

건설공사 계약서상 불공정특약의 문제점 분석에 관한 연구

Analysis of unfair provisions in Construction contract.

○박근형* 김정재** 최재원*** 김용수****
Park, Keun-Hyung Kim Jeong-Jae Choi, Jea-Won Kim, Yong-Su

요 약

본 연구는 국내 건설공사 계약체결 시 도급인의 우월적인 지위를 남용하여 공사수급인에게 불이익을 제공하는 불공정특약의 문제점 도출을 목적으로 수행되었다. 이를 위해 불공정특약으로 인해 문제가 발생했던 분쟁에 대한 판례 68건을 분석하고 공사참여자를 대상으로 한 인식조사를 실시했으며, 이를 바탕으로 문제점을 도출하였다. 이와 같은 과정을 통해 도출된 주요 문제점은 다음과 같다: 1) 공사대금지불조건과 관련한 문제점으로 기성금 지급유보특약을 강요받아 공사원가에도 미치지 못하는 시공으로 하도급관계에 영향을 미쳐 부실공사를 초래할 수 있다. 2) 포괄적 책임전가와 관련한 문제점으로 공사와 관련한 민원발생 문제 등을 공사수급자에게 처리하기로 특약을 설정하여 공기지연을 초래할 수 있다. 3) 계약금액조정과 관련한 문제점으로 공기연장비용에 대한 포기각서를 제출케 하는 등 도급인의 우월적 지위를 남용, 공기연장비용을 지급하지 않아 공사수급자의 적절한 보상을 하지 못하게 된다.

키워드: 건설공사계약, 불공정특약

1. 서 론

1.1 연구의 배경 및 목적

국내 건설공사 계약수행 관행을 살펴보면 도급인이 우월적 지위를 남용하여 불공정특약을 설정함으로써 공사수급인에게 불이익을 제공하는 경우가 많다. 불공정특약을 맺게 되는 이유는 도급인이 치열한 수주경쟁을 이용하여 발주자로서의 지위를 남용, 공사수급인에게 일방적인 특약을 요구하기 때문이다. 공사수급인은 다음 차수의 공사발주계약과 관련하여 도급인을 의식하지 않을 수 없으므로 도급인이 당해 공사와 관련하여 요구하는 불공정 특약 설정을 거부하기 어려운 것이 현실이다. 이러한 불공정특약으로 인하여 공사수급인은 공사원가조차 지급받지 못하는 사례가 발생하고, 이는 하도급 관계에도 악영향을 미쳐 결국 건설공사의 부실을 초래하게 된다.

그럼에도 불구하고 불공정특약에 관한 국내연구들은 대개 사례분석 및 공사계약일반조건의 개선점 등에 관한 것이 대부분으로 불공정특약의 중요 문제점 분석에 관한 연구는 미흡한 실정이다.

이에 본 연구는 불공정특약에 대한 판례와 인식조사를 통해 건설공사계약서상의 불공정특약에 대한 문제점을 도출하고자 한다.

1.2 연구의 절차 및 방법

본 연구는 다음 그림1과 같은 절차 및 방법에 따라 진행한다.

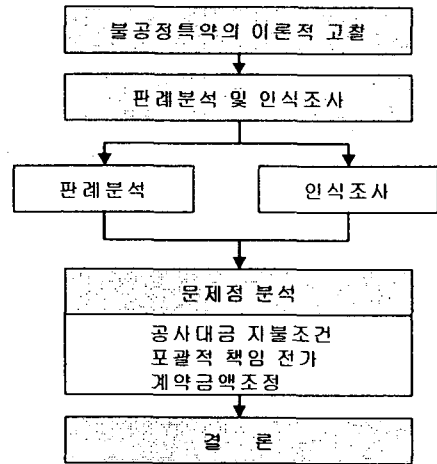


그림 1. 연구의 절차

상기의 그림 1과 같은 본 연구의 절차를 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

첫째, 불공정특약의 이론적 고찰을 실시한다.

둘째, 불공정특약과 관련된 판례분석과 인식조사를 실시한다.

셋째, 판례분석과 인식조사를 바탕으로 불공정특약에 대한 문제점을 도출한다.

