

## 중재인 선정과 법원의 역할에 관한 연구

### Appointment of Arbitrators and the Role of the Court

박 원 형\*

Won-hyung Park

김 철 호\*\*

Cheol-ho Kim

#### 〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 중재판정부의 구성과 법원의 역할
- III. 관련 판례 분석
- IV. 결 론

주제어 : 중재판정부, 중재인 선정, 중재법 제12조, 항고

\* 주저자, 목원대학교 무역학과 전임강사, piziyong@mokwon.ac.kr

\*\* 교신저자, 진주산업대학교 전자상거래학과 부교수, kch@jinju.ac.kr

## I. 서론

흔히들 중재는 비용측면에서 소송에 비해 효과적(cost-effective)인 것으로 이해되고 있으나 이는 당사자들이 중재를 적절히 이용할 경우에만 가능한 것이다. 특히 중재인의 선정은 공정한 중재판정부의 구성이나 불필요한 비용과 시간을 줄인다는 점에서 중요한 사항임에 틀림이 없음에도 당사자들은 중재판정에 이르는 과정에서 자신에게 유리한 결과를 가져 올 것이라는 기대로 편견을 가진 중재인을 선정하는 오류를 범하게 되기도 한다.<sup>1)</sup> 이에 종종 당사자들이 중재인에 대해 이의(기피)를 제기하게 되고, 일방 당사자가 선정한 중재인의 편견은 다른 중재인에 의해 무시되는 결과를 낳게 된다. 결과적으로 잘못된 중재인 선정은 시간과 비용 및 노력의 낭비를 초래하게 되고 궁극적으로는 패소판정으로 이어지게 될 수도 있다.

그간 우리 중재환경에서도 2001년 중재법의 전면개정을 거치는 과정에서 중재의 핵심 쟁점에 대한 다양한 연구가 축적되어 있다.<sup>2)</sup> 그러나 중재인 선정에 포함된 중재판정부 구성문제는 중재의 실현단계에서의 중요성에도 불구하고<sup>3)</sup> 중재법 내에서도 세부적인 절차적 쟁점으로 인하여 상대적으로 판례나 연구결과가 미흡한 실정이다.<sup>4)</sup> 즉 선행연구는 중재판정부의 구성<sup>5)</sup>, 국제상사중재에 있어 중재인 선정에 관한 비교법적 연구<sup>6)</sup>, 중재인 선정방식<sup>7)</sup> 등에 관한 연구가 대부분으로 중재 당사자나 법원의 관점에서 보다 구체적인 지침을 제공하지 못하고 있다. 이는 최근까지 우리 중재법 환경에서 중재인 선정과 관련한 법원의 판례가 형성되지 않아 연구에 한계가 있고, 중재인 선정문제는 절차적 요소가 강한 탓에 큰 주목을 받지 못한 것으로 판단된다. 따라서 최근 중재인 선정문제를 직접적인

- 1) Naoki Iguchi, "ADR Client Strategies in Asia Leading Lawyers on Navigating the Negotiation Process, Advising Multinational Clients, and Understanding the Key Laws Governing ADR in this Region," *Arbitration Laws and Trends in Japan*, Aspatore, October, 2009, p.4.
- 2) 과거 우리 중재학회의 연구동향은 중재합의, 중재판정부의 권한, 중재판정의 취소, 외국중재판정의 승인 및 집행 등 중재의 각 단계별로 핵심쟁점을 고루 다루고 있는 한편 해사, 건설, 투자중재 등의 실체적 부문을 주된 연구의 대상으로 하고 있다. 연구동향 전반에 관한 구체적인 언급은 지면관계상 생략하기로 한다.
- 3) 기왕에 중재합의가 있음에도 불구하고 중재개시 전에 중재인 선정에 대한 절절한 합의가 도출되지 못하거나 법원의 조력을 통한 중재인 선정에 대한 이의제기는 중재합의 자체의 이의제기와 더불어 중재절차의 진행을 막는 중요한 변수가 될 것이다.
- 4) '중재는 중재인과 같다(The Arbitrator is as good as the Arbitrator)'라는 말이 있듯이 중재에서 중재인이 차지하는 비중은 절대적이라 할 수 있다(김용일·하명근, "국제상사중재에서 중재인 선정에 관한 비교연구", 「통상정보연구」, 제8권 제3호, 한국통상정보학회, 2006, p.4).
- 5) 오원석·김용일, "ICC중재에서 중재인 선정과 확인에 관한 연구", 「중재학회지」, 제17권 제2호, 한국중재학회, 2007, pp.23-41; 최혁준, "중재판정부 구성에 관한 비교 연구", 「중재학회지」, 제16권 제1호, 한국중재학회, 2006, pp.187-217.
- 6) 김용일·하명근, 상계논문, pp.1-22.
- 7) 강수미, "다수당사자중재에 있어서 중재인 선정방법", 「중재학회지」, 제18권 제2호, 한국중재학회, 2008, pp.79-102; 이주원, "남북상사중재에 있어 중재인 선정방식에 관한 연구", 「중재학회지」, 제18권 제1호, 한국중재학회, 2008, pp.147-165; 조정근, "상사중재에서의 중재인선정과 전략게임", 「중재학회지」, 제3권 제1호, 한국중재학회, 1993, pp.17-67.

판단대상으로 우리 대법원의 잇단 결정은 중재실무상 상당한 의의를 가질 뿐만 아니라 향후 우리 법원의 판시(판결?)동향에도 많은 영향을 미칠 것으로 판단된다.

이러한 배경 하에서 본 연구에서는 중재인 선정에 대한 이론적 고찰을 토대로 최근 대법원의 판시(판결?)내용을 분석하고 향후 우리 중재환경에서의 중재인 선정과 관련한 실무상 함의를 도출함을 그 목적으로 하고 있다.<sup>8)</sup> 구체적으로 본 연구 제2장에서는 중재인 선정에 있어 당사자 간에 합의가 도출되지 못한 경우 법원에 의한 중재인선정에 관하여 우리 중재법과 국제상사중재에 관한 국제무역법위원회 모델법(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 이하 UNCITRAL 모델중재법) 등을 중심으로 살펴보고자 한다. 또한 당사자의 불복과정에서 중요한 쟁점이 되는 ‘항고(抗告)’와 관련한 소송 실무상 제반 요소를 검토하고자 한다. 이어서 제3장에서는 쟁점사항에 대한 이론적 고찰을 토대로 대법원의 2007그154 결정<sup>9)</sup>과 2009마1395 결정<sup>10)</sup>을 각각 살펴보고 중재인 선정에 있어 법원의 역할에 대한 중재 실무상 함의를 도출하고자 한다.

중재가 법인가라는 본질적인 문제는 별론으로 하더라도 중재는 엄연히 사법(司法)의 지배를 받는 것으로 구체적인 중재절차가 종국적으로 내국법제 의해 실현된다는 점에는 의문의 여지가 없다.<sup>11)</sup> 특히 중재절차의 시작단계에서 필수적인 선결요소인 중재인 선정은 중재법상 어느 쟁점과도 견주어도 그 비중이 적지 않을 뿐만 아니라<sup>12)</sup> 오히려 중재실무상 함의를 전제로 관련 연구가 보다 구체화된 형태로 진행되어야 할 것이다. 향후 우리 법원의 판시(판결?)동향을 예단하는 것은 시기상조이나<sup>13)</sup> 기왕에 형성된 선례에 대한 심도 깊은 논의는 중재의 참여하는 당사자나 소송실무상 법원의 태도에도 긍정적인 영향을 미칠 수 있을 것으로 기대된다.

