

중재판정의 효력에 관한 연구

A Study on the Effect of Arbitral Awards

강수미*
Soo-Mi Kang

〈목 차〉

- I. 들어가며
 - II. 중재판정의 성립 및 효력발생
 - III. 중재판정의 효력의 내용
 - IV. 중재판정의 취소 및 승인·집행과 중재판정의 효력
 - V. 나오며
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 구속력, 기속력, 기관력, 중재판정, 중재판정에 대한 집행결정, 중재판정의 승인·집행, 중재판정취소의 소, 중재합의

* 연세대학교 법학전문대학원 교수, kangsophia@yonsei.ac.kr

I. 들어가며

중재절차에서 이루어진 중재판정에 대하여는 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력이 인정되는데(중재법 제35조 본문), 중재판정에 대한 승인 또는 집행이 거절되는 경우에는 이러한 효력이 인정되지 않는다(같은 법 같은 조 단서). 중재법 제35조 단서규정은 2016년 개정을 통해 신설되었는데, 이 규정의 의미가 분명하지 아니하여 이에 관한 해석이 필요하다. 또한 중재판정의 효력과 관련해서는 그 효력이 발생하는 시점 및 그 효력의 내용을 어떻게 파악할 것인지, 중재판정의 경우에도 중재법상 인정되고 있는 취소사유와는 구별되는 당연무효사유가 인정될 수 있는가의 여부 및 인정될 수 있다면 그 구체적인 사유를 어떻게 파악할 것인지 등이 문제될 수 있다. 다만 중재판정에 확정판결과 동일한 효력이 인정된다고 하더라도 당사자 간의 중재합의, 즉 당사자자치의 원칙에 기반을 두고 있는 중재절차에서 이루어진 중재판정의 효력과 관련된 문제를 해결하기 위해서는 이러한 중재제도 자체의 특성을 염두에 두고 접근하여야 할 것이다.

중재판정에 불복하고자 하는 당사자는 중재판정취소의 소를 통해 다룰 수 있으며(중재법 제36조 제1항), 중재판정에서 이행을 명한 의무를 의무자인 당사자가 이행하지 아니하는 경우 권리자인 당사자는 법원에 중재판정에 대한 집행허가를 신청할 수 있다(같은 법 제37조 2항). 중재판정취소의 소를 통해 중재판정의 효력이 부정될 수 있고, 중재판정에 대한 집행결정의 확정에 의해 중재판정에 기초한 집행이 가능하게 되므로, 이러한 제도들은 중재판정의 효력과 밀접한 관련이 있다. 특히 중재판정취소의 소를 통해서만 중재판정을 다룰 수 있다는 중재법 규정과 관련해서는 중재판정무효확인 소 등을 통해 중재판정의 효력을 다룰 수 있는가의 여부가 문제될 수 있고, 중재판정취소의 소에 대한 제소기간이 정해져 있는 것과 관련해서는 그 기간 경과 후에는 승인·집행거부사유를 주장하는 것이 제한을 받는가의 여부 등이 문제될 수 있다. 또한 동일한 중재판정에 대하여 취소와 승인·집행절차가 경합하는 경우 재판의 모순·저축을 방지하기 위한 방법 및 이러한 경우 중재판정의 효력 등이 문제될 수 있다.

중재판정을 내국중재판정과 외국중재판정으로 구분할 경우, 이러한 중재판정의 효력을 일률적으로 파악할 것인지, 아니면 달리 판단할 것인지에 관해서는 논의의 여지가 있을 수 있다. 다만 본 논문에서는 내국중재판정¹⁾의 효력을 이에 대한 취소 및 승인·집행절차와 관련하여 살펴보고자 한다.

1) 대한민국 중재법은 중재지가 대한민국인 경우에 적용되는 것을 원칙으로 하는데(중재법 제2조 제1항 본문), 중재판정의 효력에 관하여 규정하고 있는 중재법 제35조는 중재지가 대한민국이 아닌 경우에도 예외적으로 대한민국 중재법이 적용되는 경우(같은 법 제2조 제1항 단서)에 해당하지 않으므로, 중재지가 대한민국인 중재판정을 전제로 중재판정의 효력에 관한 논의를 전개하고자 한다.

II. 중재판정의 성립 및 효력발생

1. 판결의 성립 및 효력발생

판결은 선고에 의하여 대외적으로 성립하고 효력이 발생한다(민사소송법 제205조). 판결이 선고되면 기속력이 생기기 때문에 선고한 후에는 선고법원도 판결을 취소·변경하지 못한다.

소송의 당사자가 법원의 중국판결에 대하여 통상의 불복방법으로 상급법원에 의한 취소를 구할 수 없게 되면 그 판결은 형식적으로 확정되고, 이로써 확정판결로서의 효력이 발생한다.²⁾ 판결의 확정시기는 판결의 종류, 당사자의 불복신청 또는 그 포기·취하 등의 유무, 불복신청이 허용되지 않게 된 시점에 따라 달라진다.

상소가 허용되지 않는 판결이나 당사자 간에 상소를 하지 않기로 하는 합의가 있는 때에는 판결선고와 동시에 판결이 형식적으로 확정되고, 상소가 허용되는 경우에는 당사자 쌍방이 상소하지 않고 상소기간을 경과하였거나 상소를 제기한 후 취하하거나 상소각하판결을 받고 그 상소기간이 만료한 때에는 판결이 형식적으로 확정된다. 또한 상소기간이 경과하기 전에 상소권자가 상소를 포기한 때에는 그 포기시에 판결이 형식적으로 확정된다.

2. 중재판정의 성립과정

중재판정이란 당사자 간의 중재합의에 기초하여 개시된 중재절차에서 단독중재인 또는 중재판정부(이하 ‘중재판정부’라고 한다)가 중재의 대상이 된 분쟁을 해결하기 위하여 분쟁의 실제 등에 관하여 판단하는 것을 의미한다.³⁾ 이러한 중재판정의 성립과정은 사법상

2) 법원의 판결과 관련해서는 판결법원에 대한 관계에서 판결의 선고와 동시에 생기는 기속력, 당사자에 대한 관계에서 판결의 확정에 의해 생기는 형식적 확정력, 법원 및 당사자에 대한 관계에서 생기는 실질적 확정력(기판력), 집행력, 형성력 등이 문제될 수 있다.

3) 중재판정의 유형은 그 판정시기를 기준으로 중간판정(interlocutory award; 임시판정(interim award))과 중국판정(final award)으로 구분될 수 있고, 해당 사건을 완결시키는 범위에 따라 전부판정, 일부판정, 추가판정으로 구분될 수 있다. 중국판정은 분쟁사안에 대한 최종적인 판정을 의미하고, 중간판정은 중재에 대한 심리 중에 당사자 간에 다툼이 있는 사항에 대하여 판단함으로써 중국판정을 준비하는 것을 의미한다. 전부판정(full award)은 중재신청의 대상 전부에 대하여 심리를 완료한 경우에 하는 판정을 의미하고, 일부판정(partial award)은 중재신청의 대상 일부에 대하여 심리를 완결한 경우에 하는 판정을 의미하며, 추가판정(additional award)은 중재신청의 대상 중 일부에 대한 판정을 누락한 경우 이를 보충하기 위하여 하는 판정을 의미한다. 이에 관해서는 양병희 외, 「주석 중재법」(조대연 집필), 대한상사중재원·한국중재학회, 2006, pp.128-129 참조.

의 법률관계에 관한 분쟁해결방법 중의 하나인 판결의 경우를 유추하여 검토하면 된다.⁴⁾

분쟁해결을 위해 소가 제기된 경우 수소법원은 원고의 소의 적법 여부 또는 소송상 청구의 당부에 관하여 판단하여 판결서를 작성함으로써 판결을 내부적으로 성립시키는데, 내부적으로 성립된 판결은 선고를 통해 대외적으로 성립하고 그 효력이 발생하게 된다. 판결이 선고되었다고 하여 당사자가 그 판결의 구체적인 내용을 알 수 있는 것은 아니므로, 당사자로 하여금 판결의 내용을 파악하여 이에 대한 상소 여부를 결정할 수 있도록 하기 위하여 선고와는 별도로 판결의 정본을 당사자에게 송달하고, 당사자가 판결정본을 송달받은 다음 날부터 상소기간이 진행하게 된다(민법 제157조 본문).

중재판정부는 중재의 대상이 된 분쟁에 관하여 최종적인 판단을 한 경우 중재판정서를 작성하여야 한다. 공개주의가 적용되는 판결절차에서는 판결의 선고가 요구되지만, 비공개주의가 적용되는 중재절차에서는 중재판정의 선고가 필요하지 않다. 또한 상소라는 불복방법이 허용되는 판결의 경우 그 효력발생시기와 확정시기가 다른 것이 일반적이지만, 당사자 간에 별도의 합의가 없는 한 단심을 원칙으로 하는 중재절차에는 통상의 불복방법이 존재하지 않고, 예외적으로 중재판정취소의 소를 통해서만 불복할 수 있으므로(중재법 제36조), 중재판정의 효력발생시기와 확정시기가 일치하는 것이 일반적이다.

중재판정의 경우 중재판정부가 법정의 요건을 구비하여 중재판정서를 작성하고 관여 중재인이 서명한 때에 중재판정이 성립한 것으로 볼 수 있는데, 중재판정의 효력의 발생시점과 관련해서는 그 성립시에 효력이 발생하는 것으로 볼 것인지, 아니면 중재판정이 당사자에게 고지된 때에 효력이 발생하는 것으로 볼 것인지가 문제된다.⁵⁾

4) 중재판정의 법적 성질과 관련해서는 ①중재판정을 법원의 판결과 동일한 것으로 보는 견해, ②중재합의를 실제법상의 계약으로 보는 시각에서 중재판정을 당사자가 정한 준거법에 의거하여 중재인이 중재합의에 표시된 당사자의 의사를 구체화한 것으로 보는 견해 등이 주장되고 있다. ①의 입장에 따르면 중재판정 및 그 절차는 소송절차에 갈음하는 것이므로 이에 대한 규율은 중재가 행해지는 국가의 법에 따라야 하고, 중재합의도 소송법상 계약에 해당하여 중재합의의 요건과 효력도 중재가 행해지는 국가의 법률에 의해 정해지므로, 당사자자치의 원칙이 적용될 여지가 적은데 대하여, ②의 입장에 따르면 당사자의 의사에 의하여 중재절차의 준거법이 결정되므로 당사자자치의 원칙이 적용될 여지가 크다. 이에 관해서는 양병희 외, 앞의 책(조대연 집필), p.123 참조.

5) 2016년 개정 전의 중재법(이하 '구 중재법'이라 한다)에서는 중재판정의 원본을 관할법원에 송부하여 보관하도록 하였는데(구 중재법 제32조 제4항 후단), 이 개정을 통해 당사자의 신청이 있는 경우 관할법원에 송부하여 보관할 수 있는 것으로 되었다(중재법 제32조 제4항 단서). 구 중재법 하에서는 관할법원에 송부·보관되지 않은 중재판정의 효력에 관하여 논의되었는데(이에 관해서는 오창석, "관할법원에 송부·보관되지 않은 중재판정의 효력", 『중재연구』 제15권 제3호, 2005.12, 한국중재학회, pp.72-72; 정선주, "중재판정의 효력·확정력을 중심으로-", 『민사소송』 제9권 제2호, 2005.11, 한국민사소송법학회, pp.161-163 참조), 당사자의 신청에 의해 송부·보관할 수 있는 것으로 규정하고 있는 현행 중재법 하에서는 논의의 실익이 감소되었다고 할 것이다.

