

건설공사의 원활한 관리를 위한 공사계약의 해석방향

-판례 및 중재판정을 중심으로-

Interpretation Principle of Construction Contract for harmonious Management of Construction Work

두 성 규*

Doo, Sung-Kyu*

요 약

건설공사계약은 다양한 이해관계자의 관여, 장기간에 걸친 계약이행, 계약 외적 환경에 의한 상당한 영향 등으로 인해 계약당사자간 분쟁발생가능성이 높다. 이러한 분쟁발생시 당사자의 주장의 정당성은 계약문서나 관계법령 등에서 규정에 의하여 판단되기 때문에 이에 대한 정확한 이해와 공사관리가 필요하다. 본 연구는 구체적인 판례나 중재판정 등을 중심으로 건설공사의 원활한 관리가 가능하도록 계약의 바람직한 해석방향을 제시하고자 한다.

키워드 : 건설공사계약, 분쟁, 계약문서, 판례, 중재판정, 계약문서

1. 문제제기

1.1. 연구의 배경

건설공사계약은 일반적인 계약과 달리 다양한 이해관계자가 관여하고 계약이행도 장기간에 걸치는 경우가 많으며, 계약 당시 예상치 못한 요인에 의하여 영향을 받는 경우가 적지 않다. 이로 인해 계약내용의 변경이나 해석을 둘러싸고 당사자간에 분쟁이나 갈등이 야기될 가능성이 높아 공사관리상 적절한 계약서의 이해와 계약내용의 이행에 있어서 세심한 주의가 요구된다.

공사계약의 이행은 상호간의 원만한 관계가 유지되고 있을 경우에는 상대방의 의사를 거둬 확인하거나 의사소통이 원활하여 계약문서의 보존 및 해석에 대한 필요성이 크지 않을 수도 있다. 그러나 갈등으로 긴장관계가 형성되면 자신의 주장의 정당성과 근거로써 계약문서의 중요성은 어느 때보다 중요하며, 당사자의 행위가 적절한 절차를 거쳐 정당하게 주장된 것인지 여부는 계약문서와 관계법령에 의하여 확인될 수밖에 없다.

1.2. 연구의 목적

이를 위해서는 계약당사자가 계약문서의 작성과 해당 법령의 충분한 이해 및 해석을 통하여 클레임에 대한 준비가 필요한데, 현행 법령이나 기준 등은 그 표현이나 내용에서 충분하다고 보기 힘들다. 따라서 실제 분쟁사례에서 계약문서상의 내용이나 관련 법령들이 어떻게 해석되고 적용되는가를 판례나 중재판정 등을 통하여 사전에 검토함으로써 장래의 분쟁에 대한 대비와 분쟁의 신속한 해결을 통한 원활

한 공사관리가 가능해질 것이다. 이하에서는 계약의 성립 및 이행과정상의 주요한 몇 가지 주제를 중심으로 살펴본다.

2. 계약체결단계

2.1. 공사계약의 요식성(要式性)

건설공사계약의 경우 그 법적 성격상 도급계약에 속한다고 볼 수 있다. 도급계약은 일정한 일의 완성에 대하여 보수를 지급할 것을 합의함으로써 성립하는 계약을 의미한다. 이처럼 현행 민법은 도급계약을 채권편에서 불요식계약(不要式契約)으로 규정하고 있기 때문에¹⁾, 계약체결시 서면의 작성과 같은 특별한 방식을 반드시 필요로 하는 것은 아니다. 대부분의 법학자들도 '건설업법은 행정적 감독을 목적으로 하는 법률로서 그 취지가 중요한 사항에 관하여 이를 명백히 함으로써 당사자 사이의 다툼을 미리 막으려는데 지나지 않으며 결코 도급계약을 요식행위로 한 것이라고 볼 것은 아니다'라고 하면서, 서면으로 작성하지 않은 건설공사의 도급계약이 무효가 되는 것은 아니라고 해야 한다고 주장한다²⁾.

그러나 다른 분야의 도급계약과 달리 규모가 크고 복잡한 설계를 바탕으로 행해지는 토목·건설공사계약의 경우 계약체결시 서면을 작성하는 것이 일반적이다. 건설법은 '건설공사에 관한 도급계약의 원칙'을 규정하면서 이러한 관행을 반영하고 있다³⁾. 특히 공공공사의 계약에 적용되는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법)」에서는 '계약의 성립'이라는 제목의 조문에서 계약서를 작성

1) 민법 제664조

2) 박윤직, 채권각론(재정정판), 1990, 410면.

