

저는 법무법인 율촌에서 공공계약 업무를 전문으로 하는 정원 변호사입니다.

제가 오늘 다룰 주제는 공공계약에서의 부당특약이라는 주제를 다룰 텐데요.

이 주제를 선택한 이유는 최근 발주기관과 관련해서 여러 가지 부당특약과 관련된 문제점들이 노정되고 있습니다. 특히 계약금액 조정과 관련해서 상당히 많은 분쟁과 논란들이 있는데요 대표적인 부분이 간접비 관련한 소송이 그 대표적인 예라 할 수 있습니다.

그래서 이 부분과 관련해서 공공계약에서의 부당특약의 대한 효력을 부정하는 다투는 그런 방법에 대해서 제가 간단하게 소개를 드리도록 하겠습니다.



계약과 관련해서 말씀을 드리자면 계약은 반드시 지켜져야 되는 것이 원칙인데요, 이 사적 자치가 인정이 되는 계약에 있어서의 그 계약의 효력을 부정을 한다는 것은 쉬운 일이 아닙니다. 특히 공공계약의 있어서는 공공성을 주된 내용으로 하다 보니 공공계약에서 이루어진 계약의 조건을 부정하기란 더 어려운 부분이 있는데 이와 관련해서 다룰 수 있는 방법은 한 세가지 정도로 대별될 수 있습니다.

첫 번째는 민법 제 104 조에 근거해서 그 계약의 효력을 부정하는 방법인데요, 민법 104 조는 당사자의 공박, 경솔, 무경험으로 인해서 현저하게 공정을 잃은 그런 계약을 체결한 경우에 해당 계약의 효력을 무효로 할 수 있다는 부분인데 이 민법 104 조의 적용은 사실상 공공계약에서는 어렵습니다. 왜냐하면 대부분의 계약상대자들이 상법상의 법인들인 경우고 또 개별 사업자로서 등록이 되어있는 자들이기 때문에 그러한 공박이나 경솔이나 무경험을 주장해서 인정을 받기란 것은 어렵기 때문인데요,

그렇다면 그 다음으로 그 계약의 효력을 부정할 수 있는 그런 방법에 대해서 생각해 볼 수 있는 것이 약관규제법입니다. 약관규제법의 적용을 위해서는 해당 계약조건이 약관에 해당을 해야 되는데요, 우선 계약 일반조건과 관련해서 살펴보게 되면 이 계약 일반조건이라고 하면 기재부 계약예규나 행안부 예규로서 만들어진 계약조건인데 이 계약조건은 반드시 공공계약에 있어서는 계약서의 편철을 한 글자도 고치지 않고 그대로 편철해서 적용을 하고 있습니다. 따라서 이 계약 조건은 계속적 반복적으로 사용되고 있는게 현실이고요, 또 일방 당사자인 발주기관에서 만들어놓은 그런 부분이 있어서 일방성, 일반성 사전성이 인정이 되기 때문에 약관에 해당한다고 보고 있습니다.

그런데 이 계약일반조건인 경우에는 불공정하다, 부당하다 라고 다투기가 사실 굉장히 어렵습니다. 왜냐하면 관련 법령에 있는 내용을 바탕으로 해서 그 내용을 구체화시킨 계약조건에 불과하기 때문에 그 불공정성을 다투는 경우는 사실상 거의 발생하지 않고 있습니다. 문제가 되는 것은 계약 특수조건인데, 이 계약 특수조건인 경우에는 약관에 해당하느냐 여부가 시비가 많이 벌어지고 있습니다.

