

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020두36915 시정명령등취소

원고, 상고인 겸 피상고인

주식회사 동일스위트

소송대리인 변호사 임시규 외 3인

피고, 피상고인 겸 상고인

공정거래위원회

소송대리인 법무법인 인본

담당변호사 김종규 외 3인

원 심 판 결 서울고등법원 2020. 2. 12. 선고 2019누46406 판결

판 결 선 고 2023. 1. 12.

주 문

원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 원고의 상고이유에 관하여

원심은 판시와 같은 이유를 들어 원고는 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 '하도급법'이라고 한다) 제2조 제2항 제1호에 정해진 '중소기업자가 아닌 사업자'이고, 원고가 ○○○○ 주식회사(이하 '○○○○'이라고 한다)에 이 사건 각 공사를 하도급 준 과정은 하도급법 제4조 제2항 제7호에 정해진 '경쟁입찰'에 해당하며, 이 사건 각 공사에 관한 계약에 수급사업자인 ○○○○의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 조건이 포함되어 있다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위 판단에 상고이유 주장과 같이 중소기업자, 부당한 특약 및 경쟁입찰의 각 해석 및 적용에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 피고의 상고이유에 관하여

가. 하도급법 제4조 제2항은 "다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다."라고 규정하면서, 제7호에서 '경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위'를 들고 있다. 위 규정은 경쟁입찰에 의한 하도급계약을 체결함에 있어 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위를 금지함으로써 종국적으로는 투명하고 공정한 하도급거래질서를 정착시키려는 데에 그 입법 취지와 목적이 있다.

한편, 하도급법 제25조 제1항은 제4조 등의 규정을 위반한 발주자와 원사업자에

대한 시정조치로서 공정거래위원회는 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 향후 재발방지 그 밖에 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다고 정하고 있다. 하도급법 제4조 제2항 제7호는 부당한 하도급대금의 결정인지를 판단하는 기준을 최저가 입찰금액으로 명확히 규정하고 있고, '경쟁입찰'이라는 거래방식의 특수성에 비추어 볼 때, 입찰과정에서 원사업자가 입찰예정가격을 정당하게 산정한 후 입찰금액이 이를 초과하는 경우 추가협상이 있을 수 있음을 사전에 고지함으로써 수급사업자는 경우에 따라 최저가 입찰금액보다 낮은 수준에서 하도급계약이 체결될 수 있음을 예상할 수 있었던 사정이 인정된다거나 그 밖에 공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유 등 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것을 정당화할 객관적·합리적 사유를 원사업자가 주장·증명하지 못하는 이상, 부당한 하도급대금의 결정이 없었더라면 원사업자와 수급사업자 사이에 적어도 최저 입찰가 수준에서 하도급계약이 체결되었을 것이라는 사정도 충분히 인정된다. 따라서 하도급법 제4조 제2항 제7호에 해당하는 행위에 대하여는 특수한 형태의 시정조치로서 최저가 입찰금액과 실제 하도급대금의 차액 상당의 지급명령이 허용된다.

나. 그럼에도 원심은 그 판시와 같이 원고가 경쟁입찰에 의하여 ○○○○과 하도급계약을 체결하면서 정당한 사유 없이 최저가 견적가격보다 낮은 금액으로 계약금액을 정하였음을 인정하면서도 원고와 ○○○○이 실제로 최저가 견적가격을 계약금액으로 정하였을 것이라고 인정하기 어렵다는 이유로 원고의 부당한 하도급대금 결정행위에 대한 지급명령이 허용될 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 하도급법 제4조 제2항 제7호의 규정 형식과 내용 및 입법 취지, 부당한 하도급대금 결정행위 해당성을

조각할 정당한 사유에 관한 주장·증명책임의 소재 등 지급명령이 허용되는지를 판단하는 데에 필요한 사항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하며, 원고의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	천대엽
-----	-----	-----

	대법관	조재연
--	-----	-----

주 심	대법관	민유숙
-----	-----	-----

	대법관	이동원
--	-----	-----



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2024-04-17

서울고등법원

제 7 행정부

판 결

사	건	2023누31500 시정명령등취소
원	고	주식회사 A
		소송대리인 법무법인 태평양
		담당변호사 박상현, 임지석
피	고	공정거래위원회
		소송대리인 법무법인 인본
		담당변호사 서범석
환송전 판결		서울고등법원 2020. 2. 12. 선고 2019누46406 판결
환 송 판 결		대법원 2023. 1. 12. 선고 2020두36915 판결
변 론 중 결		2023. 7. 6.
판 결 선 고		2023. 8. 31.