3. 중재판정의 효력발생시점

중재판정의 효력이 발생하는 시점은 위에서 살펴본 중재판정의 성립과정을 고려하여 판단하여야 한다. 선고라는 절차가 수반되지 않는 중재판정의 경우 어느 시점에 그 효력이 발생하는지를 검토함에 있어서는 민사재판의 형식 중 선고절차가 수반되지 않는 결정이나 명령의 경우 상당한 방법으로 당사자에게 고지된 때에 그 효력이 발생(민사소송법 제221조 제1항)하는 것을 유추할 수 있다. 또한 중재법에 따르면 중재판정의 정본은 당사자에게 송부되어야 한다(중재법 제32조 제4항 본문).⁶⁾ 그렇다면 법정의 요건(중재법 제32조)을 구비하여 작성된 중재판정의 정본이 당사자에게 송부된 때에 그 중재판정의 효력이 발생하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 중재판정부가 중재판정서를 작성한 후에도 그 정본이 당사자에게 송부되기 전에는 중재판정의 철회나 변경이 가능할 것이다.

당사자가 중재합의에서 중재판정에 대한 중재절차 내에서의 불복방법에 관하여 별도로 합의하지 아니한 경우에는 중재판정의 정본이 당사자에게 송부된 때에 중재판정의 효력이 발생하고 확정⁷⁾되는 것으로 보아야 한다.⁸⁾

다만 당사자는 중재합의에서 중재판정에 대한 불복방법을 합의할 수 있으므로, 이러한 합의가 있는 경우에는 중재판정의 효력발생시점과 확정시점이 다르게 된다. 즉 중재합의에서 불복신청기간이 정해져 있는 때에는 중재판정정본의 송부에 의해 그 효력이 발생하지만, 불복신청기간이 경과하여야 중재판정이 확정된다. 중재합의에서 불복할 수 있는 것으로 합의하면서 불복신청기간에 관하여 정하지 않은 경우에는 상당한 기간이 경과한 때에 중재판정이 확정되는 것으로 보아야 한다.⁹⁾¹⁰⁾

6) 국가기관이 아닌 사인(私人)이 작성한 중재판정서에 대하여 정본이라는 용어를 사용하는 것이 적절한지에 관해서는 논의의 여지가 있을 수 있지만, 현행 중재법상 중재판정의 정본을 당사자에게 송부하도록 하고 있으므로, 이로써 중재판정이 당사자에게 고지된 것으로 볼 수 있을 것이다.

7) 중재판정의 확정 의의와 관련해서는 법원에 중재판정취소의 소가 제기될 가능성이 없어야 확정된 것으로 볼 수 있다는 견해도 주장되지만, 판결의 경우 판결이 형식적으로 확정된 후에도 재심 등의 불복방법이 허용될 뿐 아니라 중재판정의 취소가능성까지 고려하여 그 확정시기를 정할 경우 중재판정이 불안정한 상태에 놓이게 되어 신속하게 분쟁을 해결하고자 하는 중재제도의 취지에 반하게 될 염려가 있으므로, 상소 기타 통상의 절차로는 불복할 수 없는 상태에 이르면 중재판정이 확정되는 것으로 보아야 한다. 이에 관해서는 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, p.296 참조.

8) 중재판정의 확정에 의해 중재판정의 기초인 중재합의의 효력이 소멸하는지에 관해서는 중재법에 명문규정이 없는데, 중재판정의 확정에 의해 중재합의의 목적이 달성된 것으로 볼 수 있는 경우에는 해당 중재합의가 실효되는 것으로 볼 수 있다.

9) 양병희 외, 앞의 책(손용근·이호원 집필), p.179.

10) 이러한 경우 불복신청기간 등은 중재판정의 정본이 당사자에게 송부된 다음 날부터 진행하게 된다(민법 제157조 본문).

Ⅲ. 중재판정의 효력의 내용

중재판정의 효력이 발생한다고 할 경우 그 구체적인 내용을 검토할 필요가 있는데, 이와 관련해서는 사법상의 법률관계에 관한 분쟁해결방법으로서의 판결과의 유사성뿐만 아니라 당사자 간의 중재합의에 기초한 분쟁해결이라는 중재제도 자체의 특성을 고려하여야 한다.

1. 중재판정의 구속력 및 기속력

중재를 어떻게 개념 정의할 것인지에 관해서는 학자들마다 차이가 있지만, 당사자 간의 분쟁을 제3자의 판단으로 해결하는 중재의 경우 분쟁당사자가 그러한 제3자의 판단에 따르는 것을 본질적인 내용으로 한다. 이러한 맥락에서 중재합의의 당사자가 이에 기초한 중재판정에 따라야 할 의무를 부담하는 것을 중재판정의 구속력이라고 할 수 있다.¹¹⁾ 중재법상 중재판정의 구속력 자체에 관하여 명문규정은 없지만,¹²⁾ 중재제도의 본질에 비추어 이러한 효력을 인정할 수 있을 것이다. 다만 당사자 일방이 중재판정에 따르지 아닐 경우 중재판정의 구속력 자체에 기하여 이를 강제할 수 있는 방법은 없고, 상대방 당사자는 중재판정에 대한 집행결정을 받아 집행할 수 있을 뿐이다.¹³⁾

중재합의의 당사자가 중재판정에 따라야 하는 의무를 부담하는 중재판정의 구속력의 발생시점은 당사자 간에 중재판정에 대한 불복방법에 관한 별도의 합의가 존재하는가의 여부를 고려하여 판단할 수 있다. 즉 당사자 간에 이러한 합의가 존재하는 때에는 그 불복 절차를 거쳐 해당 중재판정이 확정된 때에 구속력이 발생할 것이고, 그러한 합의가 존재하지 아니하는 통상의 경우에는 법정의 요건을 구비한 중재판정의 정본이 당사자에게 송부됨으로써 확정된 시점에 구속력이 발생한다고 할 것이다.

중재판정의 구속력은 중재당사자에 대한 중재판정의 효력이라고 할 수 있는데 대하여,

-
- 11) 영미법계 국가에서는 중재판정의 구속력과 확정력을 구별하여 논의하는 경향이 있다. 이에 관해서는 손용근, “중재판정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 『법조』 제577호, 법조협회, 2004.10, pp.190-191 참조.
- 12) 2016년 개정을 통해 “중재판정의 구속력이 당사자에 대하여 아직 발생하지 아니하였다는 사실”이 중재판정에 대한 승인·집행거부사유로 추가되었다(중재법 제38조 제1호 나목 1)). 이 규정은 UNCITRAL 모델법 제36조 제1항 (a) (v)과 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약 제5조 제1항 (e)의 내용을 도입한 것으로 보인다.
- 13) 중재판정의 구속력은 당사자 간의 중재합의에서 유래하는 효력으로서, 국가의 입법정책에 의해 인정되는 확정판결과 동일한 효력과는 차이가 있다. 이는 절차법적 측면에서 제도화된 것으로서의 실체를 가지지 못하는 것으로 볼 수 있다.

중재판정부가 해당 중재판정을 취소·변경할 수 없는 구속력을 중재판정의 기속력이라고 할 수 있다. 이러한 중재판정의 기속력은 법정의 요건을 구비한 중재판정의 정본이 당사자의 일방에게 송부된 때에 발생하는 것으로 볼 수 있다.

중재판정의 기속력과 관련해서는 중재법상 인정되고 있는 중재판정의 정정·변경·추가를 살펴볼 필요가 있다. 중재판정의 정정(중재법 제34조 제1항 제1호)은 중재판정의 내용을 실질적으로 변경하지 않는 범위 내에서 중재판정서에 오산, 오기 등의 표현상의 오류가 존재하는 경우 이를 정정하는 것이므로 이를 허용하더라도 중재판정의 기속력에 반하는 것은 아니다.¹⁴⁾

중재판정에 기속력이 인정되는 결과 중재판정의 정본이 당사자의 일방에게 송부된 후에는 중재판정부도 중재판정의 내용을 바꿀 수 없는 것이 원칙이다. 다만 당사자자치의 원칙이 적용되는 중재절차에서는 당사자의 동의가 있는 때에는 중재판정의 내용을 변경할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 중재법상 중재판정에 대한 해석이 허용되는데(중재법 제34조 제1항 제2호), 이로 인해 중재판정의 내용이 변경되는 결과를 초래하게 되더라도 중재판정의 해석 자체가 당사자 간의 합의에 근거하여 이루어지므로, 이러한 경우에는 중재판정의 기속력이 배제될 수 있을 것이다.

당사자 간에 다른 합의가 없는 한 중재절차에서 주장되었으나 중재판정에 포함되지 아니한 청구에 관하여 추가판정을 할 수 있는데(중재법 제34조 제1항 제3호), 추가판정은 중재판정이 누락된 경우에 이루어지는 것으로서 누락된 부분에 관해서는 중재판정이 이루어지지 않았으므로 중재판정의 기속력 자체가 발생하지 아니하여 문제되지 않는다.

2. 확정판결과 동일한 효력

당사자 간의 중재합의에 기초하여 이루어진 중재판정에 대하여 구체적으로 어떠한 효력을 인정할 것인지는 그 중재판정이 이루어진 국가의 입법정책에 의해 정해질 사항인데, 현행 중재법은 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 인정하고 있다(중재법 제35조 본문).

스스로 관련 분쟁을 해결할 수 있는 법률관계의 당사자가 그에 관한 분쟁해결을 제3자인 중재인에게 맡기고, 중재절차에서 공격과 방어의 기회를 보장받은 때에는 이러한 과정을 통해 도출된 중재판정은 당사자의 의사에 따른 것으로 볼 수 있다는 시각에서 중재판정에 일정한 구속력을 인정하는 것이 세계적인 추세이다. 우리나라 중재법도 이러한 취지에서 사인(私人)인 중재인의 판단에 국가기관인 법원의 확정판결과 동일한 효력을 인정한 것으로 볼 수 있다. 다만 중재판정에 인정되는 확정판결과 동일한 효력의 내용을 검토함에 있어서는 중재제도의 특성, 즉 절차의 진행을 비롯하여 중재 전반에 걸쳐 당사자의 의사가 반영되는 것을 고려할 필요가 있다.

14) 중재법은 중재절차의 신속한 진행을 도모하기 위하여 당사자의 정정신청기간 및 중재판정부의 직권정정기간에 제한을 두고 있다(중재법 제34조 제1항·제4항).

(1) 확정판결의 효력의 내용

당사자가 통상의 불복방법으로는 판결의 효력을 다룰 수 없게 되면 형식적 확정력이 발생하고, 판결이 형식적으로 확정되면 기판력, 집행력, 형성력 등이 발생한다.

