

# 大企業과 中小企業간 均衡發展을 위한 法制改善方案

李 奉 儀\*

## 차 례

### I. 머리말

1. 대·중소기업의 균형발전과 경쟁질서
2. 논의의 범위

### II. 수요독점의 특성·폐해 및 원인규제

1. 대·중소기업간 거래관계의 특성
2. 수요독점의 폐해
3. 대기업의 수요독점에 대한 원인규제

### III. 대·중소기업간 거래관계의 공정화

1. 공정거래법상의 규제
2. 약관규제법상의 규제
3. 하도급법상의 규제

### IV. 대·중소기업 거래관계 공정화를 위한 법제개선방안

1. 수요독점에 대한 규제개선
2. 중소기업간 협력의 활성화
3. 공정거래위원회내 전담부서의 설치
4. 법집행절차의 개선

\* 慶北大 法大 助教授, 法學博士

## I. 머리말

### 1. 대·중소기업의 균형발전과 경쟁질서

1960년대 이후 대기업주도의 경제성장을 추구해온 우리나라에서도 중소기업은 양적으로나 질적으로 경제의 중추역할을 수행하고 있음에 의문이 없다. 그간 대기업과 중소기업의 균형발전을 위한 각종 법령과 시책이 제정·시행되었으나, 오히려 대기업과 중소기업의 양극화현상이 더욱 심해지고 있음도 부인할 수 없다. 그런데 대기업과 중소기업간 불균형은 대기업에 대한 규제나 중소기업의 지원이라는 수단으로만 해결할 수 없으며, 불균형의 원인 중에서 시장경제의 경쟁원리에 반하는 경제력의 남용으로부터 중소기업을 보호한다는 경쟁정책적 수단이 보다 적극적으로 활용될 필요가 있다. 즉, 대기업과 중소기업의 불균형 현상은 어쩌면 시장원리에 따른 자연스런 독과점화과정으로 설명할 수도 있으나, 경제법적 관점에서 보자면 적어도 대기업이 자신의 지배력을 이용하여 중소기업의 자유롭고 혁신적인 기업활동을 저해하는 행위로 나아갈 위험을 제거함으로써 최소한 공정한 경쟁여건을 마련하는 것이 바로 중소기업정책의 출발점이 되어야 하는 것이다.

이러한 맥락은 독점금지법의 목적에 대한 이해와도 관련을 맺고 있다. 먼저, 독점금지법의 효시로 알려진 1890년의 미국 셔먼법은 시행 초기부터 지금까지 동법의 보호목적은 둘러싸고 논의가 계속되고 있는바, 1970년대 이후 시카고학파를 중심으로 한 효율성 일원주의가 득세한 이후에도 경제력집중억제나 중소기업보호와 같은 독점금지법의 비경제적 목적을 강조하는 견해는 나름의 역할을 수행하고 있다.<sup>1)</sup> 예컨대, 1945년 Alcoa 판결에서 Learned Hand 판사의 다음과 같은 지적은 그간 경쟁이론의 변천에도 불구하고 여전히 기억되고 있다: “독점금지법이 추구하는 목적의 하나는 어떤 비용을 치르더라도 중소기업들이 서로 효과적으로 경쟁할 수 있는 산업조직 그 자체를 유지하는 데에 있다.”<sup>2)</sup>

1) 경제력의 과도한 집중과 힘의 남용을 방지한다는 독점금지법의 정치적 의미를 강조하는 견해로는 Robert Pitofsky, “The Political Content of Antitrust”, *Univ. of Pennsylvania L.R. Vol. 127*, 1979, pp.1051.

2) *United States v. Aluminum Company of America et al.*, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945). “Throughout the history of these statutes it has been constantly assumed that one of their purposes was to perpetuate and preserve, for its own sake and in spite of

또한 2000년 3월 23~24일 리스본에서 열린 특별회의에서 유럽각료이사회는 향후 10년에 걸쳐 일자리의 확대, 사회적 연대의 강화와 더불어 유럽을 지속 성장이 가능한, 세계에서 가장 경쟁적이고 역동적인 지식기반경제로 만들기 위한 이른바 ‘리스본 전략’(Lisbon Strategy)을 채택하였다. 이러한 장기전략의 성공여부는 경쟁력과 생산성의 향상에 달려 있고, 이를 위해서는 무엇보다 시장개혁을 통한 역내시장의 심화·발전과 혁신 및 기업가정신의 우선이 꼽히고 있다. 여기에는 효과적인 경쟁정책이야말로 유럽의 산업이 역내에서는 물론이고 세계시장에서 경쟁력을 확보하기 위한 관건이라는 인식이 자리 잡고 있다. 이어서 각료이사회는 2000년 6월 19~20일에 걸쳐 ‘중소기업을 위한 유럽헌장’(European Charter for Small Enterprises)<sup>3)</sup>을 채택하였는바, 이는 유럽내 경제성장과 경쟁력 및 고용의 관점에서 중소기업이 차지하는 중요성을 반영한 것으로서 그 후 유럽연합의 기업정책의 기본 틀을 제공하고 있다.

요컨대, 자유시장경제 하에서 대기업과 중소기업의 균형발전은 대기업의 시장집중을 억제함과 아울러 대기업이 중소기업에 대하여 경제력을 남용하지 못하도록 방지하는 데에서 출발하여야 하며, 이는 곧 중소기업을 보호하는 최선의 정책은 바로 경쟁정책임을 의미한다.

## 2. 논의의 범위

국민경제의 균형발전과 선진경제로의 도약을 위해서는 대·중소기업간 불균형을 해소하고 이들간의 동반성장을 도모하는 것이 필수적 과제이며, 이를 위한 방법으로는 ① 중소기업의 경쟁력제고, ② 대·중소기업간 발전적 협력관계구축 및 ③ 투명하고 공정한 거래질서구축 등 크게 세 가지를 생각할 수 있다. 이 중 ①과 ②와 관련된 사항은 2004년 7월에 수립되어 2005년 1월 중소기업특별위원회를 거쳐 확정된 ‘중소기업 경쟁력강화 종합대책’에 반영되어 현재 추진 중에 있는바, 경제법의 관점에서 주로 관심을 가질 부분은 바로 세 번째 방법이다.

자유시장경제는 공정하고 자유로운 경쟁을 기본으로 하고, 이를 위해서는 계약자유가 실질적으로 최대한 보장되어야 한다. 그런데 계약자유와 자유경쟁은 그 자체가 스스로를 파괴할 위험성을 내포하고 있고, 경쟁제한행위에 대한 규

---

possible cost, an organization of industry in small units which can effectively compete with each other”.

3) 동 헌장의 주요 행동강령(lines for action)에서는 기업가정신을 위한 교육·훈련, 창업절차의 간소화, 규제제도의 개선을 비롯하여 조세 및 자금조달상의 유인제공 등을 정하고 있다.

제를 내용으로 하는 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”이라 한다)은 사적자치의 한계설정을 통한 계약자유의 실질적 보장이라는 규범적 방향 설정을 출발점으로 삼고 있다. 개별 시장참여자의 경제활동의 자유 내지 사적 자치를 보호하고, 경제력의 행사에 일정한 한계를 설정함으로써 시장에서의 경쟁이 제대로 기능하도록 하는 것이 경쟁법을 포함한 시장경제 법질서의 기본적 과제이기 때문이다. 이러한 맥락에서 공정거래법은 시장경제에서 ‘힘’의 행사를 적절히 통제함으로써 보다 자유로운 경제활동이 이루어질 수 있도록 노력하고, 이를 위하여 대기업의 경제력남용에 대한 일정한 한계설정을 내용으로 한다.<sup>4)</sup>

이와 같이 공정거래법은 중소기업의 공정하고 자유로운 경쟁여건을 보호하기 위한 여러 수단을 담고 있는바, 크게 대기업이 수요측면에서 가지는 지배력을 공급업자 내지 납품업자인 중소기업에 대하여 남용하는 행위를 금지하는 것(행위규제)과 대기업에 의한 시장집중을 규제하는 한편 대기업에 대한 대항력 확보차원에서 중소기업의 경쟁력향상을 위한 협력을 카르텔금지의 예외사유로 인정하는 것(구조규제)으로 나눌 수 있다. 그밖에 약관규제법상 대기업에 의한 부당한 내용의 약관사용규제와 하도급거래공정화에관한법률(이하 “하도급법”이라 한다)상 원사업자가 중소기업인 수급사업자에 대하여 행하는 지위남용금지 역시 대·중소기업간 거래질서의 공정화를 위한 법제로 볼 수 있다.

