

중재판정사례로 본
건설클레임의 분석과 향후 전망

2003. 12

두성규

한국건설산업연구원

<차 례>

요약	i
I. 서론	1
II. 건설중재의 이용 현황 및 법제	5
1. 신청 건수별·금액별 현황	5
2. 관련 법령 현황	8
III. 건설중재절차의 이용실태	15
1. 건설클레임 또는 분쟁의 해결을 위한 최적의 제도 모색	16
2. 중재절차에 의한 분쟁해결	28
3. 소송에 의한 분쟁해결	35
4. 향후 건설클레임의 합리적 처리를 위한 제도개선 의견	39
IV. 건설중재의 제도적 문제점	43
1. 중재대리의 제한	48
2. 공사계약일반조건에 있어서 중재합의 기피	50
V. 계약단계별 건설업체의 대응방안	61
1. 서	61
2. 공사계약체결단계의 주요 건설클레임사유와 건설업체 대응방안	62
3. 공사계약이행단계의 주요 건설클레임사유와 건설업체 대응방안	77
4. 공사계약종료단계의 주요 건설클레임사유와 건설업체 대응방안	95
5. 종합적 대응방안	107
VI. 건설중재제도의 장기적 발전방안	109
1. 중재대리의 개선방안	109
2. 중재제도의 권장	111
3. 중재기구의 정비	112

VII. 향후 건설중재의 전망	117
참고자료 및 문헌	121
Abstract	123

<표 차례>

<표Ⅱ-1> 계약종류별 중재이용현황	5
<표Ⅱ-2> 건설계약 중재이용현황	6
<표Ⅱ-3> 건설계약중 민간공사와 공공공사 비교	6
<표Ⅱ-4> 계약의 종류별 중재건수	8
<표Ⅳ-1> 현행 변호사법 제109조의 변천 과정	4
<표Ⅳ-2> 회계예규의 분쟁해결조항 변경비교	5
<표Ⅳ-3> 공사계약일반조건의 분쟁해결관련 신구조문비교	8
<표Ⅴ-1> 계약체결단계 건설업체 대응방안	7
<표Ⅴ-2> 계약이행단계 건설업체 대응방안	9
<표Ⅴ-3> 계약종료단계 건설업체 대응방안	10

<그림 차례>

〈그림Ⅲ-1〉 건설업체당 건설클레임 경험 정도	6
〈그림Ⅲ-2〉 건설클레임의 해결수단으로 중재/소송 경험	7
〈그림Ⅲ-3〉 건설클레임의 주요 발생원인	8
〈그림Ⅲ-4〉 건설클레임 청구금액 규모	9
〈그림Ⅲ-5〉 중재/소송별 건설클레임 규모 비교	9
〈그림Ⅲ-6〉 건설클레임의 주요 발생공사	2
〈그림Ⅲ-7〉 공사 종류별 중재/소송 이용정도	2
〈그림Ⅲ-8〉 건설클레임의 주요 발생시기	2
〈그림Ⅲ-9〉 클레임 제기의 애로사항	2
〈그림Ⅲ-10〉 각종 건설클레임 해결절차의 이용 경험	3
〈그림Ⅲ-11〉 건설클레임 해결을 위한 가장 효과적 수단	3
〈그림Ⅲ-12〉 중재/소송 경험 업체의 효과적 분쟁해결수단에 대한 의견	7
〈그림Ⅲ-13〉 건설중재제도의 인지 동기	8
〈그림Ⅲ-14〉 중재합의 방법	9
〈그림Ⅲ-15〉 중재절차 이용시 애로점	9
〈그림Ⅲ-16〉 중재절차의 장점	3
〈그림Ⅲ-17〉 중재판정결과에 대한 만족도	3
〈그림Ⅲ-18〉 중재절차 활성화를 위한 개선점	4
〈그림Ⅲ-19〉 소송 절차 이용 계기	5
〈그림Ⅲ-20〉 소송 절차 이용시 애로 사항	6
〈그림Ⅲ-21〉 소송 결과에 대한 만족도	7
〈그림Ⅲ-22〉 소송 절차의 장점	8
〈그림Ⅲ-23〉 클레임의 합리적 처리를 위한 개선사항	9

요약

I. 서론

- 대한상사중재원에 따르면 중재를 통하여 해결하고자 하는 건설클레임의 신청건이 매년 꾸준한 증가세를 보이고 있음.
 - 지금까지는 주로 공공공사로 인한 분쟁해결에 이용되었으나, 최근에는 민간공사의 경우에도 중재절차의 이용이 확산되고 있는 것으로 나타나 주목을 끌고 있음.
- 중재의 이용증가는 소송 외의 방법을 통해서도 시공사의 정당한 주장이 얼마든지 수용될 수 있는 충분한 가능성 제시 및 계약상의 권리 주장이 보편화되고 활성화되고 있음을 반증하는 것이라 평가할 수 있을 것임.
 - 선진국의 경우 알선, 조정, 중재 등이 활발한 이용과 지속적 연구가 이루어지고 있음.
 - 국내의 현실을 보면 조정에 의한 건설분쟁의 해결이 관련 법령과 제도의 미비로 이용이 극히 미미한 상태에 머물고 있는 등 중재를 제외한 재판외 분쟁해결제도는 아직 제대로 뿌리내리지 못하고 있는 상태임.
- 최근에는 그 이용도가 높아지고 있는 건설시장의 변화를 반영하듯 대한상사중재원가 판정사례집 건설중재를 발간하고 건설중재인포럼 결성 및 정기회합 등을 통하여 중재에 대한 활발한 토론과 연구를 적극적으로 지원하고 있어 건설업계 안팎의 좋은 반응을 얻고 있음.
- 그러나 건설현장을 돌아보면 건설업체의 공사계약에 대한 이해 부족과 발주처의 건설중재기피 등으로 건설클레임의 제기 및 처리과정의 합리성과 효율성의 바탕 위에서 이루어지지 못하고 있으며, 그 결과에 대해서도 분쟁당사자 모두에게 부담과 불만을 남기는 경우가 적지 아니함.

- 또한 중재절차의 이용과 관련한 각종 제도적 여건은 점증하고 있는 건설 시장의 수요를 충족시키지 못하고 있으며, 「공사계약일반조건(회계예규)」나 일부 자치단체의 「공사계약특수조건」 등에서도 중재의 이용을 사실상 어렵게 하는 내용으로 최근에 개정된 바 있음.
- 따라서 본 연구에서는 설문조사와 제도적 분석을 통하여 건설클레임이나 분쟁처리과정에서의 건설업체의 애로점이나 건설클레임에 관한 인식정도, 건설중재 활성화를 위한 현행법제의 문제점과 개선사항 등을 살펴봄으로써 건설시장의 공정한 계약질서 정착과 공사계약의 원활한 수행이 이루어질 수 있는 개선방안을 마련하고자 하였음.

II. 건설중재의 이용 현황 및 법제

1. 신청 건수별·금액별 현황

(1) 1999년 - 2002년

- 전체 중재신청 건의 꾸준한 증가 및 건설중재신청건의 증가세 지속
·건수 및 금액면에서 전체 중재 신청 건 가운데 가장 큰 비중 차지

건설계약 중재이용현황 (단위 : 건, US\$, %)

연 도	건 수	증감율	금 액
1999	31		94,714,662
2000	45	45.1	275,937,021
2001	57	26.7	153,562,752
2002	66	15.8	136,247,259

(2) 2003년

- 전체 중재신청 증가세는 여전하며, 주된 원인은 중소기업체들의 공사비청구 등 건설사건의 증가에 따라 30% 정도 증가한 것에 기인함.
 - 공공건설분야 외에 민간건설분야의 분쟁에도 중재 이용 증가
 - 대형건설사건에 있어서도 분쟁사안이 복잡하지 않은 경우 알선이용도 증가하는 추세

[건설계약중 민간 및 공공비교] (단위 : 건, US\$, %)

연 도	2002	2001
민 간	27(41%)	12(21%)
공 공	39(59%)	45(79%)
계	66(100%)	57(100%)

2. 관련 법령 현황

- 중재법, 대법원의 승인을 받은 중재규칙, 그리고 건설분야의 중재처리를 위한 대한상사중재원의 내부적 업무지침인 건설중재관리내규 등이 있음.

III. 건설중재절차의 이용에 관한 설문

1. 건설클레임 또는 분쟁의 해결을 위한 최적의 제도 모색

- 중재나 소송을 경험한 건설업체의 평균 건설클레임 수는 평균 18.67건으로 경과기간을 고려할 때 한 해 평균 2건 정도임.
 - 규모가 큰 건설업체일수록 건설클레임의 발생건수도 많은 편임.
 - 건설클레임의 경험이 많을수록 중재보다 소송이용률이 높게 나타남.
- 건설클레임의 주된 발생사유로는 추가공사비와 설계변경으로 인한 갈등이 가장 많았고, 그 다음이 미지급공사비를 둘러싼 갈등임.

·주로 시공과정에서 발생하고 있으며, 하자보수과정, 준공검사과정, 계약체결과정, 준공 이후, 입·낙찰과정 등의 순서로 나타남.

- 규모별로 보면 1억~5억 원 미만이 가장 많은 비중 차지하고 있음.
·1천만~1억 원 미만, 10억~50억 원 미만, 5억~10억 원 미만 등의 순서
·주로 중재에 의한 해결은 1억~5억 원 미만인 규모의 분쟁이 가장 많았으나 100억원을 넘는 경우도 6.0%나 됨.
- 건설클레임 제기시의 애로사항으로는 '공사계약의 불명확', '감사를 의식한 발주처의 해결 기피'나 '차후의 공사계약체결에 부정적 영향 초래 우려' 등임.

2. 중재절차에 의한 분쟁해결

- 건설중재를 인지하게 된 것은 중재인이나 변호사 등 전문가와의 건설클레임 상담과정에서 주로 알게 되었으며, 건설분야의 동종업계의 소개나 권유, 대상사중재원의 홍보나 인터넷사이트 등이 그 뒤를 잇고 있음.
- 별도의 중재합의보다는 주로 '공사계약일반조건' 등 관련 계약 문서의 내용 가운데 포함되어 있어 가능했다는 답변이 가장 많았음.
- 중재절차의 이용과정에서 애로사항으로는 '상대방의 중재합의 또는 중재계약 기피'가 가장 많았으며, '변호사 외에 건설공사계약 전문가에게는 중재대리가 허용되지 않는 점', 건설중재의 홍보 미흡으로 중재제도에 대한 이해 부족 등으로 나타남.
- 중재절차의 장점으로는 '비교적 단시간 내에 클레임 해결'이라는 응답이 가장 많았고, 그 다음으로 '저렴한 비용', '비공개 진행', '확정판결과 동일한 효력 부여', '전문가에 의한 해결' 등으로 나타남.
- 중재의 만족도에 대해서는 소송을 이용한 경우와 유사하며, 중재판정결과가 자신에게 불리하게 나온 경우도 있다는 점을 감안할 때 중재이용자의 약 72%가 보통 이상의 만족을 표시하고 있음.

- 중재제도의 발전을 위해서는 건설중재판정의 신뢰도 및 공정성 제고와 공공공사에서 중재이용을 적극 권장해야 한다는 응답이 가장 큰 비중을 차지하였음.
- 기타 중재인의 전문성 강화와 별도의 중재기구 설립, 건설중재에 대한 적극적 홍보와 관련 제도 연구기능 강화 등도 제시됨.
- 향후 건설클레임의 합리적 해결을 위해서는 전문성 확보 및 전문기관이나 전문화된 시스템의 구축이 필요한 것으로 나타남.
- 기타 계약당사자간 동등한 관계 유지, 중재합의의 계약서 명시, 중재결정의 신뢰도나 공정성 제고, 공사계약 표준화, 대한상사중재원의 기능 증대, 건설클레임이나 분쟁사안의 DB화 등이 제시되었음.

IV. 건설중재의 제도적 문제점

1. 중재대리의 제한

- 현행 중재법에 근거한 중재규칙(대법원 승인)에서는 중재대리를 할 수 있는 자로서 변호사 외에 전문가도 명시하고 있음.
- 그러나 현행 변호사법에서는 변호사만이 법률행위의 대리를 할 수 있도록 하고 있는데, 그 적용범위를 매우 넓게 해석하여 다른 분야와 마찰이 많은 실정임.

2. 공사계약일반조건에 있어서 중재합의 기피

- 기존의 공사계약일반조건에서는 선택적 중재조항을 두고 있었는데, 이에 대해 법원은 유효하다는 입장이었으나 최근 대법원은 반대 입장으로 선회함.
- 현재의 공사계약일반조건에서는 협의가 이루어지지 않을 경우 중재, 조정, 판결에 의하여 해결하도록 분쟁해결의 방식을 열거하고 있는데, 국가 등이 중재절차의 이용을 기피하는 경향이 있다는 점을 감안하면 중재이용은 사실상 어려워질 수밖에 없음.

V. 계약단계별 중재판정 사례분석과 건설업체의 대응방안

단계	주요 쟁점	대응방안
계약 체결	계약문서의 작성 및 보관	-계약서, 설계서, 유의서, 공사계약일반조건, 공사계약특수조건 및 산출내역서, 각종 통지문서 등 계약문서의 작성 및 보관 -당사자간 합의사항 등의 문서화 -계약당사자간의 의사불일치나 계약내용의 불분명, 클레임 또는 분쟁시 증거서류 및 해석기준으로 기능
	공정성원칙 위반	-계약상대방에 계약상 우월적 지위의 남용 등으로 인하여 왜곡되거나 제한 될 경우 해당 조항의 무효 주장의 근거로 활용 -당사자의 계약상 지위, 공사계약의 목적 및 내용, 전체 공사액에 대한 지체상금의 예정비율, 공사지체로 인하여 일방당사자가 받은 손해의 정도, 건설업계의 거래관행, 신의칙 등을 고려하여 위반 여부 판단 -입증자료의 작성 및 보관유지 필요
	관계 법령의 재개정	-법률 불소급의 원칙 적용 -관계 법령의 재개정 동향과 시행관련 부칙조항 숙지 필요 -관계 부처에의 질의회신을 통한 유권해석 확보 및 활용
	당사자 적격	-국가계약법령이 적용되는 공공기관이나 지자체가 발주자인 경우 담당부서나 기관이 아닌 국가가 당사자적격 보유
이행	설계변경사유	-발주자의 설계변경 요구시 계약문서 외에 각종 자료나 현장 상황 등을 종합적으로 검토 후 수용여부를 결정 -관련 서류 등의 확보 및 보관 필요
	설계변경절차	-계약서상의 절차 요건 준수 필요 -계약담당공무원과의 설계변경 관련 의견 교환 내용 확보
	설계변경으로 인한 계약금액의 조정	-계약금액의 조정을 위한 요건 파악 -계약문서상의 정확한 내용 검토 -공사량의 증감 발생여부 사전 점검 -계약서상의 계약금액 조정절차 확인 및 준수
	대형공사의 설계변경	-입찰자는 스스로의 책임과 부담으로 소요 공사비용을 산정하고 적정 수익의 창출가능 판단시 입찰 참가 필요
	물가변동으로 인한 계약금액의 조정	-조정신청 시기를 일실하지 않도록 주의 필요
	계약당사자의 계약상 권리의무	-신의칙이나 공정성을 잃은 요구에 대해서는 요구당시 클레임 제기 필요 -부당성의 판단기준으로는 지시과정의 적절한 절차 준수여부, 지시의 합리성과 타당성, 지시의 자의성 여부 등 검토 -안전성 확보와 관련한 지시에 대해서는 적극적 수용 필요
계약 종료	계약의 해제-해지	-계약의 해제-해지가 있더라도 기성부분에 대한 보수청구권 인정되므로 적극적 청구 필요 -보수액의 산정범위는 실제 지출비용 등이 아닌 공사를 중단한 당시의 기성고 비율에 의한다는 사실을 유의
	준공	-하자보수를 이유로 준공 검사 거부 불가
	지체상금	-차수별 계약에서 최종 준공일이 기재되어 있지 않는 경우 지체상금 의무 발생기준은 당해 차수공사의 준공기한이라는 점에 유의
	지체상금 면책사유	-면책사유의 인정과 관련하여 건설업체의 예견가능성이나 주의의무의 수준이 점차 높아지는 경향임에 유의 -기후와 관련한 면책사유도 기후변화를 감안할 때 면책가능성이 점차 줄어들 수 있다는 점을 사전에 유의할 필요

·중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후-전망-

VI. 건설중재제도의 장기적 발전방안

- 중재대리제도의 개선이 필요함.
·중재법과 중재규칙의 입법취지를 감안할 때 중재당사자에게 실질적 이익을 줄 수 있는 방향으로 나아가야 할 것이며, 구체적으로는 현재의 전문가에 의한 중재대리가 가능하다는 표현을 보다 명확하게 보완해야 할 것임.

- 일정규모 이하의 공공공사에 중재계약의 체결을 우선 권장함.
·건설중재의 활성화를 위하여 무엇보다 중재합의 또는 중재계약의 성립이 전제되는 바, 국가계약법령의 적용을 받는 일정규모 이하의 공공공사에 대하여 계약문서에 중재조항을 삽입하는 등 시범적 운영을 일정기간 한 뒤에 그 결과를 바탕으로 장기적 방향을 설정하는 등의 정책적 배려가 필요함.

- 중재기구의 정비가 필요함.
·건설분야의 중재제도가 더욱 발전하기 위해서는 중재기구의 독립성과 중재의 공정성, 전문성 등을 통한 시장의 신뢰감 구축이 무엇보다 중요함.
·이를 위하여 중재인의 독립성·독립성을 확보하고, 건설중재의 이용 편의 제고를 위한 전담시설을 설치하여야 하며, 기타 중재규칙이나 건설중재관리내규 등 중재절차 관련 규정을 현실에 맞게 정비하여야 함.

VII. 향후 건설중재의 전망

- 건설중재와 관련한 법제도 및 판례는 중재이용을 매우 제한하는 방향으로 나아가고 있음.
 - 발주자측의 중재에 의한 해결 기피와 계약상의 우월적 지위 잔존
 - 구회계예규상의 선택적 분쟁해결조항에 대하여 중재합의를 부정한 최근 대법원판례
 - 현행 회계예규상의 분쟁해결수단의 병렬적 열거
 - 국가계약법시행령의 개정으로 최저가낙찰제의 적용대상범위 확대, 신기술·신공법의 도입으로 인한 설계변경시 감액 축소로 보상 확대 등으로 인한 발주자측과 시공업체간의 긴장관계 형성 가능성

- 향후 건설클레임의 발생 건은 지금까지보다 더욱 증가될 것이지만, 건설중재에 의한 해결은 발주처측의 기피로 인하여 줄어들 것으로 전망

- 그러나 건설클레임의 효율적 해결에 대한 건설업체 및 시장에서의 요구는 더욱 증가할 것으로 예상
 - 소송과 비교할 때 건설중재의 경제적 장점과 전문성 등의 반영을 건설시장에서도 긍정적 평가
 - 국내 건설시장의 선진화와 경쟁력제고라는 측면에서도 반드시 필요
 - 조정예 의한 건설분쟁의 해결이 지속적인 정책 지원의 부재 등으로 빈사상태에 있다는 현실 고려

- 건설클레임의 효율적 해결수단으로서 건설중재제도에 대한 정비를 통한 국내 건설시장의 계약질서의 공정성 확보 등을 위하여 정책당국의 지속적 관심 필요

I. 서론

건설공사는 그 특성상 계약당시에 확정하기 곤란한 요소들이 내재하고 있는 경우가 많아 시공과정에서 예상치 못한 돌발상황이 야기되거나 설계도·시방서와 현장과의 괴리, 계약서의 내용에 대한 해석의 상이 등으로 인한 클레임(claim)이나 분쟁가능성이 높다.¹⁾ 그 밖에도 건설공사계약은 전문성이 요구되고, 클레임이나 분쟁사유가 정형적인 경우가 많으며, 분쟁규모도 다른 분쟁에 비하여 고액에 달하고, 클레임이나 분쟁의 신속한 해결이 절실하게 요청되는 특징을 지니고 있다. 법원도 일반적으로 건설공사의 경우 공사가 비교적 장기간에 걸쳐 시행되기 때문에 그 사이에 자연현상의 변화, 경제적 환경의 변동 등 외부적인 장애나 당사자의 경영상태 악화 등 공사의 완성에 장애가 되는 사정이 발생할 가능성이 많다고 보고 있다.²⁾

건설클레임이나 분쟁이 발생하면 지금까지는 대개 소송에 의존하였으나, 건설공사계약의 특성이 충분히 반영되지 못하였고 기간이나 비용 등 경제적 측면에서도 당사자에게 과중한 부담을 안겨주는 경우가 많았기 때문에 건설클레임의 제기 자체를 오히려 위축시키는 요인이 되기도 하였다. 그러나 2000년 10월 서울지하철 2기 6호선 공사와 관련하여 6-7공구를 시공한 S건설(주)가 서울특별시를 상대로 제기한 건설중재의 판정결과는 소송 외의 방법을 통해서도 시공사의 정당한 주장이 얼마든지 수용될 수 있는 충분한 가능성을 보여준 것으로, 계약상의 권리 주장을 활성화시키는 커다란 전환점을 이루었다고 평가할 수 있다.

선진국의 경우 이처럼 소송을 통한 분쟁해결의 한계를 극복하기 위하여 알선이나 조정, 그리고 중재 등이 활발하게 이용되고 있으며, 이에 대한 연구도 지속적으로 깊이 있게 행해지고 있다. 그러나 국내의 현실을 돌아다보면, 조정의 경우 건설관련 법령을 근거로 도입되어 있으나 해당 기구가 형식적인 서류상의 조직에 머물거나 휴면상태에 있어 구체적 분쟁해결에 실질적 기능을 하지 못하고 있는 등 관련 제도정비는 아직도 낙

1) Federal Acquisition Regulation : 「클레임」이란 계약체결의 일방 당사자가 계약에 근거해서 또는 계약과 관련하여 권리로 인정되는 금액의 지급, 계약조항의 조정, 계약조항의 해석방법, 기타의 구제를 서면으로 요구 또는 주장하는 것을 의미한다.

·American Institute of Architects : 「클레임」이란 계약당사자가 그 계약상의 조건에 대하여 계약서의 조정 또는 해석, 금액의 지급, 공기의 연장, 계약서와 관계되는 기타의 구제를 권리로서 요구하거나 주장하는 것을 말한다.

2) 대법원 1999.3.26 선고 96다23306판결

후성을 면치 못하고 있는 상태이다. 또한 건설클레임의 제기도 발주자 우위의 계약내용으로 인하여 사실상 제한되는 경우가 많았으며, 그나마 클레임을 제기하는 경우에도 대부분 소송에의 의존도가 높았다.

이처럼 소송 외의 클레임이나 분쟁해결을 위한 수단들이 제대로 정비되어 있지 못한 척박한 환경과 소송에의 지나친 의존은 건설업체의 부담 가중이라는 결과를 초래하고 있다. 구체적 사안에 적합한 합리적 해결방안을 제시할 수 있는가에 대해서 기존의 소송제도는 많은 비판과 문제점을 지적 받고 있는 실정이다. 따라서 건설업계의 특성을 충분히 감안한 합리적 분쟁해결수단에 대한 갈망은 실제 상당히 크다고 할 것이며, 이에 대한 적절한 대비가 필요한 시점에 와 있다. 이런 가운데 소송 이외의 대안으로서 최근 수년간 건설중재제도의 이용도가 눈에 띄게 증가하고 있으며, 중재판정사례도 상당 부분 축적이 되어 가고 있다.³⁾ 소송 외의 대안이라고 해도 조정은 아직 그 이용률이 저조한 데 비해, 중재제도는 '90년대 말부터 건설분야의 분쟁해결에도 상당한 역할을 해오고 있다. 매년 그 이용률이 증가하고 있을 뿐만 아니라 전체 상사중재 건 가운데 차지하는 비중도 가장 큰 편이다.⁴⁾ 또한 그 동안 건설중재절차는 공사계약의 공정성 여부와 관련하여 시비가 끊이지 않았던 공공부문의 공사로 인한 분쟁해결에 그 이용도가 높았으나, 최근에는 민간공사계약의 분쟁으로 경우까지 이용률이 크게 증가하고 있어 주목을 끈다.

그러나 아직 건설중재가 건설클레임을 해결할 수 있는 제도로서 자리잡기 위해서 다음과 같은 개선되어야 할 점이 적지 않은 실정이다. 건설중재판정사례에서 주로 나타나듯이, 건설업체의 공사계약에 대한 정확한 이해가 상당히 부족하여 건설클레임의 제기 및 진행과정에서 효과적인 대응이 이루어지지 못하고 있다.⁵⁾ 또한 발주자와 건설업체 간의 이견이 분쟁으로 비화되어 제3자의 조력이나 개입에 의한 해결이 불가피할 때 가장 효율적인 분쟁해결수단을 선택할 수 있는 능력이나 정보확보가 제대로 되어 있지 않다. 「공사계약일반조건(회계예규)」나 일부 자치단체의 「공사계약특수조건」 등에서는 당사자가 분쟁해결수단을 제한시켜 놓고 있기 때문에 결과적으로 건설중재의 이용이 제

3) 대한상사중재원에서는 계간지인 '중재'와 '중재판정사례집'을 통하여 대표적 건설중재판정사례를 소개하고 있으며, 최근에는 건설분야의 중재판정만을 모은 '판정사례집 건설중재(2003.7)'라는 책자를 발간한 바 있다.

4) 조정이나 중재 등 대체적 분쟁해결제도가 아직 충분히 정착되고 있지 못한 상태에서 정부가 공공공사에서 사용되고 있는 「공사계약일반조건(회계예규)」상 분쟁해결조항을 개정하여 대체적 분쟁해결수단의 이용을 사실상 제한한 것은 분쟁해결제도의 발전방향에도 역행하는 것이다.

5) 이후의 설문조사에서도 잘 나타나고 있듯이 건설클레임에 대하여 현장의 충분한 대비 부족과 계약관련 법령의 불충분한 이해, 공사계약체결에 관한 전문성 부족 등도 개선되지 못하고 있는 것으로 알려지고 있다.

2. 중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망

약되는 등의 불공정한 계약내용도 시급히 개선되지 않으면 안될 사항이라고 할 수 있다. 그 외 사무국의 전문인력 보강이나 지정학적 측면에서의 접근용이성 등 중재절차의 효율적이고 편리한 이용을 위한 배려가 충분치 않은 점도 건설중재의 활성화를 제약하는 하나의 요인이라고 할 수 있다.

IMF 외환위기를 전후하여 건설중재 신청 건이 급증하였던 전례를 감안하면, 건설경기의 어려움이 예상되는 내년에는 건설공사와 관련한 분쟁발생의 가능성이 어느 때보다 높다. 건설클레임이나 분쟁은 발생 후 신속한 해결이 이루어지지 못한다면 계약당사자 모두에게 경제적 손실을 안겨 주는 경우가 많다. 또한 건설클레임 발생 이후의 계약관계나 기업의 이미지 등에 부정적 영향을 미칠 수도 있다. 이런 점들을 고려할 때, 건설수주 전략 못지 않게 건설클레임이나 분쟁의 효과적 대응도 실질적인 수익성 제고측면에서 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 건설업체의 효과적 대응방안은 분쟁사안의 분석과 자료 준비, 그리고 해결수단의 선택 등이 중요한 의미가 있다. 뿐만 아니라 실제 건설클레임의 처리현장에서 느끼는 건설업체들의 체감지수는 더욱 중요한 의미를 가질 것이다. 따라서 건설업체가 건설클레임과 관련하여 효과적인 대응방안을 모색할 수 있도록 중재판정사례의 구체적 분석과 건설클레임 대응시의 문제점 및 현실적 애로점을 살펴보고 끝으로 법제도의 변화에 따라 어려움이 예상되고 있는 건설중재의 향후를 전망해본다.

4. 중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망

II. 건설중재의 이용 현황 및 법제

1. 신청 건수별·금액별 현황

(1) 1999년 - 2002년

중재사건은 최근 4년간만을 보더라도 꾸준히 증가하는 모습을 보여주고 있다. 그 가운데 건설중재신청건의 증가폭이 두드러지고 있으며, 2002년에 들어와서는 전체 계약 가운데 건수별로 가장 많은 계약분야가 되었다. IMF 직후인 98년부터 증가하기 시작하여 '99년에는 전체 중재 건수 중 20.7%, 2000년에는 25.7%, 2001년에는 28.9%, 2002년에는 31% 등 전체 중재 신청건수에서의 비중도 점차 증가하고 있음을 알 수 있다. 금액 면에서 본다면, 전체 중재신청금액 가운데 1999년에는 34.8%, 그리고 2000년에는 무려 79.7%(2000년)에까지 이르렀다가, 2001년 63.3%, 2002년 52.6%로 다소 낮아지고는 있으나 여전히 중재신청금액의 과반을 넘을 정도로 상사중재에 있어서 가장 비중 있는 계약분야가 되고 있다.

〈 표 II-1 〉 계약종류별 중재이용현황

(단위 : 천 원(건))

계약종류별	1999	2000	2001	2002
매매	65,087,204(59)	29,621,574(63)	71,381,023(66)	71,887,996(64)
건설	113,657,594(31)	331,136,452(45)	184,275,302(57)	163,496,710(66)
운송	6,087,529(13)	4,465,440(8)	912,156(8)	32,125(3)
판매·대리점	1,601,017(4)	876,985(6)	17,686,256(21)	8,064,073(20)
용역	21,661,687(11)	1,735,225(6)	4,094,494(14)	8,748,876(12)
대행	1,471,329(5)	6,630,202(5)	846,415(5)	4,487,734(8)
금융	-	1,873,564(5)	4,530,213(3)	10,855,880(3)
임대차	173,058(3)	1,048,555(4)	2,796,774(5)	4,111,554(9)
임가공	134,210(2)	2,140,568(4)	17,434(1)	14,198(1)
합작투자	26,209,953(4)	21,458,236(3)	587,186(3)	466,048(6)
근로	-	563,229(1)	-	295,296(1)
기술및지적재산권	38,850,823(4)	208,332(1)	3,701,224(12)	39,484,578(8)
광고	919,065(2)	-	344,781(1)	3,243,338(4)
기타	50,701,338(12)	13,689,872(24)	3,436(1)	1,382,773(5)
합계	326,554,810(150)	415,448,239(175)	291,176,700(197)	310,571,184(210)

* 환율 1\$당 1200원으로 환산하였음

건설분야만을 보더라도 2002년에는 66건으로 전년 57건 대비 15.8%의 증가를 보여주고 있다. 특히 과거에는 주로 공공분야의 건설계약에 집중되었으나, 최근에는 민간건설분야의 분쟁에도 중재를 이용하는 경우가 증가하고 있어 눈길을 끈다.

〈표 II-2〉 건설계약 중재이용현황

(단위 : 건, 천원, %)

년 도	건 수	증감율	금 액
1999	31		113,657,594
2000	45	45.1	331,124,425
2001	57	26.7	184,275,302
2002	66	15.8	163,496,710

* 환율 1\$당 1200원으로 환산하였음

민간건설 분야는 2002년의 경우 27건으로 전년 대비 125% 증가하였으며, 전체 건설사건의 41%를 차지하고 있다. 이러한 현상은 중재에 대한 정보와 인식이 건설업계에 점차 보편화되고 중재에 의한 분쟁해결의 건설업계 신뢰도도 그 만큼 상승하고 있는 결과에 따른 것이라고 보여진다.

〈표 II-3〉 건설계약중 민간 및 공공비교

(단위 : 건, %)

연 도	2002	2001
민 간	27(41%)	12(21%)
공 공	39(59%)	45(79%)
계	66(100%)	57(100%)

2002년의 경우 공공부문의 중재신청 건은 62건으로 주로 국가와 지방자치단체, 그리고 공사 등이 관련되어 있으며, 2002월드컵과 부산아시아게임 관련 중재신청건도 12건이나 되었다. 이처럼 건설중재 건이 급증하고 있는 주요 원인으로는 IMF 외환위기 이후 건설산업 전반에 걸쳐 실질적 수익성을 중시하는 내실경영의 패턴이 자리 잡아가고 있기 때문으로 보인다. 또한 계약당사자들의 권리의식이 제고되어 발주자의 요구에 일방적으로 따라가던 관행에서 점차 벗어나고 있는 점도 하나의 원인이 되고 있다.

(2) 2003년

국내 경기는 세계 경제의 침체에 동반하여 부진을 면치 못하고 있으나, 건설관련 분쟁은 오히려 증가추세를 보여주고 있다. 대한상사중재원의 보도자료에 따르면, 금년 상반기에 접수된 중재건수는 총 107건으로 전년도 동기의 86건에 비해 24% 정도 증가한 것으로 나타났다. 중재신청증가의 주된 원인은 국내중재사건이 중소건설업체들의 공사비 청구 등 건설사건의 증가에 따라 30% 정도 증가한 것에 기인한 바 큰 것으로 보인다.

그러나 대한상사중재원에 신청된 분쟁금액은 약 1,730억원으로 전년(약 1,960억원)에 비해 12% 정도 감소하였으며, 대폭 증가한 알선신청과 달리 중재의 경우 전년대비 18% 정도 감소한 것으로 나타났다. 특히 국내 중재의 경우 사건 수에서는 전년에 비해 증가했으나, 신청금액이 대형사건의 감소로 44% 정도 줄었기 때문으로 해석되고 있다. 알선의 경우 분쟁금액이 무려 308%에 달할 정도로 대폭 증가하였는데, 주된 원인은 대형 건설사건의 접수에 기인한 것으로 중재와 함께 분쟁사안이 복잡하지 않은 경우 알선이용도 증가하는 추세임을 알 수 있다.

계약의 종류별 특성을 살펴보면 용역, 합작투자, 임대차 계약분야의 중재이용 증가세가 두드러지고 있다. 그러나 물품매매, 용역, 건설, 대리점계약이 모두 253건으로 전체의 73%를 차지하는 등 여전히 가장 높은 비중을 차지하고 있는 점은 변함이 없다. 금액면에서 본다면, 대형사건의 접수로 대행계약과 합작투자계약이 대폭 증가한 것으로 나타났다. 건설계약의 경우는 300억 정도의 감소로 전년대비 27% 감소하였다.⁶⁾

6) 그 동안 건설중재는 주로 공공공사에서의 분쟁을 해결하기 위하여 이용되는 경우가 민간공사의 분쟁보다 상대적으로 많았다. 그러나 2002년부터 민간공사와 관련한 중재신청건이 급증하기 시작하여 2003년 1/4분기 클레임현황에서는 역전되는 결과까지 나타나고 있다. 건설중재 13건 중 민간공사 건은 9건(69%)으로 정부나 지자체 등을 당사자로 한 공공공사 4건(31%)을 처음으로 추월한 것이다. 공사의 발주규모별 특성을 살펴본다면, 전체 규모는 민간공사건이 약 70억원(11%)이고 정부나 지자체 등을 당사자로 한 공공공사건은 약 670억원(89%)로 민간공사의 중재신청이 공공공사에 크게 못 미치고 있다. 그러나 건 수에서 공공공사의 중재신청을 앞지르고 있다는 것은 그 만큼 중소건설기업의 이용률이 증가하고 있는 것이라 분석된다. 물론 이러한 결과는 공공공사의 경우 계약문서 가운데 하나인 공사계약일반조건의 분쟁해결에 관한 조항이 2001년 2월 개정되면서 이전보다 중재절차의 이용이 어려워졌고, 공공기관에서 중재보다 소송을 선호하고 있기 때문인 점도 그 원인으로 작용한 것으로 보인다.

〈표 II-4〉 계약의 종류별 중재건수

(단위 : 건수)

계약 유형	물품매매	용역	건설	대리점	임대차	운송	합작투자	대행	기술	금융	임가공·광고	기타	계
건수	147	37	36	33	18	16	8	6	5	4	3	32	348
(%)	(42)	(11)	(10)	(9)	(5)	(5)	(3)	(2)	(1)	(1)	(1)	(9)	(100)

2. 관련 법령 현황

(1) 중재법⁷⁾

1) 중재법의 연혁

중재법은 중재에 관한 근거법으로 1966년에 법률 제1167호로 제정되었다. 그 후 1999년의 제4차 개정에서는 국제적·시대적 흐름에 부응하고, 국제사회의 신뢰를 회복하며, 분쟁해결의 보편성을 확보하기 위하여 전면 개정을 단행한 바 있다. 이때의 개정으로 국내 중재법도 국제무대에서 인정받을 수 있는 규범으로 거듭나는 계기를 마련하였으며, 외국인 또는 외국기업들이 분쟁당사자인 경우에 해당 국제중재사건을 국내로 유치하는 효과를 기대할 수 체제가 마련되었다. 현행 중재법은 2002년 1월의 법률 제6626호로, 제6차 개정된 것이다.

2) 중재법의 주요 내용

중재법은 중재에 의하여 사법상의 분쟁을 적정·공평·신속하게 해결하기 위한 것으로 중재지가 대한민국 내에 있을 때 원칙적으로 적용된다. 중재의 특징 중의 하나는 재판 외의 분쟁해결수단 가운데 법원의 관여를 원칙적으로 제한하고 있다는 점이다(제6조). 중재를 위해서는 반드시 중재합의가 전제되는데, 중재합의는 독립된 합의 또는 계약 중 중재조항의 형식으로 할 수 있다(제8조). 중재합의는 반드시 서면으로 하여야 한다. 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에는 중재합의가 있는 것으로

7) 서정일(대한상사중재원 위원)

8. 중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망

본다. 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우에 한한다. 만일 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 중재합의존재의 항변을 하면 법원은 그 소를 각하하여야 한다(제9조). 그 외 서면에 의한 중재합의로 인정되는 경우는 다음과 같다(제8조).

- i) 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우
- ii) 서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우
- iii) 일방 당사자가 당사자간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 아니하는 경우

중재판정부를 구성하는 중재인의 수는 당사자간의 합의로 정하되, 합의가 없는 경우에는 3인으로 한다(제11조). 중재인의 선정절차는 당사자간의 합의로 정하는 것을 원칙으로 한다(제12조). 이와 같이 선정된 중재인은 자신이 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 사유가 있는 때에는 지체없이 당사자에게 고지하고 기피할 수 있도록 하고 있다(제13조). 중재판정부는 자신의 권한 및 이와 관련된 중재합의의 존부 또는 유효성에 대한 이의에 대하여 결정할 수 있으며, 이 경우 중재합의가 중재조항의 형식으로 되어 있는 때에는 계약 중 다른 조항의 효력이 중재조항의 효력에 영향을 미치지 않는다(제17조). 양당사자는 중재절차에서 동등한 대우를 받으며, 자신의 사안에 대하여 변론할 수 있는 충분한 기회를 가진다(제19조). 이러한 중재절차에 대해서 이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 한 당사자들이 합의하여 정할 수 있다. 중재지도 당사자간의 합의로 정한다(제21조).

중재판정은 당사자간에 다른 합의가 없는 경우 3인 이상의 중재인으로 구성된 중재판정부의 과반수 결의에 의한다. 다만, 중재절차는 당사자간의 합의가 있거나 중재인 전원이 권한을 부여하는 경우에는 절차를 주재하는 중재인이 단독으로 이를 결정할 수 있다(제30조). 중재절차의 진행 중에 당사자들은 화해로 절차를 종료시킬 수 있으며, 이 경우 그 화해내용을 중재판정의 형식으로 기재할 수 있다. 화해중재판정은 당해사건의 본안에 관한 중재판정과 동일한 효력을 가진다(제31조). 중재판정은 서면으로 작성하여야 하며, 중재인 전원이 서명하여야 한다. 또한 그 판정의 근거가 되는 이유와 작성일자, 중재지 등을 기재하여야 한다(제32조). 중재절차는 중재판정 또는 중재판정부의 결정에 의하여 종료된다. 중재판정부의 중재절차 종료결정은 i) 신청인이 중재신청을 철회하는 경우, ii) 당사자들이 중재절차의 종료에 합의하는 경우, iii) 중재판정부가 중재절차를

속행하는 것이 불필요하거나 불가능하다고 인정하는 경우에 한다(제33조). 중재판정은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다(제35조). 따라서 중재판정에 대한 불복은 법원에 제기하는 중재판정취소의 소에 의하여만 할 수 있다(제36조). 중재판정의 승인 또는 집행은 법원의 승인 또는 집행판결에 의한다(제37조).⁸⁾

(2) 중재규칙

중재규칙은 중재법 제41조에 근거하여 상사중재기관으로 지정받은 대한상사중재원이 상사중재를 공정·신속하게 하기 위한 절차를 규정하기 위하여 대법원장의 승인을 얻어 제정되었다. 실제 중재절차의 구체적 진행에 적용되는 규범이다. 처음에는 ‘상사중재규칙’이라고 하였으나, 이후 상사중재에 국한된 개념으로 중재규칙의 적용범위를 한정할 필요가 없다는 점과 당사자합의에 따라 중재법에서 정하는 분쟁의 대상을 광범위하게 수용할 수 있도록 하기 위해 ‘중재규칙’으로 명칭을 변경하였다.

