

중국 중재조정¹⁾의 적법성에 관한 연구

이경화* · 서경**

-
- I. 서론
 - II. 중재인의 조정인 겸직
 - III. 중재조정안의 편견 가능성
 - IV. 제3자의 이해관계가 포함된 중재조정안
 - V. 결론
-

주제어 : 중국 중재, 중재조정, 중재와 조정의 결합

I. 서론

중재조정¹⁾은 중국의 오랜 조정문화에서 자연스럽게 발전해온 중국 특유의 분쟁 해결방식으로 아직까지 국제적으로 보편화되지 못했다. 중재조정은 중재절차 중 판정부가 당사자들에게 조정을 제의하거나 또는 당사자들의 조정신청을 받으면 기존의 중재인은 조정인으로 신분을 바꾸어 조정을 진행하는 방식이다. 조정이 성

* 동서울대학교 경영학부 외국인 조교수(주저자), E-Mail : jinghua1214@naver.com

** 서경대학교 경영학부 대우교수(교신저자), E-Mail : seo1139@naver.com

오원석 교수님의 정년퇴직기념논문집에 이 논문을 게재할 수 있게 된 것을 영광스럽게 생각합니다. 은사님의 가르침을 가슴에 새기고 또 실천하는 제자가 되겠습니다.

1) 중국 문헌들에서는 이 방식을 “중재와 조정의 결합(仲裁與調解相結合, combination of arbitration with conciliation)”, “중재절차 중의 조정(仲裁程序中的調解, mediation of commercial arbitration)” 또는 “중재조정(仲裁調解, arbitration-mediation)” 등으로 부르고 있는데 본 논문에서는 “중재조정” 또는 간단히 Arb-Med로 표기한다.

립하면 판정부는 조정합의에 근거하여 중재조정문을 작성하고 조정이 실패하면 조정인은 다시 중재인의 신분을 회복하여 중재절차를 진행하게 된다.²⁾ 이 방식의 장점은 중재에 비해 조정이라는 우호적인 방식으로 합의에 달성하여 자발적 집행율이 높고, 조정합의에 근거하여 작성한 중재조정문이 중재판정과 동일한 효력으로 인정되며³⁾, 중재심리 중에 조정절차가 개시되므로 조정의 성공률이 높은 등 중재와 조정의 장점을 두루 가지고 있다.⁴⁾

하지만 중재조정은 중재인이 조정인을 겸하기 때문에 중재의 적법절차 위반의 가능성과 역할 혼동의 가능성, 편파판정의 가능성 등 다양한 한계점을 안고 있으며 이를 해결하고 보완할 제도적 장치를 마련하기가 쉽지 않다.⁵⁾ 중국은 전통적으로 선호하던 분쟁해결방식인 조정과 근대에 도입되기 시작한 중재가 실무에서 자연스럽게 어우러져 중재조정이라는 독특한 방식을 탄생시켰고 실무에서 그 장점이 증명되고 있어 위의 한계점을 극복할 제도적 장치가 미비함에도 불구하고 적극적으로 활용되고 있다.⁶⁾ 하지만 아직 다른 나라에서는 중국의 중재조정을 그대로 도입하지 않고 있으며 각자의 실정에 맞게 소극적으로 중재와 조정을 결합하여 사용하고 있을 뿐이다.⁷⁾

-
- 2) 중국 중재법 제51조: 중재판정부는 판정 전에 조정을 할 수 있다. 당사자들이 조정절차에 동의하는 경우 중재판정부는 조정을 하여야 한다. 조정이 성립되지 못하는 경우, 중재판정부는 즉시 판정을 내려야 한다.
 - 3) 중국 중재법 제51조: ...조정을 통하여 합의가 성립된 경우, 중재판정부는 조정조서를 작성하거나 합의 결과에 근거하여 판정문을 작성하여야 한다. 조정조서와 중재판정문은 동일한 법률적 효력이 있다.
 - 4) 이경화, “중국의 ‘중재조정’제도와 그 시사점에 관한 연구”, 성균관대 박사학위청구논문, 2013, pp. 72-79.
 - 5) 중국 중재법 제51조, 제52조, 《분쟁해결방식으로써 조정의 활용을 추진할 것에 관한 의견》 제3조, 제8조, 《중재법적용의 유관문제에 관한 해석》제28조, CIETAC 중재규칙 제45조에서 관련 규정을 두고 있지만 아직 많은 한계점을 안고 있다.
 - 6) 중국은 지역에 따라 그리고 중재기관에 따라 중재절차 중에 조정을 진행하는 비율이 다르기 때문에 연구논문들마다 기재하고 있는 수치가 다르게 나타나고 있다. 한 연구는 중국중재실무에서 40%이상의 접수건수가 조정으로 최종 해결된다고 하고 있다(陳忠謙, “我國‘大調解’格局下的仲裁調解”, 仲裁研究 第28輯, 2012, p. 5).
 - 7) “중재조정”은 중국에서 처음으로 사용하기 시작한 중재와 조정을 결합한 독특한 방식이며 국가에 따라 여러 가지 다른 형태로 중재와 조정을 결합하여 사용하고 있다. 조정을 진행하다가 합의에 달성하지 못하면 중재절차를 개시하는 방식인 **Med-Arb**는 미국에서 처음으로 사용하기 시작한 방식이며 현재 한국을 비롯한 많은 국가들에서 각자의 사정에 맞게 도입하여 활용하고 있다. “그림자 조정”이라 불리는 **Shadow Mediation**은 중재절차 진행 중 당사자들이 외부에서 별도로 조정을 진행하는 방식으로 조정이 성공하면 중재절차를 종료한다. 중재와 조정을 결합하는 방식 외에도 대다수 국가들에서 인정하는 방식인 화해중재판정이 있는데, 이는 중재절차 진행 중에 당사자들 스스로 화해한 경우 당사자들의 요구에 따라 화해안을 판정의 형식으로 기재하는 방식이다. 이는 제3자의 조정을 받지 않고 스스로 화해했다는 것이 위의 방식들과 다르지만, 결과적으로 당사자들의 합의와 중재를 결합시켰다는 점에

한국의 경우 유일한 상사중재기관인 대한상사중재원은 주로 중재와 알선의 방식으로 상사중재를 해결하고 있으며 2012년에 조정규칙이 제정되었으나 중재와 조정을 연계하여 진행하는 방식은 관련 규정이 없을 뿐더러 활용되지 않고 있다.⁸⁾

중국의 중재조정에 관하여 국내에서는 연구가 거의 이루어지지 않고 있으며 관련 연구는 주로 중국 본토에서 이루어지고 있다. 서양에서도 중재와 조정의 결합방식에 대한 연구가 이루어지고 있는데 중국의 중재조정뿐 아니라 미국의 Med-Arb를 비롯한 다른 형식의 결합에 대하여도 두루 다루고 있다. 중국이 우리나라의 최대 무역상대국이⁹⁾ 중국의 중재기관들에서 중재절차 중에 조정을 적극적으로 진행하고 있으며¹⁰⁾ 나아가 중국이 “조화로운 사회의 건설”을 슬로건으로 내걸고¹¹⁾ 조정의 활용을 격려하고 있다는 점을 고려할 때 중재조정에 대한 이해는 중국중재를 활용하는 한국 당사자들에게 꼭 필요할 것으로 보인다. 그리하여 본고는 중국에서 중재조정을 활용함에 있어서 중재인이 조정인을 겸하면서 나타나는 적법성의 문제를 다루면서 한국당사자들에서 중국에서 중재조정을 진행할 때의 유의점을 제시하고자 한다.

