

建設保證 紛爭解決의 訴訟 有效性에 關한 實證的 研究

Empirical Study on the Validity of Construction Bond-related Litigations

김 종 서* · 최 종 수** · 이 재 섭***
 Kim, Jong-Seo · Choi, Jong-Soo · Lee, Jae-Seob

요 약

최근 건설산업의 급격한 환경변화로 국내 건설업계는 어려운 환경에 처해 있다. 건설사의 재무구조 악화로 인한 공사 중단이나 계약 해제 등으로 보증채권자에 의한 건설보증 분쟁도 꾸준히 증가하고 있는 추세이다. 보증채권자에 의한 분쟁 제기 시 소송이 아닌 ADR(Alternative Dispute Resolution), 특히 협상을 통한 분쟁 해결이 가장 바람직한 방안이나 활용할 만한 자료가 극히 제한적이어서 원만히 해결되지 못하고 결국 분쟁으로 이어지고 있는 것이 현실이다. 본 연구에서는 건설분쟁 중 건설보증 분쟁 발생시 ADR을 통한 해결가능성을 모색하고자, 최근 5년간(2000년~2004년) 건설보증과 관련한 대법원 판례를 분석하여 가설 설정과 검증을 통하여 소송의 유효성을 분석하였다. 본 연구결과 소송에 의한 분쟁 해결은 평균 1,067일(최장 1,965일)이 소요되는데 비하여 원고 승소율은 45% 미만으로 나타나 쌍방 모두 이에 따른 시간적, 경제적 손실이 적지 않은 것으로 나타났다. 본 연구를 통하여 제시된 여러 변수들의 승소율을 감안하여 보증계약 당사자가 어느 정도 수용 가능한 기준을 가지고 협상에 참여한다면 손실을 최소화하면서 각자의 만족도를 충족시켜 주게 될 것 입니다. 그러나 본 연구에 대한 결과만으로 현재 진행 중이거나 향후 발생하게 될 모든 건설보증의 클레임이나 분쟁에 대한 대응방안을 마련하는 데에는 한계가 있다. 다만, 이상의 연구 결과를 활용하여 보다 적극적으로 건설보증 분쟁을 예방하고 관리방안을 마련하여 단계적이고 체계적으로 시행해 나가는 방안을 모색해야 한다.

키워드 : 보증, 클레임, 분쟁, 건설클레임, 건설분쟁, 건설보증, 건설보증 클레임, 건설보증 분쟁, 협상

1. 序論

1.1 研究의 背景 및 目的

건설공사는 장소의 특수성, 수주 산업적 특성, 일회적 생산체계, 다양한 참여 주체들 간에 체결되는 계약의 사슬(Chain of Contracts) 등으로 계약의 체결 및 이행과정에서 분쟁이 발생할 수밖에 없는 산업으로서 구조적인 요건을 내포하고 있다. 특히 최근 건설산업¹⁾의 개방, 최저가 낙찰제의 확대 시행, 보증제도의 개선, 보증·보험 취급기관의 확대, 건설산업 생산체계의 개편 등 건설 계약 및 환경의 변화로 계약 당사자인 보증채권자나 건설업자에 의한 클레임 제기가 빈번해 질 것으로 예상된다.²⁾ 따라

서 향후 체계적인 건설보증 클레임 관리의 중요성에 대한 인식 또한 높아질 것으로 예상된다.

건설보증 분쟁의 해결 과정을 살펴보면, 일반적으로 협상·조정·중재·소송의 형태로 진행되는데, 소송 이외의 분쟁 해결방식(ADR)도 궁극적으로는 법원 판결에 그 근거를 두고 있다. 따라서 건설보증과 관련된 분쟁 해결의 최후 단계인 소송 결과에 대한 분석이 가능해야만 ADR 단계에서의 협상이나 조정 결과에 분쟁 당사자들이 수긍할 수 있게 된다. 결국 판례 분석을 통한 건설보증 분쟁의 연구는 향후 ADR이 효율적으로 운영되기 위한 필요조건으로, 분쟁 당사자들에게는 중요한 활용 자료가 될 것이다.

현재까지 건설보증에 대해서는 체계적인 관련 연구나 분석 자료가 거의 없어 이에 대한 심도있는 연구가 필요한 실정이다. 이에 본 연구는 대법원을 통하여 분쟁이 해결된 판례를 중심으로, 첫째 건설보증 분쟁 발생시 당사자 및 소송의 특성·건설 프로젝트의 특성상 주요 변수의 승소율, 둘째 보증성격·보증책임·손해배상 범위 및 보증계약의 취소 등 주요 유형별 분쟁요인별 승소율에 의한 소송 유효성을 살펴보는 데 그 목적이 있다. 분쟁

*일반회원, 건설공제조합 경영전략팀장, 공학박사, kisingor@paran.com
 **일반회원, 동국대학교 건축공학과 조교수, 공학박사, jchoi@dongguk.edu
 ***일반회원, 동국대학교 건축공학과 부교수, 공학박사, js1998@dongguk.edu
 1) 건설산업이라 함은 건설업(건설공사를 수행하는 업)과 건설용역업(건설공사에 관한 조사·설계·감리·사업관리·유지관리 등 건설공사와 관련된 용역을 수행하는 업)을 말한다(건설산업기본법 제2조 제1호).
 2) 국무조정실(2005. 11), 건설산업 규제 합리화방안, pp. 7-18.

발생에 영향을 미치는 요인 등을 통하여 소송의 유효성을 분석함으로써 건설보증 분쟁과 관련한 정보를 발주자인 보증채권자, 건설업자인 보증채무자, 보증기관 종사자, 법조인 등도 모두 공유할 수 있도록 하여 궁극적으로 소송이 아닌 ADR에 의한 분쟁 해결 방안을 모색하고자 한다.

1.2 研究의 範圍 및 方法

앞 절에서 제시된 연구목적을 달성하기 위하여 건설 프로젝트 수행시 보증 계약의 체결과 이행 과정에서 발생하는 분쟁을 대상으로 보증종류·공사종류 등 주요 변수별 승소율을 통해 건설보증 분쟁의 소송 유효성을 분석하고, 분쟁요인이 되는 요소들에 대한 승소율 분석을 통하여 소송의 유효성을 확인하고자 한다. 실증적 분석을 수행하기에 앞서 건설 클레임과 분쟁에 관한 국내외 학술논문·연구문헌 등 선행연구 결과를 고찰하고, 대법원 판례의 분석을 통하여 건설보증 분쟁 실태 및 분쟁유형별 요인 등을 분석하는 방법으로 연구를 진행하였다. 또한 건설분쟁 중 건설보증 분쟁의 최종 해결 방안인 소송의 유효성 검증에 의하여 판례분석과 문헌조사를 수행하였다. 건설클레임에 대한 이론적 검토, 선행연구 결과 및 본 연구자의 실무 경험을 바탕으로 각 변수별 승소율에 대한 가설을 설정하고, 판례를 활용하여 설정된 가설의 유효성 여부를 검증하고자 한다.

본 연구에 사용된 자료는 최근 5년간(2000년~2004년) 건설보증 분쟁과 관련한 대법원 판례 74건(1,2,3심 판결 기준 232건)을 통하여 건설보증의 주요 변수별 승소율과 유형별 분쟁요인을 승소율과 함께 분석하였다.³⁾ 본 연구는 대법원 판례와 이와 관련된 사건의 1심과 2심의 판례까지 포함하여 분석한 주요 변수들의 심급별 승소율을 제공함으로써 대법원으로 상고되지 않은 소송건수가 제외되었다는 의미의 한계에 대한 지적을 상당부분 상쇄시킬 수 있을 것으로 사료된다.

본 연구 논문은 연구목적의 효과적인 달성을 위하여 아래와 같은 내용과 체계로 구성하였다. 제1장 서론에서는 본 연구의 배경 및 목적, 연구의 범위 및 방법 등을 제시하여 본 연구의 거시적 흐름을 파악할 수 있도록 하였다. 제2장에서는 건설산업에 대한 보증의 역할, 건설보증의 형태와 법적 성질을 고찰한 후, 건설보증 분쟁의 특징을 차례로 살펴보았다. 또한 건설분쟁에 관한 선행 연구를 조사, 분석한 후 본 연구와의 차별성을 기술하였다. 제3장에서는 본 연구의 핵심이 되는 주요 변수별 승소율

을 분석하기 위한 연구모형 및 가설을 설정하였다. 건설보증 분쟁 당사자 유형, 조사내용과 자료 수집방법을 제시한 후, 승소율 추정의 소송 경제 모델을 검토하였다. 이와 함께 본 연구에 필요한 연구모형을 개발하고, 가설 검증에 필요한 연구가설을 설정하였다. 제4장에서는 건설보증 분쟁과 관련된 실증적 분석 결과를 기술하였다. 구체적으로 분석 대상의 일반적 특성에 대하여 기술하였으며, 건설보증 분쟁의 승소율 분석을 위해 독립변수별·분쟁유형별 승소율 분석 결과를 정리하였으며, 분쟁유형별로 분쟁에 영향을 미치는 주요 원인을 분석하였다. 제5장에서는 본 연구 결과를 전반적으로 요약하고, 본 연구의 한계점을 밝힘으로써 향후 연구 과제를 제시하였다.

