

서 울 고 등 법 원

제 3 7 민 사 부

판 결

사 건	2019나2015500 지체상금
원고, 항소인	A 주식회사 소송대리인 법무법인(유한) 광장 담당변호사
피고, 피항소인	주식회사 B 소송대리인 법무법인(유한) 율촌 담당변호사
제 1 심 판 결	서울중앙지방법원 2019. 1. 31. 선고 2018가합548321 판결
변 론 종 결	2019. 8. 28.
판 결 선 고	2019. 10. 16.

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고에게 2,021,575,916원 및 그 중 1,455,534,659원에 대하여는 2015. 12. 17.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을, 나머지 566,041,257원에 대하여는 이 사건 소장 부분 송달일부터 다 갚는 날까지 연 15%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

이 유

1. 기초사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 아래와 같이 일부 수정·추가하는 것 외에는 제1심 판결문 이유 해당 부분 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

○ 제1심 판결문 제3면 제10행 중 "같다."를 "같다(이하 이러한 유형의 중재조항을 '제①유형 중재조항'이라 한다)."로 고친다.

○ 제1심 판결문 제4면 표 아래 제1행 위에 다음의 내용을 추가한다.

『바. 한편 원고가 2006. 5. 15. S 주식회사 등과 체결한 제주 한경풍력2단계 구매 계약에는 분쟁해결방식에 관하여 다음과 같이 '사실문제에 한정하여 원고에게 우선적 결정권한을 부여하되 분쟁이 해결되지 않는 경우 중재절차에 따른다'는 내용의 전속적 중재조항이 포함되어 있는데(이하 이러한 유형의 중재조항을 '제②유형 중재조항'이라 한다), 그 무렵 원고를 비롯한 한국전력공사의 자회사들이 체결한 다수의 계약에 제②유형 중재조항이 포함되어 있었다(을 제25 내지 34호증).

제1.16.조 분쟁 및 중재

- 1.16.1. 계약상 발생하는 사실문제에 대한 이견 또는 분쟁이 계약당사자간 상호간에 합의 해결될 수 없을 경우 그 이견 또는 분쟁은 남전이 결정한 바에 따른다. 동 결정은 계약자가 남전의 결정을 통보받은 날로부터 30일 이내에 남전에 이의를 제기하지 않는 때에는 확정된다. 계약자가 남전의 결정에 대해 이의를 제기하여 양당사자가 합의하지 못하는 경우, 그 분쟁은 이 조항에 규정된 중재에 의하여 해결한다.
- 1.16.2. 계약과 관련하여 발생하는 양당사자간의 모든 분쟁은 대한상사중재원의 중재규칙 및 대한민국 법률에 따라 대한민국 서울에서 이루어지는 중재에 의해 최종 해결한다.
- 1.16.3. 내지 1.16.6. 생략
- 1.16.7. 중재판정은 최종적이며 양당사자는 중재판정결과에 따른다. 중재판정에 대한 집행판결은 중재지 관할법원에서 다루어진다.

사. 원고는 2010. 2.경 삼척그린파워 1, 2호기 주기기 계약조건과 관련한 여러 사항들에 대하여 김&장 법률사무소에 법률자문을 요청하였는데 그 중에 '발주자가 사안에 따라 분쟁해결방식(소송 또는 중재)을 선택할 수 있도록 규정할 수 있는지'라는 질문이 포함되어 있었고, 2010. 3. 22. 같은 법률사무소로부터 '이 사건 중재조항 제 1.13.1.조 단서와 같은 내용을 추가하는 방안을 고려할 수 있다'라는 취지의 위 질문에 관한 법률검토 의견을 받았다.

아. 그런데 원고가 2010. 5.경 입찰공고한 삼척그린파워 1, 2호기 대비공사 입찰안내서에 첨부된 공사계약 일반조건에는 분쟁해결방식에 관한 위 법률검토 의견 내용과 달리 다음과 같이 '사실문제'와 (나머지) '모든 분쟁'을 구분함이 없이 모든 분쟁을 중재 또는 판결 절차에 의하도록 규정한 선택적 중재조항이 포함되어 있었다(이하 이러한 유형의 중재조항을 '제③유형 중재조항'이라 한다).

