

건설정책리뷰 2013-06

# 건설하도급 부당특약관련 법률 개정의 주요내용과 의의

-건설법, 하도급법 개정내용을 중심으로-

이종광 · 박승국 · 이보라

2013. 8

대한건설정책연구원



## 요 약

하도급계약시 부당특약을 금지 및 처벌하고 있으나, 원도급업체 처벌시에도 계약의 효력은 유지됨에 따라 하도급업체의 보호에 한계를 보여 왔다.

이러한 제도상의 문제점을 개선하기 위하여 하도급 계약시 부당특약이 무효화될 수 있는 내용을 골자로 하는 개정 건설산업기본법이 2013년 8월 6일 공포되었으며, 2013년 8월 13일에는 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(‘부당한 특약’)의 설정을 금지시키는 규정이 신설된 개정 하도급거래공정화거래에관한법률이 공포되었다.

부당특약과 관련된 개정 건설산업기본법의 주요 핵심은 불공정 특약의 효력이 부인될 수 있는 것으로, 불공정한 부당특약의 유형으로 ‘설계 변경이나 경제상황 변동 등에 따른 계약금액의 조정을 거부하는 경우’, ‘공사내역 변경에 따른 계약기간 변경을 인정하지 않는 경우’, ‘계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대한 책임을 전가하는 경우’, ‘계약내용을 일방적으로 정해 이익을 침해한 경우’, ‘계약불이행 책임을 과도하게 정하는 경우’, ‘민법 등이 인정하는 권리를 배제하거나 제한하는 경우’ 등을 명시하고 있다.

개정 하도급법 제3조의4 제1항에서는 하도급계약 시 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정할 수 없도록 규정하고 있으며, 제2항에서는 부당특약으로 간주될 수 있는 유형으로서 ‘서면에 기재되지 않은 비용을 부담시키는 약정’, ‘민원이나 산업재해 처리비용을 부담시키는 약정’, ‘입찰 내역에 없는 비용을 부담시키는 약정’, ‘수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자의 의무를 전가하는 약정’ 등을 규정하고 있다.

개정 법률이 향후 실효적으로 시행된다면 수급인의 하도급계약 체결 관행이 개선될 것으로 기대되는 바, 하수급인이 건설공사 수행과정에서 발생하는 각종 비용을 일방적으로 불공정하게 부담해왔던 불합리한 거래 관행은 줄어들게 될 것으로 예상되며, 불합리한 하수급인의 비용 부담 감소는 전문건설업체들의 경영여건 개선으로 이어질 것으로 기대된다.



# 목 차

1. 서 론 .....	1
2. 부당특약 실태 및 규제법령 .....	2
2.1 건설계약의 특성 .....	2
2.2 불공정 하도급 행위 실태 및 문제점 .....	5
2.3 부당특약에 관한 종전 규제의 한계점 .....	10
3. 건설하도급 부당특약 관련 법률의 개정 내용 .....	14
3.1 건설하도급 부당특약 관련 법령 .....	14
3.2 건설하도급 부당특약 관련 법률의 개정 내용과 의의 .....	19
4. 결론 .....	25
참고문헌 .....	26

## 표 차례

〈표 2-1〉 계약단계 불공정 하도급 행위 분석 .....	5
〈표 2-2〉 하도급계약 체결시 사용하는 계약서 서식 .....	7
〈표 2-3〉 표준하도급계약서 변경 조항 .....	7
〈표 2-4〉 표준하도급계약서 변경 목적 .....	8
〈표 2-5〉 하도급 계약시 하도급업체 규모별 불공정 특약조항 사례유무 .....	8
〈표 2-6〉 하도급계약시 추가되는 특약 유형 분석 .....	9
〈표 2-7〉 원도급업체 시공능력평가액 순위별 불공정 하도급계약 분포 .....	10
〈표 2-8〉 부당특약관련 법령(건설산업기본법 제외) .....	13
〈표 3-1〉 부당특약 관련 법령의 연혁 .....	17
〈표 3-2〉 부당특약 관련 건설산업기본법 개정 내용 .....	21
〈표 3-3〉 부당특약 관련 하도급법 개정 내용 .....	23
〈표 3-4〉 개정 건설산업기본법과 하도급법에서의 부당특약 관련 규제 조항 ..	24

## 1. 서론

계약당사자간 특약은 계약의 원칙에 어긋나지 않고 근본규정을 부정하지 않는 한도 내에서 가능하다.(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제 4조 등) 그러나 불합리하게 정해진 특약의 모든 사항을 유효한 것으로 인정하게 되면 정부계약제도가 유명무실하게 될 우려가 높다. 따라서 계약상대자의 계약상의 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정할 수 없도록 국가계약법, 동법시행령 및 관계법령에 의해 제한을 하고 있다.

건설법과 하도급법에서는 건설공사 하도급계약시 부당한 특약 유형을 규정하고 이를 금지 및 처벌하고 있으나, 이러한 제재조치에도 불구하고 부당한 특약을 포함한 계약의 효력은 여전히 유지됨에 따라 상대적 열위의 하도급업체의 보호에 많은 한계점을 안고 있었다.

이러한 제도상의 한계점을 개선하기 위하여 하도급 계약시 부당특약을 무효화하는 내용을 골자로 하는 개정 건설산업기본법이 2013년 8월 6일 공포되었으며, 2013년 8월 13일 하도급거래공정화에관한법률에 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(‘부당한 특약’)의 설정을 금지시키는 규정이 신설되었다.

이번 개정으로 원·하도급 계약시 하도급자에게 현저하게 불공정하고 불평등한 계약조건의 효력을 부인하여 불합리한 계약에 따른 수급사업자 항변권을 확보할 수 있게 되었다. 또한 원도급업체가 하도급업체에게 비용과 책임을 떠넘기는 불공정 계약 내용이 있을 경우 해당 조항의 효력을 법률적으로 무효화가 가능하게 되었다.

따라서 금번 관련 법률의 개정은 도급계약 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 계약을 체결하는 경우 그 부분에 한하여 무효로 하도록 함으로써 도급계약이 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 공정하게 체결되도록 하려는 것으로 필요한 조치라 할 것이다.

본 고에서는 부당특약 무효화 방안관련 하도급거래공정화에관한법률과 건설산업기본법의 개정 취지와 개정 상세 내용 및 효과를 분석하였으며 개정된 관련 법률의 평가 및 향후 전망에 대해 고찰하였다.

## 2. 부당특약 실태 및 규제법령

본 절에서는 건설계약의 특성을 살펴보고, 건설계약상 불공정 행위 실태 분석과 부당특약관련 법령 고찰을 통해 수급인과 하수급인간의 부당특약 무효화를 위한 건설산업기본법과 하도급법 개정의 필요성 및 당위성을 살펴보도록 한다.

