

ADR에 의한 건설분쟁해결의 문제점과 개선방안

The Problems and Reform Measures of Conflict Resolutions related to Constructions through ADR

김 상 찬*
Sang-Chan Kim

〈목 차〉

- I. 머리말
- II. 건설분쟁의 유형과 특성
- III. 외국의 ADR에 의한 건설분쟁해결
- IV. 우리나라의 ADR에 의한 건설분쟁해결
- V. ADR에 의한 건설분쟁해결의 문제점과 개선방안
- VI. 맺음말

주제어 : 건설분쟁, 건설분쟁해결, 하도급분쟁조정, 대체적분쟁해결제도, 조정, 중재, 집행력,

* 제주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 머리말

건설산업은 과거 우리나라 국가경제의 원동력이었으며, 현재도 그 위상이 과거에 비해 다소 낮아지기는 하였지만 아직도 국가경제를 이끌어 온 큰 축의 하나이다. 건설산업은 다른 산업의 기반시설 구축과도 관련되며, 국민의 생활과도 밀접한 관련을 가지고 있을 뿐 아니라, 다수의 사업자들이 관련되어 있고, 고용적 측면에서도 큰 비중을 차지한다. 그래서 건설과정에서 분쟁이 발생하면 그 분쟁당사자 뿐만 아니라 다른 사업주체나 일반 국민에게까지 직·간접으로 영향을 받게 된다.

건설분쟁은 그 유형이 다양하며, 건설이라는 특수하고 전문적인 영역에서 발생하는 등 일반 상거래 분쟁과는 다른 특성을 가지고 있어서, 분쟁 또한 다양한 형태로 발생된다.¹⁾ 그리고 건설산업은 시공주체자 다수이고 동시적·순차적으로 시공을 하기 때문에 분쟁으로 인하여 공사가 중지되는 경우 발생하는 손해는 엄청나게 커지게 된다. 그러므로 건설분쟁의 해결은 신속성과 효율성이 요구된다.

지금까지 건설분쟁의 해결은 주로 민사소송에 의존하여 왔으며, 대한상사원의 중재로 해결하는 경우가 늘어가고 있기는 하나, 아직 미흡한 부분이 많고, ‘건설산업기본법’에 의한 건설조정위원회나 ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’에 의한 하도급분쟁조정협의회, 한국소비자원의 소비자분쟁조정위원회 등에서 일부 취급하고 있기는 하나, 그 실적이 미미한 편이다. 한편, 미국 등 선진국에서는 건설분쟁의 특성을 고려하여 일찍부터 조정이나 중재 등 ADR을 활용한 해결을 시도하여 왔고, 이미 상당한 성과를 거두고 있는 것으로 보고되고 있다.

이 논문에서는 건설분쟁의 유형과 특성과 미국과 일본의 ADR에 의한 건설분쟁해결제도를 살펴본 후, 우리나라에 있어서의 ADR에 의한 건설분쟁 해결제도의 현황과 그 문제점을 검토하고 개선방안을 제시하려 한다.

II. 건설분쟁의 유형과 특성

1. 건설분쟁의 유형

건설분쟁은 매우 다양하고 다수의 당사자가 관련되어 있다. 건축행위는 보통 건축주가

1) 건설분쟁의 특성에 관하여는, 김석철, “건설중재 활성화를 위한 시스템 구축방안 연구”, 「중재연구」, 제14권 제1호, 한국중재학회, 2004.8, 104면 참조.

건축 계획을 세운 뒤, 설계사를 통해 건축설계를 하고, 이에 대한 관계 행정청의 건축 허가를 받은 후, 수급인과 시공에 관한 도급계약 등을 맺고, 시공을 하고 난 후 준공허가까지 받아야 건축이 마무리 된다. 또한 건설분쟁이라는 것은 시공이 다 되었다고 발생하지 않는 것이 아니다. 건축물을 유지관리하고 나아가 철거하는 과정에서도 분쟁은 발생할 수 있다. 위와 같은 과정에서 다양한 건설분쟁이 발생하는데, 이는 계약, 입찰, 공기, 공사법위, 공사대금, 소유권, 민원, 안전, 기술용역, 임금, 권한책임, 품질, 분양 등 13개 유형, 36가지 분쟁으로 분류할 수 있다고 한다.²⁾ 그러나 여기에서는 건설분쟁을 건축주, 시공사 등의 계약 당사자 사이에 발생하는 분쟁과 제3자와의 분쟁으로 나누어 살펴보고자 한다.

(1) 계약 당사자간의 분쟁

1) 공사대금과 관련된 분쟁

건설공사는 보통 민법상 도급계약에 속한다. 도급계약을 규정하는 민법 제664조에 의하면 “도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.”고 규정되어 있다. 즉 보수는 도급계약의 필수적인 요소이고, 법률적으로 중요할 뿐만 아니라 경제적으로도 당사자들에게 중요한 문제이다.

공사대금에 관하여는 주로 최초의 도급계약 이후에 공사대금의 변경 요인이 발생하여 공사대금의 변경을 주장하는 경우에 분쟁이 발생할 수 있다.³⁾ 물론 이에 대한 약정이 미리 되어 있다면 분쟁이 발생할 여지가 없으나, 약정이 없거나 불명확한 경우, 약정한 금액만으로는 공사를 진행할 수 없는 중대한 사정변경이 있는 경우 등 건설산업의 특성 때문에 분쟁 발생의 여지는 항상 존재한다.

2) 지체상금과 관련된 분쟁

지체상금은 건설공사 도급계약에서 수급인이 약정한 완공 기일 내에 공사를 완성하지 아니한 때에 도급인에게 지급하기로 미리 정하여 둔 금액을 말한다. 지체상금의 법적성질에 대해 대법원은 물품매매계약에 있어서 위약벌이라고 판시⁴⁾한 경우도 있으나 공사도급계약에 있어서의 지체상금 약정에 관하여는 손해배상액의 예정이라고 일관되게 판시⁵⁾하고 있다. 이러한 대립은 중요한 의미가 있다. 손해배상액의 예정이라면 부당하게 과다하다

2) 이와 같은 분류는 건설분쟁과 관련된 대법원 및 하급심의 판례 186건과 대한상사중재원의 중재 57건의 사례를 분쟁 발생 원인별, 발생 시기별에 따라 구분하고, 발생원인과 발생시기에 따른 대분류 상태에서 각 사례를 비슷한 내용끼리 그룹화한 것이라고 한다(윤성민·채명진·한승헌·김기태, “건설분쟁 유형분류 및 원인분석에 관한 연구”, 「2004년도 대한토목학회 정기학술대회자료」, 대한토목학회, 2004, 5089면).

3) 이범상, “건설분쟁의 종류와 그 대비”, 「건축」, 제49권 제4호, 대한건축학회, 2005.5, 58면.

4) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85다카2025, 2026 판결.

5) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98다26590 판결; 대법원 1996. 5. 14. 선고 95다24975 판결; 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다32986 판결; 대법원 1989. 7. 25. 선고 88다카6273, 6280 판결 등.