2. 理論 및 先行研究 考察

2.1 建設産業과 保證

2.1.1 建設産業에 대한 保證의 役割

보증이란 3개 주체가 관련되어 의무를 수반하는 계약으로, 한 당사자가 다른 당사자의 계약상 의무를 이행하지 않을 때 보증기관이 의무를 이행할 것을 보장하는 것을 말한다. 여기서, 보증의 당사자는 보증채권자(권리자), 보증채무자(의무자) 및 보증기관(손해보험사 포함)이며, 보증채무는 주 채무의 존재를 요건으로 하는 대표적인 인적 담보수단의 하나이다. 보증과 보험의 본질적인 차이는, 보험은 양자 관계⁴⁾인 반면 보증은 3자 관계로 구상권이 존재한다는 데 있다. 참고로 건설보증의 구조를 그림으로 나타내면, 아래의 그림 1과 같다.⁵⁾

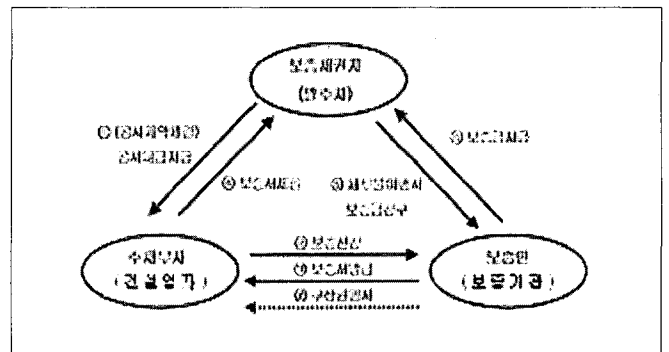


그림 1. 건설보증의 구조

건설보증이란 건설공사의 원활한 수행을 담보하기 위하여 체결한 보증채권자인 발주자, 주채무자인 건설업자, 보증인인 보

3) 김성배 외(2001)의 연구에 의하면 대법원 위주의 판례 분석은 법원 판결이 3심제로 운영되고 있어 선택편의(Selection Bias) 문제를 낳을 수 있으며, 하급심 위주의 분석은 최종 결과를 반영하지 못하는 우(愚)를 범할 수 있다고 지적하였다.

4) 물론 피보험자(Beneficiary)가 제3자일 경우 보험의 당사자는 3인이 된다.
5) 김준한(2004), 건설경제론, 박영사, p. 239.

증기관 간의 채권·채무 및 구상채권·구상채무 관계로 정의할 수 있다.⁶⁾ 이러한 건설보증은 보증서 발급 심사시 사전 심사기능을 통한 부적격 업체의 입찰참여를 배제하고, 건설공사의 시공보장 수단으로 건설공사의 효율화를 도모하며, 부실시공 방지나 계약관행 개선 등 건설산업 선진화에 기여하는 역할을 담당하고 있다.

2.1.2 建設保證의 形態와 法的性質

1) 建設保證의 形態

건설공사의 도급계약은 일반 계약관계보다 채무불이행의 위험에 대비할 필요성이 커서 도급인이나 수급인 또는 하수급인 등 건설공사 도급계약 당사자 사이에 상호 채무이행을 보증하는 제도가 다양한 방법으로 발달해 왔다.

현재 건설공사 도급계약상의 각종 채무이행에 관하여 이루어지고 있는 보증제도의 형태는 다음과 같이 세 가지 종류가 있다.⁷⁾ 첫째, 당사자가 자기의 채무에 관하여 전문기관이나 금융기관으로부터 보증서를 발급받아 제출하는 방법으로 이는 가장 보편적으로 사용되고 있는 방법이다. 둘째, 당사자가 상대방에게 자신의 채무이행에 관하여 보증인을 세우는 방안이다. 셋째, 도급계약의 당사자가 상대방에게 자기 채무의 이행을 담보할 만한 상당액을 미리 교부하는 보증금 수수제도로, 현금 수수가 동반되기 때문에 실무에서는 거의 이용되지 않는다. 그러나 경우에 따라서는 위와 같은 3가지 방법을 혼용하는 경우도 있다.⁸⁾

2) 建設保證의 法的性質

건설산업에 있어서 각종 보증은 그 기능이 동일하지만, 법적 성질에 따라 크게 기관보증과 보증보험으로 나눌 수 있다. 그 외에 개별적인 민법상의 보증계약도 체결이 가능하지만 실무에서는 거의 활용되지 않고 있다.

기관보증이란 전문적 보증기관이 기업의 신용보증 보완을 위하여 주 채무자로부터 위탁받아 보증수수료를 받고 특정 또는 불특정 다수인을 위하여 행하는 보증을 의미하는데 이를 신용보증이라고도 한다. 건설산업기본법상 건설공제조합을 비롯한 공제조합, 주택법상 대한주택보증(주), 신용보증기금법상 신용보증기금 및 기술신용보증기금법(구 신기술사업 금융지원에 관한 법률)상 기술신용보증기금 등의 신용보증이 여기에 해당 된다.⁹⁾

기관보증은 공공성이 강하고, 유상성·대량 거래성을 가지며 전문적 보증기관의 보증이라는 점에서 개별적이고 1회적, 무상적으로 이루어지는 민법상 보증과 다르지만 그 법적 성질은 민법상 보증과 동일하다. 보증보험이란 신용보증기관 이외에 일반 금융기관이나 보험회사가 교부하는 보증을 말한다.

보증보험은 다수의 가입자를 모아 유상적으로 보증을 인수하는 제도로써 보험자가 보험료를 받고 채무자인 보험계약자가 채권자인 피보험자에게 계약상의 채무 불이행 또는 법령상의 의무 불이행으로 손해를 입힌 경우에 그 손해를 보상할 것을 목적으로 한 보험법상의 보험을 말한다. 보증보험 계약은 손해보험성과 보증성을 함께 가지고 있으며, 실질적으로 민법상 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 체결하므로 민법의 보증에 관한 규정이 적용된다.¹⁰⁾

2.2 建設保證 紛爭

건설보증 분쟁(클레임을 포함, 이하 같음)의 절차 등에 관하여는 일반적인 건설분쟁 절차가 준용할 수 있으므로 별도 설명을 생략하기로 하고, 본 절에서는 건설분쟁과는 성격이 다른 건설보증 분쟁의 특징만을 요약 기술하기로 한다.

1) 保證범위 이내로 保證책임 제한

건설보증 분쟁도 건설보증의 특성상 건설분쟁의 특성을 일부 반영하고 있으나, 건설보증은 보증금액 및 보증기간이 정해져 있어 보증계약이 존속하여도 보증기간 내에 발생한 채무 불이행이나 보증사고에 대하여 보증금액 이내에서만 책임을 부담한다. 즉 보증기간 내에 클레임이 발생한 때에는 손해가 보증기간 이후에 발생되어도 보증기관은 보증금액 범위에서 그 책임을 부담한다. 보증기간 내에 발생하는 분쟁은 보증기관이나 보증채권자의 책임을 구체화하여 정하는 불확정한 사고를 의미하는 것이므로 당사자 사이의 보증계약 약정, 보증약관¹¹⁾ 내용, 보증서 및 주계약의 구체적 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다.

2) 保證 責任關係의 不明確

건설보증 분쟁의 가장 큰 특징은 쟁점이 일반적으로 다양하다는 것을 들 수 있다. 건설공사의 공정이 복잡할 뿐만 아니라 이

6) 김명수 외(2002), 건설보증시장 구조와 효율화 방안, 국토연구원, p. 7.
7) 윤재운(2004), 건설분쟁관계법, 박영사, p. 335.
8) 국가를당사자로하는계약에관한법률 시행령 제52조.
9) 김창중(1990), 신용보증에 관하여, 사법논집 제21집, p.133 이하.

10) 대법원 1997.11.14. 선고 95다11009 판결, 대법원 1997.11.26. 선고 99다36617 판결 외 다수.

11) 보증약관이라 함은 '그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것'을 말한다(약관규제법 제2조 제1항).

해관계인이 다수 얽혀 있어 분쟁의 원인과 책임 규명에 어려움이 있으며, 계약 내용도 불분명한 경우가 많아서 분쟁이 매우 복잡한 양상으로 전개 된다. 보증기관은 채무불이행의 귀책사유가 보증채무자에게 있는 경우에 한하여 그 책임을 부담하는데, 보증채무자가 부도 등의 사유로 부실화된 경우 연락 두절로 보증 책임의 소재를 밝히는 것이 쉽지 않게 된다. 특히 하자보수보증의 경우 하자의 범위 및 발생시기에 대한 책임 관계가 명확하지 않아 소송으로 발전하는 경우가 많다.

3) 입증자료의 불명확 및 확보 곤란

건설보증 분쟁이 발생하더라도 건설공사 도급계약서나 변경 합의서 등 객관적인 증거가 명백하면 쉽게 합의가 된다. 그러나 그러한 경우는 매우 드물고, 대부분은 상세한 계약서나 전적서가 없는 경우가 많으며, 공사 중 설계 변경 시에도 구두합의만 하고 문서화하지 않는 경우가 많다. 또한 증거의 수집 경위·관련 부위 등이 불분명하거나 조작된 경우도 많아서 신뢰도가 낮아지는 경우도 빈번하다. 따라서 정확한 증거에 의한 보증금 청구가 아니라 추정 위주로 주장이 제기된다. 특히 보증채무자가 부실화된 경우 보증기관은 상대방인 보증채권자의 입증자료에 대한 반박 자료를 제시할 수 없어 건설보증 클레임 해결에 많은 걸림돌로 작용되고 있다.

