

中小企業政策 關聯 法制的 評價： 法經濟學的 分析

金 一 仲*

차 례

- I. 序 論
 1. 弱者로서의 中小企業：關聯 法制的 概觀
 2. 研究의 目的：契約強制的 糾明
- II. 契約強制와 中小企業保護
 1. 政策의 核心：契約強制的 剔抉
 2. 強制에 關한 法經濟學的 接近方式：權利 對 經濟效率性
- III. 強迫의 法理와 中小企業保護 法制
 1. 強迫에 對한 基本視角
 2. 強迫 狀況의 類型과 法理適用의 正當性 評價
 3. 強迫法理의 實際適用
- IV. 不均等 協商力의 法理와 中小企業保護 法制
 1. 獨占力으로서의 協商力
 2. 不均等 協商力과 中小企業保護
 3. 獨占化의 反競爭의 弊害
- V. 非良心의 法理와 中小企業保護 法制
 1. 富의 差異와 非良心法理
 2. 再分配政策과 非良心法理 適用의 限界
- VI. 結言:要約 및 政策含意

* 崇實大學校 經濟學科 教授

* 본고내용 중 理論部分은 국제경제학회·중앙대·배재대·승실대 등에서 발표되었다.

I. 序 論

1. 弱者로서의 中小企業 : 關聯 法制的 概觀

거듭되는 경제위기와 함께 중소기업을 육성하겠다는 정치권 및 관계당국의 목소리가 커지고 있다. 1996년 중소기업청의 신설로 대표되듯이 헌법 제 123조의 “국가는 중소기업을 보호·육성해야 한다”라는 규정을 근간으로 우리나라의 중소기업정책은 그 폭과 강도를 꾸준히 증가시켜 왔다. 우선 중소기업의 거시적 비중을 고려할 때 중소기업정책은 매우 중요한 경제정책이 아닐 수 없다.¹⁾ 또한 소위 ‘활력있는 다수(the vital majority)’로서 무한경쟁시대에 산업의 유연성이나 경쟁압력을 높인다는 미시적인 차원에서도 중소기업정책은 큰 비중을 갖게 된다. 이처럼 중차대한 위치를 차지하는 만큼 과연 현재의 중소기업 관련 법제가 일관성 및 실효성을 발휘하고 있으며, 또 21세기에도 지속적으로 사용될 수 있도록 그 방향과 방식이 제대로 궤도에 올라 있는가라는 질문이 자연스럽게 제기된다.

헌법 제123조를 모태로 하여 1966년 제정된 중소기업기본법에서는 중소기업정책을 총괄하고 있으며, 그 외 중소기업협동조합법(1961.12. 제정), 중소기업사업영역보호 및 기업협력 증진법(1995.1. 제정), 중소기업창업지원법(1986.5. 제정), 중소기업진흥 및 제품구매촉진법(1981.12. 제정), 하도급 거래공정화에 관한 법(1984.12. 제정), 중소기업 구조개선 및 경영안정지원을 위한 특별조치법(1995.12. 제정) 등에서 세부정책들을 전담하고 있다.²⁾ 하지만 이러한 법제로부터 단번에 받게 되는 인상은 헌법의 보호·육성 조항이 문자적 해석에서 벗어나지 못함으로써 시장 및 사적자치의 기본원리를 거의 무시한 채 법마다 심각한 자의성을 갖고 있다는 점이다.

이들 법에 공통으로 흐르는 기조는 다분히 사회내 ‘弱者’로서의 중소기업이

1) 한국경제에서 중소기업은 숫자(99.4%), 부가가치 창출(49.5%), 및 고용인원(77.9%) 등에서 보듯이 그 비중이 매우 크다(중소기업협동중앙회, 『중소기업현황』, 1995).

2) 이밖에도 그간 중소기업계열화촉진법, 중소기업사업조정법, 중소기업의 경영안정 및 구조조정촉진에 관한 특별조치법이 주요 역할을 해왔으나, 1995년 중반기 폐지되었고 현재 이 세 가지 법률을 총괄하는 가치 중소기업과 대기업간의 협력증진에 관한 법률이 입법중이다.

다. 따라서 경쟁력을 제고시키도록 지원을 하려는 목적보다는 가부장적 입장에서 그저 ‘强者’로부터의 보호에 치중하려는 발상이 짙게 깔려 있다. 하지만 적절한 유인장치가 존재하지 않는다면 무조건 보호받는 자가 필연적으로 갖게 되는 道德의危害(moral hazard)와, 한편으로는 보호대상에서 제외된 자가 취하게 되는 反政策的 代替行爲(substitution activity)가 심각해져 애초 의도했던 효과를 상쇄시키거나 심지어 역전시켜 버릴 수 있게 된다. 이는 법과 經濟와의 관계에서 나타나는 필연적 원리이며, 法經濟學的의 제1명제라고도 할 수 있다.³⁾ 요컨대 상당수 중소기업보호 관련 법제들은 목적과 수단이 잘못 짝어져 있다는 인상을 강하게 준다.

현 중소기업보호 관련 법제에서 가장 부각되는 부작용은 ‘競爭制限’ 및 ‘私的 契約의 介入’으로 표현할 수 있다.⁴⁾ 前者는 주로 진입장벽 또는 우대조건의 형태를 취하고 있다. 중소기업기본법의 판로확보조항(제7조)·사업영역보호조항(제11조), 중소기업의 사업영역보호 및 기업협력 증진법의 고유업종조항(제3, 4조)·대기업의 중소기업이양조항(제9조), 중소기업진흥 및 중소기업제품 구매촉진법의 구매증대조항(제9조), 균등수혜조항(제13조), 기술개발제품 등에 대한 우선구매조항(14조) 등이 현저하게 경쟁제한적 속성을 지닌 대표적 법제들이다.

한편 後者의 예는 중소기업기본법의 계열화촉진조항(제10조), 중소기업의 사업영역보호 및 기업협력증진법의 지정계열화업종조항(제12조)·장기위탁계약체결조항(제13조)·위탁기업체지원조항(제14조), 납품대금지급조항(제20조), 중소기업 구조개선 및 경영안정지원을 위한 특별조치법의 기업간 물품대금 결제조건 개선조항(제8조), 및 기타 하도급거래공정화에 관한 법에 규정된 선금지급조항(제6조), 내국신용장개설조항(제7조), 하도급대금지급조항(제13조), 건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증조항(제13조의2) 등이다. 법률 외에도 시행령·시행규칙·고시 등을 통해서 사적계약의 내용을 인위적으로 개입하는 많은 조항들이 존재한다.⁵⁾

3) “the market, like an untameable river, will knock out attempts to alter its mighty course”(Kelman, Mark, “Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem,” *Southern California Law Review*, 1979, vol. 52, p. 669)

4) 물론 특정 법제가 이 두 가지를 모두 포함하는 경우도 있다.

5) 본문의 내용은 박영욱외 3인, 『중소기업지원제도의 활용실태와 효과분석』, 산업연구

먼저 경쟁제한적인 규제가 미치는 악영향에 대해서는 학계, 업계, 그리고 정부내에서도 어느정도 공감대가 형성된 것으로 보여져 다행스럽게 생각한다. 시장개방에 따라 현실적으로 불가피하게 가시화된 문제점들의 영향이 컸다고 본다. 예컨대 불과 몇 년 전만 해도 기업의 유상증자물량규제에까지 중소기업 보호라는 명목을 주장하던 정부였으나,⁶⁾ 작금 경쟁에 대한 인식이 점차 바뀌어 예컨대 과거 10여년 이상 지속되어온 중소기업고유업종들 중 47업종이 1997년중 그 지정으로부터 해제될 예정이다.

하지만 이러한 긍정적 추세는 주로 불특정다수를 대상으로 하는 경쟁제한적 규제들에 국한됨으로써 그 한계를 보이고 있다. 특정 기업당사자들끼리 맺게 되는 사적계약에 대한 정부개입이 갖는 부작용에 관해서는 아직 공감대가 형성되지 못함은 물론 오히려 그러한 개입을 강화시키려는 움직임도 엿보인다. 이는 중소기업정책의 일환으로 사적계약에 개입할 때에는 대기업이 계약당사자일 때가 대부분이기 때문으로 사료된다. 공룡과 같은 대기업의 시장지배력이나 금력을 약자인 중소기업에게 남용치 못하도록 정부가 개입하는 것이 바람직하다는 정서가 일반국민은 물론 지식시장(market place of idea)에서도 상당히 확산되어 있는 듯하다. 그리고 정치시장에서는 별 속고없이 이 정서에 부합하는 개입책들을 억지로 발굴하는 악순환이 지속되고 있다.⁷⁾

예를 들어 이러한 법정신은 공정거래법상의 불공정거래행위의 규정(제23조, 제29조)에도 극명하게 나타나 있다.⁸⁾ 즉 시장여건과 상황, 행위자의 동기와 목적, 시장지배력, 거래관계 등을 고려한 후 관련시장의 경쟁에 미칠 영향을 종합적으로 판단하지 않고, 법제상 불공정행위로 지정된 행위유형에 해당하기만 하면 무조건 위법한 것으로 조치하여 왔다. 이에 대해 신광식은⁹⁾ 이처럼

원, 1992; 한국법제연구원, 『중소기업 육성을 위한 법제개선』, 1993; 김재홍, “중소기업보호와 정책적 규제”, 『정책적 규제 비판』, 한국경제연구원, 1994; 중소기업협동조합중앙회, 전계서; 김주훈, “중소기업의 경쟁력강화를 위한 정책방향”, 한국개발연구원, 1996; 김민형, 『중소건설업의 경영실태 및 개선방안』, 한국건설산업연구원, 1997 등과 최근 체계정된 조문들을 개관한 결과이다.

6) 김재홍, 전계서, 222~225면.

7) 한보·삼미사건으로 인한 대기업에 대한 불신감과, 연일 계속되는 경제위기로, 그리고 대선정국을 맞아 1997년에는 이러한 추세가 강화될 것으로 보인다.

8) 소위 수직적 제한(vertical restraints)이라 불리는 이 행위들은 원칙상 기업 전반에 적용되나 실제로는 대기업이 중소유통기업에게 행하는 불공정행위로서 인식되고 있다.

9) 신광식, 『시장거래의 규제와 경쟁정책』, 한국개발연구원, 1992, 277면.

불공정거래행위 규제가 當然不法(*per se illegal*)의 입장을 취하게 된 것은 거래결정의 자주성과 순수 능률경쟁의 확보라는 관점아래 공정경쟁저해성이라는 개념을 매우 경직적으로 판단해 버렸기 때문이라 해석하고 있다.¹⁰⁾

2. 研究의 目的：契約強制的 糾明

본고는 중소기업보호 관련 법제를 평가할 수 있는 기본프레임워크를 제공하는 데 일차 목적을 둔다. 또한 현행 법제들을 이러한 기본프레임워크에 비추어 평가한다. 나아가 이를 바탕으로 향후 중소기업보호 관련 법제가 지향해야 할 방향을 설정해본다.

이상과 같은 연구목적을 수행하는 과정에는 중소기업문제를 바라보는 기본철학의 파악작업이 전제된다. 사실 모든 분야의 경제정책이 그렇듯이 기본철학이 정립되지 않고서는 세부정책의 일관성 및 실효성을 결코 담보할 수 없다. 또 모든 경제정책은 실제로 정치적 과정을 통해 입안되고 집행되기 마련인데,¹¹⁾ 기본철학이 정립되어 있지 못하면 정치시장(political market) 고유의 불완전성이나 비효율성으로 인해 터무니 없는 정책이 도입될 가능성이 증폭되기 때문이다.

