

징벌적 손해배상의 중재적격*

The Arbitrability of the Subject-matter of Punitive Damages

강 수 미**
Su-Mi Kang

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 징벌적 손해배상의 의의 및 본질
- III. 중재적격의 작용 국면
- IV. 징벌적 손해배상의 중재적격
- V. 결 론

주제어 : 징벌적 손해배상, 중재가능성, 중재의 대상적격, 중재합의, 중재판정, 공서

* 중재적격 또는 중재가능성이라고 할 경우 어떠한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가라는 객관적 측면과 누가 중재의 당사자가 될 수 있는가라는 주관적 측면을 포함하는데, 본 논문에서는 객관적 측면, 즉 중재의 대상적격을 논의의 대상으로 한다.

** 연세대학교 법학전문대학원 부교수

I. 서론

국제거래가 활발해짐에 따라 그에 관한 분쟁이 빈번히 발생하고 그러한 분쟁 중에는 손해배상을 내용으로 하는 사건도 적지 않다. 현대사회를 규율하고 있는 법제도는 크게 common law계와 대륙법계로 구분되는데, 손해배상제도와 관련해서도 양자 간에 상당한 차이가 존재한다. 그 중 대표적인 것이 common law계 국가에서는 징벌적 손해배상이 인정되고 있는데 반하여, 대륙법계 국가에서는 징벌적 손해배상이 원칙적으로 인정되지 않는다는 것이다. 따라서 common law계 국가에서 내려진 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 대륙법계에 속하는 대한민국에서 집행할 수 있는가의 여부가 문제될 수 있다. 이와 관련해서는 우선 징벌적 손해배상이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부를 검토하여야 한다. 일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는 자격을 중재적격이라고 한다.

중재란 법원의 재판에 의하지 않고 사인(私人)인 중재인의 중재판정에 의해 분쟁을 해결하는 제도이다. 중재를 통해 분쟁을 해결할 수 있기 위해서는 분쟁 당사자간에 중재인의 중재판정에 의해 분쟁을 해결하기로 하는 내용의 중재합의가 존재하여야 한다(중재법 제3조 제1호). 그런데 중재에 의해 해결할 수 있는 분쟁을 중재의 대상으로 하여야만 그에 관한 중재합의의 효력이 인정된다. 또한 중재의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 중재판정이 내려진 때에는 중재판정취소의 대상이 될 수 있고, 이러한 중재판정에 기해 강제집행을 하는 것이 허용되지 않을 수 있다. 따라서 징벌적 손해배상이 중재의 대상이 될 수 있는가의 문제는 당사자가 징벌적 손해배상을 중재의 대상으로 한 중재합의의 효력이 인정될 것인가, 중재인이 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 할 수 있을 것인가, 징벌적 손해배상을 명한 중재판정의 효력이 인정될 것인가, 징벌적 손해배상을 명한 중재판정에 대한 집행이 가능할 것인가와도 관련이 있다.

특히 우리나라의 손해배상법에 비추어 볼 때, 징벌적 손해배상을 중재의 대상으로 한 중재합의의 효력을 인정하거나 징벌적 손해배상을 명한 중재판정의 효력을 인정하는 것이 공서(公序)와의 관계에서 문제될 수 있다. 이 문제를 해결하기 위해서는 공서의 의미, 징벌적 손해배상의 본질, 그 목적과 기능, 분쟁해결수단으로 중재제도를 인정한 입법정책 등을 고려하여 중재합의 내지 중재제도의 실효성을 확보할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다.

II. 징벌적 손해배상의 의의 및 본질

1. 징벌적 손해배상의 의의

징벌적 손해배상(punitive damages)이란 불법행위가 악의적인 경우¹⁾ 가해자의 불법행위에 대한 징벌과 재발의 억제를 목적으로 하여 가해지는 손해배상을 의미한다. 이는 가해자의 불법행위에 의해 피해자가 입은 신체, 재산 기타의 손실을 회복시키는 것을 목적으로 하는 전보적 손해배상(compensatory damages)과는 달리 가해자에게 금전배상을 시킴으로써 벌을 과하고 불법행위의 재발을 방지하고자 하는 것이다.

대륙법계 국가에서는 실손해의 배상을 목적으로 하는 전보적 손해배상을 손해배상법의 기본원칙으로 삼고 있는데 대하여, common law계의 많은 국가에서는 전보적 손해배상 외에 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 다만 징벌적 손해배상제도는 통일된 모습으로 운영되기보다는 그것이 이용되는 각 나라의 역사적·사회적 여건에 따라 각기 다른 모습으로 운용되고 있다.

징벌적 손해배상은 영국²⁾에서 불법행위와 범죄가 분화되지 않은 시기에 부족(部族)간의 항쟁에서 복수에 갈음하여 금전을 지급하던 관행에서 비롯되었다. 봉건시대에는 불법행위에 대하여 영주의 자비에 의한 처분으로서의 성질을 가지는 amercement라는 벌금이 부과되었는데, fine이 정액의 벌금인데 대하여 amercement는 중죄가 아닌 가벼운 위반에 대하여 재량적으로 과해지는 벌이었다. 영국에서는 이러한 재량이 남용되는 것에 관심을 가졌으며, 그 남용을 방지하기 위한 규정이 Magna Carta에 도입되기도 하였다.

미국은 18세기에 이르러 징벌적 손해배상제도를 본격적으로 받아들인 후 그 인정범위가 점차 확대되었는데, 오늘날 일부 주를 제외한 대부분의 주에서 징벌적 손해배상이 인정되고 있다.³⁾ 징벌적 손해배상이 인정되는 불법행위 유형과 관련해서도 초반에는 명예훼손, 폭행, 불법감금, 횡령 등으로 한정되었는데, 현재는 명목적 손해배상⁴⁾만이 인정되는

1) 이는 해당 행위가 해의(害意) 있는 동기 또는 타인의 권리에 대한 무배려 등에 의한 행위인 경우를 의미한다[Restatement 2nd of Torts §908 (2) (1977)].

2) Wilkes v. Woods 사건((1763) Lofft 1; 98 ER 489)을 통해 징벌적 손해배상이 인정되기 시작한 영국에서는 전보적 손해배상을 원칙으로 하면서 징벌적 손해배상을 예외적으로 인정하였는데, Rookes v. Barnard 사건((1964) AC 1129)을 계기로 ①제정법상 명문으로 징벌적 손해배상을 인정하고 있거나, common law상 인정되는 경우로서 ②공무원의 강압적인 권력남용행위, ③이유를 추구하기 위하여 계획적으로 이루어진 불법행위에 대해서만 예외적으로 징벌적 손해배상을 허용함으로써 그 인정범위를 제한하고 있다. 다만 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드 등 영연방의 다른 나라들은 Rookes Rule을 따르지 않고 있으며, 캐나다의 경우에는 불법행위와 아울러 계약위반에 대하여도 징벌적 손해배상을 인정하고 있다.

3) 미국의 대부분의 주에서는 징벌적 손해배상을 common law상의 제도로 채택하고 있는데, 루이지애나, 매사추세츠의 경우에는 제정법에 명문규정이 있는 때에 한하여 징벌적 손해배상을 허용하고 있다.

4) 명목적 손해배상이란 채무자의 채무불이행으로 인하여 채권자에게 아무런 손해가 발생하지 아니한 때에도 채무자가 계약을 이행하지 아니한 사실을 확인 또는 입증하기 위하여 인정되는 손해배상을 의미한다[Patel

경우에도 부과되기도 하며, 일부 실정법에서는 특수한 유형의 불법행위에 대한 제재로서 징벌적 손해배상을 명문으로 인정하기도 한다. 특히 제조물책임법리가 정립됨에 따라 고액의 징벌적 손해배상이 사회문제화 되기에 이르렀는데, 플로리다주 법원에 제기된 담배 회사에 대한 집단소송⁵⁾에서 1,450억 달러에 달하는 징벌적 손해배상판결이 내려진 것을 계기로 미국 내에서 징벌적 손해배상의 바람직한 운용방식에 관한 사회적 논의를 불러오기도 하였다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 연방대법원은 1990년 초반부터 헌법 수정 제14조의 due process조항을 근거로 주(州)가 현저히 과도한 징벌적 손해배상을 과하는 것은 due process에 의하지 않고 재산권을 박탈하는 것으로 봄으로써 징벌적 손해배상제도의 남용에 제동을 걸기 시작하였다.⁶⁾

위와 같은 연혁과 내용을 가지는 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정이 허용되는가의 여부를 판단하기 위해서는 징벌적 손해배상의 본질에 관하여 검토하여야 한다.

2. 징벌적 손해배상의 본질

징벌적 손해배상제도의 목적 내지 기능과 관련해서는 이를 통하여 제재적·억제적 기능, 법 실시기능, 추가적 보상기능 등을 실현할 수 있는 것으로 파악되고 있다.

제재적·억제적 기능이란 불법행위를 한 가해자를 처벌함으로써 그러한 불법행위를 예방하고 사회 일반에 대하여 본보기를 보여 줌으로써 유사한 불법행위의 재발을 방지하는 기능을 의미한다.⁷⁾ 제재적 기능과 억제적 기능 중 어느 것이 보다 본질적인 것인가에 관해서도 논의되고 있는데, 미국의 대부분의 주 법원에서는 위 두 기능을 함께 검토하고 있으며, 일부 주에서는 관련 법 규정에서 두 가지 기능을 함께 규율하고 있다.

법 실시기능이란 피해자에게 발생한 손해 이상을 피해자에게 취득하게 함으로써 피해자로 하여금 불법행위를 고발하도록 유도하거나 불법행위의 적발을 촉구하는 기능을 의미한다.⁸⁾ 이러한 기능은 고액의 징벌적 손해배상액이 피해자에게 귀속되는 것을 정당화하는

v. Howard University, 896 F. Supp. 199(D. D. C. 1995)].

5) R. J. Reynolds Tobacco C. v. Engle, 672 So. 2d 39(Fla. 3d DCA 1996).

6) 제한이 이루어진 초기에는 절차적 due process에 중점을 두어 적정한 절차를 거친 이상 그러한 절차 진행 결과 내려진 징벌적 손해배상은 합헌성이 추정되는 것으로 판단하였는데, Gore 사건(BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U. S. 559(1996))에서는 징벌적 손해배상액이 현저히 과도하면 실제적 due process에 반하는 것으로 보았고, 그에 관한 판단기준(①비난가능성의 정도, ②비율, ③유사한 불법행위에 대한 제재)을 구체적으로 제시하였다. Campbell 사건(State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell, 538 U. S. 408(2003))에서는 위 Gore 사건에서 확립된 판단기준을 보다 구체화하여 ①원고가 입은 손해와 무관한 행위를 징벌적 손해배상의 산정근거로 해서는 안 되고, ②징벌적 손해배상액이 전보적 손해배상액의 10 배를 초과하는 것은 due process 위반으로 될 가능성이 높다고 하였다.

7) Kenneth Mann, "Punitive Civil Sanction : The Middleground Between Criminal and Civil Law," 101 Yale L. J. 1795, 1992, p.1975.

8) David G. Owen, "Punitive Damages in Product Liability Litigation," 74 Mich. L. Rev. 1262, 1976, pp.1287-1295.

근거가 될 수 있다.

추가적 보상기능과 관련해서는 징벌적 손해배상이 피해자에게 실제 발생한 손해를 전보하는 기능을 할 수 있는가의 여부가 문제되는데, 정신적 손해를 현실의 손해로 취급하지 않던 시대에는 징벌적 손해배상이 정신적 손해를 보상하는 기능을 하는 것으로 파악하기도 하였다. 그러나 정신적 내지 비재산적 손해가 현실의 손해로 간주되고 전보적 손해배상을 통해 보상받을 수 있게 된 오늘날에는 정신적 손해의 보상을 징벌적 손해배상의 직접적인 기능으로 파악할 현실적인 필요성은 약화되었다고 할 것이다. 다만 징벌적 손해배상과 정신적 손해배상의 연혁, 정신적 손해배상의 본질⁹⁾ 등을 고려할 경우 정신적 손해에 대한 배상이 징벌적 손해배상에 포섭될 가능성이 여전히 존재한다.

소송의 승패에 상관없이 소송비용이나 변호사비용을 당사자가 각자 부담하는 것을 원칙으로 하는 미국의 민사소송제도 하에서는 가해자의 불법행위에 관한 소송수행에 소요된 소송비용, 변호사비용 등을 징벌적 손해배상을 통해 가해자로부터 반환받을 필요성이 인정된다.¹⁰⁾ 또한 부당이득에 관한 법제도가 정비되어 있지 않은 미국의 경우 불법행위가 이루어진 날 이후의 지연손해금 명목의 금원을 징벌적 손해배상을 통해 보상받을 필요성이 인정되기도 한다.

