

납품단가 조정협의권 위임에 관한 주요 입법쟁점과 보완과제

2013. 4. 22

목 차

I. 문제제기	5
II. 현행 하도급법상 규제 현황 및 개정법안의 검토	6
1. 하도급거래의 의의	6
2. 하도급법의 입법연혁	6
3. 현행 하도급법상 수급사업자 보호현황	8
4. 개정법(안)의 검토	15
5. 하도급거래 규제에 대한 비교법적 검토	23
III. 현행 하도급법 및 개정(안)의 입법적 검토	39
1. 위헌성 검토	39
2. 민법상 사정변경의 원칙 적용의 문제점	45
3. 부당공동행위(카르텔)의 합법화 우려	48
4. 수급사업자의 계약자유권 침해	49
5. 수급사업자의 사업기회 박탈	50
6. 협상권 단일화로 인한 중소기업협동조합의 시장독점우려	51
7. 중소기업의 경쟁력 약화	51
8. 원사업자의 협력업체 선정의 다양성 상실	52
IV. 결어	54
참고문헌	56

- 이 보고서는 전삼현 숭실대학교 교수, 강선준 과학기술연합대학원대학교 교수, 함택동 기업소송연구회 전문위원이 작성한 것입니다.
내용과 관련하여 의견이나 문의사항이 있으시면 아래로 연락하여 주시기 바랍니다.
- 문의 : 전경련중소기업협력센터 사업팀 윤지훈 연구원
TEL : 02-6336-0618 FAX : 02-3771-0143 E-mail : jhyun@fkilsc.or.kr

표 목차

<표 1> 하도급법의 변천과정	7
<표 2> 납품단가 협상권의 변천과정	17
<표 3> 납품단가 협상권에 관한 현행 규정 및 개정(안)의 비교	19
<표 4> 한·일간 하도급법상 재제조치 비교	26
<표 5> 각국별 하도급 규제 관련 법령현황	36

I. 문제 제기

현대의 자본주의 경제사회에서는 기업의 성장이 곧 국가의 성장을 견인하는 역할을 하기 때문에 기업의 글로벌 경쟁력은 국가의 장래를 결정하는 중요한 요소이다. 기업은 무한경쟁시장에 직면해있기 때문에, 각국의 정부는 기업들의 글로벌 경쟁력을 높이기 위하여 다양한 제도와 환경을 조성해주고 있다. 하지만, 우리 정치권에서는 소위 경제민주화가 중요한 사회적 아젠다(agenda)가 되면서 무분별하게 대기업과 중소기업간 하도급거래 및 납품단가에 대한 갈등에 대하여 민법의 규정과 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’)에 별도의 규제조항, 과징금과 형벌과 같은 강력한 제재수단이 있음에도 불구하고, 시장배분적 규제와 명분을 이용하여 집단이기주의와 포퓰리즘에 입각한 하도급법 개정안을 입법발의 추진 중에 있다.

대기업과 중소기업이 성장의 과실을 널리 향유하기 위해서는 하도급거래 등에서 공정거래 원칙을 기반으로 한 시장경제질서를 확립하는 것이 중요하다. 헌법재판소에서 “중소기업의 보호는 넓은 의미의 경쟁정책의 한 측면을 의미하므로 중소기업의 보호는 원칙적으로 경쟁질서의 범주 내에¹⁾서 경쟁질서의 확립을 통하여 이루어져야 한다. 중소기업 육성이란 공익을 경쟁질서의 테두리 안에서 실현해야 한다. 현 상태의 유지를 법률의 형태로 보장함으로써 중소기업을 대기업과의 경쟁에서 제외시키는 방법은 결코 바람직한 것이 못된다”고 판시¹⁾하고 있다.

그러나 우리 법제의 입법방향은 이와는 역행하고 있다. 특히, 중소기업협동조합(이하 ‘조합’)이 법에 의하여 강제적으로 중소기업들로부터 납품단가 협상권을 독점적으로 위임받아 원사업자와 납품단가 협상을 전담하도록 하는 제도의 도입이 논란의 중심에 있다. 그러나 이는 사적인 계약 부분에 있어서 정부가 법률을 통하여 시장에 개입하는 입법정책으로서 위헌적 소지는 물론이고, 수급사업자 계약의 자율권 침해, 부당한 공동행위의 조장, 중소기업들의 경쟁력을 약화시키는 역효과 등을 우려하는 주장들이 설득력 있게 제기되고 있다.

이에 현재 하도급법의 중소기업보호 현황과 개정안, 그리고 각국의 하도급거래 규제에 관한 법령을 중심으로 검토하며, 민법상 사정변경의 원칙과 이에 기초를 둔 다양한 이론들에 대한 입법적인 분석과 검토를 통하여 조합에게 납품단가 협상권을 부여하는 제도의 도입의 부당성에 대하여 고찰하고, 정책적인 대안을 제시하고자 한다.

1) 헌법 재판소 전원재판부 96헌가18, 1996.12.26 판결.

II. 현행 하도급법상 규제 현황 및 개정법안의 검토

1. 하도급거래의 의의

도급 또는 하도급(subcontracting) 형태의 생산방식은 로마법에도 규정되어 있었을 정도로 그 역사가 깊다. 그러나 산업조직의 한 형태로 대두되기 시작한 것은 산업혁명 이후로 보고 있다. 산업혁명으로 인해 대량생산체제가 정착되면서 전문화·분업화가 조직의 원리로 자리잡기 시작했고, 이는 조직내적으로는 직급간의 종적·계층적 분업과 인사, 생산, 판매 등 기능 간의 횡적·기능적 분업의 형태로 나타났으며, 조직외적으로는 기업과 기업 간의 기능적 분업관계로 나타났다. 분업화·전문화 및 경영상의 이유로 인하여 오늘날 대부분의 기업은 생산을 전부 外注(outsourcing)에 맡기고 자신은 기획, 판매만을 관장하는 경우가 많아졌고, 대기업이 중소기업과의 분업과 전문화를 통하여 상호 보완적 협력관계를 유지하고 있다.²⁾

하도급거래는 사법상의 법률관계이기 때문에 일반사법의 원리에 따라 해결되는 것이 원칙이다. 하도급법상 하도급거래란 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁을 포함)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁을 받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공하거나 용역수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가를 받는 행위이다(하도급법 제2조 제1항).

2. 하도급법의 입법연혁

정부는 공정한 하도급거래질서를 확립하여 대기업과 중소기업이 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형있게 발전할 수 있도록 하기 위해 1982년 12월 31일 하도급거래에서 빈번하게 일어나는 불공정행위 유형을 예시한 ‘하도급거래상의 불공정행위유형 고시’(경제기획원 고시 제59호)를 제정하여 1984년 4월 1일 시행하였다. 그러나 위 고시를 시행한 이후 불공정하도급거래에 대한 신고가 대폭 증가하였고, 고시의 내용이 기업들의 사법상 권리의무를 수정 내지 변경하는 것이어서 비록 법률에 근거하고 있기는 하지만 고시로써 규정하는 것보다는 독립된 법률로 제정하는 것이 바람직하다는 의견

2) 노회범, “하도급거래공정화에관한법률 제14조 제1항 등 위헌소원－ 하도급대금 직접지급제와 계약의 자유－ 현재 2003. 5. 15. 2001 헌바 98 판결”, 「헌법재판소 판례집 15-1, 534」(헌법재판소, 2003), 9면.

이 제기되었다. 이에 여·야 의원 공동발의로 법률안이 제출되어 일본의 下請代金支給遅延等防止法(이하 ‘하청법’)을 모델로 1984년 12월 31일 제정·공포되어 1985년 4월 1일부터 시행되었다.³⁾

하도급법은 수차례 개정을 통하여 그 적용범위를 넓히고 다양한 규제수단과 방법을 도입하는 등 원사업자를 제재하기 위한 정책을 중심으로 입법화가 발전되었다. 특히 2010년과 2011년에 이루어진 법 개정을 통하여 조합에 납품단가 조정협의 신청권(하도급법 제16조의2), 기술자료 유용시 징벌적 손해배상(하도급법 제35조), 서면교부의무 불이행시 벌금부과(하도급법 제30조 제1항 제1호)를 부여하는 등 파격적인 규제내용이 도입되었다.

<표 1> 하도급법의 변천과정⁴⁾

구 분	주 요 내 용
제1차 개정 (1992.12)	<ul style="list-style-type: none"> • 대규모기업집단 소속계열사의 경우 수급사업자에서 제외 • 일정기간을 초과하여 지급된 선급금 또는 관세 환급액 등에 대하여 자제한법상 최고이자율 적용 • 시정조치를 받은 원사업자에 대한 공탁인정
제2차 개정 (1995.1)	<ul style="list-style-type: none"> • 법적용 대상 분야 확대 : 원사업자의 범위 확대 • 표준하도급계약서 도입
제3차 개정 (1996.12)	<ul style="list-style-type: none"> • 건설하도급대금 지급보증제 도입 • 시정조치수단의 다양화 및 제재강화
제4차 개정 (1999.2)	<ul style="list-style-type: none"> • 하도급대금 직접지급 의무화 • 현금결제비율유지 및 어음만기일유지 의무화
제5차 개정 (2004.1)	<ul style="list-style-type: none"> • 직접지급제도의 실효성 강화 : 과징금·벌금 부과규정 신설 • 지연이자율의 상한 명시
제6차 개정 (2005.3)	<ul style="list-style-type: none"> • 법적용 대상 확대 : 용역위탁 등의 서비스업종으로 확대 • 경제적 이익제공 요구행위 금지규정 신설 • 부당한 하도급대금 결정행위 유형 보완 및 추가 • 부당감액행위 유형 추가 • 수급사업자의 계약이행보증의무 이행거절권 명시
제7차 개정 (2007.7)	<ul style="list-style-type: none"> • 어음대체결제수단으로 지급 시 수수료 추가지급 규정 신설 • 직접지급제도 보완 : 수급사업자의 별도요청 없이도 발주자의 직접지급의무 발생(원사업자의 다른 채권자보다 우선)
제8차 개정 (2008.3)	<ul style="list-style-type: none"> • 불공정거래행위에 대한 제재 강화 : 벌점부과, 입찰참가자격의 제한, 영업정지 등

3) 제정연혁은 노회범, 위의 논문, 12면 및 권제열, “하도급거래의 공정성 제고에 관한 소고” 「법학논총 제15집」 (승실대 학교법학연구소, 2006년), 208면 이하를 참조하여 작성함.

4) 공정거래위원회, 「공정거래위원회 30년사」, 2012, 25면 이하 및 「2012년 공정거래백서」, 2012, 36면 이하를 참조하여 작성함.

구 분	주 요 내 용
제9차 개정 (2009.4)	<ul style="list-style-type: none"> • 계약 내용 등을 명시 : 원사업자가 수급사업자에게 발급하는 서면에 하도급대금, 지급방법, 계약 내용, 원자재 가격 변동에 따른 하도급대금의 조정요건 등 명시 • 하도급대금의 조정의무화 : 수급사업자에게 납품단가 조정협의권을 법적으로 보장 • 양벌규정 개정 : 종업원에 대해 관리·감독상 주의의무를 다한 고용주의 처벌 면제
제10차 개정 (2010.1)	<ul style="list-style-type: none"> • 하도급계약 추정제도 도입 • 기술자료 제공 강요 금지 • 상습 법 위반 사업자 명단공표 제도 도입 • 설계변경 등에 따른 계약금액 조정내역 통지 의무 도입 • 조사방해 행위 등에 대한 과태료 상향
제11차 개정 (2011.3)	<ul style="list-style-type: none"> • 중소기업협동조합에 납품단가 조정신청권 부여 • 즉시 조정개시(Fast Track)의 구체적 요건 신설 • 대금감액, 기술자료 요구 시 서면 발급 의무 신설

3. 현행 하도급법상 수급사업자 보호현황

(1) 하도급법의 입법 목적

하도급법은 제1조에서 “이 법은 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자(原事業者)와 수급사업자(受給事業者)가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다.

즉, 그 목적을 분석해보면 2가지로 요약할 수 있는데, 첫째는 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완하는데 목적을 두고 있으며, 둘째는 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것이다.

이는 경제적 약자의 입장에 있는 수급사업자가 도저히 원사업자와 대등한 지위를 확보할 수 없다는 점을 전제로 불가피하게 법률이 나서서 원사업자와 수급사업자 간에 대등한 지위가 보장될 수 있도록 강제하는 제도이다.

일명 ‘일방보호적 법률’이라고 할 수 있으며, 그 범위 또한 매우 광범위하다고 할 수 있다. 그러나 이러한 하도급법의 포괄적 일방보호적 목적이 타당한가 하는 점에 대하여 논란이 많다. 예를 들어 일본의 경우에는 하청법에서 그 목적을 정함에 있어서 매우 구체적인 것을 알 수 있다. 이를 분설해 보면 첫째는 하청대금지불지연의 방지이며, 둘째는 원사업자와 수급사업자에 대한 공정한 거래 유도, 셋째는 수급사업자의 이익보호, 넷째는 국민경제의 건전한 발전에 기여하는 것을 목적으로 하고 있다.

즉, 일본의 경우에는 수급사업자가 원사업자와 대등한 지위에 서야 한다는 전제하에

서 하도급법을 제정한 것이 아니라 수급사업자가 사업자로서 최소한 보장받아야 할 사항들에 대하여서만 법이 강제하는 입장을 취하는 것이다.

이러한 점에서 볼 때 우리나라의 하도급법 제정 목적 자체가 불명확하여 입법론적으로 법치주의에 반한다는 비판이 가능하다.

(2) 원사업자의 범위반시 제재

우리 하도급법은 원사업자가 이를 위반한 경우에 이에 대한 엄격한 제재를 과할 수 있도록 규제하고 있다. 즉, 우리나라는 범위반 행위에 대하여 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 됨은 물론이고, 추가로 기술탈취 및 유용의 경우에는 수급사업자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 징벌배상책임을 요구할 수 있도록 되어 있다.

반면에 일본은 단지 권고와 50만 엔 이하의 범칙금만 부과하도록 되어 있다. 독일도 부당하도급행위에 대하여는 부당이득만 환수할 수 있도록 규정하고 있다. 미국도 부당이득환수만을 명하며, 과징금 등의 제재를 가하고 있지는 않다.

이러한 점을 고려해 볼 때 우리 하도급법상의 원사업자에 대한 제재는 다른 국가들에 비하여 지나치게 엄격하다고 할 수 있다. 결론적으로 하도급법의 목적상 그 보호정도가 현재로도 과도하며, 그 위반에 대해 제재 역시 지나쳐서 하도급법이 오히려 시장에서의 경쟁을 제한하는 결과를 초래하였다고 할 수 있다.

(3) 하도급계약 체결시 수급사업자의 우월적 지위

1) 개요

우리 하도급법은 크게 수급사업자가 원사업자와 대등한 지위에 설 수 있도록 수급사업자에게 가격결정권, 거래상대방 선택결정권, 결제방법의 결정권, 계약체결방법의 결정권 등을 종합적으로 부여하였다는 점에서 진정한 의미에 있어서의 일방보호적 법률이라고 부를 수 있다는 특성을 지니고 있다.

그러나 일본의 경우에는 원사업자가 수급사업자와의 관계의 구체적인 금지사항만을 규정함으로써 수급사업자에게 소극적 권리만을 부과하고 있다고 할 수 있다. 반면에 우리 하도급법은 수급사업자에게 가격결정권, 거래상대방 선택결정권, 결제방법의 결정권, 계약체결방법의 결정권 등과 같은 적극적 권리를 인정함으로써 지나치게 수급사업자를 보호하는 것이 아닌가 하는 비판이 가능하다. 이를 상세히 보면 다음과 같다.

2) 수급사업자의 가격결정권

① 부당한 하도급대금결정 금지

하도급법 제4조에서는 원사업자가 부당한 하도급대금을 결정하는 것을 금지시키고 이를 위반하면 과징금 기타 행정명령을 통한 제재를 가하도록 규정하고 있다. 구체적으로는 원사업자는 수급사업자에게 일반적으로 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정할 수 없을 뿐만 아니라 강요도 할 수 없도록 규정하고 있다.

이는 원사업자 입장에서 볼 때 하도급대금결정에 대해 어떠한 형태로든 적극적 의사표현을 할 수 없도록 법제화함으로써 하도급거래에 있어서 수요와 공급의 법칙에 따라 당사자가 가격결정을 하는 것이 아니라 정부가 법을 통하여 시장가격을 결정할 수 있다는 것을 의미한다.

이러한 점이 원사업자 입장에서는 가능한 한 수급사업자를 선정함에 있어 특수관계를 고려할 수밖에 없도록 하는 요인이 되고 있으며, 이로 인해 대기업들과 특수관계를 설정하지 못한 중소기업들이 원사업자를 선정함에 있어 어려움을 겪게 되고 점차적으로 시장에서의 경쟁력을 잃어가는 주요한 원인이 될 수 있다.

그 밖에도 우리 하도급법은 하도급대금결정과 관련하여 수급사업자가 결정할 수 있도록 하는 구체적 규정들을 갖고 있다. 즉, (a) 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위, (b) 협조요청 등 어떠한 명목으로든 일방적으로 일정 금액을 할당한 후 그 금액을 빼고 하도급대금을 결정하는 행위, (c) 정당한 사유 없이 특정 수급사업자를 차별 취급하여 하도급대금을 결정하는 행위, (d) 수급사업자에게 발주량 등 거래조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나 다른 사업자의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위, (e) 원사업자가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위, (f) 수의계약(隨意契約)으로 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 대통령령으로 정하는 바에 따른 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위, (g) 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위 등은 부당한 하도급대금의 결정으로 의제된다. 즉, 부당하지 않았다는 것을 원사업자가 소송을 통해서 승소하지 않으면 제4조를 위반한 결과를 가져온다.

그리고 이러한 법적 가격결정에 대한 규정을 위반하게 되면 그 어느 나라에서도 존

재하지 않는 엄중한 행정벌을 가함으로써 법적 실효성도 확보하고자 하고 있다. 즉, 이 하도급대금결정에 대한 수급사업자의 권리를 침해하는 경우에는 제30조에 의거하여 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처해지게 됨은 물론이고, 하도급대금의 2배를 초과하지 아니하는 범위에서 과징금도 부과 받을 수 있다(하도급법 제25조의3).

또한 공정위는 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있으며, 시정명령을 받은 경우에는 이를 공표하도록 강제함으로써 더욱 실효성을 확보할 수 있도록 규정하고 있다(하도급법 제25조).

② 부당반품의 금지(제10조)

원사업자는 수급사업자로부터 목적물 등의 납품 등을 받은 경우, 수급사업자에게 책임을 돌릴 사유가 없으면 그 목적물 등을 수급사업자에게 반품할 수 없도록 법률로 강제하고 있다.