고 인정되는 경우에 법원이 이를 적당히 감액할 수 있다(민법 제398조 제2항). 곧 법원이 지체상금을 감액할 수 있는지가 쟁점이 된다.

뿐만 아니라 지체상금과 동시이행의 관계, 지체상금의 면제사유로서 불가항력의 사유 여부, 공사 지연의 귀책사유의 입증책임, 지체상금의 시기와 종기, 지체상금의 과다 여부 판단기준 등 수많은 쟁점이 산적하여 있다.⁶⁾

3) 건축물의 하자과 관련된 분쟁

건축물의 하자는 일반적으로 완성된 건축물에 공사계약에서 정한 내용과 다른 구조적·기능적 결함이 있거나, 거래관념상 통상 건축물이 갖추어야 할 내구성, 강도 등의 품질을 제대로 갖추고 있지 아니한 결과 그 사용가치 또는 교환가치를 감쇄시키는 결점을 뜻한다.⁷⁾

건축물의 하자과 관련해서는 하자의 의미와 하자담보책임의 법적 성질에서 시작하여 하자의 판단 기준, 약정과 다른 시공이 중요한 하자인지 여부, 도급인의 지시에 따른 시공의 하자 유무, 감리 승인을 얻은 시공의 하자 유무, 하자 보수비 산정의 기준 시점, 확대 손해와 관련한 배상책임, 하자담보 책임의 기간과 성질 등 수많은 쟁점들이 있다.⁸⁾

(2) 제3자와의 분쟁

기존의 주택 등 건물이 있는 곳에서 건축물을 신축할 경우 주변 건물에 균열 등이 발생하는 피해가 종종 발생한다. 이러한 피해는 터파기 등의 토목공사 중 발생하는 경우가 대부분이다. 시공자가 건축할 때 미리 예방 조치를 취하지 않은 경우 혹은 예방조치가 적절하지 못했던 경우, 예방조치를 취하였으나 피해가 발생한 경우, 반면에 기존의 주변 건물들의 노후로 인하여 발생한 피해 등 시공자 등이 주변건물에 대하여 책임을 지는지 여부와 어느 정도 책임을 지는지 등 책임범위의 문제도 발생한다.⁹⁾ 그 밖에도 일조권·조망권에 관한 분쟁과 소음·진동·분진 등 건설공해에 관한 분쟁이 끊임없이 발생하고 있다.

6) 이에 대한 자세한 분쟁의 내용은, 길기관, 「판례로 보는 건설 분쟁의 쟁점과 해법」, 도서출판 일빛, 2009.6, 177-214면.

7) 윤재윤, 「건설분쟁관계법」, 박영사, 2008, 216면.

8) 길기관, 전계서, 297-444면.

9) 이범상, 전계서, 59면.

2. 건설분쟁의 특성

건설분쟁은 앞서 살펴본 바와 같이 건설산업이 갖는 고유한 특성과 내포하고 있는 문제점 때문에 분쟁영역에 있어서도 건설산업 분야만의 고유한 특징을 가지고 있다. 이러한 특성을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 복잡성

하나의 건설과정에서 다수 당사자(발주자, 원수급인, 하수급인, 설계자, 감리자, 하도급업자, 피분양인, 토지소유자, 물품공급업자, 건설노무자, 나아가 정부, 지방자치단체 등)가 관여하고, 시공이 복합적으로 이루어지기 때문에 분쟁이 매우 복잡하다. 또한 건설공사의 공정의 복잡함으로 분쟁의 원인이 쉽게 밝혀지지 않는다.¹⁰⁾

(2) 불균형성

건설공사 계약은 계약당사자간에 경제적 힘이 불균형을 이루고 있는 경우가 많다. 이로 인해 공사계약이 불공정한 계약관행에 의하여 이루어지거나, 계약 내용도 일방의 의사만 반영하는 경우가 많아서 분쟁을 야기시킨다.¹¹⁾

(3) 불확실성

건설공사는 시공의 주체가 다양하고 분야별로 다른 공정이 결합되어 동시에 혹은 순차적으로 이루어진다. 그에 따라 시공 기술이 각각 다르고 그 임금이나 자제 등도 천차만별이다. 결국 하나의 건설업체가 부도 등 문제가 발생하여 더 이상 공정을 진행할 수 없는 경우 발생하는 손해는, 관련 당사자들의 금전적 손해뿐만 아니라, 건축물에 대한 후속 공사를 하지 못함으로 인하여 설계나 계약 체결 당시에 예측하지 못했던 사정변경이 발생하고 이로 인한 손해가 연속적으로 발생한다.

또한 계약당사자를 제외하고서도 간접적인 이해관계를 가지는 자가 다수 존재하고 그 범위가 광범위하여 모든 당사자들의 권리와 의무를 하나의 계약서에 전부 명문화하기 어렵다. 그로 인하여 분쟁이 발생한 경우 작성한 계약서에 의한 분쟁해결이 어려운 실정이다. 그리고 계약서에 규정한 사항이라도 건설산업의 특성상 사정변경이 많은데 이러한 경우에도 구두합의만 하고 서면은 없는 경우가 많다.

10) 윤계윤, 전계서, 47면.

11) 두성규, "현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안", 「정책연구자료 2000」, 한국건설산업연구원, 2000, 4면.

(4) 시간 경과에 따른 변화

건설분쟁은 그 시간이 지날수록 분쟁의 대상에 관련된 직접적인 증거가 소멸되거나 증거 가치가 모호해지고, 감정적 대립이 커진다. 또한 시간의 경과와 함께 피해는 확산된다. 예컨대 시공자 측은 시간이 경과함에 따라 지체상금을 보상하는 문제가 발생한다. 이는 시간이 지날수록 고액이 되어 시공자가 부담하는 정도는 점점 커진다. 또한 발주자 측도 시공이 늦어짐에 대한 손해를 고스란히 받아야 한다. 시공이 늦어짐에 따라 분량이 늦어져 그에 대한 수입 등에 대한 손해를 보아야 한다. 또한 하나의 시공업체의 시공 불능 혹은 지체에 따라 다른 시공업체가 시공을 할 수 없는 상황이 발생한다. 건설산업의 특성상 시공이 동시적·순차적으로 이루어지는 경우가 많기 때문이다.¹²⁾

(5) 주관적 판단과 감정 대립

건축도급인과 수급인 모두 객관적인 증거에 입각하여 주장을 하지 않고 자신의 이익에 따라 주관적 판단을 내세우는 경향이 강하다. 이는 건설 분쟁의 대상이 당사자의 주요 재산인 건물이 분쟁 대상이 되고, 건설산업의 특성상 투자 금액이나 시공액이 고액인 경우가 많다는 점과 깊은 연관이 있다.¹³⁾

Ⅲ. 외국의 ADR에 의한 건설분쟁해결

1. 미국

미국의 경우에도 건설분쟁을 해결하기 위해 다양한 재판 외 분쟁해결방법을 도입하여 실시하고 있다. 조정, 중재뿐만 아니라 분쟁심사회 제도, 파트너링, 중립적 평가, 재판부속형 중재, 사적재판제도, 특별보조재판관제도 등이 활용되고 있다.¹⁴⁾

(1) 조정

미국에서의 조정 제도는 1913년 노사분쟁해결을 위한 조정이 그 시초로 건설분쟁 해결을 위해 적용된 것은 1926년부터라고 한다. 그리고 1978년 NCDRC (National Construction Dispute Resolution Committee; 전국 건설분쟁 해결위원회)가 건설클레임을 해결하기 위한 수단으로 알선·조정을 더욱 활성화 시켰다고 한다. AAA(American Arbitration

12) 윤재윤, 전계서, 47면.

