

건설공사 계약서상 불공정특약에 대한 대처방안 및 제도개선에 관한 연구*

A Study on the Unfair Aspect of Specific Provisions in the Construction Contract : Counterplan and Institutional Reformation

최재원* · 박근형** · 김용수***

Choi, Jea-Won · Park, Keun-Hyung · Kim, Yong-Su

요 약

본 연구는 국내 건설공사 계약체결 시 도급인의 우월적인 지위를 남용하여 공사수급인에게 불이익을 제공하는 불공정특약의 문제점을 고찰, 이에 대한 대처방안 및 제도개선 방안 제시를 목적으로 수행되었다. 이를 위해 불공정특약으로 인해 문제가 발생했던 분쟁에 대한 판례68건을 분석하고 공사참여자를 대상으로 한 인식조사를 실시했으며, 이를 바탕으로 문제점을 도출하고 구체적인 대처방안 및 제도개선 방안을 제시하였다. 이와 같은 과정을 통해 수행된 본 연구의 결과는 다음과 같다: 1) 불공정특약의 주요 문제점으로 공사대금지불조건, 포괄적 책임전가, 계약금액조정과 관련한 문제점을 도출하였다. 2) 특약설정행위에 대한 대처방안으로는 입찰단계, 시공단계, 준공단계로 구분되어 제시하였다. 3) 불공정특약에 대한 제도개선 방안으로는 규정강화, 감독 강화, 클레임의 활성화, 설계변경절차서 및 지침서 제정, 사전적 구제방법 등을 제시하였다.

키워드 : 건설공사계약, 불공정특약, 클레임

1. 서론

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 대처방안 및 제도개선에 관한 연구는 미흡한

실정이다.

이에 본 연구는 불공정특약에 대한 판례와 인식조사를 통해 건설공사계약서상의 불공정특약에 대한 문제점을 고찰하고 그 대처방안 및 제도개선 방안을 제시하고자 한다.

본 연구의 구체적인 목적은 다음과 같다.

- 1) 불공정특약의 설정 유형과 사례분석을 통하여 불공정특약이 가지는 문제점을 분석한다.
- 2) 입찰, 시공, 준공단계별로 나누어 고찰함으로써 각 단계별 불공정특약의 대처방안을 검토한다.
- 3) 법원판례와 공사단계별 검토를 통하여 신의·성실의 원칙에 저촉되는 불공정특약의 설정행위에 대한 제도 개선방향을 제시한다.

1.2 연구의 절차 및 방법

본 연구는 다음 그림 1과 같은 절차 및 방법에 따라 진행한다. 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 고찰한다.

넷째, 불공정특약의 대처방안을 입찰, 시공, 준공단계 등 계약

* 일반회원, 중앙대학교 건설대학원

** 학생회원, 중앙대학교 대학원 석사과정

***정회원, 중앙대학교 건축공학과 교수, 공학박사

본 논문은 "건설공사 계약서상 불공정특약의 문제점 분석에 관한 연구" (제5회 한국건설관리학회 학술대회 논문집, 2004, PP.340-343)의 계속연구 임

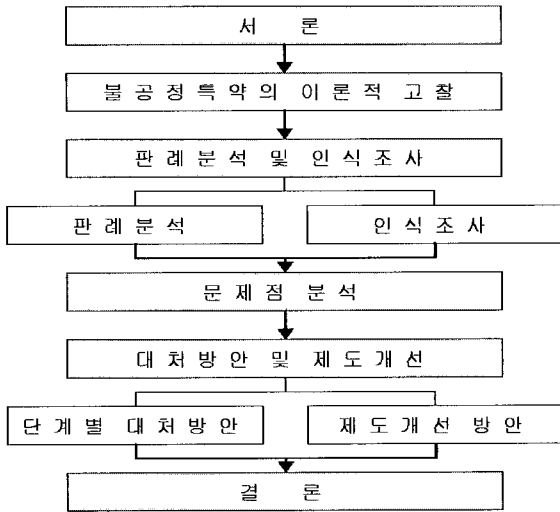


그림 1. 연구의 절차

이행 단계별로 제시한다

다섯째, 불공정특약을 사전에 예방하기 위한 제도적 개선방안을 제시한다.

1.3 선행연구의 고찰

불공정특약과 관련하여 현재까지 진행된 연구들은 클레임과 건설계약에 관한 연구가 주를 이루고 있으며, 이에 관한 연구를 살펴보면 다음의 표 1과 같다.