3) 건설법 제22조

* 한국건설산업연구원 부연구위원, 법학박사

하고 서명·날인하여야 계약이 확정된다는 점을 더욱 분명히 하고 있다⁴⁾. 『공사계약일반조건(회계예규 2200.04-104-9, '2001.02.10)』 이하 '공공조건'이라 함)』에서도 공사계약의 문서화를 전제로 한 듯한 표현이 보이고 있다.

공사대금과 관련한 소송에서 법원도 '...지방자치단체가 사경제의 주체로서 사인과 사법상의 계약을 체결함에 있어서는 국가계약법에 따른 계약서를 따로 작성하는 등 그 요건과 절차를 이행하여야 할 것이고, 설사 지방자치단체와 사인간에 사법상의 계약 또는 예약이 체결되었다 하더라도 국가계약법상의 요건과 절차를 거치지 아니한 계약 또는 예약은 그 효력이 없다고 할 것'이라고 판시함⁵⁾으로서 공공공사의 경우 요식계약의 성격을 갖는 것으로 보고 있다. 중재판정에서도 판례와 동일한 입장을 예 서 있다.

위의 내용을 종합해볼 때, 민간공사의 계약은 합의에 의해서도 성립하는 불요식계약에 속한다고 할 수 있겠지만 공공공사의 계약은 요식성이 강하게 요구되는 계약으로 보아야 할 것이다. 이러한 요식성을 요구하는 이유는 건설공사계약의 특수성에서 비롯되는 것이다. 공사계약의 불분명한 내용으로 인해 분쟁이 발생할 수 있는 여지를 최소화하고 계약성립에 있어 당사자의 의사를 보다 명확히 하고자 하는 입법취지가 반영되어 있는 것으로 볼 수 있다. 따라서 앞서의 중재판정을 통해 계약당사자는 계약의 성립단계에서부터 계약성립에 필요한 요건을 갖추어야만 장래의 분쟁발생시의 대비가 된다는 점을 알 수 있다.

2.2. 계약문서의 구성과 법적 효력

계약문서는 계약내용을 서면으로 작성한 문서인데, 공공조건에서는 계약문서가 '...계약서, 설계서, 유의서, 공사계약일반조건, 공사계약특수조건 및 산출내역서...'등으로 구성된다고 규정하고 있다⁶⁾. 이러한 서면간에는 상호보완의 효력을 인정하고 있다.

이러한 규정내용들을 통하여 알 수 있는 것은 건설공사의 복잡성·전문성 등을 반영하여 계약당사자의 정확한 의사를 확인할 수 있는 다양한 형태의 서면들을 계약문서의 개념 속에 포함시키고 있다는 점이다. 그러나 계약문서가 반드시 위에서 열거하고 있는 문서에 한정되는 것은 아니다. 명칭에 관계없이 당사자의 계약에 관한 의사가 분명하게 표현되어 있는 문서는 반대되는 증거가 없는 한 계약당사자간에 정당하게 성립된 것으로 보아 계약문서로서의 효력을 가지며, 당사자는 그 내용에 구속된다는 것은 '합의서'의 법적 효과에 대한 중재판정⁷⁾에서도 잘 나타나 있다.

한편, 공사계약의 이행은 비교적 장기간을 요하는 경우가 많고 계약당시 예상하지 못했던 상황의 변화도 초래될 가능성이 높다. 이로 인해 계약당사자간에는 계약문서 외에 공사의 이행과 관련한 다양한 의사표시의 교환이 불가피하다.

계약문서 외의 이러한 의사표시에 대한 일정한 계약법적 효력의 인정에 대해서 공공조건에서는 계약당사자간에 행한 통지문서의 경우 계약문서로서 효력을 인정하고 있다⁸⁾. 다만, 이러한 의사교환이 구두에 의한 통지·신청·청구·요구·회신·승인 또는 지시등의 형태로 이루어지는 경우는 문서로 보완되어야만 그 효력을 가질 수 있다⁹⁾.

이러한 당사자간의 모든 의사표시가 계약법상의 효력을 인정받는 것은 아니다. 아래의 중재판정에서 보는 바와 같이 '일괄입찰구간 관리계획서'와 같은 계약문서의 작성의도가 명확하게 반영되지 않고 단순한 계약일방당사자의 내부문서에 불과할 경우에는 계약서로서의 효력을 인정받을 수 없는 것이다¹⁰⁾.

따라서 계약당사자는 계약의 체결 및 성립에 있어서 공공조건이나 민간조건에서 열거하고 있는 계약문서가 계약의 이행 및 해석 등과 관련한 원칙적 기준으로 적용된다는 점을 기억해야 한다. 이와 함께 공사계약과 관련한 상호간의 다양한 의사의 통지도 문서로서의 효력을 가질 수 있기 때문에 공공조건이나 민간조건에서 규정하고 있는 일정한 요건이나 절차에 부합하도록 하여 향후의 클레임발생에 대비할 필요가 있다.

