중재판정취소의 소가 대법원에서 파기환송된 사례

최 태 판*

Ⅰ. 중재판정에 이르는 과정
1. 사건의 개요
2. 양당사자의 주장요지
3. 판정
Ⅱ. 중재판정 최취소의 소
1. 소제기(1심 : 서울민사지방법원)
2. 2심판결(서울고등법원)
3. 3심판결(대법원)
4. 파기환송심(서울고등법원)
Ⅲ. 검토의견

* 대한상사중재원 위원

I 중재판정에 이르는 판정

1. 사건의 개요

가. 신청인은 전기공사를 주로하는 한국법인이며 피신청인은 대한민국임. 신청인은 피신청인이 발주하고 XX산업인력관리공단이 사용하기로 하고 XX직업 전문학교 신축전기공사를 목적으로 1993. 8. 4., 1994. 6. 4., 1995. 4. 8. 피신청인과의 사이에 총입찰 금액 ₩269,999,400에 시설공사 도급계약을 체결하고 설계도에 따라 공사를 완성하여 1995. 10. 8.에 준공검사를 끝내고 계약조건에 따른 필요검사까지 마침.

나. 신청인은 피신청인을 위한 전기공사를 행하면서 입찰당시 예상액보다 추가비용을 지출하게 되었음.

다. 신청인은 설계변경 증액 청구서를 작성하여 1995. 9. 29. 피신청인에게 추가비용지출에 따른 정산을 요구하였으나 피신청인은 책임감리계약에 따라 책임감리측 담당업무라고 하면서 신청외 (주) XX종합건축사무소에 책임을 전가하기도 하고, 총액입찰에 의한 계약이므로 정산 해 줄 수 없다고 함. 따라서 신청인은 피신청인을 상대로 추가공사비 ₩103,442,519을 청구하는 본건 중재신청을 하게 되었음.

2. 양당사자의 주장요지

가. 신청인의 주장요지

(1) 추가공사비를 지출한 항목은 옥외외등공사, 변전설비공사, 후생동전기공사, 강의동전기공사, 실습동전기공사 등 11개 항목에 달하며, 금액상으로는 추가자재비 ₩25,236,370과 추가 인건비 ₩62,890,109을 합한 ₩88,126,479에 달함.

(2) 신청인은 갑제4호증(설계변경증액 청구서)을 작성하여 1995. 9. 29. 피신청인에게 추가비용 지출에 따른 정산을 요구하였는데, 그 내역중 간접노무비는 신청인이 지출한 인건비(직접 노무비) 총액에 입찰당시의 예에 따라 2%를 곱하여 산출하였고, 보험료 및 안전관리비는 법령상 지출하도록 되어 있으므로 법규정에 따라 보험료는 직간접 노무비의 4%, 안전관리비는 직간접노무비의 0.3%를 요구하였음. 한편 일반관리비와 이윤도 입찰 당시의 예에 따라 각 산출하여 부가가치세 10%를 곱하여 결국 금103,442,519원을 요구하였음.

(3) 신청인은 이건 XX직업전문학교 신축전기공사를 입찰할 때에 XX산업인력관리공단의 설계금액이 금468,922,322원이었고, 조달청의 단가 조정금액(조사금액)도 금450,289,043원에 이르렀는데도 내정금액의 63%에 불과한 금269,999,400원으로 낙찰받아 어려운 여건하에서 공사를 수행하였던 것임. 사정이 이러한 데도 불구하고 피신청인이 설계도면 미비, 변경요구수용으로 인한 추가비용을 인정하지 않으려 함은 계약일반원칙에도 어긋나고, 설비공사 거래 관행에도 어긋나는 바로서 거래질서확립차원에서 신청인의 청구금액 전액을 인용하여 주심이 마땅할 것임.

나. 피신청인의 답변요지

(1) 입찰방식중 경쟁입찰에 의한 총액입찰이며 이때의 설계서는 ① 설계도면 ② 공사시방서 ③ 현장설명서의 3가지임.
여기서 총액입찰과 단가입찰의 차이점으로 주목되는 것은 공사예정금액이 1억원 이상인 토목공사와 같이 단가입찰은 공종별 목적물 물량이 표시된 내역서(산출내역서)가 설계서 중의 하나로 구성되나, 총액입찰의 경우는 산출내역서를 설계서로 볼수 없다는 것임.

(2) 건설기술관리법에 의한 건설부의 책임감리수행지침서를 보면 발주자는 책임감리측에 전가하는 것이라고 볼수 없으며, 책임감리의 일방적인 통보라는 것은 설계변경에 대한 진행과정을 보면 어불성설임.

(3) 준공날자(95. 10. 6)에 임박하여 95. 9. 29. 오후 3시경 설계변경서류를 제출하여 접수후 시간이 급박하다는 인식하에 밤을 새가며 검토해 본 결과 총액입찰의 수용범위를 벗어나 예산회계법 자체가 무시되는 설계변경으로 판단되었음.

(4) 시설공사계약 일반조건 제31조 제2항은 동 제1항에서 규정한 「당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생한 문제에 관한 분쟁」을 말하는 것이나 설계변경에 관한 분쟁은 당해계약문서와 예산회계법에 규정된 사항이므로 제31조 제2항을 적용할 수가 없어 중재계약이 없는 것임.

3. 판정

가. 판정주문

(1) 피신청인은 신청인에게 금44,063,240원 및 이에 대한 중재판정문 수령일로 부터 완제일까지 연 5푼의 비율에 의한 금원을 지급하라.
(2) 신청인의 나머지 청구를 기각한다.
(3) 중재비용은 이를 3등분하여 그 2는 신청인의, 나머지 1은 피신청인의 부담으로 한다.

