



# 전문가 결정 절차(Expert Determination): 중재 절차와 의 차이점 및 주의점

2024.11.22

계약서에는 중재조항 외에도 특정 분야의 전문가를 선임하여 해당 분야와 관련된 분쟁을 해결하도록 하는 절차가 명시되어 있는 경우가 있습니다. 이러한 절차를 Expert Determination (이하 “전문가 결정” 또는 “전문가 결정 절차”)이라고 합니다.

전문가 결정과 중재는 유사해 보이지만, 두 절차는 근본적으로 다르므로 전문가 결정 절차의 특징을 확실히 파악하지 못하면 계약 당사자가 권리를 충분히 보호받지 못할 수 있습니다. 예를 들어 한국 기업이 해외 건설 프로젝트를 수주할 때, 발주처가 준비한 계약서 초안을 기초로 조건을 협상할 때가 많은데, 발주처가 제안한 전문가 결정 절차에 최소한의 보호 장치가 있는지 확인하고 협상을 통해 이를 확보하는 것이 중요합니다.

아래에서는 전문가 결정 절차의 특징을 살펴보고, 한국 기업들이 계약 협상 시 유의해야 할 사항을 안내드리겠습니다.

## 1. 전문가 결정 절차의 의의 및 장점

전문가 결정 절차는 기술적 또는 전문적 판단이 필요한 분쟁을 해결하기 위해 해당 분야 전문가를 임명하여 사안에 대해 결정을 내리는 대체적 분쟁해결 절차입니다. 당사자들은 사전에 계약서에 전문가 결정 절차에 관한 조항을 포함시키거나 분쟁 발생 후 전문가 결정 절차에 따라 해결하기로 합의하여 분쟁 해결에 전문가 결정 절차를 활용할 수 있으며, 당해 절차에 따른 전문가의 결정은 당사자의 의사에 따라 당사자에 대하여 구속력을 가질 수 있습니다.

중재 절차와 전문가 결정 절차 모두 계약 당사자의 합의에 따라 분쟁 해결의 수단이 된다는 점에서 절차적으로 유사해 보이지만, 두 절차는 여러 차이가 있습니다.

중재 절차와 비교했을 때, 전문가 결정 절차는 절차가 간소하여 시간과 비용 측면에서 더 효율적입니다. 중재 절차는 상대적으로 더 복잡한 절차를 따르며, 서면의 준비와 증거 제출, 심리기일 참석, 그리고 중재판정까지 적지 않은 시간과 비용이 소요될 수 있습니다. 반면 전문가 결정 절차는 당사자들이 계약에서 미리 정한 범위 내에서 전문가가 해당 사안을 검토하고 판단하기 때문에, 절차가 빠르게 진행되고 비용도 절감할 수 있습니다. 중재 절차는 특정 기술적 이슈에 대한 중재인의 이해를 돕기 위해 당사자들이 별도의 전문가 증거를 제출할 때가 많지만, 전문가 결정 절차에서는 이미 해당 분야의 전문지식을 가진 전문가가 직접 판단을 내리는 것이므로 그러한 필요가 없고 전문가가 자신이 가진 전문적인 지식과 경험을 바탕으로 주된 쟁점이 된 기술적인 이슈에 집중하여 신속하게 결정을 내릴 수 있습니다.

중재조항이 있더라도 전문가 결정 절차에 합의할 수 있습니다. 만약 계약서에 전문가 결정 조항과 중재조항이 병존할 때에는 일반적으로는 분쟁의 주요 쟁점이 법률적 해석이나 사실관계 확보보다는 기술적 판단에 따라 결정될 문제라면 전문가 결정 절차로 해결하고, 그 외 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 중재 절차로 해결하는 방식이 주로 활용됩니다.

전문가 결정 절차를 활용하는 대표적인 분야는 건설업계입니다. 건설 분쟁은 기술적인 쟁점이 많아 법률가가 분쟁의 본질을 이해하기 어려운 경우가 있는데, 전문가가 이러한 기술적인 쟁점에 대한 전문 지식이 있기 때문에 문제의 실질을 보다 쉽게 파악하여 분쟁을 원만하게 해결할 수 있습니다. 또한 건설 프로젝트는 다양한 당사자들이 관여하여 분쟁이 발생할 가능성이 높고, 납기가 촉박하여 신속한 분쟁 해결이 중요한데, 전문가 결정 절차는 기술적인 쟁점에 집중하여 비교적 신속하게 분쟁을 처리할 수 있다는 장점이 있어서 시간에 민감한 건설업계에 적합합니다.