II. 중재인의 조정인 겸직

1. 이의신청권의 포기

1) 중재인의 조정인 겸직에 대한 이의신청권 포기

우리나라를 비롯하여 거의 모든 국가는 중재관련 법이나 규칙에서 “당사자는 중

서는 일백상통하다.

- 8) 실무에서 중재인들은 모두 중재절차 중에 당사자들의 화해를 위하여 노력한다. 한 설문조사에 따르면 응답자의 86%에 해당하는 중재인들이 중재의 목표를 “당사자 화해”로 보았다 (Christopher R. Drahozal · Richard W. Naimark, *Towards A Science of International Arbitration*, The American Law Library, 2009, pp. 173~178). 본고에서 중재와 조정의 연계 또는 결합이라는 것은 중국의 중재조정과 같이 중재인이 조정인을 겸하는 적극적인 방식을 의미하기 때문에 한국을 비롯한 대부분의 국가에서 활용하지 않는다고 보았다.
- 9) 한국의 국가별 수출순위는 중국, 미국, 홍콩, 베트남, 일본, 싱가포르, 인도, 대만, 멕시코, 호주 순이다(한국무역협회 홈페이지).
- 10) 북경중재위원회의 경우 최근 몇 년간의 중재접수건수의 약 50%를 중재조정으로 해결하였다(북경중재위원회 홈페이지).
- 11) 제11차 5개년계획(2011년~2015년)에서 “조화로운 사회”건설을 슬로건으로 내세웠다.

재인의 공정성이나 독립성에 대하여 합리적인 의심을 할 수 있으며 이를 이유로 중재인을 기피할 수 있도록” 규정하고 있다. UNCITRAL 모델중재법(이하 모델법) 제12조 제2항은 “중재인은 그 자신의 공정성이나 독립성에 관하여 당연시되는 의심을 야기할 수 있는 사정이 존재하거나 또는 당사자가 합의한 자격을 갖추지 못한 때에 한해 기피될 수 있다”고 규정한다. 중재조정은 중재인이 조정인을 겸하는 방식이며 절대적으로 중립적이어야 할 중재인에게 편견을 가질 가능성이 잠재되어 있다. 따라서 당사자는 중재인의 편견 가능성을 합리적으로 의심할 수 있으며 이를 이유로 중재인을 기피 또는 중재인이 내린 판정에 불복할 수 있다.

위 이론을 적용할 경우 중재조정 방식은 적법하지 않으며 오직 당사자들이 이 이론을 적용하지 않기로 합의한 경우에는 그러하지 아니하다. 즉, 중재절차가 조정 절차로 과도하는 시점에 당사자는 반드시 “중재인의 공정성과 독립성에 대하여 합리적인 의심을 할 권리를 포기(waive the right to challenge)”해야 한다. 그래야만 중재인이 조정인을 겸하여 중재조정을 진행할 수 있고 중재인은 기피대상에서 제외되며 중재판정의 효력이 인정된다.

(1) 명시적 포기

중재절차 중에 당사자들의 자발적 요청으로 또는 중재인의 권유로 조정을 개시할 경우 반드시 당사자들의 중재조정합의가 있어야 한다. 중요한 것은 이 합의에 반드시 위 권리포기 의사가 포함되어 있어야 한다는 것이다. 만약 당사자들이 중재조정을 진행하는 것에는 합의하였지만 중재인의 공정성과 독립성에 대하여 합리적인 의심을 할 권리를 여전히 갖고 있다면 중재조정안은 결국 효력을 인정받지 못하게 된다.

그러나 중국의 중재관련 법과 규칙들에는 아직 이러한 권리포기에 대한 명시적 규정이 없으며 중재기관들은 통상 국제변호사협회(The Council of the International Bar Association, IBA)의 「국제중재에서 이익충돌에 대한 가이드라인」¹²⁾에 따라 이 부분을 해석하고 있다. 본 가이드라인 제1장 제4절 d항은 “중재인은 중재절차 중에 조정이나 알선 등 기타 방식으로 당사자들을 도와 분쟁을 해결할 수 있다. 그러나 조정을 진행하기 전에 반드시 ‘조정인이 계속해서 중재인의 역할을 하는 것은 부적격하지 않음’에 당사자들이 명시적으로 동의해야 한다. 이러한 명시는 중재인이 다른 역할을 겸하는 행위나 다른 역할에서 정보를 얻는 행위가 당사자의 이익과 충돌할 가능성에 대하여 당사자들이 이의신청권을 포기한 것으로 간주 된다”¹³⁾고

12) IBA, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, the Global Voice of the Legal Profession, 2014, p. 10.

규정하고 있다.

이의신청권 포기에는 분쟁의 발생을 방지하기 위해서는 중재조정을 진행하려는 관정부는 당사자들에게 권리포기에 관한 명시합의를 요구해야 하고 당사자들도 상대방이 중재조정의 절차적 적법성에 이의를 제기할 가능성을 사전에 차단하기 위해서는 명시합의를 해야 한다.

(2) 묵시적 포기

하지만 중재실무에서 중재절차가 조정절차로 과도하는 시기에 중재인이 조정인을 겸하는 것으로 인한 이의신청권을 포기함을 서면으로 합의하는 경우는 드물다. 그렇다면 중재조정의 진행에 동의한 것을 묵시적 이의신청권 포기로 간주할 수 있느냐가 문제이다. 중재조정은 당사자의 의사에 따라 진행되는 방식이므로 당사자가 자발적으로 중재조정을 선택했다면 금반언의 원칙¹⁴⁾에 따라 중재조정의 진행 방식을 그대로 수용한 것으로 보아야 한다.

