

요 약

I. 서 론

- 본 연구의 목적은 민간 건설공사 도급계약 수행 과정에서 발생하는 발주자의 불공정을 개선하고 수급인의 공사 대금 확보를 위한 제도적 장치를 마련하여 건설산업의 선진화 및 경제 민주화 달성에 일조하고자 하는 데 있음.
- 연구 목적 달성을 위해서는 민간 건설공사에서 불공정이 발생하는 원인을 검토하여 정부의 정책적 개입의 필요성을 입증하였음.
- 또 민간 건설공사의 불공정을 개선하기 위한 개선 방안을 제시하였음.

II. 민간 건설공사 계약 및 대금 지급 시스템

1. 건설공사 계약

- 도급계약은 수급인이 일을 완성할 것을 약정하고 발주자가 일의 결과에 대한 대가를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약(「민법」 제664조)임.
- 건설 도급계약은 계약 규모의 대형화, 시공 기간의 장기화, 수급인의 자본 투자 등으로 대금 지급이 계약 이행에 미치는 영향이 큼.
- 다른 도급계약과 달리 계약자 외에도 설계, 감리, 보증, 하도급 등 그 이행 과정에서 다수자가 참여하고, 대규모 자본이 투자되며, 건축물이 주거생활의 기능상 편리함과 신체의 안전이 직결된다는 점에서 일반 도급과 차이가 큼.
- 「건설법」 제22조는 각 당사자가 대등한 입장에서 공정한 계약을 체결하고, 신의 성실에 좇아 이행하여야 한다는 것을 규정하고 있음.
- 건설 도급계약의 폐해가 발생하는 것을 시정하기 위한 목적으로, 공정 평등

과 신의 성실을 건설 도급계약의 기본 원칙으로 하고 있음을 의미함.

- “민간 공사 표준도급계약서”라는 표준 약관이 사용되나 현실적으로 수급인인 건설업자가 도급계약에서 불리한 조건으로 계약하는 경우가 많음.

- 건설 도급계약의 당사자는 도급인과 수급인이나 하나의 건설 프로젝트가 생산되기 위해서는 설계자, 수급자(종합건설업자), 하수급자(전문건설업자), 건설 근로자, 자재·장비업자 등 다양한 주체가 참여함.
 - 공동 작업을 통하여 시설물의 생산이 이루어짐.
 - 타 업종에 비해 참여자가 다양하고 생산구조가 복잡하므로 수직적 생산구조에 기초한 계약 관계 참가자 전체를 당사자로 보는 것이 바람직함.
- 건설 도급계약의 당사자인 발주자, 수급인, 하수급인, 자재장비업자 및 노무자들을 보호하기 위한 제도는 다음 표와 같음.

건설 도급계약의 당사자보호제도

구 분	보호제도
발주자	건설공사 수급인 담보 책임(「건설법」 제28조), 수급인 담보 책임(「민법」 제667조)
수급자	유치권(「민법」 제320조), 공사 목적물 저당권 청구권(「민법」 제666조) ※ 건설 관련 법령에 수급자 대금지급확보제도 미규정
하수급자	대금지급기일(「건설법」 제34조, 「하도급법」 제6조), 하도급대금 직접 지급(「건설법」 제35조, 「하도급법」 제14조), 부당 하도급 대금 결정 금지(「하도급법」 제4조)·감액금지(「하도급법」 제11조), 설계 변경 하도급 대금 조정(「건설법」 제36조, 「하도급법」 제16조), 하도급 대금 지급 보증(「건설법」 제34조), 하도급 계약 적정성 심사(「건설법」 제31조), 부당 대물 변제 금지(「하도급법」 제17조)
자재업자	자재업자에 대한 대금 지급(「건설법」 제32조)
장비업자	장비업자에 대한 대금 지급(「건설법」 제32조)
건설근로자	임금 압류 금지(「건설법」 제88조)

- 발주자, 하수급자, 자재장비업자, 건설 근로자를 보호하는 제도에 비해 도급 계약 이행의 책임을 부담하는 수급인을 위한 제도는 사실상 「민법」상의 유치권 정도로 전무하다고 할 수 있음.
- 이는 발주자와 수급인의 도급계약을 사적 자치로 규정하고 불개입 원칙을 견지해온 정부 정책의 결과임. 사적 자치가 본질에 충실하게 이행되고 발전하기 위해 사적 자치의 내용에 개입할 수는 없겠지만 사적 자치가 구현될 수 있는 제도적 환경의 조성이 필요함.

