

중재합의와 중재판정에 관한 소고

-건설분쟁을 중심으로-

조 대 연 *

〈 목 차 〉

- I. 서론
- II. 중재합의
- III. 중재판정
- IV. 건설분쟁 해결을 위한 개선방안

* 본고는 2004. 6. 25. “건설중재의 현황과 개선방안”을 주제로 한국중재학회와 대한상사중재원 및 대한중재인협회가 공동 주최한 학술발표대회에서 발표한 내용을 일부 수정, 보완한 것입니다.

** 김·장법률사무소 구성원 변호사

I. 서론

건설업계 일각에는 건설공사와 관련한 분쟁이 매년 증가추세를 보이고 있음에도 분쟁의 신속·간이한 처리를 바라는 건설시장에서의 요구가 충족되고 있지 못한 것이 현실인바, 이는 과거 건설공사와 관련한 분쟁의 해결을 위해 주로 법원의 재판제도를 이용해 왔는데, 소송비용의 과다, 판결이 확정되기 까지의 장기간 소요, 분쟁을 해결함에 있어 건설공사계약의 전문성과 특수성의 반영이 미흡한 점 등의 사유로 재판 결과에 대한 분쟁 당사자의 만족도가 크지 않은데 그 원인이 있다는 비판이 있다. 분쟁의 속성에 비추어 어떤 형태의 분쟁해결방식을 택하든 당사자 모두가 만족하기를 기대하기는 어려우므로 이러한 비판이 전적으로 타당한지는 의문이지만, 최소한 건설분쟁에 관해 주로 논의되는 분쟁사안의 복잡성, 전문성 요구, 분쟁의 장기화 경향, 증거의 부족과 모호성, 감정의 중요성, 공공 공사등의 경우 당사자 관계의 원천적 불평등, 조정과 화해의 필요성 등 일련의 해결해야 할 문제점을 시사하는 것임에는 틀림이 없다.

주지의 사실이지만, 건설분쟁의 경우 전통적인 재판절차 외에도 소송외적 해결절차에 관한연구, 논의가 활발한바, 선진 각국에서는 건설산업의 특수성을 충분히 반영하면서도 분쟁 당사자 모두에게 만족감을 주고 분쟁해결의 효율성도 극대화할 수 있는 재판이외의 분쟁해결 수단으로 조정이나 중재, 또는 이러한 두 가지 제도가 응용된 분쟁해결절차, 예를 들어 일본의 건설공사분쟁심사회와 같은 분쟁해결협의체 제도 등을 만들어 사안에 따라 적절하게 활용하고 있다고 한다¹⁾

1) 두성규, “건설분쟁의 조정 현황 및 장기적 발전 방향”, 「중재」 306호(2002. 12), 대한상사중재원, p.48..

이는 우리나라의 경우에도 예외가 아닌바, 실무계의 필요에 따라 점차 대체적 분쟁해결제도(ADR)에 관한 논의가 활발해 지고 있는 한편, 다른 하나의 경향으로 각종 특별법에 따른 분쟁해결기관의 증가, 건설분쟁과 관련하여 예를 들자면 건설분쟁조정위원회, 건설하도급분쟁조정협의회, 환경분쟁조정위원회 등의 설치와 같이 각 산업별 또는 분쟁의 태양별 특성을 감안하여 전문가들에 의한 조정으로 문제를 해결하려는 시도를 볼 수 있다. 문제는 ADR의 경우 중재법에 의한 중재를 제외하고는 각종 분쟁조정위원회의 조정이 주된 분쟁해결절차인데, 이러한 분쟁조정기관의 조정의 효력이 개별법에 따라 다를 뿐 아니라 일반적으로 구속력이 없다는 것이다.

건설분쟁조정을 예로 살펴 보면, 건설분쟁조정위원회는 분쟁당사자의 일방 또는 쌍방의 신청을 받아 설계, 시공, 감리 등 건설공사와 관련한 전반적인 분쟁을 심사 조정하는 기구로서, 건설교통부장관 소속하의 중앙건설분쟁조정위원회와 특별시장, 광역시장 또는 도지사 휘하의 지방건설분쟁조정위원회가 나뉘어 설치되어 있고, 건설산업기본법 제69조 제1항 및 건설업법 제8장에서 그 심사조정의 대상이 되는 분쟁을 규정하고 있는 바, 조정신청을 받은 날로부터 60일내에 이를 심사하여 조정안을 작성하고, 당사자가 조정안을 수락한 때에만 당사자간에 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 보게 된다.²⁾ 여기서 합의가 성립된 것이라 함은 일응 당사자간에 일정한 법률효과의 발생을 위한 의사의 합치, 즉 민법상 화해계약과 같은 효력이 인정된다는 것으로, 이러한 조정서에는 재판상 화해와 같은 효력이 없어 아무런 집행력이 없으므로, 일방 또는 쌍방이 조정 결정을 이행하지 않을 경우에는 결국 중재절차나 소송절차에 의할 수 밖에 없는 본원적 문제점을 안고 있는 것이다. 이는 민사조정법에 의한 조정이 재판상

2) 건설산업기본법 제78조 제4항

화해와 동일한 효력을 갖는 것과 다른 것으로, 조정제도가 가진 다른 많은 장점³⁾에도 불구하고 당사자간의 입장이 치열하게 대립된 분쟁의 해결제도로서는 치명적인 결함을 가진 것이라 아니할 수 없다.

또 다른 예로 건설하도급분쟁 관계를 살펴 보면 건설하도급분쟁조정협의회는 건설하도급거래에 관한 분쟁에 관해 쌍방간의 자율적인 합의를 유도함으로써 신속하게 분쟁을 해결하기 위해 대한건설협회와 대한전문건설협회가 공동으로 설치한 기구로,⁴⁾ 공정거래위원회 또는 양 당사자가 요청하는 원사업자와 중소기업자인 수급사업자간의 하도급거래에 관한 분쟁에 대하여 사실을 확인하거나 이를 조정하는 역할을 수행하는바, 분쟁이 조정된 때에는 그 결과를, 조정이 이루어지지 않은 경우에는 그 경위를 지체없이 공정거래위원회 또는 분쟁당사자에게 보고하여야 한다. 이와 관련하여, 조정이 이루어진 경우에는 특별한 사유가 없는 한 협의회가 조정한 대로 공정거래위원회가 시정에 필요한 조치를 한 것으로 보게 되므로,⁵⁾ 쌍방은 이를 지켜야 할 의무를 지게 되지만, 나아가 사법관계에 있어 집행권원으로서의 효력까지 있는 것은 아니므로 임의로 이행이 이루어지지 않을 경우에는 결국 다시 중재 또는 소송절차에 의해야 하는 점에서 같은 문제가 있다. 다만, 하도급거래공정화에관한법률의 취지가 공정거래위원회의 관할하에 부당한 하도급거래를 규제, 시정하기 위한 것이므로, 건설하도급분쟁조정협의회에 의한 조정은 건설분쟁조정위원회의 경우와 비교할 때 상당히 활발하게 이용되고 조정 성립율도 높은 편이라고 한다.

3) 최근 조정제도가 효과적인 ADR로 새롭게 관심의 대상이 되고 있는바, 그 장점으로는 (i)시간과 비용의 절감, (ii)비밀보장 및 사생활 보호, (iii)자기결정권의 보장, (iv)감정과 기분의 존중, (v)유대관계의 유지, (vi)창조적 분쟁해결, (vii)탄력적이고 비정형적인 절차, (viii)선례로부터의 자유 등이 거론된다.

4) 하도급거래공정화에관한법률 제24조 및 동 시행령 제7조

5) 하도급거래공정화에관한법률 제25조 제2항, 제1항

한편, 건설공사 도급계약의 약관, 분양계약의 약관 등에 이의가 있거나 분쟁이 발생하면 약관조항과 관련하여 법률상 이익이 있는 자, 소비자보호법에 의하여 등록된 소비자단체, 한국소비자보호원 및 사업자단체는 약관의규제에관한법률 위반 여부에 관한 심사를 공정거래위원회에 청구할 수 있고, 공정거래위원회는 사업자가 불공정약관조항을 사용한 경우 사업자에게 당해 약관의 삭제·수정 등 시정에 필요한 조치를 권고할 수 있고, 나아가 일정한 경우 사업자에게 위와 같은 필요한 조치를 명할 수 있으므로,⁶⁾ 이 경우 해당조치는 강제성을 가지게 된다.

건설공사와 관련한 분쟁을 중재에 의해 보다 전문적이고 신속하게 해결하려는 노력도 계속되고 있다. 그 일환으로, 건설사건의 특수성을 감안하여 대한상사중재원은 내부적으로 건설중재관리 내규를 만들고 중재장소, 중재신청의 접수, 중재인 선정, 건설중재인 명부의 작성, 유지, 검증절차 등에 대해 건설계약의 특성을 반영하여 절차를 진행하고 있다.⁷⁾ 그 결과, 건설사건에 대한 중재가 상당히 활발히 행해지고 있는 것으로 보이는데,⁸⁾ 대한상사중재원의 최근 6년간 건설관련 중재신청의 건수 및 금액을 전체 중재신청의 건수 및 금액과 대비하여 살펴보면, 1999년에는 사건 수 대비 20.7%, 금액 대비 34.8%, 2000년에는 각 25.7%, 78.7%, 2001년 각 28.9%와 57.7%, 2002년에는 각 31.4%, 44.9%에 이른 한편, 2003년도 자료를 보면 사건 수 대비 33.6%, 금액 대비 25.4%를 차지하였다.⁹⁾ 이에 의할 때 1999년 이후 전체 중재사건

6) 약관의규제에관한법률 제17조의 2, 제19조

7) 두성규, “건설분야의 중재 활성화 방안” 「중재」 303호(2002. 3), 대한상사중재원, p.70.

8) 두성규, 전제논문 「중재」 306호 p.48.

9) 채완병, “우리나라의 건설중재 현황과 활성화 방안”, 「2004년도 건설중재 정책 세미나 및 학술발표논문집」 p.69. : 중재사건의 분류와 특히 건설분쟁에 있어 분쟁금액의 산정은 기준 여하에 따라 편차가 커질 소지가 있으므로, 본고의 수치는 2004. 6. 25. 학술발표대회장에서 대한상사중재원 건설중재 팀장인 저자에 의해 공식 통계로 발표된 수치에 따른 것이다.

대비 건설사건 비중이 점차 증가하여 2000년 이후에는 금액 기준으로 건설중재가 가장 큰 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다.¹⁰⁾ 2000년의 경우 금액이 전년 대비 191%나 급증한 것은 서울지하철 6호선 공사와 관련된 대규모의 분쟁 2건이 중재에 의해 해결된 것에 힘입은 것이라고 하는바,¹¹⁾ 대한상사중재원이 발간하고 있는 중재판정사례집에 의하면 건설중재사건의 신청이유별 현황은 공사대금과 관련된 분쟁이 가장 많고, 계약의 이행과정에서 설계 변경이나 추가공사와 관련된 발주자와 시공자간의 갈등 사례도 높은 편에 속한다고 한다.¹²⁾ 한편, 2003년의 경우 건설계약 관련 중재신청건수는 2002년 대비 7.6% 증가한 71건으로 금액으로는 2002년 대비 상당한 정도 감소한 것으로 나타났다.¹³⁾

이하에서는 앞에서 살펴 본 건설분쟁의 특성과 분쟁해결을 위한 추가적 제도와 장치들을 염두에 두고, 소송절차외에 구속력 있는 건설분쟁 해결방법으로서 대한상사중재원에서 행하는 중재를 중심으로 중재합의와 중재판정에 관한 몇가지 논점과 유의할 점을 살펴 보고자 한다.

