 때문에 국제중재기관이 정부를 상대로 하는 분쟁에 대한 관할권을 행사할 수 없다는 생각을 했었다. 즉, 아르헨티나정부는 외국인투자자들이 계약 분쟁을 BITs상의 조약분쟁으로 해석·적용하는 것을 부인한 것이다. 또한, 아르헨티나정부는 ICSID중재판정이 불리하게 나오더라도 아르헨티나에서 승인과 집행을 받으려면 아르헨티나법원의 심사가 필요한데 이때 정부의 경제조치가 타당했음을 주장할 수 있다는 생각을 했었다. 이러한 논리는 브라질에서 있었던 헌법상의 국민의 소송권리와 같은 논리로서, 중재합의를 통해 아르헨티나정부가 법원의 소송권포기를 하는 것은 위헌이라는 논리이다.

정부의 이러한 반 국제중재정서는 법원에도 영향을 미친 듯 하다. 2004년 6월 연방대법원은 *Cartellone (Jose Cartellone Construcciones Civiles S.A. v. Hidronor S.A.)* 사건⁴⁸⁾에서 어떠한 중재판정도 그것이 공공질서에 위배되거나, 위헌, 불법 또는 불합리(*contrario al orden público, inconstitucional, ilegal o irrazonable*)하다고 판단될 경우에는 사법심사(judicial review)의 대상이 된다고 판결했다. 이러한 대법원의 판결에 따라 하급심들은 법원이 중재판정의 본안심리를 할 수 있는 간섭권이 있다는 주장하에 여러건의 ICC중재절차에 간섭을 하게 되었다.

Cartellone 사건의 경우 계약서의 중재조항에는 중재판정은 확정적이고 법원재심의 대상이 아니라는 점이 명문화되어 있었으나 당사자는 아르헨티나 절차법상 법원재심권은 부인될 수 없다는 규정을 근거로 연방항소법원에 중재판정취소의 소를 제기한 것이다. 그러나 항소법원은 중재판정이 절차법의 규정에 따라 무효인지를 판단할 정도의 입증을 항소인이 하지 못했기 때문에 항소를 기각한다는 판결을 했다. 이에 대해 연방대법원은 동 건의 관할을 인정하면서 중재판정에 대한 실질심사를 하여 중재재판부가 명령한 가격조정은 신청인이 요청했던 기간보다 더 장기간의 기간을 부여했기 때문에 그 부분에 대해서 중재판정이 부분적으로 무효라고 선언했다. 그리고 법원이 중재판정의 실질심사를 한 점에 대해서는 중재판정이 ‘공공질서에 위배되거나 위헌, 불법 또는 불합리’한 경우 항상 사법심사의 대상이 된다는 주장을 했다.

Cartellone 사건은 학문적으로도 큰 논란의 대상이 되었다. 한쪽에서는 *Cartellone* 사건은 연방대법원의 판례전통을 재확인한 것이기 때문에 큰 문제가 아니라는 입장을 보였는

47) Gualtiero Martin Marchesini, "Recursos contra los laudos arbitrales", <http://www.tributosconcordados.com/arbitraje/file.php?idarticulo=73>, 1 Jan. 2008.

48) Caso "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ Proceso de conocimiento" C.S.J.N. 1/6/04.

데, 이에 따르면 중재판정은 항상 사법적 심사의 대상이었고 법원은 중재판정이 ‘위헌, 불법 또는 불합리’한 경우 판정을 취소할 수 있는 권한이 있다는 주장이다. 다른 한편에서는 동 건이 임의관할에 기초한 자발적 중재제도에 치명상을 입힌 판례로 폄하했다. 이후 아직 Cartellone의 법리를 재론할 만한 소송 건이 없기 때문에 앞으로 연방대법원이 어떠한 입장을 취할지는 알 수 없으나 동 건은 하급심에 즉각적인 영향을 미쳤다.