징벌적 손해배상의 본질을 파악함에 있어서는 그것이 이용되고 있는 구체적인 상황을 고려하여야 하는데, 미국의 경우 이를 허용하고 있는 각 주마다 그 법적 성질·효과 등을 달리 규율하고 있고, 징벌적 손해배상에는 처벌과 억제만을 목적으로 하는 것이 있는가 하면 보상적 손해배상이나 변호사비용·소송비용의 일부의 전보를 목적으로 하는 것이 있고, 가해자가 지급하여야 할 손해배상금이 전부 피해자에게 지급되는 경우가 있는가 하면 그 손해배상금의 일부가 주 또는 일정한 사회단체에 귀속되는 경우¹¹⁾도 있다는 것 등을 염두에 두어야 한다.

9) 정신적 고통 내지 부형적 손해에 대한 배상을 의미하는 위자료청구권과 관련하여 부형적인 정신적 손해를 금전으로 계산하여 위자료액을 산정함에 있어서 재산적 손해와 동일하게 취급할 수 있을 것인가가 문제된다. 이와 관련해서는 위자료를 ①통상의 전보적 손해배상으로 이해하는 입장, ②가해자에 대한 제재적 성질을 가지는 것으로 이해하는 입장 등이 주장되고 있다(이에 관하여는 박준서 편, 「주석 민법 [채권각칙(8)]」(김숙자 집필), 한국사법행정학회, 2000, pp.325-327 참조). 비재산적 손해 자체를 금전적으로 정확히 평가하는 것은 어렵지만, 이에 관하여 일정한 금원을 배상받으면 그로 인해 정신적 고통이 경감되거나 소멸될 수 있다는 점에서 비재산적 손해에 대한 배상가능성을 인정할 수 있다. 그런데 위자료가 실제로 발생한 손해의 전보만을 목적으로 하는 것이라면 가해자의 고의, 과실에 따라 손해배상액이 달라지지 않을 것이지만, 위자료 산정시 양자를 동일하게 평가하지 않는 것이 일반적이다. 따라서 비재산적 손해배상이 전보적 기능만을 하는 것으로 이해하거나 가해자에 대한 제재적 기능만을 하는 것으로 이해하는 데에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

10) David G. Owen, *op. cit.*, p.1296.

11) 미국의 경우 징벌적 손해배상이 가지는 공익적 성질을 고려하여 피해자가 수령해야 할 금액의 일정률 또는 일정액을 판결이 내려진 주 또는 피해자구제기금 등에 납부할 것을 의무화하는 split-recovery statute를 가지고 있는 주(미주리, 아이오와, 알래스카, 오리건, 인디애나, 일리노이, 유타, 조지아 등)가 상당 수 존재한다.

3. 검토

징벌적 손해배상이 전보적 손해배상과는 다른 목적과 기능을 가지고 있는 것을 부정할 수는 없다. 그러나 common law계 국가에서 징벌적 손해배상 명목으로 지급을 명하는 부분 중에는 보상적인 성질을 가지는 것으로 볼 수 있는 부분이 존재하기도 하고, 우리나라 손해배상제도 가운데도 전보적 기능만으로는 설명할 수 없는 부분이 존재하기도 한다. 특히 비재산적 손해에 대한 배상을 의미하는 위자료의 목적 내지 기능과 관련해서는 비재산적 손해에 대한 배상가능성을 전제로 전보적 기능을 인정할 수 있는 한편, 비재산적 손해의 피침해법익의 특수성을 고려하여 피해자측과 가해자측의 사정을 모두 참작하여 위자료를 산정하는 결과 전보목적만으로는 위자료의 의미를 이해하기 어려우므로, 전보목적 이외에 피침해법익의 특성에 상응하는 일정한 기능을 인정하여야 할 것이다. 따라서 중재와 관련하여 징벌적 손해배상이 문제되었다고 하여 무조건적으로 불법행위에 대한 징벌과 재발의 억제를 목적으로 하는 것으로 단정할 것이 아니라 금원의 지급이 추구하는 목적 내지 기능을 고려하여야 할 것이다.

Ⅲ. 중재적격의 작용 국면

1. 중재의 특성

당사자간의 중재합의에서 비롯된 중재절차, 중재판정은 일정한 강제력 내지 구속력을 가지게 된다. 중재절차나 중재판정의 이러한 구속력은 당사자간의 합의에 의해 정당화되는 한도, 즉 당사자자치가 허용되는 범위 내에서는 국가가 관여하지 않는다. 다만 중재제도도 그것이 이용되는 국가의 법에 의해 승인된 경우 비로소 이용할 실익이 있고, 구체적인 내용 또한 그 국가의 법에 의해 정해지게 된다.¹²⁾ 그런데 각국의 중재제도를 살펴보면 해당 국가의 법 자체에서 중재에 대한 간섭 내지 통제에 관하여 규정하고 있는 경우가 적지 않고, 그 정도와 내용 또한 다양하다.¹³⁾

12) 우리나라 중재법 하에서는 사법상의 분쟁을 중재의 대상으로 하고(중재법 제3조 제1호), 중재판정은 당사자간에 있어서 확정판결과 동일한 효력을 가지며(같은 법 제35조), 중재판정에 대한 집행은 법원의 집행판결을 받아야 하고(같은 법 제37조), 중재판정의 내용이나 그 전제가 된 중재절차에 중대한 하자가 존재하는 때에는 중재판정취소의 소(같은 법 제36조)를 통해 중재판정의 효력을 소멸시킬 수 있다.

13) 우리나라의 중재법도 일정한 경우 법원이 중재에 개입할 것을 규정하고 있는데, 법원은 중재판정취소의 소(중재법 제36조), 중재판정집행청구의 소(같은 법 제37조)를 통해 개입하기도 하고, 소송에서 중재합의의 존재에 관한 항변이 제출된 경우 이에 대한 판단을 통해 개입하기도 하며(같은 법 제39조), 중재인 선정(같은 법 제12조 제4항)·중재인의 기피신청에 대한 기피결정(같은 법 제14조 제3항)·중재인의 권한중료신청에 대한 권한중료결정(같은 법 제15조 제2항)·중재판정부의 권한심사신청에 대한 권한심사(같은 법 제17조 제6

2. 중재적격의 작용 국면

중재를 통해 분쟁을 해결할 수 있기 위해서는 분쟁 당사자간에 중재합의가 존재하여야 하는데, 중재합의는 중재에 의해 해결할 수 있는 분쟁을 대상으로 하여야 한다. 일정한 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부는 분쟁대상의 중재가능성(arbitrability of the subject-matter of a dispute) 내지 객관적 중재적격(objektive Schiedsfähigkeit)의 문제로 논의되고 있다.

중재적격은 중재절차 전반에 걸쳐 작용하는데, 특히 ①소송절차 진행 중 피고로부터 중재의 항변이 제출된 경우, ②중재의 피신청인이 해당 분쟁이 중재의 대상이 되지 아니함을 이유로 중재합의의 효력을 다투는 경우, ③중재의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 중재판정이 내려졌다고 하여 중재판정취소의 소가 제기된 경우, ④중재판정을 집행하기 위하여 집행판결이 구해진 경우 등에 작용할 수 있다.

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). ②의 경우 중재인은 해당 분쟁이 중재의 대상이 되지 않는 것으로 판단되면 중재신청을 각하하여야 한다. 그러나 해당 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있고 그에 관한 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). ③과 관련해서는, 중재의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결할 수 없는 때에는 중재판정취소의 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 주장할 수 있다(같은 법 같은 조 같은 항 제1호 가목). ④와 관련해서는, 내국중재판정¹⁴⁾에 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 분

항)·감정인의 기피신청에 대한 기피결정(같은 법 제27조 제3항)·증거조사(같은 법 제28조) 등과 관련해서도 개입하게 된다.

14) 내국중재판정의 개념정의와 관련해서는 영토적 요소를 기준으로 하여 중재판정이 자국 내에서 이루어진 경우를 의미하는 것으로 보는 입법례와 당사자의 국적, 분쟁 대상의 성질, 절차법 등을 고려하여 정하는 입법례로 나뉜다. 현행 중재법은 영토주의에 입각하여 대한민국 내에서 내려진 중재판정을 국내중재판정으로 규정하고 있다(중재법 제38조).

쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 경우에 해당하는가의 여부에 관하여 심리할 수 있다(중재법 제38조, 제36조 제2항 제1호 가목·제2호 가목).¹⁵⁾

①, ②는 중재합의의 유효성과 관련이 있고, ③, ④는 중재판정의 취소사유, 승인 또는 집행의 거부사유와 관련이 있는데, 중재적격은 중재합의의 유효성 여부 또는 중재판정의 취소사유, 승인·집행의 거부사유 존부에 관한 판단기준으로 작용한다고 할 수 있다. 중재적격이 문제되는 구체적인 국면이 어떨든 간에, 중재적격은 국가가 중재제도를 규제 내지 감독하는 기능을 한다고 할 수 있다.¹⁶⁾ 중재의 대상이 될 수 없는 분쟁을 중재의 대상으로 한 중재합의는 중재법이 예정한 중재합의에 해당하지 않으므로, 중재법이 인정한 중재합의로서의 효력을 가지지 못하게 되고, 국가는 그와 같은 중재에 협력하지 않을 것이다. 따라서 중재적격에 관한 대표적인 규율방식과 현행 중재법의 내용을 검토해 볼 필요가 있다.

3. 중재적격의 규율방식

오늘날 당사자자치의 원칙에 근거하여 중재에 의한 분쟁해결을 허용하는 것이 일반적인 추세이지만, 법적 분쟁해결방법의 일종인 중재제도의 구체적인 내용은 이를 이용하는 나라의 법질서 내에서 정해지게 된다. 중재의 대상이 될 수 있는 분쟁에 관한 규율내용을 살펴보면 ①분쟁의 대상에 관하여 당사자가 화해할 권리 또는 자유로운 처분권을 가지는 경우에 한하여 중재적격을 인정하는 방식(프랑스,¹⁷⁾ 네덜란드,¹⁸⁾ 일본¹⁹⁾ 등), 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 중재적격을 부정하는 방식(독일,²⁰⁾ 스위스,²¹⁾ 뉴질랜드²²⁾ 등)이 존재한다.

15) 외국중재판정의 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 살펴되어야 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 판단하게 된다(중재법 제39조 제2항). 다만 뉴욕협약이 적용되지 않는 외국중재판정의 승인·집행에 관한 중재법의 규율내용과 관련해서는 민사소송법의 규정을 준용할 것이 아니라 비제약국의 외국중재판정에 대하여도 뉴욕협약을 적용하는 것이 바람직하다는 견해가 주장되고 있다(이에 관하여는 석광현, 「국제상사중재법연구 제1권」, 박영사, 2007, pp.95-97 참조).

16) 出邊 誠, “民事紛爭의仲裁適格について-ドイツにおける議論を參考にして-”, 「民事訴訟雜誌」, 第42號, 法律文化社, 1996. 3. p.71.

17) 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).

18) 당사자가 자유로이 처분할 수 없는 법률관계는 중재합의의 대상이 될 수 없다(민사소송법 제1020조 제3항).

19) 법령에 특별한 규정이 없는 한 당사자가 화해할 수 있는 민사상의 분쟁(이혼 또는 이연(離縁, 양친자관계를 해소시키는 것으로서 우리나라의 파양에 상응하는 제도)의 분쟁을 제외한다)이 중재의 대상이 될 수 있다(중재법 제13조 제1항).

20) 재산법상의 청구는 중재합의의 대상이 될 수 있고, 비재산법상의 청구에 관한 중재합의는 당사자가 분쟁의

분쟁의 대상에 관한 화해가능성 내지 처분가능성을 요구하는 규율방식은 중재절차의 개시요건으로 중재합의의 존재를 요구하고 있는 것과 중재에 회부된 분쟁의 내용을 살펴보면 사인간에 화해가능한 것이 압도적으로 많다는 것에 근거하여, 당사자에 의한 화해가능성 또는 처분가능성을 기준으로 중재적격 유무를 판단하고 있다. 이러한 규율방식 하에서 당사자간의 합의로 중재절차가 개시되는 것은 당사자가 분쟁해결방법과 그 내용을 정할 수 있다는 것을 전제로 하고 있으며, 이는 당사자가 분쟁의 대상인 권리 내지 법률관계를 처분할 수 있다는 것을 전제로 하고 있다.

