

개정 하도급법상 기술자료의 제공 요구·유용행위에 대한 규제

- 기술자료 제공 요구·유용행위 심사지침의 내용을 중심으로*

법무법인 광장 | 미국변호사 나영숙, 변호사 한종연

I. 들어가는 말

공정거래위원회는 2011년 업무계획을 통하여 공정사회 구현을 위한 '대·중소기업 동반성장'이라는 정책 목표를 제시하고, 이 취지를 제도화하여 현실적으로 실현해 내고자 노력하고 있다. 그러한 노력 중의 하나가 2011년 3월 29일 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 "하도급법"이라 한다)의 개정이라고 할 수 있다. 개정 하도급법의 주요 내용은, 하도급법의 적용대상인 원사업자의 범위 확대, 중소기업협동조합에 대한 납품단가 조정신청권 부여, 기술자료 제공 요구 및 유용행위에 대한 규제 강화 등으로, 2011년 6월 30일부터 시행에 들어갔다.

하도급법의 이번 개정 중에서 가장 주목을 끄는 것은 하도급법 제12조의3 '기술자료의 요구 금지 등'의 규정이다. 이 규정은 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료 탈취행위의 근절을 위한 것이다. 이에 따르면 원사업자가 수급사업자에게 정당한 사유 없이 기술자료를 요구하거나 유용하는 행위가 금지되며, 더 나아가 원사업자는 정당한 사유가 있더라도 기술자료를 요구할 경우에 일정한 사항을 기재한 서면을 교부하여야 하는 등의 의무를 부담하게 되었다. 또한 하도급법 제35조에 의하여 기술자료 유용행위를 한 원사업자는 수급사업자가 입은 손해의 3배까지 배상하도록 하는 징벌적 손해배상 제도가 도입되었다. 이러한 규정들은 외국에서 유사한 법제를 찾아보기 어려운 제도이며,¹⁾ 우리 하도급법 상으로는 원래 2010년 1월 25일에 '기술자료 제공 강요 금지 등'의 표제로 신설되었지만, 그동안 현실적인 규제가 이루어지지 못하다가 이번 하도급법령의 개정과 함께 보다 적극적인 법 집행이 이루어질 전망이다.

하도급거래에서 주로 수급업자의 지위에 있게 되는 중소기업들은 대기업과의 거래로 제품 양산(量産)의 기회를 얻기 위하여 교섭하는 과정에서, 자신이 독자적으로 개발한 기술에 대하여 법적 인 보호를 제대로 받지 못하게 되는 경우가 많다. 이러한 기술자료들은 반드시 지식재산권으로서

* 이 글은 공정거래위원회가 지원한 '기술자료 제공요구 및 유용행위 심사기준 마련방안 연구'(2011.6.)를 토대로 정리한 것이다. '기술자료' 관련 규정의 해석에 관해서는 법무법인 광장 도두형 변호사, 류홍열 변호사가 수행한 연구결과를 반영한 것이다.

1) 일본의 「하도급대금지불 지연 등 방지법」(下請代金支払遅延等防止法)에서도 기술자료 요구 등의 금지나 이를 위반한 경우 원사업자에 대한 손해배상에 관한 특칙과 유사한 법규는 존재하지 아니한다.

의 요건을 완비하지 못하였더라도 중소기업의 투자와 노력의 결과이며 일정한 경제적 가치가 있는 것으로서 보호받아야 할 것이지만, 대기업과 거래를 시작하거나 유지하여야 하는 부담이 있는 중소기업의 입장에서 해당 기술에 대한 보호를 적극적으로 주장하기는 쉽지 않다. 이러한 사정을 감안하여 개정 하도급법은 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료의 요구 및 유용행위에 대한 규제를 강화한 것이다. 이를 통하여 중소기업자의 혁신에 대한 유인이 보호되어 효율성을 제고할 수 있을 것이며, 또한 '경제적 약자의 보호를 통한 공정한 하도급거래질서의 확립'이라는 하도급법의 목적에도 기여할 것으로 기대된다.