### 2.1 건설계약의 특성

#### (1) 계약의 특성

계약이란 권리나 의무 관계의 발생, 변경, 소멸 등에 관해 복수 당사자간의 합의로 성립하는 법률행위를 말한다. 계약은 그 절차나 내용이 법에 저촉되지 않는 한 완전히 개인의 자유에 의해 성립되어야 하며 법도 이 자유를 최대한 존중해야 한다. 이를 계약자유 원칙이라 하는데, 이러한 원칙은 네 가지 자유-계약체결의 자유, 상대방 선택의 자유, 내용 결정의 자유, 방식의 자유-원칙으로 구성된다.

1) 계약체결의 자유란 계약당사자들이 계약을 체결할 것인가를 자유로이 결정할 수 있는 자유를 말한다.

2) 상대방 선택의 자유는 누구와 계약을 체결할 것인가를 자유로이 선택할 수 있는 자유를 의미한다.

3) 내용 결정의 자유는 법의 제한에 저촉되지 않는 한 어떠한 내용의 계약도 자유로이 체결할 수 있는 자유를 의미한다.

4) 방식의 자유란 계약은 원칙적으로 당사자의 합의만으로 성립하고 특정한 방식을 필요로 하지 않는다는 것을 의미한다.

앞서 언급한 바와 같이 계약자유 원칙이 있음에도 불구하고 계약내용을 결정하는데 제한을 받는다. 즉, 강행법규(強行法規)<sup>1)</sup>에 반하는 법률행위는 제한을 받는다. 예를 들어 하도급거래공정화에 관한 법률 제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지)에 규정된 사항을 위반한 경우 동법 제22조(위반행위의 신고 등)에 따라 위반 사항을 공정거래위원회에 신고할 수 있고, 위반행위에 대한 시정 권고, 동법 제25조(시정조치)에 따라 과징금을 부과할 수도 있어 계약자유 원칙의 적용되지 않는다.

앞서 언급한 바와 같이 계약자유에 대해 해당법령을 통한 직접적인 제한도 있으나, 약관에 의한 제한도 있다. 대량 거래의 계약은 일반적으로 약관<sup>2)</sup>에 의해 체결되며 약관규제법에 의해 불공정한 약관을 규제하고 있다.

‘공사계약일반조건’은 기획재정부가 계약의 일방 당사자로서 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위해 일정한 형식에 의거하여 미리 마련한 계약의 내용이다. 따라서 공사계약일반조건 약관의 조항중 의미가 명확하지 않을 경우 상대방에게 유리하게 해석되며, 상대방과의 합의가 계약조항에 우선 적용된다.

공정거래위원회에서 작성한 표준하도급계약서는 약관의 성격을 띠고 있으며 법원에서 약관으로 인식하고 있다.

1) 강행법규(強行法規, ius cogens, zwingendes Recht)란 공공의 질서에 관한 사항을 정한 법규이다. 당사자의 의사와는 관계가 없으며 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계있는 규정을 말한다. 민법에 따르면 강행법규위반의 법률행위는 공공의 질서에 반하여 무효이다.

2) 약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.(약관규제에 관한 법률 제2조 제1항)

## (2) 건설계약의 특성

건설계약은 계약의 당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하는 쌍무계약이다. 즉 건설공사의 도급계약과 같이 발주자와 시공자간 공사비 지급과 공사의 완성이라는 급부를 서로 교환하는 방식이다.

또한 건설공사계약은 대표적인 비전형계약(非典刑契約)이며, 도급, 위임, 고용 등 다양한 계약이 복합적으로 포함되어 있어 대표적인 혼합계약의 한 형태이다. 비전형계약은 민법 제3편에서 규정하는 14가지의 계약에 포함되는 전형계약이 아닌 계약을 말한다. 그렇다고 전형계약과 비전형계약의 법률적 특별한 의미는 없으며, 거래 관행상 빈번하게 발생하는 계약을 구분하여 전형계약으로 정리한 것이다.

건설공사를 수행하는 과정에서 발생하는 계약은 대부분 도급계약에 해당한다. 도급이란 민법 제664조에서 “도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.”고 규정하고 있다. 이와 같이 건설공사는 민법, 건설산업기본법, 건축법, 하도급법 등 건설관련 법령에 따라 발주자, 수급인, 하수급인 등이 도급계약에 의해 공공의 재산의 형성하는 일련의 과정이다.

이러한 건설공사 계약은 계약당사자간의 합의 외에 법과 제도, 국가나 지방자치단체의 정책 등 계약 외적인 요소들이 중요한 영향을 미친다. 즉, 계약문서에 규정된 사항 외에 묵시적으로 준수해야할 계약조건이 존재한다.

## 2.2 불공정 하도급 행위 실태 및 문제점

### (1) 계약관련 불공정 행위

하수급인은 수급인보다 거래상 열위의 지위에 있기 때문에 교섭력의 불균형이 존재할 수 있다. 따라서 수급인의 지위를 부당하게 이용하여 하수급인과 부당한 계약을 체결하는 행위가 발생할 우려가 높아 건설공사 수행시 계약단계에서 부당특약이 발생하게 된다. 계약단계상 불공정 하도급행위를 분석하면 다음과 같다.

〈표 2-1〉 계약단계 불공정 하도급 행위 분석

구 분	내 용
불완전한 서면 교부 및 서면 미교부	<ul style="list-style-type: none"> <li>추후 자신의 의도대로 거래관계를 지속하고 계약내용을 자의적으로 해석하고자 하도급 서면계약서를 작성 및 교부하지 않은 불공정거래가 빈번하며 추후 추가계약금액의 조정 및 수령 등 하수급인에게 막대한 손실을 야기함</li> </ul>
정당한 사유없이 저가 하도급대금 결정	<ul style="list-style-type: none"> <li>하도급공사를 경쟁입찰하여 최저가낙찰가격으로 낙찰자를 선정 후, 하도급계약시 특별한 사유없이 낙찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것임</li> </ul>
어음지급으로 인한 불공정 행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>하도급대금을 결정하는 데 있어 하수급인의 견적금액에 어음할인료가 포함되어 있다는 이유로 어음할인료 상당의 금액을 인하하거나, 수급인이 하수급인에게 하도급대금을 지급함에 있어 발주자로부터 지급받은 현금비율 미만으로 지급하는 것으로, 발주자와 수급인사이의 계약내용을 하수급인이 인지할 수 없음</li> </ul>
수의계약으로 하도급계약을 체결하면서 직접공사비보다 낮은 금액으로 하도급대금 결정	<ul style="list-style-type: none"> <li>수의계약시 발주자와 수급인간의 도급내역의 직접공사비보다 낮은 금액으로 하도급금액을 결정했을 경우, 하수급인이 도급내역의 직접공사비 비율과 내용을 인지할 수 없음</li> </ul>

계약단계의 불공정 하도급행위는 계약서 미교부 및 부당한 서면을 교부, 계약조건을 임의로 변경·삭제·추가하여 하도급자의 권리를 제약하거나 박

탈하는 하도급공사대금관련 부당특약을 설정하고 있다.

수급인과 하수급인이 하도급계약단계에서 불완전한 하도급계약서를 작성 및 교부하거나 심지어 계약서를 교부하지 않고 있다. 또한 추가 계약금액의 조정 및 계약금액의 수령과 관련하여 부당하게 계약을 체결하고 있는 것으로 나타났다.

