

# 建設紛爭 處理制度 改善方案

Amendment plan for construction disputant treatment system

朴 俊 基\*  
Park Joon Ki

## 主題의 接近에 대한 前提

건설분쟁을 논하기 위하여서는 먼저 건설이 수행되는 고장을 생각하지 않을 수 없다.

건설계약의 3 당사자를 발주자, 감리자 및 시공자라고 할 때, 발주자는 건설수요의 예측단계에서부터 하자보수는 물론 유지관리까지 책임이 있으며, 시공자는 (d), (e), (f) 단계, 감리자는 (b)에서 (f)까지의 단계에서 책임이 있다(표 1).

부실공사 방지대책중 건설분쟁 처리제도의 개선방안에 접근하는 첫번째의 전제는, 부실공사라함은 시공기술과 사용자재의 결합에서 초래되는 부실시공만을 뜻하는 것이 아니라 전체과정(a-f)에서의 모든 경우의 부실을 지칭한다.

두번째의 전제는, 광의의 건설분쟁에는 클레임과 분쟁이 있으나, 여기서는 클레임을 포함한 광의의 분쟁을 전제로 하며, 그 처리제도는 아래와 같다(표 2).

이 의미는, 실증법상의 해석에 관계없이, 협상에 의한 화해나 조정의 수락, 또는 중재판정에 대한 승복 등이 상호 구분되어야 한다는 것이다.

세번째의 전제는 '工事契約一般條件' 제31조에서 당사자의 합의가 이루어지지 아니할 경우 분쟁 당사자는 조정이나 중재절차를 선택적으로 취할 수 있는 것으로 규정하고 있으나, 여기서의 중재는 조

정의 상위절차로 협상과 조정의 상위절차로 협상과 중재와 소송절차를 선택적으로 취할 수 있는 것으로 한다. 다시 말하면 '商事仲裁規則'을 원용하여 접근코자 한다.

네번째의 전제는, 우리나라의 건설시장이 개방되었을 때를 전제로 한다.

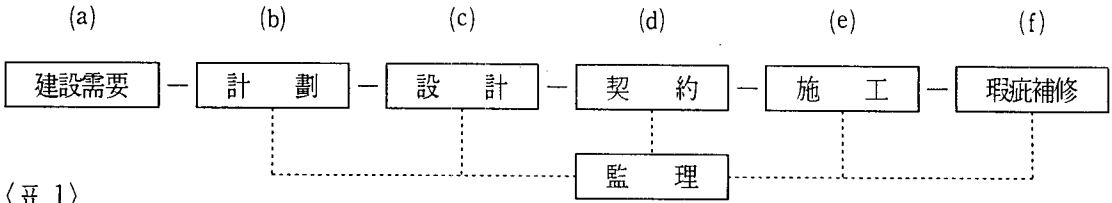
건설공사의 부실은 건설수요의 판단에서부터 계획, 설계, 시공, 하자보수 및 사후관리의 부실까지도 포함한다. 이를 건설공사의 광의의 부실이라고 하며, 시공과 하자보수의 부실을 뜻하는 협의의 부실과 구별된다.

일반적으로 부실시공이라 함은 계약조항과 상치하는 시공이되, 사용에 지장을 초래하는 경우를 일컫는다. 그러므로 계약에 일치하여 시공하였다고 하더라도 사용에 지장이 있을 때는 부실시공이 된다.

이에 더하여, 우리나라 예산회계법 제73조(계약의 원칙)에서 천명하고 있는 '신의와 성실의 원칙'과 부합되지 않을 때도 부실의 범주에 포함시키고자 한다. 즉, 건설계약 당사자와 윤리의식의 결여도 건설공사의 중대한 부실사유가 된다.

대표적인 예로서, 비록 공사를 완공하고 하자보수기간이 종료한 후에 발생한 하자라고 하더라도 하자의 원인이 이미 그 이전에 잠재하고 있었다면, 그 하자는 그 원인에 대하여 책임이 있는 자의 책

\* 중앙대 건설산업기술연구소 客員研究委員



〈표 1〉



〈표 2〉

임사항이라는 논리이다. 이를 ‘잠재적 부실’이라 하며 ‘현시적 부실’과 대칭된다.

