

주계약자공동도급제도의 개선 방안

2010. 9. 10

강운산·최민수

I. 논의 배경	4
II. 주계약자공동도급제도의 주요 내용 및 법률 관계 분석	6
III. 외국 유사 제도와의 비교 검토 및 시사점	14
IV. 주계약자공동도급제도의 문제점	19
V. 주계약자공동도급제도의 개선 방안	25

요 약

- ▶ 정부는 건설공사에서 저가 하도급의 문제점을 개선하려는 목적으로 발주자가 종합건설업자와 전문건설업자 간의 공동수급체와 계약을 체결하고, 종합건설업자가 주계약자가 되어 공사를 시공하는 ‘주계약자 공동도급’ 제도를 도입
 - 행정안전부는 주계약자 공동도급 방식을 2009년 시범사업을 거쳐 2010년부터 추정가격 2억원 이상 100억원 미만 공사에 대하여 전면 시행하였음.
- ▶ 주계약자 공동도급은 당초 목적과는 달리 건설현장에서 ‘상생협력’ 관계가 아닌 ‘경쟁’ 관계를 유발하고, 원하도급간 장기적 협력관계를 붕괴시키는 결과를 초래
 - 우수한 실적을 갖고 있는 전문건설업체가 부족한 상태에서 공사입찰에 참여하기 위하여 종합건설업체와 전문건설업체 사이에 일시적이고 1회성적인 관계 증가
 - 전문건설업체는 발주자로부터 직접 원도급을 받는 지위에 있기 때문에 주계약자의 시공 관리에 대한 조정 권한이 약화되고, 유기적 협력에 기초한 공사 수행이 곤란
 - 공동수급체 구성시 부계약자인 전문건설업체가 부족하여 부계약자를 선정하지 못한 종합건설업체는 사실상 입찰참가가 제한되는 결과를 초래
- ▶ 주계약자 공동도급은 분담이행방식에 해당하나, 주계약자에게 하자보수에 대하여 연대책임을 부과하는 것은 타당하지 않으며, 실제 운영 과정에서 책임 주체가 애매한 하자에 대해서는 분쟁이 발생하고, 하자 처리가 지연될 가능성이 높으며, 결과적으로 발주자의 리스크가 증가하고, 소비자의 피해가 우려됨.
- ▶ 주계약자공동도급제도는 전 세계적으로 유일한 제도로써, 글로벌스탠더드에 부합한다고 보기 어려우므로 폐지 혹은 적용대상 축소 필요
 - 외국의 경우, 원도급업체 뿐만 아니라 하도급 협력업체의 시공실적이나 기술능력을 평가하는 사례는 존재하나, 공사계약은 종합건설업체를 대상으로 하며, 발주자가 전문건설업체와 직접 계약시에는 프로젝트 진행이나 품질에 대하여 발주자가 직접 책임을 부담
- ▶ 현행 방식을 존치할 경우, 주계약자 공동도급 방식의 선택에 있어 발주자에게 재량권을 부여해야 함.
 - 주계약자공동도급제도의 취지가 저가하도급 문제를 해결하기 위한 것이라면, 최저가낙찰 대상 공사에 적용하는 것이 바람직함.
 - 하자책임 구분이 불분명한 건축공사, 조경공사, 복합공사 등은 제외하는 것이 바람직
 - 주계약자의 계획·관리·조정 기능 원활화를 위해 최소참여비율을 50% 이상으로 명시
 - 30억원 미만 공사는 30% 이상 원도급자의 직접시공이 의무화되어 있으며, ‘주계약자 방식’을 포함하여 공동도급 적용시 효율성이 저하되므로 적용대상에서 제외 필요

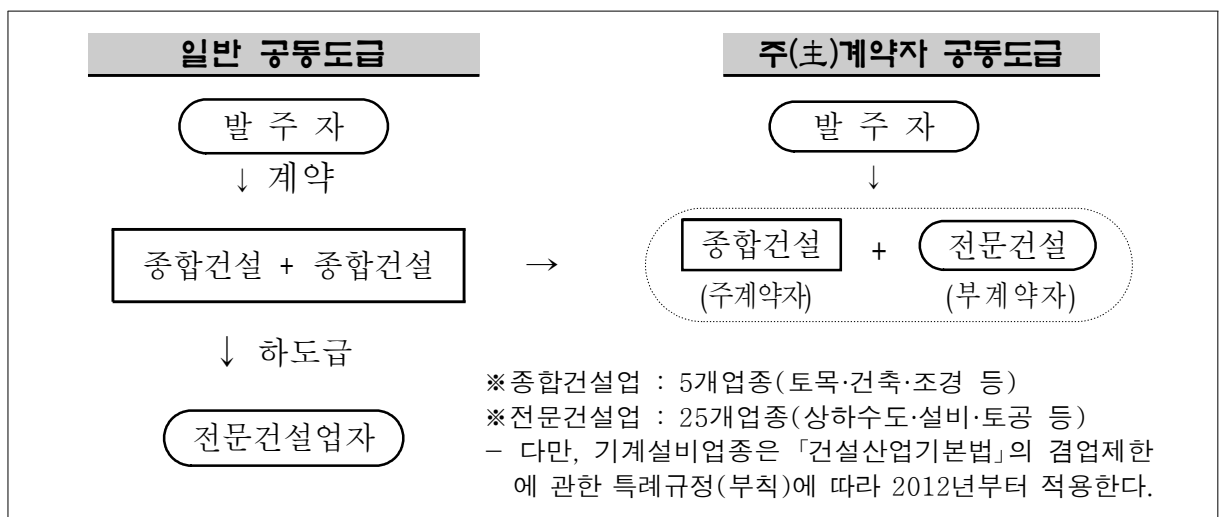
I. 논의 배경

1. 주계약자공동도급제도의 도입 경과

□ 제도의 의의

- 정부에서는 건설공사에서 저가 하도급의 문제점을 개선하고 기존 공동도급제도의 한계를 시정하기 위하여 전통적 건설생산체계와 달리 ‘종합건설업자’와 ‘전문건설업자’가 동일한 위치에서 건설생산이 참여하는 ‘주계약자 공동도급’¹⁾ 제도를 도입
- ‘주계약자 공동도급’은 건설공사를 시행하기 위한 공동수급체의 구성원 중 주계약자가 계약의 수행에 관하여 종합적인 계획·관리 및 조정을 하는 공동계약임.
- 발주자가 종합건설업자와 전문건설업자 간의 공동수급체와 계약을 체결하고, 종합건설업자가 주계약자가 되어 공사를 시공하는 방식
- 주계약자는 주계약자관리방식에 의한 공동수급체 구성원의 대표자로서, 공동계약의 수행에 관하여 종합적인 계획·관리 및 조정을 하는 자임.
- 부계약자는 주계약자관리방식에 의한 공동수급체 구성원 중에서 주계약자를 제외한 나머지 구성원을 말함.

<그림 1> 주계약자 공동도급의 체계도



자료 : 행정안전부, 지방자치단체 입찰 및 계약집행 기준, 2010.

1) 기획재정부 회계예규 ‘공동도급 운용요령’에서는 ‘주계약자 관리방식 공동도급’으로 정의되어 있으며, 행정안전부 예규에서는 ‘주계약자 공동도급’으로 정의하고 있음. 또, 일부에서는 ‘주계약자형 공동도급’이라는 용어를 사용하고 있으나, 본 연구에서는 편의상 ‘주계약자 공동도급’으로 통일하여 표기하도록 함.

□ 추진 경과

- 주계약자공동도급제도는 1999년 4월에 「건설산업기본법」에 도입되어 10년이 경과되고 있으나, 그동안 종합건설업과 전문건설업의 겸업 제한과 국가계약제도 관련 법령에서의 근거 미비 등으로 활성화되지 못하였음.
- 최근 원·하도급간 상생협력을 강화한다는 취지하에 행정안전부를 중심으로 지자체 발주공사에서 시범적으로 도입되었고, 최근 확대 적용을 검토하고 있는 상태임.

