

건설정책리뷰 2022-02

---

# 건설공사 하도급 입찰 문제점 및 개선 방안

---

박 승 국

2022. 5



## 요 약

### ■ 건설공사의 하도급 공사 입찰시 경쟁입찰에 의한 하도급업체 선정 및 하도급금액 결정은 사적자치 영역으로 간주되어, 원도급자의 자의적 기준·판단에 따라 불투명하고, 불공정한 방법으로 이루어지고 있음

- 자체 실행가격(예정가격) 초과를 이유로 유찰시키고, 2~3회 재입찰을 실시하여 하도급 가격을 최대한 낮추는 수단으로 이용하고 있는 실태임

### ■ 하도급 입찰과정에서의 불법 행위 현황

- 입찰단계의 불공정한 저가하도급금액 결정 행위는 저가낙찰을 유도하기 위한 고의적인 재입찰, 입찰시 타입찰자의 견적금액을 알려주어 수급사업자의 낮은 입찰 금액 유도, 정당한 사유없이 저가 하도급대금 결정 등 임
- 하도급 공사 입찰을 통해 결정된 최저가 입찰금액보다 낮은 하도급금액을 유도하기 위해서 경쟁 입찰을 반복하는 사례가 많이 발생하고 있으며, 이러한 재입찰을 경험한 업체는 평균 28.8%로 조사 됨
- 이러한 원사업자의 불법 행위는 하도급 공사의 입찰과 낙찰자 선전과정이 공정하지 못하고 투명하지 못하기 때문임

〈표〉 하도급 공사 입찰 시 불공정 행위의 문제점

불공정 행위	내용 및 문제점	관련법
저가낙찰을 유도하기 위한 고의적인 재입찰	- 고의적인 재입찰을 통해 당초 최저 입찰가보다 더 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하여, 수급사업자가 원사업자의 위법사항에 대해 현실상 적절한 시기에 대응하기 어려운 문제점이 있음	하도급법 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 제2항제7호
입찰시 타 입찰자의 견적금액을 알려주어 수급사업자의 낮은 입찰 금액 유도	- 수급사업자의 거짓 견적에 의해 부당하게 저가 하도급대금이 결정되고 있어, 견적능력이 우수하고 견실한 수급사업자의 피해가 발생하고 있음 - 견실한 수급사업자의 보호 필요	하도급법 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 제2항제4호
정당한 사유없이 저가 하도급대금 결정	- 하도급공사를 경쟁입찰하여 최저가낙찰가격으로 낙찰자를 선정 후, 하도급계약시 특별한 사유 없이 낙찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것으로, 이러한 원사업자의 행위에 대하여 예방적 차원의 문제 해결방안이 필요함.	하도급법 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 제1항, 제2항제7호

## ■ 하도급 입찰 과정에서의 불법 방지를 위해 입찰자료 공개 제도의 실효성 확보 필요

- 하도급 입찰자료 공개를 위한 하도급법의 개정은 2021년 12월에 이루어졌으나 공개의 대상이 종합심사낙찰제가 적용되는 공공공사에 국한되어 있으며, 이를 위반시 처벌은 과태료 처분에 불과하여 본 개정안의 시행 이전임에도 개정 법률의 유효성에 대한 논란이 있음. 따라서 본 연구에서는 그 동안 논의되어왔던 입찰 결과 공개의 타당성에 대해 다시 살펴보고 입찰 공개제도의 합리성과 실효성을 높이는 방안에 대하여 제시하고자 함

## ■ 하도급 입찰자료 공개 제도의 실효성 확보를 위한 하도급법 개정(안)

- 하도급 입찰시에 발생하는 원사업자의 불공정한 행위에 대하여 사회적·경제적 약자인 수급사업자를 보호하기 위한 목적으로 모든 건설공사에 대하여 하도급 입찰이 종료된 후 원사업자에게 아래와 같은 항목의 입찰결과를 공개하도록 하여야 함
- 하도급 계약의 예정금액 및 산정 내역서
- 입찰금액 및 그 금액을 제안한 입찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지)
- 낙찰금액 및 낙찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지)
- 유찰된 경우 유찰 사유

## ■ 입찰자료 공개 의무 위반시 제재 강화

- 원사업자의 하도급 입찰자료 공개 의무의 실효성을 높이기 위해서는 이를 위반할 경우 시정조치(하도급법 제25조), 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 과징금 부과처분(하도급법 제25조의3), 벌점 부과 및 입찰참가자격의 제한(하도급법 제26조) 등이 필요함

## ■ 본 연구에서는 원사업자가 경쟁입찰을 통하여 하도급계약을 체결하는 경우에는 입찰절차가 종료된 후 즉시 그 결과를 공개하도록 하며, 이를 위반하는 경우 시정조치, 과징금 부과처분, 원사업자에게 벌점 및 이에 따르는 입찰참가제한에 처하도록 함으로써 하도급거래에서의 불공정한 관행을 개선하려는 것임

- 본고에서 제시된 하도급법 개정안이 하도급 입찰자료 공개 제도의 실효성 확보에 유용한 자료로 활용되기를 기대함

---

# 목 차

요 약	i
I. 서 론	1
II. 하도급 입찰시 불공정 행위 현황 및 문제점	4
1. 불공정 하도급 입찰 행위 현황	4
2. 하도급 공사 입찰시 문제점	9
III. 하도급 입찰자료 공개 방안	11
1. 입찰자료 공개의 필요성	11
2. 입찰자료 공개의 타당성	12
3. 입찰자료 공개 방안	23
IV. 결 론	28
참고문헌	30



# I. 서론

- 건설공사의 하도급 공사 입찰시 경쟁입찰에 의한 하도급업체 선정 및 하도급금액 결정은 사적자치 영역으로 간주되어, 원도급자의 자의적 기준·판단에 따라 불투명하고, 불공정한 방법으로 이루어지고 있음
  - 종합건설업체는 수급사업자 선정을 위해 현장설명 후 공종별로 등록된 협력업체중 5~6 개사를 지명하여 경쟁입찰을 실시하고 있음
  - 자체 실행가격(예정가격) 초과를 이유로 유찰시키고, 2~3회 재입찰을 실시하여 하도급 가격을 최대한 낮추는 수단으로 이용하고 있는 실태임
  - 수급사업자는 계약체결 이전 단계에서부터 단가가 낮게 결정되어, 시공과정에서 공사비 부족 현상 발생, 적자시공 누적으로 심각한 경영난을 겪고 있음
  - 현장설명 또는 입찰참여를 지명 받은 수급사업자는 정당한 사유 없이 현장설명 또는 입찰에 불참할 경우 협력업체 등록 배제, 입찰참여 제한 등 상당한 불이익을 주고 있어 때로는 원사업자가 저가로 수주한 공사임을 알고서도 원사업자가 요청한 현장설명이나 입찰에 참여할 수밖에 없음
- 원사업자는 담합이나 영업기밀 노출 위험 등을 이유로 하도급 공사 입찰 전·후를 막론하고 자체 실행예산(예정가격) 및 하도급자 투찰 금액을 비공개하고 있어, 하도급 낙찰자 선정 과정의 공정성과 투명성이 결여된 상태임
  - 원사업자가 재입찰 형식을 빌려 고의로 하도급 단가를 낮추는 불공정 행위를 하더라도 적발 자체가 어렵고, 수급사업자가 입증자료를 확보하기에도 어려운 상황임
- 공공공사의 경우, 국가·지방 계약법령에 의거 기초금액(추정가격) 공개 및 낙찰자 선정 과정이 공정하고 투명하게 이루어지고 있는 것과는 상당한 차이가 있음
- 사인간 계약이라 하더라도 합리적인 하도급 입찰 결과의 공개제도의 운영은 부당한 하도급대금 결정 방지로 목적물의 품질 및 국민생활 안정 등 공공복리 향상과 중소기업