1989년 11월 대법원승인을 받은 중재규칙은 ‘신속절차’를 두어 당사자간에 신속절차에 따르기로 하는 별도 합의가 있는 중재사건의 경우 금액의 다과에 불구하고 가능하도록 하고, 당사자간 합의가 없더라도 신청금액이 2천만원 이하인 국내중재에 한하여 적용하도록 하였다. 그리고 중재인선정도 사무국이 중재인명부중에서 1인의 중재인을 선정하도록 하였다. 1993년 12월대법원승인을 받은 중재규칙은 중재인 선정제한을 완화하여 사무국에서 중재인을 선정하는 경우에만 중재인명부에서 선정하도록 할 뿐 당사자가 직접 중재인을 선정하는 경우에는 중재인명부에 관계없이 가능하도록 하였다. 그리고 중

8) [중재판정의 취소사유]

1. 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 다음 각목의 1에 해당하는 사유를 증명하는 경우
 - 가. 중재합의의 당사자가 그 준거법에 의하여 중재합의 당시 무능력자이었던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 의하여 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 의하여 무효인 사실
 - 나. 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 기타의 사유로 인하여 본안에 관한 변론을 할 수 없었던 사실
 - 다. 중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실. 다만, 중재판정이 중재합의의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로 분리될 수 있는 경우에는 대상이 아닌 중재판정부분만을 취소할 수 있다.
 - 라. 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 당사자간의 합의에 따르지 아니하거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니하였다는 사실
2. 법원이 직권으로 다음 각목의 1에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 경우
 - 가. 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 때
 - 나. 중재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 때

재인의 한국 내 거주에 관계없이 중재인을 선정할 수 있도록 하였고, 중재인이 수인인 때 절차문제에 관하여 다수결이 이루어지지 아니하는 경우에 한하여 의장 중재인이 이를 결정하도록 하였다. 당사자 쌍방이 2회 이상 출석하지 아니 하거나 심문에 응하지 아니하는 경우 중재판정부가 중재절차의 종료를 선언할 수 있게 하였다.

1996년 8월의 대법원승인을 받은 중재규칙에서는 국제상사중재를 활성화하기 위해 당사자가 1976년 4월 28일에 유엔국제상거래법위원회에서 채택한 ‘UNCITRAL 중재규칙’을 적용하기로 약정한 경우 동중재규칙에 따른 ‘중재관리규칙’을 적용하도록 하여 제3국간의 국제상사중재를 포함한 광범위한 국제상사분쟁의 중재를 해결할 수 있는 근거를 마련하였다. 가장 최근인 2000년 4월에 대법원승인을 받은 중재규칙에서는 집중심리제도 도입 등 중재심리를 신속하게 하는 절차를 규정하고 중재법의 개정에 따른 용어 및 자구를 정리한 바 있다.

현재의 중재규칙을 대략적으로 살펴보면, 중재를 국내중재와 국제중재로 나누고 있다. 중재신청인들은 중재인의 선정과정에 당연히 참여할 수 있지만, 특별한 의사표시가 없는 경우에는 대한상사중재원 사무국에서 중재인을 선정하게 되며 이때에는 중재인명부 중에서 선정한다(제4조). 이와 같이 하여 선정된 1인 또는 수인의 중재인이 당사자간의 분쟁해결을 위한 중재판정부를 구성한다(제5조). 당사자는 중재절차의 대리를 변호사 또는 상당하다고 인정되는 자로 하여금 하게 할 수 있도록 허용하고 있다. 중재절차는 공개하지 아니한다. 중재를 위해서는 반드시 당사자간에 중재합의가 필요하다. 이러한 중재합의는 별도로 할 수도 있지만, 당사자가 계약중의 중재조항으로 또는 현존하는 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 합의로도 가능하다. 중재장소는 당사자간에 별도의 약정이 없는 한, 당해 사건에 관한 당사자의 편의, 증거조사 방법 등을 고려하여 사무국이 정한다.

중재절차의 진행과정 중에서도 당사자간 조정에 의한 해결이 가능하다. 이 경우에는 기준일로부터 국내중재의 경우 15일, 국제중재의 경우 30일 이내에 당사자 쌍방의 조정요청이 있는 경우 사무국은 중재절차를 개시하기 전에 분쟁을 조정에 회부한다. 사무국은 중재인명부 중에서 1인 또는 3인을 조정인으로 선정한다. 조정의 절차와 방법은 조정인이 정한다. 조정이 성립하면 그 조정인은 당사자의 합의에 의하여 선정된 중재인으로 보며 조정의 결과는 화해에 의거한 판정의 방식으로 처리되는 동시에 판정과 동일한 효력을 가진다. 조정인이 선정된 날로부터 30일 이내에 조정이 성립되지 아니하는 경우에는 그 조정절차는 종료되며, 즉시 이 규칙에 의한 중재인의 선정 및 중재절차가 개시된다.

중재인은 중재판정부를 구성하며 중재절차의 가장 중요한 역할을 담당한다. 이러한 중재인은 당사자합의에 의한 선정하는 것을 원칙으로 한다. 당사자가 중재인을 선정하지 아니하거나 선정방법을 정하지 아니한 경우에는 사무국이 선정한다. 중재인선정과 관련하여 중재판정의 신뢰성을 확보하고 공정한 중재판정을 할 수 있도록 중재의 결과에 관하여 법률적 또는 경제적 이해관계가 있는 자는 중재인이 될 수 없도록 하고 있다. 당사자가 중재인에게 위와 같은 사정이 있음을 알면서도 서면으로 그 중재인을 선정하기로 합의한 경우에는 중재인이 될 수 있다. 선정된 중재인도 스스로 이러한 중재의 공정성에 의문이 제기될 수 있다고 판단되면 기피제도를 활용하여 물러날 수 있다. 중재합의에서 중재인의 수를 정하였을 경우에는 그 수에 따르고, 그 수를 정하지 아니하였을 경우에는 중재인의 수는 사무국이 1인 또는 3인으로 정한다.

중재심리의 일시, 장소와 방식은 중재판정부가 정한다. 당사자는 심리에 출석할 수 있다. 중재인이 수인인 경우에는 중재판정을 포함한 모든 결정은, 당사자간에 별도의 합의가 없는 한 중재인의 과반수 결의에 의한다. 다만, 중재심리절차에 관한 사항에 관하여 다수결이 이루어지지 아니하는 경우에는 의장중재인이 정한다. 중재판정부는 당사자가 주장 및 입증을 다하였다고 인정할 때는 심리의 종결을 선언하여야 한다. 중재판정은 신속성도 주요한 특징 중의 하나이므로 중재판정부는 당사자의 합의 또는 법률의 규정중 다른 정함이 없는 한 심리종결일로부터 30일 이내에 판정하여야 한다. 중재판정은 판정주문 및 판정이유 등을 기재하여 서면으로 작성하고 중재인이 서명하여야 한다. 개개의 분쟁사건에 대한 중재규칙의 해석 및 적용은 그 분쟁사건을 담당하는 중재판정부가 한다. 중재판정부를 구성하는 중재인간에 의견일치를 보지 못하는 경우에는 다수결에 의한다. 당사자가 중재절차중에 화해를 하였을 경우에 당사자가 요구하면 중재판정부는 합의된 화해의 내용을 판정으로써 기재할 수 있다.

이상의 정식절차 외에 간단한 사안의 경우 신속절차를 이용할 수 있다. 신속절차의 경우 중재인의 선정은 당사자간에 합의로 하되, 별도의 합의가 없는 경우 사무국이 중재인명부 중에서 1인의 중재인을 선정한다. 중재판정부는 심리의 일시와 장소를 결정하며, 사무국은 이를 심리개시 3일전에 구술, 인편, 전화 또는 서면 등 적합한 방법으로 당사자에게 통지하여야 한다. 심리는 1회로 종결함을 원칙으로 한다. 중재판정부는, 당사자의 동의가 있는 경우, 절차의 신속화를 위하여 서기로 하여금 심리내용을 생략한 조서를 작성하게 할 수 있다. 피신청인은 심리종결 전까지 반대신청을 할 수 있다. 중재판정부는 심리종결일로부터 10일 이내에 판정하여야 한다. 판정에서 당사자의 합의가 있는 경우, 판정이유의 기재를 생략할 수 있다.

(3) 건설중재 관리내규

‘건설중재 관리내규’는 중재신청인을 구속하는 법적 효력을 가진 규범은 아니다. 대한상사중재원에서 건설중재의 사무처리를 위한 내부 업무지침으로서 만든 것이다. 그러나 건설중재의 특성을 고려한 별도의 중재규정이 존재하지 않고, 중재법이 보다 효율적 절차진행을 위하여 중재신청인 등 당사자의 의사를 가능한 한 존중하려는 태도를 취하고 있기 때문에 건설중재 관리내규는 건설중재의 실무상 큰 비중을 차지하고 있다.

구체적 내용을 살펴보면, 먼저 건설중재의 적용범위를 다음과 같이 열거하고 있다. 발주자와 수급인간의 건설공사에 관한 분쟁, 수급인과 하수급인간의 건설공사의 하도급에 관한 분쟁, 수급인과 제3자간의 시공상 책임에 관한 분쟁, 설계, 시공, 감리 등 건설업에 관계한 자간의 분쟁 등으로 열거하면서 이 밖에도 건설관련 분쟁이라는 일반규정을 두어 가능한 한 건설공사계약과 관련된 모든 분쟁이 포함될 수 있도록 고려하고 있다. 중재장소에 대해서는 사무국이 중재사건에 관한 당사자의 편의, 증거조사, 사건의 특수성 등 제반사정을 고려하여 별도로 정할 수 있도록 하고 있다. 만일 정하지 않은 경우에는 피신청인의 주된 영업소나 주소가 부산광역시, 울산광역시 또는 경상남도에 두고 있는 국내중재와 당사자 일방의 주된 영업소나 주소가 위 지역에 있는 국제중재의 경우 중재장소는 부산으로 하고, 그 밖의 중재는 중재장소를 서울로 한다(제3조). 사무국은 건설중재인명부를 작성·유지하고 건설중재사건의 중재인을 선정하는 경우에는 이 중재인명부 중에서 선정한다(제7조). 중재인의 수는 신청금액이 6천만원을 초과할 경우에는 3인, 그 이하는 1인으로 하고, 신청금액을 산정할 수 없는 경우의 중재인의 수는 3인으로 한다(제8조).

14중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망

Ⅲ. 건설중재절차의 이용실태

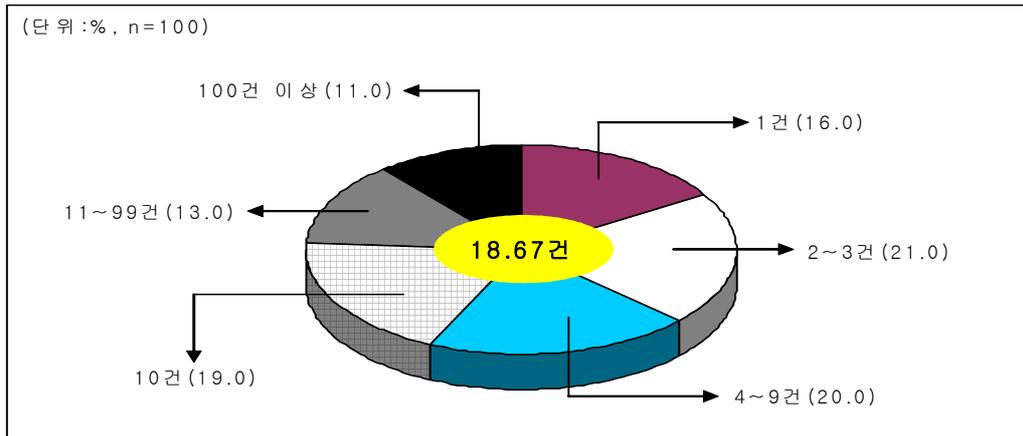
건설중재는 공사계약의 이행과정에서 야기되는 건설클레임이나 분쟁의 해결을 위한 수단으로 그 이용률이 매년 증가추세에 있다. 최근에는 공공공사 뿐만 아니라 민간공사 까지 그 이용범위가 확대되고 있는 등 건설중재제도에 대한 사회적 인지도도 크게 개선되고 있다. 그러나 아직까지 건설중재에 관한 관련 법규나 제도의 미비나 발주자 위주의 계약관행 등으로 인하여 분쟁당사자가 자신의 주장을 중재과정에서 충분히 표현하거나 반영시키는 데에 상당한 어려움을 겪고 있는 것으로 보인다. 따라서 건설중재를 실제 경험한 건설업체를 중심으로 설문조사를 통하여 과연 중재에 대한 인지도와 실제 중재신청을 하기까지의 법-제도상의 애로사항, 그리고 향후 효율적 건설클레임 및 분쟁해결을 위하여 현행 중재제도가 개선되어야 할 점은 무엇인지 물어보았다.

본 설문조사는 아시아인사이트코리아(Asiainsight Korea, Inc.)에 의뢰하여 2003.10.7 ~ 10.27간에 걸쳐 중재와 소송을 경험한 전국의 100개 건설업체(중재경험 건설업체 50개 및 소송경험 건설업체 50개)를 대상으로 구조화된 질문지를 가지고 전화-방문 및 Fax를 이용한 방법으로 실시하였다. 다만, 설문결과에 대해서는 설문조사과정에서 비공개를 원칙으로 하고 있는 건설중재의 특성과 중재당사자들의 노출 및 인터뷰 기피로 인하여 자료 접근이나 설문자체가 상당히 제약될 수밖에 없었다는 점을 충분히 고려하면서 이해할 필요가 있다는 점을 분명히 밝혀둔다. 또한 건설중재는 90년대 말에 와서 비로소 분쟁당사자들의 이용이 뚜렷하게 증가하였기 때문에 아직까지 건설중재를 경험한 건설업체가 많지 않다. 게다가 건설업체내 중재관련 업무의 인수인계 소홀 및 담당자의 수 차례 인사이동 등으로 설문조사 자체가 어려운 경우도 적지 않았다는 점 등으로 인하여, 설문조사결과는 개별 건설업체의 입장과는 다소 차이가 있을 수도 있다는 점을 미리 밝혀 둔다.

1. 건설클레임 또는 분쟁의 해결을 위한 최적의 제도 모색

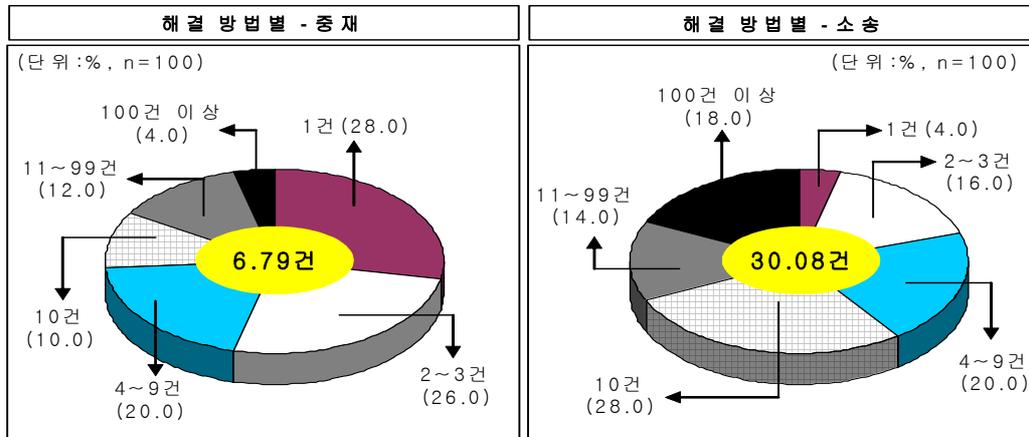
1) 건설클레임의 경험 정도

〈그림 III-1〉 건설업체당 건설클레임 경험 정도



95년 이후 중재나 소송을 경험한 건설업체당 건설클레임의 횟수는 평균 18.67건으로, 그 동안의 경과기간을 고려하면 한 해 평균 2건 정도라고 할 수 있다. 2002년도 매출액을 기준으로 할 때, 규모가 큰 건설업체일수록 건설클레임의 발생건수도 많은 편이었다. 총 100건 이상(한해 평균 10건 이상)을 경험한 경우도 응답 건설업체의 11%를 차지하여, 건설클레임은 건설공사계약에서 보편적인 현상이라는 기존의 선행연구결과가 현장과 큰 차이가 없는 것을 알 수 있었다.

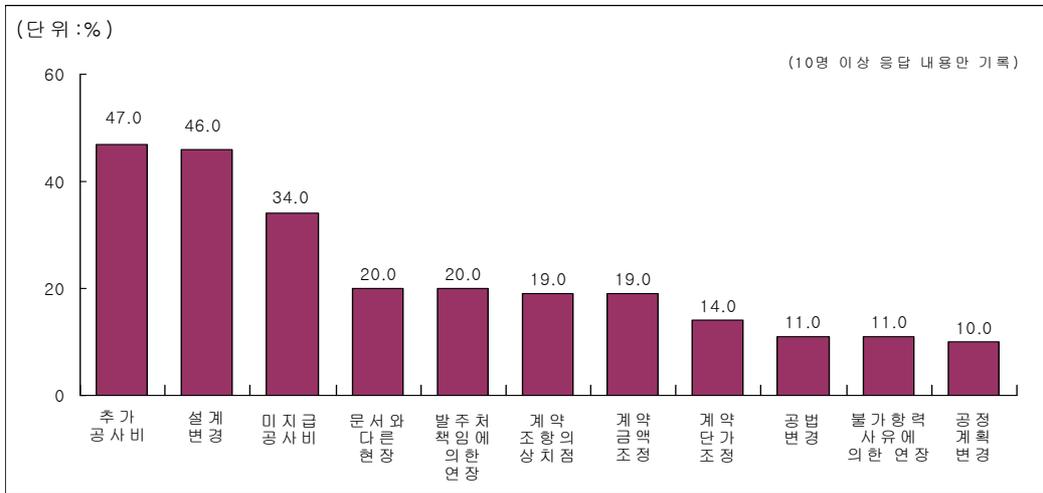
〈그림 III-2〉 건설클레임의 해결수단으로 중재/소송 경험



건설클레임의 해결은 중재와 소송을 모두 경험한 건설업체도 다수 있기 때문에 중복 응답을 허용한 가운데 질문을 하였다. 그 결과 건설클레임의 해결을 주로 중재를 통하여 해결한 건설업체는 그 동안 건설클레임을 경험한 횟수가 평균 6.79건이었으나, 주로 소송을 통하여 해결한 건설업체의 건설클레임 평균 경험 횟수는 30.08건으로 중재를 경험한 건설업체에 비교할 때 상당히 큰 폭의 경험치를 보여주고 있다. 소송을 통하여 해결한 건설업체의 경우 18% 이상이 총 100건 이상의 건설클레임을 경험하였다고 답변에서도 알 수 있듯이, 건설클레임을 다수 경험한 건설업체일수록 소송을 이용하는 경향이 강하였다. 한편, 중재를 이용한 건설업체 가운데 총 100건 이상의 건설클레임을 경험한 건설업체는 4%에 불과하여 소송의 경우와 상당한 대비를 이루고 있었다. 이러한 경향은 4건 이상의 건설클레임을 경험한 건설업체가 대체적으로 소송을 선호하는 데 비하여, 1~3건 정도의 건설클레임 경험치가 적은 경우일수록 중재이용률이 높게 나타나는 데서도 거듭 확인할 수 있었다.

2) 건설클레임의 주된 발생원인

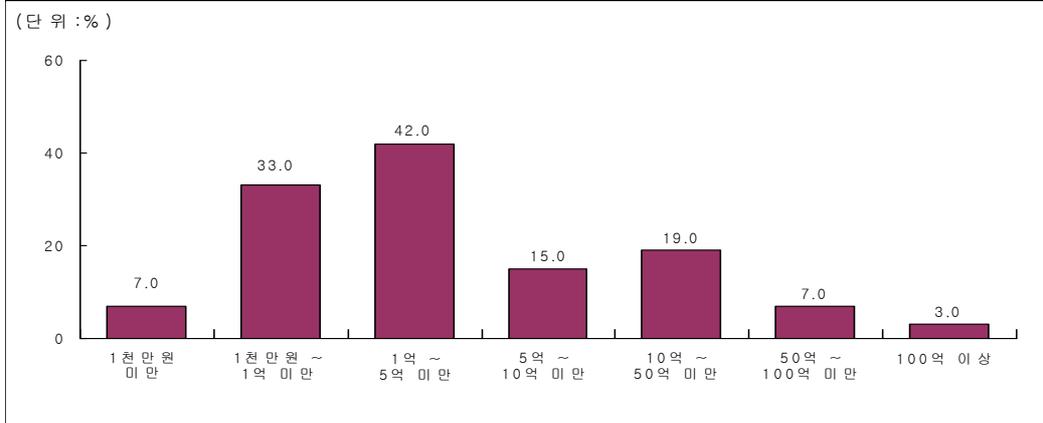
〈그림 III-3〉 건설클레임의 주요 발생원인



하나의 분쟁사안에 있어서도 건설클레임 제기가 단일한 사유로 인한 경우보다 여러 가지 원인들이 병렬적으로 또는 복합적으로 작용한 데 기인한 경우가 적지 않다. 규모가 큰 공사일수록 그와 같은 경향이 더욱 선명하게 나타나곤 한다. 따라서 건설클레임을 경험한 건설업체를 대상으로 발생원인을 중복 응답을 허용하고 물어본 결과 추가공사비와 설계변경으로 인한 경우를 건설클레임의 주된 발생원인으로 가장 많이 지적해 주었다. 그 다음이 미지급공사비를 둘러싼 갈등이었다. 계약문서와 다른 현장조건으로 인한 경우, 발주처의 귀책사유로 인한 공기의 연장, 계약내용에 대하여 당사자간 이견이 있는 경우, 물가변동으로 인한 계약금액의 조정 등이 비슷한 비율로 뒤를 이었다. 그 외 계약단가의 조정, 공법의 변경, 불가항력 사유에 의한 공기연장, 공정계획의 변경, 하도급거래상의 분쟁, 계약상대자의 부도 등에 의한 공기연장, 주민의 민원제기, 자재 등의 공급 지연으로 인한 공기 연장, 하자보수요청, 손해배상청구 등을 원인으로 응답한 경우도 있었다.

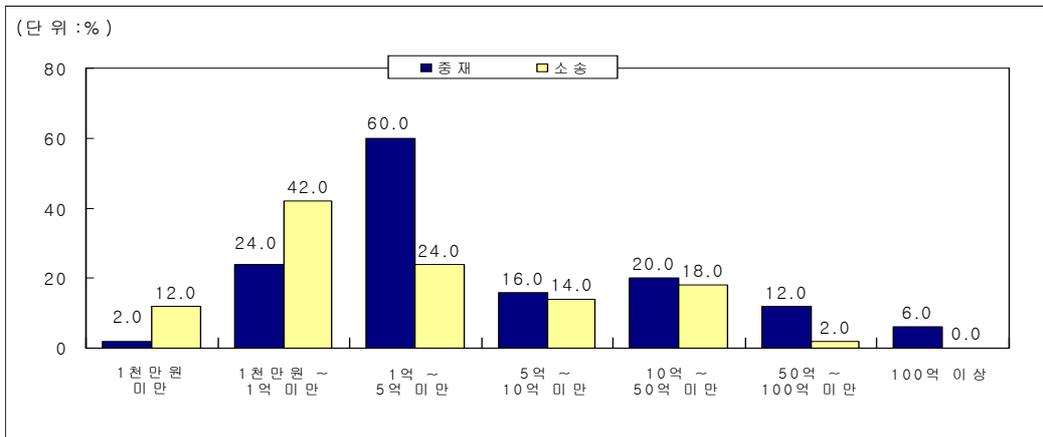
3) 건설클레임이나 분쟁의 규모

〈그림 III-4〉 건설클레임 청구금액 규모



건설클레임이나 분쟁의 규모를 살펴보면, 1억~5억원 미만이 가장 많은 비중을 차지하고 있으며(42%), 1천만~1억원 미만이 그 다음을 차지하고 있다(33%). 뒤를 이어 10억~50억원 미만인 경우가 19%, 5억~10억원 미만인 경우가 15%로 나타났다. 50억원 이상인 경우도 전체의 약 10%를 차지하고 있다. 이러한 결과에서 보듯 타 산업분야의 클레임과 달리 건설클레임은 그 규모면에서도 대단히 크다고 할 수 있기 때문에 그 결과에 따라 건설업체의 경영상태 등에 직접적 영향을 줄 수 있는 경우도 적지 않다.

〈그림 III-5〉 중재/소송별 건설클레임 규모 비교

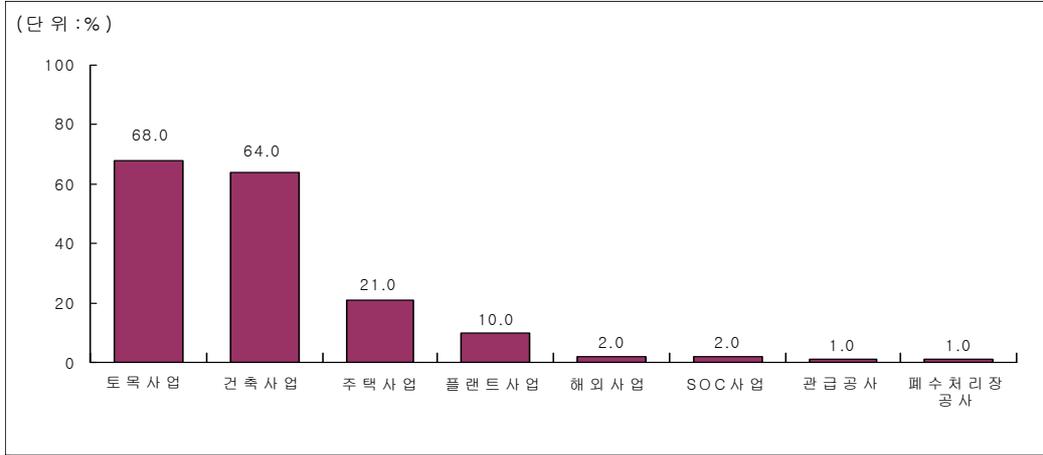


이러한 클레임을 해결하는 데 있어서 중재를 선택한 경우 그 규모는 1억~5억원 미만인 경우가 60%로 가장 많았고, 1천만~1억 미만이 24%로 다음을 차지했으며, 그 외 나머지는 비슷한 비율로 나타났다. 소송을 통하여 해결한 경우는 1천만~1억 미만이 42%로 가장 많았으며, 1억~5억원 미만인 경우가 24%로 그 다음을 차지하였다. 이러한 결과만으로는 소송과 중재의 분쟁 규모별 선호도를 단정적으로 이야기하기는 어려울 것이다. 특히 2000년의 서울지하철 중재 건에서도 볼 수 있듯이 청구금액이 100억원을 넘은 경우도 적지 않은데, 설문조사에서도 중재의 경우 6.0%나 되어 최근의 건설중재 동향이 그대로 반영되고 있다. 50억~100억원 미만인 분쟁사안에서도 중재를 이용한 경우가 12%나 되었다. 이에 비해 소송을 이용한 경우는 50억~100억 미만인 분쟁사안에서는 2%에 불과하고 100억원 이상인 경우는 나타나지 않았다. 규모가 큰 분쟁사안일 경우 매출액이 2,000억원 이상 되는 대형건설업체가 청구한 사례들이 많았는데, 이러한 결과는 대형건설업체는 대부분 중재에 대한 정확한 이해를 바탕으로 건설클레임에 대한 준비가 체계화되어 있어 중재제도를 적극적으로 활용한 데 따른 것으로 보여진다.

물론 앞서의 분쟁규모가 수주금액 대비 결과를 나타내주는 것은 아니고, 단순히 건설클레임이나 분쟁의 규모를 물어본 것이라는 한계성을 내포하고 있다. 그러나 대부분 수주 위주의 경영전략을 구사하고 있는 건설업체의 현실을 감안한다면, 건설클레임이나 분쟁에 적절하게 대응하지 못할 경우 힘들여 일하고도 실제 수익성은 수주규모에 훨씬 미치지 못하는 결과에 직면할 수도 있다는 사실을 시사해주는 결과이기도 하다는 점에서 의미가 있다. 건설클레임의 규모를 감안하면, 경우에 따라서는 건설클레임의 해결여부가 한 기업의 존망을 좌우할 수도 있다. 따라서 법적 관점에서의 일도양단(一刀兩斷)식 판결보다 전문성과 기술적 측면을 충분히 고려하면서 분쟁당사자의 자유로운 의사를 존중하는 합리적 해결수단의 구축이 사회경제적 측면에서도 필요하다고 할 것이다.

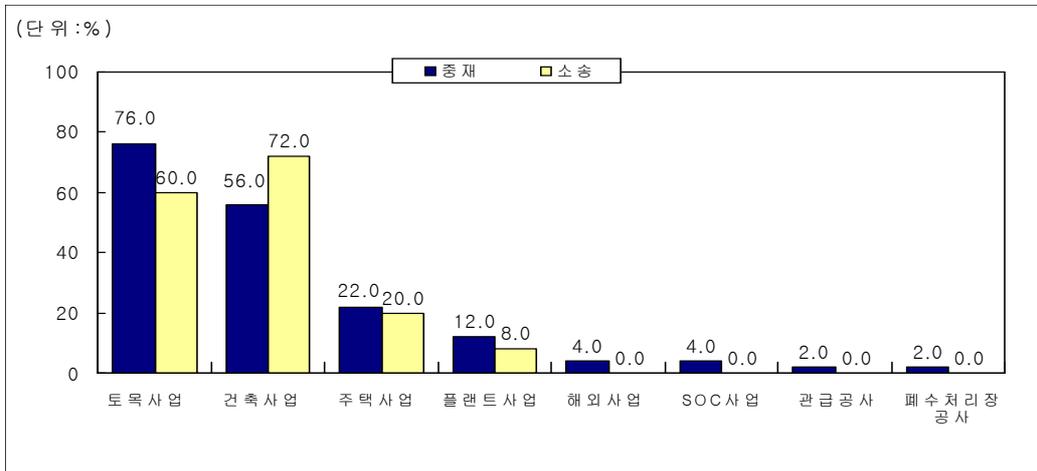
4) 건설클레임이 주로 발생하는 공사의 종류

〈그림 III-6〉 건설클레임의 주요 발생공사



건설클레임이 주로 발생하는 공사의 종류를 묻는 질문도 종합건설업체의 경우 건축이나 토목, 주택 등의 사업을 동시에 수행하는 경우가 많기 때문에 중복응답을 허용하면서 질문하였다. 그 결과를 보면 건설클레임은 토목사업과 건축사업에서 가장 두드러지게 나타나는 것을 알 수 있다. 그 다음으로 주택사업과 플랜트사업이 뒤를 잇고 있다.

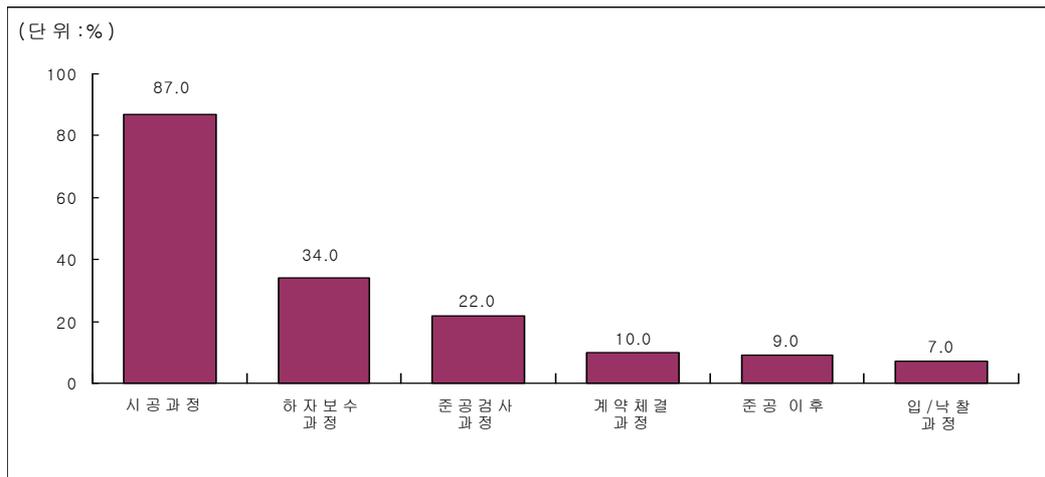
〈그림 III-7〉 공사 종류별 중재/소송 이용정도



이와 같은 건설클레임에 대하여 토목사업의 경우 중재를 통한 해결(76%)이 소송을 통한 해결(60%)의 경우보다 높게 나타났다. 그러나 건축사업의 경우에는 오히려 소송을 이용한 경우(72%)가 중재를 이용한 경우(56%)보다 높게 나타나 토목사업과 대비를 이루고 있다. 이러한 결과는 토목사업의 규모가 건축사업의 규모보다 큰 경우가 많고 건설클레임의 규모도 이에 비례하는 경향을 보인다는 점을 감안하면, 규모가 커질수록 분쟁당사자간 협의를 통하여 상호간의 이해관계를 조정할 수 있는 중재의 장점을 선호되기 때문인 것으로 보인다. 그 밖에 해외건설사업이나 SOC사업, 폐수처리장공사 등의 건설클레임은 거의 대부분 중재에 의하여 처리를 한 것으로 나타나 이 분야에 중재제도의 특성이 보다 적극적으로 활용되는 이유에 대해서는 지속적인 관심과 연구가 필요할 것으로 보인다.

5) 건설클레임의 주요 발생시기

〈그림 III-8〉 건설클레임의 주요 발생시기

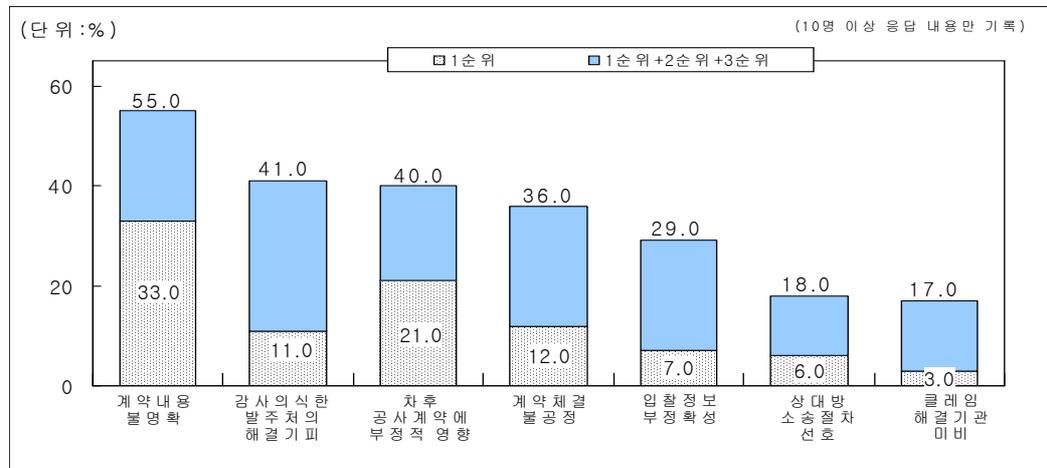


건설클레임은 특정단계에만 한정되어 발생하는 것은 아니다. 건설공사계약의 체결 및 이행 등 전과정에서 야기될 수 있고, 건설업체별 건설클레임 경험도 이러한 공사 전 과정에 걸쳐 있을 것이다. 따라서 이 질문도 중복응답을 허용한 가운데 이루어졌으며, 그 결과 건설클레임이 가장 빈번하게 발생하는 단계는 시공과정인 것으로 나타났다 (87%). 중재로 인하여 건설클레임을 처리한 경우나 소송을 통한 경우 모두 공통된 현

상이라고 할 수 있었다. 그 다음으로 하자보수과정에서 발생하는 경우가 34%, 준공검사과정에서 발생하는 경우가 22%, 계약체결과정 10%, 준공 이후 9%, 입·낙찰과정에서 7% 등의 순서로 나타났다. 여기서도 알 수 있듯이 입·낙찰과정이나 계약체결과정에서 건설클레임이 발생하는 경우는 모두 합하더라도 전체의 17%에 불과한 실정이다. 그럼에도 불구하고 현행 공공조건에서는 분쟁이 발생한 경우 조정을 담당하는 기구를 국제계약분쟁조정위원회로 국한하고 있는데, 동위원회의 업무대상은 대부분 입·낙찰과정에서의 분쟁으로 한정되고 있다. 따라서 설문조사에서도 잘 나타나고 있듯이 건설클레임은 대부분 시공과정과 하자보수과정에서 야기되고 있지만, 공공공사는 이러한 현실을 반영하지 못하고 있어 부득불 중재합의가 없는 한 소송에 의할 수밖에 없다. 건설클레임은 사전예방이 가장 중요한 의미를 갖는다. 그러나 시공과정에서 건설클레임이나 분쟁이 발생한 경우 간편하고 경제적 부담 없이 해결할 수 있도록 제도적 여건과 계약환경을 만들어주는 것도 이에 못지 않게 중요한 의미를 갖고 있으며 국가 등 정책당국의 역할이라고 할 것이다.

6) 클레임 제기시의 애로 사항

〈그림 III-9〉 클레임 제기의 애로사항

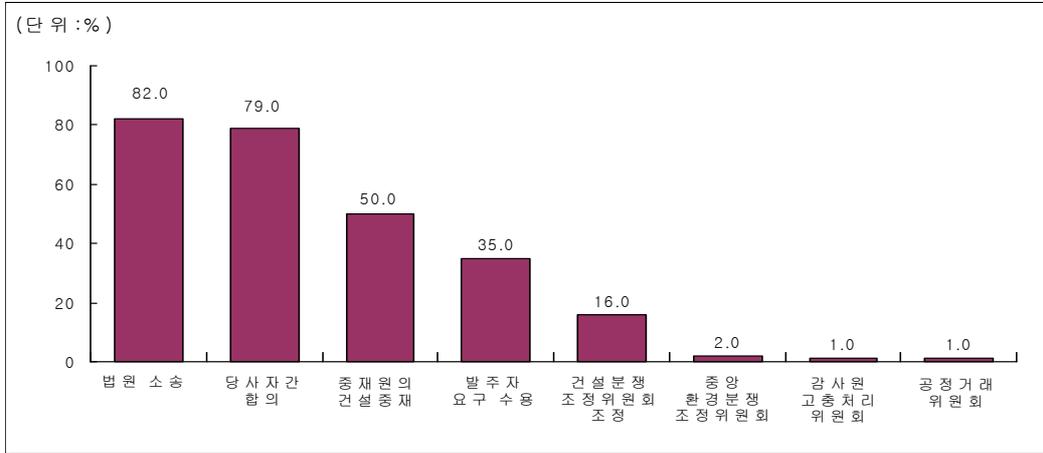


건설클레임이나 분쟁의 해결을 위한 제도나 시스템이 완비되었다고 보기 힘든 국내의 현실을 감안한다면 애로 사항은 여러 가지 있을 수 있다. 분쟁당사자가 건설클레임이나 분쟁해결과정에서 겪게 되는 많은 애로 사항 가운데 가장 큰 어려움부터 시작하여 순위별로 3가지를 물어 본 결과, '공사계약의 불명확'을 1순위로 응답한 경우가 33%로 가장 많았다. 물론 차 순위로 응답된 경우까지 합치더라도 단연 으뜸의 애로 사항으로 조사되었다. 이러한 결과는 건설클레임의 근본 원인으로 지적되어왔던 전문가들의 지적이 현실적으로도 타당하다는 것을 알 수 있게 한다. 계약내용의 명확화는 발주처나 건설업체 모두가 함께 노력하고 개선해나가야 할 주제이다. 그 다음의 애로 사항으로는 '감사를 의식한 발주처의 해결 기피'나 '차후의 공사계약체결에 부정적 영향을 초래할까 봐 우려'라는 응답을 1 순위로 해준 경우가 각각 11%와 21%로 나타났다. 실제 거래에서 많이 겪게 되는 발주부서나 건설업체의 현실적 고민이 반영된 것이라 볼 수 있다. 계약체결의 불공정성도 12%로 아직까지 발주기관의 우월적 지위가 계약에 영향을 미치고 있음을 알 수 있다. 입찰관련 정보의 부정확성, 클레임 발생 후 발주처의 소송 선호, 클레임해결 기관의 미비 등도 가장 큰 애로점으로 응답한 경우가 각각 7%, 6%, 3%이다. 그 외에 소송비용의 지출, 집단으로 클레임이 제기되어 업무 수행상 방해, 클레임유형에 따른 대응방법의 상이 등도 실제 겪고 있는 어려움으로 제시되기도 하였다.

이상의 응답비율은 여러 가지 애로점 가운데 가장 우선 순위로 응답된 경우를 말한 것으로, 실제 건설업체가 클레임 제기시에 겪는 어려움을 모두 선택하게 할 경우 그 비중은 훨씬 높아지게 된다. 여기서 중요한 점은 개별 사안을 두고 보면 언급된 각각의 애로점들이 단편적으로 등장하는 경우보다 복합적인 형태로 문제해결을 힘들게 하는 경우가 많다는 점이다. 또한 각각의 애로점에 관한 빈도 수 자체보다 하나의 애로사항이라도 건설클레임을 제기하는 당사자에게는 클레임을 통한 문제해결에 결정적 영향을 미칠 수 있다. 건설클레임제기와 관련한 애로사항의 조사결과는 분쟁당사자들이 어떠한 어려움을 겪고 있는지 그리고 그러한 어려움의 심각성은 어느 정도인지를 쉽게 가늠할 수 있는 결과를 보여주고 있다. 정책당국은 건설클레임제기와 관련하여 다양한 문제점이 아직 상존하고 있다는 점을 설문조사결과에서 분명하게 인식할 수 있으리라 보며, 향후 제도적 개선방향에 대한 시사점도 동시에 얻을 수 있을 것이다.

