

건설공사 불법하도급 단속 실태 및 개선 방안

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

- I. 서론
- II. 건설공사 불법하도급 단속 개요
- III. 건설공사 불법하도급 단속 실태 및 문제점
- IV. 건설공사 불법하도급 단속 개선 방안
- V. 결론

5

■ 국문요약 ■

1958.03.11. 제정된 우리나라의 (구)「건설업법」은 일본 건설업법(建設業法)을 계수한 것이다. 건설업은 하도급 계약을 주요 생산방식으로 채택하고 있다. 다만, 하도급 제한 범위를 위반한 하도급 계약은 부실시공, 안전사고 및 임금체불의 주요 원인이 될 수 있기 때문에 불법하도급으로 강력하게 단속하고 처벌하고 있다. 정부는 불법하도급 단속을 위하여 “불법하도급 기준”을 배포하고 있다. 그러나 “불법하도급 기준”이 계약 주체 중심의 규제 방식에 불과하고, 단속 방법이 매우 자의적인 상황이다. 또한, 다른 법률에 비해서 이미 그 처벌 수준이 높은 상황에서, 최근에 의결된 「건설산업기본법 시행령」개정안은 그 처벌 수준만 더 강화하고 있기 때문에, 비례의 원칙을 위배하고 있다. 이러한 상황에서 최근 법원은 정부의 불법하도급 단속 결과를 부정하는 판결을 내리면서 잇따라 내리고 있다. 그리고 해외 사례로 일본은 불법하도급을 안전과 품질 확보를 목적으로 계도와 예방에 초점을 맞추고 있다. 따라서 “불법하도급 기준”을 계약 주체 중심의 외형적 판단과 처벌 중심이 아니라 안전과 품질을 위한 예방 중심으로 개선할 필요가 있다. 이를 위해서는 단기적으로 “불법하도급 기준”에 주의 사항을 신설하여 단속 대상에서 제외하는 형태로 개선하고, 예방 중심으로 전환할 필요가 있다. 또한, 중·장기적으로 전문공사 하도급, 재하도급 등 불법하도급의 유형과 기준을 전면 재검토할 필요가 있다.

주제어 : 건설산업기본법, 일본 건설업법, 불법하도급, 단속기준, 비례의 원칙

I. 서론

우리나라의 건설업은 1958. 03. 11. (구)「건설업법」에서 규율되기 시작하였다. 이는 1949년 제정된 일본 건설업법(建設業法, 昭和二十四年法律第百号)을 계수한 것이다. 건설업은 수주산업의 특성, 원도급사의 고정비용 및 리스크 절감, 하도급사의 안정적 일감 확보 등을 위하여 하도급 계약을 주요 생산 방식으로 채택하고 있다. 다만, 하도급 제한 범위를 위반한 하도급 계약은 부실시공, 안전사고 및 임금체불의 주요 원인이 될 수 있기 때문에 불법하도급으로 처벌하고 있다. 현재 불법하도급은 ①무등록자 및 무자격자 하도급, ②일괄하도급, ③전문공사 하도급, ④재하도급, ⑤10억 미만 공사 하도급, ⑥상호시장 하도급의 6가지의 유형으로 규정하고 있다. 그리고 강력하게 단속·처벌하고 있다. 정부는 이러한 불법하도급 단속을 위하여 “불법하도급 기준”을 배포하고 있다. 또한, 최근 2026. 06. 16. 불법하도급에 대한 행정처분과 관련하여 영업정지를 현행 4~8개월에서 최소 8개월~최대 1년으로 상향하고, 과징금을 현행 4~30%에서 전체 하도급대금의 24~30%로 상향하는 내용의 「건설산업기본법 시행령」 일부 개정안을 의결하였다.

그러나 “불법하도급 기준”은 계약 주체 중심의 규제 방식에 불과하고, 단속 방법이 매우 자의적인 상황이다. 이에 따라 건설 현장과 불법하도급 단속 기준의 괴리가 커지면서 많은 문제가 발생하고 있다. 최근 법원 판례가 정부의 불법하도급 단속 결과를 부정하는 판결을 내리면서 잇따라 내린점도 이러한 문제를 뒷받침하고 있다고 할 것이다.

따라서 불법하도급 단속 실태 및 문제점을 살펴보고, 일본의 입법례 및 우리나라의 법원의 태도를 검토하여 개선 방안을 마련할 필요가 있다.

본 연구는 불법하도급 단속 기준을 단기, 중·장기 측면에서 제시하는 것을 목적으로 한다.

II. 건설공사 불법하도급 단속 개요

1. 의의 및 근거

불법하도급은 「건설산업기본법」에 따른 하도급 제한 범위를 위반한 하도급 계약을 말한다. 건설업은 수주산업의 특성, 원도급사의 고정비용 및 리스크 절감, 하도급사의 안정적 일감 확보 등을 위하여 하도급 계약을 주요 생산

방식으로 채택하고 있다. 그럼에도 하도급 제한 범위를 위반한 하도급 계약은 부실시공, 안전사고 및 임금체불의 주요 원인이 될 수 있기 때문에 불법하도급으로 처벌하고 있다.

