

해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성 및 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성

GS건설 해외법무팀 변호사 황 성 현*

*논문접수 : 2021. 4. 23. *심사개시 : 2021. 5. 3. *게재확정 : 2021. 5. 13.

〈 목 차 〉

- | | |
|--|---|
| I. 서론 | III. 해외건설계약 주요 조항의 하도급법 위반가능성
- FIDIC 표준계약조건을 중심으로 |
| II. 해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성 | 1. 해외건설 하도급계약 체결의 실무 |
| 1. 하도급법 적용 대상 건설공사에 대한
하도급법의 문언 | 2. FIDIC 표준계약조건의 종류 |
| 2. 하도급법 적용 대상 건설공사에 대한
공정위 및 법원의 입장 | 3. FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가
능성 |
| 3. 해외건설공사에 대한 하도급법 적용
의 타당성 | IV. 결론 |

I. 서론

대기업인 한국 건설회사가 해외건설공사를 수주하면 중소기업인 한국 하도급업자(subcontractor) 또한 해외건설시장에 동반 진출하게 되는 경우가 많다. 종합건설업자인 대형 한국 건설회사로서는 전문건

설업자인 한국 하도급업자의 근면성, 전문성, 언어적 편리성을 활용할 수 있고, 중소기업인 한국 하도급업자로서는 대기업의 글로벌 네트워크를 이용하여 해외진출 기회를 용이하게 확보할 수 있다는 이점이 있기 때문이다. 그러나 최근에는 국내외 건설경기 침체로 인해 경영난에 직면한 한

* 본고를 꼼꼼히 읽고 코멘트 해주신 화우 김윤태 변호사와 현대건설 노형래 변호사에게 감사의 말씀을 드린다.

국 하도급업자들이 과거에는 크게 문제삼지 않았던 해외건설공사에서의 불공정하도급거래행위를 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)에 신고하는 등 도급업자(main contractor)¹⁾인 한국 건설회사의 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’) 위반행위에 대해 적극 대응하고 있다. 해외건설공사에서의 하도급법 위반 문제로 건설회사 경영진이 국정감사 증인으로 출석을 요구받기도 한다. 실무상으로는 이미 해외건설공사에서의 하도급법 위반행위에 대한 시정명령 등의 공정위 제재처분은 물론 이에 불복하는 행정소송도 진행되고 있고, 이에 따라 새로운 법적 문제들이 발생하고 있다.

우선 국내법인 하도급법이 해외건설공사에도 적용될 수 있는지 여부가 문제된다. 특정한 국내법의 외국에서의 거래 또는 행위에 대한 적용 가부는, 사인간 법률관계의 준거법으로서 국내법이 적용가능한지 여부 또는 해당 국내법 조항이 외국법이 준거법인 경우에도 적용 가능한 국제적 강행규정인지 여부에 관한 민사적·국제

사법적 문제와, 그러한 거래 또는 행위에 대해 국내 행정·사법당국의 행정처분 또는 형사처벌이 가능한지 여부에 대한 행정법적·형사적 규정의 장소적 적용범위의 문제로 구분할 수 있다. 비록 국제사법 제6조는 “이 법에 의하여 준거법으로 지정되는 외국법의 규정은 공법적 성격이 있다는 이유만으로 그 적용이 배제되지 아니한다.”고 규정하고 있으나, 이는 행정적 내지는 형사적 제재의 부과 가부가 국제사법에 의해 판단되어야 한다는 것이 아니라 외국공법에 근거하는 사법적 규정의 적용 내지 사인들 간의 법률관계에 관계되는 반사적 효력에 관해 적용이 가능하다는 의미이다²⁾. 따라서 이 두 가지 문제는 별개의 법적 접근을 요한다. 본고는 해외건설공사에서의 하도급거래상 행위에 대하여 하도급법을 적용하여 부과하는 행정적·형사적 제재의 타당성을 행정법규와 행정형법의 장소적 적용범위 측면에서 살펴보고자 하는 시도이며, 민사적·국제사법적 문제에 대해서는 후속연구를 통해 보완하고자 한다. 해외건설공사에 대한 하도급법 적용에 따

1) 하도급관계 각 당사자를 지칭하는 호칭에 관하여, 하도급법은 상위 도급관계에서 공사를 수주한 수급인을 ‘원사업자’로, 이로부터 하도급을 받은 자를 ‘수급사업자’라고 표현하나, 건설실무상으로는 전자를 ‘도급업자(main contractor)’로, 후자를 ‘하도급업자(subcontractor)’로 널리 표현한다. 이하에서는 문맥에 따라 하도급법에 관한 서술시에는 ‘원사업자’와 ‘수급사업자’라는 표현을 사용하고, 그 밖의 경우에는 가급적 ‘도급업자’와 ‘하도급업자’라는 표현을 사용하기로 한다. 한편 민법에서는 ‘도급인’, ‘수급인/하도급인’, ‘하수급인’이라는 표현이 사용되는데, 지나치게 다양하고 유사한 호칭의 사용으로 혼란이 가중될 수 있는바, 본고에서는 민법상의 표현은 사용하지 않기로 한다.

2) 석광현, 국제사법 해설, 박영사 (2013), 139면.

른 사법적 법률관계의 분석은 국제사법에 따른 준거법 검토와 개별 하도급법 조항의 국내적 강행규정성 및 국제적 강행규정성에 대한 검토 없이 완결될 수 없는 것이 사실이나, 이하에서 살펴볼 바와 같이 하도급법이 대부분의 주요 의무위반에 대해 행정적·형사적 제재를 명시적으로 규정하고 있는 반면, 명시적으로 하도급계약 당사자의 사법상 권리를 변경하는 경우는 동법 제14조의 하도급대금의 발주자에 의한 직접 지급 조항뿐인 것으로 보이는 점, 제14조 이외의 하도급법 조항에 위배된 하도급약정의 효력에 관하여, 일부 하급심 판례에도 불구하고, 아직까지 그 사법상 효

력을 부인하는 강행규정임이 대법원 판례를 통해 확인된 사례는 없다는 점을 고려하면,³⁾ 적어도 실무적 관점에서는 연구의 우선순위가 행정법적·형사적 측면에 놓일 수밖에 없는 측면이 있다. 이러한 공법적 규정을 중심으로 한 국내법의 역외적용⁴⁾ 문제는, 특정한 법률관계에 적용 가능한 수개국의 법 중 당해 사안에 적용될 특정 법역(jurisdiction)의 법을 선택하는 국제사법상 준거법 선택문제와 달리, 특정국가의 국내법으로부터 출발하여 그것이 외국에서의 특정한 거래에도 적용 가능한가의 형태로 제기된다. 따라서 이는 일정한 법체계나 특정한 법률의 전체를 대상으로 하여

3) 법원은 하도급법은 그 조항에 위배된 도급 또는 하도급약정의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 반면, 그 조항을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이어서 원사업자와 수급사업자간의 계약의 사법상의 효력이 부인되지는 않는다는 취지로 판시하고 있으나(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다53457 판결 등), 하급심 판례 중에서는 대금지급 등 개별 하도급법 조항을 강행규정으로 보아 그에 반하는 하도급계약 내용의 사법상 효력을 부인한 경우도 있다(서울고등법원 2011. 6. 22. 선고 2010나91406 판결 등). 개별 하도급법 조항의 내용에 따라 강행규정성의 판단은 달라질 수 있을 것으로 보인다. 하도급법이 명시적으로 하도급계약 당사자의 사법상 권리를 변경하는 경우는 동법 제14조의 하도급대금의 발주자에 의한 직접 지급 조항뿐인 것으로 보이는데, 이에 대한 비교법적 검토에 대해서는 Andrea Hyungrae Noh(노형래), "Direct claim one link up in contracting chain: do lawmakers know best?", IBA-Construction Law International Vol. 16 Issue 1 (2021), p. 62 이하 참조.

4) '역외적용'이라는 용어의 사용에 대해 이견이 있을 수 있다. 법의 역외적용(extritorial application of laws)을 "한 국가의 법은 그 국가의 영역 내에서만 적용되는 것이 원칙이라는 전제하에 경우에 따라 이 영토 외에서 적용되는 것을 예상하는 것"으로 정의할 경우(석광현, 정순섭, "국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로", 증권법연구 제11권 제2호 (2010. 8), 32면, 33면), 역외적용은 속지주의와 대비되는 개념이 되므로 이하에서 국가관할권 이론 검토를 통해 살펴볼 바와 같이 속인주의에 기초한 것으로 보이는 공정위의 해외건설공사에 대한 하도급법 적용에 대해서도 '역외적용'이라는 표현이 가능하다. 그러나 국내법의 역외적용을 "외국인이 외국에서 한 행위에 대하여 국내법을 적용하는 것"으로 좁게 정의할 경우(석광현, "독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용", 판례연구 제21집(2), 서울지방변호사회 (2007. 12.), 19면), 국제법상 전통적으로 인정되어온 속인주의에 의한 국내법의 적용은 '역외적용'에 해당하지 않는다. 따라서 이하에서는 문맥이 허용하는 한 가급적 '역외적용'이라는 표현 대신 '해외건설공사에 대한 하도급법의 적용'이라는 표현을 사용하기로 한다.

일원적으로 이루어질 수 있는 논의는 아니며, 개별 법률 및 동 법률상 개별 규정의 성질을 고려하여 구체적으로 판단할 문제이다.⁵⁾ 이에 따라 본고에서도 먼저 하도급법의 적용범위에 대한 구체적 법 문언과 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용에 대한 공정위와 법원의 입장을 각각 살펴보고, 나아가 현재의 공정위 실무의 태도가 국가관할권 이론 측면에서 어떠한 이론적 기초를 갖는다고 볼 수 있을지 알아보고, 하도급법 이외의 행정법규 및 행정형법의 장소적 적용범위에 대한 대법원 판례와 해외건설공사에 하도급법을 적용함으로써 발생할 수 있는 실무상 문제점들을 살펴봄으로써, 해외건설공사에 대한 하도급법 적용의 법 이론적·실무적 타당성을 논하기로 한다.

한편, 한국 건설회사간의 계약이라 하더라도 해외건설공사 하도급계약(subcontract)

은 많은 경우 FIDIC⁶⁾ 표준계약조건 기반의 영문계약으로 체결되기도 한다. 이는 본고 제3장에서 후술하는 몇 가지 실무적 이유 때문인 것으로 생각된다. 그런데 FIDIC 표준계약조건 내용은 국내법인 하도급법과 전혀 무관하게 작성되었는바,⁷⁾ 이 중 하도급법 위반 소지를 제공할 수 있는 부분은 없는지 살펴볼 필요가 있다. 해외건설공사 하도급계약 실무상 가장 빈번히 문제되는 하도급법 제13조(하도급대금의 지급 등)와 관련하여 FIDIC 표준계약조건상의 ‘pay-when-paid’ 조항, 유보금(Retention Money) 조항, 상계(set-off) 조항에 따른 각각의 하도급대금 미지급 또는 보류 행위의 하도급법 위반가능성을 논하고, 그 밖에도 하도급법 제3조(서면의 발급 및 서류의 보존), 제8조(부당한 위탁취소의 금지 등), 제3조의4(부당한 특약의 금지)와 관련 있는 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성 문제를 함께 살펴보기로 한다.

5) 석광현, 정순섭, “국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로”, 증권법연구 제11권 제2호 (2010. 8), 33면, 36면.

6) FIDIC은 Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils 이란 불어의 약어로 영어로는 The International Federation of Consulting Engineers, 한국어로는 국제컨설팅엔지니어링연맹으로 번역된다. FIDIC은 원래 전문적인 엔지니어링 조직들의 국제연맹이라는 의미이지만, 오늘날 FIDIC은 오히려 FIDIC의 표준계약조건들이라는 의미로 흔히 사용되고 있다. 정홍식, “FIDIC 건설표준계약에서 엔지니어의 이중적인 역할과 책임”, 법조 제64권 제8호 (2015. 8), 213면. 한편, FIDIC의 역사, 조직과 활동 및 계약위원회에 대한 보다 상세한 설명은 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로 제2판, 박영사 (2019), 35면 이하를 참조.

7) 공정위가 사용 및 보급을 권장하는 “해외건설업종 표준하도급계약서”의 경우 하도급법 및 그 하위법령의 내용을 충실히 반영하고 있고, 법령 개정이 있는 경우 수시로 이를 반영하여 개정된다. 그러나 국제컨설팅엔지니어링연맹이 발행하는 FIDIC 표준계약조건은 국내 하도급법을 알지 못하는바 그 제정 및 개정 또한 하도급법과 무관하게 이뤄진다.

II. 해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성의 적용가능성

하도급법은 동법의 해외건설공사에 대한 적용 여부에 대하여 명시적 근거규정을 두고 있지 않다. 따라서 하도급법의 적용 대상이 되는 하도급거래에 대한 관련 법령의 해석을 통해 동법의 적용이 국내건설공사로 국한되는 것은 아닌지 살펴보고, 해석상 해외건설공사에 대한 적용의 여지가 있다면 이에 대한 법원의 판례와 공정위 심결례 등 실무의 태도는 어떠한지 살펴보기로 한다. 나아가 공정위에 의한 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용과 관련하여 국가관할권 이론, 행정법규 및 행정형법의 장소적 적용 범위, 죄형법정주의 및 규제법정주의, 그 밖의 실무상 문제점 등을 중심으로 그 타당성 여부를 논하기로 한다.

1. 하도급법 적용 대상 건설공사에 대한 하도급법의 문언

하도급법 제2조 제9항은 하도급법의 적용대상이 되는 건설위탁을 ‘건설업자(건설산업기본법 제2조 제7호에 따른 건설사업자 등)⁸⁾가 ‘그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부’를 다른 건설업자에게 위탁하는 것을 말한다고 정의하고 있다. 공정위 예규인 ‘하도급거래공정화지침’은 동법의 적용대상이 되는 건설위탁과 관련하여, 건설산업기본법(이하 ‘건설법’)상 건설업자의 건설위탁으로서 (i)건설법 제 9 조(건설업의 등록 등)에 따라 종합공사를 시공하는 업종 또는 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 시공자격이 있는 공종에 대하여 당해 공종의 시공자격을 가진 다른 등록업자에게 시공위탁 한 경우, (ii)건설업자가 시공자격이 없는 공종을 부대공사로 도급받아 동 공종에 대한 시공자격이 있는 다른 사업자에게 시공위탁 한 경우 등을 예시하고 있다.⁹⁾

8) 하도급법 제2조 제9항 및 동법 시행령 제2조 제7항은 ‘건설업자’의 범위를, 「건설산업기본법」 제2조제7호에 따른 건설사업자, 「전기공사업법」 제2조제3호에 따른 공사업자, 「정보통신공사업법」 제2조제4호에 따른 정보통신공사사업자, 「소방시설공사업법」 제4조제1항에 따라 소방시설공사업의 등록을 한 자, 「주택법」 제4조에 따른 등록사업자, 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제15조에 따른 등록업자, 「하수도법」 제51조 및 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제34조에 따른 등록업자, 「에너지이용 합리화법」 제37조에 따른 등록업자, 「도시가스사업법」 제12조에 따른 시공자, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제35조에 따른 시공자로 한정한다. 편의상 본고에서는 건설법상의 건설업자를 중심으로 논하기로 한다.

9) 하도급거래공정화지침(공정위 예규 제342호) III. 1. 다.

위와 같이 하도급법과 하도급거래공정화지침은 하도급법의 인적 적용 범위에 대해서는 비교적 명확히 규정하고 있으나, 하도급법 제2조 제9항의 ‘그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부’에 해외건설공사가 포함되는지 여부, 즉 하도급법의 장소적 적용범위에 대해서는 명확히 규정하지 않고 있다.

