

# 건설업 상호시장 허용의 법적 문제점 및 영세건설업체 보호 방향<sup>1)</sup>

홍성진 대한건설정책연구원 산업혁신연구실 연구위원  
(hongsj@ricon.re.kr)

- I. 서 론
- II. 건설업 상호시장 허용의 내용
- III. 건설업 상호시장 허용에 따른 발주 현황 및 문제점
- IV. 건설업 상호시장 허용에 따른 영세건설업체 보호 방향
- V. 결 론

## 2

### I. 서 론

건설산업 생산구조 혁신은 28개의 전문건설업종을 '22년부터 14개로 통합하고 종합·전문건설업 간 공정경쟁을 통한 상호시장 허용이 핵심이라고 할 수 있다. 그러나 전문건설업종을 14개로 통합한 결정이 현실에서 과연 종합건설업체와 공정한 경쟁이 이루어지는지에 대한 많은 문제 제기가 이루어지고 있는 상황이다. 현실에서는 종합건설업 면허 1개만 있으면 종합건설업체는 관련 전문건설업종에 해당하는 모든 공사의 입찰에 참여할 수 있으나, 전문건설업종은 14개로 통폐합되었다고 하더라도 통폐합된 업종 외 추가적으로 3~4개 이상 보유하고 있어야 입찰에 참여할 수 있기 때문이다.

이러한 문제점은 특히 영세한 건설업체에 직접적인 피해로 이어진다. 실제 상호시장 허용이 이루어진 2021년 기준 공공공사의 경우 상호시장 허용 수주 건수 3,520건 가운데 종합건설업체의 전문공사 수주는 전문건설업체의 종합공사 수주 대비 건수 약 4.9배, 금액 3.4배 높게 나타났다.

이는 영세한 건설업체의 직업선택의 자유 침해로 직결되기 때문에 건설업 상호시장 허용 관련 「건설산업기본법」 및 그 하위법령의 내용을 헌법상 과잉 금지의 원칙과 위임입법의 한계에 따라 위헌성 여부를 판단할 필요가 있다. 그리고 건설산업 생산구조 혁신 가운데 건설업 상호시장 허용이 연착륙 할

1) 본 논문은 홍성진(2021), “건설산업 생산구조 혁신에 따른 영세 건설업체 보호 방안 연구”, 대한건설정책연구원을 수정·보완한 것이다.

## II. 건설업 상호시장 허용의 내용

수 있는 방안을 모색할 필요가 있다.

본 연구는 영세한 건설업체의 입장에서 건설업 상호시장 허용의 문제점을 검토하고 헌법상 원칙을 준수할 수 있는 입법 방향을 제시하는 것을 목적으로 한다.

### 1. 건설업 상호시장 허용의 의미

건설업 상호시장 허용이란 종합·전문건설업체가 상호 시장에 진출하는 것을 허용하여, 상호공사의 원·하도급이 모두 가능하도록 업역을 전면 폐지하는 것을 말한다. 그동안 「건설산업기본법」에서는 종합건설업은 종합공사, 전문건설업은 전문공사를 수행하도록 업역을 규제해왔다. 그러나 이러한 업역 규제는 종합건설업의 경우 시공역량의 축적보다 하도급관리 및 입찰 영업에만 치중하여 직접시공 회피 및 패이퍼컴퍼니를 양산하였다. 또한, 전문건설업은 사업물량의 대부분을 종합업체의 하도급에 의존하여 저가 하도급 관행이 확산되고, 전문건설업체에서 종합건설업체로 성장하는 선순환 구조도 제한되었다. 이에 따라 2018년 국토교통부는 ‘건설산업 생산구조 혁신 로드맵’에서 생산자의 공정 경쟁 유도 및 소비자의 편익 제고를 위하여 ‘건설산업 생산구조 혁신 로드맵’에서 건설업 업역규제 폐지 및 상호시장 허용을 발표하였고, 이는 국회의 「건설산업기본법」 개정으로 이어지게 되었다.

### 2. 건설업 상호시장 허용 관련 「건설산업기본법」의 주요 내용

건설업 상호시장 허용 관련 「건설산업기본법」과 하위 법령의 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 종합건설업체와 전문건설업체가 상호 시장에 자유롭게 진출할 수 있도록 생산구조를 개편하고(법 제16조 및 제25조), 기존의 직접시공 기준을 공사금액에서 노무비로 변경하였다(법 제28조의2).

둘째, 직접시공 대상을 현행 도급금액 50억 미만인 공사에서 70억 미만인 공사로 확대하였다(시행령 제30조의2).

셋째, 건설공사 시공자격과 부대공사 기준을 정비·보완하였다(시행령 제19조 및 제21조).

넷째, 시설물유지관리업을 제외한 28개 전문건설업종을 14개 업종으로 통합하고, 주력분야 공시제를 도입하는 한편, 시설물유지관리업의 폐지에 따른 특례를 마련하였다(시행령 제7조 및 별표1, 제7조의2 및 제16조).