일부 대법원 판결을 보게 되면, 아직까지는 계약특수조건을 약관으로 인정을 하고 있지 않은 것 같습니다. 대법원이 바라보는 시각은 계약 특수조건은 상대방과의 어떤 그 의사합치 하에서 특정 계약과 관련해서 만들어진 계약조건이지 않느냐 라는 시각에서 그 약관성을 부정하고 있는데요, 근데 사실은 계약특수조건이라는 것이 발주기관이 계속적, 반복적으로 특정계약 동종의 계약 종류와 관련해서 적용하기 위해서 만들어 놓은 표준 조건으로 운용되는 경우가 많기 때문에 약관에 해당할 가능성이 높다 할 것입니다. 이와 관련해서 공정거래위원회도 서울시 계약 특수조건에 대해서 약관성을 인정한 바 있습니다. 그래서 앞으로는 계약특수조건과 관련해서도 약관에 해당한다 라고 볼 수 있는 사안들이 많이 발생하리라고 예상이 되는 상황인데, 문제는 더 나아가서 약관에는 해당하더라도 그것이 계약의 효력을 부정할 정도의 공정성을 잃은 거냐, 부당한 거냐 하는 부분에 대한 검토가 이제 가장 중요한 항목으로 자리 잡게 될 겁니다.



이와 관련해서는 해당 계약에 어떤 특정계약의 내용 그리고 당사자간의 역학관계 또 시장상황 뭐 이런 제반조건을 종합해서 과연 이게 공정성을 잃은 거냐, 부당한 거냐에 대한 판단을 해야 되는데요, 아무래도 이런 부분이 분쟁으로 갈 경우에는 법원에서는 소극적으로 볼 가능성이 있습니다.

따라서 부당특약으로서 다루기 위해서는 철저하게 그 계약조건의 관련 법령상에 없는 내용으로서 상당히 문제가 있는 부분이다라는 그런 자료나 증빙을 준비를 하는 것이 필요하다고 생각이 듭니다.

이와 같이 불공정 약관으로 다루는 부분도 어느 정도 조금은 한계가 있는 상황인데요, 그래서 최근에는 마지막 방법으로 많은 업체들이 다루고 있는 상황입니다. 그것은 뭐냐 하면 국가계약법 5 조 지방계약법 6 조에 나와 있는 내용인데요 내용을 보게 되면 이런 내용들이 있습니다.

신의 성실의 따라서 이 국가계약이나 지방계약도 이루어져야 한다 라고 이제 분명하게 법령에서 밝히면서 또 이 관련내용과 관련해서 관계법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정해서는 아니된다. 라고 법령에 명시하고 있습니다. 그래서 이러한 법령들의 내용을 효력규정 내지 강행규정으로 볼 수 있느냐에 대해서 대법원은 긍정적인 판단을 하고 있는 상황입니다. 따라서 이러한 국가계약법 5 조, 지방계약법 6 조 또 국가계약법 시행령 4 조에 근거한 부당특약의 효력을 부정하는 그런 방식이, 그런 방안이 가장 효율적이고 적극적인 방안이 되리라고 생각합니다. 물론 이와 관련해서도 과연 그것이 계약상 이익을 부당하게 제한하는 부분이나에 대해서는 철저하게 준비가 된 노력들을 하셔야 될 텐데요.

다행스러운 것은 관련기관 즉 행정안전부의 재정관리과 라던지 기획재정부의 계약제도과에서 이러한 계약 상대자의 이익을 부당하게 제한하는 특약과 관련해서는 아주 적극적이고 합리적인 의견들을 유권해석을 하고 있기 때문에 이러한 부분에 대한 노력들을 또 관련기관에 유권해석을 받아보는 노력도 함께 동반하시면 효과적인 성과를 올릴 수 있을 것 이라고 생각이 됩니다.



한편 아까 말씀 드린 약관과 관련해서도 한가지 팁을 드리자면 사실 그 약관규제법에서도 공정거래위원회 약관심사를 할 수 있는 그런 제도가 있습니다. 따라서 해당 계약 특수조건의 약관성이 인정되는 계약 특수조건이 계약체결 내지 입찰공고상에 나와 있는 특수조건에 문제가 있다라고 생각을 할 경우에는 공정거래위원회에 약관 심사를 하도록 하는 제도를 이용해 보시는 것도 나쁘지 않으리라고 생각이 듭니다.