구체적으로 필자는 본고를 통해 사적계약의 개입을 통해 중소기업을 보호하겠다는 믿음에 내재하는 편견을 수정하는데 역점을 두려 한다. 전술한대로 사적계약의 개입은 대부분 강자의 횡포로부터 약자를 보호하겠다는 의도를 갖고 있다. 그러나 계약당사자가 사적계약을 체결하는데 있어서 과연 어디까지 강자의 횡포로 간주해야 하는가는 그리 단순치 않은 문제이다.

이러한 질문들을 답하기 위해 본고에서는 법경제학의 ‘契約論’으로부터 출발한다. 특별히 그 중에서도 이른바 ‘強制(coercion)’의 法理에 바탕을 두고 논의를 전개하고자 한다. 강자의 강제에 의해 약자가 어쩔 수 없이 불리한 계약을 체결할 수밖에 없으므로 보호해야 한다는 논리가 팽배해있는 현실을 반영하기 위함이다.¹²⁾ 이미 줄고에서 이론분석의 과정을 자세히 서술한 바 있으

10) 또한 그 결과 법 시행방향도 자유경쟁의 촉진보다는 우월적 지위남용의 규제를 통해 오로지 협상력의 불균등을 시정하려는 노력으로 치우치게 되었다고 지적한다(신광식, 전게서, 278면).

11) 이에 대한 자세한 논의는 김일중, 『규제와 재산권: 법경제학적 시각으로 본 정부 3부의 역할』, Keri 자유주의시리즈(학술부문) 제I권, 한국경제연구원, 1995b, 제2장 및 3장을 참조할 수 있다.

므로,¹³⁾ 본고에서는 그 결과들을 간략히 소개하고 나머지 지면은 법제의 사례를 소개하는데 할애한다.

본고가 제시하는 시사점 중의 하나는 주변에서 흔히 주장되는 바와 달리 논리적으로 볼 때 중소기업문제에서 강제의 법리를 적용시킬 수 있는 상황이 별로 많지 않다는 것이다. 물론 본고의 이러한 결과가 중소기업정책 자체를 무효화시키지는 않으며, 또 그래서도 안된다는 점을 필자는 특히 강조코자 한다. 다만 무조건 사적계약에 개입하는 정책은 대부분 실패하기 때문에 지원정책의 다른 방식을 찾아야 한다는 의미이다.

따라서 본고의 결론에서는 사적계약에 대한 자의적 개입보다는 조세, 금융, 기술, 정보 등의 차원에서 직접적인 지원을 하는 방향이 우월하다는 점이 강조될 것이다. 요컨대 향후 날로 심화될 중소기업문제에 관한 법제 개발과정에서, 사적계약의 개입방식을 놓고 불필요하게 소모될 국가의 에너지를 최소화하고 좀더 건설적이고 실효성있는 논쟁을 유도하려는 것이 본고에 임하는 필자의 궁극적인 의도라 하겠다.

II. 契約强制와 中小企業保護

1. 政策의 核心 : 契約强制의 剔抉

현행 중소기업정책의 핵심은 계약강제를 척결하는데 있다. 그간 정립되어온 법경제학이론에 따르면 강제에는 후술되는대로 강박(duress), 불균등협상력(inequal bargaining power), 비양심(unconscionability)의 법리가 있다. 따라서 현 중소기업보호 법제를 평가하는 기본프레임웍은 과연 언제 이러한 강제의 법리가 성립하며, 당해 법제는 그를 억제하기 위한 적절한 수단인가라는 검토를 포함한다.

법경제학의 선두 학자인 Posner에 의하면 계약법은 크게 두가지 기능을 한다.¹⁴⁾ 첫째는 사람들의 기회주의적 행위를 억제하여 자기방어를 위한 비용

12) 단 본고에서는 이 문제에 대한 기본프레임웍을 정립하고자 하므로 계약의 당사자를 중소기업에만 국한시키지는 않을 것이다. 기본논리의 견고성을 시험해 본다는 차원에서 때로는 매우 추상적인 사례도 상정될 것이다.

13) 김일중, “중소기업에 관한 법경제학적 일고 : 강제(coercion)의 법리를 중심으로”, 한국국제경제학회 정기학술대회 발표논문집, 1996a.

14) Posner, Richard, *Economic Analysis of Law* (4th ed.), 1992, Boston :

낭비를 줄이는 것이며, 둘째 기능은 계약에 누락된 조항을 적절히 추론하여 당사자들의 합의를 도출해내는 것이다. 이와 같은 맥락에서 Milton Friedman은 쌍방 자발적으로 참여하고 정보가 제대로 교환되는 거래에서는 거래당사자가 모두 혜택을 볼 수 있다고 주장했다.¹⁵⁾ 말하자면 ‘자발성’과 ‘정보교환의 적절성’이 결여되면 계약이 어느 한 쪽 또는 모두에게 해로운 것이 될 수 있다는 논리이다.

본고는 자발성을 깨뜨리는 대표적인 요소인 강제 의 법리를 고찰하려는 것이다. 강제의 요소가 입증되면 계약의 자발성이 침해된 것이므로 해당 계약이 정당성을 잃게 될 것이다. 그러나 이러한 결론을 도출하기 위해서는 민간 차원에서 체결되는 계약행위의 가치를 평가하는 準據부터 설정해야 한다. 따라서 본질의 이하에서는 이에 대한 다양한 견해와 그로부터 도출되는 강제의 법리를 개관한다.

흥미롭게도 희소성이 존재하는 한 모든 개인은 제약된 상황에서 선택하게 된다. 모든 교환 역시 제약된 상황에서 이루어진다. 고로 희소성이야말로 계약을 발생시키는 근본 원인이다. 이렇게 희소성을 전제할 때 역설적이지만 모든 계약은 일면 강제된 것이라 볼 수도 있을지 모른다. 문제는 계약의 형성과 정에서 자발성이 결여되어 있다고 선언할 만큼 그 강제의 정도가 지나치게 되는 때가 과연 언제인가 하는 것이다.¹⁶⁾

이에 관한 이론들은 법경제학의 전통상 크게 두 부류로 나눌 수 있다. 하나

Little, Brown, and Company, pp.89~96.

15) “아직도 흔히 부정되기는 하나 다음의 극히 기본적 명제를 바탕으로 자발적인 협조를 통하여 조화가 이루어질 수 있다는 가능성이 제시된다. 즉 서로 자발적으로 (voluntary) 참여하고 정보를 제대로 교환한다는(informative) 조건이 충족되면 거래당사자는 양쪽 다 거래를 통해 순편익을 얻게 된다.” (Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, 1962, Chicago : University of Chicago Press, p.13).

16) 그렇다고 해서 자발성(voluntariness)을 오로지 광의의 사적자치(individual autonomy)의 개념이나 또는 사적자유(individual liberty)의 개념에만 동일시하는 것도 이 질문에 대한 효과적인 답을 제시할 수 없다. 합리적이고, 의도적이고, 정보나 인식에 있어서 결함이 없는 상황에서 만들어지는 모든 의사결정을 자치·자유·자발성으로 정의한다면 사실 이 세상의 모든 의사결정은 비자발적인 것이 없을 것이기 때문이다. 누군가 총칼을 들이대므로 죽지 않기 위해 한 행동 역시 합리적이고, 의도가 있고, 또 상황에 대한 정보 및 인식이 완벽했던 경우라 할 수 있다. 요컨대 이러한 행동을 ‘경제적(economic)’ 의사결정이라 볼 수는 있지만 결코 ‘자발적(voluntary)’이라 할 수는 없다.

는 권리(rights)의 문제를 중요시하는 그룹이고, 다른 하나는 효용주의(utilitarianism) 또는 경제효율성(economic efficiency)을 강조하는 부류이다.¹⁷⁾ 따라서 전자는 계약의 강제성을 파악하는 기준으로서 과연 당사자 일방의 권리가 침해되었는가를 검토한다. 반면 후자는 해당 계약이 당사자들의 후생에 어떤 영향을 미쳤는가를 분석함으로써 계약의 강제성을 판단한다.

2. 强制에 關한 法經濟學的 接近方式：權利 對 經濟效率性

1) 權利準據 方式

권리를 중시하는 쪽에서도 학자들간에 차이는 존재한다. 우선 ‘위협(threats)’과 ‘제의(offers)’를 구별함으로써 강제성을 규명하려는 접근방식이 존재한다. 前者는 수용자의 선택가능성 또는 선택의 폭을 줄이고, 後者는 그 반대로 파악하고 있다. 따라서 전자는 강제적인 것이며, 후자는 비강제적인 것으로 정의한다. 하지만 이 구분이 늘 뚜렷한 것은 아니다. 甲이 乙에게 한 제안이 乙에게 위협인가를 판단하려면 乙이 원래부터 갖고 있었던 선택의 기준(baseline)이 무엇인가를 먼저 파악해야 할 것인데, 이 기본기준을 파악하는 것이 늘 용이하지는 않기 때문이다.

여기서 기본기준이란 주로 乙이 자신의 미래에 대해 인식하는 기대에 바탕을 두고 형성되었지만 사실 그 기대란 매우 다양할 수 있다. Wertheimer¹⁸⁾는 편의상 기대의 종류를 통계적(statistical), 현상적(phenomenological), 도덕적(moral)의 세 가지로 구분하고 있다. 다음 상황은 이에 대한 매우 적절한 예가 된다. 별 이유가 없는데도 甲은 매일 자신의 노예인 乙을 구타하고 있다. 甲은 乙이 A라는 일을 해주면 더이상 구타하지 않겠다고 제안했다. 문제는 이때 A라는 일이 위협인가 아니면 제의인가 하는 것이다.¹⁹⁾ 이에 대해

17) 이와같은 ‘權利 對 效用主義’ 식으로 단순히 이분법적인 구분을 하는데 있어서는 사실 많은 주의를 요한다. 특정 상황에서는 두 학파의 공집합이 존재하는데, 이에 대한 자세한 설명은 김일중, “재산권이론을 통한 불법행위법의 재정립”, 『한국법의 경제학』, 한국경제연구원, 1997a을 참조할 수 있다.

18) Wertheimer, Alan, *Coercion*, 1987, Princeton: Princeton University Press, pp.17~35.

19) 乙의 통계적 또는 현상적 기대의 기준으로 본다면 이는 분명히 제의가 될 것이다. 그러나 乙의 도덕적 기대의 기준에 의하면 구타는 물론이고 노예신분으로부터의 해방까지도 포함될 것이기 때문에 위협이 된다. 요컨대 이 예는 권리를 중시하는 이론이 계약의 강제성 여부에 대해 항상 명쾌한 답을 주는 것이 아니라는 점을 시사하고

Fried²⁰⁾는 위협과 제의를 구분하기 위해서는 첫째, 무엇이 옳고 그른가에 대한 판단이 먼저 서야 하며, 둘째는 상대방의 권리를 침해하겠다는 위협을 통해 체결된 어떤 계약도 도덕적으로 무효라고 주장하고 있다.²¹⁾

이러한 맥락에서 1979년 논문에서 정교하게 서술된 Epstein의 정의론은 법경제학도에게 많은 시사점을 주고 있다. 그는 법의 제1목적으로서 교정정의 (corrective justice)의 실현을 주창하는데, 그를 실천하려면 먼저 개인의 권리가 잘 정의되어 있어야 한다는 것이 그의 지론이다. 요컨대 ‘財産權分布論’으로 명명할 수 있겠다. 권리의 고유한 분포가 전제되지 않으면 재분배의 결과가 정의·공정성 등에 어떤 영향을 주는지를 평가할 수 있는 기준이 없는 것과 마찬가지라는 것이다. 고로 여기까지는 다른 권리 중심의 학자들과 큰 이견이 없다. 그러나 좀더 그의 이론을 고찰하면 권리의 고유한 분포를 정의하는 과정에서 놀랍게도 경제효율성 역시 상당한 역할을 하고 있다.²²⁾ 필자는 그의 재산권분포론이 ‘경제효율성 → 권리분포 결정 → ||사건|| → 권리 보호’의 패러다임을 따른다고 정형화시킨 바 있다.^{23) 24)}

권리를 중심으로 하나 이와는 다소 다른 이론도 있다. Gordley²⁵⁾로 대표되는 이 접근방식은 아리스토텔레스의 교정정의를 따른다고 선언한다. 교환에 있어서의 균등(equality in exchange)이 관건이라 보면서, 교환되는 행위

있다.

