

연구보고서 2023-06

건설산업기본법 유권해석 및 판례 분석에 따른 시사점

2024.01

연구진

홍성진	연구위원	대한건설정책연구원
이경태	선임연구원	대한건설정책연구원

자문위원

채재경	팀장	대한전문건설협회
한민지	부연구위원	한국법제연구원
황교영	대표변호사	빌라드로 법률사무소

이 보고서의 내용은 연구진의 견해로서
대한건설정책연구원의 공식적인 견해와 다를 수 있습니다.

발 / 간 / 사

현대 사회를 법치주의 사회라고 부릅니다. 분야별로 법률이 제정되어 있고, 관련된 모든 이들은 법률을 준수해야 합니다. 주택, 오피스 건축물, 도로 등 우리의 일상 생활과 밀접한 건설도 마찬가지입니다. 건설에 관한 일반법으로서, 「건설산업기본법」이 제정되어 있습니다. 따라서 발주자-수급인-하수급인-보증기관-건설자재·장비업자-노동자 등 건설공사의 참여자는 이 법률을 준수해야 합니다. 특히, 건설공사는 시설물 안전에 위험을 야기하고 국민의 생명·재산에 돌이킬 수 없는 손해를 초래할 수 있기 때문에 「건설산업기본법」의 내용을 명확하게 이해하는 것이 필요합니다.

최근에는 '건설산업 생산구조 혁신 로드맵'에 따라 건설업 등록, 업역, 하도급 제한 등의 사항이 크게 변화하여 정확한 이해가 필요합니다. 그러나 「건설산업기본법」은 1996. 12. 30. 전부개정 된 이후 50여 차례가 넘는 법률 개정이 이루어졌습니다. 그리고 다수의 참여자를 광범위하게 규율하고 있고, 건설공사의 기술적 특징을 반영하고 있기 때문에 법률을 이해하기가 매우 어려운 것이 현실입니다.

이 보고서는 「건설산업기본법」의 주요 쟁점과 최근 입법 동향을 정리하고, 쟁점별로 법제처의 유권해석과 대법원 판례를 분석하였습니다. 나아가 향후 입법 개정 방향을 위하여 시사점을 제시하였습니다. 「건설산업기본법」의 모든 관계자께서 이 보고서를 활용하여 법률을 이해하는데 도움이 되기를 바라겠습니다. 궁극적으로는 이 보고서가 국가와 지방자치단체의 건설 행정과 건설사업자의 건설공사에 대한 법적 근거 자료로 활용됨으로써, 건설공사의 적정한 시공과 건설산업에 발전에 기여할 수 있기를 기대합니다.

2024년 1월
대한건설정책연구원
원장 김 희 수

요약

I. 서론

- 「건설산업기본법」은 건설공사에 관한 일반법으로서, 건설공사는 시설물 안전에 위협을 야기하고 국민의 생명·재산에 돌이킬 수 없는 손해를 초래할 수 있기 때문에 강력한 규제를 수반하고 있음
- 이에 따라 건설공사 관련 담당 공무원, 건설사업자 및 이해관계자 등은 「건설산업기본법」의 내용을 명확하게 이해하는 것이 중요하다고 할 수 있음
- 본 연구는 「건설산업기본법」의 이해도 제고를 위하여 최근 법제처의 유권해석과 대법원 판례를 중심으로 주요 쟁점을 분석하고 시사점을 도출하는 것을 목적으로 함

II. 건설산업기본법 유권해석 및 판례 개요

- 「건설산업기본법」은 1996. 12. 30. 전부개정 된 이후 50여 차례가 넘는 법률 개정, 다수의 참여자에 대한 광범위한 규율, 건설공사의 기술적 특징 등으로 법률을 이해하기가 매우 어려운 상황임
 - 2018년 발표된 ‘건설산업 생산구조 혁신 로드맵’에 따라 건설업 등록기준, 업역, 직접 시공 및 하도급 제한에 대한 큰 변화가 있었고, 최근에는 시공자격을 중심으로 건설업 등록, 업역, 하자담보책임 등에 관한 사항 개정
 - 발주자-수급인-하수급인-보증기관-건설자재·장비업자-노동자 등을 다양하게 규율
 - 부대공사, 보증, 하자담보책임 등 건설공사의 기술적 내용을 규정
- 또한, 건설공사의 내용은 전문적이고 기술적인 반면, 건설공사의 실무는 전근대적인 관행이 상존하고 있기 때문에 건설공사의 근거 법률과 실무의 괴리가 큰 상황임

- 따라서 「건설산업기본법」의 주요 내용을 명확히 이해하기 위해서는 최근 법제처의 유권해석과 대법원 판례의 내용을 분석할 필요가 있음
- 법제처의 유권해석은 관계 행정기관에 대한 사실상의 구속력이 부여되고, 자치입법 의견제시는 구속력은 없으나, 담당 공무원의 행정 집행에 대한 가이드라인 역할 가능
- 법원 판례는 법제처의 유권해석을 최대한 존중하고 있으며, 만약 법리 변경에 따라 유권해석과 다른 확정 판결이 나온 경우 이는 유권해석의 구속력 제한

III. 건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례 분석

- 「건설산업기본법」 관련 법제처의 유권해석 및 법원의 판례는 건설업의 등록 및 건설공사의 계약에 대한 사례가 다수를 차지하고 있음
- 본 연구에서는 건설업 등록, 도급 계약 및 하도급 계약, 보증의 편제로 구분하여 법제처의 유권해석 사례 및 대법원의 판례를 분석하였음

〈요약〉 건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례분석 개요

법제처 유권해석	건설업 등록	<ul style="list-style-type: none"> • 등록기준 • 시공자격 • 건설업 양도
	도급 계약 및 하도급 계약	<ul style="list-style-type: none"> • 경미한 공사의 하도급 • 종합건설사업자의 전문공사에 대한 재하도급 • 전문건설사업자의 재하도급에 대한 발주자 요건
	보증	<ul style="list-style-type: none"> • 하도급대금지급보증서의 보증금액 • 지방자치단체의 전자조달시스템 규정 가능성
대법원 판례	건설업 등록	<ul style="list-style-type: none"> • 건설업 등록기준 위반 시점 • 건설업 등록기준 예외사유: 경미한 공사의 판단 • 건설업 영업정지 처분 시 감경에 관한 참작 기준
	도급 계약 및 하도급 계약	<ul style="list-style-type: none"> • 일괄하도급 위반죄 인정 시점 • 하도급대금 직접지급의 요건 • 착오로 하도급대금 직접지급 시 부당이득 반환 청구 여부
	보증	<ul style="list-style-type: none"> • 보증기관의 하자보수보증 책임범위 • 보증기관의 선급금보증 책임 범위 • 보증기관의 주채무자 상계권 범위

IV. 결론 및 시사점

- 건설업 등록과 관련한 법제처 유권해석 및 대법원 판례를 분석한 결과 주요 결론은 다음과 같음
 - 건설업 등록기준과 관련하여 「건설산업기본법」과 다른 법률의 입법 목적, 등록 기준 및 업무 범위가 상이한 경우에는 다른 법률의 등록 요건 모두를 갖추도록 하고, 공종의 유사성이 인정되는 경우에는 「건설산업기본법」 또는 다른 법률의 하나를 갖출 필요
 - 건설업 하도급 제한과 관련하여 전문건설업체가 전문공사의 부대공사를 다른 전문건설업체에게 하도급하는 것은 허용
 - 건설업의 양도·양수와 관련하여 건설업 양도 신고가 수리되기 전에는 건설공사 계약을 할 수 없고, 종전 시설물유지관리업자의 지위를 승계한 양수인은 개정 시행령 부칙 제7조 제1항에 따라 종전 시설물유지관리업자에게 인정된 ‘업종전환 등록 신청을 할 수 있는 지위’를 승계
 - 건설업 등록기준 위반에 따른 처분의 적법성 여부는 처분 당시 기준으로 판단
 - ‘동일한 공사’의 분할 발주에 따른 경미한 공사의 판단은 각 공사의 목적물, 내용이나 시공방법 등 하나의 공사로 보는 경우에만 적용
 - 건설업 영업정지 처분 시 감경에 관한 참작 기준과 관련하여 「건설산업기본법 시행령」 제80조 제1항 [별표6]은 제2항의 감경 기준인 ‘위반행위의 동기·내용 및 횡수’를 구체화한 내용
- 건설업 도급계약 및 하도급 계약과 관련한 법제처 유권해석 및 대법원 판례를 분석한 결과 주요 결론은 다음과 같음
 - 하도급은 ‘시공자격을 갖춘’ 하수급인에게 하여야 하며, 「건설산업기본법」 제29조에서 규정한 각 요건을 모두 충족할 필요
 - 일괄하도급 위반죄 인정 시점은 특별한 사정이 없는 한 계약 체결 시 성립

- 발주자가 하수급인으로부터 하도급대금의 직접 지급을 요청받을 당시 수급인에 대한 대금지급채무가 이미 변제로 소멸한 경우 발주자의 하수급인에 대한 직접지급의무는 미발생
- 착오로 하도급대금 직접지급 시 부당이득 반환 청구 여부와 관련하여 특별한 사정이 없는 한 발주자는 하수급인을 상대로 부당이득반환 청구 가능

○ 보증과 관련한 법제처 유권해석 및 대법원 판례를 분석한 결과 주요 결론은 다음과 같음

- 하도급대금 지급보증은 하도급계약에 있어서 수급사업자를 보호하기 위한 규정으로서, 보증기관이 자의적으로 하도급대금지급 보증금액을 산출 불가
- 보증기관의 약관 가운데 보증책임의 내용이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 일의적으로 해석될 때에는 보증책임 미부담
- 직불 합의는 발주자-수급인-하수급인에게만 효력
- 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 보증기관은 민법 제434조에 따른 상계로 보증채권자의 회생채권을 소멸시키는 것은 불가

○ 「건설산업기본법」에 대한 법제처 유권해석 및 대법원 판례를 분석한 결과, 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있음

- 건설업 등록기준 관련 신청의 접수 및 신청내용의 확인, 신고의 수리(受理)에 관한 사항은 지방자치단체의 장에게 위임하고, 건설업 등록기준의 적합 여부 등에 대한 실태 조사 및 행정 제재는 국토교통부장관의 사무로 일원화할 필요
- 「건설산업기본법」 제35조 제1항의 ‘필요성’, ‘명백한 사유’ 등 제한 요건을 삭제하고, 발주자의 하도급대금 직접지급을 의무화할 필요
- 「건설산업기본법」 제22조의2 제1항에서 민간공사에 한해 발주자-수급인-하수급인의 직불합의시 발주자의 하수급인에 대한 하도급대금지급보증을 의무화할 필요

목차

제1장	서론	1
	1. 연구의 배경 및 목적	3
	2. 연구의 범위 및 방법	5
	3. 연구의 구성	6
제2장	건설산업기본법 유권해석 및 판례 개요	7
	1. 건설산업기본법 주요 내용	9
	2. 법제처 유권해석 및 판례 개요	24
	3. 건설산업기본법의 유권해석 및 판례 분석의 중요성	32
제3장	건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례 분석	33
	1. 건설산업기본법 주요 유권해석 및 자치입법 의견제시 사례	35
	2. 건설산업기본법 주요 판례 분석	63
제4장	결론 및 시사점	81
	1. 결론	83
	2. 시사점	85
	참고문헌	90

표목차

〈표 1-1〉 건설공사 수행 체계 및 참여자 관련 법률 개요	3
〈표 1-2〉 건설산업기본법의 편제	4
〈표 1-3〉 연구의 구성 및 내용	6
〈표 2-1〉 건설산업기본법상 도급 관련 개념(법 제2조)	10
〈표 2-2〉 현행 건설산업기본법상 건설업의 종류	11
〈표 2-3〉 건설산업 혁신정책 추진 방향	11
〈표 2-4〉 건설산업 생산구조 혁신의 주요 내용	12
〈표 2-5〉 건설업종별 등록기준 예시	13
〈표 2-6〉 건설산업 생산구조 혁신에 따른 업역 변화	16
〈표 2-7〉 건설업 등록기준 특례 관련 「건설산업기본법 시행령」 개정안	19
〈표 2-8〉 건설업 등록기준 관련 「건설산업기본법 시행령」 개정안(1)	20
〈표 2-9〉 건설업 등록기준 관련 「건설산업기본법 시행령」 개정안(2)	20
〈표 2-10〉 건설업 상호시장 허용제도 관련 「건설산업기본법」 개정안	21
〈표 2-11〉 하자담보책임 관련 「건설산업기본법」 개정안	23
〈표 2-12〉 주체별 유권해석 요청 방법	27
〈표 2-13〉 유권해석과 자치입법 의견제시의 비교	28
〈표 2-14〉 민사소송과 행정소송의 비교	30
〈표 3-1〉 건설업 등록기준 관련 주요 규정	36
〈표 3-2〉 부대공사의 범위와 기준	43
〈표 3-3〉 건설업 시공자격 관련 주요 규정	44
〈표 3-4〉 「건설공사 발주세부기준」에 따른 부대공사 규율 사항	46
〈표 3-5〉 「시설물유지관리업 업종전환 세부기준」의 주요 내용	47
〈표 3-6〉 건설업 양도 관련 주요 규정	47

〈표 3-7〉 건설업 도급계약 및 하도급계약 관련 주요 규정	52
〈표 3-8〉 법률해석방법론	57
〈표 3-9〉 건설업 보증 관련 주요 규정	58
〈표 3-10〉 건설업 등록말소 등의 예외 사유	64
〈표 3-11〉 경미한 공사의 내용	66
〈표 3-12〉 영업정지 처분의 기준	67
〈표 3-13〉 일괄하도급 금지 범위 및 하도급 제한의 예외 사항	69
〈표 3-14〉 「건설산업기본법」상 하도급대금 직접지급 요건	71
〈표 3-15〉 「건설산업기본법」상 하도급대금 직접지급 규정	73
〈표 3-16〉 보증기관의 하자보수보증 약관 내용	75
〈표 3-17〉 공사계약일반조건에 따른 하도급대금 직접지급 사유	77
〈표 3-18〉 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」상 회생채권의 변제금지 규정	79
〈표 4-1〉 건설업 등록기준 관련 지방자치단체의 위임 사항	85
〈표 4-2〉 지방자치단체의 건설업 등록기준 실태조사에 따른 법적 문제 비교	87
〈표 4-3〉 발주자의 하도급대금 직접지급 의무화에 관한 「건설산업기본법」 개정안 ...	88
〈표 4-4〉 하도급대금 직불합의 및 지급보증 면제로 인한 피해 사례	89

그림목차

[그림 2-1] 건설공사의 법률에 따른 구분	10
[그림 2-2] 건설업 하도급 허용 현황도	18
[그림 2-3] 유권해석 업무처리 절차도	26
[그림 2-4] 소송 절차도	31

I

서론

1. 연구의 배경 및 목적
2. 연구의 범위 및 방법
3. 연구의 구성

서론

1. 연구의 배경 및 목적

- 「건설산업기본법」은 “건설공사의 조사, 설계, 시공, 감리, 유지관리, 기술관리 등에 관한 기본적인 사항과 건설업의 등록 및 건설공사의 도급 등에 필요한 사항을 정함으로써 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 함”(법 제1조)
- 「건설산업기본법」은 1958. 3. 11. 제정된 「건설업법」을 전부 개정한 법률로써, 건설용역업에 관한 내용은 일부에 불과하고, 전반적인 내용은 건설업을 중심으로 규율하고 있음
 - 건설업: 건설공사를 하는 업(業)
 - 건설용역업: 건설공사에 관한 조사, 설계, 감리, 사업관리, 유지관리 등 건설공사와 관련된 용역을 하는 업(業)¹⁾
- 건설공사는 계획-설계-시공-감리-유지관리의 수행 체계로 이루어지고, 발주자-수급인-하수급인-보증기관-건설자재·장비업자-노동자 등 다양한 주체들이 참여하는 특징이 있음
- 건설공사의 수행 체계 및 참여자에 대해서는 「건설산업기본법」 외에 다음과 같은 개별 법률에서 규율하고 있음

〈표 1-1〉 건설공사 수행 체계 및 참여자 관련 법률 개요

수행 체계 관련 법률	<ul style="list-style-type: none"> • 계획: 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」, “국가 및 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률” 등 • 설계·감리: 「건축법」, 「건축사법」, 「건설기술 진흥법」 등 • 시공: 「건설산업기본법」, 공사계약일반조건 등 • 유지관리: 「건축물관리법」, 「지속가능한 기반시설 관리 기본법」, 「시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법」 등
----------------	--

1) 건설용역업의 구체적인 내용은 「건설기술진흥법」 등에서 규율하고 있음

참여자 관련 법률	<ul style="list-style-type: none"> • 발주자-수급인: 「건설산업기본법」, “국가 및 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률” 등 • 수급인-하수급인: 「건설산업기본법」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 등 • 보증기관: 「건설산업기본법」, 보증기관의 약관 • 건설자재·장비업자: 「건설산업기본법」, 「건설기계관리법」 등 • 노동자: 「건설산업기본법」, 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률」
----------------------	---

□ 이렇듯 「건설산업기본법」은 건설공사에 관한 일반법으로서, 건설공사의 참여자에 관한 사항을 전반적으로 규정하고 있으며, 다음과 같은 편제로 구성되어 있음

〈표 1-2〉 건설산업기본법의 편제

제1장 총칙 제2장 건설업 등록 제3장 도급계약 및 하도급계약 제4장 시공 및 기술관리 제5장 경영합리화와 중소기업사업자 지원	제6장 건설사업자의 단체 제7장 건설 관련 공제조합 및 건설보증 제8장 건설분쟁 조정위원회 제9장 시정명령 등 제10장 보칙 제11장 벌칙
--	--

□ 즉, 「건설산업기본법」은 건설공사의 시공자 자격 및 건설공사 계약을 규율하고 있는데, 건설공사는 시설물 안전에 위협을 야기하고 국민의 생명·재산에 돌이킬 수 없는 손해를 초래할 수 있기 때문에 강력한 규제를 수반하고 있음

□ 이에 따라 「건설산업기본법」의 내용을 명확하게 이해하는 것이 중요하다고 할 수 있으나, 1996. 12. 30. 전부개정 된 이후 50여차례가 넘는 법률 개정, 다수의 참여자에 대한 광범위한 규율, 건설공사의 기술적 특징 등으로 법률을 이해하기가 매우 어려운 상황임

- 특히, 최근에는 ‘건설산업 생산구조 혁신 로드맵’에 따라 건설업 등록, 업역, 하도급 제한 등의 사항이 크게 변화하여 정확한 이해가 필요

□ 따라서 「건설산업기본법」의 이해도 제고를 위하여 최근 법제처의 유권해석과 대법원 판례를 중심으로 주요 쟁점을 분석하고 시사점을 도출할 필요가 있음

□ 본 연구는 「건설산업기본법」 관련 최근 법제처의 유권해석과 대법원 판례를 분석·해설을 수록함으로써 건설공사 관련 참여자의 「건설산업기본법」의 이해도 제고 및 건설공사의 적정한 시공에 기여하고자 함

2. 연구의 범위 및 방법

□ 본 연구의 내용적 범위는 다음과 같음

- 건설산업기본법 유권해석 및 판례 개요
 - 건설산업기본법 주요 내용
 - 법제처 유권해석 및 법원 판례 개요
 - 건설산업기본법 유권해석 및 판례 분석의 중요성
- 건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례 분석
 - 건설산업기본법 주요 유권해석 및 자치입법 의견제시 사례
 - 건설산업기본법 주요 판례 분석
- 결론 및 시사점
 - 건설업 등록기준 실태조사의 일원화
 - 발주자의 하도급대금 직접지급 의무화
 - 민간공사 하도급대금 지급보증 면제 요건 개선

□ 본 연구의 시간적 범위는 다음과 같음

- 2024년 1월 시행 기준 「건설산업기본법」의 주요 쟁점 및 입법 동향 제시
- 유권해석 및 판례 자료는 「건설산업기본법」에서 규율하고 있는 사항에 대하여 최근 10년 이내의 자료 분석
 - 2024년 1월 시행 기준 「건설산업기본법」의 주요 쟁점 및 입법 동향과 최근 10년 이내의 유권해석 및 판례의 조문 및 내용은 동일

□ 본 연구의 방법은 문헌 검토 및 법제 분석 위주로 진행되었으며, 전문가 자문을 통하여 내용을 검증함

- 문헌 검토: 법제처 유권해석 및 판례 일반론을 중심으로 수행
- 법제 분석: 건설산업기본법 주요 쟁점 및 주요 입법 동향을 중심으로 분석
- 전문가 자문: 건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례, 시사점 검증

3. 연구의 구성

□ 본 연구는 4장으로 구성됨

- 1장에서는 서론으로 연구의 배경 및 목적, 연구의 범위 및 방법 기술
- 2장에서는 건설산업기본법의 주요 제도 및 법제처 유권해석 및 판례 소개
- 3장에서는 건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례를 분석하고 해설수록
- 4장에서는 건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례를 기초로 시사점 도출

〈표 1-3〉 연구의 구성 및 내용

구성	내용	비고
제1장 서론	1. 연구의 배경 및 목적 2. 연구의 범위 및 방법 3. 연구의 구성	• 연구의 구성 및 내용 소개
제2장 건설산업기본법 유권해석 및 판례 개요	1. 건설산업기본법 주요 내용 1) 개요 2) 건설산업기본법 주요 쟁점 3) 건설산업기본법 주요 입법 동향 2. 법제처 유권해석 및 법원 판례 개요 1) 법제처 유권해석 및 자치입법 의견제시 개요 2) 법원 판례 개요 3. 건설산업기본법 유권해석 및 판례 분석의 중요성	• 건설산업기본법 기초 이해 • 건설산업기본법 유권해석 및 판례의 중요성
제3장 건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례 분석	1. 건설산업기본법 주요 유권해석 및 자치입법 의견제시 사례 1) 건설업 등록 2) 도급계약 및 하도급계약 3) 보증 2. 건설산업기본법 주요 판례 분석 1) 건설업 등록 2) 도급계약 및 하도급계약 3) 보증	• 건설산업기본법 심층 이해
제4장 결론 및 시사점	1. 결론 2. 시사점 1) 건설업 등록기준 실태조사의 일원화 2) 발주자의 하도급대금 직접지급 의무화 3) 민간공사 하도급대금 지급보증 면제 요건 개선	• 제도개선 활용

II

건설산업기본법 유권해석 및 판례 개요

1. 건설산업기본법 주요 내용
2. 법제처 유권해석 및 법원 판례 개요
3. 건설산업기본법 유권해석 및 판례 분석의 중요성

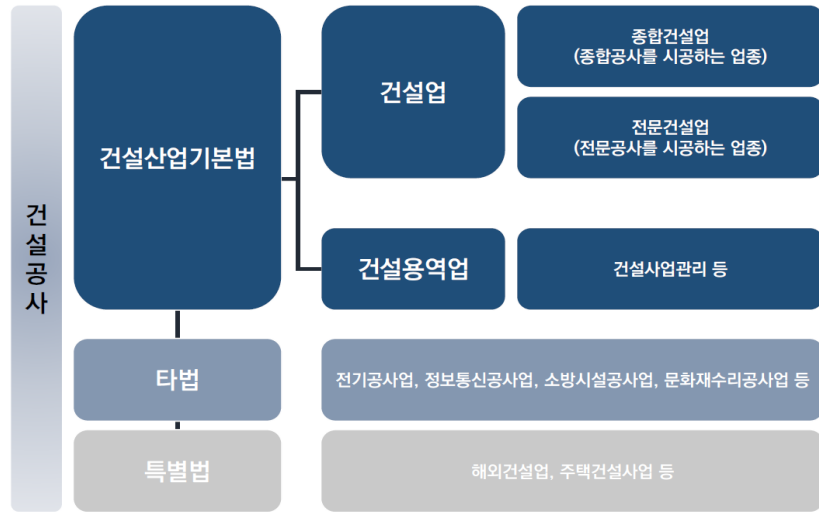
건설산업기본법 유권해석 및 판례 개요

1. 건설산업기본법 주요 내용

1) 개요

- 「건설산업기본법」은 건설공사의 전 단계에 있어 기본적인 사항과 건설업의 등록 및 건설공사의 도급 등에 필요한 사항을 정함으로써 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 목적으로 함
- 「건설산업기본법」은 1995. 12. 30. 건설시장의 개방 등 건설환경의 변화에 대응하여 (구)「건설업법」을 전부 개정한 법률임
 - 과거 건설공사를 규율하는 (구)「건설업법」과 건설사업자의 보증 및 용자 등을 규율하는 (구)「건설공제조합법」, (구)「전문건설공제조합법」, 기타 건설용역업 관련 사항 등을 통합·보완한 법률
- 이에 따라 「건설산업기본법」은 건설산업을 건설업과 건설용역업으로 구분하고 있으나, 전반적인 내용은 건설업을 중심으로 규율하고 있음²⁾
 - 건설업은 건설공사에 관한 업을 의미
 - * 전기공사, 정보통신공사, 소방시설공사, 문화재 수리공사는 제외
 - 건설용역업은 건설공사에 관한 조사, 설계, 감리, 사업관리, 유지관리 등 건설공사와 관련된 용역을 하는 업을 의미

2) 홍성진, “건축물 및 시설물 건설공사의 안전성 제고를 위한 입법 체계의 정합성 확보 방안”, 토지공법연구 제 104집, 한국토지공법학회, 2023, 48면.



[그림 2-1] 건설공사의 법률에 따른 구분

- 건설업은 민법상 도급계약의 대표적인 내용으로서, 도급과 하도급으로 구분하고 이에 관계된 자를 발주자-수급인-하수급인으로 규정하고 있음³⁾
 - 민법 제664조 “도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다”

〈표 2-1〉 건설산업기본법상 도급 관련 개념(법 제2조)

<ul style="list-style-type: none"> • “발주자”는 건설공사를 건설사업자에게 도급하는 자(다만, 수급인으로서 도급받은 건설공사를 하도급하는 자는 제외) • “도급”은 원도급, 하도급, 위탁 등 명칭과 관계없이 건설공사를 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 공사의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약 • “하도급”은 도급받은 건설공사의 전부 또는 일부를 다시 도급하기 위하여 수급인이 제3자와 체결하는 계약 • “수급인”은 발주자로부터 건설공사를 도급받은 건설사업자를 말하고, 하도급의 경우 하도급하는 건설사업자 포함 • “하수급인”은 수급인으로부터 건설공사를 하도급받은 자

- 오늘날 건설업은 종합공사를 시공하는 업종(종합건설업)과 전문공사를 시공하는 업종(전문건설업)으로 구분됨

3) 하도급 관계를 규율하는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」은 제조·수리·건설·용역 등을 규율하고 있기 때문에 발주자-원사업자-수급사업자로 규정하고 있음.