**표 1** 건설산업 생산구조 혁신의 주요 내용

| 개 정 사 항                                             | 주 요 내 용                                                                              | 비 고                                                     |
|-----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| 법 제16조<br>(2018. 12. 31)                            | • 건설생산구조 개편 및 업역규제 폐지<br>- 종합·전문건설업체 상호시장 진출                                         |                                                         |
| 법 제25조<br>(2018. 12. 31)                            | • 도급자격 변경<br>- 발주자 및 수급인은 시공자격을 갖춘 건설업자에게 도급 또는 하도급 하도록 규정                           | • 공공공사<br>(2021. 1. 1 시행)<br>• 민간공사<br>(2022. 1. 1. 시행) |
| 법 제29조<br>(2018. 12. 31)                            | • 건설공사의 하도급 제한<br>- 종합·전문건설업체 업역규제 폐지에 따른 하도급 제한규정 변경                                |                                                         |
| 시행령 제13조 및<br>별표1<br>(2019. 6. 18)                  | • 건설업 등록기준 정비<br>- 자본금 기준을 현행 대비 70% 완화                                              |                                                         |
| 시행령 제19조 및<br>제21조<br>(2020. 10. 8)                 | • 건설공사 시공자격과 부대공사 기준 정비·보완<br>- 종합·전문건설업체 업역규제 폐지에 따른 시공자격 및 부대공사 인정범위 확대            | • 공공공사<br>(2021. 1. 1 시행)<br>• 민간공사<br>(2022. 1. 1. 시행) |
| 시행령 제7조 및<br>별표1, 제7조의2<br>및 제16조<br>(2020. 12. 29) | • 업종통합 및 주력분야 공시제<br>- 종합·전문건설업체 업역규제 폐지에 따른 전문건설업종 통합 및 주력분야 공시제 도입, 시설물유지관리업 업종 전환 | • 2022. 1. 1 시행<br>- 시설물유지관리업은 2023. 12. 31까지 효력        |
| 법 제28조의2<br>(2018. 12. 31)                          | • 직접시공 산정기준 개편<br>- 건설공사의 도급금액 산출내역서에 기재된 총 노무비 중 노무비 이상 공사를 직접시공                    | • 2019. 7. 1 시행                                         |
| 시행령 제30조의2<br>(2019. 3. 26)                         | • 직접시공 의무 대상 공사 확대<br>- 50→70억원으로 확대                                                 | • 2019. 3. 26 시행<br>이후 입찰공고 적용                          |

특히, 국토교통부는 건설공사의 시공 자격 등을 판단하기 위해 세부적인 사항을 규율하는 「건설공사 발주 세부기준」(국토교통부고시 제2020-1120 호)를 제정·시행하였다. 그 주요 내용은 다음과 같다.

표 2 「건설공사 발주 세부기준」의 주요 내용

| 절 차           | 내 용                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 종합공사와 전문공사 구분 | <ul style="list-style-type: none"> <li>발주자는 건설공사의 세부내역을 검토하여 주된 공사와 부대공사, 종합공사와 전문공사 구분 의무</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 부대공사 판단기준     | <ul style="list-style-type: none"> <li>부대공사의 범위                             <ul style="list-style-type: none"> <li>주된 공사를 시공하기 위하여 또는 시공함으로 인하여 필요하게 되는 종된 공사</li> <li>2종 이상의 전문공사가 복합된 공사로서 공사예정금액이 3억원 미만이고, 주된 전문공사의 공사예정금액이 전체 공사예정금액의 2분의 1 이상인 경우 그 나머지 부분의 공사</li> <li>영 별표 1에 따른 건설업종 중 기계설비공사업 및 가스시설시공업에 속한 공사 간의 복합된 공사를 그 중 주된 공사에 관한 업종의 건설사업자가 도급받는 경우 나머지 업종에 속한 공사</li> </ul> </li> <li>부대공사 인정 기준                             <ul style="list-style-type: none"> <li>주된 공사와 부대공사의 공사 종류간에 종속성(從屬性) 및 연계성(連繫性)이 인정될 것</li> <li>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</li> </ul> </li> <li>부대공사 인정 기준 시 발주자 고려사항                             <ul style="list-style-type: none"> <li>공사의 전·후 시공과정상 주된 공사에 수반되는 공사인지</li> <li>전체 공사 중 주된 공사의 규모를 초과하지 않는지</li> <li>공사구간·기간·시기, 연약지반 등 특수여건, 공정 전반에 대한 종합적인 계획·관리 및 조정의 필요성 등 현지 여건</li> </ul> </li> </ul> |
| 시공자격          | <ul style="list-style-type: none"> <li>종합공사의 시공자격                             <ul style="list-style-type: none"> <li>「건설산업기본법」 제16조 및 동법 시행규칙 제13조의3과 동일</li> </ul> </li> <li>전문공사의 시공자격                             <ul style="list-style-type: none"> <li>「건설산업기본법」 제16조 및 동법 시행규칙 제13조의3과 동일(단, 공사 예정금액 2억원 미만인 전문공사는 2024년 1월 1일부터 시공 자격 부여)</li> </ul> </li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 발주방식          | <ul style="list-style-type: none"> <li>발주자의 종합·전문공사 상호 진출 허용 의무 입찰참가 제한 시 사유 기재 의무</li> <li>종합공사 발주 시 주된공사의 업종 및 구성비율 기재 의무</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

### III. 건설업 상호시장 허용에 따른 발주 현황 및 문제점

#### 1. 건설업 상호시장 허용에 따른 발주 현황

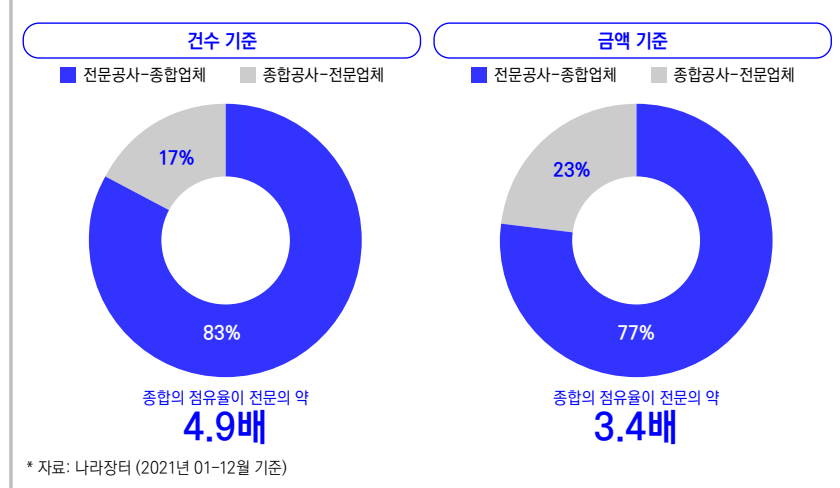
2021년 기준 상호시장 허용 수주 건수는 총 4,232건, 금액은 19,570억원이다. 이 가운데 종합건설업체의 전문공사 수주는 3,520건(금액기준 15,132억원), 전문건설업체의 종합공사 수주는 712건(금액기준 4,438억원)으로서, 종합건설업체가 전문건설업체에 비하여 상호시장 수주 비율이 건수 기준 4.9배, 금액 기준 3.4배 높다.