나. 신청취지

(1) 피신청인은 신청인에게 금103,442,519원 및 이에 대한 중재신청 송달익일부터 완제일까지 연 2할5푼의 비율에 의한 금원을 지급하라.
(2) 중재비용은 피신청인의 부담으로 한다는 판정을 구함.

다. 판정이유의 요지

(1) 중재조항

당사자 사이에 체결된 시설공사계약서 시설공사계약 일반조건 제31조

에 의하면 이건 분쟁은 대한상사중재원의 중재에 따라 해결할 수 있으므로 본 판정부는 다음과 같이 판정 한다.

(2) 사실관계

갑제1호증의 1, 2, 3(각 시설공사도급계약서), 4, 5(각 시설공사계약 특수조건), 6(시설공사계약 일반조건), 갑제2호증(변경내역서), 갑제3호증(산출조서), 피신청인의 답변서와 제출서류 및 감리자인 주식회사 XX종합건축사무소의 직원 XXX, 신청인의 대표이사 XXX의 각 증언 그리고 변론의 전취지에 의하면, 신청인은 조달청 시설공고 제1993의 X79호 공사입찰공고에 따라 전북 고창군 고창읍 도산리 610의 2에 소재하는 XX산업인력관리공단산하 XX직업 훈령원 신축건물의 전기공사를 위하여 실시된 공사입찰에 최저가로 응찰하여 낙찰을 받았고 1993. 8. 4., 1994. 6. 4., 1995. 4. 8., 3회에 걸쳐 합계 공사대금 금 269,999,400원의 전기시설공사도급계약을 피신청인과 사이에 체결한 사실, 신청인은 1993. 8. 9경부터 1995. 10월말까지 계약내용에 따른 공사를 완료하고 준공검사까지 마친 사실, 당초의 도급내역서에 비하여 공사직접비 (자재비 및 인건비) 금88,126,479원을 추가지출하였던 사실을 인정할 수 있다.(피신청인은 심리종결 이후 감리자를 통하여 제출된 자료에서 신청인이 추가지출한 비용은 금26,000,000원에 불과하다고 주장하나 이를 인정할 자료가 미비하고 도리어 신청인이 제출한 설계변경내역서, 산출조서에 의하면 추가공사세목과 비용이 상세하게 기재되어 있어 신빙성이 두드러져 신청인의 주장을 믿기로 한다).

(3) 판단

① 신청인은 착공전에 설계미비로 현장조건이 불일치함을 발견하였고 이를 감리자에 즉각 통지를 하여 주었으며 공사도중에도 설계미비점을 발견하여 서면통지하였으므로 추가공사비전액을 지급받아야 한다고 주장하나 신청인의 주장을 뒷받침할 증거가 없으므로 이를 믿지 아니한다.

② 피신청인은 이건 계약이 총액입찰제에 의한 계약이었으므로 추가자재 및 인건비는 신청인이 부담하여야 한다고 주장하나 총액입찰제라

할지라도 설계변경은 있을 수 있으며 발주자인 피신청인으로서는 부실공사의 배제측면에서 합리적인 범위내의 설계변경요구의 경우에는 수용할 의무가 있으므로 피신청인의 주장은 이유없다.

③ 한편, 신청인과 피신청인의 변론의 전취지, 위 감리인 XXX 및 신청인의 대표이사 XXX의 진술을 종합해 보면, 감리자는 설계 및 시공과정상 시공자인 신청인의 의문조회나 질문에 대하여 일일 또는 주간회합을 통하여 성실과 신의로써 임해야 함에도 불구하고 이를 소홀히 한 점이 인정되며 이러한 점은 공사일반 및 특수조건뿐만 아니라 피신청인이 작성할 의무가 있는 전기특기시방서, 책임감리과업 내용서에도 위반하는 것이며, 신청인이 제시한 설계변경내용에 대하여 시공과정에서 항목별로 "품질확인"을 거쳐야 함에도 불구하고 이를 누락한 과실이 있으며 또한 신청인이 설계변경이 필요하다고 요구해 올 시에는 정부공사의 품질공사확보를 위하여 그리고 시공자의 재정적 영향을 최소화하기 위하여 시공과정에서 성실과 신의로써 대처하여야 함에도 불구하고 이를 소홀히 한 점이 인정된다.

④ 위와 같은 과실로 인한 책임은 피신청인에게 귀속됨이 마땅하므로 신청인의 이건 청구를 일응 인용하기로 하되, 단지 신청인도 시공과정상 설계변경을 위한 최선의 노력을 기울이지 아니하였고 이 사건 제기이후 감리자의 설계변경제의에 적극 임하여 합의에 이르도록 노력하지 아니한 점이 발견되므로 이로 인한 책임을 분담하지 아니할 수 없다고 할 것인바, 그 책임의 비율을 50퍼센트로 확정하고 신청인이 추가지출한 직접비 (자재비 및 인건비) 금88,126,479원중 금44,063,240원(금88,126,479원 × 50%, 원미만 반올림함)만 인정하기로 한다.

라. 결론

따라서 피신청인은 신청인에게 금44,063,240원 및 이에 대하여 이건 중재판정문 수령일로 부터 완제일까지 연 5푼의 비율에 의한 금원을 지급할 의무가 있고,

중재비용부담에 관하여는 이를 3등분하여 그 2는 신청인의, 나머지 1은 피신청인의 부담으로 하기로 하여 주문과 같이 판정한다.

Ⅱ. 중재판정 취소의 소

1. 소제기(1심: 서울민사지방법원)

가. 청구취지

(1) 원고와 피고 사이의 대한상사중재원 중재제 XX111-00XX호[신청인: XX전기(주)와 피신청인: 대한민국(소관청: 조달청)간의 중재건]에 대하여 위 중재원이 1996. 4. 29.에 별지목록의 중재판정은 이를 취소한다.

(2) 소송비용은 피고의 부담으로 한다. 라는 판결을 구합니다.

