

건설 클레임



클레임 컨설팅, 「변호사법」 위반 판결... ‘논란’

- 책임 관계 및 손실 비용 증빙 과정의 건설 전문가 역할에 ‘찬물’ 우려 -

최근 건설 클레임 컨설팅 회사에 대한 법원의 판결이 건설업계에 큰 파장을 불러일으키고 있다. 건설업체의 권리 회복을 위해 클레임을 대행해온 컨설팅 회사의 행위가 「변호사법」 위반에 따른 불법 행위라는 판결을 내렸기 때문이다.

물론 이번 판결이 1심 판결이기 때문에 최종 판결까지는 지켜봐야 할 것이지만, 클레임 컨설팅 회사의 역할에 부정적인 면으로 작용하게 되었다. 그러나, 이번 판결은 민사 소송이 아닌 중재에서의 대행에 관련된 부분이라 아직도 클레임 컨설팅의 역할과 업무에 대하여 명확히 정리되지 않는 면이 있는 듯하다.

중재도 변호사만 해야 하나

「중재법」 제41조에 의하면 ‘상사 중재 기관으로 지정받은 사단법인이 중재 규칙을 제정하거나 변경하는 때에는 대법원장의 승

인을 얻어야 한다’라고 명시하고 있다. 이에 의거한 상사 중재 규칙(1996.8.5 대법원승인) 제7조(중재의 대리)에 의하면 ‘당사자는 이 규칙에 의한 절차의 대리를 변호사 또는 상당하다고 인정되는 자로 하여금 하게 할 수 있다.’라고 규정하고 있어 중재에서는 원칙적으로는 변호사를 반드시 중재 대리인으로 선임할 필요는 없다.

이와는 달리, 「민사소송법」 제80조(소송 대리인의 자격)에서 ‘법률에 의하여 재판상의 행위를 할 수 있는 대리인 이외에는 변호사가 아니면 소송 대리인이 될 수 없다.’라고 규정하고 있어 소송에서는 변호사만이 소송 대리인이 될 수 있다. 이와 함께, 「변호사법」 제34조(변호사 아닌 자와의 동업금지 등)에 의하면 ‘변호사가 아닌 자는 변호사가 아니면 할 수 없는 업무를 통하여 얻은 보수 기타 이익을 분배받아서서는 아니된다.’라고 규정하고 있다.

또한 제109조(벌칙)에서는 변호사가 아니면서 이익을 받을 것을 약속하고 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 등에 관하여 감정, 대리, 중재, 화해, 청탁, 법률 상담 또는 법률 관계 문서 작성 기타 법률 행위를 하지 못하도록 규정하고 있다. 따라서, 민사 소송에 있어서 소송의 대리는 당연히 변호사가 수행하는 것으로 알고 있다. 그러나 이와는 달리, 소송이 아닌 중재에서는 중재의 대리를 변호사만이 할 수 있는지에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다.

중재의 의미와 역할

중재에 대한 법률적인 규정이나 해석을 떠나서 중재의 의미와 역할을 소송과 대비하여 살펴볼 필요가 있다. 이를 통하여 앞으로 건설 중재는 어떠한 방향으로 나아가야 하며 클레임 컨설팅의 역할은 무엇인지를 알 수 있을 것이다.



중재는 분쟁 당사자의 합의에 의하여 선출된 중재인의 중재 판정에 의하여 분쟁을 해결하는 절차를 말한다. 역사적으로 오랜 전통을 갖고 있는 법원의 소송 절차에서 야기되는 여러 문제의 해결 대안으로서 나타난 것이 중재이다.

20세기 이후 산업 사회의 진전과 상업수단의 발달로 분쟁 해결에 전문적 지식이 요청되고 신속 해결의 필요성이 대두되어 마침내 소송이 아닌 방법이 새롭게 요구되었고, 이러한 요건을 만족시키는 분쟁 해결 제도가 태동하기 시작하였다. 이것이 소송외적 분쟁 해결(ADR)의 발생 시초이다.

일반적으로 소송은 사건이 폭증하여 처리가 지연되며, 이로 인하여 소송 비용이 증가한다. 또한 엄격한 법적 절차와 요식행위로 일반 국민이 쉽게 접근하기 어려운 것으로 인식하고 있다. 그럼에도 불구하고, 분쟁을 야기시킨 당사자는 흔히 소송을 선호하는 경향이 있다.

그 이유는 전통적으로 소송에 익숙하여 있기 때문이기도 하나 까다롭고 엄격한 심문 절차가 준수되기 때문에 결론이 날 때까지는 장기간이 소요되어 시간을 벌 수 있는 이익이 있기 때문이다. 또한 재판을 받을 권리는 헌법에서 국민의 기본권으로 인정하고 있어 소송의 선택은 당연할 수도 있다.