8) 중재판정부의 구성과 관련한 쟁점은 크게 중재인 선정과 중재인 기피의 두 가지 대별된다. 우리 대법원의 선행 결정에 대한 분석과 합의도출을 목적으로 하는 본 연구에서는 그 연구범위를 중재인 선정으로 한정한다.

9) 대법원 2009년 4월 15일 선고, 2007그154 결정.

10) 대법원 2009년 10월 14일 선고, 2009마1395 결정.

11) Katherine V.W. Stone, *Arbitration Law*, Foundation Press New York, New York, 2003, pp.iii-v.

12) 중재인은 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지는 중재판정을 내림으로써 분쟁을 종국적으로 해결하는 법관의 기능을 가지고 있다는 점에서 더욱 그러하다(오창석, “상사중재에 있어 중재인의 기피사유와 중재인의 고지의무 - 대법원 2005. 4. 29 선고 2004다47901 판결을 중심으로”, 『상사판례연구』, 제19집 제1권, 2006.3, p.388).

13) 그러나 한편으로 본 연구의 대상인 대법원 결정들이 소송실무상 절차적 문제에 대한 판단이라는 점에서 어느 정도 후속 결정의 일관성을 예측해 볼 수는 있을 것이다.

## Ⅱ. 중재판정부의 구성과 법원의 역할

### 1. 중재판정부의 구성

중재에 있어 중재판정부 즉 중재인은 당사자의 대리인이 아니므로 당사자의 이익을 주장하거나 옹호하는 입장에 있지 않으며, 당사자의 주장을 듣고 그 입증의 정도를 판단하여 당사자간의 분쟁을 공평하게 판단하는 자이다. 비록 중재인의 지위가 당사자간의 합의에 근거하기는 하지만 일단 중재절차가 개시되면 당사자로부터 독립하여 공정하게 그 직무를 수행한다는 점에서 ‘당사자의 합의에 의해 중재판정을 하는 사적 법관(私的 法官)’이라 할 수 있다.<sup>14)</sup> 이러한 중재판정부의 구성은 임명제 중재판정부가 일반적으로<sup>15)</sup>, 중재인의 수는 대체로 3인으로 한다.<sup>16)</sup> 단독중재가 적은 이유 중의 하나는 당사자 간의 중재인선임에 관한 합의가 성립하기 어렵다고 하는 문제점 때문이기도 하다.<sup>17)</sup> 한편 당사자가 특정의 중재기관<sup>18)</sup>에 중재신청을 하는 것을 합의하는 경우에는 그 당사자의 합의에는 해당 중재기관의 규칙이 포함되는 것으로 중재인의 수에 관해서도 그 규칙을 따르게 된다.<sup>19)</sup>

대안적 분쟁해결 수단으로써 중재는 결국 당사자 자치의 확장이라는 내재된 속성을 가지고 있으므로 중재인 역시 원칙적으로 당사자간의 합의에 의해 선정된다.<sup>20)</sup> 한편 각국의 입법례와 중재규칙은 중재인 선정에 있어 당사자 간의 합의가 이루어지지 않을 경우를 예정하고 있고,<sup>21)</sup> 이 경우 법원 등 제3의 기관이 일방 당사자의 신청에 중재인을 선정하는

14) 양병희 외 8인 편, 「중재중재법」, 대한상사중재원, 2005. 12, p.54.

15) 구체적으로 신청인과 피신청인이 각각 1명의 중재인을 선정하고, 이렇게 선정된 중재인들이 제3중재인(의장 중재인)을 선정하는 방식이 일반적이다. 국제중재의 경우 판정부의 공정성을 확보하기 위한 조치로서 제3중재인을 제3국에서 선임하는 경우도 있으나 제3국의 중재인을 선임하는 데는 국적 조항이 현실적으로 장애사유가 되기도 한다(장문철, 「현대 중재법의 이해」, 세창출판사, 2000, pp.104-106).

16) 우리 중재법은 제11조 제2항에서 ‘당사자 간에 전항의 합의가 없는 때에는 중재인의 수는 3인으로 한다’고 규정하고 있다.

17) 양병희 외 8인 편, 전계서, p.56.

18) 우리나라의 중재기관에는 공적 기관이 법령에 의하여 중재사무를 관리하는 권한을 부여받아 중재판정부를 구성하는 언론중재위원회(정기간행물의 등록 등에 관한 법률, 1987.11.28, 법률 제3979호)와 노동위원회의 노동중재(노동조합 및 노동관계조정법, 1997.3.13, 법률 제5310호)가 있으며, 민간기관이 당사자의 요청에 의하여 중재판정부를 조직하고 당사자를 위해서 중재사무의 관리 및 사무를 집행하는 사단법인으로는 대한상사중재원(중재법, 2010. 3.31, 법률 제10207호)이 유일하다.

19) 예를 들어, 우리나라의 대한상사중재원 중재규칙 제23조에는 당사자가 중재인의 수에 관한 합의를 하지 않는 경우에는 사무국이 1인 또는 3인으로 정한다고 하고 있다. 다만 이러한 규정은 중재법 제11조 제2항과 모순되는 것으로 사무국이 임의로 1인으로 정할 수는 없다고 볼 것이다.

20) 다만 중재인의 선정은 어디까지나 중재인을 지정하여 특정하는 것으로 중재인으로 선정된 사람이 명시적으로 중재인으로서의 직무를 맡을 때 비로소 중재인의 지위를 향유하게 된다. 이러한 측면에서 중재법도 중재인이 직무를 거절하는 경우가 있음으로 예정하고 있는 것이다(양병희 외 8인 편, 전계서, p.59).

21) 대한민국 중재법 제12조; 대한상사중재원 중재규칙(2004년 12월 13일 대법원 승인) 제20조, 제21조; ICC 중재규칙(1998) 제8조 제3항, 제4항, 제9조 제3항, 제4항, 제5항; UNCITRAL 중재규칙 제6조, 제7조; 일본 중

것이 일반적이다.<sup>22)</sup>

결국 분쟁해결수단의 일환으로써 중재제도는 개별 국가의 법에 의해 승인된 경우 현실적으로 이용 가능한 것으로 구체적인 내용 또한 그 국가의 법에 의해 정해지는 것이다.<sup>23)</sup> 중재제도에 관한 각국의 입법례는 일반적으로 중재제도 자체를 폭넓게 인정하면서도 동시에 중재에 대한 간섭 내지 통제에 관한 규정을 두고 있고, 그 정도와 내용 또한 다양하다. 예를 들어 우리 중재법도 일정부분 법원의 개입을 인정하고 있는 바, 구체적으로 중재판정취소의 소,<sup>24)</sup> 중재판정집행청구의 소<sup>25)</sup>를 통한 직접적인 개입 외에도 소송 상 중재합의의 존재에 관한 항변이 제출된 경우의 법원의 판단을 통한 개입<sup>26)</sup>, 그리고 중재인 선정<sup>27)</sup>, 중재인의 기피신청에 대한 법원의 기피결정,<sup>28)</sup> 중재인의 권한종료신청에 대한 법원의 권한종료결정,<sup>29)</sup> 감정인의 기피신청에 대한 법원의 기피결정,<sup>30)</sup> 증거조사<sup>31)</sup> 등 중재절차의 각 단계에 있어서의 개입 등을 들 수 있다. 그러나 합리성과 절차보장을 주된 요건으로 하는 일반 민사소송제도와도 달리 중재제도가 가지는 본질적인 특성을 감안한다면 중공적인 중재판정에 이르게 되는 중재절차는 당사자 간의 합의에 의해 정당화되는 한도, 즉 당사자 자치가 허용되는 범위 내에서 진행되어야 할 것이다.<sup>32)</sup> 이는 중재의 독자성을 유지하기 위한 국가공권력의 배제를 의미하는 동시에 일정한 경우 당사자 일방의 신청에 의해 법원이 중재에 개입하여 이른바 후견적 역할을 인정하는 배경이 된다. 즉 중재의 기본적인 모습은 당사자의 합의에 의해 결정되지만, 그러한 합의에 흠결이 있는 경우 법원은 이를 보충하거나 합의 자체의 효력을 제한하기 위해 개입할 여지를 가지게 되는 것이다.<sup>33)</sup>

