

2020. 02

연구보고서 2019-06

Korea
Research Institute
for Construction
Policy

건설클레임 사례 분석 및 시사점

홍성진 · 정대운 · 김정주



RICON
대한건설정책연구원

연구보고서 2019-06

건설클레임 사례 분석 및 시사점

2020. 02

대한건설정책연구원

연구진

홍성진	책임연구원	
정대운	연구원	대한건설정책연구원
김정주	연구원	

이 보고서의 내용은 연구진의 견해로서
대한건설정책연구원의 공식적인 견해와 다를 수 있습니다.

발 간 사

‘신의성실’은 공·사법을 불문하고 모든 영역에 적용되며, 특히 계약 분야에서 큰 의의를 갖는 원칙이라고 할 것입니다.

건설계약은 수주산업·수직적 관계, 다양한 주체의 참여, 시공과정에서의 돌발 상황 발생 등의 특성이 있습니다. 또한, 건설공사의 내용은 전문적이고 기술적으로 고도화된 반면, 건설공사의 실무는 전근대적인 관행이 상존하여 계약 내용에 대한 클레임 및 분쟁이 발생하고 있습니다.

최근에는 원-하도급 관계에 있어 새로운 유형의 불공정행위, 발주자의 설계변경 등 공사대금 조정, 발주자-건설회사-주민을 둘러싼 하자담보책임, 이 밖에 장기계속공사계약 및 법원의 판결 이슈 등 복잡·다양한 클레임 사례가 증가하고 있습니다.

따라서 건설클레임의 발생원인 및 유형을 분석하는 것은 큰 의미가 있을 것입니다. 클레임 사례를 분석함으로써 발주자-건설사업자-소비자 등의 당사자는 분쟁을 효율적으로 대응하고, 불필요한 분쟁을 예방할 수 있기 때문입니다.

이 보고서는 최근 건설클레임 사례 분석을 통하여 건설클레임의 유형 및 발생 원인을 검토하고, 이에 대한 법적·정책적 시사점을 제시하고 있습니다. 본 보고서를 통하여 건설계약 당사자에게는 클레임 및 분쟁의 예방·해결에 도움이 되고, 정부·국회에는 신의성실의 원칙에 입각한 공정한 건설계약 제도를 마련하는데 기여할 수 있기를 기대합니다.

끝으로 본 연구에 도움을 주신 연구기관·법무법인의 클레임 전문가, 대한전문건설협회 및 건설업계에 감사를 드리고 본 연구를 성실히 수행한 연구진의 노고에 감사의 뜻을 전합니다.

2020년 02월
대한건설정책연구원
원 장 유 병 권

I. 서 론

- 최근 원-하도급 관계에 있어 새로운 유형의 불공정행위, 발주자의 설계 변경 등 공사대금 조정, 발주자-건설회사-주민을 둘러싼 하자담보책임, 이 밖에 장기계속공사계약 및 법원의 판결 이슈 등 복잡·다양한 클레임 사례가 증가하고 있음
 - 클레임(claim)은 분쟁 이전 단계에서 계약당사자의 계약 문서상의 요청 또는 주장을 말하며, 클레임을 통한 분쟁으로 이어짐
 - 분쟁(dispute)은 계약당사자가 계약상의 조건에 대하여 이견(異見)이 발생하여 상호 협의에 의하여 해결하지 못한 경우 조정·중재·소송 등 제3자의 개입으로 해결되는 행위를 말함
- 본 연구는 최근 건설클레임 사례 분석을 통하여 건설클레임의 유형 및 발생원인을 검토하고, 이에 대한 법적·정책적 시사점을 도출하여 건설 클레임 발생 시 효율적인 대응과 불공정한 계약으로 인한 분쟁의 예방을 목적으로 함

II. 건설클레임 일반론

- 건설 클레임 발생 시 이를 해결하는 방안으로는 전통적인 방법인 소송과 대체적 분쟁해결 방안인 ADR(Alternative Dispute Resolution) 제도인 ‘중재’, ‘조정’ 등이 있음
- 소액사건을 제외한 전체 민사소송(337,490건) 가운데 건설클레임 사건은 약 28,544건(약 8.5%)이며, 이는 중재사건의 각 연도별 비율을 곱한 건수를 합하여 추정한 결과임
 - 민사소송에 있어 건설클레임 관련 분야는 공사대금, 부당이득, 손해배상의 순서로 발생함

- 전체 중재 가운데 건설분야가 차지하는 비중은 약 32.8%이며, 중재의 대상은 대금결제(55.4%), 인도지연 및 불이행(19.7%), 품질불량(9.9%)의 순서임
 - 건설클레임 관련 중재를 규정하고 있는 법규로는 국가계약법, 지방계약법, 공사계약일반조건, 민간건설공사 표준도급계약서 등이 있음

- 조정은 ‘절차의 비공개성’의 특징을 갖기 때문에 각 분쟁조정기관은 처리 건수, 금액, 조정 대상 및 내용 등에 대한 정보(data) 체계가 구축되어 있지 않거나 비공개로 운영하고 있음
 - 건설클레임 관련 조정기관으로는 국가계약분쟁조정위원회, 건설분쟁조정위원회, 하도급분쟁조정협의회, 하자심사·분쟁조정위원회 등이 있음

Ⅲ. 건설클레임 사례 및 해설

- 본 연구는 판례, 대한상사중재원의 중재 자료, 건설분쟁조정위원회·하도급분쟁조정협의회·국토교통부 하자심사 분쟁조정위원회의 조정 자료, 공정거래위원회의 의결서 자료, 건설사업자의 면담 자료, 언론에 보도된 클레임 사례 등을 분석하였음

- 클레임 사례 분석 결과, 건설공사에 대한 다양한 참여자 간의 반복적이고 사회·경제적 이슈(issue)를 아래와 같이 유형별로 분류하였고, 각 유형별 관련 법규의 주요 내용, 해당 사례의 개괄적 내용 및 법적 해설을 수록하였음
 - 해설은 연구기관·법무법인·클레임 전문가 등의 의견을 종합적으로 검토하여 수록하였음
 - 각 건설클레임 자료는 개인정보를 위하여 발주자·건설회사·입주자 대표회의의 명칭, 공사명, 공사금액 등은 비공개로 하고 있음

- **(부당 특약 사례)** 안전관리비 등의 특약, FED 의거 규정 및 현장 설명서의 미기재 특약, 추가작업에 대한 비용 미지급 특약, 물가변동에 따른 계약금액의 조정 권리 제한 특약
- **(부당 감액 및 하도급대금의 결정 사례)** 발주자의 감액에 따른 하도급 대금 감액, 직영투입비 등 부당 감액 및 3배 이내의 손해배상 청구, 재입찰에 의한 부당하도급 대금 결정
- **(설계변경 등에 따른 공사대금 조정 사례)** 설계변경으로 인한 공사비 감액 또는 보전 청구, 임의설계변경에 따른 계약해제 및 원상회복의 범위, 계약상대자의 설계변경 요청 및 책임 범위
- **(하도급대금 지급 등 사례)** 발주자와의 대금지급조건에 따른 하도급대금 지급, 하도급대금 직접지급 사유의 경합 및 직불 범위, 원사업자의 공사대금지급보증과 수급사업자의 계약이행보증의 관계
- **(하자담보책임 사례)** 하자담보책임기간 및 균열하자보수의 판단, 하자보수를 이유로 한 하도급대금 미지급, 조경수 재식재 이후의 하자담보책임
- **(장기계속공사계약 사례)** 총공사기간 연장에 따른 간접공사비 미지급, 간접공사비 지급 등 분쟁해결의 절차, 손해배상 청구의 소멸시효 기산점
- **(하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 사례)** 공사계약 체결 전 하도급법 위반 여부, 부당감액 여부(불인정), 하도급법 위반 행위가 있었으나 위반행위의 결과가 존재하지 않는 경우

IV. 건설클레임 사례분석을 통한 시사점

- 총 7개의 쟁점을 중심으로 건설클레임을 분석한 결과, 다음과 같은 법적·정책적 시사점을 도출할 수 있었음
- **(부당특약 무효화 확대)** 하도급법 및 지방계약법의 경우 수급사업자의 권익을 보호하고 건설산업기본법 및 지방계약법과의 입법 체계정당성 확보를 위하여 부당 특약의 민사상 효력을 부인하는 방안을 검토할 필요가 있음
- **(징벌적 과징금 제도 도입)** 하도급법에서 ‘공정거래위원회가 하도급법을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 시정조치명령에도 불구하고 위반 행위를 반복하거나 시정조치를 이행하지 아니하는 경우 하도급대금의 3배 이내의 과징금을 부과’하는 내용의 법적 근거를 마련할 필요가 있음
- **(장기계속공사계약 입법 개선)** “국가계약법 시행령” 및 “지방계약법 시행령”, (계약예규) 「공사계약일반조건」 등 하위 규칙을 개정하여 총괄 계약도 장기계속공사계약의 집행기준으로 적용할 필요가 있음
- **(하도급법에 대한 사법적 통제)** ① 공사절차 개시 단계에서의 하도급법 적용, ② 안전약정 관련 행정규칙의 유추 적용, ③ 하도급법 위반에 대한 행위 중심의 시정조치를 논거로 판례의 변경을 촉구함
- **(건설분쟁 조정사례의 정보체계 구축)** 건설 클레임 사례에 있어 개인정보는 비공개로 하되, 사례의 유형 및 내용을 공개함으로써 당사자의 분쟁을 효율적으로 대응하고, 불필요한 분쟁을 예방할 필요가 있음
- **(공사의 특성에 맞는 표준도급계약서 제정·보급)** 유지관리, 불가항력의 사유 및 지체상금, 하자담보책임의 범위 및 기간 등 공사의 특성에 맞는 표준도급계약서를 제정·보급하여 불필요한 분쟁을 예방할 필요가 있음

- 목 차 -

제1장 서론	1
1. 연구의 배경 및 목적	1
2. 연구의 범위 및 방법	2
3. 선행연구와의 차별성	4
4. 연구의 구성 및 체계	5
제2장 건설클레임 일반론	7
1. 건설클레임의 의의	7
2. 건설클레임의 절차 및 방법	9
3. 건설분쟁 해결수단의 유형 및 현황	13
제3장 건설클레임 사례 및 해설	25
1. 부당 특약 사례	26
2. 부당 감액 및 하도급대금의 결정 사례	37
3. 설계변경 등에 따른 공사대금 조정 사례	44
4. 하도급대금 지급 등 사례	52
5. 하자담보책임 사례	59
6. 장기계속공사계약 사례	67
7. 하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 사례	74
제4장 건설클레임 사례분석을 통한 시사점	81
1. 법적 시사점	81
2. 정책적 시사점	94
제5장 결론	99
참고문헌	103

- 표 목 차 -

〈표 1-1〉 주요 선행연구	4
〈표 2-1〉 건설분야 민사소송의 현황	16
〈표 2-2〉 중재를 규정하는 법규현황	17
〈표 2-3〉 연도별 중재 현황	18
〈표 2-4〉 분야별 중재 현황	19
〈표 2-5〉 건설 중재의 대상 현황	20
〈표 2-6〉 행정형 분쟁조정기관의 주요 내용	21
〈표 2-7〉 각 조정위원회의 운영 현황	23
〈표 3-1〉 현금비율 적용 예시	55
〈표 4-1〉 하도급법상 과징금 제도의 내용	86
〈표 4-2〉 최근 5년간 하도급법 위반에 따른 조치 및 위반 건수	87

- 그림 목차 -

[그림 1-1] 연구의 구성 및 체계	6
[그림 2-1] 클레임과 분쟁의 구분	7
[그림 2-2] 클레임의 절차	11
[그림 2-3] 건설분쟁 해결수단의 유형 및 특징	15
[그림 2-4] 중재의 내용 및 절차	16
[그림 2-5] 대한상사중재원의 건설 중재 사례 공개	20
[그림 2-6] 공정거래위원회의 하도급법 위반에 대한 의결서 내용 공개 ...	24

1. 연구의 배경 및 목적

- 오늘날 ‘공정(公正)’의 가치가 매우 중요하게 부각되고 있는 상황에서, 정부는 대·중소기업 간 거래 개선 및 상생협력 확산을 위한 대책을 마련하고 있음
 - 2019. 12. 16. 정부와 여당은 당·정·청 을지로위원회 민생 현안회의를 통해 “대·중소기업 상생협력 확산 및 거래관행 개선 대책”을 발표하면서 건설 분야 하도급 입찰정보 공개, 하도급법 적용 면제 대상 범위 확대, 범위반 사업자에 대한 제재 실효성 제고 등을 추진하고 있음

- 건설산업은 수주산업·수직적 계약관계 및 발주자-종합·전문 건설사업자-건설자재·장비업자-소비자 등 다양한 주체들이 참여하는 특성으로 인하여 계약관계에 있어 클레임 및 분쟁 사례가 지속되고 있음
 - 클레임(claim)은 분쟁 이전 단계에서 계약당사자의 계약 문서상의 요청 또는 주장을 말하며, 클레임을 통한 분쟁으로 이어짐
 - 분쟁(dispute)은 계약당사자가 계약상의 조건에 대하여 이견(異見)이 발생하여 상호 협의에 의하여 해결하지 못한 경우 조정·중재·소송 등 제3자의 개입으로 해결됨

- 특히, 건설공사는 계약 당시 불확정적 요소가 내재되어 있기 때문에 시공과정에서 예상치 못한 돌발상황이 발생하거나 설계도·시방서와 현장과의 괴리, 계약서의 내용에 대한 해석의 상이함 등으로 클레임이나 분쟁가능성이 높음

- 최근에는 원-하도급 관계에 있어 새로운 유형의 불공정행위, 발주자의 설계

변경 등 공사대금 조정, 발주자-건설회사-주민을 둘러싼 하자담보책임, 이 밖에 장기계속공사계약 및 법원의 판결 이슈 등 복잡·다양한 클레임 사례가 증가하고 있음

- 따라서 최근의 판례, 대한상사중재원의 중재 자료, 건설분쟁조정위원회, 하도급분쟁조정협의회, 국토교통부 하자심사 분쟁조정위원회의 조정 자료, 공정거래위원회의 의결서 자료, 건설사업자의 면담 자료, 언론에 보도된 클레임 사례 등의 클레임 사례를 분석하고 이에 대한 시사점을 도출할 필요가 있음

- 본 연구는 최근 건설클레임 사례 분석을 통하여 건설클레임의 유형 및 발생 원인을 검토하고, 이에 대한 법적·정책적 시사점을 도출하여 건설클레임 발생 시 효율적인 대응과 불공정한 계약으로 인한 분쟁의 예방을 목적으로 함

2. 연구의 범위 및 방법

- 연구의 내용적 범위는 건설클레임 사례 수집 결과 다음과 같이 반복적이고 사회·경제적 이슈(issue)가 되고 있는 쟁점을 대상으로 하고 있음
 - 부당 특약
 - 부당 감액 및 하도급대금의 결정
 - 설계변경 등에 따른 공사대금 조정
 - 하도급대금 지급 등
 - 하자담보책임
 - 장기계속공사계약
 - 하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소

- 연구의 시간적 범위는 2017년 이후의 자료(특히, 조정 사례는 2019년 자료)를 활용하되, 내용적 중요성을 감안하여 예외적으로 그 이전의 자료를 활용함
- 연구 범위의 설정 결과 발주자-건설사업자, 종합건설사업자-전문건설사업자, 건설사업자-소비자(입주자대표회의), 건설사업자-공정거래위원회 등 건설공사에 대한 다양한 참여자 간의 클레임 사례를 종합적으로 검토하고자 함
- 건설클레임 일반론은 문헌연구 및 통계 자료의 조사분석을 연구의 방법으로 활용함
- 건설클레임 사례는 판례, 대한상사중재원의 중재 자료, 건설분쟁조정위원회, 하도급분쟁조정협의회, 국토교통부 하자심사 분쟁조정위원회의 조정 자료, 공정거래위원회의 의결서 자료, 건설사업자의 면담 자료, 언론에 보도된 자료를 구득하여 분석함
- 건설클레임 사례에 대한 해설은 연구기관, 법무법인, 클레임 전문가 등의 의견을 종합적으로 검토하여 수록함
- 건설클레임 사례분석을 통한 시사점은 문헌연구, 전문가 자문 등을 통하여 제시함

3. 선행연구와의 차별성

□ 주요 선행연구는 다음과 같음

〈표 1-1〉 주요 선행연구

연구진	수행기관	제목	내용
김관보 외 (1996)	한국건설 산업연구원	현행 공공공사 계약이행과정에서의 불공정사례 및 개선방향	· 공사계약일반조건을 중심으로 공공공사 계약 이행과정에서 발주자 우월적 지위에 의한 불 공정 사례의 실태 및 원인을 분석하고 공사 계약일반조건의 문제점 및 개선방향 제시
이재섭 (1998)	한국건설 산업연구원	국내 건설사업의 클레임 동향 분석	· 판례 및 클레임 사례를 물가변동, 설계변경, 공사대금, 손해배상에 대한 검토하고 클레임 대응 방안 제시
김성일 외 (2003)	국토연구원	공공공사의 클레임 실태분석과 개선방안	· 클레임의 이론적 관점 정리, 공공공사 클레임 실태 및 요인 분석을 통하여 클레임의 예방 및 관리 방안 제시
김원태 외 (2014)	한국건설 산업연구원	공공 발주자의 불공정 계약과 우월적 지위 남용 실태 조사 및 시사점	· 발주자의 불공정 계약과 우월적 지위를 남용 하는 관행을 근절하기 위한 선행조사의 일환 으로 공공공사 단위 현장 차원의 실태 파악 및 시사점 제시
정대운 외 (2019)	대한건설 정책연구원	공공발주기관 불공정사례(갑질) 조사 및 분석	· 공공발주기관과 전문건설업체간의 다양한 불 공정사례(갑질)를 조사·분석하여 불공정사례 방지를 위한 정책방향 도출

□ 선행 연구는 공공공사를 중심으로 클레임 이론에 대한 심층적 고찰과 함께 판례, 일부의 중재·조정 사례를 분석하여 시사점을 도출하였음

□ 본 연구는 공공공사에 국한하지 않고 발주자-건설사업자, 종합건설사업자-전문건설사업자, 건설사업자-소비자(입주자대표회의), 건설사업자-공정거래위원회 등 건설공사에 대한 다양한 참여 간의 클레임 사례를 종합적으로 검토하고 있음

- 특히, 2017년 이후의 판례, 대한상사중재원의 중재 자료, 건설분쟁조정위원회·하도급분쟁조정협의회·국토교통부 하자심사 분쟁조정위원회의 조정 자료, 공정거래위원회의 의결서 자료, 건설사업자의 면담 자료, 언론에 보도된 클레임 사례 등 최근 발생한 다양한 클레임 사례를 분석하였음
- 마지막으로 본 연구는 선행연구에서 다루지 않은 건설클레임의 시사점으로 부당특약의 무효화 확대, 징벌적 과징금 제도 도입, 하도급법에 대한 판례 변경의 촉구 등 법적·정책적 시사점을 제시하고 있다는 점에서 선행연구와의 차별성이 있음

4. 연구의 구성 및 체계

- 본 연구는 다음 [그림 1-1]에서 보는 바와 같이 5개의 장으로 구성되어 있음
 - 제1장 서론에서는 연구의 배경 및 목적, 연구의 범위 및 방법, 선행연구와의 차별성을 부각하고 있음
 - 제2장 건설클레임 일반론에서는 건설클레임 의의, 절차 및 방법, 건설분쟁 해결수단의 유형 및 현황을 고찰하고 있음
 - 제3장 건설클레임 사례 및 해설에서는 부당 특약, 부당 금액 및 하도급 대금의 결정, 설계변경 등에 따른 공사대금 조정, 하도급대금 지급 등, 하자담보책임, 장기계속공사계약, 하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정 조치의 취소 사례를 분석하고 이에 대한 전문가의 의견을 반영한 해설을 수록하였음
 - 제4장 건설클레임 사례분석을 통한 시사점에서는 부당특약 무효화 확대, 징벌적 과징금 제도 도입, 장기계속공사계약 입법 개선, 하도급법에 대한 판례 변경의 촉구, 건설분쟁 조정사례의 정보체계 구축, 공사의 특성에 맞는 표준도급계약서 제정·보급의 법적·정책적 시사점을 제시하고 있음
 - 제5장 결론에서는 종합적인 내용을 정리하였음

연구흐름	세부내용	연구방법
서론	<ul style="list-style-type: none"> ■ 연구의 배경 및 목적 ■ 연구의 범위 및 방법 ■ 선행연구와의 차별성 ■ 연구의 구성 및 체계 	문헌연구
↓		
건설클레임 일반론	<ul style="list-style-type: none"> ■ 건설클레임의 의의 ■ 건설클레임의 절차 및 방법 ■ 건설분쟁 해결수단의 유형 및 현황 	문헌연구 통계자료
↓		
건설클레임 사례 및 해설	<ul style="list-style-type: none"> ■ 부당 특약 사례 ■ 부당 감액 및 하도급대금의 결정 사례 ■ 설계변경 등에 따른 공사대금 조정 사례 ■ 하도급대금 지급 등 사례 ■ 하자담보책임 사례 ■ 장기계속공사계약 사례 ■ 하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 사례 	문헌연구 법제검토 판례분석 면담조사 전문가 자문
↓		
건설클레임 사례분석을 통한 시사점	<ul style="list-style-type: none"> ■ 법적 시사점 ■ 정책적 시사점 	문헌연구 법제검토 면담조사
↓		
결론	<ul style="list-style-type: none"> ■ 종합적 내용 정리 	

[그림 1-1] 연구의 구성 및 체계

1. 건설클레임의 의의

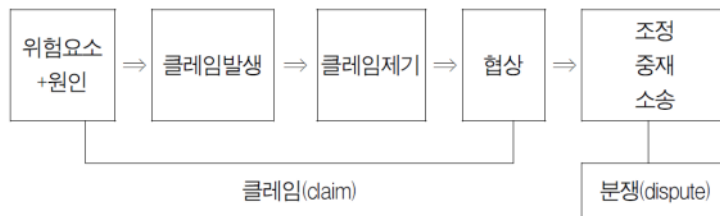
(1) 건설클레임과 분쟁

- 일반적으로 클레임은 분쟁 이전 단계를 말하며, 클레임을 통한 분쟁으로 이해할 수 있음¹⁾
 - 클레임(claim)이란 계약당사자가 그 계약상의 조건에 대하여 계약서의 조정 또는 해석이나 금액의 지급, 공기의 연장 또는 기타 구제조치에 대한 문서상의 요청 또는 주장을 말함

미국 건축사협회(AIA: American Institute of Architects)

“A demand or assertion by one of the parties seeking, as a matter of right, adjustment or interpretation of contract terms, payment of money, extension of time or other relief with respect to the terms of the contract.”

- 분쟁(dispute)은 계약당사자가 계약상의 조건에 대하여 이견(異見)이 발생하여 상호 협의에 의하여 해결하지 못하고, 조정·중재·소송 등 제3자의 개입으로 해결하는 과정을 말함



[그림 2-1] 클레임과 분쟁의 구분²⁾

1) 이재섭, 「국내 건설사업의 클레임 동향 분석」, 한국건설산업연구원 연구보고서, 1998, 5면.
 2) 김성일 외, 「공공공사의 클레임 실태분석과 개선방안」, 국토연구원 연구보고서, 2003, 17면 <그림2-1>재인용.

- 클레임은 ① 명시적인 계약조항에 의한 클레임, ② 계약위반클레임, ③ 계약 해제클레임, ④ 불법행위클레임, ⑤ 법령에 의한 클레임, ⑥ 법령상의 의무 위반 클레임, ⑦ 초계약적인 클레임으로 구분할 수 있음³⁾

- 건설공사는 계약 당시 불확정적 요소가 내재되어 있기 때문에 시공과정에서 예상치 못한 돌발상황이 발생하거나 설계도·시방서와 현장과의 괴리, 계약서의 내용에 대한 해석의 상이함 등으로 클레임이나 분쟁가능성이 높음⁴⁾

- 건설클레임 및 분쟁은 모든 유형의 건설공사에서 발생할 수 있는데, 이를 모두 파악하고 해결하는 것은 어렵기 때문에 최근 이슈 및 주요 클레임 사례를 분석하고 시사점을 도출하는 것이 중요하다고 할 것임

(2) 건설클레임 발생원인 및 최근 동향

- 건설공사의 내용은 전문적이고 기술적으로 고도화된 반면, 건설공사의 실무는 전근대적인 관행이 상존하여 계약 내용의 불명확성, 계약 이행의 불확실성, 책임소재의 불분명 등으로 클레임 및 분쟁이 발생하고 있음⁵⁾

- 건설클레임은 예측 불확실성(Project Uncertainty), 불완전한 계약(Imperfect Contracts), 이해관계 상충(People Issues)에 의해 다음과 같은 원인으로 발생함

3) 미국의 Christopher J. Lemar, Suann Myint의 공동논문 “Resolution of International Claims”(1996)에서 클레임의 유형을 법적인 근거를 중심으로 제시한 구분임: 박준기, 「건설클레임 분쟁론」, 건설경제, 2105, 58면.

4) 두성규, 「중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망」, 한국건설산업연구원 연구보고서, 2003, 1면.

5) 김종서·이재섭, “국내 건설클레임 및 분쟁해결 프로세스 개선방안”, 한국건설관리학회논문집, 2005, 181면.

