

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
 - 조정에 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