

건설정책리뷰 2013-10

표준하도급계약서의 사용 활성화 방안

박승국 · 홍성진

2013. 12

대한건설정책연구원

요 약

- 국가적 차원 즉, 공정거래위원회, 지방자치단체 및 공공단체는 각각 “하도급법”, 지방자치단체의 조례 및 계약예규를 통하여 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장하고 있음
- 그런데 “하도급법”상 표준하도급계약서 관련 규정은 권고사항에 불과하고, 표준하도급계약서 제1조 제3항 및 제30조는 “특수조건”에 관하여 법적 효력을 부여하고 있어 부당특약 및 변형계약서의 사용으로 표준하도급계약서 제도의 개선이 필요함
 - 지방자치단체의 표준하도급계약서 관련 조례 및 공공단체의 “(계약예규)공사계약 일반조건”상 「입찰참가자격 사전심사 기준」의 신인도 평가는 법·제도적으로 미미하거나 일정한 기준이 없는 실정임
 - 건설위탁(하도급거래)에 있어 표준하도급계약서 일부조항의 변형 및 부당특약의 추가는 불공정 하도급계약이 이루어지는데 주된 요인이 되고 있음
- 이에 따라 표준하도급계약서 관련 개선방안 및 표준하도급계약서 제도 관련 “하도급법” 개선방안으로 구분하여 개선방안을 도출함
 - 상대적으로 열위적 위치에 있는 수급사업자의 실질적 보호를 위하여 표준하도급계약서 제30조의 특수조건에 부당한 특약을 설정하는 경우 을에게 불리한 범위 내에서 무효로 함
 - 지방자치단체의 표준하도급계약서 사용 활성화를 위하여 국가차원에서 표준하도급계약서 관련 조례 제정을 권고함
 - 현행 공공단체 발주공사의 경우 해당 기관마다 별점감경기준이 일정한 기준이 없는 실정인바, 보다 객관적이고 정형화된 별점 감경 기준을 제시 및 홍보함
 - 표준하도급계약서 변형에 따른 폐해를 개선하기 위하여 “하도급법”상 표준하도급계약서 변경 사용 금지 또는 표준하도급계약서 의무화를 내용으로 하는 개정안을 제안함

목 차

제1장 서 론	1
제2장 표준하도급계약서제도의 개관	3
2.1 표준하도급계약서의 의의 및 유형	3
2.2 표준하도급계약서의 주요 내용 및 판례의 태도	5
제3장 표준하도급계약서제도의 현황 및 문제점	16
3.1 표준하도급계약서제도의 현황	16
3.2 표준하도급계약서제도의 문제점	22
제4장 표준하도급계약서제도의 개선방안	28
4.1 표준하도급계약서 관련 개선방안	28
4.1.1 부당특약 관련 표준하도급계약서 개정안 마련	28
4.1.2 행정청의 표준하도급계약서 사용 활성화 방안 마련	30
4.2 표준하도급계약서제도 관련 “하도급법” 개선방안	31
제5장 결론	36
참 고 문 헌	38
부 록	39

표 목 차

<표 2-1> 건설업 표준하도급계약서의 편제 및 내용	7
<표 3-1> 지방자치단체의 표준하도급계약서 관련 조례	17
<표 3-2> 공공단체의 표준하도급계약서 관련 규정	21
<표 4-1> 부당특약 관련 표준하도급계약서 개정안	30
<표 4-2> 표준하도급계약서 변형 관련 “하도급법” 개정안	32
<표 4-3> 표준하도급계약서 의무화 관련 “하도급법” 개정안	34

그림 목 차

<그림 3-1> 불공정 하도급계약 유형	25
-----------------------------	----

1. 서론

- 도급계약이란 원도급·하도급·위탁 기타 명칭의 여하에 불구하고 건설공사를 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 일의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약을 말하며, 건설산업기본법 제22조제1항에서는 건설공사에 관한 도급계약(하도급계약을 포함)의 당사자는 대등한 입장에서 합의에 따라 공정하게 계약을 체결하고, 신의에 따라 성실하게 계약을 이행하도록 하고 있음
- 현재 공정거래위원회에서 공정한 하도급계약이 체결되도록 표준하도급계약서를 제정하여 보급하고 있음. 이는 건설공사에서의 하도급계약이 원사업자의 계약상 우월적 지위 남용에 의해 불공정하게 이루어지는 것을 방지하기 위하여, 하도급계약에 있어 중요한 계약조건의 항목과 내용을 표준화한 계약서를 계약 당사자들이 사용하게 함으로써 원사업자와 수급사업자가 대등한 입장에서 하도급계약이 공정하게 체결되도록 유도 하는 것임
 - 표준하도급계약서의 항목과 내용은 원사업자와 수급사업자간의 공정한 하도급계약이 이루어지기 위한 최소한의 규율이라고 볼 수 있음
- 이러한 표준하도급계약서의 제정 목적에도 불구하고 하도급계약시 사용되는 계약서 서식의 실태를 살펴보면, 표준하도급계약서를 사용하지 않거나 수정 또는 변경하여 사용하는 경우가 빈번한 것으로 나타나고 있음

- 대한건설정책연구원의 내부조사 결과¹⁾에 의하면 하도급공사 계약시 주로 사용하는 계약서로서 표준하도급계약서 만을 사용하는 비율은 60.2%에 불과하였으며, 표준하도급계약서를 수정 또는 변형하여 사용하거나 표준하도급계약서 이외의 서식을 사용하는 비율이 39.8%에 달하고 있음

- 표준하도급계약서를 수정 또는 변형하여 사용하거나 표준하도급계약서 이외의 서식을 사용하는 유형으로서는 특약조항을 추가하는 경우가 58.5%, 일부조항을 변형하는 경우가 14.8%였으며, 원사업자가 작성한 계약서를 사용하는 비율은 18.5%, 구두계약 또는 계약서 미교부의 비율은 8.1%로 나타남

- 공정한 하도급거래 질서를 확립하기 위해서는 건설하도급거래의 시작인 하도급계약이 공정하게 이루어져야 할 것임. 수급사업자인 전문건설업체들과의 불공정 계약을 바탕으로 원사업자의 경영상의 위험을 수급사업자에게 전가하는 것은 건설산업의 발전을 위해 원사업자와 수급사업자간의 상생협력이 더욱 중요한 현 시점에서 건설산업의 경쟁력을 약화시키고 더 나아가 국가의 건전한 산업발전을 저해할 것임

- 이에 따라 본 연구에서는 건설산업 분야에서의 표준하도급계약서 사용에 있어서의 문제점을 분석하고 이에 대한 개선방안을 제시하는 것을 목적으로 함

1) 이종광·김태준·홍성진, “표준하도급계약서 사용실태조사 및 개선방안”, 대한건설정책연구원, 2013. 본 자료는 대한건설정책연구원이 수급사업자의 지위에 있는 전문건설업체 200개사를 대상으로 2012년 11월 21일부터 30일까지 10일간 “표준하도급계약서 사용 현황, 불공정 계약 유형(수정 및 특약사항), 하도급표준계약서 사용관련 개선사항”에 대하여 FAX 및 E-mail을 통하여 실시한 실태조사 연구이다.

2. 표준하도급계약서제도의 개관

2.1 표준하도급계약서의 의의 및 유형

- 표준하도급계약서는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 “하도급법”이라 함)제3조의2에 근거하여 “하도급법” 위반을 최소화하고 계약서 작성시의 편의를 제공할 목적으로 공정거래위원회에서 보급하는 표준계약서²⁾를 말함
 - “하도급법”은 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자(原事業者)와 수급사업자(受給事業者)가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 함을 입법목적으로 하고 있음
- 이는 종래 건설업계에서 자율적으로 사용하던 표준하도급계약서의 보급을 확대함으로써, “하도급법”위반을 예방하는데 기여하고자 1995. 1. 5 “하도급법”을 개정하여 (법률 제4860호; 1994. 4. 1. 시행) 법적 근거를 마련하였음
 - 오늘날 표준하도급계약서는 건설자재업, 건설업, 건축설계업, 건축물유지관리업, 정보통신공사업, 전기공사업 등 약 35개 업종의 표준하도급

2) 우리나라는 “하도급법”이외에 다양한 영역의 법률들이 표준계약서의 사용을 권장하고 있다. 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙」 제49조나 「건설산업기본법시행령」 제25조에서와 같이 획일적이고 평등한 계약체결이 필요한 분야의 경우 표준계약서를 사용한다. 이러한 표준계약서는 「임대주택법」 제32조의 “표준임대차계약서”, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행규칙」 제8조의 “표준근로계약서”와 같이 계약의 일방 당사자의 지위가 열악하거나 영세한 사업분야에서 표준계약서의 사용이 파생·권장되어 사용되는데(오금석, “표준하도급계약서의 개선점 및 사용빈도 제고방안에 관한 연구”, 공정거래위원회, 2009, 18쪽), 하도급거래에 관한 표준계약서를 “표준하도급계약서”라고 할 수 있다.

계약서가 제정·권장되고 있는바, 본 연구에서는 건설업 표준하도급계약서를 중심으로 논하고자 함

- 특히 2013. 1. 1 화학업종, 제1차금속업종, 의료정밀광학기기업종, 출판인쇄업종, 장비도매업종(이상 제정), 기계(기타 기계장비)업종, 음식료업종, 섬유업종, 디자인업종(이상 전면개정)이 제정 및 시행되었는바, 여기에는 불공정 특약의 무효, 수급사업자의 재하도급 시 표준하도급계약서 사용의무 규정 등이 특징임³⁾
- 이러한 표준하도급계약서의 사용은 계약자유의 원칙 등을 이유로 의무화가 아닌 “표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있다”고 하는 임의적 규율사항으로 그 법적 근거를 마련하였음
- 다만 이에 대하여 공정거래위원회는 “하도급법” 제26조 제2항 및 동법시행령 제17조에 따라 입찰참가자격의 제한, 「건설산업기본법」 제82조 제1항 제7호에 따른 영업정지 등에 있어서 인센티브(벌점경감기준)를 부여하고 있음
 - 공정거래위원회는 원사업자가 직전 1년 동안 계속하여 하도급거래에서 법 제3조의2에 따른 표준하도급계약서를 사용한 경우(수급사업자에게 뚜렷하게 불리하도록 내용을 수정하거나 특약을 추가하는 경우는 제외한다) 2점의 경감점수를 부여하고 있음(“하도급법시행령” 별표3)
- 이러한 표준하도급계약서의 작성 및 사용은 상대적으로 열위적 위치

3) 공정거래위원회 보도자료, “화학 등 9개 업종 표준하도급계약서 제·개정, 시행”, 2013. 1. 2.

