



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2024-12-12

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2024두35125 시정명령 등 취소청구의 소

원고, 상고인 1. A 주식회사

원고, 피상고인 겸 상고인

2. B 주식회사

원고들 소송대리인 변호사 김의환, 정영식, 최슬기, 이수현

피고, 상고인 겸 피상고인

공정거래위원회

소송대리인 법무법인 봄

담당변호사 김민우, 김세라

피고보조참가인 C

원 심 판 결 서울고등법원 2024. 1. 11. 선고 2020누45287 판결

판 결 선 고 2024. 11. 28.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고들의 상고로 인한 부분은 원고들이, 피고의 상고로 인한 부분은 피고가, 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 각 부담한다.



이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요

원심판결의 이유 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

피고는 원심 판시 서면발급의무 위반행위, 일률적인 비율의 단가 인하행위 및 일방적으로 낮은 단가에 의한 하도급대금 결정행위가 각각 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(2019. 4. 30. 법률 제16423호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 하도급법'이라 하고, 현행 「하도급거래 공정화에 관한 법률」은 '하도급법'이라 한다) 제3조, 하도급법 제4조 제2항 제1호 및 제5호에 위반된다는 이유로 2020. 5. 11. 분할존속회사인 원고 A 주식회사(이하 '원고 A'이라 하고, 다른 회사의 경우에도 '주식회사' 표시는 생략한다)에게 원심 판시 이 사건 시정명령 및 이 사건 공표명령을, 분할신설회사인 원고 B에게 원심 판시 이 사건 과징금납부명령을 하였다(E이 2019. 6. 3. 회사분할을 하였고, 그 결과 현재 분할존속회사가 원고 A, 분할신설회사가 원고 B이다. 이 사건에서 문제가 되는 행위는 E이 분할되기 전의 행위이므로, 이하에서는 원심 판시 이 사건 하도급거래와 구 하도급법 및 하도급법 위반행위를 분할존속회사인 원고 A의 것으로 보아 실시하기로 한다).

2. 서면발급의무 위반행위(원고들 제1 상고이유)에 관한 판단

가. 관련 법리

행정법규 위반에 대하여 가하는 제재조치는 위반자의 의무 해태를 닦할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우까지 부과할 수 있는 것은 아니다(대법원 1976. 9. 14. 선고 75누255 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2010두6700 판결 등 참조).



이와 관련하여, 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(2010. 1. 25. 법률 제9971호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항은 원사업자로 하여금 '정당한 사유가 없으면' 같은 조 제2항의 사항을 적은 서면을 수급사업자가 위탁에 따른 작업을 시작하기 전까지 발급하도록 규정하였다. 그런데 2010. 1. 25. 개정된 구 하도급법 제3조 제1항에서 원사업자의 수급사업자에 대한 위와 같은 서면발급의무의 일반적 면제 사유인 '정당한 사유' 기재 부분이 삭제되면서, 같은 조 제3항에서 "위탁시점에 확정하기 곤란한 사항에 대하여는 재해·사고로 인한 긴급복구공사를 하는 경우 등 정당한 사유가 있는 경우에는 해당 사항을 적지 아니한 서면을 발급할 수 있다."라는 규정이 신설됨으로써 서면 중 일부 사항에 대한 기재의무가 면제되는 예외적 사유로서의 '정당한 사유'만이 규정되었다.

위와 같이 2010. 1. 25. 개정된 구 하도급법 제3조는 정당한 사유 유무를 불문하고 서면발급의무를 원칙적으로 부과하고 있고, 단지 서면에 기재되어야 하는 사항 중 일부에 대한 기재의무를 예외적으로 면제하고 있을 뿐이다. 이와 같은 구 하도급법 제3조의 개정경위와 수급사업자를 보호하고 공정한 하도급거래질서를 확립하기 위한 구 하도급법의 입법취지를 고려하면, 구 하도급법 제3조 제1항을 위반한 데에 대한 의무 해태를 탓할 수 없는 행정법 일반원칙상의 정당한 사유는 발급된 서면의 일부 사항 기재 누락에 관하여 구 하도급법 제3조 제3항이 구체적으로 정한 정당한 사유보다 엄격하게 판단되어야 하고, 그 정당한 사유가 존재한다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다고 할 것이다.

나. 판단

1) 원심은 원고 A의 서면발급의무 위반행위에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

가) 서면발급일은 원고 A과 수급사업자인 사내협력사가 전자계약시스템에서 전자계



약서에 공인전자서명까지 완료한 날을 뜻하고, 위 원고가 전자계약시스템에 계약서를 올려 수급사업자에게 발송한 것만으로 구 하도급법상 서면발급 요건을 충족하였다고 볼 수 없다.