II. 중재합의

1. 중재합의의 의미

인류 역사가 시작한 이래 공동체 생활, 특히 이윤 창출을 위한 경

10) 윤재운 저, 「건설분쟁관계법」(박영사, 2003. 11) p.51.

11) 위 중재판정에서 시공사의 주장이 상당부분 인정되어 건설업계의 큰 관심을 끌었고, 이후 건설분쟁에 있어 중재가 효율적이라는 인식이 자리잡는 계기가 되었다고 한다. 두성규, 전계논문 「중재」 303호, pp.69-70.

12) 윤재운 저, 전계서 p.52.

13) 채완병, 전계논문 p.69.

제활동에 관하여는 당사자간의 이해가 엇갈리게 되는 경우가 종종 있어 왔고, 이에 따라 대립과 갈등, 경쟁과 협상이 불가피하게 수반되게 되었다. 통상 장기간에 걸쳐 단계별로 공정이 계속되는 건설공사와 관련하여 발생할 수 있는 모든 문제점을 예견하고 그에 대해 당사자간에 미리 합리적인 해결책을 마련해 둔다는 것은 지난한 일이므로, 건설공사의 이행 또는 건설계약 조항의 해석과 관련하여 분쟁이 발생하는 것은 오히려 당연한 일이라고 할 수 있고, 이와 관련하여 소송외에 당사자간에 구속력을 가지는 분쟁해결 방법이 중재임은 앞에서 살펴본 바와 같다.

중재는 사인인 중재인 또는 중재판정부의 판정에 따라 분쟁을 최종적으로 해결하는 제도이므로, 국가재판권을 적극적으로 배제하고 국가사법작용의 일환으로 헌법상 인정되는 법관에 의해 재판받을 권리를 포기하는 행위를 일정한 범위내에서 당사자자치의 일환으로 인정하는 법체계 하에서만 비로소 가능해 지게 된다. 따라서 중재를 수행하기 위하여는 당사자간의 합의를 대전제로 하는바, 여기서 필요한 '중재합의'란 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 사인인 제3자에 의한 중재로 해결하도록 하는 당사자간의 약정을 의미하는 것이다.¹⁴⁾ 이러한 중재합의는 19세기 후반에 들어와 상거래를 중심으로 장래 발생할 지도 모르는 분쟁에 관하여 이루어지기 시작했다고 하는데, 이는 미래의 분쟁에 대비하여 주된 계약에 일부 조항으로 중재약정을 삽입한 것이 그 전형으로, 거래당사자들이 주된 계약을 맺을 때 장차 그 계약의 성립과 효력에 관한 분쟁이 발생할 경우 이를 국가법원에 의한 소송 절차가 아닌 사인의 중재에 의하여 해결하기로 합의하는 것이다. 한편 당사자간에 중재합의가 있는 한, 장래 발생할지 모르는 법률상 분쟁에

14) 윤재윤 저, 전게서 p.49.

관하여 주된 계약과 별도로 중재합의를 하는 것도 가능하다.¹⁵⁾

과거에는 국가들이 경제적 약자를 보호하고 국가정책의 실효성을 확보하기 위하여 중재조항에 적대적이거나 그 효력을 제한하려고 하였으나, 경제적 약자의 보호 필요성은 국제거래에서는 물론 국내 일반 상거래에 있어서도 현저히 감소된 한편, 국가정책의 실효성도 중재판정의 승인 또는 집행단계에서 확보, 해결하는 것이 가능하므로 더 이상 적대적일 필요가 없게 되었다.

중재합의는 소극적 소송요건으로서 당사자가 방소항변을 하면 소를 각하하여야 하나, 그 항변은 본안에 관한 최초의 변론시까지 하여야 한다.¹⁶⁾

2. 중재합의의 방식

중재합의는 반드시 서면에 의하여야 하는바, 그 방식에 관하여는 중재법 제8조가 규정하고 있다. 더 이상 강조할 필요없이 중재합의는 당사자들간에 분쟁의 해결을 국가기관이 아닌 사인에게 맡기는 매우 특수한 성격의 계약이므로, 그 진실성이 담보되어야 할 뿐 아니라, 계약 당사자들로 하여금 그 내용이 가지는 중요성을 깨닫도록 일깨워 주어야 하므로, 이를 위하여 국가는 그 계약에 매우 엄격한 형식을 요구하여 온 것이다. 따라서, 서면성을 입법으로 요구하는 대부분의 국가에서는 서면에 의하지 않은 중재합의를 무효로 하는 한편, 그렇지 않은 나라¹⁷⁾의 경우에도 이를 입증에 관한 문제로 보아, 프랑스의 경

15) Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981), pp.190-191.

16) 중재법 제9조 제1항, 제2항

17) 스웨덴 등 다만, 일본의 경우에는 2003년도 법 개정을 통해 UNCITRAL 모델

우 장래의 분쟁에 관한 중재합의, 즉 중재조항이 서면성을 결한 경우에는 이를 무효로 하되,¹⁸⁾ 이미 발생한 분쟁에 관한 사후의 중재회부 합의, 즉 중재부탁계약의 경우에는 서면성을 완화하여 이를 증거의 문제로 보고 있다.

외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 뉴욕협약은 제2조에서 중재합의의 형식에 관해 규정하고 있다. 즉, 제2항은 “서면에 의한 중재합의란, 당사자들에 의하여 서명되었거나, 서신 또는 전보 교환속에 포함된, ‘주된 계약속의 중재조항(an arbitral clause in a contract)’ 또는 ‘중재합의(an arbitration agreement)’를 포함한다”고 규정하고 있는바, 그 해석에 관하여는 많은 논의가 있다. 먼저 문리해석상 뉴욕협약에서 규정하고 있는 중재합의의 방식은 당사자들이 서명한 주된 계약에 들어 있는 중재조항, 주된 계약과 별도의 중재합의로서 당사자들의 서명이 있는 것, 서신이나 전보의 교환에 포함된 주된 계약에 들어 있는 중재조항과 서신이나 전보의 교환에 의하여 별도로 체결된 중재합의를 포함한다. 문제는 위 조항이 중재합의의 형식을 제한적으로 열거한 것인지, 아니면 예시하고 있는 것인지 하는 것인데, 후자일 경우 각국의 입법이 위 형식과 다른 중재합의 형식을 만들 수 있고, 따라서 그에 따른 중재합의의 효력이 인정될 것인 반면, 전자에 의한다면 이는 부정되어야 마땅하다. 이에 관하여는 모든 학자들이 일치하여 전자의 입장을 취하고 있다고 하고,¹⁹⁾ 독일과 이태리의 판례도 이를 지지하고 있는 것으로 보인다.²⁰⁾

한편, 전반적으로 국제연합 국제거래법위원회(UNCITRAL)의 모델법

법 상의 서면성 요건을 채택하였다고 한다.

18) 프랑스 민사소송법 제1443조

19) David, Arbitration in International Trade (1985) p.208.

20) Bundesgerichtshof, Feb. 12, 1976, III ICCA Yearbook(1977); Corte di Cassazione, Oct. 7, 1980, VII ICCA Yearbook(1982)

을 수용하여 1999년 말에 개정된 우리나라의 현행 중재법 제8조 제3항 각호21)의 형식은 제한적이 아닌 예시적인 것으로 보아야 한다는 것이 중론이다. 다시 말하면, 제1호 내지 제3호의 형식을 가지면 서면성을 갖춘 것으로 볼 뿐만 아니라, 그러한 형식을 갖추지 못한 경우에도 당사자들의 진정한 의사에 기한 서면에 의한 것이면 유효한 중재합의의 형식을 가졌다고 보아야 한다는 것이다.²²⁾ 따라서, 우리 중재법이 규정한 서면의 형식과 뉴욕협약이 요구하는 서면의 형식이 다르다는 점에 주의를 환기할 필요가 있다. 즉, 우리 중재법이나 UNCITRAL 모델법이 허용하는 중재합의의 형식은 앞에서 본 뉴욕협약의 경우보다 넓기 때문에 우리 중재법이나 UNCITRAL 모델법에 따르면 유효한 중재합의가 뉴욕협약 하에서는 무효로 될 위험성이 있다.²³⁾ 이는 외국 당사자와의 건설계약에 중재조항을 삽입하는 경우에는 반드시 유의하여야 할 사항으로, 가급적 뉴욕협약이 요구하는 위 네가지 형식중 하나를 택하여 중재합의를 하는 것이 바람직할 것이다.²⁴⁾

21) 중재법 제8조 (중재합의의 방식) ① 중재합의는 독립된 합의 또는 계약중 중재조항의 형식으로 할 수 있다. ② 중재합의는 서면으로 하여야 한다. ③ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 이를 서면에 의한 중재합의로 본다.

1. 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우
2. 서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우
3. 일방 당사자가 당사자간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 아니하는 경우

④ 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로 본다. 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우에 한한다.

22) 목영준 저, 「상사중재법론」(박영사, 2001. 1) p.40.

23) 예를 들면, 우리 중재법 제8조 제3항 제3호에 따른 중재합의나 구 중재법 제2조 제2항에 따른 '기명·날인한 중재합의'는 뉴욕협약에 따른 중재합의가 아니다.

24) 목영준 저, 전제서 p.41.

주된 계약의 본문에는 중재조항이 포함되어 있지 않으면서 중재조항이 포함된 다른 문서를 인용한 경우, 즉 주된 계약에서는 일반거래약관 또는 일정한 규칙에 의할 것으로 규정하고, 당해 일반거래약관 또는 규칙에 중재조항이 포함되어 있는 경우에, 이러한 중재합의가 유효한가, 아니면 예문에 불과하여 무효로 되는가 하는 문제가 있다. 일반적으로는, 이 경우 일반거래약관 또는 규칙이 계약의 내용에 화체된 것으로 보아 중재조항의 효력을 인정하고 있다.²⁵⁾ 우리 대법원도 “매매계약서 앞면에 ‘뒷면의 조건에 따라 공급하여 주십시오’라고 부동산자로 인쇄되어 있고 그 뒷면에 중재조항이 있다면, 당사자가 그 조항의 내용을 충분히 이해한 후 서명하였다고 보여지므로 이는 뉴욕협약에서 말하는 ‘계약중의 중재조항’에 해당된다”고 판시²⁶⁾ 한 바 있고, 우리 중재법도 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 일부로 하고 있는 경우에는 유효한 중재합의로 인정하고 있다. 건설계약의 경우, 왕왕 계약금액과 공기 등 공사의 근간이 되는 조건만을 기재한 1-2매 정도의 간단한 계약문서를 작성하고, 구체적인 계약조건은 당해 공사에 특수한 사항을 별도로 합의한 특수조건과 그 외의 사항은 동종 공사 시행에 보편적으로 필요한 조건을 정형화한 일반조건으로 나누어 첨부하여 계약하는 경우를 볼 수 있다. 이 경우 일반조건과 특수조건은 계약문서에 의해 전체 계약의 일부로 화체되게 되므로, 중재조항이 일반조건에 들어 있거나 일반조건에 기재된 중재조항을 특수조건으로 일부 보정한 경우 역시 중재합의로서의 효력이 인정된다.

