

公共建設事業 下都給代價 直接支給의 效果分析을 통한 問題點 低減方向에 대한 研究

A Study on the Minimization of Problems of the Direct Payment for Subcontractor's Work in Public Construction Project

조 영 준*
Cho, Young-Jun

요 약

공공건설사업에서 많은 건설회사들은 하도급으로 공사를 시행하고 있다. 하도급은 건설현장에서 빠질 수 없는 현실이고, 국가에서는 법령을 만들어 하도급인을 보호하고 있다. 하도급거래 공정화에 관한 법률에서 수급인의 부당한 하도급대가 지급금지, 선급금지급, 하도급대가의 직접지급 등을 규정하여 하도급인을 보호하고 있다. 이러한 하도급인 보호규정중에서 하도급대가의 직접지급은 하도급인을 두텁게 보호한다는 취지도 있다. 그러나 한편으로는 이러한 규정으로 인해 수급인이 부담하고 있는 하자담보책임과의 연계성부분에서 클레임이나 분쟁이 발생할 가능성이 있다.

따라서 본 연구에서는 하도급대가의 직접지급과 관련한 실정법규나 제도의 내용을 살펴본 후 하도급대가 직접지급으로 인한 계약적 효과를 고찰한 후 예상되는 문제점을 최소화할 수 있는 방안을 모색하고자 한다. 본 연구 결과 하도급대가 직접지급과 관련된 문제를 최소화하기 위한 방안을 요약하면 다음과 같다.

- (1) 도급인에 대한 하도급인의 지위를 분명히 규정해야 한다.
- (2) 하도급대가 직접지급시 하도급계약서 및 계약이행보증이 도급인과 수급인의 계약관계를 보완하는 것으로 규정해야 한다.
- (3) 하도급대가 직접지급시 수급인 및 하수급인의 목적물에 대한 하자담보책임을 분명히 하기 위해 일정금액을 유보할 필요성이 있다.

키워드 : 하도급계약, 대가직접지급, 클레임, 유보금

1. 서 론

1.1. 연구의 배경 및 목적

통계청 (2006)에 의하면 2005년4분기부터 2006년3분기까지 1년간 우리나라의 국내총생산은 836조 1,253억원이며, 건설수주액은 88조 9,718억원으로 경제규모는 전체의 10.64%를 차지하고 있다. 그리고 이종광·김용수 (2005)에 의하면 건설공사진행중 하도급대금 직접지급을 청구한 사례는 조사대상의 67%에 이를 정도로 높게 나타나고 있다.

건설사업의 경우 많은 주체들이 참여하지만 특히 하수급인의 역할은 지대하다. 건설사업은 일회성으로 끝나는 경우가 많으

며, 수주산업이다. 대규모의 건설공사에서 모든 생산을 수급인이 담당하도록 한다면 수급인이 수주하지 못할 경우 많은 인력이 업무에 참여하지 못하게 되는 결과를 초래한다. 결국 건설공사에는 단일의 회사가 단독으로 참여하는 것이 아니고, 다양한 주체가 다양한 계약관계를 가지면서 참여하게 된다.

한편, 건설사업은 전형적으로 도급계약으로 인식되고 있지만, 지식이나 경험 등에 기대하여 작업을 수급인에게 맡긴다는 점에서는 위임적 성격을 띠기도 한다. 특정공종의 경우 작업의 내용이나 방법까지 기술하고, 감독함으로써 노동자체가 지휘받는 경우도 있어 고용적 성격을 띠는 경우도 있다. 주택이나 오피스텔과 같은 시설물에 대하여 후분양계약을 실시할 경우 매매계약의 특징을 띠기도 한다(Takii 1990).

건설사업은 다양한 주체가 참여하고 다양한 계약유형을 띠고 있기 때문에 실정계약조건에서 발생하는 문제가 법적인 문제로 비화되는 경우가 많다.

* 종신회원, 중부대학교 건축공학과 조교수, 공학박사.
claimz@joongbu.ac.kr

특히, 공공건설사업에 있어서 하도급 대가직불제도는 그 필요성을 인정하여 계약이나 법률에서 규정하고 있다. 그러나 그로 인한 파급효과의 처리에 대해서는 구체적으로 명시하지 않고 있으므로 문제가 발생할 경우 복잡한 계약적·법률적 문제로 비화될 가능성이 높다. 이종광과 김용수 (2005)는 발주자의 직접지급과 관련하여 직접지급 전개과정별 계약관리방안을 직접지급 이전단계, 직접지급 사유 발생단계, 직접지급 실시단계, 직접지급 이후 단계로 구분하여 제시하였으나, 계약적 책임 등의 측면에서 분석하지는 않고 있다.

따라서 본 연구에서는 공공건설사업의 하수급인에 대한 하도급대가 직접지급과 관련하여 직접지급조항의 내용, 효과, 계약적 책임 등에 대하여 살펴보고, 하도급대가직접지급으로 인한 문제점의 저감방향을 모색하는데 그 목적이 있다.

1.2. 연구의 범위 및 방법

본 연구에서는 공공건설사업을 대상으로 하며, 하도급대가 직접지급의 경우로 한정하고자 한다. 문제점의 개선방안을 모색할 때 행정처분이나 형사적책임에 대해서는 제외하기로 하고, 계약적인 측면으로 한정하여 고찰하기로 한다.

