

# 하도급법 개정 연혁과 최근 개정의 주요 내용

공정거래위원회 하도급총괄과 서기관 | 오동욱

## I. '9·29 동반성장 종합대책' 이후 1년

작년 9월 29일, 동반성장 종합대책 발표 이후 1년이 흘렀다. 9·29 종합대책은 대·중소기업간 거래문제를 시장친화적이고 문화적으로 접근하였다는 점에서 의미를 찾을 수 있다.

우선 이전에는 중소기업에게 금융·세제·기술을 지원하거나 대기업의 불공정하도급거래행위를 적발·시정하는 등 정부 주도의 접근이었다면, '9·29 동반성장 종합대책'에서는 대기업과 중소기업이 자율적으로 공정한 거래 및 동반성장을 위하여 노력하고, 정부의 역할은 시장의 공정한 룰(Rule) 조성을 위한 인프라 구축 등에 주력하는 것으로 설정함으로써 보다 '시장친화적 접근' 방식을 채택하였다.

다음으로 이전에는 대·중소기업간 거래 관련 법률 제·개정, 위반행위 제재 등 주로 제도적 접근 위주였던 반면, 9·29 동반성장 종합대책에서는 대기업의 인식 및 행태 등의 변화를 꾀하는 '문화적 접근' 방식을 도입하였다.

이러한 접근방식의 전환은 글로벌 경제에서 우리 기업들이 살아남고 발전하기 위한, 일종의 생존전략 차원에서 추진된 것으로도 볼 수 있다. 기업생태계 개념이 도입되면서, 우리나라의 대기업은 기술력이 있고 경쟁력을 갖춘 중소기업과의 안정적인 공급관계가 필요함을 절실하게 깨닫게 되었고, 정부 역시 글로벌 경제에서 우리 경제가 선진경제로 진입하여 연착륙하기 위해서는 대·중소기업간 거래가 과거의 퇴행적인 악습에서 벗어나야 됨을 인식하게 된 것이다.

이 글에서는 9·29 동반성장 종합대책 1주년을 맞아 반성적 회고 차원에서 종합대책의 핵심적인 사항을 담고 있는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(법률 제10475호, 2011. 3. 29., 일부개정, 이하 “하도급법”이라 한다)의 주요 내용 및 그 의미를 살펴보고자 한다.

특히 종합대책 이후 1년이 지난 이 시점에서 다시 기본으로 돌아가 보는 것은 나름대로의 의미가 있을 것이다. 먼저 대·중소기업간 거래를 규율하는 하도급법 중에서 가장 기본이 되는 '하도급거래'의 개념에 대하여 간략하게 살펴볼 것이다. 이하에서는 1984년 12월 31일 제정 이후 그동안 수차례 개정되어 온 하도급법 개정 연혁을 살펴보고, 최근 개정된 하도급법 내용의 의미에 대하여 서술하고자 한다.

## II. 하도급거래

### 1. 하도급법상 ‘하도급거래’ (위탁거래)

하도급법 제2조(정의)에서 개념화하고 있는데, 어떤 거래가 ‘하도급거래’가 되기 위해서는 ‘사업자 요건’ ①, ②과 ‘거래요건’ ③, ④, ⑤으로 대별되는 다음과 같은 5가지 요건을 충족하여야 한다.

- ① 위탁받은 사업자가 중소기업기본법 제2조제1항 또는 제3항에 의한 중소기업자일 것
- ② 위탁한 사업자는 대기업이거나 중소기업일 경우에는 위탁받은 중소기업보다 연간 매출액 혹은 상시고용인원 수가 많을 것
- ③ 위탁내용이 하도급법이 전제하는 4가지 위탁유형(제조위탁, 수리위탁, 건설위탁 또는 용역위탁) 중 어느 하나에 해당할 것
- ④ 위탁받은 내용을 수행하여 위탁한 사업자에게 납품·인도 또는 제공을 할 것
- ⑤ 위탁받은 사업자가 납품 등에 대한 대가를 받을 것

위의 5가지 요건에서 알 수 있는 바와 같이 ‘하도급거래’는 단순히 일을 맡기는 행위를 의미하는 것이 아니다. 일을 맡기는 자, 일을 수행하는 자, 위탁행위, 납품, 대가 지급 등 거래의 처음과 끝이 모두 완결되어야 하도급법상 ‘하도급거래’에 해당한다.

예를 들어, 어떤 일을 위탁한 행위 자체가 하도급법상 ‘하도급거래’에 해당하는지 여부를 실무상으로 문의 받는 경우가 있는데, 이 문제는 정확하게 말하자면 ‘하도급거래’ 해당 여부에 대한 문제가 아니라, 하도급법이 상정하는 4가지 유형의 위탁거래 중에서 어디에 해당하는지에 대한 문제이다. ‘하도급거래’는 위탁한 행위 이외에 납품 등을 하는 행위와 대가를 주고받는 행위까지 모두 포함하기 때문이다.

### 2. ‘도급’ 과 ‘하도급’

‘하도급’의 개념으로 인하여 하도급법 제2조 제1항<sup>1)</sup>을 세밀하게 읽지 않은 경우는 ‘도급’을 전

1) 하도급법 제2조(정의) ① 이 법에서 “하도급거래”란 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁을 포함한다. 이하 같다)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁(이하 “제조 등의 위탁”이라 한다)을 받은 수급사업자가 위탁받은 것(이하 “목적물 등”이라 한다)을 제조·수리·시공하거나 용역 수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공(이하 “납품 등”이라 한다)하고 그 대가(이하 “하도급대금”이라 한다)를 받는 행위를 말한다.



제로 한 '하도급' 만 하도급법의 규율대상이 된다고 생각할 수 있다. 발주자가 있고 수급인이 있는 경우에만, 다시 말해 도급관계가 존재하여야만 수급인이 하수급인에게 위탁하는 하도급거래가 있을 수 있다고 생각하는 것이다.

