

요약

I. 연구 배경 및 목적

- 하도급 계약은 사인(私人) 간의 계약임에도 불구하고 건설 하도급의 경우 정부는 공정거래를 담보하는 심판자 또는 발주자로서 하도급 계약에 관한 다양한 규제를 하고 있음.
- 본 연구는 건설 하도급 계약에 관한 규정 중 현재 논란이 되고 있는 하도급 저가 심사와 하도급 대금 지급 보증 제도의 타당성 및 이와 관련된 이슈들을 분석하고 개선 방안을 모색하고자 함.
- 분석의 초점은 하도급 계약은 다른 계약에 비해서 계약 당사자의 자율성을 제약할 만한 특성이 있는가와 건설업은 다른 업종과 달리 계약의 자율성을 제약할 만한 계약적 특성이 있는가에 맞추고자 함.

II. 하도급의 경제적 의미와 건설 하도급의 계약적 특성

- 본장에서는 건설 하도급 계약은 다른 산업에서 이루어지는 하도급 계약 또는 다른 계약과 차별적으로 취급하여야 할 특성이 존재하는가를 분석하고자 함.

1. 하도급의 경제적 의미

- (기업간 분업) 하도급은 하나의 완제품을 생산하기 위해 여러 공정을 여러 기업이 분담하는 기업간 분업에 의한 생산 방식임.

- (시장 또는 관계적 계약을 통한 생산 방식) 어떤 재화의 완제품을 완성하기 위해서는 모든 공정을 기업 내부의 위계 질서(hierarchy)를 통한 명령(order) 체계를 사용하여 생산 과정을 조정(coordination)할 수도 있고, 시장 거래를 이용하여 일부 생산 부품을 조달하여 완제품을 생산할 수도 있음.
- 또한, 제3의 선택으로서 상호 협동을 수반하는 지속적 관계를 유지하는 관계적 계약(relational contracting)을 통해서 일부 생산 부품을 조달하여 완제품을 생산할 수 있음.
- 따라서, 건설 하도급은 대개의 경우 하도급자를 협력업체로 인정하여 하도급자와 상호 협동을 수반하는 관계적 계약을 통한 생산 방식이고, 단발적으로 하도급자와 계약을 체결하여 시공을 맡기는 경우는 시장을 통한 생산 방식이라고 할 수 있음.

2. 하도급의 계약적 특성

(1) 계약 이행에 대한 불확실성 존재

- 건설 하도급 계약의 특징은 도급 계약이라는 점임. 따라서, 시공서비스를 구매하는 측에서는 시공 서비스를 판매하는 측(시공사)이 과연 약정한 시공 서비스를 일정 기간 내에 제공할 수 있는 능력 및 제공할 의사가 지속될지에 대해서 불확실성이 존재함.
- 시공서비스를 제공하는 시공사 측에서도 서비스의 대가(공사 대금)를 지급받기 전에 시공서비스를 제공하므로 시공후 대가를 지급받을 수 있는가에 대한 위험이 존재함.

(2) 우월적 지위

- 건설 하도급 계약에서 원도급자는 하도급자에 대해서 본질적으로 우월적 지위를 갖는가가 건설 하도급 계약에 관한 논의에서 중요한 쟁점임.
- 그러나, 우월적 지위의 구체적 의미에 대해서는 명확한 개념 정의가 없고 다양하게 사용되고 있음.
- 첫째, 원도급자의 우월적 지위를 원도급자가 독과점적 지위를 갖고 있는가로 해석할 수 있음. 만약, 건설산업이 소수의 원도급자만이 존재하는 독과점 산업이라면 특정한 하도급자와 하도급 계약을 체결할 수 있는 자는 소수의 원도급자이므로 원도급자는 하도급자에 대해서 독과점적 우월적 지위를 갖는다고 볼 수 있음.
- 둘째, 우월적 지위 여부를 기업 규모가 큰 기업이 규모가 작은 기업보다 우월적 지위가 있다고 해석할 수 있음. 현실적으로 건설업의 경우 원도급자가 반드시 하도급자보다 기업 규모면에서 크지 않아 원도급자가 하도급자보다 본질적으로 우월적 지위에 있다고는 할 수 없음.
- 셋째, 하도급 계약 체결 시 원도급자가 다수의 하도급 중에서 특정한 하도급자를 선정하므로 원도급자가 하도급자에 비해서 우월적 지위가 있다고 해석하는 경우임. 특정한 한 건의 하도급 계약을 체결하는 과정만을 생각하면 원도급자가 하도급자에 비해 우월적 지위가 있음.

3. 소결론

- 건설 하도급 계약 체결 시 원도급자가 하도급자에 비해서 우월적 지위를 갖는다는 의미를 다양하게 해석할 수 있음.