20) Fried, Charles, *Contract as Promise*, 1981, Cambridge: Harvard University Press, pp.25~28.

21) 그러나 이러한 권리 중심의 접근방식을 응용하는 데에는 여전히 문제가 남아있다. 甲과 乙의 권리가 서로 갈등을 일으킬 경우이다. 어느 한 쪽이 다른 한 쪽의 권리만을 침범한 일방적인 위협이 아닐 경우에는 결국 어느 권리를 더욱 중시해야 하는가의 문제, 즉 권리의 우선순위가 관건으로 된다는 것이다 (Zimmerman, David, "Coercive Wage Offers," *Philosophy and Public Affairs*, 1981, vol. 10, pp.123~126).

22) “노예제, 강간, 살인에 대해 느끼는 반감은 모든 사람의 사적자치가 다른 모든 사람들의 위협으로부터 보호받을 권리가 있다는 매우 단순한 우리의 신념에 기초하고 있으나”(Epstein, Richard, "Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints," *Journal of Legal Studies*, 1979, vol. 8, p.75), 그밖의 무수한 상황에서는 전반적으로 최소한 자원의 경제효율적 배분을 유도하는 것이 중요하다는 그의 시각이 강하게 나타나 있다.

23) 김일중, 1997a, 전계서.

24) 여기서의 ||사건||은 법관이 판결해야 할 현재 시점에서의 특정 사건을 의미한다.

25) Gordley, James, "Equality in Exchange," *California Law Review*, 1981, vol. 69, p.1587.

의 가치가 불균등하다면 한 쪽의 권리가 침해된 것이고 따라서 합리적 수준의 경쟁성을 갖춘 시장에서의 가격을 참고가격(reference price)으로 삼고 그것에서 일탈되는 가격은 강제성을 띤 계약이라 결론짓고 있다.²⁶⁾

2) 經濟效率性準據 方式

이상과 같이 정의·공정성 등을 표방하는 권리 중심의 이론들과는 달리²⁷⁾ 경제효율성 또는 효용주의에 바탕을 둔 이론이 존재한다. 통상적으로 이들은 권리의 고유한 분포가 존재한다는 믿음을 갖지 않는다. 그러므로 이 경우에는 각 개인이 향유하는 편익의 크기가 아니라 전체 편익의 합계가 관건으로 될 것이다. 편익상 필자는 그들의 시각이 ‘(권리분포 거의 무시) → ∥사건∥ → 경제효율성 중시’의 패러다임을 따른다고 규정한 바 있다.²⁸⁾

효용주의에 바탕을 둔 계약이론에서는 계약의 강제성 여부를 판단하는데 경제효율성을 침해하였는가에 최대의 비중을 둔다. 예컨대 ‘Kaldor-Hicks 경제효율성’을 따른다면, 계약당사자들의 효용 총계가 증가하였을 때 해당 계약을 자발적으로 보는 것이다. 그런데 전통적인 Kaldor-Hicks 경제효율성 개념에 관련하여 특히 본고에서 부각시키고 싶은 것은 그 개념의 동태적(dynamic) 측면이다. 전술한 ‘(권리분포 거의 무시) → ∥사건∥ → 경제효율성 중시’의 패러다임을 그대로 따른다고 가정할 때, 이때의 경제효율성은 대체로 정태적(static) 개념일 가능성이 크다. 어떤 식으로 판결하는 것이 현재 사건 당사자들의 효용합계를 극대화시킬 것인가의 개념이다. 그러나 이때 효용을 미래에 경제주체들의 자원배분행위에 미칠 영향까지 포함하여 계산한다면 이는 동태적 개념이 되는 것이다. 만약 이러한 동태적 의미의 경제효율성을 매우 강조한다면 결과적으로는 앞서 분석한 Epstein의 재산권분포 패러다임에 상당히 수렴하게 될 것이다.

26) 그러나 이 균등교환의 권리론은 많은 약점을 갖고 있는 것으로 보인다. 특히 경제학적으로 큰 비판을 받을 수 있는 이유는 균등교환의 권리론은 다분히 정태적 효과만을 염두에 두고 있기 때문이다. 만약 모든 판단을 현재의 시장가격에 기준을 둔다면 현재의 가격하에서 과소평가되고 있는 재화나 용역을 찾아 적극적으로 구매하려는 동태적 인센티브가 크게 위축될 것이다.

27) 법경제학에서 정의·공정성·권리 등의 개념을 중시하는 다른 대표적 학자들(Fletcher, Coleman 등)의 이론은 김일중, “한국의 안전규제”, 『한국경제법의 경제분석』, 한국경제연구원, 1997b를 참조할 수 있다.

28) 김일중, 1997a, 전제서.

이러한 맥락에서 ‘보통법의 역사는 경제효율성을 제고시키는 방향으로 진화 되어왔다’는 가설을 정립해온 Posner의 연구들이 단순히 정태적 Kaldor-Hicks 경제효율성에만 바탕을 둔 것은 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 개별적인 법의 분석을 한 논문들은 물론, 법의 각 분야를 망라하여 분석해놓은 1992년 그의 저서를 보더라도 오히려 동태적 개념을 상당히 수용하고 있음을 알 수 있다. Posner식의 이러한 접근방식과 유사한 시각은 Buckley의 실질적 공정성(substantive fairness)에 관한 논의에서도 나타나고 있다.²⁹⁾

마지막으로 효용주의 중에서도 ‘Pareto 경제효율성’을 따른다면 계약당사자가 아예 만나지 않았을 때와 비교하여 당사자 각각의 주관적 효용이 어떻게 변했는가를 따져야 할 것이다. 만약 어느 한 쪽이라도 효용이 감소한 경우에는 강제적인 계약이라 규정한다. 이 방법이 정태적 Kaldor-Hicks 경제효율성보다 공정성을 더욱 제고할 수 있다는 점에는 별 이견이 없을 것이다.

이제까지의 논의에 결론을 맺자면, 초기권리와 조금이라도 연계파악할 수 있을 때에는 Epstein식의 권리론이 계약의 강제성을 규명하는데 가장 바람직한 준거라고 판단된다. 권리의 분포를 논하는데 특별히 추구해야 할 다른 가치가 없다면 동태적 Kaldor-Hicks 경제효율성이 분포의 기준이 되어야 할 것이다. 이러한 권리론은 계약의 강제성을 구별하는데 큰 역할을 할 것이다. 만약 초기권리 또는 동태적 경제효율성에 대한 뚜렷한 시사점이 없다면 해당 사건에 직접적으로 관련된 경제효율성의 개념을 사용하여 강제성 유무를 판단할 수 있다.

III. 強迫의 法理와 中小企業保護 法制

1. 強迫에 對한 基本視角

Cooter and Ulen은 강박의 개념을 일반적 수준에서 이해하기 위해 우선 현존가치의 증감을 기준하여 허용된 위협(permitted threat)과 금지된 위협(forbidden threat)으로 구분하는 방식을 취한다.³⁰⁾ 이 방식에 따르면

29) Buckley, Frank, “Three Theories of Substantive Fairness,” *Hofstra Law Review*, 1990, vol. 19, pp.33~66.

30) Cooter, Robert and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1988, Glenview, Ill. Scott Foresman, pp.249~252.

후자만이 강박을 성립시킬 수 있다는 것이다. 먼저 어떤 협상에 참여하지 않겠다는 위협은 말하자면 퇴출(exit)하겠다는 위협이다. 퇴출하면 잠재적인 잉여의 기회가 사라질 수는 있을 것이다. 그러나 퇴출하겠다는 위협 자체가 현존가치를 감소시키지는 않는다. 따라서 퇴출위협은 허용된 위협으로 간주할 수 있다.³¹⁾

한편 금지된 위협의 극단적인 예로 甲이 완력으로써 乙의 지갑을 탈취했다고 하자. 甲의 이러한 행위를 허용함으로써 두가지 측면에서 해악이 존재한다. 첫째, 모든 사람은 자신 소유의 자산에 대한 권리가 존재한다. 그 재산권을 탈취하는 행위 자체가 금지되는 행위로서 헌법으로 보장한 자유에 대한 침해이다. 둘째, 이러한 행위를 허용했을 경우 엄청난 비효율을 초래할 수 있다. 잠재적으로 乙의 상황에 빠질 수 있는 사람들은 그러한 침해에 대한 방어수단을 개발하는데 자원을 투자할 것이다. 동시에 잠재적으로 甲의 위치에 있을 사람들은 침해에 필요한 기술을 익히느라 자원을 투자할 것이다. Umbeck³²⁾이 묘사한 대로 힘(violence)에 대한 투자만 늘어날 것이다. 이러한 자원의 투자는 그 위협을 금지했다라면 필요없는 일이며, 따라서 경제자원의 낭비라 할 수 있다.

보통법에서 원래 강박이란 ‘폭력의 위협’을 뜻했다. Epstein은 이를 물리적 강박(physical duress)이라 표현했다.³³⁾ 甲이 乙에게 총을 겨누고 “돈을 내지 않으면 죽이겠다”라고 위협했다. 乙은 이 제의를 받아들일 수밖에 없어 돈을 건네주었다. 이러한 류의 계약을 법원은 인정치 않는다. 하지만 이는 乙이 자신의 자유의사대로 행동하지 못했기 때문이 아니다. 실제로 어찌면 乙이 주어진 상황하에서 그 제의를 몹시 승낙하고 싶었는지도 모른다. 주어진 제약

31) 이에 반하여 乙이 만원의 가치를 부여하는 물건을 甲이 물리적으로 위협하여 천원에 사간다고 가정하자. 그런데 甲은 그 물건의 가치를 5천원 밖에 두지 않는다고 하자. 이 경우 甲은 4천원의 순편익을 보겠지만 乙은 최소한 9천원의 순수실을 보게 되므로 전체적으로 현존가치에는 최소한 5천원의 순수실이 발생하게 된다. 경제이론에 따르면 이렇게 현존가치를 감소시키는 위협을 금지된 위협으로 간주할 수 있다. 금지된 위협이 형성되면 강박에 의한 계약무효가 성립한다.

32) Umbeck, J., “Might Makes Right: A Theory of the Foundation and Initial Distribution of Property Rights,” *Economic Inquiry*, 1981, vol. 19, pp.38~58.

33) Epstein, Richard, “Unconscionability : A Critical Reappraisal,” *Journal of Law and Economics*, 1975, vol. 18, p. 295.

하에서는 최선의 선택이었는지도 모른다는 의미이다. 전절에서 논의된 바와 같이 재산권의 중요성을 강조하는 학자들은 강박을 권리의 분포 맥락에서 접근한다. 특별히 Epstein은 사람의 신체가 훼손당하지 않아야 한다는 원천적인 권리가 불법행위법에 의해 보호되고 있다는 사실을 인정한다면 계약을 무효화시키는 근거로서의 강박이 성립한다는 논리이다. 왜냐하면 乙은 자신의 신체에 대한 권리와 재산에 대한 권리 중 하나를 포기하도록 강요당한 것이기 때문이다.

