

# 건설분쟁과 중재



채완병 | 대한상사중재원 본부장

I. 서 언	V. 중재합의
II. 건설클레임과 분쟁	VI. 중재절차
III. 대체적 분쟁해결제도	VII. 중재판정의 취소와 집행
IV. 중재제도 개관	VIII. 결 어

## V. 중재합의

### 1. 중재합의의 의의

중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말한다(중재법 제3조 제2호).

중재합의는 분쟁이 발생하기 전인 계약체결 단계에서 장래에 발생할 분쟁에 관하여 분쟁이 발생할 경우에는 중재로 해결하도록 사전에 합의할 수도 있고, 분쟁이 발생한 후에 현존하는 분쟁에 대하여 별도의 독립된 문서로 합의할 수도 있다(중재법 제8조 제1항).

이와 같이 중재합의는 사법상의 법률관계로서 당사자간에 이미 발생한 현존의 분쟁이나 미래에 발생 가능한 장래의 분쟁을 법원의 소송이 아닌 중재에 부탁하여 당해 분쟁을 최종적으로 해결하겠다는 취지의 명시적 합의이다.

### 2. 중재합의의 서면요건

중재합의는 국민의 기본권으로 보장된 헌법상의 재판청구권에

대하여 분쟁을 중재로 해결하기로 하는 당사자간의 약속인 만큼 그 형식을 제한하여 구두에 의한 합의는 인정되지 아니 하고 반드시 서면에 의한 합의만을 인정하고 있으며, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 이를 서면에 의한 중재합의로 본다(중재법 제8조).

- (1) 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우
- (2) 서신, 전보, 전신 및 모사전송(팩스) 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함된 경우
- (3) 일방이 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있음을 주장하고 상대방이 이를 다투지 아니 하는 경우
- (4) 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우. 단, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 계약의 일부로 하고 있는 경우에 한한다.

### 3. 중재합의의 구성요소

#### (1) 중재지

중재지는 중재가 진행되는 장소로서, 국제중재의 경우 중재판정의 국적이 결정되는 기준이 된다. 중재지는 당사자간의 합의로 정할 수 있으며, 당사자간의 합의가 없는 경우에는 중재

판정부가 당사자의 편의와 제반 사정을 고려하여 중재지를 결정한다(중재법 제21조 제2항). 그러나, 당사자간의 다른 합의가 없는 경우, 중재인은 당사자가 합의한 중재지 이외의 적절한 장소에서 중재심리를 개최할 수 있다(중재법 제21조 제3항 및 중재규칙 제27조 제1항).

**(2) 중재기관**

중재기관은 중재절차를 전문적으로 관리하는 상설기관으로서 각 중재기관은 중재규칙을 제정, 운영하고 중재인단을 유지관리하고 있다. 중재기관이 운용하는 중재규칙은 중재신청단계부터 중재판정단계에 이르기까지 모든 절차를 망라하고 있어 중재절차를 원활하게 진행할 수 있으며 중재기관이 운용하는 중재인단은 각계의 전문가로 구성되어 있어 중재당사자가 요구하는 경우 중재인에 대한 정보를 쉽게 얻을 수 있고 사건에 적합한 중재인을 선정할 수 있다.

**(3) 준거법**

당사자들 간의 법률관계에 적용될 법률을 준거법이라 하며, 준거법 가운데 당사자간의 분쟁실체(대상)에 관하여 적용하는 법률을 실체준거법이라 하고, 당사자간의 분쟁의 해결절차에 관하여 적용하는 법률을 절차준거법이라 한다.

실체준거법에 관하여, 우리나라 중재법에는, 중재판정부는 당사자가 지정한 법에 따라 판정을 내리고, 지정한 법이 없는 경우에는 중재판정부가 분쟁의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하여야 한다고 정하고 있다(중재법 제29조 제1항 및 제2항). 또한 절차준거법에 관하여, 중재법은 중재지가 대한민국인 경우 대한민국 중재법을 적용하는 것을 원칙으로 하고 있으며(중재법 제2조 제1항), 다만 중재법의 강행규정에 위반되지 아니 한 범위 안에서 당사자들은 중재절차에 관하여 중재법과 달리 합의할 수 있다(중재법 제20조 제1항).