이와 관련하여 「건설산업기본법」에서는 등록기준에의 적합 여부, 하도급의 적정성, 성실시공 여부 등을 판단하기 위한 실태조사를 규정하고 있다(법 제49조). 구체적으로는, 국토교통부장관 또는 지방자치단체의 장(위임받은 사무를 처리하기 위하여 필요한 경우에만 해당)은 등록기준에의 적합 여부, 하도급의 적정성, 성실시공 여부 등을 판단하기 위하여 필요하다고 인정하면 기간을 정하여 실태 조사를 할 수 있다(법 제49조 제1항). 국토교통부장관 또는 지방자치단체의 장은 실태조사를 하려면 조사 시작 7일 전까지 조사 일시, 조사 이유 및 조사 내용 등 조사계획을 미리 조사대상자에게 알려야 한다(법 제49조 제4항 전단). 다만, 긴급한 경우나 사전에 알리면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 미리 알리지 아니할 수 있다(법 제49조 제4항 단서). 또한, 불법하도급 사실 여부 확인, 법령 위반 검토 및 제재처분 요청, 처리결과와 사후관리 등을 위하여 공정건설지원센터의 설치 및 운영에 필요한 사항을 법제화하고 있다(「공정건설지원센터 설치·운영에 관한 지침」).

2. 유형 및 처벌

현재 「건설산업기본법」에서는 수급인 등의 자격을 제한하고 있고(제25조 제2항), 건설공사의 하도급을 제한하고 있다(법 제29조). 정부는 이러한 수급인 등의 자격 제한과 하도급 제한을 위반한 하도급 계약을 불법하도급으로 단속하고 있다. 현재 불법하도급은 ①무등록자 및 무자격자 하도급, ②일괄하도급, ③전문공사 하도급, ④재하도급, ⑤10억 미만 공사 하도급, ⑥상호시장 하도급의 6가지 유형이 있다. 불법하도급에 대해서는 1년 이하의 영업정지 또는 하도급 금액 30% 이하의 과징금을 부과한다(법 제82조 제2항 제3호). 또한, 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금을 부과할 수 있다(법 제96조 제4호), 만약, 건설업 등록을 하지 않은 자가 하도급 받았다면 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금이 부과될 수 있다(법 제95조의2 제1호).¹⁾

1) 홍성진, “공정거래 정책: 불법하도급 유형 및 원인 분석에 따른 정책적 시사점”, 건설정책저널 제60호, 2025.

표 1 불법하도급 유형 및 처벌 내용

유형	근거 법규	처분 내용
무등록자 및 무자격자 하도급	건설산업기본법 제25조 제2항 및 제16조	- 수급인: 1년 이하의 영업정지 또는 하도급 금액 30% 이하의 과징금(법 제82조제2항제3호), 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금(법 제96조제4호) - 무자격 하수급인: 1년 이하의 영업정지 또는 하도급 금액 30% 이하의 과징금(법 제82조 제2항제1호) - 무등록 하수급인: 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(법 제95조의2제1호)
일괄하도급	건설산업기본법 제29조 제1항	1년 이하의 영업정지 또는 하도급 금액 30% 이하의 과징금(법 제82조제2항제3호), 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금(법 제96조제4호)
전문공사 하도급	건설산업기본법 제29조 제2항	
재하도급	건설산업기본법 제29조 제3항	
10억 미만 공사 하도급	건설산업기본법 제29조 제4항	
상호시장 하도급	건설산업기본법 제29조 제5항·2항	

III. 건설공사 불법하도급 단속 실태 및 문제점

1. 단속 실태

「건설산업기본법」에서는 건설산업정보를 체계적으로 관리하기 위한 ‘건설산업정보 종합관리체계’의 구축·운영을 규정하고 있다(법 제24조). 건설산업정보 종합관리체계는 건설산업정보원에서 담당하고 있다.

또한, 건설사업자는 건설공사대장 및 하도급건설공사대장을 적고, 건설산업종합정보망을 이용하여 발주자에게 통보하여야 한다(법 제22조제4항·6항 및 시행령 제26조). 건설공사대장의 기재사항을 해당 공사 완료일까지 발주자에게 통보하지 아니하거나 거짓으로 통보한 자는 시정명령(법 제81조제3호)과 500만원 이하의 과태료가 부과된다(법 제99조제3호).