이와 관련한 홍콩법원의 판례가 있다.¹⁵⁾ 중재신청인과 피신청인은 중국 서안중재위원회에서 중재조정을 진행하였는데 조정절차가 실패하여 중재절차를 재개하였으며 피신청인에게 불리한 중재판정을 내렸다. 이에 피신청인은 중재인이 조정인을 겸하여 중재판정이 편파적이라고 홍콩법원에 이의를 제기했고 법원은 다음과 같은 의견을 내놓았다. “중재인이 조정인을 겸하는 방식은 편파판정으로 보여

13) An arbitrator may assist the parties in reaching a settlement of the dispute, through conciliation, mediation or otherwise, at any stage of the proceedings. However, before doing so, the arbitrator should receive an express agreement by the parties that acting in such a manner shall not disqualify the arbitrator from continuing to serve as arbitrator. Such express agreement shall be considered to be an effective waiver of any potential conflict of interest that may arise from the arbitrator's participation in such a process, or from information that the arbitrator may learn in the process. If the assistance by the arbitrator does not lead to the final settlement of the case, the parties remain bound by their waiver. However, consistent with General Standard 2(a) and notwithstanding such agreement, the arbitrator shall resign if, as a consequence of his or her involvement in the settlement process, the arbitrator develops doubts as to his or her ability to remain impartial or independent in the future course of the arbitration.

14) 금반언의 원칙(禁反言의 原則, (estoppel))은 이미 표명한 자기의 언행에 대하여 이와 모순되는 행위를 할 수 없다는 원칙을 말한다. 모순된 선행행위를 한 자는 그에 대한 책임을 부담하여야 한다는 의미이다. 영미법에서 “estoppel의 법리”로 발전된 것이 독일법에 수용되어 “선행행위와 모순되는 행위의 금지”가 되었다. 다시 독일법 이론이 한국에 수용되어 신의성실의 원칙의 발현형태로서 인정되고 있다.

15) GAOHAIYAN&XIEHEPING v. KEENEYE HOLDINGS LIMITED&NEW PURPLE GOLDEN RESOURCES DEVELOPMENT LIMITED, CASE NO:CACV 79/2011, IN THE HIGH COURT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION COURT OF APPEAL CIVIL APPEAL NO. 79 OF 2011.

지나, 당사자들이 중재조정으로 분쟁을 해결하는 것에 동의하였기에 중재인이 조정인을 겸하는 사실을 이미 알고 있었음에도 불구하고 이의제기를 하지 않았다는 것이며 조정이 실패하고 중재인의 신분을 회복할 때에도 이에 대하여 이의제기를 하지 않았기 때문에 이러한 행위는 이의신청권 포기로 간주된다.”

홍콩중재조례 제4조와 모델법 제4조는 모두 “이 법의 규정에 의하여 당사자가 그 효력을 배제할 수 있다는 규정이나 중재합의의 요건이 준수되지 아니한 사실을 알았거나 알 수 있으면서 당사자가 지체 없이 또는 기한이 정해져 있는 경우에는 그 기한 내에 그러한 불이행에 대해 이의를 제기하지 아니하고 중재절차를 속행한 경우에는 자신의 이의신청권을 포기한 것으로 본다”고 규정한다. 법원은 본 조항을 근거로 당사자들이 묵시적으로 이의신청권을 포기했다고 보았다.

2) 중재인의 고지의무 위반에 대한 이의신청권 포기

각국의 중재관련 법과 규칙들은 또한 중재인의 고지의무에 대해 명시하고 있다. 모델법 제12조 제1항은 “중재인으로 직무수행의 요청을 받은 자는 그 자신의 공정성이나 독립성에 관하여 당연시되는 의심을 야기할 수 있는 모든 사정을 고지하여야 한다. 중재인은 중재인으로 선정된 때로부터 그리고 중재절차의 종료 시 까지 그러한 사정을 당사자에게 지체 없이 고지하여야 한다”고 규정한다. 중재조정은 중재인이 조정인으로서 역할을 할 때 일방 당사자와 단독회의(private caucuses)를 진행하게 되며¹⁶⁾ 이 과정에서 당사자가 비밀유지를 요구하는 정보를 얻을 수 있다. 그러나 조정이 실패하여 다시 중재인으로서 역할을 하게 되면 조정절차에서 얻은 정보는 공개할 수 없을 뿐만 아니라 중재판정에 영향을 미쳐서도 아니 된다. 중재인의 이러한 비밀유지 행위는 중재인 본연의 의무인 고지의무와 상충되는데 이를 어떻게 보아야 하는지가 문제이다.

만약 중재인이 고지의무를 준수하여야 한다면 중재인은 조정절차에서 얻은 비밀정보까지 모두 공개해야 하며 이는 조정합의중의 비밀유지조항 위반이 된다. 반면 조정합의중의 비밀유지조항을 준수하려고 중재인의 고지의무를 위반한다면 중재인은 기피대상이 될 것이다. 따라서 이 문제는 어느 하나를 고집하여서는 해결될 수 없다.

만약 당사자들이 조정합의를 할 때 단독회의의 진행에 대하여 동의하지 않는다면 중재인은 비밀정보를 얻을 가능성이 없기 때문에 이런 문제가 발생하지 않는다.

만약 당사자들이 단독회의에서 얻은 비밀정보를 공개하지 않을 것을 요구한다

16) UNCITRAL 모델조정법 제7조: 조정인은 양당사자와 공동으로 또는 일방당사자와 단독으로 회의를 개최하거나 연락할 수 있다.

면 중재인은 이를 준수하여야 한다. 비밀정보는 중재판정에 어떠한 영향도 미쳐서는 아니 되기 때문에 이를 전제로 한다면 중재인이 비밀정보를 공개하지 않는 것은 고지의무 위반이 아니다.

만약 당사자들이 비밀유지에 관하여 언급하지 않고 중재인의 고지의무에 대해서도 이의제기를 하지 않는다면, 이는 중재인의 고지의무에 대한 이의신청권을 포기한 것으로 간주해야 한다. 즉, 당사자들이 중재조정에 동의하였거나 중재인이 조정인을 겸하는 것에 명시적으로 동의하였다면 이러한 행위는 이의신청권을 포기한 것으로 간주되며 중재인의 고지의무에 대한 이의신청권도 포기한 것으로 보아야 한다.

2. 공공질서(public policy)의 위반

1) 공공질서의 위반

중재판정은 공공질서를 위반하게 되면 그 승인과 집행이 거부되는 것이 국제사회의 공통된 입장이다. 뉴욕협약¹⁷⁾ 제5조 제2항 b호는 “판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있다”고 규정한다. 하지만 공공질서는 각국의 경제, 정치, 문화, 역사 및 시대의 발전에 따라 다르게 해석되기 때문에 개념과 범위가 모호하고 추상적이며 가변적이다. 따라서 공공질서의 위반을 이유로 국제중재판정의 승인과 집행을 거부하는 국제적 공통기준을 정하는 것은 아주 어려운 일이다.