반면 Epstein은 경제적 강박(economic duress)에 대해서도 논하고 있는데, 말하자면 특정액을 지불하지 않는 이상 세탁을 해주지 않겠다고 처음부터 ‘위협’하는 상황이 이에 해당한다.³⁴⁾ 甲의 이러한 요구는 甲에게 두가지 권리 중 하나를 부당하게 포기하라는 위협이 아니라, 설사 乙이 유쾌한 마음은 갖지 못하더라도 어쨌든 乙에게 자신의 권리(금전적 재산)와 욕구(깨끗한 옷) 사이에 선택할 수 있는 기회를 주는 것으로서 결코 물리적 강박과 동일시해서는 안된다는 주장이다. 이하에서는 전형적인 물리적 강박에 대해 전절에서 소개한 다양한 이론을 바탕으로 그 법리적용의 정당성을 평가해보자. ‘弱者’ 대 ‘强者’의 구도로 인식되는 중소기업문제에 많은 시사점을 주리라 본다.

2. 強迫 狀況의 類型과 法理適用의 正當性 評價

甲이 지나가던 乙에게 총을 겨누고 돈을 달라는 상황이나 망망대해에서 甲이 乙을 배로부터 밀어 떨어뜨리고 그의 전 재산이나 부인을 달라고 요구하는 상황은 두 가지 공통점이 있다. 甲이 乙의 생명을 담보로 엄청난 댓가를 요구한다는 점과 생명이 위협받는 상황이 甲에 의해 창출되었다는 점이다.

이제 앞서 소개된 범경제학적 준거들을 간략히 응용해보자. 우선 Wertheimer나 Fried와 같이 ‘위협’과 ‘제의’로 구별하는 접근방식을 따르는 권리론자들의 입장에서 본다면 이는 당연히 계약무효의 사유가 되는 강박을 성립시킬 것이다. 乙의 선택가능성을 줄이기 때문이다. Gordley류의 균등교환 권리론에 비추어 보아도 甲과 乙 사이에 균등한 교환이 이루어지지 않았기 때문에 강박을 성립시킬 것임이 자명하다. 동태적 경제효율성을 중시하는 Posner나 Buckley의 시각에서 보아도 향후 乙의 처지가 될 수 있는 모든 사람들이 자

34) *Ibid.*, p. 301.

신의 보호를 위해 지출할 경비의 규모를 생각할 때 명백한 강박임을 인정할 것이다. 甲과 乙이 서로 만나지 않았을 경우에 각각의 효용수준과 비교해보는 Pareto 경제효율성을 기준으로 해도 乙의 효용이 당연히 저하되었기 때문에 강박이 성립한다. 정태적 Kaldor-Hicks 경제효율성에 따르더라도 부의 전체 크기를 늘리지 못했으므로 대부분 계약을 무효화시켜야 할 것이다.

요약컨대 甲이 乙의 생명을 담보로 엄청난 댓가를 요구하고, 그 위협 상황이 甲에 의해 창출된 경우에는 거의 대부분 학자들이 강박을 인정할 것이다. 고로 정작 강박의 법리를 다룰 때 상당한 갈등을 갖게 되는 때는 후술되는 바 처럼 해당 위협 상황이 甲에 의해 ‘능동적으로’ 야기되지 않았을 경우라 할 수 있다. 다만 甲은 그 생명을 위협하는 상황을 기회주의적으로 이용하는 것이다. 도산 직전의 중소기업과 그 상황을 적극적으로 유도하고 악용하는 대기업의 경우가 이에 해당할 것이다.

반면 乙이 눈보라속에서 동사의 위기에 처해 있다거나, 망망대해에서 乙의 배가 거의 침몰 직전에 있거나, 좀더 현실적으로 삼풍백화점이 붕괴된 후 콘크리트 기둥에 깔려 거의 질식사해가고 있는데, 우연히 그 옆을 지나가던 甲은 乙이 전 재산을 주기로 약속하지 않는 이상 구조하기를 꺼려했다. 이 상황들에 대해서 마찬가지로 여러 준거들을 적용하면 다수가 위기상태의 救助시댁게 되는 과도한 계약조건을 강박으로 인정치 않는다.³⁵⁾

그러나 필자는 이 상황에서도 가장 설득력있는 답은 제시하고 있는 이론은 동태적 경제효율성 또는 Epstein의 재산권분포론이라 판단된다. Landes and Posner(1978)³⁶⁾ 및 Posner(1992)³⁷⁾에서 Posner는 이러한 류의 계약을 인정했다가는 경제자원이 구조업으로 과다하게 몰릴 것이므로 강박을 인정해야 한다고 주장해왔다. 필자 판단으로 Buckley는 한 걸음 더 나아가 동태적인 인센티브를 적합하게 검토하려면 구조업자, 즉 구조의 공급자뿐만 아니라 수요자가 갖게 되는 인센티브까지 고려해야 한다고 주장할지 모른다.³⁸⁾ Epstein의 재산권분포론을 적용하기 위해 이 동태적 인센티브를 좀더

35) 자세한 분석은 김일중, 1996a, 전게서 참조.

36) Landes, William and Richard Posner, "Slavors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers : An Economic Study of Law and Altruism," *Journal of Legal Studies*, 1978, vol. 7, pp.82~114.

37) Posner(1992), *op. cit.*, pp.113~117.

38) 만약 결론이 경제적 비효율성으로 판명된다면 그러한 쌍방독점(bilateral monopoly)

자세히 검토하자.

우선 구조업과 자기방어에 투자하는 비용 측면이다. 정확성을 기하기 위해서는 물론 경험적 분석이 뒤따라야 하겠으나, 간단한 數理模型에 근거한 필자의 분석에 따르면 사회적으로 경제자원의 낭비가 발생하는 가능성을 확인할 수 있었다.³⁹⁾ 즉 만약 법원이 이러한 계약을 인정하게 된다면 잠재적으로 甲의 위치에 있을 구조업자는 구조확률을 높이는데 과다투자하고, 잠재적으로 乙의 위치에 있을 항해자는 자기방어를 하는데 과다투자를 할 수 있다는 뜻이다. 그런데 동태적 인센티브는 여기에서 그치지 않는다. 생명을 위협하는 상황만 접하게 되면 큰 부를 얻게 되므로 乙의 입장에서는 조기에 구조를 하기 보다는 정말로 생명을 위협하는 상황까지 기다릴 인센티브도 가질 수 있다. 심지어는 그러한 상황을 만들기 위해 드러내놓고는 아니더라도 적극적인 투자도 할 수 있다.⁴⁰⁾ 고로 구조자의 도덕적위해(moral hazard)가 심각해질 것이며, 그를 억제하기 위한 사전적 감독비용 또는 사후적 측정비용이 막대해질 수 있다고 필자는 생각한다.

요컨대 Epstein의 재산권분포론에 입각했을 때, 이상과 같은 비효율성 때문에 부르는데로 받을 수 있는 甲의 권리를 인정하지 말고, 오히려 甲의 행위를 강박이라 결론지어야 할 것이다. 그렇다면 위기상황에서 체결되는 대부분의 계약은 강박의 논리로써 파기할 수 있다는 것인가? 왜냐하면 어느 정도의 위기상황만 전제되더라도 곧바로 위에서 지적한 과다투자 및 도덕적위해의 가

을 미연에 방지하기 위해 어떤 공적수단을 마련해야 한다는 주장으로까지 확장될 가능성이 있다. 예컨대 Eisenberg("The Bargain Principles and Its Limits," *Harvard Law Review*, 1982, vol. 95, pp.751~763)가 제시한대로 구조자에 대한 보상액을 그의 '기회비용+일정보너스' 식으로 정한다는 의미이다.

39) 김일중, 1996a, 전제서에 나온 모형분석의 결론은 다음과 같다. 첫째, 甲은 구조 사업에 과다투자하게 된다. 둘째, 乙의 인센티브 역시 자신의 안전장치를 강화하는데 과다투자하게 된다. 고로 사회적인 낭비가 발생한다.

40) 이는 Bruce Benson, Iljoong Kim, and David Rasmussen, "Reallocation of Law Enforcement Resources and the Deterrence Hypothesis : A Public Choice Perspective," *Southern Economic Journal*, 1994, vol. 61, pp.161~168; "Deterrence and Public Policy : Trade-Offs in the Allocation of Police Resources," *International Review of Law and Economics*, 1997 및 김일중, "법집행과 부정부패 : 범경제학적 속성", 『형사정책 연구』 여름호, 한국형사정책연구원, 1997c에 설명된 대로 범죄의 예방(prevent)보다는 실적을 쌓기 위해 범죄가 발생할 때까지 기다렸다가 검거하는(wait to arrest) 법집행자의 인센티브와 흡사하다.

능성은 있다고 볼 수 있기 때문이다.

특히 중소기업보호 법제를 평가하는데 있어서 위 질문에 답하는 일은 매우 중요하다. 알고 보면 위 경우는 중소기업문제를 논하면서 위기에 처한 중소기업들을 기회적으로 이용한 대기업의 횡포를 막겠다는 식의 논리와 동일선상에 있는 상황이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 필자 자신의 분석에 의하면 논리적으로 강박의 법리를 적용시킬 수 있는 경우는 매우 제한적이라는 결과를 얻을 수 있었다.⁴¹⁾ 요약하면 ①생명의 위협과 직결되지 않은 경우, ②구조업을 위해 일정 수준의 투자가 선행되었던 경우, 그리고 ③위기상황에 처한 자가 다수인 상황에서는 이론적으로 강박의 법리적용이 힘든 것으로 판명되었다. 남의 위기상황을 통해 어쨌든 수익을 보는 경우이므로 여전히 부정적인 시각으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 그것은 어디까지나 우리의 선호 또는 정서에 의한 판단임을 유의해야 한다. 개별 사건들만 놓고서 대충 강박을 인정해 버린다면 장래 경제주체들의 인센티브를 필연적으로 왜곡시킬 것이기 때문이다. 또한 그 과정에서 위기상황에 처한 자 이외의 사람들이 갖는 고유의 재산권을 침해할 가능성이 높아진다.

이러한 논리가 대기업과 중소기업간 문제를 다루는 정책에 주는 시사점은 매우 크다고 하겠다. 필자는 예컨대 하도급거래공정화에 관한 법률에 나오는 대금지불방법·하자보수·납품방식 등에 관한 다양한 개입조항들이나 중소기업의 사업영역보호 및 기업협력 증진법의 납품대금지급조항, 중소기업의 구조개선 및 경영안정지원을 위한 특별조치법의 물품대금 결제조건의 개선 조항 등이 강박논리를 무리하게 적용한 사례라고 판단한다.

나아가 증권거래법상의 주식보유한도 규제 역시 땀흘려 세운 견실한 중소기업이 사리사욕만 챙기는 대기업의 기업사냥감이 되어서는 안된다는 논리에 과다하게 의존하고 있다. 위기상황을 직접 만들거나 또는 악용하는 사례를 막겠다는 의도이므로 강박으로부터 보호한다는 취지로서 파악할 수 있다. 그러나 이러한 기업인수시장의 규제는 오히려 대기업의 방만한 경영을 방조하였다고 판단된다. 따라서 기업인수시장의 규제완화야말로 경제력집중억제책의 핵심이라 할 수 있다.⁴²⁾

41) 자세한 논의는 김일중, 1996a, 전제서, 참조.

