



저작자표시 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

공학박사 학위논문

시공 중 발생하는 건설분쟁의 효과적인 해결방안



2010년 8월

부 경 대 학 교 대 학 원

건설관리공학협동과정

이 홍 채

공학박사 학위논문

시공 중 발생하는 건설분쟁의 효과적인 해결방안

Effective Resolutions for Construction Disputes
in Execution Phase

지도교수 최 명 구

이 논문을 공학박사 학위논문으로 제출함



2010년 8월

부 경 대 학 교 대 학 원

건설관리공학협동과정

이 홍 채

이홍채의 공학박사 학위논문을 인준함

2010년 6월 30일



주 심 농학박사 이 영 대 (인)
위 원 공학박사 이 종 출 (인)
위 원 공학박사 김 수 용 (인)
위 원 법학박사 박 경 량 (인)
위 원 법학박사 최 명 구 (인)

목 차

그림 목차	v
표 목차	vi
국문 요약	ix
제1장 서 론	1
1.1 연구의 배경과 필요성	1
1.2 연구 목적	4
1.3 연구의 범위와 전개방법	7
제2장 건설분쟁의 현황	10
2.1 건설분쟁의 개념 및 정의	10
2.1.1 건설분쟁의 개념	10
2.1.2 건설분쟁의 구분	13
2.1.3 시공 중 발생하는 분쟁의 단계별 정의	14
2.2 건설분쟁 관련 연구동향	18
2.2.1 현행 법적·제도적 분쟁해결수단의 개선방안 관련	19
2.2.2 사전분쟁조정방안 관련	20
2.3 우리나라 건설분쟁 처리제도 및 현황	21
2.3.1 국가계약의 특성	21
2.3.2 일반적인 건설분쟁 해결 절차	23
2.3.3 분쟁해결의 법적 제도적 근거	26
2.3.4 건설분쟁 해결 현황	33
2.4 건설 클레임과 분쟁	38
2.4.1 분쟁 발생의 원인	38
2.4.2 시공 중 발생하는 클레임	38

2.5 건설분쟁의 유형	41
2.5.1 건설공사 시공 중 위험의 유형	41
2.5.2 시공 중 분쟁의 유형	42
2.5.3 수급인의 무하자 처리	44
2.5.4 해외건설공사 계약상 발주처를 상대한 클레임의 유형	45
2.6 설계변경을 통한 분쟁예방	47
2.6.1 설계변경 관련 관계법	48
2.6.2 설계변경 사유 및 조치사항	49
2.6.3 계약변경 사항	52
2.6.4 공기연장의 귀책사유 및 공기연장에 따른 계약금액 조정	53
2.7 클레임의 실태조사 및 분석	55
2.7.1 건설클레임의 현황	55
2.7.2 대법원 판례로 본 분쟁발생 원인과 협의 가능성 분석	59
 제3장 건설공사 시공 중 분쟁의 원인 및 문제점	66
3.1 분쟁이전단계의 갈등구조와 문제점	66
3.1.1 공사이해관계자 간의 대립된 업무구조	66
3.1.2 분쟁이전단계 갈등문제 진단	68
3.1.3 클레임이 분쟁으로 발전하는 근본적인 원인	85
3.1.4 건설현장의 계약이행관행과 협상방법의 정서	92
3.1.5 시공 중 분쟁해결방법의 문제점	97
3.1.6 계약문서의 내용과 적용문제	102
3.1.7 클레임 및 분쟁으로 인한 손실비용 사례	110
3.2 분쟁단계에서 분쟁해결제도의 문제점	115
3.2.1 분쟁해결방안의 제도적인 문제	115
3.2.2 조정제도의 문제점	125
3.2.3 중재제도 문제점	129
3.2.4 건설분쟁 소송의 특징 및 문제점	136

제4장 효과적인 분쟁해결 방안	140
4.1 건설분쟁 사전 예방 대응방안	140
4.1.1 건설분쟁의 예방을 위한 조치사항	140
4.1.2 합리적인 건설분쟁 해결을 위한 기본원칙	141
4.1.3 계약체결 전 사전 분쟁요인 제거	145
4.1.4 건설분쟁 예방을 위한 의식구조 개선	147
4.1.5 공정한 계약내용의 해석	150
4.2 분쟁이전단계에서의 클레임 해결방안	154
4.2.1 협상 및 클레임 제도의 개선	154
4.2.1.1 공사현장 내 조직 간의 갈등해법과 대응자세	154
4.2.1.2 현장 협상제도의 개선과 활성화	158
4.2.1.3 클레임제도 정착 및 활성화 방안	163
4.2.1.4 계약당사자간의 파트너링	178
4.2.1.5 공사계약조건의 개선 및 발전	179
4.2.2 감리업무의 개선	187
4.2.3 사전분쟁조정에 의한 클레임 해결방안	194
4.2.3.1 업무조정회의의 활성화	195
4.2.3.2 공사현장관계자협의회	196
4.2.3.3 시공조정위원회	198
4.2.3.4 건설공사분쟁심의회	201
4.2.3.5 사전분쟁조정위원회	204
4.2.3.6 사설분쟁조정기구 ‘건설분쟁심사조정위원회’	209
4.3 분쟁단계 분쟁해결 개선방안	217
4.3.1 법적·제도적 건설분쟁해결방안의 실정	217
4.3.2 건설분쟁조정위원회의 개선	218
4.3.3 건설분쟁관련 상설기구 마련	224
4.3.4 중재제도의 개선	226
4.3.5 소송단계의 대응 및 보완	231
4.4 대체분쟁해결방법의 도입 및 분쟁해결전문가 양성	234

제5장 결 론	236
5.1 분쟁의 사전예방을 위한 의식구조 개선	236
5.2 분쟁이전단계에서 효과적인 분쟁해결방안	237
5.3 분쟁단계에서 분쟁해결제도의 개선	239
5.4 기대효과 및 향후 과제	240
참 고 문 헌	243
Abstract	249



그림 목차

<그림 1.1> 연구의 배경과 필요성	4
<그림 1.2> 연구의 목적	7
<그림 2.1> 설계~시공의 세부과정	11
<그림 2.2> 분쟁단계 처리절차	12
<그림 2.3> 분쟁용어 구분	17
<그림 2.4> 건설분쟁 진행단계	18
<그림 2.5> 건설분쟁조정 절차도	30
<그림 4.1> 현행 분쟁해결구도	214
<그림 4.2> 개선된 분쟁해결구도	214



표 목차

<표 2.1> 계약분쟁과 시공중 분쟁의 차이점	13
<표 2.2> 진행단계별 분쟁의 정의	15
<표 2.3> 시공 중 발생하는 분쟁 용어의 개념과 정의	17
<표 2.4> 시공 중 발생하는 분쟁의 단계별 구분	18
<표 2.5> 일반적인 건설분쟁해결방법	26
<표 2.6> 건설분쟁 관련 계약조건(회계예규)	27
<표 2.7> 건설분쟁관련 국내분쟁조정기구 현황	33
<표 2.8> 건설분쟁조정위원회 조정현황	34
<표 2.9> 중앙건설분쟁조정위원회 최근3년간 실적	35
<표 2.10> 건설하도급분쟁조정협의회의 조정현황	35
<표 2.11> 2000년~2005년까지 하도급분쟁조정협의회의 조정 현황	36
<표 2.12> 건설분야 중재 접수건 현황	37
<표 2.13> 건설공사 시공 중 위험의 유형	41
<표 2.14> 건설산업 추진단계별 클레임 발생사유 및 유형	55
<표 2.15> (1) 대법원 판례 및 중재판정 사례로 본 분쟁발생 원인 추정 및 협 상가능성 분석	62
(2) 대법원 판례 및 중재판정 사례로 본 분쟁발생 원인 추정 및 협상가능성 분석	63
(3) 대법원 판례 및 중재판정 사례로 본 분쟁발생 원인 추정 및 협상가능성 분석	64
(4) 대법원 판례 및 중재판정 사례로 본 분쟁발생 원인 추정 및 협상가능성 분석	65
<표 3.1> 국내공사와 해외공사 설계변경과정 차이	83
<표 3.2> 최저가낙찰률 대상 공사의 낙찰률(2007 기준)	87
<표 3.3> 최저가낙찰공사 연도별 발주금액 현황	87
<표 3.4> 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항 개정 경과	132

<표 4.1> 갈등해소 방법론의 형태(Styles of Conflict Resolution Methodologies)	155
<표 4.2> 두 분쟁당사자 사이 갈등해결 접근 방법과 결과	157
<표 4.3> 분쟁해결절차 개선방안	159
<표 4.4> 분쟁해결방법과 해결만족도	163
<표 4.5> 업무조정회의	195
<표 4.6> 사전조정위원회 절차규칙	206
<표 4.7> 사전분쟁조정위원회 합의내용	207
<표 4.8> (1) 사전분쟁조정 방안별 특성과 운영규정의 비교	215
(2) 사전분쟁조정 방안별 특성과 운영규정의 비교	216





국문 요약

시공 중 발생하는 건설분쟁의 효과적인 해결방안

건설관리공학협동과정 이 홍 채
지도교수 최 명 구

우리나라 정부발주 공공공사의 공사수행과정에서 필연적으로 발생하는 건설 분쟁에 대해 여러 가지 분쟁해결방안들이 소개되고 있으나, 지금까지 건설분쟁과 관련된 연구의 대부분은 분쟁발생 후 법적·제도적 분쟁해결방법의 문제점 및 활성화 방안에 대한 연구가 주류를 이루었고, 분쟁으로 진행되기 전에 건설공사 현장 내 시공 중 발생하는 갈등문제나 클레임을 해결하기 위한 현실적인 대안은 없는 실정이다. 최근에는 사전분쟁조정방안(ADR)에 대한 연구가 진행되고 있으나, 역시 제3자의 조정에 의해 해결하는 방안으로서 아직까지 건설현장 내 정착이 되지 못하고 있다.

공사현장에서 시공 중에 발생하는 분쟁을 효과적으로 해결하기 위한 방법으로 계약당사자가 중재나 소송을 통하여 분쟁을 해결하는 것보다 분쟁으로 진행되기 전에 양 당사자 간의 협상에 의해 해결하는 것이 가장 바람직하다.

이에 본 연구는 건설공사 시공 중에 발생하는 분쟁의 전 과정을 ‘분쟁이전(Before Disputes)단계’와 ‘분쟁(Disputes)단계’로 나누어 분쟁해결방안을 고찰하였다. 특히 기존의 법적·제도적인 분쟁해결방법의 틀을 벗어나, 시공 중에 발생하는 분쟁을 효과적으로 해결하기 위한 방안으로 건설현장의 분쟁실태와 갈등구조를 심도있게 분석하여 ‘분쟁이전단계’에서의 제도적인 협상방안과 사전분쟁조정방안에 중점을 두고 연구하였다. 시공 중 발생하는 분쟁의 효과적인 해결방안은 다음과 같다.

첫째, 시공 중에 발생한 갈등과 클레임에 대해 가능한 한 현장에서 해결하

는 것을 원칙으로 하고, 이를 위해 양 당사자는 문제를 해결하고자 하는 전향적인 자세로 인내심을 갖고 협의를 충분히 하여 외부의 간섭없이 당사자 간에 문제를 해결하도록 한다.

둘째, 분쟁이전단계에서 갈등과 클레임을 해결하는 것이 분쟁 예방적 차원에서 뿐만 아니라 분쟁해결 방법에서도 효과적이라고 판단하여, 실효성 있는 방안으로 건설현장 내에서 공사관계자 간의 협상과 클레임을 제도적으로 운영하는 방안을 연구하였다. 당사자 간의 협상에 의한 해결방법이 결렬되면 분쟁 단계로 가기 전에 현장 내에서 조정으로 해결할 수 있는 방안으로 사전분쟁조정방안을 다각적으로 제시하였다.

셋째, 분쟁단계에서 분쟁해결제도의 개선방안으로 현행 법적·제도적 분쟁해결제도의 한계와 문제점에 대한 분석과 함께 기존 제도를 활성화하기 위하여 실효성이 있고 신뢰할 수 있는 제도적 개선방안을 제시하였다.

본 연구를 통하여 ‘분쟁단계’에서 법적·제도적 건설분쟁해결보다는 건설분쟁 예방적 차원에서 공사현장 내 ‘분쟁이전단계’에서 갈등문제와 클레임을 해결하면 분쟁을 근본적으로 예방하는 데 도움이 될 것으로 기대한다.

<핵심되는 말> : 갈등문제, 클레임, 분쟁이전단계, 분쟁단계, 협상운영규정, 클레임운영규정, 사전분쟁조정(ADR).

제1장 서론

1.1 연구의 배경과 필요성

1) 건설분쟁해결제도의 후진성과 과도한 소송

우리나라 건설산업의 국제경쟁력은 IT산업이나 다른 제조업에 비해 상당히 뒤쳐져 있다. 건설산업의 국제경쟁력과 실태를 보면 미국이나 유럽의 77.8% 정도의 수준이고 주된 비교 항목 가운데 건설사업관리능력이 가장 뒤떨어져 있는 것으로 나타나 있다.¹⁾ 특히 건설사업관리분야 중 건설분쟁해결제도와 관련하여 우리나라는 아직까지 후진성을 면치 못하고 있는 실정이다.

건설분쟁을 해결하는 제도적인 방법이 중재나 소송으로 제한되어 있고 분쟁 해결을 위한 과도한 소송도 문제이다. 중앙건설분쟁조정위원회 '08년~'09년까지 주요 활동 실적을 보면 최근 2년간 건설분쟁조정위원회의 조정신청은 20건으로 이용실적이 극히 저조하다.²⁾ 반면 2008년 대법원 사법연감에 따르면 공사대금 관련 건설분쟁으로 1심소송이 5,831건이고 2심과 3심을 합하면 7,759건으로 매일 수십 건의 건설분쟁이 소송으로 진행되고 있다.³⁾ 소송 중 약 50%가 판결로 해결되고 25%는 민사조정이나 화해 등으로 마무리 된 것으로 나타났다. 이는 건설현장에서 발주자와 수급인(시공자) 사이에 분쟁이 발생하였을 때 건설현장에서 해결할 수 있는 적절한 제도적인 방법이 구축되지 못하고 있기 때문인 것으로 보인다.

1) '건설산업 경쟁력 실태와 개선과제', 대한상공회의소 보도자료, 2009.10, pp. 1-2. ; 이 조사에 의하면 국내 건설경쟁력은 미·유럽 4.5점 > 日 4.1점 > 韓 3.5점 > 中 2.4점 순이며, 시공능력(4.1)에 비해 설계(3.6), 사업관리능력(3.4)로 선진국에 뒤지고 가격경쟁력(3.2)은 중국 등에 밀리는 것으로 조사되었다.

2) '중앙건설분쟁조정위원회 활동내역서', 국토해양부 자료(건설경제과), 2009.06.30, p. 1.

3) '민사본안전사건종류별 건수표', ; 공사대금소송 1심 8,142건 · 항소심 1,729건 · 상고심 241건, (공사대금 소계 10,212건) ; 제3자의 청구이의건 1심 8,877건, 구상금청구건 1심 30,669건, 대법원 2009년 (08.1.1-08.12.31)사법연감, p. 15, p. 18, p. 20. ; 공사대금소송의 내용을 보면 건설소송은 10,212건 보다 훨씬 많을 것으로 봄.

2) 건설산업의 분쟁 환경

건설산업은 다른 어느 산업보다 구조적으로 다양하고 많은 구성원이 참여하므로 사업관리시스템이 매우 복잡하다. 건설공사의 경우 불확실성과 사회변동 및 자연환경의 영향에 의해 변수요인이 많은 특수성을 갖고 있고 계약이행과정이 복잡적이고 각 주체들의 이해관계가 서로 다르므로, 공사관계자 사이에 대립과 갈등이 빈번하게 발생한다. 예컨대 건설공사의 한 목적물을 두고 발주자의 입장에서는 해당 사업의 예산범위 내에서 공사를 성공적으로 마쳐야 하는 목표가 있지만, 시공자는 성실한 계약이행으로 발주자의 요구에 맞는 목적물을 완성해야 하는 목표뿐만 아니라 적정이윤의 확보와 함께 실행예산 범위 내 공사를 수행해야 하는 또 다른 목표가 있다. 건설공사의 특성상 계약당사자 각자의 사업의 목적이 다르므로 발주자와 시공사 사이에는 공사수행 과정에서 계약범위 외 발생한 추가공사비 문제, 현장여건의 상이로 인한 설계변경 문제, 공기연장으로 인한 책임소재 문제 등으로 인하여 의견대립과 갈등이 자주 발생하고 있으며 계약당사자들 사이에 이를 적절히 해결하지 못하면 분쟁이 발생하게 된다. 이처럼 건설산업의 특성상 다른 어떤 분야보다도 법률분쟁에 쉽게 노출되어 있어 분쟁이 일어날 개연성이 많다.

3) 건설현장 내 실효성 있는 분쟁해결방안의 부재

국내에서 계약당사자간에 공사 수행 중 분쟁이 발생하였을 때 분쟁을 해결하는 방법으로 정부 국토해양부 산하의 '건설분쟁조정위원회'를 통한 조정에 의한 방법, 중재법과 대한상사중재원의 상사중재규칙에 의한 중재에 의한 방법과 법원의 재판(소송)에 의한 방법이 있다. 이들 모두는 분쟁발생 단계에서 법적·제도적으로 분쟁을 해결하는 방법이다.

최근에는 대체적인 건설분쟁해결방법이 소개되고 있으나 아직까지 건설현장에 정착되지 못하고 있는 실정이고, 분쟁단계로 진행되기 전에 건설공사 현장 내에서 갈등과 클레임을 해결하기 위한 실효성 있는 제도적인 방법은 없는 실정이다.

4) 계약당사자들의 합리적이고 합법적인 분쟁해결 기피 현상

건설공사현장에서 공사수행 중 발생하는 분쟁요인은 많은데 계약당사자 사이에는 합법적인 분쟁해결수단의 이용을 기피하는 경향이 있다. 공공공사 계약조건인 공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결)에는 계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결하도록 하되, 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결하도록 되어 있다.

그러나 시공사가 계약이행 중 발생한 클레임이 협의에 의해 해결되지 않는다고 하여 이를 보상받기 위한 수단으로 발주청을 상대로 곧장 법적인 분쟁해결수단인 중재나 소송으로 가기가 쉽지 않다. 대체로 계약상대자는 발주청을 상대로 한 분쟁을 꺼리는데, 이는 향후 정황을 고려할 때 법적 분쟁해결 방법은 발주자와의 우호적인 관계유지가 깨어짐으로 인하여 현재 수행 중인 잔여공사를 원만하게 수행하기 어렵다는 것을 잘 알고 있기 때문이다. 즉, 계약상대자인 시공사로서는 발주자를 상대로 한 분쟁은 실익이 없다고 판단하고 있고 발주자도 분쟁으로 가지 않고 문제가 해결되기를 바라고 있다.

현실적으로 시공 중 발생한 갈등과 클레임을 분쟁 발생 이전 단계에서 합리적이고 효과적으로 해결할 수 있는 적절한 해결방법이 없어 계약상대자인 시공자의 입장에서는 아직까지 정당한 구제혜택을 받지 못하고 있는 실정이다.

5) 건설현장 내에서 실효성 있는 분쟁해결방안이 필요

그러므로 현실적으로 건설현장에서 시공 중 발생한 갈등과 클레임을 해결하기 위해 실효성이 있는 분쟁해결방안이 절실하게 요구되는 시점에 와 있다. 계약당사자가 중재나 소송으로 분쟁을 해결하기 전에 양당사자 간의 갈등문제와 클레임을 협의에 의한 방법을 개선하여 공사현장 내에서 해결함이 가장 바람직하다. 과거 음지에서 관행적으로 해결하던 타협적인 협상방법에서 탈피하고 건설현장의 실정이 충분히 반영된 합리적이고 합법적인 분쟁해결방안이 강구되어야 할 필요가 있다.

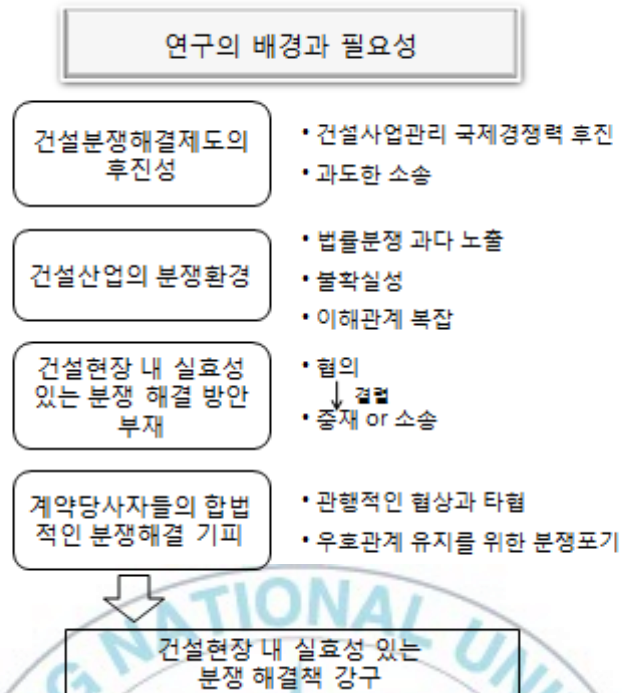


그림 1.1 연구의 배경과 필요성

1.2 연구 목적

‘97년 건설시장 개방이후 지금까지 건설분쟁과 클레임에 대한 다양한 연구가 있었으나, 건설분쟁과 관련한 연구의 대부분이 현행 법적·제도적 건설분쟁해결제도에 대한 문제점과 제도적인 개선 및 활성화에 역점을 두었다.

최근에는 소송 외 대체적분쟁해결방안(ADR : Alternative Dispute Resolution Method)에 대한 연구로서 현장협의체로 구성된 사전분쟁조정 방안에 대한 연구들이 많이 소개되고 있다. 그러나 이런 사전분쟁조정방안도 공사관계 당사자 간의 갈등이나 클레임이 협의에 의해 해결되지 못하고 분쟁으로 진행되기 전에 중립적인 위치에 있는 외부 전문가에 의한 조정방법으로서 아직까지 시공 중에 있는 건설현장에서는 실용화하여 정착되지 못하고 있는 실정이다.

이에 본 연구의 목적은 계약당사자 사이에서 발생한 분쟁을 효과적으로 해결하는 방법으로 ‘분쟁단계’로 진행한 상태에서 중재나 소송에 의한 법적·제도적 건설분쟁해결보다는 ‘분쟁이전단계’에서 협의에 의해 해결하는 방안을 제시하는 데 초점을 맞추었다.

1) 건설분쟁의 예방을 위한 사전 대응조치

시공 중에 발생하는 분쟁을 사전에 예방하기 위해서는 계약당사자가 분쟁 해결에 대한 의식구조가 개선되어야 하고 문제해결을 위한 적극적인 협상자세가 선행되어야 한다. 이를 위하여 건설분쟁을 예방하기 위한 기본원칙을 정립하여 분쟁의 여지를 사전에 제거하도록 한다. 양 당사자 간에 발생한 갈등과 클레임에 대해 가능한 한 현장에서 해결하는 것을 원칙으로 하고, 이를 위해 양 당사자는 문제를 해결하고자 하는 전향적인 자세로 인내심을 갖고 협의를 충실히 하여 외부의 간섭없이 당사자 간에 문제를 해결하도록 한다. 또한 분쟁 해결을 위해 소송에 의존하는 것을 자제하고 재판 외 분쟁해결제도는 비구속적 성질의 것을 우선 이용하는 등 건설분쟁 예방을 위한 사전 대응조치를 제시하고자 한다.

2) 분쟁이전단계에서의 효과적인 해결방안

시공 중에 발생한 분쟁사안을 효과적으로 해결하기 위한 대안으로 분쟁단계로 진행한 상태에서 법적·제도적 분쟁해결방법보다는 건설현장 내에서 분쟁이전단계에서 갈등과 클레임을 해결하는 것이 분쟁 예방적 차원에서 뿐만 아니라 분쟁해결 방법에서도 효과적이라고 판단하여 실효성 있는 협상방안을 도출하고자 하였다.

● 제도적 협상에 의한 분쟁해결방안

건설현장에서 시공 중 발생하는 갈등과 클레임사안을 효과적으로 해결하기 위해서는 분쟁이전단계에서 당사자 간의 협의에 의해 해결하는 것이 가장 바람직하다고 보고, 건설현장 내에서 공사관계자 당사자 간의 협상과 클레임을 규정과 절차에 의해 제도적으로 운영하는 방안을 연구하였다.

● 사전분쟁조정에 의한 분쟁해결방안

당사자 간의 협상에 의한 해결방법이 결렬되면 현행 법적·제도적 분쟁해결 방법인 중재 또는 소송에 의해 분쟁을 해결하려고 하지만, 분쟁단계로 가기 전에 현장 내에서 조정으로 해결할 수 있는 방안으로 사전분쟁조정 방안을 다각적으로 제시하였다.

3) 분쟁단계에서 분쟁해결제도의 문제점과 보완

정부 발주 공공공사 수행 중 당사자 간에 분쟁이 발생하였을 때 현행 조정제도를 이용할 경우 건설산업기본법의 '건설분쟁조정위원회'에 조정을 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 현행 조정제도는 이용의 접근성과 실효성에 문제가 있어 기대치에 부응하지 못하고 있고 분쟁해결에 대한 구체적 규정이 결여되어 분쟁당사자가 적극적으로 이용하지 못하고 있다. 오히려 법령해석에 대한 다툼이 있거나 분쟁가능성에 대비하기 위하여 계약당사자들은 정부 관련부처에 질의에 의한 답변이나 유권해석에 의존하는 경향이 많다.

현행 분쟁해결제도 중 구속력과 강제력이 있는 방법으로써 결국 중재나 소송에 의한 해결방법 뿐인데, 소송을 통한 분쟁해결은 양 당사자에게 많은 시간과 경제적 부담을 안겨 줄 뿐만 아니라 계약당사자 간의 우호적인 관계가 단절될 우려가 있다. 또한 건설공사의 특성상 분쟁해결 과정에서 상당한 전문성이 요구되는데, 재판에 의한 해결방법은 기술적인 사항에 대한 전문성이 결여되어 기술적인 쟁점에 대한 판단에는 한계를 가지고 있다. 따라서 현행 법적·제도적 분쟁해결제도의 한계와 문제점을 보완하고 수정방안을 제시하여 실효성과 함께 신뢰할 수 있는 제도적인 해결방법을 제시하고자 한다.

연구의 목적

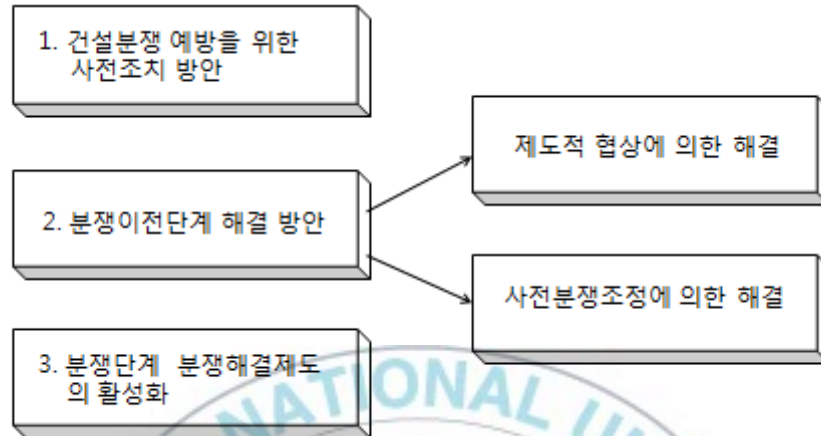


그림 1.2 연구의 목적

1.3 연구의 범위와 전개방법

본 연구는 공공공사의 시공 중에 발생하는 분쟁을 효과적으로 해결하는 방안으로 분쟁이전단계에서의 해결방안에 대해 중점적으로 고찰하였다. 연구의 범위와 전개방법은 다음과 같다.

1) 건설분쟁의 현황

건설공사 시공 중에 발생하는 분쟁의 정의를 지금까지 분쟁의 일반적인 개념과는 다른 각도에서 '분쟁이전단계'와 '분쟁단계'로 나누어 고찰하였다. 우선 건설분쟁해결방안의 선행적 연구동향과 정부 및 공공기관의 건설공사 관련 통계자료를 통하여 우리나라 건설분쟁 처리제도 및 현황을 소개하였다. 건설현장에서의 자주 발생하는 일반적인 건설클레임과 분쟁의 원인 및 설계변경으로 인한 분쟁사안들을 정리하였고, 대법원 판례 및 중재판정으로 본 분쟁발생

원인과 협상의 가능성을 추론해 보았다.

2) 시공 중 발생하는 건설분쟁의 원인 및 문제점 분석

공사 수행중인 일선 건설현장에서 분쟁과 관련하여 나타난 건설현장의 실태를 조사하면서, 특히 공사 시공 중인 현장 내 공사관리 측면에서 구조적인 문제로 인하여 발생하는 분쟁의 원인과 마찰 및 갈등문제를 조사하였다. 이를 바탕으로 하여 '분쟁이전단계에서의 갈등구조와 문제점'과 '분쟁단계에서 법적·제도적 해결제도의 문제점'으로 나누어 분석하였다.

3) 효과적인 분쟁해결 개선방안 제시

건설현장 내 시공 중 발생하는 분쟁을 효과적으로 해결하는 방안을 고찰함에 있어서, 첫째, 건설현장 내 '분쟁이전단계'에서 분쟁을 사전에 예방하기 위한 기본원칙과 의식구조의 개선을 통한 사전분쟁 대응방안의 제시, 둘째, 당사자 간의 협의제도의 순기능을 고려하여 건설현장에서 협상과 클레임을 제도적으로 개선하여 현장 내 분쟁해결제도를 활성화할 수 있는 방안의 제시, 셋째, 현장 내에서 협의에 의해 해결하지 못할 경우에 분쟁이전단계에서 분쟁을 예방하기 위한 제도적 방안으로 사전분쟁조정에 대한 다각적인 방안에 대한 연구, 넷째, '분쟁단계'에서 현행 법적·제도적 건설분쟁해결방법의 실효성을 위한 개선방안과 활성화 방안 등을 제시하였다.

4) 연구의 전개방법

본 연구는 공사현장의 분쟁실태에 대한 명제를 전제로 하여 새로운 결론을 이끌어 내는 연역적 추리방법으로 전개하였다.

① 배경 및 출발 : 필자가 일선 건설공사현장에 오랜 기간 동안 종사하면서 공사관리의 애로사항 중 하나는 현재 우리나라 건설현장 내 구조적인 문제로 시공 중 제반 문제에 대해 공사관계자 간의 갈등이 증폭되어 크고 작은 분쟁이 지속적으로 발생하고 있는데, 시공 중인 현장 내에서 발생하는 갈등과 클레임에 대해 이를 해결하기 위한 실효성 있는 해결방안이 없다는 것이다.

② 문제점 인식 : 현재의 관행적인 협의 시스템으로는 양 당사자 간의 갈등

과 클레임을 만족할 만하게 해결할 수가 없고, 원하는 목적달성을 위해서는 여전히 음지에서 문제를 타협적으로 해결해야 하는 구조적인 문제가 남아 있다.

③ 실태와 문제점 조사 및 원인 분석 : 현재 우리나라 건설현장에서 일어나는 현장 내 구조적인 문제점과 공사관계자 간의 갈등 등 건설분쟁의 실태를 분석하였다.

④ 대안과 목적의 전제 : 공사관계 당사자 간에 공정하고 합리적인 협상으로 책임과 의무가 수반된 구속력이 있는 협상제도가 필요하다.

⑤ 결론 : 분쟁단계에서의 해결보다는 분쟁이전단계에서의 해결방안을 도출한다.

상기의 과정을 반복적으로 수행하면서 가장 이상적인 결론에 도달하는 방식으로 전개하였다.



제2장 건설분쟁의 현황

2.1 건설분쟁의 개념 및 정의

2.1.1 건설분쟁의 개념

1) 건설분쟁의 범위

일반적으로 건설분쟁이라 함은 건설공사의 계약사항 및 계약이행과 관련하여 계약당사자 간에 발생하는 분쟁 일체를 말한다. 건설분쟁을 논의할 때에는 건설분쟁이 함축하고 있는 건설분쟁의 범위와 해석에 유의할 필요가 있다.

건설분쟁을 건설산업 전(全)과정에서 발생하는 광의의 분쟁과 건설 분야별 좁은 의미의 협의의 분쟁으로 나누어볼 수가 있는데 광의의 분쟁이라 함은 건설사업과 관련한 모든 분쟁을 말한다.

- ① 도급인(발주자)과 수급인(시공사)와의 분쟁
- ② 발주자와 설계자와의 분쟁
- ③ 발주자와 감리자와의 분쟁
- ④ 수급인(원도급자)과 하수급인(하도급자)과의 분쟁
- ⑤ 계약체결시점을 기준으로 그 이전의 분쟁(계약분쟁)
- ⑥ 계약 이후 계약이행과정의 분쟁(공사분쟁)
- ⑦ 공동도급계약의 공동수급체구성원 상호간의 분쟁 등

이들 분쟁형태는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 함) 및 시행령, 건설산업기본법령, 건설기술관리법령, 엔지니어링기술진흥법령, 하도급거래공정화법령 등 해당법령의 정함에 따라 그 처리절차에 차이가 있다.

협의의 건설분쟁이라 함은 상기 ①도급인(발주자)과 수급인(시공사)와의 분쟁, ④수급인과 하수급인과의 분쟁, ⑥계약 이후 계약이행과정의 분쟁(공사분쟁) 및 ⑦공동도급계약의 공동수급체구성원 상호간의 분쟁 등 공사와 관련된

분쟁을 뜻한다.⁴⁾

- 광의의 건설분쟁 : 건설사업 전 과정에서 발생하는 모든 분쟁
- 협의의 건설분쟁 : 시공 중 발생하는 공사분쟁(공공공사분쟁, 민간공사 분쟁)

2) 계약분쟁 대 공사분쟁

「건설기술관리법」 제21조의3의 규정에 의하면 건설공사의 시행과정은 ① 계획, ②설계, ③시공, ④감리, ⑤유지, ⑥관리로 이루어진다.⁵⁾ 이 규정에 의한 시행과정 중 전통적인 건설공사도급계약(설계·시공 분리계약)에서 제2단계 설계와 제3단계 시공 과정을 확대하면 그림 2.1와 같은 세부과정으로 나눌 수 있다.



그림 2.1 설계~시공의 세부과정

「국가계약법」 및 그 시행령 특례규정⁶⁾ 등에 의하면 상기 그림 2.1의 ㉠~㉤ 과정에서 분쟁이 발생할 때에는 아래의 그림 2.2와 같이 처리된다.

4) 박준기, '건설분쟁과 중재', 중재, 대한상사중재원, 2000(297호), p. 43.

5) 건설기술관리법 제21조의3(건설공사의 시행과정)①발주청은 건설공사를 경제적·능률적으로 시행하기 위하여 건설공사의 계획·설계·시공·감리·유지·관리 등(이하 이 조에서 "건설공사의 시행과정"이라 한다)이 상호 유기적으로 이루어지도록 해야 한다.

6) 국가계약법 제28조(이의신청) ①국제입찰에 의한 정부조달계약과정에서 해당 중앙관서의 장 또는 계약 담당공무원의 다음 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 불이익을 받은 자는 그 행위의 취소 또는 시정을 위한 이의신청을 할 수 있다. 제31조 제31조(심사·조정) ①위원회는 특별한 사유가 없는 한 재심 청구를 받은 날부터 50일 이내에 심사·조정하여야 한다. ②제1항의 규정에 의한 조정은 청구인과 해당 중앙관서의 장이 조정완료후 15일 이내에 이의를 제기하지 아니한 경우에는 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는다. 동법 시행령특례규정 제26조 내지 제38조에서 규정하는 계약클레임은 이의신청 및 조정 청구로 이어진다.

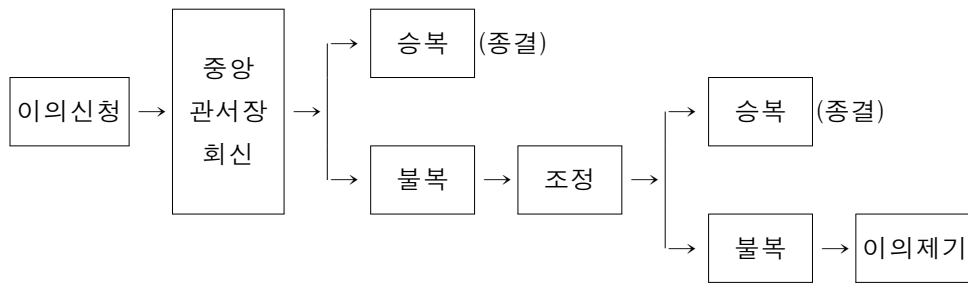


그림 2.2 분쟁단계 처리절차⁷⁾

기획재정부 회계예규 「공사계약일반조건」상의 분쟁처리절차는 1차적으로 당사자 간의 협의에 의해 해결하고, 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다고 되어있다. 즉, 공사 수행 중에 발생하는 분쟁의 해결방법으로 협의단계에서 클레임단계로 발전하는 과정을 포함하는 것으로 본다.

「공사계약일반조건」상의 분쟁처리절차와 상기 그림 2.2상의 분쟁단계처리절차의 차이는 전자의 경우 분쟁당사자간 협의단계가 있으나, 후자의 경우 이와 같은 협의단계가 없이 해당 중앙관서장이 이의신청에 대한 일방적인 회신을 한다는 점에 있다. 우리나라 법령에서는 「공사계약일반조건」 제51조(분쟁의 해결)의 분쟁을 시공중 분쟁으로 보고 그림 2.2의 분쟁을 계약분쟁⁸⁾으로 나누어 분류할 수 있다. 계약분쟁과 시공중 분쟁의 차이점을 다음과 같이 구분할 수 있다.

7) 안성조, '건설분쟁의 예방과 해결방안', 경기법학논총, 경기대학교법학연구실, 2000, p. 285 ; 박준기, '건설클레임론 I', 건설경제, 2009.5, p. 57.

8) 박준기, '건설분쟁과 중재', 중재, 대한상사중재원, 2000(297호), p. 46. ; 국가계약법 제29조(국제계약분쟁조정위원회의 설치) ①제28조제4항의 규정에 의한 재심청구를 심사·조정하게 하기 위하여 기획재정부에 국제계약분쟁조정위원회를 둔다 <개정 2008.2.29>.'라는 규정에 의해 '계약분쟁'이란 정의를 내린 것으로 보임.

표 2.1 계약분쟁과 시공중 분쟁의 차이점⁹⁾

구 분	계약분쟁	시공중 분쟁
분쟁대상	도급 또는 발주상의 분쟁	공사의 수행중의 분쟁
조정기구	계약분쟁조정위원회	건설분쟁조정위원회
협의단계	(기획재정부)없음	(국토해양부)있음
후속수단	명시되지 아니함(소송 가능)	중재 또는 재판

2.1.2 건설분쟁의 구분

건설분쟁을 정의함에 있어서 일반적으로 분쟁이전 단계를 클레임이라 하고, 클레임단계에서 당사자 간 쌍방협상이 결렬되었을 때 분쟁해결의 다음단계를 분쟁으로 구분한다.

1) 클레임(claims)

미국 연방조달규정(FAR)의 정의에 따르면 2008년 개정본(effective in March, 2009)의 ‘연방조달규정(Federal Acquisition Regulations) 제2.101조에서는 클레임을 다음과 같이 정의하고 있다.

“...‘claim’ means a written demand or assertion by one of the parties seeking, as a matter of right, the payment of money, adjustment or interpretation of contract terms or other relief, arising under or relating to the this contract.”

(클레임이라 함은 당해 계약에서 또는 당해 계약과 관련하여 계약의 일방이 권리의 문제로써 금전의 지급, 계약규정의 조정이나 해석 또는 여타의 구제를 구하는 문서상의 요구나 주장을 말한다.)¹⁰⁾

9) 박준기, ‘건설분쟁과 중재’, 중재, 대한상사중재원, 2000(297호), p. 47.

10) 박준기, ‘건설클레임론 I’, 건설경제, 2009, p. 24. ; 미국건축사협회(AIA: American Institute of Architects)는 그들이 편찬한 ‘건설용어해설서(Glossary of Construction Industry Terms, 2009)’에서는 “A demand or assertion by one of the parties seeking, as a matter of right, adjustment or interpretation of contract terms, payment of money, extension of time or other relief with respect to the terms of contract.”(계약의 당사자가 권리의 문제로써 계약조항의 조정이나 해석, 금전의 지급, 기간의 연장 또는 여타의 구제를 구하는 요구 또는 주장)으로 설명하고 있다.

일반적으로 건설분쟁에 있어서 클레임을 “...문서상의 요구나 주장으로 이의 제기”하는 것으로 해석한다. 우리나라 「공사계약일반조건」 제51조의 규정에 의하면, 클레임은 상대방과의 협의를 하기 위하여 제출하는 문서로 이해될 수 있다. 상기 조항에 나타난 당사자 간의 협의가 문서로 표현될 때 클레임이라고 하고, 클레임사항 또는 문제가 있는 사항의 발생부터 당사자 간 협의가 합의(또는 성립)되거나 결렬될 때까지(종결단계)를 통상 협의단계로 보는데, 클레임도 이 범주에 포함된다고 볼 수 있다.

2) 분쟁(disputes)

상기의 설명에서처럼 클레임 자체가 분쟁을 의미하는 것은 아니다. 계약의 한 당사자가 클레임을 제기하였다고 하더라도 쌍방 간의 협상에 의하여 타결(settlement by negotiation) 되었을 때는 분쟁이라 하지 않는다.

그러므로 계약이행과정에서 발생한 클레임사항이 계약당사자간에 협의가 성립되지 아니하고 결렬되어 그 이후의 분쟁단계인 제3자에 의한 조정이나 중재 또는 소송 등으로 진행될 때 이를 분쟁이라 한다. UN국제통상위원회법(UNCITRAL : UN Commission on International Trade Law)상의 중재규정은 클레임이라는 용어 대신에 분쟁(disputes)이라고 표현하고 있다.

“Dispute arising in the context of international commercial relations.....”

(국제상거래 관계에서 발생하는 분쟁.....)¹¹⁾

2.1.3 시공 중 발생하는 분쟁의 단계별 정의

본 고(考)에서는 건설공사현장 내 시공 중에 발생하는 분쟁에 대해 다루고 있으므로 세부적으로 분쟁의 의미를 다음과 같이 정의한다.

11) 박준기, '건설클레임론 I', 건설경제, 2009, p. 27. ; 국제상거래 관계에서 클레임 이후단계를 취급하는 UN국제통상위원회(UNCITRAL : UN Commission on International Trade Law)상의 중재규정(Arbitration Rules) 또는 국제상업회의소(ICC : International Chamber of Commerce)의 조정 및 중재규정(Rules of Conciliation and arbitration of the ICC)에서는 클레임이라는 용어 대신 분쟁이란 용어로 일관하고 있다. 또한 건설분쟁과 관련한 '국제상업회의소(International Chambers of Commerce : ICC) 조정 및 중재규정'에서는 “All dispute arising in the connection with the present contract” (당해 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁.....).

1) 시공 중 발생하는 분쟁의 개념

클레임의 정의와 관련하여 계약당사자 중 어느 일방이 일종의 법률상 권리로 서면으로 청구 또는 주장하는 것이지만, 실무적인 측면에서 볼 때 협의 과정에서 문제가 해결되지 못했을 경우 일방당사자가 서면으로 상대방에게 이의제기를 하는 법률행위로서 분쟁과정의 하나로 해석할 수 있다.

우리나라 공공공사 건설현장의 실정을 보면 계약상대자인 시공사가 발주자를 상대로 공식적인 클레임(시공사클레임)¹²⁾을 제기하기가 정서적으로 쉽지 않다. 계약상대자가 일방적으로 클레임을 제기한다는 것은 이미 이전 단계에서 협상에 의해 해결되지 않았기 때문에 공식적인 문서로 클레임을 제기하게 되고, 클레임이 결렬되었을 때 다음 단계로 법적·제도적 분쟁해결 방안을 강구하게 된다. 실제 건설현장에서는 시공사클레임을 현장 내 분쟁의 과정으로 인식하고 있으므로 클레임을 계약당사자가 협상에 의해 해결되지 못한 후 분쟁으로 진행되기 전 단계로서의 분쟁개념이라고 해도 무방할 것이다. 따라서 건설현장 내 시공 중 발생하는 분쟁의 개념을 그 진행단계에 따라 다음과 같이 정의하였다.

표 2.2 진행단계별 분쟁의 정의

순서	분쟁진행 단계	분쟁의 내용	분쟁구분
1	문제발생 (cause trouble)	시공자가 설계도서의 규정과 방법에 의해 순리적으로 작업을 수행할 수 없는 문제가 발생하여 공사감독자(또는 감리원)와의 협의해야 할 단계	분쟁이전 단계(공사 계약일반 조건 제51조①항)
2	의견차이(dis agreement)	문제가 되는 사안에 대해 당사자 간에 주장하는 의견의 차이를 발견하는 과정	
3	협상 (negotiation)	의견 차이를 좁히기 위해 자기의 주장을 설명하고 협의하는 과정	
4	갈등 (conflicts)	협의과정에서 원만한 해결이 되지 않고 일방의 불만이 생기고, 당사자 간의 대립과 마찰로 갈등이 증폭되는 과정	
5	클레임 (Claims)	협의단계에서 해결되지 못했을 경우 일방당사자가 서면으로 상대방에게 이의제기	

12) 박준기, '건설클레임론 I' 건설경제, 2009.5, p. 32.

6	조정 (Mediation)	제3자의 조정에 의해 분쟁을 해결할 수 있는 수단으로 '건설분쟁조정위원회'와 '건설업하도급분쟁조정협의회'가 있으나 실효성이 없어 이용률이 낮음	분쟁 (disputes) 단계(공사 계약일반 조건 제51조② 항)
7	중재 (Arbitration)	중재법과 상사중재규칙에 따라 중재에 의한 해결수단으로 대한상사중재원이 중재해결기관임	
8	소송 (Litigation)	관할법원의 재판에 의한 해결방법으로 강제집행이 가능한 구속력이 있는 종국적인 분쟁해결수단임	

상기 표 2.2에서 보는 바와 같이 건설현장 내 시공 중 분쟁은 문제의 발생부터 시작하여 당사자 간의 의견대립과 마찰로 인한 갈등 및 클레임과 종국적인 해결방법인 소송에 이르기까지 전 과정을 분쟁과정으로 볼 수 있다. 분쟁의 과정과 경중에 따라 어느 단계에서 해결이 되는가에 따라서 해결 접근방법이 다르다.

상기 표 2.2에서 1-5단계까지의 분쟁 진행과정에서처럼 건설현장 내 문제가 발생하여 당사자 간의 마찰과 갈등 및 클레임제기까지의 분쟁과정을 '분쟁이전단계'의 영역으로 구분하였고, 분쟁이전단계에서 갈등과 클레임이 해결이 되지 못했을 경우에 상기 6-8단계에서처럼 조정 또는 중재나 소송에 의한 현행 법적·제도적 해결수단을 이용하여 분쟁을 해결하는 영역을 '분쟁단계'로 구분하였다.

일반적으로 분쟁이라 함은 포괄적인 분쟁의 개념으로 상기 표 2.2에서와 같이 전체분쟁진행과정으로 이해하고 있다. 따라서 본 연구에서는 분쟁해결방안을 단계별로 고찰함에 있어서 분쟁용어에 대한 개념과 정의를 표 2.3과 그림 2.3과 같이 정리하였다.

표 2.3 시공 중 발생하는 분쟁 용어의 개념과 정의

분쟁용어	개념 및 정의
포괄적 분쟁	일반적 분쟁의 개념으로 시공 중 발생하는 전 과정의 분쟁 진행 과정을 말하는 것으로 갈등과 클레임 및 분쟁을 포함한다.(표 2.2 1~8까지 전체 분쟁개념)
클레임	‘분쟁이전단계’에서 문제가 발생하여 초기의 협상에서 해결되지 못하고 갈등과 클레임으로 진행되는 분쟁과정을 말한다.(표 2.1 4~5의 분쟁개념)
분쟁	‘분쟁이전단계’에서 해결되지 못하고 ‘분쟁단계’로 진입한 분쟁상태를 말한다.(표 2.2 6~8의 분쟁개념)



그림 2.3 분쟁용어 구분

2) 공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결)상의 분쟁 개념

공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결)에서는 ‘①계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ②제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다.’고 명시되어 있는 바, 제51조(분쟁의 해결)에 명시된 ‘분쟁’은 상기 표 2.2와 표 2.3에서 나타난 전체 분쟁과정을 일컫는 일반적인 개념의 ‘포괄적인 분쟁’을 말한다. 그리고 동조항 ①항의 ‘분쟁’은 현장 내 협의에 의해 해결하는 분쟁의 과정인 ‘분쟁이전단계’의 영역이고, ②항의 분쟁해결방법은 제3자에 의한 현행 법적·제도적 분쟁해결 단계에서 해결하는 방법으로 ‘분쟁단계’의 영역으로 아래 표 2.4 및 그림 2.4와 같이 구분할 수 있다.

표 2.4 시공 중 발생하는 분쟁의 단계별 구분

분쟁이전(Before Disputes)단계 : 분쟁이 발생되기 전 단계의 분쟁과정으로 당사자 간에 갈등(conflicts)과 클레임(Claims)단계까지를 말한다.(공사계약 일반조건 제51조①항) 분쟁(Disputes)단계 : ‘분쟁이전단계’에서 클레임이 해결되지 못했을 경우에 제3자에 의한 조정, 중재, 소송 등 법적·제도적 분쟁해결방법에 의해 해결하고자 하는 분쟁과정을 말한다.(공사계약일반조건 제51조②항)

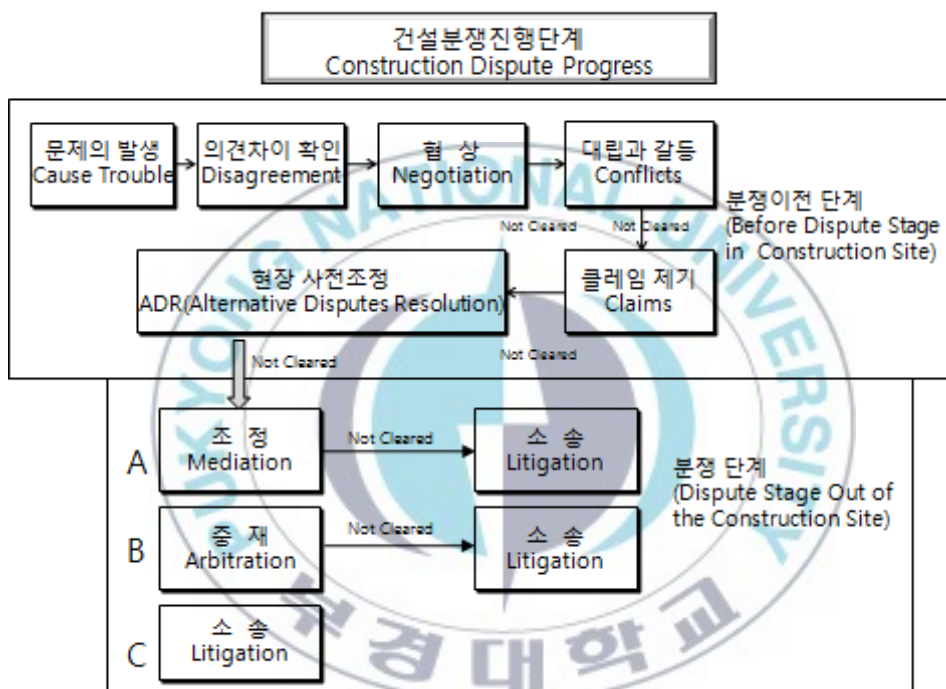


그림 2.4 건설분쟁 진행단계

2.2 건설분쟁 관련 연구동향

지금까지 건설분쟁에 대한 연구는 현행 법적·제도적 분쟁해결방법과 관련하여 조정과 중재제도의 개선과 활성화방안에 대한 연구가 주류를 이루었고, 최근에는 소송 외 대체적인 분쟁해결방안으로 분쟁이 발생하기 전에 건설현장에

서 공사관계자 외 제3자의 조정에 의한 사전분쟁조정 방안이 활발히 연구되고 있다.

2.2.1 현행 법적·제도적 분쟁해결수단의 개선방안 관련

1) 조정제도 개선방안 관련

현행 조정제도의 개선과 관련한 연구로서 건설분쟁해결제도의 합리적 개선을 위하여 국내 분쟁해결제도의 문제점을 지적하였는데, 그 내용은 조정제도의 이원화, 조정 및 중재절차의 배제경향, 조정결정의 효력 불명확 및 분쟁해결수단 간에 종합적으로 체계화가 되지 못한 것 등을 설명하였다. 이에 대한 개선방안으로 조정제도의 이용환경을 확보하고 조정결정의 법적효력을 명확히 할 필요가 있다고 주장한 바가 있다.¹³⁾ 또한 건설분쟁조정위원회 활성화 방안으로 국내 건설분쟁조정위원회의 효력의 불명확성과 저조한 이용률을 지적하면서, 각종 건설분쟁해결제도의 비교와 국내 분쟁조정기구 및 법령체계를 통하여 그 문제점을 분석하고 조정제도의 단기적·중장기적인 개선방안을 제시하기도 하였다.¹⁴⁾

2) 중재제도 활성화 방안

건설중재의 현황과 중재판정 분석을 통하여 건설중재의 문제점을 제시하면서 외국건설분쟁해결제도와 비교하여 건설중재의 활성화 방안을 제안하였다.¹⁵⁾ 중재합의문제와 관련하여 선택적 중재합의의 유형과 관련 판례를 통하여 중재합의의 존부에 대한 논의가 있었고,¹⁶⁾ 건설분쟁을 해결하기 위한 합리적이고 신속한 해결방안으로 조정과 중재제도를 비교하면서 중재제도의 효용성을 주장하기도 하였다.¹⁷⁾ 또한 대한상사중재원의 건설중재사건을 통하여 중

13) 두성규, '건설분쟁해결제도의 합리적 개선', 건설경제, 2004(통권40권), p. 74.

14) 두성규, '현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안', 한국건설산업연구원, 2000.12, p. 62, p 66.

15) 두성규, '건설중재의 현황과 활성화 방안', 한국건설산업연구원, 2001, p.73.

16) 김연호, '중재합의의 존부', 2004년도 제3차 건설중재인 포럼, 대한상사중재원, 2004.11, pp. 3-4.

17) 임채홍, '건설분쟁을 해결하기 위한 합리적이고 신속한 해결방안', 건설중재정책세미나 및 학술발표, 대한상사중재원, 2007, p. 7.

제에 관한 실태를 살펴보고 건설중재제도가 합리적이고 효율적인 건설분쟁의 해결제도로 활성화될 수 있는 방안을 제시하기도 하였다.¹⁸⁾ 그리고 건설중재 활성화를 위하여 한국의 건설중재 운영실태를 조사하면서 시스템을 구축하는 방안도 연구된 바가 있다.¹⁹⁾

2.2.2 사전분쟁조정방안 관련

1) 건설분쟁 해결방식의 개선 관련

현행 건설 분쟁제도의 문제점을 개선하는 방안의 하나로 재판 외의 비구속적인 분쟁해결방식을 이용하되 가능한 한 현장에서 공사수행기간 중에 활용할 수 있는 중립적 위치의 ‘분쟁심사원’제도 등이 제안된 바 있다.²⁰⁾ 소송 외 분쟁해결방법을 활성화하되 미국의 ‘분쟁심사위원회’와 같은 방식의 도입을 검토하면서 현행 분쟁 해결방식으로는 분쟁을 만족스럽게 해결하기가 어렵기 때문에 다양한 소송 외 분쟁 해결방법을 활성화하되 정부부처 산하의 기구가 아닌 사적 조정기구의 설치를 제안하기도 하였다.

2) 사전분쟁조정방안과 관련한 해외 연구

FIDIC이 분쟁해결방법으로 1999년에 적용한 ‘분쟁조정위원회(DAB : Dispute Adjudication Board)’의 운영규정 중 일부 규정을 개선하여 효과적인 분쟁해결 방향을 제시한 연구가 있다.²¹⁾ 미국의 ‘분쟁심사위원회(DRB : Dispute Review Board)’의 운영규정과 FIDIC의 DAB 운영규정을 비교해 보고 위원회 구성시기와 조정 및 후속조치사항 등에 대한 문제점을 지적하면서 미국방식으로 하는 것이 바람직하다고 주장하였고, FIDIC의 공사계약조건에서 활용하고 있는 수시형태의 분쟁조정위원회 운영규정을 분석하고 이에 대한 개

18) 채완병, ‘우리나라의 건설중재현황과 활성화 방안’, 건설중재정책세미나 및 학술발표, 대한상사중재원, 2007, pp. 67-68.

19) 김석철, ‘건설중재 활성화를 위한 시스템 구축방안 연구’, 건설중재정책세미나 및 학술발표, 대한상사중재원, 2007, pp. 95-96.

20) 두성규, ‘현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안’, 한국건설산업연구원, 2000.12, p. 62..

21) Shadbolt, A., ‘Resolution of Construction Disputes by dispute Review Boards’, International Construction Law Review, 16(1), 1999, pp. 101-104.

선방안을 제시하기도 하였다.²²⁾

3) 현장협의조정방식과 관련한 국내의 연구

미국의 DRB의 특징을 개략적으로 제시하고 활용의 타당성을 언급하면서 분쟁해결제도의 개선방안으로 FIDIC의 DAB와 영국의 Adjudication체계를 바탕으로 한 '사전분쟁조정위원회'를 도입하여 활용할 것을 권고하였고, 이 방식의 운영에 필요한 규정을 만들어서 제시하기도 하였다.²³⁾ 또한 공공건설사업에서 사전분쟁조정방안으로 ADR(Alternative Disputes Resolution)의 적용방안(DAB)을 제안하면서 이 위원회의 역할·운영절차·구성위원의 자격과 선정방법·조정의 효력 등을 연구하여 제시하기도 하였다.²⁴⁾ 건설분쟁에 있어서 소송외적 분쟁해결제도의 효율적인 운영방안에 대한 연구로서 외국의 ADR제도와 국내외 건설클레임의 처리 절차를 소개하면서 소송외적인 분쟁해결제도를 효율적으로 운영하는 방안을 설명하기도 하였다.²⁵⁾

이들 연구는 주로 분쟁해결방식의 개선과 관련하여 현장협의방식의 도입에 초점을 맞추었으나, 현장협의방식을 활용하기 위해서는 실질적으로 운영하는데 필요한 규정 등에 대해 체계적인 구성방법이 별도로 검토되어야 한다고 주장하기도 하였다.²⁶⁾

2.3 우리나라 건설분쟁 처리제도 및 현황

2.3.1 국가계약의 특성

1) 계약의 의의

22) Wade, C., 'The Silver Book : The Reality', International construction Law Review', 18(3), 2001, p. 497.

23) 조영준 외, '해외건설사업의 클레임사례분석을 통한 클레임 대응방안', 건설교통부, 2006, pp. 168-171.

24) 조영준, '공공건설사업에서의 사전분쟁해결(ADR)방법 도입방안', 한국콘테츠학회 춘계학술발표논문집, 2006, pp. 141-146.

25) 남진권, '건설분쟁에 있어서 소송외적인 분쟁해결제도의 효율적 운영방안에 대한 연구', 박사논문(단국대학교), 2008, p. 6.

26) 김동성, '건설공사의 분쟁예방 및 해결을 위한 현장협의체계 구성방법 연구' 박사학위 논문(서울시립대학교), 2009, p. 2.

일반적으로 계약이란 ‘복수의 대등한 당사자 사이에 서로 다른 방향의 의사
가 합치에 의하여 성립되는 법률행위’를 뜻한다. 「국가계약법」에 의한 계약
은 국가가 사인(私人)의 지위에서 사인 상호간에 대립하는 2개 이상의 의사표
시가 합치되어 성립하는 법률행위로서 사법(私法)상의 행위이며 쌍무계약(雙
務契約)이라고 할 수 있고, 정부의 예산집행에 있어서 계약이란 국가의 지출
원인행위의 일종이다.

따라서 「국가계약법」에 의한 정부발주의 공사계약도 사법상의 계약이므로
계약자유, 신의성실의 원칙, 사정변경의 원칙과 권리남용금지의 원칙
등 계약에 관한 민법상의 일반적 법원칙이 적용된다. 그러나 공공성과 일방이
정부라는 측면에서 순수한 사법상 계약과는 다른 특수성이 있다고 볼 수 있
다.²⁷⁾

2) 국가계약의 성격

국가계약은 국가가 사인의 지위에서 사경제(私經濟) 주체로서 행하는 사법
상의 법률행위이지만, 국민의 권리의무관계를 직접적으로 기속(羈束)하는 법률
이라기보다는 정부의 내부관계를 규율해 놓은 훈시적 성격의 법규라고 볼 수
있다.

또한 국민의 권리의무관계를 규정한 실체법이라기보다는 입찰공고, 입찰집
행, 계약체결, 대가지급 등 일련의 입찰 및 계약이행과 관련 절차를 규정해 놓
은 절차법규에 해당한다.²⁸⁾ 따라서 국가계약은 공공재의 생산 또는 공공복리
의 추구라는 목적 달성에 있으므로 개인의 이익을 추구하는 일반적 사인 간의
계약과는 다르고, 계약담당공무원의 자의적·의도적 집행을 방지하기 위해 민
법등과 달리 별도의 계약관련 절차와 규정을 운영하고 있다. 그리고 부정당업
자에 대한 입찰참가자격 제한 규정은 실체법적 성격을 가졌다고 볼 수 있다.

한편, 국가계약법령에서는 국가의 우월적 지위를 이용하여 계약상대자의 계
약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하지 않도록 하고, 계약당

27) 고상진, ‘국가계약제도 국가계약의 개념 및 관계법령’, 건설클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009, p. 210.

28) 대법원 판결 선고 81누 366 1983.12.27. ; 고상진, ‘국가계약제도 국가계약의 개념 및 관계법령’, 건설 클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009, p. 211.

사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하도록 하는 국가계약의 원칙을 규정하고 있다.²⁹⁾

2.3.2 일반적인 건설분쟁 해결 절차

분쟁의 원인이 되는 문제발생에서부터 소송이 제기되기까지(포괄적 분쟁)의 과정을 보면, ①불만의 발생, ②청구 및 시정이나 보상의 요구, ③분쟁의 발생, ④소송의 제기 등 4단계로 구분할 수 있다. 분쟁해결의 기본적인 수단으로는 협상, 조정, 중재, 소송(재판)의 4가지가 있다.³⁰⁾

1) 협상(Negotiation)

시공 중 의견대립이나 클레임이 발생한 경우 이를 해결하기 위해 분쟁 당사자가 제일 먼저 사용하는 방법이 '협상'이다. 협상은 제3자의 개입 없이 쌍방간의 합의로, 법적 권리와 의무 및 경제적, 심리적, 사회적 이익의 맞교환과 타협을 수단으로 하여 쌍방에게 바람직한 법적관계를 설정하기 위하여 기존의 차이점을 조정하는 과정으로 정의할 수 있다. 협상에 의해 클레임이 해결되어 당사자 사이에 합의가 성립되면, 그 합의는 민법상 화해계약으로서 효력을 갖는다.

협상은 제3자의 개입없이 당사자가 스스로 분쟁해결의 과정과 결론을 결정한다는 점에 가장 큰 장점이고 바람직한 해결방법이지만, 제3자의 개입에 의한 도움이 없기 때문에 협상이 교착상태에 빠져 결렬되면 분쟁사안의 해결은 더 어려워지고 이를 해결하려면 추가적인 시간과 비용이 불가피하다는 단점이 있다.

2) 조정(Mediation)

협상을 통해 클레임을 해결할 수 없을 경우에 제3자가 개입하는 분쟁해결

29) '국가계약법'에서 부당특약 금지조항으로서, 제5조(계약의 원칙)① 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다. 동법시행령 제4조(계약의 원칙), 회계예규 공사계약일반조건 제3조(계약문서).

30) '조정실무' 법원행정처, 2000, p. 4.

방안을 택하게 된다. 제3자가 개입하는 분쟁해결방법에 있어서 중요한 문제는 제3자(조정인)가 조정하여 분쟁해결의 결론을 내릴 때 구속력, 즉 강제할 권한이 있는가하는 점이다. 조정은 중립적인 제3자가 분쟁당사자의 동의를 얻어 당사자가 쉽게 협상할 수 있도록 도와주는 분쟁해결방법으로서, 분쟁당사자가 쉽게 이용할 수 있지만 분쟁해결의 결과를 분쟁당사자에게 강제할 권한이 없는 분쟁해결방법이다.

소송과 비교할 때 조정은 신속하고 저렴하며 당사자의 이익을 충족하는 다양한 결론을 내리는데 적합하고, 비공개로 진행되어 당사자의 명예와 프라이버시가 보호되며, 당사자가 사실관계에 대하여 다투는 비율을 줄일 수 있다. 또한 조정의 합의를 스스로 이행할 가능성이 크고, 장래에 분쟁이 다시 발생할 때 당사자 스스로 분쟁을 해결할 능력을 키울 수 있다는 장점이 있다.³¹⁾

반면에 조정은 법적 권리의 보호가 아닌 법적 권리의 일부포기를 전제로 하여 당사자 사이의 평화를 목적으로 하는 분쟁해결방법이기 때문에, 사회적으로 정의가 완벽하게 실현되지 않는다는 부작용을 낳게 되고 자칫 강자가 약자로부터 양보를 얻어내는 절차로 전락할 수 있다는 단점이 있다.

3) 중재(Arbitration)

중재란 상거래 당사자들이 당사자 간 발생한 사법상의 분쟁을 쌍방의 합의하에 법원의 재판절차를 활용하지 않고 중재인에게 부탁하여 해결하는 방법이다.

즉, 당사자의 합의에 의하여 선출된 중재인의 중재판정에 의하여 당사자 사이의 분쟁을 해결하는 절차로서 중재인인 제3자가 분쟁해결의 결론을 강제할 권한을 갖고 있다. 중재의 본질은 사적재판(私的裁判)이고 중재판정의 기준은 실체법이나 선(善)과 형평(衡平)을 고려하여 당사자 사이에 합의한 것이며 단심제이다.³²⁾ 재판이 국가기관인 법원의 구성원인 판사가 구체적인 실정법에 따라 판단을 하는데 비해 중재는 실정법과 함께 다양한 사회관행이나 관습법, 형평과 선 등 공서양속(公序良俗)으로 판단을 한다는 점에서 화해와 조정에

31) 백준홍, '건설계약관리와 클레임 해결' 연세대학교출판부, 2001.2, p. 273.

32) Walton, A., 'Russell on the Law of Arbitration', Stevens Ltd., 1970, p. 1.

가깝다고 할 수 있다. 중재는 강제적 분쟁해결방법인 재판과 자주적 분쟁해결 방법인 화해나 조정의 중간적인 방법이라 할 수 있다. 중재의 특징은 당사자들이 분쟁을 중재로 해결한다는 합의를 해야 한다는 것이고, 분쟁당사자가 직접 중립적인 제3자인 중재인을 선정하여 중재판정부를 구성하고 중재판정의 효력은 확정적이다.

소송과 비교할 때 중재는 비용이 저렴하며 단심제이기 때문에 신속하고 관계분야의 전문가를 중재인으로 선정함으로써 실정에 맞는 분쟁해결을 할 수 있고 비공개 심리이기 때문에 업무상 비밀의 유지에 좋다는 장점이 있다.³³⁾ 반면에 중재인을 당사자가 선정하기 때문에 중재인이 중립성을 잃고 당사자의 이익 대변인 구실을 할 수도 있으며, 중재인이 쌍방의 요구를 절충한 타협적인 중재판정(이른바 절반중재)을 내리는 경향이 있다.

우리나라에서는 중재라고 하면 대한상사중재원(KCAB : The Korean Commercial Arbitration Board)에 의한 상사중재를 가리키는 것으로 일반적으로 이해되고 있다. 이를 위하여 중재법과 상사중재법규가 적용되고 있으며, 1958년의 '외국중재판정의 승인과 집행에 관한 유엔협약'에도 우리나라는 가입하고 있다.³⁴⁾ 중재판정의 승인 및 집행과 관련하여 우리나라 중재법은 중재판정의 승인 또는 집행을 법원의 승인 또는 집행판결에 의하며, 대한민국 내에서 내려진 중재판정은 승인 또는 집행되어야 한다고 되어 있다.³⁵⁾

4) 소송(재판: Litigation)

제3자가 개입하는 분쟁해결방법 중에서 제3자가 국가가 선임한 판사에 의해 국가가 사전에 엄격하게 규정한 절차에 따라 분쟁을 해결하는 방법이 소송 내지는 재판이다. 소송제도는 국민이 권리가 침해되었을 때 어떠한 경우라도 이에 의한 구제를 받을 수 있다는 점에서 일반적인 분쟁해결방법이고, 상대방의 의사에 무관하게 강행적으로 분쟁을 해결하는 제도인 점에서 강제적인 분쟁해

33) '조정실무' 법원행정처, 2000, p. 7.

34) 백준홍, '건설계약관리와 클레임 해결' 연세대학교출판부, 2001.2, p. 275.

35) 중재(2002.1.26 법률 제6626호) 제35조(중재판정의 효력), 제36조(중재판정 취소의 소), 제37조(중재판정의 승인과 집행), 제38조(국내 중재판정), 외국중재판정이 국내에서 집행력을 가지려면 외국판결의 승인과 집행에 관한 절차(제203조, 476조, 477조)를 거쳐야 한다.

결방법이다. 소송은 국가의 재판권에 기하여 행하는 분쟁해결방법이라는 점에서 구속력과 공권력이 있는 분쟁해결방법이다.

반면에 민사소송절차는 엄격하고 이해하기 어려우며 시간과 돈이 많이 들고 법률에 의하여 승패를 완전히 가른다는 단점이 있다. 또한 소송절차와 그 결론인 재판은 법적 안정성을 중시하기 때문에 대체로 획일적으로 되어 있는 법률규정에 따라야만 한다. 그러므로 건설분쟁과 같은 전문적이고 구체적인 사건에 대하여 법률규정만을 적용할 때에는 전문성이 부족하여 때로는 부득이하게 타당성이 훼손되는 경우도 있다.

표 2.5 일반적인 건설분쟁해결방법

구분	해결기간	구속력	특징	법적근거
협상	협상자의 목적, 태도에 따라 신속한 해결가능	채택 또는 거부. 대체로 구속성이 없음	당사자 간의 협상	회계예규 공사계약일반조건 제51조
조정	조정신청부터 조정성립까지 기간 소요	채택 또는 거부로 구속력 결여	제3자에 의한 민사조정	민사조정법, 건설산업기본법, 하도급거래공정화법
중재	중재판결까지 당기간 소요	상단심제로 구속력 있음	제3자(대한상사중재원)의 재결(집행판결청구 소송 제기해야 함)	공사계약일반조건 제51조, 중재법
소송	장시간 소요(삼심제까지 갈수도 있음)	강력한 구속력	건설분야 전담 재판부 판결, 전문성 부족	민사소송법, 건설관계법

2.3.3 분쟁해결의 법적 제도적 근거

1) 공사계약상 ‘분쟁’ 규정

현재 우리나라 정부발주 건설공사계약에서는 건설공사분쟁관련 규정은 「공사계약일반조건」 제51조(분쟁의 해결), 「기술용역계약일반조건」 제36조(분쟁의 해결) 및 조달청 「공사계약특수조건」 제19조(분쟁의 해결)에서는 다음과 같이 규정하고 있다.³⁶⁾

표 2.6 건설분쟁 관련 계약조건(회계예규)

「공사계약일반조건」

제51조(분쟁의 해결) ①계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.

②제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”이라 한다) 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차에 의할 수 있다.

③계약상대자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁처리절차 수행기간중 공사의 수행을 중지하여서는 아니된다.

「기술용역계약일반조건」

제36조(분쟁의 해결) ①계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.

②제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”이라 한다) 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 「국가계약법」 제28조 내지 제31조에 규정한 절차에 의할 수 있다.

③계약상대자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁기간중 용역의 수행을 중지하여서는 아니된다.

36) 조달청 시설공사 집행기준(2009. 12. 22), 공사계약특수조건(조달청 시설총괄과-3130, 2008. 7. 1).

「공사계약특수조건」

제19조(분쟁의 해결) ①일반조건 제51조제1항에서 규정하는 협의는 문서로 하여야 한다.

②계약상대자는 당해 계약의 이행과 관련하여 분쟁의 사유가 되는 사건이 발생한 날 또는 지시나 통지를 접수한 날로부터 30일 이내에 계약담당공무원과 공사감독관에게 동시에 협의를 요청하여야 한다.

③계약담당공무원은 제2항에서 규정하는 협의요청을 받은 날로부터 60일 이내에 계약상대자의 요구사항에 대한 수용 여부를 결정하여 계약상대자에게 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 경우 30일의 범위내에서 결정 기한을 연장할 수 있으며 연장하는 사유와 기한을 계약상대자에게 통지하여야 한다.

④계약상대자는 제3항에서 규정하는 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 통지내용에 대한 수용여부를 계약담당공무원에게 통보하여야 하며, 이 기간내에 통보하지 않은 경우에는 이를 거절한 것으로 본다.

⑤일반조건 제51조제2항에서 규정하는 「중재법」에 의한 중재로써 분쟁을 해결하고자 하는 경우에는 사전에 계약당사자간에 중재로서 분쟁을 해결한다는 별도의 서면합의가 있어야 한다.

2) 국내 분쟁해결 기구

① 「민사조정법」에 의한 조정

민사에 관한 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자 사이의 상호양해를 통해 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결하기 위하여 「민사조정법」이 제정되어 있다. 민사조정을 하려면 법원에 조정신청을 하여야 하고 조정담당판사의 주재 아래 조정이 이루어 질 수 있다.³⁷⁾

② 「건설산업기본법」에 의한 조정

「건설산업기본법」에 따르면 건설용역업에 관한 분쟁을 조정하기 위하여

37) ‘민사조정법’ 제1조(목적) 이 법은 민사에 관한 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자사이의 상호양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결함을 목적으로 한다. 제2조(조정사건)민사에 관한 분쟁의 당사자는 법원에 조정을 신청할 수 있다. 제7조(조정기관) ① 조정사건은 조정담당판사가 이를 처리한다. 등, 제8조(조정위원회)조정위원회는 조정장 1인과 조정위원 2인 이상으로 구성한다. 일부개정 2009.02.06, (법률 9417호) 법무부.