에 있는 수급사업자가 원사업자와의 계약체결 과정에서 받을 수 있는 불이익과 분쟁발생요소를 사전에 제거하여 공정한 거래관행을 구축할 수 있다는 합목적적 제도라고 평가할 수 있음

2.2 표준하도급계약서의 주요 내용 및 판례의 태도

- “하도급법”상 건설업 하도급거래는 「건설산업기본법」상 건설업자, 「전기공사업법」상 공사업자, 「정보통신공사업법」상 정보통신공사업자, 「소방시설공사업법」상 소방시설공사업자 등⁴⁾이 해당 공사의 전부 또는 일부를 다른 건설업자에게 위탁하는 것을 말함
- “하도급법”은 원사업자의 수급사업자에 대한 제조·수리·건설·용역위탁에 대한 하도급 거래에 관한 법률로써, 다음과 같은 내용으로 편제가 구성되어 있음

원사업자의 의무사항	① 서면발급, 서로보존의무 ② 선급금 지급의무 ③ 내국신용장 개설의무 ④ 검사 및 검사결과 통지의무 ⑤ 하도급대금 지급의무 ⑥ 하도급대금 지급보증의무 ⑦ 관세 등 환급액의 지급의무 ⑧ 설계변경 등에 따른 하도급대금 조정의무 ⑨ 원재료의 가격 변동에 따른 하도급대금 조정의무
원사업자의 금지사항	① 부당한 특약의 금지 ⁵⁾ ② 부당한 하도급대금 결정금지

4) 「주택법」 제9조에 따른 등록사업자, 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제15조에 따른 등록업자, 「하수도법」 제51조 및 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제34조에 따른 등록업자, 「에너지이용 합리화법」 제37조에 따른 등록업자, 「도시가스사업법」 제12조에 따른 시공자, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제17조에 따른 시공자를 말한다(“하도급법시행령” 제2조 제7항).

	<ul style="list-style-type: none"> ③ 물품 등의 구매강제 금지 ④ 부당한 위탁취소 금지등 ⑤ 부당반품의 금지 ⑥ 하도급대금 감액금지 ⑦ 물품구매대금 등의 부당결제 청구의 금지 ⑧ 경제적 이익의 부당요구 금지 ⑨ 기술자료 제공 요구 금지 등 ⑩ 부당한 대물변제행위 금지 ⑪ 부당한 경영간섭의 금지 ⑫ 보복조치의 금지 ⑬ 탈법행위의 금지 	
발주자의 의무사항	① 하도급대금의 직접지급의무	
수급사업자의 의무·준수사항	<ul style="list-style-type: none"> ① 서류보존의무 ② 신의칙 준수 의무 ③ 원사업자의 위법행위 협조거부의무 ④ 증거서류 제출 	
법위반시 제재	행정적 제재	<ul style="list-style-type: none"> ● 시정조치(시정명령, 시정권고) ● 공표명령 ● 과징금: 하도급대금의 2배 이하 ● 상습 법위반자 조치(벌점부과, 입찰제한, 영업정지 등 요청) ● 과태료 부과: 1억원 이하
	사법적 제재	<ul style="list-style-type: none"> ● 하도급대금 2배 상당금액 이하의 벌금 <ul style="list-style-type: none"> - 원사업자의 의무사항 및 금지사항 위반행위 ● 1억5천만원 이하의 벌금 <ul style="list-style-type: none"> - 공정위의 시정명령에 따르지 아니한 자 - 보복조치, 탈법행위, 부당한 경영간섭 금지 위반자 <p>※ 양벌규정: 행위자 및 법인 처벌</p>

- 표준하도급계약서는 이러한 “하도급법”의 규율내용을 토대로 제정되어 그 내용에 있어서 “하도급법”의 편제 및 내용과 대동소이하지만, “하도급법”은 법률로써 강행법규로서의 성질을 갖는데 대하여 표준하도급계약서는 권고적 성격을 갖는 임의법규에 불과함

5) 부당한 특약의 금지 조항은 2013. 8. 13 신설되어 2014. 2. 14부터 시행된다.

○ 표준하도급계약서의 편제 및 내용은 다음의 <표2-1>과 같음

<표2-1> 건설업 표준하도급계약서의 편제 및 내용⁶⁾

건설업 표준하도급계약서 [기본, 변경]	
1. 발 주 자 :	원도급공사명 :
2. 하도급공사명 :	
3. 공 사 장 소 :	
4. 공 사 기 간 :	착공 년 월 일 준공 년 월 일
5. 계 약 금 액 :	일금 원정 (₩) ○공급가액 : 일금 원정 (₩) (노무비: 일금 원정) * 건설산업기본법시행령 제84조 규정에 의한 노무비 ○부가가치세 : 일금 원정 (₩) ※ 변경전 계약금액 : 일금 원정 (₩)
6. 대금의 지급	
가. 선급금	
	(1) 계약체결후 ()일 이내에 일금 원정 (₩) (2) 발주자로부터 지급받은 날 또는 계약일로부터 15일 이내 그 내용과 비율에 따름
나. 기성부분금 :	(1) 월 ()회 (2) 목적물 수령일로부터 ()일 이내 (3) 지급방법 : 현금 %, 어음 %
다. 설계변경, 경제상황변동 등에 따른 대금조정 및 지급	(1) 발주자로부터 조정받은 날로부터 (30)일 이내 그 내용과 비율에 따라 조정 (2) 발주자로부터 지급받은날로부터 15일 이내 지급

6) 본 표준하도급계약서는 2012. 1. 5 시행된 (건설업) 표준하도급계약서를 말하되, (건설업)표준하도급계약서의 경우 빈번한 개정(1999, 2006, 2008, 2009, 2012년 개정)이 이루어진 것을 감안하여, 하도급계약 체결시 이를 확인할 필요가 있다.

7. 지급자재의 품목 및 수량 : 별도첨부

8. 계약보증금 : 원정 (₩)

9. 하자보수보증금률 : %

10. 하자담보책임기간 :

11. 지체상금률 : %

당사자는 위 내용과 별첨 공사하도급 계약조건, 설계도()장, 시방서() 책에 의하여 이 공사하도급 계약을 체결하고 계약서 2통을 작성하여 각각 1통씩 가진다.

201 년 월 일

* 원사업자

주소 :

상호 :

성명 : (인)

* 수급사업자

주소 :

상호 :

성명 : (인)

건설업 표준하도급계약서(본문)

전문개정 2012. 1. 5.

제1조(기본원칙)	제16조(응급조치)
제1조의2(하도급계약의 추정)	제17조(검사 및 인도)
제2조(원사업자의 협조)	제18조(손해의 부담)
제3조(공사시공 등)	제19조(부분사용)
제4조(관련공사와의 조정)	제20조(대금지급)
제4조의2(부당한 하도급대금의 결정 금지)	제20조의2(감액의 금지)
제5조(의견의 청취)	제20조의3(부당결제청구 등의 금지)
제6조(권리·의무의 양도)	제20조의4(부당한 대물변제의 금지)
제7조(계약이행 및 공사대금지급보증)	제20조의5(기술자료 제공 요구 금지 등)
제8조(감독원)	제20조의6(보복조치의 금지)
제9조(현장대리인)	제21조(하도급대금의 직접지급청구)
제10조(종업원 및 고용원)	제22조(선급금)
제11조(공사재료의 검사)	제22조의2(부당한 경영간섭의 금지)
제12조(지급재료 및 대여품)	제23조(하자담보)

제12조의2(물품 등의 구매강제 금지)	제24조(이행지체)
제13조(부적합한 공사)	제25조(계약해제, 해지)
제13조의2(부당한 위탁취소 금지)	제25조의 2(공사의 중지)
제14조(공사의 변경·중지)	제26조(서류제출)
제14조의 2(설계변경으로 인한 계약금액의 변경)	제27조(보험가입 등)
제15조(물가변동으로 인한 계약금액의 조정)	제28조(안전관리비)
	제29조(지적재산권 등)
	제30조(특수조건)
	제31조(이의 및 분쟁의 해결)

- 이러한 표준하도급계약서의 편제 및 내용을 “하도급법”의 입법 취지 및 규율 사항과 비교하여 볼 때, 강행규정의 성격을 갖는 조항이 다수 포함되어 있음
- 이하에서는 강행규정의 성격을 갖는 표준하도급계약서의 주요 내용과 이에 대한 판례의 태도를 고찰하고자 함

(1) 부당한 하도급대금의 결정 금지

표준하도급계약서	<p>제4조의2(부당한 하도급대금의 결정 금지)</p> <p>① 갑은 을에게 부당한 방법을 이용하여 목적물등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정(이하 "부당한 하도급대금의 결정"이라 한다)하거나 하도급 받도록 강요하여서는 아니 된다.</p> <p>② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 갑의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위 2. 협조요청 등 어떠한 명목으로든 일방적으로 일정 금액을 할당한 후 그 금액을 빼고 하도급대금을 결정하는 행위 3. 정당한 사유 없이 특정 수급사업자를 차별 취급하여 하도급대금을 결정하는 행위 4. 을에게 발주량 등 거래조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나 다른 사업자의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 을을 속이고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위
----------	---

	<p>5. 갑이 을과의 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급 대금을 결정하는 행위</p> <p>6. 수의계약으로 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 갑의 도급내역상의 재료비, 직접노무비 및 경비의 합계(다만, 경비 중 갑과 을이 합의하여 갑이 부담하기로 한 비목 및 갑이 부담하여야 하는 법정경비를 제외한다)보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위</p> <p>7. 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위</p>
판례의 태도	<p>● 부당한 하도급대금 결정행위에 해당하지 않는 '정당한 사유'란 공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유 등 정당화할 객관적·합리적 사유를 말하는 것으로, 원사업자가 이를 주장·증명하여야 하고, 공정한 하도급거래질서 확립이라는 관점에서 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2012.02.23. 선고 2011두23337 판결)</p>

(2) 감액의 금지

표준하도급계약서	<p>제20조의2(감액의 금지)</p> <p>① 갑은 건설위탁을 할 때 정한 하도급대금을 감액하여서는 아니된다. 다만, 갑이 정당한 사유를 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 갑의 행위는 정당한 사유에 의한 행위로 보지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 위탁할 때 하도급대금을 감액할 조건 등을 명시하지 아니하고 위탁 후 협조요청 또는 거래 상대방으로부터의 발주취소, 경제상황의 변동 등 불합리한 이유를 들어 하도급대금을 감액하는 행위 2. 을과 단가 인하에 관한 합의가 성립된 경우 그 합의 성립 전에 위탁한 부분에 대하여도 일방적으로 합의 내용을 소급하여 적용하는 방법으로 하도급대금을 감액하는 행위 3. 하도급대금을 현금으로 지급하거나 지급기일 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 하도급대금을 감액하는 행위 4. 갑에 대한 손해발생에 실질적 영향을 미치지 아니하는 을의 경미한 과오를 이유로 일방적으로 하도급대금을 감액하는 행위 5. 목적물 등의 시공 등에 필요한 물품 등을 자기로부터 사게 하거나 자기의 장비 등을 사용하게 한 경우에 적정한 구매대금 또는 적정한 사용대가 이상의 금액을 하도급대금에서 공제하는 행위 6. 하도급대금 지급 시점의 물가나 자재가격 등이 납품 등의 시점에 비하여 떨어진 것을 이유로 하도급대금을 감액하는 행위 7. 경영적자 등 불합리한 이유로 부당하게 하도급대금을 감액하는 행위
----------	---