사실 이를 뚜렷이 확인할 수 있는 사건이 1997년 3월 발생하였다. 전국경제인연합회가 주축이 되어 미도파의 경영권을 인수하려는 신동방그룹의 시도를 무산시켜 버렸고, 기업인수의 규제완화를 표방하는 정책기조에 대해 강력한 반발과 더불어 대기업집단의 ‘공동대응’이 불가피하다는 입장을 표명하였다(예 : 중앙일보, 1997.3.15). 대기업으로부터 중소기업의 경영권을 보호하겠다는 미명하에 유지되어 왔던 기업인수에 대한 강력한 규제들을 실제로 가장 원하는 쪽은 대기업집단이었던 것이다. 나아가 기업인수 시도에 대한 대기업집단의 공동대응이야말로 후술되는 바처럼 이론적으로도 반드시 불법화되어야 할 담합에 해당한다.

마지막으로 설사 강박이 엄연하게 성립한다 하더라도 規制보다는 私法 차원의 규제방식이 우월할 수 있다는 점을 유의해야 한다.⁴³⁾ 예컨대 대금결제방식 등을 사전적으로 직접 규제하지 말고 애초 계약내용의 임의변경 또는 부작위에 대해서 철저히 책임을 묻는 방식이 최소한 장기적으로 우월하다는 명제를 강조하고 싶다.

3. 強迫法理의 實際適用

이제까지 생명을 위협한다는 다소 극단적인 상황을 설정하고 물리적 강박에 대한 여러 이론들을 적용해 보았다. 강제법리의 또다른 요소로서 간주되는 불균등 협상력 및 비양심성을 검토하기 전 강박의 원리가 적용되는 전형적인 경제사건을 살펴본다. 미보통법 판례의 경우 특히 Austin Instrument v. Loral Corporation(N.Y. 1970)은 대기업과 중소기업간의 하도급관계에서 빈번히 발생할 수 있는 사건이라 주목을 끈다.⁴⁴⁾ 나아가 우리나라 중소기업

42) 김일중, 『경제력집중억제책의 형성논리와 효과』, 한국경제연구원, 1994.

43) 최근 학계에서는 이에 대한 이론적·경험적 뒷바침을 광범위하게 축적해왔다. 자세한 논의는 김일중, “효율적인 규제방식으로서의 전환을 위한 경제이론”, 『규제연구』 겨울호, 한국경제연구원, 1995a를 참조할 수 있다.

44) 로탈사는 미해군으로부터 레이다구축에 관련하여 계약을 따냈고, 오스틴社에게 일부 부품을 하도급주었다. 첫번째 계약을 따낸 일년 후 로탈사는 또다른 계약을 미해군과 맺었는데, 그 당시 오스틴사는 약속한 날짜에 부품을 제대로 공급하지 못한 상태였다. 로탈사는 다른 업체에게 하도급을 주려고 하였으나 오스틴사는 자사에게 이로운 조건으로 두번째 하도급계약을 맺지 않으면 첫번째 계약의 이행을 중지하겠다고 위협하였다. 물론 로탈사는 이러한 오스틴사의 요구를 거절할 수도 있었다. 만약 오스틴사가 첫째 계약을 파기한다면 소송을 걸어 배상받을 수도 있었다. 그렇지만 만

정책에서 향후 중요한 위치를 차지해야 할 부분이 바로 이와 같은 강박의 사례를 찾아내어 중소기업들에게 공개하고 인지시켜 주는 일이다. 강박의 전형에 해당되는 사례들의 정보가 확산되면 강박을 하려는 쪽도 행동을 자제할 수밖에 없고, 설사 강박을 이미 당한 쪽도 사법적 구제를 더욱 적극적으로 모색할 것이기 때문이다.

이 사례에 대해서도 앞서서와 같이 법경제학적 분석을 시도할 수 있다. 예컨대 계약을 할 당시 두 회사가 아예 서로 만나지 않았을 경우에 각각의 효용수준과 비교해보는 Pareto 경제효율성을 기준으로 해도 로탈사의 효용이 당연히 감소되었기 때문에 강박이 성립한다. 나아가 이 경우에도 동태적 경제효율성을 중시하는 시각에서 보면 가장 확실히 강박의 논리가 성립됨을 알 수 있다.⁴⁵⁾

반면 강박의 논리를 쉽게 적용하려는 ‘유혹’을 받지만 그리 하여서는 안될 경우를 상정해보자. Klein이 제공하는 좋은 예는 모기업과 프랜차이지들 사이에서 자주 관찰되는 계약이다.⁴⁶⁾ 모기업을 대기업이라 하고 프랜차이지들

약 오스틴사가 부품을 제때 공급해주지 않으면 미해군에 벌금을 물게 되어 있었으므로 오스틴사의 요구를 들어주기로 하였다. 그러나 공식서한을 통해 ‘강박’ 때문에 그렇게 한다고 명기하였다. 시간이 흐른 후 두번째 계약에 의한 물품을 오스틴사로부터 받고 난 후 로탈사는 잔금의 지불을 거절하였고, 두 회사 모두 소송을 걸었다. 원심 판결은 오스틴사에게 유리하게 났다. 로탈사가 두번째 계약을 하기 전에 소송을 걸 수 있었다는 것이었다. 로탈사는 잔금을 오스틴사에게 지불해야 한다는 명령이었다. 그러나 상소심에서는 원심법원의 판결을 기각했다. 오스틴사가 첫번째 계약의 이행을 중지할 경우 적절히 대체할 수 있는 시간적 여유가 없었기 때문에 위협받은 로탈사로서는 두번째 계약을 체결할 수밖에 없었다는 논리였다. 물론 여기서는 하도급업체가 강박을 한 경우이나 그 반대의 경우도 얼마든지 발생할 수 있을 것이다. Cooter, Robert, “The Cost of Coase,” *Journal of Legal Studies*, 1982, vol. 11, pp.12~21 참조.

45) 향후 로탈사의 처지가 될 수 있는 모든 사람들이 자신의 보호를 위해 지출할 경비의 규모를 생각할 때 명백한 강박임을 인정할 것이다. 그만큼 하도급계약을 할 때 안전장치를 많이 해놓으려고 노력할 것이므로 계약의 비용이 전반적으로 상승할 것이다. 그리고 이미 한 약속의 파기를 불모로 했다는 점에서 위협의 상황을 오스틴사 스스로 창출했다고 볼 수 있다. 따라서 생명과는 직접 관계가 없으나 전술한 구조의 상황보다는 총을 들이대는 상황에 더욱 가깝다고 하겠다. 그렇다면 Epstein의 재산권 분포론에 입각해 보아도 명백한 강박을 인정할 수 있겠다. 기타 다른 이론의 응용은 김일중, 1996a, 전계서 참조.

46) Klein, Benjamin, “Transaction Cost Determinants of ‘Unfair’ Contractual Arrangements,” *American Economic Review*, 1980, vol.70, pp.356

은 모두 중소기업이라 하자. 이러한 계약이 자주 강박법리의 표적이 되는 대표적인 이유는 계약초기에 필요이상의 권리금을 요구하며 동시에 임의해제(termination-at-will)조항이 포함되어 있기 때문이다. 고로 얼핏 보아 대기업이 일방적으로 밀어부친 계약처럼 보이며, 공정성을 복원하기 위해 뭔가 이런 조항을 불법화시키는 정부개입이 필요하다고 판단될 수 있다. 요컨대 서론에서 언급된 중소기업 관련법들의 여러 조항들이 이러한 대기업의 강제행위를 억제하고자 만들어진 것임을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 경제분석에 비추어 볼 때 이러한 계약내용들이 나름대로의 정당성을 갖고 있다는 Klein의 주장은 설득력이 있다고 판단된다. 한마디로 계약된 내용보다 저질상품을 팔려는 프랜차이즈들의 기회주의적 행위를 막는 장치로서 이해할 수 있다는 논리이다.⁴⁷⁾ 다음의 인용은 우리의 중소기업 관련 법제담당자들도 귀담아 들을 만하다.

“자발적인 교환을 통해 모든 거래자들이 기대이익을 향유한다고 상정하는 경제모형에서 ‘불공정(unfair)’과 같은 표현의 설부른 사용은 뭔가 생소하게 들린다. 그러나 ‘계약자유’가 효율적 속성을 갖는다는 경제학 패러다임에 대해 최근의 제정법·규제·반독점정책은 상당한 반기를 들고 있다.⁴⁸⁾ 의회는 대리점용호 입법을 늘리고 연방공정거래위원회는 대리점업을 규제하고, 사법부는 ‘불균등협상력’ 법리를 빈번히 인정하고 있는데, 이들은 소위 거래자를 ‘보호’하겠다는 최근 정부입장의 몇가지 예이다. 지극히 자발적으로 이루어진 계약조항에 대해서도 단지 외관상 일방적이거나 불균등하게 보이기만 하면 무조건 기속력이 없거나 불법이라 선언해 버림으로써 거래자를 보호한다는 것이다.” (Klein, 1980)⁴⁹⁾

~362.

47) 예컨대 프랜차이즈 계약의 속성상 모두 이미 모기업이 정립한 공동 상표를 이용하기 때문에 개별 프랜차이즈들로서는 상표의 명성을 관리하려는 인센티브 보다는 단기적으로 상품질을 낮추어 추가이윤을 보려는 욕구를 가질 수 있다. 만약 그렇게 된다면 상표의 명성이 저하되어 가장 손실을 보는 쪽은 모기업이다. 그럼에도 불구하고 계약비용과 측정비용으로 인하여 모기업은 완벽히 억제장치를 마련할 수 없다. 따라서 고액의 자본투자와 임의해제조항은 마치 해제시 몰수되는 담보채권(collateral bond forfeitable at the will of termination)과 동일한 기능을 수행하고 있다는 것이다. 따라서 이러한 조항은 강박의 결과가 아니라 불완전계약을 극복하려는 시장메카니즘의 일환이라 강조한다.

48) 이에 관련된 지적흐름에 대해서는 김일중, “법과 경제에 관한 미국의 지적흐름”, 미국사회의 지적흐름 세미나 발표논문집, 서울대학교 미국학연구소, 1996b; “한국의 안전규제”, 『한국경제법의 경제분석』, 한국경제연구원, 1997b를 참조할 수 있다.

49) Klein, *op. cit.*, p. 356.

IV. 不均等 協商力の 法理와 中小企業保護 法制

1. 獨占力으로서의 協商力

중소기업문제와 관련하여 강제를 구성하는 두번째 요소로서 계약당사자의 불균등한 협상력이 있다. 그러나 필자 판단으로는 협상력의 불균등에 관한 단일 정의가 아직 명쾌히 내려져 있지는 않는 듯하다. Eisenberg는 협상의 한계에 대해 네 가지로 분류하고,⁵⁰⁾ 협상력이 불균등하다는 사실 자체만으로는 계약을 무효화시키지 못한다고 주장한다. 말하자면 협상으로부터 발생하는 잉여를 한 쪽이 과다하게 차지한다는 것을 협상력의 불균등이라 보았는데, 그렇다고 해서 이를 금지하게 되면 전체 파이의 일부분이라도 차지하고자 기꺼이 협상에 참여하려는 선의의 다수에게 오히려 피해를 끼치게 된다는 논리이다.⁵¹⁾

또한 Epstein은 협상력(bargaining power) 또는 시장력(market power)에 관련된 구호들을 두 갈래로 나누어 검토한 후⁵²⁾ 이러한 주장들이 갖고 있는 오류를 발견한다. 즉 협상력은 간혹 ‘富’의 뜻으로 해석될 수 있으며, 또는 ‘競爭者의 不在’로서도 사용되고 있다는 것이다. 그러나 첫째 개념은 한마디로 오류라고 단정한 후 그에 대한 근거를 논의하고 있다. 고로 협상력이 실제로 의미를 가질 때는 두 번째 경쟁자의 부재를 가리킬 때로 보고 있다.