기판력이란 법원과 당사자가 확정판결의 내용에 구속되는 효력을 의미하는데, 이로 인해 판결이 확정되면 당사자는 확정판결에 관하여 다시 소송상 다투지 못하고, 법원은 확정판결과 모순·저촉되는 판단을 할 수 없게 된다. 형성의 소에서 원고의 청구를 인용한 형성판결의 경우를 제외하고는¹⁵⁾ 확정판결에 기판력이 인정된다는 데에는 이론이 없다.

원고의 피고에 대한 이행청구권의 존재를 전제로 법원에 대하여 이행명령을 해 줄 것을 요구하는 이행의 소의 경우, 원고의 청구를 인용한 판결이 확정되면 그 확정판결에 집행력이 인정되고 그 확정판결은 집행권원¹⁶⁾이 된다.

또한 원고가 법원에 대하여 특정한 법률관계의 변동을 선언해 줄 것을 요구하는 형성의 소의 경우, 원고의 청구를 인용한 판결이 확정되면 해당 법률관계를 확정판결의 내용대로 변동시키는 형성력이 발생한다.

(2) 중재판정과 형식적 확정력

중재의 당사자가 중재합의에서 중재판정에 대한 중재절차 내에서의 불복방법에 관하여 별도로 합의하지 아니한 경우에는 법정의 요건을 구비한 중재판정의 정본이 당사자에게 송부된 때에 그 중재판정에 대하여 형식적 확정력이 발생하는 것으로 볼 수 있다.

다만 중재의 경우에도 당사자가 중재합의에서 중재판정에 대한 불복방법을 합의할 수 있는데, 중재합의에서 불복신청기간이 정해져 있는 때에는 그 기간이 경과하여야 중재판정이 확정되고, 중재합의에서 불복할 수 있는 것으로 합의하면서 불복신청기간에 관하여 정하지 않은 경우에는 상당한 기간이 경과한 때에 확정되는 것으로 보아야 한다. 후자의

15) 현행 민사소송제도 하에서 소의 유형은 원고의 청구의 내용을 기준으로 이행의 소, 확인의 소, 형성의 소로 분류될 수 있는데, 이행의 소의 경우 원고의 청구를 인용한 판결이 확정된 때에는 이행청구권의 존재에 관하여, 기각한 판결이 확정된 때에는 이행청구권의 부존재에 관하여 각각 기판력이 발생하고, 확인의 소의 경우에는 당사자 간에 다툼이 있는 권리 또는 법률관계의 존부에 관하여 기판력이 발생하며, 형성의 소에서 원고의 청구를 기각한 판결이 확정된 때에는 형성요건의 부존재에 관하여 기판력이 발생한다. 원고의 청구를 인용한 형성판결이 확정된 경우 형성요건의 존재에 관한 기판력이 발생하는지에 관해서는 견해의 대립이 있다. 이를 부정하는 견해는 형성판결의 기능은 형성력에 있고 형성요건은 형성판결의 확정에 의하여 그 목적을 달성하여 소멸하므로 다시 그 존부에 관하여 소송상 다툼 여지가 없기 때문에 기판력을 인정할 수 없다는 입장을 취하고, 이를 긍정하는 견해는 형성소송에서 패소한 피고가 형성판결의 확정 후에 형성요건의 존재를 다투는 것을 방지하기 위해서는 확정된 형성판결은 변론종결시의 형성요건의 존재에 관하여 기판력을 가지는 것으로 보아야 한다는 입장을 취한다(이에 관해서는 민일영·김능환, 「주석 민사소송법(IV)」(강영수 집필), 한국사법행정학회, 2012, p.49 참조).

16) 국가의 강제집행력에 의해 실현될 사법상의 이행청구권의 존재와 범위가 표시되어 있는 집행력이 부여된 공증의 문서를 집행권원(執行權原)이라고 하는데, 어떠한 문서를 집행권원으로 할 것인지는 입법정책의 문제로서, 현행법상 인정되고 있는 집행권원은 확정된 중국판결 등 판결인 경우와 소송상 화해조서 등 판결이외인 경우가 있다. 이에 관해서는 김능환·민일영, 「주석 민사집행법(II)」(이원 집필), 한국사법행정학회, 2012, pp.86-88 참조.

경우 이렇게 해석하지 않으면 불복신청이 없는 한 중재판정이 확정되지 아니하여 불합리한 결과를 초래하게 된다. 당사자 간의 합의에 근거하여 중재판정에 대한 불복이 신청된 경우에는 그 불복절차에서의 중재판정서가 작성되어 그 정본이 당사자에게 송부된 때에 중재판정이 확정되는 것으로 볼 수 있다.

법정의 요건을 구비하여 성립된 중재판정이 확정된 경우 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지게 되는데, 그 구체적인 내용을 확정판결과 대비되는 사항에 초점을 맞추어 살펴보고자 한다.

(3) 중재판정과 기판력

1) 기판력¹⁷⁾이 인정되는 중재판정

확정된 중국적인 중재판정에 기판력이 인정된다.¹⁸⁾ 중재판정의 기판력은 당사자 간의 중재합의로부터 직접 도출되는 것은 아니고, 입법에 의해 인정된 것으로 볼 수 있다.

중재신청을 부적법하다고 한 중재판정부의 판단에 기판력이 인정되는가의 여부가 문제된다.¹⁹⁾ 이와 관련해서는 ①적법요건을 갖추지 못하였음을 이유로 중재신청을 각하한 중재판정부의 결정은 중재신청에 대한 실체적인 판단을 거부한 것으로서 진정한 의미의 중재판정이 될 수 없다는 것을 이유로 소송판결에 대응하는 중재판정부의 결정은 기판력의 적용대상이 아닌 것으로 보는 견해,²⁰⁾ ②중재신청을 부적법하다고 한 판정은 중재신청의 대상인 권리관계에는 효력을 미치지 않더라도 부적법하다는 판정 자체에 기판력이 생기는 것으로 보아, 그 흠을 보정하지 않고 다시 동일한 중재신청을 하면 이를 각하하여야 하지만 그 흠을 보정한 때에는 새로운 중재절차에서 중재판정을 받을 수 있다는 견해²¹⁾ 등이 주장되고 있다.

중재판정은 일정한 분쟁을 이를 통해 해결하고자 하는 당사자 간의 중재합의에 근거하

17) 판결의 경우에는 기판력의 본질, 기판력의 인정근거 등에 관하여 논의되고 있는데{이에 관해서는 민일영·김능환, 「주석 민사소송법(III)」(강승준 집필), 한국사법행정학회, 2012, pp.346-349 참조}, 기판력은 분쟁의 일회적 해결이라든지 판결의 모순·저촉의 방지를 도모하기 위한 것으로 볼 수 있고, 확정판결에 기판력을 인정함으로써 법적 안정성, 소송경제 등을 추구하고자 하는 측면이 강하게 작용하지만, 당사자 간의 중재합의에 기초한 중재절차에서 이루어진 중재판정에 기판력이 인정될 경우에는 분쟁의 일회적 해결이라든지 판결의 모순·저촉의 방지 등이 법원 간에서 작용하는 확정판결의 기판력의 경우보다는 상대적으로 의미가 약한 것으로 볼 수 있다. 중재판정이 확정된 후에 당사자가 새로운 중재합의를 한 때에는 법치주의에 반하지 않는 범위 내에서는 당사자의 의사가 존중될 것이다.

18) 중간적인 판정에는 기속력은 인정될 수 있지만, 기판력은 인정되지 않는다.

19) 소송요건의 흠결을 이유로 소를 각하한 판결이 확정된 경우에는 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 기판력이 발생하지만, 기판력이 발생하더라도 그것은 전소의 표준에서의 소송요건의 흠결을 확정하는데 불과하기 때문에 후소의 사실심 변론종결시에 전소에서 흠결되었던 소송요건을 구비한 때에는 확정된 소각하판결의 기판력이 후소에 미치지 않는다.

20) 정선주, 앞의 논문, p.166.

21) 손용근, 앞의 논문, p.200.

여 도출되는 것이다. 중재합의를 한 당사자는 그 합의에 기초한 중재절차에서 분쟁의 실체에 관한 해결이 이루어지기를 희망하고, 이러한 내용을 포함하는 중재판정임을 전제로 그에 따를 의사를 가지고 있다고 보아야 한다. 따라서 당사자 간의 분쟁의 실체에 관하여 실질적으로 판단을 한 중재판정에 기판력이 인정되는 것이며, 단순히 중재신청을 각하한 중재판정부의 판단에는 기판력이 인정되지 않는 것으로 보아야 한다.

2) 중재판정의 기판력의 내용

중재판정의 기판력도 기판력인 이상 중재판정의 확정에 의해 중재판정에서의 판단내용이 통용성을 가지게 되므로, 그 판단내용이 후에 법원의 소송절차나 새로운 중재절차에서 문제될 경우 법원 또는 중재판정부는 중재판정의 기판력 있는 판단내용을 기준으로 판단하여야 하고, 당사자가 중재판정의 기판력 있는 판단내용에 반하는 신청이나 주장을 하면 이를 배척하여야 한다.

확정판결의 기판력과 관련해서는 기판력 있는 판결이 존재하는가의 여부를 법원이 직권으로 판단하여야 하고, 당사자는 기판력을 자유로이 처분할 수 없어 기판력의 발생 여부, 그 인정 범위 등에 관하여 합의할 수 없는 것으로 해석되고 있다. 이와 관련하여 중재판정이 확정된 후에 동일한 사안에 대하여 법원에 소가 제기된 경우 법원이 기판력 있는 중재판정의 존부를 직권으로 판단하여야 하는지 여부, 확정된 중재판정의 효력을 당사자 간의 합의로 배제할 수 있는지 여부 등이 문제된다.

기판력 있는 중재판정의 존부가 법원의 직권판단사항인지와 관련해서는²²⁾ ①법원의 직권조사와 기판력은 모두 법적 안정성 등 공공의 이익을 위하여 인정된 것임을 근거로 중재판정의 기판력도 법원의 판결의 경우와 마찬가지로 직권조사사항에 해당하는 것으로 보는 견해,²³⁾ ②중재판정의 기판력은 직권으로 참작되지는 않지만 집행을 허가하는 재판이 확정된 때에는 이를 직권으로 고려하여야 하고, 변론주의가 적용되는 범위 내에서 법원이 중재판정의 존재를 알게 된 경우에는 판결의 기판력과 같이 법원이 직권으로 탐지하여 참작하여야 하는 것은 아니지만 직권으로 참작할 수는 있다는 견해²⁴⁾ 등이 주장되고 있다.

중재판정 자체는 당사자 간의 사적 합의인 중재합의로부터 도출되지만, 이러한 중재판정에 어떠한 효력을 부여할지는 중재제도가 이용되고 있는 국가의 입법정책에 따라 정해지는 문제라고 할 수 있는데, 우리나라 중재법은 중재판정에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 인정하고 있다. 이는 중재판정에 기판력을 인정하여 당사자로 하여금 동일한 내용의 분쟁에 관하여 다시 다툴 수 없게 하고, 법원으로 하여금 이와 다른 판단을 할 수 없

22) 기판력의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라 법원이 기판력 있는 중재판정의 존부를 판단하는 것이 소송요건의 존부에 관한 판단으로 될 수도, 본안에 관한 판단으로 될 수도 있다.