표 3 2021년 기준 공공공사의 상호시장 허용에 따른 종합·전문건설업 수주 현황

| 구 분    |    | 전 문 공 사<br>(종합 낙찰) | 종 합 공 사<br>(전문 낙찰) |
|--------|----|--------------------|--------------------|
| 3억 미만  | 건수 | 1,650(46.9%)       | 272(38.2%)         |
|        | 금액 | 4,028(26.6%)       | 471(10.6%)         |
| 4억 미만  | 건수 | 2,361(67.1%)       | 391(54.9%)         |
|        | 금액 | 6,475(42.8%)       | 886(20.0%)         |
| 5억 미만  | 건수 | 2,738(77.8%)       | 472(66.3%)         |
|        | 금액 | 8,161(53.9%)       | 1,242(28.0%)       |
| 6억 미만  | 건수 | 2,970(84.4%)       | 522(73.3%)         |
|        | 금액 | 9,425(62.3%)       | 1,516(34.2%)       |
| 7억 미만  | 건수 | 3,126(88.8%)       | 560(78.7%)         |
|        | 금액 | 10,435(69.0%)      | 1,763(39.7%)       |
| 10억 미만 | 건수 | 3,380(96.0%)       | 606(85.1%)         |
|        | 금액 | 12,518(82.7%)      | 2,156(48.6%)       |
| 20억 미만 | 건수 | 3,501(99.5%)       | 670(94.1%)         |
|        | 금액 | 14,104(93.2%)      | 3,044(68.6%)       |
| 30억 미만 | 건수 | 3,516(99.9%)       | 690(96.9%)         |
|        | 금액 | 14,463(95.6%)      | 3,512(79.1%)       |
| 30억 이상 | 건수 | 4(0.1%)            | 22(3.1%)           |
|        | 금액 | 669(4.4%)          | 926(20.9%)         |
| 합계     | 건수 | 3,520(100.0%)      | 712(100.0%)        |
|        | 금액 | 15,132(100.0%)     | 4,438(100.0%)      |
| 계      | 건수 | 4,232건             |                    |
|        | 금액 | 19,570억            |                    |

자료: 전문건설협회 내부 자료

그림 1 2021년 기준 공공공사의 상호시장 허용에 따른 종합·전문건설업 수주 현황 비교



## 2. 건설업 상호시장 허용에 따른 법적 문제점

### (1) 과잉금지 원칙 위배

건설업 상호시장 허용은 직업선택의 자유에 대한 제한을 의미하기 때문에 과잉금지 원칙에 따라 판단하여야 한다.

등록기준을 법으로 정하고 일정한 등록기준을 충족시켜야 등록을 허용하는 건설업의 등록제[건설산업기본법(이하 '법'이라 한다) 제9조, 제10조]는 '건설업'이란 직업의 정상적인 수행을 담보하기 위하여 요구되는 최소한의 요건을 규정하는 소위 '주관적 사유에 의한 직업허가규정'에 속하는 것으로서 직업선택의 자유를 제한하는 규정이다. 이와 마찬가지로, 등록자격을 갖추지 못한 자가 등록을 하여 건설업을 영위하는 경우에 대하여 등록을 사후적으로 박탈하는 이 사건 법률조항도 등록요건을 갖춘 자에게만 건설업이란 직업의 선택을 가능하게 하고자 하는 등록제도를 관철하기 위한 부수적 조항으로서, 직업행사의 방법을 규율하고자 하는 것이 아니라, 기술능력·자본금·시설·장비 등의 요건의 구속을 받지 않고 건설업을 직업으로서 자유롭게 선택하는 자유, 즉 직업선택의 자유에 대한 제한을 의미하는 것이다.

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것이 아니라, 공익상의 이유로 제한될 수 있음은 물론이나 이 경우에도 개인의 자유가 공익실현을 위해서도 과도하게 제한되어서는 아니되며 개인의 기본권은 꼭 필요한 경우에 한하여 필요한 만큼만 제한되어야 한다는 비례의 원칙(헌법 제37조 제2항)을 준수해야 한다(헌법재판소 2007. 5. 31 자 2007헌바3 결정).

과잉금지의 원칙은 헌법 제37조 제2항에 근거하여 입법자가 기본권을 제한하는 법률을 제정할 경우 기본권을 제한함으로써 얻을 수 있는 이익과 기본권의 제한 정도가 비례관계에 있어야 한다는 헌법상 원칙을 말한다.<sup>2)</sup> 과잉금지의 원칙에 따라 따라 국민의 기본권을 제한하는 법률이 헌법적으로 정당화되려면 목적의 정당성, 수단의 적절성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 요건을 모두 갖추어야 한다.

#### ① 목적의 정당성: 생산자의 공정 경쟁 유도 및 소비자의 편익 제고

목적의 정당성은 국민의 기본권을 제한하는 입법의 목적이 정당해야 함을 의미한다. 우리나라는 '58년에 건설업이 도입 된 이래 '76년부터 두 가지 이상 공종의 종합공사는 종합 건설업체만, 한 개 공종의 전문공사는 전문 건설업체만 도급받을 수 있도록 업역을 규제해 왔다. 그러나 분업과 전문화를 위해 도입된 업역규제는 종합건설업체의 경우 시공기술 축적보다는 입찰 영업에 치중해 폐이퍼컴퍼니를 양산하였고, 전문건설업체의 경우 사업물량의 대

2) 국회(2019), 「법제이론과 실제」, 63면.