위와 같은 연구의 목적과 범위를 전제로 하여 본 연구에서는 다음과 같이 연구를 진행한다.

첫째, 각종 문헌조사를 통하여 하도급계약의 특징 등을 고찰한다.

둘째, 우리나라의 실정 하도급대가 직접지급조항과 그로인한 파급효과에 대하여 분석한다.

셋째, 하도급 대가 직접지급으로 인한 문제를 최소화할 수 있는 방향을 모색하고자 한다.

2. 하도급대가 직접지급의 특징고찰

2.1. 근거법령

하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 하도급법)에서는 하도급 거래와 건설위탁에 대한 사항을 정의하고 있다. 이 법에 따라 하도급대가 직접지급사유가 발생한 경우로서 하수급인이 제조·수리·시공 또는 용역수행한 분에 상당하는 하도급대금의 직접지급을 요청한 때에는 해당 하수급인에게 발주자가 직접 지급하여야 한다.

건설산업기본법(이하 건설법)에서는 도급, 하도급, 수급인, 하수급인 등에 대하여 정의하고 있다. 이 법에 따라 도급인은 하수급인이 시공한 분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접

지급할 수 있다.

하도급법과 건설법에서는 도급인의 수급인에 대한 대금지급 채무는 하수급인에게 지급한 한도안에서 소멸한 것으로 본다.

재정경제부 회계예규인 공사계약일반조건(이하 계약조건)에 따라 도급인은 수급인에게 하도급대가 직접지급 사유가 발생한 경우 건설법령 등 관련법령의 규정에 의하여 체결한 하도급계약 중 하수급인이 시공한 부분에 상당하는 금액에 대하여는 수급인이 하수급인에게 대가지급을 의뢰한 것으로 보아 당해 하수급인에게 직접 지급하여야 한다.

2.2. 하도급대가 직접지급사유

하도급법 제14조에서는 하도급대금의 직접지급의 사유에 대하여 규정하고 있으며, 그 내용은 다음 (표 1)과 같다.

이상에서 살펴본 바와 같이 하도급대가의 직접지급 사유는 법

표 1. 하도급대가 직접지급 사유

근거	하도급대가 직접지급사유
하도급법 제14조	1. 수급인의 지급정지·파산 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 사업에 관한 허가·인가·면허·등록 등이 취소되어 원사업자가 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우 2. 도급인이 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 도급인·수급인 및 하수급인에 합의한 경우 3. 수급인이 제13조제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 지급하여야 하는 하도급대금의 2회분 이상을 해당 하수급인에게 지급하지 아니한 경우 4. 수급인이 제13조의2제1항의 규정에 의한 하도급대금 지급보증의무를 이행하지 아니한 경우
건설법 제35조	1. 도급인과 수급인간에 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급할 수 있다는 뜻과 그 지급의 방법·절차를 명백히 하여 합의한 경우 2. 하수급인이 수급인을 상대로 그가 시공한 분에 대한 하도급대금의 지급을 명하는 확정판결을 받은 경우 3. 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관이 발주한 건설공사가 다음 각목의 1에 해당하는 경우로서 도급인이 하수급인의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 가. 수급인이 제34조제1항의 규정에 의한 하도급대금의 지급을 1회 이상 지체한 경우 나. 공사에정가격에 대비하여 건설교통부령이 정하는 비율에 미달하는 금액으로 도급계약을 체결한 경우 4. 수급인의 파산등으로 인하여 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 도급인이 인정하는 경우 5. 수급인이 하수급인에게 정당한 사유없이 제34조제2항의 규정에 의한 하도급대금의 지급보증서를 교부하지 아니한 경우
공사계약 일반조건 제43조	1. 하수급인이 계약상대자를 상대로 하여 받은 판결로서 그가 시공한 분에 대한 하도급대금지급을 명하는 확정판결있는 경우 2. 수급인이 파산, 부도, 영업정지 및 면허취소 등으로 하도급대금을 하수급인에게 지급할 수 없게 된 경우 3. 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「건설산업기본법」에 규정한 내용에 따라 수급인이 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우

정사유와 당사자간의 합의로 구분할 수 있다. 참고로 법정사유는 수급인의 하도급대금 지급불능상태, 하도급대금을 2회분(건설법에는 1회로 규정하면서 지체하는 경우로 명시하고 있음)이상 미지급한 경우, 하도급대금지급보증을 아니한 경우 등이 있다.

2.3. 하도급대가 직접지급절차

하도급법시행령 제4조에서는 하수급인의 직접지급 요청은 그 의사표시가 도급인에게 도달한 때부터 효력이 발생하며, 그 의사표시가 도달되었다는 사실은 하수급인이 증명하여야 하는 것으로 규정하고 있다. 이때 도급인은 수급인에 대한 대금지급의 무의 범위 안에서 하도급대금 직접지급의무를 부담한다. 하도급대금의 직접지급요건을 갖추고, 하수급인이 제조·수리 또는 시공한 분에 대한 하도급대금이 확정된 경우, 도급인은 도급계약의 내용에 따라 하수급인에게 하도급대금을 지급하여야 한다.