2002년 국제상사중재위원회는 「공공질서를 이유로 국제중재판정의 승인과 집행을 거부하는 것에 대한 최종보고서」(이하 최종보고서)를 발표하고 공공질서의 범위에 대해 다루었다.¹⁸⁾ 이 최종보고서는 법적효력을 가지진 않았지만 세계 30개 국가의 대표들이 의견을 종합한 것으로서 권위가 있다고 볼 수 있다. 보고서는 국제공공질서를 절차적 공공질서와 실체적 공공질서로 구분하였고 실체적 공공질서는 강행법, 법의 기본원칙, 공서양속과 도덕, 국가이익과 외교관계를 포함한다고 기술한다. 절차적 공공질서는 중재인의 사기와 부패, 적법절차와 정당성의 위반, 공평성의 결여, 이유의 부재, 법을 무시, 사실관계를 무시, 기관력 무시, 중재지의 판결준중원칙 무시 등 중재판정부의 공정성에 관한 요소들을 포함한다.¹⁹⁾

17) 1958년 6월 10일 뉴욕에서 채택된 해외중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약으로 2016년 1월 현재 체결국이 156개에 달한다.

18) International Law Association, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, Committee on International Commercial Arbitration, 2000.

중재조정은 중재인이 조정절차에서 일방 당사자와 단독회의를 진행하다가 다시 중재인의 역할을 회복하는 방식이므로 중재인의 공정성과 적법절차를 위반했다고 볼 수 있으며 절차적 공공질서의 위반에 해당한다. 따라서 중재조정을 진행하기에 앞서 중재인은 당사자들에게 편파판정의 범위와 공정성 위반의 범위를 확정해 주는 것이 필요하다. 이러한 절차 없이 중재조정을 진행하게 되면 이 방식에 대해 충분히 숙지하지 못한 당사자들은 절차적 공공질서의 위반을 이유로 판정에 불복하게 되며 중재판정부는 해명할 정당한 이유가 없게 된다.

2) 적법절차의 위반

중재인이 공정하려면 우선 중재인은 사건과 이해관계가 있어서는 아니 된다. 중재인은 사건 당사자와 관계가 있어서는 아니 되고 사건과 이익충돌이 있어서는 아니 되며 당사자와 공통된 목표가 있어서는 아니 된다.²⁰⁾ 다음으로 당사자들에게 동등한 진술과 항변의 기회를 부여하여야 한다. 당사자들은 모두 상대방의 진술을 청취할 권리가 있으며 그에 대하여 항변할 권리가 있다. 청취권이 없는 항변권은 실익이 없다. 또한 중재인은 자신이 알고 있는 모든 정보를 고지하고 당사자들이 사건의 해결을 위하여 참고하도록 도와야 한다.

중재조정은 조정절차 중에 단독회의를 진행 할 수 있으며 이때 일방 당사자가 상대방 당사자에 대하여 사실과 다른 진술을 할 수 있다. 하지만 비밀유지의무로 인하여 상대방은 이러한 진술을 청취할 수 없으며 따라서 항변을 할 정당한 기회가 사라지게 된다. 즉 중재조정은 중재의 적법절차를 위반한 방식이 되는 것이다.

이 문제는 다음과 같이 해석해야 한다. 중재는 반드시 당사자들과 중재인이 모두 참석한 가운데 진술과 항변을 할 권리를 행사하지만 조정에서 당사자들에게는 모든 진술을 청취할 권리가 있지 않다. 따라서 중재조정은 당사자의 청취권과 항변권을 박탈하였다고 볼 수 없는 것이다. 중재조정의 진행에 동의한 당사자는 조정절차에서 단독회의를 할 수 있다는 사실을 이미 알고 있으며, 단독회의의 비밀정보를 청취하지 못하기에 항변권을 행사할 수도 없다. 이 절차는 적법성에 문제가 없다. 조정이 실패하고 중재절차를 재개하게 되더라도 단독회의의 비밀정보가 심리과정에서 공개되지 않기 때문에 청취권의 미행사로 인한 항변권의 박탈 역시 발생하지 않는다. 단, 조정절차에서의 정보가 중재절차에 영향을 미치는 경우는 당연히 적법절차의 위반에 해당하게 된다.

19) *Ibid.*, pp. 15-29.

20) 楊良宜, 仲裁法:從1996年英國仲裁法到國際商務仲裁, 法律出版社, 2006, pp. 2-3.

3) 공정성의 위반

중재조정에서 조정이 실패하면 중재인은 조정절차에서 얻은 많은 비밀정보들을 가지고 중재절차에 임하게 되며 조정절차의 단독회의에서 얻은 신빙성이 낮은 정보들과 비밀정보들은 중재판정에 어떠한 영향을 미쳐도 아니 된다.²¹⁾ 능력과 도덕성이 증명된 중재인이라 할지라도 이러한 방식으로 진행하려면 공정성을 유지하기 힘들 것이다. 하지만 미국에서 Med-Arb 방식²²⁾을 활용한 당사자들은 경험을 통하여 이러한 의문을 해결하였으며²³⁾ 중국도 중재조정 실무에서 중재조정의 이러한 한계점이 쉽게 극복됨을 보여주고 있다.

이의신청권리의 포기는 당사자들의 정당한 권리를 포기시키는 것으로 보여지나, 이는 단지 금반언의 원칙에 따라 당사자들이 스스로 선택한 방식에 대한 이의제기를 포기시킨다는 것일 뿐 실제로 적법절차의 위반이나 공정성에 의심이 가는 행위가 발생한 경우 이의신청을 할 수 없다는 것은 아니다. 즉, 중재조정은 개시부터 종료까지 당사자자치의 원칙이 적용되며 모든 절차는 당사자들이 자발적으로 합의하는 것을 전제로 한다. 단독회의가 공정성에 문제를 일으킬 가능성이 있다고 판단하면 당사자는 언제든지 단독회의를 금지하도록 요구할 수 있다. 따라서 중재조정은 공정성을 위반하는 방식이라고 할 수 없다.

III. 중재조정안의 편견 가능성

1. 표면적 편견(apparent bias)

중재조정은 비록 당사자들이 중재인의 조정인 겸직에 대한 이의신청권을 포기하였으나 중재인이 조정인을 겸함으로 인하여 일방 당사자에 대해 편견을 가질 가

-
- 21) CIETAC 중재규칙 제45조 제9항: 조정이 이루어지지 않은 경우, 당사자들은 그 후의 중재절차, 재판절차 및 기타 어떠한 절차에서도 상대방이나 중재판정부가 조정과정에서 발표한 의견, 관점, 진술, 인정했거나 부정했던 사항, 주장 등을 인용하여 자신의 청구, 답변 또는 반대신청의 근거로 삼을 수 없다.
- 22) 이는 당사자들이 분쟁을 먼저 조정으로 해결하려고 시도해 보고 만약 조정이 실패로 돌아갈 경우 중재하는 것에 합의할 경우 사용되는 분쟁해결 방식이다. 이 경우 조정인과 중재인은 서로 별개인일 수도 있고 동일인일 수도 있다. 1997년 《포춘》에서 계약분쟁을 겪어본 미국의 600개 기업을 상대로 조사한 결과 40%의 기업이 Med-Arb 방식을 접해봤다고 응답했다.
- 23) Klaus Peter Berger, "Integration of Mediation Elements into Arbitration 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators", *19 Arb. Int'l* 393 nm, 2003, pp. 43~44.