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 법률로써 중재의 대상이 될 수 없음을 명시한 때에는 중재의 대상이 될 수 없는 것으로 하고 있다. 이러한 규율방식 하에서는 중재절차의 개시요건으로서 중재합의의 존재를 요구하는 것을 중재기관, 당사자, 국가와의 관계에서 설명하기도 한다.²³⁾ 즉 중재기관과의 관계에서는 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 의사표시를 요구하는 것으로 본다. 당사자간에 있어서는 중재합의에 기해 법원을 분쟁해결과정에서 배제시킬 수 있고, 당사자 일방이 중재합의에 반하여 법원에 소를 제기한 때에는 상대방 당사자는 중재합의의 존재를 항변할 수 있다고 한다. 국가와의 관계에서는 분쟁해결을 분쟁 당사자에게 맡기고 국가가 관여하지 않더라도 당사자간에 있어서 특별히 문제될 것이 없으므로 중재합의에 기해 중재를 허용해도 무방하며, 예외적으로 국가가 분쟁해결에 관여할 필요가 있는 때에는 중재합의의 유무를 불문하고 입법에 의해 중재적격을 부정함으로써 그 목적을 달성할 수 있다고 한다.

화해가능성을 기준으로 중재적격의 유무를 판단하는 방식은 중재의 인정근거에 충실한 입장이라고 할 수 있다. 이러한 입장에 따른 경우 처분가능성의 의미²⁴⁾를 어떻게 파악하

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).

- 21) 재산법상의 청구는 중재의 대상이 될 수 있다(국제사법에 관한 스위스연방법(PIL) 제177조 (1)).
- 22) 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).
- 23) 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號, 日本商事仲裁協會, 1999. 11. p.4 참조.
- 24) 처분가능성의 의미를 실체법상의 화해가능성을 의미하는 것으로 보는 입장에 따르면 실체법상 화해가 허용되는 분쟁만이 중재의 대상이 될 수 있으며 강행법규와 관련된 분쟁은 중재적격을 제한받게 된다. 그러나 오늘날 중재제도가 널리 이용되고 있으며, 국가가 법률로 중재제도를 인정하고 중재판정에 대하여 국가의

는가에 따라 그 인정범위가 달라질 수는 있지만, 중재적격의 인정범위가 상대적으로 축소될 가능성이 있다. 그런데 사인간의 거래관계의 복잡·다양성, 이로 인한 분쟁해결방법의 다양화를 추구할 필요성 등을 고려한다면, 사인간의 경제활동에 관한 분쟁이면 중재적격을 인정하고, 국가가 개입할 필요성이 인정되는 때에는 법률로써 중재적격을 부정하는 것이 효율적인 규율방식일 수 있다고 보는 시각²⁵⁾도 찾아볼 수 있다. 다만 중재적격을 판단함에 있어서는 중재를 규율하는 실정법의 내용을 고려하여야 한다.

4. 검토

현행 중재법에 따르면 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 사법상의 분쟁의 전부 또는 일부가 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 분쟁²⁶⁾이어야 한다. 중재의 경우 실정법만이 그 판단기준이 되는 것이 아니고(중재법 제29조 제3항), 사인인 중재인이 판단의 주체이며, 중재판정에 의해 당사자간에서 권리가 처분된 것과 같은 결과

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 중재적격 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.

25) 高田 薫, 앞의 논문, p.4.

26) 1999년 개정 전의 중재법은 “중재계약은 사법상의 법률관계에 관하여 당사자간에 발생하고 있거나 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 합의(이하 ‘중재계약’이라 한다)함으로써 효력이 생긴다. 다만, 당사자가 처분할 수 없는 법률관계에 관하여는 그러하지 아니한다.”고 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.

현행 중재법상 중재적격을 어떻게 파악할 것인가가 문제되는데, 구 중재법 하에서와 마찬가지로 당사자가 계약물에 대하여 화해할 권리를 가지는 경우에는 중재의 대상이 되는 것으로 보는 입장(이태희, 「국제계약법-이론과 실무」, 법문사, 2001, p.145), 중재법 제1조는 중재합의의 대상을 사법상의 분쟁으로 한정하고, 같은 법 제3조 제2호는 중재합의를 ‘계약상의 분쟁인지의 여부에 상관없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의’로 개념정의함으로써 오히려 중재합의의 대상이 되는 법률관계가 무엇인지를 해석에 맡겨 놓은 것으로 파악하는 입장(목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, p.55), 개정을 통해 구 중재법 제2조 제1항 단서를 삭제하고, 중재법 제1조에서 사법상의 분쟁일 것을 요구하고 있을 뿐, 현행 중재법이 중재가능성에 관하여 더 이상 규정하지 않은 것은 모델법을 따랐기 때문이라고 짐작하고, 중재법이 국내중재를 함께 규율하고 있는 점을 고려하면 중재법상 중재가능성에 관한 기준을 제시하여야 하며, 그럴 경우 중재가능성을 확대하는 국제적인 경향을 고려하여 보다 전향적인 입장을 취하는 것이 바람직한 것으로 보는 입장(석광현, 앞의 책, pp.214-215) 등이 주장되고 있다.

가 초래될 수 있다는 것을 고려하면, 당사자가 처분할 수 있는 분쟁이 중재의 대상이 되는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 처분가능성의 의미를 어떻게 파악할 것인가가 문제된다. 사법상의 분쟁의 내용을 이루는 처분가능성의 의미를 파악함에 있어서는 자주적 분쟁 해결제도인 중재의 본질을 고려하여야 한다.²⁷⁾ 당사자간의 합의에 기초한 분쟁해결방법인 중재는 당사자가 합의로 해결할 수 있는 분쟁을 대상으로 하여야 한다. 당사자가 합의로 분쟁을 해결할 수 있다는 것은 분쟁해결의 구체적인 내용을 합의할 수 있다는 것과 분쟁해결방법을 선택할 수 있다는 것을 의미한다. 현행 중재법 하에서는 사법상의 분쟁으로서 그 분쟁해결내용이나 분쟁해결방법을 당사자가 자유로이 정할 수 있는 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있을 것이다.

IV. 징벌적 손해배상의 중재적격

1. 징벌적 손해배상이 중재의 대상이 될 수 있는가의 여부

분쟁 당사자가 중재를 통해 분쟁을 해결할 수 있는 권한을 어느 정도 부여받고 있는가는 해당 국가의 입법자에 의해 정해질 사항인바, 중재적격도 각국의 입법정책, 기타 이해관계 등을 반영하여 정해지게 된다. 또한 중재적격을 제한할 만한 입법정책상의 필요성이 인정되는 때에는 실정법에 의한 제한이 가능할 것이다. 현행 중재법도 중재에 의한 분쟁해결이 허용되는 않는 경우가 있을 수 있다는 것을 전제로, 중재절차를 인정하지 아니하는 법률이나 조약이 존재하는 때에는 중재법이 적용되지 않는 것으로 규정하고 있다(중재법 제2조 제2항). 다만 중재적격을 직접적으로 제한하고 있는 국내·외의 실정법은 존재하지 않는다. 중재적격에 대한 실정법상의 제한이 가해지지 않는 이상 사법상의 분쟁이면 중재의 대상이 될 수 있다. 다만 중재절차 개시의 단서가 되는 중재합의는 일종의 법률행위이므로, 법률행위로서의 적법·유효요건을 구비하여야 한다. 중재합의의 내용이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 때에는 중재합의의 형성단계, 중재합의에 따른 중재절차 진행단계에서 그러한 중재합의의 무효를 주장할 수 있다. 현행 중재법에 따르면 중재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 때에는 중재판정취소의 소나 중재판정에 대한 승인 또는 집행청구의 소의 수소법원이 직권으로 그러한 중재판정의 효력을 부정할 수 있다(중재법 제36조 제2항 제2호 나목, 제38조, 제39조).

징벌적 손해배상이 중재의 대상이 될 수 있는가와 관련하여, 대한민국에서 국내중재에

27) 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號, 日本商事仲裁協會, 2006. 7. p.5.

관한 중재절차가 진행되는 경우에는 대한민국의 법에 의해 중재적격 유무가 결정될 것이다. 국제중재²⁸⁾의 경우에는 우선 중재적격에 관한 준거법²⁹⁾이 정해져야 하고, 이에 따른 준거법상 중재적격이 인정되는가의 여부가 검토되어야 한다. 대한민국의 법에 의해 중재적격 유무가 정해지는 때에는 징벌적 손해배상이 사법상의 분쟁에 해당하는가의 여부가 문제될 것이며, 이 문제를 해결하기 위해서는 징벌적 손해배상의 법적 성질을 살펴보아야 한다.

징벌적 손해배상이 인정되고 있는 *commom law*계 국가의 경우에도 징벌적 손해배상이 각 나라가 처한 역사적·사회적 여건에 따라 다른 모습으로 운용되고 있다는 것에 관해서는 앞서 살펴보았다. 특히 미국의 경우에는 각 주마다 징벌적 손해배상의 법적 성질·효과 등을 달리 규율하고 있으며, 징벌적 손해배상에는 처벌과 억제만을 목적으로 하는 것이 있는가 하면 보상적 손해배상이나 변호사비용·소송비용의 일부의 전보를 목적으로 하는 것이 있고, 가해자가 지급하여야 할 손해배상금이 전부 피해자에게 지급되는 경우가 있는가 하면 손해배상금의 일부가 주 또는 일정한 사회단체에 귀속되는 경우가 있다. 따라서 징벌적 손해배상의 법적 성질, 즉 사법상의 분쟁에 해당하는가의 여부를 판단함에 있어서는 이러한 사정을 고려하여야 한다.

징벌적 손해배상을 명한 판결이 민사판결에 해당하는가와 관련해서는 징벌적 손해배상이 가해자에 대한 징벌을 목적으로 한다는 점에서 형사적·공법적 성질을 가지므로 민사판결에 해당하지 않는 것으로 보는 견해,³⁰⁾ 징벌적 손해배상을 명한 판결은 사인이 제기한 소에 대하여 내려진 판결이며 이에 따른 손해배상금이 국고에 귀속되지 않고 사인인 원고에게 지급되는 것을 전제로 민사판결로 보는 견해³¹⁾ 등이 주장되고 있다.

징벌적 손해배상을 명한 미국 캘리포니아주 법원의 판결에 대한 집행이 문제된 사건에서 독일 연방대법원은 미국법에 따르면 징벌적 손해배상은 형벌적·위하적 기능에도 불구하고 민사로 분류되고 있으며, 캘리포니아주 법원도 이러한 시각에 입각해 있는 것으로 보이고, 독일에서도 징벌적 손해배상을 명한 판결은 대등한 사인간의 사적 권리 내지 법률관계에 관한 판단으로 보아야 한다고 하였다.³²⁾

특히 독일의 경우에는 재산법상의 분쟁은 중재의 대상이 될 수 있다(독일 민사소송법 제1030조 제1항 전문)는 것에 근거하여 징벌적 손해배상도 중재의 대상이 될 수 있는 것

28) 국제중재의 개념정의와 관련해서는 분쟁의 성질을 고려하는 입장, 당사자를 고려하는 입장, 양자를 모두 고려하는 입장 등이 주장되고 있다(이에 관하여는 목영준, 앞의 책, p.19-21 참조). 현행 중재법은 이를 구분하지 않고 있으며, 대한상사중재원의 중재규칙은 국내에 주된 영업소나 주소를 둔 당사자간의 중재를 국내중재로, 그 밖의 중재를 국제중재로 구분하고 있다(상사중재규칙 제2조).

29) 이에 관하여는 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 『중재연구』 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006. 8. pp.98-100 참조.

30) Rolf A. Schütze, “Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung US-amerikanischer Schadensersatzurteile in Produkthaftungssachen in der Bundesrepublik Deutschland,” *Festschrift für Heinrich Nagel*, 1987, S. 392ff.

31) Joachim Zekoll, “Zur Vollstreckbarkeit eines US-amerikanischen Schadensurteils,” *RIW* 1990, 302ff.

32) BGH NJW 1992, 3096(3102).

으로 보는 입장³³⁾과 징벌적 손해배상이 형벌적 성질을 가지는 것에 근거하여 중재적격을 인정하는데 부정적인 입장³⁴⁾이 주장되고 있다.

징벌적 손해배상은 사인간의 권리 내지 법률관계에 관한 것으로서, 중재를 통해 징벌적 손해배상을 청구할 것인가의 여부도 사인의 의사에 의해 결정되므로 형벌과 동일시할 수는 없다. 특히 손해배상금이 직접 피해자에게 지급되는 것을 전제³⁵⁾로 하는 한 징벌적 손해배상은 사법상의 분쟁에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

2. 징벌적 손해배상에 관한 중재합의의 효력

징벌적 손해배상이 사법상의 분쟁으로서의 성질을 가지는 것으로 인정되어 중재의 대상이 될 수 있다고 하여, 이에 관한 중재합의의 효력이 무조건적으로 인정되는 것은 아니다. 당사자자치의 원칙이 적용되는 영역에서 중재에 의한 분쟁해결이 허용된다고 하더라도, 당사자자치의 원칙도 그것이 적용되는 국가의 법체계 내에서 일정한 제약을 받을 수밖에 없다. 국내중재의 경우에는 대한민국의 법에 의해, 국제중재의 경우에는 중재합의의 효력에 관한 준거법에 따라 중재합의의 효력 유무가 결정될 것이다.