2.3. 계약체결의 공정성

계약문서의 작성이 강조되는 데서 잘 알 수 있듯이 당사자의 의사표시가 명확해야 한다는 것은 계약의 성립단계에서 매우 중요하다. 그러나 당사자의 의사표시가 계약과정에서 공정하게 반영되는 것은 그 이상의 중요성을 가진다. 외관상 계약성립을 인정할 수 있을 때조차 그 안을 들여다보면 당사자의 자유로운 의사반영이 배제된 채 일방 당사자의 요구만이 계약의 내용을 차지하여 계약의 본질을 벗어나 있는 경우가 적지 않다. 이러한 경우에는 항상 분쟁의 불씨가 잠재되어 있게 된다.

건산법¹¹⁾ 및 『국가계약법시행령』¹²⁾ 등 관련 법령에서도 계약의 공정성에 대해서 명확하게 언급하고 있다. 중재판정도 '공사계약특수조건' 제13조 가의 단서 "제반조건에 명시되지 않은 사항은 발주부서의 해석 및 결정에 따른다"는 규정은 계약서상의 일종의 이른바 예문에 불과하고 또한 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 것이므로 그 효력이 없다고 하여 계약이 계약당사자 상호간에 대등한 입장에서 공정하게 이루어질 것을 여러 차례 강조하고 있다¹³⁾.

따라서 계약당사자는 계약체결시나 이행시에 이러한 계약의 공정성이 침해되거나 훼손되었다는 분명한 사유가 있을 경우 그 효력을 부인하거나 개정을 요구할 수 있을 것이다. 예를 들면 설계비를 기준용역비보다 터무니없이 적게 정한 것은 설계 발주자의 요구에 의한 것이며, 설계발주자 측에서 기준설계 용역비의 15%의 금액으로 설계 및 감리계약을

4) 국가계약법 제11조

5) 대법원 2001.5.15 선고2001다14023; 대법원 1989.4.25 선고86다카2329판결; 대법원 1993.6.8 선고92다49447판결; 대법원 1993.11.9 선고93다18990판결

6) 공공조건 제3조 ①

7) 중재판정 제96111-0059호

8) 공공조건 제3조 ①·③

9) 공공조건 제5조

10) 중재판정 제99111-0020호

11) 건산법 제22조 ①

12) 국가계약법시행령 제4조

13) 중재판정 제96111-0026호, 중재판정 제95111-0041호

체결토록 한 것은 당초부터 양질의 설계용역과 철저한 감리를 기대했다고 보기 어려우므로 어느 정도 설계 및 감리의 부실을 예견한 상태에 있었다고 봄이 타당하다고 하여 계약당사자인 설계발주자의 책임의 책임을 인정한 사례에서도 잘 알 수 있다¹⁴⁾. 또한 일방적 의사에 의한 계약내용의 결정사태에서 실시설계요율에 대하여 신청인과의 사이에 사전 상호 협의 및 합의가 없었다는 점은 발주자의 일방적인 의사결정의 한 단면을 보여주고 있는 바, 앞으로 국내 건설산업에서 계약과 클레임의 수준 향상을 위하여서도 개선될 필요가 있다고 하는 중재판정부의 의견에서도 충분히 파악할 수 있다¹⁵⁾.

계약의 공정성은 계약당사자가 상호 대등한 입장에서 충분한 협의를 통하여 계약체결과 이행에 합심해야 가능하다. 이러한 공정성원칙은 단순한 계약의 체결 및 성립에 있어서 관련법령의 위반 여부에만 그 적용이 한정되는 것은 아니다. 법의 일반원칙으로서 관련법령의 입법 및 해석에 기준이 되기 때문에 구체적인 사안에 있어서도 계약서의 합의내용을 해석하거나 적용함에 있어서 상위의 효력을 가진다. 따라서 이에 반하는 계약조항이나 합의는 그 효력을 인정받을 수 없다는 점에 주목할 필요가 있다.

2.4. 적용법규

계약의 해석 및 적용은 '법률 불소급의 원칙'에 따라 계약당시의 법령에 의거하여 해야 한다. 이러한 법령 외에 당사자간 계약문서에 해당하는 공공조건이나 특수조건 등이 계약이행 중에 변경될 경우에도 그 내용의 변경여부와 상관없이 계약당시의 법령 내용에 따라 계약적 효력의 여부를 판단해야 한다. 관련 법령이나 공공조건 등이 개정되는 경우 이와 같은 내용을 부칙에서 명시하고 있는 경우가 대부분이다¹⁶⁾. 중재판정에서는 공사관련법령의 범위에 대하여 명시적 기준이 아니더라도 실제 공사에 유력한 기준이 될 수 있는 관련 부처의 유권해석도 포함¹⁷⁾시키는 점은 공사 및 계약관계자의 주의를 요한다.