그리고 (a) 거래 상대방으로부터의 발주취소 또는 경제상황의 변동 등을 이유로 목적물 등을 반품하는 행위, (b) 검사의 기준 및 방법을 불명확하게 정함으로써 목적물 등을 부당하게 불합격으로 판정하여 이를 반품하는 행위, (c) 원사업자가 공급한 원재료의 품질불량으로 인하여 목적물 등이 불합격품으로 판정되었음에도 불구하고 이를 반품하는 행위, (d) 원사업자의 원재료 공급 지연으로 인하여 납기가 지연되었음에도 불구하고 이를 이유로 목적물 등을 반품하는 행위는 부당반품으로 의제되어 원사업자가 부당반품이 아니라는 승소판결을 받아야 면책된다.

그리고 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

③ 감액금지(제11조)

원사업자가 정당한 사유를 입증하지 못하는 한 정한 하도급대금을 감액할 수 없도록 금지시키고 있다.

그리고 원사업자가 (a) 위탁할 때 하도급대금을 감액할 조건 등을 명시하지 아니하고 위탁 후 협조요청 또는 거래 상대방으로부터의 발주취소, 경제상황의 변동 등 불합리한 이유를 들어 하도급대금을 감액하는 행위, (b) 수급사업자와 단가 인하에 관한 합의가 성립된 경우 그 합의 성립 전에 위탁한 부분에 대하여도 일방적으로 합의 내용을 소급하여 적용하는 방법으로 하도급대금을 감액하는 행위, (c) 하도급대금을 현금으로 지급

하거나 지급기일 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 하도급대금을 감액하는 행위, (d) 원사업자에 대한 손해발생에 실질적 영향을 미치지 아니하는 수급사업자의 경미한 과오를 이유로 일방적으로 하도급대금을 감액하는 행위, (e) 목적물 등의 제조·수리·시공 또는 용역수행에 필요한 물품 등을 자기로부터 사게 하거나 자기의 장비 등을 사용하게 한 경우에 적정한 구매대금 또는 적정한 사용대가 이상의 금액을 하도급대금에서 공제하는 행위, (f) 하도급대금 지급 시점의 물가나 자재가격 등이 납품 등의 시점에 비하여 떨어진 것을 이유로 하도급대금을 감액하는 행위, (g) 경영적자 또는 판매가격 인하 등 불합리한 이유로 부당하게 하도급대금을 감액하는 행위, (h) 법상 원사업자가 부담하여야 하는 고용보험료, 산업안전보건관리비, 그 밖의 경비 등을 수급사업자에게 부담시키는 행위 등은 정당한 사유에 의한 행위가 아닌 것으로 의제된다.

그리고 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

④ 경제적 이익의 부당요구 금지(제12조의2)

원사업자는 정당한 사유 없이 수급사업자에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 용역, 그 밖의 경제적 이익을 제공하도록 하는 행위를 금지하도록 규정하고 있으며, 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

3) 수급사업자의 거래상대방 결정권

① 물품 등의 구매강제 금지(제5조)

우리 하도급법은 원사업자가 물품 등의 구매를 요구하는 경우 이를 거부할 수 있는 권리가 주어지며, 거부할 수 없는 경우에는 공정위에 신고하여 원사업자가 제재를 받을 수 있도록 하는 권리를 갖고 있다. 즉, 원사업자는 목적물 등에 대한 품질의 유지·개선 등 정당한 사유가 있는 경우 외에는 그가 지정하는 물품·장비 또는 역무의 공급 등을 수급사업자에게 매입 또는 사용하도록 강요할 수 없도록 규정하고 있다.

그리고 이를 위반하면 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

② 부당한 위탁취소의 금지 등(제8조)

수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없는 경우, 원사업자는 (a) 제조 등의 위탁을 임의로 취소하거나 변경하는 행위, (b) 목적물 등의 납품 등에 대한 수령 또는 인수를 거

부하거나 지연하는 행위를 할 수 없다. 또한 목적물 등의 납품 등이 있는 때에는 그 목적물 등에 대한 검사 전이라도 즉시 수령증명서를 수급사업자에게 발급할 것을 요구하고 있다.

그리고 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

4) 결제방법의 결정권

① 선금금의 지급(제6조)

원사업자가 발주자로부터 선금금을 받은 경우에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 시작할 수 있도록 원사업자가 받은 선금금의 내용과 비율에 따라 선금금을 받은 날부터 15일 이내에 선금금을 수급사업자에게 지급하여야 하며, 40% 이내의 연체이자도 지급하여야 한다.

그리고 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

② 내국신용장의 개설(제7조)

원사업자는 수출할 물품을 수급사업자에게 제조위탁 또는 용역위탁한 경우에 정당한 사유가 있는 경우 외에는 위탁한 날부터 15일 이내에 내국신용장(內國信用狀)을 수급사업자에게 개설해 주어야 한다.

그리고 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

③ 물품구매대금 등의 부당결제 청구의 금지(제12조)

원사업자는 수급사업자에게 목적물 등의 제조·수리·시공 또는 용역수행에 필요한 물품 등을 자기로부터 사게 하거나 자기의 장비 등을 사용하게 한 경우 정당한 사유 없이 (a) 해당 목적물 등에 대한 하도급대금의 지급기일 전에 구매대금이나 사용대가의 전부 또는 일부를 지급하게 하는 행위, (b) 자기가 구입·사용하거나 제3자에게 공급하는 조건보다 현저하게 불리한 조건으로 구매대금이나 사용대가를 지급하게 하는 행위에 해당하는 행위를 할 수 없다.

그리고 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

④ 기타

그 밖에도 하도급대금은 목적물 등의 수령일부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 지급되어야 한다. 그리고 원사업자는 준공금 등을 받았을 때에는 그 준공금이나 기성금 등을 지급받은 날부터 15일 이내에 수급사업자에게 지급하여야 한다. 원사업자가 하도급대금을 어음으로 지급하는 경우에는 어음의 지급기간을 초과하는 어음을 지급하여서는 아니 된다(제13조).

그 밖에도 우리 하도급법은 건설위탁의 경우 원사업자는 수급사업자에게 해당 금액의 공사대금 지급을 보증하고, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 10%에 해당하는 금액의 계약이행을 보증하는 규정을 두고 있다(제13조의2).

또한 발주자는 사유가 발생한 때에는 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행을 한 부분에 상당하는 하도급대금을 수급사업자에게 직접 지급하여야 한다(제14조).

5) 계약체결방법의 결정권

우리 하도급법은 원사업자가 수급사업자의 기술자료를 본인 또는 제3자에게 제공하는 요구할 수 없도록 금지하고 있다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 요구할 수 있도록 기술자료 제공 요구 금지 규정을 두고 있다(제12조의3).

그리고 원사업자는 수급사업자에게 기술자료를 요구할 경우에 요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등을 해당 수급사업자와 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 주어야 한다.

또한 원사업자는 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하여서는 아니 된다.

그리고 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 됨은 물론이고, 추가로 수급사업자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다.

6) 기타

우리 하도급법은 그 밖에도 원사업자와 수급사업자 간의 사적 거래에 개입하고, 이를 위반한 경우에는 법적인 제재를 가하고 있다. 즉, 부당한 경영간섭의 금지(제18조), 보복조치의 금지(제19조), 탈법행위의 금지(제20조) 등이 있으며, 그리고 이를 위반한 경우에는 하도급대금의 2배 벌금, 2배 과징금, 시정명령 등을 받게 된다.

(4) 소결

앞에서 본 바와 같이 하도급법을 별도로 두어 수급사업자 보호를 위한 특별법을 제정하고 운용하는 나라는 일본과 우리나라밖에 없다. 그리고 우리나라는 일본에 비하여 보다 더 광범위하고 강력한 보호를 하고 있다.

이처럼 하도급법상 중소기업들이 대기업들과의 관계에서 불이익을 당하지 않도록 입법적 고려를 하였음에도 불구하고, 여전히 우리나라 중소기업들의 경쟁력이 제고되지 않고 있다는 점을 지적하면서, 이를 개선하기 위하여는 보다 더 강력한 수급사업자 보호규정을 도입하여야 한다는 입법론이 제기되고 있다.

그러나 좀 더 발전적으로 생각해 보면, 현행 하도급법이 수급사업자를 보호하는데 미흡하기 때문이라기보다는 오히려 현행 하도급법이 지나치게 중소기업인 수급사업자를 보호하기 때문이 아닌가 하는 점도 생각해 볼 필요가 있다.

예를 들어 독일을 비롯한 대부분의 대륙법계 국가들은 별도의 하도급법을 두지 않고, 이를 불공정거래행위의 한 유형으로 규제하고 있다. 즉, 독일은 우리나라의 공정거래법에 해당하는 경쟁제한방지법(GWB)에서 부당하도급을 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고, 그 부당하도급 성립요건으로 경쟁제한행위 여부만을 판단하고 있다. 이러한 점에서 볼 때 우리나라 하도급법은 현행 규정만으로도 지나치게 수급사업자를 보호하는 법률이라고 할 수 있다.

4. 개정법(안)의 검토

(1) 개요

2012년 12월 대선을 앞둔 7월 민주통합당은 물론이고, 새누리당도 수급사업자의 납품단가 협상권을 조합도 행사할 수 있도록 하는 하도급거래 공정화에 관한 법률 개정안을 의원입법형태로 발의하였다.

발의 이유는 지난 2009년 원재료 가격변동에 따라 하도급대금의 조정이 불가피한 경우 수급사업자가 원사업자에게 납품단가 조정을 신청할 수 있도록 납품단가 조정협의 의무제도를 도입하였고, 2011년에는 수급사업자뿐만 아니라 조합에게도 원사업자에게 납품단가 조정을 신청할 수 있도록 하였으나, 대기업과 중소기업의 교섭력 차이로 인해 대기업을 상대로 중소기업이 납품단가를 인상한다는 것이 여전히 어려운 실정임

을 들고 있다. 이에 조합에 납품단가 조정신청권에 더하여 납품단가 조정협의권을 추가로 부여하여 대기업과 중소기업 간의 교섭력 차이를 해소하여야 한다는 것이다.

본 개정안 이외에도 최근 국회 정무위원회에 접수된 하도급법 개정안만 총 18개일 정도로 하도급법에 대한 개정안들이 봇물처럼 쏟아지고 있어 납품단가 협상권을 조합에게 부여하는 논의는 당분간 정치권을 중심으로 뜨거운 감자가 될 수 있을 것으로 예상된다.

이하에서는 2012년 7월 6일 새누리당 이현재 외 23인의 의원이 발의한 하도급법 개정안과 2012년 7월 12일 민주통합당 홍영표의원이 126인 의원의 찬성을 얻어 발의한 하도급법 개정안과 관련하여 법리를 중심으로 그 타당성을 검토하고자 한다.

(2) 현행 하도급법상 규정

현행 하도급법은 수급사업자가 제조 등의 위탁을 받은 후 목적물 등의 제조 등에 필요한 원재료의 가격이 변동되어 하도급대금의 조정(調整)이 불가피한 경우, 원사업자에게 하도급대금의 조정을 신청할 수 있도록 규정하고 있다(하도급법 제16조의2 제1항).

그리고 수급사업자가 원사업자와 대등한 지위에서 조정을 신청할 수 없다는 가정 하에 2011년 3월 29일, 조합에도 하도급대금의 조정을 신청할 수 있도록 하였다. 다만, 이 경우 조합이 수급사업자를 배제하고 독자적으로 조정신청을 할 수 없도록 단서조항을 두었는데, 이에 따르면 조합이 부당하게 경쟁을 제한하거나 부당하게 사업자의 사업 내용 또는 활동을 제한하는 행위를 할 수 없도록 하고 있다(하도급법 제16조의2 제2항).

불가피한 사유 및 하도급대금 조정신청의 요건·절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다(하도급법 제16조의2 제3항).⁵⁾ 이에 따르면 조합이 조정신청만 할 수 있었지 협의는 수급사업자만 할 수 있었다.

즉, 원재료 가격변동에 따른 하도급대금의 지급에 관하여 수급사업자 또는 조합은

5) 조합원인 수급사업자가 하도급계약을 체결한 날(하도급계약 체결 후에 계약금액을 조정한 경우에는 직전 조정한 날을 말하고, 경쟁입찰에 따라 하도급계약을 체결한 경우에는 입찰한 날을 말한다. 입찰한 날부터 90일 이상 경과하고 다음 사유가 발생한 경우에는 원사업자에게 하도급대금의 조정을 신청할 수 있으며 다만, 수급사업자의 하도급 계약기간이 90일 이내인 경우에는 하도급계약을 체결한 날부터 90일이 경과하지 아니하여도 조합은 하도급대금의 조정을 신청할 수 있다(하도급법 시행령 제9조의2 제1항).

1. 하도급 계약금액의 10 퍼센트 이상을 차지하는 원재료의 가격이 하도급계약을 체결한 날을 기준으로 15 퍼센트 이상 상승한 경우
2. 하도급계약을 체결한 날을 기준으로 원재료의 가격 상승에 따른 변동금액이 나머지 목적물 등에 해당하는 하도급대금의 3 퍼센트 이상인 경우

하도급대금의 조정에 관한 신청권만 부여받고 있으며, 협상권에 대해서는 별도로 명문화 되어 있지 않다. 또한, 수급사업자 또는 조합이 원사업자에게 하도급대금의 조정신청이 있는 날부터 10일 안에 수급사업자와 하도급대금 조정을 위한 협의를 개시하여야 하며, 정당한 사유 없이 협의를 거부하거나 게을리해서는 안 된다는 의무를 부과하고 있다(하도급법 제16조의2 제4항).

원사업자 또는 수급사업자는 신청이 있는 날부터 10일이 지난 후에도 원사업자가 하도급대금의 조정을 위한 협의를 개시하지 아니한 경우, 신청이 있는 날부터 30일 안에 하도급대금의 조정에 관한 합의에 도달하지 아니한 경우, 협의개시 후 합의에 도달하지 못할 것이 명백히 예상되는 등 대통령령⁶⁾으로 정하는 사유가 발생한 경우 하도급 분쟁조정협의회에 조정을 신청할 수 있다(하도급법 제16조의2 제5항).

<표 2> 납품단가 협상권의 변천과정

구 분	주 요 내 용
제9차 개정 “납품단가 협상제 도입” (2009. 4)	<ul style="list-style-type: none"> • 계약내용 등을 명시(법 제3조 제2항) - 하도급거래에 있어서 원사업자가 수급사업자에게 발급하는 서면에 원자재의 가격변동에 따른 하도급대금의 조정요건, 방법 및 절차 등 명시 • 하도급대금의 조정(법 제16조의2 신설 및 제19조) - 수급사업자는 원재료의 가격 변동으로 하도급대금의 조정이 불가피한 경우 원사업자에게 하도급대금의 조정신청 - 상호간에 합의가 이루어지지 않을 경우 하도급분쟁조정협의회에 조정을 신청 - 조정신청을 이유로 수주기회 제한, 거래 정지, 그 밖의 불이익 행위 등의 보복조치 금지 - 원사업자가 정당한 이유 없이 협의를 거부·해태하는 경우 시정명령, 과징금 등 제재 부과
제11차 개정 (2011. 3)	<ul style="list-style-type: none"> • 중소기업협동조합에게 납품단가조정신청권 부여(법 제16조의2 제2·3항) - 조합은 원재료의 가격 변동으로 조합원인 수급사업자의 하도급대금의 조정이 불가피한 경우 원사업자에게 조정신청 - 부당하게 경쟁을 제한하거나 부당하게 사업자의 사업 내용 또는 활동을 제한하는 행위를 하여서는 안 됨 - 즉시 조정개시(Fast Track)의 구체적 요건 신설 - 원사업자 또는 수급사업자가 협의 중단의 의사를 밝힌 경우 - 원사업자 또는 수급사업자가 서로 제시한 조정금액이 2배 이상 차이가 나는 경우
2012년 개정(안) (2012. 7)	<ul style="list-style-type: none"> • 중소기업협동조합에게 납품단가조정협상권 부여 • 조합은 원재료의 가격 변동으로 조합원인 수급사업자의 하도급대금의 조정이 불가피한 경우 원사업자에게 조정신청 및 협의 • 조정신청 기한을 하도급계약 후 ‘60일’로 단축

6) 대통령령인 하도급법 시행령 제9조의3에서 정하는 사유는 다음과 같다.

1. 원사업자 또는 수급사업자가 협의 중단의 의사를 밝힌 경우
2. 원사업자 및 수급사업자가 제시한 조정금액이 상호 간에 2배 이상 차이가 나는 경우
3. 합의가 지연되면 영업활동이 심각하게 곤란하게 되는 등 원사업자 또는 수급사업자에게 중대한 손해가 예상되는 경우
4. 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우

(3) 개정안의 취지 및 내용

하도급법 개정안은 조합에 납품단가 조정신청권 외에도 납품단가 조정협의권을 부여하고자 하는데, 이는 그동안 하도급분야의 공정거래질서 정착을 위해 노력하였음에도 불구하고, 여전히 불공정 거래관행이 해결되지 못하고 있다는 점을 들고 있다. 특히 부당 단가인하와 같은 일들이 사업현장에서 교묘하게 이루어지고 있으나 범위반 포착이 어렵고 폐해가 심각한 고질적인 하도급 불공정행위가 여전하여 중소기업이 느끼는 개선 체감도는 아직 미흡하다고 한다. 또한, 원자재 가격 상승으로 인한 하도급 업체의 피해를 최소화하기 위해 납품단가 조정협의 의무제를 도입하고 조합에 신청권을 부여하였으나 조정협의는 중소기업이 직접 해야하는 문제점이 있어 중소기업들이 외면하고 있고, 대기업과 중소기업의 교섭력 차이로 인해 대기업을 상대로 중소기업이 납품단가를 인하한다는 것이 여전히 어렵다고 보고 있다.⁷⁾

이에 이현재·홍영표 의원 등은 이번 하도급법 개정안을 본회의에서 통과시켜 현장의 중소기업들이 체감할 수 있도록 공정한 거래질서를 정착시키고, 대·중소기업 간 거래상의 지위격차에서 발생하는 문제점을 해소하기 위해서는 대기업과 동등한 교섭력을 갖는 조합이 납품단가 조정을 담당하도록 하자는 것이다.

두 개정안의 내용을 살펴보면 이현재의원(안)의 경우, 조합은 ‘원재료 가격의 급격한 변동으로 조합원인 수급사업자의 하도급대금의 조정이 불가피한 사유가 발생한 경우’에 수급사업자의 요청 없이도 원사업자에게 조정을 신청하고, 협의를 할 수 있다. 다만, 홍영표의원(안)의 경우에는 수급사업자가 ‘업종별 협동조합’에 하도급대금의 조정을 위임할 수 있다는 별도의 규정을 두고 있으며, 현행 시행령 제9조의2에서 납품단가 조정신청을 하도급계약 후 90일이 경과한 후에 할 수 있도록 한 것을 ‘60일’로 단축하는 방안을 추가로 제안하고 있다.

7) 이현재의원, ‘하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률(안)’, 2012. 7. 6, 2면. 홍영표의원, ‘하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률(안)’, 2012. 7. 12, 1면.

