

교통/건설사업의 분쟁 현황과 조정제도를 통한 해결방안

Current State of Dispute Relating to Transport/Construction Industries
and Solution through Mediation



김 현

I. 서론

우리나라 민사분쟁 해결의 수단은 소송 외에 화해, 조정 및 중재 등이 있다. 소송은 사법상의 권리관계의 확정, 보전, 실현을 목적으로 하는 공권적 분쟁해결제도이므로 상대방의 의사에 관계없이 국가권력에 의한 강제적 해결방식임에 대하여, 화해, 조정 및 중재는 당사자 쌍방의 일치된 자율적 의사에 기한 자주적 해결방식이다. 이러한 민사분쟁의 자주적 해결방식을 선진국에서는 대체적 분쟁해결제도(alternative dispute resolution, ADR)라고 하여 적극적인 활용을 강조하고 있다. 소송에 의한 분쟁해결, 특히 판결에 의한 분쟁해결은 그 제도개선 노력에도 불구하고 소송의 지연, 분쟁당사자 사이의 갈등구조의 심화라는 결과를 초래하는 경향이 있기 때문이다.

대체적 분쟁해결제도 중 화해는 당사자가 상호 양보하여 당사자 간의 분쟁을 끝낼 것을 약정하는

것이며, 조정은 법관이나 조정위원회가 분쟁관계인 사이에 개입하여 화해로 이끄는 절차를, 중재는 당사자 합의에 의하여 선출된 중재인의 중재판정에 의하여 당사자 간의 분쟁을 해결하는 절차를 말한다.

우리나라 건설분쟁의 해결도 법원에 소송을 제기하여 판결을 받음으로써 이루어지는 것이 대부분이나, 대한상사중재원의 중재, 건설분쟁조정위원회 등의 조정에 의해 이루어지는 경우도 있다. 이하에서는 건설분쟁의 현황과 중재 및 기타 조정제도를 통한 해결방안, 그리고 민간투자사업의 분쟁조정제도에 대하여 구체적으로 검토하기로 한다.

II. 건설분쟁의 현황과 원인

1. 건설분쟁의 현황

건설분쟁의 대표적인 유형에는 1) 공사수급인이 공사도급인을 상대로 공사대금을 청구하는 것,

2) 공사도급인이 공사수급인을 상대로 하자보수 또는 그 상당의 손해배상청구, 지체상금청구, 미시공 부분의 공사대금 감액청구 등을 하는 것, 3) 공사와 관련하여 금융기관이나 보증기관에 대하여 보증금을 청구하는 것, 4) 감리자나 설계자 등 부수적 공사관련자의 위법한 행위에 대하여 손해배상을 청구하거나, 공사로 인하여 직접적인 피해를 입은 주변 사람들이 손해배상을 청구(일조권이나 조망권 등의 손해배상청구 포함)하는 것 등이 있다.

2. 건설분쟁의 원인

건설공사계약은, 도급인이 건축물, 토목시설 등의 건설공사를 수급인에게 맡기고 수급인은 그 주문에 따라 이러한 시설을 건설해 그 결과에 따라 보수를 받는 내용의 계약을 말한다. 건설공사는 상당한 기간에 걸쳐 이루어지며 그 이행에는 많은 종류의 원자재와 전문적인 인력 및 기술이 소요된다. 따라서 건설공사와 관련하여 분쟁의 소지가 많을 수밖에 없는데, 그 원인을 건설공사의 단계에 따라 정리하면 다음과 같다.¹⁾

- 1) 건설공사는 공정이 복잡하고 자재나 시공기술도 다양하며 그에 따라 보수도 많은 차이가 있다. 공사계약을 체결할 때에는 이러한 다양한 종류의 자재, 공정, 공사내용 등을 미리 확정하여야 하나 건설공사계약에서 이를 명확하게 확정하기는 사실상 불가능하다고 보아야 한다.
- 2) 건축물은 기능적, 심미적 측면을 가진 종합구조체라고 하는데, 이에 대하여 각 사람이 느끼고 선호하는 경향은 다를 수밖에 없다. 따라서 어느 건축물에 대한 건축주의 주관적 선호도와 만족도는 설계자나 시공자의 그것과 일치하기 어렵다. 건설공사계약의 당사자 사이의 이러한 주관적 차이로 인하여 건설분쟁은 거의 필연적이라고 할 것이다.