제50조(분쟁의 해결)

- ① 계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.
- ② 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다.
 1. 대한민국 중재법에 의한 중재에 의한 해결
 2. 남전의 소재지를 관할하는 법원의 판결

3. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 “국가계약법”이라 한다) 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차
- ③ 계약자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁처리절차 수행기간 중 공사의 수행을 중지하여서는 아니된다.

자. 또한 원고는 이 사건 공사계약 체결일 얼마 전인 2012. 4. 12. 피고와 체결한 하동화력 석탄 혼탄조(증설분) 구매계약에서는 위와 같은 법률검토 의견이 반영되지 않은 종전의 중재조항인 제②유형 중재조항을 그대로 사용하였고, 한국동서발전 주식회사 역시 2012. 2. 24. 피고와 당진화력 9, 10호기 석탄취급설비 물품구매계약을 체결하면서 제②유형 중재조항을 사용하였다.

차. 원고를 비롯한 한국전력공사의 자회사들이 사용하는 제③유형 중재조항 중에 '사실문제' 또는 '모든 분쟁'에 대하여 발주자에게 우선적 결정권을 부여하는 형태의 중재조항은 다음과 같다.

● 제3유형 중재조항 중 사실문제에 우선적 결정권 부여 방식(갑 제18호증의 2)

- 1.16.1. 계약상 발생하는 사실문제에 대한 이견 또는 분쟁이 계약당사자간 상호간에 합의 해결될 수 없을 경우 그 이견 또는 분쟁은 남부발전이 결정한 바에 따른다. 동 결정은 계약자가 남부발전의 결정을 통보받은 날로부터 30일 이내에 남부발전에 이의를 제기하지 않는 때에는 확정된다. 다만, 계약자가 남부발전의 결정에 대해 서면으로 이의를 제기하여 양당사자가 합의하지 못하는 경우, 남부발전은 이의를 수령한 날로부터 30일 이내에 분쟁을 대한민국 법률에 따른 대한민국 법원의 소송절차에 의해 해결할 것인지, 중재에 의하여 해결할 것인지 여부를 계약자에게 통보하여 해당 절차에 따라 분쟁을 해결한다.
- 1.16.2. 제1.16.1.조에 따라 소송절차로써 분쟁을 해결하는 경우, 그 분쟁은 국제사법의 적용을 배제하고 부산지방법원 동부지원을 제1심 관할법원으로 하는 대한민국 법률에 따른 재판에 의한다.
- 1.16.3. 제1.16.1.조에 따라 남부발전이 소송절차로써 분쟁을 해결할 것을 통보하지 않거나 중재로써 분쟁을 해결할 것을 통보한 경우 그 분쟁은 제1.16.4.조 이하에 규정된 중재에 의하여 해결한다.
- 1.16.4. 계약과 관련하여 발생하는 양당사자 간의 분쟁을 제1.16.2.조에 따른 소송절차로써 해결하지 않는 경우에는 대한상사중재원의 중재규칙 및 대한민국 법률에 따라 대한민국 서울에서 이루어지는 중재에 의해 최종 해결한다.

● 제3유형 중재조항 중 모든 분쟁에 우선적 결정권 부여 방식(을 제40호증)

1.16.1. 계약과 관련된 이견 및 분쟁이 발생하여 계약당사자간 상호간에 합의로 해결될 수 없을 경우에는 중부발전이 결정한 바에 따른다. 다만, 계약상대자가 중부발전의 결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 중부발전에게 이의를 제기하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1.16.2. 계약상대자가 중부발전의 결정에 대해 이의를 제기하여 양당사자간에 합의로 해결하지 못하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 해결한다. 다만, 제1호에 따라 분쟁을 해결하는 경우에는 어느 계약당사자가 대한상사중재원에 중재 신청을 하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재에 응하였을 경우에 한한다.

