

공정거래법의 선진화 방향

2017. 11

제 출 문

한국공정경쟁연합회 회장귀하

[공정거래법의 선진화 방안] 의 최종보고서를
다음과 같이 제출합니다.

책임연구원: 조성국(중앙대학교 법학전문대학원 교수)

2017. 11.

중앙대학교 산학협력단

목 차

제1장 연구의 목적 및 범위	1
1. 연구의 목적	1
2. 연구의 범위 및 방법	2
제2장 독점규제법 체계론	5
1. 미국	5
2. EU	9
3. 일본	11
4. 우리나라	13
5. 소결	14
제3장 시장지배적지위남용 규제	18
1. 시장지배적지위남용 규제 연혁	18
2. 시장지배적지위남용 행위유형	19
3. 착취남용행위의 규제 사례와 위법성 판단기준	26
4. 배제행위의 사례와 위법성 판단기준	37
5. 시장지배적지위남용 규제의 문제점과 개선방안	65
제4장 불공정거래행위 규제	71
1. 불공정거래행위의 규제연혁	71
2. 불공정거래행위의 행위유형	75
3. 불공정거래행위의 위법성 판단기준 - 경쟁제한형	78
4. 불공정거래행위의 위법성 판단기준 - 경쟁수단 불공정형	86
5. 불공정거래행위의 위법성 판단기준 - 거래내용 불공정형	87
6. 불공정거래행위 규제의 문제점과 개선방안	93

제5장 공정거래법상 형벌규제	102
1. 경쟁법 집행방식 일반론	102
2. 경쟁법 위반행위에 대한 형사적 제재의 비교법적 고찰	104
3. 공정거래법상 형사적 제재의 문제점	115
4. 공정거래법상 형사적 제재의 개선방안	122

제1장 연구의 목적 및 범위

1. 연구의 목적

우리나라에 독점규제법이 도입된 지 40여 년이 되어가고 있다. 1980년 우리나라 경제체질의 개선을 목표로 도입되어 그 동안 많은 기여를 한 것도 사실이지만 한편으로는 선진국의 경쟁법과 비교할 때 규정체계가 혼란스럽고 본질적으로 민사적인 사안을 지나치게 행정제재나 형사벌에 의존하는 등 전면적인 재검토의 필요성도 지속적으로 제기되고 있다.

우리나라 공정거래법은 제정당시 특수한 사정으로 인해 선진경쟁국에서 볼 수 없는 경제력집중억제와 거래상지위남용 규제 등과 같은 경쟁법의 정체성과 부합하지 않는 다양한 규정들을 두고 있을 뿐만 아니라 법집행 경험이 일천하여 정교한 경제분석과 경쟁촉진보다는 형식적 혹은 주먹구구식 법집행도 적지 않았다.

미국의 독점규제법 제정 당시는 특정 시장에서 특정 기업의 독점력남용이 문제가 되었고, 일본의 독점금지법 제정 당시는 기존에 형성되었던 일본식 재벌의 해체과정 중이었다. 반면 공정거래법은 재벌이 공고하게 유지, 발전하고 있었던 와중에 제정된 것이다. 또한 사법시스템의 비효율성으로 인해 민사적으로 해결되어야 할 사적 분쟁 성격의 많은 행위들이 행정적으로 규율되지 않을 수 없는 상황이었다.

세부유형별로 살펴보면 카르텔이나 기업결합은 비교적 글로벌 스탠더드가 수용되어 왔고 지금은 선진경쟁당국과 비교해도 크게 차이가 나지 않는다. 경제력집중억제 정책은 우리나라 경제구조 상 불가피한 점이 있었다고 하더라도 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위는 규제대상이나 위법성 판단기준에 있어 선진경쟁국의 법집행과 비교할 때 개선해야 할 점이 적지 않다.

또한 형사적 집행에 있어서도 상당히 많은 문제점을 내포하고 있다. 공정거래법은 대부분이 민사적인 사안에 대한 규율이어서 행정적 개입조차도 신중하여야 할 성격의 법임에도 불구하고 세계 어느 나라와 비교해도 공정거래법에 형사벌 조항이 너무 많다. 또한 경쟁법은 추상적인 법률이고 원칙적으로 반사회적 행위를 규제하는 것도 아니어서 예외적인 상황이 아닌 한 형사처벌이 적합하지 않음에도 불구하고 전속고발권 폐지 주장이 계속되고 있다.

원래 전속고발권 제도는 본래 형사적 사안이 아닌 행위에 대해 경제적으로 파급효과가 크거나 상습반복적인 행위등에 대해 예외적으로 형사처벌을 촉구하기 위한 제도인데 일각에서는 본래 형사적 사안인데 공정거래위원회가 형사처벌을 막기 위한 제도로 오해하는 경우도 있다. 따라서 형사처벌이 필요한 형사적 집행에 있어서도 선진경쟁법의 집행사례를 검토하여 선진화할 필요가 있다.

본 연구는 이러한 문제의식 하에 시장지배적지위남용과 불공정거래행위에 대한 그 동안의 법집행실태를 분석해 보고 이에 대한 개선사항을 제시하고자 한다. 또한 형사적 집행의 실태를 분석해 보고 선진외국사례와 비교하여 개선사항을 제시하고자 한다.

2. 연구의 범위 및 방법

1) 단독행위 규제 체계의 개선

공정거래법상 단독행위(시지남용행위 및 불공정거래행위)규제에 해당하는 미국·EU·일본의 경쟁법상 규제의 주요 내용과 판례 등을 파악하여 정리한다.¹⁾

1) 단독행위의 개념에 대해서는 사용례에 따라 상이하다. 우리나라에서는 시지남용행위와 불공정거래행위를 단독행위로 부르는 경우가 많다. 왜냐하면 합의를 요하지 않기 때문이다. 그러나 미국이나 EU에서는 끼워팔기나 배타조건부거래행위 같이 우리나라의 시지남용이나 불공정거래행위에 해당하는 행위라 하더라도 합

우리의 단독행위를 미국·EU에서는 단독행위 외에 수직적 합의로도 규제하므로 양자 모두의 위법성 요건을 파악하여 정리한다. 일본 경우 우리의 불공정거래행위와 유사한 불공정거래방법을 규제하고 있으므로 동 규제의 위법성 요건을 파악하여 정리한다. 현행 공정거래법상 단독행위의 위법성 요건 등에 대한 우리 법원의 입장 등 단독행위 규제제도 집행 현황 및 문제점을 검토한다.

이러한 분석을 토대로 비교법적인 시사점을 도출하고 우리나라 공정거래법 중 시지남용행위 및 불공정거래행위 규제를 글로벌 스탠다드에 맞게 규제개선방안을 마련한다. 경제의 글로벌화에 따른 경쟁법의 국제적 수렴 현상에 부응하고 우리 기업에 대한 경쟁법 집행에서의 역차별을 방지할 수 있어야 한다.

다만 우리의 단독행위에 해당하는 시지남용행위 및 불공정거래행위의 상당부분을 수직적 합의로 규율하는 것이 국제기준이므로 우리의 현행 규제방식과 비교하여 개선방안을 적극 검토한다.

현행의 불공정거래행위 규제가 글로벌 스탠다드에 맞지 않는 규제라면 이를 전면적으로 개선하는 방안을 검토한다.

2) 형벌 규제의 개선

공정거래법상 형벌 규제 개선을 위하여 미국, 일본 등 OECD 국가의 경쟁법상 형벌규정을 파악하여 정리한다. 일본의 불공정경쟁방법에 대한 형벌규정 여부도 검토한다.

그리고 경쟁제한적 합의, 단독행위, 기업결합 등 통상적인 경쟁법상 규제와 불공정거래행위 규제를 분리하여 형벌규제 개선방안을 검토한다. 형벌정비

의를 입증해 수직적 거래제한(협조행위)로 규율할 수도 있고 일방적 행위의 성격이 강하면 단독행위로 규율할 수도 있다. 이에 관한 상세한 내용은 후술한다.

시 전속고발제도 보완 가능성 및 보완 방안도 검토한다.

3) 연구의 방법

본 연구를 위하여 공정거래분야와 관련된 각종 서적과 논문 등 문헌을 최대한 활용한다. 그리고 연구자들이 그동안 공정거래분야에서 연구해 온 결과물을 최대한 활용한다.)

2) 본 보고서는 한국공정경쟁연합회의 내부보고서이기 때문에 연구진들의 기존 연구물은 서술의 편의상 각주를 모두 명기하지는 않았으며 기존 연구성과 중 일부 분은 발췌하여 활용하였음.

제2장 독점규제법 체계론

1. 미국

1) 개관

역사적으로 볼 때 미국 독점규제법 규제를 크게 둘로 나눈다면 거래제한 규제(또는 협조행위 규제)와 단독행위 규제로 나눌 수 있다. 이러한 분류는 최초로 제정된 독점규제법인 Sherman 법에서 유래된 것이다.

Sherman 법 제1조는 부당한 거래제한을 규제한다. Sherman 법 제1조의 거래제한은 경쟁사업자들 간 경쟁제한행위인 수평적 거래제한뿐만 아니라 생산·유통의 전후관계에 있는 사업자들 간의 수직적 거래제한도 규제한다. 지금은 Clayton 법 제7조에 의해 규제되는 합병규제는 이 법이 생기기 이전엔 Sherman 법 제1조에 의해 협조행위로 규제되던 행위유형이다. 이러한 규제방식은 후술하는 일본이나 우리나라의 수직적 거래제한규제와 차이점을 보이고 있는데 사업자들과의 합의를 요건으로 한다.

Sherman 법 제2조는 단독행위³⁾ 또는 부당독점행위를 규제한다. Sherman 법 제1조의 거래제한규제가 둘 이상의 사업자간에 적용되는 것이라면 제2조의 부당독점행위 규제는 하나의 사업자(a single firm)에 의한 단독행위(unilateral actions) 규제라는 점에서 차이점이 있다.

Clayton 법 실체조항은 제2조(가격차별 규제), 제3조(배타조건부거래 및 끼워팔기 규제) 및 제7조(기업결합 규제)이나, 제2조는 가격차별은 통상 경쟁을

3) 본고에서는 단독행위의 개념을 글로벌한 차원에서 통용되는 일방적 행위를 의미하고 수직적 거래제한행위는 당사자 간 협조행위를 의미하는 것으로 사용한다. 이 경우 우리나라의 시장지배적지위남용행위나 불공정거래행위에는 단독행위와 수직적 거래제한행위가 혼합되어 있다.

제한하지 않는다는 판단으로 경쟁당국(DOJ 및 FTC)에 의해 집행되지 않고 있고 제3조는 Sherman 법 제1조에 포섭되므로 실제로 의미있는 조항은 제7조 뿐이다.

FTC법은 FTC의 설치근거법이면서 규제권한을 부여하는 법률인데 실체조항은 제5조 뿐이다. 제5조는 “unfair method of competition” 및 “unfair and deceptive acts or practices of business”를 규제하는데 전자가 경쟁법적 규제이며 후자는 허위과장 표시·광고 규제 등 소비자보호를 위한 규제로 해석되어 경쟁법적 규제로 분류되지 않는다.

전자, 즉 “unfair method of competition” 규정에 의한 규제가 Sherman 법과 Clayton 법에 의한 규제를 포섭한다는 데에는 이견이 없다. 이것이 경쟁제한 합의나 단독행위를 초기단계(incipient stage)에서 부터 적극적으로 규제하라는 입법취지에 부합하는 해석이며 미 대법원도 일찍이 이러한 입장을 천명하였다. 그러나 이러한 해석에 따라 FTC가 폭넓은 재량을 갖는 법집행은 80년대 이후 미 법원에 의해 제약되어 왔다.

이렇게 본다면 미국 독점규제법의 체계는 역사적으로 보아 크게 이분한다면 협조행위 규제와 단독행위 규제로 나눌 수 있고 합병을 별도의 행위유형으로 보아 삼분한다면 협조행위 규제, 단독행위 규제, 합병규제로 나눌 수 있다. 1914년에 제정된 FTC 법은 제5조에 의해 협조행위와 단독행위 모두를 규제할 수 있다고 해석된다.

그런데 수직적 거래제한 행위는 부당독점행위와 구분하기 어려운 경우가 적지 않고 실제로도 하나의 행위에 대해 수직적 거래제한과 부당독점을 동시에 적용하는 예가 적지 않다. 예컨대 끼워팔기는 행위자가 시장지배력이 없으면 수직적 거래제한만으로 규율하지만 시장지배력이 있으면 수직적 거래제한과 동시에 Monopolization으로 규제하기도 한다. 엄밀하게 말하면 거래거절, 가격약탈(predatory pricing)이나 가격압착(price squeeze), 반경쟁적인 소송제기(anticompetitive litigation)를 제외한다면 Monopolization에만 해당하는 행위는 흔하지 않다.

미국 FTC법은 검찰이 담당해 온 Sherman 법 집행이 원활하지 않자 1914년에 독립규제위원회인 FTC로 하여금 추가적으로 법집행을 할 수 있도록 만들어진 법이다. 다만 Sherman 법을 폐지하지 않았기 때문에 유사한 성격의 법이 이중으로 집행되는 다소 기형적인 형태가 생기게 되었다. 미국 FTC법은 Sherman 법과 Clayton 법을 포함한다고 해석되고 있고 최근에는 겹치는 행위 유형에 대한 위법성 판단기준이 유사해지고 있으며 경쟁사건에서 Sherman 법과 Clayton 법의 범위를 벗어난 법집행 사례는 많지 않다. 본고에서는 논의의 범위를 좁히기 위해 Clayton 법에 대한 자세한 설명은 생략한다.

[표 1] 미국 독점규제법의 기본 체계

행위유형	조 문	
협조행위	Sherman법 1조	FTC법 5조
단독행위	Sherman법 2조	
기업결합	Clayton 법 7조	

2) 1980년대 이후 FTC 법 집행강화 분위기

FTC는 80년대 중반 Brown Shoe의 초기단계 독트린에 의존한 과도하게 확장적인 법집행에 대한 법원의 우려에 순응하는 태도를 보였다. General Foods 사건(103 FTC 204, 1984)에서 FTC법 제5조가 잘 정립된 독금법 기본 법리를 변경하는데 사용되어서는 안 된다는 입장과 Sherman 법 제2조의 독점화 시도와 FTC법 제5조에 의한 초기단계 개입은 사실상 구별하기 어렵다는 입장(즉, 단독행위 경우 Sherman 법 2조가 규제하는 정도만 규제하겠다는 입장)을 표명하였다.

그러나 이러한 FTC의 태도가 확정적이고 변화가 불가한 것은 아닌 것으로 보인다. 즉 초기단계 개입 독트린의 부활 의지가 남아있는 것으로 보인다.

실제로 Coca-Cola사건(117 FTC 795, 1994)에서 E.I. Dupont 판결을 좁게 해석하여 FTC법 제5조는 경쟁제한 의도나 효과의 입증을 요구하지 않으며 따라서 미래에 발생할 수 있는 반경쟁적 우려에 대한 법집행을 허락하고 있다는 입장을 보였다.

아울러 과거와 같이 잘 정립된 독금법 법리에 명백하게 배치되는 시도는 하고 있지 않으나 Sherman 법 보다는 더욱 적극적으로 FTC법 제5조를 적용하여 반경쟁적 행위를 규제하려는 노력을 지속하고 있는데 이중 대표적인 것은 아래 4가지 사안이다.

첫째는, 합의 입증이 어려워 Sherman 법 제1조로는 규제가 어려운 초기단계의 담합적 행태를 invitation to collude 또는 signalling 이라는 행태로 명명해 규제하려는 것이다. 90년대에 다수의 사적 또는 공개적인 signalling을 통한 invitation to collude 건을 동의의결을 통해 시정한 바 있으며 2000년대 들어서는 초대의 수락에 대한 증거가 없는 건에 대해서도 책임을 물으려는 시도를 하고 있다.

둘째는, 민간 표준제정기구(standard setting organization)에서의 표준제정 절차를 악용하는 행위에 대한 법집행이다. SSO들이 표준에 편입된 특허기술 소유자의 기회주의적인 lock-in effect 악용행위를 막기 위해 통상 채택하고 있는 특허보유사실 사전공개(disclosure) 의무나 표준편입 후 라인센싱 단계에서의 FRAND 의무를 위반한 행위를 FTC법 제5조 위반으로 보는 것이다. 공개 의무 위반사건인 Dell Computer사 사건(1995) 이후 다수의 사건을 동의의결을 통해 시정한 바 있고 FRAND의무 위반사건으로는 Negotiated Data Solutions 사 사건(2008)이 있다.

셋째는, 특정 행위가 아닌 일련의 행위들(course of conducts)를 전체적으로 경쟁을 제한하는 것으로 보아 법집행하는 것이다. 대표적인 것은 인텔사의 비인텔칩 성능에 대한 허위표시 행위, 비 인텔칩의 성능을 저하시키는 소프트웨어 채디자인 행위 등이 각각 Sherman 법 제2조 위반에 이르지 못하는 못하더라

도 전체적으로는 FTC법 제5조는 물론 Sherman 법 제2조에도 위반된다고 보아 동의의결을 통해 시정한 것이다. 경쟁 GPU제품의 인텔CPU에서의 작동 불허행위는 unfair acts로 보아 함께 동의의결로 처리하였다(2010).

넷째는, Sherman 법에서 정립된 특정 행위의 위법성 요건을 FTC법 제5조를 적용하는 경우에는 이를 낮춰 법집행을 용이하게 하려는 노력이다. 다만, 이러한 노력은 현재는 EU, 한국 등 다른 나라에 비해 위법성 요건을 엄격하게 설정하고 있어 비판의 대상이 되기도 하는 부당염매(predatory pricing)에 대해서만 이루어지고 있음. 따라서 일반적인 법집행 확장 노력이라기보다는 법집행을 합리화하는 노력이라고 볼 수도 있다.

미국 부당염매 위법성요건은 i)행위자가 독점사업자일 것(통상 시장점유율 70% 이상), ii)상당기간의 원가(한계증분비용)이하 판매, iii)경쟁자 쇠퇴, 퇴출 우려 등 독점화 정도의 유지 또는 강화, iv)경쟁자 퇴출 이후 recouping 가능성이 있을 것 등 4개이다. 이 중 마지막 요건은 다른 나라에는 없는 요건으로 입증이 어려워 사실상 부당염매 규제를 무력화하였다는 비판이 있다.

그러나 FTC는 이와 같은 FTC법 제5조의 확장적 집행 노력을 하면서도 동법 제5조는 “clear harm to the competitive process and to consumer”가 있는 경우만 적용이 가능하다는 입장을 2010년 의회 사법위원회 내 경쟁소비자 소위원회 보고에서 명백히 하고 있다.

2. EU

EU 경쟁법의 핵심적인 조항은 EU 조약(TFEU) 제101조와 제102조인데 제101조는 합의에 의한 거래제한을 규제하고 제102조는 시장지배적기업의 남용행위를 규제한다. 제101조는 수평적 거래제한과 수직적 거래제한 모두를 규제한다. 그래서 대체적으로 본다면 EU 조약 제101조와 제102조 미국 Sherman 법 제1조와 제2조에 상응한다. 합병사건은 1989년 규칙이 제정되기 전에는 제102조에 의해 규제되었는데 미국에서 Clayton 법 제7조가 제정되기 이전에

Sherman 법 제1조에 의해 규제되던 것과 대조가 된다.⁴⁾ 그러나 1989년 합병 규칙 제정 이후 미국과 EU는 상당히 유사해 진 것으로 평가받는다.

미국과 다른 점은 FTC 법 제5조와 같은 규정이 별도로 없다는 점인데, FTC 법 제5조가 Sherman 법과 중복되는 부분이 많기 때문이다. 위에서 언급한 바와 같이 미국은 역사적으로 법무부가 먼저 Sherman 법을 집행하였고 법무부의 법집행에 대한 한계로 인해 1914년 FTC 법을 만들어 FTC로 하여금 집행하도록 하였다는 역사적 특수성이 있었다. 이러한 특수성이 없는 EU의 입장에서는 미국과 달리 입법하게 되었는데 다른 대부분의 국가와 마찬가지로 자연스러운 것으로 볼 수 있다.

EU 조약 제102조는 반드시 경쟁제한성의 입증을 요구하지 않는다. 반경쟁적 행위만을 규제하는 미국과 달리 반경쟁적 행위뿐만 아니라 소비자나 거래상대방으로부터 부당하게 이익을 착취하는 행위도 규제를 하고 있다. 전자는 排除濫用(exclusionary abuse)이라고 하고 후자는 搾取濫用(exploitative abuse)이라고도 한다.⁵⁾ 전자는 미국의 경쟁제한적 행위와 유사하지만 후자는 미국에서는 규제하지 않는 행위유형이다. 물론 이러한 법집행은 경쟁법 본연의 모습과는 일치하지 않기 때문에 종종 비판의 대상이 되어 오기도 하였다.

이처럼 EU는 시장지배적지위 남용행위규제에서 경쟁제한성이라는 단일 기준을 활용하는 미국과 달리 이원적 기준을 사용한다고 볼 수 있다. EU 조약 제102조 (2)(a)에서는 '불공정한 구매 혹은 판매가격 기타 불공정한 거래조건을 부가하는 것'을 착취남용행위의 한 유형으로 예시하고 있다. 제102조 2(b)에서는 소비자에게 피해를 주는 생산, 판매, 기술발달의 제한을 예로 들고 있는데 이것도 착취남용유형으로 소개된다. 실제로 *British Telecommunication*

4) 이러한 현상은 미국에서 합병은 기업들 간 협조행위를 조장하는 것이라고 본 반면 EU에서는 합병에 의한 시장지배력 남용이 문제라고 본 것에서 기인한다. 越知保見, 日米歐 獨占禁止法, 商事法務, 2005, 12 頁

5) Richard Whish, *Competition Law*, Oxford University Press, 2005, p.194; Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2008, p.440.

사건에서는 새로운 기술을 활용하지 않은 것을 위법화 하기도 하였다.⁶⁾

[표 2] EU 경쟁법의 기본 체계

행위유형		조 문
협조행위		EU조약 101조
단독행위	배제남용행위	EU조약 102조
	착취남용행위	
기업결합		Merger Regulation

3. 일본

일본 독금법 제3조에서는 Sherman 법 제2조와 제1조의 내용을 받아들여 사적독점 및 거래제한을 규정하고, 제19조에서는 FTC 법 제5조를 받아들여 불공정한 경쟁방법(나중에 불공정한 거래로 바뀜)을 규정하게 되었다. 일본 독금법 상의 사적독점은 법체계 면에서 기본적으로 미국의 부당독점과 유사하지만 미국과 달리 수직적 거래제한을 포함하고 있고 불공정거래행위와 행위유형 면에서 다수가 중첩된다는 점이 독특한 것으로 볼 수 있다.

[표 3] 일본 독점규제법의 기본 체계

행위유형	조 문
사적독점	독금법 3조 전단
거래제한	독금법 3조 후단
불공정거래	독금법 19조
기업결합	독금법 10조

6) [1985] ECR 873

1) 사적독점과 불공정거래행위

Sherman 법과 FTC 법을 하나의 법에 도입하여 법을 제정하면서 법집행의 우선이 예정되어 있었다. 村上政博 교수는 이러한 현상을 입법계수 상의 오류라고 설명하는데 ‘독점금지법 제정상의 원죄’라고까지 표현한다.⁷⁾ 하지만, 이 당시만 해도 미국에서 소위 ‘萌芽理論’(incipiency doctrine)이 받아들여지던 당시이고 지금과 달리 Sherman 법과 FTC 법의 차이가 컸었기 때문에 양법 모두 나름대로의 의의를 지니고 있었다. 이후 1963년 법률이 개정되면서 불공정한 경쟁방법이 불공정한 거래방법으로 바뀌게 됨으로써 불공정거래행위의 적용범위가 더욱 넓어졌고 법해석을 둘러싼 혼란은 가중되었다.

일본에서 사적독점과 불공정거래의 구분이 필요한 이유는 우선 양자의 성립요건에서 차이가 있기 때문이다. 입증요건과 관련해서는 사적독점에 대해서는 경쟁제한성이 입증되어야 하고 불공정거래행위에 대해서는 경쟁제한성보다 낮은 단계인 공정거래저해성만 입증하면 된다. 그리고 피해구제 면에서는 사적독점의 경우 개인의 금지명령청구 소송은 허용되지 않고, 불공정거래행위에 대해서만 인정이 된다. 추가적으로 제재에서도 차이가 나는데 그것은 뒷부분에서 살펴본다.

[표 4] 일본 독금법상 사적독점과 불공정거래의 차이점

구 분	사적독점	불공정거래
경쟁과의 관련성	경쟁제한성 입증	공정거래저해성 입증
형사처벌 여부	가능	불가
과징금	일부 가능	일부 가능
금지명령청구소송	불가	가능

7) 村上政博, 獨占禁止法, 제2판, 弘文堂, 1999, 89 頁

2) 사적독점과 거래제한

일본에서는 제3조의 거래제한은 수평적 거래제한만 규율한다고 해석이 되고 있고 시장지배적 사업자의 수직적 거래제한은 사적 독점으로 규율한다. 이렇게 된 것은 앞에서 살펴본 바와 같이 미국에서도 수직적 거래제한행위와 부당독점이 상당부분 중첩되다 보니 미국 법을 계수한 일본은 실무적으로는 거래제한규제는 카르텔에 대해서만 적용을 하고 미국의 수직적 거래제한과 부당독점은 사적 독점의 테두리 내에서 양자를 묶어 규제를 하게 되었다. 물론 일본이 미국 법을 계수하면서 이에 대한 문제의식이 뚜렷하였던 것 같지는 않고 법원의 판례가 그런 방향으로 형성되어 온 것이 주요한 요인이었던 것 같다.

일본 독금법 집행초기만 하더라도 수직적 거래제한에 대해 어떻게 규율할 것인지 이견들이 있었는데, 미국이나 EU와는 달리 수평적 거래제한과는 이원론적으로 진행되게 된 직접적인 계기는 1953년의 ‘신문판로협정사건’이다. 이 판결에서 동경고등재판소는 부당한 거래제한은 경쟁관계에 있는 독립의 사업자들 간에만 성립한다는 취지의 판결이었다. 이 판결에 따르면 당사자 일방만을 구속하는 일방적인 구속은 사적독점 혹은 불공정한 경쟁방법에 해당할 수는 있지만 제3조에서 규정하는 부당한 거래제한은 아니라는 것이다. 이 판결은 이후 판결에서도 받아들여졌다.

4. 우리나라

공정거래법은 일본 독금법의 영향을 많이 받았는데 기본구조가 상당히 유사하다. 사적독점은 시장지배적지위남용, 거래제한은 부당한 공동행위, 불공정 거래는 그대로 불공정거래, 기업결합도 그대로 기업결합이다. 굳이 차이점이 라면 재판매가격유지행위가 일본 독금법에서는 불공정거래의 한 유형인데 반하여 공정거래법에서는 별도의 조문으로 되어있다는 점 그리고 시지남용이나 불공정거래의 구체적인 행위유형이 다르다는 점등을 들 수 있다.

[표 5] 공정거래법의 기본 체계

행위유형	조 문
시장지배적지위남용	공정거래법 3조의2
부당한 공동행위	공정거래법 19조
불공정거래	공정거래법 23조
기업결합	공정거래법 7조

5. 소결

세계 각국의 경쟁법 체계를 비교해 보면 수평적 거래제한(카르텔)과 기업결합은 국가별로 차이가 크지 않다. 반면 수직적 거래제한과 단독행위, 불공정거래는 국가별로 차이가 있다. 그리고 수직적 거래제한과 단독행위는 위법성 판단심사에서 경쟁제한성 심사가 엄격해지고 있다는 점에서 과거에 비해 현대 경쟁법에서는 양자 간 차이가 희미해져가고 있다.

미국과 EU 경쟁법에서는 합의가 요구되느냐 여부에 따라 단독행위와 수직적 거래제한 행위가 분명히 구분이 된다. 조문상으로도 수직적 거래제한행위는 수평적 거래제한(카르텔)과 동일한 조문에 따라 규율이 되고 단독행위는 별도의 조문(Sherman 법 제2조 또는 EU조약 제102조)으로 되어 있다.

반면 우리나라와 일본에서는 단독행위라는 개념이 제대로 정립되어 있지 않다. 넓은 의미에서 본다면 합의를 요구하는 부당한 공동행위를 제외하면 모두 단독행위로 분류될 수도 있다. 많은 경우 시장지배적지위남용행위와 불공정거래행위를 통칭하여 단독행위라고 하기도 한다.