의 경영부담 완화로 중소기업 보호 육성 등 정부의 정책 방향에도 부합함

- 하도급 공사의 입찰 및 낙찰자 선정과정에서의 투명성을 담보하기 위해서 국회에서는 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법' 이랑 칭함)의 개정이 2013년도부터 시도 되었음
- 2013년 5월 이현재 의원은 하도급 계약이 경쟁입찰을 통하여 이루어지는 경우에도 담합행위나 원사업자의 불공정행위가 자주 발생하고 있으나 입찰결과가 참가자에게 공개되지 않아 불공정행위를 입증하기 어려운 문제가 있음을 개선하기 위하여 원사업자가 경쟁입찰을 통하여 하도급계약을 체결하는 경우에는 입찰절차가 종료된 후 즉시 그 결과를 공개하도록 함하며 이를 위반하는 경우 시정조치, 과징금 부과처분 및 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 하는 하도급법 개정안을 발의함
- 2021년 3월에는 김병욱 의원이 종합심사낙찰제가 적용되는 국가 또는 국가 소속 공공기관이 발주하는 건설공사의 경우 하도급계약의 입찰금액 및 낙찰 결과를 입찰 참가자들에게 공개하도록 하고 이를 위반시 1천만원 이하의 과태료에 처하도록 하도급법을 개정 발의하였고 2021년 12월 국회 본회의를 통과하여 개정 입법되었음

#### 〈개정된 하도급법〉

##### 제3조의5(건설하도급 입찰결과의 공개)

국가 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조에 따른 공기업 및 준정부기관이 발주하는 공사입찰로서 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제10조 제2항에 따라 각 입찰자의 입찰가격, 공사수행능력 및 사회적 책임 등을 종합 심사할 필요가 있는 대통령령으로 정하는 건설공사를 위탁받은 사업자는 경쟁 입찰에 의하여 하도급 계약을 체결하고자 하는 경우에 그 계약을 체결하기 전에 다음 각 호의 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰참가자에게 알려야 한다.

1. 입찰금액 및 그 금액을 제안한 입찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지)
2. 낙찰금액 및 낙찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지)

##### 제30조의2(과태료) ① ~ ③ (생략)

④ 제3조의5를 위반하여 같은 조 각 호의 사항을 알리지 아니하거나 거짓으로 알린 사업자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.



〈표 1-1〉 하도급 공사 입찰결과 공개에 관한 하도급법 개정 발의 연혁

연번	발의자	제안일	개정내용	비고
1	이현재 의원	2013. 5. 24.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 하도급계약을 체결하는 경우 입찰절차가 종료된 후 즉시 그 결과를 공개 (제4조의2(입찰결과의 공개) 원사업자는 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결하는 경우에는 입찰절차가 종료된 후 즉시 입찰참가자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 하도급계약의 예정가격, 최저가로 입찰한 금액, 낙찰가격 및 낙찰자를 공개하여야 한다)</li> <li>- 이를 위반하는 경우 시정조치, 과징금 부과처분 및 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 함으로써 하도급거래에서의 불공정한 관행을 개선 (제25조(시정조치), 제25조의3(과징금), 제30조(벌칙) )</li> </ul>	폐기
2	김병욱 의원	2021. 3. 18.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 종합심사낙찰제가 적용되는 국가 또는 국가 소속 공공기관이 발주하는 건설공사의 경우 하도급계약의 입찰금액 및 낙찰 결과를 입찰 참가자들에게 공개</li> <li>- 이를 위반하는 경우 1천만원 이하의 과태료에 처함</li> </ul>	2021. 12. 9. 본회의 통과

자료: 국회의안정보

- 하도급 입찰 결과의 공개를 위한 하도급법의 개정은 2021년 12월에 이루어졌으나 공개의 대상이 종합심사낙찰제가 적용되는 공공공사에 국한되어 있으며 이를 위반시 처벌은 과태료 처분에 불과하여 본 개정안의 시행 이전임에도 개정 법률의 유효성에 대한 논란이 있음. 따라서 본 연구에서는 그 동안 논의되어왔던 입찰 결과 공개의 타당성에 대해 다시 살펴보고 입찰 공개제도의 합리성과 실효성을 높이는 방안에 대하여 제시하고자 함

## II. 하도급 입찰시 불공정 행위 현황 및 문제점

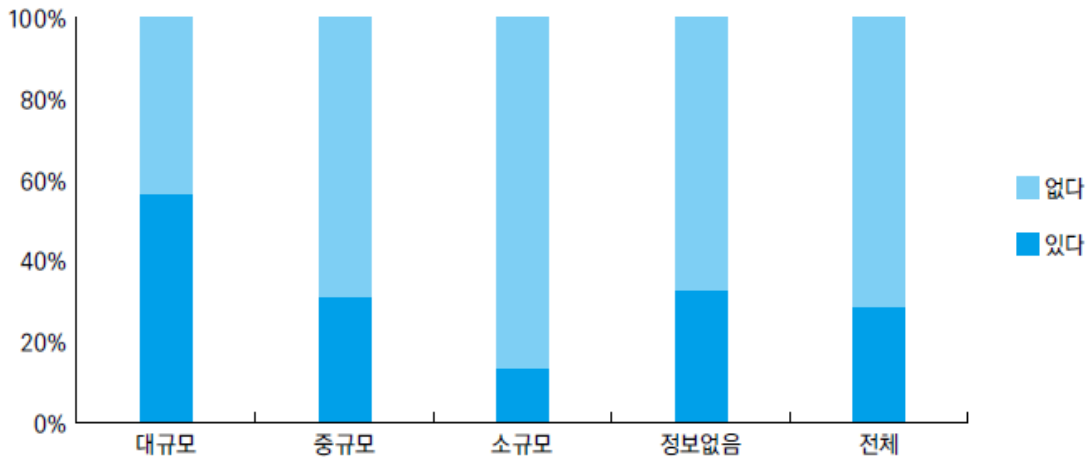
### 1. 불공정 하도급 입찰 행위 현황

- 현행 수급사업자 선정 방식은 원사업자가 공사를 낙찰 받은 후 원사업자의 비공개된 폐쇄적인 하도급 입찰 방식에 의해 수급사업자를 선정하도록 되어 있어, 원사업자의 부당한 하도급 가격 결정 행위의 발생 가능성이 높음
- 원사업자는 최저가에 입찰한 업체를 수급사업자로 결정하고 있으며 최저가 입찰 업체가 원사업자의 하도급 예정가격을 초과할 경우 유찰시키고, 반복적인 재입찰을 통하여 하도급 가격을 최대한 낮추고 있음
- 최저가로 입찰하여 낙찰된 업체에게도 정당한 사유 없이 낙찰금액보다 더 낮은 금액으로 하도급계약을 체결하는 불공정 행위가 발생되고 있음

#### 1) 원사업자에 의한 반복적인 하도급 재입찰에 따른 저가하도급 유도

- 하도급 공사 입찰을 통해 결정된 최저가 입찰금액보다 낮은 하도급금액을 유도하기 위해서 경쟁 입찰을 반복하는 사례가 많이 발생하고 있는 것으로 조사되었으며, 이러한 재입찰을 경험한 업체는 평균 28.8%로 조사 됨<sup>1)</sup>
  - 하도급 공사의 입찰과정 중에 재입찰을 경험한 업체는 28.8%(전년 32.4%), 대규모 기업에서의 응답률이 가장 높은 56.7%(전년 65.8%)로서 전년보다 소폭 감소했음. 평균 재입찰 건수는 3.65건(전년 3.8건)으로 전년과 유사함

1) 전문건설협회(2021년), 전문건설업실태조사



〈그림 2-1〉 수급사업자 규모별 하도급 공사 재입찰 사례 발생 여부

〈표 2-1〉 하도급 공사 입찰시 원사업자의 재입찰 참가 여부

(단위 : 업체수, %)

구분	대규모	중규모	소규모	정보없음	전체
있다	51 (56.7)	76 (31.1)	31 (13.7)	29 (33.0)	187 (28.8)
없다	39 (43.3)	168 (68.9)	196 (86.3)	59 (67.0)	462 (71.2)
합계	90 (100.0)	244 (100.0)	227 (100.0)	88 (100.0)	649 (100.0)

자료: 대한전문건설협회(2021), 전문건설업실태조사

〈표 2-2〉 하도급 업체 기업규모별 재입찰 참가 평균 건수

(단위 : 건)

구분	대규모	중규모	소규모	정보없음	전체
재입찰 평균건수	3.30	3.94	2.48	4.85	3.65

자료: 대한전문건설협회(2021), 전문건설업실태조사

- 하도급 경쟁입찰시 합리적인 절차를 수행하지 않고 원사업자의 수익성 제고를 위하여 재입찰을 통하여 최저가 입찰금액보다 더 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하고 있어 결과적으로 하도급공사의 가격을 하락시키고 있음