물론 일반적으로 쓰는 용어의 의미로는 맞을 수도 있지만, 하도급법상 '하도급거래' 는 그런 의미가 아니다. 도급관계가 없는 하도급거래도 하도급법 적용대상이 된다. "하도급법 제2조 제1항은 일반적으로 흔히 하도급이라고 부르는 경우, 즉 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁 또는 건설위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁을 하는 경우뿐만 아니라, 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁·수리위탁 또는 건설위탁을 하는 경우도 하도급거래로 규정하여 그 법률을 적용하도록 정하고 있고, 동조 제2항에 의하여 그 법률의 적용 범위는 하도급관계냐 아니냐에 따르는 것이 아니라 원사업자의 규모에 의하여 결정됨을 알 수 있으므로, 하도급법은 그 명칭과는 달리 일반적으로 흔히 말하는 하도급관계뿐만 아니라 원도급관계도 규제한다." (대법원 판결 2001다27470, 2000다61435 등)

### 3. 하도급법이 상정하는 4가지 위탁유형

하도급법은 4가지 위탁유형만을 규정한다. 문제는 이 4가지 위탁유형이 비슷하지 않고 조금씩 차이가 난다는 것이다. 수리위탁을 제외<sup>2)</sup>한 나머지 3가지 위탁유형의 특징들에 대하여 간략하게 살펴본다.

우선, 건설위탁을 살펴보자. 가장 오래된 위탁유형이고 '하도급' 하면 '건설하도급' 을 떠올릴 정도로 잘 알려져 있는 유형이다. 건설업종의 경우는 건설산업기본법, 전기공사사업법, 정보통신공사사업법 등 관련 법률들이 존재하는데, 하도급법은 건설업종 관련 법률과의 상충 문제, 무면허 사업자 양산으로 인한 부실공사의 문제 등을 고려하여 관련 법률들을 최대한 존중하면서 건설위탁을 개념화하였다.

하도급법상 건설위탁의 경우, 원사업자와 수급사업자는 건설 관련 법률상 등록 등을 한 사업자가 여야 한다. 다만 현행 하도급법 제2조 제9항 및 동법 시행령 제2조 제6항에 의하여 건설산업기본법 시행령 제8조 및 전기공사사업법 시행령 제5조에 따른 경미한 공사의 경우는 수급사업자가 건설 관련 법령상 면허 등이 없더라도 하도급법이 적용된다.

유의할 점은 현행 법령상 동일한 건설 관련 법령상 등록을 한 사업자들 간의 거래만이 하도급법이 적용된다는 것이다. 예를 들어, 건설산업기본법에서 토목공사면허가 있는 종합건설업자가 같은 법상 비계구조물공사면허가 있는 전문건설업자에게 비계구조물공사를 위탁하는 경우가 대표적이다.

2) 사건처리 건수가 많지 않을 뿐만 아니라 관련된 별다른 쟁점이 존재하지 않아 수리위탁은 논의대상에서 제외한다.

반면, 전기공사업법에서 전기설비면허가 있는 건설업자가 건설산업기본법에서 석도설치공사업면허가 있는 전문건설업자에게 석도설치공사를 위탁하는 경우는 하도급법 적용대상이 아니다. 다시 말하자면, 하도급법 적용대상이 아니기 때문에 위탁을 하는 사업자가 어떠한 행위를 하든지 다른 법률로 규율하는 것은 별론으로 하더라도 적어도 하도급법으로는 규율할 수 없다.

다음으로 제조위탁이다. 건설위탁의 경우는 원사업자와 수급사업자가 같은 법률에서 정한 등록 등을 한 자임을 요구하고 있는 반면, 제조위탁의 경우는 그러한 법률적 제한은 없고 대신 원사업자의 업종을 제한한다. 어떤 위탁거래가 하도급법에서 상정하는 '제조위탁'에 해당하려면 위탁을 하는 사업자가 '물품의 제조, 판매, 수리, 그리고 건설'을 업으로 하고 있어야 한다.

반면, 예를 들어 캡스나 에스원과 같이 경비를 업으로 하는 사업자가 일정한 사양을 정하여 중소기업인 제조업자에게 경비를 위한 CCTV 제조를 위탁한 경우는 하도급법상 제조위탁에 해당하지 않는다. 캡스나 에스원이 '물품의 제조, 판매, 수리, 그리고 건설'을 업으로 하고 있지 않기 때문이다.

한편, 제조위탁에서 위탁의 대상이 되는 물품도 문제가 된다. 각종 사무용품처럼 일반인이 어디에서나 구매할 수 있는 물품은 하도급법상 제조위탁의 '물품'에 해당하지 않는다. 일반적으로는 위탁을 하는 사업자가 일정한 사양을 지정하여 해당 물품의 제조를 위탁하는 경우는 해당되지만, 이 역시 재단해서 쉽게 일반화할 수는 없고 개별적·구체적인 거래양태를 고려하여 판단하여야 한다.

한편, 건설회사가 위탁을 할 때는 건설위탁에도 해당될 수 있고, 제조위탁에도 해당될 수 있다. 예를 들어, 일반건설업자가 아파트 공사를 함에 있어서 토공사를 전문건설업자에게 위탁하면 건설위탁이 되고, 창틀 제조를 제조업자에게 위탁하면 제조위탁이 된다.

문제는 하도급법 규정들 중에서 건설위탁에만 해당되는 규정이 있기 때문에 위탁유형에 따라 원사업자인 건설업자가 적용받는 규정이 달라진다는 것이다. 대표적인 것이 하도급대금 지급보증의무를 규정하고 있는 하도급법 제13조의2(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)이다. 위의 예에서 건설업자가 하도급대금 지급보증 면제대상이 아닌 경우, 토공사를 위탁받은 전문건설업자에게 하도급법 제13조의2에 의한 하도급대금 지급보증을 하여야 하지만, 창틀 제조를 위탁받은 제조업자에게는 하도급대금 지급보증을 할 하도급법상 의무는 없다.