**(4) 중재언어**

중재언어는 중재절차에서 사용될 언어로서 당사자간의 합의에 따르도록 정하고 있고, 당사자간의 합의가 없는 경우에는 중재

판정부가 지정하며, 중재판정부의 지정이 없는 경우에는 한국어로 하도록 정하고 있다(중재법 제23조 제1항). 그러나, 당사자들이 대한상사중재원의 중재규칙으로 합의한 경우, 당사자간의 다른 합의가 없는 때에는 중재언어는 한국어가 된다. 다만, 당사자 일방 또는 쌍방의 요구가 있거나 또는 중재인 중 외국 국적의 중재인이 있는 경우, 한국어와 영어를 공용할 수 있고, 국문과 영문의 중재판정문에 해석상 차이가 있는 경우에는 한국어에 의하도록 정하고 있다(중재규칙 제50조).

**4. 중재합의의 효력**

**(1) 직소금지(直訴禁止)의 효력**

중재합의가 있음에도 불구하고 중재합의의 당사자 일방이 소송을 제기하는 경우, 상대방이 중재합의의 존재를 들어 소송절차의 진행을 방해하고 법원으로 하여금 분쟁을 중재절차에 회부하도록 요청하는 때에는 법원은 중재합의가 존재하지 않거나, 무효이거나, 효력을 상실하였거나, 그 이행이 불가능한 경우를 제외하고, 그 요청에 따라 사건을 중재에 회부하여야 하는 효력을 말하는데(중재법 제9조 제1항), 이와 같은 방소항변의 제출시기는 분쟁의 본안에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하여야 한다(중재법 제9조 제2항).

**(2) 중재조항의 분리·독립성**

계약서 내에 중재조항(arbitration clause)이 있는 경우, 계약서가 무효 또는 취소된 경우에도 중재조항은 계약서와 분리, 독립하여 그 효력을 인정한다(중재법 제17조 제1항). 따라서, 계약의 무효 등의 주장이 있는 경우에도 그 계약 내의 중재조항을 근거로 중재를 신청할 수 있고 중재판정부는 중재절차를 진행할 수 있다.

**(3) 중재에 대한 법원의 협조**

중재합의를 하여 중재절차로 분쟁을 해결하는 경우에 분쟁 당사자들은 중재인의 선정, 중재인 기피, 증거조사 등에 대하여 법원의 협조를 받아 분쟁을 해결할 수 있다.

**5. 중재합의의 실례**

**(1) 국내거래시 중재조항의 예**

“이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 대한상사중재원에서 중재규칙에 따라 중재로 해결한다.”

**(2) 국제거래시 중재조항의 예**

“이 계약으로부터 또는 이 계약과 관련하여 또는 이 계약의 불이행으로 말미암아 당사자간에 발생하는 모든 분쟁, 논쟁 또는 의견 차이는 대한민국 서울에서 대한상사중재원의 중재규칙 및 대한민국법에 따라 중재에 의하여 최종적으로 해결한다. 중재인(들)에 의하여 내려지는 판정은 최종적인 것으로 당사자 쌍방에 대하여 구속력을 가진다.”

“All disputes, controversies, or differences which may arise between the parties, out of, or in relation to, or in connection with this contract, or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Seoul, Korea in accordance with the Arbitration Rules of The Korean Commercial Arbitration Board and under the laws of Korea. The award rendered by the arbitrator(s) shall be final and binding upon both parties concerned.”

**(3) 신청인 또는 피신청인 국가의 중재기관을 이용하기로 하는 중재조항의 예**

국제거래에서 거래당사자가 서로 자국의 중재기관에서 중재하기를 고집하여 거래계약이 곤란할 때 이러한 문제점을 보완하기 위하여 신청인 또는 피신청인 국가의 중재기관에서 분쟁을 해결할 수 있도록 하는 조항이다.

**① 신청인 국가에서 중재를 하기로 하는 경우(한·중 기업간의 예)**

“이 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 신청인의 국가에서 중

재로 최종 해결한다. 만일 신청인이 (한국기업)일 경우 대한상사중재원에서, 만일 신청인이 (중국기업)일 경우 중국국제경제무역중재위원회에서 진행한다.”