주 문

1. [별지 1] 제3항 기재 지급명령에 관한 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송총비용은 원고가 부담한다.



청 구 취 지

피고가 2019. 5. 9. 원고에게 의결 B로 한 [별지 1] 기재 제1, 2, 3, 5항의 처분을 모두 취소한다.

이 유

1. 환송 후 법원의 심판범위

원고는 피고가 2019. 5. 9. 원고에게 한 [별지 1] 제1, 2, 3, 5항 기재 시정명령, 지급명령, 과징금납부명령의 취소를 구하는 이 사건 소를 서울고등법원에 제기하였고, 환송 전 서울고등법원은 원고의 청구 중 [별지 1] 제3항 기재 지급명령에 관한 부분을 인용하여 그 지급명령을 취소하고 나머지 청구는 기각하였다. 이에 원고와 피고가 각각 패소 부분에 대하여 상고하였고, 대법원은 원고의 상고는 기각하고, 피고의 상고에 관하여는 피고 패소 부분을 파기하고 그 부분을 서울고등법원으로 환송하였다.

따라서 환송 전 서울고등법원 판결 중 원고의 상고가 기각된 [별지 1] 제1, 2항 기재 시정명령 및 제5항 기재 과징금납부명령 부분은 그대로 확정되었고, 파기환송된 [별지 1] 제3항 기재 지급명령 부분만이 환송 후 법원의 심판대상이 된다.

2. 처분의 경위

가. 원고의 지위 등

1) 원고는 건설산업기본법 제2조 제7호의 건설업을 영위하는 회사이고, C 주식회사(이하 '주식회사'라는 명칭은 생략한다)는 건설업을 영위하는 중소기업자로서, 원고로부터 2014. 12. 31.부터 2016. 1. 21.까지 아파트 신축공사의 형틀공사를 건설 위탁받은 회사이다.



2) 원고와 C의 2015년 말경을 기준으로 한 일반 현황은 아래 표와 같다.

구분	업종	매출액	시공능력평가액
원고	토목건축공사업 등	193,909,000,000원	8,349,000,000원
C	철근콘크리트공사업 등	23,988,000,000원	24,602,000,000원

나. 원고와 C의 각 하도급계약 체결

1) 원고는 2014. 11. 28. 고양 D 1차 신축공사 중 형틀공사(이하 'D 1차 공사'라고 한다)를, 2015. 8. 21. 고양 E 신축공사 중 형틀공사(이하 'E 공사'라고 한다)를, 2015. 12. 15. 고양 D 2차 신축공사 중 형틀공사(이하 'D 2차 공사'라고 한다. 그리고 위 각 공사를 통틀어 '이 사건 각 공사'라고 한다)를 수행하는 수급사업자 선정을 위한 현장 설명회를 각각 개최하였다(이하 이 사건 각 공사와 관련된 현장설명회를 통틀어 '이 사건 현장설명회'라고 한다).

2) 원고는 이 사건 현장설명회에 참석한 협력업체 관계자에게 아래 내용이 기재된 현장설명서와 특기시방서를 교부하였고, 그 현장설명서와 특기시방서는 이 사건 각 공사계약 제2조 제1항에 따라 계약 내용의 일부를 이룬다.

[이 사건 현장설명서]

4. 견적에 관한사항

- 1) 견적방법: 현장설명 참가업체로 한다.
- 2) 계약방법: 견적에 의한 최저가 업체를 우선 계약대상자로 협의한다.

