

중재감정에 관한 비교법적 연구

김 상 찬*

목	차
I. 머리말	5. 영국법
II. 각국의 중재감정절차	III. 비교법적 분석
1. 독일법	1. 제도간의 유사성과 구별기준
2. 스위스법	2. 중재감정의 법적 성질
3. 프랑스법	3. 중재감정의 구속력
4. 이탈리아법	IV. 맺음말

I. 머리말

중재감정이란 제3자, 즉 중재감정인이 당사자간의 법률관계를 형성하거나 확정하는데 관하여 구속력 있는 판단을 행하는 것을 말한다. 이 중재감정은 민사소송법상의 중재절차와 비슷하지만 효력 등 중요한 점에서 중재절차와 다르다. 또한 이 중재감정은 증거방법의 성질을 가진다는 점에서 감정의 요소를 포함하고 있지만, 중재감정 절차가 당사자간의 합의에 기초하여 재판상의 절차와 독립하여 행해지는 것이므로 재판상 감정인에 의한 감정과도 다르다. 이 복합적인 제도에 관하여 독일에서는 'Schiedsgutachten'이라는 용어를 사용하고 있는데, 이 개념은 중재나 감정제도와 어느 정도 유사하다는 것을 보여 준다.

중재감정은 실정법에서 일반적으로 확립되어 있는 개념이라기보다는 거래관계상 자주 나타나는 하나의 법현상이다. 독일의 경우, 보험계약법에서는 보통보험약관 중에서 일상적으로 이루어지며, 개개의 청구권의 요건이나 손해액의 확정에 도움을 주고 있다(독일보험계약법 64조 이하, 184조). 고용계약이나 도급계약에 있어서는 일의 내용을 적정하게 확정하려는 목적으로 체결된다. 그 외에 특히 원료의 검사, 건축에 있어서의 보수의 결정,

* 제주대학교 법정대학 법학부 조교수

새로운 자동차 구입시 중고차의 조사 및 가격결정, 그리고 수출입 등 무역업무에 있어서도 많은 역할을 하고 있다.¹⁾ 그 밖의 여러 나라에서도 다양한 변형의 중재감정제도를 가지고 있고, 민사소송이나 중재절차와 더불어 분쟁해결 및 예방의 수단으로서 기능하고 있다.

우리 나라에서는 중재감정이 실제 거래관계에서 종종 이용되고 있으나 아직 용어 자체가 익숙하지 못하고, 판례나 학설에서도 그다지 중요하게 다루어지지 않았다. 그러므로 본고에서는 중재감정제도를 비교법적으로 검토함으로써 앞으로 우리 나라에 있어서의 이 제도의 활성화에 도움을 주고자 한다.

II. 각국의 중재감정 절차

중재감정절차는 대부분의 국가가 받아들이고 있는 제도이지만, 다양한 변형된 모습을 가지고 있고, 또 이들에 대해서 여러 가지 다른 전문용어를 사용하고 있는 까닭에 이 제도에 관하여 일반적으로 개관하는 것은 매우 곤란하다. 그래서 여기에서는 중재감정제도가 비교적 발달되어 있는 독일을 비롯한 유럽의 몇몇 국가에 한정하여 그 제도를 개관하려 한다.

1. 독일법

독일법에서는 다음 세 가지 다른 유형을 중재감정이라고 부르고 있다.²⁾

가. 권리형성적 행위에 의한 불완전한 법률관계의 형성

이 유형의 중재감정은 독일민법 317조가 규정하고 있는 제3자에 의한 급부의 결정을 말한다. 이 경우 당사자 쌍방은 급부 결정을 제3자에게 위임하며, 중재감정인의 중재감정이 있기까지는 아직 계약이 존재하지 않는다. 그 예로서 당사자가 매매대금의 결정,³⁾ 공사대금의 결정,⁴⁾ 조합재산의 배분⁵⁾ 등을 제3자에게 맡기는 경우 등이다. 제3자가 기존의 계약을 변경하는 역할을 담당하고 있는 경우도 이에 속한다. 그 예로서 임대차의 임대료

1) 독일의 중재감정 사례에 관해서는, Habscheid, *Das Schiedsgutachten, Festschrift für Heinrich Lehmann*(Berlin 1956), Bd. II, S.789ff.

2) Habscheid/吉野正一郎 譯, “紛争の解決及び豫防の手段としての仲裁鑑定-比較法的研究-”, *ドイツ民事訴訟法の新展開*, 晃洋書房, 163-170面 ; Habscheid, *a.a.O.*, S.789ff. ; der., *Schiedsvertrag und Schiedsgutachtenvereinbarung, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen(KTS)*, 1957, S.129 ; Palandt/Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 41.Aufl.(München 1982), §317 BGB Aum. 2b.

3) BGH, NJW 64, 2041.

4) BGH, NJW 74, 696.

5) BGHZ 6, 335 ; NJW 52, 1296.

나 계속적 공급계약에서의 가격의 변경⁶⁾을 제3자에게 맡기는 경우를 들 수 있다.

나. 계약내용 또는 다른 법률관계의 해명

당사자 쌍방간에 법률관계는 존재하지만 그 법률관계에서 파생되는 권리·의무의 정확한 범위에 관해서 당사자 쌍방의 의견이 일치하지 않는 경우이다. 당사자들 사이에 이미 존재하는 일정한 계약이나 법률관계의 내용을 판명할 수 없는 경우에 중재감정인이 이를 해명하는 것이다. 예컨대 제3자가 매매계약상의 '적정한 매매가격', 또는 '공평한 매매가격'을 조사하거나, 또는 은행거래상의 이자를 확정하는 것 등이다.

다. 법률관계의 사실 또는 기타 요건사실 요소의 조사

예컨대 중재감정인에게 보험약관에 의하여 상병(傷病)의 비율, 당사자의 과실, 손해액 등을 조사하는 것을 위탁하는 경우이다.

이들 세가지 유형의 차이는 명백하다. 첫째 유형의 경우에는 제3자의 판단은 권리형성적인데 대하여, 다른 두가지 유형의 경우에는 기존의 계약의 요소나 법률관계의 해명을 위하여 조사나 확정을 행한다. 그리고 첫째 유형의 법률관계는 두 번째와 세 번째 유형과 비교하여 아직 완전하지 않다. 당사자간에 분쟁이 존재하고 있어야 하는가에 관해서는 이들 유형의 어느 쪽의 경우에도 특징적 요소는 아니다. 제3자에게 '분쟁의 예방'을 위탁하는 경우도 생각할 수 있고, 분쟁을 해결하기 위하여 결정을 내리는 것도 가능하다.⁷⁾

위의 세가지 유형이 존재하고 있음에도 불구하고 독일의 통설은 중재감정을 실체법에 귀결시켜서 무조건 독일민법 317조 이하의 규정을 적용하고 있다.⁸⁾ 그러나 소수설은 이 세가지 경우를 통일적으로 다루어서는 안된다고 한다. 즉, 앞의 세 유형 중에서 첫째 유형의 경우만 실체법의 사례이고, 두 번째와 세 번째 유형의 경우는 소송법에 귀속시켜야 한다고 한다.⁹⁾

이 세 유형의 중재감정과 중재판단 간의 구별에 관하여 통설은 제3자의 역할의 범위의 차이에 있는 것으로 보고 있다. 이 견해에 의하면, 중재인이 법관과 같이 법률관계 전체에 관하여 판단하는데 대하여 중재감정인은 전형적인 경우 법률관계의 요소만을 판단한다.¹⁰⁾ 그러나 다른 견해를 취하는 학자들도 있다. 이 견해에 의하면, 제3자에 의하여 행해지는 판단

6) BGH, NJW 71, 65 ; BGH, NJW 71, 1831 ; BGH, NJW 73, 142.

7) Habscheid, *Festschrift für Heinrich Lehmann*, S.796, 698, 808.

8) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozeßordnung*, 48.Aufl., S.1025f ; Rosencerg/Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 13.Aufl.(München 1981), S.1092f ; Blomeyer, *Festschrift für Rosenberg* (München-Berlin 1949), S.49f.