국토해양부 산하 소속 하에 ‘중앙건설분쟁조정위원회’를 두고 시·도에 ‘시·도건설분쟁조정위원회’를 두어서 건설용역업에 관한 분쟁을 조정할 수 있도록 되어 있다.

‘건설분쟁조정위원회’는 분쟁당사자의 일방 또는 쌍방의 신청을 받아 설계·시공·감리 등 건설공사와 관련한 전반적인 분쟁을 조정하는 기구로서 「건설산업기본법」 제8장 ‘건설분쟁조정위원회’에 그 근거를 두고 있다.³⁸⁾

이처럼 그 대상이 건설업 전반에 걸칠 정도로 매우 포괄적이지만, 「국가계약법」의 해석과 관련된 분쟁 및 「하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 함)」의 적용을 받는 하도급분쟁은 조정대상에서 제외하고 있다. 건설분쟁조정절차는 아래 그림 2.5와 같다.



38) ‘건설산업기본법’(일부개정 2008.3.21 법률 제8971호), 동법 시행령(일부개정 2009.10.1 대통령령 제21765호 제69조 ①에서 ‘건설업 및 건설용역업에 관한 분쟁을 조정하기 위하여 국토해양부장관 소속하에 중앙건설분쟁조정위원회(이하 “중앙위원회”라 한다)를, 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 소속하에 지방건설분쟁조정위원회(이하 “지방위원회”라 한다)를 둔다.’라고 규정하고 있다.



그림 2.5 건설분쟁조정 절차도

③ 「하도급법」에 의한 조정

위 법률에 따르면 하도급에 관련된 분쟁의 해결을 위하여 하도급분쟁조정협

의회가 설치되고 그 협의회에서 원사업자와 하수급사업자 간의 하도급거래에 관한 분쟁에 관하여 조정할 수 있도록 되어 있다.

‘건설하도급분쟁조정협의회’는 「하도급법」상의 건설 하도급거래에 관한 분쟁을 재판 이전단계에서 쌍방 간의 자율적인 합의를 유도함으로써 신속하게 분쟁을 해결하는데 그 설치목적³⁹⁾을 두고 있으며, 사업자단체로 하여금 의무적으로 ‘하도급분쟁조정협의회’를 설치하도록 규정하고 있다.⁴⁰⁾

「하도급법」에 의하면 사업자단체는 공정거래위원회의 승인을 얻어 공동으로 협의회를 설치할 수 있다. 다만, 「건설산업기본법」에 의한 건설협회 및 전문건설협회는 공정거래위원회의 승인을 얻지 아니하고 공동의 협의회를 설치할 수 있다’라고 명시되어 있어, 대한건설협의회와 전문건설협회는 공동으로 협의회를 설치·운영해오고 있다. 조정신청은 당사자가 할 수도 있고 공정거래위원회가 할 수도 있는데, 후자의 경우 하도급거래와 관련한 분쟁으로서 토건 시공능력평가액순위 50위 미만 사업자의 하도급법 위반사건일 때로 한정되고 있다.⁴¹⁾

④ 국제계약분쟁조정위원회

계약분쟁 조정과 관련하여 「국가계약법」에 의하면 국제입찰에 의한 정부조달계약과정에서 해당 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원의 일정한 행위로 인하여 불이익을 받은 자는 그 행위의 취소 또는 시정을 위한 이의신청을 할 수 있고, 재심청구를 심사·조정하기 위하여 기획재정부에 ‘국제계약분쟁조정위원회’를 두고 있다.⁴²⁾ 위원회의 업무는 분쟁조정이 완료될 때까지 입찰절차의 연

39) ‘하도급법(일부개정 2009.4.1 법률 제9616호)’ 제1조(목적) 이 법은 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자(原事業者)와 수급사업자(受給事業者)가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

40) 제24조(하도급분쟁조정협의회) ① 대통령령으로 정하는 사업자단체는 하도급분쟁조정협의회(이하 “협의회”라 한다)를 설치하여야 한다. 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제24조(하도급분쟁조정협의회) ① 대통령령으로 정하는 사업자단체는 하도급분쟁조정협의회(이하 “협의회”라 한다)를 설치하여야 한다.

41) ‘하도급거래공정화지침(8차 개정 2009. 8.12)’ 19. 하도급분쟁조정협의회 조정요청 범위, 법 제24조, 시행령 제7조 내지 제13조.

42) ‘국가계약법’제28조(이의신청)①항에는 ‘국제입찰에 의한 정부조달계약과정에서 해당 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원의 일정한 행위로 인하여 불이익을 받은 자는 그 행위의 취소 또는 시정을 위한 이의신청을 할 수 있다’, 동법 제29조(계약분쟁조정위원회의 설치)①항에는 “제28조④항의 규정에 의한 재

기, 조정의 중지 및 조정청구의 심사에 대하여 조정안을 작성 통보하는 일이다. 이 위원회는 국제입찰에 의한 분쟁으로서 주로 입·낙찰과 관련한 사항을 다루고 있으며 기구의 상세한 내용은 국가계약법과 '특정조달을 위한 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률시행령 특례규정' 등에서 규정하고 있다.⁴³⁾

3) 중재제도

중재란 현재 또는 장래에 발생할 가능성이 있는 일정한 법률관계에 관한 분쟁처리를 재판에 의해서가 아니라 독립적인 제3자(중재인)의 판단에 맡기기로 하는 취지의 합의(중재합의)에 의거하여 분쟁을 해결하는 방법으로 우리나라에서는 대한상사중재원이 중재법과 중재규칙에 의해서 중재를 맡고 있다. 대한상사중재원은 국제·국내 상거래에서 발생하는 분쟁을 법원 판결과 같은 확정력 있는 판정을 내리고,⁴⁴⁾ 판정에 의거하여 강제집행을 할 수 있는 중재와 당사자 간의 우의적인 합의를 통한 해결을 모색하는 알선을 통하여 분쟁을 해결한다.

중재절차는 분쟁당사자가 중재를 이용하려 할 때에는 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 사법상의 분쟁에 관하여 계약내용 가운데 중재조항이나 당사자 간의 중재합의가 있는 경우라야 하며, 일반적인 중재절차는 중재의 신청과 중재인의 선정 그리고 심리를 거쳐 판정에 이르게 된다. 중재인 선정은 당사자의 약정에 의하거나 또는 중재인의 선정방법을 정하였을 경우에는 이에 따라 선정되며, 중재인의 수는 당사자 간의 합의(중재계약)로 정하게 되는데, 합의가 없을 경우 사무국이 1인 또는 3인으로 정하며, 당사자는 중재인의 공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 때에는 기피신청을 할 수 있다.

중재판정은 당사자 간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다. 중재절차의 진행 중에 당사자들이 화해에 이른 경우에도 그 절차는 종료되며, 화해의 중재판정은 당해 사건의 본안에 관한 중재판정과 동일한 효력을 가지

신청구를 심사·조정하기 위하여 기획재정부에 '국제계약분쟁조정위원회'를 둔다.

43) '국제계약분쟁조정위원회에 대한 조정청구절차(회계예규2200.04-154-1, 03.12.26)'에서는 특정조달계약과 관련하여 특정조달을 위한 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률시행령 특례규정(2003.8.30 재정경제원령 제 327호) 제27조제2항의 규정에 의하여 국제계약분쟁조정위원회에 조정을 위한 재심을 청구하는 경우에 그 절차를 정하고 있다.

44) '중재법' 제3조(직소금지) 중재계약의 당사자는 중재판정에 따라야 한다.

기 때문에 중재는 당사자 간에 종국적인 분쟁해결절차로서의 법적 성격이 있다.⁴⁵⁾

당사자 간에 중재합의가 있고 발생한 분쟁이 중재합의의 대상에 해당하는 경우에도 소(訴)가 제기되었다면, 피고는 중재합의존재의 항변을 할 수 있다. 이 때 법원은 중재합의가 부존재(不存在)·무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우를 제외하고는 그 소를 각하해야 한다.

2.3.4 건설분쟁 해결 현황

1) 건설분쟁 관련 국내분쟁조정기구 현황

표 2.7 건설분쟁관련 국내분쟁조정기구 현황⁴⁶⁾

분쟁조정 기구	법적근거	조정대상	운영현황	소관부처
중 앙 건 설 분 쟁 조정위원 회	건설산업기본법 (제 69조~ 80조)	건설업 및 건설 용역업에 관한 분 쟁	중앙건설분쟁조정(위) 지방건설분쟁조정(위)	국 토 해 양 부
건축분쟁 조 정위원회	건축법(제 76 조 의 2~제77조)	건축물의 건축등 에 관한 분쟁	중앙건축분쟁조정(위) 지방건축분쟁조정(위)	국 토 해 양 부
공 동 주 택 관 리 쟁 조정 위원회	주택법(제52조, 영제67조)	공 동 주 택 입 주 자, 사용자, 관리주체 간의 분쟁 조정	시·군·구에 설치	국 토 해 양 부
하 도 급 분 쟁 조정위원회	하도급거래공정 화에 관한 법률	건설하도급 거래 에 관한 분쟁	하도급거래분야별로 9개 협의회로 구성 건설하도급분쟁은 건 설협회와 전문협회가 공동 설치·운영중	공 정 거 래 위원회
국 제 계 약 분 쟁 조정 위원회	국가를 당사자 로 하는계약에 관한 법률	정부조달협정 이 행	미설치	기 획 재 정 부
환경분쟁 조 정위원회	환경분쟁조정법	환경분쟁예방, 환 경피해구제, 민원 조사분석	중앙환경분쟁조정(위) 지방환경분쟁조정(위)	환경부

45) 목영준, '상사중재법론', '우리법원의 태도', 박영사, 2001, p. 311.

소비자분쟁 조정위원회	소비자기본법 (제8장, 53~76 조)	소비자와 사업자 사이에서 발생하는 분쟁조정	한국소비자자원 에 설치	기획재정부
----------------	-----------------------------	-------------------------------	-----------------	-------

3) 건설분쟁조정위원회의 조정현황

민간부문과 공공부문의 건설공사에 관한 분쟁의 조정을 맡아보고 있는 기구가 「건설산업기본법」 상에 규정되어 있는 '건설분쟁조정위원회'로서 국내입찰공사의 경우 야기되는 분쟁의 조정을 '건설분쟁조정위원회'에 청구할 수 있다.

'건설분쟁조정위원회'에 조정이 가능한 경우에 있어서도 조정절차에의 유인방안 미흡, 조정효력의 불명확성, 조정에 있어서의 자율성에 대한 그릇된 이해와 조정제도에 대한 낮은 인지도 등으로 신청건수 대비 조정 거부비율도 매우 높은 편이어서 현재 실제 이용실적은 매우 저조한 실정이다.

표 2.8 건설분쟁조정위원회 조정현황⁴⁷⁾

구 분	'90-'94	'95	'96	'97	'98	'99	2000	2001	계 (건수)
조정신청	64	19	7	8	39	30	15	13	196
조정거부	55	18	7	8	23	19	10	7	147
조정전 합의	-	-	-	-	6	4	1	1	12
위원회조정 (조정수락)	9 (2)	1 (1)	-	-	10 (5)	7 (7)	4 (3)	5 (4)	36 (22)

4) 중앙건설분쟁조정위원회 조정활동 실적

'건설분쟁조정위원회'는 빈번히 발생하는 분쟁을 신속하고 원만히 조정해주어 건설업체들이 소송 제기에 따른 경비와 시간을 절감토록 하고, 발주자를 상대로 소송을 제기하는 어려움 등 건설업계의 애로점 해소에 기여하고 있으나, 여전히 이용실적은 저조한 것으로 나타났다. 최근 3년간 회의개최 실적은 아래 표

46) 남진권, '건설산업기본법의 이해', 건설클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009, p. 54.

47) 두성규, '건설분쟁조정위원회 활성화 방안', '2. 조정현황' 한국건설산업연구원, 2002.10, p. 36. ; 건설교통부(현 국토해양부) 내부 통계자료, 2001.

2.9와 같다.

표 2.9 중앙건설분쟁조정위원회 최근3년간 실적⁴⁸⁾

구 분	본회의(개최횟수)			분과위원회(개최횟수)		
	합 계	출석회의	서면회의	합 계	출석회의	서면회의
2007년	2	-	2	2	2	-
2008년	1	1	-	2	2	-
2009년	3	-	3	2	2	-

5) 건설 하도급분쟁조정협의회의 조정현황

(1) 조정현황

하도급분쟁조정협의회는 「하도급법」에 의거하여 10개 업종에 걸쳐 9개가 있는데, 건설분야는 건설협회와 전문건설협회가 공동으로 설치하고 있다. 분쟁사안의 주요 원인으로는 하도급대금의 부당결정, 공사대금(추가공사대금 포함) 및 어음할인료의 미지급, 하도급대금의 미보증 등 하도급대금과 직·간접적으로 관련된 분쟁이 가장 큰 비중을 차지하고 있다.

표 2.10 건설하도급분쟁조정협의회의 조정현황⁴⁹⁾

조정여부	'92	'93	'94	'95	'96	'97	'98	'99	2000
성립 건수	39	63	56	116	91	109	140	73	66
불성립 건수	22	15	34	33	24	1	7	5	17
조사불응,반려	5	5	1	35	46	59	99	44	43
계	65	82	91	184	161	169	246	122	126

48) '중앙건설분쟁조정위원회 활동내역서', 국토해양부 자료(건설경제과), 2009.06.30, p. 1.

49) '민간건설백서', 대한건설협회, 2001, p. 272.

(2) 최근 운영실태

최근 건설경기 불황과 건설사 자금 경색으로 원·하도급자간의 분쟁이 급증하고 있다. 대한건설협회와 전문건설협회가 공동으로 구성한 건설하도급분쟁조정협의회에 따르는 2008년 11월말 현재 168건으로 전년대비 50% 증가한 상태이다. 협의회에 접수된 분쟁조정이 200건을 넘어선 때에는 외환위기 발생 직후인 1998년(246건)이 유일하다.

이처럼 하도급분쟁조정신청이 급증하는 이유는 건설경기 침체로 공공공사의 경우 낙찰률이 낮아지고, 이에 따른 공사실행율(예상공사투입금액/계약금액)은 높아 수익성이 떨어지는 데다 원청 시공사의 자금사정이 악화되었기 때문인 것으로 보인다.

현실적으로 하도급자로서는 원도급자의 눈치를 볼 수밖에 없는 입장이어서 실제 공정위 제소나 분쟁조정을 신청하기 어려운 실정이다. 그러나 전문건설업체 등의 경영환경이 어렵다 보니 원청 시공사의 공사대금 미지급 등 불공정 사례를 더 이상 감수할 여력이 없다는 것이다.

표 2.11 2000년~2005년까지 하도급분쟁조정협의회별 조정 현황⁵⁰⁾

(단위 : 건/처리실적 기준)

사업자 단체	연도별 운영실적					
	2000	2001	2002	2003	2004	2005
합 계	275	305	295	309	350	323
한국공정경쟁연합회 하도급분쟁조정협의회	127	196	86	107	121	141
제조하도급분쟁조정협의회	22	15	35	39	38	50
전기공사하도급분쟁조정협의	3	-	-	3	6	2
건설하도급분쟁조정협의회	121	91	169	154	179	120
정보통신공사하도급분쟁조정협의회	1	2	-	3	1	-
소방공사하도급분쟁조정협의회	-	-	1	-	-	-
엔지니어링하도급분쟁조정협의회	-	1	1	1	2	3
소프트웨어하도급분쟁조정협의	1		3	2	3	7

50) '공정거래위원회 최근 6년간 조정실적', 공정거래위원회, 협력정책팀, 2009.10.26, p. 1.

건축설계하도급분쟁조정협의회	-	-	-	-	-	-
----------------	---	---	---	---	---	---

6) 중재현황

대한상사중재원의 자료에 의하면 중재사건이 꾸준히 증가추세인 가운데 건설분야의 증가현상은 특히 주목할 만한 것으로 나타났다. 건설분야의 전체 중재사건 가운데서도 서울특별시 등 지방자치 단체와 중앙 정부를 상대로 한 공공부문의 분쟁이나 클레임 비중이 압도적인 것으로 나타나고 있으며, 이러한 분쟁 발생 시 해결수단으로는 재판이나 중재, 조정 등 다양한 수단이나 절차가 인정되고 있지만, 중재에 의한 분쟁해결이 조정이나 기타 수단에 의한 경우보다 두드러진 편이다.

중재사건의 증가현상은 단순한 중재제도의 이용률 증가라는 의미 외에 국가 계약법상의 당사자 간 대등한 입장에서 계약체결과 ‘신의성실의 원칙’에 입각한 계약이행이 제대로 준수되고 정착되기 위한 제도적 보완이 필요하다는 점을 시사하고 있다.

특히 중재사건 가운데 공공부문에 있어서 건설공사계약과 관련한 중재건의 비중이 큰 것은 아직도 건설공사계약에 있어서 계약당사자간 대등하고 공정한 계약체결이나 ‘신의성실의 원칙’에 입각한 성실한 이행이 제대로 이루어지지 않고 있다는 반증이라고 할 것이다.

표 2.12 건설분야 중재 접수건 현황⁵¹⁾

(단위 : 건수)

구 분	'99	2000	2001	2002	2003
건설분야(A)	31	45	57	66	71
전체중재사건(B)	150	175	197	210	211
구성비 A/B(%)	20.7	25.7	28.9	31.4	33.6

51) 채완병, ‘우리나라의 건설중재현황과 활성화 방안’, 건설중재정책세미나 및 학술발표, 대한상사중재원, 2007, p. 69.

2.4 건설 클레임과 분쟁

2.4.1 분쟁 발생의 원인

일반적으로 클레임 또는 분쟁은 계약서상의 모호한 조항의 해석상 이견조정
의 실패, 일방당사자의 법령상 규정된 의무의 위반, 계약당사자의 책임없는 사
유로 인한 위험부담의 분담에 관한 계약당사자간의 합의 실패 등의 경우에 발
생하게 된다.

건설공사현장에서 분쟁이 발생하는 요인은 계약과 상이한 현장조건, 공사변
경 지시의 수용여부, 발주자 또는 공사감독관(감리원)의 행위·부작위 행위,
계약문서의 불비(不備), 다른 계약상대자로 인한 지연, 불가항력 등의 계약관
련문서 해석 등에 따라 매우 다양하게 나타날 수 있다. 이와 같은 건설분쟁의
원인을 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.⁵²⁾

- ① 건설공사의 현장에 대한 사전 예측의 불확실성
- ② 불확실한 미래에 대한 완전한 계약의 불가능성
- ③ 공사수행과정에서 참여자간의 이해관계의 상충성
- ④ 적절하지 못한 입찰정보와 내용
- ⑤ 불충분한 입찰 준비기간
- ⑥ 입찰 전 현장조사의 조사기간 부족과 소홀
- ⑦ 부적절한 설계나 시방서 및 현장실정과 상이
- ⑧ 장비 및 자재공급의 차질에 대한 책임
- ⑨ 공사물량의 증감
- ⑩ 사업관리 행위, 설계도서, 장비 혹은 자재상의 문제로 인한 공사중지
- ⑪ 공사진행의 독촉
- ⑫ 시공내용에 대한 저평가

2.4.2 시공 중 발생하는 클레임

52) 김경래, '공정한 계약문화 정착을 위한 건설클레임 발전방안', '21세기 건설산업진흥 촉진을 위한 세미
나', 대한건설협회·한국건설산업연구원, 2000.7, pp. 6-7.

상기의 분쟁의 주요원인 가운데 시공 중에 발생하는 클레임사항을 좀 더 구체적으로 살펴보면, 계약의무이행에 따른 클레임, 계약해석에 따른 클레임, 사정변경에 따른 클레임 등 그 원인별로 분류할 수 있다.

1) 계약의무이행에 따른 클레임

시공자의 입장에서 공사수행 중에 이의를 제기하는 클레임의 내용은 다음과 같다.

- ① 발주자 혹은 감리원으로 부터의 부당하거나 불합리한 지시나 명령
 - 일방적인 공사중지
 - 공사가속(Acceleration), 공사추가 지시⁵³⁾
 - 시공 전 시설사용 등이나 현장인도 지연
 - 현장실정 변경에 따른 각종 방침결정 지연
 - 도면·시험검사의 지연
 - 불합리한 승인 거부 등
- ② 계약문서 불비와 관련한 클레임
 - 도면과 시방서의 오류, 누락 및 상호모순
 - 계약문서 해석의 모호 등 불완전한 점이 있는 경우
- ③ 물가변동에 따른 물가상승비(Escalation) 적용 여부
- ④ 시공자의 공기지연에 따른 보상
- ⑤ 설계와 시공의 책임소재
- ⑥ 설계, 승인, 감독의 하자
- ⑦ 계약내용의 이해부족 등

2) 계약해석 및 적용방법으로 인한 클레임

건설현장에서 계약상대자인 시공자가 발주자(혹은 감리원)를 상대로 제기하

53) 김경래, '공정한 계약문화 정착을 위한 건설클레임 발전방안', 21세기 건설산업진흥 촉진을 위한 세미나, 대한건설협회·한국건설산업연구원, 2000.7, p. 7. ; 발주자측의 공사수행의 독촉행위(Acceleration) : 발주자측이 공사진척이 부진하여 일정기간 내에 시공을 완료하지 못할 것을 우려하여 시공을 독촉할 때가 있다. 이때 발주자의 독촉에 따른 추가적인 경비에 대한 보상을 요구하는 클레임.

는 클레임의 원인 중 계약내용의 해석과 적용방법에 대한 의견대립으로 인하여 발생하는 클레임은 다음과 같다.

① 계약상대자의 책임이 없는 사유(지질조건 변경 등)로 설계변경 시 당초 설계보다 물량이 변동되었을 때 증감물량에 대한 단가 적용문제⁵⁴⁾

② 공사 기성대가 지급에 있어서 개산금지급 문제

③ 설계변경 규정의 해석문제

④ 공사의 지연의 책임 문제

시공자가 전혀 예상할 수도 없고 또 그것이 시공자의 귀책사유도 아닌 경우의 공사지연이 해당되는데, 발주자의 공사의 일시중지 명령이나 그 밖에 납득이 될 수 없는 원인에 의하여 공사가 지연되었을 때에 보상을 요구하는 클레임으로 계약당사자 간의 귀책사유에 대한 문제가 발생하는 경우이다.

⑤ 계약상대자의 귀책사유가 아닌 공사기간 연장에 따른 간접비 실비정산 방법

⑥ 불가항력적인 상황에 대한 ‘불가항력’에 대한 해석문제 등⁵⁵⁾

⑦ 계약내용에 대한 해석에 있어서 상충된 주장

설계변경 사안을 두고 계약내용 해석에 있어서 발주자와 시공자의 입장이 상반된 경우 발주자의 일방적인 결정으로 계약금액이 조정되는 경우에 대한 정당한 권리를 주장하는 클레임이다.⁵⁶⁾

⑧ 설계도서 외 추가공사에 대한 시공자의 포괄적인 책임

시공과정에서 설계내역서에는 포함되어 있지 않으면서도 목적물을 시공하는 과정에 누락된 공종의 추가공사비 청구에 대한 문제로서, 계약상대자에게 포괄적 책임을 지워 계약이행토록 하는 문제에 대한 적법성여부 문제이다.

3) 사정변경(事情變更)에 의한 클레임

① 계약도서와 현장의 상이에 대한 적용문제

54) ‘국가계약법시행령’ 제65조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정)③, 「공사계약일반조건(회계예규 2200.04-104-20, 2009.7.3)」 제20조② 발주기관이 설계변경을 요청한 경우(계약상대자의 책임없는 사유로 인한 경우를 포함) 낙찰율 적용’.

55) ‘공사계약일반조건’(회계예규 2200.04-104-20, 2009.7.3) 제39조의2(계약금액조정전의 기성대가 지급),④ ‘공사계약일반조건’ 제26조(계약기간의 연장) ⑤ ‘공사계약일반조건’ 제32조(불가항력).

56) 한국건설산업연구원, ‘건설관리 및 경영(제1편)’, 보성각, 1997.1, p. 429.

예상치 못했던 지장물의 출현이나 지반형태로 인해 시공자가 계약액을 초과하여 시공하여야 할 경우에 발생하는 클레임이다.

② 시간이 경과하여 계약문서와 실제상황이 일치하지 않거나 변동이 있는 경우

③ 기타 사회적인 급격한 변동(금융위기, 자원조달 위기 등)으로 인한 경우

2.5 건설분쟁의 유형

2.5.1 건설공사 시공 중 위험의 유형

건설공사 시공 중 예기치 못한 잠재적인 각종 위험은 항상 따라오게 되어 있다. 건설공사 시공 중 위험의 유형을 다음과 같이 분류할 수 있다.

표 2.13 건설공사 시공 중 위험의 유형⁵⁷⁾

위험의 분류	세부 위험의 내용
물리적 작업	지표면의 물리적 조건, 장애를 유발하는 인위적 조건, 결함있는 자재나 인원, 시험검사비용, 날씨, 공사용 부지, 투입자원(참모진 · 작업자 · 플랜트 · 재료 · 시기 · 자금 등)의 부적절 등
지연과 분쟁	부지의 확보, 정보공급의 지연, 불충분한 작업시행, 계약쌍방의 조정범위를 벗어난 지연, 계획승인의 거절과 지연, 클레임 제기의 지연, 증명서 발급의 지연, 등
지시와 감독	탐욕, 무능력, 비능률, 비이성적, 불공평, 대화부족, 서류상 실수, 설계상 결함, 요구조건 순응, 요구조건 불명확한 명시, 감리자나 도급자의 부적절한 선정, 요구조건 변경 등
사람 및 재산상 손실	서약의 무시 또는 불이행, 계약쌍방의 통제를 벗어나는 조정할 수 없는 사건 · 사고, 전쟁이나 주권침해같은 보장할 수 없는 위험, 앞에서 언급한 사항에 의해 발생하는 지속적인 손실 등

57) 조영준 외, '건설시장개방에 대비한 분쟁 및 클레임 방지대책에 관한 연구', 한국건설기술연구원(건기연94-CM-111), 1994.12, p. 5.

외부적인 위험요인	세금·노무·안전이나 기타 관련 법령에 의한 정책, 자금의 봉쇄, 에너지와 지불제한, 시민폭동이나 전쟁비용, 예상치 못한 손실, 협 박노무자 요구와 불만, 태업 직장폐쇄 등
변상 또는 보상	감액, 도급자·하도급자·발주자의 파산, 투자제한, 환율변동, 인 플레이션, 변동조항에 의해 회복되지 못한 사항, 플랜트와 장비의 설치비용 등
법률과 중재	분쟁해결의 지연, 불공정, 계약의 모호성, 기록의 부재로 인한 불 확실성, 의사결정비용, 결정의 강요, 위상 변화, 법률의 새로운 해 석 등

2.5.2 시공 중 분쟁의 유형

1) 작업범위와 관련된 분쟁

건설공사계약에 있어서 발주자와 시공자 양자에게 중요하고 핵심적인 부분은 시공자가 계약상 수행하여야 할 공사의 내용 및 범위에 관한 문제이다. 건설공사계약서에서 공사의 내용에 관한 문제는 발주자가 시공자의 공사완료에 대한 기성대가를 지급하는 문제와 상호 유기적인 관계가 있기 때문에 공정 또는 기성물량에 따라 기성대가가 결정되고, 공사내용의 변경은 계약당사자간 계약변경의 요인으로서 작용하게 된다.

또한 공사의 내용 및 범위에 관한 계약조항은 시공자의 계약상 의무불이행 과도 연관되어 발주자가 손해배상청구를 하거나 계약의 해제 또는 해지까지 가는 원천이 될 수도 있기 때문에, 시공자의 입장에서는 계약을 체결할 때 공사의 정확한 내용과 발주자가 추가로 원하는 공사 및 이들과 계약상에 규정된 공사내용과의 일치 등을 반드시 확인하여야 한다.⁵⁸⁾

건설공사의 범위 및 내용을 계약서에 규정하는 특별한 방식은 없으나, 추상적이거나 임의적으로 변동 가능한 내용이어서는 아니 되며 설계도서(설계내역서·시방서·도면) 및 현장설명서 등 기타첨부서류를 인용하여 상세하고 명확하게 기술하여야 한다. 또한 공사범위를 정하는데 있어서는 시공자가 계약상의 공사를 수행하면서 제공하여야 할 자재의 품질과 시공기준을 포함하도록

58) 백준홍, '건설계약관리와 클레임 해결', 연세대학교출판부, 2001.2, p. 82.

규정하여야 하고 시공자와 발주자와 감리자에게 제공할 현장시설관련 부대시설도 상세하게 설명되어야 한다.

그러나 현실적으로 공사내용과 범위에 관련하여 공사현장의 모든 내용과 실정을 건설공사계약서에 포함하는 것은 불가능하다. 구체적으로 설계도서에 명시하는 것도 한계가 있고 그렇지 못한 상당부분은 포괄적인 내용으로 명시되는 경우가 많다. 특히 설계도서와 현장실정이 다르거나 공사수행도중 예상치 못한 추가 작업이 발생할 경우에 추가공사비에 책임소재를 두고 시공자와 발주자간에 논란은 어느 현상이든 발생한다.

참고로 FIDIC 계약조건 제6.1조에서는 발주자나 감리자가 시공자에게 모든 계약도면을 제공하도록 되어 있고, 제6.4조에서는 제출되어야 할 설계도면을 기다릴 때 발생하는 연체비용에 대하여 시공자로 하여금 정산하도록 하고 있다. 또한 도면제출이 불가능하여 공사진척이 중단된 경우, 시공자에 대한 통보, 공기연장, 지체비용 등이 감안되어야 함을 규정하고 있다.

2) 계약금액조정 관련된 분쟁

계약상대자의 책임없는 사유로 발생한 추가공사비는 설계변경에 반영되어야 할 사항들로서 다음과 같은 경우이다.

① 현장조건이 변경되어 예상치 못했던 지하구조물의 출현이나 지반조건의 변동으로 인해 계약당사자가 작업수행을 위해 입찰시 책정된 공사비를 초과하는 경우

② 사업착수 후 물가의 등락이 심하여 물가변동이 발생한 경우

③ 발주자가 계약 시 계획했던 공사기간을 일방적으로 단축하도록 계약상대자에게 요구할 경우 공기단축을 위해 투입해야 할 추가인력, 장비, 자재 등 추가 발생비용 등

3) 계약사항의 변경과 관련된 분쟁

건설공사 계약의 내용은 공사 수행과정에서 변경될 개연성이 많다. 특히 복합공종 공사의 공정 지연, 현장여건의 변동 또는 사회적인 여건 변동 등으로 계약사항의 변경은 빈번하게 나타나 클레임의 원인이 될 수 있다. 계약사항의

변경은 ‘신의성실의 원칙’의 한 분척으로서 인정되는 ‘사정변경의 원칙’에 준하여 일정한 요건에 해당되는 경우에는 그로 인한 계약금액 및 계약기간의 변경, 물가 또는 법규의 변경으로 인한 계약내용의 변경 등 설계변경 전반의 모든 경우를 포함한다. 계약사항의 변경은 각 계약조건에 따라 다르지만 FIDIC 계약조건 제51조의 경우를 보면 일반적으로 다음과 같은 경우에 해당한다.

- ① 계약상 공사물량의 증감
- ② 계약상 특정공사의 삭제
- ③ 계약상 특정공사에 대한 성질이나 조건의 변경
- ④ 일부 공사에 대한 고저(level) · 선형(lines) · 위치(position) 및 치수(dimensions)의 변경
- ⑤ 준공을 위해 필요한 추가공사
- ⑥ 공사 중 일부의 시공순서나 시기의 변경 등이 있다.

2.5.3 수급인의 무하자 처리

분쟁발생시 계약상대자의 하자가 없다는 주장으로 다음과 같이 발주자의 귀책사유의 경우와 계약상대자의 책임없는 사유의 경우로 나누어 생각해 볼 수 있다.

1) 발주자의 귀책사유 및 내용

- ① 현장실정 변경에 따른 각종 방침결정 지연 또는 도면 · 시험검사의 지연
- ② 발주자가 자재의 일부항목을 직접 구매하여 지급하는 경우가 있는데 이러한 지급자재(관급자재)를 적기에 공급하지 못하는 경우
- ③ 발주자가 토지나 건물 등을 적기에 보상, 현장을 시공자에게 인도하지 못하는 경우
- ④ 설계와 관련하여 설계자가 시공자의 작업과정에 영향을 미치는 경우로 도면이나 시방서상의 오류·누락 및 상호모순의 경우
- ⑤ 공사대금 지급이 지연되는 경우

2) 계약상대자의 책임없는 사유 및 내용

- ① 공사과정에서 예측 불가하거나 통제 불가한 사건이 발생하는 불가항력의 경우
- ② 시간이 경과하여 계약문서와 실제상황이 일치하지 않거나 변동이 있는 경우
- ③ 사회적인 급격한 변동(금융위기, 자원조달 위기 등)으로 인한 경우
- ④ 현장조건과의 상이 : 공사수행 중 입찰서에 기술된 내용이나 발주처가 제공한 정보와 자료가 실제 현장조건과 상이한 경우
- ⑤ 사전에 전혀 예측할 수 없었던 상황(지하구조물, 암반 또는 연약지반 등)이 발생할 경우
- ⑥ 특정 계약상대자의 태만으로 인하여 작업지연을 초래할 때 다른 시공업체에게 작업의 영향을 주는 경우
- ⑦ 예상치 못했던 지하구조물의 출현이나 지반조건의 변동으로 인해 계약상대자가 입찰시 책정된 공기를 지연시키는 경우

2.5.4 해외건설공사 계약상 발주처를 상대한 클레임의 유형

해외건설공사 계약에 있어 계약당사자 간에 발생하는 클레임의 유형은 여러 가지가 있겠으나 그 빈도와 중요성을 고려해 볼 때 다음과 같이 대별할 수 있다.

1) 설계변경(Changes : Modifications or Variations)

- ① 오류와 누락(Errors and Omissions in Plans and Specifications)
- ② 규정에 의한 변경(Changes Instituted by Regulatory Agencies)
- ③ 경미한 설계변경(Minor Design Changes)
- ④ 수량 착오(Overruns or underruns in Quantities)
- ⑤ 공기에 영향을 주는 요인이나 작업 수행 방법(Factors affecting time of completion or The method or manner of performance of the work)⁵⁹⁾

59) 김진휘, '클레임 실무', 해외건설 계약 · 클레임 전문가 과정, 해외건설협회, 2009.4, p. 203. ; 발주처로

2) 현장조건과의 상이(Differing Site conditions)

공사수행 중 입찰서에 기술된 내용이나 발주처가 제공한 정보와 자료가 실제 현장조건과 상이한 경우와 사전에 전혀 예측할 수 없었던 상황(지하구조물, 암반 또는 연약지반 등)이 발생할 경우에 계약금액 및 공사기간의 조정이 수반되어야 한다. 단, 현장조사가 사전에 실시되는 경우 지반조사 등 사전에 치밀한 답사를 실시하여 계약내용과의 상이한 점이 발견되면 계약변경 조치를 해야 한다.

3) 공기지연(Delays)

건설공사 공기지연과 연관된 것이 클레임의 주종을 이루고 있으나, 그 발생 빈도와 중요성에 비추어 볼 때 현실적으로 제대로 반영되지 않고 있는 실정이다.

① 발주처의 귀책사유로 발생하는 공기지연의 유형

- 현장조건(Project site)
- 승인사항(Approvals)
- 발주자 금융 책임(Owner's financial obligations)
- 발주자 간섭(Owner interference)
- 계약당사자 간 조정 부재(Failure to coordinate separate contractors)

② 통상적으로 계약당사자들의 귀책사유 없이 발생하는 공기지연으로 불가항력적이며 충분한 사유가 될 만한 공기지연⁶⁰⁾

4) 작업방해(Disruption)

공정계획상에 연속적으로 작업이 진행되는 과정에서의 작업간섭으로 중단되

서는 Changes Clause에 의해 계약위반이나 계약서 재협상의 위험 부담을 지지 않고 Contingencies(우연히 발생한 사건)를 처신할 수 있으나, 1) 이와 같은 Changes는 계약내용의 근본적인 변경을 초래해서는 안되며 아울러 2) Changes 에 따라 계약금액과 공사기간에 영향이 있는 경우 이에 대한 합리적인 형평성 있는 계약금액 및 공사기간의 조정이 수반 되어야함 (가능한 한 사전합의가 필수적임).

60) 김진휘, '클레임 실무', 해외건설 계약 · 클레임 전문가 과정, 해외건설협회, 2009.4, p. 204. ; Weather, Acts of God, Strikes and Labour disputes 등 Force majeure situation(불가항력적 사항)에 기인하는 Excusable and noncompensable delay ; 공기지연의 유형으로 Excusable and nonexcusable delay, Compensable and noncompensable delay, Critical and noncritical delay, Concurrent delays이 있다.

는 경우에 해당한다.

5) 돌관작업(Acceleration)

① 발주자 지시에 의한 돌관작업(Directed acceleration)

② 계약상대자가 이유있는 공기지연으로 인하여 공사기간을 연장할 권리가 있으나, 발주처로부터 공사기간연장 승인 없이 원래 공사기간 내에 완공요청을 받는 경우는 클레임의 사유에 해당한다.(Constructive acceleration)⁶¹⁾

6) 공사대금 지급지연(Payment delay)

공사대금 지급이 지연되는 경우에 계약상대자는 클레임의 사유가 된다.

2.6 설계변경을 통한 분쟁예방

건설산업의 특성상 건설공사에는 최종 목적물이 완성되기까지 설계변경은 필연적으로 발생하게 된다. 설계변경은 계약이 성립된 후 당초에 예상하지 못했던 사태의 발생이나 공사물량의 증감, 사업계획의 변경, 공사현장의 불일치, 공사목적물의 변경 등의 사유로 인하여 당초의 설계도면·설계내역서·공사시방서 등의 설계도서를 변경하는 것을 말한다. 이처럼 설계변경은 본질적으로 설계도서상의 문제점을 보완하기 위하여 이루어지는데, 설계상에 다소 문제가 있더라도 설계변경이라는 절차를 통하여 시공 시 발생하는 문제를 해결하고자 하는 것이다.

그러나 실무적으로 설계변경의 더 중요한 기능은 설계변경을 통하여 발주자가 일정한 범위와 조건 하에서 발주자의 뜻에 따라 계약상대자에게 추가공사 또는 변경공사를 요구할 수 있는 권한을 가짐으로써, 적절한 공사비로 원만하게 공사를 수행할 수 있는 합리적인 장치가 될 수 있으며 분쟁을 사전에 예방할 수 있는 수단이 된다.

61) 김진휘, '클레임 실무', 해외건설 계약·클레임 전문가 과정, 해외건설협회, 2009.4, pp. 205-206. ; ① Entitlement to an Extension of time(Excusable delays), ②Timely notice of excusable delay and a request for a time extension, ③Failure or refusal by the owner to grant a time extension, ④원래 공사기간내 완공에 대한 발주처의 명시적 또는 묵시적요구, ⑤Contractor의 합리적인 Acceleration 및 이에 따른 추가 비용 부담 발생.

2.6.1 설계변경 관련 관계법

우리나라 정부와 공공기관의 발주공사 계약은 「국가계약법」을 준용하고 있고, 동법 시행령과 시행규칙 및 기획재정부 회계예규 공사계약일반조건, 공사계약특수조건에 의거하여 설계변경을 하게 되어 있으며 관련법규는 다음과 같다.

(1) 국가계약법(개정 2008.2.29 법률 제8852호)

- 제 19조(물가변동에 의한 계약금액의 조정)

(2) 국가계약법시행령(개정 2009.11.20 대통령령 제21834호)

- 제64조(물가변동 등에 의한 계약금액 조정)
- 제65조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정)
- 제 66조(기타계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)
- 제 91조(설계변경으로 인한 계약금액 조정의 제한)

(3) 국가계약법시행규칙(개정 2009.8.31 기획재정부령 제95호)

- 제74조(물가변동 등에 의한 계약금액 조정)
- 제 74조의 2(설계변경으로 인한 계약금액의 조정)
- 제 74조의 3(기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)

(4) 공사계약일반조건(회계예규 2200.04-104-20, 2009.7.3)

- 제19조(설계변경 등)
- 제 19조의 2(설계서의 불분명·누락·오류 및 설계서간의 상호모순 등에 의한 설계변경)
- 제 19조의 3(현장상태의 설계서의 상이로 인한 설계변경)
- 제 19조의 4(신기술 및 신공법에 의한 설계변경)
- 제 19조의 5(발주기관의 필요에 의한 설계변경)

- 제 19조의 6(소요자재의 수급방법 변경)
- 제 19조의 7(설계변경에 따른 추가조치 등)
- 제 20조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정)
- 제 21조(대형공사의 설계변경 등)
- 제 23조(기타계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)

(5) 공사계약특수조건(조달청 시설총괄과-3130,2008.07.01)

- 제 16조의 2(공사계약내용의 변경)

2.6.2 설계변경 사유 및 조치사항

1) 설계변경 사유

정부발주 공공공사의 공사수행 과정에서 설계변경이 이루어질 경우 공사계약일반조건에서는 다음의 각호에 해당할 경우에 한한다고 규정하고 있다.⁶²⁾

- ① 설계서의 내용이 불분명하거나 누락·오류 또는 상호 모순되는 점이 있을 경우
- ② 지질, 용수 등 공사현장의 상태가 설계서와 다를 경우
- ③ 새로운 기술·공법사용으로 공사비의 절감 및 시공기간의 단축 등의 효과가 현저할 경우
- ④ 기타 발주기관이 설계서를 변경할 필요가 있다고 인정할 경우

2) 설계서의 범위

‘설계서’의 범위는 일반적으로 설계도면·공사시방서·설계내역서(계약내역서) 및 현장설명서를 말하는데, 실제 공사현장에서는 설계변경의 사유가 된다고 하더라도 ‘설계서’의 범위를 놓고 논란이 많으므로 공사계약일반조건에서는 설계변경을 함에 있어서 다음 각 호의 1의 사항은 ‘설계서’에 포함하지 아니한다고 규정하고 있다.⁶³⁾

62) ‘공사계약일반조건’(기획재정부 회계예규 2200.04-104-20, 2009.7.3) 제19조(설계변경 등) ①항.

63) ‘공사계약일반조건’ 제19조의2(설계서의 불분명·누락·오류 및 설계서간의 상호모순 등에 의한 설계변경)와 관련하여 설계서의 정의를 공사계약일반조건 제2조(정의)에서는 “설계서”라 함은 공사시방서,

- ① 시행령 제14조제6항제3호 단서에 따라 입찰을 실시하여 체결된 공사의 산출내역서
- ② 시행령 제78조에 따라 일괄입찰을 실시하여 체결된 공사와 대안입찰을 실시하여 체결된 공사(대안이 채택된 부분에 한함)의 산출내역서
- ③ 시행령 제98조에 따라 기술제안입찰을 실시하여 체결된 공사와 설계공모·기술제안입찰을 실시하여 체결된 공사의 산출내역서
- ④ 수의계약으로 체결된 공사의 산출내역서. 다만, 시행령 제30조제2항 본문에 따라 체결된 수의계약 공사의 물량내역서는 제외.

3) 설계변경 조치사항

계약적 근거에 의한 설계변경 조치사항은 「공사계약일반조건」에서 다음과 같이 규정하고 있다.⁶⁴⁾

(1) 설계서의 내용이 불분명·누락·오류 및 설계서 상호모순 등에 의한 설계변경(제19조의2) : ①설계서의 내용이 불분명한 경우(설계서만으로는 시공방법, 투입자재 등을 확정할 수 없는 경우), ②설계서에 누락·오류가 있는 경우, ③설계도면과 공사시방서는 서로 일치하나 물량내역서와 설계도면과 상이한 경우, ④설계도면과 공사시방서가 상이한 경우에 대해서는 계약담당공무원이 설계변경 등 필요한 조치를 하여야 한다고 규정되어 있다.

(2) 현장상태와 설계서의 상이로 인한 설계변경(제19조의 3) : 계약상대자는 공사의 이행 중 지질, 용수, 지하매설물 등 공사현장의 상태가 설계서와 다른 사실을 발견하였을 때에는 지체없이 설계서에 명시된 현장상태와 상이하게 나타난 현장상태를 기재한 서류를 작성하여 공사감독관을 경유하여 계약담당공무원에게 이를 통지하고, 통지를 받은 계약담당공무원은 현장을 확인하고 현장상태에 따라 설계서를 변경하여야 한다.

(3) 신기술 및 신공법에 의한 설계변경(제19조의 4) : 새로운 기술·공법(발주기관의 설계와 동등 이상의 기능·효과를 가진 기술·공법 및 기자재를 포함한다)을 사용함으로써 공사비의 절감 및 시공기간의 단축 등에 효과가 현저할 것으로 인정되는 경우에는 계약상대자는 계약조건에 명시된 관련서류를 첨부

설계도면, 현장설명서 및 공종별 목적물 물량내역서(가설물의 설치에 소요되는 물량 포함하며, 이하 “물량내역서”라 한다)로 정의하고 있다.

64) ‘공사계약일반조건’ 제19조2~19조의 7.

부하여 공사감독관을 경유하여 계약담당공무원에게 서면으로 설계변경을 요청할 수 있다.

(4) 발주처의 필요에 의한 설계변경(제19조의 5) : 계약담당공무원이 ①당해 공사의 일부변경이 수반되는 추가공사의 발생, ②특정 공종의 삭제, ③공정계획의 변경, ④시공방법의 변경, ⑤기타 공사의 적정한 이행을 위한 변경의 사유로 인하여 설계변경을 할 필요가 있다고 인정할 경우에는 계약상대자에게 이를 서면으로 통보하고, 계약상대자는 통보를 받은 즉시 설계변경 통보내용의 이행가능 여부를 계약담당공무원에게 서면으로 통지해야 한다.

(5) 소요자재의 수급방법 변경(제19조의 6) : 계약담당공무원은 발주기관의 사정으로 인하여 당초 관급자재로 정한 품목을 계약상대자와 협의하여 계약상대자가 직접 구입하여 투입하는 자재(사급자재)로 변경하고자 하는 경우 또는 계약조건 제13조제6항의 규정에 의하여 계약상대자가 대체사용을 승인한 경우로서 이를 승인한 경우에는 이를 서면으로 계약상대자에게 통보하여야 한다.

(6) 설계변경에 따른 추가조치(제19조의 7) : 계약담당공무원은 제19조제1항의 규정에 의하여 설계변경을 하는 경우 그 변경사항이 목적물의 구조변경 등으로 인하여 안전과 관련이 있는 때에는 하자발생시 책임을 명확히 하기 위하여 당초 설계자의 의견을 들어야 한다.

4) 설계변경으로 인한 계약금액 조정

계약담당공무원은 설계변경으로 시공방법의 변경, 투입자재의 변경 등 공사 물량의 증감이 발생하는 경우에는 계약금액을 조정하고, 발주기관이 설계변경을 요구한 경우⁶⁵⁾에는 증가된 물량 또는 신규비목의 단가는 설계변경 당시를 기준으로 하여 산정한 단가와 동 단가에 낙찰률을 곱한 금액의 범위 안에서 발주기관과 계약상대자가 상호 협의하여 결정한다.

5) 대형공사의 설계변경

국가계약법 시행령 제91조(설계변경으로 인한 계약금액 조정의 제한) ①대안입찰 또는 일괄입찰에 대한 설계변경으로 대형공사의 계약내용을 변경하는

65) '공사계약일반조건' 제20조(설계변경으로 인한 계약금액 조정)②'발주기관이 설계변경을 요구한 경우'(계약상대자의 책임없는 사유로 인한 경우도 포함).

경우에도 정부에 책임있는 사유 또는 천재·지변 등 불가항력의 사유로 인한 경우를 제외하고는 그 계약금액을 증액할 수 없다.

6) 물가변동으로 인한 계약금액의 조정

물가변동으로 인한 계약금액 조정은 국가계약법 시행령 64조(물가변동 등에 의한 계약금액 조정) 및 동법 시행규칙 제74조(물가변동 등에 의한 계약금액 조정)의 규정에 의한다.⁶⁶⁾

7) 기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정

공사계약일반조건 제23조(기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정)①에서 ‘계약담당공무원은 공사계약에 있어서 제20조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정) 및 제22조(물가변동으로 인한 계약금액의 조정)의 규정에 의한 경우 외에 공사기간·운반 거리의 변경 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위 안에서 이를 조정한다.’라고 규정하고 있다.

2.6.3 계약변경 사항

계약내용에 대한 기본적인 중요한 변경은 설계변경이 아니고 계약내용 수정 또는 계약수정(Contract Amendment)이라 한다. 계약상 설계의 동일성 및 동질성이 바뀌거나 초과되는 변경 및 계약의 기본작업범위(General Scope of Work)를 일탈하는 변경은 설계변경이 아니고 계약의 갱신, 즉 계약변경으로 보아야 한다.

계약내용이 수정되어 가격조건과 계약당사자의 입장이 달라지면 새로이 계약을 갱신하여야 한다. 계약내용의 수정은 그 파급효과가 막대하므로 최악의 경우 시공자는 그 해당공사의 계약이행을 거절할 수도 있다.

우리나라에서는 현실적으로 분명한 계약변경이나 계약수정의 개념이 정리되어 있지 않아 일반적으로 설계변경으로 계약금액이 조정되는 경우 이를 계약

66) ‘공사계약일반조건’ 제22조(물가변동 등에 의한 계약금액 조정).

변경이라고 부르고 있다. 따라서 현재까지 이와 관련하여 건설분쟁이 발생하는 경우는 드물고 계약변경 전 단계인 설계변경 등 시공 중에 발생하는 분쟁이 대부분이다.

2.6.4 공기연장의 귀책사유 및 공기연장에 따른 계약금액 조정

1) 공기연장으로 인한 분쟁발생

건설공사의 기간은 계약당사자가 약정한 공사착수(착공)와 공사완성(준공)의 시기(공사기간)를 계약서에 명시한다. 일반적으로 공사기간은 발주자가 제시하는 것이 통례이므로 수급인이 정해진 기간 내에 목적물을 완성하지 못할 경우에는 계약상대자인 시공사는 채무불이행의 책임을 지는 등의 문제가 발생하게 된다. 따라서 계약당사자는 충분한 협의를 거친 후 공사기간을 정해야 한다. 공사기간 문제와 관련하여 공사기간의 연장문제, 계약해제 여부 문제, 손해배상문제, 계약의 변경문제 등 여러가지 분쟁의 원인이 될 수 있으므로 이러한 구체적인 사항은 공사계약일반조건에 상세히 규정하고 있다.

2) 공기연장 사유

시공자의 입장에서 최선의 계약관리는 계약기간 내에 공사를 완성하는 것이지만, 공사여건이나 발주자나 시공자의 사정에 의해서 공사가 지연되거나 정지되어 연장되는 사례가 발생할 수도 있다.

작업량의 추가, 작업방법 및 작업순서의 변경, 생산성 감소 및 효율성 저하 기타 변경 등과 같은 계약사항의 변경으로 인하여 계약기간의 변경 사유가 된다면 계약기간이나 공사기간도 연장되어야 하는데 이를 ‘공기연장(Time Extension)’이라고 한다. 공기가 지연되는 경우로는

- ① 발주자가 자재의 일부항목을 직접 구매하여 지급하는 경우가 있는데 이러한 지급자재(관급자재)를 적기에 공급하지 못하는 경우
- ② 발주자가 토지나 건물 등을 적기에 보상, 현장을 시공자에게 인도하지 못하는 경우
- ③ 공사과정에서 예측 불가하거나 통제 불가한 사건이 발생하는 불가항력의

경우

④ 설계와 관련하여 설계자가 시공자의 작업과정에 영향을 미치는 경우로 도면이나 시방서상의 오류나 누락의 경우

⑤ 특정 계약상대자의 태만으로 인하여 작업지연을 초래할 때 다른 시공업체에게 작업의 영향을 주는 경우

⑥ 예상치 못했던 지하구조물의 출현이나 지반조건의 변동으로 인해 계약상대자가 입찰시 책정된 공기를 지연시키는 경우

⑦ 시공사의 생산성 저하(기성 및 공정 부진) 또는 재시공으로 인하여 공기가 지연되는 경우 등을 들 수 있다.⁶⁷⁾

3) 공기연장에 따른 계약금액의 조정

이러한 건설공사 수행 중에 공기가 지연이 될 경우 이에 대한 보상여부의 기준을 명시해 둘 필요가 있다. 공기연장의 사유가 발주자에게 있거나 계약상대자의 귀책사유가 아닌 불가항력적인 사유가 있을 경우에 시공자는 공기연장의 권리를 갖도록 하고 이로 인해 발생한 간접공사비에 대해서는 실비정산 범위 내에서 공기연장에 따른 추가공사비를 청구할 수 있다. 반면 시공사의 귀책사유로 인하여 작업이 지연되는 경우 발주자는 계약상대자에 대해 지체보상금(遲滯補償金)이나 계약해지 등의 조치를 할 수 있다.

그러나 공사의 정지나 지연 또는 연장은 그 원인제공자에 따라 발주자의 귀책사유나 시공자의 귀책사유로 인한 경우도 있으나 제3자나 불가항력적인 사유에 의한 경우도 있다.

FIDIC계약조건 제40조에서는 공사감독관(Engineer)이 필요하다고 인정할 경우에 시공자로 하여금 공사의 전체 또는 일부에 대하여 기간과 방법을 명시하여 공사를 중지토록 요구할 수 있다. 그리고 공사의 중지가 시공자의 귀책사유가 아니고 계약에 별도로 명시되지 않았을 경우나 발주자의 책임있는 사유로 인하여 공사가 중지되는 경우에는 시공자는 공기연장이나 추가비용을 보상받을 수 있도록 규정하고 있다. FIDIC 제44조는 ①추가공사 또는 과외공사, ②계약조건상에 공사의 중지, 발주자의 위험요인, 도면 또는 지시발급의 지연,

67) 백준홍, '건설계약관리와 클레임 해결', 연세대학교출판부, 2001.2, p. 236.

공사의 손상 등으로 인한 공기연장 사유, ③혹한이나 폭우 등 예외적인 기후 조건, ④발주자의 지체·장애·방해, ⑤시공자가 책임지지 않아도 될 시공자의 계약불이행 또는 계약위반 이외의 사유로 인한 특수상황이 발생한 경우 등을 열거하고 있다.⁶⁸⁾

2.7 클레임의 실태조사 및 분석

2.7.1 건설클레임의 현황

대한건설협회에서는 국내 건설환경에서 클레임에 대한 현황을 파악하고 향후 전망과 해결책을 마련하기 위하여 건설공사의 대표적인 참여주체인 발주자와 계약상대자에 대한 설문조사를 실시하였다. 우선 계약자의 경우에는 건설협회에 등록되어 있는 3,798개의 건설사에 대하여 설문조사를 실시하였고, 발주자의 경우에는 공공공사를 발주하는 정부 및 지방자치단체 등 100개 발주기관을 대상으로 설문조사를 실시한 결과를 요약하면 다음과 같다.

1) 클레임 발생사유 및 유형 분석

표 2.14 건설산업 추진단계별 클레임 발생사유 및 유형⁶⁹⁾

원인발생 단계별	클레임 사유 및 유형	응답수 (개)	비율(%)
발주이전	- 설계서와 현장상태의 불일치	247	20.53
	- 발주자의 추가공사 지시	175	14.55
	- 설계변경에 따른 계약금액 조정	161	13.38
	- 민원비용 부담	121	10.06
	- 계약상 책임한계의 불분명	90	7.48
	- 설계상의 작업범위의 모호	74	6.15
	- 계약문서 해석	41	3.41

68) 안성조, '분쟁의 예방과 해결방법', 경기법학논총, 경기대학교법학연구실, 2000, pp. 308-309.

69) 김경래, '공정한 계약문화 정착을 위한 건설클레임 발전방안', 21세기 건설산업진흥 촉진을 위한 세미나, 대한건설협회·한국건설산업연구원, 2000.7, p. 11.

소계		909	75.56
발주이후	- 물가변동에 따른 계약금액 조정	109	9.06
	- 공기지연 또는 단축에 따른 비용보상	57	4.74
	- 선금금 및 기성대가 지급	36	2.99
	- 불합리한 감독 및 검사	34	2.83
	- 자재지급지연 또는 불량자재 지급	31	2.58
	- 관계법령의 개정에 따른 비용부담 증가	15	1.25
	- 타 시공업체의 시공차질로 인한 공사진행 방해 또는 중단	12	1.00
소계		294	24.45
합계		1,203	100.0

2) 클레임 실태 조사

상기의 설문조사를 할 당시 응답자의 19.7%(79개사)만이 클레임에 대해 잘 알고 있다고 대답하여 클레임에 대한 인식수준이 아주 저조한 것으로 나타났고, 건설공사는 발주(계약)이전단계에서 이미 클레임이 내재하고 있는 것으로 나타났다. 클레임제기 경험이 있는 업체가 36.41%(146개사)에 불과하고 대다수 업체가 클레임을 제기한 경험이 없다고 응답하고 있어 건설회사 대부분이 클레임을 적절하게 활용하지 못하고 있는 것으로 나타났다. 그러나 2000년대 중반이후 최근에는 클레임에 대한 인식이 상당히 높아 거의 대부분 클레임을 긍정적으로 인식하고 있다.

3) 클레임에 대한 의식구조

대다수 시공사의 클레임에 대한 인식은 발주청과의 불공정한 계약조건과 계약내용에 대한 발주청의 임의해석이나 감사를 의식한 발주관서의 클레임 기피현상 등으로 인식하고 있다. 발주자가 클레임을 기피하는 원인에 대하여 시공사의 무리한 클레임 요구나 클레임 준비부족 및 미숙과 같이 시공사의 책임으로 여기지 않고 그 원인을 계약상대방의 책임으로 돌리고 있는 경향이 많다. 시공자는 클레임이 적절하게 해결되기보다는 발주관서의 입장이나 편의에 의해 부당하게 처리된다는 생각이 대부분인 것 같다.

발주자는 시공사의 클레임제기 행위에 대하여 ‘시공사의 정당한 권리라는 인식보다는 시공자의 책임회피수단 또는 저가수주에 대한 수지반회’로 인식하고 있다고 응답하여 시공자의 클레임 제기에 부정적이며 많은 심리적 부담을 가지고 있는 것으로 나타나고 있다.

클레임이 제대로 해결되지 않을 경우 가장 영향을 받는 부분에 대해 시공자의 경영악화, 공사 관련 주체간의 불화로 인한 공사차질, 하도급자의 피해, 부실공사의 순으로 나타나 있다. 시공사가 제기한 클레임이 제대로 해결되지 않을 경우 추가공사비 발생으로 공사수행에 차질을 빚는 현상이 초래된다. 또한 시공자는 여기서 생기는 손실을 모두 자사 기업 내부에서 흡수하기보다는 실행예산에 맞추어 저가자원을 투입하여 공사를 부실하게 하거나 하도급자에게 전가시키는 방법을 택하게 된다. 이런 점에서 발주자나 시공자는 물론 감리자, 설계자 모두 부실공사를 방지하기 위해서라도 건설클레임을 신중하게 다루어야 한다는 인식이다.

4) 향후 클레임 전망

건설현장에서 분쟁해결 방법이 점점 투명해질 것이므로 향후 클레임의 발생건수는 절대적으로 증가할 것으로 보인다. 그러나 현재의 클레임이 분쟁으로 갈 경우에는 현행 건설분쟁해결기구인 조정기구나 중재기관 또는 법원에 소송만으로는 복잡한 분쟁을 적절하게 해결하지 못할 것이라는 분석이다.

이에 대한 보완수단으로 현장 및 발주처 간 협의기구 설치와 정부부처 산하의 조정기구가 아닌 민간 조정기구 설치가 법정기구보다는 자율적 해결이 가능한 임의기구 설치를 선호하고 있는 것으로 나타났다.

현행 국가계약법령은 발주자와 시공사간의 계약상 권리·의무관계를 어떻게 규정하고 있는가라는 물음에 대해서는 대다수 업체(84.75%, 339개사)가 국가계약법령이 발주자의 입장을 주로 반영하고 있다고 인식하고 있다.

5) 클레임에 대한 발주기관의 견해 및 분석

① 발주기관의 관심부분

공사발주 시 발주자가 가장 비중을 두는 부분은 무엇보다도 공사기간 내 목

적물을 하자 없이 완벽하게 시공하는 것이며, 시공사의 저가수주는 발주자의 계약관리에도 많은 부담으로 작용하고 있다고 보고 있다. 아울러 계약이행 과정에서 안전사고 없이 시공하여야 할 것이고 분쟁이 발생하더라도 당사자 간에 원만하게 해결되어 대외로 나가는 일이 없어야 할 것이다.

② 향후 클레임의 전망

향후 클레임제기는 점차적으로 증가할 것으로 보고 있다. 현행 우리나라 국가계약법령이나 발주기관이 사용하는 계약문서가 발주자와 시공자의 권한과 의무를 규정하는 형평성과 관련하여서는 대부분이 시공자의 입장도 반영하고는 있으나 여전히 발주자의 입장에 치우친다는 결론이 나왔다.

시공자가 제기하는 클레임에 대하여 부분적으로 타당성이 있다고 생각하고 있고 건설클레임은 향후 계약관리의 투명화·합리화로 연결되어 공정한 계약문화 정착에 기여하리라고 보고 건설환경을 변화시키고 발전시키는데 중요한 역할을 할 것으로 인식하고 있다.

③ 발주자의 클레임에 대한 부담

시공사가 제기한 클레임이 타당성을 확보하고 있을 경우 계약금액조정으로 공사비를 증액시켜야 하나 예산상의 제약과 감사 수감으로 인하여 클레임 해결에 적극적으로 수용하지 못하는 큰 부담으로 작용하고 있는 것으로 나타났다. 아울러 클레임의 해결주체는 발주자라는 인식이 설계자, 감리자, 시공사보다는 크게 나타났으나, 클레임 해결을 위하여 공사 관련 주체가 참여하는 협의기구나 참여기구의 설치·운영하는 제도적인 장치가 없어 클레임 해결시스템은 절대적으로 취약하다고 생각하고 있다.

6) 설문조사의 분석

대한건설업체에서 실시한 건설업체와 발주기관의 설문조사결과를 분석에 의하면 향후 클레임이 증가할 것이라는 인식은 발주자나 시공자나 같이하고 있는 것으로 나타났다. 건설사업의 추진 단계별 클레임 발생사유 조사결과 발주 이후의 단계보다는 발주이전 단계에 많은 클레임 원인들이 내재되어 있었다. 이는 일방당사자인 발주자는 특정다수를 상대로 하여 계약상대자를 선정하기 때문에 계약내용이나 계약조건이 약관형식으로 발주자가 작성하기 때문에 계

약상대자보다 발주자의 의도가 우선 반영된 것이라고 생각한다. 이러한 클레임에 대하여 적극적으로 대처하기 위해서는 발주자나 시공자의 클레임에 대한 올바른 인식이 필요하고, 발주이전 단계에 많이 내포되어있는 클레임 발생요인을 사전에 예방하는 것이 필요하고 발주이후에도 발생한 클레임을 적극적으로 해결하려는 의지와 노력이 필요하다.

① 클레임에 대한 긍정적인 인식 확산

클레임에 대한 긍정적인 인식 확산을 위해서는 무엇보다도 발주자의 클레임에 대한 인식이 중요하다. 클레임으로 인해 시공자가 발주자와의 관계악화를 우려하고 있으므로 발주기관이 시공자의 클레임을 긍정적으로 이해하는 의식 전환이 필요하다. 발주자가 클레임을 수용하여 해결하더라도 감사수감문제를 기피하고 우려하는 경향이 많으므로 발주기관의 감사기관도 클레임 해결을 정당한 분쟁해결방법으로 권장하는 지도 감사가 필요하다.

② 클레임발생 예방

발주이전 단계에서 발생하기 쉬운 클레임의 원인들을 사전에 예방하기 위해 체계적인 사업계획의 수립과 국가계약법령을 비롯한 건설관계법규의 형평성을 확보해야 한다.

③ 클레임해결 시스템 취약

아직까지 건설현장에서 클레임이 발생하여도 이를 적극적으로 해결할 수 있는 시스템이 취약하다. 몇몇 발주기관에서 임의로 클레임 협의기구나 분쟁과 관련한 자문기구 설치·운영을 계획하고 있으나 이들은 법적 근거를 가지고 활동하지 못하는 실정이다. 또한 분쟁관련 자문위원이나 심의위원들의 전문성과 공정성에 대한 문제로 인하여 아직까지 활성화되지 못하고 있다. 따라서 현재 클레임이 발생하여도 계약당사자들 간의 협상을 통한 클레임의 해결을 위한 적극적인 자세가 없다면 바로 분쟁으로 직결되어 이에 대한 해결을 중재나 소송에 의지하고 있는 실정이다. 이로 인하여 발주기관과 시공자의 관계는 악화되고 있으며 판정결과와 관계없이 발주자나 시공사 모두 클레임에 대한 부정적인 시각을 가지게 될 것이다.

2.7.2 대법원 판례로 본 분쟁발생 원인과 협의 가능성 분석

대법원 판례나 중재판정⁷⁰⁾을 통하여 분쟁단계로 가지 않고 분쟁이전단계에서 협의에 의한 방법으로 해결될 수 있는 방법을 추론해 보았다.

대법원 판결이나 중재판정은 분쟁발생 당시 관계법에 의해 사실관계에 대한 판단이므로 현 시점에서 분쟁으로 진행되는 과정의 복잡한 상관관계는 알 수가 없다. 따라서 현 시점에서 쟁점과 판정결과에 근거하여 분쟁으로 가지 않고 협의에 의해 해결될 수 있는 사항을 추론할 수밖에 없다. 전개방법은 과거에 나타났던 일에 근거해 미래에 어떤 것이 일어날지를 예측하여 대안을 제시하는 귀납적 추리로 전개한다.

표 2.15 (1)-(4)의 사례에서 양당사자가 분쟁으로 가지 않고 협의에 의해 해결이 가능하다고 가정할 때 판결내용으로부터 역으로 추정하여 체크해 봐야 할 사항은 다음과 같다. 단, 전제조건은 ‘분쟁사례의 판정결과’가 분쟁이 아닌 협의에 의한 해결 시에도 그 결과는 동일하다고 가정한다.

- ① 판결 내용에 의거한 쟁점의 본질은 무엇인가?
- ② 분쟁으로 갈수밖에 없는 원인은 어디에 있는가?
- ③ 분쟁으로 갈 수밖에 없는 문제인가 혹은 협의에 의해 해결이 가능한가?
- ④ 협의가 가능하다면 예상 합의점은?

시공 중 분쟁의 주요쟁점에 대한 대법원 판례 및 중재판정 사례를 통하여 표 2.15 (1)-(4)와 같이 쟁점사안에 대해 분쟁발생 원인 추정과 분쟁이전단계에서의 협상 가능성을 분석한 결과 다음과 정리하였다.

1) 분쟁단계로 가는 근본적인 원인

- ① 쟁점사안에 대해 분쟁당사자의 법적 판단이 부족하고 사후 자기결정에 대한 책임소재 문제에 대해 우려하기 때문인 것 같다.
- ② 상대방의 협상에 대한 거부로 협상의 여지를 남겨두지 않고 있으며, 적극적으로 문제해결을 위한 의지가 없는 것으로 보인다.
- ③ 소통부재로 대화가 단절되고 협의에 의한 해결을 기피하는 경우이다.

70) 길기관, ‘판례로 보는 건설분쟁의 쟁점과 해법’. 일빛, 2009, p. 151, p. 155, p. 159, p.181, p. 184. ; 대한건설협회, ‘건설공사 판례·중재 사례집’, 일간건설신문, 2004, p. 129, p. 133, p. 215, p.221.

2) 분쟁단계 해결방법의 문제점

① 법원의 판결이나 중재판정의 경우 관계법과 계약조건에 의거하여 사실관계에 대해 판결을 내리므로, 양당사자의 분쟁해결 목적달성이 협상에 의한 부분적인 해결가능성 보다 낮다고 볼 수 있다.

② 왜냐하면 소송에 의한 판정은 일도양단(一刀兩斷)의 판정이지만 협상은 문제점 해결을 위한 양당사자의 이해와 수용 또는 양보범위가 있기 때문이다.

③ 또한 소송은 많은 시간과 고비용 발생 그리고 양당사자간의 우호관계 단절 등 리스크를 안고 있다.

3) 분쟁이전단계에서 협상으로 진행되었을 경우 해결 효과

① 분쟁단계의 해결결과는 WIN-LOSE 인 반면 협상은 WIN-WIN 방법으로 해결된다.

② 소송에 의한 판정은 승패가 분명하지만 협상은 주고받는 협상진행을 통하여 부분적인 목적을 성취할 수가 있다.

③ 분쟁비용이 발생하지 않고 양당사자 사이 우호적인 관계를 지속적으로 유지할 수가 있다.

4) 실효성 있는 협상제도의 필요

① 분쟁예방을 위해 현행 자율적이고 소극적인 협의로는 타결방법에 한계가 있다.

② 적극적 문제해결 의지가 없는 협의는 계속 분쟁으로 가게 된다.

③ 협상이 가능한 사안에 대해서는 다른 쟁점의 협상을 염두에 두고라도 적극적으로 문제를 해결하려는 의지가 중요하다.

④ 실효성있는 협상을 하려면 제도적 장치를 갖춘 협상으로 책임과 의무를 갖게 하여 구속력이 있도록 한다.

⑤ 문제를 협의해 나가는 협상의 방법과 기술이 필요하다.

표 2.15 (1) 대법원 판례 및 중재판정 사례로 본 분쟁발생 원인 추정 및 협상가능성 분석

사례	①쟁점	②판결내용	③판례 또는 중재판정	④협상결과와의 가정	⑤분쟁단계로 가는 원인	⑥협상의 가능성	⑦협의 예상 합의점
1. 물가변동으로 인한 계약금액 조정을 배제하는 특약의 효력	국가나 지방자치단체와의 계약에서 물가변동이 있더라도 계약금액을 조정하지 않기로 하는 약정을 할수 있는가?	사인간의 계약과 마찬가지로 유효한 약정이다.	대법원 2003 다318판결	사인간의 계약이므로 특약효력이 있다.	원고의 관계법과 피고의 사인간의 계약이 대립된 주장으로 협상의 여지가 없으나, 피고의 지속적인 설득이 부족	다른 쟁점사안과 병행하면 본 사안도 협상이 가능	1차적으로 수용 또는 양보 후 향후 다른 건의 협상시 주장 관철로 우호적 관계 유지
2. 계약금액 조정 청구권의 관원	당사자 사이에 물가변동으로 인한 계약금액조정에 관한 특약을 맺지 않았더라도 국가계약법령만을 근거로 계약금액의 조정을 청구할 수 있는가?	당사자 사이의 약정이 없다면 청구할 수 없는 것으로 본다.(위 소송은 국가가 원고로서 계약상대방인 피고를 상대로 채무존재 소송을 제기한 것이다	대법원 2003 다318판결	약정이 없으면 청구권이 없다.	쟁점자체가 협상에 의해 해결될 수 있는 사안이 아니라고 판단 원고(국가)가 적극적인 방어(충만한 협상이 없어 보임)	피고는 다른 쟁점사안과 병행하면 본 사안도 협상이 가능	수용 또는 양보 후 향후 다른 설계변경 협상시 유리한 조건 확보하여 타결

표 2.15 (2) 대법원 판례 및 중재판정 사례로 본 분쟁발생 원인 추정 및 협상가능성 분석

사례	①쟁점	②판결내용	③판례 또는 중재판정	④협상결과과의 가정	⑤분쟁단계로 가는 원인	⑥협상의 가능성	⑦협의 예상 합의점
3.당사자의 신청에 의한 조정	국가는 계약상대방이 신청하지 않더라도 계약금액을 조정할 의무가 있는가?	당사자가 계약금 액의 조정을 신청하지 않으면 상대방은 계약금액을 조정할 의무가 없다.	대법원 2004 다28825판결	협상에 의해 진행되더라도 계약금액의 조정을 불가	양당사자는 더 이상 협상의 여지가 없다고 판단(적극적인 문제해결지세 여부)	사안 자체는 협상의 여지가 없으나 여러 쟁점사안과 병행하면 협상이 가능함	협상시 원고는 다른 사안과 함께 협의하여 반대급부를 받을 수도 있었을 것임
4.지체상금의 면제사유 여부	이례적으로 잦은 강우 혹은 혹한 등의 날씨관계로 약정한 준공기한을 넘겼다는 것이 불가항력의 사유인가?	이와같은 사유는 지체상금의 면제사유인 불가항력이 아니다.	대법원 2001 다1386판결	일기조건은 공기업의 설비에 설명에 있어 지체상금 면제사유에 해당되지 않는다.	공사관계자 사이에 소통이 원만하지 못했을 가능성. 대체로 지체상금을 피할 수 있음	어렵지만 충분히 협상의 여지가 있음	지체상금 결정되기 전에 공기업의 타당한 사유를 충분히 협의하여 관철시킬 수 있음
5.귀책사유와 입증책임	공사완성의 지연에 귀책사유가 없다는 입증책임점에 대한 입증책임은 누구에게 있는가?	지체의 책임을 면하려는 수급인이 자신에게 귀책사유가 없다는 점을 입증해야 한다.	대법원 2003 다60136판결	공사완성의 책임이 수급인에게 있다.	수급인의 책임 회피 또는 공동 책임을 유도하기 위함	협약가능	협의에 의해 상대방도 부분적으로 책임 분담이 가능함

표 2.15 (3) 대법원 판례 및 중재판정 사례로 본 분쟁발생 원인 추정 및 협상가능성 분석

사례	①쟁점	②판결내용	③판례 또는 중재판정	④협상결과와 가정	⑤분쟁단계로 가는 원인	⑥협상의 가능성	⑦협의 예상 합의점
6.관급자제 공금 지연으로 인한 지체상금 면책	관급자제 공금지연 으로 인하여 공기지연 에 따른 지체상금은 면책이 되는가?	중요관급 자제의 공금지연으로 공 사진행이 불가할 경우 지체일수를 공제한다.	대한상사중 재원중재 판 정 1998.	발주자의 귀책 사유로 인한 공 기지연장에 대한 지체상금은 면 책이다.	소통부재와 절로 협상의 의 지 부족	관급자제 공금 지연에 따른 지 체 상금 면책 은 협의대상	협의에 의해 부 본적 해결 가능
7.도급계약에 있 어서 시공자의 지연 및 하자공 사로 인한 손해 배상	공기지연 및 하자공 사가 시공자의 전적 인 책임인가?	신청인도 시공사 인 피신청인과 같 이 공사지연 및 불이행에 대한 책 임도 있다.	대한상사중 재원중재 판 정 사건번호 제 93내 36호 (1995.9.22)	공사지연에 대 한 책임은 신청 자 피신청인 양 자의 공동책임	자체적으로 협 의하기에는 분 쟁 사안의 규모 가 크다고 판단	시공중 쟁점사 안에 대해 부분 적인 협의 가능	협의에 의해 공 기지연에 대한 책임 분담 가능
8.관계법규의 개 정 및 공사기간 변경에 따른 계 약금액 조정	물가변경으로 인한 계약금액조정과 발주 자의 사정으로 설계 변경 및 공사기간 연 장에 대한 간접비를 청구할 수 있는지 여 부?	물가변경으로 인 한 계약금액 조정 은 이유가 있으나 공기연장 간접비 는 기각한다.	대한상사중 재원 중재판정 사건번호 제01111-003 7호(2001.10.2 0)	물가변동 적용 은 가능하나 설 계변경 공기연 장간접비는 불 가	신청인은 간접 비에 대한 추가 공사비 청구가 불가능한 줄 알 면서도 추진	분쟁 전에 한건 은 수용하도록 협의 가능	물가변동은 가 능하나 설계변 경간접비 청구 는 불가

표 2.15 (4) 대법원 판례 및 중재판정 사례로 본 분쟁발생 원인 추정 및 협상가능성 분석

사례	①쟁점	②판결내용	③판례 또는 중재판정	④협상결과에의 가정	⑤분쟁단계로 가는 원인	⑥협상의 가능성	⑦협의 예상 합의점
9.동절기 공사중 지등 공기연장에 따른 추가비용	피신청인의 귀책 사유로 인한 공기 연장의 경우 추가 비용을 청구할수 있는지 여부	피신청인의 귀책 사유가 분명하게 입증되 도면 공기 연장 등 추가 공사비 지급은 이유 가 있다.	대한상사중재원 중재판정 사건번호 제0111-0051호 제0111-0051호(2002.2.14)	발주자의 귀책 사유가 분명한 경우 간접비 청구 가능	신청인의 공기 연장간접비 청구에 대한 피신청인의 거부	자체적으로 협의 가능	간접비 추가부분에 대한 부분적인 합의 가능

제3장 건설공사 시공 중 분쟁의 원인 및 문제점

3.1 분쟁이전단계의 갈등구조와 문제점

IMF 외환위기 이후 건설공사 현장의 공사수행과정에서 클레임이나 분쟁이 점차 증가하고 있는 현상에 대해 다음과 같은 두 가지 측면을 생각해 볼 수 있다.