* 학생회원, 중앙대학교 대학원 석사과정
** 학생회원, 중앙대학교 대학원 석사과정
*** 일반회원, 중앙대학교 건설대학원
**** 정회원, 중앙대학교 건축공학과 교수, 공학박사

2. 불공정특약의 이론적 고찰

본 장에서는 불공정특약의 일반적인 해석과 불공정특약의 유형에 대해 살펴보기로 한다.

2.1 물가변동으로 인한 불공정특약

물가변경과 관련한 대표적인 불공정특약을 열거하면 다음과 같다.

·민간공사의 도급이나 공사수급인이 견적조건이나 계약서 작성시 「물가변동으로 인한 계약금액의 증액은 없다」는 것을 특약으로 명기한 경우

·물가변동에 관한 별도 특약이 없을 시에도 일반적인 물가변동 비용은 입찰시에 포함한 것으로 도급인의 우월적 지위를 남용하여 공사수급인에게 강요하는 경우

·장기계속공사의 경우 합의를 매번 공사계약 전 현재 상태에서의 변동이 없다는 것임에도 불구하고 물가변동으로 인한 계약금액의 조정사유 발생시 합의시 등을 내세워 계약금액을 조정하여 주지 않는 경우

2.2 설계변경으로 인한 불공정특약

설계변경 등과 관련한 대표적인 불공정특약을 열거하면 다음과 같다.

·민간공사의 경우, 「설계변경시 신규비목의 단가는 예정가격단가에 낙찰율을 적용한다.」

·공사계약일반조건 제20조(대형공사의 설계변경 등)제1항 「... 계약내용을 변경하는 경우에도 정부에 책임있는 사유로 인한 경우를 제외하고는 그 계약금액을 증액할 수 없다.」

2.3 기타 계약내용변경으로 인한 불공정특약

기타 계약내용의 변경이란 물가변동과 설계변경의 경우 외에 공사기간 및 운반거리의 변경 등 계약내용의 변경을 의미한다. 또한 계약금액을 조정하여야 할 필요가 있는 경우에는 「회계예규」 실비산정기준에 따라 실비를 초과하지 아니하는 범위 안에서 이를 조정하게 된다.

기타 계약내용변경 등과 관련한 대표적인 불공정특약을 열거하면 다음과 같다.

·공공공사의 경우 설계변경시 합의서 작성 등으로 인하여, 도급인은 연장비용에 대해 공사수급인이 암묵적 합의를 한 것으로 간주하고 있으며, 공사수급인은 도급인과의 관계악화 등을 우려하여 연장비용에 대해 현실적으로 청구하는 것이 불가능한 경우

·공기연장과 관련하여 귀책사유가 불분명하여 공기연장에 대한 책임을 공사수급인의 귀책사유로 돌려 지체상금을 부과하는 경우

3. 불공정특약과 관련한 판례분석 및 인식조사

3.1 조사방법 및 조사대상 선정

건설공사 계약체결 시 공사수급인에게 불이익을 초래하는 불합리한 특약, 즉 불공정특약의 문제점 도출을 위해 관련 판례분석 및 공사참여자별 인식조사를 실시했다. 판례는 1993년부터 1998년까지 대법원 판결을 받은 총 96개(공공공사: 24개, 민간공사 72개)를 대상으로 하였다. 그리고 계

약문서 및 계약이행단계에서 계약당사간에 불합리한 특약이 문제가 되어 합의에 의해 해결하지 아니한 판결사례를 중심으로 조사·분석하였다. 또한 인식조사는 공사참여자(도급인, 공사수급인, 감리자) 총39명을 대상으로 설문지 및 전화응답인터뷰를 이용한 개별면담방식을 통해 조사가 진행되었다. 조사기간은 2001년 6월 15일부터 동년 8월 15일까지 60일간 진행되었다.

다음의 표1은 인식조사 대상의 구성을 나타낸 표이다.

표1. 불공정특약에 대한 인식조사대상

구 분	명수	비율(%)
도 급 인	12	30.8
공사수급인	19	48.7
감 리 자	8	20.5
합 계	39	100.0

3.2 불공정특약과 관련한 판례분석

본 장에서는 불공정특약이 문제되어 발발했던 분쟁에 대한 판례 68건(관공사:12개, 민간공사: 56개)을 대상으로 분석을 실시했다. 이에 따르면 불공정특약의 유형은 민간공사 및 공공공사를 불문하고 “공사대금지불조건”과 관련한 경우가 총68건 중 38건(55.9%), “포괄적 책임전가”가 20건(29.4%)으로 조사되었다.