23) 정선주, 앞의 논문, pp.168, 170.

24) 손용근, 앞의 논문, p.199.

게 함으로써 분쟁해결의 실효성을 확보하고 법적 안정성을 도모하기 위한 것으로 볼 수 있다. 다만 중재판정에 기판력을 인정한 중재법의 입법취지 등을 고려하더라도 법원이 모든 경우에 기판력 있는 중재판정의 존부를 판단하는 것은 현실적으로 기대하기 어려운 실정이고, 특히 중재판정의 원본을 당사자의 신청이 있는 때에 관할법원에 송부하여 보관할 수 있도록 하고 있는 현행 중재법 하에서는 더욱 그러하다. 따라서 소송기록에 현출된 자료에 비추어 기판력 있는 중재판정의 존부에 관하여 판단할 정황이 인정되는 경우에는 법원은 당사자의 주장이 없더라도 이에 관하여 직권으로 판단하여야 하는 것으로 보는 것이 중재합의에 기초하여 이루어진 중재판정에 기판력을 인정하는 취지에 부합할 것이다.

또한 당사자 간의 합의로 중재판정의 기판력을 배제할 수 있는지와 관련해서는 ①중재판정의 경우에는 판결의 경우와는 달리 국가적 권위가 문제되지 않는다는 것을 근거로 당사자의 합의에 의해 중재판정의 기판력을 처분할 수 있는 것으로 보는 견해,²⁵⁾ ②중재판정이 당사자의 합의에 기초하고 있다는 것을 근거로 중재판정의 기판력에 대한 처분의 자유를 인정하여야 한다는 견해,²⁶⁾ ③집행을 허가하는 재판이 확정될 때까지는 당사자의 합의로 중재판정을 해소하고 그 기판력을 소멸시킬 수 있다는 견해,²⁷⁾ ④중재판정과 판결의 동가치성을 근거로 확정판결의 경우와 동일하게 당사자가 중재판정의 기판력을 처분할 수 없는 것으로 보는 견해²⁸⁾ 등이 주장되고 있다.

중재법이 당사자 간의 중재합의에 기초한 사적인 중재절차에서 이루어진 중재판정에 기판력을 인정하고 있는 것은 분쟁해결의 실효성을 확보함으로써 법적 안정성을 도모하기 위한 것으로 볼 수 있다. 그런데 공적인 소송절차에서 이루어진 확정판결에 기판력이 인정되는 것은 법적 안정성, 소송경제 등을 도모하기 위한 것일 뿐만 아니라 법원의 공권적인 판단을 존중하기 위한 것이기도 하다. 따라서 단순히 중재판정이 확정된 상태에서 당사자 간의 합의로 중재판정의 효력을 소멸시키는 것은 법치주의에 반하지 않는 범위 내에서는 허용될 것이다. 다만 중재판정이 확정된 후에 중재판정의 효력을 공적으로 인정한 법원의 판단이 존재하는 때에는 달리 보아야 할 것이다.

3) 중재판정의 기판력이 발생하는 범위

중재판정에 기판력이 인정된다고 할 경우 어느 시점에서의 어떠한 사항에 관한 판단에 대하여 어떠한 사람에게 그 기판력이 발생하는지를 살펴볼 필요가 있다. 중재판정에는 법원의 확정판결과 동일한 효력이 인정되므로, 중재판정의 기판력이 발생하는 시적·객관적·

25) Rolf A. Schütze/Dieter Tscherning/Walter Wais, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1990, S. 264.

26) 정선주, 앞의 논문, p.170.

27) 손용근, 앞의 논문, p.199.

28) Karl Heinz Schwab/Gerhard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., C. H. Beck, 2005, Kap. 21, Rn. 7, S. 190.

주관적 범위도 중재제도의 특성에 반하지 않는 범위 내에서는 확정판결의 기판력이 발생하는 범위²⁹⁾와 동일한 것으로 볼 수 있다.

중재판정은 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지는데, ‘당사자’의 의미와 관련하여 기판력이 발생하는 주관적 범위가 문제될 수 있다. 유효하게 성립된 중재합의가 당사자 간에 존재하고, 이를 기초로 한 중재절차에서 당사자가 적정한 절차를 보장받은 것을 전제로 중재판정에 기판력이 인정되는 것이므로, 중재판정의 기판력은 중재합의의 효력이 미치고, 중재절차상 당사자가 된 자에게 발생하는 것이 원칙이다. i) 중재합의의 당사자가 중재절차에서 당사자로서 공격과 방어의 기회를 보장받고 중재판정서에 당사자로 표시되어 있으면 그 당사자에게 중재판정의 기판력이 미친다. ii) 중재합의의 당사자가 아니더라도 중재합의의 승계인 등과 같이 중재합의의 효력이 미치는 자가 중재절차에 당사자로서 참여하고 중재판정서에 당사자로 표시된 경우에는 그러한 자에게 중재판정의 기판력이 미치는 것으로 볼 수 있다. iii) 중재절차에 당사자로서 참여하지 아니한 자에게 중재판정의 기판력이 미치는지 여부와 관련해서는 중재판정의 기판력의 제3자에 대한 확장이 문제된다.³⁰⁾ ① 제3자가 중재절차에 당사자로서 참여하지 아니한 경우에도 중재심리 종결 후의 승계인³¹⁾이나 청구의 목적물의 소지자 등과 같이 민사소송법 제218조 제1항을 유추할 수 있는 때에는 그러한 제3자에게 중재판정의 기판력이 미치는 것으로 볼 수 있다. 중재심리 종결 후의 승계인 등에게 중재판정의 기판력이 미치는 경우에는 확정판결의 기판력이 당사자 외의 제3자에게 확장되는 경우와 같이 중재심리 종결 후의 승계인 등은 중재판정의 기판력에 의해 확정된 사항을 다룰 수 없지만, 중재절차상의 당사자가 중재판정취소의 소를 제기할 수 있는 때에는 그러한 취소사유를 주장하여 중재판정취소의 소를 제기할 수 있다. 또한 중재판정의 기판력의 확장을 받는 제3자가 중재판정의 부당성을 다룰 수 있는 고유한 방어방법을 가지고 있는 때에는 이를 주장할 수 있다.³²⁾ ② 민사소송법 제218조 제3항이 문제될 수 있는 경우와 관련해서는, 예를 들어 파산선고 전에 파산자를 당사자로 하는 중재절차에서 이루어진 중재판정의 효력은 제3자인 파산관재인에게 미친다. 이러한 경

29) 확정판결의 기판력은 사실심의 변론종결시(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결선고시)의 판결주문에서의 판단(상계항변의 경우에는 예외적으로 이유 중에서 실질적인 판단이 이루어진 때에는 기판력 발생)에 관하여 소송의 당사자(변론종결 뒤의 승계인을 비롯하여 법률에 의하여 당사자 외의 제3자에게 기판력이 확장되는 경우 인정)에게 발생한다. 이에 관해서는 민일영·김능환, 앞의 책{각주 17)}, pp.351-372 참조.

30) 이와 관련해서는 확정판결의 효력이 미치는 주관적 범위에 관한 민사소송법 규정을 유추적용하여야 한다는 견해, 그 법률상 근거를 이루는 중재합의의 효력이 미치는 주관적 범위를 기준으로 하여야 한다는 견해, 민사소송법상 변론종결 뒤의 승계인 가운데 중재합의의 효력이 미치는 자(중재판정 전에 승계인이 되었더라면 중재합의의 효력이 미쳤을 자)에 한하여 중재판정의 기판력이 미치는 것으로 보는 견해 등이 주장되고 있다. 이에 관해서는 小島武司·猪股孝史, 「仲裁法」, 日本評論社, 2014, pp.431-432 참조.

31) 중재판정 전, 즉 중재절차 진행 중에 특정승계가 이루어진 경우 중재합의의 효력이 미치는 승계인이 중재절차를 승계하여 중재절차상 당사자가 된 때에는 그 승계인에게 중재판정의 기판력이 미치지 않지만, 그가 중재절차를 승계하지 아니하여 중재절차상 당사자가 되지 않은 경우에는 당사자로서 중재절차에 참여하지 아니한 이상 피승계인을 당사자로 한 중재판정의 기판력이 그에게 미치지 않는 것으로 보아야 한다.

32) 小島武司·猪股孝史, 앞의 책, p.433.

우 중재합의의 당사자인 파산자가 중재절차의 당사자로서 받은 중재판정의 효력은 파산자에게 발생하므로, 그의 권리의무를 법률상 행사하는 파산관재인에게도 그 효력이 미치는 것으로 보아야 한다. 또한 파산관재인이 처음부터 정당한 당사자로서 중재절차에 참여하였거나 중재절차의 진행 중에 정당한 당사자로서 중재절차를 수계하여 중재판정서에 당사자로 표시된 경우 권리의무의 귀속주체인 파산자가 중재합의의 당사자인 때에는 그 중재판정의 기판력은 파산관재인뿐만 아니라 파산자에게도 미치는 것으로 볼 수 있다.

중재판정의 기판력이 발생하는 객관적 범위와 관련해서는 중재판정의 주문의 효력범위가 문제되는데,³³⁾ 분쟁의 실체인 권리 또는 법률관계에 관한 판단에 기판력이 발생하는 것으로 보아야 한다. 상계항변의 경우에는 이유 중에서 판단되더라도 자동채권이 중재합의의 대상이 된 것으로 볼 수 있고, 이에 관한 실질적인 판단이 이루어진 때에는 민사소송법 제 216조 제2항을 유추하여 그 판단부분에 대하여 기판력이 발생하는 것으로 볼 수 있다.

중재판정의 기판력이 발생하는 시점은 사실심리의 종결시를 기준으로 하여야 하는데, 중재절차에서는 구술심리가 필요적인 것이 아니므로 구술심리가 이루어진 후에도 서면심리가 이루어질 수 있다. 따라서 구술심리가 이루어졌는지 여부를 불문하고 중재심리과정에서 당사자에게 주장이나 증거 제출이 허용된 최후의 시점을 기준으로 중재판정의 기판력이 발생하는 것으로 보아야 한다. 중재판정부는 당사자에게 주장·증명이 허용되는 최종 시점을 적절한 시기에 고지하여야 하고, 기판력의 발생시점을 명확히 하기 위하여 중재판정서에 사실심리의 종결시를 기재하는 것이 바람직할 것이다.³⁴⁾

(4) 중재판정과 집행력

1) 중재판정에 대한 집행력 인정 여부

구 중재법 하에서는 중재판정에 기초해 집행을 하기 위해서는 법원의 집행판결을 받아야 하였지만, 현행 중재법 하에서는 법원의 집행결정을 통해 집행을 할 수 있게 되었다. 일정한 의무의 이행을 명한 중재판정에 대하여 확정된 이행판결과 동일한 집행력이 인정되는지 여부가 문제된다. 이와 관련해서는 ①중재판정에는 집행력이 없고 집행을 허가하는 재판의 형성력에 의하여 원시적으로 집행력이 부여되는 것으로 보는 견해, ②중재판정에도

33) 현행 중재법상 중재판정의 주문에 관한 명문규정은 없지만, 1999년 개정 전의 중재법에서는 중재판정에 주문을 기재할 것을 요구하였고(1999년 개정 전 중재법 제11조 제3항), 대한상사중재원에서 적용하고 있는 국내중재규칙도 중재판정에 판정주문을 기재하도록 하고 있다(국내중재규칙 제41조 제1항 제3호). 사법상의 분쟁을 해결하기 위한 중재판정에는 당연히 분쟁의 실체에 대한 중국적인 판단이 들어있어야 하고, 그 형태는 판결의 주문에 준하여 정해될 것이다. 다만 판결의 경우에는 주문의 기재방식이 상당히 정형화되어 있는데 반하여, 중재판정의 경우에는 그렇지 않으므로 기판력이 발생하는 객관적 범위를 정함에 있어서는 주문의 형식적인 기재내용뿐만 아니라 이유를 포함한 중재판정서 전체의 취지 및 당사자가 중재절차를 통해 해결하고자 한 분쟁의 실체를 고려하여야 한다.

