

건설정책리뷰 2020-07

하도급 부당특약 피해구제를 위한 입법 개선방안 연구 - 건설하도급을 중심으로 -

홍 성 진

2020.10

요 약

- 2013년 이후 “하도급법”은 법률, 시행령, 부당특약 고시, 부당특약 심사지침 등 중층적 법규를 통하여 부당특약을 방지하고 있으나, 설계도면, 시방서, 유의서, 현장설명서, 각서 등을 통하여 음성적이고 변형된 형태의 부당특약이 지속되고 있는 실정임
- 하도급분쟁조정협의회, 공정거래위원회의 심결, 법원의 사례 등을 검토한 결과 다음과 같은 부당특약 설정행위가 추가·조사되었음
 - 보양공사의 계약금액 및 계약기간 조정 불인정 약정
 - 공사기간 연장에 따른 간접비 미지급 약정
 - 공통가설비용 전가 약정
 - 설계변경 및 물가변동에 따른 계약금액의 변경 제한 약정
 - 원사업자의 지급 자재에 따른 하자담보책임 전가 약정
 - 원사업자의 승인을 얻은 공법 및 시공방법 변경에 따른 하도급금액 증감 불인정 약정
 - 수급사업자의 계약상 책임을 가중하는 약정
 - 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 지급조건·추가공사·지체상금 약정
 - 산업재해·민원처리·환경관리·품질관리 비용을 수급사업자에게 전가하는 약정
 - 짧은 기간의 이행 최고만으로 공사 포기 간주 및 기성금 공제 약정
 - 돌관작업 비용을 견적에 포함하는 약정
 - 수급사업자의 귀책사유 없는 사유에 대한 계약 금액 불인정 약정
 - 이 가운데 공사기간 연장에 따른 간접비 미지급 약정, 산업재해·민원처리·환경관리·품질관리 비용을 수급사업자에게 전가하는 약정 등은 현행 “부당특약 심사지침”에서 부당특약 사례로 규율되고 있으나, 그 밖의 사례는 추가적 규율이 필요한 상황
- “하도급법”은 부당특약의 효력에 대하여 별다른 규정이 없기 때문에 다음과 같은 부당특약의 효력 유효화에 따른 법적 문제가 발생하고 있음
 - 법원은 현행 하도급법 제3조의4에 따른 부당특약의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 사법상의 효력은 유효하다고 판시하고 있으며, 부당특약의 인정 범위도 매우 협소하게 판단하고 있음
 - 수급사업자는 원사업자의 부당특약의 설정에도 불구하고 채무이행 의무를 부담하게 됨
 - 부당특약 효력 유효화의 경우 부당이득 반환청구는 불가능하고 불법행위에 의한 손해배상 청구만 가능한데, 이 경우 불법행위 손해배상청구는 민법상 과실상계의 법리가 적용되어 수급사업자가 부당특약에 동의한 점이 불리하게 작용됨

■ **부당특약 효력 무효화시 부당특약에 따른 행정제재로 인한 민사상 효력 무효 간주 문제, 행정제재 존치 문제 등이 제기되었으나, 다음과 같은 입장을 고려하여야 함**

- “국가계약법” 및 “건설산업기본법”의 유사 입법례가 존재하는 상황임
- 공정거래위원회는 하도급거래의 전문성을 가진 합의제 행정기관으로서 준입법·준사법 기관의 기능을 수행하기 때문에 공정거래위원회가 부당특약을 인정하여 시정조치·과징금 등을 부과하는 것은 부당특약 위반 여부에 대한 조사, 의견청취, 심의·의결을 통한 법 위반 행위를 확인하고 대외적인 표시를 하는 것임
- “하도급법”상 시정조치는 ㉠ 현재의 법 위반행위 중단, ㉡ 향후 유사행위의 재발을 방지·억지, ㉢ 왜곡된 경쟁질서 회복, ㉣ 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진시키는 것을 목적으로 하는 행정명령이고, 손해배상은 법 위반 행위에 따른 불법행위에 기한 손해배상으로써 그 성격이 다르며, 행정제재의 존치 의의가 있음

■ **부당특약 금지에 따른 효력 여부를 입법의 원칙인 ‘비례의 원칙’에 따라 비교형량할 경우 “하도급법”상 부당특약 규정을 강행규정으로 하여 이에 위반하는 행위는 사법상 효력을 부인하도록 개정 할 필요가 있음**

- 공정한 하도급거래 질서 확립이라는 공익이 원사업자의 계약상 권리의 사익보다 보호되어야 하며, 부당특약 효력 무효화로 인하여 제기되는 법적 문제보다 부당특약 효력 유효화로 인하여 발생하는 법적 문제가 더욱 크다고 할 수 있음

■ **“하도급법”상 건설하도급 부당특약 금지 및 효력 무효화를 위한 입법안은 다음과 같음**

현행	개정안
제3조의4(부당한 특약의 금지) ① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 “부당한 특약”이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다. <후단 신설>	제3조의4(부당한 특약의 금지) ①----- ----- ----- ----- . 이 경우 부당한 특약은 무효로 한다.
② (생략)	② (현행과 같음)

- 기존 법제와의 체계 정당성 및 입법의 실효성을 고려하여 “국가계약법”의 입법 태도를 원용할 필요가 있음

- 건설산업기본법의 경우 해당 부당특약이 수급사업자의 이익을 ‘현저하게’ 침해하는지의 판단은 매우 어려우며, 실제 법원에서 「건설산업기본법」에 따른 부당특약을 인정한 전례도 없음

- **“부당특약 심사지침”의 개선을 통하여 부당특약 여부의 판단 기준을 제시하고 계약당사자의 부당특약 설정 행위 사전 예방 및 신속한 피해구제를 도모할 필요가 있음**
- **‘부당특약의 사법상 효력 무효화’에 따른 그 효과를 빠르게 체감할 수 있도록 부당특약의 신속한 판단을 위하여 현행 “하도급법”상 하도급분쟁조정협의회에 부당특약심사기구를 설치하는 등 제도개선이 병행될 필요가 있음**

목 차

I. 서론	1
II. 부당특약 법제 및 동향	2
1. 부당특약 법제	2
2. 부당특약 동향	6
III. 건설하도급 부당특약 사례 및 법적 문제점	8
1. 건설하도급 부당특약 사례	8
2. 건설하도급 부당특약의 효력에 따른 법적 문제점	19
IV. 건설하도급 부당특약 피해구제를 위한 입법 개선방안	25
1. “하도급법” 입법 개정(안)	25
2. “부당특약 심사지침” 개정(안)	27
V. 결 론	30
참고문헌	33

I. 서론

- ‘2019년 하도급거래 서면실태조사’에 따르면 원사업자와의 거래에서 부당특약을 설정당한 경험이 있다고 응답한 하도급업체의 비율은 건설업종이 4.5%(4,257개/94,600개 업체)로 가장 많은 비중을 차지하고 있음
 - 건설업종 4.5%, 용역업종 1.6%, 제조업종 0.9%
 - 다만, 실제 건설공사 계약에서는 부당특약이 대부분 설정되어 있는 것이 현실
- 부당특약은 계약 상대방의 이익을 부당하게 침해·제한하거나 계약 당사자에게 부과된 의무를 계약 상대방에게 전가하는 계약조건을 말하며, 실무에서는 설계도면, 시방서, 유의서, 현장설명서, 각서 등을 통하여 설정됨
- 2013년 “하도급법”은 부당특약을 근절하기 위하여 부당특약 금지 규정을 신설하였고, 부당특약 고시, 부당특약 심사지침 개정 등 중층적 법규를 통하여 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 부당특약을 방지하고 있음
- 그러나 “하도급법”상 부당특약 금지 규정이 강행규정에 해당하여 사법적으로 무효인지, 단속규정에 해당하여 사법적으로 유효인지 명시적인 규정을 두고 있지 않고 있기 때문에 수급사업자의 계약상 책임 및 사법적 혼란이 가중되고 있음
- 이로 인하여 설계도면, 시방서, 유의서, 현장설명서, 각서 등을 통하여 음성적이고 변형된 형태의 부당특약이 지속되고 있는 실정임
- 본 연구는 건설하도급을 중심으로 부당특약의 사례 및 부당특약의 효력에 따른 법적 문제점을 살펴보고, 부당특약의 피해구제를 위한 입법개선 방안을 도출하는 것을 목적으로 함

II. 부당특약 법제 및 동향

1. 부당특약 법제

- 부당특약은 계약 상대방의 이익을 부당하게 침해·제한하거나 계약 당사자에게 부과된 의무를 계약 상대방에게 전가하는 계약조건을 말함
 - 실무에서는 설계도면, 시방서, 유의서, 현장설명서, 제안요청서, 물량내역서, 계약 및 견적 일반조건·특수조건, 과업내용서, 특약조건, 도급업무내역서, 발주서, 견적서, 계약서, 약정서, 협약서, 합의서, 각서 등을 통하여 설정
- 우리 민법의 기본원리는 ‘사적자치의 원칙’ 및 ‘계약자유 원칙’이기 때문에 계약 당사자는 원칙적으로 국가를 포함한 타인의 간섭을 받지 않고 자기의 법률관계를 스스로 정할 수 있으나, ‘사적자치의 원칙’ 및 ‘계약자유 원칙’은 국가법질서, 사회적 형평성, 공동체의 사회질서 등의 허용 범위 내에서만 인정됨¹⁾

• 사적자치는 계약의 자유, 소유권의 자유, 결사의 자유, 유언의 자유 및 영업의 자유를 그 구성요소로 하고 있으며, 그 중 계약의 자유는 사적자치가 실현되는 가장 중요한 수단으로서, 이는 계약체결의 자유·상대방선택의 자유·방식의 자유·계약의 변경 또는 해소의 자유를 포함하므로 ... 그러나, 개인들은 사적·자치적 형성의 자유가 인정되는 범위 내에서 자신들의 이익추구만을 위하여 노력할 것이기 때문에, 이러한 사적자치의원칙 내지는 사적자치권이라도 공동체의 전체질서와의 관계에서 계약을 받을 수밖에 없다(헌법재판소 2001. 5. 31 자 99헌가18, 99헌바71·111, 2000헌바51·64·65·85, 2001헌바2(병합) 결정).

• 헌법 제10조에 포함된 계약의 자유, 헌법 제23조가 보장하는 재산권은 절대적인 것이 아니라 헌법 제37조 제2항에 따라 공공복리 등을 위하여 제한될 수 있으며, 또한 헌법 제119조 제2항에 따라 국민경제의 성장 및 안정 등 경제에 관한 공익을 위하여 법률상 제한될 수 있다(헌법재판소 2006. 7. 27 자 2005헌바19 결정).

• 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 계약을 체결하여야 하고 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 하는 등 국가계약법 제5조 제1항의 경우 사적 자치와 계약자유 원칙을 비롯한 사법의 원리가 원칙적으로 적용된다(대법원 2017. 12. 21 선고 2012다74076 전원합의체 판결).

