

독점규제법 관련분쟁의 중재의 대상적격

The Arbitrability of the Subject-matter of a Dispute on the Antitrust Law

강 수 미*
Su-Mi Kang

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 중재의 대상적격 규율방식
- III. 중재의 대상적격 제한원리
- IV. 독점규제법 관련분쟁의 중재의 대상적격
- V. 결 론

주제어 : 중재의 대상적격, 중재가능성, 중재합의, 중재, 독점규제법 관련분쟁, 공서, 당사자자치

I. 서론

중재는 분쟁을 법원의 재판에 의해서가 아니라 사인(私人)인 중재인의 중재판정에 의해 해결하는 제도이다. 중재를 통해 분쟁을 해결할 경우 분쟁의 내용에 따라 그에 관한 전문 지식을 가진 자를 중재인으로 선정할 수 있고, 당사자가 중재장소를 정할 수 있으며, 재판에 비해 비교적 자유로운 분위기에서 탄력적인 분쟁해결을 도모할 수 있다. 특히 영업 비밀 등과 관련하여 분쟁의 내용이 외부에 공개되는 것을 당사자가 원하지 아니하는 때에는 중재제도를 이용해 분쟁을 해결할 필요가 있다.

교통·통신수단의 발달로 말미암아 국경을 초월한 거래가 빈번하게 이루어지고, 이와 관련된 분쟁도 증가하고 있을 뿐 아니라 복잡·다양해지고 있다. 점차 복잡·다양해지고 있는 분쟁을 유효·적절하게 해결할 수 있는 방안으로 중재제도에 대한 관심이 증가하고 있다. 그런데 일정한 분쟁을 중재에 의해 해결할 수 있기 위해서는 그 당사자간에 중재인의 중재판정에 의해 분쟁을 해결하기로 하는 내용의 중재합의가 존재하여야 한다(중재법 제3조 제1호). 또한 중재합의가 유효하게 성립하기 위해서는 중재의 대상이 된 분쟁이 중재에 의해 해결할 수 있는 것이어야 한다. 일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부는 분쟁대상의 중재가능성(arbitrability of the subject-matter of a dispute) 내지 객관적 중재적격(objektive Schiedsfähigkeit)을 의미하는 중재의 대상적격의 문제로 논의되고 있다.¹⁾ 오늘날 당사자자치의 원칙에 근거하여 중재에 의한 분쟁해결을 허용하는 것이 일반적인 추세이지만, 중재제도가 법적 분쟁해결방법의 일종인 이상 이를 이용하는 나라의 법질서 내에서 인정될 수 있다.

대부분의 현대국가들은 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진하기 위하여 상거래를 규제하는 입법을 하고 있다. 이러한 독점규제법 관련영역은 단순한 사인간의 경제활동과는 다른 특성을 가질 수밖에 없는데, 이러한 영역에서 발생하는 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제될 수 있다.

본 논문에서는 중재의 대상적격에 관한 규율방식과 아울러 현행 중재법의 내용을 살펴봄으로써 중재의 대상이 될 수 있는 요건을 검토해 보고자 한다. 또한 이를 토대로 독점규제법 관련분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부에 관하여 살펴봄으로써 중재제도가 보다 효율적인 분쟁해결수단으로 기능할 수 있는 방안을 모색해 보고자 한다.

1) 중재가능성 또는 중재적격이라고 할 경우 객관적 측면과 주관적 측면을 포함하는 것으로 볼 수 있는데, 이는 각각 “어떠한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가”와 “누가 중재의 당사자가 될 수 있는가”를 의미한다. 본 논문에서는 전자, 즉 중재의 대상적격에 관하여 살펴보고자 한다.

II. 중재의 대상적격 규율방식

1. 중재의 대상적격의 의의 및 기능

중재를 통한 분쟁해결을 가능하게 하는 중재합의는 일종의 법률행위인바, 이러한 법률 행위를 할 수 있는 능력 및 권한을 가진 자가 중재를 통해 해결할 수 있는 분쟁을 그 대상으로 하여야 중재합의의 효력이 인정된다. 일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는 자격을 중재의 대상적격이라고 할 수 있다.

중재의 대상적격은 ①소송절차 진행 중 피고로부터 중재의 항변이 제출된 경우,²⁾ ②중재의 피신청인이 해당 분쟁이 중재의 대상이 되지 아니함을 이유로 중재합의의 효력을 다투는 경우,³⁾ ③중재의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 중재판정이 내려졌다고 하여 중재판정취소의 소가 제기된 경우,⁴⁾ ④중재판정에 기한 강제집행을 하기 위하여 집행판결이 구해진 경우⁵⁾ 등에 문제된다. 이 가운데 ①, ②는 중재합의의 유효성과 관련이 있고, ③, ④는 중재판정 취소사유와 관련이 있는바, 중재의 대상적격은 중재합의의 유효성 여부 또는 중재판정 취소사유 존부에 관한 판단기준으로 작용한다고 할 수 있다. 중재의 대상적격이 문제되는 구체적인 국면이 어떠한 간에, 중재의 대상적격은 국가가 중재제도를 규제 내지 감독하는 기능을 한다고 할 수 있다.⁶⁾ 중재의 대상이 될 수 없는 분쟁을 중재의 대

- 2) ①과 관련해서는 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우 피고가 중재합의의 존재를 항변하면 법원이 소를 각하하여야 하는데, 그 분쟁이 중재의 대상이 될 수 없어 중재합의의 효력이 인정되지 않으면 법원에 계속 중인 소송에 영향을 미치지 않는다(중재법 제9조 제1항).
- 3) ②의 경우 중재인은 해당 분쟁이 중재의 대상이 되지 않는 것으로 판단되면 중재신청을 각하하여야 한다. 그러나 해당 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있어 중재절차 개시의 근거가 된 중재합의가 유효하다고 판단되면 중재인에게 판정권한이 있다는 취지의 결정을 내려야 하고(중재법 제17조 제1항 전문, 중재절차의 속행이 불필요하거나 불가능한 것으로 판단되면 중재절차 종료결정을 내려야 한다(중재법 제33조 제2항 제3호).
- 4) ③과 관련해서는, 중재의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결할 수 없는 때에는 중재판정 취소의 소의 수소법원은 직권으로 이러한 사유에 관하여 심리할 수 있고(중재법 제36조 제2항 제2호 가목), 중재의 대상이 될 수 없는 분쟁에 관하여 중재합의가 체결되어 당사자가 지정한 법 또는 대한민국의 법에 의해 그 중재합의가 무효인 때에는 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 이러한 사유를 주장하면 수소법원은 이에 관하여 심리하여야 한다(같은 법 같은 항 제1호 가목).
- 5) ④와 관련해서는, 국내중재의 경우 중재판정에 대한 승인 또는 집행을 구하는 소가 제기된 경우 피고는 중재의 대상이 될 수 없는 분쟁에 관하여 중재합의가 체결되었음을 이유로 그 중재합의가 당사자가 지정한 법 또는 대한민국의 법에 의해 무효임을 주장할 수 있고, 중재판정에 대한 승인 또는 집행청구의 소의 수소법원은 직권으로 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 경우에 해당 하는가의 여부에 관하여 심리할 수 있다(중재법 제38조, 제36조 제2항 제1호 가목·제2호 가목). 국제중재의 경우에는 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, 이하 '뉴욕협약'이라고 한다)의 적용을 받는 사건과 그 적용을 받지 않는 사건으로 나누어 살펴보아야 한다. 전자의 경우 분쟁의 대상이 중재판정의 승인이나 집행을 요구받은 법원이 속한 국가의 법률에 의하여 중재로 해결될 수 없는 것인 때에는 그 중재판정에 대한 승인과 집행이 뉴욕협약 제5조 제2항 (a)에 의해 거부될 수 있고(중재법 제39조 제1항), 후자의 경우에는 민사소송법 제217조, 민사집행법 제26조 제1항, 제27조에 근거하여 집행여부를 판단하여야 한다(중재법 제39조 제2항).
- 6) 田邊 誠, “民事紛争の仲裁適格について-ドイツにおける議論を參考にして-”, 『民事訴訟雑誌』第42号, 法律文化史, 1996. 3. p.71.

상으로 한 중재합의는 중재법이 예정한 중재합의에 해당하지 않으므로, 중재법이 인정한 중재합의로서의 효력을 가지지 못하게 되고, 국가는 그와 같은 중재에 협력하지 않을 것이다. 따라서 중재의 대상적격에 관한 대표적인 규율방식과 아울러 현행 중재법의 내용을 검토해 볼 필요가 있다.

2. 중재의 대상적격 규율방식

중재란 당사자간의 합의에 의해 국가의 사법권(司法權)을 배제하고 사인인 중재인의 중재판정에 의해 분쟁을 해결하는 제도이므로, 중재는 이를 허용하는 실정법상의 근거가 있는 경우에 이용할 수 있다. 또한 중재제도의 구체적인 운영형태는 이를 인정하고 있는 각국의 실정법에 의해 정해진다. 따라서 중재의 대상이 될 수 있는 분쟁의 자격에 관하여도 각국이 달리 규정하고 있는데, 그 규율내용을 살펴보면 ①분쟁의 대상에 관하여 당사자가 화해할 권리 또는 자유로운 처분권을 가지는 경우에 한하여 중재의 대상적격을 인정하는 방식(일본, 프랑스, 네덜란드 등)과 ②사인간의 경제적인 이해관계에 관한 분쟁이면 일반적으로 중재의 대상이 될 수 있다는 것을 전제로, 법률상 중재의 대상이 될 수 없음을 규정한 명문규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 중재의 대상적격을 부정하는 방식(미국, 뉴질랜드, 독일 등) 등이 존재한다.

(1) 화해가능성을 기준으로 중재의 대상적격을 정하는 방식

중재절차의 개시요건으로 중재합의가 존재하여야 하는 것과 중재에 회부된 분쟁의 내용을 살펴보면 사인간에 화해 가능한 것이 압도적으로 많은 것을 근거로 하여, 당사자에 의한 화해가능성 또는 처분가능성을 기준으로 중재의 대상적격 유무를 판단한다.

이러한 규율방식 하에서는, 당사자간의 합의로 중재에 의한 분쟁해결절차가 개시되는 것은 당사자가 분쟁해결방법과 그 내용을 정할 수 있다는 것을 전제로 하고, 이는 당사자가 분쟁의 대상인 권리 또는 법률관계를 처분할 수 있는 권리를 가지고 있다는 것을 전제로 하고 있다.