- 일반·특수·단종공사업 → 일반·특수·전문건설업 → 일반·전문건설업 → 종합·전문
건설업 명칭으로 변화

〈표 2-2〉 현행 건설산업기본법상 건설업의 종류

구분	내용	업종
종합공사	종합적인 계획, 관리 및 조정을 하 면서 시설물을 시공하는 건설공사	• 토목공사업, 건축공사업, 토목건축공사업, 산업·환경설 비공사업, 조경공사업(5개 업종)
전문공사	시설물의 일부 또는 전문 분야에 관한 건설공사	• 지반조성·포장공사업, 실내건축공사업, 금속·창호·지 붕·건축물조립공사업, 도장·습식·방수·석공사업, 조경 식재·시설물공사업, 철근·콘크리트공사업, 구조물해체· 비계공사업, 상·하수도설비공사업, 철도·궤도공사업, 철 강구조물공사업, 수중·준설공사업, 승강기·삭도공사업, 기계설비·가스공사업, 가스·난방공사업(14개 업종)

2) 건설산업기본법 주요 쟁점

- 2018. 6. 28. 정부는 관계부처 합동으로 ‘2022년까지 세계 5대 건설강국으로 도
약’의 비전으로 기술혁신, 생산구조 혁신, 시장질서 혁신, 일자리 혁신의 4대 건설
산업 혁신방안 로드맵’을 발표하였음⁴⁾

〈표 2-3〉 건설산업 혁신정책 추진 방향

4대 혁신	정책 목표	추진 과제	기대 효과
기술 혁신	4차 산업혁명을 선도하는 글로벌 산업	• 스마트 건설기술 활성화 • 고부가가치 건설시장 확대 • 해외 건설시장 진출 지원	생산성 40% 증대
생산구조 혁신	‘칸막이’와 ‘다단계’가 없는 고효율 산업	• 건설업 업역·업종·등록기준 개편 • 원청의 직접시공 활성화 • 하청의 다단계 하도급 구조 개선	직접시공 비율 10% 증대
시장질서 혁신	부실·불법·부조리가 없는 공정산업	• 부실업체 퇴출 강화 • 불공정 관행 근절 • 공공공사 건설시공 기반 조성	부실·불법업체 7천여개 감소
일자리 혁신	청년 인재가 역량을 펼치는 젊은 산업	• 청년층 취업 지원 • 강소기업 육성 및 창업 촉진 • 전문인력 양성 및 일자리 매칭	청년층 취업비중 10% 증대

4) 홍성진, “건설산업 생산구조 혁신에 따른 영세 건설업체 보호 방안 연구”, 대한건설정책연구원 보고서, 2021, 3면.

□ ‘건설산업 생산구조 혁신 로드맵’ 발표 이후 국회 및 정부는 2018년 말부터 건설산업 생산구조 혁신을 중심으로 「건설산업기본법」과 하위 법령 등을 다음과 같이 개정하였음

〈표 2-4〉 건설산업 생산구조 혁신의 주요 내용

구분	추진과제	개정사항	주요내용	비고
생산구조 혁신	건설업 업역·업종· 등록기준 개편	법 제16조 (2018. 12. 31)	• 건설생산구조 개편 및 업역규제 폐지 - 종합·전문건설업체 상호시장 진출	• 공공공사 (2021. 1. 1 시행) • 민간공사 (2022. 1. 1. 시행)
		법 제25조 (2018. 12. 31)	• 도급자격 변경 - 발주자 및 수급인은 시공자격을 갖춘 건설업자에게 도급 또는 하도급 하도록 규정	
		법 제29조 (2018. 12. 31)	• 건설공사의 하도급 제한 - 종합·전문건설업체 업역규제 폐지에 따른 하도급 제한규정 변경	
		시행령 제13조 및 별표1 (2019. 6. 18)	• 건설업 등록기준 정비 - 자본금 기준을 현행 대비 70% 완화	• 2019. 6. 18 시행
		시행령 제19조 및 제21조 (2020. 10. 8)	• 건설공사 시공자격과 부대공사 기준 정비·보완 - 종합·전문건설업체 업역규제 폐지에 따른 시공자격 및 부대공사 인정범위 확대	• 공공공사 (2021. 1. 1 시행) • 민간공사 (2022. 1. 1. 시행)
		시행령 제7조 및 별표1, 제7조의2 및 제16조 (2020. 12. 29)	• 업종통합 및 주력분야 공시제 - 종합·전문건설업체 업역규제 폐지에 따른 전문건설업종 통합 및 주력분야 공시제 도입, 시설물유지관리업 업종 전환	• 2022. 1. 1 시행
	원청의 직접시공 활성화	법 제28조의2 (2018. 12. 31)	• 직접시공 산정기준 개편 - 건설공사의 도급금액 산출내역서에 기재된 총 노무비 중 노무비 이상 공사를 직접시공	• 2019. 7. 1 시행
		시행령 제30조의2 (2019. 3. 26)	• 직접시공 의무 대상 공사 확대 - 50→70억원으로 확대	• 2019. 3. 26 시행 이후 입찰공고 적용

(1) 건설산업 생산구조 혁신에 따른 등록기준 변화

□ 건설업을 하려는 자는 업종별로 기술능력, 자본금, 시설 및 장비, 그 밖에 필요한 사항 등을 국토교통부장관에게 등록을 하여야 함(법 제9조 제1항 및 시행령 제13조, 별표2)

- 다만, 경미한 공사는 제외

□ 구체적으로는 기술능력, 자본금, 보증가능금액확인서, 사무실, 시설·장비(해당 업종에 한함) 등을 갖추어야 함

- 자본금의 경우 건설산업 생산구조 혁신에 따라 약 70% 완화

예시) 토목공사업 7억원 → 5억원, 실내건축공사업의 자본금은 2억원 → 1억5천만원으로 약 70% 완화

- 보증가능금액확인서는 「건설산업기본법」에 따른 공제조합 등의 신용평가에 따라 현금예치

예시) 2023년 기준 1좌당 출자지분액이 945,655원, 철근콘크리트 공사업을 등록하고자 하는 경우 좌수 및 출자금액: 해당 업체가 CC등급 이상은 40,663,165원(=43좌×945,655원), C등급 이상은 50,119,715원(=53좌×945,655원) 예치

〈표 2-5〉 건설업종별 등록기준 예시

업종	기술능력	자본금 (법인기준)	보증가능 금액 확인서	사무실
토목공사업	다음의 어느 하나에 해당하는 사람 중 2명을 포함한 「건설기술 진흥법」에 따른 토목 분야의 초급 이상 건설기술인 6명 이상 1) 「국가기술자격법」에 따른 토목기사 2) 「건설기술 진흥법」에 따른 토목 분야의 중급 이상 건설기술인	5억원 이상	• 업종별 자본금의 100분의 25 내지 100분의 60의 범위 안에서 현금 예치 또는 예치금에 상당하는 담보 제공	• 「건축법」에 따른 사용승인을 받은 건축물에 소재할 것 • 업무수행과 관련하여 사무실의 위치 등 국토교통부장관이 정하여
건축공사업	다음의 어느 하나에 해당하는 사람 중 2명을 포함한 「건설기술 진흥법」에 따른 건축 분야의 초급 이상 건설기술인 5명 이상 1) 「국가기술자격법」에 따른 건축기사 2) 「건설기술 진흥법」에 따른 건축 분야의 중급 이상 건설기술인	3억5천만원 이상		

업종		기술능력	자본금 (법인기준)	보증가능 금액 확인서	사무실
지반 조성· 포장 공사 업	토공사	다음의 어느 하나에 해당하는 사람 중 2명 이상 가) 「건설기술 진흥법」에 따른 토목·광업 분야(화약류관리 분야만 해당한다)의 초급 이상 건설기술인 나) 「국가기술자격법」에 따른 관련 종목의 기술자격취득자	1억5천만원 이상		고시하는 기준을 갖출 것
	보링· 그라 우팅· 파일 공사	다음의 어느 하나에 해당하는 사람 중 2명 이상 가) 「건설기술 진흥법」에 따른 토목 분야 초급 이상의 건설기술인 나) 「국가기술자격법」에 따른 응용지질기사 또는 지질 및 지반기술사 다) 「국가기술자격법」에 따른 관련 종목의 기술자격취득자	1억5천만원 이상		
실내건축공사업		다음의 어느 하나에 해당하는 사람 중 2명 이상 가) 「건설기술 진흥법」에 따른 건축 분야의 초급 이상 건설기술인 나) 「국가기술자격법」에 따른 관련 종목의 기술자격취득자	1억5천만원 이상		
금속· 창호· 지붕· 건축물 조립공 사업	금속 구조물 ·창호· 온실 공사	다음의 어느 하나에 해당하는 사람 중 2명 이상 가) 「건설기술 진흥법」에 따른 기계·토목·건축 분야의 초급 이상 건설기술인 나) 「국가기술자격법」에 따른 관련 종목의 기술자격취득자	1억5천만원 이상		
철근·콘크리트 공사업		다음의 어느 하나에 해당하는 사람 중 2명 이상 가) 「건설기술 진흥법」에 따른 토목·건축 분야의 초급 이상 건설기술인 나) 「국가기술자격법」에 따른 관련 종목의 기술자격취득자	1억5천만원 이상		
철강구조물 공사업		다음의 어느 하나에 해당하는 사람 중 4명 이상 가) 「건설기술 진흥법」에 따른 기계·토목·건축 분야의 초급 이상 건설기술인 나) 「국가기술자격법」에 따른 관련 종목의 기술자격취득자	1억5천만원 이상		

(2) 건설산업 생산구조 혁신에 따른 업역 변화⁵⁾

- 건설공사를 도급받으려는 자는 해당 건설공사를 시공하는 업종을 등록하여야 함 (법 제16조)
 - 우리나라는 1958년 「건설업법」 제정 이후 1976년부터 종합·전문건설업체의 업역을 법령으로 제한하면서 건설산업의 발전 도모
- 2018. 12. 31. 종합·전문건설업체가 상호 시장에 진출함으로써 공정 경쟁 유도 및 소비자의 편익을 제고하는 것을 목적으로 건설업 상호시장 허용제도가 도입되었음 (「건설산업기본법」 제16조 및 「건설공사 발주 세부기준」)
 - 건설업 상호시장 허용제도는 2018. 6. 28. 정부가 발표한 '4대 건설 산업 혁신방안' 가운데 생산구조 혁신의 핵심
- 「건설산업기본법」상 건설업 상호시장 허용제도 도입에 따라 종합·전문건설업체는 업역에 큰 변화가 생겼음
 - 2018. 12. 31. 이전에는 종합건설업체는 종합공사, 전문건설업체는 전문공사에 관한 시공자격을 규정
- 우선 종합건설업체는 해당 전문공사의 원·하도급을 모두 허용하되, 총 공사금액 10억원 미만 공사의 종합건설업체 간 하도급 금지 및 2억원 미만 전문공사의 수주를 금지하였음(법 제16조 및 법 제29조 제4항)
 - 종합건설업체의 2억원 미만 전문공사의 수주 금지는 '24년부터 허용 → 2023. 12. 29. 「건설산업기본법」 개정을 통하여 '27년부터 허용
- 이에 비하여 전문건설업체는 해당 공사의 전문건설업종을 모두 등록하거나 전문건설업체 간 컨소시엄 구성을 통한 종합공사 원도급을 허용하였음(법 제16조)
 - 전문건설업체 간 컨소시엄은 '24년부터 시행→ 2023. 12. 29. 「건설산업기본법」 개정을 통하여 '27년부터 허용

5) 이하의 내용은 홍성진 외, “건설업 상호시장 허용제도의 입법영향분석”, 대한건설정책연구원 보고서, 2023, 7면.

〈표 2-6〉 건설산업 생산구조 혁신에 따른 업역 변화

구분	과거		현행		
	종합공사	전문공사	종합공사	전문공사	
종합 건설업	원칙	○	×	○	×
	예외	-	<ul style="list-style-type: none"> 이미 도급받아 시공 또는 시공중인 부대공사 발주자가 공사의 품질이나 시공 능률을 높이기 위하여 인정한 경우 	-	<ul style="list-style-type: none"> 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 전문공사를 도급받는 경우 부대공사를 함께 도급받는 경우 이미 도급받아 시공 또는 시공중인 부대공사 발주자가 공사의 품질이나 시공 능률을 높이기 위하여 인정한 경우
전문 건설업	원칙	×	○	×	○
	예외	<ul style="list-style-type: none"> 주계약자공동도급 소규모 복합공사 부대공사를 함께 도급받는 경우 2개 업종 이을 등록한 건설사업자가 해당 업종의 종합공사 하도급 발주자가 공사의 품질이나 시공 능률을 높이기 위하여 인정한 경우 	-	<ul style="list-style-type: none"> 2개 업종 이상을 등록한 사업자가 해당 업종의 종합공사 주계약자공동도급 전문건설업자간 컨소시엄 부대공사를 함께 도급받는 경우 이미 도급받아 시공 또는 시공중인 부대공사 발주자가 공사의 품질이나 시공 능률을 높이기 위하여 인정한 경우 	-

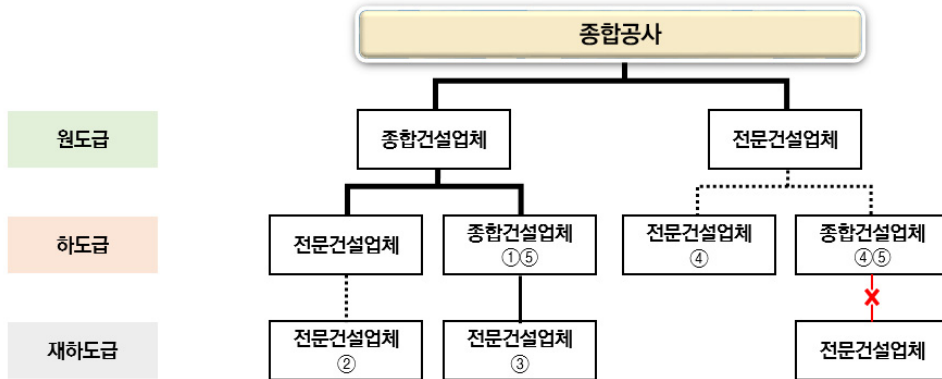
(3) 건설산업 생산구조 혁신에 따른 직접 시공 및 하도급 제한 강화⁶⁾

- 직접시공은 공사를 수주한 건설업체가 자기의 책임하에 직접 공사를 시공하여 해당 공사를 완공하는 것을 말함
 - 건설업은 분업화·전문화에 의한 외주(하도급) 중심의 생산방식으로 성장하였으나, 2004. 12. 31. 일괄하도급으로 인한 부실시공을 방지하기 위하여 수주한 공사의 일정비율을 직접 시공하도록 하는 직접시공의무제도 도입
- 직접시공을 위해서는 건설업체가 시공팀(기능인력)을 모두 직접 고용하여야 하나, 수주산업의 특성상 「건설산업기본법」에서는 공사 현실을 감안하여 일정한 예외를 인정하였음
 - 2004년 직접시공 의무제 도입 당시에는 ‘도급금액이 30억원 미만인 건설공사’에 대해서 30% 이상을 직접 시공하도록 규정⁷⁾
- 이후 생산구조 혁신 방안과 궤를 같이 하여, 직접시공의 산정방식을 종전의 총공사비 기준에서 노무비 기준(직접시공 노무비/총 노무비)으로 변경하였음
 - 현재는 70억원 미만 건설공사의 도급금액 산출내역서에 기재된 총 노무비 중 다음의 비율에 따른 노무비 이상에 해당하는 공사를 직접시공(「건설산업기본법」 제28조의2 및 시행령 제30조의2)
 - 도급금액 3억원 미만: 50% 이상 직접시공
 - 도급금액 3억원 이상~10억원 미만: 30% 이상 직접시공
 - 도급금액 10억원 이상~30억원 미만: 20% 이상 직접시공
 - 도급금액 30억원 이상~70억원 미만: 10% 이상 직접시공
- 다만, 건설업 상호시장 허용제도는 직접시공 확대 등을 목적으로 도입되었는바, 종합·전문건설업체가 상호시장에 진출하는 경우 직접시공을 원칙으로 하되, 일정한 예외를 인정함(법 제29조)
 - 건설사업자가 도급받은 공사를 계획, 관리 및 조정하는 경우로서 2인 이상에게 분할하여 하도급(일괄하도급은 금지)

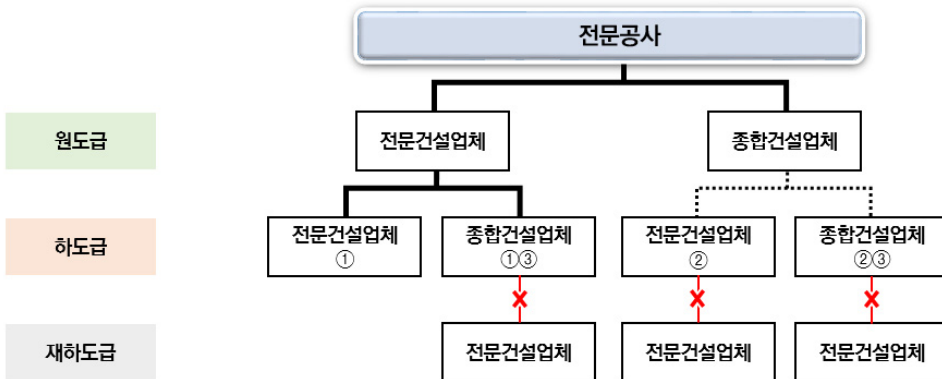
6) 이하의 내용은 홍성진 외, 전계보고서, 2023, 20면.

7) 유일환·정대운, “직접시공 확대의 영향 및 대응방안”, 대한건설정책연구원 보고서, 2020, 4면.

- 발주자의 서면 승낙 및 하도급 받은 공사의 20% 범위 내 하도급
- 종합건설업체가 하도급 받은 공사를 전문건설업체에게 재하도급
- 전문건설업체가 하도급 받은 공사를 발주자의 서면 승낙 및 하도급 받은 공사의 20% 범위 내 전문건설업체에게 재하도급



- ① 별도 요건 없음, 일괄하도급은 금지(법 제29조 제1항)
- ② 20% 범위 내+발주자 및 수급인 서면승낙 등(법 제29조 제3항 제2호, 시행규칙 제25조의7)
- ③ 발주자 서면승낙(법 제29조 제3항 제1호)
- ④ 발주자 서면승낙+20% 범위 내(법 제29조 제5항, 시행령 제31조의2)
- ⑤ 10억원 미만 도급공사는 종합건설업체에 하도급 금지(법 제29조 제4항)



- ① 발주자 서면승낙(법 제29조 제2항 제1호)
- ② 발주자 서면승낙+20% 범위 내(법 제29조 제5항, 시행령 제31조의2)
- ③ 10억원 미만 도급공사는 종합건설업체에 하도급 금지(법 제29조 제4항)

[그림 2-2] 건설업 하도급 허용 현황도

3) 건설산업기본법 주요 입법 동향

(1) 건설업 등록기준 완화

□ 2023. 5. 9. 건설사업자의 부담을 완화하기 위해 2개 업종을 등록한 건설사업자가 1개 업종의 등록증을 반납한 후 다시 새로운 업종을 등록하려는 경우에도 등록기준 특례를 적용함(2023. 5. 9. 시행)

- 종전에는 건설사업자가 다른 업종의 건설업 등록을 추가로 신청하는 경우 1회에 한정하여 자본금 및 기술능력에 관한 등록기준 특례 적용

〈표 2-7〉 건설업 등록기준 특례 관련 「건설산업기본법 시행령」 개정안

과거	현행
<p>제16조(건설업 등록기준의 특례) ① 건설사업자가 다른 업종의 건설업 등록을 추가로 신청하는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 별표 2에 따른 등록기준을 이미 갖춘 것으로 인정받을 수 있다.</p> <p>1. 자본금: 보유하고 있는 업종의 별표 2에 따른 최저 자본금기준(보유하고 있는 업종이 둘 이상인 경우 최저 자본금기준이 최대인 업종의 최저 자본금기준을 말한다)의 2분의 1을 한도로 1회에 한정하여 등록하려는 업종의 최저 자본금기준의 2분의 1에 해당하는 자본금을 이미 갖춘 것으로 인정</p> <p>2. 기술능력: 보유하고 있는 업종의 별표 2에 따른 기술능력과 추가로 등록하려는 업종의 기술능력이 같은 종류·등급으로서 공동으로 활용할 수 있는 경우에는 1회에 한정하여 1명(공동으로 활용할 수 있는 기술인력이 5명 이상인 경우에는 2명)의 기술능력을 이미 갖춘 것으로 인정. 다만, 건설사업자가 가스난방공사업을 추가로 등록[가스난방공사업 중 난방공사(제1종)을 주력분야로 등록하는 경우는 제외한다]하려는 경우에는 공동으로 활용할 수 있는 기술인력은 이미 갖춘 것으로 본다.</p> <p>② ~ ⑥ (생략)</p>	<p>제16조(건설업 등록기준의 특례) ① 건설사업자가 다른 업종의 건설업 등록을 추가로 신청하는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 별표 2에 따른 등록기준을 이미 갖춘 것으로 본다.</p> <p>1. 자본금: 보유하고 있는 업종의 별표 2에 따른 최저 자본금기준(보유하고 있는 업종이 둘 이상인 경우 최저 자본금기준이 최대인 업종의 최저 자본금기준을 말한다)의 2분의 1을 한도로 1개 업종에 한정하여 등록하려는 업종의 최저 자본금기준의 2분의 1에 해당하는 자본금을 이미 갖춘 것으로 본다.</p> <p>2. 기술능력: 보유하고 있는 업종의 별표 2에 따른 기술능력과 추가로 등록하려는 업종의 기술능력이 같은 종류·등급으로서 공동으로 활용할 수 있는 경우에는 1개 업종에 한정하여 1명(공동으로 활용할 수 있는 기술인력이 5명 이상인 경우에는 2명)의 기술능력을 이미 갖춘 것으로 본다. 다만, 건설사업자가 가스난방공사업을 추가로 등록[가스난방공사업 중 난방공사(제1종)을 주력분야로 등록하는 경우는 제외한다]하려는 경우에는 공동으로 활용할 수 있는 기술인력은 이미 갖춘 것으로 본다.</p> <p>② ~ ⑥ (현행과 같음)</p>

□ 2023. 5. 9. 건설업 등록기준 가운데 사무실에 관한 규정을 「건축법」에 따른 사용승인을 받은 건축물로 명확히 하도록 개정되었음(2023. 8. 10. 시행)

- 종전에는 「건축법」 등 관계 법령으로 광범위하게 규정하여 행정청의 자의적 해석 가능
- ‘국토교통부장관이 정하여 고시하는 기준’은 「건축법」에 따른 사용승인을 받은 건축물을 구체화

〈표 2-8〉 건설업 등록기준 관련 「건설산업기본법 시행령」 개정안(1)

과거	현행
제13조(건설업의 등록기준) ①법 제10조에 따른 건설업의 등록기준은 다음 각 호와 같다. 1. ~ 1의2. (생략) 2. 「건축법」 등 관계 법령에 적합하고, 건설업을 등록하려는 시·도 안에 위치한 사무실을 갖춘 것 3. ~ 6. (생략) ② (생략)	제13조(건설업의 등록기준) ①법 제10조에 따른 건설업의 등록기준은 다음 각 호와 같다. 1. ~ 1의2. (현행과 같음) 2. 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 사무실을 갖춘 것 가. 「건축법」 제22조에 따른 사용승인을 받은 건축물에 소재할 것 나. 업무 수행과 관련하여 사무실의 위치 등 국토교통부장관이 정하여 고시하는 기준을 갖춘 것 3. ~ 6. (현행과 같음) ② (현행과 같음)

□ 2023. 5. 9. 건설업 등록기준 가운데 기술인력을 시 근무하는 것에 지장이 없는 경우에는 기술인력이 다른 사업을 영위하는 것을 예외적으로 허용하였음(2024. 5. 10. 시행)

- 종전에는 건설업의 기술능력 등록요건에 해당하는 기술인력이 상시 근무하도록 규정

〈표 2-9〉 건설업 등록기준 관련 「건설산업기본법 시행령」 개정안(2)

과거	현행
[별표2] 비고 1. 기술능력 가. 기술인력에 해당하는 사람은 상시 근무하는 사람이어야 하며, 「국가기술자격법」에 따라 그 자격이 정지된 사람과 「건설기술 진흥법」에 따라 업무정지처분을 받은 건설기술인은 제외한다. 나. ~ 바. (생략) 2. ~ 3. (생략)	[별표2] 비고 1. 기술능력 가. 기술인력에 해당하는 사람은 상시 근무(다른 사업을 영위하는 경우에는 상시 근무에 지장이 없는 경우로 한정한다)하는 사람이어야 하며, 「국가기술자격법」에 따라 그 자격이 정지된 사람과 「건설기술 진흥법」에 따라 업무정지처분을 받은 건설기술인은 제외한다. 나. ~ 바. (현행과 같음) 2. ~ 3. (현행과 같음)

(2) 전문건설업체 보호 및 컨소시엄 유예

□ 2018. 12. 31. ‘건설산업 생산구조 혁신 로드맵’에 따라 도입된 건설업 상호시장 허용제도는 영세 전문건설업체의 존립을 위태롭게 하였음

- 종합건설업체의 전문공사 수주는 전문건설업체의 종합공사 수주에 비하여 금액 기준 공공공사 3.5배, 민간공사에서 15.7배로 나타나면서, 일방적인 전문건설업체의 피해로 작용

- 건설업 상호시장 허용제도는 상호시장의 공사를 수주한 업체와 기존 시장을 잠식당한 업체의 양상이 다르게 나타났으며, 영세 전문건설업체가 일방적으로 시장을 잠식당한 상황
- 건설업 상호시장 허용제도의 문제점을 개선하고자 국회는 「건설산업기본법」 개정안을 발의하였음(2023. 07. 03. 김민철 의원 대표발의, 2023. 09. 04. 김희국 의원 대표발의)
- 2023. 11. 22. 국회 교통위원회는 2건의 법안을 병합·심사하여 대안을 마련하였고, 2023. 12. 20. 제411회 본회의에서 대안에 대한 원안이 가결되었음
- 2024. 1. 1. 시행되는 건설업 상호시장 허용제도 관련 「건설산업기본법」 개정안의 내용은 다음과 같음
 - 공사에정금액(부가가치세와 발주자가 제공한 재료비 포함)이 4억 3천만원 미만인 소규모 전문공사에 대해서는 종합건설사업자의 진입 제한을 3년간 유예(2026년 12월 13일까지)
 - 2개 이상의 전문건설사업자가 종합공사를 공동도급 받을 수 있도록 하는 전문공사 컨소시엄 제도의 시행일을 3년 유예(2026년 12월 13일까지)

〈표 2-10〉 건설업 상호시장 허용제도 관련 「건설산업기본법」 개정안

현행	개정안
제16조(건설공사의 시공자격) ① 건설공사를 도급받으려는 자는 해당 건설공사를 시공하는 업종을 등록하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 건설업종을 등록하지 아니하고도 도급받을 수 있다. 1. ~ 3. (생략) 4. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 제8조제2항에 따라 시공 가능한 시설물을 대상으로 하는 전문공사를 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 도급받는 경우 (단서 신설) 5. ~ 7. (생략) ② ~ ④ (생략)	제16조(건설공사의 시공자격) ① ① 건설공사를 도급받으려는 자는 해당 건설공사를 시공하는 업종을 등록하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 건설업종을 등록하지 아니하고도 도급받을 수 있다. 1. ~ 3. (현행과 같음) 4. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 제8조제2항에 따라 시공 가능한 시설물을 대상으로 하는 전문공사를 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 도급받는 경우. 다만, 공사에정금액(「부가가치세법」에 따른 부가가치세와 발주자가 제공한 재료비를 포함한다)이 4억 3천만원 미만인 전문공사를 원도급받는 경우는 제외한다. 5. ~ 7. (현행과 같음) ② ~ ④ (현행과 같음)

현행	개정안
부칙<법률 제16136호, 2018. 12. 31> 제1조(시행일) ① ~ ② (생략) ③ 제2항에도 불구하고 제16조제1항제3호의 개정규정은 2024년 1월 1일부터 시행한다. ④ (생략)	부칙<법률 제16136호, 2018. 12. 31> 제1조(시행일) ① ~ ② (생략) ③ 제2항에도 불구하고 제16조제1항제3호의 개정규정은 <u>2027년 1월 1일부터 시행한다.</u> ④ (현행과 같음)
<u><신설></u>	부칙<법률 제19865호, 2023. 12. 29> 제1조(시행일) 이 법은 2024년 1월 1일부터 시행한다. 제2조(유효기간) 제16조제1항제4호 단서의 개정규정은 <u>2026년 12월 31일까지 효력을 가진다.</u> 제3조(건설공사 시공자격의 적용례) 제16조제1항제4호의 개정규정은 이 법 시행 이후 도급계약을 체결하거나 입찰 공고를 하는 경우부터 적용한다.