<표 3> 납품단가 협상권에 관한 현행 규정 및 개정(안)의 비교

[illegible]

(4) 개정안의 문제점 분석

1) 조합의 주관적 개입에 대한 제재 수단 불비

이현재의원(안)은 수급사업자의 동의나 요청 등 어떠한 조건 없이도 조합이 볼 때 ‘원재료의 가격이 변동되어 하도급대금의 조정(調整)이 불가피하다’고 판단되면 어떠한 제도적 제재 없이 수급사업자를 대신하여 원사업자에게 하도급대금의 조정을 신청하고

협의하도록 개정하고자 하고 있다. 물론, 원사업자는 이에 대하여 어떠한 제재도 가할 수 없도록 개정하고 있다.

따라서 조합이 주관적인 판단에 따라 신청하고 협의하는 경우 원사업자와 수급사업자 양 거래당사자는 조합에 대하여 어떠한 제재도 가할 수 없는 상황이 초래될 수 있다. 그렇기 때문에 조합이 하도급대금의 조정을 신청하고 협의하고자 하는 경우에 양 당사자, 즉 원사업자나 수급사업자 중 양방 또는 일방이 최소한 이에 대한 제재를 가할 수 있는 입법적 보완장치가 필요하다.

2) 조합의 부당공동행위 조장에 대한 제재 수단 불비

위에서 살펴본 바와 같이 개정안에 따르면 원사업자와 수급사업자 양 거래당사자는 조합의 주관적인 하도급대금 조정신청 및 협의에 대하여 제재할 수 있는 어떠한 수단도 확보하고 있지 않다. 하지만 더욱 심각한 문제는 조합이 납품단가 조정협의권을 행사하면서 수급사업자의 납품단가와 관련된 의사결정의 자유를 제한하여 조합이 납품단가를 일방적으로 결정하거나 협상의 성과가 만족스럽지 못하다 하여 수급사업자의 생산이나 출고 등을 제한하여 집단적으로 납품중단을 추진하는 행위 등을 하는 경우 이를 제재할 수 있는 수단이 개정안에는 존재하지 않는다는 것이다.

따라서 조합이 납품단가 조정협의권을 행사하면서 수급사업자들에게 납품가격이나 상품공급 등에 대하여 부당공동행위를 조장하여 하도급거래에 영향을 미칠 경우 이에 대하여 제재를 가할 수 있는 수단이 필요하다.

3) 조합의 수급사업자에 대한 보복조치 제재 수단 불비

홍영표의원(안) 제16조의2 제4항에서는 ‘수급사업자는 하도급대금 조정의 실효성과 합리성을 높이기 위하여 업종별 협동조합에 하도급대금 조정을 위임할 수 있다’하여 수급사업자의 납품단가 협상권을 조합에게 위임할 수 있다는 규정을 두고 있다. 따라서 이 규정에 의하면 노·사간 협상에서 산별노조로 협상 창구가 단일화되는 것과 같이 업종별 협동조합으로 납품단가 협상창구가 단일화될 수 있다.

그러나 조합의 구성원인 수급사업자의 조정신청과 협상권은 실질적으로 조합에 의하여 행사될 우려가 있다. 만약 조합이 회칙 등을 통하여 조합원인 수급사업자가 납품단가 협상권을 위임하지 않았을 경우, 조합에서 강제 탈퇴를 시키거나 금전적으로 제재를 가하는 등의 불이익을 주는 보복행위를 하게 되면 수급사업자는 조합에게 협상권을

위임할 수밖에 없을 것이다.

따라서 조합원인 수급사업자가 독자적인 협상권을 행사할 수 있도록 조합에 협상권을 위임하지 않은 것을 이유로 조합이 수급사업자에게 보복행위를 할 경우 이에 대한 제재를 가할 수 있는 방안을 마련할 필요가 있다.

4) 조정신청기간 단축에 따른 법률간 충돌

홍영표의원(안)에서는 하도급대금 조정신청 요건 중 기간 요건을 완화하여, 하도급 계약을 체결한 날로부터 90일 이상 경과한 경우에 조정신청을 할 수 있도록 한 요건을 ‘60일’로 단축하고 있다. 그러나 이와 같은 기간 요건 완화는 ‘국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’(이하 ‘국가계약법’) 제19조 ‘물가변동 등에 따른 계약금액 조정’의 기간 요건과 상충하게 된다. 국가계약법은 물가변동, 설계변경, 그 밖에 계약내용의 변경으로 인하여 계약금액을 조정할 필요가 있을 때에는 계약을 체결한 날로부터 90일 이상 경과하는 경우에 조정할 수 있도록 하고 있다.⁸⁾ 이러한 기간 요건은 ‘천재·지변 또는 원자재 가격급등’의 경우에만 예외가 인정되어 90일 이내에 조정할 수 있다.⁹⁾ 그리고 예외 인정 사유 중 ‘원자재 가격급등’은 국가계약법에서 자재 가격증감률이 15% 이상인 경우¹⁰⁾ 계약금액의 조정을 인정하기 때문에 하도급법상의 원자재 가격 상승률 15%는 ‘원자재 가격급등’으로 볼 수 없다.

이처럼 국가를 당사자로 하는 계약에서도 기간 요건을 90일 이상 경과할 것과 특별한 경우가 아니면 기간 요건의 예외를 인정하지 않는데, 사적 성격의 계약인 하도급계약에서 국가계약보다 더 낮은 기간 요건을 인정하는 것은 수급사업자를 과도하게 보호하는 것이며, 국가계약상 수급사업자와의 형평성 차원에서도 적절치 않다고 할 수 있다. 국가계약법은 계약당사자인 국가가 자신의 계약기준을 설정한 것으로 납품단가 조정 여부 및 반영정도 등에 대한 명확한 기준을 제시해 공무원의 재량행위를 통제하기 위한 일종의 업무지침 성격으로 당사자 간 계약에 제3자인 국가가 개입하는 것과 중소기업협동조합이 개입하는 것은 본질적으로 다르다고 할 것이다.¹¹⁾

5) 조합 간 협상권 충돌 시 우선권 관련 규정 불비

8) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제64조 제1항.

9) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제64조 제5항.

10) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제64조 제6항.

11) 신동열, “납품단가 조정협의 의무제 시행에 따른 공정위의 정책방향”, 「경쟁저널 144호」, (한국공정경제연합회, 2009), 72면.

중소기업협동조합이란 ‘중소기업자가 서로 힘을 합하여 협동 사업을 추진하는 협동 조직’을 말하는 것으로서, 이에는 협동조합(이하 ‘조합’), 사업협동조합(이하 ‘사업조합’), 협동조합연합회(이하 ‘연합회’), 중소기업중앙회(이하 ‘중앙회’) 등으로 종류가 나뉘는데,¹²⁾ 이 중 납품단가 협상권을 행사할 수 있는 것은 ‘조합’과 ‘사업조합’으로 한정되어 있다(하도급법 제16조의2 제2항).

그리고 ‘조합’과 ‘사업조합’의 업무구역과 관련하여서는 ‘조합’은 전국단위의 전국조합과 특별시·광역시·도 또는 특별자치도를 구역으로 하는 지방조합(이하 ‘시·도’)이 있다. 업종의 특성과 업체의 분포 및 조합 운영의 특성을 고려하여 하나의 시·도를 업무 구역으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정될 경우, 둘 이상의 시·도를 업무 구역으로 할 수 있고, 업종이 도매업이나 소매업이면 업체의 분포 등을 고려하여 하나의 시·도의 일정 지역을 업무 구역으로 할 수 있다. ‘사업조합’의 경우도 업무구역을 전국, 시·도 또는 시·군·구로 정할 수 있다.¹³⁾

따라서 이와 같은 규정에 의하면 ‘조합’과 ‘사업조합’의 전국조합과 시·도 단위의 조합 모두 하도급대금의 조정신청권과 협상권을 갖게 되는데, 개정안에는 전국을 업무구역으로 하는 조합과 시·도 단위 조합 간에 조정신청권과 협상권이 충돌되는 경우 우선권에 관한 규정이 없는 상황이다.

6) 하도급대금 지급 후 조합의 조정 및 협상권 존재여부에 대한 규정 불비

현행 하도급법은 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 받은 후 목적물 등의 제조 등에 필요한 원재료의 가격이 변동되어 하도급대금의 조정(調整)이 불가피한 경우에는 원사업자에게 하도급대금의 조정을 신청할 수 있도록 규정하고 있기 때문에(하도급법 제16조의2 제1항), 개정안에 따르면 조정신청과 협의는 하도급계약 체결 후 조정신청 및 협의가 가능하다고 할 수 있다. 즉, 수급사업자 및 조합은 하도급계약 체결 후 원재료가격의 변동이 발생하면 대금지급 전에는 언제든지 하도급대금의 조정신청 및 협의가 가능하다고 할 수 있다.

그러나 문제는 하도급대금 지급 후에도 하도급대금의 조정신청 및 협의를 신청할 수 있는지에 대한 명문규정과 조정신청권의 제척기간 또는 시효에 관한 규정이 없어 하도급거래상의 법적 안정성과 상거래관계의 신속성이 보장되지 않고 있는 실정이며,

12) 중소기업협동조합법 제1조, 제3조.

13) 중소기업협동조합법 제6조 제1항, 제2항.

이는 개정(안) 또한 마찬가지이다.

5. 하도급거래 규제에 대한 비교법적 검토

(1) 일본

일본은 하도급 관계를 규율·규제하는 법으로 하청법¹⁴⁾과 하도급중소기업진흥법(이하 ‘하도급 중기법’)이 있다. 하청법이나 하도급 중기법에는 납품단가 협상위임제도와 유사한 입법례는 없다. 다만, 중소기업자 거래공정화 추진 프로그램 혹은 하청적정거래 등의 추진을 위한 가이드 라인으로 일본의 중소기업청은 업종별로 수급사업자와 원사업자 간의 ‘바람직한 기업 간 거래 사례¹⁵⁾(Best Practice)’를 제시하고 있다.

1) 하청법

일본의 하청법은 수급사업자에게 책임이 없음에도 발주 시에 정한 금액에서 일정액을 감액하여 지급하는 행위를 금지¹⁶⁾하고 있다(하청법 제4조 제1항 제3호). 또한, 동종 유사한 위탁거래의 경우에 통상 지급되는 대가에 비해 현저하게 낮은 하청금액을 부당하게 정하는 행위를 금지¹⁷⁾하고 있다(하청법 제4조 제1항 제5호).

일본은 우리나라 하도급법처럼 구체적인 행위의 유형들을 범위반으로 간주하지 않고, 원사업자가 하청법 위반행위를 할 경우 이에 대하여 일본 공정거래위원회에서는 권고조치를 취할 수 있게 규정하고 있다.

14) 일본에서의 하도급거래에 관한 규제는 주로 하도급대금의 지급 지연이 사회문제화 된 것을 계기로, 1956년 6월 1일에 하청법을 특별법으로 제정하게 되었다; 이효경, “일본의 하도급거래에 공정화에 관한 법 제도와 시사점” 「상사판례연구 제24집 4호」 (한국상사판례학회, 2011), 5~6면.

15) 박관훈, “일본의 기업간 거래규제 특징 및 시사점” 「대·중소기업간 거래규제 개선 시리즈」 (전경련중소기업협력센터, 2011.9), 19면; 거래사례로는 ① 원재료 가격 등의 인상분을 적절하게 거래가격에 반영한 사례, ② 원사업자와 수급사업자간의 정기적인 가격교섭시에 견적을 낸 시점과 비교하여 원재료가격이 변동분을 원사업자가 보전하는 ‘차액보전제도’를 도입 사례, ③ 불량품 등에 관한 보상의 책임분담에 대해 사전에 원사업자와 수급사업자간의 충분한 협의를 거쳐 기본계약 등에 적절하게 내용을 명기한 사례 등을 제시하고 있다.

16) 박관훈, 위의 보고서, 4면; 직접 금액인하 뿐만 아니라 찬조금 요구 등 감액의 명목이나 방법에 제한이 없으며, 금액의 많고 적음이나 수급사업자와의 합의 유무에 관계없이 금지하고 있다. 대표적인 예로 ① 단가인하에 합의한 경우, 합의 전에 이미 발주한 물량에 대해서도 신단가를 소급하여 적용하는 행위와 ② 수급사업자의 희망에 의해 어음 대신 현금을 지급하는 경우, 그 사무수수료로서 하청 대금으로부터 자사의 단기조달금리 상당액을 초과하는 금액을 감하는 행위를 금지하고 있다.

17) 박관훈, 위의 보고서, 8면; ① 원사업자의 예산단가만을 기준으로 하여 일방적으로 통상 단가보다 낮은 단가로 하청대금을 정하는 행위, ② 다량 발주한 것을 전제로 견적을 낸 경우, 그 견적가격으로 소량발주를 하면 통상금액 보다 낮은 금액이 됨에도 불구하고 그 견적가격의 단가를 소량발주에도 적용하는 행위를 금지하고 있다.

즉, 원사업자에 대하여 신속하게 그 감한 액수를 지불하고, 그 하청사업자의 급부에 관련되는 물건을 다시 인수하여 그 하청대금의 액수를 인상 또는 그 구입시킨 물건을 인수해야하거나 기타 필요한 조치를 취해야 한다(하청법 제7조 제2호).

다만, 일본의 하도급법은 절차위반에 대한 벌금형¹⁸⁾¹⁹⁾을 두고 있다. 하청법은 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 법인이나 개인의 업무에 관하여 절차를 위반한 경우(하청법 제9조 및 제10조) 행위자를 처벌하는 것 이외에 그 법인 또는 개인에게도 양벌규정을 적용한다(하청법 제12조).

2) 하도급 중기법

하도급 중기법상 경제산업대신은 하청 중소기업의 진흥을 도모하기 위하여 하청 사업자 및 원사업자가 따라야 할 일반적인 기준(이하 ‘진흥기준’)을 정하도록 규정하고 있으며, 2003년 11월 1일자로 진흥기준을 제정하였다(하도급 중기법 제3조 제1항).

경제산업대신은 원사업자와 하청사업자의 납품대가의 결정방법, 납품의 검사방법, 그 밖의 거래 조건의 개선에 관한 사항을 진흥기준에 정해야 하며(하도급 중기법 제3조 제2항 본문 및 제4호), 정했을 때에는 지체 없이 그 요지를 공표해야 한다²⁰⁾(하도급 중기법 제3조 제3항).

진흥기준에 대한 강제성은 없다. 다만, 경제산업대신은 하청 중소기업의 진흥을 도모하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 하청 사업자 또는 원사업자에 대하여 진흥기준에서 정한 사항에 대하여 지도 및 조언을 행할 수 있을 뿐이다(하도급 중기법 제4조). 또한, 원사업자와 하청조합이 협의할 수 있는 내용은 납품단가가 아닌 진흥사업 계획의 작성에 대하여 협의할 수 있다. 원사업자가 진흥사업계획의 작성에 대하여 협의하고 싶은 취지를 신청했을 때에는, 해당 특정 하청조합 등과 협의하고 진흥사업계획 작

18) 원사업자가 하청사업자에게 하도급 대금의 지급기일 및 지불방법 등을 서면으로 교부하지 않거나(하청법 제3조 제1항), 제5조의 규정에 의한 서류 또는 전자적 기록을 작성하지 않거나 혹은 보존하지 않거나, 허위의 서류 또는 전자적 기록을 작성했을 때에는 원사업자의 대표자, 대리인, 사용인 그 밖의 종사자는 50만엔 이하의 벌금에 처한다(하청법 제10조).

19) 공정거래위원회(하청법 제9조 제1항)와 중소기업청(하청법 제2항), 주무대신(하청법 제3항)은 필요성이 인정되는 경우 원사업자 또는 하청사업자에 대하여 거래에 관한 보고를 시킬 수가 있고, 규정에 의한 보고를 하지 않거나 허위보고를 한 경우 또는 검사를 거부, 방해 또는 기피한 자는 50만엔 이하의 벌금을 부과한다(하청법 제11조); 최수정, “소프트웨어산업 하도급 규제의 개선방안” 「상사법연구 제30권 제4호」 (한국상사법학회, 2012), 95면.

20) 이밖에도 진흥기준에는 1. 하청 사업자의 생산성의 향상 및 제품 혹은 정보 성과물의 품질 혹은 성능 또는 역무의 품질 개선에 관한 사항, 2. 원사업자의 발주 분야의 명확화 및 발주 방법의 개선에 관한 사항, 3. 하청 사업자의 시설 또는 설비의 도입, 기술의 향상 및 사업의 공동화에 관한 사항, 5. 하청 사업자의 제휴 추진에 관한 사항, 6. 기타 하청 중소기업의 진흥을 위해 필요한 사항 등을 정하도록 규정하고 있다(하도급 중기법 제3조 제2항).

성에 협력해야 한다는 내용만을 규정하고 있다(하도급 중기법 제5조 제3항).

경제산업대신의 승인²¹⁾을 받은 진흥계획의 실시상황에 대해서 보고를 요구할 수 있으며(하도급 중기법 제10조), 이러한 보고를 하지 않거나 허위의 보고를 한 자는 50만 엔 이하의 벌금에 처하고 동 벌금의 부과는 하청법과 마찬가지로 양벌규정의 성격을 가진다(하도급 중기법 제14조).

3) 소결

하도급법은 우리나라와 일본 등 몇몇 나라에서만 입법화된 특수한 형태의 법률이지만 입법의 목적과 규제방법 등 법의 운영 면에서는 많은 차이가 있다.

우리나라 하도급법은 원사업자와 수급사업자의 대등한 지위를 보장하고 상호보완하며 균형 있는 발전을 목적으로 제정되었지만 사실상 수급업자의 보호, 시혜적 조치에 관한 많은 내용을 규정하고 있다.

이에 반하여 일본의 하청법은 하도급대금지연방지를 목적으로 입법화되었다. 하도급법상 원사업자에 대한 벌칙과 재재 보다는 하도급대금의 지연을 방지하고자 하는 규정이 주요내용으로 구성되어 있다.

우리나라와 일본 모두 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급 금액(하도급법 제11조 제1항 전단)이나 발주 시에 정한 금액(하청법 제4조 제1항 제3호)에 대한 감액금지는 공통적으로 규정하고 있다. 그러나 일본에서는 하도급 계약 이후 발생한 사전변경 등, 원재료의 가격변동에 따른 하도급대금의 조정 청구권조차 입법화 되지 않는 상태이며 협상권 위임제도는 고려조차 하고 있지 않다.

우리나라의 경우 하도급에 대한 규제, 원사업자와 수급사업자의 사후적 분쟁해결, 벌금과 처벌규정을 통한 재재 중심의 입법화에 중점을 두고 있지만, 일본은 사전적 예방조치 중심으로 입법화하고 운영되고 있다.

21) 원사업자가 특정 하청 조합 등(정부 법령 등에서 정하는 기준에 따라 정관 또는 규약을 소유하는 단체)과 협의하여 하청중소기업진흥 사업계획을 작성하여 경제산업대신에 승인을 받을 수 있다(하도급 중기법 제5조 제1항).