상기와 같이 클레임의 범위를 보다 좁혀 건설공사계약서상의

표 1. 불공정특약과 관련한 국내·외 선행연구

국내	국외
클레임의 증명과 산출, 클레임의 해결, 클레임을 최소화하기 위한 방법 등 클레임의 예방과 해결방법에 대한 연구(남규현, 1995),	클레임 조항의 이해 및 계약내용과 관련된 각 주체들의 책무에 대한 숙지를 통한 분쟁의 방지와 기록보관 및 계약 조항의 명확한 해석의 중요성을 강조한 연구(Jahren and Dammeier, 1990)
공공공사에서 발생할 클레임의 영향을 최소화하기 위하여 공공 발주기관이 취할 수 있는 클레임 관리 대책 수립을 위한 효과적인 접근 방법과 주요 개선방안을 제시하고자 하는 연구(김영식, 1996)	클레임과 분쟁발생 최소화를 위한 계약에 대한 올바른 지식확립과 철저한 기록 관리의 중요성 및 일반적인 클레임 방지지침을 제시한 연구(Jergeas and Hartman, 1994)
국내 건설관련 법규와 현행 국내 건설공사계약 일반조건과 FIDIC 계약 조건을 각 항목별로 비교·분석하여 국내 공사계약조건의 개선안을 제시함으로써 건설클레임 및 분쟁방지에 적용토록 한 연구(문종기, 1996)	중재, 대안 해결 방안 (ADR; Alternative Dispute Resolution)에 관한 연구인 Richard H. Steen(1994)의 소송 없이 건설분쟁을 해결하기 위한 5가지 주요 단계(Five Step to Resolving Construction Disputes without Litigation)
건설실무자들이 업무에 활용토록 대한주택공사에서 편집하여 발간한 클레임 위험관리(1996)	계약보증보험 클레임에 관한 연구(Serverson, et al., 1994)

불공정특약과 관련한 연구문헌은 역시 국내는 물론 국외에서도 찾아보기 어려운 실정이다. 그 이유는 외국의 경우 공사계약조건이 매우 구체적이므로 불공정특약이 개입될 여지가 적기 때문이다. 또한 형평법의 원리가 지배하고 있어 도급인은 불공정특약을 설정하여 자신의 이익을 일방적으로 공사수급인에게 관철시키기 어려운 실정이기 때문이다. 이에 불공정특약의 문제점분석 및 제도개선방안 등의 연구가 필요하다

2. 불공정특약의 이론적 고찰

본 장에서는 불공정특약의 개념과 계약금액 조정사유에 대한 불공정특약에 대해 고찰하기로 한다.

2.1 불공정특약의 개념

불공정특약의 개념은 다음의 표 2와 같다.

표 2. 불공정특약의 개념

국내불공정특약의 성립요건	공정거래법 제23조 제1항 각호에 제기된 행위(사실적 요건)로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 함
"공정한 거래를 저해" 한다는 의미	자유로운 경쟁, 경쟁수단의 공정성, 자유경쟁기반의 확보와 악영향을 미치는 것 즉, 공정한 거래를 침해하는 것을 말함
불공정특약 금지규정의 적용원칙	-당연위법의 원칙 : 입증당사자가 범위반사실이 존재한다는 사실만 입증하면 공정거래저해성까지는 입증하지 않아도 위법으로 인정 -합리의 위법 : 입증당사자가 범위반사실이 존재한다는 사실과 공정거래저해성까지 입증하여야 위법으로 인정.

2.2 물가변동으로 인한 불공정특약

물가변경과 관련한 대표적인 불공정특약을 열거하면 다음과 같다.¹⁾

- 민간공사의 도급이나 공사수급인이 견적조건이나 계약서 작성 시 「물가변동으로 인한 계약금액의 증액은 없다」는 것을 특약으로 명기한 경우
- 물가변동에 관해 별도 특약이 없을 시에도 일반적인 물가변동 비용은 입찰시에 포함한 것으로 도급인의 우월적 지위를 남용하여 공사수급인에게 강요하는 경우
- 장기계속공사의 경우 합의서 작성이 매년 공사계약 전 현재 상태에서의 변동이 없다는 것임에도 불구하고 물가변동으로 인한 계약금액의 조정 사유 발생시 합의서 등을 내세워 계약금액을 조정하여 주지 않는 경우

2.3 설계변경으로 인한 불공정특약

설계변경 등과 관련한 대표적인 불공정특약을 열거하면 다음과 같다.²⁾

1) 국가계약법 제4조
2) 국가계약법(회계예규 2004-04-104-5)

- 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.」

2.4 기타 계약내용변경으로 인한 불공정특약

기타 계약내용의 변경³⁾이란 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 같다⁴⁾.