능성이 없어진 것은 아니다. 이러한 편견을 가질 수 있는 잠재적 가능성을 표면적 편견이라 볼 수 있다.

앞장에서 다루었던 홍콩법원의 판결을 다시 한 번 보도록 하자.²⁴⁾ 신청인과 피신청인은 서안중재위원회에서 중재를 받다가 양당사자의 동의를 얻어 조정을 개시하였고 2010년 3월 27일 한 호텔에서 회의를 진행하기로 하였는데 신청인은 궤석하였고 피신청인은 자신과 친분이 깊은 제3자를 대신 참석시켰다. 결국 조정은 실패하였고 다시 중재인의 신분을 회복한 중재판정부는 피신청인에게 불리한 판정을 내렸다. 피신청인은 회의장소가 고급호텔로서 조정장소로는 적합하지 않다는 점과 중재인이 조정인을 겸하였기 때문에 편견을 가지고 판정했을 가능성이 있다는 점을 들어 홍콩법원에 중재판정 취소의 소를 제기하였다.

홍콩법원은 다음과 같이 판결했다. “중재조정에서 중재인이 조정인을 겸직하게 되면 편견의 가능성이 커진다. 당사자는 단독회의에서 상대방에게 불리한 정보를 제공하여 중재인에게 편견을 심어줄 수 있으며 또한 전략적으로 단독회의를 상대방을 헐뜯는 기회로 악용할 수 있다.²⁵⁾ 왜냐하면 당사자들은 단독회의에서 제공한 비밀정보가 상대방에게 공개되지 않는다는 사실을 잘 알고 있기 때문이다. 이와 같이 신빙성이 없는 정보를 접한 조정인이 중재인 신분을 회복한 후 이 정보의 영향을 전혀 받지 않는다고 확신하기 어렵다고 본다.” 홍콩법원은 이러한 이유로 중재판정을 취소하는 명령을 내렸다. 하지만 항소법원은 “표면적 편견은 중재판정을 취소할 수 있는 충분한 이유가 될 수 없다”고 보고 중재판정의 집행을 명령했다.

본 사건에서 알 수 있듯이 중재인이 조정인을 겸하는 방식은 편파판정의 가능성을 높이는 것은 확실하며 이러한 잠재적 위험성을 표면적 편견이라고 한다. 표면적 편견 자체만으로 중재판정이 취소될 수는 없다.

2. 실질적 편견(actual bias)

편견으로 인정되려면 소를 제기하는 당사자가 소장에 편견으로 볼 수 있는 판정부의 행위에 대해 기술하고 있어야 한다. 만약 소장에 편견의 가능성이나 공정성의

24) GAOHAIYAN&XIEHEPING v. KEENEYE HOLDINGS LIMITED&NEW PURPLE GOLDEN RESOURCES DEVELOPMENT LIMITED, CASE NO:CACV 79/2011, IN THE HIGH COURT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION COURT OF APPEAL CIVIL APPEAL NO. 79 OF 2011.

25) Michael Hwang, “The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators: Commentary[C]”, *ICAA Congress Series:574*, Kluwer Arbitration, 2005.

결여로 보여지는 정황에 대해서만 기술이 되어 있다면 이러한 편견은 판정의 집행을 거부할 충분한 요건이 되지 못한다.²⁶⁾

표면적 편견에 관한 또 하나의 판례가 있다.²⁷⁾ 홍콩의 피신청인과 중국의 신청인은 중국국제경제무역중재위원회(이하 CIETAC)에 중재를 회부하였고 피신청인에게 유리한 판정이 내려졌다. 신청인은 중재지가 있는 북경법원에 중재판정 취소의 소를 제기하였고 법원은 소를 기각하였다.²⁸⁾ 그러자 신청인은 피신청인의 소재지법원인 홍콩법원에 중재판정의 집행거부를 신청하였다. 이유는 판정부가 통지의무를 충실히 이행하지 않았고 자신이 참석하지 않은 상태로 상대방과 함께 자신의 공장을 시찰하였으며 이러한 단독회의를 공공질서를 위반한 행위로 중재인이 편파판정을 내렸다는 것이다.

홍콩법원은 다음과 같이 판결하였다. “뉴욕협약의 중재판정집행촉진원칙에 따르면 법원이 본국에서 내려진 중재판정을 취소하는 것보다 뉴욕협약 회원국인 외국에서 내려진 중재판정을 공공질서의 위반을 이유로 취소하는 것은 아주 어렵다. 법원은 외국중재기관의 판정능력을 인정하고 중재판정을 되도록 집행해 주는 것을 원칙으로 한다.”

이 사례에서 볼 수 있듯이 표면적 편견의 공공질서 위반을 이유로 중재판정을 취소하는 것은 아주 어려우며 외국중재판정일 경우는 더욱 어렵게 된다. 하지만 표면적 편견이 절대적으로 공공질서의 위반에 해당하지 않는 것은 아니다. 본 사례의 판결문에도 “표면적 편견이 충분히 엄중한 결과를 초래하였다면 공공질서의 위반으로 해석할 수 있다”고 기술하였다. 표면적 편견이 공공질서의 위반에 해당할 정도로 충분히 심각할 경우 당사자는 실질적 편견의 존재를 증명할 수 있다고 판단하기 때문이다. 하지만 표면적 편견과 실질적 편견은 명확히 구분하기 어렵기 때문에 당사자들의 각별한 유의가 필요하다.

단순히 편견이 존재할 가능성만 있다면 표면적 편견에 해당함으로써 이를 이유로 판정을 취소할 수 없다. 하지만 표면적 편견의 정도가 실질적 편견을 발생시킬 정도로 심각하다면 이를 실질적 편견으로 간주하여 판정이 취소될 수 있다. 만약 판정부의 행위가 실제로 편파적이어서 당사자가 판정취소 소장에 기술할 정도면 이는 실질적 편견에 해당한다.

26) Andrew Tweeddale & Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice*, Oxford University Press, 2007, p. 1.

27) HEBEI IMPORT & EXPORT CORPORATION V. POLYTEK ENGINEERING COMPANY LIMITED[OL]. FACV No. 10 of 1998:14.

28) 참고자료상으로는 북경법원은 기각이유를 명확히 밝히지 않은 것으로 보인다(And yet, no point was taken before the Beijing Court to that effect, though points on breaches of arbitration rules were taken).