중재의 구체화 단계에서 법원의 개입(혹은 역할)을 전제로 중재판정부를 법원이 선임한 중재인으로 구성하는 경우에는 법원의 중재인 선임행위의 속성<sup>34)</sup>과 법원의 중재인 선임

재법(2003) 제17조 등.

- 22) UNCITRAL 모델중재법 제11조는 ‘법원이나 기타 기관’이 중재인을 선정하는 것으로 하고 있으나 이는 개별 법제도의 적용가능성을 고려한 모델법의 일반적 특성으로 반영한 것으로 우리 중재법 제12조에서와 같이 법원이 이를 선정하는 것이 일반적이다.
- 23) 이를 단순화하면 사적 자치와 국가권력의 충돌 문제라고도 할 수 있다(강수미, 전제논문, pp.79-102, p.89).
- 24) 대한민국 중재법 [시행 2010. 3.31] [법률 제10207호, 2010. 3.31, 일부개정] 제36조(중재판정취소의 소).
- 25) 같은 법 제37조(중재판정의 승인과 집행).
- 26) 같은 법 제9조(중재합의와 법원에의 제소).
- 27) 같은 법 제12조(중재인의 선정) 제4항.
- 28) 같은 법 제14조(중재인에 대한 기피신청) 제3항.
- 29) 같은 법 제17조(중재판정부의 판정권한에 관한 결정) 제6항.
- 30) 같은 법 제27조(감정인) 제3항.
- 31) 같은 법 제28조(증거조사에 관한 법원의 협조).
- 32) 바로 이러한 측면에서 일견 중재절차의 내용이 합리적이지 않거나 일당 당사자에게 불리하다라도 국가의 관여가 일정부분 배제되는 근거가 발견된다(강수미 전제논문, pp.89-90).
- 33) ICC 중재에서도 중재인의 선정 및 확인은 중재법원의 핵심적인 역할 가운데 하나로 중재법원이 중재절차의 관리자 혹은 감독자로서의 역할을 하는 것이다(오원석·김용일, 전제논문, pp.23-41).
- 34) 중재판정부의 구성에 있어 법원의 역할에 관해서는 최근 인도에서는 중재인선정신청에 대한 법원의 기각결정에 대한 항고를 금지한 사례가 발견되고 있어, 추가적인 연구의 필요성이 있다. 2005 (9) SCALE 1.

결정에 대한 당사자의 불복이 주된 쟁점이 되는데 자세한 내용은 이하 절에서 논의하기로 한다.

## 2. 법원에 의한 중재인 선정

UNCITRAL 모델중재법은 제11조<sup>35)</sup>에서 중재인 선정에 관한 당사자의 합의가 없고 중재인 선정이 지연되는 경우 일방당사자의 요청에 의해 법원이나 기타 기관이 중재인을 선정한다고 규정하고 있다. 또한 이와 관련하여 법원이나 기타 기관에 위임된 사항에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다(... shall be subject to no appeal ...)고 한다.

구체적으로 중재인 선정과 관련한 법원이나 기타 기관의 결정은 중재인 선정 신청이 인용된 경우와 기각된 두 가지의 경우로 나누어지나 UNCITRAL 모델중재법의 해석상 중재인 선정결정에 대하여만 불복이 금지되는 것으로 보고 있다. 즉 UNCITRAL 모델중재법 제11조 제5항에 대한 주해(註解)(explanatory note)에 따르면 거래당사자에 의하여 합의된 중재절차에서도 중재인의 선정, 기피, 권한종료 등의 절차에서 문제점이 발생하고 UNCITRAL 모델중재법 제11조, 제13조, 제14조는 법원이나 다른 기관에 의한 조력(assistance)을 규정하고 있다. 이는 중재판정부의 구성이나 기능과 관련한 사안의 긴급성을 고려하고 중재절차를 지연시키려는 책략(dilatory tactics)으로 인한 위협과 결과를 막기 위해 단기간이 설정되는 동시에 위 사항에 관한 법원이나 다른 기관에 의한 결정에 대하여 불복할 수 없도록 규정하고 있는 것은 아니다.<sup>36)</sup> 요컨대 UNCITRAL 모델중재법 주해에 따르면 중재인 선정결정에 대한 항고를 금지하는 취지는 중재절차의 원활한 진행이나 이를 방해하는 것을 막기 위한 것이고, “기각결정”에 대한 이의제기를 금지하는 것이다. 더구나 UNCITRAL 모델중재법 제11조 제3항 내지 제4항의 결정은 법원이 중재인을 선정하여야 하는 결정(“shall be made”)에 관한 것으로서, 기각결정을 포함하는 것으로 보기

(2005년 10월 26일자 선고 인도대법원 판결).

35) UNCITRAL 모델중재법 제11조(중재인의 선정)

...

(3) 중재인의 선정에 관한 합의가 없으면,

(가) 3인 중재의 경우에 각 당사자는 1인의 중재인을 선정하고 이에 따라 선정된 2인의 중재인이 제3의 중재인을 선정한다. 당사자가 상대방으로부터 중재인 선정을 요구받은 후 30일 이내에 중재인을 선정하지 아니 하거나, 2인의 중재인이 자신들의 선임 후 30일 이내에 제3의 중재인을 선정하지 못한 경우에는, 일방당사자의 요청에 의해 제6조에 규정된 법원이나 기타 기관이 중재인을 선정한다.

(나) 단독 중재의 경우에 당사자가 중재인 선정을 합의하지 못한 경우에는 당사자의 요청이 있으면 제6조에 규정된 법원이나 기타 기관이 중재인을 선정한다.

...

(5) 본 조 제3항과 제4항에 따라 제6조에 규정된 법원이나 기타 기관에 위임된 사항에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다. (이하 생략)

36) United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006*, United Nations, Vienna, 2006, pp.29-30.

어렵다.<sup>37)</sup>

1999년 전문 개정과정에서 UNICITRAL 모델중재법을 대폭 수용한 우리 중재법은 제12조<sup>38)</sup>에 이와 유사한 내용을 규정하고 있다. 특히 개정 전 중재법에서는 중재인 선정결정에 대하여 항고를 제한하는 규정은 없었고,<sup>39)</sup> 개정 후 현행 중재법에 이르러 제12조 제5항에 “제3항 및 제4항의 규정에 의한 법원의 결정에 대하여는 항고할 수 없다.”는 규정을 추가하였다. 이는 UNCITRAL 모델중재법의 영향을 받은 것으로 중재법 제12조 제5항 해석의 기본방향은 문언상 가능하면 중재인 선정 신청 기각결정에 대한 불복을 허용하는 것일 것이다.<sup>40)</sup>

일본의 중재법은 총칙 규정에 항고를 허용하는 특별한 규정이 있을 때만 항고를 허용하는 규정을 두고 있는데,<sup>41)</sup> 중재인선임 신청에 대한 결정에 대하여는 항고를 허용하는

37) Andrew I. Okekeifere, "Appointment and Challenge of Arbitrators under the UNICITRAL Model Law : Part I: Agenda for Improvement," *International Arbitration Law Review*, 1999, 2(5/6), p.174.

