

통상법률

목 차

2023년 제4호 (통권 제161호)

◆ 논 단

1. 투자자국가분쟁(ISDS)과 국제조정
..... 김 도 경 / 3
2. 우리 법상 배액배상의 도입이 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의
승인·집행에 미치는 영향 - 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다231550
판결의 평석을 중심으로 - 박 재 경 / 32

◆ 해외동향

1. 제46차 UN 국제상거래법위원회(UNCITRAL)
제3실무작업반 논의 동향 김 영 옥 / 73

투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정

변호사 김도경

*논문접수 : 2023. 11. 21. *심사개시 : 2023. 11. 28. *게재확정 : 2023. 12. 18.

〈 목 차 〉

I. 머리말	2. 조정권한, 예산 확보의 문제
II. ISDS사건의 조정현황	3. 권한행사 적정성의 문제
1. 합의를 통한 분쟁해결 현황	4. 화해합의 내용의 불이행과 싱가포르 조정협약
2. ICSID 컨실리에이션 현황	5. 국제중재전문가들을 대상으로 한 설문 조사 결과
3. 조정규칙	
4. ISDS사건의 조정규칙을 포함하는 조약	
III. ISDS사건의 조정규칙	V. ISDS사건의 조정가능성
1. 조정의 개시	1. 조정에 적합한 ISDS사건 분석기준
2. 조정인의 선정	2. 대한민국이 당사자인 ISDS사건 중 조정 가능성이 있는 사건
3. 조정절차 규칙	3. ISDS사건의 조정가능성을 높이기 위한 방법론
4. 화해합의의 이행	
5. 분쟁해결절차와의 관계	
IV. ISDS사건의 조정적합성	VI. 맺음말
1. 비밀유지의 문제	

I. 머리말

투자자·국가분쟁(Investor-State Dispute Settlement, 이하 “ISDS”)의 국제중재사건은 최종 판정이 선고되고 실질적인 이행이 이루어지기까지 오랜 시간과 많은 비용을 소모한다.

ISDS국제중재에 소요되는 비용은 평균적으로 미화 수백 만 달러에 이르고, 경우에 따라서는 수천 만 달러에 이를 정도로 막대하다. OECD의 조사결과에 따르면, 당사자들이 ISDS국제중재로 인해 부담한 비용은 평균 8백 만 달러이고, 일부 사례에서는 3천 만 달러를 초과한 경우도 있다.¹⁾

이는 공식적으로 집계된 금액의 수준이며, 실제 소요된 비용은 더 많을 수도 있다. 시간 면에서도, ISDS국제중재는 상당한 시간을 소모한다. 예를 들어, 론스타²⁾와 대한민국의 ISDS는 론스타가 2012년 11월 21일 중재신청서를 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 이하 “ICSID”)에 접수한 이후 약 10년이 지난 2022년 8월 30일 중재판정이 선고되었고, 대한민국은 2023년 9월 1일 ICSID에 중재판정 취소를 신청하였으며, 따라서 분쟁은 아직도 진행 중이다.³⁾ 또한 엘리엇과 대한민국의 ISDS는 엘리엇이 2018년 7월 12일 국제연합국제

상거래법위원회 중재규칙(UNCITRAL arbitration rules)에 따라 중재신청서를 접수해 중재절차가 시작되었고, 약 5년 뒤인 2023년 6월 20일 중재판정이 선고되었으며,⁴⁾ 대한민국은 같은 해 7월 18일 영국 법원에 중재판정 취소소송을 제기하였고,⁵⁾⁶⁾ 따라서 사건은 여전히 진행 중이다. 이처럼 국제중재사건이 장기간 지속될 경우, 그 자체로 비용 증가를 유발하게 되고 불안정한 권리 또는 법률관계는 지속된다. 시간과 비용의 측면 이외에도 국제중재판정은 선례 구속성이 없어 일관성을 유지하기 어렵다는⁷⁾⁸⁾ 절차적인 한계도 있다.

이에 많은 비용을 수반한 장기간의 절차

- 1) Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing. p. 19.
- 2) 중재신청인은 복수의 펀드들로 구성되어 있다, LSF-KEB Holdings SCA and others vs. Republic of Korea, ICSID Case No. ARB/12/37, Award, 2022 para. 1.
- 3) 법무부 2023. 9. 1.자 보도자료 ‘론스타 국제투자분쟁(ISDS) 사건 정부 측 취소신청 제기’ <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/574744/artclView.do> 방문일: 2023. 11. 19.
- 4) Elliott Associates, L.P. (U.S.A.) vs. Republic of Korea, PCA CASE NO. 2018-51, Award, 2023 para. 8.(이하 ‘Elliott v. Korea’)
- 5) 법무부 2023. 7. 18.자 보도자료 ‘엘리엇 국제투자분쟁(ISDS) 사건 불복절차 개시’ <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/573303/artclView.do> 방문일: 2023. 11. 19.
- 6) 엘리엇이 해당 소송에서 승소한다고 하더라도 ICSID를 통한 국제중재와 달리 국제연합국제상거래법위원회 규칙을 따른 중재판정은 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 이하 “뉴욕협약”)에 따른 국제중재로 한국에서 집행을 하고자 하는 경우 한국법원이 ‘중재판정의 승인이나 집행이 집행국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 것인지’를 심리하여 승인이나 집행을 거부할 수 있다; 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다20290 판결
- 7) 김여선, “ISD중재의 선례인용에 관한 연구” 국제경제법연구 제15권 제1호, 2017. 3. 참조.
- 8) 물론 중재판정 선례의 중요성은 갈수록 커지고 있고, 당사자들의 주장의 많은 부분이 중재판정 선례를 근거로 삼고 있다. 예를 들어 메이슨 vs. 대한민국 사건의 관할에 관한 판정문에는 당사자들의 상반된 중재판정 선례들을 예로 들면서 상반된 두 개의 선례가 존재함을 실시한다. ‘Decision on Respondent’s Preliminary Objections’, Mason vs. Republic of Korea, PCA CASE NO. 2018-55, 2019 paras. 166-171.

진행과 불명확한 판정 결과를 얻게 될 수 있는 투자자·국가분쟁 국제중재에 대한 대안이 필요하다. 당사자들 간의 ‘합의’를 통해 분쟁을 해결할 수 있도록 하는 조정(mediation)절차는 여러 가지 대안 중 가장 적은 비용으로 짧은 시간 내에 분쟁을 해결할 수 있는 수단이 될 수 있다. 물론 현재 투자자·국가분쟁에 조정절차가 많이 활용되고 있지 않으며, 모든 유형의 투자자·국가분쟁해결에 조정절차가 적합하다고 평가하기도 어렵다. 하지만 이 같은 한계에도 불구하고 조정절차의 활용이 기존의 문제를 해소할 수 있는 역할을 할 수 있다는 점은 의문의 여지가 없다.

이에 본고에서는 다음과 같은 순서로 검토를 진행하고자 한다. 첫째, 투자자·국가분쟁사건의 조정현황을 간략히 살펴본다(II. 투자자·국가분쟁사건의 조정현황). 둘째, 투자자·국가분쟁사건에 활용될 수 있는 조정규칙에 대해 검토한다(III. ISDS사건의 조정규칙). 셋째, 조정으로 해결되는 투자자·국가분쟁사건이 드문 이유와 투자자·국가분쟁사건의 조정적합성을 검토한다(IV. ISDS사건의 조정적합성). 넷째, 과거 우리나라가 당사자였던 투자자·국가분쟁사건들

중 조정에 적합한 것으로 판단되는 사건에 대해 검토하고, 투자자·국가분쟁에서 조정 가능성을 높일 수 있는 방안에 대해 검토한다(V. ISDS사건의 조정가능성).

II. ISDS사건의 조정현황

1. 합의를 통한 분쟁해결 현황

국제연합무역개발협의회(UNCTAD)에 따르면 2022년 12월 31일 기준 ISDS사건은 총 1257건이고, 그 중 890건이 종결되었는데, 171건이 당사자 간 합의에 의해서 해결되었다. 따라서 약 20%의 ISDS사건은 합의에 의해서 종결되었음을 알 수 있다.⁹⁾ 합의에 의해서 해결된 사건들은 공개되지 않기 때문에 정확한 사례나 통계를 확인하기는 어렵다. 다만 합의로 종결되는 ISDS 사건 중 가장 흔한 경우는 중재신청서가 접수되기 전에 당사자들 간에 합의가 이루어지는 경우로 보여진다.¹⁰⁾ 예를 들어 한미자유무역협정(FTA) 제11.15조에도 합의를 통한 분쟁 해결 노력의무를 규정하고 있고¹¹⁾, 제11.16조에는 중재청구 최소 90일 전에 중재를 제기하겠다는 서면통보를 하도록 하고 있어 중재절차 개시 전 당사자

9) UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=4> 방문일: 2023. 11. 19.

10) Catherine Kessedjian, Anne van Aaken, Runar Lie, Loukas Mistelis, Jose' Maria Reis, "Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement", *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, p. 200.

간의 합의를 유도하고 있다. 이외에도 중재신청서가 접수된 이후 조정을 시도하는 경우, 조정절차만 시도하는 경우¹²⁾, 중재절차와 조정절차를 병행하는 경우¹³⁾도 존재한다.

2. ICSID 컨실리에이션 현황

조정절차(mediation)에 대한 통계자료는 확인하기 어렵지만 넓은 의미의 조정에 포함될 수 있는 컨실리에이션 절차(conciliation)¹⁴⁾에 대한 현황은 ICSID자료를 통해 확인이 가능하다. ICSID는 조정절차(mediation)와 별도로 컨실리에이터의 도움으로 당사자간의 합의에 의해서 분쟁을 해결할 수 있는 컨실리에이션 절차(conciliation)를 규정하고 있다. 당사자들 간의 합의를 통해서 분쟁을 해결한다는 측면에서 컨실리에이션 절차는 조정과 유사한 측면이 있으나, 조정과 차이점도 갖고 있어 조정과 중재의 중간정도에 위치한 절차로 이해된다.¹⁵⁾ 가

장 주요한 차이점은 컨실리에이션 절차에서는 컨실리에이터가 사건에 대한 당사자들의 주장, 증거, 협의 내용을 근거로 합의안을 당사자들에게 제시한다는 점이다. 물론 당사자들이 달리 합의하지 않는 이상 해당 합의안은 구속력을 갖지 않는다. 이런 측면에서 컨실리에이션 절차는 당사자들 간의 협상을 촉진하는 촉진적 조정(facilitative mediation)과 대응점에 있는 평가적 조정(evaluative mediation)에 가깝다고 할 수 있으며, 국내 민사조정법 제30조에 따른 조정에 갈음하는 결정(강제조정)과 유사하다고 볼 수 있다. 또한 조정의 경우 1인 또는 2인의 조정인을 두는 반면, 당사자들 간에 달리 합의로 선정되지 않는 이상 컨실리에이터는 중재절차와 유사하게 각 당사자들이 1인을 지명하고, 의장은 당사자들의 합의로 선정된다.¹⁶⁾ 컨실리에이션 절차에서는 중재판정문과 유사하게 컨실리에이터가 보고서(Report)를 작성한다. ICSID에 따르면 1982년 1건이 접수된 이

11) “투자분쟁이 발생하는 경우, 청구인 및 피청구국은 우선 협의 및 협상을 통하여 분쟁을 해결하도록 노력하여야 할 것이며, 이는 비구속적인 제3자 절차의 이용을 포함할 수 있다.”

12) *Systra SA v Republic of the Philippines*, *Supra* note 10, p. 201.

13) *Pan African Burkina v Burkina Faso*, *Ibid*, p. 201.

14) 컨실리에이션은 비교법적으로 여러 가지 의미를 가질 수 있다. 컨실리에이션의 다양한 의미에 대해서는 이로리, ‘mediation’과 ‘conciliation’의 개념에 관한 비교법적 연구, *중재연구* 제19권 제2호, 2009. 8. 참조.

15) ICSID Background Paper on Investment Mediation, July 2021, ICSID, pp. 4-5.

16) ICSID Conciliation Rule 13: “If the Commission is to be constituted in accordance with Article 29(2)(b) of the Convention, each party shall appoint a conciliator and the parties shall jointly appoint the President of the Commission.”

래 2023년 6월 30일 까지 합계 11건의 ICSID컨실리에이션 절차가 접수되었고, 합의가 성립된 것은 22%라고 하므로 컨실리에이션 절차 역시 아직 활발하게 활용되고 있지는 않은 것으로 확인된다.¹⁷⁾

3. 조정규칙

ISDS사건을 조정으로 해결할 수 있도록 하는 조정 준거규칙이 될 수 있는 규정은 세 가지 정도가 있다. 먼저 시기적으로 가장 빠른 것은 세계변호사협회(International Bar Association)의 투자자-국가 조정규칙(Rule for Investor State Mediation)이다. 2012년 10월 4일 제정되었으나¹⁸⁾ 그다지 활발하게 사용되지는 않았던 것으로 보인다.¹⁹⁾²⁰⁾ 다음으로 ISDS사건을 포함한 국제적인 상사분쟁의 해결을 위해서 2021년

12월 9일 국제연합국제상거래법위원회가 채택한 조정규칙(UNCITRAL Mediation Rules)이 존재한다.²¹⁾ 마지막으로 ICSID가 2022년 7월 1일 신설한 ICSID의 조정규칙(ICSID mediation rule)이 있다.²²⁾ ICSID조정규칙에 따르면 조정절차는 ICSID사무총장에게 조정신청서를 접수함으로써 개시되며, 동 규칙은 조정절차와 조정인의 자격, 역할 등을 구체적으로 규정하고 있다.

그리고 위와 별도로 국제연합국제상거래법위원회 제3실무작업반(UNCITRAL Working Group III, 이하 “UNCITRAL 제3실무작업반”)은 2023년 4월 21일 투자분쟁 조정 가이드라인 초안(draft UNCITRAL guidelines on investment mediation)을 마련하였으며²³⁾, 2023년 7월 3일부터 21일까지 제56차 본회의에서 국제투자분쟁 조정 모델 규정

17) The ICSID Caseload-Statistics Issue 2023-2, ICSID pp. 4, 15.

18) 세계변호사협회 투자자-국가 조정규칙(Rule for Investor State Mediation): <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C> 방문일: 2023. 11. 19.

19) Angela Ray T. Abala, “The role of the expert advisory mediation in addressing practical and political barriers to ISDS mediation.” *Dispute Resolution Review*, Volume 2 Issue 1, 2023, p. 14.

20) *Systra SA v Republic of the Philippines* 사건이 IBA규칙을 활용한 최초의 ISDS조정 사례로 확인된다. Systra SA와 필리핀 계열사와 필리핀 정부 간의 인프라프로젝트(지하철 및 철도) 대금 미지급과 관련된 분쟁으로 자세한 내용은 Luke E. Peterson, *In an Apparent First, Investor & Host-State Agree to Try Mediation Under IBA Rules to Resolve an Investor Treaty Dispute*, *IA INV. ARBITRATION REPORTER* (Apr. 14, 2016) 참조.

21) 국제연합국제상거래법위원회의 조정규칙(UNCITRAL Mediation Rules): https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01369_mediation_rules_ebook_1.pdf 방문일: 2023. 11. 19.

22) ICSID 조정규칙: <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/mediation> 방문일: 2023. 11. 19.

23) 투자분쟁 조정 가이드라인 초안(draft UNCITRAL guidelines on investment mediation)https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_guidelines_advance_copy.pdf 방문일: 2023. 11. 19.

(UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes)을 채택하였다.²⁴⁾ 모델 규정 역시 조정의 준거 규칙으로 위 세 가지 조정규칙을 예시하고 있다(Provision 1-6).

4. ISDS사건의 조정규칙을 포함하는 조약

우리나라가 맺고 있는 양자간투자협정(BIT)이나 자유무역협정(FTA)의 ISDS사건 관할과 관련한 조항에서 구체적으로 조정 규칙을 포함하고 있는 경우는 없는 것으로 확인된다. 하지만 다른 국가들이 맺고 있는 조약 중에는 조정규칙을 포함하고 있는 사례들이 다수 존재한다. 예를 들어 2018년 10월 19일 체결된 유럽연합과 싱가포르간의 투자보호협정(EU-Singapore Investment Protection Agreement, “EU-Singapore IPA”) 제3.4조는 조정(mediation)에 관한 조항을 두고, 구체적인 조정규칙은 부속서(Annex) 제6장에서 별도로 다루고 있다. 향후 우리나라가 체결하거나 개정할 투자협정이나 자유무역협정에 참고할 만한 가치가 있으므로 자세한 내용은 다음 장에서 설명하도록 한다. 그 이외에도 2018년 9월 24일 체결된 유럽연합과 베트남 간의 무역 및 투

자협정(EU-Vietnam investment protection agreement)에도 유사한 조정조항(제3.4조)과 조정규칙(부속서(Annex) 제9장)이 포함되어 있고, 2016년 10월 30일 체결된 캐나다와 유럽연합 간 포괄적 경제 및 무역협정(the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement) 제8.20조도 조정에 관한 조항을 두고, 부속서(Annex) 29-C에서 구체적인 조정규칙을 규정하고 있다.

III. ISDS사건의 조정규칙

유럽연합과 싱가포르간의 투자보호협정(EU-Singapore IPA) 제3.4조는 당사자들 간에 부속서(Annex) 제6장에서 정한 조정규칙에 따라 조정(mediation)을 할 수 있고, 조정인 선임이후 60일 이내에 합의를 도출할 수 있도록 노력해야 한다고 규정하고 있다. 부속서 제6장의 조정규칙은 8개의 조항으로 이루어져 있는데, 그 중 참조할 만한 내용에 해당하는 제2조부터 제6조까지를 소개한다. 향후 우리나라가 체결하거나 개정할 투자협정이나 자유무역협정에서 아래 내용을 참조하여 조정에 관한 절차를 별도로 규정하는 것을 고려할 필요가 있다. 이하 유럽연합과 싱가포르 간 투자

24) 채택 과정에 대한 내용은 박소영, 김은경, “제56차 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL) 본회의 논의 동향”, 통상법률 제160호, 2023, 44-47면 참조.

보호협정상 조정규칙을 중심으로 ICSID 조정규칙과 비교하여 검토해 보겠다.

1. 조정의 개시(투자보호협정 제2조)

일방당사자는 언제든지 상대방 당사자에게 서면으로 조정절차의 개시를 요청할 수 있다(제1항). 조정절차의 신청을 받은 상대방 당사자는 조정신청에 대해서 호의적인 고려(sym pathetic consideration)를 해야 하며 서면 수령일로부터 10일 이내에 서면으로 조정신청을 수락할 것인지 거절할 것인지 회신해야 한다(제2항). 조치가 유럽연합의 기관에 의해서 행해진 것인지 유럽연합 소속 국가에 의해서 이루어진 것인지 결정되지 않은 경우 유럽연합에 신청을 하여야 하며, 유럽연합은 조정을 수락하는 경우 조정의 당사자가 유럽연합인지 소속 국가인지 밝혀서 회신하여야 한다(제3항).

조정신청을 고려할 때 법률용어로 보기 어려운 공감한다는 뜻의 ‘sympathetic consideration’을 해야 한다고 규정한 점이 특이하다. 이는 조정이라는 분쟁해결책이 소송이나 중재에 비해서 당사자 간의 감정대립 해소에 기여할 수 있는 측면을 보여주

는 단면이라고 할 수 있겠다. ICSID 조정규칙의 경우 ICSID 사무총장에게 조정을 신청하면서 관련 접수 비용을 납입하는 것으로 조정은 개시된다(ICSID 조정규칙 제5, 6조).

2. 조정인의 선정(투자보호협정 제3조)

당사자들은 조정수락 통지를 수령한 이후 15일 이내에 조정인을 합의하기 위해 노력해야 하며, 협약 제3.9조에 따른 1심 판정부(Tribunal of First Instance)²⁵⁾의 판정위원을 조정인으로 지명할 수 있다(제1항). 당사자들이 조정인 선정을 합의할 수 없으면 1심 판정부의 의장에게 1심 판정부의 판정위원 중 추천으로 조정인을 선정해 달라고 요청할 수 있으며, 1심 판정부 의장은 요청이 있는 날로 10영업일 이내에 조정인을 선정해야 한다(제2항). 당사자들이 달리 동의하지 않는 이상 당사자와 동일한 국적을 가진 자는 조정인이 될 수 없다(제3항). 조정인은 중립적이고 투명한 태도로 당사자들이 조치와 해당 조치가 투자에 미칠 수 있는 부정적인 영향을 명확하게 확인하고, 상호 합의 하에 해결책을 찾을 수 있도록 도와야 한다(제4항).

25) 유럽연합과 싱가포르간의 투자보호협정은 1심 판정부(Tribunal of First Instance)와 상설항소판정부(permanent Appeal Tribunal)로 구성되는 2심제의 분쟁해결절차를 규정하고 있다. 협정 제3.9조와 제3.10조에 따르면 1심 판정부와 상설항소판정부 모두 유럽연합이 2인, 싱가포르가 2인, 유럽연합과 싱가포르가 합의하여 2인을 지명하여 총 6인으로 구성되며 임기는 8년이다. 판정부의 결정으로 연임이 가능하다. 이는 유럽연합과 싱가포르간의 ISDS 사건은 국제중재가 아닌 양자간투자법원(bilateral investment court)로 대체하는 것이다.

어떤 조정인이 ISDS사건을 해결함에 있어서 적절한지 경험과 지식의 역량요건에 대해서는 헤이그에 소개한 국제조정인들의 연합단체인 국제조정기구(International Mediation Institute)가 포괄적으로 정리하고 있다(IMI Competency Criteria for Investor-State Mediators²⁶⁾). ICSID조정규칙의 경우 조정인의 중립성과 독립성만을 규정²⁷⁾하고 있고, 당사자들이 자격과 경험요건에 대해서 별도로 합의할 수 있도록 규정하고 있으며, 조정인은 1인 또는 2인으로 구성되고 당사자들이 합의할 수 없는 경우 사무총장이 당사자들과 논의하여 조정인을 선정하도록 규정하고 있다(ICSID조정규칙 제12, 13조).

3. 조정절차 규칙(투자보호협정 제4조)

조정인이 선정된 날로부터 10일 이내에 당사자들은 조정인과 상대방 당사자에게 쟁점이 되는 국가의 조치가 어떻게 행해졌고, 투자에 부정적인 영향을 미쳤는지에 대한 내용을 포함한 문제가 되는 상황이 기재된 서면을 제공해야 한다. 해당 서면이 접수된 날로부터 20일 이내에 상대방 당사자는 해당 서면에 대한 의견을 서면으로 제시할 수 있다(제1항). 조정인은 국가

의 조치가 투자에 미칠 수 있는 부정적인 영향을 분석하기 위해서 양 당사자 모두 또는 일방 당사자와 회의를 할 수 있으며, 당사자들과 상의한 뒤에 외부 전문가나 이해당사자의 도움을 받을 수 있다(제2항). 조정인은 조언을 제공하거나 조정안을 제공할 수 있고, 당사자들은 조정안을 승낙하거나 거절 또는 다른 조정안을 도출할 수 있다. 하지만 문제가 되는 국가의 조치가 제2장(투자보호)에 부합하는지 여부에 대해서는 조언을 하거나 의견을 제시할 수 없다(제3항). 조정절차는 조정을 신청한 당사자가 소개한 곳이나 기타 당사자들이 합의하는 장소 또는 방법으로 진행할 수 있다(제4항). 당사자들은 조정인이 선정된 날로부터 60일 이내에 화해합의를 도출하기 위해 노력해야 한다. 당사자들은 최종 합의안을 유보하고, 가능한 중간 합의안을 고려할 수 있다(제5항). 상호간에 합의된 화해합의는 대중에 공개하여야 한다. 다만, 해당 공개된 화해합의는 당사자들이 비공개할 것을 지명한 정보를 포함하여서는 아니된다(제6항). 조정절차는 화해합의에 이르는 경우 합의일, 절차를 종료하기로 당사자들이 합의한 날, 조정인이 당사자들과 논의한 결과 조정을 더 이상 진행하는 것

26) 조정인 역량요건을 적시한 국제조정기구(International Mediation Institute)의 웹페이지 <https://imimediation.org/wp-content/uploads/2022/03/IMI-Investor-State-Mediation-Competency-Criteria.pdf> 방문일: 2023. 11. 20.

27) ICSID Mediation Rule 12 (1): "The mediator shall be impartial and independent of the parties."

이 소용없다고 판단하여 서면으로 종료를 선언한 날, 당사자들이 조정절차에서 조정인의 조언이나 합의제안을 고려하고, 상호 합의할 수 있는 해결책을 탐색한 이후 서면으로 종료를 선언한 날 종료한다(제7항).

조정인으로 하여금 법률적인 쟁점인 ‘국가의 조치가 투자협정에 위반되는지 여부에 대해서 아무런 조언이나 의견을 제시할 수 없도록 하고 있는 점’은 조정인이 사건을 법률적으로 평가하지 않고, 당사자들의 협상을 촉진시키는 역할을 해야 한다는 점을 천명하고 있는 것으로 볼 수 있다. 국가 조치의 협약 위반 가능성은 당사자들이 법률대리인들과 함께 분석할 당사자들의 몫이고, 조정인이 이에 대한 의견을 피력하거나 조언을 하는 것은 조정인의 중립성에 반할 수 있기 때문이다.

ICSID조정규칙의 경우 당사자들은 조정인이 선임된 날로부터 14일 이내에 사무총장에게 쟁점과 조정 절차에 관한 의견을 담은 조정준비서면을 제출하여야 하고, 조정인은 선임된 날로부터 30일 이내에 첫 번째 조정기일을 열고 당사자들과 논의하여 조정절차에 대한 절차규칙(protocol)을 확정하여야 한다. 해당 절차규칙에는 조정언어, 의사소통방식, 조정기일 진행 방식, 제공된 정보와 자료의 취급방법, 조정절차에 제3자를 참여시킬 것인지 여부 등을 포

함한다(제19, 20조). 그리고 이후 조정절차는 확정된 절차규칙(protocol)에 따라 진행한다.

4. 화해합의의 이행(투자보호협정 제5조)

당사자들이 화해합의에 이른 경우, 각 당사자들은 화해합의에 따라 합의된 기한 내에 합의한 사항을 이행하기 위해서 필요한 조치들을 취해야 한다(제1항). 합의된 사항을 이행하는 당사자는 다른 당사자에게 화해합의에 따라 이행한 조치들에 대해서 서면으로 통지하여야 한다(제2항). 당사자가 요청하는 경우 조정인은 사실보고서 초안을 서면으로 제공하여야 하며, 해당 서면은 조정절차에서 문제가 된 국가의 조치, 진행된 조정절차, 가능한 중간 합의를 포함하여 조정절차를 통해 최종 도출된 화해합의 내용의 요약을 포함한다. 조정인은 당사자들에게 해당 초안에 대해서 15영업일 이내에 의견을 제출할 수 있는 기회를 제공해야 한다. 조정인은 해당 기한 내에 제출된 의견을 고려하여 15영업일 이내에 당사자들에게 최종 사실보고서를 서면으로 제공하여야 한다. 사실보고서는 투자협약의 해석을 포함하여서는 아니 된다(제3항).

ICSID조정규칙의 경우 위에 상응하는

내용은 없으나 절차규칙(protocol)에서 비슷한 내용을 규정하여 동일한 효과를 발생시킬 수 있다고 판단된다. 조정인이 제공하는 사실보고서에 ‘투자협약의 해석을 포함해서는 안된다’는 부분은 조정인의 역할이 법률분석이 아니라 협상촉진이라는 점을 다시 한번 상기시킨다.

5. 분쟁해결절차와의 관계(투자보호협정 제6조)

당사자들은 조정절차를 투자협정상 분쟁해결절차의 기반으로 사용될 것을 의도한 것은 아니다. 당사자들은 분쟁해결절차, 기타 판정부나 사법기관에 다음사항을 증거로 제출하거나 증거로 사용할 수 없다. (a) 조정절차에서 상대방 당사자가 취한 입장, (b) 상대방 당사자가 조정절차에서 화해합의안에 대한 수용의사를 표시했다는 사실, (c) 조정인이 제공한 조언이나 제안(제1항). 조정절차는 당사자들의 법률적 지위와 분쟁해결에 관한 협약 제3장의 분쟁당사자로서의 지위에 아무런 영향을 끼치지 않는다(without prejudice)(제2항). 본 부속서 제4조 제6항(조정절차)의 내용에 위반되지 않는 범위 내에서 당사자들이 달리 합의하지 않는 이상, 모든 조정절차에서 진행된 내용들은 비밀로 하여야 한다. 다만, 당사자는 조정절차가 진행되고 있다

는 내용을 공개할 수 있다(제3항).

ICSID조정규칙의 경우에도 당사자들이 달리 합의하지 않는 이상 당사자들이 조정절차에서 취한 입장, 화해합의안의 제안이나 승낙, 조정인이나 당사자들이 표시한 견해는 다른 절차에서 사용할 수 없도록 하고 있다(제11조).

IV. ISDS사건의 조정적합성

ISDS사건이 조정으로 해결된다면 시간과 비용의 효율성 측면을 비롯하여 여러 가지 장점이 있지만, 아직까지 조정이 활성화되지 못하는 데에는 분명 그만한 이유가 존재한다. 조정이 활성화되지 못하는 이유를 잘 분석한다면 조정을 활성화 할 수 있는 방안을 찾는 데 도움이 될 것이라 판단된다. 이하 ISDS사건을 조정으로 해결하는 것에 걸림돌이 되는 사항들을 몇 가지 살펴보고, 해외 국제중재전문가들의 설문조사 결과를 담은 보고서가 분석한 내용을 살펴보겠다.

1. 비밀유지의 문제

조정인 경우 당사자들 간에 공개에 대한 합의가 별도로 존재하지 않는 이상, 조정당사자들은 합의 내용, 조정 당시에 주고받았던 대화나 자료에 대한 비밀유지의무

가 있다. 중재의 경우 국가가 패소한다면 중재판정의 내용을 이행하는 것에 그치지 만, 조정의 경우 화해합의안에 대한 협상 과정에서 국가의 재량이 관여되고, 그에 따라 화해합의 내용에 대한 공정성 문제가 상존한다. 그에 따라 국가에 대한 견제와 감시의 측면에서 일반 국민들의 정보공개에 대한 수요는 중재에 비해서 조정이 훨씬 강하다. 또한 국가에 대한 각종 감사과정에서 비밀정보가 공개될 가능성도 배제할 수 없다. 이와 같은 측면에서 많은 국가들이 ISDS사건을 비공개 조정으로 해결하는 것에 부담감을 느낄 수 있다.

뿐만 아니라 비밀유지 문제로 인해서 통계 데이터나 성공사례의 홍보가 어려운 점도 투자자나 국가들이 실증적 사례들을 근거로 조정에 접근하는 것을 어렵게 만든다.