이에 대해, 하도급법 제2조 제9항이 하도급법의 적용대상이 되는 건설위탁의 범위를 건설법상의 건설업자 등이 그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부를 다른 건설업자에게 위탁하는 것으로 제한하는 이상 ‘그 업에 따른 건설공사’는 건설법상의 건설공사를 의미하는 것으로 볼 수 있다는 점, 그리고 과거 국토교통부가 질의 회신을 통해 해외건설공사에 대해서도 건설법상의 일괄하도급금지 및 재하도급금지 규정이 적용되는지 여부에 대하여 건설법은 기본적으로 국내법으로서 국내의 건설공사에 적용하는 법이며 해외건설공사에 대해서는 적용이 어려울 것이라는 입장을 밝힌 바 있는 점,¹⁰⁾ 하도급거래공정화

지침이 건설법에 따라 등록된 건설업자가 ‘시공자격 있는 공종’에 대하여 시공 위탁하는 경우를 하도급법상의 건설위탁으로 예시하고 있는 점¹¹⁾ 등을 들어, 해외건설공사는 하도급법 제2조 제9항의 ‘그 업에 따른 건설공사’에 해당하지 않는다고 보아야 한다는 해석이 있을 수 있다.

그러나 하도급법 제2조 제9항은 하도급법의 적용대상인 건설위탁을 건설업자의 ‘그 업에 따른 건설공사’로 규정하고 있을 뿐 건설법상의 건설공사로 제한하지 않고 있는 점, 건설법 제2조 제4호 또한 ‘건설공사’란 토목공사, 건축공사, 산업설비공사, 조경공사, 환경시설공사, 그 밖에 명칭에 관계없이 시설물을 설치·유지·보수하는 공사 및 기계설비나 그 밖의 구조물의 설치 및 해체공사 등을 말한다고 정의하고 있을 뿐 ‘건설공사’의 범위를 명시적으로 국내건설공사로 한정하지는 않고 있는 점, 하도급거래공정화지침은 공정위 예규로서 그 법 형식상 대외적 구속력이 없는 행정규칙¹²⁾일 뿐 법규명령¹³⁾ 또는 상위법의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충함으로써

10) 국토교통부 건설산업과, 2008. 10. 9.자 “해외공사 재하도급 처벌유무” 질의에 대한 회신. 국토교통부 건설경제과, 2012. 8. 16.자 “해외공사 일괄 하도급 관련” 질의에 대한 회신.

11) 하도급거래공정화지침(공정위 예규 제342호), III. 1. 다. (1). (가).

12) 행정규칙은 행정기관이 행정조직 내부에서의 조직과 활동을 규율할 목적으로 법률의 수권 없이 정립하는 일반적·추상적 규정을 의미하며, 주로 행정기관 내부의 사무집행이 통일적으로 수행되는 것을 보장하기 위해 발령된다. 원칙적으로 내부적 구속력만을 가진다. 류지태, 박종수, 행정법신론 제15판, 박영사 (2011), 299면, 308면 참조.

써 대외적인 법적 구속력을 갖는 법령보충적 행정규칙¹⁴⁾에 해당한다고 보기 어려운 점, 동 지침 스스로도 하도급법의 적용대상이 되는 건설위탁을 ‘예시’한 것이라고 명시하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 하도급법의 적용대상인 ‘그 업에 따른 건설공사’가 하도급법 문언상 반드시 국내 건설공사로 한정된다고 해석하기는 어려워 보인다. 다만 하도급법 문언상 ‘그 업에 따른 건설공사’가 반드시 국내건설공사로 한정되는 것으로 보이지 않는다고 하여, 곧 바로 해외건설공사를 포함한다고 단정하는 것은 경계해야 할 것이다. 법령해석에 따른 다툼의 여지가 있다고 보는 것이 보다 정확한 판단일 것이다.

어떠한 해석론을 따르든, 실무상으로는 이미 하도급법이 해외건설공사에도 적용 가능하다는 전제 하에 해외건설공사 하도급거래 관련 민원이 빈번히 공정위에 제기되고 있는바, 이하에서는 이에 대한 법원과

공정위의 입장을 먼저 살펴보기로 한다.

2. 하도급법 적용 대상 건설공사에 대한 공정위 및 법원의 입장

공정위는 해외건설업 표준하도급계약서문에서 현지법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 하도급거래 당사자는 하도급거래와 관련하여 하도급법을 준수하여야 한다는 입장을 밝힌 바 있다.¹⁵⁾ 또한 해외건설공사 하도급거래에 하도급법이 적용되는지 여부를 문의한 질의에 대하여, 공정위는 하도급법 적용 여부는 계약체결 장소가 아닌 그 계약 당사자들에 의해 결정되므로 국내법인간 하도급거래 계약이라면 하도급법 적용대상으로 보는 것이 타당하다는 취지로 회신한 바 있다.¹⁶⁾ 공정위는 실제로도 하도급법이 해외건설공사에도 적용 가능하다는 전제 하에 시정명령 등 제재처분을 하고 있다.¹⁷⁾

그러나 하도급대상이 해외건설공사인

13) 법규명령이란 행정기관이 제정하는 일반적·추상적인 규정으로서 법규로서의 효력을 갖는 것을 말한다. *Ibid.*, 285면 참조.

14) 법령보충적 행정규칙의 대외적 구속력을 인정한 판례로는 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5334 판결, 대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결, 대법원 2002. 9. 27. 선고 2000두7933 판결 등 참조.

15) 공정거래위원회, “해외건설업종 표준하도급계약서”, 2018. 12. 28. 개정, 1면.

16) 공정거래위원회, 2015. 5. 16.자 “하도급법의 적용 대상(해외업체 및 해외현장)” 질의에 대한 회신, 민원번호 2AA-1505-175723.

17) 대우건설과 유진건설 간의 나이지리아 아그바미지역 해상 석유 생산·저장·출하설비공사 상부시설공사 중 일부의 건설위탁 관련 사건에 대한 시정명령 (공정위 2007. 10. 19. 의결 제2007-493호), 현대중공업과 합창씨엠에스 간의 사우디 현장의 기계·배관 설치 공사의 건설위탁 관련 사건에 대한 시정명령 (공정위 2006. 11. 28. 의결 제2006-270호) 등.

경우 하도급법이 구체적으로 어떠한 법적 근거에 의하여 적용될 수 있는지 여부의 문제에 대하여, 아직까지 공정위와 법원의 입장이 공정위 심결례 또는 대법원 판례를 통해 명확히 밝혀진 바는 없는 것으로 보인다. 위와 같은 실제 제재처분 사례의 경우에도, 공정위 심의와 법원 소송에서 시정명령 그 자체의 위법성만 다투어졌을 뿐 해외건설공사가 하도급법의 적용대상인지 여부에 대해서는 명시적으로 판단되지 않았다.¹⁸⁾

3. 해외건설공사에 대한 하도급법 적용의 타당성

지금까지 살펴본 바와 같이, 하도급법의 장소적 적용범위를 국내건설공사로 한정하는 명문의 법령 또는 판례는 아직까지 없는 것으로 보인다. 그러나 동시에, 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용을 허용하는 명시적 규정 또한 존재하지 않으며, 해외건설공사에 대한 적용이 가능하다고 전제한 것으로 보이는 공정위 심결례 또는 대법원 판례에서도 그러한 역외적용의 타당성 자체에 대해 상세히 논하거나 그 법적근거를 밝힌 바는 없는 것으로 보인다.

이와 같은 상황에서, 현재의 공정위 실무는 앞서 살펴본 바와 같이 해외건설공사의 경우에도 하도급법의 적용이 가능하다는 입장인 것으로 보인다. 실제로 공정위 앞으로 많은 민원제기가 이뤄지고 있고, 공정위는 이를 조사·심의하여 제재처분 또는 고발조치 등을 하고 있다. 이들 제재처분 중 일부는 행정소송으로 다뤄지기도 한다. 이에 따라 원사업자인 한국 건설회사들은 한국 하도급업자와의 해외건설 하도급계약에 대해서도 하도급법이 적용된다는 전제하에 입찰절차 및 하도급계약의 체결·관리 등을 진행할 수밖에 없는 실정이다. 또한 외국 하도급업자에 대해서는 하도급법이 적용되지 않기 때문에, 동일한 해외건설프로젝트에서도 한국 하도급업자와 외국 하도급업자에 대한 관리가 입찰절차에서부터 계약체결 및 사후관리에 이르기까지 이원화되어 분리되는 현상이 나타나고 있다.

그렇다면 과연 공정위의 이러한 해외건설공사에 대한 적극적인 하도급법 적용이 법 이론상 그리고 실무상 타당성을 갖는지 살펴볼 필요가 있다. 특히 앞서 살펴본 바에 의하면 공정위는 하도급법 적용 여부를 장소가 아닌 당사자를 기준으로 판단해야

18) 상기 대우건설 사건에서 대우건설이 시정명령에 불복하여 대법원까지 소송이 진행되었으나 공정위 심의와 소송에서 시정명령의 타당성만 다투어졌고 해외건설공사가 하도급법의 적용대상인지 여부는 다투어지지 않아 이에 대한 판단은 내려지지 않았다. 대법원 2010. 9. 30. 선고 2008두16377 판결.

한다는 입장을 보이고 있는바,¹⁹⁾ 이러한 입장이 국가관할권 이론 측면에서 어떠한 이론적 기초를 가진다고 할 수 있을지 살펴본다. 이를 위해 국가관할권 이론을 먼저 간략히 살펴보고, 하도급법과 같은 행정법규 및 행정형벌을 수반하는 행정형법²⁰⁾의 장소적 적용범위에 대한 대법원 판례의 입장 또한 살펴보도록 한다.

가. 국가관할권 이론

한 국가가 자국영토 밖에서 적용되는 것으로 의도된 법규를 제정 및 집행할 수 있는지 여부에 대하여, 국제법은 역외입법관할권(extraterritorial jurisdiction to prescribe)에 대해서는 긍정적이나 집행관할권(enforcement jurisdiction)에 대해서는 기본적으로 영토적 제약성을 갖는다는 입장인 것으로 보인다.²¹⁾ ICJ(International Court of Justice)의 전신인 PCIJ(Permanent Court of International Justice)는 1927년의 ‘Lotus호

사건’에서 “국제법은 국가가 그들의 법의 적용과 그들 재판소의 관할권을 그들 영토 밖의 사람·물건·행위에까지 연장해서는 안 된다는 취지의 일반적 금지규칙을 수립하고 있지 않다 … 모든 국가는 자신이 최선이고 가장 적절한 것으로 생각하는 원칙을 채택할 자유를 갖고 있다”,²²⁾ “국제법이 국가에게 부과한 첫 번째 가장 중요한 제한은, … 국가는 타국의 영토에서 그 어떤 형태로도 자신의 힘을 행사해서는 안 된다는 것이다”²³⁾라고 판시한 바 있다.

하도급법의 해외건설공사에 대한 적용의 경우 아직까지 한국정부가 외국영토 내에서 강제조사 또는 수사를 진행하는 등의 집행관할권 행사에까지 나아간 바 없고, 인적 적용범위가 건설법상 건설업자 등 국내법상 등록건설업자, 즉 사실상 내국인으로 제한되어²⁴⁾ 국내에서의 강제조사 및 수사만으로도 하도급법 적용에 큰 어려움이 없으므로 실제로 그러한 문제가 발생할 가

19) 공정거래위원회, *supra note* 15, 16.

20) 형법전 외의 다른 법률에 규정된 형벌규정을 지칭하는 표현으로 강학상 ‘행정형법’, ‘특별형법’이라는 용어가 사용된다. 그 행위 자체가 반윤리성이나 반사회성을 가지는 것이 아니고, 행정의무 확보를 위하여 규정된 형벌규정을 ‘행정형법’이라고 한다. 그리고 형법전에 규정된 범죄행위들을 수정하여 거기에 더 가중된 형벌을 부과하거나 절차상의 특별규정을 마련해 두고 있는 법률을 ‘특별형법’이라고 한다. 구길모, “행정형법의 장소적 적용범위 - 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결”, 동아법학 제82호 (2019. 2), 509면.

21) 김대순, 국제법론 제15판, 삼영사 (2010), 389-393면.

22) PCIJ (1927), Series A, No. 10, p. 19 {김대순, *supra note* 21, 391면에서 재인용}.

23) *Ibid.*, pp. 18-19 {김대순, *supra note* 21, 393면에서 재인용}.

24) *Supra note* 8.

능성도 거의 없다고 본다. 문제는 한국정부와 법원이 PCIJ가 언급한 “자신이 최선이고 가장 적절한 것으로 생각하는 원칙”, 즉 국가입법관할권의 어떠한 이론적 기초에 따라 하도급법을 해외건설공사에 대해 적용하고 있는지, 그러한 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용이 법 이론적·실무적 타당성을 갖는지 여부이다.

국가입법관할권의 이론적 기초로서 지금까지 제시된 공식은 대체로 속지주의, 속인주의, 수동적 속인주의, 보호주의 그리고 보편적 관할권 등 다섯 가지이다. 이들은 주로 형사관할권을 중심으로 발전되어 나온 것이지만 속지주의와 속인주의 그리고 수동적 속인주의는 민사관할권의 경우에도 마찬가지로 적용된다.²⁵⁾ 본고에서는 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용과 관련 있는 속지주의 및 속인주의에 대해서만 간단히 살펴보기로 한다. 속지주의(territorial principle)란 행위자가 내국인인지 외국인인지를 불문하고 ‘한 국가의 영토 내에서’ 발생한 일정 행위에 대해 당해 영토국가가 해당 국가의 법을 적용하는 것을 말한다. 국가는 영토주권의 보유자로서 자국 영토 내의 사람과 사건에 대해 완전한 입법관할권을 향유한다는 것은 치외법권 또는 외국 군대의 주둔 등과 같은 예외

적 경우를 제외하고는 당연히 적용되는 국제법의 기본원칙이므로, 한국의 경우 통상적으로 각 법률에서 속지주의의 적용에 관한 명문의 근거 규정을 두지는 않는다. 반면, 속인주의(nationality principle)는 자국민에 대하여 거주지·행위지를 불문하고 자국 법을 적용하는 것을 말한다. 통치권의 대인고권의 행사로서 속지주의와 함께 2대 관할권 판단기준이라고 할 수 있다. 일반법인 민법이나 형법, 외국에 있는 자국민에게 적용하기 위해 특별히 제정된 법률 등에서 채택하고 있으며, 국제사법, 조세협정, 범죄인인도협정 등에 의해 관련국과의 영토고권 충돌을 회피하고 있다.

이에 따르면 하도급법 적용 여부를 장소가 아닌 당사자를 기준으로 판단해야 한다는 공정위의 입장은 국가관할권 이론 관점에서 ‘속인주의’에 기초한 것으로 볼 수 있다. 그런데 하도급법은 형법, 국제사법 등에서의와 달리 ‘속인주의’에 따른 역외적용 가능성을 명시하지 않고 있다. 이는 같은 행정법규인 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’) 및 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’)이 ‘효과주의’에 따른 역외적용 가능성을 명시²⁶⁾하고 있는 것과도 대비된다. 따라서 이하에서는 명시적인 속인주의 또는 그 밖

25) Ott, David H., *Public International Law in the Modern World*, Pitman (1987), p. 136 {김대순, *supra note 21*, 395면에서 재인용}.

의 역외적용 근거규정 없이도 하도급법을 해외건설공사에 대해 적용하는 것이 타당한지 살펴보기로 한다.