1. 중재지를 대한민국 서울로 하는 대한상사중재원의 중재
2. 구매자의 소재지를 관할하는 법원의 판결

1.16.3. 중재에 의할 경우에는 아래 내용에 따른다.

』

○ 제1심 판결문 제4면 표 아래 제1행 중 "8호증"을 "8, 13, 14, 15, 18호증"으로, 제 1, 2행 중 "3호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)"을 "3, 24 내지 35, 40호증(별도의 언급이 없는 한 가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)"으로 각 고친다.

2. 본안전 항변에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

1) 피고는, 이 사건 공사계약상 기자재 납품일, 상업운전일, 설치·시공일에 각 해당 업무를 완료하지 못하였음을 이유로 지체상금을 구하는 원고의 이 사건 소는, 이 사건 공사계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁을 대한상사중재원의 중재에 의하여 해결하기로 한 중재합의(이 사건 중재조항 제1.13.2.조)에 위배된 것으로 중재법 제9조에 따라 부적법하고, 피고는 중재판정에 따라 지체상금을 모두 공탁하여 소의 이익도 없으므로 각하되어야 한다는 취지로 본안전 항변을 한다.

2) 이에 대하여 원고는, 이 사건 중재조항의 맨 앞에 위치한 제1.13.1.조가 분쟁해결에 관한 원칙적 조항이므로 제1.13.1.조의 '사실문제'는 '사실문제로 촉발된 모든 분쟁'을 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, 제1.13.2.조 이하 규정은 원고가 중재에 의

한 분쟁해결을 선택하였을 경우에 적용되는 조항일 뿐이므로, 결국 이 사건 중재조항은 이 사건 공사계약상 사실문제로 촉발된 모든 분쟁에 관하여 원고의 선택에 따라 중재 또는 재판에 의하여 해결하기로 한 선택적 중재조항에 불과한데, 원고는 지체상금에 대하여 재판에 의하여 분쟁을 해결하기로 하고 피고가 신청한 중재절차에서 중재에 의한 분쟁해결을 반대하는 취지의 답변서를 제출하였으므로, 원고와 피고 사이에 중재합의가 존재하지 않는다는 취지로 주장한다.

나. 관련 법리

중재합의는 사법상의 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재에 의하여 해결하도록 서면에 의하여 합의를 함으로써 효력이 생기는 것이므로, 구체적인 중재조항이 중재합의로서 효력이 있는 것으로 보기 위하여는 중재법이 규정하는 중재의 개념, 중재합의의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 하고(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결 등 참조), 분쟁해결방법을 '관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의하고 조정에 불복하는 경우에는 법원의 판결에 의한다'라고 정한 이른바 선택적 중재조항은 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의로서 효력이 있다(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결 등 참조). 그리고 이러한 중재합의가 있다고 인정되는 경우 중재합의의 대상인 분쟁의 범위를 명확하게 특정하여 한정하였다는 등의 특별한

사정이 없는 한 당사자들 사이의 특정한 법률관계에서 비롯되는 모든 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 정한 것으로 봄이 상당하다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다74344 판결 등 참조). 한편 중재법 제9조 제1항 본문은 '중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 한다'라고 규정하고 있다.

다. 판단

1) 중재합의 유무에 관한 판단

이 사건 중재조항 제1.13.2.조가 전속적 중재조항으로 중재합의로서의 효력이 있는지에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 앞서 든 증거와 을 제23, 38호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 공사계약에 있어 '사실문제'에 관한 1차적 해석권 내지 우선적 결정권이 원고에게 유보되어 있음은 별론으로 하더라도, 원고와 피고 사이에 이 사건 공사계약에 관하여 발생한 위와 같은 사실문제를 제외한 나머지 모든 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 중재합의가 있었다고 봄이 상당하다.