- 적절하지 못한 입찰정보, 불충분한 입찰준비 기간, 입찰전의 부적절한 현장 조사, 장비 및 자재 공급의 차질, 공사량의 증가, 사업관리 행위, 설계도서, 장비 또는 자재상의 문제로 인한 공사중지, 공해가 심한 지역이나 교통이 복잡한 곳에서의 시공, 공사진행의 독촉, 불균형입찰 및 과소입찰 등⁶⁾

- 최근에는 원-하도급 관계에 있어 새로운 유형의 불공정행위, 발주자의 설계 변경 등 공사대금 조정, 발주자-건설회사-주민을 둘러싼 하자담보책임, 이 밖에 장기계속공사계약 및 법원의 판결 이슈 등 복잡·다양한 클레임 사례가 증가하고 있음

2. 건설클레임의 절차 및 방법

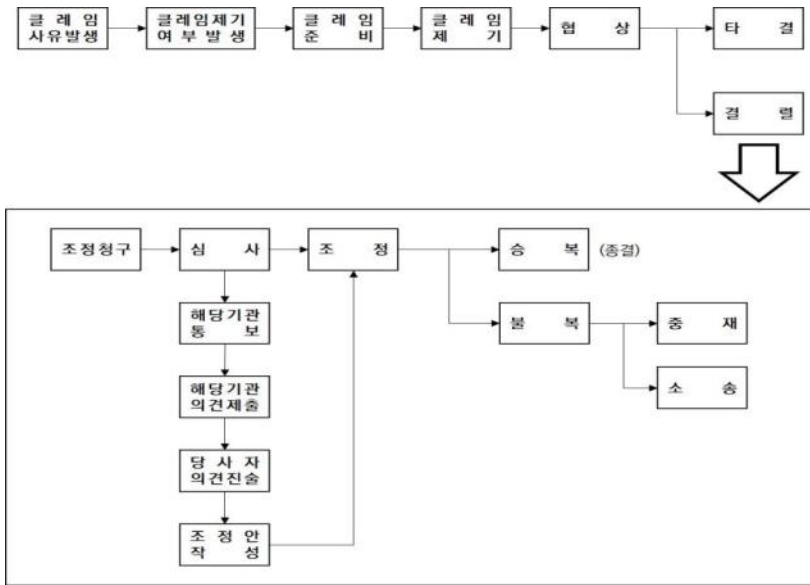
(1) 건설클레임의 절차

- 일반적으로 건설클레임은 클레임 사유의 발생 → 클레임 사유의 파악 → 클레임의 준비 → 클레임의 제출 → 협의 → 클레임에 대한 회신의 절차로 이루어짐⁷⁾
- 클레임 사유의 발생은 현존하는 사유에 국한함
 - 현재 클레임 사유가 존재하지는 않으나, 향후 발생할 것으로 예상되거나 발생할 것이 확실시 되더라도 현재 시점에서는 클레임을 제기할 수 없고, 상대방에게 그 사실을 통보하여 대책을 강구할 수 있을 뿐임
- 클레임 사유의 파악은 법규 및 계약상 의무의 부합 여부 등 객관적인 사실 관계 확인이 중요함

6) 조영준 외, 「해외건설사업의 클레임 사례분석을 통한 클레임 대응 방안」, 건설교통부 한국 건설교통기술평가원 용역보고서, 2006, 22면.

7) 이하의 내용은 박준기, 전계서, 98면 이하의 내용을 정리한 것임.

- 공사 관행과의 충돌, 공사 준비 및 수행 중 계약상대방과의 감정적 마찰 등 주관적인 요인은 클레임 대상이 아님
- 클레임의 준비는 클레임 절차 가운데 가장 중요한 요소인데, 준비는 문서화(Documentation) 작업을 통하여 이루어져야 하며, 문서에는 ①클레임 사유, ②클레임의 법적·계약적 근거, ③기존 청구가 있었다면 관련 서류의 번호 등이 분명하게 적시되어야 함
- 구두에 의한 이의신청, 시정 요구 및 자료제공요청, 상대방에 대한 도움의 요청은 클레임이 아님
- 클레임의 제출 즉, 클레임 서류는 적법한 기간 내에 제출되어야 함
- 공사계약일반조건에서는 클레임의 제출 기한을 규정하고 있지 아니하나, 조달청의 공사계약특수조건에서는 ‘분쟁의 사유가 되는 사안이 발생한 날 또는 지시나 통지를 접수한 날로부터 30일 이내에’ 제출하도록 규정하고 있음
- 협의는 클레임을 통한 분쟁해결의 전제가 되는 것으로서, 계약상대자와 협의를 이루어지지 아니한 상태에서 내린 행위 또는 소송·중재·조정 등 분쟁 절차의 돌입은 당사자에게 불리하게 작용할 수 있음
- 공사계약일반조건에서는 분쟁은 협의에 의하여 해결하도록 규정하고 있으며, 공사계약특수조건에서는 협의는 문서에 의하도록 규정하고 있음
- 클레임에 대한 회신은 협의 사항을 상대방에게 통지하는 것을 말함
- 회신에 있어 ①수락 가능한 수준, ②양보할 수 있는 부분, ③상계(Tradeoff) 대상, ④상대방의 협의 거부에 대한 후속조치가 고려되어야 함



[그림 2-2] 클레임의 절차

(2) 건설클레임의 방법

- 건설클레임에서 가장 중요한 단계인 ‘건설클레임의 문서화된 준비’는 결국 공사의 입찰 → 계약 → 수행 → 클레임 이후까지 이어짐
- 공사의 입찰단계에서는 입찰 단계 이전부터 공사의 금액 뿐만 아니라 공사 기간, 성격, 가능성 등을 종합적으로 판단하여 공사의 수행 중 발생하는 손해 또는 추가부담을 피할 수 있어야 함
- 공사의 계약단계에서는 계약문서에 일치하는 공사를 수행할 수 있도록 발주자-수급인-하수급인 사이의 책임과 의무가 명확하게 규정된 계약문서를 준비 하여야 함

- 계약당사자는 계약의 목적 달성을 위하여 성실하게 계약사항을 준비하여야 하며, 공사부지의 사전 확보, 설계변경의 필요성, 선급금·기성금·하도급 대금의 적기 지급 여부 등에 대한 신속하고 지속적인 회신이 이루어져야 함
- 공사의 수행단계에서는 계약사항(시설물)에 대한 명확한 이해가 이루어졌고, 계약문서에서 정하는 바에 따라 신의와 성실의 원칙에 입각하여 계약을 이행하였음을 입증할 수 있도록 문서화하는 것이 필요함
- 클레임 이후단계에서 중요한 점은 공사수행계속의 원칙과 분쟁의 해결방법 선택임
- 공사수행계속의 원칙과 관련하여 클레임이 제기되는 경우 자칫 이성적인 판단보다는 감정적으로 대처할 수 있는데, 이는 향후 분쟁해결 단계에서 불리하게 작용하게 됨. 공사계약일반조건에서도 이를 분명히 하여 “분쟁 처리절차 수행기간중 공사의 수행을 중지하여서는 아니된다”고 규정하고 있음
 - 분쟁의 해결방법 선택과 관련하여 일반적으로 ‘소송보다는 중재가 낫고, 중재 보다는 조정이 나으며, 조정보다는 당사자의 합의가 낫다’는 평가와 함께 계약상대방의 반응과 당사자의 사정을 고려하여 최적의 방안을 모색하되, 공정거래위원회 등 행정청의 조력도 고민할 필요가 있음⁸⁾

8) 영국의 국제거래법학자 C.M. Schmitthoff, “It is almost a truism to state that arbitration is better than litigation, conciliation better than arbitration, and prevention of legal disputes better than conciliation”: 남진권, “우리나라의 행정형 조정에 의한 분쟁해결제도의 문제점과 활성화 방안”, 법학논총 제32권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2008, 36면.

3. 건설분쟁 해결수단의 유형 및 현황

- 건설 클레임 발생 시 이를 해결하는 방안으로는 전통적인 방법인 소송과 대체적 분쟁해결 방안인 ADR(Alternative Dispute Resolution) 제도가 있음⁹⁾
- 이하에서는 건설분쟁 해결수단의 유형 및 현황을 고찰함

(1) 건설분쟁 해결수단의 유형

① 소송(Litigation)

- 소송은 법원에 소를 제기하여 판결을 받음으로써 해결하는 전통적인 방식이며, 대부분은 민사소송절차에 따라 이루어짐
 - 입·낙찰에 있어 부정당업자의 입찰참가자격 제한, 공정거래위원회 등 행정청의 행정제재를 취소하는 소송은 행정소송절차에 따라 이루어짐
- 소송은 재판절차를 통하여 중립적 법관이 분쟁을 최종적으로 확정하기 때문에 재판결과를 상대방에게 강제할 수 있는 장점이 있으며, 정식 절차, 중립적 법관의 결정, 양자대립구도의 특징이 있음
- 다만, 장기간의 시간을 요하고 당사자가 부담하는 비용과 계약당사자와의 관계에 대한 부담이 있으며, 특히 건설공사와 같이 복잡·다양·전문·기술적 영역에 대하여 일반적인 법률심사기준으로 판단하기에는 한계가 있을 수 있음

② 중재(Arbitration)

- 중재는 당사자 간의 합의로 재산권상의 분쟁 및 당사자가 화해에 의하여

9) 건설클레임 및 분쟁에 대하여 전문가들이 참여하여 적은 비용으로 신속히 처리하는 ADR 제도의 적극적인 활용이 강조되고 있음: 김종서·이재섭, 전계논문, 181면.

해결할 수 있는 비재산권상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인(仲裁人)의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말함

- 중재가 가능하기 위해서는 사인간에 분쟁발생 전 또는 분쟁발생 이후 중재합의가 있어야 함

□ 중재는 중재절차가 단순하고 비형식적이어서 변호사에 의한 대리가 필요하지 않으며 특히 중재신청 금액이 고액일수록 중재비용을 체감할 수 있는 장점이 있으며, 단심제, 중재합의 필요, 전문가에 의한 판단이 이루어지는 특징이 있음

□ 다만, 중재는 단심제에 대한 부담감, 증거조사의 한계와 감정을 위한 사건의 장기화, 중재인의 주관에 따라 분쟁이 좌우되는 예측가능성의 결여 등의 한계가 있음

③ 조정(Mediation)

□ 조정은 중립적인 제3자인 조정인이 개입하여 조정안을 작성하는 등 당사자가 쉽게 협상을 하여 분쟁을 해결하도록 도와주되, 어떠한 고유한 분쟁결정권능을 갖지 않는 해결방법을 말함¹⁰⁾

□ 조정은 절차가 단순하고 신속·저렴하며 당사자의 자발적 분쟁해결이라는 장점이 있으며, 비공개, 당사자와 조정인의 절차 결정·통제, 과거의 사실관계 인정이 아닌 향후 처리를 위한 조정의 특징이 있음

□ 다만, 조정은 헌법상 재판권과 변호인의 조력 결여, 공정성의 문제, 비종국적인 해결수단 등의 한계가 있음¹¹⁾

10) 홍성진, “건설분쟁조정제도의 통일성 제고 방안”, 토지공법연구 제68집, 한국토지공법학회, 2015, 71면.



[그림 2-3] 건설분쟁 해결수단의 유형 및 특징

(2) 건설분쟁 해결수단의 현황

① 소송

□ 건설분쟁 관련 민사소송은 「민법」상 채권·채무, 채무불이행 및 불법행위에 따른 손해배상, 부당이득 등의 법리에 따라 「건설산업기본법」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 “하도급법”), 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”), 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “지방계약법”), 「공동주택관리법」 등에서 파생되는 법률관계를 규율함

□ 민사소송 가운데 민사본안사건은 2018년 기준 1,037,397건으로 전체사건의 5.9%, 전체 소송사건의 15.8%, 전체 민사사건의 21.8%의 비율을 차지하고 있음

□ 소액사건을 제외한 민사본안사건은 2018년 328,637건, 2017년 321,491건, 2016년 362,342건이며, 이 가운데 건설클레임 분야는 평균 8.5%를 차지하고 있음

- 민사본안사건은 종류별로 건물명도·철거, 손해배상, 대여금, 부동산소유권 등으로 구분되는데, 건설클레임 분야와 관련이 있는 공사대금, 손해배상의 건수와 부당이득금, 기타 부문에 대하여 중재사건의 각 연도별 비율을 곱한 건수를 합한 경우 약 8.5%로 추정할 수 있음

11) 남진권, 전계논문, 36면.

〈표 2-1〉 건설분야 민사소송의 현황

(단위: 건)

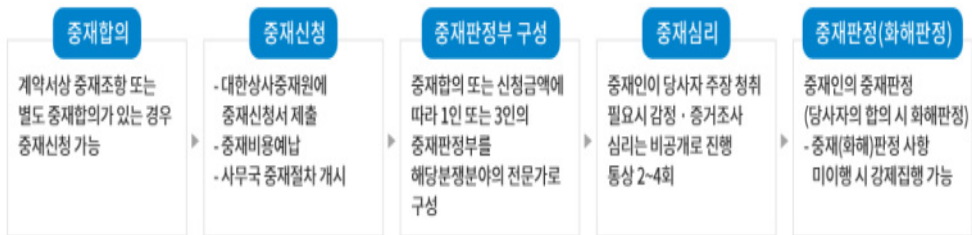
구분	2018년	2017년	2016년	비중
공사대금	10,892	10,168	11,466	전체 민사본안사건의 8.5%
부당이득	3,525	3,538	4,271	
손해배상	573	396	282	
기타	14,016	13,345	13,160	
합계	29,006 (328,637)	27,447 (321,491)	29,179 (362,342)	

자료 : 사법연감(통계: <https://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10>)

② 중재

□ 중재의 내용 및 절차에 대해서는 「중재법」에서 다음과 같이 규율하고 있음

- 계약당사자는 서면으로 중재합의를 하여야 함
- 중재인은 당사자 합의로 정하되, 합의가 없으면 3명으로 구성함
- 중재판정부는 특정 쟁점에 대한 감정을 실시할 수 있음
- 중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가짐



[그림 2-4] 중재의 내용 및 절차

□ 중재는 「중재법」에 따라 설립된 대한상사중재원의 중재규칙을 통하여 이루어지며, 특히 공공건설분야를 중심으로 발주기관과 계약상대자 사이의 분쟁은 중재에 의해 해결되고 있음

□ 건설클레임 관련 분쟁해결방법으로 중재를 규정하고 있는 법규는 다음과 같음

〈표 2-2〉 중재를 규정하는 법규현황

근거	내용	비고
국가계약법	제28조의2(분쟁해결방법의 합의) ② 제1항에 따른 분쟁의 해결방법은 다음 각 호의 어느 하나 중 계약당사자 간 합의로 정한다. 1. 제29조에 따른 국가계약분쟁조정위원회의 조정 2. 「중재법」에 따른 중재	<ul style="list-style-type: none"> · 국가소송법의 규정을 준용함 · 중재와 조정 가운데 선택 가능
지방계약법	제34조의2(분쟁해결방법의 합의) ② 제1항에 따른 분쟁의 해결방법은 다음 각 호의 어느 하나 중 계약당사자 간 합의로 정한다. 1. 제35조에 따른 지방자치단체 계약분쟁조정위원회 회의 조정 2. 「중재법」에 따른 중재	<ul style="list-style-type: none"> · 중재와 조정 가운데 선택 가능
공사계약일반 조건	제51조(분쟁의 해결) ② 제1항에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」제28조에서 정한 이의신청 대상에 해당하는 경우 국가계약분쟁조정위원회 조정결정에 따라 분쟁을 해결할 수 있다.	<ul style="list-style-type: none"> · 분쟁해결을 위한 당사자의 협의 이후 중재 가능 · 분쟁처리 기간 중 공사 계속 의무
지방자치단체 입찰 및 계약집행기준의 공사계약 일반조건	제12절 부정당업자의 제재와 당사자의 의무 3. 분쟁의 해결 나. “가”에 따른 협의가 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결이나 중재법에 따른 중재로 해결한다. 다만, 법 제34조에서 정한 이의신청 대상에 해당하는 경우에는 지방자치단체 계약분쟁조정위원회의 조정 결정에 따라 분쟁을 해결할 수 있다.	<ul style="list-style-type: none"> · 분쟁해결을 위한 당사자의 협의 이후 중재 가능

근거	내용	비고
민간건설공사 표준도급계약서	제41조(분쟁의 해결) ② 제1항의 합의가 성립되지 못할 때에는 당사자는 건설산업기본법에 따른 건설분쟁조정위원회에 조정을 신청하거나 <u>중재법에 따른 상사중재기관 또는 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재를 신청할 수 있다.</u>	<ul style="list-style-type: none"> 분쟁해결을 위한 당사자의 합의 이후 중재 가능 건설분쟁조정위원회의 조정 우선 적용
건설업종 표준하도급 계약서	제54조(분쟁해결) ③ 제1항의 규정에도 불구하고, 분쟁이 해결되지 않은 경우에 원사업자 또는 수급사업자는 법원에 소송을 제기하거나 <u>중재법에 따른 중재기관에 중재를 신청할 수 있다.</u>	<ul style="list-style-type: none"> 분쟁해결을 위한 당사자의 합의 이후 중재 가능
서울특별시 공사계약 특수조건	제22조(분쟁의 해결) ⑥ 제5항에 따라 「 <u>중재법</u> 」에 따른 중재로써 분쟁을 해결하고자 하는 경우에는 <u>사전에 계약당사자간 해당 사안에 대한 서면중재 합의가 있어야 한다.</u>	<ul style="list-style-type: none"> 계약당사자의 서면중재합의

□ 국내 중재 사건의 경우 건수는 증가하였으나, 금액은 감소하였음

〈표 2-3〉 연도별 중재 현황

(단위: 건, 억원)

구분	건수		소계	금액	소계
2016년	국내	319	381	16,610	18,724
	국제	62		2,114	
2017년	국내	307	385	4,532	9,195
	국제	78		4,663	
2018년	국내	331	393	5,923	7,355
	국제	62		1,432	

자료: 클레임 통계(대한상사중재원: http://www.kcab.or.kr/servlet/kcab_kor/data/4511)

□ 전체 중재 가운데 건설분야가 차지하는 비중은 2018년 기준 약 31.3%, 2017년 기준 약 32.7%, 2016년 기준 약 34.4%를 차지하고 있음

〈표 2-4〉 분야별 중재 현황

(단위: 건)

구분	2018년			2017년			2016년		
	국내	국제	계	국내	국제	계	국내	국제	계
일반 상거래	37	1	38 (9.7%)	48	0	48 (12.5%)	65	1	66 (17.3%)
건설	119	4	123 (31.3%)	116	10	126 (32.7%)	128	3	131 (34.4%)
무역	20	41	61 (15.5%)	16	44	60 (15.6%)	8	41	49 (12.9%)
해사	8	4	12 (3.1%)	7	3	10 (2.6%)	12	4	16 (4.2%)
M&A 합작 투자	7	2	9 (2.3%)	6	6	12 (3.2%)	-	-	-
금융	4	4	8 (2.0%)	2	3	5 (1.3%)	9	3	12 (3.1%)
지적재 산권	6	2	8 (2.0%)	6	5	11 (2.9%)	12	2	14 (3.7%)
엔터테 인먼트	26	1	27 (6.9)	19	2	21 (5.4%)	20	0	20 (5.2%)
노동	3	1	4 (1.0%)	4	0	4 (1.0%)	7	1	8 (2.1%)
부동산	16	1	17 (4.3%)	19	1	20 (5.2%)	16	0	16 (4.2%)
정보 통신	62	0	63 (16.0%)	39	2	41 (10.6%)	20	2	22 (5.8%)
기타	22	1	23 (5.9%)	25	2	27 (7.0%)	22	5	27 (7.1%)
합계	331	62	393 (100%)	307	78	385 (100%)	319	62	381 (100%)

자료: 클레임 통계(대한상사중재원: http://www.kcab.or.kr/servlet/kcab_kor/data/4511)

- 건설 중재의 대상은 대금결제가 55.4%로 가장 높은 비중을 차지하고 있으며, 인도지연 및 불이행(19.7%), 품질불량(9.9%)의 순서임

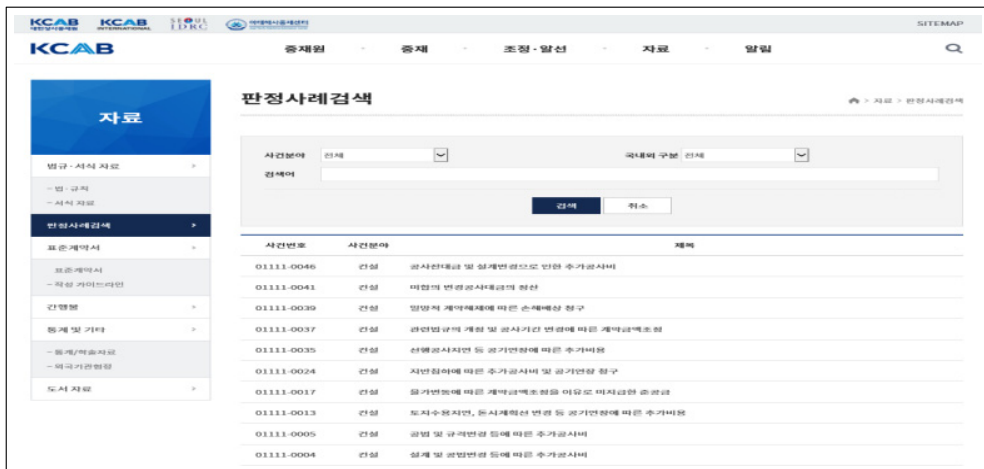
〈표 2-5〉 건설 중재의 대상 현황

(단위: 건)

구분	2018년			2017년			2016년		
	국내	국제	계	국내	국제	계	국내	국제	계
대금결제	173	33	206 (52.4%)	161	45	206 (53.5%)	201	29	230 (60.4%)
계약조건 해석	27	4	31 (7.9%)	25	3	28 (7.3%)	37	3	40 (10.5%)
인도지연 및 불이행	61	12	73 (18.6%)	78	23	101 (26.2%)	37	18	55 (14.4%)
품질불량	37	9	46 (11.7%)	28	5	33 (8.6%)	29	7	36 (9.4%)
기타	33	4	37 (9.4%)	15	2	17 (4.4%)	15	5	20 (5.3%)
합계	331	62	393 (100%)	307	78	385 (100%)	319	62	381 (100%)

자료: 클레임 통계(대한상사중재원: http://www.kcab.or.kr/servlet/kcab_kor/data/4511)

- 대한상사중재원은 다음과 같이 건설 중재 사례를 공개하고 있음



[그림 2-5] 대한상사중재원의 건설 중재 사례 공개

③ 조정

- 조정은 조정기관의 주체에 따라 민사법상 조정, 임의적 조정, 행정형 조정으로 구분되는데, 건설클레임 관련 분쟁 조정은 행정형 조정에 해당함¹²⁾
- 행정형 조정은 각 주무부처 소관의 개별 법률에서 각각 조정의 심사·조정 대상, 조정위원의 설치 및 구성, 절차, 효력 등을 규정하고 있음
- 건설클레임 관련 행정형 분쟁조정기관의 주요 내용은 다음과 같음

〈표 2-6〉 행정형 분쟁조정기관의 주요 내용

기관	근거	대상	효력	특징
국가계약분쟁 조정위원회	국가계약법 제29조	계약당사자간 분쟁	재판상 화해	-
지방자치단체 계약분쟁 조정위원회	지방계약법 제35조	· 국제 입찰에 의한 지방자치단체 계약, 일정 규모 이상의 입찰에 의한 계약과정에 서의 이의신청에 대한 재심(再審) · 계약당사자간 분쟁조정	재판상 화해	-
건설분쟁 조정위원회	건설산업기본법 제69조	· 건설업 및 건설 용역 업에 관한 분쟁	재판상 화해	· 조정 신청에 시효 중단의 효력이 부여됨

12) 민사법상 조정은 「민사조정법」에 의한 법원민사조정이 대표적임. 민사에 관한 분쟁의 당사자는 법원에 조정을 신청할 수 있으며, 조정신청은 서면 또는 구술로 가능함. 조정장 1인과 조정위원 2인으로 구성되며, 조정절차는 조정장이 지휘함. 조정장은 조정담당판사 또는 상임 조정위원, 수소법원의 재판장, 수명법관 또는 수탁판사, 시·군법원의 판사 중에서 선정함. 조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립하며, 이 경우 재판상의 화해와 동일한 효력이 있음. 임의적 조정은 「변호사법」 제74조, 「공인회계사법」 제45조의 분쟁조정과 같이 법적 근거는 있으나, 그 설치, 분쟁조정절차, 법적 효력 등에 있어 자율적으로 운영하는 조정을 말함: 홍성진, 전계논문, 72면.

기관	근거	대상	효력	특징
국가계약분쟁 조정위원회	국가계약법 제29조	계약당사자간 분쟁	재판상 화해	-
지방자치단체 계약분쟁 조정위원회	지방계약법 제35조	· 국제 입찰에 의한 지방자치단체 계약, 일정 규모 이상의 입찰에 의한 계약과정에서의 이의신청에 대한 재심(再審) · 계약당사자간 분쟁조정	재판상 화해	-
하도급분쟁 조정협의회	하도급법 제24조의6	· 원사업자와 수급사업자간의 하도급 거래의 분쟁	재판상 화해	· 건설 하도급분쟁조정위원회는 공익위원과 건설/전문건설협회 등사업자단체에서 파견된 위원으로 구성
하자심사·분쟁 조정위원회	공동주택관리법 제39조	· 담보책임 및 하자보수 관련 분쟁	재판상 화해	· 소멸시효의 중단 등에 대해 민사조정법을 준용함

□ 건설클레임 관련 분쟁해결방법인 조정은 '절차의 비공개성'의 특징을 갖기 때문에 각 행정형 분쟁조정기관은 처리 건수, 금액, 조정 대상 및 내용 등에 대한 정보(data) 체계가 구축되어 있지 않거나 비공개로 운영하고 있음

□ 다만, 각 조정위원회의 운영 현황에 대해서는 다음과 같이 개괄적으로 공개하고 있는 상황임.