이러한 가운데 국토교통부 및 각 지방국토관리청(공정건설지원센터), 지방자치단체, 기타 공공발주자는 불법하도급을 지속적으로 단속하고 있다. 특히, 정부는 조기경보시스템을 구축하여 불법하도급 단속을 위한 대상, 근거, 내용 등의 기초 자료를 활용하고 있다.²⁾ 건설산업정보원은 건설공사정보를 교차

2) 조기경보시스템은 건설산업정보원이 건설공사정보시스템(KISCON)의 공사대장 정보를 SI와 알고리즘으로 분석하여 포착된 의심 정황을 국토교통부 및 각 지방국토관리청, 지방자치단체, 기타 공공발주자 등(이하 ‘단속기관’)에게 통보하는 시스템을 말한다.

분석하여 불법하도급 의심지표 10개 중 2개 이상에 해당하는 단속현장을 추출하고 단속기관에 통보하게 된다.

그림 1 불법하도급 상시단속 체계



자료: 건설산업정보원 자료 저자 작성

표 2 불법하도급 단속 관련 의심지표 10개

구분	추출지표	추출기준	분석자료
의심지표 (10개)	① 노무비지급률 미달	• 노무비지급률 하위 5% 현장 - 노무비 지급률: 노무비지급액/(진행률×계약금액)	• 하도급지킴이 대금지급정보
	② 공제부금 납부율 미달	• 공제부금 납부율 50% 미만 현장 - 공제부금 납부율: 공제부금납부액/(진행률×공제부금반영금액)	• 전자카드 현장정보
	③ 전자카드 사용률 미달	• 전자카드 사용률 70% 미만 현장 - 전자카드 사용률: 전자카드발급인원 사용일수/신고일수	• 전자카드 현장정보

구분	추출지표	추출기준	분석자료
	④ 전자카드 미계약 업체	• 건설공사대장 통보 하도급업체 중 전자카드현장 소속 계약업체로 미확인된 업체가 있는 현장	• 건설공사대장 • 전자카드 현장정보
	⑤ 건설공사대장 미통보 업체	• 전자카드현장 소속 업체중 건설공사대장에 하도급계약이 미통보된 업체가 있는 현장	
	⑥ 사업장이행등급 저조	• 근로자공제회 관리 사업장이행등급이 4~5등급(미흡, 부진)인 현장 - 사업장 이행등급: 건설근로자공제회가 이행률, 미신고 건수, 미납 금액 등을 종합하여 산출(1~5등급)	• 전자카드 현장정보
	⑦ 하도급 업체 수 미달	• 종합공사 금액 구간별 평균 하도급 업체 수의 50%에 미달 - ex: 50~100억원 평균 하도급업체 수 3.3	• 건설공사대장
	⑧ 종합업종간 하도급	• 종합공사를 도급받은 원도급사(종합업종)가 종합건설사업자에게 하도급하고 재하도급사를 통보하지 않은 현장	• 건설공사대장
	⑨ 페이퍼컴퍼니 의심업체 신규 수주 현장	• 페이퍼컴퍼니 실태조사대상업체가 도급/하도급한 현장	• 건설공사대장
	⑩ 비계, 가시설 공사 불법하도급 의심 현장	• 건축 공종 현장 중 비계, 가시설 직종의 근로자를 미 배치하고 관련 하도급 계약도 없는 현장	• 건설공사대장 • 전자카드 현장정보

2. 단속 문제점

(1) 단속 기준

정부는 불법하도급 단속을 위하여 “불법하도급 예방을 위한 매뉴얼”(이하 “불법하도급 기준”)을 개발하여 단속기관에 배포하고 있다. 다만, “불법하도급 기준”이 매우 추상적으로 규율되어 있기 때문에, 단속기관은 매뉴얼을 기초로 관행, 경험에 따른 노하우(know-how) 등을 활용하여 불법하도급을 단속하고 있다.

구체적으로 살펴보면, “불법하도급 기준”에서는 ‘무등록자 및 무자격자 하도급’ 단속 방법을 다음과 같이 제시하고 있다.

표 3 불법하도급 기준의 무등록자 하도급 단속 기준

조사 내용	• 단속대상 공사를 시공할 수 있는 건설업종을 등록하지 않은 자에게 하도급 또는 재하도급 하였는지 여부 - 가시설·비계·파일공사와 자재·장비(기계)를 임대·시공하는 공사에 상응하는 건설업종을 등록한 건설사업자에게 하도급 하였는지 여부 - 가설재, 자재, 장비 구매·임대료가 원·하도급 내역서상 납품·임대비보다 많은 경우 해당 자재·장비를 이용하여 시공한 근로자의 근로계약, 임금지급 자료로 해당 사업자에게 하도급 하였는지 여부 - 가시설·비계·파일공사와 자재·장비(기계)를 임대·시공하는 공사에 대해 공사범위, 시공물량, 시공기간, 공사대금(일당) 지급 등을 약정하고 시공팀장에게 하도급 하였는지 여부
조사 요령	• 공사일보, TBM 등으로 공사진행상황 체크 → 하도급지킴이(공공공사의 경우), 노무비 집행내역, 근로계약서 등을 통해 노무비 지급 상황 확인 → 심·반장 특정 및 퇴직공제 대상 여부 확인 • 위임장 등 시공팀장 특정 가능한 자료 확보
점검 사례	• 건설업을 등록하지 않은 납품·임대 업체가 시공을 한 경우 • 납품 및 임대 업체에서 고용한 근로자가 시공한 경우 • 건설업을 등록하지 않은 시공팀장에게 하도급한 경우