저가로 하도급대금을 결정하기 위해 경쟁입찰후 최저가 낙찰가격으로 낙찰자를 선정한 후, 하도급계약시 낙찰금액보다 낮은 금액으로 결정하는 사례가 있다. 또한 하도급대금을 결정시 어음할인료에 해당하는 금액만큼의 하도급계약금액을 인하여 하도급대금을 결정하며, 수의계약시 하도급금액을 직접공사비보다 낮은 금액으로 설정하고 있어 부당하게 하도급계약을 체결하고 있다.

## (2) 표준하도급계약서 사용실태

표준하도급계약서는 하도급거래 공정화에 관한 법률 제3조의2(표준하도급계약서의 작성 및 사용)에서 ‘공정거래위원회는 이 법의 적용 대상이 되는 사업자 또는 사업자단체에 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있다.’고 명시하고 있으며, 건설산업기본법 제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙) 제3항에서 표준계약서의 작성 및 사용을 권장하고 있어 그 사용이 의무사항이 아닌 권장사항이다. 따라서 수급인과 하수급인간의 공사계약 체결시 공정거래위원회에서 권장하는 표준하도급계약서 사용이 제대로 지켜지지 않고 있다. 실태조사결과 표준하도급계약서를 변경 및 추가하거나 심지어 표준하도급계약서 없이 하도급계약이 이뤄지기도 한다.

조사에 의하면 공정거래위원회 권장 표준하도급계약서 사용비율이 75.4%인 것으로 비교적 높게 조사되었으나, 일부 하도급업체들은 약간 변형한 표준하도급계약서도 공정위 권장 표준하도급계약서와 동일하다고 인식하고 있다는 것을 감안하면 실제 공정거래위원회에서 권장하는 표준하도급계약서 사용실태는 보다 저조할 것으로 판단된다.

## 〈표 2-2〉 하도급계약 체결시 사용하는 계약서 서식

(단위 : 업체수, (%))

구 분	업체수(%)
공정위 권장 표준하도급계약서	842( 75.4)
공정위 표준하도급계약 변형서식	152( 13.6)
원도급자가 직접 작성한 계약서	11( 9.9)
구두계약 및 계약서 미교부	12( 1.1)
합 계	1,117(100.0)

출처: 전문건설업 실태조사분석보고서(2012). p. 96. 참조

표준하도급계약서상 변경조항으로 설계변경 등 공사대금 증액조항 항목이 가장 높은 26.7%를 차지하고 있으며, 보험료 및 안전관리비 등을 하수급인에게 전가하는 비율은 20.0%, 하자보수기간 및 금액 변경이 18.3%, 물가변동에 따른 계약금액 조정관련 비율은 15.6%로 표준하도급계약서 변경사항의 대부분은 하도급 공사금액과 밀접한 관련이 있는 것으로 나타났다.

## 〈표 2-3〉 표준하도급계약서 변경 조항

(단위 : 업체수, (%))

구 분	전 체
설계변경 등 공사대금 증액조항	48( 26.7%)
보험료/안전관리비 등 전가	36( 20.0%)
하자보수 기간이나 금액 변경	33( 18.3%)
물가변동에 따른 계약금액 조정조항	28( 15.6%)
계약이행보증의 위약벌화	14( 7.8%)
계약해지 요건 강화	13( 7.2%)
기 타	8( 4.4%)
합 계	180(100.0%)

출처: 표준하도급계약서 사용실태조사 및 개선방안. 대한건설정책연구원. 이종광, 김태준, 홍성진. 2012

이처럼 표준하도급계약서를 변경하는 주된 이유는 원도급자가 건설공사 계약상 책임을 회피하고자 함이며, 또한 공사금액 증액조항 및 물가 및 설계변경 등에 따른 공사금액을 조정하지 않거나 기타 공사비 증액하지 않기 위

해 계약서상 원천적으로 관련 항목을 변경 및 삭제하는 것으로 나타났다. 세부내용으로 원도급자의 책임회피가 38.5%로 가장 높게 나타났으며, 원도급자의 이윤 확대가 37.5%이며, 두 응답항목 전체 응답의 76.0%를 차지하고 있다.

〈표 2-4〉 표준하도급계약서 변경 목적

(단위 : 업체수, (%))

구분	전체
원도급자의 책임 회피	40( 38.5%)
원도급자의 이윤 확대	39( 37.5%)
원도급자의 통제력 강화	15( 14.4%)
기 타	10( 9.6%)
합 계	104( 20.0%)

출처: 표준하도급계약서 사용실태조사 및 개선방안. 대한건설정책연구원. 이종광, 김태준, 홍성진. 2012

### (3) 하도급계약상 부당특약 실태

건설공사 하도급계약시 불공정한 특약조항의 경우 불공정 특약조항을 포함한 하도급 계약사례가 있었다고 응답한 업체가 전체 응답업체의 20.4%를 차지하고 있다. 전문건설업체의 기업규모별 부당특약을 포함한 계약체결 유무의 경우 대규모 기업의 30.8%가 하도급계약시 불공정 특약조항을 포함한 적이 있다고 응답하여 가장 높게 나타나 기업규모가 클수록 불공정 특약사항 작성비율이 높다.

〈표 2-5〉 하도급 계약시 하도급업체 규모별 불공정 특약조항 사례유무

(단위 : 업체수, (%))

구분	대규모	중규모	소규모	전체
있음	4( 30.8)	82( 23.7)	125( 18.5)	211( 20.4)
없음	9( 69.2)	264( 76.3)	550( 81.5)	823( 79.6)
합계	13(100.0)	346(100.0)	675(100.0)	1,034(100.0)

출처: 전문건설업 실태조사 분석보고서(2012). p. 103. 참조

추가 특약조항항목으로는 하도급업체에 민원처리 책임 및 비용을 전가하는 내용이 22.9%로 가장 높으며, 산업재해 및 안전관리에 대한 책임 전가 항목 19.0%, 공기연장에 따른 추가비용 미지급 13.0%, 하자발생에 대한 입증 책임 또는 비용전가가 12.6%, 물가변동으로 인한 계약금액 수정사항이 11.7% 순으로 나타나 원도급자의 책임회피형 부당특약 항목이 주를 이루고 있다.

〈표 2-6〉 하도급계약시 추가되는 특약 유형 분석

(단위 : 업체수, (%))

구 분	전 체
민원처리 책임 및 비용전가	53( 22.9%)
산업재해 및 안전관리에 대한 책임 전가	44( 19.0%)
공기연장에 따른 추가비용 미지급 사항	30( 13.0%)
하자발생에 대한 입증책임 또는 비용 전가	29( 12.6%)
물가변동으로 인한 계약금액 조정 사항	27( 11.7%)
계약해지 요건 사항	20( 8.7%)
제조물책임법상 손해배상 책임전가	12( 5.2%)
계약이행보증의 위약벌 사항	10( 4.3%)
기 타	6( 2.6%)
합 계	231( 22.2%)

출처: 표준하도급계약서 사용실태조사 및 개선방안. 대한건설정책연구원. 이종광, 김태준, 홍성진. 2012

원도급업체의 시공능력평가액 순위가 높을수록 불공정 하도급계약이 이뤄지지 않으며, 이러한 현상은 공공공사와 민간공사 공통적으로 적용되고 있었다. 즉 원도급업체의 순위가 낮을수록 불공정하도급 계약이 많이 이뤄지고 있음을 알 수 있다.