부분을 종합업체의 하도급에 의존하여 저가 하도급 관행이 확산되고, 전문건설업체에서 종합건설업체로 성장하는 선순환 구조도 제한되었다. 따라서 건설업 상호시장 허용은 건설업 생산자(종합·전문건설업체)의 공정 경쟁을 유도하고, 소비자의 편익 제고를 기여할 수 있기 때문에 그 목적의 정당성은 인정된다.

## ② 수단의 적절성: 건설업종의 통폐합

수단의 적절성은 기본권을 제한하는 방법이 목적과 합리적인 관련이 있으면서 그 목적 달성에 도움이 되어야 함을 의미한다. 「건설산업기본법」상 종합건설업은 건축, 토목, 토목건축, 산업·환경설비, 조경의 5개 업종이 있고, 전문건설업은 토공, 철근·콘크리트, 비계·구조물해체, 실습식·방수, 실내건축 등 29개 업종으로 구분되어 있었다. 정부는 29개의 전문건설업종 가운데 공종간 연계성, 발주자 편의성, 현실 여건 등을 종합적으로 고려하여 14개 업종으로 통·폐합하는 것으로 결정하였다. 이에 대하여 일부 전문건설업체는 공종간 전문성을 고려하여 통합이 아닌 세분화를 주장하기도 하였으나, 정부는 종합-전문건설업체 간 공정 경쟁을 위하여 통합(대업종화)을 결정하였다.<sup>3)</sup>

입법자인 국회가 입법권을 행사할 때에는 입법의 형식이나 내용 등을 자유롭게 선택할 수 있는 일정한 범위의 입법형성 권한을 지닌다. 이는 입법자가 어떤 입법사안에 대하여 법률로 규율할 때에 여러 가지의 규율가능성 중에서 스스로 입법의 형식, 내용 및 시기를 자유롭게 선택할 수 있음을 의미한다. 하지만 입법권은 의회 또는 국가의 고유권력이 아니라 최고규범인 헌법에서 유래하는 것이기 때문에, 입법자의 입법형성의 자유에는 일정한 한계가 있다. 즉, 입법자의 입법형성권에 의한 입법행위는 헌법의 기속을 받는다. 헌법재판소는 법률의 위헌 여부를 판단할 때에는 ㉠ 국회가 법률을 제정함에있어서 중요한 의미를 갖는 사항을 적절하고 완벽하게 조사하고 그것을 입법의기초로 삼고 있는가, ㉡ 국회가 법률의 모든 공익적 근거 및 긍정적·부정적 효과를 포괄적이고도 합리적으로 형량하였는가, ㉢ 국회를 통한 제한이 필요하고 적절한가, 비례의 원칙을 준수하였는가 그리고 사항적합성·체계정당성을 갖추고 있는가를 고려하여야 한다고 판시하고 있다(헌재 1994. 12. 29. 94헌

3) 건설업종의 통폐합 결정에 따라 시설물유지관리업은 시설물 노후화에 따른 안전 확보 및 유지보수 시장 전문성 강화를 위하여 업종을 폐지하고, 종합 또는 전문건설업체로 전환하도록 하였다. 이에 대하여 일부 시설물유지관리업체는 직업선택의 자유, 다른 사업자와의 평등권 침해 등을 이유로 헌법 소원을 제기한 상황이다(2021. 04. 06, 사건번호: 2021헌마358).

마201).

따라서 상호시장 허용을 위한 건설업종의 통폐합은 입법자의 입법 형성의 자유를 존중할 필요가 있다.

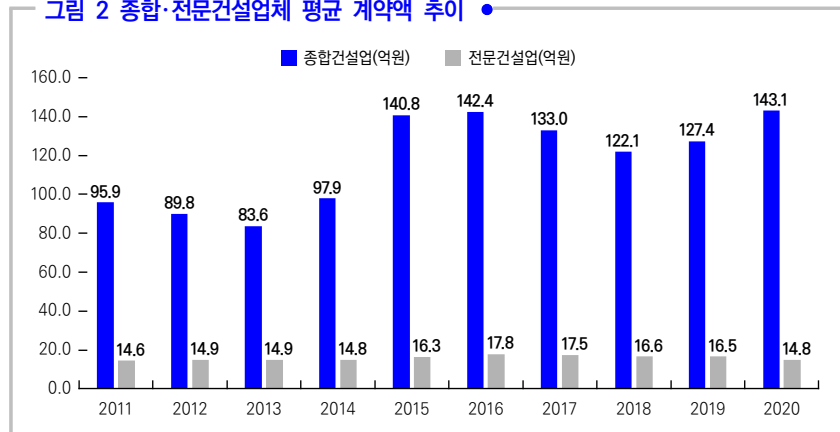
### ③ 침해의 최소성: 영세건설업체 보호

침해의 최소성은 기본권의 제한정도가 가장 적은 방법을 선택해야 함을 의미한다. 입법자는 영세건설업체 보호를 위하여 종합건설업체가 공사예정금액 2억원 미만인 전문공사를 도급 받는 것을 2023년까지 금지하도록 하고 있다.

현행 법령상 ‘영세기업’에 대한 정의는 없다. 다만, 과거 「중소기업기본법」에서는 영세기업을 상시 사용하는 종업원의 수가 5인 이하의 사업체로 규정하고 있었다. 이후 영세기업은 1982년부터 소기업으로 그 개념이 대체되었다.<sup>4)</sup> 오늘날 소기업은 업종별로 평균매출액을 기준으로 그 규모를 구분하고 있는데, 건설업은 평균매출액 등이 80억원 이하의 기업을 말한다.

대한건설협회에 따르면 2020년 기준 종합건설업의 업체당 연간 평균수주액은 143.1억원이며, 대한전문건설협회에 따르면 2020년 기준 전문건설업의 업체당 연간 평균수주액은 14.8억원이다. 특히, 대한전문건설협회에 의하면 2020년 기준 실적신고를 한 전체 전문건설업체 39,689개사 가운데 소기업(평균매출액 80억원 이하)이 38,077개사로서 96%를 차지하고 있다.