34) 小島武司·猪股孝史, 앞의 책, p.435.

집행력이 있으며, 집행을 허가하는 재판은 단지 중재판정이 하자 없이 중국적으로 확정판결과 동일한 효력을 가지는 것을 확인하는 것으로 보는 견해, ③중재판정은 집행을 허가하는 재판이 확정될 때까지는 잠재적인 집행력만을 가지며, 집행을 허가하는 재판이 확정되면 이와 합체하여 집행권원이 되는 것으로 보는 견해 등이 주장되고 있다.³⁵⁾

확정된 중재판정 자체에 집행력을 인정할 것인지는 각 국가의 입법정책에 의해 정해지는데, 우리나라 중재법은 중재판정에 확정판결과 동일한 효력을 인정하면서도 중재판정에 기초한 집행을 위해서는 법원의 집행허가결정을 받도록 하고 있다(중재법 제37조 제2항). 이러한 입법은 국가권력에 의한 강제집행으로 인해 개인의 권리가 침해되는 부정적인 결과를 예방하기 위해서는 사적 절차에서 이루어진 중재판정에 집행력을 인정하는 데에 신중을 기할 수밖에 없는 현실을 반영한 것으로 볼 수 있다.³⁶⁾ 현행 중재법상 중재판정만으로는 집행력이 발생하지 않고 중재판정에 대한 집행결정이 확정되어야만 중재판정에 집행력이 인정된다고 할 것이다. 집행결정이 확정되면 집행의 대상과 내용 등이 기재되어 있는 중재판정이 집행결과와 함께 집행권원이 되는 것으로 볼 수 있다.

집행허가결정이 확정된 후에 중재판정의 당사자가 아닌 자가 승계집행문의 부여를 구하는 경우 그는 집행결과와의 관계에서 뿐만 아니라 중재판정과의 관계에서도 승계인에 해당하여야 한다(민사집행법 제31조 제1항 본문).

2) 의사의 진술을 명하는 중재판정에 대하여 집행결정을 필요로 하는지 여부

판결로 명한 이행의무를 강제집행절차에 의하여 실현할 수 있는 효력을 협의의 집행력이라고 하고, 강제집행 외의 방법으로 판결의 내용에 적합한 상태를 실현할 수 있는 효력을 광의의 집행력이라고 하는데, 민사소송에서 집행력이라고 할 경우에는 협의의 집행력을 의미한다.

광의의 집행력이 인정되는 대표적인 예로는 의사의 진술을 명하는 확정판결에 기하여 의사의 진술을 간주하는 것인데, 이러한 경우에는 별도의 강제집행절차 없이 판결이 확정된 때에 의사의 진술이 간주된다(민사집행법 제263조 제1항). 등기절차의 이행을 명한 판결이 확정된 때에는 등기청구권자인 당사자는 그 판결을 가지고 직접 등기를 신청할 수 있는데, 등기절차의 이행을 명한 중재판정의 경우에도 당사자가 이에 대한 집행결정을 받을 필요 없이 직접 등기를 신청할 수 있는지 여부가 문제된다. 이와 관련해서는 ①이러한 경우에도 중재판정에 대한 집행을 허가하는 재판이 확정되어야만 당사자의 의사의 진술을 간주할 수 있는 것으로 보는 견해, ②중재판정과 판결을 동일하게 평가한다면 특별한 사

35) 이에 관해서는 손용근, 앞의 논문, p.209 참조.

36) 민사집행법 제56조 제5호에 따르면 소송상 화해, 청구의 인낙 등 그 밖에 확정판결과 같은 효력을 가지는 것도 집행권원이 될 수 있는데, 중재판정이 사적인 절차에서 이루어진다는 것을 고려하여 집행의 적법성을 확보하기 위하여 중재법상 중재판정에 대하여 집행허가결정을 받도록 요구하고 있다.

유가 존재하지 않는 한 집행을 허가하는 재판 없이도 중재판정에 의해 바로 의사의 진술을 간주할 수 있는 것으로 보는 견해 등이 주장되고 있다.³⁷⁾

사적인 절차에서 이루어진 중재판정에 기초하여 권리를 실현하기 위해서는 법원의 허가를 받을 것을 요구함으로써 개인의 권리가 침해되는 부정적인 결과를 예방하고 집행의 적법성을 확보하고자 하는 중재법의 취지는 광의의 집행력이 문제되는 경우에도 그대로 적용되어 의사의 진술을 명하는 중재판정의 경우에도 법원의 집행허가결정을 받아야 할 것이다.³⁸⁾

(5) 중재판정과 형성력

중재의 대상이 될 수 있는 분쟁³⁹⁾에 관하여 중재판정부가 당사자 간의 중재합의에 근거하여 법률관계의 변동을 선언하는 내용의 중재판정을 하여 그것이 확정된 때에는 형성력이 발생하는 것으로 볼 수 있다. 실체법상의 법률관계의 변동을 선언하는 형성판결의 형성력은 소송당사자 외의 제3자에게도 미치는 것이 원칙이지만, 중재판정의 경우에는 중재법 제35조 본문의 규정, 당사자 간의 중재합의에 기초한 분쟁해결방법이라는 중재제도의 특성 등을 고려하면 당사자 간에서만 형성력이 발생하는 것으로 보아야 한다. 또한 법률관계의 변동을 선언하는 중재판정의 경우 그 형성적 효과는 소급효를 인정할 특별한 사정이 없는 한 장래에 향하여 발생하는 것으로 보아야 할 것이다.

판결로만 법률관계를 변동시킬 수 있는 형성의 소의 경우 형성판결에 기판력을 인정할 것인지에 관해서는 견해의 대립이 있지만, 재산권상의 분쟁 또는 당사자가 화해할 수 있는 비재산권상의 분쟁이면 법률관계의 변동을 구하는 중재를 신청할 수 있을 뿐만 아니라, 당사자 간에서만 법률관계 변동의 효력을 인정하는 중재판정의 경우에는 법률관계의 변동을 선언하는 중재판정에 대하여 기판력을 인정할 필요가 있다.

3. 중재법 제35조 단서 “제38조에 따라 승인 또는 집행이 거절되는 경우”의 의미

중재법 제35조는 중재판정에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 인정하면서도 중재판정에 대한 승인·집행절차에서 승인 또는 집행이 거절되는 경우에는 그 효력이 인정되지 않

37) 이에 관해서는 정선주, 앞의 논문, pp.178-179 참조.

38) 등기실무상으로도 중재판정만을 가지고 등기신청을 하면 수리되지 않을 것이다(부동산등기법 제23조).

39) 재산권상의 분쟁과 당사자가 화해에 의하여 해결할 수 있는 비재산권상의 분쟁이 중재의 대상이 된다(중재법 제3조 제1호). 구 중재법은 ‘사법상의 분쟁’이 중재의 대상이 되는 것으로 규정하고 있어(구 중재법 제3조 제1호) 분쟁에 대한 처분가능성이 문제되었는데, 2016년 개정을 통해 재산권상의 분쟁과 비재산권상의 분쟁을 달리 규율함으로써 재산권상의 분쟁인 경우에는 분쟁에 대한 당사자의 처분가능성 여부를 검토할 필요가 없어진 것으로 볼 수 있다. 따라서 재산권상의 분쟁이면 이에 관한 판결에 대세효가 인정되는 경우에도 중재의 대상 자체는 될 수 있을 것이다.

는 것으로 규정하고 있다. 중재판정의 효력의 부정사유는 2016년 개정을 통해 도입되었는데, 이와 관련해서는 “승인 또는 집행이 거절되는 경우”의 의미가 문제될 수 있다. 즉 “승인·집행거부사유가 존재하는 경우”를 의미하는 것으로 볼 것인지, 아니면 승인·집행절차에서 그 거부사유의 존재가 인정되어 “승인·집행신청을 기각한 결정이 확정된 경우”를 의미하는 것으로 볼 것인지가 문제된다.

그런데 단순히 “승인 또는 집행거부사유가 존재하는 경우”라고 규정하고 있지 않을 뿐 아니라,⁴⁰⁾ 만일 “승인 또는 집행거부사유가 존재하는 경우”로 이해하여 승인·집행거부사유가 존재하는 때에는 확정판결과 동일한 효력이 인정되지 않는다고 해석한다면, 중재법상의 중재판정 취소사유가 모두 승인·집행거부사유에 해당하는 것과 관련하여 현실적으로 중재판정취소의 소를 통해 중재판정의 효력을 다툴 필요 내지 실익이 없어지는 결과를 초래할 수 있다.⁴¹⁾

중재판정의 효력의 부정사유에 관한 단서규정이 신설된 배경과 관련해서는 중재판정이 취소되지 않아 확정판결과 동일한 효력이 인정되더라도 승인·집행을 할 수 없는 경우가 발생할 수 있어, 이러한 문제를 해소하기 위하여 중재판정에 승인·집행거부사유가 존재하는 때에는 중재판정이 취소절차에 의해 취소되지 않더라도 기판력이 발생하지 않는다는 점을 명확히 한 것이라고 한다.⁴²⁾

이러한 문제 상황은 중재판정을 다툴 수 있는 중재판정취소의 소의 경우 그 제소기간이 제한되어 있고(중재법 제36조 제3항), 취소판결을 받은 때에는 통상적인 경우 그 판결의 확정에 의해 중재판정의 효력이 소멸하는 것으로 해석될 수 있는 반면에, 중재판정 취소사유가 중재판정에 대한 승인·집행거부사유에도 해당하는 것과 관련하여 취소소송의 제소기간이 경과한 후에도 중재판정에 대한 승인·집행절차에서 해당 사유를 주장할 수 있는가의 여부와 관련이 있다.