- 그러나, 규제의 근거가 될 수 있는 우월적 지위의 의미는 하도급 계약 체결시 원도급자가 다수의 하도급자 중에서 특정한 하도급자를 선정하므로 원도급자가 하도급자에 비해서 특정한 한 건의 하도급 계약을 체결하는 과정만을 생각하면 우월적 지위가 있다고 해석하는 경우임.
- 따라서 원도급자의 우월적 지위의 폐해를 방지하기 위한 하도급 계약 규제도 이러한 의미에 합당한 범위 내로 국한하여야 할 것임.

III. 하도급 계약 저가 심사 제도

- 일부 공공 발주자의 경우 하도급 계약 금액이 해당 공사 원도급 공사 금액의 82% 미만 시에는 저가 심사를 함으로써 하도급 계약 금액을 간접 규제하고 있음.
- 단, 예외적으로 부대입찰로 집행한 공사에 있어 부대입찰 내용대로 하도급 통보를 한 경우에는 하도급 심사를 하지 아니함.
- 공공 발주자가 하도급 금액의 저가 여부를 심사하는 근거는 「건설산업기본법」에 권장 사항으로 규정하고 있는 ‘건설공사 하도급 심사 기준’ 임.

1. 하도급 저가 심사 제도의 문제점

(1) 찬성론의 근거와 평가

- 하도급 저가 심사제를 주장하는 근거는 2가지로 요약될 수 있음.

- 첫째, 하도급 계약 관계는 원도급자가 하도급자보다 우월적 지위에 있기 때문에 하도급 저가 심사 제도가 필요하다는 주장임.
- 둘째, 원도급자가 공공공사의 경우 발주자로부터 예정 가격에 대한 일정 비율 상당의 가격을 보장받고 있는 만큼 하도급자도 원도급자로부터 가격을 보장받아야 한다는 주장임.

가. 우월적 지위 여부

- 쌍방 계약에서 우월적 지위란 일방이 다른 상대방에 비교해서 계약 금액 등 계약 조건을 결정할 때 유리한 위치에 있는가임.
- 타당성이 인정되는 우월적 지위의 의미는 원도급자는 다수의 하도급자 중에서 하나의 하도급자를 선정하므로 하나의 하도급 계약을 체결하는 과정만을 생각하면 원도급자가 하도급자에 비해 우월적 지위가 있다는 의미임.
- 그러나, 원도급자가 다수의 하도급자 중에서 하도급자를 선정할 수 있는 우월적 지위에 있으므로 하도급 계약 금액을 원도급 계약 금액의 일정 비율 이상으로 보장하여야 한다는 주장은 설득력이 없음.
- 왜냐하면, 이러한 하도급 금액을 원도급 금액의 일정 비율 이상으로 보장하는 것은 원도급자가 다수의 하도급자를 대상으로 경쟁 입찰을 하여 최저가 입찰자를 낙찰자로 선정하는 방법을 인정하지 않는 제도이기 때문임.
- 단지, 하도급 금액을 원도급 금액의 일정 비율 이상으로 보장하는 것은 하도급 계약이 수의 계약으로 이루어지는 경우에는 어느 정도 타당성을 인정할 수 있음.

나. 원도급자도 가격 보장

- 하도급 저가 심사 제도의 찬성론자는 원도급자가 공공공사의 경우 발주자로부터 일정한 가격을 보장받고 있는 만큼 하도급자도 원도급자로부터 가격을 보장받아야 한다고 주장함.
- 이러한 주장은 원도급자 선정 방법이 예정 가격의 일정 비율을 보장받는 적격 심사 낙찰제하에서는 어느 정도 타당성이 있는 주장임.
- 그러나, 원도급 계약의 낙찰자 선정 방법이 시장에 기반을 둔 최저가 낙찰제인 상황에서는 이러한 주장은 설득력이 없음.

(2) 하도급 저가 심사의 문제점

- 첫째, 하도급 계약 저가 심사 제도는 하도급자 간의 경쟁을 제한하는 반경쟁적 규제임.
- 대부분의 원도급자는 특별한 경우를 제외하고는 경쟁 입찰에 의한 최저가 입찰자를 낙찰자로 선정하고 계약 금액을 결정하고 있다. 그럼에도 불구하고, 하도급 계약 금액을 원도급 금액의 일정 비율 이상이 되도록 요구하는 것은 경쟁 입찰 방법을 인정하지 않는 규제임.
- 둘째, 공종의 하도급 계약 금액의 하한선을 획일적으로 원도급 계약 금액의 일정 비율로 정하는 것은 시장 경제에 반하는 제도임.
- 시장 경제에서 가격은 하도급 계약 당시의 하도급자의 자산 전속성(예를 들어, 특허 유무), 시장 상황 등에 따라 결정되는 것임. 시장 경제의 이러한 특징을 무시하고 하도급 계약 금액을 일률적으로 원도급 계약 금액의 일정 비율로 정하는 것은 시장 경제에 반하는 제도임.