건설법시행규칙 제29조에서는 하도급대가 직접지급에 대한 방법 및 절차를 4가지로 나누어 규정하고 있다.

첫째, 하도급대가를 1회이상 지체한 경우로 하수급인의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 하수급인이 도급인에게 관련서류를 첨부하여 통지하고, 도급인은 통지를 받은 즉시 수급인에게 지급권고를 하며, 5일 이내에 지급하지 않을 경우 다음 공사대금부터 하수급인에게 직접 지급한다.

둘째, 예정가격의 82%이하로 낙찰받은 경우로 하수급인의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 수급인이 공사대금 청구시 하수급인이 시공한 부분을 명시하여 청구하도록 하되, 하도급대금의 수령인을 해당 하수급인으로 지정하도록 하고, 도급인은 지급사실을 수급인에게 통지한다.

셋째, 수급인의 파산 등으로 하도급대가를 직접지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 도급인이 인정하는 경우에는 기성부분과 하수급인이 시공한 부분의 금액을 확정된 후 하수급인에게 하도급대금의 직접지급을 청구할 수 있다는 뜻과 지급할 금액을 통보하여야 하고, 하수급인은 15일 이내에 직접지급을 청구해야 하고, 대가지급시에는 그 사실을 수급인에게 통지해야 한다. 하도급대금지급의 우선순위를 정함에 있어서 하도급대금을 직접지급받을 하수급인이 다수인 경우에는 하도급공사의 준공 또는 기성순위를 기준으로 하고, 그 시점이 같은 때에는 하도급대금의 직접지급청구서의 접수일을 기준으로 하여야 한다.

넷째, 수급인이 하도급지급보증서를 교부하지 않는 경우에는 도급인은 하도급대금을 직접지급한다는 뜻을 수급인과 하수급인에게 통보하여야 하고, 통보를 받은 수급인 및 하수급인은 통보받은 날부터 30일 이내에 하도급대금지급보증서를 교부하지

아니한 사유를 발주자에게 통보하여야 하며, 도급인은 그 사유를 검토하여 건설법 제29조에서 규정하고 있는 발주자가 승인한 경우가 아닌 경우에는 수급인과 하수급인에게 그 사실을 통지하고 하도급대가를 직접지급하여야 한다.

계약조건 제43조에 따라 하도급대가의 직접지급사유가 발생하였음에도 불구하고 당해 하도급계약과 관련하여 노임, 중기사용료, 자재대 등을 체불한 사실을 계약상대자가 객관적으로 입증할 수 있는 서류를 첨부하여 당해 하도급대가의 직접지급 중지를 요청한 때에는 당해 하도급대가를 직접 지급하지 않을 수 있다. 수급인은 준공검사, 기성검사신청시에는 하도급대가 직접지급분을 구분하여 신청하여야 하고, 대가지급청구시에도 분리하여 청구하여야 한다.

3. 하도급대가 직접지급의 영향분석

3.1. 수급인과 하수급인의 책임

하도급계약은 도급계약과는 별개의 계약이다. 따라서 하도급계약에서 도급인과 수급인은 각각 용어의 통일을 위해, 수급인과 하수급인으로 적용하고자 한다.

하도급계약과 관련하여 수급인은 도급인에 대하여 채무불이행책임과 불법행위책임을 부담하게 된다. 일반적으로 하수급인은 수급인의 이행보조자¹⁾의 지위에 있는 것으로 보고 있으므로, 하수급인의 고의·과실로 도급인에게 손해를 끼친 경우 수급인은 도급인에 대해 채무불이행책임을 부담한다.

한편 민법에 의하면 수급인은 하수급인이 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없지만 도급 또는 지시에 관하여 수급인에게 중대한 과실이 있는 경우에는 그렇지 않은 것으로 규정²⁾되어 있다.

또한 건설법에는 하수급인이 고의 또는 과실로 건설공사의 시공을 조잡하게 하여 타인에게 손해를 가한 때에는 수급인은 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있는 것으로 규정³⁾하고 있다.

1) 민법 제391조 (이행보조자의 고의, 과실) 채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다.

2) 민법 제757조 (도급인의 책임) 도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다. 그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

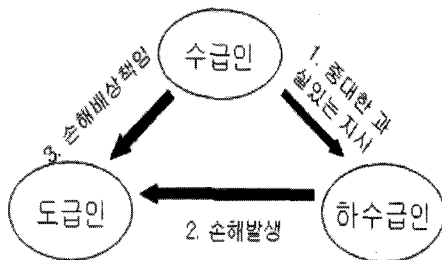
3) 건설산업기본법 제44조 (건설업자의 손해배상책임) 제3항 수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 하도급받은 건설공사의 시공을 조잡하게 하여 타인에게 손해를 가한 때에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

그리고, 하수급인도 수급인과 마찬가지로 채무불이행책임과 불법행위책임을 부담하고 있다.