- 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 제15조 제1항에서는 위원회 현황과 활동내역서 등을 공개를 의무화하고 있음

〈표 2-7〉 각 조정위원회의 운영 현황

기관	조정 실적		비고
	연도	건수	
국가계약분쟁 조정위원회	2017년	4건	· 용역·물품·공사에 관한 분쟁 조정
	2018년	13건	
	2019년	17건	
	합계	34건	
지방자치단체 계약분쟁조정위원회	2017년	10건	· 용역·물품·공사에 관한 분쟁 조정
	2018년	8건	
	2019년	15건	
	합계	33건	
건설분쟁 조정위원회	2016년	2건	· 건설업 및 건설용역업에 관한 분쟁 조정
	2017년	3건	
	2018년	1건	
	합계	6건	
하도급분쟁 조정협의회 ¹³⁾	2016년	71건	· 건설 하도급에 관한 분쟁 조정
	2017년	46건	
	2018년	332건	
	합계	449건	
하자심사·분쟁 조정위원회	2016년	126건	· 공동주택 및 집합건물의 하자 판정, 하자 관련 입주자와 사업주체간분쟁 조정
	2017년	152건	
	2018년	141건	
	합계	419건	

자료: 정부조직관리정보시스템, 행정기관위원회(<http://www.org.go.kr/intrcn/system/viewCmit.do>), 하도급분쟁조정협의회의 경우 2018년 공정거래위원회 통계연보

□ 이 밖에 공정거래위원회는 다음과 같이 하도급법 위반에 대한 의결서 내용을 공개하고 있음

13) 하도급분쟁조정협의회는 법률에 따른 한국공정거래조정원, 공정거래위원회의 승인을 받아 사업 자단체가 설치한 중소기업중앙회, 한국소프트웨어산업협회, 대한건설협회·전문건설협회 공동설치, 한국정보통신공사협회 등이 있음: 전체 하도급분쟁조정협의회의 조정 실적은 2016년 1,143건, 2017년 1,416건, 2018년 1,375건(합계 3,934건)임: “하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안”(박정 의원 대표 발의: 의안번호 제2018776호, 2019. 02. 22) 검토보고서.

공화민사건처리시스템 사건신청/진행 사건심사/의결 사건처리정보 사전심사제도 신고에서 소송까지 사건처리안내

사건처리정보

HOME | 사건처리정보 | 의결서

심의안건 | **의결서** | 심사관련결정고시 | 법위안사실조회 | 심의속기록 | 정적동향 | 관련법령 | 서사관련 | 자주찾는자료

◇ 의결서

의결일: ~

대표초지유형:

대표위반유형:

판례번호:

사건번호	의결번호	사건명	대표초지유형	의결일	의결서
2018부사2117	의결2019-293	(주)테크놀러위의 불공정허도급거래행위에 대한 건	과징금	2019-12-19	
2019제60865	의결2019-057	한국조선해양(주) 및 현대중공업(주)의 불공정허도급거래행위에 대한 건	고발	2019-12-10	
2019카총1755	의결2019-283	한국가스공사 발주 LNG 저장탱크 건설공사 입찰 관련 13개 사업자의 무성찰 공찰행위에 대한 건 관련 에스케이건설(주)에 대한 과징금 처분 및 부과에 대한 건	과징금	2019-12-06	

[그림 2-6] 공정거래위원회의 하도급법 위반에 대한 의결서 내용 공개

- 본 연구에서 활용한 클레임 자료는 판례, 대한상사중재원의 중재 자료, 건설 분쟁조정위원회, 하도급분쟁조정협의회, 국토교통부 하자심사 분쟁조정위원회의 조정 자료, 공정거래위원회의 의결서 자료, 건설사업자의 면담 자료, 언론에 보도된 클레임 사례 등을 대상으로 하였음

- 특히, 최신 자료와 사회·경제적 이슈(issue) 자료를 수집한 결과 다음과 같은 반복적이고 중요한 건설클레임의 유형 및 동향을 도출할 수 있었으며, 각 사례의 이해도 제고를 위하여 개괄적 내용, 관련 법규 및 전문가의 의견 등 해설을 수록하였음
 - 부당 특약
 - 부당 감액 및 하도급대금의 결정
 - 설계변경 등에 따른 공사대금 조정
 - 하도급대금 지급 등
 - 하자담보책임
 - 장기계속공사계약
 - 하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소

- 위와 같은 방법으로 각 유형별로 관련 법규의 주요 내용을 검토하고, 해당 사례의 개괄적 내용과 법적 해설의 순서로 정리하였음

- 각 건설클레임 자료는 개인정보를 위하여 발주자·건설회사·입주자 대표회의의 명칭, 공사명, 공사금액 등은 비공개로 하고 있음

1. 부당 특약 사례

- 부당 특약은 수급사업자의 이익을 부당하게 침해·제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 계약조건을 말함
- 건설산업기본법, 하도급법, 국가계약법 및 지방계약법에서는 부당 특약을 금지하도록 규정하고 있으나, 그 효력에 있어서는 차이가 있음
 - 건설산업기본법(제22조에서 규정한 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우) 및 국가계약법에서는 부당 특약을 무효로 규정하고 있으나, 하도급법 및 지방계약법의 경우 그 효력 자체는 유효로 하고 있음
- 부당특약 관련 법규의 주요 내용은 다음과 같음

구분	조항	주요 내용
건설산업 기본법	· 법 제22조 (건설공사에 관한 도급계약 의 원칙)	<불공정한 계약으로 무효인 경우> <ul style="list-style-type: none"> · 계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 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

구분	조항	주요 내용
	<ul style="list-style-type: none"> · 법 제38조 (불공정행위의 금지) · 시행령 제 34조의8 (부당특약의 유형) 	<p>〈부당특약의 유형〉</p> <ul style="list-style-type: none"> · 법 제22조에 따라 하도급금액산출내역서에 명시된 보험료를 하수급인에게 지급하지 아니하기로 하는 특약 · 법 제22조 제1항을 위반하여 수급인이 부당하게 하수급인에게 각종 민원처리, 임시 시설물 설치, 추가 공사 또는 현장관리 등에 드는 비용을 전가하거나 부담시키는 특약 · 법 제28조에 따라 수급인이 부담하여야 할 하자담보책임을 하수급인에게 전가· 부담시키거나 도급계약으로 정한 기간을 초과하여 하자담보책임을 부담시키는 특약 · 법 제34조 제1항에 따라 하수급인에게 지급하여야 하는 하도급대금을 현금으로 지급하거나 지급기한 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 감액하기로 하는 특약 · 법 제34조 제4항에 따라 하수급인에게 지급하여야 하는 선급금을 지급하지 아니하기로 하는 특약 또는 선급금 지급을 이유로 기성금을 지급하지 아니하거나 하도급대금을 감액하기로 하는 특약 · 법 제36조 제1항에 따라 수급인이 발주자로부터 설계변경 또는 경제상황 변동에 따라 공사금액을 조정받은 경우에 하도급대금을 조정하지 아니하기로 한 특약 · 법 제44조 제1항에 따라 수급인이 부담하여야 할 손해배상책임을 하수급인에게 전가하거나 부담시키는 특약
하도급법	<ul style="list-style-type: none"> · 법 제3조의4 (부당한 특약의 금지) 	<ul style="list-style-type: none"> · 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 · 그 밖에 이 법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정

구분	조항	주요 내용
	<ul style="list-style-type: none"> · 시행령 제6조의2 (부당한 특약으로 보는 약정) 	<ul style="list-style-type: none"> · 비용이나 책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정 - 원사업자의 지시(요구, 요청 등 명칭과 관계없이 재작업, 추가작업 또는 보수작업에 대한 원사업자의 의사표시를 말한다)에 따른 재작업, 추가작업 또는 보수작업으로 인하여 발생한 비용 중 수급사업자의 책임 없는 사유로 발생한 비용
	<ul style="list-style-type: none"> · 부당특약 고시 	<p>〈발췌〉</p> <ul style="list-style-type: none"> · 원사업자의 의무를 수급사업자에게 전가하는 경우 - 원사업자가 부담하여야 할 안전조치, 보건조치 등 산업재해예방 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정 - 법 제9조 제2항의 목적물등의 검사 결과 통지에 대한 수급사업자의 이의제기를 제한하는 약정 등
	<ul style="list-style-type: none"> · 부당특약 심사지침 	<p>〈발췌〉</p> <ul style="list-style-type: none"> · 수급사업자가 법인인 경우 법인의 실질지배자 등 제3자가 수급사업자의 모든 채무에 대하여 연대보증을 하여야 한다는 약정 · 원사업자의 지시에 따라 수급사업자가 돌관공사(예정된 공사기간보다 공사기간을 단축하기 위한 목적으로 급하게 하는 공사를 말한다)·휴일공사를 수행함으로써 인하여 발생한 추가공사비용은 수급사업자의 부담으로 한다는 약정
	<ul style="list-style-type: none"> · 건설업종 표준 하도급계약서 제1조 (추가 변경공사에 대한 서면 확인 등) 	<ul style="list-style-type: none"> · 원사업자의 지시에 따라 수급사업자가 시공한 추가·변경공사에 대해 원사업자는 발주자로부터 증액을 받지 못하였다 하더라도 수급사업자에게 증액하여 지급함
국가계약법	<ul style="list-style-type: none"> · 법 제5조(계약의 원칙) · 시행령 제4조(계약의 원칙) 	<ul style="list-style-type: none"> · 부당한 특약등은 무효로 함 · 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니됨
	<ul style="list-style-type: none"> · 공사계약일반조건 제3조(계약문서) 	<ul style="list-style-type: none"> · 계약담당공무원은 국가계약법령, 공사관계 법령 및 이 조건에 정한 계약일반사항 외에 해당 계약의 적정한 이행을 위하여 필요한 경우 공사계약특수조건을 정하여 계약을 체결할 수 있음

□ 이하에서는 조정, 판례를 토대로 부당 특약 사례 가운데 안전관리비 등의 특약, FED 의거 규정 및 현장설명서의 미기재 특약, 추가작업에 대한 비용 미지급 특약, 물가변동에 따른 계약금액의 조정 권리 제한 특약으로 인한 클레임 사례를 검토함

(1) 안전관리비 등의 특약

사례 1-1	내용	비고
분쟁대상	부당 특약	
분쟁유형	안전관리비 등의 특약	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(A전문건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인의 일련의 행위는 하도급법상 부당특약에 해당하며, 하도급대금의 지급을 구함 ○ 피신청인(B종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인의 상호 합의하에 이루어진 행위이며, 분쟁 사안에 대해서는 상호 협의하에 처리함 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 공과잡비 및 안전관리비 삭감 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인은 직접공사비, 안전관리비 등이 포함된 공급가의 견적서를 제출하였으나, 피신청인은 견적서 금액 조정을 하였음 - 신청인은 레미콘, 섬유보강제, 방수액시공 등을 위한 견적서 수정을 요청하였으나, 피신청인은 전체 공급가의 변경 없이 공과잡비, 안전관리비를 조정하였음 - 신청인은 레미콘, 섬유보강제, 방수액시공을 계약서상의 공과잡비, 안전관리비를 사용하여 안전관리비 없이 공사를 진행하였음 ○ 부당 특약 행위 <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인 현장소장은 도면 변경에 따른 작업을 신청인에게 안내 없이 현장에서 작업자에게 지시하여 작업을 진행하였고, 신청인의 도면 변경으로 인한 변경계약 요구 및 비계물량 추가 요구에 대하여 내부비계 일부만 인정하였음 - 기성금의 일부를 B2B로 지급하면서 노무비 및 자재장비를 지급하기 위해 B2B 수수료를 신청인이 부담하도록 하였음 - 신청인은 현장에서 골절의 환자가 발생하여 산재를 신청하였으나, 피신청인이 계약서상 산업재해가 1건이라도 발생하면 계약금액에 2,000만원을 공제할 것이라며 위력을 행사함 	

사례 1-1	내용	비고
	<p>○ 부당 특약 약정 체결</p> <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인은 신청인에게 “추가 물량 분 외 노임지불, 장비 및 공과잡비 사용 등의 사유로 발생된 금액에 대해서는 일절 청구하지 않음”이라는 각서를 작성하였음 - 피신청인은 신청인과 안전이행각서의 제명(題名)하에 공사중 발생하는 사고에 대하여 부상사고시 1건이상은 1인당 도급금액의 7%(최대 2,000만원), 2건 이상 1인당 도급금액 10%(최대 3,000만원), 사망사고시 1인당 도급금액의 20%(최대 5,000만원)을 지급하도록 각서를 작성하였음 - 피신청인은 신청인과 “하도급계약에 있어 계약이행·하자이행 등 제반사항에 대하여 신청인과 피신청인이 연대하여 책임을 지기로 약속하고, 이에 연대보증서를 제출합니다”라는 연대보증서를 작성하였음 	
경과	· 피신청인은 신청인에게 관련 비용(공과잡비 및 안전관리비를 포함한 하도급대금)을 지급함으로써 상호 합의하에 분쟁조정을 종료함	합의

□ 사례1-1은 하도급법상 원사업자와 수급사업자간 안전관리비, 연대보증 책임 등의 특약으로 인한 분쟁(조정) 사건임

- 하도급법에서는 ‘원사업자가 부담하여야 할 안전조치, 보건조치 등 산업 재해예방 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정’을 부당특약으로 규정(「부당특약 고시」Ⅱ-4-다)하고 있음

□ 해당 사례는 연대보증책임의 부당 특약도 설정하고 있는데, 「부당특약 심사 지침」에서는 연대보증의 유형을 수급사업자가 계약이행보증을 하였음에도 제3자로 하여금 수급사업자의 모든 채무에 대하여 연대보증을 하도록 하는 약정으로 제시하면서 부당특약으로 규정하고 있음

□ 주채무자인 원사업자에 대한 연대보증을 직접적으로 규정한 내용은 없으나, 부당하게 수급사업자의 권리를 제한하는 연대보증은 부당특약으로 판단하여야 함

(2) FED 의거 규정 및 현장설명서의 미기재 특약

사례 1-2	내용	비고
분쟁대상	부당 특약	
분쟁유형	FED 의거 규정 및 현장설명서의 미기재 특약	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(A전문건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인의 일련의 행위는 하도급법상 부당특약에 해당함 ○ 피신청인(B종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인은 FED 규정 및 현장설명서에 따라 계약을 체결하였고, 공사를 수행하였음 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 일방적 계약 해지 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인은 토공의 하도급계약을 체결 한 후, 신청인이 약 13억의 실정보고를 제출하였으나 계약이 이루어지지 않은 상태에서 후속작업을 위한 부속작업을 계속 진행하였음 (전체 공사진행율 90%) - 피신청인은 13억 중 8억정도만 인정할 수 있다는 의사표시를 하였고, 신청인은 실정보고 누락분 및 추가발생분 등 추후 협의의 조건으로 계약을 체결하고, 지연된 노임을 지급하였음 - 신청인은 눈, 비의 기상악화로 인하여 최고일 다음날 복귀하였으나, 피신청인은 일방적으로 계약을 해지하였음 ○ 부당 특약 행위 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인은 해당 공종 중 강관동바리(라멘구조)에서 호리빔으로 공법변경이 된 상황에서 그에 따라 시공을 변경·진행하였으나, 피신청인은 실정보고를 무시한 채 임의적인 금액으로 정산 통지하였음 - 현장진행 당시 발생한 산재 발생 건에 대하여 피신청인은 정상적인 산재신고를 못하게 하고 신청인의 공상처리로 할 것을 지시하였음 ○ 부당 특약 약정 체결 <ul style="list-style-type: none"> - 현장설명서의 내용 가운데 FED규정에 의거한다는 내용, 내역 미반영 사항은 신청인에게 일방적으로 불리하게 작성된 내용임 - 특기시방서에는 다음과 같은 부당 특약에 관한 사항이 있음 	

사례 1-2	내용	비고
	<ul style="list-style-type: none"> · 공사 중 각종검사(안전점검, 품질검사, 기성검사, 준공검사 등) 및 주요인사 방문 시 현장정리(2회/월, 추정) 등으로 인한 작업 중단 및 준비는 신청인의 부담으로 시행하며, 입찰시 포함한다. · 신청인의 장비, 인원 동원 및 공사수행능력 부족으로 공기지 연이 발생하는 경우 관련 법규 및 관련 규정에 의하여 일부 공사를 직접 또는 타업체로 하여금 수행하도록 할 수 있으며, 이에 따라 발생하는 제반비용은 신청인이 부담해야 하며, 이에 대하여 신청인은 어떠한 이의도 제기할 수 없다. · 가설수도(물차) 및 분뇨처리 비용은 각 하도급업체 계약 룰 (Rule)대로 공동 부담한다. 	
경과	· 피신청인은 신청인과 상호 합의하에 분쟁조정을 종료함	합의

- 사례1-2는 하도급법상 원사업자와 수급사업자간 FED 의거 규정 및 현장 설명서의 미기재 특약으로 인한 분쟁(조정) 사건임
 - 하도급법에서는 ‘원사업자의 지시에 따른 재작업, 추가작업 또는 보수작업으로 인하여 발생한 비용 중 수급사업자의 책임 없는 사유로 발생한 비용을 부담시키는 약정(시행령 제6조의2), ‘목적물등의 검사 결과 통지에 대한 수급사업자의 이의제기를 제한하는 약정’(「부당특약 고시」Ⅱ-4-나)을 부당특약으로 규정하고 있음

- 「부당특약 심사지침」에서는 부당특약에서의 위법성은 서면에 명시되지 아니한 사항에 대하여 현장설명서 등의 서류에 기재되어 있음을 이유로 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 요구하고 이로 인하여 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정에 해당하는지 여부를 기준으로 판단하고 있음

- 다만, 해당 사례는 FED(Far East District) 공사로서, FED공사는 미 연방 정부의 시방서에 의거, 전문성이 요구되기 때문에 풍부한 경험, 철저한 품질 관리, 안전관리 및 공사관리가 요구됨

(3) 추가작업에 대한 비용 미지급 특약

사례 1-3	내용	비고
분쟁대상	부당 특약	
분쟁유형	추가작업에 대한 비용 미지급 특약	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(A전문건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인의 현장설명서 및 계약조건은 하도급법상 부당특약에 해당함 ○ 피신청인(B종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 현장설명서 및 계약조건은 내역서에 없는 부분을 명시하여 공사비 내역서 단가에 반영토록 하여 향후 협력업체와 작업에 대한 마찰을 최소화하기 위한 것이며, 계약조건은 내용은 부당 특약이 아님 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 하도급계약 체결 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인은 하도급계약을 체결하였음 ○ 신청인의 부당특약 주장 <ul style="list-style-type: none"> - 현장설명회 및 계약조건: “만약, 견적 누락된 부분일지라도 공사성질상 당연히 시공해야 할 부분은 당 현장의 지시에 의거 공사수행하며, 책임 시공하는 조건(단, 공사비 증액 없음)” - 특기사항: “5. 공사 진행상 부득이하다고 판단되어 피신청인의 현장대리인이 돌관작업 요청 시 신청인은 지체 없이 이를 시행하여야 하며, 이에 대한 별도의 공사비 지불은 없는 것으로 한다” ○ 피신청인의 부당특약 항변 <ul style="list-style-type: none"> - “견적 누락된 부분이라도 공사 성질상 당연히 시공해야 할 부분은 공사수행하며, 공사비 증가는 없다는 문구는 내역서의 아이템, 수량이 없더라도 완성된 제품을 기준으로 견적하라는 의미이며, 완성된 제품을 기준으로 견적금액을 적용하였기에 공사비 증액은 없게 됨” - “돌관공사는 공기를 단축하기 위해 인력과 장비를 집중적으로 투입하는 것을 말하는데, 작업개소의 증가에 따라 인원이 증가되는 것은 돌관공사로 볼 수 없음” 	
경과	· 신청인과 피신청인의 분쟁조정이 불성립하여 법원의 판단에 맡기기로 함	불성립

- 사례1-3은 하도급법상 원사업자와 수급사업자간 물가변동에 따른 계약금액의 조정 권리 제한, 특히 원사업자와 수급사업자의 돌관공사에 대한 인식 차이로 인한 분쟁(조정) 사건임
 - 예를 들어, 5명이 6일 동안 해야 하는 작업을 10명이 3일 안에 완료하는 경우 원사업자는 돌관공사가 아니라고 하는 반면, 수급사업자는 돌관공사라고 판단하고 있음

- 「부당특약 심사지침」에서는 돌관공사를 ‘예정된 공사기간보다 공사기간을 단축하기 위한 목적으로 급하게 하는 공사’로 규정하고 있는데, 원사업자의 지시에 따라 수급사업자가 돌관공사·휴일공사를 수행함으로써 인하여 발생한 추가공사비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정을 부당특약으로 규정하고 있음

- 한편, “건설업종 표준하도급계약서”에서는 ‘원사업자의 지시에 따라 수급사업자가 시공한 추가·변경공사에 대해 원사업자는 발주자로부터 증액을 받지 못하였다 하더라도 수급사업자에게 증액하여 지급한다’고 규정하고 있음(제 11조)

- 돌관공사의 범위, 돌관공사에 따른 추가 비용 등의 사항을 명확하게 규율하고, 관련 법리를 확립하기 위하여 하도급법에 상항하여 규정할 필요가 있음

(4) 물가변동에 따른 계약금액의 조정 권리 제한 특약

사례 1-4	내용	비고
분쟁대상	부당 특약	
분쟁유형	물가변동에 따른 계약금액의 조정 권리 제한 특약	
신청취지	○ 원고(A건설회사) - 물가변동에 따른 계약금액의 조정 및 부당 특약 주장 ○ 피고(B공사)	

사례 1-4	내용	비고
	<ul style="list-style-type: none"> - 이 사건 공사계약특수조건(II)은 원고의 이익을 부당하게 제한하지 아니함 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 특약이 포함된 도급계약 체결 <ul style="list-style-type: none"> - “입찰예정금액 중 국외업체와 계약하는 부분과 관련된 금액은 계약기간 중의 물가변동을 고려한 금액으로서 물가조정으로 인한 계약금액 조정이 필요하지 아니한 고정불변금액이므로, 입찰자는 입찰 전에 전 계약기간 동안 발생할 수 있는 물가변동(환율변동 등)을 감안하여 입찰금액을 작성하여야 하고, 국외 공급분의 계약금액 고정에 대하여 민·형사상 이익을 제기할 수 없다.”라는 내용을 현장설명회, 입찰안내서에 기재하였고, 이후 도급계약 체결하였음 ○ 물가변동으로 인한 계약금액의 조정 요청 및 특약을 이유로 거절 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 2008년 발생한 세계적인 금융위기로 환율이 상승하자 도급계약의 계약금액 조정을 요청하였으나 이 사건 특약을 이유로 거절당하였음 - 계약금액이 고정된 국외 공급분의 예상 구입 및 설치금액은 전체 계약금액의 4분의 1에도 미치지 못하였으나, 나머지 금액에 대하여는 수차례 물가변동에 따른 계약금액 조정이 이루어졌음 ○ 부당 특약 여부의 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 도급계약이 불공정한지는 계약체결 당시를 기준으로 판단하여야 함 - 도급계약 체결 당시에는 2008년의 세계적인 금융위기 발생 및 환율의 급격한 상승을 예상할 수 없었으며, 환율이 하락하는 경우에는 오히려 원고들이 환차익 상당의 이익을 얻을 수도 있었음 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 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 함(대법원 2017. 12. 21 선고 2012다74076 전원합의체 판결) 	기각

- 사례1-4는 국가계약법상 계약담당공무원과 계약상대자의 물가변동으로 인한 계약금액의 조정 요청 및 특약을 이유로 한 분쟁(판례) 사건임
 - 국가계약법 제6조 및 시행령 제4조에서는 “법, 이 영 및 관계법령에서 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다”고 규정하고 있음

- 대법원의 다수의견은 국가계약법은 사적 자치와 계약자유 원칙을 비롯한 사법상 원리가 적용된다고 하면서, 계약상대자와 물가변동에 따른 계약금액 조정 조항의 적용을 배제하는 합의(특약)를 할 수 있다고 판단하고 있음
 - 이 경우 “특약이 효력이 없다고 하기 위해서는 계약상대자에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 계약상대자의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 특약을 정함으로써 계약상대자에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정”되는 경우로 제한적으로 해석하고 있음

- 대법원의 소수의견은 공공계약은 사적 자치와 계약 자유의 원칙을 제한하는 강행규정의 성격을 갖기 때문에 물가변동이나 환율변동에 따른 손실의 위험을 공정하고 형평에 맞게 배분하기 위하여 계약금액을 조정하여야 하고, 이를 배제하는 약정은 효력이 없다고 판시하고 있음

- 그런데 2019. 11. 26. 국가계약법은 각 중앙관서의 장 등이 계약을 체결함에 있어 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하지 못하도록 하고, 부당한 특약 등을 정한 경우에는 무효로 하는 내용으로 개정되었음(2020. 5. 27. 시행)

- 이는 대법원 전원합의체 판결에 대한 입법 개선으로 판단되는바, 향후 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약의 기준 마련, 부당 특약으로 인한 무효의 사례 등 후속 조치에 대응할 필요가 있음

2. 부당 감액 및 하도급대금의 결정 사례

- 하도급법에서는 원사업자가 우월적 지위를 이용하여 수급사업자의 하도급대금을 부당하게 감액하거나 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 불공정 거래행위를 금지하고 있음
- 부당 감액 및 부당 하도급대금의 결정 금지를 위반한 경우 시정조치, 과징금, 벌칙 등 행정제재 외에 수급사업자가 입은 손해를 배상할 책임이 있음
 - 원사업자가 부당 감액 및 부당 하도급대금의 결정 금지 등을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 짐
- 부당 감액 및 하도급대금의 결정 관련 법규의 주요 내용은 다음과 같음