나. 행정법규 및 행정형법의 장소적 적용범위에 대한 판례

앞서 살펴본 바와 같이 아직까지 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용가능성 및 그 근거에 대해 법원이 명시적으로 판시한 바는 없는 것으로 보인다. 다만 비록 그 수가 많지는 않으나, 하도급법과 같이 명시적인 속인주의 또는 그 밖의 역외적용 근거규정을 두지 않은 하도급법 이외의 행정법규 및 행정형법의 적용범위에 대한 대법원 판례가 있는바 이를 참고할 필요가 있다. 이는 하도급법이 하도급계약의 효력을 직접적으로 변경 또는 제한하기보다는²⁷⁾ 일정한 행위유형을 규정하고 이의 위반시 아래와 같이 행정제재와 형벌을 부과하는 방식을 채택하고 있기 때문이다. 아래 표에서 볼 수 있는 바와 같이 대부분의 하도급법상 의무 위반에 대해 행정제재 뿐만 아니라 형사처벌이 가능한 바,²⁸⁾ 행정법규

뿐만 아니라 행정형법의 장소적 적용범위 측면의 검토가 필요하다.

<표> 하도급법상 주요 불법행위에 대한 행정제재와 형벌

	시정명령	과징금	형벌
서면미교부(제3조)	○	○	○
부당특약(제3조의4)	○	○	○
부당대금결정(제4조)	○	○	○
구매강제(제5조)	○	○	○
부당위탁취소(제8조)	○	○	○
부당반품(제10조)	○	○	○
부당대금감액(제11조)	○	○	○
부당결제청구(제12조)	○	○	○
부당한 경제적 이익 요구(제12조의2)	○	○	○
기술자료요구 및 유용(제12조의3)	○	○	○
대금미지급(제13조)	○	○	○
발주자의 대금 직접지급의무 위반(제14조)	○	○	X
부당대물변제(제17조)	○	○	○
부당경영간섭(제18조)	○	○	○
보복조치(제19조)	○	○	○
탈법행위의 금지(제20조)	○	○	○

26) 석광현, 정순섭, *supra note 5*, 37면. 한편 여기서 ‘효과주의’란 “법의 적용대상이 되는 행위가 우리나라의 영역 외에서 이루어진 경우라도 그 효과가 우리나라에서 발생하면 동법이 적용된다는 원칙”을 말한다. 석광현, 정순섭, *supra note 5*, 35면 참조.

27) *Supra note 3*.

28) 참고로 34개 OECD 국가 중 경쟁법상 형벌규정을 둔 나라는 13개국이며, 불공정하도급거래행위와 같은 경쟁법상 불공정거래행위에 대해 형벌규정을 두고 있는 나라는 한국이 유일하다고 한다. 윤해성, 최응렬, 김성규, 불공정하도급거래행위에 대한 형사제재의 한계와 개선방안 연구, 한국형사정책연구원 (2016), 61면 이하 참조.

먼저 행정법규의 장소적 적용범위 관련, 공정위가 현재 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용의 근거로 삼고 있는 것으로 보이는 ‘속인주의’에 기초한 행정법규 적용의 장소적 범위 및 기준에 대하여 아직까지 법원에 의해 명시적으로 판단된 사례는 없는 것으로 보인다. 다만 대법원은 조약 제860호로 발표되어 법률과 동위의 효력을 갖는 남극해양생물자원 보존에 관한 협약(Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, 이하 ‘협약’)에 따른 검색과 양륙 및 전채 제한조치의 적법성에 관한 사건²⁹⁾에서, 처분의 대상인 선박의 기국과 관계없이, 동 협약은 우리나라 영토 전체에 그 효력이 미친다고 판시함으로써, 보편적 법 관할권 원칙으로서의 ‘속지주의’를 행정법규에 대해서도 확인한 바 있다. 또한 비록 ‘속인주의’에 기초한 역외적용은 아니나, ‘효과주의’에 기초한 행정법규의 역외적용에 대하여는 2004년 공정거래법의 역외적용에 관한 명문의 조항 신설 이전에도 법원은 공정거래법 제19조의 적용이 내국사업자에 한한다

거나 국내에서의 행위에 한정되는 것으로 해석할 만한 규정이 없는 점, 만일 공정거래법에 의한 부당공동행위의 규제가 그 행위가 이루어진 장소에만 의존하여 국제거래에 있어서 부당한 공동행위가 있었고 이로 인한 부정적인 효과가 국민경제에도 미쳤음에도 불구하고 그 행위가 외국에서 이루어졌다는 점만으로 공정거래법을 적용할 수 없게 된다면 사업자들이 그 행위의 장소를 외국으로 선택함으로써 공정거래법상의 각종 규제를 용이하게 잠탈할 수 있게 됨으로써 공정거래법이 추구하는 목적을 달성하기 어렵게 된다는 점 등을 고려하여 역외적용이 가능하다고 판시한 바 있다.³⁰⁾

반면 행정형법의 ‘속인주의’에 기초한 적용의 장소적 범위에 대해서는 보다 구체적인 내용의 판례들이 존재한다.³¹⁾ 최근 대법원은 피고인이 일본에서 안마사 자격이 없는 자³²⁾를 고용하여 안마시술소를 운영하다가 시·도지사에게 자격인정을 받은 자 이외의 영리목적 안마를 금지하는 의료

29) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007두11177 판결.

30) 서울고등법원 2004. 8. 19. 선고 2002누6110 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결.

31) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결, 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도19130 판결.

32) 안마사로 고용된 자들은 우리나라 국민이었던 것으로 보인다고 한다. 만일 안마사로 고용된 자들이 우리나라 국민이 아니었다면 이들에 대하여는 외국인의 국외범으로 형법의 적용범위에서 제외되는 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 양벌규정에 따른 사업주의 처벌은 종업원의 행위에 위법성이 인정되어야 하는데 [박재운(대표집필), 주석형법 총칙1, 2판, 한국사법행정학회, 2011, 138-139면(신동운 집필 부분)], 종업원에 대하여 우리나라 형법이 적용되지 않는다면 그 고용주가 우리나라 국민이라 하더라도 이에 대하여 양

법위반(제91조, 제88조, 제82조 제1항)을 이유로 기소된 사건(대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결)에서, “의료법 제82조 제1항에 따른 안마사의 자격은 우리나라 시·도지사의 자격인정에 의하여 부여되는 것으로서 안마사를 시·도지사의 자격인정을 받은 시각장애인으로서 제한하는 위 규정의 목적이 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하려는 데 있음을 고려하면, 대한민국 영역 외에서 안마업을 하려는 사람에게까지 시·도지사의 자격인정을 받아야 할 의무가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 내국인이 대한민국 영역 외에서 안마업을 하는 경우에는 위와 같은 의무위반을 처벌하는 의료법 제88조 제3호의 구성요건 해당성이 없다고 할 것이다”라고 판시함으로써, 범죄의 구성요건 해당성 판단 단계에서 개별 행정법규의 입법 목적과 취지를 고려하여 행정형법의 속인주의에 따른 역외적용의 장소적 범위를 판단한 바 있다.

상기 대법원 판결은 행정형법의 속인주

의적 적용의 장소적 범위 판단 시 그 기준을 제시하였다는 점에서 의미가 있다. 종래에는 형법 제8조³³⁾에 따라 형법총칙의 조항은 타 법령에 특별한 정함이 없는 한 타 법령에서 정한 죄에도 적용되고, 형법총칙은 형법 제3조³⁴⁾의 속인주의 원칙을 포함하고, 형법 제3조에 대해 대법원은 범죄지인 외국에서의 가별성 여부를 불문하고 대한민국 국민이 외국에서 범한 죄에 대하여 대한민국 형법을 적용하여 처벌 가능하다는 절대적·적극적 속인주의의 입장³⁵⁾을 취하고 있는바, 모든 행정형법은 원칙적으로 속인주의에 의한 역외적용이 가능하다는 기계적·형식적 결론이 도출되는 문제가 있었다. 이 경우 행정법규가 원칙적으로 속지주의에 따라 국내에 한하여 효력이 미치고, 명문의 역외적용 근거규정이 있거나 개별 행정법규의 해석상 역외적용을 하지 않을 경우 입법 목적의 달성이 불가능한 경우 등에 한하여 역외적용 되고 있는 것과 달리, 오히려 행정법규의 이행을 확보하기 위한 수단에 불과한 행정형벌 조항은 원칙적으로 모든 경우에 형법총칙상의 속인주의 원칙에 기초하여 역외적용

별규정을 적용할 수 없을 것이다. 구길모, “행정형법의 장소적 적용범위 - 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결”, 동아법학 제82호 (2019. 2), 508면 참조.

33) 형법 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

34) 형법 제3조(내국인의 국외범) 본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.

35) 대법원 1986. 6. 24. 선고 86도403 판결, 대법원 2001. 9. 25. 선고 99도3337 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결.

이 가능하게 된다는 모순이 발생한다. 이에 따라 상식적으로 처벌하지 않는 것이 당연한 경우로 보이는 무자격자인 내국인의 국외에서의 안마업 행위에 대해서도 국내에서 의료법 위반으로 기소되고 1심과 원심에서 유죄판결이 선고되는 등 심각한 문제가 발생하였다.³⁶⁾ 상기 대법원 판결은 범죄의 구성요건 해당성 판단 단계에서 개별 행정법규의 입법 목적과 취지를 고려하여 속인주의에 따른 역외적용의 장소적 범위를 판단하도록 함으로써, 모든 행정형법은 원칙적으로 형법 제8조와 제3조에 따라 속인주의적 역외적용이 가능하게 된다는 기계적·형식적 결론을 배제하였다는 점에서 큰 의미가 있다.³⁷⁾

다. 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용의 법 이론적 · 실무적 타당성

우선 속인주의에 따라 하도급법을 해외건설공사에 대해 적용할 경우, 이론적으로 해외건설공사 소재지국의 속주주의적 관할권 행사와 국제법상 관할권 충돌 문제가 발생할 가능성이 있다. 한국 하도급법상 강제되는 의무가 해외건설공사 소재지국 법률에 저촉되는 경우 등을 상정할 수 있

을 것이다. 다만 실무상 아직까지 하도급법의 준수가 해외건설공사 소재지국의 법률상 의무와 심각하게 충돌하는 경우를 보지 못한 점, 또한 앞서 살펴본 바와 같이 하도급법의 인적 적용범위가 건설법상 건설업자 등 국내법상 등록건설업자, 즉 사실상 내국인으로 제한되어 국내에서의 강제조사 및 수사만으로도 하도급법 적용에 큰 어려움이 없으므로 한국정부가 외국영토 내에서의 강제조사 또는 수사 등 집행관할권의 행사로까지 나아갈 가능성이 낮다는 점, 속인주의는 국제법상 전통적으로 인정되어온 관할권 원칙 중 하나라는 점 등을 고려하면, 현실적으로 하도급법의 해외건설공사에 대한 속인주의적 적용으로 인한 관할권 충돌의 문제는 심각하지 않을 것으로 보인다.

그보다는 국내법인간의 하도급계약이기만 하면 하도급법의 일반적인 해외건설공사에 대한 적용이 가능하다고 보는 듯한 현재의 공정위 실무는 국내법상 법률유보의 원칙, 규제법정주의,³⁸⁾ 죄형법정주의³⁹⁾ 위반가능성이 문제된다. 앞서 살펴본 바와 같이 행정법규는 원칙적으로 속주주의 원칙에 따라 국내에 한하여 효력이 미친다는

36) 구길모, “행정형법의 장소적 적용범위 - 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결”, 동아법학 제82호 (2019. 2), 513면-515면.

37) 다만 이에 대해서는 대법원이 형법 제3조와 관련된 사안임에도 형법 제8조를 직접적인 해석의 도구로 삼지 않았다는 측면, 즉 행정형법의 적용범위의 문제를 구성요건 단계의 문제로 끌어내린 잘못된 판결이라는 비판이 존재한다. *Ibid.*, 526면 이하 참조.

것이 통설⁴⁰⁾과 판례이다. 따라서 행정법규의 역외적용은 자본시장법 및 공정거래법과 같이 명문의 역외적용 근거규정이 있거나, 여권법 또는 국적법과 같이 속인주의적 역외적용을 전제하고 있음이 해석상 명백하거나, 과거 공정거래법의 역외적용 근거규정 신설 이전 법원이 공정거래법 제19조(부당한 공동행위의 금지)의 효과주의에 기초한 역외적용 가부에 대해 판시한 것과 마찬가지로 개별 행정법규 조항을 역외적용 하지 않으면 해당 행정법규가 추구하는 목적의 달성이 불가능함이 명백하다고 판단되는 경우에 한하여 가능하다고 보아야 한다. 행정법규에 의해 사인의 권리의무가 제한되고 제재처분이 수반되는 이상, 해당 행정법규의 역외적용을 통한 사인에 대한 권리의무 제한의 확장은 법률유보의 원칙상 반드시 명확한 법률상 근거가 있는 경우에만 가능하다고 보아야 할 것이기 때문이다. 그러나 하도급법은 공정거래법에서 분기된 법률임에도 공정거래법과 달리 명문의 역외적용 근거규정이 없다. 또한, 공

정한 하도급거래질서의 확립과 국민경제의 건전한 발전을 목적으로 할 뿐인 하도급법(동법 제1조)이 여권법 또는 국적법과 같이 속인주의적 역외적용을 당연히 전제하고 있다고 보기도 어렵다. 그렇다면 하도급법의 역외적용은 과거 공정거래법의 역외적용 조항 신설 이전 법원이 공정거래법 제19조(부당한 공동행위의 금지)의 효과주의에 기초한 역외적용 여부에 대해 판시한 것과 마찬가지로, 하도급법 개별조항별로 해외건설공사에 대해서도 적용된다고 해석하지 않으면 해당 하도급법 조항 또는 하도급법이 추구하는 목적의 달성이 불가능하다고 판단되는 경우에 한하여 개별적으로 가능하다고 보아야 할 것이다. 그런데 현재의 공정위 실무는 이러한 개별 하도급법 조항에 대한 역외적용의 불가피성 판단 없이 국내법인간의 하도급계약이 기만 하면 속인주의에 기초하여 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용이 가능하다는 것으로 보이는 바, 법률유보원칙과 규제법정주의 위반의 소지가 있다.

38) 헌법 제37조 제2항, 행정규제기본법 제4조. 한편 ‘법률유보의 원칙’이란 행정작용은 법률에 근거해서만 발동할 수 있다는 것으로서 행정은 법률이 수권한 때에 한하여 일정한 경우에 일정한 요건 하에서 행위할 수 있음을 의미한다(류지태, 박종수, 행정법신론 제15판, 박영사 (2011), 58면 참조). 또한 법률유보원칙은 기본권적 관점에서, 국민의 기본권을 제한할 때 법률에 근거를 둘 것을 요구한다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는...법률로써 제한할 수 있으며”라고 하여 모든 기본권의 제한에 통용되는 일반적인 요건으로서 법률유보를 요구하고 있다(김하열, 헌법강의 제2판, 박영사 (2020), 118면 참조).

39) 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 형법 제1조 제1항.

40) 김동희, 행정법I 제24판, 박영사 (2018), 70면, 박균성, 행정법강의 제8판, 박영사 (2011), 58면, 홍정선, 행정법특강 제10판, 박영사 (2011), 54면 등 참조.