2. 조정권한, 예산 확보의 문제

화해합의 결과 국가가 투자자에게 금원을 지급해야 하는 의무를 부담하게 되는 경우 해당 조정안에 대한 합의 권한에 대한 문제도 존재한다. 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제12조²⁸⁾에 따르면 조정사건의 경우에도 동법 제2조부터 제8

조까지의 규정을 준용하고, 법무부장관이 국가를 대표한다. 하지만 동법에서 언급하는 ‘조정사건’은 국내 조정사건을 염두하여 규정한 것으로 ISDS사건까지 염두해 둔 규정은 아니었던 것으로 이해된다.²⁹⁾ 또한 국제투자분쟁의 예방 및 대응에 관한 규정에 따른 ‘그 밖에 국제투자분쟁의 예방 및 대응에 필요한 업무’에 ‘국제투자분쟁대응단’의 조정권한이 포함되어 있는지도 불명확하다(동 규정 제3조 제2항 제9호).

한편 국가재정법 제25조 제1항은 “법률에 따른 것, 세출예산금액 또는 계속비의 총액의 범위 안의 것 외에 채무부담행위를 하는 때에는 미리 예산으로 국회의 의결을 얻어야 한다”고 규정하고 있다. 또한 예비비를 사용하여 화해합의금을 지급하기 위해서는 기획재정부장관이 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어야 한다(동법 제51조).

이처럼 국가의 투자자에 대한 금전 지급 의무를 포함한 화해합의안에 서명하기 전에 거쳐야 할 내부 승인 절차의 복잡성, 합의 권한의 불명확성은 ISDS사건을 조정으로 해결하는 것을 어렵게 만든다.

28) 제12조 (조정사건 등에의 준용) 조정사건, 중재사건, 그 밖의 비송사건에 관하여는 제2조부터 제8조까지의 규정을 준용한다.

29) 조정사건에 준용한다는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제12조의 내용은 법률제정(1951년 10월 26일)시부터 존재했던 규정으로 당시 우리나라는 ISDS사건을 알지 못했다.

3. 권한행사 적정성의 문제

ISDS분쟁을 조정으로 해결함에 있어서 무엇보다도 가장 큰 어려움은 화해합의안이 적정했는지를 확인해주고 관련 공무원들의 책임을 면제해 줄 제도가 없다는 점(그러한 제도가 존재해야 하는지에 대한 당위성 여부는 별론으로)이다. 화해합의안의 승인권한을 갖고 있는 공무원(들)의 입장에서는 해당 권한의 행사가 적정하고 재량의 범위 내에 있으며, 화해합의가 국가의 이익에 부합한다는 확신을 갖고 있다고 하더라도 각종 감사과정에서 문제가 제기될 가능성이나 정치적으로 문제될 가능성을 전혀 배제할 수 없다. 그리고 공무원의 화해합의에 대해서 사후적으로 아무런 문제가 없는 것으로 판단을 받는다고 하더라도 의혹이 제기된 시점부터 해명된 시점까지 담당자가 겪어야 할 수고로움은 담당 공무원들로 하여금 ISDS사건의 조정을 심리적으로 주저하게 만든다.³⁰⁾ 따라서 ISDS 사건을 조정으로 해결하는 것이 중재로 해

결하는 것보다 국익에 부합하더라도 관련 담당자들은 조정으로 분쟁을 해결함에 상당한 심리적 부담을 가지게 된다. 결국 재량권 행사의 적절성에 대한 심리적 부담감은 관련 담당자들로 하여금 조정보다는 중재를 선호하게 만든다.

이러한 내용은 심리학자이자 행동경제학자인 대니얼 카너먼(Daniel Kahneman)의 손실회피(loss aversion) 이론이 뒷받침한다. 사람들은 이익을 얻기 위해서 행동하기보다 손실을 피하기 위해 행동한다는 이론으로 손실회피가 이익획득보다 2배는 더 심리적으로 강하게 작용하기 때문이라 한다.³¹⁾ 이런 담당자들의 심리적 저항감은 ISDS사건을 조정으로 해결함에 있어 상당한 난관으로 작용한다.

이에 더하여 한국인의 경우 전세계에서 가장 높은 수준의 불확실성 회피 성향을 가지고 있는 것으로 알려져 있다.³²⁾ 따라서 승패라는 확실한 결과가 도출되는 중재와 달리 어떤 결과가 도출될지 알 수 없는

30) 예를 들어 과거 한국방송공사(KBS, 이하 “공사”)의 사장이 공사와 과세관청간의 조세소송을 법원에 의한 조정으로 종결하고, 공사는 조정결과에 따라 세금을 납부한 사건과 관련하여 공사의 사장은 배임죄로 기소되었으나 최종 무죄판결을 받았고, 해임되었으나 해임취소소송에서 최종 해임이 취소되었다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2010도15129 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두5001 판결).

31) Daniel Kahneman, & Amos Tversky, “Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty”. *Journal of Risk and Uncertainty*. 1992, pp. 297-323.

32) 전세계 60개국 이상의 문화를 비교분석하는 The Culture Factor Group(Hofstede Insights Ltd.)의 분석에 따르면 한국은 위험회피성향(uncertainty avoidance) 지수가 85인 반면, 중국은 30, 미국은 46, 영국은 35이다. The Culture Factor Group의 웹사이트: <https://www.hofstede-insights.com/country-comparison/china,south-korea,the-uk,the-usa/>방문일: 2023. 11. 19.

조정의 불확실성은 한국의 기업이나 공무원이 쉽게 조정을 시도하기 어렵게 만드는 추가적인 심리적 장벽이라 생각된다.

4. 화해합의 내용의 불이행과 싱가포르조정협약

한편, 일방 당사자가 화해합의를 위반하거나 조정절차에 하자가 있었음을 이유로 화해합의의 효력에 문제를 삼아 화해합의서에 따른 의무를 이행하지 않을 경우 다시 중재절차를 신청해야 한다는 번거로움도 존재한다. 물론 국제조정에 관한 싱가포르조정협약(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 이하 “싱가포르조정협약”)을 통해서 집행력의 문제를 어느 정도 해소할 수는 있다.³³⁾ 하지만 이 역시 한계가 존재한다. 싱가포르조정협약 가입시 계약국은 유보조항에서 국가나 국가기관이 당사자인 경우 해당 협약을 적용하지 않도록

선택하거나, 당사자들이 화해합의서에 싱가포르조정협약을 적용한다고 동의한 경우에만 협약을 적용하도록 선택할 수 있기 때문이다(동 협약 제8조³⁴⁾). 현재 싱가포르조정협약 비준국가는 12개 국가인데 그 중 벨라루스, 조지아, 카자흐스탄, 이란, 사우디아라비아는 국가나 국가기관이 당사자인 경우 싱가포르조정협약이 적용되지 않는다는 유보를 하였고, 일본, 이란, 카자흐스탄, 조지아는 당사자들이 화해합의서에 싱가포르조정협약을 적용한다고 동의한 경우에만 협약을 적용하도록 유보하였다³⁵⁾. 또한 국가에 대해서 싱가포르조정협약이 적용된다고 하더라도 집행의 방법론이 각 계약국의 국내법에 위임되어 있어 각 국가별 국내법에 따른 추가적인 제약이 존재할 수도 있다(싱가포르조정협약 제3조 제1항).

33) 대한민국은 2019년 8월 7일 싱가포르조정협약에 서명하였지만 아직 국회의 비준절차를 거치지 않았고, 협약 이행을 위한 국내법은 법무부에서 연구 중이다. 박정현, “싱가포르조정협약과 조정제도의 설계”, 법무부 국제법무과, 한국조정학회 제38회 학술대회 및 정기총회 자료. 41면.

34) 1. A Party to the Convention may declare that:

(a) It shall not apply this Convention to settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration;

(b) It shall apply this Convention only to the extent that the parties to the settlement agreement have agreed to the application of the Convention.

35) 싱가포르조정협약 가입현황을 확인할 수 있는 국제연합국제상거래법위원회 웹페이지: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status 방문일: 2023. 11. 19.

5. 국제중재전문가들을 대상으로 한 설문조사 결과

싱가포르국립대학에서는 전 세계 국제중재전문가들을 상대로 투자자국가분쟁이 합의에 의해서 종료되지 않는 이유에 대해서 설문조사를 실시하여 2018년 보고서를 발간하였다(이하 “싱가포르보고서”)³⁶⁾. 싱가포르보고서에 따르면 설문조사대상자의 70%는 국가가 합의에 의해서 분쟁을 해결하는 것을 원하지 않는다고 판단한다.³⁷⁾

합의에 의한 분쟁해결에 가장 큰 난관은 당사자들, 특히 국가의 경우 “의사결정의 책임을 제3자에게 미루는 것을 원한다는 점”이다. 즉, 결과에 대한 비난을 결과를 강제한 관정부로 돌리는 것이 책임을 회피하기에 용이하다는 점이다.³⁸⁾ 다음으로 큰 장애는 “두려움”을 꼽았다. 세부적으로는 대중의 비판에 대한 두려움, 부정부패로 인한 형사책임 또는 그러한 주장에 대한 두려움, 선례를 만드는 것에 대한 두려움

이 정부관료들에게 가장 큰 장애로 여겨진다.³⁹⁾ 또한 국가의 경우 관련 정부기관과 부처의 다양성, 정부기관간의 이해상충과 의사소통의 어려움, 예산확보의 어려움도 큰 장애로 여겨졌고,⁴⁰⁾ 언론에 의해서 분쟁이 정치화되고, 정부로서는 이로 인해서 어쩔 수 없이 더 강경한 태도를 취해야 하는 점, 분쟁자체가 정치적으로 민감한 사안을 포함하는 경우가 많다는 점, 새로운 정부는 이전 정부의 잘못을 합의로 해결하지 않으려고 하는 점, 이에 비해서 합의에 성공했을 경우 정부 담당자들에게 아무런 인센티브가 없다는 점 등도 합의로 분쟁을 해결하는 것에 장애로 작용한다고 조사되었다.⁴¹⁾

V. ISDS사건의 조정가능성

위 IV.에서 살펴본 바와 같이 상당수의 ISDS사건은 여러 가지 측면에서 조정으로 진행되거나, 해결될 가능성이 높지 않다.

36) Seraphina Chew, Lucy Reed, & J. Christopher Thomas QC, Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, NUS - Centre for International Law Working Paper 18/01, National University of Singapore. (Sept. 2018). 97명에게 설문조사를 요구하였고, 최종 47명의 답을 받았으며, 설문조사 참가 대상자는 동아시아 27%, 유럽 27%, 북미 23%, 호주, 동남아시아 14%, 남미 7%, 중동, 남아시아 2%로 구성되었다.

37) *Ibid.*, p. 1.

38) *Ibid.*, p. 12.

39) *Ibid.*, pp. 13-14.

40) *Ibid.*, p. 14.

41) *Ibid.*, pp. 19-22.

따라서 과연 위에서 열거한 여러 가지 장애를 극복할 수 있는 방법이 있을지, 장애를 극복할 수 없다면 위 장애의 상당부분은 적용되지 않는 분쟁의 영역이 존재할 수 있을지 확인할 필요가 있다. 이하 ISDS 사건의 조정가능성을 판단하기 위해서 UNCITRAL 제3실무작업반이 제시하고 있는 판단기준을 살펴보고, 대한민국이 당사자인 사건 중 국가의 재정이 직접 지급되지 않고, 관련 공무원들이 권한 행사의 적정성을 비교적 덜 우려할 수 있는 ISDS 사건이 있는지를 살펴본다. 마지막으로 위에서 살펴본 조정의 장애를 극복하기 위해 생각할 수 있는 추가 수단을 검토한다.

1. 조정에 적합한 ISDS사건 분석기준

UNCITRAL 제3실무작업반이 마련한 투자분쟁 조정 가이드라인 초안(draft UNCITRAL guidelines on investment mediation)은 조정

적합성을 분석할 수 있도록 아래와 같은 분석기준을 제시하고 있다. 해당 내용은 구체적인 ISDS사건을 조정으로 해결하는 것이 적합한지를 판단하는데 참조할 만한 가치가 있다(Section C⁴²).

- 현재 투자 및 장래 투자유치 가능성을 고려한 당사자 간의 관계를 유지하려는 바램
- 대화 또는 협상에 참여하고, 상대방의 입장을 이해하려는 당사자의 의지
- 잠재적으로 다른 이해관계를 가진 자를 포함한 당사자들의 수
- 시간과 비용에 효과적인 방식으로 분쟁을 해결하려는 바램
- 분쟁의 성격과 근본적인 갈등요소
- 분쟁 관련 쟁점의 복잡성과 이를 해결해야 하는 긴급성
- 당사자들이 관련된 쟁점들을 선별하는 것의 유용성

42) (a) Desirability of maintaining the parties' relationship also in light of retaining the current investments as well as the possibility of attracting future investments;
 (b) Willingness of the parties to enter into a dialogue or negotiations and understand the other party's positions;
 (c) Number of the parties involved, including those with potentially different interests;
 (d) Desirability of resolving a dispute in a time- and cost-effective manner;
 (e) Nature of the dispute and the underlying grievance;
 (f) Complexity of the issues in dispute and urgency to address them;
 (g) Usefulness for the parties to streamline the issues at stake;
 (h) Desirability of involving a third party;
 (i) Desirability of the parties having control over the resolution process and the outcome;
 (j) Desirability of the parties developing tailored and creative solutions;
 (k) Any implication of complying with any settlement agreement, including any political, economic, social and financial implication.

- 제3자를 참여시키는 것의 선호도
- 분쟁해결 과정과 결과에 대한 통제권한을 당사자가 가지는 것에 대한 선호도
- 맞춤형이고 창의적인 해결책을 개발하는 것에 대한 당사자들의 선호도
- 정치, 경제, 사회, 경제적 영향을 포함하여 화해합의를 준수하는 것이 미치는 일체의 영향

예를 들어 위 첫 번째 항목을 살펴보면, 투자자의 입장에서 해당 국가에 향후 다시 투자를 할 가능성이 전혀 없다면 미래의 투자가능성을 고려한 조정안의 도출은 가능하지 않으므로 조정으로 분쟁을 해결할 수 있는 가능성은 현저히 줄어들게 된다.

2. 대한민국이 당사자인 ISDS사건 중 조정가능성이 있는 사건

국제연합무역개발협의회(UNCTAD)에 따르면 이제까지 한국을 상대로 한 ISDS 사건은 10개가 존재한다.⁴³⁾ 그 중 ‘2015년 다야니와 대한민국 사이의 ISDS사건(이하 “다야니 사건”)’은 비교적 위에서 언급한 조정으로 분쟁을 해결하는데 장애가 되는

요인들이 다른 사건들에 비해 크지 않은 것으로 보인다. 이하 해당 사건의 개요와 어떤 면에서 조정이 가능할 수 있는지 검토해 본다.

가. 다야니 사건의 개요

다야니 사건의 중재판정문은 공개되어 있지 않다. 하지만 대한민국이 해당 중재판정의 취소를 구했던 소송의 영국법원 판결문은 공개⁴⁴⁾되어 있고, 해당 판결문에 따른 사건의 개요는 다음과 같다.

한국자산관리공사(이하 “캠코”)와 민간 금융기관들로 구성된 채권자협의회(“채권단”)는 1997년 외환위기 때 대우전자(이하 대우일렉트로닉스로 개명, 이하 “대우일렉트로닉스”)의 부실채권을 인수한 이후 일부 출자 전환을 하였고, 2009년 해당 출자 전환 주식에 대한 매각절차를 진행하였다. 당시 다야니 가문(이하 “다야니”) 소유의 이란 국적 투자회사가 우선협상대상자로 선정되었고, 매매대금 6050억 원의 양해각서가 체결되었다.⁴⁵⁾ 이후 2010년 6월 유엔의 이란에 대한 경제제재가 강화되었고, 그에 따라 계약당사자는 다야니가 설립한

43) 국제연합무역개발협의회(UNCTAD) 웹사이트(Investment Policy Hub): <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/111/korea-republic-of> 방문일: 2023. 11. 19.

44) The Republic of Korea v. Mohammad Reza Dayyani & Others, High Court of Business and Property Courts of England and Wales Commercial Court, [2019] EH 3580 (20 December 2019) (이하 ‘Korea v. Dayyanis’)

45) *Ibid*, paras. 3-9.

싱가포르 특수목적법인(이하 “매수인”)으로 변경되었다. 이후 싱가포르 특수목적법인은 2010년 11월 채권단과 매매가 5777억 750만 원, 계약금 577억7750만 원으로 한 대우일렉트로닉스 주식매매계약을 체결하고, 그에 따라 계약금을 지불하였다.⁴⁶⁾

하지만 매수인은 매매계약상 조건인 매도인이 만족할 수 있는 투자확약서를 제출하지 못하였고, 그에 따라 채권단은 같은 해 12월 13일 주식매매계약을 해지하였다.⁴⁷⁾ 이후 몇 차례 협상이 있었고, 채권단은 2011년 5월 30일 계약금을 몰취하였다. 매수인은 2011년 6월 10일 서울중앙지방법원에 주식매매계약상 매수인 지위의 확인을 구하는 가처분을 신청하였고, 재판부는 해당 사건에 대한 강제조정을 시도하였으나 캄코의 이의신청으로 조정이 이루어지지 못하였고, 재판부는 가처분 기각결정을 하였다.⁴⁸⁾

나. 다야니 사건의 중재판정, 중재판정 취소소송

다야니는 2015년 9월 10일 대한민국 정부와 이란회교공화국 정부간의 투자의 증

진 및 보호에 관한 협정(이하 “한-이란투자협정”) 제12조 제2항 나목에 따라 임시중재판정부(ad hoc arbitral tribunal)를 통하여 국제중재절차를 신청하였다. 다야니는 캄코가 대우일렉트로닉스의 매각절차를 주도하였으며 캄코의 계약금 몰취 행위는 국가의 행위로 귀속될 수 있고, 이는 한-이란투자협정 제4조에 따른 공정, 공평대우에 위반되고, 계약금과 프로젝트에 소요된 비용, 이자를 손해라고 주장하였다.⁴⁹⁾

중재판정부는 2018년 6월 5일 캄코의 행위는 국가에 귀속시킬 수 없다는 주장 등 대한민국의 주장을 배척하고 대한민국이 한-이란투자협정 제4조를 위반하였으며 계약금과 이자를 다야니에 반환해야 한다고 판정하였다.⁵⁰⁾

본 중재사건은 ICSID중재가 아닌 뉴욕협약에 따른 국제중재로 중재지가 런던이었고, 그에 따라 중재지인 영국의 중재법 제67조에 따른 중재판정 취소절차가 가능하다⁵¹⁾. 그에 따라 대한민국은 2018년 7월 3일 영국상사고등법원(이하 “영국법원”)에 실질적 관할권을 다투며 중재판정 취소소송을 제기하였으나⁵²⁾ 2019년 12월 20일 패

46) *Ibid*, paras. 10-12.

47) *Ibid*, para. 14.

48) *Ibid*, para. 15.

49) *Ibid*, para. 16.

50) *Ibid*, paras. 17-19.

소하였다.⁵³⁾ 참고로 대한민국은 관할권 흠결 주장 중에는 캬코는 국가기관이 아니므로 캬코의 행위를 한국의 행위로 귀속시킬 수 없다는 주장이 있었으나 영국법원은 해당 문제는 본안에 관한 문제로 중재취소사유인 실질적 관할권 문제는 아닌 것으로 보았다.⁵⁴⁾

다. 다야니 사건 사후 경과

대한민국은 이란에 대한 경제제재로 인해서 중재판정에 따른 배상금지급을 지연하였고, 이에 다야니는 2021년 10월 18일 배상금지급 지연에 대한 2차 ISDS 중재신청서를 접수하여 현재 사건이 진행 중이다.⁵⁵⁾ 이후 대한민국은 약 600억 원을 다야니에 지급하였으나 236억 원은 다야니의 대한민국에 대한 채권이 위니아전자에 의해서 가압류되어 지급되지 못했고, 대한

민국은 해당 금액을 법원에 공탁한 것으로 알려져 있다.⁵⁶⁾

라. 다야니 사건에서 캬코의 지위

다야니 사건의 중재판정은 비공개이고, 영국법원의 취소판결에서는 ‘캬코의 계약금 몰취 행위의 국가 귀속여부’가 본안에 대한 판단이라 심사를 하지 않았기 때문에 캬코의 행위가 왜 국가의 행위로 귀속되었는지 정확한 이유를 확인하기는 어렵다. 캬코는 한국자산관리공사 설립 등에 관한 법률(이하 “자산관리공사법”)에 따라 별도의 법인격을 갖고 있고, 헌법, 정부조직법 등에서 행정기관으로 취급하고 있지 않다. 그리고 자산관리공사법상 국가의 권한을 위임받아 수행하는 업무와 캬코 고유의 업무는 분리되어 있으며, 캬코의 대우일렉트로닉스 매각은 공사 고유의 업무로 이해된다(자산관리공사법 제26조 제1항).⁵⁷⁾ 물론

51) 영국의 국제투자중재판정 취소에 대해서는 한창완, “국제투자중재 판정의 취소-영국과 싱가포르 사례를 중심으로-” 통상법률, 법무부, 2022. 3. 참조.

52) Korea v. Dayyanis, *supra* note 44, paras. 20-22.

53) 다야니 사건에 대한 추가적인 설명은 장석영, “다야니 사건에 대한 중재판정 취소소송 결과 검토”, 국제경제법연구 제18권 제2호, 2020., 주진열, “이란 다야니 일가와 한국 정부간 투자자국가분쟁(ISD) 사건에 대한 고찰”, 서울국제법연구 제27권 1호, 2020. 참조.

54) Korea v. Dayyanis, *supra* note 44, paras. 85-90.

55) 국무조정실, 기획재정부, 외교부, 법무부, 산업통상자원부, 금융위원회 2021. 10. 28.자 보도자료, “한-이란 투자협정(BIT)에 따른 국제투자분쟁(ISDS) 중재신청서 접수” <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/182/553195/artelView.do> 방문일: 2023. 11. 19.

56) 홍혜진, “[단독] 다야니가에 패배했던 韓 236억 추가로 물어줄 판”, 매일경제 2023. 4. 4.자 기사. <https://www.mk.co.kr/news/economy/10703567> 방문일: 2023. 11. 19.

57) 이승민, “투자자-국가분쟁해결제도(ISDS)의 현황 쟁점 및 국내 공법 체계에 대한 영향”, 공법연구 제49집 제3호, 2021. 425면.

캠코의 행위에 국가의 지시나 통제가 있었다면 국제관습법으로 인정받고 있는 국제연합 국제법위원회(International Law Commission)가 작성한 국가책임조항(Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)⁵⁸⁾ 제8조에 따라 캠코의 행위가 국가로 귀속될 여지는 있다.

다만, *Elliott v. Korea* 사건에서 Elliott이 제출한 수정 청구서면(Amended Statement of Claim)에 따르면 다야니 사건의 중재판정부는 캠코의 대표가 2005년 미국 뉴욕남부연방지방법원에서 별개의 소송절차 중 국가면제를 적용받고자 스스로를 “정부기관”으로 묘사한 것을 주요 근거로 캠코를 국가의 일부로 간주한 것으로 보인다.⁵⁹⁾

마. 공공기관이 행위 당사자인 ISDS 사건

다야니 사건은 원래 캠코를 비롯한 채권단(매도인)과 다야니가 설립한 특수목적법

인(매수인)간의 주식매매계약과 관련한 분쟁이지만, 한이란투자협정에 의해서 매수인의 주주인 다야니와 대한민국간의 ISDS 분쟁으로 전개된 사건이다. 따라서 다야니 사건은 매도인과 매수인간의 합의로 종결시킬 수 있는 사건이다. 대한민국이 ISDS 사건을 해결함에 있어서 캠코와 다야니 간에 합의를 이끌어 낼 수 있다면, 이는 곧 다야니의 대한민국에 대한 ISDS중재신청 취하를 의미한다(채권단이 매수인에게 금전을 지급하든 다른 방식의 화해합의를 하든 이는 별론으로 한다). 대한민국으로서 당사자로서 금전적인 지급 합의를 하는 것이 없을 것이므로 별도의 예상을 사용할 이유도 없게 되며, 권한 행사의 적정성에 대한 우려도 현저하게 경감시킬 수 있다. 비록 캠코를 비롯한 채권단이 ISDS사건 당사자는 아니나 중재사건과 달리 조정사건에서는 다양한 절차적 유연성을 확보할 수 있으므로 ISDS조정절차에 채권단을 개입시키고, 적극적인 조정시도를 해볼 수

58) 국가책임조항은 2000년 유엔총회결의서에서 ‘초안(draft)’을 명칭에서 삭제하였으므로 ‘국가책임초안’이 아니라 ‘국가책임조항’으로 칭하는 것이 적절하다고 생각된다. 임예준, “국가책임조항의 규범적 지위에 관한 소고”, 국제법학회논총, 제65권 제3호, 2020, 192면.

59) *Elliott v. Korea*, Amended Statement of Claim 2019. 4. 4. para 186. footnote 440. 해당 서면이 이러한 주장의 근거로 인용하고 있는 것은 Jarrod Hepburn의 2019. 1. 22.자 IAREporter 보도자료로 미공개 중재판정문을 입수하여 분석하였다고 기술하며, 그 내용은 다음과 같다. “청구인들은 한국자산관리공사 대표가 미국 법원에서 한 진술, 즉 한국자산관리공사는 한국의 국가기관이라는 (따라서 미국의 외국주권면제법에 따른 국가면제를 받을 자격이 있다는) 주장을 강조하였다. 중재판정부는 한국자산관리공사의 대표가 미국 법원에서 이러한 주장을 내세운 데에는 분명 한국 당국의 승인이 있었을 것이라는 점에 비추어볼 때 그러한 진술이 한국자산관리공사가 한국법상 실제로 한국의 국가기관이라는 점을 결정적으로 증명한다고 보았다”.

있는 가능성은 열려 있다고 판단된다. 물론 매수인과 매도인간에 합의가 성립하기 어려웠고, 법원의 강제조정시도도 실패하였기 때문에 ISDS분쟁으로 전개된 측면이 있지만, ISDS중재에서 대한민국이 패소한 점과 현재까지 분쟁이 해소되지 않고, 추가적인 비용을 지출하고 있는 것을 감안할 때, 사건을 초기에 조정으로 해결했었다면 당사자 모두에게 더 나은 해결책이 될 수 있었을 것으로 생각된다.

다야니 사건을 확장해서 생각해 보면 국가기관이 아닌 공공기관이 실제 행위 당사자인 ISDS사건은 조정으로 분쟁해결시 국가예산의 직접 지출이 없다는 점과 그에 따라 권한 행사의 적정성에 대한 우려가 비교적 덜하다는 점에서 상대적으로 조정 가능성이 높은 사건이라 볼 수 있지 않을까 생각한다. 물론 국가 입장에서 낮아진 조정에 대한 난관들은 공공기관으로 그대로 수평 이동되었을 뿐이고, 공공기관 역시 국가기관에 준하는 조정에 대한 어려움이 존재한다는 비판은 가능하다.

다른 한편으로 이러한 공공기관이 행위 당사자인 ISDS사건에서 대한민국은 정부의 책임이나 부담을 감소하기 위해서 공공기관에 부당한 영향력을 행사하여서는 안 될 것이고, 해당 공공기관의 내부 의사결정절차에 따른 적정한 절차는 모두 거쳐야

할 것이다. 또한 명백히 대한민국이 승소 가능한 사건을 굳이 조정으로 진행할 이유도 없을 것이므로 화해합의에 이르기 전에 사건의 승패에 대한 정확한 법률적 분석도 선행되어야 한다. 이러한 여러 가지 선행 조건들이 충족된다면 국가가 아닌 공공기관이 행위 당사자인 ISDS사건은 다른 사건들에 비해서 조정에 따른 화해합의로 분쟁을 종결할 수 있는 가능성이 비교적 높지 않을까 생각된다.

3. ISDS사건의 조정가능성을 높이기 위한 방법론

대부분의 투자협정 또는 자유무역협정의 분쟁관련 조항에는 협상을 통한 분쟁해결노력 조항과 중재절차 이전에 냉각기간(cooling off period)을 규정하고 있다. 예를 들어 한미자유무역협정의 경우 투자분쟁이 발생하는 경우 비구속적인 제3자 절차의 이용을 포함해서 협의, 협상을 통해 분쟁을 해결하도록 노력할 의무를 규정하고(제11.15조), 중재 신청을 하기 90일 전에 중재를 제기하겠다는 서면통보를 피청구국에 전달하도록 하여 90일의 냉각기간을 가지도록 하고 있다(제11.16조 제2항). 하지만 여타 다른 분쟁들과 마찬가지로 당사자 간에 협의, 협상으로 분쟁이 해결되지 않아 결국 중재에 이르게 되므로, 위와 같

은 조항이 실질적으로 당사자들 간의 합의로 분쟁을 해결하는데 도움이 되지 않는 경우가 많다.

조정절차를 이용하려면 당사자 중 누군가가 먼저 조정절차를 이용하자는 제안을 해야 할 것인데, 이러한 제안을 한다는 사실 자체가 본인의 주장이 약하다는 것을 자인하는 것으로 비취질 수 있고, 정부 입장에서 먼저 조정제안을 했다는 사실 자체가 언론이나 정치적으로 문제가 될 가능성도 있다. 따라서 충분히 조정으로 해결될 수 있는 사건도 애초에 조정이 강제되지 않는다면 조정을 시도조차 해보지 않게 될 가능성이 매우 높다.

이러한 점을 감안하면 투자협정 또는 자유무역협정의 투자분쟁관련 조항에서 직접 조정규칙을 두거나, ICSID조정규칙을 적용하기로 하는 등 중재절차 전에 의무적으로 일정 기간 조정절차를 거치도록 규정을 하는 것은 상당한 의미가 있는 일이라 생각된다. 물론 조정절차 자체가 자발적인 것이므로 조정절차를 거친 이후에 합의가 성립 되지 않는 것은 어쩔 수 없다. 하지만

정부 입장에서는 조정절차를 사용하는 것 자체에 상당한 심리적인 부담감을 가지고 있으므로 의무조정조항을 통해서 그러한 심리적인 부담감을 덜어준다는 것은 그 자체로도 상당한 의미가 있다고 생각한다. 또한 조정절차를 거친다는 것 그 자체로 분쟁을 합의로 해결할 수 있는 가능성을 높이는 것임은 틀림이 없고, 국제적으로도 조정절차를 거친다는 것 자체의 중요성이 점점 높아지고 있다.⁶⁰⁾ 한발 더 나아가 이러한 의무적인 조정조항을 두는 것은 그 자체로서 당사자들로 하여금 그들의 사고 구조와 기대심리에 영향을 미쳐서 당사자들로 하여금 합의에 의해서 분쟁을 해결하는 것을 더 촉진시키는 역할을 할 수 있다는 견해도 존재한다.⁶¹⁾

따라서 투자협정이나 자유무역협정의 투자분쟁 조항에 냉각기간 동안 의무적으로 조정절차를 거치도록 하는 규정을 두는 것은 합의로 분쟁을 해결 할 수 있는 가능성을 높이는데 상당한 역할을 할 수 있을 것이라 판단된다.⁶²⁾ 예를 들어 인도네시아와 호주간 포괄적 경제 파트너십 협약(the

60) “조정기일을 통하여 문제를 객관적으로 보게 됨은 물론 상대방을 적대시할 것이 아니라 분쟁해결이라는 공통의 목표 달성을 위해 동반자적 시각을 가지도록 인식을 전환해 스스로 문제 해결의 길로 나아가도록 하는 과정 자체가 조정의 또 다른 목적이라고 보는 것이 현대적인 조정의 목적이다.” 조흥준, “ADR의 사회통합적 기능” 저스티스 제134-3호, 2013, 199면.