- 이에 따라 부당특약을 금지하는 규정은 과거 1995년 “국가계약법 시행령”에서 ‘계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건의 금지’의 내용으로 제정 당시부터 도입되었으며, 이후 “지방계약법”, “건설산업기본법”, “하도급법”으로 확대되었음

1) 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2012, 20·174면

- 1995. 7. 6. “국가계약법 시행령” 제4조
- 2006. 1. 1. “지방계약법” 제6조
- 2013. 8. 6. “건설산업기본법” 제22조 제5항²⁾
- 2013. 8. 16. “하도급법” 제3조의4
- 2019. 11. 26. “국가계약법” 제5조 제4항

○ 오늘날 “국가계약법”, “건설산업기본법” “지방계약법”, “하도급법” 및 그 하위 규범은 모두 부당특약을 금지하도록 규정하고 있으며, 주요 내용은 다음과 같음

- “국가계약법”에서는 부당특약을 금지하면서 부당특약을 무효로 규정하고 있음
- “건설산업기본법”에서는 부당특약을 금지하면서 부당한 특약에 대하여 ‘당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우 그 부분에 한정하여 무효로 한다’고 규정하고 있음
- “지방계약법”에서는 부당특약을 금지하고 있으나, 효력 규정은 없음
 - 다만, “지방계약법”의 경우 부당특약의 효력 여부에 대한 규정이 없음에도 불구하고, “지방계약법”의 구체적인 계약집행 사항을 규율하고 있는 “지방자치단체 입찰 및 계약집행기준”에서는 부당특약을 무효로 규정하고 있음³⁾(광주고등법원 2012. 9. 19 선고 2011나 6761 판결; 대법원 2013. 2. 14 선고 2012다202017 판결)
- “하도급법”에서는 부당특약을 금지하고 있으나, 효력 규정은 없음

2) 「건설산업기본법」에서 ‘부당특약’의 법률용어를 사용하고 있는 조문은 제38조 제3항임. 이는 2008. 12. 30. 정부가 발의한 내용을 대안반영(2009. 12. 08 의결)으로 도입된 조항인데, 당시의 입법 체계에서는 ‘부당특약’을 광범위하게 이해하고 있음. 예를 들어, 소관위 심사에서는 ‘부당특약’과 관련하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」의 ‘부당감액 금지’, ‘물품구매대금 등의 부당결제청구 금지’, ‘경제적 이익의 부당요구 금지’ 등의 규정을 부당특약 규정을 보면서 검토의견을 제시하고 있음. 또한, 오늘날 공정거래위원회는 “건설산업기본법” 제22조 제5항을 부당특약의 관련 입법례로 판단하고 있음(“하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안” 검토보고서(조정식 의원 대표발의, 의안번호: 2021324), 2019. 11. 19. 따라서 이하에서는 「건설산업기본법」 제22조 제5항을 ‘부당특약’ 관련 규정으로 이해함.

3) 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률, 같은 법 시행령 및 같은 법 시행규칙을 비롯한 여러 규정에서 지방자치단체에 입찰예정가격을 정할 의무를 지우고 그 구체적인 산정방법과 절차에 관하여 상세히 규정하고 있는 점 및 적격심사입찰에 있어서 예정가격 또는 기초금액의 결정은 공사 등에 소요되는 비용항목의 적정성을 다져서 모두 포함시켜야 하고, 이를 누락한 경우에 누락한 비용항목의 비중이 클 때에는 그로 인한 부담을 계약상대자에게 부담시키는 특약은 위 법 제6조 제1항의 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한함과 동시에 공공성과 공정성을 현저히 침해한 때에 해당한다고 전제한 다음, 이 사건 각 특약은 피고가 부담하여야 할 기술사용료를 원고들에게 전가시키는 약정으로서 계약상대자의 계약상의 이익을 부당하게 제한하는 특약이므로 위 법 제6조 제1항에 위반되어 무효라고 판단하였음. 광주고등법원 2012. 9. 19 선고 2011나6761 판결; 대법원 2013. 2. 14 선고 2012다202017 판결.

법제	하위규범	주요 내용
국가계약법	-	- 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다(제5조 제3항) - 부당한 특약 등은 무효로 한다(법 제5조 제4항)
	공사계약일반조건 제3조(계약문서)	「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령」, 공사관계 법령 및 이 조건에 정한 계약일반사항 외에 해당 계약의 적절한 이행을 위하여 필요한 경우 공사계약특수조건을 정하여 계약을 체결할 수 있다(제3조 제3항) - 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있는 경우에 특수조건의 해당 내용은 효력이 인정되지 아니한다(제3조 제4항)
건설산업기본법	-	- 건설공사 도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다(제22조 제5항) - 계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약 금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우 - 계약체결 이후 공사내용의 변경에 따른 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우 - 도급계약의 형태, 건설공사의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우 - 계약내용에 대하여 구체적인 정함이 없거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약내용을 일방의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우 - 계약불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감하거나 가중하여 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우 「민법」 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우
	민간건설공사 표준도급계약서	- 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다(제3조 제3항)⁴⁾ - 기타 이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 "도급인"과 "수급인"이 합의하여 별도의 특약을 정할 수 있다(제42조)
지방계약법	-	계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니 된다(제6조 제1항)
	지방자치단체 입찰 및 계약집행기준	- 계약담당자는 지방계약법령, 공사 관계법령 및 이 조건에 정한 계약 일반사항 외에 해당 계약의 적절한 이행을 위하여 필요한 경우 공사계약 특수조건을 정하여 계약을 체결할 수 있다(제2절 2-다) 「지방계약법령」, 공사 관계법령 및 이 조건에 정한 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 내용이 있는 경우 법 제6조에 따라 그 내용은 효력이 인정되지 아니한다(제2절 2-라)
하도급법	-	- 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정하여서는 아니 된다(제3조의4) - 원사업자가 제3조 제1항의 서면에 기재되지 아니한 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정 - 원사업자가 부담하여야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정 - 원사업자가 입찰내역에 없는 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정

법제	하위규범	주요 내용
		- 그 밖에 이 법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정
	시행령	• 비용이나 책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정(제6조의2)
	부당특약 고시	• 법에 규정된 수급사업자의 권리를 제한하는 경우 • 수급사업자의 기술자료 등에 대한 권리를 제한하는 경우 • 수급사업자의 의무를 법이 정한 기준보다 높게 설정하는 경우 • 원사업자의 의무를 수급사업자에게 전가하는 경우 • 수급사업자의 계약상 책임을 가중하는 경우
	부당특약 심사지침	• 법 제3조의4, 시행령 제6조의2 및 부당특약 고시의 운용과 관련하여 법령의 내용을 보다 구체적이고 명확하게 규정함과 아울러 불공정하도급거래행위에 해당될 수 있는 사례를 예시함으로써, 위법성을 심사하는 기준으로 활용 - ex) '법 제3조의4 제2항의 규정에 의한 부당특약 해당여부 심사 기준', '부당특약 예시' 서면에 기재되지 아니한 추가공사 또는 계약사항 이외 시공부분에 대한 비용은 수급사업자가 부담한다는 약정
	건설업종 표준하도급계약서	• 기본계약 및 개별약정에서 정하고 있는 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 약정은 무효로 한다 ⁵⁾

○ 특히, “하도급법”은 법률과 시행령 외에 “부당특약 고시”, “부당특약 심사지침”의 중층적 법규를 통하여 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 부당특약을 방지하고 있음

- “부당특약 고시”(공정거래위원회 고시 제2019-4호)는 부당특약의 유형을 구체적으로 제시하여 부당특약을 설정하는 행위를 억제하고 법집행의 효율성을 제고하고자 2019. 6. 19. 제정되었음⁶⁾
- “부당특약 심사지침”(공정거래위원회 예규 제33호)은 “하도급법”, “하도급법 시행령”, “부당특약 고시”의 내용을 보다 구체적이고 명확하게 규정하고 불공정하도급거래 행위의 사례를 예시하고 있음

4) 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우는 “건설산업기본법” 제22조 제5항의 내용과 대동소이 함.

5) 주요 내용은 “하도급법” 제3조의4의 내용과 대동소이함.

6) “부당특약 고시”는 기존에 하도급법 제3조의4와 하도급법 시행령 제6조의2에 규정된 부당특약 세부유형(10가지)을 고시 제정을 통해 세부유형(16가지)을 추가 및 부당특약의 세부유형을 확대(총 26가지)하고, 부당특약고시를 설정한 경우 하도급법에 따라 시정조치, 과징금, 고발 등의 조치를 받을 수 있도록 하기 위하여 제정하였음: 공정거래위원회 보도자료, “산업재해예방 비용, 하도급업체에게 전가하지 못한다”, 2019. 6. 18.

2. 부당특약 동향

- LH공사, 서울특별시 등의 공기업, 지방자치단체는 하도급 부당특약을 근절하기 위하여 ‘하도급 부당특약 부존재 확인서 제출’을 의무화하고 있음
- 하도급 부당특약 체크리스트를 마련하여 계약상대자에게 배포하고, 부당특약 부존재 확인서를 원도급자 및 하도급자 모두에게 의무적으로 제출하는 내용
 - 다만, 미이행에 따른 행정제제가 전무하며, 부당특약에 따른 분쟁 시 원사업자의 경우 ‘하도급 부당특약 부존재 확인서’를 통하여 입증책임에 유리한 증거로 제시하는 등 그 효과에 있어 많은 문제⁷⁾가 있음

별첨		부당특약 부존재 확인서 (양식)	
하도급 부당특약 부존재 확인서(양식)			
원도급 계약사항	공사명		
	계약기간		
	계약금액		
하도급 계약사항	공사명(공종명)		
	계약기간		
	하도급계약금액		
	수급인	상호 및 대표자	
		주 소	
		상호 및 대표자	
	하수급인	주 소	
상호 및 대표자			
상기 수급인과 하수급인간의 하도급계약에 있어 하도급계약 표준계약서 외 특수조건 등 특약조건이 명시된 계약서 일체(하도급계약 특수조건, 하도급계약 입찰공고문, 현장설명서, 특기사항서, 공사이행특약 등)를 누락없이 제출함을 확인 하오며, 부당특약이 부존재함을 상호 확인합니다.			
주요 부당특약 예시			
- 인건처리, 임시시설물 설치 비용 전가 - 하자보수기간 과다 설정 - 자재 시험비용 및 폐기물 처리비 전가 - 안전사고 발생 책임, 처리비용 전가 ※ 부당특약 유형은 '하도급거래 공정화에 관한 법률 제3조의4', '건설산업기본법 시행령 제4조의5' 참고			
첨부 : 1. 하도급 계약서 입찰공고문(사본) 1부. 2. 현장설명서(사본) 1부. 3. 특수조건(사본) 1부. 4. 특기사항서(사본) 1부. 5. 공사이행 특약 등(사본) 1부. 끝. ※ 첨부서류는 부당특약 존재여부와 관계없이 제출			
0000. 00. 00			
수급인 : ○○건설(주) 대표자 ○.○.○ (인) XX건설(주) 대표자 ○.○.○ (인)			
하수급인 : ○○토건(주) 대표자 ○.○.○ (인)			

7) 대한전문건설신문, “처벌 빠진 부당특약 부존재 확인서 효과 의문, 2020. 01. 30(<http://www.koscaj.com/news/articleView.html?idxno=207147>).