아래에서는 공급 또는 납품업자인 중소기업에 대한 대기업의 지위남용을 가늠케 하는 수요독점의 특성과 그에 따른 대표적 폐해로서 부당한 단가인하를 살펴보고, 이어서 거래관계의 공정화를 위한 경제법제를 개관한 후, 몇 가지 개선방안을 제시하기로 한다.

## II. 수요독점의 특성·폐해 및 원인규제

### 1. 대·중소기업간 거래관계의 특성

대·중소기업의 관계에서 나타나는 수요독점은 다분히 구조적인 성격이 강하다. 수요독점구조는 다수의 중소기업이 소수의 대기업에 납품하고 있는 우리나라의 실정에서 교섭력의 격차를 가져올 수밖에 없다. 일반적으로 중소기업이 납

4) 국가권력과 마찬가지로 경제력 또한 법의 구속 내지 한계를 받지 않으면 안 되며, 경제력의 남용을 방지하는 것은 단순히 경제정책의 문제가 아니라 법적 문제로 인식되어야 한다는 견해도 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있다. Ernst-Joachim Mestmäcker, *Kommentar zum GWB*, C.H. Beck, 2002, Einleitung Rn. 7.

품하는 상품이나 용역은 수요가 존재하는 한 사실상 무제한적으로 생산을 늘릴 수 있고, 그 결과 공급상의 애로가 존재하는 예외적인 상황을 제외하고 대부분의 대·중소기업간 거래에서는 현실적 또는 잠재적으로 공급과잉 내지 설비과잉이 존재하게 된다. 대기업은 하나의 납품업자를 상실할 경우 쉽게 다른 납품업자로 거래처를 전환할 수 있는 반면, 특정 부품에 한정되어 있는 중소기업은 국내외에서 새로운 거래처를 찾기가 쉽지 않기 때문에, 대기업은 가격 등 거래조건을 중소기업과 약정함에 있어서 보다 폭넓은 자유를 누리게 되는 것이다.

이러한 맥락에서 수요측면에서 대기업간의 조달경쟁, 이른바 ‘수요경쟁’ (Nachfragemettbewerb)이란 제대로 기능하기 어려우며, 이는 수요측면에서 다수의 대기업이 존재하는 경우에도 마찬가지이다.<sup>5)</sup> 즉, 수요시장의 경쟁구조와 상관없이, 즉 수요측면에서 대기업의 시장점유율이 낮은 경우에도 대기업은 중소기업에 대하여 ‘상대적으로’ 지배력을 행사할 수 있는 것이다.<sup>6)</sup> 대기업인 완성품 제조업자나 대규모 판매업자가 중소납품업자에게 일방적으로 지위를 남용할 수 있는 거래관계의 일반적 특징은 다음과 같다.

#### (1) 거래관계의 계속성

대규모 제조업자나 판매업자가 중소납품업자에게 일방적으로 부당한 거래조건을 요구할 수 있는 지위는 납품이 계속적 거래관계를 통하여 이루어짐으로써 중소납품업자가 당해 거래의 지속에 의존하지 않을 수 없는 구조에서 비롯되는 경우가 많다. 물론 계속적 거래관계는 거래기업의 몰색이나 교섭에 드는 거래비용을 절감하고 신뢰구축을 통한 사업의 안정에 기여하는 등 양 당사자 모두에게 긍정적인 효과를 가질 수 있다.<sup>7)</sup> 실제로 2001년 현재 부품·소재기

5) Ernst Niederleithinger, “Die Verfolgung von Mißbräuchen von Angebots- und Nachfragemacht nach §§22, 26Abs. 2 GWB”, *Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76*, 1977, pp.74; Michael Lehmann, “Einige Bemerkungen zum Nachfragemachtgutachten der Monopolkommission”, *WRP*, 1978, pp.598, 599. 반면 일반적으로 수요시장관념을 받아들이는데 비판적인 견해로는 Wolfgang Fikentscher, “Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung”, *WuW*, 1960, pp.680; Gröner·Köhler, “Nachfragemettbewerb und Marktbeherrschung im Handel”, *BB*, 1982, pp.257.

6) Ulrich Loewenheim, “Aktuelle Probleme des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots”, *WRP*, 1982, p.194. 그밖에 Ingo Schmidt, “Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB-Novelle”, *WuW*, 1997, p.109. 그는 특히 판매업자의 수요탄력성이 제조업자의 판매탄력성보다 훨씬 크다는 데에서 제조업자의 구조적인 중속성을 도출하고 있다.

7) 박중구·강두용·이원복, 『2001년 한국 제조업의 하도급 실태』, 산업연구원, 2001, 11면.

업의 경우 주거래관계에 있는 조립·가공업체와의 계약기간은 3년 이상의 비교적 장기계약이 많은 것으로 나타나고 있으며, 향후 거래의 지속가능기간에 대한 조사에서도 납품업체는 10년 이상으로 응답한 비율이 45%로 가장 높게 나타나고 있다.<sup>8)</sup> 다만, 납품업체의 경우 장기적으로 안정적인 거래관계의 유지를 중시하는 만큼, 대규모 제조업체나 판매업체는 그에 따른 납품업체의 종속성을 부당한 거래조건에 활용할 수 있게 된다.

### (2) 거래관계의 수직성

수요측면의 대기업이 우월한 지위를 가지는 거래관계는 흔히 하도급관계에서 나타난다. 중소기업의 공급사업자는 하청의 형태로 원사업자와 계약을 맺고, 이러한 수직적 관계는 원사업자의 지위남용으로 이어지기 쉽다. 실제로 하청 내지 하도급계약을 체결하면서 거래단가를 결정하는 방식은 외형상 당사기업간 대등한 합의가 지배적이지만, 실제로는 원사업자가 보다 우세한 입장에서 결정하는 경우가 적지 않은 것으로 나타나고 있다.<sup>9)</sup> 특히 자동차산업을 비롯한 여러 산업분야에서는 원사업자가 1차 부품생산업체와 하청계약을 체결하고, 1차 부품생산업체는 다시 2차·3차 부품생산업체와 재하청하는 등 수직적이고도 중층적인 납품구조를 보이는 점도 주목할 만하다.<sup>10)</sup> 이는 1차 하청계약에서 납품단가인하 등 부담전가가 일어날 경우 2차 및 3차 하청계약의 당사자인 중소기업의 단가가 연쇄적으로 하향 조정될 위험이 있음을 의미한다.

### (3) 거래관계의 배타성

대규모 원사업자는 대체로 중소납품업체가 다른 업체와 중복하여 거래관계를 유지하는 것을 선호하지 않으며, 경우에 따라서는 별도의 약정을 통하거나 사실상 자기와의 배타적 거래관계를 요구하는 경우가 많다. 그런데 납품업체가 오로지 특정 원사업자와 거래하지 않으면 안 되는 상황에서는 그 의존성이 더욱 커지고, 이와 함께 원사업자의 납품단가인하요구를 받아들일 수밖에 없는 처지에 놓일 위험이 더욱 커진다. 자동차·타이어·철강 등 대규모 제조업체의 납품업체에 대한 배타적 거래관계 요구관행이나 부품가격 소급인하 등에

8) 박중구의 2인, 전게서, 11~12면 참조.

9) 박중구의 2인, 전게서, 15면.

10) 산업연구원, 『한국 자동차산업의 도급관계와 활성화 방안』, 1997, 9~13면 참조.

대해서는 일찍이 공정거래위원회의 직권조사와 시정조치를 거쳐 거래관계의 다변화가 인위적으로 유도된 바 있으나,<sup>11)</sup> 아직도 많은 산업분야에서 이러한 관행이 유지되고 있는 것으로 보인다.<sup>12)</sup>

#### (4) 대량구매성

중소기업은 규모의 경제를 제대로 누리지 못하는 상태에서 가능한 높은 수준의 설비가동을 유지하기 위하여 대량구매처에 의존하지 않을 수 없다. 통상적인 거래관계에서도 대량구매는 구매자의 협상력을 강화시키고, 이를 기초로 대량구매자는 거래조건을 협상함에 있어서 유리한 지위에 서게 된다. 그런데 대량구매는 대체로 거래비용의 절감을 수반하기 때문에 어느 정도의 단가인하나 대금감액은 경제적으로 용인될 수 있다. 다만, 대기업이 대량구매에 따른 비용절감분 이상으로 지나치게 단가인하를 요구하는 등 부당한 거래조건을 요구하는 경우에도 중소납품업자는 어쩔 수 없이 이에 응하지 않을 수 없다는 점에 대량수요자의 남용위험이 내포되어 있는 것이다.