다음의 표2는 판례분석을 통한 불합리한 특약의 유형이다.

표2. 판례분석을 통한 불공정특약의 유형

항 목	공사구분		공공공사		민간공사		총 계	
	도수	비율(%)	도수	비율(%)	도수	비율(%)	도수	비율(%)
① 계약금액조정	2	16.7	2	3.6	4	5.9		
② 공사대금지불조건	7	58.3	31	55.4	38	55.9		
③ 포괄적 책임전가	2	16.7	18	32.1	20	29.4		
④ 기타	1	8.3	5	8.9	6	8.8		
합 계	12	100.0	56	100.0	68	100.0		

상기의 표2와 같이 공공공사의 경우는 “포괄적 책임전가”가 문제된 경우는 16.7%(2건)로 조사 되었으나 민간공사의 경우는 32.1%(18건)로 분석되었다. 이는 공공공사의 경우 공경거래위원회의 규제를 상대적으로 많이 받아 포괄적 책임전가를 하기 어려운 현실을 반영한 것으로 분석된다. 그러나 민간공사의 경우 사인간의 계약이므로 계약의 형식과 유형이 자유로워 공사수급인에게 책임을 포괄적으로 전가하고 있는 것으로 분석된다.

3.3 불공정특약에 대한 인식조사

공사수급인에게 불합리한 특약의 설정에 대한 인식을 조사하기 위해 공사참여자(도급인, 공사수급인, 감리자)를 대상으로 조사를 실시하였다.

다음의 표3은 공공공사의 계약문서상에 나타나는 특약에 대한 계약참여자별 인식정도를 나타낸 것이다. 도급인 및

1) 국가계약법 시행령 제66조.

공사수급인의 경우 “약간 인식하고 있다.”라는 응답이 각각 50.0%(6명) 및 42.1%(8명)로 가장 많았으나 감리자의 경우 “보통이다.”라는 응답이 가장 많았다.

표3. 불공정특약에 대한 인식 정도

항 목	공사참여자		도급인		공사수급인		감리자		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
① 매우 잘 인식하고 있다.	2	16.7	2	10.5	0	0.0	4	10.3		
② 약간 인식하고 있다.	6	50.0	8	42.1	2	25.0	16	41.0		
③ 보통이다.	2	16.7	6	31.6	3	37.5	11	28.2		
④ 별로 인식하지 않는다.	1	8.3	2	10.5	1	12.5	4	10.3		
⑤ 전혀 인식하지 않는다.	1	8.3	1	5.3	2	25.0	4	10.3		
합 계	12	100	19	100	8	100	39	100		

다음의 표4는 공공공사의 계약문서상 나타나는 특약의 유형을 나타낸 것이다. 도급인의 경우 “계약금액 조정”과 관련한 불합리한 특약이라는 응답이 41.7%(5명), 공사수급인은 “포괄적 책임전가”이라는 응답이 36.8%(7명), 감리자는 “공사대금지불조건”이라는 응답이 50.0%(4명)로 가장 많았다.

표4. 인식조사를 통한 불공정특약의 유형

항 목	공사참여자		도급인		공사수급인		감리자		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
① 계약금액 조정 (물가변동, 설계변동 등)	5	41.7	6	31.6	2	25.0	13	32.5		
② 공사대금지불조건	3	25.0	5	26.3	4	50.0	12	30.0		
③ 포괄적 책임전가	2	16.7	7	36.8	2	25.0	12	30.0		
④ 기타 계약내용의 변경	2	16.7	1	5.3	0	0.0	3	7.5		
합 계	12	100	19	100	8	100	40	100		

다음의 표5는 공공공사의 계약문서상에 일반적으로 많이 나타나는 특약을 작성하게 된 경위를 나타낸 것이다.

도급인의 경우 “건설공사의 관행”라는 응답이 50.0%(6명)로 가장 많고, 공사수급인은 “책임전가”라는 응답이 모두 63.2%(12명)로 많고, 감리자 역시 “책임전가”이라는 응답이 87.5%(7명)로 가장 많았다.