7) 각종 클레임 해결절차의 이용경험

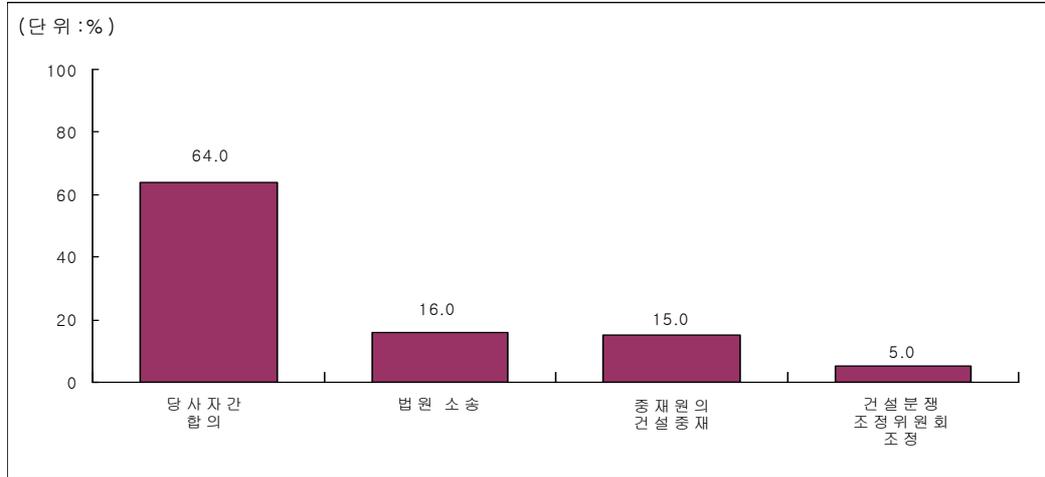
〈그림 III-10〉 각종 건설클레임 해결절차의 이용 경험



건설클레임 해결을 위하여 건설업체가 이용하는 절차나 수단은 소송이나 중재 등 한 가지에 국한되지 않고 다양하게 사안별로 대처하는 것으로 보인다. 중복 응답을 허용한 가운데 실시된 설문조사에서 소송을 통한 분쟁해결과 당사자간 협의를 통한 해결의 경험이 뚜렷할 정도로 높게 나타나고 있어 실제 분쟁해결을 위한 소송 의존도를 가늠할 수 있게 한다. 중재의 이용경험도 최근 건설중재의 이용증가 추세를 반영하듯이 비교적 높게 나타나고 있다. 눈길을 끄는 것은 발주자의 요구를 수용하여 분쟁을 해결하였다는 응답이 예상외로 상당히 많다는 사실이다. 공공조건의 바른 해석을 통하여 합리적 해결을 모색한 결과일 수도 있겠지만, 공공공사에 있어서 발주자의 계약상 우월적 지위가 이러한 결과로 이어질 위험성도 크다는 점에서 국내 건설공사와 관련한 계약의 공정성 확보 등 지속적 관심과 정책적 고려가 있어야 할 것으로 보인다.

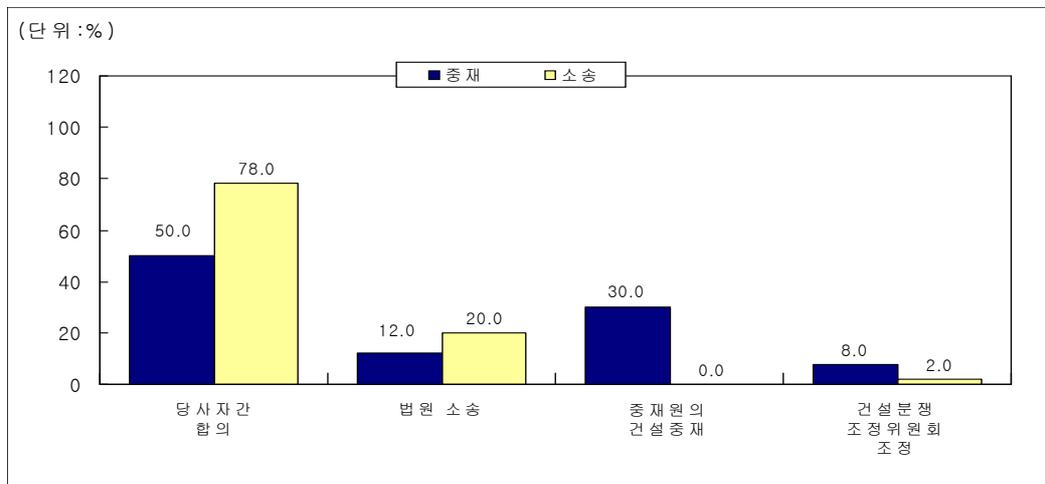
8) 건설클레임 해결을 위한 가장 효과적 수단

〈그림 III-11〉 건설클레임 해결을 위한 가장 효과적 수단



건설클레임 해결을 위한 가장 효과적 수단으로는 당사자간 협의를 든 경우가 64%로 가장 높았다. 이러한 수치는 건설업체가 실제 분쟁발생시 해결을 시도하면서 경험한 결과일 수도 있고 협의를 통하여 분쟁해결을 바라는 입장을 표현한 것일 수도 있다. 응답에서 보듯이 협의를 통한 해결은 공사진행에의 부정적 영향을 최소화할 수 있고, 분쟁해결에 따른 계약 내외적 후유증도 가장 적은 수단이라 할 수 있으므로 선호도가 높게 나타나는 것은 당연할 것이다. 다만, 협의에 의한 분쟁해결이 건설업체의 선호만큼 용이하지 않다는데 현실적 어려움이 있다. 당사자간의 합의 다음으로 효과적인 분쟁해결 수단은 중재(15%)와 소송(16%)이 비슷한 결과를 차지했다. 실제 분쟁사례에서 소송에 의한 비중이 중재에 비하여 매우 높다는 사실을 감안한다면, 클레임해결을 위한 적합한 수단으로 중재가 소송과 비슷한 비중으로 응답결과가 나온 것은 그 만큼 중재에 대한 인지도 제고 및 긍정적 인식이 확산되어 있다고 볼 수 있을 것이다. 건산법상의 건설분쟁조정위원회에 의한 조정은 5%로 선호도가 낮았는데, 이러한 응답결과는 조정의 경우 법적 효과나 조정기구의 미비 등으로 인하여 기대만큼의 결과를 얻지 못하는 데 따른 것으로 보인다.

〈그림 III-12〉 중재/소송 경험 업체의 효과적 분쟁해결수단에 대한 의견

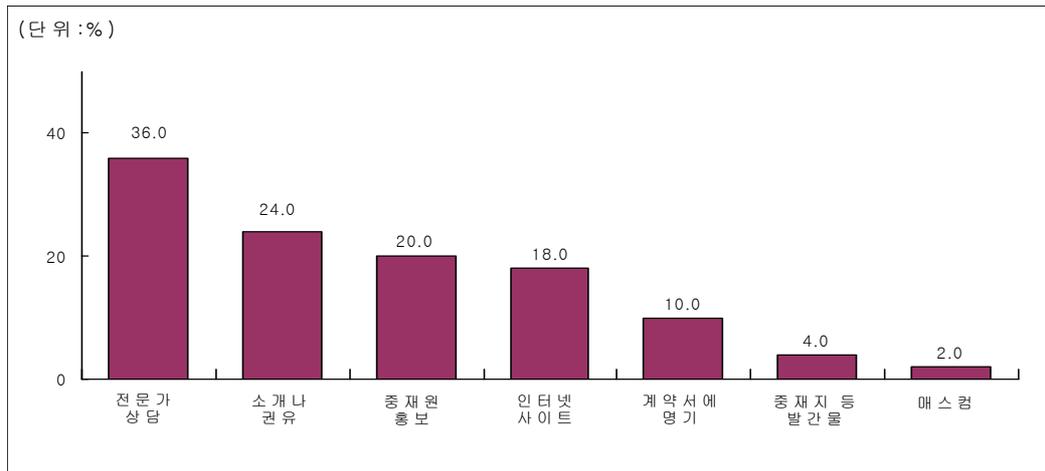


한편 중재와 소송을 각각 직접 경험한 건설업체가 생각하는 가장 효과적 분쟁해결수단은 위에서와는 약간의 차이를 보여주고 있는데, 이는 실제 이용 후 그 결과의 만족도에 따른 주관적 판단이 다소 반영된 것으로 짐작된다. 결과를 살펴보면, 중재를 경험한 건설업체는 가장 효과적 분쟁해결의 수단으로 당사자간 협의(50%), 중재(30%), 소송(12%), 조정(8%)의 순서로 응답하여 협의가 되지 않을 경우 중재나 소송으로 진행된다는 점을 감안하면 여전히 중재에 선호도가 높게 나타났다. 소송을 경험한 건설업체도 가장 효과적 분쟁해결의 수단으로 당사자간 협의(78%), 소송(20%), 조정(2%)의 순서로 응답하여 소송의 선호도가 협의 다음으로 가장 높은 비중을 차지하고 있다. 다만, 중재를 경험한 건설업체와 달리 소송을 경험한 건설업체는 분쟁해결수단으로서 당사자간 협의에 대한 선호가 더욱 강한 것을 나타나 주목을 끈다. 이러한 결과는 소송이 3심제로 운영되고 있고 소송과정에 드는 경제적 부담이 적지 아니하여 소송절차 진행 중에 당사자들이 협의에 의한 해결을 시도하는 경우가 많다는 실제 경험이 설문조사결과에 반영된 것으로 보인다.

2. 중재절차에 의한 분쟁해결

1) 건설중재제도의 인지 동기(중복응답)

〈그림 III-13〉 건설중재제도의 인지 동기

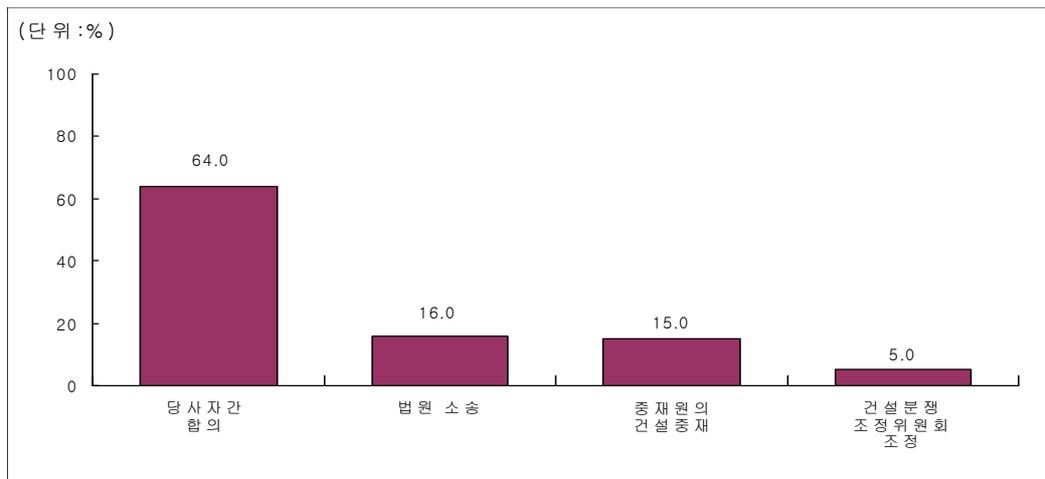


중재를 경험한 건설업체가 중재절차를 어떻게 알게 되었느냐는 질문에 대하여 가장 많은 응답은 중재인이나 변호사 등 전문가와 건설클레임이나 분쟁해결을 상담하는 과정에서 인지했다는 응답이 36%로 가장 많았다. 그 다음으로 건설분야의 동종업계의 소개나 권유로 인하여 알게 되었다는 응답이 24%, 대한상사중재원의 홍보나 인터넷사이트를 통하여 알게 되었다는 응답이 각각 20%와 18%를 차지하여 비슷하게 나왔다. 그 외 계약서에 삽입된 조항으로 인하여 알게 되었다는 응답이 10%, 중재지 등 발간물에 의한 경우가 4%, 신문이나 광고 등 매스컴에 의한 경우가 2%로 뒤를 이었다. 여기서 한 가지 주목되는 사실은 가장 응답비율이 높은 전문가와의 상담과정에서 알게 된 경우가 중재절차의 1회 이용뿐만 아니라 2건 이상 이용하게 된 경우에도 가장 높은 비중을 차지하고 있고, 동종업계의 소개나 권유로 인지하게 되었다는 응답도 2건 이상 이용한 경우에 여전히 그 다음을 차지하고 있다는 점이다. 이러한 결과는 건설업체 내에서도 중재에 대한 경험이나 관련 자료들이 회사 내에서 또는 후임 담당자에게 제대로 전달되고 있지 못하다는 사실을 가늠케 한다. 즉, 중재에 대한 한 번의 경험이 있더라도 후속의 클레임이나 분쟁해결에 큰 도움을 주고 있지 못하다는 것을 의미한다. 따라서 분쟁관련

자료나 문서의 관리 외에 중재관련 업무의 인수인계도 철저히 하여 소중한 중재경험의 노하우가 자사 내에서 사장되지 않고 공유되어 활용될 수 있도록 건설업체 스스로의 노력과 관심도 필요하다.

2) 중재합의 방법

〈그림 III-14〉 중재합의 방법



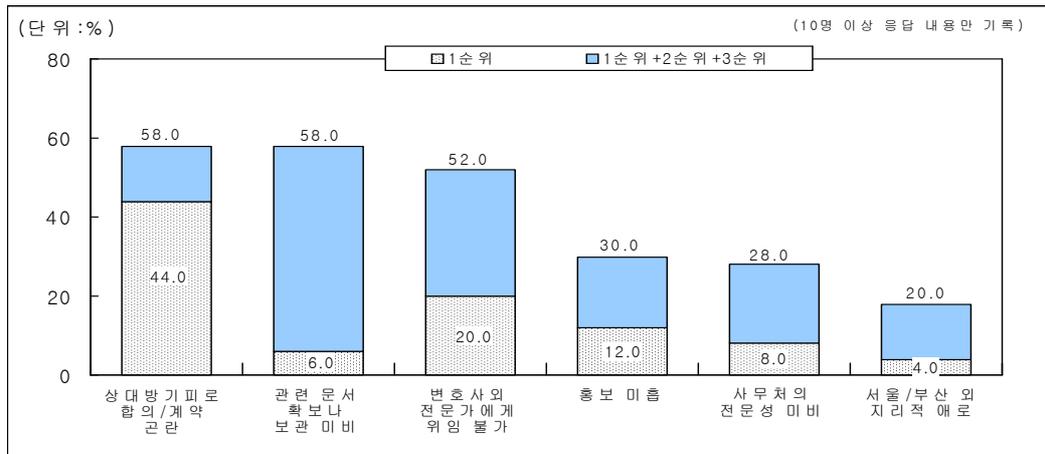
중재절차의 이용시에 가장 큰 애로점으로 나타난 중재합의 또는 중재계약의 체결은 중재절차를 밟기 위해서는 반드시 선행되어야 하는 요건이라고 할 수 있다. 실제 현장에서 소송을 선호하는 발주처의 관행 등으로 인하여 중재합의를 꺼리는 경우가 많고, 공공조건에서도 선택할 수 있는 분쟁해결절차의 하나로 열거하고 있기 때문에 분쟁발생 후에 중재합의의 성립을 기대하기는 쉽지 않다. 이러한 우려가 이번 설문조사에서도 뚜렷하게 나타나고 있다. 중재합의의 방법을 묻는 질문에 전체 응답자의 76%가 공공조건 등 관련 계약 문서의 내용 가운데 포함하는 방법으로 이루어졌다고 응답하고 있기 때문이다. 중재원 이용건수가 2건 이상일 경우 중재합의의 방법에 관한 응답은 거의 대부분을 차지할 정도이다. 건설클레임이 발생한 후 중재에 의한 분쟁해결을 위하여 중재합의를 한 경우는 20%로 중재 외의 분쟁해결방법 즉, 소송절차에 의한 분쟁해결이 대부분 선호된 것으로 추측된다. 또한 공사계약 체결 당시 계약 문서와는 별도로 계약상대방과 분쟁발생시 중재에 의하여 해결하기로 하는 합의나 계약을 체결한 경우는 4%에 불과할

정도로 극히 미미하였다.

설문조사 결과는 중재제도가 건설업계의 분쟁해결을 위한 수단으로 인지도를 높여나가고 있는 단계지만, 아직 보편화되었다고 보기는 어렵다는 것을 말해준다. 분쟁 발생 시 건설중재의 장점을 고려하여 중재합의를 하는 것이 아니라 대부분 계약문서에 그와 같은 내용이 담겨져 있으니 중재로 간다는 소극적 태도에서 벗어나지 못하고 있기 때문이다. 따라서 제도적인 보완이 따르지 않고 지금과 같은 중재제도에 대한 발주자의 부정적 인식이 전환되지 않는다면 중재합의가 전제된 중재절차의 이용률의 지속적인 증가를 기대하기 어렵게 될 것이다. 건설중재가 건설업계에 보편화되고 건설클레임이 분쟁 발생 시 계약당사자의 자유로운 의사에 의하여 건설중재를 선택할 수 있을 때까지 공공조건 등 계약문서 가운데 중재합의에 해당하는 내용을 포함시키는 방안에 대하여 보다 적극적인 검토가 필요할 것으로 생각된다. 과거 공공공사에 주로 이용되었던 건설중재가 민간공사까지 확산되고 있는 추세를 감안한다면, 이러한 방안에 대하여 국가 경제적 측면 등 긍정적 효과가 적지 않다는 점을 정책당국은 귀기울여 들을 필요가 있을 것이다.

3) 중재절차 이용시 애로점

〈그림 III-15〉 중재절차 이용시 애로점



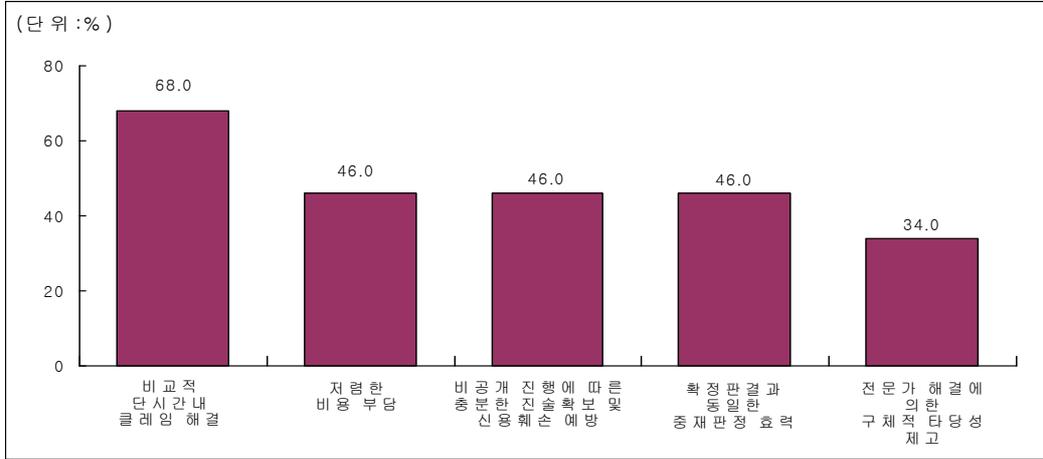
중재를 경험한 건설업체 가운데 중재절차의 이용시 애로점을 우선 순위별로 3가지를 선택할 경우를 묻는 질문에서 '상대방의 중재합의 또는 중재계약 기피로 인한 경우'가 44%로 가장 많은 응답을 해주었다. 이러한 결과는 예를 들면 계약체결시 별도 합의 후

은 계약문서 내 분쟁해결조항에 포함시키거나 공공공사의 경우 발주부서 등에서 적극 권장토록 하는 등의 중재합의에 대한 제도적 개선이 없다면 건설업체에 대한 적극적 홍보와 인식변화만으로 건설중재의 앞날을 기대하기는 어렵다는 것을 보여주는 것이다. 그 다음으로는 중재규칙상의 규정에도 불구하고 '변호사 외에 건설공사계약 전문가에게는 중재대리가 허용되지 않는 점'을 중재절차 이용시 어려움 가운데 1순위로 응답한 경우가 20%에 달하였다. 건설중재에 대한 홍보 미흡으로 중재제도를 제대로 이해하고 못하여 어려움을 겪었다는 응답은 12%, 사무처의 전문성 미비로 인한 어려움을 호소한 경우는 8%로 나타났다. 또한 서울이나 부산을 제외한 중재기구가 없는 시도의 경우 중재절차를 이용함에 있어서 거리나 시간상 어려움이 있다고 응답한 경우가 4%, 신청인의 확실한 근거제시에도 불구하고 피신청인을 배려하여 애로가 많았다는 응답이 2%로 나타나 대한상사중재원의 역할과 건설중재제도 운영상의 향후 개선점을 시사해주고 있다.

2순위, 3순위까지 응답한 사유들을 합계하여 분석한 결과도 1순위로 선택한 사유들의 순서와 크게 다르지 않다. 다만, '주장을 뒷받침할 만한 관련 문서의 확보나 보관 미비'로 중재절차 이용에 어려움을 겪었다는 응답이 비록 1순위로 응답한 비율은 다른 애로 사항보다 낮게 나타났지만, 3순위까지 집계한 애로 사항 가운데는 중재경험의 다과에 관계없이 매우 두드러진 모습을 보여주고 있다. 이러한 결과는 중재절차나 제도의 미비로 인한 애로 외에도 실제 분쟁상대방과의 주장을 다룰 때 관련 증거자료의 미비나 불충분으로 자신의 주장을 충분히 표현할 수 없었던 어려움을 표현한 것이 아닌가 생각된다. 즉, 다른 애로 사항과 함께 건설업체가 중재를 통한 자신의 권리 주장시 실제로 겪는 가장 보편적 어려움을 토로한 것으로 보인다. 향후 건설업체의 건설클레임 대응방안에서 보다 많은 관심과 주의가 필요한 부분이다. 또한 사무처의 전문성 미비를 문제점을 지적한 경우는 중재원을 1회 이용한 경우보다 2회 이상 이용한 경우가 훨씬 많은 비율을 차지하고 있고, 1순위의 애로점으로 지적된 경우는 적었지만 3순위까지의 합계 속에는 상당한 비중으로 나타나고 있어 개선이 필요한 것으로 보인다. 이러한 결과를 놓고 볼 때 건설협회나 대한상사중재원의 건설공사계약에 대한 교육이나 홍보 외에 건설업체 자신의 공사계약에 대한 관심과 주의 그리고 관련 지식의 습득도 필요함을 알 수 있었다.

4) 중재절차의 장점

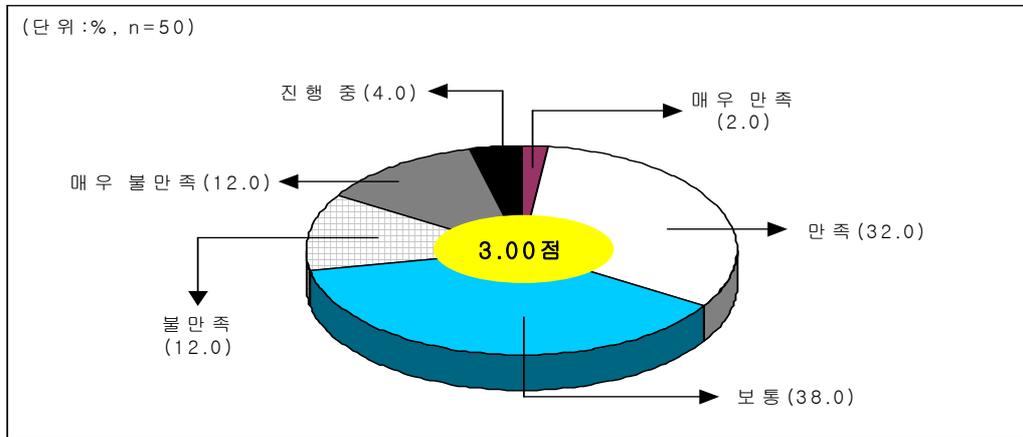
〈그림 Ⅲ-16〉 중재절차의 장점



중재절차의 장점으로 어떠한 것을 들 수 있느냐라는 질문에 ‘비교적 단시간 내에 클레임을 해결할 수 있기 때문’이라는 응답이 가장 많은 비중을 차지하였다. 또한 ‘저렴한 비용’으로 경제적 부담이 소송의 경우보다 적다는 점, ‘비공개 진행’으로 분쟁당사자의 충분한 진술을 확보할 수 있고 영업상의 비밀 노출이나 신용훼손의 우려를 예방할 수 있다는 점, 확정판결과 동일한 효력이 부여되는 중재판정효력이 분쟁해결에 실질적 도움이 된다는 점 등이 동일한 비율로 나타났다. 또한 ‘전문가에 의한 해결’로 판정결과의 구체적 타당성을 제고할 수 있다는 의견도 앞서의 장점에 대한 경우와 큰 차이 없이 중재절차의 장점으로 응답해주었다. 특히 단기간 내 건설클레임을 해결할 수 있다는 장점에 대해서는 중재절차를 한 번 이용한 경우보다 2회 이상 이용한 경우의 건설업체의 반응이 훨씬 높게 나타나고 있어 주목을 끈다. 따라서 향후 충분한 홍보를 통해서 분쟁발생시 중재에 의한 해결을 한 번이라고 직접 경험해보는 기회를 건설업체에 제공할 경우 중재절차이용의 활성화로 이어지는 긍정적 효과도 기대할 수 있을 것으로 해석된다.

5) 중재판정결과에 대한 만족도

〈그림 Ⅲ-17〉 중재판정결과에 대한 만족도



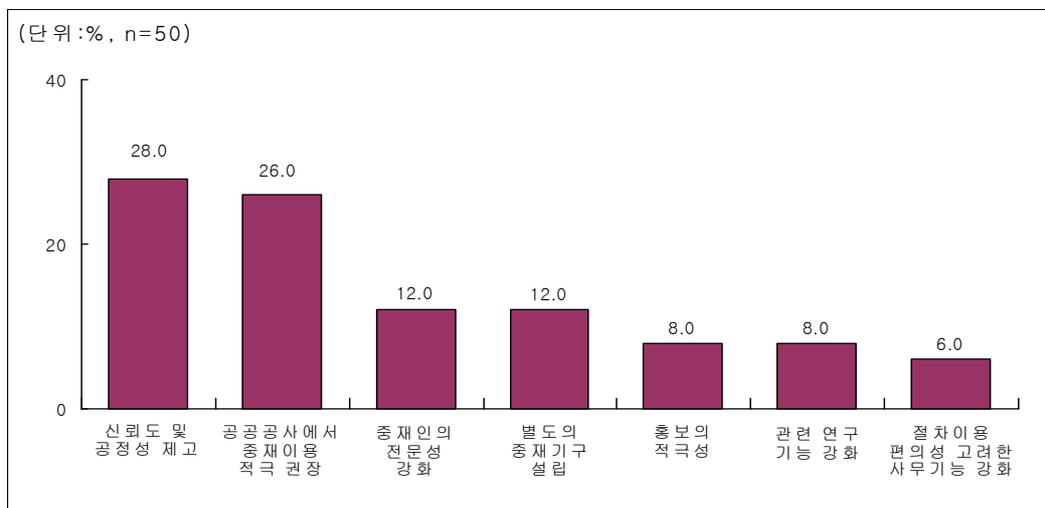
중재판정결과에 대한 만족도는 아래에서 보는 바와 같이 소송을 이용한 경우와 유사하다. 즉, 매우 만족한다는 응답은 2%정도에 불과했지만 만족한다는 응답이 32%로 많았고, 그저 보통이라는 응답도 전체의 38%에 달하였다. 따라서 중재판정결과가 자신에게 불리할 수도 있다는 점을 감안할 때 중재이용자의 약72%가 보통 이상의 만족을 표시하고 있다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있고, 중재의 신뢰성 제고에 도움이 될 것으로 보인다. 그러나 소송의 경우 불만족스럽다는 응답이 8%에 불과한 데 비하여, 중재의 경우 불만족(12%) 또는 불만족스럽다(12%)는 응답이 전체 응답자의 24%에 달하여 큰 대조를 보이고 있다.

불만족 사유로서는 중재판정부 구성하는 중재인의 자질 부족과 발주처에 유리한 판정을 내렸기 때문이라는 응답이 각각 25%로 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 후자의 경우는 자신에게 불리한 판정이 난 데 따른 서운함이나 아쉬움이 반영되었다고 볼 수 있기 때문에 큰 의미를 두기는 힘들다. 그러나 전자인 중재인 자질 부족이나 중재판정의 합리성 부족을 지적한 것은 중재제도 자체의 근간에 영향을 미칠 수 있는 중요한 의미를 담고 있다. 따라서 대한상사중재인은 중재인의 전문성 외에도 중재절차의 공정성과 신뢰성을 제고할 수 있도록 위촉된 중재인을 대상으로 자질향상을 위한 프로그램을 마련하고 또한 제척제도를 도입하는 등의 중재법상의 제도적 보완을 적극적으로 검토할 필요가 있을 것이다. 이와 함께 중재판정의 합리성 결여, 구체적 타당성이 결여된 판정액, 현장 여건의 미반영, 중재원에 대한 신뢰성 부족, 외부압력에 의한 판정의 불공정성,

당사자 의견의 절충 치중 등 중재판정 자체의 문제점을 지적한 의견이 제시되었다는 점은 중재제도의 질적 측면에서 개선이 필요하다는 것을 지적한 것으로 볼 수 있다. 판정 자체, 중재절차의 단심제 운영, 중재원 사무부서의 자질 및 서비스 부족, 높은 변호사 선임 비용 등은 중재절차에 대한 충분한 이해없이 응답한 것으로 보이는데, 이러한 부분도 대한상사 중재원의 건설중재에 대한 건설업체의 이해제고를 위한 노력이 아직 부족하다는 반증일 수 있으므로 향후 지속적 노력이 필요할 것이다.

6) 향후 중재제도 활성화를 위하여 개선되어야 할 사항

〈그림 III-18〉 중재절차 활성화를 위한 개선점



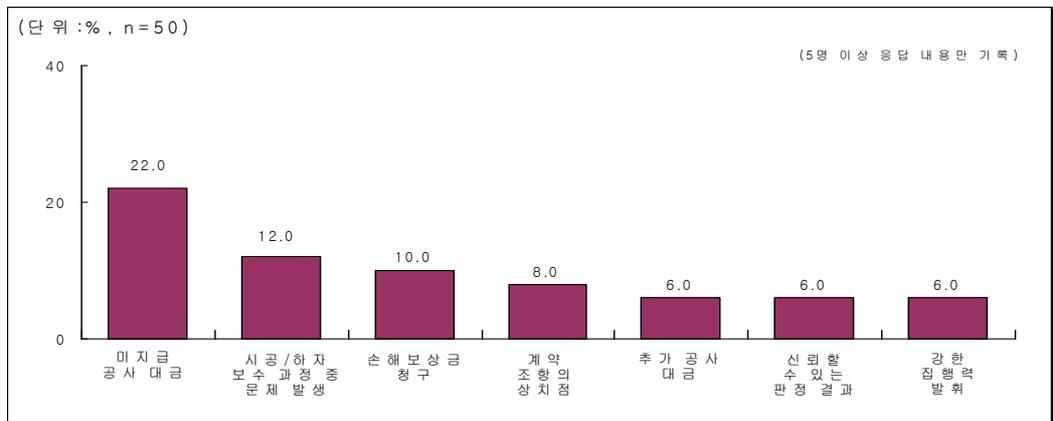
중재절차를 이용한 경험이 있는 업체를 상대로 건설중재에 있어서 개선되어야 할 점을 물어본 결과 건설중재판정의 신뢰도 및 공정성 제고(28%)와 공공공사에서 중재이용을 적극 권장(26%)해야 한다는 응답이 가장 큰 비중을 차지하였다. 그 외 중재인의 전문성 강화와 별도의 중재기구 설립으로 응답한 경우가 각각 12%로 그 뒤를 이었고, 건설중재에 대한 적극적인 홍보(8%)와 관련 제도의 연구기능을 강화할 필요(8%)가 있다는 의견, 그리고 절차이용에 있어서 편의성을 제고할 수 있는 사무기능의 강화(6%)가 비슷한 비율로 나타났다. 이러한 결과에서 알 수 있는 것은 공공공사에서 중재이용을 적극 권장해야 한다는 의견이 상당한 비율에 달할 정도로 건설중재에 대한 건설업체의 기대가 매우 크다는 사실이다. 동시에 그와 같은 기대에 부합하고 건설클레임 및 분쟁

해결기구로서 분명한 자리 매김을 하기 위해서는 중재과정에서의 신뢰도나 공정성 제고를 위한 제도적 뒷받침 또는 자체적 프로그램 개발이 필요하다는 점도 분명하게 나타나고 있다. 따라서 건설업계의 기대에 부응하는 건설중재제도가 확립되기 위해서는 그 동안 대한상사중재원의 노력으로 많은 성과를 거두고 있기는 하지만, 중재인의 선정과 중재판정의 질적 향상, 절차의 공정성 등에 더욱 더 지속적인 관심과 노력을 경주해야 할 것으로 보인다.

3. 소송에 의한 분쟁해결

1) 소송을 통한 건설클레임의 주된 청구이유

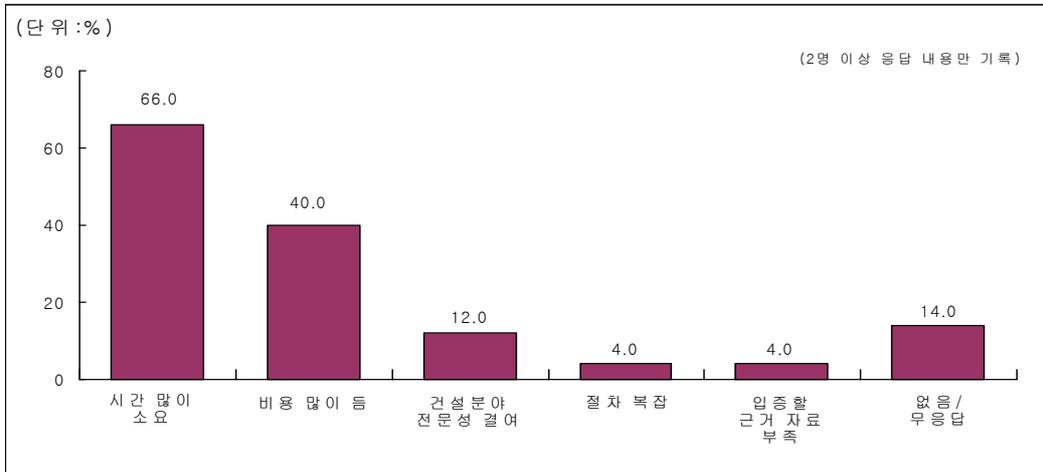
〈그림 III-19〉 소송 절차 이용 계기



소송을 통한 건설클레임의 주된 청구이유는 미지급 공사대금에 대한 청구가 22%로 가장 많다. 공사대금은 단순한 대금미지급 외에 설계변경이나 추가공사로 인한 공사계약당사자간 이해관계가 대립하기 쉬운 성격을 지니고 있기 때문에 공공공사나 민간공사 모두 가장 많은 비중을 차지하고 있다. 그 다음으로 시공이나 하자보수와 관련한 클레임이 12%, 공사계약과 관련한 손해배상청구가 10%, 공사계약조항이 상호간 차이에 관한 분쟁이 8%이며, 추가 공사대금과 신뢰할 수 있는 판정결과와 강제집행을 위한 경우 등이 각각 6%로 그 뒤를 잇고 있다. 소송을 통한 건설클레임의 주된 청구사유만 놓고 본다면 중재를 신청한 경우와 비슷하며 큰 차이점은 발견할 수 없다.

2) 소송을 이용한 경우의 애로사항

〈그림 III-20〉 소송 절차 이용시 애로 사항



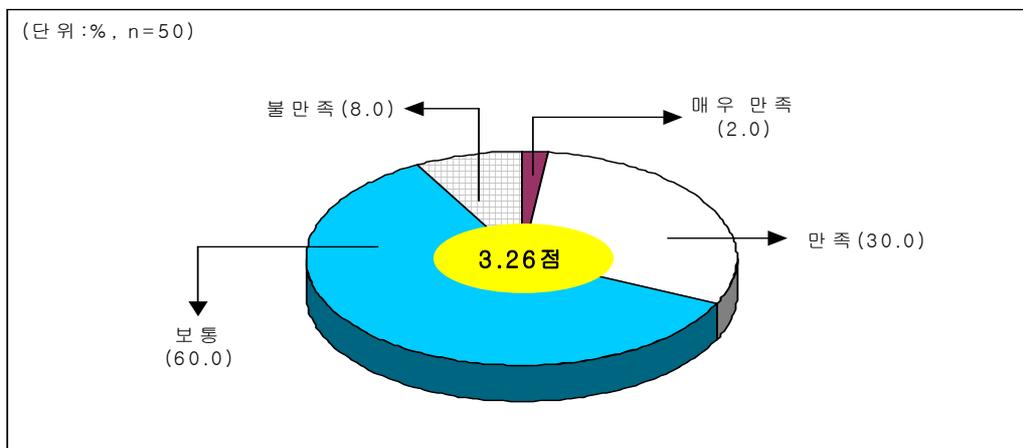
소송을 이용한 경우의 애로사항도 여러 가지가 있을 수 있고, 이용자에 따라서는 복합적인 애로를 겪었을 수도 있으므로 중복응답을 허용한 가운데 질문한 결과, 분쟁해결시까지 상당한 기간이 소요된다는 점을 지적한 경우가 가장 많았다. 비용이 많이 든다는 응답이 그 뒤를 이었다. 이러한 결과는 다른 분야와 마찬가지로 소송을 통하여 건설클레임이나 분쟁의 해결을 위해서는 소송의 특성상 시간과 비용 등 경제적 측면의 부담이 크다는 것을 말해준다. 건설업체가 건설클레임을 제기할 만한 사안이 있다고 해도 소송 제기에 따른 비용이나 시간 등 경제적 비용의 부담이 크다는 점으로 인해 발주자의 의견에 일방적으로 따르거나 정당한 권리청구까지 포기해야 하는 경우도 실제 사례에서 적지 않다.

건설분야의 전문성이 결여되어 어려움을 겪었다는 응답도 눈여겨볼 만하다. 법관이 건설분야의 분쟁을 담당하기 위해서는 전문적 지식의 함양이 요구되는데, 현재의 법관임용시스템은 그와 같은 건설업계의 요구를 충분히 수용할 상태에 있지 못하다. 절차의 복잡성이나 입증할 근거자료의 부족으로 애를 먹었다는 응답도 있었는데, 입증자료의 확보곤란은 당사자의 문제로서 건설업체가 공사계약의 이행과정에서 계약문서를 비롯한 각종 서류나 자료의 작성 및 보관에 주의를 기울여야 할 것이다. 그러나 절차가 지나치게 복잡하고 난해하여 일반인들이 이용하기에 너무 어렵다는 문제제기는 건설분야 외에

서도 빈번하게 제기되고 있는 것으로 제도적인 개선책이 필요한 사항이다. 소송절차의 이용에 따른 설문결과를 보면, 기존의 소송제도가 가지고 있던 문제점 가운데 상당 부분이 아직 개선되지 않는 부분이 많음을 알 수 있다. 따라서 소송이 건설클레임이나 분쟁 해결에 효율적인 수단으로서 활발하게 이용되려면 소송진행의 신속성과 간이한 절차의 마련, 건설분야의 전문성 확보 등의 개선이 필요하다는 점을 분명히 알 수 있다.

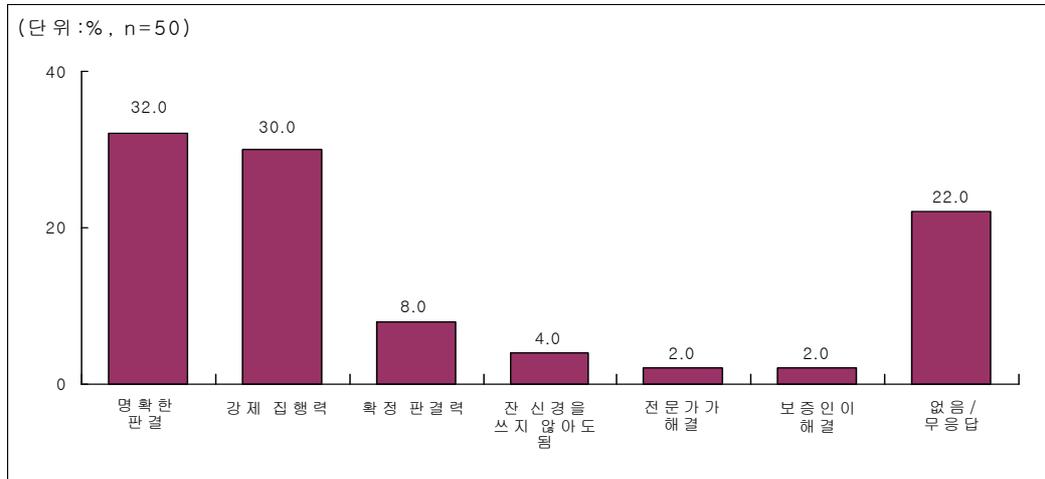
3) 소송을 통한 건설클레임을 해결한 경우의 만족도

〈그림 III-21〉 소송 결과에 대한 만족도



소송을 통하여 건설클레임이나 분쟁을 해결한 업체의 만족도는 응답자 50개 업체 중 60%가 보통, 만족한다는 응답이 30%에 달하는 등 대체적 수긍하는 반응을 보이고 있다. 매우 만족한다는 응답은 2%에 불과하지만, 불만족으로 응답한 경우도 8%에 그치고 있기 때문이다. 소송절차에 의한 해결의 불만족을 분석해보면, 소송경험이 다수 있는 업체는 재판관의 전문성 결여를 주된 이유로 들고 있으며, 소송경험이 적은 업체의 경우에는 재판부의 인간적인 배려가 배제되고 있다는 점을 들고 있다. 이러한 결과는 분쟁을 해결하기 위한 수단으로 소송을 불가피하게 이용은 하고 있지만, 그 소송결과에 대한 신뢰도는 매우 낮을 수밖에 없어 분쟁해결제도로서의 바람직한 수단으로 정착되기 위한 전문성 보장이 필요하다는 점을 말해준다.