- 3) 건설공사는 상당히 장시간에 걸쳐서 복잡 다양한 공정을 거쳐 이루어지므로 시공 도중에 설계나 계약당시에는 예상하지 못하였던 시공상의 문제점이나 기타 변경시공의 필요성이 나타날 수 있다. 이러한 경우 공사내용의 변경이 원래의 공사내용에 포함된 것인지 아니면 새로운 공사인지 불분명한 경우가 많기에 이에 관한 건설분쟁이 자주 발생한다.
- 4) 건축물에 어떤 하자가 발생한 경우 그 원인을 판단하기는 매우 까다롭다. 건축물의 시공과정은 상호 밀접하게 연결되어 있기 때문에 건설공사계약 당사자 중 누구의 잘못에 의하여 하자가 발생한 것인지 판단하기가 어렵고, 그 기여도를 산정하기도 어렵다. 또한 건축물은 완성된 후에 내부적 검사를 하는 것이 어렵기 때문에 시공 즉시 하자를 발견하기도 어렵고 그에 따른 손해액을 결정하기도 어려워 분쟁이 자주 발생한다.

III. 일반적 건설분쟁 조정제도

1. 중재제도

‘중재’란 당사자 간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말한다(중재법 제3조 제1호). 중재에 관한 절차 및 효력을 규정한 법률로서 중재법이 있다.

중재는 당사자 간에 중재합의가 있어야 가능한데, 여기서 ‘중재합의’란 계약상의 분쟁인지 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 앞으로 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말한다(중재법 제3조 제2호). 중재합의는 독립된 합의 또는 계약에 중재조항을 포함하는 형식으로 할 수 있으나 서면으로 하여야 한다(중재법 제8조 제1항, 제2항).

1) 윤재윤, 『건설분쟁관계법』(박영사, 2006), pp. 44~46.

중재법 제40조에 근거해 지식경제부장관은 사단법인 대한상사중재원을 상사중재기관으로 지정하고 있으며, 대한상사중재원은 동법 제41조에 근거하여 대법원장의 승인을 받아 중재규칙으로 중재절차를 정하고 있다.

분쟁을 중재할 중재인의 수는 당사자 간의 합의로 정하는데, 합의가 없으면 3인으로 한다(중재법 제11조). 중재인의 선정절차는 당사자의 합의가 있을 경우 그에 따르고, 합의가 없을 경우 또는 합의가 이행되지 못하여 중재인 선정이 이루어지지 않는 경우에는 중재법에 따라 법원이 중재인을 선정한다(중재법 제12조). 대한상사중재원은 법조계, 실업계, 학계, 공공 기타전문단체, 공인회계사 및 변리사, 주한 외국인, 국외거주자 등으로 나뉘어 중재인 위촉기준을 정하고 있다.²⁾

중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지며, 중재판정의 승인 또는 집행은 법원의 승인 또는 집행판결에 의한다(중재법 제35조, 제37조 제1항)

건설사건에 대한 중재는 다른 대체적 분쟁해결 제도에 비하여 상당히 활성화 되어 있다고 볼 수 있는데, 대한상사중재원의 최근 4년간의 건설관련 중재신청의 건수 및 금액을 전체 중재신청의 건수 및 금액에 대비하여 보면 <표 1>과 같다.³⁾

<표 1>에 의하면, 건설중재사건 수 및 건설중재 금액이 매년 지속적으로 증가추세에 있으며, 전체 중재사건 대비 건설중재사건 비중이 20%대를 유지하고 있고, 금액면에서는 이보다 높은 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다.

<표 1>

구분		2006년	2007년	2008년	2009년
사건수	건설	56	57	62	64
	전체	215	233	262	318
	비율(%)	26.0	24.4	23.6	20.1
금액 (US\$)	건설	37,364,577	88,104,215	42,323,546	414,385,727
	전체	141,289,556	214,197,608	170,342,138	653,842,444
	비율(%)	26.4	41.1	24.8	63.3

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

3) 이 통계 자료는 대한상사중재원 홈페이지의 클레임통계에서 정리한 것이다.

2. 조정제도

조정은 법관이나 조정위원회가 분쟁관계인 사이에 개입하여 화해로 이끄는 절차를 말하는데, 근거 법령에 따라 다음과 같이 나뉜다.

1) 민사조정법에 의한 조정

민사조정법은, 민사에 관한 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자 사이의 상호 양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결하기 위하여 제정되었다(민사조정법 제1조). 민사조정을 하려면 당사자가 법원에 조정신청을 하여야 하고, 신청이 접수되면 판사 또는 조정위원회의 주재 아래 조정이 진행된다. 조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립되고(민사조정법 제28조), 성립된 조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다(민사조정법 제29조). 조정담당판사는, 합의가 성립되지 아니한 사건 또는 당사자 사이에 성립된 합의 내용이 적당하지 않은 사건에 관하여 상당한 이유가 없으면 직권으로, 당사자의 이익이나 그 밖의 모든 사정을 고려하여 신청인의 신청 취지에 반하지 아니하는 한도에서 사건의 공평한 해결을 위한 조정을 갈음한 결정을 하여야 한다(조정을 갈음하는 결정, 민사조정법 제30조). 이 결정에 대하여 당사자가 그 조서의 정본이 송달된 날부터 2주일 이내에 이의를 신청하지 않으면 재판상 화해가 성립되며, 위 기간 내에 이의를 신청한 경우에는 조정신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 간주되어(민사조정법 34조, 제36조) 소송절차가 진행된다.