행정형법적 측면에서도 현재의 공정위 실무는 죄형법정주의에 위반하여 처벌의 확장을 가져오는 문제가 있다. 범죄와 형벌은 미리 법률에 규정되어 있어야 하는바 해석을 통한 가벌성의 확장은 죄형법정주의 위반에 해당한다. 앞서 살펴본 바와 같이 하도급법상의 대부분의 의무 위반에 대하여 형사처벌이 가능한 바, 가벌성의 확장이 수반되는 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용을 위해서는 명확한 법적근거가 필요하다. 그러나 하도급법은 해외건설공사에 대한 적용가능성에 대하여 명시적인 근거규정을 두지 않고 있다. 또한 상기의료법위반사건에 대한 대법원 판결과 관련하여 살펴본 바와 같이, 형법 제8조와 제3조의 기계적·형식적 적용에 의한 귀결로써 하도급법의 해외건설공사에 대한 속인주의적 적용이 자동적으로 가능하다고 보는 것도 타당하지 않다. 그렇다면 대법원 판례에서와 같이, 하도급법의 입법 목적과 취지를 감안하여 대한민국 영역 외에서 건설공사를 하려는 건설업자에게까지

하도급법상 개별 금지규정에 따른 의무가 있다고 판단되는 경우에만 제한적으로 해외건설공사에 대한 적용을 인정하여야 할 것이다. 이러한 구성요건 해석은 가벌성의 확장을 가져올 수 있는바, 엄격한 기준 하에 하도급법상 개별조항별로 해외건설공사에 대한 적용여부가 판단되어야 할 것이다. 또한 하도급법의 목적과 취지 해석에 있어서도, 단순히 수급사업자의 이익보호가 하도급법의 목적이므로 구성요건 해석상 해외건설공사에 대한 속인주의적 적용이 가능하다고 보는 것은 적절하지 않을 것이다. 하도급법의 보호법익은 수급사업자의 이익의 직접적 보호가 아닌 공정한 하도급거래질서의 확립과 국민경제의 건전한 발전에 있다. 수급사업자의 이익은 공정한 하도급거래질서 확립을 통해 얻어지는 간접적·반사적 이익에 불과하다.⁴¹⁾ 따라서 수급사업자의 이익에 부합하지 않더라도, 해당 하도급법 개별조항을 해외건설공사에 대해서까지 적용하지 않으면 공정한 하도급거래질서의 확립과 국민경제

41) 이에 대해서는 반론이 있을 수 있다. 하도급법 제1조는 하도급법의 목적으로 ‘공정한 하도급거래질서의 확립’과 ‘국민경제의 건전한 발전’만을 언급하고 있을 뿐이나, 대법원 판례(대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결 등)에서 확인되는 하도급법의 제정취지는 ‘수급사업자의 열위적 지위 보완’을 포함하고 있다. 이에 따라 수급사업자의 이익의 직접적 보호가 하도급법의 목적에 포함된다고 보는 견해도 있을 수 있다. 이러한 견해에 따른다면 하도급법 개별조항별로 입법목적과 취지가 ‘공정한 하도급거래질서의 확립’과 ‘수급사업자의 열위적 지위 보완’ 중 어느 쪽에 가까운지 여부를 역외적용의 필요 여부 판단시 고려하는 접근도 가능할 수 있다. 다만 본고는 하도급법 개별조항의 엄격한 구성요건 해석을 통한 역외적용 가부 판단 없이 국내법인간의 하도급계약이건 하도급법의 해외건설공사에 대한 일반적 적용이 가능하다는 것으로 보이는 현재의 실무에 대한 서론적·문제제기적 고찰을 일차적 목적으로 하는바, 이에 대해서는 후속연구를 통해 보완하고자 한다.

의 건전한 발전이 불가능한 경우가 아니라면, 구성요건 해석을 통한 해외건설공사에 대한 적용은 엄격히 제한되어야 할 것이다. 그러나 현재의 공정위 실무는 개별 하도급법 조항의 엄격한 구성요건 해석을 통한 해외건설공사에 대한 적용가부 판단 없이, 국내법인간의 하도급계약이기만 하면 하도급법의 해외건설공사에 대한 일반적 적용과 그에 따른 형사처벌이 가능하다는 것으로 보이는데, 죄형법정주의 및 행정형법의 장소적 적용범위에 대한 상기 대법원 판결의 취지에 반할 소지가 있다.

위와 같은 법 이론적 측면 외에도, 정책적 타당성의 문제가 있다. 이는 개별 하도급법 조항의 해외건설공사에 대한 적용이 공정한 하도급거래질서의 확립과 국민경제의 건전한 발전이라는 하도급법의 목적 달성을 위해 불가피하고 과연 반드시 필요한 것인지 여부의 판단과도 관련이 있다. 하도급법을 해외건설공사에 대해 적용할 경우 만약 해외건설공사 소재지국에도 유사한 하도급거래 관련 규제가 있다면 원사업자인 한국 건설회사는 이중의 규제를 받게 된다. 해외건설공사 소재지국에 그러한 하도급거래 관련 규제가 없는 경우에도 외국 건설회사와 경쟁해야 하는 원사업자인 한국 건설회사만 국내 하도급법에 의한 법

적 제약을 받게 되어 이는 공정한 하도급거래질서 확립에 기여하기보다는 오히려 한국 해외건설업의 위축만을 가져올 수 있다. 나아가 이는 대기업인 종합건설업자(주로 원사업자, 도급업자)로 하여금 중소기업인 한국 전문건설업자(주로 수급사업자, 하도급업자)와 함께 해외건설시장에 진출하는 것을 꺼리게 할 수 있다. 실무상으로도 공정위의 하도급법 적용으로 인해 원사업자인 한국 건설회사는 입찰절차에서부터 한국 하도급업자와 외국 하도급업자를 별도로 취급하게 되며, 이 과정에서 엄격한 하도급법의 적용으로 오히려 한국 하도급업자가 불이익을 입는 경우도 발생하고 있다. 예를 들어, 해외건설공사 하도급 입찰에서 외국 하도급업자에 대해서는 입찰가격 제출 후 입찰서 검토 결과와 최저 입찰가격을 기초로 입찰가격 재협상을 하는 경우가 흔히 발견된다. 그러나 이러한 해외건설시장 입찰 관행은 하도급법 제4조 제2항 제7호⁴²⁾ 위반의 부당한 하도급대금 결정이 될 수 있어 한국 하도급업자에 대해서는 적용이 곤란하다. 결국 이는 입찰가격 재협상의 기회로부터 한국 하도급업자들만을 배제함으로써 궁극적으로 한국 하도급업자들의 해외건설시장 진출을 제약하는 요인이 될 수 있다. 국내에서

42) 하도급법 제4조 제2항 제7호는 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위를 부당한 하도급대금의 결정으로 간주한다.

와 달리 해외업체와 경쟁하는 해외건설시장에서 한국 건설회사들에만 하도급법이 적용됨으로써, 당초 입법취지와 달리 원사업자인 한국 건설회사는 물론 수급사업자인 한국 하도급업자의 이익에도 반하는 결과를 초래하게 되는 일례로 볼 수 있다. 이러한 결과는 공정한 하도급거래질서 확립과 국민경제의 건전한 발전이라는 하도급법의 목적에도 부합하지 않는다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 속인주의에 의한 하도급법의 해외건설공사에 대한 일반적 적용은 여러 법 이론적, 실무적·정책적 문제를 야기할 수 있다. 따라서 명확한 법률적 근거 없이 하도급거래 당사자가 국내법상 건설업자 등에 해당하기만 하면 해외건설공사에도 하도급법을 일반적으로 적용할 수 있다고 보는 현재의 공정위 실무는 재고되어야 한다. 공정한 하도급거래질서 확립을 위해 특정 하도급법 조항의 해외건설공사에 대한 적용이 불가피하다면, 명문의 근거규정을 마련하여 입법적으로 해결하는 것이 최형법정주의와 규제법정주의 측면에서 가장 바람직해 보인다. 그 전까지는 개별 하도급법 조항의 해석상 해외건설공사에도 적용하지 않으면 하도급법의 목적달성이 불가능함이 명백하다고 판단되는 경우에만 한하여 제한적·개별적으로 해외건설공사에 대한 적용을 허용하여야 할 것이다. 나아

가 명문의 근거규정을 마련하는 경우에도, 해외건설시장에서 국내 하도급법의 적용을 받지 않는 외국 건설회사들과 경쟁해야 하는 원사업자인 한국 건설회사들만 과도한 이중의 규제 또는 불리한 규제를 받아 해외건설업의 위축을 가져오지 않도록, 그리고 한국 하도급업자들 또한 오히려 하도급법의 적용으로 인하여 외국 하도급업자들과의 경쟁에서 불이익을 입거나 해외건설시장 진출기회를 잃게 되지 않도록, 해외건설시장의 현실과 관행을 고려하여 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용범위를 적절히 제한하여야 할 것이다.

III. 해외건설계약 주요 조항의 하도급법 위반가능성 - FIDIC 표준계약조건을 중심으로

1. 해외건설 하도급계약 체결의 실무

공정위는 하도급법 제3조의2에 따라 국내건설공사뿐만 아니라 해외건설공사에 대해서도 ‘해외건설업종 표준하도급계약서’(2014. 6. 30. 제정)를 작성하여 그 사용을 권장하고 있다. 그러나 최초 제정으로 부터 7년여가 지난 지금까지도 해외건설공사 하도급계약에서의 실무상 사용은 저조한 것으로 보인다.⁴³⁾ 면밀한 실증조사 사례는 알지 못하나, 저자의 경험과 주변

실무자들에 따르면 한국 건설회사 간의 하도급계약이라 하더라도 해외건설위탁계약 일 경우 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문 계약으로 하도급계약을 체결하는 경우가 적지 않은 것으로 보인다. 이는 공정위 표준하도급계약서가 널리 활용되고 있는 국내건설공사의 경우와 대비되는데, 국내건설공사의 경우 해외건설공사에서와 달리 지방자치단체 및 공공기관들이 조례와 입찰참가자격 사전심사기준 등을 통해 공정위 표준하도급계약서 활용에 대하여 인센티브를 부여하고 있다는 점 또한 하나의 이유가 될 수 있을 것이다⁴⁴⁾. 그러나 국내 건설공사 뿐만 아니라 해외건설공사의 경우에도 표준하도급계약서 활용 시 일정한 법령상 인센티브는 존재한다는 점,⁴⁵⁾ 설사 법령상 인센티브가 없더라도 이것이 곧 한국 건설회사들간의 하도급거래에서 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약을 체결할 이유는 되지 못한다는 점에서, 법령상 인센티브의 유무 또는 정도 차이가 국내건설공사와 해외건설공사 실무상의 표준하도급계약서 활용 차이를 설명하는 주된 이유

가 되기는 어려워 보인다. 그보다는, 해외건설공사의 특수성에 기한 다음과 같은 이유로 한국 건설회사들 간의 하도급계약에도 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약이 적지 않게 활용되고 있는 것으로 보인다.

가장 큰 이유로는 도급업자인 한국 건설회사로서는 발주자(employer)와 체결한 도급계약상의 위험을 가능한 한 하도급업자에게 전가(flow-down)시킬 수 있는 내용의 하도급계약을 체결할 필요가 있기 때문일 것이다. 예를 들어 어떠한 종류의 자연재해가 하도급계약상에서는 하도급업자의 계약상 의무 이행을 면책하는 불가항력 사유(force majeure)로 인정되는 반면, 도급계약상에서는 인정되지 않는다면, 해당 불가항력 사유 발생 시 도급업자는 중간에서 발주자에 대해 하도급업자의 계약상 의무 불이행책임을 모두 부담하게 될 것이다. 따라서 이러한 상황을 피하고자 도급업자인 한국 건설회사들은 도급계약 일반조건(general conditions)과 거의 동일하거나 도급계약 일반조건보다 하도급업자에게 다

43) 미국 건설전문매체인 ENR(Engineering News Record)가 집계하는 2020년 해외건설 매출실적 기준 상위 7개 한국 건설회사 중 5개 회사 실무자에 의하면, 공정위의 해외건설업 표준하도급계약서를 자사 표준하도급계약으로 전면적으로 도입한 경우는 없었으며 상황에 따라 부분적으로 활용하는 경우만 발견되었다.

44) 대한건설정책연구원, 건설하도급 관련 판례 및 질의회신(2014. 2), 9면.

45) 예를 들어, 하도급법 시행령 별표3은 별점의 경감기준으로서 ‘원사업자가 직전 1년 동안 계속하여 하도급거래에서 하도급법 제3조의2에 따른 표준하도급계약서를 사용한 경우’를 규정하고 있고, ‘해외건설업 표준하도급계약서’ 또한 여기서의 표준하도급계약서에 해당한다.

소 불리한 내용의 일반조건을 하도급계약에 반영하고자 한다. 이를 위해 도급계약 일반조건을 그대로 하도급계약 일반조건으로 포함시키고 필요한 부분에 한하여 특별조건(particular conditions)을 통해 수정하는 방식을 사용하거나, FIDIC 표준계약조건 기반의 자체적인 표준하도급계약 일반조건을 만들어 활용하기도 한다. 국제건설도급계약 중 상당수가 FIDIC 표준계약조건을 기반으로 작성되어 있는 것으로 보이기 때문에, 위 두 경우 모두 하도급계약 또한 자연히 영문의 FIDIC 표준계약조건 기반 계약이 되는 경우가 많다.⁴⁶⁾

그 밖에도 한국 하도급업자와 외국 하도급업자에 대한 일률적인 계약관리가 가능한 점, 도급업자인 한국 건설회사가 외국 건설회사와 공동수급체(joint venture)⁴⁷⁾로 공사를 수행하는 경우 외국 건설회사가 포함된 공동수급체가 하도급계약 당사자가 되므로 외국 건설회사의 수용도가 높은 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약을

활용할 수밖에 없게 되는 점 등의 이유가 있다.

해외건설공사에도 하도급법이 적용되어야 하는지 여부에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같이 이견이 있을 수 있다. 그러나 이미 하도급법 적용이 가능하다는 전제 하에 한국 하도급업자들이 공정위 앞으로 민원을 제기하고 있고, 공정위는 이에 대해 조사 및 시정명령 등 제재처분을 하고 있는 점, 그리고 이에 불복하는 행정소송까지 이어지고 있는 것이 실무인 점을 감안할 때, 현재 실무에서 널리 활용되고 있는 FIDIC 표준계약조건 기반의 하도급계약에 대한 하도급법 위반가능성 관점에서의 검토 필요성은 충분해 보인다. 따라서 이에서는 해외건설공사 실무상 주로 문제되는 하도급법 조항을 중심으로, 관련 FIDIC 표준계약조건 내용의 하도급법 위반가능성을 살펴보기로 한다.

46) 만약 국내에서 널리 사용되는 도급계약 일반조건과 FIDIC 표준계약조건의 내용이 같거나 유사하다면, 굳이 한국 건설회사들 간의 해외건설공사 하도급계약까지 영문의 FIDIC 표준계약조건 기반 계약으로 체결할 필요는 없을 것이며, 국내건설공사에서 주로 사용되는 국문의 표준하도급계약조건을 사용하더라도 크게 문제되지 않을 것이다. 그러나 국내건설공사 도급계약과 FIDIC 표준계약조건 간에는 내용상 차이점이 많은 것으로 보인다. 구체적 차이점에 대해서는 석광현, “FIDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준도급계약 일반조건의 비교”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7), 31면 이하 참조.

47) 도급업자(contractor)들 간 특정사업을 수행하기 위하여 결성된 공동기업체를 ‘건설공동수급체(construction joint venture)’라 하며 흔히 조인트벤처(joint venture) 혹은 컨소시엄(consortium)이라 불린다. 자세한 내용에 대하여는 정홍식, “해외건설프로젝트에서 시공자들의 건설공동수급체”, 국제거래법연구 제23권 제1호 (2014. 7), 85면 이하 참조.