위와 관련하여, 일반거래약관을 계약당사자에게 적용하는 것이 적절하지 않은 경우에는 그 효력을 부인하는 입법례가 종종 있지만, 이는

25) David, 전계서 p.201.

26) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결(이는 GKN International Trading Ltd.가 주식회사 국제상사를 상대로 집행판결을 구한 사안으로 선례적 가치가 있다), 같은 취지로 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다24835 판결

일반거래약관의 효력 문제일 뿐 다른 문서에 있는 중재합의를 인용할 수 없다는 것은 아니다. 한편 해운사건에서, 용선계약 중에 있는 중재조항이 그 계약에 따라 발급되는 선하증권(bill of lading)에 화체되는 지에 관하여는, 이 점에 관하여 가장 많은 영국 판례가 선하증권상에 “이 증권에 관하여 발생하는 모든 분쟁을 용선계약에 있는 중재에 회부한다”는 취지의 명시적 의사표시가 없는 한, 용선계약상의 중재조항은 선하증권에 화체되지 않는다는 입장²⁷⁾을 취하고 있는바, 우리 대법원의 최근 판결도 원칙적으로 ‘중재조항을 특정한 편입 규정’을 요한다고 판시²⁸⁾

하여 같은 입장을 취한 것으로 보인다. 이는 모두 용선계약상의 제 3자인 수하인을 보호하기 위한 것으로 이해되므로, 용선계약상 당사자와 선하증권상의 당사자가 동일한 경우에는 용선계약상의 중재조항이 선하증권에 화체된다고 보더라도 무리가 없다.²⁹⁾

27) Sutton/Kendall/Gill, Russel on Arbitration (21th Ed. 1977) p.49.

28) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064판결, 대법원은 ‘용선계약상의 중재조항이 선하증권에 편입되어 선하증권 소지인과 운송인간에서도 효력을 가지는지는 선하증권의 준거법에 따라 판단할 것’이라고 판시하고, 다만 해당 사건에서는 준거법에 관한 자료의 제출이 없으므로 조리에 기해 우리나라법에 따른 해석론을 택하여 “일반적으로 용선계약의 중재조항이 선하증권에 편입되기 위하여는 우선, 중재조항이 선하증권에 ‘편입’된다는 규정이 선하증권에 기재되고, 기재상에서 일자와 당사자 등으로 해당 용선계약이 특정되어야 하며 ... 만약 편입문구의 기재가 중재조항의 특정 없이 용선계약상의 일반조항 모두를 편입한다는 취지여서 그 기재만으로는 중재조항이 편입대상에 포함되는지 여부가 불분명할 경우에는 선하증권의 양수인(소지인)이 편입대상인 중재조항의 존재를 알았거나 알 수 있었어야 하고, 중재조항이 선하증권에 편입됨으로 인하여 해당 조항이 선하증권의 다른 규정과 모순이 되지 않아야 하며, 중재조항은 그에 구속되는 당사자의 범위가 선박소유자와 용선자 간의 분쟁뿐 아니라 제3자, 즉 선하증권의 소지인에게도 적용됨을 전제로 광범위하게 규정되어야 한다”고 설시하고 있다.

29) *Temperly Shipping Co. v. Smyth & Co.* (1905) 2 K.B. 791

한편, 중재조항이 부합계약(adhesion contract)에 포함되어 있는 경우에도 그 효력을 인정할 것인지가 계약 당사자의 진의 및 소비자보호와 관련하여 문제된다. 즉 부합계약이란 일방 당사자의 포괄적 청약에 대하여 상대방은 승낙 여부만을 결정할 수 있을 뿐 계약내용을 수정, 변경할 입장에 있지 않은 경우이므로 중재조항과 같이 중요한 규정이 이에 포함되어 있다고 하여 그 효력을 인정할 수 있는가 하는 것이다. 각국이 부합계약에 관하여는 소비자 및 계약상 약자를 보호하기 위한 정책적 고려에서 중재조항 뿐만 아니라 전반적인 효력을 논하고 있으므로 그에 의할 것인바, 우리나라에서는 약관의규제에관한법률³⁰⁾에 따라 그 효력이 결정될 것이다.

3. 중재합의의 요건

중재합의는 당사자간의 합의를 존중하여 국가법원의 재판권을 적극적으로 배제하는 것이므로, 중재의 과정과 결과에 대한 예측가능성을 가능한한 높이고, 그로 인한 불안전성을 줄이기 위하여는 중재합의에 중요한 요소들을 모두 포함시키는 것이 바람직 하다. 이를 위해 가장 안전한 방법은 대한상사중재원과 같은 상설중재기관이 만든 표준중재조항중 어느 하나를 사용하는 것이지만, 그렇지 않을 경우에는 반드시 주요한 8가지 점³¹⁾을 고려하여 중재합의를 하여야 한다고 한다.

그러나 중재합의에 당사자들의 진정한 중재부탁의사가 있는 이상, 다른 요소들이 결여되었다 하여도 중재합의를 무효로 할 것은 아니며

30) 약관의규제에관한법률 제5조, 제6조, 제14조

31) 즉, ① 중재부탁의사가 명확하고 확실한가? ② 중재지는 어디인가? ③ 주된 계약에 적용될 실질법은 무엇인가? ④ 중재합의에 적용될 실질법은 무엇인가? ⑤ 절차법은 무엇인가? ⑥ 중재판정부의 구성방법, 즉 중재인의 수, 자격, 선정절차는 무엇인가? ⑦ 중재절차에서사용될 언어는 어떤 것인가? ⑧ 개인의 프라이버시와 기밀은 유지되는가? Sutton/Kendall/Gill, 전거서 pp.28-29.

로, 각국의 입법은 대부분 그 보충규정을 마련하고 있다. 우리 대법원도 비록 중재판정부, 준거법이나 중재지의 명시가 되어 있지 않더라도 장래 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 명시적 의사표시가 있었다면 그 중재합의는 유효하다”고 판시³²⁾하고 있고, 서울중앙지방법원도 중재의사만 서면상 명백히 나타나 있으면 되고, 중재기관, 준거법, 중재장소 등이 명백히 확정되어 있어야만 중재약정이 성립되는 것은 아니다”라고 판시³³⁾ 하였다.

중재의사가 명백히 나타나야 한다는 것은 일견 당연한 것으로 보이나, 중재합의의 이행가능성과 관련하여 때로 어려운 문제를 야기하는 바, 특히 최근 건설중재와 관련하여 논란이 된 선택적 중재합의가 그 대표적 예이다. 간단히 살펴보면, 중재합의에 관하여 구 공사계약일반조건 제51조(회계예규 2200.04-104-8)의 해석과 관련해서 중재합의가 있다고 볼 것인지에 대해 많은 논란이 있었는데, 이는 위 규정이 조정과 중재 중 하나를 선택하는 형식(조정에 불복하는 경우는 법원의 판결에 의하는 것으로 함)을 띠고 있었기 때문으로, 대한상사중재원은 당사자가 조정절차를 택하지 않은 이상 중재를 취할 수밖에 없다고 하여 중재합의가 성립된 것으로 보았다. 그러나, 현재의 공사계약일반조건 제51조(회계예규 2200.04-104-9)는 당사자가 분쟁해결방안으로 조정과 중재, 그리고 재판중 하나를 선택할 수 있는 것으로 규정하고 있어, 당사자가 조정을 선택하지 않았다고 하여 바로 중재합의가 있다고 해석하기 어렵게 되었다.³⁴⁾

32) 앞의 주 26, 소위 GKN 사건 판결

33) 서울민사지방법원 1984. 4. 12. 선고 83가합7051 판결

34) 국가나 지방자치단체가 기업과 도급계약을 맺을 때 계약의 일부로 사용하고 있는 ‘공사계약일반조건’(재정경제부 회계예규) 제51조(2001. 2. 10부터 시행)가 분쟁해결수단으로 중재와 소송(국제입찰은 조정도 가능)을 선택할 수 있도록 규정하고 있고, 기술용역계약시 사용되고 있는 ‘기술용역계약일반조건’(재정경제부 회계예규)도 같은 내용을 규정하고 있는바, 이에 관하여는 분쟁해결수단으로 사법권을 배제한다는 중재제도의 근본 취지에 반하는 것이므로 무

본고는 특정 쟁점에 관한 학술적 고찰을 하기 위한 것이 아니므로 이에 관한 상론은 피하기로 하되, 참고로 일본의 경우³⁵⁾ “중재계약에 있어서는 법원의 재판을 배척하고 오로지 중재인의 판단에 따르는 데 합의하여야 한다”는 원칙을 확인하면서도, 한편으로 선택적 중재합의도 유효하다는 견해가 있고 독일의 학설과 판례도 이를 긍정한다고 소개하고 있는바, 선택적 중재합의에 관해 상대방이 다투는 경우 중재조항으로서 효력이 없다고 한 우리 대법원 판결³⁶⁾도 같은 맥락에서 일응 한정적 유효설을 취한 것으로 이해되는 반면, 영미법이나 대륙법의 주류적 견해는 이른바 선택적 중재합의를 무효로 보고 있다. 대표적으로 중재의 세계적 권위자인 W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson 3인은 공저³⁷⁾를 통해 “중재합의를 무효로 만드는 병적인 요소 가운데 가장 치명적인 것(cardinal sin)으로 ‘중재 또는 법원의 재판’이라는 식의 어정정한 합의”를 들고, “중재조항이 법원의 재판을 배척하지 아니하면, 당사자는 중재합의에 의존하여 중재를 신청할 수 없다”고 단정하고 있다.

효라는 입장과 조정, 소송을 선택할 것인지 중재를 선택할 것인지는 당사자들의 사적자치의 영역에 속하는 문제이므로 유효라는 입장이 있고, 아직 대법원 판례가 나오지 않은 가운데 하급심 판결들이 엇갈리고 있다. 유효 입장은 인천국제공항공사와 한라건설(주) 간의 중재절차위법확인소송 항소심(서울고법 2002. 7. 2. 선고 2002나6878판결), 대구광역시 동구와 (주)우신건축사사무소 등 간의 중재판정취소소송 1심(대구지법 2000. 10. 5. 선고 99가합20982판결)과 2심(대구고법 2001. 7. 26. 선고 2000나7654판결, 확정), 서울중앙지방법원 2002. 2. 5. 선고 2001가합54637 판결(무효론을 택한 상사중재판정 중재 제 99111-0099호를 취소하였음), 서울고등법원 1997. 10. 29. 선고 96나36103판결(전체적인 판시상 유효론) 등, 무효 입장은 인천국제공항공사와 한라건설(주) 간의 1심(서울동부지원 2001. 12. 21. 선고 2001가합6334판결), 이 모와 (주)아텍스 간의 중재절차위법확인소송 1심(서울중앙지법, 2000가합37949판결, 확정) 판결등 참조

35) 注解 중재법(小島武司, 高梁昭 編, 1988) pp.46-48.

36) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318판결, 대법원의 판시내용을 좀 더 살펴보면, 대법원은 “구체적인 중재조항이 중재계약으로서 효력이 있는 것으로 보기 위하여는 (구)중재법이 규정하는 중재의 개념, 중재계약의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다 ‘국적이 같은 구매자와 공급자 간의 분쟁은 구매자 국가의 법에 따라 판결 또는 중재에 의하여 해결되어야 한다’와 같은 내용의 선택적 중재조항은 ..이에 대하여 상대방이 별다른 이익없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 할 것이므로, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대하는 경우에는 중재계약으로 효력이 있다고 볼 수 없다.”고 실시하고 있다.