표 4 연도별 불법하도급 유형별 처분 현황

(단위: 건수)

연도	계	무등록자 및 무자격자 하도급	일괄 하도급	전문공사 하도급	재 하도급	10억원 미만공사 하도급	상호시장 하도급	동일업종 하도급
2025	298	209	8	39	21	20	1	-
2024	249	182	8	33	20	5	-	1
2023	230	144	3	47	16	16	1	3
2022	221	141	12	50	11	3	-	4
2021	176	138	12	5	13	-	-	8
합계 (%)	1,174 (100.0%)	814 (69.3%)	43 (3.7%)	174 (14.8%)	81 (6.9%)	44 (3.7%)	2 (0.2%)	16 (1.4%)

자료: 국토교통부(건설산업기본법 일부개정법률안 검토보고서, 염태영 의원 대표발의, 의안번호 2216696호)

그러나 현대 건설공사는 시설물을 생산함에 있어 수급인 및 하수급인 외에도 다양한 인력·자재·장비가 투입된다. 건설업은 수주산업의 특성에 따라 모든 인력, 자재, 장비를 상시 보유할 수 없기 때문에 하도급 계약을 주요 생산 방식으로 채택하고 있다. 하도급공사의 경우에도 수주산업의 특성이 반영되기 때문에 인력, 자재, 장비를 탄력적으로 활용해야 한다.

예를 들어, 노무인력의 경우 관리·기술·기능·보통 인력으로 구분되며, 각 인력은 각각의 공종에서 역할과 투입 빈도가 크게 다르기 때문에 다양한 공급 형태가 필요하다. 또한, 자재의 경우 자재와 시공이 결합되는 경우가 많기

때문에 하자담보책임 등 최종 책임을 부여할 필요가 있다. 나아가 장비의 경우 장비 및 조종사가 일부 공종에 필수적으로 투입되어야 하기 때문에, 안전 관리·감독 책임을 강화할 필요가 있다.

그러나 단속 기관은 건설업의 특성 및 ‘인력, 자재, 장비의 활용도는 무기한 채, 수급인 또는 하수급인이 다른 인력, 자재, 장비업자와 계약을 하는 경우 ‘불법하도급’으로 간주하여 처벌하고 있다. 실제 “불법하도급 기준”에서는 납품·임대 업체, 건설업 외의 사업자가 고용한 인력이 시공하는 경우를 중점적으로 단속하고 있다.

이렇듯 불법하도급 단속 기준이 행정편의적인 계약 주체 중심의 규제 방식에 불과하고, 단속 방법이 매우 자의적인 상황이다.

(2) 처벌

불법하도급으로 단속되는 경우 ‘행정지도’ 또는 ‘시정명령’의 대상이 되지 않는다. 오직 행정처분 및 형사처벌의 대상이 될 뿐이다. 최근 2026. 06. 16. 정부는 불법하도급에 대한 행정처분 강화를 주요 내용으로 하는 「건설산업기본법 시행령」 일부 개정안을 의결하였다. 개정안의 골자는 영업정지를 현행 4~8개월에서 최소 8개월~최대 1년으로 상향하고, 과징금을 현행 4~30%에서 전체 하도급대금의 24~30%로 상향하는등 행정제재를 강화하여 불법하도급을 근절하겠다는 것이다.

표 5 영업정지 및 과징금 부과기준 개정안

구분		영업정지		과징금	
		현행	개정(안)	현행	개정(안)
건설산업기본법		1년 이내	1년 이내	30% 이내	40% 이내
건설산업기본법 시행령					
시공자격없는자에게 하도급	무등록자	6개월	10개월	6~24%	27%
	무자격자		8개월		24%
일괄 하도급	1인	8개월	1년	8~30%	30%
	2인 이상	6개월	1년	6~24%	30%
전문공사 하도급		4개월	8개월	4~16%	24%
재하도급	무등록자	6개월	1년	6~24%	30%
	무자격자		10개월		27%
	시공 자격자	4개월	8개월	4~16%	24%
소규모공사 종합업체 하도급 행위		4개월	8개월	4~16%	24%
상호시장 하도급		4개월	8개월	4~16%	24%

자료: 법제처(건설산업기본법 시행령 일부개정령안)

그러나 “불법하도급 기준”이 매우 추상적이고 단속 방법이 매우 자의적인 상황에서 행정처분의 수준을 강화하는 것은 비례의 원칙을 위배할 가능성이 높다고 할 것이다. 불법하도급 근절이라는 목적은 정당하다고 하더라도 수단이라고 할 수 있는 “불법하도급 기준”이 명확하지 않다. 또한, ‘행정지도’와 같은 비권력적 사실행위 또는 ‘시정명령’과 같은 권력적 행정처분을 통한 침해 최소화할 수단도 마련되어 있지 않다. 불법하도급에 대해서 오직 처벌 중심으로 접근하면서 공익과 사익 사이의 균형성을 상실하고 있다.