○ 최근 국회는 부당특약 방지를 위하여 ‘부당특약의 경우 그 부분에 한정하여 무효’로 하는 내용으로 관련 입법을 발의하고 있음

- 제20대 국회에서는 “하도급법”상 부당특약의 내용 확대, “하도급법” 및 지방계약법”상 부당특약의 경우 그 부분에 한정하여 무효로 하는 내용의 입법이 발의되었으나, 임기만료 폐기되었음

구분	하도급법	지방계약법
조정식 의원 대표발의 (의안번호: 2021324)	• 부당특약의 경우 그 부분에 한정하여 무효로 함	-
서형수 의원 대표발의 (의안번호: 2018302)	• 부당특약의 유형으로 ‘그 밖에 수급사업자의 이윤율 상한을 정하는 등’으로 확대 • 부당특약의 경우 그 부분에 한정하여 무효로 함	-
고용진 의원 대표발의 (의안번호: 2015440)	• 부당특약의 경우 그 부분에 한정하여 무효로 함	-
이원욱 의원 대표발의 (의안번호: 2018336)	-	• 부당특약의 경우 그 부분에 한정하여 무효로 함

- 제21대 국회에서는 “하도급법”상 부당특약의 유형 추가 및 부당특약의 경우 그 부분에 한정하여 무효로 하는 내용의 입법이 발의되어 있으며, 현재 계류중임

구분	남인순 의원 대표발의 (의안번호: 2102254)	민형배 의원 대표발의 (의안번호: 2101567)
하도급법	• 부당특약의 유형으로 ‘원사업자가 정당한 사유 없이 수급사업자로 하여금 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 제한하는 약정’을 추가	• 부당특약의 경우 그 부분에 한정하여 무효로 함

Ⅲ. 건설하도급 부당특약 사례 및 법적 문제점

Ⅲ

1. 건설하도급 부당특약 사례

- ‘2019년 하도급거래 서면실태조사’에 따르면 원사업자와의 거래에서 부당특약을 설정당한 경험이 있다고 응답한 하도급업체의 비율은 건설업종이 4.5%(4,257개/94,600개 업체)로 가장 많은 비중을 차지하고 있음
 - 건설업종 4.5%, 용역업종 1.6%, 제조업종 0.9%
 - 다만, 실제 건설공사 계약에서는 부당특약이 대부분 설정되어 있는 것이 현실
- 이하에서는 하도급분쟁조정협의회, 공정거래위원회, 법원, 건설 관련 협·단체 민원을 통한 건설하도급 부당특약 사례를 검토함

1) 하도급분쟁조정협의회의 부당특약 사례

① 보양공사의 계약금액 및 계약기간 조정 불인정 약정

- 보양공사 비용을 견적에 포함하도록 하고 계약금액 및 계약기간의 조정을 인정하지 않는 계약조건
 - 보양(保養: curing)은 ‘재료를 가공 설치한 다음 소정의 품질이 되도록 양생하고 손상, 오염이 없도록 보호하는 것’을 말하는데, 살수, 부직포, 하드롱지, 톱밥, 목재 등의 재료 외에 보양을 위한 현장인력이 소요됨
 - 특히, 보양공사가 동절기 또는 혹서기 공사에 이루어지는 경우 작업의 특성상 사전에 소요비용을 정확히 예측하여 견적에 반영하기 어렵기 때문에 보양공사 비용을 계약금액에 반영하도록 하고, 계약금액 및 계약기간의 조정을 인정하지 않는 경우 수급사업자가 그 비용을 보전 받지 못하게 될 우려가 있으므로 부당특약에 해당함

5.6 보양 및 동절기, 혹서기 공사

(1) 보 양

1) 계약자는 시방서 각 항에 명기되어 있는 사항 이외에 “도급자”가 별도로 지정하는 시공 부위 또는 인근건물, 주변건물, 기타 시설물 등에 대해서도 손상을 주지 않도록 미리 보양조치를 한다.

2) 보양 및 동절기, 혹서기 공사 시행에 소요되는 비용은 도급 계약금액 속에 포함되어 있는 것으로 간주하며 이에 따른 계약금액 및 계약기간의 조정은 인정되지 아니 한다.

(2) 동절기 공사

전체 공정계획상 동절기에 공사를 시행하는 공종에 대해서는 해당 공종 또는 차기 공종 등 계약목적물에 전혀 영향을 미치지 않도록 방풍, 방한시설, 온풍시설 등 적절한 시행 방안을 수립하여 “도급자”의 승인을 얻은 후 시행해야 한다.

(3) 혹서기 공사

혹서기에 시행하는 공사에 대해서는 지나친 건조 및 습도에 대하여 해당 공종 또는 차기 공종 등 계약목적물에 전혀 영향을 미치지 않도록 습윤 보양시설, 습기 제거시설, 통풍시설 등 적절한 시행방안을 수립 “도급자”의 승인을 얻은 후 시행해야 한다.

② 공사기간 연장에 따른 간접비 미지급 약정

17) 물량정산이 필요한 경우, 도면에 의한 설계 정미량을 기준으로 정산한다.(최초 계약단가를 적용)

18) 공사기간 연장에 따르는 간접 공사비 등 추가비용 없음.

19) SHOP DWG.은 계약금액에 포함된 것으로 본다.

20) 자재 LOSS는 계약금액에 포함된 것으로 본다.

21) 공사 수행 중 기존 지장물 간섭 시 “도급자”에게 보고하고 “도급자”의 지시에 따라 철거 및 해체 또는 이설 등의 조치 비용은 계약금액에 포함된 것으로 본다.

22) 입찰시 현장을 필히 방문하되 업체사정상 현장방문이 없었더라도 현장상황 파악한 것으로 간주하여 이와 관련된 별도 정산 없음.

○ 해당 하도급거래의 특성을 고려하지 아니한 채 간접비의 인정범위를 일률적으로 제한하는 약정

- 간접공사비란 공사의 시공을 위하여 공통적으로 소요되는 법정경비 및 기타 부수적인 비용을 말하며, 직접공사비 총액에 비용별로 일정요율을 곱하여 산정함
- “하도급법 시행령” 제6조의2 및 「부당특약 심사지침」에서는 ‘해당 하도급거래의 특성을 고려하지 아니한 채 간접비의 인정범위를 일률적으로 제한하는 약정’을 부당한 특약으로 규정하고 있는데, 공사기간 연장에 따른 간접 공사비 등 추가비용 없음을 약정하는 것은 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하는 부당특약에 해당함

③ 공통가설비용 전가 약정

	1. 사전조사 및 검토 1-1. "을"은 사전에 설계도서, 계약서, 특약서 및 현장설명서를 충분히 조사 검토하여야 하며, 도면에 명시되지 않은 사항이 있을지라도 구조상, 외관상 또는 기능상 당연히 시공을 요하는 사항은 "을"의 책임부담으로 이를 이행하여야 한다. 1-2. "을"은 사전에 현장주변의 기존 음벽, 아파트, 상가, 학교, 사무실, 배수로, 교통여건등을 배정없이 조사하여 "을"의 책임시공 부분과 관련된 주변의 피해가 없도록 하여야 한다. 2. 현장관리 2-1. "을"은 자격을 갖춘 책임자를 현장에 상주시켜서 품질, 안전, 민원, 환경, 공정, 자재, 장비, 인원, 사고 등 "을"의 책임시공 부분과 관련된 사항에 대하여 자율적으로 관리를 하여야 하며, 합의사항이나 또는 시정을 요하는 사항에 대하여는 "갑"과 협의하여 기간내에 "을"의 책임부담으로 조치 완료하여야 한다. 2-2. "을"은 "갑"과 협의하여 "을"이 필요한 가설물 즉, 사무실, 숙소, 냉·난방, 전기, 전화 등은 "을"의 책임부담으로 안전하게 시설하고 관리하여야 하며, 후속공정에 지장이 없도록 철거하여 현장외부로 반출하여야 한다.
--	--

○ 공통가설비용을 수급사업자에게 전가하는 약정

- 공통가설비는 공사목적물의 실체를 형성하는 것은 아니나 현장사무소·창고·식당·합숙소 등 시공을 위하여 필요한 일체의 가설물과 화장실·식당·탈의실 등 고용 관련 편의시설 관련 비용을 말하며, 직접공사비 가운데 직접공사경비에 포함됨(「예정가격작성기준」 제19조 제3항 제8호 및 38조 제2항 제3호)
- 일반적으로 하도급계약은 공통가설물에 대하여 별도의 항목 없이 '공사 범위 및 견적 포함 범위'에 가설사무실, 창고, 기타 가시설물의 설치해체 이동에 관한 제반사항을 포함시키도록 하고 있으나, 수급사업자는 직접공사비에 제반 공통가설비를 모두 포함하여 계상하는 경우 입찰금액은 상승하게 되어 낙찰에 매우 불리하게 작용하게 됨
- 공통가설비용을 수급사업자에게 전가하는 약정은 "하도급법"상 수급사업자의 이익을 부당하게 제한하는 것으로 부담특약으로 보아야 함

④ 설계변경 및 물가변동에 따른 계약금액의 변경 제한 약정

	5. 설계변경, 정산, 시험, 검사 및 인·허가 사항 5-1. "을"은 설계변경, 시공방법 변경 등 계약과 관련한 모든 사항으로 인하여 물량이 증가한 경우에도 "을"이 사전에 도면을 검토한 사항이므로 하도급금액의 변경없이 계약을 이행완료하여야 한다. 단, 미시공, 사양변경 등 감액사유가 발생한 경우에는 감액정산한다. 5-2. 전항의 감액 발생시 신규품목의 단가 등은 "갑"과 "을"이 협의하여 정하기로 한다. 5-3. "을"이 지입하는 자재, 장비의 시험, 검사와 "을"의 책임시공과 관련된 인·허가 사항 및 중간검사, 완성검사는 "을"의 책임부담으로 적기에 완료하여 공정에 지장이 없도록 하여야 한다. 5-4. 계약내역서의 단가는 공사완료시까지의 인·허가 및 노임변동 사항을 고려하여 "을"이 정한 것으로 준공시까지 계약단가에 대한 물가변동으로 인한 Escalation은 없다.
--	---

○ 원사업자(발주자 포함)가 설계를 변경함에 따라 발생하는 비용을 전가하는 약정 및 물가변동에 따른 계약금액의 변경을 제한하는 약정

- “하도급법 시행령” 제6조의2 제1호 나목 및 「부당특약 심사지침」에서는 ‘수급사업자는 설계도면과 현장을 사전에 충분히 확인하고 하도급계약을 체결하였으므로 작업내용의 변경으로 경미한 공사가 발생하는 경우에 소요되는 비용을 원사업자에게 요청하지 못한다는 약정’을 부당특약으로 규정하고 있음
- 또한, 물가변동에 따른 계약금액의 조정을 제한하는 약정은 수급사업자의 이익을 부당하게 제한하는 것으로서 부당특약에 해당함
 - 현행 「부당특약고시」 및 「부당특약 심사지침」에서는 물가변동과 관련하여 ‘하도급계약기간 중 원부자재 인상으로 납품단가의 변동이 발생시 하도급계약기간이 만료된 이후 납품단가를 재조정할 수 있다는 약정’, ‘수급사업자는 계약을 체결한 후 물가상승, 납품조건 및 도면내용에 대한 견적누락 등을 이유로 계약변경 및 해제를 요구할 수 없다는 약정’을 부당특약으로 규정하고 있는바, 물가변동에 따른 부당특약의 범위를 지나치게 좁게 해석하고 있음

⑤ 원사업자의 지급 자재에 따른 하자담보책임 전가 약정

6. 하자관리	
6-1. “을”은 공사중이나 공사완료후에 “을”의 하자로 인하여 “갑” 또는 타공종에 피해를 입혔을 경우 피해보상을 하여야 한다.	
6-2. “을”은 책임시공 및 자체관리를 실시하여 하자발생을 사전에 예방하여야 하고, 하자가 발생하면 “을”의 책임부담으로 신속하게 조치 완료하여야 한다.	
6-3. 준공 후 “을”이 시공한 부분에 하자가 발생하였을시 “을”은 보수기한내에 처리 완료하여야 하며, “갑”이 본공사시에 지급한 자재에 대하여도 하자보수공사시에 “을”의 비용으로 처리완료하여야 한다.	
6-4. “갑”이 “을”에게 계약금액의 최종대가를 지급함에 있어 “을”은 공사완료 후 당 현장의 사용량사실(준공일)로부터 계약세의 하자담보 책임기간을 보증기간으로 하는 하자보증서와 최종계약금액(정산금액)에 이의가 없다는 정산합의서를 “갑”에게 제출하여야 한다. “을”이 하자보증서와 정산합의서를 미제출시 “갑”은 최종대가 또는 계약금액의 10%에 해당하는 금액의 지불을 유보할 수 있으며, “을”은 이에 일체의 이의를 제기할 수 없다.	