그래서 미국이나 EU 경쟁법에서 지칭하는 단독행위와 우리나라와 일본 경쟁법에서 지칭하는 단독행위는 그 의미가 다르다고 할 수 있다.

예컨대 미국이나 EU 경쟁법에서는 거래지역이나 거래상대방 제한행위는 통상 Sherman 법 1조 또는 EU 조약 101조에 의해 규율되는데 공히 합의를 요구한다. 반면 우리나라와 일본 경쟁법에서는 시장지배력이 있는지 여부에 따라 공정거래법 3조의2 또는 23조(우리나라), 독금법 3조 전단 또는 19조(일본)에 의해 규율된다. 합의는 필요하지 않다.

그 외에도 배타조건부거래행위, 재판매가격유지행위, 끼워팔기행위 등이 미국이나 EU 경쟁법에서는 통상 합의를 요구하기 때문에 수직적 거래제한행위로 분류되는데 반하여 우리나라와 일본에서는 합의를 요구하지 않기 때문에 단독행위로 분류될 수 있다.

물론 미국이나 EU 경쟁법에서도 단독행위와 수직적 거래제한행위가 분명하지 않은 경우가 적지 않음은 위에서 언급한 바와 같다. 예컨대 미국에서는 독점력이 있는 사업자에 의한 끼워팔기 행위에 대해 Sherman 법 제1조와 제2조를 동시에 적용하는 경우가 적지 않다. 왜냐하면 끼워팔기는 전통적으로 수직적 거래제한유형의 행위이기도 하지만 동시에 독점력을 남용한 행위로 볼 수도 있기 때문이다.

현대경쟁법에서 미국이나 EU의 단독행위와 수직적 거래제한의 구분은 더욱 희미해 지고 있다. 그 이유는 크게 세 가지이다.

첫째는 수직적 거래제한이든 단독행위든 위법성 판단기준은 합리성의 원칙의 논리가 적용된다는 점이다. 물론 합리성의 원칙이란 표현은 당연위법에 대응되는 표현으로서 거래제한에서 사용되어 왔다. 미국의 경우 전통적으로 단독행위에 대해서는 경쟁제한성을 엄격히 심사하여 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과를 비교해 왔다. 이것은 합리성의 원칙과 기본논리에 있어서 동일하다. 그리고 수직적 거래제한의 경우 카르텔과 같이 당연위법원칙이 적용된 적이 많았다. 하지만 1970년대 이후 Chicago 학파의 효율성이론이 강조되면서 대부분의 수직적 거래제한이 rule of reason으로 전환되어⁸⁾ 종전부터 rule

8) 끼워팔기의 경우 연방대법원은 Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde 66 US

of reason의 논리가 적용되어온 단독행위와 구분의 실익이 크지 않게 되었다.

둘째는 수평적 거래제한에서의 합의와 수평적 거래제한에서의 합의가 각각 의미하는 바가 크게 달라졌다는 점이다. 원래 합의는 의사의 일치성을 의미하는 것이고 수평적 거래제한에서는 지금도 과거와 크게 달라진 것이 없지만 수직적 거래제한에서의 합의는 그 의미가 크게 확장되었다. 원래 수직적 관계에서는 당사자 간 이해상충의 가능성이 적지 않기 때문에 힘이 있는 한 쪽이 상대방에 대해 강요(coercion)를 할 수가 있는데 연방대법원은 이러한 강요가 있는 경우에도 합의요건을 충족한 것으로 보고 있다. 이처럼 수직적 거래제한에서는 합의의 개념이 사실상 붕괴되어 버려 Sherman 법 2조의 단독행위와 차이점이 현저하게 줄어들었다는 점이다.

셋째는 수직적 거래제한의 경우 사소(private action)에서도 수평적 거래제한과 달리 거래의 당사자가 상대방에 대해 3배 손해배상을 청구하는 경우가 많다는 점이다. 카르텔에서는 상상하기 어려운 일이다. 수직적 거래제한의 속성상 일방의 강제에 의한 거래가 적지 않고 타방이 손해를 입는 경우 손해배상청구가 가능하기 때문이다. 이러한 소송실무를 보면 수직적 거래제한은 단독행위와 유사하게 거래 중 피해를 입은 일방이 타방에 대해 손해배상 소송을 제기하는 방식으로 법이 집행되기 때문에 수직적 거래제한과 단독행위의 구분이 큰 의미가 없어지고 있다.

DOJ나 FTC에 의한 공적집행에서도 수평적 거래제한은 합의에 참여한 모두를 피고 혹은 피심인으로 하여 제재를 하지만 수직적 거래제한은 당해 거래를 강제한 일방 사업자를 피고 혹은 피심인으로 하여 제재를 한다.

이렇게 본다면 미국이나 EU의 수직적 거래제한 및 단독행위 규제방식은 우리나라나 일본과 상당히 유사해 진다. 우리나라와 일본에서는 미국식의 수직

2 (1984)에서 여전히 당연위법 원칙을 유지하였지만 market power의 구체적인 입증을 요구하고 끼워팔기의 친경쟁적 효과를 인정하는 등 그 요건이 엄격해 짐으로서 당연위법의 취지가 상당히 반감되었다. 그래서 미국 내에서는 modified per se rule 또는 structured rule of law 이라고 불리기도 한다.

적 거래제한과 단독행위를 시장지배력의 유무에 따라 공정거래법 3조의2 및 23조, 독금법 3조 전단 및 19조에서 규율한다. 합의가 요건이 아니기 때문에 동일한 조항에 수직적 거래제한과 단독행위가 동시에 규율된다.

다만 미국이나 EU의 수직적 거래제한 사건을 보면 명시적으로 독점력 혹은 시장지배력을 요구하지는 않더라도 현대 경쟁법에서는 사실상 독점력 내지 시장지배력에 가까운 힘을 요구하는 경우가 많고 그렇지 않은 경우는 특허나 브랜드 파워, 제품차별화, 애프트시장 등의 경우에 제한적으로 위법성을 인정하는 경우가 많다.

제3장 시장지배적지위남용 규제

1. 시장지배적지위남용 규제 연혁

지금은 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제는 경쟁제한행위의 규제가 중심이지만 연혁적으로 본다면 이 규제의 시작은 착취남용행위였다. 법 제정당 시만 하더라도 물가인상이 가장 큰 사회적 문제였다는 점을 고려한다면 충분히 이해할 수 있는 부분이다.

착취남용규제인 가격남용행위 및 출고조절행위에 대한 규제는 행위의 성격도 그렇지만 시장에서 경쟁제한적 행위로 인한 간접적인 소비자피해를 규제하기 위한 것이라기보다는 물가통제를 통해 직접적으로 소비자를 보호하고자 한 측면이 강했다고 볼 수 있다. 그래서 법 집행 후 한 동안은 경쟁제한행위 규제가 사실상 전무하였기 때문에 시행령에서도 경쟁제한행위에 대한 규정은 없었다.

이러한 인식은 공정거래위원회가 발간한 책에서도 확인이 된다. 1991년 「공정거래10년」에서는 시장지배적지위 남용행위의 유형을 크게 둘로 나누어 가격남용행위와 기타의 남용행위로 구분한 후 시장지배적사업자가 남용행위를 할 수 있는 대표적인 유형은 가격남용행위라고 할 수 있고 이것이 남용행위의 대종을 이룬다고 설명하고 있다. 이러한 인식은 초기의 공정거래법 집행에서 물가안정이 여전히 중요한 비중을 차지하고 있었음을 증명해 주는 것이라 할 수 있다.

1980년 공정거래법 제정시 주된 입법취지는 종전의 사전규제방식의 경제운용을 시장경제의 원리에 맞게 사후규제방식으로 전환하고자 한 것이었다. 그런데 종전 물가안정법 상의 독과점사업자의 지정제도는 그대로 유지한 채 사후의 가격이나 출고조절 등의 남용행위를 규제하는 방식을 도입한 것이었다.⁹⁾ 후술하겠지만 이러한 입법방식은 논리적으로 적지 않은 문제점을 지니고 있었다.

9) 공정거래위원회·한국개발연구원, 「공정거래10년(경쟁정책의 운용성과와 과제)」, 1991, 39-42면 참조.

법집행 이후 상당한 시간이 흐른 후 우리 경제가 성숙되면서 경쟁제한행위 규제로 중심축이 이동된 것으로 볼 수 있다. 그 후 1999년 제7차 개정에서는 시장지배적사업자의 사전지정 및 고시제도를 폐지하고 사후에 시장지배적지위여부를 판단하는 방식으로 전환하였다.

착취남용 규제는 우리나라만 하는 것은 아니다. EU 경쟁법에서도 이러한 규제가 이루어지고 있는데 다만 EU와 비교한다면 우리의 착취남용행위의 규제 범위는 상대적으로 좁은 편이다. 예컨대 EU는 가격남용뿐만 아니라 거래조건남용도 그 대상으로 하고 있는 반면 우리나라는 가격남용 및 출고조절로 제한되어 있다. 이러한 입법의 문제점은 기업의 입장에서 볼 때 노골적인 가격남용은 여론의 거센 반발을 초래할 가능성이 크기 때문에 거래조건을 통해 착취행위를 할 수 있다.

공정거래법은 이처럼 거래조건에 대한 착취남용행위를 규제하는 데는 한계가 있다고 생각되긴 하지만 우리나라 공정거래법에는 거래상지위남용이라는 독특한 규정이 있어 전체적으로 본다면 법 적용범위가 좁은 것은 아니다.

2. 시장지배적지위남용 행위유형

일단 경쟁에서 승리한 사업자가 시장지배력을 확보한 이후에는 다음 두 가지가 문제가 될 수 있다. (i)그 힘을 남용하여 경쟁사업자에게 경쟁상의 불이익을 주어 부당한 방법으로 자신의 시장지배력을 유지 혹은 확대하는 것과 (ii) 그 힘을 남용하여 과도하게 높은 가격을 매기거나 생산량 등을 조정하여 거래상대방으로부터 자신이 투입한 비용에 비해 과도한 이익을 챙기는 것이다.

첫번째 행위를 배제남용(exclusionary abuse)이라 하는데 경쟁제한형 시지남용 행위라 할 수 있다. 두 번째 행위는 착취남용(exploitative abuse)이라 한다.

1) 근거규정

(1) 법률

금지행위 유형		내용	입법취지 (보호법익)	비고
1호	가격남용	가격을 부당하게 결정·유지·변경하는 행위	약탈적 행위 규제 (거래상대방 보호)	시장지배적 지위판단은 법 제2조제7호(정의) 및 제4조(추정)에 의하여 판단
2호	출고조절	상품판매·용역제공을 부당하게 조절하는 행위	약탈적 행위 규제 (거래상대방 보호)	
3호	사업활동방해	다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위	배제적 행위 규제 (경쟁보호)	
4호	신규진입방해	새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위	배제적 행위 규제 (경쟁보호)	
5호 전단	경쟁사업자 배제	부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위	배제적 행위 규제 (경쟁보호)	
5호 후단	소비자이익 저해	부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위	약탈적 행위 규제 (소비자보호)	

(2) 시행령 및 고시

법 제3조의2①		시행령(제5조)	고시
1호	가격남용	가격을 부당하게 결정·유지·변경	가격을 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 것

2호	출고 조절	상품 판매· 용역제공을 부당하게 조절	<p>1. 정당한 이유없이 최근의 추세에 비추어 상품 또는 용역의 공급량을 현저히 감소시키는 경우</p> <p>2. 정당한 이유없이 유통단계에서 공급부족이 있음에도 불구하고 상품 또는 용역의 공급량을 감소시키는 경우</p>	
3호	사업 활동 방해	다른 사업 자의 사업 활동을 부 당하게 방 해	<p>1. 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위</p> <p>2. 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위</p> <p>3. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위</p> <p>4. 기타(고시)</p>	<p>(1)부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위</p> <p>(2)거래상대방에게 정상적인 거래 관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래 조건을 부당하게 差別하는 행위</p> <p>(3)부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위</p> <p>(4)거래상대방에게 사업자금을 대여한 후 정당한 이유없이 대여자금을 일시에 회수하는 행위</p> <p>(5)다른 사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 이행을 부당한 방법으로 어렵게 하는 행위</p> <p>(6)다른 사업자의 행위가 자기의 특허권을 침해하지 않는다는 사실을 알면서도 다른 사업자의 경쟁능력을 침해하기 위하여 다른 사</p>

				업자를 상대로 특허권침해의 소송을 제기하는 행위
4호	신규진입제한	새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위	<ol style="list-style-type: none"> 1. 정당한 이유없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위 2. 정당한 이유없이 기존사업자의 지속적인 사업활동에 필요한 권리등을 매입하는 행위 3. 정당한 이유없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위 4. 기타(고시) 	<p>(1)정당한 이유없이 신규진입 사업자와 거래하거나 거래하고자 하는 사업자에 대하여 상품의 판매 또는 구매를 거절하거나 감축하는 행위</p> <p>(2)경쟁사업자의 신규진입에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 이행을 부당한 방법으로 어렵게 하는 행위</p> <p>(3)당해 상품의 생산에 필수적인 원재료(부품, 부자재 포함)의 수급을 부당하게 조절함으로써 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위</p>
5호	경쟁사업자배제	부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래	<ol style="list-style-type: none"> 1. 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우 2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우 	
5호	소비이익저해	소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위		

2) 불공정거래행위와 비교

(1) 행위유형

[표 6] 시지남용행위와 불공정거래행위의 행위유형 비교

시지남용행위		불공정거래행위	
미중복	중복	중복	미중복
1호 가격남용 2호 출고조절 4호 신규진입방해 5호후단 소비자이익 저해행위	3호 사업활동방해 · 거래거절 · 차별취급 · 거래강제 · 불이익거래강제 5호전단 경쟁사업자배제 · 경쟁사업자배제(부당 염매, 부당고가매입) · 배타조건부거래	1호 · 거래거절 · 차별적 취급 · 거래강제 4호 거래상지위남용 (불이익강제) 2호 부당한 경쟁자 배제 5호 배타조건부거래	3호 부당한 고객유인 4호 : 거래상지위남용 (불이익강제 제외) 7호 부당내부거래 5호 구속조건부거래 (거래지역, 거래상대 방제한)
3호 사업활동방해 (원재료구매방해, 필 수설비접근제한)	3호 사업활동방해 (부당인력채용)	3호 인력의 부당유인등	5호 사업활동방해 (기술부당이용, 거래 처이전 방해)

(2) 제재

[표 7] 시지남용행위와과 불공정거래의 제재 비교

구분	시장지배적지위 남용행위	불공정거래행위
위법성 요건	경쟁저해성/착취	공정거래저해성
형사처벌	3년이하 징역, 2억원이하 벌금	2년이하 징역, 1억5천만원이하 벌금
과징금	매출액 3%, 10억원 이하	매출액 2%, 5억원 이하

3) 시장지배적지위남용과 불공정거래와의 관계 - 대법원의 입장

포스코 사건에서 대법원은 시장지배적지위남용과 불공정거래와의 관계에 관하여 판시를 내렸다.

다수의견은 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위는 각각 독자적으로 부당성을 판단하여야 한다고 보았다. 그래서 동일한 거래거절 행위라 하더라도 시장지배적지위 남용행위인 경우는 경쟁제한성에 의해 부당성을 판단하여야 하지만 불공정거래행위인 경우는 당해 행위가 시장에 미치는 영향을 고려하지 않고 거래상대방이 불이익을 입었는지 여부에 따라 부당성을 판단하여야 한다고 한다.

반대의견 1(대법관 이홍훈, 안대희)은 입증책임을 전환시켰다. 즉 사업활동 방해행위의 외형이 있으면 일단 부당성을 추정하고 추정을 벗어나기 위해서는 시장지배적 사업자가 부당성이 없다거나 정당한 사유가 있었다는 점을 입증하여야 한다는 것이다.

반대의견 2(대법관 박시환)는 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절행위의 부당성은 동일하다고 보았다. 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성과 같은 의미로 평가·해석하여 경쟁제한의 우려 여부와 관계없이 이를 규제하여야 한다는 것이다.

다수의견의 입장은 시장지배적지위가 없으면 거래거절을 하더라도 경쟁제한성이 발생하기 어렵기 때문에 시장지배적지위를 요건으로 하지 않는 불공정거래행위인 거래거절로 인해서는 경쟁제한성이 발생하지 않는다는 전제에서 그러한 판시를 한 것으로 보인다. 다만 불공정거래행위로서의 거래거절은 시장에 미치는 영향의 분석이 필요하지 않다는 이러한 해석은 불공정거래행위의 규제범위를 지나치게 확대시킬 우려가 있고 시장지배적사업자와 그렇지 않은 사업자가 분명히 나뉘지는 것이 아니라는 비판이 제기될 수 있다.

반대의견 1에 대하여는, 벌금과 유사한 성격이 있는 금전적 제재로서의 과징금 부과가 가능하고 형사처벌까지 가능한 행위에 대해 입증책임을 전가시키는 것은 사업자에게 과도한 부담을 주는 것으로서 설득력이 부족하다고 생각된다. 반대의견 2에 대하여는 견해는 경쟁법으로서 공정거래법의 성격을 탈색시키고 입법취지에도 맞지 않다는 점에서 수긍하기 어렵다.

그리고 공정거래법은 그 제3조의2 제1항 제3호에서 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절행위를 규제하면서 이와는 별도로, 그 제23조 제1항 제1호에서 개별 사업자가 부당하게 거래를 거절하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 한 경우, 그 거래거절을 한 사업자의 시장지배적 지위 유무와 상관없이 이를 불공정거래행위로 보아 규제하고 있는바, 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적 사업자의 거래거절행위와 공정거래법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위는 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호가 규제하는 시장지배적 사업자의 거래거절행위의 부당성의 의미는 공정거래법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성과는 별도로 독자적으로 평가·해석하여야 한다.

공정거래법이 그 제3조의2 제1항 제3호에서 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절행위를 규제하면서도 그 제23조 제1항 제1호에서 시장지배적 사업자를 포함한 모든 사업자의 불공정거래행위로서의 거래거절행위를 규제하고 있는 이유는, 거래거절이 시장지배적 사업자의 지위남용에 해당하는지 여부를 떠나 단지 그 거래상대방과의 관계에서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 평가되는 경우에는 이를 규제하여야 할 필요성이 있기 때문이다. 따라서 공정거래법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위에 관하여는 그 행위의 주체에 제한이 없으며, 또한 그 당해 거래거절행위의 공정거래저해성 여부에 주목하여 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 하거나 곤란하게 할 우려가 있는 경우, 거래상대방에 대한 부당한 통제 등의 목적 달성을 위한 실효성 확보 수단 등으로 거래거절이 사용된 경우 등과 같이 사업자의 거래거절행위가 시장에 미치는 영향을 고려하지 아니하고 그 거래상대방인 특정 사업자가 당해 거래거절행위로 인하여 불이익을 입었는지 여부에 따라 그 부당성의 유무를 평가하여야 한다.

3. 착취남용행위의 규제 사례와 위법성 판단기준

1) 가격남용

(1) 규정

금지행위 유형		법 3조의2 제1항	시행령 5조	고시
1호	가격남용	가격을 부당하게 결정·유지·변경	가격을 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 것	

- ① 당해 사업자가 관련시장에서 ‘시장지배적 지위’를 가질 것;
- ② 시장지배적 사업자가 가격을 ‘결정·유지·변경’하는 행위를 할 것;
- ③ 동 가격의 결정·유지·변경행위가 ‘부당’할 것

(2) 사례

공정거래위원회의 실무는 주로 원가 내지 원가상승률을 현저히 상회하여 가격을 인상하는 경우에 한하여 남용을 문제 삼아 왔으며, 가격남용의 위법성 판단에 관한 법원의 판결은 아직 없다.

① 제과3사 사건

최초의 사례로는 해태제과(주) 등 제과업체 3사가 제품의 가격은 그대로 둔 채 제품의 용량을 감소시켜서 가격을 인상한 것과 동일한 결과를 초래한 행위에 대하여 비스킷류 시장에서의 시장지배적 지위를 남용하여 가격을 인상한 행위로 보아 처음으로 규제한 예가 있다(1992.1.15. 의결 제92-1호, 제92-2호, 제92-3호).

② BC카드 사건

BC카드와 12개 회원은행, 엘지카드, 삼성카드가 IMF 외환위기 이후 조달금리의 상승 및 위험도의 증가 등을 이유로 현금서비스 및 할부수수료율과 연체이자율을 인상한 이후 원가요인의 현저한 변동으로 인하여 이들 수수료율을 대폭 인하할 수 있음에도 불구하고 오히려 이를 인상 또는 그대로 유지하거나 소폭 인하하는데 그친 행위에 대하여 착취남용을 인정한 예가 있다 (2001.3.28. 의결 제2001-40호).

다만, 동 심결은 대법원에 의해 취소되었는바, 여기서는 가격결정의 부당성 여부를 다루지 않고 BC카드와 12개 회원은행들을 하나의 사업자로 보아 엘지카드 및 삼성카드와 함께 BC카드와 12개 회원은행을 시장지배적 사업자로 판단한 부분을 받아들이지 않았다.¹⁰⁾ 동 판결은 가격남용에 관한 최초의 유일한 것이라는 점에 의의가 있으나, 남용판단을 위한 선결문제인 시장지배적 지위 자체를 부인함으로써 가격결정의 부당성에 관하여는 달리 기준을 제시하지 못하였다는 한계가 있다.

2) 출고조절

(1) 규정

금지행위 유형		법	시행령	고시
2호	출고조절	상품판매·용역제공을 부당하게 조절	1. 정당한 이유없이 최근의 추세에 비추어 상품 또는 용역의 공급량을 현저히 감소시키는 경우 2. 정당한 이유없이 유통단계에서 공급부족이 있음에도 불구하고 상품 또는 용역의 공급량을 감소시키는 경우	

10) 대법원2005.12.9. 선고 203두6283 판결

(2) 사례

지금까지 공정거래위원회가 부당한 출고량조절을 지위남용으로 보아 금지한 예는 모두 3건이다. 이들 3건은 모두 IMF 외환위기 이후 환율인상과 원자재 가격폭등, 일시적인 가수요가 복합적으로 작용하여 출고량조절이 이루어진 것으로서 이들 3건에 대해서 모두 대법원 판결이 내려졌다

① 남양유업사건¹¹⁾

조제분유의 출고량감소가 문제되었던 남양유업사건에서 대법원은 공정거래위원회가 출고조절의 조사대상을 위 회사의 수도권출고를 담당하는 2개의 창고 중 하나만을 기준으로 삼아 출고량과 재고량을 산정한 것은 오류이고, 출고조절이 이루어진 ‘상당한 기간’을 확정함에 있어서도 평상시에 비하여 현저한 기간인지 외에 당해 제품의 유통기한, 수요의 변동요인, 공급에 필요한 정상적인 수급상황에 영향을 미치는 제반 요인을 함께 고려하여 출고량조절이 당해 사업자의 시장지배적 지위에 기해서만 설명할 있는지 여부도 아울러 감안하여야 한다는 점을 들어 공정거래위원회의 결정을 취소한 서울고등법원판결을 인용하였다.

② 대두유 사건

대두유의 출고량감소가 문제되었던 이른바 신동방사건¹²⁾과 제일제당사건¹³⁾에서 법원은 각각 상이한 결론을 내렸다.

법원은 상품의 판매 등을 조절하는 행위가 부당한지 여부는 당해 상품의 수급 등 유통시장의 상황, 생산능력이나 원자재 조달사정 등 사업자의 경영환

11) 대법원 2001.12.24. 선고 99두11141 판결

12) 대법원 2000.02.05. 선고 99두10964 판결

13) 대법원 2002.05.24. 선고 2000두9991 판결

경에 비추어 그 조절행위가 통상적인 수준을 벗어나서 가격의 인상이나 하락의 방지에 중대한 영향을 미치거나 수급차질을 초래할 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 판시하면서, 신동방사건에서는 출고량의 감소 폭이 크고 출고량 감소 이후 영업이익이 급증한 점 등을 고려하여 부당성을 인정하였다.

반면, 제일제당사건에서는 재고량이 1달치에 불과하고 출고량의 감소정도가 미미할 뿐만 아니라 출고량 감소 이후 영업이익도 적자 또는 약간의 흑자에 그쳤다는 점 등을 고려하여 가격인상을 목적으로 출고를 조절하였다고 볼 수 없어 그 부당성을 인정하지 않았다.

3) 소비자이익저해

(1) 규정

소비자이익저해행위는 법률에만 규정이 되어 있고 시행령이나 고시에서는 언급이 없다. 그래서 위법성 판단기준이 무엇인지, 시행령이나 고시에 세부적인 기준이 없는 상태에서 법률만으로 집행이 가능한 것인지 등이 문제가 되었다. 대법원이 2010년 두 차례의 선고를 통해 이러한 쟁점을 정리해 주었다.

금지행위 유형		법	시행령	고시
5호 후단	소비자이익저해	소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위	언급없음	언급없음

(2) 사례

① CJ 헬로비전 사건¹⁴⁾

이 사건에서는 인기채널을 저가상품에서 제외하여 고가상품가입을 유도한

14) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결

것이 소비자이익저해행위인지 여부가 문제가 되었다. 이 사건에서 대법원은 최초로 소비자이익저해행위의 위법성 판단기준을 제시하였다.

대법원은 우선 소비자이익저해행위가 존재하여야 하고 다음으로 소비자이익저해행위가 현저해야 하며 끝으로 그러한 행위가 부당해야 한다고 판시하였다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2 제1항 제5호 후단은 '부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위'를 시장지배적 사업자의 지위남용행위의 한 유형으로 규정하고 있는바, 그 요건으로서는 시장지배적 사업자의 소비자이익을 저해할 우려가 있는 행위의 존재, 소비자이익 저해 정도의 현저성 및 그 행위의 부당성이 증명되어야 하고, 그러한 요건에 대한 증명책임은 시정 명령 등 처분의 적법성을 주장하는 공정거래위원회에게 있다.

② 강서 티브로드 사건¹⁵⁾

대법원은 이 사건에서 두 가지 쟁점에 대해 다음과 같은 의미있는 결론을 내리고 있다. 첫째, 공정거래법 제3조의2 제2항은 남용행위의 유형 또는 기준을 대통령령으로 정할 수 있다고 규정하였을 뿐, 관련 대통령령의 기준이 있어야만 같은 조 제1항의 남용금지 규정이 효력이 있다는 취지는 아니다. 둘째, 부당성은 구체적으로 살펴 판단하여야 하겠지만 소비자 이익의 저해 정도가 현저하다면, 통상 시장지배적사업자가 과도한 독점적 이익을 취하고자 하는 행위로서 부당하다고 볼 경우가 많다.

이 사건 규정의 규율 대상은 '시장지배적사업자의 소비자 이익을 저해하는 남용 행위'로서 그 내용이 지극히 다양하고 수시로 변하는 성질이 있어 이를 일일이 열거하는 것은 입법기술적으로 불가능한 점, 이 사건 규정은 앞서 본 바와 같이 '시장지배적사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위의 존재', '소비자 이익 저해 정도의 현저성' 및 '그 행위의 부당성'이 인정될 경우 적용되는바, 위

15) 대법원 2010.5.27. 선고 2009두1983 판결

요건에 관한 판단은 공정거래법의 입법 목적을 고려하고, 공정거래법 제3조의2 제1항이 규정한 여러 유형의 시장지배적지위 남용행위 등과 비교하는 등 체계적·종합적 해석을 통하여 구체화될 수 있는 점, 이 사건 규정의 수범자는 시장지배적사업자로서 일반인에 비하여 상대적으로 규제대상 행위에 관한 예측가능성이 크다 할 것인 점 등을 고려하면, 이 사건 규정이 헌법상 법치주의원리에서 파생되는 명확성 원칙을 위반한다고 볼 수 없다.

그리고 공정거래법 제3조의2 제2항은 남용행위의 유형 또는 기준을 대통령령으로 정할 수 있다고 규정하였을 뿐, 관련 대통령령의 기준이 있어야만 같은 조 제1항의 남용금지 규정이 효력이 있다는 취지는 아니다.

따라서 원심이, 이 사건 규정이 헌법에 위배되지 아니할 뿐만 아니라, 하위 법령에 구체적인 행위유형 및 기준이 마련되어 있지 않더라도 유효하게 적용될 수 있다는 전제에서, 이 사건 행위가 이 사건 규정의 시장지배적지위 남용행위에 해당하는지 여부의 판단에 나아간 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 이 사건 규정의 위헌성이나 효력에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

‘부당성’은.....구체적으로 살펴 판단하여야 한다. 다만, 시장지배적사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위가 존재하고, 그로 인한 소비자 이익의 저해 정도가 현저하다면, 통상 시장지배적사업자가 과도한 독점적 이익을 취하고자 하는 행위로서 부당하다고 볼 경우가 많다.