37) International Chamber of Commerce Arbitration, third edition, 2000, p.128.

일반적으로 권장할 바는 아니지만 유사한 고려사항으로, 계약상 분쟁의 일부(optional elements) 만에 관해 중재합의를 하고, 나머지는 소송에 의하고자 하는 경우 (예를 들어, 시공상의 분쟁은 중재에 의하되, 청산손해금의 청구는 법원의 판결에 의하고자 하는 것과 같이)도 있을 수 있는바, 이러한 경우에는 당사자들이 중재에 회부하기를 원하지 않는 분쟁의 유형을 명백히 합의, 특정할 것은 물론 중재합의 문안 작성에 극히 세심한 주의를 기울일 필요가 있다.³⁸⁾

4. 중재합의에 관한 추가 논의

중재합의에 관하여 앞에서 몇 가지 문제를 간단히 살펴 보았지만, 그밖에도 중재합의의 대상과 중재가능성, 당사자적격과 절차 및/또는 실체에 관한 준거법 합의 등 좀 더 깊은 연구를 필요로 하는 문제가 허다하다. 중재합의의 당사자 적격문제는 특히 국제상사중재에서 많이 논의되는데, 주로 국가 또는 국가기관이 중재합의의 당사자가 될 수 있는가 여부가 문제된다. 국제법상으로 확립된 주권면제이론에 의하면, 주권국가 또는 그 국가기관은 다른 국가의 재판권의 대상이 되지 않는다.³⁹⁾ 즉 국가는 국내재판의 당사자가 될 수는 있지만, 적어도 다른 국가의 재판권에 복속할 수는 없다는 것이다. 이러한 주권면제이론은 어느 국가의 법원이 다른 국가 또는 국가기관이 한 행위의 효력을 부인할 수 없다는 국가행위이론(Act of State Doctrine)과 더불어 국가 재판권의 범위를 제한하는 근거가 되어 왔다. 그러나 국가 또는 국가기관이 국제거래의 당사자가 되는 경우가 빈번하여 지면서, 국가도 분쟁해결을 위한 당사자가 될 수밖에 없고, 따라서 국가가 상거래의 당사자가 된다는 것은 그 스스로 주권을 포기하는 것이므로 다른 국가

38) Alan Redfern/Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1986, p.121.

39) Steiner/Vagts, *Transnational Legal Problems* (1986), p.695.

의 재판권의 대상이 될 수 있다는 이론이 확립되게 되었다⁴⁰⁾ 우리 대법원도 같은 입장을 취하여 “국가의 사법적 행위까지 다른 국가의 재판권으로부터 면제된다는 것이 오늘날의 국제법이나 국제관례라고 할 수 없다. 따라서 우리 영토내에서 행하여진 외국의 사법적 행위가 주권적 활동에 대한 부당한 간섭이 될 우려가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이에 대하여는 당해 국가를 피고로 하여 우리나라의 법원이 재판권을 행사할 수 있다고 할 것이다”라고 판시⁴¹⁾ 하였다. 이러한 상황하에서 국가가 어차피 다른 국가의 재판권의 대상이 될 수밖에 없다면 차라리 중재의 당사자가 되는 것을 선호하게 되었고, 이에 따라 국가와 다른 국민간의 국제거래에서는 중재조항이 보편화되고 있다.⁴²⁾

한편, 어떠한 분쟁이 중재에 의해 해결 가능한가 하는 것이 ‘분쟁대상의 중재가능성’ 문제인데, 이러한 중재 가능성의 범위는 각국이 추구하는 목적과 법적 환경에 따라 다를 뿐 아니라, 시대적 상황과 정치적 또는 법률적 제도 변화에 따라 변하고 있는 실정이다. 우리 중재법은 ‘중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 때’, 즉 중재가능성의 결여와 ‘중재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 때’, 즉 공공질서 위반을 각각 독립된 중재판정취소사유와 중재판정집행 거부사유로 규정하고 있다.⁴³⁾ 뉴욕협약도 ‘분쟁의 대상이 그 국가의 법 아래에서 중재에 의하여 해결될 수 없을 때’, 즉 중재가능성 결여와 함께

40) 영국의 국가면책법(the State Immunity Act 1978) 제13조 제2항, 제4항.

41) 대법원 1998. 12. 17. 선고 97다39216 전원합의체 판결. 이에 따라 사법적 행위에 대하여도 주권면제이론을 적용한 대법원 1975. 5. 23.자 74마281 결정을 변경하였다.

42) 주권면제와 중재판정의 집행에 관하여는, 장복희, “국가와 개인간의 중재판정의 집행”, 「중재 294호, 1999 겨울」, p.32.

43) 중재법 제36조 제2항 제2호 가.목 및 나.목, 제38조

‘중재판정의 승인과 집행이 그 국가의 공공질서에 반할 때’를 외국중재판정에 대한 승인 또는 집행 거부사유로 독립하여 규정⁴⁴⁾하고 있고, 이러한 내용의 규정은 UNCITRAL 모델법을 비롯한 거의 모든 나라의 입법과 조약에서 채택되고 있다.⁴⁵⁾ 관련하여, 이와 같이 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있는 사유 또는 중재판정을 취소할 수 있는 사유인 공공질서 내지 공서양속이 중재가능성을 제한하는 사유인지가 문제되는데, 건설분쟁의 경우 특히 중재가능성이 문제되지는 않는 것으로 보인다.

Ⅲ. 중재판정

1. 중재판정의 의의와 성격

중재판정은 분쟁 사안의 심리와 실제 판단에 참여한 단독중재인 또는 복수의 중재인으로 구성된 중재판정부가 상호 의견을 교환하고 합의하여 판정을 내림으로써 성립된다. 중재판정은 중재의 신속성, 경제성 등에 관한 전통적 요구에 맞추어 중재판정부가 답변서와 서증 제출, 증인 신문 등 단계별로 일정한 시한을 정해 심리절차를 진행하고 심문을 종결한 후 신속하게 내리는 것을 원칙으로 하는바, 이에 관해 국제상업회의소(ICC) 중재규칙은 중재부탁사항(terms of reference) 작성 완료후 6월내에 중재판정을 하도록 하고, 합리적인 사유에 기해 그 기간을 연장할 필요가 있을 경우에만 중재판정부가 기간을 연장할 수 있도록 규정하고 있는 한편,⁴⁶⁾ 같은 맥락에서 우리 중재법도 중재판정을 신속히 할 것을 대원칙으로 천명하는 데에서 나아가 중재판정

44) 뉴욕협약 제5조 제2항 a, b호

45) UNCITRAL 모델법 제36조 제1항 (b)(ii)

46) ICC 중재규칙 제24조

부로 하여금 당사자의 합의 또는 법률의 규정중 다른 정함이 없는 한 심리종결일로부터 30일 이내에 판정하도록 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 그러나, 국제상사중재를 위시하여 국내중재의 경우에도 경제규모의 확대와 함께 거래구조가 복잡, 다기해져 감에 따라 분쟁 양상 역시 전에 없이 다양한 형태로 대형화됨으로써 법원에 제소되는 사안 이상으로 복잡하고 경제적 파급효과가 큰 중재사안이 늘어나는 추세에 따라, 전통적인 의미의 중재의 신속성에 대한 요구의 비중은 감소되는 추세이고, 이에 따라 신속한 판정에 관한 위 규정들은 일반적으로 프로그램적 조항으로 해석된다.⁴⁸⁾

대한상사중재원의 중재규칙에서는 중재인이 수인인 경우, 당사자간에 별도의 합의가 없는 한, 중재판정을 포함한 모든 결정은 중재인의 과반수 결의에 의하도록 하고, 다만 중재심리 절차에 대한 사항에 관하여 다수결이 이루어지지 아니하는 경우에는 의장중재인이 정하도록 하였다.⁴⁹⁾ 같은 맥락에서, 개별 분쟁사건에 있어 중재규칙의 해석 및 적용도 당해 분쟁사건을 담당하는 중재판정부가 하는 것임을 명시하고, 중재인간에 의견일치를 보지 못하는 경우에는 다수결에 의하도록 규정하고 있다.⁵⁰⁾

중재판정은 당사자의 신청에 의해 또는 중재절차 진행을 위한 필요상 중재판정부 또는 의장중재인이 수시로 발하는 절차상의 명령과 지시(procedural orders and directions)와는 구별된다. 즉, 절차상의 명령

47) 중재규칙 제48조 제1항.

48) 대한상사중재원 중재규칙 해당 조항은 “분쟁의 신속한 해결이라는 중재제도의 취지에 비추어 가급적 그 기일내에 판정하도록 권장하는 훈시규정이므로 이를 위반했다고 해서 중재판정의 효력에 영향을 준다거나 중재판정 취소의 사유가 된다고 볼 수 없다”는 서울중앙지방법원의 판결이 있다(2004. 4. 2. 선고 2003가단415338 판결).

49) 중재법 제30조, 중재규칙 제33조

50) 중재규칙 제51조

과 지시란 준비서면과 답변서 및 증거서류의 교환, 자료 제출, 심문에 대한 조치 등 중재절차 진행상의 필요 또는 이익을 제기하거나 지시를 구하는 당사자와의 문제 해결을 위한 중재판정부의 조치로, 특히 집중심리기일(hearing) 시행을 전제로 심리전준비절차(pre-hearing conference)를 진행하거나 격지자간에 중재를 진행하는 국제상사중재의 경우 효과적인바, 이러한 절차상의 명령과 지시는 반드시 서면에 의할 필요가 있는 것이 아니므로, 어떠한 방법으로든 당사자들에게 공평한 기회를 부여하고 효과적으로 의사소통을 하는 것으로 충분하다.

2. 중재판정의 효력, 구제수단과 이행

우리 중재법을 포함하여 대다수의 입법례들이 ‘중재판정은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다’라는 취지로 규정⁵¹⁾하고 있는바, 법원의 확정판결에는 일반적으로 불가철회성, 기속력, 형식적 확정력, 실질적 확정력(기판력), 집행력, 형성력 등이 주어지므로, 중재판정에도 그에 상응하는 효력이 주어진다. 먼저 판결이 확정되면 당사자가 통상의 절차에 의하여는 불복할 수 없는 효력이 생기는 것을 형식적 확정력이라고 하는바, 이는 중재판정의 경우에도 같다. 즉, 대부분의 중재제도에는 중재절차 내에서의 불복 방법이 없고, 법원에의 상소도 허용되지 않으므로 일단 판정이 내려지면 형식적 확정력이 발생한다. 다만, 확정판결에 대해 불복이 가능한 재심 사유보다 넓은 사유에 의하여 중재판정이 취소될 수 있으므로 이러한 확정력은 유동적이다. 판결이 형식적으로 확정되면 동일한 당사자가 그 소송물에 관하여 다시 다툴 수 없는 효력, 즉 기판력(res judicata)이 발생하는 바, 각국의 입법례는 대체로 형식적으로 확정된 중재판정에 대해 실질적 확정력, 즉 기판력이 발생함을 인정하고 있다.