4) 제3자에 의한 분쟁 해결방안 미흡

건설보증 클레임은 대부분 보증채권자와 보증기관간의 협상을 통하여 해소하고 있으나, 보증기관과 보증채권자간 보상금액에 대한 협상이 이루어지지 않는 경우 조정이나 중재를 거치지 않고 바로 소송으로 비화되는 경우가 일반적이다. 보증기관이 대외 공신력 제고 차원에서 자체적으로 보상심사위원회(가칭)를 설치 운영하는 경우도 있으나, 보증채권자가 보상심사 결과에 만족하지 않는 경우 클레임이나 분쟁 해결에 아무런 도움을 주지 못한다. 물론 건설분쟁조정위원회¹²⁾ 등의 조정을 거치는 경우도 있으나 법적 효력 발생 미비로 그 실적은 많지 않은 실정이다. 특히 보상금액에 대한 당사자간 이견이 크지 않을 경우에도 이를 조정하거나 중재할 곳이 없어 보증채권자의 건설보증에 대한 불신감만 증폭시키고 있는 실정이다.

2.3 先行研究 考察

2.3.1 紛爭에 關한 研究

국내의 경우 지금까지 수행된 분쟁에 관한 선행연구의 경향을 살펴보면, 첫째 건설클레임 발생현황의 분석에 치중한 연구, 둘째 회계예규(공사계약일반조건)상 클레임의 제도개선에 초점을 둔 연구, 셋째 건설클레임 사례 중 발생 빈도가 높은 설계변경과 관련한 제도개선 연구, 넷째 공사계약의 이행상 불공정 행위의 관점에서 접근한 연구, 다섯째 세부적인 클레임 사유에 따른 계약금액 조정방식에 관한 연구로 구분할 수 있다.¹³⁾

구체적으로, 김성배·김일중·양진석(2001)은 “우리나라 건설 분야 분쟁사례 분석”에서 당사자별 분쟁 유형을 건설당사자·준계약자·행정기관·제3자로 구분하여, 소송 모형의 경제 논리를 통해 개진되어 왔던 여러 변수들이 원고의 승소율에 미치는 영향을 분석하였다. 그러나 하급심 판결 위주로 분석되어 있어 최종 결과의 반영 여부에 대한 객관적인 설명이 부족한 것으로 나타났고, 특히 건설보증과 관련한 분쟁을 소홀히 취급한 경향이 있다. 김성일·이형찬·김재영(2003)는 “공공공사의 클레임 실태 분석과 개선방안”에서 국내 공공공사의 클레임 실태 및 클레임 발생 요인을 분석, 클레임 협상을 위한 제도적 여건과 클레임이 분쟁화 됨으로써 발생하는 비용을 최소화하고 당사자간에 공동 문제 해결 과정을 통해 클레임을 관리할 수 있는 방안을 제시하였다. 그러나 분석 대상이 공공공사로 제한된 한계가 있다.

이재섭(1998)은 “국내 건설사업의 클레임 동향 분석”에서 클레임의 유사 사례와 관련 판례에 대한 체계적이고 전문적인 자료 수집 및 분석의 필요성에 따라 클레임의 유형별 제기 건수를 연도별로 분석하여 건설분쟁을 크게 4가지(공사대금, 손해배상, 물가변동, 설계변경)로 구분하고 있다. 그러나 분쟁유형의 설정이 제한적인 까닭에 선택 편이의 문제가 발생하여 실증 분석을 할 수 없고, 결국 기술 통계치를 소개하는 선에서 그치고 있다. 이종수(2002)는 “국내외 분쟁해결 조항의 비교 분석 및 향후 개선방향”에서 회계예규인 ‘공사계약일반조건’ 상의 분쟁의 해결 방법에 대한 문제점을 지적하고, 외국의 계약조건에서 나타나는 중재(Arbitration)를 최종적인 분쟁해결의 수단으로 규정하는 규정을 준용하여 개선방안을 제시하였다. 이와 함께 소송 외 분쟁해결수단(ADR)중 ‘조정’을 통한 보다 신속하고 경제적인 분쟁 해결이 필요함을 제시하였다.

한편, 외국의 경우에도 건설공사 과정의 클레임이 꾸준히 증가하는 추세에 있으며, 클레임을 효율적이고 경제적이면서 적기에 합리적으로 해결하는 것이 어려운 것으로 알려져 있다. 이는 국내외를 막론하고 건설산업의 특수한 성격 및 동태적, 복합적

12) 건설분쟁조정위원회는 분쟁 당사자의 일방 또는 쌍방의 신청을 받아 설계, 시공, 감리 등 건설공사와 관련한 전반적인 분쟁을 조정하는 기구로, 건설산업기본법 제8장에 근거를 두고 있다.

13) 김성일 외(2003), 공공공사의 클레임 실태 분석과 개선방안, 국토연구원, p. 17.

특성으로 인해 클레임은 불가피하며 사실상 클레임은 건설산업에 일상화되어 있는 점을 시사하는 것으로 해석할 수 있다. Onyango(1993)는 영국 건설 프로젝트의 52%는 어떠한 형태로든 클레임을 겪은 것으로 보고하였다. 그리고 Keane(1994)은 영국의 경우 계약당사자의 83%가 1992년부터 1994년까지의 기간 동안에 하나 이상의 공기 연장 클레임을 제기한 바 있으며, 약 12억 파운드가 건설클레임 및 분쟁의 대상이 되었다고 보고하였다. 미국 연방에서 재정을 지원받는 22개 프로젝트에서 클레임의 빈도, 강도, 가능한 인과 요인을 분석한 연구에 의하면,¹⁴⁾ 클레임이 발생한 427개 사례에서 설계의 부적절이 46%에 이르며, 재량적이거나 강제적인 설계 변경이 26%에 이르는 것으로 나타났다.

2.3.2 先行研究와의 差別性

최근 들어 판례정보 혹은 ADR 사례를 이용한 건설분쟁에 관한 연구가 점차 시도되고 있으나, 아직도 건설보증 분쟁에 특정한 연구는 미흡한 실정이다. 건설분쟁에 관한 지금까지의 선행 연구의 대부분은 클레임의 발생 요인에 대한 실증적인 분석보다는 클레임 발생 건수 중심의 실태 분석에 치중하였으며, 클레임의 사례 분석에 있어서도 종합적인 검토가 이루어지지 못한 채 일부 사례를 중심으로 분석되어 클레임의 예방 및 관리의 전반에 걸친 체계적 접근에 한계를 보이고 있다. 특히 실제 분쟁 관리를 위한 협상 능력의 제고 등에 관한 연구는 상대적으로 미흡한 측면이 있고, 그나마 건설보증과 관련한 연구는 아주 제한적으로 일부만 언급되고 있는 실정이다.

본 연구에서는 건설분쟁 중 건설보증의 분쟁 실태를 당사자 및 소송의 특성, 건설 프로젝트의 특성상 주요 변수들에 대한 승소율의 실증적 분석을 통하여 소송의 유효성을 확인하였다. 또한 분쟁유형을 크게 4가지(보증성격, 보증책임, 손해배상의 범위, 보증계약의 취소)로 구분하여 분쟁 요인별 승소율을 분석하여 소송의 유효성을 살펴보았다. 본 연구 결과는 보증채권자, 보증채무자 및 보증기관 종사자 등 분쟁 당사자들에게 건설보증 분쟁과 관련한 이해의 폭을 넓히고 클레임 발생시 실질적인 협상의 활용 자료로 사용할 수 있도록 하였다는 점에서 선행 연구와 차별성이 있다. 이와 함께, 분쟁요인의 유형을 분석하여 향후 분쟁을 최소화하기 위한 예방책과 관리방안 모색의 기초 자료를 제시한 것은 건설보증 분쟁과 관련한 실무에 오래 종사한 경험에 바탕을 둔 것이기 때문에 보다 설득력 있는 실증적 연구가 될

것으로 판단된다.

3. 研究模型과 假說 設定

3.1 勝訴率 推定 分析의 틀

3.1.1 接近方法

건설보증은 건설공사 특성상 다양한 보증서가 발급되고 분쟁의 원인도 각각 달라 건설보증 분쟁에 대한 실태와 유형을 정확히 파악하는 연구가 필요하다. 이를 통하여 정보를 공유함으로써 협상 유도 및 분쟁예방이 가능할 것으로 예상되며, 판례 분석 과정상 선택 편의를 최소화한 합리적인 접근이 요구된다. 따라서 본 연구에서는 분쟁 실태와 분쟁 유형의 설정, 협상 유도 및 분쟁 예방을 위한 정보의 공유, 선택 편의를 최소화한 합리적인 접근 필요와 같은 3가지의 구체적인 연구 요구 조건을 반영하여 문제 해결을 시도하였다.

3.1.2 紛爭 當事者別 類型

건설보증 분쟁의 유형은 건설분쟁의 유형의 틀을 크게 벗어나지 않지만 보증의 특성상 구별되는 점이 있다. 다시 말해 건설분쟁은 클레임 외에도 건설공정(Process)상의 계약, 불법행위, 불공정 거래, 형사사건과 관련한 모든 갈등을 포괄하는 개념이나, 건설보증 분쟁은 건설보증과 관련한 갈등으로 제한된다.