- 공공공사의 경우 설계변경시 합의를 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 계약문서 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 표 3은 인식조사 대상의 구성을 나타낸 표이다.

표 3. 불공정특약에 대한 인식조사대상

구 분	명수	비율(%)
도급인	12	30.8
공사수급인	19	48.7
감리자	8	20.5
합계	39	100.0

3.2 불공정특약과 관련한 판례분석

본 장에서는 불공정특약이 문제되어 발발했던 분쟁에 대한 판

례 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 표 4는 판례분석을 통한 불합리한 특약의 유형이다.

표 4. 판례분석을 통한 불공정특약의 유형

항 목	공공공사		민간공사		총 계	
	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 표 4와 같이 공공공사의 경우는 “포괄적 책임전가”가 문제된 경우는 16.7%(2건)로 조사 되었으나 민간공사의 경우는 32.1%(18건)로 분석되었다. 이는 공공공사의 경우 공정거래위원회 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.

표 5. 판례분석을 통한 불공정특약의 판결기준

항 목	공공공사		민간공사		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
①계약문서의 해석	7	58.3	27	48.2	34	50.0
②계약불이행	3	25.0	18	32.1	21	30.9
③계약성립 여부	1	8.3	5	8.9	6	8.8
④기타	1	8.3	6	10.7	7	10.3
합 계	12	100.0	56	100.0	68	100.0

상기의 표 5는 공공공사 및 민간공사의 불공정특약에 대한 판결기준이 되는 것을 나타낸 것이다. 이에 따르면 불공정특약이 판결에 있어서 중요한 기준이 되는 것으로 “계약문서의 해석”과 관련한 경우가 총68건 중 34건(50.0%), “계약불이행”이 21건(30.9%)으로 그 다음으로 분석되었다.

3.3 불공정특약에 대한 인식조사

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

다음의 표 6은 공공공사의 계약문서상에 나타나는 특약에 대한 계약참여자별 인식정도를 나타낸 것이다. 도급인 및 공사수급인의 경우 “약간 인식하고 있다.”라는 응답이 각각 50.0%(6명) 및 42.1%(8명)로 가장 많았으나 감리자의 경우 “보통이다.”

3) 국가계약법 시행령 제66조

4) 국가계약법 시행령 제66조

라는 응답이 가장 많았다.

표 6. 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 표 7은 공공공사의 계약문서상 나타나는 특약의 유형을 나타낸 것이다. 도급인의 경우 “설계변경”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.

표 7. 인식조사를 통한 불공정특약의 유형

항 목	공사참여자		도급인		공사수급인		감리자		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
① 물가변동	0	0.0	1	5.3	0	0.0	1	2.5		
② 설계변경	5	41.7	5	26.3	2	25.0	12	30.0		
③ 기타 계약내용의 변경	2	16.7	1	5.3	0	0.0	3	7.5		
④ 공사대금지불조건	3	25.0	5	26.3	4	50.0	12	30.0		
⑤ 포괄적 책임전가	2	16.7	7	36.8	22	5.0	12	30.0		
합 계	12	100	19	100	8	100	40	100		

다음의 표 8은 공공공사의 계약문서상에 일반적으로 많이 나타나는 특약을 작성하게 된 경위를 나타낸 것이다.

표 8. 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	19	100	8	100	39	100		

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. 이는 도급인의 경우 불공정한 특약이 존재하여도 건설공사계약의 관행이므로 문제될 것이 없다는 태도로 분석될 수 있다. 그러나 이러한 관행은 공사수급인이 생각하는 관행과는 차이가 있는 것으로 분석될 수 있다

다음의 표 9는 공공공사의 계약문서상에 일반적으로 많이 나

타나는 공사수급인의 이익을 제한하는 특약에 대한 대처방법을 나타낸 것이다. 이에 따르면 “재정경제부 유권해석”에 의존한다는 응답이 도급인 50.0%(6명), 공사수급인 52.6%(10명) 및 감리자 62.5%(5명)로 나타났다. 이는 국가계약법에 대한 해석권한이 있는 재정경제부에 해당 특약에 대한 판단을 바라는 것인데 이는 도급인과의 관계 또는 분쟁이 외부로 표출되는 것을 기피하기 때문인 것으로 분석될 수 있다.

