

가치 확산을 위한 SW 하도급계약 법제 개선에 관한 고찰

이상수*

*한국소프트웨어진흥원

A Study on Improvement of SW Subcontract Legislation for Value Diffusion

Lee, Sang Soo

Korea SW Industry Promotion Agency

E-mail : sslee@software.or.kr

요 약

SW사업의 고유특성에 따른 하도급 만연과 대·중소 SW기업간 하도급계약의 협상력 불균형 등으로 인한 불공정 하도급 거래관행이 지속되어 국내 SW사업의 단단계·위계화 하도급구조가 지속되고 있는 실정이다. 이로 인해 SW사업 결과에 악영향을 미치고 역량 있는 중소 SW기업의 사업의지를 약화시켜 SW산업 발전을 저해할 수 있어, SW사업의 하도급관련 국내의 법제를 조사·분석하고 그 시사점을 도출하여 SW사업 주체간의 공정거래를 담보할 수 있는 SW사업 하도급관련 법제 인프라 개선방향을 제시한다.

1. 서론 - 하도급 특성의 소프트웨어사업 구조

SW사업은 SW의 고유특성상 전문가(또는 기술자)의 지식능력과 경험을 바탕으로 지적 제품을 생산, 제공하는 지식 집약적인 사업의 특성을 보유했으며, 계약법적 관점에서는 도급계약의 특성을 갖는다. 도급계약은 민법에서 규정하고 있는 채권계약의 한 형태로서 동법 제664조에서 “도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.”라고 규정하고 있다. 또한 「건설산업 기본법」 제2조에서 “도급이라 함은 원도급·하도급·위탁 기타 명칭의 여하에 불구하고 건설공사를 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 일의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약을 말한다.”고 규정하고 있고, 「정보통신공사업법」 제2조에서 “도급이라 함은 원도급·하도급·위탁 기타 명칭여하에 불구하고 공사를 완성할 것을 약정하고, 발주자가 그 일의 결과에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약을 말한다.”고 규정하고 있다. 결국, 「민법」상의 도급계약을 차용하여 개별 법률에서 유사하게 정의하고

있다. 특히 SW사업은 이러한 도급계약의 특성으로 현행 「민법」상의 도급계약에서 규정하고 있는 “보수의 지급시기”, “수급인의 담보책임”, “하자가 도급인이 제공한 재료 또는 지시에 기인한 경우의 면책”, “도급인의 해제권”, “담보책임의 존속기간 완성전의 도급인의 해제권”, “도급인의 파산과 해제권” 관련규정을 적용받게 된다.

SW개발에는 기계적인 코딩단계를 제외하고는 전문 SW기술자의 지식능력과 경험에 좌우되며, IT서비스사업 역시 발주자의 요구에 대한 이해와 전문가의 지식능력과 경험에 의존한다. 따라서 전문 SW기술자의 역량이 다른 사업에 비해 중요한 요소이므로 설비투자보다는 전문 인력에 대한 투자가 SW사업의 성공을 좌우한다고 하겠다.

SW사업은 소비자의 수요패턴 변화가 급격하게 변하고 기술발전이 빠르게 이루어지는 고유특성으로 SW제품(또는 IT서비스)의 라이프 사이클이 극히 짧은 특성을 갖는다.¹⁾ 라이프 사이클을 늘리기

1) 김중환, SW사업 하도급제도개선에 관한 연구, 2004, 경기대학교

위해서는 새로운 기능 추가, 사용편의 개선, 성능 향상, 새로운 환경에 적응될 수 있도록 하는 작업 등의 다양한 유지보수가 필요하다고 한다. 또한 국내 SW사업은 선진국에 비해 제품기획능력, 기술 개발, 품질관리, 표준화 등의 기술수준이 열위에 있으며 그 격차도 큰 편이다. 고부가가치의 시스템 설계·구축 등 컨설팅부문보다는 설계에 기초하여 상세 설계 및 코딩 등 노동집약적 부문이 발달되어 있다. 한편 시장 측면에서는 선진외국계 SW기업이 시장을 장악하고 이들 제품을 사용하여 대기업 중심의 내부거래가 주종을 이루고 있다. 이러한 상황에서 다단계 하도급구조가 형성되고 하도급 SW기업의 계약협상력은 크게 불균형을 이루고 있고 이에 기인한 불공정 하도급거래 관행이 지속되고 있다. 2000년대 들어 대기업 중심으로 하도급 구조의 재편이 일어나고 있으며 전략적 협력기업을 중심으로 하도급 SW기업의 대형화·위계화가 새로이 진행 중인 상황이다.²⁾