9) Baumgärtel, *Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im zivilprozeß* (Berlin-Frankfurt 1957), S.255 ; Sieg, *Versicherungsrecht*, 1965, S.629ff.

10) Rosenberg/Schwab, *aa.O.*, S.1092 ; Schwab, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 3.Aufl.(München 1979), S.6, 7 ; Nikisch, *Lefrbuch des zivilprozeßrechts*, 2.Aufl.(Tübingen 1952), S.595 ; BGHZ 6, 335, 338.

의 효력의 차이로 중재절차와 중재감정을 구별하려 한다. 중재인은 기판력 있는 판단을 한다. 그러나 중재감정 판단의 구속력은 약하고, 각 유형에 따라 구별된다. 첫째 유형의 경우에 중재감정의 판단이 명백하게 불공평한 경우에는 구속력을 가지지 않는다. 이 경우 법관은 판결에 의하여 판정하지 않으면 안된다(독일민법 319조). 이에 대하여 두 번째와 세 번째 유형의 경우에는, 공평성의 문제가 아니라 객관적인 정당성의 유무가 문제로 된다.¹¹⁾ 즉, 판단이 명백하게 정당성을 잃고 있는 경우에는 그 판단은 당사자나 법관을 구속하지 않는다.

2. 스위스법

스위스의 학설과 판례는 권리형성적 효과를 가지는 중재감정과 선언적 효과를 가지는 중재감정으로 구별하고 있다. 계약의 불완전한 내용을 공평한 재량에 기초하여 보충하는 것을 제3자에게 위탁하고 있는 독일법상의 첫째 유형은 중재감정법에서는 배제되고 있고 실체법 중에 구성되어 있다.¹²⁾ 이 경우에 감정인은 권리창조적 기능을 하고 있다.¹³⁾

앞에서 살펴본 독일법상의 세 번째 유형에서는, 감정인은 당사자의 권리·의무를 조사하고 중요한 사실을 확정하는 것을 위탁받고 있는데 반하여,¹⁴⁾ 두 번째 유형에서는 감정인은 당사자의 의사를 명백히 해야 한다. 이 경우에 소송상의 제도인가, 실체법상의 제도인가 하는 문제에 관한 다툼이 스위스에서도 존재한다. 그러나 여기에서는 소송상의 제도로 보는 소송법설이 명백하게 우세하다. 그래서 슈리히민사소송법 258조는 이 유형에 관해서 “제3자의 감정은 명백한 정당성의 결여가 문제로 되지 않는 한 당사자를 구속한다”¹⁵⁾ 라고 규정하고 있다.

스위스에서는 중재감정절차와 통상 혹은 중재재판권 간의 구별이 가능하다고 생각하고 있다. Guldener에 의하면, 감정인은 위에서 설명한 첫 번째 유형의 경우에 있어서는 공평에 따라서 판단하는데 대하여, 법관은 객관적인 법에 의하여 구속되고 있고, 세 번째 유형의 경우에는 감정인은 법관이 법률관계 그 자체 및 그것에서 파생하는 권리·의무를 결정하는 것과 대조적으로, 법률관계의 사실적 요소만을 확정할 수 있을 뿐이라고 한다.¹⁶⁾ 그러나 중재법의 특별한 법률적인 고려(Rechtsgedanken)가 중재감정절차에 적용될

11) Habscheid, *Festschrift für Heinrich Lehmann*, S.799, 801 ; ders., *KTS*, S.135, 243 ; BGHZ 6, 335.

12) Guldener, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht(Lehrbuch)*, 3.Aufl.(Zürich 1979), S.597 ; Habschied, *Droit judiciaire privé suisse*, 2.Aufl.(Genève 1981), S.551ff.

13) Vgl. Wenger, *Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht*(Zürich 1968) ; *Entscheidungen des Bundesgerichts(BGE)*, 46 II 84.

14) Guldener, *a.a.O.*, S.598, Fn. 16a ; ders., *Zeitschrift für Schweizer Recht(ZSR)*, 65, S.242.

15) Guldener, *Schweizerisches Zivilprozeßrecht(Lehrbuch)*, S.598 Fn, 16c ; ders., *ZSR*, 65, 242 ; Habscheid, *Droit judiciaire privé*, S.551ff ; *BGE* 62 II 232 ; 71 II 294.

16) Guldener, *a.a.O.*, S.597 ; Bachmann, *Der Schiedsgutachter*(Zürich 1947), S.72.

수 있다고 하고 있다.¹⁷⁾ 예컨대 당사자지위 평등의 원칙, 감정인의 중립, 심문청구권의 보장 고려 등이 그것이다. 이러한 Guldener의 견해는 쥘리히민사소송법 258조에서 나타나고 있는 것이다.

3. 프랑스법

프랑스법은 transaction(화해), expertise(감정), 본래 의미에 있어서의 fixation du prix par un tiers(제3자에 의한 가격의 결정)으로 구별하고 있다.

가. transaction(화해)의 경우에는 판단을 내리는 제3자가 존재하지 않는다. 그러나 이 transaction은 그 법적 성질이 중재감정이라고 하는데 의견이 일치한다.¹⁸⁾ 이 transaction에 기초하여 당사자는 서로 양보함으로써 이미 존재하는 분쟁을 종료시키는 것이 가능하고, 또한 더 큰 분쟁의 생성을 막을 수 있다.

나. 감정(expertise judiciaire(재판상의 감정)과 대비하여 expertise amiable(합의상의 감정))은 쌍방 당사자가 분쟁의 조정을 위하여 제3자를 감정인으로 선임하고 감정의 보고를 요청하는 경우, 구속력 있는 감정 혹은 구속력 없는 감정을 요청하는 경우에 이루어진다.¹⁹⁾ 여기에서 감정인은 쌍방 당사자의 수탁자이다.²⁰⁾

다. 프랑스민법 1592조에 규정되어 있는 제3자에 의한 가격의 결정 내지 확정은 감정이나 중재판단과는 구별되고 있다. 당사자간에는 아직 계약은 존재하지 않고 분쟁도 문제로 되지 않는다. 오히려 제3자에게 가격을 결정하여 계약체결이 실현되도록 위탁하게 된다. 요컨대, 제3자의 판단 전에는 계약은 존재하지 않는다. 프랑스민법 1592조가 규정하는 바와 같이, il n'y a pas de vente(매매는 존재하지 않는) 것이다.²¹⁾

라. 제3자에게 법률관계에 관한 다툼을 판결에 의한 것과 마찬가지로 해결하도록 위탁되어 있는 경우에 제3자는 감정인이다. 이 경우에는 중재재판권에 관한 프랑스민사소송법의 제 규정이 적용된다.²²⁾ 위의 '가'에서 '다'까지의 제도가 실체법에 속하는데 대하여, 중재절차법은 소송법이다.²³⁾ 이로부터 중재판단의 집행선언에 관한 규정 및 중재판단에 대하여 규정하고 있는 상소(上訴)가 transaction, expertise 및 프랑스민법 1592조의 경우에

17) Guldener, *aa.O.*, S.598 Fn. 16b ; *BGE*, 26 II 765.

18) Robert, *Arbitrage civil et commercial*, 4.Aufl.(Paris 1967), S.12.

19) Morel, *Répertoire Dalloz droit civil*, siehe "compromis" Note 3, Cons. civil 19. 1. 1942 *Gazette du Palais (GP)* 1942 (I) 1, 153ff.

20) *Rép. Dalloz droit proc.* siehe "expertise" Note 28.

21) *Juris Classeur (J. Cl.)* civ. Art. 1591-1593 Note 82.

22) *J. Cl. civ.*, *aa.O.*, Note 86.

23) Robert, *aa.O.*, S.12 ; *Rép. Dalloz droit proc.*, *aa.O.* ; Glasson/Tissier/Morel, *Traité de procédure civile II* no. 706.