38) 대한민국 중재법 [시행 2010. 3.31] [법률 제10207호, 2010. 3.31, 일부개정] 제12조 (중재인의 선정)

- ...
- ③ 제2항의 합의가 없는 경우에는 다음 각 호의 1에서 정하는 방법에 따라 중재인을 선정한다.
    1. 단독중재인에 의한 중재의 경우: 어느 한쪽 당사자가 상대방 당사자로부터 중재인의 선정을 요구받은 후 30일 이내에 당사자들이 중재인의 선정에 관하여 합의하지 못한 때에는 어느 한쪽 당사자의 신청에 의하여 법원이 중재인을 선정한다.
    2. 3인의 중재인에 의한 중재의 경우: 각 당사자는 각 1인의 중재인을 선정하고, 이에 따라 선정된 2인의 중재인들이 합의하여 나머지 1인의 중재인을 선정한다. 이 경우 어느 한쪽 당사자가 상대방 당사자로부터 중재인의 선정을 요구받은 후 30일 이내에 중재인을 선정하지 아니하거나 선정된 2인의 중재인들이 선정된 후 30일 이내에 나머지 1인의 중재인을 선정하지 못한 때에는 어느 한쪽 당사자의 신청에 의하여 법원이 그 중재인을 선정한다.
    - ④ 제2항의 합의가 있더라도 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 당사자의 신청에 의하여 법원이 중재인을 선정한다.
      1. 어느 한쪽 당사자가 합의된 절차에 따라 중재인을 선정하지 아니하는 때
      2. 양당사자 또는 중재인들이 합의된 절차에 따라 중재인을 선정하지 못한 때
      3. 중재인의 선정을 위임받은 기관 기타 제3자가 중재인을 선정할 수 없는 때
    - ⑤ 제3항 및 제4항의 규정에 의한 법원의 결정에 대하여는 항고할 수 없다.

39) 구 중재법 제4조(중재인의 선정)

- ① 당사자는 중재계약에서 중재인의 선정방법 및 그 수를 정할 수 있다.
  - ② 중재계약에 중재인의 선정을 약정하지 아니하였을 때에는 각 당사자는 1인의 중재인을 선정한다.
  - ③ 상행위로 인하여 발생하는 법률관계에 관한 중재(이하 "상사중재"라 한다)계약에서 중재인의 선정을 약정하지 아니하였거나 당사자의 의사가 분명하지 아니하는 경우에는 전항의 규정에 불구하고 통상산업부장관이 지칭하는 사단법인의 상사중재규칙에 의하는 것으로 추정한다.
  - ④ 중재계약을 체결한 당사자의 일방이 중재인의 선정을 거부하거나 선정된 중재인이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 상대방은 중재인의 선정 또는 결원의 보충이나 대체를 최고할 수 있다.
    1. 중재인이 직무의 수행을 대만히 하거나 거부한 때
    2. 중재인이 그 직무수행이 불가능한 때
    3. 중재인이 사망한 때
  - ⑤ 전항의 최고 후 7일 이내에 최고를 받은 자가 중재인을 선정하지 아니하거나 보충 또는 대체하지 아니한 경우에는 법원은 그 최고를 한 당사자의 신청에 의하여 중재인을 선정 또는 보충하거나 대체하여야 한다.
- 40) 우리나라 중재법은 독일, 영국 등의 외국 입법례를 참조하면서, UNCITRAL 모델중재법의 내용과 체계를 수용하는 방향에서 개정된 것이다. 그런데 UNCITRAL 모델중재법 제11조 제5항의 규정취지에는 중재절차의 원활화를 위하여 중재인선정결정에 대한 불복을 금지하는 것이지 기각결정에 대한 불복을 금지하는 취지는 포함되어 있다고 보기 어렵기 때문이다(양병희 외 8인 편, 전거서, p.3).

41) 일본 중재법 [2004년 3월 1일자 발효, 법률 제2003-138호]

규정을 두지 않고 있다.<sup>42)</sup> 학설도 특별항고를 허용하는 규정이 없는 이상 불복이 허용되지 않는 것으로 설명하고 있다.<sup>43)</sup> 한편 미국 일부 주에서는 중재인 선정 신청 기각결정에 대하여 불복을 허용하는 판례가 발견된다.<sup>44)</sup>

법원에 의한 중재인 선정에서 제기되는 또 다른 문제는 법원에 대한 중재인선정신청이 있는 경우, 법원이 분쟁의 내용까지 심리하여 분쟁당사자가 주장하는 이행청구권이 없다는 등의 이유를 들어 중재인선정신청을 기각할 수 있는지 여부이다. 이는 법원의 중재인 선정행위의 속성에 관한 것으로<sup>45)</sup> 구체적으로 법원의 중재인 선정을 사법행위 혹은 행정행위로 보는가의 문제이다.

### 3. 중재법 제12조 제5항과 항고(抗告)

앞서 살펴본 바와 같이 중재인 신청에 대한 법원의 결정에 있어 핵심적인 쟁점은 중재인 선정 신청이 기각된 경우에 초점을 맞추고 있다. 본 절에서는 법원의 중재인 선정결정에 대한 당사자의 불복에 관한 논의의 토대가 되는 민사소송실무상 ‘항고(抗告)’에 관하여 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다. 이러한 논의는 본 연구 제3장, 중재법 제12조 제5항의 해석에 대한 우리 대법원 결정의 검토를 위한 민사소송법상 이론적 기저가 된다.

일반적으로 항고의 종류에는 통상항고와 즉시항고가 있다.<sup>46)</sup> 통상항고란 불복신청의 기간을 따로 정함이 없이 원재판의 취소를 구할 이익이 있는 한 언제든지 제기할 수 있는 항고이고<sup>47)</sup>, 즉시항고란 재판의 성질상 특히 신속하게 확정할 필요가 있어 불변기간으로서의 항고기간의 제한을 두는 대신 그 제기에 의하여 집행정지의 효력이 있는 항고를 말한다.<sup>48)</sup> 그밖에도 최초의 항고와 재항고가 있는데 이는 심급에 의한 구별로서 제1심 법원의 재판에 대한 항고가 최초의 항고이고, 그 항고심의 결정에 대하여 하는 항고 및 고등법원이나 지방법원 항소부가 제1심으로서는 하는 결정·명령에 대하여 하는 항고가 재항고

제7조(재판에 대한 불복신청) 이 법률의 규정에 의하여 재판소가 행하는 절차에 관한 재판에 관하여 이해관계를 갖는 자는, 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여, 당해 재판소에 대하여 그 고지를 받은 날로부터 2주간의 불변기간 내에, 즉시항고를 할 수 있다.

42) 일본 중재법 제17조(중재인의 선임)에서는 불복규정을 두지 않고 있다.

43) 近藤昌昭 外 4人, 「仲裁法 コメントール」, 2004, pp.20-22.