그림 2 종합·전문건설업체 평균 계약액 추이



4) 과거 「중소기업기본법」에서는 영세기업에 대하여 경영의 개선과 발전에 필요한 시책을 강구하도록 규정하고 있었다(법 제9조). 이후 1982년 「중소기업기본법」은 소기업에 대한 경영의 개선과 발전을 위하여 필요한 시책을 강구하도록 개정되었다.

따라서 영세건설업체는 소규모의 공사를 중심으로 수행하는 전문건설업체를 중심으로 논의할 필요가 있다.

〈그림1〉에서 볼 수 있듯이, 종합건설업체의 전문공사 수주는 전문건설업체의 종합공사 수주 대비 건수 약 4.1배, 금액 5.6배로 나타나고 있다. 이러한 상호시장 불균형은 영세 전문건설업체에게 직접적인 피해로 이어지고 있다. 특히, 공사에정가격의 경우 관급자재 가격을 산입하여 발주하고 있기 때문에 실제 2억원 미만 공사이나 상호시장 발주 현황에서는 2억원 이상으로 포함되어 종합건설업체의 입찰 참여가 확대되고 있는 상황이다. 이는 우리나라 헌법이 중소기업의 보호·육성 의무를 천명하고 있고(제123조 제3항), 헌법재판소 역시 영세기업 간 과도한 경쟁을 방지하고, 대기업으로부터 영세기업의 보호 및 지원의 필요성을 강조(헌법재판소 2018. 2. 22 자 2017헌마438 결정; 헌법재판소 2018. 6. 28 자 2016헌바77, 78, 79 결정)하는 것에 정면으로 배치된다.

이에 따라 2021. 4. 15. 국토교통부는 건설산업의 업역규제 폐지 시행 경과를 분석한 결과 영세 전문건설사업자의 수주가 저하되고, 수주 저하 현상이 지속될 가능성이 있어 영세 건설업체 보호를 위해 건설공사 발주방식을 개선하고자 「건설공사 발주 세부기준」(국토교통부고시 제2021-324호)을 개정하였다. 구체적으로는 입찰공고 시 주된 공사가 아닌 부대공사는 기재하지 않도록 하고(제8조제2항 및 제9조제2항), 영세 건설업체 보호를 위해 소규모 공사 발주 시 종전 공사와의 유사성 등을 검토하여 공사 구분을 유지하는 것을 고려하고, 관급자재 비중이 높아 사실상 2억원 미만인 전문공사에 대해서는 해당 공사를 등록한 업체의 입찰을 허용하는 것을 고려하도록 하였다(제8조 제3항 및 제4항 신설).

**표 4** 영세 전문건설업체 보호를 위한 「건설공사 발주 세부기준」 개정 사항

| 종 전                                                                                                                                    | 개 정                                                                                                                                    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 제8조(건설공사의 발주방식) ① 발주자는 건설공사를 발주함에 있어 제6조 및 제7조에 따라 시공자격을 갖춘 건설사업자의 입찰참가를 허용해야 하며, 시공자격을 갖춘 건설사업자의 입찰참가를 제한하려는 경우 그 사유를 입찰공고문에 기재해야 한다. | 제8조(건설공사의 발주방식) ① 발주자는 건설공사를 발주함에 있어 제6조 및 제7조에 따라 시공자격을 갖춘 건설사업자의 입찰참가를 허용해야 하며, 시공자격을 갖춘 건설사업자의 입찰참가를 제한하려는 경우 그 사유를 입찰공고문에 기재해야 한다. |
| ② 발주자는 종합공사를 발주하려는 경우 해당 공사의 주된 공사를 구성하는 업종 및 구성 비율을 입찰공고문에 기재해야 한다.                                                                   | ② 발주자는 종합공사를 발주하려는 경우 해당 공사의 주된 공사를 구성하는 업종 및 구성 비율을 입찰공고문에 기재해야 하며,                                                                   |

| 종 전                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 개 정                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>부대공사에 대하여는 기재하지 아니 한다.</p> <p>③ 발주자는 공사에정금액이 2억원 미만인 건설공사를 발주함에 있어 법률 제16136호 건설산업기본법 일부개정법률 제16조의 개정규정 시행일(2021년 1월 1일을 말한다) 이전에 발주한 공사(이하 "종전 공사"라 한다)와 공사내용, 현지 여건 등에서 동일성 또는 유사성이 인정되는 경우에는 종전 공사 구분에 따라 발주(종전 공사가 종합공사로 발주된 경우 종합공사로, 전문공사로 발주된 경우 전문공사로 발주하는 것을 말한다)하는 것을 우선 고려할 수 있다.</p> <p>④ 발주자는 공사에정금액이 2억원 이상 3억원 미만인 전문공사로서 공사에정금액에 포함된 발주자가 공급하는 자재의 금액이 공사에정금액의 3분의 1 이상인 경우에는 법 제25조제3항에 따라 해당 건설공사를 시공하는 업종을 등록하지 않은 건설사업자의 원도급 제한을 고려할 수 있다.</p> | <p>부대공사에 대하여는 기재하지 아니 한다.</p> <p>③ 발주자는 공사에정금액이 2억원 미만인 건설공사를 발주함에 있어 법률 제16136호 건설산업기본법 일부개정법률 제16조의 개정규정 시행일(2021년 1월 1일을 말한다) 이전에 발주한 공사(이하 "종전 공사"라 한다)와 공사내용, 현지 여건 등에서 동일성 또는 유사성이 인정되는 경우에는 종전 공사 구분에 따라 발주(종전 공사가 종합공사로 발주된 경우 종합공사로, 전문공사로 발주된 경우 전문공사로 발주하는 것을 말한다)하는 것을 우선 고려할 수 있다.</p> <p>④ 발주자는 공사에정금액이 2억원 이상 3억원 미만인 전문공사로서 공사에정금액에 포함된 발주자가 공급하는 자재의 금액이 공사에정금액의 3분의 1 이상인 경우에는 법 제25조제3항에 따라 해당 건설공사를 시공하는 업종을 등록하지 않은 건설사업자의 원도급 제한을 고려할 수 있다.</p> |

〈신 설〉

그러나 2억원 미만인 건설공사 발주, 2억원 이상 3억원 미만인 전문공사로서 공사에정금액에 포함된 발주자가 공급하는 자재의 금액이 공사에정금액의 3분의 1이상인 경우 수급인 등의 자격 제한을 '고려할 수 있다'의 선언적 규정은 영세 건설업체 보호의 실효성에 한계가 있다.