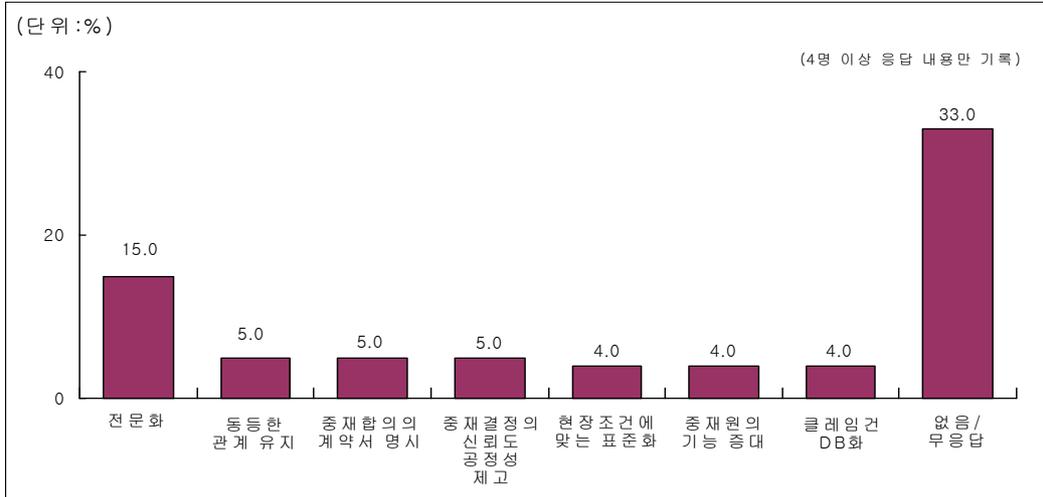
〈그림 III-22〉 소송 절차의 장점



소송을 통한 분쟁해결의 장점으로는 응답자의 32%가 명확한 판결, 그리고 30%는 강제집행력 부여를 그 이유로 들고 있다. 이러한 응답결과는 소송이 가지고 있는 강한 효력과 강제집행력, 그리고 법관에 대한 대외적 신뢰도에 기인하는 것으로 보인다. 따라서 소송에 대한 사회적 신뢰도에 대해서는 긍정적인 평가를 내릴 수 있으나, 이용상의 불편에 대해서는 조속한 개선이 요구된다. 다만, 예산상 제약이 있을 뿐만 아니라 법관의 소송업무에 대한 부담이 상당히 과중하여 건설분야의 전문성 보장을 별도로 기대한다는 것은 현실적으로 어렵다는 점을 도외시할 수 없다. 다만, 설문결과는 재판 외 분쟁해결제도인 조정이나 중재제도의 일부 보완을 거쳐 적극적으로 활용할 경우 건설분야의 효과적인 분쟁해결에 도움이 되고, 건설시장에서도 환영받을 수 있다는 가능성을 확인시켜 주는 의미가 있는 것으로 보인다.

4. 향후 건설클레임의 합리적 처리를 위한 제도개선 의견

〈그림 III-23〉 클레임의 합리적 처리를 위한 개선사항



설문조사를 진행하면서 분명히 확인할 수 있었던 점은 건설클레임을 제기한 경험이 있거나 중재 또는 소송을 경험해본 건설업체의 경우 향후의 제도개선에 관한 다양한 의견을 갖고 있었다는 점이다. 가장 많은 의견은 전문성 확보 및 전문기관이나 전문화된 시스템의 구축이 필요하다는 것이었다. 이러한 의견은 현행 국내 건설클레임이나 분쟁 관련 제도들이 건산법이나 국가계약법, 중재법 등에 근거를 두고 마련되어 있지만, 실무적으로 뒷받침되지 못하여 현장의 문제해결에 실질적인 도움이 되지 못하고 있음을 반증하는 것이라고 해석된다. 그 다음으로 계약당사자간 동등한 관계 유지, 중재합의의 계약서 명시, 중재결정의 신뢰도나 공정성 제고, 현장조건에 맞는 공사계약 표준화, 대항상사중재원의 기능 증대, 건설클레임이나 분쟁사안의 DB화 등이 비중있는 의견으로 제시되었다. 특히 발주자와 수급인, 그리고 하수급인간에 대등한 위치에서 공사계약을 체결하고 이행과정에서도 불공정성이 개입되지 않아야 한다는 의견도 많았는데, 이는 건산법이나 국가계약법령에서 명시하고 있으며 당연한 것이지만 실제로 계약체결의 현실은 이러한 부분이 훼손되거나 무시되는 관행이 아직 존재하고 있으며 건설클레임의 주요 원인이 되고 있음을 보여준다. 의견 중에는 정부투자기관의 고자세와 경직된 사고를 버

려야 한다거나 발주처의 적극적 해결의지가 필요하다는 의견, 하도급업체의 과실이나 책임이 원수급인인 건설업체로 돌아오는 관행의 개선 등을 요구하는 의견도 계약의 실질적인 공정성 또는 대등성을 아직 개선할 여지가 많다는 사실을 보여준다.

중재제도와 관련하여서는 중재절차를 통하여 분쟁해결을 경험한 업체의 의견이 많았다. 중재결정의 신뢰도와 공정성을 제고해야 한다는 의견은 향후 건설중재제도의 발전을 위해서 지속적으로 노력해야 할 부분으로 경청할 필요가 있을 것이다. 대한상사중재원의 위상 강화와 중재기능을 향상시켜야 한다는 의견도 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다. 또한 공공조건 제51조의 분쟁해결조항을 개선하고, 중재판정기간을 단축해야 하며, 중재판정부에 전문가를 반드시 참여시키도록 명문화시켜야 한다는 의견, 그리고 법원 뿐만 아니라 제3의 협의기관에 대한 인식 확대가 필요하다는 의견과 중재합의의 존재여부에 대한 분쟁의 소지를 줄여야 하고, 중재합의조항을 계약서에 명시해야 한다는 의견, 소송과 달리 중재절차의 진행 내용 확인이 불편하다는 의견은 대한상사중재원 등 중재기관이 귀기울여 듣고 빠른 시간내에 실무적 개선을 통하여 이용상의 불편이 없도록 해야 할 부분이라고 보여진다.

건설클레임이나 분쟁에 관한 사항들을 DB화하여 건설업체에 자료로 제공함으로써 실무상으로 참고할 수 있게 한다면 구체적 공사계약의 이행 및 처리과정에서 분쟁을 사전에 예방하거나 줄이는 효과를 기대할 수 있다는 의견도 현실적 대안의 하나라고 할 수 있다. 전문적 지식과 정보를 공유하자는 의견도 같은 맥락이라고 보여진다. 다만, 건설클레임이나 분쟁사안이 조정이나 중재절차를 통하여 처리되는 경우 비공개를 원칙으로 하고 있기 때문에 모든 자료의 공개는 곤란할 것이다. 그러나 반복될 가능성이 있거나 건설업체가 반드시 인지해야 할 필요성이 있는 중요한 사례는 당사자의 명칭을 익명으로 처리하는 등의 방법이 강구될 수 있을 것이다. 대한상사중재원에서는 최근 '건설중재 사례집'을 별도로 발간하여 좋은 반응을 얻은 바 있는데, 설문조사에서의 의견을 보면 앞으로도 지속적인 자료의 정리와 연구에 대한 건설업계의 기대가 크다는 사실을 확인할 수 있다.

의견 가운데는 건설업체의 대응방안으로 볼 수 있는 참고가 될 만한 의견도 많았다. 예를 들면, 현장조건에 맞는 공사계약의 표준화 작업 필요, 공사계약의 관리능력과 안전관리에 대한 철저, 계약시 공사계약 내용을 상세하게 명시함으로써 분쟁을 미연에 방지할 필요, 현장자료 사진과 증거 등의 정리 필요, 건설클레임과 관련된 실질적 업무처리지도의 체계화, 계약 이행 중에 건설클레임을 용이하게 제기할 수 있는 계약여건의 조성, 건설클레임의 처리에서 감정이 치우치지 말고 당사자간 합의를 유도하는 것이 실질

적인 도움이 된다는 의견 등은 구체적 클레임이나 분쟁사안에서 합리적 대응방안으로 충분히 고려할 가치가 있는 내용들이라고 보여진다. 이러한 내용들을 공사현장에서 체크리스트로 정리하여 공사계약의 이행과정에서 수시로 점검한다면 보다 효율적인 계약 관리가 이루어질 수 있을 것으로 기대된다.

42중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망

IV. 건설중재의 제도적 문제점

1. 중재대리의 제한

1) 중재절차에 있어서 중재대리인

건설계약과 분쟁에 대한 관심과 중재절차의 이용도가 높아지면서 건설클레임을 위한 자료 정리나 컨설팅을 해주는 업체가 늘어나고 법무법인이나 변호사들도 깊은 관심을 보이고 있는 실정이다. 그러나 2000년말 서울지하철공사를 상대로 ○○건설이 유리한 판정을 얻은 사안과 관련하여 중재대리를 수행한 건설클레임 컨설팅회사 대표가 변호사법 위반으로 불구속 입건되면서 중재대리인의 자격과 한계를 둘러싼 논의가 세간의 관심을 모아 왔다. 이와 관련하여 중재대리는 변호사만이 가능하며 그 외의 자가 영리를 목적으로 대리행위를 할 경우 변호사법 위반이라는 주장과 중재규칙에서의 규정을 감안하면 전문가에게 중재대리를 허용되는 것이 마땅하다는 주장으로 나뉘어져 있다. 전자의 입장은 변호사의 수가 증가하고 경쟁이 치열해지면서 변호사와 법무사간, 변호사와 부동산중개사간, 변호사와 손해사정인간 업무영역을 두고 첨예한 대립관계를 빚고 있는 것과 관련성이 있다고 할 수 있다.

현행 변호사법에서는 수 차례 개정을 거친 결과 변호사만이 법률행위의 대리를 할 수 있도록 하되 동시에 그 적용범위도 매우 광범위하게 설정하고 있다. 그러나 현행 중재법에 근거한 중재규칙(대법원 승인)에서는 중재대리를 할 수 있는 자로서 변호사와 전문가를 열거하고 있다. 따라서 중재규칙에서 규정하고 있는 ‘전문가’의 의미와 그 범위, 그리고 변호사법과의 관계는 어떻게 해석해야 하는가에 따라 건설클레임의 해결에 있어서 재판외 분쟁해결제도 가운데 최근 관심이 높아지고 있는 중재의 특색과 기능이 분명해질 수 있을 것이다.

2) 변호사법상 법률대리의 적용범위

현행 변호사법 제109조에서는 변호사만이 법률행위의 대리를 할 수 있도록 규정하고 있다. 만일 “변호사가 아니면서 금품·향응 기타 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또

는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 법률관련 사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선하는 행위”를 할 경우 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다고 하여 매우 중한 처벌을 명시하고 있다. 이처럼 변호사법에서는 변호사만이 다양한 형태의 법률서비스를 할 수 있도록 제한하고 있으며, 적용대상 사건도 “소송사건·비송사건·가사조정 또는 심판사건·행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청 기타 행정기관에 대한 불복신청사건, 수사기관에서 취급중인 수사사건 또는 法습에 의하여 설치된 조사기관에서 취급중인 조사사건 기타 일반의 법률사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서작성·기타 법률사무”로 규정하는 등 매우 포괄적으로 규정하고 있다.

〈표 IV-1〉 현행 변호사법 제109조의 변천 과정

년 도	조 항	내 용	비 고
1961.10.17 ‘법률사무 취급단속 법’ [법률 제751호]	제1조 (비변호 사의 법률사 무취급)	-변호사가 아닌 자가 금품, 향응 기타 이익을 받거나 받기로 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각호에 규정된 사건에 관하여 감정, 대리, 중재, 화해 또는 청탁을 하거나 이러한 행위를 알선한 자는 3년이하의 징역에 처한다. 1. 민사, 형사, 행정 또는 선거에 관한 소송이나 비송사건 2. 수사기관에서 수사중인 형사피의사건 또는 탐사사건 3. 법령에 의하여 설치된 조사기관에서의 조사사건	-변호사가 아닌 자가 민사, 형사등의 사건에 관여하여 이익을 받거나 이익을 받게 하여 질서를 어지럽히는 일이 많고, 이에 따른 피해자가 발생하는데 다른 단속을 하기 위하여 제정됨.

년 도	조 항	내 용	비 고
1962.12.24 ‘법률사무 취급단속 법’개정 [법률 제1225호]	제1조	1. 소송사건, 비송사건, <u>소원 또는 심사의 청구나 이의신청 기타 행정기관에 대한 불복신청사건</u> 2. (이전과 동일) 3. (이전과 동일)	- 처벌대상 사건에 ‘소원 또는 심사의 청구나 이의신청 기타 행정기관에 대한 불복신청사건’ 추가
1973.1.25 변호사법 [법률 제2452호 본조신설]	제48조	- 변호사 아닌 자가 금품·향응 기타 이익을 받거나 받기로 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각호에 규정된 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해 또는 청탁을 하거나 이러한 행위를 알선할 수 없다(3년 이하의 징역). 1. <u>소송사건·비송사건·가사조정 또는 심판사건·소원 또는 심사의 청구나 이의신청 기타 행정기관에 대한 불복신청사건</u> 2. 수사기관에서 수사중인 형사피의사건 또는 <u>수사사건</u> 3. (이전과 동일)	- 법률 제751호 “법률 사무취급단속법”을 폐지하여 그 내용 을 변호사법에 흡 수 규정하고, 처벌 강화 - 처벌대상 사건에 ‘가사조정 또는 심 판사건’ 추가 - ‘탐사사건’을 ‘수사 사건’으로 명칭 변 경
1982.12.31	제78조 제2호	- 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. 1. (생략) 2. 변호사가 아니면서 금품·향응 기타 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 소송사건·비송사건·가사조정 또는 심판사건·소원 또는 심사의 청구나 이의신청 기타 행정기관에 대한 불복신청사건, 수사기관에서 취급중인 수사사건 또는 법령에 의하여 설치된 조사기관에서 취급중인 조사사건에 관하여 감정·대리·중재·화해 또는 청탁을 하거나 이러한 행위를 알선한 자	- 조문 위치 변경 - 처벌 강화

년 도	조 항	내 용	비 고
1993.3.10	제90조	<p>-다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.<개정 1993-3-10></p> <p>1. (생략)</p> <p>2. 변호사가 아니면서 금품·향응 기타 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 소송사건·비송사건·가사조정 또는 심판사건·행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청 기타 행정기관에 대한 불복신청 사건, 수사기관에서 취급중인 수사사건 또는 법령에 의하여 설치된 조사기관에서 취급중인 조사사건 기타 <u>일반의 법률사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서작성 기타 법률사무를 취급하거나</u> 이러한 행위를 알선한 자</p>	<p>-소원을 행정심판으로 변경</p> <p>-처벌대상사건에 '기타 일반의 법률사건' 추가</p> <p>-처벌대상 행위에 '법률상담 또는 법률관계문서작성 기타 법률사무 취급 행위' 추가</p> <p>-비변호사가 처음부터 이익을 목적으로 타인의 법률사건에 개입하여 당사자 기타 이해관계인의 이익을 해하고 법률생활의 공정·원활한 운용을 방해하는 등 법질서를 문란시키는 사례가 발생함에 따라 범규범의 흠결을 제거하고 변호사법의 실효성 확보를 위하여 개정</p>
2000.1.28	제109조	<p>-다음 각호의 1에 해당하는 자는 <u>7년</u>이하의 징역 또는 <u>5천만원</u>이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.</p> <p>1. (이전과 동일)</p>	<p>-처벌 강화</p>

3) 판례

판례의 입장을 살펴보면, 구 변호사법(2000. 1. 28. 법률 제6207호로 전문 개정되기 전의 것) 제90조 제2호에 규정된 기타 일반의 법률사건 이라 함은 ‘법률상의 권리·의무에 관하여 다툼 또는 의문이 있거나 새로운 권리·의무관계의 발생에 관한 사건 일반을 말한다’ 고 하면서,⁹⁾ 화해¹⁰⁾나 감정¹¹⁾에 대해서도 적용범위를 구체적으로 밝히고 있다.

한편 변호사법에서 규정하고 있는 '대리'의 의미에 대해서는 '대리란 사실상 본인을 대신하여 법률사건에 관여하는 경우를 포함하는 것이므로, ...소송사건에 관하여 피고인이 원고들을 위하여 원심 판사와 같은 소송서류 및 형사고소장을 작성하여 주고 재판부의 현장감증에 참여하여 하자내역을 설명하는 등의 행위는 비록 그 소송사건에 관하여 원고들의 소송대리인이 따로 선임되어 있었다 하더라도, 피고인이 사실상 원고들을 대신하여 구체적인 소송사건에 관여한 경우에 해당하여 위의 대리에 해당한다고 하여 역시 폭넓게 해석하고 있다.¹²⁾

이와 같이 변호사의 업무를 매우 폭넓게 해석함으로써 타 분야의 전문가에 의한 법률 관련 업무를 일체 배제하고자 하는 법적 취지에 대해서는 판례는 다음과 같이 설명하고 있다. 일반적으로 변호사는 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 사명으로 하여 널리 법률사무를 행하는 것을 그 직무로 하므로 변호사법에는 변호사의 자격을 엄격히 제한하고 그 직무의 성실, 적정한 수행을 위해 필요한 규율에 따르도록 하는 등 제반의 조치를 강구하고 있는데 그러한 자격이 없고, 규율에 따르지 않는 사람이 처음부터 금품 기타 이익을 얻기 위해 타인의 법률사건에 개입함을 방치하면 당사자 기타 이해관계인의 이익을 해하고 법률생활의 공정, 원활한 운용을 방해하며 나아가 법질서를 문란케 할 우려가 있으므로 비변호사의 법률사무취급을 금지하는 변호사법 제90조 제2호는 변호사 제도를 유지함으로써 바로 그러한 우려를 불식시키려는 것으로 보아야 한다.¹³⁾

9) 기타 일반의 법률사건이라 함은 법률상의 권리·의무에 관하여 다툼 또는 의문이 있거나, 새로운 권리·의무관계의 발생에 관한 사건 일반을 말한다. 상가의 분양 및 임대 관하여 분쟁이 발생한 이해관계인들 사이에 화해, 합의서, 분양계약서의 작성 및 등기사무 등을 처리한 것이 변호사법 제90조 제2호 소정의 기타 일반의 법률사건에 관하여 법률사무를 취급한 것에 해당한다(대법원 1998. 8. 21. 선고 96도2340 판결 【변호사법위반·배임】).

10) (대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도513 판결 【변호사법위반】).

11) (대법원 1995. 2. 14. 선고 93도3453 판결 참조)

12) (대법원 1999. 12. 24. 선고 99도771 판결 【변호사법위반(일부 인정된 죄명 : 변호사법위반방조)】)

13) (대법원 1998. 8. 21. 선고 96도2340 판결 【변호사법위반·배임】)

4) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 현행 변호사법 제109조에 대해서, ...입법자가 변호사제도를 도입하여 법률사무전반을 변호사에게 독점시키고 그 직무수행을 엄격히 통제하고 있는 것은 전문적인 법률지식과 윤리적 소양을 갖춘 변호사에게 법률사무를 맡김으로써 법률사무에 대한 전문성, 공정성 및 신뢰성을 확보하여 일반 국민의 기본권을 보호하고 사회정의 실현하려는 데 있는 것이고 해당 규정은 위와 같은 변호사제도를 보호·유지하려는 데 그 목적이 있다...고 하여 위헌성을 부인하였다. 또한 '일반의 법률사건'과 '법률사무' 등 포괄적 개념이 포함되어 있어 죄형법정주의에 반할 수 있다는 주장에 대해서는 ...건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반이 구체적으로 어떤 사건 또는 사무가 이에 해당하는지 알 수 있다고 보여지고 법관의 자의적인 해석으로 확대될 염려가 없다고 할 것이므로 죄형법정주의에서 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다...는 입장을 표명하고 있다. 그리고 비변호사의 법률사무취급의 금지는 변호사제도의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 것으로 보아 공익실현을 위한 기본권 제한의 수단이 적정한 것으로 보고 있다.

5) 외국의 입법례

일본의 경우 중재절차에 있어서 임의대리인의 자격에 관하여 건설업법 기타 법령에 특별한 규정을 두고 있지는 않다. 일본민사소송법에서는 지방재판소 이상의 재판소에 있어서 소송대리인은 변호사에 국한하고 있고, 간이재판소에 있어서 소송대리인에 관해서는 재판소의 허가를 받으면 변호사 이외의 자도 소송대리인으로 될 수 있는 것으로 규정하고 있다(제79조). 그러나 중재절차는 비공개(일본건설업법 제25조의20)이기 때문에 실무에서는 민사조정규칙 제8조를 준용하여 변호사 이외의 자에 대해서는 심사회의 허가에 의한 운용의 형태를 취하고 있다. 허가를 한 뒤에도 심사회는 그 허가를 취소할 수 있다. 입법론적으로는 심사의 원활한 진행을 도모하기 위하여 대리인에 자격에 관한 명문화된 규정으로서 어떠한 제한을 만들어야만 한다는 논의가 있다.¹⁴⁾

미국의 AAA에 의하여 만들어진 건설산업중재규정(construction industry arbitration rules)에 의하면 일반절차 'R-22'에서 변호사나 기타 수임을 받은 대리인이 당사자를 대리할 수 있다고 규정하고 있다. 대리인을 세우려는 경우 그 대리인이 처음 참석하는 심

14) 安藤一郎, 建設工事紛争과 仲裁手續, 1995, 93면

리의 개시 3일전까지 상대방당사자 및 AAA에게 대리인의 이름과 주소를 고지하도록 규정하고 있다.¹⁵⁾

6) 중재절차에 있어서 변호사대리원칙의 적용상 문제점

위에서 언급한 바와 같이 대법원이나 헌법재판소나 변호사만이 법률사건 전반의 대리를 할 수 있도록 해야 한다는 입장은 변함이 없는 것으로 보인다. 변호사법의 개정 연혁에서도 알 수 있듯이 소송사건 등이 아닌 ‘일반의 법률사건’에 비변호사가 관여하지 못하도록 한 것은 비교적 최근의 일이다. 문제는 이러한 변호사법의 규정에서와 같은 비변호사의 관여 금지를 규정한 입법취지 자체가 당사자의 충실한 권리구제에 있지만, 중재대리의 경우 전문가들이 오히려 변호사보다 당사자의 권리구제에 실질적 도움이 되고 있다는 점이 사실상 간과되고 있다는 것이다.

변호사대리의 원칙은 기본적으로 재판과정에서 소송당사자의 이익이나 주장을 충분히 보호하고 조력하기 위하여 마련되었다. 그러나 중재와 같은 소송 외의 대체적 분쟁해결 방법의 기본적 취지는 당사자의 자율성을 최대한 보장하면서 분쟁을 해결하려는 것이다. 자신의 재산권행사와 관련되어 있는 분쟁을 스스로 합리성을 바탕으로 합의점에 도달하는 과정에서 법률이 지나치게 개입하는 것은 중재제도를 인정한 취지에도 반한다. 분쟁 당사자가 재판이 아닌 다른 절차나 수단을 통하여 자신의 주장을 충분히 대변하고 전개할 수 있는 경우까지 법률이 후견인적 입장에서 일일이 간섭하고 나서는 것은 당사자의 진정한 보호라고 하기 어려울 것이기 때문이다.

따라서 중재와 같이 당사자가 자율적인 의사에 의하여 분쟁을 해결하기 위한 경우까지 변호사만이 대리할 수 있다고 하는 것은 지나치다고 할 것이다. 물론 중재과정에서 사안의 성격상 법률적 검토가 포함되지 않을 수 없다. 그렇다고 하여 건설계약과 관련한 분쟁의 해결에 있어서 당사자의 주장을 전문성을 바탕으로 충분히 중재판정부와 상대방에게 변호사만이 타인의 조력 없이 충분히 변론한다는 것은 쉽지 않은 일이다. 오히려 중재규칙에서와 같은 전문가에게 맡기는 것이 효율성측면에서 보더라도 나을 것이다.

15) Robert F. Cushman/ James J. Myers, construction dispute resolution formwork, 1997, p.319.

7) 중재규칙의 해당 규정 사문화

중재에 관한 법규로는 중재법과 중재규칙이 있다. 중재대리에 관해서 중재법은 특별한 규정을 두고 있지 않으나, 중재규칙 제7조에서는 당사자가 중재규칙에 의한 절차의 대리를 변호사 또는 상당하다고 인정되는 자로 하여금 하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 물론 중재판정부가 대리인이 중재절차대리에 부적당하다고 판단하는 경우에는 동 대리인을 거부할 수 있다.

중재규칙의 경우 대한상사중재원에서 임의적으로 제정하여 구체적 중재사안에 적용하고 있는 규범이 아니다. 중재규칙으로서 효력을 갖기 위해서는 대법원의 승인을 받아야 한다. 이처럼 대법원의 승인을 받아 현재 적용되고 있는 중재규칙에서는 중재대리인이 될 수 있는 자로서 변호사 외에 전문가도 명시하고 있다. 그러나 변호사대리의 원칙을 명시하고 있는 변호사법의 규정을 엄격하게 해석하는 입장을 헌법재판소와 대법원 모두 취하고 있기 때문에 현재로서는 중재규칙상의 전문가가 중재대리를 할 수 있다는 내용이 사실상 사문화하고 있다. 이러한 결과는 대법원이 인정한 것을 법원이 스스로 다시 부인하는 모순을 보여주고 있는 것이다.

2. 공사계약일반조건에 있어서 중재합의 기피

1) 중재합의의 의의 및 합의의제

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). 특히 계약 체결시 그 내용 가운데 중재조항을 두어 분쟁 발생시 중재의 의한 해결을 합의해놓는 경우를 '사전(事前) 중재계약방식'이라 하고, 이미 분쟁이 발생한 경우 그 해결을 위하여 분쟁당사자 상호간에 중재에 의하기로 합의하는 경우는 '사후(事後) 중재계약방식'이라고 한다. 다만, 이미 분쟁으로 진전된 때에는 분쟁당사자간의 관계가 우호적이지 못한 경우가 많아 중재합의가 이루어지기 어려울 것이므로 사전중재계약방식이 더욱 바람직할 것이다.

중재합의는 명시적으로나 묵시적으로 가능하다고 해석된다.¹⁶⁾ 그러나 중재를 행할 중재지, 중재기관 및 적용할 준거법 등을 명시하여 중재절차 진행시 기본적인 사항에 대

한 다툼을 없애는 것이 바람직하다. 실제의 경우에도 중재의 신청시 중재의 합의를 인증하는 서면을 제출해야 하므로 대부분의 경우 명시적인 서면작성을 통하여 중재합의가 이루어지고 있다(중재법 제8조, 중재규칙 제9조·제10조). 이러한 합의가 있을 경우 당사중재절차에 관한 규정은 그 중재계약의 일부로 한 것으로 본다(중재규칙 제9조). 또한 일정한 경우에는 중재합의를 의제하고 있다(중재법 제8조). i) 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우, ii) 서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우, iii) 일방 당사자가 당사자간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 아니하는 경우 등이다. 그 외 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에도 중재합의가 있는 것으로 본다. 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우에 한한다.

2) 계약문서상의 중재합의조항의 변천

중재절차를 이용하기 위한 중재합의 혹은 중재계약에 대하여 공사계약일반조건의 분쟁해결조항은 여러 차례 변화를 겪었다.

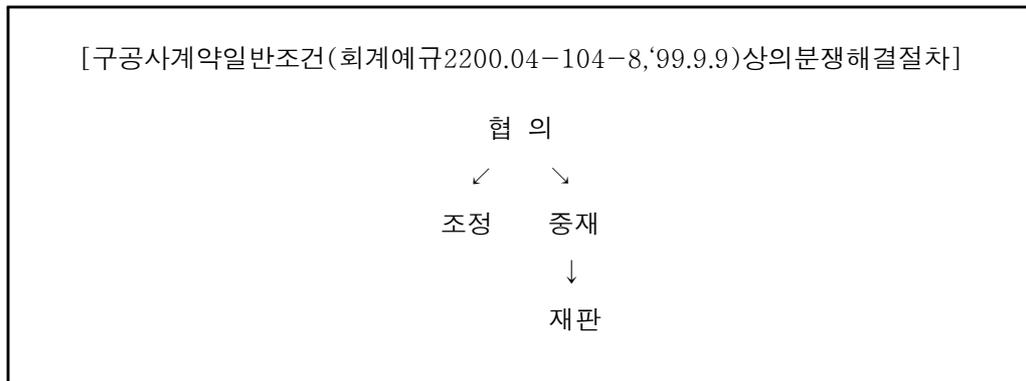
〈표 IV-2〉 회계예규의 분쟁해결조항 변경비교

규정 명칭	관련 조문	규정 내용
시설공사계약일반조건(회계예규 220004-104-14 (93.10.20))	제31조 제2항	합의가 성립되지 못할 때에 당사자는 관계법률에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재에 의하여 해결할 수 있다
공사계약일반조건(회계예규 2200-04-104-8(99.9.9))	제51조	협의를 이루어지지 않는 경우 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다
공사계약일반조건(회계예규 2200.04-104-9, 2001. 2. 10/ 회계예규2200.04-104-10(200 2.09.11)	제51조	협의를 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 규정한 절차 3. 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결

16)일본 최고재판소 소화47년 10월 12일 민집 26권 8호 1448면.

93년부터 사용되던 『시설공사계약일반조건(회계예규 2200 04-104-14(‘93.10.20))』의 경우 ‘…합의가 성립되지 못할 때에 당사자는 관계법률에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재에 의하여 해결할 수 있다’고 규정(제31조 제2항)하고 있었으며, 1999년에 제정된 『공사계약일반조건(회계예규 2200-04-104-8(‘99.9.9))』에서는 ‘합의가 이루어지지 않는 경우 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다’고 규정하였기 때문이다.

〈도 IV-1〉 구회계예규상의 분쟁해결절차



3) 선택적 중재합의 조항의 해석

이상에서 보는 바와 같이 99년까지 사용된 공사계약일반조건에서는 분쟁해결조항에서 당사자간에 합의가 이루어지지 않을 경우 ‘조정 또는 중재’에 의할 수 있도록 규정하였던 바, 선택적 의미를 담은 그 표현을 계약당사자간의 중재합의로 볼 수 있는지 여부에 대하여 중재절차의 본안전 항변으로 다투어진 경우가 적지 않았다. 그러나 최근까지의 중재판정에서는 대부분 공사계약일반조건상의 선택적 중재합의조항도 정당한 중재합의로 인정하였으며,¹⁷⁾ 판례를 보더라도 같은 입장이다.¹⁸⁾

그 이유로서 중재법이 국가법원에 의한 소송제도의 이용가능성을 배제하고 오로지 중재에 의하여서만 분쟁을 해결하기로 하는 전속적 중재합의가 있는 경우에만 중재절차에

17) 제01111-0041호, 제01111-0057호,

18) 서울고법 2202.7.2.선고 2002나6878중재절차위법확인

의하여 사법상의 분쟁을 해결할 수 있다고 규정하고 있지 않으므로 계약문서인 공사계약일반조건 제51조의 분쟁해결조항은 중재법상 서면에 의한 중재합의로 볼 수 있다고 한다. 또한 중재를 당사자들이 선택할 수 있는 분쟁해결방법의 한가지로 규정한 이상 당사자일방이 중재를 선택한 경우에 상대방은 이에 따라야 할 의무를 부담한다고 해석함이 타당하다는 것이다. 이러한 선택적 중재합의조항은 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않을 뿐만 아니라 분쟁당사자에게 다양한 분쟁해결수단 내지 권리구제절차를 보장한다는 의미에서 당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 면이 있다. 일방당사자에게 이러한 선택권이 유보되어 있어 상대방에게 불리하다는 등 특단의 사정이 없는 한 이 사건 중재합의는 선택적으로 규정되어 있다 하더라도 유효한 것이다.¹⁹⁾

이러한 선택적 분쟁해결조항에 대하여 법원의 제소에 앞서서 반드시 조정 또는 중재를 하여야 한다는 이른바 전치주의를 택하고 있는 점이 명백하므로 강제적인 규정으로 해석하면서 구체적으로 어느 절차에 따라야 할 것인가에 우선 당사자 쌍방의 합의를 우선하되, 합의가 이루어지지 않을 때에는 먼저 조정 또는 중재를 신청하는 쪽의 선택에 따르도록 한다고 해석함이 타당하다는 것이다. 이렇게 해석하지 않으면 현실적으로 조정 또는 중재 중 어느 것을 선택하는 것이 불가능하게 된다는 점을 그 이유로 제시하기도 한다.

[전치주의(중재 제01111-0100호)]

...이 규정은 분쟁이 있을 때 법원의 제소에 앞서서 반드시 조정 또는 중재를 하여야 한다는 이른바 전치주의를 택하고 있음이 위 규정의 해석상 명백한 바 그러므로 조정 또는 중재를 거쳐야 한다는 점은 강제적인 규정이라고 해석된다. 그렇다면 구체적으로 그 어느 절차에 따라야 할 것인가는 첫째로는, 당사자 쌍방의 합의에 의한다고 할 것이고, 둘째로 만일 그러한 합의가 이루어지지 않을 때에는 먼저 조정 또는 중재를 신청하는 쪽의 선택에 따르도록 한다고 해석함이 타당하다고 본다. 그러므로 먼저 그러한 절차 중 하나를 신청한 경우에는 상대방 당사자는 그 신청에 따라야 한다고 본다. 예컨대, 이 사건에서와 같이 당사자 한쪽이 중재절차를 택하여 중재법에 의한 중재를 신청한 경우에는 상대방 당사자는 반드시 그 중재절차에 따라야 할 의무가 있다고 볼 것이다(만일에 그렇게 해석하지 않고 반드시 쌍방 합의에 의하여 조정 또는 중재 중 어느 절차를 선택하여야 한다고 한다면 쌍방 합의가 되지 않은 경우에는 끝내 조정이나 중재를 거칠 수 없는 결과가 생기게 되어 현실적으로 조정 또는 중재 중 어느 것을 선택하는 것이 불가능하게 됨)...

19) 중재 제01111-0004호, 중재 제01111-0065호, 중재 제01111-0070호, 중재 제01111-0077호, 중재 제01111-0078호, 중재 제01111-0093호, 중재 제01111-0094호, 중재 제01111-0100호, 중재 제01111-0105호, 중재 제01111-0108호 등.

조정과 중재와 같이 대체적 분쟁해결방법이 상호 양립할 수 없으나 모순되지는 않는 경우에 당사자의 일방이 중재를 선택하였다면 소송에 의한 분쟁해결을 배제기로 합의한 취지를 감안하여 별도의 중재합의 없이도 중재제기가 적법하다고 해석하는 것이 합리적이라는 것이다.

[양립할 수 없는 대체적 분쟁해결방법을 규정한 조항의 합리적 해석
(중재 제01111-0057호)]

...양립되지 아니하는 두 개의 대체적 분쟁해결방법을 규정한 조항의 합리적 해석은 당사자 일방이 조정이 아닌 중재의 방법을 선택한 경우 계약당사자의 의사는 별개의 중재합의를 상대방에게 요구하지 아니한 채로 그 중재를 적법하게 진행할 수 있다는 취지를 규정한 것으로 해석함이 타당할 것이다. 다시 말하면, 만일 중재와 법원 사이에 선택을 하도록 규정되어 있는 경우에는 당사자 사이에 별도의 중재합의가 필요하지만, 조정과 중재가 모두 대체적 분쟁해결방법이고 상호 모순되지 않는 조정과 중재 사이의 선택을 인정하는 경우에는 어느 당사자가 조정이 아닌 중재를 일방적으로 선택하는 경우에도 법원을 배제기로 합의한 입장에서 서로 상충되지 아니하는 대체적 분쟁해결방법 상호간이므로 유효한 중재합의 조항이고 별도의 중재합의 없이도 중재제기가 적법하다고 해석하는 것이 분쟁해결을 위한 당사자의 의사 합치에 대하여 보다 합리적인 해석방법이라 할 것이다...

그 밖에 선택적 중재합의조항은 전속적 중재합의조항과 비교할 때 조항의 확정적 효력이 선택권의 행사시에 발생한다는 것 외에는 차이가 없다는 점을 유효성의 근거로 들기도 한다.

[선택적 중재합의조항의 확정(중재 제01111-0005호)]

...선택적 중재합의조항과 관련하여 '전속적인 것은 합의시에 즉시 분쟁해결수단이 중재로 확정되는데 비하여, 선택적인 것은 선택권을 가진 일방이 중재를 선택한 때에 비로소 분쟁해결수단이 중재로 확정된다. 둘 사이의 차이는 그 확정의 시기뿐이다. 그런 차이만으로 그 둘을 유무효로 갈리게 해석하여야 할 사유는 보이지 아니한다. 중재법에 중재합의는 즉시 확정되는 것임을 요구하는 규정도 들어 있지 아니하다. 전속적 중재합의만이 유효한 중재합의라고 규정되어 있지 아니하다는 말이다. 이에 선택적 중재합의도 유효한 중재합의라고 해석하여야 한다...

중재규정을 두면서 중재기관을 정확하게 표기하지 않은 경우도 국내에서 상사에 관한 중재기관으로서의 대한상사중재원이 유일하기 때문에 대한상사중재원에 의한 중재절차의 이용의사가 표현된 것에 해당한다고 판정함으로써 중재계약의 성립을 인정한 사례도 있다.

[중재조항의 취지(중재 제93내36호)]

...중재약정에 관하여 피신청인은 약정이 없으므로 중재신청을 각하하여야 한다고 주장하나, 본 도급계약 제19조에 의하면 그 제목을 “중재”라고 표시하고 “(2)전항의 합의가 성립되지 못할 때에는 ...대한상사중재협회의 조정²⁰에 의하여 해결한다”고 규정하고 있음은 재판절차에 의함이 없이 중재절차에 의한다는 취지로 해석되며, 또 이 사건에 대하여 신청인이 ○○지방법원에 피신청인을 상대로 손해배상청구소송을 제기하고 있으나 그 대상이 이 건 도급공사 이외의 공사와 관련된 것이며 설사 그 소송의 대상이 중재계약대상의 일부라고 가정하더라도 아직 소송이 계속 중에 있어 재판의 기판력이 생기지 아니한 이상 중재계약이 실효된 것은 아니므로 이 건 중재신청은 적법한 것이며...

3) 선택적 분쟁해결조항에 대한 법원 판례

① 무효로 본 판례(서울지법 동부지원 판결 2001. 12. 21. 선고 2001가합6334 중재절차위법확인)²⁰⁾

법원은 “중재의 합의가 유효한 것으로 되기 위하여는 그 내용이 국가 법원에 의한 소송제도의 이용을 완전히 배제하고 오로지 중재에 의하여만 분쟁을 최종적으로 해결하는 것을 내용으로 할 때 비로소 유효한 중재합의라고 할 것”이라고 판시하였다. 그러나 이 판결은 피고의 항소로 제2심[서울고법 판결 2002. 7. 2. 선고 2002나6878 중재절차위법확인]에서 파기되었다.

20) 기타 서울지법 판결 2000. 9. 19. 선고 2000가합37949도 중재절차위법확인에 관한 소송사건이다.

② 유효로 본 판례(서울고법 판결 2002. 7. 2. 선고 2002나6878 중재절차위법확인)

“전속적 중재합의가 있는 경우에만 중재절차에 의하여 사법상의 분쟁을 해결할 수 있다고 규정되어 있지 않으므로, 이 사건 도급계약서 제51조에 담겨져 있는 분쟁해결조항을 중재법상 서면에 의한 중재합의로 볼 수 있다”로 판시하고 이어서 “조정위원회의 조정(이의 불복에 따른 법원의 소송)외에 중재기구의 중재를 택일할 수 있도록 하는 이른바 ‘선택적 중재조항’은 국가의 사법질서나 법적 안정성을 해치지 않을 뿐만 아니라, 분쟁당사자에게 다양한 분쟁해결수단 내지 권리구제절차를 보장한다는 의미에서 당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 면이 있으며, 이 사건에서와 같이 1차적 분쟁해결수단으로 법원의 소송절차를 취하지 아니하려는 당사자의 자치 내지 자율을 막을 근거를 헤아려 보기 어렵다. 따라서 이 사건 중재조항에 있어서 일방당사자에게 이러한 선택권이 유보되어 있어 상대방에게 불리하다는 등 특단의 사정이 없는 한, 이 사건 중재합의는 선택적으로 규정되어 있다고 하더라도 유효한 것이다.