<표 1> 주계약자공동도급제도의 추진 경과

일자	주요 내용
1999. 4	·주계약자공동도급제도 근거 마련(「건설산업기본법」 개정)
1999. 8	·주계약자공동도급제도 보완(「건설산업기본법」 시행령 개정) - 공동도급 지도 근거 마련(건설교통부 장관) - 주계약자 공동도급에 대한 협력관계 우수업체 평가 근거 마련(시공능력 평가 - 실적 6%, PQ - 최고 4점)
1999. 9	·주계약자공동도급제도 보완(「건설산업기본법」 시행규칙 개정) - 부계약자 시공실적의 100%를 주계약자 실적으로 인정 - 일반 간의 공동도급 시는 시공실적의 50%만 인정 - 의무하도급 비율을 공동도급으로 대체
2000. 4	·건설교통부에서 ‘주계약자형 공동도급 운영 기준’ 제정 - 민간공사는 동 규정 적용, 국가 공사는 재정경제부 회계예규 우선 적용
2005. 12	·‘주계약자공동도급제도’ 근거 마련(「지방계약법」 제정) - 행정자치부 ‘지방자치단체 공동도급계약 운영 요령’ 제정, 시행
2009. 2 ~ 12	·주계약자 공동도급 시범 시행(16개 지자체)
2010. 1	·지자체 발주 공사에 주계약자공동도급제도 전면 시행(행정안전부)

자료 : 행정안전부

2. 연구 목적

- 행정안전부에서는 「건설산업기본법」에서 예외적으로 허용된 주계약자 공동도급 방식을 2009년 시범사업을 거쳐 2010년 1월부터 추정가격 2억원 이상 100억원 미만 공사에 대하여 전면 시행하였음.
- 주계약자 공동도급은 종합건설업체의 계약금액 축소, 종합·전문간 만점업체수 불균형에 따른 공동수급체 구성 곤란, 공사의 성질상 주계약자 관리방식이 곤란한 소규모 공사까지 발주되는 등의 문제점이 지적되고 있음

·또, 하자담보책임에 대하여 종합건설업체와 전문건설업체의 분쟁이 발생할 가능성이 높고, 계약이행과정에서 종합건설업체의 현장 장악력이 떨어지면서 공사관리에 어려움이 초래될 수 있다는 지적이 있음.

- 본 연구에서는 주계약자공동도급제도의 법적 논리상 미흡한 점을 살펴보고, 제도 도입에 따른 건설업계의 애로 사항을 분석한 후, 동 제도의 실무적인 개선 방안과 더불어 원·하도급간 상생협력을 강화할 수 있는 대응책에 대하여 살펴보고자 함.

II. 주계약자공동도급제도의 주요 내용 및 법률 관계 분석

1. 주요 내용

- 주계약자 공동도급의 주요 내용은 행정안전부 예규인 ‘지방자치단체 입찰 및 계약집행 기준’의 ‘주계약자 공동도급 운영요령(2005. 12)’을 중심으로 국토해양부의 ‘건설공사 공동도급 운영 규정’과 기획재정부 회계예규인 ‘공동도급계약 운용 요령’을 참조하여 소개함.

□ 용어와 적용 범위

- 기획재정부 회계예규 ‘공동도급 운용요령’에서는 ‘주계약자 관리방식’으로 정의되어 있으며, 행정안전부 예규에서는 ‘주계약자 공동도급’으로 정의
- 「국가계약법」이 적용되는 공사는 500억 이상의 최저가낙찰제 대상 공사를 ‘주계약자 공동도급’을 적용할 수 있는 대상으로 규정²⁾
- 단, 「건설산업기본법」상의 업종 중에서 겸업제한이 유지되고 있는 한, 기계설비공사업 등록을 한 자와 공동수급체 구성은 금지
- 「지방계약법」이 적용되는 공사는 추정가격 2억원 이상 100억원 미만인 종합건설공사를 대상으로 함.

2) 기획재정부 회계예규, ‘공동계약 운용 요령’ 제2조의 3

- 100억원 미만 공사 규모는 해당지역업체만 참여하는 지역제한대상공사로서, 지역중소업체의 수주 영역이며, 조달청 등급제한 발주대상 규모로는 종합건설업체 중 2,300위 이하 업체인 지역중소업체의 수주 영역임.
- 「건설산업기본법」상의 종합건설공사와 다른 법령에 의한 전기·정보통신·소방 등의 업종이 복합된 공사는 발주 금지

□ 낙찰자 결정방식과 입찰참가자격

- － 주계약자 공동도급 공사의 낙찰자는 적격심사방식으로 결정되며, 최적가치낙찰제, 협상에 의한 계약 방식 등은 적용되지 않으나 수의계약 체결은 가능³⁾
- － 입찰에 참여할 수 있는 주계약자는 ‘종합공사업’을 등록하여야 하고, 부계약자는 부계약자가 시공할 부분에 필요한 공사업을 등록하여야 함.⁴⁾
- 발주자는 공사의 특성에 기초하여 시공실적, 지역, 신기술·특허공법, 시공능력평가액, 재무상태 등의 기준에 의해 입찰참가자격을 제한할 수 있음.
- 특히, 시공실적제한은 발주 공사와 동일한 실적으로 제한⁵⁾
- 시공실적으로 입찰참가자격을 제한하는 경우, 주계약자가 당해 공사의 입찰공고에서 제한된 시공실적 이상을 보유하고 있어야 입찰 참가가 가능
- 1개의 법인(또는 개인)이 건설업 면허(종합건설업과 전문건설업)를 중복으로 보유하고 있는 경우, 주계약자나 부계약자 중 1개의 구성원 자격으로만 참여 가능⁶⁾
- 여러 개의 법인의 대표자가 동일인인 경우, 1개 법인만 공동수급체에 참여 가능⁷⁾

□ 공동수급체 구성

- － 공동수급체 구성 원칙
- 「국가계약법」 적용 공사는 유형별 구성원 수와 구성원별 계약참여 최소지분율을 10

3) 행정안전부, 「주계약자 공동도급 운용 요령」 참조

4) 행정안전부, 「주계약자 공동도급 운용 요령」 참조

5) 종합공사 실적에 한하고, 「지방자치단체 입찰 및 계약집행기준」(행정안전부예규) 제2장 제한입찰계약 운영요령"에도 불구하고 입찰공고일 기준 최근 5년 이내에 준공이 완료된 실적으로 함

6) 이 경우 계약담당자는 낙찰자를 결정하는 과정에서 중복으로 참여하였는지 여부를 확인하여야 하며, 중복으로 참여한 경우에는 입찰무효 처리(시행규칙 제42조)하고, 차순위자 순으로 심사 진행

7) 개인사업자 포함

- 인 이하, 5% 이하로 규정하고 있으며, 이 범위 내에서 자율적으로 수급체 구성
- 「지방계약법」 적용 공사는 계약담당자가 입찰에 참여할 구성원별로 공종내역을 구분하여 입찰공고에 명시하고, 시공참여비율이 가장 높은 자가 주계약자가 됨. 단, 공종 특성상 필요한 경우에는 시공비율이 낮더라도 주계약자가 될 수 있음.
 - － 「지방계약법」 적용 공사의 경우, 공동수급체 구성원 수는 공종별로 구분된 공사내역서에 따라 결정해야 하며, 계약담당자는 공동수급체 구성원 수를 입찰공고에 명시하고, 입찰참가자(주계약자 및 부계약자)는 발주자가 구분한 공종별 공사내역서를 숙지한 후 입찰에 참여⁸⁾
 - 공동수급체 구성원간에 하자 구분이 명확하도록 시공 분담을 정함.
 - 공종은 시공의 난이도 등을 고려하여 원칙적으로 3개 이내(주계약자 분담부분 포함)로 구분하되, 공사의 특성상 필요한 경우 5개까지 구분 가능
 - 다만, 4개 이상의 공종으로 구분하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 주계약자가 당해 공사의 주된 공종을 시공하여야 함.
 - － 주계약자와 부계약자와의 관계(행정안전부 예규)
 - 계약 담당자는 공동수급체 구성원 중 일부 구성원이 정당한 사유없이 계약을 이행하지 않은 경우로써 잔존 구성원이 연명으로 탈퇴를 요청하는 경우 그 구성원을 탈퇴시킬 수 있음.
 - 구성원의 계약이행능력이 부족하여 계약을 계획대로 이행하기 곤란한 경우에는 공동수급체 구성원이 연명으로 공사감독관을 경유하여 계약담당자에게 분담비율의 변경을 요청 가능
 - 주계약자가 중도 탈퇴할 경우에는 공동수급체가 연명으로 발주청의 계약담당자에게 요청하여 계약담당자가 새로운 주계약자를 선정하여야 함.
 - － 주계약자는 부계약자가 정당한 사유없이 계약이행 지시에 불응하거나 계약을 이행하지 않는 경우 계약담당자에게 부계약자의 탈퇴 요청 가능
 - 이 경우 계약담당자는 사실관계를 확인하여⁹⁾ 특별한 사유가 없는 한 탈퇴시켜야 하

8) 「건설산업기본법」에 의한 기계설비공사업종은 「건설산업기본법」 시행령의 겸업제한에 관한 특례규정(부칙, 2007. 5. 17)에 따라 2012년 이후부터 부계약자로 구성 가능

9) 부계약자에게 소명기회 부여 등

며, 이 경우 계약담당자는 탈퇴한 구성원의 출자비율을 주계약자에게 배분
 ·주계약자는 시방서·설계서·계약서·예정공정표·품질보증계획, 품질시험계획, 안전
 및 환경관리계획·도급내역서 등에 의하여 품질 및 시공 상태를 확인하고, 시공내용
 이 적정하지 못하다고 판단되면 부계약자에게 재시공 조치를 할 수 있음.