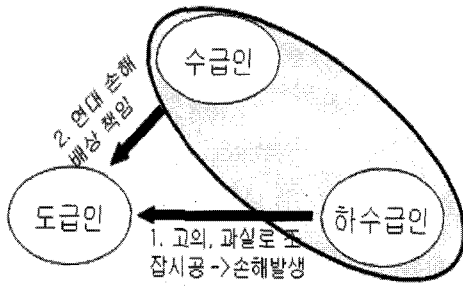
윤재운 (2003)은 일반적으로 하도급계약은 도급계약과 직접적인 계약관계가 없으므로 하수급인은 도급인에 대하여 직접적인 권리나 의무를 부담하지 않으며, 박준기 (2003)는 이러한 관계를 관리적 관계로 보기도 한다. 그러나 건설법에서는 하수급인이 하도급받은 건설공사의 시공에 있어서는 도급인에 대하여 수급인과 동일한 의무를 지는 것으로 규정하고 있는 바, 현재까지 판례로 정립되어 있지 않은 실정이다.

한편 하수급인의 불법행위로 인해 도급인에게 손해가 발생할 경우 그에 대하여 손해배상책임이 따른다.

이상의 내용을 그림으로 간략히 요약하면 다음과 같다.



(a) 민법의 경우



(b) 건설법의 경우

그림 1. 수급인과 하수급인의 책임관계

3.2. 수급인 계약보증과의 관계

계약보증은 계약보증금 지급보증으로 보아야 하고, 계약이행 보증은 도급받은 공사의 계약상 의무를 이행하지 못하는 경우를 대비하여 일정액의 보증금을 납부하도록 하거나 연대보증인을 지정하거나 보증업체를 지정하여 이행하도록 한다는 점에서 차이가 있다. 공공건설사업에서 수급인은 계약상의 의무이행을 담보하기 위하여 계약금액의 100분의 10이상을 계약보증금으로 납부하여야 한다.⁴⁾ 그리고 계약이행을 보증하기 위해 10%이상

의 계약보증금을 납부하고 연대보증인 1인을 세우거나, 연대보증인이 20%이상을 납부하거나 또는 계약보증금이 계약금액의 100분의 40이상을 납부하는 방법으로 규정하고 있다.⁵⁾

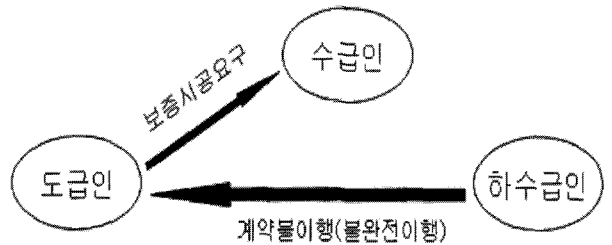
통상 보증기간은 책임기간이라고도 하며, 보증기간내에 발생하는 보증사고는 보증인이나 보험자의 책임을 구체화하여 정하는 불확정한 사고를 의미하는 것이므로 당사자 사이의 약정, 약관내용, 보증서 및 주계약의 구체적 내용 등을 종합하여 결정하여야 한다.⁶⁾

계약기간중 수급인이 계약의무를 이행하지 못할 경우 도급인은 보증금의 몰수, 연대보증인의 승계시공요구 또는 보증회사에 승계요구를 할 수 있다. 즉, 하수급인은 수급인의 계약보증금이나 계약이행보증과는 직접적인 관계가 없다.

따라서 하도급대가를 지급할 수 없는 경우가 발생하여 도급인이 하수급인에게 대가를 직접 지급한 경우, 당해 부분에 대한 불완전이행으로 인한 문제발생시 수급인의 계약이행사항으로 보아야 하는지 문제가 발생한다. 또한 연대보증인이나 보증기관의 승계시공이전에 발생한 하도급공사에 대해서 하도급대가를 직접 지급할 경우 동일한 문제가 발생할 수 있다.



(a) 정상적 대가지급의 경우



(b) 하도급대가 직접지급의 경우

그림 2. 보증시공요구의 문제

3.3. 대가지급과 하자담보책임의 관계

도급계약에서 수급인은 계약에서 정한 바에 따라 공사를 이행해야 하고, 제대로 이행되는지 여부를 확인하는 것이 감독이다.

4) 국가계약법 제14조(계약보증금) 및 국가계약법시행령 제50조 (계약보증금) 참조

5) 국가계약법시행령 제52조(공사계약에 있어서의 계약이행보증) 참조

6) 대법원판결 (2003. 1. 24 선고 2002다55119); 대법원판결 (1998. 2. 13. 선고 96다19666) - 출처 윤재운(2003). 건설분쟁관계법-건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무, 박영사, 서울, p.340 참조

즉, 도급인은 수급인의 일에 대하여 감독하는 것이며, 하수급인이 그 일을 수급인으로부터 도급받아 시행할 경우에도 하수급인에 대하여 감독을 하는 것이 아니라 수급인이 그 일에 대한 책임을 부담하도록 하는 것이다.

통상적으로 하수급인이 일을 제공할 경우에는 수급인이 우선 감독, 검사를 하며, 그 결과를 발주자인 도급인에게 보고하면 도급인이 검사후 일의 완성여부를 확인한 후 대가를 수급인에게 지급한다. 수급인은 도급인에게 대가를 받은 후 하수급인에게 대가를 지급하게 된다. 그러나 수급인은 여러 명의 하도급을 하는 경우가 있고, 이러한 경우 도급인의 검사과정에서 일부 하수급인의 작업에 문제가 있을 가능성이 있다. 이러한 경우 수급인은 하수급인의 대가지급청구서를 받은 후 도급인의 대가지급시까지 대가지급을 유보하게 된다면, 적절하게 계약을 이행한 하수급인에게 부당한 결과를 초래할 수 있게 된다.