특히, 하도급을 규율하고 있는 다른 법률에 비해서 이미 그 처벌 수준이 높은 상황에서, 최근에 의결된 「건설산업기본법 시행령」 개정안은 그 처벌 수준만 더 강화하고 있기 때문에, 비례의 원칙을 위배한다고 판단된다.

표 6 불법하도급 처벌 수준 비교

법률	처벌 대상	처벌 수준	비고
건설산업기본법 시행령	하도급 제한을 위반하여 건설공사를 하도급한 경우	- 영업정지: 현행 4~8개월에서 최소 8개월~최대 1년으로 상향 - 과징금: 현행 4~30%에서 전체 하도급대금의 24~30%로 상향	• 행정처분, 형사처벌, 하도급참여제한 등 행정·형사 처벌 병행
건설기술진흥법	발주청 시행하는 건설엔지니어링사업 하도급	• 영업정지 최대 6개월	• 행정처분 중심
시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법	하도급 제한을 위반하여 안전점검등을 하도급한 경우	• 영업정지 최대 6개월	• 행정처분 및 형사처벌 병행

IV. 건설공사 불법하도급 단속 개선 방안

1. 개선 방향

(1) 법원 판례

최근 법원은 정부의 불법하도급 단속 결과를 부정하는 판결을 내리고 있다. 핵심 쟁점은 무등록자 하도급으로서, 건설업을 등록하지 않은 인력업체와의 노무계약, 자재업체와의 설치계약, 장비업체와의 임대차계약이 불법하도급에 해당하는지 여부이다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 처분청은 팀 단위 작업반(과거 시공참여자)과의 노무계약을 도급계

약에 따른 ‘무등록자 하도급’으로 보아, 과징금 부과처분을 하였다. 그러나 법원은 ‘노무인력의 단가나 수에 따른 대가 지급 여부’, ‘팀원에 대한 개별적 대가 지급’ 여부에 따라 도급계약이 아닌 정상적인 노무계약으로 보아야 한다고 판시하면서 과징금 부과처분을 취소하였다.

원고는 이 사건 공사에 소요된 비용을 직접 지출하였는데, B도 원고 소속 직원이자 팀장 직책으로 그가 데려 온 일용노동자들과 함께 이 사건 공사 현장에서 일한 다음 원고로부터 이 사건 계약에 따른 돈을 지급받았고, B를 포함하여 이 사건 공사 현장에서 일한 모든 인부들의 4대 보험료도 원고가 지출하였다. B는 매월 기성현황표를 작성, 원고에게 제출하면서 이 사건 계약에 따른 대금을 청구하였는데, 위 기성현황표에는 경비와 식대, 그리고 B를 포함한 이 사건 공사현장 인부들의 노무비, B의 성과급만이 기재되어 있고, 이 사건 공사의 공정률이나 그 공정률을 기준으로 한 대금의 기재가 없는 점 등을 보면, 원고가 B에게 이 사건 계약에 따라 지급한 돈은 B와 그가 공급한 일용노동자들의 노무비로 보일 따름이고, 하도급 대금 또는 기성고라고 보기는 어렵다(대구지방법원 2025. 4. 17 선고 2024구합20996 판결).

둘째, 처분청은 자재납품계약을 도급계약에 따른 ‘무등록자 재하도급’으로 보아, 영업정지 처분을 하였다. 그러나 법원은 ‘업종 공사의 엄격한 해석’, ‘탈·부착의 용이성’, ‘설치공사의 수준’ 여부에 따라 자재납품계약에 따라 필요한 설치공사를 무등록자 재하도급이 아니라고 판시하면서 영업정지처분을 취소하였다.