	<p>8. 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」, 「산업안전보건법」 등에 따라 갑이 부담하여야 하는 고용보험료, 산업안전보건관리비, 그 밖의 경비 등을 을에게 부담시키는 행위</p> <p>③ 갑이 제1항 단서에 따라 감액할 경우에는 감액 사유와 기준, 감액대상이 되는 목적물 등의 물량, 감액금액, 공제 등 감액방법, 그 밖에 갑의 감액이 정당함을 입증할 수 있는 사항을 적은 서면을 을에게 미리 주어야 한다.</p>
<p>판례의 태도</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● 원사업자가 우월적 지위를 이용하여 수급사업자의 자발적 동의에 의하지 않고 하도급대금을 부당하게 감액한 경우 불법행위에 기한 손해배상책임을 진다. 이때 하도급대금의 감액 약정이 수급사업자의 자발적인 동의에 의한 것인지 여부는 수급사업자에 대한 원사업자의 거래상 우월적 지위의 정도, 수급사업자의 원사업자에 대한 거래의존도, 거래관계의 지속성, 거래의 특성과 시장상황, 거래 상대방의 변경가능성, 당초의 대금과 감액된 대금의 차이, 수급사업자가 완성된 목적물을 인도한 시기와 원사업자가 대금 감액을 요구한 시기와의 시간적 간격, 대금감액의 경위, 대금감액에 의하여 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 정도 등을 정상적인 거래 관행이나 상관습 및 경험칙에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다 (대법원 2011.01.27. 선고 2010다53457 판결)

(3) 부당결제청구 등의 금지

<p>표준하도급계약서</p>	<p>제20조의3(부당결제청구 등의 금지)</p> <p>① 갑은 을에게 건설위탁에 필요한 물품 등을 자기로부터 사게 하거나 자기의 장비 등을 사용하게 한 경우에 정당한 이유 없이 당해 위탁에 대한 하도급대금의 지급기일에 앞서 구매대금이나 사용대가의 전부 또는 일부를 지급하게 하거나 자기가 구입사용 또는 제3자에게 공급하는 조건보다 현저하게 불리한 조건으로 지급하여서는 아니 된다.</p> <p>② 갑은 정당한 사유 없이 을에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 용역 그 밖에 경제적 이익을 제공하도록 하는 행위를 하여서는 아니 된다.</p>
<p>판례의 태도</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● 수급사업자가 원사업자의 경제적 이익 제공 요구를 수용할 수밖에 없는 조건을 내세워 하도급계약을 체결하는 행위도 위 조항의 규제대상에 포함되는 것으로 보아야 하고, 여기에서 말하는 '경제적 이익의 제공'에는 반드시 반대급부가 없는 일방적인 경제적 이익만이 아니라, 원사업자가 부담하여야 할 비용을 수급사업자에게 전가하거나 유동성을 확보하는 것 등 간접적이고 우회적인 형태로 수급사업자에게 경제적 부담을 지우는 것도 포함된다(대법원 2010.12.09. 선고 2009두2368 판결)

(4) 부당한 대물변제의 금지

표준하도급계약서	제20조의4(부당한 대물변제의 금지) 갑은 을의 의사에 반하여 하도급대금을 물품으로 지급하여서는 아니 된다.
판례의 태도	<ul style="list-style-type: none"> ● 열위적 지위에 있는 수급사업자가 원하지 않음에도 원사업자의 의사에 따라 하도급대금을 물품으로 지급하는 것에 동의 또는 승낙하는 경우에는 '의사에 반하여' 지급한 것에 해당한다고 할 것(대법원 2003.05.16. 선고 2001다27470 판결)

(5) 하도급대금의 직접지급청구

표준하도급계약서	<p>제21조(하도급대금의 직접지급청구)</p> <p>① 건설산업기본법 등 관계법령에 의거 발주자가 하도급대금을 직접 지급할 수 있는 사유에 해당하는 경우, 을은 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 청구할 수 있다.</p> <p>② 을이 제1항의 규정에 의하여 하도급대금의 직접지급을 청구하거나 발주자가 관계법령에 의하여 하도급대금을 을에게 직접 지급하고자 할 때에는 갑은 특별한 사유가 없는 한 그 지급의 방법 및 절차에 관하여 협조한다.</p> <p>③ 발주자 및 갑과 을이 하도급대금 직접지급에 합의한 경우 을은 갑에게 하도급대금의 사용내역(자재·장비대금 및 임금, 보험료 등 경비에 한함)을 하도급대금 수령일로부터 20일 이내에 통보하여야 한다.</p>
판례의 태도	<ul style="list-style-type: none"> ● 발주자의 수급사업자에 대한 직접 지급의무의 범위는 특별한 사정이 없는 한 발주자의 원사업자에 대한 대금지급의무를 한도로 하여 해당 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금에서 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 기성공사대금 내역 중 해당 수급사업자의 하도급공사 부분의 금액을 공제한 금액을 말한다(대법원 2011.4.28. 선고 2011다2029 판결) ● 원사업자가 지급정지·파산 그 밖에 이와 유사한 사유 등으로 하도급공사대금을 지급할 수 없게 되었는지 여부 등에 관하여는 수급사업자의 직접지급 요청의 의사표시가 발주자에게 도달한 시점을 기준으로 판단하여야 하며, 여기서 '지급할 수 없게 된 경우', 즉 지급불능은 채무자가 변제능력이 부족하여 즉시 변제하여야 할 채무를 일반적·계속적으로 변제할 수 없는 객관적 상태를 말한다(대법원 2009.03.12. 선고 2008다65839 판결) ● 원사업자가 파산한 경우에 인정되는 직접청구제도는 원사업자의 회사정리절차가 개시된 경우에도 적용되며, 이는 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제131조의 회생채권의 변제금지에 해당하지 않는다(대법원 2007.06.28. 선고 2007다17758 판결)

	<ul style="list-style-type: none"> ● 원사업자의 파산으로 발생한 발주자의 하도급대금 직접지급의무는 파산폐지결정으로 소멸하지 않는다(대법원 2005.07.28. 선고 2004다64050 판결) ● 발주자에게 하도급대금의 직접지급을 요청한 하수급인들이 여러 명인 경우 그들 사이의 우열관계는 채권자평등이라는 일반원칙에 의하기보다 직접지급 요청 도달일시의 선후에 따라 우열관계를 정하고, 그 도달일시가 같은 수급사업자들에 한해서만 채권액에 따라 안분배당하게 된다(서울중앙지방법원 2010.07.07. 선고 2009가합37669 판결) ● 공사도급계약이 해지된 경우 하도급대금의 직접지급이 공사대금과 선금과의 상계보다 우선한다(서울지방법원 2003.09.09. 선고 2002가합85997 판결) ● 수급사업자가 직접지급청구권을 행사하기 전에 그 기초가 되는 원사업자의 발주자에 대한 도급대금채권이 경계에 의하여 소멸된 경우, 발주자는 하도급대금의 직접지급의무를 지지 않는다(대법원 2009.07.09. 선고 2008다21303 판결) ● 하도급대금 직접지급 사유가 발생하기 전에 원사업자의 제3채권자가 원사업자의 발주자에 대한 채권에 대하여 압류 또는 가압류 등으로 채권의 집행보전이 된 경우에는 그 이후에 발생한 하도급공사대금의 직접 지급사유에도 불구하고 그 집행보전된 채권은 소멸하지 않는다(대법원 2003.09.05. 선고 2001다64769 판결) ● 발주자가 원사업자의 파산 등으로 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급하는 경우에는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제13조 제8항의 "하도급대금의 초과기간에 대한 이자"를 지급하지 않는다(대법원 2005.07.28. 선고 2004다64050 판결)
--	--

(6) 선급금

표준하도급계약서	<p>제22조(선급금)</p> <ol style="list-style-type: none"> ① 갑은 계약서에 정한 바에 따라 선급금을 을에게 지급한다. ② 갑이 발주자로부터 선급금을 받은 때에는 을이 시공에 착수할 수 있도록 그가 받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 지급받은 날(위탁을 하기전에 선급금을 지급받은 경우에는 위탁을 한 날)로부터 15일 이내의 범위 안에서 계약서에 정한 바에 따라 선급금을 을에게 지급한다. ③ 을이 선급금을 지급받고자 할 때에는 제23조제1항 각호의 1에 해당하는 증서를 갑에게 제출한다. ④ 선급금은 계약목적외에 사용할 수 없으며, 노임지급 및 자재확보에 우선 사용하도록 한다.
----------	---

	<p>⑤ 선급금은 기성부분의 대가를 지급할 때마다 다음 산식에 의하여 산출한 금액을 정산한다.</p> $\text{선급금 정산액} = \text{선급금액} \times \frac{\text{기성부분의 대가 상당액}}{\text{계약금액}}$ <p>⑥ 을은 선급금 사용 완료후 그 사용내역서를 갑에게 제출하여야 하며, 목적외 사용시 이를 반환한다.</p>
<p>판례의 태도</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● 보증보험회사인 갑 주식회사가 아파트 건설공사 원사업자인 을 주식회사로부터 일부 공사를 도급받은 병 주식회사와 피보험자를 을 회사로 하는 내용의 선급금 보증보험계약을 체결하였는데, 이후 병 회사 부도로 공사가 중단되자 을 회사에 보험금을 지급한 다음 도급계약서에 수급인의 보증인으로 기명·날인한 정 주식회사를 상대로 구상권을 행사한 사안에서, 정 회사가 선급금 부분에 대하여 책임이 없다는 등의 단서 조항 없이 도급계약서에 수급인의 보증인으로 기명·날인한 점, 병 회사가 을 회사에 부담하는 채무는 상행위 채무여서 보증인이 연대하여 변제할 책임이 있는 점 등에 비추어 정 회사는 선급금 반환채무까지 포함하여 연대보증한 것으로 보아야 하고, 갑 회사와 정 회사는 선급금 반환채무에 관하여 공동보증인 관계에 있으므로 갑 회사가 정 회사에 구상권을 행사할 수 있다(대법원 2012.05.24. 선고 2011다109586 판결) ● 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 총당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되나, 이때 선급금의 총당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 한다. 그리고 그와 같이 정산하고 남은 선급금을 공사의 수급인이 도급인에게 반환하여야 할 채무는 선급금 그 자체와는 성질을 달리하는 것이다. 갑과 을이 공동수급체를 구성하여 도급받은 공사를 을이 주관사가 되어 선급금 등을 지급받고 진행하다가 포기함에 따라 갑이 도급인 병과 사이에 을의 탈퇴 뒤 잔여공사를 시행하기로 하면서 체결한 약정에 의해 그 약정 당시 갑과 병이 을의 도급인에 대한 미정산선급금의 수액을 확정하고 그 반환채무를 갑이 승계하였다면, 병의 갑에 대한 그 미정산선급금 반환채권과 갑의 병에 대한 공사대금채권이 서로 상계적상에 있는 경우에 이를 상계, 공제하는 등으로 별도의 정산을 거쳐야 비로소 갑의 위 미정산선급금 반환채무가 소멸되는 것일 뿐, 위 미정산선급금이 을의 미수령공사대금에 당연 총당된 것으로는 볼 수 없다(대법원 2010.07.08. 선고 2010다9597 판결) ● 공급계약에 따라 수수된 선급금에 부가가치세가 포함되어 있어 이에 관한 세금계산서를 발행받아 위 부가가치세 상당액을 매입세액