화해가능성을 기준으로 중재의 대상적격 유무를 판단하는 것은 당사자가 화해를 통해 자유로이 처분할 수 있는 사항을 내용으로 하는 분쟁에 관하여 중재의 대상적격을 부정해서는 안 된다는 것을 표명하고 있는 것으로 볼 수도 있다. 그런데 이러한 규율방식에 의할 경우 중재의 대상적격 인정범위가 상대적으로 축소될 가능성이 있다. 특히 공법상의 법률관계를 전제로 하는 사법상의 법률관계가 분쟁의 대상이 된 경우 중재의 대상적격을 인정할 수 있을 것인가의 여부가 문제된다.

일본의 경우에는 법령에 특별한 규정이 없는 한 당사자가 화해할 수 있는 민사상의 분

쟁7)이 중재의 대상이 될 수 있다(중재법 제13조 제1항). 당사자가 화해로 해결할 수 없는 법률관계는 당사자에게 처분권한이 없기 때문에 중재의 대상이 될 수 없게 된다.⁸⁾ 프랑스의 경우에는 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 권리관계이면 중재에 부탁할 수 있고(민법 제2059조), 사람의 신분·능력에 관한 문제, 이혼이나 별거에 관한 문제, 공공 단체나 시설에 관한 쟁송 기타 공서(公序)에 관한 사항은 중재에 부탁할 수 없다(같은 법 제2060조). 네덜란드의 경우에는 당사자가 자유로이 처분할 수 없는 법률관계는 중재합의의 대상이 될 수 없다(민사소송법 제1020조 제3항).

(2) 화해가능성을 기준으로 하지 않는 방식

분쟁의 대상에 관한 화해가능성 내지 처분가능성을 요구하지 않는 방식의 구체적인 규율내용은 나라마다 차이가 있지만, 사인간의 경제생활에 관한 분쟁이면 중재의 대상이 될 수 있음을 전제로, 공서의 관점에서 법률에 의해 중재의 대상이 될 수 없음이 명시된 경우에는 중재의 대상이 될 수 없는 것으로 보고 있다.

이러한 규율방식 하에서 중재절차의 개시요건으로서 중재합의의 존재가 요구되는 것을 중재기관, 당사자, 국가와의 관계에서 설명하기도 한다.⁹⁾ 즉 중재기관과의 관계에서, 중재합의를 법원에 의한 분쟁해결을 배제하고 중재인의 판단에 따를 것을 중재기관에 밝히는 당사자 쌍방의 의사표시로 이해한다. 분쟁해결주체로서의 중재기관은 국가기관인 법원에 대해서는 보충적인 관계에 있기 때문에 이러한 당사자의 의사표시가 요구된다고 한다. 당사자에게 있어서는 그들의 중재합의에 의해 그들간의 분쟁해결과정에서 법원을 배제시키는 것이 가능하고, 당사자 일방이 중재합의에 반하여 법원에 소를 제기한 때에는 상대방 당사자는 중재합의의 존재를 항변할 수 있다고 한다. 국가와의 관계에서는 분쟁 당사자에 한하여 그 해결을 당사자에게 맡기고 국가가 이에 관여하지 않더라도 특별히 문제될 것이 없다는 것에 근거하여 중재합의에 의해 중재가 인정되며, 예외적으로 국가가 분쟁해결에 관여할 필요가 있는 때에는 중재합의 유무를 불문하고 입법에 의해 중재의 대상적격을 부정함으로써 그 목적을 달성할 수 있다고 한다.

뉴질랜드 중재법에 따르면 ①당사자가 중재합의에 의해 중재에 부칠 것을 합의한 분쟁은 중재에 의해 해결할 수 있다. 다만 중재합의가 공서에 반하거나 법률상 중재에 의해 해결할 수 없는 때에는 그러하지 아니하다. ②법률이 고등법원 또는 지방법원에 관할권을 부여하고 중재에 의한 해결에 관하여 규정하고 있지 않다고 하여, 이에 관한 분쟁을 중재를 통해 해결하는 것이 허용되지 않는 것으로 보아서는 안 된다(중재법 제10조). 독일의

7) 이혼 또는 이연(離縁)의 분쟁은 중재의 대상이 되지 않는 것으로 규정하고 있다(중재법 제13조 제1항). 이연이란 양친자관계를 해소시키는 것으로서 우리나라의 파양에 해당하는 제도이다.

8) 上野泰男, “仲裁可能性”, 『現代仲裁法の論点』, 有斐閣, 1998, p.106.

9) 이에 관하여는 高田 薫, “行政事件の仲裁適格性(1)”, 『JCAジャーナル』 第46卷 第12号, 日本商事仲裁協會, 1999. 11. p.4 참조.

경우에는 재산법상의 청구는 중재합의의 대상이 될 수 있고, 비재산법상의 청구에 관한 중재합의는 당사자가 분쟁의 대상에 관하여 화해할 권한을 가진 때에 한하여 법적 효력을 가진다(민사소송법 제1030조 제1항). 또한 분쟁을 중재에 회부할 수 없거나 일정한 조건 하에 중재에 회부할 수 있는 것으로 규정하고 있는 법률이 존재하는 때에는 민사소송법상의 중재에 관한 규정이 적용되지 않는 것으로 규정하고 있다(같은 법 제1030조 제3항).

3. 현행 중재법의 내용

현행 중재법에 따르면 ‘계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 사법상의 분쟁의 전부 또는 일부’가 중재의 대상이 될 수 있다(중재법 제3조 제1호·제2호). 또한 중재절차를 인정하지 아니하거나 중재법의 내용과는 다른 절차에 의하여 중재에 회부할 수 있도록 정한 법률이나 조약이 존재하는 때에는 중재법이 적용되지 않는다(같은 법 제2조 제2항).

현행 중재법 하에서 중재의 대상이 될 수 있기 위해서는 사법상의 분쟁¹⁰⁾이어야 한다. 중재의 경우 실정법만이 그 판단기준이 되는 것이 아니고(중재법 제29조 제3항), 사인인 중재인이 판단의 주체라는 것 등을 고려한다면, 중재판정에 의해 실체에 반하는 규율이 이루어지거나 당사자간에서 권리가 처분된 것과 같은 결과가 초래될 수도 있으므로, 당사자가 처분할 수 있는 분쟁이 중재의 대상이 될 것이다. 다만 처분가능성의 의미를 어떻게 파악할 것인가가 문제된다.¹¹⁾

사법상의 분쟁의 내용을 이루는 ‘처분가능성’의 의미를 파악함에 있어서 자주적 분쟁해결제도인 중재의 본질을 고려하여야 한다.¹²⁾ 중재는 당사자의 합의에 기초한 분쟁해결방법으로서 당사자가 합의로 해결할 수 있는 분쟁을 그 대상으로 하여야 한다. 당사자가 합

10) 1999년 개정 전의 중재법은 사법상의 법률관계에 관한 분쟁을 그 대상으로 하면서 당사자가 처분할 수 없는 법률관계는 제외되는 것으로 규정하고 있었다(구 중재법 제2조 제1항). 이와 관련해서는 처분할 수 있는 사법상의 법률관계에 관한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있으며, 처분할 수 있는 사법상의 법률관계란 재산권에 관한 법률관계로서 당사자가 화해할 수 있는 것을 의미하는 것으로 해석되었다(목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, p.55).

11) 처분가능성의 의미를 어떻게 파악하는가에 따라 중재의 대상적격의 인정범위가 달라질 수 있다. 즉 처분가능성의 의미를 실제법상의 화해가능성을 의미하는 것으로 보는 입장에 따르면 실제법상 화해가 허용되는 분쟁만이 중재의 대상이 될 수 있으며 강행법규와 관련된 분쟁은 중재의 대상적격을 제한받게 된다. 그러나 오늘날 중재제도가 널리 이용되고 있으며, 국가가 법률로 중재제도를 인정하고 중재판정에 대하여 국가의 법원에 의한 판결과 동일한 효력을 인정하고 있으며, 특별한 사유가 존재하는 경우에 한하여 중재판정에 대한 심사를 허용하고 있는 점 등을 고려하여 실제법과는 다른 절차법적 측면에서 처분가능성의 의미를 파악하는 입장에 따르면, 강행법규와 관련 있는 분쟁의 중재의 대상적격 자체를 부정할 것이 아니라, 중재판정부가 강행법규를 잘못 적용한 때에는 중재판정취소 등을 통해 통제하면 된다고 한다. 이에 관하여는 Horst Barber, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, PETER LANG, 1994, S. 140ff. 참조.

12) 猪股孝史, “仲裁合意の本旨として仲裁可能性”, 「JCAジャーナル」, 第53卷 第7号, 日本商事仲裁協會, 2006. 7. p.5.

의로 분쟁을 해결할 수 있다는 것은 분쟁해결의 구체적인 내용을 합의할 수 있다는 것과 분쟁해결방법을 선택할 수 있다는 것을 의미한다. 중재는 분쟁해결의 내용 형성을 제3자에게 맡기고, 그 제3자가 제시한 분쟁해결내용에 따르기로 하는 형태의 분쟁해결방법을 당사자가 선택할 수 있는 경우에 인정된다.

4. 검토

위에서 살펴본 바와 같이 화해가능성을 기준으로 중재의 대상적격 유무를 판단하는 방식은 중재의 인정근거에 충실한 입장이라고 할 수 있다. 이러한 입장에 따를 경우 처분가능성의 의미를 어떻게 파악하는가에 따라 그 인정범위가 달라질 수는 있지만, 중재의 대상적격의 인정범위가 상대적으로 축소될 가능성이 존재한다. 특히 공법상의 법률관계를 전제로 하는 사법상의 법률관계에 관한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제된다.¹³⁾ 다만 화해가능성을 기준으로 하지 않는 방식에 따르면 사인간의 경제생활에 관한 분쟁이면 중재의 대상적격이 인정될 수 있으므로, 그 인정범위가 확장될 여지가 있다. 이러한 입장에 따를 경우 특허침해 관련분쟁은 사인간의 경제적 이해관계에 관한 분쟁으로서 중재의 대상적격을 인정받을 수 있다.