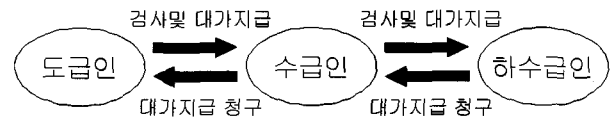
따라서 하수급인의 대가지급시점은 도급인의 대가지급시점이 영향을 주는 것은 사실이지만 절대적인 관계를 지니는 것은 아니다. 이는 미국(애리조나, 캘리포니아, 메사추세츠, 노스 캐롤라이나, 오하이오, 오클라호마, 오레곤, 텍사스 등)이나 뉴질랜드의 경우 “발주자가 수급인에게 대가를 지급하였을 때 수급인이 하수급인에게 대가를 지급한다(pay when paid)”를 법원에서 해석할 때 도급인의 수급인에 대한 대가지급을 수급인의 하수급인에 대한 대가지급요건(if)으로 보지 않고 있는 것으로도 알 수 있다.(Knowles 2005) 및 (Hinze 1999)

문제는 수급인의 파산 등으로 인해 대가를 지급할 수 없게 된 경우에는 계약조건 및 하도급법 등에 따라 도급인의 일을 하도급계약에 따라 하수급인이 수행하고, 도급인의 감독을 받아야 한다는 것이다.

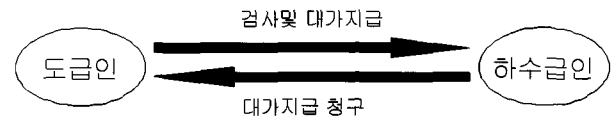
특히 하수급인이 대가지급요청을 할 경우 도급인은 하수급인의 일에 대하여 검사를 하게 되며, 계약에 따라 이행된 경우에는 대가를 직접지급하게 된다. 계약이 종료되고 하자담보책임기간까지 정상적으로 일이 완성된 경우에는 하수급인에 대한 대가의 직접지급이 문제가 되지 않는다. 그러나 계약이행중이나 계약이 종료되고 나서 하자가 발생한 경우 하자담보책임의 문제가 발생하게 된다. 수급인의 경우 계약이행보증을 통해 계약이행중 발생하는 하자에 대해 어느 정도 보증을 하는 것이지만 하수급인의 경우 도급인에 대해 계약이행보증을 별도로 하지 않는다.

한편, 계약의 종료후 하자가 발생할 경우 계약의 종료와 동시에 수급인은 하자를 담보하기 위한 하자보수보증서를 제출하게 되지만 하수급인의 경우 자신이 공사한 부분에 대해서 하자책임을 부담하기 위해 수급인에게 하자보수보증서를 제출하게 된다는 것이다.

따라서 하도급대가의 직접지급을 위해 도급인이 검사를 하고 대가를 지급하고 나면 추후 하자발생시 처리주체 및 책임주체에 대한 문제가 발생할 가능성이 있다.

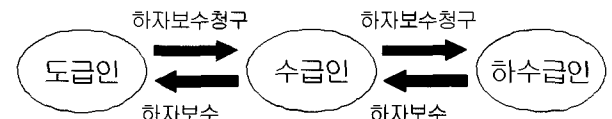


(a) 일반적인 경우

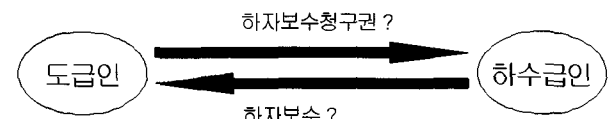


(b) 하도급대가 직접지급의 경우

그림 3. 하도급대가 직접지급 절차



(a) 일반적인 경우



(b) 하도급대가 직접지급의 경우

그림 4. 하자보수청구권의 행사가능 유무

3.4. 대가지급관련 판결례분석

하도급대가 직접지급을 규정하고 있는 하도급법 제14조에 대해 여러 가지 논란이 발생해 왔었다. 1999. 2. 5일 하도급법이 개정되기 이전에는 하도급대가 직접지급은 발주자에게 주어진 권리에 불과하였고, 도급인의 원수급인에 대한 대금지급채무는 도급인이 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급한 경우에만 그 지급한도 내에서 소멸하는 것으로 보았다.⁷⁾ 그러나 1999. 2. 5일 하도급법이 개정되면서 하도급대가 직접지급의무는 하수급인이 도급인에게 직접지급청구권을 취득한 것으로 해석⁸⁾하고 있다. 도급인의 직접대가지급을 인정하더라도 수급인의 도급인에 대한 대금지급채무의 소멸시기는 여전히 문제로 남게 된다.