나. 청구원인 및 변론내용

(1) 본건 취소대상 중재판정은 중재법 제13조 제1항 제1호 소정의 "중재절차가 중재계약에 의하지 아니한 때"에 해당합니다.

① 이 사건 계약상 중재대상 사항

피고 XX전기 주식회사(이하 피고 회사라고 함)는 1993. 8. 4. 원고와 체결한 XX직업전문학교 전기공사의 설계변경과 관련하여 시설공사 도급계약서의 일부를 이루는 시설공사계약 일반조건(갑제6호증) 제31조에 근거하여 이 사건 취소대상 중재 신청을 하였으나, 위 일반조건 제31조 규정에 의하면 "당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁"을 중재 대상으로

규정하고 있습니다.

② 추가 공사대금 청구를 위한 이 사건 계약 조항 및 관련법규

- 예산회계법 시행령 제86조 제3항에 의한 "총액입찰"로 예산이 집행되도록 규정되어 있어 설계서가 변경되거나, 감리자의 승인을 받지 아니하는 한 시공회사는 추가로 공사대금의 지급을 청구하지 못하도록 되어 있고,
- 계약체결후 공사 시공 전에 시공회사가 설계서를 검토하여 설계서의 내용이 불분명하거나, 누락, 오류, 또는 상호 모순되는 점이 있을 때에는 시설공사계약일반조건 제12조에 따라 지체없이 계약담당 공무원에게 서면으로 통지한 후 계약담당 공무원으로부터 설계변경 등 필요한 조치를 받도록 규정되어 있으며,
- 이 사건 공사계약 체결당시 시행중이던 구 예산회계법(1993. 12. 31. 법제4659호로 개정되기 전의것, 1995. 1. 5.부터 국가를 당사자로하는 계약에 관한법률을 제정, 시행됨) 제92조, 동 시행령 제112조 각 항에도 그와 유사한 취지의 규정을 두고 있습니다.

③ 중재계약의 적용범위는 엄격하게 해석되어야 합니다.

중재는, 사법상의 분쟁을 신속하게 해결할 목적으로 판결이 아닌 당사자간의 합의에 근거하여 당사자 스스로 선정한 중재인의 판정에 의하여 종국적인 해결을 꾀하는 분쟁해결수단으로서 중재계약에 의한 사적자치의 원칙에 그 근거를 두고 있고, 더구나 중재판정은 확정판결과 동일한 효력을 갖게하는 강력한 법적 효력을 가지고 있어 (중재법 제12조), 중재계약을 적용함에 있어서는 당사자의 의사를 존중하여 합리적인 범위 내에서 엄격하게 해석되어야 할 것입니다.

④ 피고 회사가 문제삼아 중재신청을 한 분쟁은 설계변경 및 이에 따른 공사대금 지급과 관련된 사항으로 앞서 살펴본 바와 같이 시설계약일반조건 12조, 13조 및 관련 예산회계법령에 명확하게 규정되어 있습니다.

앞서 본 시설공사계약 일반조건 제31조 규정상 이 사건 중재대상 분쟁인 계약변경 관련 공사대금 분쟁은 중재대상이 되는 "당해계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁"에 해당하지 아니하며 따라서 이 사건 소대상 중재판정은 중재법 제13조 제1항 제1호 소정의 "중재절차가 중재계약에 의하지 아니한 때"에 해당 합니다.

(2) 이 사건 중재판정은 중재법 제13조 제1항 제5호, 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 "판정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때"에 해당합니다.

① 원고는 이 사건 중재 제1회 심문기일에서 1995. 12. 27. 답변서를 통하여 이미 시설공사계약일반조건 제31조 제2항에서 규정된 중재대상 분쟁은 "당해 계약문서와 예산회계법령에 규정한 사항을 제외한 분쟁"을 말하는 것인바 설계변경의 분쟁은 위 조건 제12조, 제13조와 예산회계법 제112조에 해당하므로 분쟁조정 자체가 성립되지 아니한 것이라고 주장한 바 있습니다. (갑제3호증의 1, 갑제5호증의 1 참조)

그런데, 이 사건 중재판정부는 이에 대하여 아무런 판단을 하지 아니하였습니다.

② 뿐만아니라, 이 사건 공사계약 체결 후 피고 회사가 공사를 함에 있어 설계변경에 관한 사항은 시설계약일반조건 제12조 및 제13조에 명확하게 기술되어 있는 바, 계약조건에 따라 설계변경 신청 및 승인을 받아 시행하여야 함에도 불구하고 피고 회사는 설계변경승인을 받지 아니한 채 공사를 시공하였으므로 원고가 피고 회사에 추가로 공사대금을 지급할 의무가 없다는 취지의 주장을 하였으나 담당 중재판정부는 이에 대하여도 아무런 판단을 하지 아니한 채 막연히 "총액입찰제라 할지라도 설계변경은 있을 수 있으며 발주자인 피신청인(대한민국)으로서는 부실공사의 배제측면에서 합리적인 범위내의 설계변경요구의 경우에는 수용할 의무가 있다"는 취지의 판단만 하

였을 뿐입니다. (갑제1호증, 갑제5호증의 1등 참조)

(3) 결 론

이 사건 위소대상 중재판정은 중재법 제13조 제1항 제1호 소정의 "중재절차가 중재계약에 의하지 아니한 때"에 해당하거나, 중재법 제13조 제1항 제5호, 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 "판정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때"에 해당하여 취소되어야 할 것입니다.

다. 피고의 답변내용

(1) 원고의 "중재절차가 중재계약에 의하지 아니한 때"에 해당한다는 주장에 관하여

원고의 주장은 다음 두가지 점에 타당하지 아니합니다.