그 외 공사계약에 관한 것은 아니지만 선택적 중재조항을 유효한 것으로 인정한 판례로는 대구고등법원 판결 2001. 7. 26. 선고 2000나7654 중재판정취소과 서울지법 판결 2002. 2. 5. 선고 2001가합54637 중재판정취소 등이 있다. 전자의 경우 법원은 “당사자로 하여금 비소송적 분쟁해결방안 중 조정 또는 중재를 선택하도록 하였고, 만일 조정이 선택된 경우에는 구속력이 없는 조정의 성격상 그것에 불복하는 당사자는 법원에 소를 제기할 수 있도록 한 것이다”라고 실시하면서 선택적 분쟁해결조항도 유효한 중재합의로 보았다. 후자의 경우에도 법원은 “중재를 당사자들이 선택할 수 있는 분쟁해결방법의 한 가지로 규정한 이상, 당사자 일방이 중재를 선택한 경우에 상대방이 이의만으로써 중재절차를 회피할 수 있다고 보는 것은 위와 같이 중재를 분쟁해결방법으로 규정한 취지에 어긋나는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 계약상 원·피고 일방이 분쟁해결을 위하여 중재를 선택하였을 경우에 상대방은 이에 따라야 할 의무를 부담한다고 해석함이 타당하다고 할 것이다”고 판시하였다.

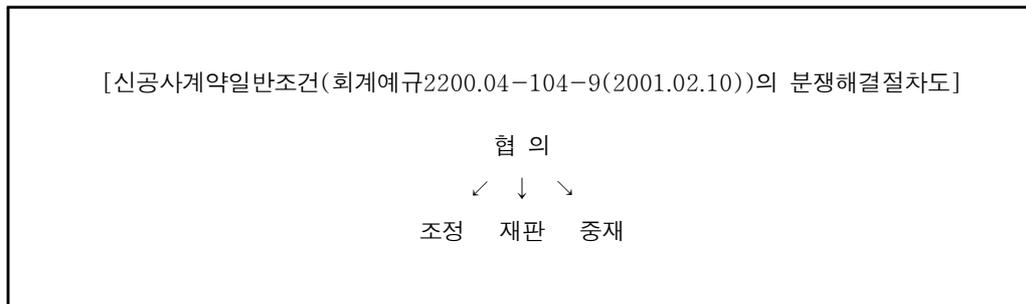
요컨대 중재법에는 중재합의 내용에 반드시 소송을 배제하여야 한다는 규정은 없기 때문에 소송과 중재 모두를 약정한 선택적 분쟁해결조항도 유효한 중재합의로 보아야 할 것이고 법원의 판례도 점점 이와 같은 취지로 내려지고 있다. 다만, 대법원의 확정판결이 나와서 이러한 논란의 여지가 없도록 하는 것이 바람직할 것이다.

4) 공공공사에 있어서 ‘중재합의’의 사실상 제한

중재법상 중재합의는 소송을 반드시 배제하는 내용을 요구하고 있지 않다. 중재합의가 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간 합의라는 표현을 볼 때 중재만을 배타적으로 인정하는 중재합의이든 다른 분쟁해결절차와 중재를 선택적으로 인정하는 중재합의이든 특별한 제한을 두고 있지 않으므로 중재에 관한 당사자간의 모든 합의는 중재법에 부합하는 중재합의라 할 것이다. 그리고 중재관할권의 적법성에 대해서는 중재법 제17조 제1항에 의하여 중재관정부 스스로 결정할 권한을 부여받고 있다.

선택적 중재합의조항에 대한 이러한 논란은 2001년의 공사계약일반조건의 개정(회계예규2200.04-104-9 (2001.02.10))으로 동조건이 공사계약의 계약문서로 사용되는 공사계약에 있어서는 수그러들 것으로 보인다. 현행 공사계약일반조건에서는 협의에 의한 해결을 원칙으로 하고, 이러한 협의가 이루어지지 않을 경우 i)중재법에 의한 중재기관의 중재, ii)국가계약법 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차, iii)발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의하여 해결한다고 열거하는 형식으로 규정하고 있기 때문이다. 이처럼 개정된 규정은 분쟁해결과 관련하여 조정과 중재 외에 재판을 당사자가 선택할 수 있는 분쟁해결방안의 하나로 열거하고 있다. 이로 인해 기존처럼 조정절차의 선택이 없는 경우 당연히 중재에 의한 분쟁해결절차가 진행되는 것으로 해석되기는 매우 어렵게 된 것으로 보인다.

〈도 IV-2〉 현행 회계예규상의 분쟁해결절차



동 규정도 해석상의 논란을 완전히 배제시키는 표현이라고 단정하기는 어려우나, 분쟁이 발생한 경우에 계약당사자가 협의, 중재, 이의신청이나 조정, 재판 등을 선택할 수 있도록 규정하고 있는 내용에 따르면 이전의 공사계약일반조건과 달리 중재절차를 이용하려는 경우 별도의 중재합의가 있어야만 가능할 것으로 해석된다. 따라서 국가나 공공기관의 경우 중재절차의 이용을 기피하는 경향이 있어왔기 때문에 공공공사의 경우 분쟁이 발생하더라도 중재절차에 의한 해결을 도모하기는 더욱 어렵게 된 셈이다.

〈표 IV-3〉 공사계약일반조건의 분쟁해결관련 신구조문비교

구분	구공사계약일반조건 제51조 (회계예규 2200.04-104-8, '99. 9. 9)	공사계약일반조건 제51조 (회계예규2200.04-104-9 (2001.02.10)) (회계예규2200.04-104-10(2002.09.11))
제1항	-계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.	-계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.
제2항	-분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다. 1.관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정 위원회의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다. 2.제1항의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.	-제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에 정한 바에 의하여 해결한다. 1.중재법에 의한 중재기관의 중재 2.국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차 3.발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결
제3항	-계약상대자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁기간중 공사의 수행을 중지하여서는 아니된다.	-계약상대자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁처리절차수행기간중 공사의 수행을 중지하여서는 아니된다.

현행 공사계약일반조건의 분쟁해결조항의 내용은 지금까지 논란이 끊이지 않았던 '중재합의' 존재여부에 관한 다툼에 중지부를 찍고 분쟁해결절차를 보다 명확히 함으로써 계약당사자로 하여금 분쟁해결수단을 자유로운 의사로서 선택할 수 있게 하였다는 점에서는 수긍되는 측면도 있다. 그러나 건설공사계약의 실상을 들여다보면 계약적 지위의 대등성이 확립되어 있지 않는 공공공사의 경우 당사자의 자유로운 의사의 존중이 '명목상'의 말잔치로 끝나버릴 가능성이 높다. 공공공사의 경우 발주자측은 일회성으로 끝나는 중재보다는 전략상 장기간에 걸쳐 3심제가 적용되는 재판을 선호하는 경향이 높기 때문이다.

따라서 향후 공공공사에 있어서 분쟁발생시 중재에 의한 해결은 사실상 제한될 수밖에 없게 되었다. 대체적 분쟁해결수단이 재판에 의한 분쟁해결보다 활성화되고 전문성을 인정받아 사회적 제도로서 보편화되어가고 있는 선진국의 추세와 비교할 때 현행 공사계약일반조건과 같이 분쟁해결조항을 개정한 것은 조정이나 중재제도의 정착을 저해하는 것이며 건설시장의 선진화에 역행하는 처사라고 하지 않을 수 없다. 다만 현행 민간조건은 분쟁해결에 관한 조항에서 아직 ‘...조정을 신청하거나 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재를 신청할 수 있다.’고 규정하고 있으므로 앞서와 같이 중재판정사례에서 볼 수 있는 바와 같이 분쟁발생시 조정을 선택하지 않은 경우 일방 당사자가 중재를 신청하면 상대방 당사자는 이에 따라야 될 것이다.

60중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망

V. 계약단계별 건설업체의 대응방안

1. 서

중재의 장점으로 자주 언급되는 것 중의 하나가 바로 중재절차가 비공개로 진행된다는 점이다. 이러한 진행방식은 건설클레임과 관련하여 당사자의 신용훼손이나 영업상의 불이익이 야기될 수 있는 가능성을 예방하는 중요한 기능을 수행한다는 점에서 중재절차 이용자의 환영을 받고 있다. 그러나 그 만큼 관련 자료의 노출이 제한되기 때문에 연구분석을 위한 구체적 사례의 접근은 어려움을 겪지 않을 수 없다. 본 연구도 사례분석은 대부분 대한상사중재원에서 최근에 발간한 건설관련 중재판정사례집과 기존의 중재판정사례를 통하여 정리하여 것이다.

중재판정사례를 분석한 결과, 건설클레임이나 분쟁은 공사계약의 체결단계에서부터 이행과정과 준공 후의 단계에 이르기까지 모든 과정에서 다양하게 제기되고 있지만, 그 가운데 공사계약의 이행과정인 시공과정에서 가장 많은 건설클레임이 제기되고 있음을 알 수 있었다. 이러한 현상은 소송을 통한 경우에도 큰 차이가 없는 것으로 보인다.²¹⁾ 중재절차를 이용함에 있어서는 아직 시공사인 건설업체나 발주자가 중재제도의 미비점으로 인하여 불편을 겪는 경우가 적지 않음을 구체적 사례의 분석과정에서 자주 접할 수 있었다. 그러나 관련 법령의 위반이나 관련 규정의 잘못된 이해로 계약상의 불이익이나 책임을 부담하게 되는 경우도 적지 않아 공사계약의 체결 및 작성과정에서 정확한 이해를 바탕으로 계약관리가 이루어질 필요가 있음을 알 수 있다. 이러한 점등을 중심으로 아래에서는 계약단계별 중재판정 사례와 공공조건, 그리고 건산법과 국가계약법령 등의 규정, 중재판정이유 등을 살펴보고, 분쟁발생시를 대비한 건설업체의 대응방안을 단계별로 모색해본다.

21) 김성배·김일중·양진석, 우리나라 건설 분야 분쟁 사례 분석, 한국건설산업연구원, 2001, p.33.

2. 공사계약체결단계의 주요 건설클레임사유와 건설업체 대응방안

1) 계약문서의 작성 및 보관

건설공사계약은 입·낙찰 등을 거쳐 발주자와 낙찰자간에 체결되며, 그 법적 성격은 도급계약에 속한다. 도급계약은 일정한 일의 완성에 대하여 보수를 지급할 것을 합의함으로써 성립하는 계약이다. 이러한 도급계약의 성립과 관련하여 각종 정형적 계약의 근거법이라고 할 수 있는 현행 민법은 채권편(債權編)에서 도급계약을 불요식계약(不要式契約)으로 규정하고 있다.²²⁾ 따라서 계약을 체결할 때 서면의 작성과 같은 특별한 방식을 반드시 필요로 하는 것은 아니다. 대부분의 법학자들도 ‘건설업법(건설산업기본법의 전신)은 행정적 감독을 목적으로 하는 법률로서 그 취지가 중요한 사항에 관하여 이를 명백히 함으로써 당사자 사이의 다툼을 미리 막으려는데 지나지 않으며 결코 도급계약을 요식행위(要式行爲)로 한 것이라고 볼 것은 아니다’라면서, 서면으로 작성하지 않은 건설공사의 도급계약이 무효가 되는 것은 아니라고 해야 한다고 주장한다.²³⁾

그러나 다른 분야의 도급계약과 달리 규모가 크고 복잡한 설계를 바탕으로 행해지는 토목·건설공사계약의 경우 민법에서 규정하고 있는 도급계약의 기본형과는 다른 특성을 지니고 있다. 즉, 단순한 일에 대하여 보수를 지급 받는 관계를 넘어 완성까지 상당한 기간이 소요되고 공사규모나 완성물의 경제적 가치 또는 사회적 가치가 클 뿐만 아니라 계약의 이행과정에서 계약 내외적 요소들에 의한 영향이 적지 않다. 이러한 점을 감안하여 건설법에서는 건설공사계약을 계약서의 작성을 요하는 요식계약으로 설정하고 있는 것으로 해석된다. 동법 제22조【건설공사에 관한 도급계약의 원칙】 제2항에서 ‘건설공사에 관한 도급계약의 당사자는 그 계약의 체결에 있어서 도급금액·공사기간 기타 일정한 사항을 계약서에 명시하여야 하며, 서명 날인한 계약서를 서로 교부하여 보관하여야 한다.’고 규정하기 때문이다.²⁴⁾ 또한 『국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

22) 민법 제664조【도급의 의의】 도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

23) 광윤직, 채권각론(재정정판), 1990, 410면.

24) 여기서의 일정한 사항에 대하여 건설산업기본법 시행령 제25조【공사도급계약의 내용】는 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 공사내용
2. 도급금액과 도급금액중 노임에 해당하는 금액
3. 공사착수의 시기와 공사완성의 시기

(이하 국가계약법으로 줄임)』 제11조【계약서의 작성 및 계약의 성립】 제1항에서 ‘각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결하고자 할 때에는 계약의 목적·계약 금액·이행기간·계약보증금·위험부담·지체상금 기타 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서를 작성하여야 한다’고 규정하고 있다. 이어 제2항에서도 ‘계약서를 작성하는 경우에는 그 담당공무원과 계약상대자가 계약서에 기명·날인 또는 서명함으로써 계약이 확정된다’고 하여 요식계약으로서의 법적 성격을 분명히 하고 있다.

건설공사계약의 요식성은 공사대금과 관련한 판례에서도 잘 나타나고 있다. ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제11조…규정의 취지에 의하면 지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 위 법령에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설사 지방자치단체와 사인간에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 위 법령상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약은 그 효력이 없다’라고 판시하고 있기 때문이다.²⁵⁾

중재판정도 아래에서 보는 바와 같이 ‘공사계약에 있어서 계약은 …법령의 규정에 따라야 하는 것이므로 그러한 절차와 형식을 갖추지 않은 국가기관과의 합의는 국가에 효

-
4. 도급금액의 선급금이나 기성금의 지급에 관하여 약정을 한 경우에는 각각 그 지급의 시기·방법 및 금액
 5. 공사의 중지, 계약의 해제나 천재지변의 경우 발생하는 손해의 부담에 관한 사항
 6. 설계변경·물가변동 등에 기인한 도급금액 또는 공사내용의 변경에 관한 사항
 7. 법 제34조제2항의 규정에 의한 하도급대금지급보증서의 교부에 관한 사항(하도급계약의 경우에 한한다)
 8. 법 제35조제1항의 규정에 의한 하도급대금의 직접지급사유와 그 절차
 9. 산업안전보건법 제30조의 규정에 의한 표준안전관리비의 지급에 관한 사항
 10. 법 제87조제1항의 규정에 의하여 건설근로자퇴직공제에 가입하여야 하는 건설공사인 경우에는 건설근로자퇴직공제가입에 소요되는 금액과 부담방법에 관한 사항
 11. 산업재해보상보험법에 의한 산업재해보상보험료, 고용보험법에 의한 고용보험료 기타 당해 공사와 관련하여 법령에 의하여 부담하는 각종 부담금의 금액과 부담방법에 관한 사항
 12. 당해 공사에서 발생된 폐기물의 처리방법과 재활용에 관한 사항
 13. 인도를 위한 검사 및 그 시기
 14. 공사완성후의 도급금액의 지급시기
 15. 계약이행지체의 경우 위약금·지연이자의 지급등 손해배상에 관한 사항
 16. 하자담보책임기간 및 담보방법
 17. 분쟁발생시 분쟁의 해결방법에 관한 사항
- 25) 대법원 2001.5.15 선고2001다14023/대법원 1989.4.25 선고86다카2329판결/대법원 1993.6.8 선고92다49447판결/대법원 1993.11.9 선고93다18990판결

력을 미치는 계약의 성립으로 볼 수 없다'고 하여 동일한 입장에 서 있다.

《계약의 성립요건(중재판정 제95111-0041호)》

...건의서를 작성하였다고 하더라도 그 작성경위 및 기재내용과 건의서 작성당시에는 구체적 설계도면 및 설계변경금액이 확정되지 아니하였으며, 예산회계법에 의하면 ...담당공무원이 계약의 목적, 계약금액, 이행기간, 계약보증금, 지체상금 등 필요한 사항을 명백히 기재한 계약서에 계약당사자가 기명 날인함으로써 계약이 확정된다는 내용을 법률로서 정하고 있는 바 건의서는 이와 같은 요건을 갖추지 못함이 뚜렷하고 ...건의서의 기재내용을 청약으로 보는 경우에도 국가의 회계관련 행위는 예산회계법 등 법령의 규정에 따라야 하는 것이므로 그러한 절차와 형식을 갖추지 않은 국가기관과의 합의는 국가에 효력을 미치는 계약의 성립으로 볼 수 없다 할 것(대법원 65다 2170판결, 67다 1552판결)이므로 이와 같은 사정을 종합하면 ...건의서는 ...청약으로 볼 수 없다고 함이 상당하므로 도급계약의 변경계약이 이미 성립되었다고 하는 주장은 이유 없으며...

위의 내용을 종합해볼 때, 민간공사에 있어서 체결되는 도급계약은 당사자의 의사에 따라 요식계약이나 불요식계약 어느 방식으로도 가능하겠지만, 공공공사의 계약은 요식계약으로 보아야 할 것이다. 이러한 요식성을 요구하는 이유는 건설공사계약의 특수성에서 비롯되는 것으로 보인다. 공사계약의 불분명한 내용으로 인해 분쟁이 발생할 수 있는 여지를 최소화하고, 계약성립에 있어 당사자의 의사를 보다 명확히 하고자 하는 입법취지가 반영되어 있는 것으로 볼 수 있다.

따라서 건설업체는 공공공사의 경우 공사계약일반조건이나 특수조건, 설계서, 입찰유 의서 등의 작성과 보관이 요구된다. 단순한 계약문서의 작성과 보관 외에 계약당사자간 별도의 합의사항에 대해서도 반드시 문서화시켜 일정한 기간이 경과한 후 서로간의 입 장차이나 상반된 주장이 제기될 때 사실여부를 확인할 수 있는 근거를 확보하여야 한다. 또한 계약체결 당시에는 이러한 계약문서의 작성이 대부분 이루어지고 있지만, 공사가 진행되면서 발주부서로부터 각종 지시나 통지사항, 합의사항 등에 대해서 문서화하는 것 을 발주부서가 꺼리거나 시간적 여유가 없는 등의 이유로 소홀히 하는 경우가 적지 아 니하다. 이런 경우에는 나중에 분쟁사안이 되더라도 증거불충분으로 인하여 건설업체의 주장이 반영되지 못할 수도 있다. 따라서 공사계약의 이행과정에 있어서도 계약체결 당

시의 각종 계약서상에서 요구하는 각종 절차의 준수와 서면작성 및 보관에 보다 많은 관심과 주의가 필요하다.

2) 계약문서의 종류 및 효력

공사계약일반조건에 의하면 계약문서에 속하는 것으로서 ‘계약서, 설계서, 유의서, 공사계약일반조건, 공사계약특수조건 및 산출내역서...’ 등을 열거하고 있다(제3조 ①). 『민간건설공사 표준도급계약 일반조건(이하 민간조건이라 함)』에서도 ‘민간건설공사 도급계약서, 민간건설공사 도급계약 일반조건, 공사계약특수조건, 설계서 및 산출내역서...’를 열거하고 있어(제3조 ①) 계약문서의 종류에 속하는 것은 대동소이하다. 열거된 문서간에 효력은 상호보완적이다. 한편, 공사계약의 이행은 비교적 장기간을 요하는 경우가 많고 계약당시 예상하지 못했던 상황의 변화도 초래될 가능성이 높다. 이로 인해 계약당사자간에는 계약문서 외에 공사의 이행과 관련한 다양한 의사표시의 교환이 불가피한 데, 이러한 의사표시에 대한 일정한 계약법적 효력의 인정에 대해서 공공조건이나 민간조건은 명시적 규정을 두고 있다. 즉, 공공조건이나 민간조건이 정하는 바에 의하여 계약당사자간에 행한 통지문서 등은 계약문서로서의 효력을 가진다는 것이다(공공조건 제3조 ①③, 민간조건 제3조 ①②). 다만, 이러한 의사교환이 구두에 의한 통지·신청·청구·요구·회신·승인 또는 지시 등의 형태로 이루어지는 경우는 문서로 보완되어야 효력을 가질 수 있다(공공조건 제5조).

이러한 규정내용들을 통하여 알 수 있는 것은 건설공사의 복잡성·전문성 등을 반영하여 계약당사자의 정확한 의사를 확인할 수 있는 다양한 형태의 서면들을 계약문서의 개념 속에 포함시키고 있다는 점이다. 그러나 계약문서가 반드시 위에서 열거하고 있는 문서에 한정되는 것은 아니다. 명칭에 관계없이 당사자의 계약에 관한 의사가 분명하게 표현되어 있는 문서는 반대되는 증거가 없는 한 계약당사자간에 정당하게 성립된 것으로 보아 계약문서로서의 효력을 가지며, 당사자는 그 내용에 구속된다. 이런 점에서 공공조건에서 열거하고 있는 계약문서들은 예시적 열거라고 할 수 있다. 합의서의 법적 효력을 언급한 중재판정에서도 계약문서가 공공조건에 열거된 서면에 한정되는 것은 아니라는 점을 알 수 있다.

《합의서의 법적 효과(중재판정 제96111-0059호)》

…합의서에 의하면 양당사자간에 위 공사대금 이외에는 피신청인은 위 공사에 수반되는 여하한 공사비 일체를 부담치 않기로 하고, 신청인은 아파트 분양자가 전체 입주자에게 해주어야 할 모든 항목별 조치(공사도급계약서 제3조, 제22조 전부 포함)를 완전 시행하기로 확약한 서면이 작성된 사실에 비추어볼 때 신청인이 구하는 대지급금 등은 최종 공사비로 합의한 금액에 포함시킨 것으로 볼 수 있고…

그렇다고 해서 당사자간의 모든 의사표시가 계약법상의 효력을 인정받는 것은 아니다. 계약당사자간에 문서의 작성의도가 명확하게 표현되어 있지 않고 의사의 합치가 반영되어 있지 않는 등 단순한 계약일방당사자의 내부문서에 불과할 경우에는 계약서로서의 효력을 인정받을 수 없는 것이다.

《일괄입찰구간 관리계약서의 계약적 효력(중재판정 제99111-0020호)》

…피신청인이 작성하여…배부한 일괄입찰구간 관리계획서…이러한 문서를 만들어 시행한 것 자체는 불가피했던 조치였다고 판단된다. 그러나 이것은 어디까지나 피신청인의 내부문서로서 계약적 효력을 가질 수 없다…

《수정공정표의 계약적 효력(중재판정 제01111-0117호)》

…또한 수정공정표의 경우에도 이는 발주청에 접수하기 위한 요식문건으로써 계약 변경을 위한 당사자들의 의사가 표현되어 있다고 볼 수 없고, 공사중지기간을 표시하여 수정한 예정공정표를 제출한 사실만으로 변경계약의 청약이 있었거나 묵시적인 합의가 있었다고 볼 수는 없다…

따라서 계약당사자가 작성하거나 보관중인 문서 또는 서면이 계약문서로서 포함되고 법적 효력을 인정받기 위해서는 해당 공사계약에 대한 계약당사자의 의사 합치가 반영되어 있어야 한다는 점에 건설업체는 주목할 필요가 있다. 이러한 내용이 포함되어 있을 경우에만 계약문서로서의 법적 효력을 갖게 되고, 계약당사자간의 의사불일치나 계약

내용의 불분명, 클레임 또는 분쟁으로 비화되는 경우에 계약의 가장 중요한 해석기준이 된다. 이와 함께 공사계약과 관련한 상호간의 다양한 의사의 통지도 문서로서의 효력을 가질 수 있다고 공공조건이나 민간조건에서 규정하고 있으므로 외형상 계약문서로서 형태를 갖추지 못한 경우에 있어서도 계약당사자간에 공사계약에 관한 의사 및 합의 등이 교환된 사실이 있을 때에는 서면화하여 향후의 클레임이나 분쟁발생에 대비하는 것도 현명한 공정관리방법중의 하나가 될 것이다.

3) 계약의 공정성원칙

계약문서의 작성이 강조되는 것은 계약당사자간에 계약의 성립이나 내용을 둘러싼 이견이 있거나 상반되는 주장을 할 경우 계약당사자의 진정한 의사를 확인할 수 있고 그를 통해서 해당 계약으로 인한 클레임이나 분쟁을 조기에 명확하게 종식시킬 수 있다는 점이 있기 때문이다. 따라서 당사자의 의사표시가 계약문서에 어떻게 표현되어 있는가는 매우 중요한 문제이며, 나중에 보완자료나 소명자료 없이 계약문서에 명시되어 있는 내용과 상반되는 주장을 하는 것은 계약상대방이나 분쟁의 해결권한을 가진 제3자에게 받아들여질 수 없다. 이러한 계약당사자의 의사나 주장이 명확하게 표현되고 계약문서에 반영되어야 하는 것 못지 않게 공사계약에 있어서 중요한 것은 계약당사자의 진정한 의사가 계약상대방의 계약상 우월적 지위의 남용 등으로 인하여 왜곡되거나 제한되지 않아야 한다는 점이다. 특히 공공공사에 있어서 국가나 지방자치단체, 혹은 공공기관이 발주부처로서의 계약상 우월적 지위를 남용하여 계약상대자에 속하는 건설업체에게 일방적 내용을 담은 특약을 요구하는 일 등이 적지 않다.

《신의성실의 원칙에 따른 계약의 공정성(중재판정 제96111-0026호)》

…공사계약 특수조건 제13조 가의 단서 “제반조건에 명시되지 않은 사항은 발주부서의 해석 및 결정에 따른다”는 규정은 계약서상의 일종의 이른바 예문에 불과하고 또한 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 것이므로 그 효력이 없으며…

계약당사자의 의사표시는 착오나 사기·강박에 의한 경우에는 취소권을 행사할 수 있다. 형식상으로는 이러한 취소권 행사요건에 해당되지는 않더라도 계약당사자의 진정한 의사가 계약체결 및 이행과정에서 왜곡되거나 제한된다면 그와 같은 공사계약은 공정성

을 잃은 것으로서 당해 계약의 무효 또는 해당 조항의 효력이 부인된다. 그러나 공정성의 훼손은 실제 계약체결 및 이행과정에서 좀처럼 명백하게 노출되지 않는 특징을 가진다. 외관상 계약성립을 인정할 수 있을 때조차 그 안을 들여다보면 당사자의 자유로운 의사반영이 배제된 채 일방 당사자의 요구만이 계약의 내용을 차지하여 계약의 본질에서 벗어나 있는 경우가 적지 않다. 이러한 경우에는 계약에 관한 각종 자료 및 주변 상황을 고려하여 종합적으로 검토할 때 비로소 공정성훼손이라는 문제가 드러나게 된다. 계약의 공정성문제는 계약의 본질을 손상할 여지가 크기 때문에 계약의 진정한 성립마저 인정하기 힘든 경우도 있다.

관련 법령에서도 계약의 공정성에 대해서 명확하게 언급하고 있다. 건설법의 경우 ‘건설공사에 관한 도급계약의 당사자는 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결하고, 신의에 따라 성실하게 계약을 이행하여야 한다.’고 규정하고 있다(제22조 제1항). 국가계약법도 ‘계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다’고 명시하고 있다(제5조 제1항). 국가계약법시행령에서도 모법인 국가계약법의 규정을 구체화하여 ‘계약담당공무원은 계약을 체결함에 있어서 동법 시행령 및 관계법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다’고 규정하고 있다(제4조). 이처럼 공사계약과 관련한 여러 법령에서 계약의 공정성에 대하여 언급하고 있지만, 실제 계약체결과과정에서 제대로 지켜지지 않는 경우가 적지 않다. 계약당사자 상호간에 대등한 입장에서 계약이 공정하게 이루어질 것을 여러 차례 강조하고 있는 중재판정사례에서도 공정성의 강조 또는 공정성훼손에 대한 우려가 결코 기우가 아님을 알 수 있다.

《계약당사자(설계발주자)의 책임(중재판정 제96111-0067호)》

…설계비를 기준용역비보다 터무니없이 적게 정한 것은 설계 발주자의 요구에 의한 것이며, 설계발주자 측에서 기준설계 용역비의 15%의 금액으로 설계 및 감리계약을 체결토록 한 것은 당초부터 양질의 설계용역과 철저한 감리를 기대했다고 보기 어려우므로 어느 정도 설계 및 감리의 부실을 예견한 상태에 있었다고 봄이 타당하다…

공정성여부를 판단할 때의 기준으로서는 지체상금과 관련한 중재판정에서 다음과 같은 요소를 들고 있다. 계약당사자의 계약상 지위, 공사계약의 목적 및 내용, 국가계약법

상의 지체상금 제도를 예정한 동기, 전체 공사액에 대한 지체상금의 예정비율, 공사지체로 인하여 일방당사자가 받은 손해의 크기, 건설업계의 통상적인 거래관행 등 모든 사정을 참작하여야 한다.²⁶⁾ 또한 공사계약의 성공적 이행 여부는 계약당사자가 상호 대등한 입장에서 충분한 협의를 통하여 계약체결과 이행에 합심해야 가능하다. 즉, 국가계약법이나 건설법에서도 명시적으로 강조하고 있는 신의성실원칙에 반하는 지 여부도 공사계약의 공정성원칙을 사실상 침해하거나 위반하고 있는지를 판단하는 하나의 기준이 될 수 있을 것이다.

《일방적 의사에 의한 계약내용의 결정(중재판정 제99111-0020호)》

…실시설계요율에 대하여 신청인과의 사이에 사전 상호협의 및 합의가 없었다는 점은 발주자의 일방적인 의사결정의 한 단면을 보여주고 있는 바, 앞으로 국내 건설산업에서 계약과 클레임의 수준 향상을 위하여서도 개선되어야 할 사항이며…

이러한 계약의 공정성이 침해되는 사례는 계약의 체결시에 국한되어 발생하는 것은 아니다. 계약체결 및 이행과정 전반에 걸쳐 야기될 수 있다. 대부분 장기간에 걸친 공사의 경우 계약의 이행과정에서도 발주기관이 자신에게 유리한 특약을 요구하고 상대방이 이를 거부할 경우 1차 분 공사에 대한 준공을 시키지 않은 등의 방법으로 공사기성금을 수령하지 못하게 하여 자금압박을 받게 하고, 나아가 2차분 공사의 계약을 체결할 수 없게 되는 등 더 이상 다음공사를 진행할 수 없는 궁박한 상황으로 몰고 가는 경우도 현실적으로 등장하고 있다.²⁷⁾ 계약체결시나 이행시에 공사계약의 공정성이 침해되거나 훼손되었다는 분명한 사유가 있을 경우 계약당사자는 그 효력을 부인하거나 개정을 요구할 수 있다.

《이의부제기확약의 효력(중재판정 제01111-0051호)》

…신청인이 총괄계약의 변경시 계약금액 증액신청을 하지 아니하고 포기한 채 계약변경에 대하여 하등의 이의를 제기하지 않을 것을 확약한 바 있더라도 합의서상 신청인만이 서명하도록 되어 있고 합의서가 ‘당사는 귀사와 …계약 체결하여 시공(수행) 중에 있는 상기에 대하여 다음과 같이 계약내용이 변경됨에 합의하고 하등의 이의를 제

26) 중재 제01111-0094호의 내용 가운데 언급되어 있다.

27) 중재 제01111-0102호의 사례에 여기에 해당한다.

기치 않고 계약자로서 의무를 성실히 이행할 것을 약속합니다. 합의내용(중략) ○○ 경리관 귀하와 같은 부동산자로 인쇄된 경우에 있어서 공사계약금액 등의 변경시에는 피신청인측에서 이를 일방적으로 징구하여 온 사안에서는 신청인의 이의부제기 약속 또는 계약금액 증액신청권의 포기는 그 효력이 없다...

공정성원칙은 국가계약법이나 건설법 등에서 명시적으로 규정하고 있다. 이러한 규정은 단순한 선언적 의미의 효력만을 갖는다고 보아서는 안될 것이다. 공공공사에 적용되는 국가계약법은 자체적으로 규정을 갖고 있으면서도 동법시행령에서도 반복하여 규정하고 있는 것은 그 만큼 계약의 공정성원칙이라는 것이 실질적인 의미와 중요성을 갖고 있기 때문이다. 이러한 계약의 공정성원칙은 계약의 체결 및 성립과정에서 관련법령의 위반 여부를 가늠하는 잣대로서 그 적용이 한정되는 것은 아니다. 법의 일반원칙으로서 관련법령의 입법 및 해석에 기준으로서의 효력도 가진다고 보아야 한다. 따라서 구체적인 사안에 있어서도 계약서의 합의내용을 해석하거나 적용함에 있어서 상위의 효력을 가진다고 해석된다. 공정성원칙에 반하는 계약조항이나 합의는 그 효력을 인정받을 수 없다.

건설업체가 공사계약의 공정성원칙과 관련하여 주목할 것은, 이러한 공정성원칙에 반하거나 일방당사자가 계약상의 우월적 지위를 남용하여 계약을 체결한 경우 계약성립의 부당성을 충분히 소명할 자료를 보관하거나 이의를 제기하지 않으면 자신의 권리를 인정받는다라는 것이 현실적으로 용이한 것만은 아니라는 사실이다. 건설현장에서 실제로 발주처의 우월적 지위나 강요에 의해서 변경계약을 체결했다 하더라도 분쟁의 해결과정에서 발주처의 우월적 지위나 강요를 입증하기가 쉽지 않기 때문이다. 그러므로 중재판정의 사례에서 볼 수 있듯이, 국가 등 발주처로부터 계약금액 감액요구가 있을 경우 계약상대자인 건설업체는 그와 같은 요구의 부당성을 적극적으로 소명하고 이의를 제기할 것이 요구된다. 중재를 신청한 시공사가 계약금액을 감액하는 변경계약을 체결하면서 다시 '변경계약 체결에 동의하는 것은 아니며 이에 대한 다툼은 중재판정에 의한다'는 의사를 명시적으로 표명하는 경우와 같은 변경계약 체결과 관련한 신청인의 일련의 대응은 분쟁을 해결하는데 있어서 바람직한 조치로서 평가될 수 있을 것이다.²⁸⁾

4) 적용법규

계약의 해석 및 적용은 '법률 불소급의 원칙'에 따라 계약당시의 법령에 의거하여 해야 한다. 이러한 법령 외에 당사자간 계약문서에 해당하는 공공조건이나 특수조건 등이

28) 채완병, '계약일정의 변경과 물가변동에 따른 계약금액의 조정', 중재, 2003·가을(제309호), 128면.

계약이행 중에 변경될 경우에도 그 내용의 변경여부와 상관없이 계약당시의 내용에 따라 계약적 효력의 여부를 판단해야 한다. 관련 법령이나 공공조건 등이 개정되는 경우 이와 같은 내용을 부칙에서 명시하고 있는 경우가 대부분이다.

《분쟁판단의 적용법규(중재판정 제99111-0020호)》

…관련 법령 등에 의거하여 판단하여야 하되, 기준이 되는 것은 공사계약 당시의 법령 등에 근거하여 판단해야…

《계약당시의 법령 적용(중재판정 제01111-0057호)》

…공사계약일반조건 제22조 제1항에 “물가변동으로 인한 계약금액의 조정은 (국가계약법)시행령 및 시행규칙에 정한 바에 의한다”고 위임하는 규정이 있더라도, 계약은 계약당시에 그 계약의 목적이 확정될 수 있어야 하고, 당사자 사이에 특별한 합의가 없는 한 계약금액의 조정당시인 1999.6.22. 당시의 시행령 및 시행규칙이 적용된 이 사건 변경도급계약의 내용이 된다 할 것이고, 계약금액 감액변경의 합의를 적법하게 유도한 당시의 시행령과 시행규칙은 당사자 합의 당시 자유로운 계약당사자의 의사의 일치를 가져온 근거로서 입법의 목적을 달성했다 할 것이고, 그 이후의 새로운 시행령과 시행규칙은 새로운 당사자 사이의 의사합치가 없는 한 계약에 영향을 무조건적으로 미칠 수는 없다 할 것이다…

실제 공공공사의 계약문서로서 가장 많이 사용되고 있는 공공조건은 그 법적 성격이 회계예규이다. 법령이 아니기 때문에 형식적 의미에 있어서 계약당사자에 대한 구속력은 없다. 그러나 공공조건이 계약내용에 관한 당사자간의 의사를 사전에 정형화시켜 놓은 것으로 공사계약의 내용으로 편입되기 때문에 당사자의 의사가 우선되는 계약의 특성상 계약당사자를 구속하는 효력을 갖게 되는 것이다.

《공사계약일반조건의 법적 효력(중재판정 제01111-0057호)》

…공사계약일반조건은 회계예규로서 그 법적 성격이 법령에 근거하여 국민의 권리·의무에 대한 사항을 규정한 법규명령이 아니라, 관련 행정기관 및 그 직원에 대하여 직무권한 행사의 지침을 정한 행정조직 내부에 있어서의 행정규칙이다. 국가를 당사

자로 하는 계약에는 특별한 사정이 없다면 국가와 건설업체 사이에 체결된 공사도급계약에 관하여 위 계약에 편입되어 계약의 일부분을 구성하는 것이다...

때로는 분명한 적용법규가 없거나 계약문서상에 해당 사항이 기재되어 있지 않은 경우 관련 규정을 준용하는 경우도 있을 수 있다.

《관련 규정의 준용(중재판정 제01111-0102호)》

...하나의 도급계약으로 이루어진 공사에서 토공사와 같이 토목공사와 건축공사에서의 공사의 수행방법이 유사 또는 동일하거나 공사 성격의 구분이 어려운 경우에 건축공사의 특기시방서의 계약금액조정불가 규정을 토목공사에도 준용하는 것이다...

또한 해당 법규의 직접 적용을 받는 대상이 아닌 경우에도 해석에 의하여 적용범위에 포함될 수 있는 경우도 있다. 이러한 해석은 가능한 한 당사자의 진정한 의사가 무엇인가를 고민하여 구체적 타당성있는 결론에 도달하려는 시도로 보이며 타당한 계약해석의 방향이라고 보여진다.

《계약내용에의 편입(중재판정 제01111-0093호)》

...국가계약법을 직접 적용 받는 대상이 아니라 해도 입찰 및 계약업무를 기본적으로 국가계약법이 정하는 절차와 내용에 기초하여 추진하였음이 인정될 수 있는 경우 국가계약법이 계약의 내용으로 편입토록 성립되었다고 해석하는 것이 당사자의 의사에 합치하는 합리적인 해석이라고 보여진다...

만일 업계의 관행을 이유로 자신의 행위를 정당화하려는 경우에는 그와 같은 관행이 건설업계에서 법적 확신을 가지고 수용되고 있음을 신청인이 증명해야할 책임이 있다고 할 것이다. 따라서 이러한 부분을 충분히 입증하지 못할 경우에는 관행에 따랐다는 것이 면책을 주장하는 근거가 될 수는 없다.

《관행의 주장요건(중재판정 제99111-0020호)》

...입찰안내서 설계도서작성지침에 필요한 경우 또는 발주자의 지시에 따라, 상세시공도

등 제반자료를 해당공사 시행 전에 제출토록 명시되어 있고, 시공상세도의 작성은 건설기술관리법령의 의무화규정 신설 이전부터 필수적으로 요청되어 왔던 사항인 것은 사실이다. 다만, 계약당시의 법령이나 국내 건설공사 수행의 관행상 시공자가 필요시 또는 발주기관의 요구에 따라 자체적으로 작성하는 간이상세도 수준이었는데, 건설기술관리법령의 개정으로 구조기술사급의 기술사가 확인한 도면 수준의 시공상세도의 작성이 요구되었다는 현실론도 이유가 있다. 그러나 시공상세도 작성과 관련하여 법령 개정전과 비교하여 추가된 업무에 대한 구체적 내용과 범위(작성도면 수량 등)에 대해서는 신청인이 구체적인 증거를 제시하지 못하고 있으므로, 건설기술관리법령의 의무화규정 신설 이전부터 공사를 수행하는 과정에서 필수적으로 행해지던 시공상세도의 작성 내용 이외의 추가적인 업무의 정량화가 가능한 방법이 없어 시공자의 주장을 수용하기 곤란하며...

한편 이러한 공정성원칙은 법령의 해석 과정에서도 어떻게 적용되는가를 보여주는 대표적 중재판정사례가 있어 소개하면 다음과 같다. 일반적 법리에 의하면 ‘할 수 있다’고 법령이 명시하고 있을 경우 임의규정으로 해석되지만, 그와 같은 경우에도 국가계약법 등 관련 법령의 기본원칙과 정신을 반영하여 해당 규정의 진정한 입법취지가 무엇인가를 파악하여 구체적 사안에 적용해야 한다는 입장을 표명한 사례이다.