7) 청구지방법원판결 (1996. 3. 13. 선고 95가합5490) 등

8) 서울지방법원판결 (2002. 12.18. 선고 2000가합6062); 수원지방법원 성남지원판결 (2003. 4. 4. 선고 2002가합2061) 등

하수급인이 도급인에게 대가지급을 청구한 시점(청구시점기준)이라고 볼 수도 있고, 도급인이 하수급인의 청구를 받고서 대가를 지급한 시점(지급시점기준)이라고도 볼 수 있다. 지급시점을 기준으로 하게 된다면 수급인의 채권자가 공사대금채권을 압류 또는 가압류할 수 있고, 이때는 수급인 채권자의 대금채권 압류나 가압류가 하도급대금직접청구권을 우선하게 된다.

한편, 하도급대금 직접청구 이전에 압류채권이 발생할 경우 압류채권이 우선⁹⁾하는 것과, 개정된 법률의 취지로 본다면 하수급인의 하도급대금직접청구시점을 도급인의 공사대금지급채무소멸시점으로 보는 것이 타당한 것으로 인정되고 있다.

그리고 하도급법 제14조가 지나치게 하수급인만을 보호하여 발주자나 원수급인의 사적 자치권, 재산권보장원칙을 훼손하고 평등권도 침해한다는 주장이 있으나 헌법재판소에서는 이를 인정하고 있지 않다.¹⁰⁾

하도급대가직접청구의 효과는 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권과 하수급인의 수급인에 대한 공사대금채권이 동시에 정산·소멸되는 효과를 가져온다는 것일 뿐, 수급인의 도급인에 대한 공사대금채권 자체가 하수급인에게 이전되는 것은 아니라고 보고 있다.¹¹⁾

이상에서는 하도급대가직접청구 및 직접지급과 관련한 판결례를 살펴보았다. 그러나 현재까지 하도급대가의 직접지급과 관련하여 하자가 발생할 경우 하자보수에 대한 사항은 명시적으로 나타나 있지 않다. 이에 다음 절에서는 하도급대가직접청구 및 직접지급시 발생할 수 있는 하자에 대한 처리가 효과적으로 이루어질 수 있는 방향을 제시하고자 한다.

4. 하도급대가 직접지급시 처리방향

4.1. 하수급인의 지위 및 의무

건설법에 의할 경우 도급인에 대하여 하수급인을 수급인과 동일한 의무를 부여하고 있다. 그렇다면 하수급인은 의무만 수급인과 동일하고 권리는 수급인과 동일하지 않은지가 우선 검토될 필요성이 있다.

하수급인은 수급인에 대하여 하도급받은 일을 완성할 의무, 하도급받은 일이 잘못되었을 경우 수급인에 대하여 하자담보책임이 있을 뿐이다. 만약, 하수급인의 고의나 과실로 도급인에게

손해가 발생하였을 경우 그 손해를 배상해야 하는 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 하수급인은 발주자에 대하여 직접적인 계약관계가 없고 단순히 관리적인 관계에 있을 뿐이다. 다만, 하수급인의 지위가 수급인보다 열악한 경우가 많기 때문에 하도급법 등을 통해 도급인이 직접 하도급대가를 지급할 수 있도록 규정한 것이다. 법에서 하도급대가를 직접지급할 수 있도록 규정하고 하여 하수급인과 도급인과의 계약적 관계가 정립되는 것은 아니며, 이종광과 김용수 (2005)는 채권관계의 변동까지는 인정하기 어렵고, 수급인의 채권이 하수급인에게 이전되는 것은 아닌 것으로 보고 있다. 따라서 하도급대가를 직접지급해야 하는 사유가 발생되었을 경우에는 하수급인과 도급인간에 계약적 관계가 성립될 수 있는 근거를 마련해야 한다. 계약적 관계가 성립된다고 하여 수급인과 같은 완전한 계약적 관계가 아니고 다음과 같은 일시적이고 부분적인 관계가 형성될 필요성이 있다.

첫째, 수급인이 계약체결시 도급인에게 제출해야 하는 각종 문서(착공계, 안전관리계획서, 품질시험(보증)계획서 등)에 대해 하도급인이 제출해야 하는지 여부가 정해져야 한다.

둘째, 도급인이 수급인에게 지급한 선급금 및 수급인이 도급인에게 제출한 선급금지급보증은 하도급대가직접지급이 있다고 하더라도 수급인의 도급인에 대한 채권관계변동은 없는 것으로 처리되어야 한다.

셋째, 하수급인의 하도급대가직접청구권이 있는 경우라면, 그 부분에 대하여 수급인의 계약이행의무와 계약이 제대로 이행되지 못하였을 경우에 부담해야 하는 책임이 제대로 정립되어야 한다.

넷째, 우리나라에서는 재하도급은 법적으로 금지되어 있다. 즉, 하수급인의 대가지급청구권이 있다고 하여 도급인과 수급인의 관계가 형성된다고 한다면 법적 안정성을 해칠 수 있기 때문이다. 하수급인의 대가지급청구권이 인정된다고 할 경우 도급인과 하수급인간에는 도급인과 수급인의 관계가 형성되는 것인지가 분명해야 한다.

4.2. 계약보증과의 관계 정립

계약보증(이하 '도급계약보증')은 수급인과 도급인의 계약체결과 관련된 보증이므로 하수급인과는 관련이 없다. 그러나 하수급인과 수급인 사이에 체결된 계약보증(이하 '하도급계약보증')이 있다면 이 하도급계약보증은 도급계약보증과 어떠한 관계를 가지지 않는다.