51) 중재법 제35조

확정판결과 마찬가지로 효력으로서 중재판정에 집행력이 생기는 것도 또한 당연하다. 다만, 확정판결에 대한 집행은 법원의 사무관 등에 의하여 집행문을 부여 받음으로써 가능한데 반하여 중재판정은 법원의 집행판결을 받아야만 집행력이 생기므로 그 때까지는 잠정적인 집행력만을 가진다 할 것이다. 집행은 집행판결로써 그 집행을 허가함을 선고한 경우에 한하여 가능하다. 그런데 판결을 선고하기 위하여는 원칙적으로 변론을 거쳐야 하기 때문에 집행판결을 받기 위하여는 구두 변론을 거쳐야 한다. 우리 중재법도 집행판결을 거치도록 하고 있다. 나아가 이러한 집행판결을 실제로 집행하기 위하여 다시 법원 사무관의 집행문을 부여 받아야 하는 지가 문제인바, 이론적으로는 부여 받지 않아도 무방할 것 같으나 실무상 집행문을 부여 받도록 하고 있다.

한편, 당사자들은 중재판정의 내용에 따르기로 합의한 것이므로 중재판정에 따를 의무가 있다. 즉 중재판정은 당사자에 대하여 구속력이 있다. 만일 이러한 구속력에도 불구하고 당사자가 중재판정의 내용을 임의로 이행하지 않을 때에는 집행판결을 받아 강제집행하게 되는데, 이 경우 중재판정 내용의 집행적격성이 문제될 수 있다. 이에 관해 중재신청인은 중재판정에 의해 분쟁을 해결하고 권리의 구제를 받고자 하는바, 중재판정부가 부여할 수 있는 구제수단(relief)은 어떠한 것인지가 문제된다. 먼저 중재에 의한 구제수단은 당사자간의 합의에 따르느냐, 중재제도의 탄력성으로 인해 당사자들은 소송절차에서 허용되는 구제수단은 물론, 소송절차에서 허용될 수 없는 구제수단에 관하여도 합의할 수 있다. 이에 관해 중재규칙은 중재판정부로 하여금 중재계약의 범위내에서 계약의 현실이행 뿐만 아니라 공정하고 정당한 배상이나 구제를 명할 수 있도록 규정⁵²⁾ 하고 있다. 문제는 당사자간에 합의가 없는 경우인데, 이에 관한 구체적 규정이 있는 입법례도 있으

52) 중재규칙 제52조

나, 우리 중재법 등 대부분의 입법례에는 이 같은 규정이 없으므로 해석에 의하여야 한다.

중재당사자들은 중재합의가 포함된 계약 또는 중재의 대상이 될 법률관계 또는 거래에 관한 계약을 통해 당사자간에 계약의 이행을 보다 효과적으로 확보하기 위한 여러가지 약정을 하고, 당사자 일방이 계약을 이행하지 않거나 파기할 경우, 또는 계약 이행과정에서 발생하는 이견을 해소하기 위한 필요에 따라 구제방안을 미리 합의해 두는 경우가 많다. 문제는 경제규모가 점차 확대되고 다국적 당사자간에 국경을 넘는 복잡한 유형의 거래가 늘어남에 따라 각국의 실정법이 당사자간에 체결한 갖가지 계약의 내용을 계약 의도대로 충실히 이행할 수단을 마련하고 있지 않을 때 생긴다. 예를 들어, 합작투자계약이나 기업의 인수, 합병 등과 관련하여 당사자간에 분쟁의 발생을 최소화 하거나 분쟁을 조기에 해결하기 위해 여러가지 합의를 하여 두는 경우와 같이, 당사자간에 더 이상 협상의 여지가 없어진 상태(deadlock)에서 계약을 일방적으로 해지하거나, 주식이나 재산을 임의로 처분하고 그 가치를 평가할 방법을 미리 합의한 경우에도 그러한 당사자간의 합의 내용을 용이하게 실행할 현실적인 방안을 찾기가 막연할 경우라면 그로 인해 분쟁이 보다 심각한 상태로 발전하게 된다.

전통적으로 가장 보편적인 구제수단은 채무이행 또는 손해배상으로서 금전의 지급을 명하는 것이다. 중재판정부는 당사자들의 명시적 또는 묵시적 합의가 없는 한, 분쟁이 발생한 주된 계약상의 적절한 통화로 지급을 명하여야 하는데, 적절한 통화란 그 계약에 따른 지급과 가장 밀접하고 현실적인 관련을 가지고 있는 통화를 말하고, 만일 그런 통화가 없다면 신청인의 손해를 전보하는데 가장 적합한 통화를 의미한다. 중재판정부는 그 판단에 따라 지급시기와 지급조건, 지연손해금을 정할 수 있다. 한편, 다소 특수한 문제로 금전의 지급과 관련

하여 중재판정부가 소송촉진등에관한특례법에 따른 소정의 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 명할 수 있는지 또는 징벌적 손해배상⁵³⁾을 명할 수 있는지 등이 문제된다. 전자에 관하여는 그러한 지연손해금의 지급을 명하는 것이 강행법규에 위반하거나 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 행위로 볼 수 없다는 판결⁵⁴⁾이 있는 반면, 후자의 경우에는 징벌적 손해배상은 우리나라의 공서양속 또는 국제사법상의 특별공서 위반으로 허용될 수 없다는 것이 국내 다수 학자들의 견해인 바, 그 같은 맥락에서 징벌적 손해배상의 포함 여부가 다투어진 미국 미네소타주 법원 판결에 관해 우리나라 손해배상법의 기준에 비추어 상당한 금액을 현저히 초과한 부분에 한하여는 공서양속에 반하므로 그 승인을 제한할 수 있다고 판시한 하급심 판결이 있다⁵⁵⁾

그밖에도 중재판정부는 채무자에게 채무이행을 강제하거나 행위를 금지하는 내용의 판정을 내릴 수 있다. 이 때의 판정에는 중국판정과 임시판정이 포함될 수 있으나, 우리 중재법은 후자를 포함하는 임시적 처분(interim injunction)을 절차적 문제로 보아 결정의 형식으로 하도록 하였으므로⁵⁶⁾ 우리 중재법 아래에서는 중국판정만이 해당되는 한

53) 영미법계 국가인 영국에서는 불법행위로 인한 손해배상소송에서, 미국에서는 불법행위로 인한 손해배상소송 및 계약위반으로 인한 손해배상소송에서 징벌적 손해배상(punitive damages, exemplary damages)을 인정하고 있다

54) “구 중재법(1999. 12. 31. 법률 제6083호로 전문 개정되기 전의 것) 제13조 제1항 제4호 후단의 ‘중재판정에 이유를 붙이지 아니하였을 때’란 중재판정서에 전혀 이유의 기재가 없거나, 중재판정에서 금전채무의 이행을 명하는 경우에 소송촉진등에관한특례법 제3조 제1항 소정의 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 명한다고 하여 이를 강행법규에 위반하거나 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 행위를 할 것을 내용으로 한 것으로 볼 수는 없다.” (대법원 2001. 4. 10. 선고 99다13577, 13584 판결)

55) 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결. 다만 동 판결에서는 문제된 미네소타주 법원 판결이 그 절차와 문언에 비추어 징벌배상을 포함하고 있지 않다고 판단하였으나, 보다 상세한 논의는 석광현 저, ‘손해배상을 명한 미국 미네소타주 법원 판결의 승인 및 집행에 관한 문제점(국제사법연구 제2호 PP.627-652.)’ 참고.

편, 당사자들의 자발적 준수를 기대할 수 있는 상황에서는 중재판정부에 의한 임시적 처분이 가능하고, 그렇지 않을 경우라면 중재합의가 있는 경우에도 관할법원을 통해 보전 처분을 구하는 것이 가능하다.

중재제도가 국내외거래분쟁의 효과적인 해결책이 되려면 중재판정이 양당사자 사이에서 중국적이고 구속력이 있을 뿐 아니라 집행 가능한 것이어야 하므로 중재 당사자들은 중재합의 및 중재신청에 의해 중재판정을 신속히 이행하고⁵⁷⁾ 관련법이 허용하는 한 모든 형태의 이의나 구제 권한을 포기한 것으로 간주 된다.⁵⁸⁾ 따라서 중재판정은 패소 당사자에 의한 자발적인 이행을 전제로 하지만, 어떠한 이유로든 자발적인 이행이 되지 않을 경우 만일 중재판정이 집행되지 못한다면 중재제도 자체의 효용과 존립을 위태롭게 할 것이다. 따라서 중재판정에서 승소한 당사자는 패소 당사자의 재산이 소재하는 곳에서 그 집행을 구할 것인 바, 결국은 패소 당사자의 재산 소재지국 법원에 의한 집행판결을 구하여 집행하게 될 것이다. 특히 집행국이 외국중재판정의 집행에 관한 절차규정을 가지고 있는 경우에는 그에 따르면 될 것이지만, 외국중재판정의 집행과 국내중재판정의 집행에 관한 절차규정을 구별하고 있지 않은 경우에는 대체로 국내중재판정의 집행에 관한 절차규정에 따라 집행하여야 할 것이다.

따라서 현명한 중재판정부는 그 판정이 집행국에서 집행될 수 있을지를 검토한 후 이를 명하는 것이 일반적이다. 예를 들어, 중재판정을 우리나라에서 집행하여야 할 경우, 중재판정 주문이 법원의 재판에 상응하여 확인판정, 이행판정, 형성판정의 어떠한 정형을 따르지 않을 경우에는 집행이 불가능하거나 일부 판정 내용에 관하여는 승인의 효과

56) 중재법 제18조, 중재규칙 제41조 제1항

57) UNCITRAL중재규칙 제32조 제2항

58) ICC중재규칙 제 28조 제6조

만 발생하게 되는 경우가 있다. 이에 따라 외국에서 진행되는 중재인 경우에는 승소가 예상되는 당사자가 중재판정의 주문과 이유 기재에 관해 미리 국내법원의 입장을 확인하는 경우도 드물지 않다. 그러나, 중재판정은 예를 들어, 뉴욕협약의 체결국가 상호간에는 어디서든 그 승인과 집행의 보장이 있으므로, 어느 특정 집행국만을 염두에 두고 그 나라의 실정법이나 법원의 관행을 반드시 준수할 필요까지는 없다고도 볼 수 있다.

다만, 뉴욕협약과는 또 다른 측면에서 중재판정을 어떠한 요건과 범위내에서 집행할 것인가는 상당 부분 그 집행국의 재량에 속하는 것이기 때문에 타국에서 중재판정의 실효성 있는 집행을 위해서는 여러 가지 추가적 고려가 따라야 한다. 중재판정을 타국에서 승인·집행 받기 위해서는 중재판정의 주체인 중재인이나 중재판정부가 정당하게 구성되어야 하고, 중재계약이 중재적합성을 가져야 하며, 중재판정이 당사자가 선택한 준거법이나 절차규칙에 반하지 않아야 함과 동시에 승인·집행국의 공서양속 및 강행법규에 반하지 않아야 한다. 즉, 중재판정의 취소사유나 거절사유가 없어야 한다. 한편 중재에서 패소한 당사자는 중재판정의 취소 및 승인·집행의 거절 사유가 존재하는 경우 법원에 중재판정 취소의 소를 제기함으로써 또는 중재판정의 승인·집행의 거절을 주장함으로써 중재판정의 구제를 신청할 수 있다.

한편, 중재판정의 취소사유 및 취소와 관련하여 우리나라 중재법은 중재판정이 취소될 경우, 중재합의의 실효 여부를 포함한 후속 처리와 관련된 제반 법률문제에 대한 규정을 두고 있지 않아서 학설상의 대립을 보이고 있는바, 이는 앞으로 학계와 실무계가 공동의 노력으로 해결해야 할 일이다.