### 〈반복적인 하도급 재입찰에 따른 저가하도급 유도 사례〉

원사업자인 ○○건설(주)은 2006년 12월 아래와 같이 ‘광주 ○○○○공사 중 도시가스배관공사’의 하도급공사를 경쟁입찰을 통하여 하도급계약을 체결함에 있어, 최저가를 제시한 입찰자를 낙찰자(수급사업자)로 선정하지 않고, 합리적 사유 없이 최저가를 제시한 업체를 포함하여 차순위 3개 업체를 대상으로 재입찰을 통한 가격 협상을 한 후, 이 중 1개 업체와 최저가 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급금액을 결정하여 하도급계약을 체결함. 이와 같은 방법으로 체결된 하도급계약금액은 수급사업자가 사전에 책정한 실행금액보다 낮은 금액임으로 계약됨

하도급 공사명	입찰참가 업체명	실행 금액	입찰금액 (A)	재입찰 금액	계약금액 (B)	계약업체	차액 (*A-B)
광주 ○○○○ 공사 중 도시가스배 관공사	가	225,900	*230,000	220,000	220,000	가	10,000
	나		233,000	220,000			
	다		237,000	227,000			
	라		240,000				
	마		286,447				
	바		309,000				

주1: 입찰 금액(A)중 밑줄 친 금액은 입찰금액중 최저가 금액으로, 재입찰을 하지 않을 경우 낙찰금액이며, 입찰금액(A)의 앞에 “\*” 표시는 재입찰시에 계약금액으로 선정된 업체의 입찰금액임. 따라서 차액(\*A-B)은 최종 계약된 업체의 최초 입찰시 금액에서 계약금액(B)을 뺀 금액임

주2: 공사명과 회사명은 기업의 정보 보호를 위해 기호 및 이니셜 처리하였음

- 하도급 공사의 재입찰에 참여하여 최종적으로 공사를 수주한 낙찰업체의 하도급 계약 금액이 최초 입찰시의 최저가 하도급 입찰금액과 대비하여 감액된 평균비율은 17.6% (전년 20%)임

〈표 2-3〉 하도급 공사 입찰시 재입찰에 의해 낙찰 받은 하도급금액의 감액 비율

(단위 : %)

구분	대규모	중규모	소규모	정보없음	전체
재입찰에 의한 평균 하도급금액 감액비율	16.1	21.0	18.4	10.3	17.6

자료: 대한전문건설협회(2021), 전문건설업실태조사

## 2) 정당한 사유 없이 최저가 낙찰 금액 보다 낮은 계약 체결 강요

- 정당한 사유 없이 저가 하도급 대금을 결정하는 행위란 하도급공사를 경쟁입찰하여 최저가 입찰가격으로 낙찰자를 선정된 후, 하도급계약시 특별한 사유 없이 낙찰금액보다 낮은 금액으로 하도급계약을 체결하는 것을 의미함
- 하도급공사금액을 원사업자가 일방적으로 현저히 낮게 결정해도 수급사업자는 기업유지에 필요한 최소한의 수주목표를 달성하기 위하여 공사 채산성이 없음에도 불구하고 불공정계약을 체결하는 사례가 발생하고 있으며, 이러한 원사업자의 불공정 행위는 저가 하도급금액 결정 방법중에 24.5%로 조사됨

### 〈낙찰 금액과 다른 저가 하도급 계약 체결 사례〉

원사업자 △△종합건설은 2006년 10월 20일부터 2008년 8월 1일 기간 동안 「○○대학 신축공사 중 수장바닥재공사」등 20건의 건설공사의 하수급인 선정과 관련하여 협력업체중 3~5개 업체를 선정하여 현장설명에 참여한 업체로부터 밀봉견적서를 제출받았음. 이후 원사업자는 수급사업자들이 제출한 밀봉견적서중 최저가를 기준으로 다시 면담 또는 유선으로 가격을 협상한 후 최저가보다 낮은 금액으로 하도급계약을 체결하였음. 원사업자는 이러한 방법으로 최저가입찰금액보다 220천원부터 91,028천원까지 낮은 금액으로 하도급금액을 결정하였음

〈표 2-4〉 정당한 사유 없이 저가 하도급금액 결정 내역

(단위 : 천원, %)

하수급인명	하도급공사명	입찰금액(A)	협상금액	하도급 계약금액(B)	차액 (A-B)	최저입찰가 대비 최종 계약비율(B/A)
(주)A건설	수장바닥재	105,964	103,950	103,950	2,014	98.1%
B건업	유리	291,390	269,500	269,500	21,890	92.5%
C토건	도장	25,630	22,000	22,000	3,630	85.8%
D건설(주)	기계설비	511,500	484,000	484,000	27,500	94.6%
(주)F하우징	쿠마루	100,870	77,000	77,000	23,870	76.3%
G스톤	석공사	406,120	377,300	377,300	28,820	92.9%

하수급인명	하도급공사명	입찰금액(A)	협상금액	하도급 계약금액(B)	차액 (A-B)	최저입찰가 대비 최종 계약비율(B/A)
H종합건설	조적·미장	228,800	217,800	217,800	11,000	95.2%
I토건(주)	도장	24,860	22,000	22,000	2,860	88.5%
J건설	철콘	266,200	253,000	253,000	13,200	95.0%
K건업	금속	65,827	60,500	60,500	5,327	91.9%
L석재	석공사	150,700	129,800	129,800	20,900	86.1%
M테크	도장	33,220	33,000	33,000	220	99.3%
N산업개발(주)	석공사	60,170	54,450	54,450	5,720	90.5%
(주)O씨엔지	유리	29,909	28,600	28,600	1,309	95.6%
P T&I	수장	249,700	170,500	170,500	79,200	68.3%
Q석재	석공사	196,268	192,500	192,500	3,768	98.1%
R이엔씨	AL창호 등	261,528	170,500	170,500	91,028	65.2%
S웁스개발	웁스 및 출입문	13,033	12,100	12,100	933	92.8%
S웁스개발	부대토목	19,070	17,600	17,600	1,470	92.3%
T건설산업	도장, 외단열	231,000	209,000	209,000	22,000	90.5%
합 계		3,271,759	2,905,100	2,905,100	366,659	88.8%

주1: 공사명과 회사명은 기업의 정보 보호를 위해 기호 및 이니셜 처리하였음

주2: 본 자료는 불공정하도급거래 사례(2016년)를 조사한 전문건설협회 내부자료 임

## 2. 하도급 공사 입찰시 문제점

- 입찰단계의 불공정한 저가하도급금액 결정 행위는 저가낙찰을 유도하기 위한 고의적인 재입찰, 입찰시 타사업자의 견적금액을 알려주어 하수급인을 기만하여 하도급대금 결정하는 행위, 정당한 사유없이 저가 하도급대금 결정 등 임
  - 이러한 원사업자의 불법 행위는 하도급 공사의 입찰과 낙찰자 선정과정이 공정하지 못하고 투명하지 못하기 때문임
  - 하도급 공사의 입찰시 예정된 공사가격은 원사업자만 알고 있으며 입찰에 참여한 수급사업자의 입찰 금액과 낙찰 금액 역시 원사업자만 알고 있음
  - 이러한 정보의 비대칭성은 하도급 공사 입찰 과정의 불공정성을 야기시키는 주요한 원인 임

〈표 2-5〉 하도급 공사 입찰 시 불공정 행위의 문제점

불공정 행위	내용 및 문제점	관련법
저가낙찰을 유도하기 위한 고의적인 재입찰	- 고의적인 재입찰을 통해 당초 최저 입찰가보다 더 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하여, 수급사업자가 원사업자의 위법사항에 대해 현실상 적절한 시기에 대응하기 어려운 문제점이 있음	하도급법 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 제2항제7호
입찰시 타 입찰자의 견적금액을 알려주어 수급사업자의 낮은 입찰 금액 유도	- 수급사업자의 거짓 견적에 의해 부당하게 저가하도급대금이 결정되고 있어, 견적능력이 우수하고 견실한 수급사업자의 피해가 발생하고 있음 - 견실한 수급사업자의 보호 필요	하도급법 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 제2항제4호
정당한 사유없이 저가 하도급대금 결정	- 하도급공사를 경쟁입찰하여 최저가낙찰가격으로 낙찰자를 선정 후, 하도급계약시 특별한 사유없이 낙찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것으로, 이러한 원사업자의 행위에 대하여 예방적 차원의 문제 해결방안이 필요함.	하도급법 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 제1항, 제2항제7호