마지막으로 용역위탁이다. 다른 유형과는 달리 비교적 최근인 2005년 3월 31일 하도급법 개정으로 적용대상으로 포섭된 위탁유형인데, 그 개념적 요소 역시 건설위탁이나 제조위탁과는 차이가 있다.

일단 '용역'은 '지식·정보성과물'과 '역무'로 구분된다. 아주 단순화하여 이야기하자면 '지식·정보성과물'은 유형적인 것을 의미하고, '역무'는 무형적인 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다.

용역위탁은 동일한 업종 간의 위탁만을 인정한다는 점에서 건설위탁과 유사하지만, 건설위탁과 같이 엄격한 등록 또는 면허를 모두 요구하지는 않는<sup>3)</sup> 점에서는 차이가 있다. 아무튼 동일한 업종 간의 위탁만 인정되는 특징으로 인하여 일반 상식과는 차이가 나는 경우가 상당히 있다.

예를 들어, 소프트웨어 개발을 업으로 하지 않는다고 가정할 때 삼성전자가 갤럭시 탭에 장착되는 소프트웨어를 중소기업인 소프트웨어 개발업자에게 위탁한 경우는 하도급법상 용역위탁에 해당하지 않는다. 동일한 업종 간의 위탁이 아니기 때문이다. 현대자동차가 YF소나타 택송을 화물자동차운수사업법상 운수사업자인 중소기업에게 위탁한 경우도 하도급법상 용역위탁에 해당하지 않는다. 현대자동차는 화물자동차운수사업법상 운수사업자가 아니기 때문이다.

이처럼 하도급법상 제조·건설·용역위탁의 개념이 상식적인 의미의 '하도급'과 차이가 나는 이유는, 아마도 하도급법에서는 원사업자에게 매우 많은 의무와 금지규정이 있고 범위반행위 적발시 검찰고발까지 가능한 강력한 제재규정도 있기 때문에, 법적용대상을 합리적인 범위 내에서 한정하려고 한 입법자의 의도가 반영된 것으로 사료된다.

### Ⅲ. 하도급법 개정 연혁

공정거래위원회는 대기업의 불공정 하도급거래행위를 방지하기 위한 제도적 장치로, 소위 「하도급거래상의 불공정거래행위 지정고시」를 1983년 4월부터 운영하였고, 이를 발전시킨 하도급법을 1985년 4월부터 시행하여 왔다.

이러한 하도급법은 제정 이후 총 11차례의 개정이 이루어졌는데, 이에 대하여 간략하게 살펴보기로 하자.

#### 1. 대금 관련 제도 정비의 시기(1984년~2004년)

법 제정 이후 8년 만에 이루어진 1차 개정(1992. 12. 8.)에서는 이자제한법상 최고 이자율에 의한 지연이자를 지급하도록 하는 규정 및 공탁 규정을 신설하였고, 2차 개정(1995. 1. 5.)에서는 어음할인료 관련 규정을 정비하였으며, 3차 개정(1996. 12. 30.)에서는 건설위탁 관련 하도급대금 지급보증 제도를 도입하였다.

4차 개정(1999. 2. 5.)에서는 발주자로부터 받은 현금비율 준수의무를 규정하고 직접지급 규정을 정비하였다. 5차 개정(2004. 1. 20.)에서도 지연이자 및 직접지급규정을 정비하였다.

3) "모두 요구하지 않는다"는 의미는 하도급법에서 제시하는 용역위탁 유형 중에는 특정 법률상 등록 등을 요구하는 경우가 있기 때문이다. 예를 들어, 화물자동차운수사업법에 따라 화물자동차를 이용하여 화물을 운송 또는 주선하는 활동이 대표적이다.

이 기간에는 지연이자, 어음할인료, 지급보증, 직접지급 등 하도급대금 관련 규정들을 도입하거나 정비하는데 주력한 것으로 볼 수 있다.

## 2. 비대금 관련 제도 정비의 시기(2005년~2007년)

6차 개정(2005. 3. 31.)에서는 용역위탁이 법적용대상이 되는 위탁유형으로 포함되었으며, 부당단가인하행위에 대한 집행의 효율성을 담보하기 위하여 부당한 하도급대금 결정행위와 부당감액행위 유형을 추가하였다. 7차 개정(2007. 7. 19.)에서는 기존 어음 이외의 어음대체결제수단으로 통칭되던 기업구매전용카드, 외상매출채권담보대출, 구매론 등을 하도급법으로 포섭하였다.

이 시기는 이전 시기와는 확연히 차이가 난다. 이전 시기(1984년~2004년)에는 하도급대금, 지연이자 등에 대한 제도의 정비만 이루어진 반면, 이 시기에는 1984년 법 제정 이후 최초로 법적용대상이 확대되었으며, 어음으로 인한 피해를 조금이나마 극복하기 위하여 어음대체결제수단을 하도급법에 명시적으로 도입하기도 하였다.

특히 기존의 대금미지급행위가 아닌 부당단가인하행위가 사회적 이슈가 되면서 관련 규정들에 대하여 정비가 이루어졌다. 부당한 하도급대금 결정행위의 유형이 2개<sup>4)</sup>가 추가되었으며, 부당감액행위의 유형은 3개<sup>5)</sup>가 추가됨으로써, 새롭게 문제가 되고 있던 부당단가인하행위에 대하여 공정거래위원회가 관심을 가지고 있음을 제도적으로 표명하게 되었다.

이 부분은 조금 더 생각해볼 필요가 있다. 소위 정기·수시 CR(Cost Reduction) 등 단가인하행위는 최근의 문제가 아니라는 점이다. 2005년 3월 31일 법개정을 통하여 법 제4조와 제11조 규정이 개정되었다면, 법 개정에 따른 시간을 고려할 때 적어도 그 이전부터 단가인하행위가 사회적 이슈(Issue)가 되고 있었음을 미루어 알 수 있다.