	<p>으로 환급받은 경우, 이 환급세액은 그 실질에 있어서 위 선급금 중 부가가치세 상당액의 반환에 해당하므로 위 공급계약의 해제에 기한 원상회복으로 반환하여야 할 금액에서 이를 공제함이 상당하다(대법원 2006.04.28. 선고 2004다16976 판결)</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 공동수급체의 구성원이 발주자에 대한 계약상의 의무이행에 대하여 연대하여 책임을 진다고 규정되어 있다고 하더라도, 도급계약의 내용에 선급금 반환채무 등에 관한 다른 구성원의 의무에 관하여는 명시적인 규정이 없고, 선급금에 관하여는 별도의 규정을 두어 그 반환채무의 담보 방법으로 수급인이 제출하여야 할 문서로서 보험사업자의 보증보험증권이나 건설공제조합의 지급보증서 등 그 담보력이 충분한 것으로 제한하고 있다면, 공동수급체의 각 구성원의 연대책임의 범위는 선급금 반환채무에까지는 미치지 아니한다고 봄이 상당하므로, 공동수급체의 구성원으로서 특별한 사정이 없는 한 다른 구성원의 선급금 반환채무에 관하여는 책임을 부담하지 않는다(대법원 2004.11.26. 선고 2002다68362 판결) ● 공사기간과 보증기간의 중기가 일치하는 선급금보증에 있어서 보증사고의 발생시점은 주계약이 해지된 때가 아니라 주계약에서 정한 채무의 불이행이 있을 때로 보아야 한다(대법원 2003.01.24. 선고 2002다55199 판결) ● 보증계약에서 선급금의 액수와 그 지급방법 및 선급금이 정하여진 용도로 실제 사용될 것인지 여부 등은 계약상 중요한 사항으로서 조합원 등이 이를 거짓으로 고지하는 것은 공제조합에 대한 기망행위에 해당할 수 있고, 기망행위에 해당하는 경우 공제조합은 민법의 일반원칙에 따라 그 보증계약을 취소할 수 있다(대법원 2002.11.26. 선고 2002다34727 판결)
--	--

- 이 밖에 제12조의2(물품 등의 구매강제 금지), 제13조의2(부당한 위탁취소 금지), 제20조의5(기술자료 제공 요구 금지 등), 제22조의2(부당한 경영간섭의 금지), 제20조의6(보복조치의 금지)에 관한 규정 역시 강행규정 성격의 규정에 해당함
- 한편, 제17조(검사 및 인도), 제20조(대금지급), 제14조의2(설계변경으로 인한 계약금액의 변경), 제15조(물가변동으로 인한 계약금액의 조정), 제31조(이의 및 분쟁의 해결) 등에 관한 규정 또한 강행규정정의 성격을 갖지만, 건설업 특성에 맞게 변경된 형태라고 할 수 있음

3. 표준하도급계약서제도의 현황 및 문제점

- 본 연구에서는 공공공사의 발주처가 되는 행정청⁷⁾의 표준하도급계약서 관련 제 규정을 중심으로 사용실태를 고찰하고 이에 따른 문제점 및 선행연구 또는 건설업 현장 등 일반적으로 제기되는 문제점을 중심으로 검토하고자 함

3.1 표준하도급계약서제도의 현황

- 국가적 차원에서는 “하도급법” 제3조의2에 따라 공정거래위원회가 표준하도급계약서를, 국토교통부는 「건설산업기본법」 제22조⁸⁾에 따라 “도급 및 건설사업관리위탁에 관한 표준계약서”(하도급의 경우 공정거래위원회의 건설공사 표준하도급계약서)의 작성 및 사용을 권장하고 있음
 - 이 밖에 각 정부부처(국가)⁹⁾는 기획재정부가 제정한 「(계약예규)공사계약일반조건」(기획재정부계약예규 제116호) 제53조의 「입찰참가자격사전요령」 및 「적격심사기준」 별표의 심사항목의 규정에 따른 인센티브 제도를 통해 표준하도급계약서의 사용을 권장하고 있음

7) 행정청이라 함은 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)을 말한다(「행정절차법」 제2조 제1호).

8) 종래 국토교통부의 ‘건설공사의 도급 및 건설사업관리위탁에 관한 표준계약서’는 「건설산업기본법시행령」 제25조 제2항에서 규율하고 있었으나, 2013. 8. 6 「건설산업기본법」(2014. 2. 7. 시행)이 개정되면서 「건설산업기본법」 제22조 제2항에 편입되었다.

9) 지방자치단체의 경우 「지방자치단체 계약 일반조건(공사, 용역, 물품구매)」(행정안전부예규 제180호)에 의하여 공사계약이 이루어지지만, 「(계약예규)공사계약일반조건」(기획재정부계약예규 제116호) 제53조와 같이 표준하도급계약서의 사용을 권장하는 규정은 존재하지 않는다.

- 또한 지방자치단체는 해당 지방자치단체의 조례를 통하여 표준하도급계약서를 사용하고 있는바, 이에 대한 현황은 다음의 <표3-1>과 같음

<표3-1> 지방자치단체의 표준하도급계약서 관련 조례

(2013년 12월 기준)

구분	조례명	표준하도급계약서 관련 규정
서울	서울특별시 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제8조(표준하도급계약서)시장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
	서울특별시 강북구 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제9조 (표준계약서 사용) 구청장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여「하도급거래 공정화에 관한 법률」제3조의2에 따라 공정거래위원회의 표준하도급계약서 작성 및 사용을 권장한다.
	서울특별시 도봉구 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제8조(표준하도급계약서) 구청장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
	서울특별시 송파구 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제8조(표준하도급계약서) 구청장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
	서울특별시 구로구 공정 하도급 및 상생협력에 관한 규정	제8조(표준하도급계약서)구청장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
	서울특별시 동작구 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제8조(표준하도급계약서)구청장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
	서울특별시 서초구 공정한도급 및 상생협력에 관한 조례	제8조(표준 하도급계약서)구청장은 수급인과 하수급인 사이의 부당한 계약을 근절하고 상생협력을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」제3조의2에 따른 '표준 하도급계약서'를 작성하도록 권장한다.
	서울특별시 서대문구 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제8조(표준하도급계약서) 구청장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.

구분	조례명	표준하도급계약서 관련 규정
	서울특별시 종로구 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	<p>제9조(표준하도급계약서) ① 구청장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.</p> <p>② 구청장은 입찰 공고문에 표준하도급계약서 사용을 원칙으로 함을 알린다.</p> <p>③ 구청장은 불가피한 사정으로 표준하도급계약서를 사용할 수 없거나 변형이 필요한 경우 그 사유를 서면으로 제출하도록 한다.</p> <p>④ 구청장은 제출된 하도급계약서를 표준하도급계약서와 비교하여 항목누락 및 부당 특약이 있는지 여부 또는 표준하도급계약서 사용여부를 확인한 후에 대가를 지급한다.</p> <p>⑤ 구청장은 설계변경 등으로 원도급자가 발주자로부터 공사금액을 늘려 받은 경우 그 내용과 비율에 따라 하도급자에게 지급하도록 변경하도급 계약서 관리를 철저히 한다.</p>
	서울특별시중랑구 하도급 개선업무 규정	<p>제4조(권장)발주자는 계약체결 시 수급인에게 다음 사항을 적극 권장한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 하도급대금 직불동의서 작성 2. 하도급거래 표준계약서 사용
대구	대구광역시달서구 관급공사 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제8조(표준하도급계약서) 구청장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
인천	인천광역시 지역건설산업 활성화 촉진 및 하도급업체 보호에 관한 조례	제6조의4(표준하도급계약서) 시장은 원도급자와 하도급자간 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서 작성 및 사용을 권장하여야 한다.
경기	경기도 관급공사의 체불임금 방지 및 하도급업체 보호 등에 관한 조례	제5조(근로계약서 작성 등) ② 제1항에 따른 계약을 체결할 때 하도급계약의 경우 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 건설업 표준하도급계약서를, 건설기계 임대차의 경우 공정거래위원회에서 정한 건설기계임대차 표준계약서(표준약관 제10059호)를 작성·사용하는 것을 적극 권장할 수 있다.
	남양주시 관급공사의 체불임금 방지 및 하도급업체 보호 등에 관한 조례	제5조(표준하도급계약서 등) 남양주시장(이하 "시장"이라 한다)은 계약상대자가 하도급계약을 체결할 경우 「하도급거래 공정화에 관한 법률」에 의한 건설업 표준하도급계약서를, 건설기계 임대차의 경우 공정거래위원회에서 정한 건설기계임대차 표준계약서의 작성 및 사용을 적극 권장할 수 있다.

구분	조례명	표준하도급계약서 관련 규정
	연천군 하도급 업체 보호 및 체불임금 없는 관급공사 운영을 위한 조례	제7조(표준계약서 사용) 군수는 하도급거래 공정화에 관한 법률 제3조의2의 규정에 의한 표준하도급계약서를 건설기계임대 사업을 수행하는 계약상대자는 건설기계 임대차 표준계약서 사용을 권장한다.
	시흥시 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제8조(표준하도급계약서)시장은 수급인과 하수급인 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여「하도급거래 공정화에 관한 법률」제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
	안양시 관급공사의 체불임금 방지 및 하도급 업체 보호 등에 관한 조례	제5조(표준하도급계약서 등) 시장은 제5조에 따른 계약을 체결할 때 하도급계약의 경우「하도급거래 공정화에 관한 법률」에 따른 건설업 표준하도급계약서를, 건설기계 임대차의 경우 공정거래위원회에서 정한 건설기계임대차 표준계약서의 작성 및 사용을 적극 권장할 수 있다.
	양주시 관급공사의 체불임금 방지 및 하도급 업체 보호 등에 관한 조례	제7조(표준하도급계약서) 시장은 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2의 규정에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
경북	경상북도 관급공사 지역건설 근로자 우선고용과 체불임금 방지 및 하도급 업체 보호 조례	제11조(표준하도급계약서 권장) 도지사는 수급인과 하수급인 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.
강원	강원도 하도급 업체 보호 조례	제9조(표준하도급계약서 작성) 발주자는 수급인과 하수급인 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서를 작성하도록 적극 권장한다.
	인제군 관급공사 체불임금 방지와 지역건설 근로자 우선고용 및 하도급업체 보호 등에 관한 조례	제12조(표준하도급계약서 작성 및 이행) 군수는 수급인과 하수급인 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 이행을 권장한다.
	춘천시 관급공사의 지역건설 근로자 우선고용과 체불임금	제11조(표준하도급계약서 작성)시장은 수급인과 하수급인 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서를 작성하도록 하여야 한다.