특히 대한민국의 법에 의해 중재합의의 효력이 정해지는 경우에는 대한민국의 손해배상법상 징벌적 손해배상이 인정되지 않는 것으로 보는 시각에 비추어 볼 때, 징벌적 손해배상으로 하는 중재합의의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서, 즉 공서에 반하는 것이 아닌가가 문제될 것이다.

공서란 법공동체의 가장 근본적인 도덕 내지 정의관념을 의미하며, 일정한 행위가 공공정책에 반하는 경우 법률, 계약 기타 사법상 거래의 자유를 제한하는 원리로 작용한다. 공서는 각 법공동체의 판단에 근거하여 형성되는 것이므로, 어느 한 국가에서는 공서에 관한 부분으로 인정되는 사항도 다른 법제도를 가진 국가에서는 공서로 인정되지 않을 수 있다. 각 법공동체의 가치와 기준으로부터 평균적인 가치와 기준을 찾아낼 수 있다고 하더라도, 각국에 상이한 법제도가 존재하는 한 그와 같은 기준이 각국의 기준과 항상 일치하는 것은 아니다. 따라서 국내중재와 국제중재에 적용되는 공서의 내용이 동일하지 않을 수 있다. 국내중재의 경우에는 민법 제103조 등이 판단근거가 될 수 있지만, 국제중재의 경우에는 국제적 공서(international public policy)가 판단근거가 될 것이다. 물론 국제적 공서라는 개념 자체가 명확한 것은 아니지만, 국제적 공서위반 여부를 판단함에 있어서는

33) Friedrich Stein/Martin Jonas/Peter Schlosser, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Bd. 9, J. C. B. Mohr, 2002, Anhang §1061 Rn. 133.

34) Karl Heinz Schwab/Gehard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, C. H. Beck, 2005, Kap. 57 Rn. 34.

35) 징벌적 손해배상금을 국가 또는 주에 납부하는 것이 예정되어 있는 경우에도 사법상의 분쟁으로 본다면 외국 등을 주체로 하는 공법적 조치가 사인인 중재인의 중재판정에 의해 실현되는 결과를 초래하게 되어 바람직하지 않다.

내국관련성의 정도를 고려하여야 하고, 국내의 사정 뿐 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 참작하여야 한다.

징벌적 손해배상을 내용으로 하는 중재합의의 효력이 다투어지는 경우 그러한 중재합의가 국내중재에 관한 것인 때에는 국제중재의 경우보다는 제한을 받게 될 것이다. 국제중재의 경우에는 해당 분쟁이 징벌적 손해배상을 인정하고 있는 국가와의 관련성이 인정되는 때에는 국제거래의 안정 등을 고려하여 징벌적 손해배상에 관한 중재합의의 효력을 인정할 필요성이 요구되기도 한다.³⁶⁾

3. 중재인이 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 할 수 있는가의 여부

당사자자치의 원칙이 적용되는 영역에서는 당사자가 부여한 권한의 범위 내에서 중재인이 중재판정을 할 수 있다. 중재인이 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 할 수 있는가의 여부는 분쟁의 실체와도 관련이 있으므로 해당 분쟁의 실체에 적용될 법을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 특히 당사자자치의 원칙은 그것이 적용되는 국가의 법체계 내에서 일정한 제약을 받을 수밖에 없는데, 징벌적 손해배상을 인정하지 아니하는 국가의 법이 분쟁의 실체 판단에 적용되는 때에는 중재인의 판정권한이 제한을 받게 될 것이다.

(1) 대한민국이 중재지³⁷⁾인 경우

국내중재사건의 경우에는 대한민국의 법이 분쟁의 실체에 적용될 가능성이 높다. 국제중재사건에서 당사자가 대한민국의 법을 분쟁의 실체에 적용할 법으로 지정하였거나 당사자가 지정하지 아니하였더라도 대한민국이 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 인정되면 대한민국의 법에 의해 중재인이 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 할 수 있는가의 여부가 검토될 것이다. 대한민국의 손해배상법상 중재인은 순수하게 징벌적·제재적 기능만을 목적으로 하는 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 할 수 없을 것이다.

국제중재사건에서 당사자가 징벌적 손해배상을 인정하는 국가의 법을 분쟁의 실체에 관한 준거법으로 지정한 때에는 중재제도를 인정한 입법정책, 국제거래의 안정 등을 고려하여, 중재판정부가 이에 관한 중재판정을 할 수 있는 것으로 볼 여지가 있다. 다만 이러한 경우 당사자들이 중재인에게 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 권한을 부여하였을 것을 요구할 것인가에 관하여는 논의의 여지가 있다.

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

37) 중재지의 의미에 관하여는 양병희 외 8인, 「주식 중재법」(이강빈/서정일 집필), 대한상사중재원/한국중재학회, 2006, p.4 이하 참조.

당사자가 중재인이 형평과 선에 따라 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 있을을 합의한 경우 중재인이 이러한 중재판정을 할 수 있는가의 여부가 문제된다. 이 문제는 중재인이 당사자의 의사에 따라 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 하는 것이 형평과 선에 부합하는 것으로 볼 수 있는가와 관련이 있다. 중재판정부는 당사자들이 명시적으로 권한을 부여한 경우에 한하여 형평과 선에 따라 중재판정을 내릴 수 있다(중재법 제29조 제3항). 그러나 당사자가 권한을 부여하였다고 해서 중재인이 무조건적으로 판정할 수 있는 것은 아니고, 중재인은 중재지의 공서와 강행규정을 존중하면서 법의 일반원칙에 따라 판단하여야 한다.³⁸⁾ 대한민국에서 국내중재에 관한 중재절차가 진행되는 때에는 당사자간에 합의가 있더라도 중재판정부가 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 하는 것은 대한민국의 국내적 공서에 반할 가능성이 높다. 다만 국제중재의 경우에는 해당 분쟁의 대한민국과의 관련성의 정도, 국제적 공서 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 해당 분쟁이 대한민국의 관련성이 적은 것으로 인정되는 경우 중재판정부는 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 하는 것이 가능할 수도 있다.

(2) 징벌적 손해배상을 인정하는 국가가 중재지인 경우

징벌적 손해배상이 인정되는 국가 중 미국의 경우, 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 있는가의 여부는 연방 순회구나 주 법원에 따라 다르게 처리되고 있는 실정이다.³⁹⁾ 중재인이 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 할 수 있는가에 관한 연방 각 순회구와 주 법원의 판결이 구구한 상황에서 연방대법원은 *Mastrobuno* 판결을 통해 일정한 기준을 제시한 바 있다.⁴⁰⁾

1) 징벌적 손해배상에 관한 중재인의 권한을 부정한 예

Garrity 사건⁴¹⁾에서 뉴욕주 대법원은 “당사자들이 합의를 하였더라도 중재인은 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 권한을 가지지 못한다. 징벌적 손해배상은 주가 부과할 수 있는 제재이며, 위반을 억제하기 위해서는 법원에 도움을 요청하여야 하는 것인 만큼, 사적 구제수단인 중재절차를 통해 내려진 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 집행하는

38) 양병희 외 8인, 앞의 책(조대연 집필), p.142.

39) 중재인의 권한을 부정한 대표적 판례는 뉴욕주의 *Garrity* 사건을 들 수 있고, 매사추세츠, 일리노이, 아칸소, 뉴멕시코, 워싱턴 DC의 각 주 및 연방 제2·7순회구 등도 부정적인 입장을 취한 바 있다. 중재인의 권한을 긍정하는 입장을 취한 곳으로는 메릴랜드, 노스캐롤라이나, 텍사스, 캘리포니아, 앨라배마의 각 주 및 연방 제1·제8·제9·제11순회구 등이 있다. 또한 당사자간의 합의로 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 있는 권한을 중재인에게 부여한 경우에만 중재인의 권한을 인정한 판례도 존재하는데, 일리노이주, 플로리다주 및 캘리포니아주의 판례 가운데서 이러한 입장을 취한 것을 찾아볼 수 있다.

40) *Mastrobuno* 판결을 비롯한 미국 판례의 동향에 관하여는 이점인, “징벌적 손해배상과 중재-미 연방대법원 *Mastrobuno* 사건 판결을 중심으로-”, 『동아법학』 제24호, 동아대학교 법학연구소, 1998. 12. p.238 이하 참조.

41) *John Garrity v. Lyle Stuart, Inc.*, 386 N. Y. S. 2d 831(1976). 이는 사기적 유인에 의한 출판계약이 문제된 사건이다.

것은 공서에 반하게 되므로, 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 권한을 부정하여야 한다.”⁴²⁾고 하였다.⁴³⁾

증권중재사건인 Thomson 사건⁴⁴⁾, Shahmirzadi 사건⁴⁵⁾, Baselski 사건⁴⁶⁾의 경우에는 뉴욕주법을 준거법으로 하고 뉴욕증권거래소(NYSE){미국증권거래소(AMEX) 또는 전미증권협회(NASD)}의 규칙에 따른 중재를 통해 분쟁을 해결하기로 하는 중재조항이 존재하였다. Thomson 사건은 뉴욕주법이 징벌적 손해배상을 인정하고 있지 않으므로 징벌적 손해배상에 관한 중재판정은 중재인의 권한을 넘는 사항으로 보았다.⁴⁷⁾ Shahmirzadi 사건과 Baselski 사건은 당사자가 뉴욕주법을 준거법으로 합의함으로써 징벌적 손해배상에 대한 권리를 계약상 포기한 것으로 보았다.⁴⁸⁾

다른 증권중재사건인 Pierson 사건⁴⁹⁾의 경우에는 뉴욕주 상업회의소 중재위원회, 미국중재협회(AAA) 또는 NYSE 중재위원회의 규칙 중 하나에 의해 중재를 하기로 하고, 뉴욕주법을 준거법으로 합의하고 있었다. 연방지방법원은 Baselski 사건에 대한 판결을 언급하면서 Pierson이 뉴욕주법을 준거법으로 하기로 합의하였다고 하여 징벌적 손해배상을 포함한 법적 구제를 받을 권리를 포기한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 연방 제7 순회구 항소법원은 중재조항에서 명문으로 합의함으로써 징벌적 손해배상을 받을 가능성

42) Ibid., at 832.

43) McLeroy 사건[McLeroy v. Waller, 731 S. W. 2d 789(Ark. App., 1987)], DeFluiter 사건[United States Fidelity & Guar. v. DeFluiter, 456 N. E. 2d 429(Ind. App. 3 Dist., 1983)], Shaw 사건[Shaw v. Kuhnle & Associates, Inc., 698 P. 2d 880(N. M., 1985)] 등도 중재인의 판정권한을 부정하였다. 다만 McLeroy 사건에서 아칸소주 항소법원은 중재가 공서에 의해 강하게 지지를 받고 있지만 법에 의해 불법행위를 포함한 사건 해결이 허용되지 않으므로 중재인은 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 없다고 하였다. DeFluiter 사건은 자동차보험금청구에 관한 것으로서, 피보험자는 중재를 통해 보상적 손해배상을 인정받은 후, 징벌적 배상을 청구하는 소를 제기하였다. 인디애나주 지방법원은 징벌적 배상을 인정하였지만, 항소법원은 “원고가 소로써 보상적 손해배상 및 징벌적 배상을 청구할 수 있었음에도 불구하고, 징벌적 배상이 유용하지 아니한 중재를 선택하였다. 중재정의 중재판정은 당사자에 대하여 유효하며, 최종적이고 구속력이 있다. 그 후의 소제기를 인정하는 것은 기관력 및 쟁점효가 금지하고 있는 사태를 인정하는 것으로서 허용될 수 없다.”는 것을 이유로 지방법원판결을 파기하였다. Shaw 사건은 Garrity 사건과 같은 맥락에서 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 없다고 하였다.

44) Thomson McKinnon Securities v. Cucchiella, 594 N. E. 2d 870(Mass. App. Ct., 1992).

45) Shahmirzadi v. Smith Barney, Harri Upham & Co., 636 F. Supp. 49(D. D. C., 1985).

46) Baselski v. Paine, Webber, Jackson & Curtis, Inc., 514 F. Supp. 535(N. D. Ill., 1981).