구분	조항	주요 내용
하도급법	<ul style="list-style-type: none"> · 법 제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지) · 법 제11조 (감액금지) 	<p>〈부당한 하도급대금의 결정 유형 예시〉</p> <ul style="list-style-type: none"> · 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위 <p>〈부당한 감액금지 유형 예시〉</p> <ul style="list-style-type: none"> · 위탁할 때 하도급대금을 감액할 조건 등을 명시하지 아니하고 위탁 후 협조요청 또는 거래 상대방으로부터의 발주취소, 경제상황의 변동 등 불합리한 이유를 들어 하도급대금을 감액하는 행위 등
	<ul style="list-style-type: none"> · 부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침 	<p>〈발체〉</p> <ul style="list-style-type: none"> · 원사업자가 발주자와의 협상 과정에서 수급사업자의 업무량을 일방적으로 추가시키고 하도급대금은 증액하지 아니하는 경우 · 수급사업자의 요청 또는 원·수급사업자간 합의에 의해 잔여공사분을 원사업자가 직영으로 시공한 후 지출한 비용에 대한 합당한 증빙자료도 제시하지 아니하고 하도급대금에서 잔여공사비용을 공제하는 행위

구분	조항	주요 내용
		<ul style="list-style-type: none"> · 원사업자가 경쟁입찰을 실시하면서 최저 입찰가가 원사업자의 예정가격을 초과하는 경우에 재입찰을 실시한다는 점을 사전 고지하지 않았음에도 이를 이유로 최저 입찰가를 제시한 업체를 낙찰자로 선정하지 아니하고 그 업체를 포함하여 상위 2개 또는 3개 업체를 대상으로 재입찰을 실시하여 그 중 가장 낮은 가격을 제시한 업체를 낙찰자로 선정함으로써 당초 최저 입찰가보다 낮게 하도급대금을 결정하는 행위 등

□ 이하에서는 조정, 판례를 토대로 부당 감액에 있어 ‘발주자의 감액에 따른 하도급대금 감액’ 및 ‘직영투입비 등 부당 감액 및 3배 이내의 손해배상 청구’, 부당 하도급대금의 결정에 있어 ‘재입찰에 의한 부당 하도급대금 결정’으로 인한 클레임 사례를 검토함

(1) 발주자의 감액에 따른 하도급대금 감액

사례 2-1	내용	비고
분쟁대상	부당 감액 금지	
분쟁유형	발주자의 감액에 따른 하도급대금 감액	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(A전문건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 하도급법 제11조를 위반하여 정당한 사유 없이 하도급대금을 감액하였음 ○ 피신청인(B종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 발주자의 공제와 동일하게 하도급대금을 공제하였음 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 하도급계약 체결 및 하도급대금 미지급 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인은 하도급계약을 체결하였고, 신청인은 공사를 완료하였으나 피신청인은 하도급대금을 지급하지 않음 ○ 신청인의 주장 <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인은 발주자의 감액에 따라 하도급대금을 감액하고 있으나, 동일한 목적물에 대한 신청인의 시공 부분은 감액사유가 되지 않음 	

사례 2-1	내용	비고
	<ul style="list-style-type: none"> - 신청인이 단열재 추가시공, 압접시공 수량 증가분 등 추가공사를 증명하는 서류를 제출하였음에도 피신청인은 현장소장의 정산 사인도 무시한채 감액만 일방적으로 주장하고 있음 ○ 피신청인의 하도급대금 미지급 항변 사유 <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인은 발주자의 감액에 따라 동일하게 하도급대금을 감액한 것이지, 하도급법상 부당감액이 아님 - 신청인의 추가 공사분에 대해서는 입증할 자료가 없음 	
경과	<ul style="list-style-type: none"> · 피신청인이 신청인에게 하도급대금을 지급하기로 하고, 상호 합의하에 분쟁조정을 종료함 	인용

□ 사례2-1은 원사업자가 발주자의 감액에 따라 하도급대금을 감액함으로써 발생한 분쟁(조정) 사건임

- 부당 감액은 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 그대로 지급하지 아니하고, 그 금액에서 감하여 지급하는 행위를 말함

□ 하도급법에서는 부당 감액에 대하여 금지를 원칙으로 하고 있으며, 다음과 같이 예외적으로 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 감액을 인정하고 있음(「부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침」)

- 하도급대금 산정자료에 중대하고 명백한 착오를 발견하여 이를 정당하게 수정하는 경우
- 수급사업자의 귀책사유로 인해 원사업자가 납품된 목적물을 반품하고, 반품된 해당 목적물의 하도급대금을 감액하는 경우
- 수급사업자가 수리가 가능한 불량품을 납품하였으나 반품을 하여 수리를 시킬 시간적 여유가 없어 원사업자가 스스로 수리하여 사용하고 그 비용을 감액하는 경우
- 수급사업자의 장비관리 소홀로 인해 장비가 훼손되어 해당 장비에 대한 적정수리비를 하도급대금에서 공제하는 경우 등

□ 원사업자의 ‘발주자의 감액에 따른 하도급대금 감액’은 하도급법상 정당한 사유에 해당하지 않음

- 발주자의 증·감액에 따른 하도급대금의 증·감액은 하도급법 제16조의 ‘설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정’이 허용되나, 사례2-1은 준공정산 시점에서의 부당한 감액으로 판단됨

(2) 직영투입비 등 부당 감액 및 3배 이내의 손해배상 청구

사례 2-2	내용	비고
분쟁대상	부당 감액금지	
분쟁유형	직영투입비 등 부당 감액 및 3배 이내의 손해배상 청구	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(A전문건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 정당한 사유 없이 하도급대금을 감액하였는바, 이는 하도급법 제11조 위반으로서 제35조에 따라 발생한 손해의 3배 이내에 서 손해배상을 청구함 ○ 피고(B종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 정당한 사유에 따라 공제한 금액임 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 하도급계약 체결 및 하도급대금 미지급 <ul style="list-style-type: none"> - 원고와 피고는 하도급계약을 체결하였고, 이후 강관동바리를 시스템동바리로 설계변경한 내용을 반영하여 공사대금을 증액 하는 변경계약을 체결하였음 - 원고는 공사를 시행하여 오던 중 자금부족으로 공사를 중단하였고, 피고는 하도급계약에 따른 이행을 최고한 후, 공사의 완성이 불가능함을 이유로 하도급계약을 해지한다는 통지를 하였음 ○ 직영투입비 공제 금액의 반환 청구 <ul style="list-style-type: none"> - 원고: 피고가 기성금을 정산하면서 직영투입비 명목으로 기성금에서 84,855,500원을 공제하였는데, 이는 하도급법 제11조(부당금액) 위반으로서 부당하게 공제한 금액의 3배에 해당하는 254,566,500원을 배상할 책임이 있음 	

사례 2-2	내용	비고
	<ul style="list-style-type: none"> - 피고: 직영투입비는 원고가 공사를 포기한 이후 원고가 시공 한 부분에서 다수의 하자가 발생하였고, 이를 신속하게 보수하기 위하여 공제한 금액임 - 법원: 원고와 피고 사이에 기성금에서 직영투입비 명목으로 84,855,500원을 공제한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 피고는 원고가 공사를 중단하기 전부터 비용 및 자재대금을 직영투입비에 포함시켰고, 피고가 이 사건 하자보수를 위하여 투입한 비용이라고 볼 만한 자료가 없음. 따라서 피고가 원고와 합의하지 않은 상태에서 직영투입비 명목으로 기성금에서 84,855,500원을 공제한 행위는 하도급법 제11조 제1항이 규정한 부당한 감액행위에 해당함 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 피고가 원고와 합의하지 않은 상태에서 직영투입비 명목으로 기성금에서 84,855,500원을 공제한 행위는 하도급법 제11조 제1항이 규정한 부당한 감액행위에 해당하는 것이므로, 피고는 하도급법 제35조 제1항에 따라 원고에게 부당하게 공제한 직영투입비 84,855,500원을 손해배상금으로 지급할 책임이 있음. 이 밖에 원고는 하도급법 제35조 제2항에 의하여 위 직영투입비의 3배에 해당하는 손해배상을 구하고 있는바, 피고는 원고에게 직영투입비에 50%에 해당하는 42,427,750원을 손해배상금으로 지급할 책임이 있음(서울중앙지방법원 2019. 6. 14 선고 2016가합533325, 2017가합568106 판결) 	인용

□ 사례2-2는 원사업자가 수급사업자의 동의 없이 직영투입비 명목으로 기성금을 부당하게 감액을 하였고, 이에 대하여 수급사업자는 하도급법 제11조 부당감액 금지 위반 및 제35조에 따라 발생한 손해의 3배 이내의 배상책임을 청구한 분쟁(판례) 사건임

- 이 밖에 원고는 간접비의 5% 이내 청구 강요로 인한 불공정계약, 착공지연, 시스템동바리 단가 및 돌관공사비 부당 감액, 고용보험료 및 폐기물처리비 전가 등에 따른 손해배상 청구와 함께 시트파일·암공사 등 추가공사비를 청구하였음

□ 법원은 직영투입비 명목으로 기성금을 공제한 부분은 ‘부당한 감액’으로, 시스템동바리 단가 및 돌관공사비 감액은 ‘부당한 하도급대금 결정’으로 판단하면서 부당한 감액과 부당한 하도급대금 결정을 구분하고 있음

□ 법원은 부당 감액 위반에 따른 3배 이내의 손해배상 책임에 대하여 법 제 35조 제3항의 ‘고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도’, ‘위반행위로 인하여 수급사업자와 다른 사람이 입은 피해규모’, ‘위법행위로 인하여 원사업자가 취득한 경제적 이익’ 등을 고려하여 일부만 인정하고 있음

(3) 재입찰에 의한 부당 하도급대금 결정

사례 2-3	내용	비고
분쟁대상	부당 하도급대금의 결정	
분쟁유형	재입찰에 의한 하도급대금 결정	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(A종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 부당 하도급대금의 결정은 추가적인 협상을 통하여 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위만이 해당하고, 재입찰을 통한 하도급대금 결정행위는 포함되지 않음 ○ 피고(공정거래위원회) <ul style="list-style-type: none"> - 경쟁입찰을 시행하여 최저가로 입찰한 업체가 있는데도 곧바로 재입찰을 하여 당초 최저 입찰가보다 낮은 금액으로 입찰한 업체를 낙찰자로 선정하게 되면 그 금액이 하도급대금이 되어 추가적 협상 방법으로 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것과 같은 효과가 발생함 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고의 예정가격 초과 시 재입찰 시행 내부 방침 수립 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 외주비를 절감하기 위하여 계획공사원가의 96%인 예정가격을 초과할 경우에는 상위 2개 업체를 대상으로 재입찰을 한다는 내부방침을 정하였음 - 원고는 입찰 공고문이나 현장설명을 통해 최저가로 입찰한 금액이 원고의 예정가격을 초과할 경우 재입찰할 수 있다는 점을 입찰 참여업체에게 알리지 않았음 	

사례 2-3	내용	비고
	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고의 재입찰 시행 및 하도급대금 결정 <ul style="list-style-type: none"> - 지명경쟁입찰 방식에 의하여 5건의 하도급공사 계약을 체결하면서 최저 입찰가가 원고의 예정가격을 초과하였다는 이유로 최저 입찰가를 제시한 업체를 포함하여 상위 2~3개 업체와 재입찰을 하여 그중 가장 낮은 가격을 제시한 업체를 낙찰자로 선정 - 낙찰된 수급사업자와 하도급계약을 체결하면서 최초 입찰의 최저 입찰가보다 낮게 하도급대금을 결정하였음 ○ 피고의 시정명령 및 과징금 납부명령 <ul style="list-style-type: none"> - 원고가 재입찰을 통하여 수급사업자를 선정한 것은 하도급법 제4조 제2항 제7호에서 정한 '경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위'에 해당한다고 보아 시정명령 및 과징금 납부명령을 하였음 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 원고가 낙찰자를 선정하기 전에 예정가격을 공개하는 것이 담합이나 원고의 영업비밀 노출의 위험 등이 있어 적절하지 않다고 하더라도, 적어도 예정가격을 밀봉하여 미리 개찰장소에 두어 사후이라도 낙찰자 선정에 대한 이의나 분쟁이 발생할 경우 원고의 예정가격을 확인할 수 있도록 하는 것이 정상적인 거래 관행임에도 그와 같은 조치를 전혀 취하지 아니하였음 · 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위에 해당하면 별도로 통상 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하였는지를 따질 필요 없이 부당한 하도급대금의 결정으로 보아야 함(대법원 2012. 2. 23 선고 2011두23337 판결) 	인용

□ 사례2-3은 하도급법상 원사업자가 최저가로 입찰한 업체가 있는데도 곧바로 재입찰을 하여 당초 최저 입찰가보다 낮은 금액으로 입찰한 업체를 낙찰자로 선정하자, 공정거래위원회가 하도급법 위반을 이유로 시정명령 및 과징금 납부명령을 하면서 발생한 분쟁(판례) 사건임

- 재입찰에 의한 하도급대금 결정은 특별한 사정이 없는 한 하도급 대금을 낮출 목적으로 하는 것이기 때문에 하도급법 위반임

- 하도급법 제4조 제2항 제7호에서는 ‘경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위’로만 규정하고 있기 때문에 재입찰에 의한 하도급대금 결정을 하도급법 위반으로 인식하지 못하는 사례가 다수 발생하고 있음
 - 위 사례를 통하여 재입찰에 의한 하도급대금 결정 가운데 하도급법을 위반하는 경우는 다음과 같음
 - 정당한 사유 없이 최저가 입찰가를 제시한 업체를 낙찰자로 선정하지 않고 재입찰을 하여 낙찰자를 선정한 행위¹⁴⁾

 - 예정가격과 이에 따른 낙찰자를 선정하는 기준이 존재한다는 것을 입찰 참여 전에 해당 업체들에게 객관적인 자료로 고지해야 함

3. 설계변경 등에 따른 공사대금 조정 사례

- 공사계약일반조건에서는 설계변경의 사유로 ‘불분명·누락·오류 및 설계서 간의 상호모순 등에 의한 설계변경’, ‘신기술 및 신공법에 의한 설계변경’, ‘발주기관의 필요에 의한 설계변경’ 등을 구체적으로 규정하고 있음

- 설계변경이 이루어지는 경우 공사대금 증감이 이루어지기 때문에 계약담당 공무원과 계약상대자 사이의 절차 및 책임에 관한 클레임이 증가하고 있음

14) 정당한 사유는 객관적이고 합리적인 사유로 원사업자의 내부 사정은 해당하지 않으며, 해당 사유가 정당한 사유인지 여부의 입증 책임은 원사업자에게 있음.

□ 설계변경 등에 따른 공사대금 조정 관련 법규의 주요 내용은 다음과 같음

구분	조항	주요 내용
건설 산업 기본법	·법 제36조(설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정 등)	· 수급인은 하도급을 한 후 설계변경 또는 경제 상황의 변동에 따라 발주자로부터 공사금액을 늘려 지급받은 경우에 같은 사유로 목적물의 준공에 비용이 추가될 때에는 그가 금액을 늘려 받은 공사금액의 내용과 비율에 따라 하수급인에게 비용을 늘려 지급하여야 하고, 공사금액을 줄여 지급받은 때에는 이에 준하여 금액을 줄여 지급함
	· 민간건설공사 표준도급계약서 제3조(계약 문서), 제21조 (설계변경으로 인한 계약금액의 조정), 제34조(도급인의 계약해제 등), 제36조(계약해제의 처리)	· 계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 특약은 무효로 함 · 설계변경으로 인하여 공사량의 증감이 발생한 때에는 계약금액을 조정하며, 필요한 경우 공사기간을 연장하거나 단축함 · 도급인은 수급인의 계약조건 위반으로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우 계약을 해제 또는 해지할 수 있음 · 계약이 해지된 때에는 도급인과 수급인은 지체없이 기성부분의 공사금액을 정산하여야 함
지방 계약법	·법 제22조 (물가변동 등에 따른 계약금액의 조정)	· 재정지출의 원인이 되는 계약을 체결한 후 물가 변동 및 설계 변경, 그 밖에 계약내용의 변경으로 인하여 계약금액을 조정할 필요가 있으면 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 계약금액을 조정함
	지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준	〈제13장 공사계약 일반조건〉 · 설계서의 내용이 불분명하거나 누락·오류 또는 상호 모순되는 점이 있을 경우 설계변경을 함 · 계약상대자는 공사계약의 이행 중 설계서의 내용이 불분명하거나 설계서에 누락·오류가 있거나 설계서간에 상호모순 등이 있는 사실을 발견한 때에는 설계변경이 필요한 부분의 이행 전에 해당사항을 분명히 한 서류를 작성하여 계약담당자와 공사감독관에게 동시에 이를 통지해야 함

구분	조항	주요 내용
		<ul style="list-style-type: none"> · 계약담당자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 물량내역서의 누락사항이나 오류 등으로 설계를 변경하는 경우에도 그 계약금액을 증액할 수 없음 - 입찰참가자가 교부받은 물량내역서를 수정하여 작성한 경우 - 입찰에 참가하려는 자가 물량내역서를 직접 작성하고 단가를 적은 산출내역서를 제출하는 경우
	서울특별시 공사계약 특수조건 제12조 (설계변경 등)	<ul style="list-style-type: none"> · 계약담당자의 설계변경 승인 통지 이전에 계약상대자가 임의로 시행한 공사 또는 공중에 대해서는 설계변경이 된 이후라도 계약상대자는 계약금액의 조정 및 계약기간의 연장을 계약담당자에게 요청할 수 없음

□ 이하에서는 중재, 판례, 조정을 토대로 설계변경으로 인한 공사비 감액 또는 보전 청구, 임의설계변경에 따른 계약해제 및 원상회복의 범위, 계약상대자의 설계변경 요청 및 책임 범위에 관한 클레임 사례를 검토함

(1) 설계변경으로 인한 공사비 감액 또는 보전 청구

사례 3-1	내용	비고
분쟁대상	설계변경 등에 따른 공사대금 조정	
분쟁유형	설계변경으로 인한 공사비 감액 또는 보전 청구	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(A건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 신청인은 피신청인과 협의하여 설계변경에 따른 공사를 준공하였는바, 원가절감에 따른 공사비 보전의 약속에 따라 피신청인이 미지급한 공사잔대금과 추가 시공된 공사비의 지급을 청구함 ○ 피신청인(발주자) <ul style="list-style-type: none"> - 설계변경으로 인한 공사비 절감부분의 공사대금은 감액되어야 하고 신청인의 임의 설계변경, 공기지연, 부실시공 등을 이유로 신청인의 청구에 응할 수 없음 	

사례 3-1	내용	비고
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 공사도급계약 체결 및 준공 후 공사대금 미지급 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인은 공사도급계약을 체결 한 후 공사를 준공 하였음 - 피신청인은 설계변경으로 인한 공사비 절감 부분을 공사대금 에서 감액할 것을 주장하고 있음 ○ 신청인의 설계변경에 따른 공사비 보전 주장 <ul style="list-style-type: none"> - 지하1층 터파기공사 중 설계도면상 시공이 불가능하여 현장감 리 및 피신청인과 협의 후 설계를 변경하였으며, 시공사의 기술력으로 성과가 달성될 경우 원가로 인정하도록 협의하였음 - 설계변경으로 공사비가 절감되었다는 이유로 내부 인테리어 및 외부마감공사를 요구하여 추가공사를 하였으나, 피신청인 은 공사비 감액을 요구하면서 지급을 거절하고 있음 ○ 피신청인의 설계변경에 따른 공사비 감액 주장 <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인은 설계변경, 마감재 등의 변경에 대하여 합의한 적 없으며, 신청인이 약정과 다른 하등품을 사용하여 시공하였으 므로 절감된 비용만큼 공사대금을 감액하는 것이 타당함 - 신청인이 공기를 지연하였고, 임의 설계변경 및 시공으로 공 사대금 잔액과 추가공사비를 감액하는 것이 타당함 ○ 설계변경에 따른 공사비 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인은 공사기간 동안 현장에 있었음이 인정되며, 시공현 장 반장의 증언이나 현장소장에 의한 확인서 등에 의해 신청 인측과 협의한 사실이 일부 인정됨 - 당초 도면대로 시공되지 않았더라도 설계변경된 도면에 피신 청인이 준공하기를 받도록 승인하였으므로 준공된 건물의 상 태에 대하여 1차적인 책임이 피신청인에게 있으며, 피신청인 이 추가공사를 요구할 권리는 없다고 판단됨 - 다만, 설계변경된 부분이 신청인의 주장대로 시공사의 기술력의 성과로서 시공사의 원가로 인정하기에는 무리가 있다고 판단됨 	
경과	<ul style="list-style-type: none"> · 신청인이 주장한 시공사의 기술력에 의한 원가 절감은 인정될 수 없으나, 설계변경의 협의에 대한 피신청인의 책임, 신청인의 추가공사가 인정됨에 따라 피신청인은 신청인에게 일부 공제액 을 제외하고 나머지 잔여공사대금을 지급하는 것으로 판정함 	부분 인용

- 사례3-1은 신청인과 피신청인이 공사도급계약을 체결하고 공사를 준공하였으나, 피신청인이 설계변경으로 인한 공사비 절감부분의 공사대금 감액을 주장하면서 발생한 분쟁(중재) 사건임
 - 신청인과 피신청인은 합의하에 설계 및 감리자에게 조정을 신청한 결과, 피신청인은 신청인에게 일부 공사비를 감액하고 지불하라는 결정을 하였으나 피신청인은 조정기관의 검토의견을 거부함에 따라 중재신청에 이르렀음

- 민간건설공사의 경우 발주자는 설계변경에 따른 공사비 감액을 주장하고, 건설사업자는 공사비 보전을 요구하면서 공사비와 관련한 추가공사, 공기 지연, 부실시공 등에 대한 클레임이 증가하고 있음
 - 민간건설공사 표준도급계약서에서는 설계변경으로 인하여 공사량의 증감이 발생한 때에는 계약금액을 조정하며, 필요한 경우 공사기간을 연장하거나 단축한다고 규정하고 있음

- 다만, 민간건설공사 표준도급계약서에서는 계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 특약을 무효로 규정하고 있음

(2) 임의설계변경에 따른 계약해제 및 원상회복의 범위

사례 3-2	내용	비고
분쟁대상	설계변경 등에 따른 공사대금 조정	
분쟁유형	임의설계변경에 따른 계약해제 및 원상회복의 범위	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(A발주자) <ul style="list-style-type: none"> - 임의설계변경에 따라 계약을 해제하고 지급한 선금금, 기성금의 반환을 청구함 ○ 피고(B건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 설계변경은 원고와의 공사비 보전으로 합의한 사항이고, 건축물의 안전에 지장이 없기 때문에 계약해제의 사유가 될 수 없음 	

사례 3-2	내용	비고
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 도급계약의 체결 및 흠막이공사 공법 약정 <ul style="list-style-type: none"> - 원고와 피고는 도급계약을 체결하면서, 토목공사 중 흠막이공사의 공법을 CIP공법으로 약정하였고 선금금을 지급하였음 ○ 피고의 임의설계변경에 따른 도급계약 해제 <ul style="list-style-type: none"> - 피고는 CIP공법으로 흠막이공사에 착수하면서, 당시의 설계도면에 CIP기둥의 주철근 직경 22mm, 띠철근 직경 13mm, CIP기둥의 길이 18.96m로 표기되어 있었으나, 피고는 직경 19mm의 주철근과 직경 10mm의 띠철근으로 CIP 기둥의 철근망을 제작하였고, CIP 기둥을 길이 11.5m로 시공하였음 - 원고는 허가도면대로 시공할 것을 요구하였으나 피고는 승낙하기 곤란하다고 회신하면서 원고는 공사대금계약을 해제하면서 지급한 돈을 정산해달라고 통고하였음 ○ 임의설계변경에 따른 공사계약 해제 및 지급한 공사대금 반환 청구 <ul style="list-style-type: none"> - 원고: 임의설계변경에 따른 시공은 공사비를 절감함으로써 부당한 이익을 얻을 목적이므로, 공사도급계약을 해제하고 지급한 선금금, 기성금의 반환을 청구함 - 피고: 원고와 피고는 공사대금을 피고가 견적한 금액보다 감액하여 추후 설계변경을 통하여 공사비를 보전하기로 합의하였고, 감리회사로부터 설계변경의 구조적 문제의 유무를 검토받아 시공하였는바, 건축물의 안전에 지장이 없기 때문에 계약해제의 사유가 될 수 없음 - 법원: 피고는 임의로 허가도면에 표기된 것보다 가는 철근을 사용하여 CIP 기둥을 시공하였으므로, 원고는 공사도급계약에 따른 시공의무 불이행에 따라 공사도급계약을 해제할 수 있음 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 공사도급계약에서는 도급인은 계약을 해제·해지하는 경우 선금금 잔액의 반환을 청구할 수 있고, 그때 기성부분 공사금액 중 미지급액이 있는 경우에는 선금금 잔액을 그 미지급액에 우선 충당하여야 하며, 계약이 해지된 때에는 지체없이 기성부분 공사금액을 정산하여야 하고, 계약의 해제·해지로 손해가 발생한 때에는 상대방에게 배상을 청구할 수 있음 	부분 인용

사례 3-2	내용	비고
	· 피고는 공사도급계약이 해제된 시점의 기성고 비율 및 피고가 하수급인에게 일부 미지급한 하도급대금을 공제한 나머지 선급금을 원고에게 지급하여야 함(서울고등법원 2017. 9. 1 선고 2015나2051188 판결)	

□ 사례3-2는 임의 설계변경에 따라 공사가 이루어지는 경우 시설물 안전 여부와 상관없이 채무불이행에 따라 계약을 해제할 수 있으며, 계약해제 시 도급인과 수급인의 원상회복의 범위에 관한 분쟁(판례) 사건임

□ 판례는 수급인의 채무불이행을 이유로 계약이 해제될 당시 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 경우에는 도급계약은 미완성 부분에 대하여만 실효된다고 판시하고 있음