## 2. 수요독점의 폐해

### (1) 수요독점과 단가인하

대기업을 중심으로 한 수요독점의 폐해는 중소기업과의 부당한 거래조건, 특히 비용전가성 단가인하로 나타나는 경우가 많다. 수요측면에서 독점적 내지 우월적 지위를 갖는 대기업은 대량구매를 무기로 가격을 통상적인 수준보다 인하하거나, 정당한 이유 없이 반품 혹은 납품대금을 감액하는 등의 방법으로 자신의 귀책사유나 불가항력으로 인한 비용상승을 전가시킬 수 있다. 예컨대, 자동차산업의 경우 하청업체와 완성차업체간에 단가를 결정하면서 부품업체의 통상적인 임금수준을 단가에 제대로 반영하지 않거나, 매년 단가인하 목표를 설정하거나 나아가 계획된 목표보다 추가하여 단가인하를 요구하는 경

11) 공정거래위원회, 『공정거래20년사』, 2001. 7, 247~254면. 1997년 독과점시장구조 개선시책의 과정에서 특히 자동차산업의 발전과 관련하여 공정거래위원회가 제시한 바 있는 세 가지 방향, 즉 부품업체의 대형화, 완성차시장의 유효경쟁촉진 및 완성차업체와 부품업체간 대등한 협력관계형성은 대·중소기업간 균형발전에 시사하는 바가 크다.

12) 박중구의 2인, 전게서, 6면. 조립·가공업체의 약 55%가 부품업체가 다른 제조업체와 거래하는 것을 금지하고 있다고 한다.

우가 빈번한 것으로 알려져 있다.<sup>13)</sup>

무릇 수요독점은 그 자체가 대규모 수요자로 하여금 납품업체로부터 낮은 단가 등 보다 유리한 조건으로 제품을 공급받을 수 있는 힘을 의미한다. 그런데 대기업이 단가를 인하하는 배경 또한 다양하다. 대기업은 원자재가격의 하락으로 인한 비용절감, 기술의 발전으로 인한 생산과정에서의 비용절감, 또는 유통과정에서의 비용절감을 이유로 단가인하를 요구하기도 하고, 자신이 직면한 판매시장에서의 치열한 경쟁과 그에 따른 판매가격의 인하압력을 이유로 단가인하를 요구할 수도 있다. 그런데 이러한 단가인하는 나름대로 경제적 합리성을 가진 것으로서 이를 일률적으로 금지하기는 곤란하다. 문제는 “비용전가성” 단가인하이고, 이는 다음과 같이 통상적인 단가인하와 구별될 수 있다.

먼저, 비용전가란 원래 대기업이 마땅히 부담하여야 할 비용을 지위가 열악한 중소기업에게 떠넘기는 것을 말한다. 따라서 전가된 비용이 당초 누구의 부담인지가 중요하며, 비용의 발생원인이나 이익향유의 주체, 책임사유의 귀속주체 등이 중요한 판단기준이 될 수 있다. 경우에 따라서는 비용발생의 시점을 기준으로 이미 대기업에게 발생한 비용을 사후에 납품업체에게 소급하여 부담토록 하는 것도 부당한 비용전가에 해당될 수 있다. 그렇다면 비용전가성 단가인하는 자기가 마땅히 부담할 비용이나 자기의 귀책사유로 발생한 비용을 단가에 반영하거나 비용지출에 따른 이익을 전적으로 자신이 누림에도 불구하고 그 비용을 중소기업에게 전가시키는 경우에 성립하게 된다. 그런데 비용전가성 단가인하가 언제나 금지되어야 하는 것은 아니며, 시장원리 내지 경쟁원리에 부합하지 않는 경우에 한하여 경제법상 허용되지 않는다.

## (2) 비용전가성 단가인하의 시장원리 적합성

현실의 거래관계에서 수요자와 공급자는 각자의 교섭력이 대등하지 않은 것이 오히려 일반적이다. 교섭력의 차이는 어느 정도 가격결정에 영향을 미칠 수 밖에 없고, 실제 비용전가성 단가인하는 전세계적인 원자재가격의 상승이나 전반적인 임금 상승, 환율이나 이자율의 변동에 의한 비용증가의 경우 거래계에서 흔히 나타나는 현상이다. 예컨대, 원유가 인상은 정유업체로부터 철강업체로 고스란히 전가되고, 철강업체는 부품업체로, 부품업체는 완성품 제조업체로, 이

13) 홍장표, “외환위기 이후 자동차산업의 도급관계의 변화와 임금격차”, 『산업노동연구』 제9권 제2호, 215~216면 참조.



는 다시 판매업자를 거쳐 최종소비자에게 전가되는 것이 원칙이다. 역으로 최종 판매시장에서의 치열한 경쟁으로 판매가격이 인하될 경우 그 비용은 제조업체, 납품업체 등의 순으로 전가될 수 있다. 그리고 후자와 같이 비용전가를 위하여 단가인하가 행해지더라도 그것은 시장원리에 전적으로 부합하는 것이다.

그런데 자유시장경제에서 단가인하의 정당성은 그것이 양 당사자의 자유로운 합의에 기초한 경우에 한하여 자연스럽게 실현된다. 특정 제품의 단가가 어느 수준이라야 정당하고, 단가변동이 어느 정도라야 합당한 것인지는 객관적으로 도출할 수 없는 것이다. 이는 다시 말해서 계약의 자유가 제대로 실현되는 경우에 계약의 공정은 저절로 달성된다는 논리에 다름 아니다. 따라서 단가책정이나 단가인하가 규범적으로 정당화되기 위해서는 일차적으로 그것이 거래당사자의 자유로운 합의에서 비롯된 것인지를 기준으로 판단하지 않으면 안 된다. 그런데 수요독점이나 우월적 지위란 대기업에 비하여 다수의 중소기업체가 치열하게 경쟁하거나, 공급과잉으로 거래처선택 내지 거래처전환의 범위가 넓지 않으며, 대기업의 구매량이 매우 커서 중소납품업자가 당해 수요자에 대한 공급에 상당히 의존하거나, 또는 대기업이 갖고 있는 시장에서의 명성이나 브랜드파워로 인하여 납품업체가 그와 거래관계를 가지지 않으면 안 되거나, 또는 오로지 특정 수요자와의 거래를 위하여 납품업체가 이미 적지 않은 투자를 완료한 경우에 발생할 수 있으며, 이는 구조적으로 양 당사자의 자유로운 합의를 어렵게 한다.

여기서 수요독점이나 거래상 우월적 지위 유무는 단가인하의 정당성을 가리는 주요한 잣대로 기능한다. 즉, 수요독점이나 거래상 우월적 지위는 가격협상력의 차이를 가져오고, 이때 수요자가 그 형식을 불문하고 사실상 일방적으로 단가를 인하하고 인하된 단가가 납품업자에게 상당한 불이익을 가져오는 것이라면 이는 양 당사자의 거래상 지위의 대등성을 전제로 하는 사적자치와 경쟁의 자유라는 시장경제의 기본원리에 반하는 것이 된다. 이 경우 단가인하의 부당성은 엄격한 의미에서의 경쟁제한성을 갖대로 하는 것이 아니라, 중소납품업체의 보호를 통하여 궁극적으로 이들 제조업체의 자유로운 경쟁기반을 마련하는 것에 초점을 맞추게 된다.<sup>14)</sup> 요컨대, 비용전가성 단가인하 중에서 규범적으로 허용되지 않는 것은 납품업자에게 특별한 귀책사유가 없는 상태에서 수요자에게 발생한 비용을 거래관행상 허용되는 비용분담의 범위를 넘어서 일방적이

14) 이봉의, “불공정거래행위의 위법성”, 『공정거래와 법치』, 법문사, 2004, 666~671면.