결국 현행 건설업 상호시장 허용은 종합건설업체의 무분별한 입찰 참여로 인한 영세 전문건설업체의 생존권을 위협하고, 영세 전문건설업체 간의 과도한 경쟁을 유발하는 것으로서, 침해의 최소성 원칙을 위배하고 있다.

④ 법익의 균형성: 영세건설업체 보호

법익의 균형성은 입법에 의하여 보호하려는 공익과 제한되는 기본권을 비교형량 할 때 보호되는 공익이 더 크거나 적어도 양자 간 균형이 유지되어야 한다는 것을 의미한다.

건설업 상호시장 허용의 목적은 '생산자의 공정 경쟁 유도 및 소비자의 편익 제고'이다. 그러나 이미 건설업 생산자(종합·전문건설업체)의 불공정 경쟁이 심화되고 있는 상황이다. 또한, 소비자의 편익 제고는 그 실현 여부가 분명하지 않은데 비하여, 영세 전문건설업체의 직업의 자유를 침해하고 있어 법익의 균형성을 잃고 있다고 할 것이다.

## (2) 위임입법의 한계 위배

우리나라 헌법은 ‘대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다’고 규정하고 있다(제75조). 위임입법은 수권의 범위 내에서 제정되어야 하며, 수권의 범위를 일탈한 위임입법은 위법한 명령이 된다.<sup>5)</sup>

「건설산업기본법」상 건설업 상호시장 허용은 제8조(건설업의 종류), 제16조(건설공사의 시공자격), 제25조(수급인 등의 자격 제한) 그리고 「건설산업기본법 시행령」 제19조(건설공사의 시공자격), 제21조(부대공사의 범위 및 기준) 등을 근거로 하고 있다.

관련 규정을 합헌적으로 해석하여 보면, 「건설산업기본법」은 해당 건설업 종을 등록하는 것을 원칙으로 하되, 생산자의 공정 경쟁 유도 및 소비자의 편익 제고를 위하여 종합·전문의 상호시장 허용의 예외를 규정하고 있음을 알 수 있다. 특히, 발주자의 경우 공사품질이나 시공상 능력을 높이기 위하여 필요하다고 인정하는 경우 예외적으로 종합·전문의 상호시장 진출을 허용하여 발주할 수 있도록 규정하고 있다.

**표 5 「건설산업기본법」에 따른 건설업 등록 규유 체계**

| 원칙         | 예외                                                                                                                               | 성격   |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| 해당 건설업종 등록 | • 2개 업종 이상의 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설사업자가 그 업종에 해당하는 전문공사로 구성된 종합공사를 도급받는 경우                                                         | 건설업종 |
|            | • 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 공정 관리, 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                                     |      |
|            | • 제9조 제1항에 따라 등록한 업종에 해당하는 건설공사(제1호, 제3호 및 제4호에 해당하는 건설공사를 포함한다)와 그 부대공사를 함께 도급받는 경우                                             | 부대공사 |

5) 성낙인(2015), 「헌법학」, 법문사, 569면; 박균성(2009), 「행정법 강의」, 박영사, 146면; 헌법재판소 1997. 10. 30 자 96헌바92 결정; 헌법재판소 2001. 9. 27 자 2001헌가5 결정; 대법원 2006. 2. 24 선고 2005두2322 판결 등.

| 원 칙           | 예 외                                                                                                                | 성 격       |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 해당 건설업종<br>등록 | • 제9조 제1항에 따라 등록된 업종에 해당하는 건설공사를 이미 도급받아 시공하였거나 시공 중인 건설공사의 부대공사로서 다른 건설공사를 도급받는 경우                                | 부대<br>공사  |
|               | • 발주자가 공사품질이나 시공상 능력을 높이기 위하여 필요하다고 인정한 경우로서 기술적 난이도, 공사를 구성하는 전문 공사 사이의 연계 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 경우 <sup>6)</sup> | 발주자<br>판단 |

「건설산업기본법」은 시공자격 등을 판단하기 위해 세부적인 사항을 「건설공사 발주 세부기준」(국토교통부고시 제2021-1231호)에 위임하고 있다. 이러한 「건설공사 발주 세부기준」은 건설업 상호시장 허용을 규율하고 있는 「건설산업기본법」 제16조와 결합하여 대외적으로 구속력 있는 ‘법령보충적 행정규칙’이다.

법령(法令)의 직접적인 위임(委任)에 따라 위임행정기관(委任行政機關)이 그 법령(法令)을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식(制定形式)은 비록 법규명령(法規命令)이 아닌 고시(告示), 훈령(訓令), 예규(例規) 등과 같은 행정규칙(行政規則)이더라도 그것이 상위법령(上位法令)의 위임한계(委任限界)를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령(上位法令)과 결합(結合)하여 대외적(對外的)인 구속력(拘束力)을 갖는 법규명령(法規命令)으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것인바, 청구인이 법령(法令)과 예규(例規)의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권침해를 받았다면 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌법재판소 1992. 6. 26 자 91헌마25 결정; 대법원 1998. 6. 9 선고 97누19915 판결 등).