〈표 2-7〉 원도급업체 시공능력평가액 순위별 불공정 하도급계약 분포

(단위 : 업체수, (%))

구분	공공하도급	민간하도급
1위-12위	2( 14.3%)	4( 4.8%)
13위-30위	3( 21.4%)	10( 12.0%)
31위-100위	4( 28.6%)	32( 38.6%)
101위 이하	5( 35.7%)	37( 44.6%)
전체	14( 100.0%)	83( 100.0%)

출처: 표준하도급계약서 사용실태조사 및 개선방안. 대한건설정책연구원. 이종광, 김태준, 홍성진. 2012

## 2.3 부당특약에 관한 종전 규제의 한계점

건산법과 하도급법 이외에 부당특약을 규정하는 관련법령으로 민법, 국가계약법, 공정거래법, 약관법이 있다.

민법 제104조에 따르면 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 하고 있다.

또한 국가계약법에서는 계약상대방의 계약상 이익을 제한하는 내용의 공사계약조건은 그 효력을 인정하지 않으며, 국가계약법상 계약의 원칙은 공사 수급인의 계약상의 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하지 않도록 하고 있다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법(공정거래법)에서도 불공정 거래행위를 금지하는 행위로 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”(제23조 제1항 제4호)로 규정하고 있으며, 불공정거래행위의 유형 및 기준중 거래 상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위라고 규정하고 있다.(공정거래법 시행령 별표1의2 제6호 제 라목)

공사계약상 불공정특약이 약관의 형태일 경우, 약관의 규제에 관한 법률(이하 약관법)에 의해 불공정 특약을 규제할 수 있는데, 계약의 일방이 대

등한 지위에 있지 못하고 다른 당사자보다 우월적 지위에 있는 점을 고려하여 동법 제6조에서 구체적 기준을 정하고 계약조건이 기준에 미달하는 경우 특약조항은 무효로 규정하고 있다.

그러나 건설계약상 부당특약이 무효가 되기 위해서는 각 관련 법령에서 규정하는 여러 요건이 만족되어야 한다. 민법(제104조)에서 규정하는 부당특약이 무효가 되기 위해서는 건설공사 계약 당사자인 하수급인이 공박, 경솔, 무경험이 상태에 있고, 수급인은 하수급인이 이러한 상황을 인식하고 이용하였어야 하며, 특약으로 인해 상호 계약 이행에 현저한 불균형이 요구되어 진다. 그러나 수급인과 하수급인 사이 계약관계에서 하수급인은 이러한 상황을 입증하는 것은 쉽지 않다.

국가계약법은 정부가 계약을 체결할 때 공사 감독 등의 공권력이 남용되는 걸 막기 위한 것이다. 계약이 대등한 입장에서 합의에 따라 체결되어야 하고, 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다는 계약의 원칙(법 제5조)과 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하지 않도록 하는 규정(시행령 제4조)의 법적 성격이 강행규정중 효력규정이란 위 규정에 위반한 특약은 무효가 되고 도급인은 특약의 내용을 공사수급인에게 주장할 수 없게 된다. 그러나 위 규정은 사회질서와 관련이 있다고 보기 어려워 강행규정중 효력규정이 아닌 단속규정이라 할 수 있겠다. 즉, 단순한 주의적 규정 혹은 단속규정으로 관련 법령을 위반하더라도 그 계약서는 유효하게 된다.<sup>3)</sup>

또한 공사계약일반조건 제3조의 계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있는 경우 “특수조건의 동 내용은 효력을 인정하지 않는다.” 는 내용은 회계예규로써 행정조직 내부 또는 특별권력관계의 내부에서만 효력을 가지는 것으로 국민에게 준수 의무를 부과할 수 없어 적용에 한계를 갖고 있다.

또한 공정거래법(제19조)은 부당한 공동행위의 경우에만 계약을 무효로 하고 있으며, 약관법은 계약서가 약관의 성격을 띠고 있어야만 적용이 가능

3) 최재원(2002). 건설공사계약서상의 불공정특약에 대한 대처방안 및 제도개선에 관한 연구. 중앙대 석논. p.49.

할 수 있다.

건설산업기본법의 경우 불공정 행위를 금지하며 부당특약의 유형을 규정하고 있지만(건설산업기본법 제38조, 동법 시행령 제34조의 6), 영업정지나 과징금을 제출하기만 하면 그 계약내용의 효력은 그대로 유지되는 문제점을 안고 있었다.

이와 같이 부당특약을 규정하는 관련 법령들이 존재하지만 건설공사 계약상 상대적으로 열위의 위치에 있는 하수급인은 수급인과 맺은 계약내용이 불공정한 계약이라는 것을 입증하기란 쉽지 않으며, 관련 법령에서 부당특약을 인정받고 무효화시키기는 사실상 어려운 게 현실이다.

또한 앞서 살펴본 하도급계약관련 실태조사 결과 관련 불공정 행위가 여전한 것은 종전의 부당특약 관련규정이 건설공사 계약상 수급인과 하수급인 사이의 부당특약을 방지하기에 효과적이지 않다는 것을 반증하는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

따라서 금번 건설산업기본법의 부당특약 무효화 조항의 신설과 하도급법상 부당특약의 금지 및 위반시 관련 조항의 삭제 및 수정 조치는 종전의 부당특약 방지 규정 보다 효과적일 것으로 판단된다.

〈표 2-8〉 부당특약관련 법령(건설산업기본법 제외)

구 분		내 용
민법	제104조 (불공정한 법률행위)	당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.
국가계약법	제5조(계약의 원칙)	계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이를 이행하여야 한다.
	시행령 제4조 (계약의 원칙)	계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니된다.
	기획재정부 회계예규 제3조 (계약문서)	계약상대자의 계약상 이익을 제한하는 내용이 있는 경우 특수조건의 동 내용은 효력이 인정되지 아니한다.
독점규제 및 공정거래에 관한 법	제23조 (불공정거래행위의 금지)	자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위를 해서는 안된다.
	시행령 [별표 1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준	거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위를 해서는 안된다.
약관의 규제에 관한 법	동법 제7조 (면책조항의 금지) 제2호	상당한 이유없이 도급인의 손해배상범위를 제한하거나 도급인이 부담하여야 할 위험을 공사수급인에게 이전시키는 조항, 즉 면책특약을 무효로 한다.
	동법 제8조 (손해배상액의 예정)	공사수급인에 대하여 부당하게 과중한 지체상금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 특약조항을 무효로 하고 있다.
	동법 제10조 (채무의 이행) 제1호	상당한 이유없이 공사계약의 내용을 도급인이 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있도록 권한을 부여하는 특약조항을 무효로 하고 있다.
	동법 제11조 (고객의 권익 보호) 제1호	법률의 규정에 의한 공사수급인의 권리를 상당한 이유없이 배제 또는 제한하는 특약조항을 무효로 하고 있다.
	동법 14조 (소송 제기의 금지 등)	공사수급인에 대하여 부당하게 불리한 소송 제기의 금지조항 또는 재판관할의 합의조항이나 상당한 이유없이 공사수급인에게 입증책임을 부담시키는 특약조항을 무효로 하고 있다.
	동법 16조 (일부 무효의 특칙)	약관의 전부 또는 일부의 조항이 무효인 경우 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속하지만 유효한 부분만으로는 계약의 목적 달성이 불가능하거나 그 유효한 부분이 한쪽 당사자에게 부당하게 불리한 경우에는 그 계약은 무효이다.