잠재적 부실에 대한 책임이론은 FIDIC(국제 컨설팅 엔지니어 협회)와 ICE(토목 엔지니어협회)의 계약규정에서도 ‘Unfulfilled Obligations(미수행 의무)’라는 유사규정을 두고 있다. 건설공사의 분쟁은 결국 부실의 범위와 책임소재에 대한 해석상의 불일치에서 발생한다.

### 建設紛爭 處理制度

건설분쟁의 처리제도란 이와 같은 절차가 강제적 이거나 명문화되었다는 뜻은 아니며, 단지 건설분쟁이 발생하였을 때 분쟁 당사자가 어떠한 수단과 방법을 선택함이 효과적이나를 그 경제성에 따라 분리한 것이다. 그러므로 계약상 분쟁처리에 관한 조항이 없다면, 계약당사자가 다음의 절차중 어느 것을 선택하느냐는 어디까지나 계약당사자의 판단에 따를 것이다. 그러함에도 아래와 같은 처리절차는 건설실무에서 이미 그 실익이 인정되었고, 국제적인 건설계약서나 법규에서도 이를 흡수하여 제도화하였다는 점에서 연구의 가치가 있다.

#### 建設紛爭의 建設클레임

건설계약에서는 분쟁(Dispute)의 이전 단계를 흔히 클레임(Claim)이라고 한다. 그러므로 건설클

레임(Construction Claim)은 제도권의 용어라기 보다 이론상 또는 실무상의 용어라고 할 수 있다.

문제는 그석이 분쟁이든 크레임이든 일단 발생하였을 경우에는 그 해결에 상당한 시간과 노력에 따른 비용이 발생하게 되며, 결국 공사비에 영향을 미치게 된다는 점이다. 그러므로 성실하게 계약사항을 준수하는 것은 바로 공사비의 절감에서 최선책이 된다.

건설분쟁과 클레임이 제도권에서는 국제상업회의소(ICC)가 ‘현계약서와 관련하여 발생하는 모든 분쟁...’, UN 국제거래위원회법(NUCITRAL)이 ‘국제 상관계에서 발생하는 분쟁...’, 미국중재협회(AAA)가 ‘본 계약에서 발생하는 또는 본 계약과 관련한 여하한 분쟁이나 클레임, 또는 계약의 위반 사항.....’ 등으로 표현하고 있다.

즉, 국제적인 제도권에서는 클레임을 분쟁의 한 장르로 보고 있다. 그러므로, 클레임을 단순한 ‘금전청구’의 의미로 제한하는 것은 잘못된 이해이며, 미국의 표준계약서(Standard Form 23 A) 제6조에서는 클레임을 금전의 지불, 금액조정, 계약조항의 해석, 기타의 구체행위까지도 포함하는 광범위한 의미로 정의하고 있을 뿐만 아니라 분쟁의 한 장르임을 분명히 하고 있다.

참고로, 사우디의 중재법 시행령 제8조에서는 정부기관이 분쟁의 한 당사자가 되는 중재는 각료회의의 사전승인을 받아야 진행될 수 있는 것으로 규

정하고 있다.

### 協商(Negotiation)

모든 분쟁에 있어서 최선의 해결책은 협상에 의한 타결이라는 데에 이문이 없다. 이에 따라 선진국5에서는 민간기업 뿐만 아니라 정부차원에서도 전문협상가의 양성에 상당한 노력을 기울이고 있다.

협상에 의한 타결의 특징과 실익은 여타의 방법과는 달리 분쟁 당사자간 직접적인 협상에 의하여 해결되므로 시간과 비용을 절감할 수 있음은 물론 상호관계에도 손상을 끼치지 않는다는 것이다. 통상 건설계약의 실무상 클레임이란 협상의 자료로써 상대방에게 제시되는 문건 또는 그 행위를 말한다.