- 비공개된 폐쇄적인 현행 하도급 입찰과정은 원사업자-수급사업자 간의 불공정 거래를 만연시켜 사회적 불평등 심화 및 공생발전을 저하시키고 있음

- 계약체결 단계 이전인 입찰과정에서부터의 불공정 하도급거래 행위에 의해 결정된 부당하게 낮은 하도급 금액은 하도급공사 시공과정에서 공사비 부족을 초래하게 되어 부실시공의 가능성이 커지게 되며 수급사업자는 심각한 경영난에 빠질 수 있음

○ 원사업자의 하도급 입찰자료 비공개는 하도급 공사 낙찰자 선정과정의 공정성과 투명성을 결여시키고 있으며, 계약당사자들(발주자·원사업자·수급사업자)간의 구조적 부패 고리(알선·청탁 등)가 형성될 우려가 있음. 불공정 입찰 행위에 의해 부당하게 낮은 하도급 금액이 결정되더라도 이에 대한 입증자료 확보가 어려움

## II

- 공공공사의 경우 국가계약법령 및 지방계약법령에 의거하여 기초금액(추정금액)을 공개하는 등 투명하고 공정한 절차에 따라 입찰 및 계약이 이루어짐에 비추어 하도급 공사의 입찰 과정은 투명하지 못하며 불공정 행위의 발생 가능성이 높음
- 공공공사의 경우 발주기관은 부당하거나 불법적인 지출에 대한 국민 감시를 통해 효율적 예산 집행을 검증 받아야 하나, 수급사업자 선정을 위한 입찰자료의 비공개는 원사업자의 불공정 행위를 유발시켜 비효율적인 예산 집행의 가능성을 높이게 됨



### Ⅲ. 하도급 입찰자료 공개 방안

#### 1. 입찰자료 공개의 필요성

- 적절한 공사비 확보를 위한 공정한 하도급거래 질서의 확립은 우수한 공사 품질을 담보할 수 있어 국민의 재산과 생명을 지키고 공공복리를 증진 시킬수 있으며, 건설 수급사업자를 보호·육성할 수 있는 건설산업에서의 경제민주화 실천 방안이 될 수 있음
- 하도급 공사를 수행하는 수급사업자의 선정 및 하도급 금액의 결정은 그동안 계약자유 원칙의 영역으로 간주되어 원사업자의 비공개된 자체적인 기준에 따라 불투명하고 불공정한 방법으로 이루어져 왔음
- 하도급 입찰자료는 사인간의 계약자유 원칙 침해소지 등으로 인해 현재 공개되고 있지 않으나, 하도급 계약의 투명성과 공정성을 확보를 통하여 국민 전체의 이익과 발주자의 재산권 및 수급사업자 권리를 보호하기 위해서는 하도급 입찰자료의 공개가 필요함
- 하도급 입찰자료의 공개는 제3자에 의한 공익적 감시활동 기능을 강화시켜 불공정 거래행위 및 계약당사자간의 부패발생 고리를 차단·예방할 수 있으며, 적절한 하도급 금액이 확보됨으로써 수급사업자의 경영상태 악화 방지와 양질의 시공품질 확보가 가능함
- 공정한 하도급 거래 질서를 확립하기 위해서 하도급 공사 계약의 전 단계인 입찰 단계에서의 투명성과 공정성 확보가 필수적이며 이를 위해서는 하도급 입찰 종료 후 원사업자의 예정가격, 수급사업자의 최저가 투찰금액, 낙찰금액 및 낙찰자 등을 공개하도록 하는 법제화가 필요함
  - 공공공사의 경우, 국가·지방 계약법령에 의거 입찰에 부치는 예정된 공사의 추정가격 공개 및 낙찰자 선정과정이 공정하고 투명하게 이루어지고 있음

## 2. 입찰자료 공개의 타당성

### 1) 계약자유 원칙에 대한 법리적 타당성

- 계약자유 원칙은 당사자가 자유롭게 선택한 상대방과 그 법률관계의 내용을 자유롭게 합의하고, 법이 그 합의를 법적 구속력 있는 것으로 승인하는 원칙을 말함
- 계약의 자유는 계약자유 원칙 제한, 강행법규에 의한 제한, 사회질서에 의한 제한, 규제된 계약과 계약내용의 제한 등으로 나눌수 있음
- (계약자유 원칙 제한) 자본주의의 발전에 따라서 사회의 많은 사람에게는 계약의 자유가 계약의 부자유로 전환하게 되고, 계약자유 원칙은 자기모순에 빠지게 됨. 계약 자유 원칙이 타당한 범위는 사실상 좁아져 가고 그에 따라 경제적 강자의 지위는 더욱 강화되게 됨
  - 그러한 사태를 그대로 방치한다는 것은 사회질서의 혼란을 가져오고 나아가서는 사회의 존립 자체를 위협하게 되어, 사회존립의 유지를 피하기 위하여 여러 조치를 취하지 않을 수 없게 됨
  - 즉, 기업의 독점적 지위에서 발생하는 폐해를 없애고 국민경제의 안정을 이루기 위하여 세계 각 국은 생활필수품의 생산과 매매에 간섭하고 최소한의 물량을 확보하거나 가격을 억제하는 조치를 취하고 있음
  - 국내도 예외는 아니며 식량과 에너지를 비롯한 필수품에 대하여 직접·간접의 통제를 하고 기업의 결합과 협정을 제한하고 감시의 눈을 펴고 있으며, 힘없는 사회적·경제적 약자를 보호하기 위해서는 법이 후견적 역할을 담당하여 그 보호를 위한 여러 입법적 조치를 취하고 있음
  - 즉, 약자를 보호하고 실질적 평등을 이루기 위하여 국가가 계약내용에 간섭하고 계약자유 원칙을 제한하고 있음. 근로기준법·주택임대차보호법 등이 좋은 예이며, 오늘날 계약자유 원칙은 여러 방면으로부터 제한을 받고 있음
- (강행법규에 의한 제한) 계약 당사자의 법률행위가 강행법규에 반하는 경우에는 효력이 인정되지 않음. 따라서 강행법규에 위반하는 사항을 목적으로 하는 계약도 효력이

인정되지 못함.

- 평균적 정의의 실현 또는 경제적 약자의 보호를 위하여 강행법규가 점차로 늘어가고 있으며 이는 그만큼 계약의 자유가 제한되어 가고 있음을 의미함
- 그러므로 계약을 체결하기 전에 계약의 내용을 면밀히 검토하여 강행법규에 위반되는지 여부를 따져 보아야 함

○ (사회질서에 의한 제한) 선량한 풍속 기타의 사회질서에 위반하는 사항을 내용으로 하는 계약도 무효임

- 당사자는 어떠한 계약을 체결하여도 좋으나 계약의 내용이나 목적이 사회일반의 이익에 반하거나 국민의 도의관념에 반하는 경우에는 법이 그 계약을 무효로 하고 이에 대하여 법적 보호를 해주지 않음
- 여기서 계약내용의 자유가 사회질서에 의하여 제한되는 범위는 현재 점차로 확대되어 가고 있는 추세임

○ (규제된 계약과 계약내용의 제한) 계약의 내용이 법규에 의하여 제한되어 있어서 당사자가 어떤 물건에 관하여 계약을 맺으려면 반드시 그 법규가 정하는 내용의 계약을 맺어야만 한다고 할 때에 성립하는 계약이 이른바 '규제된 계약'임

- 어떤 물건에 관하여 법령으로 공정가격을 정하고 있다면 체결의 자유와 상대방 선택의 자유는 있어도 그 매매는 주요한 계약내용인 가격에 관하여는 반드시 공정가격으로 체결하여야 함. 이러한 규제된 계약은 계약내용 결정의 자유에 대한 중대한 제한으로 볼 수 있음
- 국내 경제 질서는 자유경제나 물가의 안정과 국민경제의 정상적 발전을 위하여 일정한 중요물자의 가격이 법령으로 제한되어 있어서 이른바 규제된 계약의 성립을 볼 수 있으며, 그 한도에서 계약내용 결정의 자유는 제한을 받음(물가안정 및 공정거래에 관한 법률 제2조·제4조, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제5조·제31조·제34조, 양곡관리법 제9조·제16조, 비료관리법 제5조·제8조, 농약관리법 제3조)
- 경제적 위기 또는 전시에는 경제규제법에 의하여 무기나 군수품 또는 생활필수품 같은 특정 재화에 관한 계약체결이 강제되고 계약의 자유가 그 한도에서 제한됨
- 즉, 통제경제체제 아래에서는 일정한 경우에 계약체결 뿐만 아니라 경우에 따라서는 특정의 내용에 따라 계약을 체결할 것을 요구하는 경우도 있음