본고에서는 개정된 하도급법 제12조의3을 어떻게 해석하여야 할 것이며, 집행의 실제에 있어서 구체적으로 어떤 행위들이 규율의 대상이 될 것인지에 대하여 2011년 7월 7일부터 시행된 기술자료 제공 요구·유용행위 심사지침(제정 2011. 7. 6. 공정거래위원회 예규 제 115호)(이하 "심사지침"이라 한다)의 내용을 중심으로 살펴보기로 한다. 우선 개정된 하도급법 제12조의3 규정의 체계를 개괄적으로 살펴보고, 법 제12조의3의 해석론 중에서 주요한 쟁점인 기술자료의 개념, 기술자료 제공 요구·유용행위의 개념 및 위법성 판단기준, 기술자료 요청서 교부의무, 적용범위(하도급계약 체결 전 행위에서의 적용 여부)에 대하여 차례로 살펴보도록 하겠다.

Ⅱ. 하도급법 제12조의3 규정 개괄

1. 하도급법 제12조의3 규정 취지

중소기업청이 중소기업들을 대상으로 조사한 결과에 의하면, 협력 중소기업의 22.1%가 보유기술에 대한 대기업의 요구를 거래과정에서 겪는 주된 애로로 지적하였고, 보유기술에 관한 정보의 제공을 요구받은 중소기업의 대부분(80%)은 거래(희망) 대기업에게 기술자료를 제공하였다고 한다.²⁾ 이와 같이 원사업자가 자신의 경제력, 사업규모, 시장지배력 등의 우월적 지위를 이용하여 수급사업자의 핵심기술에 대하여 제공을 요구하고 유용하는 등의 기술탈취 사례가 빈번하게 발생하여 왔다.

이러한 원·수급사업자 간의 하도급거래에서 있을 수 있는 기술자료의 제공 요구 및 유용에 대하여 수급사업자의 교섭력을 보완하고 원·수급사업자 간의 수직적이고 불공정한 거래관계를 대등한 협력관계로 전환될 수 있도록 하기 위한 목적으로 기술자료의 요구 등에 관한 법 제12조의 3이 개정된 것이다.

2) 대·중소기업간 거래과정에서의 기술탈취 현황(중소기업청, 2010. 8.).

참고로 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 “부정경쟁방지법”이라 한다)에서도 하도급법 제12조의3 규정과 거의 유사한 형태로 ‘영업비밀’에 대한 부정취득행위, 부정공개행위를 규제하고 있다. 이처럼 부정경쟁방지법상 영업비밀로 규제를 할 수 있음에도 불구하고 하도급법에서 재차 기술자료에 관한 규정을 두게 된 이유는, 침해행위자가 침해행위에 의하여 공정한 경쟁자보다 유리한 출발 내지 시간의 절약이라는 우월한 위치에서 부당하게 이익을 취하지 못하도록 하고, 피침해자로 하여금 그러한 침해가 없었더라면 원래 있었을 위치로 되돌아갈 수 있게 하려는 일반적·포괄적 목적과 구별되게, 그동안 하도급거래 관계에서 이루어져 온 원사업자의 기술탈취·유용으로 인한 수급사업자의 피해를 방지하기 위한 것이다.³⁾ 이번 하도급법 개정은 하도급거래 관계에서 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료 탈취행위를 보다 강력하게 규제하여 수급사업자가 개발한 기술을 한층 더 보호하고자 하는 것이 그 취지라고 할 수 있다.

2. 하도급법 제12조의3 규정 체계

2011년 3월 29일에 개정된 하도급법 제12조의 3의 내용은 다음과 같다.

하도급법 제12조의3(기술자료 제공 요구 금지 등)

- ① 원사업자는 수급사업자의 기술자료를 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여서는 아니된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 요구할 수 있다. <개정 2011. 3. 29.>
- ② 원사업자는 제1항 단서에 따라 수급사업자에게 기술자료를 요구할 경우에는 요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등 대통령령으로 정하는 사항을 해당 수급사업자와 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 주어야 한다. <신설 2011. 3. 29.>
- ③ 원사업자는 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하여서는 아니된다. <개정 2011. 3. 29.>

하도급법 제35조(손해배상 책임)

- ① 원사업자가 제12조의3 제1항을 위반하여 기술자료 제공을 요구함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 원사업자가 제12조의3 제3항을 위반하여 취득한 기술자료를 유용함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제1항 또는 제2항에 따라 손해배상청구의 소가 제기된 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조의2 및 제57조를 준용한다. <신설 2011. 3. 29.>

3) 「하도급거래 공정화에 관한 법률」[법률 제9971호, 2010. 1. 25. 일부개정] 개정문.