구분	조례명	표준하도급계약서 관련 규정
	방지 및 하도급 업체 보호 조례	
충남	당진시 관급공사 지역건설근로자 우선고용과 체불임금 방지 및 하도급업체 보호 조례	제11조(표준하도급계약서 권장) 시장은 수급인과 하수급인 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장 할 수 있다.
제주	제주특별자치도 공정 하도급 및 상생협력에 관한 조례	제7조(표준하도급계약서) 도지사는 원도급자와 하도급자 간의 부당한 계약을 근절하고 동반성장을 유도하기 위하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조의2에 따른 표준하도급계약서의 작성 및 사용을 권장한다.

○ 마지막으로 공공단체¹⁰⁾는 기획재정부 계약예규인 “(계약예규)공사계약 일반조건”(기획재정부계약예규 제116호)을 바탕으로 각 공공단체의 특성에 맞게 제정한 공사계약 일반조건을 통하여 표준하도급계약서의 사용을 권장하고 있음

- 특히 “(계약예규)공사계약 일반조건” 제53조의 ‘적격·PQ심사관련 이행’을 위하여 “입찰참가자격사전심사요령”(기획재정부계약예규 제110호) 제4조¹¹⁾의 규정을 통하여 인센티브 부여 형식으로 표준하도급계약서의

10) 공공단체를 규율하는 일반법인 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서는 공공기관을 공기업(시장형 공기업, 준시장형 공기업), 준정부기관(기금관리형 준정부기관, 위탁집행형 준정부기관), 기타 공공기관으로 분류하고 있다(제5조). 이러한 공공기관의 지정은 매 회계연도 개시 후 1개월 이내에 기획재정부장관이 지정한다. 2013년 기준으로 현재 지정된 공공기관은 295개로서, 이중 국토교통부 산하의 공공기관은 시장형 공기업(4), 준시장형 공기업(10), 위탁집행형 준정부기관(7), 기타 공공기관(12)이다. 이하에서는 국토교통부 관련 공공기관을 중심으로 표준하도급계약서 관련 규정을 소개하기로 한다.

11) 제4조(사전심사 신청) ①계약담당공무원은 사전심사를 신청하고자 하는 자로 하여금 입찰공고일부터 7일 이상이 지난 날부터 사전심사에 필요한 증빙서류 등을 갖추어 신청하게 하여야 한다. 단, 공정거래위원회에서 보급한 표준계약서를 사용하고자 하는 경우에는 그 사용계획을 포함하여야 한다. <개정 2011.5.13.>

②제1항에 따른 신청기간은 10일 이상으로 하되, 입찰공고시 그 신청기간을 명시하여야 하며, 제출된 서류 등이 미비하거나 불명확한 경우에는 3일 이내의 기간을 정하여 보완을 요구할 수 있다. <개정 2011.5.13.>

사용을 권장하고 있음

- 공공단체의 표준하도급계약서 관련 규정 현황은 다음의 <표3-2>와 같음

<표3-2> 공공단체의 표준하도급계약서 관련 규정

구분	규칙명	표준하도급계약서 관련 규정										
LH (준시장형 공기업)	입찰참가자 사전심사기준 (2013.5.31)	5. 신인도 가.~나. (생략) 다. 당해 계약에서의 표준하도급계약서 사용 여부는 신청자가 공정거래위원회에서 보급한 표준하도급계약서를 사용하고 자 신청하는 경우에 한하여 평가하며 "표준하도급계약서 사용확약서" <양식13>에 따라 평점을 부여한다. 라. (생략) 5. 신인도평가(+5점 ~ -10점)										
		<table border="1"> <thead> <tr> <th>평가요소</th> <th>배점</th> <th>등급</th> <th>평점</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>7) 당해 계약에서의 표준하도급계약서 사용여부</td> <td>+1</td> <td>A: 계약금액의 30% 이상 표준하도급계약서 사용</td> <td>+0.5 (-1)</td> </tr> <tr> <td></td> <td>(-2)</td> <td>B: 계약금액의 40% 이상 표준하도급계약서 사용</td> <td>+1 (-2)</td> </tr> </tbody> </table>	평가요소	배점	등급	평점	7) 당해 계약에서의 표준하도급계약서 사용여부	+1	A: 계약금액의 30% 이상 표준하도급계약서 사용	+0.5 (-1)		(-2)
평가요소	배점	등급	평점									
7) 당해 계약에서의 표준하도급계약서 사용여부	+1	A: 계약금액의 30% 이상 표준하도급계약서 사용	+0.5 (-1)									
	(-2)	B: 계약금액의 40% 이상 표준하도급계약서 사용	+1 (-2)									
한국도로공사 (준시장형 공기업)	입찰참가자 사전심사기준 (2013. 7. 12)	5. 신인도 평가(+3~-10)										
		<table border="1"> <thead> <tr> <th>평가요소</th> <th>배점</th> <th>등급</th> <th>평점</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>2) 당해 계약에서의 표준하도급계약서 사용여부</td> <td>+3</td> <td>A: 표준하도급계약서 사용</td> <td>+2 (-4)</td> </tr> <tr> <td></td> <td>(-6)</td> <td>B. 건설기계임대차 표준계약서 사용</td> <td>+1 (-2)</td> </tr> </tbody> </table>	평가요소	배점	등급	평점	2) 당해 계약에서의 표준하도급계약서 사용여부	+3	A: 표준하도급계약서 사용	+2 (-4)		(-6)
평가요소	배점	등급	평점									
2) 당해 계약에서의 표준하도급계약서 사용여부	+3	A: 표준하도급계약서 사용	+2 (-4)									
	(-6)	B. 건설기계임대차 표준계약서 사용	+1 (-2)									

구분	규칙명	표준하도급계약서 관련 규정			
한국수자원공사 (준시장형 공기업)	입찰참가자 격 사전심사 기준(2013. 8. 1)	5. 신인도 평가(+5~-10)			
		평가요소	배점	등급	평점
		2) 당해 계약 에서의 표준하 도급계약서 사 용여부	+3	A. 계약금액의 30% 이상 표준하도급 계약서 사 용	+1 (-2)
			~	B. 계약금액의 40% 이상 표준하도급 계약서 사 용	+2 (-4)
	(-6)	C. 계약금액의 1%이상 건 설기계임대 차 표준계 약서 사용	+1 (-2)		
한국철도시설 공단 (위탁집행형 준정부기관)	입찰참가자 격 사전심사 기준(2013. 7. 5)	3. 신인도 평가 (+3점 ~ -10점)			
		평가요소	배점	등급	평점
		(9) 당해계약에 서의 표준계약 서 사용여부	+3.0	A. 표준하도급 계약서 사 용	+2.0 (-4.0)
			(-6.0)	B. 건설기계임 대차 표준 계약서 사 용	+1.0 (-2.0)

3.2 표준하도급계약서제도의 문제점

- 상기 <표3-1>에서 알 수 있듯이, 지방자치단체의 표준하도급계약서의 사용과 관련한 조례는 법·제도적으로 미미한 실정이라고 평가할 수 있는바, 이는 “하도급법”상 표준하도급계약서의 사용에 대한 법적

근거를 임의적 규율사항으로 마련한데에서 기인한다고 할 수 있음

- 우선 광역시의 경우 대구·인천광역시를 제외한 대전·부산·울산·광주광역시의 경우에는 하도급업체 보호를 위한 표준하도급계약서에 관한 조례가 없음
- 도의 경우에는 경기·경북·강원·제주(특별자치도)를 제외한 충북·전북·전남·경남의 경우 하도급업체 보호를 위한 표준하도급계약서에 관한 조례가 전무한 실정이며, 충남의 경우 기초지방자치단체(당진시)차원에서 표준하도급계약서의 사용을 권장하고 있음
- 그럼에도 특기할만한 것은 비록 기초지방자치단체의 경우이긴 하지만 강원도 춘천시의 경우에는 조례에서 표준하도급계약서를 작성 의무를 규정하고 있음
- 그 밖에 서울특별시 중랑구, 경기도, 경기도 남양주시·안양시, 강원도의 경우에는 표준하도급계약서를 적극 권장 또는 권장의무를 규율하고 있고, 서울특별시 종로구의 경우 표준하도급계약서 사용에 대한 세부적 규정을 통하여 보다 적극적인 의지로 하도급업체 보호를 위한 표준하도급계약서 사용을 규율하고 있음
- 공공단체(국토교통부 관련 공공단체)는 “(계약예규)공사계약 일반조건”(기획재정부계약예규 제116호)을 바탕으로 제정된 「입찰참가자격 사전심사 기준」의 신인도 평가에서 인센티브를 부여하는 방식으로 규율되고 있으나, 각 공공단체의 「입찰참가자격 사전심사 기준」은 그 배점, 등급, 평점 등에서 일정한 기준이 없는 실정임

- 이러한 표준하도급계약서 관련 규정은 임의규정에 불과하여 하도급 거래 당사자에 대한 강제력이 없으며, 다만 표준하도급계약서 사용시 입찰참가자격의 제한, 「건설산업기본법」 제82조 제1항 제7호에 따른 영업정지 등에 있어서 인센티브(벌점경감기준)를 부여하고 있을 뿐임
- 그런데 표준하도급계약서 사용에 따른 벌점 감경기준은 복잡하고 공정거래위원회의 판단에 따라 달라질 수 있기 때문에, 원사업자 스스로 벌점 강경의 정도를 예상할 수 없다는 문제점을 가지고 있음¹²⁾
 - 이에 대하여 공정거래위원회는 표준하도급계약서 사용시 시정조치나 과징금 등의 제재처분을 받게되는 경우 벌점 감경 사실에 대한 인식 여부에 대한 설문조사 결과, 응답자의 58.48%가 그 사실을 전혀 모르고 있는 것으로 조사되었음¹³⁾
- 또한 표준하도급계약서 제1조 제3항 및 제30조에서는 당사자가 대등한 지위에서 합의하여 특약으로 정한 내용은 유효하다고 규정하고 있음

제1조(기본원칙)

③ 이 계약의 내용과 배치되는 타 계약에 대해서는 이 계약에 의한 내용을 우선하여 적용한다. 다만, 제30조(특수조건)에 의거 이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여 갑과 을이 대등한 지위에서 합의하여 특약으로 정한 내용은 그러하지 아니한다.