44) 본 연구의 목적상 외국 입법례 및 판례에 대한 자세한 내용은 다루지 않기로 한다. 다만 법원의 중재인 선정권한이 사법권한임을 명시적으로 밝히고 있는 인도대법원의 판례(SBP v. Patel Engineering, 2005 (9) SCALE 1. 2005년 10월 26일 판결) 등은 비교사법적 연구의 가치가 충분한 것으로 판단되므로 추후 연구과제로 남기기로 한다.

45) Aniruddha Sen, "The Role of the Court in the Appointment of Arbitrators - an Analysis with Reference to the Supreme Court of India's Decision in S.B.P. v. Patel Engineering," *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol.10, 2006, pp.45-46.

46) 「법원실무제요 민사소송(III)」, 법원행정처, pp.356-357.

47) 민사소송법 제439조.

48) 민소법 제444조, 제447조; 즉시항고는 특히 '즉시항고를 할 수 있다'고 규정된 경우에 한하여 허용되고 그러한 규정이 없는 경우에 하는 항고는 통상의 항고로 본다.



이다.<sup>49)</sup>

법원의 결정에 대하여 항고를 제한하는 방식은 크게 두 가지로 대별되는데, 일반적으로 항고를 허용하고 개별 조항에서 항고를 불복하는 규정을 두는 방식과 일반적으로 항고를 불허하고 개별 조항에서 항고를 허용하는 규정을 두는 방식이 그것이다.<sup>50)</sup>

우리 중재법의 경우는 어떠한가? 중재법은 중재인 선임은 법원이 직권으로 할 수는 없고, 당사자의 신청이 있어야 함을 명시하고 있다. 또한 중재는 소송이 아닌 비송사건이므로<sup>51)</sup> 비송사건절차법에 따라 심판을 하여야 한다.<sup>52)</sup>

살펴보건대 중재법은 일반적으로 ‘항고’를 불허한다는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 중재법 각 개별 법령에 항고 제기기간에 관한 특별한 규정이 없으면 일반적으로 보통항고라고 해석하여야 한다는 점에서 첫 번째 유형에 해당하는 것으로 보아야 한다.<sup>53)</sup> 항고 대상을 한정하는 규정 방식에 관하여 항고대상을 ‘제#항의 신청에 관한 재판’ 혹은 ‘...여부의 결정’이라고 규정한 경우에는 인용결정 및 기각결정이 모두 포함된 것으로 보아야 하나 우리 중재법 제12조 제5항은 구체적으로 ‘제#항의 신청에 관한 재판’이라는 표현을 사용하고 있지 않다.

또한 우리 중재법 제12조 제3항과 제4항은 ‘선정한다’라는 표현을 통해 법원의 결정 내용을 특정하고 있다는 점에서 동 법 제12조 제5항이 즉시항고를 금지하는 대상으로 제3항과 제4항의 결정으로 한 것은 특정 내용의 결정, 즉 선임결정에만 한정하는 취지로 해석하여야 할 것이다.<sup>54)</sup>

결론적으로 우리 중재법 제12조 제3항과 제4항은 ‘선정한다’라고 하여 법원의 결정 내용을 특정하고 있고, 중재법 제12조 제5항이 즉시항고를 금지하는 대상을 지정하면서 제3항과 제4항의 결정이라고 한 점 등에 비추어 이를 특정 내용의 결정(=선임결정)만 한정하는 취지로 해석하여야 한다.<sup>55)</sup>

49) 민소법 제442조(재항고) 항고법원·고등법원 또는 항소법원의 결정 및 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반을 이유로 드는 때에만 재항고(再抗告)할 수 있다; 한편 불복할 수 없는 재판에 대하여는 민사소송법 제442조에 의하여 재판에 영향이 미친 ‘헌법위반’이 있는 경우에 한하여 대법원에 ‘특별항고’만이 허용된다.

50) 첫 번째 유형에는 민사소송법(제439조(항고의 대상), 제442조(재항고)), 구 파산법(제103조(불복신청)) 등이 있고, 두 번째 유형에는 민사집행법(제103조(불복신청)), 구 회사정리법(제11조(항고)), 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(제13조(즉시항고)) 등이 있다.

51) 小島武司·高桑 昭 編, 「注釋と論點 仲裁法」, 青林書院, 2007. 2, pp.102-103.

52) 비송사건절차법 제1조 (적용범위) 이 편의 규정은 법원의 관할에 속하는 비송사건(이하 “사건”이라 한다)으로서 이 법 기타 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 모든 사건에 적용한다.

53) 비송사건절차법 제20조 제1항은 일반적으로 항고를 허용할 수 있다는 취지를 규정하고 있고, 동법 제23조는 항고의 절차에 관하여 민사소송법을 준용하고 있다.

54) 반대로 중재법 제12조 제3항과 제4항이 ‘선정할 수 있다’라는 표현을 사용했다면 이는 ‘선임결정과 신청기각 결정을 모두를 포함하는 것으로 해석할 여지가 있을 수도 있을 것이다.

55) 중재법 상 유사한 규정으로는 제14조 (중재인에 대한 기피절차), 중재법 제15조(중재인의 직무불이행으로 인한 권한중지), 제17조(중재판정부의 판정권한에 관한 결정) 등을 들 수 있다.

### Ⅲ. 관련 판례 분석

현재 우리 대법원의 판례 중 중재인선정이 직접적인 쟁점사안이 되는 사건은 총 두 건으로<sup>56)</sup> 중재인선정신청기각에 법원의 항고가 가능한지 여부에 관한 2007그154 결정<sup>57)</sup>과 중재인선정의 본질에 관한 2009마1395 결정<sup>58)</sup>이다.<sup>59)</sup> 이하에서는 앞서 검토한 이론적 배경을 토대로 양 사건에서의 쟁점사안을 중심으로 중재인선정과 관련한 법원의 역할에 관해 살펴보고자 한다.

#### 1. 대법원 2007그154 결정

##### 1) 사건의 개요

신청인 성원건설은 광주지하철 1호선 TK공구 공사를 수주 받아 완공하였고, 피신청인 신동이화재는 신청인이 맡은 위 공사와 관련하여 손해를 입을 경우에 발생하는 손실을 보상하기로 하는 보험계약의 보험자이다. 이 사건의 건설공사보험 보통보험약관(영국식) 제8조<sup>60)</sup>에 따르면 분쟁이 발생할 경우 쌍방이 협의 선정한 면허증을 소유하고 있는 제3자에게 중재를 의뢰하고 그 중재에 따르기로 하였다. 이후 2001년 1월 25일 굴반작업 중 쉴드 기계 파손사고가 발생하자 피신청인은 전문손해사정법인인 키스코화재해상손해사정(주)에 사고조사를 위탁하고 완료시까지 관련 자료를 손해사정인에게 직접 송부하는 내용을 안내하였다. 키스코화재해상손해사정(주)은 2004년 7월 8일자 “쉴드기계 파손사고 검토의견서”에서 일부 보상의견을 피력하였다.<sup>61)</sup> 이에 신청인은 2004년 9월경 보험약관 제8

56) 우리 대법원의 경우 중재인 선정과 관련하여 본 연구에서 다루고 있는 두 판례 외에는 별다른 결정이 발견되지 않는다.

57) 대법원 2009년 4월 15일 선고, 2007그154 결정.

58) 대법원 2009년 10월 14일 선고, 2009마1395 결정.