3. 중재판정에 관한 중재인의 권한 및 재량

중재는 단심제이므로 중재판정을 함에 있어 사실 인정과 법 적용에 관한 중재인의 권한과 재량이 어떠한 것인가는 중재제도의 성패를 좌우할 매우 중요한 고려사항이다. 이는 중재 본안 판단에 적용할 준거법에 관한 중재법 원칙 및 개별 규정의 해석과 밀접하게 연관된 문제이면서도, 중재인의 판정이 그에 위반되었을 경우라도 그를 이유로 중재판정을 취소하거나 승인집행을 거부할 수 없는 경우라면 실질적으로 중재인의 재량판단을 넓게 인정해 주는 결과가 되기 때문이다.

1925년 미국 중재법은 중재과정에 대한 사법심사의 가능성을 '명백한 법의 무시'(manifest disregard of law) 또는 중재인의 불평등한 처사 같이 근본적 정의를 위반한 경우에 한정하고 있었는데, 미연방대법원은 *Wilko v. Swan* 사건⁵⁹⁾에서 '중재인에 의한 법률해석상의 오류는 그것이 명백한 법의 무시가 아닌 한, 법원에 의한 재심사의 대상이 되지 아니한다'고 판시하여 이를 지지하였다. 그 후 *I/S Stavborg v. National Metal Converters, Inc.(NMC)* 사건⁶⁰⁾에서 연방항소법원은 "중재인들에 의한 계약의 해석이 명백한 오류라고 하더라도 중재판정을 취소할 이유가 되지는 않는다. 즉 중재인의 법률에 관한 잘못은 정정될 수 있지만, 단순한 계약 해석의 오류는 이에 해당하지 않는다"라는 취지로 판시함으로써 중재판정취소를 받아들이지 않고 위 *Wilko v. Swan* 사건에서 확립된 기준을 재삼 확인하였다. 이와 관련하여 일부 학자들은 이를 미국법 하에서 사법심사의 한계를 설정한 것으로 설명⁶¹⁾ 하거나, 더 나아가 중재인은 엄격한 법의 적용없이 '선의와 형평' 또는 '우호적 중재'로 판정할 수 있다는 견해를 취하고 있다.

우리 중재법은 중재판정의 취소사유를 절차상의 중대한 적법절차

59) 346 U.S. 427, 436-7(1953)

60) 500 F.2d 424, 2d Cir. 1974

61) 목영준 저, 전게서 pp.212-213.

위반 사유가 있는 경우로 국한하고 그 이외의 경우에는 중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다루었거나 중재판정의 승인 또는 집행이 국내법상 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 때 등⁶²⁾으로 엄격히 제한하고 있고⁶³⁾, 뉴욕협약상으로도 중재인의 사실인정이나 법률적용상의 착오가 외국중재판정의 승인 및 집행을 거부할 사유에 해당하지 않는 한편, 아래 중재판정의 이유 기재와 관련한 논의에서 살펴 보는 바와 같이 ‘중재판정의 이유는 중재인이 어떻게 하여 판단에 이른 것인지를 알 수 있을 정도의 기재가 있으면 충분하다’고 하고, 나아가 ‘중재판정서에 이유의 설시가 있는 한, 그 판단이 실정법을 떠나 공평을 그 근거로 삼는 것도 정당하다’고 하는 것이 우리 대법원의 확립된 판례이므로,⁶⁴⁾ 우리 중재 실무상으로는 중재인이 필요하다고 판단할 경우 실질적으로 형평과 선에 근거하여 판정하는 것이 가능하다고 볼 수도 있을 것이다.

4. 중재판정의 이유

중재판정에는 원칙적으로 판정에대한 주문 및 이유를 기재하여야 한다. 그러나 중재판정에 반드시 판정의 이유나 이유의 요지를 기재하여야 하는지 여부에 관하여는 각국의 법제가 상이한바, 대체로 영미법계 국가에서는 연혁적으로 판정의 이유기재를 요구하지 아니했던 반면, 대륙법계 국가들에서는 판정의 이유를 기재하도록 요구해 왔다. 다만, 이러한 연혁적 차이에도 불구하고 영미법계 국가에서도 당사자간 합의에 의해 판정이유를 기재하도록 정한 경우에는 이유를 기재하도록 하고, 반대로 대륙법계 국가에서도 당사자간에 명시적인 합의가

62) 중재법 제36조 제2항

63) 중재판정에서 지연손해배상금을 외화로 지급할 것을 명한 것은 당사자의 약정에 따른 것으로 준거법인 대한민국법에 반하지 않는다. (대법원 2001. 10. 12. 선고 99다45543판결)

64) 대법원 1998. 7.10. 선고 98다901 판결 등

있을 경우 판정이유를 기재할 필요가 없도록 하여 왔는바, 최근의 추세는 영미법계와 대륙법계 국가들 모두 판정이유의기재를 요구하고 있는 것이 일반적이다.

중재판정에 이유를 기재하도록 하는 취지는 법원으로 하여금 중재판정을 심사하도록 하기 위한 것이 아니고, 중재판정에 이른 논리적 과정을 당사자들에게 현출시킴으로써 적극적으로 당사자들을 설득하기 위한 것이며, 이에 따라 특히 패소 당사자는 특별히 이유불기재에 합의하지 않은 한, 그에게 구속력있는 중재판정이 내려진 이유와 근거를 알 권리가 있고, 그에 기해 불복여부를 결정하게 된다. 관련하여 당사자간에 명시적으로 이유를 붙이지 않기로 합의하지 않았는데도 이유기재가 없는 중재판정을 허용한다면, 법원으로서의 그 집행 또는 취소를 구하는 단계에서 중재판정에 ‘법의 명백한 무시’가 있었는지, 공서양속 위반 사유가 있는지 또는 분쟁물이 중재가능한 것인지 등을 검토하기 위해 실질심사를 하지 않을 수 없게 될 것이므로, 법원이 실질심사에 들어가지 않고 위 같은 사유를 판단할 수 있도록 이유를 기재하도록 하는 것이 오히려 중재판정의 자율성을 보장하는 길이 될 것이다. 나아가 사법의 대국민 서비스가 강조되는 추세에 비추어 중재의 경우에도 중재인들이 중재 수요자들인 당사자들의 요청과 기대에 보다 적극적으로 부응하게 하고, 중재인의 자의적 판단이나 전횡을 방지하기 위하여는 중재판정부로 하여금 이유기재 과정을 통해 보다 신중하게 논리 추론 과정을 다시 한번 확인하고 자체적으로 오류를 시정할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 면까지 감안한다면, 이유기재는 가급적 분쟁 양상 전반과 개별 쟁점 모두에 관해 일용 중재판정부의 판단 근거를 이해하고 승복할 수 있을 정도로 상세한 것이바람직할 것으로 생각된다. 다만, 뉴욕협약은 이유기재에 관한 규정을 별도로 두지 않고, 이유불기재를 제5조에 정한 집행거부사유에 포함시키지 않음으로써 각국의 입법태도를 존중하는 입장을 취하였다.

중재판정문에 반드시 판정의 이유가 기재되어야 하는지에 관한 논의는 특히 법적 중재가 아닌 우의적(友誼的) 중재(amicable composition) 또는 형평(衡平)과 선(善)에 의한(ex aequo et bono) 중재의 경우에 문제가 된다. 대개 법적 중재의 경우에는 대륙법계 국가에서는 판정이유를 기재하도록 하고 있고, 영미법계 국가들의 중재제도 하에서는 원칙적으로 이유의 기재가 요구되지 않았는바, 이러한 법제상의 차이로 인해 영미법계 국가에서 이유의 기재없이 내려진 중재판정이 대륙법계 국가에서는 승인·집행이 거절될 수 있기 때문이다. 더구나 중재판정에 이유를 기재하도록 중재법에 명문의 규정을 두고 있는 국가에서도 중재판정을 법원의 판결과는 달리 형평과 선에 의해 판정할 수도 있게 할 뿐만 아니라, 중재판정에 붙이는 이유는 중재인이 어떻게 하여 그와 같은 판정을 하였는가를 알 수 있을 정도로 기재하면 되고, 일일이 판정에 이른 근거를 제시하지 않아도 이유를 흠결한 것으로는 보지 않는 것이 일반적이다. 과거 우리나라의 구 중재법 제13조는 이유의 불기재와 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈(遺脫)한 때를 중재판정의 취소사유로 규정하고 있었던 바, 그 타당성에 관하여 의문이 있었으므로 현재의 중재법은 UNCITRAL 모델법과 중재규칙에 따라 이를 취소사유로 하지 않고 추가판정의 사유로 명시하고 있다.

5. 이유기재의 정도

중재법에 따르면 중재판정에는 반드시 판정의 근거가 되는 이유를 기재하여야 한다. 따라서 이유를 기재하지 않았을 경우에는 중재법 위반으로 그 효과가 문제될 것인바, 이에 상응한 민사소송법 규정을 살펴 보면 제394조 제1항 제6호에서 ‘판결에 이유를 명시하지 아니하거나 이유에 모순이 있을 때’를 절대적 상고이유로 규정⁶⁵⁾하고 있다. 이

때 ‘판결에 이유를 명시하지 아니하였다’ 함은 이유를 전혀 기재하지 아니한 경우는 물론, 이유의 일부를 빠뜨리거나 이유를 빠뜨린 것이 없더라도 그 어느 부분이 명확하지 아니하여 법원이 사실을 인정하고 법규를 선정, 해석, 적용하고 주문에 이른 판단과정이 불명확한 경우를 포함한다는 것이 통설과 판례의 입장이다.⁶⁵⁾ 그렇다면 중재판정의 이유도 법원의 판결이유와 같은 정도로 증거에 의한 사실인정, 법률의 적용, 당부판단에 있어 논리적 일관성과 법률적 귀결성을 나타내어야 하는지, 나아가 그렇지 못한 경우 중재판정 취소의 사유가 되는지가 문제된다.

이에 관하여는 법원의 판결에 이유를 기재하는 이유가 한편으로는 분쟁당사자를 설득하기 위한 사적인 목적과, 다른 한편으로는 상급심의 판단자료를 제공하기 위한 공적인 목적이 있는 반면, 중재판정에 이유를 기재하는 목적은 사적인 목적이 주된 것이므로 중재판정 이유가 판결이유와 같이 완전할 것을 요구하지 않음은 당연하다고 할 수 있다. 즉 중재판정에 이유를 붙이도록 하는 취지는 중재인으로 하여금 결론에 이르는 과정에서 신중을 기하도록 하는 한편, 이를 현출시킴으로써 당사자로 하여금 결론을 납득하고 승복하게 하여 중재판정의 신뢰성을 높이기 위한 것이다. 따라서 판결에서와 같이 법률가들이 원하는 사실인정, 법률효과 및 당부판단의 완벽한 논리적 과정을 실시할 필요는 없다. 또한 중재인은 대부분 법률가가 아니고 설사 법률가라 하더라도 일상 법원의 재판업무와는 거리가 있는 업무에 종사하는 경우가 많으므로, 그들이 위와 같은 논리적 사고 및 표현을 하리라고 기대하기도 어렵고 또 기대하여서도 안된다. 어쩌면 그것이 소송절차

65) 구 민사소송법은 절대적 상고이유중 하나로 제394조 제1항 제6호에서 ‘판결에 이유를 명시하지 아니한’ 경우를 규정하고, 현행법은 제424조 제2항 제6호로 ‘판결의 이유를 밝히지 아니한’ 때라고 규정하여 표현상의 차이는 있으나 결국 같은 원칙을 규정하고 있다.