가) 원고 등이 분쟁해결방식으로 채택한 중재조항의 유형에 관하여

(1) 원고를 포함한 한국전력공사의 자회사들이 공사계약 체결시 분쟁해결 규정으로 주로 채택·사용한 중재조항으로는 제① 내지 ③유형 중재조항이 있다. 그 중 제②유형 중재조항은 원고(발주자)에게 사실문제에 관한 우선적 결정권을 부여하되 분쟁이 해결되지 않는 경우 및 사실문제를 제외한 나머지 모든 분쟁은 중재절차에 따르도록 하는 전속적 중재조항이다. 제③유형 중재조항은 모든 분쟁 발생시 중재 또는 판결절차에 따르도록 하는 선택적 중재조항인데, 원고(발주자)에게 부여하는 우선적 결정권

의 범위에 따라 사실문제에 한정하는 형식, 모든 분쟁으로 그 범위를 확대한 형식, 우선적 결정권을 인정하지 않는 형식 등으로 구분할 수 있다.

(2) 제①유형 중재조항은 제②유형 중재조항과 제③유형 중재조항을 결합한 형태로서, 사실문제에 관하여는 원고에게 우선적 결정권을 부여하되 분쟁이 해결되지 않는 경우 원고의 선택에 따라 중재 또는 판결절차에 따르도록 하는 선택적 중재조항을, 사실문제를 제외한 나머지 모든 분쟁은 중재절차에 따르도록 하는 전속적 중재조항을 함께 규정하고 있다. 이 사건 중재조항은 제①유형 중재조항이라고 할 것이다.

나) 이 사건 중재조항 문언내용 및 체제에 관하여

(1) 이 사건 중재조항 제1.13.1.조는 '이 계약상에서 발생하는 사실문제'에 관하여 원고가 결정하고, 피고가 30일 이내에 이의를 제기한 경우 중재에 의하여 해결하되, 원고가 법원의 소송절차를 택한 경우 재판에 의하여 해결한다고 규정하고, 제1.13.2.조는 '계약과 관련하여 발생하는 양당사자간의 모든 분쟁'에 관하여 중재에 의하여 최종 해결한다고 규정하고 있는바, 전자는 '사실문제'에 관한 선택적 중재조항이고, 후자는 '사실문제를 제외한 나머지 모든 분쟁'에 관한 전속적 중재조항임이 이 사건 중재조항 문언의 내용에 비추어 객관적으로 명확해 보인다.

(2) 이에 대하여 원고는, 이 사건 중재조항 제1.13.1.조의 '사실문제'를 '사실문제로 촉발된 모든 분쟁'으로, 제1.13.2.조의 '모든 분쟁'을 '제1.13.1.조에서 원고가 중재에 의한 분쟁해결을 선택하였을 경우의 분쟁' 또는 '순전히 법리적 쟁점만을 포함하는 법률관계에 관한 분쟁'으로 제한하여 해석하는 것이 제1.13.1.조가 분쟁해결에 관한 원칙적 규정임을 전제로 한 이 사건 중재조항의 규정체계나 형식에 부합한다고 주장한다. 그러나 처분문서상 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문