표5. 불공정특약의 설정 경위

항 목	공사참여자		도급인		공사수급인		감리자		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
① 내부규정	2	16.7	0	0.0	0	0.0	2	5.1		
② 예산절감	1	8.3	2	10.5	0	0.0	3	7.7		
③ 건설공사의 관행	6	50.0	5	26.3	1	12.5	12	30.8		
④ 책임전가	3	25.0	12	63.2	7	87.5	22	56.4		
합 계	12	100.0	19	100.0	8	100.0	39	100.0		

다음의 그림2는 불공정특약이 이윤에 미치는 영향2)을 나타낸 것이다. 도급인(6.7점), 공사수급인(9.5) 및 감리자

2) 공사수급인에게 불합리한 특약의 영향도를 파악하기 위해서 정량화한 바, 10점은 “매우 중요하다.” 5점은 “보통이다.” 0점은 “전혀 중요하지 않다.”라는 의미이다.

(7.7점) 모두 계약금액 조정, 즉 물가변동으로 인한 계약금액 조정, 설계변동으로 인한 계약금액 조정 등에 대해서 그 영향도를 가장 크게 생각하고 있다.

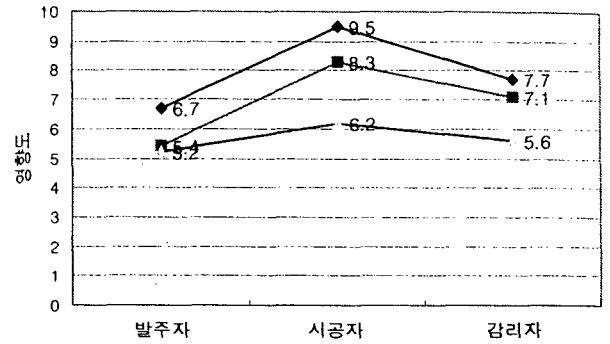


그림2. 특약이 이윤에 미치는 영향도

4. 주요 불공정특약의 현실적 문제점

3장에서 실시된 68건의 판례 분석과 인식조사를 통한 불공정특약의 문제점은 다음과 같이 요약된다.

(1) 공사대금지불조건과 관련한 불공정특약

첫째, 기성대가를 현금이 아닌 어음 기타 물건으로 지급하기로 약정을 하거나 기성금지급을 유보하기로 하는 특약을 하는 경우에는 공사수급인은 회사운영자금의 압박을 받게 된다. 자금상의 압박을 받는 공사수급인은 시공보다는 금융에 더욱 신경을 쓰게 될 것이고 이로 말미암아 부실공사를 초래할 우려가 있다.

둘째, 증가된 물량을 기성에 반영하지 않거나 전술한 연장비용을 지급하지 않는 등 도급인이 공사수급인에게 마땅히 지급해야 할 공사대금을 지급하지 아니하는 경우 공사수급인은 공사원가에도 미치지 못하는 시공을 하게 된다. 이는 하도급관계에도 영향을 미쳐 부실공사를 초래할 우려가 있다.

(2) 포괄적 책임전가와 관련한 불공정특약

첫째, 민원처리와 관련하여 포괄적으로 책임을 전가하는 불공정특약의 경우에 민원처리는 시공을 전문으로 하는 공사수급인이 처리하기에 적당하지 않다. 또한 공사수급인이 대민원관계를 처리함으로써 공사기간의 지연을 초래하게 된다.

둘째, 공사수급인인 시공회사가 추가비용을 받지 아니하고 변경된 설계를 하기로 하는 불공정특약의 경우에 결과적으로 공사수급인이 설계비용을 부담하는 문제가 발생한다. 만약 변경설계가 잘못된 경우에 전체설계에 대한 책임을 누가 질 것인가의 문제가 발생하게 된다.

(3) 계약금액조정과 관련한 불공정특약

첫째, 민원보상 등 공사수급인의 책임이 없는 사유로 인해 공기가 지연될 경우에도 이로 인한 경비를 공사수급인에게 부담함으로써 부실공사를 유발하게 된다.

둘째, 공기연장에 따른 손실비용 산정의 어려움으로 도급인이 감사원 감사 등의 책임문제를 회피하기 위하여 불공정특약을 내세워 연장비용을 지급하지 않음으로써 공사수급인에게 적절한 보상을 하지 못하게 된다.