나) 서면발급의무 위반행위와 관련하여 처분의 근거가 된 을 제2호증은 원고들이 스스로 작성하여 제출한 것이고, 피고가 이를 토대로 작업시작일을 을 제2호증에 기재된 'ACT별 작업착수일'로 보아 그보다 늦게 서면이 발급된 공사에 대하여 서면발급의무 위반임을 전제로 처분을 한 이상 그 적법성에 관하여 합리적으로 수증할 만한 증거가 되었다.

다) 조선해양플랜트산업의 특수성 및 국가 경쟁력에 미치는 영향 등을 고려하더라도 원고 A의 서면발급의무 위반행위에 위법성이 인정된다.

라) 서면을 발급하지 못한 것에 대한 정당한 사유는 이를 주장하는 원사업자가 증명하여야 하는데, 원고 A은 추가작업을 시작하기 전에 계약서면을 발급하기 어려운 사유를 구체적으로 특정하여 증명하지 못하였으므로, 서면발급의무 위반에 대한 정당한 사유는 인정하기 어렵다.

2) 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 서면발급의무에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정한 행위(원고들 제2 상고이유)에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 하도급법 제4조 제2항은 '다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자의 행위는



부당한 하도급대금의 결정으로 본다'고 규정하면서, 제1호에서 '정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위'를 들고 있다. 여기서 '일률적인 비율로 단가를 인하'한다는 의미는 둘 이상의 수급사업자나 품목에 관하여 수급사업자의 경영 상황, 시장 상황, 목적물 등의 종류·거래규모·규격·품질·용도·원재료·제조공법·공정 등 개별적인 사정에 차이가 있는데도 동일한 비율 또는 위와 같은 차이를 반영하지 않고 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하하는 것을 말한다. 그 결정된 인하율이 수급사업자에 따라 어느 정도 편차가 있더라도 위 기준에 비추어 전체적으로 동일하거나 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하한 것으로 볼 수 있다면 '일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위'에 해당한다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두1990 판결, 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두59430 판결 등 참조).

2) 한편 하도급법 제4조 제2항 제1호에서 정한 '정당한 사유'는 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위를 정당화할 객관적이고 합리적인 사정이 인정되는 경우를 의미하고, 그 증명책임은 이를 주장하는 원고에게 있다(대법원 2018. 5. 15. 선고 2015두38252 판결 등 참조).

나. 판단

1) 원심은 그 판시와 같은 인정사실을 종합하여, 원고 A의 행위로 수급사업자인 사외협력사들의 공급단가가 사실상 일률적으로 10% 인하되는 효과가 발생하였고, 위 원고와 사외협력사들의 거래상 지위와 관계 등을 종합해 볼 때, 사외협력사들이 자발적인 판단에 따라 인하된 단가로 입찰에 참여하였다고 보기는 어려우며, 위 원고가 단가 인하 과정에서 품목 또는 수급사업자들의 개별적인 사정을 고려하였다고 보기 어렵다



는 등의 이유로 위 원고가 하도급법 제4조 제2항 제1호를 위반하여 '일률적인 비율로 단가를 인하'하였다고 판단하였다.

2) 또한 원심은 원고들이 들고 있는 사정이나 제출한 증거들만으로 원고 A이 일률적인 비율로 단가를 인하한 행위에 이를 정당화할 객관적이고 합리적인 사정이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

3) 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 일률적인 비율에 의한 단가 인하행위에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정한 행위(원고들 제3 상고이유)에 관한 판단

가. 하도급법 제4조 제2항 제5호 위반의 성립요건

하도급법 제4조 제2항 제5호는 부당한 하도급대금의 결정으로 보는 원사업자의 행위로, '원사업자가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위'를 들고 있다. 이는 원사업자가 거래상 우월적 지위에 있음을 기화로 수급사업자의 실질적인 동의나 승낙이 없음에도 단가 등을 낮게 정하는 방식으로 일방적으로 하도급대금을 결정하는 행위를 말한다. 하도급법 제4조 제2항 제5호 위반이 인정되기 위해서는 우선 '합의 없이 일방적으로' 하도급대금이 정해져야 하고, 다음으로 그 하도급대금이 '낮은 단가'에 의해 결정되어야 한다.