□ 수급인은 해제한 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하며 도급인은 특별한 사정이 없는 한 미완성 건물에 대한 보수 즉, 수급인의 기성 공사대금 및 하도급대금 등을 지급하여야 함

(3) 계약상대자의 설계변경 요청 및 책임 범위

사례 3-3	내용	비고
분쟁대상	설계변경 등에 따른 공사대금 조정	
분쟁유형	계약상대자의 설계변경 요청 및 책임 범위	
사례 요점	○ 신청인(A건설회사) - 설계서의 누락에 대하여 '신청인의 책임없는 사유'에 의한 설계변경으로 발주자와 협의하여 준공처리하는 것을 요청함 ○ 피신청인(B발주자) - 해당 사항은 '시공사의 임의설계변경'에 해당하여 당초 계약금액의 조정이 불가함	

사례 3-3	내용	비고
사실관계	<p>○ 신청인의 주장</p> <ul style="list-style-type: none"> - 착공 전부터 기존 설계서에 화재안전, 보행전도 등 안전성/위험성에 심각한 문제가 있음을 발주자에게 일관성 있게 주장함 - 해당 설계서는 “지방자치단체 입찰 및 계약 집행기준”과 “조달청 설계내역서 작성방법”에 의하여 작성되어야 함에도 이에 부합하지 않고 설계서(도면, 내역서, 일위대가, 시방서) 간 일치되지 않아 부적합 설계임 - 수차에 걸쳐서 설계서의 부실과 조사미비에 대하여 검토/조사와 설계사, 발주자, 시설담당자, 시공사 4자회의를 수시 요청함 - 설계변경 사항 결정 후 문서를 작성하여 발주자에게 공문을 발송하여 설계변경 검토결과에 따라 공사금액 협의절차를 거칠 수 있도록 조치를 요청함 - 발주자가 협의에 응하지 않아, 시공사는 공기지연과 준공 후 발생할 안전 등의 문제로 설계변경사항을 시설담당자와 협의하고 발주자에게 공문발송 후 공사를 진행함 - 이후 공사가 완료됨에 따라 시공사는 설계서의 누락과 당사의 책임없는 조정사항에 대한 공사금액을 발주자에게 요청함 <p>○ 발주자의 주장</p> <ul style="list-style-type: none"> - 발주자는 해당 공사의 경우 「서울특별시 공사계약 특수조건」 제12조(설계변경등) 제5항 ‘계약담당자의 설계변경 승인 통지 이전에 계약상대자가 임의로 시행한 공사 또는 공중에 대해서는 설계변경이 된 이후라도 계약상대자는 계약금액의 조정 및 계약기간의 연장을 계약담당자에게 요청할 수 없다’는 규정에 따라 당초 계약금액의 조정이 불가함을 통지함 	
경과	<ul style="list-style-type: none"> · 신청인과 피신청인의 분쟁조정이 불성립하여 당초 계약금액으로 준공처리 함 	불성립

□ 사례3-3은 계약상대자가 설계서의 오류로 인해 발주자에게 설계변경 협의를 요청하였을 때 해당 사항에 대한 발주자의 적절한 대응이 이루어지지 않거나 문서가 아닌 구두 협의로 인해 발생하는 문제에 대한 분쟁(조정) 사건임

- 「서울특별시 공사계약 특수조건」에서는 다음과 같이 설계변경 요청 시 준수하여야 할 절차 및 책임 범위를 규정하고 있음
 - 설계변경 요구를 위해서는 14일 이내에 계약담당자에게 통지하고, 계약담당자는 설계변경의 요청 통지를 접수한 날부터 21일 이내에 승인여부를 통지하여야 하며, 설계변경을 승인한 경우 30일 이내에 계약상 요구되는 청구서를 계약담당자에게 제출하도록 규정하고 있음
 - 계약담당자의 설계변경 승인 통지 이전에 계약상대자가 임의로 시행한 공사 또는 공중에 대해서는 설계변경이 된 이후라도 계약금액의 조정 및 계약기간의 연장을 계약담당자에게 요청할 수 없음

- 공사계약일반조건에서도 서울특별시 공사계약 특수조건과 궤를 같이 하여 계약상대자의 설계변경 요청이 발생하는 경우에 일정기간 이내에 의무적으로 응답하는 것을 규정할 필요가 있음

4. 하도급대금 지급 등 사례

- 「건설산업기본법」 및 하도급법에서는 하도급대금 지급 보호를 위하여 하도급대금의 지급, 하도급대금의 직접지급, 하도급대금 지급보증 및 계약 이행 보증을 규정하고 있음

- 종래 행정적·입법적 통제로 인하여 수급사업자(하수급인)의 권익을 보호해왔던 ‘하도급대금 지급’ 관련 제도는 최근 복잡·다양한 불공정행위가 파생되면서 이에 대한 클레임이 증가하고 있음

□ 하도급대금 지급 등 관련 법규의 주요 내용은 다음과 같음

구분	조항	주요 내용																											
건설산업 기본법	· 법 제35조 (하도급대금의 직접 지급)	· 발주자가 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자와 수급인 간 또는 발주자·수급인 및 하수급인이 그 뜻과 지급의 방법·절차를 명백하게 하여 합의한 경우 · 수급인이 제34조 제1항에 따른 하도급대금 지급을 2회 이상 지체한 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우 발주자는 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 하도급대금을 직접 지급하여야 함																											
하도급법	· 법 제13조 (하도급대금의 지급 등) · 법 제13조의 2(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)	· 원사업자가 수급사업자에게 하도급대금을 지급할 때에는 원사업자가 발주자로부터 해당 제조등의 위탁과 관련하여 받은 현금비율 미만으로 지급하여서는 아니됨 · 원사업자가 하도급대금을 어음으로 지급하는 경우에는 해당 제조등의 위탁과 관련하여 발주자로부터 원사업자가 받은 어음의 지급기간(발행일부터 만기일까지)을 초과하는 어음을 지급하여서는 아니 됨 · 원사업자가 공사대금 지급보증을 하지 아니하는 경우에는 수급사업자는 계약이행을 보증하지 아니할 수 있음																											
	하도급거래 공정화지침	<p>〈현금비율 적용기준〉</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th colspan="2">도급대금 수령</th> <th colspan="2">하도급대금 지급</th> </tr> <tr> <th>수령일자</th> <th>결제비율 (현금:어음)</th> <th>지급일자</th> <th>현금결제비율</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>2. 1</td> <td>50:50</td> <td>1. 8</td> <td>예외가능</td> </tr> <tr> <td>5. 1</td> <td>50:50</td> <td>3. 5</td> <td>50% 이상</td> </tr> <tr> <td>5. 15</td> <td>60:40</td> <td>4. 5</td> <td>50% 이상</td> </tr> <tr> <td>6. 1</td> <td>20:80</td> <td>7. 1</td> <td>43% 이상</td> </tr> <tr> <td>8. 1</td> <td>40:60</td> <td>9. 1</td> <td>40% 이상</td> </tr> </tbody> </table>	도급대금 수령		하도급대금 지급		수령일자	결제비율 (현금:어음)	지급일자	현금결제비율	2. 1	50:50	1. 8	예외가능	5. 1	50:50	3. 5	50% 이상	5. 15	60:40	4. 5	50% 이상	6. 1	20:80	7. 1	43% 이상	8. 1	40:60	9. 1
도급대금 수령		하도급대금 지급																											
수령일자	결제비율 (현금:어음)	지급일자	현금결제비율																										
2. 1	50:50	1. 8	예외가능																										
5. 1	50:50	3. 5	50% 이상																										
5. 15	60:40	4. 5	50% 이상																										
6. 1	20:80	7. 1	43% 이상																										
8. 1	40:60	9. 1	40% 이상																										

□ 이하에서는 조정, 판례를 토대로 하도급대금 지급 관련 ‘발주자와의 대금지급조건에 따른 하도급대금 지급’, ‘하도급대금 직접지급 사유의 경합 및 직불 범위’, ‘원사업자의 공사대금지급보증과 수급사업자의 계약이행보증의 관계’에 관한 클레임 사례를 검토함

(1) 발주자와의 대금지급조건에 따른 하도급대금 지급

사례 4-1	내용	비고
분쟁대상	하도급대금 지급 등	
분쟁유형	발주자와의 대금지급조건(어음)에 따른 하도급대금 지급	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(A전문건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인의 하도급대금 어음지급은 하도급법 제13조(하도급대금 미지급) 위반임 ○ 피신청인(B종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인과 신청인 사이에 체결된 하도급계약은 급박한 상황에서 체결된 조건이며, 피신청인은 발주처와의 지급 조건에 따라 어음으로 하도급대금을 지급하고 있는바, 하도급법 위반이 아님 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 현금지급을 조건으로 하도급계약 체결 후 발주처의 조건에 따라 어음지급 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인은 하도급계약을 체결, 신청인은 공사를 완료하였음 - 신청인과 피신청인은 공사대금을 현금으로 지급하는 것을 조건으로 하도급계약을 체결하였으나, 피신청인은 발주처의 어음지급에 따라 하도급대금을 어음으로 지급하고 있음 ○ 신청인의 주장 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인은 피신청인과의 하도급계약에서 공사대금을 전액 현금으로 지불받기로 되어 있음에도 일부 어음으로 받았음 - 피신청인은 잔액 기성만큼은 현금으로 지급하겠다고 약속하였으나, 이행하지 않고 있음 ○ 피신청인의 어음 지급 항변 <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인은 신청인과의 견적금액 확인 후 신청인에게 사급자재를 지급하였으나, 신청인은 제작 단가 인상 및 돌관인건비등을 요구하면서 계약을 거부하였고, 피신청인은 긴급한 공사수행을 위하여 돌관 납기 준수를 조건으로 하도급공사 계약을 체결하였음 - 피신청인은 발주처로부터 기성금 지연 및 높은 어음 비율에도 불구하고 신청인에게 어음을 최소화하여 적기에 기성금을 지급하였음 	
경과	· 피신청인은 신청인과 상호 합의하에 분쟁조정을 종료함	합의

- 사례4-1은 하도급법상 원사업자와 수급사업자가 현금으로 공사대금을 지급하기로 한 계약에도 불구하고 원사업자가 발주자와의 대금지급조건(어음)에 따라 하도급대금을 지급하면서 발생한 분쟁(조정) 사건임
- 「하도급거래공정화지침」에서는 원사업자가 발주자로부터 지급받은 현금비율이 일정하지 아니한 경우 수급사업자에게 하도급대금을 지급함에 있어서는 하도급대금을 지급하기 직전에 원사업자가 발주자로부터 지급받은 현금비율 이상으로 지급하도록 규정하고 있음

〈표 3-1〉 현금비율 적용 예시

도급대금 수령		하도급대금 지급	
수령일자	결제비율(현금:어음)	지급일자	현금결제비율
2. 1	50:50	1. 8	예외가능
5. 1	50:50	3. 5	50% 이상
5. 15	60:40	4. 5	50% 이상
6. 1	20:80	7. 1	43% 이상
8. 1	40:60	9. 1	40% 이상

- 다만, 원사업자와 수급사업자가 현금으로 공사대금을 지급하는 것을 조건으로 계약을 체결하였음에도 어음으로 지급하는 부분에 대해서는 원사업자의 계약불이행에 따른 손해배상책임 여부를 판단할 필요가 있음

(2) 하도급대금 직접지급 사유의 경합 및 직불 범위

사례 4-2	내용	비고
분쟁대상	하도급대금 지급 등	
분쟁유형	하도급대금 직접지급 사유의 경합 및 직불 범위	
신청취지	○ 원고(A전문건설회사) - 원고, 소외 회사(종합건설업), 피고가 직접 지급하기로 합의한 경우와 하도급대금 지체로 인한 사유를 선택적으로 청구하여 하도급대금의 지급을 청구함	

사례 4-2	내용	비고
	<ul style="list-style-type: none"> ○ 피고(B공사) <ul style="list-style-type: none"> - 원고, 소외 회사(종합건설업), 피고가 직접 지급하기로 합의한 부분에 대해서만 하도급대금의 직접지급 의무가 있음 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 하도급대금 직접지급 합의 <ul style="list-style-type: none"> - 원고, 소외 회사(종합건설업), 피고는 원고가 시공한 부분에 해당하는 하도급대금에 대하여 피고가 원고에게 직접지급하기로 합의(직불합의)하였음 ○ 원고와 소외 회사의 변경·추가공사 합의 및 피고의 소외회사에 대한 유보부 준공대금 지급 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 소외 회사와 변경·추가공사 합의에 따라 공사를 시행하였음 - 피고는 소외 회사에게 지급할 준공대금중 54,000,000원을 유보한 채 준공대금을 지급하였고, 이후 원고는 피고로부터 유보된 금액 가운데 일부를 하도급대금으로 지급받았음 ○ 소외 회사의 하도급대금 2회 이상 지체 및 원고의 피고에 대한 직불 요청 <ul style="list-style-type: none"> - 원고와 소외 회사가 합의한 변경·추가공사에 대한 하도급대금을 2회 이상 지체하였음 - 원고는 직불합의에 따른 청구와 수급인의 하도급대금 지급 지체에 따른 청구는 별개의 제도임 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 수급인이 하도급대금을 2회 이상 지체함으로써 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우에는 발주자, 수급인, 하수급인 사이에 직접 지급에 관한 합의가 있을 것을 필요로 하지 않음. 이에 따른 하수급인의 직접 청구권은 수급인이 하수급인에게 하도급을 준 범위와 구체적 내용을 발주자가 알았는지 여부와 관계없이 인정되는 것이므로, 발주자가 수급인에게 도급을 준 부분 중에서 하수급인이 시공한 부분에 해당하면 됨. 피고가 소외 건설회사에 변제하지 않은 범위에서는 수급인의 하도급대금지급 지체에 따른 직접 청구권이 인정될 여지가 있음(대법원 2018. 6. 15 선고 2016다229478 판결) 	인용

- 사례4-2는 「건설산업기본법」상 발주자-수급인-하수급인이 하도급대금을 직접지급하기로 약속 한 이후, 수급인과 하수급인의 변경·추가공사 합의에 따라 공사를 시행하였으나 수급인이 하도급대금 2회 이상 지체함에 따라 하도급대금 직접지급의 사유가 2가지 경합되면서 이에 대한 직불 범위에 대한 분쟁(판례) 사건임
 - 원고는 자본금/자산총계/매출액/상시근로자의 범위에서 “하도급법”상 중소기업자가 아니기 때문에 “건설산업기본법”의 적용을 받음

- 법원은 직불합의에 따른 청구와 수급인의 하도급대금 지급 지체에 따른 청구는 별개의 제도로 판단하면서, 수급인이 하도급대금을 2회 이상 지체한 경우에는 발주자, 수급인, 하수급인 사이에 직접 지급에 관한 합의가 있을 것을 필요로 하지 않는다고 판단하고 있음

- 다만, 하도급대금 직접지급의 범위는 수급인에 대한 대금지급의무의 범위에서 부담하기 때문에 사례4-2와 같이 유보된 준공대금이 있는 경우에만 하수급인은 발주자로부터 하도급대금을 직접 지급받을 수 있음

(3) 원사업자의 공사대금지급보증과 수급사업자의 계약이행보증의 관계

사례 4-3	내용	비고
분쟁대상	하도급대금 지급 등	
분쟁유형	원사업자의 공사대금 지급보증과 수급사업자의 계약이행보증의 관계	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(A종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 피고가 지급 보증한 소외회사는 계약을 불이행하였는바, 계약 이행보증금을 청구함 ○ 피고(B보증기관) <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 하도급법 제13조의2를 위반하여 하도급대금의 지급보증을 받지 않았기 때문에 계약이행보증금을 지급할 수 없음 	

사례 4-3	내용	비고
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고와 소외회사의 하도급계약 체결 및 피고의 계약이행보증 <ul style="list-style-type: none"> - 원고와 소외회사(전문건설회사)와 2건의 하도급계약을 체결하였음 - 피고는 소외회사와 계약이행 보증계약을 체결하였고, 소외회사는 원고에게 보증서를 제출하였음 ○ 소외회사의 공사포기 및 원고의 계약이행보증금 지급 청구 <ul style="list-style-type: none"> - 소외회사는 자금사정으로 공사를 포기하였고, 원고는 공사대금의 차액을 소외회사에 지급한 이후 계약을 해지하였음 - 원고는 피고에게 계약이행보증금을 청구하였음 ○ 원고의 하도급대금 지급보증 의무위반을 이유로 한 피고의 지급 거절 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 1건의 하도급계약에 대해서는 하도급대금 지급보증 기간 이후 계약 갱신을 하지 않았고, 1건의 하도급계약에 대해서는 하도급대금 지급보증을 체결하지 않았음 - 피고는 하도급법 제13조의2에 따라 하도급대금의 지급보증을 받지 않음을 이유로 계약이행보증금의 지급을 거절하였음 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 원사업자가 가입한 지급보증기간이 하도급대금의 지급기일 이전에 종료되도록 단기로 정해진 경우 위 지급보증기간이 연장되거나 갱신되지 않은 채 그대로 도과된 나머지, 계약이행보증금의 청구사유가 발생한 시점을 기준으로 수급사업자가 보증기관을 상대로 보증책임을 물을 수 없게 되었다면, 원사업자로서는 처음부터 하도급대금 지급보증을 받지 아니한 경우와 마찬가지로 구 하도급거래 공정화에 관한 법률 제13조의2 제8항 본문에 따라 보증기관에 대하여 계약이행 보증에 대한 청구권을 행사할 수 없다고 봄이 타당함. 이는 하도급대금 지급보증을 받지 않았던 원사업자가 수급사업자와의 정산합의 등을 통해 대금 지급을 마침으로써 하도급대금을 제때 지급받지 못한 수급사업자의 손해가 사후적으로 전보되었다고 하여 달리 볼 수 없음(대법원 2019. 7. 25 선고 2018다213644 판결) 	인용

- 사례4-3은 하도급계약을 체결하는 경우 원사업자는 공사대금 지급보증, 수급사업자는 계약이행보증을 하여야 하나, 원사업자가 공사대금 지급보증을 하지 않은 상황에서 수급사업자의 공사포기 및 계약 해지로 인하여 원사업자가 계약이행보증을 청구함에 따라 보증기관이 계약이행보증금 지급을 거절한 분쟁(판례) 사건임

- 하도급법에서는 수급사업자의 계약이행보증에 대한 원사업자의 청구권은 해당 원사업자가 공사대금 지급 보증이 없으면 이를 행사할 수 없다고 규정하고 있음(제13조의2 제10항)

- 법원은 이러한 법리는 하도급대금 지급보증을 받지 않았던 원사업자가 정산 합의 등을 통해 대금 지급을 마침으로써 하도급대금을 제때 지급받지 못한 수급사업자의 손해가 사후적으로 전보된 경우에도 마찬가지라고 판단하고 있음

5. 하자담보책임 사례

- 하자란 공사상 잘못으로 인하여 균열·침하(沈下)·파손·들뜸·누수 등이 발생하여 건축물 또는 시설물의 안전상·기능상 또는 미관상의 지장을 초래할 정도의 결함을 말함(「공동주택관리법」 제36조 제4항)

- 하자는 발주, 설계, 시공(수급인/하수급인/자재업자), 감리, 유지관리 등의 복잡·연계된 절차에서 다양하게 발생하는데, 이는 결국 발주자, 건설회사, 입주자대표회의를 둘러싼 하자보수의 판단, 하자담보책임 기간, 하자보수 보증금, 하자발생을 이유로 한 대금지급 거절 등의 분쟁으로 이어지고 있음

□ 하자담보책임 관련 법규의 주요 내용은 다음과 같음

구분	조항	주요 내용
공동주택 관리법	<ul style="list-style-type: none"> · 법 제39조(하자 심사·분쟁조정위원회 설치 등) · 시행령 제47조 (하자의 조사방법 및 판정기준 등) 	<ul style="list-style-type: none"> · 신청된 조정등을 위하여 필요한 하자의 조사방법 및 기준, 하자 보수비용의 산정방법 등에 관한 사항은 대통령령으로 정함 · 하자의 조사 및 보수비용 산정, 하자의 판정기준 및 하자의 발생부분 판단기준(하자 발생부위가 전유부분인지 공용부분인지에 대한 판단기준을 말한다) 등에 필요한 세부적인 사항은 국토교통부장관이 정하여 고시함
	<ul style="list-style-type: none"> · 공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 및 하자판정기준 제7조(콘크리트 균열), 제30조(조경수 고사 및 입상불량) 	<ul style="list-style-type: none"> · 콘크리트에 발생한 균열은 별표 2의 콘크리트 균열하자 범위에 따른 보수균열폭 이상인 경우 시공하자(제7조) <ul style="list-style-type: none"> - 보수균열폭 0.3~0.4mm 이상 · 조경수는 수관부의 가지 3분의 2 이상이 고사되거나, 수목의 생육상태가 극히 불량하여 회복하기 어렵다고 인정되는 경우에는 고사(枯死)된 것으로 간주하여 시공하자로 봄(제30조)

□ 이하에서는 판례, 의결서, 조정을 토대로 하자담보책임기간 및 균열하자보수의 판단, 하자보수를 이유로 한 하도급대금 미지급, 조경수 재식재 이후의 하자담보책임에 대한 클레임 사례를 검토함

(1) 하자담보책임기간 및 균열하자보수의 판단

사례 5-1	내용	비고
분쟁대상	하자담보책임	
분쟁유형	하자담보책임기간 및 균열하자보수의 판단	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(A발주자) <ul style="list-style-type: none"> - 피고B는 하자보수에 해당하는 금원을, 피고C는 하자보수보증금원을 지급할 의무가 있음 	

사례 5-1	내용	비고
	<ul style="list-style-type: none"> ○ 피고(B건설회사, C보증기관) <ul style="list-style-type: none"> - 피고B: 공용부분 하자는 하자담보책임기간이 경과한 이후 발생한 하자이므로 하자보수비용에서 제외되어야 하고, 국토교통부 고시인 「공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 및 하자판정기준」에 따라 0.3mm 미만의 균열은 하자가 아님 - 피고C: 피고B가 원고A의 하자보수 요청에 응하여 하자보수의무를 이행하였으므로, 하자보수보증계약에서 정한 보증사고가 발생한 것으로 볼 수 없음 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고와 피고의 도급계약 체결 및 피고C의 하자보수보증 <ul style="list-style-type: none"> - 원고와 피고B는 집합건물에 대한 도급계약을 체결하였고, 피고C는 피고 B와 하자보수보증계약을 체결하였음 ○ 하자의 발생 및 하자보수이행청구 <ul style="list-style-type: none"> - 피고B는 집합건물을 건축하면서 설계도면에 따라 시공하여야 할 부분을 시공하지 아니하거나 도면과 다르게 또는 부실하게 시공하였고, 이에 따라 집합건물의 공용부분과 전유부분에는 균열, 누수 등의 하자가 발생하였음 - 원고는 피고에게 하자보수를 요구하였고, 피고B는 일부 하자를 보수하였음 ○ 하자담보책임기간 및 균열하자보수의 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 피고B는 공용부분 하자는 하자담보책임기간이 경과한 이후 발생한 하자이므로 하자보수비용에서 제외되어야 한다고 주장하나, 하자담보책임 기간 이전부터 하자가 발생하였고, 공용부분 하자와 다른 부분의 하자와 인과관계가 있으며, 원고는 건축에 관한 전문성이 없기 때문에 하자담보책임기간 내에 하자보수를 요청하지 못하였을 가능성이 높음 - 피고B는 국토교통부 고시인 「공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 및 하자판정기준」에 따라 0.3mm 미만의 균열을 하자에 포함시킨 것은 부당하다고 주장하나, 0.3mm 미만의 균열은 시간의 흐름에 따라 빗물의 침투 등으로 철근이 부식되고 균열이 확산되어 구조체의 내구력이 감소하는 등 이 사건 집합건물의 안전상, 구조상 지장을 가져올 수 있을 뿐 아니라 균열이 발생한 콘크리트 외벽이 노출되는 경우 미관상 지장까지 가져올 수 있으므로 이 역시 이 사건 집합건물의 하자에 해당함 	

사례 5-1	내용	비고
	<p>○ 보증기관의 책임:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 피고B는 원고의 하자보수 요청에 응하여 하자보수의무를 이행 하였으므로, 하자보수보증계약에서 정한 보증사고가 발생한 것으로 볼 수 없다고 주장하나, 보수공사를 하지 않거나 이를 행하였음에도 불구하고 보수가 완전히 이루어지지 아니하여 집합건물의 공용부분 및 전유부분에 여전히 하자가 남아 있는 바, 하자보수보증계약에서 정한 보증사고에 해당함 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 피고B는 원고에게 법원에서 정한 돈을 지급하고, 피고C는 피고B가 원고에게 지급하는 금전 가운데 하자보수보증금원을 원고에게 지급할 의무가 있음(서울중앙지방법원 2018. 6. 8 선고 2016가합578908 판결) 	인용

□ 사례5-1은 발주자와 건설회사가 체결한 집합건물에 대하여 하자가 발생한 가운데 하자담보책임기간 및 균열하자보수의 판단에 대한 분쟁(판례) 사건임

□ 법원은 콘크리트 균열하자의 경우 국토교통부 고시인 「공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 및 하자판정기준」에 따라 0.3mm 이상의 균열을 하자로 규정하고 있음에도 0.3mm 미만의 균열도 시간의 흐름에 따라 빗물의 침투 등으로 철근이 부식되고 균열이 확산되어 구조체의 내구력이 감소하는 등 안전·구조·미관상 지장을 가져올 수 있음을 이유로 하자로 판단하고 있음¹⁵⁾

- 하자담보책임기간의 경우 하자담보책임 기간 이전의 하자 발생 여부, 하자 발생 장소와 다른 장소의 인과관계, 발주자의 비전문성을 근거로 하자담보 책임 기간 내로 판단하고 있음

15) 오늘날 「공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 및 하자판정기준」으로 개정되었으며, 동 기준에서는 콘크리트 균열하자의 범위를 환경조건에 따라 0.3~0.4mm 이상을 하자로 규정하고 있음.