□ 계약의 체결과 이행

- 계약보증금, 선금보증금, 하자보수보증금의 경우 공동수급체 구성원 각각의 명의로 보증금 또는 보증서를 제출
- 「국가계약법」 적용 공사는 공동수급체 대표자 또는 공동수급체 구성원 중 1인이 보증금을 일괄 납부하는 것이 가능하며, 지자체 공사는 부계약자가 부득이한 사유로 보증서를 제출할 수 없는 경우에는 주계약자가 보증금 또는 보증서 제출 가능
- 「지방계약법」 적용 공사의 경우, 주계약자는 「건설산업기본법령」에 따라 자신의 분담 부분에 대하여는 직접시공 또는 하도급할 수 있음.
- 부계약자 중 전문건설업자는 해당 구성원이 분담한 부분에 대하여 직접시공을 해야 하며, 계약담당자는 부계약자(전문건설업자의 경우 해당)에게 직접시공 각서를 계약 체결일로부터 7일 이내에 제출하게 하여야 함.

□ 계약이행(하자담보)책임

- 「국가계약법」이 적용되는 공사의 경우, 구성원은 각자 자신이 분담한 부분에 대해서만 책임을 부담
- 불이행시 그 구성원의 보증기관이 책임을 지며, 주계약자는 최종적으로 전체계약에 대하여 책임을 지되, 불이행시 주계약자의 보증기관이 책임을 부담
- 「지방계약법」이 적용되는 공사는 구성원 자신이 시공한 부분에 대하여 각각 하자의 책임을 부담
- 구성원간 하자구분이 곤란한 경우 관련 구성원이 연대하여 하자보수 책임을 부담
- 시공구분이 명확한 공종의 경우에는 공종별 하자책임기간에 따르며, 공종별 하자책임구분이 곤란한 경우에는 주공종의 하자책임기간으로 하자보증기간을 정함.

□ 대가지급과 현장 관리

- 「국가계약법」이 적용되는 공사는 선금·대가 등의 지급에 있어 공동수급체 구성원별로 구분 기재된 신청서를 공동수급체 대표자가 제출하도록 하고 있음.
- 다만, 공동수급체 대표자가 부도, 파산 등의 부득이한 사유로 신청서를 제출할 수 없는 경우에는 공동수급체의 다른 모든 구성원의 연명으로 이를 제출
- 선금·대가 등의 지급은 신청이 있을 경우, 신청된 금액을 공동수급체 구성원 각자에게 지급하나, 주계약자관리방식에 의한 공동계약일 경우 선금 지급은 공동수급 대표자가 부도·파산 등 부득이한 사유로 신청서를 제출할 수 없는 경우를 제외하고는 공동수급체 대표자에게 지급
- 「지방계약법」이 적용되는 공사의 경우, 선금·기성금·준공금은 구성원 각각의 청구를 받아 구성원별로 지급함.
- 다만, 선금의 경우 구성원 각각에게 지급하지 못할 불가피한 사유가 있는 경우에는 주계약자에게 일괄 지급할 수 있으며, 이 경우 주계약자는 부계약자에게 수령일로부터 7일 이내에 지급해야 함.
- 「지방계약법」이 적용되는 공사의 구성원별 계약금액은 총 계약금액을 기준으로 시공비율을 곱하여 결정하고, 현장대리인은 구성원별로 각자 선임하여야 함.

2. 주계약자 공동도급의 법률 관계 분석

□ 공동수급체

- 공동도급은 도급인과 공동으로 도급계약을 체결하는 것을 말하며, 도급인과의 관계를 기준으로 ‘공동수급체’라고 함.
- 공동수급체란 ‘2인 이상의 수인이 연합하여 각각 출자를 하고 어떠한 공사를 공동으로 행할 것을 목적으로 구성하는 인적 결합의 단체’로 조인트벤처(Joint Venture¹⁰⁾)와 유사한 개념임.

10) Joint Venture : A Joint Venture is a business or project in which two or more companies or individuals have invested, with the intention of working together(Encyclopedia of Small Business, The Gale Group, Inc).

- 공동수급체는 시공방식에 따라 공동이행방식과 분담이행방식 그리고 주계약자 공동도급으로 구분
- 공동이행방식은 공동수급체의 각각의 구성원이 자금을 각출하고, 인원, 자재, 설비 등을 공여하여 공동의 계산으로 계약을 이행하는 방법으로 시공책임을 구성원이 연대하여 부담
- 분담이행방식은 공동수급체 각각의 구성원이 계약의 목적물인 공사를 분할하여 각각 그 분담부분에 대하여만 자기의 책임으로 이행하고 공통경비만 각출하여 계약을 이행하는 방법으로 분담부분에 대해서만 시공책임을 부담
- 주계약자 공동도급은 분담이행방식으로 공사를 시행하고 구성원 중에 주계약자를 선정하여 전체 공사의 계획, 관리 및 조정을 담당하도록 하여 계약을 이행하도록 하는 방법으로 주계약자는 자신의 분담부분 이외에 다른 구성원의 계약 이행에 대해서도 연대 책임을 부담

<표 2> 기존 공동도급 방식과 주계약자 공동도급 방식의 비교

구 분	공동이행방식	분담이행방식	주계약자 관리방식
① 구성방식	출자비율로 구성	분담내용으로 구성 (면허분담 가능)	주계약자는 종합조정·관리 및 분담시공 부계약자는 분담내용에 따라 시공
② 대표자	공동수급체 총괄관리	공동수급체 총괄관리	주계약자가 총괄관리
③ 하자책임	구성원 연대책임	구성원 각자 책임	구성원 각자 책임(원칙) *다만, 하자구분이 곤란한 경우 관련 구성원 연대책임
④ 하도급	구성원 전원 동의시 하도급 가능	구성원 각자 책임하에 하도급 가능	부계약자 중 전문건설업자는 직접시공 의무
⑤ 실적인정	금액 : 출자비율로 산정 규모 : 실제 시공부분	구성원별 분담시공 부분	주계약자 : 전체실적 인정 부계약자 : 분담시공 부분

자료 : 행정안전부, 지방자치단체 입찰 및 계약집행 기준, 2010.

□ 공동수급체의 법적 성질

1) 민법상 조합설

- 공동수급체의 법적 성질을 민법상 조합으로 보는 견해로서, 판례의 입장이기도 함.
- 조합으로 보는 근거는 공동수체 구성이 계약에 기초하고 공동표준협정서 외에 별도의 정관이 없고 구성원 개인이 각기 책임에 대하여 직접 책임을 부담하는 점 등임.

2) 지분적 조합설

- 민법상 조합이 합수적 조합(Gesamthandsgesellschaft)이라면 공동수급체는 공동수급체를 결성할 때, 조합원이 조합재산에 관하여 지분소유권을 보유하기로 합의한 지분적 조합(Gesellschaft nach Bruchteilen)으로 보는 견해

3) 이분설

- 공동수급체의 법적 성질이 공동이행방식에서는 조합으로 볼 수 있으나 분담이행방식에서는 조합으로 볼 수 없다는 견해임.
- 분담이행방식은 구성원 각자가 시공부분이 구분되어 있고 계약이행 책임 및 제3자에 대한 책임을 분담하고 있어 연대성이 결여되므로 조합으로 볼 수 없다는 견해

□ 공동수급체의 법적 성질에 대한 판례

1) 공동이행방식

- 공동수급체에 대해 ‘기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지는 것이므로 그 구성원의 일방이 공동수급체의 대표자로서 업무집행자의 지위에 있었다고 한다면, 그 구성원들 사이에는 민법상의 조합에 있어서 조합의 업무집행자와 조합원의 관계에 있었다고 할 것이다’라고 판결¹¹⁾
- 그러나 민법상의 조합이라는 판결에 배치되는 ‘도급인과 공동수급체간의 채권, 채무가 공동수급체에 합수적으로 귀속하는 것이 아니라, 각 구성원에게 직접 지분비율로 귀속하는 것’으로 보는 판례¹²⁾¹³⁾도 존재