이것은 2010년 1월 25일에 신설되었던 법 제12조의3의 내용을 수급업자에 대한 보호를 한층 더 강화하는 방향으로 개정한 것이다. 즉, 개정 전의 규정은 다음과 같았다.

제12조의3(기술자료 제공 강요 금지 등) ① 원사업자는 정당한 사유가 있는 경우 외에는 수급사업자의 기술자료를 자기 또는 제3자에게 제공하도록 강요하여서는 아니된다. ② 원사업자는 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하여서는 아니된다.

변경된 내용을 보면, 우선 제1항에서 '강요'라는 용어가 '요구'로 바뀌었는데, 이는 강요가 아닌 단순한 요구의 경우도 원칙적으로 금지된다는 취지로, 수급사업자를 매우 강력하게 보호하고자 하는 입법자의 의도를 읽을 수 있다. 또한 개정 전에는 수급사업자의 기술자료를 강요할 수 없도록 하는 선언적 규정만 두고 있어 업무진행상 기술자료를 공유하여야 하는 수급사업자로서는 기술침해를 입증하기가 쉽지 않았는데, 제1항 단서조항에서 정당한 사유에 대한 입증책임이 원사업자에게 있음을 명시적으로 규정하였다. 그리고 제2항을 신설하여 정당한 사유가 있는 경우라고 하더라도 원사업자에게 일정한 서면교부의 의무가 부과되었다. 뿐만 아니라 제1항과 제3항의 경우 손해배상책임에 관하여 규정하는 제35조를 신설하여 요구행위와 유용행위의 경우는 모두 고의, 과실 여부에 대한 입증책임을 원사업자에게 부과하였고, 유용행위의 경우는 손해의 3배까지 배상책임을 질 수 있게 하여 매우 강력한 제재를 규정하고 있다.

이와 같이 개정된 법은 2011년 6월 30일부터 시행되고 있고, 법 개정과 함께 신설된 심사지침에 따라 구체적인 법 집행이 이루어질 예정이다. 이하에서는 심사지침에서 규정하고 있는 기술자료의 개념과 기술자료 제공요구·유용행위의 개념 및 위법성 판단기준, 기술자료 요청서 교부의무, 적용범위에 대하여 간략히 살펴해보도록 하겠다.

Ⅲ. 주요 쟁점

1. 하도급법 제12조의3 대상인 기술자료에 대한 논의

(1) 하도급법상 '기술자료'에 관한 규정

하도급법 및 하도급법 시행령에서 기술자료에 관하여 규정하고 있는 조항은 아래와 같다.

하도급법 제2조(정의)

⑤ 이 법에서 "기술자료"란 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 대통령령으로 정하는 자료를 말한다. <신설 2010. 1. 25.>

하도급법 시행령 제2조(중소기업자의 범위 등)

⑧ 법 제2조 제15항에서 "대통령령으로 정하는 자료"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 정보
2. 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 기술상 또는 경영상의 정보

하도급법 및 그 시행령에 따르면 "기술자료란, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 정보 및 기타 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 기술상 또는 경영상의 정보"라고 정의 내릴 수 있다.

그런데 위 조항들에서는 '상당한 노력', '자료', '영업활동에 유용', '독립된 경제적 가치' 등과 같이 가치판단이 전제된 용어들이 사용되고 있는바, 심사지침은 이 용어들에 대하여 구체적인 기준을 제시하고 있다.

(2) '기술자료'의 구성요건 분석

하도급법령 및 심사지침에서 규정하고 있는 기술자료를 정리해보면 '기술자료'는 크게 다음과 같은 세 가지 자료로 분류할 수 있다.

1) 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료

'기술자료' 중 첫 번째 유형인 '상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료'는 ① 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있을 것 ② 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법일 것을 구성요건으로 하고 있다.

먼저 '상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있을 것'이라는 요건은 ① 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 한 경우 혹은 ② 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근방법을 제한하거나 ③ 그 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태인 것을 의미한다고 할 것이다. 이때 '상당한 노력에 의하여 비밀로 유지' 요건을 충족하는지 여부를 판단함에 있어서는 ① ~ ③ 요건 중에서 어느 것을 만족시키는지 기계적으로 보아서는 아니 되고 ① ~ ③ 요건의 충족 여부를 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 즉, 자료 외부에 '대외비', '컨피덴셜'(Confidential), '극비' 등의 문구를 기재한 경우, 임원이나 해당 업무 담당자 등 특정인에게만 접근권한을 부여한 경우, 임직원이나 거래상대방 등과 비밀유지계약을 체결하거나 그들로부터 비밀유지각서를 징구한 경우 등에는 그 기술자료가 비밀로 유지·관리된다고 볼 수 있을 것이다.