표 9. 불공정특약에 대한 대처방법

항 목	공사참여자		도급인		공사수급인		감리자		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
① 계약문서임의로 준수	3	25.0	2	10.5	2	25.0	7	17.9		
② 재정경제부유권해석	6	50.0	10	52.6	5	62.5	21	53.8		
③ 기타 편법적인 방법	1	8.3	1	5.3	1	12.5	3	7.7		
④ 분쟁해결기구	2	16.7	6	31.6	0	0.0	8	20.5		
합 계	12	100	19	100	8	100	39	100		

다음의 표 10은 공공공사의 계약문서상에 일반적으로 많이 나타나는 불공정특약에 대한 협의의 결렬시 그 후속절차를 나타낸 것이다. 이에 따르면 공사수급인의 55.6%(10명)가 “공정거래위원회”라고 응답했으며, 그 다음으로 21.1%(8명)가 “조정”이라고 답변했다. 이는 공사수급인은 경제적 약자의 보호를 주된 임무로 하는 공정거래위원회의 사건처리방식에 심리적으로 크게 의존하는 것으로 분석되며 동시에 시간과 비용이 많이 드는 소송은 상대적으로 피하는 것으로 분석될 수 있다.

표 10. 불공정특약에 대한 협의의 결렬 시 그 후속절차

항 목	공사참여자		도급인		공사수급인		감리자		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
① 조정	3	25.0	4	22.2	4	50.0	11	28.9		
② 소송	6	50.0	2	11.1	3	37.5	11	28.9		
③ 중재	1	8.3	2	11.1	0	0.0	3	7.9		
④ 공정거래위원회	2	16.7	10	55.6	1	12.5	13	34.2		
합 계	12	100	18	100	8	100	38	100		

다음의 표 11은 공공공사의 계약문서상에 일반적으로 많이 나타나는 공사수급인의 이익을 제한하는 특약에 대하여 판정기구

표 11. 불공정특약에 대한 합리적인 판단여부

항 목	공사참여자		도급인		공사수급인		감리자		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
① 매우 잘 인식하고 있다.	2	20.0	1	5.3	1	12.5	4	9.5		
② 약간 인식하고 있다.	3	30.0	6	31.6	2	25.0	11	26.2		
③ 보통이다.	4	40.0	7	36.8	4	50.0	15	35.7		
④ 별로 인식하지 않는다.	1	10.0	4	21.1	1	12.5	6	14.3		
⑤ 전혀 인식하지 않는다.	0	0.0	1	5.3	0	0.0	6	14.3		
합 계	10	100	19	100	8	100	42	100		

의 합리적인 판단여부 정도에 대한 의견을 나타낸 것이다. 이에 따르면 공사참여자의 35.7%(15명)가 “보통이다.”라고 응답했으며, 그 다음으로 26.2%(11명)가 “약간 인식하고 있다.”라고 조사되었다.

다음의 표 12는 공사수급인의 이익을 제한하는 불공정특약을 근절하기 위한 방법을 나타낸 것이다. 이에 따르면 “제도적 개선”에 의존한다는 응답이 도급인 50.0%(6명), 공사수급인 52.6%(10명) 및 감리자 62.5%(5명)로 나타났다.

표 12. 불공정특약을 근절하기 위한 방법

항 목	공사참여자		도급인		공사수급인		감리자		총 계	
	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)	도수	비율 (%)
① 제도적 개선	6	50.0	10	55.6	5	62.5	21	55.3		
② 분쟁해결기관의판결	0	0.0	0	0.0	0	0.0	0	0.0		
③ 협의에 의한 해결	1	8.3	0	0.0	1	12.5	2	5.3		
④ 도급인의 인식전환	5	41.7	8	44.4	2	25.0	15	39.5		
합 계	12	100	18	100	8	100	38	100		

4. 주요 불공정특약의 현실적 문제점

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

(1) 공사대금지불조건과 관련한 불공정특약

첫째, 기성대가를 현금이 아닌 어음 기타 물건으로 지급하기로 약정, 또는 기성금지급을 유보하기로 하는 특약을 하는 경우 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 공사원 가에도 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 사공회사가 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. 불공정특약의 대처방안 및 제도개선 방안

본 장에서는 불공정특약 설정으로 발생할 수 있는 문제를 극복하기 위하여 공사 단계별 대처방안과 불공정특약의 현실적 문제점을 해결하기 위한 제도 개선방안을 살펴보고자 한다.