《임의규정 여부(중재판정 제01111-0037호)》

...물가변동으로 인한 계약금액의 조정과 관련하여 계약체결 후 개정된 ‘국가계약법 시행규칙(1999.9.9공포)’ 부칙 제4조 제1항이 ‘공포한 날부터 시행한다...부칙 제4조 제2항에는 이 규칙 시행일 현재 계약의 이행이 진행 중에 있는 때에는 제1항의 규정을 적용할 수 있다... 부칙 제4조 제2항이 반드시 적용되어야 하는 것은 아니고 발주자의 예산사정 등을 감안하여 발주자에게 조정할 수 있는 권능을 부여한 것에 불과하다고 주장하나 국가계약법 제5조(계약의 원칙) 제1항에서 “계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다”고 규정하고 있는 점을 감안하여 부칙 제4조 제2항이 발주자의 사정에 따라 일방적으로 조정 권능을 부여한 것으로 볼 수 없다...

또한 국가계약법 시행규칙 부칙 제4조 제1항 본문 단서에서 ‘계약당사자간에 특약이

있는 경우'에는 그 적용을 배제하도록 규정하고 있는 바, 시행규칙 시행 후에 발주자측이 주장하는 조정금액을 바탕으로 하여 변경계약을 체결한 것은 당사자간에 특약이 있는 경우라고 보아야 한다는 주장에 대하여 중재판정부는 해당 계약에 적용되는 법령 등을 종합적으로 고려하여 판단을 내리고 있다. 즉, 국가계약법 시행령 제4조(계약의 원칙)에서 '계약을 체결함에 있어 국가계약법과 시행령 및 관계법령에 규정된 계약상대자의 계약상의 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 안된다'고 규정하고 있다는 점과 회계 45101-475(1993.5.31.)에서 '물가변동에 의한 현행 국가계약법 제19조 및 동법시행령 제64조 규정에 의한 계약금액조정은 의무사항으로서 계약당사자간에 동 계약금액조정을 배제하는 특약을 규정하는 것은 국가계약법령의 규정에 위배된다'라고 유권해석을 하고 있다는 점 등을 감안할 때 시행규칙 시행 후에 발주자측이 주장하는 조정금액을 바탕으로 하여 변경계약을 체결한 것을 당사자간에 특약이 있는 경우라고 볼 수는 없다고 한 것이다.²⁹⁾

이러한 중재판정부의 입장은 계약자간에 실질적으로 대등한 입장에서 계약이 체결되고 이행되기를 바라는 국가계약법시행규칙의 상위 모법인 국가계약법 및 동법시행령의 기본원칙을 충분히 반영시킨 것으로 합리적인 해석이라고 보여진다. 법령의 해석을 기본적으로 엄격하게 행해져야 한다. 그렇지 않을 경우 법률관계가 불명확해질 수 있어 거래의 안정성을 해칠 우려가 크기 때문이다. 그러나 공정성원칙과 같은 본질적이고 상위의 법기준을 적용할 때에 지나치게 문언에 얽매인다면 구체적 타당성을 잃기가 쉬울 것이다. 따라서 중재판정부는 계약체결 및 이행의 현실을 잘 반영한 것으로 볼 수 있다. 향후 국가도 국가계약법시행규칙이나 회계예규의 개정에서 국가계약법 등 모법의 기본적 정신을 훼손하거나 계약상 우월적 지위가 남용되는 경우가 발생하지 않도록 주의 기울일 필요가 있을 것이다.

이상의 검토를 통하여 알 수 있듯이 건설업체는 계약체결당시의 국가계약법이나 건설법 등 관련 법령의 내용을 충분히 숙지한 바탕 위에서 계약내용에 관한 자신의 주장을 분명하게 제시해야 한다. 또한 공공조건이 공공공사에서 계약문서로서 사실상 구속력을 갖고 있는 것은 그 자체의 법적 형식에 의한 것은 아니다. 계약자유의 원칙에 입각한 당사자의 의사를 우선하는 법 원칙상 공공조건은 당사자의 의사합치가 표현된 계약문서로 편입된 것으로 보기 때문에 당사자를 구속하는 사실상의 규범적 효력을 갖게 되는 것이다. 따라서 공공조건이 계약상대자인 건설업체의 주장이나 본래 의도하였던 계약내용과 상반되거나 차이가 있을 때는 수정 또는 기타 계약문서 속에 특약 등

29) 중재판정 제01111-0037호

으로 포함시키도록 해야 한다. 만일 발주부서가 계약상 우월적 지위를 남용하여 계약 상대자인 건설업체의 정당한 주장을 계약내용에 포함시키는데 거부 또는 반대할 경우에는 앞서 언급한 계약의 공정성원칙의 위반 여부를 검토해야 할 것이다. 그 외 건설업체는 부적절한 건설관행으로부터 과감하게 탈피하여 공사관련 법령의 준수와 공정성원칙에 입각한 계약문서를 중시함으로써 향후 건설클레임이나 분쟁발생시 합리적 주장 근거를 확보하는 데 어려움이 없도록 해야 한다.

5) 계약당사자

일반적으로 계약당사자는 계약문서에 도급인 또는 수급인으로서 서명날인한 자를 말한다. 만일 계약문서상의 명의자와 실제 계약체결을 담당한 자가 다른 경우라면 계약당사자가 누구인가에 따라 계약의 성립 및 이행과 관련하여 발생하는 모든 권리와 의무의 최종 귀속주체가 달라질 수 있기 때문에 진정한 계약당사자를 확정할 필요가 있다. 민간공사의 경우는 발주자와 시공자간에 공사도급계약이 체결되기 때문에 문제의 여지가 별로 없으나, 공공공사의 경우 실제 발주기관과 계약체결기관이 다르다면 분쟁해결을 위한 조정이나 중재 또는 소송절차를 밟을 때 당사자적격이 문제가 될 수 있다. 주로 건설업체와 국가기관인 조달청의 분임계약관이 당사자로 되어 시설공사도급계약을 체결된 경우가 전형적인 예라고 할 수 있는데, 이에 대하여 중재판정부는 공공공사의 경우 국가를 진정한 계약당사자로 보고 있다.

《공공기관이 발주한 경우 계약당사자(중재판정 제01111-0070호)》

...동 계약의 실제 시행자인 도시개발공사가 『국가를당사자로하는계약에관한법률』과 『조달사업에관한법률시행령』에 따라 그 소관에 속한 공사계약체결을 조달청장에게 위탁함으로써 조달청의 계약담당공무원이 이를 수행한 것임이 인정되는 때에는 관계법령에 따른 위탁사무처리가 아닌 대리에 의하여 계약을 체결하였다는 명확한 증거가 없는 한 도시개발공사가 계약의 수익자로 되는 것과 상관없이 어디까지나 동 계약의 당사자는 국가인 피신청인이라고 할 것이다...

《지자체가 발주한 경우 계약당사자(중재판정 제01111-0100호)》

…실제 건축될 건물이 ○○시 소유가 될 건물인 경우를 보더라도, 해당 공사계약이 ‘조달사업에 관한 법률’ 제2조, 제5조, 제8조 및 동법 시행령 제15조 등의 규정에 의거하여 체결된 것이라면 수요기관인 ○○시가 조달청장에게 계약의 체결을 요청하여 신청인들과 대한민국의 기관인 조달청장 사이에 계약이 체결되었음을 알 수 있다. 지체상금에 관한 문제도 역시 도급계약서와 공사계약일반조건 제25조의 규정에 따라 계약당사자인 조달청장이 부과하고 조달청장에게 귀속되는 것인 바, 만일 지체상금의 부과가 잘못되어 그 반환을 구하려면 계약당사자로서 지체상금을 부과하여 취득한 대한민국만을 상대로 할 것이지 계약당사자도 아니고 지체상금도 부과한 일이 없는 ○○시를 상대로 할 수는 없는 것이라고 판정한 사례도 있다.³⁰⁾

따라서 건설업체는 공공공사의 경우 계약의 진정한 상대방은 발주 실무부서가 아니라 계약담당공무원이 속한 국가(대한민국)라는 사실을 분명하게 인식하고 각종 재판의 분쟁해결절차나 소송 등을 이용할 때 형식적 요건의 하자로 인하여 기각당하는 일이 없도록 세심한 주의가 필요하다.

〈표 V-1〉 계약체결단계 건설업체 대응방안

계약단계	클레임 사유	대응방안
계약체결	계약문서의 작성 및 보관	-계약서, 설계서, 유의서, 공사계약일반조건, 공사계약특수조건 및 산출내역서, 각종 통지문서 등 계약문서의 작성 및 보관 -당사자간 합의사항 등의 문서화 -계약당사자간의 의사불일치나 계약내용의 불분명, 클레임 또는 분쟁 시 증거서류 및 해석기준으로 기능
	공정성원칙 위반	-계약상대방에 계약상 우월적 지위의 남용 등으로 인하여 왜곡되거나 제한될 경우 해당 조항의 무효 주장의 근거로 활용 -당사자의 계약상 지위, 공사계약의 목적 및 내용, 전체 공사액에 대한 지체상금의 예정비율, 공사지체로 인하여 일방당사자가 받은 손해의 정도, 건설업계의 거래관행, 신의칙 등을 고려하여 위반 여부 판단 -입증자료의 작성 및 보관·유지 필요
	관계법령의 제·개정	-법률 불소급의 원칙 적용에 따른 계약당시의 법령 숙지 및 이후 법령 제·개정에 의한 소급효 확인 필요 -관계 법령의 제·개정 동향과 시행관련 부칙조항 숙지 필요 -관계 부처에의 질의회신을 통한 유권해석 확보 및 활용
	당사자 적격	-국가계약법령이 적용되는 공공기관이나 지자체가 발주자인 경우 담당부서나 기관이 아닌 국가가 당사자적격 보유

30) 이와 동일한 결론을 내린 중재판정사례로는 중재 제01111-0102호, 판례로는 대법원 1994.8.12.선고, 92다 41559판결 등이 있다.

3. 공사계약이행단계의 주요 건설클레임사유와 건설업체 대응방안

1) 설계변경

① 설계변경사유

설계변경은 공사계약의 이행과정에서 빈번하게 일어나는 계약내용의 변경사유라고 할 수 있다. 공공조건 등에서는 설계변경사유를 다음과 같이 열거하여 규정하고 있다(공공조건 제19조).

- i)설계서의 내용이 불분명하거나 누락, 오류 또는 상호 모순되는 점이 있을 경우
- ii)지질, 용수 등 공사현장의 상태가 설계서와 다를 경우
- iii)새로운 기술·공법사용으로 공사비의 절감 및 시공기간의 단축 등의 효과가 현저할 경우
- iv)기타 발주기관이 설계서를 변경할 필요가 있다고 인정할 경우 등

설계변경이 필요한 경우를 비교적 상세하게 규정하고 있다고 생각되지만, 각각의 요건들을 자세히 들여다보면 구체적인 사안에 적용하기 위해서 또 다시 해석이 필요함을 알 수 있다.

《설계변경사유의 해당여부(중재판정 제99111-0020호)》

...터널굴착공사에서 강지보공과 Rock Bolt설치에 대하여는 사전에 예상하고 증감이 있을 것을 대비하여 신청인이 준비하였어야 할 기본적인 사항이므로 이는 설계변경사유에 해당하지 않는다. 즉 공사구간과 공사조건상 외부로부터 변경조건이 도래된 것이 아니고 공사 그 자체에서 일어나는 자연스러운 변경조건은 경험 있는 수급인으로서 입찰당시부터 사전에 대비할 수 있었던 사항이며...

설계변경의 시기와 관련해서는 시공 전에 필요한 부분의 설계변경을 완료하도록 하고 있다. 다만, 계약담당공무원은 공정이행의 지연으로 품질저하가 우려되는 등 긴급하게 공사를 수행할 필요가 있는 때에는 계약상대자와 협의하여 설계변경의 시기 등을 명확히 정하고, 설계변경을 완료하기 전에 우선 시공을 하게 할 수 있다(공공조건 제19조 제3항).

따라서 건설업체는 설계변경과 관련한 건설클레임이나 분쟁에 대비하기 위해서는 공공조건 등 계약문서 외에도 각종 자료나 현장 상황 등을 종합적으로 검토하여 설계변경 허용여부를 판단해야 할 것이다. 주의할 점은 이러한 판단에 있어서 중재판정 사례를 보면 경험 있는 공사관계자의 주의의무도 설계변경에 해당하는 사항인지 여부를 판단하는데 중요한 요소로 반영시키고 있다는 점이다. 설계변경의 인정여부는 공사계약에서 있어서 불가피한 경우도 많지만, 공사대금과 직접적인 관련성을 가지므로 민감한 사안일 수밖에 없으므로 계약담당공무원에게 설득력을 얻을 수 있는 충분한 자료 등의 확보가 전제된다는 점은 재삼 강조할 필요가 없을 것이다.

② 설계변경절차

설계변경은 추가공사대금이나 지체상금 등 계약당사자의 경제적 이해관계가 걸려 있는 민감한 사안이기 때문에 공공조건 등에서는 아래에서 보는 바와 같이 설계변경 사유별 절차를 비교적 상세하게 규정함으로써 계약당사자 간의 갈등이나 분쟁 등을 최소화하려는 취지를 분명히 하고 있다.

우선 계약상대자가 공사계약의 이행중 설계서 자체에 문제가 있는 것(설계서의 내용이 불분명하거나 설계서에 누락·오류 및 설계서간에 상호모순 등)을 발견하였을 때에는 다음과 같은 절차를 거쳐 설계변경을 하도록 공공조건 제19조의 2는 규정하고 있다.

계약상대자인 시공사가 설계서의 문제점 발견 ⇒ 시공사가 설계변경이 필요한 부분의 이행 전(前)에 당해 사항에 관한 서류작성 ⇒ 공사감독관 경유 ⇒ 계약담당공무원에게 통지 ⇒ 통지수령 즉시 계약담당공무원은 설계변경 등 필요조치

이때 계약담당공무원이 설계변경 여부를 결정할 때의 구체적 방법은 공공조건 제19조의 2 제2항과 제3항에서 다음과 같이 규정하고 있다. 다만 iii)과 iv)의 경우 추정가격이 1억원 미만인 공사, 수의계약공사, 일괄입찰 실시설계·시공입찰공사, 대안 입찰공사에는 적용하지 않으나, 설계도면과 공사시방서가 상호모순되는 경우에는 관련 법령 및 입찰에 관한 서류 등에 정한 내용에 따라 우선 여부를 결정하여야 한다.

i)설계서의 내용이 불분명한 경우(설계서만으로는 시공방법, 투입자재 등을 확정할 수 없는 경우)에는 설계자의 의견 및 발주기관이 작성한 단가산출서 또는 수량산출

서 등의 검토를 통하여 당초 설계서에 의한 시공방법·투입자재 등을 확인하고 이를 기준으로 설계변경 여부를 결정

- ii) 설계서에 누락·오류가 있는 경우에는 그 사실을 조사 확인하고 계약목적물의 기능 및 안전을 확보할 수 있도록 설계서를 보완
- iii) 설계도면과 공사시방서는 서로 일치하나 물량내역서와 상이한 경우에는 설계도면 및 공사시방서에 물량내역서를 일치
- iv) 설계도면과 공사시방서가 상이한 경우로서 물량내역서가 설계도면과 상이하거나 공사시방서와 상이한 경우에는 설계도면과 공사시방서중 최선의 공사시공을 위하여 우선되어야 할 내용으로 설계도면 또는 공사시방서를 확정된 후 그 확정된 내용에 따라 물량내역서를 일치

다음으로 공사현장의 상태(공사의 이행중 지질, 용수, 지하매설물등)가 설계서와 다른 경우에는 공공조건 제19조의 3에서 다음과 같은 절차를 규정하고 있다.

계약상대자인 시공사가 문제점 발견 ⇒ 지체없이 현장상태 기재서류 작성 ⇒ 공사감독관 경유 ⇒ 계약담당공무원에게 통지 ⇒ 통지수령 즉시 계약담당공무원은 설계변경 등 필요조치

또한 계약상대자가 새로운 기술·공법(발주기관의 설계와 동등이상의 기능·효과를 가진 기술·공법 및 기자재 등을 포함)을 사용함으로써 공사비의 절감 및 시공기간의 단축 등에 효과가 현저할 것으로 인정하는 경우의 설계변경절차는 공공조건 제19조의 4에서 다음과 같이 규정하고 있다.

계약상대자인 시공사의 현저한 효과에 관한 증빙 서류(제안사항에 대한 구체적인 설명서, 제안사항에 대한 산출내역서, 수정공정예정표, 공사비의 절감 및 시공기간의 단축효과, 기타 참고사항) 작성 ⇒ 공사감독관 경유 ⇒ 계약담당공무원에게 설계변경요청 ⇒ 계약담당공무원의 검토 ⇒ 새로운 기술·공법 등의 범위와 한계에 대하여 이의가 있을 경우 설계자문위원회에 청구하여 심의 ⇒ 계약상대자에게 결과통지(계약담당공무원의 결정에 대한 이의제기 불가) ⇒ 승인시 계약상대자는 지체없이 시공상세도면을 공사감독관 경유하여 계약담당공무원에게 제출

새로운 기술·공법의 개발에 의한 설계변경은 계약담당공무원과 시공사의 입장차이가 큰 경우가 다수 발생하기 때문에 절차를 보다 세분화하고 있다. 국가는 건설업의 발전을 위하여 시공사로 하여금 새로운 기술·공법의 개발을 권장해야 하겠지만, 무분별한 설계변경사유로서의 남용이나 시공사의 책임회피의 한 수단이 되는 폐해를 방지하기 위하여 새로운 기술·공법의 개발에 의한 설계변경 후 동기술·공법에 의한 시공이 불가능한 것으로 판명된 경우에는 시공에 소요된 비용을 발주기관에 청구할 수 없도록 하고 있다. 또한 새로운 기술·공법³¹⁾의 사용을 위한 설계변경은 공사비의 절감 및 시공기간의 단축 등에 효과가 현저할 경우에만 인정된다. 여기서 ‘현저하다’는 의미는 구체적인 사안마다 다르겠지만, 중재판정사례에서는 판단기준으로서 공사비의 절감, 시공기간의 단축효과, 그 당시 불가피한 사유 등이 제시하고 있다는 점을 참고할 필요가 있다.

《기술개발보상제도의 취지(중재판정 제99111-0020호)》

…국가계약법 시행령 제65조에 의거한 기술개발보상제도의 취지는 새로운 기술, 공법 등(정부설계와 동등이상의 효과를 가진 기술, 공법, 기자재 등을 포함)을 사용한 경우에 혜택을 주는 것으로서, 이로 인하여 공사비의 절감, 시공기간의 단축 등에 효과를 가진 경우를 의미하고…이러한 공법변경의 타당성을 검토함에 있어서는 ‘그 당시로서 불가피한 사유’도 판단의 요소로 적용되며…

설계변경은 이상의 사유 외에도 당해공사의 일부변경이 수반되는 추가공사의 발생, 특정공종의 삭제, 공정계획의 변경, 시공방법의 변경, 기타 공사의 적정한 이행을 위한 변경 등 발주기관의 필요에 의하여 이루어지기도 하며, 이러한 사유에 의한 경우는 공공조건 제19조의 5에서 다음과 같이 규정하고 있다.

계약상대자에게 계약담당공무원이 서면통보 ⇒ 계약상대자의 검토 후 이행가능 여부 ⇒ 공사감독관 경유 ⇒ 계약담당공무원에게 서면으로 통지

31) 발주기관의 설계와 동등이상의 기능·효과를 가진 기술·공법 및 기자재 등을 포함함.

계약담당공무원은 설계변경사항이 목적물의 구조변경 등으로 인하여 안전과 관련이 있는 때에는 하자발생시 책임한계를 명확하게 하기 위하여 당초 설계자의 의견을 들어야 한다. 또한 계약담당공무원은 설계서의 불분명, 현장상태와 설계서의 상이, 발주기관의 필요 등에 의하여 설계변경을 하는 경우 계약상대자로 하여금 일정한 사항을 공사감독관을 경유하여 제출하게 할 수 있다. 여기서 ‘일정한 사항’이란, i) 당해공종의 수정공정예정표, ii) 당해공종의 수정도면 및 수정상세도면, iii) 조정이 요구되는 계약금액 및 기간, iv) 여타의 공정에 미치는 영향 등을 말하며, 이 경우 계약상대자는 이에 응하여야 한다(공공조건 제19조의7). 계약담당공무원은 당초의 설제도면 및 시공상세도면을 계약상대자가 수정하여 제출하는 경우에는 그 수정에 소요된 비용을 계약상대자에게 지급하여야 한다. 이러한 설계변경은 공사비의 추가문제와 직결되기 때문에 계약당사자간에 이해관계가 대립되기 쉽다. 따라서 분쟁발생의 원인이 되기 쉬울 뿐만 아니라 자신의 주장에 대한 명확한 관련 자료들을 확보해놓지 않으면 추가공사비의 청구가 어려워질 수 있을 것이다.

《자료의 유지의 필요성(중재판정 제95111-0043호)》

...신청인은 설계미비로 현장조건이 불일치함을 발견하고 이를 감리자에게 즉각 통지하여 주었으며 공사도중에도 설계미비점을 발견하여 서면 통지하였으므로 추가공사비 전액을 지급받아야 한다고 주장하나, 신청인의 주장을 뒷받침할 증거가 없으므로 이를 믿을 수 없으며...

따라서 건설업체는 공사계약의 이행과정에서 건설클레임 혹은 분쟁원인으로 가장 빈번하게 등장하는 설계변경과 관련하여 그 절차를 준수하고 관련 자료를 확보하여 준공 후까지 보관할 필요가 있다. 지장물, 암반조건 등에 대한 충분한 조사 및 분석을 위하여 시간 및 비용을 확보하기가 쉽지 않으며, 환경문제로 인한 민원의 제기나 정책이나 관련 법제도의 변경 등으로 설계변경이 요구되는 경우가 적지 않기 때문이다. 사전에 이러한 사유의 충분한 검토결과를 바탕으로 설계가 이루어지면 가장 바람직하겠지만, 현실적인 어려움이 따르는 만큼 건설업체로서는 사후적 대비를 위하여 설계변경사유에 대한 자료나 계약담당공무원과의 각종 의사교환내용 등을 확보하여 추후의 설계변경 정당성이나 계약금액의 조정 청구시에 적극 활용하도록 해야 한다.

③ 설계변경으로 인한 계약금액의 조정

모든 경우의 설계변경이 계약금액의 조정을 필요로 하는 것은 아니다. 그러나 설계변경으로 인하여 시공방법의 변경, 투입자재의 변경 등 공사량의 증감이 발생하는 경우에는 계약담당공무원이 계약금액을 조정하여야 한다고 공공조건 제20조는 규정하고 있다. 또한 신기술 및 신공법에 의한 설계변경의 경우에는 당해 계약금액을 감액하지 않는다.

《품셈적용과 계약금액의 관계(중재판정 제99111-0046호)》

…품셈 적용은 설계변경시점에서 도급자와 수급자가 계약을 공평하게 하기 위한 유일한 기준으로서 품 자체가 바뀌었다고 자동적으로 계약금액이 변경되는 것은 아니며…

설계변경에 따른 계약금액의 조정기준을 살펴보면 다음과 같다. 증감된 공사량의 단가는 계약단가로 한다. 다만, 계약단가가 예정가격단가보다 높은 경우로서 물량이 증가하게 되는 경우 그 증가된 물량에 대한 적용단가는 예정가격단가로 한다. 산출내역서에 없는 품목 또는 비목(동일한 품목이라도 성능, 규격 등이 다른 경우를 포함)의 단가는 설계변경 당시를 기준으로 산정한 단가에 낙찰률(예정가격에 대한 낙찰금액 또는 계약금액의 비율)을 곱한 금액으로 한다. 이때 ‘설계변경 당시’란 설계도면의 변경을 요하는 경우에는 변경도면을 발주기관이 확정 한 때, 설계도면의 변경을 요하지 않는 경우에는 계약당사자간에 설계 변경을 문서에 의하여 합의한 때를 말한다.

《재설계비의 산정기준(중재판정 제99111-0020호)》

…기존 설계조건에 개정된 시방서를 적용하는 조건이 추가되어 전면 재설계가 불가피했고 기존단면을 유지하기 위해 구조검토가 추가되어 설계의 업무난이도가 증가되었다는 주장에 대하여, 적절한 반대증거의 제시 없이 신시방에 의한 재설계비를 50%와 30%로 적용하는 것은 비현실적이며… 『엔지니어링사업대가 기준』도 기획 및 설계의 난이도, 비교설계의 유무 등의 사항들을 참작하여 요율을 조정할 수 있도록 규정하고 있다…예정공사비가 있었기 때문에 계약금액의 비율을 낙찰율로 정할 수 있다는 주장은 국가계약법 제7조의 2에서 …일괄입찰 및 …에 있어서는 예정가격을 작성하지 아니한다고 규정하고 있으므로 실시설계비에 낙찰율을 적용하는 것은 합당하지 않으며…

만일에 발주기관이 설계변경을 요구한 경우(계약상대자의 책임없는 사유로 인한 경우를 포함)에는 증가된 물량 또는 신규비목의 단가는 설계변경당시를 기준으로 하여 산정한 단가와 동 단가에 낙찰율을 곱한 금액의 범위 안에서 발주기관과 계약상대자가 상호 협의하여 결정한다. 신기술 및 신공법에 의한 설계변경의 경우에는 당해 절감액의 50/100에 해당하는 금액은 감액하지 않는다. 계약금액의 증가분에 대한 간접노무비, 산재보험료 및 안전관리비등 승율비용과 일반관리비 및 이윤은 산출내역서상의 간접노무비율, 산재보험료율 및 안전관리 비율 등의 승율비용과 일반관리비율 및 이윤율에 의하되 관계법령 및 재정경제원장관이 정한 율을 초과할 수 없다. 다만, 중재판정사례를 보면 단순히 공기가 연장되었다고 하여 연장된 공기에 비례하여 하도급관리요원에 대한 간접노무비를 인정해주는 것이 아니라 개별 사안에 따른 판단이 이루어져야 하는 것으로 보고 있다.

《공기연장에 따른 비용산정기준(중재판정 제01111-0061호)》

…하도급업체 관리요원은 공기가 연장되는 만큼 비례적으로 투입되는 것이 아니라 구체적으로 개별적인 경우의 공기연장 이전 또는 이후에 해당 하도급공사가 실제로 진행되었는지 여부에 따라 투입여부가 결정되는 것이다. 따라서 하도급공사에 관한 관리를 잘하였더라면 공기연장과는 무관하게 하도급업체 관리요원의 추가투입을 줄일 수 있었다는 점이 간접노무비 산정시에 고려되어야 한다. 만일 공기연장 이후에 투입된 하도급관리요원은 원리 공기연장 이전에 투입이 예정되었었다면 추가비용을 최소화할 수 있는 하도급업체 관리가 되도록 조치하였어야 한다는 것이다. 개별적인 이러한 구체적 사정을 도외시하고 일률적으로 연장된 공기에 비례하여 하도급요원의 투입이 필요한 것처럼 주장하는 것은 지나치다…

또한 계약담당공무원은 예정가격의 88/100미만으로 낙찰된 공사계약의 계약금액을 증액 조정하고자 하는 경우로서 당해 증액조정금액이 당초 계약금액의 10/100이상인 경우에는 소속 중앙관서의 장의 승인을 얻어야 한다. 그 외 일부 공종의 단가가 세부공종별로 분류되어 작성되지 아니하고 총계방식으로 작성(“1식 단가”)되어 있는 경우에도 설계도면 또는 공사시방서가 변경되어 1식 단가의 구성내용이 변경되는 때에는 계약금액을 조정하여야 한다.

《설계변경의 정도에 따른 금액변경(중재판정 제01111-0093호)》

…수행한 설계변경작업은 기존의 설계를 전반적으로 수정하는 작업이지만 기존의 설계 개념, 설계방향, 설계기준 등을 변경하거나 자로 수집·분석, 설계도면, 시방서, 수량산출서 등을 새롭게 작성하는 것은 아니고 일부 수정하는 작업으로 보인다. 따라서 일반적인 설계비 산출시 적용되는 과기부의 엔지니어링사업대가기준을 설계비 산정에 그대로 적용하는 것은 옳지 않으며, 동 사업대가기준에 의하여 설계비를 산정하되 일정부분을 감액하는 것이 타당하다고 할 것이다. 또한 당초 설계시 일부 누락되었던 부분을 설계변경시 보완한 점 역시 감액요인으로 볼 수 있을 것이다…

설계변경과 마찬가지로 설계변경으로 인한 계약금액의 조정을 할 경우 공공조건 제20조 제7항과 제8항은 비교적 상세한 절차를 언급하고 있다. 발주기관은 계약금액을 조정하는 경우에는 계약상대자의 계약금액조정 청구를 받은 날부터 30일 이내에 계약금액을 조정하여야 한다. 예산배정의 지연 등 불가피한 경우에는 계약상대자와 협의하여 그 조정기한을 연장할 수 있으며, 계약금액을 조정할 수 있는 예산이 없는 때에는 공사량 등을 조정하여 그 대가를 지급할 수 있다. 다만 계약담당공무원은 계약상대자의 계약금액 조정청구 내용이 부당함을 발견한 때에는 지체없이 필요한 보완요구 등의 조치를 해야 한다. 계약상대자가 보완요구 등의 조치를 통보받은 날부터 발주기관이 그 보완을 완료한 사실을 통지받은 날까지의 기간은 조정기간에 산입하지 않는다.

《추가공사비청구를 위한 절차준수의 필요성(중재판정 제96111-0004호)》

…신청인이 상세설계서에 마땅히 반영하고 설치해야 할 사항을 누락시킨 것을 피신청인이 사후에 이를 발견하고 보완지시하여 설치한 것이므로…공사금액의 추가변경사유에 해당하지 않고…추가공사비에 관하여 이건 계약에 따른 발주자의 공사변경지시서를 받고 공사변경으로 인한 추가공사비 조정내역서를 제출하여 발주자의 승인을 받는 등의 절차를 밟은 바가 없으므로 신청인의 추가공사비청구를 받아들일 수 없으며…

설계변경으로 공기연장이 불가피한 경우에 있어서 추가비용의 청구를 위한 계약당사자들의 행위가 가지는 법적 효과에 대해서는 검토가 필요하다. 예를 들면, 추가공사대금을 추후에 신청할 것이라는 점을 명백히 하지 않고 공기연장에 관한 응락서를 제출하

었고 상대방도 공기연장으로 인한 계약금액의 증액은 없다는 것을 명백히 하면서 응락서를 수령한 것은 아닐 경우를 들 수 있다. 이러한 경우의 '응락서'의 법적 의미 또는 법적 효과는 어떠한가에 대하여 중재판정부는 다음과 같이 입장을 정리하고 있다.

《추가공사비청구를 위한 절차준수의 필요성(중재판정 제01111-0061호)》

…신청인들이 공기연장에 동의하면서 약정된 금액으로 준공기한 내에 이 공사를 완공할 것을 약속한다”는 내용의 응락서를 제출한 신청인들의 의사는 ‘공기가 연장되더라도 종전 계약금액대로 공사를 하되 공기연장으로 인한 간접비의 증가는 당연히 그것이 확정되면 추가로 청구하려는 것이었다’고 해석하는 것이 합리적인 당사자의 의사 해석이라고 할 수 있을 것이다…그리고 비록 응락서에 “…약정된 금액으로 공사를 완공하겠다”는 약속이 있었다 해도 신청인들과 피신청인은 공기연장으로 인한 추가비용은 지급하여야 한다는 것을 묵시적으로 인정하고 있었다고 할 수 있다…그러나 신청인들도 공기연장으로 인한 간접비의 증가 등의 추가비용은 추후에 확정되는대로 청구하겠다는 것을 명백히 하지 않고 “…약정된 금액으로 공사를 완공하겠다”는 응락서를 제출함으로써 피신청인으로 하여금 신청인들이 공기연장으로 인한 간접비 청구를 포기하였다는 오해를 하게 하여 추가비용 금액에 대한 조정을 하는 등의 적절한 대응을 못하게 한 잘못이 있다고 할 것이다. 이러한 점도 고려하는 것이 형평의 원칙과 신의칙에 부합하는 것이라고 할 것이다.(중재 제01111-0061호)

따라서 건설업체는 설계변경으로 인한 계약금액의 조정이 어떠한 요건을 충족할 경우에 가능한지에 대한 정확한 이해와 계약문서의 검토 및 확인을 먼저 할 필요가 있다. 또한 설계변경으로 인한 계약금액의 조정은 반드시 공사량의 증감이 발생하는 경우라야 한다는 점과 계약문서에서 요구하고 있는 절차의 준수 등은 설계변경으로 인한 계약금액의 조정과정에서 전제되는 요건이기 때문에 이러한 부분이 준수되지 않았다면 실질적인 금액조정 자체가 어려울 수 있다는 점을 건설업체는 인식할 필요가 있다.

④ 대형공사의 설계변경

일괄입찰, 실시설계·시공입찰 및 대안입찰을 실시하여 체결된 공사계약은 설계변경으로 대형공사의 계약내용을 변경하는 경우에도 정부에 책임있는 사유 또는 천재·지변 등 불가항력의 사유로 인한 경우를 제외하고는 그 계약금액을 증액할 수 없다.³²⁾ 이

때 실시설계·시공입찰계약이 이른바 최근에 대규모 공사에서 채택되고 있는 턴키(turnkey)공사와 동일한 개념인가에 대해서는 다소 논란의 여지가 있다. 이와 관련하여 중재판정에서도 턴키공사에 대한 정의를 하고 있는 경우가 있다.

《턴키공사의 정의(중재판정 제01111-0107호)》

…일반적으로는 설계·시공일괄입찰방식을 턴키계약이라고도 한다. 즉 수급인이 도급인의 공사목적에 이해한 후 그 목적에 맞는 설계도서를 작성하고 이를 토대로 스스로 공사를 시행하여 결과적으로는 입찰단계에서부터 도급인이 제시하는 공사일괄입찰기본계획 및 지침에 따라 그 공사의 설계서 기타 시공에 필요한 도면 및 서류를 작성하여 입찰에 참가한 후 낙찰자로 선정된 다음에 자신이 작성한 설계도서를 토대로 스스로의 책임과 위험부담으로 공사 완공에 필요한 비용을 산정하여 공사를 시행하고 그 결과 발주자가 의도한 공사목적물을 완성·인도하여야 하는 것을 의미한다…

그러나 턴키계약을 국가계약법에서 규정하고 있는 일괄입찰에 국한하지 않는 중재판정부의 판정사례도 있다. 실시설계·시공입찰계약이 턴키계약에 해당하는지 여부에 대하여는 명문의 법규정이 없는 것으로 파악되지만 강학상 또는 공사실무상으로는 앞서와 같은 ‘설계·시공일괄입찰계약’을 ‘턴키계약 1’로, ‘실시설계·시공입찰’을 ‘턴키계약 2’로 구분하고 있는 것이 그 예이다.³³⁾

이러한 턴키계약방식에 있어서는 공사의 발주자에게 공사입찰자들을 위하여 미리 적정한 공사비용을 산출하여 공사예산을 책정할 의무가 있다고 볼 수는 없다. 만일 발주자가 입찰공고 당시 공사예산을 책정하여 공고한 사실이 있다고 하더라도 이렇게 책정된 공사예산은 발주자의 내부적인 사무처리와 관련하여 의미가 있을 뿐이고, 입찰자가 그와 같이 책정하여 공고된 공사예산의 범위 내에서 입찰을 하여야 하는 법적 구속력은 없다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우에 입찰에 임하는 자는 스스로의 책임과 부담으로 소요된 공사비용을 산정하여 적정한 수익을 창출할 수 있다는 판단 하에 비로소 입찰에 임하여야 하는 것이다.³⁴⁾

32) 국가계약법시행령 제91조, 공공조건 제21조

33) 중재 제01111-0093호

34) 중재 제01111-0107호

《추가공사비의 원칙적 불인정(중재판정 제01111-0024호)》

...확정금액공사(도급계약에 포함된 저장탱크 및 대비공사로서 계약 후 설계변경이 인정되지 않으며, 계약서에 따로 명기한 사항 외에는 공사비의 변경을 하지 않는 공사)로서... “일괄입찰”계약에 해당하므로 추가공사에 따른 공사비지급 청구는 받아들일 수 없으며...

다만, 총액입찰제로 계약을 체결한 경우 계약상의 특성에도 불구하고 부실공사의 배제와 같은 합리적인 범위 내의 설계변경 요구시에는 발주자는 이를 수용하고 추가공사비를 지급해야 한다는 아래와 같은 중재판정은 법령의 형식적 논리에 의한 엄격한 적용 외에 구체적 타당성있는 결론에 접근하려는 노력이 엿보인다.

《총액입찰제의 경우 설계변경과 추가공사비부담(중재판정 제95111-0043호)》

...피신청인은 이 건 계약이 총액입찰제에 의한 계약이었으므로 추가공사비는 신청인이 부담하여야 한다고 주장하나, 총액입찰제라 할 지라도 설계변경은 있을 수 있으며 부실공사의 배제측면에서 합리적인 범위 내의 설계변경요구시에는 수용할 의무가 피신청인에게 있으며...

대형공사의 경우에도 ‘정부에 책임 있는 사유 또는 천재·지변 등 불가항력의 사유로 인한 경우’에는 물론 증액할 수 있다. 공공조건에서 열거하고 있는 정부의 책임 있는 사유 또는 불가항력 사유는 다음과 같다.

- i) 사업계획변경 등 발주기관의 필요에 의한 경우
- ii) 발주기관 외에 당해 공사와 관련된 인허가기관 등의 요구가 있어 이를 발주기관이 수용하는 경우
- iii) 공사관련법령(표준시방서, 전문시방서, 설계기준 및 지침 등 포함)의 제·개정에 의한 경우
- iv) 공사관련법령에 정한 바에 따라 시공하였음에도 불구하고 발생하는 민원에 의한 경우
- v) 발주기관 또는 공사 관련기관이 교부한 지하매설 지장물도면과 현장상태가 상이하거나 계약이후 신규로 매설된 지장물에 의한 경우
- vi) 토지·건물소유자의 반대, 지장물의 준치, 관련기관의 인허가 불허 등으로 지질조사가 불가능했던 부분의 경우
- vii) 불가항력 등 계약당사자 누구의 책임에도 속하지 않는 사유에 의한 경우 등

《확정금액공사계약과 불가항력의 발생시기의 관계(중재판정 제01111-0024호)》

…확정금액공사로서 원칙적으로 설계변경과 공사비변경이 인정되지 아니하는 것이기는 하나, 계약당사자의 통제범위를 벗어나 계약당사자 누구의 책임에도 속하지 아니하는 불가항력의 경우에는 그렇지 아니한 바…불가항력적 사유란 계약당사자의 통제범위를 벗어나고 당사자 누구의 책임에도 속하지 아니하는 사유를 말하는 것으로서 그 존재의 계약전후와는 무관하다 할 것이다…

중재판정에서는 정부의 책임 있는 사유 또는 불가항력 사유중의 하나로 열거되고 있는 ‘공사관련법령의 범위’와 관련하여 명시적 기준이 아니더라도 실제 공사에 유력한 기준이 될 수 있는 관련 부처의 유권해석을 포함시키는 점은 실제 공사에 있어서 유용하게 활용될 수 있는 부분이므로 주의 깊게 살펴볼 필요가 있다.

《공사관련법령의 범위(중재판정 제99111-0020호)》

…재경부유권해석 (ex:회계125-268(‘89.1.31), 회계41301-506(‘99.4.10))도 하나의 기준이 될 수 있으며…

《증감액의 근거법령(중재판정 제01111-0093호)》

…그런데 공사계약일반조건 제19조는 설계변경이 계약상대자의 귀책으로 인한 경우에는 계약금액을 증액할 수 없고, 발주자측의 귀책사유 또는 불가항력의 사유인 경우에만 계약금액을 증액할 수 있다는 내용과 증감된 공사량의 산정단가만을 규정하고 있을 뿐 공종별 공사금액의 증감이 동시에 발생하는 경우 동 증감액에 대하여 계약금액의 반영방식을 규정한 근거 계약조항이 존재하고 있지 않을 때에는 공사계약특수조건 및 관련 계약서상의 조항에 근거하여 국가계약법령 및 회계예규를 보충적으로 적용하여 계약금액을 조정하는 것이 정당하다…

《‘증액가능’의 의미(중재판정 제99111-0020호)》

...이러한 경우의 증액이 가능하다는 의미는 계약서를 기준으로 하여 증가되지 않은 물량에 대해서는 공사비를 증감시키지 않을 수 있다는 취지로 볼 수 있으며...

《‘감액처분’의 의미(중재판정 제01111-0004호)》

...준설토 매립지와 같은 연약지반의 다짐이나 도로공사의 흙쌓기 다짐작업에서는 시방서에 최종 다짐기준을 설정하고 비용산출을 위하여 다짐기준 달성에 적합하다고 생각되는 다짐방법과 장비조합을 기준으로 제시하는 것이 실무관행이며 이때 특별시방서의 규정에 따라 시공전에 현장다짐시험을 실시하여 설정된 최종다짐기준을 달성하는데 최적의 다짐방법과 장비조합을 결정하여 감독원의 승인을 받아 다짐작업을 실시하게 된다...이때 최종적으로 채택된 다짐방법과 장비조합을 기준으로 산정할 경우 당초에 산정된 금액을 하회하는 경우가 있기는 하나 이를 감액처분하는 것은 계약자의 이익을 침해하는 결과가 될 뿐 아니라 발주자의 계약상 우월적 지위를 남용하는 사안이 될 수 있으므로 삼가야 한다. 흔히 감사원이 현장감사에서 이와 유사한 경우들을 적발하고 시정지시하는 경우가 있는데 내부감사의 지적에 따라 감액하였다고 해도 계약자의 이익을 침해하는 부당한 경우라면 이를 원상 회복하는 것이 계약정신을 존중하고 계약자의 계약상의 권익을 보호하는 것이다...