는 적용되지 않는다고 하는 결론이 나온다. 모든 계약의 경우와 마찬가지로 중재판단은 그 자체로 집행할 수 있는 것은 아니며 그것이 판결의 대상인 경우에 한하여 집행이 가능하게 된다. 제3자에 의한 매매가격의 결정(프랑스민법 1592조의 사례)은, 공연한 사기나 명백한 착오의 경우에만 취소할 수 있다.²⁴⁾ transaction은 당사자간에 기판력을 가지지만(프랑스민법 2052조), 착오, 강박, 사기의 경우에는 취소할 수 있다(프랑스민법 2053조). 구속력에 관해서 당사자는 transaction과 마찬가지로 expertise의 제3자의 평가에 관해서도 합의할 수 있다(프랑스민법 1134조).²⁵⁾

4. 이탈리아법

이탈리아법의 경우에는 transazione(화해), perizia(감정), arbitraggio(확정), arbitrato irrituale(자유중재), arbitrato rituale(정식중재) 등 5가지 다른 제도로 구별하고 있다.

가. transazione(화해)에 의하여 당사자는 자신의 다른 입장을 서로 양보함으로써 분쟁을 조정하는 것이 가능하다. 그러나 transazione는 중재감정은 아니다.

나. arbitrato rituale(정식중재)는 제3자가 법관처럼 당사자간의 분쟁을 해결하는 경우에 행한다. 본래의 의미에 있어서의 중재재판으로서 이탈리아민사소송법 806조에 규정되어 있다.²⁶⁾

다. arbitrato irrituale(자유중재)는 소송 중의 법률관계의 당사자가 중개의 목적으로 위탁받은 제3자의 알선(Vermittlung)에 의하여 체결하는 화해이다. 그러므로 arbitrato irrituale는 중재재판과 중재감정의 중간에 위치하는 제도라고 할 수 있다. 다툼에 대한 제3자의 판단은 단지 통상의 계약의 효과를 가질 뿐이다. 일반적으로 당사자는 종이에 서명하여 백지위임하고 후에 제3자가 구체적으로 내용을 써넣는다.²⁷⁾

라. 위의 3가지 제도는 법률관계가 이미 존재하는 경우에만 고려되는데, 이에 대하여 이탈리아민법 1349조 이하에 규정된 arbitraggio(확정)은 당사자간의 법률관계가 아직 불완전한 것을 전제로 하고 있다. 제3자는 계약의 요소를 '양심에 따라(arbitrium boni viri)' 결정하고, 그것을 거의 완전하게 한다.²⁸⁾ 이 경우 제3자는 분쟁을 해결하거나 조정하는 것이 아니라 당사자간의 의견의 차이를 제거하는 것이다.²⁹⁾

24) *J. Cl. civ.*, aaO., Note 85

25) *Cass. Civil* 19. 1. 1942 C. P. 1942 I 1153ff ; *Nouv. Rép. Dalloz*, "expertise" Note 9 ; *J. Cl. proc. civ.* Art. 302-323 *CPC Fasc.* E Note 36.

26) Vecchione, *L'arbitrato*(Mailand 1959), S.25 ; Schizzerotto, *Dell'arbitrato*(Mailand 1958), S.135.

27) Vecchione, aaO., S.24 ; Schizzerotto, aaO., S.131 ; Pescatore/Ruperto, *Codice civile annotato* 7.Aufl.(Mailand 1978), Art. 1349, Note 2.

28) Vecchione, aaO., S.25 ; Schizzerotto, aaO., S.131 ; Pescatore/Ruperto, aaO., Note 3.

29) Schizzerotto, aaO., S.131.

마. 사실을 확정하는 경우에는, 프랑스의 expertise에 상당하는 perizia contrattuale(계약에 의한 감정)가 존재한다. 법률관계가 존재하는 것이 필요하지만 반드시 분쟁이 생기고 있을 필요는 없다. perizia는 분쟁을 가능한 한 빨리 배척하려는 목적을 가지고 있다.³⁰⁾ 이 유형의 법적 성질에 관해서는 통일된 해답이 아직 존재하지 않는다. 통설 및 판례는 이것을 arbitraggio, arbitrato irrituale, arbitrato rituale와 나란히 제4의 독립한 제도라고 하고, 어느 부분은 arbitraggio와, 어느 부분은 arbitrato irrituale와 유사하다고 한다.³¹⁾ 이에 대하여 Schizzerotto³²⁾는 이 제도의 존재를 부정한다. 그는 모든 사례를 arbitraggio와 arbitrato irrituale의 어느 쪽인가에 분류할 수 있다고 생각하고 있다.

그런데도 불구하고 내려진 판단의 구속력에 관한 통설의 구별은 실무상 중요한 의미를 가지고 있다. arbitrato irrituale에 기초한 판단 및 perizia contrattuale에 기초한 판단은 착오, 사기, 강박, 중대한 과실³³⁾의 경우에만 취소할 수 있는데 반하여, arbitraggio의 경우 명백히 불공평한 판단은 모두 무효이다(이탈리아민법 1349조).³⁴⁾ 그러나 이 3가지 제도는 “delibazione(외국중재판단의 승인)”이나, “impugnazione(상소)”의 규정에는 따르지 않는다. 이 규정들은 arbitrato rituale에만 적용된다(이탈리아민사소송법 825조, 827조).

5. 영국법

영국의 학설과 판례는 arbitration(중재법원)과 valuation(평가), certification(증명)을 구별하고 있다.

가. valuation(평가)란 계약의 대상, 특히 가치 내지 가격에 관한 일정한 사실의 결정이다. 당사자는 제3자에게 당사자의 다른 입장 사이에 새로운 별도의 견해를 감정인으로서의 재량과 경험에 따라서 형성해줄 것을 위탁한다.³⁵⁾

나. certification(증명)은 의무가 이행되었는지 여부를 확정하는 것을 제3자에게 위탁하는 경우에 행해진다. 이 경우 제3자는 그에 관하여 감정서를 작성한다.³⁶⁾

valuation 또는 certification의 합의는 중재재판권 조항으로서 표시할 수 있다. 그 경우에는 중재판단과 valuation 또는 certification 간에 차이가 없다. 중요한 것은 제3자의 판단이 ‘구속력 있는’ 것인가 아닌가 하는 것이다. 즉, 제3자가 법관이 행하는 것처럼 증거

30) Vecchione, *aa.O.*, S.25 ; Schizzerotto, *aa.O.*, S.154.

31) Vecchione, *aa.O.*, S.23ff.

32) Schizzerotto, *aa.O.*, S.154ff.

33) Vecchione, *aa.O.*, S.25 ; Schizzerotto, *aa.O.*, S.151, 156.

34) Vecchione, *aa.O.*, S.24 ; Schizzerotto, *aa.O.*, S.133 ; Pescatore/Ruperto, *aa.O.*, Note 3.

35) Russell, *The law of arbitration*, 17.Aufl.(London 1963), S.29.

36) Russell, *aa.O.*, S.30 ; Pierce v. Dyke(1959) 2. W. J. R. ; Minster Trust v. Traps Tractors(1954), 3. All E. R. 136.

조사를 행하거나 구속력 있는 판결을 하도록 위탁받은 경우에는 중재법원이 된다. 제3자가 자기의 전문지식이나 실무상의 경험을 바탕으로 증명하는 경우에는 제3자를 valuer(평가인)로 보게된다.³⁷⁾ 마찬가지로 제3자의 감정이 당사자에게 중국적이고 구속력 있는 판단으로 보여지는 경우 그 판단은 중재판단이다. 그리고 제3자가 자기의 공평상의 재량에 의해서만 결정하는 경우에는 그는 certifier(증명자)이다.³⁸⁾

덧붙여 말하면, 이 구별은 당사자간의 분쟁이 존재하는가 아닌가와 관련이 있다. 당사자가 valuation을 요구함과 아울러 분쟁이 아직 발생하지 않는 경우에는 중재판단이 아니라고 판단되지만, 이에 대하여 분쟁이 발생된 경우나 당사자 쌍방이 법원에 의한 조사를 희망하고 있는 경우에는 valuation은 실제로 중재판단이다.³⁹⁾

이러한 구별방식은 유용하지만 명확한 구별이 어렵고, 실제로 이 구별은 다소 자의적으로 행해지고 있다고 생각되는 경우가 있다.⁴⁰⁾ 그러나 이 구별은 중요한 의미가 있다. 즉, 제3자의 독립성 및 공평성은 중재재판의 절차에 있어서만 요구되고, valuation이나 certification에서는 중요한 요소로 보여지지 않는다.⁴¹⁾ 법원도 중재판단절차처럼 valuation 또는 certification을 취급할 수는 없다. 예컨대, 법원은 umpire(심판자)를 지명할 수 없다.⁴²⁾ 중재판단의 효력은 valuation이나 certification에 의하여 행해진 판단보다 훨씬 강하다. certificate(증명서)는 악의의 사기의 경우에 취소할 수 있을 뿐만 아니라, 판단내용이 합리성을 가지지 못하는 경우에도 취소할 수 있다.⁴³⁾

Ⅲ. 비교법적 분석

1. 제도간의 유사성과 구별기준

우선, 위에서 살펴본 바와 같이 중재감정제도가 국가마다 차이가 있기는 하지만 대체로 몇 가지 중요한 점에서 일치하고 있는 것을 발견할 수 있다.