첫째, 정부 공공공사의 경우 발주청을 상대로 계약한 건설업체들이 공사 수행 중 건설공사 계약의 중요성을 인식하고 기존의 계약이행관행에 의존하기 보다는 계약상대자인 시공사가 자신들의 계약상 권리를 합법적으로 주장하고 정당한 보상을 받고자 한다는 점이다.

둘째, 건설시장의 침체가 장기화 되면서 경영상의 불황을 타개하기 위해 수주물량의 확보 뿐 만 아니라, 수주 받은 현장의 합리적인 관리를 통한 수익성 제고에 관심을 두지 않을 수 없을 정도로 건설업계 전반의 어려움이 가중되고 있다는 것을 반증하는 것이기도 하다는 점이다.⁷¹⁾

따라서 이러한 건설환경의 여건 하에서 건설공사현장에서는 시공 중 공사관계자들 간에 의견대립과 갈등이 자연히 형성되고 크고 작은 분쟁이 일어날 수 밖에 없는 실정이다.

3.1.1 공사이해관계자 간의 대립된 업무구조

건설공사현장에 참여하는 공사관계자의 구성은 발주청의 계약담당공무원과 공사감독관, 발주청의 공사감독업무를 대행하는 감리원(책임감리), 발주청으로부터 공사를 도급받아 시공하는 시공사(현장대리인) 등 삼각구도로 구성되어 있다. 이들 공사관계자들은 수요자의 요구에 맞는 목적물을 성공적으로 완수해야 하는 공동의 목적은 같으나, 업무 수행상 서로 상이한 구조로 되어 있고

71) 두성규, '건설분쟁해결제도의 합리적 개선' 한국건설산업연구원, 건설경제, 2004년(통권40호), p. 81.

책무가 다르므로 이해관계에 따라 각자의 주장과 입장차이로 인하여 대립과 갈등이 존재하게 된다.

1) 계약담당공무원

계약담당공무원이라 함은 법령에 의하여 세입세출외의 자금 또는 기금의 출납의 원인이 되는 계약을 담당하는 공무원을 말한다. 정부 중앙부서의 장이 계약에 관한 사무를 그 소속 공무원에게 위임하지 아니하고 직접 처리하는 경우에는 이를 계약담당공무원으로 본다.⁷²⁾

2) 공사감독관

발주처의 공사감독관은 공사계약일반조건 제2조의 규정에 의하여 공사계약일반조건 제16조에 규정된 업무를 수행하기 위하여 계약된 공사의 수행과 품질의 확보 및 향상을 위하여 정부가 임명한 기술직원 또는 그의 대리인으로 당해 공사 전반에 관한 감독업무를 수행하고 감리업무를 총괄하는 자를 말한다.⁷³⁾ 발주처의 공사규모와 특성에 따라 발주처의 기술직 공무원이 공사현장의 업무연락관으로서 공사감독관 업무를 수행하기도 한다.

책임감리를 하는 공사의 경우, 발주자는 공사를 발주하여 계약을 체결한 후 감독업무를 대행할 감리자를 선정한다. 계약담당공무원과 발주처의 공사감독관은 현장에서 감리업무를 수행하는 감리자와 시공을 담당하는 계약상대자인 시공자로 하여금 공사를 성공적으로 수행할 수 있도록 관리 감독하고, 주어진 공사기간 내에 목적물이 성공적으로 수행될 수 있도록 수요기관의 사업목적을 충족시켜야 한다.

3) 감리원

공사계약일반조건 제2조 3항에서 감독업무를 수행하기 위하여 정부가 임명한 기술

72) ‘공사계약일반조건’ 제2조(정의) 이 조건에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. “계약담당공무원”이라 함은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙」(이하 “시행규칙”이라 한다) 제2조의 규정에 의한 공무원을 말한다.

73) ‘공사계약일반조건’ 제16조(공사감독관) ①공사감독관은 계약된 공사의 수행과 품질의 확보 및 향상을 위하여 「건설기술관리법」 제27조제4항 및 동법 시행령 제52조의 규정에 의한 감리원의 업무범위에서 정한 내용 및 이 조건에서 규정한 업무를 행한다.

직원 또는 그의 대리인으로서, 「건설기술관리법」 제27조의 규정에 의하여 책임감리를 하는 공사에 있어서는 당해공사의 감리를 수행하는 감리원이 ‘공사감독관’이 된다.⁷⁴⁾

감리원은 발주자의 사업목적과 방향에 부합되도록 감독업무를 수행함에 있어서, 해당공사가 설계도서, 계약서, 공정계획표, 기타 계약관계서류의 내용대로 시공되는지를 공사시행 단계별로 확인·검측하고 품질·시공·안전·환경 관리에 필요한 감독업무를 성실히 수행하여야 한다.

4) 시공자

시공자란 「건설산업기본법」 제2조 제5호에 따른 건설업자 및 「주택법」 제9조에 따른 주택건설사업에 등록한 자로서 당해 공사를 도급받은 건설업자 또는 하도급업자를 말한다. 시공자는 발주처에 대한 계약상대자로서 정부와 공사계약을 체결한 자연인 또는 법인이 되고, 시공자(건설회사)는 현장대리인을 현장에 상주시켜 시공자로서 공사업무 일체를 수행한다.⁷⁵⁾

시공사의 현장대리인(현장소장)은 발주자에 대해 해당공사의 목적물을 계약 내용대로 성공적으로 완수해야 할 채무가 있지만, 공사 실행예산 범위 내 준공하여 회사에 수익을 내도록 하고 손실이 발생하지 않도록 공사를 운영하고 관리해야 할 책임이 부여된 자이다.

상기와 같이 각자 맡은 임무가 서로 다른 구조적인 문제로 인하여, 공사를 수행하는 과정에서 입장차이가 다르고 공사관계자 사이에는 대립과 갈등이 항상 존재한다.

3.1.2 분쟁이전단계 갈등문제 진단

74) ‘공사계약일반조건’ 제2조(정의) 3. “공사감독관”이라 함은 제16조에 규정된 임무를 수행하기 위하여 정부가 임명한 기술직원 또는 그의 대리인을 말한다. 다만, 「건설기술관리법」 제27조의 규정에 의하여 책임감리를 하는 공사에 있어서는 당해공사의 감리를 수행하는 감리원을 말한다.

75) ‘공사계약일반조건’ 제2조(정의) 이 조건에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 2. “계약상대자”라 함은 정부와 공사계약을 체결한 자연인 또는 법인을 말한다. 제14조(공사현장대리인) ①계약상대자는 계약된 공사에 적격한 공사현장대리인(국가기술자격취득자 또는 「건설기술관리법」 등 관계법령에 의하여 기술자로 인정하고 있는 자를 말한다. 이하 같다)을 지명하여 계약담당공무원에게 통지하여야 한다. ②공사현장대리인은 공사현장에 상주하여 계약문서와 공사감독관의 지시에 따라 공사현장의 단속 및 공사에 관한 모든 사항을 처리하여야 한다.

1) 공사감독자의 우월적인 지위

건설현장 공사수행 중에 발주청의 공사감독관(또는 감리원)이 감독업무(또는 감리업무)를 수행하는 과정에서 개개인의 성향에 따라 다르겠지만, 신의와 성실의 원칙을 바탕으로 한 합리적이고 정당한 감독업무를 수행하지 않고 우월적인 지위에서 사견(私見)에 치우쳐 편향적으로 관리·감독업무를 수행하는 현상을 가끔 보게 된다. 이런 상황이 지속되면 시공사로서는 계획공정이 지연되는 등 공사진척에 무척 어려움을 겪게 된다. 시공사가 부진공정을 만회하고 계획공정대로 추진하기 위해서는 공정만회를 위한 돌관작업을 수행할 수밖에 없고 계약금액 외 추가비용이 발생하게 되는 등 수지 부담을 안게 된다. 예컨대 일방적인 공사중지 명령이나 재시공 명령, 추가공사 요구, 현장인도 지연, 설계변경 반영 거부, 시공의 책임소재 문제, 감독의 하자, 방침결정 지연, 도면·시험검사의 지연, 불합리한 승인 거부 등이 시공사에게는 공정부진의 원인이 되고 공사수지에 치명적인 영향을 준다. 이로 인하여 발주자(또는 감리원)와 시공사 간의 의견이 대립되어 갈등이 증폭되면 분쟁의 발단이 시작된다.

2) 시공사와 감리원사이 계약조건상 업무 관계설정 불분명

건설현장에서 감독업무를 수행하는 자는 국토해양부 ‘건설공사감독자 업무지침’에 의거하여 감독업무를 수행하고, 감리원의 경우 국토해양부 고시 ‘시공참여자업무수행지침서’⁷⁶⁾(이하 ‘지침서’라 한다)에 의거하여 감리업무를 수행하게 된다. 감독자의 감독업무기준과 방법에 있어서 문제가 될 수 있는 부분은 다음과 같다.

① 공정성을 벗어난 과도한 검측기준

대부분의 건설현장에서는 이 ‘지침서’에 의해 감리원이 감리업무를 수행하게 되는데, 시공사의 입장에서 보면 감리원이 공정성을 벗어나 지나친 검사·검측기준에 의한 지시나 통제로 인하여 시공사가 공사추진에 방해를 받는다고 판단하여 마찰과 갈등이 종종 일어난다. 감리원의 감리업무 수행 시 시공사가

76) 국토해양부 고시 제2009-966호(2009.10.6) ; 국토해양부 고시 2009-772호('09.8.24)로 고시된 ‘시공감리업무수행지침서’를 ‘시공감리현장참여자업무지침서’로 전부 개정하여 고시함.

그 판단기준을 시비한다는 것이 참으로 난감한 일임은 분명하다. 그러나 감리원이 통념적인 공사 운영의 범주를 벗어나 과도한 통제나 제재로 인하여 공사 운영상에 심각한 문제를 초래할 수밖에 없다고 판단할 경우, 시공사로서는 어떤 합법적인 방법으로 대응을 할 수 있는지가 문제이다. 예컨대 건설기술관리법 상의 '지침서'에 의해 감리업무를 수행할 때, 감리원이 '지침서의 OO규정에 따라야 한다'고 지시하는 경우가 있다. 이 경우에 감리원이 설계도면이나 지방규정에 의해 검측하고 판단해야 함에도 불구하고 감리업무수행 '지침서'를 검측이나 승인의 판단기준으로 혼용하여 지나친 해석으로 적용할 때가 문제이다. 시공사의 입장에서 보면 이 '지침서'가 발주청의 계약상대자인 시공사에게 계약문서로서 적용을 받게 되는지 문제를 제기하지 않을 수 없다.

② 감리업무수행지침서의 적용범위 문제

일반적으로 건설현장에서는 계약을 체결할 당시 이 '지침서'가 발주처와 계약상대자인 시공사 간의 계약내용으로 명시된 곳이 없다. '지침서'는 시공감리업무의 세부절차 및 방법 등을 정함을 목적으로 하고 있으므로 현장감리업무수행을 위한 지침서는 될 수 있지만, 시공사의 입장에서 볼 때에는 지침서가 공사를 수행하기 위한 지방서나 도면은 될 수 없을 것이다. 건설기술관리법 시행령 제52조에 책임감리의 업무범위⁷⁷⁾에 관한 사항도 감리원의 업무내용과 범위에 관한 사항이지 시공사의 업무범위는 아니다. 물론 시공사가 감리업무수행을 위하여 협조하고 준행해야 할 사항들이지만 감리원의 시공사에 대한 감독과 통제의 수단으로 잘못 이용되어서는 아니 될 것이다.

발주처로부터 공사감독 권한을 위임받아 그 업무를 대행하는 감리원이 지침서의 모든 규정을 공사지방서처럼 인식하고 시공사에게 일방적이고 포괄적으로 적용하여 과도한 통제나 지시로 감독업무를 수행할 경우 공정이 지연되거나 공사운영상 여러 가지 문제가 발생하게 된다. 이로 인하여 시공 중인 현장에서 감리원과 시공사와의 갈등과 대립이 누적되고 악화되면 분쟁의 원인이 되는 것이다. 공사 운영의 어려움을 겪는 시공사의 입장에서 보면 시공사에 대한 감리원의 책임과 권한이 불분명하고 계약범위 외 권한을 남용하는 것처럼 여겨질 수가 있다.

77) '건설기술관리법 시행령' 제52조(감리원의 업무범위 및 배치기준등) ①법 제27조제4항의 규정에 의한 책임감리를 수행하는 감리원의 업무범위는 다음 각 호와 같다.<개정 2008.2.29>.

③ 시공사와 감리원사이 계약조건 상 관계설정이 미흡

공사현장에서 직접적인 공사관계자는 시공사와 감리원인데, 현재 우리나라 공공공사의 계약관계는 발주처와 시공사, 발주처와 감리자의 감리용역 계약관계만 명시되었고, 직접공사관계자인 시공사와 감리원사이 계약조건 상 관계설정이 미흡한 상태이다.

발주자와 감리자와의 계약관계와 발주자와 시공사의 계약관계가 별개로 나누어져 있어 감리원이 시공사를 상대로 한 발주청으로부터 위임받은 공사감독의 책임과 범위에 대한 구체적인 설명이 부족한 것 같다. 감리원에게 공사감독의 권한이 부여되었으므로 시공사는 관례적으로 감리원의 통제를 따르지만, 건설현장에서 감리원은 발주처의 감독자에 대한 책임만 부여되어 있고 시공사에 대한 감리원의 책임과 의무가 구체적으로 명시된 사항은 없다.

현실적으로 건설현장에서 감리원과 시공사 간의 관계설정은 과거 시공사에 대한 발주청 공사감독과 같은 관계는 될 수 없다. 감리원의 업무구조상 발주청에 대해서는 권한은 제한되어 있는 반면 책임과 의무는 부여되어 있고, 시공사에 대해서는 제한된 권한으로 감독업무를 수행해야 하는 업무상 독립적인 처지에 놓여있다고 볼 수 있다.

3) 시공검측 및 검사, 승인 허가절차와 기준 문제

감리원이 지방규정과 감리업무지침서의 규정에 의해 자재검수나 시공검측을 하는 과정에서 검사기준은 지방서와 설계도면이지만 판단기준은 자의에 의해서 업무를 수행하게 되는데, 이 경우 때로는 감리원의 사적 감정이 의도적으로 개입되어 검측이나 검사, 승인 등의 절차가 지연되는 사례가 적지 않은 경우를 볼 수 있다.

예컨대 공사현장에서 시공검측이나 자재검수 또는 기타 감리원의 승인을 득해야 하는 사안에 대해 감리원의 입장에서 보면 시공자가 지방규정이나 설계도면에 맞게 시공하는지 검측하고 규정에 어긋나면 제대로 시공하도록 감독해야 할 책임과 의무가 있다. 그리고 시공사가 지방규정에 맞게 공사를 수행하지 않아 부실시공이나 품질에 하자가 발생하게 되면 감리원에게 감독책임 문제가 귀속되므로 감독업무를 엄격하게 강화해야 한다고 주장한다. 반면 시공

사의 입장에서 볼 때 현장 공사과정의 품질이 평균수준 이상의 품질관리를 해왔고 평상시와 같이 검사과정에서도 문제가 없으며, 시공과정에서 중대한 과실이 아니고 기술적인 측면에서도 객관적으로 품질에 하자가 없다고 판단함에도 공사추진에 제동이 걸린다고 억울해 할 수도 있다. 그러나 시방규정에 비추어 감리원의 검측과정이나 품질검사 판단이 재시공 또는 공사 중단⁷⁸⁾이라고 한다면, 시공사는 부득이 감리원의 지시에 따를 수밖에 없다. 결국 시공사는 공사추진과 공사손실 여부가 감리원의 판단결정에 좌우될 수밖에 없게 된다. 재시공의 경우 시공사는 공정 지연은 물론 필요한 자원을 재투입해야 하는 등 추가공사비 손실을 감수해야 하는데, 계약상대자인 원청시공사 뿐만 아니라 하도급자도 치명적인 손실을 감수하게 된다.

문제는 시방규정과 설계도면에 의한 시공검측의 기준 잣대가 어디에 있느냐가 문제이다. ‘시방규정과 설계도면에 준하여 감리원의 오랜 기술경륜에 의한 기술적 판단이나 아니면 엄격한 규정과 지침에만 의존하느냐’이다. 거기에서 사적이고 감정이 개입된 자의적인 판단이 부가되면 문제는 만만치 않다.

감리원의 시공 검측과정이나 각종 승인과정에서 시방규정과 품질규정의 엄격한 잣대에다 간혹 사적인 감정이 개입되어 검측이 까다롭게 되고 소통이 안 되어 승인절차가 지연되면, 공정이 지연되고 추가비용 투입 등 시공자는 고통을 당할 수밖에 없다. 자연히 감리원은 감독자로서의 우월적인 지위가 형성이 되면서 이를 저항하려는 시공사와 함께 공사관계자 간의 대립과 갈등이 생기게 된다.

4) 관행적인 타협방법의 문제

시공 중 공사감독자와의 관계에서 중대한 문제가 발생하였을 때, 시공자는 문제해결을 위하여 합법적이고 정당한 협의에 의한 방법으로 해결이 불가능하다고 판단될 때 공사감독자와의 대립을 피하고 불편한 관계를 해소하기 위해 비합법적인 방법으로라도 문제를 해결하려고 하는 경우가 있다. 구태적인 공사운영을 하는 공사관계자일수록 문제해결을 위해 합리적이고 투명한 방법을

78) ‘공사계약일반조건’ 제47조(공사의 일시정지) ①공사감독관은 다음 각호의 경우에는 공사의 전부 또는 일부의 이행을 정지시킬 수 있다. 이 경우 계약상대자는 정지기간중 선량한 관리자의 주의의무를 해태하여서는 아니된다. 1. 공사의 이행이 계약내용과 일치하지 아니하는 경우.

선택하기 보다는 관행적인 편법을 선택하게 된다.

시공자가 시공과정에서 감리원으로부터 시공검측의 부적격이나 품질문제 또는 공사관리의 부실로 인해 시정명령을 받을 때, 시공자는 감리원의 수정보완 지시가 정당하고 기술적 판단으로 옳다고 판단되면 감리원의 지시를 수용하여 정당하고 적법하게 즉각적으로 대처해야 한다. 그렇게 해야만 당사자 간의 업무영역과 한계가 분명해지고 조속히 공정도 정상화할 수 있는데도 불구하고 오히려 비합리적이고 편법으로 문제를 해결하려고 하는 경향이 적지 않다.

공사관계자의 입장에서 우선 문제가 해결되고 공사는 재개되는 것 같지만 향후에도 이런 관행이 반복되고 악순환은 계속될 수밖에 없다. 우선은 좋은 관계가 유지되다가도 관계유지의 효과가 퇴색될 즈음에 또다시 공사현장에서 문제가 발생하여 공사지연 내지는 공사 중단의 상황이 발생하게 된다. 시공자와 감리원과의 냉각기가 지속되고 대립과 갈등이 지속되면, 감리자와 시공자가 피차에 고통을 당하게 되고 열악한 단가로 공사하는 하도급자는 더욱 어려움을 당하게 된다. 순쉬운 편법적인 타협과 관행적인 협상을 통한 공사 수행이 반복하다 보면 공사 수지는 악화되고 품질과 공정관리도 부진하게 된다.

현실적으로 시공자의 입장에서는 감리원과의 경직된 대립관계보다는 차라리 감독자와 좋은 관계를 유지하면서 원만하게 공사를 수행하여 공정을 앞당기는 것이 시공담당자나 하도급 현장소장으로서의 능력을 인정받고 회사에도 도움이 될지도 모른다.

5) 과도한 행정서류 및 절차문제

① 방대한 현장 공사관리 서류

감리업무수행 ‘지침서’ 상에 공사현장에서 감리원이 발주처에 보고해야 하는 서류가 실로 너무 방대하다. 더구나 공식적인 보고서류 외 발주처나 외부 감독기관의 품질·안전이나 각종 행정감사 때에는 공사현장에서는 시공자나 감리원이 협력하여 감사에 대비를 해야 하므로, 현장 시공사가 처리해야 하는 행정서류가 너무 많아 공무원들은 거의 매일 야근을 해도 감독자의 요구를 충족시킬 수 없는 실정이다.

설계도서를 비롯하여 공정현황, 설계변경 관련 서류, 품질관리 서류, 안전관

리 서류 및 집행근거, 공정관리 서류, 차수별 기성 및 준공서류 등 이러한 행정 관리서류는 통상적으로 시공자가 준비·작성한다. 시공자가 관련서류를 작성하여 감리원에게 제출하면 감리원은 취합 및 검토하는 업무를 수행하게 된다. 예컨대, 설계변경 관련서류의 경우 시공사가 여러 날 준비하여 작성한 보고서를 현장대리인이 감리원에게 제출하면, 감리원은 이를 검토하는 과정에서 수차례 수정 보완지시를 반복한 후 최종적으로 확정된 보고서를 책임감리원이 검토의견서를 첨부하여 발주처에 제출한다. 발주처에 접수된 보고서는 발주처의 공사감독관이나 업무담당자가 또다시 검토하고 수정 보완하는 절차를 반복하게 된다. 특히 설계변경 관련 서류는 공사비 증감과 관련된 중요한 사안이므로 이런 수정보완의 절차를 반복하다 보면 1년 내내 설계변경추진 업무에만 매달리게 되는 경우도 허다하다.

② 과도한 행정절차 서류

아직까지 건설현장에서 우수한 공사관리와 품질 및 안전관리는 활동업무보다는 만반의 행정서류 준비로부터 비롯된다고 해도 과언이 아니다. 외부의 각종 감사 시에 지적을 받지 않기 위한 각종서류 준비 등 과도한 행정절차 및 서류 준비는 여전히 전근대적이고 관료적인 행정절차와 업무를 벗어나지 못하고 있는 실정이다. 이런 행정서류 체계는 발주처와 감리원, 감리원과 시공사 또는 발주처와 시공사간의 종속적인 계약관행의 연속이라고 볼 수 있다.

실제 이런 과도한 행정서류절차로 인하여 공사현장의 기술개발이나 품질개선, 공정관리에 전념해야 할 현장기술자가 행정관리 업무에 밤낮 매달리는 실정이다. 건설현장에서 이런 비효율적이고 과도한 행정절차와 업무들이 공사현장 관계자인 감리원과 시공사의 업무과다로 이어지고, 지나친 행정업무의 과다로 추진해야 할 공정은 지연되고 공정만회를 위하여 자연히 간접비용의 부담도 늘어날 수밖에 없다.

③ 과도한 행정업무로 인한 대립과 갈등

이에 공사현장의 시공사는 과도한 서류와 행정절차에 대한 불만으로 행정업무간소화 등을 요구하게 되지만, 감리원은 건설산업기본법의 감리업무수행 ‘지침서’에 따라 수행해야 할 감리업무를 줄이거나 취소할 수는 없는 실정이다. 결국 감리원은 시공사와 함께 지침서 상에 부여된 과도한 업무와 중복된 업무

들로 인하여, 때로는 시공자와 감리원간의 마찰로 대립하기도 하고 감정적인 문제까지 생기기 되면 현장에서 원만한 공사추진은 어려울 수밖에 없다.

6) 공사관계자 간의 소통부재

① 소통부재로 인한 공가지연

건설현장에서 공사를 감독하는 감리원과 시공사간의 소통부재는 시공검측이나 각종 자재검수나 승인과정에서 공사 작업 현장으로까지 이어져 부정적인 영향으로 원활한 공사진행이 어려울 수밖에 없다. 감리원이 시공자에 대한 시공검측 과정에서의 승인과 방침결정의 지연, 재시공 조치 등으로 공정이 지연되면 통상적으로 공사추진의 주체인 시공사나 하도급자가 어려움을 겪을 수밖에 없다.

② 공정부진에 따른 손실발생과 하부구조의 클레임

공정부진으로 인한 공기지연은 원청시공사나 하도급자와 현장작업반(시공참여자)에 이르기까지 시공자 모두에게 간접비용 증가로 인하여 추가공사비의 손실부담을 안게 된다. 공기지연의 책임소재를 따지기 전에 공사현장의 하부구조인 영세한 시공참여자는 누적된 적자운영으로 어려움을 겪게 되고 금전적인 손실을 감당할 수 없는 한계에 도달하면, 하도급자 또는 원청시공사에게 클레임⁷⁹⁾을 제기하게 된다. 클레임이 해결되지 못하고 시공자 하부구조층이 그들의 인내에 한계점에 이르면 강력한 저항으로 상대의 약점과 부조리를 드러내는 비리폭로 등으로 문제를 해결하려고 하는 부끄러운 사건이 발생하기도 한다.

③ 공사관계자 사이 소통부재와 갈등

건설현장에서 공사관계자(발주청, 시공사 및 감리원) 간의 소통부재는 원활한 공사관리 업무시스템으로 이어지지 못하고 당사자 간의 갈등이 증폭되는 악순환의 원인이 된다. 이런 소통의 부재가 공사운영에 지장을 초래하고 공정이 부진하게 되면 공정만회를 위한 추가공사비의 투입이 불가피하게 된다. 결국 어떤 형태로든지 손실과 피해를 당한 당사자는 손실 보전을 위하여 추가공사비 청구 등 클레임과 분쟁의 발단이 될 수가 있다. 그러므로 공사현장의 관

79) 이런 클레임은 합법적이고 정당한 클레임이 아니라 적자보전을 위한 이의제기 또는 자진 작업 중단조치 및 철수 등으로 이어져 공정추진에 심각한 문제를 초래하게 된다.

행적인 구조 하에서는 시공사는 될 수 있는 대로 감독자(감리원)와의 대립을 지양하고 소통을 원만히 하는 등 감독자의 감정적인 제동에 대해 신경을 쓸 수밖에 없게 되어 있다.

7) 공기연장의 원인과 책임문제

시공사는 공정관리를 철저히 하여 계획공정대로 공사를 수행하려고 하지만 대체로 당초 수립한 계획공정을 따라가지 못하고 항상 공정부진을 면치 못한다. 공정부진은 곧 기성부진으로 이어지고 공사현장의 수지부진으로 이어진다. 현장 공사책임자는 누적된 수지부진으로 적자를 면치 못하고 있는 상황에서 제한된 공기와 실행예산 범위 내 공사를 수행하려면 상당한 어려움을 감내할 수밖에 없다. 이는 원청시공사 뿐만 아니라 하도급자에게도 같은 악순환이 연계된다. 제한된 공사기간 내 공사수행을 하지 못할 경우에 시공사는 지체상금을 물게 되는 위기에 처하게 되면 공기연장에 대한 책임소재 문제가 대두되어 클레임과 분쟁의 원인이 된다.

이러한 공정부진은 공사를 수행하는 건설현장에서는 중대한 문제 중의 하나인데, 그 원인을 분석해 보면 외적인 요인과 내부적인 요인으로 나눌 수 있다.

- ① 외부적인 요인 : 천재지변, 민원문제, 설계내용과 상이한 현장조건 등
- ② 내부적인 요인 : 시공사 시공관리 부재 또는 감리원의 감독 부실 등

내부적인 요인으로 시공사의 시공관리 부재의 경우는 시공사의 공사수행 능력이 부족한 경우로서 원청시공사의 공사관리 소홀로 인하여 공사에 투입될 자원(인적, 자금, 자재, 장비 등)이 적기에 조달되지 못하거나 하도급자의 자원 조달에 문제가 발생할 때이다. 반면 감리원의 감독 부실의 경우는 설계와 상이한 현장여건에 대한 해결지연, 공사수행을 위한 방침이나 결정 지연, 각종 품질시험 및 검사 지연, 의도적인 시공검측 지연 및 과도한 수정 요구 등으로 인해 공정이 지연되는 경우이다.

이러한 공정부진의 사유가 내부적 원인인 현장 공사관계자의 귀책사유일 경우에는 충분히 분쟁의 원인이 된다. 공정지연은 그 지연사유와 관계없이 시공사는 감리원으로부터, 시공사와 감리원은 발주자에게 끊임없는 공정만회에 대한 압박을 당한다. 이에 시공사는 지연된 공정을 만회하기 위해 공사현장을

비상경영체제로 전환하여 돌관작업을 수행하게 되고, 소요자원을 추가로 투입해야 하므로 비용은 상대적으로 증가하게 된다.

결국 공기지연에 대한 책임 문제로 분쟁이 발생하게 되는데, 발주처는 시공자에게 공기연장에 대한 지체상금⁸⁰⁾을 부과하려고 할 것이고, 시공자는 공사지연의 책임이 없다고 판단할 경우 발주처를 상대로 공기연장으로 인한 추가공사비를 청구하는 클레임을 제기하게 된다.

외국의 경우에는 공기연장의 사유를 명확히 규명하여 시공자의 귀책사유가 아닌 경우에 즉 발주자나 현장감독의 책임일 경우에는 추가비용을 청구하게 되어 있다.⁸¹⁾ 그러나 우리나라의 경우 공기연장이 발주자나 공사감독관의 귀책사유라 할지라도 해당 공무원의 문책과 불이익이 발생할 우려가 있을 경우에 시공사는 발주청과의 우호적인 관계유지 지속을 위해 공기연장으로 인한 추가공사비 청구 클레임을 제고할 수밖에 없으므로 결국 시공자의 부담으로 공정을 만회할 수밖에 없는 실정이다.

8) 기성처리제도의 문제점

우리나라 건설공사의 대다수 현장에서 기성실적(시공물량)에 대한 기성대가를 지급받는 중간기성검사 절차는 주로 정식기성신청절차에 따라 기성서류를 작성하게 되므로 그 절차가 상당히 복잡할 뿐만 아니라 기성서류 분량도 방대하다.

발주청이나 감리원의 기성신청 방법과 기준에 따라 기성서류 준비기간은 천차만별이다. 약식기성신청방법에 의해 시공물량만 확인하고 간단한 기성내역서와 기성조서만으로 기성대가를 지급하는 발주청이 있는가 하면, 발주청과 감리원이 정식기성신청절차를 고집하는 경우 시공사가 기성서류를 준비하는 단계부터 감리원의 검토 및 수정과정을 거쳐 기성물량 확정 때까지 상당한 노력과 기간 소요되기도 한다. 정식기성신청 방법에 의하면 도면 및 수량산출근거를 만드는 공사담당 직원은 별도로 하고, 기성신청 관계서류를 취합하여 산출내역서까지 출력하는데 공무원 2명이 전담하여 최하 2-3주일은 소요된다.

80) '공사계약일반조건' 제25조(지체상금).

81) 백준홍, '건설계약관리와 클레임 해결', 연세대학교출판부, 2001.2, p. 228.

기성검사를 마치고 중간 기성금을 수령함과 동시에 차기 기성서류를 만드는 작업을 해야 하는 경우도 허다하다. 현행 정식기성검사 과정을 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

- ① 공사 수행 공정진도에 따라 물량을 산출
- ② 산출근거 및 공정률 표기 또는 구분한 도면을 작성
- ③ 산출내역서 작성
- ④ 기성서류 확정 전 감리원의 검토
- ⑤ 기성서류(도면, 산출서, 산출내역서, 각종 사진 등 근거서류) 제본 작업
- ⑥ 기성신청 서류를 현장주재 감리원에 제출
- ⑦ 책임감리가 검토 확정된 기성검사 서류를 발주청에 제출
- ⑧ 발주처에서 접수된 기성서류 검토
- ⑨ 접수된 기성서류에 근거하여 1-2주 전 기성검사 일정계획을 수립하여 감리자에게 통지
- ⑩ 비상주 감리의 기성검사
- ⑪ 기성검사 조서 작성 및 발주처에 제출
- ⑫ 1-2주 내 기성대금 지급

중간 기성검사의 목적은 계약상대자인 시공사가 시공한 물량을 확인하고 그에 준하여 공사대가를 지급하는 것인데, 기성물량을 확인하는 과정과 절차가 너무 복잡하고 기성신청과 검사과정을 준비하기 위해 투입되는 인력이나 시간 역시 너무 소모적이다. 기성검사 당일에 기성검사원들에게 제출된 기성서류는 복합공사(토목, 건축, 전기, 기계등)의 경우 각 공사별 기성도면, 기성내역서, 차수별 구분 도면과 공사과정 사진첩 등의 신청 및 수검서류는 감히 검토할 수도 없는 어마어마한 분량이 된다. 이렇게 기성검사가 완료된 후 발주청에 제출된 중간기성서류는 곧바로 발주처 서류창고에 보관되었다가 먼지만 쌓이고 일정기간이 지나면 결국 폐기처분되어 버린다.

기성검사를 위임받은 비상주 감리가 기성검사를 하는 것도 문제가 있다. 실제 공사현장의 공정율과 품질을 객관적으로 검사하기 위해서라고 하지만, 책임감리로 공사현장을 감독하는 감리회사는 현장 감리원이 품질에 대해 책임을 지도록 되어 있고 공사현장의 공정율도 제일 많이 알고 있으므로 공사현장 감

리원이 확인하면 기성처리 절차가 단축이 될 것이므로 굳이 외부 비상주감리가 기성검사를 해야 할 필요성을 느끼지 못한다.

감리수행 ‘지침서’에 따르면 약식기성서류는 정식기성서류 중 기성부분 내역서와 감리조서만 한정하고 있다. 하지만 지방자치제 발주처와 감리자에 따라 기성부분을 파악하고 근거자료를 확보한다는 이유로 약식기성서류가 아닌 기성수량산출서를 요구하는 경우가 많다. 실제로 책임감리에 의한 감리업무를 수행하는 대부분의 공사현장에서는 기성서류를 작성하기 위하여 상당수의 감리원과 시공사 공무원이 투입되고 있는 실정이다. 정식기성처리절차의 현행 제도의 문제점은 다음과 같다.⁸²⁾

- ① 지자체의 약식기성 제도 활용이 미흡
- ② 지자체의 기성대금 처리 회계업무의 전산화가 미흡
- ③ 약식기성처리 시 감리검토용 산출내역서 작성
- ④ 기성처리 기간 단축이 가능한 기성산정 및 지급방안 부재

9) 설계변경 과정의 과도한 행정절차 문제

공사현장에서는 당초 설계대로 시공되는 경우는 거의 없고 현장실정과 여건 변동에 의해 설계변경이 불가피하다. 설계변경은 공사비 증감과 직결되어 있으므로 공사현장에서 가장 중요한 업무 중 하나이다. 그러므로 설계변경은 현장실정보고업무부터 승인과정과 계약변경에 이르기까지 행정적인 절차가 복잡하고 많은 인원과 시간이 투입된다. 발주자의 지시에 의한 설계변경이 아닌 계약상대자의 요구에 의한 설계변경의 경우는 절차와 승인과정이 훨씬 더 까다롭고 복잡하게 진행되며 통상적인 설계변경 추진과정과 실태는 다음과 같다.

① 설계변경 추진 협의

현장실정과 여건이 당초 설계도면과 상이한 경우나 추가공사 부분에 대해 현장 공사담당자는 감리원과 설계변경 여부에 대해 협의한다. 일반적으로 설계변경 협의과정에서 설계변경 사항이 경미하거나 추가공사금액이 적은 경우, 또는 설계변경 여부에 대한 기준이 불명확할 경우에는 발주청의 공사감독관

82) 이영환, 최석인, ‘공공 건설현장 기성처리, 무엇이 문제인가’, 건설경제·한국건설산업연구원, 건설경제 (13456호), 2009.7.10, p. 13.

(또는 감리원)의 유리한 입장에서 결론이 난다. 그러므로 경미한 설계변경 사안의 경우 이로 인한 공정이 지연되지 않도록 시공사의 부담으로 현장여건에 맞추어 공사를 수행하고 계약금액의 변경 없이 설계도면은 시공된 대로 (As-Built) 수정 조치하고 준공도면으로 만든다.

② 설계변경 사안에 대한 반영여부 조정

공사 수행 중 설계변경이 불가피한 사안임을 확인한 경우에도 현장 감리원은 될 수 있으면 공사비 증액과 관련된 설계변경에 대해서는 기피하려는 경향이 많다. 왜냐하면 감리원이나 공사감독관은 설계변경의 개연성이 있다고 할지라도 공사비 증액과 관련한 설계변경은 확실한 타당성이 없으면 추가예산을 반영하기가 쉽지 않기 때문이다. 발주처로부터 설계변경을 통한 공사비 증액을 승인받기 어렵고, 사후 설계변경에 대한 타당성 여부에 대한 감사 수검 등 책임문제가 따르기 때문이다.

한 현장에서 설계변경을 할 경우에 여러 건의 설계변경 건수를 취합하여 설계변경 작업을 하게 되는데, 설계변경 협의과정에서 상당수의 건수는 유보 내지는 제외되는 경우가 허다하다. 이런 경우 시공사나 하도급자가 변경 시공한 부분에 대해 기 투입된 추가공사비가 만만치 않지만, 현장 운영상 발주처 및 감리단과 지속적인 관계유지 등 여러 형편과 사정 때문에 부득이 설계변경 사안 중 일부를 유보 또는 철회를 수용할 수밖에 없는 실정이다. 그러나 변경 시공분의 추가공사비 부담이 크면 부득이 클레임을 제기할 수밖에 없다.

③ 현장실정보고

현장에서 시공사와 감리원이 설계변경이 불가피하다고 판단한 경우에는 감리원과 1차적인 협의를 거쳐 시공사의 공무담당은 설계변경에 관련한 기술적인 근거와 관련 자료를 준비한다. 개략도면을 작성하고 토질 및 구조계산 등 기술적인 근거자료를 만들고, 물량산출 근거에 의해 예상공사비 내역서를 작성하여 현장실정보고서를 감리원에 제출한다.

④ 감리원의 검토 및 발주처에 제출

시공사에서 제출한 현장실정보고서를 감리원이 기술적인 검토 후 수정 또는 보완할 사항이 있으면 시공사로 하여금 수정·보완토록 한 후에 책임감리원의 기술검토 의견서를 첨부하여 발주처에 제출한다. 감리원의 검토과정은 시공사

가 제출한 현장실정보고서를 토대로 감리의견서를 첨부하여 발주청에 제출해야 하므로 검토와 수정하는 기간이 너무 많이 소요된다.

⑤ 발주처의 타당성 검토

책임감리원을 경유한 설계변경 현장실정보고서가 발주처 계약담당공무원(공사감독관 또는 업무연락관)에게 접수되면, 계약담당공무원은 설계변경의 타당성 등을 검토한 후 필요한 경우에 수정 보완을 요구한다. 설계변경 관련 현장실정보고서는 대부분 공사비 증액을 요하는 사안들로서 사업비 증액을 위해 추가예산을 반영해야 하므로, 발주처는 설계변경 타당성과 사유에 대해 무척 까다롭게 검토할 수밖에 없다. 발주처의 사업담당부서 책임자는 발주기관의 장으로 부터 최종 예산 승인을 득하기 위해 설명할 충분한 사유와 근거가 마련해야 하기 때문이다.

⑥ 현장실정보고 설계반영 승인 및 설계변경 착수

이러한 현장실정보고의 건들에 대한 검토 후에도 추가예산 승인 등 사업비 증액 과정에서 감액 조정되거나 일부 유보되는 경우가 있다. 이는 승인된 사업비 예산 범위 내에서 설계변경을 승인해야 하기 때문이다. 이런 과정을 거쳐 최종적으로 발주처로부터 설계변경이 승인되면 공사현장에서는 설계변경도서 작성 작업에 착수하게 된다.

⑦ 설계변경도서 작성

변경설계도면 수정 및 제작, 수량산출근거 및 산출내역서, 지방서, 구조계산서 및 기타 관계서류를 일괄 작성한다.

산출내역서, 도면 등 설계변경 근거서류 작성이 완료되면 변경내역서를 작성하고 공사비 증감내역을 작성할 때 추가예산 반영을 확정하기 위해 발주청과 또다시 검토과정을 거친다.

⑧ 설계변경 최종 승인

공사현장에서 시공사가 설계변경도서 일체를 작성하여 제출하기 전에 감리원에게 제출하면, 감리원은 도면, 수량산출서, 내역서, 공사금액 등 전체를 검토 확인한다. 이런 과정이 또한 상당한 시간과 인력이 소요된다. 감리원의 검토·확인 후에 시공사는 설계도서 전체를 각각 3 내지 4부를 제작하여 감리원과 발주처에 제출한 후 발주처로부터 설계변경 최종 승인을 받는다.

⑨ 계약변경

발주처로부터 설계변경 승인 통보 받으면 계약상대자인 시공사는 공사비 증감에 따른 계약변경을 체결한다.

⑩ 기성검사 및 기성금 수령

설계변경으로 확정된 변경계약내역에 의거하여 기성신청 절차에 따라 기성금을 청구하고 공사대금을 수령한다.

상기 절차에 의해 설계변경을 착수하여 계약변경을 확정하기까지는 엄청난 시간과 노력이 요구되므로, 장기계속공사의 경우 심한 경우에는 일년 내내 설계변경 작업을 한다고 해도 과언이 아니다. 시공사는 설계변경 반영을 위하여 총력을 다해야 하는데, 설계변경 공사비 증액 문제와 관련하여 수정 보완 등 반복되는 과정에서 당사자 간에 상당한 진통의 과정을 겪는다. 또한 방대한 설계변경 서류준비 등으로 인하여 설계변경작업을 수행하는 과정에서도 공사관계자 사이에 대립과 갈등이 종종 발생한다.

공사 수행 중 현장실정과 설계도면이 상이한 경우 현장의 공사관계자는 설계변경 확정시까지 공사를 중단할 수 없다. 계약조건 상에는 공사현장의 설계변경 요인이 있을 경우에는 설계변경이 확정된 후 시공할 수 있는 것으로 되어 있으나, 설계변경 확정된 후 시공한다는 것은 공사기간이 허용되지 않아 현실적으로 불가능하다. 그러므로 대부분 설계변경 협의과정에서 변경사항에 대한 방침이 결정되고 최종 계약변경 시까지 공사금액과 반영여부에 대해 충분한 협의를 거치도록 되어 있다.

참고로 필자가 해외공사를 경험한 경우의 현장 간이설계변경 사례를 보면 현장에서 설계도면과 상이한 경우에는 공사감독자(Field Engineer)와 협의하여 방침과 승인을 득한 후에, 추가물량만 확인할 수 있는 시공간편도면(Sketch Drawing)과 물량산출만 제출하면 현장에서 공사감독자(Field Engineer)가 현장에서 바로 확인(Signature)해준다. 공사현장의 간이설계변경의 근거에 의해 기성금도 청구될 수 있고 최종 준공도면에는 현장에서 시공된 대로 한번만 확정도면만 만들어 제출하면 된다. 아주 합리적이고 시간도 단축되고 중복되는 작업을 수행하지 않아도 된다.

표 3.1 국내공사와 해외공사 설계변경과정 차이

구 분	국내공사	해외공사	비고
설계변경(현장실정 상이 등 기술적인 분야)	발주청의 설계변경 승인 후 계약변경 준공도면 확정	설계변경 현장에서 공사감독관 확정 (AS-Built)-준공도면	해외공사의 경우도 중요사안의 설계변경은 발주청과 사전 협의를 거쳐 진행
감독(Engineer) 권한	공사비 증감 결정 권한 없음	공사비 증감 결정 권 부여	

10) 현장실정의 상이에 대한 해석문제

회계예규 공사계약일반조건에는 ‘현장과 설계서 상의 상이로 인한 설계변경’은 공사의 이행중 지질, 용수, 지하매설물 등 공사현장의 상태가 설계서와 다른 사실을 발견하였을 때에는 지체없이 설계서에 명시된 현장상태와 상이하게 나타난 현장상태를 기재한 서류를 작성하여 계약담당공무원과 공사감독관에게 동시에 이를 통지하여야 한다’라고 명시되어 있다.⁸³⁾

그러나 현장실정의 상이한 내용이 입찰당시 현장설명서 때 입찰설명서 상에 공고된 ‘공사입찰특별유의서’나 ‘공사입찰유의서’ 등에 계약상대자의 책임과 의무사항이라고 포괄적 의미로 명시되었을 경우에는 상황이 달라진다.

예를 들면 지장물이설 책임과 같은 사안의 경우 설계내역서 상에 구체적으로 명시되어 있지 않을 때, 발주자의 입장은 공사수행 과정에 일어나는 사안으로 시공자가 지장물 이설 책임이 있다는 견해이고, 시공자의 입장은 현장과 설계서 상의 상이 또는 누락으로 보고 설계변경을 통한 이설공사비가 추가로 반영되어야 한다는 입장이 대립된다. 공사 수행 중에 발생하는 지장물이설 비용이 상대적으로 적어 시공자에게 부담이 되지 않을 경우는 문제가 되지 않겠지만, 실행예산을 월등히 초과하는 예상 밖의 추가비용이 발생할 경우에는 논란이 충분히 될 수 있다.

공사감독관은 제한된 예산 내에 공사를 집행해야 하는 난관에 부딪쳐 설계

83) ‘공사계약일반조건’ 제19조의3(현장상태와 설계서의 상이로 인한 설계변경) ①계약상대자는 공사의 이행중 지질, 용수, 지하매설물 등 공사현장의 상태가 설계서와 다른 사실을 발견하였을 때에는 지체없이 설계서에 명시된 현장상태와 상이하게 나타난 현장상태를 기재한 서류를 작성하여 계약담당공무원과 공사감독관에게 동시에 이를 통지하여야 한다. ②계약담당공무원은 제1항의 통지를 받은 즉시 현장을 확인하고 현장상태에 따라 설계서를 변경하여야 한다.

변경으로 인한 공사비 증액을 쉽게 반영해 줄 수가 없다. 또한 설계변경으로 공사비 증액을 해 주었을 경우 혹 감사기관으로 부터 설계변경 사유가 정당하지 못하거나 타당성이 없다고 판단할 때 해당 공무원이나 감리원은 불이익을 당할 수도 있다는 부담을 갖고 있다.

시공사의 현장소장은 선 투입된 추가공사비에 대해 설계변경으로 보전받지 못할 경우에 계약 외 추가공사비로 인하여 수지악화의 부담을 안게 된다. 이에 시공사는 설계변경으로 추가공사비를 보전을 받기 위해 결국 클레임이나 분쟁을 선택할 수밖에 없게 된다.

11) 하자보수 책임소재 문제

공사 준공이후 하자문제를 계약이행과정의 연장선에서 볼 때 하자발생 책임소재 문제는 대부분의 건설현장에서 흔히 발생하는 분쟁 원인이 되는 중요한 사항 중의 하나이다.

준공 후에 발생한 하자보수와 관련하여 시공과정에서 발생한 하자에 대해서는 당연히 시공사가 그의 책임으로 하자보수를 완료하여야 한다. 그러나 천재지변이나 시공문제가 아닌 설계도서의 문제로 인한 설계상 하자⁸⁴⁾나 시공과정에서 감리원의 지시에 의한 시공에 대한 하자문제는 시공사가 쉽게 책임을 질 수가 없을 것이고, 이에 대해 발주처와 계약상대자 간에 상반된 주장이 협의에 의해 해결되지 못하면 분쟁의 원인이 된다.

그러나 대부분 준공된 시설물의 경우 사용자에게 인도된 모든 시설물에 대해 하자가 발생하였을 때에는 설계상의 하자가 상당한 부분이 있음에도 불구하고 통상 시공사의 책임으로 돌아오는 경우가 많다. 시공사는 하자원인을 기술적으로 분석하다보면 분명 시공사의 책임이 아닌 경우, 즉 천재지변이나 설계상 문제로 시공사의 책임이 아님에도 불구하고 시공사가 공사를 수행하였다는 이유로 책임을 시공사에게 떠넘기는 경우가 허다하다.

또한 하자보수기간도 공사과정에서 부분적으로 준공된 시설물은 부분준공시

84) 최명구, '건축도급계약에서 물건의 '하자'의 개념', 중앙법학 제8집 제3호, 2006, p. 274. ; 설계도서의 내용이 불분명하거나 누락·오류 또는 상호 모순되는 점이 있는 경우, 지질·용수 등 공사현장 상태가 설계도서와 다른 경우, 새로운 기술·공법사용의 도입한 경우 등에 있어서 목적물에 하자가 발생할 때, 이를 '설계상 하자'라 할 수 있다.

점에서부터 공종별 하자담보기간 규정에 따라야 하지만, 현실적으로 하자보수 기간 적용은 발주자의 재량에 의해 최종적으로 모든 시설물이 준공되어 시설물을 인계인수하는 시점부터 적용되는 경우가 많다. 예를 들어 장기계속공사의 경우 발주자의 예산부족으로 인하여 공사기간이 10년 이상 걸리는 경우, 착공 후 2년 만에 부분 준공한 시설물은 8년 동안 유지관리 및 하자보수를 감당해야 하는 불합리한 점이 있다. 과거에는 하자보증기간이 경과하더라도 발주자의 요구가 있을 경우에는 부득이 발주기관의 관계유지를 위해서라도 하자보수 요구에 응하는 경우가 많았다.

통상 하자보수비용은 시공과정에서 신설 시설물을 시공하는 비용보다 이미 준공된 시설물을 하자보수 하는 비용이 훨씬 많이 드는 경우가 많아 이에 대한 책임소재로 인한 적지 않은 분쟁이 예상된다.

주택부문의 하자문제는 실로 심각하다. 참고로 주택하자보수의 경우 소송이 2000년대 들어 급증한 것으로 나타나 있다. 2000년 이후 소송건수로만 2009년 5월 현재 600건 이상 법원에 계류 중에 있다. 소송금액만도 1조원 이상 된다. 소송금액 역시 거액이다 건당 10억-20억 심지어는 100억원대까지 소송금액이 치솟고 있다. 브로크까지 동원한 아파트 하자기획소송도 상당하다고 한다.⁸⁵⁾ 이러한 아파트하자 소송판단은 명확한 기준도 제시되지 않고 법원도 전문가의 감정진단결과에 의해 판단할 수밖에 없는 실정으로 문제가 심각한 것으로 나타나 있다. 더구나 하자의 원인이 기획소송업체의 횡포에 의해 제기된다고 할 경우 감정인도 이에 편승한다면 피소된 건설업체에게 불리한 판결이 내려질 수밖에 없는 실정이다. 2008년에 탄생한 ‘하자분쟁조정위원회’가 제대로 역할을 다 해야 하지만 실정은 그러하지 못하고 있다.

3.1.3 클레임이 분쟁으로 발전하는 근본적인 원인

건설현장의 구조적인 문제로 인하여 공사관계자 사이에 발생하는 대립과 갈등이 적기에 해소되지 못하고 누적되면 공사수행의 본질을 벗어나 감정적 대립으로 발전되기 쉽다. 공사관계자 간에 갈등과 클레임을 ‘분쟁이전단계’에서

85) ‘멈추지 않는 아파트 하자기획소송’ ‘건설경제(제13412호), 2009.5.11, p. 10.

협상에 의해 적절하게 대응하지 못하고 감정적 대립으로까지 이어지면 분쟁으로 발전될 가능성이 높다.

‘분쟁이전단계’에서 분쟁의 원인을 진단함에 있어서 클레임이 분쟁으로 발전하는 근본적인 원인과 그 결과는 궁극적으로 금전적인 문제로 귀결된다. 분쟁으로 가는 근본적인 원인을 공사 관리적인 측면에서 분석하면 공사실행 100%를 초과하는 저가 낙찰공사, 설계변경 미반영, 공기연장으로 인한 지체상금 또는 추가공사비 발생 등 크게 세가지로 분류할 수 있다.

1) 공사실행 100%를 초과하는 저가 낙찰공사

① 저가 낙찰공사 수주

90년대 후반부터 대형건설업체를 중심으로 하여 연고권 주장에 의한 공사수주의 협조체제인 소위 담합에 의한 수주관행이 사라진 상황에서, 한정된 공공공사 발주물량에 비해 입찰에 참가하는 건설업체수는 많아 공사 수주경쟁이 더욱 치열하게 되었다. 정부의 예산절감과 공정한 낙찰을 유도하기 위해 입찰제도가 다변화되었고, 특히 최저가낙찰공사의 경우 오히려 계약금액 대비 공사실행예산이 100%를 초과하는 경우가 많아졌다.

국내공공공사는 1998년 IMF 및 2008년 금융위기를 거치면서 입찰제도가 최저가 낙찰제를 확대해 가고 있고 과거 기술평가위주로 낙찰되었던 턴키공사도 최근에는 가격비중을 높여 기술보다 가격경쟁으로 낙찰가격은 더욱 낮아졌다. 그리하여 건설업체는 수주할 공사물량은 점점 줄어들고 저가투찰로 출혈경쟁을 계속할 수밖에 없는 실정이다. 이러한 적자수주는 경영상의 압박요인이 되고 건설업체의 부실화, 부실공사의 원인제공, 저가 하도급 등 악순환으로 이어질 가능성이 높아졌다.⁸⁶⁾

최근 4대강 살리기 최저가공사의 경우 저가 낙찰로 공사수행과정에서 문제가 많다. 토목공사의 경우 낙찰률이 68%이하일 경우 공사이행보증을 발급받기도 계약을 받는데 심지어 낙찰률이 예정가격대비 51%대까지 하락하고 있는 실정이다.⁸⁷⁾

86) 두성규 ‘건설분쟁해결제도의 합리적 개선’ 한국건설산업연구원, 건설경제, 2004년(통권40호), p. 74.

87) ‘낙동강살리기 50%대 저가투찰률’ 낙동강살리기8공구 투찰율 51.11-68.79% 투찰, 건설경제 2010.4.7(13644호), p. 3.

표 3.2 최저가낙찰률 대상 공사의 낙찰률(2007 기준)⁸⁸⁾

구분 낙찰률	최저가 낙찰공사 건 수		금액		비 고
	건	분포(%)	조원	분포(%)	
계	277	100	14.0	100	
80% 이상	4	1.4	0.4	2.9	
70~79%	64	23.1	2.8	20.0	
60~69%	205	74.0	10.7	76.4	
60% 미만	4	1.4	0.1	0.7	

표 3.3 최저가낙찰공사 연도별 발주금액 현황⁸⁹⁾

(금액단위 : 10억원, 07.1.3 기준)

연도별	2001	2001	2003	2004	2005	2006년 개정전	2006년 개정후	계
발주건수	47건	33건	24건	84건	43건	20건	90건	341건
총발주금액	6,962	4,619	4,804	10,475	5,990	2,749	6,577	42,176
총낙찰금액	4,571	2,923	3,187	6,119	3,580	1,665	4,073	26,116
평균낙찰률	65.77 %	63.03 %	60.10 %	59.44 %	60.84 %	60.46 %	68.79 %	63.41 %

② 계약금액을 초과하는 실행예산 편성

저가입찰로 공공공사를 수주한 원청시공사는 공사실행예산을 최저로 작성할 수밖에 없고, 최저가로 낙찰된 공사의 경우 공사의 여건에 따라 실행률 100%를 초과하는 경우가 자주 발생하고 있다. 계약금액과 실행예산을 초과하지 않기 위해 원가절감과 수지개선 등 경직된 공사운영이 불가피하게 된다.

③ 저가 또는 덩핑 하도급 시행

원청시공사의 저가 실행예산은 하도급으로 시행할 공사에 대한 작업예산 역시 최소한으로 작성될 수밖에 없다. 실행범위 내에서 공사를 수행하려면 자연

88) 최저가낙찰제 대상공사 건수는 대한건설협회의 내부자료 및 심규범 외, 2007.

89) 고상진, '국가계약제도', 건설클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009, p. 278.

히 하도급공사 낙찰률도 낮아져 하도급으로 공사를 수행하는 협력업체도 원청 시공사 이상으로 적자공사를 운영할 수밖에 없게 된다.

④ 비용절감을 위한 저가자원(低價資源) 투입과 품질저하

시공사나 하도급자가 최저로 편성된 공사실행예산에 의해 공사를 수행하려면 공사에 투입되는 자원(자재, 노무, 장비)의 단가가 낮게 책정될 수밖에 없고, 공사기간을 단축하든지 간접노무비의 비용을 줄이든지 하여 간접공사비를 줄이는 방법뿐이다. 결국 저가수주 공사는 경직된 실행예산을 작성할 수밖에 없고 실행예산 범위 내에서 공사를 수행하기 위해서는 당연히 품질저하를 초래하게 된다. 뿐만 아니라 시공사가 최소의 비용으로 공사를 수행해야 하므로 안전관리도 소홀하게 되고 부실공사의 우려도 상대적으로 더 크질 수밖에 없다.

⑤ 품질관리를 위한 저가공사에 대해 감독 강화

한편 저가공사 현장을 감독하는 감독자의 입장은 시공자의 저가공사 공사실행을 잘 알고 있으므로, 시공사가 저가자원을 투입하여 시공하면 부실공사의 우려가 상대적으로 크고 품질과 안전에 문제가 있다는 것을 알고도 자재검수와 시공검측을 적당히 감독할 수가 없을 것이다. 이런 저가 낙찰공사를 감독하는 감독관이나 감리원 역시 감독(감리)업무를 수행함에 있어서 시공사 못지 않게 어려움과 고충을 당할 수밖에 없다.

품질확보와 부실공사를 방지하기 위해 검측과정이나 자재검수나 품질검사를 엄격하게 할 수밖에 없고, 이를 극복하려는 시공사와 품질을 확보하려는 감독자 간에 마찰이 생긴다. 규정대로 공사감독을 하려면 검측과정이 엄격해지고, 이에 따라 공사기간도 늘어나고 공사비는 상대적으로 증가하게 된다.

⑥ 공사기간 지연 및 간접공사비 증가

시공과정에서 품질을 확보하기 위한 공사감독이 강화되면 감리원의 엄격한 감독으로 공정은 지연될 수밖에 없다. 시공자가 당초 수립한 공정이 계획대로 되지 않고 공기는 지연되고, 이로 인하여 간접공사비 등 추가공사비 증가로 인하여 공사관계자 간의 마찰과 갈등이 여느 때보다 심해진다. 이런 악순환이 계속 반복되면 공사현장의 계약당사자간에 감정적인 대립과 갈등이 분쟁의 원인으로 발전하게 된다.

이러한 공정지연으로 인한 대립과 마찰은 공사 진척을 어렵게 하고 재정적인 내력(耐力)이 없는 하도급자나 시공참여자인 작업반은 공사수행을 포기하는 상황까지 이르게 되어 공정은 더욱 지연되는 악순환이 이어진다.

⑦ 클레임과 분쟁으로 발전

건설현장 하도급자의 경영상태가 양호한 경우가 그리 많지 않다. 하도급자의 손실이 적정 수준으로 보전되지 않으면 어떠한 방법으로든지 손실을 만회하려고 한다. 때로는 정당한 사유가 아님에도 불구하고 적자라는 이유 하나만 가지고 원도급자에게 손실보전 클레임을 제기하게 된다. 하도급자의 클레임이 원도급자의 선에서 해결되지 못하면 중도에 공사를 포기하거나 발주처를 상대로 클레임을 제기하여 손실을 보전 받으려 한다. 계약상대자인 시공사 역시 적자공사의 누적된 손실을 만회하기 위해서, 공사수행과정에서 클레임 사유에 해당된다고 판단한 사항들을 수집하여 발주처를 상대로 클레임을 제기한다. 결국 저가낙찰공사는 시공자에게는 적자공사로 인한 회사의 경영부담과 위기를 초래하고, 공사는 부실화될 우려가 많고, 계약당사자 간에는 분쟁의 근본적인 원인이 된다.

2) 설계변경 미반영

① 설계변경의 중요성

클레임과 분쟁의 원인들을 모아 수렴하면 궁극적으로 설계변경으로 귀착된다. 공사현장에서 설계도서와 현장실정의 상이로 인한 추가공사비 투입, 물가 상승비 적용문제 및 공기연장으로 인한 계약금액 조정 등 설계변경사안들이 시공사와 감리원과 발주처 간에 원만한 협상에 의해 설계변경이 이루어지면 클레임이나 분쟁으로 가는 경우가 거의 없을 것이다. 계약조건상에 명시된 계약내용 중 가장 중요하고 핵심이 되는 상당부분은 설계변경 관련 조항들로서 내용도 다양하고 구체적으로 명시⁹⁰⁾가 되어 있다. 그럼에도 불구하고 여전히

90) '공사계약일반조건(회계예규 2200.04-104-20, 2009.7.3)' 제19조(설계변경 등); 제19조의 2(설계서의 불분명·누락·오류 및 설계서간의 상호모순 등에 의한 설계변경); 제19조의 3(현장상태의 설계서의 상이로 인한 설계변경); 제19조의 4(신기술 및 신공법에 의한 설계변경); 제19조의 5(발주기관의 필요에 의한 설계변경); 제19조의 6(소요자재의 수급방법 변경); 제19조의 7(설계변경에 따른 추가조치 등); 제20조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정); 제21조(대형공사의 설계변경 등); 제23조(기타계약내용의 변경으로 인

건설현장에서는 설계변경으로 인한 논란과 분쟁이 가장 많다.

② 설계변경 반영여부에 대한 논란

발주처가 설계용역사로부터 실시설계도서의 성과품을 납품받아 공사를 발주하기 위해 입찰공고를 할 때에, 현장의 특수한 상황을 조사한 내용에 대해 대체로 발주자에게 유리한 조건으로 계약조건을 작성하게 된다. 즉 입찰 설명시에 계약상대자가 부담해야 할 계약이행조건이나 발주처의 입장에서는 책임이 불분명한 사안에 대해서는 계약상대자의 포괄적 의무사항으로 현장설명서나 특기사항에 최대한 명시해 두는 경우이다. 이럴 경우 설계변경 반영여부가 모호하게 된다.

또한 설계자가 설계하고 계획할 당시와 공사를 수행하는 시기와 상당한 시간적인 간격이 있고 설계자는 공사를 수행할 장래의 환경변화를 다 예측할 수가 없다. 따라서 실제 공사를 수행할 때에는 현장실정과 설계도서와의 상이한 부분이 당연히 발생하게 되어 있다. 시공자가 공사 수행 중에 설계도서와 상이한 부분에 대해 현장실정보고를 통해 설계변경을 요청하지만 시공자의 요구대로 전부 다 반영되는 경우는 거의 없다. 대체로 발주처의 입장에서 책임이 불분명한 사안에 대해서는 현장설명 당시에 특기사항에 계약상대자의 포괄적 의무사항으로 명시하여 시공자의 책임과 의무사항으로 귀결되는 경우가 많기 때문이다.

③ 발주자의 설계변경 여부 판단

설계도서와 현장여건의 차이로 인해 발생하는 추가공사비에 대해 책임감리의 기술적 판단에 의해 수용되더라도, 감리원의 검토를 거쳐 제출된 현장실정보고가 전적으로 발주처가 설계변경을 수용할 수 있는 것도 아니다. 공사감독관이나 계약담당공무원은 설계변경 증액에 대한 행정감사와 사업비 증액으로 인한 추가예산 부담 등으로 설계변경 반영이 안 되는 경우도 허다하다. 결국 설계변경으로 계약금액이 조정이 되지 않을 경우에는 시공자는 추가공사비에 대한 보전을 받기 위해 클레임 제기나 분쟁으로 갈 수밖에 없다.

3) 공기연장으로 인한 지체상금 또는 추가공사비 발생

한 계약금액의 조정).

앞 장에서도 논의된 바 있듯이 공정부진과 공기연장의 원인과 책임소재 문제로 인한 분쟁이 발생하게 된다. 누적된 공정지연은 공기연장으로 이어지고 공사기간 연장으로 발생한 귀책사유가 시공사에게 있을 경우에는 시공사에게 지체상금⁹¹⁾이 부과될 것이고, 발주자의 책임(공사감독관 또는 감리원)⁹²⁾일 경우 공기연장에 따른 간접비 청구 클레임이 제기된다.

4) 건설현장의 분쟁 발전과정 구조

건설공사 수행 중 공사관계자 사이에 발생하는 상반된 의견대립이 원만하게 해결되지 못하면 공정을 순조롭게 진행시킬 수가 없다. 저가 낙찰공사를 수행하는 현장일수록 시공책임자는 적자공사로 인하여 공사감독관과의 대립과 마찰이 더욱 심해질 수밖에 없고, 원청시공사 뿐만 아니라 하도급자와 시공참여자인 작업반에게까지 적자공사의 악순환이 이어진다. 이런 상황에서 시공사의 공사책임자는 계약금액 외 추가공사에 대해서 계약상대자의 책임이 아니라고 판단될 때에는 추가로 발생한 공사비에 대해 설계변경 반영토록 요청한다. 설계변경으로 계약금액이 조정되지 않고 추가공사비가 반영이 되지 않을 경우에는 공사 적자분을 만회하기 위한 클레임을 제기하게 되고 클레임이 해결되지 않으면 분쟁으로 발전하게 된다. 시공 중 공사관계자 사이의 갈등이 분쟁으로 발전하게 되는 과정은 다음과 같다.

- ① 이해관계자의 구조적인 문제와 상반된 의견대립
- ② 공사 이해관계자 간 협상 결렬과 갈등의 누적
- ③ 공사 진척의 부진과 공정지연
- ④ 간접공사비 등 추가공사비 투입으로 공사운영 적자 발생
- ④ 계약 외 추가공사비나 실행예산을 초과하는 공사비에 대한 클레임 제기
- ⑤ 클레임에 대한 발주처 또는 감리자의 거절
- ⑥ 분쟁으로 진행

상기와 같은 과정으로 현장에서 협의에 의해 해결되지 않을 경우에 분쟁이

91) '공사계약일반조건' 제25조(지체상금).

92) 이종수, 'New FIDIC 제정의 이해와 시사점(해외건설시장 진출시의 유의사항)', 한국건설산업연구원, 2003.4, p. 2. ; FIDIC Old Book에서는 Engineer의 중립성, 독립성을 강조하였으나, New Book에서는 Engineer를 발주자의 사람으로 규정하고 있다.

발생하게 되는데, 분쟁해결과정에서 소요되는 비용과 시간적 손실뿐만 아니라 계약당사자 간의 우호적인 관계가 깨어지고 적대적 관계로 이어질 수도 있는 손실을 감수해야 하므로 가능하면 분쟁 이전에 해결하는 방법이 가장 바람직하다.

3.1.4 건설현장의 계약이행관행과 협상방법의 정서

1) 발주자 중심의 계약이행 관행

건설공사의 과정이 매우 전문적이고 기술적인 면에서 고도화 된 반면, 공사현장의 실무는 전근대적인 관행이 상존하여 계약당사자간의 상부상조의 계약관행, 특히 발주자 우위의 계약형태로 인한 문제가 발생하였더라도 자체적으로나 비공식적인 방법으로 해결하는 경우가 대부분이다.⁹³⁾

발주자와 시공자간의 계약관계의 구조적인 문제와 불평등한 요소로 인하여, 공사수행과정에서 자연스럽게 발주자와 감독자 우위의 관계가 형성이 된다. 시공 중 클레임 사안이 발생하면 시공사는 공사감독관이나 감리원에게 즉시 문서로 통지하여 사전에 분쟁을 해결해야 한다고 되어 있으나 건설현장 분위기는 감히 서면으로 정당하게 권리를 주장하기가 쉽지 않다. 건설산업이 다른 어떤 분야보다 법률분쟁에 쉽게 노출되어 있음에도 불구하고, 자율적으로 해결되는 것처럼 보이는 것은 합법적이고 합리적인 방법 보다는 전근대적인 계약관행으로 음지에서 타협적으로 해결하는 경우가 많았기 때문에 아직까지 건설현장에서는 합리적인 분쟁해결방법이 정착되지 못하고 있다. 국내 공공공사의 계약당사자 간의 계약이행 구조와 실정을 보면 전통적인 발주자 중심의 계약이행 형태와 불평등한 요소로 인하여 공사수행과정에서 자연스럽게 발주자와 감독자 우위의 계약이행구조로 형성되어 있다. 건설현장에서 계약이행 관행에 대한 실정을 다음과 같이 정리할 수 있다.

- ① 발주자 우위의 계약이행구조가 묵시적으로 형성되어 있다.
- ② 분쟁해결방법이 비합리적이고 타협적인 협상관행이 존재한다.
- ③ 합리적인 클레임해결을 계약당사자들은 기피하는 경향이 있다.

93) 남진권, '건설공사 클레임과 분쟁실무', 기문당, 2003.4, p. 180.

④ 계약당사자 간에 신의성실에 의한 대등한 계약관계가 정착되지 못하고 있다.

이런 발주자 중심의 계약이행구조로 인해 계약상대자인 시공사는 발주청에 대해 항상 조심스런 경계와 함께 내부적 잠재 갈등이 존재한다.

2) 신의성실의 원칙에 의한 계약이행 결여

국가계약법은 계약의 계약당사자는 신의성실의 원칙⁹⁴⁾에 의한 대등한 계약 관계임을 강조하고 있고, 계약목적의 달성을 위해 성실하게 계약사항을 준수해야 하며 공사감독관과 감리원, 시공사 현장소장은 계약내용에 부합되는 각자의 책임과 의무를 성실히 수행하도록 되어 있다. 그러나 공사현장 실정은 발주청과 감리원 및 시공사의 현장소장 간의 관계는 대등한 협력관계라기 보다는 이해관계가 서로 다른 구조적인 문제로 인하여, 시공사는 공사감독자의 지시·통제를 받아 공사를 수행해야 하는 종속관계가 자연히 형성된다. 그러므로 계약당사자간의 형평성과 대등한 관계에 의한 협의 등과 같은 신의성실의 원칙에 의한 계약이행이 구체적으로 정착되지 못한 것이 건설현장의 실정이다.

3) 협상방법의 정서

상기와 같은 갈등과 구조적인 문제를 해결하는데 있어서 가장 좋은 방법이 당사자 간의 협상인데 협상의 정서와 방법론적으로 문제가 있다. 즉 건설현장 내 협상과정의 정서가 관행적이고 타협적 협상으로 비합리적인 요소가 많이 내재하고 있는 실정이다. 당사자 간에 발생한 대립과 갈등을 해결하는 방법에 대한 정서는 다음과 같다.

① 발주자 중심의 관행적인 협상

공사를 수행하는 시공자의 위치는 감독자의 감독과 통제로부터 자유로울 수는 없다. 모든 인간관계에서도 마찬가지지만 시공사는 가능하면 공사감독관과 대립되지 않고 좋은 관계를 유지하려고 한다. 그래야 공정계획에 맞게 순조롭

94) '공사계약일반조건' 제1조(총칙) 계약담당공무원과 계약상대자는 공사도급표준계약서(이하 "계약서"라 한다)에 기재한 공사의 도급계약에 관하여 제3조의 규정에 의한 계약문서에서 정하는 바에 따라 신의와 성실의 원칙에 입각하여 이를 이행한다.

게 공사를 추진할 수가 있다. 공사현장에서 공사관계자 간에 사소한 문제가 발생하더라도 문제를 외부로 확대시키지 않고 현장 내에서 해결하려고 건설현장의 공사관계자는 부단히 서로가 노력한다.