‘사법상의 분쟁’이 중재의 대상이 될 수 있는 것으로 규정하고 있는 현행 중재법은 위 규율방식 중 전자에 가까운 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다. 그런데 사인간의 거래관계가 복잡·다양한 분쟁의 현실을 살펴보면, 공·사법의 구분이 명확하지 않거나 양자의 성격을 겸유하는 경우가 적지 않게 발생한다. 이러한 분쟁의 현실과 아울러 당사자의 사적 자치 및 분쟁해결방법의 다양화를 추구할 필요성 등을 고려한다면, 사인간의 경제활동과 관련이 있는 분쟁이면 중재의 대상적격을 인정하고, 국가가 개입할 필요성이 인정되는 때에는 법률에 의해 중재의 대상적격을 부정하는 것이 효율적인 규율방식일 수도 있다. 그러나 현행 중재법 하에서는 사법상의 분쟁으로서 그 분쟁해결내용이나 분쟁해결방법을 당사자가 자유로이 정할 수 있는 분쟁이 중재의 대상이 된다.¹⁴⁾

13) 예를 들면 특허침해사건에서 선행기술에 관한 특허의 효력 여부가 실질적인 쟁점이 된 경우 중재인이 이에 관하여 판단할 수 있는가의 여부가 문제된다. 이러한 입장에 따를 경우 특허의 무효를 당사자간의 화해로 정할 수 있는가, 특허권의 무효라는 법적 효과를 당사자가 처분할 수 있는가에 논의의 초점이 맞추어질 것이다. 이와 관련해서는 ①특허의 유효성은 해당 특허권침해분쟁과의 관계에서 전제문제로 판단되는 것에 불과하므로 중재의 대상이 될 수 있다는 견해와 ②특허침해소송 계속 중에 해당 특허의 무효가 다투어지는 경우 별도로 특허무효 심판절차를 거치지 아니하면 특허무효를 항변할 수 없고, 이러한 경우 법원은 무효심결이 확정될 때까지 침해소송절차를 중지할 수 있으므로, 특허의 무효에 관하여 다투는 방법이 법정되어 있다고 보아야 하며, 그렇다면 비록 중재절차에서 전제문제인 때에도 중재인이 특허의 효력에 관하여 판단하는 것은 허용되지 않는다는 견해 등이 주장되고 있다. 이에 관하여는 高田 薫, “行政事件の仲裁適格性(2)”, 『JCAジャーナル』第46卷 第12号, 日本商事仲裁協會, 1999. 12. pp.2-3 참조.

14) 다만 국제중재의 경우에는 해당 중재절차에 적용되는 준거법 또는 그 중재절차가 진행되는 곳의 법의 내용에 따라 중재의 대상적격 유무가 정해질 것이다.

Ⅲ. 중재의 대상적격 제한원리

1. 중재의 대상적격 제한근거

중재란 당사자간의 합의에 기해 법원의 재판이 아닌 중재인의 중재판정에 의해 사법상의 분쟁을 해결하는 자주적인 분쟁해결제도라는 것을 위에서 살펴보았다. 다만 중재도 법률상의 분쟁을 그 대상으로 한다는 점에서 법적 분쟁해결제도라고 할 수 있고, 법치국가 원리가 적용되는 현대사회에서 국민의 재판받을 권리도 보호되어야 하므로, 이를 무제한 허용할 수는 없을 것이다. 그러나 이러한 시각에서 중재의 대상적격을 제한할 수 있다고 하더라도 이에 관한 실정법규가 존재하는 경우에 한하여 허용될 것이다. 이와 같은 맥락에서 현행 중재법도 중재에 의한 분쟁해결이 허용되지 않는 경우가 있을 수 있다는 것을 전제로 중재법이 아닌 다른 법률에서 중재에 의한 분쟁해결을 허용하지 않고 있는 때에는 중재법이 적용되지 않는 것으로 규정하고 있고(중재법 제2조 제2항), 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결할 수 없는 때에는 중재판정취소의 소의 수소법원(같은 법 제36조 제2항 제2호 가목)과 중재판정에 대한 승인 또는 집행청구의 소의 수소법원(같은 법 제38조, 제36조 제2항 제1호 가목)은 직권으로 이러한 사유를 심리할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

중재의 대상적격이 제한되는 근거로 거론되는 대표적인 사유는, 중재인의 능력과 그 중립성·공정성에 대한 불신(①중재인이 적정한 분쟁해결을 위한 사실인정과 법적용에 필요한 능력을 구비하고 있는가, ②중재인이 당사자 일방 또는 쌍방의 의사에 따라 고의로 부당한 사실인정 또는 법적용을 하는 것은 아닌가라는 불신)에 근거하여, 분쟁처리를 중재인에게 맡길 경우 관련법규의 취지에 반하는 판단이 내려져 각 법규의 보호법익이 침해될 염려가 있다는 것이다.¹⁵⁾ 물론 중재인에 따라 능력에 차이가 있을 수 있고 그 중립성·공정성에도 차이가 있을 수 있지만, 임시중재(ad hoc arbitration)가 아닌 기관중재(institutional arbitration)를 이용할 경우 중재인의 능력의 격차를 줄일 수 있다.

중재법은 위와 같은 염려를 고려하여 중재판정취소의 소나 중재판정에 대한 승인 또는 집행청구의 소를 통해 법원이 직권 또는 당사자의 주장에 의해 중재판정취소사유의 존부에 관하여 심사할 수 있도록 규정하고 있다. 중재판정은 확정판결과 동일한 효력을 가지는데(중재법 제35조), 확정판결에 대한 불복방법인 재심과 중재판정에 대한 법원의 통제수단을 비교¹⁶⁾해 보면 입법자가 중재판정에 대하여 불신감을 가지고 있었다는 것을 알 수

15) 중재인은 자신을 선임한 당사자의 이익을 대표하고자 하는 의사를 가지는 경우가 있다는 지적이 있다. 이에 관하여는 Karl Heinz Schwab/Gehard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, C. H. Beck, 2005, Kap. 1, Rn. 9 참조.

16) 양자 모두 당사자의 신청이 있어야 절차가 개시된다는 점에서는 공통된다.

있다. 중재판정의 내용 및 중재절차에 관한 사유가 중재판정 취소사유에 해당하고, 그 가운데 중대한 사유는 법원이 직권으로 그 사유의 존부에 관하여 심사할 수 있으며, 중재판정에 기하여 강제집행을 하려면 확정판결의 경우와는 달리 집행판결을 요구하는 점에서 다른 취급을 받고 있다. 확정판결에 대한 재심의 경우와는 달리 판단내용에 관한 사유가 취소사유로 인정되고, 중대한 사유에 관하여 법원이 직권으로 심사할 수 있도록 한 것은 내용상 또는 성립절차상 중대한 하자를 포함한 중재판정이 내려질 가능성이 있다는 것을 전제로 그와 같은 중재판정의 강제적 실현에 국가가 협조하지 않을 것이라는 의지를 표명한 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁾

다만 중재에 대한 법원의 통제는 당사자의 신청 내지 주장¹⁸⁾을 전제로 하고 있는바, 중재판정이 일정한 급부의 이행을 명한 경우 그 이행명령이 임의로 이행된 때에는 중대한 하자 있는 중재판정이더라도 그대로 효력이 인정된다. 그러나 당사자가 부당한 판결이라는 사실을 알지 못하거나 이러한 사실을 알면서도 중재판정에 따르는 경우는 드물고, 만일 그러한 경우가 있다고 하더라도 그 결과 발생할 위법상태로 인한 보호법익의 침해는 그리 크지 않다. 또한 권리 내지 법률관계의 확인을 내용으로 하는 중재판정이 부당하면 중재판정취소의 소에 의해 취소될 수 있으므로, 그러한 중재판정이 효력을 유지하기는 어렵다. 부당한 중재판정이 법원에 의한 통제를 면할 가능성이 전혀 없는 것은 아니지만, 그럴 경우는 현실적으로 드물고, 그로 인한 법익 내지 법질서의 침해의 정도도 크지 않다. 따라서 일말의 가능성을 배제하기 위하여 사전에 일률적으로 중재의 대상적격을 부정하는 것은 바람직하지 않다. 분쟁 당사자가 중재를 이용해 분쟁을 해결할 수 있는 권한을 어느 정도 부여받고 있는가는 결국 국가의 입법자에 의하여 정해될 것이므로, 중재의 대상적격은 각국의 입법정책, 기타 이해관계 등을 반영하여 정해지는 국내문제에 해당한다.

2. 실정법에 의한 중재의 대상적격 제한

현행 중재법 하에서 중재의 대상이 될 수 있기 위해서는 사법상의 분쟁이어야 하는데, 이로 인해 중재의 대상적격 자체가 한정되는 측면이 없지 않다. 또한 중재절차를 인정하지 아니하거나 중재법상의 중재절차와는 다른 절차에 의해 중재에 회부할 수 있도록 정한 법률이나 대한민국에서 발효 중인 조약에 중재법이 영향을 미치지 못하므로(중재법 제2조 제2항), 중재의 대상적격은 내국법규 또는 조약 등에 의해 제한될 여지가 있다. 이러한 입법은 법정정책적 관점에서 장차 중재의 대상적격에 관한 인식 변화 내지 현실적인 필요성에 탄력적으로 대처할 수 있는 기능을 하기도 한다. 오늘날 당사자자치의 원칙에 근거하여

17) K. H. Schwab/G. Walter, a.a.O., Rn. 7.

18) 중재법 제36조 제2항 제2호의 사유와 관련해서는 당사자의 주장이 없더라도 법원이 이를 고려할 수 있다.

중재에 의한 분쟁해결이 허용되고 있는데,¹⁹⁾ 이러한 중재의 대상적격을 입법에 의해 제한하기 위해서는 이를 정당화할 만한 입법정책상의 필요성이 인정되어야 한다.²⁰⁾

실정법상의 제한과 관련하여, 국내적 차원에서 중재에 의한 분쟁해결 자체를 명문으로 금지하고 있는 내국법규가 존재하는가의 여부를 검토할 필요가 있는데, 이러한 법규는 존재하지 않는다.²¹⁾ 국제적 차원에서 중재의 대상을 제한하는 내용의 조약이 존재하는가의 여부가 문제되는데, 중재와 밀접한 관련이 있는 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(이하 '뉴욕협약'이라고 한다),²²⁾ 국가와 다른 국가의 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약(이하 'ICSID협약'이라고 한다)²³⁾ 등을 살펴보더라도, 이에 관한 직접적인 규정은 존재하지 않는다.

실정법상 중재의 대상적격에 관한 별도의 제한이 가해지고 있지 않는 이상 사법상의 분쟁이면 중재의 대상이 될 수 있다. 다만 중재절차 개시의 단서가 되는 중재합의는 일종의 법률행위로서 법률행위의 적법·유효요건을 구비하여야 그 효력을 인정받을 수 있다. 그렇다면 법률행위 일반론의 시각에서 중재의 대상이 될 수 없는 분쟁에 관하여 중재합의가 체결되었거나 해당 중재합의의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서 또는 강행법규에 반하는 때에는 그러한 중재합의의 효력이 부정되어 중재절차가 진행될 수 없게 된다.

19) 물론 중재제도가 이용되기 시작한 초기에는 분쟁을 중재를 통해 해결하기로 하는 계약은 집행할 수 없는 것이며, 중재계약은 중재에 의하지 않을 경우 법원의 관할에 따르게 될 분쟁을 심리하여 판결을 내릴 법원의 관할권을 침탈하는 것이므로 공서에 반하는 것으로 보는 시각이 제시되기도 하였다. 이에 관하여는 Nicholas J. Healy, "An Introduction to Federal Arbitration Act", 13 *Journal of Maritime Law and Commerce* 223(1982) 참조.