37) Lord Esher, in *Re carus-Wilson and Greene*(1886) 18 Q.B.D. 7, 9, *Cockburn C. J. in Re Hopper*(1867) L.R.2Q.B. 367 ; Halsbury's, *Laws of England* 3.Aufl.(London 1953) t. 2 S.6.

38) Russel, *aaO.*, S.31.

39) *Pierce v. Dyke, s.o. Fn.* 38.

40) *Vgl. Re Hopper, Turner v. Goulden*(1873) L.R.9C.P.57 ; *Chambers v. Goldthorpe* (1901) I.K.B.624 ; *Neale v. Richardson*(1938) I All E. R. 753 ; *Wadsworth v. Smith*(1871) L.R.G.Q.B.332 ; *Boynton v. Richardson's*(1924) W.N.262 und *Collins v. Collins*(1856) 26 Beav. 306.

41) Russel, *aaO.*, S.31.

42) *Collins v. Collins, s.o.Fn.* 42.

43) *Russell, aaO.*, S.31 ; *Minster Trust v. Traps Tractors, s.o.Fn.* 38.

첫째, 프랑스법의 expertise amiable은 이탈리아법의 perizia contrattuale, 영국 보통법상의 valuation, 그리고 독일법과 스위스법상의 '사실을 확정하는 중재감정'과 비슷하다. 감정인 앞에는 완전한 법률관계가 있고, 감정인은 당사자간에 문제되고 있는 법률에 따라서 중요한 사실을 확정하도록 위탁받고 있다. 감정인의 판단은 분쟁의 발생을 방지하는 것을 목적으로 하고 있지만, 또한 분쟁을 종료시킬 수도 있다.

둘째, 프랑스법상의 determination du contenu d'un contrat(계약내용의 조사)와 영국법의 certification에는 완전한 법률관계가 기초로 된다. 이들의 경우는 위의 '첫째'의 경우와 거의 차이가 없으며, 본래의 의미의 중재재판과도 그다지 차이가 없다.

셋째, 프랑스민법 1592조 및 독일민법 317조에 규정된 '제3자에 의한 가격결정'은, 이탈리아의 arbitraggio(이탈리아민법 1349조)에 상당하며, 이 유형은 스위스법에서도 승인되고 있다. 이들의 경우에 제3자는 당사자가 합의하지 못했던 계약요소를 결정하고 '법률관계를 형성'한다. 이것은 중재감정을 논함에 있어서는 프랑스의 transaction 이나 arbitrage, 그리고 이탈리아의 arbitraggio irrituale과 같은 인접한 법제도를 고려해야 한다는 것을 말하고 있다.

다음으로, 중재감정의 개념에 포괄되는 여러 유형을 분석하고 비슷한 다른 제도와의 경계를 분명히 하기 위하여 여러 제도간에 존재하는 적절한 연결점을 발견하는 것이 필요하다.

첫째, 분쟁의 존재여부

일반적으로 당사자간에 분쟁이 존재하는지 여부를 기준으로 지금까지 설명해온 중재감정의 여러 유형을 구별할 수 있다고 생각하고 있다.⁴⁴⁾ 이 견해에 의하면, 제3자가 분쟁을 해결해야 하는 경우와 제3자가 분쟁을 예방하는 경우와는 다른 것이 된다. 그러나 이 구별은 무가치하다고 생각하는 견해도 있다. 왜냐하면 위의 어느 경우에도 당사자 쌍방은 문제로 되는 점에 관해서 일치하지 않기 때문이라고 한다.⁴⁵⁾

둘째, 완전한 법률관계인가 불완전한 법률관계인가

완전한 법률관계인지 불완전한 법률관계인지 하는 구별의 기준은⁴⁶⁾ 대부분의 사례에 관하여 유용하지만, 간과하면 안되는 것은 제3자는 단지 불완전한 법률관계를 완전하게 할 수 있을 뿐 아니라 이미 존재하는 법률관계를 변경하는 것도 가능하다고 하는 점이다.⁴⁷⁾ 중재감정인도 권리를 변경·형성하도록 행동하는 것이 가능하다.

44) Robert, *aa.O.*, S.12 ; *Prece v. Dyke*(1959), 2 W. J. R. 30 ; *Pescatore/Ruperto, aa.O.*, Art. 1349 CCI Note 2 und 4 ; *Vechione, aa.O.*, S.25 ; *Halsbury's, aa.O.*, Bd.2, S.5 ; *Schizzerotto, aa.O.*, S.31은 "controversia"와 "contrasto"의 구별을 시도하고 있다.

45) *Habscheid, Festschrift für Heinrich Lehmann*, S.791.

46) *Vecchione, aa.O.*, S.25 ; *Morel, Rép. Dalloz dr. civil, siehe "compromis" Note 3 ; J.Cl. civ. Art. 1591-1593 Note 82 ; Guldener, Lehrbuch*, S.597.

47) *Habscheid, Festschrift für Heinrich Lehmann*, S.794 ; *Palandt/Heinrichs, aa.O.*, §317 BGB 26aa ; *RGZ 152, 201.*

셋째, 권리형성적 판단인가 권리선언적 판단인가

이것은 법이론적인 견지에서 제3자에 의하여 내려지는 판단의 효력에 따른 구별이다. 우선, 앞에서 설명한 독일법상의 첫째 유형의 경우에는 제3자는 당사자의 의사를 보충하여 '권리를 형성하는' 판단에 의하여 당사자가 합의할 수 없었던 중요한 계약요소를 창조한다. 제3자는 계약을 완전하게 하거나 이미 완전한 법률관계를 변경한다. 이에 관한 전형적인 사례는 계약조항인데, 제3자는 매매가격을 제3자의 재량에 따라서 확정하거나⁴⁸⁾ 혹은 사정변경에 따라 임대료의 이자를 적합하게 할 의무를 지고 있다.⁴⁹⁾

앞에서 설명한 독일법상의 두 번째 유형의 경우에는, 감정인은 당사자간에 체결되어 있는 계약에서 계약 자체는 이미 확정되어 있지만 당사자간에 계약의 정확한 내용이 아직 명확하지 않은 부분의 계약요소를 명확하게 한다. 제3자는 당사자의 의사를 보충하거나 명확하게 할뿐이다. 그러므로 이 경우에는 단순히 선언적인 행위가 된다. 가장 빈번하게 생기는 예는 제3자가 문제되는 물건에 대하여 객관적으로 적정가격에 합치하는 시장가격을 확정해야 한다는 조항이다. 이러한 경우에 당사자 쌍방은 이 가치 자체에 관하여 합의하고 있다. 요컨대 합의된 가격을 통용하는 가치로 표현할 뿐이다.