만일 이와 다른 업계 관행이 있다고 주장하여 자신의 행위를 정당화하려는 경우에는 그와 같은 관행이 건설업계에서 법적 확신을 가지고 수용되고 있음을 신청인이 증명해야 할 책임이 있다고 할 것이다¹⁸⁾. 따라서 이러한 부분을 충분히 입증하지 못할 경우에는 관행에 따랐다는 것이 면책을 주장하는 근거가 될 수는 없다. 중재판정도 이러한 입장을 분명하게 표현하고 있으므로 계약당사자는 부적절한 건설관행에서 탈피할 필요가 있으며, 계약문화의 선진화는 공정한 계약체결과 관련 법령의 준수를 통하여 가능하다는 점을 기억해둘 필요가 있다.

2.5. 중재합의

(1) 중재합의의 의의

중재합의라 함은 계약상의 분쟁인자의 여부에 관계없이

일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말한다¹⁹⁾. 중재합의는 명시적으로나 묵시적으로 가능하다고 해석된다²⁰⁾. 그러나 중재를 행할 중재지, 중재기관 및 적용할 준거법 등을 명시하여 중재절차 진행시 기본적인 사항에 대한 다툼을 없애는 것이 바람직하다. 실제의 경우에도 중재의 신청시 중재의 합의를 인증하는 서면을 제출해야 하므로 대부분의 경우 명시적인 서면작성을 통하여 중재합의가 이루어지고 있다²¹⁾. 이러한 합의가 있을 경우 상사중재절차에 관한 규정은 그 중재계약의 일부로 한 것으로 본다²²⁾.

(2) 중재합의조항의 법적 의미

1) 기존 중재합의조항의 내용

중재절차를 이용하기 위해서는 중재합의 혹은 중재계약이 존재해야만 하는데, 지금까지의 공공조건은 분쟁해결에 관한 규정을 두면서 중재합의에 관한 표현을 명확하게 하지 않았다. 예를 들면, '93년 이후에 사용되었던 「시설공사업약일반조건(회계예규2200.04-104-14 (93.10.20))」의 경우 '...합의가 성립되지 못할 때에 당사자는 관계법률에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재에 의하여 해결할 수 있다'고 규정(제31조 제2항)하고 있었으며, 1999년에 제정된 「공사계약일반조건(회계예규 2200-04-104-8(99.9.9))」에서는 '협의를 이루어지지 않는 경우 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다'고 규정하였기 때문이다.

이와 같은 규정의 내용해석을 두고 임의중재조항이기 때문에 중재합의의 성립으로 볼 수 없다는 입장과 중재합의에 해당한다는 입장이 팽팽하게 나누어졌다. 중재판정도 초기에는 아래에서 보는 바와 같이 '중재에 의하여 분쟁을 해결하겠다는 합의를 규정하면서 동시에 민사소송 등에 의한 불복을 허용하고 있는 경우 이는 당사자 사이에 분쟁을 중재에 의하여 종국적으로 해결하고 당사자는 중재판정에 따라야 하며 소송을 제기할 수 없도록 한 중재법 제2조·제3조(개정 중재법 제9조)의 규정에 반함으로 중재법 소정의 중재계약이라고 볼 수 없다고 하여 중재법에 반하기 때문에 진정한 중재계약의 합의라고 보기 힘들다'는 입장에서 서 있었다²³⁾.

그러다가 최근에는 이 조항이 당사자간에 합의가 성립되지 않을 경우 조정 또는 중재 중 한편을 취한다는 이

19) 중재법 제3조

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

21) 중재법 제8조, 중재규칙 제9조·제10조. 한편, 다음과 같은 경우에는 서면에 의한 중재합의로 본다. i) 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우, ii) 서신·전보·전신 및 모사전송 기타 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되어 있는 경우, iii) 일방 당사자가 당사자간에 교환된 문서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이를 다투지 아니하는 경우 등이다. 그 외 계약이 중재조항을 포함한 문서를 인용하고 있는 경우에도 중재합의가 있는 것으로 본다. 다만, 그 계약이 서면으로 작성되고 중재조항을 그 계약의 일부로 하고 있는 경우에 한한다(중재법 제8조).

