

■ 논 단

하도급법상 부당특약의 사법적 효력에 대한 개선방안에 관한 연구

고 형 석

한국해양대학교 교수/법학박사

요 약 문

2013년 개정 하도급법에서는 부당특약을 금지하는 규정을 신설하였지만, 그 사법적 효력(무효)을 규정하지 않음으로 인해 민법 제103조 또는 제104조에 해당하지 않은 이상 해당 약정은 사법적으로 유효하다. 이러한 점은 부당특약을 금지하고자 하는 하도급법의 입법취지와 일치하지 않기 때문에 2025년 개정 하도급법에서는 부당특약의 무효규정을 신설하였다. 그러나 2025년 개정 하도급법은 부당특약의 무효만을 규정하고, 이와 관련하여 발생하는 추가적인 문제의 해결에 필요한 사항을 규정하지 않았기 때문에 다양한 문제점이 발생하고 있다. 따라서 부당특약의 사법적 효력에 관한 규정의 보완을 통해 부당특약으로 인한 수급사업자의 피해를 효과적으로 예방 및 구제할 필요가 있다.

첫째, 부당특약 무효요건에 대해 이원적으로 규정함에 따라 시행령 및 고시에서 규정하고 있는 부당특약 중 과도성을 요건으로 하는 경우에도 현저성이 추가로 요구되어 사실상 부당특약이 사법적으로 허용된다. 또한 하도급법에서 규정하고 있는 부당특약과 시행령 및 고시에서 정하고 있는 부당특약간 중복 문제로 인해 어느 요건에 따라 그 약정의 무효 여부를 결정하여야 하는가의 문제를 발생시킨다. 이러한 문제를 해결하기 위해 부당특약의 무효요건을 단일로 규정하면서 현저성 요건을 삭제할 필요가 있다. 둘째, 하도급거래의 내용 중 일부가 부당특약으로 무효인 경우에 발생하는 문제로는 수급사업자가 부당특약에 따라 이행한 경우에 이를 부당이득으로 반환청구할 수 있는지의 문제와 잔여 계약의 효력문제가 있다. 이를 해결하기 위해 수급사업자가 부당특약에 따라 이행한 경우에 그 이득의 반환을 규정할 필요가 있다. 또한 부당특약이 무효인 경우에 잔여 계약의 효력에 있어서도 그 자체로는 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 전체 하도급거래를 무효로 하고 그 외의 경우 중 수급사업자에게 불리한 경우에는 해제 또는 해지할 수 있는 규정이 신설될 필요가 있다. 마지막으로 부당특약이 무효로 확정되기까지는 많은 시간이 소요된다는 점을 고려할 때, 표시광고법 등에서 규정하고 있는 임시중지명령제도를 하도급법에 도입하여 부당특약이 무효로 확정되기 전까지 그 부당특약의 사용을 중지시킬 필요가 있다.

주제어 : 하도급법, 부당특약, 무효, 부당이득반환, 임시중지명령

— <目 次> —

I. 서 론	IV. 부당특약의 불이익 당사자 및 무효에 따른 사법적 효과
II. 하도급법상 부당특약의 유형 및 무효요건에 있어 이원적 구성	1. 부당특약의 무효요건으로서 불이익의 당사자
1. 하도급법상 부당특약의 유형	2. 무효인 부당특약에 따라 이행된 급부의 반환청구
2. 부당특약의 무효요건에 있어 이원적 구성	3. 잔여 계약의 효력
III. 하도급법 및 하위법령상 부당특약의 유형 비교	V. 하도급법상 부당특약 규정의 개선방안
1. 하도급법령상 부당특약의 유형 비교	1. 부당특약 무효요건
2. 하도급법령상 부당특약의 중복성 및 무효요건	2. 부당특약의 무효에 따른 법률관계 보완
3. 하위법령의 부당특약에 대해 현저성이 없더라도 그 효력을 부정할 수 있는 방법	3. 임시중지명령제도의 도입
	VI. 결 론

I. 서 론

재화 또는 용역 시장은 제조·유통 및 소비시장으로 구분되며, 그 시작은 제조시장이다. 즉, 재화를 판매하기 위해서는 제조과정을 거쳐야 하며, 다수의 제조과정은 도급 또는 하도급으로 이루어진다. 이러한 도급 또는 하도급거래에 있어 당사자의 지위는 대등한 것이 아닌 수급사업자가 원사업자보다 열위의 지위에 있는 것이 일반적이며, 이러한 지위의 격차는 원사업자의 거래상 지위남용행위가 이루어지는 원인이 된다. 이로 인해 수급사업자는 (하)도급거래에서 많은 피해를 입었으며, 이를 예방함과 더불어 피해발생시 효과적으로 구제하기 위해 1984년에 하도급거래의 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’)이 제정되었다.¹⁾ 그러나 하도급법이 2013년

1) 1984년 하도급법이 제정되기 전에는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 통해 원사업자의 거래상 지위남용을 규제하였다. 그러나 하도급거래에 발생하는 불공정 거래행위에 대해 일반 불공정거래행위로 규제할 경우에 구체적인 위법성 판단기준이 개별 사안마다 모호하여 수급사업자가 이를 다투기가 매우 어렵고, 하도급거래의 내재된 구조적 종속성으로 인하여 관행화된 불공정거래행위를 사후 규제만으로 해소하는 것도 실효성을 기대하기 어렵다(민주사회를 위한 변호사 모임 민생경제위원회 편, 변호사가 풀어주는 공정거래법 I, 진원사, 2018, 45면). 따라서 하도급거래의 특성을 감안하여 수급사업자를 보호할 수 있는 법의 제정이 필요하게 되었으며, 이러한 점을 감안하여 1984년에 하도급법을 제정하게 되었다.

에 개정되기 전까지 부당특약 금지규정이 없었기 때문에 원사업자가 수급사업자와 체결한 (하)도급거래에 부당특약이 포함되어 있더라도 이를 적절하게 규제하기에는 한계가 있었다. 따라서 부당특약으로 인해 발생하는 수급사업자의 피해를 방지하기 위해 2013년에 하도급법을 개정하여 부당특약 금지규정을 신설하였다(동법 제3조의4). 이에 따라 부당특약이 포함된 하도급거래를 체결한 원사업자는 공정거래위원회의 시정명령 및 과징금(하도급대금의 2배 범위)을 부과받게 되며, 하도급대금의 2배에 해당하는 벌금형을 부과받게 된다(동법 제25조, 제25조의3, 제30조). 또한 수급사업자는 부당특약으로 인해 손해를 입은 경우에 하도급법에 따라 손해배상을 청구할 수 있게 되었다(동법 제35조).²⁾ 그러나 하도급법에서는 부당특약에 대한 사법적 효력을 규정하지 않았기 때문에 수급사업자는 부당특약에 따라 이행할 수 밖에 없었다.³⁾ 이러한 문제점을 해결하고자 2025년 4월 1일에 개정(2025년 10월 2일 시행)된 하도급법에서는 부당특약의 무효를 명시적으로 규정하였다. 다만, 부당특약의 무효요건에 대해 일원적이 아닌 이원적으로 규정하였다. 즉, 하도급법 제3조의4 제2항 각호를 구분하여 제1호부터 제3호까지에 해당하는 부당특약은 그 요건을 충족한 경우에 무효가 되지만, 제4호에 해당하는 부당특약은 그 요건의 충족뿐만 아니라 불공정성이 현저한 경우(이하 ‘현저성’)에 한해 무효가 된다.⁴⁾ 이처럼 부당특약의 무효 규정의 신설에 따라 수급사업자는 부당특약에 따른 의무를 부담하지 않게 되었으며, 원사업자는 부당특약의 이행을 수급사업자에게 요구할 수 없게 되었다.

그렇다면 하도급법상 부당특약의 무효 규정은 부당특약과 관련하여 제기되는 문제점을 모두 해결하였으며, 추가적인 문제를 발생시키지 않는가? 그러나 하도급법 개정에 따라 신설된 부당특약 무효 규정은 다음과 같은 문제점을 가지고 있다. 첫째, 무효로 인정되는 부당특약은 하도급법 제3조의4 제2항 각호에서 규정된 것이다. 그렇다면 하도급법상 부당특약은 이에 국한되는가의 문제이다. 둘째, 부당특약의 무효요건에 대해 하도급법에서는 이원적으로 규정하고 있다. 그렇다면 그 이유는 무엇이며, 이러한 방식이 타당한 것인가의 문제이다. 이는 동법 제3조의4 제2항 제1호부터 제3호까지에서 규정하고 있는 사유와 동법 시행령 및 부당특약 고

- 2) 부당특약으로 인해 손해를 입은 수급사업자는 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구권을 행사할 수 있지만, 원사업자의 고의 또는 과실까지 증명하여야 한다(민법 제750조). 반면에 하도급법에 따라 손해배상을 청구하는 경우에 원사업자가 그 책임을 면하기 위해서는 자신에게 고의 또는 과실 없음을 증명하여야 한다. 이러한 점이 하도급법상 손해배상책임의 특칙이며, 나아가 징벌적 손해배상책임사유에 해당할 경우에는 손해의 3배 또는 5배까지 청구할 수 있다(하도급법 제35조).
- 3) 윤성철, 하도급분쟁사례해설, 도서출판 법과 교육, 2020, 270면; 이창복, “건설하도급 거래의 공전화방안에 관한 일고찰”, 「건설법무」, 제6권(2020), 108면. 김상훈 의원이 대표발의한 하도급법 개정안에 대한 검토보고서에서는 “원사업자가 현행 제3조의4제1항 및 제2항을 위반하여 부당한 특약을 설정하더라도 이에 대한 효력에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하여 사법상의 효력이 부인되지 않는다”고 해석하고 있다(황승기, 하도급거래 공전화에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 국회, 2024, 7면).
- 4) 부당특약의 무효요건을 이원적으로 규정한 것은 위원장 대안이며, 대안의 채택으로 폐기된 의원안은 그 요건 충족으로 무효가 되는 안(민병덕의원 대표발의안·김상훈의원 대표발의안·이강일의원 대표발의안)과 현저성을 충족한 경우에 무효가 되는 안(윤한홍의원 대표발의안)이 있었다.

시(이하 '고시')에서 정하고 있는 사유가 상이한 것인지 아니면 중복적인 내용이 포함되어 있는지의 문제이기도 하다. 셋째, 하도급법에서 정한 사유와 동법 시행령 및 고시(이하 '하위법령')에서 정한 사유가 중복적인 경우에 어느 요건에 따라 무효 여부를 판단하여야 하는지의 문제이며, 그 부당특약이 무효로 되기 위해 현저성의 요건을 충족하여야 하는지의 여부이다. 넷째, 현저성이 충족되어야 무효가 되는 부당특약에 있어 당사자 일방에 원사업자가 포함되는지의 여부이다. 하위법령에서 규정하는 부당특약이 무효가 되는 것은 당사자 일방에 현저하게 불공정한 경우이다. 이 규정에서의 당사자 일방에 수급사업자가 포함되는 것은 당연하지만, 원사업자가 포함되는지의 여부가 논란이 될 수 있다. 다섯째, 무효인 부당특약에 따라 이행한 수급사업자가 원사업자에게 부당이득을 이유로 반환청구를 할 수 있는가의 문제이다. 여섯째, 하도급거래의 내용 중 일부가 무효인 부당특약인 경우에 나머지 계약이 무효로 인정될 수 있는 요건에 관한 문제이다. 마지막으로 하위법령에서 정하고 있는 부당특약의 경우에 현저성 요건을 충족하지 않더라도 그 부당특약을 무효로 하는 것과 동일한 효과를 발생시킬 수 있는 방안이 존재하는지의 문제이다.

이 논문에서는 하도급법 개정에 따라 신설된 부당특약의 무효 규정과 관련하여 그 내용을 분석하고, 앞에서 제시한 제반 문제에 대해 검토함과 더불어 부당특약의 무효 규정이 실효성을 가질 수 있는 개선방안을 연구하고자 한다.

II. 하도급법상 부당특약의 유형 및 무효요건에 있어 이원적 구성

1. 하도급법상 부당특약의 유형

가. 부당특약의 의의

하도급법상 부당특약은 하도급거래의 내용 중 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 말한다(동법 제3조의4 제1항). 따라서 하도급거래의 내용이 부당특약에 해당하기 위해서는 침해의 주체에 있어 원사업자, 계약의 내용, 수급사업자의 이익의 침해 또는 제한 및 침해 또는 제한의 부당성(위법성)이라는 요건을 충족하여야 한다.

