

## 요 약

### 제1장 : 서론

- 우리나라는 1984년 「하도급법」을 제정하여 1985년 4월 1일부터 건설 하도급 거래를 포함한 하도급 거래를 규제하고 있음.
- 그러나, 하도급 거래는 본질적으로 계약이므로 계약 자유의 원칙이 적용되어야 하고, 계약 자유의 원칙을 제한하기 위해서는 합리적인 근거가 있어야 함.

#### 1. 계약 자유와 계약의 공정성

- 계약은 시장에서 거래 당사자간의 이기적인 의사를 상호 확인하고 자율적으로 이를 조정하여 자원을 보다 효율적으로 이용할 수 있는 사람에게 이전시키는 사적 자치의 수단임.
- 이러한 과정에서 거래가 성사되지 않으면 창출되지 않는 잉여 가치가 창출되고 이를 계약 당사자들이 분배함으로써 계약 당사자 모두의 후생을 증가시키는 기능을 함.
- 다만, 계약 당사자 중 일방이 계약을 위반하고자 하는 기회주의적 행동을 하는 경우, 계약의 이러한 기능이 작동하지 않을 수 있음.
- 계약 자유란 당사자가 자유롭게 선택한 상대방과 그 법률 관계의 내용을 자유롭게 합의하고, 법이 그러한 합의를 법적 구속력이 있는 것으로 승인하는 것을 의미함.

- 그러나, 계약 자유의 원칙은 산업혁명 이후 자본주의의 발달에 따라 생산이 독과점화되고 상품이 대량 생산되자 점차 그 한계를 드러내기 시작하였음.
- 계약 자유의 본질적인 부분인 자유로운 합의가 실제로 불가능한 상황이 나타나고, 재화나 서비스를 공급하는 기업이 독과점화됨에 따라 국민은 부당한 계약 조건을 이유로 계약 체결을 거부할 수 없는 상황이 되었고, 약관이 대중화되어 소비자는 계약 내용 형성을 위한 기회가 주어지지 않았음.
- 이와 같은 계약 자유의 원칙을 제한하여 계약 공정 이념의 대상이 된 분야로는 고용 계약, 임대차 계약 및 소비자 보호 분야 등을 꼽을 수 있음.
- 한국 「민법」도 이러한 이유로 계약의 공정성을 확보하기 위하여 총칙에 불공정 법률 행위에 관한 규정을 두고 있음. 즉, 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률 행위는 무효로 한다는 규정을 두고 있음 (「민법」 제104조).

## 2. 「공정거래법」과 「하도급법」에서의 거래 규제

- 한국에서는 기업간의 계약 불공정을 규율하기에는 「민법」 규정이 미흡하다고 보아 「공정거래법」에 특별 규정을 두고 있음.
  - 「공정거래법」 제23조 제1항 제4호(자기의 거래상의 지위를 이용하여 상대방과 거래하는 행위)에서 거래상 지위 남용 행위를 불공정 거래 행위의 한 유형으로 규정하며 대기업의 우월적 지위 남용을 규제하고 있음.
- 더욱이 「공정거래법」도 미흡하다고 판단하여 1984년에 하도급법을 제정·공포하여 1985년 4월 1일부터 시행하고 있음.

- 「공정거래법」의 특별법으로 개별적 법률인 「하도급법」을 제정하여 특정한 행위를 위법으로 간주하는 것은 합리의 원칙(rule of reason) 대신 ‘당연 위법 원칙’(per se rule)을 적용하기 때문에 공정거래위원회가 위법성을 입증할 필요성이 없다는 것을 의미함.
- 결과적으로 현행 「하도급법」은 우월적 지위에 대한 개념 정의도 없이, 우월적 지위를 갖고 있는지 여부를 판단하지도 않고, 「하도급법」에서 규정한 원사업자의 행위를 우월적 지위를 남용하는 행위로 간주하는 ‘당연 위법 원칙’의 틀 속에서 제도를 운용하고 있는 것임.