22) 중재규칙 제9조

23) 중재판정 제93제28호

14) 중재판정 제96111-0067호

15) 중재판정 제99111-0020호

16) 「공사계약일반조건」 부칙

17) 중재판정 제99111-0020호

18) 중재판정 제99111-0020호

큰바 선택조항으로서 조정을 선택하지 않은 이상 중재를 취할 수밖에 없다고 할 것이기 때문에 중재법 제2조 ②에서 규정한 중재합의의 형식에 해당된다는 입장으로 선회한 중재판정을 내리고 있어 주목을 끈다²⁴⁾. 이와 함께 중재규정을 두면서 중재기관을 정확하게 표기하지 않은 경우도 국내에서 상사에 관한 중재기관으로서 대한상사중재원이 유일하기 때문에 대한상사중재원에 의한 중재절차의 이용의사가 표현된 것에 해당한다고 판정함으로써 중재계약의 성립을 인정한 사례도 있다²⁵⁾.

2) 신공사계약일반조건상의 중재조항

이처럼 공공조건 등의 계약문서상에 애매하게 표현되어 있지만 가능한 한 중재합의의 성립을 보다 적극적으로 인정 해주려던 중재판정부의 노력은 올해 초 새로운 공공조건외의 제정으로 변화를 겪지 않을 수 없게 되었다. 즉, 새로운 공공조건에는 협의에 의한 해결을 원칙으로 하고, 이러한 협의가 이루어지지 않을 경우 i) 중재법에 의한 중재기관의 중재, ii) 국가계약법 제4조의 규정에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차, iii) 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의하여 해결한다고 열거하는 형식으로 규정하고 있기 때문이다.

동 규정도 해석상의 논란을 완전히 배제시키는 표현이라고 단정하기는 어려우나, 분쟁이 발생한 경우에 계약당사자가 협의, 중재, 이의신청이나 조정, 재판 등을 선택할 수 있도록 규정함으로써 이전의 공공조건과 달리 중재절차를 이용하려는 경우에는 별도의 중재합의가 있어야만 가능할 것으로 해석된다. 따라서 국가나 공공기관의 경우 중재절차의 이용을 기피하는 경향이 있음을 감안하면 새로운 공공조건외의 분쟁해결에 관한 규정은 중재에 의한 건설분쟁의 해결을 어렵게 만들 가능성이 높다. 그리고 현행 민간조건은 '...조정을 신청하거나 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재를 신청할 수 있다.'고 규정하고 있으므로 민간공사의 경우 표준계약서를 계약문서로 한 때에는 분쟁해결을 위하여 조정을 선택한 후 만족한 해결을 얻지 못한 당사자는 중재절차가 아닌 일반재판절차를 제한 없이 이용할 수 있는지 여부와 관련하여 여전히 논란의 여지가 남아 있다²⁶⁾.

3. 계약의 이행단계

3.1. 설계변경

설계변경은 공사계약에 있어서 매우 빈번하게 일어나는 계약내용의 변경사유라고 할 수 있다²⁷⁾. 그러나 공공

조건상의 사유들은 추상적인 내용으로 되어 있어 그 자체로서 충분하지 않기 때문에 구체적인 사안에 적용하기 위해서 또 다시 해석이 필요함을 알 수 있다. 이러한 설계변경사유가 공사구간과 공사조건상 외부로부터 온 것이 아니고, 공사 그 자체에서 일어나는 자연스러운 변경 조건은 경험 있는 입찰당시부터 사전에 대비할 수 있었던 사항으로 보아 설계변경사유로 보지 않는다²⁸⁾.

설계변경의 인정여부는 공사계약에서 있어서 불가피한 경우가 많지만, 변경은 공사대금과 직접적인 관련성을 가지므로 당사자 모두에게 민감한 사안이 아닐 수 없다. 따라서 계약문서상의 내용을 해석함에 있어서 공공조건이나 민간조건 그 밖의 계약문서에 속하는 각종 서류상의 내용들을 종합적으로 검토하여 인정여부가 결정되어야 할 것이다. 예를 들어 새로운 기술·공법²⁹⁾의 사용을 위한 설계변경의 경우 공사비의 절감 및 시공기간의 단축 등에 효과가 현저할 경우에만 인정되고 있다. 여기서 '현저하다'는 의미는 구체적인 사안마다 다르겠지만, 중재판정에서는 판단기준으로서 공사비의 절감, 시공기간의 단축효과, 그 당시 불가피한 사유 등을 제시하고 있다³⁰⁾.

