

건설 하도급 규정 - 「건설산업기본법」으로 일원화해야

이 의 섭 | 한국건설산업연구원 연구위원
eslee@cerik.re.kr

건설 하도급, 과도한 규제

우리나라에서 건설 하도급과 관련한 규정은 「하도급거래공정화에 관한 법률」(이하 「하도급법」)과 「건설산업기본법」(이하 「건설법」)에 명시되어 있다.

「하도급법」은 건설업뿐만 아니라 제조업·서비스업도 적용 대상이고 「건설법」에 명시되어 있는 하도급 관련 규정은 건설업에만 적용된다. 따라서 건설업자는 건설 하도급에 관해서 「하도급법」과 「건설법」 규정을 모두 준수하여야 하고, 법 규정을 준수하기 위한 내용 파악에도 두 배의 노력이 필요한 실정이다.

「하도급법」은 산업별로 차이가 있는 하도급의 산업적 특성 차이를 고려하지 않고 제조업·서비스업·건설업을 동시에 규제하고 있다. 그러므로 건설업에서는 규제의 필요성이

존재하지 않지만 제조업에서 필요성이 제기되어 규제를 하는 경우 건설업에는 적용하기 곤란한 경우가 발생하기도 한다.

예를 들어, '납품단가 조정협의의 무제'는 제조업에는 적용이 가능할지 모르나 건설업은 적용하기가 곤란한 제도이다. '납품단가 조정협의의 무제'란 수급사업자가 원사업자에게 납품단가를 조정을 신청하면 원사업자는 수급사업자와 협상 테이블에 마주 앉아 납품 단가를 조정할 수 있는 기회를 국가가 보장하는 제도이다.

더욱이 건설 하도급은 「하도급법」의 모든 규제가 적용되고 「건설법」의 하도급 규제도 적용되므로 다른 산업의 하도급에 비하여 과도하게 규제받는다는 비판이 제기되고 있다.

본고에서는 「하도급법」과 「건설법」에서 규제하고 있는 건설 하도급

법령의 합리적 개편 방안을 모색하고자 한다.

「하도급법」과 「건설법」의 비교

먼저, 「하도급법」과 「건설법」의 차이점을 살펴보면 첫째, 「하도급법」에서 하도급이라 함은 원도급을 전제로 하지 않는 외주(outsourcing)의 의미이고, 「건설법」에서 하도급이라 함은 원도급 계약(prime contract)에 대한 하도급 계약(subcontracting)의 의미이다(표 1) 참조.

둘째, 「하도급법」은 건설업뿐만 아니라 제조업, 서비스산업이 적용 대상이며, 원도급자의 의무·금지·권장 사항, 하도급자의 준수 사항 및 발주자의 의무 사항 등을 규정하고 있고, 「건설법」은 건설산업의 하도급 방식·비율, 원도급자의 의무 사항 및 발주자의 의무 사항 등을 규정하

■ 이 슈 진 단

〈표 1〉 우리나라 「하도급법」과 「건설법」의 비교

구분	하도급법	건설법
하도급의 정의	원도급을 전제로 하지 않은 외주(outsourcing)	원도급을 전제로 한 하도급(subcontracting)
대상 산업	건설업·제조업·서비스업	건설업
적용 대상 거래	원사업자가 수급사업자보다 규모가 큰 외주 거래 (원도급자 연간 매출액 30억원 이상)	모든 건설 하도급 거래
규정 범위	원사업자의 의무·금지·권장 사항, 수급사업자의 준수 사항 및 발주자의 의무 사항 등	하도급 방식·비율, 원도급자의 의무 사항 및 발주자의 의무 사항 등
적용 순위	우선 적용	「하도급법」 다음에 적용

고 있다.

셋째, 「하도급법」은 모든 하도급(외주) 거래에 적용되는 것이 아니며 기본적으로 기업 규모가 차이가 나는 원도급자와 하도급자 간의 하도급 거래에만 적용되고, 「건설법」에 규정되어 있는 하도급 거래에 관한 사항은 하도급 거래 당사자의 규모 차이에 관계없이 적용된다. 즉, 「하도급법」에 따르면 원도급자(「하도급법」 용어로는 원사업자)¹⁾가 대기업이고 하도급자(「하도급법」 용어로는 수급사업자)가 중소기업인 경우와 원도급자와 하도급자 모두 중소기업인 경우, 건설업은 원도급자의 시공능력평가액(제조업은 연간 매출액) 또는 상시 고

용 종업원 수가 하도급자의 시공능력 평가액 또는 상시 고용 종업원 수보다 많은 자와의 거래에만 적용된다(「하도급법」 제2조 제2항 제2호).