그러나 공사관계자의 구조적인 문제와 주어진 임무를 수행해야하는 입장차이로 대립과 갈등은 어디에서나 존재한다. 시공사가 공사수행 중에 시공검측이나 자재검수 과정에서 감리원으로부터 제동이 걸렸을 경우에, 통상적으로 시공자는 감리원의 지시에 대해 저항하며 대립하기 보다는 우선 감리원의 지시를 수용하면서 협의를 통하여 문제를 해결하려고 한다.

현실적으로 시공자가 저항할 수 없는 이유는 감리원이 감독업무 수행을 “원칙대로 하겠다”고 선언하고 설계도면과 지방규정의 엄격한 잣대를 대면 공사를 원만하게 수행할 수가 없다. 이러한 ‘원칙대로’가 정도에 의한 원칙이 아니라 사적 감정개입에 의한 보복수단으로 될 때가 문제이다. 계약문서와 설계서, 지방서, 건설공사 관계법규(국가계약법, 건설기술관리법, 건설산업기본법, 감리업무수행 ‘지침서’ 등) 등 법과 규정에 의해 모든 감독업무를 ‘원칙대로’ 엄격하게 수행하면 시공사는 계약내용과 법과 규정에 따를 수밖에 없다. 건설관계 법과 규정은 공사관계자들, 특히 시공사의 의무와 책임 조항들이 엄청나기 때문에 법과 제도적인 틀 안으로 들어오면 저항 할 길이 없다.

건설현장의 시공사는 건설관계 법과 규정에 의하면 신의성실의 원칙에 의해서 이론적으로는 발주청과 형평성과 대등한 계약관계로서 대응할 수 있도록 되어 있다. 그러나 건설현장의 현실은 시공사가 합법적인 방법으로 정당한 권리를 주장하는 것이 아니라, 될 수 있는 대로 대립적인 자기주장보다는 관행적으로 우월적인 갑에 대해 스스로 읊이 된 종속관계에서 문제를 해결하려고 한다. 아직까지는 공사현장에서 법과 규정에 의해 합리적으로 문제를 해결하는 여건이 조성되지 않고 여전히 읊지에서 타협하여 해결하려고 하는 경우가 많다. 우선 원만한 공사추진과 함께 실익이 있는 공사관리를 위해 법과 제도의 개선 보다는 편리한 관행을 따르는 것이 용이하기 때문이다.

② 문제 발생 전 우호적인 타협을 통한 해결방안 추진

건설현장에서 시공 중에 흔히 발생하는 기술적인 문제뿐만 아니라, 공사 관리적인 문제로 인하여 현장 공사관계자 사이에 마찰과 대립으로 갈등과 클레

임이 곧잘 발생한다. 문제가 되는 사안에 대해 공사관계자 사이에 협의에 의한 적절한 대처를 하지 못하고 대립하는 경우, 이로 인하여 파생되는 후속문제는 공정지연이나 공사비 추가투입으로 인한 손실이 우려된다. 그러므로 통상적으로 공사를 수행하는 현장소장의 입장에서는 공사감독관과 소통부재로 인한 추가손실을 막기 위해서 적정선에서 합의를 도출하는 타협적인 협상을 하게 된다.

평소 건설현장에서 감리원과 시공사 간의 갈등의 골이 깊고 관계유지가 원만하지 못한 경우에 시공사의 현장소장은 공사를 수행하기가 무척 힘이 든다. 예컨대 시공사의 입장에서 보면 시공 중인 특정 구조물이 구조적으로나 품질상 문제가 없는 경미한 사항으로 보일지라도, 감독하는 감리원의 판단이 재시공 지시나 교체 지시로 결정되거나 기술적 검토와 보완자료 요구 등으로 공사가 지연되거나, 이로 인하여 추가공사비가 발생한다면 현장 시공책임자로서는 심히 걱정이 될 수밖에 없다. 시공사의 공사책임자는 과거 재시공이나 공정지연으로 적지 않은 손실을 본 경험이 있어 문제가 될 만한 사안들이 악화되기 전에 미리 잘 대처하여 운영의 묘를 살리는 것이 지혜롭게 대처하는 방법이 될 것이다. 그러므로 공사를 추진하는 시공사는 감리원과 협상을 통한 문제해결이 최선이라는 것을 알고 평소 발주처나 감리원과 소통을 잘 하여 좋은 관계를 유지하여야 할 것은 자명한 일이다.

③ 문제해결을 위한 합의도출 과정의 문제점

시공사의 현장소장은 공사추진이 원활하지 못하여 공정이 부진하면 부진공정을 만회하기 위해서는 추가비용은 물론 부단한 노력과 고통을 감수해야 한다. 시공사의 귀책사유로 판단되는 공정부진이나 시공과정의 중대한 문제 등으로 인한 부가적인 손실을 막기 위해서는 공사감독관과 대화와 협상을 충분히 하여 조속히 문제를 해결해야 한다. 현장소장은 문제를 조속히 해결하여 공사를 정상궤도에 올려놓아야 할 책임이 있으므로 가능한 모든 수단과 방법을 동원하여 때로는 불합리한 방법인 줄 알면서도 상대자를 협상의 테이블 위에 올려놔야 한다. 공사관계자들 사이에 꼬여있는 문제를 풀어나가는 데는 합리적인 협상과정과 대화로 해결되면 좋은데, 현실의 협의과정은 그리 단순하지 않은 않다. 공정에 쫓기는 입장에 선 시공사가 협상과 합의과정에서 좀 불

법성이 있더라도 적극적인 자세를 보이지 않으면 안 된다. 한편으로 현장의 협상과 합의도출 과정이 투명하지 않고 음지에서 해결하는 타협적 방법이 불합리한 면이 있지만, 공사현장의 정서상 공사를 원활하게 추진할 수 있는 불가피한 방법이라면 누가 그 상황에 처해 있더라도 선택의 여지는 없을 것이다.

최근 정부에는 발주하는 공공공사의 경우 각 발주청은 이런 불법적인 폐단을 근절하기 위해 입찰공고시부터 ‘청렴계약제’를 적용한다고 입찰공고문에 명시해 놓고 있다.⁹⁵⁾ 이처럼 투명한 계약이행이 점차적으로 건설현장에 접목되고는 있지만 아직까지 현장에 정착되기까지는 좀 더 많은 시간이 지나야 할 것으로 생각된다. 그러므로 음지에서 이루어지는 관행적인 요소들이 제도권 내로 들어와 투명성 있게 공사운영을 하면 공사기간 단축은 물론 경제적인 손실도 적고 국가적으로도 예산이 절감되고 분쟁으로 가는 경우도 줄어들 것이다.

④ 분쟁 진행과정에서의 소멸 또는 청구권 취하

건설공사 관련 계약이행은 일반적인 민사법상의 계약과 달리 다수의 당사자가 관여하고 있고 발주자 우위의 관행이 현실인 상황에서 계약당사자 간의 지속적인 관계를 유지하면서 공사를 수행한다. 빈번한 계약 외적 요인의 영향 등으로 인하여 분쟁이 발생할 때 중재나 소송 등 일반적인 법적 분쟁해결절차의 적용에 의한 일도양단(一刀兩斷)적인 분쟁해결 결정은 부적절하다고 판단된다. 분쟁해결 과정에서 분쟁상황을 파악하려면 기술적 측면의 전문지식이 선행되어야 하는 문제가 있고 발주청과의 관계유지도 지속되어야 하기 때문이다.

따라서 시공사가 현장에서 클레임으로 해결되지 않아 분쟁으로 진행하더라도 세월이 지남에 따라 분쟁해결 비용과 시간적 손실 및 관계유지 악화 등으로 실익이 없으면 포기해버리기 쉽다. 결국 시간이 갈수록 시공사는 발주청의 우월적인 지위에 눌린 구조적인 힘의 논리에 의해 분쟁 진행을 포기하게 되고 손실을 감수할 수밖에 없게 된다.

건설분쟁과 관련하여 2000년대에 들어와서 분쟁사안에 대해 상당수가 중재

95) ‘청렴계약특수조건’, 조달청구매총괄과-1603, 2008. 08. 08.

를 신청하는 경우가 많은데, 중재나 소송에 의한 분쟁이 진행하면서 계약상대자인 시공사에게 상대금액을 배상판정을 받도록 판결이 날 단계에서도 후속 건설사업에 염두를 둔 대형건설업체들은 발주처와의 관계유지를 위하여 중재 취하, 청구권포기를 하는 경우가 더러 있다.

3.1.5 시공 중 분쟁해결방법의 문제점

1) 건설분쟁 해결방법에 대한 낮은 인지도

건설시장 개방 후 클레임이나 분쟁에 관한 지속적인 연구와 교육·홍보 등으로 클레임과 건설분쟁에 대한 개념과 인식이 향상되고 있으나, 아직까지 활성화할 수 있는 법적·제도적 장치가 미흡하여 건설현장에서는 클레임이나 분쟁을 해결하는 방법에 대해 어떻게 활용하는지에 대한 인지도는 여전히 낮다.

국내 건설업계의 경우 클레임에 대한 인식이 비교적 낮기 때문에 아직 클레임의 제기 또는 분쟁의 처리나 대비가 활성화되지 못한 실정이다. 1999년 7월에 실시된 대한건설협회의 설문조사에 따르면 총 응답자 401개사 중 20.20%인 81개사가 건설클레임을 들어보지 못했거나 들어보기는 했어도 무슨 의미인지는 모른다고 하였고, 60.10%인 241개사에서 클레임의 의미를 약간 알고 있다고 하였다.⁹⁶⁾

또한 국제입찰공사에 활용할 수 있는 계약조건의 국제화가 미비하여 분쟁해결에 필요한 내용들이 고려되지 않은 경우가 많고, 대부분 발주자가 우월적인 위치에서 시공자와 계약을 맺고 보니 분쟁해결에 대한 시각도 계약당사자의 당연한 권리행사가 아닌 문제사안에 대한 감정적인 대응정도로 인식하는 경우도 적지 않다.⁹⁷⁾

2) 설계변경 협상의 한계

공사 수행과정에서 계약당사자 간에 분쟁이 발생한 경우 현행 계약조건인 공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결) ①항에서는 '계약의 수행 중 계약당사자간

96) '민간백서' 대한건설협회, 1999.12, pp. 295-298.

97) 두성규, '현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안', 한국건설산업연구원, 2000.12, p. 27.

에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다' 고 되어 있어 공사현장에서 당사자 간에 자율적 협의방식으로 해결하는 것으로 되어 있으나, 협상 자체가 구속력이 없는데다 발주자와 시공사 간에 구조적인 문제로 형평성 있는 대등한 협상이 되지 못하므로 실효성이 미흡한 실정이다.

과거에는 공사비 변경과 관련한 설계변경을 할 경우에 발주자 우위의 관행 일지라도 공사현장의 형편과 사정을 고려하여 대립이나 갈등없이 공사감독관의 재량권이 허용되어 공사감독관과 시공사 간에 비교적 원만하게 협상이 이루어져 왔다.

그러나 IMF 이후 정부 공사발주 물량은 제한되어 있고 건설회사의 수는 더욱 증가하여 수주경쟁은 점점 더 치열해지고, 근래에는 공사 발주 시 계약당사자에게 공정성과 투명한 공사운영을 위한 청렴의무가 강조되고 있어 과거와 같이 설계변경을 통하여 신축성있게 공사를 운영할 수도 없는 실정이다. 따라서 수익면에서 건설환경이 더욱 열악해지고 있는 상황에 처해있다. 과거 공사현장에서 설계변경과정에서 발주자와 시공사 간에 원만하게 해결되었던 협상 관행들이 더 이상 시공사의 입장을 수용할 수 없는 현실이 도래하자 당사자들 간의 마찰과 대립이 불가피하게 되고 협상이 결렬되는 경우가 많게 되었다.

3) 협의에 의한 분쟁해결 방법의 실태

건설현장에서 발생한 이해관계자의 대립과 갈등으로 인한 분쟁을 해결하는 방법 중 '협상'이 가장 이상적이고 좋은 방법이지만 협상의 현실은 그렇지 못하다. 건설현장에서 계약내용의 용어 중 시공사가 가장 싫어하는 말이 '당사자 간의 협의'라고 할 정도로 우리나라 건설공사의 특성상 발주자 우위의 관행적인 계약관계로 인하여 아직까지 공사현장에서는 계약상대자인 시공사가 원하는 합리적이고 바람직한 협상은 이루어지지 않고 있다. 시공사는 협의과정에서 이의제기를 전개할 수 있으나 발주처의 공사감독관이나 감리원이 강력히 거절하면 후속공정을 염두에 둔 시공사는 대체로 상대방의 의견을 그대로 수용할 수밖에 없는 실정이다.

공사관계당사자 간의 협의에 의해 문제를 해결하는 과정을 추적해 보면, 대체로 시공사의 강청(强請)에 대해 발주처의 선처(善處)로 협상이 타결되거나,

또는 당사자 간의 마찰과 대립의 골이 깊을 경우에는 원만한 협상으로는 해결되지 않으면 특단의 편법적인 방법으로 음지에서 타협하는 등 관행적인 협상 방법으로 접근한다. 예컨대 공사추진 과정에서 시공자의 판단으로 상대방이 충분히 수용할 수 있는 사안임에도 불구하고 공사감독관은 이를 계속 거절하여 합리적인 협상에 의한 문제해결이 어려워지는 경우에, 위험한 가정이지만 다른 편법적인 해결방안으로써 발주자의 감독권을 남용하여 당연한 결정을 위해 불법적인 급부를 요구하는 경우나 기타 불법적인 금품수수행위도 예상할 수 있다.

4) 현장 협의조정기능의 부재

건설현장의 발주자(또는 감리자)와 시공사 간의 계약관행 하에서 형평성이 고려된 정당한 협상을 하기가 어렵고, 자율적인 협상은 대체로 공사감독관(또는 감리원)의 의견을 수용해야 하는 구조적인 문제가 있다. 아직까지 건설현장 내 당사자 간의 협의과정에서 계약상대자에게 불이익이 없도록 하는 형평성 있는 협상 제도가 없고, 바람직한 협상결과를 도출할 만한 합법적인 제도적 장치도 없는 실정이다.

시공 중 공사관계자 간에 대립된 문제가 협의에 의해 해결되지 못하고 협상이 결렬될 경우에 계약상대자가 일방적으로 공식적인 문서에 의한 클레임을 제기할 수 있다. 그러나 건설현장의 정서상 이런 방법이 자칫 상대자의 감정을 유발할 수 있으므로 쉽지도 않을 뿐더러 아직까지 발주청의 공사감독관이나 감리원은 클레임에 대한 개념과 인식이 부정적이므로 이를 기피하는 실정이다.

현행 분쟁해결제도에 의하면 부득이 현장 내 갈등과 클레임을 해결하기 위해서는 법적·제도적 분쟁해결방법에 의존할 수밖에 없는데 분쟁사안의 경중과 발주처와의 유대관계를 고려할 때 분쟁단계에서 분쟁을 해결하는 것도 쉬운 일은 아니다. 갈등과 클레임이 굳이 분쟁단계에서 해결될 만한 문제가 아니고 현장 내에서 협의에 의해 해결을 해야 하는 문제라면 현장 내 이를 해결하는 방안이 강구되어야 한다. 분쟁으로 진행되기 전에 대체분쟁해결방안으로 건설현장에서 분쟁사안을 해결할 수 있는 실효성 있는 협의제도나 현장 내 사

전분쟁조정기구인 제3자에 의한 조정기구가 필요할 것으로 본다.

5) 문서화된 입증자료 부재

현재 우리나라 건설현장의 정서가 건설업계 종사하는 사람들이 구두로 합의하고 너무나 자료 관리를 허술하게 한다는 점이다. 회의문화가 너무 경직되어 있고 상대방과의 협의 내용을 회의록을 작성하여 서류화 하려고 하면 공사감독관이나 감리원은 거부 반응을 보이기도 한다. 회의록을 작성할 경우에는 근거서류에 대한 훗날 책임문제를 의식하여 자기의 유리한 문구로 무척 까다롭게 작성되기도 한다. 그리하여 건설현장 당사자들 사이에는 대체로 쌍방 간의 신뢰를 바탕으로 하여 구두협상으로 문제를 해결하려고 하는 경향이 많다. 이는 절차에 따라 문서에 의한 방법보다 간편하고 수월할 것이라는 단순한 생각 때문인 것으로 보인다.

따라서 ‘당사자 간의 협의’가 시공사로서는 합리적인 협상의 기회가 아니라 발주자의 유리한 협상방법의 수단으로 이용되고 있다고 생각하고 있다. 아직까지 문제가 되는 사안에 대한 이의제기를 문서화하는 것뿐만 아니라 클레임을 공식적으로 제기하기도 어려운 실정이다. 발주자나 감리원은 시공사에 대해 문서로서 지시하고 통보하여 그 근거를 갖고 있지만, 시공사가 발주자나 감리원을 상대로 공식적이건 비공식적이건 문서화된 의견제시나 자료 등을 통보하여 자료를 공유하기가 쉽지 않다. 문서화 하는 행위에 대해 상대방의 반응은 대체로 민감하게 받아들이는 실정이다. 그러므로 시공사의 입장에서는 상대방의 문서화된 자료는 확보할 수 있어도 시공사가 상대방에게 문서로 제시하여 문서화된 자료를 공유하기가 어려운 실정이다. 클레임 과정에서 자료관리만 잘하여도 소송까지 가는 사태를 크게 줄일 수 있는데, 문서화된 근거자료가 부족하고 특히 주관적인 자료가 아닌 상대방과의 커뮤니케이션 입증자료가 거의 없는 실정이다.

6) 클레임 제도의 실정과 문제점

공사계약일반조건의 분쟁해결방법은 1차적으로 현장에서 당사자 간의 협의에 의해 해결하도록 되어 있는데, 실제로 건설현장에서 공사감독관(또는 감리

원)과의 이견에 대해 협의에 의해 해결하지 못하고 공식문서로 클레임을 제기했을 경우 대체로 긍정적으로 수용하지 못하고 부정적인 반응을 보이는 경향이 많다.

예컨대 공사수행 중 어떤 사안에 대해 당사자 간의 협상이 결렬됨에 따라 시공사가 일방적으로 발주처를 상대로 설계변경 등 공사비 증액을 요구하는 주장과 의견을 문서에 의해 정식으로 이의제기를 했을 경우, 현장의 분위기를 감안할 때 이는 발주처에 대한 시공사의 도전적인 행위로 받아들여져 시공사와 발주처와의 관계가 악화되기 쉽다. 시공사로서는 잔공사 추진 문제, 추가공사 계약, 향후 공사수주 문제 등 발주처로부터 상당한 불이익을 받을 수 있다는 것을 우려해야 할지도 모른다. 발주처와의 관계불화로 인하여 공사추진이 어려울 경우 원청시공사(수급자)나 하도급자(하수급자)가 함께 어려움에 직면하게 되고 공정이 부진하게 되어 현장수지가 악화되는 결과를 초래하게 된다. 원치 않는 가정이지만 관계악화로 상대방의 감정이 개입되면서 공사감독자의 입장에서 관련법에 의한 규정과 원칙대로 관리·감독업무를 수행하고 있다고 주장할 경우, 이런 사안은 객관적으로 반론을 펴기가 참으로 어려운 문제로 남게 된다.

이처럼 공사감독자의 입장에서는 아직까지 클레임에 대한 인식이 부정적인 까닭에 분쟁이전 단계에서 클레임으로 충분히 해결할 수 있는 방법이 있는데도 활용을 하지 못하고 있다. 특히 건설현장에서의 클레임에 대해서는 설계변경을 위한 현장실정보고 정도로 인식하고 있는 형편이다. 공개적이고 공식적으로 문서에 의한 방법으로 이의를 제기하거나 신청하면, 감독자에 대한 저항이나 하는 것으로 여겨져 아직까지 제도적으로 정착되지 못한 실정이다.

7) 클레임 이후 분쟁단계 이전의 분쟁해결방법의 부재

현실적으로 건설공사 현장의 시공사는 공사 수행 중에는 제대로 권리주장을 하지 못하고 잔여공사 추진을 위해 대체로 공사감독관의 지시에 따를 수밖에 없는 실정이다. 이런 경우 계약상대자가 과연 어떤 법적인 보호를 받을 수 있는가가 현실적으로 당면한 문제이다. 건설현장의 정서상 억울한 문제는 해결해야 하지만 클레임을 제기도 하지 못할 형편이고 클레임을 제기한다고 해도

결렬될 경우 클레임 이후 분쟁단계로 진행하기 전에 현장에서 해결할 수 있는 제도적인 방안이 없는 실정이다.

3.1.6 계약문서의 내용과 적용문제

1) 계약문서의 모호와 불평등 계약조건

우리나라 공공공사의 계약서류의 경우 지방서와 계약조건은 유사점이 많다. 지방서의 경우 공공공사에는 표준지방서를 활용하고 있고 계약조건의 경우 기획재정부의 회계예규인 공사계약일반조건을 공통적으로 사용하고 있다.

지방서의 경우 일반지방으로 나타내기 곤란한 사항이 있으면 특기지방에 명시하고, 계약조건의 경우도 공사계약일반조건 외의 사항 중 반드시 계약당사자가 준수해야 할 사항은 공사계약특별조건을 별도로 만들어 활용하게 된다. 정부공사의 계약조건은 곧바로 공사비와 연계되기 때문에 복잡하거나 필요 이상의 과도한 계약조건은 발주자의 입장에서는 불리하게 작용하여 공사비 증액 요인이 될 수 있고 반대로 계약조건의 미비는 계약상 기대 목적달성에 차질을 초래하기 쉽다. 따라서 필요하고도 최소한의 수준에서 계약조건을 설정한 것이다.

따라서 계약내용이 불명확하고 계약이행과정에서 책임소재가 불분명하여 문제 발생 시 계약당사자들 뿐만 아니라 다수의 공사 참여자들 사이에도 이해관계가 매우 첨예하게 대립되기 쉽다. 이해관계자들 사이에 문제해결이 원만히 해결되지 않으면 계약당사자들 간의 클레임과 분쟁으로 이어지고 공사가 지연되거나 중단되는 등 경제·사회적으로도 적지 않은 손실을 가져온다.

아울러 현재 국내에는 국제 입찰공사를 할 수 있는 계약조건이 마련되어 있지 못한 실정이고, 종전 보다는 많이 보완되었으나 공사계약일반조건 외 발주처 및 공사별로 마련되어 있는 계약특수조건이나 현장설명서에 명시된 특기사항이나 설계변경 관련 특약은 아직까지 발주자 우위의 계약형태로 근본적으로 발주자와 시공자간에 불평등 요소를 상당부분 내포하고 있다.

(1) '시공감리현장참여자업무지침서'의 규제성

공사현장의 갈등과 문제의 발단 중 하나는 ‘시공감리현장참여자업무지침서’ (이하 ‘지침서’라 함)상에서 감리원이 수행해야 하는 수백 가지의 보고서와 지켜야 할 의무조항과 규정에서 비롯된다고 볼 수 있다. 발주처 공사감독자나 감리원, 시공자가 지침서에 따라 완벽하게 준행한다는 것은 거의 불가능하다. 감독자가 감독업무를 수행함에 있어서 각종 규정의 한계를 인정하고 수용하는 판단 기준치가 각자가 서로 다르기 때문이다.

이 ‘지침서’에 의해 감리업무를 수행하게 되면 발주처는 스스로에 대해, 감리원은 발주처에 대해, 시공자는 발주처와 감리원에 대해 도저히 저항 할 수 없는 종속관계로 이어질 수밖에 없다. 문제는 이 ‘지침서’에 의거하여 ‘누가 어떻게 공사를 수행하느냐’하는 운영의 묘에 따라 분쟁의 사전예방은 물론 공사의 성패가 좌우되는 것이다.

지난날 건설공사현장의 부실공사로 인하여 품질과 안전 및 건설산업 전반에 걸쳐 부정적인 인식이 잔재하고 있는 상황에서, 입법가나 행정가들은 부실공사를 예방하고 품질과 안전관리를 준수하며 투명하고 공정한 공사관리로 공사를 수행할 수 있도록 하기 위해 만든 엄격한 법과 규정에 대해 건설업에 종사하고 있는 어느 누구도 항변할 수는 없을 것이다. 지금까지 이 ‘지침서’에 의거하여 각 공사현장에서는 무난히 수행해 왔기 때문에, 현 시점에서 공사현장 관계자가 감리업무수행 ‘지침서’를 지나치게 구속을 받는 규제로 볼 수는 없다고 생각할런 지 모른다.

그러나 건설현장에서 공사를 감독하는 발주처의 공사감독자와 감리업무를 수행하는 감리원이나 직접 공사를 수행하는 시공자로서는 ‘지침서’의 과도한 행정절차와 규정으로 인하여 일어나는 문제와 갈등이 분쟁으로 발전되는 경우가 적지 않다. 이런 행정절차와 규정들이 안전과 품질 및 공정에 지장을 주지 않는 범위 내에서, 방대하고 중복된 지침서의 내용과 공사관계자들에 대해 규제성이 있는 제재와 의무조항들에 대해서는 조정할 필요가 있다고 본다.

(2) ‘시공감리현장참여자업무지침서’에 대한 계약 해석문제

계약상대자의 입장에서 보면 국토해양부 고시 ‘시공감리현장참여자업무지침서’가 정부 또는 공공기관의 발주공사의 발주처 모두에 대해 적용되는 계약문

서인가가 문제이다.

‘지침서’의 적용범위를 살펴보면, 시공감리를 하는 건설공사의 발주청·감리 전문회사 및 감리원과 하도급업자를 포함한 시공자를 대상으로 하며, 시공감리용역 및 공사 계약문서를 작성할 때 계약문서에 포함하여야 한다고 되어 있다.⁹⁸⁾ 그러나 발주자와 계약상대자인 시공자 간의 계약문서 안에는 포함되어 있지 않다.⁹⁹⁾

‘지침서’ 제2조(적용범위) ②항에 명시된 ‘계약문서에 포함하여야 한다’는 의미는 발주처가 공사입찰공고 시 또는 계약 체결할 당시에 계약문서 내에 ‘계약문서에 포함된다’라고 명시해야 효력이 있는 것인지, 아니면 ‘계약문서 안에 지침서가 계약문서에 포함된다’고 명시되어 있지 않더라도 당연조항으로 계약문서에 포함되는 것인지 불분명하다.

‘지침서’는 시공감리업무의 세부절차 및 방법 등을 정함을 목적¹⁰⁰⁾으로 하고 있는 바, 통상 공사현장에서는 시공감리원의 감리업무 지침서로만 인식되고 있고 계약문서라고는 인식이 되지 않은 실정이다.

(3) 계약문서의 포괄적 해석(상호 보완적) 문제

‘지침서’가 계약문서에 포함되는 것으로 해석될 경우, 우리나라 건설관계법규 모두가 계약문서로 해석되어 포괄적으로 적용을 받게 될 것이다. 이럴 경우 당사자 간에 분쟁이 발생하더라도 모든 쟁점에 대해 법과 규정에 저촉되어 계약상대자의 이의제기나 분쟁 자체가 존재할 수가 없을지도 모른다. 즉 공사 계약일반조건 제3조(계약문서) ②항의 ‘계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용’은 현실적으로 존재하지 않을 것이다.

98) 국토해양부 ‘시공감리현장참여자업무지침서’고시제2009-966호 2009년10월6일 제2조(적용범위) ①이 지침의 적용범위는 시공감리를 하는 건설공사의 발주청·감리전문회사 및 감리원·시공자(하도급업자를 포함한다)를 대상으로 한다. ②이 지침은 시공감리용역 및 공사 계약문서를 작성할 때 계약문서에 포함하여야 한다.

99) ‘공사계약일반조건’ 제3조(계약문서) ①계약문서는 계약서, 설계서, 유의서, 공사계약일반조건, 공사계약특수조건 및 산출내역서로 구성되며.; ‘시공감리현장참여자업무지침서’ 제3조(용어의 뜻) 9. “공사계약문서”란 계약서, 설계도서, 공사입찰유의서, 공사계약일반조건, 공사계약특수조건 및 산출내역서로 구성되며 상호보완의 효력을 가진다.

100) ‘시공감리현장참여자업무지침서’ 제1조(목적) 이 지침은 「건설기술관리법」(이하 “법”이라 한다) 제27조의2 및 「건설기술관리법 시행규칙」(이하 “시행규칙”이라 한다) 제34조제4항에 따른 시공감리업무의 세부절차 및 방법 등을 정함을 목적으로 한다.

계약조항마다 해석과 적용면에서 서로 연계되어 상호보완¹⁰¹⁾의 효력을 가지고 있기 때문에 규정과 법의 범주에서 분쟁의 해결방법을 찾기 어렵다. 「국가계약법」은 「건설산업기본법」과 「건설기술관리법」과 연계되어 있고 각각 법령은 법률-명령-규칙-조례·고시 등 하부구조로 내려갈수록 세부적인 규정들로 연계되어 있다. 예를 들면, 국토해양부 장관 소관의 「건설산업기본법」과 「건설기술관리법」은 장관 명령의 ‘시행령’이 있고 그 아래 각 ‘시행규칙’이 있다. 장관의 명령이나 규칙에 의거하여 국토해양부 장관은 건설공사 감독자업무지침서, 시공감리업무수행지침서, 검측감리업무수행지침서, 건설사업관리업무수행지침서 등 규정과 지침서를 고시한다.

그러므로 상호보완적 규제조항이 많기 때문에 건설현장에서 발주자와 시공자 간에 발생하는 분쟁의 경우 협의에 의해 해결한다는 것 자체가 현실성이 없고, 법률적인 지식을 갖춘 전문가가 아닌 이상 법률적인 해석에 의해 분쟁을 해결하고자 하는 분쟁해결의지를 스스로 포기할 수밖에 없는 건설분쟁 환경이다.

국가계약법에 의한 정부발주의 공사계약도 사법상의 계약이므로 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙 등 계약에 관한 민법상의 일반적 법원칙이 적용되므로, 공사 관계법령 및 이 조건에 의한 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있는 경우 특수조건의 동 내용은 효력이 인정되지 아니하는 것으로 되어 있으나¹⁰²⁾ ‘계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용’은 구체적으로는 명시되어 있지는 않다.

앞에서 설명한 대로 계약상대자를 구속하고 규제할 수 있는 모든 건설관련 법규의 포괄적인 내용이 ‘계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용’이 될 수도 있다. 문제나 쟁점이 되는 사안에 대해 키를 쥐고 있는 사람의 해석하는 방향에 따라 좌지우지되기 때문이다.

예컨대, 국토해양부가 고시한 ‘시공감리현장참여자업무지침서’ 상에 명시되

101) ‘공사계약일반조건’ 제3조(계약문서) ①계약문서는 계약서, 설계서, 유의서, 공사계약일반조건, 공사계약특수조건 및 산출내역서로 구성되며 상호보완의 효력을 가진다.

102) ‘공사계약일반조건’ 제3조(계약문서) ③제2항의 규정에 의하여 정한 공사계약특수조건에 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령」, 공사 관계법령 및 이 조건에 의한 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있는 경우 특수조건의 동 내용은 효력이 인정되지 아니한다.

어 있는 과도한 행정서류나 절차에 의해 감당해야 할 업무가 발주처(또는 감리원)를 상대로 하여 시공자가 도저히 저항할 수 없는 ‘계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용’이 아닌지 검토해 볼 필요가 있다.

2) 계약서류 검토와 문서화의 실정

현장설명 또는 입찰 당시에 입찰 참여자는 입찰서류에 있는 모든 관계서류를 철저히 분석하고 검토해야 한다고 명문화 되어있고 그렇게 강조하지만, 대다수 계약상대자들은 공사를 수주하면 공사착수를 위한 조직구성 및 착공준비로 현실적으로 상당한 분량의 계약문서를 다 검토할 수가 없다. 다만 향후 공사수행과정에서 문제가 발생할 우려가 되는 사항에 대해 부분적으로 관련된 계약문건을 검토하는 실정이다. 계약상대자는 대체로 발주청에서 제시한 계약조건에 대해 동의하고 수용하여 계약을 체결하게 되고, 공사 수행과정에서 문제나 쟁점이 발생할 때에야 비로소 계약서류를 검토하는 실정이다.

뿐만 아니라 계약이행과정에서도 서류 중심의 행정절차에 밝은 발주청보다 시공사는 자료정리 및 기록문화가 뒤떨어져 있고 체계적으로 세련되어 있지 못하다. 특히 건설현장에서는 공사수행과 공정관리에만 몰두하다 보면 감리나 발주청에 비하여 문서관리가 소홀히 되기 쉽다. 그러다 보면 클레임이나 분쟁이 발생하였을 때 자료관리만 잘하여도 소송까지 가는 사태를 크게 줄일 수 있는데, 문서화된 근거자료가 부족하고 특히 주관적인 자료가 아닌 상대방과의 커뮤니케이션 입증자료가 거의 없는 실정이다.

3) 일방적인 계약조건 제시에 대한 무조건적인 수용

국가계약법 제5조 제1항에서는 ‘계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 한다’고 계약의 원칙을 천명하고 있다. 동법 시행령 제4조에서도 ‘계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니 된다’고 재차 강조하고 있다.¹⁰³⁾

그렇지만 국가계약법 상의 입법취지에 반하는 사례는 자주 발견하게 된다. 통상적으로 발주자가 제시하는 표준계약서와 현장설명 시에 발주자의 입장과

103) 두성규, ‘건설분쟁해결제도의 합리적 개선’ 한국건설산업연구원, 건설경제 2004년(통권40호), p. 74. ; 중재판정 제96111-0026호·제96111-0067호·제96111-0020호; 중재판정 제01111-0051호 등.

그들의 해석에 의해서만 작성된 특기사항과 계약체결시의 공사계약특별조건 등 특별조항에 대한 사항도 계약상대자는 발주자가 제시한 안대로 수용하고 서명함으로써 계약이 체결된다. 이는 계약상대자인 시공사의 경우 공사수주와 함께 계약이행을 위한 공사 착공에 급급한 나머지 계약조건에는 소홀히 하는 경우도 있지만, 발주청을 상대로 계약체결 시에 계약조건에 대한 이의제기를 하기가 어려운 실정이다.

현장설명시 발주자가 제시한 특기사항의 사례를 보면 발주자의 입장에서 제시한 조건들을 대부분 계약상대자의 의무사항으로 계약상대자는 그대로 수용해야 하는 당위성 의무조항이 대부분이다.

또한 계약일반조건에 다 명시할 수 없는 사안들은 발주처에서 공사입찰공고나 현장설명서에 사전에 명시해 둔다. 조달청의 공고사례를 보면 입찰설명서 구성은 다음과 같으며 입찰에 참가하고자 하는 자는 반드시 입찰 설명서를 열람하여 그 내용을 숙지하여야 하며, 숙지하지 못함에 따른 책임은 입찰자에게 있다고 엄중히 명시하고 있다.¹⁰⁴⁾

I. 공사입찰공고

II. 국가종합전자조달시스템전자입찰특별유의서(조달청 고시 제2007-18호, 2007. 10. 23)

III. 공사입찰특별유의서(조달청 시설총괄과-4462, 2009. 04. 10)

IV. 공사입찰유의서(기획재정부 회계예규 2200.04-102-13 2009. 09. 21)

V. 공동계약운용요령(기획재정부 회계예규 2200.04-136-19, 2009. 09. 21)

VI. 최저가낙찰제의 입찰금액적정성심사기준(회계예규 2200.04-156-6, 2009. 09. 21)

VII. 공사계약특수조건(조달청 시설총괄과-3130, 2008. 07. 01)

VIII. 공사계약일반조건(기획재정부 회계예규 2200.04-104-21. 2009. 09. 21)

IX. 청렴계약입찰특별유의서(구매총괄과-1603, 2008. 08. 08)

104) 조달청 입찰공고시에 '국가계약법', 동 시행령, 동 시행규칙 및 '건설산업기본법'과 '건설기술관리법'의 동법 시행령 및 시행규칙의 근거와 '공사계약일반조건'(회계예규 2200.04-104-20, 2009.7.3), '공사계약특수조건'(조달청시설총괄과-3130, 2008.7.01)에 의거 입찰공고를 하며 이에 따라 설계변경 규정을 정하고 있음.

X. 청렴계약특수조건(구매총괄과-1603, 2008. 08. 08)

계약상대자가 공사 수행 중에 억울한 문제가 발생하여 클레임이나 분쟁이 발생하였을 때, 발주자가 제시한 상기의 일방적인 계약조건을 수용하고 합의함으로써 각 종 특약에 의거하여 정작 계약상대자가 이의를 제기할 수도 없을 뿐만 아니라 이미 문서상에 합의하여 계약을 체결한 상황이므로 분쟁에서도 승산이 희박하다.

4) 설계도서의 부실

발주자가 설계회사와 용역계약하여 납품받은 실시설계 내용이 현장실정과 맞지 않는 경우가 종종 발생한다. 설계도면이나 시방서의 하자는 부실시공과도 관련이 있지만 클레임의 주요한 원인이 되기도 한다. 설계도면이나 시방서의 부정확하거나 미흡한 부분에 대한 설계상 하자는 시공사의 공사지연을 초래할 수도 있다. 당초설계대로 시공했다가 설계상 하자가 발견될 경우 재시공을 해야 하고 이로 인하여 공기가 지연되면 이에 따른 간접비도 발생하는 등 계약금액 외 추가발생 비용으로 인하여 설계상 하자로 인한 클레임이 반드시 따르게 된다. 이럴 경우 대체로 설계사나 발주청이 책임을 지는 경우는 드물다. 시공사의 귀책사유가 아닌 발주청의 담당공무원의 과실로 드러난 설계상 하자의 경우에도 담당자의 문책과 불이익을 우려해 현장에서는 시공사의 정당한 클레임이 수용되지 못하고 공사전후의 상황을 고려하여 적정선에서 협상하는 경우가 많다.

그러므로 발주자는 분쟁의 예방을 위해서 설계도서의 부실이 없도록 해야 하겠지만, 설계도서의 부실로 인하여 시공사로부터 클레임이 제기될 때에 발주자의 유리한 계약조건이나 특약으로 계약상대자의 이의제기를 거절할 것이 아니라, 설계도서의 부실로 인하여 발생하는 시공사클레임은 정당하게 수용되어져야 할 것이다.

5) 공사계약조건 계약내용의 문제점

(1) 계약조건의 불합리

현재 국내 건설공사계약은 「국가계약법」, 「건설산업기본법」, 「건설기술관리법」을 근간으로 하여 계약서류가 작성되지만, 국제입찰공사에 활용할 수 있는 계약조건이 미비한 실정이다.¹⁰⁵⁾ 건설공사계약서 작성방법에 있어서도 충분한 법적 검토없이 회계예규인 공사계약일반조건 등을 기본으로 공사계약일반조건을 작성한 후 용역회사에서 작성한 공사계약특수조건과 설계서 등을 성과품으로 받아 약관형식의 계약문서를 만들어 제시한다. 계약상대자인 시공사는 발주처가 작성한 계약문서 그대로 수용하여 계약을 체결하게 되는데 계약서 자체가 일방적으로 작성되었기 때문에 시공사의 입장에서는 계약상 어떤 부분이 중요한지 또는 중요한 사항에 대한 특약에 대한 유불리를 파악할 길이 없다.

우리나라 건설공사의 계약에서 적용되는 관계법은 「국가계약법」, 기획재정부 회계예규 「공사계약일반조건」, 「산업안전보건법」, 「건설기술관리법」, 「근로기준법」, 「건설산업기본법」 등 다양한 관계법과 시행령 및 시행규칙으로 구성되어 있다. 정부발주의 건설공사계약의 일반조건은 기획재정부 회계예규의 「공사계약일반조건」이 있고, 해당공사에 적용될 ‘공사계약특수조건’과 ‘설계서’ 등은 발주처가 특정공사를 위해 일방적으로 작성하여 계약상대자에게 제시하면 계약상대자는 그대로 수용하여 계약을 체결한다. 그러므로 계약내용과 관련한 분쟁이 발생할 경우 이미 합의한 계약이므로 계약조건상 쟁점의 대상이 안 될 수도 있다.

(2) 불평등한 계약요소

국내 건설공사계약은 발주자 우위의 계약형태로 인해 근본적으로 발주자와 시공자간의 계약관계에 대한 불평등한 요소를 내포하고 있다. 현재 국내 건설계약 풍토는 건설공사 수행 중 작업변경이나 기타 변경지시에 의해 계약변경사항이 발생하더라도 잔여공사 및 차기공사에 미칠 영향을 고려하여 계약상대자인 시공사가 발주자에 대해 클레임을 제기하는 것을 우려하고 포기하는 경우가 많다.

특히 발주처가 소규모 지방자치단체이거나 정부산하의 공공기관의 경우 계

105) 남진권, '건설공사 클레임과 분쟁실무', 기문당, 2003.4, p. 184.

약특수조건에 발주처의 유리한 조건대로 계약조건을 삽입하거나 누락시키는 경우가 종종 있다. 무엇보다도 계약내용이 불분명하고 포괄적인 의무사항이 많고 공사도급계약이 너무 간단하다. 건설공사는 복잡하고, 방대하고, 장기간이 소요되는 데도 정작 계약서(공사계약일반조건과 계약특수조건)에 기재된 내용은 계약금액과 공사기간 등 일반적인 조건 몇 가지뿐이다. 당사자의 약정내용이 불분명하기 때문에 공사 진행과정에서 분쟁이 발생하기가 쉽고, 막상 분쟁이 발생하였을 때 그 분쟁에 대한 시비를 가릴 기준도 찾기 어려운 경우도 있다.

3.1.7 클레임 및 분쟁으로 인한 손실비용 사례

저가낙찰공사 현장에서 공사를 수행하는 시공사와 감독자간의 대립과 갈등은 현장 내 공사운영 및 관리적 측면에서 초기의 분쟁단계이다. 시공 중 발생하는 클레임은 예방적 차원에서 충분히 대응하고 협의과정에서 해결할 수 있지만, 당사자 사이에 소통과 협상력 부재로 인하여 갈등과 클레임이 해결되지 못하면 쟁점사안 외 공사추진에도 영향을 주어 공사지연, 재시공, 추가공사비 발생 등 상당한 손실이 발생하게 된다.

1) 공정지연으로 인한 손실 비용 사례

건설현장의 특성에 따라 클레임과 분쟁의 유형이 다르므로 공정지연의 기간과 작업물량 범위가 어느 정도인지는 건설현장의 공사의 종류와 여건에 따라 서로 다를 것이다. 공사현장에서는 공사수행 중 발생하는 시공관계자(시공자, 감리자, 하도급자 등)간의 소통부재와 갈등구조는 어느 공사현장에서도 항상 존재한다. 공사감독관이나 감리원의 입장에서 시방규정에 의한 시공검측과 자재검수 과정에서 지시하는 재시공 또는 수정보완 요구사항 및 현장의 안전관리를 위해서 지시하는 사항 등은 시공자(원청시공사나 하도급자)의 입장에서 보면 모두 공정 추진에 걸림돌로 여겨질 것이다.

이런 구조적인 문제를 공사관계자들 간에 원만한 협의와 이해로 해결되면 좋겠지만 그렇지 못하고 결렬될 때 일시적인 공사중단 또는 지연으로 인한 손

실이 불가피 하게 된다. 당사자 간에 협상으로 원만하게 해결되지 못할 경우 다음과 같은 사례를 통하여 계약 외 추가공사비와 손실발생 규모를 산정해 보기로 한다.

1.1) 사건 경위

A지방자치단체에서 발주하여 B사가 도급하여 시공하고 있는 000시설공사 중 수밀구조물 철근 콘크리트공사의 벽체콘크리트 타설과 관련하여, 콘크리트 타설을 앞두고 검측하는 과정에서 감리원은 ‘구조물 벽체 철근조립, 거푸집 및 비계설치 등 시공과정이 시방규정에 미달하고 안전관리상 미흡하여 수정조치 및 재시공 지시로 콘크리트 타설 승인을 거부하였다.

이에 대해 시공사는 평소와 다를 바 없는 품질관리를 해 왔고, 조립 및 설치과정에서 이미 감리원은 공사현장을 순회하면서 육안으로 검측이 이루어진 상태로 이해했으며, 현 상태는 콘크리트를 타설함에 있어서 구조적인 문제나 안전상 문제가 없다고 판단하여 콘크리트 타설 준비를 위한 모든 자원을 다 동원한 상태였다.

하도급자나 시공참여자(작업반장)의 불만과 항의가 있었으나 감리원이 시공 검측과정에서 시방규정에 맞지 않는 안전조치와 작업절차에 대해 재시공 결정에 대해 결국 시공사는 그 시점에서 공사를 중단하고 철근조립 수정 및 거푸집 해체 및 재조립 지시를 따르기로 결정하였다.

1.2) 재시공 및 공정지연으로 인한 비용 산출

(1) 지연기간 : 전체 6일

① 비계, 거푸집 해체 공정 : 2일

② 철근 재조립 : 1일

③ 거푸집 재설치 : 2일

④ 기타 작업대기(우천 및 자재 공급 등 기타사유) : 1일

⑤ 투입장비 대기 : 펌프카 1일, 굴삭기 6일

(2) 추가공사비 투입 비용

① 자재비용 : 재사용 조건

② 작업반 지연 인건비

: 목공 5명, 철근공 3명, 작업반장(십장) 1명, 측량 1명 ; 계 10명
 $10\text{명} \times 120,000\text{원/인} \cdot \text{일} \times 6\text{일} = 7,200,000\text{원}$

③ 장비비

: 펌프카 ; 80만원/일, 굴삭기 등 50만원 $\times 6\text{일} = 3,600,000$

④ 잡자재 및 부대비용 ; $10,800,000 \times 5\% = 540,000\text{원}$

①~④ 직접공사비 계 : 11,340,000원

(3) 간접공사비

: 공사관계자(도급자, 하도급자) 간접비 30% 계상

$11,340,000\text{원} \times 30\% = 3,402,000\text{원}$

합계 14,742,000원

1.3) 재시공 및 공정지연 결과

상기 예시로 보면 공사현장의 사소한 대립과 소통부재로 인한 마찰과 갈등 문제가 1,500만원의 손실을 가져오게 되었다. 만약 이런 종류의 사례가 반복되거나 유사한 문제가 연간 10회만 발생되면 1.5억원/년간, 5년 공사의 경우 한 공사현장에서 7.5억원의 손실을 가져온다.

최근 공공공사의 평균 수익률을 2~3%로 볼 때 7.5억원의 이윤을 고려하면, 300억원의 공사를 실행을 97.5%로 성공적으로 준공했을 때 손익분기점이 된다. 물론 기타 공사 중 발생할지 모르는 리스크를 감안한다면 해당 공사현장의 손실은 훨씬 더 증가할 것이다.

공정지연으로 인한 손실은 어느 현장이든지 있을 수 있는 형국인데, 국내 시공평가액기준 상위 20위권 이내 건설회사의 개설현장이 평균 50개 현장으로

계상했을 경우, 국내 1000개의 공사현장에서 이런 사례가 반복된다면 그 손실액은 7,500억원, 기타 전국 건설회사의 공사현장 전체로 계상하면 1조원을 넘을 것이다.

이런 사항들이 모두 다 클레임이나 분쟁으로 이어지지는 않겠지만, 누적되면 공사현장소장이나 하도급 소장은 당초 승인받은 실행예산보다 추가로 발생하는 공사비에 대해서는 결국 발주처를 상대로 클레임을 제기하게 되고 분쟁으로 이어지게 되는 것이다.

2) 추가공사비 청구 클레임 진행 구조

상기의 사례에서 나타난 공사현장의 추가비용 부담과 관련하여 대개 원도급자는 대부분 하도급 체제로 공사를 수행하므로 통상적으로 비용부담은 하도급자에게 지워진다. 하도급자는 공사수행 당시에는 원도급자의 지시와 발주처나 감독의 권위에 눌려 지시대로 공사를 수행하다가 실행예산을 초과하고 적자운영이 계속되면 결국 원도급자에게 추가공사비 보전을 요구하게 된다. 원도급자는 하도급자로부터 클레임 청구를 받으면 이를 거절하거나 아니면 손실을 보전해 주어야 하는데, 손실을 보전해 주기 위해서는 부득이 시공사 현장소장은 본사로부터 실행예산을 추가로 승인을 받아 하도급자에게 손실분을 보전해 주고 하도급자와의 클레임을 해결하지만 원도급자의 현장수지는 더욱 악화된다.

이제 원청사의 현장소장은 추가로 발생한 손실 부분을 어떤 방법으로든지 만회를 하려면 공사과정에서 발생한 여러 경우의 추가공사비에 대해 타당한 근거를 마련하여 발주자에게 클레임 청구하여 발주청으로부터 보전을 받으려고 한다. 이에 대해 발주청이나 감리원은 시공사가 제시한 클레임이나 설계변경을 통한 공사비 증액에 대해서는 쉽게 수용할 수 없는 사안들이기 때문에, 근거와 타당성이 없다고 판단하여 거절하게 되면 결국 시공사는 이를 해결하기 위하여 발주청과 분쟁이 발생하게 된다.

3) 분쟁 발생 및 비용

상기의 설명에서처럼 추가공사비 청구 클레임은 발주자나 감리자의 입장에

서는 좀처럼 수용하기 어렵다. 대개는 공사 중에는 발생하는 클레임에 대해 시공사는 발주청과 감리원과의 우호적인 관계유지가 지속되어야 하기 때문에 법적 분쟁해결수단인 중재나 소송으로 가기는 어렵다. 그러나 공사가 마무리 되고 준공이 되면 종결되지 않은 클레임에 대해 준공과 함께 포기하거나 그렇지 않으면 추가공사비를 청구하는 중재나 소송으로 발전하게 된다.

시공자의 입장에서 보면 소송으로 가게 되면 발주자로부터 그동안 유지되어 온 관계가 깨어지기 쉽기 때문에 참으로 조심스럽지만, 관계훼손 또는 단절로 인한 불이익 보다 당면한 회사경영에 위기를 초래한 상당한 손실을 만회하는 것이 더 중요하다면 장래 공사수주 영업상 불이익을 초래할지도 모를 어려움을 감수하고라도 소송을 진행하게 된다.

중재나 소송 등으로 진행되었을 경우 송사비용(청구소송 판결에 따른 채권 채무 제외) 또한 만만치 않다. 예를 들어 추가공사비 청구소송가가 10억일 경우

- ① 소송대리인(법무법인) 선정시 착수금 1-2% : 약 15백만원
- ② 승소 성공률은 승소에 따라 다를 수도 있지만 70% 승소일 경우 10-20% : 105백만원
- ③ 소송에 투입되는 회사의 전담기술직원, 감정비용 등 간접비용을 소송가의 5%로 계상 : 50백만원

즉, 10억 소송가에 대해 부분 승소한다고 하더라도 소송비용이 160백만원이 소요될 것이다.

국내 시공평가액 기준 상위 50위권 이내의 건설회사가 발주처를 상대로 중재나 소송으로 갈 경우에, 추가공사비 청구소송이 상기의 예와 같이 단 1건만으로 시도하지 않고 해당공사에 발생한 여러 건의 클레임 사안들을 모아 제소하는 경우가 많다. 여러 건의 클레임 건수 중 판결에 불리하거나 입증자료가 불비한 일부 항목의 건은 패소하더라도 일단 일괄로 제소한다고 하면 그 소송가는 훨씬 상회할 것이다.

3.2 분쟁단계에서 분쟁해결제도의 문제점

3.2.1 분쟁해결방안의 제도적인 문제

1) 제도적인 방법이 활성화되지 않는 이유

① 발주자 우위의 전통적인 계약관행

정부 건설공사계약은 일반적인 민사법상의 원칙이 적용되나 공공성 및 일방이 정부이기 때문에 순수한 사법상의 계약과 공공의 특수성을 동시에 가지고 있다. 또한 민법상의 계약과는 달리 다수의 당사자가 관여하여 매우 복합적인 형태의 계약구조를 가지고 있고 기술적 전문지식이 뒷받침되어야 한다. 이런 특수성을 가진 공공공사계약은 오래전부터 발주자와 시공사간의 묵시적이고 전통적인 계약관행의 불평등한 요소로 인하여, 공사수행과정에서 자연스럽게 발주자와 감독자 우위의 관계가 형성이 되어 있다.

건설공사는 과업수행이 장기간에 걸쳐 진행되므로 빈번하게 발생하는 계약 외적인 요인의 영향으로 실제 공사현장은 설계변경 사안이 다양하게 발생한다. 설계변경으로 인한 공사비 증감이 발생할 경우에, 시공사는 주관적인 판단과 결정권을 가지고 있는 발주자에 대해 우호적으로 대응할 수밖에 없고 상대의 호의적인 판단을 기대할 수밖에 없는 실정이다. 그러므로 시공사는 현장에서 클레임사안이 해결되지 않더라도 될 수 있는 한 분쟁을 피하려고 하고, 클레임을 해결하는 방법에서도 건설현장권 내에서 해결하려고 하지 건설현장권 외 제도권에 있는 법적 분쟁해결방법을 이용하기가 쉽지 않다.

② 발주자와 지속적인 관계유지 필요

시공사가 현장에서 협의단계에서 클레임으로 문제가 해결되지 않으면 다음 단계로 제도권의 분쟁해결방법인 중재나 소송의 방법을 택할 수밖에 없는데, 중재나 소송을 진행하다가도 세월이 지나면서 비용과 시간 손실이 만만치 않고, 특히 발주청과의 불화 등으로 실익이 없다고 판단되면 포기하거나 취하해 버린다. 이는 결국 전통적인 발주자 우위의 계약관행과 구조적인 힘의 논리에 의해 발주청과의 지속적인 관계유지를 하지 않을 수가 없기 때문이다.

③ 법적인 분쟁해결 인지도 부족

대부분의 시공사는 공사현장에서 설계변경 등의 공사비 증감문제와 관련한 클레임이 발생하더라도 향후 공사수행을 항상 염두에 두고 있으므로, 정당한 권리주장을 하는 대립적인 자세보다는 분쟁을 피하면서 우호적이고 타협적인 방법으로 해결하려고 한다.

계약당사자 간에 정당한 이의제기를 할 수 있는 ‘클레임’이란 용어도 계약조건에는 명시되어 있지도 않고 ‘당사자 간의 협의’의 범주 안에서 해석되고 있다. 분쟁해결방안으로서의 클레임이 건설시장이 개방된 90년대 후반부터 이론적인 개념정도로만 인식이 되었고, 공사현장에서 발주자를 상대로 한 클레임 제기는 저항적이고 부정적으로만 인식이 되어 있는 실정이다.

공사현장에서 시공 중 발생하는 분쟁에 대해 시공사가 클레임으로 해결되지 않을 경우 법과 제도적인 방법에 의한 법적대응으로 분쟁해결을 시도한다는 것은 발주자에 대한 관계단절과 적대관계로 인식되어 있어 합리적인 방법에 의한 분쟁해결 인식이 부족하다. 발주처를 상대로 ‘법적 대응’이란 용어 자체가 도전적으로 받아들여진다고 생각하기 때문이다. 대체로 시공사인 건설업자들은 법에 대한 개념이 부족하고, 발주처를 의식하여 법적 해결방안에 대한 인식이 거의 없고 기피하는 실정이다.

2) 조정제도보다 과도한 소송 의존도

우리나라는 아직까지 법적 분쟁해결수단으로 소송에 대한 인식만 있어 분쟁이 발생하면 소송으로 해결하려는 경향이 많다. 대한민국은 다른 나라에 비해 소송이 많다고 한다. 일본의 경우에 비해 4배나 많다는 통계가 있다. 인정하고 싶진 않지만 한국 사람들이 조정과 타협에 인색하다는 것은 통계가 증명하고 있다. 일본에서는 지난해 전체 민사 분쟁의 35%가량이 법원 판결이 아닌 조정·화해로 처리됐지만, 한국은 전체 민사 사건의 6.5%만이 조정·화해로 종결됐다고 한다. 이 또한 대부분 재판부의 강제에 가까운 권유로 이뤄진 것으로, 처음부터 조정을 신청한 건수는 0.7%(9216건)에 불과하다.

소송이 넘쳐나는 또 다른 이유는 소송비용이 싸다는 점도 한몫하고 있다. 우리나라에서는 소송을 하든, 조정·화해 절차를 밟든 비용 차가 크지 않아

‘소송을 걸고 보자’는 심리가 강하다. 여기에 법관과 변호사들이 조정·화해의 필요성에 대한 인식이 부족한 것도 소송 남발의 원인이 되고 있다.

법원은 분쟁의 조정률을 높이기 위해 서울과 부산에 조정만 전담하는 법원 조정센터를 세웠다. 법조 경력 15년 이상의 법조인들을 배치했고, 소송에 필요한 인지 값도 정식 소송의 5분의 1 수준인 8만 원으로 낮췄다. 평균 조정기간도 3개월 안팎으로 훨씬 짧다. 이런 장점에도 불구하고 홍보가 제대로 안된 탓인지 서울법원조정센터에는 매달 120건 정도만 접수된다. 소송 전에 조정과 화해의 묘안을 내도록 돕는 법원의 적극적인 홍보 활동이 아쉬운 실정이다.

건설업계의 일반적인 분쟁해결방법에 대한 태도도 공사계약일반조건에 의협의로써 해결이 안 되면 중재에 의하는 것으로 되어 있는데, 현실적으로 중재는 별도의 서면합의가 있는 경우에만 적용이 가능하고 조정제도는 구속력이 결여되어 있고 조정결과에 대한 효력이 없다고 판단하므로 소송으로 해결하려고 한다. 예나 지금이나 소송은 양쪽 당사자들의 인간관계를 파탄으로 몰고 간다.

3) 대체분쟁해결제도 실효성 문제와 이용기피

(1) 대체분쟁제도(ADR)

계약당사자 간에 분쟁이 발생했을 때 상당수가 종국적인 해결방법인 소송으로 해결방법을 모색하는 경우가 많다. 그러나 분쟁이 생겼을 때 소송을 통해 승소하는 것만이 최선은 아니다. 분쟁이 생기지 않도록 사전에 대비하는 것이 최선의 방법이다. 만약 분쟁이 생겼다 하더라도 가장 극단적인 방법인 소송을 통해 분쟁을 해결하는 것 보다는 소송 외 분쟁해결절차를 적극 이용하면 경제적·시간적으로 더 나은 효과를 거둘 수도 있다.

우리나라에도 소송 외 분쟁해결절차로 대체적인분쟁해결제도(ADR)의 형태는 있는데, 법원에서 행해지는 소송 형태 이외 방식으로 이루어지는 화해, 조정, 중재가 있다. 현행 건설관련 법령에서도 법원을 통한 재판절차 외에도 이용 가능한 분쟁조정제도 및 중재제도 등을 통하여 분쟁해결절차의 이용을 권장하고 있다.

(2) 대체분쟁해결제도 실효성 미흡

그러나 건설전반에 걸쳐 광범위한 분쟁관련 업무를 수행하도록 설치된 「건설산업기본법」 상의 ‘건설분쟁조정위원회’의 활동은 비교적 조정실적이 저조하다. 중앙건설분쟁조정위원회의 경우 1990년부터 1999년까지 총신청건 수 167건에 조정성립건 수 32건에 불과하여 조정성립율이 19% 정도에 머무르고 있으며, 지방건설분쟁조정위원회의 경우는 조정성립실적이 전무하다.¹⁰⁶⁾

이처럼 관계법령에서 다양한 재판 외 분쟁해결절차가 마련되어 있음에도 불구하고 특히 조정제도의 이용이 부진한 까닭에 대해서는 건설업에 종사하는 관계자들의 견해에 의하면 조정제도 실효성의 한계에 그 이유로 들고 있다.

현행 「건설산업기본법」 상에는 조정절차의 진행 중에 분쟁당사자 중의 일방이 조정을 거부한 경우에 조정위원회가 조정거부자인 피신청인으로 하여금 조정절차에 참석할 수 있도록 하는 강제권을 발동하거나 구속할 수 있는 제도적인 장치가 없다. 따라서 조정의 피신청인인 일방당사자는 조정절차의 개시 자체를 거부하거나 절차의 진행 중에 조정의 거부할 수 있고, 피신청인이 만족스럽지 못한 결과에 대해 소제기를 통한 사실상의 거부가 가능케 되므로, 신청인은 조정절차가 진행되는 동안 조정설립을 위한 최선의 노력을 하려고 하지 않는다.

(3) 홍보와 인지도 부족

그 밖에 정부나 건설관계 단체들이 건설분쟁해결제도에 대한 관심이 적고, 건설업종사자들에게 조정이나 중재제도의 홍보나 관련정보의 제공이 상당히 미흡하여 건설분쟁해결제도의 존재나 이용방법, 절차 등에 충분히 알지 못하거나 부정확하게 알고 있는 점도 이용을 저조의 한 원인인 것으로 보인다.

4) 분쟁해결 법령상 기구의 이용 저조

최근에는 클레임과 분쟁에 대한 인식이 향상되어 분쟁이 불가피할 경우에 선택하는 방법으로써 소송 대신 대체분쟁해결제도 중 조정제도 보다는 중재로

106) 두성규, ‘현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안’, 한국건설산업연구원, 2000.12, p. 28.

가는 경향이 많은 편이다. 이는 조정제도에 대한 인식이 부족하고 조정자체가 강제권과 구속력에 대한 신뢰는 없고, 법원의 소송은 시간과 비용 등의 부담으로 문제점이 많아 중재제도의 이용이 증가하는 추세이다¹⁰⁷⁾

대한상사중재원은 중재제도가 현행 건설분쟁해결의 가장 좋은 방법으로 홍보하지만 소송 외에는 다른 대안이 없기 때문이기도 한 것 같다. 중재가 소송만큼의 시간과 비용은 들지 않겠지만, 제3자에 의한 재결(裁決)을 받는 중재에 대한 신뢰도 만족스럽지 못하고, 중재 신청시 대개는 해당 사건의 기술적인 면에 대한 법리적인 설명을 위해서 소송대리인을 선정해야 하는 등 문제가 여전히 많아 보편화되어 있지는 못한 실정이다.

5) 건설업 ‘분쟁조정위원회’ 업무의 한계

‘건설분쟁조정위원회’의 조정제도에 대한 홍보와 인지도도 부족할 뿐더러 조정에 대한 실효성이 부족하다는 것은 현행 건설업 분쟁조정위원회 업무가 분쟁당사자들의 요구를 만족할 만한 전문성이 부족하고 분쟁처리 절차 등 업무내용이 빈약하다는 것이다. 계약상 가장 많은 문제가 발생할 수 있는 예산회계와 관련된 부분은 기획재정부의 유권해석으로 처리하고 있고 건설현장의 계약 분쟁이나 계약이행과정에서 발생한 분쟁에 대해서는 최근 조달청 질의회신의 유권해석에 의존하고 있다. 또한 하도급에 관련된 부분은 공정거래위원회에서 ‘건설하도급분쟁조정협의회’에서 처리하는 화해의 효력을 가지는 조정업무만 담당하고 있는 실정이다.

6) 건설공사 분쟁해결전문가 부족

건설현장은 관행적이고 비합리적인 공사운영으로 인하여 건설분쟁에 대한 인식이 부족하여 분쟁해결전문가가 없는 실정이다. 건설분쟁은 제3자의 개입이 없이 쌍방협상을 통해 해결하는 것이 가장 바람직하지만 중재나 조정 등의 경험 부족으로 발주자 및 시공자의 이익을 대변하여 원활하게 협상을 수행할 수 있는 경험있는 전문가가 많지 않다.

107) 채완병, ‘우리나라의 건설중재현황과 활성화 방안’, 건설중재정책세미나 및 학술발표, 대한상사중재원, 2007, p. 69 ; 두성규, ‘중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망’, 한국건설산업연구원, 2003.12, p. 5.

건설분쟁이 생기면 분쟁해결을 위한 제도적인 분쟁해결기관을 이용할 경우 대부분 법률전문가의 영역으로 인식되어 건설전문가의 적극적인 참여가 미비한 실정이다. 영국이나 유럽 등에서는 클레임이나 기술적인 분쟁을 전문적으로 해결하는 클레임엔지니어¹⁰⁸⁾가 있어 건설분쟁해결 시에 관여하여 기술적 문제를 합법적이고 객관적으로 판단하여 분쟁을 합리적으로 해결한다. 그러나 우리나라는 아직 건설분쟁해결제도 자체가 활성화되어 있지 못하고 분쟁해결 기구의 이용이 미흡하므로 ‘클레임엔지니어’나 ‘건설분쟁전문가’의 필요성을 느끼지도 못하고 있는 실정이다.

분쟁조정위원회의 조정위원이나 중재의 중재위원으로 선정되는 구성원의 전문성에 대해 구성위원은 분쟁해결 경력이 있는 전문가들로 구성되어야 하지만, 실제로 건설분쟁과 관련하여 현장경험이 있거나 분쟁해당업무에 연구나 종사한 경험이 있는 자로 구성되지 못하고 있는 실정이다. 건설분쟁이 건설이라는 전문정보다는 분쟁에 초점을 맞추어 주로 법조인 중심으로 건설업에 종사한 지위와 덕망이 있는 자로 구성되어 전문성이 부족한 부분이 많아 판결에 대해 만족스럽지 못한 경우가 많다고 본다.

7) 건설분쟁 해결방안의 법과 제도적 문제점

(1) 다양한 분쟁 조정제도

현행 여러가지 분쟁처리제도가 있으나 건설분쟁에 관한 통일되고 일관된 분쟁처리제도가 없고 분쟁발생시 접근성이 어려워 어떤 경로를 통하여 분쟁을 해결해야 할지 쉽지 않다. 공동주택 입주자에 의한 분쟁이 발생한 경우에는 소비자보호법상 소비자분쟁조정위원회에 의뢰되어야 한다. 건설공사 관련분쟁은 「건설산업기본법」상의 ‘건설분쟁조정위원회’에 의뢰하게 되고, 원수급자와 하수급인과의 분쟁은 「하도급법」상의 ‘건설하도급분쟁조정협의회’를 통하여 분쟁을 해결한다.

108) 윤찬호, 'QS(Quantities Surveyor)와 건설계약 및 클레임', '건설관리'(통권 제49호), 2009.6, p. 50. ; 건설계약과 클레임 및 건설분쟁과 관련하여 건설분야의 전문지식과 법률적인 지식이 결합되어 요구되는 Contract Specialist(통상 "Claim Surveyor"로 불림)의 업무영역도 지속적으로 변모·진화하고 있다.

(2) 분쟁과 관련한 법과 원칙에 대한 실정

국가를 상대로 하여 이의를 제기하는 계약당사자에 대하여 「국가계약법」 상에 일정한 규정을 두고 있다. 정부공사·물품·용역·등의 입찰·계약과 관련하여 ‘상호 대등의 원칙’, ‘신의성실의 원칙’등을 규정하고, 동법 시행령에서도 계약담당공무원은 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정할 수 없다고 규정하고 있고, 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원의 행위로 말미암아 불이익을 받은 경우 해당 중앙관서의 장에게 이의신청과 재심기관인 ‘국제계약분쟁조정위원회’¹⁰⁹⁾에 조정을 신청할 수 있도록 규정하고 있다.

그러나 실제 계약체결에 있어서 앞서 언급한 원칙들은 사실상 선언적 의미에서의 효력밖에 갖지 못하고 있으며, 분쟁해결에 대한 구체적 규정이 결여되어 계약자보호는 방치되고 있는 것과 다르지 않다. 그리하여 그 동안 법령해석에 대한 다툼이 있거나 분쟁가능성에 대비하기 위하여 계약당사자들이 유권해석에 의존하는 바가 크다보니 유사사안에 대한 유권해석이나 질의신청이 관련부처에 쇄도하고 있는 실정이다.

(3) 법률적 판단과 적용의 한계

건설공사는 전문적이고 구조가 방대하고 복잡한 반면 법률적 계약조항은 간단하고 단순하다. 따라서 분쟁발생시 계약조항에 의한 법률적 판단이 쉽지 않다.

또한 건설현장의 시공 중 발생하는 갈등문제나 클레임 등은 분쟁이전단계에서는 건설관계법의 적용을 받아 해결하지만, 분쟁이전단계에서 클레임이 해결되지 않고 분쟁이 발생하여 소(訴)가 제기 되었을 경우에는 건설관련 관계법 외 중재법, 민법, 상법 등 다양한 법규를 적용하여 법원에서 판결을 받게 된다. 중재나 소송으로 진행되는 과정의 심리단계에서 건설분쟁의 특수성과 전문성에 대해서는 법률적 판단으로는 한계가 있다.

(4) 법령체계의 문제

109) ‘국가계약법’제29조(국제계약분쟁조정위원회의 설치)①제28조제4항의 규정에 의한 재심청구를 심사·조정하게 하기 위하여 재정경제부에 국제계약분쟁조정위원회를 둔다.

「건설산업기본법」상의 ‘건설분쟁조정위원회’는 분쟁당사자의 일방 또는 쌍방의 신청을 받아 설계·시공·감리 등 건설공사와 관련한 전반적인 분쟁을 조정하는 비상설조직으로 구성된 기구로서 국내입찰공사의 경우 야기되는 분쟁의 조정을 건설분쟁조정위원회에 청구할 수 있도록 하고 있다.

국가나 지자체가 발주하는 공공공사의 경우 계약문서를 구성하고 있는 「공사계약일반조건(회계예규)」에서의 분쟁의 해결방법은 당사자 간의 협의, 외중재 또는 소송에 의한 방법을 규정하고 있다. 「국가계약법」상 조정제도는 제29조 ‘국제계약분쟁조정위원회’¹¹⁰⁾에서 입찰과 계약에 관한 이의신청에 대해 조정하도록 되어 있어 국내건설공사 분쟁 발생 시 현행 「국가계약법」상의 위원회가 아닌 「건설산업기본법」상의 ‘분쟁조정위원회’에서 적용될 것으로 보인다.

현실적으로 ‘건설분쟁조정위원회’의 업무는 건설업 전반에 걸칠 정도로 매우 포괄적이지만, 「국가계약법」의 해석과 관련된 분쟁 및 「하도급법」의 적용을 받는 하도급분쟁은 조정대상에서 제외하고 있는 실정이다.

(5) 법규 표현상의 문제점

현행 「건설산업기본법」 8장에 규정한 ‘건설분쟁조정위원회’는 건설업 및 건설용역업의 전반에 걸친 건설분쟁을 그 대상으로 하지만, 「국가계약법」의 해석과 관련된 분쟁은 제외하고 있고, 건설공사의 하도급에 관한 분쟁의 경우에도 「하도급법」의 적용을 받는 사항은 조정대상에서 제외하고 있다.¹¹¹⁾ 이러한 규정형식은 법령적용상의 원활화를 위한 것이라고 하더라도 해당 규정을 ‘우선’하도록 하는 것이 아니라 아예 「건설산업기본법」의 적용대상에서 ‘제외’한다는 표현으로 규정하고 있어 ‘건설분쟁조정위원회’의 이용 자체를 원천

110) 「국가계약법」 제4조(국제입찰에 의한 정부조달계약의 범위)의①, 28조(이의신청)①의 1호.

111) 「건설산업기본법」 제69조(건설분쟁조정위원회의 설치) ③중앙위원회와 지방위원회(이하 “위원회”라 한다)는 당사자의 일방 또는 쌍방의 신청에 의하여 다음 각 호의 분쟁을 심사·조정한다. <개정 2007.5.17, 2009.12.29> 1.설계·시공·감리등 건설공사에 관계한 자간의 책임에 관한 분쟁. 2.발주자와 수급인간의 건설공사에 관한 분쟁. 다만, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 및 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」의 해석과 관련된 분쟁을 제외한다. 3.수급인과 하수급인간의 건설공사의 하도급에 관한 분쟁. 다만, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」의 적용을 받는 사항을 제외한다. 4. 수급인과 제3자간의 시공상의 책임등에 관한 분쟁. 5.건설공사의 도급계약의 당사자와 보증인간의 보증책임에 관한 분쟁. 6.기타 대통령령이 정하는 사항에 관한 분쟁.

적으로 봉쇄해버리는 결과를 초래하고 있다고 설명한다.¹¹²⁾

(6) 현행 「공사계약일반조건」 상 조정제도의 배제

① 조정제도 배제

과거 공사계약일반조건은 협의에 의한 분쟁해결이 되지 않을 때 조정이나 중재를 하도록 하고, 조정에 의한 해결이 되지 않을 때 법원의 판결에 의하도록 규정하고 있었으나, 현행 공사계약일반조건은 중재나 법원의 판결은 규정하고 있으면서도 조정제도를 배제하고 있다. 이는 조정제도의 실효성이 없기 때문이기도 하지만 현행법과 제도적으로 설치되어 있는 조정제도의 이용을 더 어렵게 하고 있다.

② 조정제도의 제한

이전 「공사계약일반조건」에서는 다양한 분쟁해결제도의 활용이 가능하도록 되어 있었지만, 현행 「공사계약일반조건」은 「국가계약법」 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차에 의한다고 명시함으로써 '건설분쟁조정위원회'의 이용이 어렵게 되었다.

(7) 현행 '국제계약분쟁조정위원회'의 문제점

① 소관 정부부처 이원화

현행 「국가계약법」과 「지방재정법」에 의하면, 계약관련 분쟁조정기구는 기획재정부 산하의 '국제계약분쟁조정위원회'와 행정안전부 산하의 '지방자치단체 계약분쟁조정위원회' 등 2곳으로 나뉘어져 있다.¹¹³⁾ 국가를 당사자로 하는 계약의 경우에는 「국가계약법」과 동법 시행령 및 시행규칙이 적용되어 이의신청을 거친 후 「국가계약법」상의 '국제계약분쟁조정위원회'에 분쟁조정을 신청할 수 있도록 되어 있는 반면, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약의

112) 두성규, '건설분쟁조정위원회 활성화 방안' 한국건설산업연구원, 2002.10, p. 5.