<표 4> 한·일간 하도급법상 재제조치 비교

내용	일본 하도급 법제		한국
	하청법	하도급 중기법	하도급법
공정거래 위원회 역할	거래보고 및 검사 권고	-	위반사실 신고 및 조사권 서면실태조사 시정조치, 권고
주무부처 역할	[경제산업성] 거래보고 및 검사 [중소기업청] 조사 및 공정위 조치 요구 거래보고 및 검사	[경제산업성] 진흥기준 결정 진흥기준 지도 및 조언 진흥사업계획 승인 및 변경	-
과징금	없음	없음	하도급대금의 2배를 초과하지 않은 범위에서 과징금 부과
벌금	50만엔 이하의 벌금	50만엔 이하의 벌금	하도급대금의 2배에 상당하는 금액 또는 1억5천만원 이하의 벌금
과태료	없음	없음	사업자·사업자단체 : 1억원 이하 사업자 단체 등의 임원 종업원 및 이해관계인 : 1천만원 이하
고발제도	없음	없음	고발제도 시행
손해배상 책임	없음	없음	손해배상책임 있음
양벌규정	양벌규정 있음	양벌규정 있음	양벌규정 있음

<표 4>에서 보는 바와 같이 우리나라는 일본과는 달리 하도급법을 통해 수·위탁기업 간 거래관계에 대해 제도적으로 적극 개입하고 있고 의무사항과 금지사항을 어길 때에는 과징금, 과태료, 고발제도 등 매우 과중한 행정적 제재를 규정하고 있다.²²⁾

(2) 프랑스

1) 하도급법

프랑스에서 하도급에 관한 법률(Loi no 75-1334 여 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance 이하 ‘프랑스 하도급법’)이 1975년에 제정되었다. 프랑스 역시 하도급 계약에서의 납품단가 등에 대한 규제나 협상권 위임 등의 내용은 없고, 원사업자의 하도

22) 이 외에도 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률(이하 ‘상생협력법’) 등에 3개의 벌칙, 양벌규정, 과태료(상생협력법 제41조~제43조) 등을 규정하고 있다. 이병기, “과도한 납품단가 규제”, 「경영계 7~8월 합본호」(한국경영자총연합회, 2011.9), 1면; 신석훈, “하도급거래의 본질과 하도급법 개정의 한계-개정하도급거래의 공정화에 관한 법률의 쟁점과 전망- 「서울대학교 경쟁법센터·중소기업중앙회 공동세미나 자료집」(서울대학교 경쟁법센터, 2011), 60면.

급대금 지급불능으로부터 수급사업자를 보호하기 위한 규정이 입법화되어 있다.

프랑스 하도급법은 4개의 장(Titre)²³⁾과 21개의 조항(Article)으로 구성되어 있으며, 민간공사와 관급공사에서 수급사업자의 공사대금 채권의 담보만을 목적으로 입법화되었다. 특히 원사업자의 재정적 어려움으로 인하여 수급사업자의 공사대금 채권이 위협받는 것을 방지하기 위한 목적으로 입법화되었다.

프랑스 하도급법상 “하도급이라 함은 원사업자가 하도급 계약을 통하여 자신의 책임 하에, 도급인과 체결한 계약이나 거래의 전부 또는 일부를 수급사업자로 불리우는 타인에게 위탁하는 것”을 의미한다(프랑스 하도급법 제1조). 그리고 동 법 제3조의 규정에 의하면 “도급계약이나 거래를 1인 또는 수인의 수급사업자에게 하도급을 하고자 하는 원사업자는, 도급계약체결 시 또는 도급계약이나 거래의 전기간을 통하여, 각 수급사업자 및 각 하도급계약에서의 대금지급조건에 대하여 도급인의 승인을 얻어야 한다. 그리고 도급인이 요구하는 경우에는 원 수급인은 하도급 계약서를 도급인에게 교부하여야 한다(프랑스 하도급법 제3조).²⁴⁾

프랑스 하도급법은 서면 계약서를 교부하는 등 우리 하도급법과 일부 공통부분이 있지만 하도급 분야에서 발생할 수 있는 다양한 법률문제 들을 모두 규제하기 위한 목적으로 입법되지 않았기 때문에 앞서 살펴본 바와 같이 원사업자의 대금지급을 확보하기 위한 내용을 제외하고는 원재료 가격이 급등하는 경우 납품단가 조정 등의 문제는 프랑스 민법이 적용된다. 따라서 프랑스 민법상 파생된 불예견이론에 대한 검토가 필요하다.

2) 사정변경의 원칙 : 불예견이론

프랑스 민법은 사적자치의 이념 및 계약의 강제력(force obligatoire du contract)을 이념으로 하는 계약자유 원칙을 강력하게 입법화하고 있다. “적법하게 형성된 약정은 그것을 행한 자에 대하여 법률에 대신한다”(프랑스 민법 제1134조²⁵⁾)는 조문에 따라 계

23) 제1장에서는 일반원칙(Dispositions générales)을 정하고 있고, 제2장은 관급공사에 적용되는 것으로서 발주자가 공사대금을 수급사업자에게 직접 지급(paiement direct)할 수 있다고 규정하고 있다. 제3장은 민간공사에 적용되는데 수급사업자에게 직접소권(action directe)을 부여하고 있는 것이 특징이다. 마지막으로 제4장은 기타규정(Dispositions diverse)으로서 예컨대 제15조는 프랑스 하도급법이 강행법규임을 선언하고 있다. 「공정거래위원회 심결사례 30선」(공정거래위원회, 2011), 638면.

24) 박수곤, 위의 논문, 377면 주)11 재인용.

25) 프랑스 민법 제1134조

① 적법하게 형성된 합의는 그것을 행한 자들에게는 법률을 대신한다.

약의 강제력은 계약 당사자뿐만 아니라 그것을 적용하는 법관이나 관련 법률에 대해서도 효과가 발생한다.

또한, 계약당사자는 약정한 계약의 내용대로 성실하게 이행(de bonne foi)하여야 한다고 규정함으로써 가령, 경제사정의 변동에 의해 이행비용이 현저하게 증가하였다고 하더라도 채무자의 책임이 감면되지 않는다는 원칙에 대하여 거의 예외를 두지 않고 있다.²⁶⁾

프랑스 민법에서 불예견이론(la théorie de l'imprévision)은 계약관계가 성립한 후 이행기에 이르기까지 당사자에게 책임없는 사유로 인하여 전혀 예견하지 못한 사회적·경제적 변혁이 생겨 당초의 계약관계를 유지시키는 것이 심한 불균형을 이루는 경우에, 계약 당사자 일방의 청구에 의하여 법관에게 계약의 내용의 변경권이나 계약의 해소권을 인정하여야 한다는 이론²⁷⁾이다.

이러한 불예견이론은 판례 및 학설의 지지를 얻지 못하고 있다. 다만 행정법 영역에서의 판례나 특별법에서 매우 제한적으로 인정될 뿐, 민사법적인 영역에서는 계약의 강제력을 절대시 하고 있다.²⁸⁾

프랑스에서 불예견론에 관련된 판례는 주로 19세기 초부터 유래되었다. 크림전쟁으로 군사교체계약에 따라 군사를 공급하기로 한 상인들의 상황변화에 따른 사정변경의 원칙을 인정하지 않아 계약의 유지를 인정하였고, 1870년 프로이센과의 전쟁으로 이행이 곤란하게 된 상품공급계약(la contrat fortunitures de marchandises)의 경우, 1876년 그라뽀느 운하(le canal de Craponne) 사건에서 운하의 소유자가 법관에게 16세기의 계약에 의하여 확정되고 관개법(le droit d'arrosage)에 의하여 지불되어야 할 사용료를 인상해달라고 요구한 사건이다. 이 사건에서 하급법원은 이를 인정 하였으나 상급법원은 계약에 대한 변경권을 법관에게 부여하는 것은 무효라고 판시하면서 계약 당사자들의 합의를 변경하거나 계약당사자들에 의하여 자유롭게 받아들여진 계약내용을 새로

② 제2항 합의는 계약 당사자 사이의 상호 동의 또는 법률이 허용하는 이유에 의하여만 해소될 수 있다.

③ 합의는 신의에 따라 성실히 이행되어야 한다.

정상현, “프랑스 민법상 불예견이론과 우리 민법상의 시사점” 「민사법학」 (한국민사법학회, 2008), 495면 주29) 재인용.

26) 채무자의 귀책사유 없는 외부적 원인에 기하여 이행불능이 된 경우에 한하여 면책이 가능하다고 한다(프랑스 민법 제1148조). 외부적 원인으로는 불가항력(force majeure)과 우발적 사고(cas fortuit)가 있다. 이재목, “사정변경의 원칙과 계약내용의 조정”, 「비교사법 제8권 제1호(상) (통권 14호)」 (한국비교사법학회, 2001), 301면.

27) 정상현, 앞의 논문, 495면.

28) 원칙적으로 계약의 강제력은 법관도 구속한다. 따라서 법관은 계약의 내용이 형평에 반한다는 이유로 그 적용을 거부하거나 변경할 수 없다. 또한 계약이 공서양속에 반한다는 이유로 그 적용을 거부하거나 변경할 수 없다. 이재목, 위의 논문, 주27) 재인용.

운 내용으로 대체하기 위하여 기간이나 사정 등을 고려하는 것은 그 판결이 형평에 맞는 것으로 보일지라도, 법원의 권한에 속하는 것이 아니라고 판시하고 있다.²⁹⁾

그 후 제1·2차 세계대전을 겪으면서 경제적인 사정의 급변에도 불구하고 불예견론의 적용을 거부하였고, 그레세삭(Graissessac) 광산문제로 인한 석탄가격 상승에 관련된 계약³⁰⁾등에서 확인된 바와 같이 프랑스 민법에서는 사정변경의 법리를 배척하고 계약의 구속력을 유지하고 있다.

즉, 당사자 사이에 법적으로 형성된 합의를 수정하는 것은 형평의 원리나 다른 이유에 의하더라도 허용될 수 없으며, 인플레이션 상태나 가격의 급격한 변화에도 불구하고 본래의 합의에 따라 계약은 이행되어야 하고³¹⁾, 법원은 계약체결 당사자의 의사해석을 절대적으로 고려해야지³²⁾, 계약체결시와 사정변경 사이의 가격상승은 고려하지 않는 것으로 일관되게 주장하고 있으며 이러한 양상은 오늘날까지 이어지고 있다.³³⁾

(3) 독일

1) 경쟁제한방지법³⁴⁾

독일의 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbechränkungen, 이하 ‘GWB’)은 특정한 시장에서 경쟁하고 있는 중소기업에 대하여 시장지배력을 가진 대기업이 약탈적 가격설정 내지 부당염매행위, 끼워 팔기 등을 통하여 부당하게 사업을 방해하는 행위 등을 우월적 지위에 의한 사업활동의 방해 규제로 보고 있다.

GWB 제20조는 시장에서 상대적으로 우월적 지위를 가진 사업자(Marktstarke Unternehmen)에 의한 남용행위를 규제하고 있다. 즉 특정한 상품의 종류나 영업상 형태에 따라 우월한 지위를 가진 사업자가 수요나 공급과 관련하여 구속되어 있는 중소기업에 대하여 남용행위를 하는 것을 금지하고 있다(GWB 제20조 제2항).

GWB의 차별취급행위에 해당하기 위해서는 우월적 지위를 가진 사업자가 있어야 하며, 그러한 사업자의 수요 또는 공급업자가 그 사업자에게 종속되어 객관적인 회피가능

29) Cass. civ., 6 mars. 1876, D. P. 1876. 1. 193, S. 1876. 1. 161.

30) Cass. civ., 15 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934. 1. 68.

31) Cass. civ., 3 e 6 juin 1986, Lexis no653 : Cass. com. 31 mai 1988, Bull. civ. IV. no189.

32) Cass. civ., 3 e, 19 nov. 1980, Lexis no1685.

33) 정상현, 위의논문, 505면.

34) 황태희, “독일경쟁제한방지법(GWB)상 중소기업 보호규정과 시사점” 「부산대학교 법학연구 제52권 제1호·통권67호」 (부산대학교 법학연구소, 2011), 179~186면; 황태희, “독일의 기업간 거래규제 특징 및 시사점” 「대·중소기업 간 거래규제 개선 시리즈 4」 (전경련중소기업협력센터, 2011), 6~8면 이하를 참조하여 재구성.

성과 주관적인 수인가능성(Zumutbare Möglichkeit)이 없어야 한다. 이러한 판단은 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 개별사례에서 구체적으로 결정한다. 사업자의 우월적 지위 여부 내지 상대방이 중소기업인지 여부는 수직적 관계에서 상대적 시장지배력의 개념으로 파악해야 하는데, 그 판단에 있어서 종속성의 여부가 중요한 쟁점이 된다.³⁵⁾

이러한 종속성은 ① 특정한 상품관련 종속성(Sortimentbedingte Abhängigkeit), ② 선도사업자 종속성(Spitzengruppenabhängigkeit), ③ 사업관련 종속성(Unternehmenbedingte Abhängigkeit), ④ 수요관련 종속성(Nachfragebedingte Abhängigkeit)이 있다.

납품단가 문제와 관련하여 가장 유사하게 적용될 수 있는 분야는 사업관련 종속성과 수요관련 종속성이다.

사업관련 종속성이란 중소기업인 사업자가 공급자로서 거래상의 지위를 가진 사업자와 장기간의 거래를 체결하고 있는 경우에 거래상 지위를 가진 사업자가 그러한 거래관계를 갑자기 단절함으로써 인하여 특별하게 심한 손해가 발생할 수 있는 종속관계를 말한다.

이러한 사업 관련 종속성은 거래상 지위를 가진 기업의 영업상 자유를 제3자의 이익 관점에서 정당하게 제한을 가하기 위한 목적일 경우에만 해당되며, 기업의 경영상 결정의 오류(Geschäftliche Fehlentscheidung)을 보호하기 위한 목적은 아니다.³⁶⁾

수요관련 종속성이란 대규모 기업이 수요자일 때, 중소기업인 사업자가 공급을 함에 있어서 그 수요 지배력에 의존하는 경우이다. 공공기관에 납품을 하거나 수요독점적인 거래관계에서 많이 발생한다. 수요 지배력이 있는 사업자의 공급자가 다수인 경우, 기존 공급자의 판매망이 다른 공급자의 판매망으로 언제든지 대체가 가능하다면, 그 판매망은 공급자의 관점에서 볼 때 수요자에 대하여 종속성이 있다.³⁷⁾

독일 경쟁법 역시 납품단가 조정협의권 혹은 협상권 위임제도 등의 규제는 하고 있지 않다. 다만, 중소기업 간에 일정한 합의를 했을 경우에 GWB 제3조에 따라 중소기업 카르텔(Mittelstandskartell)을 예외적으로 허용하는 경우가 있다.³⁸⁾

경쟁자가 아닌 중소기업 간의 공동행위는 공동의 연구개발, 광고와 고객관리 시스템

35) 황태희, 위의 논문, 179면.

36) 황태희, 앞의 논문, 181면.

37) 황태희, 위의 논문, 182면.

38) GWB상 카르텔의 규제에서 중소기업의 예외를 인정하는 법·정책적 허용의 취지는 중소기업의 공동행위가 시장의 경쟁을 현저히 저해 또는 왜곡하지 않으며, 오히려 그러한 합의를 통해 중소기업의 경쟁능력이 개선되어 시장에서의 경쟁에 도움을 주기 때문에 경쟁법의 목적에 반하지 않는다는 것이다.

의 공동운영 등 단순한 협력(Kooperation)인 경우에만 경쟁을 제한하지 않는다. 만일 중소기업의 공동행위 내용이 본질적으로 경쟁을 제한하는 가격협정, 수량협정, 시장 또는 고객 분할 등을 포함하고 있다면 이러한 공동행위는 부당한 공동행위로서 GWB상 위법하게 된다.

우월적 지위를 가진 사업자가 남용행위를 하게 되면 거래상 지위 남용행위로 인한 연방카르텔청의 시정조치 대상이 되며, 거래의 거절로 인한 방해나 차별이 있는 경우에 카르텔청은 거래거절의 중지와 함께 공급명령(GWB 제32조)과 질서위반행위로서 과징금(Bussgeld)을 부과할 수 있다(GWB 제81조 제2항). 또한, 위반으로 인하여 얻은 부당이득(Vorteilsabschöpfung)을 모두 반환하도록 명할 수 있으며(GWB 제34조), 제거, 부작위 청구 등 민사적 구제는 물론 손해가 발생한 경우 손해배상 청구도 가능하다. 게다가 독일 민법 제134조에 따라 위반행위의 근거가 되는 계약이 무효가 될 수 있다.³⁹⁾

2) 사정변경의 원칙 : 행위기초론

독일민법은 오래전부터 사정변경의 원칙에 해당하는 행위기초론을 학설과 판례에서 인정해 왔고, 채권법 현대화를 통하여 개정된 독일민법 제313조는 행위기초의 장애(Störung der Geschäftsgrundlage)가 발생한 경우에 계약의 변경을 통한 계약의 유지에 중점을 두면서 일정한 경우⁴⁰⁾에는 계약을 해제·해지할 수 있도록 명문으로 규정하고 있다.⁴¹⁾

독일민법이 명문으로 수용한 행위기초론은 법 연혁적인 측면에서 사정변경의 원칙(clausula rebus sic stantibus)이라는 일반법 원칙에서 발전되었고, 이 원칙이 실무에서 갖는 특별한 의미는 경제상황의 격변, 전쟁이나 화폐가치의 폭락 또는 환경재난과 같은 사회적 재난을 통하여 생활근거에 엄청난 변화가 왔을 때 법률거래에 참여한 시민들에

39) 황태희, 앞의 논문, 16면.

40) 황태희, 앞의 보고서, 12면; ① 계약의 기초가 된 본질적인 사정의 변경, ② 계약의 본질적 내용이 되지 않을 것, ③ 계약체결 당시 사정변경을 예견하지 못하였을 것, ④ 본래대로의 계약유지를 기대할 수 없을 현저한 사정의 변화 등을 요건으로 하고 있다.

41) 박규용, “사정변경의 원칙과 행위기초론” 「법학연구 제40집」 (한국법학회, 2010), 99면 주41) 재인용.

독일민법 제313조(행위기초의 장애)

① 계약의 기초로 되어 있는 사정들이 계약체결 후에 중대하게 변경되었고, 당사자들이 이 변경을 미리 예견하였더라면 계약을 체결하지 않았거나 다른 내용으로 체결했을 경우, 개별적인 모든 상황 특히 계약적 또는 법적 위험분배의 고려 하에서 일방당사자에게 변경되지 않은 계약의 유지를 기대할 수 없는 한, 계약의 수정이 요구되어질 수 있다.
② 계약의 기초로 되어 있는 본질적인 설명이 잘못으로 밝혀지는 경우에 사정의 변경과 동일하다.
③ 계약의 수정이 가능하지 않거나 일방당사자에게 기대할 수 없으면, 불이익을 받는 당사자는 계약을 해제할 수 있다. 계속적 채권관계를 위해서는 해제권 대신에 해지권이 대신한다.