그러나, 적법한 중재 합의가 있는 사건은 법원에 곧바로 재판을 청구할 수 없다. 이것을 직소금지(直訴禁止)의 원칙이라 한다. 또한, 중재 계약 당사자 가운데 일방이 중재 절차를 거치지 않고 제소하였을 때 상대방이 중재 계약의 존재를 들어 항변을 제기하지 않고 본안 판결을 받은 경우에 중재 계약의 해지에 대한 묵시적 합의가 있었던 것으로 볼 수 있는지에 대하여 대법원은 당사자 사이의 중재 계약을 해지하기로 하는 묵시적인 합의가 이루어진 것으로 볼 수 없다는 판결을 내렸다(대법원 판결 91다7774, 7781).

건설 중재 신청 건수

연 도	1998	1999	2000	2001
신청 건수(건)	19	31	45	54

자료 : 대한상사중재원.

중재 합의와 관련하여 「중재법」 제8조(중재 합의의 방식)에서 ‘계약이 중재 조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재 합의가 있는 것으로 본다’라고 규정하고 있다.

또한, 제35조(중재 판정의 효력)에 의하여 ‘중재 판정은 당사자간에 있어서 법원의 확정 판결과 동일한 효력을 가진다’라고 규정하고 있어 중재 판정의 법적인 효력을 명시하고 있다.

그러나, 중재 판정이 중재 합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 중재 판정이 중재 합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실이 있는 경우에 법원은 중재 판정을 취소할 수 있다.

소송과 중재는 정의 구현이라는 보편적 원칙을 목표로 함은 같으나, 전체적으로 보면 중재는 소송과 다르다. 중재의 최대 강점으로 인정되는 것은 소송의 특성과 거리가 먼 것이 많다. 중재는 그 발생 초기에는 변호사의 참여가 거부되어 오다가 뒤에 변호사의 조력을 받을 수 있도록 변형되었다. 또한, 소송에 있어서 중시하는 ‘법의 지배’의 원칙이 중재 절차에서는 중요한 원칙은 아닌 것으로 알려져 있다. 銓이순우, 「상사중재론」, 법경사, 1999

분쟁 해결 조항의 문제점

2001년 2월 이전까지 사용된 회계예규로 작성된 ‘공사계약 일반조건’ 및 ‘기술용역계약 일반조건’에서 기술하고 있는 분쟁의 해결 조항이 중재 조항에 해당되는지에 대하여 많은 논란이 있어 왔다.

이 일반조건에서는 ‘분쟁이 발생할 경우 관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 「중재법」에 의한 중재

기관의 중재에 의한다. 조정에 불복하는 경우에는 발주 기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다’라고 명시되어 있었다.

대한상사중재원에서는 이 조항이 중재 조항이 된다고 유권 해석을 했음에도 불구하고, 발주 기관에서는 이러한 조항이 중재 조항에 해당되지 않는다고 법원에 중재 판정 취소의 소를 제기하여 왔다.

따라서, 이에 대한 논란이 끊이지 않았으나 최근의 고등법원 판결(대구고등법원 2000나7654, 2001.7.26)에서 이 조항은 중재 조항에 해당된다는 판결을 내려 법원에서도 중재 조항으로 인정하고 있다.

이와 함께 분쟁 내용이 중재 계약의 범위 내인지 여부에 문제가 있는 경우 중재판정부에 유권 해석 권한이 있음에도 불구하고 이러한 중재판정부의 판정 결과를 인정하지 않고 중재 판정 취소의 소를 제기하는 사례가 발생하고 있다. 대한상사중재원의 권위가 무시되고 신뢰성 하락까지 우려되는 상황에서 대한상사중재원의 대응은 미약하기만 한 것으로 보인다. 다행히 앞서 언급한 최근의 법원 판결로 인하여 공공공사에서는 중재 조항에 대한 논란은 줄어들 것으로 보인다.

일본의 경우 공공공사에 적용하는 표준계약서인 ‘공공공사표준청부계약약관’(2001.3.1 개정)에 의하면 계약 당사자 사이에 분쟁이 발생한 경우 「건설업법」에 근거한 ‘건설공사분쟁심사회’의 알선, 조정을 받도록 하고 있다. 이를 통한 해결이 가능치 않은 경우 최종적으로 ‘건설공사분쟁심사회’의 중재에 회부하여 중재 판정에 따르도록 규정하고 있어 소송이 아닌 중재에 의한 최종적인 분쟁 해결을 선호하고 있으며, 이를 계약 조건에 명시하고 있다. 국제 준 계약 조건으로 인용하고 있는



최근 건설 클레임을 대해 온 컨설팅 업체의 행위가 「변호사법」 위반이라는 판결이 내려 건설업계에 파장을 불러일으키고 있다.