- 셋째, 모든 공종의 하도급 계약 금액의 하한선이 확일적으로 원도급 금액의 일정 비율 이상으로 운용되는 하도급 저가 심사 제도는 비현실적인 규제임. 하도급 금액은 공사의 종류에 따라 원도급 금액의 100%를 초과하는 경우가 있는가 하면, 82% 미만이 될 수도 있음.

2. 외국의 사례

- 미국과 유럽의 경우 법령으로 원도급자와 하도급자 간의 하도급 계약 금액을 원도급 계약 금액의 일정 비율 이상의 금액으로 규제를 하고 있지는 않음.
- 단지, 미국의 일부 주에서는 하도급 대금 지급 시기에 대해서는 규제를 하고 있음. 예를 들어, Georgia주는 원도급자가 발주자로부터 대금을 받은 날로부터 10일 이내 하도급 대금을 지급하지 않으면 벌금을 부과하는 법률이 있음(Georgia Prompt Pay Act).
- 더욱이, 우리나라 「하도급법」에서 금지하고 있는 Bid Shopping도 불법으로 인정하지 않고 비윤리적인 문제라고만 인식하고 있는 경우도 있음(예: 미연방 정부 발주 공사).
- Bid Shopping이란 다른 사업자의 견적을 공표하고 이를 이용하여 가격을 결정하는 행위를 말함.
- Bid Shopping을 불법화하지 않는 이유는 건설업 서비스를 구매하는 행위와 다른 상품을 구입하는 행위는 기본적으로 다르지 않고, 자연스러운 상품(서비스) 구매 행위로 인식하기 때문임.

3. 개선 방안

- 최저가 낙찰제로 원도급자가 선정된 경우와 적격 심사 방법으로 낙찰자를 선정한 경우에도 원도급자가 경쟁 입찰 방법으로 하도급자를 선정한 경우에는 하도급 저가 심사를 폐지하여야 함.

IV. 하도급 대금 지급 보증 제도

1. 제도의 내용

- 원도급자는 하도급자에게 하도급 대금의 지급을 보증하고, 하도급자는 원도급자에게 계약 금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 계약 이행을 보증하여야 함. 이러한 원도급자의 하도급 대금 지급 보증서 교부 의무는 「하도급법」과 「건설산업기본법」에 모두 규정되어 있음.

2. 외국의 사례

- 우리나라와 같이 하도급 계약 체결 시 원도급자에게 하도급 대금 지급 보증을 의무화하고 있는 나라는 없음.
- 단지, 미국의 경우 공공공사 원도급 계약을 체결할 경우 원도급자는 임금 및 자재 대금을 보증하는 「임금 및 자재대금 지급보증」(Labor and Material Payment Bond: 약칭으로 Payment Bond 또는 Labor and Material Bond라고도 함)을 발주자에게 제출하는 제도가 있음.

3. 지급 보증 제도에 대한 평가

- 원도급 계약이나 하도급 계약 모두 도급 계약이므로 시공서비스를 구매하는 발주자 또는 원도급자는 시공 서비스를 판매하는 측(시공사)이 과연 약정한 시공서비스를 일정 기간 내에 제공할 수 있는 능력 및 의사가 있는지에 대해서 불확실성이 존재함.
- 한편, 시공 서비스를 판매하는 측에서도 서비스의 대가를 지급받기 전에 시공 서비스를 제공하므로 시공 서비스를 제공한 후에 과연 대가를 지급받을 수 있는가에 대한 위험이 존재함.
- 그러나, 원도급자에게 시공자의 신용을 보증하는 보증서(공사이행보증서 또는 계약이행보증서)를 요구하는 것이 보편적인 현상임을 감안하면, 이러한 경우에 원도급자로 하여금 시공사(하도급자)에게 하도급 대금 지급 보증서를 교부하도록 강제하는 것은 타당성이 있다고 평가할 수 있음.
- 또한, 거래 쌍방의 합의 하에 하도급자는 원도급자에게 계약 이행 보증서를 제출하고, 원도급자는 하도급자에게 하도급 대금 지급 보증서를 교부하는 제도는 보증기관으로 하여금 시공자의 신용을 조사하게 하여 신용이 좋은 업체가 시장에서 좋은 평가를 받게 하는 긍정적인 측면이 있음.

4. 보험으로의 전환과 이에 대한 평가

- 하도급 대금 지급 보증 제도는 수혜를 받는 자가 하도급자이므로 하도급자들이 보험에 가입하는 제도로 전환하여야 한다는 주장이 일부에서 제기되고 있고, 주장의 논리는 다음과 같음.