113) '특정조달을위한국가를당사자로하는계약에관한법률시행령특례규칙[일부개정 2008.2.29 대통령령 제 20720호] 제28조(국제계약분쟁조정위원회의 구성) ①법 제29조의 규정에 의한 국제계약분쟁조정위원회(이하 "위원회"라 한다)는 위원장을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성한다.②위원장은 기획재정부 기획조정실장이 되고, 위원은 기획재정부령이 정하는 중앙행정기관의 소속공무원으로서 당해 기관의 장이 지명하는 자와 다음 각호의 1에 해당하는 자중 기획재정부장관이 위촉하는 자로 한다.<개정 2003.8.27, 2008.2.29>'특정조달을위한국가를당사자로하는계약에관한법률시행특례규칙[일부개정 2003.8.30 재정경제원령 제327호] 제9조(국제계약분쟁조정위원회의 위원),

경우 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」과 동법 시행령이 적용되기 때문에 이의신청을 거친 후 행정안전부에 설치된 지방자치단체 ‘계약분쟁조정위원회’에 분쟁조정을 신청하도록 되어있다.¹¹⁴⁾

이러한 이원화된 조정위원회의 구성형태는 비록 국제계약분쟁과 국내계약분쟁의 차이는 있겠지만 발주자의 차이에 따라 재심을 청구하려는 이의신청자에게 이용상 혼란을 주기 쉽고, 중복된 조정위원회의 따른 국가예산의 낭비와 조정제도의 효율성 저하 등 부작용을 초래할 수도 있다.

② 적용대상의 제한

(i) 국제입찰로 인한 조정의 한정

정부조달협정에 의거한 국제입찰의 경우 현재 국제계약분쟁조정위원회에 조정을 신청할 수 있도록 되어 있다. 국내입찰로 인한 분쟁발생시 조정신청은 현행 법령상 「건설산업기본법」상의 ‘건설분쟁조정위원회’의 적용을 받을 수 있는지를 검토해 보아야 한다. 「공사계약일반조건」 제51조의 분쟁해결에 관한 내용에서 분쟁해결수단으로서 중재와 재판 외에 국제입찰의 경우는 「국가계약법」 제28조 내지 제31조에 의해 심사·조정토록 되어 있다.¹¹⁵⁾

(ii) 계약의 입·낙찰로 인한 분쟁에 한정

현재의 정부조달계약으로 인한 분쟁의 조정신청 절차는 먼저 이의신청을 하도록 규정하고 있는데, 이의신청의 대상이 계약의 범위, 입찰참가자격, 입찰공고, 낙찰자 결정 등에 한정되어 조정이 가능한 대상의 범위가 상당히 제한적으로 되어 있다.¹¹⁶⁾

114) ‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령’[(타)일부개정 2009.11.20 대통령령 제21834호] 제112조(계약분쟁조정위원회의 구성) ①법 제35조의 규정에 의하여 행정안전부에 설치하는 지방자치단체 계약분쟁조정위원회(이하 “위원회”라 한다)는 위원장을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성한다.<개정 2008.12.31>②위원회의 위원장은 행정안전부 지방재정세제국장이 되고, 위원은 행정안전부장관이 정하는 관계 중앙행정기관과 지방자치단체의 소속공무원 중에서 당해 기관의 장이 지명하는 자와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 중 행정안전부장관이 위촉하는 자가 된다.<개정 2008.12.31>.

115) ‘공사계약일반조건’ 제51조(분쟁의 해결) ②제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”이라 한다) 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차에 의할 수 있다. 제28조(이의신청), 제31조(심사·조정).

116) ‘국가계약법’ 제28조(이의신청) ①국제입찰에 의한 정부조달계약과정에서 해당 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원의 다음 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 불이익을 받은 자는 그 행위의 취소 또는 시정을 위한 이의신청을 할 수 있다. 1.제4조제1항의 규정의 국제입찰에 의한 정부조달계약의 범위와

건설공사의 경우 그 특성상 입·낙찰단계에서 뿐만 아니라 공사의 수행과정에서 야기되는 외부적 요인과 공사현장의 내부적 요인에 의한 분쟁 가능성이 더욱 높은 편이다. 따라서 이의신청 대상으로 실제로 분쟁발생이 빈번한 계약 이행단계에서 야기되는 분쟁사안의 경우 「국가계약법」 제28조의 ‘정부조달 계약의 범위와 관련된 사항’인지 아니면 ‘건설분쟁조정위원회’의 조정대상인지를 검토해볼 필요가 있다. ‘정부조달계약의 범위와 관련된 사항’이라면 ‘국제계약분쟁조정위원회’의 심사조정 대상이 될 것이고 그렇지 않으면 ‘건설분쟁조정위원회’의 조정대상이 될 것이다.

③ 유명무실한 ‘계약분쟁조정위원회’

국가계약법상의 규정에도 불구하고 분쟁조정에 대한 관심부족으로 실제 이용하는 경우가 거의 없고 ‘국제계약분쟁조정위원회’의 활동도 거의 전무하다시피 하며, 지자체의 경우도 대부분 지방재정법상 설치하게 되어 있는 ‘지자체 국제계약분쟁조정위원회’를 설치하지 않고 있어 명목상의 기구에 불과한 실정이다. 이런 가운데 계약당사자가 이의신청의 결과에 대하여 불복수단으로서 조정제도를 이용하려고 해도 이용할 만한 사무국 등 상설화된 기관이 없어 유명무실한 기구가 되어버렸다.

3.2.2 조정제도의 문제점

1) 조정의 실효성과 비구속력 문제

「건설산업기본법」이나 「주택법」에는 분쟁조정위원회가 설치되어 있는데 이는 분쟁을 조정에 의해 해결하고자 하는 취지이다. 그런데 분쟁조정위원회가 분쟁해결을 촉진할 수 있는 실효성이 없다는 것이 문제이다.

「건설산업기본법」에서는 조정위원회를 설치하고 있고, 「공사계약일반조건」에서는 조정을 제외하고 있는 것은 분쟁해결과 관련한 공사수행제도가 일관성 없이 운영되고 있다는 것이다. 대체로 분쟁당사자들은 해결방법을 우선

관련된 사항 2.제7조의 규정에 의한 입찰참가자격과 관련된 사항 3.제8조의 규정에 의한 입찰공고와 관련된 사항 4.제10조제2항의 규정에 의한 낙찰자 결정과 관련된 사항 5. 기타 대통령령이 정하는 사항. ④제3항의 규정에 의한 조치에 대하여 이의가 있는 자는 그 통지를 받은 날부터 15일 이내에 제29조의 규정에 의한 국제계약분쟁조정위원회에 조정을 위한 재심을 청구할 수 있다.

계약일반조건인 「공사계약일반조건」에 의거하여 해결방법을 찾는 경우가 많다.

분쟁해결방법에 있어서 조정제도가 소송으로 가지 않고 평화적으로 해결하려고 하는 장점이 있음에도 불구하고 널리 이용되지 못하는 이유는 실효성 문제 때문이다. 즉 조정의 결과에 대한 구속력이 없다는 것이다. 당사자 일방이 조정에 대한 불신으로 조정절차 자체에 응하지 않을 권리가 있고, 조정 결과에 대해 불리하다고 판단할 경우 승복하지 않을 수도 있기 때문이다. 회계예규에서 조정제도의 실효성 문제 때문에 조정단계를 배제했을 수도 있다.

2) 현행 분쟁해결제도의 운영상의 문제점

(1) 조정의 실효성 문제

현행 「건설산업기본법」은 조정의 자율성에 따라 조정절차의 참가나 조정과정에서의 탈퇴에 대한 제한을 두고 있지 않다. 일방당사자가 탈퇴할 경우 조정위원회가 상대방 당사자에게 통지하도록 규정하고 있어, 이러한 점은 문제해결을 지연시킴으로써 조정제도를 의도적으로 이용하는 경우도 있다. 그러므로 조정성립에 대한 불확실성으로 인해 조정으로 분쟁을 해결하려고 하는 상대 당사자가 전력을 다할 수가 없다. 이로 인해 분쟁당사자의 조정 기피 또는 조정절차개시 후 불성실한 참여, 조정제도 자체의 불신, 조정위원회의 이용률 저조 등과 같은 부작용이 초래되고 있다.

「건설산업기본법」에서는 ‘건설분쟁조정위원회’에서 분쟁조정이 성립된 경우 당사자 간 합의가 성립된 것으로 보고 있다. 그러나 일반적으로 합의는 당사자 간에 일정한 법률효과의 발생을 위한 의사의 합의로 볼 때, 이러한 합의는 재판상 화해와 같은 확정적 효력을 가지지 않는다.¹¹⁷⁾ 따라서 조정이 분쟁당사자들의 관심을 끌지 못하고 있는 이유는 조정결정의 불이행에 대한 강제성이 결여되어 있어 조정의 실효성을 기대하기 어렵기 때문이다. 즉 조정결정에 대한 확정적 효력이 불명확하기 때문에 조정의 실효성이 없다고 본다.

실제 중재 등의 경우를 보더라도 분쟁처리과정에서 그 결과에 불복하는 사

117) 두성규, ‘건설분쟁해결제도의 합리적 개선’ 한국건설산업연구원, 건설경제, 2004년(통권40호), p. 79.

례가 적지 않게 나타나는 것을 보면 분쟁당사자들이 확정적 효력에 기대하는 소송으로 갈 수밖에 없다고 생각한다.

(2) 사무국 등 시스템의 부재

조정 효력에 관한 문제 외에 분쟁조정이 활성화되지 못하는 주요 원인 중 하나는 상설 서비스제공시스템의 부재도 주요한 원인이 되고 있다. 조정이 실효성을 거두기 위해서는 조정절차를 분쟁당사자가 언제든지 용이하게 이용할 수 있도록 안내하고 조력하는 서비스가 충분하게 제공되어야 한다. 즉, 조정안이 작성되기까지는 필요한 관련 자료의 확인이나 절차의 진행 등을 맡는 시스템이 갖추어져야 한다. 그러나 ‘건설분쟁조정위원회’의 경우 전담 직원이 확충되어 있지 않고 다양한 형태의 건설공사와 관련한 분쟁을 조정하도록 지원하는 데 필요한 전문성도 부족한 실정이다.¹¹⁸⁾

(3) 지방건설분쟁조정위원회의 부재

‘지방건설분쟁조정위원회’는 서울특별시와 광주광역시 등 일부 지자체에서만 설치되어 있으며, 지방자치단체의 무관심과 인식부족, 예산상 혹은 운영상의 애로점, 지역건설업자의 외면 등으로 활동은 거의 이루어지고 있지 않아 유명 무실한 기구가 되어버린 실정이다.

(4) 조정위원회 구성원 공정성과 전문성 문제

건설분쟁 조정제도가 활성화되기 위해서는 분쟁당사자가 분쟁조정위원회의 조정과정 및 결과에 대한 신뢰가 바탕이 되어야 한다. 이러한 신뢰감과 공신력은 조정위원들의 전문성과 함께 위원회의 구성과 운영에 대한 중립성과 독립성 확보에 달려있다고 할 것이다.

현행 「건설산업기본법」 상의 ‘건설분쟁조정위원회’의 구성은 위원장을 포함하여 15명으로 되어 있다. 위원장의 임명과 관련하여 국가를 당사자로 하는 경우, 중앙위원회의 위원장은 국토해양부장관이 국토해양부의 고위공무원단에 속하는 일반직공무원중에서 지명하는 자가 되고, 지방위원회의 위원장은 시·

118) 두성규, ‘건설분쟁조정위원회 활성화 방안’ 3. 사무국 등 상설서비스 시스템의 부재, 한국건설산업연구원, 2002.10, p. 45.

도지사가 소속 2급 또는 3급공무원중에서 지명하는 자가 되며, 부위원장은 위원회가 위원 중에서 선출한다. 중앙위원회 위원이 되는 공무원은 당해 기관의 장이 지명하는 자로서 국토해양부의 3급공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 1명과 기획재정부·법제처 및 공정거래위원회의 3급공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 각 1명으로 하고, 나머지 위원은 국토해양부장관 또는 시·도지사가 위촉하는 자로서 공학이나 법률학을 가르치는 조교수 이상의 직에 있거나 있었던 자, 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자 및 건설공사·건설업 또는 건설용역업에 대한 학식과 경험이 풍부한 자로서 국토해양부령이 정하는 요건에 해당하는 자로 구성된다.¹¹⁹⁾

‘건설분쟁조정위원회’는 비상설기구이기 때문에 건설공사현장의 계약이행과정에서 일어나는 분쟁사안에 대해 실무분야나 전문적인 부문에서의 심도있는 심사·조정이 어렵다.

현실적으로 현행 위원회는 실무적인 분쟁조정해결기구라기 보다 정책적인 문제를 해결하는 행정과 정책적인 측면이 더 강하다고 여겨진다. 따라서 정부발주공사의 경우 건설분쟁 발생시 조정과정에서 주요 구성원들이 고위공무원 중심으로 구성되어 있으므로 행정과 절차를 중요시하는 관료적 입장에서 심사·조정을 할 것이므로 형평성과 공정한 조정 또한 문제가 될 소지가 많다고 본다.

또한 위원의 자격으로 계약분쟁의 전문성과 신속성 등을 감안할 때 국가계약을 담당하는 공무원을 참여시키는 것은 어느 정도 그 필요성을 공감할 수 있으나, 국가 혹은 지자체가 바로 분쟁의 일방당사자라는 점에서 보면 위원장의 경우 대외적으로 위원회를 대표하고 대내적으로는 위원회의 운영과 조정절차를 지휘하는 입장에 있으므로 공정성시비가 문제가 될 수도 있다.

또한 조정위원의 위촉요건을 살펴보면 공학이나 법률학 분야의 교수, 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자 및 건설공사·건설업 또는 건설용역

119) ‘건설산업기본법’ 제70조(위원회의 구성) ①위원회는 위원장과 부위원장 각 1인을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성한다. ② 위원회의 위원은 대통령령이 정하는 중앙행정기관·지방자치단체 또는 지방행정기관의 소속공무원으로서 당해 기관의 장이 지명하는 자와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자중 국토해양부장관 또는 시·도지사가 위촉하는 자가 된다.<개정 1999.4.15, 2007.5.17, 2008.2.29>(중략) ③ 중앙위원회의 위원장은 국토해양부장관이 국토해양부의 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원 중에서 지명하는 자가 되고, 지방위원회의 위원장은 시·도지사가 소속 2급 또는 3급 공무원중에서 지명하는 자가 되며, 부위원장은 위원회가 위원 중에서 선출한다.<개정 1999.4.15, 2005.12.29, 2008.2.29>.

업에 대한 학식과 경험이 풍부한 자로서 국토해양부령이 정하는 요건에 해당하는 자로 구성되어 있다. 그러나 시설공사분야의 계약비중이 높고 계약이행 단계에서 야기되는 분쟁의 적절한 해결시스템이 요구되는 점을 감안하면, 건설공사와 관련된 관계법 이해와 건설관련 기술자격을 겸비한 경험있는 전문가의 참여가 분쟁의 실질적이고 효과적인 해결을 가져올 것이다.

(5) 조정제도의 이용실적 저조

현행 ‘건설분쟁조정위원회’의 이용률은 매우 저조한 실정이고, 신청건수 대비 조정거부 비율도 매우 높은 편이어서 이용실적이 낮다. 무엇보다도 조정에 있어서의 자율성에 대한 그릇된 이해와 조정제도에 대한 낮은 인지도 등으로 조정효력이 불명확한 데 그 원인이 있다. 또한 ‘위원회’에 조정이 가능한 경우에 있어서도 그 운영 면에서 조정절차에의 유인방안과 홍보가 미흡하고 대부분 조정신청 경험이 없어서 조정신청의 접근성에도 문제가 있다고 본다.

3.2.3 중재제도 문제점

1) 중재조항 관련 법령의 변경 경위 및 대법원의 판결

(1) 2002. 1. 25. 제정한 서울특별시 예규(제690호) 공사계약특수조건¹²⁰⁾ 제22조 제6항은, “중재법에 의한 중재로서 분쟁을 해결하고자 하는 경우에는 사전에 계약당사자간 해당사안에 대한 서면중재합의가 있어야 한다.”고 정하고 있다.

서울특별시의 위와 같은 규정 등에 대하여 공정거래위원회는, “중재신청이 계약당사자간 의견대립으로 합의에 이르지 못하여 중재를 신청하는 상황임을 고려할 때, 서울시가 중재신청의 전제요건으로 해당사안에 대하여 합의를 요구하는 것은 사실상 계약상대자의 중재청구권을 제한하는 것인 바, 이는 계약상대자에게 부당하게 불리한 조항으로서 약관규제법 제6조 제2항 제1호에 해

120) 서울특별시예규 제690호, 2002. 1. 25. 제정 ; 서울특별시 공사계약특수조건 2009.06.04 서울특별시예규 제706호(개정) 제22조(분쟁의 해결) ⑥ 제5항에 따라 「중재법」에 따른 중재로써 분쟁을 해결하고자 하는 경우에는 사전에 계약당사자간 해당 사안에 대한 서면중재합의가 있어야 한다.

당된다.”고 적시하고 시정요청을 받은 날부터 60일 이내에 수정 또는 삭제할 것을 요청하였다.

그러나 서울시는 공정거래위원회의 위와 같은 시정요구에도 불구하고 위 예규 제22조 제6항을 유지한 채 서울특별시 공사계약특수조건(서울특별시예규 제694호)을 2003. 7. 21.부터 시행하였고, 2009. 6. 4 개정(서울특별시예규 제706호)에서도 그대로 적용하였다.

(2) 2003년 2월4일 개정된 조달청 공사계약특수조건 ‘제19조(분쟁의 해결)’
①공사계약일반조건 제51조 제1항에서 규정하는 협의는 문서로 하여야 한다.
②계약상대자는 분쟁의 사유가 되는 사안이 발생한 날 또는 통지를 접수한 날로부터 30일 이내에 공사감독관을 경유하여 계약담당공무원에게 협의를 요청하여야 한다. ③④계약상대자는 계약담당공무원이 60일 내지 90일 이내에 수용여부를 결정한 통지를 받은 날부터 30일 이내에 통지내용에 대한 수용여부를 계약담당공무원에게 통보하여야 하며, 이 기간 내에 통보하지 않은 경우에는 이를 거절한 것으로 본다. ⑤공사계약 일반조건 제51조 제2항 제1호에서 규정하는 중재법에 의한 중재로서 분쟁을 해결하고자 하는 경우에는 사전에 계약당사자 간에 중재로서 분쟁을 해결한다는 별도의 서면합의가 있어야 한다.’라고 개정하였다. 조달청 시설공사 집행기준(2009. 12. 22) 공사계약특수조건(2008. 7. 1. 개정) 제19조(분쟁의 해결)⑤항의 내용도 동일하게 적용하고 있다.¹²¹⁾

(3) 그런데, 대법원의 2003. 8. 22.자 판결 내용을 보면, “계약당사자간의 분

121) 조달청 시설공사 집행기준(2009. 12. 22), ‘공사계약특수조건’(조달청 시설총괄과-3130, 2008. 7. 1) 일부 개정 ; 제19조(분쟁의 해결) ②계약상대자는 당해 계약의 이행과 관련하여 분쟁의 사유가 되는 사안이 발생한 날 또는 지시나 통지를 접수한 날로부터 30일 이내에 계약담당공무원과 공사감독관에게 동시에 협의를 요청하여야 한다, ③계약담당공무원은 제2항에서 규정하는 협의요청을 받은 날로부터 60일 이내에 계약상대자의 요구사항에 대한 수용 여부를 결정하여 계약상대자에게 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 경우 30일의 범위내에서 결정기한을 연장할 수 있으며 연장하는 사유와 기한을 계약상대자에게 통지하여야 한다.④계약상대자는 제3항에서 규정하는 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 통지내용에 대한 수용여부를 계약담당공무원에게 통보하여야 하며, 이 기간내에 통보하지 않은 경우에는 이를 거절한 것으로 본다.⑤일반조건 제51조제2항에서 규정하는 「중재법」에 의한 중재로써 분쟁을 해결하고자 하는 경우에는 사전에 계약당사자간에 중재로서 분쟁을 해결한다는 별도의 서면합의가 있어야 한다.

쟁은 법에 따라 판결 또는 중재에 의하여 해결하여야 한다'와 같은 내용의 선택적 중재조항은 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 할 것이므로, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재계약으로서의 효력이 있다고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.¹²²⁾

(4) 이에 2003년 당시 재정경제부(현 기획재정부)는 공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결) ②제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 중재법에 의한 중재에 의하여 해결한다'라고 개정하였고, 최근 개정된 기획재정부 회계예규(개정 2200.04-104-20, 2009.7.3) 공사계약일반조건 제51조 ②항에서도 동일하게 적용하고 있다.

(5) 나아가, 대법원의 2004. 11. 11.자 판결은, '선택적 중재조항은 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택해 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 할 것이므로, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재계약으로서의 효력이 있다고 볼 수 없다'라고 판시하였다.¹²³⁾

2) 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항의 변천

공사계약일반조건상의 분쟁해결조항은 표 3.4에서 보는 것처럼 그동안 여러 차례 개정되어 오늘에 이르고 있으나 여전히 분쟁의 해결방법을 불투명하게 선택적으로 규정하고 있어 이 조항이 중재법상 유효한 중재합의인지의 여부에

122) 대법원 판결, 2003. 8. 22, 선고2003다318.

123) 대법원 판결, 2004. 11. 11, 선고 2004다42166.

대한 다툼과 논란이 계속되고 있다.

표 3.4 공사계약일반조건상의 분쟁해결조항 개정 경과

분쟁해결 조항	분쟁해결조항 내용
시 설 공 사 계 약 일반조건 제31조(분쟁의 해결)(회계예규 2200.04-104-13 ;1993.5.20)	①당해계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁은 계약당사자가 쌍방의 합의에 의하여 해결한다. ②제1항의 합의가 성립되지 못할 때에는 당사자는 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의하여 해결할 수 있다.
공 사 계 약 일 반 조건 제51조(분 쟁의 해결)(회 계 예 규 2200.04-104-3; 1997.1.1)	①계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ②분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다. 1.관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다. 2.제1호의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.
공 사 계 약 일 반 조건 제51조(분 쟁의 해결)(회 계 예 규 2200.04-104-9; 2001.2.10)	①계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ②제1항의 규정에 의한 협의가 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
공 사 계 약 일 반 조건 제51조(분 쟁의 해결)(회 계 예 규 2200.04-104-11 ;2003.12.26)	①계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ②제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 중재법에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만 국가를당사자로하는계약에관한법률(이하 “국가계약법”이라 한다) 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차에 의할 수 있다.

	③계약상대자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁처리절차수행기간중 공사의 수행을 중지하여서는 아니된다.
공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결)(회계예규 2200.04-104-20;2009.7.3)	①계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ②제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”이라 한다) 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차에 의할 수 있다. ③계약상대자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁처리절차수행기간중 공사의 수행을 중지하여서는 아니된다.

3) 정부건설공사계약 중재조항의 해석문제 및 한계

(1) 중재합의의 존부판단(存否判斷) 문제 제기

최근 정부발주 건설공사계약의 공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결)에 포함된 중재조항의 해석문제가 대한상사중재원의 중재사건 처리에 있어서 중요한 문제로 대두되고 있다. 심리과정에서 ‘중재합의’에 대한 명확한 기준이 없는 관계로 중재합의부존재라는 본안전(本案前) 항변(抗辯)에 대하여 분명한 답변을 제시하지 못하고 있다. 즉 계약일반조건에 있는 중재합의 조항이 불분명하여 중재사건처리에 있어서 혼선을 가져오고 있다.

중재는 일반적으로 단심제의 성격을 가지면서도 판정에 대해서는 재판과 동일한 구속력을 인정하는 중재를 발주청이 선호하지 않고 있다는 사실은, 중재판정이 난 몇 건의 중재사건에 대해서 법원의 판결을 재차 청구하고 있다는 사례에서도 잘 알 수가 있다. 이에 대한 문제는 공사계약일반조건상의 중재계약을 절대적인 중재합의가 있는 것으로 볼 수 있는지 여부였다.¹²⁴⁾ 2003년 대법원 판결에서는 선택적인 중재합의에서 당사자 일방이 중재합의가 없다고 하고 중재받기를 거절할 경우 중재합의가 없는 것으로 본다는 판결이 내려졌다. 즉, 분쟁발생시 발주자인 계약담당공무원이 중재합의를 해 주지 않으면 중재

124) 두성규, ‘건설분쟁해결제도의 합리적 개선’ 한국건설산업연구원, 건설경제, 2004년(통권40호), p. 79 ; 중재 제9111-0046호(서울지법 제28민사부판결 2001가합15595 중재판정취소) ; 중재 제0111-0004(서울고법 제12민사부판결 2002나6878 중재절차위법판결) 등.

의 효력이 없고 소송에 의할 수밖에 없다.

미국의 경우 전통적으로 사법우위의 국가이면서도 중재합의의 존부판단에 있어서 우리 판례와 같이 문구에 얽매인 한정적 해석입장을 취하지 않고 당사자의 의사를 최대한 존중하여 중재합의가 설령 법률가의 입장에서 보아 불확실 내지 불분명한 경우라도 중재합의가 존재한다는 판결을 내리고 있다.¹²⁵⁾

정부발주공공공사의 경우 분쟁 일방당사자가 상당한 비용을 들여 중재신청을 하였을 때 ‘중재합의’의 부존재라는 상대방의 상습적 항변을 그대로 받아들일 것이 아니라, 기존 중재합의조항의 범위를 가급적 넓게 해석하여 중재의 길을 열어주는 것이 타당할 것이다.

그리하여 최근 구체적인 중재조항이 중재합의로서 효력이 있는지 여부의 판단 기준과 중재합의의 효력 범위와 관련한 판례를 보면 ‘중재합의는 사법상의 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재에 의하여 해결하도록 서면에 의하여 합의를 함으로써 효력이 생기는 것이므로, 구체적인 중재조항이 중재합의로서 효력이 있는 것으로 보기 위해서는 중재법이 규정하는 중재의 개념, 중재합의의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다.’라고 하였고, ‘중재합의는 중재조항이 명기되어 있는 계약 자체뿐만 아니라, 그 계약의 성립과 이행 및 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁에까지 그 효력이 미친다.’라고 판시하였다.¹²⁶⁾

또한 중재합의의 의미와 요건 및 그 효력 범위와 관련하여 ‘중재법이 적용되는 중재합의란 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말하는 것이므로, 장래 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 명시적인 의사표시가 있는 한 비록 중재기관, 준거법이나 중재지의 명시가 되어 있지 않더라도 유효한 중재합의로서의 요건은 충족하는 것이다. 그리고 이러한 중재합의가 있다고 인정되는

125) 김연호, ‘정부건설공사계약 중재조항의 해석 문제’ 중재, 대한상사중재원, 2001.(302호), p. 19.

126) 대법원 2005. 5. 13, 선고 2004다67264.

경우, 달리 특별한 사정이 없는 한 당사자들 사이의 특정한 법률관계에서 비롯되는 모든 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 정한 것으로 봄이 상당하다.¹²⁷⁾라고 판시하여 중재합의조항의 범위를 가급적 넓게 해석하였다.

(2) 정부건설공사계약 중재조항 해석문제

회계예규 공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결)에서 1999. 9. 9 개정 이전의 중재조항내용 중 “당해 계약문서와 회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁은…”(공사계약일반조건 제36조) 이라는 문구가 삭제되었다. 이는 “당해 계약문서와 회계법령에 규정된 사항”이 무엇인지를 놓고 의문을 제기하는 피신청인측(정부 발주기관)의 중재합의부존재라는 본안전 항변에 대하여 상기의 현재 중재조항은 중재대상이 될 수 있는 범위가 확대되는 결과를 가져왔다고 볼 수 있다. 그리고 분쟁발생시 협의의 기간을 30일로 제한함으로써 조속히 분쟁을 해결하려는 의미도 포함되었다고 볼 수 있다.¹²⁸⁾

그럼에도 불구하고 정부는 이 중재조항에 의한 중재신청의 경우에도 중재합의부존재 내지 중재대상 범위에 포함되지 않는다는 이유로 본안전 항변을 제기하고 있는 실정이다. 이러한 가운데 최근 선고된 항소심판결¹²⁹⁾은 당사자로서 하여금 비소송적 분쟁해결방안 중 조정 또는 중재를 선택하도록 하였고 만일 조정이 선택된 경우에는 구속력이 없는 조정의 성격상 그것에 불복하는 당사자는 법원에 소(訴)를 제기할 수 있도록 한 것이므로 중재조항이 부수적인 분쟁해결조항이라는 주장을 배척하였다.

(3) 소결론

건설공사계약 내용 중 공사계약일반조건의 중재조항은 중재합의의 범위해석에 있어서 많은 혼선을 던져주고 있으므로 향후 중재조항은 보다 명확하며 예측가능성이 있는 방향으로 수정되어야 할 것이다. 즉, 정부건설공사계약 중 중

127) 대법원 2007. 5. 31, 선고 2005다74344.

128) 김연호, ‘정부건설공사계약 중재조항의 해석 문제’, 중재, 대한상사중재원, 2001.(302호), p. 24.

129) 2001.7.26, 선고 대구고등법원 2000나7654호 사건.

재조항에 관하여 그 문언적 제한에도 불구하고 확대적 해석에 의한 입장이 중재절차에서 수용되어야 할 것이다.

그러므로 건설시장의 개방과 건설 분야의 발전을 위하여 공사계약상 발주자의 우월적 지위에서 비롯되는 중재합의에 관하여 법원이 그 중재조항 문구의 문언적 해석에 집착하는 것은 법정책적으로 바람직하지 않다. 오히려 건설시장의 개방과 더불어 소송외적 해결을 우선하는 국제적 동향에 발맞추어 중재에 의한 분쟁해결을 도모하려는 취지를 우선하는 입장을 견지하여야 할 것이다.¹³⁰⁾ 최근에는 중재합의에 관한 해석범위가 전술한 바와 같이 '중재의 개념, 중재합의의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여' 문언적인 해석에만 집착하는 것으로부터 벗어난 것으로 보인다.

4) 중재위원 전문성 문제

분쟁해결수단으로 최근에는 소송보다 중재를 선호하는 경향이 많은 것은 전문성과 신속성 면에서 중재가 유리하고 단심으로 종결된다는 장점이 있다고 인식하는 것 같다. 물론 소송과 비교해서는 중재가 분쟁해결의 신속성이나 전문성이 낫다고는 할 수 있다. 그러나 아직까지 중재도 소송에 갈음하는 해결수단으로 인식되고 있고 많은 시간과 비용이 소요된다. 뿐만 아니라 전문성 면에서도 중재인의 구성이 건설현장의 내용과 실상을 잘 아는 실무경력이 있는 유경험자 보다는 건설분야에 관계한 덕망있는 분이나 법조계 종사한 법조인으로 구성되는 경우가 많아 건설현장에 대한 감각이 결여되어 있어 전문성이 상대적으로 부족하다고 본다.

3.2.4 건설분쟁 소송의 특징 및 문제점

소송사건을 해결하기 위한 재판은 법원이 행하는 종국판결을 의미한다. 이러한 재판의 주체는 재판기관인 법원 또는 법관(재판장, 수명법관 또는 수탁판사)이다. 재판은 법원을 통한 구제권리로서 분쟁해결을 위한 최종 절차이며,

130) 안법영, '건설분쟁을 해결하기 위한 합리적이고 신속한 해결방안', 건설중재정책세미나 및 학술발표, 대한상사중재원, 2007, p. 27.

양당사자는 재판절차를 통하여 증거법상 인정되는 모든 권리를 주장할 수 있다.

법원은 소송절차 중에 당사자들을 소환하여 동일 법정에서 분쟁 당사자들의 전체적인 사항에 대해 심문할 수 있다. 항소나 상고를 통하여 자신의 입장을 거듭 확인할 수 있고, 재판이 확정된 경우에는 그 판결결과를 상대방에게 강제할 수 있는 효력을 갖고 있다. 법원에서의 재판을 통한 건설분쟁의 해결수단은 최종적인 당사자의 권리라고 할 수 있으며 특별한 계약법상의 조항이나 합의를 요하지 않는다. 재판의 절차는 민사소송법 등 관련 절차법에서 규정된 바에 따라 진행하며 3심제를 원칙으로 한다.

재판은 분쟁의 종국적인 해결수단으로서 권리주장과 함께 공정성과 집행력도 확보할 수 있지만, 승소를 위해 법률전문가인 변호사 등의 조력을 받아야 하고 비용과 장시간의 시간이 소요되는 등 소송당사자나 상대방 모두에게 경제적으로나 정신적으로 상당한 부담을 안겨줄 가능성이 높다.

건설분쟁이 법원을 통하여 해결을 모색할 경우 법원이 특정분야의 전문성이 없기 때문에 조정이나 중재에 비하여 구체적이고 타당성있는 결론을 기대하기가 쉽지 않다. 법원이 감정인(鑑定人)제도를 이용하여 감정을 의뢰하여 전문가의 의견을 수렴한다고 하더라도 이해하고 판단하는 데는 한계가 있다.¹³¹⁾ 건설소송의 특징과 문제점은 다음과 같다.

1) 건설전문 재판부의 현황¹³²⁾

전국적으로 각 지방법원에는 전문재판부가 지정 운영되고 있는데 이는 의료, 국제거래, 언론, 노동, 지적재산권, 건설사건 등 특수 전문분야에 관하여 사건을 집중 심리함으로써 전문성을 높이고 효율성을 도모하기 위한 것이다. 현재 서울중앙지방법원에는 총 33개의 1심 가운데 5개부가 지정되어 있다. 다른 전문재판부가 1개 또는 2개가 지정되어 있음에 반하여 건설재판부는 압도적으로 그 수가 많은 것이다. 각 건설전문부마다 100여 건의 건설사건을 갖고 있으므로 그 숫자는 전문소송사건 중에서는 타의 추종을 불허한다고 할 수 있

131) 윤재윤, '건설분쟁관계법', '건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무', 박영사, 2006.9, pp. 527-529.

132) 강영호, '건설분쟁의 실태와 예방방법', 건설분쟁의 예방 및 해결을 위한 건설클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009, p. 387.

다.

2) 건설사건의 복잡성과 증거 부족

건설소송의 가장 큰 특징은 소송상 쟁점이 많고 복잡하다는 점이다. 그 이유는 건설공사의 공정이 매우 복잡하고 다양하다는 점에 있다. 건설공사는 목적물을 완수하기 위해서 여러 단계의 공정을 거쳐야 하는데 각 공정마다 다양한 문제가 발생하여 분쟁의 개연성이 상존해 있다. 또한 건설공사는 도급인과 수급인 사이의 협력관계가 전제 하에 공사를 수행해야 하므로 분쟁의 원인이 양당사자 사이에 복합적으로 연결되어 있다. 따라서 공정의 지연이나 공사부실에 관하여 그 책임 소재를 가리기가 매우 어렵고, 대체로 입증할 만한 증거가 부족하여 나타난 자료에 의하여 상황을 추정할 수밖에 없다. 공사계약상 해석의 문제까지 생기면 상황은 더욱 복잡해진다.

3) 소송의 장기화

건설소송은 복잡하고 쟁점이 많은데다가 입증이 어려워 감정 등의 과정을 거치면 소송기간이 장기화된다. 감정절차 한가지만으로도 감정채택 결정, 감정시행, 감정 후 보완조치 등을 통한 공방이 1년 이상 걸릴 때가 많다. 소송과정의 시간이 지날수록 분쟁의 대상에 관련된 직접적인 증거가 소멸되거나 증거가치가 모호해지고, 당사자 간의 감정적 대립이 커진다. 초기에 합의가 가능한 사건도 소송의 지연으로 시간이 지날수록 손해가 확대되어 화해가 어려워지는 경우도 많다.

4) 증거의 부족과 모호성

당사자 간의 분쟁 쟁점에 관하여 증거가 부족하거나 증거의 수집 경위, 관련 부위 등이 불분명한 경우가 많아서 증거가치의 신뢰성에 의문이 크다. 특히 건설공사의 분쟁은 문서에 의한 자료가 미비한 부분이 많은 것은 공사 수행 중 구두상 합의가 많고, 당사자 일방이 훗날 책임을 피하기 위해 회의록이나 합의한 근거를 의도적으로 남겨두지 않으려는 배경도 있다. 때로는 관계서류가 상호간에 일치하지 않고 불분명하여 그 증거가치의 평가는 상당히 어려

을 수가 있다. 재판부로서는 이를 전부 인정하기는 어렵고, 그렇다고 전부 배척하기도 곤란하다. 건설현장의 특성상 바쁘게 돌아가는 공사과정에서 명확한 증명을 남기는 것이 어렵기 때문에 이러한 증거문제는 더욱 어렵다.

5) 당사자의 주관적 태도와 감정의 대립

소규모 건설공사의 경우 특히 민간발주의 공사인 경우 도급인과 수급인 모두 뚜렷한 객관적 증거 없이 주관적 판단을 내세우는 경향이 강하다. 일방적으로 작성한 감정보고서, 공사관련 서류를 근거로 내세우며 무리한 주장을 하는 것이다. 또한 당사자가 사용하거나 주요 재산인 건물이 분쟁 대상이 되고 투자한 돈도 적지 않기 때문에 한번 대립이 생기면 사소한 일로도 감정적 대립이 더욱 심해져 공사가 파탄에 이를 가능성도 높아진다. 그러나 정부발주 공공공사의 경우 소송의 규모가 크고 분쟁 당사자가 정부 발주기관과 규모있는 건설회사인 경우가 많으므로 객관적인 증거없이 주관적인 주장만을 내세우지는 못한다. 당사자가 충분한 객관적인 입증자료를 갖추고는 있지만 소송의 상대성으로 주관적인 주장을 펼치지 않을 수는 없다.

6) 감정의 절대적 중요성

건설소송에서 법원이 지정한 감정인이 감정하여 제출하는 감정서의 내용이 재판의 결론을 실제로 좌우하는 중요한 판단자료이다. 대개 건축사나 기술사 등이 2-3개월에 걸쳐 수행하여 작성한 감정서는 항목별 판단사항과 금액이 정해지기 때문에 웬만해선 감정결과를 배척하기가 어렵다. 그런데도 분쟁당사자는 감정시행에 관하여 별 준비를 하지 않는 경우를 종종 볼 수 있다. 감정보고서가 나온 후 나중에 감정결과에 대하여 불만을 제기하는데 이는 뒤집기가 어려울 때가 많다. 건설소송과정에서 감정절차의 자료제출을 소홀히 하거나, 아예 무관심한 당사자가 적지 않은데 이 과정이 건설소송의 핵심이라고 할 것이므로 당사자는 감정에 철저히 대비하여야 한다.

제4장 효과적인 분쟁해결 방안

4.1 건설분쟁 사전 예방 대응방안

4.1.1 건설분쟁의 예방을 위한 조치사항

1) 공사 착수전 계약의 내용을 명확히 할 것

건설공사의 성공은 공사계약의 충실도와 이행여부에 달려 있다. 일반적으로 공공공사의 건설공사도급계약서와 시방서, 설계도서 등 계약문서는 발주청의 주관에 의해 일방적으로 작성되어 계약을 체결하게 되므로 입찰과 계약체결 과정에서 대체로 계약상대자가 계약당시에는 계약내용을 다 숙지하지는 못하고 있다. 그러나 공사 시공 중이라도 계약내용을 면밀히 분석하여 설계변경 등에 의한 계약변경 시에는 공사의 세세한 부분까지 잘 파악하여 설계변경에 반영하여 향후 분쟁의 소지가 없도록 사전에 예방해야 한다.

2) 공사관계자 사이에 시공 중 협의를 충분히 할 것

건설현장에서는 시공과정에서 감리원과 시공자는 사소한 부분이라도 협의를 충분히 하여야 한다. 공사관계자 간에 서로의 생각이 다를 수 있으므로 협의를 충실히 함으로써 불필요한 분쟁을 상당부분 방지할 수 있다. 시공 중 협의 사항이 중요한 부분임에도 불구하고 시공자가 감리원과의 사전 협의없이 자기 판단으로 시공을 하였다가 문제되는 경우가 적지 않다. 다만 충실한 협의를 하기 위해서는 미리 협의할 충분한 시간을 가져야 하므로, 시공자는 공사진행 과정을 미리 점검하여 사전에 협의사항을 고지하여야 할 것이다. 특히 주의할 것은 공사금액 변경에 관하여 협의가 되지 않을 경우를 대비하여 미리 계약서 내용을 잘 파악하여 근거 자료를 정리해 놓을 필요가 있다.

공사계약 체결 당시에 공사비 산정상 어려운 부분이 있으면 그 부분의 공사비 정산은 별도로 남겨 두는 것이 좋다. 예를 들어 당초 설계와 상이한 지반

조건의 변경으로 인하여 암반·연약지반·지장물 노출 등 터파기 공사에서 예상하지 못하는 사정이 발생할 수 있으므로 이러한 방식이 필요할 것이다.

3) 설계변경에 대비한 공사기록부의 정리

설계변경이 공사수행 과정에서 불가피하고, 상당수의 분쟁이 변경시공의 인정 범위와 변경 시 공사금액을 둘러싸고 발생하므로 변경시공 시마다 이를 서면으로 명백히 할 필요가 있다. 구두로 합의한 것은 후에 인정받기 어려우므로 번거롭더라도 서면화해야 한다.

시공상 변경사항이 생길 때마다 공사기록부에 간단히 기재한 후에 쌍방이 확인을 하는 것이다. 작은 부분이라도 변경 대상이 되면 기록하고 상호 확인을 하는 것이 바람직하나 일방당사자가 동의하지 않을 경우에는 부득이 공사기록부에 변경 시공과정을 면밀히 기록하거나 협의사항을 정리해 둘 필요가 있다.

4) 공사가 중단된 경우 등에 대한 증거의 확보

공사가 중단되거나 끝난 경우에는 계약당사자는 준공된 시설물의 상태에 관하여 객관적인 증거를 확보하여야 한다. 분쟁이 없더라도 이러한 조치는 필수적이다. 다른 공정의 공사가 이어지고 일부 공사는 종료된 경우에도 다른 공사와의 구별을 하기 위하여 필요하다.¹³³⁾

4.1.2 합리적인 건설분쟁 해결을 위한 기본원칙

건설현장에서 클레임 혹은 분쟁을 합리적이고 효율적으로 해결하기 위해서는 몇가지 기본적인 자세가 있다. 분쟁해결의 기본원칙은 될 수 있는 한 법적 분쟁으로 비화되지 말아야 한다는 것과 분쟁해결을 위한 방법도 건설공사 현장에서 당사자 간의 협상이나 조정에 의한 방법으로 해결되어야 한다는 것이다. 이러한 기본원칙이 제대로 지켜지지 않은 이유는 공공건설공사의 특성상 발주자의 우월적인 계약관계로 인하여 형평성을 유지한 대등한 협상이 어렵다

133) 윤재운, '건설분쟁관계법', 박영사, 2006.9, pp. 62-64.

는 것과 당사자 간의 협상에 의한 해결방법이 결렬된 후 중재나 소송으로 진행되기 전 건설현장에서 중간단계의 실효성 있는 대체분쟁해결 방법이 없다는 것이다. 합리적인 분쟁해결을 위한 기본적인 자세를 정리해 보면 다음과 같다.¹³⁴⁾

1) 건설공정의 특수성을 고려한 공사 관계 각 주체들의 이해관계를 수용

건설공사는 복잡한 관리시스템으로 운영되며 그 공사수행 과정은 역동적이며 복합적으로 진행된다. 따라서 건설공사의 특수성을 고려해 볼 때 건설공사의 각 주체들의 이해관계가 서로 다르므로 각자의 기대치에 부합되지 못하는 상황을 이해하고 수용하는 긍정적인 자세가 필요하다.

건설공사의 복잡한 과정을 통하여 공사를 수행하는 과정에서 불가피하게 공사의 각 주체 간에 의견이 대립되고 문제들이 발생하게 된다. 예컨대 어떠한 설계도 결코 완벽한 설계는 있을 수 없으며 더욱이 건설공사는 정확한 과학적인 방법으로만 이루어질 수도 없다. 계약당시 예견하지 못한 일들이 항상 나타나게 되어 있다. 문제가 발생할 경우 건설업의 특성을 이해하지 못하고 적절 한 해결을 하지 못할 경우에 공기가 지연되고, 계약당사자 간의 협조적 관계가 손상되며, 공사의 효율성 저하 등과 함께 클레임 또는 분쟁으로 비화하게 된다. 그러므로 분쟁예방 뿐만 아니라 성공적인 프로젝트를 위해서도 여러 독립적인 공사관계자의 응집된 힘의 조화가 요구된다.

2) 분쟁해결을 위한 소송의존 자세

어떤 문제가 당사자 간의 협의에 의해 해결하지 못하면 불가피하게 분쟁으로 비화하지만 그와 같은 분쟁이 반드시 법원에 의한 소송을 통하여 해결해야만 하는 것이 아니다. 어찌면 소송은 건설업계에서 분쟁을 해결하는데 가장 부적절한 방법인지도 모른다. 법원의 판사는 건설관련 문제를 이해하는데 필요한 전문지식을 가지고 있지 않으며, 판결과정의 소요시간이 길어지고 비효

134) 두성규, '현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안', 한국건설산업연구원, 2000.12, pp. 60-62 ; James P. Gorton, 'The Progressive or Stepped Approach to ADR : Designing Systems to Prevent, Control and Resolve Disputes', construction dispute resolution formwork, 1997, pp. 30-33의 내용을 요약 정리한 것임.

울적인데다가 비용부담이 크기 때문이다. 또한 소송결과에 관계없이 양당사자의 잠재적인 이익이 소송이나 변호사비용 등으로 인해 사라짐으로써 당사자 모두에게 손실이 된다. 소송은 'Win-Lose'의 구도를 조장하고 당사자 간의 장래의 상호간의 유익한 관계유지를 파괴한다고 볼 수 있다.

3) 재판 외 분쟁해결제도의 우선적 이용 검토

소송이 여러 문제점을 갖고 있다고 하더라도 분쟁당사자는 감정이 고조되어 있을 경우 소송 이외의 분쟁해결방법을 먼저 제안하여 이용하기가 쉽지 않다. 실질적이고 합리적인 해결을 원한다면 건설공사 관계자는 구속적 성격이 있는 중재나 소송에 호소하기 전에 다른 대체분쟁해결제도를 알아볼 필요가 있다.

4) 가능한 한 시공 중 재판 외 분쟁해결제도의 조기 이용

재판 외 분쟁해결제도는 분쟁을 사전에 예방하고 분쟁 발생시 신속하고 저렴한 비용으로 해결할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이러한 방법들의 효율을 높일 수 있는 방법은 문제가 될 소지가 있는 부분을 가능한 한 건설공사 시공 중에 조기에 이용하는 것이 좋다. 따라서 공사현장에서 문제를 해결할 수 있는 방안을 강구하고, 재판 외 다양한 분쟁해결제도들 가운데는 비구속적 성격을 가진 방법부터 우선적으로 이용하고 구속적 성격의 중재이용은 마지막으로 미뤄놓도록 한다면 가장 경제적이고 후유증 없는 분쟁해결의 결과를 얻을 수 있게 될 것이다.

5) 계약당사자 간 협조적인 환경 조성

공사의 원만한 수행을 위하여 계약당사자 간에 협조적인 분위기를 조성하는 것이 가장 일차적이고 분쟁예방을 위한 효과적인 방법이다. 상호 협조적인 바탕 위에서 수행되는 공사는 시간 및 비용의 절감으로 모든 관계자에게 이익이 되는 성공적인 과업수행이 될 것이다.

건설공사는 매우 다양한 이해관계자들이 관여하고 있는 특성상 항상 분쟁의 소지를 안고 있다. 이러한 공사관계자들이 공사의 성공적인 완성이라는 공동된 목표를 향하여 함께 나아가는 '팀' 또는 '동반자(Partnership)'의 공동체라

는 사실을 먼저 인식하게 만드는 것이 중요하다. 그리하여 모든 공사관계자의 정당한 이익을 명확히 하고, 공사관계자들은 공사를 잘 조정하고 관리할 수 있도록 그에 상응하는 권한과 책임을 함께 부여하도록 한다. 또한 적극적인 공사관리 및 운영을 위하여 공사관계자 간에 개방된 의사소통 시스템을 구축하고 적극적인 협조를 구할 필요가 있다. 그리하여 모든 공사관계자가 자신들의 목표를 달성하는 가장 좋은 방법은 이러한 환경 구축을 통하여 공사를 수행하는 것이 가장 좋은 방법임을 인식하게 된다.

그 외에 분쟁발생의 잠재적인 지표를 상호간 사용한다든지 협조적인 관계를 고양시킬 수 있도록 보상제를 시행하는 것도 좋은 효과를 거둘 수 있을 것이다.

6) 문제가 발생한 경우 가능한 한 현장에서 처리

건설현장에서 클레임이나 분쟁의 발생은 불가피하지만, 클레임이나 분쟁으로 인하여 공사수행에 영향을 주거나 효율성이 저하되지 않도록 협조한다. 분쟁을 방지하기 위해서는 공사현장에서 문제가 야기된 즉시 조기에 해결할 수 있도록 조치해야 한다. 분쟁당사자들이 스스로 분쟁을 해결하도록 할 때 당사자 간의 지속적인 관계유지도 고양할 수가 있다.

그러므로 당사자 간의 협상을 통하여 문제해결을 가장 먼저 시도하되, 상호간의 분쟁해결에 있어서 객관적인 도움을 줄 수 있는 제3자로 구성된 중립적인 조정자에 의한 방법을 보완하여 분쟁을 현장 내에서 처리할 수 있도록 규정할 필요가 있다.

7) 재판 외 분쟁해결제도는 비구속적 성질의 것을 우선 이용

협의를 통한 분쟁해결은 당사자에게 그들 스스로 문제해결방안을 생각하게 만들고 공사관계자들이 공사수행중인 공정에 영향을 최소화 하려고 노력한다. 조정, Mini-trial, 권고적 의견, 권고적 중재 등을 먼저 이용하고 구속절차나 방법은 마지막 수단으로 남겨놓도록 한다.

이러한 원칙 및 방법 등을 조화롭게 운용한다면 건설분쟁은 슬기롭게 해결되어 성공적인 공사 수행의 결과를 얻게 될 것이다.

4.1.3 계약체결 전 사전 분쟁요인 제거

국내 정부발주 공공공사의 경우 건설회사는 공사수주에 급급한 나머지 공사 낙찰 이후 계약내용에 대해서는 무감각한 편이다. 공공공사 표준계약서인 기획재정부 회계예규의 공사계약일반조건과 현장의 특수성을 고려하여 발주자의 입장에서 작성된 약관형식의 계약특별조건에 대해 계약당사자는 발주자가 제시하는 계약조건을 그대로 수용하고 계약을 체결한다.

그러나 계약상대자는 공사 착수 전에 발주처가 제시한 계약내용을 면밀히 검토하고 문제점을 발췌하여 분쟁의 소지가 될 만한 부분은 사전에 문제를 해결하여 공사수행 중에 분쟁이 확대되지 않도록 해야 할 것이다. 계약당사자가 향후 공사수행 시에 발생할 가능성이 있는 분쟁을 예방하기 위해 계약체결 시에 주의를 기울여야 할 사항들은 다음과 같다.

1) 계약내용의 수정 및 보완 유예기간 허용

계약상대자가 계약을 체결한 후 공사 착공 전에 계약문서를 검토할 수 있는 시간적인 여유나 제도적인 시스템은 없을 뿐만 아니라 계약문서의 내용에 대해 소홀히 여기는 경우가 많다. 계약상대자인 시공사는 입찰 후 낙찰자 통보가 되면 계약서류를 준비하여 계약체결과 동시에 착공준비 및 현장개설을 위한 현장조사와 조직구성 등으로 계약문서나 설계도를 검토할 여력이 없는 실정이다. 발주청의 계약담당공무원의 입장에서도 낙찰된 후 해당 공사를 조속히 착공해야 하므로 계약체결과 착공 준비를 하는 행정업무가 우선이 될 수밖에 없다.

낙찰자로 선정된 시공자는 공사입찰 단계에서부터 착공 시까지 세심한 계획을 수립해야 하지만 현장 여건의 변수에 대해서 예측 가능한 계획수립에는 한계가 있다. 만약 계약체결 당시에 문제점을 발견하지 못하더라도 계약 후 분쟁의 소지가 있는 부분에 대해서는, 일정 유예기간 내에 계약당사자 간의 충분한 협의를 거쳐 계약내용을 수정 합의하여 사전에 분쟁을 차단하는 것이다. 계약당사자 간에 장래 필연적으로 발생할 예측 가능한 분쟁사안에 대해 계약

내용의 수정과 관련한 사항을 계약특수조건에 삽입하는 방안도 검토해 볼 필요가 있다.

예를 들어 계약문서(계약특수조건이나 특기사항 등)에 명시된 사항일지라도 공사착수 후 공사현장 여건이 설계서와 상당한 차이가 있고 공사에 지대한 영향을 줄 수가 있다고 판단될 때에는 계약내용을 수정 보완할 수 있도록 한다. 수정유예기간은 계약상대자가 공사계획을 수립하여 공정표를 작성하여 제출하기 전까지 또는 일정한 기한 내 계약문서 및 설계도서를 검토할 시간을 부여하여 문제점을 사전에 노출시켜 사전에 분쟁을 예방할 수 있도록 한다.

2) 공사현장 실사 후 설계변경 사항 검토

계약상대자는 공사 착공 즉시 공사현장을 답사하여 현장조건을 면밀하게 조사한다. 현장을 조사하여 확인한 공사현장 여건들(환경조건, 민원문제, 지장물 등) 중 발주자가 현장설명 당시 간과한 부분이나 누락된 사항들을 파악하고 설계 반영여부를 조사하여 서면으로 제출할 수 있도록 한다.

특히 현장설명 당시 계약상대자인 수급자에게 의무조항으로 부여된 ‘특기사항’의 내용들을 보면, 발주자는 현장여건의 어려움과 민원 등 향후 문제제기가 될 소지가 많은 부분에 대해서는 계약상대자의 의무조항으로 명시하는 경우가 많다. 이러한 특기사항은 공사착수 후 현장실정을 조사하다 보면 당초 예상했던 내용과는 현저히 다르게 계약범위 외 상당한 비용의 추가투입이 불가피한 부분 등 억울한 계약내용이 있을 수 있다. 그러므로 계약상대자의 입장에서는 착공 후 현장상황을 면밀히 조사하여 분쟁의 소지가 있는 부분에 대해서는 충분한 협의를 거쳐 설계변경 반영되도록 하고, 발주청은 신의성실의 원칙에 따라 계약상대자에게 부당한 부분이 없도록 클레임을 수용해야 할 것이다.

설계도면이나 시방서 등 설계도서의 기술적인 부분에 대한 착오나 누락에 대한 검토는 공사 착수 전에 전체를 다 검토하기가 어렵다. 현실적으로 공정 에 따라 공사수행 과정에서 문제점이 발견되고 그 상황에서 해결해야 할 부분이 다반사이므로 계약이행과정에서 기술적으로 검토되어 설계변경이 이루어져야 한다.

그러나 발주처는 계약체결 후 계약내용과 설계도서를 검토하여 계약상대자

로부터 수정 보완 요청을 받는다는 것은 행정절차상의 문제가 있고, 설계변경 등으로 추가예산을 반영해야 하는 등의 문제점도 나타날 수가 있으므로 시행 방법에 대해서는 면밀한 검토를 거쳐 시도해야 할 것이다.

3) 승인 및 허가절차의 명약관화

각종 승인 및 허가는 계약상대자로 하여금 ‘승인과 허가를 득해야 한다’는 의무조항만 명시할 것이 아니라, 절차의 내용, 승인기간, 공사관계자의 권한, 책임 및 위임사항 등을 명약관화하여 승인과 절차로 인한 분쟁의 소지를 없게 할 필요가 있다. 감독자가 승인과 허가의 권한을 남용하면 공사진척에 막대한 지장을 초래하고 분쟁의 발단이 되므로, 특히 공사감독을 하는 관리자의 책임과 권한뿐만 아니라 관리자의 의무사항도 분명히 명시할 필요가 있다.

4.1.4 건설분쟁 예방을 위한 의식구조 개선

1) 신속하고 자율적인 협상

시공 중 분쟁이 발생했을 때 분쟁해결 상관관계를 보면 현장 내 당사자 간의 협의 단계에서 해결하는 것보다 법적 분쟁해결방안인 조정, 중재 또는 소송으로 갈수록 구속력과 강제력이 증가하는 반면, 분쟁해결비용과 상대에 대한 적대감은 커진다. 그러므로 비용과 적대감을 줄이고 만족한 분쟁해결을 위해서는 가급적 소송을 지양하고 최대한 공사현장 내에서 협의나 클레임을 통하여 자율적으로 분쟁을 해결하는 것이 최상의 방법이다.

건설공사는 공사관계자들 사이 이해관계가 매우 복잡하여 일단 분쟁이 발생하면 공사를 정상적으로 수행할 수가 없고 공사가 지연되거나 중단되는 경우가 허다하다. 특히 시공 중에 발생하는 분쟁은 공사의 중단 등으로 인하여 목적물이 방치되고, 계약 당사자뿐만 아니라 사회·경제적으로도 손해가 커서 그 회복이 곤란한 경우를 보게 된다. 따라서 분쟁이 발생되기 전에 건설현장에서는 가장 간단하게 문제와 갈등을 해결하는 방법으로 신속하고 자율적인 당사자 간의 협상에 의한 방법이 가장 바람직하다고 볼 수 있다.

2) 신의·성실의 계약원칙 준수

건설공사의 도급계약 당사자는 각기 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결하고, 신의에 따라 성실히 계약을 이행하여야 한다. 이런 원칙이 지켜지는 사회와 환경이 조성되어야만 상호 협의를 통하여 클레임이 분쟁으로 확대되는 것을 예방할 수 있다.

3) 발주자의 의식개혁

건설공사현장에서 갈등과 클레임이 해결되지 못하고 분쟁으로 이어지는 이유 중의 하나는 발주자와 시공자간의 관료적이고 관행적인 불평등 계약이행관계가 그 근본적인 원인이라고 볼 수 있다. 이러한 관료적이고 불평등한 계약관계 풍토를 개선하기 위해서는 발주기관의 의식이 바뀌어야 한다.

건설공사 수행 중에 발생하는 분쟁은 대개 시공자가 불만을 갖고 발주처를 상대로 이의를 제기하는 데서 시작되는데, 이 때 협상이 원만하게 이루어지지 못하면 분쟁으로 발전하게 된다. 협상이 성공적으로 이루어지기 위해서는 협상단계에서 발주자가 우월적인 입장을 유지하기 보다는 호혜 평등한 입장에서 적극적으로 문제해결에 임하는 자세가 필요하다. 발주청의 합리적인 협상자세는 계약당사자 간에 원만하게 문제를 해결하게 되고, 공사도 원활하게 수행하게 될 것이다.

발주자의 의식개혁은 구호로만 해결될 문제가 아니라, 의식개혁에 필요한 행동사항이 구체적인 실행으로 옮겨질 때 대등한 계약관계가 정착될 수 있다. 이를 위해 실무적인 자료를 입수하고 연구 검토하여 제도적으로 구체적인 세부시행 방안을 제시하면서 발전해나가야 할 것이다.

4) 문서화의 중요성 인식

시공 중 발생하는 클레임을 해결하고 분쟁을 예방하기 위해서는 공사 수행과정에서 문서화가 대단히 중요하다. 계약당사자가 공사 수행과정에서 문서화를 소홀히 하면 클레임을 해결하고 분쟁을 예방하는데 많은 문제점과 어려움을 겪게 된다. 또한 클레임이나 분쟁해결을 위하여 이를 입증하기 위한 근거자료로서 공사과정의 문서화에 대한 중요성 인식 및 체계화는 시급히 대처해

야 할 과제이자 합리적 공사수행을 위한 관습의 개선이라고 할 수 있다.

5) 계약서류의 개선

공공공사의 표준계약서인 공사계약일반조건에 근거법규의 인용이 지나치게 많으므로 가능한 한 계약조건만으로도 계약문서의 전체를 이해할 수 있도록 작성되어야 할 것이다.¹³⁵⁾

건설공사에서의 계약내용에는 다른 계약서의 내용과 같이 단순한 조항만은 포함하고 있지 않으며, 후에 발생될 문제점들을 최소화하기 위해서는 매우 상세한 항목까지를 포함해야 한다. 일반적으로 모든 계약조건들은 계약자 쌍방의 책임의 근원에 대한 조항을 포함하고 있고 계획, 안전, 하청, 보험, 벌칙, 연기, 설계변경, 검사, 인수 및 인도의 승인에 대한 절차 등을 포함하여야 한다.

계약서류의 개선과 관련하여 추진해야 할 사항으로는 우선 국내에서 국제입찰에 부칠 경우 공통적으로 활용할 수 있는 계약일반조건을 구비해야 하고, 계약일반조건과 함께 각 발주기관별로 활용할 수 있는 계약 특수조건이 구비되어야 한다. 분쟁의 해결과 관련하여 계약당사자 사이 분쟁발생 시 현재 여러 법령에 나뉘어져 있는 조정에 관한 조항들을 통합하여 하나의 계약서 형태로 통합하는 방안도 고려해 볼 만하다. 또한 계약일반조건의 분쟁해결 조항에 필요한 몇몇 조항들은 수정보완을 검토해 볼 필요가 있다. 예를 들면 공사계약일반조건 제51조 ①항과 ②항 사이에 클레임 조항을 삽입하고, 법적 분쟁으로 진행되기 전 단계에서 갈등과 클레임을 해결할 수 있는 현장조정방법을 삽입하여 계약당사자 간의 분쟁해결방법의 선택폭을 넓힐 필요가 있다.

우리나라 건설업은 해외진출의 활성화로 국제적인 경험이 상당히 축척이 되었고, 아울러 우리나라도 건설시장이 개방된 만큼 계약서류도 국제 경쟁력에 맞도록 표준화하고 정형화시켜야 한다. 건설공사 계약 시 사용되는 표준계약서인 공사계약일반조건이 국내공공공사에 적합하도록 작성된 내용을 국내외 실정을 감안하여 외국업체도 적용이 가능하도록 표준화되어야 할 필요가 있다.

135) 남진권, '건설공사클레임과 분쟁실무', 기문당, 2003.4, p. 185.

4.1.5 공정한 계약내용의 해석

1) 계약내용의 해석 기준

우리나라의 경우 국가계약법령 상에는 계약내용의 해석과 관련하여 명문으로 규정하고 있지는 않지만 대법원 판례의 사례를 보면, 당사자의 의사해석에 문제가 되는 경우에 그 해석은 문언의 내용, 계약이 이루어진 동기와 경위, 당사자의 목적 등을 종합하여 논리와 경험 원칙에 따라 형평성을 유지하며 합리적으로 해석해야 한다고 판시한 바가 있다.¹³⁶⁾

상기의 판례 및 민법 등에서 명시하고 있는 계약내용의 해석기준은 다음과 같이 정리 요약된다.¹³⁷⁾

- ① 계약문서에 나타난 당사자의 목적
- ② 강행법규(선량한 풍속 기타 사회질서)
- ③ 사실인 관습(논리와 경험의 법칙)
- ④ 임의규정
- ⑤ 신의성실 및 조리

그러므로 건설현장에서 종종 논란이 되고 있는 계약내용의 해석과 관련하여 권위와 관계적인 발주자 우위의 해석이 아니라, 당사자의 목적과 현장의 상황 등을 종합하여 논리와 경험 원칙에 따라 형평성을 유지하며 합리적으로 해석해야 한다.

2) 불명확한 계약내용에 대한 처리기준

(1) 작성자 불리의 원칙 적용

일반적으로 계약문서상의 내용이 불명확한 경우로서 계약당사자 간에 분쟁이 발생하였을 경우, 이에 대한 해석기준의 일차적인 판단은 그 계약문서를

136) 대법원 판례 92다 42736('93.8.24), 96다 1320('96.4.9), 대법원 판례 97다 5060('97.12.12)에서는 “당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석에 문제가 되는 경우에 그 해석은 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의해 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험 원칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.”

137) 황문환, ‘클레임 및 분쟁처리방안’, 건설기술원, 2004.10, p. 17.

작성한 자에게 불리하게 해석 적용한다는 원칙이 지배되는 바, 이를 소위 작성자 불리의 원칙이라 한다. 이 원칙은 공공공사의 경우 시공자의 입장에서 계약문서는 통상 발주처가 작성 또는 준비한다고 간주될 수 있으므로 “시공자 우선원칙” 또는 “발주자 불이익원칙”이라고 하여도 무방할 것이다. 이 원칙은 관계법령에서 명시적으로 규정하고 있는 바, ‘약관규제법’ 제5조의 내용에 의하면 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다고 되어 있다.¹³⁸⁾

현행 공사계약일반조건이나 계약특수조건, 특기사항 등은 발주자인 국가가 제정하여 불특정다수를 대상으로 현장설명을 하고 입찰 및 계약을 체결하게 되므로 계약문서의 일종으로 효력을 인정하고 있는 일종의 약관이라고 볼 때, 계약내용의 해석과 관련하여 논란이 있을 경우에는 발주청의 의도대로 해석할 것이 아니라, 계약상대자의 의중을 충분히 고려하여 해석해야 할 것이다.

(2) 작성자불리 원칙의 예외에 대한 견해

① 계약문서에서 처리방법을 명시한 경우

계약문서의 내용이 불명확한 경우에 그에 대한 처리 방법이나 기준을 계약문서에서 명시하고 있는 때에는 그에 따라야 하지만, 계약상대자에게 불리한 해석을 내릴 우려가 있는 처리방법 자체가 발주자 우위의 불평등 계약조항이므로 계약내용의 불명확한 내용은 배제되어야 하겠고, 부득이한 경우는 향후 나타난 확정된 결과에 따라 판단되어야 할 것이다.

② 명백한 불명확의 원칙에 대한 재고

계약문서의 내용에 있어서 명백한 착오가 있거나 중대한 불일치 또는 내용상호간에 상당한 차이가 있는 등 명백하게 불명확한 경우에는 입찰서 제출 전에 이를 확인하여야 한다. 그렇지 아니할 경우에는 작성자불리의 원칙의 적용이 배제된다.¹³⁹⁾

그러나 현장설명 시부터 입찰과정을 거쳐 입찰서 제출 전에 입찰참가자가

138) ‘약관규제법’ 제5조(약관의 해석) ①약관은 시의성실의 원칙에 따라 공정하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니 된다. ②약관의 뜻이 명백하지 아니할 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다.

139) 박준기, ‘건설클레임론’, 대한건설협회·일간건설사, 1999.7, pp. 141-143.

입찰관련 제반 현장조건과 계약 관련 문서의 내용을 면밀하게 다 검토하여 문제점을 찾아내기는 현실적으로 어렵다. 계약문서의 내용에 명백한 착오나 중대한 불일치는 계약상대자가 공사계약을 체결한 후 공사를 수행하는 과정에 대부분 노출되므로, 계약상대자는 통상적으로 발주청이 제시한 계약문서를 일방적으로 따를 수밖에 없는 실정이다.

따라서 계약상대자에 대한 명백한 불명확의 원칙이 강조된다면 발주청의 해석을 정당화시켜 주어 설계변경 과정에서 계약상대자에게 불리한 판단을 내리기 쉬우므로, 계약이행 중이라도 계약문서의 명백한 착오나 오류에 대한 문제는 공사계약일반조건 제19조 ①의 1호¹⁴⁰⁾의 규정에 따라 설계변경 반영되도록 해야 할 것이다.

3) 계약문서의 포괄적 해석 제한

정부발주의 공사계약도 사법상의 계약으로서 신의성실의 원칙, 권리남용금지 원칙 등 계약에 관한 민법상의 일반적 법원칙을 적용하도록 되어 있다. 그러므로 공사 관계법령 및 이 조건에 의해 발주청이 특정공사의 입찰 시에 제시한 특기사항이나 공사계약특수조건 등에서 일부 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있을 경우 그 효력은 인정되지 아니하여야 할 것이다.¹⁴¹⁾

또한 ‘상호보완적 규정’에 의해 발주자 의도대로 포괄적으로 해석되어 ‘계약상대자의 계약상 이익을 제한’하는 부분과 상충될 때에는 어디에 우선순위를 두어야 하는지를 세부적으로 명시해 둘 필요가 있다. 이를 위하여 ‘계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용’에 대한 시비를 분명히 하기 위해 관계규정으로 구체적으로 내용이 설명되어야 할 것이다.

4) 규제성 규정조항의 검토 및 축소

140) ‘공사계약일반조건’ 제19조(설계변경 등) ①설계변경은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 한다. 1. 설계서의 내용이 불분명하거나 누락·오류 또는 상호 모순되는 점이 있을 경우.

141) ‘공사계약일반조건’ 제3조(계약문서) ③제2항의 규정에 의하여 정한 공사계약특수조건에 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령」, 공사 관계법령 및 이 조건에 의한 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있는 경우 특수조건의 동 내용은 효력이 인정되지 아니한다.

공사현장의 갈등과 문제의 발단 중 하나의 예를 보면, ‘시공감리현장참여자 업무지침서’의 구속된 일방적인 수백 가지의 보고서와 지켜야 할 의무조항과 규정에서 비롯된다고 볼 수 있다. 발주처 공사감독자나 감리원, 시공자가 지침서에 따라 완벽하게 준행하는 것은 불가능하다. 감독자의 인정하고 수용하는 기준치가 각자가 서로 다르기 때문이다.

건설현장에서 지침서의 절차와 방법 등의 규정에 맞추어, 공사를 감독하는 발주처의 공사감독자와 감리업무를 수행하는 감리원이나 직접 공사를 수행하는 시공자로서는 현실적으로 문제와 갈등의 원인이 되는 규정들이 많다. 이런 규정들이 안전과 품질 및 공정에 지장을 주지 않는 범위 내에서, 방대하고 중복된 지침서의 내용과 공사관계자들에 대해 규제성이 있는 제재와 의무조항들에 대해서는 축소 조정하는 방안도 고려되어야 할 것이다.

5) 분쟁발생 시 중립성과 형평성 유지

현행 「공사계약일반조건」은 발주자인 국가가 제정하여 계약문서의 일종으로 효력을 인정하고 있는 일종의 약관이라고 볼 수 있다. 일부에서는 정부가 미리 제정하여 규정한 계약(조건 또는 이에 의한 체결)은 절차상 계약의 일방적인 시공자의 자의가 사전에 반영되지 아니하였기에 진정한 의미에서 당초부터 형평성이 결여되어 있을 소지가 있으며, 따라서 이에 규정된 계약적 책임 또한 평형성에 문제가 있다고 보는 견해가 있다.¹⁴²⁾

분쟁해결에 관한 조항도 계약상대자인 건설업체의 의견이 반영되지 못하고 개정 시마다 국가나 지방자치단체의 발주에 따른 편의나 공사계약관리의 필요에 따라 그 내용이 바뀌었다. 건설업체는 공공공사의 입찰참여와 공사이행을 위해서는 표준계약서인 「공사계약일반조건」과 「공사계약특수조건」을 수동적으로 받아들일 수밖에 없는 입장이다.

계약상대자의 대등한 관계라는 것도 제도적인 보완을 통해 실질적인 대등한 계약상의 관계가 형성되도록 해 주어야 한다. 중립성과 형평성이 보장되기 위해서는 계약조건의 내용을 수정 보완할 때 계약상대자의 입장에서 만든 안과 비교하여 채택할 필요가 있다. 이런 점에서 본다면 건설업체는 공사의 계약이

142) 박준기, '건설계약론', 기공사, 1997.5, p. 26.

행 중에 발생하는 클레임이나 분쟁을 ‘양당사자간의 자율적 방법’으로 조기에 효율적으로 해결하는 방안을 선호하는 것으로 보인다. 따라서 분쟁이 발생하여 협의에 의한 해결이 되지 않을 때 중재와 소송의 양자선택체제로 운영할 것이 아니라 분쟁당사자가 원하는 대로 자유롭게 선택할 수 있도록 해 주어야 하고 제도적으로 다양한 방법이 제시되어야 한다.

중재절차가 양당사자간의 중재합의가 있어야 하고 발주자가 그다지 원하지 않는다는 점을 감안하면 분쟁조정기구 및 절차의 선택을 당사자에게 맡기는 것이 자율적 분쟁해결제도라는 취지에도 부합된다고 본다.¹⁴³⁾

4.2 분쟁이전단계에서의 클레임 해결방안

4.2.1 협상 및 클레임 제도의 개선

4.2.1.1 공사현장 내 조직 간의 갈등해법과 대응자세

공공공사 건설현장에는 항상 공사를 수행하는 조직과 공사를 제대로 하는지를 감독하는 두 조직이 있다. 공사수행과 관련된 두 단위 조직 간에 발생하는 갈등관계를 분석하고 그 갈등 해결과정에서의 접근방법과 갈등당사자 간의 심리적인 변화 등을 분석함으로써, 건설공사 현장에서 효과적인 갈등해결을 위한 방안이 도출될 것이다.¹⁴⁴⁾

1) 본질적인 문제 발견

갈등해법과 협상전략에 있어서 문제해결의 기술이 필요하다. 문제해결은 문제를 발견하고 문제의 해결책을 찾아서 실행에 옮기는 과정을 통해서 실현된다. 그러므로 최종적인 실행 가능한 해결방안을 찾는 것이 핵심적인 요소이고,

143) 두성규, ‘건설분쟁해결제도의 합리적 개선’, 한국건설산업연구원, 건설경제, 2004년(통권40호), p. 82.

144) 옥종호, ‘How to Successfully Manage a Conflict in an Organization to Prevent a Claim: A Construction Conflict Case Study(건설분쟁 예방을 위한 발주자 내부 조직 간의 마찰해소방안에 대한 연구-건설공사 관련 사례 중심으로-)’, 대한건축학회논문집 구조계 15권3호(통권125호), 1999.3, p. 89.

실행 가능한 해결방안을 찾기 위해서 가장 중요한 출발점은 본질적인 문제를 발견해 내는 것이다. 예컨대 표면에 나타난 문제에 매달려 해결하려는 것이 아니라 다툼의 본질은 감정의 대립으로 갈등이 깊어지는 경우 표면적인 문제만으로 해결될 수 있는 것이 아니다.

2) 갈등해결 접근방법

갈등해결 방법에 있어서 공사책임자의 관점에서 보면 일반적으로, 철회(Withdrawal), 타협(Compromise), 강행(Forcing), 소극적 조율(Smoothing), 그리고 적극적 문제해결(Problem solving)¹⁴⁵⁾ 등 5가지 갈등해결을 위한 접근방법이 있다. 그것들은 각각 다른 특성을 가지고 있는데 문제 상황에 따라 공사책임자가 어떻게 적절한 방법을 선택하느냐에 따라 양상은 다르다. 그러나 갈등당사자가 갈등해결 방법의 선택에 따라 갈등해결의 결과가 달라지는 것이 아니라, 갈등당사자에 의해 시도하는 접근방안들의 상관관계에 따라 그 결과가 다르게 나타난다.