50) 즉 당사자 한 쪽의 처지가 절대적인 위기상황이라든지, 협상기술을 전혀 갖고 있지 못하다든지, 절차상으로 협상기술을 불공정하게 사용하였든지, 협상에 핵심적인 정보가 비대칭적으로 사용된 경우로 나누고 있다. Eisenberg, *op. cit.*, p.742

51) 이러한 시각은 미계약법의 토대를 이루고 있는 『통일상법전(Uniform Commercial Code)』이나 『계약의 제2차 리스테인먼트(Second Restatement of Contracts)』에도 명백히 반영되고 있다. 심지어 Posner(1992, *op. cit.*, pp.96IV101)는 『통일상법전』에 나온 불균등한 협상력의 개념 자체에 대해 회의를 품고 있다. 약인(consideration)이 부적절하거나 일방적일 때 협상력의 차이가 있다고 보는 것은 매우 애매모호한 개념이며, 실제로 유익성도 없다고 피력한다. 특별히 만약 그러한 판단이 든다고 해서 법원이 계약을 무효화시킬 수 있다는 식으로 협상력의 불균등 원리를 이용한다면, 거래비용이 낮을 때 법적인 대리거래(surrogate transactions)보다 시장내의 당사자간 거래를 권장시킨다는 보통법의 기본원칙이 심하게 손상될 것이라고 강조한다.

52) Epstein, Richard, *Simple Rules for a Complex World*, 1995, Cambridge : Harvard University Press, pp.71~90.

결국 후술되는 바와 같이 협상력이란 독점력(monopoly power)으로 파악하는 것이 가장 타당하고 유익한 것으로 판단된다. 그렇다고 해서 부의 수준 등이 협상력과 전혀 무관하다고 주장하는 것은 아니다. 다만 부의 수준이 어떤 식으로든 독점력에 영향을 미치게 될 때 비로소 협상력과 관련을 갖는다는 의미이다. 이하에서는 계약법의 차원에서 몇가지 유형의 독점문제를 다룬다. 특히 강제법리에 관한 여러 법경제학적 접근을 토대로 과연 어떠한 상황에서 계약자유에 대한 정부의 개입이 정당화되는가를 분석하며, 그에 관련된 중소기업보호 법제를 평가한다.

2. 不均等 協商力과 中小企業保護

전절의 강박법리와는 차별성을 갖는 기본프레임워크를 설정하기 위해 얼마전 필자가 영화에서 보았던 링컨대통령 연설문 원본에 관련된 얘기부터 시작하자. 甲이 우연한 기회로 옛날 서류 하나를 헐값으로 구입하였는데 알고보니 링컨의 연설문이었다. 링컨의 일대기를 탐구하는 乙이 이 사실을 알고 연설문을 손에 넣고자 안달이었다. 쌍방이 서로 독점인 상황에서 甲은 乙로부터 천문학적인 금액을 받고 연설문을 양도하였다. 따라서 乙이 생명을 위협받는 처지에 있지는 않다는 사실만 제외하면 전술한 구조의 경우와 별 차이점이 없다. 자신의 의도와는 관계없이 甲은 갑자기 엄청난 수준의 독점력을 갖게 된 것이다. 따라서 희소성을 기회주의적으로 사용하기 때문에 甲과 乙의 계약은 불균등한 협상력의 사유로써 무효라고 주장할 수도 있을 것이다.⁵³⁾ 그렇다면 과연 이 경우 강제의 법리를 적용시킬 수 있을 것인가라는 문제가 관건으로 남는다.

링컨 연설문이 전절의 救助상황과 비교하여 갖는 특별히 다른 요소는 생명을 위협하지 않는다는 것 뿐인데, 다양한 이론들에 비추어 강제가 성립되지 않는 것으로 나타나고 있다.⁵⁴⁾ 그렇다면 필자가 보기에 망망대해에서 침몰해가는 배의 선원들은 합리적인 보상만으로 구조를 해야 하겠지만, 선적화물인 물에 잠기는 상황에서는 구조선 측에서 매우 유리한 조건으로 인수한다고 하

53) 다소 속성의 차이는 있으나 갑자기 떠오른 은막의 여왕이나 스포츠영웅, 또는 몇 년 전 서울 장안에서 유명 점성술가가 향유했던 수입에 대해서도 비슷한 반박을 펼 수도 있다. 이들 역시 거의 절대적인 협상력을 누리 기회비용을 훨씬 능가하는 수입을 향유한다는 근거에서 이다.

54) 자세한 분석은 김일중, 1996a, 전게서 참조.

더라도 괜찮아질 여지가 분명히 존재한다. 우연히 생긴 독점력이나 협상력이 불균등하다고 해서 무조건 강제 법리를 적용시킬 수는 없다는 의미이다.⁵⁵⁾

결론적으로 독점력을 보유하고 있다는 의미만으로 협상력의 차이가 존재한다고 보면서 그 자체로 강제의 법리를 적용하는 것은 잘못 되었다는 것이 필자의 생각이다. 예컨대 현재 사용되고 있는 하도급거래 공정화에 관한 법의 선급금지급조항, 내국신용장개설조항, 하도급대금지급조항 등도 거슬러 올라가면 대기업에 대한 중소기업의 열악한 협상력이라는 논거를 갖고 있는 듯하다.

중소기업의 협상력이 워낙 미약해서 그냥 놔두면 대기업의 횡포가 심해질 것이므로 각종 계약의 조건들을 중소기업의 보호라는 목적하에 정부가 생각하는 조건으로 무조건 규정해버린 것이다. 하지만 위 경제적 분석을 따르면 결국 이러한 보호조항들이 오히려 중소기업들의 효용을 낮출 수 있다는 시사점을 받게 된다.

또한 공정거래법상의 불공정거래 규제조항도 거래일방의 우월적 지위남용을 막는다는 목적에서 직접적인 계약규제를 통해 무조건 협상력의 차이를 균등토록 시정하려고 노력해왔다. 그러나 이러한 정책근거는 오류일 때가 허다하며, 후술되는 대로 불균등 협상력이 설사 대기업의 부당한 독점력에서 연유했다는 점을 인정하더라도 방법론상으로 여전히 잘못된 정책방식이라 판단된다. 예를 들어 현 공정거래법 제23조 및 제29조에 나온 여러 수직적 제한들도 대규모 제조업자가 소규모 유통업자에게 협상력을 남용하여 거래거절이나 거래단절의 위협을 통한 강제의 결과라는 전제가 다분히 깔려 있다. 그러나 이들 중 상당수가 親競爭的이라는 경제적 분석이 이미 선진외국에서는 많이 수용되고 있다.⁵⁶⁾

55) 그럼에도 불구하고 Daniel Kahneman, Jack Knetsch and Richard Thaler "Fairness as a Constraint on Profit-Seeking : Entitlement in the Market," *American Economic Review*, 1986, vol. 76, pp.728~741의 흥미로운 서베이에 의하면 우연한 상황 때문에 창출된 독점력을 행사하여 초과이윤을 취하는 행위를 부정적으로 보는 것이 보통 사람들의 정서로 나타나고 있다. 하지만 특히 동태적 경제효율성이나 재산권분포론에 입각하여 생각할 때 이러한 상황에서 맺어지는 계약은 존중돼야 한다는 것이 필자의 견해이다. 더군다나 앞의 강박에 대한 결론의 두 번째 및 세 번째 제약사항으로 지적된 것처럼 링컨 연설문에 대한 수요자가 매우 많을 때, 그리고 그 연설문을 손에 넣기 위해 많이 상당한 투자를 했을 때에는 그의 독점력이 갖는 합법성이 더욱 커진다고 볼 수 있다.

56) 그러나 특정 제조업자와 유통업자가 의도적인 공모를 했을 때에는 문제가 다르다.

3. 獨占化的 反競爭的 弊害

앞서의 경우와는 달리 판매업자들이 인위적인 노력을 투여하여 독점력을 얻으려는 상황을 상정해보자. 경제학의 産業組織論에서는 흔히 이를 독점화(monopolization)로 부르며 (구조적) 독점과 구분하여 왔다.⁵⁷⁾ 독점화의 대표적 예는 담합(collusion)이다. 대개 가격고정·시장분할·제3자배제의 형태로 나타나는 담합은 특히 우리나라의 상거래관행 속에 광범위하게 퍼져있다. 건설·자동차·전자·수출업 등의 업종에서 대기업들끼리의 담합을 통해 생산요소를 공급하는 개별 중소기업의 협상력을 떨어뜨린다는 류의 주장이 바로 여기에 해당한다. 유가자유화 직후 방치되고 있는 주유소들의 가격담합도 마찬가지이다. 계약법의 차원에서 담합의 결과 나타나는 독점력을 불균등한 협상력으로 간주할 것인가의 문제에 대해서는 대부분 계약무효쪽으로 답이 기운다.⁵⁸⁾

담합에 관한 전통적인 경제분석에 의하면 가격이 상승하고 물량은 감소하게 된다. 그래도 거래에 참여하는 사람은 소비자잉여의 일부분을 확보할 것이다. 반면 거래에서 배제되는 사람들은 단순히 소비자잉여의 기회를 상실하게 된다. 경제학에서 담합(또는 독점)의 폐해를 말할 때는 바로 이 후자로부터 발생하는 死重費用 때문이다.⁵⁹⁾ 요컨대 정부의 도움없는 민간끼리의 담합이 물

후술되는대로 이는 반경쟁적이며 따라서 정부의 개입이 정당화될 것이다. 이에 대한 외국의 법이론은 신광식, 『경쟁정책의 국제비교』, 한국개발연구원, 1994, 457~542면에 잘 요약되어 있다.

57) 독점 자체와는 달리 독점화는 대부분의 학파에 의해 불공정거래로 인식되어 왔다. 자세한 내용은 신광식, 1994, 전계서 참조.

58) 먼저 Fried(1981, *op. cit.*, pp.126~132)는 권리론에 입각하여 담합은 소비자의 선택가능성을 줄이는 행위이므로 當然(*per se*) 위법이라 주장하고 있다. Pareto 경제효율성을 기준으로 해도 강제가 성립된다. 예컨대 자동차·정유·건설업에서 각각 자동차·석유·건축물을 가격경쟁으로 구매했을 경우보다는 효용이 감소할 것이기 때문이다. 고로 계약의 자발성이 인정되지 않는다. 기타 여러 이론들의 응용은 김일중, 1996a, 전계서 참조.

59) 여기에 공공선택(public choice)이론에 의해 제시된 지대추구(rent seeking)에 의해 낭비되는 탈력사각형 (Tullock, Gordon, "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft," *Western Economic Journal*, 1967, vol. 5, pp.224~232)까지 고려한다면 비효율성은 더욱 명확해진다. 이에 대한 자세한 설명은 김일중, 1995b, 전계서 ; 김일중(편), 『시장경제와 법치주의를 위한 정부3부의 역할』, 한국경제연구원, 1995c를 참조할 수 있다.

론 용이한 것은 아니나 (Stigler),⁶⁰⁾ 담합이 갖는 폐해는 자명하다. 그러므로 Posner 류의 동태적 경제효율성이나 Epstein의 재산권분포론에서는 담합을 부정적으로 보고, 협상력의 불균등성에 의한 계약무효를 선언할 것이다. 특히 담합을 합법적으로 인정하는 경우 담합을 결성하기 위해 미래에 투여할 경제자원을 생각한다면 이 결론의 정당성이 더욱 강화된다. 그러나 담합을 과연 계약법 차원에서 해결해야 하는가를 논의한 Trebilcock⁶¹⁾의 다음 주장은 극히 중요한 시사점을 주고 있다.