○ 관련 법령, 발주자와 원사업자 사이의 계약 등에 따라 원사업자가 부담하여야 할 하자담보책임을 전가하는 약정

- “하도급법 시행령” 제6조의2 제1호 라목 및 「부당특약 심사지침」에서는 ‘원사업자가 제공한 재료로 수급사업자가 가공했을 경우 해당 제품의 하자에 대해서는 수급사업자가 일체의 책임을 진다는 약정’을 부당특약으로 규정하고 있음
- 원사업자가 지급(제공)한 자재에 대하여 수급사업자의 비용으로 하자보수공사를 처리하도록 하는 것은 수급사업자의 이익을 부당하게 제한하는 것으로서 부당특약에 해당함

⑥ 원사업자의 승인을 얻은 공법 및 시공방법 변경에 따른 하도급금액 증감 불인정 약정

7. 기타

- 7-1. “을”은 특약서의 내용을 충분히 숙지한 후 계약내역서를 작성하여야 하며, 내역서에 빠짐없이 반영하여야 한다.
- 7-2. “을”은 기성청구 시 전월의 기성금 집행내역을 “갑”에게 제출하여야 하며, 이를 제출하지 않을시, “갑”은 제출시까지 기성금 지급을 유보할 수 있다.
- 7-3. 자재는 KS표시품 사용을 원칙으로 하며 KS표시 허가증 사본 및 시험성적서를 제출하여야 한다.
- 7-4. “을”이 “갑”의 지시에도 불구하고 “을”의 작업범위에 대하여 미시행할 시 “갑”은 “을”에게 통보 후 선 시행할 수 있으며 이때 발생된 비용은 실제 소요된 비용을 기준으로 하여 “을”의 계약금액에서 공제하여 “갑”이 선 집행할 수 있다.
- 7-5. “을”이 “갑”의 사전 승인없이 3일 이상 공사를 중지시, “갑”은 1차 구두로 시정(공사착수 등)을 통보하며, 이를 “을”이 이행하지 않을시 “갑”이 판단하여, 2차로 해약조치를 할 수 있다. 이 경우 “을”은 일체의 이익을 제기할 수 없고, “갑”의 업체변경 등의 조치에 따라야 하며, 이를 방해할 시 이로 인한 민·형사상의 모든 책임과 비용부담은 “을”에게 있다. 또한, 이 경우 계약서 9항의 지체상금을 (일일당 0.5%)을 적용한다.
- 7-6. 설계도면·관련법규 등의 변경으로 인한 하도급금액의 변경이 없는 책임서공완료
- 7-7. “을”은 계약 시 제공된 설계 도서를 근거로 책임 시공하여야 하며, 공법 및 시공 방법 변경 시에는 “갑”의 승인을 득하여 시행하며, 이로 인한 하도급금액 증감은 없다.
- 7-8. 계약내역서 상의 수량, 단가, 직·간접비 등 일체의 내용을 “을”이 숙지하였음을 확인하였고, 이와 상이한 사항 등이 발생 시에도 “을”은 하도급 금액의 증감없이 “을”의 노하우로 책임시공 완료하기로 한다.
- 7-9. 본 계약의 성공적인 달성을 위해서 상호 충분히 논의하기로 하며, 이견 발생 시에는 “갑”의 의견에 따르기로 한다.
- 7-10. 지급자재 : 없음
- 7-11. 조정식재공사에 필요한 자재, 노임, 장비, 경비 등 일체 포함(배수시설공사, 옥상조경공사 포함)
- 7-12. 본 계약은 “을”이 산출한 물량과 단가에 의해 체결하는 계약으로, “을”은 하도급금액의 변경없이 공사를 완료하여야 한다.(단, “갑”의 대표자 명의의 서면 승인이 있는 사항은 별도로 한다.)

○ 원사업자(발주자 포함)가 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용을 전가하는 약정

- “하도급법 시행령” 제6조의2 제1호 나목 및 「부당특약 심사지침」에서는 ‘작업내용의 변경에 따른 비용’을 수급사업자가 하도급계약을 이행하는 도중에 발주자 또는 원사업자의 지시나 요구에 의해 제조방법, 시공공법, 자재 등을 변경함으로 인하여 발생하는 비용으로 규정하고 있음
- 수급사업자가 원사업자(발주자 포함)의 승인을 얻어 공법 및 시공방법을 변경하였음에도 하도급금액의 증감을 불인정하는 것은 수급사업자의 이익을 부당하게 제한하는 것으로서 부당특약에 해당함

- 각서, 안전이행각서 등 원사업자와 수급사업자 간의 권리·의무관계에 영향을 미치는 약정이 수급사업자의 이익을 부당하게 제한하는 경우 「부당특약고시」 제5호에 따른 ‘수급사업자의 계약상 책임을 가중하는 경우’로 확대하여 부당특약으로 간주할 필요가 있음

2) 공정거래위원회의 부당특약 사례

① 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 지급조건·추가공사·지체상금 약정

구분	조항 * 특약 유형기	계약조건 내용
표준하도급 계약서	6. 대금의 지급 * 지급조건 약정	가. 대금지급 - 기성금 : 70%를 공정율에 따라 월말 청구 후 60일 후 지급 - 잔금 : 30% 준공 후 지급 (이하 생략)
	11. 특약사항 * 지체상금 약정 * 추가공사 약정	(10) 공사 기간이 지체되면 무조건 지체상금을 적용하며, 후속 공종 작업에 피해보상도 지급한다. (12) 당 현장 내역과 다르게 추가공사건이 발생할 경우 계약금액의 5%이상 공사금액이 초과하지 않을 경우 서비스로 한다.

○ 지급조건 약정 설정행위

- 하도급법 제13조 제1항에서는 원사업자는 목적물 등의 인수일로부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다고 규정하고 있음
- 이 사건 지급조건 약정의 내용은 하도급대금 일부(20%~30%)를 해당 공사의 준공 때까지 또는 준공 후 2개월 이내로 지급을 연기하는 것으로서 그 내용상 하도급법 제13조 제1항을 정면으로 위반하고 있음
- 지급조건 약정의 내용대로라면 원사업자는 하도급대금 일부의 지급을 준공 후로 유보함으로써 그에 따른 경제적 이익을 향유하는 반면, 수급사업자는 기성금보다 적은 공사비를 수령함으로써 매월 그 차액이 누적되어 자금압박을 받게 된다는 점 등의 측면에서 이 사건 지급조건 약정은 수급사업자에게 일방적으로 불리한 부당한 특약에 해당함

○ 추가공사 약정 설정행위

- 수급사업자의 책임여부를 따지지 않고 전체 계약금액의 5% 이내에 해당하는 추가공사 비용은 수급사업자가 모두 부담한다는 내용의 약정은 “추가 작업으로 인하여 발생한 비용 중 수급사업자의 책임 없는 사유로 발생한 비용”까지도 수급사업자에게 부담시키는 것으로서, 법 제3조의4 제2항 제4호 및 법 시행령 제6조의2 제1호 다목의 규

○ 지체상금 약정 설정행위

- 원사업자가 수급사업자에게 건설공사를 위탁하였으나 당초 계약상의 준공예정일에 공사가 완료되지 못하였을 때 그 원인은 매우 다양하고 복합적인 경우가 많은데, 이 사건 지체상금 약정은 공사가 늦어지면 수급사업자에게 무조건 지체상금을 부과할 수 있도록 규정하고 있어 수급사업자에게 일방적으로 불리하여 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정한 것으로서 부당한 특약에 해당함

② 산업재해·민원처리·환경관리·품질관리 비용을 수급사업자에게 전가하는 약정

<u><표 2> 현장설명서 및 특기사항서의 특약 조건</u>	
<u>가) 산업재해 관련 비용을 수급사업자에게 부담시키는 계약조건</u>	
현장설명서	5. 전적내역서 작성시 포함하여야 할 사항 및 유의사항 5) 바. 재해발생 시 조치: 당해 공사 기간 중 <u>하수급자 부주의로 인한 모든 재해는 하수급자의 책임으로 신속히 조치하여야 한다.</u>(예: 병원비, 합의금, 기타 보상금 전액) 8. 안전관리 4) 안전사고 발생시 제반 인적, 물적 손상 및 법적문제에 대하여 “을”의 <u>책임 하에 수습 처리토록 하며 반드시 근로자재해보험에 가입하여야 한다.</u> 5) 경미한 안전사고의 처리는 “을” 부담 처리한다. 16) 안전수칙, 표준안전계획을 강구하고, 차량계건설작업계획 등 유해위험이 발생할 수 있는 작업은 작업 시작 전 완료작성 제출하고 <u>불이행으로 인한 안전사고의 민·형사상 모든 책임과 경비는 “을”이 부담한다.</u> 21) 낙하 및 전도 등에 대비하여 사전에 충분한 대비책을 세우고 이로 인한 안전사고 예방에 최선을 다하여야 한다. <u>안전띠 미착용 등 근로자의 부주의로 인한 안전사고는 “을”이 책임지고, “을”의 부담으로 처리하는 것을 원칙으로 한다.</u> 24) ⑯ 당현장은 외국인근로채용에 있어 불법적인 고용이나 채용은 규제하고 있는 바, 고용관련 외국인근로자 채용으로 인한 불안정한 문제에 대한 적법한 절차에 의해 고용을 하여야 하며(F4, E9, F1, F3, 불법채류자)는 고용은 불허하며, <u>안전상 발생하는 모든 비용은 을이 부담한다.</u> 10. 공사장 관리 8) 공사진행 중 “을”의 사유로 발생한 사고와 민원사항 및 민·형사상의 책임은 “을”이 부담한다.
특기사항서	4. 타공정과 형틀공사와의 책임 한계 (14) 안전관리 미흡 및 부주의 또는 불성실로 인해 발생하는 산재는 <u>하도자가 공상 처리하고 모든 보상 및 민·형사상 문제도 해결한다.</u>

나) 민원처리 관련 비용을 수급사업자에게 부담시키는 계약조건	
현장설명서	11. 민원처리 관련 사항 1) 공사 진행에 있어 현장주변 입주민, 통행인의 생명, 재산, 신체에 대한 피해, 불편이 없도록 주의하여야하며 <u>모든 민원에 대한 처리 비용 및 민. 형사상 책임을 진다.</u> 4) 주위 건축물 및 기타 제3자에게 피해가 있을 때는 즉시 응급조치를 취함과 동시에 <u>차후 처리에 대한 비용은 일체 “을”이 부담한다.</u>
5 이와 같은 사실은 이 사건 각 공사의 현장설명서 및 특기시방서(심사보고서 소갑 제3호증2))를 통해서 확인된다.	
조항	조항 내용
III.일반조건 22.환경관리 ③. 내용 1)	“을”은 공사 중 발생한 폐기물 뿐만 아니라 기존 매립 폐기물 등 현장에서 발생하는 모든 폐기물을 관련법규 및 “갑”의 지시에 따라 적법하게 처리하여야 한다.
III.일반조건 22.환경관리 ⑥	“을”은 환경관련 법규와 “갑”의 환경관리 규정과 “을”의 환경계획을 이행하여야 하며, 이를 위반할 경우 어떠한 제재조치를 받더라도 <u>이의를 제기할 수 없다.</u>
구 분	조항 및 내용
하도급계약 특약조건	4.자재 관리 4.1) ~ 4.6) 생략 4.7) <u>을은 KS자재를 사용하여 시공 전·후 검사 및 시험에 관계되는 일체의 서류, 측량기구, 시험인력을 부담하고 검사 및 시험지연으로 인하여 공정에 지장이 없도록 한다.(필요시 갑에서 검사, 시험 대행 후 그 비용을 공제한다)</u>