61) Andrea Kupfer Schneider, Nancy A. Welsh, “Bargaining in the Shadow of Investor-state Mediation: How the Threat of Mediation Will Improve Parties’ Conflict Management”, University of St. Thomas Law Journal, 2021, p. 398.

Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement) 제14.23조의 경우 투자자의 경우에 한해서 의무적인 조정 (conciliation) 조항을 두고 있다.⁶³⁾

VI. 맺음말

ISDS 국제중재와 관련해서는 시간과 비용의 비효율성, 중재판정의 비일관성, 중재판정부 구성의 문제점 등 여러 가지 비판이 있어왔고, 이는 국제중재를 대체할 상설투자법원 설립에 대한 논의로 이어져 있다.⁶⁴⁾ 유럽연합(EU)이 가장 적극적으로 투자법원제도의 도입에 앞장서고 있고, 이는 유럽연합이 체결하는 양자간 투자협정 (캐나다, 싱가포르, 베트남 등)에서 양자간 투자법원(bilateral investment court)의 형식으로 일부 구체화되었다. 하지만 진정한

의미에서 다자간 투자법원(multilateral investment court)의 설립은 법관 선정의 문제, 비용 부담의 문제 등 각국의 이해관계가 첨예하게 대립하여 쉽게 합의를 보기는 어려운 과제이다.⁶⁵⁾ 조정은 국제중재이든 상설투자법원이든 양립할 수 있는 대체적 분쟁해결제도임이 틀림없지만, 국가입장에서 쉽게 선택하기 어려운 여러 가지 난관이 존재한다. 그리고 이러한 난관들은 비단 한국뿐만 아니라 전 세계적으로 상당 부분 보편적으로 존재하는 현상으로 이해된다.⁶⁶⁾

하지만 ICSID는 조정규칙을 신설하여 ISDS 사건을 조정으로 해결하는 것에 힘을 쓰고 있고, UNCITRAL 제3실무작업반도 투자분쟁 조정 가이드라인 초안을 마련하고 국제투자분쟁 조정 모델 규정을 채택하며 국제조정을 홍보를 하고 있다.⁶⁷⁾ 이러

62) 유사한 취지로는 James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, 20 Pepp. Disp. Resol. L.J. 78 (2020), p. 22.

63) “If the dispute cannot be resolved within 180 days from the date of receipt by the disputing Party of the written request for consultations, the disputing Party may initiate a conciliation process, which shall be mandatory for the disputing investor, with a view towards reaching an amicable settlement. Such a conciliation process shall be initiated by a written request delivered by the disputing Party to the disputing investor.”

64) 이재민, “투자법원, 투자분쟁해결절차의 합리적 개선방안인가? - 상설법원도입 움직임의 제도적 함의 및 법적쟁점”, 통상법률 제132호, 법무부, 2016.

65) 김준기, “국제경제분쟁해결제도의 미래와 전망-국제상사법원, 국제투자법원 및 국제중재의 비교고찰과 그 함의-”, 비교사법 제94호, 한국사법학회, 2021. 321면 참조.

66) *supra note* 61, p. 387.

67) 법무부와 국제연합국제상거래법위원회는 2023. 11. 2. ADR Special Session on ISDS Reform을 개최하고 상당시간 ISDS사건의 조정절차를 논의하였다. UNCITRAL 웹페이지 https://uncitral.un.org/en/KMOJ-RCAP_2023 방문일: 2023. 11. 20.

한 국제적 추세에 발맞추어 우리나라가 겪은 ISDS분쟁들 중 조정으로 해결하는 것이 더 바람직했을 법한 사건을 복기해볼 필요가 있다. 대표적으로 다야니 사건이 그에 해당한다. 해당 사건에서 비록 대한민국이 패소했지만 대한민국은 재정지출을 하지는 않았던 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 따라서 조정을 시도하여 일부 금액을 지급하는 방식으로 화해합의가 이루어졌다면, 해당 금액은 대한민국이 아닌 채권단이 지급했을 것이므로 국가 입장에서 조정권한 행사의 적정성에 대한 우려는 비교적 낮지 않았을까 생각된다. 그렇다면 국가가 아닌

공공기관이 실제 사건의 당사자인 ISDS사건들은 중재판정 이전에 조정을 시도해볼 만한 가치가 있지 않을까? 한발 더 나아가 만약 한이란 자유무역협정의 분쟁해결 조항에 의무조정조항이 있었고, 그에 따라 조정절차를 거칠 수 있는 기회가 있었다면 채권단과 다야니, 대한민국이 상호 원만히 합의할 수 있는 가능성이 조금이라도 존재하지 않았을까? 역사에 만약이라는 가정이 있을 수는 없겠지만 복기를 통해 개선할 사항을 찾아내는 노력은 발전을 위해 필요하다고 생각된다.

68) 대한민국이 아닌 대우일렉트로닉스에 대한 채권단의 자금으로 판정금을 지급한 것으로 알려져 있다. 각주 56) 참조.

참 고 문 헌

- 김여선, “ISD중재의 선례인용에 관한 연구” 국제경제법연구 제15권 제1호, 2017.
- 김준기, “국제경제분쟁해결제도의 미래와 전망-국제상사법원, 국제투자법원 및 국제중재의 비교고찰과 그 함의-”, 비교사법 제94호, 한국사법학회, 2021.
- 박소영, 김은경, “제56차 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL) 본회의 논의 동향”, 통상법률 제160호, 법무부, 2023.
- 박정현, “싱가포르조정협약과 조정제도의 설계”, 법무부 국제법무과, 한국조정학회 제38회 학술대회 및 정기총회 자료.
- 이로리, “‘mediation’과 ‘conciliation’의 개념에 관한 비교법적 연구”, 중재연구 제19권 제2호, 2009.
- 이승민, “투자자-국가분쟁해결제도(ISDS)의 현황 쟁점 및 국내 공법 체계에 대한 영향”, 공법연구 제49집 제3호, 2021.
- 이재민, “투자법원, 투자분쟁해결절차의 합리적 개선방안인가? - 상설법원도입움직임의 제도적합의및법적쟁점” 통상법률 제132호, 법무부, 2016.
- 임예준, “국가책임조항의 규범적 지위에 관한 소고”, 국제법학회논총, 제65권 제3호, 2020.
- 장석영, “다야니 사건에 대한 중재판정 취소소송 결과 검토”, 국제경제법연구 제18권 제2호, 2020.
- 조홍준, “ADR의 사회통합적 기능” 저스티스 제134-3호, 2013.
- 주진열, “이란 다야니 일가와 한국 정부간 투자자국가분쟁(ISD) 사건에 대한 고찰”, 서울국제법연구 제27권 1호, 2020.
- 한창완, “국제투자중재 판정의 취소-영국과 싱가포르 사례를 중심으로-” 통상법률, 법무부, 2022.

- Andrea Kupfer Schneider, Nancy A. Welsh, “Bargaining in the Shadow of Investor-state Mediation: How the Threat of Mediation Will Improve Parties’ Conflict Management”, *University of St. Thomas Law Journal*, 2021.
- Angela Ray T. Abala, “The role of the expert advisory mediation in addressing practical and political barriers to ISDS mediation.” *Dispute Resolution Review*, Volume 2 Issue 1, 2023.
- Catherine Kessedjian, Anne van Aaken, Runar Lie, Loukas Mistelis, Jose ´ Maria Reis, “Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, Oxford University Press.
- Daniel Kahneman, & Amos Tversky, “Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty”. *Journal of Risk and Uncertainty*. 1992.
- Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing.
- ICSID, ICSID Background Paper on Investment Mediation, July 2021.
- _____, The ICSID Caseload-Statistics Issue 2023-2.
- James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, 20 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 78 (2020).
- Luke E. Peterson, “In an Apparent First, Investor & Host-State Agree to Try Mediation Under IBA Rules to Resolve an Investor Treaty Dispute”, *IA INV. ARBITRATION REPORTER* (Apr. 14, 2016).
- Seraphina Chew, Lucy Reed, & J. Christopher Thomas QC, “Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes, NUS”, Centre for International Law Working Paper 18/01, National University of Singapore. (Sept. 2018).

[국문초록]

투자자·국가분쟁(ISDS)과 국제조정

김도경

투자자·국가분쟁(ISDS) 사건의 국제중재절차에는 오랜 시간과 많은 비용이 소모되는 점, 중재판정의 일관성이 유지되지 않는 점, 판정부의 구성의 적절성 문제 등 여러 가지 문제점이 존재한다. 상설투자법원을 통한 중재절차의 대체는 현실적으로 쉽지 않은 대안이고, 조정절차를 통해서 투자자와 국가간의 투자분쟁을 화해합의로 해결하는 것이 국제중재에 대한 현실적인 보완방안이 될 수 있다. ISDS사건의 약 20%는 합의에 의해서 종결된다는 국제연합무역개발협의회(UNCTAD)의 통계는 조정의 가능성을 보여준다. ISDS사건을 해결하기 위한 준거규칙으로는 세계변호사협회(International Bar Association)의 투자자-국가 조정규칙(Rule for Investor State Mediation), 국제연합국제상거래법위원회(UNCITRAL)가 채택한 조정규칙(UNCITRAL Mediation Rules), ICSID의 조정규칙(ICSID mediation rule)이 있다. 그리고 양자간 조약으로 조정규칙을 규정하고 있는 경우들도 존재한다(유럽연합과 싱가포르간의 투자보호협정 등). 본 고에서는 양자간 조약에 담긴 조정규칙 중 참조할 만한 내용에 대해서 살펴보았다. 한편, ISDS사건에는 국가의 입장에서 선불리 조정에 응하기 어려운 여러 가지 어려움이 존재한다. 그러한 어려움에는 국가를 대표하여 조정권한을 행사할 주체의 문제, 예산 확보의 문제, 국가기관간의 의사소통의 문제, 권한 행사의 적정성에 대한 문제, 심리적인 문제, 조정화해합의 불이행시 집행에 대한 문제 등이 있다. 조정 가능성에 대해서는 국제연합국제상거래법위원회 제3실무작업반(UNCITRAL Working Group III)이 마련한 투자분쟁 조정 가이드라인 초안(draft UNCITRAL guidelines on investment mediation)의 조정적합성을 분석기준을 참조할 필요가 있다. 또한 우리나라가 겪은 ISDS사건 중 다야니 사건과 같이 국가의 재정지출이 없는 경우 조정을 시도해볼만한 가치가 충분히 있다고 보여 해당 사건에 대해서 구체적으로 검토하였다. 마지막으로 ISDS사건 초기의 냉각기간에 의무적으로 조정을 시도해보도록 하는 의무조정 조항을 양자간 협정의 분쟁해결조항에 포함하는 것을 검토해 볼 필요가 있다.

주제어

투자자·국가 분쟁(ISDS), 대체적분쟁해결(ADR), 국제조정, 국제중재, 투자협정, 조정규칙, 국제투자분쟁해결센터(ICSID), 투자법원

[Abstract]

Investor-State Dispute Settlement and International Mediation

Kim, Dokyung

International arbitration procedures for investor-state dispute (ISDS) cases take a long time and consume a lot of money. Still, problems exist, such as inconsistent arbitral awards being maintained and criticism about whether the tribunal's composition is appropriate. Replacing the arbitration process through a permanent investment court is a challenging alternative in reality, and resolving investment disputes between investors and the state through mediation procedures can be a realistic supplement to international arbitration. According to the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), approximately 20% of ISDS cases are resolved through settlement agreements shows the possibility of mediation. The governing rules for resolving ISDS cases include the International Bar Association's Rule for Investor-State Mediation, the UNCITRAL Mediation Rules adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), and an ICSID mediation rule. There are also cases where mediation rules are stipulated in bilateral treaties (European Union-Singapore Investment Protection Agreement, etc.). In this paper, I looked at the contents worth referring to among the mediation rules contained in the bilateral treaty. Meanwhile, in ISDS cases, several obstacles make it difficult for the state to respond to mediation. Such obstacles include problems with the entity that will exercise mediation authority on behalf of the state, problems securing the budget, problems with communication between state agencies, problems with the appropriateness of exercising authority, psychological problems, problems with execution in case of non-compliance with the mediation and reconciliation agreement, etc. Regarding the possibility of mediation, referring to the analysis criteria for mediation suitability in the draft UNCITRAL guidelines on investment mediation prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Working Group III) is necessary. In addition, among the ISDS incidents that our country has experienced, such as the Dayani incident, it appears worth attempting mediation in cases where there is no national financial expenditure, so we reviewed the incident in detail.

Lastly, to increase the possibility of mediation in ISDS cases, it is necessary to include a mandatory mediation clause in the dispute resolution clause of the bilateral agreement that requires mediation to be attempted during the cooling-off period at the beginning of the case.

Keywords: Investor-State Disputes (ISDS), Alternative Dispute Resolution (ADR), International Mediation, International Arbitration, Investment Agreement, Mediation Rules, International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Investment Court

우리 법상 배액배상의 도입이 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 승인·집행에 미치는 영향*

- 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다231550 판결의 평석을 중심으로 -

법무부 법무실 법무과 공익법무관 박재경**

*논문접수 : 2023. 12. 6. *심사개시 : 2023. 12. 8. *게재확정 : 2023. 12. 18.

〈 목 차 〉

I. 사실관계	2. 징벌적 손해배상 개관
II. 법원의 판단	3. 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 승인 가부
1. 하급심의 판단	
2. 대법원의 판단	IV. 결론 및 보론
III. 평석	
1. 들어가며	

I. 사실관계¹⁾

미국 회사인 원고 Western Sales Trading Company, Inc.(이하 ‘원고 1’이라 한다)는 2003년경 필리핀 회사 7D Food International,

Inc.(이하 ‘7D’라 한다)와의 사이에서 7D 생산의 건조 망고를 하와이 지역에서 독점적으로 수입·판매하는 내용의 계약을 체결하였고, 미국 회사인 원고 Ace Quality Farm Products, LLC.(이하 ‘원고 2’라 한다)

* 줄고에 관하여 귀중한 조언과 건설적인 비판을 아끼지 않아 주신 서울대학교 이종혁 교수님과 익명의 심사위원 세 분께 지면을 빌어 감사의 말씀을 드립니다.

** 서울대학교 법학전문석사(서울대학교 민법학 박사과정 재학 중).

1) 본고의 평석에 필요한 한도 내에서 서술한다.

는 원고 1로부터 위 건조 망고를 공급받아 하와이, 일본, 태평양 등의 지역에서 판매하였다.

원고 1은 2009년 1월경 7D로부터 원고 1이 더 이상 독점판매 대리인이 아니라는 통보를 받았다.

이에 원고들은 2009. 2. 11. 식품도매업 등을 영위하는 미국 국적의 개인사업자 피고가 불공정한 경쟁방법을 사용하여 원고들과 7D 사이의 위 독점계약 관계를 방해하였다는 이유를 들어, 하와이주 제1순회법원(Circuit Court of the First Circuit of the State of Hawaii)에 피고를 상대로 손해배상 청구의 소를 제기하였다.

제1심법원의 배심원단은 원고 1의 손해액을 200,000달러, 원고 2의 손해액을 381,000달러로 각 인정하였고, 위 법원의 판사는 2014. 6. 16. 하와이주 개정법(Hawaii Revised Statutes) 제480-13조 (b)항 (1)호에 따라, 피고는 원고들에게 위 각 인정된 손해액의 3배를 증액한 금액(원고 1에게 600,000달러, 원고 2에게 1,143,000달러) 및 변호사 비용 및 실비 88,399.50달러를 지급할 것을 명하는 판결을 선고하였다 [Civil 09-1-0351(ECN)]. 이에 피고는 항소하였으나 하와이주 항소법원(Intermediate

Court of Appeals of the State of Hawaii)은 2015. 11. 10. 항소를 기각하였고, 이에 피고는 상고허가신청을 하였으나 하와이주 대법원(Supreme Court of the State of Hawaii)이 2016. 3. 15. 이를 기각함으로써, 위 판결은 확정되었다(이하 ‘미국판결’이라 한다).

원고들은 2016. 10. 14. 피고를 상대로 서울서부지방법원에 미국판결의 집행판결을 구하는 소를 제기하였다.

II. 법원의 판단

1. 하급심의 판단

제1심의 경우, 피고는 공시송달로 기일 통지를 받고도 변론기일에 불출석하였는 바, 법원은 별도의 이유 설시 없이 원고들의 청구를 전부 인용하였다.²⁾ 판결정본을 공시송달의 방법으로 송달받은 피고는 추완항소하였다.

원심은 ① 하와이주 개정법(Hawaii Revised Statutes) 제480-13조 (b)항에 의한 3배의 손해배상은 징벌적 손해배상의 일종으로 판단되는 점, ② 우리나라의 일부 개별 법률에서 징벌적 손해배상을 인정하는 규정을 두고 있더라도 이는 구체적 위법행위의 유

2) 서울서부지방법원 2017. 4. 20. 선고 2016가합37112 판결.

형들에 대하여 입법자가 정책적 판단하에 특별히 인정한 것일 뿐 위법행위 유형을 불문하고 징벌적 손해배상을 일반적으로 인정한 것으로 보기는 어려운 점, ③ 우리나라의 개별 법령 중 미국판결에서 피고가 한 것으로 인정한 ‘불공정한 경쟁방법’과 같은 유형의 위법행위에 대하여 징벌적 손해배상을 명하는 규정은 존재하지 아니하는 점 등을 들어, 전보배상을 근본이념으로 하는 우리나라의 손해배상체계에서 손해의 3배에 이르는 배상액의 지급을 명하는 판결의 효력을 인정하는 것은 공서에 위반한다고 보아, 미국판결에서 인정된 손해액 및 변호사 비용 및 실비의 지급을 명하는 금원 범위(원고 1에게 200,000달러, 원고 2에게 381,000달러, 원고들에게 공동하여 88,399.50달러) 내에서만 그 강제집행을 허가하였다.³⁾ 원고들은 상고하였다.

2. 대법원의 판단(대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다231550 판결, 이하 ‘대상판결’이라 한다)

대법원은 다음과 같은 이유를 들어 미국판결이 전부 승인되어야 한다고 보아 원심판결을 파기환송하였다.⁴⁾

① 민사소송법 제217조의2 제1항은 손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 명한 외국재판의 내용이 우리 손해배상제도의 근본원칙이나 이념, 체계 등에 비추어 도저히 허용할 수 없는 정도에 이른 경우 그 외국재판의 승인을 적정범위로 제한하기 위하여 마련된 규정으로서, 우리 법제에 외국재판에서 적용된 법령과 동일한 내용을 규정하는 법령이 없다는 이유만으로 곧바로 그 외국재판의 승인을 거부할 것은 아니다.

② 우리나라의 손해배상제도는 손해의 전보를 원칙으로 하면서도, 현재 개별 법률을 통하여 영역별로 특수한 사정에 맞추어 손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 허용하고 있는바, 손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 명하는 외국재판이 손해배상의 원인으로 삼은 행위가 적어도 우리나라에서 손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 허용하는 개별 법률의 규율 영역에 속하는 경우에는 그 외국재판을 승인하는 것이 손해배상 관련 법률의 기본질서에 현저히 위배되어 허용될 수 없는 정도라고 보기 어렵다.

③ 미국판결에서 피고가 한 것으로 인정

3) 서울고등법원 2018. 3. 23. 선고 2017나2057753 판결.

4) 이후 파기환송 후 원심(서울고등법원 2022. 9. 22. 선고 2022나2011874 판결)은 미국판결을 전부 승인하였으며, 위 판결은 심리불속행 기각으로 확정되었다(대법원 2023. 2. 23. 선고 2022다289129 판결).

한 ‘불공정한 경쟁방법’은 우리나라 독점 규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다) 제45조에서 정하고 있는 ‘불공정거래행위’에 상응하는데, 공정거래법은 불공정거래행위에 대하여는 손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 허용하고 있지 아니하지만, 사업자의 부당한 공동행위 등에 대하여 손해액의 3배의 범위 내에서 손해배상을 허용하고 있는바, 피고가 한 ‘불공정한 경쟁방법’은 우리 공정거래법의 규율 영역에 속하므로, 미국판결의 승인이 우리 손해배상제도의 원칙이나 이념, 체계 등에 비추어 도저히 허용할 수 없는 정도라고 볼 수 없다.

요건으로서 “그 확정재판등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판 등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것”이라는 이른바 ‘공서(公序) 요건’을 두고 있다(제217조 제1항 제3호). 한편 법원은 실질재심사금지의 원칙에 따라 집행단계에서 외국판결의 당부를 판단할 수는 없지만(민사집행법 제27조 제1항), “외국법원의 확정재판 등이 민사소송법 제217조의 조건을 갖추지 아니한 때”에는 집행판결을 청구하는 소를 각하하여야 하고(민사집행법 제27조 제2항 제2호), 민사소송법 제217조 제1항의 요건 충족 여부는 직권조사사항이다(민사소송법 제217조 제2항).

III. 평석

1. 들어가며

우리 민사소송법은 확정된 외국의 민사·상사재판⁵⁾에 대한 자동승인(automatic recognition)의 원칙을 따르면서도, 승인의

입법은 각국의 주권적 행위로서, 외국재판의 내용은 통상 같은 사안에서 우리 법제를 적용하였을 때와는 다른 때가 많다. 이러한 점 때문에 전통적으로 대륙법계에서는 외국재판의 승인⁶⁾에 소극적이었으나,⁷⁾ 국가 간 교류가 활성화되는 오늘날

5) 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전부개정되기 전의 것) 제203조 제3호는 “외국법원의 판결이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 아니한 일”이라고 규정하였으나, 그 형식을 ‘판결’로 국한하여서는 아니 된다는 지적을 반영하여 개정법은 ‘재판’이라는 표현을 사용하고 있는바, 이하에서도 가급적 ‘재판’으로 쓴다.

6) 엄밀히 말해서 외국재판의 ‘승인’과 ‘집행’은 구별되는 개념이나, 전술한 바와 같이 우리 법은 자동승인 원칙을 채택하고 있어 승인요건의 구비 여부를 집행단계에서 심사하게 되는바, 이하에서는 ‘승인’이라고만 한다.

7) 대표적으로 프랑스의 경우 프랑스혁명 이전까지 Michaut법에 따라 프랑스 내에서 외국재판의 효력을 전면 부인하였다. 김석호, “외국 판결을 승인·집행하는 논거”, 法學研究, 제23집(2006), 279면 이하 참조. 그 영향으로 현재까지 프랑스 민사소송법에는 여전히 승인요건에 관한 규정이 없고, 다만 이른바 Munzer 사건

이러한 태도는 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 그럼에도 국가 간 법제의 충돌은 여전히 집행판결청구사건에서 논란이 되며, 그 대표적인 사례가 이른바 ‘징벌적 손해배상’이다.

종래 우리 판례는 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 승인을 일관되게 거부하였다.⁸⁾ 비록 민사소송법 제217조의2 제1항이 신설되면서 최근 ‘외국재판이 명한 것이 전보배상일 경우에는 그 액수가 우리 법에서 인정되는 것보다 많더라도 공서에 위반된다고 할 수 없다.’는 취지의 판례가 나오고 있는 것은 사실이나,⁹⁾ 전보배상이 아닌 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 승인

을 허용한 것은 (‘징벌적 손해배상’이라는 표현은 사용하지 아니하고 있지만) 대상판결이 최초이다.

이에 아래에서는 대상판결에 대한 평석을 위주로 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 승인 가능성을 검토해보고자 한다.

2. 징벌적 손해배상 개관

가. 징벌적 손해배상의 연혁 및 정의

징벌적 손해배상(punitive damages)은 악의적이거나 무모한 불법행위에 대하여 가해자를 징벌하고,¹⁰⁾ 같은 행위가 재발하지 아니하도록 위하력을 가함에 그 목적이 있

에 관한 Cass. Civ. 1ère, 7 janvier 1964 판결을 계기로 판례법상 공서 요건을 두고 있다.

그러나 최근 대륙법계 국가 중에서 프랑스를 비롯하여 스페인, 이탈리아는 전향적인 입장을 보이고 있다고 한다. 자세한 것은 김서울, “징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인·집행에 관한 논의 - 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다231550 판결을 계기로 -”, 國際私法研究, 제29권 제1호(2023. 6), 667면; 이종욱, “손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 명하는 외국재판의 승인 및 집행 -공서 요건을 중심으로-”, 國際去來法研究, 第31輯 第2號(2022. 12), 135-139면 참조.

8) 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결은 미국 법원의 재판이 징벌적 손해배상을 포함한 것은 아니나, 우리 손해배상법상 기준에 비추어 볼 때 비정상적으로 고액으로 보이는 부분에 한하여는 이른바 비례의 원칙을 적용하여 공서에 위반된다고 보아 그 인정된 손해배상액의 1/2의 한도로 승인을 제한하였다. 서울지방법원 남부지원 2000. 10. 20 선고 99가합14496 판결은 징벌적 손해배상을 명한 미국 법원의 재판의 승인을 1/2의 한도로 제한하였다. 부산지방법원 2009. 1. 22. 선고 2008가합309 판결은 징벌적 손해배상에 대한 고려가 포함된 미국 법원의 재판에 관하여, 경제적 손해액 부분은 전보배상으로 보아 이를 전부 승인하면서도, 비경제적 손해액 부분은 비합리적으로 과도하고 그 중 어디까지가 정신적 고통에 대한 보상으로 볼 것인지 특정할 수도 없음을 들어 승인에서 전부 제외하였으나, 항소심인 부산고등법원 2009. 7. 23. 선고 2009나3067 판결은 비경제적 손해액에 대한 배상 부분을 우리 법상 위자료로 선택하여 “위자료의 조절적인 기능을 합리적으로 고려한 범위 내에서 미화 100,000달러만을 승인”하였다. 수원지방법원 평택지원 2009. 4. 24. 선고 2007가합1076 판결은 징벌적 손해배상을 명한 미국 법원의 재판을 보상금 지급약정에 따른 약정보상금의 한도 내에서 승인하였다.

9) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결.

10) 미국 Model Punitive Damages Act 제5조 제(a)항 제(2)호 참조. 관련하여 자세한 것은 김서울(주 7), 647면 참조.

다.¹¹⁾ 실제 발생한 손해의 전보를 넘어 그 이상의 금액을 지급한다는 법사상은 로마 시대부터 존재하였으나,¹²⁾ 현대적 의미의 징벌적 손해배상을 최초로 인정한 것은 영국이다. 그러나 영국은 전보적 손해배상(compensatory damages)을 원칙으로 하되 예외적인 경우에 한하여 성문법상 특별 규정이 있거나 공무원의 불법행위 등 한정된 영역에서만 징벌적 손해배상을 인정하는 반면,¹³⁾ 미국은 성문법으로든 판례법으로든 인정 범위가 불법행위 전반으로 급속도로 확대되어¹⁴⁾ 징벌적 손해배상청구권의 ‘남용’이 사회 문제로까지 비화되기에 이르렀다.¹⁵⁾ 그 밖에 대표적인 보통법계 국가인 캐나다, 호주, 뉴질랜드도 징벌적 손해배상을 폭넓게 인정하고 있다.¹⁶⁾

징벌적 손해배상의 정책적 근거로는 징

벌적 기능, 억제적 기능, 보상기능, 법집행 기능 등 다양한 기능이 꼽히는바,¹⁷⁾ 미국은 각주마다 어느 기능에 초점을 두는지에 따라 그 요건과 효과를 달리 규정하고 있다.¹⁸⁾ 징벌적 손해배상은 크게 보통법상 징벌적 손해배상과 성문법상 배액배상으로 나뉘는데, 양자 간의 관계에 관하여는 학설의 대립이 있다.¹⁹⁾ 이에 관하여 자세한 것은 아래 우리 법상 징벌적 손해배상에 관한 부분에서 상술하기로 한다.

나. 우리 법상 징벌적 손해배상

우리나라는 전보배상을 손해배상의 기본 원칙으로 삼으면서도, 개별적 입법을 통하여 배액배상의 형태로 징벌적 손해배상을 제한적으로 수용하고 있다. 당초 징벌적 손해배상의 도입은 2006년 사법제도

11) 미국 Restatement (Second) of Torts 제908조 참조. 관련하여 자세한 것은 강수미, “징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인·집행에 관한 고찰”, 민사소송, 제12권 제2호(2008. 5), 112면; 김서울(주 7), 647면 참조.

12) 김용진, “미국판결의 승인과 집행”, 法學研究, 第18卷 第2號(2007. 12), 109면.

13) 김서울(주 7), 651-652면 참조.

14) 김서울(주 7), 652-653면; 이종욱(주 7), 113-114면 참조.

15) 이에 미국 판례는 수정헌법 제14조 소정의 적법절차원칙을 근거로 과도한 징벌적 손해배상을 제한하고 있다. 자세한 것은 강수미(주 11), 112-113면; 김서울(주 7), 654면; 김용진(주 12), 110-111면; 이종욱(주 7), 144면 참조. 그 외에도 수정헌법 제8조 소정의 과도한 벌금금지원칙, 제5조의 이중처벌금지원칙 등을 근거로 한 쟁송도 있었으며, 일부 주에서는 배심원이 결정한 징벌적 손해배상액에 대하여 법관에게 감액권을 부여하거나 상한액을 규정하는 등의 입법적 조치도 있었다. 金孝信, “懲罰的 損害賠償을 命한 外國 判決의 承認·執行”, 商事判例研究, 第10卷(1999. 12), 240면.

16) 김서울(주 7), 655-657면 참조.

17) 김서울(주 7), 648-651면; 金孝信(주 15), 241-242면.

18) 강수미(주 11), 114-115면 참조.

19) 김서울(주 7), 647-648면.