- 계약 자유의 원칙의 내용은 ‘체결의 자유’, ‘상대방 선택의 자유’, ‘내용 결정의 자유’, ‘방식의 자유’의 네가지로 구분하는 것이 일반적임. ‘계약자유 원칙’은 ‘소유권 절대 원칙’, ‘과실책임의 원칙’과 함께 근대 민법의 3대 원칙을 이루고 있음
- 계약자유 원칙의 내용으로는 ‘체결의 자유’, ‘상대방선택의 자유’, ‘내용결정의 자유’, ‘방식의 자유’가 있음. 이 원칙은 자본주의 초기에 특히 강조되었지만 현대 사회에서는 여러 제한을 받고 있음
  - ‘내용결정의 자유’에 대해서는 민법이나 근로기준법 등 법률이 정한 조건이 아니면 계약을 할 수 없도록 제한하는 경우가 많음. 예를 들면 근로기준법이 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효가 되고, 그 부분은 동법에 정한 기준에 따라야 함(동법 제20조). 아울러 보험계약이나 근로계약과 같은 부합계약(부합계약: 당사자 일방인 기업이 계약내용을 일방적으로 결정하고 상대방은 그 내용을 좇음으로써 성립하는 계약)에서는 당사자 일방의 자유는 사실상 박탈되고 있음
  - 제정법상 ‘형식의 자유’가 명확히 박탈되는 경우(현상광고(懸賞廣告)의 청약, 단체협약 등의 예)는 매우 적음. 그러나 서면으로 표시하지 않은 증여는 효력이 약하며 당사자는 이를 해제할 수 있음(민법 제555조(서면에 의하지 아니한 증여와 해제))
  - 계약을 체결하느냐 체결하지 않느냐의 자유, 즉 ‘체결의 자유’에도 제한이 있음. 독점적인 기업(우편·철도·가스·수도)이나 공익적인 직무(의사·조무사 등) 및 사회정책적인 제도(건물의 매수청구의 행사)에서는 계약을 받는 경우가 있음
  - 계약 상대방을 누구로 선택할 것인가에 관한 ‘상대방 선택의 자유’도 재판이나 노동관계법 등의 법률에 의하여 제한 받는 경우가 있음
- 계약자유 원칙을 지나치게 광범위하게 인정하게 되면 경제적 강자의 지위는 더욱 강화되게 되며 이는 경제·사회 질서의 혼란을 가져오고 나아가서는 커다란 사회적 갈등의 원인이 됨
- 따라서 오늘날 계약자유 원칙은 여러 방면으로부터 제한을 받고 있으며, 국가별로 기업의 독점적 지위에서 발생하는 피해를 없애고 사회적·경제적 약자를 보호하기 위해서 여러 입법적 조치를 취하고 있음. 즉, 약자를 보호하고 실질적 평등을 이루기 위하여 국가가 계약내용에 간섭하고 계약자유 원칙을 제한하고 있음

- ‘계약 내용 결정의 자유’ 원칙을 제한하는 국내법을 살펴보면 근로기준법 제15조에서는 법령에 정한 기준에 달하지 못하는 근로 조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효화 시키는 제한을 하고 있음.
  - 약관규제에 관한 법률 제6조에서는 고객에게 부당하게 불리한 조항이나 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적인 권리를 제한하는 조항은 무효화 시키고 있음
  - 주택임대차보호법 제10조에서는 동법에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 조항은 그 효력을 무효화 시키고 있음
- 하도급계약관계는 당사자 사이의 계약자유 원칙을 기초로 형성되는 만큼 이와 관련하여 발생하는 법적 문제는 관련된 사법질서에 따라 규율되어야 할 것이나 수급사업자 선정 및 하도급 금액의 결정과 지급 방법·절차 등과 관련하여 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라고 한다)과 건설산업기본법 등의 특별법에서 원사업자의 수급사업자에 대한 의무와 금지행위를 다루고 있음
- 경제지위 차이에 의한 원사업자의 우월적 지위남용으로부터 수급사업자를 보호하기 위해 국가의 개입 필요성에 따라 사인간 계약자유 원칙에 제한을 두고 있는 것임
- 하도급법 제3조에 의하면, 원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우 하도급대금과 그 지급방법 등 하도급계약의 내용을 적은 서면을 수급사업자에게 발급하여야 함
  - 이러한 서면교부의무를 이행하지 않는 경우 원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 한 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처해짐(동법 제30조). 이렇게 원사업자에게 서면교부 의무를 부여하는 이유는 하도급 계약의 성립을 확실하게 하고 계약내용의 불확실로 인해 발생할 수 있는 피해로부터 수급사업자를 보호하고자 하는데 그 목적이 있음
  - 하도급계약의 당사자 사이에 이러한 원사업자의 서면교부의무를 배제하는 합의를 하였더라도 원사업자의 의무는 면제되지 않는다는 점에서 이러한 의무조항은 사적자치의 원칙을 배제하는 조항으로 볼 수 있음
- 하도급거래시 수급사업자의 권리를 보호함에 있어서 계약의 공정성 문제는 매우 중요한 과제임. 공정한 하도급 계약을 위해서는 일차적으로 계약 당사자가 계약자유 원칙

칙을 근간으로 계약의 상대방이나 내용 등에 있어서 자유로운 선택이 가능하여야 할 것임. 그러나 계약과정에서의 공정성 확보를 저해하는 요인들이 제거되어야 한다는 전제가 필요하며 이는 계약당사자가 아닌 국가의 몫에 해당할 것임

- 건설산업기본법이나 하도급법에서는 수급사업자의 선정과 하도급 금액의 결정, 대금지급의 방법과 절차 등의 과정에서 공정성과 적정성을 확보하기 위해 계약자유 원칙에 여러 제한을 두고 그 이행을 강제하기 위한 수단을 규정하고 있음
- 대법원 판례(2011두23337, 2012. 2. 23)에서도 “낙찰자를 선정하기 전에 예정가격을 공개하는 것이 담합이나 원고(원사업자)의 영업비밀 노출의 위험이 있어 적절하지 않다고 하더라도, 최소한 예정가격을 밀봉하여 미리 개찰장소에 두어 사후에라도 낙찰자 선정에 대한 이의나 분쟁이 발생할 경우 원고의 예정가격을 확인할 수 있어야 함으로 이러한 조치를 취하지 않은 것은 부당하다는 취지의 판결을 하고 있음
- 따라서 하도급 입찰시에 발생하는 원사업자의 불공정한 행위에 대하여 사회적·경제적 약자인 수급사업자를 보호하기 위한 목적으로 국가가 개입하여 하도급 입찰이 종료된 후 수급사업자 선정을 위한 하도급 공사 입찰과정에서의 원사업자 예정가격, 최저가로 입찰한 금액, 낙찰금액 및 낙찰자 등을 공개하는 것을 법제화 하는 것은 필요하고도 적정한 것이며, 계약자유 원칙의 내용인 ‘계약 상대자 및 계약내용결정의 자유’의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니므로 법리적으로 타당함

## 2) 재입찰 행위를 부당한 하도급대금 결정행위로 보는 법원의 판례

- 하도급법에서 “원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우 부당하게 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하거나 하도급 받도록 강요하여서는 아니 된다”고 규정하고 있음

### 〈하도급법 제4조〉

제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지) ① 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우 부당하게 목적물등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정(이하 “부당한 하도급대금의 결정”이라 한다)하거나 하도급반도록 강요하여서는 아니 된다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다.