즉, 2004년 9월에 내려진 ERIDAY UTE v Entidad Binacional de Yacyrete (EBY) 사건에서 재판부는 Cartellone건을 인용했다. 동 건은 Yacyrete 댐 공사에 관련된 소송이었는데 당사자들인 ERIDAY, the construction consortium 와 EBY는 부에노스 아이레스의 ICC중재에 회부하기로 합의했다. 그러나 EBY는 이러한 당사자간의 중재합의를 무시하고 2004년 9월 부에노스 아이레스 연방법원으로부터 중재인의 배척을 명하는 법원명령을 받아내었다. EBY측 주장의 근거는 3인 중재에서 2인이 아르헨티나국적자이고 재판장이 콜롬비아 인으로써 EBY의 이익을 적절하게 보호하지 못한다는 점이었고, 연방법원은 이유 있다고 받아들였던 것이다.

2006년에 있었던 UTE사건⁴⁹⁾에서는 행정항소법원이 중재판정을 무효화했다. 법원은 아르헨티나의 민상사 절차법에 따라 진행되었던 중재에서 중재인은 당사자들이 합의한 중재 절차를 무시하고 중재심리를 소집하지 않았다는 판단을 했다. 법원은 이러한 절차위반은 중재판정의 무효를 유발하는 절차상의 중대한 위반이라고 판시했다. 그러나 흥미로운 것은 법원이 절차상의 무효는 해당되는 절차에 대한 흠결행위에만 해당되고 나머지 절차는 유효하기 때문에 사건은 해당 심리기일 때까지로 돌아가야 한다는 판결을 했다는 점이다. 이러한 몇 가지 위험스러운 판결에도 불구하고 법원은 전반적으로 친중재적인 성향을 보이고 있다.

5. 칠레 법원

칠레는 멕시코 등과 함께 라틴아메리카에서 중재전통이 확립되어 있는 몇 안 되는 국가 중의 하나이다. 칠레에서 중재는 생활법률에도 깊이 파고들어있어 상거래 외에도 임대차, 부동산매매계약 등에도 중재조항은 어렵지 않게 볼 수 있다. 그리고 브라질에서의 경우와 같이 주식회사의 주주간 분쟁에서도 중재를 사용하도록 법정화 되어 있다.

칠레는 이러한 경험을 바탕으로 국제중재의 경쟁력을 확대하려는 노력을 보여주고 있는데 새로이 채택된 국제상사중재법에서도 이러한 면이 드러나 있다. 우선, “상사중재”의 개념은 단순한 계약적인 관계를 뛰어넘어 상사에 관련된 문제이면 모두 포함되도록 포괄적인 개념으로 확장했다. 둘째, 중재에 관련된 법적 문제, 예컨대 중재인 지정의 문제 등을

49) Estado Nacional v. Propyme Argentina UTE, Euroinvest SA and Iuvans Srl, 18 July 2006

지원하기 위한 법원으로 칠레항소법원(Corte de Apelaciones)으로 지정하여 중재와 법원간의 법률문제를 비교적 전문화하는 노력을 시도했다.⁵⁰⁾ 이러한 노력과 더불어 칠레의 사법부도 중재를 옹호하는 판결을 지속적으로 내놓고 있다.

외국중재판정의 승인과 집행에 관련하여서는 파나마협약이나 뉴욕협약의 규정을 따른다. 그런데 국제중재법은 중재집행을 위해서는 민소법의 집행절차(exequatur procedure)를 따르도록 했는데 이러한 집행절차는 통상 6개월 이상 소요된다. 대부분의 국가에서 규정하는 재산, 특히 부동산의 처분은 국내법에 따르게 되어 있어 칠레에서도 중재집행 시 부동산의 처분권도 포함되느냐 하는 문제가 발생한다. 칠레 대법원은 부동산의 칠레법 지정은 실제법상의 문제이지 절차법상의 문제는 아니라는 판결을 하여 중재판정의 집행을 위한 재산처분이 가능하도록 했다.