13) 윤재윤, 상계서, 47면.

14) 이태식, 정현진, “건설분쟁해결을 위한 파트너링 도입에 관한 연구”, 『2001학술발표논문집』, 대한토목학회, 1843면.

Association; 미국중재협회)에 의하면 AAA가 지원하는 조정에 의해 해결하기로 합의한 구체적인 분쟁의 약 85%가 분쟁해결을 낙관하고 있다는 등 실질적인 분쟁해결수단으로 활용되고 있다.¹⁵⁾

(2) 중재

미국에서 중재는 AAA에서 대체로 이루어지고 있다. AAA는 조정, 중재 등 법정을 거치지 않는 절차를 통해 분쟁을 광범위하게 해결하기 위한 비영리 단체이다. AAA는 상업, 건축, 고용, 대규모 복합사건, 노무, 집단클레임 등 19개 분야로 세분화 하여 중재를 하고 있다.¹⁶⁾ 특히 AAA는 신속절차(Fast Track), 일반절차(Regular Track), 특별절차(Large, Complex Case Track)으로 중재절차를 나누고 있는데, 건설분야의 중재는 주로 특별중재절차에 의거하고 있다고 한다.¹⁷⁾

(3) 분쟁심사회 제도

분쟁심사회(Dispute Review Board; DRB)는 보통 계약자, 발주자 모두의 동의로 선출된 3인의 심사원으로 구성된다. DRB는 분쟁이 발생한 이후에 구성하는 것이 아니다. DRB의 경우에는 정기적으로 공정진행사항을 검토하여 분쟁 발생시 청문 및 결정이 효율적으로 이루어진다는 데에 그 특징이 있다.¹⁸⁾ 선출되는 심사원은 보통 건설업에 경험이 많은 전문가로 건설분쟁의 해결과 건설과정에 대한 조언을 하기도 한다. 그런데 DRB의 결정에는 구속력이 없다는 데에 한계가 있다.¹⁹⁾

(4) 파트너링 제도

파트너링(Partnering)이란 공사 프로젝트 참여자들로 별도의 파트너링 팀을 구축하여 빠르게 프로젝트의 공동목표를 달성하기 위해 발생하는 모든 문제점을 토론하고 의견을 조율하는 것을 말한다.²⁰⁾ 파트너링에서 가장 주요한 것은 참여자들 사이의 의사소통이다. 공사 참여자(시공자, 발주자 포함)들 사이에 파트너링 팀을 통한 활발한 의사소통으로 향후 분쟁을 최소화 하고, 분쟁이 발생하는 경우에도 비용과 시간을 최대한 줄여 공사 프로젝트를 진행하려는 것이다. 파트너링은 분쟁 후 해결의 측면도 있으나 분쟁 전 사전예방의 성격이 강하다고 볼 수 있다.

15) 두성규, 전계논문, 40-41면.

16) 김정원·홍명신, “중재활성화에 관한 고찰”, 「중재」, 대한상사중재원, 2004년 겨울호, 46-48면.

17) 두성규, 전계논문, 41면.

18) 이태식·정현진, 전계논문, 1843면.

19) 물론 계약서에 구속력이 있음을 기재하여 구속력을 부여할 수는 있을 것이다.

20) 이태식·정현진, 전계논문, 1844면.

(5) 중립적 평가 (Neutral Evaluation)

중립적 평가란 특정 사건에 있어 중립적 제3자가 개입하여 주요논점에 대한 의견을 제시하는 것을 말한다. 주로 전문지식을 가진 제3자가 개입하기 마련이다. 보통 당사자가 중립적 제3자에게 자신의 주장과 그에 대한 입증 및 쟁점정리를 한다. 그 후 합의할 기회가 주어지나, 합의에 실패하는 경우에 중립적 제3자의 구속력 없는 판정이 이어진다.²¹⁾

2. 일본

일본의 경우, 우리나라와 마찬가지로 알선·조정·중재를 통하여 건설분쟁을 해결하고 있다. 다만, 우리나라와는 다르게 건설분쟁심사회를 통하여 이들을 통합적으로 운영하고 있다는 특징이 있어서, 이에 대하여 설명하면 다음과 같다.

(1) 건설공사분쟁심사회

일본은 건설분쟁의 소송외적 해결을 위하여 일본 건설업법 제25조에 근거를 두고 건설공사분쟁심사회를 설치하여 건설분쟁에 대한 알선·조정·중재를 통합하여 해결하고 있다. 건설공사분쟁심사회는 당사자 쌍방 또는 일방이 건설업자인 경우 분쟁 중 공사의 하자, 도급금액 미지급 등과 같은 공사도급 계약의 해석 등을 둘러싼 민사분쟁의 처리해결을 하는 준사법기관의 지위에 있다.²²⁾

원칙적으로 알선은 1명, 조정·중재는 3명이 담당한다. 조정의 경우 위원 중 1명은 필수적으로 법률전문위원이고 그가 절차를 주재한다. 중재의 경우 위원 중 최소 1명은 변호사 자격자가 아니면 안되고, 2명은 통상 기술 분야에서 지명된다(일본 건설업법 제25조의 16). 알선 또는 조정은 민법상의 화해로서의 효력을 갖는다. 중재는 확정판결과 동일한 효력이 있지만, 알선·조정은 구속력이 없다.²³⁾

(2) 건설공사분쟁심사회의 분쟁심사 특색

일본의 건설공사분쟁심사회는 우리나라의 각종 분쟁해결을 위한 위원회들이 우후죽순처럼 만들어진 것과는 다르게 통합기구라는 데에 그 의의와 특색이 있다. 또한 조정·중재 등 그 분야를 가리지 않고 통합하여 이용하는 입장에서도 쉽고 간편하게 접근할 수 있다.

건설공사분쟁심사회는 건설분쟁만을 해결하기 위한 통합기구로서 그 전문성이 확보되어 있다. 또한 비공개성, 신속성, 저렴한 비용 등 대체적 분쟁해결제도로서 갖고 있는 장점도 모두 잘 갖추고 있다.

21) 두성규, 전계논문, 43면.

22) 윤재윤, 전계서, 57면.

23) 윤재윤, 전계서, 57면.