### 調停(Mediation)

협상이 당사자간의 합의에 의하여 타결을 도출하는 수단이라면 조정은 제3자에 의하여 타결이 도출된다는 점에서 차이가 난다.

이점에서 중재와 조정이 유사하나 아래와 같은 차이점이 있다.

첫째, 중재는 중재인을 분쟁당사자가 직접 선정하거나 그렇지 않은 경우에도 협조중재인에 대한 중재기피권이 있다. 조정은 분쟁당사자에게 조정인의 선정이나 기피권이 없다.

둘째, 조정인은 사안에 대한 결정권이 없으며, 단지 분쟁당사자의 화해를 유도할 뿐이나, 중재인은 결정권이 있을 뿐만 아니라 그 결정은 최종적이며, 구속력이 있다. 이를 중재결정의 종국성과 강제성이라 한다.

예외적으로 AAA의 건설중재 규정에서는 중재 결정에 반대할 경우 법원의 심리를 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다(제47조). 이 경우 법원은 중재결정에 대한 검토없이 자체적으로 판결함이 전통이며, AAA는 중재결정이 법원의 판결과 배치되지 않는다는 자부심을 갖고 있다.

### 仲裁(Arbitration)

중재나 조정, 소송 모두가 분쟁당사자간 스스로 타결점을 찾지 못할 때 제3의 기관이 타결을 유도하거나 판정한다는 점에서 유사성이 있다.

이들간의 상관관계를 유럽-아랍 상업회의소(EACC)와 국제 상업회의소(ICC)의 조정 및 중재규정에 따라 설명하면, 조정이 어느 일방이 조정인의 조정기도를 수락하지 않을 때, 조정인이 일정 기간내에 조정보고서를 작성하지 못하였을 때, 일정기간내에 어느 일방이 조정보고서에 서명을 거부할 때, 분쟁당사자가 중재조항에 기속되지 않을 때와 같은 사유로 이루어지지 못할 때는 중재나 소송 중 선택적으로 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

여기서 한가지 주의할 점은 UN 국제거래 위원회법에서는 조정에 대한 규정이 없다는 것이다. 이는 동법에서 조정을 인정하지 않는다는 뜻이 아니라 조정은 그 특성상 굳이 UN에서 취급할 사항이 아니며, 다시 말하면 분쟁당사자가 수락하지 않을 경우 결국 중재나 소송으로 이어지므로 낭비적인 요소가 있다는 점과, 조정인이 분쟁사항에 대하여 결정권이 없으므로 당사자간 협상이 이루어지지 않은 사항에서 단순한 조정기도는 무의미하다는 취지에 서다.

이러함에도 불구하고 현실적으로 조정에 대한 노력이 광범위하게 이루어지고 있는 이유는 중재에 비하여 시간과 비용이 절감될 수 있기 때문이다. 예를 들어, AAA에 의한 조정에서는 신청료가 150달러이나, 중재의 경우는 사안에 따라 500달러에서 5,000달러까지이다.

### 建設紛爭의 仲裁

협상에 의한 타결이 가장 바람직하지만, 협상이 결렬되었을 때에는 이미 조정의 가능성은 희박하다고 할 수 있다. 그러므로, 현행법상 건설분쟁의 처

리제도가 조정중심으로 장치되었음에도 불구하고, 여기서는 중재에 중점을 두고 접근키로 한다.

협상과 조정이 실패하였을 때, 그 후속단계로는 중재와 소송이 있으며, 이중 어느 절차를 선택하는냐는 분쟁당사자의 판단에 달렸다. 중재에 의한 판결과 재판에 의한 판결이 모두 종국성과 강제성을 띄고 있고, 심지어 미국의 경우 중재에도 불구하고 다시 제소를 인정하고 있음에도 왜 중재절차가 중요시되는 것일까.

이는 신속성, 절차상의 신속성, 비용의 절감, 우호적인 해결기회 부여, 전문성, 합의에 의한 장소의 선정, 합의에 의한 적용 법규의 선택, 언어문제 해소(계약상 언어사용)등의 이점이 있기 때문이다.