59) 2007그154 판결의 선고일자는 2009년 4월 15일이고 2009마1395 판결은 그 이후인 2009년 10월 14일자로 선고되었다. 사실 2009마1395 판결은 중재인선정신청 기각결정에 대한 재항고를 허용한 2007그154 판결을 전제로 하는 것으로 볼 수 있다.

60) 제8조. 이 증권에 관하여 이의가 있을 때에는 당사자 쌍방에 의하여 서면으로 선정한 중재인의 결정에 따른다. 만약 양당사자가 단일 중재인의 선정에 의견이 일치하지 않으면 당사자 일방이 서면으로 요청한 후 1개월 이내에 각 당사자가 지정하는 2명의 중재인의 결정에 따르며 중재인간에 합의가 안 될 때에는 심리에 들어가기에 앞서 양 중재인에 의하여 지정되는 1명의 심판인의 결정에 따른다.

심판인은 중재인과 같이 심리에 당하고 그 심의를 주재한다.

중재인과 심판인은 기사의 자격이 있어야 한다.

중재인과 심판인의 판정을 받는 것은 당 회사를 상대로 하는 소권취득의 전제조건이 된다.

만약 이 증권 하의 배상청구에 관하여 피보험자에 대한 보상책임을 거부한 후 12개월 내에 여기서 규정된 중재에 결지 않을 경우에는 어떠한 이유가 있더라도 배상청구를 포기한 것으로 간주하고 그 이후부터는 다시 보상받지 못한다.

61) 구체적인 내용은 다음과 같다: “공사용기계기구는 보상한도액이 표시되어 있지 않으나, 도급내역서에 공사 기간 중의 감가상각비가 포함되어 있으므로 이를 본 장비의 최고 보상한도액으로 보아 보상하는 방법을 고려할 필요가 있다. 쉴드 기계장비의 손상원인은 일단 보상되지 않는 사고에는 해당되지 않으며, 공기의 4.15

조에 근거하여 피신청인에게 피신청인 측 중재인 후보를 선정할 것을 통보하였으나, 피신청인은 2004년 9월 23일 신청인에게 쉼드기계 파손은 부보대상이 아니고 또한 피신청인의 보상책임 거부 후 12개월 내에 신청인이 중재절차를 진행하지 아니하였다는 이유로 중재인 선임에 응하지 않겠다고 답변하였다.

## 2) 판결요지

동 사건에서는 무엇보다도 중재법 제12조 제5항의 해석상 중재인선정신청 기각결정에 대한 항고가 허용되는지 여부가 직접적인 판단사항이 되고 있는데, 대법원은 원심이 특별항고인의 중재인선정신청을 기각한 제1심 결정에 대하여 중재법 제12조 제5항의 규정을 근거로 항고할 수 없다고 잘못 판단한 나머지, 제1심 결정에 대한 이 사건 항고를 특별항고로 보아 대법원에 이송한 것은 잘못이라고 판시하였다.

판시이유에서 대법원은 중재합의를 한 양 당사자 사이에 중재인선정에 관한 합의가 이루어지지 아니하여 일방 당사자가 중재법 제12조 제3항, 제4항에 의하여 법원에 중재인의 선정을 신청한 경우, 그 신청사건은 비송사건이므로 비송사건절차법이 적용됨을 명확히 하고 있다.

또한 중재법 제12조 제5항은 “제3항, 제4항에 규정에 의한 법원에 결정에 대하여는 항고할 수 없다”고 규정하고 있는바, 위 규정은 중재판정부를 신속히 구성하여 중재절차를 원활하게 진행시킬 필요가 있는데도 중재인선정단계부터 그 선정결정에 대한 항고로 인하여 중재절차가 지연되는 사태가 발생하는 것을 방지하기 위한 취지에서 마련된 규정이라고 실시하고 있다. 따라서 중재법 제12조 제3항 각 호 후단은 “일방 당사자의 신청에 의하여 법원이 중재인을 선정한다”고 규정되어 있고, 위 제4항 본문 후단은 “당사자의 신청에 의하여 법원이 중재인을 선정한다”고 규정되어 있어 위 제5항에서 규정하는 “제3항, 제4항의 규정에 의한 법원의 결정”이 각 문언상 반드시 중재인선정신청에 대한 기각결정까지 포함하는 취지라고는 보이지 않는다는 것이다.

오히려 대법원은 법원의 중재인선정결과와 달리 법원의 중재인선정신청 기각결정에 대하여 항고를 허용하는 것은 위 제5항의 규정 취지에 위반되지 않고, 이에 대한 항고를 금지한다면 그 기각결정이 위법하더라도 그에 불복하여 위법을 시정할 수 있는 수단이 제한되어 오히려 중재절차의 원활한 진행에 장애를 초래할 우려가 있음에 주목하고 있다. 이에 중재법 제12조 제5항에서 항고를 금지하는 “제3항, 제4항의 규정에 의한 법원의 결정”이라 함은 법원의 중재인선정 결정만을 가리키고 법원의 중재인선정신청 기각결정은 포함되지 아니한다고 해석함이 상당하고, 따라서 법원의 중재인선정신청 기각결정에 대하여 불복하려는 신청인은 비송사건절차법 제20조 제1항에 의하여 항고를 할 수 있다고 보아

에 해당하는 감가상각비 16억 원 정도는 보상하는 방법을 고려할 수 있다.”

야 한다고 판시하고 있다.

한편 대법원이 이 사건을 다시 관할법원에 이송할 수 있는지 여부에 관하여 민사소송법 제38조 제1항, 제2항의 규정에 의하면<sup>62)</sup> 소송을 이송받은 법원은 이송결정에 따라야 하며 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못하도록 되어 있기는 하나, 심급관할을 위배하여 이송한 경우에도 이송결정의 기속력이 이송받은 상급심법원에 미친다고 한다면 당사자의 심급 이익을 박탈하여 부당할 뿐만 아니라, 이송을 받은 법원이 법률심인 대법원인 경우에는 직권조사사항을 제외하고는 새로운 소송자료의 수집과 사실확정이 불가능한 관계로 당사자의 사실에 관한 주장, 입증의 기회가 박탈되는 불합리가 생기므로 심급관할을 위배한 이송결정의 기속력은 이송받은 상급심법원에는 미치지 아니한다고 판시하였다.<sup>63)</sup> 따라서 판결주문에서 밝히고 있는바와 같이 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 원심의 이송결정은 심급관할을 위배한 것으로서 그 이송결정의 기속력은 사건을 이송받은 대법원에 미치지 아니하므로, 대법원은 이 사건을 다시 관할법원에 이송할 수 있다.

## 2. 대법원 2009마1395 결정

### 1) 사건의 개요

동 사건은 앞선 2007그154판결과 동일한 사실관계로 중재인선정신청에 대한 법원의 기각 결정에 대한 항고사건이다. 대법원은 법원의 중재인선정신청 기각결정에 대한 항고가능성을 전제로 중재법 제12조 제3항, 제4항의 규정에 의한 중재인선정신청이 있는 경우, 법원이 분쟁내용까지 심리하여 분쟁당사자가 주장하는 이행청구권이 없다는 이유로 중재인선정신청을 기각할 수 있는지 여부를 판단하였다.