다음으로 ② '제조·수리·시공 또는 용역수행 방법'이란 물건이나 일의 완성을 위하여 사용되거나 참고 되는 정보 또는 그러한 정보가 기재된 유형물(종이, CD, 파일(File) 등 형태에는 제한 없음)이면 이에 해당된다고 봄이 타당할 것이다. '제조·수리·시공 또는 용역수행 방법'의 예로는, 시방서, 설계도, 회로도, 테스트 기준서, 출하검사성적서, 기계의 운용 매뉴얼, 기계 조작방법, 의약품·화장품·식품 등의 원재료 성분표, 혼합 또는 배합요령 및 비율, 부품 위치도(Bill Of Material: BOM), 거버데이터(Gerber Data)⁴⁾ 등을 생각하여 볼 수 있을 것이다.

2) 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되며 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 정보

이에 해당하기 위해서는 ① 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있을 것 ③ 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것일 것 ④ 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 것이라는 요건을 충족시켜야 한다.

먼저 ① 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있을 것의 요건은 앞서 본 바와 같다. 두 번째로 ③ 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것의 의미를 살펴보면, 정보·자료의 보유자 혹은 다른 사업자가 그 정보·자료를 사용함으로써 기술개발(R&D)·생산·영업활동에 있어서 영업상의 우위를 얻을 수 있거나 그 정보·자료의 취득이나 개발을 위하여 상당한 비용과 시간이나 노력이 필요한 경우를 의미한다. 다만, 거래의 대상이 될 수 있을 정도로 독자적인 가치를 가지는 것에 한정되지 않고, 보유함으로써 얻게 되는 이익이 상당히 있거나 보유하기 위하여 비용이 상당히 소요되는 경우라면 이에 해당될 수 있을 것이다. 현재 기술개발(R&D)·생산·영업활동에 사용되고 있거나 가까운 장래에 사용될 가능성이 큰 경우, 현실적으로 사용되고 있지 않

4) '거버데이터'(Gerber Data)란, 전자제품의 회로기판 생산공정 중 감광공정에서 사용되는 '회로기판 패턴 필름'에 관한 자료를 말한다.

다고 하더라도 잠재적으로 유용한 정보, 다른 회사의 제품개발계획, 생산계획, 판매계획 등과 같이 그 자체는 직접 기술개발(R&D)·생산·영업활동에 이용되지는 않지만 알고 있으면 가까운 장래에 거래관계에서 매우 유용하게 활용될 수 있는 경우, 실패한 연구데이터와 같이 다른 사업자가 이를 입수하여 사용할 때에는 동일한 실패를 하지 않게 됨으로써 연구개발비, 시간 등을 상당히 절약하고 영업상 우위를 확보할 수 있는 경우 등을 그 예로 들 수 있다.

세 번째로 ④ 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련될 것이라는 요건에 대하여 살펴보면, 어떤 지식재산권의 내용 그 자체뿐만 아니라 그 지식재산권의 내용을 발명, 고안, 창작하는 전 과정 및 그 이후에 발생하였거나 참고된 것으로서, 그 지식재산권의 내용과 상당한 관련이 있는 것이라면 이에 해당된다. 지식재산권의 내용과 상당한 관련이 있는지 여부는 지식재산권을 보유한 수급사업자를 제외한 제3자가 당해 지식재산권의 내용을 이해하는데 또는 당해 지식재산권을 실시·사용하는데 필요하지 여부 등을 기준으로 판단한다. 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 것을 예시하면, 공정도, 공정설명서, 작업지시서, 설계도, 회로도, 운용 매뉴얼, 혼합 또는 배합요령 등이 있다.

3) 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되며 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 기술상 또는 경영상의 정보

이에 해당하기 위해서는 ① 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있을 것 ③ 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 것일 것 ⑤ 기술상 또는 경영상의 정보일 것이라는 요건을 충족시켜야 한다.