그로톤(Groton)¹⁴⁶⁾은 다섯 가지 다른 갈등해결 접근방법을 제시함에 있어서 갈등해결 접근 방법과 갈등당사자의 내적인 양태에 따라 상관관계가 다르게 나타나는 것을 설명한다. 표 4.1은 5가지 갈등해소 방법의 구분과 그것들의 스타일에 따른 상관관계를 보여준다.

표 4.1 갈등해소 방법론의 형태(Styles of Conflict Resolution Methodologies)

갈등해소 접근방법	구 분	접근방법과 상관성		
		양태	개인 목표	관계성
강행 (Forcing)	상대방의 수용 가능 선까지 밀어붙이는 것	승 - 패	높다	낮다
소극적 협상 (Smoothing)	갈등사안에 대해 다른 점을 강조하지 않고 유연한 자세로 공유/공감하는 것	양보 - 패	낮다	높다

145) Jandt, Fred Edmund and Gillette, Paul 'Win-Win Negotiation', John Wiley & Sons, New York, 1985, p. 10.

146) Groton, James P. 'Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry,' Dispute Resolution Journal, Vol. 52, No.3, Summer, 1997, pp. 49-57.

철회 (Withdrawal)	실제 또는 잠재적인 의견 불합치나 갈등 상황을 회피 또는 철회하는 것	패 - 철회	낮다	낮다
타협 (Compromise)	여러 가지 쟁점이나, 거래교섭, 해결에 대한 연구를 통하여, 갈등 당사자들에게 만족을 줄 수 있도록 합의를 이끌어 내려고 시도하는 것	타협 (협상)	중간	중간
문제해결 자세 (Problem-solving)	양쪽의 상관성과 계약적 이점 모두를 고려하여, 상호만족을 도달하기 위해 이기려는 것보다는 적극적으로 문제를 풀어서 갈등을 해소 하는 것	의견 합치	높다	높다

상관관계를 볼 때, ‘승-패’ 타입의 사람은 모든 수단을 동원하여 그의 목적을 달성하려고 시도하는 투사형으로 보이는 반면, ‘의견합치’로 문제를 해결하려는 사람은 그의 관심뿐만 아니라 다른 사람의 목적도 성취시키려고 하는 Win-Win 전략을 옹호하는 사람으로 볼 수 있다. 그리고 ‘타협’하는 스타일의 사람은 어느 정도 상대방의 만족도 고려하여 갈등 상대자의 의견을 수용하면서 해결을 찾으려는 사람이다.

3) 갈등해법의 상호관계

다음으로 표 4.2에서 나타난 갈등사례의 결과를 비교해 보면 두 당사자의 갈등해결 단계에서의 지속적인 상호관계가 나타난다. 표 4.2에서 나타난 것처럼 일반적으로 ‘강행’방법이 프로젝트 갈등해결 환경에서 가장 폭넓게 실제적인 접근 방법으로 이용하는 것으로 나타났다. ‘강행’에 의해 갈등을 해결하려는 자는 승자로서 그들의 원하는 목적대로 성취된 것으로 보이지만, 그러한 접근 방식은 다른 방법보다 훨씬 더 큰 갈등 잔재의 원인이 된다는 것을 기억해야 될 것이다. 실제 나타난 결과를 볼 때 분쟁사례가 종결된 후에도 양당사자는 수시로 크고 작은 갈등이 지속된다. 갈등상황에서 일방 당사자가 스스로 자신의 주장을 철회한다고 하여 일방당사가 패배의식을 갖는 것도 아니고 타방당사가 승리한 것도 아니다. 오히려 갈등잔재는 남아있고 향후 갈등은 증가하게 되어 있다.

표 4.2 두 분쟁당사자 사이 갈등해결 접근 방법과 결과¹⁴⁷⁾

접근방법		일반 당사자의 갈등처리 접근방법				
		적극적 문제해결	강행	타협 (협상)	소극적 자세	철회(양보)
타방 당사 자의 갈등 처리 모드	적극적 문제해결	조속한 합의	50%이상 강행	문제 해결자	문제 해결자	문제 해결자
	강행		파국(결렬)	강행자	강행자	강행자
	타협(협상)			합의	타협	타협
	소극적 자세				파국 (결렬)	50%이상 화해
	철회(양보)					파국(결렬)

즉, 갈등의 심리적인 양상은 양당사자들 사이에 갈등이 잔재해 있다는 것이다. 쌍방의 이익과 관계성이 만족스럽게 정리되지 않으면 갈등은 잠시 부분적으로 해소된 것 같지만 갈등 당사자의 사이에는 아픈 감정이 남아있다. 심리적인 갈등 사이클을 보면 갈등문제가 타결된 후에도 갈등 잔재는 스트레스의 환경을 증폭하고 훗날 또 다른 갈등의 원인이 된다.

4) 전향적인 문제해결의 자세 요구

갈등은 프로젝트 목표에 부정적인 결과를 초래하게 됨이 분명하다. 갈등해결 결과에 따라 해당 공사관계 책임자는 쟁점에 대해 갈등을 어떻게 다루는지에 따라 좋게 되거나 나쁜 결과를 가져오게 될 것이다. 우호적으로 갈등을 해결하기 위해서는 공사현장의 책임자는 여러 가지 갈등해결 접근 방법에 대한 결과들을 검토하여, 좋지 않은 감정의 잔재를 축소하면서 효과적인 방법을 충분히 고려하여 협상하는 자세가 필요할 것이다.

전향적인 문제해결의 자세가 일반적으로 논쟁당사자의 관계에서 상처를 주지 않고 성공적으로 관리하는 가장 최선의 방법인 것처럼 보인다. 그러나 실상은 강행이 다른 접근방법 보다 더 많은 갈등 잔재를 초래함에도 불구하고

147) Moore, Christopher W. 'The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict'. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1996, p. 25.

가장 넓게 시행되는 전략으로 나타났다. 따라서 갈등의 해법은 힘으로 풀 수 없고 지혜로 풀어야 한다.

그러므로 상기의 연구검토를 참고하여 공사현장에서 분쟁의 시발점이 되는 갈등문제를 해결하기 위해서, 공사현장 내 조직 간의 갈등해법으로 심리적 변환의 과정을 연계하여 협상방법을 전향적인 자세로 임할 때 문제의 갈등을 조속히 해결하는 데 도움이 될 것이다.

4.2.1.2 현장 협상제도의 개선과 활성화

1) 건설현장에서의 단계별 협상제도

갈등문제와 클레임의 가장 바람직한 해결방법은 문제의 원인과 과정을 가장 잘 이해하고 있는 당사자 간에 직접적이고 자주적인 협의를 통하여 원만한 합의에 도달하는 것이라 할 수 있다. 분쟁으로 인한 비용부담이 거의 없고, 문제에 관한 내용이 외부에 공개되지 않고, 클레임이 종결되고 난 뒤에도 당사자 간의 원만한 관계가 지속될 수 있기 때문이다. 이처럼 협의를 통한 클레임해결이 가능하다면 계약당사자 모두의 Win-Win 전략이 될 수 있다.

그러나 건설분쟁 해결방법 중 협상과정이 가장 이상적이고 좋은 방법이지만 우리나라 건설공사의 특성상 발주자 우위의 관행적인 계약관계로 인하여 아직까지 공사현장에서 바람직한 협상은 이루어지지 않고 있다. 건설현장의 시공사는 문제해결을 위한 협상과정에서 발주청과의 의견 대립 시 발주청의 공사감독관이나 감리원의 주장을 대체로 수용할 수밖에 없는 실정이다.

최근에는 공공기관의 공사 입찰시 공정성과 투명성을 바탕으로 한 청렴계약이행이 의무화 되었는데, 이를 구체화하고 성실히 이행하는 방법의 하나로 계약당사자간의 협상방법을 구속력이 있는 계약조건과 제도적인 방법으로 정착시킬 필요가 있다. 즉 ‘당사자 협상 운영규정’을 명문화하여 그 규정에 따라 체계적으로 운영하는 것이다.

2) ‘협상운영규정(Negotiation Procedure)’의 필요성

현재 공사수행 중 분쟁이 발생하였을 시 ‘공사계약일반조건 제51조(분쟁의

해결) ①계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다
‘고 명시되어 있어 협의과정이 공사현장에서 자율적으로 행해지도록 되어 있다.

현행 자율적인 협상은 관행적인 협상으로 구조적인 문제와 함께 불평등한 협상이 되기 쉬우므로, 상기 조항의 협의과정에서 계약당사자 간에 공정한 협의가 이루어지기 위해서는 ‘당사자 협상제도 운영규정’을 만들어서 구체적인 절차와 구속력이 있는 협상의 제도적 장치가 도입되어야 할 것이다. 협상과정과 절차를 제도적으로 명문화함으로써 당사자의 책임감과 함께 규정에 대한 구속력이 있도록 하면 일반적인 관행에 의한 협의과정을 합리적인 제도권의 협상으로 끌어내는 방법이 되어 실효성이 있을 것으로 본다. 이를 위하여 우선 공사관계자 간에 협의과정을 통하여 인내심을 갖고 문제점을 해결하고자 하는 전향적인 자세가 필요하다.

3) 단계별 협상제도 운영

건설현장의 시공 중 발생하는 분쟁을 효과적으로 해결하기 위해 ‘협의’에 의한 방안을 2장 ‘표 2.2 진행단계별 분쟁의 정의’에서 나타난 것처럼 단계별 분쟁과정에 따라 협상도 단계별로 체계적으로 이루어 질 수 있도록 그 ‘협상운영규정’을 세부적으로 정할 필요가 있다. 공사수행 중 이해관계의 마찰과 대립으로 발생한 갈등과 클레임에 대해서 다음과 같이 현행 협의에 의한 분쟁해결 절차를 개선하여 단계별 협상 및 현장 협의·조정으로 해결하는 방안을 제안한다.

표 4.3 분쟁해결절차 개선방안

[현행]

- ① 협의(클레임 제기 포함) → ② 중재 또는 소송
or ① 클레임제기 → ② 협의(당사자간) → ③ 중재 또는 소송

[개선방안]

<분쟁이전 단계>

[A] 현장 당사자 협의단계

① 단계별 협상

: 협의 1단계(당사자간 협의) → 협의 2단계(공사관계 책임자간 협의)

② 클레임제기

③ 공사현장관계자 협의회(협의3단계 : 발주처를 포함한 3자 간 협의)

[B] 현장 조정단계

④ 현장 협의·조정(시공조정협의회 or 업무조정회의) : 현장에서 공사
관계 당사자 포함 3자 간 협의·조정

⑤ 사전분쟁조정(건설공사분쟁심의회, 사전분쟁조정위원회) : 협상결렬 후
분쟁단계 이전 제3자에 의한 현장조정

<분쟁 단계>

⑥ 건설분쟁조정위원회 신청

⑦ 중재 또는 소송

(1) 협의 1단계 : 공사 담당자간 협상

협의 1단계는 ‘문제발생단계’ 및 ‘의견차이단계’로 볼 수 있는데, 공사수행 중 이해관계의 대립으로 발생한 문제의 해결은 작업현장에서 감리원과 시공사 공사 담당자 간 실무자 협의로서 현장에서 ‘협상운영규정’에 따라 협의하여 조속히 문제를 해결하도록 한다.

담당자간에 해결하지 못한 경우에는 경위와 원인을 규명하고 구속력을 갖게 하기 위해 당사자 간의 협상과정 내용과 사정을 공사일지나 회의록 등에 기록으로 남기고, 다음 단계의 협상이나 현장조정단계 또는 제3자의 사전분쟁조정이나 중재 과정에서 참고자료가 되도록 한다.

(2) 협의 2단계 : 공사관계 책임자간(현장소장과 책임감리) 협의

작업 현장에서 공사수행 담당자 사이에 해결할 수 없는 경우에는 공사현장 책임자인 현장소장과 책임감리가 현장에서 ‘협상운영규정’에 의거하여 즉시 협의하여

해결하되, 이로 인하여 공정 지연이 없도록 쌍방이 노력한다. 이 단계는 본격적인 ‘협상단계’에 진입했다고 볼 수 있다.

예컨대 시공 검측과정이나 자재검수의 승인이 지연되는 등 공정에 지장을 초래할 경우, 공정지연의 원인을 놓고 공사를 수행하고자 하는 시공자의 입장과 안전과 품질관리 등 감독을 철저히 하고자 하는 감리원과의 이해관계가 대립되는 경우가 종종 있다. 이럴 경우 일반적으로 법과 규정은 공사지체로 인한 손실보다는 안전과 품질을 우선으로 하는 판단을 내리기 쉽다. 그러나 공사지체로 인한 손실을 결코 간과해서는 안 되고, 또한 문제 사안들이 공사관계 당사자 간에 해결이 되지 못하고 외부로 나가서는 아니 되므로, 가능한 한 시공사의 시공책임자와 감리책임자가 협상테이블에 마주 앉아 신의와 성실의 원칙 하에서 문제해결의 적극적인 자세로 문제가 해결되도록 한다.

(3) 협의 3단계 : 발주처를 포함한 3자(발주처공사감독자, 책임감리, 현장대리인) 간 협의

공사현장 내에서 공사수행 중 발생한 클레임 사안이나 시공자와 감리원 사이에서 이해관계의 대립이나 갈등으로 인하여 공사수행에 지장을 주거나, 갈등문제나 클레임이 분쟁으로 진행할 위험이 있다고 판단될 경우, 공사현장의 일방당사자가 발주처에 협의조정 요청을 한다.

협의요청 사안에 대해 발주처의 공사감독관은 현장 공사관계 책임자와 함께 3자간 공사관계책임자 회의를 소집한다. 이 때 발주처의 공사감독관은 건설참여자들 간의 유기적인 협조체제를 유지하기 위해 기술력과 행정력을 바탕으로 형평성 있는 ‘협력조정자(Coordinator)’로서 협조하고 도와주는 역할을 해야 할 것이다.

협의 3단계 과정은 시공 중 당사자 간의 ‘갈등’과 ‘클레임’을 해결과정으로서 공사관계자 모두가 공사현장의 공사내용을 잘 알고 있는 상황에서 협상하는 과정이다. 발주처의 공사감독관은 공사현장 전체(시공자와 감리원)를 감독하는 위치이지만, 이 경우는 공사감독자의 위치가 아니라 제3자의 입장에서 도와주는 조정자로서 공사현장의 양당사자의 의견을 듣고 분쟁해결을 위한 조언과 권유를 통한 합의를 유도하는 일종의 ‘당사자 조정 방안’¹⁴⁸⁾으로 볼 수 있다.

현장 협의 3단계는 ‘공사현장관계자협의회’와 같은 기능과 역할을 수행하게 되며, 구성 및 운영방법은 본 장 4.2.3.2절에서 설명한다.

현실적으로 건설공사 수행과정에서 발주처 우위의 계약관계를 무시할 수 없는 실정을 감안할 때 현장대리인이나 책임감리는 발주처의 공사감독관의 권고를 대체로 수용한다. 한편 공사감독관이 공사현장 일체를 감독하는 위상에 있기 때문에 시공자에 대해 배타적인 판단을 내릴 가능성에 대해서는 우려가 되는 점이기도 한다.

4) 분쟁해결방법과 해결 만족도

공사현장의 분쟁이 시작되었을 때 분쟁이전단계에서 분쟁으로 진행되지 않고 당사자 간의 협상 과정에서 해결될 경우 전문성과 기술적인 판단이나 비용 측면에서 유리하고 협상결과에도 만족하게 된다.

아래 표 4.4에서와 같이 공사현장권¹⁴⁹⁾내 시공 중 발생하는 분쟁이전단계에서의 갈등문제와 클레임을 해결하는 과정에 있어서, 협의단계와 공사현장관계자 협의 및 현장조정단계에서 해결하는 과정이 전문성과 기술적 인지도가 높고, 공사관계 당사자이므로 분쟁상황의 이해정도를 제일 잘 알고 있으므로 원만하게 협상이 잘 된다면 해결결과에 대해 계약당사자의 만족 정도 높다고 볼 수 있다.

그러나 분쟁단계에서 조정이나 중재 또는 소송은 제3자에 의한 법적·제도적 분쟁해결 수단이므로 쟁점을 파악함에 있어서 조정위원이나 중재위원은 주로 신청서류와 입증자료에 근거하여 문제의 본질을 파악해야 한다. 따라서 공사현장의 문제에 대한 이해정도가 낮고 신청인이나 피신청인의 입장을 이해하고 분쟁상황을 파악하는데 많은 시간이 소요된다. 그러므로 조정이나 중재에 의한 해결방법은 시간적으로 소요기간이 길고 중재의 경우 비용도 많이 들고 일반적으로 이용 절차가 복잡하여 현재 우리나라 실정으로 손쉽게 이용할 수 있는 분쟁해결수단은 될 수 없다.

148) 건설현장의 공사관계자는 발주청 공사감독자, 감리원, 시공자이므로 이들 모두가 공사관계 당사자로 볼 수 있다.

149) 공사현장 내 시공자, 감리자 및 발주자(발주청의 사업주관부서) 등 공사관계자 간의 시공간적인 소통하는 영역을 말한다.

표 4.4 분쟁해결방법과 해결만족도

해결방법	해결전문성과 기술적 인지도	문제 상황 이해 정도	분쟁해결 소요비용	분쟁해결 소요시간	해결결과 만족도
1)공사현 장 협의단계	공사분쟁관련 당사 자이므로 인지도 매우 큼	공사 분쟁 당사자 이므로 상황이해정 도 매우 큼	없음	수일 이내 단기간	만족
2)공사현 장관계자 협의	공사관계자 당사자 이므로 인지도 매 우 큼	공사관계자 당사자 이므로 상황이해정 도 큼	없음	1개월 이내 단기간	만족
3)현장조 정단계	공사관계자당사자 이므로 인지도 큼	공사관계자 당사자 이므로 상황이해정 도 큼	없음	1개월 이내 단기간	만족
4)조정	공사관계자가 아닌 자로 인지도 약함	공사관계자가 아닌 제3자에 의한 조정 이므로 상황이해정 도 보통	소규모 비용발생	2-3개월 장기간	불만족
5)중재	공사관계자가 아닌 자로 인지도 약함	공사관계자가 아닌 제3자에 의한 조정 이므로 상황이해정 도 보통	중규모 이상 비용발생	6개월 이상 장기간	보통
6)소송 (재판)	공사관계자가 아닌 자로 전문성 없음	공사관계자가 아닌 제3자에 의한 조정 이므로 상황이해정 도 약함	상당규모 비용발생	6개월-1년 이상 장기간	보통

4.2.1.3 클레임제도 정착 및 활성화 방안

1) 클레임제도 활성화를 위한 환경구축

현행 클레임에 의한 분쟁해결방안 중 가장 문제가 되는 것은 클레임이 적극적인 분쟁해결수단이 되지 못했을 때, 계약당사자간의 추가협상의 노력이나 현장권내 조정의 노력 없이 바로 분쟁단계인 중재나 소송으로 발전된다는 것이다. 따라서 클레임을 해결하기 위해서는 계약당사자 간에 협상의 인내와 노력이 필요하고 분쟁단계로 가기 전에 제3자의 조정을 통한 해결방법의 이용과 함께 발주청이 적극적으로 클레임을 해결하고자 하는 전향적인 자세가 요구된

다.

첫째, 시공자 클레임을 발주자가 긍정적으로 검토하기 위해서는 무엇보다도 사업비 예산(예비비, 추가예산)확보가 전제되어야 한다. 이러한 예산확보 없이는 제기된 클레임에 대하여 계약당사자간의 협상은 불가능하다. 해외공사의 경우 건설사업별로 예비비를 확보하고 있으며 통상적으로 물가변동을 제외한 전체 예산의 5~10%정도를 예비비로 확보하고 있는 실정이다.¹⁵⁰⁾ 예비비 예산은 총액개념으로 확보되어 설계변경 또는 기타사유로 인한 계약금액조정과 연동되어 사용되어야 한다. 시공자가 제기한 클레임의 궁극적인 목적은 금전적인 보상이므로 분쟁초기단계인 클레임을 조속히 해결하기 위해서는 적법한 계약금액의 조정이 이루어져야 한다.

둘째, 감사원이나 내부 행정감사의 감사방향 또한 계약당사자간의 협상을 활성화하는데 큰 역할을 할 수 있다. 물론 감사원의 감사방향은 궁극적으로 분쟁을 예방할 수 있도록 하는데 초점을 맞춰야겠지만, 발생한 클레임의 적정성 여부와 클레임이 정당한 절차에 따라 합법적인 해결과정을 통해 처리되었는지도 감사해야 한다. 즉 클레임 발생에 대한 시비나 사실여부에 대한 감사보다는 발주자가 클레임의 원인을 예방하기 위하여 노력을 하였는가와 발생한 클레임에 대하여 공정하고 객관적으로 해결하였는가에 대해 감사의 초점을 맞추어야 할 것이다. 아울러 분쟁을 예방하기 위한 현장 내 분쟁해결방안으로 협상과 클레임을 활성화 할 수 있는 지도감사도 필요하다.

셋째, 건설현장의 일반적인 협상방법은 합리적이고 적법한 절차와 규정에 의한 협상이 아니라 발주청에 대한 저자세와 관행적이고 타협적인 협상방법이 몸에 젖어 있어 건설업계 종사하는 사람들이 구두로 합의하고 너무나 자료 관리를 허술하게 한다는 취약한 점이다. 자료관리만 잘하여도 소송까지 가는 사태를 크게 줄일 수 있다. 특히 클레임제도의 경우 향후 분쟁의 소지가 있는 사안들에 대해서는 주관적인 자료가 아닌 상대방과의 커뮤니케이션 입증자료를 문서화 하는 프로세스를 구축하는 것이 중요하다.

2) 클레임에 대한 인식전환

150) 김경래, '공정한 계약문화 정착을 위한 건설클레임 발전방안', 21세기 건설산업진흥 촉진을 위한 세미나, 대한건설협회·한국건설산업연구원, 2000.7, p. 29.

건설시장이 개방된 90년대 후반부터 ‘클레임’에 대한 개념과 용어에 대한 인식은 보편화되어 있으나, 실무적 차원에서 아직까지 법적·제도적으로 ‘클레임’이란 용어가 계약조건에도 명확하게 명시되어 있지도 않고, ‘당사자 간의 협의’의 개념 안에 ‘문서상으로 이의를 제기하는 것’이라는 정도의 이론적인 개념으로만 인식이 되고 있다. 또한 공사현장에서 발주자를 상대로 한 시공자 클레임 제기는 발주자의 입장에서 볼 때 저항적이고 부정적으로만 인식이 되어 있는 실정이다.

그러므로 건설현장에서 분쟁을 사전에 신속히 해결할 수 있는 방안 중의 하나로 클레임에 대한 인식 전환이 필요하다. 클레임이라 하면 발주처에서는 대립적이고 저항적이라는 부정적인 인식에서 벗어나, 정당한 권리주장으로 긍정적으로 받아들이는 자세가 필요하다.

3) 클레임 관련 계약조건 확장(분쟁관련 특별계약조건)

계약조건에 클레임 및 분쟁 조항을 구체화하는 ‘분쟁관련 특별계약조건’과 같은 계약조건을 확장할 것을 제안한다. ‘분쟁관련 특별계약조건’에 클레임 및 분쟁 조항을 명시하고 클레임 해결지침을 구체적으로 수립하여 클레임이 원만하게 해결될 수 있도록 한다. 예컨대 계약당사자 쌍방이 객관적으로 판단할 수 있도록 문제의 근원이 무엇이며 그에 대한 책임소재를 분명하게 밝힐 수 있도록 규정한다.

계약당사자는 계약에 의거하여 상호 간 권리와 의무가 결정이 된다. 최근 건설산업에 있어서의 중요한 사항은 전처럼 단순한 계약서를 사용하지 않고 특정 프로젝트에 맞게 만들어진 상세한 표준계약을 사용하는 경향이 있다. 건설공사의 경우 공사의 성격이나 현장조건이 각기 다르므로 현장별로 특수한 조건에 따라 봉착하는 많은 문제점들을 사례별로 정리하여 계약조건들을 발전시켜 개선해 나갈 필요가 있다.

4) 클레임 유형에 대한 세부 규정 마련

일반적으로 클레임은 시공자가 발주자에게 제기하는 것이 대부분이나 이를 방지하기 위해서는 계약당사자 쌍방이 각각 문제의 근원이 무엇인지 또한 누

구에게 책임이 있는가를 규명할 수 있도록 노력해야 한다.

현실적으로 발주청과 시공사가 대등한 계약관계가 유지될 수 없는 상황에서, 분쟁 및 클레임이 발생하였을 경우에 발주청이 입찰당시에 제시한 특기사항이나 계약특별조건 상에 명시된 의무사항 또는 사전 조치사항들은 계약상대자인 시공사에게는 이런 계약조건들이 불리하게 해석되는 경우가 많다. 촉박한 공정에 쫓기는 시공사의 입장에서 계획단계가 미흡하고 계약문서나 근거자료 정리 등 문서 및 자료관리가 취약할 수밖에 없다. 발주자의 입장에서 보면 시공사는 세심한 공사계획수립과 문서관리의 소홀, 설계도면의 부실한 검토, 승인 허가 없이 수행한 제반 문제들, 기타 합리적인 관리부재 등으로 모든 책임이 시공사에게로 돌아가는 구조로 되어 있기 때문이다.

그러므로 발주자는 시공자의 입장에서 본 예상 분쟁 우려사항들을 종합적으로 고려하여 계약당사자 간에 분쟁의 시비가 없도록 하고 클레임을 원만하게 해결될 수 있는 분쟁예방에 대한 규정을 마련할 필요가 있다. 갈등문제나 클레임이 합리적으로 해결될 수 있도록 기준을 마련하되, 세부적인 내용을 항목별로 객관적인 사항들에 대해 계약당시 ‘클레임 운영규정’을 만들어서 최대한 시비를 가리도록 하되 발주자 중심의 유리한 해석으로 정하는 것을 경계해야 한다.

적용 및 심의대상의 내용과 그에 대한 해석 및 판단기준을 세부적으로 수립하여 가능하면 논란의 여지를 사전에 제거하도록 한다. 분쟁해결 방법과 운영규정 등이 하드웨어 부분이라면 분쟁사태에 대한 해석과 판단기준은 소프트웨어 분야가 될 것이다. 이런 구체적인 작업은 현장조사와 사례 등을 통한 지속적인 연구가 필요하고 상당기간의 작업이 요구된다.

5) 클레임 운영규정(Claim Procedure)

발주처별로 공사의 특수성을 고려하여 해당공사에 대해 필요한 경우에 분쟁 및 클레임 계약조항과 관련하여 ‘OO공사 클레임 운영규정’을 만든다.

‘클레임 운영규정’에 명시할 내용으로 공사별 특수한 여건에 대해 분쟁우려사항, 발주자나 감리자가 요구하거나 지시한 공사 중지명령, 추가공사 등으로 인한 손실 등 발생, 공사수행 중 공사관계자 간의 일반적인 분쟁 사례에 대해

명시한다. 그 밖에 다양한 클레임 및 분쟁 발생요인을 사안별로 세분화한다.

구체적이고 세부적인 규정은 (1)공사 일반적인 클레임의 유형, (2)현장특수 조건에 의한 유형으로 구분할 필요가 있다.

가령 발주자 혹은 감리자가 지시한 공사중지, 공사가속, 공사추가지시나 시공 전 시설사용 등의 작위행위에 대한 사항과 현장인도지연, 측량성과 인도지연, 도면 시험검사의 승인 지연, 불합리한 승인 거부 등은 대표적인 부작위행위로써 이런 사항에 대해 구체적인 원인과 근거를 명시한다. 분쟁발생시 관련 조항을 구체적으로 명시하면 이를 근거로 하여 당사자 간에 논란없이 쉽게 처리될 수 있으므로 계약당사자들의 의무조항을 가능한 한 상세히 규정할 필요가 있다.

예를 들면, 공사중지의 경우에 시공사가 작업대기로 인하여 인원, 자재, 장비 등을 대기함으로 인한 손실과 후속 공정지연으로 인한 손실 등으로 원청시공사 뿐만 아니라 하도급자까지 손실을 초래할 수 있으므로, 부당한 ‘공사중지’에 대한 시비가 없도록 명문화시킬 필요가 있다. 또한 공사수행과 관련한 감독업무 수행 시 발주청 공사감독관이나 감리원의 자의적인 판단에 의해 각종 승인 및 허가절차나 시공검측 등을 거부하거나 지연시킬 수도 있다. 감독자가 공사 수행 중 안전에 관한 규정과 설계도면과 시방규정을 빌미로 엄격한 잣대로 감독할 경우 시공자는 적절히 대응할 방법이 없고, 당초 예정공정에 맞춘 공사진척을 계획대로 수행할 수가 없는 어려움이 따른다.

그러므로 이런 건설공사 현장에서 분쟁과 관련하여 ‘OO공사 클레임운영규정’을 마련하여 공사운영에 관한 시비기준을 정하여 현장에서 적용토록 하면 계약이행과정의 분쟁을 사전에 예방하는데 도움이 될 수 있을 것이다. 클레임이나 분쟁발생시 구체적인 ‘계약적 판단 기준’을 마련하게 되므로 공사현장에서 분쟁을 사전에 예방할 수 있는 방안이 될 것으로 본다.

6) 계약조항에 명시해야 ‘클레임 운영규정’ 내용

계약조건으로 ‘클레임 운영규정’에 명시될 사항들은 권한과 책임, 의무사항 등에 대해 구체적인 내용으로 설명하고 추가적인 혼선이 없도록 명시해둘 필요가 있다.

6.1) 클레임에 대비하여 계약당사자가 주의를 기울여야 할 사항¹⁵¹⁾

- ① 합리적인 계약서 또는 계약문서의 검토 및 작성
- ② 각종 계약서류와 자료의 관리
- ③ 공사 계획단계에서부터 착공까지의 세심한 공사계획 수립
- ④ 노무·자재 수급을 포함한 공정계획 및 관리
- ⑤ 시공과정의 공사일지, 각종 문서 및 공문 등을 포함한 문서의 보관 및 관리
- ⑥ 신속한 보고, 질의·응답 및 회의록 등 자료 관리
- ⑦ 설계도면·시방서 등의 기술적인 부분에 대한 신중한 검토
- ⑧ 각종 승인·허가 절차의 확립
- ⑨ 참여자 각자의 책임 및 권한 한계의 규명
- ⑩ 합리적이고 우호적인 절차에 의해 문제를 해결하고자 하는 환경 확립

6.2) 클레임 원인 세부내용

- ① 건설공사의 복잡성으로 인한 사전 예측의 불확실성
- ② 미래상황에 대비한 완전한 계약의 불가능성
- ③ 공사과정에서의 참여자간의 이해관계의 상충성
- ④ 적절하지 못한 입찰정보
- ⑤ 불충분한 입찰 준비기간
- ⑥ 입찰전의 부적절한 현장조사
- ⑦ 부적절한 설계나 시방서
- ⑧ 장비 및 자재공급의 차질
- ⑨ 공사무량의 증가
- ⑩ 사업관리 행위, 설계도서, 장비 혹은 자재상의 문제로 인한 공사중지
- ⑪ 공사 진행의 독촉
- ⑫ 시공내용에 대한 저평가

151) 조영준 외, '건설시장개방에 대비한 분쟁 및 클레임 방지대책에 관한 연구', 한국건설기술연구원(건기연94-CM-111), 1994.12, p. 19.

6.3) 공사수행 중 클레임 사항

건설현장에서 공사수행과정에서 발생하는 발주자(또는 감리자)와 시공사 사이에 일어나는 클레임의 내용은 다음과 같다.

(1) 공사감독자의 권한, 책임과 의무사항 관련

- ① 공사감독자가 지시한 공사중지, 공사가속, 공사추가 지시
- ② 시공 전 시설사용 등 현장인도 지연, 현장실정 변경에 따른 각종 방침결정 지연
- ③ 도면·시험검사의 지연, 불합리한 승인 거부 등
- ④ 설계와 시공지시에 대한 책임소재
- ⑤ 설계변경 승인 및 감독의 하자

(2) 설계변경사항 문제

- ① 계약문서 불비와 관련한 도면과 시방서의 오류·누락 및 상호모순, 해석의 모호 등 불완전한 점이 있는 경우
- ② 계약상대자의 책임이 없는 사유(지질조건 변경 등)로 설계변경시 당초설계보다 물량이 변동되었을 때 증감물량에 대한 단가 적용문제
- ③ 계약문서와 실제상황이 일치하지 않거나 변동이 있는 경우
- ④ 물가변동에 따른 물가상승비 반영

(3) 공사운영 범위 관련 사항

- ① 발주자와 도급자의 '불가항력'에 대한 서로 다른 해석문제
- ② 계약내용의 이해부족이나 해석문제
- ③ 공사 기성대가 지급에 있어서 개산급지급 문제
- ④ 계약상대자의 귀책사유가 아닌 공사기간 연장에 따른 간접비 실비정산
- ⑤ 설계변경 규정의 해석문제
- ⑥ 시공자의 공기지연에 따른 지체보상금 문제

7) 클레임 추진의 기본 요소

우리나라에서는 아직 클레임에 대한 인식부족으로 클레임추진에 대한 방법과 절차에 대한 규정이 없는 실정이므로 해외건설공사의 클레임 추진에 대한 주요 항목을 참조하여 정리하면 다음과 같다.

7.1) 통지의무

시공사 클레임의 경우 클레임을 제기하려고 하면 클레임 사안이 발생 후 일정한 내에 이의제기에 대한 자신의 요구나 주장을 발주자 또는 감리원에게 문서로 통지하여야 한다.

7.2) 자료유지 및 입증

클레임은 “사안에 대한 책임이 누구에게 있는가”라는 문제와 “그에 상응하는 손실이 어느 정도인가”라는 문제로 요약될 수 있다. 중요한 것은 클레임 사안이 시공자의 귀책에 의한 것이 아니라 하더라도, 혹은 클레임 사안으로 인해 시공자가 손실을 입은 것이 사실이라 하더라도, 시공자가 이들을 적절하게 입증하지 못한다면 클레임에 대한 시공자의 권리가 소멸되거나 약화될 수 있음을 명심하여야 한다.

그러므로 시공자는 사안 발생 시마다 자신의 권리를 입증할 수 있는 근거자료들을 확보하고 유지·관리하여야 한다. 이를 위해서는 체계적이고도 철저한 계약관리가 필수적이며 특히 다음 사항에 근거한 공사 및 계약관리가 요구된다.¹⁵²⁾

- ① 계약문서·입찰문서의 검토 및 분석
- ② 도면·시방규정 변경사항에 대한 확인 및 합의
- ③ 계약도면이나 정보와 상이한 현장조건이 발생하는 경우 이에 대한 확인 및 필요 시 사전 합의
- ④ 각종 보고서 작성 및 제출
- ⑤ 각종 물량확인서 작성 및 합의
- ⑥ 각종 투입자원에 대한 관리
- ⑦ 각종 생산시설에 대한 관리

152) 김진휘, ‘클레임 실무’, ‘해외건설 계약·클레임 전문가 과정’, 해외건설협회, 2009.4, p. 207.

- ⑧ 각종 대응조치 및 관리
- ⑨ 공사사진 및 Video 정리

7.3) 처리절차

(1) 사전평가 작업

① 계약규정 하에서 보상이 가능한 사안인지의 여부

해당사안에 대한 계약규정 상의 제한 규정을 숙지하여 이에 위배 되지 않도록 하여야 하며, 일반적인 통념이나 상식 등을 믿고 클레임을 추진하는 것은 잘못된 것임을 알아야 한다.

② 클레임의 성격 결정

자신이 의도하는 클레임의 성격을 충분히 인지하고 있어야 한다. 예컨대 공기연장 클레임인지 기타 클레임인지 여부를 알아야 한다. 또한 여러 사안에 대한 클레임의 경우 일시에 전체를 묶어 일괄로 처리하기보다는 사안별로 처리함이 바람직하다.

③ 사안별 클레임 추진 가능성 및 타당성 검토

클레임 사안이라고 해서 무조건 클레임을 추진할 것이 아니라, 사안에 대한 개략적인증명 과정에서 클레임을 통해 얻을 수 있는 득과 실을 비교해 봄으로써 클레임 추진을 결정한다.

④ 가능한 공기연장 혹은 보상금액의 개략 산출

클레임 사안에 대한 방향이 설정이 되면 계량적인 산출근거가 나와야 설득력이 있다. 공기연장에 대한 클레임의 경우 기간과 이에 대한 간접비용 계산 등이 산출되어야 한다.

(2) 근거자료 추적 작업

클레임에 대한 적합하고 타당한 입증서류를 추적하여 근거자료를 확보해야 할뿐만 아니라 관련 당사자와의 면담 등을 통하여서도 근거를 확보해야 한다. 클레임을 성공적으로 처리 될 수 있도록 하기 위하여 보완 자료를 면밀히 준비하여 상대방에게 관심을 보여야 한다. 보완자료는 클레임 사유에 직접 관련

되는 것과 공인회계사 의견서나 전문가 보고서 등 보조자료가 있다.

① 공인회계사 의견서(CPA Audit Reports)

공인회계사(CPA)의 의견서는 클레임에서 뿐만 아니라 소송절차에서 활용되기도 한다. 경우에 따라서는 발주처에서 직접 제3의 공인회계사들에게 금액 산출의 적정성 여부를 검증토록 의뢰하기도 한다.

② 전문가 보고서(Specialist Reports)

구조·토질 및 기초·전기·기계 등 해당 사안이 특수분야인 경우의 클레임에서는 전문가 보고서가 결정적인 자료가 된다. 예를 들면 특수분야의 전문가의 기술적 해석이라면 자료를 부인할 수 없을 것이다. 본래의 클레임은 기술적 또는 비용면에서의 검토를 전제적으로 한 것이기 때문에 이 경우에 변호사의 의견을 첨부하라는 것은 권장할 만한 것이 아니다. 그러나 클레임의 법적 또는 계약적 근거, 상대방의 행위 또는 미행위, 제출자의 종전 통보사항 등은 상세히 명시하여야 한다.

(3) 자료 분석 작업

클레임에 대한 시공자의 권리가 적절하고도 타당한 것임을 증명하기 위하여 추적·수집된 각종 자료들을 사전 평가단계에서 결정한 추진방법에 따라 분석하여야 한다. 이 때 사안이나 대상 자료의 특성 등에 따라서 다양한 분석방법들이 사용될 수 있다.

① 연대순 방법(Chronological Approach)

각종 자료들을 추적하여 수집할 때 연대순으로 정리하여 검토·분석하는 방법이다.

② 핵심용어별 방법(Key word Approach)

해당사안에 대한 ‘책임(Liability)’, ‘원인(Causation)’, ‘피해(Damage)’ 등을 입증하여야 하는 경우에 해당사안의 핵심용어(Key word), 예를 들면, 지연(Delay), 변경조건(Changed Conditions), 기회상실(Loss of Opportunity) 등과 관련된 자료만을 추출·정리하여 분석하는 방법이다.

③ 공정표 관리방법(Scheduling Approach)

공사기간에 변동에 대한 클레임이나 공사비를 산출하려고 하는 경우에 필요

한 과정이며, 'Bar Chart', 'Critical Path Method(CPM)'등 공정관리 기법이 유용한 도구로 쓰인다.

④ 비용산출 방법(The Cost Approach)

시공자가 입은 손실을 금액으로 산출해 내는 클레임의 핵심 부분으로써, 이를 위해서는 '투입비용 자료(Cost Records)'나 적합한 '산출근거(Estimation)'등의 수단이 이용된다.

(4) 클레임 경위(Claim History) 작성

이는 클레임에 대한 시공자의 권리가 계약적·사실적으로 타당성이 있는 것임을 입증하는 부분이다. 클레임을 구성하는 두 가지 요소 즉, 책임과 손실량 중 책임에 대한 입증부분으로서, 시공자가 요구하는 공기연장이나 금액보상이 제대로 검토되기 위해서는 이 부분에 대한 입증이 필히 선행되어야 한다.

(5) 비용 산출

당사자 간의 책임소재가 규명되면 시공자는 그에 따른 비용보상의 권리를 갖게 된다. 비용을 산출하는 방법은 시공자의 원가산출방식이나 실비정산 방법 등 사안의 특성에 따라 다양하게 적용될 수 있다.

(6) 클레임 서류의 완성 및 제출

클레임은 시공자의 금전이나 공기에 대한 요구를 발주자나 감리원에게 확신시키는 행위임으로 시공자 자신만이 알고 있는 극히 주관적인 의견만을 고집한다든지 논리적으로 설명이 불가능한 주장을 한다든지 하는 일은 피해야 한다.

8) 클레임 최소화 및 대처방안

효율적인 클레임 관리는 클레임이 특수한 경우에만 발생하는 업무가 아니라 평소 일반적으로 수행하는 업무와 같이 분쟁의 소지가 있는 사안들에 대해서 진행과정과 문제점 등에 대한 자료를 철저히 갖추어야 한다.

8.1) 발주기관의 클레임 사전 예방 유의사항

공사 수행과정에서 클레임이나 분쟁은 발생할 수밖에 없는데, 발주기관의 입장에서는 클레임을 부담스럽게 여겨 억제해서도 안 되고, 발생한 클레임을 정당하게 긍정적으로 검토해야 한다. 뿐만 아니라 클레임이나 분쟁이 발생할 경우를 대비하여 발주자는 이를 사전에 방지할 방안을 강구해야 하고 이를 최소화하기 위해서는 다음과 같은 점에 유의해야 할 것이다.

① 설계공종 및 수량 누락 방지

해당공사의 설계도서와 수량산출서 및 설계내역서의 공종을 세심하게 검토하여 공종이나 물량이 설계에 누락되는 일이 없도록 하여야 한다. 예를 들어 준설 매립된 경우 지하수 유출의 가능성이 높은 것으로 예상할 수 있는데도 물푸기 공종이나 수량이 누락되었다면, 물푸기 설계금액을 적정하게 예상하고 물량내역서에도 물푸기 공종을 반영하여야만 이후에 이로 인한 분쟁의 소지를 없앨 수 있을 것이다.

② 계약단가의 부당한 감액

설계변경 요건을 충족하지 않은 경우에 계약단가를 감액하는 것은 계약서류 및 관련 법규, 사례들을 보더라도 부당한 것이라 할 것이다. 계약단가를 감액하거나 공사비를 감액 조정하는 것이 상당한 금액일 경우 계약상대자인 시공사로 하여금 공사현장의 실행을 초과 운영하게 되어 공사운영상 치명적인 결과를 초래할 뿐만 아니라 공사를 감독하는데 있어서도 피차간에 어려움을 겪을 수밖에 없다. 그러므로 여건의 변동이 없는 경우에는 단가가 과다하다고 하여 계약단가를 감액하는 것은 계약조건에도 맞지 않고 추후 분쟁의 원인이 될 수 있으므로 단가 감액조정은 지양되어야 한다.

③ 문서처리 절차 및 증거자료 준비

시공사가 설계변경이나 물가변동, 공기연장 등으로 인한 추가비용을 청구한 경우에는 현장을 조사하고 시공사의 충분한 의견을 들어보고 타당성 여부를 판단하여 이에 대한 의견을 분명히 하여 시공사에게 통보하여야 한다. 이 외에도 향후 문제가 될 소지가 있다고 판단되는 사항은 시공사에게 보완·수정·촉구 등의 서류를 송부하여 사전에 분쟁의 우려가 되는 부분에 대한 대비를 철저히 해야 한다. 이러한 서류들은 추후분쟁이 발생하였을 경우 유효한

입증자료로 활용될 수 있을 것이다. 그러나 이의제기를 한 시공사에 대한 적대적 감정을 갖거나 시공사로 하여금 공정에 지장을 주거나 장래 불이익을 주는 규제성 행위는 지양하여야 할 것이다.

④ 설계변경 당시의 기록 유지

설계변경을 하게 되면 적용기준에 따라 상당한 금액 차이가 나게 된다. 시공사는 품셈 조정을 통하여 될 수 있는 대로 공사비 증액을 많이 요구하게 되고, 발주자는 공사비를 적게 책정하고자 하기 때문에 항상 이견이 있을 수밖에 없다. 그러므로 어떤 항목은 시공사의 입장을 반영해주고 어떤 항목은 발주자가 유리하도록 하여 시공사와 발주청 간의 합리적이고 적정한 선에서 합의하여 사전에 분쟁을 예방하도록 한다. 발주자의 입장에서 적법하게 합리적으로 설계변경을 반영해 주되 가능하면 그 기준 보다는 적게 책정하여 향후 이에 인한 감사를 대비하여 답변할 사유와 근거를 충분히 확보하는 데 우선 중점을 둘 것이다. 때로는 시공사의 입장을 반영하여 시공사에게 유리하게 설계변경된 사항들에 대한 기록을 잘 유지하여 분쟁이 발생하였을 경우에 당시 협상내용 등을 설명하면서 설득하거나 정상 참작을 받을 수 있다.

⑤ 철저한 준비서면 작성

협의과정이나 클레임을 대응하기 위해서라도 자료 준비는 철저히 해 두어야 한다. 특히 중재나 소송을 진행함에 있어 준비서면은 심리과정에서 아주 중요하고 결정적인 자료인 만큼 상대방 신청인 주장의 부당함에 대한 근거를 철저하게 준비하여야 한다. 공사 진행과정에서 발생한 모든 자료를 수집하고 철저하게 조사 및 검토하여 준비서면을 작성하고 입증자료로 삼는다. 뿐만 아니라 당시 담당자의 증언 등을 통하여 입증자료¹⁵³⁾를 준비하여 제출하여야 한다.

⑥ 신청인과의 지속적인 협상

클레임으로 해결되지 않을 경우 중재 또는 소송이 진행 중일지라도 신청인과의 협상 창구를 개방하여 계속적으로 대화하고 협의하여 중재·소송의 취하, 또는 추가비용 부담이 최소화될 수 있도록 노력하여야 한다. 특히, 공사 중에 일어난 사안은 준공 전에 반드시 계약당사자간 설계변경을 통하여 제3자의 입장에서 협의되어 반영될 수 있도록 하는 것이 분쟁으로 인한 중재 및 소

153) 공사 중 생성된 공문, 사진, 비디오, 기술자료, 관련자의 증언, 회의록 등 계약상대자에게 제시할 수 있는 제반 자료.

송비용 부담을 최소화 할 수 있을 것이다.¹⁵⁴⁾

8.2) 계약 및 클레임 관리 업무

클레임 및 분쟁 발생을 최소화하기 위해서는 계약조건과 계약문서의 철저한 검토가 필수적이다. 발주자나 발주자의 용역을 받은 건설사업관리자가 클레임과 분쟁 관련 업무를 수행해야 하는데 ‘발주 전 계약문서의 검토’와 ‘계약이행 중 계약관리’로 구분하여 실행할 수 있다.

(1) 발주 전 계약문서 검토

계약당사자간 권리와 의무에 관련한 사항이 공정한 계약에 부합하는지, 또는 상위법에 부합하는지 여부와 설계서 상에 오류·착오·누락 및 계약문서 간 상호 불일치 등을 검토한다. 관련 규정이나 지침 및 관계 법령의 변경 등에 따라 계약문서의 내용을 조정할 법적 근거가 있으면 수정 보완한다. 또한 규격·수량 등이 확정되지 않아 공사 중 설계변경이 발생할 가능성이 높은 경우에는 추후 설계변경 시 적용기준을 분명히 명시해 두도록 한다.

(2) 공사수행 중 계약관리

① 설계변경 관리

설계도서 작성 책임이 발주자에게 있으므로, 설계서의 오류·누락·상호모순·현장상태와 불일치 등으로 설계서 변경이 필요할 경우, 공사계약일반조건에 따라 설계변경 조치한다. 시공자의 귀책사유로 인한 설계변경의 경우에는 적법한 설계변경을 할 수 있도록 구체적 입증자료 등을 확보하여 이에 대비한다. 설계변경 및 계약변경과 관련하여 시공자가 요청하는 문서는 향후 분쟁 발생 시에는 중재나 소송에서 중요한 증빙서류 이므로 신중하게 검토하고 회신해 주어야 한다.

② 계약이행 관리

각종서류의 제출기한, 계약조건 등 계약내용을 철저히 검토하고 계약상대자의 권리와 의무가 수반되는 계약사항은 별도 관리하도록 한다. 계약당사자 간

154) 서용칠, ‘현장에서 바라본 분쟁 최소화 방안’, (사)한국건설관리학회, 건설관리 제10권 제2호, 2009.4, pp. 46-47.

의 합의내용은 구체적으로 명시하고 그 내용을 명확하게 문서화하여 보관해 두도록 한다.

③ 기록 및 문서관리

분쟁이 발생할 경우 상대방을 설득하거나 자기의 주장을 관철하기 위해서는 철저한 자료 관리와 문서화가 중요하다. 시공사가 제시한 실정보고서나 설계 변경요청서, 압판정 서류 등은 설계변경과 관련한 중요한 자료이며 공사비 증감에 직접 영향을 갖는 입증서류이므로 문서 관리를 잘해 두어야 한다. 아울러 공사 중 각종 서신이나 공문서, 회의록(회의록은 참여자의 서명날인이 있어야함) 등의 문서도 잘 보관하여 객관적인 입증 자료가 될 수 있도록 한다.

9) 법적 근거를 갖는 ‘클레임 조정’의 활성화

계약당사자간의 자율적인 협상으로 모든 클레임을 해결하기는 어렵다. 계약 당사자간의 자율적인 협상이 결렬된 후에 클레임을 해결할 수 있는 차선적인 방안은 제3자에 의한 조정이다. 외국의 경우와는 달리 국내 건설공사 계약문화는 특이하여 ‘건설분쟁조정위원회’와 같은 제3자에 의한 조정이 그리 많이 활용되지 못하고 있는데 조정기구의 활성화를 위한 다각적인 검토와 연구가 필요할 것이다.

현행 「건설산업기본법」 제8장에 규정한 ‘건설분쟁조정위원회’는 중앙위원회와 지방위원회로 구분되어 있는데 정부발주 공공공사의 경우 대부분 이 법률을 적용하고 있으나, 「국가계약법」의 해석과 관련된 분쟁은 제외(동법 제69조)하고 있어 건설분쟁의 해결방안으로는 한계가 있다.

현실적으로 공사 수행과정에서 나타난 분쟁의 경우, 법원의 조정과 현행 조정제도의 범주에서 해결하려면 접근할 수 있는 절차와 소요되는 시간의 벽이 너무 높아 실전에 적용하기는 어려운 실정이다. 따라서 분쟁을 신속히 해결하고 계약당사자가 공감할 수 있는 공정한 결과가 제시되어야 하며 현장 공사의 단절됨이 없는 요구를 충족시키기 위해서는 ‘공사현장에서의 제3자 조정’이 필요하다. 즉, 당사자 간의 협의에 의한 원만한 해결이 곤란할 경우에는 제3자를 개입시켜 ‘클레임 조정’으로 해결하는 방법을 강구할 필요가 있다. ‘클레임 조정’도 법적·제도적 근거를 두어야만 구체적이고 세부적인 규정을 마련함으로

써 계약당사자 간의 시비와 분쟁을 방지할 수가 있을 것이다.

10) 클레임전문가 양성

영국이나 유럽의 경우 CM(Construction Management) 영역의 한 분야로서 건설분야의 전문지식과 법률적인 지식이 결합되어 자격을 갖춘 Contract Specialist인 Claim Engineer 또는 Claim Surveyor가 있어, 건설현장 내 분쟁이 발생했을 때 이들 전문가에 의해 신속히 공정하게 문제를 해결한다. 우리나라도 클레임 발생 시 협상에 필요한 교섭능력과 자질을 갖춘 전문가를 양성 하든지 전문가의 자문을 구할 필요가 있다. 또한 국내 설계변경체제가 클레임에 미치는 부정적인 영향을 해소하기 위해서 공사경험이 많은 시공자와 발주자 및 감리자등 전문가들이 모여 설계변경체제에 대한 구조적인 문제와 절차를 제도적으로 개선할 필요가 있다.

4.2.1.4 계약당사자간의 파트너링

미국에서 발주자와 도급자가 서로 파트너로서 협력하여 분쟁을 회피하려는 방안이 모색되고 있다. 파트너링이란 발주자(Owner)·설계자·도급자·PM·하도급자 등 프로젝트 관련자들이 서로 협력하여 각기 상대방의 책임과 전문성을 이해하고 존중하여 하나의 팀으로 만들고자 하는 시도이다.¹⁵⁵⁾

건설공사 수행 시에 두 사람 이상이 서로 가지고 있는 능력을 극대화 하고, 또한 유용하게 활용함으로써 시너지 효과로 목적을 달성하기 위한 것이다. 파트너링은 당사자인 파트너가 서로 신뢰하면서 공통의 목표를 달성하기 위해 헌신적인 노력을 함으로써 성립하는 것이다. 그러므로 공사에 참여하는 공사관계자는 장기간에 걸쳐 꾸준하게 협조관계를 유지하려고 노력하고, 의견을 합치할 것을 약속하며 서로가 Win-Win으로 목적을 달성하는 것이다.

그러나 현재 우리나라의 건설공사계약이행 관행과 분쟁해결에 대한 정서가 합리적이지 못한 현장실정으로 인하여 계약당사자 간의 파트너링이 우리 건설현장에 적용되기까지는 극복해야 할 과정들이 많고 많은 시간이 걸릴 것으로

155) 남진권, '건설공사클레임과 분쟁실무', 기문당, 2003.4, p. 187.

본다.

4.2.1.5 공사계약조건의 개선 및 발전

1) 계약 서류의 국제화 · 정형화

외국의 분쟁해결 제도 및 사례를 통하여 국제적 건설분쟁에서도 합리적으로 적용될 수 있도록 건설분쟁 관련 연구를 활성화해야 한다. 공사 관련 계약서류를 국제화하고 정형화하기 위하여 현행 계약조건 및 법령을 국제 법령과 국제기준의 계약조건과 비교해 보고, 지방시·각종 기준도서 및 계약관련 문서의 적정성 여부를 검토하여 현실적으로 적용할 수 있도록 수정 보완할 필요가 있다.

2) 국내 건설공사 계약서류의 구성

현재 국내 공공공사의 계약체결 시에 포함되는 계약문서는 계약서·설계서·입찰유의서·공사계약일반조건 및 공사계약특수조건·산출내역서 등으로 구성되어 있으며, 이러한 계약서류 중 계약조건과 설계도면 및 지방서는 공사의 범위, 대가의 지급 등을 결정하는 데 필수적인 요소이다.

설계도면은 해당사업의 특성에 따라 다르지만 지방서와 계약조건은 유사점이 많다. 지방서의 경우 공공공사에는 표준지방서를 활용하고 있고, 계약조건의 경우 기획재정부 회계예규인 공사계약일반조건을 공통적으로 활용하고 있다. 지방서도 일반지방서로 나타내기 곤란한 사항이 있으면 특기지방서에 명기하고, 계약조건도 공사계약일반조건의 사항 중 반드시 계약상대자가 준수해야 할 사항은 발주자의 일방에 의해 공사계약특별조건을 만들어 활용하게 된다.

3) 국제표준계약서

(1) 국제표준계약서의 종류¹⁵⁶⁾

156) 백준홍, '건설계약관리와 클레임 해결', 연세대학교출판부, 2001.2, p. 332. ; 남진권, '건설공사 클레임

① FIDIC 국제 표준계약서

국제건설링·엔지니어연합(Federation Internationale Des Ingenieurs Conseils, FIDIC)에서 1957년 제정된 것으로 토목건설공사에 대한 국제 표준 계약조건[Conditions of Contract(international) for Works of Civil Engineering Construction]이며 Red Book이라 불린다. 1995년에는 Design-Built와 Turn-Key 공사용 계약서(Conditions of Design-Built and Turn-Key, Orange Book)이 제정되었고 1999년에는 새로운 개념의 개정판이 제정되었다.¹⁵⁷⁾

② 영국의 표준계약서

건축 및 토목공사 정부계약의 일반조건(General Conditions of Government Contracts for Building and Civil Engineering Works GC/Works/1 Editions 2-HMSO London) 등이 있다.

③ ICE 표준계약서

보편적인 표준 양식은 합동계약위원회(Joint Contract Tribunal, JTC)와 토목학회(The Institution of Civil Engineers, ICE)에서 발간된 것으로 ‘토목건설 공사와 관련된 입찰·합의·보증이용에 대한 계약 및 형식의 조건(Conditions of Contract and Form of Tender, Agreement and Bond for Use in Connection with Works of Civil Engineering Construction)’ 및 ‘해외 토목건설공사에 대한 계약조건(Conditions of Contract for Overseas Works Mainly of Civil Engineering Construction)’ 등이 있다.

④ 미국의 표준계약서

공공공사에 있어서는 조달청 계약조건인 ‘(건설계약)표준형식 23-A 일반조항[Standard Form 23-A General Provisions (Construction Contracts)]’가 보편적으로 사용되고 있다.

⑤ 유엔 유럽경제위원회(United Nation's Economic Commission for Europe) 표준계약서

수출입용 플랜트 및 기계의 공급과 설치에 대한 일반조건 No.188A(General

과 분쟁실무’, 기문당, 2003.4, pp. 47-48.

157) 이종수, ‘New FIDIC 제정의 이해와 시사점(해외건설시장 진출시의 유의사항)’, 한국건설산업연구원, 2003.4, p. 3.

Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export No. 188A)가 있다.(1977.3.)

(2) FIDIC 의 구성

FIDIC에서는 1999년에 기존 계약조건의 내용을 부분적으로 추가·수정한 형태가 아닌 4개의 새로운 계약조건을 제정하였다. 개정 계약조건은 기존의 계약조건이 현실과 차이가 있음을 인지하고 계약당사자간 상호 평등의 실현 및 균형을 이룰 수 있도록 계약조건을 정비하였고, 이러한 개정 계약조건을 기존의 계약조건(Old Book)과는 달리하는 시각에서 개정신판(New Book)이라 불리운다.¹⁵⁸⁾

Old Book의 계약조건 제1부는 계약당사자들의 권리와 의무를 규정하는 ‘일반조건(Part 1-General Conditions)’으로 계약조건 작성 시 해당공사의 성격에 관계없이 보편적으로 적용될 수 있는 조항들로 구성되어 있고, 제2부는 공사를 둘러싼 작업환경과 현장여건의 특성에 따라 몇몇 조항들의 변경이 불가피하기 때문에 프로젝트의 특성에 대한 계약조항의 적용을 위해 구성된 ‘특별계약조건(Part 2-Conditions of Particular Application)’이며, 제3부는 사후작업의 적용에 관한 내용으로 되어 있다.¹⁵⁹⁾

FIDIC 개정신판(New Book)은 아래와 같이 4개의 새로운 계약조건으로 구성되어 있다.¹⁶⁰⁾

① 건설공사 계약(Red Book)

Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works, Designed by the Employer : The Construction Contract, Red Book.

② 플랜트 및 설계 계약(Yellow Book)

Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor : Plant and Design-Build Contract, Yellow Book

158) 이종수, ‘New FIDIC 제정의 이해와 시사점(해외건설시장 진출시의 유의사항)’, 한국건설산업연구원, 2003.4, p. 3.

159) 백준홍, ‘建設契約管理와 클레임 解決’, 연세대학교출판부, 2001.2, p. 334.

160) 최명국, ‘FIDIC 표준계약조건상의 해결분쟁에 관한 연구’, 무역상무학회지 제27권, 2005.8, p. 5.

③ EPC 및 턴키 계약(Silver Book)

Conditions of Contract for EPC¹⁶¹⁾/ Turn-Key Contract, Silver Book

④ 계약형식(Green Book)

Short Form of Contract, Green Book

개정신판(New Book)과 기존 계약조건(Old Book)과의 주요한 차이점은 계약관리업무와 관련하여 Old Book에서는 Engineer의 중립성·독립성을 강조하였으나, New Book에서는 Engineer를 발주자의 사람으로 규정하고 있다. 클레임 제기의 절차 및 기한 준수를 Old Book에서는 강조하는 수준이었으나 New Book에서는 이를 준수하지 않을 시는 계약적 권리를 박탈하는 강화된 규정을 적용하였다. 또한 Silver Book에는 발주자가 Engineer의 역할을 수행하거나 대리인을 임명할 수 있도록 하고 있다.¹⁶²⁾

본 장에서는 중 국제적으로 널리 활용되는 계약조건인 FIDIC 계약조건의 특성을 검토해 보고 국내 계약조건과의 차이점을 몇 가지 비교해 보기로 한다.

4) 국내 건설공사 계약관련법과 국제(FIDIC) 계약조건의 차이점 및 개선 사항

현행 공공공사에 표준 계약서로 사용하고 있는 공사계약일반조건 중 분쟁의 원인이 될 수 있는 국내 계약조건을 국제적 계약조건과 비교 검토하여 개선해 나갈 필요가 있다. 본 절에서는 FIDIC 제정 국제공사표준계약 일반조건과 국내건설공사계약일반조건을 비교·분석하여 문제점을 도출하고 이권이 클레임 및 분쟁에 미칠 영향과 개선사항을 정리해 본다.¹⁶³⁾

(1) 발주자와 시공자의 일반의무사항 개선

① 시공자의 의무조항이 강화되어 있음

161) EPC ; Engineering, Procurement & Construction.

162) 이종수, 'New FIDIC 제정의 이해와 시사점(해외건설시장 진출시의 유의사항)', 한국건설산업연구원, 2003.4, p. 2.

163) 조영준 외, '건설시장개방에 대비한 분쟁 및 클레임 방지대책에 관한 연구', 한국건설기술연구원(건기연94-CM-111), 1994.12, pp. 54-61의 내용을 참조하여 개정된 현행법규(공사계약일반조건, 회계예규 2200.04-104-20, 2009.7.3)에 맞추어 수정 보완하였음.

국내계약조건에는 계약조건상 의무규정에서 발주자의 의무는 대체로 ‘…할 수 있다’ 또는 ‘…한다’라고 표현하고 있는 반면, 시공자의 의무는 ‘…해야 한다’라고 표현하여 발주자가 계약조건에 구속당하는 정도를 시공자에 비해 상대적으로 약화시키고 있다. 공사계약일반조건 제19조(설계변경 등)·제19조의5(발주기관의 필요에 의한 설계변경)·제19조의7(설계변경에 따른 추가조치 등)의 규정에 시공사의 의무규정은 당연조항이 많고 발주자의 경우는 의무조항이 아니라 선택조항의 의미가 짙다.¹⁶⁴⁾ 또한 공사계약일반조건 제25조(지체상금) ①항에서 ‘계약상대자는 계약서에 정한 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서에 정한 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액을 현금으로 납부하여야 한다’고 명시하고 있다.¹⁶⁵⁾

반면 FIDIC 계약조건에는 계약당사자들의 의무규정은 발주자, 감리자, 시공자 구분없이 ‘…해야 한다’¹⁶⁶⁾로 표현하고 있다. 일반계약조건 25.2(Adequacy of Insurances : 보험의 적합성)에서는 ‘시공자는 공사의 성질·범위·실시계획서에 변동이 있으면 보험회사에 통지하고 계약의 조건에 따라 언제든지 보험의 적합성을 보장해야 한다’라고 되어 있다.

클레임과 분쟁의 초점이 관계당사자의 의무불이행여부에 맞추어져 있을 경우, 의무조항의 문구해석에 있어 발주자보다 시공자가 불이익을 받을 가능성이 높다. 따라서 발주자나 시공자 모두 공히 의무와 관련된 사항은 ‘…한다’ 또는 ‘…해야 한다’라고 확실히 표현함으로써 계약에 구속되는 정도를 평등하게 해야 할 필요가 있다.

164) ‘공사계약일반조건’ 제19조(설계변경 등) ①설계변경은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 한다.(중략)
③제1항의 규정에 의한 설계변경은 그 설계변경이 필요한 부분의 시공전에 완료하여야 한다. 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. 제19조의5(발주기관의 필요에 의한 설계변경) ①계약담당공무원은 다음 각호의 1의 사유로 인하여 설계서를 변경할 필요가 있다고 인정할 경우에는 계약상대자에게 이를 서면으로 통보할 수 있다. 제19조의7(설계변경에 따른 추가조치 등) ①계약담당공무원은 제19조제1항의 규정에 의하여 설계변경을 하는 경우 그 변경사항이 목적물의 구조변경 등으로 인하여 안전과 관련이 있는 때에는 하자발생시 책임한계를 명확하게 하기 위하여 당초 설계자의 의견을 들어야 한다.

165) ‘공사계약일반조건’ 제25조(지체상금) ①계약상대자는 계약서에 정한 준공기한(계약서상 준공신고서 제출기일을 말한다. 이하 같다)내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 매 지체일수마다 계약서에 정한 지체상금율을 계약금액(장기계속공사계약의 경우에는 연차별 계약금액)에 곱하여 산출한 금액(이하 “지체상금”이라 한다)을 현금으로 납부하여야 한다.

166) SHALL’ 이나 ‘SHOULD’, ‘MUST’로 표기하고 있음.

② 발주자의 의무규정 범위 미흡

국내계약조건은 발주자의 의무규정 범위가 시공자에 비해 상대적으로 적으며, 특히 시공자의 계약불이행이나 손해가 부분적으로 또는 전적으로 발주자의 책임인 경우에는 발주자 자신의 책임을 고려해야 한다는 상세규정이 없거나 상대적으로 약하다. 공사계약일반조건 제15조(공사현장 근로자)에서는 시공사의 공사현장 근로자의 책임에 대한 규정이 있는 반면, 발주자의 대리인이나 종업원의 행위, 의무태만에 기인하는 손실에 대해 시공자에게 보상해야 한다는 규정이 미비하다. 또한 공사계약일반조건 제44조(계약상대자의 책임있는 사유로 인한 계약의 해제 및 해지)·제45조(사정변경에 의한 계약의 해제 또는 해지)·제46조(계약상대자에 의한 계약해제 또는 해지)와 관련하여 계약해지가 발주자의 계약불이행에 부분적 또는 전적으로 기인하는 경우 계약해지와 관련하여 발생하는 시공자의 손실은 발주자와 시공자간의 책임배분을 고려하여 보상해야 한다는 규정이 미흡하다.¹⁶⁷⁾

반면 FICDIC 계약일반조건 48.5(Interruption : 시험방해)에서는 발주자·감리자 또는 발주자가 고용한 다른 시공자에 책임이 있는 원인으로 시공자의 준공시험이 방해받는 경우, 발주자는 준공시험이 이러한 방해가 없이 완료되는 일자에 공사를 인수한 것으로 간주해야 하며, 감리자는 이에 따라 인수증을 발급해야 한다. 일반조건 49.3(Cost of Remedying Defects : 하자보수 비용)에서는 감리자의 견해로 공사의 하자가 시공자의 책임이나 계약불이행, 태만 이외의 발주자의 불이행이나 기타 다른 원인에 기인될 경우, 추가금액을 시공자에게 지급하여야 한다.

따라서 시공자의 일방적인 계약불이행시에도 발주자의 의무 불이행이 개입되지 않았는지 확인하는 절차와 만약 그러한 계약불이행이 발주자의 책임에 기인하는 경우 발주자가 보상해야 한다는 의무규정이 필요하다. 즉, 계약상 위험의 공평한 분배원리에 따라 계약당사자들의 의무조항을 가능한 한 상세히

167) '공사계약일반조건' 제44조(계약상대자의 책임있는 사유로 인한 계약의 해제 및 해지) ①계약담당공무원은 계약상대자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다. 다만, 제3호의 경우에는 해제 또는 해지하여야 한다.(이하 중략) 제45조(사정변경에 의한 계약의 해제 또는 해지) ①발주기관은 제44조제1항 각호의 경우외에 객관적으로 명백한 발주기관의 불가피한 사정이 발생한 때에는 계약을 해제 또는 해지할 수 있다.(이하 중략) 제46조(계약상대자에 의한 계약해제 또는 해지) ①계약상대자는 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 당해계약을 해제 또는 해지할 수 있다.(이하 중략)

규정할 필요가 있다.

(2) 감리자·발주자·시공자의 책임과 권한

① 감리자 책임과 권한의 불분명

감리자가 발주자와의 계약에 의거 공사감독에 필요한 권한을 위임받은 책임과 권한의 범위에 대한 구체적인 설명이 부족하다. 특히 추가공사에 대한 공사비 지급결정권이 없다. 계약조건상에 공사감독자의 정의와 업무범위의 내용은 다음과 같다.

국내 「공사계약일반조건」 제2조 3호에서는 ‘공사감독관’이라 함은 ‘계약된 공사의 수행과 품질의 확보 및 향상을 위하여 정부가 임명한 기술직원 또는 그의 대리인을 말한다’라고 명시되어 있다.¹⁶⁸⁾ 또한 공사계약일반조건 제16조에서는 공사감독관의 임무와 감리원의 업무범위에 정한 내용을 설명함에 있어, ‘공사감독관은 계약담당공무원의 승인 없이 계약상대자의 의무와 책임을 면제시키거나 증감시킬 수 없다’라고 명시하고 있고,¹⁶⁹⁾ 건설기술관리법 시행령 제52조 ①항에서는 감리원의 업무범위 및 배치기준 등 감리원의 임무에 대해 설명하고 있다.

그러나 FIDIC 계약조건은 계약당사자의 오해를 피하고 신뢰를 형성하기 위하여 감리자(Engineer)의 일반적인 역할에 대한 내용을 상세히 기술하고 있다. 계약조건에 규정된 감리자의 임무는 통상적으로 계약의 관리, 공사의 성질 및 범위의 변경에 관련된 지시와 그에 따른 비용과 준공기한 등이다. 감리자가 추가지급을 결정할 수 있는 권한을 규정하고 있다. 감리자와의 계약체결 시에 계약의 범위가 명확히 주어지기 때문에 책임문제 발생 시 규명이 수월하다.

168) ‘공사계약일반조건’ 제2조(정의) 3. “공사감독관”이라 함은 제16조에 규정된 임무를 수행하기 위하여 정부가 임명한 기술직원 또는 그의 대리인을 말한다. 다만, 「건설기술관리법」 제27조의 규정에 의하여 책임감리를 하는 공사에 있어서는 당해공사의 감리를 수행하는 감리원을 말한다.

169) ‘공사계약일반조건’ 제16조(공사감독관) ①공사감독관은 계약된 공사의 수행과 품질의 확보 및 향상을 위하여 「건설기술관리법」 제27조제4항 및 동법 시행령 제52조의 규정에 의한 감리원의 업무범위에서 정한 내용 및 이 조건에서 규정한 업무를 행한다. ②공사감독관은 계약담당공무원의 승인 없이 계약상대자의 의무와 책임을 면제시키거나 증감시킬 수 없다. ③계약상대자는 공사감독관의 지시 또는 결정이 이 조건에서 정한 사항에 위반되거나 계약의 이행에 적합하지 아니하다고 인정될 경우에는 즉시 계약담당공무원에게 이의 시정을 요구하여야 한다. ④계약담당공무원은 제3항의 규정에 의한 시정요구를 받은 날부터 7일 이내에 필요한 조치를 하여야 한다. ⑤계약상대자는 그가 발주기관에 제출하는 모든 문서에 대하여 그 사본을 공사감독관에게 제출하여야 한다.

감리자의 임무와 권한에 관한 계약조건으로 FIDIC 일반계약조건 2.1(Engineer's Duties and Authorities : 감리자의 임무와 권한)에서는 '㉠감리자는 계약에 규정된 임무를 수행해야 한다. ㉡감리자는 계약에 명시된 또는 계약이 시사하는 권한을 행사할 수 있다. 그러나 발주자에 의한 감리자의 임명조항에 따라서 이러한 권한을 행사하기 전에 발주자의 특정한 승인을 받아야 하는 경우에는 본 계약조건 제2부(Old Book)에서 이러한 요건의 상세를 규정해야 한다. 감리자가 행사하는 이러한 권한에 대한 필수적인 승인은 발주자가 한 것으로 간주해야 한다. ㉢계약서에 명시해서 규정한 경우를 제외하고 감리자는 시공자에게 계약에 의한 의무의 어느 부분도 면제해 줄 권한이 없다.'라고 명시되어 있고, 특별계약조건 2.1(Engineer's Duties : 감리자의 임무)에서는 '감리자는 다음의 일반계약조건에 따라 자신의 임무를 수행하기 전에 발주자의 특정한 승인을 받아야 한다.'라고 규정되어 있다. 또한 일반계약조건 2.6(Engineer to Act Impartially : 감리자의 부당한 행위)에서 감리자는 '㉠자신의 결정·견해 또는 동의의 제시, ㉡자신의 만족이나 승인, ㉢가액의 결정, ㉣그 밖의 발주자나 시공자의 권리나 의무에 영향을 주는 조치' 등과 같은 권한을 행사할 경우가 있다고 설명한다.

감리자의 주요 임무는 공사를 수행하는데 있어 발주자의 요구사항을 보장하는 것이다. 계약상 책임과 위험의 공평한 분배원칙에 의거 감리자의 재량권으로 발주자와 시공자 사이에서 공정한 업무를 수행해야 하지만, 현실적으로는 주로 감독과 통제를 받는 발주자의 의견을 수종하기 쉽다.

따라서 이와 관련된 책임과 권한이 계약조건에 구체적으로 명시되어 있지 않으면 발주자와 시공자의 이해가 충돌되는 클레임이나 분쟁 등과 같은 문제가 발생하게 된다. 이때 감리자의 역할에 대한 정당성과 그 결정이 계약쌍방을 구속하는 정도에 대해 논란이 예상된다. 그러므로 감리자의 임무에 대해 확실히 명시해야 하고, 감리자의 책임과 권한을 계약조건에 구체적으로 기술한다. 특히 감리자에게 맡겨진 공사금액 결정에 관한 사안에 대해서는 명확한 기술이 필요하다.