계약담당공무원은 당초의 설계도면 및 시공상세도면을 계약상대자가 수정하여 제출하는 경우에는 그 수정에 소요된 비용을 계약상대자에게 지급하여야 한다. 이러한 설계변경은 공사비의 추가문제와 직결되기 때문에 계약당사자간에 이해관계가 대립되기 쉽다. 따라서 분쟁발생의 원인이 되기 쉬운 뿐만 아니라 자신의 주장에 대한 명확한 관련 자료들을 확보해놓지 않으면 추가공사비의 청구가 어려워질 수 있을 것이다³¹⁾.

3.2. 계약주체의 권한과 책임

공사계약의 성립 및 이행에는 많은 이해관계자들이 참여하게 되지만, 발주자와 감리자, 그리고 시공자가 그 핵심이라고 할 수 있다. 이들의 권한과 책임에 대해서는 공공조건이나 민간조건에서 규정하고 있거나 관계법령에서 어느 정도 명시적인 규정을 두고 있다. 그러나 중요한 것은 이들 계약의 주체가 일정기간 동안 계약본래의 목적을 달성하기 위하여 함께 노력하고 협력하지 않으면 공동체에 유사하다는 점이다. 따라서 발주자의 지시나 감리자의 감독 그리고 시공자의 의무이행 및 요구의 정당성이나 타당성은 결국 이러한 점을 근거로 판단하게 될 것이다. 중재판정에서도 이러한 입장에서 지시나 의무이행의 부당할 때 그 효력이 부정되는 경우를 쉽게 볼 수 있다.

발주자의 지시는 합리성을 가지고 있어야 한다. 발주청과 감리자의 안전시공을 위한 지시가 객관적인 근거 없이

24) 중재번호 제99111-0046호

25) 중재판정 제93내36호

26) 대한상사중재원은 국내상사거래에 권장하고 있는 표준중재조항에서 "이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 대한상사중재원에서 중재규칙에 따라 중재로 최종 해결한다."고 하여 중재합의에 대한 분명한 의사표시가 나타나도록 표현하고 있다.

27) 설계변경사유로서 공공조건은, i)설계서의 내용이 불분명하거나 누락, 오류 또는 상호 모순되는 점이 있을 경우, ii)지질, 용수 등 공사현장의 상태가 설계서와 다를 경우, iii)새로운 기술·공

법사용으로 공사비의 절감 및 시공기간의 단축 등의 효과가 현저할 경우, iv)기타 발주기관이 설계서를 변경할 필요가 있다고 인정할 경우 등을 열거하고 있다(제19조).

28) 중재판정 제99111-0020호

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

30) 중재판정 제99111-0020호

31) 중재판정 제95111-0043호

지나치게 주관적이거나 시공자에게 부당한 불이익이 상당히 초래되는 경우에는 발주자의 책임 있는 사유에 해당하게 된다³²⁾. 특히 공사의 부실시공문제는 공사의 이행 및 종료 후에 계약당사자에게 재산상의 손실을 줄 우려뿐만 아니라 제 3자의 생명·신체상의 위해 등 안전성과 밀접한 관련이 있다. 중재판정에서도 이러한 점을 충분히 반영하여 시공자에게 성실시공의 의무뿐만 아니라 안전성에 대해서 책임이 있음을 분명히 하고 있다³³⁾. 한편 설계과정에서도 안전성에 관한 부분은 설계자에게도 일정한 책임을 인정하고 있다. 따라서 구조물이나 공작물의 설계를 하는 자는 설계의 착수에 앞서 구조와 기능을 정확하게 파악하고 하중계산도 정확하게 하여 최대 하중에 대한 구조 계산을 해야 한다. 기둥이나 받침대의 안전도를 고려하여 파손 또는 붕괴되지 않도록 설계에 반영해야 할 주의의무가 있음은 물론이고 감리과정에서도 시공의 정착성과 안전성을 점검해야 할 의무가 있다³⁴⁾.

4. 계약의 종료단계

4.1. 계약의 해제·해지의 명문화

계약의 해제·해지권은 본 계약 가운데 이러한 권리를 보유하는 계약약관(해제약관)을 두거나 별개의 계약에 의하여 발생시킬 수 있다. 이러한 경우의 해제권을 약정해제권이라 한다. 뿐만 아니라 이행지체·이행불능 등으로 인하여 발생할 수 있다. 이러한 해제·해지권은 법령에서 규정하고 있기 때문에 법정해제·해지권이라 한다. 일반적으로 계약 해제에는 소급효가 있다. 이에 따라 계약이 해제되면 미이행채무에 대하여는 변제의무가 소멸하고, 이미 이행한 채무에 대해서는 원상회복의무가 있다³⁵⁾. 만일 손해가 발생한 경우에는 상대방에게 손해배상청구도 가능하다.