IV. 우리나라의 ADR에 의한 건설분쟁해결

건설분쟁에 관한 해결방법도 다른 분쟁과 마찬가지로 소송에 의한 해결방법과 소송외적 분쟁해결절차(ADR) 두 가지가 존재한다. 소송에 의한 해결방식은 법원에 소를 제기하여 판결을 받음으로써 해결하는 방식이다. 이는 가장 전통적인 방식이고 전형적인 방식이다. 대부분은 민사소송절차에 의하게 되는데, 이러한 방법은 엄격한 요건과 절차가 요구되고, 장기간의 시간을 요할 뿐 아니라 당사자가 부담하는 비용도 결코 적지 않으며, 승자와 패자가 확실히 나뉘지게 된다. 이와 같은 문제점으로 인하여 이 방법은 최후의 권리구제절차로서 공정한 절차임에도 불구하고 한계를 가질 수밖에 없다. 이에 따라 재판제도를 보완하고 대체할 새로운 분쟁해결방법에 대한 모색이 꾸준히 이루어져 왔으며, 최근 건설분쟁의 해결에 있어서도 중재를 비롯한 ADR 제도에 의한 해결이 지속적으로 도모되고 있다.

1. 협상 및 화해

협상은 가장 오래되고 또 가장 널리 사용되는 분쟁해결방법이다. 협상은 쌍방에게 바람직스러운 법적 관계를 설정하기 위하여, 제3자의 개입 없이 쌍방의 합의로, 법적 권리와 의무 및 경제적·심리적·사회적 이익의 맞교환과 타협을 수단으로 하여, 기존의 차이점을 조정하는 과정이다.²⁴⁾ 협상은 당사자 모두가 양보와 협의를 통해 WIN-WIN에 이르는 방법으로 그 의미가 크다. 그러나 문제가 클레임 단계를 넘어 분쟁으로 나아간 경우 상호간의 이해관계가 첨예하게 대립하고, 건설분쟁의 특성상 당사자들이 주관적 판단을 고집하고 감정대립이 심한 경우가 많아 오히려 역효과가 생기는 경우가 발생할 수 있다는 한계가 있다.

화해도 원칙적으로 제3자가 개입되지 않는 것을 전제로 하고 있다. 우리 민사소송법상의 재판상화해도 적어도 이론상으로는 합의에 이르는 데까지 법원이 개입하지 않는 것이고, 다만 그 화해내용을 조서에 기재하여 확정판결과 동일한 효력을 주는 것뿐이다.²⁵⁾

24) 사법연수원, 「ADR」, 2009, 50면.

25) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, 3면.

2. 알선

알선²⁶⁾이란 조정 중에서 조정인이 단순히 당사자를 소환하거나 협상의 시기와 장소를 정하고 의사소통을 원활하게 하는 기능만을 수행하며, 사건에 대한 실체적인 평가는 하지 않고 구체적인 조정안도 당사자에게 제시하지 않는 형태를 말한다.²⁷⁾ 대개 중재합의가 없는 경우에 많이 이용된다.²⁸⁾ 알선은 주로 기술적인 쟁점이 적은 비교적 간단한 사건에 적합하고, 자발적인 합의를 통한 해결이기 때문에 법적인 구속력은 없다.²⁹⁾

3. 중재제도

(1) 의의

중재라 함은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말한다(중재법 제3조). 중재판정이 내려지면 특별한 경우(중재법 제36조 규정) 외에는 불복을 할 수 없고, 확정판결과 같은 효력이 발생한다. 즉, 원칙적으로 단심으로 판정되는 것이다. 중재법 제9조에 의해 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하하여야 한다.

중재에 있어서 분쟁해결의 합의는 중재절차를 개시하는 단계에서만 필요하고, 최종적인 해결안(중재판정)에 관해서는 일체 합의가 필요없고, 강제적으로 그에 따라야 한다는 점에서 재판과 유사하다.³⁰⁾

중재는 협상이나 조정과 달리 중재인이 일방적 결정으로 중재를 할 수 있다는 점에 그 특징이 있다. 또한 중재는 재판적인 성격을 갖는다는 점에서 조정과 다르다. 중재절차의 경우 중재인을 당사자가 선정할 수 있으므로 전문적 지식을 가진 중재인을 선정하여 보다 정확한 판단을 구할 수 있다. 중재인이 전문적 지식을 갖추고 있기 때문에 소송절차에 의하는 경우 감정인이 요구되는 사안이라 하더라도 중재에서는 별도의 감정절차를 거칠 필요 없이 진행할 수 있어 비용과 시간의 측면에서 유리하다.³¹⁾ 그리고 중재인을 당사자가

26) 알선과 조정의 개념에 대하여 견해의 대립이 있으나, 이 글에서는 논의의 편의를 위하여 조정은 알선과 달리 실체적인 평가와 구체적인 조정안도 제시할 수 있는 형태로 보아 양자의 개념을 분리하여 논의하려 한다.

27) 사법연수원, 전게서, 8면.

28) 대한상사중재원의 알선사건 접수현황을 살펴보면, 2007년 552건(건설분야 13건), 2008년 785건(건설 14건), 2009년 664건(건설 15건)이었다(대한상사중재원 홈페이지 <http://www.kcab.or.kr>참조).

29) 두성규, 전개논문, 6면.

30) 山本和彦·山田文, 「ADR仲裁法」, 日本評論社, 2008, 262면.

31) 대한상사중재원의 내부 자료에 의하면, 변호사비용을 제외하여, 신청금액 일천만원의 경우, 제1심 소송비용이 110,300원인데 비하여 중재비용은 45,000원(41%), 신청금액 5천만원인 경우, 제1심 소송비용은 320,600

선정하는 과정 자체가 중재판정부의 구성에 관여할 수 있다는 점, 중재절차는 비공개로 진행되는 것이 일반적이라는 점 등 장점이 많다.

그러나 중재의 경우에는 공평한 중재인을 선정하는 것이 곤란한 경우가 있고, 분쟁당사자가 다수인 경우에는 중재절차에서 통일적인 절차가 보증되지 않을 가능성이 있다. 그리고 중재는 사법부의 심판권을 배제하기 때문에 재판을 받을 권리의 포기과 같은 결과를 수반한다.³²⁾

(2) 대한상사중재원의 중재

대한상사중재원은 1966년 중재법이 제정되면서, 대한상공회의소 내에 국제상사중재위원회가 설치된 후, 1970년 대한상사중재협회로 독립하였다가 1980년 대한상사중재원으로 확대·개편되어 상사중재업무를 처리하고 있는 국내 유일의 법정상설중재기관으로서, 중재인단은 2010년 10월 현재 1,156명으로 국내거주 중재인 1,064명, 해외거주 중재인 92명으로 구성되어 있다.³³⁾ 대한상사중재원의 중재사건 접수현황을 살펴보면, 전체 중재사건 접수건수는 2001년에 200여건에서 2009년에 300여건으로 다소 증가하고 있는데 반하여 건설중재사건은 2001년이나 2009년에 차이가 없이 60여건에 머물고 있어, 건설중재사건이 차지하는 비율은 30%내외에서 20%정도로 낮아지고 있다.³⁴⁾

4. 조정제도

조정은 법관이나 조정위원회가 분쟁관계인 사이에 개입하여 화해로 이끄는 절차를 말한다. 조정이 성립되어 조정조서가 작성되면 재판상 화해와 동일한 효력을 가지며, 그 효력은 준재심절차에 의하여서만 다를 수 있을 뿐이다.³⁵⁾ 조정은 절차가 단순하고 신속·저렴하다. 또한 분쟁을 타협과 양보를 통하여 원만하게 해결할 수 있다. 그러나 조정은 그 공정성의 문제와 조정절차에의 참여 자체가 당사자가 자율적으로 하도록 되어있고, 강제할 수 있는 수단이 없어 종국적인 분쟁해결절차가 될 수 없다는 단점이 있다.