개혁추진위원회에서 추진되었는데, 당시 공정거래 등 9개 범영역에서 특별법 형식으로 도입하기로 하였으나, 이후 추진 과정에서 시기상조 등의 이유로 무산되었다.²⁰⁾

징벌적 손해배상이 최초로 도입된 법은 2011년 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다)로, 이후 개인정보보호법, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 대리점 거래의 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 ‘가맹사업법’이라 한다) 등에서 후속적으로 도입이 되어 현재 20여 개의 개별 법률에서 3배 배상 또는 5배 배상의 형태로 이를 규정하고 있다.²¹⁾

우리 법상 징벌적 손해배상의 취지에 관하여는 징벌, 예방, 억제, 전보 등 다양한 기능이 꼽힌다.²²⁾ 다만 우리 민사법체계는

전보배상을 원칙으로 하고 있기 때문에 징벌적 손해배상의 도입 과정에서 강한 비관이 제기되었고, 입법자는 이를 감안하여 징벌적 기능을 최대한 제외하고자 하였고 봄이 합리적인바,²³⁾ 우리 법상 징벌적 손해배상은 징벌·억제적 성격보다는 보상과 법집행적 기능이 더 크다고 보아야 한다.²⁴⁾ 실제로 대상판결의 경우에도 원심판결과는 달리 ‘징벌적 손해배상’이라는 표현 대신 ‘손해전보의 범위를 초과하는 손해배상’이라는 표현을 고수하면서,²⁵⁾ 그 취지에 관하여 “불법행위의 발생을 억제하고 피해자가 입은 손해를 실질적으로 배상하려는 것”이라고 판시함으로써 징벌적 기능을 언급하지 아니하고 있다.²⁶⁾

생각건대 우리 법이 도입한 것은 일반적 의미의 ‘징벌적 손해배상’이 아닌 ‘성문법상 배액배상’으로 보아야 한다. 물론 성문법상 배액배상 또한 광의의 징벌적 손해배상에 포함되는 것은 사실이나,²⁷⁾ 보통법상

20) 이규호, “외국판결의 승인·집행에 관한 2014년 개정 민사소송법·민사집행법의 의의 및 향후 전망”, 민사소송, 제19권 제1호(2015. 5), 128면.

21) 그 밖에 우리 법상 징벌적 손해배상의 도입 상황에 관하여는 김서울(주 7), 657-665면; 이종욱(주 7), 116-118면 참조.

22) 이종욱(주 7), 116면.

23) 김서울(주 7), 660면.

24) 김서울(주 7), 657면 참조.

25) 김서울(주 7), 646, 670면; 이종욱(주 7), 120면.

26) 김서울(주 7), 672-674면.

27) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바68, 2014헌마449(병합) 결정도 개인정보 보호법상 배액배상을 ‘징벌적 손해배상’이라고 칭한 바 있다.

징벌적 손해배상이 악의적 행위에 대한 징벌의 측면을 강하게 띠고 있는 것과 달리, 성문법상 배액배상은 영역에 따라 징벌적 성격보다는 다른 성격이 강하게 나타나는 경우도 다수 존재한다.²⁸⁾ 또한 보통법상 징벌적 손해배상이 악의적 불법행위에만 적용되는 것과 달리, 성문법상 배액배상은 전술한 바와 같이 그 취의가 언제나 징벌에만 있는 것은 아니기에, 법률상 요건을 충족한다면 심지어 계약위반의 경우에도 적용될 수 있다.²⁹⁾ 이하에서는 보편적 용례에 따라 ‘징벌적 손해배상’이라 하되, 준벌의 필요성이 있는 때에는 보통법상 징벌적 손해배상과 성문법상 배액배상을 나누어 지칭하기로 한다.

3. 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 승인 가부

가. 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 법적 성질

1) 징벌적 손해배상을 명한 외국재판은

민사재판인가?

민사소송법 제217조에 따라 승인을 논할 수 있는 외국재판은 민사·상사재판에 한정된다. 즉, 확정된 외국재판의 법적 성질이 형사재판 또는 공법상 청구에 관한 재판일 경우, 승인요건의 구비 여부(공서위반 여부)를 논할 것도 없이 승인의 대상적격 자체가 없게 된다. 그렇다면 징벌적 손해배상을 명한 외국재판은 과연 민사재판인지 문제 된다.³⁰⁾

과거 독일과 일본에서는 징벌적 손해배상은 손해의 전보를 지도이념으로 하는 대륙법계의 민사법에서 알지 못하는 제도라 하여 이를 형사재판으로 보는 견해가 일부 존재하였다.³¹⁾ 특히 ‘징벌적 손해배상’이라는 이름에서 알 수 있듯, 그 근본적인 취지 중에 징벌 및 일반예방이라는 형사제재적 기능이 있다는 점에서 그러하였다. 손해배상액 중 어느 범위까지가 전보배상이고 어느 범위부터 징벌적 배상인지를 심리하는 것이 실질재심사금지원칙에 반하므로,³²⁾ 형사재판으로 보아 대상적격을 부정

28) 이종욱(주 7), 113-114면.

29) 이종욱(주 7), 115면.

30) 일본에서는 각국의 소송절차가 다른 상황에서 외국재판이 민사재판인지를 문제 삼는 것은 실질적으로 그 재판의 내용과 절차에 대한 당부판단을 전제한 것이라는 이유를 들어 이러한 대상적격을 논의하는 것 자체에 회의적인 견해도 있다. 강수미(주 11), 125면 참조.

31) 이규호(주 20), 124면.

32) 최안식, “外國判決의 承認과 執行”, 法學研究, 第17輯(2000. 12), 317면; 피정현, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 비교사법, 제8권 제1호(2001. 6), 523면.

하는 것이 명확한 논리적 처리에 용이하다는 주장도 있었다.³³⁾ 그러나 오늘날에는 소송물인 권리관계가 개인에게 귀속되어 대등한 사인 간의 권리·의무에 관한 분쟁의 해결이라는 본질이 유지되는 한, 판결국인 미국에서 분류하는 것과 같이³⁴⁾ 민사재판으로 보아야 한다는 견해가 다수설이다.³⁵⁾ 이러한 견해에 따르면, 미국의 일부 주에서 이루어지는 배상액의 일정액을 피

해자가 아닌 주 정부 또는 피해자구제기금 등에 지급하도록 하는 유형(split-recovery statute)의 징벌적 손해배상을 제외하면, 징벌적 손해배상 자체는 일반적으로 민사재판으로서 승인의 대상적격을 갖춘 것으로 본다.³⁶⁾

우리 판례는 일관되게 민사재판임을 전제로 공서 위반 여부를 심사하는 기초를 이어가고 있으며, 독일³⁷⁾과 일본³⁸⁾의 판례

33) 金孝信(주 15), 244면.

34) 김용진(주 12), 112면. 다만, 외국재판의 성질을 결정하는 기준에 관하여는 판결국법설, 승인국법설, 중첩설 등이 있는데, 승인국법설이 다수설이다. 석광현, “損害賠償을 명한 미국 미네소타주법원 判決의 承認 및 執行에 관한 문제점 - 특히 相互保證과 公序의 문제를 중심으로 - - 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결에 대한 평석 -”, 國際私法研究, 제2호(1997), 647면; 윤성근, “외국판결 및 중재판정 승인거부요건으로서의 공서위반”, 國際私法研究, 제20권 제2호(2014. 12), 455-456면; 피정현(주 32), 522면. 같은 취지에서 최안식(주 32), 302-303면은 외국판결이 기술적 의미에서 우리 민사소송법상 판결과 같지 않아도 좋다고 한다.

35) 강수미(주 11), 126-127면; 석광현(주 34), 647면; 이규호(주 20), 109-110면; 이종욱(주 7), 135면.

36) 강수미(주 11), 127면; 석광현(주 34), 647면; 석광현, “손해배상을 명한 외국재판의 승인과 집행: 2014년 민사소송법 개정과 그에 따른 판례의 변화를 중심으로”, 國際私法研究, 제23권 제2호(2017. 12), 252면은 이러한 경우는 형사재판에 해당한다고 한다.

37) BGHZ 118, 312. 징벌적 손해배상을 명한 미국 캘리포니아 법원의 판결에 대하여 독일연방법원은 ① 독일의 민사법체계는 불법행위에 따른 ‘보상’만을 예정하고 있고, ② 형벌과 위하는 민사법의 목적이 아니며, ③ 위약벌은 당사자 간의 합의를 전제하므로 어느 정도 형벌적 성질을 지니고 있더라도 징벌적 손해배상과는 달리 보아야 한다는 이유로, 징벌적 손해배상 부분의 집행을 불허하였다.

38) 이른바 万歳工業 사건의 상고심인 最判平成9(1997)年7月11日·民集51卷6号2573頁[平成5年(オ)第1762号]. 제1심인 東京地判平成3(1991)年2月18日·判例時報1376報79頁[平成1年(ワ)第1447号]은, 징벌적 손해배상은 사인 간의 권리에 관한 것으로서 그 청구 여부 등이 개인의 의사에 달려 있고, 불법행위의 효과로서 어떠한 법적 효과를 부여할지는 각국의 사법정책적 문제인바, 일본의 법제에 징벌적 손해배상이 없다는 이유만으로 이를 형사재판으로 볼 수는 없다고 하였다. 반면 항소심인 東京高判平成5(1993)年6月28日·民集51卷6号2563頁[平成3年(ネ)第703号]은, 징벌적 손해배상은 본질적으로 위법행위의 반사회성을 처벌함에 그 의의가 있는 것이므로 일본의 법제하에서는 형사법의 영역으로 분류하여야 한다고 보았다. 최고재판소는 이 점에 관하여 명확한 설시를 하지는 아니하였으나, 징벌적 손해배상을 명하는 미국재판을 승인하는 것은 일본의 공서에 위반된다고 하였는바, 이는 민사재판설을 전제한 것으로 보아야 한다. 최근에도 최고재판소는 最判令和3(2021)年5月25日·民集75卷6号2935頁[令和2年(受)第170号]에서 같은 취지의 판시를 하였다. 관련하여 자세한 사항은 道垣内弘人·김문숙, “외국판결의 당해 외국에서의 집행결과의 평가 : 일부가 공서위반으로 인해 일본에서 승인집행할 수 없는 외국판결의 경우”, 國際私法研究, 제28권 제1호(2022. 6), 809-827면 참조.

도 그러하다.

생각건대 징벌적 손해배상을 명하는 재판은 민사재판으로 보아야 한다. 사인의 사법상 청구에 따른 구제라는 본질에도 불구하고, 단지 그 기능 중 형벌적 기능이 다소 개입되었다는 이유만으로 이를 형사재판으로 보는 것은 부당하다. 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 효력을 인정하더라도 우리나라의 주권이 침해되거나 공익에 반한다고 일률적으로 단정할 수 없음에 비추어도 민사재판에 가깝다.³⁹⁾

요컨대 징벌적 손해배상을 명하는 재판은 법정책적으로 형벌적 기능을 일부 반영한 민사재판이다.⁴⁰⁾

2) 대상판결의 사안의 경우

대상판결은 징벌적 손해배상을 명한 미국판결의 법적 성질에 관하여 명시적으로 판단하지 아니한 채, 곧바로 그것이 우리의 공서에 위반되는지를 심사하였다. 이는

대상판결이 징벌적 손해배상을 명한 미국판결이 민사재판임을 전제하고 있음을 보여준다. 이러한 대상판결의 접근은 타당하다(민사소송법 제208조 제2항에서 판결서의 이유에 당사자의 주장 등에 관한 판단을 표시할 것을 규정하고 있음에도 불구하고 원심판결에서도 미국판결의 법적 성질에 관한 별다른 검토가 없음에 비추어 볼 때, 피고 또한 이 점에 관하여 달리 다투지 아니한 것으로 보인다).

나. 공서⁴¹⁾ 위반 여부

1) 공서의 정의

외국재판의 승인요건으로서의 ‘공서’란 승인국의 기본적인 도의적 신념 내지 근본적 가치관념과 정의관념을 의미한다.⁴²⁾ 실질재심사금지의 원칙에 따라 공서 위반 여부는 ‘외국재판의 내용’ 자체가 아니라 ‘그 외국재판을 승인함에 따른 결과’가 공서에 위반되는지를 기준으로 판단한다.⁴³⁾

39) 蔣尙均, “외국판결의 집행요건(2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결 : 공2004하, 1937)”, 대법원판례해설, 통권 제51호(2005), 508면. 주권 침해나 공익 위반이 외국 형사재판의 승인에 의하여만 발생하는 결과는 아니지만, 외국의 형사재판을 승인하는 것은 승인국의 주권 침해와 공익 위반으로 귀결된다는 점에서(즉, 충분조건이다), 만일 징벌적 손해배상을 명한 외국재판이 형사재판이라면 그 승인 또한 우리 주권을 침해하고 공익에 반한다고 일률적으로 보아야 할 것이다.

40) 皮貞鉉, “外國判決의 承認·執行要件으로서의 公序良俗”, 考試界, 第531號(2001. 5), 72면.

41) ‘공서’의 개념에는 ‘절차적 공서’도 포함되나, 대상판결의 사안에서는 문제 되지 아니하는바, ‘실체적 공서’에 한하여 본다.

42) 서홍석, Class Action에 의한 미국 판결의 국내 승인·집행에 관한 연구, 석사학위논문, 서울대학교(2015. 2), 120면.

43) 즉, 실질재심사금지원칙은 재판의 ‘실질적’인 ‘내용’의 당부를 심사하여서는 아니 된다는 것일 뿐, 그 승

다만, 민사소송법 제217조 제1항 제3호에서 규정하고 있는 ‘공서’가 정확히 무엇인지에 관하여는 논란이 있다. 특히 다른 법률에서 규정하는 ‘공서’와의 관계가 문제 된다.⁴⁴⁾

먼저 민법상 공서와의 동일 여부가 문제 된다. 민법 제103조는 ‘반사회질서의 법률 행위’라는 제목하에 공서양속에 위반하는 법률행위는 무효임을 선언하고 있다. 이에

민사소송법 제217조 제1항 제3호는 근본적으로 판결국이 아닌 승인국의 요건이라는 점에서, 민법상 ‘국내적 공서’와 동일하다는 견해가 있다.⁴⁵⁾ 그러나 다수설은 승인요건으로서의 공서는 ‘국제적 공서’로서, 국내법질서의 보존이라는 방위적 기능을 갖는 ‘국내적 공서’에 비하여 협소한 개념으로 보고 있다.⁴⁶⁾ 이에 따라 국제적 공서에 반하는지 여부를 심사함에 있어서는 국내적 사정뿐 아니라 국제적 거래질서의

인·집행의 ‘결과’가 우리 공서에 반하는지 여부를 ‘형식적’으로 조사하는 것까지 금지하는 것은 아니다. 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무적 문제”, YGBL, 제2권 제1호(2010. 6), 209-210면; 남궁주현, “징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인과 집행에 관한 소고 - 우리나라에서 징벌적 손해배상 제도를 도입한 이후의 논의를 중심으로 -”, 商事判例研究, 제33집 제3권(2020. 9), 364-365면; 피정현(주 32), 520, 527-528면 참조. 그러한 의미에서 “대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래”하는 주체를 ‘외국재판의 승인’이 아닌 “손해배상에 관한 확정재판등”이라고 표현한 민사소송법 제217조의2 제1항에는 아쉬움이 남는다. 석광현(주 36), 265면 참조.

공서 위반 여부에 관한 판단이 실질재심사금지의 원칙이 애초에 적용되지 아니하는 영역인 것인지[皮貞鉉(주 40), 75-78면] 혹은 그 예외인지[가정준, “판례평석 : 손해배상의 범위가 다른 외국판결의 승인과 집행-대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결-”, 國際去來法研究, 第26輯 第1號(2017. 1), 273면; 윤성근(주 34), 457면; 이종욱(주 7), 143면]에 관하여는 다툼이 있다. 후자에 의할 경우 그 예외의 인정 근거가 박약하고, 공서뿐 아니라 민사소송법 제217조 제1항 각호의 모든 요건 심사 또한 예외로 보게 된다는 점에서, 전자가 타당하다고 생각된다. 金眞昨, “징벌적 배상이 아닌 전보배상(填補賠償)을 명한 외국판결의 경우, 인용된 손해배상액이 과다하다는 이유로 승인을 제한할 수 있는지 여부(2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결: 공2015하, 1666)”, 대법원판례해설, 제105호(2015하), 324면; 남궁주현(주 43), 352면; 편집대표 김능환·민일영, 주석 민사소송법 제3권 제8판(한국사법행정학회, 2018), 474면(김현석·김윤종 집필부분)은 실질재심사금지원칙이 공서 위반 심사의 ‘한계’를 설정한다고 표현한다.

44) 후술하는 민법, 국제사법 외에 다양한 국제협약에서도 유사한 개념들이 사용하고 있는바, 이에 관하여는 윤성근(주 34), 449-454면 참조.

45) 金容漢, “外國判決承認의 法理”, 民事法과 環境法の 諸問題: 松幹安二瀋博士華甲紀念(博英社, 1986), 930면.

46) 김서울(주 7), 668면; 金眞昨(주 43), 323면; 金孝信(주 15), 245-246면; 남궁주현(주 43), 350면; 서홍석(주 42), 121면; 석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 國際私法研究, 제20권 제1호(2014. 6), 39면; 석광현(주 36), 267면; 孫京漢, “外國判決 및 仲裁判定의 承認과 執行 -判例를 中心으로-”, 國際去來法研究, 창간호(1992. 1), 159면; 윤성근(주 34), 455면; 尹鍾珍, “外國判決承認·執行의 法理와 그 解釋 -民事訴訟法 제203조의 改正과 관련하여-”, 海法·通商法, 第10卷(1998. 12), 892면; 이종욱(주 7), 140-141면; 蔣尚均(주 39), 509면; 편집대표 김능환·민일영(주 43), 471면(김현석·김윤종 집필부분); 皮貞鉉(주 40), 67면; 피정현(주 32), 518면. 최성수, “우리나라 판례에 나타난 외국중재판정 집행거부사유”, 法學論叢, 第22卷 第2號(2010. 2), 224면에 따르면, 중재판정의 승인·집행거부 사유로서의 공서 또한 같다. 한승

안정이라는 측면도 함께 고려하여야 한다고 한다.⁴⁷⁾ 판례 또한 같은 입장으로 보인다.⁴⁸⁾

생각건대 외국법은 필연적으로 우리 법과 일응 상위가 있을 수밖에 없는바,⁴⁹⁾ 국내적 공서와 같은 엄격성으로 승인 여부를 판단하게 될 경우 사실상 외국재판 승인 자체가 무용해지거나 외국재판의 당부를 전면적으로 재심사하는 것에 해당하여 실질재심사금지원칙에 반할 수 있고,⁵⁰⁾ 국제적 공서를 판단함에 있어서는 예양(禮讓) 또한 고려할 필요가 있다.⁵¹⁾ 따라서 국제적 공서는 어디까지나 우리의 기본적 도덕관념과 사회질서를 보호하기 위한 비상수

단으로서,⁵²⁾ ‘국내적 공서’에 비하여 엄격하게 제한적으로 해석하여야 한다.⁵³⁾

한편 국제사법상 공서와의 관계도 문제된다. 국제사법 제23조는 “외국법에 따라야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 명백히 위반될 때에는 그 규정을 적용하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 한편 국제사법 제52조 제4항은 “제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정

수, “우리법상 公序 條項에 관한 개괄적 비교- 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로”, 中央法學, 제21집 제1호(2019. 3), 20-22면은 국제적 공서가 국내적 공서보다 좁기는 하나, 그렇다고 하여 국제적 공서가 국내적 공서에 당연히 포함되는 일부라고 볼 것은 아니라고 한다.

47) 강수미(주 11), 129면.

48) 중재판정의 승인과 관련된 판결이기는 하나, 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결; 대법원 1995. 2. 14. 선고 93다53054 판결; 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다20134 판결은 “국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것”이라고 판시하고 있다.

49) 따라서 우리 법과 다른 법규를 적용하였다는 이유만으로 공서 위반은 아니다. 대법원 1995. 2. 14. 선고 93다53054 판결.

50) 金孝信(주 15), 245면; 남궁주현(주 43), 352면. 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22952 판결은 외국법원에서 확정된 이혼판결의 이혼사유나 재산분할 방식, 배우자 부양료가 우리나라와 다르다는 사정만으로 그 판결의 효력을 인정하는 것이 공서에 위반된다고 할 수는 없다고 하였다.

51) 한승수(주 46), 24면.

52) 남궁주현(주 43), 351-352면.

53) 이 부분을 명시적으로 실시한 판례는 없는 것으로 보인다. 다만, 중재와 관련된 판결이기는 하나, 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결은 “국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것”이라고 판시하면서, 미국 은행의 우대금리 연 최고 25%에 따른 지연손해금의 지급을 명하는 재판이 공서 위반이 아니라고 본 바 있다. 이는 이자제한법이 폐지되었던 시기에 국내적 공서를 근거로 과도한 이자에 대한 일부 무효판결을 한 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결과 대비를 이룬다. 관련하여 한승수(주 46), 28면 참조.

도를 넘을 때에는 인정하지 아니한다.”라고 규정함으로써, 적절한 배상액이라는 특별공서에 의한 제한을 두고 있다.⁵⁴⁾ 국제사법상 공서가 외국법 적용의 결과가 우리의 공서에 반할 경우 그 적용을 배제하는 의미를 갖는다면, 승인요건으로서의 공서는 확정된 외국재판의 승인의 결과가 우리나라의 공서에 반할 경우 이를 승인하지 아니하는 역할을 한다.⁵⁵⁾

양자 모두 국제적 공서이기는 하나, 국제사법상 공서는 판결국이 우리나라이고 승인요건으로서의 공서는 판결국이 외국이라는 점에서, 상대적으로 후자가 전자에 비하여 협소한 것으로 봄이 상당하다.⁵⁶⁾ 학자 중에는 이를 ‘공서가 경감·완화된 효력’이라 하여, 외국법에 의하여 국내에서 권리를 획득하는 것이 공서의 위반이 되더라도, 그 외국법을 적용한 외국재판을 승인·집행하는 것은 공서에 위반되지 아니할 수도 있다고 주장하기도 한다.⁵⁷⁾

2) 전보배상의 원칙이 공서인지 여부

가) 기존의 논의

다수설은 전보배상의 범위를 초과하는 손해배상은 일반적으로 공서 위반이라고 본다.⁵⁸⁾ 반면 소수설은 개별·구체적 사안별로, 도저히 손해의 보상이라고 볼 수 없을 정도의 부당하게 고액의 징벌적 손해배상을 명하는 경우에 한하여 공서에 위반된다고 본다고 한다.⁵⁹⁾ 그 외에 징벌적 손해배상은 공서에 전혀 위반되지 아니한다고거나,⁶⁰⁾ 손해배상을 명하는 판결에 관하여는 실질적 심사보다는 형식적 심사를 함으로써 효율성을 증진시켜야 한다는 견해도 있다.⁶¹⁾

전술한 바와 같이, 우리나라의 종래 판례는 징벌적 손해배상이 불법행위의 효과로 손해의 전보만을 인정하는 우리 민사법 체계에서 인정할 수 없는 형벌적 성질을 갖는 배상임을 이유로 들어 일관되게 다수설에 따랐다.⁶²⁾ 일본 판례 또한 같다.⁶³⁾

생각건대 다수설에 따라 전보배상의 범위를 넘는 손해배상은 원칙적으로 공서 위

54) 강수미(주 11), 137면; 석광현(주 34), 642면; 이종욱(주 7), 146면; 한승수(주 46), 19-20면.

55) 皮貞鉉(주 40), 67면.

56) 석광현(주 34), 642면; 윤성근(주 34), 456면; 皮貞鉉(주 40), 68면.

57) 석광현(주 34), 642면; 皮貞鉉(주 40), 69-70면.

58) 尹鍾珍(주 46), 895면 등.

59) 皮貞鉉(주 40), 71-72면; 피정현(주 32), 524면.

60) 黃秉一, “仲裁判定(특히 懲罰的 損害賠償 判決) 執行可能性”, 仲裁, 第287號(1998. 3), 44면.

61) 가정준(주 43), 276면.

반에 해당한다고 보아야 한다. 개별·구체적 사안별로 공서 위반 여부를 논하지는 것은 실질적으로 아무런 기준을 제시하지 아니하는 것에 다름 아니다. 소수설은, 배상액이 어느 정도의 고액에 이르러야 ‘부당하게 고액’인지에 관하여 침묵하고 있고,⁶⁴⁾ 보다 근본적으로 액수의 다과만을 기준으로 수량적으로 공서 위반 여부를 논하는 것은 부당하다.⁶⁵⁾

따라서 손해의 전보를 초과하는 배상액의 지급을 명하는 외국재판은 원칙적으로

공서에 위반된다. 불법행위법의 기능 중에 제재적 기능이 있음은 부인할 수 없으나, 이는 어디까지나 부수적으로 수반되는 효과로 보아야 하며, 손해배상에 있어서 제재적 기능을 전면내 내세우는 것은 민·형법의 분화를 전제한 우리 민사법질서의 근본에 반한다.

나) 배액배상 도입 이후의 변화

다만, 전술한 바와 같이 우리 법이 제한적으로나마 배액배상의 형태로 전보배상의 원칙에 대한 예외를 입법적으로 인정하

62) 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결; 서울지방법원 남부지원 2000. 10. 20 선고 99가합14496 판결; 부산지방법원 2009. 1. 22. 선고 2008가합309 판결; 수원지방법원 평택지원 2009. 4. 24. 선고 2007가합1076 판결 등.

63) 最判平成9(1997)年7月11日·民集51卷6号2573頁[平成5年(オ)第1762号]은, 사안에서 문제 된 캘리포니아주 민법상 징벌적 손해배상은 가해자에 대한 제재 및 위하를 목적으로 있는바, 이는 일본에서 형사상·행정상 제재에 맡겨진 것으로, 손해의 전보를 목적으로 하는 일본의 손해배상 제도의 기본원칙 내지 기본이념과는 양립불가하다는 이유를 들어 그 효력을 부인하였다. 이에 관한 자세한 분석은 이종욱(주 7), 131-135면 참조.

64) 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결의 경우에도, 명확한 이유 설시 없이 막연히 미국재판에서 명한 손해배상액의 1/2 한도로 승인을 제한함이 “상당하다”고 하여 비판을 받은 바 있다. 일본 학설 중에는 승인 가능한 징벌적 손해배상액의 범위로 전보배상액의 3할 내지 5할까지를 주장하는 견해, 동종의 국내 사건에서 법원으로부터 인정받을 수 있는 금액의 3배까지를 주장하는 견해, 환율 등을 고려한 산식을 주장하는 견해 등이 있다. 金孝信(주 15), 250-251면 참조. 미국 내에서도 징벌적 손해배상액이 어느 정도에 이르러야 위헌인지에 관하여 의견이 분분하였다. *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991)에서 연방대법원은 징벌적 손해배상이 수정헌법 제14조의 적법절차원칙에 위반될 수 있음을 이론적으로 긍정하면서도 “수학적으로 명확한 선(mathematical bright line)”을 그을 수는 없다고 하면서, 당시 사안에서 징벌적 손해배상액이 전보배상의 4배를 초과하여 합헌·위헌의 경계선에 근접하였으나 헌법적 부적합의 영역으로 진입하지는 아니하였다고 보았다(499 U.S., at 2, 23-24). 이후 *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 425 (2003)에서 연방대법원은 종전 판례들에서 실시한 기준을 종합하여, “한 자리 대 배액(Single-digit multiplier)이 국가의 억제 및 징벌의 목표를 달성하면서도, 500배 또는 사안에서의 145배의 배액의 지급을 명하는 것보다 적법절차에 부합할 가능성이 크다.”라고 판시하였다.

65) 강수미(주 11), 130면. 참고로 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결은 위약벌 약정의 공서 위반 여부를 판단함에 있어서, 단순히 그 액수가 많다는 이유만으로 설불리 무효라고 판단하여서는 아니 된다고 판시한 바 있다.

고 있다는 점에서, 기존의 다수설과 같이 징벌적 손해배상을 명하였다는 이유만으로 우리 공서에 반한다고 단정하기에는 어려워진 측면이 있는 것은 사실이다.⁶⁶⁾ 이에 학설은 다음과 같이 나뉜다.

제1설은 징벌적 손해배상을 명하는 외국재판은 그 영역을 불문하고 원칙적으로 공서에 위반되지 아니한다고 보는 견해이다. 그 근거로는 공서는 개별 법분야별로 적용되는 구체적 법개념이 아닌 우리 사회 전반에 적용되는 추상적 법개념으로서, 일부 법영역에서나마 전보배상을 초과하는 배상을 인정한 이상 분야를 막론하고 징벌적 손해배상을 명하였다는 이유만으로 이를 공서에 위반된다고 볼 수는 없고, 법원이 개별·구체적 사안에 따라 공서에 위반하는지 여부를 심리하여야 한다고 한다.⁶⁷⁾ 민사소송법 제217조의2 제1항이 “기본질서”, “현저히 반하는” 등의 표현을 사용함으로써, 기존의 공서 요건에 비하여 공서 위반으로 판단하기 위한 요건이 보다 까다

로워진 이상,⁶⁸⁾ 우리 법상 징벌적 손해배상이 도입되지 아니한 영역에서 징벌적 손해배상을 명하였다고 하여 그것이 우리 법의 “기본질서”에 “현저히” 반한다고 볼 수는 없다는 주장도 있다.⁶⁹⁾ 그 외에도 우리나라의 입법 상황을 기준으로 승인 영역을 나눌 경우, 법적 안정성을 해치게 된다는 점 또한 논거로 든다.⁷⁰⁾ 다만, 구체적인 승인의 범위에 관하여는 승인의 한도에 아무런 제한이 없다는 견해, 우리 법상 인정되고 있는 배액배상의 한도인 3배 또는 5배까지라는 견해, 제반사정을 종합적으로 고려하여 그것이 공서에 반하지 아니하면 승인하여야 한다는 견해 등 다양한 설이 대립하고 있다.⁷¹⁾

제2설은 우리 법에서 배액배상을 명할 수 있는 영역에 한하여, 그와 같은 액수의 한도 내에서 공서에 위반되지 아니한다고 보는 견해이다.⁷²⁾ 그 근거로는 우리 민사법상 손해배상의 이념은 여전히 전보배상을 근거로 하고, 배액배상은 입법정책적

66) 윤성근(주 34), 460면; 편집대표 김능환·민일영(주 43), 488-489면(김현석·김윤종 집필부분).

67) 남궁주현(주 43), 361-364면.

68) 하상익, “손해배상에 관한 외국재판의 승인 -배액 배상제도를 중심으로-”, 민사재판의 제문제, 제27권 (2020. 12), 794면.

69) 이종욱(주 7), 139-142면; 하상익(주 68), 825면.

70) 하상익(주 68), 816-821면.

71) 이종욱(주 7), 122-123면.

72) 석광현 교수는 이러한 관점에 입각하여 민사소송법 제217조의2 제1항에 “다만 법원이 확정재판등의 기초인 사건과 유사한 사건에서 대한민국 법에 따라서도 그에 상응하는 배상액의 지급을 명할 수 있는 범위 내에서는 그러하지 아니하다.”라는 단서를 신설할 것을 제안한다. 석광현(주 36), 284면 참조.