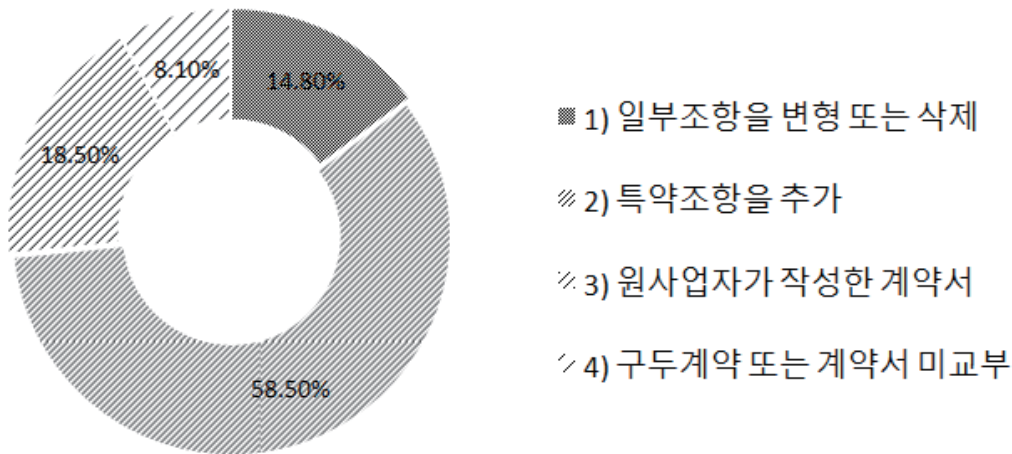
제30조(특수조건)

이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 갑과 을이 대등한 지위에서 합의하여 특약으로 정할 수 있다.

12) 이건호, “하도급거래 공정화제도에 관한 검토”, 국회입법조사처, 2010, 5쪽.

13) 오금석, 전계보고서, 23쪽.

- 이에 따라 오늘날 건설위탁(하도급거래)에 있어 표준하도급계약서 일부조항의 변형 및 부당특약의 추가¹⁴⁾ 등으로 불공정 하도급계약이 이루어지는데 주된 요인이 되고 있음
- 대한건설정책연구원의 내부자료¹⁵⁾에 의하면 불공정 하도급계약의 유형에 있어 특약조항을 추가한다는 내용이 응답 업체의 58.5%, 일부조항을 변형하는 경우는 14.8%를 차지하는 것으로 나타나고 있음



<그림 3-1> 불공정 하도급계약 유형

- 이 밖에 (구)표준하도급계약서를 사용하는 경우가 매우 많았는바, 이는 「건설산업기본법」, “하도급법” 등 건설산업 관련 법령의 개정으로 인한 (건설업)표준하도급계약서의 빈번한 개정(1999, 2006, 2008, 2009, 2012년 개정)에 기인한 것으로 예상됨

14) 부당특약의 구체적인 내용 및 사례는 <부록1>을 참고하길 바란다.

15) 이종광·김태준·홍성진, “표준하도급계약서 사용실태조사 및 개선방안”, 대한건설정책연구원, 2013. 6쪽 이하: 본 자료는 대한건설정책연구원이 수급업자의 지위에 있는 전문건설업체 2000 개사를 대상으로 2012년 11월 21일부터 30일까지 10일간 “표준하도급계약서 사용 현황, 불공정 계약 유형(수정 및 특약사항), 하도급표준계약서 사용관련 개선사항”에 대하여 FAX 및 E-mail을 통하여 실시한 실태조사 연구이다.

- 또한 표준하도급계약서의 내용을 변경 또는 삭제 하는 등 주로 수정하는 조항을 묻는 질문에 설계변경 등 공사대금 증액조항이 26.7%로 가장 높았으며, 보험료/안전관리비등을 전가 20.0%, 하자보수 기간/금액 변경이 18.3%, 물가변동에 따른 계약금액 조항 수정 15.6% 등의 순으로 나타났다¹⁶⁾
- 이와 별도로 공정거래위원회는 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
- 문제는 원사업자가 수급사업자를 상대로 불리한 특수조건 등을 설정하여 수급사업자의 부담을 가중시키는 사례가 발생하고 있음에도 불구하고, 당사자간 합의했다는 이유로 이를 규제하기가 쉽지 않다고 평가하고 있음¹⁷⁾
- 결국 현행 “하도급법”상 임의규정을 통한 규율, 표준하도급계약서 제1조 제3항 및 제30조의 “특수조건”에 관한 규정 등은 건설업의 특성을 반영한 개별계약의 필요성 및 ‘사적 자치의 원칙’에 입각한 제도 운영이 그 취지라고 할 수 있음

16) 이와 관련한 구체적인 내용은 전문건설협회, 한국소프트웨어산업협회가 제공한 자료(부록1)를 참고하기 바란다: 「하도급거래 공정화에 관한 법률」일부개정법률안(서병수의원 대표발의) 검토보고서.

17) 「하도급거래 공정화에 관한 법률」일부개정법률안(서병수의원 대표발의) 검토보고서, 5쪽.

- 그런데 이러한 제도 운영으로 말미암아 오늘날은 지방자치단체·공공단체 등 공공공사에 있어 표준하도급계약서 사용에 대한 임의성 내지 행정청의 별점감경기준에 대한 재량권 남용·일탈 가능성, 부당특약 조건 추가 및 변형계약서 등의 편법적인 표준하도급계약서 남용으로 표준하도급계약서 제도에 많은 문제점이 있다고 할 수 있음

4. 표준하도급계약서제도의 개선방안

- 표준하도급계약서 사용에 대한 법적 근거가 마련된지 약 20년이 된 오늘날 표준하도급계약서의 사용 비율은 어느 정도 개선되었다고 할 수 있음
- 그런데 “하도급법”상 표준하도급계약서 관련 규정은 권고사항에 불과하고, 표준하도급계약서 제1조 제3항 및 제30조는 “특수조건”에 관하여 법적 효력을 부여하고 있어 오늘날은 부당특약 및 변형계약서의 사용으로 표준하도급계약서 제도는 편법으로 운영되고 있음
- 이에 따라 본 연구에서는 표준하도급계약서 관련 개선방안 및 표준하도급계약서제도 관련 “하도급법” 개선방안으로 나누어 제시하고자 함

4.1 표준하도급계약서 관련 개선방안

4.1.1 부당특약 관련 표준하도급계약서 개정안 마련

- 오늘날 건설위탁(하도급거래)에 있어 표준하도급계약서 제1조 제3항 및 제30조상의 특수조건에 대한 부당특약의 추가 및 효력 인정으로 불공정 하도급계약의 주된 요인이 되고 있는바, 이를 개선할 필요성이 있음

- 한편, 2014. 2. 14 시행예정인 “하도급법”개정법률(법률 제12097호) 제3조의4에서는 ‘부당한 특약의 금지’규정 신설 및 행정제재 규정의 적용¹⁸⁾을 통하여 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정하지 못하도록 하고 있음

제3조의4(부당한 특약의 금지) ① 원사업자는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 "부당한 특약"이라 한다)을 설정하여서는 아니 된다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 약정은 부당한 특약으로 본다.

1. 원사업자가 제3조제1항의 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

- 이에 앞서 2013. 1. 1부터 제정 및 시행된 화학업종, 제1차금속업종, 의료정밀광학기기업종, 출판인쇄업종, 장비도매업종(이상 제정), 기계(기타 기계장비)업종, 음식료업종, 섬유업종, 디자인업종 표준하도급계약서는 불공정 특약에 대하여 무효를 규정하고 있음

- 따라서 (건설업)표준하도급계약서의 경우 개정된 “하도급법”의 내용과 그 궤를 같이 하여 부당특약에 대한 개정이 필요함
- 이 경우 “하도급법”시행예정법률상 부당특약금지 위반에 대한 행정제재는 별론으로 하더라도 그 법적 효력을 부인하는 것은 아니므로, 상대적으로 열위적 위치에 있는 수급사업자의 실질적 보호를 위하여 표

18) 제3조의4(부당특약의 금지)를 위반한 경우 공정거래위원회는 제25조(시정조치), 제25조의3(과징금), 제26조(관계 행정기관과의 협조), 제30조(벌칙)의 행정제재를 취할 수 있다. 「건설산업기본법」의 경우 대동소이한 규정 신설을 통하여 “불공정한 계약의 경우 무효로 한다”고 규정하고 있다(「건설산업기본법」시행예정법률(법률 제12012호: 2014. 2. 7 시행) 제22조 제5항).

준하도급계약서상 특수조건에 대하여 무효화가 필요하다고 할 것임

- 이에 따라 본 연구에서 제안하는 개정(안)은 다음과 같음

<표4-1> 부당특약 관련 표준하도급계약서 개정안

현행	개정(안)
제30조(특수조건) 이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 갑과 을이 대등한 지위에서 합의하여 특약으로 정할 수 있다.	제30조(특수조건) 이 계약에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 갑과 을이 대등한 지위에서 합의하여 특약으로 정할 수 있으나 이 계약과 상충되거나 하도급법 및 공정거래법과 관련 법령에 위배되는 내용은 을에게 불리한 범위 내에서 원칙적으로 무효이다.

4.1.2 행정청의 표준하도급계약서 사용 활성화 방안 마련

- 현행 표준하도급계약서 사용 관련 지방자치단체의 조례는 매우 미미한 실정임
- 따라서 지방자치단체 발주공사에 있어서 공정한 하도급 거래질서를 확립하고 수급인과 하수급인이 수평적 관계에서 상생 발전할 수 있도록 광역시, 특별자치시, 도 및 기초자치단체 등 지방자치단체의 표준하도급계약서 사용 활성화를 위하여 국가차원에서 표준하도급계약서 관련 조례 제정을 권고할 필요가 있음
- 또한 현행 공공공사(공공단체 발주공사)의 경우 해당 기관마다 별점 감경기준이 일정한 기준이 없는 실정인바, 보다 객관적이고 정형화된 별점 감경기준을 제시할 필요가 있음

- 현행 공공단체의 ‘신인도 평가’에서 표준하도급계약서 사용에 대한 별점감경기준은 적게는 +1~-2, 많게는 +3~-6으로 그 배점에 차이가 있고, 평점의 경우에도 그에 비례하여 제각각인 실정이므로, 하도급계약 당사자에게 혼란을 가중시킬 수 있으며, 나아가 배점 및 평점이 적은 공공공사의 경우 표준하도급계약서 사용을 기피할 수 있음
- 나아가 원·수급사업자로 하여금 표준하도급계약서 사용을 통해 어느 정도의 별점 감경이 가능한가를 충분히 인식할 수 있도록 적극적인 홍보활동이 필요함
- 표준계약서에 대한 홍보를 강화하여 원·수급사업자에게 동 계약서에 대한 인식을 제고시킬 필요가 있으며, 특히 원·수급사업자가 표준계약서 사용을 통해 어느 정도의 별점 감경이 가능한지를 충분히 인식할 수 있도록 구체적이고 명확한 별점감경기준을 제시할 필요가 있음
- 특히 (건설업)표준하도급계약서의 경우 빈번한 개정(1999, 2006, 2008, 2009, 2012년 개정)에 따라 (구)표준하도급계약서를 사용하는 경우가 많았는바, 별점감경기준의 정형화 및 홍보와 함께 개정된 표준하도급계약서에 대한 홍보가 시급하다고 할 수 있음