2005년 3월 31일 법 개정 이전 연도인 2003년 이전부터 공정위의 법집행의 무게중심이 대금지급 여부에서 부당단가인하행위의 적발·제재로 명시적으로 옮겨져 온 것으로 보인다. 실제 감액행위 처리 건수를 보면 1984년 법 제정 이후 2002년까지는 연간 10건 이내였지만, 2003년 이후부터는 연간 20건 내외를 유지하고 있다.<sup>6)</sup>

4) 하도급법 제4조제2항의 아래 두 가지 유형이 추가되었다.

6. 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.

7. 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위.

5) 하도급법 제11조 제2항의 아래 세 가지 유형이 추가되었다.

6. 하도급대금 지급시점의 물가나 자재가격 등이 납품 등의 시점에 비하여 떨어진 것을 이유로 하도급대금을 감액하는 행위.

7. 경쟁적자 또는 판매가격 인하 등 불합리한 이유로 부당하게 하도급대금을 감액하는 행위.

8. 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」, 「산업안전보건법」 등에 따라 원사업자가 부담하여야 하는 고용보험료, 산업안전보건관리비, 그 밖의 경비 등을 수급사업자에게 부담시키는 행위.

6) 2003년 26건, 2004년 18건, 2005년 13건, 2006년 14건, 2007년 15건, 2008년 23건, 2009년 20건 등.

### 3. 하도급법의 전면적인 개정(2008년~현재)

8차 개정(2008. 3. 28.)에서는 과거 「하도급거래 공정화 지침」에서 규정하고 있던 별점 관련 규정들을 법률 및 시행령으로 격상하였다. 9차 개정(2009. 4. 1.)에서는 원재료 가격 변동에 따른 하도급대금 조정 신청 및 협의의무 제도를 도입하였고, 10차 개정(2010. 1. 25.)에서는 하도급계약 추정제도, 기술자료 제공 강요 금지, 설계 변경시 도급계약금액 변경내역을 통지하는 의무, 상습 범위반사업자에 대한 공표 제도를 도입하였다.

8차 개정에서 별점 제도를 법령으로 격상시킨 것은 상습범위반사업자에 대한 제재에 있어서 향후 있을지도 모를 불필요한 논란을 불식시키고, 보다 체계적으로 법집행을 하겠다는 의지를 표명한 것이다. 이런 의지는 10차 개정에서 상습범위반사업자 명단 공표 제도까지 법률에 규정함으로써 제도적으로 더 보완되고 강화되었다.

가장 최근에 이루어진 11차 개정(2011. 3. 29.)에서는 더욱 획기적인 내용이 포함되었다. 1984년 법 제정 이후 유지되어 오던 '사업자 요건' 중 하나인 '매출액 등 2배 기준'이 '초과 기준'으로 변경되었고, 조합에게도 조합원인 수급사업자를 대신하여 원사업자에게 하도급대금 조정을 신청할 수 있는 '하도급대금 조정신청권'을 부여하였다. 부당감액의 입증책임을 전환하여 감액행위를 원칙적으로 금지하고 정당한 사유가 있는 경우에만 가능하도록 하되 그 정당성도 원사업자가 입증하도록 하였고, 이와 관련하여 법집행의 효율성을 담보하기 위하여 감액시 감액사유·방법·금액 등이 기재된 서면을 해당 수급사업자에게 사전에 교부하도록 하였다. 기술자료 제공 요구·유용행위와 관련하여 하도급법상 최초로 손해배상 제도를 도입하였으며, 특히 기술자료 유용행위에 대해서는 국내 법제상 최초로 징벌적 손해배상 제도를 도입하였다.

9차 개정과 10차 개정, 그리고 별도로 논의할 11차 개정은 하도급법의 전면적인 전환의 시기라고 볼 수 있다. 그 이전의 개정이 기존 규정의 정비나 개선에 국한되거나, 7차 개정에서 도입된 어음대체결제수단과 같이 새로운 제도를 도입하더라도 이미 있는 제도를 하도급법에 포섭하는 수준이었다면, 9차 개정을 포함한 이후 3차례의 개정에서는 매우 독특하고 새로운 제도들을 다수 도입함으로써 하도급법의 전면적인 전환을 꾀한 것으로 평가할 수 있다.

## IV. 최근 3차례에 걸친 하도급법 개정의 주요 내용

### 1. 하도급대금 조정 신청 및 협의 의무제도(9차 개정)

우선 9차 개정에서 도입된 '하도급대금 조정 신청 및 협의 의무 제도'의 경우, 계약자유의 원칙

이 적용되는 민사계약에서 극히 예외적으로 허용되는 사정변경의 원칙<sup>7)</sup>을 법제화한 것으로, 본질적으로 민사계약이라고 일컬어지던 하도급법상 '하도급거래'를 다른 민사계약과는 차별화하겠다는 입법자의 의지를 볼 수 있다.

계약자유의 원칙에 의하면 계약은 지켜져야 하지만, 9차 개정에서 도입된 '하도급대금 조정 신청 및 협의 의무 제도'에 의하면 원재료의 가격 변동으로 인하여 하도급대금의 조정이 불가피한 경우에 수급사업자는 최초로 정한 하도급대금의 조정을 원사업자에게 신청할 수 있고, 원사업자는 이런 신청에 성실하게 협의하여야 한다. 만일 성실하게 협의하지 않을 경우는 시정명령과 과징금 부과 등의 시정조치가 가능하다.

이 제도가 도입된 이유는 원재료의 가격 변동에도 불구하고, 원사업자는 교섭력 우위를 이용하여 원재료의 가격 변동에 따른 부담을 수급사업자에게 전가하는 경우가 빈번하게 발생하였기 때문이었다.