재항고인이 광주광역시 지하철 건설본부로부터 광주지하철 1호선 공사 중 일부를 수주받아 공사를 진행하면서 피신청인과 사이에 건설공사보험계약을 체결하였고, 위 보험계약에서는 당사자 사이에 분쟁이 발생한 경우 당사자 쌍방이 협의하여 선정한 면허증을 소지하고 있는 제3자에게 중재를 의뢰하여 그 중재에 따르도록 규정하고 있는데, 2001. 1. 25. 이 사건 보험사고가 발생한 후 당사자 사이에 중재인 선정에 대한 협의가 이루어지지 않

62) 민사소송법 제38조(이송결정의 효력) ① 소송을 이송 받은 법원은 이송결정에 따라야 한다. ② 소송을 이송 받은 법원은 사건을 다시 다른 법원에 이송하지 못한다.

63) 동 사건에서는 원심의 이송결정을 받은 날로부터 1주일 내에 즉시항고가 제기되지 않았고 신청은 그로부터 9개월이 지나 '재항고이유서', '(특별)항고이유 보충서'만을 제출하였다. 특히 재항고이유서 등에서 원심 이송결정의 부당함을 다루고 있어 이를 이송결정 자체에 대한 즉시항고로 본다 하더라도 이미 불복기간이 도래한 상태였다. 이와 관련하여 원심의 이송결정이 잘못되었다 하더라도 확정된 이송결정의 기속력상 이를 '특별항고'로 보고 대법원에서 그대로 재판을 하여야 하는지가 문제가 되었다. 대법원은 대법원 1995. 5. 15. 자 94마1059, 1060 결정, 대법원 2000.1.14.자 99두9735 판결, 대법원 2007. 11. 15.자 2007재마26 결정, 대법원 2008.7.7.자 2008그82 결정 등 참조하여 전속관할 중 '심급관할 위반'에 대하여는 하급심의 상급심에 대한 이송결정의 기속력은 미치지 않는다는 입장을 취하고 있다. 본 연구의 목적에 비추어 이와 관련한 자세한 논의는 생략하기로 한다.

고 있으므로 법원이 적정한 중재인을 선정하여야 한다고 주장하였다.

원심결정 이유에 의하면 기록에 의하여 인정되는 판시의 사실관계에 비추어 이 사건 건설기계는 이 사건 보험계약의 보험 목적에 포함되지 않아 이 사건 사고는 이 사건 보험계약에서 예정하고 있는 보험사고에 해당하지 아니하고, 설사 이 사건 사고가 이 사건 보험계약에서 예정하고 있는 보험사고에 해당한다고 가정하더라도 재항고인의 보험금청구권은 소멸시효가 완성하였다는 이유로 재항고인의 신청을 배척하였다.

## 2) 판결요지

대법원은 중재법 제12조 제3항, 제4항의 규정에 의한 중재인선정신청이 있는 경우, 법원이 분쟁내용까지 심리하여 분쟁당사자가 주장하는 이행청구권이 없다는 이유로 중재인선정신청을 기각할 수는 없다고 판시하였다. 대법원은 원심이 사실관계에 비추어 이 사건 사고가 이 사건 보험계약에서 예정하고 있는 보험사고에 해당하지 아니하고, 나아가 보험금청구권이 시효로 소멸하였다는 이유로 중재인선정신청을 기각한 것은 중재인선정에 관한 법리를 오해하여 결정에 영향을 미친 위법이 있음이 명백하다고 실시하면서 이 점을 지적한 재항고이유의 주장을 이유 있는 것으로 보고 있다.

따라서 중재법 제12조 제3항, 제4항의 규정에 의한 중재인선정신청이 있는 경우 법원은 당해 분쟁이 중재합의의 대상에 포함되는 분쟁으로서 중재인선정에 필요한 절차적 요건이 갖추어져 있다면 바로 중재인을 선정하여야 할 것이고, 분쟁의 내용까지 심리하여 분쟁당사자인 신청인이 주장하는 이행청구권이 없다는 이유로 중재인선정신청을 기각할 수는 없다는 것이다.

## IV. 결 론

본 연구에서는 중재의 실현단계에서의 중재인선정의 중요성을 전제로 최근 우리 대법원의 결정을 검토하였다. 향후 중재실무상 보다 구체화된 지침을 도출하기 위한 비교사법적인 연구와 논지의 보강을 통한 연구의 완성도를 높이는 노력이 계속되어야 하겠지만, 우선 본 연구에서는 앞서 살펴 본 대법원의 결정에 대한 평가와 함의로 본 연구의 결론에 갈음하고자 한다.

우리 대법원의 결정은 무엇보다 법원에 의한 중재인 선정에 있어 핵심적인 쟁점인 중재인선정신청 기각결정에 대한 항고여부와 법원의 중재인선정행위의 속성을 순차적으로 판단하였다는 점에서 큰 의의를 가진다 할 수 있다.

우선 대법원 2007그154 결정은 문언상 가능하면 중재인선정신청 기각결정에 대한 불복

을 허용한다는 해석의 기본방향을 제시하였다는 점에서 선도적인 결정으로 평가될 수 있을 것이다. 앞서 밝힌 바와 같이 UNCITRAL 모델중재법의 내용과 체계를 수용하는 방향에서 개정된 우리 중재법 제12조 제5항의 해석에 있어 UNCITRAL 모델중재법 제11조 제5항의 규정취지는 중요한 지침이 된다. 즉 중재절차의 원활화를 위하여 중재인선정결정에 대한 불복을 금지하는 것이지 기각결정에 대한 불복을 금지하는 취지는 포함되어 있다고 보기 어려운 것이다. 또한 법원이 선정한 중재판정부가 내린 중재판정에 대하여 중재인선정을 문제 삼아 중재판정취소사유로 삼을 수 없다는 점에서도<sup>64)</sup> 우리 중재법 제12조 제5항은 중재절차의 신속성을 위하여 불복방법을 봉쇄한 것으로 보아야 한다. 즉 중재인선정신청을 기각하는 경우에는, 선정하는 결정과 달리, 당사자는 더 이상 중재절차를 진행할 수 없게 되는 것이다.<sup>65)</sup> 특히 중재법에서 여러 부분에서 항고에 관한 규정을 두고 있는데<sup>66)</sup> 모두 법원의 형성적 결정에 관하여만 항고를 하지 못하도록 규정하고 있다. 이러한 항고 제한 규정 역시 중재절차의 원활한 진행을 위한 것인바, 제12조 제5항의 규정만 달리 해석할 이유는 없는 것이다.<sup>67)</sup> 따라서 현행 중재법 제12조 제5항을 중재인선임신청 기각결정에 대하여 항고를 불허한다고 엄격하게 해석할 필요는 없고 그 규정 문언상 다른 해석이 가능하다면 이를 허용하는 방향의 해석이 타당하다고 판단된다.<sup>68)</sup>

이후의 대법원 2009마1395 결정은 법원의 중재인선정신청 기각결정에 대한 항고가능성을 전제로 한 사건으로 나아가 법원의 중재인 선정행위의 속성에 관한 지침을 제공하고 있다. 다만 면밀한 법리적 분석을 통해 ‘중재법 상 규정에 의한 중재인선정신청이 있는 경우 법원이 분쟁의 내용까지 심리하여 중재인선정신청을 기각할 수는 없다’는 결론에 이르게 된 이유가 구체적으로 실시되지 못한 부분은 아쉬운 점으로 남는다. 이러한 문제는

64) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2000. 4, p.114.

65) 전자는 중재절차의 원활한 진행을 위하여 불복을 금지할만한 합리적인 이유가 있지만, 후자는 불복을 금지할 합리적인 이유를 발견할 수 없음.

66) 구체적으로 중재법은 제12조 제5항 이외에는 제14조 제4항(중재인 기피결정), 제15조 제3항(중재인의 권한 종료결정), 제17조 제8항(중재인의 권한심사결정) 등에서 항고에 관한 규정을 두고 있다.