○ 산업재해 비용 전가

- 하도급 공사현장에서 발생한 근로자의 안전사고 및 산업재해에 대한 법령상 책임 주체는 원사업자라고 볼 수 있어 수급사업자는 원사업자와 공동 불법행위책임 관계에 있는 것임에도 불구하고 동 계약조건들은 원사업자와 수급사업자 간의 귀책여부 및 과실비율에 대한 고려 없이 수급사업자의 근로자에 대한 산업재해 관련 비용 등을 수급사업자가 모두 부담하거나 부담하게 할 우려가 있어 부담특약에 해당함

○ 민원처리 비용 전가

- 수급사업자의 귀책유무 및 과실비율에 대한 고려 없이 공사현장에서 발생한 모든 민원에 대해 수급사업자가 일체의 비용 및 책임을 부담하도록 규정하고 있어 부담특약에 해당함

○ 폐기물 처리 등 환경관리 비용 전가

- 원사업자는 폐기물관리법에 따른 사업장폐기물배출자로서 같은 법 제17조 제1항8)의 폐기물 처리의무를 부담하므로, 이 사건 공사현장에서 발생하는 폐기물을 직접 처리하거나, 향후 발생될 폐기물의 관리 등에 소요되는 비용을 하도급대금에 반영한 다음 수급사업자가 처리하도록 함이 타당함
- 그러나 위 특약조항은 하도급대금에 반영되었다고 볼 만한 사정이 없는 기존 매립 폐기물 등 수급사업자의 공사와 관련이 없는 폐기물까지 수급사업자가 처리하도록 규정하고 있어 원사업자가 부담해야 하는 폐기물 처리비용을 수급사업자에게 부담시키고 있음
- 또한 수급사업자가 환경관련 법규 등을 위반할 경우 원사업자의 어떠한 제재 조치에도 이의를 제기할 수 없도록 규정하고 있어 원사업자의 의무사항으로 되어 있는 환경관리 등과 관련하여 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 조항이므로 부당특약에 해당함

○ 품질관리 비용 전가

- 원사업자는 「건설기술진흥법」 제56조에 따라 발주자로부터 품질관리에 관한 비용을 공사금액에 계상하여야 함에도 불구하고 이를 하도급 계약 금액에 반영하는 등의 사정없이 관련 수급사업자에게 검사 및 시험에 관계되는 일체의 서류, 측량기구, 시험인력을 부담하도록 하는 내용의 하도급계약 특약조건을 설정하였으므로 부당특약에 해당함

③ 짧은 기간의 이행 최고만으로 공사 포기 간주 및 기성금 공제 약정

조항	조항 내용
Ⅲ.일반조건 15.공사지시 ②	인원, 자재, 장비투입 등 기타 공사 이행 및 공정 만회 등을 서면으로 2회 이상 지시하였음에도 불구하고 5일 이내 시행하지 않으면 공사 포기로 간주하고, “갑”이 선시공 후 “을”의 기성대금에서 투입비용을 정산할 수 있으며, “을”은 이에 대해 이의를 제기하지 않는다.

○ 공사이행 최고 후 5일 경과 시 공사포기로 간주하고 원사업자가 선 시공 후 그 비용을 수급사업자의 기성금에서 공제하는 계약조항

- 수급사업자가 공사 이행 등을 시행하지 않을 경우 그 원인 및 귀책여부 등과 관계없이 원사업자가 5일이라는 짧은 기간의 이행 최고만으로 수급사업자가 공사를 포기한 것으로 간주하고 있어 계약서 등의 규정보다 원사업자의 해지권 행사요건을 완화하여

수급사업자에 대하여 부당하게 불이익을 줄 우려가 있음

- 또한 잔여공사에 대해 원사업자가 일방적으로 직접 시행할 수 있도록 함과 동시에 해당 공사대금을 수급사업자의 기성금에서 공제할 수 있도록 규정하고 있어 원사업자가 직접 수행한 잔여공사 비용을 합리적인 사유 없이 수급사업자에게 부담시킬 수 있으므로 부당특약에 해당함

④ 돌관작업 비용을 견적에 포함하는 약정

구분	특약 내용
특기시방서	1. 공사(견적)범위 2) <u>현장 내 콘크리트 타설을 위한 형틀 조립 및 해체 일체포함하며 떠비게설치 및 해체 일체포함하며 특히 다음 사항은 견적 내역ITEM이 없더라도 견적 금액에 포함하여 산출한다.</u> (9) 현장 도착 및 반출시 해당공종 지급자재 및 지입자재 상차, 하차비, <u>돌관작업비(깁폼, AL폼 하차포함)</u> , (인건비, 지게 차포함)(“을”이 부담한다.)

○ 돌관작업 비용을 견적에 포함하도록 하는 계약조건

- 작업의 특성상 사전에 소요비용을 정확히 예측하여 견적에 반영하기 어려운 돌관작업 비용을 견적에 반영하도록 하고 ‘을이 부담한다’라고 기재하여 수급사업자의 귀책사유와 무관하게 원사업자의 필요에 의하여 돌관작업이 이루어지게 될 경우 수급사업자가 그 비용을 보전 받지 못하게 될 우려가 있으므로 부당특약에 해당함

3) 법원의 부당특약 사례

○ 수급사업자의 귀책사유 없는 사유에 대한 계약 금액 불인정 약정

- 이 사건 각 하도급계약 중 원고에게 귀책사유 없는 공사기간 연장으로 인한 경우에 원고가 계약금액 조정을 요구할 수 있는 조항을 규정하지 않은 것은 하도급법 제3조의 4 제2항 제4호, 동법 시행령 제6조의 2 제3호가 규정하는 부당한 특약에 해당하고, 피고들은 같은 법 제35조의 제1항에 따라 원고에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다(서울중앙지방법원 2019. 6. 14 선고 2016가합533325, 2017가합568106 판결).

2. 건설하도급 부당특약의 효력에 따른 법적 문제점

- 현행 “국가계약법” 및 “지방계약법”, “건설산업기본법”, “하도급법”에서는 부당 특약을 금지하도록 규정하고 있으나, “국가계약법” 및 “건설산업기본법”은 부당특약의 효력에 대하여 무효를 규정한 반면, “지방계약법” 및 “하도급법”은 효력에 대하여 별다른 규정이 없는 상황임
- 부당특약 금지 규정 위반시 효력 유무에 따라 사법상 효력 및 소송 대응 방안이 달라짐
- 이하에서는 “하도급법”을 중심으로 부당특약의 효력 유무에 따른 법적 문제점을 고찰함

1) 부당특약 효력 유효화로 인하여 발생하는 법적 문제

① 건설하도급 부당특약의 사법상 효력: 유효

- “하도급법”에서는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 부당특약을 금지하도록 규정하고 있으나(제3조의4), 하도급법상 부당특약 금지 규정이 강행규정에 해당하여 사법적으로 무효인지, 단속규정에 해당하여 사법적으로 유효인지 명시적인 규정을 두고 있지 않고 있음
- 법원은 “하도급법”상 부당특약 금지 규정을 위반한 경우 사법상 효력은 유효하다고 판시하고 있으며, 나아가 수급사업자의 재산상의 손해에 대한 인과관계도 인정하지 않고 있음

공정거래위원회가 이 사건 계약 제9조 및 제10조가 하도급법 제3조의4를 위반한 부당한 특약에 해당함을 이유로 이 사건 처분을 하였고, 피고가 위 제9조에 근거하여 반소 청구 인용판결을 받기는 하였다. 그러나 위 제9조 및 제10조가 부당한 특약에 해당한다 하더라도, 하도급법은 제3조의4에 위반된 부당한 특약의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 반면, 위 조항을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 그 조항 위반행위에 대하여 공정거래위원회에서 조사하게 하여 그 위원회로 하여금 그 결과에 따라 원사업자에게 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이어서 위 조항은 그에 위배한 원사업자와 수급사업자간의 계약의 사법상의 효력을 부인하는 조항이라고 볼 수 없으므로, 원고가 이 사건 계약 제9조를 이행하지 못함에 따라 지출하게 된 이 사건 금원이 피고의 하도급법 위반 또는 하도급법 위반된 조항이 포함되도록 이 사건 계약을 체결한 행위와 상당인과관계 있는 손해라고 볼 수는 없다(서울중앙지방법원 2020. 7. 23 선고 2019가합544869 판결).

- 법원은 “하도급법”상 의무를 위반한 경우 행정제재의 가능성은 논외로 하더라도 사법상 효력은 유효하다고 일관되게 판시하고 있음

「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제11조는 그 규정에 위반된 대금감액 약정의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 반면 그 규정을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 그 규정 위반행위 중 일정한 경우만을 공정거래위원회에서 조사하게 하여 그 위원회로 하여금 그 결과에 따라 원사업자에게 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이므로, 위 규정은 그에 위배한 원사업자와 수급사업자 간의 계약의 사법상의 효력을 부인하는 조항이라고 볼 것은 아니다(대법원 2011. 1. 27 선고 2010다53457 판결; 대법원 2003. 5. 16 선고 2001다27470 판결; 대법원 2000. 7. 28 선고 2000다20434 판결 등)

○ 또한, 법원은 부당특약의 인정 범위를 매우 협소하게 판단하고 있음

어떠한 특약이 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 것으로서 국가계약법 시행령 제4조에 위배되어 효력이 없다고 하기 위해서는 그 특약이 계약상대자에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 국가 등이 계약상대자의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 특약을 정함으로써 계약상대자에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다. 그리고 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약인지는 그 특약에 의하여 계약상대자에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 정도, 불이익 발생의 가능성, 전체 계약에 미치는 영향, 당사자들 사이의 계약체결과정, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2017. 12. 21 선고 2012다74076 전원합의체 판결).