11. 민원처리 관련사항

- 1) 공사진행에 있어 현장 주변 입주민, 통행인의 생명, 재산, 신체에 대한 피해, 불편이 없도록 주의하여야 하며, 모든 민원에 대한 처리비용 및 민, 형사상 책임을 진다.
- 4) 주위 건축물 및 기타 제3자에게 피해가 있을 때는 즉시 응급조치를 취함과 동시에 차후 처리에 대한 비용은 일체 “을”이 부담한다(이하 ‘제1특약’이라 한다).



[이 사건 특기사항]

1. 공사(건축)범위

2) 현장 내 콘크리트 타설을 위한 형틀 조립 및 해체 일체 포함하며 비계설치 및 해체 일체 포함하며 특히 다음 사항은 건축내역 ITEM이 없더라도 건축금액에 포함하여 산출한다.

(9) 현장 도착 및 반출시 해당 공종 지급자재 및 지입자재 상차, 하차비, 돌관작업비, 갱폼, AL폼 하차, 반납상차: 인건비, 지게차 포함(“을”이 부담한다.) (이하 ‘제2특약’이라 한다)

3) 그 후 원고는 2014. 12. 31.부터 2016. 1. 21.까지 C에 아래 표에서 보는 바와 같이 이 사건 각 공사를 건설 위탁하였다.

(단위: 백만 원, 부가가치세 제외)

하도급 계약명	계약일자	공사기간	계약금액	기타
D 1차 공사	2014. 12. 31.	2014. 12. 31. ~ 2016. 7. 31.	9,250	
E 공사	2015. 10. 8.	2015. 10. 8. ~ 2017. 6. 30.	13,100	
D 2차 공사	2016. 1. 21.	2016. 1. 21. ~ 2017. 6. 30.	8,100	
	2017. 6. 30.	2016. 1. 21. ~ 2017. 8. 20.	8,300	변경계약
합 계			30,650	변경계약 기준

다. 피고의 처분

1) 피고는 2019. 5. 9. 의결 B로 원고에게, ㉔ 부당한 특약을 설정하여(아래 ①항) 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2016. 3. 29. 법률 제14143호로 개정되기 전의 것, 이하 '하도급법'이라 한다) 제3조의4 제1, 2항을 위반하였다는 이유로 [별지 1] 제1항 기재 시정명령을, ㉕ 부당하게 하도급대금을 결정하여(아래 ②항) 하도급법 제4조 제1항, 제2항 제7호를 위반하였다는 이유로 [별지 1] 제2항 기재 시정명령, 제3항 기재 지급명령, 제5항 기재 과징금납부명령을 하였다.



① 부당 특약 설정행위

원고는 C과 이 사건 각 공사계약을 체결하면서, 그 계약의 일부를 이루는 현장설명서 또는 특기시방서에 C의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 '민원처리 등과 관련한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 계약조건'인 제1특약을, '돌관작업 비용을 견적에 포함하도록 하는 계약조건'인 제2특약을 설정하였다.

② 부당한 하도급대금 결정행위

이 사건 각 공사의 계약자 선정방식은 경쟁입찰에 해당하는데, 원고는 이 사건 현장설명회에 참석한 여러 협력업체로부터 견적서를 제출받고, 이후 협상 대상으로 선정한 복수의 업체 중 C과 각 공사와 관련하여 제출된 최저 견적금액보다 낮은 금액으로 하도급계약을 체결함으로써 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 이유 없이 최저가 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하였다.

2) [별지 1] 제3항 기재 지급명령은 아래 표와 같이 이 사건 각 공사 중 D 1차 공사와 E 공사의 각 계약금액에서 각 공사의 최저 견적금액을 뺀 차액 상당인 1,451,000,000원과 이에 대한 부가가치세의 지급을 명한 것이다(이하 '이 사건 지급명령'이라 한다).¹⁾

하도급 계약명	부당한 하도급 대금 결정금액(차액, 부가가치세 제외)
D 1차 공사	642,000,000원
E 공사	809,000,000원
합 계	1,451,000,000원

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 14호증, 을 제13호증, 변론 전체의 취지

3. 원고 주장의 요지

이 사건 지급명령은 다음과 같은 이유로 위법하므로 취소되어야 한다.