2. FIDIC 표준계약조건의 종류

개별 FIDIC 표준계약조건 내용의 하도급법 위반가능성 검토에 앞서, 여러 FIDIC 표준계약조건 중 어떤 계약조건을 검토대상으로 할 것인지 판단할 필요가 있다. FIDIC은 지난 수 십 년 동안 다양한 표준계약조건을 발간하였으나,⁴⁸⁾ 현재까지 실무상 가장 널리 활용되고 있는 FIDIC 표준계약조건은 1999년 제정된 The Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: the 1999 Red Book(이하 ‘Red Book’)인 것으로 보이며,⁴⁹⁾ 이와 함께 The Conditions of Contract for Plant & Design-Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor: the 1999 Yellow Book(이하 ‘Yellow Book’) 및 프로세스플랜트, 발전플랜트, 사회기반시설 또는 프로젝트파이낸스(project finance)에 의해 자금이 조달되는 건설공사에서 주로 사용되는 The Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: the 1999 Silver Book

(이하 ‘Silver Book’)이 널리 활용되고 있다. 이 중 Red Book은 단순시공계약으로서, 도급업자는 발주자가 제공한 설계대로 시공하고 기성은 실측(measurement)에 따라 지급되며 엔지니어라는 제3자에 의해 계약이 관리된다. Yellow Book은 도급업자가 발주자 요구조건서에 따라 설계하는 설계 및 시공(Design-Build)계약으로서, 엔지니어의 확인(certification)에 기초한 기성지급조항을 가지고 있는 총액확정(lump sum)계약이다. Silver Book 또한 설계 및 시공계약에 해당하고 총액확정 계약이나, 도급업자가 설계 및 수행에 대해 전적인 책임을 지도록 보다 많은 위험이 도급업자에 전가되어 있고 엔지니어 없이 발주자가 계약을 관리한다.⁵⁰⁾ 또한 Red Book에 대해서는 FIDIC이 2011년 The Conditions of Subcontract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer(이하 ‘FIDIC Subcontract’)을 발간한 바 있다. 제목에서 알 수 있는 바와 같이, FIDIC Subcontract은 도급계약이 Red Book인 경우의 하도급계약으로서의 사용

48) FIDIC 표준계약조건의 역사와 전체 구성에 대해서는 Ellis Baker, Anthony Lavers and Rebecca Major, “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts”, The Guide to Construction Arbitration, 2nd Edn., Law Business Research (2018), p. 33 이하 또는 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로 제2판, 박영사 (2019), 43면 이하를 참조.

49) Ellis Baker, Anthony Lavers and Rebecca Major, “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts”, The Guide to Construction Arbitration, 2nd Edn., Law Business Research (2018), p. 35.

50) 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로 제2판, 박영사 (2019), 45면.

을 전제하고 있고,⁵¹⁾ 대부분의 계약조건이 Red Book과 동일하게 ‘back to back’ 방식으로 작성되어 있으나, Red Book과 달리 제3자인 엔지니어 대신 도급업자(main contractor)가 계약을 관리한다.⁵²⁾

한편 FIDIC은 2017년 Red Book과 Yellow Book, Silver Book 각각의 개정판을 발간하였고, 이는 1999년 표준계약조건의 주요 조항들을 더욱 상세하게 규정하고 당사자 간 위험배분에 대한 공평하고 균형적인 접근법을 보다 강화한 것으로 알려져 있다.⁵³⁾ 그러나 2017년 개정판이 실제로 해외건설시장에서 널리 활용되기까지는 시간이 걸릴 것으로 예상되는바, 본고에서는 사용자들에게 익숙한 1999년 표준계약조건을 검토대상으로 하기로 한다. 본고에서 다루는 1999년 표준계약조건 조항들의 경우 Red Book, Yellow Book, Silver Book에 따른 차이가 거의 없으나 일부 조항 표기 등 차이 있는바, 이중 상대적으로 차이가 큰 Red Book과 Silver Book 조항을 검토대상으로 하고 Red Book과 Silver Book

상의 조항 표기를 원용하기로 한다. 하도급계약에 대한 사용을 전제로 작성된 FIDIC Subcontract 뿐만 아니라 도급계약에 대한 사용을 전제로 작성된 Red Book과 Silver Book을 검토대상에 포함하는 이유는, 앞서 설명한바와 같은 실무상 이유로 한국 건설회사들이 Red Book 또는 Silver Book 기반의 도급계약 일반조건을 그대로 하도급계약 일반조건으로 포함시키고 필요한 부분에 한하여 특별조건을 통해 수정하는 방식을 사용하는 경우가 적지 않게 발견되기 때문이다.

FIDIC Subcontract의 경우, Silver Book 또는 Red Book 기반 도급계약 일반조건을 그대로 또는 일부만 수정하여 하도급계약 일반조건으로 반영하거나 도급업자 스스로의 자체 표준하도급계약 일반조건을 사용하는 실무상 경향을 고려할 때 그 실제 활용이 많지 않을 것으로 생각되나, 일반조건에 있어서는 Red Book과 내용상 차이가 크지 않은바 함께 검토하기로 한다. 따라서 이하에서는 검토대상인 1999년 Red

51) FIDIC, “The Conditions of Subcontract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer”, First Edn. (2011), Foreword. 다만 도급계약이 설계 및 시공을 모두 포함하는 경우에도 상당수의 하도급계약은 설계와 무관한 단순시공계약인바, 이러한 경우 도급계약이 Silver Book 기반의 계약이라 하더라도 Red Book 기반의 FIDIC Subcontract 또는 이와 유사한 내용의 하도급계약을 체결하게 된다. 그러나 이 경우 현장조건 또는 설계 등 문제에서 비롯한 하도급업자의 클레임에 대한 책임을 발주자에 전가(flow-up)하기 어려운바, 도급업자로서는 이러한 위험에 대한 면밀한 하도급계약관리가 필요하다.

52) Ellis Baker, Anthony Lavers and Rebecca Major, *supra note* 49, p. 46.

53) 김승현, *supra note* 50, 48면.

Book과 Silver Book, 2011년 FIDIC Subcontract을 통칭하여 FIDIC 표준계약조건이라고 하기로 한다.

3. FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성

해외건설공사 실무상 주로 문제되는 하도급법 위반의 불공정거래행위로는 유보금, 선급금, 기성금, 준공금 등의 과소 및 지연지급이 가장 많이 거론되고, 그 외에도 한국 하도급업자가 국내에서 주로 이용하는 건설 관련 공제조합 등 특정 금융기관을 계약이행보증 발급 기관에서 배제하는 행위, 행정편의 목적의 현지법인 설립 강요, 설계 및 물가변경 등에 따른 공사대금 변경의 어려움, 기타 원사업자의 부당한 책임전가 등이 거론된다고 한다.⁵⁴⁾ 이 중 가장 빈번히 문제되는 유보금, 선급금, 기성금, 준공금 등의 과소 및 지연지급의

문제를 하도급법 제13조 및 관련 FIDIC 표준계약조건을 중심으로 자세히 살펴보기로 한다.⁵⁵⁾ 그 외에도, FIDIC 표준계약조건이 하도급법 제3조의 서면발급 및 서류보존 의무 위반, 동 법 제8조의 부당한 위탁취소의 금지의무 위반, 동 법 제3조의4의 부당한 특약의 금지의무 위반을 야기할 가능성을 살펴본다.

가. 하도급법 제13조(하도급대금의 지급 등)

하도급법은 원사업자가 수급사업자에게 건설위탁을 하는 경우에는 목적물 등의 수령일로부터 60일 이내의 가능한 짧은 기간으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다고 규정한다(하도급법 제13조 제1항).

- 54) 한국도시행정학회, “개도국 소프트 인프라 구축을 통한 해외건설 수주 확대 방안 연구”, 국토교통부 용역 보고서 (2014. 5), 123면. 다만 원사업자 입장에서는 여기서 열거된 불공정거래행위에 각각에 대해 나름의 반론이 있을 수 있다. 예를 들어 원사업자인 한국 건설회사들이 특정 금융기관을 하도급계약이행보증 발급 기관에서 배제하는 이유는, 해당 금융기관에서 발급하는 계약이행보증이 해외건설공사 발주자들이 요구하는 무조건적 지급보증(unconditional demand guarantee), 즉 독립적 보증에 해당하지 않기 때문인 경우가 많다. 특정 하도급건설공사 관련 사유로 발주자가 원사업자가 제출한 이행보증(무조건적 지급보증)에 대해 지급청구를 하였음에도 원사업자는 해당 하도급업자가 제출한 이행보증(조건부 지급보증)에 대해 지급청구를 할 수 없다면 원사업자는 중간에서 심각한 현금흐름의 곤란을 겪을 수밖에 없다. 독립적 보증의 부당청구에 대한 비교법적 검토에 대해서는 Sung Hyun Hwang(황성현), “Preventive legal measures under Korean law against unjust bond calls”, IBA-Construction Law International, Vol 15 Issue 1 (2020) 참조.
- 55) 해외건설공사 실무상 주로 문제되는 하도급법 위반의 불공정거래행위 중 각종 공사대금의 과소 및 지연지급을 제외한 나머지는 FIDIC 표준계약조건과 무관함을 알 수 있다. 이들은 FIDIC 표준계약조건보다 원사업자에게 불리하게 체결되는 해외건설공사 도급계약의 현실과 이를 투명한 하도급계약 실무 등 해외건설공사 실무에서 기인하는 불공정거래행위에 해당하는바, 본고에서는 논하지 않기로 한다.

그런데 FIDIC 표준계약조건은 유보금(Retention Money) 명목의 일정 금원을 중간기성(Interim Payment)에서 공제하도록 하고 있다(Silver Book 제14.3(c)조, Red Book 제14.3(c)조, FIDIC Subcontract 제14.3조). 또한, 발주자/도급업자가 도급업자/하도급업자⁵⁶⁾에 대해 해당 건설계약에 따른 채권을 갖는 경우, 중간기성에서 이를 공제할 수 있도록 규정한다(Silver Book 제2.5조, Red Book 제2.5조, FIDIC Subcontract 제3.3조). 도급업자의 계약 미 준수로 인하여 야기된 수리, 교체 등 관련 비용 역시 발주자의 도급업자에 대한 중간기성 지급 시 그 지급이 보류될 수 있다고 규정한다(Silver Book 제14.6조, Red Book 제14.6조). 나아가 FIDIC Subcontract은 도급계약(main contract)의 엔지니어가 도급업자(main contractor)의 도급계약 위반 외의 사유로 하도급업자의 기성청구가 포함된 도급업자의 기성지급청구를 승인(certify)하지 않은 경우 및 도급계약의 엔지니어가 승인하였다도 발주자가 도급업자에게 해당 기성을 지급하지 않은 경우(fail to make payment)에도 도급업자는 하도급업자에 대한 해당

기성의 지급을 보류할 수 있다고 규정한다(FIDIC Subcontract 제14.6(b)조, 제14.6(c)조).

상기 FIDIC 표준계약조건들에 의하면, 도급업자는 하도급업자에게 크게 세 가지 사유로 하도급대금의 지급을 보류 또는 거부할 수 있다. 이하에서는 이 경우 각각 하도급법 제13조 위반이 성립한다고 볼 수 있는지 살펴본다.

(1) 'Pay-when-paid' 조항에 따른 대금미 지급

첫째는 도급업자가 발주자로부터 도급업자의 귀책사유 없이 해당 하도급대금 기성 부분이 포함된 도급대금 기성금을 받지 못한 경우의 하도급대금 지급 보류 또는 거부이다(FIDIC Subcontract 제14.6(b)조, 제14.6(c)조). 이는 'pay-when-paid'로 영국법계 국가들에서 널리 알려진 계약조항으로, 영국에서도 『Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996』이 적용되는 영국 국내건설공사에서는 무효(ineffective)가 된다고 한다.⁵⁷⁾ 동 법 제정의 배경이 자신의 귀책사유로 인한 발주자 등 제3자로부터의 대금미지급을 이유로 'pay-when-paid'

56) 본고에서는 모두 하도급계약에서의 활용을 전제로 논하고 있기는 하나, Red Book/Silver Book의 경우 본래 도급계약을 전제로 작성된 반면 FIDIC Subcontract의 경우 하도급계약을 전제로 작성되었는바, Red Book, Silver Book, FIDIC Subcontract에 공통적으로 적용되는 내용의 설명 시에는 당사자를 '발주자/도급업자' 및 '도급업자/하도급업자'로 표기하기로 한다.

57) Section 113 of Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, 이세중, "건설하도급 법률관계의 비교법적 일고찰", 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7), 160면.

조항을 원용하여 하도급업자 등에 대하여 대금지급을 거부할 수 없다는 영국 보통법상 법리에 있는 점을 감안하면,⁵⁸⁾ 도급업자의 귀책사유 없이 해당 하도급대금 기성 부분이 포함된 도급대금 기성금을 받지 못할 경우에만 적용 가능한 상기 FIDIC 표준 계약조건의 효력을 무효로 하는 것이 타당할지는 의문이다. 그러나 『Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996』은 발주자 등이 지급불능(insolvent)인 경우에만 예외적으로 ‘pay-when-paid’ 조항의 효력을 인정하므로,⁵⁹⁾ 상기 FIDIC 표준하도급계약조건 또한 일반적인 경우 영국 국내 건설공사에서는 무효가 된다고 보아야 될 것이다.

한국 하도급법 제13조 또한, 목적물 등의 수령일로부터 ‘60일’ 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하도록 규정하고 있는 점(동조 제1항), 오히려 발주자로부터 해당 하도급대금 기성 부분이 포함된 도급대금 기성금 등을 받았을 때에는 15일 이내에 수급사업자에게 해당 하도급대금을 지급하도록 규정하고 있을 뿐(동조 제3항) 발주자로부터 하도급대금지급기일까지 해당 하도급대금

기성 부분이 포함된 도급대금 기성금을 받지 못한 경우에 대한 하도급대금 지급보류 또는 거부의 예외를 허용하고 있지 않은 점을 고려할 때, 발주자의 도급대금 미지급을 이유로 한 관련 하도급대금 미지급은 동 법 제13조 제1항의 위반에 해당한다고 보아야 할 것이다. 공정위 또한 질의회신을 통해 “하도급계약은 원도급계약과는 별도의 계약이며 하도급법에서 하도급대금은 목적물 수령일로부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한 내에 지급하도록 규정하고 있으므로 원사업자는 발주자로부터 도급대금을 지급받지 않은 경우에도 하도급대금을 위 법정 지급기한 이내에 수급사업자에게 지급해야 한다.”고 하여 유사한 입장을 취한바 있는 것으로 보인다.⁶⁰⁾

(2) 원사업자의 유보금 공제에 따른 대금 미지급

둘째는 도급업자가 하도급업자에 대해 유보금 등 명목의 일정 금원을 하도급대금 기성에서 공제(deduct)하고 지급하는 경우의 하도급대금 지급 보류이다. FIDIC 표준 계약조건은 발주자/도급업자가 계약상 정해진 유보금 한도에 도달할 때까지 유보금 명목의 금원을 매 중간기성에서 일정비율

58) Nicholas Denny, Robert Clay, Hudson’s Building and Engineering Contracts, 13th Edn., Sweet & Maxwell U.K. (2017), para. 9-087.

59) *Ibid.*

60) 한철수 외, 하도급법 기업거래 실무가이드, 공정경쟁연합회 (2020), 251면.