그러나 조정의 경우에는 어느 일방이 조정에 불응하거나, 설령 응한다고 하더라도 조정이 이루어지지 않을 경우에는 조정인에게 결정권이 없으므로 결국 시간과 노력의 낭비만 야기된다. 이것이 조정의 특징이자 한계이다.

중재의 경우에는 조정의 한계를 극복하였다고 하나, 역시 전문적이고 공정한 중재인 부족, 중재중소(訴)의 제기, 법원이나 행정관청의 집행의존, 중재사항의 제한, 신뢰도 부족, 공사중 중재신청 여부, 중재 전치(前置)주의 등과 같은 한계가 있다.

## 우리나라의 建設紛爭 調停 및 仲裁制度

우리나라의 건설분쟁의 처리제도는 1990년 건설업법에 의한 건설업분쟁조정위원회가 가동되기 이전까지는 1966년도에 제정된 중재법이나, 사법절차에 의하여 처리되었다. 우리나라에서 건설분쟁이 조정이나 중재에 의하여 처리될 수 있는 제도를 연차순으로 정리하면 소비자분쟁조정위원회(1987), 건설업분쟁조정위원회(1989), 대한상사중재원(1990), 공정거래위원회(1990), 민사조정위원회(1993), 하도급분쟁조정협의회(1993) 등이나 처

리 유형상 대한상사중재원만이 중재업무가 되며, 나머지는 모두 조정업무를 수행한다.

### 建設業紛爭 調停委員會

〈기능〉: 당사자의 일방 또는 쌍방의 신청이 있어야 하며, 발주자와 시공자간의 분쟁(단, 예산회계에 관한 법령의 해석에 관한 사항은 제외), 시공자와 하도주간의 분쟁(단, 하도급거래공정화에 관한 법률의 적용을 받는 사항은 제외), 시공자와 제3자간의 분쟁과 자재나 중기대금에 관한 분쟁, 건설업의 양도에 관한 분쟁, 건설업의 양도에 관한 분쟁, 기타 건설관련 분쟁중 위원회의 승인을 얻은 사항 등 대통령령으로 정하는 사항을 조정한다.

〈구성〉: 건설교통부장관 소속의 비상설기구로 위원장은 건설교통부 차관이 되며, 부위원장은 위원중 위원회에서 선출한다. 위원은 위원장과 부위원장을 포함하여 15인 이내로 하며, 위원은 공학이나 법률학 교교수 이상, 판사·검사·변호사의 자격이 있는 자, 건설에 대한 학식과 경험이 풍부한 자, 건설교통부의 2급 또는 3급 공무원(3인), 재정경제원·법제처·조달청의 2급 또는 3급 공무원(각1인) 등의 자격요건을 갖춘 자중에서 건설교통부장관이 위촉하며, 비상근으로 한다.

〈조정기간〉: 조정신청을 받은 날로부터 60일 이내에 심사하여 조정안을 작성하여야 하나, 부득이한 경우 위원회의 의결로써 연장이 가능하다.

〈조정의 효력〉: 당사자가 수락한 조정의 내용은 재판상의 화해와 동일한 효력을 가진다(조정안에 대하여 당사자는 15일 이내에 수락여부를 위원회에 통보하여야 한다).

〈조정의 거부 및 중지〉: 위원회는 사안에 따라 조정거부권이 있으며, 당사자의 일방이 소를 제기한 경우 조정을 중지한다.

### 大韓商事仲裁院

〈기능〉: 국내중재는 국내에 주된 영업소나 주소

를 두고 있는 당사자간의 중재, 국제중재는 국내중재를 제외한 중재를 주로 하며, 계약상 중재조항이 있을 경우나 당사자의 합의에 의하는 경우를 주대상으로 한다.

〈중재의 신청〉: 중재신청후 국내중재는 15일, 국제중재는 30일 이내에 답변해야 하며 이 기간내에 답변서의 제출이 없는 경우에는 신청인이 주장하는 청구에 대하여 기각을 구하는 것으로 추정한다. 피신청인은 3\*라 심문일까지 반대신청을 할 수 있으며, 초기의 중재신청과 병합심리 한다.