첫째, 원고 주장대로라면 당해 계약문서와 예산회계법령에 규정되지 아니한 사항이 정부발주공사에서는 거의 존재하지 아니하므로 위 시설공사계약 일반조건 제31조가 중재에 의한 분쟁 해결조항을 두고 있음에도 불구하고 중재에 의하여 분쟁 해결을 달성할 수 없다는 이상한 결론에 이르게 됩니다.

둘째, 원고주장대로라면 피고가 중재 신청한 분쟁은 설계변경 및 이에 따른 공사대금지급과 관련된 사항이므로 시설공사계약 일반조건 제12조, 제13조의 설계변동 및 설계변경조항에 포함된다는 의미인데 피고가 이건 중재신청을 한 이유는 피고의 설계변경 요구에 대하여 원고가 원고의 지정감리자(책임감리자)를 통하여 설계 변경을 해 주지 아니하였기 때문인 바, 그렇다면 피고가 중재 신청한 분쟁은 시설공사계약 일반조건 제12조, 제13조에 해당하지 아니하는 사항에 관한 분쟁입니다.

따라서 원고가 피고가 중재 신청한 분쟁이 시설공사계약 일반조건 제12조, 제13조에 해당한다는 전제하에 "중재절차가 중재계약에 의하지

아니한 때"라고 한 주장은 타당하지 아니합니다.

(2) 원고의 "판정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때"에 해당한다는 주장에 관하여

① 분쟁조정자체가 성립되지 아니한다는 주장에 관한 판단유탈

중재판정부는 비록 중재판정문에 명시적인 판단을 내리지는 아니하였더라도 중재계약이 존재한다는 전제하에 판정문을 내린 이상 중재계약이 존재한다는 점은 중재판정문에서 묵시적으로 판단된 사항입니다. 그리고 중재법 제13조 제1항 제5호가 원용한 민사소송법 제422조 제9호의 판단유탈은 중재계약 존재유무등 형식적 요건에 관한 판단유탈을 의미하는 것이 아니라 실체적 권리요건에 관한 판단유탈을 의미하는 것입니다.

② 설계변경승인을 받지 아니한 공사대금에 대하여는 공사대금 지급의무가 없다는 주장에 관한 판단유탈

중재판정부는 위와 같은 원고(피신청인)의 주장에 대하여 판단을 유탈한 것이 아닙니다. 즉, 중재판정부는 원고가 정부발주공사계약서에 시설계약일반조건 제12조, 제13조를 설치하여 설계변경에 관하여는 위 규정에 따라서만 가능하도록 한 이유는 원고가 총액입찰제를 시행하고서 수시 설계변경으로 인한 공사비 증감을 방지하고자 한 데에 있다는 점은 충분히 이해되나 그렇다고 하더라도 시공자(피고)가 당초의 도급내역서에 비하여 공사직접비 (자재비 및 인건비)를 추가 지출하였고 이러한 시공자가 계약상의 설계변경을 요구하였는데도 불구하고 책임 감리자는 성실과 신의로써 임하지 아니하고 이를 소홀히 하였으며 이는 전기특기시방서, 책임감리과업내용서에도 위반하는 사항이, 피고가 제시한 설계변경 내용에 대하여 항목별로 품질확인의무를 누락한 과실도 있다고 판단하였는 바 이러한 중재판정부의 판단은 원고의 위 추가공사대금 지급의무부존재주장에 대하여 충분

히 판단해 준 것에 다름아닙니다. 이러한 중재판정부의 판단은 중재심문조서에 의하여도 뒷받침됩니다.

따라서 원고의 판단유탈 주장은 타당하지 아니하고 이건 중재판정 취소청구는 이유없음에 돌아가므로 기각하심이 마땅합니다.

라. 1심판결(96.가합 35700 중재판정)

(1) 주문

① 원고와 피고 사이의 대한상사중재원 중재 제XX111-00XX호 사건에 관하여 위 중재원이 1996. 4. 29.에 한 별지 기재 중재판정은 이를 취소한다.

② 소송비용은 피고의 부담으로 한다.

(2) 당사자의 주장과 판단

① 원고의 주장

원고는 다음과 같은 이유로 이 사건 중재판정은 취소되어야 한다고 주장한다.

첫째, 피고가 이 사건 중재신청의 근거로 삼고 있는 위 시설공사계약일반조건 제31조는 "당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁"을 중재대상으로 규정하고 있는데, 피고가 문제삼아 이 사건 중재신청을 한 분쟁은 설계변경 및 이에 따른 공사대금 지급과 관련된 사항으로 위 시설공사계약일반조건 제12조, 제13조 및 관련 예산회계법령에 명확하게 규정되어 있어 이는 중재의 대상이 아니다.

둘째, 원고는 이 사건 중재절차 심문기일에서, "(1) 설계변경의 분쟁은 시설공사계약일반조건 제31조 제2항에서 규정한 중재대상분쟁이 아니

므로 분쟁조정자체가 성립되지 아니한 것이고, (2) 피고는 위 시설공사계약일반조건에서 정한 바에 따라 설계변경신청 및 승인을 받아야 함에도 이를 받지 아니한 채 공사를 시행하였으므로 원고는 피고에게 추가로 공사대금을 지급할 의무가 없다."는 취지로 각 주장하였으나, 이 사건 중재판정에는 위 두가지 주장에 대한 판단이 유탈되었다.

② 판단

원고의 첫번째 주장에 관하여 살피건대, 위 일반조건 제31조는 위 일반조건을 포함하여 당해 계약에서 규정한 사항과 관련한 분쟁은 원칙적으로 당사자의 합의에 의한 해결이나 조정·중재의 대상으로 삼지 아니하고 있다 할 것인바, 피고가 원고에 대하여 지급을 요구하고 있는 추가 공사비는 앞서 본 바와 같이 설계도와 실제공사현장이 일치하지 아니하여 피고가 추가로 지출한 비용을 그 주된 내용으로 하고 있고 그와 같은 경위로 지출한 추가공사비로 인한 설계변경 및 계약금액의 조정 문제에 관하여는 위 일반조건 제12조 제1항 각호 및 제13조에서 그 절차를 명확히 규정하고 있는 이상 위 설계변경 및 그에 따른 계약금액의 조정에 관련된 분쟁은 위 일반조건 제31조에서 정하는 당사자의 합의나 조정·중재의 대상이 되는 분쟁에는 해당되지 아니한다 할 것이다.