로 공제할 수 있도록 규정하고 있다(Silver Book 제14.3(c)조, Red Book 제14.3(c)조, FIDIC Subcontract 제14.3조). 공제된 유보금은 공사가 완료되어 인수확인서(Taking-Over Certificate)가 발급되고 하자통지기간(Defect Notification Period)이 만료되면 순차적으로 도급업자/하도급업자에게 반환된다(Silver Book 제14.9조, Red Book 제14.9조, FIDIC Subcontract 제14.7조). FIDIC 표준계약조건은 유보금의 목적에 대해서는 침묵하고 있는데, 일반적으로 하자보수의 담보 등 도급업자/하도급업자가 계약을 이행하는 과정에서 야기할 수 있는 손해로부터 발주자/도급업자를 보호하기 위한 목적으로 관례적으로 해외건설계약조건에 포함되는 것으로 이해된다.⁶¹⁾

이러한 유보금 공제 관행과 관련하여, 공정위는 브라질 CSP 제철소 건설을 위한 브라질 CSP 제철소와 포스코건설 간의 도급계약상 유보금 조항을 그대로 차용한⁶²⁾ 포스코아이씨티와 다수의 재하도급업자간의 재하도급계약상 유보금 조항에 대하여, 하도급법 제13조가 보장하는 수급사업자의 대금지급청구권을 지나치게 제한하는

부당특약(하도급법 제3조의4 제1항)에 해당한다고 판단하고, 포스코아이씨티가 유보금 조항에 따라 매 기성에서 일정 금액을 유보한 행위에 대해서는, 당사자 간 계약상 합의에 따라 유보하였더라도, 하도급법 제13조는 강행규정으로 하도급대금 및 지연이자 미지급 사실 그 자체로서 법 위반이 성립되는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 당사자간의 약정이 강행규정에 우선할 수는 없다는 점을 들어 하도급법 제13조 위반에 해당한다고 판단한 바 있다.⁶³⁾ 실무상으로도 공정위는 건설업종 유보금 관행에 대하여 하도급대금 미지급 직권조사를 실시하는 등 유보금 공제를 하도급법 위반행위로 보고 엄중 제재하겠다는 입장인 것으로 보인다.⁶⁴⁾

하도급법 제13조가 원사업자의 하도급대금 지급 의무에 관하여 규정하면서 당사자간 합의 등 달리 상당한 이유가 있는 경우 하도급대금의 지급 거절이나 지연을 인정한다는 예외 규정을 두고 있지 않으므로, FIDIC 표준계약조건상의 유보금 조항을 이유로 하는 하도급대금의 일부 미지급 또는 지연지급은 하도급법 제13조 제1항

61) 현학봉박형근, “FIDIC 계약조건에 적용되고 있는 유보금의 적정성에 대한 연구”, 대한토목학회논문집 Vol. 38, No. 3 (2018. 6), 499면.

62) 본 사안에서도 해외건설공사하도급계약 작성에 있어 도급계약 일반조건을 그대로 하도급계약 일반조건으로 포함시키고 필요한 부분에 한하여 특별조건을 통해 수정하는 실무상 경향을 따른 것으로 보인다.

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

64) 공정거래위원회, 2016. 3. 28.자 보도참고자료 “건설업종 유보금 관행 등 하도급대금 미지급 직권조사 실시”.

의 위반으로 판단될 수밖에 없을 것이다. 다만 이 경우 해외건설공사계약 실무상 광범위하게 활용되고 있는 유보금 조항의 존재와, 통상 그 유보금의 비율이 도급업자인 한국 건설회사의 영업이익률을 상회하는 현실로 인해, 도급업자인 한국 건설회사로서는 한국 하도급업자들에 대해 이러한 유보금 부담을 분산하지 못하고 해외 발주자와 한국 하도급업자들 사이에서 상당한 재정적 부담을 안게 되는 문제가 발생한다.⁶⁵⁾ 이러한 부담은 도급업자인 한국 건설회사들이 해외건설공사 수행 시 한국 하도급업자와의 하도급계약 체결을 꺼리게 하는 원인이 될 수도 있다. 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용 여부 판단 시 해외건설시장의 현실과 관행에 대한 고려가 요구되는 부분이다.

(3) 원사업자의 상계권 행사에 따른 대금지급

셋째는 도급업자가 하도급업자에 대해 하도급계약에 따른 채권을 갖는 경우의 하도급대금 지급 보류 또는 거부이다. 도급업자의 하도급업자에 대한 하도급계약에 따른 채권은 전기, 수도 등 사용료(Silver Book 제4.19조, Red Book 제4.19조), 발주자의 장비 사용료(Silver Book 제4.20조, Red Book 제4.20조), 완공검사 통과 실패

(fail to pass the Tests on Completion)로 인한 계약금액 감액분(Silver Book 제9.4조, Red Book 제9.4조, FIDIC Subcontract 제9.2조), 하자보수 불이행으로 인한 비용(Silver Book 제11.4조, Red Book 제11.4조, FIDIC Subcontract 제11.1조) 등 하도급계약상 명시적으로 규정된 채권과 하도급업자의 계약위반에 따른 손해배상청구권 등 그 밖의 하도급계약과 관련한 모든 채권을 의미한다. FIDIC 표준계약조건에 따르면, 발주자/도급업자는 이러한 자신의 도급계약/하도급계약상 채권을 자동채권으로 하여 언제든지 도급업자/하도급업자의 발주자/도급업자에 대한 중간기성 등 도급대금채권/하도급대금채권을 상계(set off)하고 상계된 금액을 공제(deduct)하여 도급대금/하도급대금을 지급할 수 있다(Silver Book 제2.5조, Red Book 제2.5조, FIDIC Subcontract 제3.3조). 이와 같이 도급업자가 하도급업자에 대해 FIDIC 표준계약조건에 따라 상계권을 행사하고 이를 이유로 하도급대금의 일부 또는 전부를 미지급하는 경우에도 과연 하도급법 제13조 위반에 해당하는 것인지 살펴볼 필요가 있다.

이에 대해 대법원은 비록 FIDIC 표준계약조건 관련 사건은 아니지만 유사한 하도급계약분쟁 사건에서, 원사업자가 상계

65) 현학봉박형근, *supra note* 61, 499-500면.

를 주장하며 수급사업자에 대하여 대금지급을 지연하거나 거부하는 행위가 하도급법 제13조 위반에 해당하는지 여부와 관련하여, “공정위는 특단의 사정이 없는 원사업자가 대금지급기일에 하도급대금의 지급을 거절하거나 그 지급을 미루고 있는 사실 자체로써 위반행위가 되는지 여부를 판단하면 되고, 원사업자가 그 지급을 거절하거나 그 지급을 미룰만한 상당한 이유가 있는지 여부에까지 나아가 판단할 필요는 없다.”고 판시한 바 있다. 즉 대금지급 사실이 있거나 하면 즉하고 원사업자의 대금지급 사유를 판단할 필요는 없다고 판시함으로써 상계 등을 원인으로 한 민사상 채권소멸이 하도급법 제13조 위반에 대한 항변사유가 될 수 없다고 보는 듯한 입장을 취한 바 있다.⁶⁶⁾ 그러나 한편으로는, “시정명령은 하도급법 제13조 위반행위로 인한 결과가 그 당시까지 계속되고 있는지를 확인하여 비록 법 위반행위가 있더라도 하도급대금채무의 불발생 또는 변제, 상계, 정산 등 사유여하를 불문하고 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 아니한다면 그 결과의 시정을 명하는 내용의 시정명령을 할 여지는 없다고 보아야 한다.”고 판시함

으로써, 상계로 하도급법 제13조 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 않는다면 그 결과의 시정명령을 할 여지는 없다는 입장을 취한 바도 있다.⁶⁷⁾

공정위는 원사업자의 수급사업자에 대한 손해배상채권의 귀책사유 및 손해배상채권액이 아직 확정되지 않은 상태에서의 원사업자의 손해배상채권을 자동채권으로 하는 하도급대금채권 상계주장을 배척하여 왔으나,⁶⁸⁾ 채권의 존부와 금액에 대해 다툼이 없는 원사업자의 수급사업자에 대한 사급품 대금채권을 자동채권으로 하는 상계주장은 인정한 사례가 있다.⁶⁹⁾

생각건대, 적법한 상계에 의해 이미 민사상 소멸한 하도급대금채권에 대하여도 미지급시 하도급법 제13조 위반이 성립된다고 보는 것은 헌법상 법률유보원칙에 반하여 원사업자의 재산권을 과도하게 침해할 소지가 있다. 하도급법의 입법 목적인 ‘공정한 하도급거래질서 확립’(하도급법 제1조)에 비추어 보더라도, 하도급법 제13조가 적법하게 소멸한 하도급대금채권에 대해서까지 그 미지급에 대해 원사업자가 행정제재 및 형사처벌의 책임을 지도록 예

66) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94누10320 판결, 대법원 1999. 3. 9. 선고 98두17036 판결, 대법원 2009. 8. 31. 선고 2009두11478 판결.

67) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결.

68) 공정거래위원회 2016. 3. 2. 의결 제2016-065호, 공정위 2014. 10. 29 의결 제2014-240호.

69) 공정거래위원회 2016. 3. 2 의결 제2016-065호.

정하고 있다고 해석하는 것은, 지나치게 수급사업자 보호에 치우친 무리한 해석으로 보인다. 따라서 적어도 적법한 상계가 있었는지 여부에 대해 다툼이 없거나 일응 다툼의 여지가 없는 경우에 대해서도 그로 인한 대금지급시 하도급법 제13조 위반이 성립한다고 보는 것은 타당하지 않아 보인다.

비록 판례의 입장이 다소 모호해 보이는 부분은 있으나, 상기 대법원 판례와 공정위 심결례에 따를 경우, FIDIC 표준계약조건에 따라 원사업자가 수급사업자의 하도급대금채권에 대해 상계권을 행사할 수 있는 원사업자의 하도급건설공사계약상 자동채권이 수급사업자의 하도급계약 위반을 사유로 하는 손해배상청구권인 경우라면 그 존부와 금액에 대해 당사자간 다툼이 수반될 소지가 높다고 할 것인바, FIDIC 표준계약조건에 따른 원사업자의 상계권 행사와 이에 따른 하도급대금 미지급은 많은 경우 하도급법 제13조 위반의 대금지급으로 판단될 가능성이 있다.⁷⁰⁾

나. 하도급법 제3조 (서면발급 및 서류 보존)

하도급법은 원사업자가 수급사업자에게 건설위탁을 하는 경우 및 건설위탁을 한 이후에 해당 계약내역에 없는 위탁 또는 계약내역을 변경하는 위탁을 하는 경우 반드시 사전에 수급사업자에게 서면을 발급하도록 하고 있다. 또한, 그 기한은 건설위탁의 경우 수급사업자가 건설위탁 및 추가·변경위탁에 따른 계약공사를 착공하기 전까지로 규정하고 있다(하도급법 제3조 제1항). 서면에는 하도급대금과 그 지급방법 등 하도급계약의 내용 및 동 법 제16조의2 제1항에 따른 목적물 등의 공급원가 변동시 하도급대금의 조정요건, 방법 및 절차 등 대통령령으로 정하는 사항을 적고 원사업자와 수급사업자가 서명 또는 기명날인하여야 한다(동 법 제3조 제2항). 나아가, 서면에 명시되지 아니한 사항에 대하여 원사업자가 수급사업자에게 위탁수행을 요구하고 이로 인하여 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정의 경우 부당한 특약으로 보고 있다(동 법 제3조의4 제

70) 다만 공정위가 원사업자의 상계 주장을 하도급법 제13조 위반으로 보는 경우라도, 동 법 제33조(과실상계) 적용 가능성은 있다. 하도급거래공정화지침 II. 6. 라호는 “목적물의 시공 및 제조과정에서 수급사업자의 부실시공 등 수급사업자에게 책임을 돌릴 수 있는 사유가 있음이 명백하고 객관적인 증거에 의하여 입증되어 같은 수급사업자의 귀책부분에 대하여 하도급대금을 공제 또는 지연 지급하는 경우(예 : 재판의 결과 또는 수급사업자 스스로의 인정 등으로 확인 된 경우)”를 공정위 시정조치 등에 있어서의 참작사유로 ‘예시’하고 있는바, 원사업자의 상계권 행사 및 그에 따른 하도급대금지급이 이에 해당하거나, 또는 이와 대등한 그 밖의 “원사업자의 이 법 위반에 수급사업자의 책임이 있는 경우”(동 법 제33조)로 인정된다면, 공정위 시정조치 등에 있어 참작사유로 작용할 수 있을 것이다.

2항 제1호).

그런데 FIDIC 표준계약조건은 계약이행을 요구하는 발주자/도급업자의 지시(instruction)가 서면이어야 하고(Silver Book 제3.4조, Red Book 제3.3조, FIDIC Subcontract 제3.1조), 공사변경(Variation) 지시 시에는 공사변경에 관한 절차(Silver Book 제13조, Red Book 제13조, FIDIC Subcontract 제13조)가 적용됨을 규정하고 있을 뿐, 그 서면에 공사변경 지시에 따른 계약대금 변경금액이나 수급사업자의 서명 등을 필수적으로 기재하도록 요구하고 있지는 않다. 또한 공사변경을 지시할 경우 계약대금 변경절차(Silver Book 제3.5조, Red Book 제12조, FIDIC Subcontract 제12.3조)를 진행하여야 하나(Silver Book 제13.3조, Red Book 제13.3조, FIDIC Subcontract 제13.2조), 공사변경 지시 서면 발급 당시부터 계약대금 변경절차에 따른 계약대금 변경 결정 내용을 포함하여야 하는지, 일단 공사변경 지시 후 추후 계약대금 변경절차를 진행할 수 있는지 여부에 대해 분명히 규정하고 있지 않다. Silver Book 제13.3조는 “upon instructing or approving a Variation, the Employer shall proceed with Sub-Clause 3.5 [Determinations]~”라고 하여 공사변경의 지시 이후 하도급대

금변경 절차를 진행할 것을 예정하고 있다고 볼 수 있으나, Red Book 제13.3조와 FIDIC Subcontract 제13.2조는 단순히 “Each Variation/Subcontract Variation shall be evaluated in accordance with Clause 12 [Measurement and Evaluation]/Sub-Clause 12.3 [Evaluation under the Subcontract]~”라고만 규정하고 있어 하도급대금 변경절차의 진행시기가 명시적으로 규정되어 있지는 않다.

다만 FIDIC 표준계약조건이 공사변경 지시가 있는 경우 도급업자/하도급업자는 일단 이에 구속되고 이행하여야 한다(shall execute and be bound by)고 규정하고 있고 그 이행을 거부할 수 있는 사유로 자재부족 등 특정사유를 열거하고 있으나 하도급대금 변경에 대한 미합의를 포함하고 있지는 않은 점(Silver Book 제13.1조, Red Book 제13.1조, FIDIC Subcontract 제13.1조), 건설계약에서 공사변경 지시 조항을 두는 취지가 실무상 발주자 요구조건 또는 계약상세 일부가 계약체결 이후 비로소 확정되거나 변경되는 것은 불가피한 현실임에도 불구하고 매번 계약금액과 공기 변경 등에 대한 당사자 간 합의 없이는 공사변경이 불가능하게 되는 곤란을 피하기 위함에 있는 점,⁷¹⁾ 동 FIDIC 표준계약조건들 또한

71) Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, FIDIC Contract: Law and Practice 1st Edn., Informa (2010), para. 3.285.