게 도움을 줄 수 있다는 것이다.

행위기초론에 근거하여 계약내용의 변경과 계약관계의 해소를 가능하게 하는 것은, 다른 한편으로 계약충실의 원칙을 제한하거나 계약의 일방 당사자가 스스로 부담해야 하는 계약위험에서 벗어나게 되는 결과를 가져올 수 있다. 즉 계약은 그 자체가 계약의 성립과 이행 사이에 발생한 위험을 당사자 간에 배분하는 구조를 가지고 있으므로, 행위기초론에 의한 계약내용의 변경 혹은 해소는 엄격한 요건 하에서 제한적으로 인정되어야 한다.

(4) 유럽연합⁴²⁾

유럽연합(European Committee, 이하 ‘EC’)은 하도급거래에 관하여 프랑스와 유사하게 기업 간 거래에서 발생하는 대금지불지연에 대하여 지침으로 규정하고 있다.

EU는 시장 통합 이후 경제 활성화를 위해서는 대기업과 중소기업간, 그리고 중소기업과 중소기업간 협력관계가 중요하다고 판단하여, 회원국들로 하여금 기업 간 거래에서 발생하는 대금지불지연에 대한 적절한 제도 도입을 권고하기 위해 1995년 상거래에서의 지불기간에 대한 권고(The Commission recommendation on payment periods in commercial transactions)를 채택하였지만, 법적 강제력이 없었기 때문에 상거래의 지불지연 방지에 관한 지침(Directive 2000/35 EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions)을 규정하게 되었다.

그러나 위의 지침은 우리나라처럼 하도급 관계에 대한 규제보다는 대금지불지연으로 인해 중소기업이 도산하고 실업이 증가하는 등의 문제에 대한 대금지불기간과 지연이자, 손해배상 등에 대하여 주로 규정하고 있다.

즉 계약에서 별도로 정함이 없는 경우, 채무자에게 청구서 수령일로부터 30일 이내에 대금을 지급하도록 하고, 청구서 수령일이 불분명한 경우 상품이나 용역을 수령한 날로부터 30일 이내 대금을 지급하도록 규정하고 있다(제3조 제1항(b)). 또한, 지연이자에 관하여 유럽중앙은행의 기준금리에 7% 이상을 가산하여 지연이율을 정하고 있다(제3조 제1항(d)).

(5) 미국

42) 공정거래위원회, 위의 심결 보고서, 636~638면 이하를 참조하여 재구성함.

1) 독점규제법

미국 반독점법(Antitrust Law)에서는 납품단가에 대한 직접적인 규제나 하도급 관계에 대한 직접적인 규제를 하는 법이나 조항은 없다.

또한, 우리나라와 일본에서 공정거래법상의 불공정한 거래방법의 한 유형으로 제시하고 있는 거래상의 우월적 지위의 남용행위 유형을 직접 규제하는 법 규정은 눈에 띄지 않는다. 게다가, 대기업과 중소기업의 불공정 행위에 관한 재판을 한 판례는 거의 찾아보기가 어렵다.

이는 납품단가 혹은 하도급과 관련된 양 당사자의 문제를 공적인 규제보다는 경제주체 간 계약체결의 자유와 합리적인 위험부담, 경영판단의 원칙 등 사적인 영역에서 해결하고 있음을 보여주는 반증이다.

첫째로 클레이튼법 제3조⁴³⁾ 및 미연방거래위원회(Federal Trade Commission Act, 이하 ‘FTC’)법 제5조⁴⁴⁾와 관련된 판례 중 주목할 만한 FTC와 시멘트 협회의 판결⁴⁵⁾을 살펴보기로 한다.

74개의 기업과 21명의 개인으로 구성된 시멘트 단체(Cement Institute)는 시멘트 사업자들 간의 운임을 둘러싼 과도한 가격경쟁을 방지하기 위하여 복수의 기본수송기점에 바탕을 둔 표준운임제도(multiple basing point system of pricing)를 도입하여 암묵적으로 회원 기업들이 시행하게 하였고, 그 결과 미 전역의 시멘트 가격이 일정하게 유지되었다.

이에 대하여 FTC는 이는 불법적인 결합으로 FTC법 5조 위반에 해당한다고 지적하여 중지명령을 발하였고, 그 명령의 강제를 위해 법원에 제소하였다. 법원은 시멘트 협회의 이러한 복수기점운임제도가 사업자단체의 통상적인 정보활동의 범위를 초과하여

43) 클레이튼법 제3조 미국의 관할권에 속하는 지역에서 사용, 소비, 재판매하기 위하여 또는 임차인이나 매수인이 임대인이나 매도인의 1인 이상의 경쟁자의 재화, 용품, 제품, 기계류, 공급재 기타 상품을 사용하거나 취급하지 아니한다는 내용의 조건, 합의, 약정에 기하여 부과된 가격을 확정하거나 가격을 할인 또는 리베이트하기 위한 임대차, 매도 또는 매도계약 또는 그 조건, 합의 또는 약정의 효과가 통상거래에서 독점을 형성할 우려가 있거나 실질적으로 경쟁을 감소시킬 경우에 특허권의 유무를 불문하고 재화, 용품, 제품, 기계류, 공급재 기타 상품의 임대차, 매도 또는 매도계약의 체결은 위법이다. 합의 또는 약정의 효과가 통상거래에서 독점을 형성할 우려가 있거나 실질적으로 경쟁을 감소시킬 경우에 특허권의 유무를 불문하고 재화, 용품, 제품, 기계류, 공급재 기타 상품의 임대차, 매도 또는 매도계약의 체결은 위법이다.

44) FTC 제5조 “상거래에 관련하여 불공정한 경쟁수단과 불공정하거나 기망적인 행위 및 상거래관행은 위법하다.” (Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are declared unlawful)

45) FTC v. Cement Institute, 333 U. S. 683 (1948).

경쟁을 제한하려는 의도가 있고 그러한 효과를 초래하였기 때문에 FTC의 중지명령에 대하여 적법성을 인정하였을 뿐만 아니라 FTC가 경쟁제한의 경향이 있는 행위에 대한 관할권이 있음을 판시하여 FTC 명령의 정당성을 확보해 주었다. 또한, 시멘트협회의 표준운임제 도입은 클레이튼법 제2조와 FTC법 제5조에 위배된다고 판결을 내렸다.

1961년 탬퍼 일렉트릭사 대 내쉬빌 석탄회사 판결⁴⁶⁾에서 탬퍼 전력회사는 내쉬빌 석탄회사와 탬퍼 전력회사의 화력발전소가 필요로 하는 석탄의 전량을 내쉬빌 석탄회사가 공급한다는 20년의 장기계약을 맺고 있었다. 내쉬빌 석탄회사는 석탄가격의 상승에 따라 이 계약이 동사의 자유로운 거래활동에 제한을 초래하기 때문에 이 계약은 클레이튼법 3조에 위배된다고 제소했다.

이에 대하여 법원은 계약의 결과 상당부분 경쟁이 제한될 가능성이 있지 않는 한 배타적 거래행위는 클레이튼 법 제3조에 저촉되지 않는다고 판단하였다. 또한, 피고 탬퍼 전력회사에 의한 석탄공급시장에서의 시장폐쇄효과에 관하여 내쉬빌 석탄회사가 시장 지배적 기업이 아니라, 시장의 0.77%를 차지하는데 지나지 않기 때문에 경쟁의 실질적 감소를 초래할만한 폐쇄효과는 갖지 않는다고 판결하였다.⁴⁷⁾

2) 사정변경의 원칙(후발적 이행불능)

미국에서는 계약체결 후 당사자가 예견할 수 없었던 사정의 변경에 의하여 계약의 이행이 불가능 하게 된 경우, 후발적 이행불능(impracticability)에 의한 규정⁴⁸⁾을 통하여 면책을 주장할 수 있다. 그러나 후발적 이행불능에 의한 면책은 임금이나 원재료비용의 상승과 같이 단순한 이행비용의 증대로 인하여 이행이 보다 곤란해진 정도만으로는 허용되지 않고, 통상적인 범위를 현저히 이탈한 것(well beyond the normal range)이어야 한다. 따라서 미국법상 면책조항이 적용될 수 있는 영역은 전쟁, 금수조치, 주요 원재료

46) Tampa Electric Co.v.Nashville Coal Co.,365 U.S. 320, 328-329(1961).

47) 그러한 선매가 관련 석탄시장안에서 경쟁을 실질적으로 제한한다고 생각하지 않는다. 그 시장은 매년 250,000,000 톤이 넘는 석탄을 거래하며, 10억 달러가 넘는 장사를 한다 - 여기에 20년을 곱하면 천문학적인 숫자가 된다. 여기에는 Standard Fashion사건(Standard Fashion Company v. Magrane-Houston Company(1922))과 같은 판매자의 시장 지배적인 지위도 존재하지 않고, International Salt사건(International Salt Company, Inc. v. United States(1947))에서와 같은 명백하게 제한적인 구속조건이 있는 것도 아니다. 오히려 반대로 “판매자에게 뿐만 아니라 구매자에게도 경제적으로 이익이 되는” 계약만이 존재하고 있는 것처럼 보인다. 구매자의 입장에서는 “공급을 보장받을 수 있고”, 반면에 판매자의 입장에서는 “판매비의 지출을 줄일 수 있고, 가격변동을 막을 수 있으며, 시장을 예견할 수 있다.” 다른 한편, 소비자들은 조업중단으로 인해 서비스가 중지되는 것으로부터 보호받지 못하며, 점점 늘어나는 부당한 비용증가는 결국 소비자의 부담으로 돌아간다. 따라서 이러한 제반사정을 고려해 볼 때 이러한 납품계약은 경쟁을 실질적으로 제한할 우려가 없다고 결정 하였다.

48) 미국상사법전 UCC §1-103(Supplementary General Principle of Law Applicable)

구입처의 폐쇄 등 이행이 현저하게 곤란하거나 불가능해진 경우로 한정된다.⁴⁹⁾

이러한 실행불능을 최초로 인정한 판례로는 Mineral Park Land Co. v. Howard이다. 자갈 매매계약에 있어서 수면아래에 있는 자갈의 채취에 약정가격의 10~12배에 달하는 운송비용의 증가를 이행불능 사유로 인정하였다. 그러나 America Trading and Production Corp. v. Shell Int'l Marine Ltd 판결에서 운송비용이 31.6% 증가한 사안 등에서는 계약 이행불능에 따른 면책을 거부하고 있다. 이행불능에 해당되기 위해서는 10~50배 정도의 극도로 부당한 비용의 증가가 필요하다고 판결하였다. 1970년대 유가 폭등으로 인해 상품공급에 차질을 빚어 이행불능을 근거로 면책을 주장하였지만, 미국 판례의 대부분은 단순히 경제적 부담이 된다는 것만으로는 면책을 인정할 수 없다고 판시하면서 대부분 원고들의 청구를 기각하였다.⁵⁰⁾

천연가스의 장기공급계약에서 약정가격이 시장가격의 2배 이상으로 인상된 경우에도 인정하지 않고 있다.⁵¹⁾ 대표적인 사례로는 1970년대 석유파동이 발생하면서 우라늄 값도 덩달아 뛰기 시작했다. 원자력사업 부문의 주도적 민간기업 웨스팅하우스(Westinghouse Electric Corp.)는 다음과 같이 선언하였다. “27개 전력 회사들과 체결한 우라늄 고정가격 장기공급계약은 우라늄 산출국 카르텔이 새로 출현해 우라늄 원자재 값이 10배 이상 폭등했으므로 더 이상 효력이 없다. 따라서 공급하기로 계약한 7천만 파운드(3,150만kg)의 우라늄을 애초의 가격으로는 공급할 수 없다. 이러한 사태는 계약을 체결할 때 예측하지 못하였을 뿐만 아니라 공급계약상, 명시된 단가로 계속 공급하면 20억불(지금 화폐가치로 50억불 이상)의 손실을 입게 되기 때문에 소위 상사적 이행불능(doctrine of commercial impracticability) 이론에 따라 계약은 더 이상 법적 효력을 갖지 않는다.” 이에 반하여 27개 전력회사들은 발끈하여 “원래의 계약은 유효하며 웨스팅하우스는 원 계약에 명시된 가격으로 공급하라”며, 해당관할 법원들에 소송을 제기했고, 1978년 10월 27일 그 중 한 법원(미국 버지니아주 동부지방법원)이 해당 전력회

49) 이재목, 앞의 논문, 297~298면; 이하 미국 판례와 내용은 이 논문을 참조하여 재구성 하였음.

50) Missouri Public Service Co. v. Peabody Coal Co., 583 S. W. 2d 721, 27 UCC 103(Mo App. 1979), cert denied 444. U. S. 865[석탄공급계약]; Eastern Airlines Inc. v. Gulf Oil Corp., 415 F. Supp. 429(S.D. Fla. 1975)[제트연료 공급계약]; Publicker Indus. Ins. v. Union Carbide Corp., 17 UCC Rep. 989(E.D. Pa. 1975)[에탄올 공급계약]; Gulf Oil Corp. v. Federal Power Commission, 563 F. 2d 588(3rd Cir. 1977)[천연가스 공급계약]; Iwoa Electronic Light and Power Co. v. Atlas Corp., 467 F. Supp. 129(N.D. Iowa 1978)[우라늄 공급계약]

51) Sabine Corp. v. ONG Western Inc., 725 F. Supp. 1157(W.D. Okl. 1989), Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon Country Coal Co., 799 F. 2d 265(7th Cir. 1986); Langham-Hill Petroleum Inc. v. Southern Fuels Co., 813 F. 2d 1327(4th Cir 1987); U.S v. Panhandle Eastern Corp., 693 F. Supp. 88(D. Del 1988).

사의 손을 들어주었다.

또한, “계약 당시 예측하지 못한 상황이 발생해 원 계약을 이행할 때 일방이 심대한 손해를 보게 된다 할지라도, 계약이행을 중단시킬 정도의 상황은 아니다”는 판결이 있다. 계약사정의 변경에 대하여 이행 어려움이 상당하고, 비용의 증대나 가치의 감소가 최소한 5배 이상이 되는 중대한 불공정(grave injustice)이 되는 경우에만 면책이 가능하고, 그 외에 사법적 구제는 불가능하다는 취지이다.⁵²⁾

이처럼 계약체결 전의 상황이 계약체결 이후 바뀔 경우 법원 혹은 행정기관이 계약 관계에 손쉽게 간섭하는 것은 바람직하지 않다는 것이 전통적인 미국법원의 입장이다. 즉, 손해는 결국 있는 곳에 머물러야 한다는 현상유지의 관점을 유지하며 국가의 계약에 대한 불간섭 원칙을 강조해 왔다. 국가가 계약관계에 개입하는 것을 자제할 때 계약과 관련된 위험의 사적·사전적 처리를 촉진할 수 있는 것이고 이러한 것이 국가의 간섭보다 상대적으로 더 효율적이라는 것이다.⁵³⁾

(6) 비교법적 검토

앞서 살펴본 바와 같이 하도급 관련 법제를 운영하고 있는 나라는 우리나라와 일본, 프랑스 등이 있다. 그러나 우리나라를 제외하고는 하도급 업체의 대금지연 및 지불과 관련된 문제를 해결하기 위한 내용이 입법화되었다.

<표 5> 각국별 하도급 규제 관련 법령현황

국가 관련법령	프랑스	독일	미국	일본	한국
하도급 관련 특별법	O (대금지불)	X	X	O (대금지불)	O (대기업 규제)
공정거래법 우월적 지위 남용 조항	X (경쟁법)	O (경쟁방지제한법)	X (셔먼법, 클레이튼법)	O (공정 거래법)	O (공정 거래법)
사정변경원칙 인정 여부	X (불예견이론)	O (행위기초론)	X (후발적 이행불능)	X (사정변경원칙)	X (사정변경원칙)

52) 예외적으로 면책을 한 사례는 장기적인 알루미늄 공급계약에서 석유위기로 인한 전기요금의 급등으로 계약의 이행비용이 5배 이상 증가하고 공급자가 7,500만불 이상의 손실을 입은 경우 극히 이례적으로 일부 인정해주고 있다 (Aluminum Co. of America v. Essex Group Inc., 499 F. Supp. 53. 29 UCCI(W.D. Pa. 1980). 천연가스의 장기공급계약에서 새로운 환경 정책으로 인하여 공장이 폐쇄되거나 제조공정의 대폭적인 변경이 불가피한 경우, 정부의 독점인수금지조치가 내려져 피고가 인수를 거부한 경우(Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp., 826 F. 2d 239(4소 Cir. 1985) 등이 있다.

53) 신석훈, “수·위탁기업간 납품단가 문제의 법리적 접근” 「한국경제연구원 정책연구」 (한국경제연구원, 2010), 171~172면.

프랑스는 하도급법이 규제를 위한 입법이 아니라 하수급인의 공사대금 채권을 보호하기 위한 목적으로 입법화되었고, 납품단가 문제는 민법의 영역에서 해결하는 체계로 구성되어 있다.

대부분의 국가들은 별도의 하도급법을 두지 않고, 민법상 사정변경의 원칙 혹은 불공정거래행위의 한 유형으로 이를 규제하고 있다. 독일은 우리나라의 공정거래법에 해당하는 GWB에서 부당하도급을 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고, 그 부당하도급 성립요건으로 경쟁제한행위 여부만을 판단하고 있다.

미국의 경우에는 우리나라와 일본에서 공정거래법으로 입법화된 우월적 지위 남용⁵⁴⁾에 관한 입법례나 판례 등도 찾을 수 없고, 계약의 변경도 예기치 못한 급격한 변화, 단가의 10~50배 정도의 예외적 사항에서만 사정변경 이론을 적용하고 있다.

즉, 대기업과 중소기업 간 거래에서 대기업이 우월적 지위⁵⁵⁾를 남용해서 납품단가를 부당하게 인하하는 경우도 있지만, 이러한 우월적 지위를 통제하기 위해 민법의 다양한 규정을 넘어 공법인 하도급법에서 별도의 규제조항 이외에 과징금, 형벌과 같은 강력한 제제수단을 통해 규제하는 나라는 우리나라가 유일하다.⁵⁶⁾

이에 반하여 다른 나라의 기본적인 시각은 소비자의 이익을 증진시키는 구매자의 정상적인 우월적인 지위행사를 반경쟁적이라고 판단할 오류(false positive error)와 과잉 집행(over enforcement)의 위험을 피하기 위해 반경쟁적이라는 명확한 ‘입증’이 수단되는 경우에 한해서 규제하는 태도를 보이고 있다. 독일 등 일부 나라에서는 엄격한 요건하에 사정변경의 원칙을 인정하고 있으며, 사적관계를 규율하는 기본법인 민법에서도 사정변경의 원칙 등을 인정하지 않고 있다.