SW사업에서의 하도급구조가 발생하는 주요원인은 SW기술·제품의 고유특성에서 찾을 수 있으며 (SW사업은 하드웨어, 소프트웨어, 네트워크 등 다양한 IT기술 요소들을 결합하여 고객에게 유용한 IT서비스를 제공하는 종합사업의 특성을 본질적으로 갖고 있으므로 필연적으로 대중소기업들이 상호 유기적인 네트워크 형성을 통해 공동 작업을 하여야 한다.), 이는 수천종의 부품들이 유기적으로 결합되어 완성되는 자동차사업과 유사하다. 하나의 기업이 모든 위험을 떠안기 어려운 측면과 시장실패의 위험이 상존하여 하도급구조가 형성되는 것으로 추정된다. 그리고 하도급의 다단계 가속화와 하도급비중의 확대는 대기업 중심의 효율성 제고 차원에서 찾을 수 있는 것으로 파악된다. 즉, 대기업의 비용절감 노력과 공공부문을 둘러싼 경쟁심화가 하도급의 확산을 가속화하는 요인의 하나로 볼 수 있다. 이는 원래 약한 전속성을 가지고 있던 하도급구조가 2000년대 들어 대형화와 강한 위계로 재편되며 수급기업들의 이익이 상승하는 부문과 무관하지 않은 것으로 파악된다고 한다.³⁾ 또한 대형 SW기업은 기술인력과 지원인력 비중이 8:2 수준이며 아키텍처급 전문인력이 일부 높으나, 중소 SW기업은 대기업보다 엔지니어 비율이 낮아

전반적으로 기술인력 비율이 낮고, 지원인력인 영업 및 마케팅 인력비율이 높은 인력편중 현상을 갖는 취약점을 안고 있다.⁴⁾ 이는 SW사업의 하도급구조가 지속되는 요인으로 볼 수 있다. 결국, SW의 고유특성에 기인하는 '수요의 불확실성'과 다양한 SW기술·인력의 연계협력 등의 SW사업 특성⁵⁾이 SW사업 하도급거래 구조의 주요 발생 원인으로 판단된다. 이하에서는 SW사업의 하도급거래 관련 법제도와 타 산업의 하도급관련 법제동향과 시사점을 도출하고 이에 대한 개선방향을 살펴본다.

2. 하도급거래 관련 기본 법제

우리나라의 하도급관련 일반법은 「민법」 상의 도급계약과 원도급자와 하도급자의 공정한 거래에 관한 일반적인 원칙을 규정하고 있는 「하도급 거래 공정화에 관한 법률(이하 “하도급법”이라 한다)」을 들 수 있다. 하도급법의 적용 업종은 제조, 수리, 건설위탁 및 용역위탁(지식·정보성과물 작성 위탁과 역무의 공급 위탁으로 구분하고, 지식·정보성과물 작성 위탁에 컴퓨터프로그램 등 SW가 포함되어 있다.)으로 하고 있으며 그 적용대상을 대기업과 중소기업간 거래 및 중소기업과 중소기업간 거래로 하고 적용기간은 거래종료일로부터 3년 이내로 규정하고 있다. 원사업자에게 8개 유형의 의무사항(서면교부·서류보존의무, 선금금 지급

4) 중소기업의 경우 전체기술인력 중 특급기술자가 대기업보다 약 12% 낮다; SW기업의 업무별 인력 현황, KISDI, 2006.6, IT서비스업체 조사결과

구 분	기술 인력		지원 인력			합계
	엔지니어	컨설턴트	영업 등	기획	기타	
대기업 (19개)	72.2%	9.0%	9.2%	5.5%	4.0%	100%
중소기업 (131개)	64.6%	9.0%	15.3%	3.9%	7.2%	100%