중재판정취소의 소의 제소기간이 법정되어 있는 것과 관련하여, 당사자가 중재판정에 대한 승인·집행절차에서 취소사유와 동일한 승인·집행거부사유를 주장하는 경우에도 그 기간의 제한을 받는지 여부와 관련해서는 ①중재판정취소의 소의 제소기간이 정해져 있는

40) 중재법상 명문으로 승인거부사유가 있는 경우에는 중재판정이 확정판결과 동일한 효력을 가지지 못하는 것으로 규정하고 있는 일본의 경우(일본 중재법 제45조 제1항·제2항)에는 이러한 사유가 존재하는 중재판정을 당연무효로 보는 견해, 중재판정이 당연무효로 되는 경우가 있을 수 있다는 것을 전제로 매우 중대한 하자를 지닌 경우에 한하여 당연무효가 되는 것으로 보는 견해, 중재판정은 취소되어야만 무효로 된다고 하여 당연무효를 인정하지 않는 견해 등이 주장되고 있다. 이에 관해서는 猪股孝史, “仲裁判斷の取消しと承認・執行・仲裁判斷の效力の歸趨”, 『仲裁とADR』 第8卷, 仲裁ADR法學會, 2013.6, pp.90-91; 三木浩一·山本和彦 編, 『新仲裁法の理論と實務(ジュリト増刊)』, 有斐閣, 2006, pp.372-377 참조.

41) 중재판정에 취소사유가 존재하는 경우 법원의 확정판결과 동일한 효력이 인정되지 않는다고 하면 중재판정의 무효와 취소라는 개념구별이 불가능 내지 불필요하게 될 것이다.

42) 이에 관해서는 윤진기, “2016년 개정 중재법의 중재판정 집행에 관한 문제점”, 『중재연구』 제26권 제4호, 한국중재학회, 2016.12, pp.11-12; 이호원, “중재법 개정 법률안의 주요내용”, 『민사소송』 제19권 제1호, 한국민사소송법학회, 2015.5, pp.368-369 참조.

이상 중재판정취소의 소를 제기하지 않은 당사자는 집행절차에서 중재판정의 당연무효사유나 청구이의사유를 제외한 사유를 주장할 수 없는 것으로 해석하여야 한다는 견해,⁴³⁾ ②중재판정의 취소제도와 중재판정의 승인·집행제도는 별개의 목적을 가진 다른 제도인데, 취소소송의 제소기간이 경과하였다는 절차적인 이유로 승인·집행절차에서 일체의 주장을 할 수 없도록 하는 것은 가혹하며, 취소소송의 제소기간 내에 주장할 것을 요구하면 중재판정에 대한 승인·집행이 공서양속 위반으로 인정되는 경우에도 승인·집행되는 결과를 초래할 수 있다는 점 등을 근거로 취소소송의 제소기간이 경과한 후에도 중재판정에 대한 승인·집행절차에서 취소사유에 해당하는 사유를 주장할 수 있는 것으로 보아야 한다는 견해⁴⁴⁾ 등이 주장되고 있다.⁴⁵⁾

중재판정 자체의 효력을 다투기 위한 취소절차와 중재판정에 대한 집행력을 부여받기 위한 집행절차는 별개의 절차로 취급하여야 하고, 특히 취소소송의 경우 취소원인을 고려하여 소송물을 구성하는 입장에 따를 때에는 개별적인 취소사유가 소송물을 구성할 수도 있지만, 결정절차인 승인·집행절차에서는 단순히 당사자의 주장에 불과할 뿐만 아니라, 취소사유와 승인·집행거부사유에는 당사자가 주장하여야 하는 사유와 법원이 직권으로 심리할 수 있는 사유가 공존하므로 이를 일률적으로 주장할 수 없도록 하는 것은 바람직하지 않다.⁴⁶⁾ 따라서 현행 중재법 하에서는 취소소송의 제소기간이 경과한 후에도 승인·집행절차에서 취소사유에 해당하는 승인·집행거부사유를 주장하는 것 자체가 부정된다고 보기는 어려울 것이다. 다만 승인·집행절차의 피신청인이 중재판정에 대하여 취소의 소를 제기할 수 있었음에도 불구하고 제기하고 않았고, 이로 인해 집행허가신청인이 취소의 소를 제기당하지 않으리라는 기대를 가지게 된 때에는 피신청인이 승인·집행절차에서 취소사유에 해당하는 사유를 주장하는 것이 신의칙에 반하여 허용되지 않을 수도 있다.

중재법 제35조 단서규정이 중재판정의 효력이 부정되지 않은 상태에서 취소사유에 해당하는 사유로 인해 승인·집행이 거부되는 경우에 대비하기 위한 것이라면 단순히 승인·집행거부사유가 존재하는 경우로 해석하지 않고, 승인·집행거부사유의 존재를 이유로 승인·집행신청을 기각한 결정이 확정된 경우를 의미하는 것으로 해석하더라도 그 입법목적에 반하지 않을 것이다. 오히려 단순히 승인·집행거부사유가 존재하는 경우 확정판결과 동일한 효력이 인정되지 아니하여 중재판정취소의 소를 통하지 않고도 중재판정의 효력을 부정할 수 있다고 본다면, 중재판정취소의 소와의 관계나 무효와 취소의 구별 등을 제대

43) 김상수, “중재판정취소의 소의 적법성”, 「중재」 제299호, 대한상사중재원, 2001.3, p.111.

44) 이호원, “중재판정의 취소”, 「법조」 제575호, 법조협회, 2004.8, pp.31-32.

45) ①의 입장에 따를 경우에는 중재판정이 취소되지 않은 상태에서 이에 대한 승인·집행이 거부되는 상황이 발생할 가능성은 적은 반면에, ②의 입장에 따를 경우에는 그러한 상황이 발생할 가능성이 높아질 것이다.

46) 독일의 경우에는 명문으로 취소신청인이 증명하여야 할 취소사유와 관련해서는 취소신청기간이 경과하기 전에 집행선언의 피신청인이 취소신청을 하지 않은 때에는 그 기간이 경과한 후에는 집행거부사유로서 고려되지 않는 것으로 규정하고 있다(독일 민사소송법 제1060조 제2항 제3문).

로 설명하기 어려운 문제가 발생한다. 따라서 위 단서규정의 의미를 중재판정에 대한 승인·집행신청을 기각한 결정이 확정된 때를 의미하는 것으로 이해하는 것이 중재판정취소의 소가 현존하는 현행 중재법의 체제를 유지할 수 있는 해석일 것이다.⁴⁷⁾

4. 중재판정의 당연무효사유 인정 여부

중재판정이 확정되면 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지게 되는데, 판결에 당연무효사유가 존재하는 때에는 그 판결이 확정되더라도 확정판결로서의 효력이 발생하지 않는 것과 관련하여 중재판정의 경우에도 당연무효사유를 인정할 수 있는가의 여부, 인정할 수 있다면 그 사유는 무엇인지, 그러한 사유와 중재법상의 취소사유의 인정범위를 어떻게 파악할 것인지, 중재판정에 대한 무효확인 소가 허용될 것인가의 여부 등이 문제될 수 있다.

(1) 중재판정의 당연무효사유

사법상의 분쟁을 해결하기 위한 중재판정과 관련해서도 법이론적인 측면에서 중재판정의 부존재·무효·취소 등의 개념을 인정할 수 있다. 법정의 요건을 구비하여 중재판정서가 작성되면 중재판정이 성립하여 존재하게 되고,⁴⁸⁾ 이렇게 성립되어 외형이 존재하는 중재판정의 내용이나 그 전제인 중재절차에 중대한 하자가 있어 그 효력을 인정해 줄 수 없는 경우에는 무효로 되며,⁴⁹⁾ 중재판정의 효력을 부정할 수 있는 정도에 해당되지 않는 하자가 존재하는 때에는 그러한 중재판정의 취소를 통해 일단 발생한 중재판정의 효력을 소멸시킬 수 있다. 다만 이러한 구별이 반드시 명확한 것은 아니고, 특히 중재법상 인정되고 있는 취소사유 중에는 중재판정의 무효사유에 해당하는 것으로 볼 수 있는 사유도 포함되어 있다. 그러나 중재판정이 무효라고 하더라도 그 외관을 제거하기 위한 수단으로 취소를 구하는 것 자체가 부정되지는 않으므로, 중재판정의 당연무효사유에 해당될 수 있는 사유가 중재법상 취소사유로 규정되어 있다고 하여 중재판정의 무효와 취소를 구별할 수 없다거나 구별할 필요가 없다고 할 것은 아니다.

그렇다면 어떠한 사유가 존재하는 경우 중재판정이 당연무효로 되는 것으로 볼 수 있는지 살펴보아야 하는데, 중재판정의 기초를 흠결한 것으로 볼 수 있는 하자가 존재하거나 추인에 의한 치유가 불가능한 것으로 볼 수 있는 하자가 존재하는 때에는 중재판정이 무효로 되는 것으로 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 전자와 관련해서는 중재합의 없이 중재판정이 이루어

47) 중재법 제35조 단서규정의 의미를 승인·집행거부사유가 존재하는 경우로 해석한다면 중재판정취소의 소에 관한 규정내용도 현행 중재법과는 다른 내용으로 개정이 이루어져야 할 것이다.

48) 중재인이 아닌 사람이 중재인으로서 중재판정서를 작성한 경우 등이 이에 해당할 수 있는데, 중재판정이 부존재하면 중재판정으로서의 효력이 전혀 발생하지 않는다.

49) 중재판정의 무효는 중재판정의 성립을 전제로 논할 실익이 있다.

50) 三木浩一·山本和彦 編, 앞의 책(三木浩一 發言), p.383.

진 경우, 중재적격을 흠결한 분쟁에 관하여 중재판정이 이루어진 경우 등이 이에 해당할 수 있다. 후자와 관련해서는 중재절차가 전혀 개시되지 않았음에도 불구하고 중재판정이 이루어진 경우, 중재판정서에 중재인이 아무도 서명하지 아니한 경우, 중재판정의 내용을 확정할 수 없는 경우 등이 이에 해당할 수 있다. 당연무효인 중재판정에는 확정판결과 동일한 효력이 인정되지 않는 것으로 볼 수 있다.

(2) 당연무효인 중재판정에 대한 취소의 소의 허용 여부

당연무효인 중재판정에 대하여 취소의 소를 제기할 수 있는가의 여부가 문제되는데, 당연무효인 중재판정이라도 형식상 존재하는 이상 해당 중재판정의 무효를 선언하는 의미에서 그 취소를 구하는 것을 막을 이유는 없을 것이다. 특히 중재법상 취소사유 가운데 중재적격을 흠결한 경우나 공서위반의 경우 등은 당연무효사유에 해당할 수 있고, 당연무효사유로 인정될 수 있는 중재합의의 부존재와 관련해서는 중재법상 취소사유인 중재합의의 무효와의 구별이 불분명한 경우가 있을 수 있으며, 중재합의의 무효를 넓게 해석할 때에는 부존재까지 포함하는 것으로 해석될 여지도 있으므로, 당사자 간에 다투어지고 있는 구체적인 하자가 취소사유에 해당하는지, 아니면 무효사유에 해당하는지는 결국 법원의 법적 판단에 의해 정해지게 될 것이다. 이렇게 법원의 판단에 의해 최종적으로 판가름될 수 있는 사유에 대한 선택의 위험을 당사자에게 부담시키는 것은 바람직하지 않다.