20) 독일의 경우 국내에서의 주거공간임대차관계존부에 관한 법률상의 다툼에 관한 중재합의의 효력을 부정하고 있는데(민사소송법 제1030조 제2항), 이는 당사자의 화해가능성 내지 처분가능성의 유무를 전제로 한 것이 아니라 임차인과 임대인이 대등하게 교섭하기 어려운 사정을 고려하여 경제적·사회적 약자인 주택임차인을 보호하기 위하여 입법에 의해 중재의 대상적격을 부정한 것으로 볼 수 있다.

21) 다만 중재법상의 중재절차와는 다른 절차로 중재에 회부될 수 있도록 규정하고 있는 법률로는 노동조합 및 노동관계조정법, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 등이 있다.

22) 뉴욕협약 제2조 제1항에서는 계약국은 계약에 기초한 것인가의 여부를 불문하고 중재에 의한 해결이 가능한 일정한 사항에 관한 법률관계와 관련하여 당사자간에 이미 발생하였거나 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 부탁하는 서면에 의한 합의를 승인할 것을 규정하고 있을 뿐이다. '중재에 의한 해결이 가능한 사항'이란 일반규정으로서, 어느 법이 적용되는가에 따라 중재합의의 효용성이 달라질 수 있는데, 뉴욕협약은 이에 관하여 규정하고 있지 않다. 또한 중재판정의 승인 또는 집행단계에서 분쟁의 대상이 된 사항이 그 나라의 법령에 따르면 중재에 의해 해결할 수 없거나, 중재판정의 승인이나 집행을 그 나라의 공서에 반하는 것으로 승인을 요구받은 나라의 권한 있는 기관이 인정할 때에는 그 승인이나 집행을 거부할 수 있을 뿐이다(뉴욕협약 제5조 제2항). 대한민국에서 내려진 중재판정의 경우에는 중재법 제36조 제2항의 사유가 존재하지 않는 한 승인 또는 집행되고(중재법 제38조), 뉴욕협약이 적용되지 않는 외국중재판정의 경우에는 민사소송법 제217조, 민사집행법 제26조 제1항, 제27조의 적용 하에 승인 또는 집행될 수 있다(중재법 제39조 제2항).

23) ICSID협약 제25조 제1항은 센터의 관할은 계약국과 다른 계약국 국민간에 투자로부터 직접 발생한 법률상의 분쟁으로서 양 당사자가 센터에 중재를 부탁할 것을 서면으로 동의한 것에 미치는 것으로 규정하고 있을 뿐이다.

3. 공서와 중재의 대상적격

공서라는 개념은 일정한 행위가 공공정책에 반하는 경우 법률, 계약 기타 사법상 거래의 자유를 제한하는 원리로 작용한다. 공서 내지 공공질서에 반한다는 것은 단순히 강행법규에 반하는 것을 의미하는 것이 아니라 기본적인 법질서에 반하는 것을 의미하는 것으로 보아야 한다. 공서란 법공동체의 가장 근본적인 도덕 내지 정의 관념을 의미한다.²⁴⁾

현행 중재법에 따르면 공서는 일단 내려진 중재판정의 승인·집행단계에서 승인 또는 집행 거부사유로 작용할 수 있다(중재법 제38조, 제36조 제2항 제2호 나목, 제39조). 중재절차의 최종단계에서 중재판정의 효력을 승인하거나 집행하는 것이 공서에 반하는 것으로 인정되는 때에는 그 중재판정의 효력을 부정할 수 있다. 또한 중재합의의 내용이 공서에 반하는 때에는 중재절차 개시의 근거가 되는 중재합의의 형성단계 내지 중재합의에 따른 중재절차 진행단계에서 그러한 중재합의의 무효를 주장할 수 있다.

공서는 각 법공동체의 판단에 근거하여 형성되는 것이므로, 어느 한 국가에서는 공서에 관한 부분으로 인정되는 사항도 다른 법제도를 가진 국가에서는 공서로 인정되지 않을 수 있다. 물론 각 법공동체의 가치와 기준으로부터 공통되는 평균적 기준을 찾아낼 수 있다고 하더라도, 각국에 상이한 법제도가 존재하는 한 그와 같은 기준이 각국의 기준과 항상 일치하는 것은 아니다. 따라서 내국중재판정에 대한 승인·집행단계에서 작용하는 공서와 외국중재판정에 대한 승인·집행단계에서 작용하는 공서의 내용이 동일하지 않을 수 있다. 또한 법공동체의 가치와 기준은 고정적인 것이 아니라 변화하는 것이며, 공서의 내용 또한 변화하기 마련이다.

당사자자치의 원칙이 적용되는 영역에서는 중재에 의한 해결이 가능한 사항이 중재의 대상이 될 수 있는데, 중재인의 판정권한은 당사자가 중재인에게 부여한 권한의 범위 내에서 인정된다. 그렇다면 당사자자치의 한계가 중재인의 판정권한의 한계가 된다고 할 것이다.²⁵⁾ 당사자자치의 한계, 공서의 상대성 등에 비추어 볼 때 중재합의의 형성단계에서 공서의 개념을 가지고 중재의 대상적격 자체를 제한하는 것은 현실적으로 어려울 뿐 아니

24) 공서의 개념을 제시한 것으로 Parsons 사건[Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier(RAKTA), 508 F. 2d 969(2d Cir. 1974)]을 들 수 있다. 미국 법인과 이집트 법인간에 보드(board)지 공장건설계약을 체결하고 그 공사 진행 중 양국간의 정치적인 긴장관계로 말미암아 공사가 지연되자 분쟁이 발생하였다. 미국 법인은 공사지연이 위 계약상의 불가항력조항에 해당한다고 주장하였고, 이집트 법인은 위 계약위반을 이유로 손해배상을 청구하였다. 이 사건 분쟁은 국제상업회의소 중재규칙에 의한 중재에 회부되었는데, 미국 법인에 대하여 손해배상금의 지급을 명하는 중재판정이 내려졌다. 이집트 법인은 뉴욕협약에 근거하여 중재판정의 승인과 집행을 구하였고, 미국 법인은 뉴욕협약 제5조의 공서위반을 이유로 중재판정취소의 소를 제기하였다. 이에 대하여 법원은 외국중재판정의 집행은 그것이 법정지국의 도덕이나 정의의 가장 기본적인 관념을 침해하는 때에만 거부될 수 있다는 것을 이유로 미국 법인의 청구를 기각하였다. 미국 법원은 이 사건을 통해 공서와 미국의 외교상 이익을 동일시하는 태도를 버린 것으로 볼 수 있다(508 F. 2d 969 at 974).

25) Karl Heinz Beckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", in ICCA Congress Series No. 3, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kulwer Law and Taxation, 1986, p.178.

라 바람직하지 않다. 프랑스의 경우 공서에 관한 사항은 중재에 부탁할 수 없는 것으로 법정되어 있지만(민법 제2060조), 법원은 국제중재의 경우 공서에 관한 규정의 적용을 포함한 분쟁도 중재에 부탁할 수 있는 것으로 판단하고 있다.²⁶⁾ 이는 공서가 중재의 대상적격에 대한 직접적인 제한사유로 작용하는데 한계가 있음을 시사하고 있다고 할 수 있다.

IV. 독점규제법 관련분쟁의 중재의 대상적격

1. 독점규제법 관련분쟁의 의미

중재절차를 통해 분쟁을 해결할 수 있기 위해서는 당사자간에 사법상의 분쟁을 중재인의 중재판정에 의해 해결하기로 하는 내용의 중재합의가 존재하여야 한다(중재법 제3조 제1호). 그런데 공익 보호를 목적으로 제정된 강행법규에 근거한 청구가 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 문제될 수 있다. 강행법규를 통해 달성하고자 하는 공익 보호의 관점에서 볼 때 사인인 중재인의 중재판정에 의해 관련분쟁을 해결하는 것이 허용될 것인가, 특히 실정법뿐만 아니라 형평(衡平)과 선(善)도 중재판정의 판단기준이 될 수 있는 점(중재법 제29조 제3항) 등에 비추어 볼 때 강행법규 관련분쟁을 중재를 통해 해결하는 것이 적절한 것인가의 여부가 문제된다.

특히 오늘날 세계 각국은 시장중심의 경제질서를 구현하기 위하여 시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진하는 입법을 하고 있는데, 거래유형이 다양해짐에 따라 이러한 영역에 관한 분쟁이 발생하기도 한다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘독점규제법’이라고 한다)은 사업자의 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 부당한 공동행위 및 불공정행위를 규제하여, 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써, 창의적인 기업 활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 그 목적으로 한다(독점규제법 제1조). 따라서 이와 같이 공익을 추구하는 독점규제법 영역에서 발생하는 분쟁을 중재에 의해 해결할 수 있는가의 여부가 문제된다.

현행 독점규제법 하에서 이에 관한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가에 관하여 검토하기에 앞서, 반트러스트법(Antitrust Law)²⁷⁾상의 청구가 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 판례를 통해 다루어진 바 있는 미국에서의 논의상황을 살펴보고자 한다.

26) 이에 관하여는 René David, *Arbitration in International Trade*, Kulwer Law and Taxation, 1985, p.187 참조.

27) 시장의 독점을 방지하고 경쟁을 촉진하기 위한 연방법으로서, 1890년의 셔먼 반트러스트법(Sherman Antitrust Act), 1914년의 클레이턴 반트러스트법(Clayton Antitrust Act), 1914년의 연방통상위원회법(Federal Trade Commission Act) 등이 있는데, 반트러스트법이라고 할 경우 위 세 가지 법률을 의미하는 경우가 일반적이다.

2. 미국에서의 논의상황

미국의 경우 Mitsubishi Motors 판결 전에는 반트러스트법의 규제법으로서의 성격과 공익 보호의 관점에서 반트러스트법 관련분쟁의 중재의 대상적격이 부정되어 왔다. 그 가운데 대표적인 사례로는 American Safety 사건을 들 수 있다.