따라서 우리나라 하도급법은 지나치게 수급사업자를 보호하는 법률이라고 할 수 있다. 또한, 하도급법에서 일방적으로 규제의 대상으로 삼는 대기업이라고 하더라도 완전한

54) 원사업자가 수급사업자에 비해 우월적 지위에 있는 경우란 원사업자가 수급사업자에게 현저하게 불리한 요청을 하여도 수급사업자가 이것을 받아들일 수밖에 없는 경우를 의미하는 것으로 해석할 수 있다. 일본 공정거래위원회에서는 우월적 지위 여부 판단을 수급사업자의 원사업자에 대한 거래 의존도, 원사업자의 시장에 있어서의 지위, 수급사업자의 거래처 변경 가능성, 거래 당사자 사이의 규모의 격차, 시장의 수급 관계 등을 종합적으로 판단하여 결정한다.

55) 구매자가 납품업자에 대해 거래상 우월적 지위를 가질 경우에는 납품업자와의 거래에서 낮은 가격으로 거래함으로써 궁극적으로는 소비자들에게 저렴한 가격으로 제품을 공급할 수 있어 소비자들의 후생을 증진시키므로 구매자의 우월적 지위의 남용행위 규제에는 세심한 주의가 필요하다. 신석훈, “제8회 한국법률가대회/ 제1세션 제2분과 세미나 지정토론문” 「저스티스 통권 제134-2호(특집호 I)」 (한국법학원, 2012), 267면.

56) 2008년 OECD 회의에서 우리나라 하도급법 강화 등에 이론적 논거인 ‘구매자(buyer)의 우월적 지위(bargaining power)’ 남용 문제에 대한 통제에 대하여 세계 각국의 전문가들이 심도 있는 논의를 하였다. OECD, Monospony and Buyer Power, Policy round tables, 2008. 상세한 내용은 신석훈, 위의 자료, 266면 참조.

의미에서 자주성이나 독립성을 누리는 것은 사실상 불가능하다.⁵⁷⁾ 사업적 능력이 상대적으로 열위에 있는 중소기업이라고 하더라도 거래마다 조건이 다르고 거래상대방을 선택할 수 있는 자유가 있는 경우까지 단순히 우월한 지위에 있는 거래 상대방의 행위로 규정할 수 있을지에 대해서는 다각적인 검토가 필요하다.

앞서 살펴본 바와 같이 지금의 하도급법상 제도만으로도 일본은 물론 세계 어느 나라보다 과태료, 고발제도, 손해배상 책임, 납품단가 조정협의권 등 납품단가 부분에 과도한 규제를 하고 있다. 여기에서 한발 더 나아가 협상권까지 조합에 위임하는 법안은 바람직하지 않다. 글로벌 경쟁력을 보호하면서 대·중소기업이 상생가능한 길은 규제를 강화하는 방법이 아니다. 이는 오히려 비효율적임을 다양한 입법례⁵⁸⁾에서 확인할 수 있다.

경쟁의 촉진자 역할을 수행해야 할 정치권과 정부가 규제중심의 입법과 행정을 통하여 글로벌 선도기업의 탄생 또는 발전을 오히려 저해하고 있다.⁵⁹⁾ 어떠한 가격규제도 완벽한 제도일 수는 없으며, 또 소비자와 생산자를 보호하기 위하여 정부가 취하는 가격규제도 장기간 지속될 때 원래 규제목적과는 반대로 보호하고자 하는 경제주체를 해하고 자원배분의 비효율성을 초래하는 결과를 낳는데, 납품단가 협상권 위임제도 역시 이와 같은 결과를 가져올 수 있다.⁶⁰⁾ 하도급법상 불공정거래행위에 대하여 기존제도를 활용하여 모니터링을 강화하고 정책적인 해결방법을 찾아야 한다.

57) 건설 하도급의 경우 일반적으로 특정한 수급사업자는 여러 개의 원사업자와 거래를 하고 있고, 어느 원사업자도 시장 점유율이 절대적으로 높지 않으며, 수급사업자는 수많은 원사업자와 거래를 할 수 있고, 원사업자가 항상 수급사업자보다 규모가 큰 것도 아니다.

58) 전경련이 8월 21일 발표한 ‘대기업 규제 현황’에 따르면, 대기업은 자산, 종업원 수, 매출액, 점포크기 등을 근거로 34개 법령에서 84개의 규제를 받고 있다. 대기업 규제가 가장 많은 법률은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(18건)이며, 하도급거래 공정화에 관한 법률(8건), 상법(7건) 순이다. 대기업 규제를 유형별로 살펴보면, ‘기업의 규모에 근거한 규제(상호출자제한기업집단 지정 제도, 지주회사 제도 등)’, ‘사업참여의 기회 자체를 제한하는 규제(건설업 도급순위 제한, 지상파방송사 지분소유 제한 등)’, ‘과잉·중복 규제(상근감사·준법지원인, 각종 공시 의무 등)’ 등으로 구분할 수 있다. “세계경제포럼(WEF), 국제경영개발원(IMD)이 발표한 국가경쟁력 평가 항목 중, ‘정부규제 부담(Burden of government regulation)’과 ‘기업 관련 법규(Business Legislation)’ 순위가 전체 조사대상국 중 하위권(순위가 낮을수록 기업 경영환경 악화)에 머무는 것도 대기업 관련 규제가 신설·강화 되는 것과 관련성이 높을 것”이라고 밝혔다. “규모가 크다는 이유로 적용받는 대기업 규제, 34개 법령에서 84개- 지침, 고시, 행정지도 등의 대기업 규제 수는 과약조차 힘들어 -”(전국경제인연합회 2012.8.21), 1면 참조.

59) 권병철, “공정거래법 선진화 방향과 제도적 개선과제”, 「FKI Issue paper 통권 제175호」 (전국경제인 연합회, 2010.9.27), 7면; 매출액 기준으로 세계 500대 기업 중 한국기업은 10개사에 불과하여 미국 139개, 일본 71개, 중국 46개에 현저히 미달하고 있다.

60) 공정거래위원회, 「경쟁 제한적 제도의 타당성 검토 및 합리적 개선을 위한 연구」(공정거래위원회, 2004), v면.

III. 현행 하도급법 및 개정(안)의 입법적 검토

1. 위헌성 검토

(1) 개요

앞서 살펴본 바와 같이 하도급법은 경제적 약자인 수급사업자에게 원사업자와의 관계에 있어 대등한 지위를 확보할 수 있도록 원사업자를 규제하는 법으로써 원사업자의 기본권을 제한하고 있다. 특히 적법하게 체결된 하도급계약에 대해서도 ‘원재료 가격의 상승’이라는 사정변경을 인정하여 상승분에 대해서는 원사업자가 부담하게 하고, 수급사업자의 납품단가는 보장해 줌으로써 원사업자의 사유재산권⁶¹⁾과 직업의 자유를⁶²⁾ 제한하고 있다. 헌법은 공공의 이익을 위해서 필요 불가피한 경우에는 법률을 통하여 기본권을 제한할 수 있도록 하고 있으나, 법치주의 기능인 신뢰보호 및 예측가능성원칙에 따라 필요최소한에 그치도록 하고 있다. 즉, 공공의 이익을 위하여 원사업자의 기본권을 법률을 통하여 제한하더라도 절대로 넘어서지 않는 한계가 존재한다. 이는 우리나라의 헌법이 지향하는 ‘사회적 시장경제체제’가 사인의 자유로운 경제활동을 폭넓게 인정하고 ‘계약의 자유’와 ‘경쟁의 자유’ 등을 보장하고 있기 때문이다.

우리 헌법재판소도 “헌법 제23조 제1항 전문과 제119조 제1항은 우리 헌법이 사유재산제도와 경제활동에 관한 사적자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음”을 선언하고,⁶³⁾ “기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 그 본질적인 내용을 침해하거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 입법을 할 수 없다”라고 하며 그 한계를 강조하고 있다.⁶⁴⁾ 이하에서는 이와 같은 기본권 제한의 헌법상 한계를 바탕으로 하도급법이 원사업자의 기본권을 어떻게 제한하고 있는지 검토해 보고자 한다.

61) 헌법이 보장하는 재산권은 ‘사적인 유용성’과 임의적인 처분권능이 인정되는 모든 재산가치 있는 권리를 뜻한다. 따라서 헌법상의 재산권은 민법상의 소유권(민법 제211조)보다는 넓은 개념이다. 즉 민법상의 소유권은 어떤 물건에 대한 절대적인 지배권을 뜻하지만, 헌법상의 재산권은 재산가치(경제적 가치) 있는 모든 사법상·공법상의 권리를 뜻한다(헌재결 1992. 6. 26. 90헌바26).

62) 직업의 자유는 영업의 자유와 기업의 자유를 포함하고, 이러한 영업 및 기업의 자유를 근거로 원칙적으로 누구나 자유롭게 경쟁할 수 있다. 경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는 데서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업 활동을 할 수 있는 자유를 의미한다(헌재결 1996. 12. 26. 96헌가18).

63) 헌재결 1997. 8. 21. 94헌바19.

64) 헌재결 1990. 9. 3. 89헌가95.

(2) 과잉금지원칙 위배 여부

법률에 의한 기본권 제한은 기본권의 제한을 불가피하게 하는 현실적인 사정을 감안하여 목적을 달성하기 위해서 최소한의 범위 내에서 허용되며, 보호되는 법과 제한되는 기본권 사이에는 합리적이라고 평가할 수 있는 일정한 비례관계가 성립되어야 한다.

그러나 현행 하도급법과 개정안에 의해 제한되고 있는 원사업자의 기본권이 ‘원사업자와 수급사업자 간 대등한 지위에서의 상호보완’과 ‘국민경제의 건전한 발전’이라는 하도급법의 목적을 달성하기 위한 최소한의 범위 내 제한인지 여부와 원사업자의 기본권 제한과 이로써 얻어지는 공익 사이에 합리적인 비례관계가 성립되는지는 의문이다.

기본권 제한에 대한 위헌 여부를 판단하는 과잉금지의 원칙에 의하면,⁶⁵⁾ 기본권 제한입법의 목적은 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하며, 정당한 목적을 달성하는데 가장 적합한 방법을 선택해야 한다. 뿐만 아니라 입법목적 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다.⁶⁶⁾ 그리고 기본권을 제한하는 정도와 그 제한에 의해서 얻어지는 공익을 엄격하게 비교·형량하여 하나의 법익이 다른 법익의 희생으로써 과잉으로 보호되어서도 안 된다. 즉, 기본권의 제한은 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 충족하여야 한다.

이와 같은 과잉금지의 원칙에 따라 위헌성 여부를 검토해 보면, 납품단가 조정협의 의무제는 원사업자와 수급사업자 간에 적법하게 체결된 계약에 있어서 수급사업자에게 발생한 ‘원자재 가격 상승’이라는 피해를 국가가 원사업자에게 전가하는 것으로써 이로 인하여 원사업자는 직업의 자유와 재산권을 제한받게 된다. 하도급법의 입법목적이 헌법상 정당성이 인정된다 하여도 국가가 수급사업자의 피해를 원사업자에게 전가하는 것은 아무리 원사업자가 수급사업자보다 지위상 우위에 있다고 하여도 입법목적 달성을 위한 적합한 방법은 아니라고 볼 수 있다. 또한 하도급법은 계약서상에 원재료의 가격변동에 따른 하도급대금의 조정요건, 방법 및 절차 등을 기재하도록 하고 있어(하도급법 제3조 제2항), 이미 적법하게 체결된 계약에 있어 원사업자의 기본권을 제한하지 않고도(혹은 덜 제한하면서도) 같은 정도로 하도급법의 입법목적 실현할 수 있

65) 과잉금지원칙이라 함은 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다. 우리 헌법은 제37조 제2항에서 입법권의 한계로서 과잉금지원칙을 명문으로 인정하고 있으며, 이에 대한 헌법위반 여부의 판단을 헌법재판소에서 관장하도록 하고 있다(헌재결 1992. 12. 24. 92헌가8).

66) 헌재결 2003. 9. 25. 2003헌마293.

다. 그리고 수급사업자의 피해가 원사업자에게 전가되는 것은 수급사업자의 보호를 위해 원사업자의 법익이 과도하게 희생되는 것으로서 법익의 균형성을 상실하였다고 할 수 있다.

따라서 납품단가 조정협의 의무제는 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 상실하여 헌법상 기본권 제한의 한계인 과잉금지의 원칙에 위배되어 위헌의 소지가 있다고 볼 수 있다.

우리 헌법재판소는 구태여 국민의 기본권을 제한하지 않고서도 충분히 공익목적을 달성할 수 있거나 보다 더 가벼운 기본권의 제한만으로도 충분히 공공의 이익을 보호할 수 있는데도 불구하고 단순한 편의주의에 따라 무거운 기본권의 제한입법을 시도하는 것,⁶⁷⁾ 그리고 기본권의 제한을 정당화할 만한 공공의 이익이 인정될 수 없는데도 기본권을 제한하기 위한 법률을 제정하는 것 등은 명백히 방법상의 한계를 이탈하는 것으로 보고 있다.⁶⁸⁾

한편, 개정안은 과잉금지의 원칙에 위배되어 위헌의 소지가 있는 수급사업자의 납품단가 협상권을 수급사업자가 소속된 조합도 행사할 수 있도록 하였는데, 개정안에 따르면 조합은 수급사업자의 명시적인 위임 없이도 주관적인 판단에 따라 원사업자와 납품단가 협상을 할 수 있다. 따라서 조합이 주관적인 판단에 따라 원사업자에게 납품단가의 조정을 신청하고 협의하는 것은 위헌의 소지가 있는 수급사업자의 납품단가 협상권을 대행하여 원사업자의 기본권을 제한하는 것으로써, 이 또한 과잉금지의 원칙에 위배되어 위헌이라고 할 수 있다. 또한 수급사업자의 기본권도 제한될 수 있는데, 개정안은 조합이 수급사업자의 위임 없이 협상권을 행사할 경우 수급사업자에게 이를 제재할 수 있는 어떠한 수단도 마련해 놓고 있지 않다. 이처럼 최소한의 입법적 안전장치 없이 수급사업자의 기본권을 제한하는 것은 그 수단의 적합성을 상실한 것으로써 필요한 정도를 넘어 수급사업자의 기본권을 침해하고 있다고 볼 수 있다.

(3) 본질적 내용침해금지 위배 여부

헌법 제37조 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 하여 기본권 제한입법의 한계를 밝히

67) 헌재결 2005. 4. 28. 2004헌바65.

68) 헌재결 2000. 4. 27. 98헌가16.

고 있다. 즉 기본권 제한의 목적을 ‘국가안전보장·질서유지·공공복리’로 한정하고(목적상의 한계), 법률 이상의 규범으로만 제한될 수 있으며(형식상의 한계), 제한하는 경우에도 기본권의 권리영역이나 자유의 범주가 무의미하게 될 정도로 본질적인 내용을 침해할 수 없다(내용상의 한계). 따라서 법률에 의하여 재산권을 제한한다 할지라도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 있는 것은 아니며, 사유재산권의 본질적인 내용을 침해하는 입법을 할 수는 없다(헌법 제37조 제2항 후단).

물론 사유재산에 관한 사적인 이용·수익·처분권의 행사는 공공복리에 적합하도록 해야 할 헌법적 제약을 받기 때문에 모든 국민은 입법권자가 그의 입법 형성권에 의해서 법률로 정하는 범위 내에서만 사유재산에 관한 사적인 이용·수익·처분권을 보장 받는다. 그러나 사유재산권이 비록 이와 같은 제약을 받는다 하더라도 그 제약의 범위는 ① 법률의 근거가 없거나 위법한 사유재산권의 침해를 방어할 권리,⁶⁹⁾ ② 공공필요에 의한 사유재산권의 침해 시에 적절한 보상을 요구할 수 있는 권리,⁷⁰⁾ ③ 소급입법에 의해서 사유재산권을 침해받지 아니할 권리,⁷¹⁾ ④ 국가권력 이외의 타인에 의해서 사유재산권이 침해되는 일이 없도록 국가의 보호를 요구할 수 있는 권리 내에 한정되어야 한다.

헌법재판소도 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 “그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우”라고 하면서, “사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권 박탈 등”이 본질적인 침해가 된다고 하였다.⁷²⁾

이와 같은 헌법상 원칙에 의할 때 납품단가 협상권 위임제는 이미 적법하게 결정된 납품단가 계약에 대해 원사업자가 거래관계에서 우월적 지위에 있다는 이유만으로 원자재 가격 상승에 대하여 원사업자의 재산적 사용을 국가가 강제하는 것으로 이는 오직 수급사업자만을 위해 원사업자의 사유재산권을 제한하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 그 제한의 목적은 공공복리를 위한 것으로 볼 수 없으며, 이러한 원사업자의 재산권 제한 또는 박탈은 원사업자의 재산권 보장을 공허하게 하여 그 재산권이 사실상 빈껍데

69) 헌재결 2002. 8. 29. 2000헌가5.

70) 헌재결 1999. 11. 25. 98헌마456.

71) 헌재결 1999. 7. 22. 97헌바76.

72) 헌재결 1989. 12. 22. 88헌가13.

기에 불과하게 만들어 재산권자인 원사업자의 자유와 생존은 심각한 훼손을 받게 될 것이다. 그러므로 하도급법상 납품단가 협상제와 개정안 상의 납품단가 협상권 위임제는 원사업자의 기본권인 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 위헌적 수단에 불과하다.

한편, 재산권은 ‘직업의 자유’의 기능적이고 이념적인 전제조건으로, 헌법상 보장되는 ‘직업의 자유’는 재산권 보장의 바탕 위에서만 그 본래의 기능을 나타낼 수 있다. 즉, 재산권이 부인되는 경우 재산권과 결부된 직업의 행사가 불가능해 지는 것이다. ‘직업의 자유’는 ‘영업의 자유’와 ‘기업의 자유’를 포함하는데, ‘영업의 자유’는 계속적·독립적·수익적 활동인 영업의 개시, 유지·존속, 폐업의 자유 및 이에 기초하여 상품·자본의 생산·거래 등을 행하는 자유 등을 말하며, ‘기업의 자유’는 기업의 생성·발전·소멸은 어디까지나 기업의 자율에 맡기는 자유를 말한다.⁷³⁾ 직업의 자유도 재산권과 마찬가지로 국가안전보장·질서유지·공공복리의 필요상 제한될 수는 있지만 본질적인 침해가 있어서는 안 된다. 헌법재판소도 “헌법 제119조 제1항은 대한민국의 경제 질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 하여 시장경제의 원리에 입각한 경제체제임을 밝히고 있으며, 이는 기업의 생성·발전·소멸은 어디까지나 기업의 자율에 맡긴다는 기업자유 의 표현이며 국가의 개입은 특단의 사정이 없는 한 불개입이 원칙이라고 하였다. 따라서 하도급법상 납품단가 조정협의 의무제와 납품단가 협상권 위임제는 수급사업자의 영업 활동상 손해를 원사업자에게 전가하는 것으로써 원사업자의 영업의 자유와 기업의 자유를 침해한다고 볼 수 있다. 그뿐만 아니라, 수급사업자의 영업상 문제에 국가가 적극적으로 개입하는 것은 기업 스스로의 문제해결능력 및 자생력만 마비시키는 것으로써 시장경제원리에의 적응력만 위축시키게 되며, 이는 곧 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중을 기본으로 하는 헌법 제119조 제1항의 규정과 합치될 수 없는 것이다.

