

하도급법상 하도급대금 규제에 관한 실무상 쟁점

법무법인(유한) 지평 변호사 | 장품, 고기승*

I. 들어가며

「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’이라 한다) 위반 사건은 공정거래위원회가 처리하는 사건에서 가장 큰 비중을 차지한다.¹⁾ 하도급거래가 국내 생산, 분배, 고용 등 경제지표에 막대한 영향을 미치는 사실과 무관하지 않다. 국내 350만개 기업 중 중소기업이 차지하는 비율은 99%에 이르고, 중소기업 상당수는 하도급거래를 하며, 하도급업체 매출의 80% 이상은 대기업 납품을 통하여 창출되기 때문이다.²⁾

하도급법은 하도급거래 질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자의 대등한 지위를 확보하는 데 그 목적이 있지만(제1조),³⁾ 국내 산업 전반의 양극화를 완화하는 역할도 수행한다. 하도급법은 최근 몇 년 동안 원사업자 규제를 강화하고 수급사업자 보호를 확대하는 방향으로 개정되고 있으며, ‘경제민주화’와 ‘동반성장’의 시대적 요구가 존재하는 한 이러한 흐름은 당분간 지속될 것으로 보인다.

이러한 하도급법 규제의 당위성과는 별개로, 법 집행의 오류와 부작용을 최소화하는 노력이 요구된다. 하도급법은 원칙적으로 민사적 규율을 받는 원사업자와 수급사업자의 계약관계에 국가가 후견적으로 개입할 것을 허용하고 권장하는 역할을 하기 때문이다. 그에 따라 위법성 판단의 기준이 합리적으로 설정되어야 하며, 당사자들의 예측 가능성을 제고하는 노력이 필요하다. 사적(私的) 자치의 원칙이 적용되는 영역과 공적(公的) 규제가 개입할 수 있는 영역의 경계도 명확해야 한다. 예를 들어, 국가가 하도급거래의 세부조건에 과도하게 간섭하거나, 개별 거래의 ‘적정성’을 판단하기 어려운 가격 결정 등의 행태적 문제에 개입할 경우 과잉집행의 오류(false positive error)가 발생할 수 있는 것이다.⁴⁾ 하도급거래는 원사업자의 우월한 경제적 지위를 바탕으로 거래상 지위 남용의 위험성을 본질적으로 내포하나, 분

* 필자들이 소속되어 있는 법무법인의 공식 견해와 무관함을 밝힌다.

1) 2017년 기준으로, 공정거래위원회가 한 해 처리한 사건이 3,031건이었으며, 그 중 하도급법 위반 사례가 1,296건에 달하였다. 최근 5년을 기준으로 하더라도 40~50%의 비율이 유지되고 있다[공정거래위원회, 2017년도 통계연보(2018), 3면].

2) 공정거래위원회, 2018년 공정거래백서, 463면.

3) 제1조(목적) 이 법은 공정한 하도급거래 질서를 확립하여 원사업자(原事業者)와 수급사업자(受給事業者)가 대등한 지위에서 상호 보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

4) 이창, “하도급법의 최근 개정 동향과 발전 방향: 하도급대금 부당결정을 중심으로”, 경쟁저널(2014. 11.), 50면.

■ 하도급법상 하도급대금 규제에 관한 실무상 쟁점

업화와 전문화를 통한 생산성 향상, 상호의존적 관계를 통한 거래비용(transaction cost)의 절감, 기업 경영환경 변화에 따른 탄력적 대응이라는 순기능 역시 보호될 수 없다.⁵⁾

이러한 관점에서 하도급대금 지급에 관한 법 집행 실무를 검토할 실익이 있다. 하도급법은 원사업자에게 일정한 '작위의무(作為義務)'를 부과함과 동시에 특정행위를 '금지'하는 '이중(二重)' 구조로 구성되어 있다.⁶⁾ 이 중 원사업자에게 부과된 작위의무의 핵심은 '하도급대금 지급의무'이다. 또한, 원사업자에게 금지되는 행위 중 대표적인 유형이 '부당한 하도급대금의 결정'과 '하도급대금의 감액'이다.

1984년 하도급법이 제정된 이래, 법 집행의 최대 관심사는 하도급계약에서 정한 대금이 원활하게 지급되도록 하는 것이었다.⁷⁾ 하도급법은 원사업자에게 일정한 대금지급의무를 강제하는 방식으로 수급사업자를 보호하였다.⁸⁾ 현재 하도급거래 실태조사에 따르면 하도급업체의 가장 큰 애로사항은 '대금 미지급 문제'이며, 공정거래위원회 역시 미지급 대금 지급을 법 집행의 주된 목적으로 삼고 있다.⁹⁾¹⁰⁾ 하도급법 조항을 살펴보면, 하도급대금 미지급 행위를 원금 지급의무 외에 지연이자, 어음할인료, 어음대체결제수수료 등 7가지 세부행위 유형으로 분류하여 규제하고 있는데, 그만큼 분쟁 국면이 다양하고 세밀한 규제가 요구됨을 보여준다. 또한, 하도급법이 금지하는 '부당한 하도급대금 결정'은 하도급을 위탁하면서 거래상 우월적 지위를 이용하여 일반적으로 지급되는 대가에 비하여 낮은 수준으로 결정하는 행위이다. '하도급대금의 감액'이란 위탁을 하면서 정한 금액을 위탁 후에 감액한다는 점에서 '부당한 하도급대금 결정'과 구별된다. 수급사업자가 일반적인 거래관계라면 받을 수 있었거나 받았어야 할 하도급대금을 규제한다는 측면에서 일맥상통(一脈相通)한다.