(1) American Safety 사건²⁸⁾

Hickok Manufacturing Co., Inc.(이하 'Hickok'라고 한다)는 American Safety Equipment Corp.(이하 'ASE'라고 한다)에게 좌석벨트와 자동차부품에 Hickok의 상표를 배타적으로 사용할 것을 인정하는 라이선스계약을 체결하였다. 위 계약에 따르면, 상표의 사용 정도를 불문하고 ASE의 좌석벨트 연간판매고에 기초하여 상표사용료(royalty)를 지급하기로 하고, 미국 외의 영역에서는 일정한 조건 하에 Hickok의 승낙을 얻어 ASE가 서브라이선스하는 것을 인정하였으며, Hickok는 좌석벨트 및 자동차부품을 판매하지 않고 ASE는 자동차와 관련 없는 상품을 제조·판매하지 않기로 하는 내용으로 양사의 영업활동을 제한하였다.²⁹⁾ 양사간에 불화가 생기자, ASE는 이 사건 라이선스계약 조항이 셔먼(Sherman)법에 위반³⁰⁾하여 계약이 처음부터 위법·무효임을 이유로, 위 계약에 기한 상표사용료 지급의무가 존재하지 아니함을 선언해 줄 것을 구하는 소를 제기하였다. 그러자 Hickok로부터 상표사용료에 관한 권리를 양도받았다고 주장하는 J. P. Maguire & Co.(이하 'Maguire'라고 한다)는 이 사건 라이선스계약에 기하여 상표사용료의 지급을 구하는 중재를 신청하였다. ASE는 이 사건 라이선스계약이 반트러스트법에 위반하여 위법한데, 연방지방법원이 반트러스트법 위반 여부를 판단할 전속적 관할권을 가지고 있으며, Hickok에 의한 권리양도는 무효이므로 Maguire는 라이선스계약에 기하여 중재를 신청할 권리가 없다고 주장하면서, Maguire의 신청에 의해 개시된 중재절차의 정지를 구하는 신청을 하였다.

연방 제2순회구 항소법원은, 반트러스트법에 기한 권리는 사인의 권리만이 아니라 공익에도 영향을 미치고, 반트러스트법상의 청구를 포함한 중재합의는 독점기업과 그 고객간의 부합계약의 형식으로 이루어질 가능성이 높으며, 반트러스트법 관련사건은 복잡하여 중재보다 소송을 통해 해결하는 것이 보다 적당하고, 중재인은 거래계에서 선임되는 경우가 적지 않은데 공익의 관점에서 볼 때 반트러스트법상의 규제를 받는 영역에서 선임된 중재인에게 이러한 분쟁해결을 맡기는 것이 적절하지 않다는 것 등을 이유로,³¹⁾ 반트러스트

28) American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co., 391 F. 2d 821(2d Cir. 1968).

29) 이 외에도 권리양도시 상대방의 동의를 받을 것과 표준분리조항, 중재조항 등이 포함되어 있었다.

30) 라이선스계약 제3조, 제27조, 제28조가 Hickok의 상표독점의 범위를 부당하게 확대하고, ASE의 거래를 부당하게 제한하고 있다고 주장하였다(391 F. 2d 821 at 823).

31) Ibid. at 826-828.

트법에는 증권법과는 달리 권리포기금지조항이 존재하지 아니함에도 불구하고 반트러스트법에 기한 청구가 중재의 대상이 될 수 없는 것으로 보았다.

이 사건은 국내중재에 관한 것으로서 공익 등을 고려하여 반트러스트법에 기한 청구의 중재의 대상적격을 부정하였다. 이러한 판단은 중재절차 및 중재인에 대한 불신감과 무관하지 않으며, 미국이 뉴욕협약에 가입하기 전에 내려진 판결이다. 다만 반트러스트법에 의해 추구하려는 경쟁정책, 그 집행방법으로서의 사소(私訴)와 중재의 관계를 어떻게 파악할 것인가는 여전히 논의의 대상으로 남게 되었다.

(2) Lake 사건³²⁾

전자부품을 판매하는 일리노이주 법인 Lake Communications, Inc.(이하 'Lake'라고 한다)은 대한민국 법인 ICC Corp.(이하 'ICC'라고 한다)과 Lake가 작성한 설명서에 따른 전자부품을 ICC가 대한민국에서 주문·구입하여 Lake에게 판매하기로 하는 계약을 체결하였다.³³⁾ 양사간에 분쟁이 발생하자, Lake는 ICC 및 그 재미 자회사를 상대로, ICC가 이 사건 계약을 위반하였을 뿐 아니라 ICC 등이 공모하여 자신을 시장으로부터 배제하고자 하였으므로 반트러스트법을 위반하였다고 주장하면서 연방지방법원에 손해배상청구의 소를 제기하였다. 연방지방법원은 Lake의 계약상의 청구를 중재에 부치고, 반트러스트법상의 청구에 관해서는 개시절차(discovery)의 속행을 명하였다.

연방 제9순회구 항소법원에서는 연방지방법원의 위와 같은 조치가 재량권을 남용한 것인가의 여부, 즉 중재에 의한 사적 분쟁해결을 지지하고자 하는 정책과 반트러스트법을 통해 보호하고자 하는 공익을 지키기 위해 사소를 장려하고자 하는 정책을 적절히 조정할 것으로 볼 수 있는가의 여부가 문제되었다.³⁴⁾ 항소법원은 Lake가 주장한 '침투이론(permeation doctrine)'³⁵⁾이 이 사건에서 중재의 완전한 배제를 요구하는 것은 아니며, 이 사건과 같이 국제상사계약과 관련하여 분쟁이 발생한 경우 외국에서 외국의 법을 적용하여 분쟁을 해결하기로 하는 내용의 중재합의가 존재하는 때에는 중재가 강하게 선호되고, 편협한 사고는 미국의 상업·산업의 확장을 저해할 것이며, 이 사건의 경우 반트러스트법상의 청구에 관한 주장이 비교적 약하고, ICC와 그 자회사간의 공모에 관한 주장은 서면법 위반에 해당하지 않으며, 위 공모 주장을 제외한 이 사건의 중요한 쟁점은 중재에 의해 해결될 수 있는 사항으로 보았다.³⁶⁾ 또한 반트러스트법상의 청구와의 관련성의 정도에

32) Lake Communications, Inc. v. ICC Corp. 738 F. 2d 1473(9th Cir. 1984).

33) 계약서의 이면조항에는 이 계약과 관련하여 발생한 분쟁이 해결되지 않거나 계약위반이 있는 경우 대한상사중재원의 중재규칙에 따라 대한민국 법에 의거하여 대한민국에서 중재를 통해 해결하기로 하는 내용이 포함되어 있었다(Ibid. at 1476).

34) 738 F. 2d 1473 at 1477.

35) 반트러스트법상의 청구와 계약상의 청구가 서로 분리될 수 없을 만큼 결합되어 있는 경우 반트러스트법상의 청구가 받아들여질 것으로 인정되면 계약상의 청구에 관한 중재를 정지해야 한다고 한다(Ibid. at 1474).

36) 738 F. 2d 1473 at 1480-1481.

따라 관련성이 강하면 반트러스트법상의 청구에 관한 소송을 선행시키고, 그 동안 중재절차를 정지시키면 된다고 하였다. 다만 이 사건과 같이 관련성이 강하지 않으면 반트러스트법상의 쟁점에 관한 개시절차를 제외하고 소송절차를 정지시키고 중재절차를 선행시키는 것이 바람직하다고 하였다.³⁷⁾

ICC는 연방지방법원에서 Scherk 판결³⁸⁾에 근거하여 반트러스트법상의 청구가 국제상사계약상의 중재합의에 포함되어 있는 때에는 반트러스트법상의 청구도 중재의 대상이 될 수 있다고 주장하였는데, 반트러스트법상의 청구에 관하여 소송속행을 명한 연방지방법원의 재판에 대하여 상소를 제기하지 않았다. ICC가 이 사항에 관하여 상소를 제기하였던면 또 다른 전개가 이루어졌을지 모른다.³⁹⁾

이 당시 국내거래분쟁과 관련해서는 반트러스트법상의 청구는 중재의 대상이 될 수 없는 것으로 취급되었으며, 법원은 반트러스트법상의 청구와 일반 상거래에 관한 청구를 분리할 것을 명하여 왔다. 중재절차와 반트러스트소송 중 어느 한 절차를 선행시키는 것이 일반적이었지만, 경우에 따라서는 중재절차와 반트러스트소송의 병행적 진행⁴⁰⁾을 인정하기도 하였다. 중재를 정지시킬 것인가 소송을 정지시킬 것인가를 결정함에 있어서 침투이론이 고려되었다. 반트러스트법상의 쟁점이 분쟁 전체에 침투되어 있고 반트러스트법상의

37) 항소법원은 ①이 사건과 같은 국제상사계약상의 중재합의의 강제를 지지하는 강한 정책, ②Lake의 반트러스트법상 청구의 상대적 약세, ③중재의 대상으로부터 반트러스트법상의 쟁점의 명백한 분리가능성, ④중재가 능한 쟁점과 중재불가능한 쟁점을 구별하여, 반트러스트법상의 쟁점에 관한 개시절차(discovery)와 반트러스트법상의 쟁점에 관한 중재절차를 법원의 감독 하에 진행시키는 것을 허용하는 지방법원의 확립된 절차, ⑤ 부적절한 절차에 의해 이루어졌거나 반트러스트법상의 청구에 관한 법원의 독점적 관할권을 침해할 여지가 있는 중재인의 사실인정에 대하여 쟁점효를 인정하지 않는 것은 법원에 부여된 재량이라는 것 등의 관점에 서, 연방지방법원의 명령에 재량의 남용이 없다고 하였다(Ibid. at 1482-1483).

38) Alberto-Culver(이하 'Alberto'라고 한다)는 미국 일리노이주에 본점을 둔 화장품 제조·판매회사이고, Fritz Scherk(이하 'Scherk'라고 한다)은 독일 국민으로 스위스에 거주하면서 독일과 리히텐슈타인에 세 개의 기업을 소유하고 있었다. Alberto와 Scherk는 독일에서의 대화를 시작으로 영국과 미국에서의 교섭을 거친 후 빈에서 Scherk가 소유한 3사의 영업 전부와 상표를 Alberto에게 양도하는 계약을 체결하였다. 위 계약서에는 상표에 관하여 Scherk가 명시적으로 보증을 하기로 하고, 일리노이주법을 준거법으로 하며, 계약과 관련하여 분쟁이 발생하면 파리의 국제상업회의소에서 중재를 통해 해결하기로 하는 내용이 포함되어 있었다. 1년 후 Alberto는 상표권에 다른 권리가 설정되어 있어 이를 자유롭게 사용할 수 없다는 것을 이유로 Scherk에게 위 계약의 취소를 요구하였다가 거절당하였다. 그러자 Alberto는 증권거래소법 제10조 (b)에 근거하여 손해배상청구의 소를 일리노이주를 관할하는 연방지방법원에 제기하였다. Scherk는 연방지방법원에 이 사건에 관한 관할권이 없다는 것을 이유로 소 각하를 구하고, 선택적으로 파리에서 중재절차가 진행 중에 있음을 이유로 소송의 정지를 구하였다. 연방지방법원은 Alberto의 청구를 인용하였고, 이에 대하여 Scherk가 항소를 제기하였는데 항소가 기각되었다. Scherk가 상고를 제기하였는데 대법원은 원심판결을 파기하였다 [Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U. S. 506(1974)]. 연방지방법원과 항소법원은 Wilko 판결을 적용하여 Alberto의 청구를 인용하였는데, 대법원은 국내적 요소만을 가지고 있는 Wilko 사건과는 달리, 이 사건의 경우에는 국제적인 합의가 존재하며, 국제상거래에 필요한 질서와 예견가능성을 부여하여야 한다고 설시한 Bremen v. Zapata 판결을 선행로 삼아야 한다고 하였다(417 U. S. 506 at 519). 또한 미국이 1970년 가입한 뉴욕협약 및 그에 따라 개정된 연방 중재법의 영향을 받은 바가 크다고 하였다(417 U. S. 506 at 520 n. 15).