먼저 ① 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지되고 있을 것과 ③ 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 것일 것의 요건은 앞서 본 바와 같다. 다음으로 ⑤ 기술상 또는 경영상의 정보일 것의 요건과 관련하여, 하도급법 규정만으로는 '기술상 정보'와 '경영상 정보'의 내용을 파악하기에는 충분하지 않고, '기술상 정보'와 '경영상 정보'의 구분이 확연한 것도 아니다. 일반적으로 기업의 모든 업무는 경영에 관한 것이라고 하지 않을 수 없고, 기술에 관한 업무 역시 경영에 관한 업무의 범주를 벗어나기는 어려우므로, 기업의 업무와 관련된 모든 정보는 사실상 '기술상 정보' 또는 '경영상 정보'에 포함된다고 보아야 할 것이다. 결국 ⑤의 요건은 앞서 본 두 가지 '기술자료' 유형에 포함되지 않는 나머지 일체의 정보를 포섭하기 위한 것으로서 '기업의 업무와 관련된 정보 일체'를 가리킨다고 할 것이다.

2. 하도급법 제12조의3 제1항의 기술자료 제공 요구에 대한 논의

(1) 대상행위

하도급법 제12조의3 제1항에서는 원칙적으로 원사업자의 수급사업자에 대한 기술자료 제공 요구를 금지하고 있고, 다만 원사업자가 정당한 사유를 입증하는 경우에는 일정한 서면의 교부를 한다는 조건 하에 기술자료에 대한 제공 요구를 할 수 있도록 규정하고 있다.

기술자료 제공 요구 금지 규정은 원사업자가 수급사업자의 기술자료를 취득하기 전 단계에서 실제 취득 여부를 불문하고 기술자료를 요구하는 행위 자체를 규제하고 있다. 즉, 정당한 사유 없이 기술자료 제공을 요구하는 것 자체를 규제하여 유용행위가 발생하는 것을 사전에 방지하려는 취지의 규정으로 보인다. 이러한 입법의도를 고려하여 보았을 때, 이 규정의 규율대상이 되는 '요구' 행위의 개념은, 원사업자가 수급사업자의 기술자료에 대한 소유권 등 기타 권리를 취득하기 이전 상황에서 기술자료에 대한 물리적 접근이 가능하도록 요청하는 행위를 의미한다고 볼 수 있다.

금지되는 기술자료 제공 요구의 구체적인 행위 태양에 대해서는 심사지침에서 규정하고 있는 바, 원사업자가 수급사업자에게 원사업자 또는 제3자가 사용할 수 있게 기술자료를 제출·제시·개시·물리적 접근의 허용(기술자료가 파일 등의 형태일 경우 접속·열람 허용 등 포함)이 가능하도록 요구하는 행위 등을 기술자료 제공 요구행위로 볼 수 있다.

(2) 정당한 사유에 대한 검토

하도급법 제12조의3 제1항 단서에서는 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우는 기술자료의 제공을 요구할 수 있도록 규정하고 있다. 이 때 정당한 사유의 유무는, 심사지침에 의하면 원사업자가 거래상 지위를 부당하게 이용함으로써 하도급거래의 공정성을 침해하는지 여부를 위주로 판단하고 있다. 구체적으로 하도급거래의 공정성을 침해하는지 여부에 대한 판단기준은 ① 하도급거래과정에서 기술자료 요구의 방법 내지 절차가 사회통념상 정상적인 거래관행에 부합하는지 여부, 즉 원사업자가 수급사업자에게 기술자료 요구의 목적 및 불가피성, 기술자료의 사용 태양 및 범위, 사용 대가의 유무 및 금액 등에 대하여 충분한 협의를 하였는지 여부 ② 원사업자가 기술자료를 요구함에 있어서 수급사업자의 자율적인 의사를 제약하는 등 강제성이 있는지 여부 ③ 정당한 대가 지급 없이 수급사업자에게 기술자료 제공을 요구하였는지 여부 ④ 정상적인 거래관행에 어긋나거나 사회통념상 옳바르지 못한 것으로 인정되는 행위나 수단 등을 사용하여 기술자료를 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하게 된다.