고 강제적으로 납품업자에게 전가하는 행위에 국한된다. 이때 단가인하의 일방성 내지 강제성 여부는 형식적으로 합의가 존재하는지와 상관없이 평균적인 사업자의 관점에서 단가인하의 합리성 유무를 기준으로 판단하게 된다.

### 3. 대기업의 수요독점에 대한 원인규제

그런데 대·중소기업간 균형발전을 저해하는 요인으로는 대기업을 중심으로 한 판매·공급시장의 집중을 빼놓을 수 없다. 즉, 수요독점적 거래구조는 판매 내지 공급시장에서 대기업이 갖는 지배력과도 밀접한 관련을 맺고 있는 것이다.<sup>15)</sup> 일반적으로 어떤 대기업의 수요측면에서의 지배력은 그가 판매·공급시장에서 차지하는 시장점유율이 높을수록 커진다고 추론할 수 있기 때문이다. 이에 공정거래법은 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 금지하고 있으며, 이는 시장구조규제의 대표적인 예로서 둘 이상의 독립기업이 하나의 지배 하에 놓임으로써 야기되는 ‘외부적 성장’에 의한 경제력집중을 억제하기 위한 것이다. 그리고 공정거래법 제7조 제1항은 기업결합이 이루어지는 법적 수단으로서 주식취득, 임원겸임, 합병, 영업양수, 새로운 회사설립에의 참여 등 5가지를 열거하고 있다.

종래 기업결합의 경쟁제한성을 판단함에 있어서 공정거래위원회는 원칙적으로 공급측면에서의 시장점유율을 주로 고려하면서, 수직적 결합과 혼합결합에 대해서는 각각 봉쇄효과와 잠재적 경쟁제한 여부를 기준으로 삼고 있다(기업결합심사기준 VIII. 참조). 지금까지 대기업의 기업결합이 공급측면에서의 시장 집중을 심화시키는 외에 수요측면에서 지배력을 얼마나 증대시키는지, 그러한 지배력을 수요측면에서 남용할 가능성은 없는지는 기업결합심사에서 제한적으로만 고려되고 있을 뿐이다.<sup>16)</sup>

그런데 기업결합으로 야기되는 집중은 공급시장뿐만 아니라 수요시장에서도 일정한 규제를 요한다는 점에서, 대기업의 중소납품업체에 대한 지위남용을

15) Ernst-Joachim Mestmäcker, "Mißbrauch der Nachfragemacht und Möglichkeiten ihrer kartellrechtlichen Kontrolle", *Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77*, 1978, p.16.

16) 예컨대, 수평결합의 경우 시장점유율의 합계가 높은 경우에도 대량구매사업자의 존재여부는 경쟁을 실질적으로 제한하지 않을 수 있으며(이른바 대항력; countervailing power), 수직결합의 경우 원재료구매회사가 일정한 시장점유율요건을 충족하는 경우 시장봉쇄효과를 통하여 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있다고 한다(기업결합심사기준 VII 1-가-(1)-(라), 2-가-(1)-(나) 참조).

원인적으로 예방하기 위해서는 수요측면에서의 폐해가능성에 대한 심사가 강화될 필요가 있다.

### Ⅲ. 대·중소기업간 거래관계의 공정화

#### 1. 공정거래법상의 규제

##### (1) 시장지배적 지위의 남용금지

공정거래법상 수요독점은 공급측면에서의 독점과 마찬가지로 공정하고 자유로운 경쟁을 제한할 우려가 있으며, 특히 중소기업의 경쟁기반을 치명적으로 저해할 수 있다. 현재 수요독점력의 남용에 대해서는 먼저 시장지배적 지위의 남용금지가 적용될 수 있다. 즉, 공정거래법은 1999년 법개정으로 남용금지의 수범자인 시장지배적 사업자를 사전에 지정·고시하던 제도를 폐지하고 개별 사안에 따라 당해 사업자의 지배력유무를 판단하도록 하고 있다. 아울러 동법은 공급측면뿐만 아니라 수요측면에서의 시장지배적 사업자를 모두 남용 규제의 대상에 포함시키고 있다(법 제2조 7호).

그런데 동호는 시장지배적 지위의 유무를 판단하는 기준을 정함에 있어서는 공급측면과 수요측면의 경우를 제대로 구별하지 않고 전과 다름없이 공급측면에 착안한 기준을 그대로 사용하고 있다.<sup>17)</sup> 또한 수요독점의 남용여부와 관련해서 대기업이 수요자로서 시장지배적 지위를 남용하는 경우를 동법에 포섭시키는 것 이외에 그 남용여부를 판단하기 위한 구체적인 기준은 마련되지 않고 있다. 즉, 공정거래법은 공급측면에 한정하여 마련된 남용행위의 기본적인 유형을 1999년 법개정 이후에도 거의 그대로 유지하고 있으며(법 제3조의2 1항 각호), 이는 2000년 제정되어 2002년 일부 개정된 ‘시장지배적지위 남용행위 심사기준’에서도 마찬가지이다.

그 결과 현재 공정거래법에서 열거하고 있는 남용행위의 유형은 원칙적으로 공급측면에 한하여 적용될 수 있고, 그 결과 법 제2조 7호가 수요지배력을 포섭하더라도 그 변화를 남용단계에서 제대로 반영하지 못하고 있다. 즉, 법 제3

17) 예컨대, 우리나라에서 어떤 판매업자가 수요측면에서 법 제4조 각호의 시장점유율, 즉 하나의 판매업자가 50%, 셋 이하의 판매업자가 75%를 차지하는 경우란 생각하기 어렵다는 점에서 처음부터 수요측면에서의 지배력남용을 규제하기란 거의 불가능할 것으로 보인다.

조의2 1항 1호의 가격남용은 사업자가 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용의 변동에 비하여 현저하게 가격을 인상하거나 근소하게 인하하는 경우에만 문제되며, 2호의 부당한 출고조절은 사업자가 상품의 “공급량”을 부당하게 조절하는 것만이 문제되며, 그밖에 사업활동방해, 시장진입제한 및 경쟁사업자배제에서는 수요측면에도 적용될 수 있는 다소 폭넓은 금지요건을 규정하고 있으나 그 실효성은 다분히 의심스럽다.

## (2) 불공정거래행위의 금지

### 1) 대·중소기업간 불공정거래행위

앞에서 살펴본 바와 같이 대기업의 수요독점적 지위는 공급시장에서와 달리 낮은 시장점유율로도 충분히 가능하다. 왜냐하면 중소기업자는 통상적으로 거래처를 전환하기가 더욱 어렵기 때문에, 공급측면에서 지배력이 없는 대기업에 대해서도 종속성이 커지게 마련이다.<sup>18)</sup> 따라서 대기업과의 협상에서 중소기업자가 열악한 지위에 있는 경우에는 대기업간에 어느 정도 수요경쟁이 이루어지고 있더라도 별다른 의미가 없으며, 수요측면에서 다수의 대기업이 존재하더라도 충분히 중소기업자에 대하여 우월적 지위를 가질 수 있고, 그러한 지위를 남용할 수 있는 것이다.

이처럼 수요지배력의 실체를 시장점유율 등을 기초로 한 절대적 개념이 아니라 특정 제조업자와의 관계를 전제로 한 상대적 개념으로 이해하는 것이 수요시장의 실제에 보다 부합하는 것이라면 수요측면에서의 지위남용은 공정거래법 제3조의2 보다는 제23조의 불공정거래행위로 파악하는 것이 오히려 효과적인 규제수단이 될 수 있을 것으로 보인다. 아래에서는 거래상 지위남용과 대규모 소매업자의 지위남용을 중심으로 보다 자세히 다루기로 한다.

### 2) 거래상 지위남용 등

대·중소기업간 불공정한 거래관계는 공정거래법상 다음과 같이 규제될 수 있다. 대기업이 중소기업자에 대하여 부당한 거래조건을 요구하고 이를 받아들이지 않을 경우 거래를 중단하거나 구입하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위는 부당한 거래거절에 해당될 수 있고, 중소기업

18) 이러한 현상은 특히 대기업이 여러 중소기업자로부터 부품 등을 공급받을수록 두드러지게 나타난다.

업자에게 단가인하 등의 형태로 경제상 이익의 제공을 강요하거나 기타 불이익을 제공하는 행위는 우월적 지위남용에 해당되며, 납품업체의 종속성을 강화하기 위한 배타조건부거래, 특히 독점공급계약도 그것이 납품업자의 자유로운 사업활동을 부당하게 저해하는 경우에는 부당한 구속조건부거래로서 규제될 수 있다. 또한 대기업이 중소납품업체의 거래처이전을 현저히 방해하는 경우에는 부당한 사업활동방해의 요건을 충족할 수 있다.