이에 대하여 피고는 그가 위 일반조건에 규정된 절차에 따라 설계변경요구를 하였음에도 원고가 책임감리자를 통하여 설계변경을 하여주지 하니하였기 때문에 이 사건 중재신청에 이르게 된 것이므로 이는 위 일반조건에 규정되지 아니한 사항에 관한 분쟁으로서 중재의 대상이 된다는 취지로 다투나, 위 제31조의 규정은 위 시설공사도급계약과 같이 원고가 발주하는 공사에서는 그 특성상 계약체결 및 그 이행과 관련된 제반 문제의 해결에 있어 원칙적으로 관련 예산회계법령이나 예규 또는 계약내용으로 정한 바가 있으면 그에 따르게 하고 그 이외의 사항에 대하여서만 쌍방의 합의나 중재 등에 의한 해결을 인정하려는 취지로 이해하여야 할 것인바, 피고의 위 설계변경요구가

앞서 본 바와 같이 위 일반조건에 규정된 사항과 관련된 이상 이는 위 계약에서 위 일반조건을 비롯한 관련법규에 따라 해결할 것으로 정하여진 분쟁이라 할 것이고, 원고가 그 설계변경요구를 거부하였다는 사정만으로 이를 제31조 소정의 위 일반조건 등에 규정되지 아니한 사항에 관한 분쟁이라고 할 수는 없으므로 이를 전제로 한 피고의 위 항쟁은 이유 없다.

그렇다면 이 사건 중재판정에는 중재법 제13조 제1항 제1호 소정의 "중재절차가 중재계약에 의하지 아니한 때"에 해당하는 사유가 있다 할 것이므로, 이 사건 중재판정은 나머지 점에 관하여 나아가 살펴볼 필요없이 취소되어야 할 것이다.

(3) 결론

따라서 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하고, 소송비용의 부담에 관하여는 민사소송법 제89조를 적용하여 주문과 같이 판결한다.

2. 2심판결(서울고등법원)

가. 제1심판결

서울지방법원 1996. 10. 23. 선고, 96가 합35700 판결

나. 주문

(1) 피고의 항소를 기각한다.

(2) 항소비용은 피고의 부담으로 한다.

다. 청구취지

원고와 피고 사이의 대한상사중재원 중재 제XX111-00XX호 사건에 관하여 위 중재원이 1996. 4. 29.에 한 별지 기재 중재판정은 이를 취소한다.

라. 항소취지

제1심판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

마. 이유

(1) 이 법원이 이 사건에 관하여 설시할 이유는 제1심판결의 그것과 같으므로 민사소송법 제390조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

(2) 그렇다면, 제1심판결은 정당하므로 피고의 항소는 이유없어 이를 기각하고, 항소비용은 패소자인 피고의 부담으로하여 주문과 같이 판결한다.

3. 3심판결(대법원)

가. 상고이유

(1) 원·피고의 분쟁은 중재합의범주에 포함된 분쟁입니다.

① 제1, 2심 판결은 설계변경 및 그에 따른 계약금액의 조정에 관련된 분쟁은 원고의 회계예규인 시설공사계약일반조건 제31조가 규정한 중재합의의 범주에 포함되지 아니하므로 중재대상이 아니고 따라서 원·피고간의 대한상사중재원 중재 제XX111-00XX호 중재판정을 취소 하였습니다.

② 제1, 2심 판결은 그 이유로서 위 일반조건 제31조 1항의 "당해계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁"만이 중재대상이고 따라서 당해계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항인 경우에는 중재대상이 아닌데 원·피고간의 분쟁내용인 설계변경 및 그에 따른 계약금액의 조정은 당해 계약문서에 포함된 사항이므로 중재대상이 될 수 없다는 취지로 판단하였습니다.

③ 이는 위 일반조건 제31조의 취지에 관하여 법리오해의 잘못에 기인한 판단입니다.

첫째, 원고는 수많은 정부공사계약에서 설계서와 실제공사금액의 차이로 인한 시공업체의 요구에 대하여 대한상사중재원의 중재에 의한

해결을 도모해 왔던 터였습니다. 따라서 원고는 위 일반조건 제31조의 의미를 제1, 2심 판결설시내용처럼 축소해석하지도 않았고 그럴 의도도 가지고 있지 않았습니다. 피고도 원고의 공사계약 변경거절의 경우 중재에 따라 해결하려는 의도로 제31조를 받아들였고 그렇기 때문에 대한상사중재원에 중재신청을 하였던 것입니다. 다시말하면, 원·피고는 위 일반조건 제31조의 취지를 제1심 설시내용과 같이 축소된 의미로 해석하지 않았던 것입니다. 이것이 계약체결 당시의 의도였던 것입니다.

둘째, 위 일반조건 제31조를 제1심 설시내용대로 해석하면 정부계약에서는 중재대상이 될 수 있는 것이 거의 없게 됩니다. 왜냐하면 당해 계약문서와 예산회계법령에 규정되지 아니한 사항이 거의 없기 때문입니다. 이렇게 되면 정부공사계약상의 모든 분쟁이 법원의 재판을 통해서만 해결할 수 있을 것인데, 복잡다단한 건설관계분쟁을 법원의 재판으로만 해결하여야 하는 것은 소송경제에 반하는 결과가 됩니다.