5) SW사업은 HW, SW, SW개발, 네트워크 등의 결합으로 인한 연계협력구조, 인력의 상시 활용 부적합, 주문생산 등의 특성을 가지므로 ① 다수 기업의 참여와 설계, 개발, 테스트 등 공정에 따른 순차적인 인력 투입의 불가피, ② 주문생산이라는 특성은 생산물에 대한 수요를 불확실하게 만들어 그 파생수요인 인력 수요가 불규칙, ③ 특히, 최근에는 다부처간 연계서비스나 급격한 IT기술 발전으로 다양한 기능을 가진 전문SW기업과 연계가 필수적인 요소로 부각되고 있으며, 이런 특성으로 SW기업은 인력을 상시 보유할 필요가 없으며 수요가 있을 때에만 인력을 확보하여 투입하려는 인식을 갖게 된다.

2) 김주일, 하도급구조와 고용관계 토론회 발제문, 2005. 6. 8, 한국노동연구원

3) 김주일, 같은 글, 136~137면.

의무, 내국신용장 개설의무, 검사 및 검사결과 통지의무, 하도급대금 지급의무, 하도급대금 지급보증의무, 관세등 환급액 지급의무, 설계변경에 따른 하도급대금 조정의무)과 11개 유형의 금지사항(부당한 하도급대금 결정금지, 물품등의 구매강제 금지, 부당한 위탁취소 및 수령거부 금지, 부당반품 금지, 하도급대금 부당감액 금지, 물품구매대금 등의 부당결제청구 금지, 경제적 이익의 부당요구 금지, 부당한 대물변제행위 금지, 부당한 경영간섭 금지, 보복조치 금지, 탈법행위 금지)을 규정하고, 발주자의 의무사항으로 하도급대금의 직접 지급의무를 규정하며, 수급사업자에게 3개유형의 의무·준수사항(서류보존의무, 건설하도급대금 계약이행보증의무, 신의칙 준수·원사업자의 위법행위 협조거부의무)을 규정하여 공정한 하도급 거래를 도모하고 있다. 또한 하도급법은 동법상의 제도에 대한 실효성을 확보하기 위하여 제재내용⁶⁾을 규정하고 있다. 하도급법은 경제성장에 따라 하도급거래비중이 지속적으로 증가하면서 대기업과 중소기업간 상호 호혜적 관계가 성립되지 못하는 상황, 대기업의 계약서 미교부·부당한 단가인하·부당감액 등 불공정거래행위⁷⁾의 관행화, 중소기업의 대기업에 대한 높은 전속도로 인한 불공정거래행태에 직접 대응할 수 있는 대등한 교섭력이 없는 결과로 인한 매우 열악한 거래상 지위 등이 중소기업의 경영난을 가중시켜 결국 대기업의 발전을 저해함은 물론 국민경제의 균형적 발전에 걸림돌로 작용하는 측면을 고려하고 있다. 따라서 동법은 경제적 약자인 하도급자(주로 중소기업)의 이익을 보호하고 원사업자(주로 대기업)의 불공정 하도급거래를 시정하여, 원사업자와 수급사업자가 상호 보완적으

로 균형 있게 발전할 수 있도록 제정·운영되고 있다.

건설공사와 정보통신공사의 하도급거래에 관한 내용을 각각 규정하고 있는 「건설산업 기본법」과 「정보통신공사업법」에서는 각각 해당공사의 특성을 감안하여 하도급계약의 (사전)승인제, 도급계약의 원칙, 수급인등의 자격제한, 공사의 하도급관리, 하도급계획의 제출, 하수급인등의 지위, 업자간의 협력, 하수급인의 변경요구, 공사업자의 손해배상책임, 하자담보책임(건설공사는 10년~1년, 정보통신공사는 5년~1년)을 규정하고, 하도급대금지급 내용으로 하도급대금의 직접지급, 설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정 등을 규정하고 있으며, 동 제도의 실효성 확보를 위해 시정명령·영업의 정지·등록의 말소와 벌칙으로 1년에서 3년 이하의 징역 또는 1천만원에서 3천만원 이하의 벌금 및 과태료 부과를 규정하고 있다.