특히, 거래상 지위남용과 관련하여 거래의 일방당사자가 당해 거래관계에서 비롯된 자신의 우월적 지위를 이용하여 상대방에게 원하지 않는 상품 등을 구입하게 하거나, 일방적으로 불리한 조건을 부과하거나 기타 거래와 무관하게 상대방의 사업활동에 간섭하는 행위는 금지된다. 이러한 태도는 거래관계에서 우월적 지위를 가진 대기업이 일방적으로 거래관계에 있는 중소기업에게 각종 불이익을 가하는 행위를 할 경우 거래상대방으로서는 자신이 활동하는 시장에서 다른 경쟁사업자에 비하여 불리한 조건에서 경쟁하게 되고, 다른 한편으로 이를 통하여 거래상 지위에 있는 사업자는 자신의 시장지위를 공고히 하거나 경쟁사업자보다 시장에서 우위를 차지할 우려가 있기 때문이다.<sup>19)</sup> 여기서 거래상 지위남용의 금지는 그 성질상 민법 제2조제2항의 ‘권리남용’이나 제104조의 ‘불공정한 법률행위’ 등에 비견됨에도 불구하고 사법상 포섭되기 어렵거나 손해배상 등을 통한 구제가 곤란한 행위유형을 행정적으로 규제하는 수단으로서 중요한 의미를 가지며,<sup>20)</sup> 경쟁제한성과 무관하게 건전한 거래질서를 실현하기 위한 제도로 볼 수 있다.<sup>21)</sup>

이때 ‘거래상 지위’란 시장지배적 지위와 같은 절대적 지위는 아니지만 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위로서, 그 판단에 있어서는 거래처선택·전환의 가능성, 시장상황, 당사자간의 자본력·판매력·신용도, 당해 상품이나 용역의 특성, 당해 업종에서의 거래관행, 불이익의 정도

19) 권오승, 『경제법』, 법문사, 2005, 358~359면; 이남기·이승우, 『경제법』, 박영사, 2001, 256~257면.

20) 권리남용의 금지법리는 본래 권리의 사회성·공공성 등 사회적 가치에서 그 근거를 찾을 수 있는바, 그중 하나를 바로 시장경제의 기본인 경쟁질서에서 찾을 수 있을 것이다. 다만, 공정거래법은 민법상 권리남용의 요건을 충족하지 않는 경우에도 경쟁보호의 관점에서 보다 적극적으로 규제하는 태도를 보이고 있다.

21) 이를테면 계속적 거래관계에 있어서 이례적인 해제·해지권의 약정이나 자유의사의 지나친 제약은 민법 제103조에 반하는 것으로서 무효로 될 수 있으나, 사실상의 각종 행위 구속 등에 대해서는 별다른 사법상의 구제수단이 마련되어 있지 않다는 점에서 행정규제주의에 입각한 남용금지가 필요해지는 것이다.

등을 종합적으로 고려하며,<sup>22)</sup> 주로 장기납품관계, 부품공급관계, 광고대행관계, 하도급관계 등에서 인정된다. 예컨대, 거래상대방이 거래처를 전환할 가능성이 객관적으로 충분한지, 거래상대방에게 거래처전환을 주관적으로 기대할 수 있는지 여부를 고려하여야 하는바, 거래처를 전환할 경우 거래단절이나 공급량 제한, 투자비용의 회수곤란 등 불이익을 감수하여야 하고, 그 결과 거래상대방인 중소기업이 당해 시장에서 제대로 경쟁할 수 없는 등 사업활동이 현저히 곤란해지는 경우에는 거래처전환가능성이 충분하지 않은 것이 된다. 다음의 경우에는 중소기업의 거래처전환이 용이하지 않을 개연성이 크다.

① 거래상대방인 대기업이 유명 브랜드로서, 동 업체에의 납품이 사업운영에 긴히 중요한 경우. 이때에는 당해 상표품의 브랜드 인지도, 판매시장에서의 점유율 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

② 대기업이 사업활동에 필요한 원재료나 부품을 여러 사업자로부터 경쟁입찰의 방법으로 공급받고, 통상적으로 원재료나 부품의 공급이 과잉이어서 가격경쟁이 치열한 경우.<sup>23)</sup>

③ 특정 대기업과의 거래가 장기간 계속되고, 거래관계유지에 대규모투자가 소요됨으로써 대기업이 거래처를 전환할 경우 설비전환이 곤란하거나 막대한 피해가 우려되는 경우. 이때에는 인적·물적 담보의 제공여부 및 거래관계 종료시 담보해소의무의 유무와 대기업으로부터 지원받은 기계나 장비의 반환의무 여부 등이 중요하다. 예컨대, 완성차업체는 자사에 대한 부품공급에 특화된 부품공급업자에 대하여, 제조업자는 자사 상품의 판매에 다년간 전문화된 대리점 등 중소판매업자에 대하여 거래상 지위가 인정될 수 있다.

④ 대규모판매업자가 막대한 구매물량을 차지함으로써 그에게 납품하는 중소제조업체로서는 그 판로를 포기할 수 없는 경우. 이때 거래상 지위는 특히 중소제조업자가 특수한 수요에 맞추어 납품하고 있거나 특정 판매업자의 매장에 진출하는 것이 다른 거래관계의 유지·확대에 결정적으로 중요한 경우에 인정될 수 있다. 예컨대, 대규모소매점업자는 자신의 주문에 맞추어 PB제품을

22) 대법원 2000.6.9. 97누19427 판결. 다만, 현실의 거래에서 당사자간에 지위가 완전히 대등한 경우란 생각할 수 없다는 점에서 '거래상 지위'는 거래당사자간에 지배·종속관계가 가능할 정도로 지위에 현저한 격차가 있어야 하는 것으로 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 그렇지 않을 경우 거의 모든 사적 거래에서 거래상 지위담용이 문제될 것이기 때문이다.

23) 실제 2002년 중소기업협동조합중앙회가 실시한 설문조사에 의하면, 원가절감을 이유로 범용부품에 대하여 최저가입찰을 실시하는 대기업의 비중이 22.3%로 나타나고 있으며 향후 대기업들의 공개경쟁 입찰방식은 계속 확대될 것으로 예상되고 있다.

공급하는 제조업자에 대하여 거래상 지위가 인정될 수 있다.

한편, 우월적 지위남용 중 불이익제공의 요건에 관하여 대법원은 ① 사업자 간의 거래에 있어, ② 사업자가 자기의 거래상의 지위가 우월함을 이용하여, ③ 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게, ④ 상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행 과정에서 불이익을 주는 행위로서, ⑤ 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 할 것을 요구하고 있다.<sup>24)</sup> 이때, 불리한 거래조건은 그 형식을 묻지 않으며, 약관이나 기타 계약서에 기재될 수도 있고 사실상 거래상대방에게 부과될 수도 있다. 불이익제공은 적극적으로 거래상대방에게 불이익이 되는 행위를 하는 작위에 의해서뿐만 아니라 소극적으로 자기가 부담해야 비용이나 책임 등을 이행하지 않는 부작위에 의해서도 성립할 수 있다. 이때 중소기업에게 제공되는 불이익은 거래상 지위를 이용한 부당한 것으로 판단될 만큼 현저한 수준이어야 한다. 이때 현저한 불이익인지 여부는 신의칙, 민법상의 임의조항이나 기타 정상적인 거래관행 등을 종합적으로 고려하여 결정한다.

그밖에 우월적 지위남용 중에서 이익제공강요, 즉 거래상 우월적 지위를 이용하여 중소기업에게 금전·물품 등의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위도 문제될 수 있다. 경제상 이익에는 금전, 유가증권, 물품, 용역을 비롯하여 경제적 가치가 있는 모든 것이 포함되며, 다만, 정상적인 거래관행으로 인정되는 대가의 감액, 인하 또는 수취한 대가의 일부 반환은 이에 포함되지 않는다. 이익제공강요에는 중소기업에게 경제상 이익을 제공하도록 적극적으로 요구하는 행위뿐만 아니라 자신이 부담하여야 할 비용을 거래상대방에게 전가하여 소극적으로 경제적 이익을 누리게 되는 행위도 포함된다. 이와 관련하여 단가인하의 실질을 갖는 이익제공강요로는 수요측면에서 지배력을 갖는 대기업이 구입물량의 일정 비율만큼을 무상으로 제공하도록 요구하거나 공급업체에게 거래와 무관한 기부금 또는 협찬금이나 기타 금품·향응 등을 요구하는 행위, 납품업체로부터 자기의 판매촉진에 필요한 비용을 부담시키거나 판촉사원을 파견받아 자기 상품의 판매업무에 종사시키는 행위 등을 들 수 있다.