### 우리나라 制度의 特徵

〈제도적 특징〉: 우리나라는 다양한 처리제도가 있는데 이를 달리 표현하면, 건설분쟁에 관한 통일된 처리제도가 없다는 뜻이다. 그러므로 분쟁당사자는 어떤 경로를 통하여 분쟁을 해결해야 할지 판단이 쉽지 않게 된다.

공동주택의 입주자는 소비자 보호법상의 소비자 분쟁조정위원회에 호소해야 할 것이며, 시공자가 연루된 분쟁은 건설업법상의 건설업분쟁조정위원회에서 조절될 것이지만, 시공자와 하도자와의 분쟁은 하도급거래공정화에 관한 법률상의 하도급 분쟁조정협의회에 호소해야 한다.

또한 하도급자라고 하더라도 자재나 중기대금에 관한 분쟁은 하도급분쟁조정 협의회가 아니라 건설업분쟁조정위원회에 호소해야 하는데, 하도급분쟁조정협의회는 그 기능의 중요성에도 불구하고 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 공정거래위원회의 1차 심리기관인 것처럼 보인다.

이와함께 중재는 건설중재라고 하더라도, 대한상사중재원에 신청해야 하며, 건설분쟁이 형사문제가 아닌 한 민사조정법상의 민사조정위원회에서도 조정업무를 취급한다.

이같이 정부가 계약상의 분쟁을 선도적으로 처리하는 것에 대한 장단점은 논외로 하더라도, 계약은 계약당사자가 대등한 위치에서 작성되고 체결되어

야 한다는 것은 그로 인한 분쟁의 처리에서도 당초의 계약정신이 존중되어야 한다.

관 그 자체도 분쟁의 한 당사자가 될 수 있다는 가능성을 감안할 때, 자칫 공정성을 의심받을 수도 있으며, 행정력의 낭비라는 비판도 있다. 관주도의 극단적인 경우는 안타깝게도 건설분쟁의 대표적인 조정기구인 건설업분쟁조정위원회에서 나타난다. 전체위원 15인중 위원장인 건설교통부차관을 포함하여 8인이 행정관료이다.

이처럼 우리는 조정중심의 처리제도에 의존하고 있는데, 모든 분쟁에서 최선의 해결책은 당사자간의 협상에 의한 타결임은 말할 나위없다. FIDIC 등 국제적인 표준계약서에서도 이를 분쟁의 제1단계 해결책으로 제시하고 있으며, 그렇지 못할 경우 감리자 또는 계약관으로 하여금 조정 역할을 하게 하고 있으나 조정의 비실효성으로 인하여 UN국제거래위원회법(UNCITRAL)이나, 국제상업회의소(ICC)의 중재법원, 유럽-아랍 상업회의소(EACC), 미국중재협회(AAA)등과 같은 기구에서는 분쟁처리의 주요수단은 중재이지, 조정이 아님을 은연중에 의도하고 있음을 알 수 있다.

〈운용상의 특징〉: 조정의 경우 건설업법상 건설업분쟁조정위원회에서 조정이 이루어지지 않을 경우에 대한 후속수단이 명시되지 않고 있다(동법 제32조의 8 제2항에서는 중재에 관한 언급은 없이 조정절차중 일방의 소 제기권을 부여하고 있기는 함). 미국중재협회(AAA) 건설조정규정이나 ICC 또는 EACC에서는 조정이 이루어지지 않았을 경우 당사자들은 중재나 소를 선택적으로 제기할 수 있는 것으로 명시하고 있다.

또한, 하도급거래공정화에 관한 법률상 하도급분쟁조정협의회에서 이루어진 조정의 결과나, 이루어지지 않았을 경우에는 그 경위를 공정거래위원회에 보고토록 되어 있다. 이 경우 조정의 독립성이 의문시될 수도 있다.