가. 정당한 사유의 존재

원고는 수급사업자들에게 배포한 현장설명서에 입찰 후 추가적인 협의를 통해 계

1) D 2차 공사의 경우는 한 차례 변경계약이 체결되어 최종 계약금액이 최저가로 입찰한 금액보다 높아져서 지급명령 대상에서 제외되었다.



약을 체결한다는 점을 명시·설명하였고, C 측은 스스로 원고를 찾아와 적극적으로 최저가 입찰금액보다 낮은 가격을 제시하면서 공사를 맡아서 수행하고 싶다는 의사를 피력하였으므로, C을 포함한 수급사업자들은 계약금액이 최저가 입찰금액보다 낮아질 수 있다는 점을 충분히 예상할 수 있었다. 또한 위와 같이 C이 최저가 낙찰자가 아님에도 스스로 계약당사자가 되기 위하여 적극적으로 낮은 가격을 제시한 것은 '원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유'로 보아야 한다. 따라서 원고가 최저가 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정한 데에는 정당한 사유가 있다.

나. 피고의 재량권 일탈·남용

하도급법 제33조는 과실상계라는 제목 아래 원사업자의 하도급법 위반행위에 관하여 수급사업자에게 책임이 있는 경우에는 이를 고려할 수 있도록 정하고 있다. 또한 지급명령의 법적 성격이 간이한 절차에 의한 손해배상이라는 점을 고려할 때 손해배상 책임의 제한 사유도 함께 고려되어야 한다. 그런데도 피고는 이 사건 지급명령 금액을 산정할 때 C의 귀책사유나 책임제한 사유를 고려하지 않았으므로, 이 사건 지급명령에는 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다.

4. 관계 법령

[별지 2] 기재와 같다.

5. 이 사건 지급명령의 적법 여부

가. 정당한 사유의 존재 유무

1) 관련법리

하도급법 제4조 제2항 제7호의 부당한 하도급대금 결정행위의 경우, 입찰과정에



서 원사업자가 입찰예정가격을 정당하게 산정한 후 입찰금액이 이를 초과하는 경우 추가협상이 있을 수 있음을 사전에 고지함으로써 수급사업자는 경우에 따라 최저가 입찰금액보다 낮은 수준에서 하도급계약이 체결될 수 있음을 예상할 수 있었던 사정이 인정된다거나, 그 밖에 공사현장 여건, 원사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유 또는 수급사업자의 귀책사유 등 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것을 정당화할 객관적·합리적 사유를 원사업자가 주장·증명하지 못하는 이상, 부당한 하도급대금의 결정이 없었더라면 원사업자와 수급사업자 사이에 적어도 최저 입찰가 수준에서 하도급계약이 체결되었을 것이라는 사정이 충분히 인정된다. 따라서 하도급법 제4조 제2항 제7호에 해당하는 행위에 대하여는 특수한 형태의 시정조치로서 최저가 입찰금액과 실제 하도급대금의 차액 상당의 지급명령이 허용된다.

2) 구체적 판단

앞서 인정한 사실에 갑 제4, 23호증(가지번호 포함, 이하 같다) 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 아래의 사정을 더하여 보면, 원고가 주장하는 사정과 원고가 제출한 증거만으로는 수급사업자가 최저가 입찰금액보다 낮은 수준에서 하도급계약이 체결될 수 있음을 예상할 수 있었거나, 원고가 최저가 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정한 것을 정당화할 수 있는 객관적·합리적 사유가 있다고 볼 수 없다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 원고가 수급사업자들에게 나눠준 현장설명서에는 "견적에 의한 최저가 업체를 우선 계약대상자로 협의한다."라고 기재되어 있을 뿐이고, 협의의 구체적 방법 및 조건, 협의의 대상이 되는 수급사업자의 범위, 협의가 이루어질 경우 최저가 입찰금액보다 더 낮은 가격으로 하도급대금이 결정될 가능성 등에 관한 구체적 내용을 포함하



고 있지 않으며, 그에 관한 원고의 추가적 고지도 없었다. 그렇다면 원고가 위와 같이 협의의 가능성을 현장설명서에 포함하였다는 사실만으로는 수급사업자들이 최저 입찰금액보다 낮은 수준에서 하도급 계약이 체결될 수 있을 것을 예상할 수 있었다고 보기 어렵다.