39) 그렇다면 이 사건의 국제적 성격, 합의된 중재조항을 준수하여야 할 국제협조의 이익과 반트러스트법이 추구하는 국민경제에서의 경쟁의 이익이衡量되었을 것이다.

40) Sam Reissfeld & Son Import Co. v. S. A. Eteco, 530 F. 2d 679(5th Cir. 1976); Helfenbein v. International Indus., Inc., 438 F. 2d 1068(8th Cir. 1971), cert. denied, 404 U. S. 872(1971).

청구에 관한 주장이 상대적으로 강한 것으로 인정되는 때에는 반트러스트법상의 청구에 관한 소송절차를 진행시키는 것으로 처리하였다. 그 반대의 경우에는 반트러스트법상의 청구를 제외한 쟁점을 중재에 부칠 것을 명하였다.⁴¹⁾

(3) Mitsubishi Motors 사건⁴²⁾

1) 사건의 개요

Mitsubishi Motors Corp.(이하 'Mitsubishi'라고 한다)은 Chrysler의 자회사 Chrysler International, S. A.(이하 'CISA'라고 한다)와 Mitsubishi Heavy Industries, Ltd.의 합병회사인데, 푸에르토리코의 자동차 판매회사인 Soler Chrysler-Plymouth, Inc.(이하 'Soler'라고 한다)은 1979년 10월 Mitsubishi가 제조한 자동차에 관하여 CISA와 판매독점계약을 체결하였다. Soler는 같은 날 위 계약과 관련하여 Mitsubishi와 Soler가 직접 판매하는 경우의 조건 등에 관하여 합의하였다.⁴³⁾

1981년의 약정 판매대수가 전년도의 호조의 영향을 받아 대폭 인상되었는데, 그 해 전반기 신차시장의 경기가 예상과는 달리 저조해지자 Soler는 예상 분량을 판매할 수 없게 되었다. 그러자 Soler는 일부 입하분을 전송하여 미국의 다른 지역이나 남미에서 판매하기를 희망하였는데, Mitsubishi와 CISA는 이를 거절하였다. Mitsubishi는 1981년 5·6·7월의 주문분인 966대의 출하를 최종적으로 취소하게 되었는데, Soler는 자신에게 그에 관한 책임이 없다고 다투었다. Mitsubishi는 1982년 3월 위 계약에 따른 중재에 응할 것을 Soler에게 명하는 판결을 구하는 소를 연방 중재법 제4조에 근거하여 미국 법원에 제기하였다. 그 후 Mitsubishi는 일본국제상사중재협회에 중재신청을 하였다.

Mitsubishi는 Soler에 대하여 Soler가 주문한 966대분을 인수하지 않고 그 대금을 지급하지 않아 생긴 손해에 관한 배상청구 및 기타의 청구를 하였다. Soler는 Mitsubishi의 청구를 다투면서 계약위반, 신용(명예)훼손, 셔먼법 제1조 위반 등을 주장하면서 반소를 제기하였다. Soler의 반소청구의 내용은, Mitsubishi와 CISA가 시장분할을 공모하고 이를 실현하기 위하여 ①Mitsubishi는 Soler가 Mitsubishi로부터 구입할 의무가 있는 자동차를 북미, 중미, 남미의 고객에게 재판매하는 것을 거절하였고, ②Mitsubishi는 Soler가 푸에르토리코 외의 지역에서 재판매하기 위하여 필요한 heater 등의 장비가 부착된 자동차나 그 장비 부품을 Soler의 주문에 따라 공급하는 것을 거절하였으며, 특히 Mitsubishi는 위와 같은 공모를 실현하기 위하여 강압적 수단에 의해 Soler와 기타 푸에르토리코의 판매점을

41) Lake 판결은 이에 따른 것으로 볼 수 있다.

42) Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U. S. 614, 105 S. Ct. 3346, 87 L. Ed. 2d 444(1985).

43) 계약서에는 Mitsubishi와 Soler간에 위 계약 I-B 내지 V와 관련하여 분쟁이 발생하면 일본의 국제상사중재협회에서 그 협회규칙에 따라 이를 최종적으로 해결한다는 취지의 중재조항이 포함되어 있었다.

배제시키고 그들을 대신하여 Mitsubishi가 100% 출자한 회사를 독점적인 판매대리점으로 하고자 하였다는 것이었다.

2) 연방지방법원의 판단

연방지방법원은 그 당시 연방항소법원이 반트러스트법 관련사건의 중재적격에 관하여 1968년의 *American Safety* 판결을 선행으로 하고 있는 사실을 인정한 다음, *American Safety* 판결은 국내사건에만 적용되고, 국제적 요소가 존재하는 계약이 문제된 때에는 반트러스트법상의 청구와 관련이 있는 계약도 중재에 의해 실현할 필요가 있다고 하였다.⁴⁴⁾

3) 연방 제1순회구 항소법원의 판단

연방항소법원은 반트러스트법 위반 주장이 이 사건 계약에 관한 분쟁인가의 여부를 먼저 검토하였는데, 이 사건 계약에 관한 분쟁으로 보았다. 이를 전제로 *Scherk* 판결에 따르면, 뉴욕협약에 따르면, 국제거래의 경우 *American Safety* 법리가 포기되었다고 볼 수는 없다고 하였다. 반트러스트법상의 청구는 중재적격이 없으므로 이에 관한 분쟁은 재판을 통해 해결하여야 한다고 하였다.

4) 연방대법원의 판단

이 사건 반트러스트법상의 청구에 중재합의의 효력이 미치는가의 여부에 관하여, 연방대법원은 중재합의의 범위에 관하여 의문이 있는 때에는 중재에 유리한 방향으로 해석하여야 한다는 원칙을 제시하고, 이 사건 반트러스트법상의 청구가 모두 중재합의의 범위에 속하는 것으로 보았다. 이러한 결론을 도출하는 과정에서, 연방대법원은 중재의 가치와 중재판정부의 기능에 대한 법원의 회의적인 시각이 대체적 분쟁해결수단으로서의 중재의 발전을 저해하던 시대는 지나갔으며,⁴⁵⁾ 중재를 통해 반트러스트법상의 청구를 하기로 합의하였다고 하여 당사자가 반트러스트법상 부여받은 권리를 포기하였다고 볼 수는 없고, 사법(司法)의 법정(法廷)을 대신하여 중재법정에 분쟁해결을 맡기는 것에 불과하며, 법원에서의 검토와 절차를 중재의 간이·신속성·비공식성과 교환한 것이라는 등의 판단을 하고 있다.⁴⁶⁾

연방대법원은 이 사건 반트러스트법상의 청구에 중재합의의 효력이 미치는 것으로 본 다음, 반트러스트법상의 청구이기 때문에 중재의 대상적격이 부정되는가의 여부에 관하여 판단하였다. *Scherk* 판결⁴⁷⁾과 *American Safety* 법리⁴⁸⁾를 검토하고, 국제사건의 경우에는

44) 이는 *Scherk* 판결의 입장을 따른 것으로 볼 수 있다.

45) 473 U. S. 614 at 627-628.

46) *Ibid.* at 629.

47) 연방대법원은 *Scherk* 판결을 검토하는 과정에서 국제적인 거래활동에 대한 법적 규제와 관련해서는 국제에 양이 중요하고 편협하게 자국의 사법제도의 적용을 주장해서는 안 된다고 하였다.

반트러스트법 관련분쟁도 중재의 대상이 될 수 있음을 인정하였다. 특히 연방대법원이 American Safety 법리를 검토한 내용을 살펴보면 다음과 같다.

반트러스트법상의 분쟁이라는 것만을 이유로 중재조항의 유효성을 의문시한 것은 정당하지 않다. 만일 대등하지 못한 당사자간에 계약이 체결되었다면, 당사자는 그 계약체결과 관련하여 사기, 부당한 강제, 일방적인 교섭 등이 있었다거나 분쟁해결조항에 따를 경우 불이익을 받게 되고 법정에서 다툴 기회를 실질적으로 박탈당하게 된다는 등의 이유를 들어 분쟁해결조항을 적용하지 않을 것을 주장할 수 있으므로, 당사자가 그러한 주장을 하고 있지 않음에도 불구하고 분쟁해결조항 자체가 불충분하든가 부당하다고 하는 것은 타당하지 않다.

반트러스트법상의 쟁점이 복잡할 가능성이 있다는 것만을 이유로 중재적격을 부정할 수는 없으며, 반드시 복잡한 것도 아니다. 예측되는 쟁점의 내용은 중재인을 선정하는 과정에서 고려될 수 있고, 중재규칙은 통상 중재 전문가를 관여시키기 위한 규정을 마련해 놓고 있다. 당사자는 분쟁해결에 소요되는 비용, 시간, 노력 등을 합리적인 범위로 줄이기 위해 중재합의를 하는 경향이 있고, 이를 위해 재판제도의 이용을 보류하기로 합의하기도 한다. 따라서 복잡할 가능성만을 가지고 중재법정이 반트러스트법 관련문제를 다룰 수 없다고 한 것에는 무리가 있다.

중재인이 반트러스트법이나 그 배후의 가치관에 익숙하지 않고 규제 자체를 반대하는 경향을 가지는 것으로 본 것도 설득력이 없다. 국제중재인은 거래계뿐만 아니라 법조계에서도 선정된다. 중재기관이나 당사자가 공평·성실·유능한 중재인을 선정할 수 있음에도 불구하고, 그럴 의사가 없다고 가정하여 판단할 수는 없다.

반트러스트법 위반행위를 억제하는 중요한 기능을 담당하고 있는 3배 배상청구는 사적 성격만이 아니라 경쟁경제라는 공익을 보호·증진하기 위한 공적 성격도 가지고 있으므로 중재에 적합하지 않다는 것이 American Safety 법리의 핵심을 이루고 있다. 그러나 사소에 의한 손해배상청구가 중요한 기능을 한다고 하여 그 청구가 미국 법원 밖에서 이루어져서는 안 된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 반트러스트법상의 사소는 주로 개인이 입은 손해를 회복하기 위하여 인정된 것으로서, 손해를 입은 자만이 제기할 수 있고, 소에 의하지 않을 자유, 허가 없이 소송을 종료시킬 자유도 인정된다.