### 3. 건설하도급 부당특약 관련 법률의 개정 내용

#### 3.1 건설하도급 부당특약 관련 법령

건설공사 하도급거래에서 발생하는 여러 가지 불공정거래 행위에 해당하는 하도급공사 계약시 부당특약의 설정을 규율하기 위하여 종전의 건설산업기본법에서는 불공정행위의 금지에 대한 조항들을 두고 있다. 그 중 하도급계약 부당특약을 규제하는 직접적인 근거는 건설산업기본법 제38조 및 동법 시행령 제34조의6이다. 종전 하도급법에서는 부당특약에 관한 직접적인 근거규정을 두고 있지 않다. 건설산업기본법 제38조 제2항에 따르면, 수급인은 하수급인에게 동법 제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙), 제28조(건설공사 수급인의 하자담보책임), 제34조(하도급대금의 지급 등), 제36조(설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정 등)제1항, 제44조(건설업자의 손해배상책임) 또는 관련 법령 등을 위반하여 하도급업체의 이익을 부당하게 제한하는 특약을 요구하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 특히, 건설산업기본법 제38조 제2항에서 하자담보책임에 관한 제28조와 공사금액의 변동에 따른 하도급대금 증액에 관한 제36조 제1항을 구체적으로 언급한 것은 이와 관련된 하도급계약시의 부당특약이 심각했기 때문이다.

계약금액은 사전 확정주의를 원칙으로 하고 있으나 건설공사의 특성상 장기간에 걸쳐 이행됨으로 인하여 지속적인 채권·채무관계에 있으며, 계약이행기간 중 설계변경이 이루어지거나 경제 상황이 변동될 가능성이 있는 바, 이 경우에도 당초 계약내용을 고수한다면 계약 당사자 일방에게 예기치 않은 추가부담이 발생될 소지가 있다. 더욱이 수급인이 발주자로부터 공사금액 변동에 따른 계약금액을 조정 받고서도 하수급인과의 계약금액을 조정하지 않는다면 추가로 계상된 금액만큼 수급인이 부당하게 이득을 취하게 되는 모순이 발생하게 된다.

이러한 건설공사 계약의 불확실성에 대비하여 현행 건설공사 표준하도급 계약서에는 공사금액 변동에 따른 계약금액을 조정할 수 있도록 하고 있으

며, 건설산업기본법 제38조 제2항에서 공사금액의 변동에 따른 하도급대금 증액에 관한 제36조 제1항을 구체적으로 언급하고 있는 것은 하도급계약 금액을 조정하여 계약 당사자 일방의 불공평한 부담을 경감시켜 줌으로써 원활한 계약 이행을 도모하기 위한 것이다.

건설산업기본법 시행령 제34조의6에서는 기타의 부당특약 유형을 규정하고 있는 바, 부당특약의 구체적인 유형은 아래와 같다.

1. 법 제22조에 따라 하도급금액산출내역서에 명시된 보험료를 하수급인에게 지급하지 아니하기로 하는 특약
2. 법 제22조제1항을 위반하여 수급인이 부당하게 하수급인에게 각종 민원처리, 임시 시설물 설치, 추가 공사 또는 현장관리 등에 드는 비용을 전가하거나 부담시키는 특약
3. 법 제28조에 따라 수급인이 부담하여야 할 하자담보책임을 하수급인에게 전가·부담시키거나 도급계약으로 정한 기간을 초과하여 하자담보책임을 부담시키는 특약
4. 법 제34조제1항에 따라 하수급인에게 지급하여야 하는 하도급대금을 현금으로 지급하거나 지급기한 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 감액하기로 하는 특약
5. 법 제34조제4항에 따라 하수급인에게 지급하여야 하는 선급금을 지급하지 아니하기로 하는 특약 또는 선급금 지급을 이유로 기성금을 지급하지 아니하거나 하도급대금을 감액하기로 하는 특약
6. 법 제36조제1항에 따라 수급인이 발주자로부터 설계변경 또는 경제상황 변동에 따라 공사금액을 조정 받은 경우에 하도급대금을 조정하지 아니하기로 한 특약
7. 법 제44조제1항에 따라 수급인이 부담하여야 할 손해배상책임을 하수급인에게 전가하거나 부담시키는 특약

부당특약관련 법령의 연혁을 살펴보면, 하도급거래시 발생하는 수급인의 불공정 행위를 금지시키기 위한 법령은 1984년 12월 31일 건설산업기본법 제31조에 처음 도입되었으며, 부당한 특약 사항에 대한 구체적인 규정은 2010년 5월 27일 동법 시행령 제34조의6에 처음으로 도입되었다. 도입의 취지는 공정 거래 질서의 교란을 방지하여 부실시공을 방지하고, 건설한 중소기업 건설업체를 보호하기 위한 것이었다.

수급인의 불공정행위를 금지하는 건설산업기본법 제31조는 1996년 12월 30일에 제38조로 변경 개정되었으며, 2009년 12월 29일에는 하수급인에게 불공정한 하자담보책임을 전가시키는 행위와 부당한 하도급대금 미조정 행위 등을 불공정행위로 규정하는 제38조제2항이 추가로 신설되었다. 당시에는 수급인의 불공정행위와 관련된 부당특약의 유형이 세부적으로 규정되지 않은 상태였다.

2011년 11월 1일에는 수급인이 기성금·준공금을 현금으로 지급받은 후 하도급대금을 현금으로 지급하지 않거나 하도급 대금의 현금지급 또는 선금 지급을 조건으로 공사금액을 감액하는 사례 등이 부당특약으로 추가되어 규정되었고(부당특약 유형의 제1차 개정), 2012년 11월 27일에는 수급인이 부담해야 하는 각종 민원처리, 가시설물설치, 추가공사 또는 현장관리 등에 소요되는 비용을 하수급인에게 전가·부담시키는 특약을 부당특약으로 규정되도록 개정되었다.(부당특약 유형의 제2차 개정). 부당특약의 유형이 여러 차례에 걸쳐 확대되어 온 것은 건설분야 하도급 거래에서의 불공정 관행을 시정하고 대기업과 중소기업간 동반성장을 도모하기 위하여 건설분야의 상호협력적인 하도급거래 관계를 조성하기 위한 것이었다.