발주자/도급업자에게 도급업자/하도급업자의 동의 없이도 일방적으로 공사변경을 지시할 수 있는 권한(unilateral right)을 부여하는 조항으로 해석되는 점⁷²⁾ 등에 비추어 보면, 공사변경을 지시하는 서면에 계약대금 변경 결정 내용이 포함되어 있지 않더라도 발주자/도급업자는 일단 도급업자/하도급업자에게 변경 작업의 이행을 요구할 수 있고, 계약대금 변경절차는 추후 진행할 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다. 실무상으로는, 발주자의 지시가 있는 경우 계약자는 일단 이를 즉시 이행하여야 하고, 이러한 지시가 계약대금 변경을 요하는 공사변경(Variation)인지 기존의 계약상 의무인지 여부, 또는 계약대금과 공기 변경의 적정성 등에 대해서는, 추후 다투어야 함을 명시적으로 규정하고 있는 계약 사례가 종종 발견된다.

따라서, 만약 원사업자가 계약대금 변경 금액 및 수급사업자의 서명 등 하도급법 제3조 제2항에서 규정하는 사항을 모두 기재한 서면을 발급하지 아니한 상태에서, FIDIC 표준계약조건에 따라 수급사업자에게 일방적으로 공사변경(Variation)을 지시(instruct)하고 계약대금 변경 등에 대한 합의 이전이라도 일단 이의 이행을 요구할 경우, 이는 하도급법 제3조 제1항 위반에

해당할 가능성이 높다. 나아가 그러한 공사변경에 따른 비용을 수급사업자에 전가할 경우 이는 하도급법 제3조의4(부당한 특약의 금지) 제2항 제1호의 위반이 될 수 있다.

다. 하도급법 제8조 (부당한 위탁취소의 금지 등)

하도급법은 원사업자는 건설위탁을 한 후 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없는 경우에는 건설위탁을 임의로 취소하거나 변경하는 행위를 하여서는 안 된다고 규정한다(하도급법 제8조 제1항 제1호). 이때 ‘위탁의 취소’라 함은 ‘위탁의 해제·해지’를 포함한다(부당한 위탁취소, 수령거부 및 반품행위에 대한 심사지침(이하 ‘부당위탁취소 심사지침’) II. 1). 나아가, 계약 해제·해지의 사유를 원사업자의 경우 관계 법령, 표준하도급계약서 등의 기준에 비해 과도하게 넓게 정하거나, 수급사업자의 경우 과도하게 좁게 정하는 약정의 경우 부당한 특약으로 보고 있다(동 법 제3조의4 제2항 제4호, 동 법 시행령 제6조의2 제5호, 부당특약고시 II. 5. 마).

부당위탁취소 심사지침은 하도급법 제8조의 ‘위법성’ 판단 시에는 원사업자가 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에

72) *Ibid.*, para. 3.386.

도 불구하고 건설위탁을 임의로 취소 또는 변경(이하 ‘취소’)한 것인지 여부를 중심으로 판단하되, 위탁계약 체결 및 위탁취소의 경위, 위탁계약의 내용 및 취소한 위탁계약의 범위, 계약이행 상황, 위탁취소의 방법 및 절차 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다고 규정한다(부당위탁취소 심사지침 III. 1. 나. (1)).

또한 부당위탁취소 심사지침은 하도급법 제8조의 ‘수급사업자의 책임으로 돌릴 사유’란 수급사업자의 귀책사유로 인해 계약을 이행할 수 없는 경우 또는 수급사업자가 계약내용을 위반하여 계약목적 달성을 할 수 없는 경우 등을 말한다고 규정하며, 예시로서 ① 수급사업자에게 파산 또는 회생절차의 신청 등 경영상의 중대한 사유가 발생하고 그로 인하여 계약내용을 정상적으로 이행할 수 없다고 인정되는 경우, ② 수급사업자가 감독관청으로부터 영업취소 또는 영업정지 등의 처분을 받은 경우로서 계약내용을 정상적으로 수행할 자격 또는 능력이 없다고 인정되는 경우, ③ 수급사업자가 특별한 이유 없이 목적물 등의 시공의 착수 등을 거부하여 납품 등의 시기(이하 ‘납기’)에 완공할 가능성이 없다고 인정되는 경우, ④ 수급사업자가 목적물 등의 품질에 영향을 미치는 주요 공정 또는 공법 등을 임의로 변경하는 등 계약의 중요한 내용을 위반하고 그 위반으

로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우를 제시한다(부당위탁취소 심사지침 III. 1. 나. (2)).

나아가 부당위탁취소 심사지침은 하도급법 제8조의 ‘임의로’ 위탁을 취소하는 행위는 원사업자가 수급사업자와 실질적인 협의 없이 일방적으로 위탁을 취소하는 행위를 말하며, 원사업자가 ‘임의로’ 위탁을 취소한 것인지 여부는 ① 위탁취소의 사유가 해당 하도급거래 계약서에 규정되어 있고 위탁취소가 위 계약서에 따른 내용 및 절차에 따라 이루어졌는지 여부, ② 원사업자와 수급사업자간에 실질적인 협의가 있었는지 여부(이때 실질적인 협의 여부는 위탁취소의 사유 등이 정상적인 거래관행에 어긋나거나 협의과정에서 원사업자가 사회통념상 옳바르지 못한 것으로 인정되는 수단 또는 방법을 사용한 것인지 여부 및 협의과정이 충분했는지 여부 등을 기준으로 판단하여야 한다고 규정한다. 만약 원사업자의 사실상의 강요에 의하거나 수급사업자의 자유로운 의사결정이 저해된 상태에서 합의서가 작성되는 등 합의의 진정성이 인정되지 않는 경우에는 실질적인 협의가 없었던 것으로 본다)고 한다, ③ 원사업자가 위탁을 취소함으로써 수급사업자가 입게 될 손실에 대하여 양 당사자가 충분한 협의를 거쳐 정당한 보상을 하고 위탁을 취소하였는지 여부를 종합적으

로 고려하여 판단하여야 한다고 규정한다 (부당위탁취소 심사지침 III. 나. (3)).

그런데 FIDIC 표준계약조건은 발주자가 언제든지 임의로(at any time for the Employer's convenience) 도급계약을 해지할 수 있다는 조항을 두고 있다(Silver Book 제15.5조, Red Book 제15.5조). 발주자가 통지한 날로부터 28일 후 또는 이행보증(Performance Security)의 반환일 중 더 늦은 날 계약해지의 효력이 발생한다. 해지사유에는 원칙적으로 제한이 없으나, 발주자 스스로 남은 공사를 수행하거나 제3자가 수행하게 하기 위한 목적으로는 본 조항에 의한 해지를 할 수 없도록 제한하고 있다. 본 조항에 의한 해지 시 발주자는 도급업자에게 불가항력 사유(Force Majeure) 계속에 의한 해지 시와 동일한 보상을 하여야 하며, 이는 기 수행 공사에 대한 대금지급, 공사를 위해 도급업자가 주문한 물품 등의 비용, 도급업자가 완공을 예상하고 이미 부담한 비용, 가설물과 공사시설물의 철거 비용 및 도급업자의 장비 철수 비용, 공사수행 인력의 귀국비용 등을 포함한다(Silver Book 제 15.5조 및 제19.6조, Red Book 제 15.5조 및 제19.6조).

따라서, (i) FIDIC 표준계약조건에 의한 발주자의 임의해지는 하도급법 제8조의 '수급사업자의 책임으로 돌릴 사유'가 없

는 경우에도 가능한 점, (ii) 설사 Silver Book 또는 Red Book 제19.6조에 의해 정당한 보상이 주어진다고 가정하더라도 ('loss of profit'이 배상되지 않으므로 정당한 보상으로 판단되기 어려울 수 있음에도 불구하고) 구체적 위탁취소사유가 계약상 규정되어 있지 아니한바 실질적 협의 없이 발주자의 일방적 통지에 의한 위탁취소가 가능한 점 등에 비추어, 원사업자가 이와 같이 FIDIC 표준계약조건에 따라 임의로 하도급계약을 해지할 경우 하도급법 제8조 위반의 부당한 건설위탁취소가 되는 것은 아닌지 문제된다. 아직까지 상기 FIDIC 표준계약조건에 의한 해지를 다룬 공정위 심결례 또는 대법원 판례는 없는 것으로 보인다. 다만 Silver Book과 Red Book 제15.5조 단서가 발주자 스스로 남은 공사를 수행하거나 제3자가 수행하게 하기 위한 목적으로는 본 조항에 의한 해지를 할 수 없다고 제한하고 있어, 현실적으로 발주자/도급업자가 그 이외의 목적으로 도급계약/하도급계약을 중도해지 하는 경우는 많지 않을 것이다. 그러나 해외건설공사 도급계약/하도급계약 실무상으로는 Silver Book 및 Red Book 제15.5조의 단서 부분이 전부 삭제되어 있거나 공기지연이 있는 경우에는 적용되지 않도록 규정하는 등 완화되어 있는 경우가 흔히 발견되는바, 해외건설공사를 수행 중인 원사업자로서는 동 조항에

근거하여, 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없는 경우에도, 비용절감 등 그 밖의 여러 이유로, 기존 수급사업자와의 계약을 임의해지 하고 잔여 하도급건설공사를 직영 전환하거나 다른 수급사업자를 통해 완성하고자 할 수 있다. 이러한 경우 FIDIC 표준계약조건에 의한 임의해지는 하도급법 위반의 부당한 건설위탁취소로 판단될 수 있을 것이다(동 법 제8조 제1항 제1호). 또한, 이와 같이 Silver Book 및 Red Book 제15.5조의 단서 부분이 삭제되어 있거나 완화되어 있어 그 사유에 사실상 제한이 없도록 변형된 FIDIC 표준계약조건상의 임의해지 조항은, 계약 해제·해지 사유를 제한적으로 열거하고 있는 해외건설업종 표준하도급계약서⁷³⁾ 등 기준에 비해 과도하게 원사업자에 의한 해제·해지 사유를 넓게 정한 약정으로서 부당특약에 해당한다고 판단될 수도 있을 것이다(동 법 제3조의4 제2항 제4호, 동 법 시행령 제6조의2 제5호, 부당특약고시 II. 5. 마).

라. 하도급법 제3조의4(부당한 특약의 금지)

하도급법은 원사업자는 수급사업자의

이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 ‘부당특약’)을 설정하여서는 아니 된다고 규정하고(동 법 제3조의4 제1항), 부당특약으로 간주되는 약정의 유형을 예시하고 있다(동 법 제3조 제2항, 동 법 시행령 제6조의2, 부당특약 고시⁷⁴⁾). 부당특약으로 예시된 유형의 약정이 아니라 하더라도, 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건으로 판단될 경우 이러한 약정은 동법 위반의 부당특약이 될 수 있다. 부당특약 심사지침⁷⁵⁾은 이와 관련하여 하도급법 및 동 법 시행령상의 부당특약간주약정을 보다 구체화하고 사례를 예시하고 있으나, 해당 지침에 열거되지 않은 사항이라 하더라도 하도급법 제3조의4 위반이 될 수 있음을 명시하고 있다(부당특약 심사지침 I).

부당특약 심사지침은 하도급법 제3조의 ‘수급사업자의 이익’이라 함은 수급사업자가 원사업자와 하도급거래를 함으로 인하여 얻게 되는 이윤발생, 기업성장, 사업확대, 종사원의 소득증대, 기술축적 등의 다양한 유무형의 경제적인 혜택을 말한다고 규정한다(부당특약 심사지침 V. 1. 가). 하도급법 제3조의4 제1항의 ‘위법성 판단기

73) 해외건설업종 표준하도급계약서(2018. 12. 28. 개정) 제57조 제1항 및 제2항.

74) 공정위 고시 제2019-4호, 하도급법 시행령 제6조의2 제5호의 ‘공정거래위원회가 정하여 고시하는 약정’의 유형을 정함을 목적으로 2019. 6. 19. 제정·시행.

75) 공정거래위원회 예규 제336호.

준'은 원사업자와 수급사업자 간에 제조 등의 위탁과 관련하여 체결한 하도급거래의 계약조건이 공정하고 타당한지 여부이다. 즉, 건설위탁과 관련된 계약조건이 원사업자와 수급사업자가 서로 동등한 입장에서 충분한 협의과정을 거쳐 결정된 것인지 여부, 원사업자가 수급사업자에게 목적물 등의 품명, 내용, 규격, 수량, 재질, 공법 등 하도급대금을 결정하는데 필요한 자료 정보를 성실하게 제공하였는지 여부, 당해 업종의 통상적인 거래관행에 어긋나는지 여부, 하도급법 및 건설산업기본법 등 관계법령의 취지에 부합하는지 여부, 목적물 등의 내용 및 특성, 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단한다(부당특약 심사지침 V. 1. 나).

앞서 FIDIC 표준계약조건과 유사한 유보금 조항에 대하여는 이미 공정위가 심결례를 통해 하도급법 제3조의4 제1항 위반의 부당특약에 해당한다고 판단한바 있음을 살펴보았다.⁷⁶⁾ 또한 FIDIC 표준계약조건상의 발주자의 임의해지 조항 또한 부당특약으로 판단될 가능성이 있음을 살펴보았다(동 법 제3조의4 제2항 제4호, 동 법 시행령 제6조의2 제5호, 부당특약고시 II. 5. 마). 하도급법 제3조의4 제1항의 부당특약 요건은 일반적인 요건이므로, 하도급법

제3조의4 제2항에 의한 부당특약간주약정에 해당하지 않더라도, 그 밖의 다른 FIDIC 표준계약조건에 대해서도 구체적 사정에 따라 부당특약 해당 여부가 다투어질 수 있을 것이다. 따라서 이하에서는 해외건설공사 실무상 가장 빈번히 다투어지는 조항 중 하나인 time-bar 조항의 부당특약 해당 가능성에 대해 살펴보기로 한다.

FIDIC 표준계약조건은, 도급업자/하도급업자가 공기연장 또는 계약대금 증액 클레임 사유의 발생 사실을 알았거나 알 수 있었어야 하는 때로부터 28일/21일 내에 발주자/도급업자에 대하여 해당 클레임 사유를 적시하여 클레임 통지를 하여야 하고, 기한 내 통지를 하지 않을 경우 해당 클레임 권리를 상실하게 된다는 time-bar 조항을 두고 있다(Silver Book 제20.1조, Red Book 제20.1조, FIDIC Subcontract 제20.2(a)). 하도급업자의 time-bar 기간(21일)이 도급업자의 time-bar 기간(28일) 보다 짧기 때문에, 도급업자로서는 하도급업자로부터 클레임 통지를 받은 이후 발주자에게 도급계약상의 time-bar 기간 내에 해당 하도급계약상 클레임과 관련하여 도급계약상 클레임을 통지하는 것이 가능하다. 이러한 time-bar 조항은 하도급법령에서 예시하는 부당특약간주약정의 유형에는 해당하지

76) 공정거래위원회, *supra note* 63.

않는다. 그러나 time-bar 기한 도과시 하도급업자는 상당한 경제적 이익을 상실할 수 있는 점, 해외건설계약 실무에서도 가장 빈번히 다투어지는 계약조항 중 하나인 점, 국내하도급계약 실무상으로는 time-bar 조항이 그다지 활용되지 않고 있는 점⁷⁷⁾ 등을 고려하면, 향후 time-bar 조항의 하도급법 제3조의4 제1항 위반의 부당특약 해당 여부가 다투어질 가능성은 충분히 보인다.