FIDIC(4판) 계약 조건 제67.3조(arbitration)에서도 계약 상대방 사이의 분쟁 해결은 최종적으로 중재에 의해 해결하도록 명시하고 있어 건설 분쟁은 중재에 의한 최종 해결을 선호하고 있다.

건설 중재 신청 현황

국내 건설 중재는 2000년을 기준으로 전체 중재 신청 건수의 26%를 차지하고 있으며, 중재 신청 건수와 신청 금액의 증가는 주로 건설 중재 사건의 증가에 기인한 것으로 나타났다. 최근 들어 건설 중재는 매년 약 50% 정도 꾸준히 증가하고 있으며, 조만간 대한상사중재원의 중재 신청 건수 중 가장 많은 부분을 차지하게 될 것이다. 따라서, 이 분야를 새로운 비즈니스의 대상으로 간주하여 다양한 주체들이 관심을 가지고 있다. 그러나, 과연 이러한 거대한 비즈니스에 해당하게 될 건설 중재를 어떤 주체가 주관해야 할 것인지에 대해서는 논란이 있을 수 있다.

건설 클레임의 해결을 위한 업무 분야

미국의 경우 건설 클레임이 발생하면 제3자의 도움이 없이는 해결되지 못하는 경우가 대부분인 것으로 알려져 있으며, 이러한 제

3자에는 변호사, 업계 전문가, 중재인, 보험회사 등이 포함된다. 변호사의 경우 대부분 건설 클레임의 기술적인 부분에 대해서는 전문가와 협동으로 클레임 청구나 방어를 하고 있다.

미국의 경우 이미 건설 클레임의 청구, 방어, 해결 분야는 거대한 비즈니스가 되어 있다. 따라서, 많은 변호사들은 이혼이나 파산과 같은 개인적인 작은 사건보다는 건설 클레임에 상당한 시간을 할애하고 있으며 이에 따른 보수도 상당히 크다.

이와 함께, 건설 클레임은 전문가 집단에 게도 거대한 비즈니스가 되어 왔는데, 이러한 비법률적인 전문가 집단도 또한 클레임 청구나 방어에 대한 서비스를 제공하고 있다. 이러한 업무는 주로 엔지니어링 회사나 회계 사무소들이 담당하고 있으며, 논리적인 증빙을 해줄 수 있는 전문가들을 고용하고 있다.

건설 클레임은 일반적으로 두 가지의 독립적인 이슈를 포함하고 있는데, 이것은 책임 문제(liability)와 손실 비용(damages)이다.

건설 클레임을 청구하는 계약 상대방은 성공적인 결과를 가져오기 위해서는 책임 관계와 손실 비용을 반드시 증빙해야 한다. 발주자 입장에서조차 마찬가지로 책임 문제와 손실 비용에 대한 방어를 할 수 있어야 성공

적인 결과를 가져올 수 있다.

책임 문제에 대해서는 변호사에 의한 계약 문서의 해석, 사실 관계의 해석과 혹은 전문가에 의한 도면이나 시방서에 대한 견해, 또는 작업량에 대한 기술적인 증빙 등이 필요하므로 변호사와 전문가의 협조가 필요하다.

그러나, 이에 못지않게 손실 비용에 대한 증빙이 필요한데, 이러한 증빙을 위해서는 견적 및 회계 원칙, CPM 공정 관리, 그리고 작업 생산성 정량화와 같은 기술적인 부분이 필요하며, 이러한 분야에는 전문가의 역할이 매우 중요하다. 따라서 이러한 분야에서는 건설 컨설팅 회사의 역할 및 업무역이 충분히 확보될 수 있을 것으로 보인다. 이와 같이, 향후에는 건설 클레임의 성공적인 해결을 위해서는 변호사와 전문가의 협조 및 협동 작업이 필수적으로 이루어져야 할 것이다.

새로운 수요 창출에의 기대

최근 발표 자료에 의하면 건설 관련 대학 졸업생은 매년 2,000명 이상 지속적으로 증가하고 있으나 지난해 대졸자들의 순수 취업률이 25%에 못미치고 그나마 취업자들의 상당수가 건설업체가 아닌 정보 기술 업계로 진출하는 등 수요 부진이 심각한 것으로 나타났다.

그 동안 건설 컨설팅 업무는 건설 관련 전문 인력을 위한 새로운 수요 창출을 해왔고 앞으로 그 역할을 해야 할 당위성이 있는 것으로 판단된다. 장기 침체에 빠져있는 건설 분야와 이로 인한 건설 기술 인력의 수요 감소에 대응하기 위한 벤처기업의 역할을 건설 컨설팅 기업에서 찾을 수 있기를

기대한다. 



이재섭
동국대 건축공학과 교수