○ 이에 따라 “하도급법”상 수급사업자는 원사업자의 부당특약의 설정에도 불구하고 채무 이행 의무를 부담하는 것이 원칙임

② 건설하도급 부당특약에 따른 소송: 과실상계가 적용되는 손해배상책임

○ 부당특약 효력 유효화의 경우 부당이득 반환청구는 불가능하며, 불법행위에 의한 손해배상 청구만 가능함

- 수급사업자는 원사업자에게 해당 규정 위반을 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없고 원사업자의 단속규정 위반에 대한 책임을 불법행위에 의한 손해배상으로 청구해야 함

○ 불법행위 손해배상청구는 민법상 과실상계의 법리가 적용되어 수급사업자가 부당특약에 동의한 점이 불리하게 작용됨

- 대법원은 수급사업자의 동의를 ‘자발적’ 동의에 의한 것인지 여부를 확인하고 있으므로, 수급사업자는 자신의 동의를 실질적으로는 거절할 수 없었기 때문에 어쩔 수 없이 형식적으로 동의한 것에 불과하였다는 사정을 입증하여 ‘자발적’ 동의가 아님을 적극적으로 소명하여야 한다고 판시(대법원 2010다53457 판례 참조)

○ “하도급법”상 부당특약 금지 조항이 강행규정에 해당하여 이에 위반하는 행위의 사법상 효력이 부인되어 무효가 될 경우에는, 수급사업자는 원사업자에게 부당이득 반환청구권을 행사할 수 있고, 수급사업자가 부당특약에 동의하였다는 이유로 원사업자가 항변하더라도 수급사업자는 과실상계가 적용되지 않기 때문에 소송에서 유리한 위치에 놓이게 됨

〈표1〉 하도급법상 부당특약 금지 규정 위반시 효력 유무에 따른 비교

금지 규정의 성격	강행규정	단속규정
사법상 효력	무효	유효
위반시 반환청구	부당이득 반환청구(○)	부당이득 반환청구(×)
	불법행위 손해배상(○)	불법행위 손해배상(○)
수급사업자 과실 상계 여부	과실상계 적용(×)	과실상계 적용(○)
수급사업자 유·불리 여부	수급사업자에게 유리	수급사업자에게 불리

2) 부당특약 효력 무효화로 인하여 제기되는 법적 문제

① 부당특약에 따른 행정제재로 인한 민사상 효력 무효 간주 문제

- 행정기관인 공정거래위원회가 해당 특약을 부당한 것으로 인정하여 시정조치·과징금 등을 부과한 경우 자동적으로 민사상 효력을 부인하는 것으로 해석하게 된다면, 행정기관의 판단에 따라 민사상 효력의 존부를 좌우하게 될 수 있다는 문제가 제기됨⁸⁾
 - 이러한 문제 제기는 권력분립의 원칙 및 사적자치의 원칙의 측면에서 일면 타당함
- 다만, “국가계약법” 및 “건설산업기본법”의 유사 입법례가 존재하는 상황임
 - “국가계약법”에서는 부당특약을 금지하면서 부당특약을 무효로 규정하고 있음
 - “건설산업기본법”에서는 부당특약을 금지하면서 부당한 특약에 대하여 ‘그 부분에 한정하여 무효로 한다’고 규정하고 있음
- 또한, 공정거래위원회는 하도급거래의 전문성을 가진 합의제 행정기관으로서 준입법·준사법 기관의 기능을 수행하고 있음⁹⁾
 - 공정거래위원회는 합의제 행정기관으로서 독립적 규제위원회로서의 성격을 가짐
 - 공정거래위원회는 “부당특약 고시”, “부당특약 심사지침” 등 각종 고시, 지침, 규칙 등을 제정할 수 있는 준입법기관의 성격을 가짐

8) 보다 구체적으로 살펴보면, 관련 입법례로 들 수 있는 「건설산업기본법」의 경우 계약의 내용이 무효가 되는 구체적인 행위양태를 열거하고 있고, 「민법」의 경우 현저하게 불공정한 법률행위가 당사자의 공박·경솔·무경험에 따른 것임을 전제로 무효로 인정하고 있으나, 개정안의 경우 특별한 요건 없이 원사업자와 수급사업자 사이의 “부당한 특약”으로 인정되게 되면 그 자체로 민사상 효력을 부인하게 되는 문제가 있음: “하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안” 검토보고서(민형배 의원 대표발의, 의안번호: 2101567), 2020. 09. 21.

9) 손영화, “공정거래법상 심결제도의 개선에 관한 연구-일본 독점금지법상 심판제도의 개정을 중심으로-”, 경제법연구 제13권 제2호, 한국경제법학회, 2014, 159면.

- 공정거래위원회는 법 위반행위의 조사, 의견청취, 심의·의결 및 이의신청에 대한 재결, 시정조치, 과징금 등의 준사법기관의 성격을 가짐¹⁰⁾
- “하도급법”에서는 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”상 심의·의결에 관한 ‘소의 제기’, ‘불복의 소의 전속관할(서울고등법원)’, 조사·의견청취에 관한 ‘위반행위의 조사’ 등을 준용하고 있음(법 제27조)
- 공정거래위원회의 시정조치 등의 경제분야에 대한 행정규제는 사인간의 이해조절작용 및 민사분쟁의 특징을 가짐¹¹⁾

○ 공정거래위원회가 부당특약을 인정하여 시정조치·과징금 등을 부과하는 것은 원사업자와 수급사업자 간의 특약 사항의 “부당특약 고시”, “부당특약 심사지침”등의 위반 여부에 대한 조사, 의견청취, 심의·의결을 통한 법 위반 행위를 확인하고 대외적인 표시를 하는 것임

- 공정거래위원회의 준입법·준사법적 성격에 따라 공정거래위원회의 “하도급법” 위반 여부에 대한 조사, 의견청취, 심의·의결 등으로 상당 부분 1심 민사법원의 업무를 겸하고 있음
- 소송절차에 있어 수급사업자는 행정기관인 공정거래위원회의 부당특약 여부에 대한 1차적 판단의 조력을 받을 수 있음

• 원사업자가 지급기일을 경과하여 수급사업자에게 하도급대금을 지급하지 아니하는 경우 그 자체가 법 위반행위가 되어 제재대상이 된다고 할 것이고, 공정거래위원회로서는 특단의 사정이 없는 한 원사업자가 대금지급기일에 하도급대금의 지급을 거절하고 있는 사실 자체에 의하여 법 위반행위가 있는 지 여부를 판단하면 되는 것이지 원사업자가 하도급대금의 지급을 거절하거나 미루만한 상당한 이유가 있는 지 여부에 대하여 나아가 판단한 필요는 없다고 할 것이나, 계약상의 하도급대금이 얼마인지, 원사업자가 앞으로 지급할 하도급대금이 얼마나 남아 있는 지, 그 대금을 지급할 의무가 있는 지등의 여부는 시정명령의 당연한 전제가 되는 것이고 그와 같은 지급의무가 없는 경우에는 당연히 그를 지급하라는 시정명령을 발할 수도 없는 것이므로 이를 민사관계에 불과하여 이 사건 명령의 적법 여부와 무관하다는 주장은 이유없다(서울고등법원 1997. 12. 3 선고 97구722 판결).

• 과징금납부명령이 피고의 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법한지 여부는 다른 특별한 사정이 없는 한 이 사건 과징금납부명령이 행하여진 ‘의결일’ 당시의 사실 상태를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두36256판결 참조). 따라서 원고가 주장하고 있는 민사소송의 결과에 따라 장차 발주자에 대하여 손해배상 의무를 부담할 수 있다는 사정은 이 사건 과징금납부명령의 적법 여부를 판단함에 있어서 아무런 영향을 주지 않는다(서울고등법원 2016. 4. 20 선고 2015누34306 판결).

10) 공정거래위원회의 준사법기관으로서의 기능을 인정하는 근거는 미국의 독립규제위원회의 모델에서 본 연혁적 이유와 있고 나아가 공정위의 처분에 대한 불복의 소에서 서울고등법원을 전속관할로 하는 2심제를 채택하고 있는 점 및 비교법적으로 미국이나 일본의 경우 소위 실질적 증거의 원칙을 채택하여 공정위를 사실상 1심법원으로 인정하고 있는 점 등에서 찾을 수 있음: 오진환, “공정거래위원회 조직 및 운영의 선진화 방안”, 법률신문 제3776호, 2009. 9. 21.

11) 이희정, “사후규제에 있어 시정명령의 기능에 대한 시론”, 경제규제와 법 제1권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008, 172·184면.

- 따라서 “하도급법”상 부당특약 금지 조항을 강행규정으로 개정하여 민사상 효력을 부인하게 함으로써 종래 금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관한 불필요한 사법적 분쟁을 입법적으로 해결할 수 있음

계약 등 법률행위의 당사자에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유효·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다. 이와 달리 금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법 규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 그 효력을 판단하여야 한다(대법원 2010. 12. 23 선고 2008다75119 판결; 대법원 2018. 10. 12 선고 2015다256794 판결; 대법원 2019. 1. 17 선고 2015다227000 판결 등).

- 하급심에서 사회·경제적 약자 보호를 위하여 부당 특약을 무효로 판단하였으나, 대법원에서는 수급사업자의 지위, 기대가능성, 물가변동에 따른 계약금액 조정 제도의 내용 및 기능 등을 참작하여 원심을 파기하는 등 사법적 혼란도 가중되고 있음

• 하도급거래 공정화에 관한 법률, 건설산업기본법이나 국가계약법령의 취지는 이 사건 계약과 같이 장기간의 물품제조·납품 계약 체결 후 물가변동에 따른 수익저하의 위험으로부터 계약상대방으로서 사회·경제적 약자인 국민 또는 하도급업자, 수급인을 보호하기 위한 것으로서 그 취지에 비추어 이를 위반한 개별약정의 사법상 효력을 부인하여야만 비로소 그 입법목적을 달성할 수 있다(서울고등법원 2015. 5. 29 선고 2014나2017020 판결)

• 원고는 국내 유일의 고속철도차량 공급업체로서 시장을 사실상 독점하고 있어 피고에 비하여 경제적 약자라거나 피고가 원고에 대하여 거래상의 지위를 남용할 위치에 있다고 단정할 수 없다. 원고의 청구는 3년간 합계 1.8%의 물가상승분을 증액하여 달라는 취지인데, 그 정도의 물가상승은 원고도 예상하였을 것이므로, 이 사건 특약이 계약상대자의 정당한 이익과 합리적 기대에 반한다고 보기 어렵다. 물가변동에 따른 계약금액 조정 제도는 물가가 하락한 경우에는 계약금액을 감액시키는 효과를 가져올 수도 있으므로, 이 사건 특약에 의하여 원고는 계약금액 증액에 대한 기대를 상실하는 반면 계약금액이 감액될 위험에서도 벗어나게 된다. 실제로 원고가 증거로 제출한 물가변동조정보고서(갑 제17호증)에 따르면 총 4차의 계약금액 조정 중 1차 물가변동으로 인한 계약금액 조정은 지수조정율이 음수(-)로 산출되어 계약금액이 감소되는 결과가 나왔다. 이 사건 계약 중 일부인 물품구매계약 추가특수조건 제8조는 “계약체결 후 계약을 이행하는 과정에서 계약내용에 누락된 사항, 관련 법령의 제·개정, 규격 변경, 공사의 요구 및 기타 외부요인 등 계약상대자의 책임에 해당하지 않는 사유로 인하여 현저한 가격 변동이 발생한 경우에는 가격조정이 가능하다.”라고 규정하고 있어, 가격 변동의 폭이 매우 큰 경우 물가변동에 의한 계약금액 조정 가능성이 완전히 배제되지는 않았다. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 특약이 무효라고 보아 원고의 물가변동으로 인한 계약금액 증액 청구를 받아들였다. 이러한 원심의 판단에는 물가변동에 따른 계약금액 조정 관련 규정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 피고의 상고이유 주장은 이유 있다(대법원 2018. 10. 25 선고 2015다221958 판결).

② 부당특약에 따른 효력 무효화시 행정제재 존치 문제

- 부당특약의 민사상 효력 무효화시 원사업자의 청구가 불가능하게 되므로 부당특약 금지에 따른 행정제재를 통하여 가벌성 있는 행위로 취급하는 것이 적합한지 여부의 문제가 제기됨¹²⁾

12) “하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안” 검토보고서(서형수 의원 대표발의, 의안번호: 2018302), 2019. 03. 29.