당사자 쌍방이 계약요소를 제3자의 재량에 의하여 결정하거나 혹은 이에 관하여 당사자의 의사를 확정하는 것을 제3자에게 위임하는지 여부, 즉 가격을 자유로 결정하거나 적정가격 혹은 시장가격을 확정하도록 위임하는가 아닌가를 명확히 구별하는 것은 곤란하다. 그럼에도 불구하고 이 구별은 중요한 의의를 가진다. 그 이유는 앞의 독일법상의 첫째 유형의 경우만이 순수한 실체법상의 문제이기 때문이다. 그러므로 사실 또는 법률의 '확정'을 위임받은 감정인의 역할이 법률관계의 형성에 있다고 보는 경우에는 제3자는 자기의 판단에 따라서 권리를 형성하거나 변경할 수 있게 된다.⁵⁰⁾

이러한 관점에서 보면, 이탈리아의 *arbitrato irrituale* 이론은 의문이다. 왜냐하면, 제3자는 이미 존재하는 권리와 의무에 관하여 의견을 진술하도록 위임받고 있지만, 새로운 권리나 의무를 창조하는 것을 위임받고 있는 것은 아니기 때문이다. *arbitrato irrituale*(자유중재)와 화해간에는 근본적인 차이가 있다. 자유중재는 상호의 호양에 의한 화해를 목적으로 하고 있는 것은 아니고, 상호의 청구의 권리에 관한 판단을 목적으로 하고 있다. 그러므로 제3자에 의하여 체결되는 화해⁵¹⁾라고 생각하는 *arbitrato irrituale*의 이론구성은 부당하다.

넷째, 중재감정의 대상이 사실문제로 한정되는가

이것은 *arbitrato irrituale*과 협의의 중재판단과 대비한 중재감정이 판단의 대상이 사실

48) Art. 1592 CCF, Art. 1349 CCF, § 317 BGB.

49) BGH LM § 1025 ZPO Nr. 7.

50) Habscheid, *Festschrift für Heinrich Lehmann*, S.802.

51) Schizzerotto, *aa.O.*, S.135 ; Vecchione, *aa.O.*, S.25.

문제로 한정되는가 아닌가 하는 문제이다. 독일의 통설에 의하면 이탈리아의 *perizia*, 프랑스의 *expertise amiable*, 그리고 스위스법의 '중재감정'에 적합하다.⁵²⁾ 독일의 통설은 중재인이 '청구의 전체', 즉 사실문제 및 법률문제에 관하여 판단하지만, 단순히 청구권의 특정의 요소에 관하여 판단하고 본래의 법률효과에 관해서는 판단하지 않는 점이 중재판단과 중재감정간의 명확한 차이라고 생각하고 있다.⁵³⁾

다만 독일의 일부 학설은 감정인의 역할의 범위를 이렇게 제한하는 근거는 어디에도 존재하지 않는다고 한다. 확실히 감정인이 사실의 확정을 행하는 것만으로 충분한 경우는 존재하지만, 제3자가 법규범에 사실을 적용시키지 않거나 이 사실의 확정과 법의 적용을 구별하는 것은 불가능하므로 중재감정인의 영역을 당사자의 상호의 권리의무의 기초를 형성하는 사실로 한정하는 것은 옳지 않다고 한다.⁵⁴⁾ 그리하여 중재감정과 중재판단 간에는 어떤 실질적인 차이도 없으며, 사실과 마찬가지로 법률도 중재감정의 대상으로 될 수 있다고 한다.

2. 중재감정의 법적 성질

중재감정의 법적 성질에 설명하는데는 앞에서 설명한 분류에 따라서 두가지 유형으로 구별하는 것이 필요하다. 그리고 중재와 어떻게 다른지 살펴보는 것도 중요하다.

가. 권리를 형성하는 중재감정

권리를 형성하는 중재감정에는, 당사자들이 계약 체결시 일정부분을 부족한 채 남겨 놓고 제3자가 이를 보충하는 '계약을 보충하는 중재감정'과 제3자가 기존의 법률관계를 변경된 사정에 적용시키는 '권리를 변경하는 중재감정'이 있다. 전자의 예로는 당사자가 매매대금의 결정을 제3자의 판단에 맡기는 경우를, 후자의 예로는 임대차에 있어서의 임대료나 지상권의 이용범위, 또는 계속적 공급계약에서의 가격 등의 변경을 제3자의 판단에 맡기는 경우를 들 수 있으며, 이는 경제적 환경이 크게 변동하는 오늘날 가치보전조항으로서의 기능을 한다.⁵⁵⁾

권리를 형성하는 중재감정을 합의하는 중재감정계약은 실체법설 뿐만 아니라 소송법설에서도 실체법상의 계약이라고 한다. 다만, 소송법설은 이 경우 제3자는 당사자 쌍방을

52) Guldener, *aaO.*, S.597.

53) Schwab, *Schiedsgerichtsbarkeit*, S.6.7 ; Rosenberg/Schwab, *aaO.*, S.1092 ; BGHZ 6, 338.

54) Habscheid, *aaO.*, S.800, und KTS 1957, 135 ; Straüli/Messmer, *Kommentar. zur züricherischen ZPO*(Zürich 1976), § 258 Note 2.

55) 문일봉, "중재감정에 관한 소고", 「법조」 43권 8호, 법조협회, 1994.8, 43면 ; 金洪奎, 「證據契約の研究」, 法律文化社 1975. 77면 ; Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts* (Wine 1984), Rz. 2168.

위하여 계약을 체결하거나 변경함으로써 당사자 쌍방의 수탁자(Beauftragter)로서 행동하며, 이 경우의 중재감정은 진정한 중재감정이 아니라고 하는 점이 다르다. 제3자는 실제 법의 범위에서 행동하며, 제3자가 법률관계를 창조하고 제3자의 결정에 의하여 당사자의 권리·의무를 형성한다. 이 예로 독일민법 317조 이하, 프랑스민법 1592조, 그리고 이탈리아법의 arbitraggio을 들 수 있다. 이 경우, 제3자의 판단이 명백히 공평성을 잃고있는 경우에는 구속력이 없다. 이것은 당사자가 판단의 불공평성을 주장할 때까지는 우선 구속력이 있다는 것을 의미한다.⁵⁶⁾

나. 권리를 명확히 하거나 사실을 확정하는 중재감정

이 유형의 중재감정은, 당사자들이 그들 사이에 이미 존재하는 계약이나 법률관계의 특정한 내용을 판명할 수 없는 경우에 중재감정인이 이를 해명하는 '권리를 해명하는 중재감정'과 중재감정인이 법적으로 중요한 개별적인 사실 또는 구성요건 요소를 확정하는 '사실을 확정하는 중재감정'으로 나누어진다. 전자의 예로는 당사자들이 계약을 체결할 때 약정한 '적정한' 매매가격이나 은행에서 '통용되는' 이자를 제3자로 하여금 조사·확정케 하는 것을 들 수 있고, 후자의 예로는 제3자에 의한 손해, 과실, 손해의 원인, 책임의 유무, 인과관계, 가동능력상실률 등의 확정을 들 수 있다.

당사자가 중재감정에 의하여 당사자 상호의 권리·의무의 기초로 되는 사실 혹은 계약의 요소의 확정을 바라는 경우는, 제3자는 법률관계를 완전하게 하거나 문제되는 권리·의무를 형성하는 것이 아니라, 기존의 사실적 혹은 법적 상황을 확정하는 것에 그 역할이 한정된다. 그러므로 제3자의 기능은 원칙적으로 법관이나 중재인의 기능과 동일하다. 왜냐하면 법관도 소송물을 구성하는 권리·의무 및 그들의 기초로 되는 사실을 당사자가 요구하는 법률효과의 존부에 관하여 판단을 내리기 위하여 확정하지 않으면 안되기 때문이다.

이들 양자의 체계상의 유사성은, 우리들에게 중재계약의 법적 성질에 관한 의견의 차이를 상기시키는 기회를 주고 있다. 중재계약 그 자체도 학설상 전통적으로 실제법에 속하는 것으로 보아 왔다.⁵⁷⁾ 그러나 오늘날에는 당사자의 권리·의무에 관하여 판단하는 중재인은 재판의 역할을 하고 있다고 보는 견해가 점차 두드러지고 있다. 중재법은 소송법의 일부라고 보는 것이다.⁵⁸⁾

56) Habscheid, *aa.O.*(KTS), S.131.

57) Blomeyer, *aa.O.*, S.51 ; Larenz, *AcP* 157, 265, *Cour de Cassation Francaise* 27. 7. 1937 D 1938, I 25.