우월적 지위남용으로서 일부 홈쇼핑업체가 다이어트제품 납품업자인 제조업체와 연간 납품계약을 체결하여 거래하면서 납품업자가 정상적으로 납품한 하

24) 대법원 1993.7.27. 93누4984 판결.

자없는 제품 중 소비자가 구입한 후 사용하던 제품에 대해서도 사후 소비자의 반쯤에 따른 환불책임을 납품업자가 지도록 한 행위가 문제된 바 있다.<sup>25)</sup> 이는 일단 납품계약이 모두 이행된 후 납품업자에게 책임 없는 사유로 환불비용을 부담케 하는 것이었다.

### 3) 대규모소매업자의 지위남용

공정거래위원회는 종래 특수불공정거래행위의 하나로서 “백화점업에 있어서 특수불공정거래행위의 유형 및 기준”을 마련하여 동법 제23조 1항 4호의 거래상 지위남용을 규제해 왔으며, 1998년 이를 “대규모소매점업에 있어서의 특수불공정거래행위의 유형 및 기준”<sup>26)</sup>으로 새로 제정한 바 있다. 동 고시는 대규모소매점업자가 자신의 거래상 우월적인 지위를 이용하여 중소납품업자나 점포임차인의 이익을 부당하게 침해하는 행위를 막기 위한 것이다. 구체적으로 동 고시는 대규모소매점업자가 하도급거래, 직매입거래 및 특정매입거래에 있어서 납품업자에 대하여 부당한 반품, 부당한 대금금액을 요구하거나, 판매대금의 지급을 부당하게 지연하거나, 경품제공 등 부당한 이익의 제공을 강요하는 행위, 그리고 정당한 이유 없이 납품수량을 지체 또는 거부하거나 납품업자에게 판촉사원의 파견을 강요하거나 광고비등을 부당하게 전가하는 행위, 그밖에 배타적 거래관계를 강요함으로써 납품업자의 사업활동을 부당하게 방해하거나 서면계약서를 교부하지 않는 등의 행위를 불공정거래행위로서 금지하고 있다.

대규모소매업자의 대표적 남용행위인 부당한 비용전가에 대하여 동 고시는 이를 판단하는 기준을 일의적으로 규정하지 않고 있으나, 판촉비용 등의 전가를 금지하고 있는 제8조는 제2항에서 납품업자에게 부담시키는 비용이 판매촉진으로 인하여 납품업자가 얻는 직접 이익의 범위를 초과해서는 안 된다고 함으로써 나름의 이익형량기준을 제시하고 있다. 지금까지 공정거래위원회의 실무를 살펴보면, 대규모판매업자가 직접 납품받은 상품대금을 감액한 사례는 별로 어렵고, 대부분 간접적으로 비용을 전가하는 행위가 문제되었다. 예컨대, 2000년 이후에는 주로 계약서미작성이 문제된 사례가 대부분이고, 그밖에는 납품업자에게 당해 상품의 판매촉진과 무관한 인테리어비용을 부담시키는 행위<sup>27)</sup> 등이 금지된 바 있다.

25) 공정거래위원회 의결 제2002-351, 352호, 2002.12.20.

26) 공정거래위원회, 고시 제1998-5호, 1998.5.12; 고시 제2001-9호로 개정, 2002.7.6.

27) 공정거래위원회, 의결 제2002-053, 054호, 2002.4.23.



## 2. 약관규제법상의 규제

오늘날 다수의 거래상대방과 계속적이고 대량으로 이루어지는 계약체결의 방식으로 약관이 널리 사용되고 있다. 약관은 사업자의 측면에서는 영업의 합리화나 신속화를 위해 유리한 면이 있고, 법률관계를 명확하게 하여 당사자간의 분쟁을 예방하는 기능을 가지고 있다. 또한 사업자는 약관의 내용을 정함에 있어, 면책조항과 위험전가 조항을 통해 위험을 회피하고자 하는 경향이 있다.<sup>28)</sup> 그런데 약관은 이를 사전에 마련한 사업자의 우월적 지위와 그 내용의 전문성 등으로 인하여 거래상대방에게 일방적으로 불리할 수 있기 때문에, 약관을 이용한 계약의 체결과정과 내용에 대해서 법적 규제를 받게 된다. 우리나라에서도 1986년 12월 약관의규제에관한법률(이하 “약관규제법”이라 한다)을 제정하여 약관의 내용에 대한 명시·설명의무를 부과하고, 약관의 해석 원칙을 규정하며, 그 내용이 신의칙에 반하여 불공정한 약관의 경우 이를 무효로 하는 한편, 당해 약관을 사용한 사업자에 대하여 시정조치를 부과하고 있다(법 제17조의2제2항).<sup>29)</sup>

약관규제법은 통상 소비자보호를 위한 것으로 알려져 있으나, 동법의 보호를 받는 거래상대방에는 약관을 제시받는 사업자도 포함되며, 따라서 대·중소기업간 불공정한 거래조건에 대한 규제도 약관의 편입, 해석 및 내용통제로 나누어 이해할 수 있다. 먼저, 대기업이 일방적으로 마련한 약관으로 납품계약이나 하도급계약을 체결하는 경우, 거래상대방에게 이를 명시·교부하고, 단가나 단가변동요인 등과 같이 중요한 사항은 충분히 설명하여야 한다. 대기업이 이러한 명시·설명의무를 이행하지 않았을 경우, 중소납품업체는 당해 약관을 근거로 문체의 부당한 약관조항에 대한 합의를 부인할 수 있다(법 제3조). 또한 단가의 산정이나 추후 조정 등 약관의 내용이 명확하지 않을 경우 거래상대방인 중소기업에게 유리하게 해석하여야 하고, 설사 단가의 산정·변경방식 등이 규정되어 있더라도 구체적으로 단가를 조정함에 있어서는 해당 약관조항을 신의칙에 따라 공정하게 해석하여, 중소납품업체에게만 일방적으로 불리하지 않도록 하여야 한다(법 제5조).

28) 권오승, 전계서, 528~531면.

29) 권오승, 전계서, 501~518면 참조.

끝으로 불공정약관조항에 대하여는 약관규제법 제6조의 일반원칙(신의성실의 원칙)이 적용될 수 있으며, 동법은 보다 구체적인 조항을 열거함으로써 당해 약관의 유효·무효판단을 용이하게 하고 있다. 대표적으로 중소기업체에 대하여 부당하게 과중한 지연손해금 등 손해배상의무를 부담시키고, 이를 근거로 사실상 단가를 인하하는 등의 약관조항은 무효이다(법 제8조). 그리고 상당한 이유 없이 대기업이 납품단가 등 거래조건을 일방적으로 결정 또는 변경할 수 있도록 권한을 부여하는 조항이나 납품대금의 지급을 일방적으로 중지할 수 있게 하는 약관조항도 무효이다(법 제10조). 아울러 대기업이 단가인하나 대금감액 등을 통보하고 납품업자가 아무런 적극적인 의사표시가 없을 경우 이를 수락한 것으로 간주하는 조항 및 대·중소기업간 거래관계를 둘러싼 분쟁에 대하여 소제기를 금지하는 약관조항도 무효이다(법 제12조 1호, 제14조). 그밖에 계속적 납품관계에서 계약기간을 부당하게 단기로 정하여 부당하게 불이익을 줄 우려가 있거나 납품업자가 제3자와 계약을 체결하는 것을 별다른 이유 없이 제한하는 약관조항 역시 무효로 될 수 있다(법 제9조 5호, 제11조 3호).