② 발주자 및 시공자의 책임과 권한 불분명

국내 공사계약일반조건은 발주자 및 시공자가 책임져야 하거나 정당한 권리

를 주장할 수 있는 경우를 기술한 조항의 범위가 부족하다. 반면, FICDIC 계약조건은 계약당사자간의 책임과 위험의 공평한 배분 및 정당한 권리의 보호 원칙에 입각하고 있다. 발주자나 시공자가 책임져야 할 사항의 규명 및 정당한 권리의 주장이 가능하고, 계약당사자간에 오해를 피할 수 있는 적정수준으로 상세히 기술하고 있다. 예를 들면 일반계약조건 20.1(Care of Work : 공사의 유지관리) · 20.2(Responsibility to Rectify Loss or Damage : 손실 또는 손상을 보상할 책임) · 20.4항(Employer's Risk : 발주자의 리스크) · 34.1(Engagement of Staff and labour : 직원과 근로자 채용) · 37.3(Dates for Inspection and Testing : 검사 및 시험일자) 등이 있다.

계약 쌍방의 책임과 권한이 너무 포괄적으로 규정되어 있다든지 또는 그 적용범위가 작고 내용이 허술한 경우, 클레임 및 분쟁의 핵심이라 할 수 있는 책임소재의 규명과 권리주장의 정당성 파악에 어려움이 따르므로 분쟁처리에 어려움이 예상된다. 따라서 발주자와 시공자의 책임과 권한사항에는 외형상으로 뿐만 아니라 그 내용 및 정도면에서도 부당한 차별이 있어서는 안 된다. 그리고 상호 대등한 입장에서 상호 합의해야 한다는 계약의 원칙에 입각하여 계약당사자 중 어느 일방의 정당한 권리를 침해하는 일이 없이 계약쌍방의 책임과 권한을 적절한 수준에서 명확히 하고 상세하게 기술한다. 이는 책임규명과 권리주장의 정당성 판정에 도움을 주므로 공사과정에서 예상되는 클레임 및 분쟁을 신속히 처리할 수 있다.

4.2.2 감리업무의 개선

공사현장에서 분쟁이 없이 공사를 순조롭게 진행시키려면 현장 공사관계자간에 호홉이 잘 맞아야 한다. 흔히 하는 얘기로 감리자는 시공사를 잘 만나야 하고, 시공사는 감리자를 잘 만나야 한다. 감리원이 감리업무수행 과정에서 발주처를 지나치게 의식하지 않고 소신을 갖고 설계도면과 시방서의 기준에 의거하되 현장실정에 맞는 기술적인 판단으로 감리업무를 수행하면, 대체로 시공자와 감리자간의 이해관계의 상충으로 나타나는 대립과 갈등없이 원만하게 공사를 수행하게 될 것이다.

감리원이 시공 중에 발생하는 클레임이나 분쟁을 최대한 예방하는 감리업무를 수행하려면 발주처로부터의 실질적인 권한도 부여받아야 하고 현행 감리업무의 행정절차도 상당부분 개선되어야 할 것이다.

1) 공사현장 감독업무 개선

① 과도한 행정업무의 축소 조정

감리원이 공사현장에서 감리업무를 수행하는 과정에서 국토해양부 고시 ‘시공참여자업무지침서’에 의거하여 발주청 또는 외부감독기관에게 보고해야 하는 서류가 지나치게 많은 것 같다. 감리행정 서류 항목을 보면 착공관련 서류부터 공사수행 관련 보고서·설계변경 관련보고서·기성검사보고서·외부 감사기관의 발주처에 대한 각종 감사와 점검(정기적인 행정감사·품질감사·안전점검 등)에 대한 수검자료 준비 등 감리원이 처리해야 할 행정처리 업무가 과도하다는 생각이 든다. 과도한 행정처리 업무로 인하여 현장의 시공감리 및 기술지도 등 감리원 본연의 업무가 소홀히 되기 쉽다.

현장에서 감리원의 이런 행정서류 준비는 업무구조상 시공사의 도움과 협조를 받지 않을 수 없다. 현장 내 공사관리 서류뿐만 아니라 발주청이나 유관기관이 요구하는 행정서류가 과도하여 시공사의 공무원들은 거의 매일 야근을 해도 감리원이나 공사감독자의 요구를 다 충족시킬 수 없는 실정이다.

그러므로 감리의 중복되는 행정업무를 대폭 축소하여 공사현장의 행정처리 서류를 단순화해야 하고, 시공사의 지원을 받지 않더라도 충분히 수행할 만한 과업이 부여되어야 할 것이다. 따라서 현행 시공감리현장참여자업무의 방대한 규정과 의무조항을 재검토하여 중복되거나 형식적인 부분은 축소 조정되어야 할 것으로 본다.

② 행정서류 절차의 단순화

감리업무를 수행함에 있어서 건설현장의 행정서류 절차를 단순화시켜야 한다. 서류로 보고받을 불가피한 사항들을 제외하고는 발주처 감독자나 책임자는 공사현장을 자주 순찰하여 육안으로 확인함으로써 보고서류를 통합하거나 축소 단순화해야 할 것으로 본다.

이를 위해 감사기관도 품질이나 안전에 대해 서류 확인만 할 것이 아니라,

현장위주의 직접 확인 감사하는 비중을 높여 감사준비 서류도 축소해야 할 것이다. 예를 들면, 현장실정보고 서류의 경우 감리원과 발주청 감독자가 중복으로 검토하고 수정 반복하는 과정을 책임감리에게 권한을 부여하여 기술적인 검토는 공사현장에서 종결하여 발주청의 검토과정과 수정 보완하는 과정을 반복하지 말고 최종 승인단계를 줄여야 할 것이다.

건설현장에서 이런 과도한 행정절차와 업무들이 현장 공사관계자인 감리자와 시공사 간의 비효율적인 행정절차 및 업무과다로 인하여, 공정은 지연되고 간접비용이 증가하게 되므로 형식적인 서류절차의 거품을 제거해야 한다. 그리하여 과도한 행정서류절차로 인하여 공사현장의 기술개발이나 품질개선, 공정관리에 전념해야 할 현장기술자가 행정업무에만 매진하지 않도록 해야 할 것이다.

2) 공정부진과 공기연장의 원인과 책임 규명

① 만성적인 공정부진

시공사는 자신이 작성한 최초 계획공정(예정공정표)을 쫓아가지 못하고 항상 계획 대비 공정이 부진하는 경우가 많다. 이는 주변 환경과 여건으로 인하여 공사기간이 지연되는 경우도 있지만 시공사의 공사관리 소홀 또는 감리원의 공사관리 부재로 인하여 공기가 지연되는 경우도 허다하다. 예정공정계획 대비 공정 부진의 원인을 규명하기 전에 부진공정의 책임을 시공사가 지는 경우가 많은데, 공정부진의 원인을 분석해 보면 민원문제나 공사에 투입하는 자원문제가 없는 한, 시공사나 감리원 등 공사관계자 모두에게 책임이 있다고 본다.

② 공정부진으로 인한 수지악화

공정부진은 기성부진이 되고 기성부진은 공사현장의 수지부진으로 이어지고 누적된 수지부진이 만회되지 못할 경우에는 당해현장은 적자공사를 면치 못하게 된다. 현장의 감리원이나 시공사 현장소장은 공정이 부진하지 않도록 사전에 공정관리를 철저히 해야 한다. 무엇보다도 현장공사관계자 간에 긴밀한 협조체제가 잘 유지되어야 한다.

③ 공정부진에 대한 책임소재 규명

그러나 민원이나 불가항력적인 사유로 인한 공정부진에 대해서는 합법적으로 공사기간이 연장되고 공기연장에 대한 간접비용도 설계변경으로 추가로 반영을 받을 수 있지만, 공사관리 부재·감독소홀이나 태만으로 인하여 공사기간이 지연되었을 경우에는 계약상대자에게 공기지연에 대한 지체상금이 부과되기 때문에 분쟁의 원인이 된다. 그러므로 건설현장의 공정관리는 대단히 중요한 사안이므로 공정부진의 원인에 대해서는 시공자나 감리원의 책임 또는 클레임사항으로 구체적으로 ‘공정지연의 사례 및 원인과 책임에 대한 규정’을 정할 필요가 있다. 그러면 공정부진하지 않도록 공사관계자 쌍방이 노력하게 될 것이다.

예컨대 공정부진의 원인이 시공자 귀책사유에 해당하는 사항은 계약내용에 포함된 민원문제·계약당사자의 자원(노무·자금·자재·장비 등)조달문제·하도급자의 자원(노무·자금·자재·장비 등)조달문제 등 시공능력을 들 수 있다. 감리원의 귀책사유에 해당하는 사항으로는 설계와 상이한 현장여건에 대한 결정지연·공사 수행지침이나 방침결정 지연·각종 품질시험 및 검사 지연·지나친 검사조건·시공과정의 검측 거부 및 지연·과도한 수정 요구 등을 들 수 있다.

3) 기성처리제도의 개선사항

(1) 정식기성처리제도를 약식기성처리제도로 개선

우리나라에서 건설공사의 기성고 산정 및 지급방법은 정식기성처리 방법을 채택하는 발주청이 많아 과도한 기성서류와 절차가 복잡하다. 현행 정식기성산출 과정을 국가계약법이 허용하는 약식기성제도를 활용하는 것을 제도적으로 정착시킬 필요가 있다.

정식기성처리 과정에서 현재 투입인력과 소요일수는 도면 및 수량산출근거를 만드는 공사담당 직원은 별도로 하고, 관계서류를 취합하여 산출내역서까지 출력하는데 공무 2명이 전담하여 최소 2-3주일은 소요되는 반면, 약식기성처리방법으로 바꾸면 업무 간편은 물론 소모적인 인력과 비용이 1/3로 줄어들게 된다.

감리수행지침에 따르면 약식기성서류는 정식기성서류 중 기성부분 내역서와 감리조서만 한정하고 있다. 하지만 감리원은 기성부분을 파악하고 근거자료를 확보한다는 이유로 약식기성서류가 아닌 기성수량산출서와 기성도면 및 관련 서류를 요구하는 경우가 많은데 이 방법은 감리원이나 시공사 모두가 형식적이며 과잉업무를 수행하고 있는 것이다. 중간기성서류는 준공도서를 만드는 것이 아니므로 정식기성처리 방법을 지양하고 약식기성서류에 의한 기성대가 지급방법을 권고한다.

(2) 현장 책임감리의 기성검사

기성검사를 위임받은 비상주 감리가 기성검사를 하는 것도 문제가 있다. 실제 공사현장의 공정율과 품질을 객관적으로 검사하기 위해서라고 하지만, 책임감리로 공사현장을 감독하는 감리회사는 현장 감리원이 품질에 대해 책임을 지도록 되어 있고 공사현장의 공정율도 제일 많이 알고 있으므로 굳이 외부 비상주감리가 기성검사를 할 필요가 없고 현장감리원이 확인하면 기성처리 절차가 단축이 될 것으로 본다.

(3) 기성처리 업무 간소화 개선

약식기성의 활용도를 높여 감리원이 요구하는 불필요한 산출내역서의 제출을 억제하여야 한다. 이를 통하여 시공자의 인력과 시간 낭비를 상당히 줄일 수 있을 것이다. 기성처리절차의 현행제도의 문제점에 대한 개선 사항은 다음과 같다.

- ① 수량산출내역서를 기성내역서로 대체
- ② 기성산정 기준 방법의 개발 및 운영
- ③ 국내 약식기성제도의 활용
- ④ 기성공정표를 기준으로 한 기성고 산정
- ⑤ 감독과 검사직무의 겸임 불가조항 폐지
- ⑥ 감리검토용 산출내역서 제출 지양
- ⑦ 지자체 기성처리 회계업무 전산화
- ⑧ 현장상주 기술자(책임감리원)의 기성검사 시행

4) 현장 설계변경 판단 결정

공사수행 과정에서 설계도면과 현장상황과는 서로 맞지 않는 경우가 흔히 발생한다. 설계도면이 현장실정과 상이할 때 무조건적으로 설계도면대로만 시공하라고 하는 것은 감리업무를 제대로 수행하는 것이 아닐 것이다. 현장실정에 맞지 않은 설계인 경우에는 현장 시공검측 감리원이 검측과정에서 시공자와 기술적인 협의를 거쳐 치수변경·수량변경 등 기술적인 판단으로 현장에서 현장실정에 맞추어 시공자로 하여금 공사를 수행할 수 있도록 현장판단을 속히 내릴 수 있도록 하여야 할 것이다.

기술적인 협의과정은 물량증감이나 규격이 바뀔 때나 현장실정에 부합되도록 간편시공도면(Sketch Drawings) 작성 및 기존 설계도면상에 변경표시 등으로 제출하면 감리원의 확인을 거쳐 기성정산 반영할 수가 있도록 한다. 그 절차는 다음과 같이 한다.

- ① 설계도면과 현장상황이 상이한 내용에 대해 감리원과 협의
- ② 감리원의 기술적 판단 결정
- ③ 간편시공도면(Sketch Drawings) 작성 및 기존 설계도면상에 변경표시
- ④ 변경 내용을 감리원으로부터 확인 또는 승인
- ⑤ 변경시공
- ⑥ 변경된 대로 설계변경(As-Built Drawing)¹⁷⁰⁾
- ⑦ 준공도면 및 내역서 변경

5) 하자보수에 책임소재 판단

도급계약에 의하여 수급인이 도급인에 대하여 일정한 일을 완성할 것을 약정하였기 때문에 일의 완성에 합의된 성상을 갖추지 않으면 하자가 존재한다. 이 합의는 당연히 명시적 또는 묵시적인 것을 포함한다.¹⁷¹⁾ 공공공사의 경우

170) 해외 공사의 경우 당초 설계와 현장상황이 상이할 때 현장 공사감독자(Site Engineer)는 시공사의 공사담당 기사가 변경간편시공도면(Revised Sketch Drawing)을 작성해오면, 공사감독자(Site Engineer)나 그 지역 주감독(Field Engineer)이 그 변경 Sketch Drawing에 사인함으로써 즉각 시공이 가능하고 현장 시공한 대로(As Built Drawing) 준공도면을 작성한다.

171) 최명구, '건축도급계약에서 물건의 '하자'의 개념', 중앙법학 제8집 제3호, 2006, p. 268.

에도 그대로 적용된다. 그런데 하자보수담보책임이 전적으로 수급인(공공공사의 경우 계약상대자)인 시공사에게 부담되어야 하는가가 문제이다. 하자보수와 관련하여 시공과정에서 발생한 하자에 대해서는 당연히 시공사가 그 책임으로 하자보수를 완료하여야 하나, 천재지변이나 설계상 하자이거나 시공과정에서 감리원의 지시에 따른 시공일 경우에는 시공사가 책임을 지기에는 억울한 면이 발생할 수가 있다.

그러므로 준공 후 하자발생시 일방적으로 시공사에게 책임을 물을 것이 아니라, 발주자·시공자·감리자가 만나 원인규명에 대한 기술적인 판단을 도출해 내야하고, 공사관계자의 의견이 합치되지 않을 경우에는 외부전문가로 구성된 시공조정위원회 등의 조정을 통해 해결하도록 한다.

하자보수기간도 공사과정에서 부분적으로 준공된 시설물은 부분준공시점에서부터 하자기간을 정해야 한다. 준공검사를 마친 시설물 하자에 대한 시비가 많으므로 하자에 대한 책임문제를 명확하게 하는 기술적·제도적 대안이 필요하다. 예를 들어 공동주택 하자와 관련하여 2009년도에 발족한 ‘하자분쟁조정위원회’가 제대로 역할을 할 수 있도록 이 조정위원회의 결정에 강제성을 부여하는 방안이 마련되었듯이, 공공공사의 경우에도 이와 유사한 대안을 검토해 볼 필요가 있다.

6) 클레임과 분쟁 가능성에 대한 사전 협약

분쟁의 우려가 예상되는 민감한 사안에 대해 문제점을 사전에 조사하여 시공자와 감리자가 협의하여 사후 문제가 없도록 사전에 구체적으로 명시하도록 한다. 특히 부진공정과 관련하여 대체로 시공자의 책임으로 귀속되는 경우가 많은데, 공정관리상 CP(Critical Pass)공정으로 공사 전 과정에서 중요한 공정(工程)은 공사관계자 간에 대립이 없도록 사전에 협의과정을 거쳐 공정지연을 예방하는 규정을 둘 필요가 있다.

7) 감리원의 책임있는 권한 부여

현장실정보고를 통한 설계변경 사안들은 공사비 증액과 관련한 계약금액을 조정하는 사안이므로 감리원은 발주청에 대해 지나치게 움츠러드는 경우가 많

다. 시공사의 클레임이나 설계변경 사안들이 타당성이 있다고 판단됨에도 불구하고 감리원의 소신부족과 추가예산 반영 문제로 발주청으로부터 승인을 받지 못하면 이미 발생한 추가공사비에 대한 손실은 시공사가 안게 되든지 아니면 손실보전을 위하여 클레임 제기 또는 분쟁의 원인이 된다.

현행 책임감리제도는 공사 초기부터 준공 후 사용승인 시까지 공사 전반에 걸쳐 검토하고 시공에 대한 감독·확인·조치 등의 업무로 발주청에 대해 책임과 의무만 지워지고 시공사에 대해서는 권한만 있고 설계변경 등에 대한 판단결정권은 없는 실정이다.

현실적으로 공사현장의 분쟁예방을 위한 방법의 하나로 발주청으로부터 설계변경 등에 관한 권한 등 일정 재량권을 위임받아 감리업무를 수행하면 시공자와의 갈등문제도 많이 해소될 뿐만 아니라 분쟁도 사전에 예방될 것이다.

4.2.3 사전분쟁조정에 의한 클레임 해결방안

우리나라 공공공사 건설현장의 분쟁실태를 보면, 건설공사 수행 중에 발생한 분쟁의 요인들이 적극적으로 해결되지 못하고 공사 수행과정에서는 숨겨두거나 잠재적으로 내재하고 있는 경우가 많다. 숨겨져 있는 갈등문제와 클레임 사안을 표면화하여 적시(適時)에 해결하지 못하고 잠재적으로 내재한 상태로 공사를 수행한다는 것은 계약상대자가 공사완료 때까지 분쟁의 불씨를 가지고 긴장된 상태에서 공사를 수행하는 것뿐만 아니라, 심리적인 압박감에 눌린 상태에서 누적된 갈등문제들이 일시에 표출될 때에는 피차간에 해결할 수 없는 상황으로 치달아 분쟁으로 갈 수밖에 없는 처지에 놓인다. 따라서 건설현장에서 좀처럼 내어놓기를 꺼리는 갈등문제들을 시기를 놓치지 않고 적절한 방법으로 해결할 수 있는 방법을 모색할 필요가 있다.

건설현장에서 발생한 갈등과 클레임을 현장 내에서 당사자 간의 '협의'에 의해 해결하지 못하고 분쟁으로 발전할 때 중재 또는 법원의 판결을 구하는 소송 등에 의뢰하여 해결하는 방법이 있지만, 이 방법은 차선으로 하고 분쟁이 전단계에서 분쟁으로 확대되기 전에 외부 전문가의 도움으로 클레임을 심사하거나 협의·조정하는 다양한 사전분쟁조정 방안을 제안한다.

4.2.3.1 업무조정회의의 활성화

최근 개정된 「시공감리현장참여자업무지침서」 제57조(업무조정 회의)에서 공사현장에서 공사관계자 간의 의견대립 시 업무를 조정할 수 있도록 하는 방안으로 다음과 같이 명시되어 있다.

표 4.5 업무조정회의

시공감리현장참여자업무지침서 제57조(업무조정 회의)
① 발주청은 공사시행과 관련하여 공사관계자 간에 발생하는 이견을 효율적으로 조정하기 위하여 업무조정회의를 운영하여야 한다.
② 업무조정회의는 발주청, 감리전문회사 및 감리원, 시공사(하도급업체를 포함) 관계자가 참여하며 필요시 설계자문위원회위원, 변호사, 변리사, 교수 등 민간전문가 등의 자문을 받을 수 있다.
③ 업무조정회의의 심의대상은
1. 공사관계자 일방의 귀책사유로 인한 공정지연 또는 공사비 증가 등의 피해가 발생한 경우,
2. 공사관계자 일방의 부당한 조치로 인하여 피해가 발생한 경우,
3. 기타 공사시행과 관련하여 공사관계자간에 발생한 이견의 해결
④ 업무조정회의에 안건을 상정하고자 하는 자는 업무조정에 필요한 서류를 작성하여 발주청에 제출하여야 하며, 발주청은 안건상정 요청을 받은 날로부터 20일 이내에 회의를 개최하여 조정하여야 한다.
⑤ 발주청, 감리전문회사, 시공사는 회의결과에 승복하지 않을 경우 법원에 소송을 제기할 수 있다

상기의 ‘업무조정회의’는 건설현장에서 발생하는 분쟁을 사전에 협의하여 조정할 수 있도록 한 것으로 공사계약일반조건 제51조(분쟁의 해결) ①항의 ‘협의’단계를 좀 더 구체화한 내용으로 볼 수 있다. 그러나 새로 도입된 이런 제도가 발주자와 시공사 간의 계약문서가 아닌 ‘시공감리현장참여자업무지침서’상에 명시만 되었다는 것은 감리업무 수행하는 과정에서 감리원이 감리업무수행의 일환으로 공사관계자의 안전을 제기하는 것으로 보이는 면이 있다. 그렇지만 ‘업무조정회의’의 취지는 건설현장에서 협의과정에서 해결되지 못한 분쟁 이전단계의 갈등문제와 논란의 쟁점들을 협의·조정을 통한 해결이므로 시공

사는 이 제도를 적극 활용할 수 있도록 하여야 한다.

업무조정회의를 건설현장에서 활성화하기 위해서는 구성과 운영·절차면에서 형평성이 있고 합리적인 운영을 위한 제도적인 장치가 보완되어야 할 것이다. 조정대상의 내용과 그에 대한 해석 및 판단기준도 세부적으로 수립하여 논란의 여지가 없도록 세부규정을 수립한다. 아울러 발주청은 업무조정회의의 효과적인 운영을 위해서는 시공사측이 적극적으로 활용할 수 있도록 하는 홍보활동과 함께 실효를 거둘 수 있도록 긍정적으로 수용하는 자세가 필요할 것이다.

4.2.3.2 공사현장관계자협의회

1) 필요성

상기 업무조정회의가 건설현장에서 발생하는 갈등문제와 해결되지 못한 클레임사안을 사전에 협의하여 조정할 수 있도록 한 것은 건설현장의 클레임을 분쟁단계로 가지 않고 현장 내에서 해결하고자 하는 시도로 상당히 고무적인 방안이라고 볼 수 있다. 그러나 협의에 의한 해결방법이 현장에서 효율적인 협상제도로 정착하기 위해서는 합리적이고 구속력이 있는 도구와 장치가 필요하다고 본다.

현행 ‘협의’에 의한 방법은 당사자 간의 자율적인 협상으로 합의도출 과정에서 형평성에 문제가 있다. 대체로 발주자나 감리원의 주장하는 방향으로 결정이 나기 쉬우므로 시공자가 불이익을 당하는 경우가 적지 않다. 따라서 협의과정에서 계약당사자 모두에게 합리적이고 공정한 합의를 도출하기 위하여, 발주처의 주관으로 협의결과에 대해 구속력이 있는 실질적인 협상제도인 ‘공사현장관계자협의회’(이하 ‘현장관계자협의회’)의 도입을 제안한다.¹⁷²⁾

2) 협의대상

건설현장에서 흔히 발생하는 감리원과 시공사의 업무상 대립이나 갈등의 원인이 되

172) 본 장 4.2.3.5절에서 제3자에 의한 클레임 조정역할을 하는 ‘현장협의회’라는 명칭은 다른 연구 문헌에서 이미 인용되어 사용하므로 본 장에서는 현장내 계약당사자간의 협의체이므로 ‘현장관계자협의회’라고 칭하기로 한다.

는 사안들이 그 협의대상이 된다. 공정부진 문제, 민원문제, 계약당사자의 자원(노무·자금·자재·장비 등)조달문제, 설계와 상이한 현장여건의 해결사항, 공사수행지침이나 결정 지연 각종 품질시험 및 검사, 시공과정의 검측 결과 지연 및 과도한 수정 요구 등 공사수행과정에서 분쟁의 우려가 되는 모든 사안들이 포함될 것이다.

3) 운영방법

공사수행 중 감리원과 시공사 간에 문제가 발생할 때 1차적으로는 당사자 간에 협의와 대화로 해결되어야 하고, 1단계 협의가 원만히 해결되지 못하면 다음단계로 시공책임자(현장소장 또는 현장대리인)나 책임감리(감리단장) 사이에서 협의하여 문제를 해결하도록 한다. 현장 공사관계 책임자 간에 해결하기에는 문제 사안의 비중이 커서 공사현장에서 쉽게 해결이 되지 못할 경우에 공사관계 당사자(감리자·시공사 등) 일방이 공식적으로 ‘현장관계자협의회’ 개최를 요구하고, 발주처는 공사감독자가 협력조정자의 위치에서 주관하여 감독자가 아닌 중재자로서의 형평성있는 조정역할을 하는 방법이다. 운영규정은 본 장 ‘4.2.3.5 사전분쟁조정위원회’의 운영규정을 참고로 하여 발주처나 공사현장의 특성에 맞게 구체적인 규정이나 규칙을 제정하여 적용할 수 있다.

4) 구성

‘현장관계자협의회’의 구성 방법은 공사현장에 주재하고 있는 현장소장(현장대리인)·하도급현장소장·감리단장(책임감리원)·발주처 공사감독자(업무연락관 또는 계약담당공무원)으로 구성될 수 있다. 이들은 현장 공사관계자로서 누구보다 문제된 사안을 밝히 알고 있으므로 소통만 잘 되면 의외로 문제를 쉽게 해결할 수 있을 것이다.

‘현장관계자협의회’의 협의대상이 중대한 문제일 경우에는 문제해결을 위해 시공사의 본사임원·감리회사 임원(본부장)·하도급회사 임원이나 대표·발주처의 부서책임자로 확대하여 참여하는 방안도 생각해 볼 수 있다.

5) 운영규정 제정

현장관계자협의회를 운영하는 목적이 분명해야 한다. 시공 중 현장의 갈등문제와 클레임사안을 분쟁으로 진행하지 않고 합리적으로 협의·조정을 통하여 조기에 문제를 해결하도록 한다. 그리하여 좋은 품질의 시설물을 구축하기 위하여 양 당사자에게 손실이 없고 공사의 중단없이 계획공정대로 공사가 원활하게 추진될 수 있도록 하는 것을 목적으로 해야 할 것이다.

현장관계자협의회를 구성하더라도 지나친 자율성에 맡기면, 발주처·감리원·시공사(도급자·하도급자)간에 계약상 구조적인 문제로 인하여 자칫 발주처의 견해와 의도대로 진행되기 쉽다. 그러므로 운영방법과 규정을 수립할 때 형평성이 있는 합의를 도출하기 위해서는 특히 발주청이 중립을 유지하는 데 중점을 두어야 하고, 계약상대자인 시공사의 입장을 충분히 반영하도록 할 것이며 어느 정도의 구속력이 있도록 하면 좋겠다. 물론 시공사의 억울한 면을 반영 하겠지만 시공사는 협의회를 너무 남용하여 품질과 공사감독의 영역에 침해하거나 방해하는 역할의 도구로 사용되지 않도록 해야 한다.

4.2.3.3 시공조정위원회

1) 필요성

건설현장에서 공사관계 당사자의 이해관계와 구조적인 문제로 상반된 입장에서 양 당사자의 기대치는 일치하지 않고 항상 간격이 있고 대립과 갈등으로 분쟁이 발생하기가 쉽다. 건설현장의 클레임은 현장 공사관계자 간 협의에 의하여 원만하게 합의가 되지 못하는 경우 대체로 시공사가 안고가야 할 억울한 사안들이 많다. 또한 시공사는 발주처와의 이해관계가 충돌할 때 곧장 클레임 제기 등과 같은 능동적이고 적극적인 대처방법을 강구하기가 쉽지 않다. 따라서 공사현장 관계자간에 협의에 의해 해결할 수 없는 중요한 쟁점사안에 대해서, 곧장 분쟁단계로 가서 중재나 소송으로 해결하려고 하기 전에 현장 내에서 조기에 해결할 수 있는 제도적인 방안을 강구해 볼 필요가 있다.

시공자가 클레임으로도 해결이 되지 못할 경우에 손실을 감수하고 공사를 계속 수행하기는 억울하므로 합리적이고 공정하게 분쟁을 해결할 수 있는 대안으로서, 분쟁이전단계에서 공사현장권 내 외부 분쟁해결 전문가의 조정을 통하여 형평성

이 있고 공정한 판단을 내릴 수 있는 현장조정기구의 장치가 되어야 한다. 이때 건설현장의 공사추진이 분쟁으로 인하여 공정에 지장을 받아서는 아니 되므로 분쟁사안을 신속히 처리할 수 있도록 하는 현장 조정시스템도 동시에 가동되어야 한다. 즉 건설현장에서 발주자와 시공자의 합의에 의해 제3자로 구성된 사전분쟁 해결기구인 ‘시공조정위원회’를 만들어서 분쟁으로 진행되기 전 단계의 갈등문제나 클레임을 해결하는 제도적인 장치를 마련할 것을 제안한다.

2) 시공조정위원회의 특성

시공조정위원회는 현장 갈등이나 클레임 사안이 당사자 협의조정기구인 ‘공사현장관계자협의회’를 통해 해결하지 못한 문제들에 대해, 외부 관련 전문가¹⁷³⁾들이 공사 관계자(현장소장, 감리단장) 및 이해당사자들의 입장을 청취하고 현장상황을 직접 조사 파악함으로써 문제를 해결하는 방안이다. 현장조정기간 중에 공사현장의 공정추진은 지장을 받아서는 아니 되므로 해당 클레임을 신속히 처리할 수 있도록 하는 현장 조정시스템으로 가동하고, 위원들이 합동 회의를 통하여 현장 내에서 쟁점사안을 협의·조정¹⁷⁴⁾하여 조속히 해결안을 제시한다. 공사관계 책임자와 함께 외부 전문가가 현장에서 직접 쟁점사안을 분석·조사하면 현행 법적 조정제도나 중재 또는 소송보다 훨씬 공정하고 신속하며 정확한 판단을 내릴 수 있을 것이다.

3) 조정대상

시공 중 공사관계 당사자인 감리원과 시공사 간에 해결하지 못한 갈등문제와 발주청에 대한 시공사클레임 사안들이 될 것이다. 즉, 발주청도 분쟁당사자로 포함된 경우이므로 시공사에 의한 클레임제기를 발주청이 수용하기 어려운 사안들이나 현장 최종 협상과정에서 합의도출을 하지 못한 사안들로서 민원문제, 설계와 상이한 현장 조건, 공사 수행지침이나 방침결정 지연, 계약내용의 해석문

173) 발주청 관할 지역대학의 전문분야 교수, 발주처 기술직공무원, 감리전문회사, 시공사, 해당분야 설계·용역사 책임기술자 등이 될 수 있다.

174) ‘협의·조정’은 전문성을 갖춘 제3자에 의해 조정을 하되, 주된 협의 주체는 당사자가 되는 협의체이다. 즉 조정보다는 협의에 무게를 두는 방안이다.

제, 설계변경 사항 등이 조정대상이 될 것이다. 클레임 사안들은 주로 설계변경과 계약금액조정과 관련된 사안들이 대부분이지만, 사안별로는 최종 협상단계에서 결렬된 사안들도 ‘시공조정위원회’에서 형평성에 맞게 공정한 판단을 내릴 수 있을 것이다.

4) 운영방법

‘시공조정위원회’의 운영은 위원 전원이 현장 또는 제3의 지정장소에서 합동회의를 2-3회 개최하여 공사현장 이해관계자의 입장과 견해를 듣고, 현장을 충분히 조사하고 분쟁 당사자를 제외한 위원들이 별도로 모여 공정하고 형평성 있는 판단을 내려 협의·조정안을 제시한다.

‘시공조정위원회’의 위원장은 발주청, 감리자 그리고 시공자가 아닌 외부 전문가¹⁷⁵⁾로 하며, 시공조정위원회가 발주처 자문역으로서 조정결과를 권고할 때 법적인 강제성과 구속력은 없지만 조정결과에 대해 계약당사자들은 적극적으로 수용할 수 있도록 운영규정을 정한다.

5) 구성

‘시공조정위원회’는 발주청의 공무원을 포함한 공사관계 책임자와 외부전문가인 대학교수 및 변호사 등으로 구성된 협의체이다. 위원 구성은 공사현장 관계 책임자인 발주청의 공사감독관·시공사의 현장대리인·감리회사의 책임감리원·대학교수 2명(또는 전문기술자 2명)·변호사 1명 및 발주청의 주관부서 소속이 아닌 기술직공무원(5급 이상) 1명으로 하고, 위원회의 위원장은 계약당사자가 아닌 외부 전문가로 하며 간사는 발주청의 공무원이 된다. 발주처와 공사현장의 특성에 따라 구성인원을 조정할 수 있도록 하되 분쟁당사자를 포함한 내부 위원 4명 외부 3명으로 구성된다.

위원회는 비상주기구로서 해당공사에 한하여 한시적으로 운영되는 임시기구가 될 것이다. 필요할 때마다 소집하여 문제된 사안들을 집중 분석하고 자문과 함께 조정역할을 하게 되므로 운영비용의 부담도 그리 많지 않을 것이다.

위원의 선정은 발주처와 감리자, 시공사가 합의하여 선정하되, 공사현장과 인근

175) 전문분야에 대해 자문역을 담당할 수 있는 공사현장 또는 발주청 관할 지역 소재 대학 전문분야 교수가 유력할 것이다.

위치에 있는 건설공사 관련 전문가들을 중심으로 구성하되 건설현장의 사정을 잘 아는 자는 더욱 바람직하다. 클레임 사안들은 주로 설계변경과 계약금액조정과 관련된 사안들이 대부분이므로 공사실무경험과 기술적인 지식이 있는 전문가가 참여해야 할 것이다.

6) 운영규정 제정

위원회는 목적을 분명히 하고 절차와 규정을 제정해야 한다. 공사관계자 간에 협의나 클레임으로 해결되지 못한 사안이므로 문제의 본질을 재조사하고 분석하여 형평성 있고 공정하게 조정안을 제시해야 한다. 즉, 계약상대자의 클레임제기를 재검토하여 부당한 처리가 있는지 여부를 조사하고, 당사자 간의 갈등과 상반된 입장을 공정하게 조정해 줘야 한다. 아울러 빠른 결정을 내려서 계약당사자들의 공사를 계획공정대로 차질없이 공사를 수행하도록 조정해야 할 것이다.

위원회를 구성하더라도 자칫 발주처의 견해와 의도대로 진행되어서는 안 될 것이다. 아울러 시공사는 억울한 면을 반영하려고 위원들을 상대로 로비활동을 하여 공정한 판단을 흐리게 하는 경우를 대비한 제동장치도 마련해야 할 것이다.

운영규정에 대해 본 장 '4.2.3.5 사전분쟁조정위원회(현장협의 방식)'의 운영규정을 참고로 하여 발주처나 공사현장의 특성에 맞게 구체적인 규정이나 규칙을 제정하여 운영지침과 규칙에 따라 운영하고 어느 정도의 구속력이 있도록 하면 좋겠다.

4.2.3.4 건설공사분쟁심의회

해당 건설공사의 '업무조정회의' 및 '공사현장관계자협의회'나 '시공조정위원회'가 공사관계자들이 참여한 건설공사현장의 직·간접적인 협의·조정방법이라면, '건설공사분쟁심의회'는 계약당사자나 공사관계자가 참여하지 않는 제3자에 의해 구성된 발주기관의 분쟁심의 자문기구로서, 협의·조정 결렬 후 분쟁단계로 가기 전 법적 보호장치를 마련하는 공사현장 내 마지막 분쟁해결 조정기구의 기능을 하게 될 것이다.

1) 필요성

발주청은 계약당사자 간에 시공 중 발생한 중대한 클레임사안들의 기술적인 분야뿐만 아니라 계약이행과 관련한 문제에 이르기까지 객관적이고 공정한 입장에서 조정해 줄 수 있는 자문기구를 둘 필요가 있다.

「건설기술관리법」 상에 준공현장 또는 공정 90%이상 수행된 건설현장에 대해 발주청이 지명하는 7인의 전문가로 구성된 시공평가위원회로 하여금 시공평가를 실시¹⁷⁶⁾하도록 되어 있는데, 이와 유사하게 준공현장에 대한 시공평가를 실시하듯이 해당공사 착공 시에도 자문기구인 '건설공사분쟁심의회(이하 '심의회'라 한다)'를 두어서 공사현장의 계약사항 및 기술적 자문역할과 함께 계약당사자 간에 클레임을 심의·조정함으로써 금전적인 손실뿐만 아니라 공사기간의 손실 없이 성공적으로 수행할 수 있도록 하는 방안이다.

2) 조직구성

심의회는 비상설기구로 하되 발주기관이나 공사명에 따라 그 명칭이 다르겠지만 가칭 '○○지역(또는 대형공사의 경우 공사명)건설공사분쟁심의회'라 하고, 그 구성원은 발주청이 해당지역기관에 소속을 둔 법조인이나 대학 및 건설관련 연구기관의 전문가로 구성한다. 예를 들면 법조인(지역변호사) 1명, 지역대학 전문분야 교수 2명, 건설관련 연구기관(또는 설계 및 용역사)의 책임연구원 1명, 공사현장총괄책임자 경력이 있고 기술사자격(또는 특급기술자, 수석감리원)이 있는 분쟁해결 전문가 2명과 발주청의 공사 주관부서가 아닌 5급이상 기술직 공무원을 간사로 하여 7-8명으로 심의회를 구성한다.

3) 운영방안

심의회는 계약당사자간의 권익을 존중하여 갈등과 클레임을 조정함으로써 화해를 도모하고, 분쟁으로 인한 공사 저해요인을 제거하고 부실공사를 사전에 예방하는 자문기구가 되어야 할 것이므로, 편중된 의견으로 특정 당사자의

176) '건설기술관리법' 제36조(용역 및 시공평가 등), 동법 시행령 제57조(용역 및 시공평가 등), 동법 시행규칙 제45조(용역 및 시공평가 등) 영 제57조의 규정에 의한 용역 및 시공평가는 발주청이 지명하는 7인 이상의 관계공무원 및 전문가가 실시한다고 되어 있고, 준공현장 또는 공정 90%이상 수행된 건설현장에 대해 시공평가를 실시하도록 되어 있다.

입장을 대변하는 기구가 되어서는 안 될 것이다.

심의회 운영 취지는 공사수행 과정에서 계약당사자간에 의견 대립으로 발생한 분쟁이 당사자 간에 해결되지 못할 경우, 중재나 소송에 의해 해결하려는 것을 지양하고 건설공사분쟁심의회를 통해 심의·조정·화해하고 그 결과 보고서를 작성하는 일들을 주 업무로 한다. 심의 대상은 다음과 같다.

① 발주자 혹은 감리원이 지시한 공사중지·공사가속·공사추가 지시, 공전 시설사용 등이나 현장인도 지연, 현장실정 변경에 따른 각종 방침결정 지연, 도면·시험검사의 지연, 불합리한 승인 거부 등의 문제

② 설계도면과 시방서의 오류·누락 및 상호모순, 해석의 모호 등 불완전한 점이 있는 경우의 설계변경 반영여부

③ 계약문서와 실제상황이 일치하지 않거나 변동이 있는 경우 실정보고에 대한 방침결정 문제

④ 발주자와 시공자의 불가항력에 대한 서로 다른 해석 문제

⑤ 불가변동에 따른 물가상승비 적용 방법의 논란

⑥ 시공자의 공기지연 문제에 대한 책임소재

⑦ 하자 발생 시 설계와 시공의 책임소재

⑧ 설계·승인·감독의 하자

⑨ 계약내용 해석의 논란

상기의 내용들을 심의·조정하고 보고서를 작성하여 발주자에게 조치토록 권고하여 설계변경 등 반영여부를 결정하고, 계약당사자가 이의가 있을 경우는 해당 사안에 대해 「공사계약일반조건」 제51조②항과 같이 분쟁이 발생한 것으로 보고 관계법에 따라 처리한다.

4) 문제제기 방법 및 운영

심의회는 위원들은 공사 현장을 정기적으로 방문하여 현장의 특성·현장분위기·공사운영 방법·하도급의 실태·공사관계자간의 정서문제까지 현장실정을 면밀히 파악해 두는 것이 좋다. 절차상의 중요한 문제는 계약상대자인 시공사가 분쟁심의 대상 안전을 감독관의 경유나 협의 없이 독자적으로 심의회에 상정할 수 있는지가 문제이다. 이에 대하여는 원칙적으로 계약당사자 간의

분쟁이므로 쌍방 간의 합의에 의해 분쟁심의를 상정한다. 이 때 발주청의 공사감독관(또는 감리원)이 계약상대자의 분쟁심의 합의요청을 거부하거나 의도적으로 방해하는 일이 없도록 엄격히 규정하는 것이 중요하고, 부득이한 경우에는 공사감독관의 합의 없이도 직접 이의제기를 할 수 있도록 한다.

심의회는 정기적으로 공사현장의 계약이행 진행사항을 파악하고 계약상대자의 시공상 문제점과 애로사항을 청취하고, 경미한 문제의 경우에는 클레임과 분쟁으로 확대되기 전에 현장에서 조정안을 제시하여 합의토록 권고한다.

5) 계약적 구속력 부여

‘심의회’의 결정은 중재나 소송에 의한 판결처럼 법적인 구속력은 없지만 계약당사자는 그 결정에 대한 권고를 적극 수용하도록 한다. 그러나 클레임과 분쟁 사이 중간 최종 조정단계로 마련된 자문기구인 심의회가 제대로 활성화되기 위해서는 관계법령이나 시행규칙의 근거 하에 고시를 통한 계약적 구속력이 있는 운영규정을 마련할 필요가 있다. 발주청에 여건에 따라 계약특수조건에 명시하는 방법도 고려해 볼만 하다.

6) 효과

계약상대자의 입장에서는 클레임 해결과정에서 계약당사자간의 형평성 논란 문제와 발주자의 권위와 우월주의로 부터 해방될 수 있고, 정당한 클레임 해결로 제값 받고 제대로 공사할 수 있어 투명한 경영으로 소신 있는 공사추진을 할 수 있다. 발주자의 입장에서는 공사의 관리·감독을 제대로 하게 되고 불법행위의 유혹을 막을 수 있어 건전한 건설환경의 풍토를 조성하여 부실공사를 예방할 수 있는 효과를 거둘 것이다.

4.2.3.5 사전분쟁조정위원회

1) 사전분쟁조정방안의 개념

‘사전분쟁조정위원회’는 앞 절 4.2.3.4에서 언급한 ‘건설공사분쟁심의회’와 유사한 현장 사전분쟁조정기구로서 해당 공사와 관련하여 제3자의 전문가의 조

정으로 클레임을 해결하는 방법이다.

ADR과 관련한 사전분쟁조정위원회는 FIDIC의 'DAB(Dispute Adjudication Board : 분쟁조정위원회)'나 미국의 'DRB(Dispute Review Board : 분쟁심사회)'의 기본 구성을 근거로 하여 유사한 구조와 운영방식의 체계를 갖추고 있다. '사전분쟁조정위원회'는 현장조정의 주요활동과 세부항목 및 운영규정을 갖춘 현장조정협의체로서, 공사초기부터 심사위원들이 지속적으로 현장실정을 파악하게 하고 실태를 조사한다.

최근 분쟁이 발생하기 전에 중재나 소송 대신 대체분쟁해결방안(ADR)으로 제3자로 구성된 사전분쟁조정 방식의 분쟁해결방안이 많이 연구되고 있다.¹⁷⁷⁾ 현재 우리나라에서는 이 제도가 운영되지 않고 때문에 공식적인 기구의 명칭은 아니며 '사전분쟁조정위원회'의 명칭과 관련하여 연구 관점에 따라 약간의 차이가 있다. 따라서 '사전분쟁조정위원회'나 'FIDIC의 DAB' 또는 미국의 DRB'은 모두 ADR의 일종으로 볼 수 있다.

2) 사전분쟁조정위원회 운영방식

'사전분쟁조정위원회'는 계약당사자 모두가 분쟁단계에서 분쟁을 해결하는 것이 아니라 분쟁이전단계에서 클레임을 해결한다는데 의의가 있다. 사전분쟁조정위원회는 계약당사자 일방을 대변하는 것이 아니라 전문성을 가지고 합리적으로 문제를 해결하는 것으로 되어야 할 것이다. 이를 위하여 사전분쟁조정위원은 공사의 진행사항 및 실제 또는 잠재적인 문제점들에 대한 진행사항 또는 계약당사자간에 계류 중인 클레임 사안들을 인지하기 위하여 주기적으로 현장을 방문한다. 정기적 현장방문 시나 당사자 요청에 의한 방문 시에 발주자 및 시공자는 조정위원이 요구하는 문서를 제공해야 한다.¹⁷⁸⁾ 사전분쟁조정

177) 조영준, '공공건설사업에서의 사전분쟁해결(ADR)방법 도입방안', 한국콘텐츠학회 춘계학술발표논문집 Vol.4 No1, 2006, p. 358에서는 DAB(Dispute Adjudication Board)를 '사전분쟁조정위원회'로 설명하였고 ; 서용칠, '현장에서 바라본 분쟁최소화 방안' (사)한국건설관리학회, 건설관리 제10권 제2호, 2009.4, p. 46에서는 미국에서 많은 관심을 끌고 있는 DRB(Dispute Review Board : 분쟁심사회)를 사전분쟁조정위원회로 설명하고 있다. ; 김동성, '건설공사의 분쟁예방 및 해결을 위한 현장협의체계 구성방법 연구' 서울시립대학교 박사학위 논문, 2009, pp. 56-57에도 ADR방법을 적용한 현장협의체계의 구성방법과 운영과 관련한 구체적으로 대안 제시함에 있어서 FIDIC의 DAB(Dispute Adjudication Board)를 분쟁조정위원회라고 설명하고 있고 미국의 DRB를 '분쟁검토위원회'라고 설명하고 있으며, 저자는 DRB와 DAB와 유사한 '한국의 사전분쟁조정위원회' 모두를 '현장협의방식의 조정제도'로 설명하고 있다.

178) 조영준, '공공건설사업에서의 사전분쟁해결(ADR)방법 도입방안', 한국콘텐츠학회 춘계종합학술대회 논

위원회의 운영규정은 절차규칙과 합의서의 형태로 이루어져 있다.¹⁷⁹⁾

(1) 운영규정

① 절차규칙

이 규정에는 위원의 선정과 조정업무 수행절차, 그리고 조정의 효력과 후속 절차 등의 내용이 설명되어 있다. 내용과 세부항목은 표 4.6과 같다. 각 조항의 내용을 정리하면 위원회의 구성(6조)과 조정업무 수행사항(1,2,3,7조), 조정 후속조치(5조) 등으로 되어 있다. 그리고 4조의 분쟁규정 우선권은 다른 계약 문서에 있는 분쟁해결규정에 우선하여 이 방식을 적용한다는 것으로 현장협의 방식에서 특별히 적용하는 규정이다.

표 4.6 사전조정위원회 절차규칙

조항	조명칭	세부항목
1조	현장방문	현장방문주기와 목적, 방문활동 편의제공사항, 방문 보고서 제출
2조	당사자 의무	위원이 요청하는 모든 문서를 제공할 의무 등
3조	위원회 의무	분쟁조정업무에서의 중립규정과 기타 규정, 심리 중 준수사항, 합의 도출 및 과반수 의결 등
4조	분쟁규정 우선	여타 계약문서의 분쟁규정에 우선함을 명시
5조	조정효력	조정전치주의, 조정효력과 후속조치사항 등
6조	위원 선정	위원과 의장 선임, 의장권한 사항
7조	위원회 권한	위원회의 분쟁조정 심리절차 자율권, 양 당사자의 이견사항 자문가능

② 합의서

합의서는 표 4.7과 같이 양 당사자와 위원이 체결한 조정업무에 대한 계약으로 9개의 조문으로 되어 있다.

문집 Vol.4 No.1, 2006, p. 358.

179) 김동성, '건설공사의 분쟁예방 및 해결을 위한 현장협의체계 구성방법 연구', 서울시립대학교 박사학위 논문, 2009, p. 41.

표 4.7 사전분쟁조정위원회 합의내용

조항	조 명칭	세 부 항 목
1조	정의	조정업무 계약 합의주체와 일반사항 정의
2조	일반규정	합의서 효력, 위원선임 유효사항 및 위원사임 사항 등
3조	보증	위원의 중립성과 자격보증
4조	위원의 일반의무	위원의 중립성 유지사항, 지속적인 현장실정 파악, 심리 비공개 주의, 당사자 간 이견에 대한 자문
5조	양 당사자 일반의무	당사자 일방의 자문요청금지, 일반적인 위원회 면책 사항, 협의회 조정업무비용 지급보증
6조	보수지급	양 당사자가 위원에게 지급해야 할 각종보수와 비용 규정
7조	해지	양 당사자와 위원회 해지권한 규정
8조	위원의 불이행	위원의 일반의무 불이행에 따른 사항
9조	분쟁	당사자와 위원 사이에 발생한 분쟁의 해결

(2) 조정업무 수행

사전분쟁조정위원회의 조정업무는 지속적인 현장상황파악과 분쟁예방활동, 분쟁조정활동 등이다.

① 현장상황 파악 활동

위원회가 정해진 규정에 의해 정기적 또는 부정기적으로 현장을 방문하여 상황을 지속적으로 파악하고 방문결과에 대한 활동보고서를 작성한다. 현장방문 활동보고서에 의거하여 운영회의를 개최하고 공사계약내용 등 검토사항과 공사진행상황에 대한 논의와 함께 문제점들을 협의한다.

② 분쟁예방활동

계약이행과 관련한 양 당사자 간 이견이나 클레임 사안에 대해 위원회가 제시한 조언을 바탕으로 양당사자가 협상을 하여 문제를 해결하는 등 분쟁을 예방하는 것이다. 분쟁예방대상은 최종답변 이전의 클레임 사안이나, 잠재적 클레임 사안으로 당사자가 상대방에 요구할 구체적인 권리가 있다고 판단할 때 그 권리의 타당성 여부를 검토하는 것이다. 클레임 사안 외에도 업무 수행 중

양 당사자 간에 누적된 갈등을 화해시키는 중재자 역할도 한다.

정식 업무절차는 우선 양 당사자가 조언을 요청하게 되는데 분쟁예방 대상을 양 당사자가 합의하여 공동으로 위원회에 의견을 구해야 하는 것이다. 위원회에 사안이 접수되면 이 사안이 신속하게 처리되는 것이 좋으나 사안의 성격과 내용에 따라 적지 않은 시간과 노력이 필요할 수도 있다.

③ 분쟁조정활동

당사자가 분쟁조정을 신청하면 위원회는 조정절차 일정을 수립하고 당사자로부터 준비서면을 접수하는 등 심리를 준비한다. 그리고 분쟁조정 일정을 수립하고 심리진행절차에 따라 심리를 수행한 후 조정안을 작성하기 위해 조정회의를 한다. 아울러 규정된 조정기한 안에 합리적인 사유와 명백한 근거를 바탕으로 조정안을 작성하여 양 당사자에게 제시한다. 그런데 양 당사자가 조정안을 충분히 이해하지 못하거나 새로운 증거가 발견되어 상세한 설명 또는 재심을 요청할 때 거부할 만한 정당한 사유가 없으면 조정안의 설명과 재심도 할 수 있어야 한다.¹⁸⁰⁾

3) ‘사전분쟁조정위원회’에 대한 검토

이 제도의 운영규정을 보면 ①현장상황을 파악하는 주기적인 현장방문·정기회의·공정관련보고서 검토와, ②분쟁예방활동, ③분쟁 조정활동인 분쟁조정 신청·심리준비·심리절차규정·심리수행·조정안 제시로 구성되어 있다. 주요업무는 분쟁조정활동으로 현행 조정제도인 정부기관(국토해양부) 산하의 ‘중앙건설분쟁조정위원회’나 ‘지방건설분쟁조정위원회’의 기존 조정기능을 공사현장으로 옮겨놓은 제도로 볼 수 있다. 일종의 공사현장 내 조정기구와 유사한 것으로 보이며 공사현장에 적용되어 정착된다면 분쟁이 발생하기 전에 현장 내 갈등문제나 클레임 해결방법으로서 상당히 전향적인 분쟁해결 방안이 될 것으로 보인다.

‘사전분쟁조정위원회’에 대해 검토해야 할 사항으로 우선 현장 ‘공사관계자 협의’의 중요성을 언급하지 않을 수 없다. 현장 ‘공사관계자 협의’에 의한 해결

180) 김동성, ‘건설공사의 분쟁예방 및 해결을 위한 현장협의체계 구성방법 연구’, 서울시립대학교 박사학위논문, 2009, pp. 131-152에 분쟁조정활동의 구성방법과 조정후속조치에 대해 설명되었음.

방법의 중요성은 시공사와 발주자와의 관계에 앞서 시공사와 공사감독 업무를 수행하는 감리원과의 사이가 더 밀접한 관계가 있다. 따라서 사전분쟁조정위원회와 같은 현장협의제도의 조정 전(前)단계에서 양 당사자 간에 협상방법을 적극 활용할 수 있도록 실효성 있는 협상방법을 제도적으로 보완할 필요가 있겠다.

‘분쟁조정 활동’은 분쟁 당사자가 현장협의회에 조정 요청한 사안에 대해 조정업무를 수행하는 활동으로서, 활동업무는 분쟁당사자가 발송한 분쟁조정신청서의 접수·분쟁요건 판단·심리일정수립·심리준비·심리수행·심리 후 조정안 회의 및 조정안 제시 등이다. 분쟁조정활동이 착수되면 건설공사현장의 분쟁당사자는 위원회의 분쟁활동과 관련한 협조업무가 불가피할 것이다. 그런데 대부분 공사현장조직은 기술진으로 구성되어 있어 이런 업무를 수행할 만한 행정 및 법률적인 지식이 부족할 뿐만 아니라, 분쟁활동 협조 업무인 준비서면 작성과 입증자료 준비 등 행정업무를 수행할 여력이 없는 실정이다. 이런 업무는 공사 외 법적 소송을 진행하는 업무의 하나로 여겨져 공사현장의 기술진이 이런 업무를 수행할 수 없으므로 분쟁당사자는 계약관리나 클레임 전문가를 별도로 고용해야 하는 문제가 생길지도 모른다.

그리고 ‘사전분쟁조정위원회’의 구성·조정업무 수행절차·조정 후속조치·조정업무 계약조건 등 제도적 운영과 관련한 구성방법 등 운영시스템은 체계적으로 구축되었으나, 공사현장의 분쟁관련 쟁점과 판단기준은 전문기술적인 부문과 공사 관리적인 부문의 소프트웨어적인 분야이므로, 이 분야에 대해 추가적으로 연구 검토되어야 할 것이다. 현장협의체의 ‘사전분쟁조정위원회’가 공사현장에 연착륙으로 정착되기 위해서는 공사현장에서 발생빈도가 많은 분쟁사안별로 세분하여 분쟁발생 원인과 문제점, 그리고 해결방법에 대한 판단 기준을 수립하고 사례별로 해법방안을 명문화하는 작업도 검토되어야 할 것으로 보인다.

4.2.3.6 사설분쟁조정기구 ‘건설분쟁심사조정위원회’

1) 사설분쟁조정기관의 필요성

현행 분쟁해결제도로 중재나 소송의 전 단계로 볼 수 있는 대표적인 조정제도는 국토해양부 산하에 '건설분쟁조정위원회'가 있지만 그 이용률이나 조정실적이 지극히 미미하고 인지도 또한 적어 유명무실한 상태에 있어 현행 분쟁조정제도의 개선이 절실히 요구된다. 현재 기획재정부 산하의 '국제계약분쟁조정위원회'와 행정안전부 산하의 '지방자치단체 국제계약분쟁조정위원회' 그리고 국토해양부 산하에 '건설분쟁조정위원회' 등 3원화된 건설분쟁에 관한 조정위원회를 통합하여 실제적인 분쟁조정해결기구로 개편하여 상설화할 필요가 있다

조정위원회의 공정성이나 신뢰성을 제고하고 활성화하기 위해서는 정부기관의 부처 산하에 둘 것이 아니라, 독립적 성격을 가진 민간주도의 기구를 설치하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 그리하여 정부기관의 권위주의를 배제하고 계약당사자로부터 완전히 독립된 성격의 기구로 설치하여 건설분쟁 조정을 전담하도록 하는 방안은 기구의 독립성과 공정성 확보측면에서는 바람직할 것으로 본다.

2) 추진 방안

우리나라 건설산업의 경우 정부주도의 발주공사의 비중이 상당히 크기 때문에 민간주도의 '건설분쟁심사조정위원회(이하 '심사조정위원회'라 한다)'가 설치되어 활성화되기까지는 여러 가지 문제점이 있다.

우선 건설분쟁이 공공공사의 분쟁에만 국한할 것이 아니라 민간건설부분의 분쟁(아파트 건축 하자문제 등)을 총 망라하여 건설분쟁으로 인한 사회·경제적인 손실과 문제점 등이 사회적 이슈가 되어 관심의 대상이 되어야 한다. 그리고 건설분쟁해결 전문가들의 공정한 심사와 조정으로 건설분쟁을 해결토록 하는 상설기구 설치의 필요성을 홍보한다.

다음으로 기구의 독립적 설치를 위해서는 법적인 근거가 마련되어야 하고, 민간주체의 설립방법·재정문제 등이 체계적으로 검토되어야 한다. 또한 민간주도의 조정기구가 심사·조정업무의 실질적인 효과를 거두기 위해서는 정부관련부처의 협조가 필수적이고, 민간기구 추진 초기단계에는 공신력이 있는 정부부처인 국무총리실 또는 기획재정부나 국토해양부 산하에 두어 독립적으

로 그 기능을 활성화할 때까지는 정부의 지원이 불가피 할 것이다.

3) 상설화된 조직 구성

민간기구 심사조정위원회의 명칭은 현행 건설산업기본법 상의 ‘건설분쟁조정위원회’처럼 중앙에 ‘중앙건설분쟁심사조정위원회’를 두고 지방에 ‘○○지방 건설분쟁심사조정위원회’ 또는 특정 대형 국책사업별로는 ‘○○사업건설분쟁심사조정위원회’를 두고 실무부서인 ‘건설분쟁조정사무국’ 등을 두어 실질적인 조정관련 업무를 담당하게 함으로써 계약당사자에게 분쟁조정과 관련한 실질적 서비스가 이루어지도록 한다.

무엇보다도 심사조정위원회가 활성화 되려면 조정결과에 대해 공정성과 신뢰감이 있어야 분쟁당사자들이 적극 활용할 수 있을 것이므로, 심사조정위원회의 조직 구성은 중립성과 독립성, 공정성 등을 최우선으로 하여야 한다.

심사조정위원회의 위원은 정부조달계약 가운데 차지하는 건설공사계약의 비중이 큰 점을 감안할 때, 대한상사중재원처럼 건설분쟁해결 전문가로 구성된 중재위원이나 일본의 ‘건설분쟁심사위원회’¹⁸¹⁾의 위원(또는 특별위원)과 같이 건설공사계약과 관련한 전문가를 위원의 자격요건으로 갖출 필요가 있다.

예를 들어 심사조정위원회의 구성위원은 법률전문가 외에 건설분쟁에 관한 법률적인 지식이 있고 기술자격을 겸한 자로서, 일선 건설공사현장에서 풍부한 경험을 쌓은 사람이 임명되어 법률전문가와 더불어 분쟁해결을 하는 것이 바람직 할 것이다. 특별위원의 경우 건축·토목·설비·전기 등 건설공사에 관련된 기술전문가를 추가로 임명할 수 있도록 한다.

이들 전문가라도 현업의 실무진에 비교하여 현장상황의 심도있는 문제점들을 다 파악할 수가 없을 것이다. 그러므로 분쟁기관의 최종 심의·조정의 재결기관이자 대표적인 심사조정위원회의 위원은 실무진의 의견을 충분히 수렴할 필요가 있다. 산하에 현업실무자들의 전담 태스크포스를 구성하든지 또는 해당 분쟁사안에 대해 특별 태스크포스팀을 구성하는 방법도 고려해 볼만하다. 다음과 같은 사례는 현업실무진의 태스크포스 구성에 대해 시사하는 바가 크다.

181) 伊藤 直(日本 建設省 建設經濟局 建設業課 紛爭調停官), ‘建設工事紛爭審査會의 審理의 特色에 대하여’, 自由와 正義(44卷6號), 日本辯護士聯合會 1993, p. 34.

「10년 전 어느 한 관광 전문기자가 취재차 싱가포르를 찾았다고 한다. 싱가포르 관광정책을 조사하기 위해 국립도서관 서고를 뒤지다 15년 전(1984년) 작성된 낡은 보고서를 발견했다. 1964년 이후 꾸준히 외래방문객 성장세가 둔화되자 원인 규명에 나선 태스크포스팀이 제출한 것이었다. 그 내용은 놀라웠다. 보고서 제출 후 15년간(1985~1999년) 관광정책이 모두 보고서의 제안을 따르고 있어서다.

대안은 관광정책의 근간이 되어 개발플랜에 반영됐고 또 그 효과를 발휘하고 있었다. 창이국제공항의 아시아 허브(Hub)화, 센토사 섬 개발과 컨벤션 투어리즘까지. 더 놀란 것은 태스크포스팀의 구성원이었다. 모두 관광 각 분야의 현업 실무자였다. 당시 우리 같으면 볼멘소리나 해댄다고 타박받았을 호텔업자, 운수업자, 쇼핑사업자, 식당 주인 등...」

건설 현장참여자와 관계자들 등 이런 현업 실무진의 목소리가 실제 현장의 분쟁을 예방하거나 분쟁을 해결하는데 실질적인 도움이 될 수 있을 것이다. 시대변화에 따라 현장감각이 있는 건설현장의 소장·감리책임자·계약담당공무원·하도급 현장소장 등 현장 경험이 있는 공사 관계자들이 참여한 태스크포스팀을 통하여 분쟁의 근본적인 문제와 해결방법에 대한 현장 의견을 수렴할 필요가 있다. 조정위원회는 현장 실무진의 소리를 충분히 청취하여 축적된 경험과 논리적인 사고로 심리할 때 공정하고 올바른 판단을 내릴 수가 있을 것이다.

4) 운영방안

심사조정위원회의 업무는 건설공사 계약당사자의 해결되지 못한 클레임 사안을 접수하고, 기초자료의 수집 및 제출된 자료의 확인, 해당 분쟁의 사실조사와 현장방문 등을 통하여 심사조정위원회가 구체적 타당성 있는 조정안을 분쟁당사자에게 제시하는 업무를 수행한다. 또한 분쟁사안의 특성 및 내용에 따른 상담 및 조정절차 이용에 관한 정보제공, 다른 분쟁해결절차로의 안내 등 실무적 지원을 통하여 실질적인 분쟁해결의 효과도 기대할 수 있도록 한다.

운영방법은 건설분쟁이 발생하여 분쟁당사자가 심사·조정을 신청하였을 때

1차적으로는 해당 발주처의 ‘○○지방건설분쟁심사·조정위원회’ 또는 ‘○○사업건설분쟁심사·조정위원회’에서 조정하고, 1차 조정에 실패하거나 불복할 시는 ‘중앙건설분쟁심사·조정위원회’에 재심사 및 재조정 요청을 할 수 있도록 한다. 심사·조정위원은 중립적이고 공정한 판단이 필수적이므로, 재결 결과에 대해 특별히 억울한 사안들이 아닌 한 중재나 소송으로 가서 해결되는 일이 없도록 해야 한다.



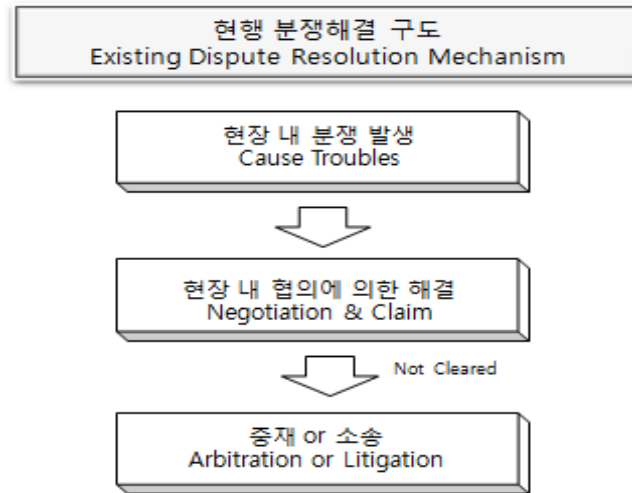


그림 4.1 현행 분쟁해결구도

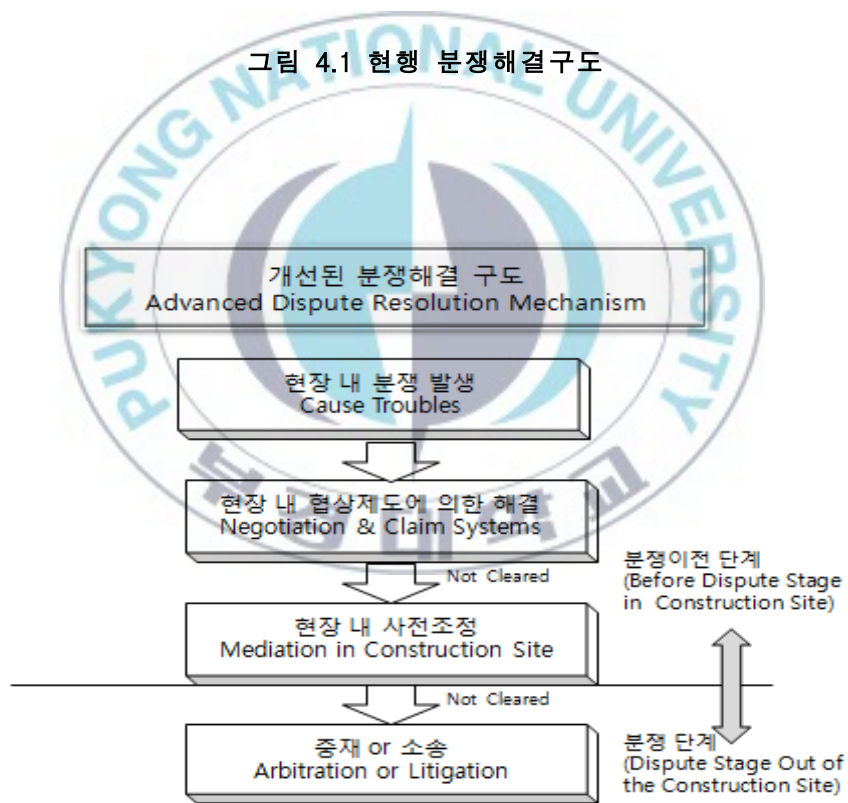


그림 4.2 개선된 분쟁해결구도

표 4.8 (1) 사전분쟁조정 방안별 특성과 운영규정의 비교¹⁸³⁾

구분	①사전조정 위원회	②FIDIC분쟁조 정위원회(DAB)	③미국 분쟁심사 위원회(DRB)	④업무조정회의	⑤공사현장관계 자협의회	⑥시공조정 위원회	⑦건설공사분쟁 심의회
1.운영방식	제3자 조정	제3자 조정	제3자 조정	당사자 전체협의 및 제3자 자문	당사자 협의	당사자+제3자 협의조정	제3자 조정
2.구성	발주청과 시공자 가 각 1명씩 지 명하고, 선출된 2 명의 합의로 제3 명의 위원을 선출	발주청과 시공자 가 각 1명씩 지 명하고, 선출된 2 명의 합의로 제3 명의 위원을(위원장) 을 선출	발주청과 시공자 가 각 1명씩 지 명하고, 선출된 2 명의 합의로 제3 명의 위원을 선출	(1)당사자:공사관 계지(발주청, 시공 자, 감리자, 하도 급자) (2)자문:설계자문 위원,교수,변호사, 변리사 등	공사관계자 3인 (시공사, 감리단, 발주청 감독은 간 사) 3명	해당공사관계자4 인과 분쟁해결 기 술분야전문가3인 (대학교수, 현장유 경험 해당기술 자)7명 이내	발주청의 자문기 구역할을 하는 제 3자 중심(대학교 수, 건설현장관리 책임자, 변호사 등) 7-8명
3.위원의 중 립성	양호	양호	양호	당사자:취약 자문기구:양호	당사자:취약 조정간사:보통	당사자:취약 조정위원:양호	양호
4.위원의 전 문성	양호	양호	양호	아주양호	아주양호	아주양호	양호
5.조정효력	양당사자를 구속 함. 다만 준공전 에는 불복 불가	확정적이며 양당 사자를 구속함	구속력이 없으나 단, 양당사자가 합의하면 구속력 의 부여 가능	구속력이 없으나, 양당사자가 합의 하면 구속력의 부 여 가능	구속력이 없으나, 발주청의 권고에 의한 합의로 구속 력 부여 가능	구속력이 없으나, 양당사자가 합의 하면 구속력의 부 여 가능	구속력이 없으나, 양당사자가 합의 하면 구속력의 부 여 가능
6.조정의 적 합성	양호	양호	양호	양호	양호	양호	양호

183) 1. 방식 ①②③ : 김동성, '건설공사의 분쟁예방 및 해결을 위한 현장협의체계 구성방법 연구', 서울시립대학교 박사학위, 2009, p. 64.

2. 백준홍, '建設契約管理와 紛争의 解決', 연세대학교출판부, 2001.2, p. 329.

3. DRB(Dispute Review Boards) ; Based upon an article in Civil Engineering, December 1988, by E.M. Shanley entitled, "A Better Way."

표 4.8 (2) 사전분쟁조정 방안별 특성과 운영규정의 비교

구분	①사전조정위원회	②FIDIC의분쟁조정위원회(DAB)	③미국의 분쟁심사위원회(DRB)	④업무조정회의	⑤공사현장관계자협의회	⑥시공조정위원회	⑦건설공사분쟁심의회
7.현장상황	주기적인 현장방문으로 지속적 파악	주기적인 현장방문으로 지속적 파악	주기적인 현장방문으로 지속적 파악	(1)당사자:현장상황파악 (2)자문역:미출	당사자이므로 현장상황 파악 아주 양호	(1)당사자:현장상황파악 아주 양호 (2)조정역:보통	주기적인 현장방문으로 지속적 파악
8.분쟁예방활동	기본업무	기본업무	기본업무	협의과정을 통한 분쟁예방 활동 없거나 자문비용 소액	협의과정을 통한 분쟁예방 활동	협의조정 중 분쟁예방 활동	조정 중 분쟁예방 활동
9.조정비용	양당사자가 반분	양당사자가 반분	양당사자가 반분	자문비용 소액	거의 없음	조정비용 실비	기본운영: 발주청 조정실비: 당사자
10.운영규정	1.절차규칙 2.합의서	1.일반조건 2.절차규칙 3.합의서	1.일반사항 2.절차규칙 3.합의서	1.절차규칙 2.합의서	1.절차규칙 2.합의서	1.절차규칙 2.합의서	1.절차규칙 2.합의서
11.특성	정기적인 현장방문을 통하여 분쟁예방 수단	정기적인 현장방문을 통하여 분쟁예방 수단, 조정안 과반수의결	공사수행 중 분쟁이 비화되기 전에 원인발생시 즉시 해결	당사자전체 협의 또는 자문단에 의한 협의조정	간사(발주청) 주관의 당사자(또는 회사책임자) 간 협의체	당사자를 포함한 공사현장을 잘 아는 기술자 중심의 조정협의체	발주청의 자문기구로서 분쟁(disputes) 전 최후 협의조정단계

4.3 분쟁단계 분쟁해결 개선방안

4.3.1 법적·제도적 건설분쟁해결방안의 실정

건설공사 시공 중 당사자 간의 갈등이나 클레임사안이 협의나 클레임단계에서 해결되지 못하고 분쟁단계로 이어지면 계약당사자 모두에게 경제적·정신적 부담을 주게 되고 사회적 손실도 크기 때문에 앞서 고찰한 바와 같이 분쟁이전단계에서의 해결하는 것이 가장 바람직하다. 미국 등 선진국에서는 ADR 제도를 통해 분쟁을 사전에 예방 또는 최소화하려는 노력을 기울이고 있음을 이미 앞에서 본 바와 같다. 이러한 노력에도 불구하고 분쟁이 발생한 경우에는 차선택책으로서 경제적이고 효율적인 해결책이 요구된다.

우리나라의 현행 건설분쟁 해결제도의 발전이 정체된 것은 공사현장 계약당사자나 공사관계자 간의 전근대적이고 관행적인 해결방법에 안주해 왔기 때문에, 제도권 내에서 해결하고자 하는 의지가 없고 분쟁해결방법에 대한 인지도가 부족한 것이 그 문제이다. 또한 분쟁해결방법의 실효성 부재로 인한 저조한 이용실적, 분쟁해결기구 구성의 독립성 확보문제 등과 같은 제도적인 문제와 분쟁조정대상의 비합리적인 구분, 조정결정효력의 불명확성 등과 같은 법제상의 문제점을 가지고 있다. 따라서 단기적으로는 관련법령의 개정 및 제도개선을 통하여 현재의 문제점을 개선하도록 해야 할 것이며, 중장기적으로는 건설현장의 애로점이 충분히 감안된 실질적인 분쟁해결제도를 활성화하고 정착시키기 위하여, 관련 전문가들의 폭넓은 논의를 거쳐 ‘종합적 분쟁해결 기능을 가진 상설화된 분쟁해결기구’의 설립을 모색할 필요가 있다.

건설공사 수행과정에서 발생한 갈등이나 클레임사안들이 당사자 간 협의단계에서 해결되지 않으면 사전분쟁조정방식의 협의조정을 통하여 분쟁이전단계에서 속히 문제를 해결해야 좋지만, 계약당사자가 공사현장 내에서의 협상이나 조정 결과에 대해 도저히 수용할 수 없는 억울한 사항이라면 부득이 제도권 분쟁조정방법인 조정이나 중재 또는 소송으로 진행될 수밖에 없다.