Trebilcock은 담합의 폐해가 독점화로 인해 거래에서 배제된 사람들이 겪는 불이익, 즉 통상적인 사중비용에 있다는 생각을 하고 있다. 거래에 참여한 사람들은 그래도 자신들이 원하던 재화를 얻었으니 계약의 강제성은 별로 없다는 논리이다. 그러나 계약법이란 주로 당사자 2인의 문제를 다루는 영역이니 만큼, 배제된 사람들의 이익을 보호하는데는 계약법이 부적절하다는 것이다. 환언하면 담합은 ‘계약실패’라기보다는 시장실패(market failure)의 문제로 보아야 하며, 계약법은 시장실패를 치유하는 도구로서는 부적절하다는 논리이다. 고로 담합의 소지가 분명하더라도 계약법의 차원보다는 경쟁정책 또는 공정거래/반독점법 차원에서 이를 억제해야 한다는 결론으로 이어진다. 따라서 경쟁자들간의 수평적 가격고정, 입찰조작, 고객·지역시장분할 등과 같은 제한은 특별한 경우를 제외하고는 당연위법으로 취급할 수 있을 것이다.⁶²⁾

담합의 문제를 계약의 차원보다는 경쟁정책 또는 반독점법 차원에서 다루어야 한다는 이 결론에 필자는 동의한다. 계약법은 당사자간에 체결된 계약의 문제를 다룬다. 즉 자동차시장에서 담합이 이루어졌다고 가정할 때 특정 자동

60) Stigler, George, “A Theory of Oligopoly,” *Journal of Political Economy*, 1964, vol. 72, pp.44~61.

61) Trebilcock, Michael, “The Doctrine of Inequality of Bargaining Power : Post-Benthamite Economics in the House of Lords,” *University of Toronto Law Journal*, 1976, vol. 26, pp.359~385.

62) 예컨대 미국의 Justice International Guidelines, 4 *Trade Regulation Report*, p.13, Department of Justice에 나온 바와 같이 다음의 조건들이 충족되면 형사처벌토록 해야 할 것이다 : ①행위가 실제, 잠재, 또는 명백한 경쟁자들간의 약정을 내포하고, ②그 약정이 유의한 통합의 효율을 창출할 전망이 없고 본질적으로 산출량을 제한하고 가격을 올릴 가망성이 크며, ③그 약정이 전반적으로 명시적이거나 기만적이며, ④공모자들이 전반적으로 자기 행위로 생길 반경쟁적 귀결을 알고 있다.

차회사와 특정 소비자 사이의 계약이 흔히 초점대상으로 되곤 한다. 반면 담합의 결과 배제된 구매자는 해당 계약의 당사자가 되지 못한다. 즉 당사자적격(standing)에 문제가 생기기 때문이다. 그래서 배제된 소비자의 권리를 좀더 완벽히 보호하기 위해서는 배제된 잠재구매자도 해당 자동차회사를 상대로 소송을 제기할 수 있는 권리를 부여해야 할 것이며, 이 경우 적절한 수단이 공정거래 관련 소송이 될 것이다.⁶³⁾

요약하자면 동태적 경제효율성 또는 재산권분포론에 비추어 보더라도 담합은 억제되어야 한다. 따라서 담합의 소지가 있다고 판단되면 계약을 무효화시키는 것이 원칙적으로는 정당화될 수 있다. 그러나 계약법체계에서의 당사자적격을 고려할 때 거래에서 배제된 구매자의 권리보호 및 담합에 가담한 회사 전체를 제재하기 위해서는 공정거래법 또는 경쟁법이 비교우위를 갖고 있다고 판단된다. 이 결론이 시사하는 바는 매우 크다.

요컨대 정부가 행정지도 등을 통하여 이 계약내용상의 이자율 또는 대금지불방법 등에 직접 개입하기보다는 대기업들간의 담합을 억제할 수 있는 다른 수단을 택해야 할 것이다. 이에 판명된 담합행위 자체를 처벌하는 규정은 물론 광범위한 가격·진입규제의 폐지 등이 포함될 것이다. 우리나라 중소기업정책의 재정립을 위해 가장 심사숙고해야 할 부분 중의 하나라 판단된다. 이러한 근본폐해는 묵과한 채 부분적이고 자의적인 중소기업보호 법제를 만들어서는 그 소망하는 효과를 결코 달성할 수 없기 때문이다.

V. 非良心의 法理와 中小企業保護 法制

1. 富의 差異와 非良心法理

중소기업문제를 계약강제와 연계하여 논의하는데 유용한 세번째 기본프레임웍은 비양심의 법리이다. 기존 법경제학의 연구문헌에서 비양심의 법리는 주로 가난한 자가 연계된 계약에서 사용되는 듯하다. 물론 부의 수준 등이 협상

63) 이에 더하여 또 한 가지의 법리적 근거가 있다고 본다. 담합은 정의상 둘 이상의 판매자가 연루되어 있는데 계약법의 차원에서는 자신이 거래한 한 사람의 판매자만을 대상으로 하게 된다. 그러나 담합을 좀 더 효과적으로 억제하려면 담합에 가담한 회사 모두 또는 사업자단체를 대상으로 소송을 제기하는 것이 바람직할 것이다. 경쟁법 또는 공정거래법은 이를 가능하게 한다.

력과 무관하지 않기 때문에 불균등 협상력과 비양심의 요소를 완전히 별개로 취급할 수는 없을 것이다. 다만 편의상 지금부터 비양심이라는 구분하에서는 특히 계약 상대방이 눈에 띄는 독점력을 갖고 있지 않음에도 불구하고 궁핍한 쪽이 계약을 맺을 때 발생하는 문제를 주로 다루기로 한다.

필자가 줄고에서 제시한 다음의 몇 가지 예를 생각해 보자.⁶⁴⁾ 첫째, 극빈자 보호대상으로 되어 있는 한 미혼모가 자신과 자식들을 위한 쌀이 떨어지자 급기야 동네 식품점에 가서 다음 보호금을 타면 갚겠다며 외상으로 쌀을 구입하였다. 둘째, 생활고에 힘겨워하던 사람이 이웃으로부터 돈을 빌렸는데 채무자의 조건을 검토한 결과 꽤 높은 이자율을 제시하자 그를 수락하였다. 셋째, 실업율이 매우 높은 동네의 영세 건축업자가 동네의 젊은이들과 고용계약을 할 때 건축업에는 늘 위험이 따르나 자신이 제공할 수 있는 안전장치는 매우 열악하다고 말했음에도 불구하고 젊은 근로자들은 기꺼이 계약서에 날인하였다.

비양심이 논쟁의 초점으로 떠오르게 되는 상황은 첫번째 미혼모가 약속을 지키지 못했을 때 동네의 식품점이 그녀의 다른 물건들이라도 압류하려고 할 때이다. 또는 두번째 돈 빌린 사람이 높은 이자를 갚지 못해 그의 집이라도 압류하려고 할 때이다. 마지막으로 근로자들이 작업을 하다가 낡은 사다리 때문에 사고를 당한 경우 건축업자는 슬픈 일이긴 하나 자신으로서는 원래의 약속 이상으로 보상할 입장이 못된다고 말할 때이다. 이들 모두 가난한 사람들에게 어찌 그럴 수 있는가 하는 논리로써 비양심의 법리에 호소하여 원래의 계약을 무효화시키는 소를 제기할 가능성이 큰 경우들이다.

이러한 상황 역시 ‘자금력이 풍부한 대기업’ 대 ‘금융권에 접근 못하는 영세업자’간의 채무문제로서 신문지상에서 흔히 묘사되는 상황이다.⁶⁵⁾ 또한 둘은 도저히 서로 경쟁대상이 되지 못하므로 중소기업의 사업영역을 보호해줘야 한 다든지, 구매에 있어서 특별수혜를 받도록 해야 한다는 소위 ‘逆差別’의 논리로 발전된다.

서론에서 개관한대로 필자는 우선 불특정다수 대상의 경쟁제한적 보호법제

64) 김일중, 1996a, 전거서.

65) 이 문장을 이해하는데는 조심성을 요한다. 예컨대 기업은행에서 중소기업에 대한 융자를 우대한다는 사실 자체에 필자가 반대하는 것은 아니다. (물론 우대방식에 대해서는 세심한 고려가 필요할 것이다.) 정작 필자가 반대하는 것은 이러한 논리가 결코 지원의 대상이 되어서는 안될 분야까지 사방으로 확산되고 있다는 점이다.

들 대부분이 이러한 논리에 의거한다고 본다. 또한 본고의 주요 분석대상인 특정 대기업과의 사적 거래에 대한 개입조항들 중 상당 부분도 역시 이러한 주장을 반영하고 있다는 생각을 하고 있다. 예를 들어 중소기업기본법의 계열화촉진 조항, 중소기업의 사업영역보호 및 기업간협력 증진법의 지정계열화업종조항, 장기위탁계약의 체결조항, 수탁기업체에 대한 지원조항, 중소기업 진흥 및 제품구매촉진법의 우선구매조항 등이 여기에 해당한다.

그럼에도 불구하고 최소한 이제까지 논의되었던 각 이론들에 입각하여 이 상황을 평가해보면 강제는 성립되지 않음을 확인할 수 있다.⁶⁶⁾ 특히 Epstein의 재산권분포론을 기준으로 삼아 보아도 결론은 동일하게 나온다. 첫째, 만약 甲의⁶⁷⁾ 그러한 권리를 인정하지 않는다면 미래에 甲은 가난한 자와의 거래를 꺼리게 될 것이다. 여기에는 Radin⁶⁸⁾이 명료하게 지적한 ‘이중계약(double-bind)’의 효과가 적용될 수 있다. 즉 乙의 입장에서는 현재의 가난함에도 거래가능성까지 박탈당함으로써 이중으로 고통당한다는 주장이다.⁶⁹⁾ 둘째, 앞의 권리론에서도 잠시 언급되었으나 단지 가까운 장소에서 영업하고 있었다는 이유로 가난한 자에게 정상수준 이하의 조건으로 자선을 강요한다면 甲의 재산권을 침해하는 것과 마찬가지로는 논리도 가능하다. Epstein이 ‘영향불비례성테스트(disproportionate impact test)’라고 명명한 바 있는 이 논리에 의하면,⁷⁰⁾ 설사 가난한 사람을 돕자는 목적이 사회 전반적으로 인

66) 자세한 분석은 김일중(1996a, 전제서) 참조.

67) 甲은 위의 세가지 예에서 각각 동네식품점, 채권자, 건축업자에 해당한다.

68) Radin, Magaret, "Market Inalienability," *Harvard Law Review*, 1989, vol.100, pp.1857~1862.

69) 이러한 목적으로 도입된 대표적인 제도가 최저임금제·아파트대료통제책·유가통제책 등이다. 각각 저숙련근로자의 임금을 확보하고, 저소득층의 주택문제를 해결하고, 유류구매비용을 낮춰 준다는 취지로 도입된 정책으로서 계약의 구체적 내용에 대한 공적개입이다. 이러한 계약규제 중 어느 것도 저소득층을 보호하는데 결코 성공하지 못했다는 사실은 예컨대 각각 Cass Sunstein, "Paradoxes of the Regulatory State," *University of Chicago Law Review*, 1990, vol.57, pp.407~441 ; Steven Cheung, "A Theory of Price Control," *Journal of Law and Economics*, 1974, vol.17, pp.53~71 ; Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, 1989, Cambridge : Cambridge University Press의 설득력있는 논문에서 확인할 수 있다.

70) Epstein, Richard, *Takings : Private Property and the Power of Eminent Domain*, 1985, Cambridge: Harvard University Press, pp.182~215.