### 3. 하도급법상의 규제

하도급이란 원사업자가 수급사업자에게 제조·수리나 건설위탁 또는 용역위탁<sup>30)</sup>을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 위탁받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁하고 수급사업자가 이를 제조·수리·시공하여 원사업자에게 납품 또는 인도하는 행위를 말한다. 예컨대, 완제품 제조업자가 필요한 모든 부품을 스스로 자체 생산하는 경우란 거의 없으며, 많은 부품을 중소제조업체로부터 납품받지 않으면 안 된다. 이러한 하도급은 종래 제조업이나 건설업에서 흔히 활용되었으나, 근래에는 광고나 화물운송 등 서비스분야에서도 널리 보급되고 있으며, 제조업의 경우도 이른바 하도급의 성질을 갖는 아웃소싱은 효과적인 비용절감방식으로 인정받고 있다. 이러한 하도급을 통하여 대기업과 중소기업 간에 분업과 협력체제가 이루어지고, 하도급관계를 기술개발이나 투자 등의 관계로 확대·발전시키는 경우도 나타나고 있다.

우리나라의 경우 중소기업의 약 72%가 하도급에 종사하고 있는 것으로 나타나고 있으며, 중소기업의 전체 매출액 대비 하도급거래의 비중은 평균 84%

30) 2005년 3월 하도급법개정으로 종래 제조·수리·건설위탁 외에 용역위탁이 동법의 적용대상에 추가되었다.

에 달하고 있는 것으로 나타나고 있다.<sup>31)</sup> 그런데 실제로 하도급관계에서 적지 않은 대규모 원사업자가 거래상 차지하는 우월적 지위를 이용하여 부당하게 하도급 대금을 결정하거나, 장기어음을 교부하거나, 부당하게 하도급대금을 감액하는 등의 남용행위를 해왔고, 상대적으로 열악한 지위에 있는 중소기업사업자를 보호하기 위하여 1984년에 제정된 것이 하도급거래공정화에관한법률<sup>32)</sup>이다. 대·중소기업간 하도급관계에서 발생하는 부당행위의 대표적 예를 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 원사업자가 부당하게 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 불공정거래행위에 대하여 효과적으로 대처하기 위하여 원사업자가 부당한 방법으로 납품대상인 제품과 동종 또는 유사한 것에 대하여 통상 지급하는 단가보다 현저하게 낮은 수준으로 단가를 결정하는 행위는 금지된다. 하도급대금의 결정이 동법에 위반되기 위해서는 대금결정방법이 부당한지, 그리고 대금수준이 현저하게 낮은지의 두 가지 요소가 충족되어야 한다.<sup>33)</sup> 부당한 단가결정으로 간주되는 행위는 다음과 같다.

- ① 정당한 이유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위
- ② 협조요청 등 명목여하를 불문하고 일방적으로 일정금액을 할당한 후 당해 금액을 감하여 하도급대금을 결정하는 행위
- ③ 정당한 이유 없이 특정 수급사업자를 차별취급하여 하도급대금을 결정하는 행위
- ④ 수급사업자에게 발주량등 거래조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나 다른 사업자의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 기만하고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위
- ⑤ 원사업자가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위
- ⑥ 수의계약으로 하도급계약을 체결함에 있어서 정당한 이유 없이 직접공사의 합계금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위

31) 송정원, 『해설 하도급거래 공정화에 관한 법률』, 나무와 샘, 2000, 4면.

32) 지난 2005년 3월 31일 공포된 개정 하도급법은 서비스분야의 불공정한 하도급거래행위를 시정함으로써 투명하고 공정한 하도급거래질서를 정착시키기 위하여 하도급거래의 적용범위에 용역위탁거래를 추가하는 한편, 원사업자의 수급사업자에 대한 부당한 하도급대금의 결정행위 및 감액행위의 유형을 추가하고 있다.

33) 송정원, 전계서, 50면.

⑦ 경쟁입찰에 의한 하도급계약을 체결함에 있어서 정당한 이유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위

또한 하도급법은 수급사업자의 귀책사유가 없음에도 불구하고 약정한 하도급대금을 부당하게 감액하는 행위를 금지하고 있으며, 부당감액으로 간주되는 행위는 다음과 같다.

① 위탁할 때 하도급대금을 감액할 조건 등을 명시하지 아니하고 위탁 후 협조요청 또는 거래상대방으로부터의 발주취소, 경제상황의 변동 등 불합리한 이유를 들어 하도급대금을 감액하는 행위

② 수급사업자와 단가인하에 관한 합의가 성립한 경우 당해 합의성립 전에 위탁한 부분에 대하여도 일방적으로 이를 소급적용하는 방법으로 하도급대금을 감액하는 행위

③ 하도급대금을 현금으로 또는 지급기일전에 지급함을 이유로 과다하게 하도급대금을 감액하는 행위

④ 원사업자에 대한 손해발생에 실질적 영향을 미치지 아니하는 경미한 수급사업자의 과오를 이유로 일방적으로 하도급대금을 감액하는 행위

⑤ 목적물의 제조·수리, 시공 또는 용역수행에 필요한 물품 등을 자기로부터 사게 하거나 자기의 장비 등을 사용하게 한 경우에 적정한 구매대금 또는 사용대가 이상의 금액을 하도급대금에서 공제하는 행위

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

⑦ 경영적자 또는 판매가격 인하 등 불합리한 이유로 부당하게 하도급대금을 감액하는 행위

⑧ 원사업자가 부담하여야 할 고용보험료 등의 경비를 수급사업자에게 부담시키는 행위

그밖에 부당한 원사업자가 자신이 지정하는 물품이나 장비 등을 구입 또는 사용하도록 강요하거나 납품계약을 임의로 취소·변경하거나, 수급사업자에게 귀책사유가 없음에도 불구하고 부당하게 반품하는 등의 행위도 금지된다(법제5조, 제10조). 아울러 2005년 개정법은 원사업자가 하도급거래를 함에 있어 우월적 지위를 이용하여 협찬금 등 수급사업자에게 법률상의 의무가 없는 부담을 강요하는 등 경제적 이익의 부당요구를 금지하고 있다(법 제12조의2).

공정거래위원회의 실무상 하도급과 관련해서는 대금미지급이 압도적으로 많

다. 그리고 당초 하도급대금을 정하지 아니한 채 제조위탁한 후 수급사업자와 협의를 거치지 아니하고 일률적인 비율로 단가를 인하하거나 견적가격을 크게 하회하는 수준으로 하도급대금을 결정하는 행위<sup>34)</sup>나 비공개 입찰을 통하여 부품을 제조위탁하면서 통상 입찰참가업체들이 제시한 초기견적에 대해 재견적 요청 등의 과정을 거쳐 그 중 최저가를 제시한 업체를 선정하고 이때 최종적으로 제시된 가격으로 하도급대금을 결정하면서 자신의 최저가수주로 인하여 예산이 부족하다는 이유로 다시 가격협상을 하는 등의 방법으로 하도급단가를 현저히 인하하는 행위<sup>35)</sup> 등이 금지된 바 있다.

여기서 흔히 원사업자는 문제의 단가인하나 대금감액 등이 가격협조를 요청한 후 중소납품업체의 동의 하에 이루어진 것으로서 일방적으로 하도급대금을 결정한 것이 아니라고 주장하는 경우가 많은데, 이에 대해서 공정거래위원회는 다음과 같은 기준을 제시하고 있다. 즉, 공정거래위원회는 하도급거래의 특성상 수급사업자의 원사업자에 대한 의존성이 강하기 때문에 가격결정에 대한 주도권이 통상 원사업자에게 있고, 원사업자가 가격협조를 요청하는 것 자체가 이미 수급사업자에게는 상당한 압박감으로 작용하며, 수급사업자로서는 원사업자와의 계속적 거래관계를 위해서도 원사업자의 요구를 사실상 거절하기가 곤란하여 단순한 협조요청에도 응할 수밖에 없다는 점을 고려하여, 비록 형식상으로는 합의과정을 거친 경우에도 그 실질이 일방적 요구와 수용인 경우라면 이는 일방적인 단가인하에 해당한다고 보았다.<sup>36)</sup>

#### IV. 대·중소기업 거래관계 공정화를 위한 법제개선방안

국민경제의 균형발전은 대·중소기업간 균형발전을 전제로 한다. 그리고 대기업과 중소기업이 골고루 성장하기 위해서는 이들간의 협력문화정착도 중요하지만, 중소기업의 지위향상을 위한 법제도적인 장치가 함께 마련되지 않으면 안 된다. 종래 중소기업의 보호수단으로는 흔히 중소기업기본법을 비롯한 각종 지원법제가 중시되었으나, 대·중소기업간 공정하고 자유로운 경쟁질서

34) 공정거래위원회, 의결 제2004-128호, 2004.8.18.