- 첫째, 현행 하도급 대금 지급 보증은 원도급자의 보증 수수료 부담으로 하도급자를 보호하는 것이므로 형평에 맞지 않는 제도임.
- 둘째, 본질적으로 위험(risk)은 위험에 처해 있는 당사자(하도급자)가 위험을 회피하는 수단을 강구하는 것이 원칙이므로 하도급 대금을 받지 못할 위험에 대해서는 하도급자가 위험 회피 수단인 보험에 가입하게 하는 방안이 올바른 정책임.
- 셋째, 하도급 대금 지급 보증을 받게 되면 하도급자는 거래 상대방의 신용에 대해서 주의를 게을리 하는 도덕적 해이(moral hazard) 현상이 나타남.
- 현행 건설 하도급 대금 지급 보증은 원도급자의 부담으로 하도급자를 보호하는 것이므로 문제가 있다는 지적은 타당성이 있으나 비용을 하도급자가 부담하는 것이 아니라 공사를 수행하기 위한 필요 경비이므로 발주자가 부담하는 것이 타당함.
- 시장 경제에서 위험은 기본적으로 위험에 처해 있는 당사자(하도급자)가 위험을 회피하는 수단을 강구하여야 한다는 주장은 타당성이 있으나, 당사자들이 위험을 회피하는 수단을 강구하지 아니하여 사회적 손실이 발생할 경우에는 그러한 위험을 회피하는 제도를 강제화하는 것이 바람직할 수 있음.
- 강제화하는 방법이 대금 지급 보증이든지 대금 지급 보험이든지 차이가 없음.
- 다만, 정부가 위험이 거래되는 시장이 없을 경우에는 이러한 시장을 조성하여 민간이 위험을 시장에서 거래할 수 있게 하여 거래 당사자들이 보험에 가입하여 위험을 회피한다면 보험이나 보증을 강제화하는 것보다 바람직할 수는 있음.

insurance)에 가입하여 거래 상대방에 대한 신용 위험(credit risk)을 회피한다면 보증을 강제화하는 것보다 바람직할 수 있음.

- 하도급 대금 지급 보증을 받게 되면 하도급자는 거래 상대방의 신용에 대해서 주의를 게을리 하는 도덕적 해이(moral hazard) 현상이 나타난다는 주장은 타당함.
- 그러나, 이러한 도덕적 해이 현상은 보험에 가입하든지 보증을 받든지 어느 경우에도 나타나는 현상임.

5. 보증수수료 예정가격 산입 문제

- 하도급 대금 지급 보증수수료 등 보증수수료는 공사를 수행하기 위한 비용이어서 기본적으로 발주자가 부담하여야 하므로, 발주자는 예정가격을 산출할 경우 보증수수료를 예정가격에 포함시켜야 한다는 주장임.
- 그러나, 일부에서는 이러한 주장에는 찬성하나 기술적인 문제를 들어 반대하고 있음.
- 첫째, 현행 제도는 보증서 또는 현금으로 하도급 대금을 보증하는 제도이므로 현금으로 보증을 하는 경우에는 발주자(정부)가 일방적으로 원도급자에게 혜택을 주는 결과를 초래한다는 주장임.
- 그러나, 원도급자가 현금으로 보증하는 경우에도 원도급자는 이에 대한 이자를 포기하여야 하므로 원도급자가 비용을 부담하는 것이고, 현실적으로 현금으로 하도급 대금을 보증하는 사례는 없음.

- 둘째, 하도급률이 원도급 업체마다 상이하여 하도급 대금 지급 보증 수수료를 예정가격에 포함시키는 것이 곤란하다고 주장하나, 예정가격에 포함되는 모든 경비 항목이 이와 같은 문제점이 있음.
- 예정가격이라는 것은 평균적인 의미에서의 공사수행에 소요되는 비용이지 개별기업의 실제 공사비용은 아니기 때문임.
- 셋째, 하도급 대금 지급 보증이 면제되는 경우 원도급자에게 일방적으로 혜택을 주는 것이라는 주장이 있으나, 이러한 문제점은 하도급 대금 지급 보증 수수료를 내역서에 명시하게 하고 명시된 금액이 실제로 납부한 보증 수수료를 초과하는 경우 정산하는 제도를 도입하면 해결할 수 있음.
- 하도급 대금 지급 보증 수수료는 발주자가 부담하는 것이 (global standard임) 따라서 우리나라도 공공공사에 대해서는 하도급 대금 지급 보증 수수료를 발주자가 부담하게 하여야 함.
- 공공공사 예정 가격 산정 시 경비 항목에 하도급 대금 보증수수료를 명시적으로 포함시키고, 건설공사 도급 계약 당사자는 도급금액 산출 내역서에 하도급 대금 지급 보증 수수료를 명시하도록 하고 사후 정산하게 하여야 함.