셋째, 공사수급인의 귀책사유에 의한 공기지연의 경우 일정한 비율에 의하여 지체상금을 산정하는 것과 달리 공기연장에 따른 손실비용보전을 실비로 함에 따라 실비산정의 어려움이 발생한다. 이에 따라 도급인이 비용 부담의 책임을 공사수급인에게 전가시켜 적정한 공사비를 지급받지 못하게 함으로써 책임시공을 하지 못하게 하는 원인을 제공하게 된다.

5. 결론

본 연구는 불공정특약에 대한 판례분석 및 인식조사를 실시하고 이에 대한 분석을 통해 건설공사계약서상의 불공정특약에 대한 문제점을 도출하였다. 분석된 문제점들은 향후 건설공사계약서상의 불공정특약에 대한 대처방안과 제도개선을 위한 연구의 기초 자료로서 활용이 가능할 것이다.

불공정특약의 중요 문제점을 분석한 결과는 다음과 같다.

- 1) 공사대금지불조건: 공사수급인이 공사도중 증가된 물량에 대하여 설계변경을 하지 않기로 하거나 기성금 지급 유보특약을 강요받는 경우 공사수급자는 공사원가에도 미치지 못하는 시공을 하게 된다. 이로 인해 하도급관계에도 영향을 미쳐 부실공사를 초래할 수 있다.
- 2) 포괄적 책임전가: 공사와 관련한 민원발생 문제 등을 모두 시공을 전문으로 하는 공사수급인이 처리하기로 특약을 설정하는 경우가 있었다. 또한 도급인, 설계자 및 시공자 사이의 책임분담문제가 명확하지 못하게 됨으로써 부실공사 시 책임을 누가 질 것인가에 대한 문제가 발생한다. 이로 인해 공사기간의 지연을 초래할 수 있다.

3) 계약금액조정: 도급인이 공기연장을 해주면서 공사수급인에게 연장비용에 대한 포기각서(합의서)를 제출케 하는 등 도급인의 우월적 지위를 남용, 연장비용을 지급하지 않는 문제점이 발생하고 있었다. 이는 공사수급인에게 적절한 보상을 하지 못하게 된다.

본 연구에서 도출된 문제에 대처하기 위해서는 공정거래법등의 규정강화, 감독 강화, 클레임의 활성화, 설계변경절차서 및 지침서 제정, 사전적 구제방법 모색 등의 개선책이 요구된다.

본 연구는 불공정특약과 관련된 법원판례 부족으로 불공정특약의 유형을 보다 구체적으로 분류하지 못해 연구의 한계가 있다. 이에 향후 연구에서는 보다 구체적인 판례를 대상으로 불공정특약의 대처방안과 제도개선 등의 연구 필요하다.

참고문헌

1. 김영재, 건설공사 공기연장 클레임의 분석방법에 관한 연구, 1999. 7
2. 김학근, 건설공사의 공기연장 및 대가청구에 관한 연구, 1994. 12
3. 강상수, 공사대금지불조건 및 공사비-공기 상계를 고려한 입찰전략에 관한 사례연구, 중앙대학교 석사학위논문, 1999. 6
4. 대한건설협회, 국가계약관계법령, 1998. 4
5. 박준기, 건설계약론, 기공사, 1995. 9
6. 장훈기, 정부계약제도해설, 1996. 8
7. 문종기, 공사계약 조건을 활용한 국내의 건설클레임 대처방안 연구, 중앙대학교 건설대학원 석사학위논문, 1996
8. 통계청, 한국통계월보, 1999. 4
9. 황문환, 건설공사 계약상의 공기지연에 관한 연구, 중앙대학교 석사학위논문, 1988. 12
10. 정상훈, 공사계약기간의 연장에 따른 연장비용산출의 개선방안에 관한 연구, 중앙대학교 건설대학원 석사학위논문, 1998. 12

Abstract

The purposes of this study is to survey unfair aspect of specific provisions in the construction contract. The research method of this study includes judicial precedents and a questionnaire survey. The result of this study are as follows: 1) unfair payment condition gives increase to faulty construction, 2) shift of the responsibility gives increase to delay, 3) adjusted contract sum gives increase inappropriate compensation to contractor.

Keywords : Construction Contract, Unfair Aspect of Specific Provisions