1) 건설보증 분쟁의 당사자

(1) 보증기관

본 연구에서는 보증업무를 취급하고 있는 보증기관 중 주로 건설보증을 취급하는 보증기관, 즉 건설산업기본법에 의한 건설공제조합·전문건설공제조합 및 대한설비건설공제조합, 보험업법에 의한 서울보증보험(주), 주택법에 의한 대한주택보증(주) 외에 전기공사공제조합법에 의한 전기공사공제조합을 대상으로 하였다.

(2) 보증채권자

보증채권자는 크게 발주자인 경우와 발주자가 아닌 경우로 나누어 볼 수 있다. 발주자인 보증채권자는 다시 공공기관과 민간으로 구분된다. 한편, 발주자가 아닌 보증채권자로는 설계·감리자, 부지소유자, 리스회사, 국내외 금융기관 또는 보험기관, 세무서, 수급인(또는 하수급인), 입주자대표회의, 입주자, 제3자인 일반인 등이 있다.

14) Diekmann, J. E., and Nelson, M. C., Construction Claims : Frequency and Severity, Journal of Construction Engineering and Management, ASCE, 111(1), 1985, pp. 74-81.

(3) 보증채무자

보증채무자, 즉 피보증인은 수급인 및 하수급인(일반건설업자, 전문건설업자), 전문건설업자, 설계·감리자, 전기사업자 등이 있다.

2) 건설보증 당사자간 분쟁

건설보증 분쟁의 특성은 보증기관이 보증채무의 이행을 부인하거나 거부하여 이에 불복한 보증채권자가 보증기관을 상대로 이의 이행을 요구하는 형태로 나타난다. 즉 발주자인 보증채권자가 보증기관을 상대로 분쟁을 제기하거나, 발주자 아닌 보증채권자가 보증기관을 상대로 분쟁을 제기하는 것이 일반적인 건설보증 분쟁의 형태이다. 경우에 따라서는 보증채권자가 보증기관이 아닌 보증채무자를 상대로 분쟁을 제기하기도 한다. 이를 정리하면 아래의 표 1과 같다.

표 1. 분쟁당사자간 형태

원 고 (청구자)	피 고 (피 청구자)
발주자인 보증채권자	보증기관 (또는 보증채무자)
발주자 아닌 보증채권자 [설계·감리자, 부지소유자, 입주자(대표회의)]	보증기관 (또는 보증채무자)

3.1.3 調査内容과 資料蒐集 方法

건설보증 분쟁의 효과적 실증 분석을 위하여 자료의 무작위성 확보는 필수적이라고 할 수 있다. 무작위 추출이 보장받지 못할 때 각종 선택 편이 문제가 발생하기 때문이다. 무엇보다도 판례 분석에서는 법원간의 선택 편의를 극소화하는 일이 무엇보다 중요하다 판단된다. 이러한 문제의식을 바탕으로 본 연구자가 수행한 자료 구축 과정은 아래와 같다.

1) Data 추출방법

(1) 자료의 수집 및 파악

건설보증 계약과 관련한 갈등이 그간 실제로 어떻게 적용되어 왔는지를 파악하는 작업은 무엇보다 중요한 일이다. 후속 연구를 위해서 자료의 수집 과정을 설명하면, 가장 좋은 방법은 보증기관을 직접 방문하여 판례를 수집하는 것이나 현실적으로 각 보증기관의 협조를 구하기가 쉽지 않다. 따라서 본 연구자는 차선택을 강구 하였는바, i) 문헌 Data-Base의 경우 판례집(대법원, 고등법원, 지방법원), 법원공보, 판례월보 및 기타문헌을 이용하였고, ii) CD Data-Base의 경우 법고을 및 킹스필드 CD 집을 주로 사용하였으며, iii) 통신 서비스로는 (주)로앤비의 홈

페이지, (주)한국법률정보시스템(KOLIS)의 홈페이지, NETLAW, 법누리, SOL_SAW 등 인터넷 정보사이트를 다양하게 활용하였다.

(2) 자료의 수집기간 및 방법

먼저 문헌자료, CD집 및 인터넷 검색사이트에 공개된 대법원 판례를 관찰하였다. 설사 모집단을 구하지 못하더라도 이들 모두를 찾아낸다면 무작위성을 어느 정도 확보할 수 있다고 볼 수 있기 때문이었다. 이와 함께 보증기관의 협조를 받아 하급심 판례를 확보하기도 하였다. 나아가 대법원 판례 중 최종 판결 선고일을 기준으로 가장 최근 5년(2000년~ 2004년)을 자료 수집기간으로 하였다.

구체적인 자료 수집 방법은 실무적으로 파악하고 있는 판례 외에 앞에서 설명한대로 다양한 검색어(예 : 공사대금, 보증, 건설보증, 계약보증, 선급금보증, 하도급대금지급보증, 하자보수보증, 손해배상, 부지매입보증, 감리비치보증, 인허가보증, 전기료예치보증, 입찰보증 등)을 검색하는 방법을 택하였다. 비록 완전한 판례 추출방법이라고는 할 수 없으나, 기존 연구(김일중·장재호, 1998; 김일중·양진석, 1999; 김성배 외2, 2001 등)를 통해 검증된 차선택이라 판단된다. 이렇게 파악한 대법원 판례를 통하여 하급심 판결을 역으로 추적하는 방법을 사용하였다.

2) 분석대상 데이터

(1) 선택 편이의 최소화

본 연구를 위한 판례 분석에서의 커다란 제약은 바로 자료의 수집이었다. 본 연구 분석을 위하여 수집된 대법원 판례는 재상고한 1건을 포함하여 모두 74건(2000년 13건, 2001년 23건, 2002년 16건, 2003년 17건, 2004년 5건)으로, 이를 기준으로 하급심 판례까지 포함하면 파기 환송된 제4심 12건을 합하여 모두 232건이다. 본 연구자가 수집한 최종 대법원 판례의 선고 시점은 2000년부터 2004년까지 5년을 기준으로 하였기 때문에 수집된 자료의 분포 기간이 충분하여 무작위성이 침해받지는 않을 것으로 판단된다.

그 다음으로 이들 하급심 판례들이 대법원까지 올라왔는지를 알아보는 Matching 작업에 대해 살펴보았다. 대법원 판례는 오래전부터 공개되어, CD나 인터넷 검색 사이트, 또는 문헌자료를 통하여 확보가 가능했다. 이렇게 확보된 대법원 판례를 가지고 항소심 사건번호, 선고법원 등을 확인한 후 항소심 판례를 확보하고, 다시 항소심 판례를 기준으로 1심 사건번호, 선고법원 등을 확인한 후 1심 판례를 수집하는 방법을 채택하였다. 이렇게 한 후에도 수집이 곤란한 경우는 보증기관을 방문하여 직접 확

인하였다.

(2) 최종 Data-Base

대법원 판결을 기준으로 최근 5년간(2000년~2004년)의 건설보증 분쟁의 추이를 보증별로 살펴보면, 계약보증이 가장 많았으며, 하자보수보증, 하도급대금지급보증, 선급금보증, 기타보증의 순으로 나타났다. 최종심인 대법원까지 간 건설보증 분쟁은 2001년을 정점으로 감소하기 시작하여 2004년에는 급격히 줄어든 것을 확인할 수 있는데 이는 건설보증 분쟁이 감소한 것이 아니라 대법원 판결 결과가 하급심에 반영된 바에 따라 원고와 피고 모두 이를 수용하였기 때문으로 나타났다. 분석대상 데이터 현황은 아래의 표 2와 같다.

표 2. 분석대상 데이터 현황

(단위 : 건)

구 분	2000년	2001년	2002년	2003년	2004년	계
계약보증	7	8	10	11	3	39
하자보수보증	2	3	5	6	1	17
선급금보증	2	4	2	-	4	12
하도급대금지급보증	1	9	4	1	-	15
기타 보증	1	1	-	1	-	3
합 계	13	25	21	19	8	86

주) 동일한 사건에 대하여 원고가 상이하거나 보증이 다른 경우, 또는 건설업자인 채무자가 상이한 경우 각각 다른 건으로 하여 산출

3.1.4. 勝訴率 推定模型¹⁵⁾

1) 소송 절차에 관한 경제모형

건설보증 분쟁은 주 채무자의 채무불이행에 따른 보증기관의 보증채무 이행을 전제로 한다. 그러나 보증채무의 불이행이 발생했다고 해서 모두 재판까지 가는 것은 아니다. 왜냐하면 소송은 가장 비싼 분쟁해결 절차이기 때문이다. 그동안 법 경제학에 있어서 Landes(1971), Shavell(1982), Cooter and Rubinfeld(1989), Ellickson(1991) 등 여러 연구에서는 분쟁 해결을 일반적으로 4단계로 구분하여 왔다. 첫 단계는 피해발생(Harm)이고, 둘째는 제소(Legal Claim), 셋째는 협상(Bargaining)이며, 마지막으로 재판(Trial)에 이른다. 물론 건설보증 계약 관련 분쟁에 있어서도 두 번째 제소 단계에 이르기 전 권리의 이전에 관해 다양한 형태의 자발적 협상, 즉 Coasian Bargaining이 가능할 것이다. 하지만 소송의 결과를 주요 분석

대상으로 하는 본 연구에서는 위 분쟁해결 절차의 마지막 단계를 중심으로 분석하였다.