(3) 하자담보책임 합리화

- 「건설산업기본법」상 하자담보책임은 건설공사의 수급인이 발주자에 대하여 공사의 종류와 구조별로 하자담보책임을 지도록 규정하고 있으나 하자의 경중에 따른 기준없이 일률적으로 기간을 정함에 따라 적용상 혼란이 있었음
- 하자담보책임의 적용상 혼란을 방지하기 위하여 국회는 「건설산업기본법」 개정안을 발의하였음(2021. 04. 06. 김희국 의원 대표발의, 2021. 06. 01. 진선미 의원 대표발의)
- 2023. 5. 24. 국회 교통위원회는 2건의 법안을 병합·심사하여 대안을 마련하였고, 2023. 12. 08. 제410회 본회의에서 대안에 대한 원안이 가결되었음
- 2024. 1. 29. 시행되는 하자담보책임 관련 「건설산업기본법」 개정안의 내용은 다음과 같음
 - 구조상 주요 부분에 해당하는 구조내력만 담보책임기간을 10년으로 하고, 그 외 구조물은 5년으로 규정
 - 발주자가 제공한 재료 또는 지시가 적절하지 않은 것을 알고도 이를 발주자에게 알리지 않은 수급인은 하자담보책임을 면할 수 없도록 하고, 하자담보책임 면책 요건에 발주자가 제공한 재료의 성질로 인한 하자를 포함

- 발주자가 하수급인에게 직접 지시하거나 재료를 제공한 경우 하수급인에게도 하자담보책임 면책 가능

〈표 2-11〉 하자담보책임 관련 「건설산업기본법」 개정안

현행	개정안
<p>제28조(건설공사 수급인 등의 하자담보책임) ① 수급인은 발주자에 대하여 다음 각 호의 범위에서 공사의 종류별로 대통령령으로 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 건설공사의 목적물이 벽돌쌓기식구조, 철근콘크리트구조, 철골구조, 철골철근콘크리트구조, 그 밖에 이와 유사한 구조로 된 것인 경우: 건설공사의 완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 10년 2. 제1호 이외의 구조로 된 것인 경우: 건설공사 완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 5년 	<p>제28조(건설공사 수급인 등의 하자담보책임) ① 수급인은 발주자에 대하여 건설공사의 완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날 중에서 먼저 도래한 날부터 다음 각 호의 범위에서 공사의 종류별로 대통령령으로 정하는 기간에 발생한 하자에 대하여 담보책임이 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 건설공사의 목적물이 벽돌쌓기식구조, 철근콘크리트구조, 철골구조, 철골철근콘크리트구조 및 그 밖에 이와 유사한 구조로서 구조내력(構造耐力)에 해당하는 경우: 10년 2. 제1호 이외의 경우: 5년
<p>② 수급인은 다음 각 호의 어느 하나의 사유로 발생한 하자에 대하여는 제1항에도 불구하고 담보책임이 없다. <단서 신설></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 발주자가 제공한 재료의 품질이나 규격 등이 기준미달로 인한 경우 2. ~ 3. (생략) 	<p>② 수급인은 다음 각 호의 어느 하나의 사유로 발생한 하자에 대하여는 제1항에도 불구하고 담보책임이 없다. <u>단만, 발주자가 제공한 재료 또는 지시가 부적당함을 알고도 그 사실을 발주자에게 알리지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 발주자가 제공한 재료의 품질이나 규격 등이 기준미달로 인하거나 재료의 성질로 인한 경우 2. ~ 3. (생략)
<p>③ (생략)</p>	<p>③ (현행과 같음)</p>
<p>④ 하수급인의 하자담보책임에 대하여는 제1항부터 제3항까지를 준용한다. 이 경우 “수급인”은 “하수급인”으로, “발주자”는 “수급인”으로, “건설공사의 완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날 중에서 먼저 도래한 날”은 “하수급인이 시공한 건설공사의 완공일 또는 목적물의 관리·사용을 개시한 날과 제37조제2항에 따라 수급인이 목적물을 인수한 날 중에서 먼저 도래한 날”로 본다.</p>	<p>④ 하수급인의 하자담보책임에 대하여는 제1항부터 제3항까지를 준용한다. 이 경우 “수급인”은 “하수급인”으로, “발주자”는 “발주자 또는 수급인”으로, “건설공사의 완공일과 목적물의 관리·사용을 개시한 날 중에서 먼저 도래한 날”은 “하수급인이 시공한 건설공사의 완공일 또는 목적물의 관리·사용을 개시한 날과 제37조제2항에 따라 수급인이 목적물을 인수한 날 중에서 먼저 도래한 날”로 본다.</p>

2. 법제처 유권해석 및 판례 개요

1) 법제처 유권해석 및 자치입법 의견제시 개요⁸⁾

(1) 유권해석 개요

- 유권해석은 행정기관이 법령을 집행하기 위한 전제로 법령해석을 하는데 있어서 의문이 있거나 다른 행정기관의 관장업무와 관련된 법령에 대한 해석이 서로 엇갈리는 경우에 정부전해의 통일을 위하여 법령해석에 대한 전문적인 의견을 제시하는 업무를 말함
 - 행정기관의 법집행작용은 구체적 사실을 확인하고 해당 사실에 적용될 법령의 의미와 내용을 해석하여 해당 사실에 적용하는 일련의 과정을 거치는 것으로서 각 법령에 따른 행정기관이 수행
- 유권해석은 「정부조직법」과 「법제업무 운영규정」등의 법령에 따라 민사·상사·형사, 행정소송, 국가배상관계법령 및 법무부 소관 법령과 다른 법령의 벌칙조항에 대한 해석을 제외하고는 정부입법의 총괄기관인 법제처가 수행하고 있음
 - 법제처의 유권해석은 행정기관의 법집행작용을 위한 해석에 대하여 하나의 기준을 제시하여 주는 기능
- 법제처의 정부유권해석은 관계 행정기관에 대한 사실상의 구속력을 가진다고 할 수 있음
 - 관계 행정기관이 법제처의 정부유권해석과 달리 집행할 경우 부적절한 집행으로 인한 징계나 감사원의 감사 등을 통한 책임문제 제기 가능
 - 다만, 법제처의 정부유권해석과 다른 법원의 확정판결이 나온 경우, 법적인 구속력을 가진 법원의 확정판결에 의해 법제처의 정부유권해석이 가지는 사실상의 구속력은 제한

8) 이하의 내용은 법제처, 법제업무정보의 법령해석 및 자치입법 의견제시를 정리한 것임(<https://www.moleg.go.kr/menu.es?mid=a10106010000>).

□ 법제처의 정부유권해석은 법령에 담긴 정책집행의 방향을 제시하는 기능을 수행한다. 이는 점에서 법 집행의 결과 발생한 구체적이고 특정한 법적 분쟁에 대하여 하는 사법해석과는 기능적으로 차이가 있음

- 법원이 행하는 사법해석은 구체적 쟁송의 해결을 목적으로 추상적인 법규범의 객관적 의미를 파악하는데 중점
- 법제처가 행하는 정부유권해석은 해당 법령의 집행으로 달성하려는 목적의 효율적 수행에 중점

□ 법제처에 요청된 법령해석 안건은 법령해석국 법령해석총괄과에서 접수함

□ 법령해석 안건은 관련 사실관계 등 질의배경의 파악, 관계 법령의 발견, 대립되는 의견의 정리, 소관부처와 관계부처의 의견 수렴, 관계되는 해석례, 판례, 행정법 이론, 입법자료 등을 종합적으로 참고하여 법리적인 검토를 거쳐 검토의견서를 작성함

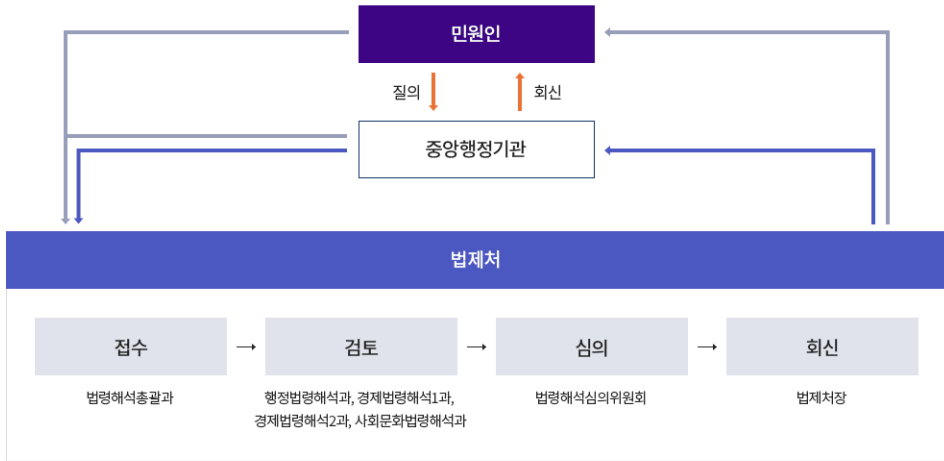
□ 법령해석 안건은 위원장인 법제처 차장을 포함하여 9명으로 구성된 법령해석심의 위원회에서 심도 있는 논의를 거쳐 의결함

- 법령해석심의위원회의 회의는 원칙적으로 구성원 과반수의 출석으로 개의하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결
- 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 출석위원 6명 이상의 찬성으로 의결

<ul style="list-style-type: none">• 지방자치단체의 장이 요청한 법령해석사안에 대한 법령소관 중앙행정기관의 장의 당초 회신내용(법령해석이 불명확한 경우와 회신은 있으나 사실상 의견이 없는 경우는 제외함)과 다른 해석을 하려는 경우• 법제처가 받은 중앙행정기관의 장의 법령해석 내용(법령해석이 불명확한 경우는 제외함)과 다른 해석을 하려는 경우• 민원인의 해석 요청 의뢰를 받아 중앙행정기관의 장이 법제처에 요청하거나 민원인이 직접 법제처에 요청한 법령해석 사안에 대하여 법령 소관 중앙행정기관의 장의 당초 회신내용(법령해석이 불명확한 경우는 제외함)과 다른 해석을 하려는 경우

□ 법제처장은 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장으로부터 법령해석의 요청을 받은 때에는 법령의 운영·집행에 차질이 없도록 신속히 회신함

- 지방자치단체의 장이 요청한 법령해석에 대한 회신을 하는 때에는 그 회신내용을 해당 법령소관 중앙행정기관의 장에게도 통보



[그림 2-3] 유권해석 업무처리 절차도

- 유권해석은 다음과 같이 중앙행정기관, 지방자치단체, 민원인의 해석 요청하는 경우로 구분할 수 있음

〈표 2-12〉 주체별 유권해석 요청 방법

<p>중앙행정기관의 해석 요청</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 중앙행정기관(부, 처, 청, 위원회)의 장은 지방자치단체의 장 또는 민원인으로부터 법률적 판단을 요하는 질의를 받는 등 법령을 운영·집행하는 과정에서 해석상 의문이 있는 경우이면 독자적으로 법제처에 법령해석 요청 가능 • 중앙행정기관은 자기 소관이 아닌 다른 중앙행정기관 소관 법령에 대하여도 필요하다면 해석요청을 할 수 있으나, 이 경우 해당 법령 소관 중앙행정기관의 장의 의견을 먼저 들어야 하며, 법제처에 법령해석을 요청한 경우에는 그 사실을 법령소관 중앙행정기관의 장에게 통보 의무 • 법령해석의 요청은 중앙행정기관의 소속기관, 산하기관 등은 직접 해석을 요청할 수 없고, 필요한 경우 중앙행정기관의 해당 부서에서 해석요청 • 실무적으로는 법령해석을 요청할 경우 내부 업무분장에 따라 실제 업무를 담당하고 있는 과장의 전결로 법령해석을 요청하는 것도 가능하나, 질의 사안이 다른 국·과의 업무와 관련이 있는 경우에는 내부적인 의견조율을 거칠 필요
<p>지방자치단체의 해석 요청</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 지방자치단체의 장은 법령해석기관에 법령해석을 요청하려면 그 법령소관 중앙행정기관의 장에게 법령해석을 요청하여 회신을 받을 필요 • 지방자치단체의 장은 중앙행정기관의 장의 회신 내용이 불명확(회신은 있으나 사실상 의견이 없는 경우를 포함)하거나 잘못되었다고 판단되는 경우에 그 회신 내용을 첨부하여 법령해석기관에 법령해석 요청 가능 • 지방자치단체의 장은 법령해석을 법제처에 요청한 경우에는 그 사실을 법령소관 중앙행정기관의 장에게 통보 의무
<p>민원인의 해석 요청</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 민원인은 먼저 법령 소관 중앙행정기관의 장에게 법령해석을 요청하여 법령해석을 받을 필요 • 민원인은 법령 소관 중앙행정기관의 장의 법령해석이 법령에 위반된다고 판단되는 경우에는 해당 법령 소관 중앙행정기관의 장에게 법령해석기관에 법령해석을 요청하도록 의뢰하거나 법령 소관 중앙행정기관의 장의 법령해석 의견을 덧붙여 직접 법령해석기관에 법령해석 요청 가능 • 법령 소관 중앙행정기관의 장은 민원인으로부터 법령해석의 요청을 의뢰받으면 지체 없이 법령해석기관에 법령해석 요청하여야 하나, 다음의 경우에는 예외 <ul style="list-style-type: none"> - 법령해석 요청 기준에 맞지 않는 경우 - 정립된 판례나 법령해석기관의 법령해석이 있는 경우 - 구체적 사실인정에 관한 사항인 경우 - 행정심판 또는 소송이 계속 중이거나 그 절차가 끝난 경우 - 이미 행해진 구체적인 처분이나 행위의 위법·부당 여부에 관한 사항인 경우 등

(2) 자치입법 의견제시 개요

- 자치입법 의견제시는 지방자치단체가 조례, 규칙 등의 자치입법을 제·개정하거나 집행하는 과정에서 자치입법의 그 내용이나 해석에 대하여 자문을 요청하는 경우, 법제처가 이에 대한 의견을 제시함으로써 지방자치단체의 입법 및 해석을 지원하는 제도를 말함
- 자치입법 의견제시는 다음과 같은 자문 또는 지원기능을 수행하기 때문에, 지방자치단체는 자치입법에 대한 법제처의 의견에 구속되지 않으며, 참고적으로 활용됨
 - 현행 자치입법에 대한 해석상의 의문사항
 - 입안단계의 조례안 또는 규칙안이 법령에 위반되는지 여부에 대한 의문사항
 - 자치입법을 제·개정함에 있어서의 입법기술상의 의문사항

〈표 2-13〉 유권해석과 자치입법 의견제시의 비교

구분	유권해석	자치입법 의견제시
성격	정부 유권해석	자문 또는 지원
요청주체	중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 민원인	지방자치단체의 장(교육감 포함), 지방의회
업무처리절차	① 요청서 접수 및 등록 ② 담당자 검토 ③ 법령해석심의위원회 심의 ④ 법제처장 결재 및 회신	① 요청서 접수 및 등록 ② 담당자 검토 ③ 의견제시심사위원회 심의 ④ 법제처장(법제지원국장 전결) 결재

- 법제처에 공문(온나라)으로 자치입법 의견제시 요청이 있는 경우 법제처 자치법제 지원과에 안건 접수 및 배정됨
- 담당자의 안건 검토 및 결재를 거쳐 검토 완료 후 관련 지방자치단체에 신속하게 회신함
- 자치입법 의견제시는 사실관계 및 질의요지를 명확히 하여 요청하여야 하며, 다음의 경우에는 자치입법 의견제시 대상이 아님
 - 자치입법의 입안에 대한 안건으로서 이미 지방의회의 의결이 있거나 공포된 경우

- 자치입법 입안과 관련한 주된 쟁점이 법령의 해석에 관한 사항으로서 해당 법령을 소관으로 하는 중앙행정기관의 장의 의견을 먼저 듣거나 법령해석 절차를 거쳐야 할 필요가 있다고 인정되는 경우
- 처분의 위법·부당 여부나 구체적 사실인정에 관한 사항인 경우
- 민사·상사·형사, 행정소송, 국가배상 관계 법령 및 법무부 소관 법령과 관련되거나 다른 법령의 별치조항과 관련된 경우
- 그 밖에 유사한 경우로서 의견제시 제도를 통해 자치입법의 입안 및 해석에 관한 법제적 의견을 제시하기에 적합하지 않은 경우

2) 법원 판례 개요

- 판례는 법원이 특정 소송사건에 대하여서 법을 해석·적용하여 내린 판결을 의미함
- 소송은 법원에 소를 제기하여 판결을 받음으로써 해결하는 전통적인 분쟁해결수단으로써, 건설산업에 있어 소송은 크게 민사소송과 행정소송으로 구분할 수 있음
 - 민사소송은 사법상의 권리 또는 법률관계에 대한 다툼을 법원이 국가의 재판권에 의해 법률적 또는 강제적으로 해결 및 조정하기 위한 분쟁해결수단
 - 행정소송은 행정청의 처분 등으로 인한 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고, 공법상의 권리관계 또는 법적용에 관한 다툼을 해결하기 위한 분쟁해결수단
 - * 처분 등이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결

〈표 2-14〉 민사소송과 행정소송의 비교

구분	민사소송	행정소송
관할법원	• 일반 민사법원	• 행정법원(또는 지방법원 본원)
사건유형	• 이행의소 • 형성의소 • 확인의소	• 항고소송 - 취소소송 - 무효등확인소송 - 부작위위법확인소송 • 당사자소송 • 민중소송 • 기관소송
사건번호	• 가합, 가단, 가소, 나, 다...	• 구, 구합, 구단, 누, 두...
전심절차	• 없음	• 조세소송, 토지수용소송 등 일부는 행정심판을 거친 후 행정소송 제기
제소기간	• 원칙적 제한 없음(소멸시효에 따라 각각)	• 처분 등이 있음을 안날로부터 90일, 처분 등이 있는 날부터 1년 이내 제기
당사자	• 법률관계의 당사자	• 원고: 처분 등을 받은 당사자 • 피고: 처분 등을 한 행정청
심리	• 변론주의	• 변론주의 및 직권심리

□ 건설산업에 있어 민사소송은 공사대금, 손해배상, 보증채무 이행 등의 형태로 전개되고, 행정소송은 행정청의 벌칙 또는 과태료 처분 등에 대하여 당사자가 그 취소를 구하는 행태로 전개됨⁹⁾

□ 민사소송과 행정소송은 크게는 법원에 소장 접수, 법원의 피고에 대한 소장 부분 전달, 서면공방에 따른 당사자 서류 제출, 법정공방에 따른 증거조사, 판결 선고, 판결문의 송달, 불복 여부로 이루어짐

- 법원에 소장 접수: 당사자나 소송대리인이 소장을 접수하는 경우 접수담당 사무관 및 참여사무관의 사건유형별 검토사항에 의거 소장 심사 또는 보정권고
- 법원의 피고에 대한 소장 부분 전달: 접수된 소장은 법원의 각 재판부에 배당되고 각 재판부에서는 소장심사 후 소장사본을 피고의 주소지로 등기 송달
- 서면공방에 따른 당사자 서류 제출: 변론이 있기 전 원고의 주장에 대한 답변서를 작성하여 소장부분을 받은 날로부터 30일 이내에 법원에 제출

9) 이하의 내용은 대한민국법원 전자민원센터의 절차안내를 정리한 것임
(https://help.scourt.go.kr/nm/min_7/min_7_2/min_7_2_1/index.html).

- 법정공방에 따른 증거조사: 서면공방 이후 법원에서 변론기일을 정하여 당사자의 변론을 중심으로 쟁점을 최종 정리(쟁점정리기일)하고, 이후 집중증거조사기일을 열어 심리 종결
 - * 행정소송의 경우 직권심리 가능
- 판결 선고: 변론 종결 후 단기간(일반적으로 2주 이내) 내에 판결 선고
- 불복 여부: 법원의 판결에 대한 불복 여부에 따라 상소 또는 포기



[그림 2-4] 소송 절차도

3. 건설산업기본법 유권해석 및 판례 분석의 중요성

- 「건설산업기본법」은 건설공사에 관한 일반법으로서, 건설공사는 시설물 안전에 위험을 야기하고 국민의 생명·재산에 돌이킬 수 없는 손해를 초래할 수 있기 때문에 강력한 규제를 수반하고 있음
- 이에 따라 건설공사 관련 담당 공무원, 건설사업자 및 이해관계자 등은 「건설산업기본법」의 내용을 명확하게 이해하는 것이 중요하다고 할 수 있음
- 그러나 「건설산업기본법」은 1996. 12. 30. 전부개정 된 이후 50여 차례가 넘는 법률 개정, 다수의 참여자에 대한 광범위한 규율, 건설공사의 기술적 특징 등으로 법률을 이해하기가 매우 어려운 상황임
 - 2018년 발표된 ‘건설산업 생산구조 혁신 로드맵’에 따라 건설업 등록기준, 업역, 직접 시공 및 하도급 제한에 대한 큰 변화가 있었고, 최근에는 시공자격을 중심으로 건설업 등록, 업역, 하자담보책임 등에 관한 사항 개정
 - 발주자-수급인-하수급인-보증기관-건설자재·장비업자-노동자 등을 다양하게 규율
 - 부대공사, 보증, 하자담보책임 등 건설공사의 기술적 내용을 규정
- 또한, 건설공사의 내용은 전문적이고 기술적인 반면, 건설공사의 실무는 전근대적인 관행이 상존하고 있기 때문에 건설공사의 근거 법률과 실무의 괴리가 큰 상황임
- 따라서 「건설산업기본법」의 주요 내용을 명확히 이해하기 위해서는 최근 법제처의 유권해석과 대법원 판례의 내용을 분석할 필요가 있음
 - 법제처의 유권해석은 관계 행정기관에 대한 사실상의 구속력이 부여되고, 자치입법 의견제시는 구속력은 없으나, 담당 공무원의 행정 집행에 대한 가이드라인 역할 가능
 - 법원 판례는 법제처의 유권해석을 최대한 존중하고 있으며, 만약 법리 변경에 따라 유권해석과 다른 확정 판결이 나온 경우 이는 유권해석의 구속력 제한

건설산업기본법
유권해석 및 판례 분석에 따른 시사점

III

건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례 분석

1. 건설산업기본법 주요 유권해석 및 자치입법 의견제시 사례
2. 건설산업기본법 주요 판례 분석

건설산업기본법 주요 유권해석 및 판례 분석

- 「건설산업기본법」상 건설산업은 건설업과 건설용역업으로 구분되며, 발주자-수급인-하수급인-보증기관-건설자재·장비업자-노동자 등 다양한 참여 주체를 규율하고 있음
 - 제1장 총칙부터 제11장 벌칙에 이르기까지 많은 법조문의 편제로 구성
- 다만, 건설공사의 참여 주체는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률», 「하도급 거래 공정화에 관한 법률», 「건설기계관리법」 등 개별 법률에서 구체적으로 규정하고 있으며, 건설용역업은 「건설기술 진흥법」 등에서 규율하고 있음
- 이에 따라 현행 「건설산업기본법」은 건설업의 등록 및 건설공사의 계약을 중심으로 규정하고 있음
- 법제처의 유권해석 및 법원의 판례 역시 건설업의 등록 및 건설공사의 계약에 대한 다음의 사례가 다수를 차지하고 있음
 - 건설업 등록
 - 도급 계약 및 하도급 계약
 - 보증
- 본 연구에서는 건설업 등록, 도급 계약 및 하도급 계약, 보증의 편제로 구분하여 법제처의 유권해석 사례 및 대법원의 판례를 분석하기로 함

1. 건설산업기본법 주요 유권해석 및 자치입법 의견제시 사례

1) 건설업 등록

(1) 등록기준

① 유권해석 개요

- 「건설산업기본법」은 건설공사의 범위와 건설업 등록에 관한 사항에 대하여 다른 법률의 규정에도 불구하고 우선 적용하도록 규정하고 있음(법 제4조)

- 건설업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 업종별로 등록기준을 갖추어 국토교통부장관에게 등록을 하여야 함
 - 경미한 공사는 등록기준의 예외
 - 등록기준은 기술능력, 자본금, 시설 및 장비, 그 밖에 필요한 사항으로 대통령령에 위임(법 제10조 및 시행령 제13조, 별표2)
 - 건설업의 등록 및 건설업등록기준에 관한 사항의 신고의 수리(受理) 등은 시·도지사에게 위임(법 제91조 및 시행령 제85조)
- 등록기준은 위반 시 등록말소 또는 영업정지, 징역 또는 벌금 등의 제재 처분을 받을 수 있기 때문에, 「건설산업기본법」과 다른 법률에서 규정한 건설공사에 필요한 등록기준 판단 및 지방자치단체의 「건설산업기본법」상 등록기준 관련 업무의 범위 등을 명확하게 숙지할 필요가 있음