첫째, 하도급대가지급청구를 하기 위해 하수급인이 도급인에 대해 하도급계약보증을 해야 하는지, 아니면 할 필요성이 없는

9) 대법원판결 (2003. 9. 5 2001다64769) 참조

10) 헌법재판소결정 (2003. 5. 15 선고 2001헌바98 전원재판부결정)

11) 대법원판결 (1997. 12. 12. 선고 97다20083)

것인지가 정해져야 하는 것이다. 따라서 하도급대가 직접지급을 하기 위한 요건으로 하도급계약보증이 도급계약보증을 대체할 수 있는지가 검토되어야 한다.

둘째, 하도급계약보증을 도급계약보증으로 전환할 수 있다면 당연히 그렇게 전환되는 것인지, 아니면 별도의 절차가 필요한 것인지가 결정되어야 한다.

셋째, 하도급계약보증이 인접공구나 연계되는 공사(하도급공사)와의 문제 발생시 처리주체가 누구인지 결정되어야 한다.

넷째, 하도급보증계약이 도급보증계약으로 전환된다면 전환시점을 하수급인이 공사를 시작하는 날로 보아야 하는 것인지, 하도급대가지급청구시점으로 보아야 하는 것인지, 하도급대가 지급시점으로 보아야 하는 것인지가 결정되어야 한다. 통상 계약보증이라 함은 계약에 정해진 대로 이행할 것인지 여부를 보증하는 것이므로 하수급인이 공사를 시작하는 날로 보는 것이 타당할 수 있다. 그러나 하수급인이 공사를 완료한 후 수급인에게 대가지급을 요청하였으나 수급인이 이에 적절히 응하지 않을 경우 하도급대가 직접지급청구를 하게 된다. 즉, 하도급보증계약의 내용이 대가지급후 보증하는 것으로 제한되어야 함을 의미하기 때문이다.

4.3. 하자담보책임과의 관계 정립

수급인의 담보책임에 대해서는 앞에서 살펴본 바와 같이 민법에서 그 내용을 규정하고 있으며, 또한 하자보수, 손해배상, 계약해제 등과 관련하여 다양한 판결이 이루어져 왔다. 이러한 하자담보책임은 완성이전의 목적물 또는 완성이전의 성취된 부분에 하자가 있을 때에 수급인에게 책임을 부담시킬 수 있다. 실질적으로 하도급대가를 직접 청구하는 하수급인은 관련법이나 계약에 따라 일을 완성한 후 청구하여야 하므로 완성이전의 목적물 또는 완성이전의 성취된 부분에 하자가 있을 때와는 무관한 것처럼 보인다. 그러나 하수급인은 일을 완성한 시점이 되지만 수급인의 입장에서 보면 완성이전의 목적물 또는 완성이전의 성취된 부분이 있을 때로 인식된다.

그리고 하도급대가 직접청구부분에 대해 완성이전의 성취된 부분으로 보아야 하는 것인지에 대해서도 명확한 입장정리가 이루어질 필요성이 있다.

현실에서는 이 둘의 인식차이만이 발생하는 것이 아니라 책임의 내용까지 달라지게 될 수 있음을 의미한다.

하수급인에게 하도급대가지급청구시점부터 하자담보책임이 발생한다고 하면 도급인의 검사후 발생하는 문제에 대해 처리할 수 있는 방법이 없다.

그리고 하수급인이 하자담보책임을 부담하기 위해서는 하자보수증서를 제출해야 하는 바 현실적으로 가능하지 않은 부분도 있다. 따라서, 하수급인의 하도급대가 직접청구시에는 도급인이 청구금액전액을 지급하는 것이 아니라 전체공사가 종료되거나 하수급공사가 종료되는 시점까지 일정금액을 유보금으로 남겨두는 방안을 검토할 수 있다. 유보금을 설정하기 위해서는 다음과 같은 사항이 선결되어야 할 것이다.

첫째, 유보금은 대가지급시마다 유보할 것인지, 최종대가지급시 유보할 것인지를 결정해야 한다.

둘째, 대가지급시마다 유보하는 경우에는 현행 하자담보책임의 내용과 경합할 수 있는 부분이 있으므로 검토되어야 한다.

셋째, 일정금액을 유보한 경우 해제시점이 명시되어야 하고, 유보금에 대한 이자에 대한 사항이 정해져야 한다.

한편, 도급인이 일정금액을 유보하지 않고, 전체금액을 지급하는 경우도 고려할 수 있는 데, 이때에는 수급인의 하자담보책임내용이 하수급인에게 그대로 전가되는 것인지에 대해 추가로 검토되어야 한다.

첫째, 하수급인의 하자담보책임에 대해 하자담보책임의 시점과 종점을 분명히 하여야 한다.

둘째, 이를 담보하기 위해 하자보수증서를 받아야 하는지도 명시하여야 한다.

셋째, 하자보수증서를 받아야 한다면 하수급자가 하도급을 완성하였을 경우인지, 대가지급청구를 하였을 때인지, 대가지급지급시점과 동시에 하는 것인지도 명시하여야 한다.