11) 대법원 2000. 12. 12 선고99다49620 판결

12) “공동수급체의 구성원이 발주자에 대한 계약상의 의무이행에 대하여 연대하여 책임을 진다고 규정되어 있다고 하더라도, 도급계약의 내용에 선급금 반환채무 등에 관한 다른 구성원의 의무에 관하여는 명시적인 규정이 없고, 선급금에 관하여는 별도의 규정을 두어 그 반환채무의 담보방법으로 수급인이 제출하여야 할 문서로서 보험사업자의 보증보험증권이나 건설공제조합의 지급보증서 등 그 담보력이 충분한 것으로 제한하고 있다면, 공동수급체의 각 구성원의 연대책임의 범위는 선급금 반환채무에까지는 미치지 아니한다고 봄이 상당하므로, 공동수급체의 구성원으로서 특별한 사정이 없는 한 다른 구성원의 선급금 반환채무에 관하여는 책임을 부담하지 않는다”(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다61623 판결)

13) “공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그 법률관계에 대하여는 조합에 관한 민법의 규정이 적용된다고 할 것이나, 재정경제부 회계예규(2200.04-136-4)인 공동도급계약운용요령 제11조와 재정경제부 회계예규(2200.04-131-3)인 선급지급요령 제3조 등 관련 규정들에 의하면 정부나 지방자치단체의 공사도급계약에 있어서는 선급금과 공사대금은 각 구성원별로 따로 따로 정산하도록 되어 있고, 또한 공동수급협정서에 공동수급체의 구성원이 발주자에 대한 계약상의 의무이행에 대하여 연대하여 책임을 진다고 규정되어 있다고 하더라도, 도급계약의 내용에 선급금 반환채무 등에 관한 다른 구성원의 의무에 관하여는 명시적인 규정이 없고, 선급금에 관하여는 별도의 규정을 두어 그 반환채무의 담보방

2) 분담이행방식

- 공동이행방식과는 달리 ‘공동수급인이 분담이행방식에 의한 계약을 체결한 경우에는 공사의 성질상 어느 구성원의 분담부분 공사가 지체됨으로써 타 구성원의 분담부분 공사도 지체될 수밖에 없는 경우라도 특별한 사정이 없는 한 공사 지체를 직접 야기한 구성원만 분담 부분에 한하여 지체상금의 납부의무를 부담한다’라고 판결¹⁴⁾
- 이 판결이 갖는 의미는 공동도급이라 할지라도 분담이행방식과 공동이행방식의 경우, 서로 다른 법리를 적용한다는 사실을 명확하게 밝힌 것임.¹⁵⁾
- 이는 분담이행방식에서 공동수급체를 민법상의 조합으로 보지 않고 도급 목적물을 분할하여 수개의 도급계약을 체결한 경우와 큰 차이가 없는 것으로 판단하는 것임.

□ 주계약자 관리방식 공동수급체의 법적 성질

- 우선 주계약자 공동도급은 분담이행방식의 공동수급체임.
- 앞서 검토한 바와 같이 분담이행방식의 공동수급체 관계는 민법상의 조합의 성격이 아니며, 구성원 하나의 과실이 전체 공사에 부정적 영향(공사기간, 품질 등)을 미쳤다고 해도 그 책임은 그 과실의 주체만 부담해야 할 것으로 판단됨.
- 또, 주계약자 공동도급에서는 부계약자의 공사대금을 발주자가 직접 지급하고 있어 공동수급체 구성원 간의 연대성이 약하여 법적으로는 사실상의 분할 계약으로 보는 것이 타당함.
- 따라서 주계약자공동도급제도는 기본 법적 성질과 배치되어 무리하게 종합건설업체에게 과도한 책임을 부과하는 행정 편의적 제도에 불과

법으로 수급인이 제출하여야 할 문서로서 보험사업자의 보증보험증권이나 건설공제조합의 지급보증서 등 그 담보력이 충분한 것으로 제한하고 있다면, 공동수급체의 각 구성원의 연대책임의 범위는 선급금 반환채무에까지는 미치지 아니한다고 봄이 상당하므로, 공동수급체의 구성원으로서 특별한 사정이 없는 한 다른 구성원의 선급금 반환채무에 관하여 책임을 부담하지 않는다고 할 것이다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2001다61623 판결, 2001. 7. 13. 선고 99다68584 판결 등 참조)(대법원 2002. 8. 23. 선고 2001다14337 판결)

14) 대법원 1998. 10. 2 선고 98다33888 판결

15) 분담이행방식은 일부 공동비용의 분담, 일부 구성원이 계약을 이행할 수 없는 경우 연대보증인의 보충을 통한 이행책임 확보, 공동수급인간에 면허나 도급한도액등의 활용 등은 공동이행방식과 같음 점이라고 할 수 있음.

III. 외국 유사 제도와의 비교 검토 및 시사점

1. 외국 제도의 검토

□ 영국 : 프라임컨트랙팅(Prime Contracting) 방식

- 영국은 기존 공공건설사업 조달과정에서 나타나고 있는 발주자와 건설업계의 적대적 관계와 건설생산과정의 통합성 취약이라는 문제점을 해소하기 위해 프라임 계약방식을 개발하고 시범사업을 통해 그 효과를 입증해 왔으며, 영국 조달청(OGC : Office of Government Commerce)에서는 공공 건설사업 발주시 프라임계약 방식을 적극 활용하도록 권고하고 있음.¹⁶⁾
- ‘프라임계약방식’은 발주자와 프라임계약자(Prime Contractor) 간에 이루어지는 계약을 말하며, 입찰 참여시 프라임계약자는 미리 확정된 공급망(Supply Chain)과 함께 평가받고 선정됨.
- 프라임계약은 신뢰와 협력을 원칙으로 공급사슬의 구성원들이 장기간의 협력관계를 구축하는 것을 의미함.
- 프라임계약은 발주자와 공급사슬 구성원의 장기적인 1대 다(多)의 파트너링방식으로 간주되어 파트너링과 공급사슬관리 개념이 통합된 것으로 볼 수 있음.
- 프라임계약에서 가장 주도적인 역할을 담당하는 주체를 프라임계약자라고 하는데, 설계, 건설자재 공급, 금융회사 등 공급망¹⁷⁾ 구성원 전원을 대표하면서 프로젝트 수행에 대한 총체적 책임을 지는 주체임.
- 프라임계약자는 공급사슬 내에 속한 공급자들을 통합·조정하는 역할을 담당하며, 정해진 예산과 공기 내에서 건설사업 수행에 대한 총체적인 책임을 가지게 됨.
- 주계약자 공동도급과의 차이점
- 프라임계약은 공급사슬의 구성원들이 장기간의 협력관계를 추구하나, 주계약자 공동도급은 장기적 협력관계보다는 입찰 참가를 위하여 1회성 관계가 증가됨.

16) 영국 국방부(Ministry of Defence)를 중심으로 ‘Building Down Barriers’라는 혁신프로그램이 1997년에서 2000년까지 4개년에 걸쳐 진행되었는데, 이 프로그램은 프라임계약을 정형화하고 효과를 증명하는 것을 주요 사안으로 삼았으며, 정부상무청(OGC)에서는 그 우수한 성과를 본받아 공공 건설사업 발주시 프라임계약방식을 적극적으로 활용할 것을 권장하고 있음.

17) 건설생산 측면에서 공급사슬은 자재 및 장비 등을 생산·운송하는 기업과 설계, 시공, 감리, 사업관리, 유지 및 관리 등을 담당하는 기업, 그리고 발주자 등이 유기적인 관계를 맺고 건설생산 과정에 참여하는 일련의 사슬을 의미함.

- 공급사슬과 함께 평가를 받아 최종 낙찰자를 결정하게 되나, 발주자는 프라임컨트랙터와 계약하며, 공급사슬과는 직접적인 계약관계가 없음.

□ 미국¹⁸⁾

1) Contractor Team Arrangement 제도

- 미국의 계약자팀제도(CTA : Contractor Team Arrangement)는 미국 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation : FAR)에서 정하고 있는데, 두 가지 유형이 있음.
- 첫째는 ‘둘 또는 그 이상의’ 사업자가 파트너십이나 조인트 벤처를 구성하여 주계약자로 공사에 참여하는 것으로서, 우리의 공동도급 제도와 유사함.
- 두번째는 특정한 계약이나 조달프로그램과 관련하여 ‘하나 또는 그 이상의’ 사업자가 하도급자로 활동하는 내용으로 주계약자가 하도급자들과 협정을 맺는 경우이며, 이는 우리나라의 고전적인 원·하도급 제도와 유사
- FAR에서는 CTA가 사업자 간의 고유한 역량의 보완과 구매 및 공급체계, 가격과 품질에 있어 최선의 결합을 제공하는 점을 규정
- 미 조달청은 CTA의 장점으로서 단일 솔루션에 의한 고객 만족, 경쟁 제고, 시장점유율 제고, 핵심적 역량 강화, 상호 역량의 보완, 서로 다른 기술을 통합, 고객에 추가적 기회의 제공, 발주자와 직접적 관계 수립, 리스크와 보상을 공유, 중소기업에 추가 기회제공, 비용 절감 등을 제시
- CTA의 구성은 자율적으로 이루어지고 조달청은 이를 승인하며, 계약이행의 책임은 각 구성원이 개별적으로 부담하고 구성원 사이의 분쟁에는 정부가 개입하지 않음.
- 주계약자 공동도급과 차이점 : 미국의 CTA는 ‘조인트벤처’로 공동수급체 구성의 자율성이 철저하게 보장되며, 계약담당자는 이를 승인하는 역할을 담당
- 주계약자 공동도급은 자율적인 공동수급체의 구성을 제도적으로 차단