58) Guldener, *aa.O.*, S.595 ; Habscheid, *Droit judiciaire*, S.547 ff ; Schizzerotto, *aa.O.*, S.5, 130 ; Habscheid, *NJW* 1962, 5, 7 ; Robert, *aa.O.*, S.7.

(1) 실체법설

독일의 판례와 지배적 견해⁵⁹⁾는 사실을 확정하는 중재감정계약도 실체법설에 의하면 당사자들이 중재감정을 받아야 채권의 이행기가 도래하므로 중재감정인이 확정하여야 하는 채권의 소멸시효는 중재감정을 얻을 때까지 진행되지 않고⁶⁰⁾, 확정하는 중재감정에는 독일민법 317조 이하가 유추적용된다.

우리 나라에서도 중재감정계약은 당사자들이 중요한 계약을 맺으면서 이것이 소송상 문제가 되면 사정변경에 적합하도록 하기 위해 계약내용을 전문적 지식이 있는 평가자나 감정인에 의하여 결정할 수 있다고 당사자들이 합의하는 것과 같이 사실의 존부나 내용의 존부에 관한 판단을 제3자에게 맡기기로 하는 합의를 말하고, 이러한 합의는 결국 실체적인 법률상황의 형성에 관한 것으로 보아야 할 것이라고 하여 실체법설을 취하고 있는 것으로 보이는 견해⁶¹⁾도 있다.

일본의 경우 “중재감정계약은 감정인이 확정된 사실을 당사자의 법률관계의 요건사실로 하는 합의를 포함하므로 감정에 의한 사실의 확정은 당사자간의 법률관계의 확정을 가져오므로 중재감정계약은 사법상의 권리의 내용의 형성을 목적으로 하는 실체법상의 계약으로 볼 수 있다고 하여 감정이 없는 당사자 사이에는 청구의 존부에 관한 판단의 전제사실이 없으므로 중재감정계약의 항변이 있는 경우에 청구가 기각된다”⁶²⁾고 하거나, “당사자는 계약으로 자유로이 처분할 수 있는 권리의 내용이라면 어떤 방법으로 결정하는 것도 가능하고, 중재감정계약은 당사자간에 작위 또는 부작위의 채무를 발생시키는 것이 아니라 이에 의하여 권리의 내용의 모습을 변경하는 처분행위이므로 소송상의 계약이 아니라 사법상의 계약으로 보아 그 적법성을 인정할 수 있다”⁶³⁾고 하여 실체법설을 취하는 견해가 있다.

(2) 소송법설

(가) 증거계약설 : 독일의 소수설⁶⁴⁾은 중재감정이 증거제출에 도움이 되고 일정한 사실의 증거평가를 구속하므로 중재감정계약은 증거계약에 포함될 수 있으며, 적어도 이러한 증거계약은 허용되어야 한다고 하고 있는데, 이 학설은 중재감정인의 중재감정이 명

59) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *aa.O.*, § 1025 Anm. 3 B ; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, 15.Aufl.(München 1993), § 171 III 3 ; Thomas/Putzo, *Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 15.Auf., § 1025 2 ; Zeiss, *Zivilprozeßrecht*, 7.Aufl.(Tübingen 1989), Rn. 863.

60) Röhl, *Alternativkommentar zur Zivilprozeßordnung(AK-ZPO)*, § 1025 Rn. 50 ; OLG Hamm MDR 1982, 933.

61) 강현중, 「민사소송법(전정중보판)」, 박영사, 1992, 499면.

62) 小山昇, 「調停法・仲裁法(法律學全集 38)」, 有斐閣, 1972, 59-60面.

63) 兼子一, 「訴訟に關する意たつて」, 「民事法研究」第1卷, 286面.

64) Baumgärtel, *aa.O.*, S.256ff.

백히 부정당한 경우에는 독일민법 317조 이하를 유추적용하여 구속력이 없다고 해야 한다고 하고 있어 실제법설과 별 차이가 없다. 우리 나라⁶⁵⁾나 일본⁶⁶⁾의 통설은 중재감정계약을 증거계약의 일종으로 보면서 그 적법성을 인정한다.

(나) 기능적중재인설 : 중재감정계약이 소송에 있어 증거(방법)계약으로서 기능하고 있음은 인정하나, 그것만으로는 중재감정의 전반적인 기능을 제대로 파악할 수 없다고 하면서, 중재감정인은 증서진부확인판결과 같이 사실적 또는 법률적인 판단요소를 구속력 있게 확정함으로써 분쟁을 해결하게 되므로 그 기능이 중재인의 기능과 유사한데, 중재법이 소송법(절차법)에 속하므로 중재감정도 소송법에 속하고, 따라서 중재감정계약은 중재계약과 성질에 있어 유사하다고 하므로, 독일민법 317조 이하의 유추적용을 부정하고 중재법을 중재감정에 유추적용하자고 하는 견해로서 중재판정의 취소사유를 유추적용하여 유사한 결론을 이끌어 내고 있다.⁶⁷⁾ 우리 나라나 일본에서는 아직 기능적중재인설이 보이지 않는다.

(3) 사건

이 유형의 중재감정이 반드시 소송을 전제로 하는 것이 아니므로 중재감정계약을 일률적으로 소송상의 합의인 증거계약이라고 할 수 있는지는 의문이고, 소송을 전제로 하는 증거계약으로서의 중재감정도 그 확정된 사실에 의하여 법원이 구속되어 법관의 증거력 평가도 어느 정도 제한함으로써 자유심증주의를 현저히 침해하므로 그 적법성을 인정할 수 없게 된다는 것이 증거계약설의 한계라 할 수 있다. 기능적중재인설은 중재감정이 반드시 소송을 전제로 하여 법관의 사실인정에 갈음하는 것이 아니라는 점에서 증거계약설 보다는 설득력이 있으나, 중재감정과 기능면에서 중재와 유사하다고 하여 그 성질까지 유사한 것으로 보아 중재감정계약을 소송법적으로 이해하고 중재감정에 중재법 규정을 유추적용하려는 것은 무리이다. 중재감정과 중재는 그 효력면에서 명백한 차이가 있으며, 특히 당사자에 대한 구속력의 기초를 중재는 절차법인 중재법에 두고 있는 반면 중재감정은 당사자의 합의에 기초하고 있다는 점에 본질적인 차이가 있다. 스위스의 Zürich주 민사소송법 제258조와 같이 절차법 자체에서 중재감정에 관하여 규정하고 있는 경우에는 중재감정의 구속력이 바로 절차법에서 나오므로 소송법적인 것으로 볼 수도 있다. 그러나

65) 송상현, 「민사소송법(신정2판)」, 박영사, 1999, 549면 ; 이시운, 「민사소송법(신정4판)」, 박영사, 2001, 507면 ; 김홍규, 「민사소송법(제2판)」, 삼영사 1992, 644-645면 ; 방순원, 「민사소송법 상(전정판)」, 한국사법행정학회 1987, 457-459면 ; 정동윤, 「민사소송법(삼정판)」, 법문사 1992, 447-448면 ; 이재성, 「주석 민사소송법Ⅲ」, 한국사법행정학회 1991, 330면.

66) 上田徹一郎, 「民事訴訟法」, 法學書院 1988, 230面 ; 兼子 · 松浦馨 · 新堂幸司 · 竹下守夫, 「條解民事訴訟法」, 弘文堂 1986, 941-942面 ; 小島武司, 「要論民事訴訟法(全訂版)」, 中央大學出版部 1982, 213面 ; 新堂幸司, 「民事訴訟法(第二版)」, 現代法律學全集 30, 筑摩書房, 1981, 346-347面 ; 三月月章, 「民事訴訟法(法律學講座叢書)」, 弘文堂 1979, 441面 ; 齊藤秀夫 編, 「註解民事訴訟法(4)」, 第一法規, 1975, 351面.

67) Stein/Jonas/Schlosser, *Commentar zur Zivilprozeßordnung*, 20.Aufl., § 1025 Rn. 26ff.