셋째, 당해계약문서상의 분쟁을 당해계약문서에 포함된 중재합의 조정에 의하여 해결될 수 없다는 것은 문제를 가지고 문제에 답변하는 순환론적 계약해석에 지나지 아니합니다.

넷째, 각국의 입법례를 보아도 중재계약의 해석에 관해 문구만에 얽매여 축소해석하는 것이 아니라 확대해석하는 추세에 있습니다.

다섯째, 계약일반조건 제12조, 제13조가 추가공사비로 인한 설계변경 및 계약금액조정절차를 규정하고 있음은 사실이나, 이건의 경우처럼 원고가 설계변경에 응해주지 아니한 경우에는 분쟁이 당연히 발생하고 분쟁이 발생할 경우를 상정하여 당사자간의 중재합의가 이루어졌던 것입니다.

결국 제1, 2심 판결은 법리오해, 의사표시해석의 오류등 흠결을 가지고 있으므로 파기하심이 마땅합니다.

나. 대법원의 판결(97다 11935 중재판정)

(1) 원심판결

서울고등법원 1997. 1. 29. 선고 96나48222 판결

(2) 주문

원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

(3) 이유

(가) 상고이유를 판단한다.

이 사건 중재판정이 중재계약에 의한 것이 아닌지의 여부를 본다

① 이 부분에 관한 원심의 판단은 다음과 같다

위 일반조건 제31조는 위 일반조건을 포함하여 당해 계약에서 규정한 사항과 관련한 분쟁은 원칙적으로 당사자의 합의에 의한 해결이나 조정·중재의 대상으로 삼지 아니하고 있다 할 것인바, 피고가 원고에 대하여 지급을 요구하고 있는 추가 공사비는 앞서 본 바와 같이 설계도와 실제 공사현장이 일치하지 아니하여 피고가 추가로 지출한 비용을 그 주된 내용으로 하고있고, 그와 같은 경위로 지출한 추가공사비로 인한 설계변경 및 계약금액의 조정 문제에 관하여는 위 일반조건 제12조 제1항 각호 및 제13조에서 그 절차를 명확히 규정하고 있는 이상, 위 설계변경 및 그에 따른 계약금액의 조정에 관련된 분쟁은 위 일반조건 제31조에서 정하는 당사자의 합의나 조정·중재의 대상이 되는 분쟁에는 해당되지 아니한다 할 것이다.

이에 대하여 피고는 그가 위 일반조건에 규정된 절차에 따라 설계변경 요구를 하였음에도 원고가 책임감리자를 통하여 설계변경을 하여주지 아니하였기 때문에 이 사건 중재신청에 이르게 된 것이므로 이는 위 일반조건에 규정되지 아니한 사항에 관한 분쟁으로서 중재의 대상이 된다는 취지로 다투나, 위 제31조의 규정은 위 시설공사도급계약과 같이 원고가 발주하는 공사에서는 그 특성상 계약체결 및 그

이행과 관련된 제반 문제의 해결에 있어 원칙적으로 관련 예산회계 법령이나 예규 또는 계약내용으로 정한 바가 있으면 그에 따르게 하고 그 이외의 사항에 대하여서만 쌍방의 합의나 중재 등에 의한 해결을 인정하려는 취지로 이해하여야 할 것인바, 피고의 위 설계변경 요구가 앞서 본 바와 같이 위 일반조건에 규정된 사항과 관련된 이상 이는 위 계약에서 위 일반조건을 비롯한 관련법규에 따라 해결할 것으로 정하여진 분쟁이라 할 것이고, 원고가 그 설계변경 요구를 거부하였다는 사정만으로 이를 제31조 소정의 위 일반조건 등에 규정되지 아니한 사항에 관한 분쟁이라고 할 수는 없으므로 이를 전제로 한 피고의 위 항쟁은 이유 없다

그렇다면 이 사건 중재판정에는 중재법 제13조 제1항 제1호 소정의 "중재절차가 중재계약에 의하지 아니한 때"에 해당하는 사유가 있다 할 것이므로, 이 사건 중재판정은 나머지 점에 관하여 나아가 살펴볼 필요없이 취소되어야 할 것이다.

(나) 그러나, 원심의 이러한 판단은 그대로 받아들이기 어렵다.

① 원심이 설시하는 바와 같이 위 일반조건 제12조 제1항 각호 및 제13조에서 추가공사 등으로 인한 설계변경 및 계약금액의 조정문제 등에 관하여 앞서 본 바와 같은 내용의 규정을 두고 있는 것은 사실이나, 다른 한편 계약자가 위 일반조건 제12조 제1항 각호 및 제13조에서 정한 바에 따른 설계변경 및 계약금액의 조정문제 등에 관하여 현장감독관을 경유하여 계약담당공무원에게 통지하거나 통지하고자 하였음에도 불구하고 현장감독관이 이를 지체하는 등의 잘못을 저질러 계약담당공무원이 즉시 그 사실을 조사, 확인하고 공사가 적정하게 이루어질 수 있도록 필요한 조치를 취하지 못하게 함으로써 그로 인하여 계약자가 추가공사비를 지출하게 됨으로 인하여 입게된 손해의 배상에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 있음이 분명하다.

② 그런데, 이 사건 중재판정은, 앞서 원심이 인정한 사실관계에서도 보듯이, 이 사건 추가공사 등으로 인한 공사비 그 자체의 지급이 아니

라, 현장감독인 위 XXX이 피고측의 설계변경요구에 대처함에 있어 감리인으로서의 의무를 위반한 과실이 있고 이는 원고의 귀책 사유라고하여 그 손해배상을 명하는 취지의 것이다.

③ 그렇다면, 이 사건 중재판정의 대상으로 된 분쟁은 위 일반조건 제31조에서 말하는 당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 것이라고 보아야 할 것이다.