4) 외국 경쟁법과 비교

(1) 미국

미국에서는 착취남용 규제가 원칙적으로 없다. 물론 재난이나 경제공황과 같은 사태가 발생하는 경우 연방법이나 주법으로 가격을 규제할 수 있는 경우가 마련되어 있기는 하다. 하지만 우리나라처럼 일반경쟁법에서 가격남용이

나 출고조절에 대해 규제를 하고 있지는 않다.

(2) 일본

일본도 미국과 마찬가지로 경쟁법에서 착취남용에 대한 규제는 하고 있지 않다. 다만 독금법 제2조 제5항에서 사적독점은 “타사업자의 사업활동을 배제하거나 지배함으로써 공동의 이익에 반하여 일정한 거래분야에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것”이라고 규정하고 있다.

이러한 분류는 EU조약 제102조의 배제남용행위와 착취남용행위의 구분과 유사한 측면이 있어 보인다. 하지만, 일본 독금법상 사적독점에 대하여는 경쟁제한성이 법적 요건으로 되어 있는데, 지배를 EU의 착취남용에 상응하는 것으로 본다면 경쟁제한성과 거리가 있는 착취남용행위에 대해 경쟁제한성을 입증하도록 하는 이상한 형태가 되어 버린다. 그래서 위법성 판단기준이 이원적이라는 점에서는 EU와 유사하지만 그 세부적인 내용은 같지 아니하다.

(3) EU

EU에서는 우리나라와 유사하게 착취남용규제를 하고 있다. EU 조약 제102조 (2)(a)에서는 '불공정한 구매 혹은 판매가격 기타 불공정한 거래조건을 부가하는 것'을 착취남용행위의 한 유형으로 예시하고 있다. 제102조 2(b)에서는 소비자에게 피해를 주는 생산, 판매, 기술발달의 제한을 예로 들고 있는데 이것도 착취남용유형으로 소개된다.¹⁶⁾ 실제로 British Telecommunication 사건

16) Article 102 of the EU Treaty

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

에서는 새로운 기술을 활용하지 않은 것을 위법화 하기도 하였다.¹⁷⁾ 다만 우리나라와 다른 것은 출고조절이나 소비자이익저해행위가 별도로 규정되어 있지 않다는 점이다.

EU에서는 주로 가격남용이 문제가 되었는데 이를 판단하기 위한 기준으로는 다음과 같은 것들이 활용된다. 어느 하나의 기준이 절대적인 것은 아니고 가용한 자료나 시장의 특성 등을 고려하여 여러 기준을 혼합하기도 한다.

① Als-Ob(as if) 경쟁이론

시장지배적사업자의 남용행위는 시장지배적 사업자가 그 거래상대방이나 경쟁자가 통상의 경쟁전략으로는 대항할 수 없는 우월한 힘을 가진데서 비롯된다고 보고 가격남용규제는 그러한 힘이 없는 상태 즉 마치 유효한 경쟁이 이루어지고 있는 것과 같은 상태를 만드는 것에 있다고 본다.

그래서 경쟁유추가격 즉 유효한 경쟁상태가 이루어지고 있다면 형성될 개연성이 높은 가설적인 경쟁가격을 도출하여 그 가격과 비교를 통해 가격남용 여부를 판단하여야 한다는 것이다.

② 공간적 비교시장이론

상이한 정도의 경쟁이 이루어지고 있는 두개의 비교가능한 시장이 존재할 경우, 보다 활발한 경쟁이 이루어지고 있는 시장에서의 가격과 문제가 되는 시장에서의 가격을 비교하여 그 차이를 남용으로 보는 이론이다.

비교대상시장은 국내·외를 불문하며 반드시 유효한 경쟁이 실현되고 있을 필요는 없고 단지 경쟁의 정도가 높다는 것이 확인되면 적용이 가능하다.

③ 시간적 비교시장이론(기저이론)

17) [1985] ECR 873

인상 전 가격을 토대(기저)로 하고 여기에 불가피한 비용을 더한 금액과 인상된 가격을 비교하여 나온 차액을 남용으로 보는 이론이다. 시장지배적 사업자의 종전가격을 주어진 것으로 받아들이고 단지 추후의 비용증가에 따른 가격인상의 정당성 여부만을 검토하는 것이다. 즉, 공간적으로는 동일하나 시간적으로 다른 시장을 비교하는 이론이다.

④ 이익제한이론

주어진 비용에 적정한 이익을 부가하였는가의 여부를 검토하여 제공된 급부의 경제적 가치와 적정한 관계에 놓여져 있지 않은 인상된 가격이 요구될 경우 남용으로 보는 이론이다.

5) 착취남용 규제에 대한 평가

(1) 착취남용 규제 강화론

시장지배적사업자의 남용행위를 규제하기 위해서는 착취남용규제를 강화해야 한다는 견해가 있다. 공정거래위원회는 2007년 시행령 입법예고를 통해 가격남용규제를 강화하고자 시도하였다.

공정거래위원회는 ‘법’에서는 가격의 부당한 ‘결정·유지·변경’을 가격남용행위로 규정하고 있는 반면 ‘시행령’에서는 가격의 ‘변경’에 대해서만 규정하고 있어 ‘법’과 ‘시행령’간의 불일치가 발생한다¹⁸⁾는 이유로 시행령을 개정하여

18) 공정거래법 제3조의2(시장지배적지위의 남용행위)

① 시장지배적 사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “남용행위”라 한다)를 하여서는 아니된다.

1. 상품의 가격이나 용역의 대가(이하 “가격”이라 한다)를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위

② 남용행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정할 수 있다.

공정거래법 시행령 제5조(남용행위의 유형 또는 기준) ① 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항제1호의 규정에 의한 가격의 부당한 결정·유지 또는 변

가격남용규제를 강화하고자 하였다.

그러나 정부가 직접적으로 가격을 규제하는 것은 시장원리에 반할 수 있다는 지적과 비교가격의 산출곤란성 등으로 인해 결국 실현되지는 못했다.

<시행령 제5조 제1항 개정 입법예고안>

1. 제도적 또는 사실상의 진입장벽으로 인하여 실질적인 경쟁이 이루어지지 않는 거래분야에 있어서 부당하게 상품의 가격이나 용역의 대가가 공급에 필요한 비용에 비하여 현저하게 높고 동종 또는 유사업종의 통상적인 수준에 비하여 현저하게 높은 경우. 다만, 기술혁신·경영혁신 등을 통한 새로운 상품개발·비용절감으로 인하여 이익이 발생하는 경우는 그러하지 아니하다.

(2) 착취남용 규제 지양론

입법론적으로는 가격남용행위 등과 같은 독점이윤추구행위에 대한 규제가 지양되어야 한다는 견해가 있다. 그리고 현실적인 이유에서 이러한 규제를 당장 폐지할 수 없다면 적어도 법집행의 범위를 최소화하고 그 절차를 엄격히 함으로써 무리한 법집행이 되지 않도록 하여야 한다고 한다.¹⁹⁾ 이러한 견해는 충분히 수긍이 간다.

현실적으로는 착취남용규제를 존치하더라도 가격남용이나 출고조절의 위법성 판단기준을 좀 더 정치하게 정비할 필요가 있다. 이상적인 방법은 EU의 Als-Ob(as if) 경쟁이론처럼 경쟁시장이었다면 형성되었을 가격을 계산해 내고 이와 비교함으로써 가격남용여부를 판단하는 방법일 것이다. 하지만 그러한 경쟁가격은 실무적으로 측정하기 쉽지 않다. 결국 유사한 다른 시장과 비교하거나 유사한 과거의 사례를 참조하는 것이 현실적인 방법이다. 하지만

경은 정당한 이유없이 상품의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사업종의 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우로 한다.

19) 임영철, 공정거래법, 법문사, 2008, 45-46면.

이러한 경우에도 각 시장에 대한 분석을 철저히하여 합리성 있는 결론을 도출해 내어야 할 것이다.

(3) 소결

어느 국가든 자국 산업의 역사적인 전개과정과 산업구조의 특성에 따라 독자적인 시장구조 개선노력이나 행태규제를 하게 된다. 예컨대, 착취남용규제의 주된 대상이 될 수 있다고 하는 통신산업의 경우만 하더라도 처음부터 민간에 의해 발전되었고 경쟁 하에 놓여 있었던 미국과 달리 일정 기간 국가독점 하에 있다가 나중에 자유화(liberalization)·민영화(privatization) 된 유럽의 경우 통신산업을 자유화·민영화 하면서도 소비자와 거래상대방의 이익보호를 위해 특별한 규제를 하지 않을 수 없었던 것이다.

우리나라의 경우 많은 산업들이 국가주도 하의 경제개발과정에서 차관공여나 국가보조금 지급, 각종의 인허가제로 인한 진입장벽의 형성 등으로 인해 초기에는 시장에서 경쟁이 활성화될 수 있는 기반이 형성되어 있지 않았고 이후 경제운용기조를 민간위주·사후규제 쪽으로 선회한 이후에도 좁은 국토 내에서 주요 대기업에 경제력이 집중된 상황에서 미국식의 경쟁제한행위 규제만으로는 시장의 질서를 공정화 하는데 한계가 있었다. 우리나라 공정거래법상의 착취남용행위는 이러한 측면에서 일정한 기능을 하였다고 생각된다.

이처럼 착취남용규제가 경제개발과정에서 일정한 기능을 수행하였다 하더라도 시장경제가 어느 정도 성숙된 현 시점에서 착취남용규제를 어떻게 하는 것이 바람직한지 고민해 볼 필요가 있다.

가격남용이나 출고조절과 같은 사건은 IMF 사태와 같은 국가 비상시에 제한적으로 활용하는 것이 바람직하고 입법적으로나 실무적으로 더 이상 강화하는 것은 자제하는 것이 바람직하다고 생각한다.

반면 소비자이익저해 사건은 특별한 계기가 없이도 종종 일어나고 있다. 하

지만 소비자이익저해의 개념이 지나치게 추상적이어서 위법성 판단기준이 분명하지 않기 때문에 시행령이나 고시에 구체적인 기준을 명시하는 것이 바람직할 것이다.

4. 배제행위의 사례와 위법성 판단기준

1) 사업활동방해행위

시행령에 3가지 유형을 열거하고 있고 다시 고시에서 6가지 유형을 열거하고 있다.

이 중 주로 문제가 되었던 사례들을 살펴보면 시행령에 규정된 필수요소 접근제한과 고시상의 거래거절행위, 불이익제공강요행위 이 3가지이다. 이 4가지를 중심으로 살펴본다.

금지행위 유형		법	시행령	고시
3호	사업활동 방해	다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해	1. 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위 2. 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위 3. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위	(1)부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 拒絶하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 制限하는 행위 (2)거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조건을 부당하게 差別하는 행위 (3)부당하게 거래상대방에게 不利益이 되는 거래 또는 행위를 強制하는 행위 (4)거래상대방에게 사업자금을 대여한 후 정당한 이유없이 貸

			4. 기타(고시)	與資金을 일시에 回收하는 행위 (5)다른 사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 소정의 節次(관거래계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 履行을 부당한 방법으로 어렵게 하는 행위 (6)다른 사업자의 행위가 자기의 特許權을 侵害하지 않는다는 사실을 알면서도 다른 사업자의 競爭能力을 침해하기 위하여 다른 사업자를 상대로 特許權侵害의 訴訟을 提起하는 행위
--	--	--	-----------	--

(1) 거래거절

대법원은 포스코의 거래거절사건에서 시장지배적지위남용행위 중 배제남용행위 전반에 적용될 수 있는 위법성 판단기준을 제시한 것으로 평가받고 있다. 공정거래위원회 의결과 법원의 판결을 살펴본다.

① 공정거래위원회 의결

공정거래위원회에 의하면, 포스코의 행위는 열연코일시장에서의 국내 독점 생산자로서의 자신의 지위를 이용하여 냉연강판시장에서의 경쟁사업자인 현대하이스코에 대하여 냉연강판 생산에 필수적인 열연코일의 공급을 거절한 것이다. 그리고 이것은 냉연강판시장에서의 경쟁사업자인 현대하이스코의 사업활동을 방해하고 냉연강판시장에서의 자신의 지배적 지위를 계속 유지하려는 행위로 인정하였다. 그래서 이러한 행위는 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)제1항제3호, 같은 법 시행령 제5조제3항제3호 관련 「시장지배적지위남용행위심사기준」(공정거래위원회 고시 제2000-6호) IV.3.다.(1)에서 규

정하고 있는 ‘부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하는 행위’에 해당한다고 판단하였다.

② 대법원 판결

서울고등법원은 공정거래위원회와 의견을 같이 하였다. 그러나 대법원은 의견이 나뉘어져 다수의견은 위법성을 인정하지 않은 반면 소수의견은 위법성을 인정하였다. 소수의견은 다시 두 가지로 나뉘어졌다.

가. 다수의견

다수의견은 공정거래법 제23조의 부당성과 동법 제3조의2의 부당성은 의미하는 바가 다르다는 전제 하에 당해 사건의 위법성을 인정하지 않았다. 대법원에 따르면 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 주관적으로는 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로는 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다고 보았다. 그리고 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 거래거절의 경위 및 동기, 관련시장의 특성, 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 거래거절행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다고 보았다.

원심이 들고 있는 사정들은 모두 원고의 이 사건 거래거절행위에 의하여 참가인이 입게 된 구체적인 불이익에 불과한 것들로서 현실적으로 경쟁제한의 결과가 나타났다고 인정할 만한 사정에 이르지 못할 뿐만 아니라, 오히려 원심에 제출

된 증거들에 의하면, 원고의 이 사건 거래거절행위에도 불구하고 참가인은 일본으로부터 열연코일을 자신의 수요에 맞추어 수입하여 냉연강판을 생산·판매하여 왔고, 냉연강판공장이 완공되어 정상조업이 개시된 2001년 이후부터는 지속적으로 순이익을 올리는 등 냉연강판 생산·판매사업자로서 정상적인 사업활동을 영위하여 왔던 사실을 알 수 있으며, 또한 원고의 이 사건 거래거절행위 이후 국내에서 냉연강판의 생산량이 줄었다거나 가격이 상승하는 등 경쟁이 제한되었다고 볼 만한 자료도 나타나 있지 않으므로, 경쟁 저해의 결과를 초래하였다는 원심의 판단을 수긍하기 어렵다.

또한, 이 사건 거래거절행위는 냉연강판시장에 원재료인 냉연용 열연코일을 공급하던 원고가 냉연강판시장에 진입한 이후에도 경쟁사업자에 해당하는 기존의 냉연강판 제조업체들에게는 계속적으로 냉연용 열연코일을 공급하여 오다가 새로이 냉연강판시장에 진입한 경쟁사업자인 참가인에 대하여 신규공급을 거절한 것인바, 비록 원고가 열연코일시장에서의 시장지배적 지위를 이용하여 후방시장인 냉연강판시장에서의 신규 경쟁사업자에게 영향을 미칠 수 있는 거래거절행위를 한 것이기는 하나, 이는 원재료 공급업체가 새로이 냉연강판시장에 진입하면서 기존의 냉연강판 제조업체에 대한 원재료의 공급을 중단하여 경쟁사업자의 수를 줄이거나 그의 사업능력을 축소시킴으로써 경쟁을 제한하는 결과를 낳는 경우와는 달리, 원고와 기존 냉연강판 제조업체들에 의하여 형성된 기존의 냉연강판시장의 틀을 유지하겠다는 것이어서 그 거래거절에 의하여 기존 냉연강판시장의 가격이나 공급량 등에 직접적으로 영향을 미치지 않는 아니하므로, 참가인의 신규 참여에 의하여 냉연강판시장에서 현재보다 소비자에게 유리한 여건이 형성될 수 있음에도 참가인이 원고 외의 다른 공급사업자로부터 열연코일을 구할 수 없어, 거래거절에 의하여 신규 참여가 실질적으로 방해되는 것으로 평가될 수 있는 경우 등에 이르지 않는 한, 그 거래거절 자체만을 가지고 경쟁제한의 우려가 있는 부당한 거래거절이라고 하기에는 부족하다고 보아야 할 것이다.

오히려, 이 사건에서는 앞서 본 바와 같이 원고의 거래거절행위에도 불구하고 참가인은 일본으로부터 열연코일을 자신의 수요에 맞추어 수입하여 냉연강판을 생산·판매하여 왔고 순이익까지 올리는 등 정상적인 사업활동을 영위하여 옴으로써 결국 냉연강판시장의 규모가 확대되었다고 할 것이다. 따라서 이와 같은 사정과 아울러 이 사건 거래거절행위로 인하여 거래거절 당시 생산량 감소나 가격 상승과 같은 경쟁제한 효과가 발생할 우려가 있었다는 사정에 관한 자료도

없는 점에 비추어 보면, 위에서 본 바와 같이 원심이 들고 있는 이 사건 거래거절로 인하여 참가인이 입게 된 불이익에 관한 사정들만으로는 이 사건 거래거절 행위를 거래거절 당시 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가하기에는 부족하다고 봄이 상당하다.“

나. 반대의견(대법관 이홍훈, 안대희)

이 견해에 따르면 사업활동방해행위의 외형이 있으면 일단 부당성을 추정하고 추정을 벗어나기 위해서는 시장지배적 사업자가 부당성이 없다거나 정당한 사유가 있었다는 점을 입증하여야 한다고 보았다. 이 견해에서는 시장지배적 사업자가 다른 사업자에 대하여 거래를 거절함으로써 외형상 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위를 한 경우에 그 행위는 시장지배적 사업자가 자신의 시장지배적 지위를 남용하여 ‘부당한 행위’를 한 것으로 추정된다는 것이다. 그리고, 시장지배적 사업자가 위 추정에서 벗어나기 위해서는 그 거래거절행위가 실질적으로 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위가 아니라거나 그와 같은 의도나 목적이 없어 부당한 행위가 아니라거나, 그와 같은 행위에 해당한다고 하더라도 거래를 거절할 수밖에 없는 정당한 사유가 있다는 점을 주장·입증하여야 한다는 것이다. 본 건에서는 그러한 입증이 부족하다고 보았다.

다. 반대의견(대법관 박시환)

이 견해는 공정거래법 제23조의 부당성과 법제3조의2의 부당성은 의미하는 바가 기본적으로 동일하다는 전제 하에 동건 행위의 위법성을 인정하였다. 즉 시장지배적 사업자의 거래거절행위의 부당성의 의미를 주관적·객관적 측면에서 경쟁제한의 우려가 있는 행위로만 파악하는 것은 우리 헌법의 정신 및 공정거래법의 입법목적에 맞지 않다고 보았다. 공정거래법 제3조의2에는 다른 사업자를 상대방으로 하는 행위와 그렇지 아니한 행위들이 섞여 있는데, 그 중 다른 사업자를 상대방으로 하는 행위의 경우에 그 부당성은 경쟁제한의 우려가 아니라 바로 다른 사업자에게 불이익을 입힌 것에서부터 비롯된다고 보았다. 그래서 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절

행위의 부당성은 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성과 같은 의미로 평가·해석하여 경쟁제한의 우려 여부와 관계없이 이를 규제하여야 한다는 것이다.

③ 대법원 판결 평가

이 사건은 거래개시거절 행위가 문제가 되었다. 거래중단과 달리 거래개시거절은 세계 각국을 막론하고 경쟁제한성을 인정한 사례를 찾아보기 어렵다. 미국에서 거래거절의 대표적 사례로 인정되는 Aspen Skiing 사례나 Kodak 사례도 모두 거래개시거절이 아니라 거래중단사례이다. 비교적 최근인 2004년 Trinko 사례가 거래중단 사건인데 이 사건에서 연방대법원은 위법성을 인정하지 않았다. 어쩌면 포스코 사건도 이러한 사례들과 연장선에 있다고 볼 수도 있다. 그럼에도 불구하고 이 판결에 대해서는 다음 몇 가지 비판이 제기되고 있다.

우선 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위와의 관계이다. 대법원은 양자의 입법목적 및 부당성의 판단기준을 별개의 것으로 보고 있다. 하지만 동일한 법률 내에 있는 동일한 행위유형에 대하여 시장지배적지위의 요건을 제외한다면 양자에 대한 부당성의 판단기준을 어떠한 근거에서 달리 보아야 하는지 그 논리가 분명한 것은 아니다. 두 종류의 소수의견이 있었던 것도 그러한 차원에서 이해할 수 있다.

당해 사건이 단독행위의 대표적 유형인 거래거절사건이고 단독행위의 경우 시장지배력이 없는 사업자가 거래거절을 통해 시장에서 경쟁을 제한하는 것은 상상하기 쉽지 않다는 점을 감안한다면 당해 사건에 한해 불공정거래로서의 단독행위와 시장지배적지위남용으로서의 단독행위 간 차이점을 일견 설득력있게 전개한 것으로 볼 여지도 있다. 하지만 이 판시가 시장지배적지위남용행위 중 수직적 거래제한행위에 대하여도 적용이 된다면 대법원의 논리는 문제가 있는 것으로 생각된다.

둘째 의도기준이다. 행위의 의도나 목적은 위법성 판단에 있어서 하나의 고

려사항(one of them)은 될 수 있을지 몰라도 위법성 판단의 요건으로 보기는 어렵다. 과거 미국의 일부 판례에서 위법성 판단요건으로 인정된 경우가 없지는 않았지만 현대 경쟁법에서 행위의 목적과 의도를 위법성 판단의 요건으로 인정하지는 않는다. 다만 경쟁제한을 의도하는 행위라면 그러한 결과가 발생할 가능성이 높기 때문에 의도가 입증되면 경쟁제한우려가 높다고 볼 뿐이다. 다른 한편으로는 이 사건의 결론이 의도의 입증 때문에 갈린 것은 아니다. 오히려 이 사건에서는 경쟁을 제한하기 위한 의도를 입증하는 내부자료가 풍부하였다.

셋째 이 사건과 같이 행위자의 시장지배력이 막강하고 사실관계에 대한 의심도 적은 사건에서 경쟁제한성이 인정되지 않는다면 앞으로 어떤 사건에서 경쟁제한성이 인정될 것인가 하는 점이다. 본 건과 같은 신규진입방해 사건에서 대법원은 포스코의 행위가 “기존의 냉연강관시장의 틀을 유지하겠다”는 것이어서 기존의 경쟁질서에 별다른 영향을 미치지 않았다는 점을 중요하게 생각하였다. 그리고 이 사건이후 생산량이 감소되거나 가격상승이 이루어지지 않았다는 점도 강조하였다. 하지만 유력한 신규진입자의 시장진입을 저해한 그 자체만으로도 경쟁제한의 우려는 다분히 있다고 볼 수 있고 결과적으로 시장에 진입하였다 하더라도 현대자동차 그룹의 수직계열화된 사업자가 아니었다면 생존자체도 쉽지 않았으리라 충분히 짐작할 수 있다.

(2) 불이익제공강요

① 공정거래위원회 의결

강서방송의 일방적인 채널 변경에 의해 우리홈쇼핑의 매출액이 급격히 감소하는 불이익이 발생하였는데, 이러한 강서방송의 행위는 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래를 강요한 행위라고 판단하였다. 그리고 이러한 행위는 다음과 같은 점을 고려할 때 우리홈쇼핑의 사업활동을 어렵게 하거나 어렵게 할 우려가 있는 것으로 판단하였다.

첫째, 채널 변경으로 인해 우리홈쇼핑의 채널에 익숙한 고정고객 또는 잠재 고객의 이탈가능성이 커져 장래 매출액이 지속적으로 감소할 우려가 있다는 점, 둘째, 불리한 채널변경의 결과 우리홈쇼핑과 협력업체의 신뢰관계가 악화됨으로써 우수협력업체의 이탈가능성이 있으며, 새로운 우수협력업체를 유치하는데에 어려움이 증가할 가능성이 있다는 점, 셋째, TV홈쇼핑 시장에서 타 TV홈쇼핑 사업자에 비해 우리홈쇼핑의 경쟁 조건을 악화시킴으로써 TV홈쇼핑시장에서의 사업자간 경쟁이 저해될 우려가 있다는 점이다.

이에 따라 공정거래위원회는 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호는 시장지배적 사업자가 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위를 금지하고, 같은 법 시행령 제5조 제3항 제4호 및 「시장지배적 지위남용행위의 심사기준」Ⅳ. 3. 라. (3)은 이를 구체화하여 금지유형으로 시장지배적 사업자가 ‘부당하게 거래상대방에 대하여 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위’를 적용하여 시정명령 및 과징금을 부과하였다.

② 대법원 판결

서울고등법원은 시장지배력 전이에 바탕을 두고 강서방송이 프로그램 송출 시장에서의 시장지배적 지위를 활용하여 홈쇼핑사업자와 MSO 간의 시장(프로그램 송출서비스시장)에서 채널을 변경하면서 우리홈쇼핑이 수수료를 인상해 주지 않는 것을 기화로 우리홈쇼핑에게 비선호채널을 배정함으로써 불이익을 제공한 것은 결과적으로 우리홈쇼핑의 사업활동을 부당하게 방해한 것으로 인정하였다.

이에 대해 대법원은 PP와 MSO 간의 시장은 전국시장이므로 시장지배력이 전이되지 않는다고 보았고, 특정사업자에 대한 불이익제공행위로 인해 특정사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 혹은 그렇게 될 우려가 있다는 것만으로는 부당성을 인정하기에 부당하다고 판시하였다. 대법원은 이 사건에서도 거래거절이 문제가 된 포스코 판결을 그대로 원용하였다. 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는

의도나 목적을 갖고 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 불이익 강제행위를 하였을 때에만 부당성이 인정될 수 있다고 판시하였다.

③ 대법원 판결 평가

포스코 사건의 경우는 거래거절이, 강서방송 사건의 경우는 불이익제공이 문제가 되었는데, 입법연혁 및 행위의 성격을 감안해 본다면 시장지배적지위 남용행위의 다양한 유형에 대한 규제근거가 모두 동일한 것은 아니다.

불이익제공행위는 시장지배력 보유여하와 상관없이 거래상대방에 대하여 행할 수 있는 행위이다. 공정거래법 행위 유형 중에서 법위반으로 가장 많이 적발된 것이 거래상지위남용으로서 불이익제공행위이다. 불이익제공행위의 유형은 수도 없이 많다. 불공정거래행위 중 거래상지위남용행위 한 유형으로 존치하고 있었던 이 조항이 시장지배적지위남용행위의 한 유형으로 삽입된 것은 시장지배력을 보유하고 있는 사업자에 대해서 좀 더 엄하게 제재하기 위하여서이다.

이러한 취지에서 불이익제공행위는 1999.3.31 개정된 공정거래법 시행령에서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 시행령에서 정하지 않은 행위에 대하여는 공정거래위원회가 고시하도록 함에 따라 2000.9.8에 제정된 「시장지배적지위 남용행위 심사기준」²⁰⁾에 삽입된 것이다.

그런데 이러한 불이익제공행위는 경쟁제한성을 주된 판단기준으로 하는 미국의 독점금지법에서 찾아보기는 어렵다. 이것은 우리나라의 불공정거래행위 중 거래상지위남용행위의 한 유형으로 규정되어 있었던 것인데 현행 「불공정거래행위 심사지침」에 의하면 경쟁제한성보다는 거래내용의 불공정성을 기준으로 부당성을 판단하도록 하고 있다. 원래 거래상지위남용행위는 일본의 불공정거래행위 중 우월적지위 남용행위에 해당하는 것인데 우월적지위

20) 공정거래위원회 고시 2000-6호.

는 시장에서 지배력을 가지고 있지 않다 하더라도 개별 거래관계에서도 형성될 수 있는 것으로서 경쟁저해성과는 거리가 먼 행위유형이다.

그래서 불이익제공 강제행위의 입법적 연혁을 고려해 본다면 시장지배적지위 남용행위에서의 불이익제공행위와 불공정거래행위에서의 불이익제공행위는 시장지배적지위가 있는 사업자의 행위인지 아닌지 이외에 시장지배적지위남용의 경우 경쟁저해성을 요구한다고 보아야 할 근거가 분명하지 않다.

(3) 필수요소 접근제한

필수요소에 대한 거래거절행위에 대해 위법성을 인정한 공정거래위원회의 최초의 사건은 2017년 Qualcomm 사건이다. 현재 소송이 진행 중이다.