불공정한 하도급거래를 근절하고자하는 정부의 이러한 노력에도 불구하고 하도급계약시 부당한 특약의 설정이 금지되지 않자, 정부는 2013년 8월 6일에 하도급계약이 현저하게 불공정하게 이루어진 경우 그 부분에 한하여 계약의 효력이 무효화 될 수 있도록 건설공사에 관한 도급계약의 원칙을 규정하고 있는 건설산업기본법 제22조에 관련 규정을 추가하여 개정하였다.

하도급법에서의 부당특약과 관련된 규정은 2013년 8월 13일 법 제3조의4(부당한 특약의 금지)에 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건('부당한 특약')의 설정을 금지시키는 규정이 처음으로 신설되었다.

〈표 3-1〉 부당특약 관련 법령의 연혁

	구 분	내 용
건 설 산 업 기 본 법	법 제31조(불공정행위의 금지)를 신설(1984. 12. 31)	○ 하도급거래시 불공정행위 금지에 관한 규정 신설 - 수급인은 하수급인에게 하도급공사의 시공과 관련하여 자재구입처의 지정등 하수급인에게 불리하다고 인정되는 행위를 강요하여서는 아니 됨
	법 제38조(불공정행위의 금지)로 개정 (1996. 12. 30)	○ 불공정행위 금지에 관한 조항이 제31조에서 제38조로 개정 됨 - 수급인은 하수급인에게 하도급공사의 시공과 관련하여 자재구입처의 지정등 하수급인에게 불리하다고 인정되는 행위를 강요하여서는 아니 됨
	법 제38조(불공정행위의 금지)의 전문개정 (2009. 12. 29)	○ 하도급거래시 불공정행위의 구체적인 유형을 최초로 규정하여 금지시킴 ○ 하수급인에 대한 불공정한 하자담보책임 및 설계변경 또는 경제 상황 변동에 따른 계약금액 미조정 등을 불공정행위로 규정함 <제38조(불공정행위의 금지)> ① (생략) ② 수급인은 하수급인에게 제28조, 제36조제1항 또는 관계 법령 등을 위반하여 하수급인의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약을 요구하여서는 아니 된다. 이 경우 부당한 특약의 유형은 대통령령으로 정한다
	시행령 제34조의 6(부당특약의 유형)의 신설 (2010. 5. 27)	○ 불공정행위를 금지하고 있는 법 제38조제2항과 관련된 부당한 특약의 유형을 구체화시킴 - 하수급인에게 보험료를 미지급하는 특약 - 하자담보책임을 하수급인에게 전가·부담시키는 특약 - 설계변경 또는 경제상황 변동에 따른 하도급 대금 미조정 특약
	시행령 제34조의 6(부당특약의 유형)의 개정 (2011. 11. 1)	○ 불공정행위를 금지하고 있는 법 제38조제2항과 관련된 부당한 특약의 유형이 추가 됨 - 하도급대금을 현금으로 지급하는 이유로 감액하는 특약 - 선급금 미지급 특약, 선급금 지급 이유로 감액하는 특약
	법 제38조 개정 (2012. 6. 1)	○ 금지되는 불공정행위의 구체적 유형 추가 - 법 제22조에서 규정하는 성실한 계약 이행의 의무 위반 - 법 제34조에서 규정하는 공정한 하도급대금의 지급 규정 위반 - 법 제44조에서 규정하는 건설업자의 손해배상 책임에 관한 규정 위반
	시행령 제34조의 6(부당특약의 유형)의 개정 (2012. 11. 27)	○ 불공정행위를 금지하고 있는 법 제38조제2항과 관련된 부당한 특약의 유형이 추가 됨 - 하수급인에게 민원처리 및 추가공사 등의 비용을 전가 또는 부담시키는 특약 - 수급인이 부담하여야 할 손해배상책임을 하수급인에게

		<p>전가 또는 부담시키는 특약</p> <hr/> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ 하도급계약이 현저하게 불공정하게 이루어진 경우 그 부분에 한하여 계약의 효력이 무효가 될 수 있도록 규정함</li> <li>- 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 인정하지 않거나 그 부담을 전가하는 경우</li> <li>- 공사내용의 변경에 따른 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 않거나 그 부담을 전가하는 경우</li> <li>- 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우</li> <li>- 계약내용을 일방의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우</li> <li>- 계약불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감하거나 가중시켜 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우</li> <li>- 「민법」 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우</li> </ul>
<p>하 도 급 법</p>	<p>법 제3조의 4(부당한 특약의 금지) 신설 (2013. 8. 13)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 하도급거래시 부당한 특약의 금지 규정 신설</li> <li>○ 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(“부당한 특약”)의 설정을 금지시킴</li> <li>○ 부당한 특약의 유형을 규정             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 서면으로 작성된 하도급계약의 내용에 기재되지 아니한 사항을 요구하여 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정</li> <li>- 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정</li> <li>- 입찰내역에 없는 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정</li> <li>- 수급사업자의 이익을 제한하거나, 원사업자의 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정</li> </ul> </li> </ul>

## 3.2 건설하도급 부당특약 관련 법률의 개정 내용과 의의

### (1) 건설산업기본법

건설공사 하도급거래에 있어서 대표적인 불공정거래 행위인 하도급계약시의 부당특약이 무효화 될 수 있도록 규제를 더욱 강화시킨 내용의 개정 건설산업기본법이 지난 2013년 8월 6일에 공포되었다. 금번의 건설산업기본법의 개정 취지는 하도급거래 계약체결 시 수급인이 하수급인을 상대로 불리한 특수조건 등을 설정하여 수급사업자의 부담을 가중시키는 계약 관행에 의하여 열악한 전문건설업체의 어려움이 더욱 가중되고 있는 실정을 반영한 것으로 볼 수 있다.

부당특약과 관련된 개정 건설산업기본법의 주요 핵심은 불공정 특약의 효력을 부인하고 있는 것으로, 불공정한 부당특약의 유형으로 ‘설계 변경이나 경제상황 변동 등에 따른 계약금액의 조정을 거부하는 경우’, ‘공사내역 변경에 따른 계약기간 변경을 인정하지 않는 경우’, ‘계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대한 책임을 전가하는 경우’, ‘계약내용을 일방적으로 정해 이익을 침해한 경우’, ‘계약불이행 책임을 과도하게 정하는 경우’, ‘민법등이 인정하는 권리를 배제하거나 제한하는 경우’ 등을 명시하고 있다.

부당특약의 유형이 선언적 양태로 규정되어 있던 종전의 건설산업기본법 시행령 제34조의 6(부당특약의 유형)의 규정에 의해서는 수급사업자의 위반 행위에 대하여 행정규제에 의한 처벌만이 가능하였으며, 수급인과 하수급인 간의 하도급계약의 사법상 효력은 부인되지 않고 부당특약의 계약적 효력은 그대로 유지 될 수 있었다. 즉 수급인의 하수급인에 대한 불공정 계약 조항이 건설산업기본법상의 부당특약에 해당되더라도 그 계약조건의 효력이 당연히 무효가 되는 것은 아니었으며, 해당 계약조건의 효력이 부정되기 위해서는 민법상의 불공정한 법령행위 내지 약관규제법상의 불공정 약관 등에 해당하여야만 부당특약의 효력이 무효화 될 수 있었다.