3. 중재조정안의 편견

일반 중재에서는 중재인이 자신의 공정성 의무를 위반할 상황이 존재할 가능성이 적으므로 중재인의 판단이 편파적일 가능성 또한 적다. 하지만 중재조정은 중재인이 조정인을 겸하면서 조정과정에서 단독회의를 진행하고 상대방의 항변을 들을 수 없는 신빙성이 증명되지 않은 정보를 얻는 등 중재절차의 적법성에 위배되는 행위들을 많이 해야만 한다. 따라서 중재인이 실수로 중재조정안의 내용에 조정절차에서 얻은 정보를 포함시킬 수 있고 이는 중재인이 조정절차의 정보를 무시해야 하는 의무²⁹⁾(이하 조정정보의 무시)를 위반한 실질적 편견에 해당하며 판정이 취소된다.

그러나 실무에서 중재인은 판정문에 조정절차에서 얻은 정보를 명시하는 실수를 할 가능성은 적으며 오직 이러한 정보들의 영향을 받아 중재판정을 편파적으로 할 가능성이 존재할 뿐이다. 이런 경우 당사자들은 이 편견이 실질적 편견에 해당함을 증명하기 쉽지 않다.

중재조정을 진행하는 중재인은 반드시 조정정보의 무시의무를 준수해야 하는데 상술한 바와 같이 많은 정보들 중에서 이를 구분하여 처리하기가 쉽지 않다. 따라서 중재인은 반드시 중재정보와 조정정보를 구분하는 능력을 갖추고 있어야 하며 모든 정보의 출처에 대하여 특히 명확히 하여야 한다.

실무에서 중재조정방식을 수락한 당사자들은 중재인의 능력에 대한 신뢰도가 높기 때문에 편견의 가능성을 이유로 중재인을 기피하는 경우는 드물다.³⁰⁾ 실제로는 중재인이 조정절차의 비밀유지의무를 위반하거나 판정문에 조정정보를 포함하는 등 실질적 편견이 명확한 경우에만 판정의 효력에 대해 이의제기를 한다. 명확하게 드러나지 않는 편견, 예컨대 조정정보의 영향을 받아 편파판정을 내린 것에 대하여는 당사자들이 편견의 존재를 증명하기가 쉽지 않다. 그리하여 중재조정을 진행하려는 당사자들은 이 방식의 활용에 동의하기 전에 우선 중재인의 도덕성과 능력에 대하여 철저히 조사할 필요가 있으며 중재인이 조정인을 겸하여 이중적 역할을 담당할 능력이 있는지 확인하는 것 역시 아주 중요하다.

29) CIETAC 중재규칙 제45조 제9항: 조정이 이루어지지 않은 경우, 당사자들은 그 후의 중재절차, 재판절차 및 기타 어떠한 절차에서도 상대방이나 중재판정부가 조정과정에서 발표한 의견, 관점, 진술, 인정했거나 부정했던 사항, 주장 등을 인용하여 자신의 청구, 답변 또는 반대신청의 근거로 삼을 수 없다.

30) Yasunobu Sato, "The New Arbitration Law in Japan: Will it Cause Changes in Japanese Conciliatory Arbitration Practices? [C]", *22 J. Int'l Arb.*, Kluwer Law International, 2005, pp. 143~144.

4. 편견에 대한 이의신청

1) 이의신청 시기

전술한 홍콩중재조례나 모델법에서와 같이 중국 중재법과 CIETAC중재규칙³¹⁾ 등 각국의 중재관련 법규에서도 이의신청 시기를 규정하고 있다. 중재조정에서도 당사자가 중재인이 조정정보를 활용한다든지 비밀유지의무를 위반하는 등 행위를 발견하는 즉시 혹은 합리적인 시간 내에 이의신청을 해야 하며 그렇지 않으면 이의신청권을 포기한 것으로 간주된다.

합리적인 시간 내에 이의신청을 하지 않고 판정결과를 확인한 후 본인에게 불리할 때 그제야 이의신청을 하는 행위는 중재절차의 진행에 방해가 되고 상대방당사자의 노력을 헛되게 하는 악의적인 행동으로 볼 수 있다. 즉, 최대선의의 원칙을 위반하게 되는 것이다. 합리적인 시간 내에 이의신청을 해야 하는 이유는 또한 금반언의 원칙으로도 해석할 수 있다. 위반사실을 알았거나 알았어야 했던 시기에 이의신청을 하지 않은 것은 이의가 없음을 뜻하는데 나중에 이의신청을 하는 것은 금반언의 원칙에 대한 위배가 되는 것이다.

2) 이의신청 장소

중재의 공정성에 대한 이의신청은 원칙적으로 우선 중재지 관할법원에 제기하여야 한다. 이와 관련한 MINMETALS GERMANY GMBH V FERCO STEEL LTD 판례가 있다.³²⁾ 피신청인은 CIETAC의 중재판정이 중재규칙을 위반하였고 집행지인 영국의 공공질서에 위배됨을 이유로 영국법원에 집행거절 신청을 하였다. 법원은 “국제상거래에서 당사자들이 중재기관을 선택했을 경우 중재지 관할법원의 감독권의 제재도 받아야 한다. 만약 중재판정의 공정성에 이의가 있다면 우선 중재지 법원에 이의신청을 해야 한다, 만약 중재지법원에서 이의신청을 기각하여 당사자가 집행지법원에 다시 집행거부 신청을 한다면 집행지법원은 중재지법원의 판결을 따를지 판단하게 된다. 이때 집행지법원은 되도록 중재지법원의 중재절차에 대한 감독과 심리결과와 중국성을 인정하여야 한다. 물론 중재지법원의 권한에 결함이 존재하거나 판정의 집행이 집행지의 공공질서에 위배됨이 명확한 경우에는 예외적으로 집행지법원에 집행거절 신청을 할 수 있다. 이러한 예외를 제외하고는

31) CIETAC 중재규칙 제10조: 일방 당사자가 본 규칙이나 중재합의조항이 위배된 사실을 알았음에도 불구하고 중재절차에 참석하거나 절차를 계속하면서 이러한 위배에 대해 즉시, 명시적으로 서면 이의신청을 하지 않는다면 이는 이의신청권을 포기한 것으로 간주한다.

32) 宓思, “商事仲裁調解中的新問題及其對策分析”, 深圳大學碩士學位論文, 2013, p. 22.

집행지법원은 중재지법원이 기각한 이의신청건에 대하여 재심사를 하여서는 아니 된다”고 판결하였다.

IV. 제3자의 이해관계가 포함된 중재조정안

중국 중재법에 따르면 중재조정안은 중재판정과 같은 효력을 가지고 있다. 중재판정은 중재합의의 범위를 벗어난 경우 취소될 수 있는데 이는 모델법³³⁾, 뉴욕협약을 포함하여 모든 중재관련 법규의 규정사항이다. 하지만 조정안은 당사자들의 화해합의로 간주하기 때문에 취소될 수 없다.