2. 건설공사 대금 지급 시스템

- 공공공사의 경우 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 기획재정부 계약예규와 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 등의 법령에 의해 건설공사 대금의 지급 및 수령이 확보됨.
 - 선금금의 지급, 중도 기성금의 지급, 지연 이자, 어음 할인료, 준공금 지급 등의 모든 내용 들이 관련 법령에 규정되어 발주자 및 수급자를 규제하고 있으므로 공공공사의 경우, 발주자의 대금 미지급 문제는 거의 발생하지 않음.
- 반면 민간공사의 경우, 사적 자치(계약)을 이유로 대금 지급을 포함한 모든 계약의 내용들이 당사자인 발주자와 수급자 사이의 계약에 의해서 결정되고 이 내용에 대해 규제 등은 매우 미흡함.
 - 특히 공공공사와 민간공사에 모두 적용되는 「하도급법」과 「건설법」에 의해 하수급자의 대금 수령이 제도적 장치로 보호되고 있는 점과 비교하면 규제의 사각지대라고 할 수 있음.
- 민간 건설공사 도급계약에 관하여 발주자인 건축주의 과도한 요구로 인한 수급자인 시공업체의 피해가 빈발하므로 ‘경제의 민주화’ 제고를 위해 이를 방지하기 위한 제도적 장치 마련이 시급함.

- 발주자가 준공금 지급 기한을 과도하게 늦추거나 추가 공사나 설계 변경 시 공사비를 미반영하거나 계약이행보증금 및 하자보수보증금률 또는 지체 상금률을 과다하게 설정하는 등 불공정 부당특약이 난무
- 해당 원도급업체는 물론 하도급, 자재장비업체 및 건설 근로자도 대금(임금)을 제대로 지급받지 못해 부도 등 생존의 위협을 받는 실정임.

공공공사/ 민간공사 대금 지급 체계

구 분	공공공사	민간공사
법령 근거	공공계약 법령(「국가계약법」 등)	「민법」(도급계약) (민간 건설공사 표준도급계약서, 임의화)
선금 지급	공공계약법령(공사 규모별 지급 비율 차이)	계약으로 결정 (선금 요청 시 14일 이내 지급)
기성금 지급, 기일	공공계약법령 (30일 단위 청구, 검사 완료 후 5일 이내)	계약으로 결정 (기성부분 검사 요청 시 14일 이내 결과 통지/합격후 14일 이내에 지급)
대금 지급 보증	대금 지급 제도화로 보증 불필요	계약으로 결정
계약 금액 조정	공공계약 법령 (설계변경, 물가변동)	계약으로 결정 (설계 변경, 물가 변동)
준공금 지급	공공계약법령 (준공검사 합격 청구, 청구후 5일 이내 지역시 이자 지급)	계약으로 결정 (준공검사 합격 후 목적물 인도와 동시에 준공금 지급)
지체 상금	공공계약법령 (1/1,000)	계약으로 결정 (1/1,000 - 5/1,000)

- 하도급 계약의 경우 똑같은 사인 간 계약임에도 갑을 관계를 이유로 다양한 제도적 보호 장치를 두고 있는 것과 대조적인 차이를 보이고 있음.