따라서 사회적·경제적 격차에 의해 우월적 지위에 있는 수급인의 하수급인에 대한 불공정한 거래 관행 요구에 의해 하도급계약시 흔히 체결될 수 있는 부당한 특약이 무효로 될 수 있다는 것을 법률에 의해 명시적으로 규정한 금번 개정 건설산업기본법은 건설공사 하도급거래 과정에서 공정한 계약체결을 유도하도록 하는 순기능을 할 것으로 기대 된다.

건설산업기본법의 개정 이전에도 국내 민법에는 부당특약을 무효로 할 수 있는 근거법규가 존재하였다. 민법 제103조에서는 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다”고 규정하고 있고, 제104조에서는 “당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다”고 규정하고 있어 불공정 특약사항이 무효로 해석될 수 있기 때문이다. 그러나 불공정한 특약 사항이 무효로 해석되는 민법상의 규정들은 그동안 엄격하게 그 요건이 한정되어 왔으며<sup>4)</sup>, 산업의 발전에 따른 현대적 거래관행에 대하여 민법규정들을 무한정 확대해석해 적용하는 것에는 한계가 있어 왔다. 따라서 건설공사계약에 있어서 그동안 오랜 시간동안 불공정 거래로 인정되어 오던 부당특약 설정 행위를 그 유형에 따라 아예 법률로 명시하여 무효화 될 수 있도록 규정한 것은 매우 필요하면서도 합리적이라고 할 수 있다.

4) 불공정한 특약사항의 무효와 관련된 대법원 판례를 살펴보면 “민법 제104조에 규정된 불공정한 법률행위는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 주관적으로 그와 같은 균형을 잃은 거래가 피해 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우에 성립하는 것으로서, 약자적 지위에 있는 자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용한 폭리행위를 규제하려는 데에 그 목적이 있고, 불공정한 법률행위가 성립하기 위한 요건인 궁박, 경솔, 무경험은 모두 구비하여야 하는 요건이 아니라 그 중 일부만 갖추어져도 충분한데, 여기에서 ‘궁박’이라 함은 ‘급박한 곤궁’을 의미하는 것으로서 경제적 원인에 기인할 수도 있고 정신적 또는 심리적 원인에 기인할 수도 있으며, 당사자가 궁박한 상태에 있었는지 여부는 그의 나이와 직업, 교육 및 사회경험의 정도, 재산 상태 및 그가 처한 질박성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여야 하며, 한편 피해 당사자가 궁박한 상태에 있었다고 하더라도 그 상대방 당사자에게 그와 같은 피해 당사자측의 사정을 알면서 이를 이용하려는 의사, 즉 폭리행위의 악의가 없었다거나 또는 객관적으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하지 아니한다면 민법 제104조의 규정된 불공정 거래행위는 성립하지 않는다.”고 판시하고 있다(대법원 2011. 1.27. 선고 2010다53457 판결)

〈표 3-2〉 부당특약 관련 건설산업기본법 개정 내용

개정전 조문	개정 조문
<p>제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙)</p> <p>①·② (생략)</p> <p>&lt;신설&gt;</p> <p>③ (생략)</p> <p>&lt;신설&gt;</p> <p>④·⑤ (생략)</p>	<p>제22조(건설공사에 관한 도급계약의 원칙)</p> <p>①·② (현행과 같음)</p> <p>③ 국토교통부장관은 계약당사자가 대등한 입장에서 공정하게 계약을 체결하도록 하기 위하여 건설공사의 도급 및 건설사업관리위탁에 관한 표준계약서(하도급의 경우는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」에 따라 공정거래위원회가 권장하는 건설공사표준하도급계약서를 포함한다. 이하 “표준계약서”라 한다)의 작성 및 사용을 권장하여야 한다</p> <p>④ (현행 제3항과 같음)</p> <p>⑤ 건설공사 도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우</li> <li>2. 계약체결 이후 공사내용의 변경에 따른 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우</li> <li>3. 도급계약의 형태, 건설공사의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우</li> <li>4. 계약내용에 대하여 구체적인 정함이 없거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약내용을 일방의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우</li> <li>5. 계약불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감하거나 가중하여 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우</li> <li>6. 「민법」 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우</li> </ol> <p>⑥·⑦ (현행 제4항 및 제5항과 같음)</p>

## (2) 하도급거래공정화에 관한 법률

건설산업기본법상의 부당특약 관련 규정의 개정취지에 발맞추어 하도급법에도 부당특약을 금지시키는 내용을 담은 개정 법률이 2013년 8월 13일에 공포되었다. 개정 법률안에는 부당한 특약에 의한 수급사업자의 피해를 방지하기 위하여 하도급법 제3조의4가 신설되었다(<표 3-3> 참조). 개정 건설산업기본법이 부당특약 설정 행위를 그 유형에 따라 명시하여 무효화될 수 있도록 개정된 반면에 개정 하도급법에서는 부당특약을 유형별로 규정하고 이를 금지하도록 하고 있다(<표 3-4> 참조).

하도급법 제3조의4 제1항에서는 하도급계약 시 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정할 수 없도록 규정하고 있으며, 제2항에서는 부당특약으로 간주될 수 있는 유형으로서 ‘서면에 기재되지 않은 비용을 부담시키는 약정’, ‘민원이나 산업재해 처리비용을 부담시키는 약정’, ‘입찰 내역에 없는 비용을 부담시키는 약정’, ‘수급사업자의 이익을 제한하거나 원사업자의 의무를 전가하는 약정’ 등을 규정하고 있다.

또한 개정 하도급법에서는 제3조의4의 실효성 제고를 위하여 공정거래위원회에서 동조를 위반한 원사업자에게 부당한 특약 조항의 삭제 또는 수정을 명할 수 있도록 하였으며, 하도급대금의 2배를 초과하지 아니하는 범위 내에서 과징금이나 하도급대금의 2배에 상당하는 벌금을 부과할 수 있도록 하였다.

이와 같이 부당특약의 유형을 하도급법에서도 구체화시킨 것은 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정하지 못하도록 하여 공정한 하도급거래 질서를 유도하고자한 것이다.