중재조정을 거쳐 작성된 중재조정안이 제3자의 이해관계를 포함하고 있다면, 예컨대 제3자에게 채권을 이양한다거나 제3자에게 채무를 이전, 또는 제3자가 담보를 제공하도록 하는 내용을 포함할 경우 이러한 중재조정안의 유효성이 인정되는지가 문제이다. 중재는 당사자자치의 원칙을 엄격히 준수해야 하므로 중재합의의 범위를 벗어난 제3자가 중재절차나 중재판정에 개입하여서는 아니 된다. 하지만 조정관련 법규에는 이러한 규정이 없다.³⁴⁾ 따라서 중재조정의 조정절차에서 제3자의 개입이 조정의 합의달성에 도움이 된다면 당사자와 제3자의 동의를 얻어 제3자를 개입시키는 것은 조정의 적법절차에 위배되지 않는다. 제3자는 조정절차의 적법한 당사자가 되어 권리와 의무를 행사하게 되며 조정안에 제3자의 이해관계가 포함된 내용을 기재할 수 있다. 그렇다면 중재인의 신분으로 중재판정문의 효력을 갖는 중재조정안을 작성할 때에 원칙적으로 중재합의의 범위를 벗어난 위 조정안의 내용을 그대로 인용한다면 중재의 적법절차 위반에 해당할 수 있다.

조정은 당사자자치의 원칙에 따라 제3자를 개입시킬 때 당사자들의 동의를 얻어야 하는 것은 필수적이다. 또한 제3자가 개입되는 경우 제3자도 당사자가 되기 때문에 제3자의 동의도 반드시 얻어야 한다. 제3자의 동의를 얻지 않고 제3자의 권리를 침해한 조정안을 작성하는 것은 당연히 적법절차의 위반에 해당한다. 하지만 양당사자와 제3자의 동의를 얻어서 작성된 조정안은 제 당사자 모두의 의사합치에 해당하므로 절차적 하자가 없다. 하지만 중재인의 신분을 회복한 후 조정안을 판정

33) 모델법 제34조 제1항 iii호: 중재판정이 중재부탁의 내용에 예정되어 있지 아니하거나 그 범위에 속하지 아니하는 분쟁을 다루었거나 또는 중재부탁합의의 범위를 유월한 사항에 관한 결정을 포함하고 있다는 사실에 대한 증거를 제출하는 경우 관할법원에 의해 취소될 수 있다.

34) UNCITRAL 모델조정법(2002)을 포함 각국의 조정관련 법규.

문의 형식으로 작성할 때 중재부탁의 범위를 벗어난 제3자의 이해관계를 포함하게 되는 것에 대해서는 뒷받침할 법규가 존재하지 않는다. 논자는 이 부분에 대하여, 제3자가 개입할 때 제3자도 중재조정의 방식에 대하여 충분한 정보를 입수하였을 것이고 자신이 개입된 후 세 당사자의 합의내용이 중재판정의 형식으로 작성된다는 것도 알았을 것이다. 세 당사자가 모두 자신들의 합의내용이 중재판정으로 작성됨을 알고 있다는 전제가 깔려있기에 이를 새로운 중재합의로 해석할 수 있다고 생각한다. 즉, 중재의 절차 중에 새로운 당사자가 개입되면서 새로운 중재합의가 체결된 것으로 보게 되면 중재조정안의 범위가 문제될 것이 없다.

결국 제3자의 개입으로 인한 중재부탁의 범위를 벗어난 중재조정안의 유효성문제는 조정절차에서의 합의내용을 새로운 중재합의로 해석하느냐의 문제인 것이다. 관련 법규가 미비하기 때문에 당사자들은 이 문제에 각별히 신경을 써야 할 것이며, 제3자가 개입하게 될 경우 서면 중재합의를 새롭게 작성해두는 등 철저한 대비가 필요할 것이다.

V. 결 론

중국 중재기관들에서는 중재절차 중에 조정을 진행하고 조정이 실패하면 다시 중재절차로 돌아와 중재판정을 진행하는 방식인 중재조정을 실무에서 많이 활용하고 있다. 이 방식은 중재인이 조정인을 겸하는 특징을 갖고 있기 때문에 중재의 적법성에 반하는 여러 요소를 포함하고 있으며 이러한 한계점이 쉽게 극복되지 않아 아직까지 다른 나라들에서는 이 방식을 수용하지 않고 있다. 하지만 중국의 중재실무에서 중재조정이 상당히 많이 진행되고 있다는 점을 고려할 때 한국 당사자들이 꼭 이 방식에 대해 이해하고 있어야 하고 활용상 유의점에 대해 숙지해야 할 것이다.

중재조정은 중재인이 조정인을 겸하기 때문에 중재조정방식을 수락하였다면 이를 이유로 이의신청을 할 수 없다. 만약 중재인의 조정인 겸직이 공정하지 않다고 판단되면 중재조정방식에 동의하여서는 아니 된다. 중재조정방식에 대한 수락은 중재인의 조정인 겸직에 대한 이의신청권 포기로 간주됨을 유의하여야 한다.

중재조정은 방식 자체만으로는 공공질서의 위반이나 적법절차의 위반에 해당하지 않는다. 하지만 판정부가 조정이 실패한 후 조정정보를 중재판정에 반영하거나 비밀유지의무를 위반 또는 당사자들의 합의에 반하는 행위를 하였을 경우 이는 취소의 대상이 될 수 있는 공공질서의 위반의 범주에 해당한다. 중재조정을 수락한

당사자들은 중재절차의 적법성과 공정성에 주의를 기울여야 하며, 중재인 선정 시 조정인을 겸하여도 손색이 없는 능력과 도덕을 겸비한 사람인지 조사하는 것이 무엇보다 중요하다.

중재조정은 중재인이 조정인을 겸하기 때문에 편견의 가능성을 안고 있다. 하지만 가능성만 가지고는 중재판정이 취소될 수 없고 오직 실질적 편견을 구성한 경우에만 판정이 취소될 수 있다. 실질적 편견이 되려면 소장에 판정부의 편견행위에 대하여 기술할 수 있어야 한다. 만약 편견을 알았을 경우 당사자는 합리적인 기간 내에 이의신청을 하여야 하며 그렇지 않으면 이의신청권을 포기한 것으로 간주한다. 또한 이의신청은 우선 중재지의 관할법원에 하여야 하며 집행지의 관할법원은 중재지 관할법원의 의견을 존중하는 원칙을 따르므로 번복은 쉽지 않다.³⁵⁾ 중재조정을 수락한 당사자들은 중재조정 절차가 실질적 편견에 해당하는 경우 지체없이 중재지 관할법원에 이의신청을 하여야 할 것이다.