## 2. 하도급계약 추정제도(10차 개정)

하도급법의 적용은 제조위탁·수리위탁·건설위탁·용역위탁(이하 "제조 등의 위탁"이라 한다)이 있었다는 사실을 전제로 하기 때문에, 서면 미교부의 경우는 법적용 자체가 어려울 수도 있다. 물론 하도급법은 '제조 등의 위탁' 시 납품업체인 중소기업에게 위탁내용을 기재한 서면을 교부하도록 의무화하고 있을 뿐 구두로 발주한 경우는 하도급법이 적용되지 않는다는 명시적인 규정이 없기 때문에, 구두발주라고 하더라도 위탁한 사실이 인정된다면 하도급법상 '제조 등의 위탁'에 해당한다.

논리적으로는 그렇지만 구두발주, 즉 위탁을 할 때 서면으로 하지 않고 구두로 하는 경우는 위탁내용이 불분명할 뿐만 아니라 위탁사실 자체가 서로에게 모호하게 되어 하도급법 관련 분쟁 발생의 큰 원인이 된다. 더욱이 구두발주를 하면 대부분의 거래과정에서 수급사업자에게 불리하게 작용될 가능성이 높다. 원사업자가 구두로 자의적이고 불분명한 요구를 할 경우, 거래 도중에 수급사업자가 이를 무시하고 계약 해지 등을 하기는 매우 어렵기 때문이다.

또한 구두발주는 추후 분쟁 발생의 가능성을 높일 뿐만 아니라 분쟁 발생시 해결도 어렵게 할 수 있다. 거래과정에서 납품업체인 중소기업의 불만이 쌓이게 되어 분쟁 발생 가능성이 높아지고, 분쟁이 발생하더라도 서로의 주장을 입증할 구체적인 증빙서류들이 남아있지 않아 분쟁 해결도 어렵게 된다.

한편, 구두발주가 하도급법 적용대상이 되는 '제조 등의 위탁'에 해당하는지 여부에 대하여 공

7) 계약 체결시 기초가 된 사정이 그 후 현저하게 달라졌기 때문에 당초에 정하였던 계약의 효과를 그대로 유지·강제하는 것이 신의성실에 반하는 부당한 결과를 발생시킬 경우, 계약의 법률효과를 새로운 사정에 맞도록 변경하거나 폐기할 수 있다는 원칙을 의미한다.



정위는 하도급법의 취지 및 목적을 고려하여 해석하는 반면, 법원은 민사법적 입장에서 상대적으로 좁게 해석하고 있다.

법원은 구두발주 사실이 있었다고 하더라도 이를 곧바로 하도급법 적용대상이 되는 '제조 등의 위탁'의 존재를 인정하지 않는다. 하도급대금 등 하도급거래의 핵심적인 내용이 정하여 졌는지 여부를 고려하여 '제조 등의 위탁'이 있었는지를 판단하는 것이다. 그에 따라 법원은 납품업체인 중소기업이 위탁업체인 대기업에게 제출한 견적서에 목적물, 인도장소, 납품시기 등이 기재되어 있었고, 일부 작업이 진행되었음에도 불구하고 하도급대금 지급방법에 대한 합의가 없었다는 이유로 '제조 등의 위탁' 사실을 부정하였다.(서울고등법원 판결 2006.6.21. 선고, 2005누22540 참조)

위탁내용의 불분명성으로 인한 수급사업자의 불이익을 방지하고 당사자간 사후 분쟁 발생을 미연에 방지하기 위하여 하도급법에 도입된 서면교부의무의 취지를 고려할 때, 위탁사실은 인정하면서도 하도급법상 '제조 등의 위탁'을 부정하는 법원의 판단은 아쉬운 점이 있다. 위탁 이후 발생할 수 있는 위험부담을 피하기 위하여 구두발주를 한 원사업자의 위험회피적 행위를, 위탁사실을 믿고 작업에 임한 수급사업자의 부담으로 전가시키는 결과를 초래하기 때문이다.

“하도급계약에 있어 불리한 지위에 있는 수급사업자의 입장에서 서면으로의 계약 체결을 원사업자에게 강력히 요구하기 어렵고, 구두계약의 경우 원사업자가 계약내용을 제대로 이행하지 아니하면 그 내용도 입증하기 어려우므로 사전교부의무를 부과하도록 함으로써 제조위탁내용이 불분명함으로 발생하는 수급사업자의 불이익을 방지함과 동시에 당사자 간의 사후분쟁을 미리 막으려는 취지이다.”(서울고등법원 2009.11.12. 선고 2008누11237판결)

무엇보다도 위탁사실이 있었는데 위탁내용 중 일부에 대한 합의가 존재하지 않는다는 이유로 하도급법상 '제조 등의 위탁' 사실을 부정한다면, 하도급법상 서면교부의무의 취지를 몰각시킬 우려가 있다.

하도급법 제3조에서 서면교부의무를 규정하고 서면에 기재될 많은 내용을 같은 법 시행령 제3조에서 열거하면서 이를 준수하지 않을 경우에 시정명령과 과징금 부과는 물론 형벌부과까지 할 수 있도록 규정한 취지는, 거래상 열등한 위치에 처한 수급사업자가 원사업자의 자의적인 행위에 따른 거래의 불안정성에 직면하지 않도록 하기 위하여, 수급사업자가 위탁에 따른 작업에 착수하기 전에 원사업자로 하여금 그러한 불안정성을 해소할 것을 의무화한 것이다. 서면기재내용 중 일부를 누락한 경우, 하도급법상 '제조 등의 위탁'이 없었던 것으로 볼 수 있다는 것이 아니다.

따라서 적어도 하도급법 제3조는 위탁사실은 인정하면서 서면기재내용 중 일부가 누락되었다는 이유로 하도급법상 '제조 등의 위탁' 사실을 부정할 수 있다는 주장의 근거로 삼을 수는 없다. 구두발주가 위탁행위가 될 수 있다는 전제 하에 일정한 요건을 충족하는 경우, 하도급계약이 추

정된 것으로 간주하는 하도급계약 추정제도(하도급법 제3조제3항 및 제4항)를 볼 때 더욱 그러하다.