2) 건설산업기본법에 의한 조정

건설산업기본법에 따라 건설업 및 건설용역업에 관한 분쟁을 조정하기 위하여 국토해양부장관은 그 소속으로 중앙건설분쟁조정위원회를 두고 있고, 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사는 필요하면 시·도지사 소속으로 지방건설분쟁조정위원회를 둘 수 있다. 이들 위원회는 당사자의 일방 또는 쌍방의 신청에 의하여 다음의 분쟁을 심사·조정한다(건설산업기본법 제69조).

- 1) 설계·시공·감리 등 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 책임 등에 관한 분쟁
 - 5) 건설공사의 도급계약의 당사자와 보증인간의 보증책임에 관한 분쟁
 - 6) 기타 대통령령이 정하는 사항에 관한 분쟁
- 위원회는 위원장과 부위원장 각 1인을 포함한

15인 이내의 위원으로 구성되는데, 위원회의 위원은 건설산업기본법 시행령이 정하는 중앙행정기관·지방자치단체 또는 지방행정기관의 소속공무원으로서 당해 기관의 장이 지명하는 자와 다음의 어느 하나에 해당하는 자 중 국토해양부장관 또는 시·도지사가 위촉하는 자가 된다(건설산업기본법 제70조).

- 1) 고등교육법에 따른 학교에서 공학이나 법학을 가르치는 조교수 이상의 직에 있거나 있었던 자
- 2) 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자
- 3) 건설공사·건설업 또는 건설용역업에 대한 학식과 경험이 풍부한 자로서 국토해양부령이 정하는 요건에 해당하는 자

위원회는 원칙적으로 조정신청을 받은 날로부터 60일 이내에 이를 심사하여 조정안을 작성하고, 당사자가 조정안을 수락한 때에는 즉시 조정서를 작성하여야 하며, 이때에는 당사자 간에 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다(건설산업기본법 제74조, 제78조). 여기서 '합의가 성립된 것'이라는 문언의 의미는 민법상 화해계약의 효력이 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다.⁴⁾

따라서, 위 조정서는 민사조정법에 의한 조정조서가 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는 것과 달리 아무런 집행력이 없어, 일방 또는 쌍방이 조정 내

<표 2>

(2007. 12. 31 현재, 단위 : 건수)

구분	계	'95	'96	'97	'98	'99	'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	'07
조정신청	191	19	7	8	39	30	15	13	11	13	12	8	3	13
조정거부	119	18	7	8	23	19	10	7	3	6	6	4	2	6
조정전합의	15				6	4	1	1	1					2
위원회조정 (조정수락)	47 (29)	1 (1)	-	-	10 (5)	7 (7)	4 (3)	5 (4)	6	2 (1)	2 (2)	4 (4)	1 (1)	5 (1)
취하	6								1	4	1			
조정중														
이송														
반려	4									1	3			

4) 윤재윤, 「건설분쟁관계법」(박영사, 2006), p.53.

용을 이행하지 아니할 경우에는 결국 중재절차나 소송절차에 의해 '조정내용을 이행하라'는 중재판정이나 판결을 받아 집행을 하여야 한다.

중앙건설분쟁조정위원회의 조정현황은 <표 2>와 같다.⁵⁾

<표 2>에 의하면 조정건수 자체가 적어 건설분쟁해결에 있어서 중앙건설분쟁조정위원회의 역할은 미미하다고 할 것이다.

3) 대한상사중재원 중재규칙에 의한 조정⁶⁾

대한상사중재원의 중재규칙 제18조에 의하면, 당사자 쌍방의 조정요청이 있는 경우 사무국은 중재절차를 개시하기 전에 분쟁을 조정에 회부하고, 사무국은 중재인명부 중에서 1인 또는 3인을 조정인으로 선정한다. 조정이 성립하면 그 조정인은 당사자의 합의에 의하여 선정된 중재인으로 보며 조정의 결과는 화해에 의거한 판정의 방식으로 처리되는 동시에 판정과 동일한 효력을 가진다. 조정인이 선정된 날로부터 30일 이내에 조정이 성립되지 아니하는 경우에는 그 조정절차는 종료되며, 즉시 중재인의 선정 및 중재절차가 개시된다.