○ “하도급법”은 부당특약 위반에 따른 행정제재로 시정조치, 과징금, 벌금, 일반적 손해배상책임을 규정하고 있음

- 즉, ‘부당한 하도급대금의 결정 금지’, ‘부당한 위탁취소의 금지’, ‘부당반품의 금지’, ‘감액 금지’, ‘기술자료 제공 요구 금지’, ‘보복조치의 금지’ 등 이른바 ‘3배 이내의 손해배상 책임’의 구성요건에 해당하지 않음

○ 그런데 시정조치는 ㉠ 현재의 법 위반행위 중단, ㉡ 향후 유사행위의 재발을 방지·억지, ㉢ 왜곡된 경쟁질서 회복, ㉣ 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진시키는 것을 목적으로 하는 행정명령임(「공정거래위원회의 시정조치 운영지침」)

○ 또한, 법원은 법 위반 행위의 경우 사법상 효력 여부와 관계없이 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하기 때문에 공정거래위원회의 시정명령, 수급사업자의 손해배상 청구가 가능하다고 판단하고 있음

거래상 우월적 지위에 있는 대규모유통업자가 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(이하 '대규모유통업법'이라 한다) 제8조 제1항, 제2항보다 불리한 내용의 계약 조항이나 약관 조항에 관하여 납품업자로부터 자발적 동의를 얻지 못하였음에도 이를 근거로 납품업자를 상대로 위 규정 위반행위를 하는 것은 그 계약 조항이나 약관 조항이 사법상 유효한지 여부와 관계없이 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당한다. 이러한 경우 납품업자는 대규모유통업자를 상대로 불법행위를 원인으로 하여 대규모유통업자의 위반행위가 없었더라면 지급받을 수 있었던 지연손해금 상당을 손해배상으로 청구할 수 있다. 따라서 대규모유통업자가 대규모유통업법 제8조 제1항, 제2항보다 불리한 내용의 계약 조항이나 약관 조항을 근거로 위 규정의 배제를 주장할 뿐, 위 계약 조항이나 약관조항이 자발적 동의에 의한 것임을 증명하지 못한 경우에는, 공정거래위원회는 특별한 사정이 없는 한 대규모유통업법 제32조에 의하여 위 지연손해금 상당의 지급을 명하는 시정명령을 할 수 있다(대법원 2020. 6. 25 선고 2016두 55896 판결).

○ 따라서 부당특약 효력 무효화의 경우에도 시정조치, 과징금, 벌금, 일반적 손해배상책임 등 행정제재가 존치되어야 함

- 손해배상책임의 경우 “하도급법” 위반의 불법행위에 기한 손해배상책임이고 부당특약의 사전적 예방 효과가 있기 때문에 존치 의의가 크다고 할 수 있음

Ⅳ. 건설하도급 부당특약 피해구제를 위한 입법 개선방안

1. “하도급법” 입법 개정(안)

- 입법안은 국회 ‘법제의 기본원리’에 따라 비례의 원칙을 충족하도록 마련할 필요가 있음
 - 비례의 원칙은 ㉠ 입법 목적의 정당성, ㉡ 방법의 적정성, ㉢ 피해의 최소성, ㉣ 법익의 균형성을 말함
 - 특히, 법익의 균형성은 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익(私益)을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 크거나 적어도 양자 간 균형이 유지되어야 한다는 것을 의미함
- “하도급법”은 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자(原事業者)와 수급사업자(受給事業者)가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 하는 법률로써, “하도급법”은 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 부당특약을 금지하도록 규정하고 있음(법 제3조의4)
- 그러나 “하도급법”상 부당특약 금지 규정이 강행규정에 해당하여 사법적으로 무효인지, 단속규정에 해당하여 사법적으로 유효인지 명시적인 규정을 두고 있지 않고 있기 때문에 수급사업자의 계약상 책임 및 사법적 혼란이 가중되고 있음
- 이로 인하여 ‘건설하도급 부당특약 사례’에서 볼 수 있듯이, 설계도면, 시방서, 유의서, 현장설명서, 각서 등을 통하여 음성적이고 변형된 형태의 부당특약이 지속되고 있는 실정임
- 부당특약 금지에 따른 효력 여부에 대한 비교衡量을 할 경우 공정한 하도급거래 질서 확립이라는 공익이 원사업자의 계약상 권리의 사익보다 보호되어야 하며, 부당특약 효력 무효화로 인하여 제기되는 법적 문제보다 부당특약 효력 유효화로 인하여 발생하는 법적 문제가 더욱 크다는 것을 알 수 있음

- 비교법적으로 살펴볼 때, 2019. 11. 26. “국가계약법”은 부당특약 등으로 인하여 불이익을 받은 계약당사자를 구제하기 위하여 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하지 못하도록 하고, 부당한 특약 등을 정한 경우에는 무효로 하는 내용으로 입법 개정되었음
 - 기획재정위원회 심사에서는 감사원의 “발주자가 계약단계에서 해당 규정을 위반하여 특약을 설정하더라도 수급인은 향후 발주자와의 관계 등을 인식하여 적극적으로 대응하기 어려운 상황”이라는 지적 사항을 토대로 긍정적인 검토의견을 제시하였음¹³⁾
- 이에 따라 건설하도급 부당특약의 피해구제를 위해서는 “하도급법”상 부당특약 규정을 강행규정으로 하여 이에 위반하는 행위는 사법상 효력을 부인하도록 개정 할 필요가 있음
- 이 경우 기존 법제와의 체계 정당성을 고려하여 “국가계약법”과 “건설산업기본법”의 부당특약 금지 요건을 고찰할 필요가 있음
 - “국가계약법”은 ‘부당한 특약은 무효로 한다’고 규정하고 있는 반면, “건설산업기본법”은 ‘당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우 그 부분에 한정하여 무효로 한다’고 규정하고 있음

〈표2〉 국가계약법 및 건설산업기본법에 따른 부당특약 금지 및 효력 무효화 요건

국가계약법	건설산업기본법
제5조(계약의 원칙) ④ 제3항에 따른 <u>부당한 특약등은 무효로 한다.</u>	제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙) ⑤ 건설공사 도급계약의 내용이 당사자 일방에게 <u>현저하게 불공정한 경우로서</u> 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 <u>그 부분에 한정하여 무효로 한다.</u>

- 그러나 “건설산업기본법”의 경우 해당 부당특약이 수급사업자의 이익을 ‘현저하게’ 침해하는지의 판단은 매우 어렵기 때문에 실효적인 수급사업자의 피해를 구제하기 위해서는 부당특약의 효력의 범위에 대해서는 “국가계약법”의 입법례에 따라 개정안을 마련할 필요가 있음
 - 실제 그 ‘현저성’의 판단의 어려움으로 법원에서 「건설산업기본법」에 따른 부당특약을 인정한 전례도 없음

13) 감사원, 「공공발주 건설공사 불공정관행 점검」 감사결과, 2018. 3. 22: “국가계약법 일부개정법률안” 검토 보고서(추경호 의원 대표발의, 의안번호: 2013288), 2018. 09. 19.

- 이러한 내용을 종합한 결과, “하도급법”상 건설하도급 부당특약 금지 및 효력 무효화를 위한 입법안은 다음과 같음

〈표3〉 하도급법상 부당특약 금지 및 효력 무효화 입법안

현행	개정안
제3조의4(부당한 특약의 금지) ① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 “부당한 특약”이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다. <후단 신설>	제3조의4(부당한 특약의 금지) ① ----- ----- ----- ----- 이 경우 부당한 특약은 무효로 한다.
② (생략)	② (현행과 같음)

- ‘부당특약의 사법상 효력 무효화’에 따른 그 효과를 빠르게 체감할 수 있도록 부당특약의 신속한 판단을 위하여 현행 “하도급법”상 하도급분쟁조정협의회에 부당특약심사기구를 설치하는 등 제도개선이 병행될 필요가 있음

2. “부당특약 심사지침” 개정(안)

- “부당특약 심사지침”은 “하도급법” 제3조의4 및 “하도급법 시행령” 제6조의2에 규정된 부당특약 유형과 부당특약 고시에 추가된 부당특약 유형을 구체적으로 규정하고 불공정 하도급거래행위에 해당될 수 있는 사례를 제시함으로써 부당특약 설정 행위 억제 및 신속한 피해구제를 도모하기 위하여 제정되었음
- “하도급법”상 부당특약 효력 무효화의 입법 개선과 함께 “부당특약 심사지침”의 개선을 통하여 부당특약 여부의 판단 기준을 제시하고 계약 당사자의 부당특약 설정 행위 사전 예방 및 신속한 피해구제를 도모할 필요가 있음
- 실무상 빈번하게 발생하고 있는 ‘건설하도급 부당특약 사례’를 “부당특약 심사지침”에 반영한 결과 “부당특약 심사지침” 개정안은 다음의 〈표 4〉와 같음

〈표4〉 부당특약 심사지침 개정안

2. 법 제3조의4 제2항의 규정에 의한 부당특약 해당여부 심사기준	다. 법 제3조의4 제2항 제3호(원사업자가 입찰내역에 없는 사항을 요구함에 따라 발생된 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정)에 대한 판단기준	
	현행	개정안
	① 현장설명서 등에 명기된 사항이 산출내역서에 없더라도 공사수행상 당연히 시공하여야 할 부분이 있는 경우 수급사업자가 전적으로 비용을 부담하여 시공한다는 약정 〈신 설〉	① 현장설명서 등에 명기된 사항이 산출내역서에 없더라도 보양, 공동시설비용 등 하도급 공사 수행상 당연히 시공하여야 할 부분이 있는 경우 수급사업자가 전적으로 비용을 부담하여 시공한다는 약정 ⑥ 수급사업자는 돌관작업비용을 견적 금액에 포함하여 산출하여야 한다는 약정
3. 법 제3조의4 제2항 제4호 및 영 제6조의2에 따른 “부당특약” 심사기준	가. 영 제6조의2 제1호의 규정에 의한 부당특약 해당여부 심사기준	
	(1) 영 제6조의2 제1호 가목(관련 법령에 따라 원사업자의 의무사항으로 되어 있는 인·허가, 환경관리 또는 품질관리 등과 관련하여 발생하는 비용)의 판단기준	
	현행	개정안
	④ 수급사업자가 환경관련 법령(폐기물관리법, 소음·진동관리법 등) 위반시 기성금 공제 등의 불이익에 대하여 원사업자에게 일체 이익을 제기하지 않기로 한다는 약정	④ 수급사업자가 환경관련 법령(폐기물관리법, 소음·진동관리법 등) 위반 시 과태료를 수급사업자에게 일방적으로 부담하도록 하거나 기성금에서 공제하기로 하는 등의 불이익에 대하여 원사업자에게 일체 이익을 제기하지 않기로 한다는 약정
	(2) 영 제6조의2 제1호 나목[원사업자(발주자를 포함한다)가 설계나 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용]의 판단기준	
	현행	개정안
	④ 수급사업자가 발주자의 지시나 요구에 의한 작업내용의 변경으로 계약사항 외에 시공한 부분에 대한 비용은 수급사업자의 부담으로 한다는 약정	④ 수급사업자가 발주자의 지시, 요구에 의한 작업내용의 변경 또는 발주자, 원사업자의 승인을 얻은 공법 등으로 계약사항 외에 시공한 부분에 대한 비용은 수급사업자의 부담으로 한다는 약정
	(4) 영 제6조의2 제1호 라목(관련 법령, 발주자와 원사업자 사이의 계약 등에 따라 원사업자가 부담하여야 할 하자담보책임 또는 손해배상책임)의 판단기준	
	현행	개정안
	④ 원사업자가 제공한 재료로 수급사업자가 가공했을 경우 해당 제품의 하자에 대해서는 수급사업자가 일체의 책임을 진다는 약정	④ 원사업자가 제공한 재료로 공사를 수행하거나 수급사업자가 가공했을 경우 해당 제품의 하자에 대해서는 수급사업자가 일체의 책임을 진다는 약정