공정위는 구두발주에 따른 문제를 해결하기 위하여 지금까지 몇 차례에 걸쳐 제도 개선을 하여 왔다. 특히 10차 개정을 통하여 구두발주를 하도급법으로 규율하기 위한 보완책으로 ‘하도급계약 추정제도’<sup>8)</sup>를 도입하였다.

이 제도에 의하면 원사업자가 구두발주를 하면 수급사업자가 해당 위탁내용을 확인하는 서면을 발송할 수 있다. 15일 이내에 회신이 없는 경우에 수급사업자가 통지한 내용대로 위탁이 있었던 것으로 추정된다. 이 제도의 도입으로 수급사업자는 위탁받은 업무를 안정적으로 추진하게 되고 하도급대금 지급을 요청할 수 있게 되었다. 원사업자가 15일 이내에 부인하는 취지의 회신을 할 경우, 수급사업자는 위탁받은 업무를 중단함으로써 적어도 손해가 확대되는 것을 방지할 수도 있다.

물론 원사업자가 부인하는 회신을 하는 경우에 계약 체결 여부는 여전히 불확실한 상태가 되는 한계도 있으며, 수급사업자가 업무를 중단하더라도 위탁시점부터 수행한 업무에 다른 비용은 여전히 해결이 어렵다는 한계도 있다.

참고로 하도급계약 추정제도 도입 당시 동 제도가 계약자유의 원칙을 침해하는 것이 아니냐는 비판적인 시각도 있었다. 그렇지만 이미 하도급법 제3조제1항에서 원사업자의 서면교부 의무를 규정하고 있었으므로, 동 제도는 원사업자의 서면교부 의무 이행을 다른 방식으로 확보하는 수단으로 보는 것이 합당하다.

제도 도입시 참조한 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지 의무)<sup>9)</sup>와 비교하면 더욱 그러하다. 하도급계약 추정제도를 규정한 현행 하도급법 제3조제5항 내지 제8항은 상법 제53조에 비하여 훨씬 엄격한 요건을 규정하고 있고, 그 효과에 있어서도 상법 제53조가 승낙을 간주하는 것에 비하여 하도급법 제3조제5항 내지 제8항은 ‘제조 등의 위탁’이 있었음을 추정하는 것에 불과하므로 자유계약의 원칙을 침해하는 것으로 보기는 어렵다.

하도급계약 추정제도가 도입된 이후 11차 개정을 통하여 서면미교부행위에 대해서도 하도급계약금액의 2배 이하의 벌금이 부과할 수 있게 하였다. 이전까지는 원사업자가 서면을 교부하지 않더라도 시정명령 혹은 과징금 부과 가능하였지만 형벌 부과는 불가능하였는데, 11차 개정에 따라 서면을 교부하지 않은 원사업자는 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금을 부과 받을 수 있게 된 것이다.

8) 하도급법 제3조(서면의 발급 및 서류의 보존)

⑤ 원사업자가 제조 등의 위탁을 하면서 제2항의 사항을 적은 서면을 발급하지 아니한 경우에는 수급사업자는 위탁받은 작업의 내용, 하도급대금 등 대통령령으로 정하는 사항을 원사업자에게 서면으로 통지하여 위탁내용의 확인을 요청할 수 있다.

⑥ 원사업자는 제5항의 통지를 받은 날로부터 15일 이내에 그 내용에 대한 인정 또는 부인의 의사를 수급사업자에게 서면으로 회신을 발송하여야 하며, 이 기간 내에 회신을 발송하지 아니한 경우에는 원래 수급사업자 통지한 내용대로 위탁이 있었던 것으로 추정한다. 다만, 천재나 그 밖의 사변으로 회신이 불가능한 경우에는 그러하지 아니한다.

9) 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무) 상인이 상시 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체 없이 낙부의 통지를 발송하여야 한다. 이를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다.

### 3. 감액행위에 대한 입증책임의 전환(11차 개정)

11차 개정 중에서 주목하여야 할 내용 중 하나는 단가인하행위에 대한 집행수단<sup>10)</sup> 중 하나인 하도급법 제11조(감액 금지)의 규정형식을 전환한 것이다.

주지하다시피 하도급거래에서 가장 핵심적인 하도급대금을 결정함에 있어서 원사업자와 수급사업자의 거래상 지위 격차를 이용한 부당한 결정이 빈발하고 있다. 최초 결정된 하도급대금을 지급함에 있어서 이러저러한 부당한 이유로 감액하는 행위도 흔하게 발생한다.

문제는 이러한 부당한 하도급대금 결정 및 감액행위는 갈수록 교묘하게 진행되어 공정위가 적발 혹은 부당성을 입증하기가 쉽지 않다는 것이다. 예를 들어, 하도급법 제4조제2항제5호에 의하면 원사업자가 수급사업자와의 합의 없이 '일방적으로' 낮은 단가에 의하여 대금을 결정하는 행위는 위법이 된다. 다만, 원사업자의 행위가 수급사업자와의 합의가 없다는 사실 혹은 일방적이라는 사실 등을 공정위가 입증하여야 한다.

실제로 공정위가 현장조사를 실시하여 범위반협의를 포착하게 되면, 원사업자는 얼마의 시간이 지나지 않아 수급사업자와의 합의서를 제출하는 경우가 많다. 이런 합의서는 사실상 원사업자의 강요에 의하여 작성된 것으로 판단되지만, 심증과는 달리 해당 수급사업자에 대한 조사를 실시하여 면담 등을 진행하여도 수급사업자는 오히려 자발적으로 합의하였다고 하면서 강요성 혹은 일방성을 부정하는 경우가 대부분이다. 합의서의 진정성에 대한 반증을 통하여 범위반사실을 입증할 수도 있지만, 일반적으로는 원사업자의 행위를 범위반으로 입증하기는 매우 어려운 것이 사실이다.