본고에서는 이러한 하도급대금 지급과 관련하여 실무상 발생하는 여러 문제 중 (1) 하도급대금 지급의 기산점 판단 문제 (2) 건설하도급의 물량 정산 과정에서 발생하는 하도급대금 감액의 문제 (3) 하자보수 보증 등의 명목으로 원사업자가 대금 지급을 유보하는 문제를 검토해보고자 한다.

5) 권재열, "하도급거래의 공정성 제고에 관한 소고", 숭실대학교 법학논총 제15권(2006), 203-206면.

6) 예를 들어, 원사업자는 서면 교부, 서류 보존, 선급금 지급, 내국신용장 개설, 검사 및 검사 결과 통지, 하도급대금 지급, 하도급대금 지급 보증, 관세 등 환급금 지급, 설계 변경에 따른 하도급대금 조정, 원재료 변동에 따른 하도급대금 조정협의의무를 부담하고[작위의무]. 부당특약, 부당한 하도급대금 결정, 물품 등의 구매 강제, 부당위탁 취소 및 수령 거부, 부당반품, 하도급대금 감액, 경제적 이익의 부당한 요구, 물품대금 결제 청구, 기술자료 요구, 부당한 대물변제, 부당한 경영 간섭, 보복조치, 탈법 행위를 해서는 아니 된다[금지행위]. 이 외에도 부수적으로 발주자의 의무(하도급대금 직접지급의무)와 수급사업자의 의무(서류 보존, 신의칙 준수, 계약 이행 보증, 원사업자의 위법 행위 협조 거부)도 부과된다.

7) 이황, 앞의 논문, 37면.

8) 황태희, "하도급거래에 있어서 수급사업자 보호의 실효성 제고 방안에 관한 법적 연구", 경쟁법연구(2012. 5.), 279-280면.

9) 공정거래위원회, 2018년 공정거래백서, 463면.

10) 참고로, 우리 하도급법이 제정 당시 참고한 일본의 하청법 역시, 하청대금의 지불 지연을 중심으로 입법되어 있다[한국법제연구원, '일본 하청법과의 비교 분석 등을 통한 하도급법 발전 방안 연구', 공정거래위원회 연구용역보고서(2016), 81면].

Ⅱ. 하도급대금 지급 관련 실무적 쟁점

1. 하도급대금 지급의 기산점 판단 문제

(1) 하도급대금의 법정지급기일

원사업자는 수급사업자에게 하도급법에서 정한 대금 지급기일까지 하도급대금을 지급할 의무가 있다. 원사업자가 어떠한 이유이든 대금 지급을 지연하게 되면, 경제력이 열악한 수급사업자는 임금과 원자재 대금 지급이 곤란해지고 기업의 존립에 영향을 받을 수 있는 점을 고려한 것이다.¹¹⁾ 그렇기 때문에 원사업자가 지급기일까지 수급사업자에게 하도급대금을 지급하지 않으면 그 자체로 법 위반 행위가 된다. 공정거래위원회는 하도급대금 지급의무 위반을 이유로 처분을 내리면서, 특별한 사정이 없는 한 원사업자가 하도급대금의 지급을 거절하거나 그 지급을 미를 만한 상당한 이유가 있는지 여부를 고려하지 않고 규제할 수 있다.¹²⁾

이처럼 사인에게 일정한 금전의 지급의무를 부과하는 법 규정은, 필연적으로 지급의무의 발생 시점 또는 기산점을 명확히 특정해야 하는 문제를 수반한다.¹³⁾ 하도급법은 ① 원사업자가 발주자로부터 준공금이나 기성금을 받았는지 ② 원사업자와 수급사업자 사이에 약정한 지급기일이 있는지 여부를 기준으로 대금 지급 시기를 확정한다.

우선 (i) 원사업자가 발주자로부터 준공금·기성금을 받지 않는 경우가 있다. 이 때 ① 달리 약정한 지급기일이 없으면 목적물 등 수령일이 법정지급기일이 된다. ② 지급기일을 약정하고 그 지급기일이 목적물 등 수령일부터 60일 이내라면 약정한 기일이 ③ 그 지급기일이 목적물 등 수령일로부터 60일이 지난 이후라면 목적물 등 수령일로부터 60일이 지난 날이 각각 법정지급기일이 된다(제13조 제2항).¹⁴⁾ ④ 예외적으로 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에 지급기일을 약정한 것으로 인정되는 경우 또는 해당 업종의 특수성과 경제여건에 비추어 약정된 지급기일이 정당한 것으로 인정되는 경우에는 60일이 넘더라도 그 약정된 기일을 법정지급기일로 보나(제13조 제1항 단서),¹⁵⁾ 실무상 이러한 예외가 인정되는 경우는 드물

11) 오송돈, 하도급법, 지식과감성(2017), 111면.

12) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94누10320 판결, 대법원 1999. 3. 9. 선고98두17036 판결.