3. SW사업의 하도급관련 국내의 법제

원칙적으로 하도급은 「민법」의 규율에 따른 사인(私人)간의 계약임에도 불구하고 입법자는 적절한 법제도의 운용을 통해 하도급계약에 관여함으로써 공정거래를 담보할 책임이 있다. 그 이유는 불공정한 하도급 거래는 원래 의도했던 사업 결과에 악영향을 미치게 되고 역량 있는 중소 SW기업의 의지를 약화시켜 궁극적으로 SW산업 발전을 저해할 가능성이 있기 때문이다. 또한, 최근 원도급 기업과 하도급 기업 간의 갯은 마찰로 대형 IT 서비스기업이 일방적으로 매도되고 있으며 합리적인 하도급 거래 법제도 개선은 전문 중소SW기업 뿐만 아니라 대형 IT서비스기업에도 긍정적인 영향을 미칠 것으로 보인다.

이에 따라, SW산업 전반을 규율하고 있는 현행 「소프트웨어산업 진흥법」은 SW산업의 경쟁력 강화의 수단으로 대중소기업간 상생협력과 효율적인 분업체계 구축을 통해 SW개발을 위·수탁할 수 있는 하도급 제도를 마련할 필요가 있었다. 이에 발맞추어 2007년 12월 「소프트웨어산업 진흥법」 개정과 2008년 9월 동법 시행규칙 개정(하도급계약의 사전승인에 관한 합리적인 절차를 마련)을 통해 새롭게 도입된 공공부문의 SW사업 하도급계약의 사전승인제는 SW사업의 본래특성을 고려하여 SW산업의 경쟁력 강화를 도모하려는 정부의 의지가 반영된 것이라 할 수 있고 시의적절하다고 판단된다. SW사업의 하도급관련 해외법제를

6) 행정적 제재로 시정조치(시정명령, 시정권고 등), 공표명령, 과징금부과(하도급대금의 2배이하), 상습법위반자 조치(입찰참가제한, 영업정지 요청), 과태료 부과(3천만원 이하) 규정을 두고, 사법적 제재(공정위전속고발)로 원사업자의 의무사항 및 금지사항 위반행위(하도급대금 2배상당금액 이하의 벌금), 공정위의 시정명령에 따르지 아니한 자 및 보복조치, 탈법행위금지 위반자(1억5천만원 이하의 벌금) 및 양벌규정(행위자 및 법인 처벌)

7) 공정위는 지난 '05.4.21부터 '05.5.19 기간 중 SI산업(대형SI업체, 중소SW업체, SI사업 발주자, 관련사업자단체)에 대한 실태조사를 실시하여 9개 대형SI업체들의 불공정하도급거래를 수천건 적발하여 '05.8월 사안별로 시정명령 및 경고조치; 공정거래위원회, SI(System Integration)산업 실태조사결과, 2005.8.18.

살펴보면, 미국의 경우에는 미국 연방정부가 직접 집행하는 공사계약이나 연방정부 지원의 공사계약은 연방조달규칙(Federal Acquisition Regulation : FAR)에 따라 집행하며, 연방조달규칙에 하도급계약(Federal Sub-Contracting Rules)을 규정하고 있다.⁸⁾ 특히, 전문 중소기업의 시장진입에 대한 Incentive 부여를 위해 하도급계약 승인상의 우대조치 프로그램을 마련하고 있다. 일본은 「하청대금 지불 지연 방지법⁹⁾」, 「정보시스템 신뢰성 향상에 관한 가이드라인」 및 「정보시스템 모델 거래 계약서」의 제정·운용을 통해 고정적인 피라미드형 산업구조가 아니라, 능력 있는 플레이어가 다양한 기능을 발주자에게 제공할 수 있는 하도급구조를 확립하고 있다. 그리고 하도급을 통한 리스크 분산기능을 유지하면서, 부가가치가 없는 인력파견에 대해서는 다중화를 제한하여 하도급과 인력파견의 기능을 분명히 하고 있다.