III. 민간 건설공사 불공정 실태 및 문제점

1. 민 간건설공사 불공정 실태

- 민간 건설공사 불공정 실태 조사에 응답한 종합건설업체 254개사 중 115개사 (45.3%)가 민간 건설공사 표준도급계약서를 사용하지 않거나 변경하여 사용하고 있다고 응답함.
 - 「건설법」 시행령 제25조 제2항에 의거하여 민간부문 건설공사를 발주함에 있어 발주자와 건설업자 간에 상호 계약 체결을 권장하고 건설공사 계약의 표준 모델을 보급하기 위해 민간 건설공사 표준도급계약서를 고시하고 있음.
 - 민간 건설 표준도급계약서의 사용은 의무 사항이 아니고 권장 사항이므로 도급계약 체결 시 그대로 사용하는 경우도 있고 변형하여 사용하는 경우도 있음.
 - 이러한 조사 결과는 민간 건설공사의 경우 발주자 우위의 계약 관행이 지속되고 있는 가운데 발주자가 수급자에 비해 유리한 도급계약을 체결하려는 의지의 표현으로 판단됨.
- 수급자의 계약이행보증서 제출 여부와 보증 금액을 조사한 결과, 1,899건 중 1,093건(58%)의 공사가 계약 체결 시 계약이행보증서를 발주자에게 제출한 것으로 조사됨.
 - 계약이행보증서를 제출한 공사의 경우 보증금은 총 계약 금액의 10~20% 수준이라고 응답한 경우가 725건(69%)으로 가장 많았음.
 - 공공공사의 경우 일반적으로 계약이행보증금이 공사 계약 금액의 10% 수준인 것과 비교할 때 높은 수준이며 수급자에게 부담되는 사안임.
 - 특히 공사대금지급보증서를 교부하지 않는 상황에서 수급자의 계약이행보증서 제출은 발주자의 수급자에 대한 리스크 및 책임 전가의 전형적인 예라고 할 수 있음.

- 선급금은 수급자의 공사 수행에 대단히 큰 도움이 되는 것으로 공공공사의 경우, 공사 규모에 따라 50%까지 지급하는 경우도 있음.
- 민간 건설공사 1,741건 중 963건(55%)의 공사에서 수급자가 발주자로부터 선급금을 지급받지 못하거나 발주자로부터 선급금을 받기로 계약을 하고도 지급받지 못한 것으로 조사되었음.
- 수급자의 도급계약 이행에 대한 발주자의 중도 기성 대금 지급은 발주자의 핵심적인 의무 사항임에도 불구하고 실태조사 대상 민간 건설공사 1,883건 중 390건 (21%)의 공사가 중도 기성금을 전혀 지급받지 못한 것으로 조사됨.
- 기성 대가의 지급은 선급금보다 더욱 중요한 사안이며 미지급의 경우 수급자의 경영 애로뿐만 아니라 하수급자, 건설 근로자, 자재장비업자 등에게 연쇄적으로 영향을 미침.
- 민간 건설공사 1,820건 중 총 계약 금액 대비 지체상금률을 1/1,000 이상으로 설정하여 계약한 공사 건수가 774건으로 43%에 달했음.
- 지체상금률을 높게 책정하면 수급자의 입장에서는 건설공사 수행에 큰 부담을 가지게 되는데 1/1,000로 정하도록 하고 있는 공공공사에 비하여 높은 수준임.
- 실태조사에 응한 건설업체 254개사 중 100개사(39.4%)가 민간공사를 수행하면서 공사 대금을 일부라도 지급받지 못하였고 그 평균 비율이 19.12%로 조사됨.
- 전체 민간 건설공사 총수주액으로 환산 시 74조원 중 5조 6,000억원 가량이 공사 대금 미지급 금액으로 건설업자의 손해를 추정할 수 있음.
- 민간 건설공사 계약 체결 시 발주자가 요구한 부당특약의 유형은 발주자가 수급자에게 무조건적으로 하자 책임을 부담시키는 부당특약이 전체의 28%로 가장 높게 조사됨.

- 수급자의 고의 또는 과실에 관계없이, 나아가 하자 기준과 하자 내용에 관계없이 발주자가 ‘하자’라고 주장하면 수급자는 ‘하자’ 책임을 부담하는 현실임.
- 현재 민간 건설공사에 적용할 수 있는 하자 기준 등이 법제화되어 있지 않아 발주자의 악의적 하자 주장에 수급자는 합리적으로 대응할 수 있는 수단이 거의 없는 실정임.
- 법리적으로도 고의 또는 과실에 기초한 하자 여부를 묻지 않고 수급자가 일방적으로 하자 책임을 부담하는 것은 문제가 있음.