첫째, 침해행위의 주체는 원사업자이어야 한다. 따라서 수급사업자가 원사업자의 이익을 침해 또는 제한하는 계약내용은 부당특약에 해당하지 않는다. 또한 수급사업자가 하도급거래를 이행하기 위해 제3자와 계약을 체결하여야 하는 경우에 그 계약 내용이 수급사업자에게 불리하고, 그 원인이 원사업자에게 있더라도 이는 원사업자와 수급사업자간 하도급거래의 내용이 아니기 때문에 하도급법상 부당특약에 해당하지 않는다.

둘째, 부당특약은 계약의 내용이어야 한다. 따라서 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하더라도 그 행위가 계약 내용이 아닌 경우에는 부당특약에 해당하지 않고 불법행위에만 해당한다. 다만, 부당특약이 계약체결 당시의 계약에 포함되어야 하는 것은 아니며, 그 이후에 계약내용으로 포함되더라도 이에 해당한다. 또한 약정의 형식에 있어 제한이 없기 때문에 서면뿐만 아니라 구두도 포함된다.⁵⁾

셋째, 부당특약은 수급사업자의 이익을 침해 또는 제한하는 내용이어야 한다. 수급사업자의 이익은 해당 거래분야에서 일반적으로 인정되는 이익을 비롯하여 해당 거래에서 인정되는 이익을 말하며, 하도급법에서 정한 내용에 국한되지 않는다. 다만, 수급사업자의 이익은 적법한 이익에 국한되며, 불법적인 이익을 포함하는 것은 아니다. 또한 부당특약은 하도급법 제3조의4 제2항 각호에서 규정한 사유에 국한되는 것은 아니며, 그 외의 약정이라고 하더라도 수급사업자의 이익을 침해 또는 제한하는 것이라고 한다면 부당특약에 해당한다. 다만, 양자의 차이점은 전자에 대해 하도급법에서는 사법적 효력을 무효로 규정하고 있지만, 후자에 대해서는 사법적 효력을 규정하지 않았다. 따라서 후자에 해당하는 약정이 사법적으로 무효인가에 대해서는 약관규제법에 의하거나 민법상 반사회질서 행위에 해당하는지의 여부에 따라 결정된다.

마지막으로 하도급거래의 내용이 부당(불공정)하여야 한다. 부당성(불공정성)은 위법성을 의미한다.⁶⁾ 다만, 하도급법에서는 부당특약을 “수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건”으로 규정하여 침해 또는 제한이 위법하다는 것으로 규정하고 있지만, 침해는 그 자체가 위법성을 내포하고 있기 때문에 부당성이 적용되는 것은 실질적으로 수급사업자의 이익을 제한하는 경우로 국한된다. 또한 하도급거래의 내용이 부당한 것인지의 여부는 하도급법만을 기준으로 하는 것은 아니며, 관련법령을 비롯하여 거래관행 등을 포함하여 판단한다.

나. 부당특약의 유형

(1) 하도급법에서의 부당특약

하도급법에서는 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건을 부당특약으로 정의하면서 구체적인 유형을 다음과 같이 규정하고 있다. 첫째, 원사업자가 동법 제3조 제1항의 서면에 기재되지 아니한 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 둘째, 원사업자가 부담하여야 할 민원처리, 산업재해 등과 관련된 비용을 수급

5) 하도급법에서는 하도급계약이 체결된 경우에 원사업자는 수급사업자에게 동법에서 규정하고 있는 사항이 포함된 계약서를 교부하여야 하며, 이를 위반한 경우에 시정조치, 과징금을 비롯하여 하도급대금의 2배에 해당하는 벌금이 부과된다. 그러나 이를 위반하였다고 하더라도 해당 하도급계약이 무효가 되는 것은 아니다(고형석, “하도급법상 하도급계약서에 관한 연구”, 『인권과 정의』, 제522호(2024), 150면).

6) 권오승 외, 독점규제법, 법문사, 2017, 225면 이하.

사업자에게 부담시키는 약정이다. 셋째, 원사업자가 입찰내역에 없는 사항을 요구함에 따라 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다(동법 제3조의4 제2항).

(2) 시행령에서의 부당특약

하도급법 시행령에서 정하고 있는 부당특약의 유형은 다음과 같다. 첫째, 관련 법령에 따라 원사업자의 의무사항으로 되어 있는 인·허가, 환경관리 또는 품질관리 등과 관련하여 발생하는 비용, 원사업자(발주자를 포함한다)가 설계나 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용, 원사업자의 지시(요구·요청 등 명칭과 관계없이 재작업·추가작업 또는 보수작업에 대한 원사업자의 의사표시를 말한다)에 따른 재작업, 추가작업 또는 보수작업으로 인하여 발생한 비용 중 수급사업자의 책임 없는 사유로 발생한 비용 또는 관련 법령·발주자와 원사업자 사이의 계약 등에 따라 원사업자가 부담하여야 할 하자담보책임 또는 손해배상책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 둘째, 천재지변, 매장유산의 발견, 해킹·컴퓨터바이러스 발생 등으로 인한 작업기간 연장 등 위탁시점에 원사업자와 수급사업자가 예측할 수 없는 사항과 관련하여 수급사업자에게 불합리하게 책임을 부담시키는 약정이다. 셋째, 해당 하도급거래의 특성을 고려하지 아니한 채 간접비(하도급대금 중 재료비, 직접노무비 및 경비를 제외한 금액을 말한다)의 인정범위를 일률적으로 제한하는 약정이지만, 발주자와 원사업자 사이의 계약에서 정한 간접비의 인정범위와 동일하게 정한 약정은 제외한다. 넷째, 계약기간 중 수급사업자가 동법 제16조의2에 따라 하도급대금 조정을 신청할 수 있는 권리를 제한하는 약정이다(동 시행령 제6조의4).

(3) 부당특약 고시⁷⁾에서의 부당특약

부당특약 고시에서 정하고 있는 부당특약의 유형은 다음과 같다. ① 수급사업자가 동법 제3조 제8항에 따라 위탁내용의 확인을 요청할 수 있는 권리를 제한하는 약정이다. ② 수급사업자가 동법 제13조의2 제9항에 따라 계약이행 보증을 아니 할 수 있는 권리를 제한하는 약정이다. ③ 수급사업자가 동법 제19조 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 제한하는 약정이다. ④ 정당한 사유 없이 기성금, 준공금에 대한 지급을 유예하는 등 수급사업자가 동법 제6조, 제13조, 제15조, 제16조에 따라 하도급대금 등을 받을 수 있는 권리를 제한하는 약정이다. ⑤ 수급사업자가 하도급거래를 준비하거나 수행하는 과정에서 취득한 정보, 자료, 물건 등의 소유·사용 등의 권리를 원사업자에게 귀속시키는 약정이지만, 원사업자가 수급사업자의 취득 과정에 소요되는 제반비용의 상당한 부분을 부담하거나 동종 또는 유사한 것에 대해 동일 또

7) 공정거래위원회고시 제2025-5호, 2025. 5. 1., 일부개정.

는 근접한 시기에 정상적인 거래관계에서 일반적으로 지급되는 대가를 지급하기로 하는 등 정당한 사유가 있는 경우는 제외한다. ⑥ 하도급거래를 준비하거나, 수행하는 과정에서 취득하는 상대방의 정보·자료 등에 대한 비밀준수의무를 수급사업자에게만 부담시키는 약정이지만, 수급사업자만 정보·자료 등을 취득하는 경우는 제외한다. ⑦ 정당한 사유 없이 동법 제13조의2에 규정된 계약이행 보증 금액의 비율을 높이거나, 수급사업자의 계약이행 보증기관 선택을 제한하는 약정이다. ⑧ 수급사업자가 동법 제13조의2 규정에 준하여 계약이행을 보증하였음에도 수급사업자가 아닌 자로 하여금 계약책임, 불법행위책임에 대해 연대보증을 하도록 하는 약정이다. ⑨ 동법 제9조 제2항의 목적물등의 검사 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. ⑩ 동법 제9조 제2항의 목적물등의 검사 결과 통지에 대한 수급사업자의 이의제기를 제한하는 약정이다. ⑪ 원사업자가 부담하여야 할 안전조치, 보건조치 등 산업재해예방 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. ⑫ 계약내용에 대하여 구체적인 정함이 없거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약내용을 원사업자의 의사에 따라 정하도록 하는 약정이다. ⑬ 수급사업자에게 발주자와 원사업자 간 계약 조건이 제공되지 않은 상황에서 이를 원사업자와 수급사업자 간 계약에 적용하기로 하는 약정이다. ⑭ 원사업자의 손해배상책임을 관계법령·표준하도급계약서 등의 기준에 비해 과도하게 경감하거나, 수급사업자의 손해배상책임·하자담보책임을 과도하게 가중하여 정한 약정이다. ⑮ 원사업자가 수급사업자에게 제공한 자재, 장비, 시설 등(이하 "자재등"이라 한다)이 수급사업자의 책임없는 사유로 멸실, 훼손된 경우에도 수급사업자에게 자재등에 대한 책임을 부담시키는 약정이다. ⑯ 계약 해제·해지의 사유를 원사업자의 경우 관계법령·표준하도급계약서 등의 기준에 비해 과도하게 넓게 정하거나, 수급사업자의 경우 과도하게 좁게 정하는 약정이다. ⑰ 원사업자가 수급사업자에게 제공한 자재등의 인도 지연·수량부족·성능미달 등 수급사업자의 책임없는 사유에 의해 추가로 발생한 비용, 지체책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다.

다. 소결

하도급법에서는 부당특약의 구체적인 유형을 규정하면서 그 중 일부를 하위법령에 위임하고 있다. 그렇다면 부당특약은 이에 한정되는가? 그러나 하도급법에서 규정하고 있는 부당특약의 유형은 예시에 불과하며, 그 외에도 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건에 해당하는 약정은 부당특약으로 인정된다. 다만, 법령에서 정하고 있는 부당특약의 유형(법 제3조의4 제2항 각호 및 하위법령)과 그 외의 부당특약(법 제3조의4 제1항) 간의 차이점은 증명책임 및 사법상 효력에 있다고 할 것이다. 첫째, 수급사업자 또는 공정거래위원회는 하도급거래의 약정이 부당특약에 해당하는지에 대해 법령에서 정하고 있는 요건을 증명하는 것으로 충분하지만, 그 외의 약정이 부당특약에 해당한다고 주장하기 위해서는 앞에서 제시한

부당특약의 성립요건 전부를 증명하여야 한다. 특히, 약정의 위법성에 대해 전자의 경우에는 그 요건을 증명하는 것으로 위법성이 인정되지만, 후자는 별도로 그 약정이 위법하다는 것까지 증명하여야 한다. 둘째, 법령에서 정한 부당특약의 사법적 효력은 그 자체로 또는 현저성을 추가적으로 충족한 경우에 무효이지만, 그 외의 부당특약에 대해서는 별도로 무효 여부를 판단하여야 한다. 이에 대해 무효가 되는 부당특약은 동법 제3조의4 제2항 각호에 한정되며, 다른 하도급법의 규정을 위반한 약정에 대해 사법적 효력을 부정하지 않은 대법원의 판결⁸⁾을 고려할 때 그 외의 부당특약은 무효가 아니라고 주장할 수 있다. 그러나 대법원은 할부거래법에서 편면적 강행규정으로 명시하지 않은 규정에 대해서도 편면적 강행규정으로 인정하고 있으며⁹⁾, 사법적 효력을 명시하지 않은 단속규정에 대해서도 입법취지 등을 고려하여 효력규정으로 인정하고 있다.¹⁰⁾ 따라서 하도급법에서 규정하고 있지 않은 유형의 부당특약에 대한 사법