〈표 3-1〉 건설업 등록기준 관련 주요 규정

<p>「건설산업기본법」 (법률 제19968호, 2024. 1. 9. 시행)</p> <p>제4조(다른 법률과의 관계) 건설산업에 관하여 다른 법률에서 정하고 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다. 다만, 건설공사의 범위와 건설업 등록에 관한 사항에 대하여는 다른 법률의 규정에도 불구하고 이 법을 우선 적용하고, 건설용역업에 대하여는 제6조 및 제26조와 제8장(제69조부터 제79조까지, 제79조의2 및 제80조)을 적용한다.</p> <p>제9조(건설업 등록 등) ① 건설업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 업종별로 국토교통부장관에게 등록을 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 건설공사를 업으로 하려는 경우에는 등록을 하지 아니하고 건설업을 할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따라 건설업의 등록을 하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관에게 신청하여야 한다.</p> <p>③ 국가나 지방자치단체가 자본금의 100분의 50 이상을 출자한 법인이나 영리를 목적으로 하지 아니하는 법인은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 제1항에 따른 건설업 등록을 신청할 수 없다.</p> <p>④ 삭제</p>	<p>「건설산업기본법 시행령」 (대통령령 제33913호, 2023. 12. 12. 시행)</p>
---	---

<p>제10조(건설업의 등록기준) 제9조제1항에 따른 건설업의 등록기준이 되는 다음 각 호의 사항은 대통령령으로 정한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 기술능력 2. 자본금(개인인 경우에는 자산평가액을 말한다. 이하 같다) 3. 시설 및 장비 4. 그 밖에 필요한 사항 <p>제83조(건설업의 등록말소 등) 국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 건설사업자(제10호의 경우 중 하도급인 경우에는 그 건설사업자와 수급인을, 다시 하도급한 경우에는 그 건설사업자와 다시 하도급한 자를 말한다)의 건설업 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호, 제2호의 2, 제3호의 2, 제3호의 3, 제4호부터 제8호까지, 제8호의 2, 제12호 또는 제13호에 해당하는 경우에는 건설업 등록을 말소하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 부정한 방법으로 제9조에 따른 건설업 등록을 한 경우 2. 삭제 2의 2. 제9조에 따른 건설업의 등록을 한 후 1년이 지날 때까지 영업을 개시하지 아니하거나 계속하여 1년 이상 「부가가치세법」 제8조제8항에 따라 관할 세무세장에게 휴업신고한 경우로서 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달한 사실이 있는 경우 3. 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달한 사실이 있는 경우. 다만, 일시적으로 등록기준에 미달하는 등 대통령령으로 정하는 경우는 예외로 한다. 3의 2. 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달하여 영업정지처분을 받은 후 그 처분의 종료일까지 등록기준 미달사항을 보완하지 아니한 경우 3의 3. 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달하여 영업정지처분을 받은 후 3년 이내에 동일한 등록기준에 미달하게 된 경우 4. ~ 13. (생략) 	<p>제13조(건설업의 등록기준) ①법 제10조에 따른 건설업의 등록기준은 다음 각 호와 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 별표 2에 따른 기술능력·자본금(개인인 경우에는 건설업에 제공되는 자산의 평가액을 말한다. 이하 같다)·시설 및 장비(전문공사를 시공하는 업종의 경우에는 주력분야의 기술능력·자본금·시설 및 장비를 말한다)를 갖출 것 1의 2. 국토교통부장관이 지정하는 금융기관 등(이하 “금융기관등”이라 한다)이 다음 각 목의 기준에 따라 발급하는 보증가능금액확인서[제1호에 따른 자본금의 기준금액 이상의 금액에 대하여 법 제56조제1항제1호에 규정된 보증(입찰보증은 제외한다)을 할 수 있음을 확인한 것을 말한다. 이하 같다]를 제출할 것. 이 경우 금융기관등은 국토교통부장관이 정하여 고시하는 재무상태, 신용상태 등의 평가 및 담보제공, 현금예치 등 보증가능금액확인서의 발급 및 해지에 관한 기준에 따라 그에 관한 세부기준을 정하여 공시해야 한다. 가. 금융기관등은 보증가능금액확인서의 발급을 신청하는 자의 재무상태·신용상태 등을 평가해야 하며, 그 평가 결과에 따라 제1호에 따른 업종별 자본금의 100분의 25 이상 100분의 60 이하의 범위에서 담보를 제공받거나 현금을 예치받을 것 나. 삭제 다. 금융기관등은 보증가능금액확인서의 발급을 받는 자의 제1호의 규정에 의한 자본금의 기준금액 이상의 금액에 대한 보증의무를 부담한다는 내용을 보증가능금액확인서에 기재할 것 2. 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 사무실을 갖출 것 <ol style="list-style-type: none"> 가. 「건축법」 제22조에 따른 사용승인을 받은 건축물에 소재할 것 나. 업무 수행과 관련하여 사무실의 위치 등 국토교통부장관이 정하여 고시하는 기준을 갖출 것 3. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법령, 공공기관의 운영에 관한 법령 또는 지방공기업법령에 따라 부정당업자로 입찰참가자격이 제한된 경우에는 그 기간이 경과되었을 것 4. 삭제 5. 건설업영업정지처분을 받은 경우에는 그 기간이 경과되었을 것 6. 삭제 ② (생략)
---	--

<p>제91조(권한의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 국토교통부 장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 소속 기관의 장·시·도지사 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다)에게 위임할 수 있다.</p> <p>② 삭제</p> <p>③ 이 법에 따른 국토교통부 장관의 권한 중 다음 각 호의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부 장관이 지정하는 기관에 위탁할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제9조에 따른 건설업 등록 신청의 접수 및 신청 내용의 확인 2. 제9조의2에 따른 건설업 등록증 또는 건설업 등록수첩의 기재 사항 변경신청의 접수 및 신청 내용의 확인 2의2. 제9조의3에 따른 건설업 윤리 및 실무 관련 교육의 실시 3. ~ 12. (생략) <ol style="list-style-type: none"> 2. 법 제9조의 규정에 의한 건설업의 등록 및 건설업등록기준에 관한 사항의 신고의 수리(受理) 3. ~ 14. (생략) ② ~ ③ (생략) 	<p>제86조(권한의 위임 등) ① 국토교통부 장관은 법 제91조제1항에 따라 건설사업자 등에 관한 다음 각 호의 권한을 시·도지사에게 위임한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 전문공사를 시공하는 업종(국토교통부 장관이 정하여 고시하는 업종은 제외한다)에 관한 다음 각 목의 확인 <ol style="list-style-type: none"> 가. 법 제9조에 따른 건설업 등록 신청의 접수 및 신청내용의 확인 나. 법 제9조의2에 따른 건설업등록증 또는 건설업등록수첩의 기재사항의 변경 신청의 접수 및 신청 내용의 확인 다. 법 제17조에 따른 건설업의 양도·법인합병 및 상속에 대한 신고의 접수 및 신고 내용의 확인
---	--

② 유권해석 사례

유권해석 사례 1-1	법제처 23-0396, 2023. 7. 14.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법」 제9조 제1항 본문 및 같은 법 시행령 별표 1 제1호에 따라 종합공사를 시공하는 업종으로 건설업 등록을 한 자가 같은 법 제9조 제1항 단서에 따라 공사예정금액이 1천5백만원 미만인 전문공사를 별도의 등록 없이 시공할 수 있는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 공사예정금액이 1천5백만원 미만인 전문공사를 업으로 하는 경우에는 같은 법 제9조 제1항 본문에 따른 등록을 하지 않고 할 수 있는 것이 문언상 명백하고, 종합공사를 시공하는 업종으로 건설업 등록을 한 자에 대해 달리 적용을 배제하는 규정을 두고 있지 않음 • 종합공사를 시공하는 업종으로 건설업 등록을 한 자도 같은 항 단서 및 같은 법 시행령 제8조 제1항 제2호 각 목 외의 부분 본문에 따라 별도의 등록 없이 공사예정금액이 1천5백만원 미만인 전문공사를 시공할 수 있음
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법」 제9조 제1항 본문 및 같은 법 시행령 별표 1 제1호에 따라 종합공사를 시공하는 업종으로 건설업 등록을 한 자는 같은 법 제9조 제1항 단서에 따라 공사예정금액이 1천5백만원 미만인 전문공사를 별도의 등록 없이 시공할 수 있음

유권해석 사례 1-2	법제처 19-0587, 2020. 1. 23.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법」 제9조 제1항에 따라 건설업의 등록을 한 자가 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제2조 제4호에 따른 환경전문공사로서 「건설산업기본법」 제2조 제4호의 건설공사에 해당하는 공사에 관한 영업을 하려는 경우 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제15조 제1항에 따라 환경전문공사업의 등록을 해야 하는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 「환경기술 및 환경산업 지원법」과 「건설산업기본법」은 입법 목적을 달리하고 있음 • 「환경기술 및 환경산업 지원법」은 등록기준으로서 대기 분야, 수질 분야, 소음·진동 분야의 구분에 따른 분야별 전담기술인력 및 수질오염물질을 측정·분석할 수 있는 실험기기 등을 규정하고 있으나, 「건설산업기본법」은 이에 대한 등록기준이 마련되어 있지 않음 • 건설공사의 일환으로 환경전문공사를 하려는 자는 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제15조 제1항에 따라 환경전문공사업을 등록하여야 함
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제15조 제1항에 따라 환경전문공사업의 등록을 하여야 함

유권해석 사례 1-3	법제처 19-0360, 2019. 09. 17.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률 시행령」 제2조 제2항 제7호에서 규정하고 있는 「산림문화·휴양에 관한 법률」에 따른 산림문화·휴양을 위한 시설의 조성 등을 위해 시행하는 사업으로서 건설공사에 해당하는 공사를 하려는 경우, 건설업자도 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제24조 제1항에 따른 산림사업법인의 등록을 해야 하는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」과 「건설산업기본법」은 입법 목적을 달리하고 있음 • 산림사업의 특수성을 고려하여 산림자원법령에서 규정한 산림사업법인 등록 기준과 건설산업기본법령에서 규정한 건설업의 등록 기준은 동일하지 않음 • 「건설산업기본법」 제4조 단서는 개별법에 의해 새로운 건설업이 생겨나 해당 업종의 등록이 「건설산업기본법」상의 건설업 등록과 혼란을 일으키는 경우를 방지하려는 취지의 규정이지, 다른 법률의 목적을 달성하기 위해 개별 법률에서 요건을 갖추도록 요구하는 것을 면제하려는 취지의 규정이라고 볼 수는 없고, 산림자원법에 따른 산림사업법인 등록을 요구하는 것이 새로운 건설업을 창설하는 결과를 초래한다고 보기도 어려움
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」 제24조제1항에 따른 산림사업법인의 등록을 하여야 함

유권해석 사례 1-4	법제처 19-0163, 2019. 7. 30.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 2018년 6월 28일 시행된 「산림보호법」에 따라 나무병원제도가 시행된 이후에도 조경식재공사업자가 같은 법 제21조의9 제1항에 따른 나무병원의 등록을 하지 않고 종전과 같이 약제 살포를 통한 산림병해충 방제사업을 할 수 있는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 나무병원제도는 전문화된 수목진료체계를 마련함으로써 국민들의 건강과 직결되는 생활권역의 산림병해충 관리를 안전하게 수행하고 쾌적한 생활환경을 조성하려는 취지에서 도입되었음 • 「산림보호법」 제21조의9 제1항의 위임에 따른 같은 법 시행령 제12조의9 제1항 및 별표 1의6에서는 2종 나무병원의 업무로 “수목진료 중 처방에 따른 약제 살포”를 규정하면서 2종 나무병원을 등록하려면 2018년 6월 28일부터 2020년 6월 27일까지는 수목치료기술자 또는 “건설기술 진흥법”에 따른 조경 분야의 초급 이상 건설기술인 또는 「국가기술자격법」에 따른 조경기술사·기사·산업기사·기능사의 자격을 갖춘 사람으로서 「건설산업기본법」에 따라 등록된 조경공사업 또는 조경식재공사업에서 1년 이상 종사한 사람” 중 1명 이상의 인력 등록요건을 충족하도록 규정하고 있고, 같은 표 비고 제2호 나목에서는 「건설산업기본법」에 따라 등록된 조경식재공사업자 등이 추가로 나무병원을 등록하는 경우에는 자본금 기준을 갖춘 것으로 본다고 규정하여 나무병원의 등록요건을 완화하고 있음 • 이는 나무병원제도의 도입으로 인한 제도변화와 법적 안정성을 적절히 조화시키기 위해 나무병원제도 도입 전에 산림병해충 방제사업을 수행할 수 있었던 조경식재공사업자가 나무병원 등록을 하기만 하면 약제 살포를 통한 산림병해충 방제사업을 수행할 수 있도록 하기 위해 한시적인 제도를 마련한 것임 • 나무병원제도가 도입된 이후에는 「산림보호법 시행령」 별표 1의6에 따른 2종 나무병원을 등록해야만 약제 살포를 통한 산림병해충 방제사업을 할 수 있음
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 조경식재공사업자가 나무병원의 등록을 하지 않으면 종전과 같이 약제 살포를 통한 산림병해충 방제사업을 할 수 없음

유권해석 사례 1-5	법제처 16-0441, 2016. 10. 19.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 어장에서의 양식(養殖) 및 수생태계 보호를 위하여 어장의 바닥에 자연석을 새로 까는 일을 하려는 자는 「어장관리법」에 따른 어장정화·정비업의 등록을 해야 하는지, 아니면 「건설산업기본법」에 따른 수중공사업의 등록을 해야 하는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 어장의 관리에 관해서는 우선적으로 「어장관리법」의 규정을 따라야 하고, 「어장관리법」에 따른 어장의 바닥에 흙이나 모래를 새로 까는 일과 유사한 업무는 “어장정화·정비”에 해당하기 때문에 어장의 바닥에 투석공사를 하려는 자는 원칙적으로 「어장관리법」에 따라 어장정화·정비업의 등록을 하여야 함

유권해석 사례 1-5	법제처 16-0441, 2016. 10. 19.
	<ul style="list-style-type: none"> • 다만, 「건설산업기본법 시행령」 별표에서 수중공사업의 건설공사의 예시로 규정하고 있는 ‘투석공사’는 「어장관리법」에 따른 어장정화·정비업과 공종의 유사성이 인정되기 때문에, 수중공사업의 성격을 갖는 투석공사를 하려는 경우 「건설산업기본법」에 따른 수중공사업을 등록하여야 함 <ul style="list-style-type: none"> - 2016. 2. 11. 수중공사업의 등록을 한 자가 자연석을 던지는 공사를 수행하고 있는 현실을 법령에 명확히 반영하기 위하여 건설산업기본법 시행령 개정 • 따라서 「건설산업기본법」상 수중공사업을 등록한 자는 수중공사업의 성격을 갖는 투석공사 뿐만 아니라, 수중공사업의 성격을 갖지 않는 ‘투석공사’도 수행할 수 있고, 만약 수중공사업의 성격을 갖지 않는 ‘투석공사’인 경우에는 「어장관리법」에 따라 어장정화·정비업만 등록하고 수행할 수 있음
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 어장에서의 양식 및 수생태계 보호를 위하여 어장의 바닥에 자연석을 새로 끼는 일을 하려는 자는 「어장관리법」에 따른 어장정화·정비업 또는 「건설산업기본법」에 따른 수중공사업의 등록을 하여야 함

유권해석 사례 1-6	법제처 15-0718, 2016. 3. 4.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법 시행령」 별표 2 건설업의 등록기준 중 가스시설시공업 제1종 기술능력 제3호나목에 따른 “가스 관계 업무에 종사한 실무경력이 5년 이상인 사람으로서 한국가스안전공사가 실시하는 가스시설시공관리자양성교육을 이수한 사람”을 “가스 관계 업무에 종사한 실무경력이 5년 이상인 사람으로서 「국가기술자격법」에 따른 가스산업기사”로 같음할 수 있는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 가스시설시공업 제1종의 기술능력 각 호에 규정된 자격자 또는 기술자는 각 호별로 한정하여 열거된 것으로 보아야 함 • 「건설산업기본법 시행령」 별표 2 비고 제1호에서는 업종별로 정한 기술능력 중 일부를 다른 기술자(나목), 자격취득자(마목), 교육이수자(라목, 바목)로 같음할 수 있도록 별도로 규정하고 있는데, 이는 해당 업종의 전문성과 기술능력에 지장을 주지 않는 범위에서 확보가 쉽지 않은 자격취득자를 다른 또는 유사한 종류의 기술능력으로 같음할 수 있도록 함으로써 한정적으로 열거된 업종별 기술능력의 기준을 보완하려는 취지임 • 「건설산업기본법 시행령」 별표 2 표 비고에서 구분하여 정한 사유에 해당하는 경우가 아니라면 건설업 등록기준에서 정한 기술능력을 다른 기술능력으로 같음할 수 없음
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법 시행령」 별표 2 건설업의 등록기준 중 가스시설시공업 제1종 기술능력 제3호나목에 따른 “가스 관계 업무에 종사한 실무경력이 5년 이상인 사람으로서 한국가스안전공사가 실시하는 가스시설시공관리자양성교육을 이수한 사람”을 “가스 관계 업무에 종사한 실무경력이 5년 이상인 사람으로서 「국가기술자격법」에 따른 가스산업기사”로 같음할 수 없음

자치입법 사례 1-1	의견22-0130, 2022. 5. 3.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 도지사가 「건설산업기본법」 제10조에 따른 건설업의 등록기준 미달 등을 단속할 수 있도록 조례에 규정할 수 있는지? • 도지사가 일시적인 경기도 내 사무실 운영 등 등록기준(기술능력, 자본금, 시설·장비·사무실, 보증가능금액)을 충족하지 못한 업체를 단속할 수 있도록 조례에 규정할 수 있는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 법 제9조에서는 건설업 등록을 국토교통부장관의 권한으로 규정하고 있고, 법 제10조에서는 건설업의 등록기준을 정하고 있으며, 법 제83조제3호부터 제3호의3까지에서는 법 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달한 건설사업자 등에 대한 건설업 등록말소 및 1년 이내의 영업정지 처분을 국토교통부장관의 권한으로 규정하고 있음 • 이 가운데 법 제91조제1항 및 같은 법 시행령 제86조제1항제2호 및 제10호에서는 법 제9조에 따른 건설업의 등록, 법 제83조의 규정에 따른 건설업 등록말소 또는 영업정지 등에 관한 권한을 시·도지사에게 위임하고 있음 • 법 제49조에 따른 시·도지사의 실태조사 등은 법 제91조제1항에 따라 위임받은 사무를 처리하기 위하여 필요한 경우로만 한정되기 때문에, 법령 위반행위 단속규정은 법령의 위임 없이 기관위임사무에 해당하는 내용을 규정하고 있어 「지방자치법」 제28조제1항 본문에 위반될 소지가 있음 <ul style="list-style-type: none"> - 지방자치법 제28조 제1항: “지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 조례에서 「건설산업기본법」 제10조에 따른 건설업의 등록기준 미달 등을 단속하는 것은 법령의 위임 없이 기관위임사무에 해당하는 사무를 조례에서 규정하는 것으로서, 「지방자치법」 제28조제1항 본문에 위반될 소지가 있음

③ 유권해석 해설

- 법제처는 「건설산업기본법」과 다른 법률의 입법 목적, 등록 기준 및 업무 범위가 상이한 경우에는 다른 법률의 등록 요건 모두를 갖추도록 하고, 공종의 유사성이 인정되는 경우에는 「건설산업기본법」 또는 다른 법률의 등록 요건 가운데 하나를 갖추도록 하고 있음
- 또한, 「건설산업기본법」상 등록기준 가운데 기술능력은 규제완화 측면에서 유사한 종류의 기술능력으로 갈음할 수 있도록 하고 있으나, 이는 열거된 경우에만 적용되도록 하고 있음

- 한편, 2019. 10. 1. 「경기도 지역건설산업 활성화 촉진 조례」에서 「건설산업기본법」상 등록기준을 충족하지 못한 건설업체를 단속하도록 규정한 내용은 「지방자치법」 제28조 제1항 본문에 위반될 소지가 있다고 판단하였음
- 이후 2023. 1. 2. 경기도는 법제처의 지적 사항을 반영하여 조례 개정

(2) 시공자격

① 유권해석 개요

- 건설공사를 도급받으려는 자는 해당 건설공사를 시공하는 업종을 등록하여야 하나, 등록된 업종에 해당하는 건설공사와 그 부대공사를 함께 도급받는 경우 등은 해당 건설업종을 등록하지 아니하고도 도급받을 수 있음(법 제16조)
- 부대공사는 그 범위와 기준을 다음과 같이 규정하고 있음(법 제16조 제2항 및 시행령 제21조)

〈표 3-2〉 부대공사의 범위와 기준

범위	<ul style="list-style-type: none"> • 주된 공사를 시공하기 위하여 또는 시공함으로 인하여 필요하게 되는 종된 공사 • 2종이상의 전문공사가 복합된 공사로서 공사에정금액이 3억원 미만이고, 주된 전문공사의 공사에정금액이 전체 공사에정금액의 2분의 1 이상인 경우 그 나머지 부분의 공사
기준	<ul style="list-style-type: none"> • 주된 공사와 부대공사의 공사 종류간에 종속성(從屬性) 및 연계성(連繫性)이 인정될 것 • 건설공사의 업종별 업무내용 및 시공기술의 난이도 등을 고려할 때 주된 공사의 건설사업자가 시공할 수 있고 주된 공사의 건설사업자가 부대공사를 시공하더라도 공사의 품질이나 안전에 지장을 초래하지 않을 것

- 시공자격은 수급인 등의 자격 제한(법 제25조), 건설공사의 하도급 제한(법 제29조)과 연계되기 때문에 해당 건설공사가 등록된 업종의 부대공사에 해당하는지 또는 부대공사에 대한 하도급이 가능한지 등을 명확하게 숙지할 필요가 있음

〈표 3-3〉 건설업 시공자격 관련 주요 규정

「건설산업기본법」	「건설산업기본법 시행령」
<p>(법률 제19968호, 2024. 1. 9. 시행)</p> <p>제16조(건설공사의 시공자격) ① 건설공사를 도급받으려는 자는 해당 건설공사를 시공하는 업종을 등록하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 건설업종을 등록하지 아니하고도 도급받을 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2개 업종 이상의 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 그 업종에 해당하는 전문공사로 구성된 종합공사를 도급받는 경우 전문공사를 시공할 수 있는 자격을 보유한 건설사업자가 전문공사에 해당하는 부분을 시공하는 조건으로 하여, 종합공사를 시공할 수 있는 자격을 보유한 건설사업자가 종합적인 계획, 관리 및 조정을 하는 공사를 공동으로 도급받는 경우 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 2개 이상의 건설사업자가 그 업종에 해당하는 전문공사로 구성된 종합공사를 공정관리, 하자책임 구분 등을 고려하여 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 공동으로 도급받는 경우 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 제8조 제2항에 따라 시공 가능한 시설물을 대상으로 하는 전문공사를 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 도급받는 경우. 다만, 공사예정금액(「부가가치세법」에 따른 부가가치세와 발주자가 제공한 재료를 포함한다)이 4억 3천만원 미만인 전문공사를 원도급받는 경우는 제외한다. 제9조제1항에 따라 등록된 업종에 해당하는 건설공사(제1호, 제3호 및 제4호에 해당하는 건설공사를 포함한다)와 그 부대공사를 함께 도급받는 경우 제9조제1항에 따라 등록된 업종에 해당하는 건설공사를 이미 도급받아 시공하였거나 시공 중인 건설공사의 부대공사로서 다른 건설공사를 도급받는 경우 발주자가 공사품질이나 시공상 능률을 높이기 위하여 필요하다고 인정한 경우로서 기술적 난이도, 공사를 구성하는 전문공사 사이의 연계 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 경우 <p>② 제1항제5호 및 제6호에 따른 부대공사는 주된 공사에 따른 종된 공사로서 그 범위와 기준은 대통령령으로 정한다.</p> <p>③ 제1항제1호, 제3호 및 제4호에 따라 종합공사 또는 전문공사를 도급받아 시공하기 위해서는 도급계약을 체결하기 전(입찰계약의 경우에는 입찰참가 등록마감일까지)에 해당 공사를 시공하는 업종의 등록기준</p>	<p>(대통령령 제33913호, 2023. 12. 12. 시행)</p> <p>제19조(건설공사의 시공자격) 법 제16조제1항제7호에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자가 그 신기술 또는 공법이 적용되는 건설공사(해당 신기술 또는 특허권이 설정등록된 공법이 적용되는 공사의 공사예정금액이 전체 공사예정금액의 100분의 70 이상인 경우로 한정한다)를 도급받는 경우 <ol style="list-style-type: none"> 「건설기술 진흥법」 제14조에 따른 신기술을 개발한 건설사업자 특정 공법에 대하여 「특허법」 제87조에 따른 특허권 설정등록을 한 건설사업자 특정 공법에 대하여 「특허법」 제100조에 따라 특허권자로부터 전용실시권을 설정받은 건설사업자 특정 공법에 대하여 「특허법」 제102조에 따라 특허권자로부터 통상실시권을 허락받은 건설사업자 종합공사를 시공할 수 있는 자격을 보유한 건설사업자가 해당 종합공사의 부대공사(법 제16조제2항에 따른 부대공사를 말한다)로서 다른 종합공사를 함께 도급받는 경우 <p>제21조(부대공사의 범위 및 기준) ① 법 제16조제2항에 따른 부대공사의 범위는 다음 각 호와 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 주된 공사를 시공하기 위하여 또는 시공함으로써 인하여 필요하게 되는 종된 공사 2종이상의 전문공사가 복합된 공사로서 공사예정금액이 3억원 미만이고, 주된 전문공사의 공사예정금액이 전체 공사예정금액의 2분의 1 이상인 경우 그 나머지 부분의 공사 삭제 <p>② 제1항제1호의 부대공사로 인정하는 기준은 다음 각 호와 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 주된 공사와 부대공사의 공사 종류간에 종속성(從屬性) 및 연계성(連繫性)이 인정될 것 건설공사의 업종별 업무내용 및 시공기술의 난이도 등을 고려할 때 주된 공사의 건설사업자가 시공할 수 있고 주된 공사의 건설사업자가 부대공사를 시공하더라도 공사의 품질이나 안전에 지장을 초래하지 않을 것 <p>③ 제1항 및 제2항에 따른 부대공사의 범위 및 기준에 관하여 필요한 세부사항은 국토교통부장관이 정하여 고시한다.</p>

<p>을 갖추어야 하고, 이를 시공 중에는 유지하여야 한다. 다만, 2개 업종 이상의 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 그 업종에 해당하는 전문공사로 구성된 종합공사를 하도급받는 경우에는 그러하지 아니 하며, 제3호의 경우에는 공동수급체 구성원들이 공동으 로 필요한 등록기준을 갖춘 경우 충족한 것으로 본다. ④ 제3항의 등록기준 구비에 관한 세부절차 및 방법 등은 국토교통부령으로 정한다.</p>	
--	--