〈표 3-3〉 부당특약 관련 하도급법 개정 내용

개정전 조문	개정 조문
<신설>	<p><b>제3조의4(부당한 특약의 금지)</b></p> <p>① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 '부당한 특약'이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다.</p> <p>② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 약정은 부당한 특약으로 본다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 원사업자가 제3조제1항<sup>5)</sup>의 서면에 기재되지 아니한 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정</li> <li>2. 원사업자가 부담하여야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정</li> <li>3. 원사업자가 입찰내역에 없는 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정</li> <li>4. 그 밖에 이 법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나, 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정</li> </ol>

## 5) 제3조(서면의 발급 및 서류의 보존)

- ① 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우에는 제2항의 사항을 적은 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 다음 각 호의 구분에 따른 기한까지 수급사업자에게 발급하여야 한다.
1. 제조위탁의 경우: 수급사업자가 물품 납품을 위한 작업을 시작하기 전
  2. 수리위탁의 경우: 수급사업자가 계약이 체결된 수리행위를 시작하기 전
  3. 건설위탁의 경우: 수급사업자가 계약공사를 착공하기 전
  4. 용역위탁의 경우: 수급사업자가 계약이 체결된 용역수행행위를 시작하기 전
- ② 제1항의 서면에는 하도급대금과 그 지급방법 등 하도급계약의 내용 및 제16조의2제1항에 따른 원재료의 가격변동에 따른 하도급대금의 조정요건, 방법 및 절차 등 대통령령으로 정하는 사항을 적고 원사업자와 수급사업자가 서명(「전자서명법」 제2조제3호에 따른 공인전자서명을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 기명날인하여야 한다

〈표 3-4〉 개정 건설산업기본법과 하도급법에서의 부당특약 관련 규제 조항

부당특약의 양태	부당특약 규제 조항	
	무효화 될 수 있도록 한 조항	금지시키는 조항
- 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 인정하지 않거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우	-건설산업기본법 제22조 제6항의 각호1	
- 공사내용의 변경에 따른 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 않거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우	-건설산업기본법 제22조 제6항의 각호2	
- 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우	-건설산업기본법 제22조 제6항의 각호3	
- 계약내용을 일방의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우	-건설산업기본법 제22조 제6항의 각호4	
- 계약불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과소 또는 과대하게 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우	-건설산업기본법 제22조 제6항의 각호5	
- 「민법」 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우	-건설산업기본법 제22조 제6항의 각호6	
- 하도급금액산출내역서에 명시된 보험료를 하수급인에게 지급하지 아니하기로 하는 특약		-건설산업기본법 시행령 제34조의6의 각호1
- 수급인이 부당하게 하수급인에게 각종 민원처리, 임시 시설물 설치, 추가 공사 또는 현장관리 등에 드는 비용을 전가하거나 부담시키는 특약		-건설산업기본법 시행령 제34조의6의 각호2
- 수급인이 부담하여야 할 하자담보책임을 하수급인에게 전가·부담시키거나 도급계약으로 정한 기간을 초과하여 하자담보책임을 부담시키는 특약		-건설산업기본법 시행령 제34조의6의 각호3
- 하도급대금을 현금 지급하거나 기한 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 감액하기로 하는 특약		-건설산업기본법 시행령 제34조의6의 각호4
- 선급금을 지급하지 않는 특약 또는 선급금 지급을 이유로 기성금을 지급하지 아니하거나 하도급대금을 감액하기로 하는 특약		-건설산업기본법 시행령 제34조의6의 각호5
- 수급인이 발주자로부터 설계변경 또는 경제상황 변동에 따라 공사금액을 조정 받은 경우, 하도급대금을 조정하지 아니하기로 한 특약		-건설산업기본법 시행령 제34조의6의 각호6
- 수급인이 부담하여야 할 손해배상책임을 하수급인에게 전가하거나 부담시키는 특약		-건설산업기본법 시행령 제34조의6의 각호7
- 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건		-하도급법 제3조의4 제1항
- 원사업자가 서면에 기재되지 않은 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정		-하도급법 제3조의4 제2항 각호1
- 원사업자가 부담하여야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정		-하도급법 제3조의4 제2항 각호2
- 원사업자가 입찰내역에 없는 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정		-하도급법 제3조의4 제2항 각호3
- 하도급법에서 보호하는 수급사업자의 이익을 제한하거나, 원사업자의 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정		-하도급법 제3조의4 제2항 각호4

## 4. 결론

건설공사 하도급계약시 부당특약의 효력이 무효화 될 수 있도록 한 건설산업기본법과 부당특약을 금지시키는 하도급법의 개정은 현행 계약법 체계 하에서 매우 의미 있는 것으로 볼 수 있다. 계약자유에 입각한 계약법 체계 아래에서 계약이 성립되면 모든 책임을 지우던 원칙에 근본적인 변화를 주는 것이며, 건설산업에서 관행화 되어 왔던 불공정 계약체결 행태를 법률로 규제하겠다는 정부의 의지를 표명한 것이기 때문이다. 그러나 금번 부당특약 관련 법률의 개정안에 의해 불공정 계약체결의 관행이 실제 개선될지의 여부는 이를 해석하고 집행하는 과정에서 법 집행 및 해석권자의 의지에 달려 있다고 할 수 있다.

개정 법률이 향후 실효적으로 시행된다면 수급인의 하도급계약 체결 관행이 개선될 것으로 기대되는 바, 하도급거래 관행에 많은 긍정적 변화를 가져올 것으로 예상된다. 수급인의 입장에서는 부당특약 금지규정을 위반하기 않기 위해서 하도급계약체결 단계에서부터 계약 이행과정에서 발생할 수 있는 각종 비용이나 부담내역을 정확히 산출하여 이를 계약서에 합리적으로 반영하고자 노력하게 될 것이다. 결과적으로 하수급인이 건설공사 수행과정에서 발생하는 각종 비용을 일방적으로 불공정하게 부담해왔던 불합리한 거래 관행은 줄어들게 될 것으로 예상되며, 불합리한 하수급인의 비용 부담 감소는 전문건설업체들의 경영여건 개선으로 이어질 것으로 기대된다.

- 이종광, 연구위원([jglee@ricon.re.kr](mailto:jglee@ricon.re.kr))
- 박승국, 연구위원([skpark@ricon.re.kr](mailto:skpark@ricon.re.kr))
- 이보라, 책임연구원([bora@ricon.re.kr](mailto:bora@ricon.re.kr))

## 참고문헌

1. 김예상(2008). 건설제도 및 계약. 보문당.
2. 이보라·박승국(2010). 저가하도급 사례분석 및 개선방안. 대한건설정책 연구원.
3. 이종광·김태준·홍성진(2012). 표준하도급계약서 사용실태조사 및 개선 방안(설문조사 결과 요약). 대한건설정책연구원.
4. 전문건설협회(2012). 전문건설업 실태조사 분석보고서.
5. 조영준(2010). 이론과 실무 건설계약관리. 한울.
6. 최재원(2002). 건설공사계약서상의 불공정특약에 대한 대처방안 및 제도 개선에 관한 연구. 중앙대 석논.

**건설하도급 부당특약관련 법률  
개정요의 주요내용과 의의**  
-건설법, 하도급법 개정내용을 중심으로-

---

2013년 8월 10일 인쇄

2013년 8월 10일 발행

발행인 노재화

발행처 대한건설정책연구원

서울시 동작구 신대방동 395-70 전문건설회관13층

TEL (02)3284-2600

FAX (02)3284-2620

홈페이지 [www.ricon.re.kr](http://www.ricon.re.kr)

등록 2007년 4월 26일(제319-2007-17호)

I S B N

인쇄처 경성문화사(02)786-2999

---

©대한건설정책연구원 2013