4.2 표준하도급계약서제도 관련 “하도급법” 개선방안

- 전술한 표준하도급계약서상 부당특약 이외에 표준하도급계약서 변형에 따른 폐해 역시 불공정 하도급계약의 주된 요인이 되고 있는바, 이는 궁극적으로 “하도급법”상 표준하도급계약서제도의 임의규정에

기인한다고 할 수 있음

- 이에 따라 “하도급법”상 표준하도급계약서 변경 사용 금지를 골자로 하는 개정안을 제1안으로 제시하고, 대안으로 표준하도급계약서 의무화를 내용으로 하는 개정안을 제2안으로 제시하고자 함

(1) 제1안

- 표준하도급계약서 변경사용에 따른 폐해를 방지하기 위하여 “하도급법”상 표준하도급계약서를 사용할 경우 하도급계약서가 표준하도급계약서임을 표시하고 그 내용을 변경하지 못하도록 함
- 또한 이에 대한 실효성 확보를 위하여 “하도급법”상 표준하도급계약서 사용시 고지의무 및 변경금지의무 위반에 따른 행정제재를 부과하도록 개정안을 제시하는바, “하도급법” 개정안은 다음과 같음

<표4-2> 표준하도급계약서 변형 관련 “하도급법” 개정안

현행	개정(안)
제3조의2(표준하도급계약서의 작성 및 사용) (생략) <신설>	제3조의2(표준하도급계약서의 작성 및 사용) ① (현행과 같음) ② 원사업자는 제1항에 따른 표준하도급계약서를 사용하여 수급사업자와 하도급계약을 체결하려는 경우에는 해당 하도급계약서가 표준하도급계약서임을 표시하고 그 내용을 변경하여 사용하여서는 아니 된다.
제30조의2(과태료) ①·② (생략)	제30조의2(과태료) ①·② (현행과 같음)

현행	개정(안)
<p data-bbox="264 315 379 342"><신 설></p> <p data-bbox="264 479 472 506">③ ~ ⑤ (생략)</p>	<p data-bbox="834 315 1348 465">③ 제3조의2제2항을 위반하여 표준하도급 계약서와 다른 계약서를 사용하면서 표준하도급계약서로 거짓 표시한 원사업자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.</p> <p data-bbox="834 479 1348 546">④ ~ ⑥ (현행 제3항부터 제5항까지와 같음)</p>

(2) 제2안

- 현행 “하도급법” 제3조의2에서는 원사업자와 수급사업자의 균형있는 발전과 공정한 하도급거래질서 확립을 위하여 표준하도급계약서를 규정하고 있으나, 권고사항에 불과하여 현실적으로 경제적 약자인 수급사업자가 하도급계약 시 불공정한 조건을 강요받는 등 많은 불이익을 받고 있는 실정임
- 특히 공공공사(지방자치단체 및 공공단체 발주공사)의 경우 각각의 법규는 “하도급법”과 궤를 같이하여 지방자치단체의 표준하도급계약서의 사용과 관련한 조례는 법·제도적으로 미미한 실정이고, 공공단체의 경우에도 일관성 없는 내부지침에 따라 규율되고 있음
 - 「지방자치법」 제22조는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 규정하고 있는바, 표준하도급계약서제도는 “하도급법”의 범위내에서 ‘권고’의 형태로 조례를 제정할 수밖에 없는 실정임
- 이에 따라 표준하도급계약서의 사용을 의무화하고 위반시 행정제재를 부과하도록 “하도급법” 개정을 고려할 필요가 있음

<표4-3> 표준하도급계약서 의무화 관련 “하도급법” 개정안

현행	개정(안)
제3조의2(표준하도급계약서의 작성 및 사용) 공정거래위원회는 이 법의 적용 대상이 되는 사업자 또는 사업자단체에 표준하도급 계약서의 작성 및 사용을 권장할 수 있다.	제3조의2(표준하도급계약서의 작성 및 사용) 이 법의 적용 대상이 되는 사업자 또는 사업자단체가 하도급계약을 체결할 때에는 공정거래위원회가 정하는 표준하도급계약서를 작성·사용하여야 한다.
제30조의2(과태료) ①·② (생략) <신설>	제30조의2(과태료) ①·② (현행과 같음) ③ 제3조의2제2항을 위반하여 표준하도급 계약서를 사용하지 아니한 원사업자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.
③ ~ ⑤ (생략)	④ ~ ⑥ (현행 제3항부터 제5항까지와 같음)

- 이러한 표준하도급계약서 사용의 의무화는 한편으로, ① 사적자치원칙에 대한 과도한 제한, ② 일률적 성격의 표준계약서 사용을 강제하게 되면 계약체결시 복잡 다양한 개별여건이나 시장환경 변화에 탄력적으로 대응할 수 없게 되는 문제가 야기될 수 있음¹⁹⁾
- 그런데 ①의 사적자치의 원칙은 기본권 제한의 원리인 헌법 제37조 제2항에 따라 공공복리를 위하여 일정부분 제한될 수 있음

“...이른바 사적 자치의 원칙이란 자신의 일을 자신의 의사로 결정하고 행하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 하지 않을 자유로서 우리 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권의 하나이다. 이런 사적 자치의 원칙은 법률행위의 영역에서는 계약자유 원칙으로 나타나는데 계약자유 원칙은 계약의 체결에서부터 종결에 이르기까지 모든 단계에서 자신의 자유의사에 따라 계약관계를 형성하는 것으로서 계약의 내용, 이행의 상대방 및 방법의 변경뿐만 아니라 계약 자체의 이전이나 폐기도 당사자 자신의 의사로 결정하는 자유를 말한다고 할 것이다.

그러나 사적 자치권(계약자유권)도 국가안전보장, 질서유지 및 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있고 다만, 그 제한은 필요 최소한에 그쳐야 하며 사적 자치권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 할 것인바(헌법 제37조 제2항)...”(헌법재판소 2003. 5.

19) 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 일부개정법률안(노웅래 의원 대표발의) 정부위원회 검토보고서, 46쪽.

15. 2001헌바98 전원재판부).

- 또한, ②의 복잡 다양한 개별여건이나 시장환경 변화에 탄력적 대응 문제는 모든 표준하도급계약서에는 개별계약(특수조건)에 관한 규정이 존재하여 업종 특성에 맞게 개별여건에 관하여 별도의 계약서를 작성하고 있으므로, 문제될 여지는 없다고 할 것임
- 이러한 이유로 「임대주택법」 제32조에서는 “표준임대차계약서를 사용하여야 한다”고 규정하여 표준계약서의 일종인 표준임대차계약서의 의무 사용을 규율하고 있음
- 다만, 표준하도급계약서 의무사용 방안이 공공복리에 적합한지 여부는 우선적으로 국민적 공감대가 형성되어야 하고, 또한 현행 “하도급법”상 표준하도급계약서는 건설업 이외에도 다양한 업종을 총칭적으로 규율하고 있으므로, 신중한 접근이 필요함
- 따라서 우선적으로 “하도급법”상 모든 업종이 아닌 국민적 공감대가 형성된 일정한 업종으로 국한시켜 표준하도급계약서의 사용을 강제하는 방안이 타당하다고 사료됨

5. 결 론

- 자유주의 경제체제에서 각자의 재화 획득의 실질적 가능성이 평등한 경우라면 하도급계약에 있어서의 계약 일방 당사자에게 유리함이나 불리함은 존재하지 않다고 볼 수 있음
- 그러나 원사업자와 수급사업자의 경제적, 사회적 지위를 고려할 때 당사자들 사이에 실질적인 불평등이 존재할 수 있으며 이러한 불평등이 불공정한 하도급계약 체결을 야기 시킨다면 공정한 하도급거래 질서를 확립할 수 없을 것임
 - 원사업자의 하도급공사에 의존하여 경영을 하는 대부분의 수급사업자인 전문건설기업의 경우 부당하게 낮은 금액에 공사를 도급 받거나, 대금을 감액당하거나, 제때 지급받지 못하는 등의 손해를 당하면서도 원사업자에게 대응할 만한 교섭력을 가지고 있지 못한 것이 현실임
- 표준하도급계약서상의 항목과 내용은 공정한 하도급거래의 출발점인 공정한 하도급계약이 체결되도록 하는 최소한의 규율과 안전장치라고 볼 수 있음
- 따라서 공정한 하도급거래 질서를 확립하여 건전한 산업발전을 이루고자 하는 “하도급법”의 목적에 비추어 볼 때 표준하도급계약서의 사용을 활성화 시키는 것이 건설산업의 발전에 기여할 수 있다는 정부의 정책적 판단이 이루어져야 할 시점이라고 할 수 있음

- 박승국, 연구위원(skpark@ricon.re.kr)
- 홍성진, 선임연구원(hongsj@ricon.re.kr)