□ 콘크리트 균열하자 판정기준은 한국콘크리트학회의 “콘크리트 구조설계기준”에서 제시하는 기준을 참고하여 만든 기준임에도 불구하고 법원은 향후 하자의 확대가능성, 구조체에 미치는 영향 등을 종합적으로 판단하고 있는 바¹⁶⁾, 기준의 규범력 제고가 필요한 상황임

(2) 하자보수를 이유로 한 하도급대금 미지급

사례 5-2	내용	비고
분쟁대상	하자담보책임	
분쟁유형	하자보수를 이유로 한 하도급대금 미지급	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(A전문건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 해당 공사는 하자 없이 성실하게 이루어진 공사로서, 피신청인은 하도급대금을 지급할 의무가 있음 ○ 피신청인(B종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 정산 합의 후 하자가 발생하여 하도급대금을 지급하지 아니할 정당한 사유가 있음 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 하도급계약 체결 및 정산합의 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인은 ‘□□ 신축공사 중 도장공사’ 관련 하도급계약을 체결하면서 기성금을 지급하되, 전체 계약금액의 10%인 준공금은 하자보수이행증권을 수령한 이후에 지급하기로 하였음 - 이후 피신청인은 ‘□□ 신축공사 중 도장공사’가 정상적으로 시공되었음을 확인하면서 계약금액·기간 등을 일부 조정하는 내용으로 정산합의를 하였음 ○ 하자발생을 이유로 한 하도급대금 미지급 <ul style="list-style-type: none"> - 피신청인: 정산 합의 후 옥상우레탄방수 등과 관련하여 하자가 발생하였고, 그 원인이 수급사업자(신청인)가 시방서와 다르게 시공한 것에 있는바, 하도급대금을 지급하지 아니할만한 정당한 사유가 있다고 주장하고 있음 - 신청인: 피신청인은 시공상태·하자 여부 등에 대한 문제제기 없이 목적물을 인수하였고, 목적물 인수 이후에도 수급사업자 	

16) 박승국·이보라, 「건설공사 하자담보책임제도의 개선방안」, 대한건설정책연구원 연구보고서 2014-01, 2014, 77면.

사례 5-2	내용	비고
	(신청인)가 모든 지시사항, 시방서, 설계내역서 등에 따라 정상적으로 시공하였다는 내용으로 정산 합의하였음	
경과	<ul style="list-style-type: none"> · ① 피신청인이 시공 상태하자 여부 등에 대한 문제제기 없이 이 사건 목적물을 정상적으로 인수하였던 점, ② 목적물 인수 이후에도 수급사업자가 모든 지시사항, 시방서, 설계내역 등에 따라 정상적으로 시공하였다는 내용으로 정산 합의하였던 점, ③ 설령 피청인 주장과 같이 신청인 시공내역에 하자가 일부 확인된다고 하더라도 원사업자에게 목적물 수령일로부터 10일 이내에 검사 결과를 통지하도록 의무를 부여하고 동 기간 내에 통지하지 아니한 경우 하도급대금도 확정적으로 발생하였다고 보아야 하는 점 등을 고려할 때, 피신청인의 주장은 이유 없음(공정거래위원회 제2소회의 의결 제2019-002호) 	인용

□ 사례5-2는 원사업자와 수급사업자가 체결한 하도급계약에 있어 하자발생을 이유로 원사업자가 수급사업자에게 하도급대금의 지급을 거절하면서 발생한 분쟁(의결) 사건임

□ 오늘날 하자발생을 이유로 원사업자가 수급사업자에게 하도급대금의 지급을 거절하거나 미루는 사례가 빈번하게 발생하고 있으나, 하자담보책임의 복합·연계성으로 인하여 적절한 통제수단이 없는 실정임

- 「부당특약 심사지침」에서는 ‘수급사업자의 하자보수보증증권 상의 보증기간은 하도급계약으로 정한 하자담보책임기간보다 몇 년을 더 길게 산정하여야 한다는 약정’, ‘원사업자가 하자라고 확정된 경우 이에 대하여 일체의 이의를 제기할 수 없다는 약정’ 등을 부당특약의 예시로 규정하고 있음

□ 하자담보책임은 하자보증보험 또는 별도의 손해배상청구를 통해 해결하도록 하고, 하도급대금의 지급과 연계하는 행태(行態)를 금지하는 방안을 강구할 필요가 있음

(2) 조경수 재식재 이후의 하자담보책임

사례 5-3	내용	비고
분쟁대상	조경공사 하자담보책임	
분쟁유형	조경수 재식재 이후의 하자담보책임	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(A입주자대표회의) <ul style="list-style-type: none"> - 단지 내 조경수가 고사하여 이에 대해 하자 판정을 구함 ○ 피신청인(B건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 이미 조경하자보수를 성실히 진행하였으며, 재식재 이후 관리(병충해 및 고갈) 미흡으로 고사가 발생한 것으로 사료되며, 보증기간이 경과된 이후 하자보수를 지속해서 신청하는 것은 수용하기 어려움 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 하자담보책임기간 <ul style="list-style-type: none"> - 식재공사에 대한 하자담보책임기간은 「공동주택관리법 시행령」 별표4에 따라 사용검사일로부터 3년까지이고, 신청인이 하자담보책임기간 이내에 하자보수를 청구하여 피신청인이 보수를 하였으나, 하자가 재발생하여 하자보수를 재청구함 ○ 관련 법규 및 기준 <ul style="list-style-type: none"> - 「공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 방법 및 하자판정기준」(국토교통부고시 제2016-1048호, 2016. 12. 30) 제30조(조경수 고사)에서는 “수관부분 가지가 2/3이상 고사된 조경수는 하자로 판정한다. 다만, 유지관리 소홀로 인한 고사 및 인위적으로 훼손된 조경수라는 점이 입증되는 경우 하자에서 제외한다”로 규정하고 있음 - 사용검사도면(식재평면도-1) 확인결과, 선큰 및 카페테리아 주변에 자작나무(H4.0×B10)89주가 표기되어 있음 ○ 관련 자료 및 판례 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인 사이에 조경고사와 관련한 종결합의서는 없는 상태이며, 하자보수확인서를 검토한 결과 해당 수목은 재식재를 하였으며, 식재 후 3개월 이내에 고사한 것으로 확인됨 - 신청인은 수목의 유지관리를 위하여 별도의 전문업체를 선정하여 소독 등을 실시하였으며, 신청인이 관수작업을 하는 등 수목에 대한 유지관리를 지속적으로 하였다고 진술함 	

사례 5-3	내용	비고
	<ul style="list-style-type: none"> - 하자담보책임 기간 내에 하자보수가 이루어졌으나 하자담보책임기간 경과 이후 재하자가 발생한 경우 관련 법령 등 규정은 없으나, 부적절한 방법으로 하자보수가 이루어진 경우까지 하자보수가 이루어졌다고 보는 것은 주택법이 하자담보책임을 규정한 취지에 맞지 않고, 법원의 태도 또한 하자보수를 하였어도 부적절한 방법으로 보수를 하여 하자담보책임기간 이후 재하자가 발생한 것으로 인정되는 경우에는 하자보수책임을 인정하는 입장임(수원지방법원 2008가합20600판결 등). 	
경과	<ul style="list-style-type: none"> · 조경수 고사는 신청인의 유지관리 소홀로 발생하였다고 인정할 자료가 없고, 해당 수목들은 재식재를 하였으나 모두 3개월 이내에 수관부 가지의 2/3이상이 고사되었다는 점에서 식재 수목의 불량 등 피신청인의 불완전한 보수에 기인한 것으로 판단되며, 조경수의 고사로 인하여 기능상, 미관상 지장을 초래하므로 일반하자로 판단함 	인용

- 사례5-3은 건설회사와 입주자대표회의 사이의 하자담보책임으로서, 아파트 단지 내 조경수를 재식재하였음에도 고사한 것에 대하여 신청인(입주자대표회의)은 하자담보책임을, 피신청인(건설회사)은 유지관리 소홀을 주장하면서 발생한 분쟁(조정) 사건임
- 「공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 방법 및 하자판정기준」에서는 조경수 수관부의 가지 3분의 2 이상이 고사되거나, 수목의 생육상태가 극히 불량하여 회복하기 어렵다고 인정되는 경우에는 고사(枯死)된 것으로 간주하여 시공 하자로 보고 있으며, 고사된 조경수의 재식재 비용은 설계도서의 조경수 규격을 기준으로 산정하도록 규정하고 있음
- 일반적으로 하자담보책임 기간 내의 조경수 고사는 재식재가 이루어진다고 하더라도 건설회사의 하자책임으로 인정하는 경향이 있으나, 생물의 식재라는 조경공사의 특성을 고려하여 합리적인 분쟁 해결 방안을 모색할 필요가 있음

6. 장기계속공사계약 사례

- 장기계속공사는 공사계약에 있어서 그 이행에 수년이 걸리며 설계서 등에 의하여 전체의 사업내용이 확정된 공사를 말하며, “국가계약법” 및 “지방계약법”에 근거를 두고 있음
- 대법원 2018. 10. 30 선고 2014다235189 전원합의체 판결에서 장기계속공사의 경우 총공사기간은 각 연차별 계약의 체결에 따라 연동되는 것으로 이에 대한 법적 구속력이 없기 때문에 총공사기간의 연장을 이유로 한 계약금액의 증액을 인정할 수 없다고 판시한 이후 장기계속공사계약 관련 후속 클레임이 증가하고 있음
- 장기계속공사계약 관련 법규의 주요 내용은 다음과 같음

구분	조항	주요 내용
국가 계약법	<ul style="list-style-type: none"> · 법 제21조(계속비 및 장기계속계약) · 시행령 제64조(물가변동으로 인한 계약금액의 조정), 제65조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정) 	<ul style="list-style-type: none"> · 그 성질상 수년간 계속하여 존속할 필요가 있거나 이행에 수년을 요하는 계약에 있어서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 장기계속계약을 체결할 수 있음 · 장기계속공사 및 장기물품제조등의 경우에는 제1차계약체결시 부기한 총공사 및 총제조등의 금액을 조정함 · 장기계속공사의 경우에는 제69조제2항에 따라 부기된 총공사금액의 100분의 10 이상인 경우에는 계약심의회, 예산집행심의회 또는 기술자문위원회의 심의를 거쳐 소속 중앙관서의 장의 승인을 얻어야 함
	<ul style="list-style-type: none"> · 공사계약일반조건 제20조(설계변경으로 인한 계약금액의 조정), 제22조 	<ul style="list-style-type: none"> · 계약금액조정 청구는 제40조에 의한 준공대가(장기계속계약의 경우에는 각 차수별 준공대가) 수령전까지 조정신청을 하여야 함 · 장기계속계약의 경우에는 각 차수별 준공대가) 수령전까지 조정신청을 하여야 조정금액을 지급받을 수 있음

구분	조항	주요 내용
	(물가변동으로 인한 계약금액의 조정), 제23조(기타 계약내용의 변경으로 인한 계약금액의 조정, 제51조(분쟁의 해결))	<ul style="list-style-type: none"> 계약담당공무원은 공사계약에 있어서 제20조 및 제22조에 의한 경우 외에 공사기간·운반거리의 변경 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위 안에서 이를 조정(하도급업체가 지출한 비용을 포함한다)함 협약이 이루어지지 아니할 때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결함

□ 이하에서는 판례, 중재를 토대로 장기계속공사계약 사례 가운데 간접공사비 미지급 등 분쟁해결의 절차, 총공사기간 연장에 따른 간접공사비 미지급, 손해배상 청구의 소멸시효 기산점에 관한 클레임 사례를 검토함

(1) 총공사기간 연장에 따른 간접공사비 미지급

사례 6-1	내용	비고
분쟁대상	장기계속공사	
분쟁유형	총공사기간 연장에 따른 간접공사비 미지급	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(공동수급체 건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 공사의 총공사기간이 연장되었음을 이유로 증가한 간접공사비의 지급 청구 ○ 피고(대한민국) <ul style="list-style-type: none"> - 장기계속공사에 있어 간접공사비는 연차별 계약금액에 포함되어 있음을 이유로 계약금액조정 요청에 응할 수 없음 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 총공사기간의 변경 <ul style="list-style-type: none"> - 원고와 예비적 피고(서울시)는 각 공구별 준공기한을 당초 연장하기로 합의 ○ 공사기간에 연장에 따른 계약금액 조정 신청 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 각 준공기한 연장에 따른 계약금액의 조정을 요청하였으나, 예비적 피고는 이 사건 공사가 장기계속공사계약으로 연차별로 계약을 체결하여 중단 없이 추진된 공사이므로 계약내용의 변경으로 인한 계약금액조정사유에 해당하지 않는다고 화신 	

사례 6-1	내용	비고
	<p>○ 총공사기간과 총공사금액의 변경</p> <p>- 원고들과 예비적 피고는 각 공구별로 설계변동, 물가변동, 공사구역 변경 등의 사유로 수회에 걸쳐 연차별 계약을 체결하면서 부기사항인 총 공사기간과 총공사금액을 변경하는바, 원고는 총공사기간이 연장되었음을 이유로 증가한 간접공사비의 지급을 구하고 있음</p>	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 장기계속공사계약에서 이른바 총괄계약은 전체적인 사업의 규모나 공사금액, 공사기간 등에 관하여 잠정적으로 활용하는 기준으로서 구체적으로는 계약상대방이 각 연차별 계약을 체결할 지위에 있다는 점과 계약의 전체 규모는 총괄계약을 기준으로 한다는 점에 관한 합의라고 보아야 함 · 총괄계약의 효력은 계약상대방의 결정(연차별 계약마다 경쟁입찰 등 계약상대방 결정 절차를 다시 밟을 필요가 없다), 계약이행의 사의 확정(정당한 사유 없이 연차별 계약의 체결을 거절할 수 없고, 총공사내역에 포함된 것을 별도로 분리발주할 수 없다), 계약단가(연차별 계약금액을 정할 때 총공사의 계약단가에 의해 결정한다) 등에만 미칠 뿐이고, 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 연차별 계약을 통하여 구체적으로 확정된다고 보아야 한다(대법원 2018. 10. 30 선고 2014다235189 전원합의체 판결) 	

□ 사례6-1은 장기계속공사계약에 있어 총괄계약의 독립성을 부인하고, 총공사기간 연장에 따른 계약금액의 증액을 부정한 대법원 2018. 10. 30 선고 2014다235189 전원합의체 판결임

- 소수의견은 총괄계약의 연장에 대하여 계약금액 조정신청이 불가능하다고 볼 경우, 계약상대자는 총 공사기간의 연장에 따른 계약금액의 조정을 받을 수 있는 기회 자체를 박탈당하게 되기 때문에 총괄계약의 독립성을 인정하여야 한다고 판단하였음

□ 기존에 하급심 판결이 여러 갈래로 나뉘어 있었고, 현재 다수 사건이 계속 중이므로 이 판결의 판단이 동일 쟁점의 다른 사건에 많은 영향을 미칠 것으로 보임

□ 전원합의체 판결에 따라 장기계속계약에 있어 계약금액의 조정은 연차별 계약 종료시까지 청구할 필요가 있음

(2) 간접공사비 지급 등 분쟁해결의 절차

사례 6-2	내용	비고
분쟁대상	장기계속공사	
분쟁유형	간접공사비 지급 등 분쟁해결의 절차	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 신청인(건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 피고의 책임있는 사유로 공기가 지연되었는바, 공기연장에 따른 간접비 지급을 청구함 ○ 피신청인(대한민국) <ul style="list-style-type: none"> - 중재신청의 요건을 갖추지 못하였음 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 장기계속공사 계약 체결 및 연장합의 <ul style="list-style-type: none"> - 신청인과 피신청인은 00지하철 △△공구 건설공사에 관하여 순차적으로 계약을 체결하였고, 당사자는 2차례의 합의를 거쳐 공사기간을 연장하였음 ○ 피신청인의 책임있는 사유로 공기 연장 <ul style="list-style-type: none"> - △△공구 건설공사를 위하여 선행되어야 할 지장물 철거, 사유 부동산 등에 대한 보상지연 등 피신청인의 책임있는 사유로 인하여 공기가 연장되었는바, 사비·이윤·공사보험료 등의 간접비가 발생하였음 - 공사계약일반조건 제23조에서는 “계약담당공무원은 …공사기간, 운반거리의 변경 등 계약내용의 변경으로 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 그 변경된 내용에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위안에서 이를 조정(하도급업체가 지출한 비용을 포함한다)…”고 규정하고 있음 	

사례 6-2	내용	비고
	○ 간접비 지급 청구의 중재 신청 - 피신청인의 책임있는 사유로 간접비가 추가적으로 발생하였고, 공사계약일반조건 제22조의 규정에도 불구하고 피신청인은 계약금액 조정의무를 해태한 잘못이 있는바, 간접비 지급의 중재를 신청함	
경과	<ul style="list-style-type: none"> · 공사계약일반조건 제51조에서는 ① 계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다, ② 협의가 이루어지지 아니할때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다고 규정하고 있음 · 계약기간이 종료된 시점에서 계약당사자간의 협의를 위한 신청 역시 존재하지 않으므로 중재의 대상이 되지 않음 	각하

- 사례6-2는 장기계속공사계약에 있어 분쟁해결의 절차를 다룬 분쟁(중재) 사건으로서, 장기계속공사계약은 “국가계약법” 및 “지방계약법”에 근거를 두고 있기 때문에 공사계약일반조건에 따라 분쟁 해결이 이루어짐
 - 과거의 공사계약일반조건 제51조에서는 ① 계약의 수행중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다, ② 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 협의가 이루어지지 아니할때에는 법원의 판결 또는 「중재법」에 의한 중재에 의하여 해결한다고 규정하고 있었음
 - 이는 30일간의 분쟁해결을 위한 협의기간으로서 당사자는 이 기간동안 분쟁을 해결하기 위한 협의를 필수요건으로 하고 있었음

- 오늘날 공사계약일반조건에서는 30일의 기간이 삭제되었기 때문에 ‘계약의 수행 중’, ‘당사자 협의’의 요건만 갖추면 됨

- 향후 많은 장기계속공사계약 관련 클레임이 「중재법」상 중재에 따라 해결될 것으로 예상됨

(3) 손해배상 청구의 소멸시효 기산점

사례 6-3	내용	비고
분쟁대상	장기계속공사	
분쟁유형	손해배상 청구의 소멸시효 기산점	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(대한민국) <ul style="list-style-type: none"> - 불법행위(담합)에 따른 손해배상 청구 및 既 지급한 설계보상비 반환 청구 ○ 피고(공동수급체 건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 손해배상청구는 국가재정법상 5년의 소멸시효 완성, 공사입찰 유의서/특별유의서 규정은 입찰이 무효로 되어 재입찰이 이루어지는 경우 발주기관이 이중으로 설계보상비를 지급하게 되는 결과를 예방하기 한 규정 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 장기계속공사에 대한 공동수급체 구성 <ul style="list-style-type: none"> - 국가의 요청에 따라 조달청장이 공고한 장기계속공사에 관한 입찰에서 피고는 투찰률이 90%를 넘지 않는 범위 내에서 추첨을 통하여 투찰가격을 결정하기로 합의한 후 이에 따른 투찰가격으로 투찰하여 낙찰자로 선정되자, 원고와 총공사금액 및 총공사준공일을 부기하여 위 공사의 1차 계약을 체결하였고, 그 후 차수별로 2차 내지 4차 계약을 체결하여 위 공사를 완성하고 공사대금을 지급받았음 ○ 부당한 공동행위로 인한 입·낙찰 <ul style="list-style-type: none"> - 공정거래위원회가 피고의 행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 제8호의 부당한 공동행위에 해당한다며 피고 공동수급체에 시정명령 및 과징금 납부명령을 하자, 원고가 피고 공동수급체를 상대로 불법행위에 따른 손해배상 청구 ○ 원심의 손해배상채권의 소멸시효 완성 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 원심은 원고와 피고는 1차 계약을 체결할 때 총공사준공일 및 총공사금액이 기재된 계약서가 작성됨으로써 이 사건 공사 전체에 관한 총괄계약과 1차분 차수별 계약이 동시에 성립하였고, 위 각 계약을 통하여 피고의 총공사금액에 대한 권리의무가 확정됨으로써 그때 총공사금액 전부에 관한 손해가 원고에게 현실적으로 발생되었는바, 이 사건 1차 계약 체결일인 2010. 3. 24.부터 5년이 경과하여 제기되었으므로 위 손해배상채권의 소멸시효가 모두 완성되었다고 판단 	

사례 6-3	내용	비고
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 총괄계약은 전체적인 사업의 규모나 공사금액, 공사기간 등에 관하여 잠정적으로 활용하는 기준으로서 구체적으로는 계약상대방이 각 연차별 계약을 체결할 지위에 있다는 점과 계약의 전체 규모는 총괄계약을 기준으로 한다는 점에 관한 합의라고 보아야 함. 따라서 총괄계약의 효력은 계약상대방의 결정, 계약 이행의사의 확정, 계약단가 등에만 미칠 뿐이고, 계약상대방이 이행할 급부의 구체적인 내용, 계약상대방에게 지급할 공사대금의 범위, 계약의 이행기간 등은 모두 연차별 계약을 통하여 구체적으로 확정된다고 보아야 함. 1차 계약과 동시에 총괄계약이 체결된 사정만으로는 국가가 甲 회사에 지급할 총공사대금이 구체적으로 확정되었다고 볼 수 없는데도, 국가의 甲 회사와 乙 회사 등에 대한 손해배상채권 전부의 소멸시효가 그때부터 진행하여 모두 완성되었다고 본 원심판단에는 총괄계약의 효력 등에 관한 법리오해 등 잘못이 있음. · 입찰 무효사유에 해당하는 공동행위가 사후에 밝혀진 이상 입찰 무효 여부와 관계없이 국가는 특별유의서 규정에 근거하여 피고 등을 상대로 설계보상비의 반환을 구할 수 있음(대법원 2019. 8. 29 선고 2017다276679 판결) 	

□ 사례6-3은 장기계속공사계약에 있어 총괄계약의 독립성을 부인한 대법원 2018. 10. 30 선고 2014다235189 전원합의체 판결의 후속 판결임

- 장기계속공사에 대한 공동수급체를 구성하여 연차별 계약으로 공사의 완성 및 공사대금을 지급받은 이후 5년이 지난 시점에서 부당한 공동행위(입·낙찰)에 대한 손해배상청구를 제기한 사안에서 소멸시효 기산점은 총괄계약이 아닌 연차별 계약에 따라 확정된다고 하면서 손해배상을 인정한 사례임

□ 향후에도 장기계속공사계약의 경우 계약상대방의 결정, 계약 이행의사의 확정, 계약단가 등을 제외한 다른 계약 사항은 연차별 계약에 따라 이루어질 것으로 예상됨

7. 하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 사례

- 하도급법을 위반하는 경우 공정거래위원회는 해당 사업자에게 시정조치, 과징금, 벌금 등의 행정제재를 가할 수 있으며, 이 경우 해당 사업자는 향후 공사 입·낙찰에 있어 불이익을 받을 수 있음
- 그런데 최근 법원에서는 공정거래위원회의 행정제재를 잇따라 취소하면서 하도급법의 취지 및 원사업자와 수급사업자간 공정한 하도급거래를 형해화(形骸化)하고, 기존 불공정행위의 반복으로 인하여 클레임이 증가하고 있음
- 하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 관련 법규의 주요 내용은 다음과 같음

구분	조항	주요 내용
하도급법	<ul style="list-style-type: none"> · 법 제8조(부당한 위탁취소의 금지 등) · 법 제25조(시정조치) 	<ul style="list-style-type: none"> · 원사업자는 제조등의 위탁을 임의로 취소 또는 변경하는 행위를 하여서는 아니됨 · 공정거래위원회는 제3조 제1항부터 제4항까지 및 제9항, 제3조의4, 제4조부터 제12조까지, 제12조의2, 제12조의3, 제13조, 제13조의2, 제14조부터 제16조까지, 제16조의2 제7항 및 제17조부터 제20조까지의 규정을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 특약의 삭제나 수정, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 명할 수 있음
	<ul style="list-style-type: none"> · 건설업 산업안전보건관리비 계상 및 사용기준 제7조(사용기준) 	<ul style="list-style-type: none"> · 수급인 또는 자기공사자는 안전관리비를 다음 각 호의 항목별 사용기준에 따라 건설사업장에서 근무하는 근로자의 산업재해 및 건강장해 예방을 위한 목적으로만 사용하여야 함

- 이하에서는 판례를 토대로 공정거래위원회가 원사업자를 하도급법 위반으로 판단하여 시정명령 등 행정제재를 가하였으나, 법원에서 ① 공사계약체결전 위반, ② 부당감액 불인정, ③ 하도급법 위반 행위가 있었으나 위반행위의 결과가 존재하지 않는 경우로 보아 이를 취소한 클레임 사례를 검토함