2) Leader Company Contracting 제도

- 미국의 선도기업계약(LCC : Leader Company Contracting)제도는 FAR Subpart 17.4에 규정

18) 김대인, “주계약자공동도급제도 발전 방안”, pp.26-29, 2010년 한국지방계약학회 학술대회 발표 논문

- LCC는 특별한 상황에서 인정되는 예외적 구매절차이며, 해당기관에서 정하는 절차와 규정에 따라 시행(수급체 구성의 강제성)
- 선도기업(Leader Company)으로는 제품이나 시스템의 개발자가 지정되며, 후발기업(Follower Company)에 노하우를 전수
- 조달기간의 단축, 공급자의 지리적 분산 달성, 희소수단 및 특별장치 사용의 극대화, 경제적 효율성 달성, 장치의 단일성과 신뢰성 제고, 부품의 부합성과 표준화 제고, 부품의 상호간 호환성 제공, 지적재산권 문제 해결 등이 계약의 목적

－ LCC가 허용되는 경우

- 선도기업이 필요한 제품 노하우를 가지고 있고, 후발기업에게 필요한 지원을 제공할 수 있는 경우
- 선도기업의 지원 없이는 다른 지원이 정부의 요청을 만족시킬 수 없는 경우
- 선도기업의 지원이 후발기업이 해당제품을 생산하는 본질적인 부분을 제한하는 경우
- 해당기관의 절차에 따라 승인되는 경우

－ LCC 계약체결 방식

- 선도기업과 원도급 체결, 선도기업이 최종생산품의 일정 부분을 후발기업에 하도급을 주고 후발기업의 제품 생산을 지원하는 의무를 부여하는 방식
- 선고기업과 후발기업에 대한 지원을 조건으로 원도급 체결, 제품생산과 관련 후발기업과 직접 원도급 계약을 체결하는 방식
- 후발기업과 원도급계약 체결, 후발기업은 선도기업과 하도급계약을 체결하여 선도기업의 지원을 받는 의무를 부과하는 방식

－ 주계약자 공동도급과의 차이점

- LCC는 선도기업이 해당 계약의 핵심을 담당할 것에 대하여 어떤 방식으로든 의무화하고 있음.
- 이는 선도기업이 원도급자가 되든지 후발기업이 원도급자가 되든지 불문하고, 계약의 이행에 있어서 선도기업이 핵심적인 역할을 수행하여 발주자의 목적 달성이 용이하도록 제도적으로 규정하고 있는 것으로서, 계약이행에 있어 실제적인 주도적 역할이 미흡한 우리의 주계약자 공동도급과 차이점이 존재

□ 일본 : 전문공사심사형 종합평가방식

- 일본의 종합평가낙찰제의 기술평가에 있어서 하도급으로 되는 전문공사 시공자의 시공능력이나 원도급자에게 제출한 견적 비용의 적절성 등의 평가도 가미하는 것임.
- 전문공사란 공사 전체의 품질확보에 중요한 부분을 점하고 있는 공종을 지칭
- 실제 발주 예로는 기술제안과 (원도급자의) 시공실적 등의 가산점 항목에 전문공사 평가를 더하고, 그 내역항목으로서 (전문공사의) 시공계획, 전문공사비용, 동종 공사의 시공실적을 설정한 예가 있음.
- 전문공사심사형 평가방식에서는 낙찰후 전문공사 시공자의 변경을 원칙적으로 인정하지 않고, 원·하도급업자의 실제 계약액도 확인함으로써 원도급자 수주의 피해로서 지적되고 있는 하도급에의 전가, 노동조건의 악화, 안전대책의 불철저 등을 억제하는 효과가 기대되고 있음.
- 주계약자 공동도급과의 차이점
- 전문공사업자의 실적 등을 평가하여 최종 낙찰자를 결정하나, 최종 계약은 발주자와 원도급자간 계약으로 일원화됨.

□ CM for Fee 방식

- CM for Fee 방식은 사업관리자(Construction Manager)가 발주자의 자문 역할이나 혹은 대행(Agency)으로서 역할을 수행
- 계약 형태 : 발주자가 CM업체와 대리인(Agent) 형태의 계약을 맺고, CM업체는 발주자를 대신해 공사를 관리하는 순수한 관리자 형태의 계약을 함.
- CM업체의 업무 범위는 발주자의 능력을 보완해 준다는 차원에서 사업계획 수립, 타당성분석, 투자 결정, 설계 및 시공의 조정과 통제 역할을 담당
- CM업체는 업무에 대한 대가로 총 공사비의 2~6% 수준의 관리비를 받음.
- CM업체는 시공자(보통의 경우, 전문건설업체 또는 하도급자)나 설계자와는 직접적인 계약관계가 없으며, 따라서 공사결과 즉, 공사비용, 기간, 품질 등에 대한 책임을 지지 않고 궁극적인 의사결정과 그에 따른 최종 책임은 발주자의 몫이 됨.
- CM업체는 시공의 리스크를 부담하지 않고, 발주자가 부담

·자격미달의 CM업체가 선정될 경우, 건설사업의 실패 가능성은 상대적으로 높아질 수 밖에 없으며, 따라서 확고한 신뢰가 필수적임.

－ 주계약자 공동도급과의 차이점

·주계약자 방식에서 발주자가 시공분야를 담당하는 전문건설업체와 직접 계약을 맺고 프로젝트를 진행시키는 것은 유사하나, 전체 공사를 관리·조정하는 사업관리자(CM)는 시공자가 아니며, 발주자의 자문이나 대행인 역할로서 하자담보책임 등이 부과되지 않음.

2. 시사점

－ 주계약자공동도급제도는 전 세계적으로도 동일한 제도가 존재하지 않으며, 위에서 제시한 제도도 유사한 제도라고 보기 어려울 정도로 세계적으로 유일한 제도로서, 글로벌스탠더드에 부합한다고 보기 어려움.

·물론, 외국에서 시행되지 않은 제도라 할지라도 제도의 필요성과 효율성, 합리성 등이 존재하는 경우에는 국내에서 시행하는 것이 불가능하다고 볼 수 없음.

·그러나 주계약자공동도급제도는 전통적인 계약 체계를 벗어나는 경향이 있으며, 계약 책임 측면에서 효율성, 합리성 등의 근거가 미흡하여 제도 준립의 타당성이 결여되어 있다고 볼 수 있음.

－ 외국의 사례를 보면, 공사 발주시 계약이행에 대한 책임이나 하자담보책임을 명확히 하기 위하여 일원화된 주체를 대상으로 공사 계약을 체결하는 것이 일반적임.

·원도급업체 뿐만이 아니라 공사에 참여하는 하도급 협력업체의 시공실적이나 기술능력을 평가하는 사례는 존재하나, 공사계약은 일원화된 주체를 대상으로 함.

·원도급업체에서는 세부 공종별로 하도급 협력업체와 장기적인 협력관계를 구축하고, 공사 수주시 협력업체에 우선 하도급하는 것이 일반적임.

·하도급 과정에서 저가 하도급, 중층 하도급 등의 문제점을 개선하기 위하여 협력업체 계열화 등을 장려하거나 원도급자나 1차 하도급자의 직접 시공을 추구하는 경향

·발주자가 전문건설업체와 직접 계약을 행한 상태에서는 일반적으로 프로젝트의 진행이나 품질에 대하여 발주자가 직접 책임을 지는 형태를 갖춘.