그러나 공공조건에서는 해제약관을 두고서³⁶⁾, 일반 법령에서와 다른 효과를 부여하는 특징을 보이고 있다. 공사계약에 있어서는 그 특성상 시공자(채무자)가 수행한 공사부분을 계약이 해제되었다하여 원상으로 회복한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 또한 그와 같은 원상회복이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 발주자에게도 이익이 되지 않는 경우가 많다. 따라서 공사계약의 경우 소급효를 인정하지 않고 있다. 미완성부분이 있는 상태에서 계약을 해제할 경우에도 공사가 상당한 정도 진척되어 그 원상회복이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인(발주자)에게 이익이 되는 경우에는 미완성부분에 대하여만 계약이 실효된다. 이 경우 수급인(시공자)은 해제한 때의 상태 그대로 완성물을 도급인에게 인도하고 도급인은 그 공사의 완성도 등을 참작하여 인도 받은 완성물에 상당한 보수를 지급하여야 할 의무가 있다³⁷⁾.

32) 중재판정 제99111-0020호

33) 중재판정 제99111-0020호

34) 중재판정 제96111-0067호

35) 민법 제548조

36) i) 계약상대자(시공자)의 책임 있는 사유로 인한 계약담당공무원의 계약해제·해지사유, ii) 계약상대자(시공자)에 의한 계약해제·해지사유, iii) 사정변경에 의한 발주기관의 계약해제·해지사유 등으로 세분화하여 규정하고 있다(공공조건 제44~46조).

4.2. 준공대가의 지급

계약상대자는 공사를 완성한 후 준공검사에 합격한 때에는 소정절차에 따라 대가지급을 청구할 수 있다. 공사의 완성여부는 계약서 상에 명확한 기준이 있을 경우 해당 규정에 의하여 판단하게 되며, 규정이 없을 경우에는 계약서의 전체규정과 용인된 관행, 관련 법령 등을 종합하여 판단해야 한다. 예를 들면 아파트의 경우 준공검사를 받기 이전에 주택건설촉진법의 규정에 의하여 가사용승인을 받아 입주하고 있는 관행에 비추어 가사용승인을 얻어 입주가 가능한 상태로 공사를 완료한 시점이 공사를 완료한 시점으로 보고 있다³⁸⁾. 부실시공 부분의 재시공이나 입주에 큰 지장이 없는 미시공 부분에 대한 보완시공은 하자보수공사로 처리되며 준공의 조건은 아니다.

4.3. 지체상금의 지급

계약상대자는 계약서에 정한 준공기한(계약서상 준공신고서 제출기일)내에 공사를 완성하지 않은 경우 매 지체일수마다 계약서에 정한 지체상금율을 계약금액에 곱하여 산출한 금액, 즉 지체상금을 현금으로 납부하여야 한다³⁹⁾. 지체상금의 산정은 형평의 원칙을 적용하는 것이기 때문에 합리성과 타당성이 있어야 한다. 공공조건은 '형평의 원칙'을 명시하고 있지는 않지만 중재판정에서는 동 원칙을 적용하여 법원에 의한 지체상금의 감액을 인정하고 있다. 즉, 공사지체의 주원인이 계약당사자가 공동으로 작성한 기본설계도서의 하자로 인한 것이고 지체상금의 공제가 지나치게 과다하다고 판단되는 경우 등에는 민법⁴⁰⁾을 원용하여 법원이 적절하게 감액할 수 있다고 판정하고 있다⁴¹⁾.

이러한 지체상금에 대하여 불가항력 등의 사유가 있으면 면책을 인정하고 있다⁴²⁾. 특히 천재지변과 관련된 불가항력의 인정을 둘러싸고 많은 논란이 제기되고 있는 실정이다. 최근의 중재판정에 의하면, 강우와 관련하여 호우주의보 기준을 초과한 수준이라는 이유만으로 천재지변이라고 주장하는 것은 정당하지 않다고 한다. 다만 기상관측사상 통상적인 강우량을 현저하게 초과한 경우는 천재지변으로서 불가항력적인 사건이라고 인정하고 있다⁴³⁾. 다만, 이러한 면책사유도 계약당사자가 자신의

37) 중재판정 제95111-0029호(1996.3.13)

38) 중재판정 제96111-0059호

39) 공공조건 제 25 조

40) 민법 제389조 ②

41) 중재판정 제99111-0006호/제99111-0029호, 대법원 1989.7.25. 선고 88다카 6273, 6280 판결 및 동원 1996.5.14. 선고 95다 24975 판결