중재는 우리나라에서 건설중재에 관한 별도의 법

규나 기구가 없으므로 대한상사중재원에서 이루어진다고 보여지는데, 본 규칙은 극히 한정된 부분은 제외하고는 AAA의 건설중재 규정과 대동소이한 것으로 생각된다.

**우리나라 制度의 問題點**

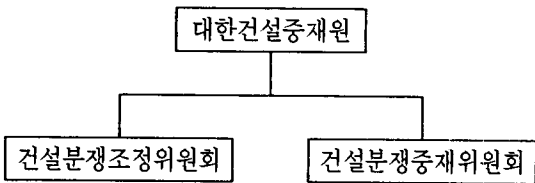
〈표1〉은 건설업분쟁조정위원회가 설치된 후 현재까지 조정이 신청된 건수를 연도별로 나타내고 있다.

이 중 조정이 이루어진 경우는 93년도에 단 1건을 기록하고 있다. 그렇다면, 미국의 AAA에는 어떻게 94년 상반기중에 1,757건이 신청되었을까. 5건 대 1, 757건은 무엇을 의미하는 것일까.

우리나라의 건설산업에서 부실시공이 없고, 그리하여 건설분쟁이 일어나지 않는 것일까. 건설부가 1994년 8월 16일부터 10일간 국내 건설현장에서 실시한 점검결과는 309개 현장중 77%에 상당하는 239개 현장에서 665건의 부실사항을 적발하였다고 한다.

〈표1〉 조정신청건수

연 도 별	'90	'91	'92	'93	'94
신 청 건 수	14	17	13	9	5
처 리 건 수	-	-	-	1	1



건설공기의 장기성과 공종의 다양성(또는 복잡성)을 감안할 때 10일동안 모든 사항을 점검하였으리라고는 생각하기 어렵다. 그러함에도 77%의 부실이 자행되고 있는 리의 건설환경에서 단 5건의 분쟁이 조정기구에 신청되었다는 것은 분쟁의

처리제도 뿐만 아니라 건설제도 전반에 대한 재고가 요망된다고 할 수 있다.

우리나라의 건설분쟁처리제도의 문제점은 홍보부족, 건설분쟁에 관한 통일된 처리제도의 부재, 조정중심의 처리제도, 하도급분쟁조정 협의회의 독립성 결여, 기간개념 불명확, 계약과 중재조항의 상관관계 불분명, 판정의 효력 미명시, 관 주도의 처리제도 등인데 이 문제점들은 건설시장이 개발되었을 때 상당한 장애요인으로 작용할 것으로 생각된다.

**韓國的 建設仲裁制度의 提案**

우리나라에 맞는 중재제도라 함은 한국적 전통과 국민성이 존중되면서도, 국제화·개방화의 추세와도 부합되어야 할 것이다. 현행의 제도나 규정은 한국적이지도 못하고, 국제적이지도 못하다. 이 양자의 접목이 가장 바람직한 경우이겠으나, 실로 어려운 과제인 것은 사실이다.

한국적 건설중재제도의 모델의 명칭은 대한건설중재원(KCIAB)로 하는 것이 바람직하며, 대한건설중재원은 상설기구로 하되 배치문제는 국무총리실, 재정경제원, 건설교통부 등 정부기구, 또는 대한상사중재원에 소속시키거나 독립된 법인으로 신설하는 방안 등이 가능하나 가장 바람직한 경우는 후자라 할 수 있다.

건설분쟁의 주요 당사자는 발주자, 감리자, 시공자, 하도급자 및 자재·장비의 공급자로 공동 주택 등의 입주자에 의한 미원사항은 최근 도입된 제조자 책임원칙에 따라 한국소비자보호원이 조정에 임할 수 있을 것이다, 그 경우에 있어서도 한국소비자보호원과 KCIAB를 선택적으로 취할 수 있도록 하여 입주자의 권리를 확대하여야 할 것이다.

판정의 효력은 조정의 경우 조정에 승복하지 않을 경우, 중재나 소송중 선택적으로 신청토록 하고, 중재는 기속적·중국적인 효력을 부여토록 한다.