IV. 주계약자공동도급제도의 문제점

1. 제도 도입 목적의 달성 곤란 : 오히려 원·하도급자간 상생 협력을 저해

□ ‘상생’이 아닌 ‘경쟁’ 관계의 구축

- 정부에서는 주계약자 공동도급이 ‘상생협력 체계’의 구축에 기여하는 것으로 보고 있으나, 실제로는 ‘상생협력’ 관계가 아닌 ‘경쟁’ 관계를 구축하는 결과를 초래
- 먼저 ‘상생’은 수직적 생산체계에서 경제적 강자와 약자의 존재를 전제로 원·하도급 관계에서 요구되는 것임.
- 주계약자 공동도급과 같이 수평적 생산체계에서도 이론적으로는 ‘상생협력’ 체계가 구축될 수 있으나, 실제 시공현장에서는 종합건설업자와 전문건설업자 사이에 ‘상생’이 아닌 ‘경쟁’의 관계가 우선적으로 발생하게 되며, 이는 효율적 공사 수행을 저해하는 요인으로 작용

□ 하도급계열화 등 장기적 협력관계 붕괴 초래

- 주계약자 공동도급은 원하도급간 상생협력을 강화시킨다는 명분하에 도입했으나, 오히려 상생협력을 더욱 저해하는 역기능을 노출
- 원하도급간 상생협력이란 원도급자와 하도급자간에 장기적인 협력관계를 가지고 상호 윈윈(Win-Win)할 수 있는 관계가 최선이나, 주계약자 공동도급 하에서는 오히려 장기적 협력 관계가 붕괴되고, 공사에 참여하는 종합건설업체와 전문건설업체 사이에 일시적이고 1회성의 관계가 증가
- 주계약자 방식에서 우선 입찰에 참여하려면 종합건설업체로서는 짝을 이루어야 할 전문건설업체가 필요하기 때문에 어느 업체든지 짝만 맞추는데 급급하며, 더 좋은 조건을 제시하는 업체를 찾아 매번 짝을 바꾸는 경향도 나타나고 있음.

□ 전문건설업자의 재하도급 성행으로 본래 목적 달성 곤란

- 주계약자 공동도급이 하도급 제도의 문제점을 시정하기 위해 도입되었다는 주장은 하도급 제도의 문제점과 하도급 운용의 문제점에 대한 인식의 오류에서 비롯
- 하도급 제도는 누구도 부인할 수 없는 합리적이고 효율적인 생산체계이나, 그 운용

과정 또는 실제 이행과정에서 발생하는 다단계 및 저가 하도급 등의 문제가 하도급 제도의 장점을 퇴색시키고 있음.

- 또, 주계약자공동도급제도의 도입 목적은 ‘하도급자 보호’가 아니라 공동수급체 구성 원간 협력에 의한 시너지 효과를 이용하여 공사의 효율성을 제고하는데 있음.
- 그러나 전문건설업자에게 공사대금을 직접 지급하는 정책 효과만 고려하여 건설공사의 효율적 수행에 필요한 주계약자의 현장지배권을 저하시키면서 행정편의적으로 발주자 책임을 주계약자에게 전가하는 형태로 변질됨.
- 현행 「건설산업기본법」에서는 주계약자는 직접시공 또는 하도급을 통해 시공할 수 있고, 부계약자는 직접시공에 의해서만 시공하도록 규정되어 있어 하도급 운용 과정의 문제점을 시정할 수 있다고 하나, 이는 현실을 도외시한 것임.
- 하도급 운용 또는 시행과정에서 전문건설업체 간에 발생하는 저가하도급 및 다단계 하도급은 근본적으로 차단 불가
- 이는 주계약자 공동도급 규정과 별도로 관련 법규에 의해 재하도급이 금지되고 있음에도 불구하고, 다단계하도급이 지속적으로 발생하는 현실을 간과한 결과임.¹⁹⁾
- 결국 주계약자 공동도급은 전문건설업체에게 직접 공사대금을 지급하여 이루어지는 재정의 조기 집행 외에는 다른 정책적 효과가 미흡함.

2. 계약법적 문제점 : 권한과 책임의 불일치

□ 전문건설업체의 원도급 문제

- 종합건설업체가 공사 전체를 도급받아 일부 공종의 시공을 전문건설업체에게 하도급한 경우에는 종합건설업체가 일괄적으로 계약이행이나 하자담보책임을 부과받게 되나, 주계약자 공동도급 하에서 전문건설업체가 발주자와 직접 계약을 맺었다면, 하도급자가 아니라 원도급자로서의 지위가 발생하게 됨.
- 이 경우, 「민법」이나 「국가계약법」 등의 규정에 의하면, 당연히 계약이행이나 하자에

19) 기존 연구에 의하면, 건설현장의 하도급실태는 2단계 하도급 25.1%, 3단계 30.4%, 4단계 20.7%, 5단계 18.7% 등으로 나타난 바 있음.(심규범, 건설현장의 다단계 하도급구조 개선방안, 한국건설산업연구원, 2006, p30) 또, 국토해양부 보도자료(2009. 9. 3, 건설자재, 장비대금지급관련 위반실태 조사결과)를 보면, 위반업체는 종합건설업체 조사대상 4,016개사 중 3.2%인 130개사, 전문건설업체는 조사대상 9,144개사 중 3.5%인 323개사인 것으로 나타나 전문건설업체의 위반비율이 높음.

대하여 전문건설업체가 독자적인 책임을 지는 것이 원칙임.

- 전문건설업체가 시공한 부위의 하자에 대하여는 전문건설업체가 직접 책임을 부담해야 하며, 공기에 직접 영향을 미치는 주요 공정(Critical Path)에서 전문건설업체의 태만으로 공사가 지연되었다면 당연히 직접 책임을 부담해야 함.
- 종합건설업자에게는 공사스케줄링이 잘못되었거나 자신이 공급한 자재나 공사관리상 귀책이 있는 경우에 한하여 책임을 부과할 수 있을 것임.

□ 하자 책임 소재의 혼란

- 법리적으로 주계약자 공동도급은 분담이행방식의 공동도급 유형에 해당하고, 시공과정을 보더라도 분담 내용에 따라서 시공하는 분담이행방식과 동일하게 운영하면서, 하자책임은 분담이행방식이 아니라 주계약자로 하여금 연대책임을 지도록 하는 것은 논리적으로 타당하지 않으며, 주계약자에게 과도한 책임을 부과하는 것임.
- 또, 대부분 공종별로 유기적으로 연관되어 있는 건설공사의 수행에 있어 공사의 수행영역이 다른 주체(주계약자와 부계약자)에게 연대책임을 부과하는 것은 책임의 원칙에 부합하지 않음.
- 실제로 모든 하자 분쟁은 하자구분이 곤란한 경우에 발생하고, 법원의 판결도 구성원간의 명확한 하자 책임의 분담을 구분하지 않는 점을 고려할 때, 부계약자에게 일방적으로 유리함.
- 또한, 지자체 시범사업의 결과, 건축공사와 기초공사는 하자에 대한 분쟁 발생 가능성이 높은 것으로 보고된 바 있음.²⁰⁾
- 실제 운영 과정에서 하자보수 책임자의 선정 과정에서 상당한 혼란이 우려됨.
- 종래의 원·하도급 체계에서는 종합건설업체가 일괄 책임을 부여받게 되나, 주계약자 공동도급에서는 책임 주체가 애매한 하자에 대해서는 분쟁이 발생하고, 하자 처리가 지연될 가능성이 높음.
- 결과적으로 발주자의 리스크가 증가하고, 소비자의 피해가 늘어날 수밖에 없음.

20) 도중선, 예산절감 및 품질제고를 위한 지방계약제도 개선 방안(2010년 한국지방계약학회 학술대회), 제2주제 토론문(충청남도 내부자료), p.47 참조

3. 제도 운영상의 문제점

□ 종합건설업체의 현장 시공권 저하

- 원도급자의 하도급자에 대한 우월적 현장시공권은 하도급자의 입장에서는 ‘불공정한 것’으로 인식되지만 실제 공사의 수행을 위해서는 반드시 필요한 요소임.
- 하도급자에 대한 원도급자의 우월적 지위가 남용되거나 불법적으로 행사되는 것은 제도적으로 차단되어야 하나, 적정 공사 수행을 위한 ‘순기능적’ 현장시공권은 발주자와 하도급자 모두 인정해야 할 사항임.
- 그런데, 주계약자 공동도급 하에서 전문건설업체는 종합건설업체로부터 하도급받는 것이 아니라 발주자로부터 직접 원도급을 받는 지위에 있기 때문에 시공을 담당하는 전문업체가 종합건설업체의 지휘 통제하에 들어오기 어려움.
- 주계약자 공동도급으로 발주된 경우, 발주자, 주부계약자간의 법률 관계는 주계약자와 부계약자의 연관성이 매우 느슨한 개별적인 도급 계약에 기초하고 있어 현장 시공체계와 도급 계약 체계가 불일치하여 주계약자의 현장시공권이 크게 저하됨.²¹⁾
- 이에 따라 건설현장에서 주계약자의 시공관리에 대한 조정 권한이 약화되고, 유기적 협력에 기초한 공사 수행이 어려워지는 경향이 존재
- 특히 주계약자의 해당 건설공사에 대한 종합적인 계획·관리·조정 권한이 저하됨으로써 시공의 효율성을 크게 떨어뜨리는 결과를 초래함.