2) 경쟁사업자 배제

시행령에 부당염매, 부당고가매입, 배타조건부거래 이 3가지 유형을 열거하고 있고 다시 고시에서 추가적인 규정은 두고 있지 않다. 이 중 부당염매와 부당고가매입은 문제가 된 적이 없고 주로 배타조건부거래가 문제가 되었다. 배타조건부거래 사건 중 2건은 대법원 판결이 내려졌고 1건은 원고가 상고를 포기하였다. 여기에서는 각 사건을 살펴본다.

금지행위 유형		법	시행령	고시
5호 전단	경쟁사업자 배제	부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래	<ol style="list-style-type: none"> 1. 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우 2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우 	

(1) 인텔사건

공정거래위원회는 Intel 사가 국내 PC 제조회사들에게 경쟁사업자인 AMD사와 거래하지 말 것을 조건으로 각종 rebate를 제공한 행위는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2 제1항 제5호2) 및 동법 시행령 제5조 제5항 제2호에 위반된다고 판단하였다. 공정거래위원회의 판단이유는 다음과 같다.

첫째, Intel 사가 제공한 rebate는 경쟁사업자의 제품을 사용하지 않는 조건으로 지급된 것으로 국내 PC 제조회사들의 거래상대방 선택의 자유를 제한함으로써 관련 시장에서의 경쟁을 저해하였다. 그리고 경제분석의 결과 AMD 사가 Intel 사의 rebate를 감안하여 가격경쟁을 하기 위해서는 PC제조회사들에게 자신의 CPU를 무료로 공급하여도 불가능할 정도였다. 둘째, 실제로 Intel 사의 경쟁사업자인 AMD 사의 시장점유율 수준 및 추이를 보면 Intel 사의 행위는 경쟁사업자의 시장점유율을 크게 하락시키는 등 경쟁을 현저하게 제한하였다. 구체적으로 경쟁사업자인 AMD 사의 관련 시장점유율은 2000년부터 2006년간 대부분 10%를 넘지 못하고 가장 높았을 때도 17%에 불과하였다. AMD 사의 시장점유율이 올라가면 Intel 사는 PC제조회사들에게 새로운 rebate를 제공하였고, 이에 따라 AMD 사 점유율은 하락하였다. PC 소비자들의 선호가 보다 직접적으로 반영되는 CPU 대리점 채널시장에서는 2000년부터 2005년까지 AMD 사의 점유율은 계속 상승하여, 2005년 말에는 30%까지 상승하였다.

Intel은 고등법원에서 패소 후 상고를 포기함으로써 이 사건은 확정되었다.

(2) 이베이 G마켓사건

① 공정거래위원회 의결

21) 공정거래법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)

① 시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해하는 행위

G마켓은 2006년 애플온라인과 거래하고 있던 7개 사업자들에게 G마켓에서의 판매가격을 인하하거나 애플온라인에서의 판매가격을 인상할 것, 주로 G마켓과 거래하면서 매출을 올려 줄 것, 애플온라인과의 거래를 중단할 것 등을 요구하였고 애플온라인에 올려놓은 상품을 안 내리면 G마켓 메인 화면에 노출된 상품을 모두 빼버리겠다고 위협하였다. 이에 공정거래위원회는 이러한 행위가 배타조건부거래행위에 해당한다고 판단하여 시정명령과 과징금을 부과하였다.

② 대법원 판결(대법원 2011.6.10. 선고 2008두16322 판결)

서울고등법원은 기본적으로 공정거래위원회의 위법성 판단기준을 받아들였다 다만 이익의 규모에 비해 과징금이 과다하다는 이유로 과징금만 취소하였다.

하지만 대법원은 공정거래위원회의 위법성 판단을 인정하지 않았다. 우선 애플온라인과 거래중단 기간이 짧고(주로 1, 2개월, 14일~7개월 보름 남짓), 7개 사업자들로부터 얻은 판매수수료 총액이 약 2,500만 원에 불과하며 7개 사업자는 G마켓에 입점한 약 23만 개 중 그 비율이 극히 미미할뿐만 아니라 7개 사업자가 G마켓을 통한 매출은 G마켓 전체 매출의 0.24%에 불과하다는 것이었다. 결국 애플온라인이 매출 부진을 이기지 못하고 시장에서 퇴출된 것인지, 이 사건 행위가 다른 신규 사업자의 시장진입에도 부정적인 영향을 미쳤는지 명백하지 않다고 판단하였다.

③ 대법원 판결 평가

이 판결은 경쟁제한성의 입증이 부족하다고 보았다. 하지만 대상 업체수가 7개에 불과하고 거래금액이 적더라도 다른 업체에게 부정적인 영향을 미칠 우려가 있고 몇 개 업체에 대해서만 경고를 하더라도 나머지 업체들은 알아서 조심한다는 점을 간과하였다는 비판도 제기된다.

(3) 농협중앙회 사건²²⁾

이 사건은 위법성 판단기준에 있어서 종래 포스코 판결의 취지를 그대로 따르면서 다만 배타조건부거래에 있어서는 의도기준을 대폭 완화한 것으로 평가받고 있다. “시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 거래 상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다.”라고 하여 사실상 의도기준의 입증을 생략하고 있다.

배타조건부 거래행위가 구 독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 전단의 시장지배적 사업자의 지위남용행위에 해당하려면 그 배타조건부 거래행위가 부당하게 거래 상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위로 평가될 수 있어야 하는바, 여기서 말하는 ‘부당성’은 ‘독과점적 시장에서의 경쟁축진’이라는 입법 목적에 맞추어 해석하여야 할 것이므로, 시장에서의 독점을 유지·강화할 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장 질서에 영향을 가하려는 목적을 가지고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 배타조건부 거래행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다.

그러므로 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래의 부당성은 그 거래행위의 목적 및 태양, 시장지배적 사업자의 시장점유율, 경쟁사업자의 시장 진입 내지 확대 기회의 봉쇄 정도 및 비용 증가 여부, 거래의 기간, 관련시장에서의 가격 및 산출량 변화 여부, 유사품 및 인접시장의 존재 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다.

22) 대법원 2009.7.9. 선고 2007두22078 판결

원심이 인정한 사실관계 및 기록에 의하면, 원고는 식량작물용 화학비료 시장에서 정부의 가격 보조를 기반으로 하여 독점적 사업자의 지위를 누려오다가, 2005. 7. 1.부터 정부의 화학비료에 대한 차손 보조가 완전 폐지되어 경쟁사업자에 의한 시장 잠식이 현저히 우려되자, 자신의 시장지배력을 종전과 같이 유지할 목적으로 경쟁사업자를 배제하기 위하여 비료 제조회사들과 사이에 이 사건 구매납품계약을 체결한 것으로 보이는 점, 이러한 원고의 행위는 경쟁사업자인 비료 제조회사의 영업소나 판매대리점 등을 통한 식량작물용 화학비료의 시중 판매를 원천적으로 봉쇄함으로써 식량작물용 화학비료 유통시장에서 이들을 배제하는 결과를 초래할 우려가 있다고 보이는 점, 더욱이 이 사건 구매납품계약이 체결된 2006. 1.부터 2006. 6. 30.까지의 식량작물용 화학비료의 시장점유율을 보면 원고는 여전히 100%에 가까운 시장점유율을 보이고 있는 반면, 원고의 경쟁사업자인 일반 시판상들의 시장점유율은 전년도보다 오히려 악화된 0%를 보이고 있어 현실적으로도 이 사건 구매납품계약에 의한 경쟁제한의 효과가 발생한 것으로 보이는 점 등을 알 수 있는바, 이러한 사정들을 종합하여 보면 식량작물용 화학비료 유통시장에서 이미 독점적인 구매력과 유통망을 확보하고 있는 원고의 위 배타조건부 거래행위는 위 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한하였다고 봄이 상당하다.

원심이 같은 취지에서, 원고의 이 사건 배타조건부 거래행위가 식량작물용 화학비료 유통시장에서의 경쟁을 부당하게 제한함으로써 법 제3조의2 제1항 제5호 전단 소정의 시장지배적 지위남용행위에 해당한다고 판단한 것은 정당하다.

4) 미국 경쟁법과 비교

(1) 개요

1890년 Sherman 법은 압도적인 지지로 통과되었지만 이 법을 찬성한 의원들의 생각이 일치하였던 것은 아니다. 경쟁촉진(경제적 효율성 증진), 중소기업자 보호, 경제력의 분산 등 이처럼 입법취지에 대한 생각들이 달랐기 때문에 미국 경쟁법은 시대에 따라, 판례에 따라 상이한 목표를 추구하였고 그 결과 경쟁법 이론 및 판례가 일관성 없이 큰 변천을 거쳐온 것이 사실이다.

Michael Carrier 교수가 미국 경쟁법집행은 과소규제와 과잉규제의 반복 (swinging pendulum from under- to over-enforcement and back again)이라고 지적한 것은 미국 경쟁법의 이러한 측면을 지적한 것이다. 1970년대 Chicago 학파의 등장도 경쟁법 입법취지에 대한 견해의 차이에서 비롯되는 측면이 강하다.

경쟁촉진은 법 제정 시부터 중요한 목적이었지만 이와 더불어 거래상대방의 자유(dealer's freedom)나 중소기업자 보호가 중요한 목적으로 기능하여 왔다. 수직적 거래제한에서 거래상대방의 자유는 1977년 Sylvania 판결 이전까지 대단히 중요한 기능을 하였고, 가격차별 규제는 대표적인 중소기업자 보호 규제이다.

Robert Bork 판사는 경쟁법의 목적은 오로지 '경제적 효율성의 증진' 하나여야 한다고 주장하였고 이러한 주장은 1970년 대 이후 Chicago 학파에 큰 영향을 주었다. '경제적 효율성'(economic efficiency) 개념은 '자원배분 효율성'과 동일개념이고 '소비자 후생'(consumer welfare)의 견지에서 판단하게 되기 때문에 결국 가격이 인상되거나 공급량 감소 여부가 위법성 판단에서 중요한 비중을 차지한다.

오늘날 연방차원에서는 경쟁촉진 즉 '경제적 효율성의 증진'이 대세로 자리잡았고 아직도 하급심판례에 따라서는 중소기업자 보호나 거래상대방 자유 보호가 여전히 중요한 기능을 하기도 하지만 대세는 이미 기울어진 상태이다. 다만 상당수의 주 경쟁법에서는 별도의 입법(예, 프랜차이즈 법률)을 통하여 중소기업자 보호나 거래상대방의 자유보호를 보완하고자 하고 있다. 독점규제도 연방보다는 주 차원에서 먼저 시작되었다.

(2) 단독행위

미국에서 단독행위는 Sherman 법 제2조에 의해 규율된다. 그런데 순수한 단독행위는 거래거절이나 약탈적 가격설정, 부당한 소송제기 등을 제외하면 그 사례가 많지 않다. 반면 배타조건부거래나 끼워팔기와 같은 수직적 거래제한 행위도 독점력이 있는 사업자가 독점력을 남용하는 경우에는 단독행위로 규

제되기도 한다.

여기에서는 단독행위 전반에 대해 포괄적으로 살펴보기보다는 우리나라 법 집행에서 시사점을 얻기 위해 거래거절과 약탈적 가격설정의 위법성 판단기준을 중심으로 살펴본다.

① Sherman 법 2조의 성립요건

단독행위는 Sherman 법 제2조에서 규율하고 있고 FTC 법 5조 전단이 적용될 수도 있다. 현대 경쟁법에서 두 규정의 차이는 거의 없기 때문에 Sherman 법 제2조를 중심으로 살펴본다.

Sherman 법 제2조는 “독점하거나 독점을 기도하거나 독점하기 위해...결합하는 자”(Every person who shall monopolize or attempt to monopolize or combine or conspire...to monopolize)를 처벌한다. 여기서 핵심적인 단어는 ‘독점하다’(monopoly)라는 단어인데, 이것은 독점력(monopoly power)을 획득하거나 유지하는 행위 모두를 포함하는 의미이다. 그래서, Sherman 법 제2조의 행위를 독점력남용행위라고 표현하는 것은 범위반행위를 충분히 포괄하지 못한다.

미국 연방대법원은 소위 ‘Cellophane Case’에서 독점력을 “관련시장에서 가격을 통제하거나 경쟁을 배제할 수 있는 힘”²³⁾으로 정의하였는데, 그러한 힘은 마땅한 대체재가 없는 상태에서 상당 기간 동안 높은 이윤을 누리게 하여 주는 힘을 의미한다. 이러한 의미의 독점력은 완전경쟁에서 순수독점(pure monopoly)으로 옮겨가는 스펙트럼의 어느 지점에서 특정 기업의 시장에서의 힘(market power)을 의미한다고 볼 수 있다.²⁴⁾

23) “the power to control prices or exclude competition in the relevant market” U.S. v. E.I.duPont, 351 U.S. 377(1956).

24) 경제학적인 관점에서 ‘시장에서의 힘’(market power)은 수요곡선의 탄력성(elasticity)에 의해 측정될 수 있는데, 수요곡선이 비탄력적일수록 ‘시장에서의 힘’은 커지게 된다.

실무적으로 어떤 기업이 가지고 있는 ‘시장에서의 힘’(market power)이 ‘독점력’(monopoly power)에 상당하는지 여부를 판단하기는 대단히 어렵고 주관적이며 가변적일 수밖에 없고 판결에 따라 차이를 보이기도 한다. 시장점유율을 가지고 판단하는 것이 가장 일반적이라 할 수 있다.

Alcoa 판결²⁵⁾에서 90% 이상이면 충분하고 60% 혹은 64%는 의심스러우며 33%는 충분하지 않다고 판시된 적이 있다. Grinnell 판결²⁶⁾에서는 85% 이상이면 충분하다고 판시된 적이 있다. 미국에서의 판례들을 본다면 대체로 시장점유율이 70% 이상이면 독점력을 추정하기에 충분하고, 50% 이하이면 독점력이 있다고 보기 어렵다. 그 가운데 부분이 회색지역으로 남는다.²⁷⁾

그러나 시장점유율만으로 독점력 보유여부를 판단하는 것은 한계가 있고 그 이외에도 진입장벽이나 대체재의 존재여부, 원료 확보 여부 등 추가적인 요소를 고려하여 결정한다. 다른 행위들과 비교해 본다면 부당독점행위에 있어서 독점력의 인정은 경쟁저해성을 미연에 방지하려는 합병심사에 비해 좀 더 엄격한 경향이 있다.

② 행위유형

금지되는 행위유형은 크게 3가지이다. 첫째는 부당한 독점력 획득 및 유지행위, 둘째는 독점기도행위, 셋째는 독점공모행위이다. 하지만, 세 번째인 독점공모행위는 Sherman 법 제1조와 중복되는 것이기 때문에 여기서는 앞의 두 가지에 대해서만 살펴본다.

가. 독점력의 부당한 획득 및 유지행위(monopolization)

25) U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416(2nd Cir. 1945).

26) U.S. v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563(1966).

27) ABA Section of Antitrust, Antitrust Law Developments(fourth), Vol. I, pp.235-236.

Alcoa 판결에서 Hand 판사가 지적한대로 독점력의 보유 그 자체는 불법이 아니다.²⁸⁾ 또한, 정당한 사업상의 노력이나 우연한 계기로 인한 독점력의 보유도 불법이 아니다.

Grinnell 판결이 부당독점에 대한 대표적인 판결로 소개된다. 이 판결에 의하면 부당독점행위란 제품의 우수성(superior product)이나 사업능력(business acumen), 역사적인 계기(historic accident)가 아닌 다른 방법에 의해 독점력을 획득(acquisition)하거나 유지(maintenance)하는 의도적인(willful) 행위이다. 통상 위법성은 반경쟁적(anticompetitive), 경쟁배제적(exclusionary), 남용적(abusive)인 행위성격에서 찾을 수 있다고 하지만 그러한 개념상의 정의만으로 위법성을 판단하기는 어렵다. 결과적으로 불문법 국가인 미국에서는 그 동안 위법하다고 인정되어온 행위들의 징표가 다시 위법성판단기준으로 작용하고 있는 셈이다. 그러한 행위들로서는 약탈적 가격설정 행위, 가격압착, 거래거절, 레버리징, 부당한 소송제기 등이다.

고의(intent)에 대한 입증이 필요하긴 하지만 여기서 말하는 고의는 독점력을 부당하게 획득하거나 유지하겠다는 특정고의(specific intent)가 아니다. 부당독점 사건의 현대적인 판결들을 보면 시장점유율을 증대시키거나 이윤을 증대시키기 위한 행위를 불법화하지는 않는다. 그러나, 독점력을 가진 사업자가 사업상의 정당성이 없는 행위를 하거나 반경쟁적인 행위를 하고 있으면 부당독점의 고의가 있는 것으로 추정된다.

나. 독점기도행위(attempts to monopolize)

Sherman 법 제2조에서 금지하는 독점기도행위는 독점력을 보유하고 있지 않은 기업이 성공을 한다면 독점을 달성하거나 그렇지 않은 경우에도 독점의 상당한 가능성(a dangerous probability)이 있는 방법이나 수단, 행위를 사용하는 것을 의미한다.²⁹⁾ 독점기도행위는 경쟁사업자를 배제하거나 독점력을 획

28) "Size does not determine guilt"

29) Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 113 S.Ct. 457(1993)

득하겠다는 특정고의(specific intent)를 요구한다. 그래서, 사업상의 능력을 발휘하거나 정당한 경쟁수단에 의해 독점력을 획득하고자 하는 경우는 범위반이 아니다. 문제가 되는 경우는 거래거절이나 차별적 가격설정 등 불공정한 수단에 의해 독점을 획득하고자 하는 경우이다.

(3) 수직적 거래제한

① 근거규정

수직적 거래제한행위는 Sherman 법 제1조에서 규율하고 있고 FTC 법 제5조 전단이 적용될 수도 있다. 또한 배타조건부거래 및 끼워팔기는 Clayton 법에 의해 규율될 수도 있다. 하나의 행위에 대해 여러 법이 동시에 적용되기도 한다. 예컨대 끼워팔기의 경우 Sherman 법 1조, FTC 법 5조, Clayton 법 3조가 동시에 적용될 수 있다. 하지만 겹치는 경우에는 위법성 판단기준이 거의 동일하기 때문에 큰 문제가 되지는 않는다.

미국에서 1960년대까지만 하더라도 수직적 거래제한은 주로 본사와 대리점과의 관계에서 발생하는 공급측면에서의 힘의 우위(supplying power)로 인한 것이었다. 이러한 관계는 Sherman 법 제1조 혹은 FTC법 제5조에 의한 전통적인 수직적 거래제한의 법리로 해결해 보고자 시도해 보기도 하였다. 예컨대 대리점에 대한 거래지역 제한이나 끼워팔기 등의 규제논리를 경쟁 또는 거래상대방의 자유(dealer's freedom)의 제한에 두기도 하였다. 혹은 수직적 합의의 개념을 확장하여 강요에 의한 합의도 포함시켜 수직적 거래제한의 범위를 확대해 왔다.

지금도 수직적 합의의 개념 확장은 여전히 유효하지만 거래상대방의 자유(dealer's freedom)의 제한 논거는 Chicago 학파의 효율성 혁명 이후로 경쟁제한성 논거에 밀려나게 되었다. 지금은 거래상대방의 자유에 대한 억압은 경쟁과 결부되지 않는 한 민사적 규율에 맡기고 있다.

1970년 이후부터는 Walmart 등 대형유통업체와 납품업체와의 관계에서 전형

적으로 발생하는 수요측면에서의 힘의 우위(buying power)가 본격적으로 대두되었다. 그 동안 공급측면에 초점이 맞추어져 발전해왔는데 수요측면의 거래상의 지위는 공급측면에서의 거래상의 지위와는 성격이 다르다는 점이 부각 되었다.³⁰⁾

이처럼 수직적 거래제한행위는 단독행위에 비해 행위유형별로 위법성 판단 기준이 시대에 따라 변천이 심했기 때문에 일률적인 위법성 판단기준을 제시하기는 어렵다. 대체적으로 본다면 당연위법법리의 퇴조 및 합리성 원칙의 강화로 정리할 수 있다. 그러나 아직까지도 미국에서 수직적 거래제한의 효율적 규제방안에 대한 확고한 법리는 정립되어 있지 않다.

여기에서는 주요 행위별로 살펴본다.

② 행위유형별 판례의 변천

가. 재판매가격유지행위

<당연위법>

최저가 재판매사건인 1911년 Dr. Miles 판례³¹⁾에서 최초로 당연위법이 선언되었다.

제약사인 Dr. Miles(원고)는 의약품 도매상 및 소매 약국들과 최저가 재판매 가격유지계약을 체결하였다. 약품의 이미지를 제고하고 소매 약국의 적정 마진 보장으로 약품을 취급하는 소매 약국을 확대하기 위한 목적이었다. 그러나, 의약품 도매상인 Park(피고)는 Dr. Miles와는 계약하지 않고 Dr. Miles와 계약중인 타 도매상을 권유하여 자신에게 지정판매가 이하에 판매하도록 하고, 자신은 다시 소매약국에게 영매하였다.

30) 조성국, “거래상지위남용 규제 집행의 효율성 제고방안”(한국경쟁법학회 추계학술대회 발표논문), 서울대학교, 2017.11.24., 1-2면 참조

31) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

연방대법원은, 재산권양도 원칙(alienability of property rights) 및 가격합의로 인한 경쟁과괴를 들어 당 계약은 보통법(Common law) 및 Sherman 법 제1조 위반으로 무효(invalid)라고 결정하였다. 물론 연방대법원이 당연위법(per se illegal)을 언급하지는 않았으나 이후의 판결들이 그렇게 해석하였다. 연방대법원은 최저재판매가격유지행위(minimum RPM)는 경제적 효과 면에서 가격담합과 동일하다고 생각하였다.

이러한 당연위법원칙은 1968년 Albrecht 사건에서³²⁾ 최고가 재판매사건에까지 확장되었다. 신문배급업을 하는 Albrecht(P)가 신문사인 Herald의 최고가 재판매가격유지행위를 따르지 않자(즉, 권장이 이상으로 판매) 다른 배급상에게 배급권을 넘겨주었다.

연방대법원은 최고가 규제도 자유로운 경쟁을 제거한다고 보아 당연위법이라고 판결하였다. 즉, 거래상대방의 가격 결정의 자유 박탈로 경쟁을 제한하고 애프터서비스 등 비용커버가 어려워 서비스 질 저하 가능성이 있으며 가격담합을 위장 할 가능성이 있다는 것이었다.

<합리의 원칙>

재판매가격유지행위에 대한 당연위법원칙은 1997년 최고가재판매가격유지행위 사건에서 합리의 원칙으로 변하였고 2007년에는 최저가재판매가격유지행위 사건에서도 합리의 원칙으로 변하였다.

연방대법원은 Khan 사건(1997)³³⁾에서 합리의 원칙을 선언하였다. 주유소를 운영하는 Khan(P)은 States Oil(D)로부터 주유소를 임차하여 갤런당 3.25센트 마진을 공제한 가격으로 가솔린 구입, 판매하여 왔는데, 지정한 가격 이상으로 판매하면 그 차액은 반납하도록 되어 있었다. Khan은 임대료를 지체하여

32) Lester J. Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

33) State Oil Co. v. Barkat U. Khan and Khan & Associates, 522 U.S. 3 (1997).

계약해지를 당하였다.

연방대법원은 Albrecht 판례에 대해 의심을 표명하였는데, 경제적 효과 검증이 안 된 것이라고 판단하였다. 당연위법원칙에 대해 비판적인 Posner와 Bork의 견해를 수용하였는데, 시장지배력을 가진 사업자가 아니라면 재판매사업자의 적정이윤을 착취하기 어렵고, 배타적지역 설정 등으로 지역독점권이 있는 재판매사업자의 독점력남용을 견제할 필요성이 있으며 적정한 가격으로 판매량 증대효과를 얻을 수 있다고 판단하였다. 따라서, 최고재판매가격유지행위의 우려는 합리의 원칙으로 분석가능하다고 보았다. FTC와 법무부도 연방대법원에 의견서를 제출하였는데, 최고재판매가격유지행위는 합리의 원칙으로 다루는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다.

연방대법원 최저가재판매가격유지행위가 문제가 된 2007년 Leegin 사건³⁴⁾에서도 합리의 원칙을 선언함으로써 이제 모든 재판매가격유지행위는 합리의 원칙이 적용되게 되었다.

Leegin(D)은 여성용 핸드백, 지갑 등을 제조하고 Brighton 브랜드로 판매하는 사업자인데, 제조 및 도·소매 판매를 겸하고 있다. PSKS(P)는 이를 공급받아 판매하는 소매상이다. PSKS가 Leegin이 설정한 권장 판매가격 이하로 판매하자 제품공급이 중단되었다.

연방대법원은 최저가 재판매가격행위라 하더라도 친경쟁효과와 반경쟁효과를 비교형량하여 합리성의 원칙에 따라 판단하여야 한다고 판시하였다. 친경쟁효과로는 무임승차 방지, 브랜드 간 경쟁촉진, 유통업체 최소 이윤보장, 신규진입촉진을 들 수 있다. 반경쟁효과로는 가격인상으로 인한 소비자 피해, 가격경쟁 저해, 담합의 보조수단, 혁신저해를 들 수 있다.

연방대법원은 Dr. Miles 판례는 연방대법원이 경험이 많지 않던 시기에 내려

34) Leegin Creative Leather Products v. PSKS, 551 U.S. 877 (2007).

진 것으로서 공식적으로 폐기한다고 선언하였다.³⁵⁾ 연방대법원에 따르면, 브랜드 내 (intrabrand) 경쟁보다는 브랜드 간(interbrand) 경쟁이 중요한데 최저가 재판매가격유지행위는 브랜드 간 경쟁을 촉진할 수도 있다는 것이다. FTC와 법무부도 대법원에 의견서를 제출하였는데, 재판매가격유지행위는 무임승차를 방지하여 경쟁을 촉진하는 효과가 있을 수 있으므로 합리성의 원칙으로 다루는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다. 결국 대법원 판결은 FTC 및 법무부와의 합작품이라 할 수 있다.

Breyer 대법관은 반대의견을 제시하였는데, 법률은 경제학과 달리 규칙과 선례에 따른 집행시스템이기 때문에 최저가 RPM의 긍정적 효과와 부정적 효과의 빈도를 감안하여 사전에 분명한 가이드라인을 제시할 필요가 있다고 보았다. 그리고 Dr. Miles 판례는 100여 년 간 큰 부작용 없이 유지되어 왔으며 정부와 업계에 대해 법집행의 분명한 기준이 되어 왔다고 지적하였다.

나. 거래지역·거래상대방 제한행위

미국의 경우 거래지역·상대방 제한에 대해서는 대단히 엄격하였던 시절이 있었다. 거래상대방의 자율성(dealer's freedom) 제한 또는 동일 상품 간 (intra-brand) 경쟁제한을 이유로 당연위법으로 처리하였다.

그러나 1977년 Sylvania 판결 이후 친경쟁적 성격을 강조하는 rule of reason으로 전환된 이후 지금은 상대적으로 규제가 느슨해 졌다.

<당연위법>

연방대법원은 Schwinn 사건³⁶⁾에서 당연위법을 선언하였다. Schwinn(D)은 자전거 생산업체로 전국적인 유통망을 갖추고 ①도매상에게 허가된 영업지역 내에서 자신이 승인한 소매상에게만 재판매 또는 위탁판매 하도록 하고 ②

35) “[T]he case was decided not long after the Sherman Act was enacted, when the Court had little experience with antitrust analysis.”

36) U.S. v. Arnold Schwinn & Co., 388 US 365 (1967)

일부 소매상에게만 판매권을 부여하되 타 지역 또는 타 소매상에 대한 판매를 금지하였다. Schwinn 시장점유율은 행위 직전인 51년의 22.5%에서 10년 만에 약 10%하락하여 12.8%가 되었다.

DOJ는 당해 계약이 Sherman 법 제1조 위반이라고 판단하여 소송제기하였다. 제1심은 Schwinn이 도매상에게 재판매하는 경우와 위탁판매하는 경우로 나누어 재판매의 경우 도매상에게 지역 및 소매상 제한계약은 per se illegal 이라고 판시하였다(1965). 지역제한은 시장분할과 동일하다고 보았다. 대법원은 소매상에게 동일한 제한을 하도록 요구하도록 하는 것도 위법임을 추가적으로 선언하였다.

연방대법원은 재판매와 위탁판매의 이분법 채택하여 경쟁에 미치는 실제효과보다 형식논리 중시하였고, 상품의 지배권(dominion)과 위험부담이 이전된 후에도 거래를 제한한 것은 per se illegal이라고 판단하였다. common law상의 alienation 법리에 의존한 것으로 평가 받고 있다.