② 하도급법에서 최저가 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위를 금지하는 것은 투명하고 공정한 하도급거래 질서를 정착시키려는 데 그 입법취지와 목적이 있다. 그런데 이 사건과 같이 원고가 단순히 현장설명서에 추가협상의 가능성만을 기재한 경우에도 수급사업자들의 예상가능성이 있다고 보아 정당한 사유가 있는 것으로 본다면, 원사업자는 추가협상의 객관적·합리적 사유가 없는 경우에도 추가협상의 가능성만을 기재하여 둠으로써 하도급법 제4조 제2항 제7호의 제한을 회피할 수 있게 되고 그 결과 수급사업자들은 원사업자의 부당한 가격인하 요구를 거부하기 어렵게 되어, 경쟁입찰에서 부당한 하도급대금 결정행위 간주 규정을 두어 불공정거래행위에 효과적으로 대처하고 공정한 하도급거래를 정착시키려는 위 규정의 취지가 몰각될 우려가 있다.

③ 원고는 C이 자신이 최저 입찰가격을 제출하지 않은 사실을 알면서도 원고에게 최저가 입찰금액 보다 낮은 금액을 제시하면서 자신과 계약을 체결할 것을 요구하였으므로 최저가 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정한 데에 정당한 사유가 있다고 주장한다. 그러나 원고가 최저 입찰가격을 제출한 업체가 아닌 다른 업체와 계약체결을 위한 협의를 진행하였다는 것 자체로, 협의 상대방에게 최저 입찰가격보다 낮은 가격을 제시하지 않는 이상 계약이 체결될 수 없다는 사실을 암시한 것이라 할 수 있어, 계약체결 협의 과정에서 협의 상대방이 최저가 입찰가격보다 낮은 금액을 제



시하지 않을 것을 기대할 수는 없었다고 보아야 하는데다가, 갑 제23호증[관련 형사사건(부산지방법원 2019고단5528)의 C 대표이사 J에 대한 증인신문 녹취서]에 따르면, 원고는 D 1차 공사, E 공사에 관하여 C과 계약체결을 협의하는 과정에서 금액을 낮춰 줄 것을 요구하면서 그 요구에 응하지 않으면 다른 업체와 계약을 체결할 것 같은 의사를 내비침으로써 C 측에 최저가 입찰가격보다 낮은 금액으로 하도급대금액을 정할 것을 요구한 사실이 인정된다. 이러한 사정에 비추어 보면, 설령 계약체결 협의 과정에서 C이 최저가 입찰가격보다 낮은 금액을 제시하였거나, C이 제시한 가격이 결과적으로 최저 입찰가격보다 낮았다고 하더라도, 이를 가리켜 원고가 최저가 입찰금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정한 것을 정당화할 수 있는 객관적·합리적 사유(원고에게 책임을 돌릴 수 없는 사유 또는 C의 귀책사유)가 있다고 보기는 어렵다.

나. 피고의 재량권 일탈·남용 여부

하도급법 제33조에 수급사업자에게 책임이 있는 경우에는 피고가 시정조치 등을 할 때 이를 고려할 수 있다고 규정되어 있기는 하다. 그러나 피고는 하도급법 제4조 제2항 제7호 위반행위에 대하여 지급명령을 하는 경우에 '최저가 입찰금액과 실제 하도급대금의 차액 상당액'에 대한 지급명령을 할 수 있을 뿐이고, 피고에게 수급사업자의 책임 있는 사유, 과실, 원사업자와 수급사업자 사이의 구체적 사정 등을 고려하여 과실상계나 책임제한 등을 통해 지급명령액을 감액할 수 있는 재량이 있다고 볼 수는 없다. 그 이유는 아래와 같다.