□ 1회성 원·하도급 관계의 증가 → 공사현장관리의 어려움 증대

- 주계약자공동도급제도 도입과 더불어 종합건설업체와 하도급업체 간에도 1회성 관계가 많아지면서 장기적 협력관계도 퇴색하고 있음.
- 매번 공사마다 새로운 전문건설업체를 상대하는 사례가 증가하면서 종래의 원·하도급과는 달리 커뮤니케이션이 저하되고, 적기에 자재와 장비, 인력이 투입되지 못하여 공정이 지연되는 등 전문건설업체가 현장지휘통제에서 벗어날 우려가 존재
- 종합건설업체와 전문건설업체 사이에 하자 책임도 불분명해지고, 상호 관계가 적대적이 되면서 책임 회피에만 급급한 모습을 보이게 됨.

21) 예를 들어 전문건설업체에서 부실 공사를 하더라도 종합건설업체에서는 전문건설업체와 직접적인 계약 관계가 없기 때문에 현실적으로 이를 직접 제지할 수 없고, 원칙적으로 발주자에게 통보하여 처리해야 함.

□ 건설업체간 경쟁 제한 현상 발생

- 공동수급체 구성시 부계약자인 전문건설업체가 부족하여 부계약자를 선정하지 못한 종합건설업체는 사실상 입찰참가가 제한되는 결과를 초래
- 이는 시공경험 평가기준을 충족하는 실적을 보유한 전문건설업체가 많지 않다는 현실을 간과했기 때문임.
- 또, 부계약자의 실적을 평가하면서, 그동안 단독으로 입찰이 가능했던 종합건설업체의 입찰참가가 차단됨.
- 부계약자로 참여할 수 있는 지역 전문건설업체수가 부족하고, 만점 획득이 가능한 전문건설업체가 소수에 불과
- 주계약자 공동도급 공사의 적격심사에서는 신인도, 지역가점 등을 통해 시공실적에서 부족한 점수를 보완하는 것이 불가능

<표 3> 전문건설업체수 부족으로 PQ만점업체가 입찰에 참가하지 못한 사례

사 례	종합 업체수	전문 업체수	종합 만점업체	입찰 참가업체
임시수도 기념거리 조성사업(부산 서구) - 추정가격 1,649,99,900원, 토목 70.46%, 포장 29.54%	231	88	186	64
2010년도 금샘길 도로 개설공사(부산 금정구) - 추정가격 876,545,454원, 토목 67.46%, 보링 32.54%	231	63	217	46
공지천 생태하천 조성사업(강원 춘천시) - 추정가격 6,053,181,818원, 토목 77%, 토공 23%	672	366	132	89
오천-장기간 도로4차로 확포장공사 2공구(경북) - 추정가격 8,837,272,728원, 토목 82.10%, 철콘 17.90%	845	424	111	85

자료 : 대한건설협회

<표 4> PQ만점 업체수 불균형에 따른 입찰 취소 사례

사 례	주계약자 (전체업체/만점업체)	부계약자 (전체업체/만점업체)
청룡동 범어사 상하행길 배수로 정비공사 (부산 금정구, 311,454,545원)	토목 75.48% (231개사/ 217개사)	석공 24.52% (35개사/ 28개사)
건산천 생태하천 복원사업 (전북 전주시, 3,264,530,000원)	토목 55% (532개사/ 280개사)	토공 12%(413개사/ 197개사) 석공 27%(224개사/ 62개사) 조경식재 6%(208개사/ 118개사)
광혜원 이월면 상수도시설공사 (충북 진천군 상하수도사업소, 2,472,697,273원)	토목 31.84% (499개사/ 447개사)	상하수도 68.16% (456개사/ 37개사)

자료 : 대한건설협회

□ 공동수급체 구성 제한의 문제점

- 공동도급 제도는 종합·전문간 또는 종합업체간 구분없이 입찰자가 가장 효율적으로 공사를 추진할 수 있는 공동수급체를 최소 지분 및 최대구성원의 범위 내에서 자율적으로 구성하고, 공정한 경쟁을 통하여 낙찰자를 결정하는 것이 바람직함.
- 행정안전부 예규를 보면, 주계약자 공동도급 발주시 공동수급체 구성에 있어 종합건설업체간 공동수급체 구성을 제한하고 있지 않음.²²⁾
- 공동수급체 구성원 수는 5인 이하로서 5개 공종 이내로 구분된 공사내역서에 따라 결정하고, 구성원 수를 입찰공고에 명시하도록 규정
- 공동수급체 구성원의 분담내용은 구성원간 자율적으로 협정에 의하여 공동수급표준협정서에 명시하도록 되어 있음.
- 그런데, 시범발주사례를 보면 종합건설업자의 단독입찰을 불허하고 있으며, 공동수급체 부계약자로서 종합건설업자의 참여도 불허하고, 부계약자로서 전문건설업자만 참여 허용
- 부계약자인 전문건설업자의 업종과 시공비율 및 구성원의 수를 입찰공고에서 제한함으로써 입찰자의 공동수급체 구성 권한을 철저히 제한하였음.
- 「지방계약법」의 공동도급 제도도 공동수급체 구성에 있어서 자율성을 부여하고 있는데 반해, 주계약자 공동도급만 단독입찰을 제한하여 계약 법령과 충돌하고, 전문건설업자에 대하여 특혜 논란 대두
- 종합·전문업체간 주계약자 공동도급만 허용하고 종합건설업체간 주계약자 공동도급을 불허하는 것은 제도 도입 취지에 부합하지 않으며, 종합·전문업체간 공동수급체 구성 시 특정업종의 전문업체와 공동수급체 구성을 강제하는 것은 문제가 있음.

22) “주계약자관리방식”이라 함은 「건설산업기본법」에 의한 건설공사를 시행하기 위한 공동수급체의 구성원중 주계약자를 선정하고 주계약자가 계약의 수행에 관하여 종합적인 계획·관리 및 조정을 하는 공동도급계약을 말한다. 이 경우 일반건설업자와 전문건설업자가 공동으로 도급받은 경우에는 일반건설업자가 주계약자가 된다.(「지방자치단체 공동도급 운영요령(2005. 12)」, 행정안전부)

V. 주계약자공동도급제도의 개선 방안

1. 기본 방향 : 발주자 재량권 부여 및 하도급 관리 강화

□ 발주자에게 주계약자방식 선택의 재량권 부여

- 원칙적으로 주계약자 공동도급은 현대적인 공사계약 원리에 부합하지 않으므로 폐지 및 축소 필요
- 어느 나라 사례를 살펴보더라도 종합건설업자가 계약이행이나 하자에 대하여 일관된 책임을 지고, 협력업체나 자재·장비업자를 고용하여 공사를 수행하는 것이 글로벌스탠더드임.
- 하도급 관행에 문제가 있다면 당연히 하도급 관련 제도를 보완하여 대응하는 것이 필요하며, 하도급 관련 문제를 입찰 제도로서 해결하려는 것은 건설생산체계의 근간을 뒤흔들 수 있고, 이는 계약 이행이나 하자 책임 등 다양한 파급 효과를 불러올 수 있음.
- 외국의 발주계약제도를 살펴보면, 발주자가 전문건설업체와 직접 계약을 맺는 경우는 발주자가 전문적인 능력을 보유하고, 공사관리에 직접 책임을 갖는 것을 전제로 하고 있음.
- 발주자의 전문성과 책임성의 제고없이 실제적 도급계약은 전문건설업체와 체결하고, 공사의 책임은 주계약자에게 부과하는 주계약자 공동도급은 선진적 발주체계와는 거리가 존재
- 현실적으로 주계약자 공동도급이 이미 제도화되어 있는 상태에서는 부작용을 최소화하려는 노력이 요구됨.
- 공사 발주방식으로서 주계약자 공동도급 방식의 선택에 있어 발주자에게 재량권을 부여해야 함.
- 현장 시공체계와 도급계약 체계의 불일치를 최소화하기 위하여 주계약자인 종합건설업자에 대한 종합적인 계획·관리·조정 권한의 제고, 즉, 우월적 현장지배권의 확보를 위한 조치가 필요