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

의무를 지체하고 있는 도중에 발생하고 일정한 지역의 평균강우량과 우천일수가 상당한 정도로 존재하는 것이 공지의 사실이라고 한다면 이로 인하여 상당기간 공사가 중단될 것이라는 점은 알고 있어야 한다고 보아 면책을 인정하지 않고 있다⁴⁴⁾. 특히 쌍방이 예상하지 못하였던 돌발사태의 경우 쌍방 합의 하에 공기를 연장할 수 있는 사유라고 할 수 있지만 신청인이 이에 따른 공사비의 변경에 대해서만 합의하고 공기연장을 요청하지 않은 경우에는 이를 지체상금의 면책사유로 주장할 수 없다는 점을 주의해야 한다⁴⁵⁾.

지체상금의 면책은 계약당사자간의 계약이행을 법의 기본원칙이라고 할 수 있는 신의성실과 형평의 원칙에 의거하여 인정하는 것이다. 따라서 지체상금과 관련된 공사대금의 지급문제도 이러한 법의 기본원칙이 적용되는 것은 당연하다.⁴⁶⁾

5. 결론

건설공사계약이행이 본래의 목적을 달성할 수 있기 위해서는 계약당사자 상호간의 신뢰를 바탕으로 성실하게 행해져야 하며, 동시에 건설공사계약에 대한 충분한 이해가 선행되어야 한다. 원만한 계약의 이행은 최종 목적인 공사의 완성을 통하여 계약당사자 모두에게 이익을 안겨 주게 된다. 그러나 건설공사계약의 특수성으로 인하여 일방당사자의 노력만으로는 쉽지 않을 것이다.

이런 점을 감안하여 각종 법령에서도 당사자가 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결하고 신의에 따라 성실하게 계약을 이행하여야 한다고 명시한 경우가 적지 않다. 그러나 이러한 규정들이 선언적 의미를 가지게 것으로 끝나 버리는 경우가 많다. 건설시장의 선진화는 불공정한 건설관행을 벗어나 공정한 계약문화의 정착을 위하여 계약당사자간에 상호 충분한 의견교환과 공동의 노력을 다할 때 비로소 가능하다는 점을 기억할 필요가 있을 것 같다.

참고문헌

1. 곽윤직, 채권각론(재판정판), 1990, 410면.

Abstract

Construction contract have great possibility of dispute between contract parties because of long term performance of contract, various participation of the person concerned, effect according to external environment, etc. It is needed correct comprehension and construction management because good reason of claims depends upon contract document or clauses of the related laws and regulations in cases. The purpose of this study is to suggest desirable Interpretation principle for the harmonious management of the construction work in the cases or arbitration adjudication.

keyword : construction, contract, comprehension

43) 중재판정 제99111-0046호

44) 중재판정 제96111-0031호

45) 중재판정 제96111-0059호

46) 중재판정 제96111-0028호

2. 대한상사중재원, 중재판정사례집 VI ~ VIII(1993-1996)
3. 대한상사중재원, 계간 중재
4. 백준홍, 건설계약관리와 클레임해결, 연세대학교 출판부, 1998, p.217.
5. 중재법(1999년 12월 31일 법률 제6083호)
6. 중재규칙(2000.4.27 대법원 승인)
7. 회계예규 「공사계약 일반조건」(회계예규 2200.04-104-9)
8. 建設業法研究會, 公共事業標準請負契約約款の解説、東京:大成出版社, 1995
9. 石川 明・三上威彦, 比較裁判外紛争解決制度, 慶應義塾大學出版會, 1996
10. 小島武司・伊藤 眞, 裁判外紛争處理法, 有斐閣, 1998
11. 安藤一郎, 建設工事紛争と仲裁手續、三省堂, 1995
12. 原後山治, 建設省中央建設工事紛争審査會ならびに建設紛争を中心とした美・英・西獨の仲裁制度, 判例 360号, 1978
13. 萩原金美, 建設仲裁における效率の手續, 國際商事仲裁協會, 1992
14. Irvan E. Richter, Roy S. Mitchell, Handbook of Construction Law and Claims, Hill Group Inc., 1989
15. James G. Zack, Guide to Construction Claims for Public Works Owners, Pinnacle One, 1998
16. Paul Levin, Construction Contract Claims, Changes and Dispute Resolution, American Society of Civil Service, June 1998
17. Robert F. Cushman, Stephen D. Butler, James J. Myers, Lawrence N. Fisher, Construction Dispute, Wiley, John & Sons, Incorporated, April 1997
18. Vincent Powell-Smith, John Sims, Christopher Dancaster, Construction Arbitrations, Blackwell Science, 1998