정되었다 하더라도 그 비용을 일부의 사람이 편향되게 부담하는 것은 재산권의 침해라 의미한다는 것이다. 동태적 경제효율성을 사용해도 마찬가지이다. 가난한 자를 우대하는 조건을 사적계약에서 강요한다고 해서 장기적으로 경제효율성이 제고될 것 같지 않다. 오히려 결과는 그 반대일 확률이 크다.⁷¹⁾

2. 再分配政策과 非良心法理 適用의 限界

가난한 자의 처지를 악용하여 터무니없게 책정된 계약조건에 대해선 비양심의 법리를 따라 공적개입을 정당화시킬 수 있을 것이다. 반면 설사 경쟁수준과 괴리가 있다고 하더라도 독점력에서 비롯된 것이라면, 비양심의 법리로써 접근하기보다는 불균등 협상력의 원리에 의거하여 그 독점력이 정당화될 수 있는 것인지 판단해야 할 것이다. 만약 그렇다면 독점이윤은 구매자의 부수준에 관계없이 발생할 것이기 때문이다. 나아가 담합에 의해 독점력이 창출되었다면 계약규제보다는 경쟁정책의 차원에서 시정해야 할 것이다. 고로 비양심의 법리를 적용시킬 수 있는 유일한 경우는 시장에서 일반적으로 독점력을 갖고 있다고 할 수 없는 상품을 특히 가난한 자에게 팔면서 경쟁수준과 상당한 괴리를 보이는 계약조건을 맺은 때라고 하겠다.

그러므로 그 조건이 경쟁수준과 큰 괴리가 없는 상황임에도 불구하고 부의 재분배 목적을 달성하기 위해 비양심적이라는 구실로 계약내용에 직접 개입하는 계약규제를 사용해서는 안된다. 첫째, 계약규제는 그 속성상 재분배에 따

71) 참고로 보통법에서 초기 비양심의 법리는 가난한 자가 신용구매를 하는 경우를 대상으로부터 비롯되었다. 이에 대한 대표적인 사건은 *Williams v. Walker-Thomas Furniture(D.C. Cir. 1965)*인데, 소위 ‘추가조항(add-on clause)’이 비양심적이라고 판결되었고 그 이후 학계에서 논쟁이 시작되었다. 추가조항은 구매자가 신용구매를 할 때 발생한다. 내구재를 구매하고 싶은데 현금이 없으므로 판매자로부터 신용을 얻고자 할 때, 판매자의 입장에서는 해태(default)의 위험을 줄이기 위해 담보를 요구할 것이다. 이때 추가조항이란 현재의 해당 내구재만 담보로 삼는 것이 아니고 과거에 동일한 판매자로부터 구매한 내구재 전체를 추가로 담보화시킨다는 내용이다. 고로 만약 해태가 발생하면 원금, 이자, 기타 금융비용을 모두 복원할 수 있는 수준까지 담보물들을 매각할 수 있게 된다. *Williams* 사건에서 법원은 계약의 내용이 판매자에 너무나 일방적으로 혜택을 주고 그 결과 소비자가 겪는 고통이 너무 크므로 비양심적이라 판결하였다. 가난한 소비자들은 특히 추가조항이라는 계약의 내용조차 이해하지 못했을 가능성이 크므로 해당 계약이 처음부터 양자에게 이로운 계약이 아니었을 확률이 크다고 주장하였다. *Williams* 판례에 대한 두 갈래 대조적인 견해는 김일중, 1996a, 전계서 참조.

르는 부담을 사회의 특정 그룹이 과중하게 떠맡는 효과를 갖기 때문이다.⁷²⁾ 둘째, 과중부담을 갖는 그룹이 미래에 취약해 될 각종 대체행위 때문에 혜택을 주고자 했던 빈곤자들이 오히려 이중으로 고통을 받게 될 가능성이 크기 때문이다.⁷³⁾ 고로 私的契約에 일일이 개입하는 것보다 일반 세제 및 보조정책이 부의 재분배 목적 달성을 위해서 더욱 큰 비교우위를 갖는다고 판단된다.

따라서 대기업과 중소기업간의 거래에 있어서도 본고의 서론에서 소개된 대로 약자보호의 미명 아래 계약의 조건이나 내용에 직접 개입하여 규제하기보다는 세제지원이나 창업지원 등의 방법을 사용하는 것이 바람직하다고 보겠다. 다만 정당화되는 지원이라 할지라도 그 방법론에 있어서는 심사숙고가 필요하다. 중소기업 끼리의 경쟁을 촉진한다거나, 피보호자 측에서 도덕적위해(moral hazard) 및 역선택(adverse selection)이 발생하지 않도록 최대한 주의해야 할 것이다.⁷⁴⁾

VI. 結言：要約 및 政策含意

현존하는 중소기업보호 법제들에 뭔가 일관된 원칙이 결여되어 있다는 인식 하에서 그러한 기본원칙을 세우는데 법경제학적으로 일조하고자 본고는 출발하였다. 구체적으로 경쟁력을 제고시키도록 지원·유도하려는 목적보다는, 가부장적 입장에서 그저 ‘弱者’로서의 중소기업을 ‘强者’로부터 보호하려는 발상에서 도입된 무수한 법제들을 強迫·不均等協商力·非良心을 포함한 ‘強制’의 범리에 바탕을 두고 평가해보려 하였다.

강박이 성립하면 언제든지 피해구제가 가능하다. 따라서 대기업과 중소기업간의 계약에서 강박이 성립할 때에는 엄격한 법적 制裁가 필요하며, 중소기업이 구제 또는 보호되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 강박의 개념을 적용시키는데 있어서는 매우 큰 신중함이 요구된다. 특히 그 위기상황을 대기업이 적극적으로 유도하지 않았을 때, 救助를 위해 공급자 측에서 일정한 투자가 선행된 경우, 또는 위기상황에 처한 중소기업이 다수였을 때 등은 강박을 성

72) Kaplow, Louis and Steven Shavell, “Property Rules versus Liability Rules,” *Harvard Law Review*, 1996, vol. 109, pp.721~724.

73) Radin, Magaret, *op. cit.*, pp.1857~1862.

74) 이에 대한 자세한 설명은 김일중, 1997b, 전계서 참조.

립시키기 쉽지 않다는 점을 확인할 수 있었다.

불균등 협상력에 근거하여 강제의 법리를 도출할 때에도 많은 주의를 요한다. ‘인위적인 노력으로 독점화’를 피하고, 그에 의한 협상력 차이를 악용한 경우에 한하여 이 기본프레임웍이 성립한다. 예컨대 협상력이 우월하다고 판단되는 대기업과 그렇지 못한 중소기업간의 계열화·위탁 등에 관한 계약내용에 무조건 개입해서는 안된다는 얘기다. 반면 동일 업종의 대기업들이 담합하여 하도급기업들에게 독점력을 발휘했다고 하자. 그렇다면 강제의 사유가 명백해진다. 하지만 이 경우에도 정부가 계약내용에 사전적으로 개입하기보다는 근본적으로 대기업들간의 담합을 억제할 수 있는 다른 경쟁정책적 수단을 택해야 한다고 주장하였다.

비양심의 법리도 중소기업문제를 다루는데 있어서 그리 적절치 않은 것으로 보인다. 물론 빈곤한 자의 어려움을 악용하여 터무니없게 책정된 계약조건에 대해서는 비양심의 법리에 따라 공적개입이 정당화된다. 하지만 거래 조건이 경쟁수준과 큰 괴리가 없는 상황에서 부의 재분배 목적을 달성하기 위해 비양심적이라는 구실로 계약내용에 직접 개입하는 契約規制를 사용해서는 안된다는 사실이 강조되었다.

엄밀대로 엄힌 중소기업보호 법제라는 실타래를 풀어가는데는 앞으로도 많은 연구가 진행되어야 한다. 기본프레임웍을 논하려 했던 본고에서 끌어낼 수 있는 정책함의는 다음과 같다.

첫째, 아무리 좋은 목적을 갖고 있는 것처럼 보여도 경쟁제한적 규제 및 사적계약에 대한 개입은 대부분 철폐되어야 한다. 물론 많은 법경제학자들이 인정하듯이 완벽한 계약을 실현하기란 현실적으로 불가능할 때가 많다. 하지만 그렇다고 사적계약에 대한 정부의 개입을 곧바로 정당화시키는 것은 결코 아니다.⁷⁵⁾ 시장메카니즘을 가능한 활용하여 암묵적으로나마 계약의 불완전성을 극복하려는 노력을 먼저 취해야 한다.

예를 들어 일견 대기업에게 일반적인 혜택을 주는 것처럼 보이는 계약내용이 있다고 하자. 경제분석을 한 결과 그야말로 기회주의적 행동 이외에 다른 정당성을 부여할 수 없을 때에는 그러한 사실이 전 관련 기업 및 소비자에게

75) Goldberg, Victor, "Toward an Expanded Economic Theory of Contract," *Journal of Economic Issues*, 1976, vol.10, pp.45~61.

빠른 속도로 확산되어 치명적인 피해를 받도록 유도해야 한다. 그 계약에 정부가 미리 임의로 개입하기 보다는 시장에서 철저히 처벌받도록 하자는 뜻이다.⁷⁶⁾

둘째, 헌법 제123조의 의미를 재정립시키는 일이 급선무이며, 경쟁력의 강화가 제일의 목적이 되어야 하고 분배정의의 실현은 자발적 계약을 제한하지 않는 다른 방식으로 실현되어야 한다. 즉 중소기업문제를 위한 지적 에너지 및 기타 경제자원은 이 ‘다른 방식’들을 모색하는데 사용되어야 한다. 예를 들어 신속한 정보제공 및 컨설팅에 주력하며, 기타 전담시장의 개설과 같이 경제행위의 거래비용을 낮추는 목적으로 다양한 정책을 개발하고, 창업 및 금융에서의 규제완화와 세제지원을 통해 창업촉진과 재분배를 달성할 수 있다.

이러한 맥락에서 중소기업 진흥 및 제품구매촉진법의 연계생산지원사업(제15조), 물류현대화지원사업(제16조), 국외판로지원사업(제17조) 등은 원칙적으로 그 방향설정이 제대로 된 중소기업정책이라고 판단된다.⁷⁷⁾ 또한 재정 및 금융지원은 양적 측면의 목적달성 보다는 실제로 어떻게 사용되고 있는가에 가장 큰 역점을 두어야 할 것이다. 더불어 시장개방에 즈음하여 ‘大企業 對 中小企業’이라는 전통 패러다임속에 국한되지 말고 중소기업들간의 경쟁을 유도하는 법제의 개발에도 정책입안가는 큰 관심을 가져야 할 때가 도래했다.

76) 정부가 우선적으로 해야 할 일은 이러한 정보를 정확히 확산시킬 수 있는 각종 인프라의 구축이다. 예컨대 공정거래위원회에 의해 지적된 불공정 하도급거래행위는 1995년 383건으로 발표되었는데, 이들의 심각성과 유형을 실제로 명료하게 구분제시하는 작업이 필요하다. Douglas North(*Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, 1990, Cambridge: Cambridge University Press)의 표현대로라면 ‘비공식계약(informal constraints)’을 제대로 구축하자는 얘기인데, 사실 이는 중소기업문제에 국한되지 않고 21세기 한국경제의 성과를 가능하는 중요변수가 될 것으로 예측된다.

77) ①연계생산지원사업 : 중소기업청장은 중소기업제품의 제조·가공·수리에 관한 수주 및 발주에 관한 정보를 수집·제공하며, 다수 중소기업자의 공동상표 이용을 지원함.

②물류현대화지원사업: 중소기업청장은 중소기업제품의 판로확대 및 유통 원활화 등을 도모키 위해 물류현대화지원사업을 실시함.

③국외판로지원사업: 중소기업청장은 중소기업의 국외시장개척 및 국회에서의 판로거점 확보를 지원하기 위해 국외판로지원사업을 실시함.