-
- 8) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제11조는 그 규정에 위반된 대금감액 약정의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 반면 그 규정을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 그 규정 위반행위 중 일정한 경우만을 공정거래위원회에서 조사하게 하여 그 위원회로 하여금 그 결과에 따라 원사업자에게 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이므로, 위 규정은 그에 위배한 원사업자와 수급사업자 간의 계약의 사법상의 효력을 부인하는 조항이라고 볼 것은 아니다(대판 2011. 1. 27, 2010다53457).
- 9) 할부거래에 관한 법률은 할부계약 및 선불식 할부계약에 의한 거래를 공정하게 함으로써 소비자의 권익의 보호 등을 목적으로 하여 주로 할부계약의 서면주의, 할부계약의 할부수수료율, 청약철회, 해제 등 사법상의 권리와 의무에 관한 내용을 정하고 있고, 특히 선불식 할부거래업에 대하여는 영업을 등록하도록 하며, 자본금의 하한을 규정하고, 행정관청의 조사·감독 및 시정조치 등의 공법적 규제와 소비자피해보상보험계약의 체결의무 등을 추가하고 있는데, 이는 재화 등을 공급하기 전에 대금을 선불로 받는 선불식 할부거래 영업의 특성에 따른 소비자의 피해를 사전에 방지하기 위한 것인 점, 사업양도에 따른 선불식 할부거래업자의 지위승계에 관한 위 규정의 취지도 공법상 지위의 승계를 인정하여 영업의 편의를 제공한다는 측면보다는 사업양도의 경우에 발생할 수 있는 피해를 방지하여 선불식 할부거래업자와 계약을 체결한 소비자를 일반채권자보다 좀 더 두텁게 보호하고자 하는 데에 있는 점, 2016. 1. 25. 시행 예정인 할부거래법은 사업 전부의 양도가 아닌 계약이전의 경우에도 선불식 할부계약에 관한 권리와 의무의 승계를 인정하는 규정을 두고 있는 점(할부거래법 제22조의2 제4항 참조) 등에 비추어 보면, 선불식 할부거래업자에게서 사업의 전부를 양수한 회사는 할부거래법 제22조 제1항에 따라 대금청구권과 재화 등의 공급의무, 해약환급금 지급의무 등 선불식 할부계약에 관한 일체의 권리와 의무를 승계하고, 위 규정은 강행규정으로서 이와 달리 사업양도계약의 당사자 사이에 승계를 배제하는 약정을 하였더라도 그 약정은 효력이 없다(대판 2016. 1. 14, 2015다50200).
- 10) 임대주택의 건설을 촉진하고 국민주거생활의 안정을 도모하기 위하여 제정된 구 임대주택법(2013. 6. 4. 법률 제11870호로 개정되기 전의 것, 이하 같다. 현재는 ‘민간임대주택에 관한 특별법’으로 승계되었다)은 임대사업자가 자의적으로 임대보증금과 임대료를 정하는 것을 방지하기 위하여 임대주택의 임차인의 자격, 선정 방법, 임대보증금, 임대료 등 임대조건에 관한 기준을 대통령령으로 정하도록 하였다(제20조 제1항). 그 위임에 따라 제정된 구 임대주택법 시행령(2015. 6. 30. 대통령령 제26369호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제21조는 구 주택법 제16조에 따른 공공건설임대주택의 최초 임대보증금과 임대료는 국토해양부장관이 정하여 고시하는 표준임대보증금 및 표준임대료를 초과할 수 없고(제1항), 최초 임대보증금과 임대료는 임차인의 동의가 있는 경우에는 임대차계약에 따라 상호전환할 수 있으나, 이 경우에도 최초의 임대보증금은 건설원가에서 국민주택 기금 융자금을 차감한 금액을 초과할 수 없다고 정하고 있다(제3항). 또한 구 임대주택법은 위 임대조건 등을 위반하여 공공건설임대주택을 임대한 자에 대한 벌칙 규정을 두고 있다(제42조). 구 임대주택법은 ‘임대주택의 건설·공급을 확대함으로써 국민의 주거생활의 안정을 도모하기 위하여 필요한 사항을 규정함’을 목적으로 하고(제1조), 위 규정들은 그에 의하여 산출되는 임대보증금과 임대료를 초과하여 주택건설업자들이 자의적으로 임대보증금과 임대료를 높게 책정하는 것을 방지하려는 데에도 그 입법 취지가 있으며, 위반행위에 대한 처벌만으로는 구 임대주택법의 실효를 거둘 수 없다. 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때, 위와 같이 공공건설임대

적 효력을 하도급법에서 명시적으로 규정하고 있지 않다고 하여 그 위반행위가 사법적으로 유효하다고 단정할 수 없으며, 이에 대해서는 판례가 제시한 위의 기준들을 종합하여 부당특약의 무효 여부를 판단하여야 할 것이다.

2. 부당특약의 무효요건에 있어 이원적 구성

가. 하도급법상 부당특약의 무효요건

하도급법에서는 부당특약의 무효요건에 대해 일원적이 아닌 이원적으로 규정하고 있다. 즉, 하도급법에서 직접 규정하고 있는 부당특약은 그 요건을 충족한 경우에 무효이지만, 하위법령에서 정하는 부당특약은 그 요건을 충족함과 더불어 그 불법성이 현저한 경우에 한해 무효가 된다.

나. 하도급법 개정 과정

부당특약의 사법적 효력을 규정한 하도급법의 개정은 위원장 대안이 채택되어 통과된 것이며, 이에 따라 민병덕의원 대표발의안 등 4개의 법안은 자동폐기되었다. 자동폐기된 의원안에서의 부당특약 무효요건은 그 자체로 무효인 경우와 현저성을 갖추어야 무효가 되는 경우로 구분된다. 먼저, 민병덕의원 대표발의안, 김상훈의원 대표발의안 및 이강일의원 대표발의안에서는 부당특약의 무효요건에 대해 현저성을 요구하고 있지 않았다. 따라서 부당특약에 해당하는 경우에 그 약정은 무효가 된다. 그 다음으로 윤한홍의원 대표발의안에서는 부당특약이 무효로 되기 위한 요건으로 현저성을 추가적으로 요구하였다.

이와 같이 4개의 의원안에서는 부당특약의 무효요건에 대해 상이하게 규정하고 있었지만, 각 법안에서의 무효요건은 동일하였다. 그러나 위원장 대안에서는 양자를 혼합하여 하도급법에서 직접 규정하고 있는 부당특약에 대해서는 무효로 규정하면서 하위법령에서 정하는 부당특약에 대해서는 현저성을 추가적으로 충족한 경우에만 무효가 되도록 규정하였다. 그렇다면 위원장 대안은 어떠한 이유로 부당특약의 무효요건에 대해 이원적으로 규정한 것일까? 이를 확인할 수 있는 자료는 존재하지 않으며, 국회 정무위원회 회의록(제422회 정부 제3차[2025년 2월 24일])에서도 그 내용은 존재하지 않는다. 다만, 부당특약의 무효요건에 대해 4개의 법안의 내용이 상이하기 때문에 이를 혼합하는 방식으로 위원장 대안을 마련한 결과, 그 요건을 이원적으로 규정한 것으로 추정될 뿐이다.

주택의 임대보증금과 임대료의 상한을 정한 규정은 임대주택의 임대보증금 및 임대료 약정 중 소정의 한도액을 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한함으로써 국민의 주거생활의 안정을 증진하고자 함에 그 목적이 있는 것이므로 효력규정에 속하는 것으로서 그 한도액을 초과하는 부분은 무효이다(대판 2022. 5. 26, 2020다 253515).

다. 건설사업기본법 등에서 부당특약의 무효요건

(1) 건설산업기본법상 부당특약 무효요건

동법에서는 (하)도급계약의 내용 중 일부를 부당특약으로 정하고, 그 불공정성이 현저한 경우에 그 부분에 한정하여 무효로 규정하고 있다(동법 제22조 제5항). 그 유형으로는 첫째, 계약 체결 이후 설계변경, 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 떠넘기는 경우, 둘째, 계약체결 이후 공사내용의 변경에 따른 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 떠넘기는 경우, 셋째, (하)도급계약의 형태, 건설공사의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 떠넘기는 경우, 넷째, 계약내용에 대하여 구체적인 정함이 없거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약내용을 일방의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우, 다섯째, 계약불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감하거나 가중하여 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우, 마지막으로 민법 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우이다.¹¹⁾ 또한 누구에게 현저하게 불공정하여야 하는지에 대해 당사자 일방으로 정하고 있기 때문에 수급인에게 불공정한 경우뿐만 아니라 발주자 또는 도급인에게 불공정한 경우도 포함한다. 이러한 부당특약의 무효는 도급계약뿐만 아니라 하도급계약에 대해서도 적용된다. 다만, 하도급법에서는 건설산업기본법과의 관계에 대해 하도급법 우선 적용을 규정하고 있기 때문에 개정 하도급법이 시행되는 2025년 10월 2일부터는 하도급법이 적용되는 건설(하)도급계약의 부당특약에 대해서는 하도급법이 적용된다(하도급법 제34조).

(2) 소프트웨어진흥법상 부당특약 무효요건

소프트웨어사업에 관한 계약 내용이 한쪽 당사자에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다(동법 제38조 제3항). 첫째, 계약 체결 이후 과업내용의 변경 및 경제상황의 변동에 따라 발생하는 계약금액과 계약기간의 변경을 상당한 이유 없이 인정하지 아니하거나 그 부담을 상대방에게 전가하는 경우이다. 둘째, 계약의 내용 등 관련된 모든 사정에 비추어 계약 체결 당시 예상하기 어려운 내용에 대하여 상대방에게 책임을 전가하는 경우이다. 셋째, 계약 내용에 대하여 구체적으로 정하지 아니하였거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약 내용을 한쪽의 의사에 따라 정함으로써 상대방의 정당한 이

11) 건설산업기본법에서는 도급계약에서 부당특약의 무효화를 규정하고 있지만, 현저성을 요건으로 하기 때문에 부당특약이 무효로 되는 경우는 극히 드물다고 한다(김진수, “하도급법을 위반한 약정의 사법상 효력”, 「고시계」, 제66권 제2호(2021), 106면).

익을 침해한 경우이다. 넷째, 계약 불이행에 따른 당사자의 손해배상책임을 과도하게 경감하거나 가중하여 정함으로써 상대방의 정당한 이익을 침해한 경우이다. 마지막으로 민법 등 관계 법령에서 인정하고 있는 상대방의 권리를 상당한 이유 없이 배제하거나 제한하는 경우이다.

(3) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결할 때 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 또는 조건(이하 “부당한 특약등”이라 한다)을 정해서는 아니 되며, 부당한 특약등은 무효로 한다(동법 제5조 제3항, 제4항).

(4) 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결할 때 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건(이하 “부당한 특약등”이라 한다)을 정하여서는 아니 되고, 부당한 특약등은 무효로 한다(동법 제6조 제3항).

라. 소결

(하)도급거래에 대해 적용되는 법 중 건설산업기본법 등에서도 하도급법과 동일하게 부당특약을 금지하고, 그 사법적 효력을 규정하고 있다. 그러나 부당특약이 사법적으로 무효가 되는 요건은 모든 법에서 동일하게 규정하고 있지 않으며, 부당특약 그 자체로 무효가 되는 법(국가계약법 및 지방계약법)과 현저성 요건을 충족한 경우에 한해 무효가 되는 법(건설산업기본법 및 소프트웨어진흥법)으로 구분된다. 또한 불공정의 당사자에 대해 양 당사자 모두를 대상으로 하는 경우(건설산업기본법 및 소프트웨어진흥법)와 상대방으로 제한하는 경우(국가계약법 및 지방계약법)로 구분된다. 그 결과, 국가 또는 지방자치단체가 발주자인 도급계약의 경우에 부당특약은 현저성이 없더라도 무효이지만, 그 계약의 하도급거래(건설공사 및 소프트웨어사업)의 약정이 부당특약에 해당하더라도 현저하지 않은 경우에는 무효가 되지 않는다. 이는 공공발주계약에서 합리적인 이유없이 도급계약과 하도급거래를 차별하는 것이며, 더 열위의 지위에 있는 수급사업자의 보호수준을 낮추는 것이기 때문에 타당하지 않다.

그럼에도 불구하고, 입법자가 하도급법상 부당특약의 무효요건을 이원적으로 규정한 것은 하위법령에서 정하는 약정이 법률에서 정하고 있는 약정보다 불법성이 약하다고 판단하였기 때문인가에 대해 검토할 필요가 있다. 이러한 이유로 인해 양자의 무효요건을 달리 정하였다면 이는 정당하다고 할 수 있다. 그러나 하위법령에서 정하고 있는 부당특약의 다수는 후술하는 바와 같이 하도급법에서 정하고 있는 부당특약의 구체화에 해당하며, 이에 해당하지 않더

라도 일부 약정에서는 그 요건에서 '과도성'을 요구하고 있기 때문에 이미 현저성을 요구하고 있다고 할 수 있다.¹²⁾ 그리고 하도급법에서 규정하고 있는 수급사업자의 권리를 본질적으로 제한하거나 부정하는 약정에 대해서도 부당특약 고시에는 부당특약으로 규정하고 있으며¹³⁾, 이는 그 자체로 중한 불법성을 요건으로 하고 있다고 할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때, 하도급법에서 정하고 있는 부당특약보다 하위법령에서 정하고 있는 부당특약의 불법성이 낮다고 평가할 수 없으며, 동일하거나 더 높은 경우도 존재한다. 그렇다면 양자의 불법성이 상이하다는 전제하에 무효요건을 상이하게 규정한 것은 합리적이라고 할 수 없다.