1. 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위
2. 협조요청 등 어떠한 명목으로든 일방적으로 일정 금액을 할당한 후 그 금액을 빼고 하도급대금을 결정하는 행위
3. 정당한 사유 없이 특정 수급사업자를 차별 취급하여 하도급대금을 결정하는 행위
4. 수급사업자에게 발주량 등 거래조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나 다른 사업자의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위
5. 원사업자가 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위
6. 수의계약(隨意契約)으로 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 대통령령으로 정하는 바에 따른 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위
7. 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위
8. 계속적 거래계약에서 원사업자의 경영적자, 판매가격 인하 등 수급사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 수급사업자에게 불리하게 하도급대금을 결정하는 행위

○ 하도급법은 부당한 하도급대금의 결정으로 간주되는 유형 8가지를 규정하고 있음(제4조제2항)

- 그 중 “경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위(제7호)”와 관련해 공정거래위원회는 ‘경쟁입찰 절차에서 최저 입찰가를 제시한 업체를 낙찰자로 선정하지 않고 그 업체를 포함해 상위 2~3개 업체를 대상으로 재입찰해 그 중 더 낮은

가격을 제시한 업체를 낙찰자로 선정한 행위'에 대해 위 하도급법 제4조 제2항 제7호에 해당한다고 보아 시정명령 및 과징금 납부 명령을 한 사례가 있음

- 이에 대해 원사업자가 공정거래위원회의 위 처분에 대해 취소소송을 제기했는데, 법원은 하도급법 제4조 제2항 제7호에서 정한 부당한 하도급대금 결정행위의 해당성을 조각하기 위한 '정당한 사유'란, "공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유 등 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것을 정당화할 객관적·합리적 사유를 말하는 것으로 원사업자가 주장·증명하여야 하고, 공정한 하도급거래질서 확립이라는 관점에서 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 한다"고 판시하였음
- 하도급법 제4조 제2항 제7호에서 정한 '하도급대금의 결정행위'에는 재입찰에 의한 경우도 포함되고, 원사업자가 외주비를 절감하기 위해 자체 편성한 계획공사업가의 96%를 예정가격으로 정한 후 최초 입찰에서 최저가로 입찰한 금액이 예정가격을 초과한다는 이유로 입찰 참여업체에 사전에 알리지 않고 재입찰을 한 것은 원사업자의 내부적 사정에 불과하며 하도급대금을 최저가 입찰금액보다 낮게 결정할 객관적이고 합리적인 사유라고 보기 어려운 점, 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위에 해당하며 일반적으로 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하였는지를 별도로 따질 필요 없이 부당한 하도급대금의 결정으로 보아야 하는 점 등을 종합해 볼 때, 위 행위가 하도급법 제4조 제2항 제7호에서 정한 '부당한' 하도급대금 결정행위에 해당한다"고 판시하였음(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두23337 판결)

- 대법원 판례(2011두23337, 2012. 2. 23)에서는 하도급계약을 체결하면서 최저 입찰가를 제시한 업체를 낙찰자로 선정하지 않고 그 업체를 포함하여 상위 2개 업체를 대상으로 재입찰을 하여 그 중 더 낮은 가격을 제시한 업체를 낙찰자로 선정한 행위를 부당한 하도급대금 결정 행위로 보아 이에 대한 시정명령 및 과징금 납부 명령을 정당하다고 보고 있음. 판례와 관련된 주요 요지는 다음과 같음

#### 〈하도급 공사 입찰 정보 공개 타당성 관련 참조 판례〉

- 시정 명령등 처분 취소 청구의 소(대법원, 2011두23337, 2012. 2. 23)

[판시사항]



토목건축공사업을 영위하는 甲 주식회사가 하도급계약을 체결하면서 최저 입찰가를 제시한 업체를 낙찰자로 선정하지 않고 그 업체를 포함하여 상위 2개 업체를 대상으로 재입찰을 하여 그 중 더 낮은 가격을 제시한 업체를 낙찰자로 선정한 행위에 대하여 공정거래위원회가 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제7호에 해당한다고 보아 시정명령 및 과징금 납부명령을 한 사안에서, 위 행위가 '부당한' 하도급대금 결정행위에 해당한다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례

[판결요지]

- 경쟁입찰에의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위에 해당하는 원사업자의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다고 규정하고 있는 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제12항 제7호는, 그 규정에서 정한 행위에 해당할 경우 부당한 하도급대금 결정 행위로 간주하여 부당하게 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 불공정 거래행위에 대하여 효과적으로 대처하고 공정한 하도급거래질서를 정착하려는 데 입법취지 및 목적이 있다
- 하도급거래 공정화에 관한 법률 제4조 제2항 제7호에서 정한부당한 하도급대금 결정행위 해당성을 조각하기 위한 '정당한사유'란, 공사현장여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유 등 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것을 정당화할 객관적 합리적 사유를 딸 는 것으로 원사업자가 주장·증명하여야 하고, 공정한 하도급거래질서 확립이라는 관점에서 사안에 따라 개별적, 구체적으로 판단하여야 한다.
- 토목건축공사업을 영위하는 甲 주식회사가 하도급계약을 체결하면서 최저 입찰가를 제시한 업체를 낙찰자로 선정하지 않고 그 업체를 포함하여 상위 2~3개 업체를 대상으로 재입찰을 하여 그 중 더 낮은 가격을 제시한 업체를 낙찰자로 선정한 행위에 대하여 공정거래위원회가 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라고 한다) 제4조 제2항 제7호에 해당한다고 보아 시정명령 및 과징금 납부명령을 한 사안에서, 위 조항에서 정한 '하도급대금의 결정행위'에는 재입찰에 의한 경우도 포함되고, 甲 회사가 외주비를 절감하기 위해 자체 편성한 계획공사원가의 96%를 예정가격으로 정한 후 최초 입찰에서 최저가로 입찰한 금액이 예정가격을 초과한다는 이유로 입찰 참여업체에 사전에 알리지 않고

재입찰을 한 것은 甲의 내부적 사정에 불과하여 하도급대금을 최저가 입찰금액보다 낮게 결정할 객관적이고 합리적인 사유라고 보기 어려운 점, 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위에 해당하면 일반적으로 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하였는지를 별도로 따질 필요 없이 부당한 하도급대금의 결정으로 보아야 하는 점 등을 종합해 볼 때, 위 행위가 하도급법 제4조 제2항 제7호에서 정한 ‘부당한’ 하도급대금 결정행위에 해당한다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례

[참조판례]

가. 대법원 2007.9.20. 선고 2006두590 판결

나. 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009도13332 판결

[원심판결]

서울고법 2011.8.25. 선고 2010누42562 판결

[주문]

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

## 가) 재입찰 행위에 의한 하도급자 선정이 부당한 하도급대금 결정 행위에 해당하는지 여부

- 하도급법 제4조제1항은 “원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우 부당한 방법을 이용하여 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정(이하 ‘부당한 하도급대금의 결정’이라 한다)하거나 하도급받도록 강요하여서는 아니 된다”고 규정하고 있음
- 하도급법 제4조제2항제7호는 “경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위는 원사업자의 부당한 하도급대금의 결정으로 본다”고 규정하고 있으며, 하도급법 제30조 제1항 제1호는 원사업자가 이를 위반할 경우 벌금형에 처하도록 규정하고 있음

- 하도급법 제4조제2항제7호에서 규정한 행위에 해당할 경우 부당한 하도급대금 결정행위로 간주하여 부당하게 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 불공정 거래행위에 대하여 효과적으로 대처하고 공정한 하도급거래질서를 정착하려는 데 그 입법 취지 및 목적이 있다고 할 것임
- 원심의 판결 이유에 의하면 하도급법 제4조제2항제7호가 하도급대금을 결정하는 행위의 태양을 추가적 협상에 의한 경우로 한정하고 있지 않은 점, 경쟁입찰을 시행하여 최저가로 입찰한 업체가 존재하는데도 곧바로 재입찰을 하여 당초 최저 입찰가보다 낮은 금액으로 입찰한 업체를 낙찰자로 선정하게 되면 그 금액이 하도급대금이 되어 추가적 협상 방법으로 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것과 같은 효과가 발생하는 점을 들었음
- 재입찰이 최저 입찰가가 원사업자의 예산을 초과함을 이유로 입찰절차를 취소하였다가 이후 별도의 입찰절차를 진행하여 낙찰자를 선정하는 것과 같다고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 하도급법 제4조제2항제7호로 정한 '하도급대금의 결정행위'에는 재입찰에 의한 경우도 포함 된다는 취지로 판단됨
- 하도급법 제4조제2항제7호의 입법 취지 및 목적과 앞서 본 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 헌법위반, 하도급법 제4조제2항제7호의 적용요건에 관한 법리오해, 판례위반 등의 위법이 없음

#### 나) 최초 입찰한 최저가격 이하로 하도급 대금 결정의 정당한 사유 요건

- 하도급법 제4조제2항제7호의 부당한 하도급대금 결정행위의 해당여부를 판단하기 위한 '정당한 사유'란 공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유 등 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정한 것을 정당화할 객관적·합리적 사유를 의미하는 것으로, 원사업자가 이를 주장 증명하여야 하며 공정한 하도급거래질서 확립이라는 관점에서 사안에 따라 개별적이고 구체적으로 판단하여야 함