이러한 대한상사중재원 중재규칙에 의한 조정은 민사조정법에 의한 조정에 대응하는 것으로서 조정에 의한 합의가 성립하는 경우 중재판정과 동일한 효력을 가진다는 점에서 다른 조정제도와 차이가 있다. 즉, 성립된 조정은, 중재판정과 동일한 효력을 가지므로 어느 일방이 조정내용을 이행하지 않으면 법원의 집행승인을 받아 강제집행을 할 수 있을 것이다. 이 점에서 대한상사중재원 중재규칙에 의한 조정은 건설산업기본법에 의한 조정에 비하여 상당히 효과적인 조정방식이 될 수 있을 것이다.

4) 기타 법령에 의한 조정

기타 하도급거래 공정화에 관한 법률 제24조에 의하여 인정된 건설하도급분쟁조정협의회의 조정, 주택법 제46조의2에 의하여 인정된 하자심사·분쟁조정위원회의 조정, 건축법 제88조 등에 의하여 인정된 건축분쟁전문위원회의 조정 등이 있다.

그러나, 이들 조정은 모두 행정위원회에 의한 조정으로 아직까지는 그 실적이나 활용이 별로 없는 실정이다.

IV. 민간투자사업과 건설분쟁 조정제도

1. 민간투자사업의 의의

민간투자사업은 사회기반시설을 민간의 자본으로 확충하고 운영하는 사업을 말한다. 민간투자사업을 활성화하기 위하여 제정된 법이 「사회기반시설에 대한 민간투자법」이다. 사회기반시설, 즉 각종 생산활동의 기반이 되는 시설, 당해 시설의 효용을 증진시키거나 이용자의 편익을 도모하는 시설 및 국민생활의 편익을 증진시키는 시설(민간투자법 제2조 제1호)을 재정사업으로 추진하자면, 우선 재정확보가 되어야 하고 이는 곧 세금부담으로 직결된다. 이에, 국민의 담세능력과 국가 재정을 고려해 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 효율적이고 창의적인 사회기반시설을 확충하기 위하여 민간투자사업이 필요한 것이다.

민간투자사업을 시행하고자 하는 자는 민간투자법령 및 시설사업기본계획(또는 제3차제안 공고)에 따라 사업계획서(또는 사업제안서)를 작성하여 주무관청에 제출한다. 주무관청은 민간부문이 제출한 위 사업계획을 민간투자법령이 정하는 평가항목에 따라 검토·평가한 후 협상대상자를 지정

5) 대한건설협회, 『민간건설백서』, 2008, p.138.

6) 대한상사중재원은 이 외에도 조정에 유사한 알선이라는 제도를 이용하고 있다. 알선이란 국내의 상거래에서 발생하는 분쟁을 분쟁해결의 경험과 지식이 풍부한 대한상사중재원의 직원이 개입하여 양당사자의 의견을 듣고 해결합의를 위한 조건과 타협권유를 통하여 합의를 유도하는 제도라고 한다(대한상사중재원 홈페이지 참조). 조정은 조정위원회 등이 당사자 사이에 직접 개입하여 당사자의 주장을 듣고, 조정안을 제시하여 분쟁을 해결하는 방법이라고 한다면, 알선은 알선인이 당사자 쌍방을 설득하여 합의를 유도함으로써 분쟁을 해결하는 방법이라는 점에서 차이가 있다고 할 것이다.

하며, 협상대상자와의 협상을 통하여 실시협약을 체결함으로써 사업시행자를 지정한다.

실시협약의 주요내용은, 사업시행자의 지정, 시설의 사용 및 운영·관리기간의 결정, 협약당사자의 권리의무관계 등 민간투자사업 관련 기본사항, 법인의 설립, 실시계획 신청, 사업이행보증 및 위험 관련사항, 안전 및 환경관리 등 사업의 실시절차에 관한 사항, 공사착수시기 및 공사기간, 공사감리, 지체상금의 부과 등 공사 관련사항, 총사업비, 사용료 결정·변경, 목표수익율(IRR) 기타 운영수입·비용 관련사항, 인허가 대행 등 정부지원사항, 시설유지·보수·관리 및 운영관련 사항, 위험유형의 분류기준 및 분담원칙에 관한 사항, 협약의 중도해지 요건과 절차 및 중도해지에 따른 해지시 지급금의 지급기준 및 지급절차에 관한 사항, 매수청구권 실행요건 및 방법에 관한 사항, 협약종료 및 분쟁처리절차에 관한 사항 등이다.

2. 실시협약의 법적 성질과 분쟁해결 방법

민간투자사업에 있어서도 건설공사와 관련하여 발생하는 건설분쟁은 위에서 본 바와 같은 일반적인 건설분쟁과 다를 바가 없다. 다만, 주무관청과 사업시행자간에 실시협약과 관련하여 발생하는 분쟁에 관하여는 실시협약에 별도로 그 해결방법에 관한 규정을 두고 있는 것이 보통인데, 그러한 경우 실시협약의 법적 성질이 무엇인지 여부에 따라 분쟁해결방법이 일반적인 건설분쟁과 다를 수가 있다.