Ⅲ. 하도급법 및 하위법령상 부당특약의 유형 비교

1. 하도급법령상 부당특약의 유형 비교

가. 양자 비교의 필요성

하도급법상 부당특약의 무효요건은 일원적이 아닌 이원적으로 규정되어 있다. 따라서 법률에서 정한 유형과 하위법령에서 정한 유형이 상이할 경우에는 그 무효 여부는 각각 기준을 적용하여 판단하면 된다. 그러나 하위법령에서 정한 부당특약의 유형이 법률에서 정한 유형과 동일한 경우에 어느 기준을 적용하여 무효 여부를 판단하여야 하는지의 문제가 발생하기 때문에 하도급법령에서 정한 부당특약의 유형에 대해 그 동이(同異)성 여부를 판단하여야 한다. 이는 부당특약의 사법적 효력을 판단함에 있어서만 문제되며, 공정거래위원회의 시정조치 등을 부과함에 있어 이러한 문제는 발생하지 않는다. 즉, 공정거래위원회의 시정조치 등의 대상은 부당특약 그 자체이며, 하위법령에서 정한 부당특약의 경우에도 부당성이 현저하지 않더라도 공정거래위원회는 시정조치 등을 부과할 수 있기 때문이다.

나. 하도급법령상 부당특약의 동이성

(1) 계약서에 기재되지 않은 비용 전가 약정(법 제3조의4 제2항 제1호)

- 12) 이에 해당하는 부당특약 고시에서의 부당특약으로는 원사업자의 손해배상책임을 관계법령, 표준하도급계약서 등의 기준에 비해 과도하게 경감하거나, 수급사업자의 손해배상책임, 하자담보책임을 과도하게 가중하여 정한 약정 또는 계약 해제·해지의 사유를 원사업자의 경우 관계법령, 표준하도급계약서 등의 기준에 비해 과도하게 넓게 정하거나, 수급사업자의 경우 과도하게 좁게 정하는 약정 등이 있다.
- 13) 이에 해당하는 부당특약 고시에서의 부당특약으로는 수급사업자가 하도급법 제3조 제8항에 따라 위탁내용의 확인을 요청할 수 있는 권리를 제한하는 약정, 계약내용에 대하여 구체적인 정함이 없거나 당사자 간 이견이 있을 경우 계약내용을 원사업자의 의사에 따라 정하도록 하는 약정 등이 있다.

이는 원사업자에게 하도급법상 계약서 작성의무의 준수를 요구하여 수급사업자가 예측하지 못한 비용 부담을 금지하기 위함이다. 즉, 구두에 의한 하도급거래 체결을 금지하더라도 그 계약의 사법상 효력은 부정되지 않기 때문에 이를 보다 강력하게 요구하기 위해 수급사업자가 비용을 부담하기로 하는 구두의 약정을 부당특약으로 인정한 것이다. 이에 해당할 수 있는 시행령상의 부당특약으로는 다음을 제시할 수 있다. 첫째, 계약서에 기재되지 않은 작업으로 원사업자의 지시(요구, 요청 등 명칭과 관계없이 재작업, 추가작업 또는 보수작업에 대한 원사업자의 의사표시를 말한다)에 따른 재작업, 추가작업 또는 보수작업으로 인하여 발생한 비용 중 수급사업자의 책임 없는 사유로 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정을 제시할 수 있다(동 시행령 제6조의4 제1호 다목). 예를 들어, 원사업자가 계약서에 기재되어 있지 않은 재작업 등을 수급사업자에게 지시하고, 그에 따라 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정을 말한다. 다만, 이러한 내용이 계약서에 기재되어 있다면 후술하는 원사업자가 부담하여야 할 비용 전가 약정 또는 입찰내역에 없는 사항 요구에 따른 비용 전가 약정에 해당할 수 있다. 둘째, 계약서에 기재되지 않은 사항으로 원사업자(발주자를 포함한다)가 설계나 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 다만, 이러한 비용전가가 위법하여야 하기 때문에 그 재작업 등이 수급사업자의 책임있는 사유에 의해 발생하였다면 그 비용전가는 부당특약에 해당하지 않는다. 또한 시행령에서는 수급사업자의 책임 없는 사유로 발생한 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정으로 규정하고 있지만, 하자담보책임과 같이 수급사업자가 무과실책임을 부담하는 경우는 부당특약에 해당하지 않는다고 할 것이다. 만일 이 내용이 계약서에 기재되어 있다면 후술하는 원사업자가 부담하여야 할 비용을 전가하는 약정 또는 입찰내역에 없는 사항 요구에 따른 비용 전가 약정에 해당할 수 있다.

(2) 원사업자가 부담하여야 할 비용 전가 약정

이는 계약서에 기재된 비용이라고 하더라도 법령 등에 따라 원사업자가 부담하여야 할 비용을 수급사업자에게 전가하는 약정을 말한다. 시행령에서 정하고 있는 부당특약 중 이에 해당할 수 있는 부당특약은 다음과 같다. 첫째, 관련 법령에 따라 원사업자의 의무사항으로 되어 있는 인·허가, 환경관리 또는 품질관리 등과 관련하여 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 둘째, 원사업자(발주자를 포함한다)가 설계나 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 셋째, 관련 법령, 발주자와 원사업자 사이의 계약 등에 따라 원사업자가 부담하여야 할 하자담보책임 또는 손해배상책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 넷째, 천재지변, 매장유산의 발견, 해킹·컴퓨터바이러스 발생 등으로 인한 작업기간 연장 등 위탁시점에 원사업자와 수급사업자가 예측할 수 없는 사항과 관련하여 수급사업자에게 불합리하게 책임을 부담시키는 약정이다. 고시에서 정하고 있는 부

당특약 중 이에 해당할 수 있는 부당특약은 다음과 같다. 첫째, 하도급법 제9조 제2항에 따른 목적물등의 검사 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 둘째, 원사업자가 부담하여야 할 안전조치, 보건조치 등 산업재해예방 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 셋째, 원사업자의 손해배상책임은 관계법령, 표준하도급계약서 등의 기준에 비해 과도하게 경감하거나 수급사업자의 손해배상책임·하자담보책임을 과도하게 가중하여 정한 약정이다. 넷째, 원사업자가 수급사업자에게 제공한 자재, 장비, 시설 등이 수급사업자의 책임없는 사유로 멸실·훼손된 경우에도 수급사업자에게 자재등에 대한 책임을 부담시키는 약정이다. 마지막으로 원사업자가 수급사업자에게 제공한 자재등의 인도지연, 수량부족, 성능미달 등 수급사업자의 책임없는 사유에 의해 추가로 발생한 비용, 지체책임을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다.

(3) 입찰내역에 없는 사항 요구에 따른 비용 전가 약정

이는 계약체결을 위해 원사업자가 입찰공고를 하고, 그 공고에 기재되지 않은 사항을 수급사업자에게 요구함에 따라 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정을 말한다. 따라서 입찰공고 없이 하도급거래를 체결하는 경우(수의계약 등)에는 적용되지 않으며, 입찰공고에 없는 사항이 추후 계약서에 기재되었다고 하더라도 그 비용을 수급사업자에게 전가하는 경우도 이에 해당한다. 시행령에서 정하고 있는 부당특약 중 이에 해당할 수 있는 부당특약은 다음과 같다. 첫째, 원사업자(발주자를 포함한다)가 설계나 작업내용을 변경함에 따라 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이다. 둘째, 천재지변, 매장유산의 발견, 해킹·컴퓨터바이러스 발생 등으로 인한 작업기간 연장 등 위탁시점에 원사업자와 수급사업자가 예측할 수 없는 사항과 관련하여 수급사업자에게 불합리하게 책임을 부담시키는 약정이다.

2. 하도급법령상 부당특약의 중복성 및 무효요건

가. 하도급법령상 부당특약 유형의 중복성 여부

하도급법상 부당특약은 하도급법에서 직접 규정한 경우와 하위법령으로 위임한 경우로 구분된다. 전자는 하도급거래로 인해 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정이며, 후자는 이를 포함하여 수급사업자의 정당한 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 약정이다. 양자의 중복성이 문제되는 경우는 비용 및 책임과 관련된 부당특약이며, 이에 대해서는 다음과 같이 해석할 수 있다.¹⁴⁾

먼저, 하도급법 제3조의4 제2항 제4호에서는 “그 밖에 이 법에서 보호하는 수급사업자의 이

14) 이와 같이 해석하는 견해는 없지만, 이러한 해석이 가능하다는 전제하에 서술한다.

익을 제한하거나 원사업자에게 부과된 의무를 수급사업자에게 전가하는 등 대통령령으로 정하는 약정”으로 규정하여 시행령에서 부당특약의 유형을 규정할 수 있는 근거를 두고 있다. 시행령에서는 법률에서 정한 부당특약이 아닌 다른 부당특약을 규정하여야 하기 때문에 시행령에서 정한 부당특약이 법률에서 정한 부당특약과 유사한 것처럼 보일지라도 양자를 달리 보아야 한다. 이는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’) 제45조 제1항 각호에서 불공정한 거래행위의 유형을 제시하면서 제3항에서 불공정거래행위의 유형 또는 기준에 대해 시행령으로 위임한 것과는 상이하다. 따라서 하도급법 제3조의4 제2항 제4호는 제1호부터 제3호까지에서 정한 부당특약의 유형 외의 부당특약의 유형을 시행령에 위임한 것이므로 양자를 동일하다고 판단할 것이 아닌 상이한 것으로 보아야 한다고 해석할 수 있다.

반면에 하도급법 제3조의4 제2항 제4호의 내용만을 본다면 위와 같이 해석할 수 있지만, 하위법령에서는 상위법에서 정한 내용 외의 사항만을 규정하여야 하는 것은 아니다. 예를 들어, 하도급법에서는 기술자료에 대해 비밀로 관리되는 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 대통령령으로 정하는 자료로 정의하고 있다(동법 제2조 제15호). 동 시행령에서는 특허권, 실용신안권, 디자인권, 저작권 등의 지식재산권과 관련된 정보와 시공 또는 제품개발 등을 위한 연구자료, 연구개발보고서 등 수급사업자의 생산·영업활동에 기술적으로 유용하고 독립된 경제적 가치가 있는 정보를 이에 해당하는 자료로 규정하고 있다(동 시행령 제2조 제8항). 이처럼 상위법에서 정하고 있는 내용에 대해 하위법령에서 구체적으로 규정하고 있는 경우도 존재하며, 이는 부당특약의 유형에 있어서도 동일하다. 또한 하도급법 제3조의4 제2항 제1호부터 제3호까지의 부당특약은 일반적으로 규정되어 있어 어떠한 약정이 이에 해당하는지에 대해 원사업자 및 수급사업자 등의 혼란을 방지하기 위해 주로 발생하는 부당특약의 구체적인 유형을 시행령에서 규정하였다고 해석할 수 있다.

이와 같이 하도급법령에서 규정하고 있는 부당특약의 중복성 여부에 대해 상이하게 해석할 수 있으며, 그 원인은 부당특약의 무효 규정을 신설함에 있어 하위법령의 내용을 충분히 검토하지 않으면서 단순히 의원발의안을 조합한 위원장 대안이 채택되어 통과되었기 때문이다. 즉, 자동폐기된 4개의 법안은 부당특약의 무효요건에 대해 단일로 규정하였기 때문에 법률과 하위법령의 내용이 중복되더라도 문제가 없었다. 그리고 개정전 하도급법상 부당특약에 대해서는 공정거래위원회의 시정조치 등 공법적 규제만이 부과되었기 때문에 양자가 중복되더라도 문제가 되지 않았다. 그러나 위원장 대안에서는 부당특약의 무효요건을 이원적으로 규정하였기 때문에 중복되는 부당특약의 경우에 어느 기준을 적용하여야 하는가의 문제가 발생하게 된 것이다. 그렇지만, 개정된 하도급법이 다시 개정되지 않는 이상 이 문제를 해결하여야 하며, 하위법령에서 정하고 있는 부당특약의 내용은 법률에서 정한 내용을 구체적으로 규정하고 있기 때문에 하도급법상 부당특약과 하위법령상 부당특약의 일부는 중복된다고 할 것이다.