## 2. 중재 조항과의 차이점 및 전문가 결정 조항 규정 시 고려사항

전문가 결정 조항에는 “전문가는 중재인이 아니다(The Expert shall not act as arbitrator)”고 명시되어 있는 경우가 많습니다. 이는 전문가와 중재인의 역할이 본질적으로 다르기 때문입니다.

전문가가 내린 결정은 중재판정과 달리 계약에 따른 구속력을 가질 뿐이며, 중재판정과 같이 집행을 위한 별도의 협약이 없습니다. 반면 중재판정은 법적 구속력을 가지고, 뉴욕협약 가입국의 경우 집행이 용이합니다. 또한 중재인은 분쟁의 모든 측면, 즉 사실관계 및 법률적 쟁점 모두에 대한 결정을 내릴 수 있지만, 전문가는 특정 기술적 또는 사실적 문제(가치평가 등)를 해결하기 위한 제한된 범위에서 활동하며, 중재인처럼 법률적 쟁점에 대한 판단 권한이 주어지지 않습니다.

특히 주의해야 될 점은 중재 절차와 달리 전문가 결정 절차의 경우에는 법률 등에서 당연히 보장되는 적법절차(due process)가 반드시 보장되지 않습니다. 중재 절차의 경우 중재지법 또는 각 중재기관의 중재규칙에 적법절차 관련 내용이 규정되어 있으므로, 설명 중재조항에서 이러한 내용을 명시하지 않더라도 중재판정부는 절차적 공정성을 확보할 의무가 있습니다. 예를 들어 자연적 정의(natural justice)에 위반되는 경우, 중재판정의 취소 또는 승인·집행 거부 사유가 될 수 있습니다.<sup>1</sup> 반면 전문가 결정 절차는 이에 대해 특별히 적용되는 법률이나 규칙은 없으며 오로지 계약에 의해서만 규율되기 때문에 전문가 결정 조항에서 적법절차를 보장해야 한다고 명시하지 않으면 절차적 공정성이 보장되지 않을 수 있습니다.

한국 기업들이 참여하는 해외 건설 프로젝트는 영미법을 준거법으로 하는 계약서를 활용할 때가 많은데, 영국에서는 “전문가 결정이 당사자 간에 유효하고 구속력을 갖기 위해 자연적 정의 또는 적법절차 규칙을 따라야 할 필요는 없다([T]here is no requirement for the rules of natural justice or due process to be followed in an expert determination in order for that determination to be valid and binding between the parties)”고 하여 당사자 간 계약에 따른 것이라면 전문가 결정이 불공정하게 이루어지더라도 그 유효성을 인정합니다.<sup>2</sup> 뉴욕도 중재 절차와 달리 “전문가 결정 절차의 경우 엄격한 적법 절차 요건이 자동적으로 적용되는 것은 아니라고 하여 (In an expert determination, these strict due process requirements do not automatically apply)” 비슷한 입장입니다.<sup>3</sup>

계약의 준거법이 영국법과 뉴욕법 등 영미법이라면, 전문가 결정 절차는 계약 조항에서 규정한 대로 진행될 뿐이므로, 전문가 결정 조항이 당사자의 적법절차를 보호하지 않으면 절차가 불공정하게 진행될 수 있습니다. 그러므로 계약 협상 시에는 절차적 권리를 보호하기 위한 아래와 같은 구체적 조치들의 반영을 고려할 필요가 있습니다.

## 3. 보호규정 관련 구체적 예시

## 가. 대체적 분쟁 해결 절차의 선택 가능성 확보

앞서 살펴본 바와 같이 전문가 결정 절차는 주로 특정 기술적 또는 사실적 문제를 해결하기 위한 제한된 범위에서 사용되며, 전문가가 분쟁의 모든 측면, 특히 법률적 쟁점에 대해 결정을 내릴 수 없는 경우가 많습니다. 따라서 모든 분쟁을 반드시 전문가 결정 절차를 따르도록 규정하는 것은 적절하지 않습니다. 전문가 결정 절차를 통해 해결하기 부적절한 예컨데 법률적 쟁점에 관한 분쟁에 대해서까지 전문가 결정 절차를 활용하는 경우에는 오히려 불필요한 시간과 비용이 낭비될 수 있기 때문입니다.

따라서 “그러한 분쟁은 독립적인 전문가에 의해 해결되어야 한다(any such Dispute **shall** be resolved by an independent expert)” 대신, “그러한 분쟁은 독립적인 전문가에 의해 해결될 수 있다(any such Dispute **may** be resolved by an independent expert)”와 같은 표현을 사용하여, 전문가 결정에 적절하지 않은 형태의 분쟁은 다른 절차를 활용할 수 있는 여지를 남기는 것이 좋습니다.