5.1 불공정특약의 설정행위에 대한 단계별 대처방안

3장에서 언급한 불공정특약에 대한 판례분석에 따라 유형별로는 공사대금지불조건 55.9%, 포괄적 책임전가(설계변경과 연계된 공사범위, 공사지연, 민원 등)가 29.4%, 기타 14.7%로 분류된다. 이를 본 장에서 기술하고자 하는 단계별 대처방안과 관련하여 분쟁시점으로 분류하면, 입찰단계가 11건으로 11.5%, 시공단계가 44건으로 45.8%, 준공단계가 41건으로 41.7%를 차지하고 있다.

5.1.1 입찰단계

먼저 입찰단계에서는 계약문서에 도급인의 숨겨진 의도가 면책조항 또는 비용전가조항 등의 형태로 진술되는 경우가 많으므로 이에 유의하여야 한다.

다음은 입찰단계에서의 특약설정행위에 대한 대처방안이다.

- 가. 계약문서를 철저히 분석하여 계약문서상 특약의 설정을 확인한다.
- 나. 특약이 모호한 경우 현장설명 시 특약을 설정한 경위 등 특약과 관련한 도급인의 의도를 확인한다. 필요한 경우 서면질의를 행한다.
- 다. 특약이 관계법령 및 계약문서 전체의 해석상 어떠한 의미를 가지고 있는지 고찰한 후 그에 따른 위험을 분석한다.
- 라. 현행법령상 위 특약을 수용할 수 있는지 여부를 확인한다.

- 마. 특약을 수용할 수 있는 경우라면 입찰가격을 결정함에 특약에 따른 위험을 고려한다.
- 바. 특약을 수용할 수 없는 경우라면 입찰시 부가조건을 제시하여 입찰에 응한다.
- 사. 모든 경우에 있어 계약관리전문가의 도움을 받는다.

5.1.2 시공단계

시공단계에서는 공사수급인은 공사의 지속적 수행을 위하여 도급인이 요구하는 불공정특약을 받아들이는 경향이 있는데 이에 유의한다.

다음은 시공단계에서의 특약설정행위에 대한 대처방안이다.

- 가. 특약이 추가적으로 구두의 형태로 행하여지는 경우 반드시 서면상으로 지시여부를 확인한다.
- 나. 불공정특약과 관련하여 클레임이 제기될 수 있는 가능성을 서면 통보한다.
- 다. 불공정특약을 강요하는 경우 그 동기 내지 상황, 특약을 체결하게 된 경위, 그로 인하여 발생하는 손해액수 등을 6차 원칙에 입각하여 상세히 기록하여 후일의 분쟁에 대비한다.
- 라. 모든 경우에 있어 계약관리전문가의 도움을 받는다.

5.1.3 준공단계

준공단계에서는 도급인이 준공금의 지급 및 하자보수 비용과 연계하여 각종 특약을 요구하는 경우가 많으므로 특히 유의하여야 한다.

다음은 준공단계에서의 특약설정행위에 대한 대처방안이다.

- 가. 완성물의 하자 및 사후관리와 관련한 합의서 작성시 책임 소재를 분명히 한다.
- 나. 소송을 제기하지 않겠다는 특약을 하는 등 각종 분쟁해결기 관의 도움을 받을 수 있는 기회가 상실되지 않도록 유의한다.
- 다. 불공정특약 관련, 시공단계에서 분쟁에 대비하여 준비한 각종서류를 도급인과 협의한다.
- 라. 협의가 결렬될 경우 그 협의과정을 상세히 기록하여 준공 후의 분쟁에 대비한다.
- 마. 모든 경우에 있어 계약분쟁전문가의 도움을 받는다.

5.2 주요 불공정특약의 제도개선 방안

3장과 4장에서의 판례분석 및 현실적문제점에서 분석된 3가지 주요 불공정특약과 관련하여 제도개선 방안을 제시하고자 한다.