따라서 당연무효인 중재판정을 취소의 소를 통해 공개적으로 효력을 부정하는 것을 막을 것은 아니다. 다만 이러한 경우에는 중재판정취소의 소를 통해 비로소 무효로 되는 것이 아니라 처음부터 무효인 것을 선언하는 의미를 가지는 것으로 보아야 한다.

(3) 중재판정에 대한 무효확인 소의 허용 여부

중재판정에 대한 무효확인 소를 제기할 수 있는가의 여부가 문제되는데, 이는 궁극적으로는 확인의 이익의 문제로 해결될 것이다. 확인의 이익의 유무를 판단함에 있어서 원고가 중재법상 취소사유를 주장하면서 무효확인 소를 제기한 때에는 확인의 이익이 인정되지 않을 것이다. 다만 이러한 때에는 청구취지와 청구원인사실이 법률상 모순되는 경우에 해당될 수 있으므로 법원은 원고에게 그 불일치를 지적하여 시정할 기회를 제공하는 의미에서 석명권을 행사하여야 할 것이다.⁵¹⁾

그러나 원고가 중재법상 취소사유 외의 당연무효사유를 주장하면서 중재판정에 대한 무효확인 소를 제기하는 경우에는 확인의 이익이 인정될 수 있다.

51) 이호원, 앞의 논문(각주 44), p.28.

IV. 중재판정의 취소 및 승인·집행과 중재판정의 효력

1. 중재판정의 취소와 승인·집행의 관계

2016년 개정 전에는 중재판정의 취소사유와 승인·집행거부사유가 일치하였는데, 이 개정을 통해 중재판정의 취소사유 이외에 중재판정의 구속력⁵²⁾이 당사자에 대하여 아직 발생하지 아니하였다는 사실, 중재판정이 법원에 의하여 취소되었다는 사실이 승인·집행거부사유로 추가되었다(중재법 제38조 제1호 나목). 중재판정의 취소사유와 승인·집행거부사유가 일치하는 범위 내에서는 중재판정의 취소와 승인은 그 효력을 부정할 것인지와 긍정할 것인지에 관한 문제가 된다.

중재판정의 집행거부사유는 승인거부사유와 동일한데(중재법 제37조 제1항 본문, 제38조), 중재판정에 기초한 집행을 할 수 있기 위해서는 해당 중재판정에 집행거부사유가 존재하지 않아야 하고, 이는 승인거부사유가 존재하지 아니하지 않는다는 것을 의미하므로, 중재판정이 승인되는 것, 즉 중재판정의 효력이 인정되는 것을 전제로 한다. 반대로 중재판정에 집행거부사유가 존재하여 이에 기초한 집행을 할 수 없는 경우에는 해당 중재판정에 대한 승인이 거부되는 것, 즉 중재판정의 효력이 부정되는 것을 전제로 한다.⁵³⁾

취소사유가 존재하는 중재판정에 대하여 승인·집행이 허용되어서는 안 되고, 승인·집행이 허용되어서는 안 되는 중재판정은 취소되어야 하는데,⁵⁴⁾ 중재법상 중재판정의 취소와 승인·집행은 별개의 제도로 인정되고 있는 결과, 동일한 중재판정이 이중의 규율을 받아 이에 대한 법원의 판단이 경합하거나 모순·저촉될 염려가 있으므로, 이를 적절히 조절할 필요가 있다. 이와 관련해서는 중재신청을 인용한 중재판정과 중재신청을 기각한 중재판정의 효력에 관하여 당사자 간에 다툼이 있는 경우를 나누어 살펴보고자 한다.

2. 중재신청을 인용한 중재판정의 효력에 관한 당사자의 공격방어

중재신청인의 신청을 인용한 중재판정에 대하여 신청인이 집행허가를 신청한 경우 피신청인은 해당 집행절차에서 집행거부사유를 주장할 수 있고, 보다 적극적으로 중재판정취

52) 중재판정의 구속력의 의미와 관련해서는 당사자가 통상의 불복방법으로 다툴 수 없는 것을 내용으로 하는 것인지, 아니면 당사자가 중재판정에 따라야 할 의무를 부담하는 것을 내용으로 하는 것인지 분명하지 않다.

53) Julian D. M. Lew and Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, para. 26-17, p.692.

54) Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford University Press, 2009, para. 10.03, p.586.

소의 소를 제기할 수도 있다. 피신청인이 취소의 소를 제기할 것인지, 아니면 집행절차에서 방어할 것인지는 피신청인의 선택에 맡겨져 있다.

중재신청인이 집행허가를 신청하고 피신청인이 중재판정취소의 소⁵⁵⁾를 제기한 때에는 양 절차가 경합하게 되는데, 취소사유와 집행거부사유가 기본적으로 일치하고, 이에 관한 심리가 중복된다는 측면에서 재판의 모순이 생기지 않도록 할 필요가 있다. 중재법이 “중재판정이 법원에 의하여 취소되었다는 사실”을 집행거부사유로 열거하고 있는 것도{중재법 제38조 제1호 나목 2)} 이러한 취지가 반영된 것으로 볼 수 있다. 중재판정의 취소판결이 확정되면 중재판정의 효력이 부정되므로 집행거부사유가 될 것이다.

판결절차를 통해 중재판정의 취소와 집행의 문제를 해결하였던 구 중재법 하에서는 이러한 경우 본소와 반소의 형태를 취하는 경우가 적지 아니하였다. 그런데 현행 중재법 하에서는 중재판정의 취소는 판결절차,⁵⁶⁾ 그 집행은 결정절차라는 다른 종류의 절차를 이용하여야 하므로, 구 중재법 하에서와 같이 양 절차를 병합하기는 어려울 것이고,⁵⁷⁾ 가능하다면 변론의 병행 등을 통해 재판의 모순·저촉을 방지할 필요가 있다. 특히 중재판정에 대한 취소소송의 계속 중에 집행허가신청이 있는 경우 양 절차가 별개의 법원에서 개시된 때에는 일단 중재판정에 대한 집행허가신청사건을 취소소송이 계속된 법원으로 이송한 후에 변론의 병행을 시도할 필요가 있다. 양 절차가 같은 법원의 다른 재판부에서 개시된 경우에는 집행허가신청사건을 취소소송이 계속되어 있는 재판부로 이부한 후 변론의 병행을 시도해 볼 수 있고, 양 절차가 같은 재판부에서 개시된 때에는 변론의 병행을 통해 재판의 모순·저촉을 방지할 수 있을 것이다. 또한 중재판정에 대한 집행허가신청절차의 진행 중에 중재판정취소의 소가 제기된 경우에는 집행허가신청사건의 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 해당 절차를 중지할 수 있는 방안도 생각해 볼 수 있다.

중재판정에 대한 집행결정이 확정된 경우에는 중재판정취소의 소를 제기할 수 없다(중재법 제36조 제4항). 중재판정에 대한 집행허가신청을 기각한 결정이 확정된 때에는 중재판정에 기초한 집행이 허가되지 않는다는 것이 확정되는데, 이에 중재판정이 승인되지 않는다는 것도 내포되어 있으므로 중재판정의 효력이 부정되는 것으로 볼 수 있다.

55) 피신청인이 중재판정취소와 아울러 중재판정으로 이행을 명한 의무의 부존재확인을 구하는 소를 제기할 수도 있는데, 이러한 경우에는 양 청구의 병합형태를 어떻게 파악할 것인가가 문제된다. 양 청구 중 어느 하나의 청구가 인용되면 그 목적을 달성할 수 있으므로 양 청구의 병합이 선택적 병합관계에 있는 것으로 볼 수 있다.

56) 중재판정의 효력의 조기 확정이라는 측면에서 중재판정에 대한 취소절차를 판결절차가 아닌 결정절차로 처리하여야 하는지에 관해서는 논의의 여지가 있다. 이에 관해서는 다음 기회에 살펴보기로 한다.

57) 이러한 경우에도 중재법에 양 절차의 병합을 허용하는 명문규정이 있으면 병합이 가능할 것이지만, 현행 중재법에는 이에 관한 규정이 없다.

3. 중재신청을 기각한 중재판정의 효력에 관한 당사자의 공격방어

중재신청인의 신청을 기각한 중재판정의 경우에는 집행절차는 문제되지 않지만, 해당 중재판정의 효력과 관련하여 신청인 측에서 중재판정취소의 소를 제기하여야 할 것인지, 피신청인 측에서 승인을 신청하여야 할 것인지가 문제될 수 있다.

중재신청을 기각당한 중재신청인이 중재판정취소의 소를 통해 중재판정을 취소시키지 않은 상태에서 중재의 대상이 되었던 것과 동일한 내용을 소송상 청구로 하여 법원에 소를 제기한 경우, 해당 소송절차에서 피고(중재피신청인)는 중재판정의 기판력을 이유로 원고(중재신청인)의 청구가 이유 없음을 주장하는데 대하여, 원고는 중재판정에 대한 승인거부사유를 주장하면서 중재판정의 기판력이 부정되어야 한다는 주장을 할 수 있다. 이러한 경우에는 수소법원이 중재판정이 취소되지 않은 상태에서 그 중재판정에 대한 승인거부사유의 존부에 관하여 심리·판단할 수 있는지 여부가 문제된다. 이는 중재판정의 기판력, 중재판정취소의 소의 법적 성질 등과 관련이 있다.

(1) 중재판정취소의 소의 법적 성질 및 그 대상

당사자 간에 별도의 합의가 없는 한 중재판정에 대한 불복은 법원에 중재판정취소의 소를 제기하는 방법으로만 할 수 있다(중재법 제36조 제1항). 당사자는 확정된 중재판정에 중재법 제36조 제2항에 열거된 사유가 존재함을 이유로 중재판정취소의 소를 제기할 수 있다.

중재판정취소의 소는 중재판정의 효력을 잃게 하는 것을 목적으로 하는 소송법상 형성의 소⁵⁸⁾로서, 통상적인 경우 취소판결이 확정되면 중재판정의 효력이 소급하여 소멸되고 외형적으로도 그 존재가 소멸하게 된다.⁵⁹⁾

분쟁의 실체에 대한 중구적인 판단을 한 확정된 중재판정이 중재판정취소의 소의 대상이 된다. 따라서 중재판정이 법정의 요건을 구비하지 못하였거나 당사자에게 중재판정의 정보가 송부되지 않은 때에는 중재판정취소의 소의 대상이 되지 못한다. 또한 중재판정이 법정의 요건을 구비하여 작성되고 당사자에게 그 정보가 송부된 때에도 중재절차 내에서의 불복이 가능한 중재판정이거나 중간적인 판정인 경우에는 중재판정취소의 소의 대상이 되지 못한다.⁶⁰⁾ 중재신청을 각하한 판정이 취소소송의 대상이 될 수 있는지 여부와 관련

58) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2003다70249·70256 판결. 이에 따르면 중재판정취소의 소는 중재판정을 취소하여 소급적으로 무효로 하는 것을 목적으로 하는 형성의 소로서, 법률이 정하는 형식적인 요건을 구비하고 그 본안에 대하여 중구적인 판단을 내린 중재판정에 대하여 중재법 제36조 제2항 각 호 중 하나에 해당할 때에 한하여 제기할 수 있는 것일 뿐이고, 중재인이 스스로 그 신청 대상인 분쟁에 대하여 판정을 할 권한이 없다는 이유로 신청을 각하한 중재판정은 취소의 소의 대상이 될 수 없다.