- 판결에 필요한 채용 증거 등을 종합하여 보면, 원사업자인 원고가 2009. 4. 18. 외주비를 절감하기 위하여 2009. 5. 1. 이후 시행하는 입찰부터 최저 입찰가격이 자체 편성한 계획 공사원가의 96%인 예정가격을 초과할 경우에는 상위 2개 업체를 대상으로 재입찰을 한다는 내부방침을 정한 사실이 있음
- 원고는 2009. 5. 22. 부터 2009. 6. 10.까지 지명경쟁입찰 방식에 의하여 이 사건 5건의 하도급공사에 관한 하도급계약을 체결하면서 최저 입찰가가 원고의 예정가격을 초과하였다는 이유로 최저 입찰가를 제시한 업체를 낙찰자로 선정하지 아니하고 그 업체를 포함하여 상위 2개 또는 3개 업체를 대상으로 재입찰을 하여 그 중 가장 낮은 가격을 제시한 수급사업자를 낙찰자로 선정한 다음 그 업체와 하도급계약을 체결하면서 최초 입찰의 최저 입찰가보다 낮게 하도급대금을 결정한 사실이 있음
- 원고가 최초 입찰에 앞서 입찰공고문이나 현장설명을 통해 최저가로 입찰한 금액이 원고의 예정가격을 초과할 경우 재입찰할 수 있다는 점을 입찰참여 업체들에게 고지하지 않았고, 입찰참여 업체가 이를 알지 못했다는 취지의 사실 등을 인정하였음
- 원심은 원고가 외주비를 절감하기 위해 계획공사원가의 96%를 예정가격으로 정한 후 최초 입찰에서 최저가로 입찰한 금액이 예정가격을 초과한다는 이유로 입찰 참여업체에 사전에 알리지 않고 재입찰을 한 것은 원고의 내부적 사정에 불과하여 하도급대금을 최저가 입찰금액보다 낮게 결정할 객관적이고 합리적인 사유라고 보기 어려움
  - 원고가 낙찰자를 선정하기 전에 예정가격을 공개하는 것이 담합이나 원고의 영업비밀 노출의 위험 등이 있어 적절하지 않다고 하더라도, 적어도 예정가격을 밀봉하여 미리 개찰장소에 두어 사후에라도 낙찰자 선정에 대한 이의나 분쟁이 발생할 경우 원고의 예정가격을 확인할 수 있어야 함에도 원고는 그와 같은 조치를 전혀 취하지 아니한 사실이 존재함
  - 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위에 해당하면 일반적으로 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하였는지를 별도로 따질 필요 없이 부당한 하도급대금의 결정으로 보아야 하는 점 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여 보면, 원고의 이 사건 행위가 하도급법 제4조제12항제7호 소정의 부당한 하도급대금 결정행위에 해당한다고 판단하였음

## 다) 판례의 시사점

- 원사업자의 하도급 공사의 재입찰 행위에 의한 저가하도급 유도행위는 대법원 판결의 법리에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하며, 부당한 하도급대금결정행위의 '부당성'이나 하도급법 제4조제12항제7호 소정의 '정당한 사유'에 해당하지 않으므로 정당한 판결로 판시하고 있음
- 경쟁입찰을 거쳐 하도급대금이 결정됐음에도 불구하고 원사업자가 재입찰 또는 추가 협상을 통해 다시 하도급대금을 정할 수 있도록 한다면, 수급사업자는 당초 입찰금액과 최종 확정금액의 차액 상당 불이익을 입게 되므로, 법원은 이러한 수급사업자를 보호할 필요가 있다고 판단한 것임
- 정당한 사유 없이 재입찰을 통한 저가의 하도급대금의 결정행위는 하도급법을 위반하고 있다는 명확한 법원의 해석으로서 이러한 원사업자의 행위를 근본적으로 방지하기 위해서는 하도급 공사 입찰 결과의 내용을 원사업자가 의무적으로 공개하도록 함으로써 사전에 방지하는 제도적 보완이 뒤따라야 할 것으로 판단됨

## 3. 입찰자료 공개 방안

### 1) 입찰자료 공개를 위한 하도급법 개정(안)

- 최근 하도급공사 입찰자료 공개를 의무화하는 '하도급거래 공정화에 관한 법률' 개정안이 국회 본회의에서 의결됨. 주요 개정 내용은 100억원 이상의 공공공사 하도급 입찰 결과 공개, 하도급대금 결제조건 공시, 중소기업 과징금 분할납부 요건 완화 등임
- 이는 하도급공사의 입찰시 재입찰 행위 등을 통하여 저가하도급을 유도하는 것을 부당한 하도급대금 결정행위로 간주하여 불공정 거래행위를 차단하고 공정한 하도급거래질서를 정착하려는 데 입법 취지 및 목적이 있음

- 개정된 하도급법은 종합심사낙찰제가 적용되는 추정금액 100억원 이상의 공공공사는 하도급계약의 입찰금액, 낙찰 결과 및 유찰에 대한 사유를 입찰 참가자들에게 공개하도록 한 것임
- 본 법률의 국회 의결은 매우 필요하고 긍정적으로 평가 할 수 있으나 건설공사의 불공정 거래 관행은 공공공사 보다 민간공사와 소규모 공사에서 빈번하게 일어나고 있는바, 하도급 입찰 결과의 공개는 모든 건설공사에 적용하는 것이 타당함
- 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위는 종합심사낙찰제가 적용되는 100억원 이상의 공공공사에만 발생하는 것은 아니며, 민간공사의 적용에도 계약자유의 원칙을 침해한다고 볼 수 없음
- 하도급 입찰결과 공개는 껌껌이 입찰의 폐해를 차단할 뿐만 아니라 원·하수급인 간 신뢰성을 제고하는 데도 큰 효과가 있는 만큼 민간공사 및 소규모 공사에도 적용될수 있도록 대상을 확대하여 시행하는 것이 원·하도급 관계의 균형성 회복하고 법률 제정의 실효성을 확보하는 수단이 될 것임
- 법원도 낙찰자를 선정하기 전에 예정가격을 공개하는 것이 담합이나 원고의 영업비밀 노출의 위험 등이 있어 적절하지 않다고 하더라도, 적어도 예정가격을 밀봉하여 미리 개찰장소에 두어 사후에라도 낙찰자 선정에 대한 이의나 분쟁이 발생할 경우 원고의 예정가격을 확인할 수 있도록 하는 것이 정상적인 거래관행으로 판단하고 있음(국가계약법 시행령 제7조의2)(대법원 2011두 23337판결, '12.2.23, 서울 고법 선고 2010누42562 판결, 2011.8.25)
- 하도급 공사의 입찰시 원사업자의 하도급 공종의 예정 금액과 그 산정내역서가 공개되어야 향후 분쟁 발생시 법원 판단의 기준으로 활용할 수 있음. 하도급 공사에 입찰한 업체명과 입찰 금액이 공개되어야 최초 입찰시 최저가 입찰 금액의 파악이 가능해지며 이에 따라 원사업자의 이유 없는 저가 하도급 계약 체결이 방지될 것임. 또한 낮은 하도급 입찰 금액을 유도하기 위한 원사업자의 재입찰 행위를 방지하려면 최초 하도급 입찰이 유찰될 경우 그 사유를 공개하도록 해야함

- 따라서 하도급 입찰시에 발생하는 원사업자의 불공정한 행위에 대하여 사회적·경제적 약자인 수급사업자를 보호하기 위한 목적으로 모든 건설공사에 대하여 하도급 입찰이 종료된 후 원사업자에게 아래와 같은 항목의 입찰결과를 공개하도록 하여야 함
  - 하도급 계약의 예정금액 및 산정 내역서
  - 입찰금액 및 그 금액을 제안한 입찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지)
  - 낙찰금액 및 낙찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지)
  - 유찰된 경우 유찰 사유