5.2.1 공사대금지불조건과 관련한 제도개선 방안

4장에서 분석된 것과 같이 공사수급인이 공사원가에도 미치지 못하는 시공으로 부실공사를 초래할 우려가 있으므로 다음과

같은 제도개선방안이 필요하다.

첫째, 공사대금 지급과 관련하여 관계부처의 감독을 강화 한다. 또한 정당한 감독이 이루어지지 않았을 경우 해당공무원을 문책하거나 인사에 반영할 수 있는 규정을 신설할 것이 요구된다. 이는 도급인이나 발주기관의 자성과 적극적인 이행 자세가 병행되어야 가능할 것이다.

둘째, 계약서상에 기성대가의 산정방법과 기성지급일, 지급방법 그리고 지급지연에 따른 이자비용에 대하여 법리해석에 따라 지급하도록 하는 조항을 반드시 삽입하도록 하는 제도적 장치가 마련되어야 한다.

셋째, 공사대금 지급과 관련하여 보증서 또는 보증보험증권을 발급받을 수 있는 제도적 장치를 마련한다. 현재 공사도급계약 체결 시 공사수급인이 금융기관 등으로부터 계약이행보증, 하자보수보증, 선급금반환보증 등과 관련한 보증서 또는 보증보험증권을 발급받아 도급인에게 제공하는 절차가 있다. 이와 같이 도급인도 공사대금 지급에 대하여 보증서 또는 보증보험증권을 발급받아 공사수급인에게 제공하는 제도가 정착되어야 한다. 그럼으로써 양자간의 형평을 도모할 수 있을 뿐 아니라 공사수급인은 공사대금 미지급의 우려 없이 시공에 보다 전념할 수 있게 될 것이다.

5.2.2 포괄적 책임전가와 관련한 제도개선 방안

4장에서 분석된 것과 같이 불공정특약으로 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. 이에 다음과 같은 제도 개선 방안이 필요하다.

첫째, 계약이행상 발생하는 비용등이 도급인의 귀책사유로 인하여 발생한 것이라면 도급인이 보상해야 한다는 의무규정이 명시되어야 한다. 예를 들면 도급인의 용지보상 지연 및 지장물 이설 지연, 공사수급인의 민원해결 등으로 인한 공사의 지연 등이 발생된 경우 도급인에 대한 책임소재를 분명히 하여 도급인이 이를 보상하도록 하는 규정을 명시해야 한다. 이와 같은 규정이 명시되면 도급인이 공사수급인에게 포괄적으로 책임을 전가하는 특약 설정행위를 사전에 차단하는 효과를 가져오게 된다. 둘째, 도급인과 공사수급인 각자의 업무범위, 책임소재를 명확히 하는 정형화된 계약서를 작성하도록 제도가 개선되어야 한다. 즉, 공사수급인이 추가비용 없이 변경설계를 할 경우 전체설계에 대한 책임의 소재를 분명히 해야 한다. 이는 공사진행 과정상 발생하는 문제에 관한 책임소재를 명확히 하여 추후 분쟁의 소지를 없애므로써 공정한 거래질서를 확립할 수 있다.

5.2.3 계약금액 조정과 관련한 제도개선 방안

4장에서 분석된 것과 같이 도급인의 우월적 지위를 남용, 연장비용을 지급하지 않아 공사수급인에게 적절한 보상이 이루어지지 못하는 문제점이 있었다. 이에 다음과 같은 제도개선방안이 필요하다.

첫째, 공기가 지연되는 사유를 줄이는 방향으로 제도가 개선되어야 한다. 예컨대 민원 보상으로 인하여 공기가 지연되지 않도록 하기 위해서는 선보상 후시공의 원칙을 준수하여 보상완료 후 착공 하도록 한다⁵⁾. 또한 예산부족으로 인하여 공기가 지연되지 않도록 하기 위하여 기 추진 공사는 우선적으로 예산이 배정되도록 법제화하는 경우를 들 수 있다.