건설보증 분쟁에서 보증채권자인 원고(Plaintiff)가 분쟁 해결의 최종 단계인 재판까지 가려는 것은 결국 보증기관인 피고(Defendant)로부터 더 얻을 수 있다고 확신하고 있기 때문이다. 편의상 이를 이전(Transfer)이라고 하자.¹⁶⁾

그렇지 않다면 시간과 경제적인 비용을 감수하지 않을 것이기 때문이다. 즉 건설보증 분쟁의 관건은 원고가 주관적으로 판단하는 판결에 따른 이전(Transfer) 기대치일 것이다. 이전 기대치는 이전 규모와 승소할 확률을 곱한 값으로 볼 수 있다.

2) 승소율 추정시 유의점

법원 판결의 승소율 추정을 보다 정교히 하고 그 결과를 좀 더 정확히 이해하기 위해서는 최소한 다음과 같은 추가 논의가 필요하다. 첫째, 특정 건설보증 분쟁 사건이 소송까지 왔을 때에는 어떤 이유든 이전 기대치에 대한 보증채권자인 원고와 보증기관인 피고의 주관적 판단이 달랐기 때문이라는 점을 상기할 필요가 있다. 둘째, 소송에 투입된 당사자들의 재판 노력을 포착하는 적절한 대리 변수를 활용하기가 쉽지 않다는 점이다. 무엇보다도 특정 사건을 맡은 소송대리인인 변호사들의 개별 수입료를 파악하기 어렵기 때문이다. 셋째, 본 연구자가 고심한 또 다른 사항은 건설보증 계약 불이행으로 인한 분쟁 규모와 원고의 승소율 간의 관계이다. 최소한 이론적으로는 분쟁 규모가 원고의 승소율에 아무런 영향을 주지 말아야 한다. 분쟁의 규모는 배상액 결정의 바탕이 되지만 승소율과는 독립적이기 때문이며, 우리 민법도 원칙적으로 이를 따르고 있다. 넷째, 가장 중요한 선택편의(Selection Bias) 내지는 표본편의의 문제이다.

3.2 研究模型과 假說의 設定

3.2.1 研究模型

건설공사 현장에서 계약 당사자간의 갈등은 클레임에서 분쟁으로 발전하기 이전에 해소되는 것이 가장 바람직하다.

따라서 클레임이 분쟁으로 진전되는 경우 소송을 통해 얼마나 승소할 것인지 여부를 미리 예측할 수 있다면 건설보증 분쟁은 크게 줄어들 수 있다. 분쟁 해결의 형식은 갈등과 클레임에 대한 접근방식에서 예방적인 것이기 때문에 중요한 분쟁의 영역이 되는 유형을 추적하면서 분쟁의 원인을 조사 연구하는 것이 유용

15) 김성배 외(2001), 우리나라 건설분야 분쟁 사례 분석, 한국건설산업연구원, pp. 21~25.

16) 이 때문에 재판을 부정합게임(Negative-Sum Game)라고 부르기도 한다(예 : Cooter and Rubinfeld, 1989).

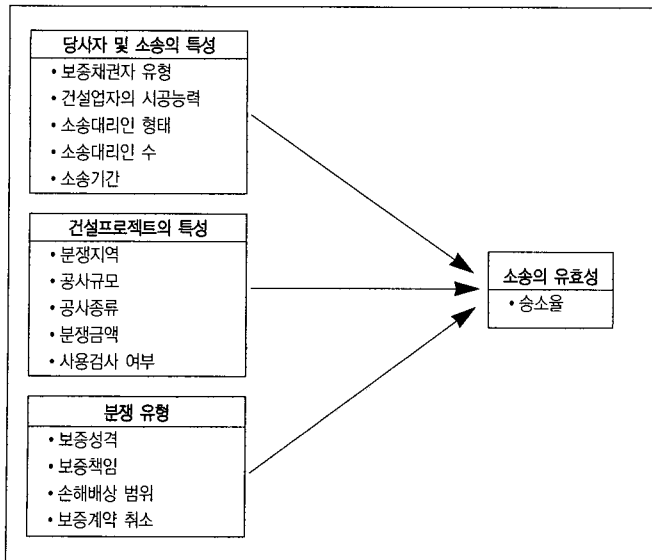


그림 2. 연구모형

하다. 건설보증의 경우 국내외, 특히 국내의 경우 연구 사례가 거의 없어 본 연구자가 오랜 기간 건설보증 클레임 및 분쟁 업무를 처리하면서 분쟁으로 발전시 승소율에 유의하게 관찰할 수 있는 변수를 경험에 근거하여 선택하였으며, 이를 위의 그림 2와 같이 기본 연구모형을 설정하는데 활용하였다.

3.2.2 研究假說의 設定

1) 변수의 선정

본 연구는 최근 5년간(2000년~2004년) 소송에 의한 건설보증 분쟁 해결의 유효성에 관한 분석을 위하여 건설보증 분쟁과 관련한 대법원 판례를 중심으로 실증적인 분석을 수행하였다. 분쟁시 승소에 유의한 영향을 미치는가 여부를 알아보기 위해, 당사자 및 소송의 특성과 관련된 변수로 보증채권자의 유형, 건설업자의 시공능력, 소송대리인 형태 등을 선정하였고, 건설 프로젝트의 특성을 반영한 변수로는 분쟁지역, 공사규모와 종류, 분쟁금액 및 사용검사 여부 등을 선정하였으며 구체적인 그룹별 변수는 아래의 표 3과 같다. 이와 더불어 분쟁유형별 승소율을 알아보기 위해 건설보증을 보증성격, 보증책임, 손해배상 범위, 보증계약의 취소로 구분하여 조사 분석하였다.

표 3. 변수의 선정

구분	독립 변수
당사자 및 소송의 특성	- 보증채권자의 유형, 건설업자의 시공능력, 소송 대리인의 형태, 소송대리인의 수, 소송기간 등
건설 프로젝트의 특성	- 분쟁지역, 공사규모, 공사종류, 분쟁금액, 사용 검사 여부 등
분쟁 유형	-보증성격, 보증책임, 손해배상 범위, 보증계약의 취소 등

2) 가설의 설정

건설보증 분쟁의 승소율을 모형화하기 위하여 기존의 건설 클레임 및 분쟁의 연구 결과와 본 연구자가 오랜 기간 건설보증 분쟁 관련 업무를 처리하면서 분쟁으로 발전시 승소율에 유의하게 관찰할 수 있는 변수를 선택하였다. 이를 바탕으로 연구모형에 나타난 여러 변수와 승소율 사이의 인과관계를 규명하기 위하여 당사자 및 소송의 특성, 건설 프로젝트의 특성에 따라 다음과 같이 연구가설을 설정하였다.

(가설 1) 소송에 참가한 당사자 및 소송의 특성은 승소 가능성에 유의한 영향을 미친다.
가설 1.1 보증채권자가 공공기관인 경우 민간보다 원고의 승소 가능성이 높다.
가설 1.2 건설업자의 시공능력이 높을수록 원고의 승소 가능성이 높다.
가설 1.3 원고의 소송대리인이 개인보다는 법무법인인 경우 원고의 승소 가능성이 높다.
가설 1.4 원고의 소송대리인 수가 다수일수록 원고의 승소 가능성이 높다.
가설 1.5 소송 진행기간이 단기일수록 원고의 승소 가능성이 높다.

(가설 2) 소송과 관련된 건설 프로젝트의 특성은 승소 가능성에 유의한 영향을 미친다.
가설 2.1 건설공사 현장이 대도시 지역에 위치할수록 원고의 승소 가능성이 높다.
가설 2.2 시공 단계별로 구분할 때, 사용검사 이후에 대한보증인 경우 원고의 승소 가능성이 높다.
가설 2.3 공사종류별로 구분할 때, 토목공사인 경우 건축공사보다 원고의 승소 가능성이 높다.
가설 2.4 분쟁금액이 고액일수록 원고의 승소 가능성이 높다.
가설 2.5 공사규모가 클수록 원고의 승소 가능성이 높다.

4. 建設保證 紛爭 分析結果 및 考察

4. 1 分析對象의 一般의 特性

건설보증 분쟁에 있어서 여러 변수들과 승소율의 상관관계 분석에 앞서 분석 대상이 되는 판례의 일반적인 사항을 분석하였다. 보증채권자의 유형별 형태를 분석한 결과는, 공공기관이 32건(37.2%)이었으며, 민간이 54건(62.8%)으로 나타났다. 건설업

자별 규모를 분석한 결과는, 시공능력공시액 166억원(중위값)을 초과하는 경우가 27건(31.42%)이었으며, 중위값 보다 작은 경우가 59건(68.6%)으로 나타났다. 한편 분쟁기간별 현황을 분석한 결과는 아래의 표 4와 같이 3년 이내인 경우가 48건으로 전체의 55.8%를 차지하였다. 그 밖에 3년 초과 4년 이내가 26건으로 30.2%를, 4년 초과가 12건으로 14.0%를 각각 차지하였다.