지금까지 말씀 드린 내용은 공공계약에서 부당특약에 대해서 효력을 다투는 방법에 대해서 말씀을 드렸고요, 또 한가지 더 여러분들이 아시고 계시면 도움이 되는 부분이 뭐냐 하면 건설산업기본법 22 조 5항입니다. 실제 이 건설산업기본법은 공공계약에만 적용이 되는 것이 아니고요.

모든 사적 계약에서도 다 적용이 되는 부분인데요, 물론 뭐 건설산업이 한정된 부분이기도 합니다.

이 건설산업 분야에서 워낙 경제적 약자에 대한 보호가 미흡하다는 문제점이 지적됐는데, 특히 하청업체들을 보호하기 위해서 수급사업자인 시공사들의 규제를 강화하고 있는 것이 현실입니다. 하도급대금을 직접 지금을 하도록한다 라던지 표준하도급계약서를 작성을 한다 라던지 이런 부분에 대해서 철저히 하청업체를 보호하고자 하는데 정작 그 시공사는 발주자의 관계에서 부당한 대우를 받는 경우가 너무나 많더라 이런 부분 때문에 건설산업기본법은 그런 부분의 대한 문제를 해결하기 위해서 아주 불공정하게 이루어진 계약의 효력을 전면으로 부정 할 수 있는 근거들을 건설산업기본법에 두었습니다. 그래서 이 건설산업 기본법 22 조의 5 항을 참고하실 필요가 있는데요, 이 건설공사도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우를 예시를 몇 가지 내놨습니다. 예를 들자면 계약체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우 뭐 이런 내용들의 관련해서 한 여섯 가지 사유들을 기재하고 있는데요, 이에 해당 할 경우에는 이 건설산업기본법 조항을 근거로 한 무효주장을 해보시는 것이 가장 적합한 내용이 아닌가 싶은데요.

한 가지 유의하셔야 할 부분은 이 조항은 2013년 8월 6일자 개정으로 법령에 도입이 되어 있는데 이 시행일자가 2014년 2월 7일입니다. 그래서 2월 7일, 금년도 2014년도 2월 7일 이후에 계약과 관련해서는 이 조항을 가지고 얼마든지 할 수가 있는데 그 이전에 2014년 2월 7일 이전에 이루어진 계약과 관련한 무효의 주장을 하기에는 소급해서 적용을 해서 무효 주장을 하기에는 다소의 한계가 있다라고 이해하시면 될 것 같습니다.

제가 끝으로 말씀 드리고 싶은 것은 최근 공공계약의 적용 영역이 엄청나게 늘어나고 있습니다.

그 한 가지 예로 말씀드릴 수 있는 것이 지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률이라는 것이 제정 시행이 최근에 되었는데요, 2014년 9월 25일자로 제정 시행이 됐습니다.

여기에서 지방자치단체와 관계되는 출자기관 51개 기관 그리고 출연기관은 무려 489개 기관인데요 이래서 550여개의 기관이 또 지방계약법령에 사실상의 적용을 받게 됩니다.

그래서 최근의 이 공공기관의 발주, 공공계약 영역이 엄청나게 늘어나고 있는 상황이고 반면에 공공부채가 지금 몇 백조에 이르다 보니까 공공기관들이 자기들의 공공부채를 줄이기 위해서 여러 가지 부당한 어쩔 수 없이 부당한 어떤 계약조건을 설정을 하는 경우가 많이 있는데요.

이 부분과 관련해서 오늘 말씀 드린 이런 부당특약의 대해서 다투는 방법을 잘 이해하시고 활용하신다면 업무에 많은 도움이 되리라 생각됩니다. 구체적으로 다양한 영역에서 발생하는 부분에 대해서는 전문변호사와 상담을 하시고 거기에 대한 적절한 대응을 하시면 되겠습니다. 이상입니다. 감사합니다