2. 민간 건설공사 불공정 발생 원인 및 문제점

- 민간 건설공사의 불공정 행위, 특히 발주자의 공사 대금 미지급이 발생하는 가장 큰 이유는 수급인의 권리에 대한 사회적 관심 부족이 가장 큰 이유임.
- 발주자, 하수급자의 권리 보호에 대한 관심보다 수급자의 권리 보호가 상대적으로 매우 미흡하여 경제 민주화의 사각지대라 할 수 있음.
- 건설 도급계약 당사자보호제도를 보면 발주자의 보호 이익인 건축물의 품질 확보에 비해 수급인의 보호 이익인 대금 확보가 상대적으로 미흡한 상황임.
- 발주자 및 하수급인의 권리 보호를 위한 제도는 「건설법」, 「하도급법」 등에서 여러 가지 제도를 시행하고 있음.
- 반면 수급인에 대해서는 「민법」에서만 일반적으로 규정하고 있을 뿐 건설 관련 법령에서 수급인의 대금 지급 확보를 위한 규정은 찾아볼 수 없음.
- 수급인은 발주자에게 계약이행보증과 하자 책임을 부담하는 반면, 수급인의 대금 확보 방안은 민사 분쟁이 유일한 수단임. 소송은 「민사법」상 상계 법리와 지연 시간 등을 고려할 때 매우 불합리한 구조임.
- 민사 소송의 경우 접수부터 첫 기일까지 평균 119일인바, 중소기업의 경우 소

송에 따른 직접 비용과 금융 비용 등 간접 비용을 고려 시 자금 부담으로 인한 도산 우려까지 있으며 하도급 대금 및 임금 등의 체불로 이어져 관련 기업들의 연쇄적 피해도 발생 가능함.

- 발주자로부터의 대금 수령 여부에 상관없이 원도급자는 최종적으로 하도급 대금 및 건설 근로자 임금에 대한 지급 의무를 부담하고 있음.
 - 수급자는 하수급자에게 목적물 인수일로부터 60일 이내에 하도급 대금을 지급하여야 함(「하도급법」 제13조).
 - 일정 요건 시 하도급 대금 채무의 범위 내에서 하도급자가 지급하여야 하는 임금에 대해 직접 지급하여야 함(「근로기준법」 제44조의 3).
- 총 공사 금액에 대해서만 발주자와 어느 정도 협의되면 다소 부당한 특약 조건이 있더라도 기업 유지 차원에서 감수한 채 도급받을 수밖에 없는 것이 현실임.
 - 건설업이 수주 산업이고 공사 물량을 확보해야만 기업 유지가 가능한데 건설경기의 장기 침체 등으로 공사 물량이 없어 대부분의 건설업체는 극심한 경영난을 겪고 있음.
 - 이런 상황에서 발주자 입장에서는 부당특약 등을 이유로 특정 건설업체가 계약을 체결하지 않더라도 다른 업체가 많기 때문에 결국 비슷한 조건으로 다른 건설업체와 도급계약을 체결할 수 있음.
- 계약 전문성의 결여로 발주자와의 계약 체결 과정에서 협상력이 크게 떨어지고 계약 협상력의 저하는 발주자와의 불공정 계약 체결로 이어짐.
 - 중소 건설업체가 대부분인 수급자는 중소 건설업체의 현실을 고려할 때 회사 내에 계약 전문가를 고용하거나 계약 전문가의 도움을 받기가 어려운 상황임.
 - 이로 인해 공사 수행 과정에서 발생 가능한 법적 분쟁 가능성 및 해결 방안 등에 대한 심도 있는 검토 없이 도급계약을 체결하는 경우가 대부분임.