수급사업자는 해당 업을 그만 두겠다는 생각을 하지 않는 이상, 공정위 조사에 협조하지 않는 것이 일반적이다. 문제가 되는 하도급거래에서 원사업자의 범위반행위 적발에 있어서, 공정위에 도움을 줘야 장기적으로 자신의 영업에 전혀 도움이 되지 않는다고 생각한다. 수급사업자만이 아는 비밀, 그 비밀은 하도급법 위반을 입증하는데 반드시 필요한 사실임에도 불구하고 절대 쉽게 이야기 하지 않는다. 즉, 공정위 스스로 알아내라는 것이며, 본인은 다치기 싫다는 것이다.

여기에서 공정위의 어려움이 가중된다. 수많은 업종에서 발생하는 단가인하행위 중에서 선택적으로 조사를 실시하여야 하는데, 한정된 조직과 인력을 고려할 때 선택도 어려울 뿐만 아니라 선택을 잘 하였다고 하더라도 실제로 범위반의 입증이 어렵다. 공정위는 거래당사자들의 철저한 비협조와 드러난 자료에 대한 맹목적이고 몰가치(沒價値)한 부정 속에서 관련 자료만을 가지고 위법성을 입증하여야 한다.<sup>11)</sup>

이러한 어려움을 고려할 때 11차 개정에서 법 제11조의 규정형식을 전환한 것은 매우 획기적인

10) 언론 등에서도 비중 있게 다루고 있는 주요 대기업의 단가인하행위를 규율하는 수단으로 하도급법에서는 크게 두 가지를 들 수 있다. 최초 하도급대금 결정단계를 규율하는 법 제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지)와 결정 이후 단계를 규율하는 법 제11조(감액 금지)가 그것이다.

11) 직권조사에 한하여 적실(的實)한 모습이지만, 이런 양태는 한정된 대규모소매업자들이 존재하는 유통업종에서 더욱 강한 것으로 알려져 있다.

것으로 평가할 수 있다. 구(舊)법에서는 감액행위의 부당성을 공정위가 입증해야 하였으며, 감액행위는 허용되고 단지 부당한 감액행위만 금지되었다.

개정 하도급법에서는 감액행위 자체를 원칙적으로 금지하였다. 예외적으로 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 허용하되 그 정당성도 원사업자가 입증하도록 하고, 나아가 정당성의 판단을 용이하게 하기 위하여 감액을 하고자 하는 원사업자는 감액 전에 해당 수급사업자에게 감액 사유·물량·대금 등이 기재된 서면을 교부하도록 의무화하였다.

이러한 입증책임의 전환으로 인하여 감액행위와 관련하여 원사업자와 공정위에게서 변화가 예상된다. 우선 정당하지 못한 감액이 줄어들 수 있다. 감액을 하고자 하는 원사업자는 감액 사유·물량·대금 등이 기재된 서면을 사전에 해당 수급사업자에게 교부하여야 한다. 이 때 원사업자 스스로 자신이 하고자 하는 감액행위의 정당성을 입증하지 못한다면, 그 감액행위가 추후 위법행위로 적발·제재될 가능성이 높기 때문에 스스로 그러한 감액을 꺼려하게 될 수 있다. 물론 어떠한 경우가 정당한지 어떠한 경우가 정당하지 않은지는 이 글에서는 사전적으로 일반화할 수는 없겠지만, 최소한 제3자가 볼 때 정당하지 않은 이유를 내세운 감액행위는 줄어들 수 있다.

다음으로 감액행위에 대한 적발·제재가 이전보다는 용이해질 것으로 기대한다. 현장 직권조사를 실시하는 공정위의 입장에서는 이전에는 최초 결정된 하도급대금을 감액한 사실을 확인한 후 개별 감액행위의 부당성을 일일이 확인하여야 하였지만, 개정 하도급법에 의하면 감액사실이 확인되면 해당 감액행위의 사유·물량·대금 등이 기재된 서면의 내용을 통하여 위법성을 입증할 수도 있기 때문이다.

#### 4. 조합의 하도급대금 조정신청제도(11차 개정)

앞에서 언급한 부당단가인하행위 이외에도, 최초 하도급계약 시점에 비하여 원재료 가격이 급격하게 변동되어 실질적인 하도급대금이 결과적으로 감액되는 현상도 발생하고 있다.

원사업자는 교섭력 격차를 이용하여 원재료 가격 인하 시에는 신속하게 하락분을 하도급대금에 반영하지만, 인상 시에는 반영하지 않거나 일부만 반영하는 것이 보통이다. 반면, 영세한 중소기업으로서 원재료 가격 급등에도 불구하고 납품단가는 인상되지 않아 그에 따른 부담을 지게 되어 경영상의 어려움이 가중된다.

공정위는 하도급대금과 관련된 이러한 문제점을 해결하기 위하여 9차와 11차, 두 차례 개정을 통하여 하도급대금 조정제도를 도입하고 개선하였다. 즉, 9차 개정에서는 원재료 가격 변동 시에 개별 수급사업자가 하도급대금 조정을 신청할 수 있고, 원사업자는 이에 대하여 성실하게 협의하도록 한 '하도급대금 조정신청 및 협의 의무제도'를 도입하였다. 11차 개정에서는 일정한 요건이

충족되는 경우, 개별 수급사업자가 아니라 조합이 조합원인 수급사업자를 대신하여 하도급대금 조정을 신청할 수 있도록 개선하였다.

11차 개정에서 도입된 '조합의 하도급대금 조정 신청제도'의 의미에 대하여 조금 더 살펴볼 필요가 있다. 동 제도가 도입된 이유는 9차 개정에서 도입된 개별 수급사업자의 하도급대금 조정신청제도 운영에 있어서 거래 중단이나 물량 감소 등을 우려하여 신청을 꺼려하는 수급사업자가 있다는 주장이 제기되었기 때문이다.