원, 중재비용은 225,000원(70%), 신청금액이 1억원인 경우, 소송비용은 545,600원, 중재비용은 450,000원(82%), 신청금액이 2억원인 경우, 소송비용은 945,000원, 중재비용은 850,000원(90%)으로 나타나고 있다(대한상사중재원 홈페이지 <http://www.kcab.or.kr> 참조).

32) 두성규, 전계논문, 7-8면.

33) 대한상사중재원 홈페이지 <http://www.kcab.or.kr> 참조.

34) 건설중재사건의 연도별 접수현황(대한상사중재원 홈페이지 <http://www.kcab.or.kr> 참조).

구분	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
전체	197	210	211	185	213	215	233	262	318
건설	57	66	64	59	50	48	57	62	64
비율	28.9	31.4	30.3	31.9	23.5	22.3	24.5	23.7	20.1

35) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2009, 18면.

조정에는 민사조정법에 의한 법원조정과 특별법에 의한 행정형조정이 있다.

(1) 민사조정법에 의한 조정

법원에 의한 조정³⁶⁾은 당사자의 신청에 의하여 개시되지만, 수소법원이 필요하다고 인정하는 경우 직권으로 조정에 회부할 수 있다. 조정은 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립하며, 조정조서는 재판상화해와 동일한 효력을 갖게 된다.³⁷⁾ 조정이 성립되지 않으면 조정장 등은 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있지만, 당사자의 이의신청으로 효력을 상실한다. 조정이 성립되지 않거나 조정의 효력이 상실되면 민사소송절차로 이행된다.

(2) 건설산업기본법에 의한 조정

건설산업기본법에 따르면 국토해양부에 중앙건설분쟁조정위원회를 설치하고 시·도에 지방건설분쟁조정위원회를 두도록 하고 있다. 중앙건설분쟁조정위원회는 설계·시공·감리 등 건설공사에 관계한 당사자 간의 책임에 관한 분쟁, 발주자와 수급자간의 건설공사에 관한 분쟁, 수급인과 하수급인간의 건설공사의 하도급에 관한 분쟁을 다루고 있다. 그런데 2010년말 현재 국토해양부의 자료에 의하면, 최근 3년간 20건의 분쟁조정신청이 있었으나 조정부회의 4회, 전체회의 4회를 개최하여 3건의 합의를 이끌어 냈을 뿐이어서 그 실적이 미미하다고 할 수 있다.³⁸⁾

(3) 하도급거래공정화에 관한 법률에 의한 조정

하도급거래공정화에 관한 법률에 따르면, 하도급에 관련된 분쟁을 해결하기 위하여 하도급분쟁조정협의회를 설치하고 하도급거래 공정화에 관한 법률 제2조에 의하여 동법이 적용되는 건설하도급거래로서 공정거래위원회 또는 '양 당사자가 요청하는 원사업자와 수급사업자간의 하도급관련분쟁에 관하여 사실조사 및 조정을 할 수 있도록 하고 있다.

하도급분쟁조정협의회의 최근 10년간 조정실적을 살펴보면, 조정성립율이 평균 57%에 이르고 있으나, 조정신청건수는 그리 많은 편이 아니다.³⁹⁾ 건설하도급분쟁조정협의회는 건설하도급거래에 관한 분쟁 해결에 한하며, 그 중에서도 하도급거래 공정화에 관한 법률의

36) 2009년도에 설립된 법원조정센터에 의한 조정, 2010년부터 시작된 서울지방법원의 조기조정제도로서, 서울중앙지방법원 조정센터와 대한상사중재원 분쟁종합지원센터 등이 담당하는 조정도 이와 같거나 비슷한 범주에 속한다고 할 수 있다(이 기관들의 조정에 대한 설명으로는 함영주, 「분쟁해결방법론」, 진원사, 2010, 34-40면 참조).

37) 이시윤, 전계서, 19면 참조.

38) 국토해양부 홈페이지 <http://www.mltm.go.kr> 참조.

39) 하도급분쟁조정협의회의 최근 10년간 조정신청건수 대비 조정성립건수를 살펴보면, 2000년의 경우, 105건중 69건, 2001년 107건 중 57건, 2002년 90건 중 36건, 2003년 55건 중 17건, 2004년 58건 중 15건, 2005년 44건 중 7건, 2006년 71건 중 24건, 2007년 99건 중 61건, 2008년 206건 중 152건, 2009년 191건 중 146건으로서, 10년간 신청건수 1,026건 중 조정성립건수가 584건, 조정성립률 57%로 나타나고 있다(공정거래위원회, 「2009년 통계연보」, 88면).

적용대상이어야 한다는 조건⁴⁰⁾이 있어 건설분쟁을 해결하기 위한 일반적인 제도로서는 미흡하다.

V. ADR에 의한 건설분쟁해결의 문제점과 개선방안

건설분쟁의 해결에 있어서는 민사소송에 의하는 것보다 ADR에 의하여 해결하는 것이 보다 합리적인 방법이라고 할 수 있다. 그런데 ADR은 국내외적으로 여러가지 유형으로 다양한 분쟁에 적합한 형태로 발전하고 있지만, 몇 가지 문제점을 가지고 있다. 이하에서는 우리나라에서 건설분쟁 해결을 위하여 이용되는 제도 중 대부분의 비율을 차지하는 조정(특히 행정형 조정)과 중재를 중심으로 문제점을 살펴보고자 한다.

1. 문제점

(1) 조정제도

1) 운영상의 문제점

우리나라에는 30여개의 행정형 ADR을 위한 위원회가 설치되어 있는데, 특별법에 의해 설치되는 조정위원회는 각기 다른 법령에 따라 조직되고 운영되기 때문에 제도를 이용하려는 일반 국민이 각 위원회가 어떠한 역할을 수행하고 어떤 효력을 가지고 있는지 알기 힘들게 하며, 어떤 위원회가 설치되어 있고, 어느 위원회에 신청을 할 수 있는지도 잘 알 수 없어 혼란을 초래한다고 비판되고 있다.⁴¹⁾ 그럼에도 불구하고 행정형 ADR 기구를 전체적으로 파악하여 홍보와 안내를 담당할 부서나 시스템이 갖추어져 있지 않다. 조정위원의 구성에 있어서도 주로 고위공무원이나 저명인사 위주로 구성되어 있고, 조정위원의 수에도 제한이 있어 ADR이 전문가에 의하여 해결된다는 장점을 무색하게 하고 있다. 또한 예산과 인력이 부족하여 전시행정적인 기구에 그치는 경우가 많다.⁴²⁾ 건설분쟁 해결을 위한 건설분쟁조정위원회나 하도급분쟁조정위원회의 경우도 이러한 일반적인 문제점으로 인하여 이용실적이 저조할 수 밖에 없다.