심사지침에서 정당한 사유가 있는 기술자료 제공 요구행위를 예시하고 있는바, 원·수급사업자가 공동으로 기술개발을 하고 공동기술개발약정에 따라 기술자료를 요구하는 경우, 원사업자가 아직 시장가격이 형성되지 않은 주문품의 기준가격을 마련하기 위하여 또는 납품단가 인상폭 결정을 위하여 수급사업자에게 원가내역·원가비중자료 등을 요구하는 경우, 원·수급사업자간 기술자료 임차계약⁵⁾을 체결하여 교부조건이 발생한 경우 등이 대표적인 정당한 사유 있는 기술자료 제공요구에 해당된다. 반면, 정당한 사유가 없는 기술자료 제공 요구행위의 예시를 살펴보면, 수급사업자의 의사에 반하여 비밀유지계약 체결 없이 기술자료를 요구하거나 계약상 기술자료를 제공받을 정당한 근거가 없음에도 법 제12조의3 제2항의 서면을 교부하지 않고 기술자료를 요구하는 경우, 기술지도·품질관리를 한다는 명목으로 그 목적범위를 벗어나 과도하게 기술자료를 요구하는 경우 등을 규정하고 있다.

다만, 위 사례는 심사지침의 예시규정에 불과하므로, 위 예시규정에서 규정하고 있지 않더라도 정당한 사유 없는 기술자료 제공요구에 해당될 수 있다. 따라서 원사업자는 하도급법 위반에 해당되지 않기 위해서는 기술자료 요구 당시에 상호 충분한 협의 하에 정당한 대가를 지급하였고 비밀유지계약을 체결하였으며, 자율적인 의사에 기한 제공이라는 점을 명시하여 정당한 사유가 있는 기술자료 제공 요구임을 입증할 필요가 있다.

3. 하도급법 제12조의3 제2항의 기술자료 요청서 교부의무에 대한 논의

기술자료 요구시 서면 교부의무와 관련하여 하도급법 제12조의3 제2항 규정이 신설되었고, 2011년 6월 27일 하도급법 시행령 개정으로 시행령 제7조의3에서 서면에 기재하여야 하는 사항에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

하도급법 제12조의3 제2항

원사업자는 제1항 단서에 따라 수급사업자에게 기술자료를 요구할 경우에는 요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등 대통령령으로 정하는 사항을 해당 수급사업자와 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 주어야 한다. <신설 2011. 3. 29>

5) 「대·중소기업 상생협력 촉진법」 제24조2 및 기술자료 임차제도 운용요령 제12조의 규정에 의하면 ① 개발인이 교부를 동의한 경우 ② 개발인이 파산선고를 받거나 해산결의를 한 경우 ③ 개발인이 사실상 사업장을 폐쇄하거나 폐업선고를 한 경우 ④ 개발인·사용인·수치인 상호간의 합의한 교부조건이 발생한 경우에는 사용인에게 임차물을 교부할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

하도급법 시행령 제7조의3(기술자료 요구시 서면 기재사항)

법 제12조의3 제2항에서 “요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등 대통령령으로 정하는 사항”이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 기술자료 제공 요구목적
2. 비밀유지방법 등 요구대상 기술자료의 비밀유지에 관한 사항
3. 요구대상 기술자료와 관련된 권리귀속 관계
4. 요구대상 기술자료의 대가 및 대가의 지급방법
5. 요구대상 기술자료의 명칭 및 범위
6. 요구일, 제공일 및 제공방법
7. 그 밖에 원사업자의 기술자료 제공 요구가 정당함을 입증할 수 있는 사항 <신설 2011. 6. 27.>

즉, 원사업자는 정당한 사유로 기술자료 제공 요구를 하는 경우에 그 요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가, 기술자료의 명칭 및 범위, 요구일, 제공일, 제공방법 등을 해당 수급사업자와 사전에 협의하여 정한 후, 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 교부하여야 한다. 교부하여야 할 서면의 형식과 관련하여 심사지침은 표준양식을 제공하고 있다. 이 양식은 예시적인 것이므로, 이 양식이 아니라도 하더라도 법령상의 요구사항을 모두 기재한 서면이면 이에 갈음할 수 있을 것이다.

이번 개정에서 제2항을 신설하게 된 취지는, 정당한 사유가 있는 요구행위일지라도 위와 같은 서면 교부의무를 부과함으로써 당사자의 이해관계가 명확하여지고, 기술자료 요구와 관련된 거래의 실태가 관계당국에게 객관적인 형태로 확인이 가능하게 되는 효과를 거두기 위한 것으로 보인다. 다만, 원사업자의 입장에서는 서면교부의무가 절차상으로 부담이 될 가능성도 있을 것으로 보인다.