- 준공 검사를 통해 도급인은 경미한 하자를 공사의 미완성 취급하여 대금 지급을 유보하는 사례가 빈번함. 건설공사가 미완성일 때에는 채무 불이행의 문제로 수급인은 원칙적으로 공사 대금을 청구할 수 없음.
- 민간 건설공사의 준공 검사는 민간 건설공사 표준도급계약서의 준공 검사 조항을 통해 수급인이 완료한 공사가 계약의 목적에 합치하는 지 여부를 도급인의 주관적 판단에 맡겨 검사하도록 하고 있음.
- 민간 건설공사에서 발생하는 하자의 종류 및 하자 기준에 대한 법적 기준의 부재로 발주자의 일방적인 불공정 하자 주장에 대해 수급인은 실제로 대응할 수 있는 방안이 부재함.
- 하자 및 분쟁 발생 시 법원 판결을 통한 해결은 최종 판결까지 2~3년이 걸리는 등 사회적 비용이 과다하게 소요되고 불공정 하자 주장임에도 불구하고 과실상계 등을 통해 책임을 분담해야 하는 등 수급자에게 불리한 상황임.
- 이러한 문제점을 개선하기 위해 「건설법」에 의거하여 건설분쟁조정위원회가 설립되어 있음.
- 사무국 등 상설 서비스 시스템의 부족으로 접근성 및 편리성이 미흡하여 1년에 한 차례도 열리지 않는 경우도 있으며, 당사자 간 동의가 없으면 조정안의 효력이 인정되지 않아 거의 유명무실함.

IV. 민간 건설공사 대금 지급 및 공정성 확보 방안

1. 제도 개선의 의의 및 방향

- 민간 건설공사 발주자의 공사비 지연, 삭감, 미지급 등으로 인한 파급 효과는 심각한 사회 문제로 발전함.
 - 수급자와 하수급자의 부도가 기계장비업자 및 노무자의 생활고로 이어지고 이는 민생 경제 붕괴, 나아가서 지역 경제의 파탄을 야기할 수 있음.
- 일한 대가의 수령 및 지급을 제도적으로 확보하는 것은 민주주의 국가의 기본적인 의무이며 사회적 시스템 구축의 일환임.
 - 또 도급계약 당사자 간 공평한 리스크를 배분하고 대등한 지위를 보장하여 권리에 맞는 책임을 부여하고 선진 건설경제 시스템 구축을 실현하는 것은 경제 민주화의 한 축을 실현하는 매우 큰 의의를 가짐.
- 부당특약 불공정 체결 시 바람직한 해결 방안에 대한 실태조사 결과에서 ‘부당 특약의 수정 시행’을 선호하는 의견이 66%로 가장 큰 비중을 차지하였으며, 그 다음으로 ‘해당 조항 무효화’가 29%를 차지하였다.
 - 수급자는 도급계약 전체의 유효성을 유지하면서 해당 부당특약 조항에 대해서만 발주자와 다시 협의하여 해당 부당특약 조항을 수정 시행하는 방향으로 제도 개선을 요구하고 있는 것으로 볼 수 있음.
- 대금 지급 관련 분쟁 해결을 위한 제도 개선 방법에 대한 조사 결과, 응답자의 대부분(73%)이 발주자가 대금을 미지급하는 경우 보증 등 제도를 통해 대금 지급이 확보되기를 원하고 있었음.
 - 이는 수급자는 분쟁까지 가지 않고 공사 대금을 수령하는 것을 가장 선호하고 있음을 의미함.

2. 제도 개선 방안

- 발주자와 수급인이 대등한 입장에서 공정한 계약을 체결하고 사후 분쟁을 최소화하기 위해 ‘민간 건설공사 표준도급계약서(하도급 포함)’ 사용을 권장하도록 제도 개선을 추진해야 함.
 - 표준계약서의 사용은 권장 사항이므로 적극적 홍보 및 시민 교육 등을 통해 공정한 계약 문화 정착을 위한 지속적인 정책적 노력과 같은 표준계약서 사용을 제고하기 위한 실효성 있는 추가 정부 대책이 뒤따라야 함.
- 당사자 간 현저하게 불공정하고 불평등한 계약(특수)조건의 효력을 부인하거나, 제한할 수 있는 선언적인 법적 근거 마련이 시급함.
 - 「국가계약법」은 관계 법령상 계약 상대방의 계약상 이익을 제한하는 내용의 「공사계약특수조건」은 그 효력을 인정하고 있지 않으며, 「약관법」은 신의 성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 조항은 무효로 하고 있음.
 - 민간공사의 표준도급계약서를 공공공사의 「공사계약일반조건」과 유사하게 조정하여 건설공사 도급계약의 불공정 특약을 유형화하여 조문화하는 것이 필요함.
- 독일의 담보제공청구권과 같이 수급인이 민간공사 발주자에게 계약이행보증을 제출하는 경우 수급인이 발주자에게 대금 지급 보증 및 담보 제공 요청을 할 수 있도록 하는 제도의 도입이 필요함.
 - 발주자가 수급인에게 대금 지급 보증 및 담보 제공을 이행하지 않는 경우에는 공사의 중지가 가능하도록 하는 것임.
- 민간 건설공사에 적용 가능한 하자 유형 및 기준 관련 법적 기준을 수립해야 함. 이를 통해 발주자의 불공정 하자 주장을 차단하고 하자 분쟁을 최소화할 수