13) 예를 들어, 「건설산업기본법」은 수급인이 도급받은 건설공사에 대한 준공금 또는 기성금을 받으면 해당 금액을 그 준공금 또는 기성금을 받은 날부터 15일 이내에 하수급인에게 현금으로 지급하도록 하고 있고(제34조 제1항), 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따르면 국가기관이 당사자가 되는 물품구매계약에서 각 중앙관서의 장(長) 또는계약 담당 공무원은 검사 후 계약상대자로부터 대가 지급 청구를 받은 날로부터 5일 이내에 그 대가를 지급하여야 한다(제15조 제2항), 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」의 경우 대규모유통업자가 소비자로부터 직접 판매대금을 수령한 이후 납품업자에 대한 대금 지급기한을 월 판매 마감일로부터 40일로 정하였다(제8조 제1항).

14) 제13조 (하도급대금의 지급 등) ② 하도급대금의 지급기일이 정하여져 있지 아니한 경우에는 목적물 등의 수령일을 하도급대금의 지급기일로 보고, 목적물 등의 수령일로부터 60일이 지난 후에 하도급대금의 지급기일을 정한 경우(제1항 단서에 해당되는 경우는 제외한다)에는 목적물 등의 수령일로부터 60일이 되는 날을 하도급대금의 지급기일로 본다.

■ 하도급법상 하도급대금 규제에 관한 실무상 쟁점

다. 한편 (ii) 원사업자가 발주자로부터 준공금 또는 기성금을 받았다면 그날부터 15일 또는 위 법정지급기일 중 먼저 도래하는 날 이내에는 대금을 지급해야 한다(제13조 제3항).¹⁶⁾ 복잡해 보이지만, 한 마디로 원사업자가 목적물을 수령하면 특별한 사정이 없는 한 60일 안에는 수급사업자에게 대금을 지급하도록 강제하는 구조이다.

〈 표. 하도급대금 지급기일 (하도급법 제13조) 〉

| 발주자와의 관계 | 약정지급기일 | 법정지급기일 | |
|--------------------------|---|--------------------------------------|-----------------------|
| 발주자로부터 준공금·기성금을 받지 않은 경우 | 약정지급기일 없음 | 목적물 등 수령일 | |
| | 약정지급기일 있음 | 약정지급기일이 목적물 등 수령일로부터 60일 이내 | 약정지급기일 |
| | | 약정지급기일이 목적물 등 수령일로부터 60일 이후 | 목적물 등 수령일로부터 60일 되는 날 |
| | | 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 약정한 경우 | 약정지급기일 (60일 무관) |
| | | 해당 업종의 특수성/경제 여건에 비추어 약정지급기일이 정당한 경우 | 약정지급기일 (60일 무관) |
| 발주자로부터 준공금·기성금을 받은 경우 | 준공금·기성금을 받은 날부터 15일 또는 위 법정지급기일 중 먼저 도래하는 날 | | |

(2) 세금계산서 발행과 대금지급의무 기산점

대금지급의무의 위반을 판단할 때, 법정지급기일을 계산하는 ‘기산점’을 특정해야 하는 문제가 발생한다. 하도급법은 “목적물 등의 수령일”이라고만 규정하고 있다. 공정거래위원회의 하도급거래지침은 하도급 위탁 유형에 따라 그 내용을 세분화하고 있는데, 제조·수리위탁의 경우 원사업자가 수급사업자로부터 “목적물의 납품을 받은 날”, 건설위탁은 원사업자가 수급사업자로부터 “준공 또는 기성 부분의 통지를 받고 검사를 완료한 날”이 기산점이 된다.¹⁷⁾ 기한을 계산할 때 초일(初日)을 산입하지 않는 원칙에 따라(민법 제156조), 그 다음 날

15) 제13조 (하도급대금의 지급 등) ① 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 목적물 등의 수령일(건설위탁의 경우에는 인수일, 용역위탁의 경우에는 수급사업자가 위탁받은 용역의 수행을 마친 날을, 납품 등이 잦아 원사업자와 수급사업자가 월 1회 이상 세금계산서의 발행일을 정한 경우에는 그 정한 날을 말한다. 이하 같다)부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 지급기일을 정한 것으로 인정되는 경우
2. 해당 업종의 특수성과 경제 여건에 비추어 그 지급기일이 정당한 것으로 인정되는 경우

16) 제13조 (하도급대금의 지급 등) ③ 원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 한 경우 원사업자가 발주자로부터 제조·수리·시공 또는 용역 수행 행위의 완료에 따라 준공금 등을 받았을 때에는 하도급대금을, 제조·수리·시공 또는 용역 수행 행위의 진척에 따라 기성금 등을 받았을 때에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역 수행한 부분에 상당하는 금액을 그 준공금이나기성금 등을 지급받은 날부터 15일(하도급대금의 지급기일이 그 전에 도래하는 경우에는 그 지급기일) 이내에 수급사업자에게 지급하여야 한다.

17) 「하도급거래공정화지침」(공정거래위원회 예규 제304호, 2018. 7. 17., 일부 개정) Ⅲ. 11. 다.

부터 기산하여 60일째가 되는 날까지 대금지급의무가 이행되어야 한다.

실무상으로는 반복적·계속적으로 발생하는 하도급거래관계의 경우 세금계산서가 발행되는 경우가 많다. 하도급법 제13조 제1항에 따르면, 공정거래위원회는 납품이 빈번하고 원사업자와 수급사업자가 월 1회 이상 세금계산서의 발행일을 정한 경우 세금계산서의 발행일을 “목적물 등의 수령일”로 간주하여 판단한다.