나. 하도급법령상 중복 부당특약의 유형에 대한 사법적 효력 판단기준

하위법령에서 규정하고 있는 부당특약의 유형 중 비용 또는 수급사업자의 책임과 관련된 내용은 하도급법에서 정하고 있는 부당특약의 유형과 사실상 중복된다. 따라서 하도급거래의 내용이 양자 모두에 해당할 수 있으며, 이 경우에 그 사법적 효력을 무효로 판단함에 있어 하도급법의 기준을 적용하여야 하는지 아니면 하위법령에 적용되는 기준(현저성 추가)을 적용하여야 하는지의 문제가 발생한다. 원사업자는 하위법령의 기준을 적용하여야 한다고 주장할 것이며, 수급사업자는 하도급법의 기준을 적용하여야 한다고 주장할 것이다. 이에 대해서는 하도급법의 입법취지 및 부당특약의 사법적 효력 규정을 신설한 취지 등을 고려하여 해석하여야 할 것이며, 수급사업자의 이익을 고려하여 후자와 같이 하도급법의 기준을 적용하여 현저성을 갖추지 않더라도 부당특약의 요건을 충족한 경우에 그 약정을 무효로 판단하여야 할 것이다. 이와 같이 해석하는 것이 원사업자에 대한 공정거래위원회의 시정조치 등 공법적 규제의 대상 여부를 결정함에 있어 영향을 미친다면 전자와 같이 해석하여야 하겠지만, 부당특약의 무효 여부를 판단하는 것은 공법적 규제의 대상 여부를 결정하는 것과 무관하기 때문이기도 하다.

3. 하위법령의 부당특약에 대해 현저성이 없더라도 그 효력을 부정할 수 있는 방법

가. 하도급법상 시정조치

공정거래위원회는 하도급법 제3조의4를 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 공시의무의 이행 또는 공시내용의 정정, 법 위반행위의 중지, 특약의 삭제나 수정, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다(동법 제25조 제1항).

나. 부당특약에 대한 공정거래위원회의 시정조치를 통한 부당특약의 시정

원사업자가 하도급거래에서 부당특약을 정한 경우에 공정거래위원회는 부당특약의 삭제나 수정을 명할 수 있으며, 그 약정이 하위법령에서 정한 부당특약에 해당하더라도 현저성을 갖출 필요가 없다. 그 결과, 수급사업자는 하도급거래에서 정한 약정이 하위법령에서 정한 부당특약에 해당하더라도 그 불공정성이 현저하지 않은 경우에 그 무효를 주장할 수 없지만, 공정거래위원회가 원사업자에게 그 부당특약의 시정을 명령한 경우에 원사업자는 이를 시정하여야 한다. 이를 통해 불공정성이 현저하지 않은 부당특약을 사실상 무효로 하는 효과를 유발할 수 있다. 다만, 수급사업자가 부당특약에 따라 이행한 경우에 그 반환을 청구할 수 없기 때문에 공정거래위원회의 시정조치는 부당특약의 무효와 차이가 있다고 주장할 수 있다. 그러나 행정규제인 시정조치는 위법행위의 금지 등에 국한되는 것이 아닌 위법행위로 조성된 결과의

제거¹⁵⁾까지 포함하기 때문에 부당특약에 따라 이행된 급부에 대한 반환명령도 가능하다.¹⁶⁾ 따라서 하위법령에서 정하고 있는 부당특약이 현저하게 불공정하지 않더라도 공정거래위원회의 시정명령을 통해 사실상 그 약정을 무효로 하는 것과 동일한 효과를 발생시킬 수 있다.

IV. 부당특약의 불이익 당사자 및 무효에 따른 사법적 효과

1. 부당특약의 무효요건으로서 불이익의 당사자

가. 하도급법의 내용 및 문제점

하도급법상 부당특약은 수급사업자에게 부당하게 불리한 약정이다. 그러나 하위법령에서 정한 부당특약에 해당하여 무효가 되기 위해서는 당사자 일방에게 현저히 불공정하여야 한다. 이 규정에서의 당사자 일방에는 수급사업자가 포함됨은 당연하지만, 원사업자도 포함되는지에 대해 논란이 제기될 수 있다. 즉, 하도급거래는 원사업자와 수급사업자간에 체결하는 계약이며, 계약당사자는 원사업자 및 수급사업자이다. 따라서 당사자 일방이라고 할 경우에 수급사업자만이 해당하는 것이 아닌 원사업자도 포함된다. 그렇다면 하위법령에서 정하고 있는 부당특약이 원사업자에게 현저하게 불공정한 경우에 그 약정은 무효가 될 수 있는지를 검토하여야 하며, 이는 하위법령상 부당특약이 원사업자에게 불리한 것인가의 문제이기도 하다.

15) "시정조치"는 위반행위의 중지명령, 주식처분명령, 계약조항 삭제명령, 시정명령을 받은 사실의 공표명령 등 공정거래법의 시정조치 규정에 근거하여 법에 위반되는 상태를 법에 합치하는 상태로 회복시키기 위한 행정처분을 말한다(공정거래위원회의 시정조치 운영지침[공정거래위원회예규 제469호, 2024. 10. 17., 일부개정]). 운영지침에서는 시정조치의 유형으로 시정명령을 받은 사실의 공표명령을 규정하고 있지만, 공표명령은 위법행위의 시정과는 무관하다. 즉, 공표명령은 위법행위를 시정하기 위한 조치가 아닌 시정명령을 받은 사실을 일반 대중에게 알리도록 하는 것이며, 이를 통해 위법행위가 시정되거나 그로 인해 조성된 결과가 제거되는 것은 아니다. 따라서 공표명령을 시정조치의 일 유형으로 인정하는 것은 시정조치의 취지와 일치하지 않는다(고형석, "전자상거래소비자보호법상 시정조치에 관한 연구", 『경제법연구』, 제15권 제2호(2016), 282면). 개별법에서는 시정명령을 받은 사실의 공표명령에 대해 상이하게 규정하고 있다. 하도급법에서는 공표명령을 시정조치의 일 유형이 아닌 별도의 행정명령으로 규정하고 있지만(동법 제25조 제3항), 전자상거래 등에서 소비자보호에 관한 법률에서는 공표명령을 시정조치의 일종으로 규정하고 있다(동법 제32조 제2항).

16) 공정거래위원회가 하도급거래 공정화에 관한 법률 제25조 제1항에 의한 시정명령을 하는 경우에는 단순히 하도급대금의 발생 및 지급지연과 같은 제13조 등의 위반행위가 있었는가를 확인함에 그쳐서는 안 되고, 나아가 그 위반행위로 인한 결과가 그 당시까지 계속되고 있는지를 확인하여 비록 법 위반행위가 있었더라도 하도급대금 채무의 불발생 또는 변제, 상계, 정산 등 사유 여부를 불문하고 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 아니한다면, 그 결과의 시정을 명하는 내용의 시정명령을 할 여지는 없다고 보아야 한다(대판 2010. 1. 14, 2009두11843).

나. 건설산업기본법에서의 부당특약

건설공사 (하)도급계약의 내용이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우로서 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 부분에 한정하여 무효로 한다(동법 제22조 제5항). 여기에 당사자 일방에는 수급인 또는 하수급인에 국한되지 않고, 발주자 또는 수급인도 포함된다. 즉, 건설산업기본법은 하도급법과 달리 발주자 또는 수급인이 수급인 또는 하수급인보다 우월적 지위에 있는 것을 요구하고 있지 않다.¹⁷⁾ 따라서 수급인 또는 하수급인이 발주자 또는 수급인보다 더 우월적 지위에 있는 경우도 존재하기 때문에 어느 당사자의 이익을 제한 또는 침해하는 약정으로 정의하지 않고 있으며, 수급인 또는 하수급인이 부당특약을 발주자 또는 수급인에게 강요할 수도 있다. 그러므로 건설산업기본법상 (하)도급계약의 부당특약은 수급인에 국한되는 것이 아닌 도급인에게도 적용된다. 다만, 건설산업기본법 제38조 제2항에서는 하도급계약의 부당특약에 대해 당사자 일방으로 규정한 것이 아닌 하수급인의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약으로 규정하고 있기 때문에 이 부분에 있어서 부당특약에 해당하기 위해서는 그 약정이 하수급인에게 부당하게 불리하여야 한다.

다. 소결

2025년 개정에 따라 신설된 하도급법 제3조의4 제3항에서는 하위법령에서 정하는 부당특약이 당사자 일방에게 현저하게 불공정한 경우에 그 부분에 한해 무효로 규정하고 있다. 그 결과, 부당특약이 원사업자에게 불리한 경우에도 무효가 될 수 있는가의 문제가 제기된다. 건설산업기본법의 내용과 비교할 때 원사업자도 포함된다고 해석할 수 있다. 그러나 다음과 같은 점에서 원사업자는 이에 포함되지 않는다고 할 것이다. 첫째, 시행령에서 규정하고 있는 부당특약은 하도급거래에서 발생하는 비용이나 책임을 수급사업자에게 부당하게 부담시키는 약정, 수급사업자에게 불합리하게 책임을 부담시키는 약정, 간접비의 인정범위를 부당하게 일률적으로 제한하는 약정, 하도급대금 조정을 신청할 수 있는 권리를 부당하게 제한하는 약정이다. 이러한 약정은 부당하게 수급사업자의 권리를 제한하거나 수급사업자에게 비용을 전가하는 약정이기 때문에 수급사업자에게 불공정한 뿐 원사업자에게 불공정한 것은 아니다. 둘째, 고시에서 정하는 부당특약이며, 법에 규정된 수급사업자의 권리를 부당하게 제한하는 경우·수급사업자의 기술자료 등에 대한 권리를 부당하게 제한하는 경우·수급사업자의 의무를 부당하게 법이 정한 기준보다 높게 설정하는 경우·원사업자의 의무를 수급사업자에게 부당하게 전가하는 경우 및 수급사업자의 계약상 책임을 부당하게 가중하는 경우이다. 이 역시 시행령에서

17) 고흥석, “건설산업기본법과 하도급 거래 공정화에 관한 법률간 관계에 관한 연구”, 『건설법무』, 제9호(2023), 11면.

정하고 있는 부당특약과 동일하며, 고시의 부당특약은 수급사업자에게 불공정할 뿐 원사업자에게 불공정한 것은 아니다. 이와 같이 하위법령에서 정하고 있는 부당특약은 수급사업자에게 불공정할 뿐 원사업자에게 불공정한 것은 아니다. 마지막으로 하도급법에서는 부당특약을 원사업자가 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건으로 정의하고 있기 때문에 부당특약으로 불공정하게 되는 당사자는 수급사업자로 국한된다.

2. 무효인 부당특약에 따라 이행된 급부의 반환청구

가. 부당특약의 무효와 부당이득 반환

하도급거래의 약정이 부당특약의 무효요건을 충족하여 무효인 경우에 그 약정은 처음부터 당연무효이다.¹⁸⁾ 따라서 수급사업자가 이행하기 전이라고 한다면 이행할 필요가 없으며, 원사업자도 부당특약에 기하여 이행을 청구할 수 없다.¹⁹⁾ 또한 원사업자가 부당특약에 기하여 과소 이행하였다면 나머지 부분에 대해 추가적으로 이행하여야 하며, 수급사업자는 이행되지 않은 부분에 대해 그 이행을 청구할 수 있다. 반면에 부당특약에 기하여 이행한 수급사업자는 원칙적으로 원사업자에게 부당이득을 이유로 그 이익의 반환을 청구할 수 있다(민법 제741조).²⁰⁾

나. 비채변제와 불법원인급여

부당이득은 손실자에게 반환하여야 하지만, 예외적으로 반환청구가 인정되지 않는 경우가 존재한다. 민법에서는 그 유형으로 비채변제(제742조), 도의관념에 적합한 비채변제(제744조), 타인의 채무의 변제(제745조)²¹⁾ 및 불법원인급여(제746조)를 규정하고 있다. 이 중 부당특약과 관련성이 있는 경우는 비채변제와 불법원인급여이다.

(1) 비채변제

비채변제라 함은 변제자가 채무없음을 알고 이를 변제한 경우를 의미하며, 변제자는 부당이

18) 법률행위의 무효는 절대적 무효와 상대적 무효로 구분된다. 즉, 법률행위 무효를 제3자에게도 주장할 수 있는 경우에는 절대적 무효에 해당하지만, 제3자에게 그 무효를 주장할 수 없는 경우에는 상대적 무효에 해당한다(곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2015, 384면). 하도급법상 부당특약의 무효는 제3자 보호규정이 없기 때문에 절대적 무효에 해당한다.

19) 양형우, 민법총칙, 정독, 2025, 300면.

20) 황태희, “하도급법상 부당특약의 금지”, 『경제법연구』, 제51권(2025), 346면.

21) 수급사업자가 착오로 원사업자의 채무를 변제하였으며, 원사업자의 채권자가 선의로 증서를 해멸하거나 담보를 포기하거나 시효로 인하여 그 채권을 잃은 때에는 수급사업자는 그 채권자에게 반환을 청구하지 못한다. 그러나 원사업자에게 구상권을 행사할 수 있기 때문에 사실상 반환불가에 해당하지 않는다(민법 제745조).