실시협약의 법적성질에 대하여는 사법상 계약설과 공법상 계약설이 대립하고 있다.⁷⁾ 사법상 계약설은 민간투자법은 실시협약의 이행과 관련된 당사자 간의 분쟁과 관련한 규정이나 의무불이행에 대한 제재규정을 두지 않고 있는 점, 분쟁을 해결하는 방법에 있어서도 상호 합의와 중재, 조정 등

이 우선되고 그 내용도 행정청에 대한 손실보상청구가 아닌 투자자본의 손실가치 즉, 재산권을 대상으로 한다는 점, 현재까지 체결된 해외의 실시협약 사례들의 경우도 분쟁해결 당사자 간에 합의한 중재위원회의 중재 및 민사법원의 판결을 통해 분쟁을 해결하고 있다는 점 등을 근거로 실시협약의 법적성질을 사법상 계약이라고 주장한다.⁸⁾

반면에 공법상 계약설은 실시협약은 행정주체와 국민 사이에 체결되는 행정계약으로서, ① 사회기반시설의 건설 및 운영을 위한 계약이며 국민의 생활기반시설과 관련된 계약이고, ② 실시협약의 내용 중 총사업비, 실시계획 승인신청기간 등은 민간투자법에 따라 규율되며, ③ 일정한 경우 실시협약의 체결은 민간투자사업심의위원회의 심의를 거쳐야 하고, ④ 협약당사자의 귀책사유 또는 불가항력사유가 발생한 경우 실시협약의 해지가 인정되나, 정부는 민간투자법에 의하여 공익을 위하여 실시협약을 종료할 수 있으므로, 공법상계약이라고 주장한다.⁹⁾ 또한, ① 행정작용의 대상면에서 민간투자사업의 성격이 급부행정으로서의 공행정작용의 일환으로서의 사회간접자본시설의 공급을 중심으로 한 공물을 대상으로 하는 것에서 출발을 한다는 점, ② 민간투자법의 내용 및 효과 면에서 현행 민간투자 절차상 민간투자법상 실시협약을 체결하면 사업시행자지정처분이라는 행정처분을 동시에 의제한다는 점 등에서 실시협약은 공법상 계약이라는 주장도 있다.¹⁰⁾

실시협약의 성질과 관련하여, 서울고등법원은 2004. 6. 24. 선고 2003누6483 판결에서 다음과 같이 판시한바 있다.

“관계 법령의 규정과 위 시설사업기본계획 등을 종합하여 보면, 민간투자사업을 시행하고자 하는 자는 주무관청에 사업계획을 제출하고, 주무관청은 제출된 사업계획을 검토·평가한 후 사업계획

7) 이에 대하여는 조철호, 「사회기반시설에 대한 민간투자법상 실시협약의 법적성질과 소송방법」, 인권과정의 2008년 9월호, 대한변호사협회, 2008, pp.10~11. 참조

8) 이규방 외 4인 공저, 「인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립 연구」, 국토연구원, 2000, p.12.

9) 김기수 외 7인 공저, 「BTL사업 실시협약 표준안 연구」, 한국개발연구원, 2005, p.8.

10) 윤성철, 「공공시설에 대한 민간투자법제에 관한 연구」, 성균관대학교 박사학위논문, 2004, p.165.

을 제출한 자 중 협상대상자를 지정한 다음 지정된 협상대상자와 총사업비 및 사용기간 등 사업시행의 조건 등이 포함된 실시협약을 체결함으로써 사업시행자로 지정하도록 하고 있으므로(법 제18조 내지 제20조에 의하면, 사업시행자는 민간투자사업의 시행을 위하여 타인의 토지에 출입 등을 할 수 있고, 국·공유재산을 무상으로 사용할 수 있으며, 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있으므로 사업시행자지정의 효력을 가진 실시협약의 체결을 단순한 사법적, 일반적 계약관계라고 할 수 없다.), 주무관청에 의하여 우선협상대상자로 지정된 사업자는 우선적으로 주무관청과의 협상을 거쳐 위와 같은 사업시행자로 지정될 수 있는 자격을 부여받게 되는 반면, 우선협상대상자로 지정되지 않은 사업자는 주무관청과의 협상에서 배제됨으로써 사업시행자로 지정받을 수 있는 지위를 박탈 내지 유보(차순위 협상대상자의 경우)당하게 된다고 할 것이다. 따라서 우선협상대상자지정행위는 사업시행자로 지정되기 위한 전제조건으로서 사업시행자의 실체적 권리관계에 밀접하게 관련되어 있으므로 사업계획을 제출한 사업자의 권리관계에 영향을 미치는 것으로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.”