59) 중재판정의 효력에 관한 중재법 제35조 단서규정과 관련하여 이를 승인·집행거부사유가 존재하는 경우로 해석하는 때에는 취소사유 있는 중재판정의 효력을 당연히 무효인 것으로 볼 것인지, 취소판결의 확정에 의하여 효력을 상실하는 것으로 볼 것인지에 관한 논의가 필요할 것이다.

해서는 견해의 대립이 있는데,⁶⁰⁾ 이러한 판정은 당사자가 중재합의로써 의도한 분쟁해결 방법이 아니어서 기판력이 인정되지 않는 것으로 볼 경우 취소소송의 대상이 되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

중재판정취소의 소를 형성의 소로 볼 경우 중재판정에 취소사유가 존재하더라도 이를 취소하는 취지의 판결이 확정되지 않는 한 중재판정의 기판력에 의하여 중재판정에 반하는 주장을 하는 것은 배척될 것이다. 다만 중재합의가 체결되어 있지 않은 상태에서 중재판정이 이루어진 경우와 같이 중재판정의 기초를 흠결하여 당연무효인 것으로 볼 수 있는 때에는 이러한 중재판정에 기판력이 인정되지 않으므로 이를 취소시키지 않고도 중재판정에 반하는 주장을 할 수 있을 것이다.

(2) 중재판정이 취소소송을 통해 취소되지 않은 상태에서 취소사유에 해당하는 사유를 다른 소송에서 공격방어방법으로 주장할 수 있는지 여부

통상의 형성소송의 경우에는 법률관계의 변동을 선언하는 확정판결을 통해서만 해당 법률관계의 변동을 초래할 수 있으므로, 이러한 과정을 거치지 않고 그 법률관계를 선결문제로 하는 소송에서 법률관계의 변동을 공격방어방법으로 주장하는 것은 허용되지 아니한다.

중재판정과 관련해서는 중재판정의 취소사유는 중재판정에 대한 승인·집행거부사유에 해당하고, 중재판정에 대한 승인·집행절차에서 중재판정의 취소사유를 주장하는 것이 허용된다. 따라서 중재판정에 대한 승인·집행의 당부에 관하여 판단하는 재판부는 해당 중재판정이 취소판결에 의하여 실효되지 않았더라도 그 중재판정의 효력 유무에 관하여 판단할 수 있다.

중재판정에 대한 승인·집행절차가 아닌 소송상 청구의 전제로서 중재판정이 원용된 민사소송에서 당사자가 그 중재판정의 취소사유에 해당하는 사유를 공격방어방법으로 주장할 수 있는지 및 그러한 민사소송의 수소법원이 이에 관하여 판단할 수 있는지가 문제된다. 중재판정취소의 소를 형성의 소로 보더라도, 이는 실체법상의 권리관계의 변동을 목적으로 하는 것이 아니라 중재판정의 효력의 소멸을 내용으로 하는 것이므로 소송법상 형성의 소로 볼 수 있고, 이러한 경우에는 취소판결의 효력이 소송당사자에게만 미치는 것이 원칙이라는 점, 중재법이 중재판정의 취소사유에 해당하는 사유를 중재판정에 대한 승인·집행절차에서 주장할 수 있는 것으로 규정하고 있는 점, 중재판정이 원용된 민사소송에서 중재판정의 취소사유에 해당하는 사유의 존부에 관하여 한 판단은 판결이유 중의 판단에 불과하여 기판력이 발생하지 않는다는 점 등에 비추어 볼 때, 중재판정이 원용된 민사소송에서 당사자는 중재판정의 취소사유에 해당하는 사유를 공격방어방법으로 주장할 수 있고, 그 소송의 수소법원은 그러한 사유의 존부에 관하여 판단할 수 있는 것으로 볼 수 있다.

60) 小島武司·猪股孝史, 앞의 책, p.524.

61) 이에 관해서는 목영준, 앞의 책, pp.260-261 참조.

V. 나오며

중재판정의 효력에 관한 기존의 논의를 토대로 법적 분쟁해결제도로서의 중재의 실체에 부합할 수 있는 시각에서 중재합의의 효력을 검토해 보았다. 중재를 통해 사법상의 분쟁을 공정하고 신속하게 해결한다는 측면에서는 또 다른 사법상 분쟁해결수단인 판결과 다를 바가 없지만, 판결은 국가기관인 법원에서 이루어지는 결과 절차가 정형적·일률적으로 진행되는 경향이 강하게 나타날 수밖에 없다. 그러나 중재의 경우에는 당사자 간의 중재합의가 중재절차의 출발점이고, 절차의 진행을 비롯하여 중재 전반에 걸쳐 당사자의 의사가 반영될 수 있으므로, 중재절차의 종착점이라고 할 수 있는 중재판정의 효력의 구체적인 내용을 파악하는데 있어서도 당사자가 중재합의를 통해 해결하고자 하였던 분쟁의 실체를 고려하여야 할 것이다. 중재판정이 당사자 간의 중재합의에 기초하여 이루어지고 절차의 비정형성이 중재제도의 특징이라고 하더라도, 중재 또한 사법상의 분쟁해결을 위한 실정법상의 제도인 이상 분쟁해결의 실효성을 확보하고 법적 안정성을 도모하기 위하여 중재판정에 확정판결과 동일한 효력을 인정하고 있다.

중재판정의 효력과 관련하여 2016년 개정을 통해 단서규정이 신설되었는데, 중재판정의 승인·집행이 거절되는 경우에는 확정판결과 동일한 효력이 인정되지 않는다고 규정하고 있는 것은 검토의 여지가 있다. 단순히 승인·집행거부사유가 존재하는 경우 확정판결과 동일한 효력이 인정되지 아니하여 중재판정취소의 소를 통하지 않고도 중재판정의 효력을 부정할 수 있다고 본다면, 이러한 해석은 중재판정취소의 소의 법적 성질에 관한 기존의 논의나 법이론상의 무효와 취소의 구별에 상당한 변화를 초래할 것이다. 이러한 변화를 감수할 정도로 개정의 필요성이 있었는지 여부에 대하여 생각해 볼 필요가 있다. 중재판정취소의 소와의 관계 등을 고려하면 위 단서규정의 의미를 중재판정에 대한 승인·집행신청을 기각한 결정이 확정된 때를 의미하는 것으로 이해하는 것이 현행 중재법의 체계를 유지할 수 있어 바람직할 것이다.

취소사유가 존재하는 중재판정에 대하여 승인·집행이 허용되어서는 안 되고, 승인·집행이 허용되어서는 안 되는 중재판정은 취소되어야 하는데, 중재법상 중재판정의 취소와 승인·집행은 별개의 제도로 인정되고 있는 결과, 동일한 중재판정이 이중의 규율을 받아 이에 대한 법원의 판단이 경합하거나 모순·저촉될 염려가 있으므로, 이를 적절히 조절할 필요가 있다.

참고문헌

- 김능환·민일영, 「주석 민사집행법(II)」, 한국사법행정학회, 2012.
- 김상수, “중재판정취소의 소의 적법성”, 「중재」 제299호, 대한상사중재원, 2001.
- 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011.
- 민일영·김능환, 「주석 민사소송법(III)」, 한국사법행정학회, 2012.
- _____, 김능환, 「주석 민사소송법(IV)」, 한국사법행정학회, 2012.
- 손용근, “중재판정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 「법조」 제577호, 법조협회, 2004.
- 양병희 외, 「주석 중재법」, 대한상사중재원·한국중재학회, 2006.
- 오창석, “관할법원에 송부·보관되지 않은 중재판정의 효력”, 「중재연구」 제15권 제3호, 한국중재학회, 2005.
- 윤진기, “2016년 개정 중재법의 중재판정 집행에 관한 문제점”, 「중재연구」 제26권 제4호, 한국중재학회, 2016.
- 이호원, “중재판정의 취소”, 「법조」 제575호, 법조협회, 2004.
- _____, “중재법 개정 법률안의 주요내용”, 「민사소송」 제19권 제1호, 한국민사소송법학회, 2015.
- 정선주, “중재판정의 효력-확정력을 중심으로-”, 「민사소송」 제9권 제2호, 한국민사소송법학회, 2005.
- 猪股孝史, “仲裁判斷の取消しと承認·執行-仲裁判斷の效力の歸趨-”, 「仲裁とADR」 第8卷, 仲裁ADR法學會, 2013.
- 小島武司·猪股孝史, 「仲裁法」, 日本評論社, 2014.
- 三木浩一·山本和彦 編, 「新仲裁法の理論と實務(ジュリト増刊)」, 有斐閣, 2006.
- Blackaby, Nigel and Partasides, Constantine with Redfern, Alan and Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford University Press, 2009.
- Lew, Julian D.M. and Mistelis, Loukas A. and Kröll, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- Schütze, Rolf A./Tscherning, Dieter/Wais, Walter, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1990.
- Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., C. H. Beck, 2005.

ABSTRACT

A Study on the Effect of Arbitral Awards

Soo-Mi Kang

The effects of an arbitration agreement depend on the legislative policy of the nation where arbitral awards are made and where awards are worked out in the private procedures. According to the main body of Article 35 of the Korean Arbitration Act, arbitral awards have the same effects on the parties as the final and conclusive judgment of the court. This is only possible if the awards are formed by satisfying all the legal requirements, have gone into effect, and have become final and conclusive. It is for the legal stability and the effectiveness of the settlement of disputes that the Act grants arbitral awards. While investigating the effects of an arbitral award, the character of the arbitration in which the party's autonomy applies should be considered, along with the substance of the disputes which parties intend to resolve by an arbitration agreement.

The proviso of Article 35, which was added in the 2016 Act, says that the main body of the Article shall not apply if recognition or enforcement of arbitral awards is refused under Article 38. Two stances have been proposed in interpreting the proviso. One of them is that there are grounds for refusing the recognition and enforcement of the awards. The other one is that the ruling of the dismissal of a request for enforcement has been final and conclusive. According to the former, it is really unexplained as to its relations with the action for setting aside arbitral awards to court and the distinction between nullity and revocation, and so on. Therefore, its meaning must be comprehended on the basis of the latter so that the current Act system with revocation litigation could be kept.

The procedures of setting aside, recognizing, and enforcing arbitral awards are independent of one another under the Act. It is apprehended that the duplicate regulations may lead to the concurrence or contradiction of a court's judgment and ruling. Thus, we need to take proper measures against the negative sides by interfacing and conciliating these proceedings.

Key Words : Binding Force, Effect of Forcing an Arbitrator not to Revoke or Alter an Arbitral Award, Effect of Res Judicata, Arbitral Award, Enforcement Ruling of an Arbitral Award, Recognition and Enforcement of an Arbitral Award, Action for Setting Aside an Arbitral Award to Court, Arbitration Agreement