판단에 따라 개별 범영역에서 예외적으로 인정될 뿐이라는 점을 든다.⁷³⁾ 이 학설은 신설된 민사소송법 제217조의2 제1항을 기존에 제217조 제1항 제3호의 공서조항으로 해결하던 내용을 정리한 규정으로서,⁷⁴⁾ 추가적인 승인요건이라기보다는 제217조 제1항 제3호의 취지를 명확히 함으로써 법적 안정성을 제고하기 위한 것으로 본다.⁷⁵⁾ 다만, 우리 법상 배액배상을 명할 수 있는 ‘영역’을 무엇을 기준으로 판단할지에 관하여는 개별 조문을 기준으로 하여야 한다는 견해, 법률을 기준으로 하여야 한다는 견해, 분야를 기준으로 하여야 한

다는 견해 등이 대립하고 있다.⁷⁶⁾

생각건대 기존 다수설의 연장선상에 있는 제2설이 타당하다. 우선 민사소송법 제217조의2 제1항의 신설 계기는 (그 미흡함에 다소 아쉬운 측면이 있기는 하나)⁷⁷⁾ 징벌적 손해배상 등 손해의 전보의 범위를 초과하는 배상액의 지급을 명하는 외국재판에 관하여 기존 민사소송법 제217조 제1항 제3호의 공서에 따른 심사를 강화하거나 그 취지를 명확히 하고자 하는 것이었음이 명백하다.⁷⁸⁾ *E. I. Du Pont De Nemours and Co. v. Kolon Industries, Inc.* 사건에서 미합중국 버지니아주 동부연방

73) 편집대표 민일영, 주석 민사집행법 제2권 제4판(한국사법행정학회, 2018), 101면(이원 집필부분).

74) 한승수(주 46), 28면.

75) 김서울(주 7), 668면; 金眞旻(주 43), 327면; 석광현(주 46), 61면; 석광현(주 36), 252면; 이규호(주 20), 121-122면; 이종욱(주 7), 118-119면; 편집대표 김능환·민일영(주 43), 486면(김현석·김윤종 집필부분).

76) 이종욱(주 7), 121-122면.

77) 민사소송법 제217조의2의 문제점에 관하여는 석광현(주 36), 263-267면 참조.

78) 당초 이군현의원이 대표발의한 민사소송법 일부개정법률안(의안번호 1907673호)은 제217조 제1항 제3호에 “다만, 손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 명한 외국재판은 그 초과범위에서 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위반한 것으로 본다.”라는 단서를 추가하는 것을 골자로 하였다. 이는 “재판의 승인 또는 집행은 그 재판이 당사자에게 징벌적 손해배상을 포함하여 실제로 입은 손실 또는 손해를 전보하는 것이 아닌 손해배상을 인용하는 경우 그 범위 내에서는 거부될 수 있다.”라고 규정한 2005. 6. 30.자 관할합의협약(Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, 이하 ‘헤이그관할합의 협약’이라 한다) 제11조 제1항과, “어떤 재판이 징벌적 손해배상을 포함하여 비전보배상을 명하는 한, 적어도 유사한 또는 그에 상응하는 손해배상이 요청받은 국가에서 선고될 수 있었던 범위 내에서는 승인되어야 한다.”라고 규정한 1999. 10. 30.자 민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약 예비초안(Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 ‘예비초안’이라 한다) 제33조 제1항의 직접적인 영향을 받은 것이다. 석광현(주 36), 251, 260면 참조. 그러나 이에 대하여 우리나라도 개별 법률로 3배배상 제도를 제한적으로나마 도입하고 있는 상황에서 전보배상의 범위를 초과하는 배상을 명하는 외국재판 일반의 승인을 무조건적으로 부인하는 것은 부당하고, 원칙에 간주·단서규정을 두는 것은 부적절하다는 지적이 있었던바, 이에 따라 제217조의2 제1항으로 별도의 조항을 신설하게 되었다. 자세한 것은 강남일, “민사소송법 법률 일부개정법률안(이군현의원 대표발의, 제7673호) 검토보고”, 2014. 2., 8면; 이규호(주 20), 121, 131면 참조.

지방법원이 우리 기업인 코오롱 인더스트리에게 영업비밀 침해를 이유로 거액의 징벌적 손해배상금의 지급을 명함에 따라,⁷⁹⁾ 우리 국민과 기업을 외국의 부당한 재판으로부터 보호하기 위하여 신설된 조항이 민사소송법 제217조의2로서,⁸⁰⁾ 법률안 원문도 같은 취지의 제안이유를 밝히고 있다.⁸¹⁾ “기본질서”, “현저히 반하는” 등의 요건은, 외국재판의 승인을 과도하게 제한할 경우, 외국 기업이 우리 기업에게 추가적 담보제공을 요구하는 등으로 인하여 오히려 우리 기업에 해가 될 수 있다는 점을 감안하여 범위를 명확히 규정하는 취지일 뿐,⁸²⁾ 기존 판례는 그대로 유효하며 실질적인 차이는 없다.⁸³⁾ (비록 문언상으로는 상당한 차이가 있지만) 민사소송법 제217

조의2 제1항의 착안점이 된 헤이그관할합의협약 제11조 제1항 또한 동 협약 제9조의 공서조항만으로는 전보배상의 범위를 초과하는 배상액의 지급을 명하는 외국재판의 승인을 거부하는 것이 불가하다는 일부 국가들의 견해를 반영하여 승인 거부의 추가적 근거를 마련하고자 신설된 것이라는 점에 비추어 볼 때⁸⁴⁾ 더욱 그러하다.

이에 관하여는 입법과정을 살펴보면 승인 거부의 범위가 개정안 초안에서 최종안에 이르기까지 점차 축소되었다는 주장이 있으나,⁸⁵⁾ 그러한 과정 끝에 승인 제한 사유가 민사소송법 제217조 제1항 제3호와 동일한 범위에 이르렀다고 보아야 한다.⁸⁶⁾ 대상판결 또한 제217조의2 제1항에 관하여 “민사소송법 제217조 제1항 제3호와 관

79) 3:09-cv-00058.

80) 이규호(주 20), 110면 이하.

81) 비록 현행 민사집행법 제27조 제2항 제2호는 민사소송법 제217조만을 언급하고 있으나, 해석상 제217조의2도 포함된다는 것이 통설이다. 편집대표 민일영(주 73), 93면(이월 집행부분).

82) 金眞晔(주 43), 329면.

83) 윤성근(주 34), 443-444면; 이규호(주 20), 129, 132면.

84) Trevor Hartley & Dogauchi, Masato, *Explanatory Report on the 2005 HCCH Choice of Court Agreements Convention* (Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 2013), para. 205 (b), p.835.

85) 이종욱(주 7), 139-140면.

86) 이군현의원안에 대한 제1차 수정안 제217조의2 제1항은 “손해배상에 관한 확정재판의 전부 또는 일부 승인이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약에 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판 등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.”라고 규정하였으나, 승인 제한의 포섭 범위가 너무 크다는 비판이 있어 최종안에서는 “기본질서”, “현저히 반하는”이라는 요건을 추가한 것은 사실이다. 그러나 이는 제1차 수정안이 마치 외국재판의 내용이 우리 법을 적용하였을 때의 결과와 같아야 한다고 규정하는 것처럼, 혹은 모든 강행규정 위반의 경우 승인하지 못하는 것처럼 잘못 작성되었던 것을 교정하기 위함이 지, 기존 민사소송법 제217조 제1항 제3호에 비하여도 승인 제한의 사유를 축소하고자 한 것은 아니다.

련하여 손해전보의 범위를 초과하는 손해 배상을 명한 외국재판의 내용이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약에서 인정되는 손해배상제도의 근본원칙이나 이념, 체계 등에 비추어 도저히 허용할 수 없는 정도에 이른 경우 그 외국재판의 승인을 적정범위로 제한하기 위하여 마

련된 규정이다.”라고 판시하였다. 즉, 판례는 전보배상을 초과하는 액수의 배상을 명하는 외국재판에 관한 통제를 제217조 제1항 제3호가 아닌 제217조의2 제1항을 통해 함으로써, 제217조의2 제1항을 제217조 제1항 제3호의 특별규정으로 보고 있다. (87)88)89)

87) 同旨: 석광현(주 36), 263-264, 266면. 이러한 제217조의2 제1항에 관한 해석은 헤이그관할합의협약 제11조 제1항에 대한 해석과 같다. 헤이그관할합의협약 제11조 제1항 또한 손해배상액이 실손해액을 초과하는 것이 명백한 경우에 적용되는 것으로서, 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 승인 거부를 염두에 둔 것이다. 단, 헤이그관할합의협약 제11조 제1항은 우리 민사소송법 제217조의2 제1항에 관한 법원의 판시와는 달리, 예외적인 경우에는 재판국 법원에 의하여 전보적 성격으로 성질결정이 된 손해배상액에 대하여도 적용될 수 있다고 한다. 자세한 것은 *Hartley & Dogauchi*(주 84), paras. 204-205 (d), p.835 참조.

88) 강현중, “(10) 징벌적 손해배상의 법적 성격”, 법률신문(2016. 9. 12.자), <https://www.lawtimes.co.kr/Case-curation/103161?serial=103161> (2023. 12. 3. 최종방문)은 징벌적 손해배상을 우리 법상 위약벌과 동일한 성격이라고 하면서, 민사소송법 제217조 제1항 제3호는 외국재판에서 명한 징벌적 손해배상이 위약벌과 같이 당사자 사이의 약정에 기한 것이 아닌 한 직접 적용하기 곤란하므로 이를 해결하기 위하여 제217조의2 제1항이 신설되었다고 한다. 그러나 징벌적 손해배상은 그 연혁과 운용의 양태에 비추어 불법행위배상 제도에 가깝다고 보아야 하는바, 위와 같은 주장의 합리성에는 의문이 든다.

89) 최우영, “민사소송법 제217조의2의 적용범위와 관련하여”, 법률신문(2016. 12. 15.자), <https://www.lawtimes.co.kr/news/138931> (2023. 12. 3. 최종방문)은 민사소송법 제217조의2 제1항의 입법목적이 법원으로 하여금 구체적 사안에서 형평성을 고려한 재량적 판단이 가능하도록 함에 있다고 하면서, 위 조항이 손해전보 여부를 불문하고 외국의 확정재판 전반에 적용되어야 한다고 한다. 그 근거로는 민사소송법 제217조의2 제1항의 문언은 적용 범위를 ‘손해전보의 범위를 초과하는 배상액의 지급을 명한 외국법원의 확정재판’으로 한정하고 있지 아니하고 있고, 그 문언적 의미가 불분명하지도 아니한 상황에서 문리해석이 불가할 때 보충적으로 사용하는 목적론적·역사적 해석방법을 사용하는 것은 부당함을 든다. 석광현(주 36), 278면도 민사소송법 제217조의2 제1항의 문언상 판례와 같은 접근이 당연히 도출되는 것은 아님을 인정하면서, 다만 이를 “대법원이 제217조의2에 어떤 의미를 부여하기 위하여 입법자의 당초 의도를 고려하여 짜낸 교육책”이라고 선해한다.

민사소송법 제217조의2 제1항이 그 적용 대상에서 전보배상이 제외되는지에 관하여 아무런 언급이 없는 것은 사실이다. 그러나 (아직까지도 관련하여 명시적인 설시를 한 판례가 없을 정도로) 민사소송법 제217조의2 제1항과 제217조 제1항 제3호 간 관계는 몹시 모호한 상황이고, 양자 간의 관계를 설명하기 위하여는 문리해석의 보충수단으로서 목적론적·역사적 해석방법을 동원하지 아니할 수 없는 것 또한 부인할 수 없다. 또한 위 글은 민사소송법 제217조의2 제1항이 법원의 ‘재량적 판단’의 여지를 두기 위함에 있다고 하나, 전술한 이군현의원안 제217조 제1항 제3호 단서에 따르면 새로이 신설된 규정은 판례의 해석론과 같이 ‘손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 명한 외국재판’을 적용 대상으로 하고 있다고 봄이 상당하다. 이군현의원안이 입법과정에서 수정된 것은 우리 법상 배액배상 제도가 일부나마 도입된 상황에서 전보배상의 범위를 초과하는 손해배상액의 지급을 명한다는 이유만으로 무조건적으로 그 승인을 불허하는 것은 불합리하다는 비판에 따른 것이지[강남일(주 78), 8면 참조], 법원에게 재량권을 부여하기 위한 것은 아니다.

상호주의의 측면에서도 아무런 제한 없이 징벌적 손해배상을 명한 외국재판을 승인하게 될 경우, 우리 국민과 기업의 일방적인 피해가 우려되며, 그 결과 우리 국민과 기업마저도 우리 법원이 아닌 외국 법원에 구제를 문의하는 일종의 법정지 쇼핑(forum shopping)이 우려된다. 또한 징벌적 손해배상을 명하는 민사재판절차는 절차 보장이 불충분한바, 방어권이 엄격히 보장되는 형사적·행정적 제재에 문의하는 것이 바람직하고, (비록 우리가 비준하지는 아니하였지만) 헤이그관할합의협약을 비롯한 외국재판의 승인에 관한 각종 국제협약들도 전보배상의 범위를 초월하는 손해배상을 명하는 외국재판을 규제할 수 있도록 하고 있다.⁹⁰⁾

제1설은 공서가 법질서 전반에 걸쳐 적용되는 추상적 개념임을 강조하나, 우리 법상 배액배상은 보통법상 징벌적 손해배상과는 달리 개별 영역별로 중시되는 기능이 상이하고, 개별 법률별로 배상을 명할 배액의 상한도 3배 또는 5배로 각기 다른

바, 법질서 전반에 걸쳐 논할 성격의 것이 아니다. 우리 법상 도입된 것은 보통법상 징벌적 손해배상이 아닌 성문법상 배액배상이기에, 명시적인 성문법적 근거가 없는 한 전보배상의 범위를 넘는 손해배상액의 지급을 명하는 재판의 승인은 여전히 우리 공서에 반하여 허용될 수 없다.⁹¹⁾

제2설 중에서는 조문을 기준으로 영역의 동일성을 판단하는 견해가 타당하다. 어느 범위까지 하나의 단일한 법률에 규정할 것인지 여부는 명확한 기준이 있는 것이 아니라 입법정책적 판단에 따른 선택의 문제이며,⁹²⁾ 어디까지가 같은 분야인지는 판단자에 따라 결론이 달라질 수 있다는 점에서, 법률이나 분야를 기준으로 영역의 동일성을 판단하는 견해는 부당하다.⁹³⁾ 예컨대 ‘공정거래 분야의 법률’이라고 할 때, 혹자는 공정거래법만 이에 해당한다고 볼 수 있는 반면, 관점에 따라서는 공정거래위원회 소관 법률인 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 하도급법, 가맹사업법, 대규모 유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률,

90) 이종욱(주 7), 130면.

91) 김서울(주 7), 669-670면.

92) 예컨대 미국의 Sherman Antitrust Act와 Clayton Antitrust Act는 우리 공정거래법과 달리 불공정거래행위를 규율하지 아니하며, 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)이 별도로 존재한다. 전원열, “[2022년 분야별 중요판례분석] (3) 민사소송법”, 법률신문(2023. 3. 13.자), <https://www.lawtimes.co.kr/news/185939> (2023. 12. 3. 최종방문) 참조.

93) 개별 법률이 속하는 분야를 중심으로 판단하여야 한다고 보는 김서울(주 7), 676면도 이 점을 부정하지 아니한다. 다만 그것이 “불가피”하다고 할 뿐이다.

대리점거래의 공정화에 관한 법률, 소비자 기본법, 소비자생활협동조합법, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 제조물 책임법, 방문판매 등에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률 등까지도 이에 해당한다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 미끄러운 비탈길 논증 (slippery slope)이 계속될 경우, 궁극적으로는 제1설에 수렴하게 될 우려가 있다.⁹⁴⁾

조문을 기준으로 판단하는 것이 상호주의에도 가장 부합하며, 기존의 통설·판례와도 연속성이 있고, 사안에 적용하기도 가장 간명하여⁹⁵⁾ 당사자의 예측가능성 및 법적안정성도 제고할 수 있다.

3) 내국관련성의 요부

승인국의 공서에 원칙적으로 위반될지라도 당해 사안과 승인국 간의 관련성이 약할 경우, 공서에 의한 개입의 강도가 약화되는지 문제 된다.

다수설은 공서에 의한 개입의 정도는 사안의 내국관련성에 따라 달라질 수 있다는 데 동의한다.⁹⁶⁾ 즉, 내국관련성이 적을 경우에는 외국법을 적용한 결과가 공서에 위반하는 정도가 크더라도 공서에 따른 개입이 가능한 범위가 축소되는 것이다.⁹⁷⁾ 반면 외국재판의 승인이 문제 되는 것 자체가 이미 내국관련성이 충분히 있음을 전제하는 것이기 때문에, 내국관련성은 국제사법에 따른 준거법 지정의 맥락에서의 공서의 발동에서만 의미가 있고 외국재판의 승인의 요건으로서는 불필요하며,⁹⁸⁾ 내국관련성의 정도에 따라 공서 위반 여부가 결정되면 외국재판의 집행에 관한 당사자의 예측가능성을 과하게 해할 우려가 있다는 견해도 있다.⁹⁹⁾

우리 판례는 종래부터 일관되게 외국재판의 승인요건을 판단함에 있어서 내국관련성을 감안하여야 한다고 판시하였으며,¹⁰⁰⁾ 대상판결 또한 공서 위반 여부를 “확정재판 등이 다른 사안과 우리나라와의

94) 석광현(주 36), 257면.

95) 이종욱(주 7), 125-126면.

96) 강수미(주 11), 130-131면. 예컨대 미국 기업 간의 분쟁에 대하여 내려진 징벌적 손해배상 판결이 우리나라에 소재한 피고의 재산에 대한 집행이라면, 내국관련성이 적어 이를 허용할 가능성이 높아진다. 道垣内弘人·김문숙(주 38), 814면.

97) 윤성근(주 34), 457면; 이종욱(주 7), 145면; 편집대표 김능환·민일영(주 43), 472면(김현석·김윤종 집필부분); 한승수(주 46), 23-24면.

98) 道垣内弘人·김문숙(주 38), 820면.

99) 석광현(주 34), 646면.

100) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결 등.

관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다”라고 실시하였다. 법치주의 원리에서 파생된 이른바 비례의 원칙에 따라 외국재판이 명한 징벌적 손해배상액의 당부를 심사하는 독일 판례 또한 같은 입장이다.¹⁰¹⁾

생각건대 내국관련성은 국제사법 제23조, 제52조 제4항에 따라 우리 법원이 재판권을 함에 있어서 판단의 기준이 되는 준거법을 지정할 때 반영할 것이지, 이미 확정된 외국재판을 단순히 승인할 것인지를 판단함에 있어서는 별도로 감안할 필요가 없다. 나아가 내국관련성은 단순히 ‘유무(有無)’의 이분법적 문제가 아니라 연속적인 ‘정도(程度)’의 개념인바,¹⁰²⁾ 일정한 기준으로서 작용하기 부적절하다. 내국관련성을 판단할 수 있는 구체적 기준으로는 불법행위지, 당사자 및 관련자의 국적·주소지 및 주된 활동 영역, 집행의 대상이 되는 재산의 소재지 등 다양한 요소가 존재하는데,¹⁰³⁾ 각 요소의 비중을 어떻게 설정할지, 내국관련성의 정도에 따른 승인에의 영향은 어떠한지에 관하여 내국관련성 필요설은 침묵하고 있다.

4) 대상판결의 사안의 경우

대상판결의 사안에서, 원심판결은 제2설 중 조문을 기준으로 판단하는 견해를 채용한 반면, 대상판결은 제2설 중 법률 또는 영역을 기준으로 하는 견해에 입각하여 있다. 심지어 대상판결은 “적어도”라는 표현을 사용하여, 향후에 제1설과 같이 승인범위를 확대할 가능성까지 내비치고 있다.¹⁰⁴⁾ 일반적으로 조문을 기준으로 판단하는 것이 타당함은 전술한 바와 같으므로, 아래에서는 대상판결의 사안의 특유한 점을 토대로 대상판결의 잘못을 지적하고자 한다.

가) 공정거래법상 배액배상의 취지

우리 공정거래법이 채택한 배액배상은 보통법상 징벌적 손해배상과 달리, 징벌보다는 손해의 전보와 위법행위의 재발방지, 공정거래법의 집행오류의 시정을 주목적으로 한다.¹⁰⁵⁾ 즉, 증명이 어려운 손해의 배상을 실질적으로 보완하고,¹⁰⁶⁾ 피해자가 적극적으로 소를 제기하도록 유도함으로써 억지력을 높인다는 것이다.¹⁰⁷⁾ 배액배

101) BGHZ 118, 312.

102) 이종욱(주 7), 146면.

103) 이종욱(주 7), 150면.

104) 이종욱(주 7), 126면.

105) 정병덕, “공정거래법상의 3배 배상제도에 관한 연구”, 法學論叢, 第43卷 第4號(2019. 12), 377면.

106) 이종욱(주 7), 115면. 국회사무처, “제346회국회(정기회) 정무위원회회의록(법안심사소위원회) 제3호”, 2016. 11. 22., 39-40면 중 채이배, 지상욱 위원의 발언도 참조.

상 도입을 골자로 한 전해철의원안(의안번호 2000902호),¹⁰⁸⁾ 박정의의원안(의안번호 2006255호)¹⁰⁹⁾ 또한 같은 취지의 제안이유를 밝히고 있다.¹¹⁰⁾ 공정거래법상 배액배상의 요건이 행위자의 악성이라는 징벌적 손해배상의 핵심적 요소가 없이 일반손해배상과 사실상 동등하게 규정되어 있음은 이를 뒷받침한다.¹¹¹⁾

반면 대상판결의 사안에서 미국판결이 근거로 삼은 하와이주 개정법 제480-13조

(b)항 (1)호¹¹²⁾는 이와 다르다. 원심판결에 따르면, 미국판결의 항소심판결은 위 규정에 의한 배액배상의 취지에 관하여, “하와이주 개정법 제480-13조 (b)항에 의한 3배 배상은 징벌적 손해배상과 마찬가지로 일종의 억제장치에 해당한다.”라고 판시하였다. 미국판결 또한 보통법상 징벌적 손해배상이 아닌 성문법상 배액배상에 따른 것이기는 하나, 그 본질은 징벌에 있다는 것이다.¹¹³⁾ 즉, 근본적인 취지의 측면에서 우

107) 김서울(주 7), 665면; 이종욱(주 7), 116면.

108) “법 위반행위에 대한 공정거래위원회의 형사고발 비율이 낮고, 사업자 또는 사업자단체가 과징금을 비용으로 생각하고 불법행위를 저지를 유인이 있으므로, 징벌적 손해배상제도를 통해 규제를 강화하고 피해자에 대한 실질적 피해전보를 확대하자는 의견이 제시되고 있음.”

109) “시장지배적지위 남용행위나 기업의 부당공동행위 등은 다른 위반행위에 비해 법 위반으로 인한 중소기업이나 소비자 등의 피해가 크고, 사업자 또는 사업자단체가 고의적으로 위법행위를 저지르는 경우가 많아 징벌적 손해배상제도의 도입이 필요하다는 의견이 제시되고 있음.”

110) 위 법안들에 대한 법제사법위원회 검토보고서들도 “피해자에 대한 실질적인 배상을 촉진하고, 기업의 법위반 억제효과를 통해 행정적 제재 중심의 공적 집행을 보완”하고, “사업자의 법위반 유인을 적극적으로 차단”할 수 있다는 점을 도입 논거로 제시할 뿐, 제재의 측면에 관하여는 언급이 없다. 당시 공정거래위원회 또한 법위반 억제력 강화 및 실질적인 피해구제를 위해 도입 필요성에는 공감하였다고 한다. 이창림, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 <징벌적 손해배상제도 도입>” □ 전해철 의원 대표발의(의안번호 제902호)”, 2016. 11., 5면; 오창석, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 <징벌적손해배상 도입·확대 등>” □ 박정 의원 대표발의(의안번호 제6255호)”, 2017. 9., 4-5면 참조.

111) 정병덕(주 105), 384-386면.

112) 하와이주 개정법 제480-13조 (b) 어떠한 불법적이거나 기만적인 행위, 또는 제480-2조에 의하여 금지되었거나 불법으로 선언된 행위로 인하여 손해를 입은 소비자는,

(1) 소비자가 입은 손해에 대하여 소송을 제기할 수 있고, 원고 승소 판결이 내려질 경우, 원고는 합리적인 변호사 비용과 더불어 소송비용 및 1,000달러 이상 또는 원고가 입은 손해의 3배 금액의 손해배상을 받게 된다.

제480-2조 (a) 거래활동이나 상업활동에서 이루어지는 불공정한 경쟁방법과 불공정한 기만행위는 불법이다.

113) 반독점법 위반행위에 따른 3배 배상에 관한 일반규정인 Clayton Antitrust Act 제4조 또한 우리 공정거래법상 배액배상과 달리 억지와 완전한 보상 외에 처벌, 이익 박탈, 법집행 유인 등을 주목적으로 꼽는다. 자세한 것은 정병덕(주 105), 382-383면 참조.

리 공정거래법상 배액배상과 하와이주 개정법상 징벌적 손해배상은 전혀 별개의 제도라고 보아야 한다.

나) 불공정거래행위의 배액배상 대상에서의 제외

우리 공정거래법 제109조 제2항은 사업자 또는 사업자단체의 ‘부당한 공동행위’와 ‘보복조치’라는 두 가지 유형의 행위에 한하여 발생한 손해의 3배의 범위 내에서 배액배상을 규정하고 있다.¹¹⁴⁾ 본래 공정거래법상 징벌적 손해배상을 도입하려는 움직임이 태동하였을 당시에는 불공정거래행위도 그 대상에 포함하자는 의견이 있었으며,¹¹⁵⁾ 전혜철의원안과 박정의의원안 모두 불공정거래행위를 배액배상의 대상

에 포함하고 있었다.

그러나 부당한 공동행위를 제외한 다른 공정거래법 위반행위의 경우, 소비자 등의 피해 방지라는 목적보다는 공정한 거래질서 유지 또는 부당한 경쟁제한의 방지를 주된 목적으로 하여 존재하는 규제인바 그로 인한 ‘손해’를 논하기 어려우므로, 손해배상이 문제 될 수 있는 일부 범위반행위에 한정하여 배액배상을 규정하는 것이 적절하다는 지적이 제기되었다.¹¹⁶⁾ 공정거래위원회도 하도급법 및 가맹사업법과의 일관성상 배액배상의 대상에 보복조치를 추가하는 것에는 찬성하였으나, 나머지 위법행위에 대하여는 신중 검토 의견을 밝혔다.¹¹⁷⁾ 이러한 논의 끝에 불공정거래행위

114) 공정거래법 제109조(손해배상책임) ② 제1항에도 불구하고 사업자 또는 사업자단체는 제40조, 제48조 또는 제51조제1항제1호를 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 손해배상의 책임을 지지 아니하고, 사업자가 제44조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 배상액은 해당 사업자가 제40조를 위반하여 손해를 입은 자에게 발생한 손해를 초과해서는 아니 된다.

③ 법원은 제2항의 배상액을 정할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
2. 위반행위로 인한 피해 규모
3. 위반행위로 사업자 또는 사업자단체가 취득한 경제적 이익
4. 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
5. 위반행위의 기간·횟수 등
6. 사업자의 재산상태
7. 사업자 또는 사업자단체의 피해구제 노력의 정도

④ 제44조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업자가 제2항에 따른 배상책임을 지는 경우에는 다른 사업자와 공동으로 제40조를 위반하여 손해를 입은 자에게 발생한 손해를 초과하지 아니하는 범위에서 「민법」 제760조에 따른 공동불법행위자의 책임을 진다.

115) 정병덕(주 105), 379면.

116) 이창림(주 110), 7면.

는 공정거래법상 배액배상의 대상에서 제외되었다. 요컨대 불공정거래행위에 대하여는 배액배상을 명하지 아니하겠다는 것이 입법자의 의사임에도, 대상판결은 공정거래법 규율 영역이라는 논리하에 이를 만연히 간과한 측면이 있다.¹¹⁸⁾

다) 소결론

요컨대 대상판결의 사안은 우리 법상 3배배상의 대상이 아닌바, 미국판결은 우리의 공서에 반한다고 보아야 한다. 이에 관하여는 외국재판의 승인 여부를 우리 법을 적용한 결과를 기준으로 판단하는 것과 같다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 그러한 비판은 외국재판의 승인에 따른 승인 한도의 산정과 같은 ‘효과’에 적용될 것이지, 승인 여부라는 ‘요건’에 적용될 것은 아니다.

한편 대상판결의 사안의 경우, 원고들은 미국 회사이고, 피고는 미국 시민권자이다.¹¹⁹⁾ 따라서 만일 내국관련성을 요한다고 본다면, 내국관련성이 상대적으로 낮다

고 볼 수 있다. 그러나 내국관련성 필요설을 정면으로 실시한 대상판결 또한 막상 구체적인 승인 여부 및 범위를 논함에 있어서는 내국관련성이 낮다는 점을 별도로 반영하지는 아니한 것으로 보인다.¹²⁰⁾

다. 공서 위반에 따른 효과

1) 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 일부 승인 가부

공서에 위반되는 징벌적 손해배상을 명하는 외국재판을 일부 한도 내에서 불승인할 수 있는지 문제 된다.

국내적 공서와 관련하여 우리 판례는 과다한 위약벌,¹²¹⁾ 이자¹²²⁾와 같이, 수량적으로 가분적인 경우에는 양적 일부무효를 인정하고 있다. 같은 취지에서 판례는 국제적 공서의 경우에도 일부 승인을 인정하는데 주저함이 없는 것으로 보인다.¹²³⁾ 학설 중에는 손해배상액 중 전보배상에 해당하는 범위를 확정하기 위하여 심사를 하는

117) 국회사무처, “제354회국회(정기회) 정무위원회회의록(법안심사제2소위원회) 제3호”, 2017. 12. 5., 36-37면 중 신영선 공정거래위원회부위원장, 김종석, 박선숙 위원의 발언 참조.

118) 애초에 공정거래법의 핵심적인 규제 대상은 불공정거래행위가 아닌 경쟁제한행위이고, 미국판결에서 인정한 피고의 행위는 본질적으로 민법상 제3자 채권침해에 해당한다는 지적도 있다. 전원열(주 92) 참조.

119) 피고의 이름으로 미루어 보아 피고는 한국계 미국인으로 추정된다.

120) 이종욱(주 7), 150면.

121) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014다14511 판결 등.

122) 대법원 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 전원합의체 판결. 이자제한법이 폐지되었다가 재제정되기 전의 시기의 판결이다.

123) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결.

것은 실질재심사금지원칙에 위반하므로, 그 범위가 명시되지 아니하는 한 전체를 불승인하여야 한다는 주장도 있으나,¹²⁴⁾ 다수설은 판례와 같이 일부 승인을 인정한다.¹²⁵⁾

생각건대 손해3분설에서 적극손해·소극손해·위자료를 별도의 소송물로 보는 것과 같이, 전보배상과 징벌적 손해배상을 별도로 분리함이 상당하다. 민사소송법 제217조의2 제1항도 “전부 또는 일부를 승인할 수 있다.”라는 표현을 사용함으로써, 일부 승인이 가능함을 명언하고 있다.