언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하고, 특히 문언의 객관적 의미와 달리 해석함으로써 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하게 되는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석하여야 하는바(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다46531 판결 등 참조), 이 사건 중재조항의 문언의 객관적 의미가 명확함에도 제1.13.1.조의 '사실문제'는 확대해석하고, 제1.13.2.조의 '모든 분쟁'은 제한해석하는 것은 위 중재조항 문언의 객관적 의미와 달리 해석하여 원, 피고의 법률관계에 중대한 영향을 초래하는 것인 점, 특정 분쟁을 중재합의의 대상에서 제외할 경우 남은 분쟁을 쉽사리 상정할 수 없어 중재조항이 의미 없는 조항으로 전락하는 결과가 초래되는 경우에는 중재조항을 둔 취지에 비추어 중재합의의 대상에서 제외되는 분쟁을 엄격하게 제한하여 해석하여야 하는바(대법원 2005. 6. 24. 선고 2004다13885 판결 참조), 제1.13.2.조의 의미를 원고 주장과 같이 축소해석하는 경우 같은 조항의 적용대상이 되는 분쟁이 대폭 축소되어 전속적 중재조항이 의미 없는 조항으로 전락하는 결과가 초래될 수 있는 점, 또한 제1.13.1.조의 '사실문제'를 '사실문제로 촉발된 모든 분쟁'으로 확대해석하는 경우 우선적 결정권을 원고에게 부여하는 범위가 지나치게 확대되어 원고와 피고 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래할 수 있는 점 등을 종합해 보면, 이 사건 공사계약과 관련된 대부분의 분쟁을 선택적 중재조항인 제1.13.1.조의 적용대상으로 보아야 한다는 취지의 원고의 위 주장은 처분문서의 해석방법에 관한 법리 및 이 사건 중재조항을 둔 취지 등에 위배되어 받아들일 수 없다.

다) 이 사건 중재조항의 원칙적 규정에 관하여

(1) 원고는, 이 사건 중재조항의 맨 앞에 위치한 제1.13.1.조가 분쟁해결에 관한 원칙적 조항이고 사실관계에 관한 분쟁에는 법률상 분쟁도 포함된다는 것이 대법원

판결¹⁾의 취지이므로, 제1.13.1.조의 '사실문제'는 '사실문제로 촉발된 모든 분쟁'을 의미하고 제1.13.2.조 이하 규정은 원고가 중재에 의한 분쟁해결을 선택하였을 경우에 적용되는 조항일 뿐이라고 주장한다.

(2) 그러나 중재조항의 문언 내용 등을 고려하지 않은 채 이 사건 중재조항의 제일 앞에 위치해 있다는 이유만으로 이를 분쟁해결에 관한 원칙적 조항이라고 할 수는 없는바, 제1.13.1.조는 '사실문제'에 관한 분쟁만을, 제1.13.2.조는 (이를 제외한) '모든 분쟁'을 각 적용대상으로 규정하고, 제1.13.3.조 이하에서 중재절차에 관한 자세한 규정을 두고 있는 이 사건 중재조항의 문언 내용 및 체계상으로는 분쟁해결 및 중재에 관한 원칙적 조항은 제1.13.2.조라고 할 것이다. 한편 이 사건 중재조항에서 원칙과 예외 규정의 선후가 바뀐 이유를 살펴보면, 원고가 당초 사용하던 제②유형 중재조항에서는 모든 분쟁이 중재의 대상이므로 이에 관한 원칙과 예외 규정의 문제가 없었고 오히려 우선적 결정권 부여의 대상이 주요한 문제여서 자연스럽게 이 부분 규정이 앞쪽에 위치하게 된 것으로 보이고, 그 후 원고가 사실문제와 나머지 모든 분쟁을 구분하여 전자에만 원고의 우선적 결정권을 부여하는 체제(제②유형 중재조항)는 그대로 유지하면서 전자에 선택적 중재조항(이 사건 중재조항 제1.13.1.조 단서)을 추가하는 형태(제①유형 중재조항)를 채택함으로써 원칙과 예외 규정의 선후가 바뀐 것처럼 보이게 된 것에 불과하다. 여기에 제①, ②유형 중재조항은 제1.13.1.조 단서의 추가 외에는 그 내용이 기본적으로 동일한데 원고의 주장과 같이 '사실문제'를 '사실문제로 촉발된 모든 분쟁'으로 해석하면, 제②유형 중재조항에서 우선적 결정권의 대상을 구분하여 규정한 것이 무의미하게 됨으로써 결국 원고에게 과도한 우선적 결정권을 부여하게 되어 당사자

1) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다76573 판결

의 의사에도 배치되는 결과가 초래되는 점 등을 보태어 보면, 이 사건 중재조항에서의 조문의 위치를 이유로 제1.13.1조가 분쟁해결에 관한 원칙적 조항이라는 원고의 위 주장은 어느 모로 보나 받아들일 수 없다.