앞 장에서 검토해 본 분쟁이전단계의 해결방안이나 대체적인 분쟁해결방안이 제도적으로 정착되기까지는 상당한 검토과정과 시간이 지나야 한다. 그러

므로 계약당사자가 협의에 의해 해결되지 않으면 부득이 분쟁단계로 갈 수 밖에 없는데, 현행 제도적인 분쟁해결방법이 활성화 될 수 있도록 하기 위해서는 실정에 맞는 제도적 보완이 필요하다. 현행 법규에 의하면 분쟁단계로 발전하게 될 때 하도급분쟁조정신청의 경우를 제외하고 국토해양부 산하의 '중앙건설분쟁조정위원회'에 분쟁조정신청을 하는 방법이 있지만, 조정결과에 대한 구속력이 없고 절차가 복잡하고 준비하는 시간과 판결에 대한 만족도가 없고 건설분쟁 당사자들의 인식이 부정적이므로 활성화하지 못하고 있다.

최근에는 분쟁해결방법의 대안으로 대한상사중재원을 통한 중재제도를 이용하는 경우가 많은데, 이는 우리나라에서 아직 대체건설분쟁해결제도가 다양화되어 있지 못할 뿐만 아니라 활성화하지 못하고 있기 때문이기도 하다.

4.3.2 건설분쟁조정위원회의 개선

현행 제도적 분쟁해결방법 중 하나의 선택이 불가피 할 경우, 중재나 소송에 의한 분쟁해결방법을 택하기 전에 조정제도를 효과적으로 이용하기 위해서는 기존 분쟁해결제도인 건설분쟁조정위원회의 조정 결정안에 재정(裁定) 또는 재결(裁決)기능을 부여하여 실효성 있게 하는 구속력이 있는 제도적 장치를 마련해야 한다.

1) 조정제도의 실효성¹⁸⁴⁾ 확보

(1) 조정거부당사자의 사유서 제출

조정절차 진행 중에 당사자중 일방이 조정을 거부한 경우 현행 「건설산업기본법」 상에는 조정위원회가 당사자에게 서면으로 통보하는 것만으로 되어 있지만, 조정을 거부한 해당 당사자에게도 그 이유를 조정위원회 및 상대방에게 조정거부사유를 서면으로 통보하도록 해야 한다. 즉, 분쟁당사자 쌍방이 함께 성실한 태도로 분쟁해결에 임해야 한다는 취지에서 아무런 합리적 이유 없

184) 두성규, '건설분쟁조정위원회 활성화 방안', '3.구체적인 방안. (1)조정제도의 실효성 확보', 한국건설산업연구원, 2002.10, pp. 82-83.

이 조정을 거부하는 불성실한 자세는 제도적으로 차단할 필요가 있다.

(2) 조정결정에 대한 묵시적 동의 도입

위원회가 정한 분쟁의 종류와 규모에 따라 조정위원회가 마련한 조정안에 대하여 당사자가 일정한 기간 내에 수락여부의 의사표시를 하지 않은 경우 분쟁조정을 수락한 것으로 간주하도록 한다. 그리하여 조정절차를 위하여 애쓴 당사자들의 노력이 일방의 무성의로 무산되는 결과를 방지할 뿐만 아니라 조정의 실효성도 거둘 수 있을 것이다.

(3) 조정결정의 법적 효력 명확화

‘건설분쟁조정위원회’의 조정에 대한 효력은 기존의 다른 조정기구들의 조정 결정에 대한 효력규정과 관련하여 재판상의 화해의 효력을 여전히 유지하고 있는 것과 비교할 때 형평성 차원에서도 맞지 않다. 민법상 화해와 동일한 당사자 간의 합의수준의 조정결과라면 분쟁당사자가 굳이 조정을 신청할 필요성을 느끼지 못할 것이므로 실효성을 거두기 어렵다.

그러므로 분쟁해결의 실효성을 확보할 수 있도록 조정결정시 현재와 같은 ‘합의의 성립’이라는 애매한 효력이 아닌 재판상 화해와 동일한 구속력이 있는 효력으로 개정해야 한다. 즉, 중국적인 효력은 구체적으로 조정에 관한 기본법이라고 할 수 있는 ‘민사조정법’¹⁸⁵⁾ 등에서 규정하고 있는 바와 같이 ‘재판상의 화해와 동일한 효력’을 부여하도록 개선함으로써 관련 법령의 실효성 및 법적 안정성을 확보할 수가 있다.¹⁸⁶⁾ 관계법의 개정이 현실적으로 상당한 기간이 소요될 수 있으므로 개정 시까지 ‘공사계약일반조건’이나 ‘공사계약특수조건’ 등 계약문서에 조정안에 양당사자가 ‘합의의 성립’에 대한 규정을 명확히 하고 그에 대한 구속력이 있는 조정절차를 명시함으로써 조정의 실효성을 보완할 필요가 있다.

2) 위원회의 독립성과 공정성확보를 위한 제도적 보완

185) ‘민사조정법’ 제29조에 “조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다”고 규정하고 있음.

186) 두성규, ‘건설분쟁해결제도의 합리적 개선’, 한국건설산업연구원, 건설경제, 2004년(통권40호), p. 83.

‘건설분쟁조정위원회’의 독립성 확보와 전문성을 보강하기 위하여 위원장선출을 현행 공무원 가운데 지명하는 방식에서 위원 간 호선으로 선출토록 하되 고위공무원이 아닌 민간신분의 전문가로 선출하는 방법을 제안한다. 조정위원의 활동과 관련하여 자신의 직무상 양심에 따라 전문적 식견을 충분히 활용하여 구체적으로 타당한 조정결정을 내릴 수 있도록 신분보장의 명문화, 제척·기피·회피제도의 전부 또는 일부의 도입 등이 검토되어야 한다.¹⁸⁷⁾

3) 분쟁해결조항의 개선 및 사업장 시험운영

분쟁 당사자들의 신속·간편한 분쟁해결을 위하여 분쟁조정기구를 특정기구로 제한한 규정을 개정하여 건설현장에서 손쉽게 이용할 수 있도록 건설분쟁조정위원회의 운영규정과 구성을 수정하여 공사계약특별조건이나 기타 계약조건에 삽입하여 시도해 볼 필요가 있다. 또한 조정제도의 이용률을 높이고 활성화하기 위하여 구속력있는 절차를 보완한 조정제도를 특정 지역이나 사업장에 한시적으로 시험 운영해 본다. 시험운영 결과 문제점과 보완해야 할 사항들을 보완하여 분쟁해결의 자율성과 같은 장점을 충분히 살리고 조정제도의 이용률을 높여 실용화하여 조정제도의 인식을 보편화하고 건설현장의 합리적인 분쟁해결제도로 정착시킨다.

4) 조정제도의 분야별 전문화 및 확대

건설현장에서의 시공과정에서 발생하는 분쟁을 해결하기 위해 건설분쟁조정위원회를 이용하려고 할 때 위원회의 구성과 위상은 높지만 전문성은 부족한 실정이다. 조정위원회를 효율적으로 이용하기 위해서는 그 업무를 확대하고 전문화해야 할 필요가 있다. 특히 건설분쟁은 전문적이고 기술적인 사항과 관련된 분쟁이 많으므로, 현재 운영되고 있는 분쟁조정위원회 제도의 기능을 전문분야별로 세분화하는 제도적인 보완이 필요하다.

현재 여러 기관으로 분리되어 운영되고 있는 건설업 분쟁조정업무를 하나의 기관으로 일관성 있게 통일시켜서, ‘건설분쟁조정위원회’의 업무조직 및 역할을 확대하여 조정업무 뿐 아니라 알선업무도 수행하여 일괄적으로 하나의 기

187) 두성규, ‘건설분쟁조정위원회 활성화 방안’, ‘3.구체적인 방안. (2)위원회의 독립성과 공정성확보를 위한 제도적 보완’, 한국건설산업연구원, 2002..10, p. 84.

관에서 해결할 수 있도록 하여 그 지명도를 높인다.

분쟁대상 범위도 예산회계법과 관련된 부분, 하도급과 관련된 부분, 국제공사와 관련된 부분, 설계.감리와 관련된 부분 등 건설공사 과정에서 일어난 모든 분야를 포함한 분쟁해결이 되어야 실질적으로 도움이 될 것이다. 공정거래상 문제가 될 경우에는 해당기관의 전문가의 협조를 받으면 될 것이다. 앞서 설명한 바와 같이 구속력있는 조정제도의 시행을 위해 우선 시범공사현장에 적용하여 효력여부를 검증하여 활용하는 방안도 시도해 볼 만 하다.

5) 조정과 중재제도의 연계

조정 피신청인인 일방당사자는 조정절차의 개시 자체를 거부하거나 절차 진행 중에 탈퇴할 수도 있고, 소송을 제기함으로써 조정절차를 중지시킬 수도 있다. 이처럼 조정의 개시부터 종료 시까지 조정과정에서 당사자가 필요할 경우 언제나 조정절차를 거절하여 다른 방법을 선택할 수 있기 때문에 신청인은 조정절차가 진행되는 동안 조정성립을 위하여 전심전력을 다하기 쉽지 않다. 일방 당사자가 조정제도를 이용하여 분쟁해결을 위한 최선의 노력을 다했음에도 불구하고 상대방이 이에 응하지 않거나 절차의 진행 중에 탈퇴해버릴 경우 그동안의 노력이 무산될 수도 있다. 이러한 이유로 인하여 당사자가 조정제도에 임하는 자세가 소극적이고 지금까지 조정제도의 활성화를 가로막고 있었던 것도 사실이다.

따라서 일단 조정절차가 개시된 후에는 소송 또는 중재절차로 당연히 이어질 수 있도록 하는 내용¹⁸⁸⁾을 표준계약서 상에 명문화하여 조정과 중재절차를 연계함으로써 당사자 쌍방이 좀 더 분쟁해결에 성의있게 진력할 수 있도록 하여야 할 것이다. 또한 조정안에 대하여 당사자가 일정한 기간 내에 수락거부의 의사표시를 하지 않을 경우 분쟁조정을 수락한 것으로 간주하도록 하여¹⁸⁹⁾ 조정절차를 위하여 애쓴 당사자들의 노력이 일방의 무성의로 아무런 의미를 갖지 못하는 결과를 방지할 필요가 있다. 나아가 조정위원회를 활성화 하여

188) 예를들면 '계약당사자간의 분쟁이 발생한 경우 조정에 의하고, 조정이 성립되지 않을 경우에는 당사자간에 중재에 의하거나 또는 조정성립일을 기준으로 피신청인의 주소지를 관할하는 법원에 소가 제기된 것으로 본다'는 내용을 계약서에 명문화하는 것을 말함.

189) '소비자보호법' 제45조 제3항에서는 분쟁조정위원회의 조정에 대하여 이러한 효력을 부여하고 있음.

최종 조정은 재결의 효력이 있도록 하는 방안도 검토될 필요가 있다.

6) 현행 법규상의 건설분쟁 관련 조정위원회 개편 방안

(1) ‘건설분쟁 관련 조정위원회’ 통합운영

현행 「국가계약법」과 「지방재정법」에 의하여 정부계약 관련 분쟁의 처리를 위한 기구로서 기획재정부 산하의 ‘국제계약분쟁조정위원회’와 행정안전부 산하의 ‘지방자치단체 국제계약분쟁조정위원회’ 그리고 국토해양부 산하의 ‘건설분쟁조정위원회’와 「하도급법」에 의한 ‘건설하도급분쟁조정협의회’ 등 4원화 되어 있다.

그 취지와 운영방법에 약간의 상이한 점이 있지만 건설분쟁을 조정해 의결한다는 근본적인 취지에는 같으므로 현행 국가계약법과 지방재정법 및 건설산업기본법, 하도급법 등 관계 법령 등을 정비하여 ‘건설분쟁 관련 조정위원회’로 개편하여 통합 운영하는 방안도 검토해 볼 필요가 있다.

정부발주공사 규모와 비중이 적지 않은 점과 최근 건설분쟁 해결방법으로 대한상사중재원에 의한 중재의 지속적 증가현상을 감안할 때 향후 기구의 통합운영을 통하여 ①이용자의 혼란과 불편 최소화를 통한 편의성 제고하고, ②유사 사안의 조정결과 상충 방지, ③분쟁의 간이·신속한 해결 등 조정제도의 본래 기능 회복을 통한 분쟁조정위원회의 이용률 제고하며, ④분쟁조정업무의 효율성 증대 등과 같은 효과를 기대할 수 있을 것이다.

(2) 분쟁조정위원회 소관 부서 통합

전항의 건설분쟁 관련 조정위원회가 통합한다는 공감대가 이루어지면 그 다음으로 통합된 위원회의 위상과 관련한 독립기구화 여부 또는 소관 정부부처의 확정에 관한 검토가 필요할 것이다.

① 정부 소관부처의 협조 및 통합운영

우선 지방자치단체 ‘국제계약분쟁조정위원회’는 설치된 곳이 없고 실제적으로 운영되고 있는 사례가 전무할 뿐만 아니라, 위원회의 구성 및 운영과 관련한 세부내용을 대부분 기획재정부 산하의 ‘국제계약분쟁조정위원회’의 규정을

준용하도록 하고 있다. 그러므로 기획재정부 산하의 ‘국제계약분쟁조정위원회’와 행정안전부 산하의 ‘지방자치단체 국제계약분쟁조정위원회’를 통합하여 국가계약법의 주무부처라고 할 수 있는 기획재정부에 두는 방안이다.¹⁹⁰⁾ 국토해양부 산하에 있는 ‘건설분쟁조정위원회’ 역시 분쟁조정업무가 건설업 전반에 걸친 건설분쟁 사안들이지만, ‘국가계약법령’의 해석과 관련된 분쟁 및 ‘하도급법’의 적용을 받는 하도급분쟁은 조정대상에서 제외하고 있고 그 실적과 이용도가 저조한 실정이다. 그리고 건설공사 현장의 계약이행과정에서 발생하는 분쟁성 관련 질의 회신 등 유권해석은 ‘국가계약법·시행령·시행규칙’ 및 ‘회계예규 공사계약일반조건’에 의해 기획재정부와 조달청, 그리고 하도급 건설분쟁 관련으로는 공정거래위원회에서 처리하고 있다.

이런 현실을 감안해 볼 때 「하도급법」의 적용을 받는 ‘하도급건설분쟁조정협의회’도 ‘건설분쟁조정위원회’ 산하 소속으로 두고, 상기의 ‘국제계약분쟁조정위원회’ 중 건설분쟁과 관련한 조정업무를 통합하여 건설분야의 분쟁조정을 하나로 통일시켜 확대 개편하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 즉, 기획재정부 산하에 ‘건설분쟁 관련 조정위원회’두고 행정안전부와 국토해양부, 조달청 및 공정거래위원회의 협조를 받아 통합 운영하는 방안도 고려해 볼만하다.

② 민간주도 신설기구¹⁹¹⁾

조정위원회의 공정성이나 신뢰성 제고를 위하여 정부부처 산하에 둘 것이 아니라 독립적 성격을 가진 민간주도의 기구로서 설치하는 방법도 고려할 만하다. 국가나 입찰참가자 등 계약당사자로부터 완전히 독립된 성격의 기구로 설치하여 정부조달계약을 비롯한 계약전반의 분쟁조정을 담당하도록 하는 방안은 기구의 독립성과 공정성 확보측면에서는 가장 바람직한 대안일 수 있다.

향후 민간주도 분쟁조정기구의 독립적 설치를 구상할 때 먼저 필요성에 대해 사회적 공감대를 형성하는 것이 중요하고, 별도의 재원 마련과 함께 정부의 적극적인 지원, 설립주체가 될 민간의 선정방법, 업무의 전문성확보, 조정성립시 조정결정의 효력에 대한 일정한 구속력을 부여하기 위한 법적 근거의 마련 등 충분한 연구 검토가 되어야 할 것이다.

190) 두성규, ‘현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안’, 한국건설산업연구원, 2000.12, p. 66.

191) 4장 4.2.3.6절 사설분쟁조정기구 ‘건설분쟁심사조정위원회’ 참조.

7) 지역적 편차의 해소와 이용의 활성화

현행 「건설산업기본법」의 규정에 따라 각 시·도에 ‘지방건설분쟁조정위원회’를 두도록 되어 있지만, 예산확보·관련 전문가의 위촉·건설분쟁조정위원회 이용률 등 현실적 문제점들을 예상할 수 있으므로 모든 시·도에 동시 설치가 어려울 수도 있다. 현실적인 대안으로 이용 가능성이 높은 일부지역(특별시·광역시)에 설치한 뒤 시험적으로 운영해 보고 점차 전국적으로 확대 설치를 늘려 가는 방안도 검토할 수 있을 것이다.

8) 분쟁조정 전담사무국의 설치

조정위원회가 분쟁조정의 이용률을 높이고 실질적이며 충분한 서비스를 제공하기 위해서는 분쟁당사자가 상시적으로 이용할 수 있는 ‘분쟁조정 전담사무국’의 설치가 필요하다. 사무국 설치에 관하여 구체적인 시행방법을 고려해보면, 우선 현행 「건설산업기본법」상의 규정을 적용하여 가능한 방향으로 검토해 볼 필요가 있다. 예컨대, 법과 시행령 상에 명확하게 간사 및 서기의 인원수를 한정하고 있지 않으므로 이를 확대 해석하여 수인을 두는 방안이다. 사무국의 기능은 조정업무의 지원적 기능을 포함하여 상담, 다른 절차와의 연계 및 안내, 분쟁예방을 위한 계약서 작성안내, 국내외 법규의 정보제공 등을 종합적으로 수행할 수 있도록 하고, 구성과 운영절차 및 운영규정은 별도로 수립되어야 할 것이다.

4.3.3 건설분쟁관련 상설기구 마련

1) 비상설화의 문제점

정부부처 산하에 건설분쟁관련 조정위원회를 건설분야 분쟁조정 기구로 통합·개편하고자 할 때 분쟁조정위원회의 조직을 전문화하여 상설화하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다. 현행 비상설기구로서 운영하게 할 경우 조정제도의 장점인 분쟁처리의 신속성, 공정성과 전문성이 확보되기 어렵기 때문에 구체적 사안에 적합한 조정안 도출은 사실상 불가능하게 될 것이다. 또한 지방

자치단체의 예에서 보듯이 정책당국의 관심 및 정책의지 부족으로 이용률이 거의 없는 명목상의 기구로 전락할 가능성이 높다.

중장기적 개선방안으로 종합적 기능을 갖춘 상설기구를 재편하거나 독립된 기구를 설립할 필요가 있으므로 분쟁해결업무의 대상 확대 및 기능을 종합화한 기구로서 일본의 민간 상설기구인 ‘건설공사분쟁심사회’와 유사한 ‘건설분쟁심사원’과 같은 기구의 설립을 고려해 볼 수 있다. ‘건설분쟁심사원’의 업무범위는 기존의 건설관련 분쟁인 하도급분쟁, 건설계약 및 공사분쟁, 건축분쟁, 설계 및 부실감리 여부 및 건설공사 중 제조물책임법과 관련한 분쟁 등 분쟁 규모에 상관없이 처리할 수 있도록 한다. ‘건설분쟁심사원’의 역할도 조정 외에 알선이나 중재의 기능을 모두 수행하면서 분쟁당사자들이 분쟁사안에 맞는 절차를 선택하여 이용할 수 있도록 적극적인 상담과 정보제공도 함께 수행해야 할 것이다.

2) 상설화된 조직 구성

따라서 위원회의 구성원인 위원을 비상임으로 하는 등 비상설기구로 구성하되, 조직의 운영을 위한 상설화된 조직(예를 들어 ‘건설분쟁조정사무국’ 또는 ‘건설분쟁심사원’ 등)을 두어 실질적인 조정관련 업무를 담당하게 함으로써 계약당사자에게 분쟁조정과 관련한 실질적 서비스가 이루어져야 할 것이다.

3) 상설조직기구의 운영 내용

상설조직기구의 운영은, 계약이행과 관련한 계약당사자의 불만을 접수하면 위원회는 접수된 분쟁 사안을 해당 전문분야별로 기초 자료의 수집이나 제출 자료의 확인 및 분쟁의 사실조사나 현장방문 등의 업무를 수행한 후, 위원회가 구체적 타당성 있는 조정안을 분쟁당사자에게 제시할 수 있도록 한다.

또한 분쟁사안의 특성 및 내용에 따른 상담, 조정절차이용에 관한 정보제공, 다른 분쟁해결절차로의 안내 등 실무적 지원을 통하여 실질적인 분쟁해결의 효과도 기대할 수 있을 것이다. 그 외에도 분쟁예방을 위한 계약서 작성안내와 분쟁조정에 있어서 합의요령제공, 외국조정기관 및 외국조정관련 법규의 정보제공, 정부계약관련 실무 및 제도이용 상담, 분쟁해결을 위한 다른 절차와

의 연계 및 안내 등의 업무도 함께 수행하도록 한다.

4) ‘건설분쟁심사원’의 구성 및 자격요건

심사원의 활성화는 조정과정 및 결과에 대한 분쟁당사자의 신뢰감과 적극적인 이용을 바탕으로 이루어질 수 있으므로 이를 위한 심사원의 중립성과 독립성, 공정성 등이 강화될 수 있는 조직의 구성이 필요할 것이다.

위원의 구성은 현행 국가계약법령에 규정된 조직을 근간으로 하되 분쟁해결을 위한 전문성 확보 차원에서 정부조달계약에 관한 업무를 담당하고 있는 일부 공무원을 간사로 두고 건설분야의 오랜 경험과 학식이 있는 자 및 건설분쟁 해결 관련 경험 있는 기술자 및 변호사를 중심으로 구성하는 것이 좋겠다. 단 위원장직은 분쟁심사원을 대표하며 조정절차의 공정성과 조정기구의 중립성에 대한 상징적 의미가 크고, 대외적인 신뢰획득과 관련한 역할의 비중도 상당하다고 할 수 있으므로 조정제도의 활성화와 실질적 영향을 줄 수 있는 자라야 할 것이다.

5) 상설조직기구의 구성위원

현재 국가계약법령상 분쟁조정 대상은 입·낙찰에 치중되어 있어 분쟁조정위원의 자격도 법학·재정학·무역학·회계학분야의 교수나 변호사, 회계 및 조달계약업무 경험자 등 제한적으로 규정되어 있으나, 정부조달계약 가운데 차지하는 공사계약의 비중을 감안할 때 ‘대한상사중재원’처럼 중재위원이 건설분쟁 해결 전문가로 구성된 경우나 일본의 ‘건설공사분쟁심사회’의 위원(또는 특별위원)과 같이 건설공사계약과 관련한 전문가를 참여시킬 수 있도록 위원의 자격요건을 개편할 필요가 있다.

예를 들어 변호사 외 공학을 전공한 대학교수 또는 건설분쟁해결과 관련하여 건설공사·건설업 등에 대한 학식과 경험이 풍부한 자(건설기술사, 건설분쟁해결 계약전문가 등)를 포함시키도록 해야 할 것이다.

4.3.4 중재제도의 개선

1) ‘법적대응’에 대한 인식전환의 필요

공사현장에서 시공 중 계약당사자 간에 발생하는 갈등과 클레임이 협의에 의해 해결되지 않을 경우 현행 법적·제도적 해결방법인 중재나 소송으로 분쟁을 해결하게 된다. 이 경우 계약의 일방당사자는 계약상대자의 ‘법적대응’이 관계단절과 적대관계라는 부정적인 인식을 하기 쉽다. 이는 건설현장에서 분쟁을 해결할 때 관행적인 해결방법에 젖어왔기 때문에 합법적인 방법에 의한 분쟁해결에 대한 인식이 부족하기 때문이다. 그러나 건설현장에서 공사수행 중에 분쟁은 발생할 수밖에 없고 협상에 의한 타결이나 조정에 의한 성립이 이루어지지 않을 경우, 계약당사자간에 합법적이고 합리적인 대안으로 제도와 법적인 절차에 의해 해결할 수밖에 없다는 사실에 대해 긍정적이고 수용적인 자세가 필요하다.

2) 중재에 의한 해결방안 활성화

현행 법규상의 건설분쟁조정제도는 조정 업무가 활성화되지 못하고 실효성에서도 문제가 있으므로 분쟁이 발생한 경우 조정제도 대신에 중재나 소송으로 분쟁을 해결하려고 하는 실정이다.

건설분쟁이 발생하였을 때 건설분쟁조정위원회 제도가 개선되고 정착되어 활성화되기까지는 소송보다는 아직까지 ‘대한상사중재원’에 중재를 신청하여 중재에 의한 건설분쟁해결이 일반적으로 접근하기에 가장 용이한 제도로 인식되고 있다. 따라서 현재 건설분쟁해결수단으로 활용되고 있는 중재제도를 효과적으로 활용할 필요가 있다.

3) 판결 기간과 비용 단축

그러나 아직까지 분쟁당사자가 중재제도를 이용하게 될 때에 조정제도보다는 중재에 의한 재결 판정이 구속력이 있지만, 중재신청도 소송 때처럼 신청 대리인인 변호사를 선임해야 하고, 상당한 중재 소요비용 및 중재신청 시 준비해야 할 분쟁관련서류 등 많은 시간과 비용이 만만치 않다. 중재신청부터 심리과정을 거쳐 중재판정까지 소요되는 시간과 비용은 사건의 경중에 따라 다르겠지만 소송에 준하는 시간과 노력이 요구될 경우도 있다. 그러므로 중재

제도를 더욱 활성화하기 위해서는 건설분쟁의 전문성과 기능을 확대 세분화하여 중재 소요비용을 축소시키고 중재판정 시간을 단축시키는데 개선목표를 세워야 할 것으로 본다.

4) 중재인 선정 문제

심리과정은 상당한 건설분야의 속성과 전문성이 요구되므로 건설전문분야의 중재인 구성은 기술자격과 건설현장의 실무경력이 있는 분쟁해결전문가를 선정하고 법조계 중재인도 건설현장의 특수성을 충분히 이해하는 자가 선임되어야 할 것이다.

실제 중재나 소송으로 가면 변호사를 선임하고 수임한 법무법인의 변호사는 대부분 건설전문가가 아닌 법조인으로 구성되므로, 전문성이 부족하여 전문기술자나 감정인의 의견을 참조하여 판단을 내리게 되므로 판정에 대한 신뢰나 만족도에 문제가 많다. 오히려 건설현장의 경험이 많은 건설분야의 분쟁해결전문가가 현장상황을 잘 알기 때문에 분쟁당사자를 설득하기도 쉽고 시비를 가리기 쉽다. 그러므로 중재인 선정 시 될 수 있는 대로 건설현장 참여 유명험자 중심으로 법조인, 기술자, 계약관계 전문가를 위촉하여 기술적인 판단과 법률적인 판단으로 합리적이고 공정한 결정을 내려야 한다.

5) 법률적인 판단과 해석

정부계약 중재조항은 중재합의의 범위해석에 있어서 많은 혼선을 던져주고 있으므로 중재합의와 관련한 중재조항은 보다 명확하며 예측가능성이 있는 방향으로 수정되어야 할 것이다. 따라서 최근 중재판정에서 논란이 되고 있는 중재합의 부존재 및 중재대상 범위 등에 대한 해석문제에 대해, 정부건설공사 계약내용 중 중재조항에 관한 문언적 제한에도 불구하고 축소적 해석을 배제하고 확대적 해석에 의한 입장이 중재절차에서 수용되어야 할 것이다. 정부는 이 중재조항에 의한 중재신청의 경우에도 중재합의 부존재 내지 중재대상 범위에 포함되지 않는다는 이유로 본안전 항변을 제기하고 있는 실정이다. 이에 대해 계약이행과정에서 발생한 건설분쟁은 중재대상 범위에 포함시켜 중재대상여부의 논란을 배제해야 할 것이다.

중재에 대한 시각에 있어서도 헌법상에 보장된 재판청구권 내지 소권포기와 같이 설명함으로써 소송에 대립되는 절차로 파악하지 말고 법원의 고유권한인 소송절차의 보조적 절차로 파악하는 시각이 절실하다.

중재판정 후에도 소송으로 가서 결국 계약상대자인 시공사(신청인)는 향후 발주처와의 관계유지를 위해 신청을 취소하는 경우가 허다하다. 따라서 중재판정이 났을 경우에 억울하여 불복하고 소송으로 갈 수 있는 법적인 권리는 있지만 중재판정이 전문가들의 공정한 판단에 의해 판결되었다는 사실을 비중 있게 다루어야 할 것이다.¹⁹²⁾

6) 건설분쟁의 중재판정기준¹⁹³⁾

건설공사의 복잡성·전문성으로 인하여 건설분쟁 역시 여타의 상사분쟁에 비하여 그에 고유한 특성이 있다. 여기에서는 건설분쟁의 일반적인 판정기준을 논의하고자 함이 아니라 건설분쟁의 특수성을 고려한 고유한 판정기준을 논의해 볼 필요가 있다.

우리나라의 건설분쟁과 관련한 여건을 보면 안타깝게도 현재까지 건설분쟁에 대한 깊이 있는 연구가 이루어지지 못하였고, 그로 인하여 건설분쟁에 있어서 일반상사 분쟁 내지 사법적(司法的)인 판정기준을 원용함으로써 건설분쟁의 특수성이 간과되고 있다는 것이다. 이는 결국 건설분쟁의 판정에 대한 신뢰성을 실추시키는 요인으로 작용하여 왔을 뿐만 아니라, 나아가 우리나라 건설산업의 발전에 상당한 저해 요인으로까지 작용하였다고 보는 견해도 있다.

이와 같은 상황을 고려해 볼 때 향후 건설분쟁과 관련한 합리적인 중재판정을 위하여 부득이 외국의 판정기준을 중심으로 한 건설분쟁의 판정에 대한 원칙을 간략하게 소개한다.

(1) 스피어린 원칙(주)

1915년 미국의 스피어린(Spearin Const. Co.)이란 작은 건설업체가 브루크린

192) 김연호, '정부건설공사계약 중재조항의 해석 문제', 중재, 대한상사중재원, 2001.(302호), p. 25.

193) 박준기, '건설분쟁과 중재', 중재, 대한상사중재원, 2000.(297호), pp. 48~50.

해군기지의 드라이독 건설공사를 미국 정부로부터 수주하여 공사 수행도중 제방 범람으로 인해 공사현장이 침수되는 사고가 발생하였다.

시공자는 이 제방의 범람으로 인해 공사현장의 침수피해에 대한 책임은 미국정부에 있다고 주장하였고, 미국 정부는 일반적으로 시공자는 현장조사에 대한 책임이 있으므로 제방의 범람에 대한 사전대책이 소홀히 하여 발생한 홍수피해는 시공자 책임이라고 주장하는 가운데 미국연방법원은 아래와 같은 유명한 판례를 남겼다.

【US vs Spearin 사건】

“시공자에게 도급인이 작성한 도면과 시방서에 따라 시공할 의무가 있다면, 시공자는 도면과 시방서의 결함으로 인한 결과에 대하여 책임이 없다.”¹⁹⁴⁾

이 판례에 의하여 정립된 원칙이 스피어린 원칙(Spearin Doctrine)이며 오늘날까지 미국뿐만 아니라 세계의 모든 국가가 이 원칙을 적용하고 있다. 한마디로 스피어린 원칙이라 함은 설계·시공 분리계약에서 수급인이 시공자는 설계 및 그 결함에 대해 책임이 없다는 원칙이다.

(2) 앤티라이스의 원칙(주)

1942년 미국최고법원은 다소 후진적인 판례를 남겼다. 미국정부는 라이스(Rice Const. Co.)와의 도급계약 체결 후 설계사항을 보완하기 위하여 상당기간 공사의 착수를 지체하게 된다. 라이스사는 이에 대하여 당초설계가 변경됨으로 인하여 발생한 추가 공사비 및 공사의 완공이 지체됨으로 인한 추가간접비를 도급인인 미국정부에 청구하였다. 미국정부는 이 사건의 판결에서 설계변경된 부분의 공사(Changed Work)에는 적정비용의 보전을 허가하였으나, 변경되지 아니한 부분의 공사(Unchanged or Remaining Work)가 지체됨으로 인한 추가 간접공사비(연장비용)의 보전은 기각하였다.

이 원칙이 소위 라이스원칙인데 시공자뿐만 아니라 정부공무원들로 부터도 합리성이 결여되었다는 비판이 있었다. 그 후 1967년 미국정부는 공공공사표준계약조건의 개정 시 이러한 라이스원칙을 배제하고 소위 앤티라이스원칙(Anti-Rice Doctrine)을 채택하여 정부의 책임있는 사유로 설계를 변경한 경

194) “If the contractor is bound to build according to plans and specifications prepared by the owner, the contractor will not be responsible for the consequences of defects in the plans and specifications.”

우에는 변경된 추가공사비와 함께 그로 인하여 계약기간이 연장된 때에는 연장기간 중 추가간접비, 즉 연장비용도 정부가 부담한다는 것이다. 우리나라도 역시 앤티라이스원칙(Anti-Rice Doctrine)을 채택하고 있다.

4.3.5 소송단계의 대응 및 보완

1) 건설분쟁 방지(대응)의 3원칙¹⁹⁵⁾

건설공사 현장에서 분쟁이 발생할 때 절차상의 원인과 유형을 몇 가지로 정리해 보면, 각 사건마다 유사한 실수가 반복되고 있는데 이는 시공사가 건설클레임에 대하여 너무 무감각하고 사전 준비가 소홀한 데 있다고 본다. 각종 사건의 예에서 나타난 과실과 문제점을 종합해 보면 건설분쟁 방지는 물론 법적 소송에 대비할 수 있는 필요한 원칙을 세워볼 수 있다.

(1) 약정의 명확성 원칙

계약당사자는 공사계약내용과 변경시공 내역, 설계변경 등 중간 합의의 내용을 명확히 하여야 한다. 공사 수행 당시에는 담당자끼리의 인간적 협조관계의 돈독함을 내세워 구두상으로 합의하고 상당한 부분을 서면화하지 않는 경우가 많은데 서면화하지 않은 부분은 분쟁이 발생할 때 입증할 만한 증거가 없게 된다. 그러므로 항상 당사자 간의 합의를 명확하게 하고 서면화하여야 한다. 사소한 서면합의가 장래의 엄청난 분쟁을 좌우하는 경우가 매우 흔하다.

(2) 자료와 증빙의 객관화 원칙

심리 과정에서 입증자료를 제시할 때 아무리 명백한 증거일지라도 객관성을 갖지 못하면 휴지조각에 불과하다. 공사일보나 물량산출서나 정산내역서 등을 직접 상세히 작성하였다고 하여도 상대방이 이를 인정하지 않으면 이런 것은 일방적인 작성 서류에 해당하는 증빙으로 사용하기가 어렵다. 그러나 일단 상대방이 서면에 날인하거나 사인을 하면 객관성을 갖게 되어 훌륭한 증거가 된

195) 강영호, '건설분쟁의 실태와 예방방법', 건설분쟁의 예방 및 해결을 위한 건설클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009, pp. 405-406.

다. 당시 상황을 그대로 촬영한 사진이나 비디오 또는 독립성이 인정된 제3자의 검사 때 객관성이 있는지 여부에 대해서는 면밀히 검토할 필요가 있다.

(3) 기준의 합리화 원칙

아무리 계약내용을 명확히 정리하고 객관적 증빙을 확보하여도 건설공사의 특성상 완벽하게 분쟁을 다 해결할 수는 없다. 이 경우에는 결국 불분명한 부분에 대하여 합리적 기준을 세워 판단할 수밖에 없는데, 그 기준은 당사자 간의 계약이나 합의에서 도출하여야 한다. 예컨대 계약상대자가 수행한 추가공사에 대한 설계변경 반영 여부가 불분명할 경우에 추가공사의 인정 여부는 당사자 간의 계약조건(공사계약일반조건·계약특수조건)이나 설계서(공사시방서·설계도면·현장설명서·공종별 목적물 물량내역서) 등을 기준으로 삼고, 그 공사금액 산정도 공사계약일반조건에 설계변경 기준에 따라야 한다. 그러므로 불분명·불확실·불가측적인 상황 발생에 대비하여 이런 점에 대한 합리적인 기준자료를 준비하여야 한다.

2) 소송 절차(심리) 보완

(1) 법적 해결의 한계 극복

모든 공사는 도급인과 수급인 사이의 협력관계가 전제되어야 하므로 분쟁의 원인이 양자 사이에 복합적으로 연결되어 있다는 점에서 현장의 특수성과 전문성을 배제할 수 없다. 특히 이런 특수분야에 관하여 사건을 집중 심리함으로써 전문성을 높이고 효율성을 도모하기 위해서는 법률적인 논리와 해석으로서는 한계가 있으므로 해당 사건과 관련한 건설분쟁과 관련한 분야별 전문가¹⁹⁶⁾의 지원이 절대적으로 필요할 것이므로 ‘법원 건설분쟁해결 자문기구’와 같은 성질의 제도적 방법을 도입할 것을 권고한다.

(2) 기술적인 한계 극복

건설공사의 공정은 복잡하고 다양하므로 아무리 작은 공사라도 여러 단계의

196) 관련분야의 대학교수, 건설현장의 책임자로 경험이 있는 건설회사의 현장소장, 감리회사의 책임감리원(수석감리사), 변호사, 클레임엔지니어, 연구기관의 책임연구원, 기술사 등이 될 수 있다.

공정을 거쳐야 하는데 각 공정마다 이해관계에 따라 여러 가지 문제가 발생하게 되고, 공정의 지체나 부실에 관하여 그 책임 소재를 가리기가 매우 어렵다. 특별한 증거가 없어서 나타난 자료에 의하여 추정할 수밖에 없고 공사계약상 해석의 충돌까지 생기면 상황판단이 더욱 복잡해진다.

이런 기술적인 한계를 극복하여 문제를 심도있게 심리하기 위해서는 해당공사의 공사관계자와 공사현장의 분쟁과 관련하여 직접 협상을 조정하거나 알선한 분쟁해결전문가의 기술적인 의견을 수렴하거나 기술전문가의 감정을 통하여 판단에 참조해야 할 것이다.

(3) 감정제도의 문제

건설분쟁 발생 시 분쟁당사자인 도급인과 수급인 모두 뚜렷한 객관적 증거 없이 주관적 판단을 내세우는 경향이 강하다. 당사자가 작성한 입증서류를 근거를 바탕으로 자기의 입장을 주장하게 된다. 따라서 재판부는 양 당사자의 준비서면과 입증자료를 근거로 하되 객관적이고 공정한 판단을 위하여 기술전문 분야의 전문가에게 감정을 의뢰하게 된다. 감정서의 의견이 재판에 미치는 영향이 크므로 감정보고서를 작성함에 있어서 감정을 의뢰하는 자가 분쟁 일방당사자일 경우, 감정인의 의중이 감정을 의뢰한 일방 계약당사자의 입장에만 편중되기 쉬운 우를 범하기 쉽다. 그렇게 되면 감정 한가지 만 갖고서도 감정채택 결정·감정시행·감정 후 보완조치 등을 통한 공방이 1년 이상 걸릴 때가 많다.

그러므로 감정의 중립성과 신뢰를 위해서는 분쟁당사자의 의견을 충분히 수렴하되 분쟁당사자의 감정보고서에만 의존하지 말고, 재판부의 주관으로 복수 감정인 제도를 도입하여 엄중하고 객관적인 감정보고서에 의해 판단해야 할 것이다.

(4) 증거 신뢰성 확보

건설공사 분쟁의 경우 양당사자 간의 쟁점 사안에 대한 증거가 부족하거나 증거의 수집 경위·관련 부위 등이 불분명한 경우가 많아서 증거가치의 신뢰성에 문제가 있다. 뿐만 아니라 건설공사관계 분쟁당사자들은 정작 분쟁단계

에서의 입증서류 관리 능력도 부족한 경우가 많다.

그러므로 분쟁 발생을 예방하거나 대응할 경우에 공사현장에서는 법적 대응이 취약한 건설분쟁 당사자들은 증거 및 신뢰성 확보를 위해서는 건설분쟁해결 전문가에 의뢰하여 증거 및 신뢰성을 확보하는 방법도 필요할 것이다.

4.4 대체분쟁해결방법의 도입 및 분쟁해결전문가 양성

1) 대체분쟁해결방법(ADR)의 도입

국내의 건설공사의 분쟁발생시 협의에 의한 해결이 당사자 간에 만족할 만한 결과를 도출해 내지 못하고 있는 실정이며, 조정은 분쟁이 발생한 이후에 제3자가 개입하여 해결하고자 하는 것으로 정확한 사유와 진행과정을 충분히 이해하고 처리하기 어렵다는 문제점이 있다. 따라서 조정제도가 실효성을 거두기 위해서는 앞서 설명한 제도적 보완뿐만 아니라 전문가 집단에 의한 사전에 지속적인 현장 방문과 자문을 통한 해결방법이 필요하다.

이와 관련하여 미국 내에서는 잦은 소송과 이로 인한 고비용 그리고 중재과정의 복잡성에 염증을 느끼게 된 상당수의 건설산업계의 지도자들이 건설분쟁 해결과정에서 발생하던 종래의 지연시간 및 고비용을 해결하기 위해 ADR을 제정하게 되었다. 즉, 이해 당사자가 해결과정에 직접 참여하여 합의를 유도해 내는 ‘대체분쟁해결방법(ADR)’의 하나로서 DRB의 구성을 적극 권장하고 있다. 이 위원회는 조정에 의한 방법과는 달리 공사 착수 전에 구성되며, 주기적으로 현장에서 회합을 갖고 현장 수준에서 분쟁의 해결방안을 모색한다. DRB의 운영비용은 공사비의 약 0.1-0.3% 정도로서 소송비용과 비교하면 상당히 낮은 수준이다. DRB의 구성만으로도 분쟁발생을 감소시키고 있다는 주장이 제기되기도 한다.¹⁹⁷⁾

우리나라의 경우 최근 대형공사 발주방법인 턴키공사나 공동도급공사 혹은 복잡한 시스템으로 구성된 공사 등과 같이 분쟁이 충분히 예상되는 프로젝트가 많으므로, 미국의 DRB와 같은 제도를 참조하여 사후의 분쟁 조정이 아닌 사전에 현장 수준에서의 분쟁조정을 위해 사전분쟁조정 수단으로 전문가 집단

197) 백준홍, ‘건설계약관리와 클레임 해결’, 연세대학교출판부, 2001.2, p. 329.

으로 구성된 DRB의 운영을 적극 검토해 볼 가치가 있다.

2) 분쟁해결전문가 양성 및 교육

분쟁해결을 제도적으로 활성화하기 위해서는 제도적인 보완과 함께 건설공사 계약전문가·클레임전문가 등 소위 분쟁해결전문가를 양성하고 확보하여 적극 활용해야 할 것이다.

현재까지 국내에서는 건설분쟁 및 클레임에 대해 부정적인 인식으로 인하여 합법적으로 분쟁해결이 이루어지지 못한 결과 분쟁해결을 위한 전문가의 필요성에 대한 인식이 없었다. 그러나 투명하고 공정한 공사수행을 위해 합법적이고 합리적인 분쟁해결방법이 건설현장에서 정착하게 되면, 현장 협의·조정 활성화를 위한 클레임엔지니어 또는 분쟁해결전문가가 필요하고 이를 적극적으로 양성해야 할 것이다. 합리적이고 이성적인 사고를 가진 영국이나 유럽의 경우 분쟁해결 시에 기술적 판단을 명확하게 내려주는 Contract Specialist가 있어 계약당사자 쌍방의 손익배분을 합리적으로 타당성 있는 결론을 내린다.

CM(Construction Management) 영역의 한 분야인 QS(Quantity Surveyor)의 업역이 현재 두드러지게 나타나는 트렌드로 자리매김해 나가면서, 건설계약과 클레임 및 건설분쟁과 관련하여 건설분야의 전문지식과 법률적인 지식이 결합되어 요구되는 Contract Specialist인 Claim Engineer 또는 Claim Surveyor의 업무 영역도 지속적으로 변모 진화하고 있고 있다. 현재 QS의 자격인정은 영국의 왕립서베이어협회¹⁹⁸⁾을 통해 이루어지고 있다.¹⁹⁹⁾

그러므로 우리나라도 이제는 건설분쟁 해결에 대한 인식이 전근대적인 관행에서 합법적이고 합리적인 자세로 전환되어야 하고, 이를 위하여 먼저 법적·제도적 차원의 지원이 선행되어야 한다. 아울러 계약자 쌍방의 이익을 법적·기술적으로 해석하고 판단할 수 있는 분쟁해결 전문가를 양성하여 합법적인 분쟁해결제도의 이용을 활성화할 수 있도록 하여야 할 것이다.

198) Royal Institution of Chartered Surveyor(RICS)

199) 윤찬호, 'QS(Quantity Surveyor)와 건설계약 및 클레임', 건설관리'제10권 제1호, (사)한국건설관리학회, 2009.2, p. 50.

제5장 결 론

지금까지 건설공사현장에서 시공 중 계약당사자 사이에 발생하는 클레임 및 분쟁의 원인과 실태를 분쟁이전단계와 분쟁단계로 나누어 조사·분석하였다. 이에 시공 중 발생하는 건설분쟁을 효과적으로 해결하는 방안으로 갈등문제와 클레임이 분쟁으로 발전하기 전, 즉 분쟁이전단계에서 당사자 간의 협의에 의해 해결하는 것이 최선의 방법이라고 판단하였다. 당사자 간의 협상방법으로 과거 발주자 우위의 관행적인 자율협상에서 벗어나 협상과 클레임의 운영규정을 제도적으로 확립하여 합리적으로 해결하는 방안을 제시하였다. 결론적으로 시공 중 발생하는 건설분쟁을 효과적으로 해결하는 방안을 다음과 같이 요약 정리하고 이에 대한 기대효과와 향후과제를 제시하면서 종결하기로 한다.

5.1 분쟁의 사전예방을 위한 의식구조 개선

1) 분쟁에 대한 인식전환과 전향적인 협상자세의 요구

계약당사자는 건설분쟁의 합법적인 해결방법에 대한 인식전환과 분쟁해결을 위한 전향적인 협상자세가 우선되어야 한다. 대등한 계약관계와 합리적인 사고로 협상에 임해야 하고 형평성있는 공정한 협상이 될 수 있도록 계약상대자의 입장에 서서 상대방의 의견을 충분히 존중하고, 당사자 간의 협상에 의해 문제를 해결하고자 하는 노력과 인내하는 자세가 필요하다.

2) 공사관계자 사이에 협의를 충분히 할 것

건설현장의 공사수행과정에서 공사관계자 사이에 발생하는 의견대립과 갈등 문제에 대해 협의를 충분히 하여야 한다. 구조적으로 서로의 이해관계가 다르

므로 인내를 갖고 협의를 충분히 함으로써 불필요한 분쟁을 상당부분 방지할 수 있다.

3) 가능한 한 공사현장에서 적기에 분쟁해결

갈등문제와 클레임은 공사현장에서 공사관계 당사자 간에 문제해결 시기를 놓치지 않고 적시에 문제를 해결하여 분쟁의 가능성을 최소한으로 축소하고 사전에 분쟁을 예방할 수 있는 모든 방안을 강구한다.

4) 분쟁발생시 소송을 자제하고 재판외 분쟁해결제도의 우선적 검토

분쟁이 발생하였을 경우에 재판 외 다양한 분쟁해결제도들 가운데는 비구속적 성격을 가진 방법부터 우선적으로 이용하고 구속적 성격의 중재나 소송은 마지막 분쟁해결 수단으로 해야 할 것이다.

5.2 분쟁이전단계에서 효과적인 분쟁해결방안

1) 제도적 협상방법의 개선

공사수행과정에서 발생한 계약당사자간의 갈등 및 클레임을 협의에 의해 해결함에 있어서 '협의'과정이 과거 관행적인 단순 협의과정이 아니라, 구체적인 협상방안으로 단계별협상방안을 제시하였다. 또한 문제해결을 위한 전향적인 자세를 갖고 협상에 임할 수 있도록 당사자 '협상운영규정' 을 제정하여 제도적 협상이 정착되도록 한다.

2) 클레임제도 정착

클레임을 활성화하기 위하여, 계약조건 상에 있는 '협의'과정에 포함된 추상적인 개념이 아니라 클레임을 분쟁해결방법의 하나로 계약조건에 명시하여 계약당사자간의 책임과 의무 관계를 더욱 명확히 하도록 한다. 클레임제도 정착

을 위해 ‘클레임 운영규정’과 같은 상세한 운영절차를 제도적으로 마련하는 방안도 제시하였다. 그리하여 발주자의 입장에서 계약상대자의 정당한 클레임에 대해서는 부담을 갖거나 거부하지 말고 긍정적으로 검토하여 건전하고 투명한 건설환경을 조성하는 계기로 삼아야 할 것이다.

3) 현장에서 사전분쟁조정방안 시도

건설공사 현장에서 시공 중에 발생한 갈등문제와 클레임을 협의에 의해 해결하지 못했을 경우에 현행법은 중재나 소송으로 분쟁을 해결하도록 되어 있으나, 분쟁단계에서 분쟁을 해결하기 전에 분쟁이전단계에서 외부 전문가에 의한 제3자의 조정으로 클레임을 해결하는 방안을 제안하였다.

① ‘공사현장관계자협의회’는 직·간접 공사관계 당사자 간에 협의·조정을 통하여 클레임을 해결하는 방안이다.

② ‘시공조정위원회’는 외부 전문가가 갈등문제와 클레임 사안에 대해 건설현장 실정을 직접 조사하고 현장관계자들의 입장을 청취함으로써, 공사관계자와 합동으로 위원회를 구성하여 공정하고 정확한 판단에 의한 조정안을 제시하는 방안이다.

③ ‘건설공사분쟁심의회’는 계약당사자나 공사관계자가 아닌 제3자의 전문가들로 구성된 발주기관의 분쟁심의 자문기구로서 현장에서 공사운영의 기술적인 자문역할과 함께 당사자 간의 클레임 등 쟁점사안을 현장에서 조정하는 형식의 분쟁해결방안이다.

④ ‘사전분쟁조정위원회’는 FIDIC의 ‘분쟁조정위원회(DAB)’나 미국의 ‘분쟁심사위원회(DRB)’ 등과 유사한 구조와 운영방식으로 현장 내에서 운영되는데, 시공 중에 발생하는 갈등문제나 클레임을 조정하기 위하여 외부 전문가 3인으로 구성된 현장협의체이다. 이는 현장운영체계의 주요활동·세부항목·운영규정을 갖추고 공사초기부터 심사위원들이 지속적으로 현장실정을 파악하며 분쟁조정업무를 수행하는 현장조정 방식이다.

상기와 같이 분쟁이전단계에서 공사관계자 및 외부 전문가에 의해 협의·조정으로 갈등문제나 클레임을 해결하는 것이 분쟁단계에서 중재나 소송 등 법적 분쟁 해결방법보다 우호적인 관계유지와 전문성·신속성·경제성면에서 훨씬 나으며 비교적 공정하다.

5.3 분쟁단계에서 분쟁해결제도의 개선

1) 건설분쟁조정제도의 개선

현행 ‘건설분쟁조정위원회’의 효율성 문제를 고려해 볼 때 조정제도의 실효성 확보를 위한 제도적 개선방안으로 ‘건설분쟁조정위원회’의 재정(裁定) 또는 재결(裁決)기능을 부여하여 구속력이 있는 제도적 장치를 마련해야 한다. 조정제도의 조정을 거부하는 불성실한 자세는 제도적으로 차단할 필요가 있고, 조정결정에 대한 묵시적 동의 도입 등 조정결정의 법적 효력을 명확히 해야 할 것이다.

또한 조정위원회의 공정성이나 신뢰성 제고를 위하여 특정 정부부처 산하에 둘 것이 아니라 독립적 성격을 가진 민간주도의 기구로서 운영하는 방법을 고려해 볼 필요가 있다. 정부발주기관이나 입찰참가자 등 계약당사자로부터 완전히 독립된 성격의 기구로 설립하여 건설분쟁조정을 전담하도록 하는 방안은 기구의 독립성과 공정성 확보측면에서 권장할 만하다.

2) 중재제도의 개선과 활성화 방안

중재제도의 활성화를 위해서는 최근 중재판정에서 논란이 되고 있는 중재합의 부존재 및 중재대상 범위 등 해석문제에 대해 중재합의의 확대적 해석과 함께 중재판정 기준을 제대로 정립하여 중재절차에서 수용되도록 해야 할 것이다. 아울러 중재판정 후에도 계약당사자 일방이 불복하여 소송으로 갈 경우에 대비하여 중재판정이 전문가들의 공정한 판단에 의해 판결되었다는 사실을

비중있게 다루고 그 입증자료로 충분히 활용하여야 할 것이다.

5.4 기대효과 및 향후 과제

1) 사전 건설분쟁 예방으로 인한 기대효과

① 투명한 건설환경 조성 및 경제·사회적인 효과

중재나 소송 등 법적 분쟁 대신에 건설현장 내 분쟁이전단계에서 클레임을 합리적이고 합법적으로 해결함으로써 투명하고 공정한 거래가 조성되고, 공사현장의 불합리한 계약관행으로부터 탈피할 수 있어 선진화된 건설환경이 조성될 것으로 본다. 아울러 지난날 건설클레임이 당사자 간의 협의에 의해 해결되지 못하고 중재나 소송 등 분쟁으로 진행되어 경제·사회적 손실이 컸으나, 분쟁이전단계에서 갈등과 클레임을 당사자 협상제도에 의한 방법으로 해결하면 계약당사자 간의 관계단절 등 경제·사회적 비용과 손실을 예방하고 성숙한 건설분쟁해결환경이 정착될 것이다.

② 정당한 권리 주장 및 보상을 받는 건설환경 정착

건설현장에서 합법적인 분쟁해결 제도가 정착되면, 발주자가 원인을 제공하여 초과비용이나 이윤손실 등이 유발되었을 경우에 시공자가 그에 대한 정당한 보상을 요구할 수 있고, 반면 시공자의 귀책사유로 결과물의 결함·지연·이상 등의 원인으로 초래된 손해에 대해서는 시공자에게 이에 대한 정당한 보상을 청구할 수 있게 되어 계약당사자가 정당한 보상을 받는 환경이 정착될 것이다.

③ 건설부정·비리 및 부실공사의 예방

지난날 발주자우위의 행정편의와 불합리한 관행 등 비합리적인 공사운영으로 발생하는 여러 가지 문제점들이 근절될 것으로 기대한다. 합리적인 사고로 문제해결에 접근하고 투명하고 공정한 협상과 조정을 통하여 건전한 건설환경

풍토가 조성되면, 건설공사 부정·비리를 제거할 수 있는 청렴계약이행을 실현하게 되고 인위적인 부실공사도 예방하는 계기가 될 것으로 본다.

2) 향후 과제

① 클레임 해결을 위한 세부지침과 운영규정 마련

분쟁이전단계에서 갈등과 클레임 문제를 합리적으로 해결하기 위해서는 계약조건에 ‘분쟁관련 특별계약조건’을 명시하여 세부규정을 별도로 수립하여 구체적인 실행방안을 마련할 필요가 있다. 세부규정 내용으로 협상운영규정과 클레임운영규정을 제정하고 현장협의조정방안에 대한 운영·절차도 구체적으로 명시한다. 또한 클레임사안의 쟁점에 대한 해석과 판단을 위한 기본적인 지침과 규정도 마련되어야 한다. 이를 위하여 클레임 및 분쟁사례를 수집하여 분쟁당사자들이 중점적으로 제기하는 클레임과 분쟁의 원인들을 분석·정리하고, 조정결정이나 중재판정 또는 판례 등의 자료를 정리하여 분쟁사례·규정집이 마련되어야 할 것이다.

또한 클레임과 분쟁사안의 특성과 경중에 따라 어떤 분쟁해결방법이 최선의 방법인지에 대한 구체적인 판단기준을 만드는 것도 해결되어야 할 과제이다. 분쟁해결 방법과 절차가 하드웨어적인 측면이라면 상기의 분쟁의 원인과 해결을 위한 사례·규정과 판단기준은 소프트웨어적인 분야가 될 것이다. 나아가 사전 분쟁해결 방법을 건설현장에 어떤 시스템으로 적용할 것인지와 정착하는 과정에서 많은 시행착오가 있겠지만 정착단계에서의 문제점도 우리가 풀어나가야 할 과제이다.

② 분쟁해결 전문가 양성

분쟁해결의 전문가가 먼저 양성된 후에 제도가 마련되는 것이 아니라, 분쟁해결 방안이 제도적으로 정착이 되면 이를 위한 전문가가 필요하게 되고 이를 충족시키기 위해 전문가는 자연히 양성될 것이다. 그러므로 효과적인 분쟁해

결방안 연구를 통하여 여러가지 제안된 방안을 공사현장 또는 현행 분쟁해결 기구에 시험적으로 적용해 보면서 이에 필요한 해당 분야의 전문가를 양성해 나가야 한다.

해외건설사업에서는 CM(Construction Management) 영역의 한 분야인 QS(Quantity Surveyor)의 업역이 확고히 트렌드로 자리매김해 나가고 있는 상황에서, 우리나라도 건설부문의 계약과 클레임 및 분쟁과 관련하여 전문지식과 법률적인 지식이 결합되어 요구되는 Contract Specialist인 Claim Engineer 또는 Claim Surveyor를 적극 양성하여 국제 경쟁력을 키워나가야 할 것이다.



참 고 문 헌

■ 국내 저서 및 연구자료

1. 강영호, '건설분쟁의 실태와 예방방법', 건설클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009.
2. 고상진, '국가계약제도', 국가계약의 개념 및 관계법령, 건설클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009.
3. 김경래, '공정한 계약문화 정착을 위한 건설클레임 발전방안', 21세기 건설산업진흥 촉진을 위한 세미나, 대한건설협회·한국건설산업연구원, 2000.7.
4. 김연호, '정부건설공사계약 중재조항의 해석 문제', 중재(302호), 대한상사중재원, 2001.
5. 김동성, '건설공사의 분쟁예방 및 해결을 위한 현장협의체계 구성방법 연구', 서울시립대학교 박사학위 논문, 2009.
6. 길기관, '판례로 보는 건설분쟁의 쟁점과 해법'. 일빛, 2009.
7. 김진휘, '클레임 실무', 해외건설 계약·클레임 전문가 과정, 해외건설협회, 2009.4.
8. 남진권, '건설산업기본법의 이해', 건설클레임전문가과정, 대한상사중재원, 2009.
9. 남진권, '건설공사 클레임과 분쟁실무', 기문당, 2003.4.
10. 두성규, '현행 건설분쟁해결제도의 문제점과 개선방안', 한국건설산업연구원, 2000.12.
11. 두성규, '건설중재의 현황과 활성화 방안', 한국건설산업연구원, 2001.7.
12. 두성규, '건설분쟁조정위원회 활성화 방안', 한국건설산업연구원, 2002.10.
13. 두성규, '중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망', 한국건설산업연구원, 2003.12.
14. 두성규, '건설분쟁해결제도의 합리적 개선', 한국건설산업연구원, 건설경제(통권40호), 2004.

15. 목영준, '상사중재법론', 박영사, 2001.
16. 박준기, '건설클레임론', 대한건설협회 · 일간건설사, 1999.7.
17. 박준기, '건설분쟁과 중재', 중재(297호), 대한상사중재원, 2000.
18. 박준기, '건설클레임론 I', 건설경제, 2009.5.
19. 백준홍, '건설계약관리와 클레임 해결', 연세대학교출판부, 2001.2.
20. 서용칠, '현장에서 바라본 분쟁 최소화 방안', 건설관리(제10권 제2호), (사)한국건설관리학회, 2009.4.
21. 안법영, '건설분쟁을 해결하기 위한 합리적이고 신속한 해결방안', 건설중재정책세미나 및 학술발표, 대한상사중재원, 2007.
22. 안성조, '건설분쟁의 예방과 해결방안', 경기법학논총, 경기대학교법학연구실, 2000.
23. 옥중호, 'How to Successfully Manage a Conflict in an Organization to Prevent a Claim : A Construction Conflict Case Study', 대한건축학회논문집 구조계 15권3호, 1999.3.
24. 윤재윤, '건설분쟁관계법', 박영사, 2006.9.
25. 윤찬호, 'QS(Quantities Surveyor)와 건설계약 및 클레임', 건설관리(제49호), 2009.6.
26. 이영환, 최석인, '공공 건설현장 기성처리, 무엇이 문제인가', 건설경제 · 한국건설산업연구원, 건설경제(13456호), 2009.7.10.
27. 이종수, 'New FIDIC 제정의 이해와 시사점(해외건설시장 진출시의 유의사항)', 한국건설산업연구원, 2003.4.
28. 조영준, '공공건설사업에서의 사전분쟁해결(ADR)방법 도입방안', 한국콘텐츠학회 춘계종합학술대회 논문집(Vol.4 No.1), 2006.
29. 조영준 외, '해외건설사업의 클레임사례분석을 통한 클레임 대응방안', 건설교통부, 2006.
30. 조영준 외, '건설시장개방에 대비한 분쟁 및 클레임 방지대책에 관한 연구', 한국건설기술연구원(건기연94-CM-111), 1994.12.
31. 채완병, '우리나라의 건설중재현황과 활성화 방안', 건설중재정책세미나 및 학술발표, 대한상사중재원, 2007.

32. 최명국, '건축도급계약에서 물건의 하자의 개념', 중앙법학(제8집 제3호), 2006.
33. 최명국, 'FIDIC 표준계약조건상의 해결분쟁에 관한 연구', 무역상무학회지 (제27권), 2005.8.
34. 황문환, '클레임과 분쟁처리방안', 건설사업관리 전문교육과정, 2000.6.

기타 자료

1. '공정거래위원회 최근 6년간 조정실적', 공정거래위원회 정책자료, 2009.10.26.
2. '중앙건설분쟁조정위원회 '08년~'09년 현재 주요 활동 실적', 국토해양부 자료, 2009.06.30.
3. '사법연감', 민사본안전사건종류별 건수비교. 2009년(08.1.1-08.12.31).
4. 건설교통부(현 국토해양부) 내부 통계자료, 2001.
5. '조정실무', 법원행정처, 2000.
6. '민간백서', 대한건설협회, 1999, 2001.
7. '건설공사 판례·중재 사례집', 대한건설협회·일간건설신문, 2004.
8. 대한건설협회의 내부자료 및 심규범 외, 2007.
9. '건설분야 중재 접수건 현황', 대한상사중재원, 2001.
10. '멈추지 않는 아파트 하자기획소송', 건설경제(제13412호), 2009.5.11.
11. '건설산업 경쟁력 실태와 개선과제', 대한상공회의소 보도자료, 2009.10.
12. '건설관리 및 경영(제1편)', 한국건설산업연구원·보성각, 1997.1.
13. '낙동강살리기 낙찰자료', 건설경제(13604호), 2010.4.7.

건설공사 분쟁관련 법규

1. 국가를 당사자로하는 계약에 관한 법률[개정 2008. 2. 29 법률 제8852호].

2. 국가를 당사자로하는 계약에 관한 법 시행령[개정 2009. 11. 20 대통령령 제21834호].
3. 국가를 당사자로하는 계약에 관한 법 시행규칙[개정 2009. 8. 31 기획재정부령 제95호].
4. 특정조달을 위한 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률시행령 특례규정 [개정 2008. 8. 29 대통령령 제20720호].
5. 특정조달을 위한 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률시행 특례규칙[개정 2003. 8. 30 재정경제원령 제327호].
6. 지방자치단체를 당사자로하는 계약에 관한 법률[개정 2009. 5. 21 법률 제 9685호].
7. 지방자치단체를 당사자로하는 계약에 관한 법 시행령(발췌)[개정 2009. 11. 20 대통령령 제21834호].
8. 지방자치단체를 당사자로하는 계약에 관한 법 시행규칙[개정 2009. 8. 7 행정안전부령 제95호].
9. 기획재정부 회계예규·고시·통첩.
10. 공사계약일반조건[회계예규 2200.04-104-20, 2009. 7. 3].
11. 국제계약분쟁조정위원회에 대한 조정청구절차[회계예규 2200.04-154-1, 2003. 12. 26].
12. 건설기술관리법[개정 2009. 12. 29 법률 제9848호].
13. 건설기술관리법시행령[개정 2009. 12. 24. 대통령령 제21904호].
14. 건설기술관리법시행규칙[개정 2009.12. 28. 국토해양부령 제197호].
15. 건설산업기본법[시행 2010.6.30][법률 제9875호, 2009.12.29, 일부개정].
16. 건설산업기본법시행령[개정 2009. 10. 1. 대통령령 제21765호].
17. 건설산업기본법시행규칙[개정 2008. 12. 31. 국토해양부령 제89호].
18. 건설공사감독자업무지침(국토해양부훈령 제2009-209호, 2009. 5. 1).
19. 사업관리 업무지침(국토해양부 고시 제2009-825호, 2009년 8월 25일).
20. 감리업무수행지침서(개정 ‘시공감리현장참여자업무지침서’)[개정 2009. 10. 6. 국토해양부고시 제2009-966호].
21. 검측감리업무수행지침서[개정 2009. 10. 6. 국토해양부고시 제2009-967호].

22. 중재법[(타)일부개정 2002.1.26 법률 제6626호].
23. 하도급거래공정화에 관한 법률[개정 2009. 4. 1. 법률9616호].
24. 하도급거래공정화에 관한 법률 시행령[개정 2009. 5. 13. 대통령령 제21491호].
25. 하도급거래공정화지침[제정 1999.12.15, 8차 개정 2009. 8.12].
26. 조달청 시설공사 집행기준(2009. 12. 22).
27. 공사입찰특별유의서(발체)(조달청 시설총괄과-4462, 2009. 4.10).
28. 공사계약특수조건(조달청 시설총괄과-3130, 2008.7.1).
29. 서울특별시 공사계약특수조건 2002.01.25 서울특별시예규 제690호(제정) 2009.06.04 서울특별시예규 제706호(개정).

■ 해외문헌

1. 'Glossary of Construction Industry Terms', AIA(American Institute of Architects), 2000.
2. 'Arbitration Rules', UNCITRAL(UN Commission on International Trade Law), 2000.
3. 'Rules of Conciliation and arbitration of the ICC', ICC(International Chamber of Commerce), 2000.
4. FIDIC : Conditions of Contract for Construction(The Red Book), Conditions of Contract for EPC, Turnkey Projects(The Silver Book), The FIDIC Contracts Guide Conditions of Contract for EPC, Turnkey Projects, 1999.
5. FIDIC General Conditions of Contract for Works Civil Engineering Construction, 1991.
6. Groton, James P. 'Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry', Dispute Resolution Journal, Vol. 52 No.3 Summer, 1997.
7. James P. Gorton. 'The Progressive or Stepped Approach to ADR :

Designing Systems to Prevent, Control and Resolve Disputes', construction dispute resolution formwork, 1997.

8. Jandt, Fred Edmund and Gillette, 'Paul Win-Win Negotiation', John Wiley & Sons, New York, 1985.

9. Moore, Christopher W. The Mediation Process, 'Practical Strategies for Resolving Conflict', Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1996.

10. Shadbolt, A., 'Resolution of Construction Disputes by dispute Review Boards', International Construction Law Review, 16(1), 1999.

11. Wade, C., 'The Silver Book : The Reality', International construction Law Review, 18(3), 2001.

12. Walton, A., 'Russell on the Law of Arbitration', Stevens Ltd., 1970.

13. 伊藤 直, 日本 建設省 建設經濟局 建設業課 紛爭調停官, '建設工事紛爭審査會の 審理の 特色에 대하여', 自由와 正義(44卷6號), 日本 辯護士聯合會, 1993.



Effective Resolutions for Construction Disputes in Execution Phase

Interdisciplinary Program of Construction Engineering and
Management Graduate School

Lee, Hong Chae

Directed by Professor Choi, Myung Gu

Abstract

During contract execution of public works ordered by government in this country, so far several construction dispute resolution methods have been introduced. But most studies were contents for legal and institutional disputes resolution methods for construction disputes have occurred between contracting parties. An actual resolution countermeasure for conflicts & claims occurring in Execution Phase have not been founded before proceeding to legal and institutional disputes. Recently, studies for ADR(Alternative Disputes Resolution Method) are being researched, but this method too as mediation method by a third party, has not been adequately applied to construction sites yet.

In this study, I thought that most effective & desirable dispute resolution devices is negotiation between contracting parties from the beginning stage of disputes(conflicts & claims) in sites prior to proceeding to settle by legal and institutional dispute resolution methods such as Arbitration or Litigation in disputes stages.

Now in this study 'construction dispute resolution devices in site' shall be considered to divide whole process of disputes occurring during construction to two phases. The first phase is resolution method 'Before Dispute Stages', that is, conflicts and claims occurring due to disagreement and conflict between contracting parties in construction site. Another thing

is resolution method in 'Disputes Stages', that is, settling by legal and institutional dispute resolution methods. This conflicts & claims resolution devices 'Before Dispute Stages' is different from existing hackneyed legal and institutional dispute resolution methods.

In particular it has a focus on conflicts & claims resolution devices systems(Negotiation Procedure and Claim Procedure) and ADR(Alternative Dispute Resolution Method) based on analyzing the structural problems of conflicts and construction management problems occurring between contracting parties during construction.

Actual & effective countermeasures for conflicts & claims occurring in Execution Phase is as follows:

First, it shall be basic principle that the conflicts & claims occurring in Execution Phase should be resolved between two parties in construction sites as possible as. And two parties have to do best to resolve conflicts & claims between two parties without third parties' conciliation in construction sites with active attitude and to negotiate fully with endurance.

Second, I thought that the conflicts and claims resolution before disputes stages would be effective at a point of view for construction dispute prevention and resolution methods. So I studied institutional negotiation & claim resolution systems as actual effective resolution methods between two parties in construction sites. When it would be failed to resolve the conflicts & claims by the negotiation & claim resolution systems in site, as the next systems for construction dispute prevention, contracting parties participating negotiation with mediation function by third party shall be presented.

Third, when disputes have been occurred between construction participants, it shall be proposed rational and effective institutional advanced methods reflecting actual circumstances of the construction site

by analyzing existing legal and institutional dispute resolution methods' problems.

Through this study, resolving 'beginning disputes(conflicts & claims)' at a point of view for construction dispute prevention shall be more effective than construction disputes resolution methods through legal and institutional basis in situation to have been proceeded up to dispute. And it shall be expected to be aided for disputes resolution as fundamental countermeasure.

Key words : conflicts, claims, before disputes stages, disputes stages, negotiation procedure, claim procedure, ADR(Alternative Dispute Resolution Method).



감사의 글

건설분쟁문제에 관심을 갖기 시작한지 15년의 긴 세월을 지나오면서 비전을 접지 않고 지속적으로 공부할 수 있도록 열정을 주시고 여건과 건강을 허락하신 하나님께 본 논문의 완성을 통하여 감사와 영광을 돌립니다.

이 논문은 8년 전 양산 건설현장에서의 고난의 세월들과 함께 이미 잉태하였습니다. ‘위기와 변화와 도전들의 과정이 없는 결실은 없다’라고 생각은 쉽게 하고 있었지만 지나온 삶이 그렇듯이 이 과정도 결코 만만치는 않았습다.

이 논문은 이홍채가 연구한 논문이라는 것은 잘못입니다. 다른 사람들의 커다란 기여가 없었더라면 완성되지 못했을 것입니다.

학문의 열정과 함께 순수한 사고를 가지신, 인격적으로도 존경을 받으실 만한 최명구 지도교수님을 만났기에 가능했습니다. 바쁘신 가운데 이 논문이 완성되기까지 세심한 배려로 지도하시고 도와주심을 감사합니다. 심사위원님들도 평소 존경하는 분들께서 심사해주셨습니다. 주심 이영대 교수님, 부총장님이신 이종출 교수님, 학과주임 김수용 교수님, 특히 먼 곳에서도 기꺼이 심사지도와 함께 위로와 격려를 아끼지 않으신 순천대학교 법학과장님이신 박경량 교수님께 감사드립니다. 위 분들께서 이 논문을 인정해 주셨지만 혹 그 기준에 미치지 못하는 부분이 있다면 그것은 전적으로 내 책임입니다.

영적으로 정신적으로 이끌어 주신 고마운 분들께 지면을 통해 감사드립니다. 지속적으로 성장하여 사회적으로 지도적인 위치에 설 수 있도록 기도로 격려하시는 서울광염교회 조현삼 목사님, 논문의 완성을 격려해 주신 부산시건설협회 회장님이신 이상운 회장님께 감사드립니다. 요약 영문을 감수해 주신 강성운 목사님께도 감사드립니다.

또 특별히 이름을 기록해 두고 싶은 사람이 있는데, 이들은 같은 길을 걸어가는 귀한 친구이자 조언자들입니다. 황택진 실장님, 김용진 사장님, 김노국 소장님, 서용진 사장님, 이강민 변호사님 그리고 구목회 친구들과 율타리 안에 있는 친구들의 격려가 힘이 되었습니다.

마지막으로 나는 아내 임희자를 주신 하나님께 감사드립니다. 내가 그녀와 결혼한 것은 내게 큰 행운이었다. 결혼한지 28년이 지난 지금까지 계속, 우리의 삶에 위기와 도전이 있을 때마다 고난을 견뎌내고 항상 웃음을 잃지 않고 기도로 내조하였으며, 삶의 현장에서 힘이 들 때마다 위로와 격려의 수백 건의 메시지는 나는 잘 간직하고 있다. 사랑하는 아내가 참으로 고맙고, 아내가 행복한 만큼 나도 행복하고 싶다.

어머님과 장모님과 온 가족들이 함께 기뻐하실 거다. 끊임없이 성장하고 싶은 욕구로 가득찬 모습을 보여주셨던, 지금은 천국에 계시는 아버님은 더욱 기뻐하실거다.

금년 초 자료를 정리할 때, 군 입대를 앞두고 휴학하며 쉬고 있었던, 지금은 군 복무중인 둘째아들 재인의 지원도 한 몫을 했다. 큰아들 수인씨와 함께 오늘의 이 모습에 도전을 받고 주 안에서 지혜롭게 성장하길 기원한다.

이제 이것이 끝이 아니고 하나의 과정이라는 것과 또 다른 목적지를 향한 새로운 출발점이라는 것을 압니다. 그러므로 교만하지도 않을뿐더러 지금까지 그랬듯이 어떤 모습의 도전이 될런 지 알 수 없으나 또다시 신발끈을 메겠습니다.

이 줄고를 통하여 건설현장의 분쟁해결에 조금이나마 도움이 되었으면 좋겠고 특히 고생하시는 건설현장 소장님들께 바칩니다.

2010년 8월 이 홍 채 올림