(다) 그럼에도 불구하고 원심이 앞에서 설시한 바와 같은 이유를 들어 이 사건 중재판정은 중재계약 없이 이루어진 것으로서 취소되어야 한다고 판단한 것은 위 일반조건의 각 규정의의미를 잘못 해석하였거나 중재계약에 관한 법리를 오해한 나머지 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하고 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없으므로 원심판결은 파기를 면할 수 없다.

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

4. 파기환송심(서울고등법원)

가. 제1심판결

서울지방법원 1996. 10. 23. 선고 96가합35700 판결

나. 환송판결

대법원 1997. 7. 8. 선고 97다11935 판결

다. 주문

(1) 제1심 판결을 취소한다.

(2) 원고의 청구를 기각한다

(3) 소송 총비용은 원고의 부담으로 한다.

라. 청구취지

원고와 피고 사이의 대한상사중재원 중재 제XX111-00XX호 사건에 관하여 위 중재원이 1996. 4. 29.에 한 별지 기재 중재판정은 이를 취소한다.

마. 항소 취지

주문과 같다.

바. 이유

(1) 원고의 주장에 대한 판단

(가) 원고의 주장

원고는 다음과 같은 이유로 이 사건 중재판정은 취소되어야 한다고 주장한다.

첫째, 피고가 이 사건 중재신청의 근거로 삼고 있는 위 시설공사계약일반조건 제31조는 "당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁"을 중재대상으로 규정하고 있는데, 피고가 문제삼아 이 사건 중재신청을 한 분쟁은 설계변경 및 이에 따른 공사대금 지급과 관련된 사항으로 위 시설공사계약일반조건 제12조, 제13조 및 관련 예산회계법령에 명확하게 규정되어 있어 이는 중재의 대상이 아니므로 이 사건 중재판정은 중재법 제13조 제1항 제1호 소정의 "중재절차가 중재계약에 의하지 아니한 때"에 해당한다.

둘째, 원고는 이 사건 중재절차 심문기일에서, "(1) 설계변경의 분쟁은 시설공사계약일반조건 제31조에서 규정한 중재대상분쟁이 아니므로 분쟁조정자체가 성립되지 아니한 것이고, (2) 피고는 위 시설공사계약일반조건에서 정한 바에 따라 설계변경신청 및 승인을 받아야함에도 이를 받지 아니한 채 공사를 시행하였으므로 원고는 피고에게 추가로 공사대금을 지급할 의무가 없다."는 취지로 각 주장하였으나, 이 사건 중재판정에는 위 두가지 주장에대한 판단이 유탈되었으므로 중재법 제13조 제1항 제5호, 민사소송법 제422조 제1항 제9호의 규정에 의하여 위 중재판정의 취소사유에 해당된다.

(나) 판단

원고의 첫 번째 주장에 관하여 살피건대, 갑 제6호증, 갑 제7호증의 1내지 3의 각 기재에 변론의 전취지를 종합하면, 원고와 피고는 위 각 시설공사도급계약을 체결하면서 원고의 회계예규인 "시설공사계약일반조건"(이하 일반조건이라고 한다)을 계약의 일부로 한 사실, 위 일반조건 제31조는 "① 당해 계약문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁은 계약당사자가 쌍방의 합의에 의하여 해결한다. ② 제1항의 합의가 성립되지 못할 때에는 당사자는 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의하여 해결할 수 있다."라고 규정하고있고, 한편 위 일반조건 제12조는 "① 계약자는 다음 각호의 1에 해당하는 사실을 발견할때에는 당해부분에 대한 계약이행전에 지체없이 (현장감독관을 경유) 계약담당공무원에게 서면으로 이를 통지하여야 한다. 1. 설계서의 내용이 불분명하거나 누락, 오류 또는 상호모순되는 점이 있을 때, 2. 설계서와 지질, 용수 등 공사현장의 상태가 다를 때, ② 계약담당공무원은 제1항의 통지를 받는 때에는 즉시 그 사실을 조사 확인하고 공사가 적정히 이행될 수 있도록 설계변경 또는 기타 필요한 조치를 하여야 한다.", 제13조 제1항은 "계약담당공무원은 제12조의 규정에 의한 설계변경으로 인하여 공사량의 증감이 발생한 때에는 당해 계약금액을 조정한다."라고 각 규정하고 있으나, 다른 한편 계약자가 위 일반조건 제12조 제1항 각호 및 제13조에서 정한 바에 따른 설계변경 및 계약금액의 조정문제 등에 관하여 현장감독관을 경유하여 계약담당공무원에게 통지하거나 통지하고자 하였음에도 불구하고 현장감독관이 이를 지체하는 등의 잘못을 저질러 계약담당공무원이 즉시 그 사실을 조사, 확인하고 공사가 적정하게 이루어질 수 있도록 필요한 조치를 취하지 못하게 함으로써그로 인하여 계약자가 추가공사비를 지출하게 됨으로 인하여 입게된 손해의 배상에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않은 사실을 각 인정할 수 있고 반증이 없다.

위 인정사실에 의하면 위 일반조건 제31조는 위 일반조건을 포함하여 당해 계약에서 규정한 사항과 관련한 분쟁은 원칙적으로 당사자

의 합의에 의한 해결이나 조정·중재의 대상으로 삼지 아니하고 있다 할 것이나, 위에서 본 바와 같이 이 사건 중재판정은 현장감독인 위 XXX이 피고측의 설계변경요구에 대처함에 있어 감리인으로의 의무를 위반한 과실이 있고 이는 원고측의 귀책사유라고 하여 그 손해배상을 명하는 취지이므로 이 사건 중재판정의 대상으로 된 분쟁은 위 일반조건 제31조에서 말하는 당해 계약 문서와 예산회계법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건 분쟁은 위 일반조건 제31조에서 정하는 당사자의 합의나 조정·중재의 대상이 되는 분쟁에 해당된다고 할 것이므로 원고의 위 주장은 이유없다.