있을 것임.

- 하자 판정 기준과 함께 비용 산정에 관한 기준도 마련된다면 발주자와 수급자가 분쟁 조정이나 소송에 의하지 않고 합리적인 수준에서의 하자 분쟁 해결이 가능할 것으로 판단됨.

- 민간 건설공사 하자 분쟁의 조속한 해결을 위해 ‘건설분쟁조정위원회’가 활성화되어야 함.

- 이를 위해 전문성 및 제도 실효성 제고를 위해 분야별 실무 전문가 풀(pool)을 구성하고 하자 관련 전문가 양성을 위해 ‘하자진단전문가’ 제도의 도입을 검토하여야 함.
- 중앙위원회 사무국을 설치해야 하며, 조정의 효력을 재판상 화해와 동일한 효력으로 발생하도록 하는 제도 개선을 추진할 필요가 있음.

V. 요약 및 결론

- 제도 개선의 의의는 도급계약 당사자 간 공평한 리스크를 배분하고 대등한 지위를 보장하여 권리에 맞는 책임을 부여하고 선진 건설경제 시스템 구축을 실현하는 것은 경제 민주화의 한 축을 실현하는 것임.

- 첫째, 표준도급계약서 사용의 권장을 제도화할 것을 제안하고 표준계약서 사용 제고를 위한 추가 정부 대책이 필요함을 제안함.

- 둘째, 발주자의 과도한 부당특약에 대해서는 해당 조항을 무효화하는 제도 개선 방안을 제시함.

- 셋째, 대금지급보증 및 담보제공요청 제도의 도입을 제안함.

- 독일의 담보제공청구권과 같이 수급인이 민간공사 발주자에게 계약이행보증서를 제출하는 경우, 수급인이 발주자에게 대금 지급 보증 및 담보 제공 요청을 할 수 있도록 하는 제도 도입이 필요
- 넷째, 민간 건설공사에 적용 가능한 하자 유형 및 기준 관련 법적 기준을 수립하여 발주자의 불공정 하자 주장을 차단하고 하자 분쟁의 최소화 실현
- 다섯째, 건설분쟁조정위원회 운영 활성화를 위해 전문성 및 제도 실효성 제고를 위해 분야별 실무 전문가 풀 구성, ‘하자진단전문가’ 제도 도입, 중앙위원회 사무국 설치, 조정의 효력을 재판상 화해와 동일한 효력이 발생하도록 하는 제도 개선 추진을 제안함.
- 여섯째, 도급계약 당사자에 대한 「하도급법」의 적용을 검토하여 하도급 관계에 적용되는 하수급자 등의 보호 제도 등을 수급자에게도 적용하는 것을 심도 있게 검토하는 것이 필요함을 제안함.
- 일곱째, 건축물 사용 승인 단계에서 수급인 의견 반영 장치 마련하여 사용 승인의 적정성과 공사 대금 지급 확보를 간접적으로 담보할 것을 제안함.
- 여덟째, 민간 건설공사의 감독원에 대해서도 「공사계약일반조건」의 공사 감독관의 규정을 준용하도록 하거나 민간 건설공사 공사 감독원의 자격과 업무를 감리원의 자격과 업무 범위로 정하도록 관련 규정의 개정 작업이 필요함.