이 때 세금계산서 발행일과 실제 목적물의 수령일이 다른 경우가 많다. 예를 들어, 반복적·계속적으로 납품이 이루어지는 거래에서 세금계산서가 일단 발행된 다음 목적물이 비로소 납품되는 상황이 있을 수 있다. 이 경우 세금계산서의 발행 시점을 기준으로 하면 대금 지급기한 기산점이 실무 수령 시점보다 앞당겨져 원사업자에게 불리한 결과가 야기될 것이다. 하도급법 대금지급의무 발생의 기준을 판단하는 ‘수령’은 물리적 수령이 아닌 법률적 수령을 의미하는 것으로 보아야 하므로,¹⁸⁾ 세금계산서 발행일을 기준으로 대금 지급의 기산점을 잡는 것은 불가피한 결론으로 보인다. 반복적·계속적 거래에서 수시로 납품한 물품의 대금 청구 시기를 ‘세금계산서 발행’ 시점으로 일괄적으로 인정함으로써 법률관계를 간명하게 할 필요도 있다.

이는 부가가치세법과의 통일적 해석이라는 관점에서도 타당하다. 세금계산서 발급은 「부가가치세법」에서 사업자에게 부과하는 의무이다. 「부가가치세법」에 따르면, 세금계산서는 원칙적으로 재화 또는 용역의 공급시 발행하고, 일정한 경우 세금계산서를 선(先)발급할 수 있다. 또한, 부가가치세법은 선발급 일자에 재화 또는 용역을 공급한 것으로 본다고 명시적으로 정하고 있다.¹⁹⁾

(3) 해외건설하도급계약과 대금지급의무 기산점

국내 건설회사들의 해외 진출이 늘어나면서 해외건설하도급계약에 따른 하도급대금 지급 의무의 이행 문제도 발생하고 있다.

우선 원사업자나 수급사업자가 해외업체인 경우, 국내 하도급법이 직접 적용되기는 어렵다. 하도급법은 원사업자를 “중소기업자가 아닌 사업자”로, 수급사업자를 “중소기업이거나 예외적으로 대금 지급과 관련하여 중견기업”으로 한정하고 있기 때문이다(제2조 제2항, 제13조 제11항). 중소기업은 「중소기업기본법」의 개념을 따르며, 「중소기업기본법」은 ‘중소기

18) 하도급법 제9조 제2항은 원사업자가 목적물 수령 후 10일 이내에 수급사업자에게 서면으로 검사 결과를 통지하지 아니한 경우 검사에 합격한 것으로 보는데, 대금 채무도 그 때에 비로소 발생하며(서울고등법원 2008. 6. 18. 선고 2008누3816 판결), 대금 지급기한도 목적물을 실제 수령한 때가 아니라 검사 합격 시점을 기준으로 계산해야 한다는 점을 전제할 판례가 있다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2001두3099 판결). 같은 의견으로 정종채, 하도급법 해설과 쟁점, 삼일인포마인(2018), 214면.

19) 「부가가치세법」 제34조 제1항, 제2항, 제17조 제1항, 제2항

■ 하도급법상 하도급대금 규제에 관한 실무상 쟁점

업'의 범위에 해외법인을 포함하지 않고 있다(제2조). 하도급법은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법'이라 한다)과 달리, 국내 법의 역외적용에 관한 조항을 두고 있지 않다(제2조의2).²⁰⁾ 따라서 해외업체가 개입된 하도급거래에 국내 하도급법이 직접 적용되지 않는다는 것이 일반적 견해이다.²¹⁾

다만, 국내 원사업자와 국내 수급사업자가 해외 발주 프로젝트를 수행하는 경우, 하도급계약의 해석이 문제될 수 있다. 원사업자와 해외 발주처 사이의 계약이 수급사업자와의 하도급계약에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 해외하도급계약에서 통용되는 법률관계를 국내 하도급법의 기준으로 규제하기가 모호하기 때문이다.

예를 들어, 해외건설계약에서 널리 사용되는 FIDIC(국제건설링엔지니어링연맹) 표준계약서의 경우 공사대금은 성능보증시험(tests on completion)의 이행을 전제로 지급된다(제9.1조). 시공자는 공사목적물(works)이 완공시험을 통과하면 즉시 그 결과에 대한 확인보고서를 엔지니어에게 제출하고, 엔지니어는 경미한 잔여작업 및 하자가 아닌 한 공사목적물이 완성되면 인수확인서(taking-over certificate)를 시공자에게 발급한다. 인수확인서가 발급되면 유보금의 50%가 시공자에게 반환되고, 나머지는 하자 통지 기간이 만료되는 시점에 반환되는 방식이다(제14.9조).²²⁾

또한, FIDIC은 공사목적물의 잠정적 인수와 최종 인수를 구분하기도 한다.²³⁾ 대금 지급의 단계를 세분화하여, 임시승인증명서(PAC; Provisional Acceptance Certificate)와 최종승인증명서(FAC; Final Acceptance Certificate)를 순차적으로 발급받아야 대금을 받을 권리가 있다. 임시승인증명서인 PAC는 공사목적물을 계약에서 정한 목적대로 사용할 수 있고 안전에 문제가 없는지를 '검수'하고, 준공도면, 운전 매뉴얼, 보증보험증권을 받은 다음 발급해 준다.²⁴⁾ 즉, 목적물의 완성과 함께 계약의 완전한 이행을 뒷받침하는 서류 제출을 조건으로 PAC가 발급된다고 볼 수 있다.

이러한 대금 지급 구조가 하도급계약에 그대로 반영될 경우 원사업자가 PAC를 발급하지 않고, 수급사업자에게 하도급대금을 지급하지 않을 권리를 갖는다.²⁵⁾ 수급사업자로부터 목적물을 수령하더라도 PAC의 발급 요건을 충족하지 못하였다고 주장할 수 있는 것이다.