47) 이 사건 판결은 Fahnestock 사건[Fahnestock & Co., Inc. v. Waltman, 935 F. 2d 513(2d Cir.), cert. denied 112 S. Ct. 380, 116 L. Ed. 2d 331(1991)]과 Barbier 사건[Barbier v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 948 F. 2d 117(2d Cir. 1991)]에 관하여 언급하고, Barbier 사건을 따른다고 하였고, 중재조항의 내용을 검토함에 있어서 AAA 중재규칙에 따르기로 한 Raytheon 사건, Todd 사건, Bonar 사건의 중재조항은 징벌적 손해배상을 포함할 만큼 넓은 것인데 반하여, NYSE 중재위원회의 중재규칙은 명확하지 않다고 하여 양자를 구별하였다. 다만 이 사건 중재합의는 1986년에 이루어졌으며, 그 당시 NYSE 중재규칙은 징벌적 손해배상에 관한 중재인의 권한에 관하여 다루고 있지 않았는데, 1989년 9월 이후의 계약이라면 위 규칙의 개정으로 인해 달리 해석되었을 것이라고 각주에서 언급하고 있다.

48) 증권중재와 관련해서는 NYSE 중재위원회의 중재규칙 등을 이용하고 있는데, ‘이 계약으로부터 또는 계약과 관련하여 생긴 어떠한 분쟁이나 청구도’라는 표현은 충분히 넓은 범위를 대상으로 하고 있다고 할지라도, 뉴욕주법을 준거법으로 함으로써 징벌적 손해배상에 관한 권리를 포기한 것으로 보아야 한다고 하였다.

49) Pierson v. Dean, Witter, Reynolds, Inc., 742 F. 2d 334(7th Cir. 1984).

을 상실한 것으로 보아 연방지방법원의 판결을 파기하였다.

2) 징벌적 손해배상에 관한 중재인의 권한을 긍정한 예

중재인의 권한을 긍정한 사례는 계약상의 중재조항을 검토하여 그 내용이 중재인의 권한을 제한하고 있지 않고, 그 적용이 임의적이지 않거나 중재조항이 광범위한 것으로 해석된 경우이다. 중재인의 권한을 긍정한 연방 항소법원 판례인 *Raytheon* 사건,⁵⁰⁾ *Lee* 사건,⁵¹⁾ *Bonar* 사건⁵²⁾ 모두 중재조항에 “모든 분쟁을 중재에 의해 해결한다.”는 내용이 포함되어 있었고, AAA 중재규칙에 의할 것이 분명히 드러나 있었으며, 위 규칙에는 중재인이 정의 및 형평과 계약조항의 범위 내에서 어떠한 손해배상이나 구제를 할 수 있는 것으로 규정되어 있었다는 공통점을 가지고 있다. *Todd* 사건⁵³⁾과 *Bonar* 사건⁵⁴⁾의 경우에는 뉴욕주법을 준거법으로 하는 내용이 포함되어 있었는데, *Todd* 사건에서는 연방법이 적용되는 사건의 중재적격 문제는 뉴욕주법이 아니라 연방법에 의해 규율된다고 하였다. 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재관정을 할 수 있는 경우에도 그 사건의 사실인정이 법적으로 적절한가의 여부에 관하여는 뉴욕주의 실체법이 적용된다고 하였다. 뉴욕주법 하에서 사기에 대한 징벌적 손해배상은 고의 및 미필적 고의에 의한 위협의 도의시에 해당

50) *Raytheon Co. v. Automated Business Systems, Inc.*, 882 F. 2d 6(1st Cir. 1989). 이 사건은 딜러계약과 관련하여 분쟁이 발생하였는데, 위 계약서에는 캘리포니아주법을 준거법으로 하는 일반 중재조항이 포함되어 있었다. *Automated Business Systems, Inc.*(이하 ‘Automated’라고 한다)는 위 중재조항에 기해, *Raytheon*이 계약 위반, 성실의무 위반, 공정거래 위반, 사기적 행위를 하였다고 주장하면서 다른 손해배상과 징벌적 손해배상을 구하는 중재를 신청하였고, 징벌적 손해배상을 포함한 중재판정이 내려졌다. 이에 대하여 *Raytheon*은 중재인이 징벌적 손해배상을 명하는 중재관정을 할 수 없다고 주장하면서 연방지방법원에 중재판정취소의 소를 제기하였다.

연방 제1순회구 항소법원은 당사자가 법원을 통해 얻을 수 있는 것과 동일한 손해배상을 중재인을 통해 얻을 것을 금지할 이유가 없고, 당사자가 징벌적 손해배상에 관한 청구를 제외시킬 것을 희망하였다면 중재합의에 그러한 취지를 명시적으로 규정하였을 텐데 그러한 내용이 없고(*ibid.*, at 12), 주재통상(州際通商)을 포함한 거래에 대해서는 연방 중재법, 연방 판례법이 적용되고, 일반 중재조항은 중재인에게 징벌적 손해배상에 관한 중재관정을 할 권한을 부여하고 있다고 하였다(*ibid.*, at 10).

51) *Lee v. Chica*, 983 F. 2d 883(8th Cir), cert. denied, 114 S. Ct. 287(1993).

52) *Bonar v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 835 F. 2d 1378(11th Cir. 1988). 이 사건에서 연방 제11순회구 항소법원은 투자자의 고객계약에 근거가 있는 때에는 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재관정을 할 권한을 가지며, 계약에 징벌적 손해배상이 규정되어 있지 않더라도 중재인이 이에 관한 중재관정을 할 수 있다고 하였다.

53) *Todd Shipyards Corp. v. Cunard Line, Ltd.*, 943 F. 2d 1056(9th Cir. 1991).

54) *Bonar* 사건은 그 선례인 *Willoughby* 판결(*Willoughby Roofing & Supply Co. v. Kajima Int'l Inc.*, 598 F. Supp. 353(N. D. Ala. 1984), *aff'd*, 776 F. 2d 269(11th Cir. 1985))을 답습하여, 연방법의 규율을 받는 계약에 관한 적용법의 선택조항은 당사자의 행위가 징벌적 손해배상을 정당화하는가의 여부를 결정함에 있어서 중재인이 적용하여야 할 실체법을 지정하는데 불과하고, 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재관정을 할 권한을 박탈하는 것은 아니라고 하였다.

Willoughby 사건은 하도급건설계약과 관련하여 분쟁이 발생하였는데, 연방지방법원은 연방 중재법에 근거하여 폭넓게 규정된 일반 중재조항은 사실상 모든 계약상의 분쟁을 심리할 권한을 중재인에게 부여한다고 하였다. 당사자는 구제를 제한할 수 있지만, 이 사건의 경우에는 당사자가 중재인의 권한을 제한하지 않은 것으로 보였다. 또한 *Garrity Rule*은 주법과 주의 공서를 포함한다는 것을 이유로 이 사건에 적용시키지 않았고, 중재합의에서 징벌적 손해배상이라는 구제를 명시하고 있지 않은 경우에도 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재관정을 할 수 있다고 하였다.

하는 행위가 있는 경우에 인정된다고 하였다.

연방지방법원의 판례로는 Willis 사건,⁵⁵⁾ Ehrich 사건,⁵⁶⁾ Pyle 사건⁵⁷⁾ 등이 있다. 주 법원의 판례 가운데 중재조항에 AAA 중재규칙에 따르기로 하는 내용이 포함되어 있는 사건으로는 Regina 사건,⁵⁸⁾ USX 사건,⁵⁹⁾ Mendez 사건⁶⁰⁾ 등이 있다.

중재조항의 해석과 관련하여 ‘계약으로부터 발생하였거나 계약과 관련된 모든 청구, 분쟁 및 기타의 의문점’(Rodgers 사건⁶¹⁾, Costa 사건⁶²⁾)이나, ‘의료과오에 관한 어떠한 분쟁’(Baker 사건⁶³⁾)이라는 표현은 어떠한 청구도 포함할 수 있을 정도로 넓은 것으로 보았다.

55) Willis v. Shearson/American Express, Inc., 569 F. Supp. 821(D. C. N. C., 1983). 이 사건의 중재조항에는 뉴욕주법을 준거법으로 하고, NASD, NYSE, AMEX의 규칙 가운데 당사자가 선택한 규칙에 따르기로 하는 내용이 포함되어 있었는데, 연방지방법원은 중재조항상의 ‘나의 구좌, 거래, 이 계약 또는 계약 위반으로부터 발생하였거나 관련 있는 어떠한 논쟁도’라는 내용이 매우 광범위하여 징벌적 손해배상에 관한 청구도 포함되는 것으로 인정하였고, 뉴욕주법을 준거법으로 한 것과 관련해서는 Garity rule은 주법 하에서의 중재인의 권한에 관하여 다루고 있을 뿐, 연방법 하에서의 중재인의 권한에 관해서는 아무 것도 표명하고 있지 않다고 하였다.

56) Ehrich v. A. G. Edwards & Sons, Inc., 675 F. Supp. 559(D. S. D., 1987). 이 사건은 선물거래계약과 관련하여 투자자가 중재인과 그의 대리인인 브로커를 상대로 상품거래소법 위반, 사기, 수탁자 의무 위반 등을 이유로 연방지방법원에 손해배상청구의 소를 제기하였다. 위 계약의 중재조항에는 AAA, NASD 또는 고객이 선택한 중재규칙에 따르기로 하는 내용이 포함되어 있었다(AAA 중재규칙을 선택한 것으로 판단). 이 사건 연방지방법원은 AAA 중재규칙을 구제에 관하여 실제로 광범위한 것으로 보았고, 이와 같이 광범위한 중재조항에는 징벌적 손해배상에 관한 청구도 포함되는 것으로 본 Willis 판결을 인용하였다. 연방지방법원은 Garity rule이 주법 하에서의 중재인의 권한에 관한 것인데, 이 사건에는 연방법이 적용되므로 Garity rule이 적용되지 않는다고 하였다. 또한 McMahon 판결에서의 RICO법은 징벌적 성질을 가지는 징벌적 손해배상에 의한 구제를 규정하고 있는데, RICO법상의 청구가 중재의 대상이 될 수 있다는 판결에 의해 표명된 중재를 지지하는 강력한 연방정책, 중재에 의한 구제를 지지하는 상품거래소법의 입법사, 당사자가 중재를 통해 분쟁을 해결하고자 하는 중재합의 등을 고려하여, 중재인의 징벌적 손해배상에 관한 중재판정이 당사자의 중재합의의 범위에 포함되는 것으로 보았다(675 F. Supp. 559, at 565).

57) Pyle v. Securities U. S. A., Inc., 758 F. Supp. 638(D. Colo., 1991). 이 사건의 중재조항에는 NASD 중재규칙을 편입시켜 ‘NASD의 어떠한 구성원과의 거래에서 발생하였거나 거래와 관련된 어떠한 분쟁, 청구 또는 논쟁도’라는 내용이 포함되어 있었는데, 연방지방법원은 ‘어떠한 분쟁, 청구 또는 논쟁도’에 징벌적 손해배상에 관한 청구가 포함되는 것으로 해석하였고, 콜로라도주법이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 중재인의 권한을 제한하고는 있지만, 연방 중재법이 적용되는 이 사건에는 그러한 제한이 적용되지 않는다고 하였다.

58) Regina v. Envirmech, 565 A. 2d 693(Md. App., 1989). 이 사건 판결은 당사자가 중재합의에서 배제시키지 않은 이상 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 없다고 볼 이유가 없으며, 중재인이 손해배상 및 제재에 관한 넓은 재량권을 일반적으로 가지는 것으로 보았다.

59) USX Corp. v. West, 781 S. W. 2d 453(Tex. App. Houston[1 Dist.], 1989). 이 사건 판결은 중재조항상의 ‘어떠한 논쟁’에 넓게 징벌적 손해배상에 관한 문제도 포함되는 것으로 보았다.

60) Alexander Securities, Inc. v. Mendez, 17 Cal. App. 4th 1083, 21 Cal. Rptr. 2d 826(1993), cert. denied, 114 S. Ct. 2182(1994). 이 사건의 경우 NASD의 중재규칙에 따르고 뉴욕주법을 준거법으로 하기로 하는 내용의 중재조항이 존재하였는데, 캘리포니아주 대법원은 해당 분쟁이 주체거래에 관한 것이므로 연방 중재법이 적용되며, 위 중재조항상의 ‘계약에서 발생한 모든 분쟁’에는 징벌적 손해배상도 포함되는 것으로 보았다.

61) Rodgers Buildings, Inc. v. McQueen, 331 S. E. 2d 726(N. C. App., 1985). 이 사건에서는 노동 및 자비비용에 관한 중재판정의 확인을 받은 후에 보상적·징벌적 손해배상에 관한 중재를 신청하였는데, 동일한 사건에서 발생한 것이라고 하여 앞의 확인판결의 기판력이 미치므로, 뒤의 보상적·징벌적 손해배상청구는 인정되지 않는다고 하였다. 위 중재조항에 의해 징벌적 손해배상에 관한 청구도 그 대상이 되었으므로 애초에 청구하지 않고 뒤에 청구하더라도 그에 대하여 기판력이 미친다고 하였다.