이러한 규정이 없는 우리 나라나 독일에서는 소송법적인 것으로 볼 수 없다. 중재감정은 어디까지나 당사자들이 사적 자치의 원칙에 의하여 그들의 사법상의 법률관계 그 자체를 규율하는 것으로 보아야 한다.⁶⁸⁾

다. 중재와의 구별

중재감정과 중재판단간의 구별에 관하여, 전통적인 견해⁶⁹⁾는 제3자의 역할의 범위의 차이에 있다고 보고 있다. 이 견해에 의하면 중재인은 법적 분쟁을 판단하고, 중재감정인은 법적인 판단에 있어 중요한 개별적인 사실을 확정한다고 한다. 최근에는 중재감정인은 중재인의 일부기능을 달성하므로 중재인과 중재감정인의 활동은 이론적으로도 구별할 수 없다고 하는 이른바 기능적중재인설⁷⁰⁾이 등장하기도 하였다. 그러나 중재감정은 법원에 의한 사후적 내용심사가 가능하고 강제집행을 위해서 별도의 이행의 소를 제기하여야 하는 반면, 중재판정은 확정판결과 동일한 효력이 있어(중재법 제12조) 예외적인 경우에 중재판정취소의 소에 의하여 다룰 수 있을 뿐이며(중재법 제13조), 강제집행을 하기 위해서 집행판결(중재법 제14조)을 받으면 충분하여 사후의 내용심사 가능성을 배제한 채 종국적으로 행해진다는 점에서 차이가 있으므로, 당사자가 제3자의 판단에 어떠한 효력을 부여하는가를 그 구별의 기준으로 삼는 것이 타당하다. 이 견해 또는 전통적 견해와 병행하여 주장하는 것이 독일의 지배적 학설⁷¹⁾ 및 판례⁷²⁾의 입장이다. 당사자들이 제3자의 판단에 어떠한 효과를 부여하려고 하는가는 법률행위 해석의 문제로서 당사자들이 계약에서 중재인 또는 중재판정이라는 단어를 사용하는 것은 결정적인 의미를 가지지 못한다.⁷³⁾

3. 중재감정의 구속력

가. 중재감정의 구속력

중재감정은 당사자들에게 보고됨으로써 구속력이 생기고 철회할 수 없으며,⁷⁴⁾ 이 구속

68) 同旨 : 문일봉, “중재감정의 구속력배제와 법원의 조처”, 『인권과 정의』 230호, 대한변호사협회, 1996.10, 104면.

69) 小山昇, 『前掲書』, 60면 ; Arens/Lüke, *Zivilprozeßrecht*, 5.Aufl.(München 1992), S.487 ; BGHZ 9, 144 ; OLG Zweibrücken, NJW 1971, 943.

70) Stein/Jonas/Schlosser, *aa.O.*, §1025 Rn. 27, 28.

71) Rosenberg/Schwab/Gottwald, *aa.O.*, §317 Rn. 13 ; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozeßordnung*, 48.Aufl., Grundz vor §1025 Anm. 3 A c ; Röhl, *aa.O.(AK-ZPO)*, vor §1025 Rn. 46 ; Gottwald, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(Münch Komm-BGB)*, Band 2, 3.Aufl.(München 1993), §171 III 2 ; Thomas/Putzo, *aa.O.*, §1025 2.

72) BGHZ 6, 335 ; NJW 1975, 1556 ; VersR 1981, 382 ; MDR 1982, 36.

73) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *aa.O.*, Grundz vor §1025 Anm. 3 A c ; Stein/Jonas/Schlosser, *aa.O.*, §1025 Rn. 23 ; Gottwald, *aa.O.(Münch Komm-BGB)*, §317 Rn. 15 ; BGH NJW 1977, 1556 ; OLG Zweibrücken NJW 1971, 943.

력은 당사자뿐만 아니라 법원에 대해서도 미친다. 다만, 독일의 경우 당사자들은 착오, 강박 또는 악의의 사기를 이유로 중재감정을 취소할 수 있다(독일민법 318조). 소송법설에서는 중재감정은 소송법적인 효력을 가지므로 그 자체로서 법원을 구속하게 되는 반면에, 실체법설에서는 중재감정이 당사자 사이의 실체관계를 형성 내지 확정하기 때문에 법원이 재판을 함에 있어 그러한 실체관계를 전제로 할 수밖에 없어 이에 구속되는 것이라고 보아야 한다.

나. 중재감정의 구속력 배제

(1) 독일의 경우

독일의 경우 '권리를 형성하는 중재감정'은 명백히 불공평한(offenbar unbillig)⁷⁵⁾ 경우에 구속력이 없고(독일민법 319조),⁷⁶⁾ 이에 대하여 '권리를 명확히 하거나 사실을 확정하는 중재감정'은 사실상태와 법적 상태에 부합되는지 여부의 문제이므로 재량의 여지가 없기 때문에 독일민법 319조가 직접 적용되지 못하고 유추적용되어 명백히 부정당한(offenbar unrichtig)경우에 구속력이 없다.⁷⁷⁾ 여기에서 불공평성 또는 부정당성의 '명백함'이란, 모든 사람 또는 적어도 모든 전문가가 의심할 여지없이 그 자체로 인식할 수 있는 것이어야 하는 것이 아니라, 편견없는 전문가가 판단한다면 불공평성 또는 부정당성이 곧바로 느껴지는 것을 의미한다.⁷⁸⁾ 실체법설은 원칙적으로 중재감정의 결과가 명백히 불공평하거나 부정당한 경우에 구속력이 없다고 한다.⁷⁹⁾ 그러나, 최근에는 '권리를 명확히 하거나 사실을 확정하는 중재감정'을 중심으로 중재감정인이 절차를 잘못 취하는 경우, 중재감정계약의 내용을 무시하는 경우, 그 이유 중의 판단에 하자가 있는 경우 등도 중재감정의 구속력이 없다는 것이 널리 인정되고 있고,⁸⁰⁾ 판례⁸¹⁾도 임대료의 증액에 관하여 법원이 사후적으로 심사할 수 있는 산출기준을 결한 경우, 계약의 본질적인 평가관점을 고려하지

74) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *aaO.*, Grundz vor §1025 Anm. 3 F ; Gottwald, *Münch Komm-BGB*, §318 Rn. 1 ; BGH NJW-RR 1987, 22.

75) Gottwald, *aaO.*, § 319 Rn. 11 ; BGH NJW 1958, 2067.

76) BGHZ 48, 30; OLG Celle MDR 1973, 314.

77) Rosenberg/Schwab/Gottwald, *aaO.*, §171 III 5 ; Gottwald, *aaO.*, §319 Rn. 17 ; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *aaO.*, Grundz vor §1025 Anm. 3 F ; Bulla, *Gerichtliche Nachprüfbarkeit von Schiedsgutachten*, NJW 1978, 397 ; Palandt/Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52.Aufl.(München 1993), § 318 Rn. 4 ; BGH NJW 1984, 44 ; KG NJW 1980, 1342.

78) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *aaO.*, Grundz vor §1025 Anm. 3 F ; Kornblum, *Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§315-319 BGB*, AcP 168, 468 ; Gottwald, *aaO.*, § 319 Rn. 11, 17 ; BGH NJW-RR 1988, 506 m. w. N. ; NJW 1983 2244 ; NJW 1981, 2351 ; NJW 1979, 1885.

79) BGH NJW 1977, 801

80) Rosenberg/Schwab/Gottwald, *aaO.*, §171 III 5 ; Stein/Jonas/Schlosser, *aaO.*, §1025 Rn. 31.

81) BGH NJW 1975, 1566 ; NJW 1974, 1235 ; MDR 1973, 210 ; WM 1969, 768.

않고 한 당사자의 이익만을 고려한 경우, 그릇된 사실을 전제로 한 경우, 계약상의 측정 기준을 오인한 경우 등에 있어 중재감정의 효력을 부인한다. 또한, 법적 심문이 거부된 경우에는 중재감정이 정당성이 없으며,⁸²⁾ 감정인의 설명이 결점이 많아 전문가가 감정의 결과를 심사할 수 없어도 정당성이 없다. 다만, 이러한 중재감정의 구속력배제사유는 중재감정계약에서 합의하거나 제외할 수 있다.⁸³⁾ 명백한 불공평성 또는 부정당성은 중재감정인에게 귀책사유가 있는지의 여부와 관계없이 객관적으로 존재하는 것으로 충분하다.⁸⁴⁾ 기피사유가 존재하는 경우에는 중재감정의 불공평성 또는 부정당성을 판단함에 있어 이를 선결문제로서만 심사할 수 있다.⁸⁵⁾ 다만, 당사자들이 기피권을 가지기로 합의하는 것은 가능하다.⁸⁶⁾ 중재감정의 구속력을 다투는 당사자가 명백한 불공평성 또는 부정당성에 대한 주장책임⁸⁷⁾과 입증책임⁸⁸⁾을 진다.