“All disputes in relation to this contract shall be finally settled by arbitration in the country of the claimant. In case the claimant is (a Korean enterprise), the arbitration shall be held at The Korean Commercial Arbitration Board. In case the claimant is (a Chinese enterprise), the arbitration shall be held at the China International Economic and Trade Arbitration Commission.”

**② 피신청인 국가에서 중재를 하기로 하는 경우(한·일 기업간의 예)**

“이 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 피신청인의 국가에서 중재로 최종 해결한다. 만일 피신청인이 (한국기업)일 경우 대한상사중재원에서, 만일 피신청인이 (일본기업)일 경우 일본국제상사중재협회에서 진행한다.”

“All disputes related to this contract shall be finally settled by arbitration in the country of the respondent. In case the respondent is (a Korean enterprise), the arbitration shall be held at The Korean Commercial Arbitration Board. In case the respondent is (a Japanese enterprise), the arbitration shall be held at the Japan Commercial Arbitration Association.”

**(4) 제3국주의**

분쟁당사자 소속국가의 중재기관이 아닌 제3국의 중재기관에서 분쟁을 해결하도록 합의하는 방식으로 예를 들면, 분쟁당사자들이 한국과 일본기업인 경우 중재지를 홍콩이나 미국 등 제3국으로 정하여 중재합의를 하는 형태이다.

## 6. 선택적 중재합의

### 1) 선택적 중재합의의 의의

선택적 중재합의라는 용어는 정부발주 건설공사계약의 계약문서로 재정부 회계예규 공사계약일반조건이 편입되어 사용되면서, 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항이 분쟁해결 방법을 선택적으로 규정한다에서 사용되는 용어이다.

선택적 중재합의는 분쟁실무에서 다양한 형태로 규정된 사례를 볼 수 있으나 이하에서는 정부나 지자체, 정부투자기관 등이 계약을 체결할 때 일반적으로 계약문서의 하나로 편입하는 공사계약일반조건의 분쟁해결조항을 중심으로 살펴본다.

### 2) 선택적 중재합의의 실례와 법원판례

#### (1) 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항 변경내용

공사계약일반조건상의 분쟁해결조항은 그동안 여러 차례 변경되었는데 그 변경내용을 살펴보면 다음과 같다.

#### (2) 법원의 판례

##### ① 선택적 중재합의의 효력을 인정한 사례

선택적 중재합의를 유효한 중재합의로 인정한 판례는 서울지법 2002.2.5. 선고 2001가합54637판결, 대구고법 2001.7.26. 선고 2000나7654판결, 서울고법 2001.4.24. 선고 2000나51386판결, 서울고법 2002.7.2. 선고 2002나6878판결, 서울고법 2003.4.2. 선고 2002나16134 판결 등 하급심 판결의 다수를 차지하고 있다. 선택적 중재합의가 중재합의로서 유효하다고 본 판결에서 법원(서울고법 2002나6878)은 '중재합의라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래에 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자들의 합의를 의미하며, 중재법이 반드시 전속적 중재합의가 있는 경우에만 중재절차에 의하여 사법상의 분쟁을 해결할 수 있다고 규정하고 있지 않으므로 이 사건 공사계약일반조건 제51조에 담겨져 있는 분쟁해결조항(제2유형 : 조정 또는 중재, 조정 불복시 소송)은 중재법상 서면에 의한 중재합의로

분쟁해결조항	분쟁해결조항의 내용
시설공사계약일반조건 제31조(회계예규 2200.04-104-13 : 1993. 5. 20)  (제 1 유형)	① 당해계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁은 계약당사자가 쌍방의 합의에 의하여 해결한다. ② 제항의 합의가 성립되지 못할 때에는 당사자는 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의하여 해결할 수 있다.
공사계약일반조건 제51조(회계예규 2200.04-104-3 : 1997. 1. 1)  (제 2 유형)	① 계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ② 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제항의 합의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다. 1. 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다. 2. 제1호의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.
공사계약일반조건 제51조(회계예규 2200.04-104-9 : 2001. 2. 10)  (제 3유형)	① 계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ② 제항의 규정에 의한 합의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에 정한 바에 의하여 해결한다. 1. 중재법에 의한 중재기관의 중재 2. 국가계약법 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정된 절차 3. 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결
공사계약일반조건 제51조(회계예규 2200.04-104-11 : 2003. 12. 26)  (제 4 유형)	① 계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ② 제항의 규정에 의한 합의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 중재법에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만, 국가계약법 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 및 제31조에 규정된 절차에 의할 수 있다.