우리 하도급법은 건설위탁관계에서 법정지급기일을 “준공 또는 기성 부분의 통지를 받고 검사를 완료한 날”이라고만 정하고 있어, 이러한 해외하도급계약의 구조에 정확하게 적용하

20) 제2조의2 (국의 행위에 대한 적용) 이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다.

21) 정종재, 앞의책, 108면.

22) 석광현, “FIDIC 표준계약 조건과 국내 민간건설공사 표준도급계약 일반조건의 비교”, 국제거래법연구(2016) 25권, 55면.

23) 석광현, 위의 논문, 56면.

기는 어렵다. 물론, PAC는 하도급계약의 이행 이후 목적물의 인도를 전제로 공사목적물을 계약 목적대로 사용할 수 있는 지를 기준으로 발급된다는 점에서, ‘준공 또는 기성 통지를 받고 검사를 완료’한 행위가 PAC 발급 조건을 성취한 행위와 동일하다는 주장도 가능하다. 다만, PAC 발급은 통상적인 준공 검사 외에 보험증권, 설계도면을 포함한 각종 서류를 추가로 요구한다는 점에서 차이가 있다. 무엇보다 PAC의 발급 요건에 관한 1차적 판단권한이 원사업자에게 유보가 된다는 점에서도, ‘준공 통지 및 검사 완료’라는 요건만 충족되면 대금지급 의무가 발생하는 하도급법의 구조와 충돌한다.

하도급법을 그대로 적용하면, 해외하도급계약에서 정한 조건과 무관하게 ‘준공 통지 및 검사 완료’가 이루어졌는지에 따라 법 위반 여부를 판단할 수 있을 것이다. 다만, 실제 사례에서는 각양각색의 하도급거래 조건이 설정될 수 있고, 계약목적물의 특성에 따라 ‘준공 및 검사’의 내용 및 범위가 단계적으로 세밀하게 분류될 수 있다는 점을 고려해야 할 것이다. 개별 거래의 특수성에 대한 고려 없이, ‘준공 및 검사’의 형식에 초점을 맞추어 하도급대금 지급의 의무 위반으로 판단한다면, 해외하도급의 특수성을 간과한 과잉규제가 될 우려가 있다.²⁶⁾

2. 건설하도급계약의 대금 정산 문제

(1) 총액단가계약과 하도급대금 지급의무

건설하도급계약은 도급대금을 정하는 방식에 따라 총액계약과 총액단가계약으로 구별된다. ‘총액계약’이란 당해 계약 목적물 전체에 공사비 총액을 정하여 체결하는 계약이다.²⁷⁾ 총액계

24) 예를 들어, 해외하도급계약에서 통상적으로 사용되는 문구는 다음과 같다.

6.1 PROVISIONAL ACCEPTANCE

(1) Completion by Subcontractor of any remaining Punch List items except for those which do not affect the use of the Works for the purpose intended or compromise Safety.

(2) Completion by Subcontractor of all remaining As-built drawings, documents, records, manuals and other, and handed over to Contractor in the hard and electronic formats and in the numbers required by Contractor.

(3) Submission by Subcontractor of the Form of Affidavit of Liens and Claims as shown in EXHIBIT B hereof to be executed by his duly authorized representative.

(4) Completion of removal of the Temporary Works, return to Contractor any Contractor Materials furnished to Subcontractor and not used in the Works, cleaning up of the Site, removal of all redundant Subcontractor Materials, safe disposal of all rubbish and restoration of those parts of the Site or surrounding areas used by Subcontractor, as may be required, to the satisfaction of the Contractor and Company.

(5) Re-exportation of any unused Subcontractor Materials & Equipment that Contractor or Company do not require to retain, and also all Construction Equipment required to be re-exported from the Country.

(6) Return to the Contractor of all drawings, data and documents in both hard and electronic formats that were issued for the Works.

(7) Confirmation of the Final Account in the form of EXHIBIT C attached hereto and settlement of all payments due from the Subcontractor or to be paid by the Subcontractor for costs and expenses incurred, if any, by the Contractor under the Subcontract.

25) 나아가 PAC가 발급된 이후에도 하자 보수 기간이 완료되어 FAC까지 발급되어야 최종 잔금이 지급되기도 한다.

■ 하도급법상 하도급대금 규제에 관한 실무상 쟁점

약이 체결되면 원사업자는 수급사업자에게 당해 하도급계약에 명기된 하도급대금을 그대로 지급하면 된다. 하도급계약이 총액계약으로 체결될 경우, 하도급대금 지급의무의 위반을 판별하는 일은 간명하다.

문제는 총액단가계약이다. 총액단가계약은 총액을 정한 이후 설계 변경이나 물량 변경을 예정한 계약으로서, 공사대금의 조정을 전제로 단가 산정의 근거를 별도로 명시하기 때문이다. 따라서 준공 시점에 실제 투입 물량을 상호 정산하여 대금을 조정하고 확정한다. 공사대금 액수에 관한 분쟁이 발생할 수밖에 없다. 실무적으로 상당수의 건설하도급거래관계는 총액단가계약의 형태를 띠는데, 원사업자는 하도급대금 정산 합의가 지연되면 법정지급기일을 도과할 우려가 있으므로, 물량 산출 내역을 근거로 수급사업자에게 일방적으로 정산 통보를 한다. 수급사업자는 이러한 원사업자의 정산 행위에 대하여 정산대금의 차액만큼 하도급대금이 지급되지 않았음을 주장하게 된다.