5. 결 론

건설공사에서 하도급은 필연적으로 발생하고 있다. 특히 관련법에 따라 수급인은 일정부분 하도급을 시행해야 한다. 따라서 건설공사는 도급인과 수급인의 관계만이 아닌 도급인과 하수급인의 관계까지 발생하게 된다. 모든 계약주체가 계약에 정해진 바에 따라 이행할 경우에는 공사중이나 준공이후 문제가 되지 않지만, 하자 등의 문제가 발생할 경우 계약주체간 복잡 미묘하게 문제가 얽히게 된다. 따라서 본 연구에서는 하도급대가 직접지급과 관련하여 발생할 수 있는 다양한 문제를 살펴보고, 그 처리방향에 대해 고찰하였으며, 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 하수급인의 법적 지위가 정립되어야 한다. 현행 법령에서는 하수급인의 의무가 수급인과 동일한 것으로 규정하고 있는 바, 권리사항도 수급인과 동일하게 처리할 수 있는지가 정해져야 한다. 그리고 제한적으로 권리를 주장할 수 있다면 하수급인이 어떤 조치를 취해야 하는지가 명시되어야 한다.

둘째, 계약보증 관계가 정립되어야 한다. 하수급인의 하도급 대가직접청구시 하도급계약보증은 수급인의 도급계약보증과 어떤 연관성을 지니는지 정해져야 한다.

셋째, 하자담보책임 관계가 정립되어야 한다. 하수급인의 하도급대가직접청구시 하자책임의 시점과 중점등이 결정되어야 하고, 이를 담보하기 위한 방법등이 제시되어야 한다. 이를 담보하기 위하여 일정금액을 유보하는 방안과 하자담보책임을 보완하는 방안이 검토될 수 있다.

이상에서는 법령과 실정계약조건에 규정된 하도급대가직접지급에 대한 내용을 검토한 후 개략적인 개선방향을 제시하였다.

본 연구에서 제시된 사항들을 모두 일반화하여 성문화하게 된다면 계약의 다양한 장점을 살릴 수 없게 되어 비현실적일 될 가능성이 높다. 따라서 하도급대가를 직접 지급하는 분야에서 하도급대가직접지급과 관련하여 다양한 쟁점이 발생할 수 있음을 감지하고, 사업의 특성에 맞게 진행하면 될 수 있을 것으로 판단된다.

구체적으로 제도에 적용하는 사항은 별도의 연구과제로 논의되어야 할 것으로 판단된다.

참고문헌

1. 박준기 (2003). 건설계약의 이해, 일간건설신문.
2. 윤재운 (2003). 건설분쟁관계법-건설분쟁의 법적 쟁점과 소송실무, 박영사.
3. 이종광·김용수 (2005). “下都給代金 直接支給과 관련한 發注者の 契約管理 方案에 관한 研究”, 대한건축학회논문집 구조계, 21권, 1호, 대한건축학회.

4. 통계청 (2006). “경제활동상태별 국내총생산 및 국민총소득” 및 “공종 및 발주자별 월별 수주액”, <http://kosis.nso.go.kr>, (2007.1.25).
5. Hinze, J. (1993). Construction Contracts, McGraw-Hill, U.S.A.
6. Knowles, R. (2005). 150 Contractual Problems and their Solutions, Blackwell Publishing, UK.
7. Takii, S. (1990). 실무법률선서 건설공사계약, きょうせい, 일본.
8. 대법원판결 (1997. 12. 12. 선고 97다20083)
9. 대법원판결 (1998. 2. 13. 선고 96다19666)
10. 대법원판결 (2003. 1. 24 선고 2002다55119)
11. 대법원판결 (2003. 9. 5 2001다64769)
12. 서울지방법원판결 (2002. 12.18. 선고 2000가합6062)
13. 수원지방법원 성남지원판결 (2003. 4. 4. 선고 2002가합2061)
14. 청주지방법원판결 (1996. 3. 13. 선고 95가합5490)
15. 헌법재판소결정 (2003. 5. 15 선고 2001헌바98 전원재판부 결정)
16. 건설산업기본법 (2007)
17. 국가를당사자로하는계약에관한법률 (2007)
18. 민법 (2007)
19. 하도급거래공정화에관한법률 (2007)

논문제출일: 2007.02.26

심사완료일: 2007.05.22

Abstract

To execute a construction project, many construction participants are engaged in the project. Especially many subcontractors' role is very important, but their contract statute seems weaker rather than prime contractor. So to protect the subcontractor and to activate fair subcontract, Fair Transactions in Subcontracting Act was enacted. Direct payment to subcontractor clause of the act can protect subcontractor from the fear of insolvency of prime contractor, on the other hand can cause dispute about the interpretation of defect liability.

Therefore the positive act and regulation were examined, and the effects of direct payment to subcontractor were analyzed. And the treatment direction of direct payment were suggested in this paper. Summary is as follows;

- (1) Statute of subcontractor for the ordering subject must be considered
- (2) Contract relationship must be reflected in the performance bond, subcontract bond, and subcontract construction conditions
- (3) To clarify the defect liability for the direct payment, retainage to guarantee the repair during contract period may be reflect on the subcontract construction conditions.

Keywords : Subcontract, Direct payment, Claim, Retention Money