이 판결은 1911년 Dr. Miles의 최저가재판매 per se illegal 법리를 거래지역·거래상대방 제한까지 확대한 것이고 중소기업자의 권익과 독자적 의사결정권을 중시한 판결로 평가받고 있다.

<합리의 원칙>

미국 연방대법원은 Sylvania 사건³⁷⁾에서 당연위법을 포기하고 합리성의 원칙을 선언하였다.

Sylvania(D)는 TV 제조업체로 전국적인 시장점유율이 1~2%대로 하락하자 지역별로 일부의 소매상에게만 판매권을 부여하고 허가된 영업지역 내에서 판매하도록 하였다. location clause의 위법성에 대한 사례이다.

소매상 Continental이 타 지역으로 이전하고자 하는 요구를 Sylvania가 거절하

37) Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 US 36 (1977)

자 Sherman 법 제1조 위반으로 3배 손해배상 소송 제기하였다. 제1심은 Schwinn 판례에 따라 지역제한은 per se illegal 이라고 판시하고 손해배상을 인정하였다. Sylvania는 자사 제품의 소유권(title)과 위험부담(risk)을 이전한 후에 판매된 제품에 대하여 통제하여서는 안된다는 것이었다.

제2심은 Schwinn 사건과는 달리 경쟁에 미치는 영향이 약하기 때문에 rule of reason에 따라 판단하여야 한다고 하여 1심 판결을 파기하였다. 연방대법원은 2심 판결의 결론은 수용하면서도 소유권 이전 여부 등의 형식적인 구분이 아니라 구체적으로 경쟁에 미친 효과를 살펴서 rule of reason으로 판단하여야 된다고 판시하였다. 제2심은 Schwinn 사건과 차별성이 있다는 이유로 암묵적으로 per se illegal을 파기한 반면 연방대법원은 거래지역 제한의 친경쟁적 성격을 강조하며 명시적으로 per se illegal을 파기하였다.

거래지역 제한으로 intra-brand 경쟁이 감소할 수 있지만 inter-brand 경쟁촉진 효과(redeeming virtue)가 있을 수 있기 때문에 양자를 모두 감안하여 rule of reason으로 판단하여야 한다는 것이었다. 신규 진입하고자 하는 제조업자는 거래지역 보장으로 소매상의 자본투자 유도 가능하고 이렇게 되면 interbrand 경쟁이 촉진될 수 있다는 것이다. 기존 제조업자는 거래지역 보장으로 free riding를 방지하여 소매상의 광고활동, 애프트서비스 강화 유도 가능하고 이렇게 되면 interbrand 경쟁이 촉진된다는 것이다.

이 판결은 경쟁법의 주된 목적은 inter-brand 경쟁이고 intra-brand 경쟁보다 더 중요함을 천명한 것이고 dealer's freedom에 대해서는 공식적으로 평가절하하였다. 이 판결은 경제분석을 중시한 Chicago 학파의 입장을 대부분 수용한 현대경쟁법의 선구적 판결이며 per se illegal은 경쟁에 악영향만 있고 친경쟁적 효과가 전혀 없는 경성카르텔이나 재판매가격 유지행위로 한정되어야 한다고 봄으로써 rule of reason의 전면적으로 채택하였다.

다. 배타조건부거래행위

경우 배타조건부 거래행위에 대해서도 전통적으로 엄격하였다. 그 논거는

자율성(dealer's freedom) 제한 또는 경쟁사업자 차단효과(foreclosure effect)였다. 하지만 per se illegal로 규율한 적은 없다. 대체적인 경향은 봉쇄효과의 질적인 측면을 강조하고 효율성을 강조하는 방향으로 발전되어 왔다.

i) Tampa 사건³⁸⁾

Tampa(P)는 전력회사로서 발전용 석탄 전부를 Nashville로부터 20년간 전량 구입하기로 계약을 체결하였다(total requirements 계약). 그런데 Nashville이 계약 이행을 거부하자 Tampa는 계약 유효를 확인하는 소송을 제기하였다.

제1심, 제2심에서 Tampa가 패소 후 연방대법원에 상고하였고 결국 Tampa가 승소하였다. 하급심은 관련시장을 peninsular Florida로 좁게 인식하였고, 20년 장기계약의 경쟁저해 효과 등 감안하였다.

연방대법원은 위법성 판단에 있어 경쟁의 배제정도와 경쟁에 미치는 효과(질적인 분석)를 중시하였다. 즉 관련시장을 정확히 확정하여야 하며 계약액은 관련시장의 1%정도에 불과(quite insubstantial)하여 시장에서 경쟁이 배제되지 않고 전기는 public utility로서 20년 계약은 안정적 전기공급을 위해 필요한 측면이 있음을 중시하였다.

ii) Beltone 사건³⁹⁾

Beltone(D)은 보청기 및 관련 제품 제조와 애프트서비스를 영위하는 회사로서 소매업자와 배타조건부 거래를 하였다(엄격한 거래지역 제한, 고객제한도 포함).

FTC는 Beltone이 배타조건부 거래 등을 하였다는 이유로 complaint 제기하였다(1973). 행정법판사(ALJ)는 Initial Decision에서 위법성을 인정하였다(1976). 그러나 FTC 전원회의는 ALJ 결정이 파기(Dismissal)하였다(1982).

38) Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co. 365 U.S. 320 (1961)

39) Beltone Electronics Co., 100 FTC 76 (1982)

사건에서 FTC는 전면적 합리의 원칙을 채택하였다. Beltone은 시장점유율 기준 1위지만 시장점유율이 크지는 않았다(1972년 21% → 1977년 16%). 배제의 정도는 크지도 않고 미미하지도 않았다(소매업자 기준 7~8%, 매출액 기준 16%). 그리고 국내외에서 보청기 시장 신규진입이 왕성하였다. 그 외에도 보청기 제조업자 간 시장점유율 변동이 많고 보청기 제품의 차별화가 크며 당해 행위이후에도 브랜드 간 경쟁이 활발한 것으로 평가하였다.

FTC의 결정은 배타조건부 거래행위 심사에서 rule of reason의 확립하였다는 데서 그 의의를 찾을 수 있다. 단순히 계량적 기준만으로 본다면 배제되는 시장 점유율이 16%로 1949년 Standard Oil의 6.7%보다 크다. 하지만 시장의 경쟁에 미치는 종합적인 효과를 볼 때 위법성이 인정되지 않는다고 결정한 것이다.

라. 끼워팔기

미국의 경우 끼워팔기에 대해서 전통적으로 대단히 엄격하게 per se illegal로 규율하여 왔다. 그 논거는 거래상대방의 자율성(dealer's freedom) 제한 또는 지렛대효과(leverage effect) 및 경쟁사업자 차단효과 foreclosure effect)였다.

지금도 per se illegal로 규율하고 있지만 그 의미는 크게 퇴색되었다.

<당연위법>

Northern Pac. Rwy 판례(1958)는 끼워팔기가 왜 당연위법으로 규율되어야 하는지 명시적으로 밝히고 있다.

첫째, 끼워팔기는 경쟁의 억압이외에 어떠한 목적에도 기여하지 못한다는 점, 둘째, 거래상대방은 제품선택의 자유권(dealer's freedom) 박탈 당한다는 점, 셋째, 지렛대효과(leverage effect)로 인해 종된 시장에서 경쟁사업자의 접근을 차단 foreclosure effect)하고 한 시장의 지배력을 다른 시장으로 확장된다는 점이였다.

수직적 거래는 대부분 dealer's freedom을 저해하게 되는데 그것만으로 위법성을 인정할 수 있는냐는 문제가 제기되었다. 그리고 dealer's freedom을 저해하는 효과보다 경쟁촉진적 효과인 경우에도 위법성을 인정할 것인지 하는 문제가 제기되었다.

<당연위법의 수정>

연방대법원은 Jefferson Parish사건에서 당연위법을 유지하면서도 그 의미를 크게 수정시켰다.

Jefferson Parish(D)는 입원 환자의 모든 마취서비스를 위해 특정 마취전문병원(Roux & Associates)과 전담계약을 체결하고 병원 내 마취과를 운영하게 하자 Jefferson Parish(D)에 취업하기를 원하는 마취전문의사 Hyde(P)의 병원 취업이 거부되었다.

Hyde(P)는 병원취업이 거부되자 Jefferson Parish(D)와 마취전문병원의 전담계약(exclusive contract)이 Sherman 법 제1조 위반이라는 선언적 판결을 구하는 소송제기하였다.

연방대법원은 5:4로 끼워팔기에 per se illegal 법리가 유효하다고 하면서도 전통적인 per se illegal 을 수정하면서 당해 사건은 부당한 끼워팔기에 해당하지는 않는다고 판시하였다. 4명은 rule of reason이 적용되어야 한다고 부수의견(concurring opinion)을 제출하였다.

i) 별개의 상품 여부

두 상품 간의 기능적 관련성보다는 수요의 성격(별도의 판매)이 중요하다고 보았다. 수술과 마취는 기능적으로 관련성이 깊고 마취없는 수술을 원하는 환자는 없겠지만 당시 의료 관행상 수술에 수반되는 마취의 선정은 환자가 직접 또는 의사의 추천을 받아 선정하였고 청구서도 별도로 발급되었다는 점이 중요하게 작용하였다.

ii)

Roux 소속 마취의를 선정하지 않으면 수술을 할 수 없으므로 강제요건 충족되었다.

iii) 주된 상품시장에서의 market power

경쟁시장이라면 하지 않을 행위를 강제할 수 있는 힘을 의미하며 높은 시장점유율 또는 상품의 차별성으로 입증가능하다고 보았다. 연방대법원은 30%의 시장점유율로는 부족하며 시장의 불안정성이 market power를 입증해 주는 것은 아니라고 보았다.

iv) 종된 시장에서의 상당한(substantial) 양의 거래에 영향

끼워팔기로 인해 단지 마취의 한 명의 경쟁을 배제했다면 법적 책임을 묻기 어렵다고 보았다. 그런데 이 요건은 절대적인 거래량을 문제삼기 때문에 통상 타 사건에서 이 요건의 입증에는 문제가 없다.

이 판결은 현대적인 의미의 끼워팔기 위법성 판단기준을 제시한 것으로 지금도 중요하다. 끼워팔기를 여전히 per se illegal이라고 규정하고 있지만 market power의 구체적인 입증을 요구하고 끼워팔기의 친경쟁적 효과를 인정하는 등 그 요건이 엄격해짐으로서 당연위법의 취지가 상당히 반감되었다. 그래서 modified per se rule 또는 structured rule of law 이라고 불리기도 한다. 또한 종된 시장의 경쟁에 미치는 효과나 사업자의 정당성 항변(justification defense)을 구체적으로 다루지 않았으나 긍정하는 듯 한 표현은 이후 하급심 판결에 영향을 미쳤다.

5. 시장지배적지위남용 규제의 문제점과 개선방안

1) 개요

시장지배적지위남용행위에는 미국식의 단독행위와 수직적 거래제한행위가 혼합되어 있다. 단독행위와 달리 수직적 거래제한행위는 시장지배력이 있는 사업자에 의해서도 행하여 질 수 있지만 시장지배력이 없는 사업자에 의해서도 행하여 질 수 있다. 물론 수직적 거래제한행위라고 하여 시장에서 전혀 영향력이 없는 사업자가 행하기는 어렵고 시장지배력에는 미치지 못한다 하더라도 상당한 정도의 영향력을 보유하고 있어야 위법성이 인정될 수 있을 것이다.

미국에서도 단독행위의 심사방법과 수직적 거래제한의 심사방법이 유사해지고 있음은 앞에서 언급한 바와 같다. 시장지배적지위남용 규제에서 양자를 구분할 실익이 크지 않다는 점을 감안한다면 이러한 입법방식이 큰 문제가 있다고 보기는 어렵다.

다만 다음의 몇 가지 쟁점에 대해서는 개선을 할 필요가 있다.

2) 법 제3조의2 조항의 개편

첫째, 배제남용은 시장에서 경쟁을 제한하는 것이 핵심이다. 사업활동방해, 신규진입제한, 경쟁사업자배제는 모두 경쟁을 제한하는 방식에 불과한 것인데 법에서 서로 다른 것으로 규정하고 있다.

[표 8] 현행 시장지배적지위남용 행위 체계

조항	행위 유형	세부 내용	규제논거
1호	가격남용	가격을 부당하게 결정·유지·변경	착취남용
2호	출고조절	상품판매·용역제공을 부당하게 조절	
3호	사업활동방해	다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해	배제남용
4호	신규진입제한	새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해	
5호전단	경쟁사업자배제	부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래	

5호후단	소비자이익저해	소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위	착취남용
------	---------	----------------------------	------

사실 사업활동방해, 신규진입제한, 경쟁사업자배제는 구분이 애매하고 정의하기 곤란하다. 예컨대 신규진입방해는 사업활동방해의 한 가지 유형일 수 있고 사업활동을 방해하여 경쟁사업자를 배제할 수 있다. 경쟁사업자배제는 시지남용, 불공정거래, 기업결합에서 그 의미가 상이하다. 신규진입제한은 경쟁제한의 한 가지 유형에 불과하므로 별도의 조항으로 둘 필요성이 없다.

둘째, 순수한 단독행위와 수직적 거래제한행위는 위법성 판단기준이 상이하다. 순수한 단독행위는 국제적으로 본다면 시장지배력이 없는 사업자에 의해 이루어지는 경우 규제의 대상이 되지 아니한다. 반면 수직적 거래제한행위는 시장지배력이 없는 사업자에 의해서도 이루어질 수 있고 합의에 의해서도 이루어 질 수 있다.

그렇다면 시장지배적지위남용행위는 순수한 단독행위만 규제하는 것으로 하고 수직적 거래제한행위는 불공정거래행위에 포함된 수직적 거래제한행위와 통합해 가칭 ‘경쟁제한행위’로 묶고 별도의 조항을 신설해 분리하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이 경우는 과징금 등 제재는 시장지배력이 있는 사업자에게는 가중하는 것으로 처리할 수 있을 것이다. 이에 대한 구체적인 내용은 후술한다.

3) 가칭 ‘경쟁제한행위’ 조항 신설

공정거래법 위반행위 유형을 크게 4가지로 개편하는 것이 바람직하다고 생각된다. ①시장지배적지위남용행위 ②경쟁제한행위 ③부당한 공동행위 ④불공정거래행위이다.

수직적 거래제한은 시장지배력이 반드시 필요한 것은 아니기 때문에 시지남용과 불공정거래행위 모두 규제 가능하다.

순수한 단독행위형 행위와 수직적 거래제한 행위는 상대방의 합의를 구하는지의 여부에 따라 원칙적으로 구분이 됨은 위에서 살펴본 바와 같다. 다만 미국에서도 수평적 거래제한에서는 합의의 입증은 여전히 중요하지만 수직적 거래제한에서는 판례가 축적되면서 강요의 경우까지 합의의 개념 속에 포섭하고 있고 60년에 성행했었던 당연위법 원칙이 거의 소멸되어 버렸기 때문에 단독행위의 심사방식과 본질적인 차이는 없어져 버렸다.

하지만 글로벌 경쟁법에서 단독행위형은 여전히 독점력 내지 시장지배력이 필수요건이지만 수직적 거래제한에서는 독점력 내지 시장지배력이 그 요건으로 되어 있지는 않아 양자의 구분은 엄연히 존재한다. 그리고 수직적 거래제한에서 강요가 포함된다고 하더라도 어떤 형태로든지 상대방의 동의를 필요로 한다는 점에서 본질적인 차이가 있는 것도 사실이다.

그래서 입법론적으로는 시장지배적지위남용행위와 불공정거래행위에 중복적으로 존치하고 있는 수직적 거래제한행위 유형을 하나로 통합하여 가칭 ‘경쟁제한행위’로 묶어 별도의 조항을 신설하는 것이 바람직하다.

미국 판례법을 살펴보면 수직적 거래제한에서 독점력을 요건으로 하지는 않는다 하더라도 실제로 시장에서 경쟁제한효과가 인정되기 위해서는 독점력 내지 그에 준하는 힘이 있어야 한다. 물론 사건에 따라서는 특허권이 있거나 제품의 차별성이 큰 경우나 애프트 시장이라는 특수한 사정이 있는 경우(예 Kodak 판결)에는 시장지배력과 상관없이 수직적 거래제한으로 인정되는 경우도 있었다. 하지만 전반적인 경향을 본다면 시장지배력에는 미치지 않는다 하더라도 시장에서 상당한 힘의 존재가 입증되어야 하는 경우가 많다.

우리의 경우도 마찬가지라고 생각한다. 구속조건부 거래나 끼워팔기와 같은 수직적 거래제한에 있어서 일차적으로는 시장지배력이 있는 사업자의 행위를 그 대상으로 하고 불공정거래행위의 경우는 시장지배력에는 미치지 않는다 하더라도 그에 못지않게 상당한 힘이 있는 경우로 집행범위를 좁히는 것

이 바람직하다. 수직적 거래제한 중 경쟁제한유형은 시장지배력에 미치지 못하는 못하더라도 시장에서 상당한 힘이 있어야 가능한 것이기 때문에 시장점유율 20% 미만은 안전지대로 설정하는 방안도 고려해 볼 필요가 있다.

4) 시장지배적사업자 추정

공정거래위원회의 입증책임을 완화해 주기 위해 공정거래법 제4조에 시장지배적사업자 추정 기준을 마련해 두고 있다. I) 1사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상 ii) 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상(다만, 이 경우에 시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외한다).

그런데 이 기준에서 1사 기준은 나름의 합리성이 있으나 3사 이하 기준은 경제적 타당성이 결여된다. 3사 기준은 공정거래법이 제정되기 전 과거 물가대책의 일환으로 활용하던 과점시장 판단기준이다. 이 기준이 공정거래법이 사후규제로서 시장지배적지위남용을 규제한 이후에도 큰 변화없이 그대로 존치하고 있는 것이다.

다음의 표는 가상의 사례이다.

[표 9] 시장별 각 사업자의 시장점유율표

시장	3이하 시장점유율 합	A (1위사업자)	B (2위사업자)	C (3위사업자)	기타
<시장 1>	80%	30%	25%	25%	20%
<시장 2>	50%	40%	5%	5%	50%

<시장 1>에서는 시장점유율이 25%나 되는 B, C라는 막강한 사업자가 있는데도 불구하고 시장점유율이 30%인 A는 시장지배적사업자로 추정된다. 반면 <시장 2>에서 시장점유율이 40%나 되는 A는 막강한 경쟁상대가 없는데도 시장지배적사업자로 추정이 되지 않는다. 경제학적 논리 이전에 상식적으로도 맞지 않다.

물론 추정은 복멸될 수 있고 설령 추정조항에 부합하는 경우에도 공정거래위원회가 시장지배적사업자 정의조항⁴⁰⁾에 따라 경쟁사업자의 상대적 규모등을 종합적으로 고려하여 시장지배적사업자로 인정하지 않을 수도 있다. 하지만 추정조항이라는 것은 입증이 대단히 어렵거나 입증이 가능하다 하더라도 상당히 개연성이 높은 경우에 입증책임 완화를 위해 마련해 두는 것이라는 점을 감안한다면 경제학적 논리에 맞지 않는 추정조항은 수정하는 것이 바람직하다.

시장지배력 판단에서 미국이나 EU 등의 사례를 살펴보면 1사 50% 기준은 일응 설득력이 있다고 볼 수 있지만 3사 이하 75% 기준은 설득력이 부족하다. 1사 기준만 존치시키는게 타당한 것으로 생각된다.

5) 착취남용 규제

착취남용 규제는 단기적으로는 삭제하지 않는다고 하더라도 가격남용의 경우 가격의 적정성 여부에 대해 공정거래위원회가 판단하는 것은 실무적으로 쉽지 않기 때문에 가급적 운용을 최소화하는 것이 바람직하다.

그리고 장기적으로는 가격남용규제와 같은 착취남용규제는 폐지하고 지진과 같은 자연재해 시 가격폭리와 같은 행위에 대해서는 개별법에서 별도로 규제하는 것이 바람직하다고 생각된다.

40) 공정거래법 제2조 7. "

"라 함은 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모등을 종합적으로 고려한다.

제4장 불공정거래행위 규제

1. 불공정거래행위의 규제연혁

1) 우리나라

법 제23조 제1항은 본문에서 “공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”를 금지하고, 각 호에서 구체적인 불공정거래행위의 유형으로서 (1) 거래거절 및 차별적 취급, (2) 경쟁사업자 배제, (3) 부당한 고객유인 및 거래강제, (4) 거래상 지위의 남용, (5) 구속조건부거래 및 사업활동 방해, (6) 부당한 자금·자산·인력의 지원행위, (7) 기타 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위 등 7 가지를 열거하고 있다.

매년 발간되는 공정거래백서에 의하면 공정거래사건 중 가장 사건수가 많은 유형이 불공정거래행위이다.

[표 10] 유형별 처리 현황

(경고¹⁾ 이상, 건)

유형	연도	'81~'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'12	'13	'14	'15	'16
시장지배적지위남용행위		13	4	0	1	0	0	2	38	5	2	7	0	1	0	0	5	0
기업결합제한규정위반행위		202	45	46	43	36	17	60	53	27	23	21	21	37	21	39	24	22
경제력집중억제위반행위		75	16	80	29	149	108	24	44	116	41	36	77	31	45	63	97	120
부당한 공동행위		202	43	47	23	35	46	45	44	65	63	62	71	41	46	76	88	64
사업자단체금지행위		470	88	100	91	62	57	58	58	98	107	62	85	66	63	57	63	35
불공정거래행위		1,917	169	210	123	298	481	370	715	565	446	360	279	248	180	122	103	60
부당한 표시·광고 ²⁾		652(644)	328	339	558	436	513	425	304	327	300	246	327	249	250	231	180	185
불공정한 약관		682	100	175	114	79	144	119	93	77	43	165	194	120	228	265	285	193
불공정하도급거래행위 ³⁾		2,608	3,130	1,632	1,583	1,649	1,741	1,947	1,527	1,438	1,386	669	802	1,100	1,084	911	1,358	1,035
전자상거래법 위반 ⁴⁾		-	-	-	98	96	125	170	207	189	197	262	326	412	138	536	216	297
방문판매법 위반 ⁴⁾		-	-	-	24	116	63	84	65	44	84	67	15	11	13	24	36	28
가맹사업법 위반 ⁴⁾		-	-	-	1	20	43	47	46	95	366	165	111	102	73	70	121	190
합부거래법 위반 ⁵⁾		-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0	100	29	34	66	34
대규모유통업법 위반		-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	6	15	9
기 타 ⁶⁾		7	11	7	13	13	12	34	30	0	26	3	4	1	2	1	4	7
계		6,844	3,933	2,636	2,704	2,989	3,350	3,385	3,224	3,070	3,084	2,125	2,312	2,519	2,171	2,435	2,661	2,279

주 1) 자진시정(약관법 위반의 경우 심의절차종료, 그 외의 경우는 경고), 조정 및 과태료 부과 건수 포함. 단, 자진시정의 경우 2008년 이후임.

2) ()는 표시·광고법 제정 이전 공정거래법상 불공정거래행위에 속한 건수임.

3) 부당한 국제계약, 재판매유지행위 포함.

4) 2002년 이후 시행한 법위반행위임.

5) 2010년 전면개정 이후 법위반행위임.

6) 자료 미제출, 조사거부, 시정조치불이행 등

1980년 법 제정 당시에는 불공정거래행위의 유형으로서 사업활동 방해, 부당한 거래거절, 부당한 지원행위 및 기타 불공정거래행위가 포함되어 있지 않았다가 1986년 제1차 개정시 제5호에 구속조건부거래와 함께 사업활동 방해를, 1990년 제2차 개정시 제1호에 차별적 취급과 함께 거래거절을, 1996년 제5차 개정시 제7호에 부당한 지원행위를, 1999년 제7차 개정시 제8호를 신설하여 기타 불공정거래행위를 규정하였다. 또한 법 제정 당시부터 불공정거래행위의 유형으로 규정되었던 허위 또는 과장 광고행위는 1999년 표시·광고의공정화에관한법률(법률 제5814호)이 별도로 제정됨에 따라 1999년 제7차 개정을 통하여 불공정거래행위의 유형에서 제외되었다.

2) 미국

불공정거래행위 조항의 입법연혁을 살펴보면 직접적으로 일본의 「사적독점금지 및 공정거래확보에 관한 법률」의 예를 따른 것이고, 동 일본 독점법은 다시 1947년 제정 당시 미국 연방거래위원회법(FTC Act) 제5조를 계수한 것이다. 미국 연방거래위원회법은 Sherman 법 등의 독점금지법과 기타의 소비자보호법령의 집행을 담당하는 독립적 행정규제위원회로서 연방거래위원회를 설치하기 위하여 1914년 제정되었는데, 동법 제5조는 당초에는 “불공정한 경쟁방법”(unfair methods of competition)만을 위법한 것으로 규정하고 있었다.

그런데 연방거래위원회는 동 조항을 근거로 Sherman 법 등의 독점금지법을 위반하는 경쟁제한행위 이외에 반드시 경쟁제한적 효과가 입증되지 않는 다양한 기만적인(deceptive) 영업행위도 경쟁자를 부당하게 경쟁상 불리한 위치에 놓이게 한다는 이유로 동 조항의 규율대상에 포함하는 행위로 간주하여 법집행을 하였고 실제로 초기 각급 연방법원의 판결에서도 대체로 그와 같은 법해석을 승인하였다.

그러나 연방대법원은 FTC v. Raladam Co., 283 U.S. 643 (1931) 판결에서 연방거래위원회법 제5조에 따라 위법한 행위로 판단하기 위해서는 “경쟁에 대한 부정적인 영향”(adverse impact on competition)이 입증되어야 한다고 판시

하였다. 이 사건은 비만치료제를 광고하면서 그것이 인체에 위험한 성분을 포함하고 있음에도 불구하고 인체에 아무런 위험이 없는 안전한 제품인 것처럼 허위의 광고를 하였다는 이유로 FTC로부터 시정명령을 받은 사건이다. 결국 경쟁에 대한 부정적인 영향이 입증되지 않는 기만적인 행위 등은 위 조항에 따라 위법한 것으로 규제할 수 없게 되었다.

1938년 연방의회는 *Raladam* 판결에서 나타난 연방거래위원회법 제5조에 대한 연방대법원의 좁은 해석을 입법적으로 파기하기 위해 Wheeler-Lea 개정법을 통과시켜서 위 조항의 금지대상에 “불공정하거나 기만적인 행위 또는 거래관행”(unfair or deceptive acts or practices)을 포함시켰고, 그 후 연방거래위원회법 제5조는 반드시 경쟁에 대한 부정적인 영향이 입증되지 않더라도 소비자의 이익을 해치는 불공정하거나 기만적인 행위에 대해서 폭넓게 적용되어 왔다.

3) 일본

일본 독점금지법은 1947년 동법 제정 당시 법 제19조에서 미국 연방거래위원회법 제5조를 계수하여 “불공정한 경쟁방법”이라는 제목 아래 차별적 취급, 부당 염매, 부당 고객유인, 구속조건부 거래, 거래상의 지위 남용 및 경쟁회사 내부교란행위 등 6개의 구체적인 행위 유형을 열거하고 있다. 동 조항의 제목은 1963년 개정을 통하여 제목을 “불공정한 거래방법”이라고 변경되었다. 현행 공정거래법 제23조 제1항은 이상과 같은 일본 독점금지법의 예에 따라 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 금지하고, 그 구체적인 행위 유형을 열거하고 있다.