따라서 피고가 지급명령액을 산정할 때 수급사업자의 책임 있는 사유, 과실 등을 고려하여 원고의 손해배상책임을 제한하지 않은 것은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다는 원고의 주장도 받아들일 수 없다.



① 하도급법 제25조 제1항은 피고가 선택할 수 있는 여러 시정조치 중 하나로 지급명령(하도급대금 등의 지급)을 정하고 있는데, 피고는 하도급법 위반행위를 한 원사업자에게 시정조치를 할 것인지 여부 및 시정조치를 할 경우 어떤 종류의 시정조치를 선택할 것인지에 관한 재량권이 있다. 그러나 하도급법 제25조 제1항에 열거된 모든 하도급법 위반행위에 대하여 지급명령이 허용되는 것은 아니고, 위반행위의 종류에 따라 지급명령이 허용될 수 있는지가 달라진다. 하도급법 위반행위에 대한 지급명령의 가부를 판단할 때는 '법문상 지급명령액 산정의 기준이 특정되는지 또는 해석상 그 산정 기준 금액을 명확하고 구체적으로 도출할 수 있는지'를 고려하여야 하고, 지급명령액 산정의 기준이 되는 정당한 가격을 명확하게 산정하기 어려운 경우에는 지급명령 자체가 허용되지 않는다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2012두15555 판결, 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두59430 판결 등 참조). 나아가 하도급법은 피고가 지급명령액 산정의 기준이 되는 정당한 하도급대금을 산정할 수 있음을 전제로 한 구체적인 기준을 정한 규정이나 지급명령액의 감액에 관한 구체적인 규정을 두고 있지도 아니하다.

② 하도급법 제4조 위반으로 인한 지급명령은 피고가 원고에게 손해배상의 지급을 명하는 성격을 갖는 것이기는 하나(대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두59430 판결 등 참조), 피고의 지급명령은 원사업자에게 공법상 의무를 부과하는 것에 그치는 것이고, 원사업자와 수급사업자 사이의 민사적 법률관계에 직접적인 영향을 미친다고 볼 수는 없다. 즉, 원사업자와 수급사업자 사이에 손해배상액에 관한 다툼이 있을 경우 그 구체적인 산정은 최종적으로 민사재판을 통하여 확정될 수밖에 없다. 이처럼 하도급법 위반행위에 따른 피고의 지급명령과 원사업자가 수급사업자에게 부담하는 민사상 손해배상책임은 성격이 다른바, 하도급법상 지급명령이 손해배상의 성격을 갖는다는 점에만 주목하



여 피고가 지급명령을 할 때 민사상 책임제한의 원칙인 과실상계 또는 손해배상책임의 제한까지 적극적으로 고려할 수 있는 재량권이 있다고 보기는 어렵다.

③ 하도급법상 지급명령은 간이한 절차를 통해 일반 민사법에 의한 구제수단보다 더 신속하고 간편하게 수급사업자가 권리구제를 받을 수 있도록 하기 위하여 도입된 제도이다. 그런데 피고에게 수급사업자의 과실 등 제반사정을 고려하여 지급명령액을 산정하거나 감액할 수 있다고 볼 경우, 피고는 심판 과정에서 수급사업자의 과실비용을 산정하거나 책임제한의 필요성을 판단하기 위하여 원사업자가 주장하는 제반사정을 살펴보아야 할 것이고, 원사업자에 의하여 행정소송이 제기되는 경우에도 같은 사정이 발생할 수 있다. 이렇게 될 경우, 지급명령의 적법성에 관한 행정소송이 확정되더라도 원칙적으로 민사재판에 영향을 미칠 수 없는 상황에서 사실상 동일한 소송이 행정소송과 민사소송의 형태로 반복될 가능성이 있다. 이처럼 지급명령액 산정 과정에서 산정 금액이나 감액에 관하여 피고의 재량을 인정할 경우 오히려 수급사업자의 구제절차를 지연시키는 결과를 야기할 수 있고, 이는 간이한 절차를 통한 구제수단이라는 지급명령의 제도적 취지에 반한다.