위 판결에 의하면 서울고등법원은 실시협약의 법적성질에 대하여 공법상 계약설을 취하고 있는 것으로 보인다.

실시협약의 법적성질을 공법상 계약으로 보는 경우에는 실시협약과 관련하여 발생하는 분쟁에 대한 소송은 원칙적으로 행정소송법상 당사자소송에 의하여야 한다. 행정소송법상 당사자소송이란 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서, 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송을 말한다(제3조 제2호). 행정소송법은 행정소송법상 당사자소송에 대하여 피고적격(제39조), 재판관할(제40조), 제소기간(제41조), 소의 변경(제42조), 가집행선고의 제한(제43조)에 관

하여 규정을 하면서, 행정소송법상 취소소송에 관한 규정 중에서 피고경정(제14조), 공동소송(제15조), 제3자의 소송참가(제16조), 행정청의 소송참가(제17조), 처분변경으로 인한 소의 변경(제22조), 행정심판기록의 제출명령(제25조), 직권심리(제26조), 취소판결등의 기속력(제30조 제1항), 소송비용의 부담(제32조), 소송비용에 관한 재판의 효력(제33조)의 규정을 준용하고 있다(제44조 제1항). 그리고 그 이외의 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용하고 있다(제8조).

공법상 계약인 실시협약과 관련하여 발생하는 분쟁은, 사법상의 법률관계라고 보기는 어려우므로 사법상의 분쟁해결절차인 민사소송이나 중재, 조정으로 해결하는 것은 적절하지 않다고 볼 여지가 있다. 그러나, 법원은 민사소송과 행정소송법상 당사자소송을 엄격히 구별하고 있지 아니한 것으로 보이며, 실시협약의 해지로 인한 보상금 청구에 관하여 민사재판부가 민사사건으로 판단한 예가 있다.¹¹⁾ 그리고, 분쟁의 해결방식에 있어서 상호 합의와 중재, 조정 등이 우선되는 것은 사법상 계약에 관한 분쟁뿐만 아니라 최근 형사법을 제외한 모든 법적 분쟁의 해결에서 일반적으로 인정되는 추세이고, 행정소송법도 행정소송법상 당사자소송에 대하여 민사소송법을 준용하고 있으므로, 실시협약의 성질이 공법상 계약이라 하더라도 당사자의 합의에 의한 조정이나 중재로 분쟁을 해결하는 것이 금지되는 것은 아니라 할 것이다.

3. 실시협약상 분쟁해결방안의 예시

실시협약에는 분쟁의 해결방안에 대하여 대체로 다음과 같은 2가지 방법이 규정되어 있다.

- 1) KDI 공공투자관리센터에서 작성한 임대형 민자사업(BTL) 표준실시협약안에는 다음과 같이 규정되어 있다.

11) 서울중앙지방법원 2004. 12. 24. 선고 2003가합40434 판결

제84조(분쟁의 해결)

- ① 협약당사자는 본 협약과 관련하여 발생하는 분쟁을 신의성실의 원칙에 따라 상호 협의하여 해결하기로 한다.
- ② 제1항에 따라 해결되지 않는 분쟁은 본 협약 제85조(중재)에 따른 절차에 의하여 해결한다.
- ③ 협약당사자의 합의로 중재에 회부되지 못하는 경우 본 협약상 분쟁의 합의관할은 00법원으로 한다.
- ④ 일방 당사자가 다른 당사자에게 지급하여야 할 금액에 관하여 이의가 있는 경우, 그 이의를 제기한 당사자는 이의가 없는 금액을 우선 지급한다.
- ⑤ 제4항에 따른 우선 지급금액은 지급되어야 할 날로부터 실제 지급일 전일까지 기준이 자율을 적용하여 산출된 금액을 가산하여 지급한다.

제85조(중재)

- ① 본 협약으로부터 또는 본 협약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 중재부의 최종적이고 궁극적인 결정을 위하여 중재법 및 중재규칙에 따라 대한상사중재원의 중재로 해결되도록 당사자의 합의에 의하여 중재에 회부될 수 있다.
- ② 중재부의 구성, 중재인의 선임 및 중재절차에 관하여는 중재법 및 중재규칙이 정한 절차에 따른다.
- ③ 중재판정은 특별한 항소 수단에 따르지 않고 당사자에게 궁극적인 구속력이 있다. 이에 대하여 당사자는 법원이나 달리 관할을 가지는 사법당국에 대한 여하한 형태의 항소나 상환청구권을 배제하며 그에 대한 권리를 포기한다.

2) 다음으로 용인경량전철 민간투자시설사업의 실시협약에는 다음과 같이 규정되어 있다.