※ 현행 일반지정은 <첨부 1> 참조할 것

[표 11] 일본 독금법상의 불공정거래행위 유형 지정

초기 일반지정 (47년 독금법)	개정 일반지정 (53년 개정법)	현행 일반지정 (15항목)	정당한 이유 없이	부당 하게	정상적 상관습에 비추어 부당하게
1. 거래거절	1. 거래거절	1. 공동의 거래거절	○		
		2. 기타의 거래거절		○	
2. 차별대가	4. 차별대가	3. 차별대가		○	
	2. 거래조건 등의 차별 취급	4. 거래조건 등의 차 별취급		○	
	3. 사업자단체에 있어 서의 차별 취급 등	5. 사업자단체에 있 어서의 차별취급 등		○	
3. 부당염매·부당 고가 구입	5. 부당염매·부당고가 구입	6. 부당염매	○		
		7. 부당 고가구입		○	
4. 고객유인·강제 거래	6. 고객유인·강제거래	8. 기만적 고객유인		○	
		9. 부당한 이익에 의한 고객유인			○
		10. 끼워팔기 등		○	
5. 배타조건부거래	7. 배타조건부거래	11. 배타조건부거래		○	
6. 구속조건부거래	8. 구속조건부거래	12. 구속조건부거래		○	
	10. 우월적지위의 남용	13. 거래상대방 임원선 임간섭			○
	11. 경쟁자에 대한 거래 방해	14. 경쟁자에 대한 거래방해		○	
	12. 경쟁회사에 대한 내 부간섭 9. 임원선임에 간섭	15. 경쟁회사에 대한 내부간섭		○	

2. 불공정거래행위의 행위유형

공정거래법 제23조 제2항은 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 대통령령으로 정하도록 하고 있고, 이에 따라 범시행령 [별표1의 2]은 법률상 규정된 각각의 불공정거래행위 유형 및 그 기준을 세부적으로 규정하고 있다.

[표 12] 공정거래법상 불공정거래행위 유형

불공정거래행위유형		공정거래 저해성 근거	위법성판단기준
거래거절	공동의 거래거절	경쟁제한성	정당한이유없이
	기타의 거래거절	“	부당하게
차별적취급	가격차별	“	부당하게
	거래조건차별	“	부당하게
	계열회사를 위한 차별	“	정당한이유없이
	집단적 차별	“	부당하게
경쟁사업자배제	부당염매	“	정당한이유없이(계속)/부당하게(일시)
	부당고가매입	“	부당하게
부당한 고객유인	부당한 이익에 의한 고객유인	경쟁수단의 불공정성	거래관행에 비추어 부당하게
	위계에 의한 고객유인	“	부당하게
	기타 부당한 고객유인	“	부당하게
거래강제	끼워팔기	“	정상적인 거래관행에 비추어 부당하게
	사원판매	“	부당하게
	기타의 거래강제	“	정상적인 거래관행에 비추어 부당하게

거래상지위남용	구입강제	거래내용의 불공정성	-
	이익제공강요	“	-
	판매목표강제	“	-
	불이익제공	“	-
	경영간섭		
구속조건부거래	배타조건부거래	경쟁제한성	부당하게
	거래지역,거래상대방제한	“	부당하게
사업활동방해	기술의 부당이용	경쟁수단의 불공정성	부당하게
	인력의 부당유인채용	“	부당하게
	거래처 이전방해	“	부당하게
	기타의 사업활동방해	“	부당하게
부당지원	자금지원	경쟁제한성	부당하게
	자산, 상품등지원	“	부당하게
	인력지원	“	부당하게
	거래단계추가	“	부당하게

2017년 공정거래백서에 따르면 최근 5년간 불공정거래행위 사건처리현황은 다음과 같다.

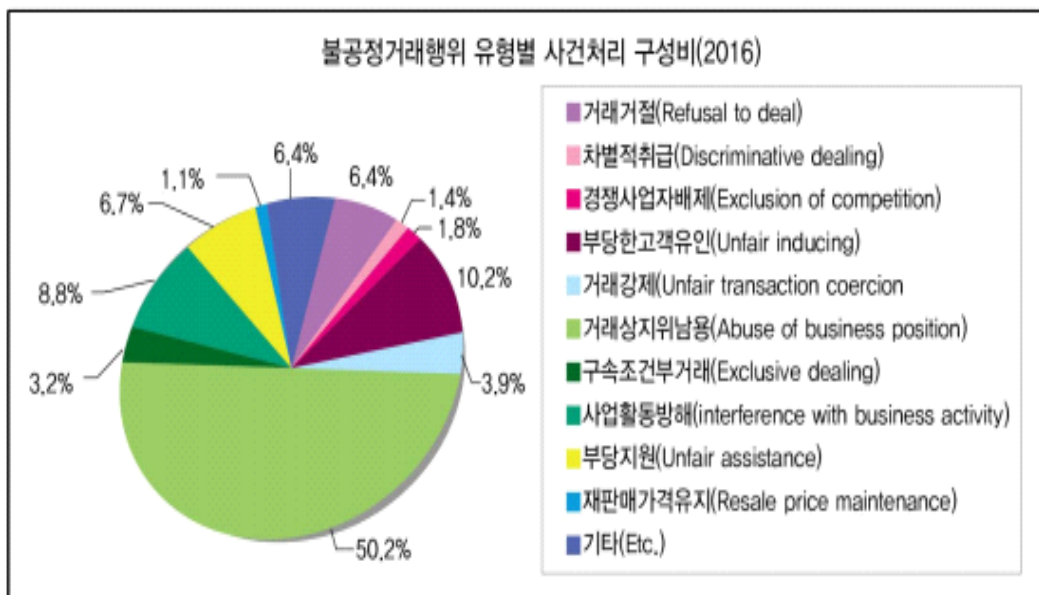
[표 13] 최근 5년간 불공정거래행위 사건처리현황

(단위 : 건)

	거래 거절	차별적 취급	경쟁 사업자 배제	부당한 고객 유인	거래 강제	거래상 지위 남용	구속 조건부 거래	사업 활동 방해	부당 지원	재판매 가격 유지	기타
'12년	31	4	9	518	17	188	19	26	9	8	10
'13년	19	3	1	191	11	119	6	16	9	4	2
'14년	46	16	6	98	28	219	10	28	8	11	8
'15년	55	10	8	51	38	247	15	37	25	6	13
'16년	18	4	5	29	11	142	9	25	19	3	18

* 출처 : 공정거래위원회 통계연보(2016)

[그림 2-24] 공정거래법 위반행위 유형별 사건처리 구성비



* 출처 : 공정거래위원회 통계연보(2016)

3. 불공정거래행위의 위법성 판단기준 - 경쟁제한형

1) 거래거절 및 차별적 취급

(1) 규정

금지행위 유형		법 23조 제1항	시행령 [별표 1의2]
1호 전단	거래거절	부당하게 거래를 거절하는 행위	가. 공동의 거래거절 나. 기타의 거래거절
1호 후단	차별취급	부당하게 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위	가. 가격차별 나. 거래조건차별 다. 계열회사를 위한 차별 라. 집단적 차별

(2) 거래거절 사례 : 현대오일뱅크 사건

① 사건의 경위

경영악화라는 사업경영상의 필요성으로 인해 계약기한 만료로 현대오일뱅크가 인천정유와 대리점계약을 종료통보하자 인천정유는 공정거래위원회에 부당한 거래거절을 이유로 신고하였다. 동시에 인천정유는 대리점계약관계의 존속을 확인하기 위한 민사소송을 제기하였다.

공정거래위원회는 계약기간 만료에 따른 것으로 부당성을 인정하기 어렵다고 보아 무혐의조치하였고 지방법원은 원고의 청구를 기각하였다. 이에 인천정유는 무혐의 조치에 대해서는 헌법소원을 제기하였고 헌법재판소는 거래거절의 부당성을 인정하여 무혐의조치를 취소하였다. 반면 고등법원은 원고의 항소를 기각하였다. 대법원도 원고의 상고를 기각하였다.

② 헌법재판소와 대법원 판결

헌법재판소와 대법원은 거래거절의 위법성이 인정되기 위해서는 거래기회 배제로 사업활동방해(경쟁제한), 부당한 목적위한 거래거절, 유력사업자의 지위남용으로 인정될 수 있다는 점에서는 일치하였다. 그러나 헌법재판소는 거래거절로 인해 상대방 사업활동의 계속을 곤란하게 할 경우는 어느 정도 사업경영상 필요성으로는 부족하고 긴절한 필요성이 있어야 하는데 본 건은 그 정도에 이르지 않는다고 보았다. 반면 대법원은 본 건은 계약기간이 만료된 것으로서 인천정유의 영업에 별지장이 없었고 적자누적으로 인한 자구책의 일환이라고 판단하였다.

③ 평가

거래거절은 세계 어느 나라를 막론하고 사적 자치의 원칙상 부당성을 인정하는 경우가 드물다. 본 건과 같이 대기업간의 거래에 있어서 계약기간 만료로 인한 거래중단 시 부당성을 인정하는 경우는 좀처럼 찾아보기 어렵다. 만약 헌법재판소의 결정대로라면 사적 자치에 행정권이 지나치게 개입할 수 있게 되어 오히려 기업들의 자유로운 경영활동의 자유를 위축시킬 수 있다는 우려가 생길 수 있다. 공정거래위원회가 현재의 결정에도 불구하고 다시 무혐의 결정을 내린 것은 글로벌한 경쟁법 집행관행에 비추어 자연스러운 것으로 볼 수 있다.

(3) 차별취급 사례 : 신용카드사 사건

① 사건의 경위

이 사건은 신용카드사가 가맹점수수료율에 있어서 백화점은 2.5-2.6%로 높은 반면 대형할인점은 1-1.1%로 상대적으로 낮은 것이 가격차별에 해당하는 것이 아닌지 여부가 문제가 되었다.

② 대법원 판결

대법원은 이러한 수수료율의 차이는 부당한 가격차별에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그 이유로는 양 업종간에 이윤율의 차이가 있고 후발사업자인 대

형할인점이 시장에 진입하자 카드사로는 이들을 선점할 필요성이 있었고 정부도 호화업종과 생필품업종을 구분하여 행정지도 하였다는 것 등을 들었다.

③ 평가

대법원의 판결은 글로벌 경쟁법의 관점에서 당연한 결론이다. 차별은 어떤 유형의 차별이든 결국 가격차별로 환원이 된다. 거래조건의 차별이든 집단적 차별이든 결국은 가격차별의 독특한 경우라고 볼 수 있다. 이러한 차별은 경쟁상대방에게 타격을 주는 1차 차별과 거래상대방에게 타격을 주는 2차 차별로 나눌 수 있는데 현대 경쟁법에서 시장지배력이 있는 사업자라 하더라도 차별로 인해 경쟁사업자에게 타격을 주는 것은 쉽지가 않다. 2차 차별은 규제의 실익조차 찾기 힘들다. 시장지배력이 없는 사업자라면 1차 차별은 사실상 불가능하고 2차 차별도 실익이 없다. 다만 우리나라 현실에서는 계열사를 위한 차별 정도가 경제력 집중 규제 혹은 공정거래의 관점에서 제한적인 필요성이 있을 뿐이다.

2) 경쟁사업자 배제

(1) 규정

금지행위 유형		법 23조 제2항	시행령 [별표 1의2]
2호	경쟁자 배제행위	경쟁자를 배제하는 행위	가. 부당염매 나. 부당고가매입

(2) 부당염매 사례 : 현대정보기술 사건⁴¹⁾

① 사건의 경위

41) 대법원 2001.06.12. 선고 99두4686판결

인천시의 시스템통합용역입찰에서 예정가의 2.98%에 낙찰받은 것이 부당염매에 해당하는지 여부가 문제가 되었다.

② 대법원 판결

대법원은 불공정거래행위로서 부당염매 방지규정의 취지는 시장지배적 지위 남용을 사전에 예방하는데 있다고 보았고 경쟁사업자는 잠재적 진입예상자를 포함되며 우려는 추상적 위험성으로 족하다고 보았다.

본 건의 경우 낮은 가격임은 분명하지만 기술과 경험을 취득하는 것이 목표였고 향후 입찰 우선권이 보장된 것도 아닌 1회성 사업에 불과한 것이어서 부당성은 인정되지 않는다고 보았다.

③ 평가

미 연방대법원이 판시한 바와 같이 부당염매 즉 약탈적인 가격설정은 단기적으로는 경쟁자를 제거하고 장기적으로는 경쟁을 감소시킬 목적으로 비용이하의 가격을 책정하는 행위라 할 수 있다.⁴²⁾ 그래서 약탈적 가격설정행위의 판별기준은 비용이하의 가격(a price below cost)과 약탈적 가격 설정에 소요된 비용의 회수 가능성(potential for recoupment)이라 할 수 있다.⁴³⁾ 이러한 행위는 경쟁법의 역사적인 사례로서는 의미가 있지만 현대 경쟁법에서 거의 일어나기가 어렵다. 더군다나 시장지배력이 없는 사업자 부당염매를 실시하여 그 목적을 달성하는 것은 거의 불가능에 가까운 것으로 평가 받고 있다.

3) 끼워팔기

(1) 규정

42) Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104, 117 (1986)

43) Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 224 (1993)

금지행위 유형		법 23조 제2항	시행령 [별표 1의2]
3호	거래강제	경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록...강제하는 행위	가. 끼워팔기

끼워팔기는 법률과 시행령은 변동된 것이 없지만 불공정거래행위 심사지침이 2015년에 개정되면서 “바람직한 경쟁질서를 저해하는 불공정한 경쟁수단에 해당되는지” 여부는 위법성 판단기준에서 삭제가 되었다. 현행 지침에서는 경쟁제한성을 위주로 판단하도록 하고 있다.

※ 세부적인 내용은 <첨부2> 참조할 것

(2) 끼워팔기 사례 : MS 사건

① 사건의 경위

MS가 윈도우즈에 WMP, 메신저 등 포함하여 판매한 것이 끼워팔기에 해당하는지 여부가 문제가 되었다. 공정거래위원회는 MS의 OS시장점유율이 95%가 넘는다고 판단하면서도 시장지배적지위남용행위 뿐만 아니라 불공정거래행위에도 해당한다고 판단하였다. MS는 고등법원에서 패소한 이후 소송을 취하하였다.

② 고등법원 판결

서울고등법원은 공정거래위원회의 판단을 그대로 존중해 주었다. (i) 별개상품성을 인정하였고 (ii) 구입이 강제되었다고 인정하였고 (iii) 편재성, 네트워크 효과, LOCK-IN 효과 등에 따른 공정거래저해성을 인정하였다.

③ 평가

이 사건에서 공정거래위원회는 시장지배적지위를 인정하면서도 불공정거래행위를

동시에 적용한 것은 다분히 소송을 염두에 둔 것으로 보인다. 아무래도 대법원은 불공정거래행위의 위법성 기준을 완화하는 경향이 있기 때문이다. 하지만 시장지배력이 없는 사업자의 끼워팔기 행위는 경쟁제한성을 인정하기가 쉽지 않다는 점에서 불공정거래행위로서의 끼워팔기 규제는 일정한 한계가 있을 수 있다. 다만 시장지배적 지위가 없는 사업자라 하더라도 거래상대방이 관계특수적인 투자를 통해 고착된 상태이거나 제품의 차별성이 강한 경우에는 제한적으로 끼워팔기행위가 발생할 여지는 있다고 보여진다.

4) 구속조건부거래

(1) 규정

금지행위 유형		법 23조 제1항	시행령 [별표 1의2]
5호 전단	구속조건 부거래	거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위	가. 배타조건부거래 나. 거래지역 또는 거래상대방의 제한

(2) 구속조건부거래행위의 사례 : 한국켈러웨이 골프 사건

① 사건의 경위

한국켈러웨이는 대리점과 계약을 체결하면서 아래와 같이 자신과 사전 서면 동의 없이 상품을 다른 판매점에 판매할 수 없고 이를 위반할 경우 상품공급의 중단 및 계약 해지가 될 수 있다는 내용을 규정하였다.

제9조(영업상의 의무)

1. ...“을”은 “갑”의 사전 서면 동의 없이 본 상품을 다른 판매점에 판매할 수 없다.

제10조(상품공급의 중단)

가. 본 계약상의 의무를 위반하는 경우

제12조(계약의 해지)

가. 제2조 또는 제9조에 규정된 의무를 위반하는 경우

공정거래위원회는 대리점은 독립된 별개의 사업자로서 거래의 상대방 선택은 대리점의 자유로운 의사에 의하여 결정하여야 할 사항임에도 불구하고, 피심인은 대리점이 다른 판매점과 거래하지 않도록 하기 위해 계약서상 상품공급 중단 및 거래해지 등의 제재방안을 명기하였고, 이러한 중도매행위 적발시 출고정지를 단행하는 등 제재조치를 실행함으로써 대리점이 거래상대방을 자유로이 선택할 수 없도록 하였다. 이러한 행위는 거래상대방을 구속하는 조건으로 거래하는 행위에 해당된다고 판단하여 시정명령을 내렸다.

② 서울고등법원·대법원 판결

서울고등법원은 원고가 대리점과 계약을 체결하면서 사전서면 동의 없이 상품을 다른 판매점에 판매할 수 없고 이를 위반할 경우 상품공급의 중단 및 계약해지를 규정하여 이를 실행한 것은 거래상대방을 구속하는 조건으로 거래하는 행위에 해당한다고 판시하여 공정거래위원회 입장을 수용하였다.⁴⁴⁾

그러나 대법원은 서울고등법원이 이 사건 재판매가격유지행위의 정당한 이유에 관하여 살펴 볼 필요 없이 위법하다고 단정한 후 이 사건 거래상대방 제

44) 서울고법 2010.4.21.선고 2009누5482 판결

한은 위법한 이 사건 재판매가격유지행위의 수단으로 활용되었다는 등의 이유로 위법하다고 판단한 것은 잘못된 것이라고 판단하여 파기 환송하였다.⁴⁵⁾

파기환송심에서 서울고등법원은 이 사건의 재판매가격유지행위가 설령 경쟁 촉진 효과 및 소비자 후생 증대효과를 가져온 측면이 있다 하더라도 그것이 재판매가격유지행위로 인해 초래되는 대리점 사이의 가격인하 제한효과나 대리점의 자율성을 침해하는 효과를 상회한다고 인정하기에는 부족하다. 이러한 점에 비추어 이 사건 재판매가격유지행위에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵고 또한 이 사건의 거래상대방 제한은 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위에 해당한다고 판시하여 결국 공정거래위원회가 최종승소하게 되었다.⁴⁶⁾

③ 평가

거래상대방 제한행위의 경우 시장지배력이 없는 경우 시장에서 경쟁제한효과를 나타내는 경우가 흔하지는 않다. 본 건 행위는 재판매가격유지행위의 실효성 확보를 위한 것이기 때문에 재판매가격유지행위 금지조항만을 적용하더라도 충분하지 않은가 생각된다. 재판매가격유지행위는 당연위법 내지 그에 준하는 정도의 강한 규제를 받고 있기 때문이다.

다만 국내 수입골프채 시장에서 원고는 시장점유율에 있어서는 12.3%에 불과하지만 매출순위 면에서는 2위의 사업자로서 1위 사업자와 시장점유율의 차이가 2.3%에 불과하다. 그리고 수입골프채는 압도적인 사업자가 없을 정도로 브랜드별로 차별화가 되어 있고 선호도가 뚜렷이 차이가 나기 때문에 유력브랜드의 경우 시장점유율과 무관하게 매니아 층을 형성하고 있다. 이러한 측면에서 시장지배력이 없는 사업자라 하더라도 일정 부분 시장에서 영향력을 행사할 수 있고 브랜드 내 경쟁이 의미있다고 볼 여지도 충분히 있기 때문에 공정거래위원회가 규제한 것이라고 이해할 수 있는 여지도 충분히 있다.

45) 대법원 2011.3.10. 선고 2010두9976 판결

46) 서울고법 2012.4.19 선고 2011누10777 판결

4. 불공정거래행위의 위법성 판단기준 - 경쟁수단 불공정형

1) 부당고객유인

(1) 규정

금지행위 유형		법 23조 제1항	시행령 [별표 1의2]
3호 전단	부당고객 유인	부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위	가. 부당한 이익에 의한 고객 유인 나. 위계에 의한 고객유인 다. 기타의 부당한 고객유인

(2) 부당고객유인 사례 : 동아제약 사건

① 사건의 경위

동아제약이 병원이나 의사에게 리베이트를 제공한 행위가 부당한 이익에 의한 고객유인에 해당하는지 여부가 문제가 되었다. 그리고 다수의 행위를 하나의 행위로 판단한 것이 타당한 것인지 여부가 문제되었다.

② 대법원 판결

대법원은 의약품별로 특정한 후 하나의 행위로 판단한 것은 정당하다고 보았다. 그리고 리베이트 제공은 의약품 선정에 있어서 유리한 위치할 수있게 하여 주고 병원·의사의 결정은 소비자의 구매로 연결될 수있기 때문에 당해 행위는 부당하다고 판단하였다.

③ 평가

리베이트 제공과 같은 부당한 고객유인행위는 가격과 품질 및 서비스에 기

반한 실적에 의한 경쟁(competition on the merits)에 반한다는 이유로 규제가 된다. 이러한 행위는 반드시 시장지배력이 있어야 할 수 있는 것은 아니다. 경쟁수단의 불공정성을 문제 삼는 이러한 규제는 시장지배력을 전제로 할 필요는 없다. 제약사의 경우 리베이트 제공이 대가성이 있고 투명하지 못하며 과도한 경우는 불공정한 경쟁수단을 활용한 부당한 행위로 보아 규제하는 것은 경쟁정책적으로 의의가 있다고 판단된다.

2) 거래강제 및 사업활동방해

금지행위 유형		법 23조 제1항	시행령 [별표 1의2]
3호 후단	거래강제	부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위	나. 사원판매
5호 후단	사업활동 방해행위	다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위	가. 기술의 부당이용 나. 인력의 부당유인·채용 다. 거래처 이전 방해 라. 기타의 사업활동방해

5. 불공정거래행위의 위법성 판단기준 - 거래내용 불공정형

1) 공정거래법상 거래상지위남용

(1) 규정

금지행위 유형		법 23조 제1항	시행령 [별표 1의2]
4호	거래상지위남용	자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위	가. 구입강제 나. 이익제공강요 다. 판매목표강제 라. 불이익제공 마. 경영간섭

(2) 거래상지위남용 규제의 연혁 및 위법성 판단기준

① 거래상지위남용 규제의 연혁

거래상지위남용 규제는 일본의 독금법에서 그 유래를 찾아볼 수 있다. 제정 독금법(원시독금법)에서는 이러한 규제가 존재하지 않았다. 우월적지위남용과 관련된 규정은 昭和28년(1953년) 독금법이 개정되면서 행위자의 거래처와 그 경쟁자 사이의 경쟁도 보호대상으로 하기 위해 「불공정한 경쟁방법」을 「불공정한 거래방법」으로 고치면서 제2조제9항제5호(우월적 지위남용행위)가 추가된 것이다.

이 개정은 개정 전 제2조 제5항의 ‘부당한 사업능력의 較差’의 배제규정이 삭제된 것에 대처한 것이라고 공정취인위원회는 설명하여 왔다. 부당한 사업능력의 교차라는 것은 사업자와 경쟁자의 사업능력 간에 현저한 차이가 있는 경우에 있어서 그 사업자의 우월한 사업능력이 기술적 이유에 의해 정당화되지 않을 뿐만 아니라 그 차이가 법에 정한 일정한 사유에 의해 사적독점을 행할 수 있는 정도의 것을 말한다.

어떤 사업자와 경쟁자의 사업능력 간에 현저한 격차가 있기 때문에 당해사업자가 사적독점을 행할 수가 있을 것 같은 상태가 되면 개정 전의 제8조에 근거하여 공정취인위원회는 영업시설의 양도 기타 그 격차를 배제하기 위해서 필요한 조치를 명할 수가 있었다.

이 규정은 1953년 개정으로 삭제되었다. 그 理由는 구조적인 차이에만 착안하여 규제하는 것은 타당하지 않고, 그것이 폐해를 일으켰을 때에 비로소 다른 규정으로 단속하면 충분하다고 보았기 때문이다. 그리고 폐해규제의 충실을 위해 ‘우월적지위의 부당이용’규제가 도입되었다고 한다.

하지만 부당한 사업능력의 격차 규제에 있어서의 격차는 어떤 사업자와 그 사업자의 경쟁자와의 사업능력의 차이를 의미하는 것으로서 현재의 우월적

지위남용에서 의미하는 거래상대방과의 힘의 차이를 의미하는 것은 아니었기 때문에 입법취지가 반드시 일관성있다고 말하기는 어렵다고 생각된다.

현행 규정은平成 21년(2009년) 개정된 것으로서 일반지정고시에 추가적인 유형이 규정되어 있는데 전체적으로는 우리의 거래상지위남용과 유사하다.⁴⁷⁾

우리의 거래상지위남용 규제는 일본의 우월적지위남용 규제를 받아들여 1981.5.13.자 불공정거래행위 지정고시(경제기획원고시 제40호) 제9조에서 비롯된 것으로서 당시에는 우월적지위남용이라고 불렀다. 그 후 1996.12.30.법 개정에서 거래상지위남용으로 변경되어 지금에 이르고 있다. 거래상지위남용행위의 유형이나 위법성 판단기준은 일본의 것과 큰 차이가 없다. 차이라면 제재에서 발견할 수 있는데 일본에서는 형사적 제재가 없는 반면 우리는 형사적 제재를 마련해 두고 있다.

② 거래상지위남용의 위법성 판단기준

일본에서는 종래 우월적지위남용의 성격에 대한 두 가지 견해가 있었다. 우월적 지위남용행위는 직접적으로 경쟁질서에 영향을 미치지 않기 때문에 다른 불공정거래방법은 본질적으로 다르다고 보아 우월적 지위남용행위와 불공정거래방법의 위법성 판단기준에는 차이가 있다는 입장[今村(이마무라)說]과 우월적 지위남용행위는 거래상대방의 경쟁능력을 제한하는 것으로서 불공정거래방법의 대표적인 행위이므로 우월적 지위남용행위와 불공정거래방법의 각 행위 간에 위법성 판단기준은 서로 같다는 입장[正田(쇼오다)說]이 대립되었다.

그 후 獨占禁止法研究會見解에서 今村說과 正田說이 종합된 견해로서 우월적 지위남용행위를 비롯해 불공정거래방법의 각 행위 간에 공정경쟁저해성은 서로 다르다. 즉 위법성 판단기준은 상이하다는 입장을 채택하였고 이

47) 일본 독금법 제2조 (9)

5. 자기의 거래상의 지위가 상대방보다 우월한 것을 이용하여 정상적인 상광행에 비추어 부당하게 다음의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것

러한 입장은 현재 우리나라와 비슷하다.

현행 불공정거래해위 심사지침에서는 공정거래저해성의 의미를 세 가지로 나누어 경쟁제한성, 경쟁수단의 불공정성, 거래내용의 불공정성으로 구분하고 있고 거래상지위남용행위는 거래내용의 불공정성을 기준으로 심사하도록 하고 있다.⁴⁸⁾

<불공정거래행위 심사지침 발췌>

(2) 공정거래저해성의 의미

(가) 상기의 '공정거래저해성'과 법 제23조제1항각호에 규정된 '부당하게'는 그 의미가 동일한 것으로 본다.

(나) 공정거래저해성이란 경쟁제한성과 불공정성(unfairness)을 포함하는 개념으로 본다.

(다) 경쟁제한성이란 당해 행위로 인해 시장 경쟁의 정도 또는 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)의 수가 유의미한 수준으로 줄어들거나 줄어들 우려가 있음을 의미한다.

(라) 불공정성(unfairness)이란 경쟁수단 또는 거래내용이 정당하지 않음을 의미한다. 경쟁수단의 불공정성은 상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용함으로써 정당한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있음을 의미한다. 거래내용의 불공정성이라 함은 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있음을 의미한다.

48) “거래상지위 남용행위는 사업자가 거래상대방에 대해 거래상지위를 가지고 있는지 여부, 거래내용의 공정성을 침해하는지 여부, 합리성이 있는 행위인지 여부를 종합적으로 고려하여 판단한다.”

(3)거래상지위남용 사례 : 남양유업 사건

① 사건의 경위

첫째, 남양유업은 2007년부터 2013년 5월까지 1,849개 거래상대방 전반에 걸쳐 유통기한 임박제품, 대리점이 주문하지 않거나 취급하지 않는 제품 등을 강제할당·임의공급방식으로 구입을 강요하였다(구입강제행위).

둘째, 남양유업은 이마트 등 대형 유통업체에 파견하는 진열 판촉사원의 파견계획을 직접 수립하고 실질적으로 고용·관리하였음에도 대리점과의 사전협의 없이 진열 판촉사원 임금을 50% 이상 전가하였다(이익제공강요행위).

이에 공정거래위원회는 다음과 같이 시정명령, 과징금 납부명령, 검찰고발 조치를 하였다.