4. 법 제3조의4 제2항 제4호, 영 제6조의2 제5호 및 부당특약 고시에 따른 “부당특약” 심사기준	라. 영 제6조의2 제4호(계약기간 중 수급사업자가 법 제16조의2에 따라 하도급대금 조정을 신청할 수 있는 권리를 제한하는 약정)에 대한 판단기준	
	현행	개정안
	⑤ 하도급계약기간 중 원부자재 인상으로 납품단가의 변동이 발생시 하도급계약기간이 만료된 이후 납품단가를 재조정할 수 있다는 약정	⑤ 하도급계약기간 중 원부자재 또는 노임 인상 등으로 납품단가의 변동이 발생시 준공시까지 계약금액을 조정할 수 없거나 하도급계약기간이 만료된 이후 납품단가를 재조정할 수 있다는 약정
	다. 부당특약 고시 II. 부당특약의 유형 제3호에 대한 판단기준	
	(2) 부당특약의 유형 제3호 나목[수급사업자가 법 제13조의2 규정에 준하여 계약이행을 보증하였음에도 수급사업자가 아닌 자로 하여금 계약책임, 불법행위책임에 대해 연대보증을 하도록 하는 약정]의 판단기준	
	현행	개정안
4. 법 제3조의4 제2항 제4호, 영 제6조의2 제5호 및 부당특약 고시에 따른 “부당특약” 심사기준	① 수급사업자가 법인인 경우 법인의 실질지배자 등 제3자가 수급사업자의 모든 채무에 대하여 연대보증을 하여야 한다는 약정	① 수급사업자의 계약이행·하자이행 등에 대하여 제3자가 수급사업자의 모든 계약상 이행 의무를 연대보증을 하여야 한다는 약정
	마. 부당특약 고시 II. 부당특약의 유형 제5호에 대한 판단기준	
	(5) 부당특약의 유형 제5호 마목[계약 해제·해지의 사유를 원사업자의 경우 관계법령, 표준하도급계약서 등의 기준에 비해 과도하게 넓게 정하거나, 수급사업자의 경우 과도하게 좁게 정하는 약정]의 판단기준	
	현행	개정안
	〈신 설〉	⑤ 원사업자의 지시에 불응할 경우 지나치게 짧은 기간을 최고 한 후 공사 포기로 간주하고, 원사업자가 직접 시행하고 기성금 공제 등의 불이익에 대하여 원사업자에게 일체 이익을 제기하지 않기로 하는 약정

V. 결 론

- 본 연구는 건설하도급을 중심으로 부당특약의 사례 및 부당특약의 효력에 따른 법적 문제점을 살펴보고, 부당특약의 피해구제를 위한 입법개선 방안을 도출하기 위해 수행됨
 - 부당특약은 계약 상대방의 이익을 부당하게 침해·제한하거나 계약 당사자에게 부과된 의무를 계약 상대방에게 전가하는 계약조건을 말하며, 실무에서는 다양한 유형의 계약 관계 서류를 통하여 설정됨
- “하도급법”은 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 부당특약을 금지하도록 규정하고 있으나(법 제3조의4), 하도급계약서(일반사항, 특약사항), 설계도면, 시방서, 유의서, 현장설명서, 각서 등을 통하여 음성적이고 변형된 형태의 부당특약이 지속되고 있는 실정임
- 하도급분쟁조정협의회, 공정거래위원회의 심결, 법원의 사례 등을 검토한 결과 다음과 같은 부당특약 설정행위가 추가·조사되었음
 - 보양공사의 계약금액 및 계약기간 조정 불인정 약정
 - 공사기간 연장에 따른 간접비 미지급 약정
 - 공통가설비용 전가 약정
 - 설계변경 및 물가변동에 따른 계약금액의 변경 제한 약정
 - 원사업자의 지급 자재에 따른 하자담보책임 전가 약정
 - 원사업자의 승인을 얻은 공법 및 시공방법 변경에 따른 하도급금액 증감 불인정 약정
 - 수급사업자의 계약상 책임을 가중하는 약정
 - 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 지급조건·추가공사·지체상금 약정
 - 산업재해·민원처리·환경관리·품질관리 비용을 수급사업자에게 전가하는 약정
 - 짧은 기간의 이행 최고만으로 공사 포기 간주 및 기성금 공제 약정

- 돌관작업 비용을 견적에 포함하는 약정
 - 수급사업자의 귀책사유 없는 사유에 대한 계약 금액 불인정 약정
 - 이 가운데 공사기간 연장에 따른 간접비 미지급 약정, 산업재해·민원처리·환경관리·품질 관리 비용을 수급사업자에게 전가하는 약정 등은 현행 “부당특약 심사지침”에서 부당특약 사례로 규율되고 있으나, 그 밖의 사례는 추가적 규율이 필요한 상황
- “하도급법”은 부당특약의 효력에 대하여 별다른 규정이 없기 때문에 다음과 같은 부당특약의 효력 유효화에 따른 법적 문제가 발생하고 있음
- 법원은 현행 하도급법 제3조의4에 따른 부당특약의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 사법상의 효력은 유효하다고 판시하고 있으며, 부당특약의 인정 범위도 매우 협소하게 판단하고 있음
 - 수급사업자는 원사업자의 부당특약의 설정에도 불구하고 채무이행 의무를 부담하게 됨
 - 부당특약 효력 유효화의 경우 부당이득 반환청구는 불가능하고 불법행위에 의한 손해 배상 청구만 가능한데, 이 경우 불법행위 손해배상청구는 민법상 과실상계의 법리가 적용되어 수급사업자가 부당특약에 동의한 점이 불리하게 작용됨
- 부당특약 효력 무효화시 부당특약에 따른 행정제재로 인한 민사상 효력 무효 간주 문제, 행정제재 존치 문제 등이 제기되었으나, 다음과 같은 입장을 고려하여야 함
- “국가계약법” 및 “건설산업기본법”의 유사 입법례가 존재하는 상황임
 - 공정거래위원회는 하도급거래의 전문성을 가진 합의제 행정기관으로서 준입법·준사법 기관의 기능을 수행하기 때문에 공정거래위원회가 부당특약을 인정하여 시정조치·과징금 등을 부과하는 것은 부당특약 위반 여부에 대한 조사, 의견청취, 심의·의결을 통한 법 위반 행위를 확인하고 대외적인 표시를 하는 것임
 - “하도급법”은 부당특약 위반에 따른 행정제재로 시정조치, 과징금, 벌금, 일반적 손해배상책임을 규정하고 있으나, 시정조치는 ㉠ 현재의 법 위반행위 중단, ㉡ 향후 유사행위의 재발을 방지·억지, ㉢ 왜곡된 경쟁질서 회복, ㉣ 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진시키는 것을 목적으로 하는 행정명령이고, 손해배상은 법 위반 행위에 따른 불법행위에 기한 손해배상으로 그 성격이 다름
- 부당특약 금지에 따른 효력 여부에 대한 비교형량을 할 경우 공정한 하도급거래 질서 확립이라는 공익이 원사업자의 계약상 권리의 사익보다 보호되어야 하며, 부당특약 효력

무효화로 인하여 제기되는 법적 문제보다 부당특약 효력 유효화로 인하여 발생하는 법적 문제가 더욱 크다고 할 수 있음

- 입법은 국회 ‘법제의 기본원리’에 따라 비례의 원칙(㉓) 입법 목적의 정당성, ㉔ 방법의 적정성, ㉕ 피해의 최소성, ㉖ 법익의 균형성)을 충족하여야 하는데, 특히 법익의 균형성은 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익(私益)을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 크거나 적어도 양자 간 균형이 유지되어야 한다는 것을 의미함

- 이에 따라 건설하도급 부당특약의 피해구제를 위해서는 “하도급법”상 부당특약 규정을 강행규정으로 하여 이에 위반하는 행위는 사법상 효력을 부인하도록 개정 할 필요가 있음
 - 기존 법제와의 체계 정당성 및 입법의 실효성을 고려하여 “국가계약법”의 입법 태도를 원용할 필요가 있음

- 이러한 내용을 종합한 결과, “하도급법”상 건설하도급 부당특약 금지 및 효력 무효화를 위한 입법안은 다음과 같음

현행	개정안
제3조의4(부당한 특약의 금지) ① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 “부당한 특약”이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다. <후단 신설>	제3조의4(부당한 특약의 금지) ① ----- ----- ----- ----. 이 경우 부당한 특약은 무효로 한다.
② (생략)	② (현행과 같음)

- 또한, “하도급법”상 부당특약 효력 무효화의 입법 개선과 함께 “부당특약 심사지침”의 개선을 통하여 부당특약 여부의 판단 기준을 제시하고 계약 당사자의 부당특약 설정 행위 사전 예방 및 신속한 피해구제를 도모할 필요가 있음
- 특히, ‘부당특약의 사법상 효력 무효화’에 따른 그 효과를 빠르게 체감할 수 있도록 부당특약의 신속한 판단을 위하여 현행 “하도급법”상 하도급분쟁조정협의회에 부당특약심사기구를 설치하는 등 제도개선이 병행될 필요가 있음
- “하도급법”상 부당특약 효력 무효화의 입법 개정안 및 “부당특약 심사지침”개정안을 통하여 부당특약의 예방 및 신속한 피해구제를 도모하고 공정한 하도급거래질서 확립에 기여할 수 있음

참고문헌

1. “국가계약법 일부개정법률안” 검토보고서(추경호 의원 대표발의, 의안번호: 2013288), 2018. 09. 19.
2. 손영화, “공정거래법상 심결제도의 개선에 관한 연구-일본 독점금지법상 심판제도의 개정을 중심으로-”, 경제법연구 제13권 제2호, 한국경제법학회, 2014
3. 오진환, “공정거래위원회 조직 및 운영의 선진화 방안”, 법률신문 제3776호, 2009. 9. 21.
4. 이희정, “사후규제에 있어 시정명령의 기능에 대한 시론”, 경제규제와 법 제1권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008
5. 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2012
6. “하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안” 검토보고서(민형배 의원 대표발의, 의안번호: 2101567), 2020. 09. 21.
7. “하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안” 검토보고서(서형수 의원 대표발의, 의안번호: 2018302), 2019. 03. 29.
8. “하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안” 검토보고서(조정식 의원 대표발의, 의안번호: 2021324), 2019. 11. 19.

하도급 부당특약 피해구제를 위한 입법 개선방안 연구 - 건설하도급을 중심으로 -

2020년 10월 인쇄

2020년 10월 발행

발 행 인 유 병 권

발 행 처 **대한건설정책연구원**

서울특별시 동작구 보라매로5길 15, 13층(신대방동, 전문건설회관)

TEL (02)3284-2600

FAX (02)3284-2620

홈페이지 www.ricon.re.kr

등 록 2007년 4월 26일(제319-2007-17호)

I S B N 979-11-5953-092-0

인 쇄 처 경성문화사(02-786-2999)

©대한건설정책연구원 2020