4. 결론 - 하도급 법제 개선방향

(하)도급계약을 규정한 「민법」, 공정한 하도급 거래질서의 확립을 위해 하도급거래의 일반적인 원칙을 규정한 「하도급법」, SW사업과 유사한 정보통신공사의 하도급을 규정하고 있는 「정보통신공사법」 및 건설공사의 하도급을 규율하고 있는

「건설산업 기본법」과 주요 SW선진국인 미국과 일본의 하도급계약 관련 법제도를 분석해보았다.

이를 토대로 SW사업의 공정·선진화된 하도급 법제 구조를 확립하는 선행조건은 현행 「소프트웨어산업 진흥법」상의 하도급관련 법제도 개선방향을 제시하는 것이 효율적이라고 생각된다.

동법상의 SW사업 하도급사전승인제는 앞에서 살펴본 것처럼 SW사업의 선진화에 꼭 필요한 제도이고 매우 효과적인 것으로 보인다. 다만, 발주자·수급자·하수급자의 책임·의무를 구체적으로 규정하고 있지 않아 하도급관련 분쟁시 SW산업 전체를 규율하는 법률로서의 지위가 불안하고 관련 타 법령과의 충돌시 법 해석·적용에 대한 혼란의 우려가 있다. 따라서, 하도급사전승인제의 실효성·이행력 제고를 통한 SW산업 주체간의 신뢰성 확보를 위해서는 SW사업의 특성을 감안한 대·중소 SW기업의 상생협력 원칙, 정기적인 하도급 실태조사, 하도급계약 교육, 승인된 하도급계약의 모니터링, 하도급 사전승인제의 효력(무효·취소·해제·해지권 등)에 관한 규정 및 행정벌(과태료 부과 등) 규정 등을 구체적으로 마련할 필요가 있다고 판단된다. 더불어 SW사업의 건전한 하도급 구조 정착을 위해서는 SW시장의 주체인 발주자, 대기업, 중소기업 상호간의 이해와 신뢰가 전제되어야 할 것이다.

8) Federal Acquisition Regulation상의 Federal Sub-Contracting Rules

제44편 : 연방 하도급 계약체결기준

44.201 허가 등 : 계약업체가 하도급계약에 대해 계약담당관의 허가 필요

44.202 계약담당관의 평가 : 적절한 가격경쟁 여부, 계약업체의 적절 비용, 가격분석, 가격비교 수행여부 등을 고려

44.203 허가의 제한 : 이윤율 한도액 초과, 발주기관과 하도급업체와 직접거래, 원도급자와 하도급자간 분쟁 시 발주기관이 중재, 사법적 판정 등으로 개입, 노동시간 하도급계약을 반복적으로 부당하게 연장하여 사용하는 경우

44.304 계약업체의 하도급계약시 정부자금 소비의 효율성과 효과, 정부정책의 준수여부를 평가하기 위해 하도급계약, 감사, 가격 책정, 기술 등을 감독

제19편 : 소기업과의 하도급체결을 위한 프로그램

19.704 : 하도급계약 계획 준수 수준을 정부가 판정할 수 있도록 정기보고서를 제출

10.705-7 : 계약자가 하도급계획서를 성실히 준수하지 않을 때는 계약자로 하여금 예정손해배상액을 납부

9) 2004년 4월 동법 개정을 통해 SW사업과 방송사업 등 지식산업관련 거래에도 적용하도록 하였다.

[참고문헌]

[1] 김중환, SW사업 하도급제도개선에 관한 연구, 2004, 경기대학교

[2] 김주일, 하도급구조와 고용관계 토론회 발제문, 2005. 6, 한국노동연구원

[3] KISDI, 2006.6, IT서비스업체 조사결과

[4] 공정거래위원회, 2005.8.18, System Integration 산업 실태조사결과

[5] 심규범, 건설현장의 다단계 하도급구조 개선방안, 2006. 12, 건설산업연구원

[6] 곽윤직, 채권각론, 박영사

[7] US Small Business Administration (SBA), 2006, Subcontracting Assistance Program(SAP) and Small Business Innovation Research Program(SBIR)

[8] Federal Acquisition Regulation(FAR); Federal Sub-Contracting Rules

[9] 日本 産業構造審議會 情報經濟分課會 Information service · Software 小委員會 中間報告(案), 2006. 6, 「Information service · Software 産業 維新」