4. 하도급법 제12조의3 제3항의 기술자료 유용행위 금지 규정 관련 논의

(1) 대상행위

하도급법 제12조의3 제3항에서는 취득한 기술자료의 유용행위를 금지하고 있으며, 하도급법 제35조 제2항에서는 이러한 유용행위로 수급사업자가 손해를 입은 경우는 손해의 3배까지 배상책임을 물을 수 있는 3배 배상제도를 규정하고 있다. 이와 같이 하도급법은 기술자료 유용행위와 요구행위를 별도의 조항으로 규정하고, 유용행위의 경우는 3배 손해배상책임이 발생할 가능성을 열어둠으로써 요구행위보다는 유용행위를 좀 더 엄격하게 규제하고 있다. 따라서 원사업자가 기술자료를 요구한 행위에서 더 나아가 유용행위까지 있었는지를 명확히 구별할 필요가 있다.

심사지침에 의하면 ‘기술자료 유용행위’란 ① 원사업자가 수급사업자로부터 정당하게 취득한 기술자료를 그 취득목적 및 합의된 사용범위를 벗어나서 부정한 이익을 얻거나 수급사업자에게 손해를 입힐 목적으로 사용하는 행위 ② 원사업자가 수급사업자에게 정당한 대가를 지급하지 아니하고 부정한

수단으로 기술자료를 취득하여 임의로 사용하는 행위를 의미한다. 즉, 기술자료를 정당하게 취득하였더라도 양 당사자 간에 합의한 사항을 벗어나 사용하는 것을 규제할 뿐만 아니라 부정한 수단으로 취득하여 임의로 사용하는 것도 유용행위로 규제하고 있다.

(2) 위법성 판단기준에 대한 검토

심사지침에 의하면 기술자료 유용행위의 위법성은, 원사업자가 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 수급사업자에게 정당한 대가를 지급하지 아니하고 기술자료를 사용함으로써 하도급거래의 공정성을 침해하는지 여부를 위주로 판단한다. 구체적으로 하도급거래의 공정성을 침해하는지 여부는 ① 기술자료 사용의 부당성 여부(이는 기술자료 사용의 목적 및 의도, 당해 기술의 특수성, 특허법 등 관련 법령 위반 여부, 통상적인 업계 관행, 대가 지급의 유무, 대가의 적정성 등을 고려하여 판단) ② 하도급거래과정에서 기술자료의 사용 태양 및 범위, 사용 대가의 유무 및 금액 등에 대하여 서면을 통하여 충분한 협의를 거쳤음에도 그 합의를 벗어나 사용하였는지 여부 ③ 원사업자의 기술자료 유용으로 수급사업자의 사업활동이 심히 곤란하게 되는지 여부 ④ 정상적인 거래관행에 어긋나거나 사회통념상 옳바르지 못한 것으로 인정되는 행위나 수단 등을 사용하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

심사지침은 구체적인 기술자료 유용행위의 예시를 규정하고 있는데, 수급사업자로부터 기술자료를 제공받은 후 일방적으로 계약을 파기하고 원사업자 스스로 또는 제3자에게 기술자료를 공여하여 제품을 상용화하는 형태가 대표적인 유용행위라고 할 수 있다. 특히 납품단가의 인하를 위하여 원사업자가 납품 이원화를 하는 과정에서 이러한 유용행위가 종종 발생하고 있다. 즉, 실제 기술개발은 수급사업자 A가 모두 하였음에도 원사업자가 정당한 대가의 지급 없이 해당 기술자료를 탈취하여 다른 수급사업자 B에게 납품을 하도록 한 후, 수급사업자 A와 거래를 중단 또는 납품수량을 대폭 줄이거나 수급사업자 A에게 납품단가를 과도하게 인하하는 형태이다. 공정거래위원회도 이와 같이 납품 이원화 과정에서 일어나는 기술탈취를 강력하게 규제하려는 입장에 있는 것으로 보인다. 따라서 납품 이원화를 하고자 하는 원사업자는 기존 수급사업자에게 기술자료에 대한 정당한 대가를 지급하고, 또한 이원화 후에 납품단가를 과도하게 인하하거나 납품물량을 감축함으로써 기존 수급사업자에게 부당한 불이익이 발생하지 않도록 주의를 할 필요가 있다.