또한, 「하도급법」은 원사업자의 연간 매출액이 30억원 미만인 경우에는 적용 대상에서 제외되고(「하도급법」 제2조 제2항 제2호 단서 및 「하도급법」 시행령 제1조의2 제4항), 「하도급법」은 하도급 거래에 관한 특별법이므로 하도급 거래에 관해서는 「건설법」 등 다른 법률에 대하여 「하도급법」이 우선적으로 적용된다.²⁾

「하도급법」 제정 취지

현행 「하도급법」은 「독점규제 및

공정거래에 관한 법률」(이하 「공정거래법」) 제23조 제1항 제4호³⁾ '자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'⁴⁾ 중 하도급 거래에 관련된 사항을 별도로 규제하기 위하여 「공정거래법」의 특별법으로 1984년 12월 31일 제정되어 1985년 4월 1일부터 운용해 오고 있다.

「공정거래법」상 특정한 하도급 거래의 행위가 불공정 거래 행위로 위법성이 인정되기 위해서는 첫째, 원사업자가 거래상 우월적 지위를 이용한 것인지 여부, 둘째, 부당하게 수급사업자에게 불이익한 것인지 여부를 판단해야 했다.

이렇게 특정한 하도급 거래의 행위

1) 「건설산업기본법」은 원도급자를 수급인, 하도급자를 하수급인으로 표현하고, 「하도급거래공정화에 관한 법률」은 원도급자는 원사업자, 하도급자는 수급사업자라는 용어를 사용한다. 본고는 해당 법률에 따라 「건설산업기본법」에서는 수급인, 하수급인이라는 용어를 사용하고, 「하도급법」에서는 원사업자, 수급사업자는 용어를 사용하며, 일반적인 사항을 기술하는 경우에는 원도급자, 하도급자라는 용어를 사용하기로 한다.

2) 「하도급법」 제34조는 "대·중소기업 상생협력촉진에 관한 법률", 「건설산업기본법」, 「정보통신공사업법」이 이 법에 어긋나는 경우에는 이 법에 따른다"라고 규정하고 있다.

3) 당시 「공정거래법」 제15조 제4호.

4) 「공정거래법」 제23조 제1항은 이 외에도 제1호에서 "부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위", 제2호 "부당하게 경쟁자를 배제하는 행위", 제3호 "부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위" 등 7가지 불공정 거래 행위를 나열하고 있다.

〈표 2〉 하나의 법에만 규정된 원도급자 의무 사항

구분	건설법	하도급법
재하도급 금지 관리 의무	- 수급인은 하수급인의 재하도급 금지 및 예외 사항에 관해서 하수급인을 관리할 의무(법 제29조의 2)	- 규정 없음.
하도급 계획 제출 의무	- 공공공사에서 수급인은 하도급 계획을 발주자에게 제출하여야 함(제31조의 2).	- 규정 없음.
하도급자 의견 청취 의무	- 수급인은 하도급하는 경우 하수급인으로부터 공정 등에 관한 의견을 청취하여야 함.	- 규정 없음.
내국 신용장 개설 의무	- 규정 없음.	- 원사업자가 수출할 물품을 하도급하는 경우 15일 이내에 내국 신용장을 개설해 주어야 함(법 제7조).
관세 등 환급액의 지급 의무	- 규정 없음.	- 원사업자가 관세 등을 환급받는 경우 15일 이내에 수급사업자에게 지급해야 함(법 제15조).
납품단가 조정 협의 의무	- 규정 없음.	- 수급사업자가 납품단가 조정을 신청하면 원사업자는 정당한 이유 없이 협의를 거부하거나 게을리 하지 못함(법 제16조의 2).
현금 결제 비율 유지 의무	- 규정 없음.	- 원사업자는 발주자로부터 지급받은 현금 비율 이상으로 수급사업자에게 지급해야 함(법 제13조 제4항).
어음 만기일 유지 의무	- 규정 없음.	- 원사업자는 발주자로부터 지급받은 현금 비율 이상으로 수급사업자에게 지급해야 함(법 제13조 제5항)

〈표 3〉 「건설법」과 「하도급법」의 중복 규정 현황(원도급자 금지 사항)

구분	건설법	하도급법
하도급자 이익의 부당 침해 금지	- 불공정행위의 금지(법 제38조) • 자재 구입처의 지정 등 하수급인에게 불리한 행위 강요 금지 • 직접시공 및 하자담보책임에 관해서 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 금지	- 부당한 하도급 대금의 결정 금지 - 물품 등을 수급사업자에게 매입 또는 사용하도록 강요 금지 등(법 제4, 5, 8, 10, 11, 12조의2, 18, 20조)
	〈위반시 제재〉 - 시정명령, 영업정지 2월 또는 과징금 4천만원(법 제81조, 제82조)	〈위반시 제재〉 - 시정조치·법 위반사실 공포, 하도급 대금 2배 이내의 과징금 - 하도급 대금 2배 이내의 벌금(제18조 및 20조 위반시 1억 5천만원 이하 벌금) (법 제25조, 25조의3, 30조)

에 대해서 위법성 여부를 판단하기 위해서는 시간이 많이 소요되었고, 이러한 것은 오히려 수급사업자에게 불리한 결과를 초래하기도 했다. 따라서 특정한 하도급 거래 행위를 미리 불공정한 거래로 규정하여 불공정 행위로 위법성을 인정하는 「하도급법」을 제정하여 하도급 거래를 규제

하기 시작했다. 즉, 특정한 하도급 거래는 자기의 지위를 부당하게 이용하는 불공정 행위로 인정하여 「하도급법」 규정의 적용을 받게 하여 「공정거래법」상의 불공정 거래 행위 조항(당시 「공정거래법」 제15조 제4호)을 적용하지 아니하게 하였다.