66) 목영준 저, 전거서 p.186. 대법원 1995.3.3.선고 92다55770 판결

를 피하여 중재를 택하게 된 주된 이유일 수 있기 때문이다. 비록 사실인정이나 법률판단에서 완벽하게 논리적 연결이 되지 않더라도 구체적 분쟁 사안에 관한 구체적 타당성과 합리성을 충족시켜 주면 충분한 것이다.

반면, 중재판정은 그 실현 또는 취소를 위하여 반드시 공권력의 힘을 빌어야 하는 한계가 있다. 즉 중재판정의 집행 또는 취소를 위하여는 법원의 판단을 받아야 한다. 이 경우 논리적 전개에 익숙하여진 법관으로서의 어설픈 추론에 기한 중재판정에 만족할 리 없으므로 중재판정의 온갖 부분에 논리적인 문제점과 어색함을 발견하게 되고, 이에 따라 이를 인용하는 것이 도저히 용납되지 않는 경우가 허다하다. 결국 중재판정에 법원의 판결에 상응할 만큼 논리적인 사실인정과 적정한 법률판단을 기대할 수는 없어도, 적어도 법원이 인내할 만큼 이유가 모순되지 않아야 하고, 법률판단 과정에 대한 나름대로의 설명이 있어야 한다. 따라서 판정 주문 자체가 불명확하여 주문의 취지를 알 수 없는 경우, 판정 주문만이 존재하고 그 전부 또는 일부에 대한 이유기재가 없는 경우, 당사자가 주장한 공격방어방법에 대하여 이유의 기재가 없는 경우, 이유의 기재가 있으나 불명확하여 판단과 이유 간에 논리적 연결을 찾을 수 없는 경우 또는 이유 자체로 모순되는 경우 등이 이유불기재의 구체적 유형이 될 것이다.⁶⁷⁾

중재법상 요구되는 이유기재의 정도에 관하여 우리 법원은 매우 신축적이고 관대한 입장을 천명해 왔는데, 우선 구 중재법 제13조 제1항 제4호 후단 소정의 ‘중재판정에 이유를 붙이지 아니 하였을 때’의 의미에 대하여 “전혀 이유의 기재가 없거나, 이유의 기재가 있더라도 이유가 불명료하기 때문에 판정이 어떠한 사실상 또는 법률상의 판단에 기인하고 있는가를 판명할 수 없는 경우와 이유가 모순인 경우를

67) 목영준 저, 전거서 p.194..

말한다 할 것이고 중재판정서에 이유의 설시가 있는 한 그 판단이 실정법을 떠나 공평을 그 근거로 삼는 것도 정당하고 또 판단에 부당하거나 불완전한 점이 있다는 것은 이유를 붙이지 아니한 때에 해당하지 않는다고 하여야 할 것이다.”라고 판시한 데에서 나아가 “이렇게 해석하는 것이 당사자간에 이유를 요하지 않는다고 합의를 하였을 때에는 중재 취소의 소를 제기할 수 없다는 같은 법 제13조 제1항의 규정과도 균형이 맞는다고 할 것이다”라고 판결하였다.⁶⁸⁾ 또한, “중재판정문에 기판력 주장에 관한 판단이 있는 이상 그 주장을 배척한 근거에 대하여 일일이 설명하지 않았거나 판단 내용상에 소홀함이나 잘못이 있다 하더라도 이를 중재판정의 취소사유에 해당하는 판단유탈이라고 할 수 없다.”⁶⁹⁾라고 하고, “중재절차에서 [일정한 조항이] 비상식적인 조항으로서 이에 기하여 책임을 묻는 것은 실질적으로 부당하고, 상식적으로 도저히 납득이 가지 않으며, 반국가적인 조항이 될 수도 있다’는 등으로 주장한 취지가 [그러한 조항]이 신의칙에 반하여 무효라는 주장을 한 것으로 볼 수는 없고 또한 [위 조항]이 약관의규제에관한법률 제13조에 위반하여 무효라 할 것인데도 이 점에 관한 판단을 유탈하였으므로 중재법 제 13조 제1항 제5호에서 정한 취소사유가 있다고 주장한 바를, 위 중재판정이 법률상 금지된 행위를 할 것을 내용으로 하는 것이어서 중재법 제13조 제1항 제3호에서 정한 취소사유가 있는 것이라는 취지의 주장을 한 것으로 볼 수 없다.”고 판시한 바도 있다.⁷⁰⁾

68) 대법원 1989. 6. 13. 선고, 88다카183, 184 판결, 같은 취지로, 구 중재법상 ‘중재판정에 이유를 붙이지 아니하였을 때’에 관하여 위 같은 설시를 인용한 후, 계속하여 ‘중재판정에 붙여야 할 이유는 당해 사건의 전제로 되는 권리관계에 대하여 명확하고 상세한 판단을 나타낼 것까지는 요구되지 않고 중재인이 어떻게 하여 판단에 이른 것인지를 알 수 있을 정도의 기재가 있으면 충분하고, 또한 그 판단이 명백하게 비상식적이고 모순인 경우가 아닌 한, 그 판단에 부당하거나 불완전한 점이 있다는 것은 이유를 붙이지 아니한 때에 해당하지 아니한다’는 판결도 있다. (대법원 2001. 4. 10 선고 99다13577판결)

69) 대법원 1992. 1. 21. 선고, 91다7774, 91다7781 판결

또한 “중재판정에 붙여야 할 이유는 당해 사건의 전제로 되는 권리 관계에 대하여 명확하고 상세한 판단을 나타낼 것까지는 요구되지 않고 중재인이 어떻게 하여 판단에 이른 것인지를 알 수 있을 정도의 기재가 있으면 충분하다.”고 판시⁷⁰⁾한데 이어, 의문의 여지가 없도록 ‘중재판정에 이유를 붙이지 아니하였을 때’란 중재판정서에 전혀 이유의 기재가 없거나 이유의 기재가 있더라도 불명료하여 중재판정이 어떠한 사실상 또는 법률상의 판단에 기인하고 있는가를 판명할 수 없는 경우와 이유가 모순된 경우를 말하고, 중재판정서에 이유의 설시가 있는 한 그 판단이 실정법을 떠나 공평을 그 근거로 삼는 것도 정당하며, 중재판정에 붙여야 할 이유는 당해 사건의 전제로 되는 권리 관계에 대하여 명확하고 상세한 판단을 나타낼 것까지는 요구되지 않고 중재인이 어떻게 하여 판단에 이른 것인지를 알 수 있을 정도의 기재가 있으면 충분하고, 또한 그 판단이 명백하게 비상식적이고 모순인 경우가 아닌 한, 그 판단에 부당하거나 불완전한 점이 있다는 것은 이유를 붙이지 아니한 때에 해당하지 아니한다.”고 판결⁷²⁾한 것이 우리 대법원의 확립된 입장을 잘 나타내 보여주고 있다.

대법원은 중재판정의 기판력과 관련하여서도 같은 입장을 견지하여 “중재판정문에 기판력 주장에 관한 판단이 있는 이상 그 주장을 배척한 근거에 대하여 일일이 설명하지 않았거나 판단 내용상에 소홀함이나 잘못이 있다 하더라도 이를 중재판정의 취소사유에 해당하는 판단 유탈이라 할 수 없다”고 판시하였다.⁷³⁾ 한편 중재판정의 내용은

70) 대법원 1997. 2. 25. 선고, 96다24385 판결

71) 대법원 1998. 3. 10. 선고, 97다21918, 21925 판결

72) 대법원 1998. 7. 10 선고 98다901 판결

73) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다7774, 91다77 판결, 대법원의 판시 내용을 좀 더 살펴 보면, 대법원은 “.. 그러나 피고가 위에 나온 3건의 판결 모두를 들어 기판력의 항변을 한데 대하여 중재판정문에서 피고의 주장내용을 인용 설시 하면서 그 중 일부를 누락하였다 하더라도 기판력 주장을 배척하는 판단 부분에서는 포괄적인 표현을 하고 있으므로 이는 누락부분을 포함한 피고의 기

그 자체로서 불명료하거나 불완전한 부분이 있는 경우에 한하여 합리적 보충의 방법에 의하여 해석할 수 있을 뿐, 중재판정의 내용 자체가 명확한 경우에는 다른 자료에 의하여 이를 확장 또는 유추해석할 수 없다.⁷⁴⁾

이제 중재판정에 이유를 기재하지 않았을 경우의 효과를 살펴보면, 구 중재법 제13조 제1항 제4호는 ‘중재판정에 이유를 붙이지 아니하였을 때’를 중재판정 취소사유중 하나로 규정하였으나, 개정 중재법에서는 중재판정의 형식과 내용에 관하여 ‘중재판정에는 그 판정의 근거가 되는 이유를 기재하여야 한다. 다만, 당사자간에 합의가 있거나 제31조의 규정에 의한 화해중재판정의 경우에는 그러하지 아니하다’고 규정⁷⁵⁾하면서도 이유불기재를 중재판정 취소사유에 포함시키지 아니하였다. 이에 따라 ‘중재판정에 이유를 붙이지 아니한 것’이 중재판정의 취소사유가 될 수 있는지 여부를 검토할 필요가 있는데, 이에 관하여는 중재판정에 이유의 기재를 요하지 않는다는 당사자간의 합의가 없을 경우, 이유를 전혀 기재하지 않은 경우는 물론, 판정 주문 자체가 불명확하여 주문의 취지를 알 수 없을 때, 판정주문만이 존재

판력 주장 전부에 관한 판단이라고 볼 여지가 있을 뿐 아니라 중재판정에서 인용한 피고 주장 가운데 본안판결의 존재를 전제로 한 ‘..주장을 배척하고 청구를 기각하였는 바’라는 부분과 ‘..위 조치의 위법, 부당 여부에 관하여는 기판력이 발생하였으므로’라는 표현이 있음에 비추어 앞에 나온 판결중 유일한 본안 판결인 동부지원 판결의 기판력에 관한 판단이 포함되어 있는 것으로 봄이 상당하다.”고 설사하고 있다.

74) 기록에 의하면, 이 사건 중재판정 주문 제1항은 ‘피고는 원고 회사 및 문화물산에게 20억원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라’는 것이므로, 중재판정의 주문기재 자체에 의하여 원고와 문화물산의 피고에 대한 채권은 분할채권임이 명백하고 그 내용이 불명료하거나 불완전하다고 할 수 없으므로, 이러한 경우 임의로 중재판정의 신청 취지나 중재판정의 이유를 인용하여 중재판정의 주문에서 명한 원고와 문화물산의 피고에 대한 채권을 불가분채권이라고 해석할 수는 없다고 할 것이다.