제89조(분쟁의 해결)

- ① 본 협약으로부터 또는 본 협약과 관련하여 발생하는 본 당사자간의 어떠한 분쟁, 이의 또는 부동의(각 “분쟁”이라 함) 등은 신의성실의 원칙에 입각한 상호 협의에 의하여 해결하기로 한다.
- ② 제1항에 따라 해결되지 않는 분쟁은 제91조(중재)에 따른 중재에 의하여 해결한다.

제90조(금액에 대한 분쟁)

- ① 당사자의 일방이 타방 당사자에 대한 지급이 청구된 금액에 대해 이의가 있는 경우, 이의 있는 당사자는 이의가 없는 금액을 지급하고, 분쟁의 해결시까지 나머지 금액의 지급을 보류할 수 있다. 어느 일방 당사자가 지급이 청구된 금액에 대해 다투는 경우, 동 사안은 당해 청구 통지의 수취인이 동 통지를 수령한 후 7일 이내에 제91조(중재)에 따른 중재에 회부된다.
- ② 분쟁의 해결 시까지 보류된 모든 금액 중 이의가 있는 부분은 당해 분쟁이 수취인에게 유리하게 해결된 경우 그로부터 7일 이내에 지급기일이 도래하며, 그 지급금에는 그러한 금액에 대한 이의가 없었더라면 지급되었을 날짜로부터 실제 지급일까지 제95조(지연이자)에 규정된 이율로 계산되는 이자가 포함되어야 한다.

제91조(중재)

- ① 본 협약으로부터 또는 본 협약과 관련하여 발생하는 분쟁이 제89조(분쟁의 해결) 제1항에 따라 해결되지 않는 경우에는 당사자들은 그 분쟁을 국제상사중재원의 중재규칙에¹²⁾ 따라 해결하기로 하며, 중재를 개시하고자 하는 일방 당사자의 상대방에 대한 통지(“중재개시통지”)에 의하여 개시된다. 분쟁에 대하여 내러

12) 동실시협약 영문본에는 “the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC Rules)”이라고 되어 있다. 이는 “국제상업회의소 중재규칙”이라고 번역되기도 한다.

지는 중재판정은 최종적인 것으로 모든 당사자에 대하여 구속력을 가지는 것에 합의한다. 중재는 서울을 중재지로 한다.

- ② 중재판정부는 3인의 중재인으로 구성하며, 그중 1인은 주무관청이, 또다른 1인은 사업시행자가 선임하고, 제3중재인은 위 2인의 중재인들간의 합의에 의하여 중재개시 통지일로부터 30일 이내에 선임하기로 한다. 제3중재인에 대한 합의가 이루어지지 않는 경우에는 국제상사중재원의 중재규칙에 의하여 동 제3중재인을 선임한다. 각 당사자는 중재판정부의 중재판정이 내려지기까지는 각자의 의무이행을 중단하지 않기로 한다. 중재판정은 현실적으로 가능한 범위에서 조속히 내려져야 한다. 특별한 사유가 없는 한, 중재판정은 최종 중재인의 선임일로부터 3개월 내에 내려져야 한다. 그러나, 그 판정시한은 쌍방 당사자의 상호 협의에 따라 연장될 수 있다.
- ③ 중재는 한국어와 영어로 진행된다.

전자의 경우는 분쟁이 발생한 후 협약당사자 사이에 중재로 해결할 것을 합의한 경우에만 중재에 회부되고 그러하지 아니한 경우에는 법원의 소송에 따라 분쟁을 해결하는 것이고, 후자의 경우에는 강제적으로 모든 분쟁은 중재에 회부되어야 한다. 두 가지 경우 모두 중재를 분쟁해결의 중요한 수단으로 약정하고 있는 것이다. 그러나, 분쟁이 발생한 다음, 해당 분쟁을 중재로 해결하기로 합의하는 것은 아주 드물다할 것이므로, 분쟁이 발생하기 전에 미리 중재조항을 계약에 삽입해 두는 것이 중재제도를 활성화할 수 있는 방법이라 할 것이다.