48) 연방대법원은 American Safety 법리가 “①사인에 의한 3배 배상을 청구하는 반트러스트법상의 사소는 정부에 의한 반트러스트법의 적용 내지 실현을 지원하므로 중요한 역할을 담당하고 있다. ②반트러스트법상의 분쟁을 유발하는 계약은 대등하지 못한 당사자간에 선택의 여지가 없는 상태에서 체결될 가능성이 높고, 그렇게 체결된 계약에 의해 분쟁해결수단이 정해지는 것을 주저하게 된다. ③반트러스트법상의 쟁점은 대부분 복잡하고 고도의 법적·경제적 분석을 요하므로, 절차의 간이·신속성, 판단의 이유부분의 최소한의 기재, 형평이나 양식과 같은 기본이념에 의존 등의 특징을 갖는 중재절차와는 어울리지 않는다. ④반트러스트법에 의한 기업에 대한 규제는 매우 중요한데, 거래계에서 선정된 중재인에게 이를 맡기는 것은 미국의 법률에 익숙하지 않고 미국의 가치관에 대한 이해도 없는 외국인이 중재인으로 선정되더라도 한다면 더욱 부적절하다.”는 것을 내용으로 하고 있다고 판단하였다.

따라서 분쟁해결에 관한 불성실성이 증가하는 국제거래에 있어서 당사자는 장래의 분쟁 해결절차의 당사자로서 분쟁해결에 관한 절차, 반트러스트법상의 손해회복을 구하기 위한 절차를 사전에 합의 가능한 형태로 정해 놓는 것이 인정된다.⁴⁹⁾

(4) 검토

미국 법원은 전통적으로 중재제도 자체에 대하여 회의적인 시각을 가지고 있었는데, 반트러스트법상의 분쟁과 관련해서도 시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁 촉진이라는 공익을 추구하는 영역에서 발생하는 분쟁은 중재의 대상이 될 수 없는 것으로 보았다. 그러나 중재를 통한 분쟁해결의 필요성이 부각되는 세계적인 추세 속에서, 중재에 대한 호의적인 정책이 반영된 연방 중재법의 제정 등의 영향을 받아 그 입장이 변경되기에 이르렀다. 다만 단번에 중재의 대상적격이 인정되었던 것이 아니라, 반트러스트법상의 청구와 일반 상거래에 관한 청구를 분리하여 처리하는 과도기적인 입장을 취하여, 반트러스트법상의 쟁점이 분쟁 전체에 침투되어 비교적 강하게 주장된 때에는 반트러스트법상의 소송절차를 진행시키고, 그렇지 아니한 때에는 반트러스트법상의 청구를 제외한 쟁점을 중재에 의해 해결할 수 있는 것으로 보았다. 그러나 *Mitsubishi Motors* 사건을 계기로 반트러스트법상의 분쟁의 중재의 대상적격에 관한 *American Safety* 법리가 폐기되었고, 국제거래에 관한 반트러스트법상의 청구의 중재가능성이 정면에서 인정되었다.⁵⁰⁾ 다만 *Mitsubishi Motors* 판결에서는 국내거래에 관한 반트러스트법상의 청구가 중재의 대상이 될 수 있는가에 관하여 명시적으로 언급하고 있지 않다. *American Safety* 법리를 부정한 판단내용에 비추어 볼 때, 그러한 판단이 국제거래에 한해 타당한 것이라고 할 수는 없고, 오히려 국내거래에 관한 반트러스트법상의 청구와의 관계에서 중재의 대상적격을 인정할 필요성이 더 강하게 인정된다.⁵¹⁾

3. 현행 독점규제법상 중재의 대상적격⁵²⁾

현행 독점규제법에 따르면 독점규제법 위반행위⁵³⁾에 대한 제재수단으로 형사적 제재,⁵⁴⁾

49) 이에 관하여는 473 U. S. 164 at 633-637 참조.

50) 프랑스의 경우에는 1993년 *Mors/Labinal* 사건에서 항소법원에 의해 경쟁법 관련쟁점의 중재적격이 인정되었으며(1999년 대법원에 의해 재확인됨), 스위스의 경우에는 1992년 연방재판부에 의해 EU 경쟁법 관련분쟁의 중재적격이 인정되었다. 이에 관하여는 *Alan Redfern/Martin Hunter/Nigel Blackaby/Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 2004, para. 3-16* 참조.

51) 이에 관하여는 Paul McGrath, "Mitsubishi-Arbitration of Domestic Antitrust Disputes", *12 Brooklyn J. Int'l L.* 693(1986) at 700 참조.

52) 현행 독점규제법의 규율대상이 되는 위반행위의 유형과 이에 대한 제재방법이 다양하므로, 위반행위에 대한 제재수단을 고려하여 중재의 대상적격을 검토할 필요가 있다.

53) 현행 독점규제법상 규율의 대상이 되는 위반행위로는 독점행위(시장지배적 지위 남용), 카르텔(부당공동행위), 합병(기업결합), 불공정거래행위, 재판매가격유지행위 등을 들 수 있다.

행정적 제재,⁵⁵⁾ 손해배상제도⁵⁶⁾가 인정되고 있다. 이 가운데 형사적 제재나 행정적 제재는 공적 집행제도로써 중재의 대상이 될 수 없다. 독점규제법 위반을 원인으로 하는 손해배상청구는 독점규제법 위반에 대한 사적 집행방법의 일종으로서, 공익과 사익이 결합된 영역에 속하는 것으로 볼 수 있다. 공익 보호가 문제되는 영역에 관한 청구가 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부가 실질적으로 문제된다. 독점규제법 위반을 원인으로 하는 손해배상청구는 불법행위 피해자의 구제를 목적으로 한다는 점에서 통상의 손해배상사건과 차이가 없으므로, 독점규제법 위반여부를 청구원인으로 한다고 해서 사법상의 분쟁으로서의 성질을 상실하는 것으로 볼 수는 없다. 이러한 청구에 관한 중재가 중재합의에 포함되어 있는 때에는 중재의 대상이 될 수 있는 것으로 보아야 한다. 다만 이에 관한 중재판정의 내용이 공서에 반하는 것으로 인정되는 때에는 중재판정에 대한 승인·집행단계에서 그 효력이 부정될 수 있다.

독점규제법 위반행위에 대한 무효확인을 구하는 것이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부도 문제된다. 현행 독점규제법상으로는 부당한 공동행위를 할 것을 약정한 사업자간에서 그러한 약정을 무효로 할 수 있고(독점규제법 제19조 제4항), 일정한 사유가 존재하는 회사의 합병이나 설립(같은 법 제7조 제1항, 제8조의3, 제12조 제7항)이 이루어진 때에는 공정거래위원회가 합병 또는 설립 무효의 소를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있는데(같은 법 제16조 제2항), 이러한 제재는 제한적인 것에 불과하며, 이와는 별도로 독점규제법 위반행위에 대하여 무효를 주장할 수 있는가의 여부가 문제된다. 독점규제법 위반행위가 법률행위의 형식으로 이루어진 이상, 법률행위이론에 따라 그 무효를 주장하는 것이 허용될 것이다. 그렇다면 이러한 무효주장이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부를 검토해 볼 필요가 있다. 독점규제법은 시장에서의 거래행위를 규율 대상으로 하고 있는바, 그러한 행위가 사법행위로서의 성질을 가지고 있고 당사자간의 중재합의에 의해 중재인이 그에 관한 무효여부를 판단할 수 있는 때에는 중재의 대상이 될 수 있다.⁵⁷⁾

독점규제법 위반행위로 인해 사인의 권리가 침해되는 것을 방지하기 위해서는 사전적 구제방법으로서 금지청구가 도입되어야 한다는 논의⁵⁸⁾가 있는데, 현행 독점규제법상 이에 관한 규정이 존재하지 않는다. 명문규정이 없는 경우에도 독점규제법 위반행위에 대하여

54) 독점규제법 제66조 내지 제69조에서 규정하고 있다.

55) 공정거래위원회는 독점규제법 위반행위에 대하여 시정조치를 할 수 있고, 과징금·이행강제금·과태료 납부명령 등 금전적 제재를 가할 수 있다.

56) 사업자 또는 사업자단체는 독점규제법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우 그 피해자에 대하여 손해배상책임을 지는 결과(제56조 제1항), 해당 피해자는 사업자 등에 대하여 손해배상청구를 할 수 있다. 이에 따르면 독점규제법 위반행위 전반에 대하여 손해배상청구권이 인정된다.

57) 다만 당사자가 중재합의에서 중재인이 이에 관하여 판단할 수 있는가에 관하여 정하지 아니한 경우에도 중재인이 이에 관하여 판단할 수 있는가의 여부가 문제될 수 있다. 이 문제는 영미법계 국가에서 논의되고 있는 분리가능성이론(doctrine of separability)과 관련이 있다.

58) 이에 관하여는 김차동, “공정거래법의 사적집행제도의 변경 및 그 보완방안”, 『경쟁법연구』 제11권, 한국경쟁법학회, 2005. 4. p.91 이하 참조.

금지청구를 할 수 있는가의 여부가 문제된다. 독점규제법과 유사한 기능을 담당하고 있는 관련법령에서 명문으로 금지청구권을 인정하고 있는 것과 비교법적 근거 등을 이유로 입법론상 이에 관한 규정을 도입할 것을 주장하는 견해가 제시되고 있다.⁵⁹⁾ 실무상으로는 민사집행법상의 가처분제도를 이용하여 금지청구의 목적을 달성하고자 하는 경향이 있는데, 이러한 쟁점에 관한 대법원 판례는 찾아 볼 수 없고, 하급심 판례 중에는 가처분형식으로 금지청구를 받아들인 예가 있는가 하면 배척한 예도 있어 입장이 통일되지 못한 실정이다.⁶⁰⁾ 위와 같은 학계의 입장을 고려하면, 독점규제법 위반행위의 금지청구를 중재의 대상으로 하는 것은 현행 독점규제법이 인정하고 있지 않은 법률관계를 대상으로 하는 것으로서 우리나라의 공서에 반하는 것이 아닌가 문제될 수 있다. 중재의 경우에는 당사자의 합의가 존재하는 한 형평과 선이 중재판정의 판단기준이 될 수 있으며(중재법 제29조 제3항), 공익을 공서와 동일시할 것은 아니라는 점 등을 고려한다면, 독점규제법에 명문규정이 없다고 하여 중재의 대상이 될 수 없다고 단정할 것은 아니라고 본다. 문제된 독점규제법 위반행위와 관련하여 당사자가 그 내용을 정할 수 없는 경우가 아닌 한,⁶¹⁾ 당사자의 중재합의 내지 중재인의 판정권한 범위 내에 포함되어 있는 사항은 중재의 대상이 될 수 있는 것으로 볼 수 있다.⁶²⁾ 이렇게 파악하는 것이 법률상 명문으로 금지청구를 인정하고 있는 외국 독점규제법이 문제되는 국제중재에 보다 적절히 대처하는데 도움이 될 것이다. 물론 이러한 청구가 중재의 대상이 될 수 있는 경우에도 그 중재절차를 통해 내려진 중재판정의 구체적인 내용이 대한민국의 기본적인 정의 관념에 반하는 것으로 인정되는 때에는 그 중재판정의 효력이 부정될 수 있다.