<시정명령>

- 밀어내기 및 진열 판촉사원 임금 전가행위 금지
- 주문 시스템을 대리점 최초 주문기록, 변경 주문기록 및 사유, 최종주문량 등이 나타나도록 변경하고 주문기록 등은 5년 간 보존
- 대리점에 공급한 물품대금 결제 시 제품 주문량·공급량 및 대금 산정 근거 등을 대리점이 확인·승인한 후 대금 지급이 이루어지도록 결제방식을 변경
- 진열 판촉사원 임금 분담 시 분담비율 등을 대리점과 사전협의 후 계약서에 명기

<과징금/형사고발>

- 과징금 125억원(구입강제분 120억원/이익제공강요분 5억원)
- 주요 임직원 형사고발

② 서울고등법원·대법원 판결

서울고등법원은 공정거래위원회 구입강제 행위 과징금 부과처분에 대해 구입강제가 이루어진 4년여 기간 동안 26개 품목 전체 물량을 기준으로 관련 매출액을 산정한 것은 위법하다고 판단하였다.

대법원은 심리불속행으로 공정거래위원회의 상고를 기각하였다.

③ 공정거래위원회 과징금 재산정

공정거래위원회는 대법원 판결의 취지에 따라 대리점이 자발적으로 주문한 물량과 피심인이 대리점의 의사에 반하여 출고한 물량을 구분하는 것이 어려워 정액과징금 5억원 부과하였다.

④ 평가

거래상지위남용행위는 직접적으로 거래상대방과의 관계에 대한 것을 규율하는 것이고 시장에 미치는 영향은 간접적인 것이기 때문에 원칙적으로는 민사상의 규율에 맡기는 것이 바람직하다. 하지만 우리나라 사법시스템 하에서 민사소송 등을 통하여 거래상지위남용행위를 규율하는 것은 쉽지 않은게 사실이다. 예컨대 민법 104조에 따라 공박을 입증하고 현저하게 공정을 잃었다는 것을 입증하여 당해 행위를 무효로 하고 손해배상액을 입증하여 피해를 구제받기가 대단히 어렵다.⁴⁹⁾

이러한 견지에서 원론적으로 본다면 공정거래법이 개입하는 것은 불가피한 측면이 있긴 하지만 민사적인 사안에 대해 행정적 개입을 너무 손쉽게 하는 것은 바람직하지 않다. 하지만 본건의 경우는 전화녹취에 의해 행위사실이 입증되었는데 당사자 간 주고 받은 대화가 대중의 공분을 사기에 충분하였

49) 민법 제104조 (불공정한 법률행위) 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다.

고 원고는 단순히 거래상의 지위가 우월한 수준을 넘어 시장의 지위가 대단히 유력한 사업자이기 때문에 공정거래법으로 규율한 것은 당연한 것이었다.

다만 피해를 입은 대리점의 입장에서는 원고의 처벌보다 적절한 피해구제가 더 절실한 것이었다. 현행 공정거래법으로는 행위금지 명령 이외에 적극적인 작위명령을 내리기 쉽지 않다. 따라서 밀어내거나 이익제공강요와 같이 손해의 입증이 비교적 평이한 행위에 대해서는 대금반환명령이나 임금보전명령 등을 내릴 수 있게 법률을 보완하는 것이 필요하다고 생각된다.

2) 개별법상 거래상지위남용

당초는 공정거래법상 거래상지위남용 규정에 의해 규율되어 왔으나 지금은 분야별로 특별법이 제정되어 규율되고 있는 행위들이 있다. 그들은 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법이다.

이 중 하도급법과 대규모유통업법은 수요측면에서의 거래상지위남용을 규율하기 위한 것인 반면 가맹사업법과 대리점법은 공급측면에서의 거래상지위남용을 규율하기 위한 것이다. 각 법률들의 구체적인 내용은 본 연구의 범위를 넘는 것이기 때문에 여기서는 추가로 논하지 않는다.

6. 불공정거래행위 규제의 문제점과 개선방안

1) 단독행위형 경쟁제한행위 개선방안

(1) 원칙 : 시장지배적지위남용으로 통합

공정거래법상으로는 시장지배적지위 남용행위나 불공정거래행위 모두 합의를 요하지 않는다는 점에서 단독행위라고 불러도 무방할 것이다. 하지만 글로벌 경쟁법의 관점에서 본다면 시장지배적지위 남용행위나 불공정거래행위

중에는 상대방의 동의를 필요로 하지 않는 순수한 단독행위와 소극적이든 적극적이든 거래상대방의 동의를 필요로 하는 수직적 거래제한행위는 구분이 되어 왔다.

순수한 단독행위는 상대방과 합의를 하거나 협조를 구하지 않는 일방적인 행위로서 사적자치의 원칙상 특단의 사유가 없으면 규제할 실익이 없는 행위이다. 반면 수직적 거래제한행위는 거래상대방과 협조가 필수적인 행위로서 진정한 합의든 강요된 합의든 거래상대방의 협조가 없이는 행할 수 없는 행위이다. 둘 이상의 사업자가 협조를 하는 경우는 합의의 목적이나 정황에 따라 타당성이 부족한 경우 규제가 필요할 수 있다.

글로벌 경쟁법에서 순수한 단독행위는 거래거절, 차별취급, 부당염매, 부당한 소송제기 등이다. 이러한 단독행위는 거래상대방의 동의나 협조를 요하지 않는 행위인데 미국이나 EU 경쟁법에서는 독점력(monopoly power) 또는 시장지배력(market dominance power)이 없으면 규제의 대상이 아니다. 이러한 행위들이 규제되는 경우는 시장에서 경쟁을 저해하는 경우인데 그것을 위해서는 시장에서 가격을 올리거나 거래조건을 좌지우지 할 수 있는 힘이 있어야 하는데 이러한 힘이 바로 독점력(monopoly power) 또는 시장지배력(market dominance power)이다.

우리나라에서는 이러한 단독행위형들이 불공정거래행위로 규정이 되어 있다. 그러나 시장지배력이 없는 사업자의 단독행위에 대해 특단의 사유가 없는 한 규제할 논거가 부족한데 단독으로 시장에서 경쟁을 제한하는 것은 거의 불가능하다. 따라서 순수단독행위형은 불공정거래행위에서 삭제하여 시장지배적지위남용으로 통합하는 것이 바람직하다고 생각된다.

(2) 행위유형별 검토

① 거래거절

거래거절이 문제가 된 코카콜라 사건에서 대법원은 3가지 기준을 제시하였다. (i)그 거래거절이 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 (ii)오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력사업자에 의하여 그 지위남용행위로서 행하여지거나 혹은 (iii)공정거래법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 공정거래법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 할 수 있다고 판시하였다.⁵⁰⁾

이 중 첫 번째는 경쟁제한성이 있는 경우로서 시장지배력이 없으면 사실상 불가능하다. 두 번째는 거래상지위남용행위에 포섭될 수 있다. 세 번째는 법이 금지하는 각 행위유형에 포섭될 수 있다. 예컨대 수직적 거래제한에서 불이익을 강요하거나 재판가의 실효성 확보 등 부당한 목적을 위한 거래거절은 거래상지위남용이나 재판가로 규제가 가능하다. 따라서 불공정거래행위로서 거래거절은 시장지배적지위 남용으로 통합하여도 별다른 문제가 없다.

② 차별취급

차별취급 규제는 1936년 Robinson-Patman법에 의해 도입된 규제이다. Clayton 법 제2조에 규정이 되어 있는데 “누구든지 동일한 등급과 동일한 품질의 상품 구매자들 사이에 가격을 차별하고,그 효과가 실질적으로 경쟁을 제한하거나 독점을 형성하는 경향이 있는 경우에는 위법하다”라고 규정하고 있다.

이 중 1차(primary) 가격차별은 차등적인 가격설정(differential pricing)을 통해 경쟁자를 상대로 한 경쟁제한적 행위의 한 유형이다. 약탈적 가격설정에 해당할 수도 있다. 즉, 한 사업자가 다른 시장에서의 약탈적 가격을 상쇄하거나 보조하기 위하여 한 시장에서 높은 가격을 설정한다는 것이다. 경쟁제한을 목적으로 하든 약탈적 가격설정에 해당하든 막강한 시장지배력이 없는 사업자가 가격차별을 한다는 것은 불가능하다.

50) 대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결

반대로 2차(secondary-line) 가격차별은 동일한 시장에 있는 구매자들 사이에 한 기업이 차등적인 가격설정정책을 취하는 것이다. 이것은 순수하게 수직적 행위이며 전적으로 브랜드 내(intra-brand)의 제한으로 작용한다. 이러한 행위가 경쟁에 영향을 미치는 경우는 상정하기 쉽지 않다. 더구나 시장지배력조차 없는 기업이 경쟁을 제한하는 것은 불가능하다.

그래서 미국 법무부는 1977년 이래 동법을 집행하지 않고 있으며 연방거래위원회도 동법의 집행을 현저하게 줄이고 있다. 2006년 미국 경쟁법현대화위원회는 Robinson-Patman법의 폐지를 권고하기도 하였다.

우리나라에서는 차별취급이 경쟁제한성보다는 계열사를 위한 부당지원행위에서 문제가 되는 경우가 많았다. 계열사 부당지원은 공정거래법 제23조 제1항 7호와 통합하는 방안도 고려해 볼 필요가 있다. 거래상대방 차별취급(2선 차별)은 거래상지위남용으로 포섭이 될 수도 있다.

그렇다면 1선 차별만 남게 되는데 부당염매로 규율하기 힘든 사안이 있을 수도 있기 때문에 시장지배적지위남용으로 규제하는 것만으로도 충분하고 굳이 불공정거래행위로 규제해야 할 필요성이 높다고 보기는 어렵다.

③ 부당염매

부당염매는 시장지배적지위남용의 경우 “통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급”하는 것으로 규정이 되어 있는 반면 불공정거래행위는 “공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급”하는 것으로 규정이 되어 있다. 즉 전자는 비교기준이 통상의 거래가격인 반면 후자는 공급비용이다.

미국에서는 약탈적 가격설정행위의 판별기준은 비용이하의 가격(a price below cost)과 약탈적 가격 설정에 소요된 비용의 회수 가능성(potential for recoupment)으로 정리되어 있다⁵¹⁾ 그런데 이러한 약탈적 가격설정행위는 현

대 경쟁법에서는 거의 일어나기도 어렵지만 특히 시장지배력이 없는 사업자가 약탈적 가격설정행위를 하는 것은 상상하기 어렵다.

2) 수직적 거래제한형 경쟁제한행위 개선방안

앞에서도 살펴본 것과 같이 시장지배적지위남용행위와 불공정거래행위에 중복적으로 존치하고 있는 수직적 거래제한행위 유형을 하나로 통합하여 가칭 ‘경쟁제한행위’로 묶어 별도의 조항을 신설하는 것이 바람직하다고 생각한다.

불공정거래행위 중에서 순수한 단독행위유형은 시장지배적지위남용행위 유형으로 통합시키고 수직적 거래제한행위는 ‘경쟁제한행위’로 개편한다면 불공정거래행위는 거래수단의 불공정성 내지 거래내용의 불공정성을 문제삼는 순수불공정거래행위만 남게 된다.

3) 순수 불공정거래행위 개선방안

(1) 원칙

경쟁수단이 불공정하거나 거래내용이 불공정한 순수 불공정거래는 현행처럼 법 제23조 단독으로 규제하는 것이 바람직하다. 부당한 고객유인이나 사업활동방해와 같이 경쟁수단이 불공정하거나 거래상지위남용과 같이 거래내용이 불공정한 행위가 그 대상이다.

공정거래법 위반행위 중 가장 적발빈도가 높았던 것은 거래상지위남용행위였는데 거래상지위남용행위는 본질적으로 민사적 성격의 행위인데 이러한 법집행방식이 행정과잉이 아니었는지 한 번 더 검토해볼 필요가 있다.

51) Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S.209,224(1993)

(2) 거래상지위남용행위 개선방안⁵²⁾

① 피해구제 위주의 접근

거래상지위남용으로 인한 피해는 시장 경쟁질서에 대한 것도 없지는 않겠지만 상대적으로 거래상대방에 대한 금전적인 피해가 더 큰 문제가 된다. 따라서 이에 대한 대책도 시장의 경쟁질서훼손에 대한 징계(예 과징금)나 경쟁질서회복(법위반행위 금지명령)보다는 거래상대방의 피해를 금전적으로 보전해 줄 수 있는 방향으로 이루어져야 한다.

미국에서는 독점규제법이 대부분 3배 손해배상소송 등의 민사소송으로 이루어지는데 그 비중이 95%에 이른다고 한다. 물론 미국에서는 검찰도 독점규제법 집행에 간여하지만 그 수단은 대부분 민사적 수단이다. 그러나 우리나라의 엄격한 민사소송 절차를 감안한다면 중소기업이나 소비자들이 절차가 복잡하고 시간이 오래 소요되는 민사소송을 제기하여 손해배상을 받아 내기가 쉽지 않다.

그래서 간헐적으로 법원이 아닌 공정거래위원회가 심리를 거쳐 손해액을 산정한 후 손해배상명령을 내리는 제도를 도입하는 것이 필요하다는 논의가 있어 왔다.

사법작용과 행정작용에 대한 절대적인 구분기준은 있을 수 없지만 전통적으로 사법은 “구체적인 법률분쟁이 있는 경우 당사자의 쟁송제기에 의하여 무엇이 법인가를 판단·선언함으로써 법질서를 유지함을 목적으로 하는 작용”으로 이해되고 있으며 손해배상판결은 전통적으로 사법의 영역이었다.

현대사회에서 사법과 행정의 경계선이 모호해지고 있다고 하여 사법작용의 가장 전형적인 손해배상명령을 공정거래위원회가 직접 행한다고 하는 것은

52) 조성국, “거래상지위남용 규제집행의 효율성 제고방안”, 한국경쟁법학회 추계학술대회 발표논문, 2017.11.24., 10-14면을 요약 및 보완한 것임.

권력분립원칙에 반할 가능성이 높다. 우리와 같은 법체계를 갖고 있는 독일, 일본, 프랑스 등 선진국들 중에서 아직까지 손해배상명령제도를 도입한 나라가 없다는 것은 본 제도의 도입에 신중을 기하여야 함을 시사하는 것이라 생각된다.

이처럼 행정부인 공정거래위원회가 일반적인 손해배상명령 또는 부당이득반환명령을 하는 것은 삼권분립체제에 정면으로 배치될 우려가 높다. 하지만 사실관계가 어느 정도 확정된 상태에서 미지급 하도급대금 지급명령이나 가맹사업법 상 시정조치의 한 형태로 가맹금반환 명령, 점포환경 개선비용 지급명령, 대규모유통업법상 시정조치의 한 형태인 상품판매대금 지급명령, 매장 설비비용 보상 명령은 이미 법률에 반영이 되어 있다.

② 행정권 및 형벌권의 개입범위

단순히 거래당사자들 간의 분쟁에 그치는 사적인 성격의 분쟁에 대해 개입하는 것은 바람직하지 않다. 권오승 교수는 “정상적인 거래질서를 저해하는 행위”를 거래상지위남용의 요건으로 할 것을 제안한 바 있고⁵³⁾ 이황 교수는 불공정거래행위의 공정거래저해성 요건에 “공공의 거래질서” 저해우려를 요건으로 할 것을 제안한 바 있다.⁵⁴⁾ 이처럼 어떠한 행태가 업계 전반에 걸쳐 관행화되거나 시장에서 상당한 지위를 가진 사업자에 의해 이루어짐으로써 다수의 피해자가 발생할 우려가 있는 등 시장의 거래질서에 일정한 파급효과가 있는 행태에 제한적으로 행정권이 개입하는 것이 바람직하다.

특히 형사적 제재는 상습·반복적이거나 악질적인 경우 등 극히 예외적인 경우로 한정하는 것이 바람직하다. 고소고발이 남발하고 단순한 민사사안에 대해서까지 각종 행정기관이나 검찰, 경찰 등에 신고서를 접수하여 민사사건을

53) 아시아법연구소, “시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위 규정 합리화방안 연구” 공정거래위원회 연구용역보고서(권오승 외). 2015, 209면.

54) 이황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계(II)”, 경제법연구 제9권 2호, 한국경제법학회, 2010.12, 각주 76, 131면.

행정사건화, 형사사건화 하는 부작용이 빈발하고 있다. 결국 국가기관은 이러한 신고에까지 조사역량을 분산하여 정작 중요한 사건의 처리는 부실해지는 경향이 있다. 공정거래위원회이든 어떤 기관이든 사전에 고발을 경유하도록 하여 사업자들에게 형사처벌 그 이전에 강제력이 수반된 형사조사의 범위 자체를 줄여주는 것이 바람직하다고 생각한다.

거의 모든 거래에는 거래상 지위에 격차가 있을 수밖에 없는데 이러한 거래 전반에 대하여서까지 사회문제해결에 있어서 최후의 수단이 되어야 할 형벌권이 무분별하게 동원된다면 형벌권의 비대화와 더불어 정경유착 등의 더 큰 부작용이 발생할 수 있어 민주주의 발전에 커다란 저해요소가 될 수 있다.

③ 장기적이고 전문적인 접근

거래상지위남용문제에 대한 대처는 장기적인 마스터플랜을 가지고 치밀하고 신중하게 이루어져야 한다. 성급한 법률개정은 예상치 못한 부정적 효과를 초래할 수 있다. 법률은 자연과학과 달리 사전에 동물실험을 하거나 임상연구를 하기 곤란하지만 과거나 외국의 사례에 대해 학제적인 방법으로 치밀하게 연구하여 부작용을 최소화 하여야 한다.

과징금을 대폭 강화하거나 징벌적 손해배상의 요건을 완화하거나 형사처벌을 강화하는 등 제재의 강화라는 측면에만 착안하여 만병통치약 식으로 단번에 문제를 해결하려고 하여서는 아니 된다. 무엇보다도 거래상지위남용행위는 발생하는 배경이 다양할 뿐만 아니라 억지요소가 활성화되는 계기도 다양할 수밖에 없기 때문에 사안별로 미시적이고 정밀한 접근이 요구된다.

제재와 같은 간접적인 압박수단은 단기적으로 효과가 있을 수는 있겠지만 다분히 미봉책에 그칠 수밖에 없다. 감기에 걸리면 항생제가 필요할 수도 있지만 남용하여서는 안 되듯이 그러한 수단은 순간적으로 문제를 해결하는 것 같지만 기업의 내성만 키워주고 공정거래위원회 혹은 검찰권 비대화로 인한 부작용이 더 클 수 있다.

시간이 소요되더라도 당사자 간에 분쟁해결이 원활히 이루어질 수 있도록 사법시스템을 약자 친화적으로 개선할 수 있는 방안을 찾아보아야 한다. 공정거래위원회가 소송에서 약자를 지원해 줄 수 있는 방안도 적극적으로 모색해 보아야 한다. 협상력의 비대칭문제는 일회성 거래보다는 계속적거래에서 발생할 가능성이 높다. 주된 이유는 매물비용과 거래의존도의 비대칭성 때문이다. 따라서 일회성 거래보다는 계속적거래에 초점을 맞추어 규제하는 것이 바람직하다.

제5장 공정거래법상 형벌규제

1. 집행방식 일반론

1) 집행방식 유형

경쟁법의 집행방식은 크게 3가지이다.

첫째는 민사적 방법에 의해 집행하는 것이다. 예컨대 경쟁법위반을 이유로 한 손해배상청구소송을 들 수 있다. 이러한 민사적 집행방식은 미국에서 가장 활발하게 이루어지고 있다. 사적 집행이라고 표현하기도 하는데 피해를 입은 사인이 법원에 소송을 제기하여 구제받는다라는 의미이다. 예외적으로 미국에서는 법무부가 법원에 민사소송을 제기하여 금지행위 판결을 받아내기 위한 민사적 집행이 있는데 이것은 미국의 특이한 집행방식인데 당사자가 제기하는 소송은 아니기 때문에 사적 집행이라고 보기는 어렵다. 공적 집행이지만 민사적 방법을 활용한다고 볼 수 있다.

둘째는 행정적 집행이다. 주로 경쟁당국이 행정적 조치를 목적으로 조사하고 시정조치나 과징금을 부과하는 것을 의미한다. 행정적 집행과 사적인 집행은 각국별로 차이점이 있지만 대체로 유사하다. 행정적인 집행은 경쟁당국이 시정명령이나 과징금 부과명령을 내리고 이에 대해 불복하는 경우 사법심사를 받는다는 점에서 공통점이 있다. 사적인 집행은 피해자가 법원에 소송을 제기하여 손해배상을 받는다는 점에서 공통점이 있다.

셋째는 형사적 집행이다. 형사적 집행은 국가에 따라서 그 절차가 상당히 상이하다. 국가에 따라서는 검찰이 처음부터 직접 조사하여 기소까지 하는 경우가 있는가 하면 대부분의 국가에서는 경쟁당국이 조사한 후 경쟁당국의 판단에 따라 검찰에 사건을 이첩하여 기소절차를 밟도록 하고 있다. 우리나라는 주요 선진국가들과 비교할 때 형사적 집행의 비중이 대단히 높다. 2016년에는

252건 중 고발건이 57건이나 된다.

이상의 집행방식을 다시 분류해 본다면 크게는 공적인 집행과 사적인 집행으로 나눌 수 있고, 공적인 집행은 행정적 집행과 형사적 집행으로 나눌 수 있다. 공적인 집행은 국가기관이나 공적인 기관에 의한 집행을 의미하는데 행정적 집행은 행정적 제재를 목적으로 하는 법집행을 의미하고 형사적 집행은 형사적 제재를 목적으로 하는 법집행을 의미한다.

2) 경쟁법의 형사적 집행 입법례

경쟁법을 집행하고 있는 나라는 100여 개국에 이르지만 선진국이라 할 수 있는 OECD 34개 회원국을 대상으로 살펴본다. 우선 경쟁법 위반행위에 대해 형사벌 조항을 두고 있는 나라는 14개국에 불과하다. 나머지 20개 국가 중 14개 국가는 경쟁법이 아닌 다른 법에도 형사벌이 존재하지 않고, 6개 국가는 입찰담합에 대해서만 형법에 형벌규정을 두고 있다. 하지만 형법의 입찰담합죄 혹은 입찰사기죄⁵⁵⁾는 경쟁법 위반에 대한 죄라기보다는 형법 위반 그 자체의 죄이기 때문에 엄밀한 의미에서 경쟁법 위반에 대한 형사벌이라 하기 어렵다.

이렇게 본다면 경쟁법 위반행위에 대해 형사적으로 제재하는 입법례가 반드시 보편적이라고 보기도 어렵다. 다만 경쟁법에 형벌조항을 두고 있는 국가의 명목적인 수치보다는 그러한 국가들이 국제경제에서 차지하는 영향력을 감안한다면 미국, 영국, 일본 등 세계 경제에서 막강한 영향력을 행사하는 국가들은 대체로 경쟁법에 형벌조항을 두고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 형벌조항을 두고 있지 않은 독일이 오히려 예외이다.

55) 형법 제315조(경매, 입찰의 방해) 위계 또는 위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

[표 14] 위반에 대한 OECD 회원국의 형벌제도

경쟁법에 형벌조항	형법에 입찰담합죄	형벌조항이 없음
미국, 일본, 영국, 캐나다, 한국, 프랑스, 오스트리아, 덴마크, 아이슬란드, 호주, 아일랜드, 그리스, 노르웨이, 이스라엘	독일, 이탈리아, 터키, 슬로바키아, 헝가리, 벨기에	폴란드, 체코, 멕시코, 뉴질랜드, 핀란드, 네덜란드, 스페인, 포르투갈, 스웨덴, 룩셈부르크, 스위스, 슬로베니아, 칠레, 에스토니아
14개 국가	6개 국가	14개 국가

2. 위반행위에 대한 형사적 제재의 비교법적 고찰

1) 미국

(1) 형사처벌 절차

① FTC와 법무부 간 업무조정절차(Clearance Procedures)

미국의 경쟁법 집행은 2원적 구조가 특징이다. FTC와 법무부는 상당한 부분에서 경쟁법 집행을 공동으로 하고 있기 때문에 양 기관 간의 업무조정이 필요하다. 이를 위한 방법이 바로 업무조정절차이다. FTC 법은 Sherman 법을 포함하는 폭 넓은 규제범위를 지니고 있다고 해석되고 있기 때문에 실제로는 Sherman 법 위반행위에 대해서도 FTC 법을 활용하여 규제할 수 있다. Clayton 법 제7조의 기업결합심사권한은 법무부와 FTC 양 기관 모두 가지고 있기 때문에 중복적인 법집행의 문제가 발생할 수 있다.

대체적으로 본다면 FTC와 법무부 간 업무의 경험과 전문성에 따라 산업별로 사건배분이 이루어져 있다. 일반 조사에 대해 양 기관이 합의를 하게 된 것은 1993년에 와서이다. 이 때 합의한 주요 내용은 양 기관 중 어느 기관이 해당 산업에 대한 전문지식과 사전 경험을 많이 가지고 있느냐를 우선적으로 고려하고 다툼이 있는 경우 이를 해결하기 위한 기준을 정하였다는 점이다. 그러

, 기술발달에 따라 산업 간의 구분이 애매해질 뿐만 아니라 IT 산업과 같은 새로운 산업이 계속해서 대두되었기 때문에 이러한 구분은 한계가 있다.

미국에서는 우리나라 공정거래위원회와 같이 FTC가 조사한 후 위법성의 정도가 심하다고 하여 형사고발하는 일은 거의 없다. 만약 당해 사안의 성격상 형사처벌이 필요하다고 판단되는 경우는 행정절차가 시작되기 이전 양 기관이 협의하여 처음부터 법무부가 사건을 담당한다. 다만, 예외적으로 FTC가 다루는 사안 중에도 형사적 제재가 더 적절하다고 인정되는 경우에는 법무부에 통고하여 법무부가 처리하도록 하기도 한다.

② 법무부에 의한 형사적 절차

가. 개요

FTC는 준사법적 절차를 거쳐 법원과 같이 직접 시정명령을 내리고 이에 대한 불복은 곧바로 2심 법원인 연방항소법원에 제기하여야 한다. 하지만 법무부는 FTC와 같이 직접 시정명령을 내릴 수는 없고 법원에 민사소송이나 형사소송을 제기하여야 한다.

Sherman 법에서는 크게 두 가지 행위를 금지하고 있다. 제1조에서는 거래제한을, 제2조에서는 독점력 남용을 금지하고 있다. Sherman 법에서 거래제한이란 수평적 합의인 카르텔뿐만 아니라 수직적 합의까지 포괄하는 개념이다. 독점력 남용은 대체로 시장지배적지위의 남용에 해당한다. 두 가지 행위 모두에 대하여 형사적 제재가 가능하지만 실제로 형사적 제재가 내려지는 행위는 제1조의 거래제한 중 경성카르텔로 한정이 된다. 나머지 행위에 대해서는 법적으로 형사적 제재가 불가능한 것은 아니지만 형사적 제재가 내려지는 경우는 찾아보기 어렵다.

나. 민사사건과 형사사건의 분류

형사적 절차를 진행하기 위해서는 사건 초기에 특정 사건이 민사사건인지 아

형사사건인지 구분하여야 한다. 사건에 따라서는 그 성격만으로도 민사 사건인지 아니면 형사사건인지 가려질 수 있지만 경우에 따라서는 그 판단이 쉽지 않을 수도 있다. 독점금지국의 기본입장은 법률을 ‘명백하고 의도적으로 위반한 경우’(a clear, purposeful violation of the law) 형사사건으로 처리한다는 것이다.

독점금지국의 매뉴얼에서도 당연위법형인 카르텔 사건 즉 가격합의, 입찰담합, 시장분할, 물량합의 등은 형사사건으로 분류하고 합리성의 원칙에 따른 심사가 필요한 사건은 민사사건으로 분류한다. 그리고 법적 결론이 분명하지 않은 사건, 법률이나 사실관계가 새로운 사건, 이전 검찰의 기소에 일관성이 없었던 경우, 피조사인이 행위의 결과를 인식하지 못하였던 경우는 형사사건으로 처리하지 말아야 한다고 설명하고 있다.⁵⁶⁾

입증의 정도도 영향을 미치는데, ‘합리적인 의심의 여지가 없는’(beyond a reasonable doubt) 사건은 형사사건으로, ‘증거의 우위’(preponderance of the evidence)로 판단할 수 있는 사건은 민사사건으로 처리한다. 형사사건으로 처리하고자 하는 경우 범죄의도(criminal intent)가 입증되어야 한다. 범죄의 의도는 행위의 결과가 반경쟁적 효과가 있고 피고가 그러한 결과가능성에 대하여 알고 있었다는 점을 입증하거나 반경쟁적 효과의 발생을 의도하여 그러한 행위를 하였다는 점을 입증하면 된다. 당연위법형 행위에 대하여는 입증책임이 완화되는데 행위 자체가 경쟁제한적이라는 것은 당연히 인정되는 것이기 때문에 피고가 합의의 내용을 알고서 합의에 참여하였다는 것만 입증하면 된다.