「건설산업기본법」은 생산자의 공정 경쟁 유도 및 소비자의 편익 제고를 위하여 종합·전문 상호시장 허용의 예외를 규정하고 있다. 그러나 위임입법인 「건설공사 발주 세부기준」에서는 발주자의 전문·종합간 상호시장 진출을 의무화하고 있으며, 이를 제한하려는 경우 그 사유를 입찰공고문에 기재토록 하고 있다(제9조). 이는 위임입법의 한계를 위배하는 입법이라 할 것이다.

### 3. 소 결

2021년 기준 상호시장 허용 수주 건수 3,520건을 분석한 결과, 종합건설업체의 전문공사 수주는 전문건설업체의 종합공사 수주 대비 건수 약 4.9배, 금액은 3.4배 높게 나타났다.

건설업 상호시장 허용은 경제·산업적 측면에서 영향을 미치고, 헌법상 직업

6) 대통령령으로 정하는 경우란 일정한 요건을 갖춘 건설사업자가 신기술 또는 공법이 적용되는 건설공사를 도급받는 경우, 종합공사를 시공할 수 있는 자격을 보유한 건설사업자가 해당 종합공사의 부대공사로서 다른 종합공사를 함께 도급받는 경우를 말함(건설산업기본법 시행령 제9조).

#### IV. 건설업 상호시장 허용에 따른 영세 건설업체 보호 방향

선택의 자유와 관계되기 때문에 과잉금지 원칙에 따라 판단할 필요가 있다.

과잉금지의 원칙에 따른 판단 결과 건설업 상호시장 허용은 건설업 생산자(종합·전문건설업체)의 공정 경쟁을 유도하고, 소비자의 편익 제고를 기여할 수 있기 때문에 그 목적의 정당성은 인정된다. 또한, 상호시장 허용을 위한 건설업종의 통폐합은 입법자의 입법 형성의 자유를 존중할 필요가 있다. 그러나 현행 건설업 상호시장 허용은 종합건설업체의 무분별한 입찰 참여로 인한 영세 전문건설업체의 생존권을 위협하고, 영세 전문건설업체 간의 과도한 경쟁을 유발하는 것으로서, 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성을 위배하고 있다.

특히, 「건설산업기본법」은 생산자의 공정 경쟁 유도 및 소비자의 편익 제고를 위하여 종합·전문의 상호시장 허용의 예외를 규정하고 있으나, 위임입법인 「건설공사 발주 세부기준」에서는 발주자의 전문·종합간 상호시장 진출을 의무화하고 있는바, 이는 위임입법의 한계를 위배하는 입법이라 할 것이다.

결국 현행 「건설산업기본법」 및 하위 법령에 따른 건설업 상호시장 허용은 영세 전문건설업체 보호와 관련하여 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 상실하면서 위험적 소지가 크다고 할 것이다.

##### 1. 영세 건설업체 보호를 위한 상호시장 예외 구간 설정

현행 「건설산업기본법」에서는 영세 전문건설업체 보호를 위하여 종합건설업체는 공사예정금액이 2억원 미만인 전문공사를 2023년까지 원도급 받을 수 있도록 규정하고 있다.

그러나 공사예정가격의 경우 관급자재 가격을 산입하여 발주하고 있기 때문에 실제 상호시장 발주 현황에서는 2억원 이상 전문공사 가운데 관급자재가 포함된 사례가 다수 발생하고 있다. 이에 따라 영세 전문건설업체 보호를 위한 공사예정금액 구간을 현실화할 필요가 있다.

특히, 건설업 상호시장 허용 관련 국토교통부의 ‘건설산업 생산구조 혁신 로드맵’ 및 국회의 「건설산업기본법」(안)에서 영세 건설업체 보호를 위하여 설정한 ‘2억원 미만’의 기준에 대해서는 재검토가 필요하다. 왜냐하면 대한건설협회에 따르면 2020년 기준 종합건설업의 업체당 연간 평균수주액은 143.1억원이며, 대한전문건설협회에 따르면 2020년 기준 전문건설업의 업

체당 연간 평균수주액은 14.8억원이기 때문이다.

따라서 국토교통부, 대한건설협회·전문건설협회, 키스콘, 연구기관 등이 모두 참여하여 영세 건설업체 보호를 위한 적정 구간을 설정하고, 해당 구간에 대해서는 상호시장의 예외로 설정할 필요가 있다.

## 2. 영세 건설업체의 경쟁력 강화를 위한 겸업 제한 완화

2021년 기준 전문건설업체 가운데 업종 보유 비율은 1개 업종 63.9%, 2개 업종 26%, 3개 업종 6.6%, 4개 2.3%, 5개 0.7%, 6개 0.3%, 7개 0.1%, 8개 이상 0.1%이다. 즉, 전문건설업체의 90%가 2개 이하의 업종을 보유하고 있고, 특히 영세 전문건설업체의 절대 다수는 1개 업종을 보유하고 있는 것으로 조사되었다.<sup>7)</sup>

2022년부터 시설물유지관리업을 제외한 28개 전문건설업종을 14개 업종으로 통합하고, 주력분야 공시제를 도입한다. 이 경우 「건설산업기본법 시행령」 제16조(건설업 등록기준의 특례) 및 「건설업 관리규정」(국토교통부예규 제337호)에 따라 보유하고 있는 업종의 법정 최소 기술능력 중 추가로 등록하려는 업종의 기술능력과 같은 종류·등급인 기술능력이 있는 경우, 건설업자별로 1개 업종에 한해 한번만 중복 인정받게 된다. 예를 들어, 도장공사업 면허를 1개 가진 전문건설업체는 통합된 도장·습식·방수·석공업종으로 대체되고, 주력분야를 도장공사로 정하게 될 것이다. 이 경우 추가로 습식·방수를 주력분야로 등록하려는 경우 1회에 한하여 자본금(7천5백만원)과 기술인력 1명을 중복으로 인정받을 수 있다.