득을 이유로 이득자에 대해 반환을 청구할 수 없다(민법 제742조). 이와 같이 비채변제를 인정하는 이유는 효율적인 법적 해결의 추구하고 선행행위에 모순하는 변제자의 행태에 대한 제재라고 할 수 있다.²²⁾ 이를 부당특약과 연계시키면, 수급사업자가 급부의 원인이 된 약정이 무효인 부당특약이라는 사실을 알고 이행하였다면 이는 민법상 비채변제에 해당하기 때문에 수급사업자는 원사업자에게 부당이득을 이유로 반환을 청구할 수 없다. 다만, 수급사업자의 비채변제가 임의로 이루어져야 하며, 원사업자가 그 변제를 강요하거나 변제거절로 인한 사실상의 손해를 피하기 위해 부득이 변제하게 된 경우 또는 수급사업자가 착오로 변제한 경우에는 비채변제에 해당하지 않기 때문에 그 이득의 반환을 청구할 수 있다.²³⁾ 이 경우에 변제자가 채무 없음을 알았다는 사실에 대한 증명책임은 반환책임을 부인하는 자에게 있다.²⁴⁾

이처럼 부당특약에 따라 수급사업자가 임의로 변제하였을 경우에 민법상 비채변제에 해당할 수 있으며, 수급사업자는 그 반환을 청구할 수 없다. 물론 원사업자와의 거래관계 유지 등을 위해 불가피하게 지급한 것이라고 한다면 수급사업자가 임의로 지급하지 않은 것이 되며, 그 반환을 청구할 수 있다. 그러나 수급사업자는 그 반환을 위해 소송 등을 제기하여야 하기 때문에 많은 시간과 비용에 소요된다는 한계가 있다. 이와 유사한 사례가 이자제한법상 초과이자의 임의지급이다. 종전에는 채무자가 법정 최고이자율을 초과한 이자율을 약정하고, 그에 따라 이자를 지급한 후 초과지급한 이자의 반환을 청구한 사건에서 대법원은 비채변제를 이유로 그 반환청구를 부정하였다.²⁵⁾ 이에 이자제한법을 개정하여 채무자가 이자를 초과지급한 경우에 원본이 아직 남아 있다면 원본에 충당하고, 원본이 남아 있지 않은 경우에 반환을 청구할 수 있다고 규정하였다(이자제한법 제2조 제4항). 따라서 채무자는 무효에 대한 인식 여부와 관계없이 초과지급한 이자에 대해 반환을 청구할 수 있다. 또한 표준하도급계약서에서는 부당특약을 무효로 규정하면서 이에 따라 수급사업자가 이행한 경우에 그 반환의 청구를 인정하고 있다.²⁶⁾

22) 박운직 편집대표, 민법주해 [XVII](양창수 집필분), 박영사, 2005, 387면.

23) 채무 없는 자가 착오로 인하여 변제한 것이 아니라면 비채변제는 지급자가 채무 없음을 알면서도 임의로 지급한 경우에만 성립하고 채무 없음을 알고 있었다 하더라도 변제를 강제당한 경우나 변제거절로 인한 사실상의 손해를 피하기 위하여 부득이 변제하게 된 경우 등 그 변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것으로 볼 수 있는 사정이 있는 때에는 지급자가 그 반환청구권을 상실하지 않는다(대판 1997. 7. 25, 97다5541).

24) 민법 제742조 소정의 비채변제에 관한 규정은 변제자가 채무 없음을 알면서도 변제를 한 경우에 적용되는 것이어서 채무 없음을 알지 못한 경우에는 그 과실 유무를 불문하고 적용되지 아니하며, 변제자가 채무 없음을 알았다는 점에 대한 입증책임은 반환청구권을 부인하는 측에 있다고 할 것이다(대판 2012. 11. 15, 2010다68237).

25) 이자제한법 소정 이율을 초과한 이자를 임의로 지급한 경우에 그 이자의 지급을 무효라고 하여 다시 그 반환을 청구할 수 있는 것은 아니다(대판 1994. 8. 26, 94다20952 등).

26) 제2항에 따라 무효가 되는 약정에 근거하여 수급사업자가 비용을 부담한 경우 수급사업자는 이에 해당하는 금액의 지급을 원사업자에게 청구할 수 있다(범용 (제조업 분야) 표준하도급계약서 제49조 제3항).

(2) 불법원인급여

불법원인급여라 함은 불법인 원인에 따라 이루어진 급부에 대해 급여자는 부당이득을 이유로 수익자에게 그 반환을 청구할 수 없는 것을 말한다(민법 제746조). 불법원인급여에 해당하는 급부에 대해 반환청구를 부정하는 이유는 불법을 행한 자에게 불이익을 주어 불법행위를 금지하기 위함이다.²⁷⁾ 그렇다면 부당특약은 불법원인급여에서의 불법에 해당하는가? 부당특약에서 급부자는 수급사업자이며, 이득자는 원사업자이다. 만일 이를 인정한다면 무효인 부당특약에 기초하여 급부가 이루어진 경우에 수급사업자는 부당이득을 이유로 반환을 청구할 수 없게 된다. 이러한 점은 수급사업자의 이익을 제한하거나 침해하는 약정을 금지하고자 하는 하도급법의 취지와 상반되는 결과가 발생할 수 있다. 따라서 그 반환을 청구할 수 있어야 할 것이며, 그 방법으로 불법원인급여에 있어서 불법은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 것으로 한정하는 판례²⁸⁾와 다수설²⁹⁾의 견해에 따라 부당특약금지 규정을 단순 강행규정으로 해석하는 것이다. 이와 같이 해석한다면 부당특약금지 규정을 위반한 약정은 사법적 무효이지만, 선량한 풍속 기타 사회질서와 관계가 없기 때문에 수급사업자는 그 이득의 반환을 청구할 수 있다.

다. 반환의 범위

무효인 부당특약에 따라 수급사업자가 이행하였을 경우 중 앞에서 제시한 비채변제에 해당하지 않을 경우에 수급사업자는 원사업자에게 부당이득반환을 청구할 수 있다. 이 경우에 원사업자가 반환하여야 할 이득은 어디까지인가? 민법상 부당이득반환의 범위는 수익자가 선의인 경우와 악의인 경우로 구분된다. 선의인 경우에는 받은 이익이 현존하는 한도에서 반환할 의무를 부담한다. 반면에 악의³⁰⁾인 경우에는 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고, 손해가 있으면 이를 배상하여야 한다(민법 제748조). 이러한 부당이득의 반환범위는 무효인 부당특약에 따라 급부가 이행된 경우에도 적용된다. 다만, 원사업자는 악의인 경우가 대다수이기 때문에 받은 이익에 이자를 붙이고 수급사업자에게 손해가 있는 경우에 배상까지 하여야 할 것이다.³¹⁾

27) 양형우, 채권법, 정독, 2025, 692면; 송덕수, 채권법각론, 박영사, 2023, 503면.

28) 부당이득의 반환청구가 금지되는 사유로 민법 제746조가 규정하는 불법원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 경우를 말하는 것이고, 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다(대판 2010. 5. 27, 2009다12580 등).

29) 지원립, 민법강의, 홍문사, 2025, 1430면; 송덕수, 앞의 책, 504면 등.

30) 수익자의 악의에 대해서는 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다(대판 2017. 6. 15, 2013다8960 등).

31) 표준하도급계약서에서는 그 반환범위에 대해 받은 이익으로 규정하고 있지만, 이에 대해서는 선의 또는 악의로

3. 잔여 계약의 효력

가. 하도급법의 내용과 한계

동법 및 하위법령상 부당특약은 그 자체로 또는 현저한 경우에 무효이다. 그렇다면 이를 제외한 나머지 하도급거래의 효력은 어떻게 되는가? 이에 대한 규정을 두지 않는다면 민법상 일부무효의 원칙에 따라 하도급거래 전부는 무효가 되고, 그 무효부분이 없더라도 하도급거래를 체결하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 않게 된다(민법 제137조).³²⁾ 이러한 점은 부당특약만을 무효로 하고, 나머지 부분만으로 하도급거래를 유지하고자 하는 수급사업자의 의사에 반하게 되기 때문에 하도급법에서는 민법에 대한 특칙을 두어 부당특약만을 무효로 규정하고 있다. 따라서 하도급거래는 부당특약을 제외한 나머지 부분만으로 유지된다. 그렇다면 잔여 계약내용만으로 하도급거래를 유지할 수 없는 경우 또는 일방 당사자에게 현저하게 불리한 경우에는 어떻게 될 것인가? 이 경우에 전체 하도급거래가 무효가 되는 것인지 아니면 잔여 부분만으로 존속하는지의 문제이다. 이에 대해 하도급법에서는 규정하고 있지 않다.

나. 약관규제법상 잔여계약의 효력

약관규제법에서는 약관의 전부 또는 일부가 편입통제 요건을 충족하지 못하거나 내용통제에 따라 무효인 경우에 민법의 일부무효의 원칙에 대한 특칙으로 일부 무효를 원칙으로 규정하고 있다. 다만, 잔존부분만으로는 계약의 목적으로 달성할 수 없거나 한쪽 당사자에게 부당하게 불리한 경우에 그 계약을 무효로 하고 있다(동법 제16조). 따라서 잔존 부분만으로는 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우 또는 한쪽 당사자에게 부당하게 불리한 경우에 전체 계약은 무효가 되지만, 그 외의 경우에는 잔존 부분만으로 계약은 유지된다. 이러한 단서 규정의 내용 중 ‘한쪽 당사자’에 고객뿐만 아니라 사업자가 포함되는가의 문제에 대해 학설³³⁾과 판례³⁴⁾는 사업자도 포함됨을 인정하고 있지만, 학설은 그 원인을 제공한 사업자가 이에 포함되는 것에 대해 비판하고 있다.³⁵⁾

구분하여 그 반환범위를 달리 정할 필요가 있다.

32) 민법 제137조는 임의규정으로서 의사자치의 원칙이 지배하는 영역에서 적용되므로, 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는지 판단함에 있어서는 개별 법령이 일부무효의 효력에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따라야 하고, 그러한 규정이 없다면 원칙적으로 민법 제137조가 적용된다. 다만 당해 효력규정 및 그 효력규정을 둔 법의 취지를 고려하여 볼 때 나머지 부분을 무효로 한다면 당해 효력규정 및 그 법의 취지에 명백히 반하는 결과로 초래되는 경우에는 나머지 부분까지 무효가 된다고 할 수는 없다(대판 2022. 5. 26, 2020다253515).

33) 고형석, “약관규제법의 한계와 개선방안에 관한 연구”, 「민사법의 이론과 실무」, 제28권 제2호(2025), 23면; 최병규, “약관규제법상 일부무효의 특칙에 관한 연구”, 「경제법연구」, 제10권 제2호(2011), 196면.

34) 대판 1998. 2. 13, 96다38506.

다. 소결

하도급법에 따라 약정이 무효인 경우에 하도급거래는 잔여 부분만으로 존속하게 되지만, 그 부분만으로는 계약의 목적을 달성할 수 없거나 일방 당사자에게 현저하게 불리한 경우에 그 계약의 효력이 어떻게 될 것인가의 문제가 제기된다. 이에 대해서는 하도급법은 규정하고 있지 않기 때문에 현실적으로는 해석을 통해 해결할 수 밖에 없다. 첫째, 보충적 해석을 통해 하도급거래의 내용을 보완한 후 그 효력을 유지시키는 방안이다. 즉, 무효된 부분에 대해 하도급법을 비롯하여 민법 등에서 규정하고 있는 경우에는 해당 규정을 보완하여 해당 하도급거래를 유지시키는 것이다. 예를 들어, 하자담보책임을 전적으로 수급사업자에게 전가하는 약정이 포함된 하도급거래의 경우에 해당 약정이 무효로 되더라도 건설산업기본법 등의 규정을 적용하여 무효로 된 부분을 보충하여 하도급거래를 유지시키는 것이다. 둘째, 보충적 해석은 관련법령에 이를 보완할 수 있는 규정 또는 관습이 있는 경우에 가능한 방법이다. 그러나 이에 관한 규정이 없는 경우에는 보충적 해석을 통해 해결할 수 없으며, 다른 방안을 모색하여야 한다. 그 방안 중 하나가 해당 부당특약이 약관의 내용 중 일부라면 약관규제법상 일부무효의 특칙 규정을 적용하여 해결하는 것이다. 즉, 잔여 부분만으로 계약의 목적을 달성할 수 없거나 수급사업자에게 현저하게 불리한 경우에는 전체 계약을 무효로 하지만, 그러하지 않은 경우에는 잔존 부분만으로 그 계약을 존속시키는 것이다. 그러나 이 방안은 부당특약이 약관의 일부일 경우에만 적용할 수 있으며, 약관에 해당하지 않은 경우에는 적용할 수 없다는 한계가 있다. 이와 같이 잔존 계약의 효력이 어떻게 될 것인가에 대해 살펴보았지만, 해석론을 통해 해결함에 있어서는 한계가 있기 때문에 이 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 하도급법 개정이 필요하다고 할 것이다.