다만, 외국재판이 명시적으로 어디서부터 어디까지가 징벌적 손해배상인지를 명시하지 아니한 경우에 우리 법원이 이를 어떻게 처리하여야 할지가 문제 된다. 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결은 일반론 차원에서 최초로 징벌적 손해배상이 우리 공서에 반할 수 있음을 인정하면서도, 사안의 경우에는 미국재판이 징벌적 배상을 구분·적시한 바 없음을 들어 징벌적 손해배상이 아니라고 하면서, 별다른 근거를 명시하지 아니한

채 비례의 원칙에 따라 미국재판이 명한 손해배상액의 1/2 범위 내에서의 집행만을 허가하였다.¹²⁶⁾ 반면 독일의 BGHZ 118, 312의 경우, 징벌적 손해배상을 명한 미국재판의 판결서에 징벌적 손해배상에 형벌목적 이외의 비용도 포함되어 있음이 명시적으로 기재되어 있지 아니한 상황에서 추상적으로 전보배상의 범위를 인정하여 일부 승인하는 것은 실질재심사금지원칙에 반할 뿐 아니라 법적 안정성을 해치게 된다는 이유를 들어 징벌적 손해배상 전부의 승인을 배척하였다.¹²⁷⁾

생각건대 외국재판이 배상액의 산정 근거를 나누어 명시하지 아니하고 있더라도, 우리 법원은 이를 가려내야 한다. 이는 외국재판을 최대한 승인해주고자 하는 데 그 취지가 있는바, 실질재심사금지원칙과 저촉되지 아니한다. 다만 이에 있어서는 외국재판에서 인정한 손해배상액이 고액인 경우, 징벌적 손해배상이 포함되어 있다는 추정이 발동하여 집행판결을 구하는 원고가 그 추정을 복멸하도록 하고,¹²⁸⁾ 원고가 전보배상 부분을 특정해내지 못한다면 외

124) 金孝信(주 15), 246면.

125) 석광현(주 34), 645면; 윤성근(주 34), 461면.

126) 당사자가 이 부분 논점을 더 이상 다투지 아니한바, 상소심법원은 이에 관하여 판단하지 아니하였다. 위 판결은 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다47517 판결로 확정되었다.

127) 강수미(주 11), 134, 140-141면; 金孝信(주 15), 248면. 원심판결인 OLG Düsseldorf, 28. 5. 1991, RIW 1991, 594ff.는 징벌적 손해배상 가운데 일정한 배상기능을 추상적으로 상정하여 그 부분에 한하여 집행을 허용하였으나, 독일연방법원은 이러한 판시를 배척하였다.

국제판 전체가 공서에 반한다고 보아야 한다는 일본의 학설을 참고할만하다.¹²⁹⁾¹³⁰⁾

2) 승인의 상한액

징벌적 손해배상을 명한 외국재판이 우리 공서에 반할 경우, 전보배상의 범위 내에서만 승인하여야 함은 전술한 바와 같다. 다만, 외국재판의 청구원인과 관련하여 우리 법에도 배액배상이 도입되어 있을 경우에는, 그 외국재판을 승인은 하되 어느 정도까지 승인하여야 할지가 문제 된다.

생각건대 대응하는 우리 법률에서 규정하고 있는 배액을 기준으로 삼는 것이 타당하다. 물론 우리 법상 배액배상은 통상 배액을 정액이 아닌 상한액으로 규정하고 있는 것이 사실이다. 그러나 우리 법원이 독자적으로 손해배상액을 산정한 후 이를 기초로 외국재판에서 명한 손해배상액과 대조하는 이른바 ‘모순율에 의한 심사’는 외국재판 승인 제도의 취지에 어긋난다.

우리 법원은 외국 법원이 인정한 사실을 기초로 과연 그 손해배상액을 그대로 승인하는 것이 공서에 반하는지 여부를 판단하는 데 그쳐야 하며, 그 범위를 넘는 것은 실질재심사금지원칙에 저촉되게 될 것이다.¹³¹⁾ 우리 법원이 할 수 있는 것은 수인 한도 내로 손해배상액을 제한하는 것이지, 형평성을 고려한 재량적 판단이 아니다.¹³²⁾ 당사자의 예측가능성 측면에서도 법원이 개별·구체적 사안별로 세부적인 승인 액수를 정하는 것보다는, 명확한 선을 그어주는 것이 이로운 것이다.

3) 대상판결의 사안의 경우

대상판결의 사안의 경우, 전술한 바와 같이 우리 법상 배액배상이 적용될 사안이 아닌바, 원심판결과 같이 전보배상의 범위 내에서만 승인하였어야 한다.

128) 민사소송법 제217조 제2항은 제1항의 요건 충족 여부를 법원의 직권조사사항으로 규정하고 있다. 그러나 직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙이 적용되어야 할 것인바, 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사사항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있음을 감안할 때(대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결), 이러한 이론구성이 무리라고 보이지는 아니한다.

129) 小林秀之·村上正子, 新版 国際民事訴訟法(弘文堂, 2020), 161면, 이종욱(주 7), 129면에서 재인용.

130) 참고로 배심원에 의한 재판이 헌법상 기본권으로 확립된 미국의 경우(수정헌법 제6조, 제7조 참조), 판결서 작성 실무상 제1심에서는 우리 민사소송법 제208조 제2항과 달리 판결 이유를 기재하지 아니하는 것이 통례이다. 이우영, “최고법원으로서의 미연방대법원의 운용: 특히 본안심리사건수와 관련된 제도와 경험이 우리나라에 주는 시사점을 중심으로”, 미국학, 제32권 제1호(2009. 5), 201면 참조.

131) 김서울(주 7), 685-686면.

132) 석광현(주 36), 264면.

IV. 결론 및 토론

외국재판 승인의 범위가 앞으로 더욱 확대되어야 한다는 점에 반대할 자는 많지 않을 것이다. 그러나 징벌적 손해배상의 경우, 미국마저도 주별로 징벌적 손해배상의 요건과 효과에 큰 차이를 보이며 그 부작용을 제한하고자 하는 상황에서,¹³³⁾ 우리 법원이 구태여 이를 전면적으로 승인하는 것은 법정책적 측면에서 타당하지 못하다. 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 집행을 허용하는 범위를 넓힐수록, 우리나라의 주권인 재판권이 침해될 소지가 있을 뿐 아니라, 외국인을 우리 국민에 비하여 더 우대하는 불합리한 결과를 초래할 수 있다.¹³⁴⁾ 입법자도 같은 취지에서 민사소송법 제217조의2를 신설하였고, 국민적 인식 또한 그러하다.¹³⁵⁾ 그러한 측면에서 대상판결은 지나치게 과감한 접근을 취한 것 아닌가 하는 의구심이 든다.

다만, 대상판결에서 문제되지 아니하여 다루지는 아니하였으나, 이른바 ‘과도한

전보배상’의 경우에 어떻게 대처할지는 추가적 연구를 요한다. 즉, ‘징벌적 손해배상’이라고는 하나, 그 본질이 전보배상에 있는 경우이다. 이는 근본적으로 무엇이 진정한 손해의 완전한 전보(填補)에 해당하는지의 문제이다.

예컨대 우리 법상 정신적 손해의 경우에는 위자료를 인정하고 있는데, 이는 ‘진정한 전보는 수량적인 메꿈을 넘는 무언가’임을 방증하는 것으로 볼 수 있다. 실제로 이를 근거로 징벌적 손해배상 중에는 정신적 손해에 대한 전보가 포섭될 가능성이 있다는 견해도 있으며,¹³⁶⁾ 영미법상 징벌적 손해배상의 제재적 효과를 우리 법체계상 위자료로 치환하여 징벌적 손해배상 일반에 관하여 일정한 한도 내에서는 우리 공서에 위반하지 아니한다고 볼 여지가 있다는 주장도 있다.¹³⁷⁾ 독일의 재판례 또한 징벌적 손해배상은 원칙적으로 독일의 공서에 반하지만, 적어도 징벌적 손해배상이 정신적 손해배상의 성질도 겸유하고 있음이 명시된 경우에는 그 부분에 한하여 위

133) 김서울(주 7), 670면. 루이지애나, 매사추세츠, 네브래스카, 뉴햄프셔, 워싱턴주의 경우, 보통법상 징벌적 손해배상을 부정하고 성문법상 배액배상만 인정하고 있다고 한다.

134) 남궁주현(주 43), 346면.

135) 2010년 7월 30일 발간된 “국제민사소송절차 개선방안” 최종보고서에 따르면, 설문에 응답한 국내기업 116개 업체 중 84.5%가 외국재판에 실제 손해배상 범위를 초과하는 부분이 있을 경우 승인·집행을 거부하여야 한다고 보았다고 한다. 이규호(주 20), 113면 참조.

136) 강수미(주 11), 114-120면.

137) 金孝信(주 15), 242-243면; 남궁주현(주 43), 358면; 석광현(주 34), 644-645면.

자료로서 집행의 여지가 있음을 인정하고 있으며,¹³⁸⁾ 징벌적 손해배상의 실질이 정신적 손해배상 등의 보상적 본질을 지닌 경우에는 독일의 근본원칙인 비례원칙에 반하지 아니한다고 본다.¹³⁹⁾ 관련하여 부산고등법원 2009. 7. 23. 선고 2009나3067 판결은 비경제적 손해에 대한 배상은 우리 법상 위자료에 해당한다는 이유를 들어 비경제적 손해에 대한 배상을 명한 미국판결을 일부나마 승인한 바 있으며, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결은 “이 사건 미국판결이 인정한 손해액이 전보배상의 범위를 초과한다거나 이 사건 미국판결의 손해액 산정방식이 우리나라 법원에서 사용하는 방식과 본질적인 차이가 있다고 보기 어려우므로, 그에 기초하여 내려진 이 사건 미국판결을 승인하는 것이 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋난다고 볼 수 없다”라고 판시한바, 이는 손해액의 산정방식상 다소 간의 차이가 있더라도 여전히 전보배상의 일환으로 볼 수

있음을 인정한 것으로 볼 수 있다.¹⁴⁰⁾

학설은 ‘전보배상’이라면 아무리 고액이더라도 공서 위반이 아니라는 입장과,¹⁴¹⁾ 지나치게 고액이면 승인하여서는 아니 된다는 견해¹⁴²⁾가 대립한다. 일본 판례는 “실제로 발생한 비용의 범위 내에서 그 부담을 정하는 것이라면, 변호사 비용을 포함하여 그 전액을 어느 한쪽 당사자에게 부담시킨다고 하더라도 일본 민사소송법 제118조 제3호 소정의 ‘공(公)의 질서’에 반하는 것은 아니라 할 것이다.”라고 판시함으로써 전자를 따르고 있으며,¹⁴³⁾ 독일 판례도 이탈리아 법원이 이탈리아 법에 따라 명한 전보배상액이 독일법에 비하여 많더라도, 그 자체만으로는 공서 위반에 해당하지 아니한다고 본 바 있다.¹⁴⁴⁾

우리 판례가 어느 입장을 택하고 있는지 명언한 바는 없으나, 종래 하급심판결들은 주로 후자의 입장을 따랐고,¹⁴⁵⁾ 대법원은 이를 묵인하였다는 분석이 있다.¹⁴⁶⁾ 그러

138) BGHZ 118, 312. 다만, 석광현(주 34), 648-649면은 미국의 배심원에 의한 판결은 통상 판결 근거를 명시하지 아니하는바, 실질적으로 징벌적 손해배상을 명하는 미국재판은 독일에서 집행될 수 없다는 취지에 다름 아니라고 한다.

139) BVerfGE 91, 335. 자세한 것은 강수미(주 11), 133-134면; 金孝信(주 15), 247면 참조.

140) 이러한 점을 감안하여 석광현(주 36), 258면 이하는 우리 법에서 인정되었을 배상액에 더하여 “쿠션”의 지급을 명하는 것까지는 공서 위반으로 볼 수 없다고 한다.

141) 皮貞鉉(주 40), 73면.

142) 석광현(주 36), 258면 이하.

143) 最判平成10(1998)年4月28日·民集52卷3号853頁[平成6年(才)第1838号].

144) BGH, NJW 1984, 568. 관련하여 金眞旻(주 43), 342-344면 참조.

나 민사소송법 제217조의2 제1항 신설 이후 최근 판례의 동향을 보면,¹⁴⁷⁾ 전자의 입장에 가까워진 것으로 보인다.¹⁴⁸⁾ 대상 판결의 사안에서의 원심판결 또한 미국판결에서 인정된 변호사 비용 및 실비 액수의 구체적 당부를 판단하지 아니한 채, 단순히 3배 배상의 대상이 아니라는 이유만을 들어 이를 전부 승인하고 있다.¹⁴⁹⁾

사건으로는 외국재판에서 명한 것이 전보배상인 이상, 그 액수의 다과를 불문하고 승인을 제한하지 못한다고 본다. “손해의 공평·타당한 분담”이라고 하는 한국 손해배상법의 기본원칙을 고려하여 우리가 승인할 수 있는 범위”로 승인을 제한하자 는 주장이 있으나,¹⁵⁰⁾ 이는 지극히 추상적

인 기준으로서, 전보배상액이 어느 정도에 이르러야 승인한도를 일탈하는지 명시적인 지침을 제공하지 못한다.¹⁵¹⁾

실제로 과도한 전보배상을 제한할 수 있다고 본 하급심판례 중에도 구체적인 승인 범위의 근거를 제시한 경우는 없다. 부산고등법원 2009. 7. 23. 선고 2009나3067 판결은 미국재판에서 배상을 명한 비경제적 손해액에 대하여 “위자료의 조절적인 기능을 합리적으로 고려한 범위 내에서 미화 100,000달러만을 승인함이 타당하다”라고 밝히면서, ‘100,000달러’라는 금액의 산출 근거에 관하여는 침묵하였다. 수원지방법원 2013. 11. 28. 선고 2013가합14630 판결은 ‘비례의 원칙’을 적용하여 원고가 구

145) 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결; 부산고등법원 2009. 7. 23. 선고 2009나3067 판결 등.

146) 석광현(주 36), 280면.

147) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결.

148) 석광현(주 36), 281면.

149) 미국의 경우 손해배상액의 산정에 있어서 변호사 보수 등 소송비용을 산입한다. 따라서 징벌적 손해배상액 중에는 전보배상의 영역에 해당하는 변호사 보수 등 소송비용이 포함되어 있는 경우가 있고, 민사소송법 제217조의2 제2항은 이 경우 그 한도 내에서 승인할 수 있다는 견해를 따른 것이다. 제217조의2 제2항은 헤이그관할합의협약 제11조 제2항(“요청받은 법원은 재판국의 법원이 인용한 손해배상이 소송과 관련된 비용과 경비를 전보하는지의 여부와 그 범위를 고려하여야 한다.”)과 예비초안 제33조 제3항(“제1항 또는 제2항을 적용함에 있어, 요청받은 법원은 재판국의 법원이 선고한 손해배상이 소송과 관련된 비용과 경비의 전보를 목적으로 하는지의 여부와 그 범위를 고려하여야 한다.”)을 모델로 삼은 것으로서[석광현(주 36), 250-251, 260-261면; 이규호(주 20), 123면], 헤이그관할합의협약 제11조 제2항은 소송비용이 전보배상의 범위에 포함되지 아니한다는 “잘못된(wrong)” 주장을 배척하기 위한 명시적 근거를 마련한 것이다. Hartley & Dogauchi(주 84), para. 205 (j), p.835 참조.

150) 석광현(주 36), 280면.

151) 석광현(주 36), 280면 스스로 우리 법원이 승인단계에서 과연 어느 정도 감액을 하는 것이 적절한지는 판단하기 어렵다고 밝히고 있다.

하는 금액의 70%를 한도로 승인을 제한하면서 70%라는 기준이 어떠한 과정을 거쳐 도출되었는지 아무런 설시를 하지 아니하였는데, 항소심인 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결은 위 판결을 취소하고 미국재판 전부를 승인하였고, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결도 같은 취지에서 상고기각하였다. 광주고등법원 2015. 2. 4. 선고 (제주)2013나1152 판결은 전보배상을 명한 미국재판을 50%의 범위 내에서만 승인하면서 감안한 제반사정의 하나로 미국재판에서 인정된 변호사비용과 우리나라 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙에 따른 변호사비용 간의 비교를 들었는데, 이는 외국재판 승인 제도의 취지를 근본적으로 오독한 것으로 보인다.¹⁵²⁾

물론 이러한 해석에 관하여는, 전보배상을 명하였다는 이유만으로 승인을 제한하지 못한다고 해석한다면 당초 입법목적과는 반대로 우리 국민과 기업은 민사소송법 제217조의2 제1항의 신설로 말미암아 예전보다 불리한 지위에 서게 된다는 비판이

있을 수 있다.¹⁵³⁾ 이군현의원안 제217조 제2항이 “외국법원이 인용한 변호사 보수를 비롯한 소송비용이 과도하다고 판단한 경우에는 그 범위에서 승인을 거부할 수 있다.”라고 규정함으로써, 전보배상에 대하여도 제한의 가능성을 남겨두고자 한 것 또한 사실이다. 그러나 전술한 바와 같이 민사소송법 제217조의2 제1항의 신설은 어디까지나 ‘전보배상의 범위를 초과하는 손해배상을 명한 외국재판’의 승인을 제한하기 위함이었지, ‘손해배상을 명한 외국재판’ 일반의 승인을 제한하는 데 그 의도가 있다고 볼 수 없다. 나아가 이군현의원안 제217조 제2항은 최종 입법과정에서 삭제된 규정이라는 점에서, 오히려 이를 반영하지 아니하는 것이 입법자의 의도에 보다 부합하는 해석이라고도 볼 수 있다.

한편 이러한 해석이, 위자료 액수에 일정한 상한이 있다는 판례의 태도나,¹⁵⁴⁾ 불법행위 손해배상청구권의 준거법 지정에 관한 국제사법 제52조 제4항이 과도한 전보배상의 경우에도 적용되는 것과 일관성이 없다는 지적도 있을 수 있다.¹⁵⁵⁾ 그러

152) 헤이그관할합의협약 제11조 제1항 또한 요청받은 법원이 동일한 액수의 손해배상을 명할 수 있었을지를 심사할 수 있다는 취지는 아니다. Hartley & Dogauchi(주 84), para. 205 (d) 참조. 한편, 위 판결에 대한 상고심인 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결은 “원심의 이러한 조치가 적절하지 아니”하다고 보면서도, 당시 사안에서는 피고만이 상고하였는바, 불이익변경금지의 원칙에 따라 상고를 기각하였다.

153) 석광현(주 36), 282-283면.

154) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

155) 석광현(주 36), 260, 287면.

나 위자료 산정에 있어서의 제한은 우리 사실심법원이 갖는 재량에 대한 한계로 작용하는 것으로서, 외국재판 승인과는 그 맥락을 전혀 달리한다. 국제사법 제52조 제4항 또한 판결국이 우리나라라는 점에서 외국재판 승인과는 근본적인 차이가 있고, ‘공서가 경감·완화된 효력’에 따라 이러한 차이는 어느 정도 받아들여야 한다. 현실적인 측면에서도 준거법 지정의 경우, 각 사안에 외국법을 적용할지 혹은 우리 법을 적용할지의 이분법적 문제이기 때문에, 법원이 ‘전보배상액이 어느 정도를 초과하면 공서에 반하는지’에 관한 명시적인 선(bright line)을 그어주지 아니하더라도 큰 문제가 없는 반면, 외국재판 승인의 경우 법원이 구체적인 승인 제한 액수를 명시하지 아니할 수 없어 법원으로서의 훨씬

큰 부담으로 작용하게 된다.

요컨대 우리나라를 매력적인 법정지(forum)로 만드는 것은, 외국재판의 승인을 제한하는 소극적·방어적 형태가 아니라, 우리 법의 기본질서에 반하지 아니하는 범위 내에서 위자료 액수나 변호사 보수 등 소송비용 산정방식을 근본적으로 개혁하는 적극적 방식으로 이루어져야 한다.¹⁵⁶⁾ 그러한 측면에서 ① 우리 공서에 반할 소지가 큰 ‘전보배상을 초과하는 손해배상을 명하는 외국재판’의 승인은 지나치게 만연히 허용하면서, ② ‘전보배상을 명하는 외국재판’의 승인은 제한하지 못한다는 명확한 설시를 회피¹⁵⁷⁾하는 현재 대법원의 태도에는 여러모로 아쉬움이 남는다.

156) 석광현(주 36), 259, 262, 290면 또한 이에 동의한다.

157) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결은 민사소송법 제217조의2 제1항에 관하여는 “당사자가 실제로 입은 손해를 전보하는 손해배상을 명하는 경우에는 민사소송법 제217조의2 제1항을 근거로 그 승인을 제한할 수 없다”는 일반론적 ‘법리’를 설시하면서도, ‘제217조 제1항 제3호를 근거로도 승인을 제한할 수 없는지’에 관하여는 직접적인 언급을 피하면서, 개별 사안의 차원에서만 결론을 내리고 있는 것으로 보인다.

참 고 문 헌

- 편집대표 김능환·민일영, 주석 민사소송법 제3권 제8판(한국사법행정학회, 2018).
- 편집대표 민일영, 주석 민사집행법 제2권 제4판(한국사법행정학회, 2018).
- 小林秀之·村上正子, 新版 國際民事訴訟法(弘文堂, 2020).
- Hartley, Trevor & Dogauchi, Masato, *Explanatory Report on the 2005 HCCH Choice of Court Agreements Convention* (Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 2013).
- 가정준, “판례평석: 손해배상의 범위가 다른 외국판결의 승인과 집행-대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결-”, 國際去來法研究, 第26輯 第1號(2017. 1), 261-280면.
- 강수미, “징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인·집행에 관한 고찰”, 민사소송, 제12권 제2호(2008. 5), 109-144면.
- 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무적 문제”, YGBL, 제2권 제1호(2010. 6), 193-220면.
- 김서울, “징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인·집행에 관한 논의 - 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다231550 판결을 계기로 -”, 國際私法研究, 제29권 제1호(2023. 6), 645-694면.
- 김석호, “외국 판결을 승인·집행하는 논거”, 法學研究, 제23집(2006), 275-304면.
- 김용진, “미국판결의 승인과 집행”, 法學研究, 第18卷 第2號(2007. 12), 89-115면.
- 金容漢, “外國判決承認의 法理”, 民事法과 環境法の 諸問題: 松幹安二瀋博士華甲紀念(博英社, 1986), 922-936면.
- 金眞旻, “징벌적 배상이 아닌 전보배상(填補賠償)을 명한 외국판결의 경우, 인용된 손해배상액이 과다하다는 이유로 승인을 제한할 수 있는지 여부(2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결: 공2015하, 1666)”, 대법원판례해설, 제105호(2015하), 316-348면.

- 金孝信, “懲罰的 損害賠償을 命한 外國判決의 承認·執行”, 商事判例研究, 第10卷(1999. 12), 235-253면.
- 남궁주현, “징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인과 집행에 관한 소고 - 우리나라에서 징벌적 손해배상 제도를 도입한 이후의 논의를 중심으로 -”, 商事判例研究, 제33집 제3권(2020. 9), 353-382면.
- 석광현, “損害賠償을 명한 미국 미네소타주법원 判決의 承認 및 執行에 관한 문제점 - 특히 相互保證과 公序의 문제를 중심으로 - - 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결에 대한 평석 -”, 國際私法研究, 제2호(1997), 627-652면.
- _____, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 國際私法研究, 제20권 제1호(2014. 6), 3-77면.
- _____, “손해배상을 명한 외국재판의 승인과 집행: 2014년 민사소송법 개정과 그에 따른 판례의 변화를 중심으로”, 國際私法研究, 제23권 제2호(2017. 12), 245-301면.
- 孫京漢, “外國判決 및 仲裁判定의 承認과 執行 -判例를 中心으로-”, 國際去來法研究, 창간호(1992. 1), 76-115면.
- 윤성근, “외국판결 및 중재판정 승인거부요건으로서의 공서위반”, 國際私法研究, 제20권 제2호(2014. 12), 437-473면.
- 尹鍾珍, “外國判決承認·執行의 法理와 그 解釋 -民事訴訟法 제203조의 改正과 관련하여-”, 海法·通商法, 第10卷(1998. 12), 879-902면.
- 이규호, “외국판결의 승인·집행에 관한 2014년 개정 민사소송법·민사집행법의 의의 및 향후 전망”, 민사소송, 제19권 제1호(2015. 5), 105-143면.
- 이우영, “최고법원으로서의 미연방대법원의 운용: 특히 본안심리사건수와 관련된 제도와 경험이 우리나라에 주는 시사점을 중심으로”, 미국학, 제32권 제1호(2009. 5), 199-247면.
- 이종욱, “손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 명하는 외국재판의 승인 및 집행 -공서 요건을 중심으로-”, 國際去來法研究, 第31輯 第2號(2022. 12), 111-160면.

- 蔣尙均, “외국판결의 집행요건(2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결: 공2004하, 1937)”, 대법원판례해설, 통권 제51호(2005), 502-532면.
- 정병덕, “공정거래법상의 3배 배상제도에 관한 연구”, 法學論叢, 第43卷 第4號(2019. 12), 373-400면.
- 최성수, “우리나라 판례에 나타난 외국중재판정 집행거부사유”, 法學論叢, 第22卷 第2號(2010. 2), 197-232면.
- 최안식, “外國判決의 承認과 執行”, 法學研究, 第17輯(2000. 12), 297-323면.
- 皮貞鉉, “外國判決의 承認·執行要件으로서의 公序良俗”, 考試界, 第531號(2001. 5), 65-78면.
- _____, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 비교사법, 제8권 제1호(2001. 6), 515-538면.
- 하상익, “손해배상에 관한 외국재판의 승인 -배액 배상제도를 중심으로-”, 민사재판의 제문제, 제27권(2020. 12), 787-829면.
- 한승수, “우리법상 公序 條項에 관한 개괄적 비교- 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로”, 中央法學, 제21집 제1호(2019. 3), 7-38면.
- 黃秉一, “仲裁判定(특히 懲罰的 損害賠償 判決) 執行可能性”, 仲裁, 第287號(1998. 3), 36-45면.
- 道垣内弘人·김문숙, “외국판결의 당해 외국에서의 집행결과의 평가 : 일부가 공서위반으로 인해 일본에서 승인집행할 수 없는 외국판결의 경우”, 國際私法研究, 제28권 제1호(2022. 6), 809-827면.
- 서홍석, Class Action에 의한 미국 판결의 국내 승인·집행에 관한 연구, 석사학위논문, 서울대학교(2015. 2).
- 강남일, “민사소송법 법률 일부개정법률안(이군현의원 대표발의, 제7673호) 검토보고”, 2014. 2.
- 강현중, “(10) 징벌적 손해배상의 법적 성격”, 법률신문(2016. 9. 12.자), <https://www.lawtimes.co.kr/Case-curation/103161?serial=103161> (2023. 12. 3. 최종방문).

오창석, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 <징벌적손해배상 도입·확대 등> ▣ 박정 의원 대표발의(의안번호 제6255호)”, 2017. 9.

이창립, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 <징벌적 손해배상제도 도입> ▣ 전해철 의원 대표발의(의안번호 제902호)”, 2016. 11.

전원열, “[2022년 분야별 중요판례분석] (3) 민사소송법”, 법률신문(2023. 3. 13.자), <https://www.lawtimes.co.kr/news/185939> (2023. 12. 3. 최종방문).

최우영, “민사소송법 제217조의2의 적용범위와 관련하여”, 법률신문(2016. 12. 15.자), <https://www.lawtimes.co.kr/news/138931> (2023. 12. 3. 최종방문).

국회사무처, “제346회국회(정기회) 정무위원회회의록(법안심사소위원회) 제3호”, 2016. 11. 22.

국회사무처, “제354회국회(정기회) 정무위원회회의록(법안심사제2소위원회) 제3호”, 2017. 12. 5.

[국문초록]

우리 법상 배액배상의 도입이 징벌적 손해배상을 명한
외국재판의 승인·집행에 미치는 영향

- 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다231550 판결의 평석을 중심으로 -

박재경

종래 우리 판례는 징벌적 손해배상을 명한 외국재판의 승인·집행을 민사소송법 제217조 제1항 제3호의 이른바 ‘공서 요건’을 근거로 일관되게 거부하여 왔다. 손해의 전보를 근본 이념으로 하는 우리 손해배상법의 입장에서, ‘제재’라는 일응 형사법적 목적이 가미된 징벌적 손해배상은 단순히 생소한 것을 넘어 도저히 시인할 수 없는 내용의 것이었다. 그러나 2011년 하도급거래 공정화에 관한 법률을 필두로, 개인정보 보호법, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 대리점 거래의 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 등 20여 개의 개별 법령영역에서 특별법의 형태로 손해액의 최대 3배 또는 5배에 해당하는 액수의 배상을 명할 수 있는 근거가 마련되었는바, 전보배상의 범위를 넘는다는 이유만으로 곧바로 공서에 위반된다고 보던 기존의 논의는 더 이상 유지할 수 없게 되었다. 본고가 다룬 대상판결은 이러한 변화를 대법원이 공식적으로 받아들인 최초의 선도적 사례라는 데 그 의의가 있다. 필자는 전술한 입법적 사정변경 속에서 대상판결과 같은 태도의 변화는 불가피하고, 응당 하여야 하는 것이라고 본다. 그러나 변경된 판례의 일반론적 설시가 과연 대상판결의 사안에도 적용되는지에 관하여는 의문이 든다.

우리 법이 도입한 것은 엄밀히 말해서 보통법상 징벌적 손해배상과는 구별되는 성문법상 배액배상이다. 그리고 그 도입 취지로는 징벌적 성격보다는 보상적·법집행적 성격이 강하게 나타나며, 각 법령영역별로 중시되는 기능이나 배상액의 상한이 상이하다. 즉, 전보배상의 원칙은 여전히 원칙적으로 우리 손해배상법을 지배하는 이념이며, 입법정책적 판단에 따라 제한적 영역에 한하여 예외가 인정되고 있을 뿐이다. 따라서 전보배상의 범위를 초월하는 배상을 명하는 외국재판은, 그것이 우리 법상 전보배상의 예외가 인정되는 영역과 동일한 ‘영역’인 때에 한하여 그 승인·집행의 결과가 우리 공서에 위반되지 아니한

다고 할 수 있다.

‘영역’을 판별하는 기준으로는 개별 ‘조문’, ‘법률’, ‘분야’를 들 수 있다. ‘법률’이나 ‘분야’의 경우, 입법자나 판단자의 주관에 따라 어디까지가 같은 법률·분야인지를 판별하기가 어렵고, 그 과정에서 영역의 범위가 조금씩 확대되어 궁극적으로는 징벌적 손해배상을 명한 외국재판 일반이 우리 공서에 위반되지 아니한다는 결론으로 귀결될 가능성이 크다. 따라서 판단의 명확성 및 당사자의 예측가능성, 상호주의, 기존 판례·통설과의 연속성 등을 감안할 때, ‘조문’을 기준으로 같은 영역인지 여부를 판단하여야 한다. 그럼에도 대상판결은 ‘법률’이나 ‘분야’를 기준으로 영역의 동일성 여부를 판단하고 있음은 물론, “적어도”라는 표현을 사용하며 향후 영역의 확장 가능성까지 내비치고 있다. 대상판결의 사안에서 미국판결이 근거로 삼은 하와이주법상 배액배상의 취지는, 우리 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 배액배상과는 달리 징벌을 통한 억제에 있는 점, 피고가 한 것으로 인정된 ‘불공정한 경쟁방법’은 우리 법상 ‘불공정거래행위’에 상응하는데 입법자는 입법과정에서 전문위원회와 공정거래위원회 등의 의견을 반영하여 불공정거래행위를 배액배상의 대상에서 의도적으로 제외한 점 등에 비추어도, 대상판결의 지나치게 과감한 설시에는 아쉬움이 남는다. 결국 대상판결의 사안에서는 원심판결과 같이 미국판결을 전보배상의 범위 내에서만 승인하였어야 한다.