건설산업기본법 시행령 제7조 [별표 1]에서 정의한 실내건축공사는 ① 건축물의 내부를 용도와 기능에 맞게 건설하는 실내건축공사와 ② 실내공간의 마감을 위하여 구조체·집기 등을 제작 또는 설치하는 공사이다. 그런데 주방가구를 제작하고 설치하는 공사는 ① 건축물 내부를 건설하는 공사에 해당하지 아니하고, ② 주방 사용 편의와 실내 인테리어를 위한 공사일 뿐 실내공간의 ‘마감을 위한’ 공사에도 해당하지 않는다. 건설산업기본법상 건설공사의 대상은 시설물 및 기계설비나 그 밖의 구조물인데, A가 공급하기로 한 주방가구는 입주자의 의사에 따라 용이하게 탈·부착이 가능한 것이므로, 시설물인 아파트의 일부로서 건축물의 구조물이나 부대시설에 해당한다고 볼 수 없다. ...위 설치공사는 벽면에 고정목대를 설치한 후 못을 타공하여 가구를 고정시키는 정도로서 건축물 자체의 용도와 기능에 변화를 야기하는 수준에 해당한다거나 복잡하고 정교한 건설 시공기술이 필요한 정도라고 보이지는 않는다. 건설산업기본법상 건설공사(실내건축공사)를 하도급 받았다고 볼 수 없고, 이를 전제로 C와 D에 건설공사를 재하도급 하였다고 볼 수도 없다. 따라서 하수급인인 A가 하도급받은 건설공사를 다른 사람에게 다시 하도급 하였다는 이 사건 각 처분사유를 인정할 수 없으므로 이 사건 각 처분은 위법하여 취소되어야 한다(서울행정법원 2025. 10. 23. 선고 2024구단80593 판결).

셋째, 처분청은 건설기계 임대차계약을 도급계약에 따른 ‘무등록자 하도급’으로 보아, 과징금 부과처분을 하였다. 그러나 법원은 기계의 가동시간을 기초로 대여료와 조종사의 임금 지급, ‘하수급인의 관리·감독’ 여부에 따라 정상적인 건설기계 임대차계약으로 보아야 한다고 판시하면서 과징금 부과처분을 취소하였다.

도급계약의 핵심적인 요소 중 하나는 그 계약이행으로 지급하는 금전의 반대급부가 '일의 완성'에 있다는 것이므로, C개발의 이 사건 계약상 의무가 '일의 완성'이 아니라면, 건설기계 조종기사와 추가 인력이 제공되었다는 사실만으로 그 계약이 '도급'에 해당하게 되는 것이라고 볼 수 없다. 그리고 위 국토교통부장관의 회신에 기재된 건설기계의 '조종사'가 반드시 1인만을 의미한다고 볼 수도 없을 뿐만 아니라 위 '조종사'의 범위에 건설기계의 작동에 필요한 조수가 포함된다고 볼 여지도 있다. 따라서 위 회신 내용만으로 앞서 본 판단을 뒤집고 피고의 주장과 같이 이 사건 계약의 법적 성격을 도급에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고가 C개발에게 이 사건 공사를 하도급하였다는 위반행위를 전제로 이루어진 이 사건 처분은 위법하여 취소되어야 한다(서울행정법원 2024. 9. 11. 선고 2024구단54693 판결).

이렇듯 법원은 불법하도급 여부와 관련하여 건설공사의 계약 주체 중심의 외형에 머물지 않고, 인력, 자재, 장비의 활용과 관련한 계약의 실질을 판단하여 불법하도급 여부를 판단하였다. 이는 건설현장의 특성을 파악한 것으로서, 정부의 “불법하도급 기준”에 많은 시사점을 준다고 할 수 있다.

(2) 해외 사례: 일본

일본 “건설업법”은 ①기술자 미배치, ②무허가업자와의 하도급계약, ③무허가 영업, ④계약서미작성, ⑤일괄하도급, ⑥타법령위반의 6가지를 규제하고 있다.

표 7 일본 건설업법에 따른 불법하도급 유형 및 내용

위반 유형 (관련 법령)	세부 위반 내용
기술자 미배치 (법 제26조 관련)	- 주임기술자·감리기술자의 전임을 요하는 공사에서 기술자를 전임하지 않음 - 자격 요건을 충족하지 못한 자를 주임기술자 또는 감리기술자로서 공사 현장에 배치
무허가 업자와의 하도급계약 (법 제28조 제1항 제6호 해당)	건설업 허가를 받지 않고 건설업을 영위하는 자와 경미한 공사 금액 이상의 하도급 계약을 체결함
무허가 영업 (법 제3조 관련)	건설업 허가를 가지고 있지 않음에도 불구하고, 경미한 공사 금액 이상의 공사를 도급받음
계약서 미작성 (법 제19조 관련)	공사의 도급 계약과 관련하여 서면에 의한 계약서 작성을 실시하지 않음
일괄 하도급 (법 제22조 관련)	자사가 직접 도급받은 공사를 하도급업자에게 일괄하여 도급주고, 시공에 실질적으로 관여하고 있다고 인정되지 않는 상태에 있었음
타 법령 위반 (법 제28조 제1항 제3호 해당)	법인 또는 임원 등이 건설업과 관련하여 타 법령으로 형이 확정됨

자료: 국토교통성

이와 관련하여 일본 “건설업법”은 경미한 공사를 제외한 모든 건설업을 영위하려는 자는 장관이나 도도부현 지사의 허가를 받아야 한다. 다만, 경미한 공사는 예외로 한다. 여기서 경미한 공사는 건축일식공사는 건당 1500만 엔 미만, 그 외 공사는 건당 500만 엔 미만을 말한다.