나. 합의 없이 일방적으로 하도급대금이 결정되었는지

1) '합의 없이 일방적으로' 대금을 결정하였는지 여부는 원사업자의 수급사업자에 대한 거래상 우월적 지위의 정도, 수급사업자의 원사업자에 대한 거래의존도, 계속적 거



래관계의 유무와 정도, 거래관계를 지속한 기간, 문제된 행위를 전후로 한 시장 상황 등과 함께, 하도급대금이 결정되는 과정에서 수급사업자가 의사표시의 자율성을 제약 받지 않고 협의할 수 있었는지 여부와 그 제약의 정도, 결정된 하도급대금으로 인해 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 그 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결, 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두59430 판결 등 참조).

2) 원심은 그 판시와 같은 인정사실을 종합하여, 원고 A의 수급사업자인 사내협력사들은 위 원고와 계속적 거래관계에 있으면서 위 원고에 대한 거래의존도가 높고 위 원고의 판단에 따라 거래관계가 단절될 수 있는 불안한 지위에 있었다는 점, 위 원고가 사내협력사들에게 위탁한 추가공사는 하도급대금을 확정하지 않은 상태에서 이른바 '선시공 후계약' 형태로 작업이 진행되었고 위 원고는 사내협력사들이 작업을 상당 부분 진행한 후 작업 물량을 정하였다는 점, 특히 추가공사에 소요되는 시간의 수를 의미하는 추가공수가 결정되어야 그에 따라 하도급대금이 산정될 수 있는데, 그 추가공수 검토의뢰 및 결정은 위 원고의 내부적인 절차로 진행되었고 그 과정에서 사내협력사들이 정보를 제공받아 의견을 제시하거나 이의를 제기하는 등의 방법으로 협의하는 절차도 없었다는 점 등을 이유로, 위 원고가 사내협력사들과 실질적인 협의 없이 일방적으로 하도급대금을 결정하였다고 보았다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 일방적으로 하도급대금을 결정한 행위에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

다. 낮은 단가에 의해 하도급대금이 결정되었는지



1) 원사업자가 합의 없이 일방적으로 결정한 대금이 하도급법 제4조 제2항 제5호에서 정한 '낮은 단가'로 결정되었는지 여부는 문제가 된 행위 당사자들 사이에 있었던 종전 거래의 내용이나 비교의 대상이 되는 다른 거래에서 형성된 대가 수준을 고려하여 인정하는 것이 일반적이다. 그런데 원심판결의 이유와 기록에 의하면, 이 사건에서 문제되는 추가공사는 본공사와 구별되는 개념으로서 본공사에 지급해 온 대가를 추가공사의 비교 대상으로 삼기는 곤란하고, 조선사별로 추가공사로 분류하는 공사와 운영 방식 등에 차이가 있어 유사한 비교 대상을 선정하기도 어려운 사정을 인정할 수 있다.

2) 이처럼 '낮은 단가'를 인정할 기준이 되는 종전 거래의 내용이나 비교 대상 거래에 관한 증거가 이루어지지 않으면 원사업자가 결정한 대금이 '낮은 단가'로 결정되었다는 점에 관한 증거가 이루어졌다고 보기 어려운 경우가 많을 것이고, 단순히 종전 거래의 내용이나 비교 대상 거래에 관한 증거가 어렵다는 사정만으로 수급사업자의 제조원가를 기준으로 하도급법 제4조 제2항 제5호의 '낮은 단가'를 인정할 수는 없다.

그러나 이 사건에서 문제된 추가공사와 같이, 원심의 사실인정 및 기록 등에 의하여, 종전 거래의 내용이나 비교 대상 거래를 찾는 것이 사실상 불가능한 것으로 보이는 상황에서 원사업자가 위탁한 목적물 등을 수급사업자로부터 납품 등 받은 후에 비로소 하도급대금을 결정하면서 수급사업자의 가격 협상력이 낮아진 상태를 이용하여 실질적인 협의 없이 일방적으로 단가를 결정한 것이 인정되는 경우라면, 예외적으로 수급사업자의 제조원가를 기준으로 하도급법 제4조 제2항 제5호의 '낮은 단가'를 인정할 여지가 있다.