표 4. 분쟁기간

분쟁기간	빈 도(건)	비 율(%)
3년 이내	48	55.8
3년 초과~4년 이내	26	30.2
4년 초과	12	14.0
총 계	86	100.0

공사종류별 현황을 분석한 결과는, 건축공사인 경우가 77건(89.5%)으로 전체의 대다수를 차지하고 있고, 토목공사인 경우는 9건(10.5%)에 불과하였다. 한편, 보증종류별 현황을 분석한 결과는 아래의 표 5와 같이 계약보증인 경우가 39건으로 전체의 45.4%를 차지했고, 선금금보증 17건(19.8%), 하도급대금지급보증 15건(17.4%), 하자보수보증 12건(13.9%), 기타보증이 3건(3.5%)의 순으로 나타났다.

표 5. 보증종류

보증종류	빈 도(건)	비 율(%)
계약보증	39	45.4
하자보수보증	12	13.9
선금금보증	17	19.8
하도급대금지급보증	15	17.4
기타보증	3	3.5
총 계	86	100.0

분쟁금액별 현황을 분석한 결과는, 5억원 이하인 경우가 47건으로 전체의 54.7%를 차지했고, 5억원 초과인 경우가 39건으로 45.3%를 차지하는 것으로 나타났다. 또한, 공사규모별 현황을 분석한 결과는 아래의 표 6과 같이 10억원 초과 50억원 이하인 경우가 27건으로 전체의 31.4%를 차지했고, 그 다음으로 100억원 초과인 경우가 23건(26.7%), 10억원 이하인 경우가 20건(23.3%), 50억원 초과 100억원 이하인 경우가 16건(18.6%)의 순으로 각각 나타났다.

분쟁 유형별 현황을 분석한 결과는 아래의 표 7과 같이 보증 성격과 관련된 분쟁이 8건으로 전체의 9.3%를, 보증책임과 관련한 것이 43건으로 전체의 50.0%를 각각 차지하고 있다. 이 밖

에도 손해배상의 범위와 관련한 분쟁이 8건으로 9.3%, 보증계약 취소와 관련한 것이 27건으로 31.4%를 각각 차지하고 있다.

표 6. 공사규모

공사 규모	빈 도(건)	비 율(%)
10억원 이하	20	23.3
10억원 초과~50억원 이하	27	31.4
50억원 초과~100억원 이하	16	18.6
100억원 초과	23	26.7
총 계	86	100.0

표 7. 분쟁유형

분쟁 유형	빈 도(건)	비 율(%)
보증 성격	8	9.3
보증 책임4	3	50.0
손해배상 범위	8	9.3
보증계약 취소	27	31.4
총 계	86	100.0

4.2 建設保證 紛爭의 勝訴率 分析

4.2.1 獨立變數別 勝訴率

건설보증 분쟁에 영향을 미치는 각각의 변수와 승소율의 관계를 종합적으로 살펴보면, 다음의 표 8과 같다. 원고인 보증채권자의 최종 승소율은 43.52%(제1심은 40.75%, 항소심은 44.78%)로 나타났다. 그러나 원고인 보증채권자의 최종 승소율이 43.52%라고 하여, 승소율이 너무 낮은 것 아니냐는 지적에 대하여 반드시 그렇다고 대답하기에는 무리가 있다. 왜냐하면 건설보증의 경우 클레임이 발생하면 보증채권자와 보증기관은 1차적으로 협상을 통해 문제를 해결하고, 협상이 되지 않는 경우에만 법적 분쟁으로 발전하기 때문이다. 원고의 승소율이 결코 낮다고만 할 수 없는 이유가 바로 여기에 있는 것이다. 이렇게 볼 때 오히려 원고의 승소율이 높다고 볼 수 있다. 한편 승소율은 원고가 승소한 금액을 청구금액으로 나눈 비율로, 2심이 가장 높은 44.78%(중위수 36.92%)로 나타났고, 3심 43.52%(중위수 35%), 1심 40.75%(중위수 29.08%) 순으로 각각 나타났다. 계약금액은 평균 93억(중위수 39억), 보증금액은 평균 12억(중위수 5억), 청구금액은 10억(중위수 4억)으로 각각 조사되었다. 소송비용은 승소율에 반비례하여 1심 60.27%(중위수 66%), 3심 56.51%(중위수 50%), 2심 53.63%(중위수 50%) 순으로 나타났다. 또한 소송을 통한 분쟁의 경우 1심 1심에서 3심까지 가는데 최소 443일(1.21년)이, 최대 1,965일(5.38년)이 소요되는 것으로 나타나 건설보증 클레임이 당사자 협의 없이 법적 분쟁화하는

경우 그 결과를 얻기까지 평균 1,069일(2.93년) 정도 소요되는 것으로 조사되었다. 이를 좀 더 자세히 살펴보면, 1심의 경우 평균 392일(최소 121일, 최대 1,383일), 2심 평균362일(최소 114일, 최대 959일), 3심 평균 300일(최소 92일, 최대 1,245일)이 각각 소요되는 것으로 나타났다.

표 8. 분쟁실태 현황

구분	최소값	최대값	중위수	평균	표준편차	
승소율 (%)	1심	.00	100.00	29.08	40.75	43.03
	2심	.00	100.00	36.92	44.78	43.64
	3심	.00	100.00	35.00	43.52	43.22
시공능력(억원)	5.00	22,541.85	166.77	993.52	317,026.55	
계약금액(백만원)	99.00	77,097.00	3,940.00	9,289.19	13,057.77	
보증금액(백만원)	40.00	6,871.00	495.00	1,159.49	1,564.51	
청구금액(백만원)	22.00	6,871.00	429.00	1,006.95	1,423.76	
원고대리인수 (인)	1심	.00	7.00	1.00	1.85	1.53
	2심	1.00	7.00	1.00	1.48	1.18
	3심	.00	11.00	1.00	1.86	2.02
피고대리인수 (인)	1심	.00	8.00	1.00	2.02	1.60
	2심	1.00	13.00	2.00	2.10	1.75
	3심	1.00	13.00	1.00	2.01	1.87
소송기간 (일)	1심	121.00	1,383.00	305.50	392.29	233,657.00
	2심	114.00	959.00	299.00	361.68	195,881.00
	3심	92.00	1,245.00	209.50	300.37	242,097.00
	전체	443.00	1,965.00	1,032.50	1,069.57	355,631.00

4.2.2 紛爭類型別 勝訴率

분쟁유형별 승소율 분석 결과는 다음의 표 9에 나타난 바와 같이 분쟁유형에 상관없이 1심, 2심, 3심 승소율에 통계적으로 차이가 없는 것으로 나타났으나, 분쟁유형이 보증책임과 관련된 경우의 2심 승소율(58.39%) 및 3심 승소율(53.72%)이 다른 분쟁유형보다 높은 승소율을 보이고 있다.

보증성격과 관련된 분쟁유형의 경우 1심과 2심의 원고 승소율이 각각 34.34%, 34.53%로 차이를 보이지 않고 있으나, 3심의 경우 45.59%로 1심 대비 11.25%, 2심 대비 11.06% 높았다. 보증성격과 관련한 분쟁요인을 살펴보면, 보증금 성격이 위약별인지 손해배상인지 여부를 가지고 다툼을 하는 경우가 많았고, 보증서에 대한 채권담보 기능의 인정 여부가 원인이 되는 경우도 있었다. 또한 보증금청구권의 경우에 있어서 보증서의 양도금지 특약이 있음에도 불구하고 양도된 경우 그 청구권한이 누구에게 있는지 여부, (가)압류 및 전부명령 등 법적 조치가 있을 때 보증금청구를 할 수 있는 권한이 있는지 여부가 주된 쟁점이 되기도 하였다.

보증책임과 관련한 분쟁유형의 경우 2심 승소율이 58.39%로 가장 높고, 3심 53.72%, 1심 47.07%의 순으로 승소율이 낮아지

는 것으로 나타났다. 보증책임과 관련해서는, 보증기관의 직원이 보증서를 발급함에 있어서 계약 내용을 확인하지 않거나 현장조사를 하지 않고 보증서를 발급한 후 보증불이행 사유가 발생한 경우 보증행위의 중과실에 해당되어 보증책임을 부담하여야 하는지 여부, 또한 보증기관이 보증약관에 과도한 면책이나 책임을 명시하였거나 약관내용에 대한 설명 의무를 위반한 경우 그 보증책임을 누가 부담하는지 여부가 주된 분쟁요인이 되기도 하였다.

손해배상 범위와 관련한 분쟁유형의 경우 1심 승소율이 54.37%로 가장 높고, 3심 50.19%, 2심 48.01%의 순으로 나타났다. 손해배상의 범위와 관련한 분쟁요인을 살펴보면, 지체상금, 계약보증과 선급금보증의 경우에 있어서 계약금(또는 선급금)이나 추가 공사비로 지출한 비용, 공사대금 초과지출액, 민원 해결비용, 하자보수비 등이 손해배상액의 인정범위에 포함되는지 여부가 주된 분쟁의 원인이 된 것으로 나타났다.

또한, 보증금을 지급받을 목적으로 채권자와 채무자가 통정하여 허위로 계약을 체결하거나 보증기관에 중요한 사항을 고지하지 않는 등 기망 착오에 의한 보증계약 체결과 관련된 분쟁의 경우 다른 분쟁 유형들보다 원고의 승소율이 현저히 낮은 것으로 나타났다. 즉, 이 경우 1심 승소율이 28.57%로 가장 높았고, 2심 25.20%, 3심 24.70%로 심급별 순으로 승소율이 오히려 떨어진 것으로 나타났다. 보증기관이 사기·기망, 착오 등에 의한 보증서 발급을 주장하는 경우 원고의 승소율은 낮아진다는 사실에 주목할 필요가 있다.