칠레법원이 국제상사중재법의 해석과 관련된 판결을 한 것은 중재법 발효 후 몇 년이 지난 2006년5월이었다. 칠레법원은 국제상사중재법이 법의 발효이전에 체결된 중재합의(arbitration agreement)에 대해서도 소급적용 된다고 하면서 헌법상 금지청원(constitutional injunction)을 통해 국제중재절차를 막으려고 했던 기도를 좌절시켰다.⁵¹⁾ 법원은 국제상사중재법은 중재조항이 언제 서명되었느냐에 관계없이 분쟁이 발생하여 중재가 성립되면 적용되어야 하는 절차법의 성격이 있기 때문에 실정법을 소급적용하는 것이 아니라는 해석을 했다.

중재발전에 도움이 되는 또 한 가지 중대한 진전은 ICC에 국제중재요청을 정식으로 하기 전에 칠레의 하급심에 요청한 중간조치(interim measures)를 받아들인 사건이었다.⁵²⁾

V. 결 어

간단하게 살펴보았지만 분명 라틴아메리카에는 중재혼풍이 불고 있다. 동 논문에서는 이러한 변화를 주요 중재협정에의 가입현황, 중재법의 경향, 국내법원들의 태도라는 3가지 측면에서 살펴보았다. 실제로 필자는 법률현장에서 계약서나 중재소송 등을 접하면서 라틴아메리카에서 중재가 점차 생활에 밀접하게 다가서있다는 것을 실감할 수 있었다.

분명, 법문화는 그 사회의 문화와 큰 관련성이 있다. 브라질은 1919년에 제정된 민법을 80여년 만에 대폭 수정했는데 사회적인 의견을 수렴하는데 무려 20여년의 세월이 필요했다. 그리고 중재법을 민소법전에서 분리시키는 논의를 하는데 10년의 세월이 걸렸고 그나

50) 국제상사중재법 제6조.

51) Corte de Apelacion de Santiago, Rol No. 88-2006, 3 de mayo de 2006 Corte de Apelacion de Santiago, No 865-2006, 25 de mayo de 2006

52) Resolucion de fecha 26 de mayo de 2005, 28 Juzgado Civil de Santiago

마 UNCITRAL 모델법 대신 브라질 식 중재법을 만들었다는 점을 인정받아 연방의회를 간신히 통과했었다. 또한, 중재법의 시행초기에 엄청난 사법부의 반발, 위헌소송 등 다양한 변고를 겪었다. 그래서 지금처럼 그 짧은 기간에 중재가 브라질사회에 자리 잡으리라고는 아무도 예상하지 못했었다.

변화의 동인은 분명 외부에 있었다. 90년대 초 시장개방과 90년대 말 신자유주의의 바람을 타고 불어 닥친 외국인투자과 서구문화를 접하고 적지 않은 수의 투자협정을 체결하면서 중재는 국제분쟁해결의 대표적이고 실효적인 수단으로 인식되기 시작했던 것이다. ICC의 통계에 따르면 80년대에 라틴아메리카의 참여비율이 3% 미만이던 것이 2005년에는 12%로 급신장했다고 한다. 특히, 브라질과 멕시코의 참여율이 눈에 띄어 이들 국가는 ICC중재에서 가장 많은 16개 국가 중의 하나라고 한다.⁵³⁾ 과거 중재불량국에서 갑자기 모범사용국으로 돌아선 것이다. 이러한 현상은 AAA에서도 나타난다고 한다. 6건 중 1건이 라틴아메리카 국가가 연루된 사건이라고 한다. 또한, 이번 논문에서는 분석하지 않았지만 ICSID 투자분쟁에서는 라틴아메리카 국가가 모든 중재소송건의 거의 절반을 차지하고 있다.