3) 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건에서 문제되는 추가공사의 경우 수급사업자인 사내협력사들이 하도급대금이 정해지지 않은 상태에서 작업을 먼저 진행한 뒤,



사후에 가격 협상력이 낮아진 상태에서 원고 A이 일방적으로 정하여 지급하는 하도급 대금을 받아들여야 하는 불리한 지위에 있었던 점 등을 고려하면 사내협력사의 제조원가를 기준으로 하도급법 제4조 제2항 제5호의 '낮은 단가'를 인정할 수 있다고 보았다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같이 낮은 단가에 의해 하도급대금을 결정한 행위에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

5. 이 사건 과징금납부명령(원고들 제1 상고이유 및 피고 상고이유)에 관한 판단

가. 이 사건 과징금납부명령의 과징금 산정방식

원심판결에 의하면, 피고는 원고 B에 이 사건 과징금납부명령을 하면서, ① 2016. 7. 24.까지의 위반행위에 대하여는 구 하도급법 제25조의3 제1항, 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령」(2016. 1. 22. 대통령령 제26933호로 개정되기 전의 것, 이하 '개정 전 하도급법 시행령'이라 한다) 제13조 제1항 [별표 2] 및 구 「하도급법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준에 관한 고시」(2013. 5. 22. 공정거래위원회고시 제2013-1호로 개정되어 2016. 7. 25. 공정거래위원회고시 제2016-10호로 개정되기 전의 것, 이하 '개정 전 과징금고시'라 한다)에 의하여, ② 2016. 7. 25. 이후의 위반행위에 대하여는 구 하도급법 제25조의3 제1항, 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령」(2016. 1. 22. 대통령령 제26933호로 개정되어 2018. 10. 16. 대통령령 제29238호로 개정되기 전의 것, 이하 '개정 하도급법 시행령'이라 한다) 제13조 제1항 [별표 2] 및 구 「하도급법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준에 관한 고시」(2016. 7. 25. 공정거래위원회고시 제2016-10호로 개정되어 2018. 10. 18. 공정거래위원회고시 제2018-18호로 개정되기 전의 것, 이하 '개정 과징금고시'라 한다)에 의하여 각 과징금을 부과하였음을



알 수 있다.

나. 판단

1) 원심은 서면발급의무 위반행위는 여러 수급사업자에 대한 각각 별개의 행위로서 개별적으로 피해가 발생하고, 수급사업자가 작업을 시작하기 전까지 구 하도급법령에서 정한 서면을 발급하지 않으면 즉시 위반행위가 성립하여 종료되는 점, 이 사건 개별적인 서면발급의무 위반행위가 단일한 의사 아래 이루어졌다고 보기는 어려운 점, 만일 2016. 7. 25. 전후에 걸쳐 여러 차례 서면발급의무 위반행위를 한 원사업자에 대하여 이를 포괄하여 하나의 위반행위로 보아 원사업자에게 유리한 개정 하도급법 시행령과 개정 과징금고시를 적용하는 경우, 2016. 7. 25. 전까지만 서면발급의무 위반행위를 하여 개정 전 하도급법 시행령과 개정 전 과징금고시만이 적용되는 원사업자의 행위보다 오히려 유리하게 취급하는 불합리한 결과에 이르게 되는 점 등을 이유로 2016. 7. 25. 전후의 서면발급의무 위반행위가 포괄하여 하나의 위반행위가 성립한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

2) 이어 원심은 이 사건 과징금납부명령의 경우, 2016. 7. 24.까지의 서면발급의무 위반행위가 2016. 7. 25. 이후 서면발급의무 위반행위와 동일한 유형의 하도급법 위반행위이고, 전자가 후자에 비하여 관련 하도급대금이 약 2배, 문제가 된 공사 위탁 건수가 약 3배 많음에도, 정률과징금으로 부과된 2016. 7. 24.까지의 서면발급의무 위반행위에 대한 과징금이 정액과징금으로 부과된 2016. 7. 25. 이후 서면발급의무 위반행위에 대한 과징금보다 약 100배 이상 많아 과도하게 과징금 액수가 커지는 불균형이 발생하였다고 보았다. 원심은 위와 같은 사정에 더하여, 서면발급의무 위반행위와 그에 따른 과징금의 성격, 개정 하도급법 시행령과 개정 과징금고시의 개정이유와 취지, 정



액과징금이 도입된 경위 등을 종합하여 보면, 과징금 액수 산정이 피고의 재량행위라는 사정을 감안하더라도 2016. 7. 24.까지의 서면발급의무 위반행위에 대한 과징금이 현저히 부당하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 있고, 이 부분 과징금납부명령은 재량권을 일탈·남용하였다고 보았다.

3) 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 과징금납부명령에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

6. 결론

상고를 모두 기각하고 상고비용 중 원고들의 상고로 인한 부분은 원고들이, 피고의 상고로 인한 부분은 피고가, 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 각 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이숙연

 대법관 이흥구

주 심 대법관 오석준

 대법관 엄상필