한편 대상판결의 사안에서 문제 되지는 아니하였으나, 이른바 ‘과도한 전보배상’을 제한할 수 있는지, 제한한다면 어떻게 제한할지도 생각해볼 필요가 있다. 외국재판에서 지급을 명한 위자료나 변호사 비용 등의 산정방식이 우리나라와 달라 그 액수가 현저히 고액인 경우가 대표적인 예이다. 과거 우리 하급심판결들은 외국재판에서 명한 것이 전보배상이라 할지라도 그것이 과도한 경우에는 그 승인을 제한할 수 있다고 보았으며, 대법원은 이러한 하급심판결을 승인함으로써 그 견해에 찬동하고 있었다는 것이 주된 분석이었다. 그러나 민사소송법 제217조의2 제1항 신설 이후 최근 대법원 판례는 외국재판에서 명한 것이 전보배상이라면 민사소송법 제217조의2 제1항을 근거로 그 승인을 제한할 수 없다는 판시를 이어오고 있으며, (비록 명시적으로 실시한 바는 없으나) 제217조 제1항 제3호를 적용하여서도 승인을 거부할 수 없다는 취지로 읽힌다. 이러한 바뀐 판례의 태도가 민사소송법 제217조의2 제1항 신설 이전에 비하여 도리어 우리 국민과 기업을 불리한 지위에 놓이도록 만들고 있다는 지적은 일응 일리가 있으나, 우리 법원이 구체적으로 전보배상액

이 어느 정도를 초과하면 공서에 반하는지에 관한 명시적인 기준을 제시하지 못하는 이상, 실질재심사금지원칙과 당사자의 예측가능성의 측면에서 외국재판에서 명한 전보배상은 그 액수의 다과를 불문하고 그 승인을 제한하지 못한다고 생각한다.

앞으로 우리 법원과 국회, 학계가 중지를 모아, ① 전보배상을 초과하는 손해배상을 명하는 외국재판의 승인은 원칙적으로 제한하되 우리 법상 대응하는 배액배상 조항이 있는 경우에 한하여 예외적으로 당해 조항에서 규정하는 상한의 한도 내에서 이를 승인하고, ② 전보배상을 명하는 외국재판의 승인은 과감하게 허용함으로써, 우리 국민과 기업의 피해를 방지하면서도 우리나라를 매력적인 법정지(forum)로 만들어 나가기를 기원한다.

주제어

외국재판의 승인·집행, 공서, 징벌적 손해배상, 배액배상, 민사소송법 제217조 제1항 제3호, 민사소송법 제217조의2 제1항

[Abstract]

Impact of Introduction of Multiple Damages to Recognition and Execution of Foreign Country Judgments in Korea

- Supreme Court Decision 2018Da231550 Decided March 11, 2022 -

PARK Jaekyung

Hitherto Korean case law has consistently rejected the recognition and execution of foreign country judgments awarding punitive damages under the so-called “public order requirement” of Article 217 (1) 3 of the Civil Procedure Act. Punitive damages, based mainly on the ideology of “punishment”, was unacceptable from the standpoint of Korean civil liability law, which adheres to compensatory damages. However, Korean law has gradually accepted the notion of punitive damages in more than 20 legal areas since 2011, in the form of treble or quintuple damages. This meant that Korean courts can no more hastily jump into the conclusion that if the compensation awarded by the foreign country court is beyond the scope of compensatory damages, it violates the public order of Korea. Supreme Court Decision 2018Da231550 Decided March 11, 2022 (hereinafter referred to as “the Decision”) is the leading case in which Korean Supreme Court officially declared its changed stance on recognition and enforcement of foreign country judgments awarding punitive damages. In the midst of introduction of statutory multiple damages, the change in the Court’s view is not only inevitable, but must. However, it is doubtful whether the Court’s changed view can be applied in the matter of the Decision.

Strictly speaking, what Korean law has adopted is statutory multiple damages, not punitive damages discussed in common law countries. In Korea, the main motives of multiple damages are at promoting compensation and encouraging law enforcement, rather than punishing defendants. Also, each multiple damages law has different functions and the upper limit of compensation. That is to say, Korean civil liability law is still governed by the principle of compensatory damages, and exceptions are only granted in limited areas. Thus, the foreign country judgments awarding compensation beyond the scope of compensatory damages do not

violate the Korean public policy, only if multiple damages is recognized in the corresponding "area" in Korea.

Some might say that the "area" means individual "provision", while others might think of "act" or "legal field". However, since there is no objective standard on how far can be codified in the same "act" or how far can be categorized as in the same "legal field", the scope of "area" will gradually expand, ultimately leading to the radical conclusion that every foreign country judgment ordering punitive damages is within the scope of Korean public order. For the clarity of judgment, the predictability of parties, principle of reciprocity, and the continuity with conventional case law, it is necessary to determine the scope of "area" based on "provision". Nevertheless, the Decision judged the "area" based on "act" or "legal field" using the expression "at least", suggesting the possibility of expanding the scope of "area" in the future. Considering that the purpose of treble damages under the Hawaii Revised Statutes is at suppressing violation through punishment unlike Korean law, and that legislators deliberately excluded "unfair trade practices" which corresponds to "unfair methods of competition" in Hawaiian law from the subject of treble damages in Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act, the Decision is immoderately "bold".

Meanwhile, although not an issue in the Decision, it is necessary to think about whether and how to limit the recognition of the so-called "excessive compensatory damages". In the past, lower courts limited the recognition if the compensatory damages awarded by foreign country court seems excessive, and the Supreme Court implicitly agreed with the view by approving such lower court judgments. Since the establishment of Article 217-2 (1) of the Civil Procedure Act however, recent Supreme Court decisions have been continually ruling that recognition of compensatory damages ordered by foreign country court cannot be restricted based on Article 217-2 (1) and (although not explicitly stated) Article 217 (1) 3. Since it is impossible for the court to provide the mathematical bright line on the amount of compensation that violates Korean public order, it is reasonable not to limit the recognition of the compensatory damages awarded by foreign country court regardless of the amount.

Key Words

recognition and execution of foreign country judgments, public order, punitive damages, multiple damages, Article 217 (1) 3 of the Civil Procedure Act, Article 217-2 (1) of the Civil Procedure Act

제46차 UN 국제상거래법위원회(UNCITRAL) 제3실무작업반 논의 동향

법무부 국제투자분쟁과 사무관 김 영 옥

I. 회의 개요

UN 국제상거래법위원회(이하 ‘UNCITRAL’) 제3실무작업반(이하 ‘제3작업반’)의 제46차 공식회의가 2023. 10. 9.부터 10. 13.까지 비엔나 UN 본부에서 개최되었다.

회의에는 우리나라를 비롯하여 미국, 영국, 캐나다, 프랑스, 일본, 중국, 러시아 등 57개 회원국과, 바레인, 코스타리카, 이집트, 엘살바도르, 시에라리온 등 27개 옵저버 국가의 정부대표단들이 참석하였다.

또한 EU(European Union), ICSID(International Center for Settlement of Investment Dispute), ASIL(American Society of International Law), CRCICA(Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration), CIL(Centre for International Law at the National University of Singapore), CIArb(Chartered Institute of Arbitrators), CCIAG(Corporate Counsel International

Arbitration Group), ICLRC(International and Comparative Law Research Center), MPIL(Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law), Milan Chamber of Arbitration, USCIB(United States Council for International Business) 등 다양한 국제기구 및 비정부기관도 참석하였다.

제3작업반은 2024년 6월 말 제57차 본회의에서 ‘국제투자법 자문센터 설립에 관한 조항(Provisions on the Establishment of an Advisory Centre on International Investment Law, 이하 자문센터 설립조항)’의 제출을 목표로 하고 있는바, 금번 회의에서는 채택 형식 및 조항 초안에 대한 전반적인 논의가 이루어졌다.

아울러 국제투자분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement, 이하 ‘ISDS’)의 절차 및 범분야 이슈에 관한 조항(Provisions on Procedural and Cross-cutting Issues) 초안에 대해서도 논의가 이루어졌는데, 이는 2025

년 본회의 제출을 목표로 하고 있는바, 금번 회의에서는 일부 조항만 다루고, 2024년 1월 회의에서 다시 논의하기로 하였다.

II. 주요 논의 사항

가. 자문센터 설립조항(WP. 230)

1) 논의 배경

제3작업반은 2017년부터 ISDS 제도의 다양한 문제점을 식별하고, 다자적 차원의 개선 방안을 마련하기 위한 논의를 지속해왔다. 특히 ISDS 특성상 절차 소요기간과 지출비용이 상당하여 ISDS 제도가 최빈국 및 개발도상국과 같은 국가뿐 아니라 중소기업의 투자자들에게도 매우 큰 부담이 되고 있다는 문제점이 지적되었고, 이를 개선하기 위한 일환으로 세계무역기구법 자문센터(Advisory Centre on WTO Law, 이하 'ACWL') 선례를 참고하여 ISDS 관련 지원 서비스를 제공하는 '자문센터 설립'에 대한 논의가 본격적으로 시작되었다.¹⁾

자문센터가 ISDS 절차 지원, 교육 프로그램, 세미나 등의 서비스를 통해 개발도상국의 분쟁 대응 역량을 강화하는 데 기여할 수 있을 것이라는 설립 취지를 고려

하여 정부간 기구로 설립하되 현재로서는 원칙적인 채택(adopt in principle)을 하도록 하고, 추후 다자문서의 일부로 포함하는 것이 적절하다는 공감대가 형성되었다. 다만 후술하는 바와 같이 설립 문안 성안을 위한 초안²⁾ 중 서비스 범위, 수혜자, 운영 구조 등과 관련하여 국가 간 이견이 존재하였다.

2) 일반 원칙

설립문안 초안 제3조는 자문센터의 일반 원칙에 관한 문안이다. 자문센터의 운영이 ① 효과적(effective)이고 지속가능한(sustainable) 방법으로 운영되어야 하고, ② 외부의 영향(external influence)을 받지 않고 독립적이어야 하며, ③ 자문센터 설립 목적을 추진할 수 있도록 여타 국제기구와 긴밀하게 협력해야 한다는 기본 원칙에 대하여 대다수의 국가가 지지하였다.

다만 미국과 스위스는 '지속가능한 운영'의 의미가 다소 불분명한바, 예컨대 재정적인 영역에서의 지속가능성이라면 이를 명확하게 알 수 있도록 수정해야 한다는 의견을 제시하였다. 인도는 개발도상국 등의 자문센터 서비스 이용 혜택을 극대화하기 위하여 접근이 용이하고(accessible) 적절한 수준의 비용으로(affordable) 운영되

1) A/CN.9/WG.III/WP.168

2) A/CN.9/WG.III/WP.230

어야 하는 원칙을 추가할 것을 제안하였다.

아울러 ISDS 절차 서비스 제공시 회원국으로부터 영향을 받는 것은 불가피하므로, 자문센터 서비스 특성을 고려하여 ‘외부의 영향’을 ‘부당한 영향(undue influence)’으로 수정하도록 하는 의견도 제기되었고, 협력의무 범위에 국제기구뿐 아니라 지역기구(regional organization)도 포함해야 한다는 의견도 제시되었다.

3) 회원자격 및 운영구조

설립문안 초안 제4조는 회원자격에 관한 문안이다. 제4조 제1항의 주권 국가와 지역경제통합기구만이 자문센터의 회원이 될 수 있다는 초안 규정에 대하여, 많은 회원국이 지지하는 입장을 표명하였으나, 러시아는 회원 자격 외에도 읍저버 자격 허용에 관한 조항을 추가하는 방안을 제시하였고, CIArb는 NGO와 MSMEs(micro-, small- and medium sized enterprises, 이하 ‘MSMEs’)도 회원 자격에 포함해달라는 의견을 제기하였다. 또한 캐나다는 동조예 회원의 권리의무에 관한 문안도 추가할 것을 제안하였다.

설립문안 초안 제5조는 운영구조에 관한 문안으로, 운영이사회(Governing Board)와 사무국(Secretariat)으로 구성되는 2단계 운영구조를 제시하고 있다. 많은 회원국은

이러한 2단계 운영구조가 자문센터의 효율적인 의사결정 및 운영에 도움이 될 것이라는 이유로 지지하는 입장을 표명하였고, 인도와 아르헨티나는 운영이사회의 구성시 지역성(regional)과 법조계(jurisdiction)의 다양성도 고려해야 한다는 의견도 덧붙였다. 또한 운영이사회 의사결정시 표결이 필요한 사안에 대한 구분, 필요 정족수, 회의 개최주기 등도 명확하게 해야한다는 의견도 제기되었다.

4) 제공 서비스 및 서비스 수혜자 범위

설립문안 초안 제6조와 제7조는 자문센터가 제공하게 될 두 가지 핵심 서비스에 관한 문안으로, 각각 ‘기술적 지원 및 역량 개발’, ‘ISDS 절차 관련 지원’에 대한 것이다. 제6조의 서비스는 세미나, 교육 프로그램, 자문, 정보 교환 등을 상정하는 반면, 제7조는 분쟁발생 초기대응, 중재·조정인 선정, 서면 및 증거 준비, 대리 서비스 등 ISDS 절차 전반에 걸친 서비스를 상정하는 것이므로, 서비스 범위 및 수혜자 등을 판단함에 있어 두 조항 간 다른 접근법이 필요하다는 공감대가 형성되었다.

EU, 콜롬비아, 시에라리온, 인도, 아르메니아, 칠레 등의 국가들은 제6조와 제7조의 서비스 모두가 개발도상국에 매우 필요한 서비스임을 강조하였으나, 미국, 영국, 캐나다 등 국가들은 제7조의 서비스는 상

당한 비용과 시간이 소요되는 업무이므로, 자문센터의 한정된 자원 대비 업무 과중이 초래될 가능성이 있어, 회원국의 ISDS 대응역량을 강화시킬 수 있는 제6조의 서비스에 초점을 두어야 한다면서 제7조에 대해서는 소극적인 의견을 제기하였다.

제7조 서비스 범위에 대해서도 다양한 의견이 개진되었는데, ISDS 대응 역량이 부족한 최빈국과 개발도상국에 ISDS 절차 지원을 효과적으로 지원해줄 수 있도록 ISDS 절차 전 단계에 걸친 연속적인 지원이 보장되어야 한다는 입장이 있었던 반면, ISDS 절차 초기, 예컨대 중재판정부 구성 전까지만 서비스를 제공하고, 이후 실질 절차는 외부 전문가를 통해 대응하도록 하는 방법과 같이 현실적으로 제공 가능한 범위를 상정하는 것이 필요하다는 의견도 제기되었다.

제7조 서비스와 관련된 문제점 및 우려 사항도 지적되었다. 절차지원 서비스의 질(quality) 문제, 사건의 결과가 회원국에게 불리한 경우 책임 소재 제기 가능성, 본 서비스에 수반되는 예산부담 문제, 외부 대리인 선임시 이해충돌 문제, 자문센터의 독립성 저해 등 추후 발생할 수 있는 여러 위험이 있으므로, 이에 대한 적절한 대비 내지 가이드라인을 제공할 필요하다는 의견이 제기되었다.

또한 제6조와 제7조 서비스 제공 분야에 국가 간 분쟁(State-to-State Dispute, 이하 ‘SSDS’)의 포함여부와 관련해선, 스위스, 콩고, 호주 등은 이를 반대하거나 우려하는 입장을 표명한 반면, EU, 시에라리온, 이란, 케냐는 SSDS는 ISDS와 메커니즘이 다르므로 ISDS와의 구분을 위하여 SSDS도 명시적으로 포함해야 한다는 의견을 개진하였다.

위 서비스를 제공하는데 있어, 비회원의 참여(서비스 제공자 내지 수혜자) 허용 여부에 대하여 회의 초기부터 국가 간 첨예한 대립이 있었다. 우선 콜롬비아, 아르헨티나, 파키스탄, 파나마, 베네수엘라, 베트남 등은 자문센터의 한정된 자원, 이해충돌 우려, 형평성 저해, ISDS 제소 증가 등을 이유로 비회원국과 MSMEs에 대한 제6조와 제7조 서비스 제공을 전면 반대하였다. 반면, 우리나라와 캐나다는 회원국에 서비스를 제공하는 것을 원칙으로 하되, 문안상 비회원에게 서비스 제공이 허용되는 예외적 상황(exceptional circumstances)의 정의 및 판단 기준을 명확하게 규정할 필요성을 제기하였고, 미국, 영국, 호주는 비회원인 최빈국과 개발도상국, MSMEs에게도 사법접근(access to justice) 권리가 보장되어야 하므로 이를 허용해야 한다는 입장을 표명하였다. 또한 스위스와 도미니카공화국 등은 비회원에게 제7조의 서비스를 제

공하는 것은 반대하나, 제6조의 서비스에 서 세미나 연사, 교육프로그램 강사, 참석자 등으로 참여하는 자문센터와 회원국에 도움이 될 수 있으므로 제6조에 국한하여 허용할 수 있다는 입장을 표명하였다.

CIArb, CCIAG 및 USCIB와 같은 옵저버 기관들은 MSMEs의 참여를 전면 반대하는 국가들의 입장에 대하여 유감을 표하면서 MSMEs도 기본적으로 자문센터 서비스를 이용할 수 있는 권리가 보장되어야 하고, 주로 분쟁 예방을 위한 자문 목적으로 이용할 것으로 예상된다는 의견을 제기하였다. 또한 MSMEs의 재정 기부 및 참여를 통해 자문센터도 어느 한쪽에 치우치지 않는 균형 있는 서비스를 제공할 수 있을 것이고, 기업들이 자문센터 서비스를 이용할 수 있다면 개발도상국에 더욱 안전하게 투자하여, 중국적으로 개발도상국의 시장과 경제발전에 기여할 수 있으므로 MSMEs도 서비스 제공 내지 수혜자 범위에 포함하는 것이 바람직하다는 의견을 제기하였다.

비회원의 참여여부 판단 권한과 관련해서는, 현 문안상 사무국장이 이를 결정할 수 있다고 규정되어 있으나, 대다수의 국가들은 사무국장이 단독으로 결정하는 것에 반대하며, 참여허용 여부에 대한 객관적이고 명확한 판단 기준을 수립하여 운영 위원회가 결정하도록 해야 한다는 의견을

제시하였다.

5) 자금 및 법적 지위

설립문안 초안 제8조는 자금조달, 제9조는 법적지위 및 책임에 관한 조항이다. 자문센터의 안정적이고 예측가능한 운영을 위해 회원국들이 매년 분담금을 지급해야 한다는 점에 대해서는 합의가 이루어졌다. 이러한 분담금은 회원국의 경제 발전 정도 (sliding scale)를 고려하여 결정되어야 하고, 보다 효율적인 관리를 위해서 신탁기금(trust funds)를 조성해야 한다는 의견도 있었다. 또한 회원국이 갖는 혜택과 장점을 극대화할 수 있도록, 회원국과 비회원국의 서비스 효율을 구분하여, 비회원국의 효율은 더 높게 책정되어야 한다는 의견도 제기되었다. 마지막으로 정부, NGO, 기업, 로펌, 개인 등에 의한 기부금을 투명하게 운영할 수 있도록 자문센터의 독립성과 투명성 관련 원칙도 추가해야 한다는 의견이 제시되었다.

자문센터의 법적지위와 책임은 자문센터가 UN산하기관으로 설립될지 여부와 소재지협정(host country agreement)에 따라 추후 구체적으로 논의될 수 있는 사안인바, 이번 회의에서는 자문센터의 법인격 및 상근직원들의 면책특권과 전문인 배상 책임보험의 필요성 정도만 언급되었다.

나. 절차 및 범분야 사안(WP.231)

금번 회의에서 두 번째로 논의한 안건은 25개의 절차 및 범분야 사안³⁾에 대한 조항 초안이었다. 동 조항은 ISDS 절차를 세 개의 Section으로 나누어 구분하였는데, 즉 Section A는 청구 제기(Submission of a claim), Section B는 절차의 이행(Conduct of the proceedings), Section C는 중재판정부의 결정(Decisions by the Tribunal)로 구성되어 있다.

Section A는 투자자가 청구를 제기하기 위해서 충족해야 할 사전 요건들(냉각기간, 국내구제절차, 포기)과 제한·예외사항(제척기간, 혜택의 거부, 주주청구)을 규정함과 동시에, 국가의 반대청구 및 규제권한에 대한 내용을 규정하여 주권국가의 권리보호에 기여하고자 함을 목적으로 작성되었다. Section B와 C는 중재뿐 아니라 보다 일반적인 모든 종류의 분쟁해결절차에 적용될 것을 전제로 작성되었으며, 절차의 예측가능성과 명확성 증대를 목적으로 작성되었다.

제3작업반은 세부 문안에 대하여 논의하기에 앞서, 절차 및 범분야 사안이 제3작업반의 위임범위(mandate)에 포함되는지에 대하여 여러 의견을 교환하였다. 스위

스, 미국, 인도, EU 등은 제3작업반의 검토 의무는 ISDS의 절차적인 사항에 한정되어야 한다는 의견이었고, 반면 파나마, 에콰도르, 콜롬비아, 아르메니아, 베네수엘라 등은 제3작업반의 위임범위는 ISDS의 제도개선을 위해 필요한 사항으로 보다 광범위한 의무를 갖고 있다는 의견을 제기하였다.

또한 작업반은 절차 및 범분야 사안 조항의 성격 및 규정 형태, 즉 ① ISDS 절차 모델 조항(model provision)으로 합의하는 방안, ② 다자간 체제 의정서(protocol)로 합의 후 국가가 개별적으로 선택하도록 하는 방안(opt-in), ③ UNCITRAL 중재 규칙을 개정하는 방안에 대하여도 입장을 개진하였는데, 미국, 싱가포르, 중국 등은 절차 규칙을 선택적으로 취하고 유연하게 적용할 수 있도록 모델 조항으로 합의하는 방식을 선호한다는 입장을 표명한 반면, 콜롬비아, 아르메니아, 캐나다 등은 조항의 내용에 따라 일부 조항은 UNCITRAL 중재 규칙 개정하는 방식으로, 일부는 다자간 체제 의정서 내지 모델조항으로 채택하는 방식을 희망한다는 입장을 표명하였다.

마지막으로 시간 관계상 25개의 조항을 다 다룰 수 없으므로, 검토 우선순위에 대해서도 국가별 의견을 청취하였고, 제3작

3) A/CN.9/WG.III/WP.231

업반 의장은 이러한 의견을 종합적으로 반영하여 제23조 손해와 배상액의 산정부터 논의를 시작하고, Section A, B 순서로 논의할 것을 제안하였다.

1) 손해와 배상액의 산정

절차규칙 제23조 조항의 취지는 ISDS 판정에서 각 관정부마다 다른 손해배상 산정 원칙을 적용하는 문제점을 개선하기 위함이며, 금전배상원칙, 수용시 재산반환, 판정 전·후 이자, 산정근거 요소, 입증, 손해전문가 사용, 징벌적 손해배상의 금지 및 비용의 분배 등에 관한 규정이다.

우리나라는 ISDS 제도개선의 일환으로 손해와 배상액의 산정과 관련된 논의가 필요하고, 현재 별도로 규제되고 있지 않은 손해산정 방식에 대하여 중재판정부와 전문가에게 적절한 가이드라인을 제공할 수 있다는 점에서 동조를 지지하는 입장을 표명하였다. 시에라리온, 파키스탄, 인도, 칠레 등도 중재판정부가 추정에 근거하여 내리는 과도한 손해액과 판정의 비일관성을 문제로 지적하면서, 다자협약 또는 국제투자협정(International Investment Agreements, IIAs)에 포함시킬 구속력 있는 규범조항 마련에 대하여 지지하였다.

그러나 미국, 싱가포르, 영국, 캐나다, 호주 등은 손해산정은 개별사건의 성격과 사

실관계에 따라 달라질 수 있고, 국가마다 다양한 정책적 상황 및 규정이 있으며, 국제관습법상 ‘완전 배상의 원칙’이 보편적으로 인정되어왔는데, 손해산정 방식을 단편적으로 규정하는 것은 국제관습법에 반한다는 부정적인 의견을 제기하였다.

제2항 ‘이자 산정방식 및 기준’과 관련, 우리나라는 ISDS 중재절차는 수년이 소요되어 복리 이자율 적용시 이자금액이 급속도로 배상원금을 초과하는 상황이 발생할 수 있다는 점에서, 단리 이율을 선호하고, 현 문안에 기재된 ‘합리적인 이율’에 대해서도 보다 명확한 정의를 제공해줄 것을 요청하였다. 인도, 파나마, 멕시코 등은 무분별한 손해액 증가의 원인이 되는 복리 이자율을 금지해야 한다는 의견을 개진한 반면, 미국, 싱가포르, 캐나다는 ‘완전 배상의 원칙’에 부합하는 경우 복리 이자율도 허용해야 한다는 의견을 제시하였다.

제4항 손해의 입증과 관련하여, 입증책임에 관한 명백한 기준을 제시하고, 추상적인 손해배상을 제한한다고 규정한 점에 대해서 우리나라를 포함한 다수의 국가가 지지를 표명하였다. 미래 현금(future cash flow)을 사용한 손해액 산정방법을 명시하는 것과 관련, 스위스와 캐나다는 특정 손해액 산정방식을 제안하지 않고 가이드라인 등에 상술하는 방안을 선호하는 입장을

개진한 반면, 칠레, 시에라리온, 콜롬비아, 파나마 등은 현금 흐름 할인법(Discouted Cash Flow, DCF)을 광범위하게 사용하는 것의 문제를 지적하며, 중재판정부가 DCF 방식을 사용할 수 있는 경우를 제한하여 명시하는 방안을 제안하였다.

제8항 청구인의 투자 소요비용을 초과하는 금전 배상을 명할 수 없다는 규정 관련하여, 아르메니아, 나이지리아, 아르헨티나, 인도 등은 이에 대하여 지지 의견을 표하였으나, 미국, 캐나다, 싱가포르 등은 완전 배상의 원칙에 위배된다는 우려를 표명하였다. 우리나라도 과도한 판정 손해배상액을 제한하고자 하는 취지는 공감하나, 국제관습법상 법리와의 조화가 필요하고, 위 문제는 제25조의 ‘비용 분배’ 관련 조항을 통해 해소할 수 있다는 의견을 제기하였다.

2) 협의·협상

위 Section B의 제23조에 관한 논의를 마친 후, 의제 초반으로 돌아가서 Section A의 범분야 사안 조항 제1조에 관한 논의를 진행하였다. 제1조는 정식 분쟁해결절차 개시 전후로 분쟁 당사자는 언제든지 협의와 협상(consultation and negotiation)을 통하여 분쟁을 우호적으로 해결할 수 있도록 하는 문안으로, 이에 대한 당사자간 협력 의무, 회부시점, 협의·협상 요청시 요구되

는 정보 등이 포함되어 있다.

다만 동조에 대하여 이미 제45차 제3작업반 공식회의와 제56차 본회의를 통하여 ‘조정(mediation)’ 조항을 성안한 바 있고, Section A의 제5조 우호적 분쟁해결 조항과 다소 중복되어 보이는바, 제1조와 제5조를 정리하여 이와 관련된 조항을 다시 새롭게 작성하여 검토하기를 요청하는 의견이 다수 제기되었다. 이에 따라 의장은 사무국에 해당 문안을 재작성하도록 요청하겠다고 정리하였다.

3) 국가 간 분쟁해결

범분야 사안 조항 제4조는 국가 간 분쟁해결(State-to-State Dispute, SSDS)과 관련된 조항으로, 협정 체결국은 자국 국적 투자자를 대위하여 UNCITRAL 중재규칙 내지 협약상 분쟁해결 조항에 따라 타방 체결국 상대로 청구를 제기할 수 있다는 내용이다. 본 조항은 브라질이 체결한 다수의 투자보장협정(BIT)에 반영되고 있는 추세인바, 브라질은 SSDS는 현 ISDS 모델의 대안이 되며, 분쟁의 예방과 완화에 도움이 될 것이고, 투자자-국가의 규제권한 간 균형을 이룰 수 있으며, 민간-공공 영역의 비대칭성을 완화할 수 있을 것이라는 의견을 제시하였다. 그러나 우리나라를 포함한 다수의 회원국들은 SSDS 조항은 극히 소수의 조약에서 다루고 있는 조항이고, 사실

상 외교적 보호(diplomatic protection)와 유사한 것으로, 중재제도에 이를 도입해야 하는 것은 매우 신중해야 한다는 우려 견해를 표하였다. 이에 따라 의장은 브라질의 SSSD 모델이 충분히 발전되어 있음을 언급하면서도, 주권국가의 정책 영역으로 볼 수 있으므로 동 조항은 더 이상 논의하지 않는 것으로 정리하였다.

4) 국내 구제 절차 소진

범분야 사안 조항 제6조는 ISDS 제기 전 투자자는 국내구제절차를 모두 소진해야 한다는 요건에 관한 조항이다. 우리나라를 포함한 일본, EU 등 국가들은 국내구제절차 완료가 효율적이지 않고, 오히려 분쟁 기간이 더 지연되고 비용이 증대될 수 있으므로, 국내절차를 통한 분쟁해결을 장려할 수 있으나 이를 의무조항으로 규정하는 것은 동의할 수 없다는 견해를 제시하였다. 반면 인도, 브라질, 코트디부아르 등의 국가들은 국내구제절차 소진 원칙은 국제 관습법상 인정되어온 중요한 원칙이고, ISDS 제소에 따른 시간 및 비용의 부담을 감소시키는 효과가 있으므로 의무조항이 되어야 한다면서 동조를 지지하였다. 특히 아르헨티나는 국내구제절차 소진 조항은 남미 국가들의 관련 협정에서 통상적으로 사용되고 있다고 언급하였고, 에콰도르는 국내 법원이 투자분쟁을 해결할 수 있다는

점을 언급하였다. 이에 따라 의장은 국내 구제절차소진과 관련해선 근본적으로 국가 간 정책적인 차이가 있는 것으로 보이므로, UNCITRAL 사무국으로 하여금 국내 구제절차를 장려하나 강제성을 띠지 않는 문안으로 수정해줄 것을 요청하기로 하고 논의를 마무리하였다.

III. 평가 및 시사점

자문센터의 설립조항은 제57차 본회의에서 성안될 예정이다. 금번 회의를 통해 자문센터 설립의 필요성과 개발도상국 지원에 우선순위를 두는 것에 대한 공감대는 형성하였으나, 비회원의 자문센터 서비스 이용여부 및 절차지원 서비스의 구체적인 범위와 수혜 대상에 대해서는 국가 간 첨예한 대립이 이루어졌는데, 이에 대해서는 차기 회의(25년 1월)에서 계속 논의될 것으로 보인다.