75) 중재법 제32조 제2항

하고 그 전부 또는 일부에 대한 이유기재가 없을 때, 당사자가 주장한 공격방어방법에 대하여 이유의 기재가 없을 때, 이유의 기재가 있으나 불명확하여 판정주문과 이유간에 논리적 연결을 찾을 수 없을 때 또는 이유 자체로 모순될 경우 등에는 중재판정의 효력을 인정할 이유가 없다고 할 것이므로 이를 ‘중재절차가 이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 당사자간의 합의에 따르지 아니하거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니하였다’는 이유로 중재판정을 취소할 수 있다고 보는 것이 다수 학자의 견해이다.⁷⁶⁾

IV. 건설분쟁 해결을 위한 개선방안

이제까지 중재제도중 중재합의와 중재판정에 관한 일부의 문제를 주마간산 식으로 살펴 보았는바, 특히 건설분쟁에 있어 재판외 분쟁해결제도에 대한 사회적 요청이 큰 점에 비추어, 중재 및 조정의 활성화를 위한 대폭적인 제도 정비가 필요하다는 데는 상당한 공감대가 형성되어 가고 있는 것으로 보인다. 재판제도와 함께 중재와 조정이 상호 상승 효과를 발휘할 수 있도록 조정과 중재를 연계하고, 나아가 제도적으로 결합할 수 있도록 하나의 기관에 의한 통합적 관리의 필요성이 크다는 견해와 함께 건설분쟁을 전문적으로 다룰 수 있는 인력 양성에 대한 요구도 커지고 있다.

모든 분쟁의 경우에 다 해당하는 것이지만, 우선 분쟁을 예방하는 방법을 찾는 것이 어떤 경우에도 최선의 방법이라면, 불가피하게 분쟁이 발생했을 경우 그것을 신속하게 합리적이고 형평에 맞게 해결하여 당사자들의 승복을 얻어내는 것이 차선의 방법이다. 그러기 위하여는

76) 목영준 저, 전거서 p.228-229.

분쟁 해결을 위해 당해 산업의 전문가들이 좀 더 적극적, 능동적으로 기여하게 할 필요가 있다. 건설분쟁의 경우 토목, 건축의 기초개념은 물론 공사계획의 작성, 가설공사, 토공사, 기초공사 등을 포함하여 내장공사, 설비공사를 비롯하여 준공에 이르기까지 건설시공의 단계별 공정을 이해하지 못하는 중재인에게 분쟁의 원인 및 경과를 제대로 파악하여 시비를 가리고 현명한 해결책을 찾아 주기를 기대하기는 어렵다.

마찬가지로, 분쟁해결제도의 틀과 적용 규범 및 관련된 문제 전반에 관한 이해없이 건설분쟁을 기술적 관점에서만 접근해 보려고 한다면 분쟁의 원만한 해결은 요원해 질 것이다. 따라서 실물경제에서 발생하는 다른 분쟁의 경우에도 마찬가지겠지만, 건설분쟁의 해결을 위하여는 특히 법률가와 건설전문가의 상호 협조와 정보교환이 필요하고 분쟁의 효율적 해결을 위한 노력은 그러한 바탕위에서 이루어져야 한다.

중재와 특별히 관련된 것은 아니지만, 우리 대법원에서 “건축주의 사정으로 건축공사가 중단되었던 미완성의 건물을 인도받아 나머지 공사를 마치고 완공한 경우, 그 건물이 공사가 중단된 시점에서 이미 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 있는 형태와 구조를 갖추고 있었다면 원래의 건축주가 그 건물의 소유권을 원시취득하고, 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 독립한 부동산으로서의 건물의 요건을 갖춘 것이라고 보아야 한다고 판시⁷⁷⁾한 것은 건축 시공자의 현장감각과 법적인 판단이 어떻게 조화를 이루는 것인지를 보여주는 좋은 예가 될 것이다. 아울러 턴키베이스 공사에서 어느 경우에 비용증가로 인한 손해를 인정하고⁷⁸⁾ 어느 경우에 부인하는지⁷⁹⁾ 하는

77) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16350 판결

78) 이 사건 계약을 설계시공일괄입찰방식에 의한 도급계약의 형태로 체결하였으

것도 전문직역간의 이해가 필요함을 보여 주는 좋은 예이다.

건설분쟁의 해결을 위해서는 판정부에 전문적 식견을 제공할 신뢰할 수 있는 감정인의 역할이 무엇보다 중요하고, 이를 위해서는 검사 기술 개발, 데이터의 축적 등 기술적 요소의 연구, 개발은 물론 법률가와 건설회사, 발주처로서의 정부와 하수급인 등 건설사업 주체 사이에 건설계약에 관한 공동연구가 필요하다.

나, 실질적인 계약의 내용에 관하여는 설계요소의 변경뿐만 아니라 공사기간의 변경, 운반거리 변경 등 계약내용에 변경이 있을 경우 계약금액을 조정할 수 있다는 공사대금에 관한 조정 유보규정을 두었다고 할 것이므로, 이 사건 계약은 계약이 체결된 후 공사기간 등의 변경이 있다 하더라도 공사대금의 조정을 할 수 없는 원래 의미의 설계시공일괄입찰방식에 의한 계약이라기 보다는 내역입찰방식에 의한 계약의 요소를 혼합하고 있는 중간적인 형태의 계약이라고 보아야 할 것이다. (대법원 2002. 8. 23. 선고 99다52879 판결)

- 79) 설계시공일괄입찰방식에 의한 도급계약은 수급인이 도급인이 의욕하는 공사의 목적을 이해한 후 그 목적에 맞는 설계도서를 작성하고 이를 토대로 스스로 공사를 시행하여 결과적으로 도급인이 의욕한 공사목적은 이루도록 하는 계약을 의미하는 것으로서 수급인인 원고로서는 입찰단계에서부터 도급인인 피고가 제시하는 공사일괄입찰기본계획 및 지침에 따라 그 공사의 설계서 기타 시공에 필요한 도면 및 서류를 작성하여 입찰에 참가한 후, 낙찰자로 선정된 다음에는 자신이 작성한 설계도서를 토대로 스스로의 책임과 위험부담으로 공사완공에 필요한 비용을 산정하여 이 사건 공사를 시행하고, 그 결과로서 피고가 의도한 공사목적물을 조달하여야 하는 것이므로 이 사건 공사의 발주자인 피고에게 공사입찰자들을 위하여 미리 적정한 공사비용을 산출하여 공사예산을 책정할 의무가 있다고 볼 수 없으며, 입찰자도 공고된 공사예산의 범위 내에서 이 사건 입찰을 하여야 하는 제한이나 법적 구속력은 없고 따라서 이 사건 입찰 당시 공고된 공사 예산이 피고의 잘못으로 인하여 과소하게 책정되었음에도 원고가 위 공사예산이 적정 공사비인 것으로 믿고 이를 기준으로 피고와 공사도급계약을 체결하였다가 공사금액보다 추가로 비용을 들여 이 사건 공사를 시공함으로써 결과적으로 손해를 보게 되었다고 하더라도, 여기에 피고의 어떠한 위법행위가 있었다고 볼 수 없을 뿐더러, 그와 같은 손해가 피고의 위법행위로 말미암아 발생된 손해라고 볼 수도 없다. (대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다7824 판결)

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 두성규, “건설분야의 중재 활성화 방안”, 대한상사중재원, 중재 303호, 2002/3
- _____, “건설분쟁의 조정 현황 및 장기적 발전 방향”, 대한상사중재원, 중재 306호, 2002/12
- 목영준, 상사중재법론, 박영사, 2001
- 석광현, “손해배상을 명한 미국 미네소타주 법원 판결의 승인 및 집행에 관한 문제점”, 국제사법연구 제2호, 1997
- 윤재윤, 건설분쟁관계법, 박영사, 2003
- 장복희, “국가와 개인간의 중재판정의 집행”, 중재 294호, 1999 겨울
- 채완병, “우리나라의 건설중재 현황과 활성화 방안”, 중재학회, 2004년도 건설중재 정책세미나 및 학술발표논문집, 2004/6

2. 해외문헌

- 小島武司, 注解 중재법, 高桑昭 편
- Alan Redfern/Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration (1986)
- Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981
- David, Arbitration in International Trade (1985)
- Steiner/Vagts, Transnational Legal Problems (1986)
- Sutton/Kendall/Gill, Russel on Arbitration, 21st Ed. (1977)
- W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd Ed. (2000)

3. 기타자료

ICCA Yearbooks

<http://scourt.go.kr>, 종합법률정보

<http://www.kcab.or.kr>

ABSTRACT

Brief Observation on Arbitration Agreement and Arbitral Award - Focusing on Construction Disputes -

Dae-Yun Cho

There is a belief in the construction industry that the traditional court system may not be an ideal forum to effectively and efficiently resolve construction disputes due to the protracted proceedings and the three tier appeal system resulting in a long delay in the final and conclusive settlement of the dispute, relatively high costs involved, the lack of requisite knowledge and experience in the relevant industry, etc. Hence, they assert that certain alternative dispute resolution ("ADR") methods, such as mediation, conciliation, arbitration or a new system for disputesettlement in the form of any combination thereof should be developed and employedfor construction disputes so as to resolve them more promptly and efficiently to the satisfaction of all the disputants concerned.

This paper discusses certain merits of such assertions and the need for additional considerations for effective resolution of the construction disputes in light of the complexity of the case, importance of expert witnesses, parties' relationship and non-level playing field of the construction industry and so on. At the same time, however, given the inherent nature of disputes rendering the parties involved in an

adversarial position, it would rather be difficult, if not practically impossible, to satisfy all the parties concerned in the dispute. Accordingly, in this study, it is also purported to address the demerits of such assertions by studying the situation from a more balanced perspective, in particular, in relation to the operation of such ADRs.

In fact, most of such ADRs as stipulated by special acts, such as the Construction Industry Basic Act of Korea, in the form of mediation or conciliation, have failed to get support from the industry, and as a result, such ADRs are seldom used in practice. In contrast, the court system has been greatly improved by implementing a new concentrated review system and establishing several tribunals designed to specialize in the review and resolution of specific types of disputes, including the construction disputes. These improvements of the court system have been warmly received by the industry. Arbitration is another forum for settlement of construction disputes, which has grown and is expected to grow as the most effective ADR with the support from the construction industry. In this regard, the Korean Commercial Arbitration Board ("KCAB") has established a set of internal rules and procedures in operation to efficiently handle construction disputes.

Considering the foregoing, this paper addresses the most important elements of the arbitration, i.e., arbitration agreement and arbitral award, primarily focusing on the domestic arbitrations before the KCAB. However, since this paper is prepared for presentation at the construction disputes seminar for the public audience, it is not intended for academic purposes, nor does it delve into any specific academic issues. Likewise, although this paper addresses certain controversial

issues by way of introduction, it mainly purports to facilitate the understanding of the general public, including the prospective arbitrators on the KCAB roster without the relevant legal education and background, concerning the importance of the integrity of the arbitration agreement and the arbitral award.

In sum, what is purported in this study is simply to note that there are still many outstanding issues with mediation, conciliation and arbitration, as a matter of system, institutional operation or otherwise, for further study and consideration so as to enhance them as effective means for settlement of construction disputes, in replacement of or in conjunction with the court proceeding. For this purpose, it is essential for all the relevant parties, including lawyers, engineers, owners, contractors and social activists aiming to protect consumers' and subcontractors' interests, to conduct joint efforts to study the complicated nature of construction works and to develop effective means for examination and handling of the disputes of a technical nature, including the accumulation of the relevant industrial data. Based on the foregoing, the parties may be in a better position to select the appropriate dispute resolution mechanism, a court proceeding or in its stead, an effective ADR, considering the relevant factors of the subject construction works or the contract structure, such as the bargaining position of the parties, their financial status, confidentiality requirements, technical or commercial complexity of the case at hand, urgency for settlements, etc.

Key Words : alternative dispute resolution, arbitration, arbitration agreement, arbitral award, mediation, conciliation