(4) 평등권 침해 여부

헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하며, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 하여 법을 적용함에 있어 정당한 근거 없이 개인이나 일정한 인적 집단을 불평등하게 대우하는 것을 금지하고, 모든 영역에 있어서 차별을 받지 않고 균등하게 참여할 수 있는 기회를 보장하고 있다.

73) 헌재결 1998. 10. 29. 97헌마345.

이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등이 아니라, 법의 제정 및 해석, 적용 등에 있어서 합리적 근거 없이 차별해서는 아니 된다는 의미의 상대적 평등을 뜻한다.⁷⁴⁾ 즉 ‘본질적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게’하는 배분적 정의를 추구하여 각자에게 그 몫을 주는 평등인 ‘실질적 평등’을 의미한다. 따라서 합리적 근거하의 차등적 법해석과 적용 및 입법이 가능하다.⁷⁵⁾

그러나 상대적 평등에 따른 합리적 차등은 평등권의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위에서 필요한 경우 그 차별을 가능케 하는 상대적 개념이다(헌법 제37조 제2항 후단). 따라서 입법자가 법률을 제정함에 있어서 법적 효과를 달리 부여하기 위해서는 선택한 차별의 기준이 객관적이어야 하며, 복수 비교대상의 불평등한 취급을 정당화하는 합리적인 차별의 이유가 제시되어야 한다. 그러므로 사회적 열위의 지위에 있는 자에 대한 적극적 보호가 타인의 다른 기본권과의 관계에서 규범조화적 합리성을 넘어 과잉으로 되는 경우 필요성 원칙, 즉 과잉금지원칙을 정한 헌법 제37조 제2항에 위배되며, 이 때 사회경제적 약자라고 하는 판단기준은 ‘의심스러운 기준’이 되고 법 앞의 평등이 인정하는 범주의 상대적 평등인 합리적 차등을 벗어난 ‘역차별’이 된다.

이와 같은 평등의 원칙에 따르면 하도급법상 납품단가 조정협의 의무제와 납품단가 협상권 위임제는 하도급 계약관계에 있어 원사업자와 수급사업자는 본질적으로 다르며, 수급사업자는 사회경제적 약자라고 판단하여 그 법적 효과를 달리 부여하기 위한 제도이다. 그러나 하도급법이 제시한 차별의 기준과 이유는 ‘공정한 하도급거래질서 확립’과 ‘원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완’ 그리고 ‘국민경제의 건전한 발전’인데, 이것은 원사업자가 우월한 지위를 남용하여 경제적 약자의 입장에 있는 수급사업자에게 부당한 행위를 하는 경우 수급사업자를 보호하기 위한 기준과 이유는 될 것이나 수급사업자의 경제적 손해를 원사업자에게 전가하는 기준과 이유는 될 수 없을 것이다. 원사업자에 우월적 지위가 있다하여 적법하게 체결된 계약에서 원사업자의 책임 없는 사유로 발생한 수급사업자의 손해를 원사업자에게 전가하는 것은 합리성을 넘어 과잉으로 수급사업자를 보호하는 것이며, 수급사업자의 열위적 지위를 원사업자와 대등하게 하기 위해 중소기업협동조합에 협상권을 위임할 수 있게 하면서 원사업자에게는 동일한 제도적 보장을 하지 않는 것은 원사업자를 과도하게 차별하는 것으로써 상대적 평등인 합리적 차등을 벗어난 역차별로 볼 수 있을 것이다. 이는 ‘노동조합

74) 헌재결 1997. 5. 29. 94헌바5.

75) 헌재결 1989. 5. 24. 89헌가37.

및 노동관계조정법'이 단체교섭에 있어 근로자가 노동조합이나 제3자에게 협상권을 위임할 수 있는 것과 같이 사용자도 사용자단체나 제3자에게 협상권을 위임할 수 있게 하고 있는 경우와 비교해도 원사업자가 불평등한 취급을 받고 있다고 볼 수 있다.

한편 하도급법은 수급사업자에 대해서는 원재료 가격의 변동을 이유로 납품대금의 조정을 할 수 있도록 보장하면서 원사업자에 대해서는 원재료 가격의 변동을 이유로 한 납품대금의 조정을 '부당감액'의 유형으로 지정하여 금지하고 있다(하도급법 제11조 제2항 제6호). 그러나 원사업자나 수급사업자 모두 기업이라는 동일한 기본권 주체인데 협상력이 우위에 있다는 이유만으로 동일한 이유에 대한 행위, 즉 원재료 가격의 변동을 이유로 한 납품대금의 조정을 한쪽만 차별하여 허용하지 않는다는 것은 합리적 근거가 없는 부당한 차별일 것이다.

또한, 개정안은 납품대금 조정신청 요건 중 기간 요건을 완화하여 현재 '하도급계약을 체결한 날로부터 90일 이상 경과한 경우'에 신청할 수 있도록 한 기간 요건을 '60일'로 단축하고 있다. 그러나 이와 같은 기간 요건의 완화는 '국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률'(이하 '국가계약법'이라 한다)에서 규정하고 있는 계약금액을 조정하기 위한 기간 요건인 '90일'과 상충하게 되는데, 사적 성격의 계약인 하도급계약에서 국가계약보다 더 낮은 기간 요건을 인정하는 것은 하도급법상의 수급사업자를 과도하게 보호하는 것으로 국가계약에서의 수급사업자와의 형평성 차원에서도 적절치 않다고 볼 수 있다.

따라서 납품단가 조정제와 협상권 위임제는 법익의 균형성을 현저히 상실한 제도로써 원사업자에 비하여 수급사업자를 과도하게 보호하고 있다는 점, 기업의 실적보다는 조합의 일원이라는 것을 근거로 하여 혜택을 준다는 점, 기업에게 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구한다는 점 등을 볼 때, 법 앞의 평등이 인정하는 범주의 상대적 평등인 합리적 차등을 벗어나 원사업자를 '역차별'하고 있다.

2. 민법상 사정변경의 원칙 적용의 문제점

위·수탁기업 간의 계약 유형은 민법상 도급에 해당하는데, 도급은 당사자 일방(수급인)이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고 상대방(도급인)이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조). 따라서 이러한 도급계약에서 위·수탁기업 간 납품단가 결정행위는 사적 자치의 원칙⁷⁶⁾에 따라 당사자들 사

이의 자유로운 의사표시의 합치를 통해 결정되며, 민법상 무효·취소의 사유(예컨대, 공박·경솔·무경험, 통정허위표시, 중요부분 착오, 시기·강박)등이 없는 한 적법하게 결정된 납품단가는 유효한 계약으로서 거래당사자들을 구속하게 된다.

이와 같이 유효하게 성립된 계약에서 당사자의 자유로운 의사에 대하여 형성된 각각의 급부는 계약의 내용에 따라 반드시 준수되어야 하며, 그렇게 하는 것이 계약 당사자의 의사에 부합할 뿐만 아니라 계약에 관한 법적 안정성을 제고하여 거래를 촉진시키게 된다.

그런데 납품단가 조정협의 의무제와 납품단가 협상권 위임제는 원재료 가격 상승으로 계약체결 당시와 상황이 많이 달라졌으므로 변경된 상황에 맞게 사후적으로 계약을 수정하여 납품단가를 조정해야 한다는 것으로써 ‘원재료 가격의 상승’이라는 사정변경을 하도급계약에서 계약 수정의 이유로 인정해 주자는 것이다.

이는 계약의 성립 당시에 있었던 환경 또는 그 행위를 하게 된 기초가 되는 사정이 그 후 현저하게 변경되어 당초에 정하여졌던 계약의 내용을 그대로 유지하고 강제하는 것이 신의칙과 공평에 반하는 부당한 결과를 가져오는 경우에는 당사자가 그 법률행위의 효과를 신의·공평에 맞도록 변경하거나 또는 소멸시킬 수 있다는 민법상 ‘사정변경의 원칙’을 하도급계약에서 인정하는 것을 말한다.

그러나 ‘사정변경의 원칙’은 계약법의 대원칙인 ‘계약은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)’와 대립관계를 형성하는데, 이는 계약의 기초를 이루는 사정이 현저하게 변경되어 계약을 그대로 이행하는 것이 신의칙에 반하는 경우에 계약 당사자가 계약의 구속력에서 벗어나도록 허용하는 것이 자칫 잘못하면 법적 안정성을 해칠 수 있기 때문이다. 이러한 예외성 때문에 재판실무상 사정변경의 원칙에 기초한 당사자의 주장은 거의 받아들여지지 않고 있다.

우리 판례는 ‘매매계약 당시와 비교하여 부동산가격이 571배 폭등한 사안’⁷⁶⁾, ‘임야 매수인이 계약체결 약 14년 후 잔대금을 제공하면서 임야의 소유권이전등기를 청구하

76) 사적 자치의 원칙이란 개인간의 법률관계는 당사자의 자율적인 결정에 기초하여 체결·내용형성·소멸토록 하는 법이념을 말한다. 이 원칙은 정치적으로는 국민에 대한 국가의 간섭을 최소화하는 자유주의에 바탕을 두며, 경제적으로는 개인의 재산소유와 경제활동의 자유를 인정하는 자유시장경제를 기초로 하고, 사회적으로는 집단이 아닌 개인의 의사를 존중하는 개인주의에 입각하고 있다. 사적 자치는 국민의 생활영역에 관해서는 국가공권력의 명령이나 금지가 행해지지 않는다는 자유를 뒷받침한다. 개인은 사적 자치의 원칙에 따라 자기의 경제생활 및 가족생활을 자율적인 결정에 따라 영위할 수 있으며 이에 대한 국가의 간섭을 받지 않음을 원칙으로 한다. 이은영, 민법총칙 제5판, 박영사, 2009, 67면.

77) 대법원 1956. 3. 10. 선고4288민상234·235판결.

였는데, 그 사이 한국전쟁과 경제적 격변 등으로 인해 임야 가격이 약 1,620배 가량 급등한 사안⁷⁸⁾, ‘매매계약체결 후 9년이 지났고, 시가가 올랐다는 사안’⁷⁹⁾, ‘전소의 변론종결일 후 후소의 원심변론종결 당시까지 점유토지의 공시지가가 22배 상승하고, m²당 연임료가 약 29배 상승한 사안’⁸⁰⁾ 등에서 일관되게 사정변경 원칙의 적용 가능성을 부정하고 있다.

따라서 민법상 기본원칙인 ‘사적 자치의 원칙’을 우선하고, ‘사정변경의 원칙’을 인정하지 않는 판례의 태도에 따르면 수급사업자는 원재료 가격의 상승이 있더라도 사정변경에 해당하지 않는 한 원래 유효하게 성립된 납품단가에 따라 납품해야 할 의무를 부담하고, 원사업자는 수급사업자의 납품단가 조정협의를 응해야 할 법적 의무를 부담하지 않는다. 그리고 하도급법에서 인정하고 있는 가격 변동 기준은 ① 계약금에서 차지하는 비중이 100분의 10 이상인 원재료의 가격이 하도급계약 체결일을 기준으로 100분의 15이상 상승한 경우, ② 원재료 가격 상승으로 인한 변동액이 잔여 납품물량에 해당하는 금액의 100분의 3 이상인 경우인데, 판례의 태도로 보았을 때 이와 같은 기준을 사정변경으로 인정하기는 매우 어렵다고 할 수 있다. 또한 원재료 가격은 미래 특정 시점에서 항상 변동할 수 있고, 원재료 가격은 계약 당시 충분히 예견할 수 있는 사정이기 때문에 가격 변동으로 인한 위험은 수급사업자가 부담해야 할 것이다.

그러므로 원재료 가격의 상승을 이유로 수급사업자가 납품단가 인상을 요청한다고 하여도 원사업자는 유효하게 성립된 계약의 법적구속력을 원용하여 납품단가 인상 요청을 거절할 수 있으며, 합리적인 수준으로 인상해 줄 수도 있을 것이다. 즉, 납품단가 인상 요청에 대한 원사업자의 수용 또는 거부는 어디까지나 원사업자의 재량적 판단에 따라 이루어질 사안에 해당한다.

이와 같은 ‘사정변경의 원칙’은 국가마다 다양한 명칭으로 논의되고 있는데, 미국에서는 임금이나 원재료비용의 상승과 같이 단순한 이행비용의 증대로 인하여 이행이 보다 곤란해진 정도만으로는 허용되지 않고, 전쟁·금수조치·주요 원재료구입처의 폐쇄 등에 의하여 이행이 현저하게 곤란하거나 불가능해진 경우로 한정된다.⁸¹⁾

78) 대법원 1963. 9. 12. 선고53다452판결.

79) 대법원 1991. 2. 26. 선고90다19664판결.

80) 대법원 2009. 12. 24. 선고2009다64215판결.

81) 이재목, 계약사정의 변경과 계약내용의 조정, 비교사법 제8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001, 298면. (이행이 현저하게 곤란하거나 불가능해진 경우에는 ① 장기적인 알루미늄 공급계약에서 석유위기로 인한 전기요금의 급등으로 계약의 이행비용이 5배 이상 증가하고, 공급자가 7,500만불 이상의 손실을 입은 경우, ② 천연가스의 장기공급계약에서 새

일본에서는 최고재판소에서 일반론으로서는 ‘사정변경의 원칙’을 인정하지만, 구체적인 사례에서는 이 원칙을 적용하여 당사자를 구제한 예가 없고, 효과의 점에서도 해제의 가능성만을 인정하고 있어 결과적으로 일본의 최고재판소는 사정변경의 원칙 적용에 대하여 매우 엄격한 태도를 취하고 있다고 볼 수 있다.⁸²⁾

한편, 학계에서는 ‘계속적 계약’관계의 경우 최초에 정한 계약내용이 그 후 ‘경제사정 기타 주위사정의 현저한 변화로 변경될 필요가 있는 때’ 또는 ‘계약을 유지해야 할 필요가 없어지게 된 때’에는 계약기간이 만료되기 전이라도 사정변경에 따른 계약해지 및 계약변경을 인정할 필요가 있다는 견해가 제기되고 있다.

이 견해는 민법이 임대차 계약에 관하여 ‘임대물에 대한 공과부담의 증감 기타 경제사정의 변경으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대한 차임의 증감을 청구할 수 있다(민법 제628조)’고 하여 ‘차임증감청구권’이란 ‘계약변경청구권’을 인정하고 있음을 근거로 한다.

그러나 이와 같은 견해에 따라 ‘원재료 가격의 변동’을 ‘사정변경’으로 인정하여 계약의 내용에 변경을 가할 수 있다고 하더라도 계약변경은 당사자들이 자율적으로 할 사안이지 제3자가 개입할 것은 아니며, 사적자치의 영역에서의 ‘사정변경’에 대한 판단은 어디까지나 법원의 몫으로 국가의 개입은 불필요할 것이다.

3. 부당공동행위(카르텔)의 합법화 우려

납품단가 협상권 위임제는 수급사업자가 가지고 있는 협상권을 중소기업협동조합이 볼 때 ‘원재료의 가격이 변동되어 하도급대금의 조정이 불가피하다’고 판단되는 경우 다수의 수급사업자가 가지고 있는 협상권을 중소기업협동조합이 임의적으로 행사하는 것이다. 따라서 중소기업협동조합이 이와 같은 방식으로 납품단가를 협상할 경우 조합이 원사업자와 협의해 기준단가를 제시하고, 개별 수급사업자들은 이를 기초로 원사업자와 구체적인 단가를 협의하는 방식으로 운영될 경우 납품업체 간의 시장경쟁을 제한하는 부당공동행위(카르텔)로 규제 대상이 될 수 있다(공정거래법 제19조 제1항). 공정거래법은 제19조 2항과 동법 시행령 제28조(중소기업의 경쟁력 향상을 위한 공동행위의

로운 환경규제정책으로 인하여 공장이 폐쇄되거나 제조공정의 대폭적인 변경이 불가피하게 된 경우, ③ 원자력설비의 매각과 동시에 핵연료의 공급과 사용제연료의 인수에 대한 장기계약을 체결한 바, 연방정부에 의한 사용제연료의 독점 인수금지조치가 내려서 피고가 인수를 거부한 경우 등이 있다.)

82) 박정기, 사정변경의 원칙에 관한 비교법적 고찰, 법학논고 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 239면.

요건)에서 부당한 공동행위의 예외를 규정하고 있으나 중소기업협동조합을 통한 납품 단가의 협의는 납품업체 간의 경쟁을 부당하게 제한하거나 부당하게 사업자의 사업내용 또는 활동을 제한하는 행위에 해당할 수 있어, 이를 법으로 인정하게 되면 경제 전반에 부당공동행위가 확산될 우려가 있다. 과거 레미콘이나 타이어를 제조하는 사업자 및 단체 등이 원재료 가격 상승을 이유로 공동행위를 허용해 줄 것을 요청한 사례가 있어, 하도급업체에게 인정해 주게 되면 다른 사업자 및 단체들도 경영난이나 형평성을 주장하며 공동행위 예외인정을 요구할 수 있다.⁸³⁾

또한 조합이 원하는 협의 결과를 얻기 위해 원사업자를 압박하는 수단으로 공동 납품 중단 등의 전략을 선택할 경우 이는 최종적으로 제품가격의 상승으로 이어질 것이며, 그 부담은 모두 소비자가 떠안게 될 것이다.⁸⁴⁾

그리고 법 적용을 받는 원사업자의 대부분이 중소기업⁸⁵⁾인 상황에서 조합을 통한 납품단가 협의를 인정하게 되면 중소기업 전체를 대표하는 중소기업협동조합의 입장에서 원사업자 및 수급사업자 모두 중소기업에 해당할 경우, 중소기업협동조합이 양측 당사자 중 어느 한 쪽만을 옹호하기에 곤란한 경우가 발생할 수 있다.⁸⁶⁾

4. 수급사업자의 계약자율권 침해

중소기업협동조합에 납품단가 협상권을 위임하는 것은 시장경제질서의 핵심인 경쟁을 저해하여 수급사업자의 계약자율권을 침해할 수 있다. 적정한 납품단가는 거래량, 기술력, 제품의 질 등 복잡한 모든 요인을 감안하여 계산하기 때문에 해당 수급사업자만이 정확히 알 수 있는데, 협상권을 중소기업협동조합이 행사하게 되면 시장의 수급상황이나 개별기업의 특성과는 무관하게 중소기업협동조합의 결정에 의해 일률적으로 가격이 결정될 수 있고, 이러한 과정에서 경쟁력 있는 개별 수급사업자는 협상기회를 박탈당할 수도 있다. 또한 각 업체마다 원가 산출방법에 차이가 있는데, 협상 과정에서 개별업체의 원가가 공개될 경우 이후의 거래 계약에서 수급사업자가 불이익을 받을 수

83) 신동열, 납품단가 조정협의 의무제 시행에 따른 공정위의 정책방향, 경쟁저널 144호, 한국공정경쟁연합회, 2009, 73면.