독점규제법 위반행위에 대한 사적 집행을 활성화하기 위한 방안으로서 3배 배상제도 도입의 필요성이 검토되기도 한다. 이는 징벌적 손해배상의 일종으로서 이러한 청구를 중재의 대상으로 할 수 있는가의 문제는 징벌적 손해배상이 중재의 대상이 될 수 있는가라는 별개의 논의를 필요로 하므로, 본 논문에서는 이에 관하여 다루지 않기로 한다.

59) 이에 관하여는 장승화, “독점금지법상 금지청구와 손해배상청구”, 「인권과 정의」 제299호, 대한변호사협회, 2001. 7. p.54 이하 참조.

60) 김차동, 앞의 논문, p.93.

61) 금지청구의 대상이 될 수 있는 위반행위의 범위에 관하여, 모든 위반행위를 금지의 대상으로 인정하는 입법례(미국)가 있는가 하면, 사익적 색채가 강한 위반행위만을 금지의 대상으로 인정하고 있는 입법례(일본)도 있다.

62) 금지청구권을 독점규제법의 집행을 사인에 의해 보완하는 제도로 이해할 것인가, 아니면 독점규제법 위반으로 피해를 입은 사인의 민사적 구제수단으로 볼 것인가에 따라 그 구체적인 내용이 달라질 수 있다.

V. 결 론

중재는 당사자자치를 전제로 당사자간의 합의에 의해 국가의 재판권을 배제하고 사인인 중재인의 중재판정에 의해 분쟁을 해결하는 제도이다. 중재판정의 판단규준은 실정법에 한정되지 않으므로 구체적인 사안에 보다 적합한 해결을 도모할 수 있고, 당사자의 의사에 따라서는 법률에 정해진 구제 이외에도 다양한 내용의 중재판정이 내려질 수 있다. 사적 자치가 고도로 발달하고 거래 유형이 복잡·다양한 현대사회에서 발생하는 각종 분쟁을 적절히 해결하기 위해서는 다양한 해결방안을 모색할 수 있는 중재제도를 이용할 필요가 있다.⁶³⁾ 다만 이러한 현실적인 필요와 당사자자치의 원칙에 근거하여 중재에 의한 분쟁해결이 인정된다고 하더라도, 법치주의 하에서 일정한 제한이 가해질 수밖에 없다. 즉 중재제도의 구체적인 내용은 그것이 이용되는 국가의 법질서 내에서 정해지는데, 현행 중재법에 따르면 사법상의 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있다(중재법 제3조 제1호). 그런데 현대사회에서는 일정한 공적 이익을 보호하기 위하여 국가가 사인간의 거래에 관여하는 현상이 두드러지게 나타나고 있다. 시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진함으로써 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하기 위한 독점규제법 영역도 이에 해당한다. 이러한 영역에서 발생하는 분쟁을 중재를 통해 해결할 수 있는가의 여부를 검토함에 있어서는 독점규제법에 의해 실현하려는 경쟁정책과 중재를 통해 사적 분쟁해결을 추구하려는 정책을 고려하여야 한다.

법정책상 내지 법이론상 중재의 대상적격을 제한할 필요성⁶⁴⁾이 인정되는 때에는 실정법에 의해 제한할 수 있지만(중재법 제2조 제2항), 독점규제법 관련분쟁의 중재적격을 제한하는 취지의 규정은 존재하지 않는다. 이러한 상황에서 독점규제법이 공익 보호를 목적으로 한다는 것만을 이유로 관련분쟁이 중재의 대상이 될 수 없다고 할 수는 없다. 사적 분쟁해결방법으로 중재제도를 인정하고 있는 이상, 당사자가 분쟁해결의 구체적인 내용과 분쟁해결방법을 자유로이 정할 수 있는 분쟁이라면, 그것이 공익 보호가 문제되는 영역에서 발생하더라도 중재의 대상이 되는 것으로 보아야 한다. 다만 중재의 대상적격을 인정함으로써 현실적으로 공익을 침해하고, 그로 인해 법질서의 기본가치에 반하는 결과를 초래하는 등 불합리한 결과가 발생한 때에는 중재판정의 승인 또는 집행단계에서 공서에 의한 통제가 이루어지게 된다.

독점규제법 관련영역에서 발생하는 분쟁의 유형은 다양하므로, 이를 개별적으로 검토할 필요가 있다. 독점규제법 위반행위에 대한 공적 집행방법은 당사자자치의 원칙이 적용되

63) 다만 중재가 그 제도적 취지에 부합하는 방향으로 운용되기 위해서는 중재인의 판단내용의 적정과 예측가능성, 적절한 중재인의 선정, 중재인의 공정성·중립성 등이 보장되어야 한다.

64) 이러한 필요성이 인정되는 때에는 명문규정으로 중재의 대상적격을 부정함으로써, 당사자에 의한 중재합의, 중재인에 의한 중재절차의 개시·수행 및 중재판정을 금지하는 것이 바람직하다.

는 중재를 통해 해결하기에 적합하지 않으므로 중재의 대상이 될 수 없다. 사적 집행방법과 관련해서는 독점규제법 위반을 청구원인으로 하더라도 청구 자체가 사법상의 법률관계에 관한 것이라면 중재의 대상이 될 수 있다. 또한 이러한 청구에 대한 법원의 판단에 대하여 상대적 효력만이 인정되는 것을 고려하면 독점규제법 관련분쟁이라고 해서 중재의 대상적격을 제한할 것은 아니다.

독점규제법 관련분쟁 중 일정한 분쟁이 중재의 대상이 된다고 할 경우 국내중재와 국제중재를 달리 처리할 필요가 있는가의 여부가 문제된다. 물론 국제중재의 경우 당사자간에 합의된 중재조항을 준수하여야 할 국제협조의 자세가 요구되지만, 중재를 통한 사적 분쟁해결의 필요성은 국내중재의 경우에도 인정된다. 국내중재의 경우 중재인은 독점규제법의 입법목적 등을 고려하여 중재판정을 할 수 있으므로 국제중재의 경우보다 공익에 저촉될 여지가 적다. 또한 국내중재의 경우 중재인이 독점규제법상의 분쟁의 특성을 무시하고 내린 중재판정에 대한 통제가 보다 실질적으로 이루어질 수 있다. 따라서 국내중재와 국제중재의 대상적격을 달리 볼 것은 아니다.

참 고 문 헌

- 김차동, “공정거래법의 사적집행제도의 변경 및 그 보완방안”, 『경쟁법연구』 제11권, 한국경쟁법학회, 2005.
- 목영준, 『상사중재법론』, 박영사, 2001.
- 장승화, “독점금지법상 금지청구와 손해배상청구”, 『인권과 정의』 제299호, 대한변호사협회, 2001.
- 猪股孝史, “仲裁合意の本旨そして仲裁可能性”, 『JCAジャーナル』 第53卷 第7号, 日本商事仲裁協會, 2006.
- 上野泰男, “仲裁可能性”, 『現代仲裁法の論点』, 有斐閣, 1998.
- 高田 薫, “行政事件の仲裁適格性(1)”, 『JCAジャーナル』 第46卷 第12号, 日本商事仲裁協會, 1999.
- _____, “行政事件の仲裁適格性(2)”, 『JCAジャーナル』 第46卷 第12号, 日本商事仲裁協會, 1999.
- 田邊 誠, “民事紛争の仲裁適格について-ドイツにおける議論を参考にして-”, 『民事訴訟雑誌』 第42号, 法律文化史, 1996.
- Barber, Horst, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, PETER LANG, 1994.

Beckstiegel, Karl Heinz, "Public Policy and Arbitrability", in ICCA Congress Series 3, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kulwer Law and Taxation, 1986.

David, René, *Arbitration in International Trade*, Kulwer Law and Taxation, 1985.

Healy, Nicholas J., "An Introduction to Federal Arbitration Act", *13 Journal of Maritime Law and Commerce* 223, 1982.

McGrath, Paul, "Mitsubishi-Arbitration of Domestic Antitrust Disputes", *12 Brooklyn J. Int'l L.* 693, 1986.

Redfern, Alan/Martin Hunter/Nigel Blackaby/Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004.

Schwab, Karl Heinz/Gehard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, C. H. Beck, 2005.

ABSTRACT

The Arbitrability of the Subject-matter of a Dispute on the Antitrust Law

Su-Mi Kang

It is a matter for debate that which types of dispute may be resolved by arbitration. This problem is concerning the arbitrability of the subject-matter of a dispute. National laws establish the domain of arbitration. Each state decides which matters may or may not be resolved by arbitration in accordance with its own political, social and economic policy.

In response to complexity and diversity of a social phenomenon, the dispute also is various, therefore can not be settled efficiently by means of court adjudication to which applies a law strictly. To overcome such problems we are going to seek to make use of arbitration. According to Korean Arbitration Act Art. 3 (1), any dispute in private laws would be the object of arbitral proceedings.

For the promotion of fair and free competition, it is increasingly wide-ranging antitrust legislation across the world. It is matter for debate what can an arbitral tribunal do when confronted with an allegation that the contract under which the arbitration is brought is itself an illegal restraint of trade or in some other way a breach of antitrust law. The underlying question is how to accommodate the conflicting congressional policies favoring resolution of private controversies by arbitration and encouraging private suits to protect the public interests served by the antitrust laws.

It is necessary to inquire into the arbitrability of antitrust issues on case-by-case basis, because the types of them are quite diverse. If antitrust issues are the dispute in private laws and the contracting parties agreed to submit to arbitration disputes which have arisen or which may arise between them in the antitrust issues, the antitrust disputes are arbitrable. Not only international antitrust disputes but also domestic antitrust disputes are capable of being resolved by arbitration. When the public interests in the enforcement of antitrust legislation are asserted, it is possible to justify the annulment or the refusal of the recognition or the enforcement of an arbitral award that ignores public policy as a matter of it.

Key Words : Arbitrability of the subject-matter of a dispute, Arbitrability, Arbitration agreement, Arbitration, Dispute on the antitrust law, Public policy, Party autonomy