아직까지 이를 다룬 공정위 심결례 또는 대법원 판례는 없는 것으로 보인다. 다만 부당특약 심사지침상의 하도급법 제3조의4 제1항의 위법성 판단기준에 비추어 살펴보면, 부당특약 심사지침은 당해 업종의 통상적인 거래관행에 어긋나는지 여부를 위법성 여부의 판단기준 중 하나로 하고 있는 바, 국제건설계약에서 보편적으로 널리 활용되는 조항인 time-bar 조항이 그 존재 자체만으로 곧 바로 부당특약으로 판단되지는 않을 것으로 보인다. 만약 원사업자만 국내 하도급법의 적용을 받지 않는 해외건설공사 도급계약에 따라 time-bar 조항의 제한을 받고, 하도급계약에는 하도급법에 따라 time-bar 조항을 두는 것이 불가능하다면, 하도급업자들이 도급계약상 time-bar 기간을 도과하여 클레임을 통지할

경우 원사업자는 발주자에 대해 해당 하도급계약상 클레임과 관련하여 도급계약상 클레임을 제기하지 못하고 해당 클레임 권리를 상실하게 되는 결과가 초래될 수 있다. 이는 해외건설시장에서 원사업자인 한국 건설회사에게만 과도한 계약상 위험을 부담하게 하는 것이 될 수 있다.

따라서 time-bar 조항의 존재 자체만으로 부당특약 여부를 판단하기보다는, 업계의 통상적 거래관행에 비추어 도급계약상 time-bar 조항과 하도급계약상 time-bar 조항이 형평성 측면에서 적절히 비례를 맞추고 있는지 여부, 그리고 해외건설업 관행상 수급사업자의 클레임 권리 상실 기한이 적절하다고 판단되는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 부당특약 여부를 판단해야 할 것이다. 예를 들어, 해외건설업의 통상적 거래관행의 표지 중 하나로 볼 수 있는 FIDIC 표준계약조건에서의 time-bar 기간인 28일/21일과 비교하여, 또는 해당 해외건설공사의 도급계약상 time-bar 기간과 비교하여, 합리적 이유 없이 하도급계약상의 time-bar 기간만 현저히 짧게 규정되어 있다면, 이는 부당특약으로 판단될 수 있을 것이다.

77) 석광현, “FIDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준하도급계약 일반조건의 비교”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7), 77면.

IV. 결 론

이상과 같이 해외건설공사에 대해 국내 법인 하도급법을 적용하여 행정적·형사적 제제를 하는 것이 가능한지 여부와 관련하여, 공정위 및 법원 실무의 태도와 법 이론·실무적 측면에서의 타당성을 살펴보았다. 공정위 및 법원 실무는 하도급법의 속 인주의에 기초한 해외건설공사에 대한 일반적 적용이 가능하다고 전제하는 것으로 보인다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 명확한 법률적 근거 없는 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용은 죄형법정주의, 규제 법정주의, 법률유보원칙 위반의 문제를 야기할 수 있는바, 하도급거래 당사자가 국내법상 건설업자 등에 해당하기만 하면 해외건설공사에도 하도급법을 일반적으로 적용할 수 있다고 보는 현재의 공정위 실무는 재고되어야 한다. 특히 수년 전부터 하도급법위반사건에 대한 공정위의 전속 고발권 폐지 논의가 계속되는 등 하도급거래분쟁의 형사사건화 경향이 가속화될 조짐이 있는 점을 고려하면, 현재의 공정위 실무에 대한 재고 필요성은 더욱 높아지고 있다고 할 수 있다. 또한, 공정한 하도급거래질서 확립을 위해 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용이 불가피하다는 정책적 판단이 있는 경우라 하더라도, 명문의 근거규정을 마련하는 입법적 보완이 선행

되어야 한다. 입법적 보완이 있기 전까지는, 행정형법의 장소적 적용범위에 관한 최근의 대법원 판례에서와 같이, 하도급법의 입법목적과 취지를 감안하여 대한민국 영역 외에서 건설공사를 하려는 건설업자에게까지 하도급법상 개별 금지규정에 따른 의무가 있다고 판단되는 경우에만 제한적으로 해당 개별 하도급법 조항에 한하여 해외건설공사에 대한 적용을 허용하여야 할 것이다. 나아가, 해외건설공사에 대한 하도급법의 적용이 해외건설시장에서 국내 하도급법의 적용을 받지 않는 외국 건설회사들과 경쟁해야 하는 원사업자인 한국 건설회사에 대해서만 이중의 규제 또는 불리한 규제로 작용할 수 있는 점, 이로 인해 수급사업자인 한국 하도급업자 또한 오히려 외국 하도급업자들과의 경쟁에서 불이익을 입을 수 있는 점을 고려하면, 해당 개별 하도급법 조항의 해외건설공사에 대한 적용이 과연 공정한 하도급거래질서 확립과 국민경제의 건전한 발전이라는 하도급법의 목적 달성을 위해 불가피한 것인지, 오히려 해외건설업의 위축만을 가져오는 것은 아닌지 정책적으로도 신중을 기할 필요가 있다. 따라서 불가피하게 해외건설공사에 대해 적용을 하는 경우에도, 해외건설시장의 관행과 현실을 고려하여 그 적용범위를 적절히 제한하여야 할 것이다.

한편, 해외건설공사에 대한 하도급법의

적용을 전제로 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성을 살펴보았다. 앞서 살펴본 일부 FIDIC 표준계약조건을 제외하면, 그 밖의 FIDIC 표준계약조건 중 그 내용만으로도 곧 바로 하도급법 위반가능성 판단이 가능한 경우는 많지 않은 것으로 보인다. 그러나 FIDIC 표준계약조건은 상대적으로 발주자와 계약자 간 이익의 균형이 대등한 점, 해외건설시장에서의 치열한 수주 경쟁으로 인하여 현실의 해외건설공사 도급계약은 FIDIC 표준계약조건보다 발주자에 유리한 내용으로 체결되는 경우가 많은 점, 이 경우 도급업자로서는 도급계약상의 이러한 위험을 반영하여 도급계약조건과 거의 동일한 내용으로 하도급계약을 체결하거나 이러한 상황을 미리 예상하여 FIDIC 표준계약조건보다 하도급업자에게 다소 불리한 내용으로 작성된 자체 표준하도급계약을 활용할 수밖에 없게 되

는 점 등을 종합적으로 고려하면, 실제로 체결되는 한국 건설회사간 해외건설공사 하도급계약조건에는 이보다 많은 다양한 하도급법 위반가능성이 존재할 것으로 보인다. 따라서 국내법인간 하도급거래이기만 하면 해외건설공사에 대해서도 하도급법의 일반적인 적용이 가능하다고 보는 것이 현재의 공정위 실무인 이상, 그 타당성 여부와는 별개로, 원사업자인 한국 건설회사들로서는 기 체결한 FIDIC 기반의 영문 하도급계약조건 중 하도급법상 부당특약에 해당하는 내용은 없는지, 계약조건에 따른 권리행사시 하도급법 위반행위가 성립할 소지는 없는지, 만약 불필요하게 과도하게 원사업자에게 유리하게 작성된 표준하도급계약조건이 있다면 이를 미리 개정함으로써 하도급법 위반가능성을 최소화할 필요는 없는지 여부 등에 대해 사전에 면밀한 주의를 기울여야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 공정거래위원회, 2016. 3. 28.자 보도참고자료 “건설업종 유보금 관행 등 하도급대금 미 지급 직권조사 실시”
- 공정거래위원회, “해외건설업종 표준하도급계약서”, 2018. 12. 28. 개정
- 구길모, “행정형벌의 장소적 적용범위 - 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결”, 동아법학 제82호 (2019. 2),
- 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로 제2판, 박영사 (2019)
- 김대순, 국제법론 제15판, 삼영사 (2010)
- 김동희, 행정법I 제24판, 박영사 (2018)
- 김하열, 헌법강의 제2판, 박영사 (2020)
- 대한건설정책연구원, 건설하도급 관련 판례 및 질의회신 (2014. 2)
- 류지태, 박중수, 행정법신론 제15판, 박영사 (2011)
- 박균성, 행정법강의 제8판, 박영사 (2011)
- 석광현, 국제사법 해설, 박영사 (2013)
- 석광현, 정순섭, “국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로”, 증권법연구 제11권 제2호 (2010. 8)
- 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용”, 판례연구 제21집(2), 서울지방변호사회 (2007. 12)
- 석광현, “FIDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준도급계약 일반조건의 비교”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7)
- 윤해성, 최응렬, 김성규, 불공정하도급거래행위에 대한 형사제재의 한계와 개선방안 연구, 한국형사정책연구원 (2016. 2),

- 이세중, “건설하도급 법률관계의 비교법적 일고찰”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7)
- 정홍식, “FIDIC 건설표준계약에서 엔지니어의 이중적인 역할과 책임”, 법조 제64권 제8호 (2015. 8)
- 정홍식, “해외건설프로젝트에서 시공자들의 건설공동수급체”, 국제거래법연구 제23권 제1호 (2014. 7)
- 한철수 외, 하도급법 기업거래 실무가이드, 공정경쟁연합회 (2020)
- 한국도시행정학회, “개도국 소프트 인프라 구축을 통한 해외건설 수주 확대 방안 연구”, 국토교통부 용역보고서 (2014. 5)
- 현학봉·박형근, “FIDIC 계약조건에 적용되고 있는 유보금의 적정성에 대한 연구”, 대한토목학회논문집 Vol. 38, No. 3 (2018. 6)
- 홍정선, 행정법특강 제10판, 박영사 (2011)
- Andrea Hyungrae Noh(노형래), “Direct claim one link up in contracting chain: do law-makers know best?”, IBA-Construction Law International Vol. 16, Issue 1 (2021. 3)
- Baker, Ellis, et. al, FIDIC Contract: Law and Practice 1st Edn., Informa (2010)
- Baker, Ellis, et. al, “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts”, The Guide to Construction Arbitration, 2nd Edn., Law Business Research (2018)
- FIDIC, The Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: the 1999 Red Book
- FIDIC, The Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: the 1999 Silver Book
- FIDIC, The Conditions of Subcontract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer (2011)

Dennys, Nicholas, et. al, Hudson's Building and Engineering Contracts, 13th Edn., Sweet & Maxwell U.K. (2017)

Ott, David H., Public International Law in the Modern World, Pitman (1987)

Sung Hyun Hwang(황성현), "Preventive legal measures under Korean law against unjust bond calls", IBA-Construction Law International, Vol 15, Issue 1 (2020. 3)

[국문초록]

해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성 및 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성

최근 국내외 건설경기 침체로 인해 경영난에 직면한 한국 하도급업자(subcontractor)들이 공정거래위원회에 과거에는 크게 문제삼지 않았던 해외건설공사에서의 불공정하도급거래 행위를 신고하는 등 도급업자(main contractor)인 한국 건설회사의 하도급법 위반행위에 대해 적극 대응하고 있다. 실무상으로는 이미 해외건설공사에서의 하도급법 위반행위에 대한 시정명령 등의 공정위 제재처분은 물론 이에 불복하는 행정소송 등도 진행되고 있으며, 이에 따라 새로운 법적 문제들이 발생하고 있다.

본고에서는 우선 국내법인 하도급법을 해외건설공사에 적용하여 행정적·형사적 제재를 하는 것이 가능한지, 해외건설공사에 대한 적용이 가능하다면 그 법적 근거는 무엇인지 살펴본다. 이를 위해 하도급법령의 구체적 문언 및 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용에 대한 공정위와 법원의 입장을 살펴보고, 현재의 공정위 실무의 태도가 국가관할권 이론 측면에서 어떠한 이론적 기초를 갖는다고 볼 수 있을지 살펴본다. 나아가 하도급법과 같이 명문의 역외적용 근거규정이 없는 행정법규 및 행정형법의 장소적 적용범위에 관한 최근의 대법원 판례와 하도급법의 해외건설공사에 대한 일반적 적용으로 인해 해외건설공사 실무상 발생하는 문제점들을 살펴봄으로써, 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용의 법 이론적·실무적 타당성을 논한다.

한편, 한국 건설회사간의 계약이라 하더라도 해외건설공사 하도급계약(subcontract)은 실무상의 이유로 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약으로 체결되는 경우가 적지 않다. 그러나 FIDIC 표준계약조건은 국내 하도급법과 전혀 무관하게 작성되었는바 이 중 하도급법 위반 소지가 있는 부분은 없는지 살펴본다. 먼저 해외건설공사 하도급계약 실무상 가장 빈번히 문제되는 하도급법 제13조(하도급대금의 지급 등)와 관련하여, 'pay-when-paid' 조항, 유보금(Retention Money) 조항, 원사업자에 의한 상계(set-off) 조항에 따른 하도급대금의 미지급 또는 보류 행위의 하도급법 위반가능성을 논한다. 그 밖에도 하도급법 제3조(서면의 발급 및 서류의 보존), 제8조(부당한 위탁취소의 금지 등), 제3조의4(부당한 특약

의 금지)와 관련 있는 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성 문제를 함께 살펴본다.

주제어

하도급법, 원사업자, 수급사업자, 속인주의, 도급업자, 하도급업자, 행정형법, FIDIC 표준계약조건, 대금미지급, pay-when-paid, 유보금, 상계

[ABSTRACT]

A Study on Application of Subcontracting Act to Overseas Construction Projects and Violation of Subcontracting Act by Use of FIDIC Conditions of Contract

Hwang, Sung Hyun

Korean subcontractors - which are facing financial difficulties recently due to the prolonged recession in both the domestic and overseas construction industries - are actively responding to Korean main contractors' violation of Fair Transactions in Subcontracting Act ("Subcontracting Act") in overseas construction projects by referring such unfair subcontracting practices to Korean Fair Trade Commission ("KFTC"). In practice, as it is already not uncommon for KFTC imposing administrative sanctions against the violations of Subcontracting Act in overseas construction projects and Korean main contractors contesting the sanctions by filing administrative suits thereto, new legal issues are arising.

This article addresses first whether Subcontracting Act - as is a statutory domestic law - can be applied to overseas construction projects and thereby led to administrative or criminal sanctions and, if such application is possible, what the legal basis is. To this end, this article examines relevant provisions of Subcontracting Act along with KFTC and Korean courts' positions on the application of Subcontracting Act to overseas construction projects, and thereby analyses what theoretical basis the current KFTC's practice has in terms of theory of state jurisdiction. This article addresses further the legal theoretical and practical validity of the application of Subcontracting Act to overseas construction projects in the light of Korean Supreme Court's recent rulings regarding the territorial scope of application of administrative laws and administrative criminal laws that lack an express provision for extraterritorial application, as well as the practical problems which arise in overseas construction projects due to the application of Subcontracting Act.

Meanwhile, in the case of overseas construction projects, it is not uncommon that even sub-

contracts between Korean construction contractors are written and entered into in English based on FIDIC Conditions of Contract for some practical reasons. As FIDIC Conditions of Contract was, however, drawn up regardless of Korean Subcontracting Act, this article addresses the possible violation of Subcontracting Act by the use of FIDIC Conditions of Contract. First, it discusses 'pay-when-paid' clause, 'Retention Money' clause and 'set-off by main contractor' clause of FIDIC Conditions of Contract as to whether these clauses may cause violation of Article 13 of Subcontracting Act which prohibits non-payment or withholding of payment for any reasons save for certain statutory exceptions. In addition, other possible violations of Subcontracting Act by the use of FIDIC Conditions of Contract are examined as well, in respect of Article 3 (Issuance and Retention of Documents), Article 8 (Prohibition of Unreasonable Cancellation of Entrustment) and Article 3-4 (Prohibition against Unfair Special Agreements) of Subcontracting Act.

Key Words

Subcontracting Act, Main Contractor, Subcontractor, Nationality Principle, Administrative Criminal Law, FIDIC Conditions of Contract, Non-payment, Pay-when-paid, Retention Money, Set-off