따라서 건설업체는 일괄입찰, 실시설계·시공입찰 및 대안입찰을 실시하여 체결된 공사계약은 원칙적으로 설계변경으로 대형공사의 계약내용을 변경하는 경우에도 정부에 책임 있는 사유 또는 천재·지변 등 불가항력의 사유로 인한 경우를 제외하고는 그 계약금액을 증액할 수 없다는 점을 분명하게 인식할 필요가 있다. 수주에 급급한 나머지 충분한 검토없이 입찰에 응한 후 시공 중에 추가공사비가 소요되더라도 이에 대한 청구가 허용되지 않아 곤란을 겪는 일이 없도록 주의해야 한다. 입찰에 임하는 자는 스스로의 책임과 부담으로 소요된 공사비용을 산정하여 적정한 수익을 창출할 수 있다는 판단하에 비로소 입찰에 임하여야 하는 것이라고 분명히 중재판정부는 밝히고 있기 때문이다. 또한 중재판정에서는 업계에서 용어사용에 혼선을 빚고 있는 실시설계·시공입찰계약과 턴키(turnkey)공사간의 동일성 여부에 대하여 사안마다 다른 경우도 있으나 일반적으로 ‘설계·시공일괄입찰계약’을 ‘턴키계약 1’로, ‘실시설계·시공입찰’을 ‘턴키계약 2’로

구분하고 있다는 점도 유의할 필요가 있다.

2) 물가변동으로 인한 계약금액의 조정

건설공사계약의 이행은 대부분 일정한 기간의 경과를 필요로 한다. 이러한 기간의 경과 중에 어느 정도의 물가 변동은 당연히 예상할 수 있는 사항이지만, 그 변동폭이 클 경우 계약당사자 어느 누구의 과실에 의한 경우가 아닌 만큼 적정한 계약금액의 조정을 통하여 공사계약이 원활하게 수행될 수 있도록 공사금액을 조정하는 것이 불가피할 것이다.

《물가변동 및 설계변경에 의한 계약금액조정과의 관계(중재판정 제99111-0020호)》

...물가변동에 의한 계약금액조정과 설계변경으로 인한 계약금액조정은 별개사안이라고 할 수 있으며...

《물가변동으로 인한 계약금액 조정신청시기(중재판정 제01111-0017호)》

...물가변동으로 인한 계약금액조정은 공사준공대가 지급신청 전까지 조정신청을 해야 가능한 것인바(회계 45107-1627. 95.9.1. 참조)...

따라서 계약금액의 조정이 물가변동으로 인한 경우 조정신청의 시기에 대해서는 공사계약일반조건에서 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문에 계약상대방인 시공업체는 계약금액의 조정시기를 일실하여 조정신청이 불가능해지는 불이익을 입지 않도록 주의할 필요가 있다.

3) 기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정

공사계약에 있어서 설계변경이나 물가변동 외에 공사기간·운반거리의 변경 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정해야 할 필요가 있는 경우에는 실비를 초과하지 않는 범위 안에서 변경된 내용에 따라 계약금액을 조정한다.³⁵⁾

35) 국가계약법시행령 제66조, 공사계약일반조건 제23조 제1항

《'기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정'(중재판정 제01111-0069호)》

…다만, 이러한 조항의 의미는 공사계약이 유효하게 존속함을 전제로 그 계약금액의 조정을 하는 경우에 관한 규정이라고 보아야 할 것이고, 계약당사자 쌍방의 의견이 달라 신청인이 스스로 이 사건 계약을 해지한 경우에는 이미 그 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정문제는 성립될 여지가 없으므로 앞서 조항이 적용될 수 없다…

여기서 ‘계약내용의 변경’이란 공사무량의 증감없이 설계서 등의 변경이 있는 경우를 의미한다. 대표적인 사례로는 토취장 변화에 따른 운반거리 변경, 발주처의 사정으로 공사기간이 연장되는 경우, 관계법령의 제·개정으로 인하여 새로운 비목이 추가되는 경우 등이다. 이러한 경우에는 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 않는 범위 안에서 이를 조정할 수 있다.³⁶⁾

《사토장 운반거리의 변화(중재판정 제01111-0060호)》

…사토장 운반거리의 변화는 공사금액의 증감을 수반하므로 그 변경이 있는 경우 계약금액의 조정이 필요한 것은 충분히 예상된다 할 것이다. 그리고 사토운반거리를 확정하지 않은 채 내역입찰이 이루어진 경우에도 그 예상되는 운반거리를 훨씬 초과하여 운반이 이루어진 때에는 그 비용을 조정하여 주는 것이 합당하다…

따라서 건설업체는 설계변경과 관련한 대응방안으로서 설계변경을 위한 절차의 준수 여부를 세심하게 살펴 절차상의 하자로 인한 불이익을 입지 않도록 해야 한다. 또한 설계변경이나 설계변경으로 인한 계약금액의 조정, 물가변동으로 인한 계약금액의 조정 등은 건설클레임이나 분쟁의 단골 메뉴라고 할 만큼 빈번하게 제기되는 주제들이므로 건설업체들은 공공조건이나 국가계약법령상에 명시된 절차상 혹은 실체상의 권리주장방법이나 절차를 숙지하여 자신의 권리주장을 위한 근거 자료의 확보를 위해 노력할 필요가 있다.

36) 중재판정 제01111-0037호

4) 계약주체의 권한과 책임

공사계약의 성립 및 이행에는 많은 이해관계자들이 참여하게 되지만, 발주자와 감리자, 그리고 시공자가 그 핵심이라고 할 수 있다. 이들의 권한과 책임에 대해서는 공공조건이나 민간조건에서 규정하고 있거나 관계법령에서 어느 정도 명시적인 규정을 두고 있다. 그러나 중요한 것은 이들 계약의 주체가 일정기간 동안 계약본래의 목적을 달성하기 위하여 함께 노력하고 협력하지 않으면 일종의 공동체 성격을 갖고 있다는 점이다. 따라서 발주자의 지시나 감리자의 감독 그리고 시공자의 의무이행 및 요구의 정당성이나 타당성은 결국 이러한 측면이 고려되는 가운데 판단하게 될 것이다. 아래의 중재판정에서도 이러한 입장에서 발주자의 지시나 시공사의 계약이행이 계약본래의 목적이나 취지에 반할 때 그 효력이 부정되는 경우를 쉽게 볼 수 있다.

《적절한 절차를 거친 지시(중재판정 제99111-0020호)》

…설계구조상 문제는 없다하더라도 대형중차량의 통행가능성 뿐만 아니라 기타 사유에 의해서도 변형이 일어날 수 있는 경우 및 실제로 시공과정에서 변형이 발생한 바도 있다면 외부전문가에 의뢰하여 행한 안전점검 결과에 근거하여 전달된 …안전점검 시정 지시는 과도한 것이 아니라 합당하다고 할 수 있으며…

공공공사의 경우 발주자인 국가나 지방자치단체는 계약담당공무원에게 대부분의 권한을 위임하고 있기 때문에 구체적인 공사에서는 이들이 발주자의 역할을 담당한다. 중재판정사례를 보면 이들이 공사와 관련하여 시공자에게 지시를 하는 경우 객관적 근거, 상대방에 대한 부당한 불이익의 초래여부, 상당성 등과 같은 요소들이 계약의 본래 목적에 반하는지 여부를 판단하는 기준이 되고 있다.

《합리성이 결여된 지시(중재판정 제99111-0020호)》

…발주청과 감리자의 안전시공을 위한 지시가 객관적인 근거 없이 지나치게 주관적이거나 시공자에게 부당한 불이익이 상당히 초래되도록 해서는 안되며, 이러한 것은 발주자의 책임있는 사유에 해당하고…

이와 함께 계약당사자가 계약내용에 따른 책임을 질 때에는 일방의 책임이 인정된다고 하여 상대방의 과실이나 계약상 책임이 사라지는 것은 아니며, 각각의 행위에 따른 책임이 존재한다는 점을 중재판정부는 밝히고 있다.

《설계변경과 준공과의 관계(중재판정 제01111-0046호)》

…당초 도면대로 시공되지 않았더라도 설계변경된 도면에 피신청인이 준공허가를 받도록 승인한 경우 준공된 건물의 상태에 대하여는 1차 적인 책임이 피신청인(발주자)에게 있으므로 준공 후 피신청인이 주장하는 하등품의 마감재 사용이나 소방시설건에 대하여 신청인의 책임을 묻는 것은 근거가 없다고 판단된다. 그럼에도 불구하고 건물의 하자 또는 부실공사에 대하여는 시공자인 신청인의 상거래상의 도의적 책임이 있다…

특히 공사의 부실 시공문제는 공사의 이행 및 종료단계에서 발주자 등에게 재산상의 피해를 줄 수 있을 뿐만 아니라, 부실시공 여부가 준공검사과정에서 밝혀지지 않았다면 공사가 준공된 후에도 발주자나 제3자에게 생명·신체상의 위해를 줄 수 있다는 점에서 건산법 등 공사관련 법령에서는 안전성 확보를 위한 규정을 두고 있다. 중재판정에서도 이러한 점을 반영하여 시공자에게 성실시공의무뿐만 아니라 안전성에 대해서 책임도 있음을 분명히 하고 있다.

《시공자의 책임(중재판정 제99111-0020호)》

…안전시공에 관련된 건은 사전에 설계상에서 충분히 반영되어야 할 사항이다. 중앙설계심의를 거쳐서 설계도면이 승인된 후에도 시공과 정상의 가설설비에 따른 안전성문제는 내구성을 향상시키는 조치라는 것을 명백히 입증하지 못할 경우 어디까지나 시공자가 예방차원에서 보강할 책임이 있다. 특히 당초 설계 외 변경(환기구 구조변경 등)이 없으면 가설에 관한 한 시공과정에서의 안정성문제는 시공자의 책임으로 보아야 하며…

한편 시공과정 외에 안전성문제가 원천적으로 고려될 수 있도록 설계과정에서 설계자에게도 일정한 책임을 인정하고 있다. 설계비는 공사대금 가운데 포함된다거나 특별한 의사표시가 없다면 발주자가 설계자에 대하여 부담해야 하는 것이라고 보고 있다.

《설계자의 책임(중재판정 제96111-0067호)》

...구조물이나 공작물의 설계를 하는 자는 설계의 착수에 앞서 ...구조와 기능을 정확하게 파악하고...하중계산을 정확하게 하여 최대 하중에 대한 구조 계산을 해야 하고, 기둥이나 받침대의 안전도를 고려하여 파손 또는 붕괴되지 않도록 설계에 반영해야 할 주의의무가 있음은 물론이고 감리과정에서도 시공의 정착성과 안전성을 점검해야 할 의무가 있다...

《설계비의 부담주체(중재판정 제96111-0028호)》

...설계비에 대하여는 당사자간에 그 부담에 관한 특별한 약정이 없는 이상 설계를 의뢰한 도급인(공사발주자)이 설계자측에 대하여 지급채무를 부담하는 것이 당연하고, 도급인이 수급인에게 지급할 공사대금에 포함시켜 계산할 성질의 것은 아니라고 보여지므로...

따라서 건설업체는 공공조건 등 공사계약문서에서 규정하고 있는 계약상의 의무를 성실하게 이행하되, 계약의 기본정신을 훼손하거나 공정성을 잃은 부당한 발주처의 지시 등에 대해서는 그 부당성을 이유로 거절하거나 향후 건설클레임을 통하여 손해배상 등의 청구가 가능할 것이다. 부당성의 판단기준으로는 지시과정의 적절한 절차 준수여부, 지시의 합리성과 타당성, 지시의 자의성 여부 등을 들 수 있을 것이다. 다만, 안전성 확보와 관련된 사안의 경우 단순한 비용부담의 증가가 일부 있는 경우에도 건설업체의 경험과 계약문서의 모든 규정 등을 고려할 때 합리성이 있는 경우 발주처의 지시에 응해야 한다는 점, 그리고 안전성에 대한 책임은 설계단계에서 설계자도 함께 부담주체가 된다는 사실도 확인할 수 있다.

〈표 V-2〉 계약이행단계 건설업체 대응방안

계약단계	클레임 사유	대응방안
이행	설계변경사유	-발주자의 설계변경 요구시 계약문서 외에 각종 자료나 현장 상황 등을 종합적으로 검토 후 수용여부를 결정 -관련 서류 등의 확보 및 보관 필요
	설계변경절차	-계약서상의 절차 요건 준수 필요 -계약담당공무원과의 설계변경 관련 의견 교환 내용 확보
	설계변경으로 인한 계약금액의 조정	-계약금액의 조정을 위한 요건 파악 -계약문서상의 정확한 내용 검토 -공사량의 증감 발생여부 사전 점검 -계약서상의 계약금액 조정절차 확인 및 준수
	대형공사의 설계변경	-입찰자는 스스로의 책임과 부담으로 소요 공사비용을 산정하고 적정 수익의 창출가능 판단시 입찰 참가 필요
	물가변동으로 인한 계약금액의 조정	-조정신청 시기를 일실하지 않도록 주의 필요
	계약당사자의 계약상 권리·의무	-신의칙이나 공정성을 잃은 요구에 대해서는 요구당시 클레임 제기 필요 -부당성의 판단기준으로는 지시과정의 적절한 절차 준수여부, 지시의 합리성과 타당성, 지시의 자의성 여부 등 검토 -안전성 확보와 관련한 지시에 대해서는 적극적 수용 필요

4. 공사계약종료단계의 주요 건설클레임사유와 건설업체 대응방안

1) 계약의 해제·해지

계약해제는 유효하게 성립하고 있는 계약의 효력을 처음부터 있지 않았던 것과 같은 상태에 복귀시키는 법률행위를 말하며 소급효가 있다. 이처럼 일방적 의사표시에 의하여 계약을 해소시키는 권리를 ‘해제권’이라 한다. 계약의 해지는 주로 계속적 성격을 가지는 계약에 있어서 그 효력을 장래에 향하여 소멸하게 하는 일방적 행위를 말한다. 이처럼 계약의 해제와 해지는 그 법적 효력에 있어 차이가 있다. 그러나 공사계약의 경우 대부분 준공까지 일정한 기간이 소요될 뿐만 아니라 계약의 해제에 따른 원상회복을 사회경제적 측면을 고려하여 인정하지 않는 등의 계약상 특성으로 인하여 두 가지 경우가 모두 적용될 수 있기 때문에 공공조건이나 민간조건에서는 병렬적으로 표현하고 있다.

계약의 해제·해지권은 본 계약 가운데 이러한 권리를 보류하는 계약약관(해계약관)을 두거나 별개의 계약에 의하여 발생시킬 수 있다. 이러한 경우의 해제권을 약정해제권이라 한다. 뿐만 아니라 이행지체·이행불능 등으로 인하여 발생할 수 있다. 이러한 해제·해지권은 법령에서 규정하고 있기 때문에 법정해제·해지권이라 한다. 현재 공공조건과 민간조건은 모두 해계약관을 두고 있다. 공공조건의 경우, i) 계약상대자(시공사)의 책임 있는 사유로 인한 계약담당공무원의 계약해제·해지사유, ii) 계약상대자(시공사)에 의한 계약해제·해지사유, iii) 사정변경에 의한 발주기관의 계약해제·해지사유 등으로 세분화하여 규정하고 있다(공공조건 제44~46조). 민간조건의 경우에도, i) 도급인이 계약해제·해지권을 행사할 수 있는 사유(제31조), ii) 수급인이 계약을 해제·해지할 수 있는 경우 등(제32조)을 규정하고 있다. 다만, 민간조건의 경우 공공조건과 '사정변경'에 의한 계약해제·해지를 포함시키고 있지 않는 점에서 차이가 있다.

계약해제는 원칙적으로 소급효가 있다. 이에 따라 계약이 해제되면 미이행채무에 대하여는 변제 의무가 소멸하고, 이미 이행한 채무에 대해서는 원상회복 의무가 있다(민법 제548조). 만일 손해가 발생한 경우에는 상대방에게 손해배상 청구도 가능하다. 그러나 공사계약에 있어서는 그 특성상 시공사(채무자)가 수행한 공사부분을 계약이 해제되었다 하여 원상으로 회복한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 또한 그와 같은 원상회복이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 발주자에게도 이익이 되지 않는 경우가 많기 때문에 일반적으로 소급효를 인정하지 않고 있다. 따라서 공사계약의 해제·해지는 소급효가 없이 공사의 미완성부분에 대해서만 공사계약의 실효라는 법률효과를 발생하게 된다.

《계약해제효과의 범위(중재판정 제95111-0029호(1996.3.13))》

...건축도급계약에 있어서 미완성부분이 있는 상태에서 계약을 해제할 경우에도 공사가 상당한 정도 진척되어 그 원상회복이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인(발주자)에게 이익이 되는 경우에는 미완성부분에 대하여만 도급계약이 실효된다고 보아야 한다. 이 경우 수급인(시공사)은 해제한 때의 상태 그대로 완성물을 도급인에게 인도하고 도급인은 그 공사의 완성도 등을 참작하여 인도 받은 완성물에 상당한 보수를 지급하여야 할 의무가 있으며...

계약의 해제·해지에 대하여 공공조건에서는 i) 계약상대자의 책임 있는 사유로 인한 경우, ii) 사정변경에 의한 경우, iii) 계약상대자, 즉 시공사에 의한 경우 등에 있어 요건과

법적 효과에 대하여 상세하고 규정하고 있다(공공조건 제44조~제46조). 계약의 해제·해지로 지급하게 되는 기성부분에 대한 공사대금의 산정방식에 대해서는, 아래의 중재판정에서 보다시피 도급인은 총공사비를 기준으로 공사를 중단한 당시의 기성고 비율에 의하여 산정된 금액을 수급인에게 지급하여야 한다는 입장을 고수하고 있다. 따라서 미완성건물의 경우 도급인이 지급하여야 할 금액은 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 하거나 또는 인도당시의 노임과 자재시세 등으로 산출한 기성금액을 지급해야 하는 것이 아니라는 점에 주목할 필요가 있다.

《미완성건물에 대한 보수산정기준(중재판정 제91내34호/제92내4호(1993.10.5))》

...도급인이 지급하여야 할 미완성건물에 대한 보수는 총공사비를 기준으로 하여 그 금액에서 계약당사의 도급내역서에 의하여 수급인이 공사를 중단한 당시의 기성고 비율에 의한 금액이 되는 것이고, 수급인이 실제로 지출한 비용을 기준으로 하거나 또는 인도당시의 노임과 자재시세 등으로 산출한 기성금액을 지급하여야 되는 것은 아니며...

이때 기성대가는 계약단가에 의하여 산정·지급한다. 계약단가가 없을 경우에는 일정한 기준에 따라 산정된 단가에 의한다.³⁷⁾ 천재·지변등 불가항력의 사유로 인하여 대가를 지급할 수 없게된 경우에는 당해사유가 존속되는 기간과 당해사유가 소멸된 날로부터 3일까지는 대가의 지급을 연장할 수 있다.

따라서 건설업체는 공사계약의 해제·해지로 인한 보수청구범위와 관련하여 중재판정에서 수 차례 밝히고 있는 바와 같이 미완성부분에 대해서만 공사계약이 실효된다는 점과 보수액의 산정기준은 실제 지출비용 등이 아닌 공사를 중단한 당시의 기성고 비율에 의한다는 점을 분명히 하여 자신의 권리를 보수액산정시 불이익을 입지 않도록 주의해야 한다.

37) i) 산출내역서에 없는 신규비목의 단가는 설계변경 당시(설계도면의 변경을 요하는 경우에는 변경도면을 발주기관이 확정 한 때, 설계도면의 변경을 요하지 않는 경우에는 계약당사자간에 설계 변경을 문서에 의하여 합의한 때를 말함)를 기준으로 산 정한 단가에 낙찰율(예정가격에 대한 낙찰금액 또는 계약금액의 비율)을 곱한 금액으로 함.

ii) 발주기관이 설계변경을 요구한 경우(계약상대자의 책임 없는 사유로 인한 경우 포함)에는 증가된 물량 또는 신규비목의 단가는 설계변경당시를 기준으로 하여 산정한 단가와 동 단가에 낙찰율을 곱한 금액의 범위 안에서 발주기관과 계약상대자가 상호 협의하여 결정함.

2) 준공

계약상대자인 건설업체는 공사를 완성한 후 준공검사에 합격한 때에는 소정절차에 따라 대가지급을 청구할 수 있다(공공조건 제 40 조). 준공은 공사의 완성을 공식적으로 확인받는 것이며 공사대금의 지급을 위한 전제가 되기 때문에 준공시점은 공사계약에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 공사의 완성여부에 대해서는 계약서상에 명확한 기준이 있을 경우 해당 규정에 의하여 판단하게 되며, 규정이 없을 경우에는 계약서의 전체규정과 용인된 관행, 관련 법령 등을 종합하여 판단해야 한다. 아래의 중재판정도 이러한 기준을 적용하여 준공에 대한 정의를 내리고 있다.

《공사의 완료시점(중재판정 제96111-0059호)》

…공사도급계약서에 의하면…공사기간내에 공사를 완료치 못하였을 경우 지체상금을 지불한다고 하였을 뿐, 어느 시점에 공사가 완료되었다고 볼 것인가에 대하여는 아무런 규정이 없는 바…이 계약에 규정이 없는 사항에 대하여는 법령과 건설업계의 일반 관례에 따른다는 약정이 있고…준공시점과 가사용시점을 구분하고 있으며 공사잔대금 20%의 지급시기를 입주지정 개시일 경과 3일 이내로 규정하고 있는 등의 계약서 규정 내용과, 건축업계의 관행상 아파트의 경우 준공검사를 받기 이전에 주택건설촉진법의 규정에 의하여 가사용승인을 받아 입주하고 있는 관행에 비추어 볼 때, 가사용승인을 얻어 입주가 가능한 상태로 공사를 완료한 시점이 공사를 완료한 시점으로 볼 것이고, …부실시공 부분의 재시공이나 입주에 큰 지장이 없는 미시공 부분에 대한 보완시공은 하자보수공사로 처리된다고 볼 것이며…

계약상대자인 건설업체는 공사를 완성한 후 계약담당공무원은 계약상대자로부터 준공대가의 청구를 받은 때에는 그 청구를 받은 날로부터 14일 이내에 그 대가를 지급해야 한다. 이 경우 계약당사자와의 합의에 의하여 14일을 초과하지 아니하는 범위 안에서 대가의 지급기간을 연장할 수 있는 특약을 정할 수 있다. 계약담당공무원은 청구를 받은 후 그 청구내용을 전부 또는 일부가 부당함을 발견한 때에는 그 사유를 명시하여 계약상대자에게 당해 청구서를 반송할 수 있다. 반송한 날로부터 재청구를 받은 날까지의 기간은 지급기간에 산입하지 않는다.

준공 후 받은 공사대금이 계약금액에 미치지 못하고 부족할 경우 변제충당순서는 채

무자인 발주자의 경제적 이해관계에 직접적 영향을 줄 수 있으므로 중재판정부는 민법에 규정된 일반적인 채무의 변제충당순서(비용 ⇒ 이자 ⇒ 원본 등)를 따르도록 판정하고 있다.

《변제충당순서(중재판정 제96111-0028호)》

…채무자가 동일한 채권자에 대하여 같은 종류의 수 개의 채무를 부담할 경우에 변제자는 변제할 채무를 진정하여 변제에 충당할 수 있지만 그 경우에도 그 급여가 1개 또는 수개 채무의 전부를 소멸시키기에 부족한 때에는 비용, 이자, 원본의 순서로 변제에 충당하여야 할 것인바(민법 제479조 ① 참조), 피신청인의 공탁금은 신청인의 선급금과 기성금 및 각 그 지연손해금의 변제에 부족한 액수임이 명백하므로 위 법정충당의 순서에 따라 변제에 충당된 금액에 한하여 변제의 효력이 있다할 것이며…

따라서 건설업체는 준공검사를 마친 경우에 발주부서가 하자보수를 이유로 준공대가의 지급을 거절하거나 미룰 경우 하자보수공사의 미비가 준공대가의 지급거절을 위한 항변사유로 인정되지 않는다는 점을 숙지하여 발주처에 분명한 의사표시를 할 필요가 있다. 부실시공 부분의 재시공이나 입주에 큰 지장이 없는 미시공 부분에 대한 보완시공은 하자보수공사로 처리될 사안이라는 점은 중재판정사례에서 분명히 밝히고 있기 때문이다. 또한 공공조건 등에서도 하자보수의 이행여부를 가지고 준공대가의 지급청구에 대한 항변사유로 인정하는 명문규정을 찾아볼 수 없다.

3) 지체상금

지체상금이란 이행지체의 효과로서 인정되는 지연배상금을 의미한다. 이행지체는 채무가 이행기에 있고 그 이행이 가능함에도 불구하고 채무자가 그의 귀책사유로 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않는 것을 말한다. 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있기 때문에(민법 제390조) 채권자는 이행지체의 효과로서 지체로 말미암아 생긴 손해의 배상을 청구할 수 있다.

《지체상금과 손해와의 관계(중재판정 제01111-0094호)》

…지체상금은 공사계약 등의 공기지연 등이 발생하는 경우 그로 인한 손해의 측정, 산정의 어려움이 있기 때문에 이러한 경우에 대비하여 도급인의 손해에 대한 입증곤란을 덜고 손해배상에 관한 법률관계를 간명하게 처리할 목적에서 지체상금 약정을 하여 두는 경우가 통례인 것이므로 손해가 실제로 발생하였는가, 그 손해의 범위는 어떻게 되는가 하는 것과는 직접 관계가 없다 할 것이다…

지체상금의 계산은 계약상대자인 시공사가 계약서에 정한 준공기한(계약서상 준공신고서 제출기일)내에 공사를 완성하지 않은 경우 매 지체일수마다 계약서에 정한 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액, 즉 지체상금을 현금으로 납부하여야 한다(공공조건 제 25 조).

지체상금의 산정기준이 되는 계약금액과 관련하여 차수별공사의 경우 공사계약금전액으로 기준을 삼을 것인지 아니면 기성검사 부분을 제외한 잔여공사 부분에 대한 금액을 기준으로 삼을 것인지 논란이 적지 않다. 국가계약법상 장기계속공사에 있어서 매 연차별 계약은 계약의 실행을 위한 예산을 매 해당년도의 국회에서 별도의 의결을 받아야 하며, 매 연차별 계약에 대하여 각기 별도의 계약체결행위를 거친다는 점에서 각기 독립된 계약으로 간주된다. 따라서 장기계속계약을 예산상의 사유 등으로 수차에 나누어 공사계약을 체결하는 경우 그 이행지체 여부는 각 차수별·계약별 이행기한을 기준으로 판단하여야 하고, 전체 공사의 최종이행기한을 기준으로 하는 것은 아니라고 해야 한다. 이러한 주장에 대해 계약상대자인 시공사측은 계속비 예산으로 집행하는 공사의 경우 지체상금은 총 공사의 이행이 지연되는 경우에만 부과하고 개별 공종별 지체상금을 부과하지 않는 점 등을 고려하면 해당 공사의 공정은 구체적 완성을 기대하고 있지 않는 차수별 계약인 점에 비추어 전체 총 공정의 지체가 없는 한 지체상금 부과는 부당하며 장기계속계약에 의한 차수계약이라 할 지라도 총 공사의 이행이 지체되지 아니하는 한 손해의 발생은 없다 할 것이므로 지체상금을 부과할 수 없다고 반론을 제기한 바 있다.

중재판정은 장기계속계약에 의한 차수별 계약의 경우 전체 총 공정의 지체가 없다고 해도 당해 차수별 계약에 대하여 지체상금을 부과할 수 있다고 분명한 입장을 수 차례 밝힌 바 있다.

《장기계속계약에 있어서 지체상금(중재판정 제01111-0093호/ 제01111-0094호)》

…장기계속공사계약에 있어 지체상금의 부과는 각 연차계약별로 적용하는 것이며, 지체상금 산정시 기성부분 공제대상인 “성질상 분할할 수 있는 공사에 대한 완성부분”이라는 계약이행물량 중 지연되고 있는 부분과 관계없이 인수하여 관리(사용)하고 있는 부분을 말하는 것이다…³⁸⁾

《장기계속계약에 있어서 지체상금(중재판정 제01111-0100호)》

…장기계속공사계약의 경우 차수별 계약의 이행과 관련한 지체상금의 부과문제가 자주 다투어지고 있다. 공사계약일반조건에서의 지체상금에 관한 ‘계약서에 정한 준공기한 내’라는 표현은 별도의 총공사기한 즉, 최종 준공일이 기재되어 있지 않을 경우 전체 공사의 최종 준공일이 아니고 당해 차수공사의 준공기한을 의미하는 것으로 보아야 한다…

따라서 이러한 해석은 비록 최종 준공기한 내에 공사가 완료되었다 하더라도 각 차수별 공사의 지연이 발생하는 경우에 수요기관 입장에서는 손실을 입게 될 수 있으며, 최종 준공기한만을 기준으로 지체상금을 부과하게 된다면 시공사가 어떻게든 최종준공일만 지키면 된다는 생각에 각 차수별 공정을 소홀히 하게 되는 부정적인 결과를 초래할 가능성도 있다는 점을 반영한 것으로 보인다.³⁹⁾

만일 계약담당공무원이 기성부분을 인수한 때에는 그 부분에 상당하는 금액을 계약금액에서 공제한다. 단지 인수하지 아니하고 관리·사용하고 있는 경우도 포함하되, 기성부분의 인수는 그 성질상 분할할 수 있는 공사에 대한 완성부분으로 인수하는 것에 한한다. 계약담당공무원은 지체상금을 계약상대자에게 지급될 대가, 대가지급지연에 대한 이자 또는 기타 예치금 등과 상계할 수 있다.

특히 지체상금의 산정은 형평의 원칙을 적용하는 것이기 때문에 합리성과 타당성이 있어야 한다. 형평의 원칙이 명시되고 있는 것은 아니지만, 중재판정에서도 동 원칙을 적용하여 법원에 의한 지체상금의 감액을 인정하고 있다. 즉, 공사지체의 주원인이 계약당사자가 공동으로 작성한 기본설계도서의 하자로 인한 것이고 지체상금의 공제가 지

38) 재정경제부 회계예규 회제 45107-2630, 1996.11.12)

39) 이재우, 장기계속공사에 있어서의 지체상금 부과 기준, 중재, 2003년 가을호(제309호), p.135.

나치게 과다하다고 판단되는 경우 등에는 민법상의 규정(민법 제389조 ②)을 원용하여 법원이 적절하게 감액할 수 있다고 판정한 사례가 아래에서처럼 다수 있다.

《법원에 의한 지체상금의 감액(중재판정 제96111-0031호/ 제99111-0006호/
제99111-0029호/ 제01111-0094호, 제01111-0100호)》

…도급계약은 준공이라는 일의 완성을 목적으로 하는 계약으로서 일반적으로 지체상금에 관한 약정은 손해배상액의 예정으로 볼 것이고, 민법 제398조 제2항에 의하면 손해배상액의 예정이 부당히 과다한 경우에는 법원은 이를 적당히 감액할 수 있다고 규정하고 있는 바(대법원 1989.7.25. 선고 88다카 6273, 6280 판결 및 동원 1996.5.14. 선고 95다 24975 판결), 공사지체의 주원인이 신청인과 피신청인간의 공동개발계약에 의한 산출물인 기본설계도서의 하자로 인하여 발생한 사정과 신청인이 막대한 추가공사비를 지출하여 공장을 준공한 사정…등을 참작할 때 …감액하는 것이 상당하다…

위의 중재판정 내용 가운데서 인용하고 있는 바와 같이 법원도 국가계약법상의 지체상금은 민법 제398조 제4항의 손해배상의 예정으로 추정되며, 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 이를 적당히 감액할 수 있다고 밝히고 있다. 여기서 ‘손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우’라 함은 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 그 당시의 거래관행 등 모든 사정을 참작하여 일반 사회관념에 비추어 그 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃은 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 말한다.⁴⁰⁾

지체상금을 계산하기 위한 지체일수의 산정방식은 다음과 같다. 먼저 준공기한 이후에 이행을 확인하기 위한 검사에서 계약상대자의 계약이행내용의 전부 또는 일부가 계약에 위반되거나 부당하여 필요한 시정조치를 한 경우 시정조치를 한 날부터 최종 준공 검사에 합격한 날까지의 기간을 지체일수에 산입한다. 준공기한을 경과하여 준공신고서를 제출한 경우에도 준공기한 익일부터 준공검사(시정조치를 한 때에는 최종 준공검사)에 합격한 날까지의 기간을 지체일수에 산입한다.

40) 대법원 2002.1.25. 선고 99다 57126, 대법원 1999.3.26. 선고 96다 23306

《법정공휴일의 포함여부(중재판정 제01111-0094호)》

…지체일수를 산정함에 있어서 법정공휴일도 면책사유가 되는 일자에 포함시킬 것인지 여부에 대해서는 일정한 기간을 정하여 계약하는 공사기간의 경우 법정공휴일의 유무를 불문하고 기간으로 공사기간이 정하여 지는 것이므로 법정공휴일은 수급인이 책임질 수 없는 사유라고 볼 수 없다…

지체상금은 손해배상의 예정이라는 법적 성격을 가지기 때문에 준공기간의 경과에 의하여 당연히 인정되며 별도의 손해액 입증은 필요로 하지 않는다. 지체상금의 계산법도 계약문서에서 명시하고 있는 경우가 대부분이다. 중재판정사례를 볼 때 가장 논란이 많은 부분은 장기계속공사에 있어서 차수별·계약별 이행기한의 해석에 따른 지체상금의 인정여부라고 할 것이다. 중재판정부는 이에 대하여 최종 준공일이 기재되어 있지 않은 경우 전체 공사의 최종 준공일이 아닌 당해 차수공사의 준공기한이 지체상금을 발생시키는 준공기한이라는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 장기계속공사계약을 체결한 건설업체는 차수별 공정을 해당 기한 내에 완료하도록 하여 지체상금의 부과로 인한 불이익을 받지 않도록 주의해야 한다.

4) 지체상금의 면책사유

공공공사의 경우 다음과 같은 사유로 공사가 지체되었다고 인정할 때에는 계약담당공무원은 그 해당일수를 지체일수에 산입하지 않는다(공공 제 25 조 ③).

- i) 불가항력의 사유에 의한 경우
- ii) 계약상대자가 대체 사용할 수 없는 중요 관급자재등의 공급이 지연되어 공사의 진행이 불가능하였을 경우
- iii) 발주기관의 책임으로 착공이 지연되거나 시공이 중단되었을 경우
- iv) 계약상대자의 부도 등으로 연대보증인이 보증시공을 할 경우
- v) 계약상대자의 부도 등으로 보증기관이 보증이행업체를 지정하여 보증 시공할 경우
- vi) 설계변경으로 인하여 준공기한 내에 계약을 이행할 수 없을 경우
- vii) 기타 계약상대자의 책임에 속하지 아니하는 사유로 인하여 지체된 경우

《불가항력과 지체상금의 면책(중재판정 제96111-0059호)》

…당초 제공된 지질조사의 보고는 지반이 풍화암 및 연암일 것으로 되어 있었는데 실제 파고 들어가 보니 작업량의 1/4 가량이 경암 및 극경암으로 되어 있을 뿐 아니라… 쌓방이 예상하지 못하였던 돌발사태라 할 것인데, 이런 경우에 …쌓방 합의하에 공기를 연장할 수 있는 사유라고 할 것임에도 불구하고 신청인은 경암발생에 따른 공사비의 변경에 관해서만 합의하였고 공기연장을 요청한 바 없었으므로 이를 지체상금 면책 사유로 주장할 수 없으며…

특히 천재지변과 관련된 불가항력의 인정을 둘러싸고 많은 논란이 제기되고 있는 실정이다. 최근의 중재판정에 의하면, 강우와 관련하여 호우주의보 기준을 초과한 수준이라는 이유만으로 천재지변이라고 주장하는 것은 정당하지 않다고 한다. 다만 기상관측 사상 통상적인 강우량을 현저하게 초과한 경우는 천재지변으로서 불가항력적인 사건이라고 인정하고 있다.

《불가항력의 판단 기준(중재판정 제99111-0046호)》

…간선은 74.3mm/시간이고, 지선은 60mm/시간의 10년 및 5년의 시간 확률 강우강도로 설계되어 있으므로, 신청인이 주장하는 피해당일 강우량이 80mm/일인 호우주의보 기준을 초과하였다는 수준이라는 이유만으로 천재지변이라고 주장하는 것은 정당하다고 할 수 없다…6일간의 강우량은 기상관측사상 통상적인 강우량을 현저하게 초과하였고,…수해백서에 의하면 위 6일간의 강우량이 연강우량의 61.2%인 838.2mm이었고, 강동구지역 강우량이 419mm/일이었고, 시간당 강우량이 74mm로 기록되어 있는 바, 강동지역 하수관망의 배수능력 60mm/시간을 초과하였다. 더욱이 이 건 …공사현장은 저지대로서 주변 고지대의 홍수가 급속하게 집중되는 지역특성도 있기 때문에 위 6일간의 폭우는 천재지변으로서 불가항력적인 사건이라는 신청인의 주장은 이유 있으며…

불가항력의 사유로 자주 언급되는 강우와 관련하여 ‘우천으로 인하여 공사에 지장이 있는지 여부는 비가 내린 시간이나 작업의 장소와 내용에 따라서 달라지는 것이므로 단순히 강우량만을 기준으로 판단할 수 없다. 그리고 이러한 면책사유도 계약당사자가 자

신의 의무를 지체하고 있는 도중에 발생한 경우에는 인정받을 수 없다.

《이행지체 중에 야기된 불가항력(중재판정 제96111-0031호)》

…신청인이 주장하는 페이 태풍으로 인한 …공사중단기간은 신청인이 약정한 …준공일을 초과하여 준공의무를 지체하고 있던 기간 중에 발생한 것이므로 신청인이 그 과실없음을 주장하지 못한다고 할 것(민법 제392조 본문)이고, 따라서 이를 준공의 지체기간에서 공제하여 줄 것을 주장함은 이유없다고 할 것이며, 신청인은 공사도급 계약 체결 당시 1년 중 여수지방의 평균강우량과 우천일수가 상당한 정도로 존재함은 공지의 사실이므로 이로 인하여 상당기간 공사가 중단될 것이라는 점은 알고 있었다고 보아야 하고…

또한 수급인이 도급인에 의한 선금과 기성부분금의 지급지연을 이유로 동시이행의 항변권을 행사함으로써 공사의 일부 또는 전부를 일시 중지시킨 경우에 공사중지에 따른 기간은 지체상금 산정시 공사기간에서 제외된다. 특히 공기연장에 대한 요구가 없이 공사비의 변경만 합의한 경우 면책사유로 인정하지 않는다는 점에서 지체상금을 면하기 위해서는 계약문서상 명시된 절차 및 형식을 준수해야 한다는 점을 주의해야 한다.

《형평의 원칙(중재판정 제96111-0028호)》

…장래완공지연으로 신청인이 지체상금의 지급책임을 지게될 것이 예상된다 손치더라도 별다른 사정이 없는 한 이러한 사유만으로는 피신청인의 현재 이미 발생된 공사금(선금금포함)채무의 지급을 거부할 법률상의 이유가 될 수 없다 할 것인즉…당사자간에 기성고 제출시는 전회까지의 공사비가 연체된 사실이 없음을 소명해야 한다고 합의했다고 한들 위 소명제출을 기성금지급의 조건으로 한 취지라고는 풀이되지 아니하므로 논지는 이유가 없다. 즉, 공사비의 연체없음을 소명해야 한다고 한 취지는 피신청인으로부터 신청인에게 5회에 나누어 지급되는 기성금할부금 등이 타에 유용됨이 없이 공사비지급에 우선 지급, 충당되어야 함을 강조한 뜻으로 새겨지는데 피신청인이 위와 같이 5회에 나누어 지급키로 한 기성공사금의 상당부분을 아직껏 지급치 아니하고 있는 현재의 상황에서 신청인에게 타에 지급할 공사비의 연체없음의 소명을 요구함은 형평관념에 어긋나는 무리한 일이라고 보여지며…

《기간연장의 판단은 기속재량(중재판정 제01111-0094호)》

…계약기간의 연장여부는 당해 계약담당공무원의 기속재량에 속하는 것으로 달리 재량권 일탈이나 남용이 보이지 아니하는 경우 연장조치를 하지 않았다고 하여 바로 지체상금부과가 위법하다고 단정할 수 없다…

지체상금의 면책은 계약당사자간의 계약이행을 법의 기본원칙이라고 할 수 있는 신의성실과 형평의 원칙에 의거하여 인정하는 것이다. 지체상금과 관련된 공사대금의 지급문제도 이러한 법의 기본원칙이 적용되는 것은 당연하다. 다만 공공조건 등에서 규정하고 있는 지체상금의 면책사유를 구체적인 사안에 적용할 경우 계약당사자간에 사유의 해당여부를 둘러싼 이견이 있을 가능성도 적지 않다. 따라서 건설업체는 지체상금의 면책과 관련성이 있는 중재판정이나 판례 등을 검토하여 충분한 면책주장의 근거를 준비할 필요가 있다. 특히 불가항력의 경우는 이견이 가장 많은 경우로 최근 기후의 변화추세를 보면 과거와는 다른 양상으로 전개되고 있음을 감안할 필요가 있다. 과거에는 면책사유에 해당하는 수준에 달하였다고 해도 현재에 있어서 면책을 주장하려면 사유발생에 대한 건설업체의 예견가능성이나 주의정도 등에 있어서 더욱 높은 판단기준이 요구될 수 있다는 점도 고려되어야 한다.