67) 동 사건에서 원심(서울고법 2005년 10월 10일 선고, 2005비합71 결정)은 중재법 제12조 제5항을 근거로 제1심의 중재인선정신청 기각결정에 대하여 대법원에 “특별항고”만이 가능하다고 하였으나, 특별항고 사유가 헌법위반에 한정되어 있음에 비추어 볼 때, 제1심결정이 부당할 경우 중재합의를 한 당사자는 중재합의의 목적을 달성할 수 없게 된다.

68) 원심과 같은 해석론에 따르면 합리적 이유와 필요 없이 재판청구권을 제약하는 위헌적 해석 내지 위헌법률 조항이라는 비판이 가능하다. 특히 제1심 결정 후의 분쟁해결이 지연되는 양상은 원심결정의 문제점을 단적으로 보여준다. 이 사건 원심의 이송결정 후 신청인은 서울중앙지방법원 2006가합78751호로 보험금청구권의 소를 제기하였는데, 2007년 7월 4일 제1심법원은 “이 사건 소는 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 제기된 소로서 부적법하다”고 판시한 후 소를 각하하였다. 서울고등법원 2007나84255호로 항소하였으나, 변론연기가 계속되었다. 원래 중재절차에 의하여 중재판정부가 관정하여야 할 분쟁을, 이 사건 1심결정이 “보험금청구권”이 없다고 판단한 후 중재인을 선정해 주지 않고, 이 사건 원심결정은 그에 대한 불복도 불가능하다고 결정하여, 신청인은 원래 중재합의의 대상인 분쟁을 소송으로 제기하여야 하는 결과가 된다. 그런데 제1심 수소법원은 ‘중재합의’가 있다는 이유로 소를 각하하고, 그 항소심 법원은 변론기일을 추정하였는데, 이는 대안적 분쟁해결 수단으로서의 중재의 기능을 심각하게 훼손하는 전형적인 예라 할 수 있을 것이다. 이러한 상황은 근본적으로 본인(민사소송 사건)인 ‘보험금청구권’의 존부의 문제를 가지고 중재인선정 사건(=비송사건)인 이 사건을 판단한 원심결정의 부당성에서 기인한 것이라 판단된다.

법원의 중재인 선정의 본질이 무엇인가에 관한 문제와 직결되는 것으로 구체적으로 이를 행정행위(行政行爲)로 볼 것인지 아니면 법원의 전속적 관할에 속하는 사법행위(司法行爲)로 볼 것인지를 판단으로 귀결된다. 앞서 살펴본 바와 같이 UNICITRAL 모델중재법을 수용하고 있는 우리 중재법의 입법취지에 비추어 법원의 중재인선정행위는 중재절차의 조력하는 법원의 행정행위의 일종으로 보는 것이 타당할 것이다. 법원의 역할은 중재판정부를 보완하는 것이지 사법체계와는 독립된 중재의 기능을 침해하는 것은 아니다.<sup>69)</sup> 또한 UNICITRAL 모델중재법 제11조 상 ‘법원이나 기타 기관(the court or other authority)’이 중재인을 선정한다고 규정은 중재제도의 내국법제상 구체화를 통해 우리 중재법에서는 ‘법원’이 그 기능을 담당하고 있다는 점에서도 법원의 중재인 선정을 사법행위로 볼 이유는 없음이 분명하다 할 것이다.<sup>70)</sup>

## 참 고 문 헌

### <한국문헌>

목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2000. 4.

양병희 외 8인 편, 「주식 중재법」, 대한상사중재원, 2005. 12.

장문철, 「현대 중재법의 이해」, 세창출판사, 2000.

대법원 2009년 4월 15일 선고, 2007그154 결정.

대법원 2009년 10월 14일 선고, 2009마1395 결정.

강수미, “다수당사자중재에 있어서 중재인 선정방법”, 「중재학회지」, 제18권 제2호, 한국중재학회, 2008.

김용일·하명근, “국제상사중재에서 중재인 선정에 관한 비교연구”, 「통상정보연구」, 제8권 제3호, 한국통상정보학회, 2006.

오원석·김용일, “ICC중재에서 중재인 선정과 확인에 관한 연구”, 「중재학회지」, 제17권 제2호, 한국중재학회, 2007.

오창석, “상사중재에 있어 중재인의 기피사유와 중재인의 고지의무 - 대법원 2005. 4. 29 선고 2004다47901 판결을 중심으로”, 「상사판례연구」, 제19집 제1권, 2006.03.

이주원, “남북상사중재에 있어 중재인 선정 방식에 관한 연구”, 「중재학회지」, 제18권 제

69) Aniruddha Sen, *op.cit.*, p.53.

70) 가사 법원의 중재인 선정의 사법부의 고유한 기능이라고 한다면 UNICITRAL 모델중재법이 이를 굳이 ‘법원이나 기타 기관’으로 표현할 이유가 없을 것이다.

1호, 한국중재학회, 2008.

조정곤, “상사중재에서의 중재인선정과 전략게임”, 「중재학회지」, 제3권 제1호, 한국중재학회, 1993.

최혁준, “중재판정부 구성에 관한 비교 연구”, 「중재학회지」, 제16권 제1호, 한국중재학회, 2006.

<해외문헌>

Iguchi, Naoki, “ADR Client Strategies in Asia Leading Lawyers on Navigating the Negotiation Process, Advising Multinational Clients, and Understanding the Key Laws Governing ADR in this Region,” *Arbitration Laws and Trends in Japan*, Aspatore, October, 2009.

Okekeifere, Andrew I., “Appointment and Challenge of Arbitrators under the UNICITRAL Model Law : Part 1: Agenda for Improvement,” *International Arbitration Law Review*, 1999, 2(5/6).

Sen, Aniruddha, “The Role of the Court in the Appointment of Arbitrators - an Analysis with Reference to the Supreme Court of India’s Decision in S.B.P. v. Patel Engineering,” *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol.10, 2006.

Stone, Katherine V.W., *Arbitration Law*, Foundation Press New York, New York, 2003.

United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006*, United Nations, Vienna, 2006.

近藤昌昭 外 4人, 「仲裁法 コメントール」, 2004.

小島武司・高桑 昭 編, 「注釋と論点 仲裁法」, 青林書院, 2007. 2.



## ABSTRACT

### Appointment of Arbitrators and the Role of the Court

Won-hyung Park

Cheol-ho Kim

The expanded role of courts in arbitral procedures is said to have certain detrimental effects on the cost-effective approach to arbitration. This is the case when the court is appointing an arbitrator, pursuant to the specific domestic legal regime. The danger of decisions, especially those with expanded role of courts can create delays and hurdles. Even with contradictory viewpoints, the role of the court should complement the arbitral tribunal and not impede the functioning of arbitration independent of the judicial system.

In this paper, two recent cases in Korean Supreme Court are reviewed, trying to find the proper implications on further arbitration practices especially in the stage of arbitrator appointment. Even though the proper appointment of arbitrators is essential to the existence of valid arbitration proceedings, appointment of arbitrators by the courts should constitute an administrative power, and not a judicial power.

The cases reviewed make clear that the court must play a facilitative role in international commercial arbitration by assisting the parties in appointing the arbitral tribunal, the court intervention must be kept to a minimum.

**Key Words :** Arbitral Tribunal, Appointment of Arbitrators, Arbitration Act of Korea  
Article 12, Appeal