V. 하도급법상 부당특약 규정의 개선방안

1. 부당특약 무효요건

가. 부당특약 무효요건의 일원화

하도급법상 부당특약의 무효는 현저성을 요건으로 하는 경우와 요건으로 하지 않은 경우로 구분된다. 그러나 부당특약의 무효요건을 이원적으로 규정한 이유 및 정당성은 확인할 수 없다. 또한 그 요건을 이원적으로 규정한 결과, 하도급법과 하위법령에서 정한 부당특약이 동일

35) 이은영, “약관법과 민법의 관계 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 「외법논집」, 제34권 제4호(2010), 201면; 김동훈, “약관조항의 일부무효의 법리”, 「경희법학」, 제23권 제1호(1988), 256면.

한 경우에 어느 요건을 적용하여야 하는지의 문제가 발생한다. 그리고 부당특약이 양자 중 어디에서 규정되는가에 따라 사실상 불법성의 정도가 상이하게 된다는 점은 수범자 및 법 집행기관의 입장에서는 이해하기가 쉽지 않다. 따라서 하도급법상 부당특약의 무효요건은 이원적으로 규정할 것이 아닌 일원적으로 규정되어야 할 것이다.

나. 부당특약 무효요건에서 현저성 배제

부당특약의 무효요건을 일원적으로 규정하였을 경우에 현저성을 추가적인 요건으로 할 것인가 아니면 이를 배제할 것인가에 대한 검토가 필요하다. 국가계약법 및 지방계약법은 후자의 방식을 취하고 있으며, 건설산업기본법 및 소프트웨어진흥법에서는 전자의 방식을 취하고 있다. 양자 중 어느 방식을 취할 것인가에 대해 일반적으로 본다면 경미한 위법보다는 중대한 위법에 한해 무효로 하는 것이 타당하다고 주장할 수 있다. 그러나 다음과 같은 점에서 부당특약의 무효요건에서 현저성을 배제하는 것이 타당할 것이다.³⁶⁾

첫째, 하도급법은 하도급거래에서 원사업자의 거래상 지위남용을 규제하여 수급사업자의 권익을 보호하기 위해 제정되었으며, 그 방안 중 하나로 부당특약을 금지하고 있다. 이러한 부당특약은 수급사업자의 정당한 이익을 위법하게 제한하거나 박탈하는 것이며, 그 경중을 따질 것이 아닌 그 자체로 허용할 수 없다고 할 것이다. 둘째, 하위법령에서 정한 부당특약 중 일부에는 ‘과도성’을 요구하고 있으며, 이는 현저성과 동일한 의미이다. 즉, 고시에서 정하고 있는 부당특약은 그 자체로 현저히 부당한 경우(과도성 등을 요건으로 하는 경우)와 단순히 부당한 경우(과도성 등을 요건으로 하지 않은 경우)로 구분되며, 전자에 있어서 과도성은 그 위반의 정도가 현저하다는 것을 의미한다. 따라서 일부 부당특약 그 자체에 이미 현저성이 고려되어 있으며, 이에 대해 추가적으로 현저성을 요구하는 것은 원사업자의 부당특약을 사법(私法)적으로 허용하는 결과를 초래한다. 셋째, 공정거래위원회의 시정조치를 통한 부당특약의 수정 또는 삭제와의 관계이다. 하위법령에서 정한 부당특약이 무효가 되기 위해서는 현저성 요건을 충족하여야 하지만, 사실상 이와 동일한 효과를 발생시키는 공정거래위원회의 시정조치는 현저성을 충족하지 않은 부당특약에 대해서도 부과할 수 있다. 만일 부당특약의 무효요건에 일률적으로 현저성을 추가하는 방식으로 하도급법이 개정될 경우에 수급사업자는 그 약정의 무효를 위해 민사소송을 제기하는 것이 아닌 공정거래위원회에게 시정조치를 요구하게 될 것이다. 이에 따라 수급사업자가 사법(私法)적으로 부당특약의 구속력을 받지 않도록 개정된 하도급법 제3조의4 제3항(하위법령에 한함)은 유명무실하게 되며, 공정거래위원회의 업무만 가중되는 결과를 초래한다. 마지막으로 현저성은 그 약정의 불법성이 매우 높은 경우를 의미하지만, 현

36) 같은 의견으로는 홍성진, “하도급 부당특약 피해구제를 위한 입법 개선방안 연구”, 「건설정책리뷰」, 제2020-07호(2020), 27면.

실적으로 이를 판단하기가 쉽지 않을 뿐만 아니라 이를 엄격하게 해석할 경우에 부당특약이 무효로 인정되는 경우는 매우 제한적일 수 밖에 없다.³⁷⁾ 이로 인해 부당특약의 사법적 효력을 규정한 하도급법은 부당특약으로부터 수급사업자의 이익을 보호할 수 없게 되며, 그 입법 목적을 충실히 달성할 수 없게 된다.

다. 부당특약으로 인해 피해를 입는 자

하위법령에서 정한 부당특약이 무효가 되기 위해서는 당사자 일방에게 현저하게 불공정하여야 한다. 이는 건설산업기본법 또는 약관규제법에서 정한 방식을 답습한 것으로 추정되지만, 부당특약은 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건이기 때문에 원사업자가 부당특약으로 피해를 입을 수 없다. 또한 하도급법은 건설산업기본법과 달리 원사업자가 수급사업자보다 우월적인 지위를 가지고 있으며, 그 거래상 지위남용행위를 규제하기 위해 제정된 법이다. 그럼에도 불구하고, 부당특약으로 인해 피해를 입은 자를 당사자 일방으로 규정하여 원사업자가 이에 포함될 수 있도록 규정한 것은 타당하지 않다. 다만, 앞에서 제시한 바와 같이 부당특약의 무효요건을 일원적으로 규정하고, 현저성을 배제한다면 이 문제는 쉽게 해결될 수 있다.

2. 부당특약의 무효에 따른 법률관계 보완

가. 비채변제에 대한 특칙

부당특약이 무효인 경우에 수급사업자는 부당특약에 따른 이행의무가 없다. 그럼에도 불구하고, 수급사업자가 무효인 부당특약에 따라 이행한 경우에 원칙적으로 부당이득으로 반환을 청구할 수 있지만, 이를 알고 임의로 변제한 경우에는 그 반환을 청구할 수 없다. 이는 부당이득반환에 대한 예외이지만, 하도급거래의 특성을 감안할 때 이를 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다. 물론 원사업자와의 거래관계 유지 등을 위해 불가피하게 지급하였다는 점을 증명한 경우에 수급사업자는 부당이득으로 반환을 청구할 수 있지만, 그 증명 등을 고려할 때 쉽지 않은 문제이다. 따라서 이 문제를 보다 간편하게 해결할 수 있는 방안이 마련되어야 하며, 이 자제한법과 같이 명시적으로 그 반환을 청구할 수 있는 규정을 신설하는 것이 바람직하다.

나. 잔여 계약의 효력

하도급법에서는 약정이 부당특약에 해당하여 무효인 경우에 그 약정에 한해 무효임을 규정

37) 정주미, “하도급법상 부당특약과 사법상 효력”, 『법학연구』, 제28집 제1호(2025), 193면.

하여 민법상 일부무효 원칙에 대한 특칙을 정하고 있다. 다만, 그 무효로 된 부분에 대한 보완이 이루어지지 않는 경우에 잔여 계약을 그대로 유지하는 것이 타당한 것인가의 문제가 제기된다. 약관규제법에서는 잔여 부분만으로 계약의 목적을 달성할 수 없거나 일방 당사자에게 부당하게 불이익한 경우에 한해 그 전부가 무효로 된다고 규정하고 있다(동법 제16조). 따라서 하도급법에서도 이와 같은 규정을 신설하는 것이 필요하며, 이를 위해서는 다음의 두 가지를 고려할 필요가 있다.

첫째, 잔여 계약을 무효로 할 것인지 아니면 수급사업자에게 선택권(해제권 또는 해지권)을 부여할 것인지를 문제이다. 잔여 계약만으로 계약의 목적을 달성할 수 없거나 수급사업자에게 부당하게 불이익한 경우에 그 계약 자체를 무효로 하는 것이 일면 타당하다고 할 수 있다. 그러나 수급사업자에게 부당하게 불이익한 경우에도 수급사업자가 그 계약을 유지하고자 하는 경우도 존재할 수 있다는 점을 고려한다면 잔여 계약의 효력을 수급사업자가 결정할 수 있도록 하는 것이 하도급법의 입법취지인 수급사업자의 보호에 적합하다고 할 것이다. 이에 대해 수급사업자가 그 계약의 존속을 선택하는 경우에는 부당한 불이익을 감수하는 결과가 발생하게 될 수 있다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 수급사업자는 하도급법에 따라 손해배상을 청구할 수 있기 때문에 실질적으로 부당한 불이익을 입는 경우는 그리 많지 않을 것이며, 그 불이익이 크다면 잔여계약을 해제 또는 해지하여 그 계약을 해소할 수 있기 때문에 이러한 문제는 발생하지 않을 것이다. 둘째, 잔여계약만으로 불이익하게 되는 자의 범주에 관한 문제이다. 약관규제법과 같이 당사자 일방으로 규정한다면 원사업자도 잔여계약의 효력을 주장할 수 있다. 그러나 그 원인을 제공한 자가 불이익하다고 무효를 주장하는 것은 신의칙에 합치하지 않는다. 즉, 부당특약에 해당하는 약정을 포함시킨 원사업자가 그 약정이 무효로 됨에 따라 불이익을 입는다고 하여 하도급거래 자체를 무효로 하게 된다면 원사업자는 부당특약에 따른 사법상 불이익을 입지 않게 된다. 따라서 일방 당사자에게 불리한 경우에 있어 당사자에는 원사업자를 배제하고 수급사업자로 제한하는 것이 타당하다.

이러한 점을 고려할 때, 부당특약의 무효화에 따라 잔여계약의 효력은 다음과 같이 규정하는 것이 바람직할 것이다. 첫째, 잔여계약만으로 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약법의 일반원칙에 따라 그 전부를 무효로 한다. 둘째, 계약의 목적을 달성할 수는 있지만, 잔여계약이 수급사업자에게 부당하게 불리한 경우에는 수급사업자가 그 계약의 존속 여부를 선택할 수 있도록 해제 또는 해지의 대상으로 규정한다. 따라서 수급사업자는 그 불이익을 감수할 수 있다면 그 계약을 유지하지만, 그 불이익을 감수할 수 없다면 해제 또는 해지하여 그 계약 자체에서 벗어날 수 있도록 하는 것이다. 이와 함께 수급사업자는 원사업자에게 계약의 무효 또는 해제·해지로 인해 발생한 손해에 대해 배상을 청구할 수 있어야 할 것이다.

3. 임시중지명령제도의 도입

가. 임시중지명령제도의 의의 및 도입현황

임시중지명령이라 함은 사업자의 위법행위가 있다면 명백히 의심되고, 그 위법행위로 인해 상대방에게 회복하기 어려운 손해의 발생이 우려되어 이를 예방하기 위해 긴급히 필요하다고 할 경우에 그 위법행위를 일시 중지시키는 행정기관의 행정행위를 말한다.³⁸⁾

행정기관은 사업자의 위법행위가 확인될 경우에 시정명령을 부과할 수 있지만, 그 행위가 위법의 가능성이 있다는 것만으로는 시정명령을 부과할 수 없다. 이로 인해 그 행위가 추후 위법한 것으로 확정된 경우에 그 기간 동안(위법의 가능성을 인식한 시점부터 확정시점까지)에 발생한 피해는 예방할 수 없다. 따라서 위법행위로 확정되지 않았지만, 그 가능성이 높은 경우에 임시적 조치를 취하여 그 피해를 예방하고자 임시중지명령제도를 도입하였다. 이러한 임시중지명령제도는 1999년에 제정된 표시광고의 공정화에 관한 법률에 처음 도입되었으며(동법 제8조), 2016년에는 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률에도 도입되었다(동법 제32조의2).³⁹⁾

나. 부당특약에 대한 임시중지명령제도 도입의 필요성

2025년 하도급법 개정에 따라 부당특약은 무효가 되어 그 효력이 발생하지 않지만, 약정이 부당특약에 해당하는지의 여부 및 그에 따라 무효가 되는지는 법원의 판결을 통해 확정된다. 그 결과, 수급사업자는 장기간 동안 부당특약에 기속되게 되며, 설령 법원에 의해 무효로 인정되더라도 그로 인해 입은 피해는 복구되지 않는다. 물론 약정에 대한 무효확인 소를 제기하면서 보전처분으로 효력정지 가처분을 신청하여 그 피해를 예방할 수 있다. 그러나 효력정지 가처분은 신청자에 국한하여 그 효력이 인정되기 때문에 부당특약 그 자체를 금지할 수 없다. 이는 민사소송의 특징이면서도 한계이다. 즉, 부당특약은 위법하면서도 하도급거래질서를 저해하는 행위이기 때문에 특정인에 대해서만 금지되어야 하는 것은 아닌 위법행위 그 자체를 금지시켜야 한다. 그러나 민사소송법에서는 피해 수급사업자가 다수의 수급사업자를 위해 금지청구의 소를 제기할 수 있는 공익소송을 인정하고 있지 않기 때문에 피해자인 수급사업자가 가해자인 원사업자의 위법행위 그 자체를 금지하는 소를 제기할 수 없다. 이로 인해 원사업자의 부당특약에 의한 수급사업자의 피해를 사전적으로 예방하기에는 한계가 있다. 그렇다면 이를 효과적으로 예방할 수 있는 방안은 무엇인가? 즉, 약정이 부당특약으로 확정되었다면 공정

38) 고형석, “전자상거래소비자보호법상 임시중지명령제도에 관한 연구”, 『경제법연구』, 제16권 제3호(2017), 280면.