62) Ex parte Costa and Head(Atrium), Ltd., 486 So. 2d 1272(Ala., 1986). 이 사건 판결은 연방 중재법의 적용에 관하여 서술하고, 주체통상과 관련 있는 중재합의는 주체통상에 관한 계약의 자세한 관계까지도 연방 중재법의 적용범위에 들어갈 만큼 넓게 해석되고 있다고 하였다.

3) 당사자가 중재인에게 징벌적 손해배상에 관한 권한을 부여한 경우에 한하여 인정 한 예

당사자가 중재인에게 명시적으로 권한을 부여한 경우에만 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 있는 것으로 보는 입장은 중재절차에서 징벌적 손해배상을 인정하는 것에 대한 회의적인 측면과 중재를 통한 분쟁해결을 지지하는 측면을 절충하여, 일반적인 금지를 당사자의 명시적인 문언에 의해 허용하는 타협적인 방법을 채택한 것으로 볼 수 있다. 다만 이와 같이 중재권한의 명시를 요구하는 태도는 캘리포니아주의 선례 및 연방 중재법의 정책과 일치하지 않는다는 비판을 받기도 한다.⁶⁴⁾ 이러한 입장을 취한 것으로는 Edward 사건,⁶⁵⁾ Behan 사건,⁶⁶⁾ Belko 사건⁶⁷⁾ 등이 있다.

4) Mastrobuono 사건⁶⁸⁾

- 63) Baker v. Sadick, 208 Cal. Rptr. 676(Cal. App. 4 Dist., 1984). 이 사건 판결은 캘리포니아주법과는 달리 뉴욕주법이 중재를 촉진하고자 하는 법률을 제정하여 의료과오에 대처하고 있지 않은 것을 고려하여 Garity rule에 따르지 않았고, 캘리포니아주의 입법을 적절한 중재조항에 의해 인정된 범위 내에서 의료과오에 관한 청구를 중재를 통해 해결하는데 호의적인 것으로 보았다.
- 64) Raytheon Co. v. Automated Business Systems, Inc., 882 F. 2d 6, at 11.
- 65) Edward Elec. Co. v. Automation, Inc., 593 N. E. 2d 833(III. App. 1 Dist., 1992). 이 사건 판결은 일리노이 주의 관례법이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정에 호의적이지 않다는 것을 전제로, 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 하게 될 경우의 위험성을 인식하면서도, 중재가 재판의 효과적인 대체수단으로서의 역할을 다하기 위해서는 중재인이 완전한 구제를 해 줄 있는 권한을 가질 필요성이 있다는 것을 고려하여, 중재인도 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 할 수 있다고 하였다. 다만 당사자가 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 중재인의 권한에 관하여 명시적으로 합의한 경우에 한하여 가능하다고 하였다. 이 사건 중재조항에는 AAA 중재규칙에 따르기로 하는 내용이 포함되어 있었는데, 위 규칙에는 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 중재인의 권한에 관하여 명시적으로 규정되어 있지 않다고 하였다.
- 66) Complete Interiors, Inc. v. Behan, 558 So. 2d 48(Fla. App. 5 Dist., 1990). 이 사건 판결은 계약 당사자가 계약 위반과 관련하여 징벌적 손해배상에 관하여 합의하는 것은 일반적이지 않고, 징벌적 손해배상을 인정하는 명문규정이 없으면 중재인이 이에 관한 중재판정을 할 수 없는데, 이 사건의 경우에는 그러한 명문규정이 없다고 하여, 건설공사의 보증 위반에 관하여 중재인이 인정한 징벌적 손해배상에 관하여 확인한 캘리포니아주 지방법원판결을 파기하였다.
- 67) Belko v. Avx Corp., 251 Cal. Rptr. 557(Cal. App. 4 Dist., 1988). 이 사건 판결은 중재를 법원의 부담을 덜어주는 신속하고 경제적인 분쟁해결방법으로 간주하고 있는 중재에 대한 호의적인 사법정책을 인정한 다음, 중재합의는 계약이고 중재인은 중재합의에 의해 중재의 대상이 된 분쟁만을 검토할 수 있으며, 중재인의 권한은 중재합의에 의해 제한을 받는다고 하였다. 중재인에게 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 권한을 명시적으로 부여하는 것이 가장 공정하고 적합한 실제적인 준칙이라고 하였다. 그리고 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 권한을 인정하지 않은 Garity rule은 지나치게 제한적이어서 따를 수 없다고 하였다.
- 68) Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 63 LW 4195, 115 S. Ct. 1212(1995). Mastrobuono는 부인과 함께 일리노이주에 거주하면서, 1985년 Shearson Lehman Hutton 증권회사(이하 'Shearson'이라고 한다)에 거대계정을 개설하여, Shearson의 텍사스 주 대리인의 권유 하에 계정을 운용하였다. 위 계정 개설 당시 양 당사자는 표준계약서식의 고객계약서에 서명하였는데, 그 계약서에는 "이 계약은 ... 뉴욕주법에 준거하고 ... , 고객계정으로부터 또는 고객계정과 관련하여 발생한 분쟁을 ... NASD, NYSE 또는 AMEX의 그 시점에서 유효한 규칙에 따라 중재에 의해 해결한다."는 내용이 포함되어 있었다. Mastrobuono는 1989년 일리노이주에 소재하는 연방지방법원에 재소하여 Shearson 및 그 종업원 수인(이하 'Shearson 등'이라고 한다)이 Mastrobuono의 거래계정에 관하여 수권 없는 거래, churning(증권업자가 수수료 수입 등을 목적으로 고객의 계정으로 과도한 수량 또는 횡수의 매매를 하는 것을 의미) 및 증거급 폭로를 하였다고 주장하였다. 소장에서 연방법 및 주법상의 여러 청구를 하였고, 주법상의 청구에 관하여 징벌적 손해배상청구를 하였다. 이에 대하여 Shearson 등은 소송절차의 정지와 중재의 강제를 신청하였고,

연방 각 순회구와 주 법원의 입장이 통일되어 있지 못한 상황⁶⁹⁾에서 연방대법원은 *Mastrobuono* 판결에서 ①연방 중재법(FAA)은 중재합의의 내용에 따라 중재를 강제하고자 하는 조항을 가지고 있으므로, 주법의 내용이 연방 중재법의 목적이나 정책에 반하는 때에는 연방법이 주법에 우선하여 적용되는 것으로 보아야 하고, ②중재에 대한 연방의 우호적인 정책은 계약 당사자의 의사를 고려하여 적용되어야 하는데, 연방 중재법 하에서 중재는 합의의 문제이지 강제의 문제가 아니며, 당사자는 적절하다고 생각하는 바에 따라 중재합의의 내용을 자유로이 정할 수 있고, 중재를 통해 해결하고자 하는 문제를 계약으로 제한할 수 있는 것과 마찬가지로 중재에 필요한 규칙도 계약에 의해 특정할 수 있다고 하였다.⁷⁰⁾

연방대법원은 이러한 시각에 입각하여 연방법이 적용되는 개인 투자자와 증권회사간의 분쟁의 경우에는 당사자의 의사를 고려하여 계약 범위 내에서 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 있는가의 여부를 판단하여야 하는 것으로 보았다.⁷¹⁾ 당사자가 징벌적 손해배상청구를 중재의 대상에 포함시킬 것을 합의한 때에는 주법의 규칙이 그러한 청구를 중재에서 배제시키고 있더라도 연방 중재법에 근거하여 당사자간의 합의를 강제할 수 있는 것으로 보았다. 또한 당사자가 징벌적 손해배상청구에 관하여 명시적으로 합의하지 아니한 때에는 준거법 선택조항과 중재조항 등을 고려하여 당사자의 의사를 결정하여야 하는 것으로 보았다.

이 사건의 경우 당사자 쌍방이 서명한 고객계약의 표준계약서식에 징벌적 손해배상이 배제되어 있지 않았으므로 연방법 하에서 개인 투자자에게 유리하게 징벌적 손해배상을 명한 중재판정이 집행되어야 한다고 하였다. 또한 이 사건 표준계약서식이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 금지하는 뉴욕주법을 준거법으로 하고 있는 것만으로는 징벌적 손

연방지방법원은 이를 받아들였다. 그러나 *Mastrobuono*는 NASD에서의 중재절차를 밝기 시작하였다. 중재인 3인에 의한 중재판정부는 일리노이주에서 *Mastrobuono*의 청구 진부에 관하여 심리한 후, 보상적 손해배상액 159,327달러와 징벌적 손해배상액 40만 달러의 지급을 명하는 중재판정을 하였다. *Shearson* 등은 위 중재판정 중 보상적 손해배상액을 지급한 후 징벌적 손해배상에 관한 중재판정취소의 소를 연방지방법원에 제기하였다. 이에 대하여 *Mastrobuono*는 반소로써 징벌적 손해배상액에 관한 중재판정의 확인을 구하고, 이와 선택적으로 징벌적 손해배상의 액수 또는 징벌적 손해배상청구 자체에 관한 심리를 구하였다.

69) *Garrity rule*에 따를 경우 두 가지의 심리, 즉 실질적으로 동일한 사실에 관하여 중재와 소송이라는 두 개의 절차를 요구하게 될 것이라는 지적이 있다(*Willoughby Roofing & Supply Co. v. Kajima Int'l Inc.*, 598 F. Supp. 353, at 364; *Rodgers Buildings, Inc. v. McQueen*, 331 S. E. 2d 726, at 734). 이러한 지적은 *DeFluiter* 사건과 *Rodgers* 사건에서와 같이 기판력 또는 쟁점효와 관련이 있고 후의 청구인 징벌적 손해배상청구가 인정되지 않을 수도 있다. *Bonar* 판결, *Todd* 판결, *Pyle* 판결은 연방 중재법이 적용되는 주체통상에 관하여 지정된 준거법은 그 주의 실체법을 의미한다고 하였다(*Bonar v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 835 F. 2d 1378, at 1387; *Todd Shipyards Corp. v. Cunard Line, Ltd.*, 943 F. 2d 1056, at 1062; *Pyle v. Securities U. S. A., Inc.*, 758 F. Supp. 638, at 639). *Bonar* 사건, *Todd* 사건, *Willis* 사건, *Mendez* 사건은 뉴욕주법을, *Pyle* 사건은 콜로라도주법을 준거법으로 하였고, 위 각 주법은 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 권한을 제한하고 있었는데, 위 각 사건을 맡은 법원은 연방 중재법이 적용되는 중재사건에는 위와 같은 제한이 적용되지 않는다고 하였다. 이러한 고찰방법은 *Mastrobuono* 판결로 이어진 것으로 볼 수 있다.

70) 115 S. Ct. 1212, at 1216.

71) 115 S. Ct. 1212, at 1219.

해배상에 관한 청구를 명시적으로 배제한 것으로 볼 수 없다고 하였다.⁷²⁾⁷³⁾

4) 검토

연방대법원은 중재인이 연방법 하에서 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 수 있는가의 여부를 당사자의 계약 해석 문제로 보았다. 이에 따를 경우 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 하는 것을 원하지 아니하는 당사자는 계약서에 그러한 의사를 명시적으로 포함시킬 필요가 있다.

당사자가 중재인의 판정권한에 관하여 명시적으로 합의하지 아니한 때에는 준거법 선택 조항과 중재조항 등을 포함한 계약 관련 조항을 포괄하여 당사자의 의사를 검토하여야 한다. 뉴욕주법⁷⁴⁾을 준거법으로 선택하였을 뿐인 준거법 선택조항은 중재인이 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 권한을 제한하기에는 충분하지 않은 것으로 해석될 것이다. 중재인의 권한에 관한 뉴욕주의 규칙을 편입시키기 위해서는 “이 계약은 중재인의 권한을 제한하는 뉴욕주법을 포함한 뉴욕주법에 준거하며, 해석되고 집행된다.”는 취지의 문언을 준거법 선택조항에 포함시킬 필요가 있다.