정산 합의가 되지 않았음을 이유로 원사업자의 법정지급기일 내 하도급대금 지급 책임이 면해지지 않음은 물론이다. 정산 합의와 무관하게 법정지급기일까지 하도급대금은 지급되어야 하며, 원사업자가 수급사업자에게 하도급대금을 지급하지 않으면 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 법 위반이 되기 때문이다.²⁶⁾ 공정거래위원회 역시 원사업자가 “정산 합의가 되지 않아 하도급대금을 지급하지 못하였다”고 항변한 사안에서, 원사업자와 수급사업자 간의 정산 합의가 이루어지지 않았다는 이유로 하도급대금을 지불하지 않아도 된다는 법적 근거가 없다고 판단한 바 있다.²⁹⁾ 따라서 원사업자로서는 수급사업자와 정산 합의가 완료되지 않았다고 하더라도, 목적물 수령일로부터 60일 이내에 정확하고 객관적인 근거를 바탕으로 하도급대금을 정산하여 수급사업자에게 지급해야 한다.

(2) 총액단가계약과 하도급대금의 감액

다만, 금액에 다툼이 있는 상태에서 원사업자의 일방적인 정산이 이루어진 경우 하도급대금의 부당한 감액 문제가 발생할 수 있다.

26) 참고로, 공정거래위원회는 브라질 제철소 건설사업에서, 원사업자가 수급사업자에게 ① 제철소 가동 이후 발주자와 원사업자 사이의 손해 발생, 지체상금을 계산하여 정산이 이루어지는 SC(Substantial Certification) 단계 ② 종합준공 이후 제철소에서 양산된 결과물의 품질을 점검하는 FC(Final Certification) 단계별로 대금을 지급한 사안에서, 하도급대금 지급의무 위반 및 부당특약을 문제 삼은 바 있다. 다만, 이 사건은 발주자와 원사업자 사이의 대금 지급 조건을 하도급계약에 전용(轉用)하는 방식으로 불리한 조건을 설정한 사안이었다. 하도급거래의 원사업자가 목적물을 수령하면서 목적물에 대한 검사와 물품 검수를 완료하였다면, 특별한 사정이 없는 한 수급사업자에게 대금지급청구권이 발생하였다는 점을 명확히 한 사례이다(공정거래위원회 2017. 4. 4. 2016건하1189 의결 제2017-116호).

27) 윤재훈, 건설분쟁관계법(제6판), 박영사(2015), 99면.

28) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94누10320 판결, 대법원 1999. 3. 9. 선고98두17036 판결.

29) 공정거래위원회 2016. 4. 12. 의결 제2016-108호.

‘하도급대금의 부당감액’이란 원사업자가 하도급 위탁을 하면서 약정한 금액을 수급사업자에게 지급하지 않고, 경영 적자나 판매 부진 등 ‘다른 이유’를 들어 당초 약정한 하도급대금을 감액하는 행위를 의미한다(제11조 제1항).³⁰⁾ 원사업자가 하도급 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 그대로 지급하지 않고 그 대금에서 감액하여 지급하면, 감액의 명목이나 방법, 감액 크기의 다소(多少)에 무관하게 원칙적으로 법 위반에 해당한다.³¹⁾ 그리고 하도급대금의 감액은 원사업자가 ‘정당한 사유’를 입증해야 하는데, 감액의 정당성은 하도급계약 체결 및 감액의 경위, 계약 이행 내용, 목적물의 특성과 그 시장 상황, 감액된 하도급대금의 정도, 감액 방법과 수단, 수급사업자의 귀책사유 등을 고려하여 판단한다.³²⁾ 하도급계약의 법적 성격이 어떠한지, 하도급계약에서 감액을 예정하고 있었는지, 하도급계약의 이행 과정에서 이러한 감액을 예정한 당사자들의 행위가 있었는지, 감액 방법이 합리적인 근거에 기반하여 적절하게 이루어졌는지 등의 사정을 살펴보아야 하는 것이다.

엄밀히 말해, 건설위탁관계에서 총액단가계약의 강제정산으로 인하여 하도급대금이 감액되는 경우는 하도급법이 예정한 부당한 하도급대금 감액과 다소 구별되는 것으로 보인다. 총액단가계약은 애초부터 설계 변경 또는 물량 변경에 기반한 정산을 전제로 하는 계약인 반면, 하도급대금의 부당감액은 하도급위탁을 하면서 ‘정한’ 금액을 위탁 후 ‘감액’하는 행위를 문제 삼기 때문이다. 예를 들어, 하도급법은 원사업자가 수급사업자에게 위탁할 때 하도급대금을 감액할 조건 등을 명시하지 아니하고 위탁 후 협조 요청 등 불합리한 이유를 들어 하도급대금을 감액하는 행위를 금지한다(제11조 제2항 제1호). 즉, 원사업자가 위탁 당시 ‘하도급대금이 감액될 수 있음’을 전제로 계약을 체결하고, 그러한 조건이 불합리하지 않는 이상 법 위반이 성립하지 않음을 인정하고 있는 것이다.

특히, 하도급계약 체결 후 원사업자가 수급사업자가 제출한 하도급대금 산정 자료에 중대하게 명백한 착오를 발견하여 이를 정당하게 수정하고 그 금액을 감액하면 감액의 정당성이 인정되는데,³³⁾ 하도급대금의 산정 자료가 감액의 정당성을 판단하는 주된 근거가 될 수 있음을 보여준다.