### 3. 연구의 목적

- 일반적으로 원사업자가 수급 사업자에 비해 우월적 지위에 있는 경우란 원사업자가 수급 사업자에게 현저하게 불리한 계약 조건을 요청하여도 수급 사업자가 이것을 받아들일 수밖에 없는 경우를 의미하는 것으로 해석할 수 있음.
- 「하도급법」 적용 대상에 건설 하도급을 포함하여 다른 분야의 하도급과 동일하게 수급 사업자를 보호하는 이유는 건설 하도급도 다른 분야의 하도급과 동일하게 원사업자가 수급 사업자에 비하여 우월적 지위를 갖는다고 인식하기 때문인 것으로 판단됨.
- 건설 하도급은 원사업자가 수급 사업자에 비해 우월적 지위를 갖는 것이 아니라 수급 사업자가 원사업자에 비해서 우월적 지위를 갖는 경우도 있을 수 있음.
- 예를 들어, 수급 사업자가 탁월한 시공 능력을 보유하고 있든지 또는 특수 공정에 필요한 기술에 특허를 가지고 있다면 수급 사업자는 원사업자에 비하여 우월적 지위를 가질 수 있음.

- 그러나, 우리나라 「하도급법」은 우월적 지위의 개념에 대한 엄밀한 분석 없이 모든 하도급은 원사업자가 수급 사업자에 대하여 우월적 지위를 갖고 있다고 인식하고 「하도급법」으로 규제하고 있음.
- 따라서, 본 연구는 우월적 지위에 대한 개념을 법적 및 경제학적으로 고찰하여 우월적 지위의 개념을 정립하고자 함. 그리고 정립된 우월적 지위의 개념을 사용하여 건설 하도급은 일반적으로 원사업자가 우월적 지위가 없음을 확인하여 「하도급법」의 적용 대상에서 제외할 것을 제안하고자 함.

## 제2장 : 우월적 지위에 대한 경제학적 개념

- 주류 경제학에서 우월적 지위는 시장 지배력과 동일한 개념으로 사용되는데, 특정 기업의 우월적 지위 또는 시장 지배력 보유 유무를 판단하는 첫 번째 요인은 시장 구조임.
- 공급 측면에서의 우월적 지위 또는 시장 지배력이란 상당한 기간 동안 하나의 기업 또는 소수의 기업이 경쟁 수준 가격, 즉 경쟁 시장에서 가격이 결정되는 한계비용보다 높은 가격을 설정할 수 있는 능력을 의미함.
- 수요 측면에서는 구매자가 구입하는 상품이나 서비스에 대해서 경쟁 수준 가격 이하의 가격을 지불하고 제품을 구입할 수 있는 능력을 의미함.
- 시장 구조 이외에 우월적 지위가 나타나는 경우는 거래 상대방이 거래선 변경에 관한 정보 부족, 그리고 탐색 비용 및 전환 비용이 커서 이들이 특정 기업에게 고착되는 효과(lock-in effect)를 유발할 때임.

- 또한, 거래비용 경제학에서 우월적 지위는 특화된 투자의 볼모 문제(hold-up problem)가 나타날 경우 발생할 수 있음을 지적하고 있음.
- 즉, 계약 당사자의 일방 또는 쌍방이 계약 관계의 발전을 위하여 일정한 투자를 한 경우 자신의 투자분에 대한 투자 이익의 회수 여부가 상대방의 행위에 의존하는 볼모 문제로 경제적 의존성이 있는 경우에 우월적 지위가 나타날 수 있다고 설명함.

### 제3장 : 주요국의 우월적 지위에 대한 법적 개념

#### 1. 우월적 지위와 시장 점유율

- 21세기 현재 미국은 「독점금지법」에서 시장 지배력(market power) 남용을 금지하고 있고, EU는 조약으로 우월적 지위 남용을 금지하고 있는데, 이들 2가지 개념은 동일한 것으로 공급자 및 구매자 모두에게 적용되고 있음.
- 미국과 캐나다, EU와 유럽 국가는 모두 시장 지배력 또는 우월적 지위를 평가하는 데 있어서 시장 점유율을 중요한 지표로 사용하고 있음.
- 미국 등 대부분의 국가는 우월적 지위를 인정하기 위한 특정한 시장 점유율 임계치를 법률에서 설정하고 있지 않지만, 한국의 「공정거래법」과 일본의 「독점금지법」은 시장 점유율의 특정 수치를 이용하여 시장 지배자적 지위(일본의 경우 독점적 상태)를 정의하고 있음.
- 한편, 우월적 지위를 인정하기 위한 시장 점유율의 임계치를 정하고 있지 않지만, 시장 점유율이 특정 수치 이하이면 경쟁 당국이 문제를 삼지 않는 안전지대(safe harbor)를 설정하고 있는 국가도 있음.