② 유권해석 사례

유권해석 사례 1-7	법제처 19-0004, 2019. 4. 12.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 「건설산업기본법」 제16조 제1항 제3호에 따라 도급받은 주된 전문공사에 따른 부대공사를 동일한 업종이 아닌 전문공사 업종을 등록한 건설사업자에게 하도급하는 것이 「건설산업기본법」 제29조 제2항에 위반되는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법」 제29조 제1항에서는 도급받은 건설공사의 전부나 주요 부분의 대부분을 하도급할 수 없도록 규정하고 있고 같은 조 제2항에서는 수급인이 도급 받은 공사의 일부를 동일한 업종에 해당하는 건설사업자에게 하도급하는 것을 원칙적으로 금지하면서 예외적으로 발주자가 서면으로 승낙한 경우에는 가능하도록 규정하고 있음 • 따라서 해당 규정에 따라 제한되는 것은 도급받은 건설공사의 전부, 주요 부분의 대부분을 하도급하는 것과 도급받은 공사 중 주요 부분의 대부분이 아닌 일부를 “동일한 업종”의 건설사업자에게 하도급하는 것이므로 도급받은 공사 중 일부를 “다른 업종”의 건설사업자에 대해 하도급하는 것이 제한된다고 볼 수는 없음 • 또한 「건설산업기본법」 제82조 제2항 제3호에서는 “제29조제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 하도급 제한을 위반한 경우”에 대해 영업정지를 명하거나 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있는바, 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용해야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추 해석할 수 없음
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법」 제29조제2항에 위반되지 않음

③ 유권해석 해설

□ 법제처는 「건설산업기본법」에서 건설공사의 하도급 제한을 규정하고 있으나(법 제 29조), 전문건설업체가 전문공사의 부대공사를 다른 전문건설업체에게 하도급하는 부분은 제한하지 않고 있기 때문에 허용된다고 판단하였음

□ 부대공사는 건설공사의 공종간의 종속성 및 연계성, 시공기술상의 특성 및 작업방법, 기타 현지여건 등을 고려하여 판단하여야 함

□ 부대공사에 대해서는 「건설공사 발주세부기준」(국토교통부고시) 제5조 제4항 및 별표1(부대공사 판단요령)에서 개괄적으로 규정하고 있음

〈표 3-4〉 「건설공사 발주세부기준」에 따른 부대공사 규율 사항

적용방법	<ul style="list-style-type: none"> • 주된 공사와 종된 공사의 일반적 의미 <ul style="list-style-type: none"> - 주된 공사 : 종합건설업종 및 전문건설업종의 업무내용에 속하는 공사(영 별표 1 참조) - 종된 공사 : 주된 공사 업종의 업무내용에 속하지 아니한 공사로서 시공 과정상 필수적으로 수반되는 공사 • 부대공사는 설계내용 및 현지여건 등을 고려하되, 특별한 경우를 제외하고는 갖추어야 할 요건은 다음과 같다. <ul style="list-style-type: none"> 【공종간의 종속성 및 연계성】 <ul style="list-style-type: none"> - 공사의 전·후 시공과정상 주된 공사에 반드시 수반되는 공사이어야 함 - 전체 공사 중 종된 공사의 규모는 주된 공사의 규모를 초과하지 아니함 【시공기술상의 특성 및 작업방법】 <ul style="list-style-type: none"> - 건설업종별 업무내용 및 시공기술상의 난이도 등을 고려하여 주된 공사의 건설사업자가 시공할 수 있어야 함 - 주된 공사 사업자가 시공하더라도 공사의 품질이나 안전에 지장을 초래하지 아니하여야 함 【기타 현지 여건 등】 <ul style="list-style-type: none"> - 당해 공사의 공사구간·기간·시기, 연약지반 등 특수여건, 공정전반에 대한 종합적인 계획관리 및 조정의 필요성 등
분야별 사례	<p>① 상하수도공사 관련 사례</p> <ul style="list-style-type: none"> • 일반적으로 상하수도·공업용수도 등의 용수관을 부설하기 위한 터파기나 되메우기공사는 상하수도설비공사의 부대공사로 볼 수 있을 것임 <p>② 도로분야 부대공사 사례</p> <ul style="list-style-type: none"> • ○○휴게소 포장개량 및 표준모델 적용공사의 경우 지반조성·포장공사업과 도장·습식·방수·석공사업으로 발주된 공사로서, 추가적으로 금속창호·지붕건축물조립공사(표지판)가 동시에 수반되어야 하나, 표지판은 포장공사 완료 후 후속으로 진행되는 공사로서, 공사금액도 포장공사의 1.2%(포장공사 408백만원, 표지판 5백만원)로 주된 공사금액을 초과하지 않아 금속창호·지붕건축물조립공사를 부대공사로 처리하고, 해당 사업을 지반조성·포장공사업과 도장·습식·방수·석공사업으로 발주하였음 <p>③ 건축분야 부대공사 사례</p> <ul style="list-style-type: none"> • 당해 공사의 경우 실내건축공사업으로 발주된 공사로서, 목공사 및 수장공사 뿐만 아니라 실내에서 이루어지는 금속창호·지붕건축물조립공사, 도장·습식·방수·석공사는 실내건축공사업의 업무내용에 포함된다고 판단하였으며, 추가적으로 금속창호·지붕건축물조립공사가 수반되거나 그 비중이 약13%(약4,300만원)로 적고 단일공사예산으로 편성되어 분할 발주함이 비효율적이고, 시공관리의 효율성 측면에서 불리하다고 판단되어 금속창호·지붕건축물조립공사를 부대공사로 보고 실내건축공사업으로 발주하였음

(3) 건설업 양도

① 유권해석 개요

- 건설업을 양수한 자와 합병으로 설립되거나 존속하는 법인은 신고가 수리된 때부터 각각 건설업을 양도한 자와 합병으로 소멸되는 법인의 건설사업자로서의 지위를 승계함(법 제17조)
- 특히, 2024년부터 종래 시설물유지관리업의 폐지 및 종합건설업 또는 전문건설업으로 전환되면서 다음과 같은 특례를 인정하고 있음(시행령 부칙 제7조)

〈표 3-5〉 「시설물유지관리업 업종전환 세부기준」의 주요 내용

<ul style="list-style-type: none"> • 2020년 9월 16일 전에 시설물유지관리업의 등록기준을 갖춘 자는 2023년 12월 31일까지 종합건설업 또는 다음의 전문건설업(최대 3개)으로 전환 가능 <ul style="list-style-type: none"> - 지반조성·포장공사업 - 실내건축공사업 - 금속창호·지붕건축물조립공사업 - 도장·습식·방수·석공사업 - 철근·콘크리트공사업 - 상·하수도설비공사업 • 업종전환 시설물유지관리업자는 전환한 건설업종에 대하여 2026년 12월 31일(시공능력 평가액이 해당 업종 사업자 평균액 미만인 경우, 2023년부터 2025년까지의 평균 실적액이 3억원 미만인 경우는 2029년 12월 31일)까지 전환한 건설업종을 갖춘 것으로 인정

- 건설업 양도는 위반시 형벌이 부과될 수 있기 때문에 건설업 양도 신고가 수리되기 전의 건설공사 계약 가능 여부, 시설물유지관리업 외 다른 건설업종을 등록한자로부터 시설물유지관리업만 양수한 경우 특례 인정 여부 등을 명확하게 숙지할 필요가 있음

〈표 3-6〉 건설업 양도 관련 주요 규정

「건설산업기본법」 (법률 제19968호, 2024. 1. 9. 시행)	「건설산업기본법 시행규칙」 (국토교통부령 제1292호, 2023. 12. 27. 시행)
제17조(건설업의 양도 등) ① 건설사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관에게 신고하여야 한다. 1. 건설사업자가 건설업을 양도하려는 경우 2. 건설사업자인 법인이 다른 법인과 합병하려는 경우. 다만, 건설사업자인 법인이 건설사업자가 아닌 법인을 흡수합병하려는 경우는 제외한다.	제18조(건설업양도의 신고 등) ①법 제17조제1항제1호의 규정에 의하여 건설업양도신고를 하고자 하는 경우에는 양도인과 양수인이 공동으로 별지 제14호서식의 건설업양도신고서를 작성하여 시·도지사 또는 영 제 87조제1항제1호다목에 따른 업무를 위탁받은 기관에게 제출(전자문서에 의한 제출을 포함한다)하여야 한다.

<p>② 제1항제1호에 따라 건설업양도신고를 하려는 자가 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 또는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 부정당업자로서 입찰참가자격 제한의 처분을 받고 제한기간 중에 있는 때에는 그 사실을 양수자가 확인하였음을 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 증명하여야 한다.</p> <p>③ 건설업을 양수한 자와 합병으로 설립되거나 존속하는 법인은 제1항에 따른 신고가 수리된 때부터 각각 건설업을 양도한 자와 합병으로 소멸되는 법인의 건설사업자로서의 지위를 승계한다.</p> <p>④ 상속인이 건설사업자로서의 지위를 상속받으려는 경우에는 제1항과 제3항을 준용한다. 이 경우 상속인이 제13조제1항 각 호의 어느 하나의 결정사유에 해당하면 3개월 이내에 그 건설업을 다른 사람에게 양도하여야 한다.</p> <p>⑥ 제4항에 따라 신고가 수리된 경우 피상속인의 사망일부터 신고가 수리된 날까지의 기간 동안 피상속인의 건설업 등록은 상속인의 건설업 등록으로 본다.</p>	<p>② 제1항의 규정에 의한 건설업양도신고서에는 다음 각호의 서류를 첨부하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 양도계약서 사본 2. 양수인에 관한 서류로서 제2조제2항에 따라 첨부하여야 하는 서류(해당 건설업의 등록에 관한 서류만을 말한다) 3. 법 제18조의 규정에 의한 건설업양도의 공고문과 이해관계인의 의견조정내용을 기재한 서류 4. 양도인이 공제조합의 조합원이었거나 조합원인 경우에는 당해 공제조합의 의견서 5. 건설공사 발주자의 동의가 있음을 입증하는 서류(시공중인 건설공사가 있는 경우에 한한다) 6. 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 또는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에 따라 양도자가 부정당업자로서 입찰참가자격 제한의 처분을 받고 처분기간 중에 있는 경우 이를 양수자가 확인한 서류 <p>③ 삭제</p> <p>④ 법 제18조에 따라 건설업양도의 공고를 할 때에는 다음 각 호의 사항을 양도인의 주된 영업소의 소재지를 관할하는 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 구역에서 발행되는 일간신문에 게재하거나 법 제50조제1항에 따라 설립된 건설사업자단체(이하 "협회"라 한다)의 인터넷 홈페이지에 공시해야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 양도하고자 하는 건설업의 종류 2. 양도예정연월일 3. 양도에 대한 이해관계인의 의견제출의 기한 및 장소 4. 양도인 및 양수인의 주된 영업소의 소재지, 상호와 성명(법인인 경우에는 대표자의 성명을 말한다) <p>⑤ 시·도지사 또는 영 제87조제1항제1호다목에 따른 업무를 위탁받은 기관은 법 제17조제1항제1호에 따라 건설업양도의 신고가 있는 때에는 양수인에 대하여 영 제13조에 따른 건설업의 등록기준에 적합한지를 확인할 수 있다. 이 경우 건설업양도가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 양도인 또는 양수인에게 양도내용의 보완 등 적절한 조치를 할 것을 요구할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 이해관계인의 의견이 조정되지 아니한 때 2. 양수인이 등록기준에 적합하지 아니하다고 인정되는 때 3. 법 제18조 내지 제20조의 규정에 위배된다고 인정되는 때 <p>⑥ 시·도지사는 건설업의 양도가 양도인의 건설업에 관한 자산과 권리·의무의 전부를 포괄적으로 양도하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 양도인의 건설업영위기간을 합산할 수 있다.</p>
---	---

	<ol style="list-style-type: none"> 1. 개인이 영위하던 건설업을 법인사업으로 전환하기 위하여 건설업을 양도하는 경우 2. 건설사업자인 법인을 합명회사 또는 합자회사에서 유한회사 또는 주식회사로 전환하기 위하여 건설업을 양도하는 경우 3. 건설사업자인 회사가 분할로 인하여 설립되거나 분할합병한 회사에 그가 영위하는 건설업의 전부를 양도하는 경우 4. 삭제 5. 삭제 <p>⑦ 시·도지사는 법 제17조제1항제1호의 규정에 의하여 제출된 건설업양도신고를 수리한 경우에는 다음 각 호의 사항을 건설산업종합정보망에 이를 공고하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 양도신고수리의 연월일 2. 양도되는 건설업의 업종 3. 양도인 및 양수인의 주된 영업소의 소재지, 상호와 성명(법인인 경우에는 대표자의 성명을 말한다) <p>제19조(법인합병의 신고 등) ①법 제17조제1항제2호의 규정에 의하여 법인합병의 신고를 하고자 하는 경우에는 합병전의 각 법인의 대표자와 합병후에 존속하거나 신설되는 법인의 대표자가 공동으로 별지 제15호서식의 법인합병신고서를 작성하여 시·도지사 또는 영 제87조제1항제1호다목에 따른 업무를 위탁받은 기관에게 제출(전자문서에 의한 제출을 포함한다)하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 규정에 의한 법인합병신고서에는 다음 각호의 서류를 첨부하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 합병계약서 사본 2. 합병공고문 3. 합병에 관한 사항을 의결한 총회 또는 창립총회의 결의서 사본 4. 합병 후 존속하거나 신설되는 법인에 관한 서류로서 제2조제2항 각 호에 따라 첨부하여야 하는 서류(해당 건설업의 등록에 관한 서류만을 말한다) <p>③ 법인합병신고에 관하여는 제18조제5항제2호를 준용한다.</p> <p>④ 시·도지사는 법 제17조제1항제2호의 규정에 의하여 제출된 법인합병신고서를 수리한 경우에는 다음 각 호의 사항을 건설산업종합정보망에 이를 공고하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 법인합병신고수리의 연월일 2. 이전되는 건설업의 업종 3. 합병전 법인과 합병후 존속하거나 신설되는 법인의 주된 영업소의 소재지, 상호와 대표자의 성명
--	--

<p>제96조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 삭제 2. 제17조에 따른 신고를 하지 아니하거나 부정한 방법으로 신고하고 건설업을 한 자 3. ~ 7. (생략) 	
--	--

② 유권해석 사례

유권해석 사례 1-8	법제처 21-0064, 2021. 4. 6.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • A회사가 회사분할을 하면서 분할 (신설)회사인 B회사에 건설업을 포괄 양도하고 「건설산업기본법」 제17조 제1항 제1호에 따라 건설업 양도를 신고한 경우, B회사는 해당 신고가 수리되기 전에 건설공사 계약을 할 수 있는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 건설업을 양수한 자가 적법하게 건설업을 영위하기 위해서는 건설업의 양도 신고를 통해 기존 건설사업자의 지위가 승계되어야 함 • 건설업 양도 신고를 수리하는 행위는 실질에 있어서 양도자의 사업등록을 말소함과 아울러 양수자에게는 적법하게 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 법률 효과로서, 이때의 신고는 “수리를 요하는 신고”라고 할 것임 <ul style="list-style-type: none"> - 접수 → 신고내용 확인(서면심사) → 기업진단 및 실제 확인(필요 시) → 결재 후 등록증 및 등록수첩 작성 → 등록증 및 등록수첩 교부”의 순서 • 양도인과 양수인이 건설산업기본법령에 따라 건설업 양도 신고를 한 것만으로 바로 양수인이 건설업자의 지위를 승계하는 것은 아니고, 이에 대한 행정청의 수리 처분이 있어야만 지위 승계가 완료되어 적법하게 건설공사 계약 등 건설업을 영위할 수 있음
회답	<ul style="list-style-type: none"> • B회사는 「건설산업기본법」 제17조제1항제1호에 따른 건설업 양도 신고가 수리되기 전에는 건설공사 계약을 할 수 없음

유권해석 사례 1-9	법제처 22-0800, 2023. 4. 28.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 종전 시설물유지관리업 외에 다른 건설업도 등록하여 함께 영위하고 있던 자로부터 업종전환기준일 이후에 시설물유지관리업만을 양수한 자가 개정 시행령 부칙 제7조 제1항에 따라 업종전환 등록 신청을 할 수 있는 자에 해당하는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 종전 시설물유지관리업자로부터 업종전환기준일 이후에 시설물유지관리업을 양수하고 종전 시설물유지관리업자의 지위를 승계한 양수인은 개정 시행령 부칙 제7조제1항에 따라 종전 시설물유지관리업자에게 인정된 ‘업종전환 등록 신청을 할 수 있는 지위’ 역시 승계한다고 보아야 함 • 개정 시행령 부칙 제7조제1항은 2023년 12월 31일 이후 폐지되는 시설물유지관리업을 다른 종합건설업종 또는 전문건설업종으로 전환할 수 있도록 하려는 특례로서, 종전 시설물유지관리업자에게만 업종전환 등록 신청을 할 수 있도록 하고 그로부터 업종전환기준일 이후에 시설물유지관리업을 양수한 자의 경우에는 업종전환 등록 신청을 할 수 없도록 하려는 취지가 있다고 볼 수는 없음 • 「건설산업기본법」 제17조 제3항에서는 건설업을 양수한 자는 건설업을 양도한 자의 건설사업자로서의 지위를 승계한다고 규정하고 있을 뿐, 영업 양도·양수의 의미나 효과를 한정하려는 규정은 없음
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 종전 시설물유지관리업자로서 시설물유지관리업 외에 다른 건설업도 등록하여 함께 영위하고 있던 자로부터 업종전환기준일 이후에 시설물유지관리업만을 양수한 자도 개정시행령 부칙 제7조제1항에 따라 업종전환 등록 신청을 할 수 있는 자에 해당함

③ 유권해석 해설

- 법제처는 「건설산업기본법」 제17조의 ‘건설업 양도의 경우 신고가 수리된 때부터 지위를 승계한다’는 규정은 수리를 요하는 신고이기 때문에 건설업 양도 신고가 수리되기 전에는 건설공사 계약을 할 수 없다고 판단하였음
- 또한, 건설업의 양도·양수는 양도한 자의 건설업 등록 등에 기인한 모든 권리·의무를 승계한다는 의미라고 하면서, 개정 시행령 부칙 제7조 제1항은 2023년 12월 31일 이후 폐지되는 시설물유지관리업을 다른 종합건설업종 또는 전문건설업종으로 전환할 수 있도록 하려는 특례라고 해석하였음
- 이에 따라 종전 시설물유지관리업자의 지위를 승계한 양수인은 개정 시행령 부칙 제7조 제1항에 따라 종전 시설물유지관리업자에게 인정된 ‘업종전환 등록 신청을 할 수 있는 지위’ 역시 승계된다고 할 것임

2) 도급계약 및 하도급 계약

① 유권해석 개요

- 「건설산업기본법」 제3장 ‘도급계약 및 하도급계약’에서는 계약의 원칙, 보증, 하자 담보책임, 건설공사의 하도급 제한 등 건설공사 수행에 관한 많은 조문을 규정하고 있으나, 관련 유권해석은 부족한 상황임
- 대부분 ‘건설공사의 하도급 제한’에 관한 사항에 대해서 질의회신 및 유권해석이 이루어졌는데, 이는 하도급을 제한하면서 예외적으로 허용하는 하도급의 범위와 요건을 복잡하게 규정하고 있기 때문임
- 건설공사의 하도급 제한은 건설공사의 시공자격 및 수급인 등의 자격 제한, 직접시공과 연계되고, 위반시 영업정지 등 행정처분과 형벌이 부과될 수 있기 때문에 하도급의 범위와 요건 등을 명확하게 숙지할 필요가 있음
- 관련 내용은 「하도급거래 공정화에 관한 법률», 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률», 「공동주택관리법」 등 개별법률에서 해석을 도출할 필요

〈표 3-7〉 건설업 도급계약 및 하도급계약 관련 주요 규정

「건설산업기본법」 (법률 제19968호, 2024. 1. 9. 시행)	「건설산업기본법 시행령」 (대통령령 제33913호, 2023. 12. 12. 시행)
<p>제25조(수급인 등의 자격 제한) ① 발주자는 도급하려는 건설공사의 종합적인 계획·관리·조정 필요성, 전문분야에 대한 시공역량, 시공기술상의 특성 및 현지어건 등을 고려하여 제16조의 시공자격을 갖춘 건설사업자에게 도급하여야 한다.</p> <p>② 수급인은 제16조의 시공자격을 갖춘 건설사업자에게 하도급하여야 한다.</p> <p>③ 발주자 또는 수급인은 공사특성에 따라 제23조제1항에 따라 공시된 시공능력과 공사실적, 기술능력 등을 기준으로 수급인 또는 하수급인의 자격을 제한할 수 있다.</p> <p>④ ~ ⑥ (생략)</p> <p>제29조(건설공사의 하도급 제한) ① 건설사업자는 도급받은 건설공사의 전부 또는 대통령령으로 정하는 주요 부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 하도급할 수 없다. 다만, 건설사업자가 도급받은 공사를 대통령령으로 정하는 바에 따라 계획, 관리 및 조정하는 경우로서 대통령령으로 정하는</p>	<p>제31조(일괄하도급의 범위) ①법 제29조제1항 본문에 따라 건설공사의 주요부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 하도급하는 경우는 도급받은 공사(도급받은 공사가 여러 동의 건축공사인 경우에는 각 동의 건축공사를 말한다)를 제21조제1항에 따른 부대공사에 해당하는 부분을 제외한 주된</p>

<p>바에 따라 2인 이상에게 분할하여 하도급하는 경우에는 예외로 한다.</p> <p>② 수급인은 그가 도급받은 전문공사를 하도급할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 경우에는 건설공사의 일부를 하도급할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 발주자의 서면 승낙을 받을 것 2. 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당할 것(종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 전문공사를 도급받은 경우에 한정한다) <p>③ 하수급인은 하도급받은 건설공사를 다른 사람에게 다시 하도급할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하도급할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급받은 경우로서 그가 하도급받은 건설공사 중 전문공사에 해당하는 건설공사를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우(발주자가 공사품질이나 시공상 능률을 높이기 위하여 필요하다고 인정하여 서면으로 승낙한 경우에 한정한다) 2. 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 하도급받은 경우로서 다음 각 목의 요건을 모두 충족하여 하도급받은 전문공사의 일부를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자에게 다시 하도급하는 경우 <ol style="list-style-type: none"> 가. 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요한 경우로서 국토교통부령으로 정하는 요건에 해당할 것 나. 수급인의 서면 승낙을 받을 것 <p>④ 건설사업자는 1건 공사의 금액이 10억원 미만인 건설공사를 도급받은 경우에는 그 건설공사의 일부를 종합공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자에게 하도급할 수 없다.</p> <p>⑤ 제16조제1항제1호부터 제3호까지에 따라 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 종합공사를 도급받은 경우에는 그 건설공사를 하도급할 수 없다. 다만, 발주자가 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요하다고 인정하여 서면 승낙한 경우로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 경우에는 그 건설공사의 일부를 하도급할 수 있다.</p> <p>⑥ 도급받은 공사의 일부를 하도급(제3항 단서에 따라 다시 하도급하는 것을 포함한다)한 건설사업자와 제3항제2호에 따라 다시 하도급하는 것을 승낙한 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 발주자에게 통보를 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>공사의 전부를 하도급하는 경우로 한다.</p> <p>② 법 제29조제1항 단서에서 “건설사업자가 도급받은 공사를 대통령령으로 정하는 바에 따라 계획, 관리 및 조정하는 경우”란 건설사업자가 국토교통부장관이 정하는 바에 따라 공사현장에서 인력·자재·장비·자금 등의 관리, 시공관리·품질관리·안전관리 등을 수행하고 이를 위한 조직체계 등을 갖추고 있는 경우를 말한다.</p> <p>③ 법 제29조제1항 단서에 따라 2인 이상에게 분할하여 하도급할 수 있는 경우는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 도급받은 공사를 전문공사를 시공하는 업종별로 분할하여 각각 해당 전문공사를 시공할 수 있는 자격을 보유한 건설사업자에게 하도급하는 경우 2. 도서지역 또는 산간벽지에서 시행되는 공사를 해당 도서지역 또는 산간벽지가 속하는 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)에 있는 중소건설사업자 또는 법 제48조에 따라 등록된 협력사업자에게 하도급하는 경우 <p>제31조의2(건설공사 하도급 제한의 예외) 법 제29조제2항제2호 및 같은 조 제5항 단서에서 “대통령령으로 정하는 요건”이란 하도급하는 공사의 금액이 도급받은 전체 공사금액의 100분의 20을 초과하지 않는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 「건설기술 진흥법」 제14조에 따른 신기술이 적용되는 공사를 그 기술을 개발한 건설사업자에게 하도급하는 경우 2. 「특허법」 제87조에 따라 특허권이 설정된 공법을 적용하는 공사를 그 특허를 출원한 건설사업자에게 하도급하는 경우 3. 삭제 4. 점보드릴(암석에 구멍을 뚫는 기계), 실드기(터널 굴착에 사용되는 전용기계) 등 그 조작을 위하여 상근 전문인력을 보유해야 하는 건설기계를 이용하여 시공해야 하는 공사를 그 건설기계와 그 건설기계 조작을 위한 상근 전문인력을 모두 보유하고 있는 건설사업자에게 하도급하는 경우 5. 「특허법」 제87조에 따른 특허권 또는 「실용신안법」 제21조에 따른 실용신안권이 설정된 자재(자재의 제작과정에 해당 권리가 설정된 경우를 포함한다)를 설치하는 공사를 그 자재의 제작·설치에 대한 전문성과 제작·설치를 위한 상근 전문인력을 모두 보유하고 있는 건설사업자에게 하도급하는 경우
--	--

<p>1. 제2항 단서, 제3항제1호, 제5항 단서에 따라 발주자가 하도급을 서면으로 승낙한 경우</p> <p>2. 하도급을 하려는 부분이 그 공사의 주요 부분에 해당하는 경우로서 발주자가 품질관리상 필요하여 도급계약의 조건으로 사전승인을 받도록 요구한 경우</p> <p>제82조(영업정지 등) ① 국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 6개월 이내의 기간을 정하여 그 건설사업자의 영업정지를 명하거나 영업정지를 갈음하여 1억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p>4. 제29조제6항에 따른 통보를 거짓으로 한 경우</p> <p>5. ~ 11. (생략)</p> <p>② 국토교통부장관은 건설사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 1년 이내의 기간을 정하여 그 건설사업자(제5호의 경우 중 하도급인 경우에는 그 건설사업자와 수급인, 다시 하도급한 경우에는 그 건설사업자와 다시 하도급한 자를 말한다)의 영업정지를 명하거나 영업정지를 갈음하여 그 위반한 공사의 도급금액(제3호·제6호 또는 제7호의 경우에는 하도급금액을 말한다)의 100분의 30에 상당하는 금액(제5호의 경우에는 5억원) 이하의 과징금을 부과할 수 있다.</p> <p>1. ~ 2. (생략)</p> <p>3. 제25조제2항 및 제29조제1항부터 제5항까지의 규정에 따른 하도급 제한을 위반한 경우</p> <p>4. ~7. (생략)</p> <p>③ (생략)</p> <p>제96조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p>4. 제25조제2항 및 제29조제1항부터 제5항까지의 규정을 위반하여 하도급한 자</p> <p>5. ~ 7. (생략)</p>	<p>6. 그 밖에 주된 공사에 부수되는 종된 공사로서 전문적인 시공기술·공법·인력이 필요하거나 특수한 자재를 제작·설치하는 공사를 그 공사에 대한 전문성이 있다고 발주자가 인정하는 건설사업자에게 하도급하는 경우 제32조(하도급등의 통보) ① 법 제29조제6항 각 호 외의 부분 본문에 따른 통보는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 하도급계약을 체결하거나 다시 하도급하는 것을 승낙한 날부터 30일 이내에 해야 한다. 하도급계약을 변경 또는 해제한 때에도 또한 같다.</p> <p>② 감리자가 있는 건설공사로서 하도급등을 한 자가 제1항의 규정에 의한 기한내에 감리자에게 통보한 경우는 이를 발주자에게 통보한 것으로 본다.</p> <p>③ 삭제</p>
--	--