## 나. 적법 절차 명시

전문가 결정 절차는 계약에 의해 규정되는 절차이기에, 전문가가 적법절차를 보장해야 한다고 명시하여 최소한의 보호장치를 확보하는 것이 필요합니다. 이를 위해서는 전문가 결정 조항에 절차적 공정성(procedural fairness), 동등한 기회(equal opportunity), 전문가의 독립성 및/또는 공정성(independence and/or impartiality of the expert)과 같은 표현을 명시하는 것이 필요할 수 있습니다.

또한 각 당사자가 전문가와 일방적으로 교신하는 것을 방지하기 위하여, “전문가는 [해당 이슈]와 관련하여 당사자의 간섭 없이 독립적으로 결정을 내려야 한다(The Expert shall render his or her decision independently and without interference by the parties, in respect of [the relevant issue])”와 같은 문구를 추가할 수도 있습니다.

## 다. 전문가 결정에 대한 불복 수단 마련

전문가 결정은 당사자 사이에서 계약상 효력만 가지고 있기 때문에 일방이 이행하지 않을 경우 이를 강제할 수 있는 수단이 없습니다. 또한 전문가의 결정에 만족하지 않는 당사자가 이에 대하여 다툴 수 있는지도 명확하지 않은 경우가 있습니다. 따라서 전문가 결정 관련 분쟁을 중재에 회부할 수 있는 권리가 마련되어 있는지 확인이 필요합니다.

예를 들어, “당사자 일방이 전문가 결정에 동의하지 않는 경우, 해당 당사자는 전문가 결정을 받은 날로부터 [##]일 내에 분쟁을 중재에 회부할 수 있으며, 그렇지 않은 경우 전문가 결정은 최종적이며 당사자를 구속한다. 다만, 사기(fraud) 또는 명백한 오류(manifest error)가 있는 경우는 제외한다(If either Party disagrees with the Expert’s decision, then the dissatisfied party may refer the Dispute to arbitration within [##] days of receipt of the Expert’s decision, failing which the Expert’s decision shall be final and binding on the parties, except in the case of fraud or manifest error.)”와 같은 조항을 포함하면 전문가 결정에 불복할 경우 일정 기간 내에 중재로 회부할 근거를 마련할 수 있습니다.

## 4. 결론

전문가 결정 절차는 기술적 사항에 관한 분쟁에 있어 신속하고 효율적인 해결책을 제공하지만, 그 자체로는 법적 보호가 부족할 수 있습니다. 특히 전문가 결정 조항에 적법절차의 보장을 명시하지 않은 경우, 절차의 공정성이 보장되지 않을 수 있기 때문에 계약 체결 단계에서 최소한의 절차적 보호 장치가 포함되어 있는지 주의 깊게 검토해야 합니다. 그러한 주의 깊은 검토를 거쳐 전문가 결정 절차를 활용하기로 결정하신다면, 신속하고 비용 효율적인 분쟁 해결 수단으로서 장점을 극대화할 수 있을 것입니다.

위 내용에 대해 궁금하신 사항이 있거나 도움이 필요하신 경우, 언제든지 연락주시면 보다 자세한 내용을 상담해 드리겠습니다.

<sup>1</sup> See e.g., Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1985, Article V(1)(b).

<sup>2</sup> *Bernhard Schulte GmbH and Others v. Nile Holdings Ltd* [2004] EWHC 977 (Comm), paragraph 95. 반면 대륙법계인 프랑스와 스위스는 절차적 공정성의 최소 기준을 요구합니다. 프랑스 판례는 전문가가 대립당사자주의를 존중해야 한다고 보는 경향이 있고, 스위스법에 따르면 전문가는 독립적이고 공정해야 하며, 중재인에 대한 기피 사유가 전문가에게도 유추적용 되어야 한다는 주장도 제기되고 있습니다.

<sup>3</sup> See John Kendall, Clive Freedman, & James Farrell, *EXPERT DETERMINATION 2* (4th ed. 2008), Section II; New York City Bar, Report by the Committee on International Commercial Disputes, “Purchase Price Adjustment Clauses And Expert Determinations: Legal Issues, Practical Problems And Suggested Improvements”, June 2013, p. 5.

## 관련구성원

### 박영석

변호사

02-316-4465

youngsukpark@shinkim.com

### 윤영원

변호사

02-316-1628

ywoon@shinkim.com

### 방형식 (Brandon Bang)

외국변호사

02-316-4450

bbang@shinkim.com

### 김상지

변호사

02-316-1831

sajkim@shinkim.com