볼 수 있다'고 판시하였다. 또한 법원은 '이러한 선택적 중재합의는 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않을 뿐만 아니라 분쟁 당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 면이 있다'는 점을 인정하고 '일방 당사자에게만 중재의 선택권이 유보되어 있어 상대방에게 불리하지 않는 한 이 사건의 중재합의는 유효하다'고 인정하였다.

또 법원은 서울지법 2001가합54637판결 사건에서 '중재를 당사자들이 선택할 수 있는 분쟁해결방법의 한가지로 규정한 이상, 당사자 일방이 중재를 선택한 경우에 상대방이 이의만으로 중재절차를 회피할 수 있다고 보는 것은 중재를 분쟁해결방법으로 규정한 취지에 어긋나는 점 등에 비추어 보면 이 사건 도급계약상 원·피고 일방이 분쟁해결을 위하여 중재를 선택하였을 경우에 상대방은 이에 따라야 할 의무를 부담한다고 해석함이 타당하다'고 판시하여 선택적 중재합의의 유효성을 인정하고 있다.

##### ② 선택적 중재합의의 무효를 인정한 사례

선택적 중재합의를 무효로 본 판결은 서울지법 2002.9.5. 선고 2000가합37949판결, 서울지법 동부지원 2001.11.16. 선고 2001가합6334판결 등이 있는데 이들 법원은, '중재합의는 국민의 기본권인 재판받을 권리를 포기하여 분쟁을 국가법원에 의한 소송절차가 아닌 사인의 중재에 의하여 해결하기로 하는 합의'라고 정의하고 '중재합의가 유효하기 위하여는 그 내용이 국가법원에 의한 소송제도의 이용을 완전히 배제하고 오로지 중재에 의해서만 분쟁을 해결하는 것을 내용으로 할 때 비로소 유효한 중재합의라고 할 수 있을 것인데 이 사건 중재합의는 선택적 중재합의(제2유형)로 약정하여 선택적으로 조정이나 판결에 의한 분쟁의 해결을 예정하고 있으므로 이 중재합의만으로는 소송제도의 이용을 완전히 배제하고 오로지 중재에 의해서만 분쟁을 해결하기로 한 약정이라고 볼 수 없어 유효한 합의라고 볼 수 없다'고 판시하였다. 이 판결은 피고가 항소하여 제2심(서울고법 2002.7.2. 선고 2002나6878판결)에서 파기되었다.

선택적 중재합의를 무효로 본 판결은 모두 중재합의를 엄격하게 해석하여 중재합의를 '국가법원에 의한 소송제도의 이용을 배척하는 것을 그 내용으로 하는 계약' 또는 '국가 사법기관에 대한 소권을 포기하는 계약' 등으로 해석하여 소위 전속적 중재합의만을 유효한 중재합의로 인정하는 입장을 취하고 있다.

##### ③ 상대방의 이의제기 여부에 따라 선택적 중재합의의 유효, 무효를 인정한 사례

이와 같이 하급심의 판결이 엇갈리게 나오는 가운데 2003. 8.

22. 대법원은 판결(2003다318)에서 구체적인 중재조항이 중재계약으로서 효력이 있는 것으로 보기 위해서는 중재법이 규정하는 중재의 개념, 중재계약의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 실시하면서 '선택적 중재조항은 일방당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다 할 것이고 일방당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재합의의 부존재를 적극 주장하면서 중재에 의한 해결을 반대하는 경우에는 중재계약으로서의 효력이 없다'고 판시하였다.

#### (3) 외국판례

##### ① 캐나다 온테리오주 법원판결

캐나다법원이 1992.4.30. 판결한 Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co., Ltd. 사건에서 원고는 피고를 상대로 계약불이행에 대한 손해배상소송을 제기하였는데 이 사건의 기술지원 계약서에는 분쟁해결 방법으로 중재조항과 제소권조항을 규정하고 있다.

캐나다법원은 제소권이 중재약정에 따른 의무를 제한하지 않으며 제소권조항과 관련하여 분쟁이 있다하여도 이 분쟁 역시 중재의 대상이라고 결정하여, 제소권조항과 동시에 규정된 중재조항을 유효하다고 판단하였다.