(3) 나아가 원고가 내세우는 대법원판결은, '사실관계에 대한 이견 및 기타 분쟁'만을 중재합의의 대상으로 제한적으로 규정한 사안에서, '장래의 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 중재합의가 있는 것으로 인정되는 경우 중재합의의 대상인 분쟁의 범위를 명확하게 특정하여 한정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 당사자들 사이의 특정한 법률관계에서 비롯되는 모든 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 정한 것으로 봄이 상당하다'라고 판시한 후, 중재 관련 조항들이 중재합의의 대상을 '사실관계에 대한 분쟁'에 한정하는 것으로 명확하게 특정하고 있다고 볼 수 없으므로 위 중재 관련 조항들은 도급계약으로부터 비롯되는 모든 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 정한 것으로 보아야 한다고 판단하였다. 그러나 이 사건 중재조항 제1.13.2.조는 계약상 모든 분쟁을 중재합의의 대상으로 규정하고 다만 제1.13.1.조에서 사실문제에 관한 분쟁의 경우 원고가 판결 또는 중재 절차를 선택할 수 있도록 규정함으로써 위 대법원판결과는 사안을 전혀 달리하여 이 사건에 그대로 원용하기에 적절하지 아니할 뿐만 아니라, 오히려 당사자의 중재합의 의사가 인정되면 해당 법률관계에서 비롯되는 모든 분쟁을 중재합의의 대상으로 봄이 상당하는 위 대법원판결의 취지와 중재에 의하여 사법상의 분쟁을 적정·공평·신속하게 해결하고자 하는 중재법의 목적과 중재법이 정한 경우를 제외하고는 법원이 중재에 관여할 수 없도록 한 중재법 제6조의 취지에 비추어 보면, 전속적 중재조항인 이 사건 중재조항 제1.13.2.조의 적용범위를 대폭 축소하여 사실상 형해화하는 결과를 초래하는 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(4) 또한 원고는, 이 사건 중재조항 제1.13.1.조 단서의 '이 조항에 불구하고' 문구에서 '이 조항'은 제1.13.조 전체를 의미하는 것이므로 제1.13.1.조는 제1.13.조의 나머지 규정에 대하여 우선한다고 주장하나, 그와 같이 해석할 아무런 근거가 없고, 오히려 앞서 본 바와 같이 이 사건 중재조항은 '사실문제'에 관한 선택적 중재조항(제1.13.1.조)과 사실문제를 제외한 나머지 '모든 분쟁'에 관한 전속적 중재조항(제1.13.2.조)을 구분하여 규정하고, '이 조항에 불구하고'는 선택적 중재조항인 제1.13.1.조의 단서에 포함되어 있는바, 그와 같은 문언내용과 문맥, 규정 위치 등에 비추어 보면 '이 조항에 불구하고'란 '제1.13.1.조 본문'의 중재규정에도 불구하고 판결 절차에 의한다는 의미라고 해석함이 타당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

라) 이 사건 중재조항의 약정 동기와 경위에 관하여

(1) 원고는, 자신이 분쟁해결방식에 대한 선택권을 가지기 위하여 법률전문가의 조언을 받아 이 사건 중재조항 제1.13.1.조 단서를 신설하는 방식으로 종전의 중재조항을 수정까지 하였는바 이러한 경위에 비추어 이 사건 중재조항 제1.13.2.조가 법원의 판결 절차를 배제한 전속적 중재조항이라고는 볼 수 없다고 주장한다.

(2) 살피건대, 원고가 2010. 2.경 삼척그린과워 #1.2 주기기 계약조건과 관련한 여러 사항들에 대하여 김&장 법률사무소에 법률자문을 요청하면서 그 중에 '발주자가 사안에 따라 분쟁해결방식(소송 또는 중재)을 선택할 수 있도록 규정할 수 있는지'라는 질문을 포함하였고, 2010. 3. 22. '이 사건 중재조항 제1.13.1.조 단서와 같은 내용을 추가하는 방안을 고려할 수 있다'라는 취지의 법률검토 의견을 받은 사실은 앞서 본 바와 같다.