(2) 우리 나라의 경우

위에서 보는 바와 같이 독일에서는 중재감정의 구속력 배제사유로서, 권리를 형성하는 중재감정의 경우 독일민법 319조를 직접 적용하여 “명백한 불공평”을, 확정하는 중재감정의 경우 독일민법 319조를 유추적용하여 “명백한 부정당”을 들고 있다. 그러나 우리 나라는 독일민법과 같은 명문규정이 없기 때문에 어떤 경우에 중재감정의 구속력을 배제시킬 것인가가 문제된다. 우선 판례를 살펴보면, 중재감정의 구속력을 배제시킨 대법원 판례⁸⁹⁾가 있는 바, 이 판례는 “감정인들이 원고들이 일방적으로 제시한 도면과 현장사진, 인부 및 자재투입내역 등만을 토대로 감정을 시행하고, 공사현장을 제대로 확인하지도 아니한 채 도상감정에 의존하고 있음”을 이유로 감정이 공정하지 못하다고 하여 감정절차상의 하자를 구속력 배제의 사유로 삼고 있다.

우리 나라의 학설은 중재감정의 구속력 배제사유로서, 우선 당사자의 의사를 고려하고 있다. 당사자들은 중재감정의 구속력을 배제하는 기준을 합의할 수 있고, 당사자들의 의사가 명시적으로 나타나지 않을 지라도 중재감정에 이르게 된 경위, 중재감정계약의 목적

82) Gottwald, *aa.O.*, § 317 Rn. 19 ; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *aa.O.*, § 171 III 4 a ; Röhl, *aa.O.(AK-ZPO)*, vor § 1025 Rn. 49 ; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *aa.O.*, Grundz vor § 1025 Anm. 3 E ; Stein/Jonas/Schlosser, *aa.O.*, § 1025 Rn. 30 ; Fasching, *aa.O.*, 2169 ; Guldener, *aa.O.*, S.598 Fn. 16 b ; Thomas/Putzo, *aa.O.*, § 1025 2 b. a.A. BGHZ 6, 335 ; BGH, NJW 1955, 665.

83) *Vgl.* Stein/Jonas/Schlosser, *aa.O.*, § 1025 Rn. 31 ; BGH NJW-RR 1988, 506 m. w. N.

84) Gottwald, *Münch Komm-BGB*, § 319 Rn. 11 ; Palandt/Heinrichs, *aa.O.*, § 318 Rn. 3.

85) Röhl, *aa.O.*, vor § 1025 Rn. 49 ; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *aa.O.*, Grundz vor § 1025 Anm. 3 E ; Bunte, *Anmerkung*, NJW 1986, 70.

86) BGH NJW 1972, 827.

87) Röhl, *aa.O.*, vor § 1025 Rn. 52 ; Thomas/Putzo, *aa.O.*, vor § 1025 2 b ; BGH NJW 1984, 43.

88) Gottwald, *aa.O.*, § 319 Rn. 2, 10 ; Palandt/Heinrichs, *aa.O.*, § 318 Rn. 7.

89) 대법원 1991. 4. 26. 선고, 91다5566 판결 ; 동 1994. 4. 29. 선고, 94다1142 판결.

등 제반 사정을 고려하여 당사자들의 의사를 헤아려야 하며, 당사자가 구속력 배제기준에 관하여 명시적·묵시적으로 합의하지 않은 경우에는 일반원칙으로 돌아가 신의성실의 원칙에 관한 규정인 민법 제2조나 반사회질서의 법률행위에 관한 규정인 민법 제103조, 또는 형평의 원칙을 적용하여 해결해야 할 것이라고 한다.⁹⁰⁾ 또한 중재감정의 구속력을 주장하는 당사자는 중재감정이 공정하게 산출된 결과라는 점을 주장·입증해야 하며, 그 구속력의 배제를 주장하는 당사자는 배제사유를 주장·입증해야 한다고 하고 있는데, 이는 입증책임의 분배의 원칙상 당연한 귀결이라고 생각한다.

그렇다면, 중재감정의 구속력이 없을 때 법원은 어떻게 해야 하는가. 독일의 경우에는 권리를 형성하는 중재감정의 경우에는 독일민법 319조에 의하여 법원이 급부를 결정하고, 확정하는 중재감정의 경우에는 독일민법 319조를 유추적용하여 법원이 증거조사를 통하여 사실을 확정하고 있다. 이러한 명문규정이 없는 우리 나라의 경우는 문제가 된다. 이에 대하여 위의 대법원 판례는, “당사자의 약정에 의하여 지명된 감정의견에 따라 기성공사금을 지급하기로 한 경우에 있어 그에 따른 감정의견에 신빙성이 없다고 판단되는 경우에는 수소법원으로서 다른 합리성이 있는 전문적 의견을 보충자료로 삼아 분쟁사안을 판단하는 수밖에 없다”고 함으로써 증거계약설에 가까운 입장을 취하여 중재감정결과를 신빙할 수 없는 경우에는 다른 증거를 채택하여 사실을 확정하여야 한다고 하고 있다.

IV. 맺음말

위에서 살펴본 바와 같이, 우리 나라에서는 증거감정이라는 용어가 아직 생소할 정도로 이 제도가 활성화되지 않고 있다. 판례도 앞에서 소개한 대법원판례 이외에는 별로 보이지 않는다. 우리 나라의 학설은 증거감정계약을 증거계약의 하나로 보는 독일의 학설을 받아들이고 있는데, 소송상의 합의인 증거계약은 실제로 잘 이용되지 않고 있어 중재감정의 활성화란 거의 기대할 수 없는 실정이다.

그러나 중재감정은 이미 살펴본 바와 같이 실체법의 영역에 존재하는 제도이다. 당사자들간에 앞으로 존재할 가능성이 있거나 현재 존재하는 법적 분쟁은 그 다툼있는 부분이 전반적일 수도 있으나 몇몇에 한정되는 것이 대부분일 것이다. 이러한 경우에 당사자간의 합의에 의하여 다툼이 있는 요소에 관하여 중재감정인의 중재감정을 받아 그것을 기준으로 하여 분쟁을 해결할 수 있다면 매우 바람직한 것이다. 소송에서 많은 부분을 차지하는 자동차손해배상사건도 이러한 중재감정을 이용한다면 소송을 하지 않고도 해결할 수 있을 것이다. 앞으로 우리 나라도 독일처럼 보험법 분야에서도 중재감정을 발전시킬 필요가

90) 문일봉, “전개 중재감정의 구속력 배제와 법원의 조처”, 106-107면.

있다.

우리 나라의 경우, 독일민법 317조 이하와 같은 규정이 없기 때문에 앞에서 살펴본 독일 등 여러 나라의 중재감정의 법리를 우리 나라에 도입하는 데에는 여러 가지 문제가 나올 수 있다. 특히, 어떠한 경우에 중재감정이 구속력이 없다고 할 것인가가 문제된다. 이른바 기능적중재인설과 같이 중재법의 중재취소사유를 유추적용하자는 견해가 나올 수도 있을 것이나, 일반원칙인 신의성실의 원칙에 관한 민법 제2조나 반사회질서의 법률행위에 관한 민법 제103조를 적용하여 중재감정이 명백히 불공평하거나 부정한 경우에는 신의성실의 원칙이나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 하여 그 구속력배제사유를 발전시키는 것이 타당할 것이다. 중재감정이 불가능하거나 구속력이 없는 때에 법원이 바로 사실인정을 할 수 있는지 여부에 대해서도 문제되지만, 이 경우에는 법원의 사실인정에 따르려는 취지가 중재감정계약에 포함되어 있는 것으로 해석하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하다.