「하도급법」의 건설 하도급 규제

하도급 거래에서 ‘우월적 지위 남용’으로 인한 불공정 행위가 성립되기 위해서는 먼저, 원사업자가 수급사업자에 비해서 우월적 지위가 존재해야 한다.

원사업자가 수급사업자에 비해 우월적 지위에 있는 경우란 원사업자가

■ 이 슈 진 단

수급사업자에게 현저하게 불리한 요청을 하여도 수급사업자가 이것을 받아들일 수밖에 없는 경우를 의미하는 것으로 해석할 수 있다.

일본 공정거래위원회에서는 우월적 지위 여부 판단을 수급사업자의 원사업자에 대한 거래 의존도, 원사업자의 시장에 있어서의 지위, 수급사업자의 거래처 변경의 가능성, 거래 당사자 사이의 규모의 격차, 시장의 수급 관계 등을 종합적으로 판단하여 결정하고 있다.

건설 하도급은 특정한 하도급자는 수많은 원사업자와 거래를 하고 있고, 어느 원도급자도 시장의 독과점적 위치를 차지하지 않고 있으며, 원도급자가 항상 하도급자보다 규모가 큰 것도 아니다.

또한, 산업 전체에서 판매자가 독과점적 지위가 있으면(공급 독과점) 판매자는 가격을 결정할 때 구매자에 비해 우월적 지위가 있고, 수요자가 독과점적 지위에 있으면(수요 독과점) 구매자는 가격을 결정할 때 판매자에 대해 우월적 지위가 있다고 할 수 있다.

그러나, 건설산업은 완전 경쟁 시장에 가까운 시장 구조이므로 일반적으로 수요자인 원도급자가 우월적인 지위에 있다고 할 수 없다. 따라서, 건설 하도급을 「하도급법」 적용 대상으로 하는 것은 원사업자의 우월적

지위를 전제로 한 하도급 거래를 불공정한 거래로 인정하고 규제하는 「하도급법」의 제정 취지에 부합하지 않는다.

건설업 생산의 특성

건설업은 일정한 장소에서 생산이 이루어지는 특성을 가지고 있어 건설 하도급은 제조업이나 서비스업의 하도급과 동일한 규정으로 규제하는 것 보다는 건설업의 특성을 고려하여 차별적으로 「건설법」에서 규제하는 것이 타당하다.

예를 들어, 원도급자가 하도급자에게 하도급 대금을 지급한 이후 하도급자의 부도 등으로 자재 공급자나 장비업자에게 자재비나 장비 대금을 지급하지 않는 경우 대금을 지급받지 못한 자재 공급자나 장비업자가 공사 현장 등을 점거하는 일이 일상화되어 원도급자는 이를 해소하기 위해 이들 대금을 이중으로 지급하는 현상이 일반적이다.

건설 하도급에 있어서 하도급자의 이와 같은 불법 행위로 인한 원도급자의 피해를 방지하기 위한 제도적 장치를 마련할 필요성이 있으나, 현행 「하도급법」은 원도급자 규제 위주로만 규정되어 있고, 제조업과 서비스 분야의 하도급 거래를 건설업과 공통적으로 규율하는 법 체계상 수용하기도 곤란하다.

「건설법」 규정, 「하도급법」 규정 거의 포함

현행 「건설법」은 현행 「하도급법」에서 규정하고 있는 사항 중 원도급자 의무 사항에 대해서는 현금 결제 비율 유지 의무, 어음 만기일 유지의 무만이 제외되어 있다(표 2 참조). 원도급자의 금지 사항에 관해서는 「건설법」은 제38조에서 ‘불공정 행위 금지’란 제목으로 자재 구입처 지정 등 하수급인에게 불리한 행위를 강요해서는 안 된다는 규정과 수급인의 직접 시공 및 하자담보책임에 관해서 하수급인에게 불리한 특약을 요구해서는 안 된다는 규정을 두고 있고, 「하도급법」에서는 부당한 하도급 대금 결정 등 11가지 행위를 원사업자 금지 사항으로 규정하고 있다(표 3 참조).

그런데 「하도급법」에서 규정하고 있는 원사업자의 금지 사항도 「건설법」에서 발주자가 하도급 계약의 적정성 심사를 할 수 있게 하여 「하도급법」에서 규정하고 있는 원사업자의 금지 사항으로 인한 효과를 기대할 수 있다.

따라서 건설 하도급을 「하도급법」의 적용에서 제외시키고 「건설법」으로 일원화하여 규제하는 방안이 합리적인 방안이라고 판단된다. 