④ 또한 피고의 심판 절차 및 그에 따른 행정소송은 기본적으로 원사업자인 원고와 행정청인 피고 사이의 문제이고, C과 같은 수급사업자는 당사자가 아니다. 피고의 심판 절차에서 수급사업자는 단순한 신고인 내지 참고인의 지위에 불과하여 심리 과정에서 수급사업자의 주장이 반영될 수 있는 절차적 보장도 미흡하므로, 피고에게 수급사업자의 과실 등을 고려하여 지급명령액을 감액할 권한이 있다고 보게 되면 불합리한 결과가 발생할 우려가 있다.

⑤ 위와 같은 사정을 종합하면, 하도급법 제33조에서 수급사업자에게 책임이 있는



경우에는 피고가 시정조치에 관한 재량권을 행사할 때 이를 고려할 수 있다고 규정하고 있더라도, 이는 피고에게 수급사업자의 책임 있는 사유, 과실 등을 고려하여 '지급 명령액을 산정하거나 지급명령액을 감액할 수 있는 재량권'까지 부여한 것으로 볼 수는 없다.

6. 결 론

이 사건 지급명령의 취소를 구하는 원고의 청구는 이유 없으므로 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김대웅

판사 김상철

판사 배상원



[별지 1]

시정명령, 지급명령, 과징금납부명령

1. 원고는 C 주식회사에게 고양 D 1차 신축공사, 고양 E 신축공사, 고양 D 2차 신축공사의 형틀공사를 건설위탁하면서 '민원처리 등과 관련한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 계약조건' 및 '돌관작업 비용을 견적에 포함하도록 하는 계약조건'과 같이 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 설정하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
2. 원고는 경쟁입찰 방식을 통해 C 주식회사와 고양 D 1차 신축공사, 고양 E 신축공사, 고양 D 2차 신축공사의 형틀공사를 건설위탁하면서 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 것과 같은 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
3. 원고는 C 주식회사에 대하여 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정함으로써 발생한 아래 <표 1> 기재 차액 및 이에 대한 부가가치세를 지체 없이 지급하여야 한다.
4. 생략
5. 원고는 다음 각 호에 따라 과징금을 국고에 납부하여야 한다.
 - 가. 과징금액: 1,532,000,000원
 - 나. 납부기한: 과징금납부고지서에 명시된 납부기한(60일) 이내
 - 다. 납부장소: 한국은행 국고수납대리점 또는 우체국.

<표 1> 부당한 하도급대금 결정행위에 따른 지급명령 금액

(단위: 백만 원, 부가가치세 제외)

하도급 계약 명	부당한 하도급 대금 결정금액(차액)
고양 D 1차 신축공사 중 형틀공사	642
고양 E 신축공사 중 형틀공사	809
합 계	1,451

-끝-



[별지 2]

관계 법령

■ 하도급거래 공정화에 관한 법률(2016. 3. 29. 법률 제14143호로 개정되기 전의 것)

제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지)

- ① 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 하는 경우 부당하게 목적물등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정(이하 "부당한 하도급대금의 결정"이라 한다)하거나 하도급받도록 강요하여서는 아니 된다.
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다.
 7. 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위

제25조(시정조치)

- ① 공정거래위원회는 제3조 제1항부터 제4항까지 및 제9항, 제3조의4, 제4조부터 제12조까지, 제12조의2, 제12조의3, 제13조, 제13조의2, 제14조부터 제16조까지, 제16조의2 제7항 및 제17조부터 제20조까지의 규정을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 특약의 삭제나 수정, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다.

제33조(과실상계)

원사업자의 이 법 위반행위에 관하여 수급사업자에게 책임이 있는 경우에는 이 법에 따른 시정조치·고발 또는 벌칙 적용을 할 때 이를 고려할 수 있다. 끝.