그러나 이러한 모든 변화의 중심에는 법원의 절대적인 지지가 있음을 간과해서는 안된다. 법원의 조력 없이 중재가 잘 진행될 수 없다. 이러한 점에서 라틴아메리카 국가 법원들의 중재에 대한 태도변화는 놀라운 반전이라고 말할 수밖에 없다.

참 고 문 헌

조희문, “브라질 중재제도”, 「중재」, 제292호, 1999, pp.99-115.

조희문, “브라질의 중재 활성화가 주는 몇 가지 시사점”, 「중재」, 제324호, 2007, pp.32-37.

Beat Walter Rechsteiner, *Arbitragem Privada Internacional no Brasil*, 2ed., RT, 2001.

Fernando Mantilla-Serrano (coord.), *Arbitraje Internacional: Tenciones Actuales*, LEGIS, Colombia, 2007.

Francisco Tamburini, “Historia y Destino de la “Doctrina Calvo”: ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, n.24, Valparaiso, Chile, 2002.

Gary B. Born, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2001.

53) Statistical Report, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol.17/No.1 2006 참조.

- Georgenor de Sousa Franco Filho, *A Nova Lei de Arbitragem e as Relacoes de Trabalho*, LTr, 1997.
- Gonzalo Biggs, "The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-U.S. Free Trade Agreement", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol.19(1), 2004, pp.61-86.
- Gualtiero Martin Marchesini, "Recursos contra los laudos arbitrales", (<http://www.tributosconcordados.com/arbitraje/file.php?idarticulo=73>), 1 January 2008.
- Hee Moon Jo, *Moderno Direito Internacional Privado*, Sao Paulo, LTr, 2001.
- Jorge Alberto Silva Silva, *Arbitraje Comercial Internacional en Mexico*, 2001.
- Julian D.M. Lew, et. al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- Paulo de Tarso Santos, *Arbitragem e Poder Judiciario: mudanca cultural*, Sao Paulo, LTr, 2001.
- Paulo Rosa y Rafael Cox-Alomar, "El Control Judicial del Arbitraje: ¿Siempre Tributario de un Foro Local?", In: Fernando Mantilla-Serrano (coord.), *Arbitraje Internacional: Tenciones Actuales*, LEGIS, Colombia, 2007, pp.245-6.

ABSTRACT

Recent Trends and Characteristics of International Arbitration in Latin American Countries

Hee-Moon Jo

The reluctance of Latin American countries to practice international arbitration is not a new topic in international law. This reluctance historically based on Calvo Doctrine provoked not only the absence of Latin American countries from the major international commercial arbitration conventions, but obsolete national arbitration legislation.

Recently, however, these countries have undertaken major steps showing that the region is no longer reluctant to practice international commercial arbitration. Most Latin American countries have ratified the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ("New York Convention"), the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes ("Washington Convention") and the 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration ("Panama Convention").

The majority of Latin American countries have also modified and adapted their national legislation on arbitration to the UNCITRAL model law. Even judiciary has been following this pro-arbitration.

This article will focus on some of these factors provoking the acceptance of international commercial arbitration in Latin America to trace the common trends and characteristics in an attempt to understand better how international arbitration set on its place firmly. For this purpose we selected five countries, Brazil, Argentina, Chile, Mexico and Venezuela, to analyse legislations and jurisprudence.

Latin America is ready to challenge any obstacles to promote arbitration as alternative methods of judicial resolution. There is an ever-increasing number of international arbitration in Latin America. Both practitioners and judiciary have shown desires to promote the resolution of disputes by arbitration and used the legal instruments to ensure that process interpreting and applying legislations for pro-arbitration. Even there remains Calvo Doctrine's culture in Latin America still now, it should be certain this culture will disappear from the conduct of international arbitration.

Key Words : Latin America, Brazil, Argentina, Chile, Mexico, Venezuela, International Commercial Arbitration, Arbitration Law, Jurisprudence, Court