40) 동법에 적용을 받으려면, ①양당사자의 거래내용이 건설위탁에 해당되어야 하고, ②양당사자 모두 건설관련 면허·등록을 가지고 있어야 하며 하도급법상 원사업자에 해당되기 위해서는 대기업자이거나 중소기업자인 경우 계약당해연도의 시공능력평가액이 30억이 넘어야 하며 또한 건설위탁을 받은 사업자보다 규모가 2배 이상이어야 하며, ③거래가 종료된 날로부터 3년을 경과하지 아니하여야 한다.

41) 남진권, “우리나라의 행정형 조정에 의한 분쟁해결제도의 문제점과 활성화 방안”, 『법학논총』 제32권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2008, 60면

42) 함영주, 전게서, 50면.

2) 효력상의 문제점

민사조정법 제29조에 의하면 조정은 재판상의 화해와 동일한 효력을 갖는다. 이는 민사소송법 제220조에 의해 확정판결과 같은 효력을 갖는다. 그런데 행정형 조정의 경우에는 법률마다 다르게 규정하고 있다. 환경분쟁조정위원회나 개인정보분쟁조정위원회의 조정 등은 단순한 민법상 화해와 같은 효력을 인정하고, 소비자분쟁조정위원회, 국제계약분쟁조정위원회, 금융분쟁조정위원회 등은 재판상화해와 같은 효력을, 건설분쟁조정위원회와 건축분쟁조정위원회는 당사자간의 합의와 동일한 효력을 부여하고 있다. 이렇듯 하나로 통일되지 못하여 제도를 이용하는 국민에게 혼란을 가중시키고 있어 이를 기피하게 하는 문제가 발생한다. 결국 일반인의 입장에서는 특별히 전문성이 확보되지도 못하였고, 그 제도에 대해 잘 알지도 못할 뿐만 아니라, 그 효력도 제각각이어서 소송에 의한 재판절차에 의존하려는 경향이 생기는 것이다.

(2) 중재제도

1) 효력상의 문제점

중재의 장점은 단심제로서 구속력있는 신속한 결정을 할 수 있다는 것이다. 그러나 중재판정이 단심제이기 때문에 중재판정에 대하여 불만족을 느끼는 경향이 있다. 이는 특히 분쟁금액이 클수록 중재를 기피하려는 경향이 있다고 한다.⁴³⁾ 뿐만 아니라 중재판정은 확정판결과 동일한 효력을 가지면서도 집행력은 인정하지 않고 있어서, 중재판정에 집행력을 부여받으려면 법원에 제소하여야 하는 번거로운 절차를 거쳐야만 한다. 집행판결 청구 소송에서 항소심, 상고심까지 진행 될 가능성도 있으므로 결국 신속한 분쟁해결이라는 목적을 달성할 수 없게 되는 것이다.

2) 선택적 중재합의의 문제점

선택적 중재합의⁴⁴⁾란 계약당사자의 일방이 상호 별도의 합의 없이 중재로써 분쟁해결을 하고자 할 경우에 계약상 중재조건을 중재의 사전합의로 해석할 수 있는가 하는 문제이다.⁴⁵⁾ 이러한 문제가 발생하는 이유는 각종의 표준계약서의 일반조항에 분쟁해결수단으로 중재 또는 소송을 선택 할 수 있다는 내용의 조항이 들어있기 때문이다. 문제는 대법원이 이러한 선택적 중재합의의 효력을 제한적으로 판시하고 있다는 점이다.

대법원은, 이른바 선택적 중재조항은 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다

43) 정명우, "건설중재 활성화 방안에 관한 제언", 「중재」, 대한상사중재원, 2009년 여름호, 73면.

44) 중재합의의 개념 등에 대하여는 목영준, 전제서, 34면 이하. 선택적 중재합의 유효성에 대하여는 장문철, "선택적 중재합의의 유효성", 「중재」제307호, 대한상사중재원, 2003봄, 49면 참조.

45) 남진권, "건설산업에서의 ADR 활성화 방안", 「경영법률」, 제18집 제4호, 한국경영법률학회, 2008.6, 48-49면.

른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의로서 효력이 있다고 할 것이고, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대하여 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하는 경우에는 중재합의로서의 효력이 있다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.⁴⁶⁾ 결국 선택적 중재조항에 의한 중재를 시도하려고 하여도 상대방이 중재합의를 동의한 사실이 없다는 의사를 표시하기만 하면 중재심리가 불가능해지는 것이다. 이러한 대법원의 판례는 건설분쟁을 중재로 해결하고 있는 국제적 추세와 배경에 역행하는 것으로,⁴⁷⁾ 중재의 걸림돌이 되고 있다.

3) 공무원의 현실적 기피현상

정부가 발주하는 건설공사의 경우, 건설회사는 중재로 분쟁을 해결하고자 하여도 발주자인 정부측에서 이를 기피하는 현상이 발생하고 있다. 정부가 발주하는 건설공사를 실제로 수행하고 담당하는 공무원은 분쟁이 발생하였을 때 소송이 아닌 중재로 해결하는 경우에 만약 불리한 판정을 받게 되면 법률적으로 혹은 사실적으로 등 어떠한 방법으로든 책임을 부담하지 않을 수 없고, 무능력하다는 지적을 받을 가능성이 높게 되므로 담당공무원은 중재에 의한 해결을 피하려 할 가능성이 높다.⁴⁸⁾ 소송의 경우에는 3심제로 더 다룰 수 있는 여지가 있고, 내·외부 감사를 받을 때 노력할 만큼 했다는 인상을 줄 수 있는데 비하여 중재는 단심제로 즉각적으로 불이익이 발생하므로 기피하게 되는 것이다.

2. 개선방안

(1) 조정제도

행정형 조정제도가 활성화되기 위해서는 조정의 효력을 한가지로 통일하여야 한다. 민사조정법 제29조에 “조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다”고 규정된 이상 재판상 화해로 조정의 효력을 통일하여 운영함으로써 조정의 실효성을 확보할 수 있을 것이다.⁴⁹⁾ 또한 조정위원회의 위원이 대부분 고위공무원이나 저명인사로 구성되어 자율성과 전문성이 떨어지는 문제를 해결하기 위해서는 실질적으로 분쟁을 담당할 실무형 전문가를 영입하여 위원회를 구성하도록 해야 한다.⁵⁰⁾

무엇보다 건설분쟁 해결을 위한 통합된 하나의 조정위원회를 설치하여 상설 운영할 필요가 있다. 이는 인적 문제나 예산문제에 있어서도 유리하게 될 것이고, 조정위원을 전문

46) 대법원 2003.8.22. 선고 2003다318 판결; 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결. 선택적 중재합의의 유효성에 관한 판례에 관하여는, 김경배, 「국제무역분쟁과 ADR」, 무역경영사, 2005, 228면 이하 참조.