절차 및 범분야 사안 조항에 대하여도 선진국과 개발도상국 간의 입장차가 극명하게 갈리어 문안 세부 사항에 대한 진전보다는 일반적 논의를 통해 각 국가의 입장 파악에 많은 시간을 할애하였으며, 투자법원 및 상소제도 등이 잔여 의제로 남아 있는 현 상황에서 2025년까지 논의가 마무리될 수 있을지는 다소 불투명해 보인다.

그러나 제3작업반은 ISDS 제도 개혁 논의가 가장 심도 있게 논의되고 있는 다자 협의체이므로, 우리나라도 2024년 의제를

면밀하게 검토하여 우리나라의 입장을 최대한 반영될 수 있도록 적극적인 참여를 계속 이어 나가야 할 것이다. 끝.

「통상법률」 연구윤리규정

2009. 6. 30 제정

제1장 전문

제1조(목적) 이 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」에 게재할 논문과 관련하여 논문의 저자, 편집위원, 심사위원 등이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 정함으로써 「통상법률」의 연구윤리를 제고하고 건전한 연구문화의 정착에 기여하는 데 그 목적이 있다.

제2장 저자 등의 연구윤리

제1절 저자의 연구윤리

제2조(연구부정행위의 금지) 저자는 연구과제의 제안, 연구과제의 수행, 연구결과 등의 보고 및 발표 등에서 위조·변조·표절 등 연구부정행위(이하 부정행위)를 하여서는 안된다. 부정행위는 구체적으로 다음 각 호와 같다.

1. “위조”는 존재하지 않는 허구의 자료를 이용하는 등 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구과정 또는 연구자료 등을 인위적으로 조작하거나 임의로 변형하거나 삭제함으로써 연구내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다.
3. “표절”은 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 정당한 승인이나 인용표시 없이 도용하는 행위를 말한다. 다만, 타인의 연구결과를 그 출처와 함께 인용하는 경우에는 그러하지 아니하다.
4. “부당한 논문저자 표시”라 함은 연구내용 또는 결과에 대하여 공헌 또는 기여를 한 정도에 따라 저자(역자)(단독연구의 경우)나 저자(역자)의 순서(공동연구의 경우)를 정확하게 표시하지 않는 행위를 말한다. 연구에 공헌이나 기여한 자에게 정당한 이유 없이 논문저자(역자) 자격을 부여하지 않거나, 공헌 또는 기여를 하지 않는 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자(역자) 자격을 부여하여서는 아니된다. 다만, 연구나 저술에 대한 작은 기여가 있는 경우에는 이를 각주, 서문, 상의 등에서 감사를 적절하게 표한다.

5. 본인 또는 타인의 부정행위의 의혹에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위

제3조(연구결과에 대한 책임) 저자는 자신의 연구결과에 대하여 스스로 책임을 진다.

제4조(연구결과물의 중복게재 또는 이중출판의 금지) ① 저자는 국내외를 막론하고 이전에 출판된 자신의 연구결과(출판예정이거나 출판심사 중인 연구결과 포함)를 새로운 연구결과인 것처럼 본 학술지에 투고하여서는 아니된다.

- ② 저자는 본 학술지에 투고한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 여타 학술지에 중복해서 투고하여서는 아니된다.

③ 투고 이전에 출판된 연구물(박사학위 논문 포함)의 일부를 사용하여 출판하고자 할 경우에는 학술지의 편집자에게 이전 출판에 대한 정보를 제공하고 편집자는 이에 대하여 중복게재나 이중출판에 해당하는지의 여부를 확인하여야 한다.

④ 저자가 연구물을 투고하는 경우에는 (별지1)의 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 작성하여 제출하여야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 투고 및 게재된 논문 등에 대하여는 본 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권에 동의한 것으로 간주한다.

제5조(검증을 위한 연구 자료의 공유) ① 연구결과가 본 학술지에 게재된 이후 그 연구결과물의 재분석을 통한 검증을 목적으로 연구 자료를 요청하는 경우에는 연구 참여자에 대한 기밀이 보호되는 범위 내에서 자료를 제공할 수 있다.

- ② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 자는 오로지 당해 목적으로만 연구 자료를 사용할 수 있으며, 다른 목적으로 연구 자료를 사용하고자 할 경우에는 본 학술지의 편집위원장 및 그 저자의 사전 동의를 얻어야 한다.

제6조(인용 표시방법) ① 저자가 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 활용하고자 하는 경우에는 본 학술지가 정한 원고 투고 규정에 따라 정확하게 표시하여야 하며, 상식에 속하는 자료가 아닌 한 반드시 그 출처를 명백히 밝혀야 한다.

- ② 개인적인 접촉을 통해 얻은 비공개 학술자료의 경우에는 이를 제공한 연구자의 동의를 받은 후에 인용할 수 있다.

제2절 편집위원의 연구윤리

제7조(편집위원의 편집방법) ① 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재여부를 결정하여야 한다.

② 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문을, 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공평하게 취급하여야 한다.

③ 편집위원은 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 심사위원에게 의뢰하여야 한다.

제8조(비공개 의무) 편집위원은 투고된 논문의 출판 여부가 결정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니된다.

제9조(통지 의무) 편집위원은 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지하여야 한다.

제3절 심사위원의 연구윤리

제10조(심사위원의 심사방법) ① 심사위원은 저자의 전문지식인으로서의 독립성을 존중하여야 하며, 심사의견서에는 논문에 대한 자신의 견해를 밝히되 보완이 필요하다고 생각되는 부분에 대해서는 그 이유를 설명하여야 한다.

② 심사위원은 본 편집위원회가 의뢰하는 논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여야 하고 그 결과를 본 편집위원회에 통지하여야 한다. 이 경우 자신이 해당 논문을 심사하기에 책임자가 아니라고 판단될 때에는 본 편집위원회에 그 사실을 지체 없이 통지하여야 한다.

③ 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 이 규정의 제4조 제1항 또는 제2항의 중복투고 등의 문제를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

제11조(객관적이고 공정한 심사의무) 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 개인적 학술신념과 저자와의 사적친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사하여야 한다. 심사자가 충분한 근거를 명시하지 않거나 심사자 본인의

관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구해서는 아니된다.

제12조(비밀유지의무) ① 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수하여야 한다.

② 심사위원은 논문의 심사를 위해 특별히 조언을 구하는 경우가 아니라면 논문을 다른 사람에게 보여주거나 그 내용에 관하여 다른 사람과 논의하여서는 아니된다.

③ 심사위원은 자신이 심사한 논문이 게재된 본 학술지가 출판되기 이전에 해당 논문의 내용을 인용 또는 참조해서는 아니된다.

제3장 연구부정행위에 대한 처리절차 등

제13조(서약) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정을 준수할 것을 서약해야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 편집위원장 및 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정에 서약한 것으로 간주한다.

② 편집위원장, 편집위원, 심사위원은 각각 (별지2)와 (별지3)의 연구윤리규정 준수서약서를 작성하여야 한다.

제14조(연구윤리규정 위반의 보고) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 본 연구윤리규정을 위반한 사실을 안 경우 연구윤리규정을 환기시킴으로써 문제를 사전에 예방할 수 있도록 한다.

② 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 제1항의 노력에도 불구하고 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 이 규정을 위반한 경우에는 제15조에 의한 연구윤리위원회(이하 ‘연구윤리위원회’라고 한다)에서 위반사항에 대하여 심의하여야 한다.

③ 연구윤리위원회는 제2항의 사실을 알린 자의 신원을 외부에 공개하여서는 아니된다.

제15조(연구윤리위원회의 구성원칙) ① 제14조 제2항에 따른 심의 등을 위해 필요한 경우에 편집위원장은 연구윤리위원회를 구성하여야 한다.

- ② 이 경우의 편집위원장은 제1항의 연구윤리위원회의 위원장이 되며, 5인 이상의 위원을 임명한다. 다만, 연구윤리위원회 각 위원은 자신이 직접적인 이해관계가 있는 안건에 대해서 심의에 참여할 수 없다.
- ③ 편집위원장이 본 연구윤리규정을 위반한 때에는 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

제16조(연구윤리위원회의 조사) ① 연구윤리위원회는 부정행위의 사실 여부를 입증하기 위하여 조사를 실시한다.

- ② 연구윤리위원회는 필요한 경우 특별조사위원회를 구성할 수 있다.
- ③ 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하며, 조사 결과를 확정하기 이전에 이의제기 및 변론의 기회를 주어야 한다. 당사자가 이에 응하지 않을 경우에는 이의가 없는 것으로 간주한다.
- ④ 연구윤리규정 위반으로 제보된 자는 연구윤리위원회에서 행하는 조사에 협조해야 한다. 만약 정당한 조사에 협조하지 않거나 방해하는 경우에는 연구윤리규정의 위반으로 간주한다.

제17조(조사결과보고) ① 연구윤리위원회는 조사의 결과와 내용을 조사의 종료 및 판정 후 각각 10일 이내에 편집위원회에 보고하여야 한다. 조사의 결과보고서에는 다음 각 호의 사항이 반드시 포함되어야 한다.

1. 제보의 내용
2. 조사의 대상이 된 부정행위
3. 조사위원회의 조사위원 명단
4. 당해 연구에서의 피조사자의 역할과 부정행위의 사실 여부
5. 관련 증거 및 증인
6. 제보자와 피조사자의 이의제기 또는 변론 내용과 그에 대한 처리결과

② 조사결과보고서는 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보한다.

제18조(연구윤리위원회의 제재조치 건의권) 연구윤리위원회는 조사 결과 연구윤리규정에 위반한 사실이 있다고 판단되는 경우 부정행위자에 대하여 편집위원회에 징계 등 적절한 제재조치를 건의할 수 있다.

제19조(징계의 절차 및 내용) ① 연구윤리위원회의 징계 건의가 있을 경우, 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 징계 여부 및 징계내용을 최종적으로 결정한다.

② 편집위원회는 이 규정을 위반한 자에 대하여 경고, 투고제한 등의 징계를 할 수 있고, 그 조치를 위반한 자의 소속기관에 알리거나 대외적으로 공표할 수 있다.

제20조(조사 대상자에 대한 비밀 보호) 연구윤리위원회 위원 등은 부정행위 의혹에 대하여 본 학술지의 최종적 조치가 취해질 때까지 조사 대상자의 신원을 외부에 공개해서는 아니된다.

제21조(연구윤리규정의 개정) 이 규정의 개정 절차는 본 편집위원회의 권한사항으로 한다.

부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2009년 6월 30일부터 시행한다.

(별지1) 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서
(「통상법률」 제00호)

「통상법률」 편집위원회 귀중

논문제목 :

연구윤리규정준수 확인서

저자(들)은 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하여 논문을 작성하였으며 특히 아래의 사항에 대하여 확인합니다.

1. 저자의 지적 창작이며, 타인의 저작권을 침해한 바 없음
2. 저자는 투고논문의 작성에 실질적인 지적 공헌을 하였으며, 투고논문의 내용에 대하여 모든 책임을 부담함
3. 투고논문은 타인의 명예 등 권리를 침해한 바 없음
4. 투고논문은 과거에 출판된 적이 없으며, 다른 학술지에 중복 게재를 위하여 투고하지 않았고, 투고할 계획이 없음
5. 「통상법률」 발행인은 투고논문에 대한 저작권 침해에 대하여 이의제기, 고소 기타 저작권 보호를 위한 제반 권리를 보유함

논문 사용권 및 복제·전송권 위임서

저자(들)은 본 논문이 「통상법률」에 게재될 경우, 논문사용권 및 복제·전송권을 「통상법률」에 위임합니다.

20 년 월 일

저자	성명	소속	이메일(연락처)	위임여부(O,X)	서명
제 1 저자					
교신저자					
공동저자1					
공동저자2					

(별지2) 연구윤리규정준수 서약서(편집위원용)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 편집위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며, 특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 투고논문에 대하여 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재 여부를 결정함
2. 투고논문에 대하여 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공정하게 취급함
3. 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단 능력을 지닌 심사위원에게 의뢰함
4. 투고논문의 출판 여부가 결정될 때까지 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하지 않음
5. 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지함

20 년 월 일

편집위원 ○ ○ ○ ①

(별지3) 연구윤리규정 준수 서약서(심사위원용) (2009. 6. 30. 신설)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 심사위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며, 특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 본인은 당해 심사논문을 심사함에 있어 공정하고 합리적으로 심사할 수 있음
2. 심사논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여 그 결과를 본회 편집위원회에 통지하도록 함
3. 심사논문에 대하여 개인적 학술신념이나 저자와의 사적 친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사함
4. 심사를 함에 있어 충분한 근거를 명시하도록 하고, 본인의 관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구하지 않음
5. 심사논문의 중복투고 등 부정행위를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알림
6. 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수함, 부정인용 및 참조를 하지 않음

20 년 월 일

심사위원 ○ ○ ○ ①

「통상법률」 원고 심사 및 편집 규정

제정 2003년 11월 1일

개정 2018년 1월 1일

개정 2020년 1월 1일

제 1 장 총 칙

제1조(목적) 본 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」誌에 게재할 원고의 심사 및 편집에 관한 절차 및 기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조(대상) 심사대상 원고는 다른 학술지나 기타 간행물에 발표되지 않은 것이어야 하며, 원고의 체제와 분량은 「통상법률」 원고 작성방법에 따라야 한다.

제 2 장 통상법률 편집위원회

제3조(편집위원회의 설치) 「통상법률」誌의 학문적 수준을 제고하고 전문논문집으로서의 성격을 유지·발전시키기 위하여 「통상법률」誌에 게재될 원고의 심사와 편집에 관한 사항을 결정하는 ‘통상법률 편집위원회’(이하 “편집위원회”라 한다)를 둔다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 편집위원장 및 7인 이내의 편집위원으로 구성한다.
- ② 편집위원장은 법무부 국제법무과장으로 한다.
- ③ 편집위원은 해당분야 연구 성과가 뛰어난 국내외 법학교수, 법학박사 학위를 소지한 연구자, 해당분야의 법조실무경력 5년 이상의 판사, 검사, 변호사 및 관련분야 전문가 중 편집위원장이 위촉한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 편집위원 중 1인을 간사로 지명할 수 있으며 필요에 따라 편집위원 중 1인을 편집자문위원으로 둘 수 있다.

제5조(편집위원회의 임무)

- ① 편집위원회는 다음 각호에 관한 사항을 결정한다.
 1. 「통상법률」誌에 투고된 원고의 심사 및 「통상법률」誌의 편집
 2. 원고 심사를 위한 심사위원 및 전문심사위원의 지정 및 위촉
 3. 게재된 논문의 사후 수정 또는 게재 취소 여부 결정
 4. 기타 편집위원회의 구성과 운영에 관한 사항
- ② 편집위원회는 다음 각호에 관한 사항에 대하여 편집위원장의 자문에 응한다.
 1. 「통상법률」誌 발간을 위한 기본 방침과 편집방향
 2. 기획논단 주제 선정
 3. 기타 편집위원장이 필요하다고 인정하는 사항
- ③ 편집위원장의 권한은 다음과 같다.
 1. 제4조 제3항에 따른 편집위원의 위촉
 2. 제4조 제4항에 따른 간사 및 편집자문위원의 지명
 3. 제6조 제1항의 편집회의 주재
 4. 제6조 제1항에 따른 임시회의 소집
 5. 제8조 제4항에 따른 심사위원의 교체
 6. 제11조 제4항에 따른 원고 게재 여부의 결정
 7. 기타 「통상법률」誌 발간과 관련하여 필요한 사항의 결정

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 편집위원회는 매년 1회 이상의 편집회의를 소집하며 편집위원장의 판단에 따라 임시회의를 소집할 수 있다.
- ② 편집위원회는 재적 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며, 편집위원장이 필요하다고 인정하는 경우는 서면, 이메일 등을 통해 이를 진행할 수 있다.

제7조(편집위원의 임기)

- ① 편집위원의 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있으며, 편집자문위원으로서의 임기는 편집위원 임기 만료시 함께 종료된다.
- ② 편집위원이 임기의 개시에 앞서 타 학술지의 편집위원으로 재직 중인 경우 또는 임기 중 타 학술지의 편집위원으로 재직하게 되는 경우에는 지체없이 편집위원

장에게 이를 통보하여야 한다.

- ③ 편집위원은 임기가 완료된 이후에도 후임자 충원 시까지 그 직무를 계속 수행하며 이미 착수한 업무는 충원 후에도 완결한다.
- ④ 특별한 필요성이 인정되는 경우 편집위원장은 임기가 종료되지 아니한 편집위원을 해촉할 수 있으며, 새로 임명된 편집위원은 전임자의 잔여 임기 동안만 편집위원의 직무를 수행한다.

제8조(편집위원의 임무)

- ① 편집위원은 「통상법률」誌의 발간과 관련하여 원고의 심사 및 「통상법률」誌의 편집에 대해 필요한 사항의 결정을 그 직무로 하고, 이를 위해 편집위원장이 인정하는 부득이한 사유가 없는 한 제6조 제1항에 따른 정기회의와 임시회의에 참석하여야 한다.
- ② 편집자문위원은 편집위원의 직무를 수행하며, 편집위원장이 필요하다고 인정하는 경우 「통상법률」誌의 발간과 관련한 추가적 자문을 제공할 수 있다.

제 3 장 원고의 심사

- 제9조(심사 대상) ① 「통상법률」誌에 게재될 모든 논문(판례평석 포함)은 심사의 대상이 된다. 다만 시론, 자료 및 기록물, 연구노트, 서평, 동향 등은 별도의 심사없이 편집위원회에서 게재여부를 결정할 수 있다.
- ② 「통상법률」誌에 게재하기 위해 제출되는 논문은 독창적인 것으로서 기존 간행물에 게재된 것이 아니어야 한다.
 - ③ 논문은 「통상법률」誌의 원고작성방법을 준수하여 작성된 것이어야 한다.
 - ④ 편집위원회는 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서가 제출되지 않은 논문에 대해서는 심사를 거절할 수 있다.

- 제10조(심사위원 선정 및 심사 의뢰) ① 편집위원회는 「통상법률」誌에 투고된 원고의 게재여부를 심사하기 위하여 논문당 3인의 심사위원을 선정해야 한다.
- ② 심사위원은 대학에 재직 중이거나 재직하였던 국내외 법학교수, 법학박사 학위를 소지한 연구자, 법조실무 경력 5년 이상의 판사·검사·변호사 중에서 위촉하되, 필요한 경우 편집위원회는 기타 국제통상 및 국제거래 분야의 전문가를 전문심사

위원으로 위촉할 수 있다.

- ③ 편집위원회는 다음 각호의 사항을 고려하여 심사위원을 위촉한다.
 - 1. 해당 논문에서 다루는 주제와의 관련도
 - 2. 해당 분야에서의 연구실적
 - 3. 학계 또는 실무계에서의 인지도
 - 4. 공정한 심사를 수행하기 어려운 사정이 있는지 여부
- ④ 심사 의뢰를 받은 심사위원은 지체없이 심사에 착수하여 심사 결과를 신속히 편집위원회에 제출하여야 한다.
- ⑤ 논문을 투고한 편집위원은 자신의 논문에 관한 심사위원의 선정이나 논문 게재 여부의 결정에 참여할 수 없으며, 해당 논문은 편집위원회 외부에 심사를 의뢰하여야 한다.

제11조(심사 기준) 원고의 심사는 다음과 같은 기준에 의한다.

- 1. 「통상법률」 원고작성방법 준수 등 형식적 적합성
- 2. 연구목적의 타당성과 그 목적 실현방법의 적합성
- 3. 연구의 구성과 내용의 독창성 및 논리성
- 4. 필요한 참고문헌 활용의 적정성 및 충실성
- 5. 연구결과의 학문적 기여 또는 사회적 활용 가능성
- 6. 연구윤리준수
- 7. 국문초록 및 외국어초록의 질적 수준과 분량
- 8. 기타 편집위원회에서 「통상법률」誌의 심사를 위해 필요하다고 인정하는 기준

제12조(심사 절차) ① 편집위원회는 심사위원에게 투고된 논문의 원고와 심사결과서 양식, 연구윤리규정준수 서약서 양식을 송부한다.

- ② 투고된 원고는 투고자를 익명으로 하여 심사 과정을 거쳐야 하며, 심사 논문의 내용 중 투고자의 신원을 알 수 있을 만한 부분은 삭제하여 심사를 의뢰한다.
- ③ 논문의 심사는 제9조의 심사 기준에 따라 행하되 원고를 송부한 날로부터 2주일 이내에 완료하여야 한다. 단, 편집위원장의 허가에 따라 심사 기간은 1주일을 연장할 수 있다.
- ④ 심사 의뢰 후 3주일 이내에 심사 결과가 제출되지 아니할 경우, 편집위원장은 그 심사위원을 해당분야의 전문가 또는 편집위원 중의 한 사람으로 교체할 수 있다.
- ⑤ 심사위원은 게재여부의 결정과 관계없이 심사 의견을 반드시 작성하여야 하며,

심사결과서 원본 파일은 3년간 보관하여야 한다.

- ⑥ 법무부는 심사위원에게 소정의 심사료를 지급할 수 있다.

제13조(심사 판정) ① 심사위원은 원고의 심사결과를 위원회에 보고하고, 편집위원회는 보고된 원고에 대하여 다음과 같이 판정한다.

1. 수정·보완 없이 게재가 가능한 때: 게재 가능
 2. 수정·보완 후 게재가 가능한 때: 수정 후 게재
 3. 수정·보완 후 재심사가 필요한 때: 게재 유보
 4. 전면적 수정·보완이 이루어지지 않는 한 게재가 불가능한 때: 게재 불가
- ② 심사 결과는 <별표>에 따라 점수를 합산하여 총점에 따라 게재 여부를 결정하되, 심사위원 중 2인 이상이 ‘게재 유보’ 의견을 내거나, 1인 이상이 ‘게재 불가’ 의견을 낸 경우 편집위원회의 결정으로 게재하지 아니할 수 있다.
 - ③ 편집위원회의 판정은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
 - ④ ‘수정 후 게재’로 판정된 원고에 대해서는 투고자로부터 수정본을 제출받아 편집위원장이 검토 후 게재 여부를 결정한다.
 - ⑤ ‘게재 유보’로 판정된 원고는 투고자가 수정하여 다시 제출하면 편집위원회가 재심사를 통하여 게재 여부를 결정할 수 있다.

제14조(심사 결과의 통보) ① 편집위원회는 심사 결과를 투고자에게 통보하고, 필요한 경우에는 투고된 논문의 내용 수정 또는 보완을 요구할 수 있다.

- ② 수정 또는 보완의 심사 결과 내용을 통보받은 투고자는 논문을 수정 또는 보완하여 7일 이내에 다시 제출하여야 한다.
- ③ 게재가 결정된 논문은 특별한 이유 없이 투고 철회할 수 없으며, 편집위원장의 승인 없이 무단 철회할 경우 투고자는 향후 투고 제한 등 일정한 불이익을 받을 수 있다.

제15조(수정 후 게재 또는 게재 유보에 대한 이의제기)

- ① 투고자는 수정 후 게재 결정에 이의가 있는 경우 그 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 수정거부사유서를 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 제출하여야 하며, 편집위원회에서 타당성 여부를 판정하여 수정·보완 요구 또는 게재 여부를 결정한다.
- ② 투고자는 게재 유보 결정에 이의가 있는 경우 그 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 수정거부사유서를 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 제출하여야 하며,

편집위원회에서 타당성 여부를 판정하여 게재 유보 여부를 결정한다.

제16조(게재 불가에 대한 이의제기) ① 투고논문에 대하여 게재 불가 결정이 있을 경우 투고자는 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 이의서를 편집위원회에 제출함으로써 이의를 제기할 수 있다.

② 편집위원회는 투고자가 전항의 이의를 제기하면 3일 이내에 이의 내용의 당부를 협의한 다음 적합하다고 인정될 경우 해당 논문을 재심사에 회부한다.

③ 편집위원회는 전항의 재심사에 대해서는 당해 논문심사에 관여하지 않은 새로운 심사위원을 선정하여 심사를 의뢰하고, 해당 심사 결과에 대해서는 본 학술지의 심사 및 게재규정을 준용하되, 편집위원회가 게재여부를 최종 결정한다.

제 4 장 원고의 게재 등

제17조(원고의 게재) ① 위원회에서 '게재'로 판정한 원고는 「통상법률」誌에 게재한다.

② 「통상법률」誌의 내용은 법무부 및 관련기관의 인터넷 홈페이지에 게시할 수 있다.

③ 법무부는 투고자에게 소정의 원고료를 지급할 수 있다.

④ 「통상법률」誌는 매년 2, 5, 8, 11월 20일에 발행한다. 단, 발행예정일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 그 익일에 발행한다.

제18조(자료의 전송) ① 편집위원회는 「통상법률」誌를 법률문화 발전, 학술진흥 기여 기타 필요한 경우 데이터화하여 각종 도서관 등에 전송 및 제공할 수 있다.

② 편집위원회는 게재 결정 즉시 투고자에게 자료 전송 및 제공에 대한 의사를 물어야 하며 7일 이내에 반대의 의사표시가 없으면 동의한 것으로 간주한다.

제 5 장 보 칙

제19조(규정의 개정) 본 규정은 위원회의 과반수 찬성에 의하여 개정할 수 있다.

부 칙(2003년 11월 1일)

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 11월 15일부터 시행한다.

부 칙(2018년 1월 1일)

제1조(시행일) 본 개정안은 2018년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙(2020년 1월 1일)

제1조(시행일) 본 개정안은 2020년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(경과규정) 현재 재직 중인 편집위원들은 재위촉되어 본 개정안이 시행되는 2020년 1월 1일부터 그 임기가 개시되는 것으로 본다.

「통상법률」 원고 작성 방법

제1조(원고의 양식) 원고는 본 요령에 따라 ‘한글’로 작성함을 원칙으로 한다.

제2조(원고의 요건) 원고는 독창성을 갖는 것으로서 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다.

제3조(원고 작성 요령) ① 원고는 연구논문, 사례연구, 연구자료, 해외동향 등으로 구별하여 작성한다.

② 원고는 원고지 150매 내외 (A4 용지 20~25매) 분량으로 작성함을 원칙으로 한다.

③ 원고는 표지, 본문, 참고문헌 목록, 국문 초록, 영문 초록으로 구성한다.

④ 원고의 표지에는 원고의 종류, 논문 제목(국문 및 영문 제목 모두 표기), 필자의 성명(괄호 안에 영문 표기), 소속, 직책, 학위, 연락처(주소, 전화번호, 이메일주소) 등의 인적사항, 은행계좌, 주민등록번호를 기재한다.

⑤ 공동으로 집필한 논문의 경우는 주 저자(책임 연구자)와 공동 저자를 구분하여, 주 저자·공동 저자의 순서로 표시한다.

⑥ 원고는 다음의 규격에 따라 작성한다.

1. 용지 여백 : 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15

2. 본 문 : 왼쪽 여백 0, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 2, 줄간격 160, 글꼴 신명조, 글자 크기 10

3. 각 주 : 왼쪽 여백 3, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 신명조, 글자크기 9

⑦ 목차는 I, 1., 가., (1), (가)의 순으로 표기한다.

⑧ 직접 인용할 때에는 “”(큰 따옴표)를 사용하고 강조할 때에는 ‘’(작은 따옴표)를 사용한다.

⑨ 각주는 다음과 같이 기재한다.

1. 단행본 : 저자명, 서명, 면수, 출판연도

2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 학술지명, 권·호수, 면수, 간행연월

3. 판례 : 대법원 1900. 00. 00. 선고 00다0000판결(법원공보 1900년, 000면) 또는
대판 1900. 00. 00, 00다0000
4. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있다.
단, 일본 판결의 경우 선고 일에 평성, 소화 등 연호를 쓸 경우 괄호 안에
서기를 표시한다.
5. 영문성명, 논문명, 서명 등은 각 단어의 첫 자 외에는 반드시 소문자로 표기
한다.
- ⑩ 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 ‘면’으로 표기하고,
로마자자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 별도의 ‘p.’와 같은 표시를
생략하고 숫자만을 표기하며, 면수나 연도 등에서 ‘부터, 까지’를 나타내는
부호로 ‘-’을 사용한다.
- ⑪ 외국 법률이나 제도 등은 우리말로 표기하고 ()안에 원어를 표시한다. [예 :
가석방제도(parole system)]
- ⑫ 참고 문헌은 각주의 기재 방식에 따름을 원칙으로 하되, 다음과 같은 사항에
유의하여 기재한다.
 1. 저자명, 서명, 출판관련사항은 각 쉽표.로 구분한다.
 2. 출판관련사항의 경우, ‘출판지: 출판사, 출판연도’의 형식으로 표기한다.
 3. 서양인 저자의 이름을 적을 때에는 성을 먼저 쓰고, 공저의 경우에는 처음
나오는 저자만 성을 먼저 쓴다.
 4. 동일 저자가 작성한 문헌이 복수인 경우, 문헌이 출판된 연도순에 의하여 나
열한다.
- ⑬ 원고 뒷부분에 국문 및 영문 초록과 주제어(keywords, 국문 및 영문)를 10개
내외로 기재한다.
- ⑭ 기타 논문작성방법에 관하여는 사단법인 한국법학교수회에서 제정한 “논문작
성 및 문헌인용에 관한 표준”에 따른다.

제4조(원고의 제출) 작성 완료한 논문은 발행일 1개월 전까지 편집위원회 간사가
지정한 전자우편(e-mail)주소로 송부하거나, 온라인투고시스템에 제출한다.

[편집위원장]

조아라 (국제법무정책과장)

[편집위원]

강병근 (고려대 법학전문대학원 교수)

강준하 (홍익대 법과대학 교수)

김인호 (이화여대 법학전문대학원 교수)

이재성 (유엔국제상거래법위원회 법률담당관)

조성준 (일리노이공과대 시카고 켄트로스쿨 교수)

채형복 (경북대 법학전문대학원 교수)

계 간 지 **통 상 법 률**

2023년 12월 22일 발행(통권 제161호)

1994년 5월 20일 등록(97-10-5-11)

발간등록번호 : 11-1270000-000225-07

ISSN : 1598-4915

eISSN : 2765-5962

발행인 : 법무부장관 직무대리 법무부차관 이 노 공

편집인 : 법무실장 구 상 엽

발행처 : 법무부 / 편집실 : 국제법무정책과 / 전화 : 02-2110-4243 / FAX : 02-2110-0416

주 소 : (13809) 경기도 과천시 관문로 47 정부과천청사 1동 801호

인 쇄 : 성 진 사 : 031-388-4485

[비매품]

INTERNATIONAL TRADE LAW

Vol. 161

December 22, 2023

Publisher Lee, Noh Kong / Vice Minister, Acting Minister of Justice

Editor Koo, Sang Yeop / Deputy Minister for Legal Affairs

Edited in

International Legal Policy Division

Published quarterly by

Ministry of Justice

※ “통상법률”에 게재된 내용은 필자의 개인적인 견해이며, 법무부의 공식 견해가 아님을 밝힙니다.