원고의 두번째 주장에 관하여 살피건대, 먼저 (1) 부분의 판단유탈의 주장에 관하여는, 위갑 제1호증의 기재에 의하면, 이 사건 중재판정문 제1항에서 "당사자 사이에 체결된 시설공사계약 일반조건 제31조에 의하면 이 건 분쟁은 대한상사중재원의 중재에 따라 해결할 수 있으므로 ..."라고 판단하고 있으므로 위 판단에 이유가 설시되어 있지 아니하여 다소 미흡하더라도 위 주장에 관한 판단유탈이 있었다고 할 수 없고, 또한 (2) 부분의 판단유탈의 주장에 관하여는, 위 중재판정문 제3의 다항에서 피고가 설계변경이 필요하다고 요구하였으나 감리자가 시공과정에서 성실과 신의로써 대처하여야함에도 이를 소홀히 한 점이 인정되어 원고의 책임이 있다는 취지로 판단하여 원고의 주장에 대하여 간접적으로 판단하고있으므로 이 부분에 관하여도 판단유탈이 있다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 위 주장 또한 이유없다.

(2) 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 피고의 항소를 받아들여 이를 취소하고 원고의 청구를 기각하기로하여 주문과 같이 판결한다.

Ⅲ. 검토의견

본건은 XX전기(주)가 국가를 상대로 중재를 신청하여 일부 승소판정을 얻었으나, 국가가 동 중재판정에 대한 취소의 소를 제기하여 1심과 2심에서 중재판정이 취소되었으나 대법원에서 파기환 송판결이 내려졌으며, 다시 고등법원에서 국가의 중재판정 취소의 소 청구를 기각시킨 사례이다.

여기서 문제가 되고 있는 재경원 회계예규인 공사계약 일반조건 제31조의 내용은 아래와 같다.

-- 아 래 --

(제31조) 분쟁

① 당해계약서와 예산회계예규법령에 규정된 사항을 제외한 계약에서 발생하는 문제에 관한 분쟁은 계약당사자가 쌍방의 합의에 의하여 해결한다.
② 제1항의 합의가 성립하지 못할 때에는 당사자는 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의하여 해결할 수 있다.

상기의 시설공사계약일반조건은 관급공사계약시에 사용되는 계약서의 일부로서 모든 관급공사에 사용되어 왔다. 따라서, 이번 대법원의 판례는 관급공사를 실시하고 있는 모든 건설업체에게는 대단히 고무적인 판결임이 틀림없다.

본건 중재판정이 중재법 제13조 제1항 제1호 소정의 "중재절차가 중재계약에 의하지 아니한 때"에 해당하는지에 관하여, 1심과 2심에서는 위 일반조건 제31조는 위 일반조건을 포함하여 당해 계약에서 규정한 사항과 관련한 분쟁은 원칙적으로 당사자의 합의에 의한 해결이나 조정·중재의 대상으로 삼지 아니하고 있다고 하며, 또한 XX전기(주)가 지급을 요구하고 있는 추가공사비는 설계도와 실제공사 현장이 일치하지 아니하여 추가지출한 공사비로서 추가공사비로 인한 설

계변경 및 계약금의 조정 문제에 관하여는 위 일반조건 제12조 제1항 각호 및 제13조에서 그 절차를 명확히 규정하고 있는 이상 위 설계변경 및 그에따른 계약금액의 조정에 관한 관련된 분쟁은 위 일반조건 제31조에서 정하는 당사자의 합의나 조정·중재의 대상이 되는 분쟁이 아니라는 이유로 본 중재판정을 취소 판결 하였다.

이에 대하여, 대법원에서는 위 일반조건 제12조 제1항 각호 및 제13조에서 추가공사등으로 인한 설계변경 및 계약금액의 조정문제 등에 관하여 규정하고 있는 것은 사실이나, 다른 한편 계약자가 현장감독관을 경유하여 계약담당공무원에게 통지하거나 통지하고자 하였음에도 불구하고 현장감독이 이를 지체하는 등의 잘못을 저질러 XX전기(주)가 추가공사비를 지출하게 됨으로 인하여 입게 된 손해배상에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 있기 때문에 원심에서 본건 중재판정은 중재계약이 없이 이루어진 것으로 취소되어야 한다고 판단한 것은 위 일반조건의 각 규정의 의미를 잘못해석 하였거나 중재계약에 관한 법리를 오해한 나머지 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하고 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라하여 원심을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원인 고등법원에 환송하기로 판결하였다.

그후 고등법원에서는 중재계약이 존재하지 아니하다는 주장에 대하여는, 감리인이 의무를 위반한 과실이 있고 이는 원고측 귀책사유이고, 이는 위 일반조건 제31조의 규정에 포함되지 않는다하여 중재대상이 된다고 판시하였다.

또한, 판단유탈 부분에 관하여도 (1) 판단의 이유가 설시되지 아니하여 다소 미흡하더라도 대한상사중재원의 중재에 따라 해결할 수 있다고 판시한 점과 (2) XX전기(주)가 설계변경이 필요하다고 요구하였으나 감리자가 시공과정에서 성실과 신의로써 대처하지 못한 점을 지적하여 간접적으로 판단하고 있음을 이유로 판단유탈 주장도 기각하였다.

위 일반조건 제31조의 규정은 최근 다음과 같이 개정되었다.

-- 다 음 --

(제51조)

① 계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.

② 분쟁이 발생한 날부터 30일이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호의 정 하는 바에 의하여 해결한다.

1. 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다.
2. 제1항의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.

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

따라서, 관급공사를 하는 건설업계에서는 위에서 보여지는 어려움은 더 이상 겪지 않게 되었다. 그러나 위 일반조건 제31조에 의거 이미 계약체결한 업체에서는 금번 내려진 대법원의 판례를 주목할 필요가 있다.