〈표 V-3〉 계약종료단계 건설업체 대응방안

계약단계	클레임 사유	대응방안
계약종료	계약의 해제·해지	-계약의 해제·해지가 있더라도 기성부분에 대한 보수청구권은 인정되므로 적극적 청구 필요 -보수액의 산정범위는 실제 지출비용 등이 아닌 공사를 중단한 당시의 기성고 비율에 의한다는 사실에 유의
	준공	-하자보수를 이유로 준공 검사 거부 불가
	지체상금	-차수별 계약에서 최종 준공일이 기재되어 있지 않는 경우 지체상금 의무 발생기준은 당해 차수공사의 준공기한이라는 점에 유의
	지체상금 면책사유	-면책사유의 인정과 관련하여 건설업체의 예견가능성이나 주의의무의 수준이 점차 높아지는 경향임에 유의 -기후와 관련한 면책사유도 기후변화를 감안할 때 면책가능성이 점차 줄어들 수 있다는 점을 사전에 유의할 필요

5. 종합적 대응방안

건설클레임이나 분쟁발생시 소송 외에도 다양한 분쟁처리수단이 현행 법령에서 규정되고 있지만 제도적 미비 등을 이유로 건설중재만이 활성화되고 있다. 따라서 건설업체로서는 공사의 원활한 수행과 시간적·경제적 측면에서 유리한 측면을 고려하여 중재에 의한 건설클레임이나 분쟁해결을 도모할 때 가장 먼저 고려할 사항은 서면에 의한 중재합의가 있어야 한다는 점이다. 발주처는 감사로 인한 부담을 최소화하고 최소한 3번에 걸쳐 판단을 받아볼 수 있는 재판을 선호하는 경향을 보여주고 있기 때문에 중재합의를 기피하는 사례가 적지 않다. 공공조건의 분쟁해결조항에서 그 동안 선택적 중재조항의 해석을 둘러싸고 본안전 판단을 요구한 사례가 상당수에 달한다는 점이 그와 같은 발주처의 경향을 반증하고 있다. 따라서 시공사인 건설업체로서는 중재가 가진 건설클레임이나 분쟁해결의 간편성·신속성·경제성·전문성 등을 발주처에 충분히 납득시키고 가능한 한 계약시에 중재조항을 계약문서 가운데 명시하거나 또는 별도의 중재합의서를 작성하는 것이 바람직하다. 사후 중재합의도 가능하나 분쟁이 이미 발생한 경우 발주처가 중재합의에 동의할 가능성은 이전의 중재판정사례를 볼 때 크지 않기 때문이다.

또한 중재판정 이유 가운데서도 수 차례 강조되고 있고 설문조사를 통해서도 그 필요성이 강조되고 있는 관련 서류나 문서의 확보 또는 보관에 보다 많은 관심을 기울여야 한다. 입·낙찰단계에서부터 계약문서의 작성과 공사의 이행 등 전과정에서 발주처와의 의사교환내용이나 사실 등에 관한 서면이나 녹취록 등은 실제 중재절차에서 건설업체의 주장을 합리적으로 뒷받침하는 중요한 근거가 되기 때문이다. 또한 분쟁이 발생하는 단계도 중재의 경우나 소송의 경우 모두 주로 시공에 들어간 후에 집중되고 있고 있는데, 이러한 현상은 향후 공사계약관리가 얼마만큼 중요한가에 대하여 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

다음으로 건설클레임이나 분쟁해결을 위한 시공사의 적극적인 주장이나 청구가 필요하다. 계약당사자의 특성상 건설업체가 발주자를 상대로 건설클레임을 제기한다는 것이 실제 쉽지 않다는 점은 중재 등 여러 사례를 보더라도 충분히 알 수 있다. 중재판정사례에서 언급되고 있는 바와 같이 일체의 이의를 제기하지 않겠다는 각서를 제출하고 변경계약을 체결한 후에 발주처의 우월적 지위 또는 강압에 의하여 변경계약에 서명할 수 밖에 없었다면 공기연장에 따른 추가비용이나 감액된 공사대금을 청구하는 경우도 있다. 이처럼 건설현장에서 실제로 발주처의 우월적 지위나 강요에 의해서 변경계약을 체결하였다 하더라도 분쟁의 해결과정에서 발주처의 우월적 지위나 강요를 입증하기가 쉽지

않아 분쟁의 해결에 불리한 결과를 가져오는 경우가 종종 있다. 따라서 분쟁이 발생하면 소극적으로 대처하고 발주처의 강요에 의하여 어쩔 수 없었다는 주장만 할 것이 아니라 발주처의 요구가 부당한 것이라면 이에 적극적으로 대응하는 것이 분쟁의 해결에서 바람직한 결과를 가져올 수 있을 것으로 생각된다.⁴¹⁾

[건설업체의 종합적 대응방안]

- 공공공사의 경우 발주처가 중재기피 경향을 보이고 있다는 점에 유의하여 계약체결시 혹은 중재포함 문서의 인용 등을 통한 중재계약의 성립 방안 강구 필요
- 관련 서류나 문서의 확보 또는 보관에 보다 많은 관심 필요
- 계약 종료 후가 아닌 이행과정에서 클레임사유 발생시 발주처에 적극적으로 클레임 제기 필요

41) 채완병, 계약일정의 변경과 물가변동에 따른 계약금액의 조정, 중재, 2003·가을 제309호, 128면.

VI. 건설중재제도의 장기적 발전방안

건설클레임의 발생은 공사계약의 특성상 계약당사자의 노력에도 불구하고 불가피한 측면이 있으며, 클레임이나 분쟁의 해결과정에 있어서 전문성·신속성·구체적 타당성 등이 요구된다.⁴²⁾ 건설중재는 이러한 공사계약의 특성을 잘 반영하고 있을 뿐만 아니라 그 외에 저렴한 비용·판정결과의 강제력 등의 장점도 갖추고 있어, 알선이나 조정 등 다른 대체적 분쟁해결수단보다 현실적이고 효과적이라는 평가를 얻고 있다. 이용률도 증가하고 있으며, 이러한 추세는 당분간 계속 이어질 전망이다. 그러나 건설중재제도가 건설시장의 수요를 충분히 반영하여 제대로 뿌리를 내리기 위해서는 건설업체의 대응 못지 않게 제3장에서 언급한 여러 가지 제도적 미비점들이 함께 개선되지 않으면 실효성을 기대하기 어렵다. 지금까지의 논의를 바탕으로 건설중재제도가 보다 정착되고 활성화될 수 있는 제도적 방안을 제시하면 다음과 같다.

1. 중재대리의 개선방안

1) 중재규칙상 전문가규정의 실효성 확보

변호사만이 중재대리를 할 수 있다는 법원의 입장은 중재규칙에 명확히 반하는 것이므로 더 이상의 법 적용상의 혼란을 방지하고 명확한 법률 시행을 위해서도 개선이 필요하다. 이러한 개선과 관련하여 가장 중요시되어야 하는 것은 어떠한 해결책이 중재당사자에게 실질적 이익이 되는가라는 점이다. 재판을 통한 해결이 현실적으로 여러 가지 문제점이 내포되어 있어 합리적 해결을 모색하기 위한 방편으로 중재를 선택한 이상 재판절차에서의 원칙이 강요되어서는 안될 것이기 때문이다.

중재는 기본적으로 소송이 아니다. 소송 외의 대체적 분쟁해결방법이다. 소송대리를 변호사에게 전적으로 맡기는 것은 변호사법에서 언급하고 있듯이 국민의 기본권 보장을

42) 건설공사와 관련하여 예측가능한 위험(Risk)과 그렇지 못한 경우를 예시하여 보면 다음과 같다.

- 1) 예측 가능 : 계약상의 조건, 공사의 난이도 및 조건, 발주처 및 감독의 특성, 현장 인력의 경험 여부 등
- 2) 예측불가능: 공사부지 지하의 지질조건, 지하매설물, 기상이변, 물가변동, 법제도의 변경 등

보다 충실히 할 수 있도록 하기 위한 것으로 이견이 없다. 그러나 모든 분쟁해결과정에서 대리행위를 변호사만이 할 수 있도록 변호사법에 규정을 두고 강요하는 것은 사회가 보다 다양화·전문화되어 가고 있는 일반적 추세와도 부합하지 않으며, 당사자의 실질적 권리보호를 위해서도 올바른 방향이 아닌 것으로 보인다. 특히 건설중재의 경우 건설분야의 해박한 지식을 전제로 하지 않으면 단순히 건설산업기본법이나 국가계약법 등의 분석만 가지고 분쟁발생의 원인과 설득력있는 해결책으로 나아가기 힘들다. 건설관련 전문가들이 변호사보다 사실관계의 분석과 이해에 더 정통하기 때문에 당사자의 권리구제에 충실성도 높다고 할 수 있다.

변호사만이 만능으로 모든 분쟁의 경우에 있어서 대리를 할 수 있다는 배타적 사고방식을 버려야 한다. 전문분야에 있어서 구체적 타당성을 가진 해결책을 제시하는 다양한 형태의 분쟁해결방식이 더욱 활성화되고 있는 세계적 추세를 감안할 때 해당 분야의 전문가들을 충분히 활용함으로써 형식논리에 얽매이지 않고 보다 현장에서의 실질적 애로를 해결해주는 현명한 해결책을 기대할 수 있게 된다. 또한 최근의 건설관련 분쟁을 들여다보면 계약등 법률문제와 시공행위의 전문적 분석평가문제가 복합적으로 결합되어 있어 변호사만으로는 당사자의 충분한 권리주장이 곤란한 경우가 적지 않다.

분쟁에 있어서 그 성격상 법률적 관련성을 가지고 있지 않는 경우는 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 우리의 사적 생활 자체가 도덕과 법이 혼재된 가운데 형성되고 있으며, 생활중에 야기되는 분쟁은 성문법규에 의하든 아니면 관습에 의하든 법적 판단이 요구된다고 할 것이기 때문에 변호사만이 그러한 모든 분쟁의 법적 판단을 내릴 수 있다는 것은 분쟁당사자의 진정한 이익을 위한 것이 아니라 변호사 자신들의 이익추구를 위한 독선적 성격을 가진다는 비판을 면하기 어렵다. 자신의 이익이나 주장을 충분히 대리해주지 못하는 중재대리인에게 수임함으로써 입게 되는 불이익은 결과적으로 수임한 분쟁당사자 자신에게 귀속되는 것이며, 이러한 불이익을 우려하여 변호사 외에는 불가하다는 주장은 변호사 가운데서도 모두가 소송당사자의 이익을 선관주의에 입각하여 충분히 대변하는 것이 아니라면 점에서 본다면 마찬가지로 할 것이다.

중재규칙은 대한상사중재원이 중재법에 의하여 상사중재를 공정·신속하게 하기 위한 절차를 규정하기 위해 중재법 제41조에 근거하여 대법원의 승인을 받아 제정된 것이다. 따라서 그 법규성을 인정할 수 있다. 이러한 중재규칙에 의거해서 중재대리인이 될 수 있는 자에 대하여 검토한다면 반드시 변호사의 자격을 갖춘 자 외에도 '상당하다고 인정되는 자'도 중재대리인이 될 수 있다. 문제는 이러한 '상당하다고 인정되는 자'의 범위 혹은 자격요건에 관한 부분에 있을 것이다. 이에 대해서 중재규칙은 보다 세부적 기준을 별도로 두고 있지는 않다.

2) 중재법의 개정 필요

중재규칙의 규정이 사문화되지 않고 실효성을 갖기 위해서는 변호사 외에도 전문가도 중재대리를 할 수 있도록 중재법을 개정하여 명확하게 하는 것이 필요할 것으로 본다. 변호사법도 개정하여 중재대리의 경우 예외를 명시한다면 더욱 바람직할 것이다. 다만, 이러한 명시적 개정 노력 외에 전문가의 범위를 명확하게 하여 부적절한 중재대리인으로 인하여 중재당사자가 피해를 입지 않도록 제도적으로 정비할 필요가 있다. 중재대리인이 건설중재절차에서 충분히 당사자의 권리나 주장을 위하여 역할을 다할 수 있도록 하기 위해서는 미국 등 선진국에서와 같이 전문분야 중재프로그램을 통하여 훈련을 쌓을 수 있는 제도적 정비도 함께 마련하면 제도의 신뢰성을 가일층 확보할 수 있을 것이다.

차선책으로서는 이러한 전문가에 대한 자격을 둘러싼 시비와 불신을 없애기 위하여 관련 법령의 개정이 이루어질 동안 중재판정부의 승인을 얻어 중재대리를 할 수 있게 하거나 상사중재인의 위촉이 엄격한 자격심사를 거쳐 이루어지고 있다는 점을 반영하여 상사중재인으로 위촉된 이들이 중재대리를 할 수 있는 전문가로 활동할 수 있게 한다면 자격시비에 대한 불필요한 논쟁을 잠재우고 설득력을 가질 수 있을 것으로 본다. 무엇보다 중요한 것은 국민의 기본권을 실질적으로 보호하고 시장에서의 요구를 잘 반영하여 구체적 타당성을 갖춘 방향으로 제도개선을 추구해야 한다는 점이다.

2. 중재제도의 권장

계약서의 합리적 해석이나 협의를 통하여 분쟁이 해결되지 않을 경우 다양한 분쟁해결제도가 마련되어 있지만, 이해관계가 첨예하게 대립하고 있는 상황에서 중재절차의 이용을 위한 합의성립은 용이하지 않을 것이다. 현행 공공조건의 분쟁해결조항은 분쟁해결수단이나 절차에 대한 당사자의 선택권을 확대한 측면이 있지만, 발주기관이 중재를 기피하는 경향을 보이고 있기 때문에 사실상 중재에 의한 분쟁해결을 오히려 제한하고 위축시키는 결과를 초래하고 있다.

건설중재는 재판과 비교할 때 경제성이나 분쟁해결의 효율성을 높이 인정할 수 있으며, 그 이용률도 지속적인 증가추세를 보여주고 있기 때문에 향후에도 공사계약으로 인한 클레임이나 분쟁해결에 중재절차를 이용하도록 정책적으로 권장할 필요가 있다. 중재절차의 진행은 중재합의를 전제로 하기 때문에 모든 경우의 분쟁해결을 중재로 하도

록 강제할 수는 없다. 그러나 협의에 의한 분쟁해결시도를 선행시키고 그로부터 만족할 만한 해결이 되지 못할 경우 국가계약법령의 적용을 받는 일정규모 이하의 공공공사에서 '분쟁발생시 중재에 의하여 해결한다'는 '중재합의'를 표준계약문서 가운데 명문화하는 것이다. 공공공사에서의 운용결과에 따라 민간공사는 자연스럽게 확산될 수 있을 것이다. 중재합의의 명문화가 이루어진다면 분쟁발생시 협의로 해결되지 않을 경우 중재에 대한 별도의 의사표시가 없더라도 바로 중재절차를 이용할 수 있게 되어 분쟁해결의 신속성을 기대할 수 있게 된다. 또한 중재절차에 의한 해결을 원하지 않는 당사자는 분쟁발생 전에 상대방과 충분한 협의를 통하여 합의점에 도달하려는 노력을 기울일 것이므로 분쟁해결을 촉구하는 효과도 기대할 수 있게 된다.⁴³⁾

실제 현장에서는 계약담당공무원이 중재절차에 의한 분쟁해결을 도모하려고 해도 감사지적사항으로 되는 등 불이익을 입을 우려가 있어 꺼려한다는 주장도 조심스럽게 나오고 있다. 따라서 중재절차의 이용이 실질적으로 활성화되기 위해서는 계약담당공무원이 자신의 고의나 중대한 과실로 건설클레임이나 분쟁이 야기된 것이 아닐 경우 중재절차를 통한 건설클레임이나 분쟁해결로 인해 감사나 업무수행상의 불이익을 받는 일이 없도록 관련 법령에서 보장하는 것도 하나의 대안이 될 수 있을 것이다.

3. 중재기구의 정비

1) 중재인의 종립성·독립성 확보

중재제도가 건설클레임이나 분쟁의 해결절차로서 그 역할을 다하고 건설시장에서 환영받을 수 있으려면 중재판정이 공정하고 객관성을 가지면서 동시에 전문성의 바탕 위에서 이루어져야 한다. 이러한 역할의 중심에 중재인이 있다. 중재는 분쟁당사자가 중재인을 선정하는 과정에 참여하기는 하지만 선정된 중재인은 중재인으로서의 양심과 관

43) 건설중재의 개선을 위한 제언으로서 김수삼교수(한양대, 한국토목학회 회장)는, 첫째는 '갑'과 '을' 쌍방간에 합의에 의해 중재신청이 가능하도록 되어 있는 경우에는 정부기관이 '갑'이 되고 있는 경우에 중재를 피해 가려는 시도들은 시정되어야 하고, 둘째는 중재에 참여하는 변호사들의 적극적인 지원이 요구되며, 셋째는 대한상사중재원은 건설업체의 계약담당자를 대상으로 교육을 실시할 필요가 있고 마지막으로 건설 중재기능의 국제적 역할수행을 위한 준비가 필요하다고 역설하고 있다(중재지, 03 가을호(제309호) 2-3면).

런 법령 그리고 해당 자료를 근거로 객관적인 판단을 내려야만 한다. 이와 같은 전제가 충족되어야만 결과인 중재판정에 대하여 당사자 모두가 승복하고 신뢰할 수 있게 되기 때문이다. 실제로 중재절차에 있어서 중재인의 중립성과 공정성 위반을 이유로 중재판정결과가 번복된 사례도 있다.

이러한 중재인의 자격요건에 대해서는 중재규칙에서 적극적으로 명시하고 있지는 않다. 다만, 중재의 결과와 관련하여 법률적 또는 경제적 이해관계가 있는 자는 중재인에서 배제된다고 규정하고 있을 뿐이다(중재규칙 제19조). 이처럼 특별한 자격요건이 요구되지는 않지만, 분쟁해결의 중요성을 고려하여 판정결과의 객관성 등을 확보하기 위해 해당 분야의 덕망이나 전문적 지식의 함양 등으로 존경을 받는 사람들로 중재인명부가 작성되고 있다.⁴⁴⁾ 대한상사중재원이 요구하는 중재인의 위촉요건은 매우 엄격한 편이다.⁴⁵⁾ 이러한 기준에 의거하여 위촉된 중재인단은 2003년 6월 1일 현재 국내 거주 중재인 897명, 해외 거주 중재인 126명 등 총 1,023명으로 구성되어 있다. 이 중 건설관련 중재인은 약 20%를 넘고 있다. 기준만으로 본다면 중재판정의 신뢰성과 전문성을 충분히 인정받을 수 있는 자격요건이 된다고 볼 수 있다.

44) 중재인의 자세에 대하여 김연호 변호사는 다음과 같이 언급하고 있다. 첫째, 중재인은 사건당사자 및 사건에 관하여 공정한 입장을 취해야 한다. 둘째, 당사자가 제출한 문서 및 자료를 사전에 충분히 읽어 보고 심문에 임해야 한다. 셋째, 중재인은 판사보다 더한 참을성을 갖추어야 함. 이외에 중재인이 금기시해야 할 사항으로서는 첫째 심문과정에서 당사자들에게 암시한 결론을 중재판정문에서 뒤집어서는 안된다. 둘째 중재인은 심문과정에서 당사자들에게 호령하거나 당사자와 싸우는 것같이 진행을 하여서는 안된다. 셋째, 중재인은 당사자들에게 사건이 미미하다거나 신통치 않다는 등의 내색을 해서는 안된다. 넷째, 중재인은 자신이 명한 심문진행내용을 무시해서는 안된다. 다섯째, 중재인은 법의 집행만이 아니라 형평성 실현의 책임을 가지고 있음을 간과하지 말아야 한다. 여섯째, 중재인은 심문테크닉을 길러야 한다고 본다(김연호, “중재인의 자세”, 계간 중재 여름호(제 292호), 1999).

45) ○ 법조계: 법조경력 10년이상, 법학박사, 외국인변호사 자격취득자로 법조경력 5년이상인 변호사
○ 실업계: 실무경력 10년이상인자로 상장기업은 3년이상, 비상장기업은 5년이상 임원으로 근무하거나 전문직종에 15년이상 또는 분야별 최상위급 자격취득자로 5년이상 근무한 자
○ 학 계: 대학교수로 5년이상, 박사학위자로서 5년이상, 석사학위자로서 10년이상 전공분야에서 근무한 자
○ 공공기타 전문단체: 해당기관에서 임원으로 또는 박사학위 소지자로 5년이상 근무한 자
○ 공인회계사, 변리사 등: 공인회계사, 변리사, 세무사, 관세사 등 자격취득자로 5년이상 현직에서 근무한 자
○ 주한외국인: 외국변호사 자격소지자, 주한 외국상사 내지 무역유관기관의 임원 또는 대표로 근무한 자, 전문직종에서 10년이상 근무한 자 등

그러나 엄격한 요건을 갖춘 이들을 중재인으로 선정하더라도 전문성 외에 분쟁당사자와의 인간적 혹은 업무적 관계 등으로 인하여 공정한 중재업무를 수행하는 데 지장을 받을 가능성은 얼마든지 있다. 따라서 이러한 우려가 있을 때에는 중재판정부 구성으로부터 벗어날 수 있도록 제도적으로 보완해야 한다. 현재 중재법은 기피사유 및 기피절차를 규정하여 제도적 뒷받침을 하고 있다.⁴⁶⁾ 그러나 중재의 경우 재판과 달리 중재판정부를 구성하는 중재인선정절차에 당사자가 참여할 수 있다는 점과 자율적 분쟁해결방식이라는 특성을 감안하여 재판절차에 있어서 법관에게 적용하는 제척이나 회피제도는 적용하지 않고 있는 것으로 보인다. 재판 외 분쟁해결제도의 하나인 조정제도의 경우 공정성을 확보하기 위하여 제척이나 회피, 기피 등을 모두 적용하는 사례도 있다는 점을 감안하면 중재판정의 신뢰성도 높이고 중재절차의 공정성과 객관성도 확보할 수 있도록 제척제도의 도입을 적극적으로 고려하는 것이 바람직할 것이다.⁴⁷⁾ 이러한 제도의 개선

46) 중재법 제13조 (중재인에 대한 기피사유) ①중재인이 되어 달라고 요청받은 자 또는 선정된 중재인은 자신의 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 사유가 있는 때에는 지체없이 이를 당사자들에게 고지하여야 한다.

②중재인은 제1항의 사유가 있거나 당사자들이 합의한 중재인의 자격을 갖추지 못한 사유가 있는 때에 한하여 기피될 수 있다. 다만, 당사자는 자신이 선정하였거나 선정절차에 참여하여 선정된 중재인에 대하여는 선정후에 알게 된 사유에 한하여 기피신청을 할 수 있다.

중재법 제14조 (중재인에 대한 기피절차) ①중재인에 대한 기피절차는 당사자간의 합의로 정한다.

②제1항의 합의가 없는 경우에 중재인을 기피하고자 하는 당사자는 중재판정부가 구성된 날 또는 제13조제2항의 사유를 안 날부터 15일 이내에 중재판정부에 서면으로 기피신청을 하여야 한다. 이 경우 기피신청을 받은 중재인이 사임하지 아니하거나 상대방 당사자가 기피신청에 동의하지 아니하면 중재판정부는 그 기피신청에 대한 결정을 하여야 한다.

③제1항 및 제2항의 규정에 의한 기피신청이 받아들여지지 아니하는 경우에는 기피신청을 한 당사자는 그 결과의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 법원에 해당중재인에 대한 기피신청을 할 수 있다. 이 경우 기피신청이 법원에 계속중인 때에도 중재판정부는 중재절차를 진행하거나 중재판정을 내릴 수 있다.

④제3항의 규정에 의한 기피신청에 대한 법원의 기피결정에 대하여는 항고할 수 없다.

47) 소비자보호법 제38조 (위원의 제척·기피·회피) ①조정위원회의 위원은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 당해 피해구제청구사건(이하 이 조에서 "사건"이라 한다)의 심의·의결에서 제척된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자이었던 자가 당해 사건의 당사자가 되거나 당해 사건에 관하여 공동권리자 또는 의무자의 관계에 있는 경우
2. 위원이 당해 사건의 당사자와 친족관계에 있거나 있었던 경우
3. 위원이 당해 사건에 관하여 증언이나 감정을 한 경우
4. 위원이 당해 사건에 관하여 당사자의 대리인으로서 관여하거나 관여하였던 경우

②당사자는 위원에게 심의·의결의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 원장에게 기피신청

과 함께 중재인 각자도 자신을 선정한 당사자일방에게 편중된 시각을 가짐이 없이 공정하고 객관적인 시각에서 전문성을 충분히 살려 구체적 타당성있는 결론을 내릴 수 있도록 노력해야 할 것이다. 이러한 과정을 거친 판정이라야 당사자 모두가 수긍하고 만족할 수 있을 것이기 때문이다.

또한 중재인은 법관처럼 고도의 판단훈련을 장기간 쌓은 바가 없기 때문에 어느 정도 절차의 적용에 형평을 기할 수 있는 식견과 중재의 기능에 대해 기초적 지식이 부족하다. 단순한 회의진행경험 정도로는 분쟁당사자들의 불만을 적정하게 해결하기에는 부족하다.⁴⁸⁾ 이러한 까닭에 법조인 출신이 중재인으로 선정되는 빈도가 높고 중재부의 구성에 있어서도 다수를 차지할 가능성도 많게 된다. 그러나 건설중재의 본래 취지는 건설분야의 전문적 지식을 분쟁해결에 충분히 활용하는 데 있으므로 중재부의 구성에 건설전문기술인의 참여가 활발하게 이루어지지 않으면 건설중재의 의미는 반감되는 것이다. 미국 AAA의 경우도 이러한 점들을 감안하여 건설중재인의 훈련을 위한 프로그램을 별도로 실시하고 있다. 따라서 건설분쟁의 독특한 성격에 따른 기술적이고 전문적인 지식을 충분히 활용하면서 동시에 중재절차를 원활하게 진행하기 위해서는 중재인에 대한 정기적 훈련 등을 실시할 필요가 있다.

2) 건설중재의 이용편의성 제고를 위한 전담시설의 설치

국내의 건설공사와 관련한 재판외 분쟁해결기구에 대해서는 건산법에서 건설분쟁조정 위원회를 명시하고 있지만, 그 이용은 저조한 편이어서 활성화를 위한 제도개선이 시급히 요구되고 있는 실정이다. 따라서 현재로선 재판외 분쟁해결기구로서 건설중재의 역할과 기능에 대하여 시장의 기대 또한 커질 수밖에 없다. 그러나 시장의 기대에 부응하고 건설업계가 바라는 분쟁해결기구로서 자리매김하기 위해서는 '건설분쟁해결시스템의 종합화'가 이루어져야 한다. 일본의 건설공사분쟁심사회와 같은 종합적 기능을 갖추어 건설클레임이나 건설분쟁에 대한 상담, 알선, 조정, 중재 등을 수행할 수 있어야 할 것이며, 동시에 건설중재인의 교육이나 정보제공 등 분쟁해결에 관한 종합적인 서비스를 제공하는 기능도 갖추어야 할 것이다. 세부적인 구조와 인력충원문제 등에 대해서는 업계와 학계 등 관련 분야의 전문가들이 함께 모여 별도의 논의가 있어야 할 것이다. 이러

을 할 수 있다. 이 경우에 원장은 기피신청에 대하여 조정위원회의 의결을 거치지 아니하고 결정한다.

③위원이 제1항 또는 제2항의 사유에 해당하는 경우에는 스스로 그 사건의 심의의결에서 회피할 수 있다.
48) 정기인, “중재인의 위기”, 계간 중재 겨울호(제294호), 1999(http://www.kcab.or.kr/journal/294_2.html).

한 종합적 기능의 분쟁해결기구가 마련된다면, 건설분야의 전문성과 공사계약의 특수성을 실질적으로 반영하고 분쟁해결결과의 구체적 타당성도 제고할 수 있을 것으로 본다.

3) 기타 중재절차 관련 규정 정비

건설중재가 비록 재판과 비교할 때 주로 언급되는 경제적 측면에서의 이점을 충분히 살리면서 공사의 수행에 방해가 되지 않도록 신속절차의 정비 및 이용을 확대할 수 있는지에 대한 정밀한 분석이 요구된다. 또한 현재 실무상 활용되고 있는 대한상사중재원 자체에서 만든 「건설중재관리내규」도 건설법이나 국가계약법령, 그리고 하도급법 등 관련 법령의 내용에 비하여 그 범위가 일부 축소되어 있으므로 대부분의 건설관련 클레임이나 분쟁을 건설중재절차를 이용하여 해결할 수 있는 문호는 넓게 만들어 주도록 개선할 필요가 있다.

VII. 향후 건설중재의 전망

건설중재는 앞에서 살펴본 바와 같이 그 이용률이 매년 증가하고 있지만, 향후 전망이 그렇게 밝다고만 할 수는 없다. 무엇보다 국가나 지자체 등이 발주하는 공사의 경우 분쟁이 발생하더라도 발주자측에서 중재에 의한 해결을 극도로 꺼리는 까닭이다. 계약상의 우월적 지위가 아직도 건설공사의 체결과정에서 다수 남아있다는 점을 감안하면 분쟁발생 후에 발주자측에게 중재합의나 중재계약의 체결을 요구한다는 것은 현재의 상황을 감안할 때 거의 불가능에 가깝다고 할 수 있다. 이러한 염려는 최근 서울특별시에서 공사발주를 위한 공사계약특수조건을 변경하는 등의 일련의 과정을 보더라도 확연히 드러난다.

또한 공공공사의 경우 계약문서로서 대부분 사용하고 있는 공사계약일반조건(회계예규)의 분쟁해결조항에서는 '조정 또는 중재'를 분쟁해결수단의 하나로 선택할 수 있게 하였는데, 이것의 해석을 두고 찬반이 갈린 가운데 대부분의 중재판정부와 하급심은 본안전 심리를 통하여 중재합의의 성립을 인정하였다. 그러나 최근 대법원은, 비록 물품공급계약이고 분쟁해결수단으로서 '판결 또는 중재'를 선택할 수 있도록 한 사안이기는 하지만, '일방당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 답변서를 통하여 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재계약으로서의 효력이 있다고 볼 수 없다'고 판시하고 있다.⁴⁹⁾ 이에 따라 2001년 개정전의 공사계약일반조건을 사용한 건설공사계약의 경우에는 건설클레임의 제기시 건설중재에 의한 해결을 원할 경우 부정적 영향이 있을 전망이다. 2001년 이후 개정된 공사계약일반조건에서는 선택적 분쟁해결조항에 대한 논의를 없애기 위하여 중재와 조정, 그리고 소송을 병렬적으로 열거하는 방식으로 변경하였다.

건설중재를 둘러싼 입법환경이나 건설시장에도 변화의 바람이 거세게 불고 있다. 공공공사의 근거법령이라고 할 수 있는 「국가를당사자로하는계약에관한법률시행령」이 대통령령 제18155호로 12월 11월 개정되었다. 동시행령은 최저가낙찰제의 적용대상범위를 입찰참가자격 사전심사의 대상으로서 추정가격이 1천억원 이상인 공사에서 500억원 이상인 공사로 대폭 확대하고, 중앙관서의 장은 최저가격으로 입찰한 자부터 그 입찰금액의 적정성을 심사하여 낙찰자를 결정하도록 하였다(영 제42조제1항 단서). 이에 따라 건설업체는 입찰참가시에 수익성 여부를 충분히 감안하여 참가하여야 하겠지만, 경쟁이

49) 대법원 2003다318 채무부존재확인 사건(원심판결은 서울고등법원 2002.11.28. 선고2001나73093판결 참조)

치열할수록 이전보다 낮은 공사금액에도 부득불 수주 받을 수밖에 없는 상황이 초래될 가능성이 높다. 이럴 경우 결국 공사 중에 발주처와의 이해관계가 대립되는 사항이 계약문서 등에서 불명확한 경우 건설클레임의 발생가능성은 더욱 높아질 가능성이 있는 것이다. 또한 신기술·신공법의 도입으로 인하여 설계변경을 하는 경우 종전에는 절감된 공사비의 100분의 50을 계약금액에서 감액하도록 하였으나, 앞으로는 100분의 30을 감액하도록 함으로써 기술도입에 대한 보상을 확대하였다(영 제65조제4항). 이로 인해 건설업체는 신기술·신공법의 도입을 통한 설계변경을 적극적으로 활용하려고 할 것이고, 발주처측에서는 불확실성과 위험성 등을 고려하여 반대의 입장에 서게 될 가능성이 높아 갈등의 불씨가 커질 수도 있다. 특히 최저가로 인한 이윤확보가 더욱 힘들어지면서 과거에는 일정 규모 이상의 건설업체만이 관심을 갖고 있던 턴키공사의 발주시장에 중견업체들까지 뛰어들고 있다. 턴키공사는 원칙적으로 정부에 책임 있는 사유 또는 천재·지변 등 불가항력의 사유로 인한 경우를 제외하고는 설계변경을 통한 계약금액의 증액이 인정되지 않는다. 그럼에도 불구하고 시공 중에 추가공사비가 소요되는 상황을 둘러싸고 그 원인과 부담의 주체를 둘러싼 분쟁이 다수 발생하고 있어 건설중재의 단골 메뉴가 되고 있다.

이상의 법원의 판결동향 및 관련 법령의 제·개정을 감안한다면, 향후 건설클레임의 발생 건은 지금까지보다 더욱 증가될 것이지만, 건설중재에 의한 해결은 발주처측의 기피로 인하여 줄어들 것으로 전망된다. 그러나 앞서의 설문조사에서도 보듯이, 건설클레임의 효율적 해결에 대한 건설업체 및 시장에서의 요구는 더욱 절실해지고 있음을 쉽게 알 수 있다. 건설중재는 소송과 비교할 때 경제적 측면의 장점 외에도 건설공사계약의 특수성이 충분히 고려되어질 수 있다는 점을 주목하지 않을 수 없다. 건설중재의 활성화는 중재제도의 발전이라는 측면보다 오히려 국내 건설시장의 선진화와 경쟁력제고는 측면에서 반드시 필요한 부분이다. 조정·중재에 의한 건설분쟁의 해결이 지속적인 정책 지원의 부재 등으로 빈사상태에 있다는 현실을 볼 때, 건설중재의 이용이 지속적으로 활기를 띠어가고 있는 것은 시장에서의 자연발생적 현상이라는 점에서 매우 시사하는 바가 크다. 정책적 지원을 해주지는 못할 망정 국가가 나서서 관련 규정을 수정하여 중재에 의한 분쟁해결을 기피하려는 현실은 건설시장의 발전방향과 역행하는 것이라는 비판을 면하기 어려울 것이다.

이제 부동산시장의 과열을 막기 위한 각종 규제조치로 인하여 건설시장마저 얼어붙고 있다. 공사계약당사자는 시장의 전망이 어둡게 나올수록 경제적 이해관계에 민감해질 수밖에 없다. 이런 때일수록 건설업체가 책임시공을 통하여 양질의 결과물을 만들어내

는데 전념할 수 있게 정책당국은 법제도적 지원을 아끼지 말아야 한다. 또한 건설시장에서의 요구를 정확하게 파악하여 관련 법령에 반영하는 것도 필요하다. 건설클레임의 효율적 해결수단으로서 건설중재제도에 대한 정비도 그러한 차원에서 정책당국이 지속적인 관심을 갖고 노력할 분야라고 생각된다.

120·중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망

참고자료 및 문헌

- 김성배·김일중·양진석, 「우리나라 건설분야분쟁 사례 분석」, 한국건설산업연구원, 2001.5
- 남진권, 「건설공사의 클레임과 분쟁」, 문원출판, 2000.5
- 대한상사중재원, 「중재논총(1991~1998)」, 2002.12
- 대한상사중재원, 「중재논총(1999~2000)」, 2002.12
- 대한상사중재원, 「중재논총(2001~2002)」, 2002.12
- 대한상사중재원, 「중재관정사례집 제11권(2001년)」, 2003.11
- 대한상사중재원, 「판정사례집 건설중재」, 2003.7
- 대한상사중재원·대한중재인협회, 「건설분야 중재인세미나」 자료집, 2003.6
- 대한상사중재원, 「상사분쟁과 중재절차 해설」, 2001.10
- 대한상사중재원, 「중재인을 위한 중재실무」, 2003.6
- 대한상사중재원, 「계간 중재」, 2002·봄~2003·가을
- 두성규, 「현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안」, 한국건설산업연구원, 2002.12
- 박준기, 「건설클레임론」, 대한건설협회 일간건설사, 2000.3
- 백준홍, 건설계약관리와 클레임해결, 연세대학교 출판부, 1998
- (사)한국건설관리학회·대한상사중재원, 「턴키공사의 설계변경 중재 세미나」 자료집, 2003.9
- 일간건설사, 「건설공사 클레임 가이드북」, 2002.5
- 현학봉, 「건설공사 계약관리와 클레임」, 일간건설신문, 2003.3
- 石川 明·三上威彦, 比較裁判外紛争解決制度, 慶應義塾大學出版會, 1996
- 小島武司·伊藤 眞, 裁判外紛争處理法, 有斐閣, 1998
- 安藤一郎, 建設工事紛争と仲裁手續, 三省堂, 1995
- 原後山治, 建設省中央建設工事紛争審査會ならびに建設紛争を中心とした美·英·西獨の仲裁制度, 判例 360号, 1978
- 中野和義, 建設工事紛争審査會, 法律時報 54卷 8号
- 萩原金美, 建設仲裁における效率的手續, 國際商事仲裁協會, 1992
- Irvan E. Richter, Roy S. Mitchell, Handbook of Construction Law and Claims, Hill

- Group Inc., 1989
- James Acret, Arbitration of Construction Claims, 1999
- James G. Zack, Guide to Construction Claims for Public Works Owners, Pinnacle One, 1998
- James K. Zahn, AIA, Esq., "Alternative dispute resolution mediation, arbitration or litigation", <http://www.webcom.com/~sabo Zahn/adr.html>.
- Michael F. Hoellering, "Construction ADR Development", Construction Dispute Resolution Formbook, 1994
- Paul Levin, Construction Contract Claims, Changes and Dispute Resolution, American Society of Civil Service, June 1998
- Peter sherdan, Construction and Engineering Arbitration, Sweet & Maxwell , 1999
- Robert F. Cushman, G. Christian Hedemann, Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry, Wiley, John & Sons, Incorporated, January 1991
- Robert F. Cushman, Stephen D. Butler, James J. Myers, Lawrence N. Fisher, Construction Dispute, Wiley, John & Sons, Incorporated, April 1997
- Vincent Powell-Smith, John Sims, Christopher Dancaster, Construction Arbitrations, Blackwell Science, 1998

Abstract

Construction work has character which claim or dispute is frequently raised. So it is needed dispute resolution system. Up to date, the parties to a dispute has mostly been utilized a suit. But a suit is likely to impose economical cost. And judges and juries may not be very well qualified to resolve technical matters. Recently as alternative means arbitration, mediation, conciliation etc., is used. Especially arbitration is a system, voluntarily adopted by parties to decide disputes, in which an impartial arbitrator, after hearings, issues a legally enforceable award. Construction arbitration is defined as arbitration system resolving dispute between owner and contractor about construction work, contractor and sub-contractor about sub-contract in construction, contractor and third parties about construction liability, engineer and contractor, etc. Nothing but all parties must agree to arbitrate before a dispute can be settled by arbitration. Agreement is usually reached before the dispute arises, by arbitration agreement included as a clause in a construction contract. Agreement also may be reached after the dispute arises, in which case it is referred to as a submission.

According to survey, construction arbitration is highly evaluated by construction industry after the awards of seoul subway construction case. However the construction arbitration system in Korea has not been activated by reason of some problems. For example, ambiguity of arbitration clause in contract document, deficiency of connection with mediation system, neutrality deficiency of arbitration organization, specialization deficiency of organization and manpower are major cause of inactivation.

Therefore the purpose of this study is to activate utilization of the construction arbitration system through concrete case and survey analysis about recognition or evaluation of construction arbitration system. This study is consist of I ~ VII chapter. In the part of chapter II, we introduce the present condition of construction arbitration. In chapter III, we show the survey result table and its suggestion. And we give careful consideration to a problems about arbitration system of construction industry in chapter IV. In the part of chapter V, we introduce analysis and its

suggestion of arbitration cases. In the part of chapter VI, we suggest improvement in future. In the last chapter VII, this study will suggest the influence and future prospects of construction arbitration as changes of concerned laws and ordinances.