35) 공정거래위원회, 의결 2004-275, 276호, 2004.10.8. 이들 사건에서는 조선업체인 (주)한진중공업과 대우조선해양(주)이 물량확보차원에서 낮은 가격에 선박을 수주한 후, 그에 따른 자금난을 납품업체에 전가하기 위한 단가인하가 문제되었다.

36) 공정거래위원회, 앞 의결 참조.

야말로 장기적으로 지속가능한 중소기업보호수단이라고 할 수 있다. 이 점에서 향후 경쟁질서의 확립이라는 관점에서 대·중소기업간 거래관계의 공정화를 위한 기존의 공정거래법제를 다음과 같이 개선할 필요가 있다.

### 1. 수요독점에 대한 규제개선

대·중소기업간 불공정거래관계는 대체로 대기업에 대한 납품관계 내지 하도급관계라는 수직적 거래에서 나타나며, 그밖에 대·중소기업이 서로 경쟁관계에 있을 경우 대기업이 중소기업의 사업활동을 방해하는 형태로 나타나기도 한다. 그러나 종래 시장지배적 지위남용은 수요독점을 규제하기에 적합하지 않고, 대·중소기업간 거래관계의 특성을 반영한 불공정거래행위의 기준은 아직 미흡한 실정이다. 따라서 수요독점의 개념과 특성, 그리고 대기업의 지위남용행위에 대한 보다 구체적인 기준을 마련할 필요가 있다.

그리고 수요독점의 원인에는 판매·공급시장에서의 집중화경향을 들 수 있다는 점에서, 보다 근본적으로는 대기업에 의한 수요시장의 독점을 처음부터 효과적으로 억제할 필요가 있으며, 기업결합 심사시 수요독점력의 형성·강화 여부를 충분히 고려할 수 있도록 관련 고시를 개정할 필요가 있다.

### 2. 중소기업간 협력의 활성화

중소기업은 대기업에 비하여 자금, 인력 및 기술면에서 대등한 지위에 있지 못한 경우가 일반적이다. 여기서 중소기업의 혁신잠재력을 최대한 발휘하도록 하기 위해서 중소기업간 협력에 대해서는 폭넓게 카르텔금지의 예외를 인정하는 것이 바람직하다. 현재 공정거래법 제2조는 연구·기술개발이나 중소기업의 경쟁력향상 등을 위한 카르텔에 대하여 예외를 인정하고 있으나, 인가사유가 지나치게 까다롭고<sup>37)</sup> 공정거래위원회의 실무상 카르텔의 예외적 인가는 사실상 사문화되어 있어서 중소기업이 당장에 이를 활용하기를 기대하기 어렵다. 따라서 현재의 인가요건을 중소기업에 한하여 최대한 완화하는 한편, 이를

37) 예컨대, 시행령 제28조는 중소기업의 경쟁력향상을 위한 카르텔의 경우 그로 인한 중소기업의 품질·기술향상 등 생산성향상이나 거래조건에 관한 교섭력 강화효과가 명백하고, 참가사업자가 모두 중소기업이며, 카르텔 이외의 방법으로는 대기업과의 효율적인 경쟁이나 대항하기 어려운 경우를 요건으로 규정하고 있는바, 이들 요건을 모두 충족하기란 매우 어려울 뿐만 아니라, 인가여부에 대한 불확실성도 매우 커서 그 실효성이 의문시된다.

적절히 홍보하여 중소기업의 자발적 노력으로 대기업에 대한 충분한 대항력을 형성하는데 실질적 도움이 될 수 있도록 하여야 할 것이다.

### 3. 공정거래위원회내 전담부서의 설치

공정거래위원회는 1처 6국 32과로 조직되어 있으며, 중소기업의 보호와 직접 관련된 조직으로는 하도급국을 들 수 있을 뿐이다. 그런데 하도급관계는 대·중소기업간 거래관계의 공정화에 관한 일 부분에 불과할 뿐이고, 시장지배적 지위 남용이나 불공정거래행위뿐만 아니라 불공정약관거래는 각기 다른 국, 과의 소관이다. 그런데 중소기업의 성장·발전이 국민경제의 균형발전을 위한 전제조건이고, 이러한 조건은 무엇보다 대·중소기업간 거래질서의 공정화에서 출발한다는 관점에서 향후 중소기업관련 경쟁정책을 전담할 국을 설치하거나 기존의 하도급국을 중소기업국으로 확대·개편하는 방안을 고려할 필요가 있다.

### 4. 법집행절차의 개선

대·중소기업간 거래질서의 공정화를 위해서는 범위반행위가 적절히 포착될 수 있어야 한다. 그런데 현실적으로 거래처상실의 위험을 감수하지 않는 한 중소기업으로서는 대기업의 지위남용행위를 문제 삼기 어렵고, 따라서 거의 전적으로 공정거래위원회의 직권조사에 의지하지 않을 수 없게 된다. 이는 특히 신고를 통해 공정거래위원회가 조사를 개시하기 위해서는 신고자가 자신의 신원을 밝히지 않으면 안 되는 상황에서 더욱 그러하다(법 제49조 1항; 령 제54조 참조). 따라서 신고제도의 개선과 비밀보호제도의 마련 등을 통하여 규제 의 실효성을 제고할 필요가 있다. 지난 2004년 12월에 개정된 공정거래법 제64조의2는 신고포상금<sup>38)</sup>의 지급근거와 비밀보장의무를 규정하고 있는바, 향후 그 실효성을 기대할 만하다.

**주제어** 균형발전, 수요독점, 경쟁정책, 대항력, 카르텔, 단가인하, 하도급계약, 거래상 지위남용, 불공정약관

38) 신고포상금 지급의 대상인 범위반행위와 지급대상자, 포상금지급기준 및 비밀보장 등에 관한 자세한 내용은 『공정거래법위반행위신고자에대한포상금지급에관한규정』, 2005. 4. 1. 공정거래위원회 고시 제2005-2호 참조.

## Toward a Balanced Development of Big and Small-Medium Sized Enterprises

Lee, Bong-Eui\*

Small and medium-sized enterprises(hereafter “SMEs”) are the backbone of Korean economy notwithstanding big business-oriented development policy since 1960s. As of 2002, the number of SMEs in Korea equals about 2.95 million comprising 900,000 medium enterprises (with 50~300 employees), 240,000 small enterprises (with 10~50 employees) and 2.62 million micro enterprises (with less than 10 employees). SMEs represent 99.8% of entire enterprises (2.95 million SMEs), and 86.7% of total employment (13.09 million employees) in Korea. Throughout 1980s and 1990s a number of statues and policies had been implemented which aimed to protect SMEs, but economic polarization has been widening. Unbalance between big businesses and SMEs can not be reduced just by means of excessive regulation of bigness or ongoing assistance of SMEs. From the viewpoint of economic law, such instruments would be necessarily accompanied by effective competition policy that prevents big businesses from exploiting or hindering innovative potential of SMEs through its monopoly power and thereby ensures them level playing field. In this respect, competition policy is to be a starting point for sound policy for SMEs.

Unfair practices committed by big businesses tend to prevail mainly in the fields of long-term supply contracts, subcontract transactions. The Korean Anti-Monopoly and Fair Trade Act(hereafter “the Act”) and the Fair Subcontract Transactions Act have acknowledged the danger of abuse of economic power since long ago. The issue of demand power is of particular relevance in relation to the big businesses of retailing. With the increasing concentration of this sector and the rapid change from supply market to demand one it has been introduced the Notification on the Types of and Criteria for Special Unfair Business Practices Relating to Large Retail Store Business in 1998 (amended in 2001). Whether it will suffice to fully catch the abuse of demand- dominant position, needs further research. Notwithstanding all these efforts, competition policy for SMEs should be refined and strengthened. The concept of demand power needs more specification, cooperations between SMEs should be exempted more broadly in scope, and more caution is to put into the concentrations of big businesses in demand markets.

**KEY WORDS** balanced development, competition policy, abuse, subcontract, demand power, cooperation between SMEs

\* Professor, College of Law, Kyungpook National Univ., Ph.D. in law