중재를 담당하는 주요기관 중 한 곳의 중재규칙을 선택한 중재조항은 징벌적 손해배상에 관한 중재판정권한을 합의한 것으로 간주될 것이다.⁷⁵⁾ 따라서 중재인이 징벌적 손해배상에 관하여 중재판정하는 것을 원하지 않는 당사자는 적용될 중재규칙상의 중재인의 권

72) 연방지방법원은 연방 제7순회구 항소법원의 선례에 근거하여 *Mastrobuono*의 반소를 각하하고 *Shearson* 등의 중재판정 취소청구를 받아들였다. 연방지방법원은 당사자가 이 사건 계약에서 뉴욕주법을 준거법으로 선택하였는데, 뉴욕주법이 징벌적 손해배상에 관하여 중재인이 중재판정하는 것을 금지하고 있는 것을 근거로, 당사자가 중재에서의 징벌적 손해배상에 관한 권리를 계약상 포기한 것으로 보았다(*Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 812 F. Supp. 845(N. D. Ill., 1993), at 846-847).

73) 연방 제7순회구 항소법원은 당사자가 뉴욕주법을 계약의 준거법으로 선택함으로써 중재인이 징벌적 손해배상에 관하여 중재판정을 하는 것을 금지하고 있는 뉴욕주의 준칙을 채택한 것으로 볼 수 있으므로, 징벌적 손해배상에 관한 중재판정의 취소를 인정한 연방지방법원의 판결이 정당하다고 하였다(20 F. 3d 713, at 716-717). 연방 중재법은 당사자간의 중재합의의 내용에 따라 중재합의를 강제하고자 하는 정책을 내포하고 있기는 하지만, 법원이 중재가능성을 증대시키기 위하여 중재합의의 내용을 고치거나 중재인의 권한범위를 확대시키기는 것은 인정되지 않는다고 하였다(*Ibid.*, at 716).

연방대법원은 계약상의 준거법 선택조항이 상황에 따라서는 적절한 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 배제할 수 있는가의 여부에 관하여 연방 순회구 항소법원간의 불일치를 해결하기 위하여 이 사건에서 재량상소를 인정하였고(115 S. Ct. 1212, at 1215), 연방 제7순회구 항소법원이 당사자의 계약을 잘못 해석한 것으로 판단하여 항소법원판결을 파기하였다.

74) 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 중재인의 권한을 제한하고 있는 다른 주의 법, 다른 법역의 법을 준거법으로 선택한 경우도 마찬가지일 것이다.

75) 115 S. Ct. 1212, at 1218. *Lee* 사건, *Todd* 사건, *Bonar* 사건은 중재인에게 징벌적 손해배상에 관한 중재판정을 할 권한을 부여한 AAA의 규칙과 관련하여 중재인의 판정권한을 인정하였다.

AAA 규칙은 “중재인은 공정하고 정당한 당사자의 합의조건의 범위 내에서 어떠한 손해배상이나 구제를 인정할 수 있다(AAA Securities Arbitration Rules 42 (c)(1993)).”거나 “당사자의 합의의 범위 내(AAA Commercial Arbitration Rules 43(1992); AAA Construction Industry Arbitration Rules 43(1991))”라고 규정하고 있다. 미국증권거래소의 중재규칙 618 (e)는 “중재판정은 손해배상 및/또는 인정되는 기타의 구제 ... 를 포함하여야 한다.”고 규정하고, 617 (e)도 “중재판정은 손해배상 및/또는 인정되는 기타의 구제 ... 를 포함하여야 한다.”고 규정하고 있다.

한이 뉴욕주의 중재법에서 부여받은 특별한 권한에 한정된다는 취지의 문언을 포함시킬 필요가 있다.

4. 징벌적 손해배상을 명한 중재판정의 효력

중재제도의 실효성을 확보하기 위하여 중재판정에 대하여 확정판결과 동일한 효력을 인정하고 있지만(중재법 제35조), 중재판정의 내용이나 그 전제가 된 중재절차에 중대한 하자가 존재하는 때에는 중재판정으로서의 효력이 부정될 수 있다. 현행 중재법은 중재합의 당사자의 무능력 또는 중재합의의 무효, 적정절차위반, 중재합의의 범위 이탈, 중재판정부의 구성 또는 중재절차의 당사자간의 합의 또는 중재법 위반, 중재판정의 대상이 된 분쟁이 중재로 해결될 수 없는 경우, 중재판정이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 경우를 취소사유로 인정하고 있다(중재법 제36조 제2항 제1호, 제2호).⁷⁶⁾

국내중재사건에 대하여 징벌적 손해배상을 명한 중재판정이 대한민국에서 내려질 가능성은 낮지만, 그러한 손해배상이 순수하게 징벌적·억제적 목적만을 가지고 있는 때에는 중재판정의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 공서에 반하는 것으로 중재판정취소의 대상이 될 수 있을 것이다(중재법 제36조 제2항 제2호 나목).⁷⁷⁾ 다만 현행 손해배상법 하에서도 당사자의 고의 등과 같은 가해행위의 사정과 당사자의 경제적 지위 등을 참작하여 손해배상액의 상당성을 판단하고 위자료 등을 산정하는 것을 고려할 경우 손해의 보상 내지 전보라는 기능을 하는 것으로 볼 수 있는 범위 내에서는 중재판정으로서의 효력이 인정될 여지가 있다. 따라서 다액의 금원의 지급을 명하는 중재판정이 내려졌다고 하여 이를 무조건 징벌적 손해배상으로 간주해서는 안 되고, 손해를 전보하는 기능을 하는 것으로 인정되는 때에는 그 범위를 초과하는 부분만이 취소의 대상이 되는 것을 보아야 할 것이다.

국제중재사건에 대하여 대한민국에서 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정이 내려진 경우 해당 분쟁의 실체에 적용되는 외국법상 징벌적 손해배상이 인정되고, 당사자가 중재를 통해 분쟁을 해결하기로 합의한 때에는 그러한 중재판정의 효력을 인정해 주는 것이 국제거래의 안정, 중재를 통한 분쟁해결을 도모하고자 하는 제도적 취지 등에 비추어 바람직할 것이다.⁷⁸⁾ 다만 이러한 경우에도 손해배상금 액수의 적정성은 검토의 대상이 될 것이다.

대한민국의 손해배상법이 해당 분쟁의 실체에 적용되는 경우 순수하게 징벌적·억제적

76) 이러한 사유는 내국중재판정의 집행거부사유로 작용한다(같은 법 제38조). 뉴욕협약의 적용을 받는 외국중재판정의 경우에는 뉴욕협약 제5조 제1항, 제2항에 열거된 사유에 의해 중재판정의 승인·집행이 거부될 수 있다.

77) 이러한 중재판정이 당사자간의 중재합의에 기해 내려진 경우에는 그러한 중재합의의 무효를 이유로 중재판정을 취소시킬 수 있는가의 여부도 문제될 수 있을 것이다(중재법 제36조 제2항 제1호 가목).

78) 현행 중재법상 취소사유가 존재하는 경우 중재판정을 취소할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로(중재법 제36조 제2항) 취소사유가 존재하더라도 재량에 의해 중재판정 취소청구가 배척될 수도 있다.

기능만을 목적으로 하는 손해배상에 관한 중재판정의 효력을 인정하는 것은 대한민국의 공서에 반하는 것으로 판단될 여지가 있다. 다만 다액의 금원의 지급을 명한 중재판정이 내려졌다고 하여 이를 무조건 징벌적 손해배상으로 간주해서는 안 되고, 손해를 전보하는 기능을 하는 것으로 인정되는 범위 내에서는 중재판정으로서의 효력을 인정해 주고, 그 범위를 초과하는 부분만이 취소의 대상이 되는 것으로 보아야 할 것이다.

5. 징벌적 손해배상을 명한 중재판정의 집행 거부

중재제도의 실효성을 확보하기 위하여 중재판정에 확정판결과 동일한 효력이 인정되는 데, 당사자 일방이 중재판정의 내용을 이행하지 아니할 경우 상대방은 이를 강제집행할 수밖에 없다. 이를 위해서는 국가권력이 개입하게 되는데, 사인인 중재인이 내린 중재판정에 판결과 같은 정도의 적법성이 확보되어 있을 보장이 없다는 시각에 입각하여 중재판정에 대한 승인·집행에 앞서 일정한 요건을 구비하고 있는가의 여부를 심사하도록 하고 있다.⁷⁹⁾

징벌적 손해배상을 명한 중재판정의 집행과 관련해서는 이러한 손해배상이 인정되는 국가에서 내려진 중재판정에 대하여 그것이 인정되지 않는 국가에서 집행이 구해진 경우 징벌적 손해배상을 명한 중재판정의 효력을 인정하는 것이 집행국의 공서에 반한다는 것을 이유로 집행이 거부될 수 있는가의 여부가 문제된다.

(1) 내국중재판정⁸⁰⁾에 대한 집행의 경우

대한민국에서 내려진 중재판정에 대하여 집행청구의 소가 제기된 경우 중재판정 취소사유는 집행거부사유로 작용한다(중재법 제38조, 제36조 제2항).

국내중재사건에 대하여 징벌적 손해배상을 명한 중재판정이 대한민국에서 내려질 가능

79) 중재판정의 집행에 관한 각국의 입법례는 내국중재판정의 집행과 외국중재판정의 집행을 달리 규율하고 있는지, 어떠한 절차에 의해 중재판정을 집행하고 있는지, 해당 국가의 중재법에 뉴욕협약의 내용을 단순히 인용하고 있는지, 조문화시키고 있는지 등에 있어서 차이가 있다. 이에 관하여는 양병희 외 8인, 앞의 책(손용근/이호원 집필), pp.230-234 참조.

80) 현행 중재법은 내국중재판정과 외국중재판정을 구분하여 규율하고 있는데, 대한민국에서 내려진 중재판정을 내국중재판정(중재법 제38조), 외국에서 내려진 중재판정을 외국중재판정으로 분류할 수 있다. 뉴욕협약 제1조 제1항에서 중재판정의 승인과 집행을 요구받은 국가에서 내국중재판정이라고 인정되지 않는 중재판정도 뉴욕협약의 적용대상으로 하고 있는 것과 관련하여, 외국법을 준거법으로 하거나 해당 분쟁에 대한민국과 무관한 외국적 요소만이 존재하는 중재판정을 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 이러한 중재판정을 외국중재판정으로 보는 입장(장문철, “개정중재법해설”, 「인권과 정의」 제284호, 2000. 4. p.118), 대한민국이 내국중재판정이라고 인정하지 않는 경우에는 뉴욕협약의 적용을 받는 외국중재판정이 될 수 있으므로, 이러한 중재판정의 집행을 구하는 당사자는 대한민국의 중재법 또는 뉴욕협약 중 하나를 선택하여 중재판정에 대한 집행을 구할 수 있는 것으로 보는 입장(목영준, 앞의 책, p.249), 중재법 제38조를 근거로 대한민국에서 내려진 중재판정이라면 중재절차의 준거법이 외국법이거나 당해 분쟁이 대한민국과 아무런 관련이 없더라도 내국중재판정이며 뉴욕협약의 적용대상이 아닌 것으로 보는 입장(석광현, 앞의 책, p.93) 등이 주장되고 있다.

성은 낮지만, 그러한 손해배상이 순수하게 징벌적·억제적 목적만을 가지고 있는 때에는 중재법 제36조 제2항 제1호 가목, 같은 제2호 나목에 기해 집행이 거부될 수 있다. 다만 다액의 금원의 지급을 명하는 중재판정이 내려졌다고 하여 이를 무조건 징벌적 손해배상으로 간주해서는 안 되고, 손해를 전보하는 기능을 하는 것으로 인정되는 범위 내에서는 집행이 가능할 것이다.

국제중재사건에 대하여 징벌적 손해배상을 명한 중재판정이 대한민국에서 내려진 경우 중재법 제36조 제2항 제1호 가목, 제2호 나목이 중재판정에 대한 집행거부사유로 작용할 수 있는가를 검토하여야 한다. 해당 분쟁의 실체에 적용된 외국법상 징벌적 손해배상이 인정되고, 당사자가 중재를 통해 분쟁을 해결하기로 합의한 것에 근거하여 중재판정이 내려진 경우 이러한 중재판정에 대한 집행을 허용하는 것이 대한민국의 공서에 반하는가의 여부(중재법 제38조, 제36조 제2항 제2호 나목)가 문제될 수 있다. 국제중재의 경우에는 국제적 공서(international public policy)가 판단근거가 되는 것으로 보아야 하는데, 국제적 공서 위반 여부를 판단함에 있어서 국내의 사정 뿐 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 고려하여 제한적으로 해석하여야 하며, 내국관련성의 정도도 참작하여야 한다.⁸¹⁾ 징벌적 손해배상을 인정하는 외국법을 준거법으로 하고, 외국법적 요소만이 존재하는 때에는 그러한 중재판정에 대한 집행을 허용하는 것이 국제거래의 안정, 중재를 통해 분쟁 해결을 도모하고자 하는 제도적 취지, 당사자자치의 원칙 등에 비추어 바람직하다고 본다. 다만 이러한 경우에도 손해배상금 액수의 적정성은 검토의 대상이 될 것이다.