중재조정 절차 중 조정의 합의가 달성되려면 제3자가 개입해야 하는 경우가 있을 수 있다. 이 때 양당사자와 제3자의 동의가 있으면 제3자가 개입된 조정안이 판정문의 형식으로 작성될 수 있고 유효하게 집행된다. 조정안은 제3자의 동의를 얻어 합의를 달성한 경우이기에 제3자 권리가 침해될 가능성은 없다. 이때 중재부탁의 범위를 벗어난 중재조정안이 작성되며 이러한 중재조정안이 중재법상 판정 취소의 대상에서 벗어나려면 중재조정안 작성 전에 새로운 중재합의를 서면으로 작성해 두는 것이 바람직하다.

중재조정 절차에 문제가 있으면 당사자들은 법원에 판정 취소의 소를 제기할 수 있고 판정이 취소되면 당사자의 권리는 보호된다. 하지만 실무에서 중재인의 편견으로 판정이 취소될 경우 분쟁을 해결하기 위해서는 다시 새로운 중재인을 선정하여 중재절차를 진행하여야 하므로 당사자들은 비용적으로나 시간적으로 추가손해를 볼 수밖에 없다. 만약 중재인이 조정정보를 공개하는 실수를 범하여 기피되었다고 할 때 절차상 중재인을 기피하면 그만이지만 비밀정보가 공개된 당사자에게는 여러모로 불리한 영향을 미친다. 새로운 중재인을 선정한다 하더라도 이미 비밀정보를 상대방이 알고 있으므로 이 정보를 활용하여 중재심리에 철저히 대비하게 되는 것이다. 따라서 당사자들은 중재인의 능력과 도덕성에 대해 미리 조사를 하여야 하며 중재인의 능력에 의문이 드는 경우에는 중재조정방식을 선택하지 않는 것이 좋다.

35) 판정의 집행이 중재지의 공공질서에는 위배되지 않으나 집행지의 공공질서에 위배됨이 명확할 경우에는 번복될 수 있다.

참 고 문 헌

- 김중년, “중국의 상사조정제도와 그 시사점에 관한 연구”, 무역상무연구 제66권, 한국무역상무학회, 2015.
- 박석재, “중국과의 무역거래에서 UCP 600 적용상의 문제점에 관한 연구”, 무역상무연구 제61권, 한국무역상무학회, 2014.
- 송수련, “중국당사자와 홍콩당사자간의 상사분쟁상 CISG의 적용사례에 관한 연구”, 무역상무연구 제63권, 한국무역상무학회, 2014.
- 오원석·이경화, “한·중 국제중재제도의 비교와 시사점”, 무역상무연구 제46권, 한국무역상무학회, 2010.
- 이경화, “중국의 ‘중재조정’제도와 그 시사점에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위 청구논문, 2013.
- 陳忠謙, “我國‘大調解’格局下的仲裁調解”, 仲裁研究 第28輯, 2012.
- 楊良宜, 仲裁法: 從1996年英國仲裁法到國際商務仲裁, 法律出版社, 2006.
- 宓思, “商事仲裁調解中的新問題及其對策分析”, 深圳大學 碩士學位論文, 2013.
- 沈德咏·万鄂湘, 最高人民法院仲裁司法解釋的理解与适用, 人民法院出版社, 2007.
- 喬欣, 和諧文化理念視角下的中國仲裁制度研究, 廈門大學出版社, 2011.
- 王生長, “仲裁与調解相結合制度研究”, 對外經濟貿易大學 博士學位論文, 2001.
- 穆子礪, “論中國商事調解制度之构建”, 對外經濟貿易大學 博士學位論文, 2006.
- 《中國民事訴訟法》(2012).
- 《中國仲裁法》(1994).
- 《最高人民法院關於适用〈中華人民共和國仲裁法〉若干問題的解釋》(2006).
- 《最高人民法院關於人民法院處理涉外仲裁及外國仲裁案件的若干規定》(2003).
- 《關於深入推進矛盾糾紛大調解工作的指導意見》(2011).
- 《關於人民法院對申請強制執行仲裁机构的調解書應如何處理的通知》(1986).
- Andrew Tweeddale & Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice*, Oxford University Press, 2007.
- Christopher R. Drahozal & Richard W. Naimark, *Towards A Science of International Arbitration*, The American Law Library, 2009.
- IBA, “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, *the global voice of the legal profession*, 2014.

- _____, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, Committee on International Commercial Arbitration, 2000.
- Klaus Peter Berger, "Integration of Mediation Elements into Arbitration 'Hybrid' Procedures and 'Intuitive' Mediation by International Arbitrators", *19 Arb. Int'l 393 nn*, LCIA, 2003.
- Linda C. Rief, "The Use of Conciliation or Mediation for the Resolution of International Commercial Disputes", *Canadian Business Law Journal*, Vol.45, University of Toronto, 2007.
- Michael Hwang, "The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators: Commentary[C]", *ICAA Congress Series:574*, Kluwer Arbitration, 2005.
- Tang Houzhi, "Mediation is Developing around the World", *17 Asia Pac. L. Rev. 31*, 2009.
- Wang Wenyong, "The Role of Conciliation in Resolving Disputes: A P.R.C. Perspective", *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 20:2, 2005.
- Yasunobu Sato, "The New Arbitration Law in Japan: Will it Cause Changes in Japanese Conciliatory Arbitration Practices?[C]", *22 J. Int'l Arb*, Kluwer Law International, 2005.

ABSTRACT

A Study on the Legality of Arb-Med in China

Jing-Hua LI · Kyeong SEO

According to Chinese Arbitration Law, combination of mediation with arbitration means that in the process of arbitration, arbitrator may conduct mediation proceedings for the case they are handling, provided both parties agree to do so. If mediation succeeds and the parties reach a settlement agreement, the arbitrators may render a consent award or a written mediation statement in accordance with the contents of the settlement agreement. If mediation fails, the arbitration proceedings will be resumed until the case is concluded by making of an arbitral award. There is no formal name of this system in China, it is called “combination of mediation with arbitration”, “mediation in arbitration process” or “arbitration-mediation”, the author of this thesis select “arbitration-mediation” and make it simply as “Arb-Med”.

This thesis concentrates on three issues that arbitrators and the parties have to clarify and pay attention to once they choose to use Arb-Med. The first part is about the ‘waivable problems’, include waive the right to challenge a arbitrator who act as a mediator at the same time with parties’ approval, as well as the question about the waiver of the arbitrator’s duty to disclose confidential information obtained during mediation. The second part is ‘public policy in Arb-Med’, introduces the concept of public policy, the bias may arise the complaint about public policy, and the due procedure problem. And the last part is about the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, especially about the award including some contents which has relation to third party’s interests.

Keywords : Commercial Arbitration, Mediation, Arb-Med