일본의 건설업 허가 기준은 경영업무 관리책임자, 전임기술자, 자본금을 요구하고 있는데, 그 요건이 비교적 낮다고 할 수 있다. 구체적으로는, 경영업무 관리책임자는 5년 이상의 건설업 경영업무 경험자인 경우 모든 건설업 허가 조건을 만족하며, 복수의 허가를 신청하는 경우에도 중복으로 인정된다. 전임기술자는 각 업종별 자격증이 구분되어 있으나, 한 사람이 복수의 자격을 취득하는 경우 각각의 기술자로 인정된다. 자본금은 일반건설업 500만 엔 이상, 특정건설업 2,000만 엔 이상의 자본금이 있으면 복수의 일반건설업 허가를 신청하는 경우에도 중복으로 인정된다.

이러한 상황에서 일본은 ‘안전과 품질 확보’ 측면에서 불법하도급 유형을 규정하고 있다. 뇌물·담합 등 타법령 위반, 기술자 미배치 등이 그러하다. 오히려 무허가업자와의 하도급계약은 약 5.1%로 그 비중이 매우 낮은 수준이다.

표 8 일본의 연도별 불법하도급 유형별 처분 현황

(단위: 건수)

연도	계	무허가업자 하도급	일괄 하도급	무허가 영업	기술자 미배치	계약서 미작성	타법령 위반
2025	434	25	15	17	60	18	299
2024	443	33	12	17	49	14	318
2023	352	15	1	8	53	2	273
2022	425	23	19	15	55	10	303
2021	327	9	7	6	33	8	264
합계(%)	1,981 (100.0%)	105 (5.3%)	54 (2.7%)	63 (3.2%)	250 (12.6%)	52 (2.6%)	1,457 (73.6%)

주: 타법령 위반은 형법위반(뇌물 등), 독점금지법위반(담합행위), 노동안전위생법위반(안전관리) 등

자료: 국토교통성 처벌 공시 시스템

또한, 일본은 불법하도급 처벌 수준과 관련하여 당해 부정행위 등이 고의 또는 중과실에 의할 때는 원칙적으로 영업정지 처분을, 기타 사유에 의할 때는 원칙적으로 지시처분을 내리고 있다. 처분기준과 관련하여 처분청에게는 단계적 재량권이 인정되고 있으며, 건설사업자가 스스로 시정할 기회를 주는 ‘지시처분’이 실효성이 큰 편이다. 이로 인하여 불법하도급에 대하여 영업정

지 이전에 사안의 경중에 따라 지시처분을 내리면서, 계도와 예방에 초점을 맞추고 있다.

이렇듯 일본은 불법하도급 유형과 관련하여 안전과 품질 확보를 위한 목적으로 운영하고 있으며, 그 처벌과 관련하여 영업정지 이전에 사안의 경중에 따라 지시처분을 내리면서, 계도와 예방에 초점을 맞추고 있다. 이는 불법하도급의 목적과 수단 사이에 따른 비례 관계를 보여주는 것으로서, 우리나라의 불법하도급 단속에 많은 시사점을 준다고 할 수 있다.

(3) 소결

불법하도급과 기준과 관련하여 최근 법원은 건설공사의 계약 주체 중심의 외형에 머물지 않고, 인력, 자재, 장비의 활용과 관련한 계약의 실질을 판단하였다. 또한, 불법하도급 유형 및 처벌과 관련하여 해외 사례의 경우 일본은 안전과 품질 확보를 위한 목적으로 운영되고 있다. 또한, 영업정지 이전에 사안의 경중에 따라 지시처분을 내리면서, 계도와 예방에 초점을 맞추고 있다. 우리나라 법원의 판결과 일본의 사례는 건설현장의 특성 및 비례의 원칙에 부합하는 것으로서, 정부의 “불법하도급 기준”에 많은 시사점을 준다고 할 것이다.

따라서 “불법하도급 기준”을 계약 주체 중심의 외형적 판단과 처벌 중심이 아니라 안전과 품질을 위한 예방 중심으로 개선할 필요가 있다.

2. 개선 방안

(1) 단기적 측면

우선, 정부의 “불법하도급 기준”에서 법원 판례를 존중하여 자의적인 단속이 이루어질 여지가 있는 부분을 해소할 필요가 있다. 이를 위해서는 현행 “불법하도급 기준”에서 주의 사항을 신설하여 단속 대상에서 제외할 필요가 있다. 구체적으로는, 인력의 경우 ‘노무인력의 단가나 수에 따른 대가 지급 여부’, ‘팀원에 대한 개별적 대가 지급’이 이루어진 경우 단속 대상에서 제외할 필요가 있다. 또한, 자재의 경우 ‘업종 공사의 엄격한 해석’, ‘탈·부착의 용이성’, ‘설치공사의 수준’ 여부에 따라 제외할 필요가 있다. 나아가 장비의 경우 ‘기계의 가동시간을 기초로 대여료와 조종사의 임금 지급’, ‘건설사업자의 관리·감독’이 이루어진 경우 제외할 필요가 있다.