5. 보론 : 하도급계약 체결 전 행위에의 적용 여부

심사지침에 의하면 목차 II. 적용범위에서 하도급계약이 체결되는 과정에서 기술자료 제공 요구 등이 있었고 '실제 하도급계약이 체결된 경우'에 계약 체결 이전의 기술자료 제공 요구 및 유용행위에 대해서도 지침이 적용되는 것으로 규정하고 있다. 하도급법은 하도급거래의 양 당사자인 원사업자와

수급사업자 간의 관계를 규율 대상으로 하는 법이고, 하도급계약 체결 이전 단계에서의 양 당사자는 아직 원사업자와 수급사업자의 지위에 있지 아니하므로 원칙적으로 하도급법의 규율대상이 아니라고 주장할 여지도 있지만, 심사지침은 일단 하도급계약이 체결되었다면 행위시점이 계약 체결 이전이라고 하더라도 하도급법 제12조의3이 적용된다고 명시하고 있다.⁶⁾

일반적으로 기술탈취 등의 행위는 하도급계약 성립 이전 계약 체결의 준비·교섭단계에서부터 기술자료의 부당한 요구 및 유용 등의 형태로 빈번하게 발생하고 있고, 만약 하도급계약 체결 이전 단계에서 기술탈취를 규율하지 않는다면 원사업자가 계약의 준비·교섭단계에서 기술탈취를 한 후에 계약은 체결하지 않는 등의 악용사례가 발생할 가능성이 높아 이러한 규정을 둔 것으로 보인다.

따라서 장래에 원사업자가 될 것으로 예정하고 하도급계약의 준비·교섭에 임하는 사업자는, 하도급계약이 성립될 가능성을 염두에 두고 제12조의3을 준수하는 것이 필요할 것이다. 기술자료를 요구하고자 할 때는 '정당한 사유'가 있는지 또는 기술자료를 사용하고자 할 때는 유용행위로 평가될 만한 우려가 있는지(예를 들어, 일정한 대가를 지불한 경우라면 그 대가의 범위를 넘는 것인지)를 확인하여야 할 것이다. 또한 요구행위에 정당한 사유가 있더라도 제12조3 제2항의 서면을 갖추어 교부하여야 할 것이다.

IV. 결론

원사업자의 기술탈취행위를 방지하기 위한 하도급법 제12조의3은, 기술한 바와 같이 2010년 신설된 이후 현실적으로 제대로 집행되지 못하였다. 그러나 이번 하도급법령의 개정 및 기술자료 제공 요구·유용행위 심사지침의 확정과 함께 공정거래위원회는 대대적으로 원사업자의 수급사업자에 대한 기술탈취 등의 불공정하도급거래행위를 단속하고, 그에 따라 대·중소기업 동반성장의 속도를 더욱 가속화할 것으로 보인다.

따라서 수범자인 원사업자의 지위에 있게 되는 기업들은 하도급법 제12조의3과 관련 시행령의 개정 내용 및 심사지침의 내용을 숙지하고, 이를 준수하기 위한 절차적인 시스템을 마련할 필요가 있을 것이다. 특히 원사업자가 기술자료를 요구할 때는 정당한 사유가 있는 경우라고 할지라도 일정한 사항을 적은 서면을 교부하여야 하므로, 하도급거래를 빈번히 하는 사업자라면 위와 같은 서면교부의무의 이행을 위한 회사 내의 상시화된 절차적 시스템을 구축하는 것이 효율적일 것이다.

앞으로 기업들 내부적으로 자율적인 법 준수 노력을 활성화하고, 공정거래위원회도 대기업·중소기업의 입장을 충분히 반영하여 심사지침이 잘 집행될 수 있도록 노력하여, 대·중소기업간 공정한 하도급거래질서가 정착될 수 있기를 바라며 글을 맺는다. **중**

6) 한편, 만일 하도급계약 교섭단계에서 기술자료 제공 요구 및 유용행위가 일어났고 계약이 성립하지 않고 무산되었을 경우는 하도급법의 적용 대상은 아니지만, 공정거래법 23조의 불공정거래행위로 규율될 여지는 여전히 남는다.