□ 하도급 체계의 미비점 보완 방안 : ‘상생협의회’ 제도의 적용 확대

- 주계약자 공동도급을 폐지하거나 축소 시행하고, 대안으로 ‘건설공사 상생협의회’ 체제의 확대 적용을 검토하여야 함.
- 원·하도급 관계는 장기적으로 아웃소싱회사나 자회사처럼 기능할 수 있도록 실질적인 협력을 강화해나가야 함.
- ‘건설공사 상생협의회’는 발주기관과 원·하도급업체, 지역관계자가 공동으로 참여하여, 공정을 관리하고 공사과정에서 나타나는 각종 문제점을 상호협의를 통해 해결하고 기술과 정보 및 성과를 공유하는 제도
- ‘건설공사 상생협의회’를 통해 종전의 발주자와 원도급자, 원도급자와 하도급자 사이의 수직적이고 일방적인 의사소통 체계를 발주자와 원·하도급자가 적극적인 수평적 의사소통을 통해 상호협력 체제를 구축 가능
- 국토해양부는 상생협력 파트너링 형성·확산을 위해 산하기관의 18개 공사현장을 선정하여 발주기관, 원·하도급업체가 공동으로 참여하는 상생협의회를 시범적으로 구성·운영한 바 있음.²³⁾
- ‘건설공사 상생협의회’ 운영을 통해 다음과 같은 성과 도출이 가능할 것으로 전망됨.
- 상생협의회 구성으로 원활한 의사소통과 정보공유를 통해 하도급자도 설계변경 등에 따른 계약금액조정 대금 지급 용이
- 원도급자가 발주자에게 하도급계약을 통보하는 경우, 상생협의회를 통해 원도급자와 하도급자간의 부가적인 계약조건도 첨부하도록 하여 원·하도급자간 계약조건의 불합리한 점 해소
- 발주처와 원·하도급자가 충분한 협의를 통해 인접지역과 조화를 이룰 수 있는 공사 시행방안을 수립하고, 지역주민과의 이해관계를 조속히 정리하여 공사 수행이 원활히 진행될 수 있음.

23) 18개 시범사업 현황

- 지방국토관리청 : 성남-장호원2공구 등 6개 도로건설공사
- 산하기관 : 주공(아파트건설공사), 수공(댐건설공사), 도공(고속도로건설공사), 토공(택지조성공사), 철도시설공단(고속철도노반건설공사), 인천공항공사(활주로공사) 각 2건

2. 현행 제도 존치 시 개선 사항

□ 적용 대상 공사의 제한

1) 최저가낙찰제 대상공사로 한정하여 적용

- 주계약자공동도급제도는 주계약자인 종합건설업체가 부계약자의 분담내용까지 종합적인 계획·관리·조정을 함에 따라 사실상 건설사업관리자(CM)의 역할을 수행하여야 하는 만큼 소규모 공사보다는 대형 공사에 적합
- 주계약자 공동도급에서 주계약자에게 요구되는 것은 전체 공사 목적물의 시공에 대한 종합적인 계획·관리·조정의 권한과 역할이므로 소규모공사보다는 대형공사에 적용할 경우 현장시공체계와 도급계약체계와의 괴리를 최소화할 수 있음.
- 또, 장기계속공사의 경우, 예산 확보가 불확실하여 주계약자와 부계약자 간의 공정 조정 및 분쟁해결이 곤란
- 주계약자공동도급제도의 취지가 저가하도급 등 하도급 운영상의 문제점을 해결하기 위한 것이라면, 실질적으로 저가 하도급이 문제시되고 있는 최저가낙찰 대상 공사에 적용하는 것이 바람직함.
- 적격심사대상공사는 하도급관리계획의 적정성 심사를 통해 일정수준 이상의 낙찰률이 보장됨.

2) 30억원 미만 소규모공사 적용 제외

- 30억원 미만 공사는 ‘주계약자 방식’을 포함하여 공동도급의 효율성이 저하됨.
- 소규모공사를 공종별로 분리하는 것은 예산절감이 어려워지고 오히려 공사비가 증액될 가능성이 높아 ‘공공사업의 효율화 대책’에 역행하며, 발주기관의 행정력 낭비, 발주자의 재량권 축소 등의 문제점이 예상됨.
- 현행 「건설산업기본법」에서는 1건 건설공사의 도급금액이 30억원 미만인 공사를 도급받은 건설업자는 30% 이상 금액에 상당하는 공사를 직접 시공하도록 규정하고 있는 점을 고려할 때, 30억원 미만 공사는 하도급에 의한 공사 수행이 부적절한 것으로 볼 수 있음.²⁴⁾

24) 「건설산업기본법」 시행령 제30조의2 (건설공사의 직접시공) 참조

- 조경공사도 적용 대상에서 제외 필요
- 조경공사는 전문업종이 2개 업종(조경식재공사업, 조경시설물공사업)밖에 없는데, 부계약자에게 1개 업종을 분담하여 시공토록 발주할 경우, 주계약자는 전문공사만 도급받는 결과가 되어 영업범위 위반 문제가 발생

□ 하자 책임의 합리적 조정

- 하자 발생시 발주자가 우선 하자보수를 이행한 후, 구상권 행사로 전환하는 것이 필요
- 구성원별 책임이 명백한 경우는 각자가 하자책임을 부담
- 주계약자의 시공비율이 50% 미만인 경우, 책임이 명확하지 않은 하자에 대해서는 발주자가 하자보수를 시행하고, 법원의 판결에 기초하여 공동수급체 구성원에게 구상권을 행사하는 체제로 전환
- 하자책임 구분이 불분명한 건축공사, 방파제공사, 조경공사, 복합공사 등을 주계약자 공동도급 대상에서 제외함을 명시적으로 규정 필요
- 실제 시범사업을 실시한 지자체에서도 1)하자 책임이 불분명한 건축공사, 2)「건설산업기본법」의 재하도급 및 영업범위와 관련된 방파제공사, 조경공사, 3)종합건설업이 중복되는 공사 등은 주계약자 공동도급으로 발주하지 않도록 건의하고 있음.

□ 주계약자 최소참여비율의 명시적 설정

- 주계약자의 계획·관리·조정 기능의 원활화를 위해 최소참여비율 명시
- 부계약자의 참여비율이 지나치게 높을 경우, 주계약자가 종합적인 계획·관리·조정을 제대로 할 수 없으므로 주계약자의 시공참여비율을 50% 이상으로 제도화 필요
- 시범사업 시행과정에서 부계약자수와 참여 비율이 과다하여 주계약자의 시공참여비율이 50%를 하회하고, 이에 따라 주계약자의 종합적인 계획·관리·조정이 어려워지는 사례가 발생

<표 5> 주계약자의 시공참여비율이 문제된 사례

사 례	주계약자	부계약자	비고
가덕, 남일, 강내면 농어촌 생활용수 개선사업 (충북 청원군 상하수도 사업소, 추정가격 6,348,500,000원)	토목 50%	상하수도 50%	입찰취소, 종합발주
교통사고 잦은곳 개선사업 (경기 수원시, 4.13, 추정가격 297,443,637원)	토목 42%	도장 58%	-
광혜원 이월면 상수도시설공사 (충북 진천군 상하수도사업소, 추정가격 2,472,697,273원)	토목 31.84%	상하수도 68.16%	취소공고

자료 : 대한건설협회

□ 중소 종합건설업체 참여 확대를 통한 경쟁 활성화

- 공동수급체 구성 시 부계약자의 시공경험 기준을 완화를 통해 부족한 부계약자의 문제를 해결하여 중소 종합건설업체의 입찰참여를 확대하고 경쟁 활성화 유도
- 주계약자인 종합건설업자에 대해서만 시공경험을 평가하거나, 전문업자가 부계약자인 경우 최소한의 자격요건으로 제한(예 : 시공능력평가액 초과여부 확인)
- 부계약자수가 부족한 경우 주계약자관리방식 적용을 제외하거나 해당공종 부계약자 대상 공종에서 제외

□ 공동수급체 구성의 자율화

- 부계약자로 참여할 수 있는 업종을 2~3개 공종으로 선정하는 경우, 구성방식은 공동수급체가 자율적으로 결정하도록 해야 함.
- 이는 주계약자 공동도급에서 대부분의 발주기관이 단독입찰을 제한함에 따라 만점획득이 가능한 중소종합건설업체가 입찰참가에 어려움을 겪고 있는 만큼 부계약자 선정에 대한 선택권 확대 필요
- 단독으로 만점 획득이 가능한 종합건설업체에게 주계약자관리방식으로 입찰 참가를 강제하는 것은 과도한 규제에 해당되는 만큼, 자유로운 공동수급체 구성을 할 수 있는 권리도 보장되어야 함.
- 특정 전문건설업종으로 참여 대상을 제한하는 것은 바람직하지 않으며, 종합건설업체 간 공동수급체 구성도 허용해야 함.
- 종합업체간 주계약자 공동도급을 금지하거나, 종합·전문업체간 공동수급체 구성시

특정업종의 전문업체와 공동수급체 구성을 의무화하는 것은 과도한 제한임.
·주계약자공동도급제도의 취지인 대기업과 중소기업의 상생협력을 통한 동반성장을
활성화하기 위해 전문건설업체와 중소 종합건설업체 모두 공동수급체의 구성원이 될
수 있도록 허용하는 것이 요구됨.

강운산(연구위원·wskang@cerik.re.kr)

최민수(연구위원·mschoi@cerik.re.kr)