정리하자면, 총액단가계약은 계약 자체로 최종 정산에 따라 증감이 예정된 계약으로서, 최종 정산 과정에서 원사업자가 합리적인 근거와 자료에 기반하여 하도급대금을 산정하여 정산을 하였다면, 하도급대금 감액으로 규제하기는 어렵다고 본다. 실제 감액 금지의무 위반

30) 제11조 (감액 금지) ① 원사업자는 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 감액하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 하도급대금을 감액할 수 있다.

31) 오승돈, 앞의 책, 190면.

32) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다53457 판결.

33) ‘부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 관한 심사지침’(공정거래위원회 예규 제261호) V. 1. ①.

■ 하도급법상 하도급대금 규제에 관한 실무상 쟁점

이 문제되었던 사례를 보더라도 ① 하도급계약서 등에서 구체적인 근거가 없음에도 미작업 분 공제라는 명목으로 하도급대금을 감액하거나³⁴⁾ ② 수급사업자가 수행한 공사 물량을 일방적으로 삭감하는 방법으로 하도급대금을 정산한 경우³⁵⁾ 등 원사업자가 계약상 구체적인 근거가 없음에도 하도급대금을 감액하거나, 수급사업자가 수행한 정당한 공사 물량을 인정하지 않고 자의적인 기준으로 하도급대금을 감액하는 경우였다.

하도급법의 대금 지급에 관한 규정은 원사업자가 ‘적정 시기’에 대금 ‘전액’을 지급하지 않음으로써 수급사업자의 경제적 지위를 악화시키지 않도록 하는 데 목적이 있다는 점도 참고할 필요가 있다. 즉, 원사업자의 수급사업자에 대한 완벽한 ‘채무변제’를 추구한다기보다, 거래상 지위의 남용이 우려되는 예외적인 경우 국가의 후견적 개입을 정당화하는 법이다. 효율성 측면에서도 국가기관이 사후적으로 개별 거래의 정확성과 엄밀성을 판단하기는 쉽지 않다.³⁶⁾ 하도급법이 개별 계약에서 대금 지급의 정확성보다, 거래 조건의 공정성과 구조 변화에 초점을 맞추어야 하는 이유도 여기에 있다.

3. 하자보수보증 등 대금 유보의 문제

(1) 하자보수보증의무와 대금지급의무의 관계

수급사업자는 원사업자에 대하여 하자보수의무를 부담하고, 원사업자는 수급사업자에 대하여 하도급대금을 지급할 의무를 부담한다. 하도급관계에서 하자보수의무는 일반적으로 하자보증보험증권의 제출 또는 하자보수보증금의 지급이라는 형태로 이행된다. 수급사업자의 하자보수의무와 원사업자의 잔금지급의무는 약정에 달리 정함이 없는 한 동시이행관계에 해당한다. 수급사업자가 하자보증보험증권을 원사업자에게 제출하기 전까지, 원사업자가 수급사업자들에게 대금을 지급하지 않더라도 이행 지체 상태에 빠지지 않는 것이다.³⁷⁾

따라서 원사업자가 잔금 지급기일 이후에 수급사업자로부터 하자보증보험증권 또는 하자보수보증금을 지급받지 못하였다면, 수급사업자에게 그 상당액의 하도급대금을 지급하지 않더라도 그 부분에 대해서는 하도급법 위반의 문제가 발생하지 않는다. 하급심 판결과 공정거래위원회 의결도 동일한 입장이다.³⁸⁾

하도급법이 원사업자의 수급사업자에 대한 예외 없는 대금지급의무를 부과하고 있더라도,

34) 대한조선(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(공정거래위원회 2008. 2. 19. 의결 제2008-041).

35) 아이앤피중공업(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(공정거래위원회 2007. 7. 26. 의결 제2007-374호).

36) 이황, 앞의 논문, 50면.

37) 대법원 1991. 4. 9선고 90다18173 판결.

원사업자가 계약상 보유하는 동시이행의 항변권을 무력화하면서 일방적인 규제를 하기는 어렵다. 하도급거래의 민사관계가 근본적으로 부당할 우려가 있기 때문이다. 원사업자의 동시이행의 항변권을 무력화하면서까지 수급사업자에 대한 대금지급의무를 관철하는 것은, 원사업자와 수급사업자의 ‘상호 보완’이라는 하도급법의 입법 목적에도 부합하지 않을 것이다.

(2) 하자보수보증금 명목의 대금 유보

실제 사례는 이보다 복잡하다. 원사업자가 하자보수보증보험증권 등을 교부받을 때까지 잔금 지급을 단순히 ‘거절’하는 데서 그치지 않기 때문이다. 원사업자의 입장에서는 하자보수보증보험증권 등이 교부되지 않을 경우를 대비하여 ‘미리’ 하자보수보증금 명목의 대금을 ‘유보’할 사업상 필요가 발생한다.