조합의 하도급대금 조정신청권이 도입되었다고 하더라도 하도급대금 조정신청에 있어서의 원칙은 하도급계약을 체결한 수급사업자이지 조합은 아니다. 입법자도 이를 고려하여 개별 수급사업자의 조정신청은 원재료 가격 '변동'의 경우에 할 수 있도록 한 반면, 조합의 조정신청은 원재료 가격 '급등'의 경우에 할 수 있도록 하였으며, 법률 규정 이외에는 별다른 요건이 필요하지 않은 개별 수급사업자의 조정신청권과는 달리, 조합의 조정신청권에 대해서는 가격 급등의 판단기준, 신청요건·절차·방법 등 많은 부분을 시행령으로 정하도록 하였다.

다시 말하자면, 입법자 역시 계약서에 날인을 하지도 않았고, 당사자도 아닌 제3자인 조합이 하도급거래에 개입하는 것은 필요최소한 부분에 한정<sup>12)</sup>시키려고 한 것으로 판단된다.

## 5. 기술자료 제공 요구·유용행위 금지제도(11차 개정)

최근에 문제가 되고 있는 불공정하도급거래행위 중 대표적인 것이 기술자료 제공 요구·유용행위이다. 이에 대하여 공정위는 10차 개정에서 해당 제도를 도입하고 11차 개정에서 이를 정비하였다. 10차 개정에서는 기술자료 제공 강요·유용행위를 금지하였고, 11차 개정에서는 '강요'를 '요구'로 변경하면서 원사업자가 기술자료 요구시 사전에 요구 목적·비밀 유지 사항·대가 등이 기재된 서면을 해당 수급사업자에게 교부하도록 하였다.

11차 개정에서는 기술자료 제공 요구·유용행위에 대한 손해배상 관련 규정을 하도급법 최초로 신설하였고, 무엇보다 기술자료 유용행위에 대해서는 '징벌적 손해배상 제도'까지 도입하였다.

징벌적 손해배상 제도는 영미법(英美法)계에서 판례에 의하여 발전된 제도로, 대륙법(大陸法)계 국가는 이를 쉽게 받아들이지 않고 있는 제도이다. 우리나라의 경우는 민·형사절차를 엄격히 구별하고 있고 민법 제763조에서 실손해 배상을 손해배상의 원칙으로 하고 있어, 법체계와 부합하지 않는다는 지적도 있다.

실손해를 초과한 거액의 배상금 지급을 기대하거나 로펌(Law Firm) 등 소송대리인의 이익 추

<sup>12)</sup> 조금은 다른 이야기지만, 노동자와 기업의 관계에 제3자인 노조가 개입할 수 있고 노동3권을 보장받게 된 것은 오랜 기간 동안 수많은 갈등, 논쟁과 협의에 의하여 정립된 사회적 합의에 의한 것이었다. 원재료 가격 급등에 따라 수급사업자가 경영상 애로를 겪고 있는 것이 사회적 문제이기는 하지만, 그렇다고 노동관계에서 노조에게 권한을 부여하는 것처럼 하도급거래에 제3자를 개입시키는 것이 합당한지에 대한 사회적 합의가 이루어진 것으로 보기에는 아직은 논란의 소지가 있어 보인다. 그렇기 때문에 입법자도 조합에게 조정신청권만 부여한 것으로 보인다.

구 상황을 고려할 경우는 남소(濫訴) 가능성도 예상되고, 당연히 기업활동이 위축될 우려도 있다는 것이다. 다만, 이런 점들을 고려하여 이번 11차 개정에서는 징벌적 손해배상 제도를 도입하되, 기술자료 유용행위에 한정하였다.

그런데 일부에서는 하도급법 위반행위 전반 혹은 다른 위반유형에 대하여 징벌적 손해배상 제도를 도입하자는 주장도 있다. 생각건대, 우리 법체계를 감안하면서 이번에 제한적이고 예외적으로 도입한 제도가 운영되는 결과를 바탕으로 추가적인 도입 확대방안을 논의하는 것이 타당하다고 생각한다.

## V. 맺음말

대·중소기업간 공정거래 및 동반성장의 가장 기본적인 제도적 틀인 하도급법을 집행하는 공정위는 대·중소기업간 동반성장을 위한 따뜻한 균형추일 뿐만 아니라, 중소기업에 대한 대기업의 각종 불공정하도급거래 행위를 발라내는 날카로운 메스(Mess)로 기능하여야 한다.

대·중소기업간 공정거래 및 동반성장은 추상적 기획으로서가 아니라 실천적 과제로서, 선택이 아니라 필연으로서 우리, 즉 대기업과 중소기업 그리고 정부 앞에 던져져 있다. 우리는 이미 도래한 필연적인 동반성장의 시대를 살고 있다. 단지 그것을 실현시키는 것은 대·중소기업간 공정거래 및 동반성장을 훼손하고자 하는 그 어떤 행태의 시도들과 맞서는 합리적 지성과 단호함일 뿐이다.

최근 이슈가 되고 있는 ‘정의’(Justice)가 사전적으로 개념화하거나 이상적인 것으로서 존재할 수 있는 것이 아니라 오직 ‘정의를 행하는 것’(Faire la Justice)으로서만 존재할 수 있는 것처럼, 대·중소기업간 공정거래 및 동반성장 역시 개념적으로 존재할 수 없으며 오직 행하는 것, 공정위를 포함한 정부는 물론 거래당사자인 대기업과 중소기업이 노력하는 것에 의해서만 달성할 수 있다. <더불어 숲>이라는 책에서 “(큰)나무가 (작은)나무에게 우리 더불어 숲이 되어 지키자”라고 한 것처럼, 우리 경제에서도 대기업이 중소기업에게 “우리 함께 나라경제를 만들어가자”라고 하는 모습을 기대해본다. 