4. 실시협약 관련 분쟁의 중재 및 조정제도를 통한 해결 방안¹³⁾

민간투자사업의 경우에는 1) 사업기간, 즉 건설

기간과 운영기간이 수십 년에 이르는 장기간으로, 당사자 간에 크고 작은 분쟁이 수 없이 발생할 수 있는 점 2) 민간투자사업의 구조와 도입배경 등을 이해하고 해당사업에 관여해 온 전문가로 하여금 해당 분쟁을 해결하는 것이 가장 타당하고 적절한 분쟁해결이 될 수 있다는 점 3) 주무관청과 사업시행자는 신속하게 분쟁을 해결하여 공공적 성격을 띠고 있는 사회기반시설의 운영을 원활하게 이끌고 나가야 하는 당사자라는 점 4) 민간투자사업에는 설계관련 법령, 건설관련 법령, 회사관련 법령, 세무관련 법령, 노동관련 법령 등이 집합되어 있어 이를 민간투자사업이라는 큰 틀에서 종합하여 이해할 수 있는 자가 분쟁해결의 판단자로 선임되는 것이 바람직하다는 점 등을 종합하면, 민간투자사업에서 발생하는 분쟁은 소송보다는 조정이나 중재의 방법으로 해결하는 것이 적절하다. 즉, 사업시행자는 민간투자시설의 건설과 운영을 하는 주체로서 실시협약이 정한 바에 따라 자신의 의무를 수행하여야 하고, 주무관청은 사업시행자의 민간투자시설 건설과 운영을 감독하고 지원하는 주체로서 실시협약이 정한 바에 따라 자신의 의무를 이행하여야 하는데, 통상 2-3년이 걸리는 건설기간과 30년 내외의 운영기간 동안 사업시행자와 주무관청 사이에는 공사량 증감에 따른 총사업비변경문제, 통행량부족에 따른 수입보장문제, 어느 누구도 예상하지 못한 불가항력의 처리문제, 어느 일방의 귀책사유로 인한 협약해지시의 해지시지급금 문제 등 크고 작은 분쟁이 발생하기 마련이다. 이러한 분쟁이 발생할 때마다 법원에 의한 소송을 통하여 해결하려고 하는 경우, 소송 중에 다시 또는 다른 분쟁이 발생하여 소송의 연속으로 비화될 수 있는 바, 이러한 현상을 방지하기 위하여 민간투자사업에서 발생하는 분쟁은 조정이나 중재의 방법으로 신속히 해결하는 것이 적합하다 할 것이다.

V. 결론

건설공사계약은 상당한 기간에 걸쳐 이행이 이

13) 이에 대하여는 즐고, 『중재제도 활성화와 민간투자사업에서의 중재』, 중재저널 2004년 겨울호, 대한상사중재원, 2004, 참조

루어지며 그 이행에는 많은 종류의 원자재와 전문적인 인력 및 기술이 소요되므로 분쟁이 발생할 소지가 크다. 이러한 건설분쟁의 해결은 소송의 지연, 분쟁당사자 사이의 갈등구조의 심화라는 결과를 초래하는 경향이 있는 법원에 의한 재판 외에 대한상사중재원의 중재나 건설분쟁조정위원회 등의 조정에 의해 이루어지는 경우가 있는데, 이는 민간투자사업의 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

그리고, 민간투자사업의 경우 실시협약과 관련하여 발생하는 분쟁은 비록 실시협약의 성질이 공법상 계약이라 하더라도 당사자의 합의에 의하여 조정이나 중재로 분쟁을 해결하는 것이 가능하므로 관계 전문가들에 의한 조정이나 중재에 의한 분쟁해결이 적극적으로 고려되어야 한다. 특히 용인경량전철 민간투자시설사업의 실시협약과 같이 실시협약에서 강제적으로 모든 분쟁은 중재에 의하여 해결하는 것으로 규정된 경우에는 관계 전문가들로 구성된 조정인 또는 중재인에 의한 조정이나 중재로 분쟁을 해결하여야 할 것이다.

경제위기로 인한 부동산 및 건설경기가 침체되고, 프로젝트 파이낸싱에 의한 대출이 어려워진 현실점에서 민간투자사업 실시협약과 관련한 분쟁이 증가할 가능성이 있다. 이러한 분쟁의 해결을 비용

과 시간이 많이 소요되는 법원의 판결에만 의존할 것이 아니라 대한상사중재원의 조정, 중재나 새로운 형태의 전문적인 조정기관에 의한 조정에 의한 방안을 적극적으로 모색할 필요가 있다.

참고문헌

1. 김기수 외 7인 공저(2005), 『BTL사업 실시협약 표준안 연구』, 한국개발연구원.
2. 김현(2004), 『중재제도 활성화와 민간투자사업에서의 중재』, 중재저널 2004년 겨울호, 대한상사중재원.
3. 대한건설협회(2008), 『민간건설백서』.
4. 윤성철(2004), 『공공시설에 대한 민간투자법제에 관한 연구』, 성균관대학교 박사학위논문.
5. 윤재운(2006), 『건설분쟁관계법 -건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무-』, 박영사.
6. 이규방 외 4인 공저(2000), 『인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립 연구』, 국토연구원.
7. 이시운(1999), 『민사소송법』, 박영사.
8. 조철호(2008), 『사회기반시설에 대한 민간투자법상 실시협약의 법적성질과 소송방법』, 인권의과정, 2008년 9월호, 대한변호사협회.