(2) 외국중재판정에 대한 집행의 경우

외국에서 내려진 중재판정을 대한민국에서 집행하고자 할 경우 해당 중재판정이 뉴욕협약의 적용을 받는 것인지⁸²⁾에 따라 뉴욕협약 또는 민사소송법 제217조, 민사집행법 제26조 제1항, 제27조가 적용된다(중재법 제39조).⁸³⁾ 뉴욕협약에 가입되어 있는 외국에서 대한

81) 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 공서 위반을 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).

82) 대한민국법상 상사관계에 관한 분쟁에 대하여 뉴욕협약 체결국에서 내려진 외국중재판정에 대하여 뉴욕협약이 적용된다.

83) 뉴욕협약이 적용되지 않는 외국중재판정의 집행에 대하여 외국판결에 대한 승인·집행에 관한 규정을 준용하도록 한 중재법 제39조 제2항과 관련해서는 외국중재판정과 외국판결은 국가권력의 개입 여부, 당사자간의 합의의 존부 등에서 본질적인 차이가 있으므로, 외국중재판정의 승인·집행을 외국판결의 승인·집행과

민국법상 상사에 관한 분쟁에 대하여 징벌적 손해배상을 명한 중재판정이 내려지고, 대한민국에서 이에 대한 집행이 구해진 때에는 뉴욕협약 제5조 제1항 (a), 제2항 (b)에 의하여 집행이 거부될 것인가를 검토하여야 한다. 또한 뉴욕협약에 가입하지 않은 외국에서 징벌적 손해배상에 관한 중재판정이 내려지고, 대한민국에서 이에 대한 집행이 구해진 때에는 이러한 중재판정의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 공서에 반하는 것인가의 여부(민사집행법 제27조 제2항 제2호, 민사소송법 제217조 제3호)를 검토하여야 한다.

분쟁의 실체에 적용된 외국법상 징벌적 손해배상이 인정되고, 당사자가 중재를 통해 분쟁을 해결하기로 합의한 것에 근거하여 중재판정이 내려진 경우 이러한 중재판정에 대한 집행을 허용하는 것이 대한민국의 공서에 반하는가의 여부(뉴욕협약 제5조 제2항 (b), 민사집행법 제27조 제2항 제2호, 민사소송법 제217조 제3호)가 문제될 수 있다. 그런데 공서라는 개념 자체가 추상적이고, 서로 다른 역사적·사회적 배경을 가진 국가마다 그 판단기준이 다를 수밖에 없으며, 법공동체의 가치와 기준은 고정적인 것이 아니라 시대적·사회적 여건에 따라 변하기 마련이다. 국제거래의 당사자가 국가의 재판권을 배제하고 사인인 중재인의 중재판정에 의해 분쟁을 해결하기로 합의하고, 그 합의에 기한 중재절차에서 내려진 중재판정의 집행이 문제된 경우 국제중재제도의 효율성을 높이기 위해서는 공서의 개념을 제한적으로 해석할 필요가 있다. 어느 한 국가가 국제적 관계에서 추구하는 목적과 정책은 국내적 관계에서 추구하는 그것과는 차이가 있을 수밖에 없는데, 국제적 법률관계에서 문제되는 공서를 국제적 공서, 국내적 법률관계에서 문제되는 공서를 국내적 공서로 구분하는 것이 일반적이다. 국제적 공서의 내용을 구체하기 위해서는 각 법공동체의 가치와 기준으로부터 공통되는 평균적 기준을 도출하는 작업이 필요한데, 각국에 상이한 법제도가 존재하는 한 위와 같은 기준이 각국의 기준과 항상 일치하는 것은 아니다. 국제적 공서 위반 여부를 판단함에 있어서 국내의 사정 뿐 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 고려하여 제한적으로 해석하여야 하며, 내국관련성의 정도도 참작하여야 한다. 국제적 공서에 위반되는가의 여부는 집행이 문제된 국가의 권한 있는 기관이 판단할 사항이다.

특히 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 외국중재판정의 집행에 대하여 외국판결의의 승인·집행에 관한 규정을 준용(중재법 제39조 제2항)하는 것과 관련해서는 외국중재판정에 대한 집행과 외국판결에 대한 집행에 있어서 공서 위반 여부에 관한 판단기준이 동일한가의 여부를 검토하여야 한다. 당사자의 중재합의를 필수적인 요건으로 하는 국제중재절차에서 내려진 외국중재판정을 대한민국에서 집행하는 경우에는 당사자간의 합의를 전제로 하지

는 동일하게 취급할 수 없고, 외국판결의 효력에 관한 규정을 외국중재판정에 준용함에 있어서는 복잡한 해석상의 변형이 이루어져 준용의 범위를 벗어나게 된다는 것을 이유로, 해석론상으로는 외국중재판정의 집행을 촉진하는 방향으로 이 조항을 적용하여야 하고, 입법론상으로는 뉴욕협약의 적용 여부에 상관없이 뉴욕협약에 준하는 요건으로 승인·집행될 수 있는 것으로 규율하는 것이 바람직하다는 지적이 있다. 이에 관하여는 양병희 외 8인, 앞의 책(손용근/이호원 집필), pp.254-255 참조.

않고 개시되는 국제민사소송절차에서 내려진 외국판결을 집행하는 경우보다 국제적 요소가 강하게 작용될 것이고, 공서의 개념이 보다 제한적으로 해석될 여지가 있다. 따라서 뉴욕협약의 적용을 받지 않는 외국중재판정에 대하여 외국판결의 승인·집행에 관한 규정이 준용된다고 할 경우 외국중재판정의 집행을 촉진하는 방향으로 탄력적으로 운용할 필요가 있다.⁸⁴⁾

징벌적 손해배상을 인정하는 외국법을 준거법으로 하고, 외국법적 요소만이 존재하는 때에는 그러한 중재판정에 대한 집행을 허용하는 것이 국제거래의 안정, 중재를 통해 분쟁해결을 도모하고자 하는 제도적 취지, 당사자자치의 원칙 등에 비추어 바람직하다고 본다. 다만 이러한 경우에도 손해배상금 액수의 적정성은 검토의 대상이 될 것이다.

V. 결 론

거래유형이 복잡·다양한 현대사회에서 발생하는 각종 분쟁을 적절히 해결하기 위해서는 중재제도를 이용할 필요가 있다. 다만 이러한 현실적인 필요와 당사자자치의 원칙에 근거하여 중재에 의한 분쟁해결이 인정된다고 하더라도, 법치주의 하에서는 일정한 제한이 가해질 수밖에 없다. 따라서 중재제도의 구체적인 내용은 그것이 이용되는 국가의 법질서 내에서 정해지는데, 현행 중재법에 따르면 사법상의 분쟁이 중재의 대상이 될 수 있다(중재법 제3조 제1호). 징벌적 손해배상은 사인간의 권리 내지 법률관계에 관한 것으로서, 중재를 통해 징벌적 손해배상을 청구할 것인가의 여부도 사인의 의사에 의해 결정된다. 따라서 손해배상금이 직접 피해자에게 지급되는 것을 전제로 하는 한 징벌적 손해배상은 사법상의 분쟁에 해당하는 것으로 볼 수 있고, 중재의 대상이 될 수 있을 것이다. 다만 중재절차 개시의 근거가 되는 중재합의는 일종의 법률행위이므로 법률행위로서의 적법·유효요건을 구비하여야 한다. 특히 외국적 요소가 존재하지 않는 사건에서 순수하게 징벌적·억제적 기능만을 목적으로 하는 손해배상을 중재합의의 내용으로 한 때에는 대한민국의 공서와 관련하여 그러한 중재합의 효력이 부정될 여지가 있다. 다만 국제중재의 경우 중재합의의 효력에 관한 준거법상 징벌적 손해배상을 중재의 대상으로 한 중재합의의 효력이 인정되는 때에는 달리 판단될 여지가 있다. 이러한 경우 징벌적 손해배상의 본질, 국제거래 안정의 도모, 중재합의를 이행하여야 할 국제협조의 요청 등을 고려하여 판단하여야 한다.

중재인이 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 할 수 있는가와 관련해서는 외국적 요소가 존재하지 않는 국내중재사건에 대하여 대한민국의 손해배상법이 분쟁의 실체 판단에

84) 양병희 외 8인, 앞의 책(손용근/이호원 집필), pp.254-255.

적용되는 경우 중재인은 순수하게 징벌적·억제적 기능만을 목적으로 하는 중재판정을 할 수 없을 것이다. 징벌적 손해배상을 인정하는 외국법이 분쟁의 실제 판단에 적용되는 국제중재사건의 경우에는 당사자간에 중재합의가 존재하는 때에는 중재인이 징벌적 손해배상을 명하는 중재판정을 하는 것이 가능할 수 있다. 다만 이러한 경우에도 징벌적 손해배상의 본질, 손해의 공평·타당한 분담의 실현, 국제거래 안정의 도모, 중재합의를 이행하여야 할 국제협조의 요청 등을 고려하여 판단하여야 한다.

징벌적 손해배상을 명한 중재판정의 효력을 인정하거나 그러한 중재판정에 대한 집행을 허용하는 것이 대한민국의 공서에 반하는가의 여부가 문제되는 경우에는 우선 공서 개념의 상대성을 인식하고, 국제거래에 의해 형성된 법질서를 존중하여야 할 필요성, 중재합의를 이행하여야 할 국제협조의 요청 등을 고려하여 공서 위반 여부를 판단하여야 한다. 특히 국제중재나 외국중재판정이 문제된 경우에는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001.
- 박준서 편, 「주식 민법 [채권각칙(8)]」, 한국사법행정학회, 2000.
- 석광현, 「국제상사중재법연구 제1권」, 박영사, 2007.
- 양병희 외 8인, 「주식 중재법」, 대한상사중재원/한국중재학회, 2006.
- 이점인, “징벌적 손해배상과 중재-미 연방대법원 *Mastrobuno* 사건 판결을 중심으로-”, 「동아법학」 제24호, 동아대학교 법학연구소, 1998.
- 이태희, 「국제계약법-이론과 실무-」, 법문사, 2001.
- 장문철, “개정중재법해설”, 「인권과 정의」 제284호, 대한변호사협회, 2000.
- 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號, 日本商事仲裁協會, 2006.
- 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號, 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-”, 「民事訴訟雜誌」 第42號, 法律文化社, 1996.
- Barber, Horst, *Objektive Schiedsfähigkeit und ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, PETER LANG, 1994.
- David, René, *Arbitration in International Trade*, Kulwer Law and Taxation, 1985.

- Mann, Kenneth, "Punitive Civil Sanction : The Middleground Between Criminal and Civil Law," *101 Yale L. J.* 1795, 1992.
- Owen, David G., "Punitive Damages in Product Liability Litigation," *74 Mich. L. Rev.* 1262, 1976.
- Schütze, Rolf A., "Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung US-amerikanischer Schadensersatzurteile in Produkthaftungssachen in der Bundesrepublik Deutschland," *Festschrift für Heinrich Nagel*, 1987.
- Schwab, Karl Heinz/Gehard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, C. H. Beck, 2005.
- Stein, Friedrich/Martin Jonas/Peter Schlosser, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, Bd. 9, J. C. B. Mohr, 2002.
- Zekoll, Joachim, "Zur Vollstreckbarkeit eines US-amerikanischen Schadensurteils," *RIW* 1990, 302.

ABSTRACT

The Arbitrability of the Subject-matter of Punitive Damages

Su-Mi Kang

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. It could be the object of arbitral proceedings that disputes which are capable of a settlement by arbitration.

It is a matter for debate that disputes containing punitive damages may be resolved by arbitration. This problem is concerning the arbitrability of the subject-matter of a dispute. To offer some solution to these issues, it is necessary to inquire into the nature of punitive damages. the policy and function of alimony, the fair apportionment of a loss. Moreover, international relations formed with international transactions should be considered.

Punitive damages would be the object of arbitral proceedings as the dipute in private laws. When punitive damages pursue only punishment in the domestic arbitration that there is not foreign factors, arbitral tribunal could not make arbitral award containing punitive damages. However, if punitive damages are admitted under the rules applicable to substance of dispute, and there is the arbitration agreement in which is implied that the parties agree to submit to an arbitral award, arbitral tribunal could make arbitral award containing punitive damages in international arbitration.

When it is questionable whether it is offend against our public policy or not, that we accept the effect of arbitral award containing punitive damages, and we admit the enforcement of it, we have to take the nature of punitive damages, the policy and function of alimony, the fair apportionment of a loss and the stability of international transactions into consideration.

Key Words : Punitive Damages, Arbitrability, Arbitrability of the subject-matter of a dispute, Arbitration Agreement, Arbitral Award, Public Policy