**〈표 3-1〉 입찰자료 공개를 위한 하도급법 개정(안)(하도급법 제3조의5)**

현 행	개정(안)
(현행) 제3조의5(건설하도급 입찰결과의 공개) 국가 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조에 따른 ...(생략)...대통령령으로 정하는 건설공사를 위탁받은 사업자는 경쟁입찰에 의하여 하도급 계약을 체결하고자 하는 경우에 건설하도급 입찰에 관한 다음 각 호의 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰참가자에게 알려야 한다. 1. 입찰금액 2. 낙찰금액 및 낙찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지) 3. 유찰된 경우 유찰 사유	(개정) 제3조의5(건설하도급 입찰결과의 공개) 원사업자는 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결하는 경우에는 입찰절차가 종료된 후 즉시 건설하도급 입찰에 관한 다음 각 호의 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰참가자에게 알려야 한다. 1. 하도급계약의 예정금액 및 산정 내역서 2. 입찰금액 및 그 금액을 제안한 입찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지) 3. 낙찰금액 및 낙찰자(상호 및 대표자, 영업소 소재지) 4. 유찰된 경우 유찰 사유

## 2) 입찰자료 공개 의무 위반시 제재 조치

- 하도급법상 부당한 하도급 대금 결정 행위에 대한 처벌로는 공정위가 범위반자에게 공적집행으로서 하도급 대금의 2배를 초과하지 아니하는 범위에서 과징금(제25조의3)이나 시정조치(제25조), 시정권고(제25조의5)를 부과하는 방법, 공정위가 검찰총장에게 형사고발을 하여 하도급 대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금을 부과하도록 하는 방법(제30조), 수급사업자가 민사손해배상 소송을 제기하여 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상받는 방법(제35조)이 있음<sup>2)</sup>

- 민사적 제재의 경우 원사업자에게 경제적인 의존도가 높을수록 수급사업자는 거래관계의 단절을 각오하지 않는 이상, 원사업자의 부당한 요구에 대해서 손해배상소송을 청구하기가 어려움
  - 더우기 손해배상을 받기 위해서는 시간적, 경제적 비용 부담이 크고, 피해자가 손해의 발생, 손해액, 손해와 손해액과의 인과관계 등을 입증해야 하는 등의 어려움이 존재함 또한 2011년 국내에서 처음으로 도입된 3배 배상제도 역시 실손해액을 산정해야 하기때문에 거의 활용되고 있지 못함
  - 실제 부과되는 벌금의 수준은 과징금에 비해 높지 않거나 낮아서 법을 위반한 원사업자에게 부담이 크지 않음
- 형사적 제재의 경우, 원사업자가 거래상 지위를 이용하여 입찰 과정의 불공정성에 의해 하도급 대금을 결정한 경우에는 행위 불법성이 존재하기에 형사적 제재가 가능할 수도 있으나, 원사업자의 불법성 행위에 의한 낮은 수준의 대금 결정 행위에 대해서는 '낮은 수준의 대금'인지의 여부에 대한 위법성 판단이 쉽지 않기에 형사적 제재까지 가하기가 어려움
- 하도급법에 의한 처벌과 제재는 공정위의 행정적 집행에 많은 부분을 의존할 수밖에 없는 상황임. 더욱이 시정조치는 수급사업자의 피해구제에 있어서 중요한 부분을 차지함. 공정위는 부당한 하도급 대금 결정행위에 대해서 행태적인 측면에서 다양한 시정조치들을 내릴 수 있음
  - 하도급법은 시정조치를 명시함으로써 공정위가 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있도록 함으로써, 수급사업자의 피해를 구제하도록 하고 있음
- 원사업자의 하도급 입찰자료 공개 의무의 실효성을 높이기 위해서는 이를 위반할 경우 시정조치, 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 과징금 부과처분, 벌점 부과 및 입찰참자자격의 제한 등이 필요함

2) 황태희(2019), 하도급법 상 위법한 대금 결정의 판단기준과 제재의 적합성 연구, 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 제32권 제2호(2019)





## IV. 결 론

- 하도급거래시 수급사업자의 권리를 보호함에 있어서 계약의 공정성 문제는 매우 중요한 과제임. 건설공사 하도급계약이 경쟁입찰을 통하여 이루어짐에도 불구하고 담합행위나 원사업자의 불공정행위가 자주 발생하고 있으나, 입찰결과가 참가자에게 공개되지 않아 불공정행위를 입증하기 어려운 문제가 있음
- 하도급 공사의 입찰정보를 입찰종료 후 공개하는 것은 하도급 계약의 공정화와 투명화, 계약의 적정성 확보를 위해서 필요할 뿐 아니라 사적 계약의 자유를 본질적으로 침해하는 것으로 보기 어려우므로 위헌의 소지는 없다고 볼 수 있음
- 하도급 공사의 입찰정보가 입찰종료 후 공개되도록 법제화 하는 것은 대부분 중소기업인 수급사업자의 경영부담 완화를 통해 중소기업을 보호·육성함으로써 국민경제 전반의 건전한 발전을 도모하여 공공복리에 적합하며 그 타당성은 인정된다고 볼 수 있음
- 하도급 공사의 입찰 과정에서 수급사업자는 지속적인 거래관계를 이어가기 위해서 원사업자의 부당한 요구를 감수할 수밖에 없는 거래상 열등한 지위에 있는 경우 보호받을 필요성에 이론의 여지가 없을 것임
- 이를 위해서는 하도급 입찰 과정에서 단순히 비공개·경쟁입찰로 입찰이 진행되었다는 것만으로 충분하지 않고, 원사업자가 하도급 입찰자들에게 충분한 정보제공을 하고 입찰 결과에 대한 자료를 공개하도록 하여야 함
  - 입찰 과정 전후 충분한 정보제공을 통하여 낙찰자가 선정되어 하도급대금 결정이 이루어진 경우라면 강요나 일방성에 의해 수급사업자의 공개 경쟁 참여의 권리가 침해되었다고 볼 필요가 없음
- 국회에서는 지난 2021년 12월 하도급법의 개정을 통하여 하도급 입찰 결과의 내용을 공개하도록 법제화 하였으나, 그 대상 범위가 일부 대형 공공공사에 국한되어 있으며

위반시 이에 대한 처벌 수준이 낮아, 입찰 결과 공개제도의 실효성에 의문이 제시되고 있음

- 따라서 하도급 입찰정보 공개의 대상 확대와 처벌 강화는 입법자의 의지에 달린 문제로서 법률상의 문제는 없는 것으로 판단되므로 본 연구에서 제안한 관련 법률의 법제화를 통하여 하도급 계약의 공정성을 높이는 것이 필요함
  - 개정 하도급법에 의한 입찰 결과 공개 제도는 2023년 1월 12일부터 시행되는바 시행전 제도의 실효성이 높아지도록 재개정하는 것이 바람직하나, 재개정에 대한 논란이 발생할 경우 시행후 재입찰 행위 등을 통한 부당한 하도급대금의 결정 행위의 발생 양태 여부를 면밀히 살펴보아야 할 것임
- 본 연구에서는 원사업자가 경쟁입찰을 통하여 하도급계약을 체결하는 경우에는 입찰 절차가 종료된 후 즉시 그 결과를 공개하도록 하며, 이를 위반하는 경우 시정조치, 과징금 부과처분, 원사업자에게 벌점 및 이에 따르는 입찰참가 제한에 처하도록 함으로써 하도급거래에서의 불공정한 관행을 개선하려는 것임

• 박승국, 연구위원(skpark@ricon.re.kr)

## 참고문헌

1. 대법원 판례(2011두23337, 2012. 2. 23)
2. 대법원 판례 2010. 5. 13. 선고 2009도13332 판결문
3. 대법원 판례 2007.9.20. 선고 2006두2590 판결문
4. 설비건설(2013), 공공건설공사 불공정 하급계약 체결 제동
5. 전문건설협회(2021), 전문건설업 실태조사 분석보고서.
6. 전문건설협회(2020), 2019년 기준 전문건설업 통계연보.
7. 황태희(2019), 하도급법 상 위법한 대금 결정의 판단기준과 제재의 적합성 연구, 「상사판례연구」, 한국상사판례학회, 제32권 제2호(2019)

## 건설공사 하도급 입찰 문제점 및 개선 방안

---

2022년 5월 인쇄

2022년 5월 발행

발행인 유병권

발행처 대한건설정책연구원

서울특별시 동작구 보라매로5길 15, 13층(신대방동, 전문건설회관)

TEL (02)3284-2600

FAX (02)3284-2620

홈페이지 [www.ricon.re.kr](http://www.ricon.re.kr)

등록 2007년 4월 26일(제319-2007-17호)

I S B N 979-11-5953-131-6

인쇄처 경성문화사(02-786-2999)

---

© 대한건설정책연구원 2022