(1) 공사계약체결 전 하도급법 위반 여부

사례 7-1	내용	비고
분쟁대상	하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 사례	
분쟁유형	공사계약체결전 하도급법 위반 여부	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(A종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 원고와 소외 전문건설회사는 공사계약 체결 전의 상태이므로 하도급법상 부당한 하도급대금 결정 위반에 따른 시정조치는 위법함 ○ 피고(공정거래위원회) <ul style="list-style-type: none"> - 공사절차를 개시한 단계에서 하도급법 위반에 따른 시정조치 처분은 적법함 	
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 개략적인 공사체결 협의 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 공사에 대한 현장설명회를 개최하였고, 소외회사를 비롯한 4개 업체로부터 위 공사에 관한 견적서를 각 제출받아 그 중 최저가의 견적을 제시한 소외회사(실내건축공사업)를 협상대상업체로 선정하여 여러 차례 협의를 거친 후, 개략적인 공사대금의 협의를 하였음 ○ 부당한 하도급대금의 결정 <ul style="list-style-type: none"> - 최종적인 공사계약이 이루어지지 않은 상태에서 원고는 소외회사에게 공사대금의 감액을 요구하였으나, 소외회사는 원고의 요구를 거부하였음 - 소외회사는 공사계약이 체결될 것으로 예상하여 공사의 시공에 필요한 자재 납품계약을 체결하였음 ○ 제3자와의 계약 체결 및 공정거래위원회의 시정조치 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 소외회사와 공사대금 감액에 대한 재협의를 결렬되자 제3자와 계약을 체결하였음 - 공정거래위원회는 공사절차가 개시되었음을 전제로 하여 하도급법 위반을 이유로 시정조치처분을 하였음 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 원고와 소외회사 사이에 이 사건 공사에 관한 계약이 체결되었거나 위 공사에 관한 건설위탁이 있었다고 할 수 없고, 그 외에 위 공사에 대한 시공지시가 있었다고 보기도 어렵다고 할 것이므로, 이를 전제로 한 피고의 이 사건 처분은 위법하다고 할 것임(서울고등법원 2004. 11. 3 선고 2003누14699 판결) 	기각

□ 사례 7-1은 공사계약을 교섭하는 단계나 계약의 체결단계에서 공사대금 등에 관한 의사의 불일치로 계약서를 작성하지 못하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 공사계약이 체결되었다거나 공사의 위탁이 있었다고 할 수 없다고 하면서 하도급법 위반에 따른 시정명령을 취소한 사례임

- 판례는 공사계약을 체결하는 단계에서 이 사건 공사계약의 성립을 기대하고 시공에 필요한 자재를 주문하는 등 계약의 이행행위를 준비하였으나 계약에 이르지 못함으로써 발생한 비용 상당의 손해에 대하여 계약교섭의 부당한 중도파기에 의한 불법행위책임을 물을 수는 있다고 하고 있음

□ 그러나 현장설명회 개최 후 최저가의 견적을 제시한 수급사업자와 여러 차례 공사대금에 대한 협의가 이루어졌다면, 이는 하도급법 제8조의 부당한 위탁 취소의 금지 및 제11조의 감액금지로 보아야 함에도 제4조의 부당한 하도급대금의 결정 금지 여부만을 판단하여 시정명령을 취소한 점은 문제가 있음

□ 낙찰 이후 또는 공사 완료 후 구두계약에 따른 추가·변경공사 계약서 작성 이전 단계에서 감액에 대한 합의가 이루어지지 않음으로 인한 위탁 취소가 비일비재(非一非再)하게 발생하고 있는바, 이는 하도급법 위반으로 보아야 함

(2) 부담감액 여부(불인정)

사례 7-2	내용	비고
분쟁대상	하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 사례	
분쟁유형	부담감액 관련 하도급법 위반 여부	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(A종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 수급사업자와 체결한 각 안전약정에 따라 하도급대금에서 공제하였을 뿐, 부당한 감액이 아님 ○ 피고(공정거래위원회) <ul style="list-style-type: none"> - 안전약정은 산재사고에 대한 모든 책임을 수급사업자에게 부담시키고 있고, 수급사업자의 귀책 사유 여부와 관계 없이 일정한 금액을 공제하고 있는바, 부담감액에 해당함 	

사례 7-2	내용	비고
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 안전관리비 외의 별도의 안전약정 체결 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 안전관리비를 반영한 하도급계약을 체결하면서, 이와 별도로 “발생하는 산재사고에 대하여는 이 사건 하수급인들이 모두 민·형사상 책임을 부담하고, 원고가 이에 대하여 산재 처리를 하는 경우에는 산재사고로 인한 산재보험요율 인상, PQ점수 하락, 경영평가 하락 등 원고의 불이익에 대하여 수급사업자들이 원고에게 부상자 1인당 2,000만 원, 사망자 1인당 1억 원을 지급하되, 원고가 이 사건 수급사업자들에 대한 기성 공사대금 지급시 위 금액을 공제하고 지급할 수 있다”는 내용의 안전계약을 각각 체결 ○ 산재사고 발생 <ul style="list-style-type: none"> - 하도급공사 진행 중 각 수급사업자 소속 근로자들은 상해의 사고가 발생하였음 ○ 안전약정에 따라 공제 후 하도급대금 지급 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 수급사업자들에게 각 안전약정에 따라 일정 금액을 공제한 후 하도급대금을 지급하였음 - 공정거래위원회는 하도급법상 부당감액에 해당한다는 이유로 시정명령을 하였음 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 하도급관계에 있어서 원사업자와 수급사업자는 내부관계에서 산재 사고에 대한 책임을 수급사업자가 지는 것으로 미리 합의할 수 있다고 할 것인데, 위 각 안전약정이 산재사고에 대하여 이 사건 수급사업자들에게 그들의 귀책사유가 전혀 없는 경우까지 책임을 지도록 하는 취지로 보이지 않고, 이 사건 수급사업자들의 귀책사유로 인한 산재사고로 원고가 입을 위와 같은 손해는 그 손해액 산정이 어려우므로 위와 같이 미리 그 배상액을 예정할 수도 있음(서울고등법원 2010. 9. 15 선고 2009누39300 판결) 	기각

□ 사례 7-2는 하도급계약에 있어 수급사업자의 귀책사유에 따라 일반적인 특약을 인정할 수 있고, 특히 산재사고는 그 손해액 산정이 어렵기 때문에 그 배상액을 예정할 수 있다고 판시하면서 하도급법 위반에 따른 시정명령을 취소한 사례임

- 민법 제398조 제2항에 따라 법원은 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 적당히 감액할 수 있고, 수급사업자 입장에서 실제 산재사고에 있어서 위 배상예정액이 부당히 과다하다고 판단될 경우 민사소송을 통하여 이를 다룰 수 있는 여지가 있다고 하고 있음

□ 그런데 판례는 「산업안전보건법」에서는 도급계약을 체결하는 경우 산업재해 예방을 위한 산업안전보건관리비(안전관리비)를 도급금액에 계상하도록 하고 있고, 안전관리비는 근로자의 산업재해 및 건강장해 예방을 위한 목적으로만 사용하도록 하는 규정(「건설업 산업안전보건관리비 계상 및 사용기준」)을 간과한 측면이 있음

□ 또한, 계약 체결시 안전관리비 외의 별도의 안전약정을 통하여 일률적인 금액을 공제하는 것은 부당감액에 해당하기 때문에 하도급법 위반으로 다룰 여지가 있다고 판단됨

(3) 하도급법 위반 행위가 있었으나 위반행위의 결과가 존재하지 않는 경우

사례 7-3	내용	비고
분쟁대상	하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 사례	
분쟁유형	하도급법 위반 행위가 있었으나 위반행위의 결과가 존재하지 않는 경우	
신청취지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 원고(A종합건설회사) <ul style="list-style-type: none"> - 원고의 하도급법 위반행위에는 수급사업자에게도 책임이 있는 바, 피고는 하도급법 제33조(과실상계)를 고려하지 않고 이 사건 처분을 하였음 ○ 피고(공정거래위원회) <ul style="list-style-type: none"> - 가집행선고 판결에 기한 금원 지급에 의한 채권소멸의 효과는 확정적인 것이 아니라 상소심에서 확정된 때에 비로소 발생되며, 피고가 관련 민사판결에서 인정한 미지급 하도급대금 가운데 이 사건 처분 시까지 고시이율과 법정이율의 차이에 상응한 부분의 지연손해금으로 한정하여 이를 지급하도록 하는 시정명령을 발할 필요가 있음 	

사례 7-3	내용	비고
사실관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 하도급계약 및 공사완성 <ul style="list-style-type: none"> - 원고는 수급사업자와 승강기 설치의 하도급계약을 체결하였고, 수급사업자는 공사를 완성하여 원고 또는 발주자에게 승강기를 인도하였음 ○ 수급사업자의 민사소송 제기 및 원고의 상계 의사표시로 인한 채무 소멸 <ul style="list-style-type: none"> - 수급사업자는 원고를 상대로 미지급 공사대금을 구하는 민사소송을 제기하였고, 가집행선고부 일부 승소판결을 집행권원으로 채권압류 및 추심명령결정을 받음 - 원고는 공정거래위원회의 시정명령 전에 수급사업자가 제기한 하도급대금 청구소송에서 지체상금 채권과 하자보수를 같은 손해배상채권 등을 자동채권으로 하여 상계의 의사표시로 수급사업자에 대한 하도급대금 채무를 소멸시켰음 ○ 공정거래위원회의 시정명령 <ul style="list-style-type: none"> - 공정거래위원회는 부당한 하도급대금 지급을 이유로 지연손해금의 지급(시정명령)을 명하였음 	
판단	<ul style="list-style-type: none"> · 하도급법 제25조 제1항은 공정거래위원회는 하도급법 제13조등의 규정을 위반한 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법위반행위의 중지, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다고 규정하고 있는바, 하도급법이 제13조등의 위반행위 그 자체에 대하여 과징금을 부과하고, 형사처벌을 하도록 규정하고 있는 것과 별도로 그 위반행위를 이유로 한 시정명령의 불이행에 대하여도 형사처벌을 하도록 규정하고 있는 점과 이익침해적 제재규정의 엄격해석 원칙 등에 비추어 볼 때, 비록 하도급법 제13조등의 위반행위가 있었다라도 그 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 않는다면 하도급법 제25조 제1항에 의한 시정명령을 할 수 없다고 보아야 함(대법원 2015. 12. 10 선고 2013두35013 판결) 	기각

□ 사례 7-3은 하도급법 제25조 제1항의 규정(시정조치)을 적용함에 있어 하도급법 위반행위가 있었다라도 그 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 않는다면 시정명령을 할 수 없다고 판시하면서 하도급법 위반에 따른 시정명령을 취소한 사례임

- 해당 법리는 과거 대법원에서 “시정명령은 하도급법 위반의 행위가 있음을 확인하거나 재발방지 등을 위한 조치를 취하는 것이 아니라, 당해 위반행위로 인하여 현실로 존재하는 위법한 결과를 바로잡는 것을 내용으로 하는 것”이라고 판시(대법원 2002. 11. 26 선고 2001두3099 판결)하면서 정립되었음

□ 그러나 2011.3.29. 하도급법 제25조는 ‘향후 재발방지 그 밖에 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다’고 개정되었는데, 이는 하도급법 위반행위를 시정한 경우에도 동일하거나 유사한 행위의 재발방지를 위하여 시정명령을 내릴 필요성으로 인하여 도입된 제도임¹⁷⁾

□ 특히, 대법원의 법리에 따를 경우 공정거래위원회의 시정 명령 이전 단계에서는 하도급법 위반에 대한 적절한 제재 수단이 부재하여 악용 소지가 매우 높다고 할 수 있으며, 하도급법의 입법 목적과 배치된다고 판단됨

17) 하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안(허태열 의원 대표발의: 의안번호 제 1809726호, 2010. 10. 29) 검토보고서: 해당 개정안은 대법원(2002. 11. 26. 2001두 3099)이 하도급법 위반행위가 있었다고 하더라도 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 아니한다면 공정거래위원회가 시정명령을 할 여지가 없다고 판시한 상황에서 재발방지를 위하여 시정명령을 내릴 수 있도록 입법적으로 해결한 내용이라고 설명하고 있음. 이 법률안은 2011. 3. 29. 개정된 하도급법에 대안 반영되었음.

1. 법적 시사점

(1) 부당특약 무효화 확대

- 부당특약 금지 규정은 과거 1995년 국가계약법 시행령 제정 당시부터 '계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건의 금지'를 규정하였고, 이후 지방계약법, 건설산업기본법, 하도급법으로 확대되었음
 - 2006. 1. 1. 지방계약법 도입
 - 2009. 12. 29. 「건설산업기본법」 도입¹⁸⁾
 - 2013. 8. 16. 하도급법에 도입¹⁹⁾

□ 건설산업기본법, 하도급법에서 규정한 부당 특약의 내용은 다음과 같음

건설산업기본법	하도급법
제38조(불공정행위의 금지) ② 수급인은 하수급인에게 건설공사에 관한 도급계약의 원칙, 건설공사 수급인 등의 하자담보책임, 하도급대금의 지급 등, 설계변경 등에 따른	제3조의4(부당한 특약의 금지) ① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 "부당한 특약"이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다.

- 18) 입법 당시 하도급법 제4조의 '부당한 하도급대금의 결정 금지' 규정을 부당특약으로 판단하였는데, 불공정거래 관행의 개선, 부실공사의 방지, 하도급업체 보호 및 건설산업의 건전한 발전과 함께 하도급법에서 보호받지 못하는 수급사업자(하수급인) 보호 목적도 함께 고려되었음.
- 19) 공정거래위원회가 2011년 12개 건설사를 대상으로 표준하도급계약서 및 부당특약 사용여부에 대하여 실태점검을 실시한 결과 12개 건설사 모두 수급사업자에게 유리한 조항을 삭제하거나 원사업자에게 유리한 조항을 추가로 포함시키는 등, 변형 계약서를 사용한 것으로 나타났다. 이에 따라 하도급법상 기존의 부당한 하도급대금의 결정 금지 규정과 별도로 부당특약 금지 규정을 신설하였음: 하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안(서병수 의원 대표발의: 의안번호 제1902003호, 2012. 9. 27) 검토보고서.

건설산업기본법	하도급법
<p>하도급대금의 조정 등, 추가·변경공사에 대한 서면 확인 등, 건설사업자의 손해배상 책임 또는 관계 법령 등을 위반하여 하수급인의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약을 요구하여서는 아니된다. 이 경우 부당한 특약의 유형은 대통령령으로 정한다.</p>	<p>② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 약정은 부당한 특약으로 본다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 원사업자가 제3조 제1항의 서면에 기재되지 아니한 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정 2. 원사업자가 부담하여야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정 3. 원사업자가 입찰내역에 없는 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정 4. 그 밖에 이 법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정

□ 그럼에도 상대적으로 열위적 위치에 있는 계약상대자를 상대로 불리한 특수 조건 등을 설정하여 부담을 가중시키는 사례가 지속·누적되었음

□ 이에 따라 2013. 8. 6. 「건설산업기본법」에서는 거래질서의 민주화를 위해 건설공사 도급 계약서의 내용 중 계약당사자 간 현저하게 불공정하고 불평등한 계약(특수)조건의 효력을 부인하는 규정을 신설하였음

- 당시 공공공사의 경우 국가계약법에 따른 공사계약일반조건 제3조에서 “계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있는 경우 특수한 조건의 등 내용은 효력이 인정되지 아니한다”고 규정하고 있었음²⁰⁾

20) 「약관의 규제에 관한 법률」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 등에서도 법에 구체적 기준을 정하고 계약조건이 기준에 미달하는 경우 효력을 무효화하도록 규정하고 있었음

- 반면, 민간공사의 경우 사적자치(私的自治)를 이유로 불공정한 계약에 대한 아무런 제한 규정이 없어 공사내용 변경 시 계약기간의 변경 불인정 및 부담의 전가, 예측불가능한 사유로 인한 책임의 전가 등 수급인에게 일방적으로 불리한 계약이 체결되었음
- 이에 도급계약 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 계약을 체결하는 경우 그 부분에 한하여 무효로 하도록 함으로써 도급계약이 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 공정하게 체결되도록 하였음²¹⁾

□ 이러한 입법 취지는 국가계약법으로 계수되어 2019. 11. 26. 부당한 특약을 무효로 하는 규정이 신설되었음(2020. 5. 27. 시행)²²⁾

법률	내용
국가계약법	제5조(계약의 원칙) ③ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결할 때 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건(이하 "부당한 특약등"이라 한다)을 정해서는 아니 된다. ④ 제3항에 따른 부당한 특약등은 무효로 한다.
건설산업기본법	제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙) ⑤ 건설공사 도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다. 1. 계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우

- 21) 건설산업기본법 일부개정법률안(이이재 의원 대표발의: 의안번호 제1902312호, 2012. 10. 16) 검토보고서.
- 22) 2018. 3. 22. 감사원은 “공공발주 건설공사 불공정관행 점검”에서 국가계약법 제5조 및 시행령 제4조 등에서 ‘발주자는 수급인의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 안된다’고 규정하고 있으나, 발주자가 계약단계에서 해당 규정을 위반하여 특약을 설정하더라도 수급인은 향후 발주자와의 관계 등을 인식하여 적극적으로 대응하기 어려운 상황임을 지적하였음. 또한, 계약분쟁조정제도가 마련되어 있으나 부당특약은 이의신청대상에 포함되어 있지 않아 해당 제도를 통해서도 구제받지 못하고 있는 실정임을 지적하면서, 기획재정부장관에게 공공건설공사 발주기관의 부당한 특약 등에 대해 심사 및 시정조치를 할 수 있는 근거를 마련하는 등 발주자의 계약상 불공정행위를 방지할 수 있는 방안을 마련할 것을 통보한바 있음: 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 일부개정법률안(추경호 의원 대표발의: 의안번호 제2013288호, 2018. 4. 27) 검토보고서.

법률	내용
	2. 계약체결 이후 공사내용의 변경에 따른 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우 3. 도급계약의 형태, 건설공사의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우 4. 계약내용에 대하여 구체적인 정함이 없거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약내용을 일방의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우 5. 계약불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감하거나 가중하여 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우 6. 「민법」 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우

□ 그러나 지방계약법 및 하도급법에서는 아직도 부당특약에 대한 효력을 인정하고 있기 때문에 계약서·특약·현장설명서 등 원·하수급인 간 권리·의무 관계를 규정하는 포괄적 계약관계서류를 통해 부당특약이 지속되고 있는 상황임

- 앞서 살펴본 클레임 사례 가운데 부당특약(1-1 안전관리비 등의 특약, 1-2 FED 의거 규정 및 현장설명서의 미기재 특약, 1-3 추가작업에 대한 비용 미지급 특약, 1-4 물가변동에 따른 계약금액의 조정 권리 제한 특약) 사례가 대표적이라고 할 수 있음

□ 수급사업자의 권익 보호 및 입법 체계정당성 확보를 위하여 부당 특약의 민사상 효력을 부인하는 방안을 검토할 필요가 있음²³⁾

23) 체계정당성의 원리란 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원리임: 국회 법제실, 「법제실무」, 2015, 778면.

(2) 징벌적 과징금 제도 도입

- 과징금은 행정법상 의무를 불이행하였거나 위반한 자에 대하여 당해 위반 행위로 얻은 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하거나 또는 사업의 취소·정지에 갈음하여 부과되는 금전상의 제재를 말함²⁴⁾
 - 과징금은 제재적 성격을 갖지만 처벌은 아니기 때문에 행정형벌(벌금) 및 행정질서벌(과태료)과 병과하더라도 이중처벌금지 원칙에 위반되지 않음²⁵⁾

- 과징금 제도는 영업의 정지 또는 취소에 갈음하는 과징금과 법령위반행위에 따른 부당이득의 환수의 과징금으로 구분됨
 - 건설산업기본법에서는 영업의 정지에 갈음하는 과징금 제도를 규정하고 있으며, 국가·지방계약법에서는 부정당업자의 입찰 참가자격 제한을 갈음하는 과징금 제도를 규정하고 있음
 - 하도급법에서는 법률 위반에 대한 행정제재로 과징금 제도를 규정하고 있음

- 오늘날 영업의 정지 또는 취소에 갈음하는 과징금 제도는 직접적 행위규제인 영업정지에 비해 경감된 수단으로 인식되고 있으며²⁶⁾, 법령위반행위에 따른 부당이득 환수의 과징금 제도는 상한액 제한으로 불법행위에 대한 대응수단으로 기능하는데 한계가 있음

- 건설산업기본법은 법률 위반으로 영업정지를 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있으며, 국가·지방계약법은 부정당업자의 입찰참가자격 제한을 갈음하여 책임의 경중에 따라 계약금액의 100분의 10~30에 해당하는 금액 이하의 과징금을 부과할 수 있음

24) 홍정선, 「행정법원론」(상), 박영사, 2016, 714면.

25) 헌법재판소 2003. 7. 24 자 2001헌가25 결정; 대법원 2004. 4. 9 선고 2001두6197 판결 등.

26) 조성규, “과징금의 법적 성격에 대한 이론적 고찰”, 행정법연구 제55호, 행정법이론실무학회, 2018, 62면.

- 하도급법에서는 부당한 하도급대금의 결정 금지, 감액금지, 하도급대금의 지급·건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증·하도급대금의 직접지급, 설계 변경 등에 따른 하도급대금의 조정 등을 위반하는 경우 하도급대금의 2배 이하의 과징금을 부과할 수 있음

〈표 4-1〉 하도급법상 과징금 제도의 내용

범위	내용
<ul style="list-style-type: none"> · 대상: 발주자·원사업자·수급사업자 · 위반: <ul style="list-style-type: none"> - 서면의 발급 및 서류의 보존 위반(원사업자) - 하도급거래에 관한 서류 보존 위반(원사업자/수급사업자) - 부당특약 금지, 부당한 하도급대금의 결정 금지, 물품 등의 구매강제 금지, 선금금지, 내국신용장의 개설, 부당한 위탁취소의 금지, 검사의 기준·방법 및 시기, 부당반품의 금지, 감액금지, 물품구매대금 등의 부당결제 청구의 금지, 경제적 이익의 부당요구 금지, 기술자료 제공 요구 금지, 하도급대금의 지급, 건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증(원사업자) - 하도급대금의 직접지급(발주자, 원사업자) - 관세 등 환급액의 지급, 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정, 공급원가 변동에 따른 하도급대금의 조정, 부당한 대물변제의 금지, 부당한 경영간섭의 금지, 보복조치의 금지, 탈법행위의 금지(원사업자) 	<ul style="list-style-type: none"> · 하도급대금의 2배 이하의 과징금 부과 · 공정거래위원회의 과징금 부과 고려 사항 <ul style="list-style-type: none"> - 위반행위의 내용 및 정도 - 위반행위의 기간 및 횟수 - 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등

- 하도급법에서 2배 이하의 과징금 부과 규정은 1996. 12. 30 과징금 제도 도입 당시의 규정이며, 과징금은 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 고려하여 「하도급법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준에 관한 고시」에 따라 부과함

□ 그런데 하도급법과 관련하여 최근 5년간 하도급법 위반에 있어 자진시정을 제외한 행정제재로서 시정명령 다음으로 과징금을 부과하고 있으나, 하도급법 위반은 감소하지 않고 있음

- 앞서 살펴본 클레임 사례 가운데 부당감액 및 하도급대금의 결정(2-1~2-3), 설계변경 등에 따른 공사대금 조정(3-1~3-3), 하도급대금 지급 등(4-1~4-4) 사례가 대표적이라고 할 수 있음

〈표 4-2〉 최근 5년간 하도급법 위반에 따른 조치 및 위반 건수

구분	2014	2015	2016	2017	2018
	고발	5	19	5	7
과징금	20	56	27	37	28
시정명령	58	105	80	73	84
시정권고	0	0	0	0	0
경고	94	164	386	349	92
자진시정	282	726	471	334	675
과태료	4	16	9	9	8
조정	468	328	84	10	0
합계	911	1,358	1,035	782	874

연도	건수
2008	22
2009	10
2010	5
2011	9
2012	16
2013	15
2014	20
2015	56
2016	23
2017	37
2018	28

자료: 2018년 공정거래위원회 통계연보

□ 행정의 실효성 확보를 위하여 징벌적 성격의 과징금 제도를 도입할 필요가 있음

- 일부 법률에서는 징벌적 성격의 과징금 제도를 도입하고 있는데, 「국민건강보험법」은 요양기관의 불법행위에 대하여 불법적으로 부담하게 한 금액의 5배까지 과징금을 부과할 수 있고, 「농수산물 원산지 표시에 관한 법률」 역시 위반행위자에게 위반금액의 5배까지 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있음²⁷⁾

□ 이와 관련하여 징벌적 손해배상제도가 논의될 수 있는데, 전통적인 사법(私法)상 손해배상제도가 단순한 금전적 전보기능 외에 처벌 및 억제력을 위하여 도입되었기 때문에 이러한 법 원리는 공법상 제대수단인 과징금에도 적용될 수 있음

- 징벌적 손해배상은 민사법의 일반원칙에 따라 인정되는 전보적 손해배상(Compensatory damages) 외에 별도의 고액의 손해배상을 부과하는 것으로 일반적으로 징벌(punishment)과 억제(deterrence)의 기능을 가짐²⁸⁾
- 다만, 징벌적 손해배상은 기존 소송의 한계 즉, 시간, 비용, 계약당사자와의 관계에 대한 부담이 있음²⁹⁾

□ 우선적으로 하도급법에서 징벌적 성격의 과징금 제도의 도입을 검토할 필요가 있음

27) 조성규, 전계논문, 72면.

28) 정하명, “소위 경제민주화입법과 징벌적 손해배상제도”, 법학논고 제42권, 경북대학교 법학연구원, 2013, 123면.

29) 이 밖에 징벌적 손해배상제도에 대하여 손해배상의 목적은 피해자에 대한 손해의 전보에 있는데, 형벌적인 목적이 개입되어 있다는 제도 취지의 문제, 민사법과 형사법이 구분된 대륙법 체계에 부합하지 않는 법 체계의 문제, 악의적이거나 의도적인 불법행위에 적용을 위하여 도입되었지만 그 개념의 불확실성 문제, 영미법계에서는 배심원 제도가 마련되어 있으나, 우리나라는 민사절차의 경우 배심원 제도가 도입되어 있지 않다는 제도 운영의 문제, 최근 영미법계에서도 이중처벌금지규정 위반·과도한 형벌금지규정의 위반·적법절차규정의 위반 등으로 제한되어 있다는 점을 논거로 반대하는 입장이 있음.