1회에 한하여 자본금과 기술인력의 1/2을 중복인정하는 건설업 등록기준의 특례는 당시 건설공사의 다양화·복합화로 다수 업종이 혼합된 공사가 발생하여 다수 면허를 보유한 업체에 대한 수요가 증가하고 있으나 업종별로 등록기준을 충족하도록 되어 있어 건설업자가 다수 면허를 보유하는 데 부담으로 작용하였다. 이에 따라 2009. 11. 10. 「건설산업기본법 시행령」을 개정하여 규제완화가 이루어진 것이다. 이러한 입법개정의 배경은 오늘날 상호시장 허용에 따른 업종 통폐합의 내용과 궤를 같이 한다고 할 것이다.

영세 전문건설업체는 ‘영세하다’는 이유로 보호만을 할 수는 없을 것이다. 영세 전문건설업체의 경쟁력을 강화할 수 있는 방안이 필요하다.

7) 대한전문건설협회 내부자료.

현재 영세 전문건설업체는 다른 건설업체와 동일하게 1회에 한하여 자본금과 기술능력을 중복 인정받을 수 있다. 그러나 실무에서는 종합건설업 면허 1개만 있으면 종합건설업체는 관련 전문건설업종에 해당하는 모든 공사에 입찰에 참여할 수 있으나, 전문건설업종은 14개로 통폐합되었다고 하더라도 통폐합된 업종 외 추가적으로 3~4개 이상 보유하고 있어야 입찰에 참여할 수 있는 것이 현실이다. 즉, 영세 전문건설업체는 1회에 한하여 자본금과 기술능력을 인정받는다 하더라도 2개의 업종으로 공사 입찰에 참여하여야 하기 때문에 입찰 경쟁력이 크지 않고 여전히 영세한 기업으로 남아있게 되는 것이다.

따라서 영세 전문건설업체의 경쟁력 강화를 위해서는 현행 「건설산업기본법 시행령」 제16조의 ‘건설업 등록기준의 특례’에서 규정한 ‘1회에 한하여’의 내용을 삭제할 필요가 있다.

### 3. 발주자의 판단에 따른 상호시장 허용

현행 「건설산업기본법」에서는 건설공사의 시공자격과 관련하여 해당 건설업종을 등록하는 것을 원칙으로 하되, 생산자의 공정 경쟁 유도 및 소비자의 편익 제고를 위하여 종합·전문의 상호시장 허용의 예외를 규정하고 있다. 그러나 「건설산업기본법」의 위임명령인 「건설공사 발주 세부기준」에서 그 어떠한 예외도 규정하지 아니하고 종합·전문의 상호시장 진출을 의무화하고 있는바, 이는 위임입법의 한계를 위배하는 입법으로 평가할 수 있다. 따라서 위임입법의 한계 준수를 위하여 현행 「건설공사 발주 세부기준」에서는 다음과 같은 내용으로 종합·전문의 상호시장 허용에 대한 발주자의 판단을 존중하도록 규정할 필요가 있다.

**표 6** 발주자의 판단에 따른 상호시장 허용 관련 「건설공사 발주 세부기준」 개정안

| 현 행                                                                                                                                    | 개 정 안                                                                                                                                                          |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 제8조(건설공사의 발주방식) ① 발주자는 건설공사를 발주함에 있어 제6조 및 제7조에 따라 시공자격을 갖춘 건설사업자의 입찰참가를 허용해야 하며, 시공자격을 갖춘 건설사업자의 입찰참가를 제한하려는 경우 그 사유를 입찰공고문에 기재해야 한다. | 제8조(건설공사의 발주방식) ① 발주자는 건설공사를 발주함에 있어 제6조 및 제7조에 따라 시공자격을 갖춘 건설사업자의 입찰참가를 허용할 수 있으며, 영 제19조 각호에 해당함에도 불구하고 시공자격을 갖춘 건설사업자의 입찰참가를 제한하려는 경우 그 사유를 입찰공고문에 기재해야 한다. |

## V. 결론

현행 「건설산업기본법」 및 하위 법령에 따른 건설업 상호시장 허용은 영세 전문건설업체 보호와 관련하여 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 상실하면서 위헌적 소지가 크다고 할 것이다.

따라서 영세 전문건설업체 보호를 위해서는 다음과 같은 방향으로 입법 개정이 이루어질 필요가 있다.

첫째, 국토교통부, 대한건설협회·전문건설협회, 키스콘, 연구원 등이 모두 참여하여 영세건설업체 보호를 위한 적정 구간을 설정하고, 해당 구간에 대해서는 상호시장의 예외로 설정할 필요가 있다.

둘째, 영세 전문건설업체의 경쟁력 강화를 위해서는 현행 「건설산업기본법 시행령」 제16조의 ‘건설업 등록기준의 특례’에서 규정한 ‘1회에 한하여’의 내용을 삭제할 필요가 있다.

셋째, 「건설산업기본법」의 위임명령인 「건설공사 발주 세부기준」에서는 상호시장 허용에 대한 발주자의 판단을 존중하도록 임의적으로 규정할 필요가 있다.

지난 40년 이상 유지되어온 종합건설업과 전문건설업 간 업역 규제는 이제 상호시장 허용으로 건설산업 생산구조의 변화가 이루어지고 있다. 이를 위해서는 영세 전문건설업체 보호가 반드시 이루어져야 한다. 영세 전문건설업체 보호를 통하여 건설산업 생산구조 변화가 연착륙 할 수 있기를 기대해 본다.

### 참고문헌

1. 국회(2019), 「법제이론과 실제」
2. 대한건설협회(2022.2), 2021년 4분기 기준 주요건설통계
3. 대한전문건설협회 내부자료
4. 박균성(2009), 「행정법 강의」, 박영사
5. 성낙인(2015), 「헌법학」, 법문사
6. 홍성진(2021), “건설산업 생산구조 혁신에 따른 영세 건설업체 보호 방안 연구”, 대한건설정책연구원 연구보고서