다음으로, 최근 의결된 「건설산업기본법 시행령」 개정안은 “불법하도급 기준” 개선이 이루어진 이후에 시행할 필요가 있다. 또한, 개선된 “불법하도급 기준”을 최대한 홍보하고, 건설 현장에서 계도할 필요가 있다. 그리고 현행 「건설산업기본법」에 따른 시정명령 대상에 불법하도급 관련 제25조 제2항 및 제29조에 관한 규정을 신설함으로써 예방 중심으로 전환할 필요가 있다.

(2) 중·장기적 측면

우리나라의 건설공사는 하도급이 원칙적으로 1회만 가능하고, 발주자의 서면 승낙, 신기술·특허를 가진 업체에 공사금액의 20%이내의 예외적인 경우에 한하여 전문공사 하도급, 재하도급 등을 허용하고 있다. 하도급계약이 매우 경직되어 있음을 알 수 있다.

건설공사는 민법상 도급계약(하도급계약 포함)의 대표적인 유형이다. 도급은 ‘당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 계약’이다(민법 제664조). 즉, 발주자(수급인) 입장에서 도급계약은 적정 가격으로 품질 좋은 목적물을 원하는 것이지 수급인(하수급인)이 직접시공을 통하여 일을 완성하는 것을 전제로 하고 있지 않다. 또한, 수급인 또는 하수급인 입장에서 하도급계약은 분야별 전문성을 요구하는 것이지 계약 상대방이 보유한 인력, 자재, 장비를 통해서만 시공하는 것을 상정하고 있지 않다. 이렇듯 시공 전문성을 위한 하도급계약은 인력, 자재, 장비에 대한 유연성이 필요하다. 그리고 현행 「건설산업기본법」에 따른 건설업종 및 업무내용이 건설공사의 현실과 부합한지도 검토가 필요하다. 특히, 2018년 건설업 상호시장 허용제도 도입에 따라 전문건설업종이 대업종화되었는데, 이는 수주는 용이하나, 직접시공과는 차이가 있는 상황이다.

이러한 점을 종합적으로 고려하여, 전문공사 하도급, 재하도급 등 불법하도급의 유형과 기준을 전면 재검토할 필요가 있다.

V. 결론

불법하도급은 부실시공, 안전사고 및 임금체불의 주요 원인이 될 수 있기 때문에 강력하게 단속하고 처벌하고 있다. 현재 불법하도급은 ①무등록자 및 무자격자 하도급, ②일괄하도급, ③전문공사 하도급, ④재하도급, ⑤10억 미만 공사 하도급, ⑥상호시장 하도급의 6가지 유형이다. 정부는 불법하도급 단

속을 위하여 “불법하도급 기준”을 배포하고 있다. 그러나 “불법하도급 기준”이 계약 주체 중심의 규제 방식에 불과하고, 단속 방법이 매우 자의적인 상황이다. 또한, 다른 법률에 비해서 이미 그 처벌 수준이 높은 상황에서, 최근에 의결된 「건설산업기본법 시행령」개정안은 그 처벌 수준만 더 강화하고 있기 때문에, 비례의 원칙을 위배한다고 판단된다.

이러한 상황에서 우리나라 법원의 판결과 일본의 사례는 건설현장의 특성 및 비례의 원칙에 부합하는 것으로서, 정부의 “불법하도급 기준”에 많은 시사점을 준다고 할 것이다.

따라서 “불법하도급 기준”을 계약 주체 중심의 외형적 판단과 처벌 중심이 아니라 안전과 품질을 위한 예방 중심으로 개선할 필요가 있다.

이를 위해서는 단기적으로 “불법하도급 기준”에 주의 사항을 신설하여 단속 대상에서 제외하는 형태로 개선하고, 예방 중심으로 전환할 필요가 있다. 또한, 중·장기적으로 전문공사 하도급, 재하도급 등 불법하도급의 유형과 기준을 전면 재검토할 필요가 있다.

참고문헌

1. 국토교통부(건설산업기본법 일부개정법률안 검토보고서, 염태영 의원 대표발의, 의안번호 2216696호)
2. 일본 국토교통성 처벌 공시 시스템
3. 법제처(건설산업기본법 시행령 일부개정령안)
4. 홍성진, “공정거래 정책: 불법하도급 유형 및 원인 분석에 따른 정책적 시사점”, 건설정책저널 제60호, 2025.