47) 정명우, 전제논문, 74면.

48) 정명우, 상제논문, 75면; 이무중, “국제화시대의 건설분쟁과 중재”, 「중재」, 대한상사중재원, 2009년 겨울호, 25면.

49) 두성규, 전제논문, 64-65면. 이에 대해서는 재판청구권을 침해한다는 비판이 따를 수 있지만, 조정제도를 보완하여 재판에 버금가는 공정성과 중립성을 확보한다면 이러한 비판은 해소할 수 있을 것이다.

50) 남진권, 전제 “우리나라의 행정형 조정에 의한 분쟁해결제도의 문제점과 활성화 방안”, 64면.

가로 구성하기가 쉬우며, 집중관리와 상설운영을 통해 보다 중립성과 공정성을 확보하는 효과도 얻을 수 있다. 하나의 위원회로 통일하여 개선하는 방안은 일본의 사례를 참고할 수 있다. 일본은 건설공사분쟁심사회로 분쟁을 일원화하여 해결하고 있다. 이를 통해 ADR의 긍정적 효과를 실제 분쟁해결 사례로 실현시키고 있는 것이다. 건설분쟁만을 위하여 설립되고 건설분쟁과 관련된 업무를 광범위하게 다루고 있는 건설공사분쟁심사회는 그 자신의 역할을 충실히 수행할 수 있는 것이다. 우리나라의 경우에도 일본의 분쟁심사회와 같은 단일 조정기구를 설립·운영한다면 조정이 훨씬 더 활성화될 수 있을 것이며, 자기에게 어떠한 해결수단이 가장 적합한지 판단하기 어려운 이용자에게 상담을 통하여 적절한 분쟁해결수단을 제시하는 역할도 담당할 수 있을 것이다.

(2) 중재제도

1) 단심제와 중재판정 집행제도의 개선

단심제라는 장점 때문에 중재를 선호하기도 하지만, 분쟁금액이 큰 경우에는 단심제가 오히려 불리하게 작용할 수 있다는 생각 때문에 중재를 기피할 수 있다. 그렇다고 중재판정을 1심과 2심으로 구분하는 것은 중재의 신속성이라는 본래의 취지에 반하므로, 결국 중재인의 질을 높이는 등 중재판정의 신뢰도를 높이는 방법밖에 없을 것이다.⁵¹⁾

중재판정의 집행력이 없음으로 인하여 중재를 기피하는 현상은 집행제도를 개선함으로써 해결될 수 있다. 독일이나 일본에서와 같이 중재판정의 집행을 법원의 집행판결 대신 결정에 의하도록 하거나, 이것이 문제가 된다면 중재판정의 집행판결은 단심에 의하도록 제도를 개선하면 중재에 의한 분쟁의 해결이 활성화될 수 있을 것이다.⁵²⁾

2) 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항의 개선

공사계약일반조건상에 포함된 선택적 중재조항에 대한 중재합의의 존재유무에 대한 논란을 피하기 위하여 이 조항을 구체적으로 개선할 필요가 있다. 예컨대, 건설분쟁이 기술적·금전적인 것이면 중재판정이 필요하고, 권리와 관계된 법률적 분쟁이라면 소송에 의한 판결이 바람직할 것이다. 그러므로 중재로 해결할 수 있는 분쟁의 범위를 명확하게 규정하여 당사자간의 중재합의 존재유무에 관한 논쟁을 피하고 신속한 해결을 할 수 있도록 해야 한다.⁵³⁾ 참고로, 국제적인 추세를 보면, FIDIC(the Federation Internationale Des Ingenieurs Conseils)의 분쟁해결조항은 중재로 규정되어 있고, 미국의 공공건설계약에는 중재 이전에 ADR의 하나인 DRB(Dispute Resolution Board)제도를 이용하여 공공건설계약

51) 정명우, 전계논문, 75면-76면은, 단심제의 중재판정의 결과에 대한 신뢰를 높이기 위해서는 분쟁당사자가 조정이라는 단계를 거치면서 자신의 책임과 문제점에 대하여 충분히 인식하고 있을 때 중재판정결과는 분쟁 당사자에게 큰 갈등없이 수용될 수 있다고 한다.

52) 채완병, "우리나라 건설중재 현황과 활성화 방안", 「중재연구」 제14권 제2호, 한국중재학회, 273면.

53) 정명우, 전계논문, 77면.

에서 발생하는 분쟁을 해결하고 있다.⁵⁴⁾

3) 공공 고객들의 중재판정 선택에 따른 면책

국가가 발주자인 경우 공무원들이 중재를 기피하는 현상도 바로잡아야 한다. 현실적인 문제로 공무원이 인사상 불이익이 두려워하여 중재를 기피하고 소송으로 전부 소송으로 가려고 하는 것이므로, 결국 국가가 발주자인 경우 일정한 범위를 정하여 해당범위 내에서는 중재로 해결하도록 규정하는 것도 한가지 방법일 것이다. 또한, 정부 발주의 건설분쟁에 대하여 중재판정을 통하여 해결하다가 불리한 결과를 가져오더라도 최선을 다했다면 담당공무원에게 책임을 묻지 않는 정책적 배려도 필요하다.⁵⁵⁾

(3) 소결

위의 개선방안은 건설분쟁에서의 ADR에만 국한된 것이 아니라, ADR제도의 일반적인 문제와도 연결되는 것이다. 현재 국내 ADR에 대해서는 제대로 정비된 총체적인 규정이 없다. 그래서 행정형ADR의 경우에는 각종 특별법에 따라 각기 다른 형태를 가지고 있고, 민간형 ADR은 실제로 거의 의미가 없다고 해도 과언이 아니다. ADR은 잘 활용하면 국가경제의 손실을 크게 줄일 수 있으므로, 이를 활성화하기 위하여 일본의 경우처럼 ADR 기본법을 제정하는 것이 바람직할 것이다.⁵⁶⁾

또한 미국의 제도 중 DRB나 파트너쉽처럼 분쟁이 발생한 후에 해결하는 방식이 아닌 건설공사를 진행하면서 미리 분쟁이 발생할 조짐이 생기면 토론과 의사소통을 통해 해결해 나가는 제도의 도입도 필요할 것이다. 소송이든 조정·중재든 분쟁이 이미 발생한 후에 당사자간의 대화로는 도저히 타협점을 못 찾을 정도에 이르러 개시하게 되는데 DRB나 파트너쉽은 클레임 수준에서 미리 분쟁을 방지하고, 더 나아가 분쟁을 예방하는 역할을 하는 것이기 때문에 기존의 ADR보다 그 비용이나 신속성의 측면에서 의미가 있다.

VI. 맺음말

건설분쟁은 청구금액이 크고, 사건이 복잡하며, 관여하는 당사자가 복잡하게 얽혀있어 분쟁의 발생으로 다른 문제가 연쇄적으로 발생한다는 특성을 가지고 있다. 이러한 특성은

54) 채완병, 전계논문, 272면.

55) 정명우, 전계논문, 78면.