84) 실제로 2008년에는 원재료 가격 급등에도 불구하고 GM대우가 납품가격을 인상해주지 않는다는 한국타이어와 금호타이어는 납품을 중단(7월)했으며, 현대자동차 등에 납품하는 주물업체들이 가격 인상을 요구하며 납품을 중단한 결과, 주물제품의 가격이 평균 20%이상 인상(3월)되는 등의 사례가 다수 발생하였다. 이후 현대자동차는 주물가격 및 운송비 인상을 이유로 차량판매가격을 2% 인상(8월)했다(신동열, 위의 글, 73면).

85) 공정위에 따르면 2011년도 서면실태조사 대상 5,000개의 원사업자 중 3,731개(75%)가 중소기업에 해당하고, 대한건설협회에 따르면 2011년 기준 전체 종합건설업체(11,545개사) 중 99%가 중소기업에 해당하는 것으로 설명하고 있다.

86) 임익상, 하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서, 국회정무위원회, 2012.9, 24면.

있다.

그리고 하도급법 제3조는 계약서 작성 시에 당사자 간의 합의에 의해 원자재 가격 상승에 따른 납품단가 협의를 할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 수급사업자는 언제든지 법에서 규정한 원자재 가격의 상승이 발생하면 단가 협의를 신청할 수 있다. 따라서 중소기업협동조합이 계약의 당사자인 수급사업자가 요청하지 않았는데도 주관적인 판단으로 수급사업자의 협상권을 행사하는 것은 수급사업자의 계약자율권을 침해하는 것으로 볼 수 있다.

최근 공정거래위원회의 조사결과에 따르면, 단가신청을 한 수급사업자의 경우 92%는 원사업자가 일부라도 원재료 가격 상승분을 납품단가에 반영해 주고 있다고 응답했으며, 전부 또는 50%이상 반영비율이 수급사업자 조사결과 63.6%에 이르는 것으로 나타났다.⁸⁷⁾ 이는 현재 납품단가 조정협의를 하도급계약 당사자 간의 자율적 합의에 의해 원활히 조정되고 있다는 것을 보여준다. 따라서 원사업자가 우월적 지위를 이용하여 수급사업자의 단가신청 협의를 거부하는 것을 우려해 중소기업협동조합에 납품단가 협상권을 부여해야 한다는 논리는 설득력이 없다고 할 수 있다.

5. 수급사업자의 사업기회 박탈

과거에는 많은 거래비용이 소요되어 기업이 노동을 글로벌 시장에서 공급받는 것이 어려웠으나, 정보통신 기술의 발달, 표준화, 디지털화 등의 발전으로 외국에서의 생산이 적은 비용으로도 가능해졌다. 이에 따라 해외 아웃소싱 형태의 거래가 급증하게 되었고, 실제로 삼성전자와 LG전자는 이미 전체 휴대폰의 1/2 이상을 중국과 베트남 등 해외에서 글로벌 소싱으로 생산하고 있다.⁸⁸⁾ 이러한 상황에서 수급사업자를 보호하기 위해서 위·수탁기업 간의 납품단가 협상에 중소기업협동조합이 개입하여 단체협상을 진행하면, 단기적으로는 수급사업자를 보호하는 것 같지만 장기적으로는 원사업자의

87) 공정거래위원회, 하도급거래 서면실태조사 결과, 2012년 2월 15일 보도자료, 6면.

〈납품단가 반영 비율 현황〉

(단위 : %)

조사연도	원사업자 조사결과			수급사업자 조사결과		
	전부	50%이상	50%미만	전부	50%이상	50%미만
2011	21.1	50.2	28.7	37.2	26.4	36.4

*비율=(해당 업체 수)÷(일부 수용 응답업체 수)×100

88) 신동열, 납품단가 조정협의 의무제 시행에 따른 공정위의 정책방향, 경쟁저널 144호, 한국공정경쟁연합회, 2009, 72면.

인센티브를 약화시켜 이들이 외국으로 눈을 돌려 궁극적으로는 수급사업자의 납품기회 자체가 줄어들 수 있다.

따라서 중소기업협동조합과의 납품단가 협상은 원사업자에게 국내 투자 및 기업의 경영여건을 악화시키는 부담으로 작용하여, 해외로 납품업체를 이전시키는 원인이 될 것이다. 이는 곧 국내 산업의 공동화를 초래하여 중소기업 경쟁력 향상에 장애물로 작용할 것이다.

또한 해외 원사업자에게 납품을 하고 있는 중소기업의 경우 중소기업협동조합과의 납품단가 협상에 부담을 갖는 해외 원사업자가 다른 나라의 경쟁업체로 거래선을 변경할 우려가 있어 우리나라 중소기업이 해외에 납품하는데 많은 어려움을 겪을 수 있다.

6. 협상권 단일화로 인한 중소기업협동조합의 시장독점우려

납품단가 협상권이 조합에 위임되면 공정거래법 제19조에서 금지하는 가격담합을 제도적으로 인정하게 되어 공정거래위원회의 경쟁촉진정책과 모순되며, 수급사업자 간 경쟁을 제한하는 등 반시장적 요소가 많다. 또한 협상이 결렬될 경우 납품중단과 같은 단체행동으로 이어져 관련제품을 사용하는 생산과정이 전면 중단되는 등 심각한 경제적 혼란이 생길 수 있음은 앞선 검토를 통하여 확인하였다.

그러나 이외에도 원가경쟁력이 떨어져 시장에서 퇴출되어야 할 한계기업들이 중소기업협동조합 내부를 장악하여 납품단가 협상에 나설 경우 노사협상과 유사한 모습으로 둔갑하여 우량 중소기업에게 피해를 줄 수 있으며, 시장거래의 정치화로 인해 대·중소기업 간의 갈등이 확대될 우려가 있다.

또한 조합의 권한이 커질 경우 전체기업의 이익보다는 조합 자체의 이익을 우선시하거나 특정업체에 유리하게 협상을 진행할 수 있고, 우월적 교섭력을 남용하여 원사업자를 역차별할 우려가 있다.

7. 중소기업의 경쟁력 약화

중소기업을 보호하기 위해 이들 계약관계에 중소기업협동조합이 개입하는 것은 좋은 의도에도 불구하고 글로벌 시장에서 경쟁을 해야 하는 중소기업의 경쟁력 강화라는 관점에서 보면 한계를 가질 뿐 아니라 오히려 중소기업에 나쁜 영향을 미칠 수 있다. 치열한 글로벌 경쟁시장에서 중소기업이 지속적으로 성공하기 위해서는 무엇보다도 중

소기업의 협상력이 강해야 한다. 그런데 중소기업의 협상력을 키워주기 위한 정책보다는 중소기업은 약자라는 고정관념의 틀에서 거래관계의 구체적 협상력을 고려하지 않고 획일적으로 계약관계에 개입하는 것은 중소기업의 거래 상대방에게 실질적인 부담만 지우고 궁극적으로 중소기업 보호에도 도움이 되지 않는다.

자유시장경제는 시장에서의 경쟁을 통해 기업이 가장 저렴한 가격으로 우수한 품질의 상품을 공급하게 하는 효율적인 체계인데, 중소기업협동조합이 계약관계에 개입하여 단체협상에 의해 모든 납품업체가 평균적인 중간가격을 일괄 적용받게 된다면, 납품업체 간 품질경쟁과 가격경쟁이 사라지게 될 것이다. 이로 인해 기술력과 제품의 질이 떨어지는 한계기업들은 퇴출되지 않고 다른 우수한 기업과 동일한 납품단가를 보장받게 될 것이다. 이러한 무임승차는 결국 중소기업들에게 기술 혁신과 경영 혁신을 통한 원가절감 노력보다는 납품단가 협상에만 치중하게 함으로써 납품업체들의 경쟁력을 약화시키고, 이는 다시 완성품의 품질 저하를 야기해 원사업자의 경쟁력 약화를 초래할 것이다.

8. 원사업자의 협력업체 선정의 다양성 상실

납품업체들이 중소기업협동조합의 단체협상을 통해 평균적인 가격을 획일적으로 적용받게 될 경우, 기술력에 바탕을 둔 경쟁의 유인이 사라지면서 중소기업은 경쟁력을 잃고 도태될 수 있으며, 이러한 방식의 협의로 인한 중소기업의 경쟁력 약화 현상은 시장 메커니즘의 효율성을 저하시킴으로써 우리나라 중소기업뿐 아니라 궁극적으로 원사업자에게 있어서도 나쁜 영향을 미칠 수 있다는 점은 위에서 확인된 바 있다.

원사업자는 원가절감과 제품의 품질을 위하여 기술력 있는 협력업체를 확보해야 하는데 중소기업이 중소기업협동조합을 통해 다른 기업과 동일하게 납품단가를 받게 되면 기술개발에 소홀하게 되고, 이러한 현상이 지속되면 원사업자는 기술력을 확보한 협력업체 확보에 어려움을 겪게 될 수 있다. 또한 원사업자는 수급사업자와의 개별 협상이 아닌 단체협상에 대한 부담으로 인하여 기술력 보다는 중소기업협동조합 가입 유무에 따라 협력업체를 선별하게 되면 그 선택의 폭이 매우 한정되게 된다.

이와 같이 중소기업협동조합이 납품단가 협상에 참여하게 됨으로써 기술력 있는 수급사업자는 보호받지 못할 것이며, 원사업자도 수급사업자와의 개별 협상이 아닌 단체협상에 대한 부담으로 협력업체 선정에 어려움을 겪을 것이다.

따라서 기술력 있는 협력업체를 보호하고, 원사업자의 납품단가 협상에 대한 부담을 줄여 협력업체 선정의 폭을 넓히기 위해서는 중소기업협동조합을 통한 단체협상이 아닌 계약의 당사자들이 자율적으로 협상할 수 있도록 해야 할 것이다. 원사업자의 입장에서 기술력이 우수하고 신용도가 높은 수급사업자가 경영난 때문에 공급에 차질을 빚는 것을 바라지 않으며, 지나치게 낮은 수준의 납품단가 책정은 품질 저하를 가져와 원사업자의 경쟁력까지 약화시킬 위험이 있음을 알고 있기 때문이다.

IV. 결어

최근 정부는 경제민주화라는 이름으로 대기업에 대한 규제를 맹목적으로 강화하려고 하고 있다. 유럽발 금융위기 등으로 한국경제의 미래가 불투명한 현 상황을 고려할 때, 기업의 투자를 활성화하여 일자리를 늘리려면 그들에 대한 규제를 글로벌 스탠다드에 맞게 완화·개선해야 할 시점이다.

우리는 대기업과 중소기업의 양극화 해소를 위한다는 목적으로 2009년 중소기업기본법, 2010년에 중소기업 사업전환 촉진에 관한 법률, 대·중소기업 상생협력촉진에 관한 법률, 중소기업은행법, 중소기업진흥에 관한 법률, 중소기업협동조합법을 제·개정하였고, 2011년도에는 중소기업 기술혁신촉진법, 중소기업 인력지원 특별법, 중소기업 제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률, 중소기업창업지원법, 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률을 제·개정 하였다.

납품단가 문제는 이미 특별법인 하도급법으로 입법화되어 있고, 납품단가 조정협의권이 이미 2011년에 신설 되었음에도 불구하고 충분한 시행과정과 내용에 대한 구체적인 분석 없이 2년 만에 사적인 영역에 과도하게 간섭하는 협상권 위임제도의 도입은 타당하지 않다. 특히 납품단가 계약의 주체가 아닌 조합에게 일방적으로 대기업 등의 규제만을 목적으로 협상권을 위임하는 조항 신설은 재고해야 한다.

대기업의 우월적 협상력(bargaining power)을 규제해 중소기업이 대기업과 수월한 협상(easy bargaining)을 하기 위한 정책은 협상의 기회 자체를 제거해 버리는 나쁜 결과(no bargaining)를 야기한다. 이는 오히려 하도급거래의 단절과 계약의 본질적인 기능을 훼손시키는 결과로 나타난다.⁸⁹⁾

최근 많은 대기업들은 중소기업의 경영여건을 개선하기 위해 납품단가 조정장치 도입을 확대하고 납품대금 지급기일을 줄이는 등 하도급 공정거래문화 조성에 힘쓰고 있다. 또한 하도급 계약서에 원자재 가격, 환율변동 등에 대한 납품단가 조정 근거를 명시하고 있으며 하도급법상 의무사항은 아니지만 표준하도급 계약서를 사용하는 대기업도 2011년 68.5%로 증가하였다. 공정거래위원회의 2012년 하도급 서면실태조사에서도 원·수급사업자 간 납품단가 인하 비율이 하락하는 등 납품단가 조정관행이 꾸준히 개선되고 있고, 납품단가 인상을 신청한 수급사업자의 93.0%는 원사업자 측에서 조정 인

89) 신석훈, 앞의 자료, 267면.

상폭을 일부라도 수용해주고 있다고 밝혔다.⁹⁰⁾

사적인 주체의 경제적 자유를 근간으로 하는 시장경제체제에서 개인·회사 등의 행위나 대상을 제도적으로 규제하기 위해서는 그것이 사회경제적으로 상당한 부정적 효과를 초래한다는 확증과 신중한 접근이 필요하다. 왜냐하면 법률 제·개정 목적은 국민의 행복을 기초로 하여야 정당성이 확보될 수 있으며 이해관계가 있는 당사자의 주장을 합리적으로 조화시키려는 노력이 필요하기 때문이다. 변화하는 환경에 적응하기 위한 새로운 입법이 때로는 필요하지만 이미 구축된 법·제도를 잘 운용하여 기존의 입법목적을 충실히 달성하는 지혜가 필요하며 입법비용을 줄이는 측면에서도 효율적이다.

결국, 경제민주화라는 구호 아래 하도급 관계에 규제를 강화하는 법률을 개정하는 것은 글로벌 경쟁시대에 여러 가지 부작용을 야기할 수 있으며, 이는 결국 국민의 부담으로 귀결될 가능성이 크다. 무분별하게 사적인 계약관계 등에 규제를 강화하는 방법보다는 중소기업의 경쟁력 강화를 위한 제도적 지원방안과 대기업과 상생협약을 유도하는 시장친화적인 정책들을 병행하는 인식의 변화가 필요하다.

향후 다양한 연구와 사례조사 등을 통하여 학문적 연구 및 실증적 검토가 선행되어야 하며 반드시 납품단가 협상권을 조합에 위임하는 개정을 입법화하는 대신에 기존의 법제도를 최대한 활용하는 방법을 찾는 지혜를 모아야 한다.

90) 「하도급 서면실태 조사」(공정거래위원회, 2012), 「하도급법상 징벌배상제 확대법안의 주요 쟁점분석과 검토의견」(전경련중소기업협력센터, 2013.2), 3면.

참고문헌

1. 논문 및 단행본

곽관훈, “일본의 기업 간 거래규제 특징 및 시사점” 「대·중소기업간 거래규제 개선 시리즈」 (전경련중소기업협력센터, 2011.9).

권병철, “공정거래법 선진화 방향과 제도적 개선과제”, 「FKI Issue paper 통권 제175호」 (전국경제인 연합회, 2010).

권재열, “하도급거래의 공정성 제고에 관한 소고” 「법학논총 제15집」 (숭실대학교 법학연구소, 2006년).

강선준, “법인의 수입배당금에 대한 과세제도의 문제점과 개선방안-법인세법 제18조 익금불산입 제도를 중심으로-”, 「기업소송법연구회 76차 2012년 9월 월례발표회 발표논문」 (기업소송법연구회, 2012.9.24).

강선준, “대규모 기업집단법 도입론에 관한 법적고찰”, 「기업소송법연구회 77차 2012년 10월 월례발표회 발표논문」 (기업소송법연구회, 2012.10.28).

노희범, “하도급거래공정화에관한법률 제14조 제1항 등 위헌소원- 하도급대금 직접 지급제와 계약의 자유 - 헌재 2003. 5. 15. 2001 헌바 98 판결”, 「헌법재판소 판례집 15-1, 534」 (헌법재판소, 2003).

박규용, “사정변경의 원칙과 행위기초론” 「법학연구 제40집」 (한국법학회, 2010).

박수곤, “프랑스에서의 하도급법에 대한 개관- 건축 하수급인의 공사대금 채권 담보 수단을 중심으로” 「민사법학 제25호」 (한국민사법학회, 2004).

신석훈, “수·위탁기업간 납품단가 문제의 법리적 접근” 「한국경제연구원 정책연구」 (한국경제연구원, 2010), 173면.

신석훈, “하도급거래의 본질과 하도급법 개정의 한계-개정하도급거래의 공정화에 관한 법률의 쟁점과 전망- 「서울대학교 경쟁법센터·중소기업중앙회 공동세미나 자료집」 (서울대학교 경쟁법센터, 2011).

신석훈, “제8회 한국법률가대회/ 제1세션 제2분과 세미나 지정토론문” 「저스티스 통권 제134-2호(특집호 I)」 (한국법학원, 2012).

이재목, “사정변경의 원칙과 계약내용의 조정”, 「비교사법 제8권 제1호(상) (통권 14

호)」(한국비교사법학회, 2001).

이병기, “과도한 납품단가 규제”, 「경영계 7~8월 합본호」(한국경영자총연합회, 2011.9).

이효경, “일본의 하도급거래에 공정화에 관한 법 제도와 시사점” 「상사판례연구 제24집 4호」(한국상사판례학회, 2011).

정상현, “프랑스 민법상 불예견이론과 우리 민법에의 시사점” 「민사법학」(한국민사법학회, 2008).

최수정, “소프트웨어산업 하도급 규제의 개선방안” 「상사법연구 제30권 제4호」(한국상사법학회, 2012).

황인학, “KERI Insight 2012년 대기업집단 정책의 쟁점과 과제” 「KERI 정책제언 12-04」(한국경제연구원, 2012).

황태희, “독일경쟁제한방지법(GWB)상 중소기업 보호규정과 시사점” 「부산대학교 법학연구 제52권 제1호·통권67호」(부산대학교 법학연구소, 2011).

황태희, “독일의 기업간 거래규제 특징 및 시사점” 「대·중소기업간 거래규제 개선 시리즈 4」(전경련중소기업협력센터, 2011).

2. 기타

「공정거래위원회 심결사례 30선」(공정거래위원회, 2011).

「공정거래위원회 30년사」(공정거래위원회, 2012).

「2012년 공정거래백서」(공정거래위원회, 2012).

「경쟁 제한적 제도의 타당성 검토 및 합리적 개선을 위한 연구」(공정거래위원회, 2004)

「하도급 서면실태 조사」(공정거래위원회, 2012).

「하도급법상 징벌배상제 확대법안의 주요 쟁점분석과 검토의견」(전경련중소기업협력센터, 2013.2).

“원자재 가격상승도 보험으로 대비한다- 구리 등 비철금속에 대한 원자재가격변동 보험 도입, ‘08년 800여개 업체 이용, 600억원 이상 수혜 예상 -”(지식경제부 보도자료, 2008년 4월 3일).