둘째, 공기연장에 따른 손실비용을 현행과 같이 실비의 보상 방식으로 정하는 경우 계약금액조정, 사후정산 관련 조항을 신설하여 각 비목별 산정기준인 현재의 실비산정기준을 보다 구체적이고 명확하게 개정하는 작업이 필요하다. 예컨대 「국가계약법」 및 「회계예규」에서 명확히 규정하고 있는 항목(현장관리비, 일반관리비, 기타 손실비용 등) 외에는 보상을 받기가 어렵게 되어 있다. 도급인 입장에서도 실제로 손실이 발생하고 이를 인정한다고 하더라도 현행 국내법규제에서는 이를 보상하기가 어려운 항목이 있다. 따라서, 국내의 경우 현행 「국가계약법」이나 「회계예규」에서 손실비용에 대하여 명확히 규정하고 있는 항목은 이를 이용하여 손실비용을 산정하여 보상해야 한다. 이외에도 '유휴장비비', '생산성 저하비용', '공기축진비용'에 대해서도 이를 증빙할 경우 보상할 수 있어야 한다.

셋째, 공기연장에 따른 손실비용보전을 실비를 보상하는 방식이 아니라 지체상금과 같이 일정한 산정방식으로 객관화하는 것이다. 예컨대 공사수급인의 귀책사유로 인한 공기지연의 경우에 지체상금을 산정하는 것과 같이 공사계약금액에 재정경제부령이 정하는 일정한 비율⁶⁾ 및 지체일수를 곱한 금액을 손실비용보전액으로 하는 것이다⁷⁾.

6. 결론

6.1 연구의 요약 및 결론

본 연구는 건설공사에 있어서 불공정특약에 대한 전반적인 고찰을 통하여 문제점을 제기하고 이에 대한 개선방안을 제시하는 것을 목적으로 하였다. 이를 위해 불공정특약이 문제되어 분쟁이 발발했던 판례를 분석하고, 공사참여자를 대상으로 인식조사를 실시하였다. 그리고 공사대금지불조건, 포괄적 책임전가, 계

약금액조정과 관련한 불공정특약의 현실적 문제점을 살펴보았다. 이를 통해 불공정특약의 대처방안 및 제도개선방안을 구체적으로 제시하였다.

이와 같은 목적 및 방법에 따라 수행된 본 연구의 결과를 요약하면 다음과 같다.

- 1) 불공정특약의 중요 문제점을 분석한 결과는 다음과 같다.
 - 공사대금지불조건 : 공사수급인이 공사도중 증가된 물량에 대하여 설계변경을 하지 않기로 하거나 기성금 지급유보특약을 강요받는 경우 공사수급자는 공사원가에도 미치지 못하는 시공을 하게 된다. 이로 인해 하도급관계에도 영향을 미쳐 부실공사를 초래할 수 있다.
 - 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.
 - 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.
- 2) 불공정특약에 대처하기 위해서는 다음과 같이 입찰단계, 시공단계, 준공단계로 나누어 단계별로 불공정특약이 설정되지 않도록 유의하여야 한다.
 - 입찰단계 : 단지 공사수주에만 관심을 집중하지 말고 계약문서상 특약 설정을 현행법령을 고려하여 면밀히 검토하여야 한다. 필요한 경우 반드시 서면질의를 행하고 특약을 수용할 경우에는 위험부담을 충분히 고려하여야 한다.
 - 시공단계 : 특약 추가 시 반드시 특약을 설정하게된 경위를 서면상으로 확인하여야 한다. 그리고 불공정특약에 관하여 클레임 제기 가능성 등을 서면통보하거나 후일 발생가능한 분쟁에 대비하여야 한다.
 - 준공단계 : 준공금의 지급 및 하자보수 비용과 연계한 특약을 도급인이 요구하기 쉬우므로 유의하고 분쟁해결기관의 도움을 받을 수 있는 기회를 잃지 않도록 한다.
- 3) 불공정특약의 제도개선방안으로 다음과 같이 규정 강화, 감독 강화, 클레임의 활성화, 설계변경절차서 및 지침서 제정, 사전적 구제방법의 모색 등의 개선책이 요구된다.
 - 공사대금지불조건 : 관련기관의 감독을 강화하고, 계약서상에 기성대가의 산정방법과 기성지급일, 지급방법, 지급지연이자비용 등에 대하여 법리해석에 따라 지급하도록 하는 조

5) 건설교통부도 이와 관련하여 2000년도에 '공공건설사업 효율화 종합대책'을 수립한 바 있다.

6) 일종의 간접비용을 의미한다.

7) 국가계약법 제26조 및 동법 시행령 제74조 참조

참고문헌

항을 삽입하고, 공사대금지급과 관련한 보증서등을 발행해 주는 제도가 요구된다.