② 유권해석 사례

유권해석 사례 2-1	법제처 21-0072, 2021. 4. 28.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> 「건설산업기본법」 제9조 제1항 본문에 따라 등록된 건설사업자가 같은 항 단서에 따라 등록하지 않고 건설업을 하는 자에게 경미한 건설공사를 하도급하는 것이 같은 법 제25조 제2항에 위반되는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> 「건설산업기본법」은 등록된 건설사업자가 건설공사를 하는 것을 원칙으로 하면서 예외적으로 경미한 건설공사는 건설업 등록을 하지 않고 할 수 있도록 규정하고 있는데, 경미한 건설공사의 범위는 발주하는 전체 공사를 기준으로 판단하여야 함 - 발주하는 공사의 규모가 클수록 건설공사의 적정한 시공과 기술관리 등에 대한 책임과 안전을 담보할 필요성이 크므로 같은 법의 규율을 받는 건설사업자가 시공하도록 하려는 취지 따라서 건설공사를 도급받은 건설사업자가 이를 경미한 건설공사 규모로 분할하여 하도급하는 경우에도 그 하수급인은 같은 법 제16조에 따라 등록된 건설사업자로 제한됨 「건설산업기본법」 제25조 제2항은 문언 그대로 도급받은 공사의 규모나 하도급하려는 공사의 규모와 관계없이 건설사업자인 수급인이 도급받은 공사를 하도급하는 경우 같은 법 제16조에 따라 등록하여 시공자격을 갖춘 건설사업자를 그 하수급인으로 해야 한다고 보아야 함
회답	<ul style="list-style-type: none"> 「건설산업기본법」 제25조 제2항에 위반됨

유권해석 사례 2-2	법제처 22-0015, 2022. 4. 6
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> 종합건설업자가 “전문공사”를 하도급 받은 경우 그 하도급받은 전문공사를 「건설산업기본법」 제29조제3항 단서 및 제1호에 따라 전문건설업자에게 다시 하도급할 수 있는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> 「건설산업기본법」 제29조 제3항 제1호에서는 재하도급의 대상이 되는 건설공사에 관하여 “그가 하도급받은 건설공사 중 전문공사”라는 표현을 사용하고 있는데, 같은 항 제2호에서 재하도급할 수 있는 다른 경우로 “전문건설업자가 하도급받은 경우로서 일정 요건을 갖추어 하도급받은 전문공사의 일부를 그 전문공사를 시공하는 전문건설업자에게 다시 하도급하는 경우”를 규정하여 하도급받은 건설공사와 재하도급하려는 건설공사가 모두 전문공사인 경우에는 같은 항 제1호와 다르게 “하도급받은 전문공사의 일부”로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 같은 항 제1호의 “그가 하도급받은 건설공사”는 종합공사만을 의미한다고 보아야 함 2018년 12월 31일 개정된 「건설산업기본법」은 건설업 상호시장 허용제도를 도입하면서, 종합건설업자 또는 전문건설업자가 상대방의 업무영역에 진출하여 도급받는 경우에는 직접 시공함을 원칙으로 하고, 하도급은 극히 예외적인 경우에만 총 도급금액의 20퍼센트 이내에서 제한적으로 가능하도록 하도급을 엄격하게 제한하고 있는데, 만약 「건설산업기본법」 제29조 제3항 제1호에서 종합건설업

유권해석 사례 2-2	법제처 22-0015, 2022. 4. 6
	<p>자가 하도급받은 “건설공사”에 “전문공사”까지 포함되는 것으로 본다면, 전문공사를 하도급받은 종합건설업자는 발주자의 서면승낙만 있으면 아무런 제한 없이 그 전문공사를 재하도급할 수 있게됨</p> <ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법」 제29조 제3항 제1호에 따른 “하도급받은 건설공사”는 “종합공사”만 해당된다고 해석하여야 함
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 종합건설업자는 그 하도급 받은 전문공사를 전문건설업자에게 다시 하도급 할 수 없음

유권해석 사례 2-3	법제처 17-0305, 2017. 7. 24
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> • 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 하도급받은 건설공사의 일부를 다시 하도급하려는 경우에 발주자와 수급인의 서면승낙을 모두 받아야 하는지, 아니면 수급인의 서면승낙만 받으면 되는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> • 「건설산업기본법」 제29조 제3항에서는 하수급인은 하도급받은 건설공사를 다른 사람에게 다시 하도급할 수 없다고 규정하되, 하도급받은 건설공사를 다른 사람에게 다시 하도급할 수 있는 경우의 하나로 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 하도급받은 경우로서 공사의 품질이나 시공상의 능률을 높이기 위하여 필요한 경우로서 국토교통부령으로 정하는 요건에 해당할 것(가목)과 수급인의 서면승낙을 받을 것(나목)이라는 요건을 모두 충족하여 하도급받은 전문공사의 일부를 그 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자에게 다시 하도급하는 경우를 규정하고 있음 • “국토교통부령으로 정하는 요건에 해당할 것”이란 하도급받은 전체 공사금액 중 100분의 20 이내에 해당하는 금액의 공사를 다시 하도급하는 경우로서 발주자로부터 공사의 품질이나 시공상 능률을 높이기 위하여 필요하다는 서면승낙을 받을 것을 규정하고 있음 • 따라서 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 하도급받은 건설공사의 일부를 다시 하도급하려는 경우에 발주자와 수급인의 서면승낙을 모두 받아야 함
회답	<ul style="list-style-type: none"> • 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 하도급받은 건설공사의 일부를 다시 하도급하려는 경우에는 발주자와 수급인의 서면승낙을 모두 받아야 함

③ 유권해석 해설

- 법제처는 「건설산업기본법」을 전통적 법률해석방법론(문리 해석, 체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석)에 따라 관련 규정을 해석하고 있음

〈표 3-8〉 법률해석방법론¹⁰⁾

- 문리 해석: 법률단어의 일상언어적 의미에 따라 그 단어의 의미를 해석하는 방법이다. 흔히 '법 규정의 가능한 의미'를 문리 해석의 한계로 여긴다.
- 체계적 해석: 법률단어가 법률에서 놓인 위치나 법률의 체계를 고려하여 해석하는 방법이다. 따라서 체계적 해석에는 법률 전체적 구성 체계에 대한 이해가 전제된다.
- 역사적 해석: 입법자가 법률로써 추구한 목표 즉 법률의 제정 당시의 사회상과 입법 의지를 고려하여 법률을 이해하는 방법이다. 국회의 회의록 등이 그 해석근거로 활용된다. 이는 입법자의 역사적 의도를 중시한다는 점에서 주관적 해석에 해당한다.
- 목적론적 해석: 법률의 객관적인 규율 목적(ratio legis)에 따라 법률의 내용을 이해하는 방법이다. 규율목적은 입법취지라고 이해되는데 이는 입법자의 동기에 대한 재해석이나 법정정책 판단 또는 법학계의 지배적 견해 등을 근거로 파악할 수 있다. 입법의 객관적 의미를 찾는다는 점에서 객관적 해석에 해당한다.

- 이에 따라 법 제25조 제2항에 따른 수급인의 하도급 요건은 문언 그대로 '시공자격을 갖춘' 하수급인에게 하도급이 가능하다고 판단하였음
- 또한, 법 제29조 제3항 제1호와 제2호의 체계를 고려할 때, 종합건설업자는 종합공사를 하도급 받은 경우 전문건설업자에게 하도급이 가능하며, 법 제29조 제3항 제2호에 따른 전문건설업자의 전문공사 재하도급 요건으로 발주자와 수급인의 서면 승낙이 모두 필요하다고 판단하였음

3) 보증

① 유권해석 개요

- 건설공사에 있어 계약이행 보증(하수급→수급인)과 하도급대금 지급보증(수급인→하수급인)은 쌍무계약으로서 보증의 내용을 증명하기 위해 보증기관의 보증서 교부가 이루어짐
 - 수급인은 하도급대금 지급보증서를 교부하는 경우 하수급인에게 하도급 대금의 10%에 해당하는 계약 이행보증서의 교부 요구 가능
- 이 경우 하도급대금 지급보증은 「건설산업기본법」에서 산식을 마련하여 보증금액을 지급하도록 규정하고 있음(법 제34조 및 시행규칙 제28조)

10) 국회법제실, 「법제실무」, 2015, 29면.

- 이 밖에 하도급대금지급과 관련하여 공공기관이 발주하는 건설공사의 경우 전자조달시스템에 따라 지급

□ 보증기관이 지급하는 하도급대금 지급보증서의 보증금액 및 공공 발주자의 하도급대금지급에 관한 「건설산업기본법」의 내용을 숙지할 필요가 있음

- 보증기관의 “하도급대금 지급보증 약관”에 대한 면밀한 검토 필요

〈표 3-9〉 건설업 보증 관련 주요 규정

「건설산업기본법」	「건설산업기본법 시행규칙」
<p>(법률 제19968호, 2024. 1. 9. 시행)</p> <p>제34조(하도급대금의 지급 등) ① 수급인은 도급받은 건설공사에 대한 준공금 또는 기성금을 받으면 다음 각 호의 구분에 따라 해당 금액을 그 준공금 또는 기성금을 받은 날(수급인이 발주자로부터 공사대금을 어음으로 받은 경우에는 그 어음만기일을 말한다)부터 15일 이내에 하수급인에게 현금으로 지급하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 준공금을 받은 경우: 하도급대금 2. 기성금을 받은 경우: 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 금액 <p>② 수급인은 하도급계약을 할 때 하수급인에게 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 적정한 하도급대금의 지급을 보증하는 보증서를 주어야 한다. 다만, 국토교통부령으로 정하는 경우에는 하도급대금 지급보증서를 주지 아니할 수 있다.</p> <p>③ 건설공사의 도급계약 당사자는 제2항에 따른 하도급대금 지급보증서 발급에 드는 금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 건설공사의 도급금액 산출내역서에 분명하게 적어야 한다.</p> <p>④ 수급인이 발주자로부터 선급금을 받은 때에는 하수급인이 자재 구입 또는 대여, 건설기계 대여 또는 건설근로자 고용 등 하도급공사를 시작할 수 있도록 수급인이 받은 선급금의 내용과 비율에 따라 선급금을 받은 날(하도급계약을 체결하기 전에 선급금을 지급받은 경우에는 하도급계약을 체결한 날)부터 15일 이내에 하수급인에게 선급금을 지급하여야 한다. 이 경우 수급인은 하수급인이 선급금을 반환하여야 할 경우에 대비하여 하수급인에게 보증을 요구할 수 있다.</p> <p>⑤ 제54조에 따라 설립된 공제조합 또는 다른 법령에 따라 보증업무를 담당할 수 있는 기관은 수급인에게 제2항에 따른 하도급대금의 지급을 보증하는 보증계약의 보증서를 발급(변경발급을 포함한다)하거나 보증계약을 해지한</p>	<p>(국토교통부령 제1292호, 2023. 12. 27. 시행)</p> <p>제28조(하도급대금지급보증서 교부 등) ①법 제34조제2항의 규정에 의하여 수급인이 하수급인에게 교부하여야 하는 하도급대금지급보증서의 보증금액은 다음 각호의 구분에 해당하는 금액으로 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 공사기간이 4월 이하인 경우 : 하도급금액에서 선급금을 제외한 금액 2. 공사기간이 4월을 초과하는 경우로서 기성부분에 대한 대가의 지급주기가 2월 이내인 경우 : 다음의 계산식에 의하여 산출한 금액 $\text{보증금액} = \frac{\text{하도급금액} - \text{계약상 선급금}}{\text{공사기간(월)}} \times 4$ <ol style="list-style-type: none"> 3. 공사기간이 4월을 초과하는 경우로서 기성부분에 대한 대가의 지급주기가 2월을 초과하는 경우 : 다음의 계산식에 의하여 산출한 금액 $\text{보증금액} = \frac{\text{하도급금액} - \text{계약상 선급금}}{\text{공사기간(월)}} \times \text{기성부분에 대한 대가의 지급주기(월수)} \times 2$ <p>② 제1항에 따른 하도급대금지급보증서의 교부는 하도급계약을 체결한 날부터 30일 이내에 해야 한다.</p> <p>③법 제34조제2항 단서에서 “국토교통부령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 삭제 2. 삭제 3. 삭제 4. 1건의 하도급공사의 하도급금액이 1천만원 이하인 경우 5. 발주자가 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급한다는 뜻과 그 지급의 방법·절차에 관하여 발주자·수급인 및 하수급인이 합의한 경우 <p>④ 법 제54조에 따른 공제조합 또는 다른 법령에 따라 보증업무를 담당할 수 있는 기관이 하도급대금의 지급을 보증하는 보증계약의 보증서를 발급(변경발급을 포함한다)하거나 보증계약을 해지한 경우에는 법 제34조제5항에</p>

경우에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 즉시 발주자 및 하수급인에게 그 내용을 통보하여야 한다.

⑥ 발주자는 제5항에 따라 통보받은 하도급대금 지급보증 내용을 확인하여야 하고, 확인 결과 보증내용이 적정하지 아니할 경우에는 수급인에게 시정을 요구할 수 있다.

⑦ 발주자가 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관인 경우에는 하도급대금이 보호될 수 있도록 수급인이 하수급인에게 제2항에 따른 보증서를 교부하였는지 여부를 확인하여야 한다.

⑧ 수급인은 발주자로부터 받은 준공금, 기성금 또는 선급금을 제1항 또는 제4항에 따른 지급일이 지난 후에 지급하는 경우에는 그 초과기간에 대하여 연 100분의 25 이내에서 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제13조제8항에 따라 공정거래위원회가 정하여 고시하는 비율에 따른 이자를 지급하여야 한다.

⑨ 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주하는 건설공사(소규모공사 등 국토교통부령으로 정하는 공사는 제외한다)를 도급받은 수급인과 그 하수급인은 「전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률」 제9조의2제1항에 따른 시스템을 이용하여 공사대금[선급금, 기성금, 준공금 및 선지급금(발주자 또는 수급인이 기성금 또는 준공금을 수급인 또는 하수급인에게 지급하기 전에 수급인 또는 하수급인이 자재·장비대금, 하도급대금 등으로 먼저 지급하는 금액을 말한다)]을 모두 포함한다. 이하 이 항에서 같다]을 청구하여 수령하여야 하며, 수령한 공사대금 중 하수급인, 건설근로자, 건설기계대여업자, 가설기자재 대여업자, 건설공사용 부품을 제작하여 납품하는 자 등에게 지급하여야 할 대금을 사용해서는 아니 된다. 이 경우 공사대금 청구·지급의 방법, 기준 및 절차 등에 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다.

따라 건설산업종합정보망을 이용하여 발주자 및 하수급인에게 다음 각 호의 항목을 통보하여야 한다. 다만, 영 제26조제1항에 따라 건설산업종합정보망을 이용하여 건설공사 대장의 기재사항을 통보하여야 하는 대상 공사가 아닌 경우에는 발주자 및 하수급인에게 문서로 즉시 통보하여야 한다.

1. 발급연월일
2. 하도급 계약건명 및 하도급계약금액
3. 보증금액 및 보증기간
4. 보증채권자, 발급자의 성명(법인인 경우 상호 및 대표자 성명)
5. 발주자의 상호 및 성명(국가·지방자치단체 또는 영 제34조의5에 따른 공공기관인 경우에는 해당 기관의 명칭)
6. 보증계약을 해지한 경우 해지일자 및 해지사유

⑤제1항의 규정에 의한 하도급대금지급보증 및 하도급계약이행보증의 보증기관은 법 제54조의 규정에 의하여 설립된 건설관련 공제조합 또는 다른 법령에 의하여 보증업무를 담당할 수 있는 기관이어야 한다.

⑥ 법 제34조제9항 전단에서 “소규모공사 등 국토교통부령으로 정하는 공사”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 공사를 말한다.

1. 1건 공사의 도급금액이 3천만원 미만인 공사
2. 공사기간이 30일 이내인 공사

⑦ 법 제34조제9항 전단에 따라 「전자조달의 이용 및 촉진에 관한 법률」 제9조의2제1항에 따른 전자조달시스템 등(이하 이 조에서 “전자조달시스템등”이라 한다)을 이용하여 공사대금[선급금, 기성금, 준공금 및 선지급금(발주자 또는 수급인이 기성금 또는 준공금을 수급인 또는 하수급인에게 지급하기 전에 수급인 또는 하수급인이 자재·장비대금, 하도급대금 등으로 먼저 지급하는 금액을 말한다)]을 모두 포함한다. 이하 이 조에서 같다]을 청구·지급할 때에는 다음 각 호의 구분에 따른 방법 및 절차를 따라야 한다.

1. 수급인 또는 하수급인이 공사대금을 청구하는 경우
 - 가. 전자조달시스템등을 이용하여 전자적 형태로 공사대금 청구서를 작성할 것
 - 나. 수급인 또는 하수급인, 건설근로자, 건설기계대여업자, 가설기자재 대여업자 및 제작납품업자의 몫을 구분하여 공사대금 지급대상자별로 청구할 것
 - 다. 나목에 따라 청구한 공사대금을 지급받을 수 있는 약정계좌(전자조달시스템등을 통해서만 출금 및 이체가 가능한 계좌)를 말한다. 이하 같다]를 공사대금

	<p>지급대상자별로 전자조달시스템등에 등록할 것. 다만, 전자조달시스템등이 공사대금을 지급받을 수 있는 계좌를 자동으로 생성하는 기능을 갖춘 경우는 제외한다.</p> <p>2. 발주자 또는 수급인이 공사대금을 지급하는 경우</p> <p>가. 제1호가목 및 나목에 따라 적절하게 청구되었는지 확인할 것</p> <p>나. 약정계좌(제1호다목 단서에 해당하는 경우에는 전자조달시스템등이 자동으로 생성한 계좌)에 직접 입금 (법 제35조에 따라 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하기로 합의한 경우에는 하수급인의 약정계좌에 직접 입금)할 것</p> <p>⑧ 제7항에서 규정한 사항 외에 전자조달시스템등을 통한 공사대금의 청구·지급, 기준 및 절차 등에 필요한 세부사항은 국토교통부장관이 정하여 고시한다.</p>
--	--

② 유권해석 사례

유권해석 사례 3-1	법제처 10-0432, 2010. 12. 23.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> 공사기간이 4개월을 초과하는 하도급공사로서 하도급대금 전액을 준공시 지급하는 경우, 하도급대금지급보증서의 보증금액은?
이유	<ul style="list-style-type: none"> 「건설산업기본법」 제34조 제2항 및 시행규칙 제28조 제4항에 따라 건설관련 공제조합 또는 다른 법령에 의하여 보증업무를 담당할 수 있는 기관에서 하도급대금지급보증을 하도록 규정한 것은 건설공사의 원사업자의 부도나 하도급대금 미지급에 따른 수급사업자의 연쇄부도 또는 자금난의 초래, 부실공사의 유발 등을 방지하기 위한 것으로서 하도급계약에 있어서 수급사업자를 보호하기 위한 규정임 공사기간이 4개월을 초과하는 하도급공사로서 하도급대금 전액을 준공시 지급하는 경우의 준공시 지급하는 하도급대금은 기성부분에 대한 대가가 공사의 하도급대금 전액이므로 공사기간을 기성금 지급주기로 하는 기성금과 같다고 할 것이어서 「건설산업기본법 시행규칙」 제28조 제1항 제3호의 산식에 따라야 함 <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> $\text{보증금액} = \frac{\text{하도급금액} - \text{계약상 선금}}{\text{공사기간(월)}} \times \text{기성부분에 대한 대가의 지급주기(월수)} \times 2$ </div> <ul style="list-style-type: none"> 하도급대금지급 보증금액이 「건설산업기본법 시행규칙」 제28조 제1항 제3호에 따라 (하도급금액 - 계약상 선금)보다 크게 산출되더라도 「건설산업기본법 시행규칙」 제28조 제1항 제3호의 산식에 따르지 않고 자의적으로 하도급대금지급 보증금액을 산출할 수는 없음

유권해석 사례 3-1	법제처 10-0432, 2010. 12. 23.
회답	<ul style="list-style-type: none"> 공사기간이 4개월을 초과하는 하도급공사로서 하도급대금 전액을 준공시 지급하는 경우, 「건설산업기본법 시행규칙」 제28조 제1항 제3호에 따라 하도급대금지급보증서의 보증금액은 “(하도급금액 - 계약상 선금금) × 2”임

자치입법 사례 3-1	의견 22-0245, 2022. 9. 6.
질의요지	<ul style="list-style-type: none"> 지방자치단체가 발주하는 1건 공사의 도급금액이 2천만원 이상이고 공사기간이 30일 이상인 건설공사를 도급받은 수급인과 그 하수급인은 전자조달시스템 또는 지방자치단체장 등이 전자적으로 하도급 관리를 위하여 구축·운영하거나 이용하는 시스템을 이용해야 한다는 내용을 조례로 규정할 수 있는지? 지방자치단체가 발주하는 건설공사에 대한 입찰 공고에서 전자조달시스템등의 이용 의무를 명시한 경우에는 해당 건설공사를 도급받은 수급인과 그 하수급인은 의무적으로 전자조달시스템 등을 이용해야 한다는 내용을 조례로 규정할 수 있는지?
이유	<ul style="list-style-type: none"> 「건설산업기본법」 제34조 제9항은 건설공사의 수급인 및 하수급인에 대하여 의무를 부과하는 규정으로서, 건설산업기본법령에 따르면 1건 공사의 도급금액이 3천만원 미만이거나 공사기간이 30일 이내인 소규모공사는 수급인과 그 하수급인의 전자조달시스템등 이용 의무에서 제외되어 있음 지방자치단체가 발주하는 건설공사 중에서 “소규모공사 등 국토교통부령으로 정하는 공사”의 경우 해당 건설공사를 도급받은 수급인과 그 하수급인에게 의무적으로 전자조달시스템등을 이용하도록 조례로 규정하는 것은 법률의 위임 없이 의무를 부과하는 것이므로 조례로 규정할 수 없음 따라서 1건 공사의 도급금액이 2천만원 이상이고 공사기간이 30일 이상인 건설공사를 도급받은 수급인과 그 하수급인으로 하여금 전자조달시스템등을 이용하도록 하는 것은 법률의 위임 없이 의무를 부과하는 것으로 판단됨
회답	<ul style="list-style-type: none"> 건설공사의 수급인과 그 하수급인은 지방자치단체가 발주하는 건설공사는 건설산업기본법령에 따라 전자조달시스템등을 이용할 의무를 부과받게 될 것인바, 조례로 규정하는 것은 상위법령에 위배될 우려가 있음

③ 유권해석 해설

- 법제처는 하도급대금 지급보증은 하도급계약에 있어서 수급사업자를 보호하기 위한 규정으로서, 보증기관이 자의적으로 하도급대금지급 보증금액을 산출할 수 없다고 판단하였음
- 최근 지방자치단체는 관련 법령의 내용을 위임 조례에서 별도로 규정하는 경향이 증가하고 있는데, 법제처는 「지방자치법」 제28조에 근거하여 위임 조례의 위법성 여부를 판단하고 있기 때문에, 해당 지방자치단체는 조례를 제정·개정함에 있어 신중할 필요가 있음
 - 지방자치법 제28조 제1항: “지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”
- 법제처는 「건설산업기본법」 제34조 제9항에서 규정한 지방자치단체 등의 전자조달시스템 이용 범위는 건설산업기본법령에 따라 이루어져야 하며, 내용을 변경하여 조례에서 규정하는 것은 상위법령에 위배될 우려가 있다고 판단하였음

2. 건설산업기본법 주요 판례 분석

1) 건설업 등록

(1) 건설업 등록기준 위반 시점

① 주요판례

판례 1-1	행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않는다. 이 사건 처분은 그 처분 당시의 법령과 사실상태를 기준으로 판단할 때 적법하다고 할 것이고, 이 사건 처분 이후 원고가 간이회생절차 종결 결정을 받은 사실로 인하여 처분 당시 적법하였던 이 사건 처분이 다시 위법하게 된다고 볼 수는 없다(대법원 2022. 4. 28 선고 2021두61932 판결).
--------	--

② 사실관계

- 원고(건설사업자)는 기계설비 및 소방설비 공사업, 철근콘크리트 공사업 등을 목적으로 「건설산업기본법」에 따른 건설업 등록을 하였음
- 피고(지방자치단체의 장)는 건설업 등록업자의 자본금 유지요건 위반 유무를 확인하기 위하여 자산실태조사를 실시하였고, 조사 결과 원고의 실질자본금이 건설업 등록기준에 미달한다고 보아 영업정지 처분을 하였으며, 이후 원고는 처분 이후 회생법원에 간이회생절차개시 종결 결정을 받았음
- 원심은 「건설산업기본법」 제83조 제3호 및 동법 시행령 제79조의2에 따라 ‘해당 건설업체가 법원으로부터 회생절차의 종결 결정을 받고 회생계획을 수행 중인 경우’는 일시적 등록기준에 미달하는 경우로서 영업정지의 예외사유에 해당하기 때문에 영업정지 처분이 위법하다고 판단하였으나, 대법원은 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여야 한다고 판시하면서 원심 판결을 파기환송 하였음

③ 판례해설

- 「건설산업기본법」 제83조 제3호 및 동법 시행령 제79조의2에서는 ‘건설업 등록말소 등’의예외 사유를 다음과 같이 규정하고 있음

〈표 3-10〉 건설업 등록말소 등의 예외 사유

<ul style="list-style-type: none">• 별표 2에 따른 기술능력에 해당하는 자의 사망·실종 또는 퇴직으로 인하여 등록기준에 미달되는 기간이 50일 이내인 경우• 별표 2에 따른 기술능력에 해당하는 자의 육아휴직(「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조에 따른 육아휴직을 말함)으로 인하여 등록기준에 미달하는 경우(다만, 기술능력 기준이 2명 이상인 업종에 한정하며, 1명에 대해서만 인정함)• 별표 2에 따른 기술능력에 해당하는 사람의 육아기 근로시간 단축(「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조의2에 따른 육아기 근로시간 단축을 말한다)으로 인하여 등록기준에 미달하는 경우• 영업소소재지 변경으로 인하여 사무실의 등록기준에 미달한 경우로서 다음 각 목에 모두 해당하는 경우<ul style="list-style-type: none">- 영업소소재지 변경에 따라 법 제9조의2제2항에 따른 건설업 등록증 또는 건설업 등록수첩의 기재 사항 변경신청을 했을 것- 사무실 등록기준에 적합한 곳으로 다시 이전하고 가목에 따른 변경신청일로부터 30일 이내에 건설업 등록증 또는 건설업 등록수첩의 기재 사항 변경신청을 다시 했을 것• 「상법」 제542조의8 제1항 단서의 적용대상법인이 최근 사업연도말 현재의 자산총액의 감소로 인하여 등록기준에 미달하는 기간이 50일 이내인 경우• 자본금기준에 미달한 경우 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우<ul style="list-style-type: none">- 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 법원이 회생절차의 개시의 결정을 하고 그 절차가 진행 중인 경우- 회생계획의 수행에 지장이 없다고 인정되는 경우로서 해당 건설업체가 법원으로부터 회생절차의 종결 결정을 받고 회생계획을 수행 중인 경우- 「기업구조조정 촉진법」에 따라 금융채권자협의회가 금융채권자협의회에 의한 공동관리절차의 개시의 결정을 하고 그 절차가 진행 중인 경우- 건설업을 등록한 날부터 1년 이내에 자본금기준에 미달하는 기간이 50일 이내인 경우(다만, 건설사업자가 추가로 다른 업종을 등록하는 경우는 제외)
--