표 9. 분쟁유형별 승소율

(단위 : %)

분쟁유형	N	1심 승소율		2심 승소율		3심 승소율	
		평균	표준편차	평균	표준편차	평균	표준편차
보증성격	8	34.34	42.27	34.53	35.42	45.59	32.40
		.979(-.19)		.150(-11.06)		.114(-11.25)	
보증책임	43	47.07	43.94	58.39	43.54	53.72	43.89
		.179(-11.32)		.139(4.67)		.435(-6.65)	
손해배상 범위	8	54.37	39.00	48.01	37.63	50.19	40.18
		.545(6.36)		.328(-2.18)		.707(4.18)	
보증계약 취소	27	28.57	41.91	25.20	41.31	24.70	41.53
		.566(3.37)		.324(5.50)		.508(3.87)	
계	86	.256		.015**		.049**	

4.3 研究假說 檢證

4.3.1 當事者 및 訴訟의 特性

가설 1.1 보증채권자가 공공기관인 경우 민간보다 원고의 승소 가능성이 높다.

보증채권자의 유형별 승소율 차이는, 공공기관이 민간인 경우보다 1심에서 9.54%, 2심에서 1.95%, 3심에서 5.58% 높았으나 통계적인 측면에서 유의한 수준은 되지 못한 것으로 나타났다. 그러나 비록 통계적으로 유의한 수준은 못 되더라도 두 그룹간의 승소율 차이가 한쪽 그룹에서 일관되게 높게 나타난 사실은 시사하는 바가 크다.

가설 1.2 건설업자의 시공능력이 높을수록 원고의 승소 가능성이 높다.

건설업자의 시공능력별 승소율의 차이는, 시공능력 공시액을 중위수인 166억원을 기준으로 이보다 높은 경우가 낮은 경우보다 1심에서는 18.04% 높게 나타났으나, 2심과 3심에서는 오히려 3.37%, 7.12% 낮은 것으로 각각 나타나 대조를 보였다.

가설 1.3 원고의 소송대리인이 개인보다는 법무법인인 경우 원고의 승소가능성이 높다.

원고가 선임한 소송대리인이 법무법인인 경우 개인보다 승소율이 1심에서는 3.33% 낮았으며, 2심에서는 무려 16.76%, 3심에서는 15.83% 낮았으나 그 차이는 통계적으로 유의하지 못한 것으로 나타났다. 이와는 반대로 보증기관인 피고가 소송대리인으로 법무법인을 선임한 경우는 개인을 선임한 경우보다 오히려 1심에서 5.73%, 2심에서 3.22%, 3심에서는 13.35%가 각각 높은 것으로 두 그룹간의 승소율 차이가 나타났으나, 그 차이가 통계적으로 유의하지는 못 했다.

가설 1.4 원고의 소송대리인 수가 다수일수록 원고의 승소 가능성이 높다.

소송대리인의 수입료를 알 수 없는 상황에서 소송대리인의 수는 원고나 피고의 소송에 대한 노력의 정도를 간접적으로 측정하는 변수로서 사용되었다. 구체적으로 원고가 승소에 강한 집념을 가지고 2인 이상의 대리인을 선임한 경우의 승소율을 살펴보면, 1심에서 1인 이하와 비교하여 2~3인 이하에서는 9.67% 낮게, 4인 이상에서는 12.95% 높게 나타났다. 그러나, 2~3인 이하인 경우 1인 이하보다 2심(28.16% 낮음)과 3심(0.67% 낮음) 모두 승소율이 낮은 것으로 분석되었다. 4인 이상인 경우도 2심(25.47% 낮음)과 3심(11.17% 낮음) 모두 1인의 소송대리인을 선임한 경우 보다 현저히 승소율이 떨어진 것으로 나타났으나, 그 차이가 통계적으로 유의한 수준은 못되는 것으로 나타났다. 다만 1심 승소율과 2심 승소율을 비교해 보면 소송대리인이 1인 이하인 경우에 있어서 2심 승소율이 1심 보다 11.91% 높게 나타났다(유의수준 .028).

한편, 피고의 경우에도 대리인 수가 1인 이하인 경우 1심 및 2

심에서 2인 이상의 대리인을 선임한 경우보다 승소율이 훨씬 높은 것으로 나타났다. 또한 3심에서는 2~3인 이하의 대리인을 선임한 경우의 승소율이 52.59%로 가장 높은 것으로 나타났으나 통계적으로 유의한 수준은 못 되었다.

가설 1.5 소송 진행기간이 단기일수록 원고의 승소 가능성이 높다.

소송기간의 단기 여부에 따른 승소율을 비교 분석한 결과, 전체 소송기간이 3년 이하인 경우에 있어서 승소율이 1심은 3년 초과 4년 이내보다는 14.27%, 4년 초과 보다는 23.02% 높게 나타났으나, 3심에서는 3년 이하의 승소율이 43.73%로 3년 초과 4년 이하(42.56%), 4년 초과 (44.80%)와 오차범위 내에서 높거나 낮게 나타났다. 1심 승소율과 3심 승소율을 비교해 보았을 때 전체 소송기간이 4년을 초과한 경우의 유의확률이 .021로 승소율 차이에 유의한 관계가 있는 것으로 나타났다.

4.3.2 建設 프로젝트의 特性

가설 2.1 건설공사 현장이 대도시 지역에 위치할수록 원고의 승소가능성이 높다.

분쟁지역의 경우에 있어서 대도시인지 여부는 서울을 포함한 5대 광역시(광주, 대구, 대전, 부산, 울산)를 기준으로 하여 구분했다. 분석결과 가설과는 달리 전체적으로 대도시보다 중소도시인 기타지역의 승소율이 오히려 높은 것으로 나타났다. 특히 기타지역의 2심과 3심의 승소율이 서울을 포함한 광역시보다 각각 29.71%, 31.15% 높았으나, 승소율 차이는 통계적으로 유의하지 못한 것으로 나타났다. 기타지역의 경우 2심 승소율이 1심 승소율 보다 24.23% 높아(유의확률 .068) 승소에 유의한 관계가 있는 것으로 나타났으나, 2심과 3심 승소율 차이(71.05% - 71.04%)는 거의 없는 것으로 나타났다. 전체적으로는 2심 및 3심의 승소율에 대한 유의 수준이 각각 .042, .031로 나타났다.

가설 2.2 시공단계별로 구분할 때, 사용검사 이후에 대한 보증인 경우 원고의 승소 가능성이 높다.

시공단계별로 살펴볼 때 준공된 이후의 보증인 하자보수보증 이 준공 이전의 보증인 계약보증, 선급금보증, 하도급대금지급 보증에 비하여 승소율이 상당히 높은 것으로 나타났다. 전체 건설보증의 평균 승소율이 40.75%(1심), 44.78%(2심), 43.52%(3심)인데 반하여, 하자보수보증의 경우 이보다 16.8%(1심), 6.85%(2심), 8.11%(3심) 높은 것으로 나타났으나 유의한 관계는 없는 것으로 분석되었다. 다만 1심에 대한 전체 건설보증의 유의 확률이 .024로 계약보증, 선급금보증 및 기타보증은 승소에, 하자보수보증, 하도급대금지급보증은 패소에 각각 유의한 관계가 있는 것으로 나타났다.

가설 2.3 공사종류별로 구분할 때, 토목공사인 경우 건축공사보다 원고의 승소 가능성이 높다.

가설대로 공사종류가 토목인 경우 건축인 경우보다 원고의 승소 가능성은 높은 것으로 나타났다. 구체적으로 1심에서는 두 그룹간의 승소율이 거의 차이를 보이지 않았으나, 2심에서는 토목공사가 건축공사보다 5.47%, 3심에서는 9.34% 높게 나타났으나 역시 그 차이가 유의한 수준은 못되는 것으로 나타났다. 또한 건축공사와 토목공사 모두 각각 1심, 2심, 3심 승소율의 차이가 통계적으로 유의한 수준이 못되는 것으로 나타났으나, 토목인 경우 승소율이 1심 40.55%, 2심 49.68%, 3심 51.89%로 1심보다는 2심, 2심보다는 3심의 승소율이 다소 높아진 특징이 있다.

가설 2.4 분쟁금액이 고액일수록 원고의 승소 가능성이 높다.

보증채권자가 건설보증 분쟁과 관련하여 보증기관에 청구한 금액(중위수 약 4.3억원)을 참조하여 5억원을 기준으로 청구금액을 2개 그룹으로 구분하면, 5억원 이하가 47건, 5억원 초과가 39건으로 나타났다. 분쟁금액을 기준으로 한 승소율 분석에서는 가설과는 달리 고액인 경우의 승소율이 오히려 낮은 것으로 나타났다. 즉, 분쟁금액이 5억원 초과한 고액인 경우 5억원 이하인 소액인 경우보다 각각 1심에서는 1.32%, 2심에서는 7.76%, 3심에서는 4.42% 낮게 나타났으나, 어느 경우에도 두 그룹 간 승소율 차이가 유의한 수준은 못되는 것으로 나타났다.

가설 2.5 공사규모가 클수록 원고의 승소 가능성이 높다.