39) 박준영, “디지털 경제하 공정거래법상 임시중지명령 도입방안”, 『경제규제와 법』, 제14권 제1호(2021), 96면.

거래위원회의 시정명령을 통해 원사업자에게 그 부당특약을 삭제 또는 수정할 것을 요구하여 특정 수급사업자뿐만 아니라 해당 원사업자와 거래하는 모든 수급사업자의 피해를 예방할 수 있다. 그러나 약정이 부당특약에 해당할 가능성은 높지만, 확정되지 않은 경우에 시정조치를 부과할 수 없기 때문에 한계가 있다. 이 문제를 해결할 수 있는 방안이 임시중지명령제도이다. 즉, 약정이 부당특약에 해당할 가능성은 높지만, 확정되지 않은 경우에 공정거래위원회는 임시중지명령을 통해 원사업자에게 해당 약정의 사용을 중지할 것을 요구할 수 있다. 이에 따라 원사업자가 그 약정을 하도급거래에 사용하지 않고, 추후 해당 약정이 부당특약에 해당하는 것으로 결정된 경우에 수급사업자의 피해는 예방될 수 있다. 또한 그 피해예방의 효과는 일부 수급사업자에게 국한되는 것이 아닌 해당 약정이 포함된 하도급거래를 체결한 모든 수급사업자에게 미친다는 점에서 하도급법이 추구하는 하도급거래의 공정화를 실현할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때, 하도급법에서도 임시중지명령제도를 도입할 필요가 있다.

VI. 결 론

1984년에 제정된 하도급법에서는 부당특약 금지규정을 두지 않았지만, 2013년 개정 하도급법에서는 부당특약을 금지하는 규정을 신설하였다. 그러나 부당특약에 해당하는 약정의 사법적 효력(무효)을 규정하지 않음으로 인해 민법 제103조 또는 제104조에 해당하지 않은 이상 해당 약정은 사법적으로 유효하며, 수급사업자는 그 부당특약에 따라 이행하여야 했다. 이러한 점은 부당특약을 금지하고자 하는 하도급법의 입법취지와 일치하지 않기 때문에 2025년 개정 하도급법에서는 부당특약의 무효규정을 신설하였다. 이에 따라 부당특약은 무효이기 때문에 수급사업자는 부당특약에 따른 의무를 부담하지 않게 되었다. 그러나 2025년 개정 하도급법은 부당특약의 무효만을 규정하고, 이와 관련하여 발생하는 추가적인 문제의 해결에 필요한 사항을 규정하지 않았기 때문에 본문에서 제시한 문제점이 발생하고 있다. 이러한 문제점과 그 해결방안을 요약하여 정리하면 다음과 같다.

첫째, 하도급법에서는 부당특약 무효요건에 대해 이원적으로 규정하고 있으며, 하위법령에서 정하는 부당특약이 무효로 되기 위해서는 현저성까지 충족하여야 한다. 그러나 하위법령에서 정하고 있는 부당특약의 유형 중 다수는 ‘과다하게’ 등과 같이 그 불법성의 정도가 높은 경우이며, 이러한 약정을 무효로 하기 위해 현저성을 추가적으로 요구하는 것은 사실상 부당특약을 사법적으로 허용하는 것이다. 또한 부당특약 무효요건의 이원화는 하도급법에서 규정하고 있는 부당특약과 하위법령에서 정하고 있는 부당특약간 중복성 문제로 인해 발생하는 문제인 어느 요건에 따라 그 약정의 무효 여부를 결정하여야 하는가의 문제를 발생시킨다. 즉, 하

도급법상 부당특약의 경우에 무효가 되기 위해서는 현저성이 요구되지 않지만, 하위법령상 부당특약이 무효가 되기 위해서는 현저성이 충족되어야 한다. 그러나 양자가 중복되는 경우에 그 약정이 무효가 되기 위해 현저성을 충족하여야 하는지 아니면 그 자체로 무효가 되는지에 대해 논란이 발생할 수 있다. 이러한 문제가 발생하는 근본적인 원인은 하도급법상 부당특약 무효요건을 이원적으로 규정하였기 때문이므로 이를 해결하기 위해서는 부당특약의 무효요건을 단일로 규정하면서 현저성 요건을 삭제할 필요가 있다.

둘째, 하도급거래의 내용 중 일부가 부당특약으로 무효인 경우에 추가적으로 발생하는 문제로는 수급사업자가 부당특약에 따라 이행한 경우에 이를 부당이득으로 반환청구할 수 있는지의 문제와 잔여 계약의 효력문제이다. 부당특약이 무효이기 때문에 그에 따른 이행은 부당이득에 해당하여 수급사업자는 원사업자에게 반환을 청구할 수 있다. 다만, 비채변제에 해당할 경우에 그 반환청구가 불가능하기 때문에 이를 해결할 수 있는 방안이 필요하다. 이와 유사한 예가舊 이자제한법에서 법정이자율을 초과한 이자를 지급한 경우에 그 반환을 규정하지 않음에 따라 판례는 지급한 초과이자에 대한 반환을 비채변제라는 이유로 부정하였으며, 개정 이자제한법에서는 지급한 초과이자의 반환을 명시적으로 규정하였다. 이러한 점을 고려하여 수급사업자가 부당특약에 따라 이행한 경우에 그 이득의 반환을 규정할 필요가 있다. 그리고 부당특약이 무효인 경우에 잔여 계약의 효력에 있어서도 그 자체로는 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 전체 하도급거래를 무효로 하고, 그 외의 경우 중 수급사업자에게 불리한 경우에는 해제 또는 해지할 수 있는 규정이 신설될 필요가 있다.

마지막으로 부당특약이 무효로 확정되기까지는 많은 시간이 소요된다는 점을 고려할 때, 그 이전에 발생할 수 있는 수급사업자의 피해를 예방할 수 있는 방안이 마련되어야 한다. 물론 민사소송에서 보전처분을 신청하여 이를 해결할 수 있지만, 이는 해당 수급사업자에게 국한될 뿐 그 외의 수급사업자에게는 효력이 없다. 따라서 원사업자와 거래하는 모든 수급사업자에 대해 그 부당특약의 효력이 미치지 않도록 하는 방안을 모색할 필요가 있으며, 표시광고법 등에서 규정하고 있는 임시중지명령제도를 도입하여 부당특약에 해당한다고 확정되기 전에도 그 특약의 사용을 중지시킬 필요가 있다. ☐

참 고 문 헌

【단행본】

- 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2015.
- 곽윤직 편집대표, 민법주해 [XVII](양창수 집필분), 박영사, 2005.
- 권오승 외, 독점규제법, 법문사, 2017.
- 민주사회를 위한 변호사 모임 민생경제위원회 편, 변호사가 풀어주는 공정거래법 I, 진원사, 2018.
- 송덕수, 채권법각론, 박영사, 2023.
- 윤성철, 하도급분쟁사례해설, 도서출판 법과 교육, 2020.
- 양형우, 민법총칙, 정독, 2025.
- 양형우, 채권법, 정독, 2025.
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2025.
- 황승기, 하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고, 국회, 2024.

【논문】

- 고형석, “약관규제법의 한계와 개선방안에 관한 연구”, 「민사법의 이론과 실무」, 제28권 제2호(2025).
- 고형석, “하도급법상 하도급계약서에 관한 연구”, 「인권과 정의」, 제522호(2024).
- 고형석, “건설산업기본법과 하도급 거래 공정화에 관한 법률간 관계에 관한 연구”, 「건설법무」, 제9호(2023).
- 고형석, “전자상거래소비자보호법상 임시중지명령제도에 관한 연구”, 「경제법연구」, 제16권 제3호(2017).
- 고형석, “전자상거래소비자보호법상 시정조치에 관한 연구”, 「경제법연구」, 제15권 제2호(2016).
- 김동훈, “약관조항의 일부무효의 법리”, 「경희법학」, 제23권 제1호(1988).
- 김진수, “하도급법을 위반한 약정의 사법상 효력”, 「고시계」, 제66권 제2호(2021).
- 박준영, “디지털 경제하 공정거래법상 임시중지명령 도입방안”, 「경제규제와 법」, 제14권 제1호(2021).
- 이은영, “약관법과 민법의 관계 계약내용통제 및 일부무효와 관련하여”, 「외법논집」, 제

34권 제4호(2010).

이창복, “건설하도급 거래의 공정화방안에 관한 일고찰”, 「건설법무」, 제6권(2020).

정주미, “하도급법상 부당특약과 사법상 효력”, 「법학연구」, 제28집 제1호(2025).

최병규, “약관규제법상 일부무효의 특칙에 관한 연구”, 「경제법연구」, 제10권 제2호(2011).

홍성진, “하도급 부당특약 피해구제를 위한 입법 개선방안 연구”, 「건설정책리뷰」, 제2020-07호(2020).

황태희, “하도급법상 부당특약 금지”, 「경제법연구」, 제51권(2025).

Abstract

A Study on the Improvements Concerning the Effect under Private Law of Unfair Provisions under the Subcontracting Act

Ko, Hyung-Suk

Although the revised Subcontracting Act of 2013 newly established regulations prohibiting unfair agreements, the agreement is legally valid unless it falls under Article 103 or 104 of the Civil Code due to the failure to prescribe its effect(invalid). Since this point is inconsistent with the legislative purpose of the Subcontracting Act to prohibit unfair special agreements, the revised Subcontracting Act of 2025 newly established an invalid provision for unfair agreements. However, various problems arise because the 2025 revised Subcontracting Act only stipulates the invalidity of unfair special agreements and does not stipulate matters necessary to solve additional problems arising in this regard. However, the Subcontracting Act has various problems because it only stipulates the invalidity of unfair agreements and does not stipulate matters necessary for solving additional problems arising in this regard. Therefore, it is necessary to effectively prevent and relieve damage to suppliers caused by unfair special agreements by supplementing regulations on the civil effect of unfair agreements.

First, it is a matter of dual regulations regarding the requirements for invalidation of unfair agreements. The additional requirement of conspicuousness results in the judicial permission of the unfair special agreement, even if the salience is already included among the unfair agreements stipulated in the enforcement decree. In order to solve this problem, it is necessary to delete the salience requirement while defining a single invalidity requirement for an unfair agreement. Second, the problems that arise when some of the subcontracting transactions are invalid due to unfair agreements are whether the subcontractor can claim it back as an unfair advantage if it is implemented under the unfair agreement and the effectiveness of the remaining contract. In order to solve this problem, it is necessary to stipulate the return of the gains when the subcontractor performs under

an unfair agreement, and in the effect of the remaining contract if the unfair special agreement is invalid, if the purpose of the contract cannot be achieved by itself, the entire subcontract transaction needs to be invalidated, and in other cases, if it is unfavorable to the subcontractor, a new regulation needs to be established to be canceled or terminated. Finally, it is necessary to introduce a temporary suspension order system stipulated by the Labeling and Advertising Act to stop the use of the unfair agreement until it is confirmed to be invalid, considering that it takes a lot of time for the unfair agreement to be confirmed to be invalid.

Key Words : Subcontracting Act, Unfair Agreement, Invalidation, Return of Unjust Enrichment, Temporary Suspension Order