- 포괄적 책임전가 : 도급인과 공사수급인 각자의 책임소재를 명확히 하는 정형화된 계약서를 작성할 수 있도록 제도가 신설되어야 한다.
- 계약금액조정 : 공기지연에 따른 연장비용 미지급과 관련해서는 기 추진공사는 우선적으로 예산을 배정하도록 하는 등의 법제화 작업이 필요하다. 또한 현재의 실비산정기준을 보다 구체적이고 명확하게 개정하는 작업이 필요하다. 그리고 공기지연에 따른 손실비용보전을 실비보상이 아니라 일정한 산정방식에 따라 지급할 수 있도록 객관화하는 방안도 있다.

이러한 조치를 통하여 공사수급인이 도급인의 우월적 지위와 향후 계속될 수 있는 도급인과의 공사계약 체결을 위하여 대응하지 못한 관계에서 불공정특약을 설정하게 되는 것을 방지할 수 있게 된다.

6.2 연구의 제약 및 향후 연구방향

본 연구를 수행함에 있어서 불공정특약과 관련하여 법원 판례의 사례가 부족하여 보다 구체적인 사례 수집에 어려움이 있었다. 또한 판결문에 제시된 내용은 불공정한 행위나 불공정특약에 대한 불공정성을 판단한 내용만이 제시됨으로써 구체적인 내용을 파악하기 어려웠다. 이는 해당판례의 구체적인 내용을 명확하게 파악하기 위해서는 소송기록을 보아야 하는데 일반인이 기록을 볼 수 없는 데에서 기인한 것이다.

상기와 같이 사례수가 부족하거나 자료가 공개되지 않아 보다 심화된 연구를 하는 데 제약이 있었다. 아울러 건설공사에 있어서의 불공정특약에 대한 연구가 진전되지 않았던 점이 연구과정의 어려움 이었다. 이에 향후 연구에서는 보다 구체적인 사례를 대상으로 불공정특약을 사전에 예방할 수 있도록 국제수준에 맞는 계약체결과 계약이행 풍토 정착을 위한 연구와 함께 불공정특약의 사전심사제도, 별칙규정, 계약해지제도 등의 보다 발전된 제도개선방안의 연구가 필요하다.

1. 김영재, 건설공사 공기지연 클레임의 분석방법에 관한연구, 1999. 7
2. 김학곤, 건설공사의 공기지연 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. 황문환, 건설공사 계약상의 공기지연에 관한 연구, 중앙대학교 석사학위논문, 1988. 12
6. 김관보, 현행 공공공사계약 이행과정에서의 불공정 사례 및 개선방향 - 공사계약일반조건을 중심으로-, 한국건설산업연구원, 1996. 4
7. 정상훈, 공사계약기간의 연장에 따른 연장비용산출의 개선방안에 관한 연구, 중앙대학교 건설대학원 석사학위논문, 1998. 12
8. 재판실무편람(건설편), 법원행정처 2000. 2.
9. 남규현, 건설클레임과 분쟁의 해결에 관한 연구, 연세대 산업대학원, 1996
10. 김영식, 현장 공서관리 제도 분석을 통한 공공공사의 클레임 관리방안 연구, 아주대학교 대학원, 1996
11. 문종기, 공사계약조건을 활용한 국내이 건설클레임 대처방안 연구, 중앙대학교 건설대학원, 1996
12. 클레임 위험관리, 대한주택공사 건설본부, 1996
13. FIDIC, Constructions of Contract for Workers of Civil Engineering Construction, 1987
14. FIDIC, General Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Condition, 1979.
15. 일본 건설성, 공공공사표준청부계약약관, 1995.
16. 박근형, 건설공사 계약서상 불공정특약의 문제점 분석에 관한 연구, 제5회 한국건설관리학회 학술대회 논문집, 2004, pp. 340-343

Abstract

The purposes of this study are to survey unfair aspects of specific provisions in the construction contract, and to suggest counterplans and institutional reformations. The research method of this study includes judicial precedent analysis and a questionnaire survey. The results of this study are as follows: 1) the main problems of unfair specific provisions are payment condition, shifting of the responsibility and adjustment in the contract sum. 2) counterplans are suggested according to the construction phase : bid, construction and completion phase. 3) institutional reformations include firming up regulations, supervision, invigoration of claim, development of variation guideline, and so on.

Keywords : Construction Contract, Unfair Aspect of Specific Provisions, Claim