- 다만, 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 하여 판단하여야 함

- 따라서 원고가 간이회생절차 종결 결정을 받은 사실로 인하여 처분 당시 적법하였던 처분이 다시 위법하게 된다고 볼 수는 없음

(2) 건설업 등록기준 예외사유: 경미한 공사의 판단

① 주요판례

판례 1-2	건설업 등록제도의 취지와 관련 규정의 내용 등에 비추어 볼 때, 분할 발주된 수 개의 공사가 '동일한 공사'로서 공사예정금액 합산 대상에 해당하는지 여부는 각 공사 계약의 당사자, 공사 목적물, 공사기간, 공사 내용 및 방법, 수 개의 계약으로 분할하여 체결한 경위 등 제반 사정들을 종합적으로 고려하여, 실질적으로 각 공사계약이 하나의 계약으로서 각 공사 사이에 동일성이 인정되는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 반면 당사자들이 수 개의 공사에 대하여 하나의 공사계약을 체결하였다고 하더라도 각 공사가 목적물,내용이나 시공방법 등을 달리하여 실질적으로 하나의 공사로 볼 수 없는 경우에는 이를 '동일한 공사'로 평가할 수 없을 것이다(대법원 2022. 2. 24 선고 2018도3821 판결).
---------------	---

② 사실관계

- 피고(무등록 사업자)는 아파트 10개동에 대한 방수공사에 대하여 공사금액 합계 8,155만원으로 견적서를 제출한 다음 공사금액 965만원의 3개 계약, 350만원~660만원의 10개 계약으로 분할하여 시공하였음
- 원심은 해당 사건을 「건설산업기본법」 제9조 단서 및 동법 시행령 제8조에 따라 '동일한 공사를 2 이상의 계약으로 분할 발주하는 경우에는 각각의 공사예정금액을 합산한 금액'으로 보고, 동일한 공사는 전체 공사 또는 개별 공사에 따라 목적물이 완성되는지, 각 공사의 시간적 또는 장소적으로 분리하여 수행되는지를 기준으로 제시하면서 '경미한 공사'에 해당한다고 보아 무죄로 판단하였음
- 대법원은 '동일한 공사'로서 공사예정금액 합산 대상에 해당하는지 여부는 각 공사 계약의 당사자, 공사 목적물, 공사기간, 공사 내용 및 방법, 수 개의 계약으로 분할하여 체결한 경위 등 제반 사정들을 종합적으로 고려하여야 한다고 판단하면서 원심 판결을 파기환송 하였음

③ 판례해설

- 「건설산업기본법」 제9조 제1항 단서 및 동법 시행령 제8조에서는 건설업 등록의 예외 사유인 '경미한 공사'에 대해서 다음과 같이 규정하고 있음

- 공사에정금액=추정금액(추정가격+부가가치세+관급자재비용)

〈표 3-11〉 경미한 공사의 내용

종합공사	<ul style="list-style-type: none"> • 1건 공사의 공사에정금액이 5천만원미만인 건설공사 <ul style="list-style-type: none"> - 동일한 공사를 2이상의 계약으로 분할하여 발주하는 경우에는 각각의 공사에정금액을 합산한 금액 - 발주자(하도급의 경우 수급인 포함)가 재료를 제공하는 경우에는 그 재료의 시장가격 및 운임을 포함한 금액
전문공사	<ul style="list-style-type: none"> • 공사에정금액이 1천5백만원미만인 건설공사 <ul style="list-style-type: none"> - 가스시설공사, 철강구조물공사, 석도설치공사, 승강기 설치공사, 철도·궤도공사, 난방공사는 제외
조립·해체하여 이동이 용이한 기계설비 등의 설치공사	<ul style="list-style-type: none"> • 당해 기계설비 등을 제작하거나 공급하는 자가 직접 설치하는 경우에만 함

- 건설업 등록제도의 취지는 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모하고 무등록업자에 의한 부실시공을 예방하여 국민의 생명과 재산을 보호하고자 하는 것임
- 따라서 당사자들이 수 개의 공사에 대하여 하나의 공사계약을 체결하였다 하더라도 각 공사가 목적물, 내용이나 시공방법 등을 달리하여 실질적으로 하나의 공사로 볼 수 없는 경우에는 이를 '동일한 공사'로 평가할 수 없음

(3) 건설업 영업정지 처분 시 감경에 관한 참작 기준

① 주요판례

판례 1-3	<p>「건설산업기본법 시행령」 제80조 제1항 [별표 6]은 제2항의 감경 기준인 '위반행위의 동기·내용 및 횡수'를 구체화하여 이에 해당하는 개별적인 감경 사유를 규정한 것이라고 보아야 하므로, 위 [별표 6]에 따라 '위반행위의 동기·내용 및 횡수'등이 고려되어 감경이 이루어진 이상 이에 해당하는 사정들에 대하여 같은 조 제2항에 따른 감경이 고려되지 않았다고 볼 수는 없다. 따라서 행정청이 '위반행위의 동기·내용 및 횡수'에 관한 참작 사유에 대하여 [별표 6]에 따른 감경만을 검토하여 영업정지의 기간을 정하였다 하더라도 그 처분이 '감경 사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 감경 사유에 해당하지 않는다고 오인한 경우'로서 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없다.(대법원 2016. 8. 29 선고 2014두45956 판결).</p>
---------------	---

② 사실관계

- 원고(건설사업자)는 건설업 등록을 한 법인인데, 원고의 신용등급이 하락하여 종전에 보증기관으로부터 발급받은 보증가능금액확인서상의 보증가능금액이 「건설산업기본법」 제10조 및 시행령 제13조 제1항 제1호의2에 따른 건설업 등록기준에서 요구하는 금액에 미달하게 되었음
- 피고(지방자치단체의 장)는 원고에게 영업정지 5개월의 처분을 하였는데, 이는 「건설산업기본법 시행령」 제80조 제1항 [별표 6] '2.개별기준'이 '건설업의 등록기준에 미달한 경우'에 대한 영업정지 기간으로 규정한 6개월에서 일반기준의 감경사유인 '최근 3년 이내에 제재처분을 받은 사실이 없는 경우'에 해당한다는 이유로 1개월을 감경한 것임
- 원심은 시행령 제80조 제1항 [별표 6]이 정한 감경·가중과 제80조 제2항의 감경·가중 규정은 별개의 것임을 전제로 시행령 제80조 제2항에 따른 감경을 추가로 고려하지 않은 것은 재량권을 일탈·남용한 것으로 판단하였으나, 대법원은 시행령 제80조 제1항 [별표 6]은 제2항의 감경 기준을 구체화하여 규정한 것으로서 재량권의 일탈·남용한 경우에 해당하지 않는다고 판시하면서 원심 판결을 파기환송 하였음

③ 판례해설

- 「건설산업기본법」상 건설업 등록말소의 경우 영업정지 처분 등으로 같음할 수 있는데(법 제83조 및 제84조), 영업정지 처분의 구체적인 기준에 대해서는 동법 시행령 제80조에서 다음과 같이 규정하고 있음

〈표 3-12〉 영업정지 처분의 기준

「건설산업기본법 시행령」	「건설산업기본법 시행령」 별표6 발췌
제80조(영업정지 또는 과징금부과기준등) ① 법 제84조의 규정에 의한 위반행위의 종별과 정도에 따른 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액은 별표 6과 같다. ② 국토교통부장관은 위반행위의 동기·내용 및 횟수, 위반행위와 관련된 공사의 특성 및 입찰방식 등을 고려하여 제1항에 따른 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액의 2분의 1의 범위에서 이를 가중 또는 감경할 수 있다. 다만, 법 제82조제1항제3호, 제82조의2제1항 및 제2항에 해당하는 경우에는 감경하지 아니한다.	1. 일반기준 가. ~ 라. (생략) 마. 국토교통부장관은 위반행위의 정도, 동기 및 그 결과 등 다음 사유를 고려하여 제2호의 개별기준에 따른 영업정지 및 과징금의 2분의 1 범위에서 그 기간이나 금액을 가중하거나 감경할 수 있다. 다만, 가중하는 경우에도 법 제82조, 제82조의2 및 제83조에서 규정하는 기준의 상한을 넘을 수 없으며, 법 제38조의2를 위반한 경우에는 감경할 수 없다.

「건설산업기본법 시행령」	「건설산업기본법 시행령」 별표6 발취
③ 제2항에 따라 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액을 기중하는 경우 영업정지의 총 기간 또는 과징금의 총액은 법 제82조, 제82조의2 및 제83조에 따른 기간 및 금액을 초과할 수 없다.	1) 감경 사유 가) 법령해석상의 착오 등으로 위반행위를 한 후 정정을 완료한 경우로서 정상을 참작할 필요가 있는 경우 <u>나) 위반행위가 적발된 날부터 최근 3년 이내에 제재(시정 명령 및 과태료 부과는 제외한다)처분을 받은 사실이 없는 경우</u> 다) 건설사업자가 건설업 교육을 8시간 이상 이수한 경우(해당 위반행위로 영업정지처분을 받은 이후 받은 교육만 해당한다) 2) ~ 4) (생략) 바. ~ 사. (생략) 2. 개별기준(생략)

□ 행정청이 「건설산업기본법」에 따라 건설업자에 대하여 영업정지 처분을 할 때, 영업정지의 감경에 관한 참작 사유가 존재하는 경우, 이를 전혀 고려하지 않은 영업정지 처분 등은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분에 해당하나, 시행령 제80조 제1항 [별표6]은 제2항의 감경 기준인 ‘위반행위의 동기·내용 및 횡수’를 구체화한 것으로 보아야 하기 때문에, [별표 6]에 따라 감경이 이루어진 이상 제2항에 따른 감경도 고려되었다고 보아야 함

□ 따라서 행정청이 ‘위반행위의 동기·내용 및 횡수’에 관한 참작 사유에 대하여 [별표 6]에 따른 감경만을 검토하여 영업정지의 기간을 정하였다 하더라도 그 처분이 ‘감경 사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 감경 사유에 해당하지 않는다고 오인한 경우’로서 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없음

2) 도급 계약 및 하도급 계약

(1) 일괄하도급 위반죄 인정 시점

① 주요판례

판례 2-1	건설산업기본법의 입법 목적 등을 아울러 고려하여 볼 때, 건설산업기본법 제29조 제1항 및 제96조 제4호에서 말하는 '하도급한 자'는 '하도급계약을 체결한 자'를 의미한다고 봄이 타당하다. 따라서 건설사업자가 도급받은 건설공사의 전부 또는 대통령령으로 정하는 주요 부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 일괄하여 하도급하는 내용의 계약을 체결한 경우 특별한 사정이 없는 한 그 계약 체결 시에 건설산업기본법 제96조 제4호 위반죄는 기수에 이른다(대법원 2023. 2. 2 선고 2021도15681 판결).
---------------	--

② 사실관계

- 피고(건설사업자)는 “지방계약법”상 제한경쟁입찰 방법으로 낙찰받아 도급계약을 체결한 후 일괄하도급 하는 내용의 물품공급계약을 체결하고, 이후 시민단체 및 언론의 의혹 제기로 주요 부분의 일부를 직접 시공하였음
- 원심은 「건설산업기본법」 제29조 제1항 및 제96조 제4호의 위반죄는 주요 부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 하도급하기로 하는 계약을 체결한 후 이에 따라 실제로 공사에 착공한 때에 기수에 이른다는 전제에서 무죄로 판단하였음
- 대법원은 건설사업자가 도급받은 건설공사의 전부 또는 대통령령으로 정하는 주요 부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 일괄하여 하도급하는 내용의 계약을 체결한 경우 특별한 사정이 없는 한 그 계약 체결 시에 건설산업기본법 제96조 제4호 위반죄가 성립한다고 판시하면서 원심 판결을 파기환송 하였음

③ 판례해설

- 「건설산업기본법」 제29조 제1항에서는 다음과 같이 일정한 예외를 제외하고는 '도급받은 건설공사의 전부 또는 주요 부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 하도급할 수 없다'고 규정하고 있음

〈표 3-13〉 일괄하도급 금지 범위 및 하도급 제한의 예외 사항

일괄하도급 금지범위	<ul style="list-style-type: none"> • 도급받은 공사(도급받은 공사가 여러 동의 건축공사인 경우에는 각 동의 건축공사를 제부대공사에 해당하는 부분을 제외한 주된 공사의 전부를 하도급하는 경우)
하도급 제한의 예외	<ul style="list-style-type: none"> • 건설사업자가 국토교통부장관이 정하는 바에 따라 공사현장에서 인력·자재·장비·자금 등의 관리, 시공관리·품질관리·안전관리 등을 수행하고 이를 위한 조직체계 등을 갖추고 있는 경우 - 도급받은 공사를 전문공사를 시공하는 업종별로 분할하여 각각 해당 전문공사를 시공할 수 있는 자격을 보유한 건설사업자에게 하도급하는 경우 - 도서지역 또는 산간벽지에서 시행되는 공사를 해당 도서지역 또는 산간벽지 속하는 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도에 있는 중소건설사업자 또는 등록된 협력업자에게 하도급하는 경우

- 「건설산업기본법」 제96조 제14호에서는 법 제29조 제1항부터 제5항까지의 규정을 위반하여 '하도급한 자'를 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록

록 규정하고 있는데, '하도급한 자'는 하도급 계약을 체결한 후 실제로 공사에 착공한 때의 사람이 아니라 '하도급계약을 체결한 때의 사람'으로 해석하여야 함

- 따라서 일괄하도급 위반죄는 건설사업자가 도급받은 건설공사의 전부 또는 대통령령으로 정하는 주요 부분의 대부분을 다른 건설사업자에게 일괄하여 하도급하는 내용의 계약을 체결한 경우 특별한 사정이 없는 한 계약 체결 시에 위반죄가 성립함

(2) 하도급대금 직접지급의 요건

① 주요판례

판례 2-2	<p>수급인은 도급받은 건설공사에 대한 준공금 또는 기성금을 받으면 그 준공금 또는 기성금을 받은 날부터 15일 이내에 하수급인에게 하도급대금을 지급해야 한다(건설산업기본법 제34조 제1항). 수급인이 위와 같은 하도급대금 지급을 2회 이상 지체하여 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우 발주자는 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급해야 한다(건설산업기본법 제35조 제2항 제3호, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제1항 제3호도 거의 같은 내용으로 정하고 있다). 이와 같이 수급인이 하도급대금을 2회 이상 지체함으로써 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우에는 발주자, 수급인, 하수급인 사이에 직접 지급에 관한 합의가 있을 것을 필요로 하지 않는다. 이에 따른 하수급인의 직접 청구권은 수급인이 하수급인에게 하도급을 준 범위와 구체적 내용을 발주자가 알았는지 여부와 관계 없이 인정되는 것이므로, 발주자가 수급인에게 도급을 준 부분 중에서 하수급인이 시공한 부분에 해당하면 된다(대법원 2018. 6. 15 선고 2016다229478 판결).</p>
---------------	---

② 사실관계

- 원고(건설사업자: 하수급인)는 소외인(수급인)으로부터 공사를 하도급받은 후 피고(발주자)-소외인-원고의 직불 합의를 하였으며, 원고는 소외인과 변경 계약을 체결한 후 공사를 수행하였으나 소외인으로부터 일부 하도급대금만 지급받고 2회 이상 하도급대금을 지급받지 못하자 나머지 금액에 대해서는 피고에게 하도급대금을 청구하였음
- 원심은 하도급계약에서 정한 공사내역에 따라 원고가 시공한 부분에 한하여 직접 지급의 대상으로 하였다고 보아야 하고, 원고가 소외인과의 변경 계약에 따라 수행

한 공사는 피고와 별도의 직불합의나 동의를 없기 때문에 피고는 직접지급의무를 부담한다고 볼 수 없다고 판단하였음

- 대법원은 수급인이 하도급대금을 2회 이상 지체함으로써 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우에는 직불 합의가 필요로 하지 않기 때문에, 발주자가 수급인에게 지급해야 하는 범위에서 하수급인이 시공한 부분은 하도급대금을 지급해야 한다고 판시하면서 원심 판결을 파기환송 하였음

③ 판례해설

- 「건설산업기본법」 제35조에서는 하도급대금의 직접지급 요건을 다음과 같이 규정하고 있는데, ‘직불 합의’와 ‘수급인의 하도급대금 지급 지체’는 별개의 사유로서 ‘수급인의 하도급대금 지급 지체’는 합의를 필요로 하지 않음

- 이 사건은 ‘직불합의’와 ‘수급인의 하도급대금 지급 지체’를 선택적으로 청구

〈표 3-14〉 「건설산업기본법」상 하도급대금 직접지급 요건

임의규정	<ul style="list-style-type: none"> • 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주한 건설공사가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 발주자가 하수급인을 보호하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우 - 수급인이 제34조제1항에 따른 하도급대금 지급을 1회 이상 지체한 경우 - 공사 예정가격에 대비하여 국토교통부령으로 정하는 비율에 미달하는 금액으로 도급계약을 체결한 경우 • 수급인의 파산 등 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 발주자가 인정하는 경우
강행규정	<ul style="list-style-type: none"> • 발주자가 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자와 수급인 간 또는 발주자·수급인 및 하수급인이 그 뜻과 지급의 방법·절차를 명백하게 하여 합의한 경우 • 하수급인이 시공한 부분에 대한 하도급 대금지급을 명하는 확정판결을 받은 경우 • 수급인이 제34조제1항에 따른 하도급대금 지급을 2회 이상 지체한 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우 • 수급인의 지급정지, 파산, 그 밖에 이와 유사한 사유가 있거나 건설업 등록 등이 취소되어 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우 • 수급인이 하수급인에게 정당한 사유 없이 제34조제2항에 따른 하도급대금 지급보증서를 주지 아니한 경우로서 발주자가 그 사실을 확인하거나 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우 • 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주한 건설공사에 대하여 공사 예정가격에 대비하여 국토교통부령으로 정하는 비율에 미달하는 금액으로 도급계약을 체결한 경우로서 하수급인이 발주자에게 하도급대금의 직접 지급을 요청한 경우

□ 「건설산업기본법」 제35조는 ‘발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급한 경우에는 발주자의 수급인에 대한 대금 지급채무와 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다’고 규정하고 있기 때문에 발주자가 하수급인으로부터 하도급대금의 직접 지급을 요청받을 당시 수급인에 대한 대금지급채무가 이미 변제로 소멸한 경우 발주자의 하수급인에 대한 직접지급의무는 발생하지 않음

- “하도급법” 제14조 제4항 및 동법 시행령 제9조 제3항도 동일하게 규정

□ 따라서 원고가 피고에게 직접 지급을 청구할 당시 피고는 소외인에게 일부 대금을 유보하고 지급하였기 때문에, 피고의 유보한 대금지급채무의 범위에서 원고는 ‘수급인의 하도급대금 지급 지체에 따른 직접 청구권’이 인정될 수 있음

(3) 착오로 하도급대금 직접지급 시 부당이득 반환 청구 여부

① 주요판례

판례 2-3	<p>발주자가 건설산업기본법 제32조 제4항, 제35조 제2항 제4호에 따라 수급사업자나 건설기계 대여업자로부터 하도급대금 또는 건설기계 대여대금의 직접지급을 요청받을 당시 수급인에 대한 대금지급채무가 이미 변제로 소멸한 상태인 경우 발주자의 수급인에 대한 직접지급의무는 발생하지 아니한다. 그럼에도 발주자가 수급인에 대한 직접지급의무가 발생하였다고 착오를 일으킨 나머지 하도급대금을 지급하였다면, 이는 채무자가 아닌 제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 잘못 알고 자기 채무의 이행으로서 변제한 경우에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 발주자는 수급인을 상대로 부당이득 반환을 청구할 수 있다(대법원 2017. 12. 13 선고 2017다242300 판결).</p>
---------------	--

② 사실관계

□ 원고(발주자)는 소외인1(수급인)과 공사계약을 체결하였으나, 소외인1이 회생절차가 개시됨에 따라 원고는 소외인1과의 공사계약을 해지하면서 기 수행된 공사대금과 소외인2(하수급인, 건설기계 대여업자) 등에게 하도급대금을 직접 지급하였음

- 회생절차 개시 이전에 소외인1에게 공사대금 지급
- 회생절차 개시 이후에 소외인2에게 직접지급 청구에 따라 하도급대금 지급

- 그러나 원고가 공사 현장을 인도받아 타절기성검사를 실시한 결과 기성고 비율을 초과하여 공사대금과 하도급대금 직접 지급 금액을 지급하였다는 사실을 알고, 피고(소외인1의 소송수계인)에게 회생절차 개시 이후에 지급한 하도급대금에 대하여 부당이득 반환을 청구하였음
- 대법원은 직접지급의무가 발생하였다고 착오를 일으킨 나머지 하수급인에게 하도급대금 등을 지급하였다면, 이는 채무자가 아닌 제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 잘못 알고 자기 채무의 이행으로서 변제한 경우에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 발주자는 하수급인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있다고 판시하였음

③ 판례해설

- 「건설산업기본법」 제32조 제4항 및 제35조 제3항에 따라 발주자가 하수급인 또는 건설기계 대여업자로부터 하도급대금 또는 건설기계 대여대금의 직접지급을 요청 받을 당시 수급인에 대한 대금지급채무가 이미 변제로 소멸한 상태인 경우에는 발주자의 직접지급의무는 발생하지 아니함

〈표 3-15〉 「건설산업기본법」상 하도급대금 직접지급 규정

<p>「건설산업기본법」</p> <p>제32조(하수급인 등의 지위) ④ 건설기계 대여업자 및 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건설공사용 부품을 제작하여 납품하는 자(이하 “제작납품업자”라 한다) 및 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건설공사를 하기 위하여 일시적으로 설치·사용하는 기자재를 대여하는 자(이하 “가설기자재 대여업자”라 한다)에 대한 대금 지급에 관하여는 제34조제1항·제8항 및 제35조(건설기계대여업자에 대하여는 제35조제2항제6호, 제작납품업자 및 가설기자재 대여업자에 대하여는 제35조 제2항 제5호 및 제6호는 제외한다)를 준용한다…(중 략).</p> <p>제35조(하도급대금의 직접 지급) ③ 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급한 경우에는 발주자의 수급인에 대한 대금 지급채무와 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다.</p>
--

- 발주자가 하수급인에 대한 직접지급의무가 발생하였다고 착오를 일으킨 나머지 하수급인 또는 건설기계 대여업자에게 하도급대금 등을 지급하였다면, 이는 채무자가 아닌 제3자가 타인의 채무를 자기의 채무로 잘못 알고 자기 채무의 이행으로서 변제한 경우에 해당함

□ 따라서 원고가 소외인2로부터 하도급대금 등의 직접지급을 요청받았을 당시 원고의 피고에 대한 대금지급채무는 이미 변제로 소멸하였으므로, 소외인2가 하도급대금의 직접지급을 요청하였더라도 원고의 직접지급의무는 발생하지 않기 때문에 피고가 아닌 소외인2를 상대로 부당이득 반환청구를 하여야 함

3) 보증

(1) 보증기관의 하자보수보증 책임범위

① 주요판례

판례 3-1	<p>甲 주식회사 등으로 구성된 공동수급체와 乙 지방자치단체가 체결한 도급계약에 따라 설계·제작된 자동여과장치의 하자에 대하여 공동수급체의 하자보수의무가 이행되지 않자, 乙 지방자치단체가 공사계약이행의 연대보증인인 건설공제조합을 상대로 하자보수를 갈음하는 손해배상을 구한 사안에서, 건설공제조합의 하자보수보증계약에 편입된 하자보수보증약관에는 '설계상 잘못으로 인하여 보증사고가 발생한 때'에는 건설공제조합이 보증금을 지급하지 않는다는 조항이 있고, 이를 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 해석할 때 자동여과장치 등의 설계 잘못으로 인한 하자에 관하여 건설공제조합이 하자보수의무를 보증하지 않는다고 일의적으로 해석할 수밖에 없으므로, 하자보수보증 범위에 포함되지 않는 자동여과장치 등의 설계 잘못으로 인한 하자의 기여도를 구체적으로 심리·확정하여 하자보수보증금을 산정하여야 하는데도, 자동여과장치의 설계 잘못으로 인한 하자에 관하여는 하자보수의무를 보증하지 않았다는 건설공제조합의 주장을 별다른 이유 없이 배척한 채 乙 지방자치단체의 청구를 보증서에 기재된 보증금액의 범위에서 인용한 원심판단에는 법리오해 등 잘못이 있다(대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다27539 판결).</p>
--------	---

② 사실관계

□ 피고1(건설사업자)은 공동수급체를 구성하여 원고(지방자치단체)로부터 공사를 도급받으면서 피고2(보증기관)와 하자보수보증계약을 체결하였는데, 이후 설계상 잘못으로 인한 하자에 대하여 피고1이 하자보수를 이행하지 않자, 원고는 피고2에게 하자보수를 갈음하는 손해배상을 청구하였음

□ 원심은 설계·제작 및 관리·감독 책임은 피고1에게 있고 피고2는 피고1에 대한 보증기관으로서 하자보수보증계약을 체결하였기 때문에, 설계상 잘못으로 인한 하자

에 대하여 하자보수의무가 이행되지 않은 경우 피고2가 하자보수보증금을 지급할 의무가 있다고 판단하였음

- 대법원은 피고의 약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석된다거나 그 내용이 불명확하게 된다고 보기 어렵고, 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 해석할 때 이 사건 자동여과장치 등의 설계 잘못으로 인한 하자에 관하여 피고가 하자보수의무를 보증하지 않는다고 일의적으로 해석된다고 판시하면서 원심 판결을 파기환송 하였음