- 예를 들어, 캐나다의 경우 1개 기업인 경우에는 시장 점유율이 35% 이하, 수개 기업인 경우 60% 이하이면 경쟁 당국은 우월적 지위 여부를 조사하지 않는 안전지대를 설정하고 있음.
- 또한, EU는 생산 및 판매가 다단계인 경우(예컨대 제조업체가 대형 유통업체를 통하여 상품을 소비자에게 판매하는 경우) 상류 시장 구매자 점유율이 30%이고 하류 시장의 공급자 점유율이 30% 이하이면 경쟁 당국은 상류 시장 공급자의 우월적 지위를 인정하지 않아 문제 삼지 않는 안전지대를 설정하고 있음.

## 2. 우월적 지위와 경제적 의존성

- EU와 일부 유럽 국가는 시장 점유율이 낮은 경우 우월적 지위를 보완하기 위한 지표로 경제적 의존성 개념을 인정하여 우월적 지위의 개념을 확장하고 있음.
  - EU가 인정하는 경제적 의존성은 결핍 의존성, 제조업자의 강한 구매자에 대한 의존성, 제품 판매 이후 시장(예를 들어 보수용 부품 시장)의 기술적 의존성 등임.
- 경제적 의존성을 인정하는 근거로는 자산 특화성, 고착 효과 및 예외적인 시장 조건을 인정하고 있는데, 이러한 근거만으로는 우월적 지위를 인정하지 않고 시장 점유율이 어느 정도 높은 경우에 보완 지표로 활용하고 있음.
- 즉, 해당 시장의 범위를 정확히 규정하여, 해당 시장에서 의미 있는 시장 점유율을 갖고 있어야 우월적 지위를 인정하고 있음.
- 개별 국가의 경우에도 프랑스와 스위스는 경제적 의존성을 우월적 지위를 판단하는 보완 지표로 사용하고 있음. 이에 비해 독일은 경제적 의존성을 절대적인 우월적 지위(시장 지배력)와는 별개의 개념인 상대적 우월적 지위로 인정하고 있으나, 중소기업과 거래하는 경우에만 인정하고 있음.

- 일본의 「독점금지법」은 ‘거래상 우월적 지위’의 남용(EU의 경제적 의존성 개념)을 독점적 상태(시장 지배자적 지위)의 남용과 구별하여 규정하고 있고, 거래상 우월적 지위 남용을 판단하기 위한 구체적인 지침인 「우월적 지위의 남용에 관한 독점금지법의 사고」를 운용하고 있음.
- 이 지침에 의하여 구체적으로 거래상 지위의 우월성을 판단하기 위해서 거래 의존도, 시장에서의 지위, 거래처 변경 가능성, 거래할 필요성을 나타내는 구체적 사실 등을 종합적으로 판단하여 결정하게 하고 있음.
- 한국의 「공정거래법」도 시장 지배자적 남용 행위와 구분하여 거래상 지위(EU의 경제적 의존성 개념) 남용을 규정하고 있고, 「불공정 거래행위 심사지침」에서 거래 개시 단계와 거래 계속 단계에서의 원칙을 정하고 있음.
  - 거래 개시 단계에서는 거래 상대방이 자신이 거래할 사업자를 선택할 수 있는지와 계약 내용을 인지한 상태에서 자신의 판단 하에 거래를 선택하였는지 여부를 기준으로 거래상 우월적 지위 여부를 판단함.
  - 거래 계속 단계에서는 사업자가 거래 상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지 여부를 기준으로 함. 사업자가 거래 상대방의 대체 거래선 확보 곤란 등의 사유로 인해 거래상 지위가 있고 이를 이용하여 각종 불이익을 가한다면 「공정거래법」 적용 대상이 될 수 있음.

#### **제4장 : 건설 하도급 거래의 우월적 지위 평가와 규제의 문제점**

- 쌍방 거래 관계인 하도급 거래에서 원사업자가 항상 수급 사업자에 비해서 우월적 지위를 갖는 것은 아님.
- 건설 하도급 거래에서는 수급 사업자가 탁월한 시공 능력을 보유하고 있는지 또는 특정 공정에 필요한 기술 특허를 갖고 있으면 수급 사업자가 원사업자에 비해서 우월적 지위에 있음.