##### ② 독일 함부르크지방법원 판결

원고는 피고를 상대로 매매계약서에 있는 분쟁해결조항(분쟁은 함부르크의 중재나 소송으로 해결)에 따라 중재를 신청하여 중재판정을 받았다. 원고가 중재판정의 집행청구의 소를 제기하자 피고는 중재합의의 부존재를 주장하며 중재판정의 취소를 구하였다.

독일 지방법원은 피고가 원고의 매매계약상의 분쟁해결조항에 이의를 제기하지 않았고 자신의 계약상 의무를 이행함으로써 중재조항은 당사자간에 계약의 일부가 되었으며 불명료하지도 아니하고 원고에게 중재 또는 소송을 선택할 수 있는 권

리를 부여한 것은 피고에게 부당하게 불리한 것이 아니라고 판시하여 중재판정취소의 소를 기각하였다.

### ③ 미국 뉴욕남부 연방지방법원의 판결

원고는 계약에서 분쟁을 소송 또는 중재로 해결하도록 하는 분쟁해결조항이 있음에도 1998.12.23.에 소송을 제기하였다. 법원이 원고신청의 일부인 임시적 금지명령신청을 기각하자 원고는 중재조항을 인용하면서 소송절차의 중지와 중재회부 명령을 구하였다.

법원은 동 중재조항을 해석하는데 있어서 미국 연방정책은 대체적 분쟁해결제도로서 중재를 지지하며 또한 중재대상 범위에 관한 의문이 있을 시에는 중재에 유리하게 결정하여야 하며, 그러므로 중재조항은 가능한 폭 넓게 해석되어야 하고 분쟁이 중재조항의 범위에 포함되는 것으로 해석될 여지가 없다는 적극적 확신이 없는 한 중재회부명령을 내려야 한다고 확인하였다[모세스 콘 추정의 법칙(Moses Cone Presumption)].

### (4) 평가 및 개선점

정부 및 공공기관에서 발주하는 건설공사의 경우 재정부 회계예규 공사계약일반조건이 계약문서에 포함되고, 이 공사계약일반조건은 위에서 본 것처럼 분쟁의 해결수단으로 중재를 선택적으로 규정하고 있다. 그런데 이 조항에 대하여 대법원이 조건부 판결을 내리고 발주기관이 중재를 기피함으로써 중재에 의한 분쟁의 해결이 현실적으로 어려운 실정이다.

우리나라 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있어 계약서에 법원의 판결에 의하여 분쟁을 해결한다는 조항을 두지 않더라도 법원의 판결에 의하여 분쟁을 해결할 수 있다. 그런데 계약당시 중재계약이 없더라도 사후 중재합의를 통하여 중재로 분쟁을 해결할 수 있는데 공사계약일반

조건 제51조에 중재에 의하여 분쟁을 해결할 수 있는 규정을 두고 있음에도 불구하고 중재합의로서의 효력이 없어 중재로 분쟁을 해결하기 위해서 다시 중재합의를 해야 한다면 공사계약일반조건 제51조의 중재에 의한 분쟁해결 규정은 아무 의미도 없는 내용을 규정하고 있는 것이 된다.

다시 말하면 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항은 이 조항에 규정하지 않아도 이용할 수 있는 소송에 의한 분쟁해결규정을 두고 있고, 이 조항에 규정해 보아야 아무 소용도 없는 중재에 의한 분쟁해결규정을 두고 있는 것이다<sup>1)</sup>. 그러므로 이 분쟁해결조항을 원래의 취지대로 중재를 이용하여 분쟁을 해결하는데 문제가 되지 않는 내용으로 개선하여야 할 것이다. 또한 외국법원의 판례에서 본 바와 같이 선진 외국의 경우에는 중재합의의 해석을 폭넓게 하여 선택적 중재조항의 효력을 인정하고 있는 것처럼 우리나라도 법원도 중재에 의한 분쟁의 해결을 적극 지원하여 중재를 이용하여 분쟁을 해결하기를 원하는 국민이나 기업이 분쟁을 신속하고 효율적으로 해결할 수 있도록 하여야 할 것이다.

1) 채완병, “우리나라의 건설중재 현황과 활성화 방안”, 중재연구 제14권 제2호, 한국중재학회, 2004, p.271.