참 고 문 헌

오금석, “표준하도급계약서의 개선점 및 사용빈도 제고방안에 관한 연구”, 공정거래위원회, 2009

이건호, “하도급거래 공정화제도에 관한 검토”, 국회입법조사처, 2010

이종광·김태준·홍성진, “표준하도급계약서 사용실태조사 및 개선방안”, 대한건설정책연구원 내부자료, 2013

「하도급거래 공정화에 관한 법률」일부개정법률안(노웅래의원 대표발의)
정무위원회 검토보고서

「하도급거래 공정화에 관한 법률」일부개정법률안(서병수의원 대표발의)
검토보고서

〈부록〉 : 부당한 특약의 실제 유형²⁰⁾

□ 책임전가 유형

- 내역서에 없는 공종·항목을 현장설명 특수조건(견적특수조건등)으로 견적시 반영토록 함
- 시공에 필요한 사항은 견적시 포함토록 명시함 (구체적인 물량·내역은 주지 않음)
- 현장설명이 없더라도 마감상 필요한 부위를 포함하여 시공하되, 추가금액은 불인정
- 시공완료 후 타 공종으로 인한 훼손 부위까지 재시공하도록 현장설명서에 포함
- 현장설명서에 명기된 사항은 내역서 또는 도면에 없더라도 시공하여야 함
- 현장설명서와 내역서에 없는 경우에도 원도급사가 요구하면 시공하여야 함
- 견적조건 및 현장설명서 특약조건 사항이 과다하게 많음
- 현장설명서에 명시되어 있는 시공상의 일이 공사금액 대비 과도하게 책정되어 있음
- 현장여건에 따라 타워크레인을 지원할 수도 있고 못할 수도 있다.
- 하도급기업이 SW특정(ex: 보안) 분야의 개발부분에 대해서는 "을"에게 모든 책임이 있음
- "을"은 발주처의 감독부서의 요청으로 발생하는 물량의 변동, H/W구성 및 SW개발, 납품 장비 규격의 변동으로 발생하는 비용을 계약변경없이 "을"의 비용으로 부담함
- "을"의 업무범위는 본 계약서에 규정된 내용 및 수행계획서에 명시된 내용을 기준으로 한다. 다만, 제안서, 가격산출내역서, 본 계약과 관련하여 갑의 고객과 "갑" 사이에 체결한 계약서 또는 작성문서 등도 "을"의 업무범위의 해석과 관련하여 계약문서로 효력을 갖는다.
- 본 계약에 따른 "을"의 업무가 "갑"과 "갑"의 고객간에 체결된 계약("원계약")에 의하여 "갑"이 고객으로부터 도급받은 업무의 전부 또는 일부의 하도급 업무일 경우, "을"은 원계약에 따른 "갑"의 의무 중 해당부분을 그대로 이행하여야 하며 원계약의 변경이 있는 경우에도 또한 같다.
- "을"은 본 계약과 관련하여 수행계획서의 내용에 대해 일괄적으로 도급받으며, 수행계획서의 모든 내용을 일괄적으로 책임지고 수행한다.
- 별첨의 수행계획서가 있을 경우, "을"은 수행계획서의 모든 내용을 검토하고, 수용하며 수행계획서의 모든 요건이 완료되었을 때에만 "갑"에게 검수를 요청할 수 있다. "갑"은 "갑"("갑"의 고객 또는 최종사용자를 포함)의 검수방법에 따라 검수를 실시하고 결과를 "을"에게 통보한다.
- "을"은 어떠한 경우를 막론하고 계약 체결후 계약조건외 미숙지 공사견적착오, 물가 및 노임변동, 기타사유 등을 이유로 계약금액의 변경을 요구할 수 없으며 시공을 거부할 수 없다.
- 토공사 본 작업 전에 지하매설물 유무를 확인하여야 할 책임은 "을"에게 있으며, 발견시 "갑"에게 통보하여야 하고, "갑"측의 지시에 따라 "을"의 비용으로 조치한다.
- "을"은 공사 진행에 있어 관련법규 및 관공서의 명령, 승인사항 등을 준수해야 하며 공사 진행중 야기되는 관공사 및 기타기관에 대한 인허가 수속절차, 각종 수검의무와 "갑"이 지시하는 사항은 "을"의 책임 하에 지체 없이 합법적으로 행하되 소요되는 비용은 "을"이 부담한다.
- 발주자가 지급하는 철근자재의 운반(하차비) 및 관리비(야적장 임대료)는 "을"이 부담

- T/C의 연장근무나 휴일근무시의 연장 근무수당의 지급은 '을'이 부담하여야 한다.
 - Top down 공법의 특성상 선행공종의 일정에 따라 지상층 골조공사의 진행에 차질이 생길 수 있으므로, '을'은 상기 사항을 충분히 검토하여 견적하고, 이에 따른 손해배상을 '갑'에게 청구할 수 없다.
- (신규)하도급 대금 감액 및 환수 유형
- "갑"은 계약 체결 후 착오 등의 사유로 계약 금액이 과다하게 정해진 사실을 발견 하였을 경우에는 해당차액만큼 감액을 요구할 수 있음
 - 계약의 해지사유가 발생했을 경우 "갑"이 이미 검사를 필한 용역 결과를 기 이행 부분으로 인수한 경우우에도 기성부분 만으로 계약 목적 달성이 불가능 하거나 향후 계약 목적 달성에 추가로 비용이 드는 경우에는 감액할 수 있음
- 당초 계약외 추가공사 비용 전가 유형
- 작업지시 오류로 인한 재시공·보수공사 비용은 인정하지 않음
 - 설계변경 이외의 정산은 일체 없다
 - "을"은 설계도면과 현장을 사전에 충분히 확인하고 본 계약을 체결 하였으므로 추가공사 금액은 일체 요청하지 않는다.
 - 도면 누락부분 및 설계 내역상 제외된 부분이 발생하여도 감독관 및 발주처에서 원하는 대로 시공하여야 하며, 계약금액은 조정하지 않는다.
 - 공사수행상 부득이한 경우(공정지연 또는 지연 예상되는 경우) '갑'의 지시에 따라 돌관작업을 수행하여야 하며 이로 인한 공사비 증액은 없다.
 - 내역서에는 공사품목이 없지만 특약조건에 명시함으로써 견적당시 구체적인 항목이 없어 누락하는 경우가 많은데 정산시나 시공시 반영되지 않음
- 설계변경 불인정 유형
- 도면, 설계서, 시방서에 포함되어 있는 사항은 설계변경 사유가 되지 아니함
 - 설계변경을 하더라도 추가 정산은 하지 않는다.
 - 경미한 설계변경, 기타사유 등이 발생하여도 변경 등에 따른 추가증액은 없다.(현장소장 및 기타 직원 등의 확인, 날인된 확인서가 있어도 본사에서 계약하지 않은 공사에 대하여 일체 인정하지 아니한다)
 - 발주자로부터 "갑"이 설계변경 금액에 대한 기성을 받지 못한 경우에는 "을"이 추가공사를 하였더라도 증감분을 지급하지 않는다.
 - 설계변경 또는 최종정산 후 발주처의 신규품목에 대해서는 낙찰단가의 80%를 적용한다.
 - 설계변경시 추가 시공한 공사비 비율은 당초 계약금액 비율 보다 낮게 반영한다는 특약 조건을 내세워 비용 손실을 발생시킴
- 물가변동(ESC) 불인정 유형
- 물가변동은 적용하지 않는다.
 - 계약단가는 준공시점까지의 물가변동율을 고려한 금액이므로 향후 "을"은 "갑"에게 물가변동에 따른 계약금액 조정을 청구하지 아니한다.
 - 계약 당해 년도분 물량에 대해서는 계약단가에 당해연도 물가변동율이 포함되어 있으므로

로 물가변동율을 적용치 않는다.

- 물가상승으로 인한 단가 변동 및 연동제는 적용하지 않는다.
- 선급금, 기성금 등 지급조건에 따른 감액(미)지급 유형
 - 선급금은 없으며, 선급금을 수령 한다면 월별 기성은 없다.
 - 기성금 등을 현금으로 결제할 경우 총 계약금액의 6%를 공제한다.
 - 준공때 최종 정산시 업무경비를 차감하고 하도급대금 지급 (총 공사비의 2~3% 삭감)
 - 공사완료 후 세금계산서만 발행받고 공사대금은 제때 지급하지 않음
- 수급사업자 귀책 없는 민원사항에 대한 책임 전가 유형
 - 당해공사 시공중 발생하는 모든 민원사항은 "을"의 비용으로 책임 처리 하여야 한다.
 - 도로교통, 민원관리상 안전원을 배치하여야 할 경우 "을"의 부담으로 전담자를 배치한다.
 - 손해발생이 없도록 "을"은 최대한 조치를 취하고, 만약 발생시 비용은 "을"이 부담한다.
- 원사업자가 의무적으로 부담해야 할 산업재해 및 4대 사회보험료 등 전가 유형
 - 산업재해보험은 산업재해보상 보험법에 의하여 "갑"이 가입하고, 공사중에 발생하는 제반 재해 등 사고에 대해서는 "을"이 치료비, 보상, 기타 등을 전적으로 책임진다.
 - 근로자의 모든 사고발생시 발생하는 진료비 및 노무비는 "을"측이 부담하여야 하며, 재해자, 유가족과의 합의 및 수속, 재해관련 대관청 업무에 관련되는 모든 비용을 포함한다.
- 원사업자가 수행해야 할 하자이행 책임전가 유형
 - "을"은 하자이행보증기간에 관계없이 하자보수를 하여야 하며, 만약 지키지 않을 경우에는 "갑"이 하자보수를 시행하고 "을"은 "갑"에게 그 공사금액의 2배를 지불한다.
 - 하자보수기간은 하도급공사 종료일로부터 시작하여 원도급공사 종료일에 법정 하자보수기간을 더하여 산정
- 기타 수급사업자의 경제적 이익 제한
 - 각종 각서 징구
 1. 당사는 물가 및 인건비 상승 등 기타 어떠한 사유로도 계약된 금액 이외의 공사비 증액을 요구하지 않을 것이며, 이를 이유로 공사 시공지연 및 공사 거부행위를 일절 하지 않겠습니다.
 2. 상기 1항의 사유 등으로 귀사에 피해가 발생할 경우 지체상금은 물론, 피해액 전액에 대하여 당사에서 책임지고 변상조치 하겠습니다.
 3. 사토장 변경으로 운반거리 증가에 따른 추가 운반비용은 일체 청구하지 않겠습니다.
 - 대물지급 물건 란을 공란으로 하여 도장만 날인
 - 공사중단, 계약파기, 기타 등으로 공사업무를 수행할 수 없을 시에는 현장에 기 투입된 자재 및 집기, 장비, 기타 등등은 별도의 통보없이 "갑"에게 양도한다.
 - 계약서 표지나 본문의 내용과 특수조건이 상이한 경우에는 특수조건이 우선하여 효력을 가진다.
 - [계약해지]계약해지관련 원사업자가 발주처로부터 계약해제 또는 해지될 때에는 원사업

자와 하도급자간의 계약도 자동 해지됨

- [유지보수 범위]유지보수 계약 체결후 시스템 업그레이드는 신규사업발주를 통해 진행해야 함에도 유지보수범위내에 과업이 있다고 간주하고 시스템 업그레이드를 요구함
- [하도급기업 인력사용]“갑”은 “을”의 직원들에 대하여 기술지도를 할 수 있음
 - * 이를 통해 하도급기업의 근무시간 등을 통제하여 SW기술자의 개발환경이 악화될수 있음
- [검수조건]검수완료는 발주처가 본 사업이 완료하였다고 한 상태를 의미함
- [무상유지보수]하자보수 및 유지보수는 본 사업 검수일 후 2년동안 무상으로 함
- [계약변경]발주처의 요청 또는 원사업자의 귀책으로 사업수행기간이 늘어날 경우 대금의 증액 없이 계약변경을 통해 계약기간만을 연장함
- [부당한 하도급 대금 결정]원사업자가 사업도중 하도급참여기업을 변경하여 신규 참여한 하도급기업에게 일정이 지연되었다는 이유로 발주량 등 거래조건을 상세하게 공개하지 않고 오류가 발생하게 하여 낮은 하도급 대금으로 사업 참여를 유도함

20) 전문건설협회, 한국소프트웨어산업협회 자료 제공

표준하도급계약서의 사용 활성화 방안

2013년 12월 10일 인쇄

2013년 12월 10일 발행

발행인 노재화

발행처 **대한건설정책연구원**

서울시 동작구 보라매로5길 15(신대방동, 전문건설회관 13층)

TEL (02)3284-2600

FAX (02)3284-2620

홈페이지 www.ricon.re.kr

등록 2007년 4월 26일(제319-2007-17호)

I S B N 978-89-93645-74-3

인쇄처 경성문화사(02)786-2999

©대한건설정책연구원 2013