(3) 그러나 원고가 피고와 이 사건 공사계약을 체결하면서 이 사건 중재조항의

문언내용과 달리 '모든 분쟁을 선택적 중재조항의 적용대상으로 하고자 한다'는 의사를 피고에게 표시하였거나 피고와 협의를 거쳐 종전 중재조항을 수정한 것이라고 볼 아무런 증거가 없다. 나아가 원고는 이 사건 공사계약을 체결하면서 종전의 '사실문제'와 '나머지 모든 분쟁'을 구분하여 원고의 우선적 결정권을 전자에만 부여하는 전속적 중재조항(제②유형 중재조항)의 체계는 그대로 유지하면서 다만 전자에 선택적 중재조항을 추가하는 내용의 이 사건 중재조항(제①유형 중재조항)을 분쟁해결방식으로 채택한 점, 만약 원고가 모든 분쟁을 선택적 중재조항의 적용대상으로 하고자 하였다면 이 사건 중재조항 제1.13.2.조와 같은 전속적 중재조항을 삭제하고 이 사건 공사계약에 관한 모든 분쟁을 협의, 중재, 판결에 의하여 해결한다는 단순 명료한 선택적 중재조항(제③유형 중재조항)을 채택할 수 있었음에도 그와 같이 하지 아니한 점, 실제로 원고는 위와 같은 법률자문을 받은 직후인 2010. 5.경 입찰공고한 삼척그린파워 1,2호기 대비공사 입찰안내서에는 '사실문제'와 '나머지 모든 분쟁'을 구분함이 없이 모든 분쟁을 중재 또는 판결절차에 의하도록 규정한 선택적 중재조항(제③유형 중재조항)이 포함된 공사계약 일반조건을 첨부하는 등 이 사건 공사계약 체결 전후로 다른 공사계약에서 선택적 중재조항만을 단순 명료하게 규정하는 방식(제③유형 중재조항)으로 중재합의를 체결하기도 하였던 점, 또한 반대로 원고는 위와 같은 법률자문을 받은 이후인 2012. 4. 12. 피고와 체결한 하동화력 선택 혼탄조(증설분) 구매계약에서는 여전히 '사실문제'와 '나머지 모든 분쟁'을 구분하여 원고의 우선적 결정권을 전자에 부여하는 전속적 중재조항(제②유형 중재조항)을 채택하기도 한 점 등을 종합해 보면, 원고는 위와 같은 법률검토 의견에도 불구하고 자신의 판단에 따라 공사계약을 체결할 때마다 제① 내지 제③유형의 중재조항 중 한 가지 방식을 적절히 선택한 것으로 보이므로, 이 사건 중재

조항(제①유형 중재조항)의 의미를 그 문언내용과 달리 모든 분쟁에 대한 선택적 중재 조항(제③유형 중재조항)과 동일한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 원고의 위 주장도 받아들일 수 없다.

2) 소결

따라서 이 사건 소로서 원고가 구하는 지체상금 청구권의 존부 및 범위는 공사 지연의 귀책사유, 인과관계, 책임범위 등 사실문제를 벗어난 영역이 그 분쟁의 대상이 되고 있어, 원고의 사실관계에 관한 1차 해석에 의해서 해결될 수 없고, 이는 이 사건 중재합의의 내용에 따라 전속적 중재합의의 적용대상이 된다고 할 것이므로, 결국 이 사건 소는 중재합의에 반하여 제기된 것으로서 중재법 제9조 제1항 본문에 따라 부적법하고, 이를 지적하는 피고의 본안전 항변은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 소는 부적법하므로 이를 각하하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고의 항소를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 권순형

 판사 정경근

 판사 최은정