56) 일본의 ADR법에 대하여는, 김상찬, "일본의 ADR법에 관한 연구", 「중재연구」 제16권 제3호, 한국중재학회, 2006.12, 127면 이하 참조. ADR기본법의 입법론에 관하여는, 김상찬, "ADR기본법의 입법론에 관한 연구", 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.2, 157면 이하 참조.

필연적으로 재판에 의한 분쟁해결에 의할 경우에 장기간을 요하며, 비용이 많이 들어 갈 수밖에 없다. 그러므로 비용, 시간, 전문성의 측면에서 볼 때 ADR제도가 건설분쟁 해결에 적합한 것임은 두말할 필요가 없을 것이다. 또한 일도양단식의 결정을 해야 하는 소송과 달리 실체적 진실에 다소 어긋나더라도 구체적 타당성에 맞는 유연한 결론을 내릴 수 있으며, 복잡한 사실관계와 다수 당사자 사이의 분쟁도 보다 빠르게 절충안을 내세워 분쟁을 해결할 수 있다는 점을 감안하면, 건설분쟁을 ADR에 의하여 해결하는 것은 매우 바람직하다 할 것이다.

본고에서는 미국과 일본, 그리고 우리나라의 ADR에 의한 건설분쟁해결에 대하여 살펴본 후, ADR에 의한 건설분쟁 해결의 문제점과 개선방안에 대하여 살펴보았다. 현재 우리나라의 경우 ADR에 의한 건설분쟁의 해결은 주로 행정형 조정이나 중재에 의하고 있다. 그런데 행정형 조정의 경우 그 운영상의 문제점과 효력상의 문제점으로 인하여 이용실적이 매우 저조한 편이다. 이를 해결하기 위하여는 건설분쟁 해결을 전문으로 하는 통합된 조정기구(예컨대 일본의 분쟁심사회)를 설립해야 한다는 것이다. 중재의 경우에는 대한상사중재원의 건설중재가 비교적 많이 이용되고 있지만, 중재가 단심제이며, 중재판정이 확정판결과 동일한 효력을 가지면서도 집행력이 인정되지 않는 점 때문에 중재를 기피하는 현상도 발생하고 있다. 또한 선택적 중재조항과 관련하여 중재합의의 효력에 대한 논란도 중재의 활성화에 걸림돌이 되고 있다. 나아가 발주자가 정부인 경우 담당 공무원이 기관 내·외부 감사의 지적을 우려하여 중재를 기피하는 것도 문제가 되고 있다. 이의 개선방안으로, 중재판정에 대한 집행제도를 개선하고, 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항을 개선하며, 공공고객들의 중재판정 선택에 따른 면책제도의 도입등이 필요하다. 이러한 문제들은 건설분쟁에만 국한된 것은 아니므로 ADR기본법을 제정하여 ADR의 활성화를 도모하는 것도 필요하다.

참 고 문 헌

- 곽영실·김석철, 「상사중재론」, 도서출판두남, 2008.
 길기관, 「판례로 보는 건설분쟁의 쟁점과 해법」, 도서출판일빛, 2009.6.
 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001.
 사법연수원, 「ADR」, 2009.
 윤재윤, 「건설분쟁관계법」, 박영사, 2008.
 이시윤, 「신민사소송법(제5판)」, 박영사, 2009.
 함영주, 「분쟁해결방법론」, 진원사, 2010.

- 山本和彦·山田文, 「ADR仲裁法」, 日本評論社, 2008.
- 김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.2.
- 김석철, “건설중재 활성화를 위한 시스템 구축방안 연구”, 「중재연구」, 제14권 제1호, 한국중재학회, 2004.8.
- 김정원·홍명신, “중재활성화에 관한 고찰”, 「중재」, 대한상사중재원, 2004년 겨울호.
- 남진권, “건설산업에서의 ADR 활성화 방안”, 「경영법률」, 제18집 제4호, 한국경영법률학회, 2008.6.
- _____, “우리나라 행정형조정제에 의한 분쟁해결제도의 문제점과 활성화 방안”, 「법학논총」, 제32권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2008.
- 두성규, “현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안”, 「정책연구자료 2000」, 한국건설산업연구원, 2000.
- 윤성민·채명진·한승헌·김기태, “건설분쟁 유형분류 및 원인분석에 관한 연구”, 「2004년도 대한토목학회 정기학술대회자료」, 대한토목학회, 2004.
- 이무중, “건설사업에서 FIDIC규정의 분쟁해결방법”, 「중재연구」, 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006.8.
- _____, “국제화시대의 건설분쟁과 중재”, 「중재」, 대한상사중재원, 2009년 겨울호.
- 이범상, “건설분쟁의 종류와 그 대비”, 「건축」, 제49권 제4호, 대한건축학회, 2005.5.
- 이태식·정현진, “건설분쟁해결을 위한 파트너링 도입에 관한 연구”, 「2001학술발표회 논문집」, 대한토목학회, 2001.
- 장문철, “선택적 중재합의의 유효성”, 「중재」제307호, 대한상사중재원, 2003봄호.
- 정명우, “건설중재 활성화 방안에 관한 제언”, 「중재」, 대한상사중재원, 2009년 여름호.
- 채완병, “우리나라의 건설중재 현황과 활성화 방안”, 「중재연구」, 제14권 제2호, 한국중재학회, 2004.12.

ABSTRACT

The Problems and Reform Measures of Conflict Resolutions related to Constructions through ADR

Sang-Chan Kim

There are two methods to resolve conflicts related to constructions which are through lawsuits and ADR (Alternative Dispute Resolution) just like any other conflicts. Along with the special characteristics pertaining to the conflicts related to constructions, the advantages that ADR is in possession of such as its cost, duration and professionalism, resolving conflicts through ADR has been considered to be more logical than any other options recently. In Korea's case at present, the resolution of conflicts regarding constructions through ADR is mostly dependent on administrative mediation or through arbitration. However, in the case of the administrative mediation, its usage rate is very low due to problems caused by problems in its running and effectiveness. In the case of arbitration, the services of the Korean Commercial Arbitration Board is comparatively used more but because of the fact that arbitration relies on a single trial system and the fact that its executive powers while having the same effectiveness as the final ruling does not get acknowledged leads to the phenomena of avoiding its usage. In addition, in relation to the selective arbitration clause, the problem of effectiveness of the arbitral agreement is becoming a hindrance to the activation and promotion of the arbitration process. Furthermore, in the case where the ordering body is the government, the public servant involved in the case avoiding the arbitration process because of concerns of being penalized by the internal and external audit within the institution is becoming a problem as well.

These problems are not only limited to conflicts regarding constructions and there needs to be actions taken to promote the activation of ADR by enacting a basic law. The more important issue at hand however is offering a resolution measure that would be the most appropriate for users and this could probably be done only through actions such as implementing the American partnering system or the dispute adjudication board system so that they can supervise the resolution of conflicts through mediation, arbitration, and

assistance as well as offering consultations regarding conflicts related to constructions.

Key Words : conflicts related to constructions, resolution of conflicts related to constructions, mediation of subcontract disputes, Alternative Dispute Resolution, mediation, arbitration, executive power.