예를 들어, 매월 기성금을 지급하는 하도급계약에서, 원사업자는 하자보수보증금만큼 하도급대금 지급을 미리 유보하고 나머지 공사대금만 지급하는 경우가 있다. 특히, 최종 정산시 하도급대금이 계약 체결 시점에 정해진 대금에 비하여 감액될 가능성이 있는 계약에서 위와 같은 사례가 발견된다. 하도급대금이 감액되면 수급사업자에게 이미 지급한 기성금이 최종 하도급대금을 초과할 수 있기 때문에, 원사업자가 하자보증보험증권 내지 하자보수보증금을 받지 못한 상태에서 그 가액 상당의 하도급대금의 지급을 유보하지 못한 채 대금 정산이 완료되는 상황이다. 원사업자로서는 수급사업자로부터 하자보증보험증권 내지 하자보수보증금을 확보하지 못할 위험을 방지하기 위하여, 수급사업자에게 매월 지급하는 기성금에서 하자보수보증금을 상당의 하도급대금 지급을 미리 유보할 유인이 생긴다.³⁸⁾ 형태는 조금 다르나, 해외건설계약에서 FIDIC의 표준계약서도 이러한 대금 유보(Retention)를 명시적으로 인정하고 있다.⁴⁰⁾

원사업자가 계약상 근거 없이 하자보수보증금 명목으로 매월 수급사업자에게 지급하는 하도급대금 일부를 유보한 행위는 하도급대금 미지급에 해당될 수 있다. 브라질 제철소 건설사업의 하도급 분쟁 사례에서, 공정거래위원회는 하도급계약에 “하자보증보험증권의 제출을 조건으로 계약금액의 10%를 지급하기로 하는 취지의 조항만 있을 뿐, 매 기성금의 10%를 유보하는 행위를 정당화할 만한 근거 조항을 찾을 수 없다”고 하여 법 위반을 인정한 바 있다. 당해 사건에서 공정거래위원회는 기성금의 10%를 유보하여 나머지 대금만 지급한 행위

38) 서울고등법원 2016.11. 16. 선고 2015누59886 판결; 공정거래위원회 2018. 1. 15. 의결 제2018-031호.


39) 예컨대, 하자보수보증금이 5%인 하도급계약에서 수급사업자가 특정 월에 100만 원의 기성금을 청구하면, 그 중 5만 원의 지급을 하자보수보증금 명목으로 유보하고 나머지 95만 원만 지급하는 방식이다.

■ 하도급법상 하도급대금 규제에 관한 실무상 쟁점

를 하도급대금 미지급 행위로 의율하였다.⁴¹⁾

그렇다면 하도급계약상 하자보수보증금 명목의 유보금에 관한 명시적인 조항을 둘 경우에는 어떠한가. 당사자들 사이에 대등한 지위에서 하자보수보증금 명목의 대금 유보가 합의되었다면, 이 합의의 효력을 부정하기는 어렵다. 다만, 공정거래위원회의 집행 실무는 이러한 당사자들의 ‘대등한 지위’를 쉽게 인정하지 않는 편이다. 이러한 합의는 원사업자가 하자보수보증금을 미리 유보함으로써 금융상 이익을 얻을 수 있는 반면, 수급사업자가 대등한 지위라면 자신에게 불리한 합의를 할 가능성이 낮다는 점을 고려한 것이다. 따라서 기성금 중 일부의 지급을 하자보수보증금 확보 명목으로 유보하는 행위는, 사실상 하도급대금의 법정지급기일을 미루는 합의와 동일하다고 평가될 수 있을 것이다. 결국, 동시이행관계가 인정되는 하도급대금의 잔금 지급과 하자보수보증보험증권의 교부 외에 하도급대금 지급을 사전에 유보하는 형태의 계약은 규제가 불가피할 것으로 보인다.

Ⅲ. 나가며

하도급거래의 공정화는 대기업 중심의 시장 구조를 개선하고 열악한 지위에 있는 중소기업의 협상력을 강화시켜 동반성장과 상생협력을 실현하는 수단이다. 하도급거래에서 가장 핵심적인 규제 대상이었던 하도급대금 지급의무의 강제는, 중소기업이 현실적으로 겪는 자금난을 해소하고 재화의 즉각적인 분배를 가져온다는 점에서 실효성을 갖는다. 다만, 국가기관이 본질적으로 민사관계인 하도급거래의 가격 조건과 대금 지급의 세부사항에 직접 개입하는 데 초점을 맞추기보다, 경제적 약자의 교섭력을 강화하는 구조를 개선하는 방향으로 규범을 설계하는 작업이 필요할 것이다. 

40) Sub-Clause 1.1.4.11 (Retention Money)

“RetentionMoney” means the accumulated retention moneys which theEmployer retains under Sub-Clause 14.3 [Application for Interim PaymentCertificates] and pays under Sub-Clause 14.9 [Payment of Retention Money].

Sub-Clause 14.9 (Payment ofRetention Money)

When the Taking-OverCertificate has been issued for the Works, the first half of the RetentionMoney shall be certified by the Engineer for payment to the Contractor. If aTaking-Over Certificate is issued for a Section or part of the Works, aproportion of the Retention Money shall be certified and paid. This proportionshall be two-fifths (40%) of the proportion calculated by dividing theestimated contract value of the Section or part, by the estimated finalContract Price. Promptly after the latest of the expiry dates of the DefectsNotification Periods, the outstanding balance of the Retention Money shall becertified by the Engineer for payment to the Contractor. If a Taking-OverCertificate was issued for a Section, a proportion of the second half of theRetention Money shall be certified and paid promptly after the expiry date ofthe Defects Notification Period for the Section. This proportion shall betwo-fifths (40%) of the proportion calculated by dividing the estimatedcontract value of the Section by the estimated final Contract Price.

41) 공정거래위원회 2017. 4. 4. 의결 제2017-116호.