③ 판례해설

- 「건설산업기본법」에 따라 하는 각종 보증에 있어 보증사고라 함은 보증기관의 보증책임을 구체화하여 정하는 불확정한 사고를 의미하는 것이므로, 하자보수보증에서 보증사고가 무엇인지는 당사자 사이의 약정으로 계약 내용에 편입된 보증약관과 보증서 및 주계약의 구체적 내용 등을 종합하여 결정하여야 함
- 약관의 해석은 신의성실의 원칙에 따라 해당 약관의 목적과 취지를 고려하여 공정하고 합리적으로 해석하되, 개별 계약 당사자가 의도한 목적이나 의사를 참작하지 않고 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 객관적·확일적으로 해석한 결과 약관 조항이 일의적으로 해석된다면 약관 조항을 그와 달리 해석할 여지가 없음

〈표 3-16〉 보증기관의 하자보수보증 약관 내용

<p>제1조(보증책임) ① 건설공제조합(이하 “조합”이라 한다)은 계약자(이하 “채무자”라 한다)가 보증서에 기재된 공사등의 사용검사 또는 검수를 받은 후 하자담보책임기간내에 사용검사(준공)시의 설계도서를 기준으로 발생한 하자에 대하여 하자담보책임기간내에 그 보수 이행청구를 받았음에도 이를 이행하지 아니함으로써(이하 “보증사고”라 한다) 그 상대방(이하 “보증채권자”라 한다)에게 부담하는 채무를 조합이 대신이행하거나 해당 보증금의 지급을 이 보증서에 기재된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다. ②조합은 보증서에 기재된 공사등이 공동계약인 경우 주계약 내용에 따라 공동수급체가 제1항의 하자에 대하여 그 보수 이행청구를 받았음에도 공동수급체 구성원 모두가 이를 이행하지 아니함으로써(보증사고) 채무자가 보증채권자에게 부담하는 채무를 조합이 대신 이행하거나 해당보증금의 지급을 이 보증서에 기재 된 사항과 약관에 따라 지급하여 드립니다.</p> <p>제2조(보증채무를 이행하지 아니하는 사유) 조합은 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 보증금을 지급하여 드리지 아니합니다.</p> <ol style="list-style-type: none">1. 천재지변, 전쟁, 내란, 그 밖에 이와 비슷한 변란으로 인하여 보증사고가 발생한 때2. 보증채권자의 책임 있는 사유로 인하여 보증사고가 발생한 때3. 보증서를 보증목적(주계약내용) 이외의 용도로 사용한 때4. 제6조제2항 또는 제7조제2항에 해당하는 사유가 있는 때

- 5. 미시공 또는 설계상 잘못으로 인하여 보증사고가 발생한 때
- 6. 사용상 부주의 또는 제3자에 의하여 보증사고가 발생한 때
- 7. 각 공종 별 하자담보책임기간내에 채무자 등에게 하자보수를 청구한 사실이 없을 때
- 8. 보증서발급일 이전에 이미 보증사고가 발생한 때

□ 따라서 보증기관에서 정한 보증책임 가운데 ‘설계상 잘못으로 인하여 보증사고가 발생한 때’는 약관 조항이 객관적으로 다의적으로 해석된다거나 그 내용이 불명확하게 된다고 보기 어렵고, 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 일의적으로 해석될 때에는 보증기관이 보증책임을 부담하지 않는다고 할 수 있음

(2) 보증기관의 선급금보증 책임 범위

① 주요판례

판례 3-2	<p>선급금 반환에 관한 보증계약을 체결한 보증인의 책임 범위도 도급계약 당사자 사이의 선급금의 총당 대상이 되는 기성공사대금의 내역에 관한 약정에 따라 결정된다. 보증 및 보험의 일반 법리에 비추어 선급금 보증인의 책임 유무 및 범위는 선급금 보증계약 체결 당시의 도급계약상의 약정을 기준으로 판단하여야 하므로 선급금 보증계약이 체결된 후 도급인이 수급인의 하수급업자에 대한 하도급대금 등을 직접 지급하기로 합의하고 하도급대금을 선급금 총당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 약정함으로써 선급금 보증인의 책임이 가중된다면 그 범위 내에서는 보증의 효력이 미치지 않는다(대법원 2021. 7. 8 선고 2016다 267067 판결).</p>
---------------	--

② 사실관계

□ 원고(국가)는 소외인(수급인)과 도급계약 체결하였고, 소외인은 피고(보증기관)와 선급금 보증계약을 체결한 후 하수급인들과 하도급계약 체결하면서 원고-소외인-하수급인들과 하도급대금 직불 합의를 하였는데, 소외인은 공사를 중단하면서 원고는 계약을 해지하였음

- 원고와 소외인은 ‘하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후에 미지급 기성부분과 선금잔액을 상계한다는 정산 약정 체결

□ 원심은 소외인과 피고의 선급금 보증계약 체결 이후 원고-소외인-하수급인이 직불 합의를 한 하도급대금에 대한 정산 약정이 피고에게도 적용된다고 전제하고 이를

선급금으로 충당되는 기성공사대금의 내역에서 제외하고 정산한 금액을 기준으로 피고가 부담할 선급금 반환 금액을 산정하였음

- 대법원은 「공사계약일반조건」 제43조 제1항 각호는 직불 합의를 규정하고 있지 않으나, 직불 합의에는 하도급대금을 선급금 충당의 대상이 되는 기성공사대금의 내역에서 제외하기로 하는 정산약정도 포함되어 있고, 직불 합의는 발주자-수급인-하수급인에게만 효력이 미치기 때문에 피고는 하도급대금을 선급금으로 충당하고 남은 선급금에 한해서 보증책임을 진다고 판시하면서 원심 판결을 파기환송 하였음

③ 판례해설

- 국가공사의 경우 「공사계약일반조건」이 적용되는데, 「공사계약일반조건」에서는 하도급대가의 직접지급 사유를 다음과 같이 규정하고 있음

〈표 3-17〉 공사계약일반조건에 따른 하도급대금 직접지급 사유

- 하수급인이 계약상대자를 상대로 하여 받은 판결로서 그가 시공한 분에 대한 하도급대금지급을 명하는 확정판결이 있는 경우
- 계약상대자가 파산, 부도, 영업정지 및 면허취소 등으로 하도급대금을 하수급인에게 지급할 수 없게 된 경우
- 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「건설산업기본법」에 규정한 내용에 따라 계약상대자가 하수급인에 대한 하도급대금 지급보증서를 제출하여야 할 대상 중 그 지급보증서를 제출하지 아니한 경우

- 국가공사 계약 해지시 「건설산업기본법」 및 “하도급법”에 의하여 하도급대금 지급 보증이 되어 있지 않은 경우로서 하도급대가를 직접 지급하여야 하는 때에는 우선적으로 하도급대가를 지급한 후에 기성부분에 대한 미지금액의 잔액이 있으면 선금잔액과 상계할 수 있도록 하고 있음(제44조 제6항)
- 따라서 수급인과 보증기관이 선급금 보증계약 체결을 하고, 직불 합의를 한 경우 직불 합의는 발주자-수급인-하수급인에게만 효력이 미치기 때문에 보증기관이 선급금 보증 책임 범위는 하도급대금을 선급금으로 충당하고 남은 선급금에만 미칩

3) 보증기관의 주채무자 상계권 범위

① 주요판례

판례 3-3	건설산업기본법에 따라 계약보증을 한 건설공제조합이 민법 제434조에 따라 채무자의 채권에 의한 상계로 보증채권자에게 대항할 수 있다고 하더라도 법률상 상계가 금지되는 경우까지 이를 허용할 수는 없다. 그런데 위에서 보았듯이 채무자회생법 제131조 본문에서 “채무자회생법”에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 회생채권의 소멸금지를 정하고 있다. 따라서 특별한 규정이 없는 한 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 건설공제조합이 민법 제434조에 따른 상계로 보증채권자의 회생채권을 소멸시킬 수는 없다고 보아야 한다(대법원 2018. 9. 13 선고 2015다209347 판결).
---------------	---

② 사실관계

- 원고(발주자)는 소외인(수급인)과 도급계약 체결하였고, 소외인은 피고(보증기관)와 계약 이행보증 계약을 체결 한 후 회생절차 개시결정을 받았으면서 원고는 계약을 해지하였음
- 원고는 채무불이행에 따른 공사타절 및 채권채무 확정검사를 완료하면서, 피고에게 보증채무를 이행하라는 통보를 하였으나, 피고는 민법 제434조에 따라 공사가 성금과 계약보증금 상계를 요청하였음
 - 민법 제434조 “보증인은 주채무자의 채권에 의한 상계로 채권자에게 대항할 수 있다”
- 대법원은 「건설산업기본법」에 따라 계약보증을 한 보증기관이 민법 제434조에 따라 채무자의 채권에 의한 상계로 보증채권자에게 대항할 수 있으나, 법률(「채무자회생 및 파산에 관한 법률」)상 상계가 금지되는 경우까지 허용할 수는 없기 때문에 상계가 금지된다고 판시하였음

③ 판례해설

- 「건설산업기본법」 제56조 제1항 제1호 및 동법 시행령 제56조 제2항 제2호에서 정한 계약보증은 실질적으로 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 점에서 보증에 관한 민법 제434조 등의 규정이 유추 적용되기 때문에, 채무자의 채권에 의한 상계로 보증채권자에게 대항할 수 있음

- 계약보증: 조합원이 도급받은 공사등의 계약이행과 관련하여 부담하는 계약보증금의 납부에 관한 의무이행을 보증하는 것

□ 다만, 이는 법률상 상계가 금지되는 경우까지 이를 허용할 수는 없다고 할 것인데, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에서는 회생채무자의 재산으로 회생채권을 변제하는 등 회생채권을 소멸하게 하는 행위를 포괄적으로 금지하고 있음

〈표 3-18〉 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」상 회생채권의 변제금지 규정

제131조(회생채권의 변제금지) 회생채권에 관하여는 회생절차가 개시된 후에는 이법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 회생계획에 규정된 바에 따르지 아니하고는 변제하거나 변제받는 등 이를 소멸하게 하는 행위(면제를 제외한다)를 하지 못한다. 다만, 관리인이 법원의 허가를 받아 변제하는 경우와 제140조제2항의 청구권에 해당하는 경우로서 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 그 체납처분이나 담보물권의 처분 또는 그 속행이 허용되는 경우
2. 체납처분에 의한 압류를 당한 채무자의 채권(압류의 효력이 미치는 채권을 포함한다)에 관하여 그 체납처분의 중지 중에 제3채무자가 징수의 권한을 가진 자에게 임의로 이행하는 경우

□ 따라서 특별한 규정이 없는 한 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 보증기관은 민법 제434조에 따른 상계로 보증채권자의 회생채권을 소멸시킬 수는 없음

IV

결론 및 시사점

1. 결론
2. 시사점

1. 결 론

1) 건설업 등록

(1) 법제처 유권해석

- 건설업 등록기준과 관련하여 「건설산업기본법」과 다른 법률의 입법 목적, 등록 기준 및 업무 범위가 상이한 경우에는 다른 법률의 등록 요건 모두를 갖추도록 하고, 공종의 유사성이 인정되는 경우에는 「건설산업기본법」 또는 다른 법률의 등록 요건 가운데 하나를 갖추도록 하고 있음
- 건설업 하도급 제한과 관련하여 전문건설업체가 전문공사의 부대공사를 다른 전문건설업체에게 하도급하는 부분은 제한하지 않고 있기 때문에 허용된다고 판단하였음
- 건설업의 양도·양수와 관련하여 건설업 양도 신고가 수리되기 전에는 건설공사 계약을 할 수 없고, 종전 시설물유지관리업자의 지위를 승계한 양수인은 개정 시행령 부칙 제7조 제1항에 따라 종전 시설물유지관리업자에게 인정된 '업종전환 등록 신청을 할 수 있는 지위'를 승계한다고 판단하였음

(2) 대법원 판례 분석

- 건설업 등록기준 위반 시점과 관련하여 처분 당시 적법하였던 처분이 간이회생절차 종결 결정을 받은 사실로 인하여 다시 위법하게 된다고 볼 수는 없음
- '동일한 공사'의 분할 발주에 따른 경미한 공사의 판단과 관련하여 당사자들이 수 개의 공사에 대하여 하나의 공사계약을 체결하였다고 하더라도 각 공사의 목적물, 내용이나 시공방법 등을 달리하여 실질적으로 하나의 공사로 볼 수 없는 경우에는 이를 경미한 공사로 평가할 수 없음

-
- 건설업 영업정지 처분 시 감경에 관한 참작 기준과 관련하여 「건설산업기본법 시행령」 제80조 제1항 [별표6]은 제2항의 감경 기준인 ‘위반행위의 동기·내용 및 횡수’를 구체화한 것으로 보아야 함

2) 도급계약 및 하도급 계약

(1) 법제처 유권해석

- 하도급 시 ‘시공자격을 갖춘’ 하수급인에게 하도급 하여야 하는 것을 전제로, 종합건설업자는 종합공사를 하도급 받은 경우 전문건설업자에게 하도급이 가능하며, 전문건설업자의 전문공사 재하도급 하는 경우 발주자와 수급인의 서면 승낙이 모두 필요하다고 판단하였음

(2) 대법원 판례 분석

- 일괄하도급 위반죄 인정 시점과 관련하여 특별한 사정이 없는 한 계약 체결 시에 위반죄가 성립함
- 하도급대금 직접지급의 요건과 관련하여 발주자가 하수급인으로부터 하도급대금의 직접 지급을 요청받을 당시 수급인에 대한 대금지급채무가 이미 변제로 소멸한 경우 발주자의 하수급인에 대한 직접지급의무는 발생하지 않음
- 착오로 하도급대금 직접지급 시 부당이득 반환 청구 여부와 관련하여 특별한 사정이 없는 한 발주자는 하수급인을 상대로 부당이득반환을 청구할 수 있음

3) 보증

(1) 법제처 유권해석

- 하도급대금 지급보증은 하도급계약에 있어서 수급사업자를 보호하기 위한 규정으로서, 보증기관이 자의적으로 하도급대금지급 보증금액을 산출할 수 없다고 판단하였음

(2) 대법원 판례 분석

- 보증기관의 하자보수보증 책임범위와 관련하여 보증기관의 약관 가운데 보증책임이 내용이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 일의적으로 해석될 때에는 보증책임을 부담하지 않는다고 할 수 있음
- 보증기관의 선급금보증 책임 범위와 관련하여 수급인과 보증기관이 선급금 보증계약 체결을 하고, 직불 합의를 한 경우 직불 합의는 발주자-수급인-하수급인에게만 효력을 미침
- 보증기관의 주채무자 상계권 범위와 관련하여 특별한 규정이 없는 한 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 경우 보증기관은 민법 제434조에 따른 상계로 보증채권자의 회생채권을 소멸시킬 수는 없음

2. 시사점

1) 건설업 등록기준 실태조사 일원화¹¹⁾

- 건설업을 하려는 자는 업종별로 등록기준을 갖추어 국토교통부장관에게 등록하여야 하며(법 제9조 및 제10조), 국토교통부장관은 등록기준 관련 다음의 사항을 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 권한을 위임하고 있음(법 제91조 및 시행령 제86조)

〈표 4-1〉 건설업 등록기준 관련 지방자치단체의 위임 사항

- 전문공사를 시공하는 업종의 건설업 등록 신청의 접수 및 신청내용의 확인
- 건설업의 등록 및 건설업 등록기준에 관한 사항의 신고의 수리(受理)
- 법 제83조에 따른 건설업등록말소 또는 영업정지
 - 부정한 방법으로 제9조에 따른 건설업 등록을 한 경우, 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달한 사실이 있는 경우 등

11) 이하의 내용은 홍성진 외, “부동산 PF 위기 진단과 하도급업체 보호 방안”, 대한건설정책연구원 보고서, 2024, 7면.

- 또한, 국토교통부장관 또는 지방자치단체의 장은 건설업 등록기준의 적합 여부 등에 대해서 실태조사를 할 수 있도록 규정하고 있음(법 제49조)
 - 지방자치단체의 장은 위임받은 사무를 처리하기 위하여 필요한 경우에만 해당
- 이에 따라 일부 지방자치단체는 “지역건설산업 활성화 촉진 조례”에서 건설업 등록기준 미달업체를 조사하여 일정한 소명절차 등을 거쳐 적격심사 배제 또는 낙찰작 결정 취소, 나아가 등록말소, 영업정지, 과태료·과징금의 행정처분을 병행하고 있음
 - 「경기도 지역건설산업 활성화 촉진 조례」 제2조 및 제7조의3
 - 「서울특별시 지역건설산업 활성화에 관한 조례」 제2조, 제4조 및 제10조
- 그러나 「지방자치법」 제28조제1항 본문에 따르면 지방자치단체는 법령의 범위에서 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별법령에 따라 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 대해 조례를 제정할 수 있음

지방자치단체는 그 고유사무인 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무에 관하여 법령에 위반되지 않는 범위 안에서 스스로 조례를 제정할 수 있지만(지방자치법 제22조, 제9조 제1항), 국가사무인 기관위임사무에 관하여는 개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에 한하여 조례를 제정할 수 있다(대법원 2009. 12. 24 선고 2007추141 판결)

- 결국 「건설산업기본법」에 따른 건설업 등록기준에 관한 사항은 지방자치단체의 자치사무가 아니라 국토교통부의 사무로서 지방자치단체의 장에게 위임한 기관위임사무에 해당하기 때문에, 기관위임사무를 조례로 규정하거나 모법(母法)의 위임 범위를 벗어나 별도의 제재를 규율하는 것은 「지방자치법」 제28조를 위반하는 것으로 판단됨
- 그럼에도 지방자치단체는 조례에 근거하여 실태조사를 실시하고 있는데, 이는 법률 위반 외에도 정부 및 지방자치단체의 중복 조사, 행정력 낭비, 개인정보 침해 등의 문제가 될 수 있음

〈표 4-2〉 지방자치단체의 건설업 등록기준 실태조사에 따른 법적 문제 비교

구분	경기도	서울시
중복 조사 문제 (행정력 낭비)	○ - 정부가 실태조사 실시한 경우 6개월 이내 제외 가능(임의 규정)	× - 정부가 실태조사 실시한 경우 6개월 이내 제외(강행 규정)
개인 정보 침해	× - 「개인정보 보호법」 준수 의무 및 제출 자료 범위 규정	○ - 근거 규정 전무

□ 따라서 건설업 등록기준 관련 신청의 접수 및 신청내용의 확인, 신고의 수리(受理)에 관한 사항은 지방자치단체의 장에게 위임하되, 건설업 등록기준의 적합 여부 등에 대한 실태조사(법 제49조) 및 건설업등록말소 또는 영업정지(법 제83조)에 관한 사항은 국토교통부장관의 사무로 일원화할 필요가 있음

2) 발주자의 하도급대금 직접지급 의무화¹²⁾

□ 「건설산업기본법」에서는 수급인에게 지급불능 또는 그와 유사한 사유가 발생하였을 때 발주자로 하여금 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급하도록 함으로써 영세한 하수급인을 보호하려는 목적으로 하도급대금 직접지급을 규정하고 있음(법 제35조)

- 하도급대금 직접지급제도는 직접지급 합의 또는 직접지급의 요청에 따라 도급인(즉 발주자)에게 하도급대금의 직접지급의무를 부담시킴으로써 하수급인(즉 수급사업자)을 수급인(즉 원사업자)과 그 일반채권자에 우선하여 보호하는 것이다. 이 경우 도급인은 도급대금채무의 범위에서 하수급인에 대한 직접지급의무를 부담하고, 이와 동시에 하수급인의 수급인에 대한 하도급대금채권과 도급인의 수급인에 대한 도급대금채무가 소멸한다(대법원 2017. 4. 26 선고 2014다38678 판결).
- 하도급대금 직접지급제가 발주자 및 원사업자의 사적 자치권을 과도하게 침해하거나 재산권을 침해, 재산권 제한의 헌법적 한계를 벗어난 정도에 이른 것이라고 볼 수 없고 또 원사업자의 채권자들 중에서 수급사업자를 우대하게되는 결과를 가져온다 해도 이는 헌법상 평등원칙에 위반되지 않는다. 하도급대금 직접지급제가 발주자 및 원사업자의 사적 자치권을 과도하게 침해하거나 재산권을 침해, 재산권 제한의 헌법적 한계를 벗어난 정도에 이른 것이라고 볼 수 없고 또 원사업자의 채권자들 중에서 수급사업자를 우대하게되는 결과를 가져온다 해도 이는 헌법상 평등원칙에 위반되지 않는다(헌법재판소 2003. 5. 15 자 2001헌바98 결정).

12) 이하의 내용은 홍성진 외, “부동산 PF 위기 진단과 하도급업체 보호 방안”, 대한건설정책연구원 보고서, 2024, 7면.

- 현행 「건설산업기본법」에서는 <표 4-14>와 같이 하도급대금 직접지급 요건을 임의규정과 강행규정으로 구분하고 있음
- 그러나 임의 규정에서 규정한 사항은 ‘필요성’, ‘명백한 사유’ 등에 대한 발주자의 입증 문제로 실효성이 부족한 상황임
 - 공공공사에서 발주자가 하수급인을 보호하기 위하여 ‘필요하다고 인정하는 경우’ 또는 하도급대금을 지급할 수 없는 ‘명백한 사유’가 있다고 발주자가 인정하는 경우 하도급대금 지급 가능
- 하도급대금 직접지급제도의 목적 달성을 위해서는 ‘필요성’, ‘명백한 사유’ 등 제한 요건을 삭제하고, 발주자의 재량을 강행규정으로 개선할 필요가 있음
- 따라서 발주자의 하도급대금 직접지급 의무화에 관한 「건설산업기본법」 개정안을 다음과 같이 제시함

<표 4-3> 발주자의 하도급대금 직접지급 의무화에 관한 「건설산업기본법」 개정안

현행	개정안
제35조(하도급대금의 직접 지급) ① 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급할 수 있다. 이 경우 발주자의 수급인에 대한 대금 지급채무는 하수급인에게 지급한 한도에서 소멸한 것으로 본다. 1. 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주한 건설공사가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 <u>발주자가 하수급인을 보호하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우</u> 가. 수급인이 제34조제1항에 따른 하도급대금 지급을 1회 이상 지체한 경우 나. 공사 예정가격에 대비하여 국토교통부령으로 정하는 비율에 미달하는 금액으로 도급계약을 체결한 경우 2. 수급인의 파산 등 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없는 <u>명백한 사유가 있다고 발주자가 인정하는 경우</u> ② ~ ⑦ (생략)	제35조(하도급대금의 직접 지급) ① 발주자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 하수급인이 시공한 부분에 해당하는 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급하여야 한다. 이 경우 발주자의 수급인에 대한 대금 지급채무는 하수급인에게 지급한 한도에서 소멸한 것으로 본다. 1. 국가, 지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공기관이 발주한 건설공사가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우 가. 수급인이 제34조제1항에 따른 하도급대금 지급을 1회 이상 지체한 경우 나. 공사 예정가격에 대비하여 국토교통부령으로 정하는 비율에 미달하는 금액으로 도급계약을 체결한 경우 2. 수급인의 파산 등 수급인이 하도급대금을 지급할 수 없다고 발주자가 인정하는 경우 ② ~ ⑦ (현행과 같음)

3) 민간공사 하도급대금 지급보증 면제 요건 개선¹³⁾

□ 수급인은 하도급계약을 체결한 날부터 30일 이내에 하도급대금 지급보증을 하여야 하나, 다음의 경우에는 예외가 인정됨(법 제34조)

- 발주자-수급인-하수급인의 직불 합의
- 하도급 금액이 1천만원 이하인 경우는 예외 인정

□ 그러나 민간공사에서 직불 합의는 하도급대금 지급보증이 면제되기 때문에, 발주자의 지급능력이 부족하거나 발주자와 수급인의 계열관계로 인한 불공정 합의 또는 동반 부실이 있는 경우 대금채불이 발생할 수 있음

〈표 4-4〉 하도급대금 직불합의 및 지급보증 면제로 인한 피해 사례

- 2023. 10. 13. 공정거래위원회는 하도급 대금 직접지급 합의 및 하도급 대금 지급 보증 의무 위반을 한 '대명종합건설·대명수안'에 대하여 재발 방지 명령 및 과징금 3억원 처분(의결 제2023-159호)
- 대법원은 계열회사인 甲(시행사)과 乙(시공사)을 공사도급계약을 체결한 후 丙(신탁업자)와 '수탁자의 자금집행순서상 공사비의 90%는 7순위로 하여 매 2개월 단위로 지급하고, 잔여공사비는 13순위로 하여 우선수익자의 대출원리금이 모두 상환되고 수탁자의 신탁사무처리비용 정산이 완료된 이후 지급한다'고 신탁계약을 체결한 경우 甲-乙-丁(하수급인)의 직불합의에 따라 하도급대금 직접지급을 요청하였더라도 자금집행순서 약정을 이유로 지급을 거절할 수 있다(대법원 2023. 6. 29 선고 2023다221830 판결).

□ 한편, 「건설산업기본법」에서는 민간공사의 경우 대금 미지급을 방지하기 위해 발주자도 수급인에게 공사대금의 지급 또는 담보를 제공하도록 규정하고 있음(법 제22조의2)

- 수급인의 발주자에 대한 계약이행 보증과 발주자의 수급인에 대한 대금지급 보증은 쌍무계약 및 동시이행 관계

□ 따라서 민간공사에 한해 발주자-수급인-하수급인의 직불합의시 발주자의 하수급인에 대한 하도급대금지급보증을 의무화할 필요가 있음

13) 이하의 내용은 홍성진 외, “부동산 PF 위기 진단과 하도급업체 보호 방안”, 대한건설정책연구원 보고서, 2024, 7면.

참고문헌

대한민국법원 전자민원센터의 절차안내 (https://help.scourt.go.kr/nm/min_7/min_7_2/min_7_2_1/index.html).

법제처, 법제업무정보의 법령해석 및 자치입법 의견제시를 정리한 것임(<https://www.moleg.go.kr/menu.es?mid=a10106010000>).

유일한·정대운, “직접시공 확대의 영향 및 대응방안”, 대한건설정책연구원 보고서, 2020.

홍성진 외, “건설업 상호시장 허용제도의 입법영향분석”, 대한건설정책연구원 보고서, 2023.

홍성진 외, “부동산 PF 위기 진단과 하도급업체 보호 방안”, 대한건설정책연구원 보고서, 2024.

홍성진, “건설산업 생산구조 혁신에 따른 영세 건설업체 보호 방안 연구”, 대한건설정책연구원 보고서, 2021.

홍성진, “건축물 및 시설물 건설공사의 안전성 제고를 위한 입법 체계의 정합성 확보 방안”, 토지공법연구 제104집, 한국토지공법학회, 2023.

건설산업기본법 유권해석 및 판례 분석에 따른 시사점

2024년 1월 인쇄

2024년 1월 발행

발행인 김희수
발행처 대한건설정책연구원
서울특별시 동작구 보라매로5길 15, 13층(신대방동, 전문건설회관)
TEL (02)3284-2600
FAX (02)3284-2620
홈페이지 www.ricon.re.kr
등록 2007년 4월 26일(제319-2007-17호)
인쇄처 경성문화사(02-786-2999)

© 대한건설정책연구원 2023