- 자동차산업과 같이 하류 시장이 독과점 산업인 경우 원사업자의 상류시장 점유율이 상당 수준이 되면 상류 시장인 하도급 시장에서 수급 사업자의 대체 거래선 확보가 어려워 원사업자의 우월적 지위가 존재한다고 할 수 있음.
- 하류 시장이 과점 시장인 자동차산업은 상류 시장인 하도급 시장에서 자동차 생산자가 우월적 지위를 갖고 있다고 판단할 수 있어 계약 조건 등에 대해서 규제를 하는 것은 타당성이 있지만, 건설 하도급의 경우 하도급 대금 결정 등 거래 조건에 규제를 하는 것은 타당성이 없음.
  - 왜냐하면, 한국 건설업의 경우 하류 시장인 원도급 시장에서 1개 기업의 시장 점유율이 10%에도 못 미치고 있는 완전 경쟁 시장에 가까운 상태에서 원사업자가 우월적 지위를 갖고 있다고 할 수 없기 때문임.
- 또한, 시장 점유율이 의미 있는 경우가 아닐 경우에 우월적 지위를 인정하는 경제적 의존성 개념으로 우월적 지위를 판단할 경우에도 일반적인 건설 하도급은 수급 사업자가 원사업자에 대한 경제적 의존성이 없음.
- 첫째, 일반적으로 건설 하도급에서 수급 사업자는 복수의 원사업자와 거래할 수 있어 대체 거래선이 존재하고, 대부분의 건설 기술은 범용 기술이기 때문에 기술적으로 대체 거래선으로 전환하는 것이 어렵지도 않음.
- 둘째, 특정 원사업자가 특화된 장기적 투자를 한 경우가 아니면 불모 문제도 발생하지 않아 일반적으로 전환 비용이 높지 않기 때문에 우월적 지위가 존재한다고 할 수 없음.
- 일반적으로 우월적 지위가 존재하지 않는 건설 하도급을 항상 우월적 지위가 존재한다고 가정하고, 하도급 대금의 부당한 결정, 부당한 하도급 대금의 감액, 경제적 이익의 부당한 요구 등을 원사업자의 금지 사항으로 규제하는 것은 거래 당사자가 자유롭게 하도급 거래를 함으로써 창출할 수 있는 잉여 가치를 박



탈할 가능성이 있음.

- 또한, 수급 사업자의 대체 거래선이 다수 존재하고 다른 대체 거래선으로 전환하는 비용이 높지 않음에도 불구하고 하도급 거래의 가격을 제한하는 등의 규제는 경쟁력이 없는 수급 사업자를 보호하는 정책적인 과오를 범할 가능성이 높은 것으로 분석됨.
- 따라서 건설 하도급은 현행 「하도급법」의 적용 대상에서 제외하는 것이 경제를 효율화하는 방안이라고 판단됨.

## 제5장 : 결론

- 건설 하도급은 완전 경쟁 시장에 가까운 시장이고, 일반적으로 수급 사업자의 대체 거래선도 존재하고 특정 원사업자에게 특화된 투자가 이루어지는 볼모 문체도 존재하지 않아 전환 비용도 크지 않으므로 원사업자의 우월적 지위가 존재하지 않음.
- 따라서 원사업자의 우월적 지위를 전제로 운용하고 있는 「하도급법」의 적용이 적절하지 않기 때문에 건설 하도급을 「하도급법」의 적용 대상에서 제외해야 할 것으로 판단됨.
- 건설 하도급에 관한 사항은 「건설법」과 「하도급법」에서 규정하고 있고, 상당 부분은 두 법률에서 중복적으로 규정하고 있음.
- 또한, 건설업은 주문 생산 등의 특성을 가지고 있어서 건설 하도급을 제조업이나 서비스업의 하도급과 동일한 규정으로 규제하는 것보다는 건설업의 특성을 고려하여 차별적으로 「건설법」에서 규제하는 것이 타당함.

- 이와 같이 건설 하도급을 「하도급법」 적용에서 배제하여 가격 결정에 관한 규제를 철폐함으로써 얻을 수 있는 기대 효과는 다음과 같음.
- 첫째, 하도급 거래 규제로 상실할 수 있는 잉여 가치를 창출하여 국민경제의 경제적 후생을 증가시킬 수 있을 것임.
- 둘째, 하도급 거래 가격을 제한하는 등의 규제로 인해 야기되는 경쟁력이 없는 수급 사업자를 보호하여 발생하는 국민경제의 비효율을 제거할 수 있을 것임.
  - 원사업자의 수급 사업자에 대한 우월적 지위가 없음에도 불구하고 하도급 거래의 가격을 규제하면 경쟁력 없는 수급 사업자를 보호하는 정책적 과오가 될 수 있음.
- 셋째, 건설 하도급을 「하도급법」 적용에서 제외할 경우, 「하도급법」과 「건설산업법」에서 중복 규제함으로써 야기되는 거래 당사자의 불편 및 처벌의 형평성 문제가 해소될 수 있음.