공사규모의 경우에 있어서 크고 적음은 100억원을 기준으로 하였다. 최종심인 3심의 경우 공사규모가 100억원을 초과하는 공사의 원고 승소율은 47.40%로 10억원 이하인 경우보다는 4.36%, 10억원 초과 50억원 이하보다는 1.74%, 50억원 초과 100억원 이하보다는 12.46% 높은 것으로 각각 분석되었지만 유의한 관계는 없는 것으로 나타났다. 다만 10억원 초과 50억원 이하 공사의 경우 1심에서 유의관계가 .066으로 유의한 것으로 나타났으나, 그에 대한 뚜렷한 원인이 발견되지 않았다.

대규모 건설공사일수록 중소 건설업자보다는 대형 건설업자가 수행할 가능성이 높고, 이 경우 훨씬 잘 정비된 계약시스템에 따라 업무가 처리되기 때문에 분쟁시에도 적극적으로 대처할 수 있어 100억원 이하인 공사의 경우보다 승소율이 높은 것으로 사료된다. 그러나 50억원 이하 공사의 승소율과 비교해 볼 때 승소율이 1.74% 높은 것에 불과하여 공사 규모의 크고 적음은 승소율에 큰 영향이 없다고 볼 수 있다.

5. 結 論

건설공사의 특성상 보증계약의 체결이나 이행과정에 클레임은 필연적으로 발생하지만 이를 분쟁으로 발전시키지 않고 조기에 합리적으로 해결하는 방안은 중요한 요소다. 보증채권자에 의한 클레임 제기시 소송이 아닌 ADR, 특히 협상을 통한 분쟁 해결이 가장 바람직한 것은 모두 공감하나 협상에 활용할 만한 자료가 없어 원만히 해결되지 못하고 결국 분쟁으로 이어지고 있는 것이 현실이다. 이에 본 연구에서는 건설분쟁 중 건설보증 분쟁 발생시 ADR을 통한 합리적인 해결 가능성을 모색하고자, 최근 5년간(2000년~2004년) 건설보증 분쟁과 관련한 대법원 판례 74건(하급심 판례를 포함하는 경우 232건)을 분석 자료로 활용하였다. 본 연구자는 이 자료를 가지고 10개의 가설을 설정(당사자 및 소송의 특성 5개, 건설 프로젝트의 특성 5개)한 후 검증 등을 통하여 소송의 유효성을 분석하였다.

본 연구 분석 결과에 의하면, 소송에 의한 분쟁 해결은 평균 1,067일(최장 1,965일)이 소요되는데 비하여 원고 승소율은 45% 미만으로 나타나 쌍방 모두 이에 따른 시간적, 경제적 손실이 적지 않은 것으로 나타났다. 본 연구를 통하여 제시된 여러 변수들의 승소율을 감안하여 보증계약 당사자가 어느 정도 수용 가능한 기준을 가지고 협상에 참여한다면 손실을 최소화하면서 각자의 만족도를 충족시켜 주게 될 것이다. 연구 분석 결과를 요약하면, 설정된 가설에 대한 검증 결과는 10개의 가설 중 3개(건설업자의 시공능력, 보증형태, 공사규모)만이 1심에서 승소에 유의한 것으로 검증되었다. 한편 가설 검증에 따른 건설보증 분쟁 유형을 보증성격·보증책임·손해배상 범위 및 보증계약의 취소로 구분하여 분쟁의 요인을 승소율과 함께 분석한 결과 2심과 3심에서 분쟁유형별로 유의한 차이가 있는 것으로 나타났으나 전체적으로 소송의 유효성은 확인되지 않았다.

한편, 본 연구에 대한 결과만으로 현재 진행 중이거나 향후 발생하게 되는 모든 건설보증의 클레임이나 분쟁에 대한 대응방안을 마련하는 데는 한계가 있을 것으로 사료된다. 그 이유 중 하나는 소송의 특성상 유사한 건은 있어도 동일한 사례가 없어 그 요인을 분석하는 것이 쉽지 않았기 때문이다. 그러나, 본 연구를 통하여 보증채권자와 보증기관은 소송중 각자에게 유리한 대응방안이 무엇인지를 알고 분쟁을 조기에 마무리하는 대안을 수립할 수 있을 것으로 기대된다. 즉 본 연구 결과는 보증채권자인 발주자, 보증채무자인 건설업자뿐만 아니라 보증기관에 근무하고 있는 보증계약의 당사자로서의 임직원, 건설분쟁 해결에 관심 있는 법조인 등을 포함한 일반인들 모두가 건설보증 분쟁 해결시 적극 활용하여 소송이 아닌 ADR에 의한 분쟁 해결을 유도함으로써 분쟁의 사전 예방 및 확산 방지에 기여할 것으로 기대된다. 이상의 연구 결과를 바탕으로 향후 보다 구체적인 건설보증 분쟁 예방 및 관리방안을 마련하여 단계적이고 체계적으로

시행할 필요가 있다. 또한, 건설보증 클레임이나 분쟁 발생시 협상을 위한 구체적인 모형 개발 등 쌍방의 협상 역량을 지원하는 시스템 개발도 이루어져야 할 것이나, 이는 본 연구를 바탕으로 향후 연구과제에서 보다 심도 있게 다루어져야 할 것이다.

參 考 文 獻

1. 국무조정실(2005. 11), 건설산업 규제 합리화 방안.
2. 김명수·권혁진·이승훈·한상훈(2002), 건설보증 시장 구조와 효율화 방안, 국토연구원.
3. 김선규·윤철성(2003), 국내 건설공사 클레임 사례를 기증한 위험요인 및 대응전략 도출, 대한건축학회 논문집 구조계 19권 8호(통권 179호).
4. 김성배·김일중·양진석(2001), 우리나라 건설분야 분쟁 사례 분석, 한국건설산업연구원.
5. 김성일·이형찬·김재영(2003), 공공공사의 클레임 실태 분석과 개선방안, 국토연구원.
6. 김일중·양진석(1999), '국가 대 민간' 갈등 : 공공 수용의 헌법조항을 중심으로, 공공경제 제4권 제1호, 한국공공경제학회.
7. 김일중·장재호(1998), 한국의 제조물책임(PL) : 판례를 통한 경제적 분석, 경제학 연구 제46집 제2호, 한국경제학회.
8. 김준한(2004), 건설경제론, 박영사.
9. 김창중(1990), 신용보증에 관하여, 사법논집 제21집.
10. 두성규(2002), 건설분쟁의 조정현황 및 장기적 발전방향, 중재 제306호, 대한상사중재원.
11. 윤재운(2004), 건설분쟁관계법, 박영사.
12. 이종수(2002), 국내의 분쟁해결조항의 비교 분석 및 향후 개

선방안, 한국건설산업연구원.

13. 이재섭(1998), 국내 건설사업의 클레임 동향 분석 : 판례 및 사례를 중심으로, 한국건설산업연구원, 외 다수
14. Cooter, R., and Rubinfeld, D., Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution, Journal of Economic Literature, Vol. 27, 1989.
15. Diekmann, J. E., and Nelson, M. C., Construction Claims : Frequency and Severity, Journal of Construction Engineering and Management, ASCE, 111(1), 1985.
16. Ellickson, R., Order Without Law : How Neighbors Settle Disputes, Cambridge : Harvard University Press, 1991.
17. Fenn, P., David L., and Christopher, S., Conflict and Dispute in Construction, Construction Management & Economics 15, 1997.
18. Keane, P. J., A Computer-Aided Systematic Approach to Time Delay Analysis for Extension of Time Claims on Construction Projects, Ph.D. Thesis, Loughborough University of Technology, U.K., 1994.
19. Landes, W., An Economic Analysis of the Courts, Journal of Law and Economics, Vol 14, 1971.
20. Onyango, D., Reduction of Conflicts in Construction, MS Report, Loughborough University, U.K., 1993.
21. Shavell, S., On Liability and Insurance, Bell Journal of Economics, Vol. 13, 1982.

논문제출일: 2006.08.10

심사완료일: 2006.10.13

Abstract

Of the numerous dispute resolution methods, Alternative Dispute Resolution(ADR) is the most highly recommended approach for the guarantee bond-related dispute. In reality, however, claims were not resolved satisfactorily through ADR because of the lack of reference materials for negotiation, thus those were frequently had to be resolved through litigation. The above fact implies that, it is required to seek an efficient way to resolve the bond-related claims prior to they progress to litigations. This research paper intensively investigated judicial precedents of 232 cases with regard to construction bond-related disputes that observed during the analysis period(2000-2004). According to the summary statistics, it turned out that litigation were time consuming and potential economic loss was tremendous; on average, it takes 1067 days(the longest case was 1965 days) for dispute resolution. It suggests that litigations should be discouraged considering the magnitude of potential loss of stake holders.

Research results revealed that there are some significant differences between categories in some variables affecting to the rate of winning; i) the number of lawsuit deputies of a plaintiff (in the 1st trial), ii) dispute locations (in the 1st and 3rd trials), iii) contract price (in the 1st trial), iv) contractors` operating capability (in the 1st and 2nd trials). For the rest of variables, significance level between categories was too low for preparing efficient improvement plan. Despite the important implications drawn from the analysis, this research has limitation due to the several reasons such as data structure, the depth of information, etc. Therefore, more systematic research should be followed in the future.

Keywords : Construction Claim, Construction Dispute, Construction Bond, Litigation, Negotiation, ADR