- 이 경우 하도급법에서는 ‘공정거래위원회가 하도급법을 위반한 발주자와 원 사업자에 대하여 시정에 필요한 조치(시정조치명령)에도 불구하고 위반행위를 반복하거나 시정조치를 이행하지 아니하는 경우 하도급대금의 3배 이내의 과징금을 부과’하는 내용의 법적 근거를 마련할 필요가 있음
 - 현행 하도급법에서는 시정조치 또는 시정권고를 3회 이상 받은 사업자 중 별점이 일정한 기준을 초과하는 경우 상습법위반사업자의 명단을 공표하는 수준에 불과함(제25조의4)

(3) 장기계속공사계약 입법 개선

- 장기계속공사계약은 예산 미확보, 토지보상지연, 문화재 발굴 등 계약상대자에게 책임 없는 사유로 계약이 중단되는 것이 일반적이며, 계약이 중단되면 연차계약 사이에 공백기가 발생하게 되고 공사기간 연장에 의해 간접노무비, 경비, 일반관리비 등의 간접비가 추가적으로 발생함
 - 장기계속공사계약은 다년도 행정조달을 수행하기 위하여 고안된 계약유형으로써, 매 회계연도의 예산 사정을 고려하여 탄력적인 예산확보와 집행이 가능함
- 클레임 사례 6-1~6-3에서 나타난바와 같이, 판례에 의할 경우 발주자의 책임 있는 사유로 연차별 계약의 공백기 또는 연차별 계약의 공사기간 연장이 발생함에도 발주자는 다음 연차별 계약에 해당 공사비용을 포함하는 방법으로 연차별 계약을 추가, 총 공사기간을 연장하는 사례가 발생할 수 있음
- 이 경우 총괄계약의 효력을 부정한다면 계약상대자는 계약금액의 조정 신청이 불가능하게 되어 간접공사비를 일방적으로 부담할 수밖에 없는 실정임
- 이러한 점을 고려하여 국회에서도 장기계속공사계약 가운데 총괄계약의

독자적 지위를 인정하여 계약집행 기준으로 적용되도록 입법 발의가 이루어지고 있음³⁰⁾

- 따라서 “국가계약법 시행령” 및 “지방계약법 시행령”, (계약예규) 「공사계약 일반조건」 등 하위 규칙을 개정하여 총괄계약의 유효성과 지위 인정 및 총괄계약도 장기계속공사계약의 집행기준으로 적용할 필요가 있음³¹⁾³²⁾

(4) 하도급법에 대한 사법적 통제(판례변경의 촉구)

- 클레임 사례 7의 ‘하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소 사례’에 대하여 ① 공사절차 개시 단계에서의 하도급법 적용 필요성, ② 안전 약정 관련 행정규칙의 유추 적용, ③ 하도급법 위반에 대한 행위 중심의 시정조치를 논거로 판례의 변경을 촉구함

- 이 경우 유사한 사안에 대하여 법원의 판단과는 별개로 공정거래위원회는 「공정거래위원회 법제업무 운영규정」 제34조에 따라 법무부 등의 법령해석 기관에 관련 사례에 대한 법령해석을 요청하여 법률의 집행력을 제고할 필요가 있음

30) 제20대 국회에서 계류 중인 장기계속공사계약에 대한 일부 개정법률안의 경우 운영석 의원이 대표 발의한 국가계약법 일부개정법률안(의안번호: 20202221, 2019. 5. 17)은 제19조(물가변동 등에 따른 계약금액 조정)의 계약기간에 ‘제21조제2항에 따른 장기계속계약에 있어서 총계약기간을 포함한다’고 규정하고 있음. 이원욱 의원이 대표발의한 국가계약법 일부개정법률안(의안번호: 2018331, 2019. 1. 25) 및 지방계약법 일부개정법률안(의안번호: 2018336, 2019. 1. 25)은 각각 제19조, 제22조(물가변동 등에 따른 계약금액 조정)의 계약기간에 ‘제21조제2항에 따른 장기계속계약에 있어서 각 회계연도 예산의 범위에서 체결하는 연차별 계약 사이의 공백기간 등을 합산한 총계약기간을 포함한다’고 하면서 이 경우 ‘계약상대자는 최종 연차별 계약의 대가를 지급받기 전까지 신청’하도록 규정하고 있음.

31) 개선 입법으로는 현행 “국가계약법” 및 “지방계약법”에서는 장기계속계약에 대한 개괄적인 내용을 규정하고 있을 뿐, 구체적인 내용에 대해서는 하위법령에 위임하고 있기 때문에 행정입법 또는 계약예규에서 그 절차를 규정하는 것이 타당함.

32) 이하의 내용은 홍성진, “장기계속공사계약제도의 공법적 쟁점과 시사점”, 토지공법연구 제 87집, 한국토지공법학회, 2019의 내용을 정리한 것임.

- 또한, 특허심판원의 「산업재산권 판례평석 운영에 관한 규정」을 벤치마킹하여 ‘(가칭) 건설하도급 판례평석 운영에 관한 규정’을 신설함으로써 건설하도급 관련 판례의 평석 및 홍보를 통하여 건설하도급 분야의 공정성과 전문성을 확보할 필요가 있음
 - 「산업재산권 판례평석 운영에 관한 규정」은 산업재산권에 관한 결정·심결 또는 판례를 연구하여 산업재산권 심판 품질 향상과 전문성 확보를 목적으로 2012년 특허심판원 훈령으로 제정·시행되고 있음

- 이렇게 수집된 법령해석 및 판례의 평석은 건설하도급의 현실을 반영하여 공정거래위원회의 지침의 개정 또는 새로운 지침의 제정으로 활용할 수 있음
 - 현행 하도급법 관련 심사지침(행정규칙)으로는 「기술자료 제공 요구유용행위 심사지침」, 「하도급거래공정화지침」, 「건설하도급대금 지급보증 면제대상」, 「부당특약 고시」 및 「부당특약 심사지침」, 「부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침」 등이 있음

① 공사절차 개시 단계에서의 하도급법 적용 필요성

- 클레임 사례 7-1의 ‘공사체결전 하도급법 위반’의 경우 낙찰 이후 또는 공사 완료 후 구두계약에 따른 추가·변경공사 계약서 작성 이전 단계에서의 불공정 행위가 빈번하게 발생하고 있음

- 그러나 판례에서는 공사계약의 체결 여부를 계약서 작성으로 판단하면서 하도급법의 적용을 배제하고 있음

- 공정한 계약 질서 확립을 위해서 공사계약 체결 전이라도 일반적인 공사 계약의 절차가 이루어지고, 이에 따라 후속적인 법률행위가 이루어진 경우에는 하도급법을 적용하여 시정명령 등 행정제재가 이루어질 필요가 있음

② 안전약정 관련 행정규칙의 유추 적용

- 클레임 사례 1-1의 '안전관리비 특약', 7-2의 '안전약정에 따른 하도급대금 감액의 부당감액 여부'는 이른바 안전약정을 통한 일률적 공제 및 하도급대금의 지급에 관한 내용임
- 하도급법 및 「부당특약 심사지침」, 「부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침」에서는 안전약정에 대한 예시 사항을 규정하고 있음
 - 「부당특약 심사지침」에서는 안전관리비에 대한 부당특약 예시 사항으로 '수급사업자가 현장을 관리하는 경우 작업을 수행하는 과정에서 발생할 수 있는 안전위해요소의 제거에 관한 모든 비용을 수급사업자의 부담으로 한다는 약정'을 규정하고 있음
 - 「부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침」에서는 안전관리비에 대한 부당감액행위의 예시 사항으로 '원사업자가 관계법령에 따라 부담하여야 할 고용보험료나 산업안전보건관리비를 수급사업자로 하여금 지급하도록 하고 이를 보전해 주지 아니하는 행위'를 규정하고 있음
- 그러나 판례에서는 귀책사유로 인한 산재사고를 손해배상액의 예정으로 보아 이를 허용하고 있음
- 「부당특약 심사지침」, 「부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침」의 취지를 고려하여 안전약정을 통한 일률적 공제 및 하도급대금의 지급을 하도급법 위반으로 판단할 필요가 있음

③ 하도급법 위반에 대한 행위 중심의 시정조치

- 클레임 사례 7-3과 관련하여 대법원은 하도급법 제25조 제1항의 규정(시정 조치)은 하도급법 위반행위가 있었더라도 그 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 않는다면 시정명령을 할 수 없다고 판시하고 있음
 - 과거 대법원이 “시정명령은 하도급법 위반의 행위가 있음을 확인하거나 재발방지 등을 위한 조치를 취하는 것이 아니라, 당해 위반행위로 인하여 현실로 존재하는 위법한 결과를 바로잡는 것을 내용으로 하는 것”이라고 판시(대법원 2002. 11. 26 선고 2001두3099 판결)하면서 정립된 법리임

- 2011.3.29. 하도급법 제25조는 ‘향후 재발방지 그 밖에 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다’고 개정하였는바, 이는 하도급법 위반행위가 있었다고 하더라도 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 아니한다면 공정거래위원회가 시정명령을 할 여지가 없기 때문에 재발방지를 위하여 시정명령을 내릴 수 있도록 입법적으로 해결한 사항임

(구) 하도급법	(현행) 하도급법
<p>제25조 (시정조치) ① 공정거래위원회는 제3조(서면의 교부 및 서류의 보존)·제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지) 내지 제20조(탈법행위의 금지)의 규정에 위반한 발주자 및 원사업자에 대하여 하도급대금등의 지급, 법위반행위의 중지 기타 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다.</p> <p>② 제24조(하도급분쟁조정협의회)제2항의 규정에 의하여 협의회의 조정이 이루어진 경우에는 특별한 사유가 없는 한 협의회가 조정한대로 공정거래위원회가 제1항의 규정에 의하여 시정에 필요한 조치를 한 것으로 본다.</p>	<p>제25조(시정조치) ① 공정거래위원회는 제3조 제1항부터 제4항까지 및 제9항, 제3조의4, 제4조부터 제12조까지, 제12조의2, 제12조의3, 제13조, 제13조의2, 제14조부터 제16조까지, 제16조의2 제7항 및 제17조부터 제20조까지의 규정을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 특약의 삭제나 수정, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다. <개정 2011. 3. 29.></p> <p>② 삭제</p>

(구) 하도급법	(현행) 하도급법
③ 삭제 ④ 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의하여 시정명령(제2항의 규정에 의한 시정명령을 제외한다. 이하 이 항에서 같다)을 한 경우에는 시정명령을 받은 원사업자에 대하여 시정명령을 받았다는 사실을 공표할 것을 명할 수 있다.	③ 공정거래위원회는 제1항에 따라 시정조치를 한 경우에는 시정조치를 받은 원사업자에 대하여 시정조치를 받았다는 사실을 공표할 것을 명할 수 있다.

- 하도급법 위반에 대한 결과 중심의 시정조치 가능성 판단은 결국 반복적인 하도급법 위반을 조장할 수 있기 때문에 행위 중심의 시정조치 가능성으로 판례를 변경할 필요가 있음
 - 이에 따라 대법원의 관련 판례(대법원 2015. 12. 10 선고 2013두35013 판결; 대법원 2010. 11. 11 선고 2008두20093 판결; 대법원 2008. 10. 9 선고 2006두19617 판결; 대법원 2002. 11. 26 선고 2001두3099 판결 등)를 변경할 필요가 있음

2. 정책적 시사점

(1) 건설분쟁 조정사례의 정보체계 구축

- 건설클레임 관련 분쟁해결방법인 조정은 '절차의 비공개성'의 특징을 갖고 있음
- 이에 따라 건설분쟁 조정의 처리 건수, 금액, 조정 대상 및 내용 등에 대한 정보(data) 체계가 구축되어 있지 않거나 비공개로 운영되고 있음

- 관련 법률에서도 건설분쟁 조정 사례의 정보체계 구축 및 공개에 대한 규정은 존재하지 않음
 - 「건설산업기본법」에서는 건설사업자의 자본금, 경영실태, 공사 수행 상황 등 건설사업자에 관한 정보와 건설공사에 필요한 자재와 인력의 수급상황, 보증 및 행정제재 처분, 그 밖의 건설 관련 정보를 종합적으로 관리하고 그 정보를 필요로 하는 관련 기관 또는 단체 등에 제공할 수 있다고 규정하고 있음(제24조)
 - 「공동주택관리법」에서는 공동주택관리정보시스템의 구축·운영에 관한 규정을 공동주택관리의 투명성과 효율성을 제고하고 있음

- 다만 대한상사중재원, 국토교통부 하자심사·분쟁조정위원회의 하자관리정보 시스템에서는 앞서 살펴본 중재, 조정 사례를 제한적으로 공개함으로써 발주자-건설회사-주민(입주자대표회의)의 건설클레임 사례를 공유·학습할 수 있도록 하고 있음

- 이러한 중재, 조정 사례의 구축 및 공개는 다양한 건설클레임에 대하여 대응할 수 있고, 예방할 수 있음

- 따라서 건설 클레임 관련 당사자명, 사생활, 영업의 자유 등 개인정보는 비공개로 하되(일명 ‘블라인드’ 처리), 그 외의 건설클레임 사례를 공개할 경우 당사자의 분쟁을 효율적으로 대응하고, 불필요한 분쟁을 예방할 수 있을 것으로 기대함

(2) 공사의 특성에 맞는 표준도급계약서 제정·보급

- 사례 5-1~3의 하자담보책임 사례는 건설공사의 복합·연계적 특성을 보여주는 것으로 볼 수 있음

- 종합공사는 종합적인 계획, 관리 및 조정을 하면서 시설물을 시공하는 건설공사를 말하며, 해당 업종에는 토목공사업, 건축공사업, 토목건축공사업, 산업·환경설비공사업 5개의 업종이 있음
- 전문공사는 시설물의 일부 또는 전문 분야에 관한 건설공사를 말하며, 실내건축공사업, 토공사업, 금속구조물·창호공사업, 철근·콘크리트공사업, 조경식재공사업 등 25개 업종이 있음

□ 하자담보책임과 관련하여 하자담보책임기간은 다른 법령에 특별하게 규정되어 있는 경우에는 그 법령에서 정한 바에 따르되, 공사 목적물의 성능·특성 등을 고려하여 도급계약에서 특별히 따로 정한 경우에는 도급계약에서 정한 바에 따르도록 규정하고 있음(「건설산업기본법」 제28조)

□ 일반적으로 공공공사의 경우 “공사계약일반조건”, 민간공사의 경우 “민간 건설공사 표준도급계약서” 및 “건설업종 표준하도급계약서” 등이 사용되나, 하자담보책임의 범위 및 기간에 대해서는 관련 법률의 하위법규(「공동주택 하자의 조사, 보수비용 산정 및 하자판정기준」 포함)의 규정을 따르고 있음

□ 그런데 콘크리트 균열하자의 범위와 관련하여 「공동주택 하자의 조사, 보수 비용 산정 및 하자판정기준」에 따라 0.3~0.4mm를 기준으로 판단하고 있으나, 법원은 동 기준을 행정규칙으로 해석하면서 향후 하자의 확대가능성, 구조체에 미치는 영향 등을 주요 판단 요소로 하고 있음

“하자판정기준은 국토교통부 소속 위원회에서 공동주택의 하자를 신속하고 공정하게 심사하여 분쟁을 조정하기 위하여 하자 여부 판정 등에 관한 기준을 정하기 위하여 마련된 행정규칙으로 그 행정조직 내부적으로 효력이 있을 뿐 대외적 구속력은 없는 점 등을 종합하면...”(수원지방법원성남지원 2016. 7. 22 선고 2015가합607 판결).

□ 조경공사의 경우 토목·건축공사 등과 달리 자연적·지리적 환경의 변수가 많고 식재공사용 소재가 수목, 초화류, 잔디 등 생물로 이뤄져 있어 일정한 규격으로 표준화하기 어려우나 다른 건설공사(공종)와 동일하게 취급되고 있음

□ 이렇듯 오늘날 표준도급계약서는 종합공사와 전문공사로 구분한 범위 내에서 다음과 같은 사항을 중심으로 규율하고 있기 때문에 건설도급계약에 있어 건설업종별 특성을 반영하는데 한계가 있음

- 건설공사의 시공과 관련하여 「건설산업기본법」 이외의 관계 법령에 관한 사항이 전무한 실정임
- 지급자재 및 대여품, 준공검사, 지체상금 등 표준도급계약서의 제 규정은 비생물적 자재를 중심으로 규율하고 있음
- 「건설산업기본법」의 업무 범위에 따라 ‘시공’을 중심으로 규율하고 있을 뿐, 유지관리에 관한 사항이 누락되어 있음
- 공사기간과 관련하여 건설업종의 특성을 반영한 불가항력의 사유 및 지체상금에 관한 사항이 누락되어 있음
- 하자담보와 관련하여 하자보수보증금만을 규정하고 있을 뿐, 건설업종의 특성에 따른 하자담보책임기간이 누락되어 있음³³⁾

□ 나아가 2018년 “건설산업 생산구조 혁신 로드맵”에 따라 업역규제 폐지 및 업종개편이 이루어지고 2021년 공공공사, 2022년 민간공사의 순서로 건설공사에 적용되기 때문에 공사의 특성을 반영한 표준도급계약서를 제정할 필요성이 제기됨

- 현행 “민간건설공사 표준도급계약서”에서는 하자담보책임과 관련하여 공종, 공종별계약금액, 하자보수보증금율(%) 및 금액, 하자담보책임기간 등을 기재하도록 하고 있음

□ 따라서 유지관리, 불가항력의 사유 및 지체상금, 하자담보책임의 범위 및 기간 등 공사의 특성에 맞는 표준도급계약서를 제정·보급하여 불필요한 분쟁을 예방할 필요가 있음

33) 홍성진·김정주, “조경공사 표준도급계약서 제정방안 연구”, 대한건설정책연구원 연구보고서, 2017, 13면.

- 건설공사의 내용은 전문적이고 기술적으로 고도화된 반면, 건설공사의 실무는 전근대적인 관행이 상존하여 계약 내용의 불명확성, 계약 이행의 불확실성, 책임소재의 불분명 등으로 클레임 및 분쟁이 발생하고 있음
- 건설클레임은 예측 불확실성(Project Uncertainty), 불완전한 계약(Imperfect Contracts), 이해관계 상충(People Issues)에 의해 다음과 같은 원인으로 발생함
 - 적절하지 못한 입찰정보, 불충분한 입찰준비 기간, 입찰전의 부적절한 현장 조사, 장비 및 자재 공급의 차질, 공사량의 증가, 사업관리 행위, 설계도서, 장비 또는 자재상의 문제로 인한 공사중지, 공해가 심한 지역이나 교통이 복잡한 곳에서의 시공, 공사진행의 독촉, 불균형입찰 및 과소입찰 등
- 최근에는 원-하도급 관계에 있어 새로운 유형의 불공정행위, 발주자의 설계 변경 등 공사대금 조정, 발주자-건설회사-주민을 둘러싼 하자담보책임, 이 밖에 장기계속공사계약 및 법원의 판결 이슈 등 복잡·다양한 클레임 사례가 증가하고 있음
- 건설클레임에 대한 분쟁해결 수단으로 소송, 중재, 조정 등이 활용되고 있음
 - 소송은 재판절차를 통하여 중립적 법관이 분쟁을 최종적으로 확정하기 때문에 재판결과를 상대방에게 강제할 수 있는 장점이 있으나, 비용·시간·계약상대방에 대한 부담 및 복잡·다양·전문·기술적 영역에 대한 일반적인 법률심사의 한계가 있음
 - 중재는 중재절차가 단순하고 비형식적이어서 변호사에 의한 대리가 필요하지 않고, 중재비용을 절감할 수 있는 장점이 있으나, 단심제에 대한 부담감, 증거조사의 한계와 감정을 위한 사건의 장기화, 중재인의 주관에 따라 분쟁이 좌우되는 한계가 있음

- 조정은 절차가 단순하고 신속·저렴하며 당사자의 자발적 분쟁해결이라는 장점이 있으나, 헌법상 재판권과 변호인의 조력 결여, 공정성의 문제, 비종국적인 해결수단 등의 한계가 있음
- 본 연구에서 활용한 클레임 자료는 판례, 대한상사중재원의 중재 자료, 건설 분쟁조정위원회, 하도급분쟁조정협의회, 국토교통부 하자심사 분쟁조정위원회의 조정 자료, 공정거래위원회의 의결서 자료, 건설사업자의 면담 자료, 언론에 보도된 클레임 사례 등을 대상으로 하였음
- 특히, 최신 자료와 사회·경제적 이슈(issue) 자료를 수집한 결과 다음과 같은 반복적이고 중요한 건설클레임의 유형 및 동향을 도출할 수 있었으며, 각 사례의 이해도 제고를 위하여 개괄적 내용, 관련 법규 및 전문가의 의견 등 해설을 수록하였음
- 부당 특약
 - 부당 감액 및 하도급대금의 결정
 - 설계변경 등에 따른 공사대금 조정
 - 하도급대금 지급 등
 - 하자담보책임
 - 장기계속공사계약
 - 하도급법 위반 여부에 대한 분쟁 및 시정조치의 취소
- 총 7개의 쟁점을 중심으로 건설클레임을 분석한 결과, 다음과 같은 법적·정책적 시사점을 도출할 수 있었음
- **(부당특약 무효화 확대)** 하도급법 및 지방계약법의 경우 수급사업자의 권익을 보호하고 건설산업기본법 및 지방계약법과의 입법 체계정당성 확보를 위하여 부당 특약의 민사상 효력을 부인하는 방안을 검토할 필요가 있음

- **(징벌적 과징금 제도 도입)** 하도급법에서 ‘공정거래위원회가 하도급법을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 시정에 필요한 조치(시정조치명령)에도 불구하고 위반행위를 반복하거나 시정조치를 이행하지 아니하는 경우 하도급대금의 3배 이내의 과징금을 부과’하는 내용의 법적 근거를 마련할 필요가 있음

- **(장기계속공사계약 입법 개선)** “국가계약법 시행령” 및 “지방계약법 시행령”, (계약예규) 「공사계약일반조건」 등 하위 규칙을 개정하여 총괄계약의 유효성과 지위 인정 및 총괄계약도 장기계속공사계약의 집행기준으로 적용할 필요가 있음

- **(하도급법에 대한 사법적 통제)** ① 공사절차 개시 단계에서의 하도급법 적용, ② 안전약정 관련 행정규칙의 유추 적용, ③ 하도급법 위반에 대한 행위 중심의 시정조치를 논거로 판례의 변경을 촉구함
 - 건설하도급의 현실을 반영하기 위하여 법령해석 및 판례의 평석을 활성화 하고 공정거래위원회의 지침의 개정 또는 새로운 지침의 제정과 연계하는 것이 필요함

- **(건설분쟁 조정사례의 정보체계 구축)** 건설 클레임 가운데 조정의 당사자명, 사생활, 영업의 자유 등 개인정보는 비공개로 하되, 그 외의 클레임 사례를 공개함으로써 당사자의 분쟁을 효율적으로 대응하고, 불필요한 분쟁을 예방할 필요가 있음

- **(공사의 특성에 맞는 표준도급계약서 제정·보급)** 유지관리, 불가항력의 사유 및 지체상금, 하자담보책임의 범위 및 기간 등 공사의 특성에 맞는 표준도급계약서를 제정·보급하여 불필요한 분쟁을 예방할 필요가 있음

참고문헌

- 국회 법제실, 「법제실무」, 2015
- 김관보 외, 「현행 공공공사 계약이행과정에서의 불공정사례 및 개선방향」, 한국건설산업연구원 연구보고서, 1996
- 김성일 외, 「공공공사의 클레임 실태분석과 개선방안」, 국토연구원 연구보고서, 2003
- 김원태 외, 「공공 발주자의 불공정 계약과 우월적 지위 남용 실태 조사 및 시사점」, 한국건설산업연구원 연구보고서, 2014
- 김중서·이재섭, “국내 건설클레임 및 분쟁해결 프로세스 개선방안”, 한국건설관리학회논문집, 2005
- 남진권, “우리나라의 행정형 조정에 의한 분쟁해결제도의 문제점과 활성화 방안”, 법학논총 제32권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2008
- 두성규, 「중재판정사례로 본 건설클레임의 분석과 향후 전망」, 한국건설산업연구원 연구보고서, 2003
- 박승국·이보라, 「건설공사 하자담보책임제도의 개선방안」, 대한건설정책연구원 연구보고서 2014-01, 2014
- 박준기, 「건설클레임 분쟁론」, 건설경제, 2105
- 이재섭, 「국내 건설사업의 클레임 동향 분석」, 한국건설산업연구원 연구보고서, 1998
- 정대운 외, 「공공발주기관 불공정사례(갑질) 조사 및 분석」, 대한건설정책연구원 연구보고서, 2019
- 정하명, “소위 경제민주화입법과 징벌적 손해배상제도”, 법학논고 제42권, 경북대학교 법학연구원, 2013

- 조성규, “과징금의 법적 성격에 대한 시론적 고찰”, 행정법연구 제55호, 행정법이론실무학회, 2018
- 조영준 외, 「해외건설사업의 클레임 사례분석을 통한 클레임 대응 방안」, 건설교통부 한국건설교통기술평가원 용역보고서, 2006
- 홍성진, “장기계속공사계약제도의 공법적 쟁점과 시사점”, 토지공법연구 제87집, 한국토지공법학회, 2019
- 홍성진, “건설분쟁조정제도의 통일성 제고 방안”, 토지공법연구 제68집, 한국토지공법학회, 2015
- 홍성진·김정주, “조경공사 표준도급계약서 제정방안 연구”, 대한건설정책연구원 연구보고서, 2017
- 홍정선, 「행정법원론」(상), 박영사, 2016

건설클레임 사례 분석 및 시사점

2020년 2월 인쇄

2020년 2월 발행

발행인 유병권

발행처 대한건설정책연구원

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

TEL (02)3284-2600

FAX (02)3284-2620

홈페이지 www.ricon.re.kr

등록 2007년 4월 26일(제319-2007-17호)

인쇄처 경성문화사(02-786-2999)