다. 형사적 절차

어떤 사건이 일단 형사사건으로 분류가 되면 형사사건에 고유한 절차들이 진행된다. 물론 강제력을 수반하지 않는 임의적인 조사는 법무부가 자체적으로 수행하고 특히 연방수사국(FBI)의 협조를 많이 받기도 하지만 강제조사를 위하여서는 독점차관보(AAG)의 승인을 받아 대배심(grand jury)을 소집하여 영장

56) Antitrust Division Manual 2008, Chapter III. C. 5.

발부받아야 한다. 대배심은 우리나라 형사적 절차와 가장 대비가 되는 절차인데 인원수가 12-23명으로 민사소송에서의 소배심 6명, 형사소송에서의 소배심 12명에 비해 규모가 크다. 소배심이 만장일치로 결정되는 반면 대배심은 다수결에 의하여 기소여부를 결정한다. 대배심의 설치 및 조사에 대하여는 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)이 적용된다. 조사가 종료되면 독점금지국은 기소여부를 판단하여 대배심에게 기소권고를 하고 대배심은 특별한 하자가 없는 한 기소결정을 하는 것이 상례이다.

사건의 조사 중에 미국법 특유의 유무죄협상(plea bargaining)이 이루어진다. 독점금지국과 피조사인은 사건의 처리방향에 대해 협상을 하는데 대부분의 사건은 동의판결(consent decree)로 종료가 된다. 형사사건에서 동의판결에 관한 절차는 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)의 절차에 따라 일반 형사사건과 마찬가지로 처리된다. 법무부는 합의의 내용을 법원에 제출하고 법원의 검토를 받아 동의판결을 받게 된다.

독점금지국과 피조사인 간의 합의가 결렬되어 정식으로 형사기소가 되고 법원의 판결이 내려지는 사건이 많지는 않다. 기소 후 소송절차는 일반 형사소송 절차를 따르게 된다. 다만, 형량은 Sherman 법 제1조에서 법인은 1억 달러까지의 벌금, 자연인은 100만 달러까지의 벌금 또는 10년까지의 금고형 또는 양자의 병과가 가능하다고 규정하고 있으며 형사벌금개선법(Criminal Fines Improvement Act) 제6조에 따라서 피고가 입힌 손해액의 두 배 혹은 피고가 불법으로 얻은 이익의 두 배에 상응하는 액수의 벌금이 부과될 수 있다.

(2) 시사점

① 사적 집행의 활성화

미국에서는 경쟁법집행의 핵심이 사적 집행이고 공적 집행은 보조적 수단에 불과하다. 물론 FTC나 법무부 같은 정부기관의 역할이 중요한 것은 부인할 수 없지만 그럼에도 불구하고 사건수를 기준으로 보면 90%이상이 사적으로 집행

되고 공적으로 집행되는 비율은 10%에도 미치지 못한다. Clayton 법 상의 3배 손해배상제도(treble damages)와 집단소송제도(class action), 당연위법 법리(per se illegal)의 발달 등이 그 이유로 지적되는데 그만큼 사법시스템이 경쟁법상의 피해를 배상하는데 효율적임을 반증해 주는 것이다.

공적 집행 중에서도 형사처벌이 이루어지는 경우는 거의 찾아보기 어렵다. 법무부가 FTC의 고발 없이 처음부터 직접 형사조사를 개시하기 때문에 고발 건수라는 통계는 수 없고 전속고발제도라는 것도 있을 수 없다. 굳이 우리나라와 비교를 위해 대배심조사(Grand Jury Investigations) 개시 건수와 공정거래위원회의 형사고발 건수를 비교해 보면 미국의 대배심조사 개시 건수는 연간 20-30여 건 정도에 불과한 반면 우리나라 공정거래위원회의 형사고발 건수는 연간 30-40 건이나 된다.

하지만 미국과 우리나라는 사법시스템이 너무 달라 평면적인 비교가 적절하지 않은 경우가 많다. 미국 사법시스템은 연방차원뿐만 아니라 주차원의 사법시스템이 있고 실제로 경쟁법 집행에 있어서 주검찰도 많은 역할을 하고 있다.

② 조사 초기 형사적 사건 분류

미국에서 사건의 성격을 민사로 할 것인지 형사로 할 것인지는 조사 초기에 FTC와 법무부 간 협의에 의해 정해진다는 것이다. 우리나라를 비롯한 대부분의 국가는 경쟁법집행이 일원화되어 있어서 일차적으로 경쟁당국이 조사를 한 후 행정적 조치만으로는 미흡하다고 판단하는 경우 고발이나 통지절차를 통해 형사절차로 이행되는 것과 차이가 있다.

물론 미국에서 이렇게 하는 근본적인 이유는 세계 최초의 경쟁법인 Sherman 법이 제정될 당시부터 법무부가 경쟁법을 집행하여 왔다는 데서 연유한다. 미국처럼 경쟁법이 이원적으로 집행되는 경우에는 전속고발제라는 것이 논의될 여지가 없는데 왜냐하면 법무부가 처음부터 직접 사건을 조사하여 기소하기 때문에 고발의 필요가 없기 때문이다.

2006 경쟁법현대화위원회에서도 이슈가 될 정도 이원적 집행에 따른 일관성 저하와 비효율성이 가끔은 문제가 되기도 한다. 하지만 오랜 기간 동안의 법 집행경험을 통해 부정적인 측면보다는 시너지 효과가 더 크다고 보는 것이 오늘날 미국의 분위기로 보인다.

2) 일본

(1) 형사처벌 절차

① 범칙사건 조사

우리나라 공정거래법 집행절차는 일본의 절차를 참조한 것이 많기 때문에 유사한 점이 많다. 하지만 양국 간 영장청구권에 대한 헌법규정의 차이로 인해 일본은 독특한 절차를 가지고 있다. 일본 경쟁법 집행절차에서 독특한 것은 범칙조사권이다. 일본 독금법 제89조부터 91조까지 범위반행위에 대한 형사벌이 규정되어 있는데 여기에 해당하는 사건을 범칙사건이라 한다.⁵⁷⁾

범칙조사를 담당하는 공정취인위원회 직원은 그 직원은 압수수색권과 같은 강제조사권도 행사할 수 있다는 점이다. 사실 경찰이나 검찰이 아닌 일반 행정부처의 직원이 강제조사권을 행사하는 것은 대부분의 선진국에서 낯선 제도는 아니다. 사전에 법원으로부터 영장을 발부받는 것이 핵심이고 영장 청구를 누가 하느냐 하는 문제는 법률로 맡겨져 있다. 하지만 우리나라에서는 외국에서 볼 수 없는 헌법규정상 형사사건이든 행정사건이든 영장청구는 검사만이 할 있는 것으로 인정이 되어 왔다. 일본에서 범칙조사를 담당하도록 지정을 받은 직원은 조사를 위해 필요한 경우 正取引委員會를 관할하는 지방재판인 동경 지방재판소 또는 동경간이재판소의 재판관에게 허가장을 발부받아 임검, 수색, 압수까지 할 수 있다.⁵⁸⁾

57) 일본 독금법 제101조.

58) 일본 독금법 제102조 제1항.

조사권은 2005년 독금법 개정으로 도입되었는데 일본의 독금법은 카르텔 등 일부의 행위에 대해서만 형사벌이 규정되어 있고 1년에 입찰담합 사건 1-2건 정도만 고발할 뿐 그동안 법집행이 활발하지 않았다는 평가를 받아왔다. 그래서 이러한 범칙조사권의 도입은 형사적인 법 집행 강화를 위한 일환으로 평가된다. 범칙조사에 대하여 독금법 및 「公正取引委員會 范칙조사에 관한 규칙」⁵⁹⁾에서 그 절차를 규정하고 있다.

그런데 이러한 범칙사건은 시장지배적지위 남용행위에 해당하는 사적독점과 카르텔에 해당하는 부당한 거래제한이 핵심이다. 우리나라와 달리 법집행건수가 가장 많은 불공정거래행위는 형사벌의 대상이 아니다.

일본에서 문제가 되는 것은 행정조사를 통해 얻은 정보나 자료를 단서로 하여 범칙조사를 하는 것이 허용되는가 하는 점이다. 조세법과 관련된 일본 最高裁判所の 판결은 이를 긍정하고 있다.

② 검찰고발

범칙조사를 담당한 직원이 조사를 종료한 경우 그 결과를 위원회에 보고하여야 한다. 만약 위반행위가 악질이고 중대하다고 판단하는 경우에는 고발협의회를 경유한 후 검사총장에게 고발한다. 일본 독금법 제74조 제1항에서는 公正取引委員會는 범칙의 심증을 얻은 경우 이를 검사총장에게 고발하여야 한다고 규정되어 있다. 그러나 일본에서는 公正取引委員會가 고발에 있어서 재량권을 갖는다는 것이 통설로 되어 있다. 今村成和에 의하면, 일본에서는 公正取引委員會 중심주의를 채택하고 있는데 배제조치 명령뿐만 아니라 형사적 처벌에 대하여도 公正取引委員會의 판단을 존중해 주어야 한다는 것이다. 동경고등재판소도 행정목적 달성을 위하여 公正取引委員會에 재량권이 인정된다는 입장을 표명한 바 있다.

59) 「公正取引委員會の犯則事件の調査に関する規則」(평성 17년, 公正取引委員會 규칙 제6호).

公正取引委員會의 고발이 없으면 형사벌을 부과할 수 없다. 이러한 전속 고발제를 두고 있는 이유는 독금법의 전문기관인 公正取引委員會로 하여금 위반행위가 국민경제에 미치는 영향과 기타 제반 사정을 종합적으로 고려하여 형사재제를 할 수 있도록 하기 위한 배려 때문이다.

하지만, 이러한 고발권 행사가 자의적으로 되지 않도록 하기 위해 「獨占禁止法 違反行爲에 대한 형사고발 및 범칙사건의 조사에 관한 公正取引委員會 방침」⁶⁰⁾이 제정되어 여기에 제시된 기준에 맞추어 고발권을 행사하여야 하고, 일단 고발을 하고 나면 公正取引委員會는 이를 취소할 수 없다. 고발기준은 크게 두 가지이다, 첫째는 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격카르텔, 공급량제한 카르텔, 시장분할협정, 입찰담합, 공동보이콧 기타 위반행위로서 국민생활에 광범한 영향을 미치는 악질적이고 중대한 사안이다.

고발에 대해 공소의 제기는 원칙적으로 검찰의 재량에 따르지만 검찰이 公正取引委員會의 고발에 대해 공소를 제기하지 않는 경우에는 검사총장이 법무대신을 경유하여 그 취지와 이유를 문서로 기재하여 내각총리대신에게 보고하여야 한다.⁶¹⁾ 이것은 고발문제에 대한 公正取引委員會의 전문적인 판단을 존중해 주기 위한 것이다.

(2) 시사점

형사벌이 가능한 행위는 주로 사적독점과 부당한 거래제한인데 미국과 유사한 구조이다. 우리나라와 달리 불공정거래행위뿐만 아니라 우리나라의 하도급법에 해당하는 下請法이나 景品表示法도 일본에서는 형사벌의 대상이 아니다.

일본에서 형사처벌을 위해 반드시 공정취인위원회의 전속고발을 거치도록 하고 있다. 하지만 우리나라와 달리 일본에서는 이러한 전속고발제도에 대해 논

60) 평성 17년10월6일 「獨占禁止法違反に対する刑事告発及び犯則事件の調査に関する公正取引委員会の方針」.

61) 일본 독금법 제74조 제3항.

거의 찾아보기 어렵다. 正取引委員會가 형사고발을 활발하게 하지 않는다 하더라도 독금법 집행은 가급적 행정적 수단에 의존하는 것이 바람직하다는 공감대가 형성되어 있기 때문이다.

일본에서는 ‘公正取引委員會 中心主義’에 따라 경제의 기본법인 獨占禁止法の 집행을 전문성이 있는 합의제 기관인 公正取引委員會의 전문적 판단을 존중하는 것이 타당하고 경제적 사안에 대해 무분별하게 형사벌을 가하는 경우 경제가 위축될 수 있다는 고려가 있기 때문이다.

3) 영국

(1) 형사처벌 절차

①

영국의 사법시스템은 독특한 점이 많지만 형사절차와 관련하여서 주목할 점은 대륙법계국가들과 달리 오랫동안 공식적인 검찰제도가 존재하지 않았다는 점이다. 과거 영국에서는 형사사건에 있어서도 피해자나 그 가족이 가해자를 상대로 소추를 하는 사인소추(private prosecution)가 원칙이었다. 그 후 사회가 복잡해지면서 경찰이나 국왕의 관리에 의한 조사와 소추가 일반적인 모습으로 자리 잡게 되었고 공소를 전담하는 기관의 설립필요성이 크게 제기되어 1985년에 범죄소추법(Prosecution of Offences Act)이 제정되어 1986년 국가공소처(Crown Prosecution Service)가 설립되기에 이른다.

국가공소처의 모태는 경찰에서 형사소추업무를 수행하던 변호사부(Solicitor Department)인데 이것이 독립한 것으로 보기도 한다. 1987년에는 이와 유사한 기관으로서 중대하고 복잡한 사기사건을 전담하는 중대범죄수사처(Serious Frauds Office)가 설립되었다. 경쟁법과 관련하여서는 경성카르텔에 대한 공소업무를 수행한다.⁶²⁾

62) 김종구 외 8인 공저, 검찰제도론, 법문사, 2011, 379-445참조.

있어서 형사적인 제재는 기업법(Enterprise Act) 제188조에서 규정하고 있는데, 경성카르텔에 가담한 개인(an individual)에 한정하여 도입되었다.⁶³⁾ 기업은 행정적인 제재인 과징금의 대상이 되거나 민사소송에서 손해배상의 주체는 될 수 있지만 형사적 제재의 대상은 아니다. 여기에 해당하는 행위로는 가격담합, 공급 또는 생산제한 합의, 시장분할 협정, 입찰담합 등이다. 당해 합의가 실제로 실행될 필요는 없다.

이처럼 개인만 형사처벌의 대상이 되고 기업은 형사적 제재의 대상이 아니라는 것이 영국 경쟁법의 특징이다. 그 이유는 원래 형사적 제재라는 것이 법인이 아닌 자연인에 대한 것일 뿐만 아니라 기업에 대한 제재는 행정제재로서 금전적인 것만으로 족하다는 것이다.

② 조사절차

영국에서 경쟁법집행을 담당하는 기관은 경쟁시장청(Competition and Markets Authority, 이하 ‘CMA’라 함)이다. CMA는 우리나라의 공정거래위원회와 달리 행정적인 조사권뿐만 아니라 형사적인 수사권을 동시에 보유하고 있다. CMA는 행정적 제재를 위한 절차와 형사적 제재를 위한 절차를 동시에 수행할 수도 있고, 형사적 절차를 마칠 때 까지 행정적 절차를 보류해 둘 수도 있다. 그리고 두 개의 조사가 연계될 필요는 없다. CMA는 카르텔조사의 효율성을 제고하기 위해 조사에 협력한 자에 대하여 불기소장(no-action letter)을 발부할 수 있다.

영국에서는 CMA가 두 가지 권한을 동시에 가지고 있는 제도에서 비롯될 수 있는 피의자의 인권침해를 예방하기 위한 필수적인 조치를 마련해 두고 있다. 예컨대, 자기부죄 면책특권(the privilege against self-incrimination)의 법리상 행정

63) Enterprise Act (1) An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B).

획득한 정보와 형사조사에서 획득한 정보의 공유가 제한되기도 한다.

CMA가 수사한 후 범위반이라고 판단하는 경우에는 검찰에 통보하여 형사적 제재를 위해 법원에 기소를 하게 된다. 영국에서는 common law 상 사인소추가 인정되기는 하지만 경쟁법의 기소는 통상 중대범죄수사처(SFO)가 담당한다.

③ 기소절차

영국 경쟁법의 형사적 집행을 위한 기소는 중대범죄수사처(SFO)가 담당하는 것이 일반적이지만 여전히 CMA나 사인도 기소권을 가지고 있다.

2002년 Enterprise Act 190(2)(a)에서는 중대범죄수사처가 기소(prosecution)를 맡는다고 규정하고 있는데 원래 심각하거나 복잡한 사기가 관련된 범죄를 수사하여 기소하는 것이 주된 임무이다. 중대범죄수사처가 카르텔 사건을 효과적으로 처리할 수 없거나 하고자 하지 아니하는 경우 CMA가 직접 기소를 할 수도 있다[Enterprise Act 190(2)(b)]. 행정기관인 CMA가 직접 기소를 할 수 있는 것은 대륙법계 경쟁법제에서는 찾아보기 어려운 것으로서 영국의 common law 전통에서 기인한 것이다.

영국 common law의 전통에 따라 카르텔로 인해 피해를 입은 사인도 기소를 할 수 있다. 그러나 이 경우는 타 기업의 명예를 훼손할 의도로 제기될 수 있는 악의적 기소를 방지하기 위해 CMA의 동의를 받도록 하고 있다[Enterprise Act 190(2)(b)]. 이 또한 대륙법계 경쟁법제에서는 찾아보기 어려우므로 영국 사법시스템의 독특성을 반영한 것이다.

(2) 시사점

영국 경쟁법집행에서는 거의 대부분 행정적인 제재로 마치고 형사적인 제재를 하는 경우는 경성카르텔을 행한 개인에 한정되기 때문에 대단히 제한적이다. 실제 통계를 보더라도 연간 1건 내외에 불과하다.

측면에서도 영국의 절차는 우리나라와 대단히 상이하다. CMA가 일차적으로 행정조사뿐만 아니라 형사조사까지 마친 후 기소단계에서 중대범죄 수사처에 사건을 이관하는 식이다. 개인에 대해서만 형사처벌이 가능하고 개인의 책임은 기업의 책임이 우선 인정되어야 물을 수 있기 때문에 관행적으로 CMA가 조사 후 통지하는 경우에만 개인처벌이 가능하다.

형사적인 제재에 있어서 기소 이전단계까지 CMA가 조사를 담당할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 CMA가 직접 기소까지 할 수 있다는 점을 감안한다면 형사적 제재에 있어서도 CMA의 역할은 지대하다 할 수 있다. 또한 CMA가 조사하여 이첩한 사건에 대해서만 중대범죄수사처가 기소할 수 있다는 점을 감안한다면 영국 경쟁법 상에 전속고발제도 자체는 없지만 사실상 경쟁법의 형사적 제재절차는 전속고발제도가 있는 것과 유사한 구조이다.

4) 기타

EU나 독일은 기업이든 개인이든 막론하고 경쟁법에 형사적 제재 제도 자체를 가지고 있지 않다. EU는 형사나 군사분야는 아직 통합이 이루어지고 있지 않기 때문에 형사적 제재 자체가 불가능하다. 독일은 경쟁제한방지법 자체에 형사처벌 조항을 두고 있지 않다.

3. 형사적 제재의 문제점

1) 형사벌 과다

경쟁법 위반행위는 기본적으로 민사적 행위이다. 미국에서 경쟁법 집행의 90% 이상이 민사소송 등 민사적 수단에 의해 이루어진다는 것은 경쟁법의 바로 이러한 성격 때문이다. 자본주의 사회의 발전에 따라 사적 자치만으로 해결하기에 한계가 있는 사건에 대해 행정적 제재가 늘어나고 있다 하더라도 정부가 민사적 사안에 너무 많이 개입하는 것은 바람직하지 않다. 더군다나 경쟁법위반행위에 대한 형사처벌은 극히 예외적으로 이루어져야 한다. 왜냐하면 형벌

사회문제 해결에 있어서 최후의 수단이 되어야 하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 공정거래법에는 형사벌 조항이 너무 많다. 오히려 형사벌이 가능하지 않은 행위가 거의 없다. 물론 공정거래법에는 전속고발조항이 있어서 형사벌이 있다고 하여 검찰이 무분별하게 형사조사를 개시하지 못하도록 하고 있으나 의무고발요청제도로 인해 사실상 전속고발권이 폐지된 상황임을 감안하면 언제든지 형사벌 발동이 가능한 상태이다.

선진국의 사례를 살펴보면 각국의 형편에 따라 차이점은 있지만 우리나라처럼 형사벌 조항이 많은 나라는 찾아보기 어렵다. 물론 조사방해와 같은 절차법 위반에 대해서는 대부분의 나라들이 형사적 제재를 가하는 편이지만 실체법 위반에 대해서는 아래의 [표 15]에서 볼 수 있듯이 각국별로 차이가 많다.

[표 15] 경쟁법 위반행위에 대한 형벌조항 비교

행위유형	독일	EU	미국	일본	영국	한국
카르텔	×	×	○	○	○	○
시지남용행위	×	×	△	△	×	○
기업결합	×	×	×	×	×	○
불공정거래행위	-	-	-	×	-	○

※ △는 규정은 있지만 사실상 집행하지 않음을 의미

EU는 형사분야의 통합이 이루어지지 않았기 때문에 형사적 제재가 불가능하다. 독일은 경쟁법 위반행위에 대해 아예 형사벌을 부과하지 않는다. 물론 독일에서는 형법 제298조에서 입찰담합에 대해 형사벌을 부과할 수 있도록 하고 있어 경쟁법 위반행위에 대해 전혀 형벌이 불가능한 것은 아니다. 하지만 입찰담합죄는 경쟁법 위반행위 유형이기도 하지만 그와 상관없이 형법에 의해 제재한다는 점에서 엄밀한 의미에서의 경쟁법 위반에 대한 형사적 제재라고 하기는 어렵다.

미국과 일본은 경성카르텔이 아닌 한 형사처벌을 하는 경우가 없다. 영국은

대해서만 기업이 아닌 개인에게 한정하여 형사벌을 부과할 수 있다. 영국도 기존에는 경쟁법 위반행위에 대해 행정적 제재만을 부과하여 왔으나 법집행을 강화하기 위해 2002년 기업법이 제정되면서 아주 제한적인 범위 내에서 형사벌을 허용하고 있다. 미국·일본과 영국의 차이점은 기업에 대해 형사처벌을 할 수 있는지 여부이다. 미국·일본은 기업과 개인 모두 형사처벌의 대상이 되는데 반하여 영국은 오로지 개인만 형사처벌의 대상이 된다.

이에 반해 우리나라는 공정거래법 위반행위 전반에 대하여 형사적 제재를 부과할 수 있다. 비교대상이 되는 나라뿐만 아니라 전 세계 어느 나라와 비교하더라도 형사벌의 범위가 가장 넓은 편이다. 심지어는 불공정거래행위뿐만 아니라 공정거래법에서 과생된 가맹사업법이나 표시광고법, 하도급법 위반행위에 대하여도 형사적 제재가 가능하도록 되어 있어 형사벌의 범위가 대단히 넓다.⁶⁴⁾

기본적으로 민사적인 사안에 대해 행정적 제재를 가하는 것도 신중하여야 하는 것이 법원칙일 뿐만 아니라 자유롭고 혁신적인 기업활동을 도모하기 위해 서라도 형사벌 조항은 대폭 정비하여야 한다. 무분별한 형사벌의 집행이 이루어지는 경우 기업의 경제활동이 위축될 우려가 있고 기업이 형사벌에 지나치게 노출되는 것은 경제활동의 위축을 넘어 이를 회피하기 위한 정경유착을 초래하여 사회의 건전한 발전을 저해할 우려도 있다. 기업들을 위한 권리장전(Magna Carta)이어야 할 공정거래법이 오히려 기업을 위한 처벌법이 되지 않도록 하여야 한다.

이러한 측면에서 공정거래위원회는 고발권의 행사를 신중히 할 필요가 있고 전속고발제도는 형사벌이 과도하게 많은 우리나라 현실에서 필수적인 제도라 할 수 있다. 주요 선진국에서도 위법성의 정도가 심한 경성카르텔을 제외한다면 형사적 제재는 좀처럼 활용하지 않고 있음을 참고할 필요가 있다.

64) 우리나라에서 형사벌 조항이 많은 법은 공정거래법뿐만 아니다. 대부분의 행정법규에서 상당히 많은 형사벌 조항을 발견할 수 있는데 선진국의 검찰이 주로 형법을 집행하는데 반하여 우리나라 검찰은 행정법률들도 집행하고 있다. 아마 행정형법 조항이 이렇게 많은 입법례도 찾아보기 힘든 것이 아닌가 한다.

표는 2017년 공정거래백서에서 발췌한 것인데 최근 3년간 연평균 고발 건수가 60여건에 이른다.

[표 16]공정거래위원회 사건처리현황

(단위 : 건)

연도 유형	'81~ '02	'03	'04	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11	'12	'13	'14	'15	'16
고 발 ¹⁾ (과징금)	249 (21)	18 (4)	22 (2)	12 (2)	47 (3)	48 (11)	33 (9)	43 (8)	19 (3)	38 (22)	44 (7)	63 (17)	65 (45)	56 (22)	57 (30)
시정명령 (과징금)	4,540 (555)	449 (33)	478 (89)	756 (272)	644 (154)	928 (315)	737 (132)	486 (70)	277 (63)	370 (134)	388 (76)	314 (73)	252 (68)	450 (180)	252 (81)
시정권고 (시정요청)	1,681 (43)	104 (2)	101 (1)	163 (-)	179 (1)	124 (-)	77 (1)	85 (-)	66 (-)	62 (-)	51 (-)	46 (-)	27 (-)	44 (1)	16 (-)
경고등 ²⁾	10,779	2,132	2,388	2,419	2,516	2,124	2,336	2,589	1,763	1,842	2,036	1,750	2,079	2,111	1,954
기타 ³⁾	5,285	836	957	949	1,051	1,256	1,373	1,461	1,513	1,567	1,885	1,263	1,644	1,706	1,606
계	22,534	3,539	3,946	4,299	4,437	4,480	4,556	4,664	3,638	3,879	4,404	3,434	4,067	4,367	3,885

주1) 공정거래법 제71조제3항 및 제4항에 의한 고발은 포함되지 않음

주2) 자진시정(약관법 위반의 경우 심의절차종료, 그 외의 경우는 경고), 조정 및 과태료 부과 건수 포함. 단, 자진시정의 경우 2008년 이후 실적부터 분류.

주3) 무혐의, 심의절차종료, 과징금 재산정 등

2) 기업에 대한 이중제재

미국은 기업에 대한 제재가 한번으로 종료가 된다. FTC가 과징금을 부과한 사건에 대해 검찰이 벌금을 부과하는 경우란 없다. 왜냐하면 역사적인 이유로 인해 기업에 대한 금전적인 제재는 형사적 벌금으로만 부과하고 FTC의 과징금부과는 없기 때문이다. 일본의 경우 공정취인위원회가 과징금을 부과하고 검찰에 고발하여 벌금부과도 가능하긴 하지만 입찰담합 외에 검찰고발을 사실상 하지 않기 때문에 이중제재의 문제는 거의 없다.

이처럼 경쟁법 위반행위를 한 기업에 대한 금전적 제재는 주요 선진국의 경우 주로 행정적 제재인 과징금이든 형사적 제재 벌금이든 한 가지 수단만을 선택적으로 활용하거나 일본처럼 극히 제한적으로 중복집행을 한다.

[표 17] 선진국의 기업에 대한 제재 비교표

국가		과징금유무	벌금유무	벌금 부과절차
미 국	FTC	X	X	법무부 단독
	법무부	X	○	
E U		○	X	X
독 일		○	X	X
영 국		○	X	X
일 본		○	○	公取委 고발
한 국		○	○	공정거래위원회 고발

좀 더 구체적으로 살펴보면 EU, 독일, 영국은 기업에 대해서는 행정적인 과징금만 부과하지 형사적인 벌금은 부과하지 않는 반면 미국은 FTC의 경우 과징금제도 자체를 가지고 있지 않고 법무부만 형사소송절차를 통해 벌금을 부과한다. EU나 독일은 기업이든 개인이든 막론하고 경쟁법에 형사적 제재 제도 자체를 가지고 있지 않다. 영국은 기업에 대해서는 경쟁법에 형사적 제재 제도를 가지고 있지 않고 개인에 대해서만 형사벌 제도를 가지고 있다.

요약한다면 미국과 유럽 주요 국가들은 기업에 대해 경제적 제재를 하는 방식은 다르지만 공통적인 점은 형사적 제재와 행정적 제재를 동시에 가하지 않는다는 점이다. 즉 이들 선진국가들은 벌금과 과징금을 동시에 부과하지 않고 한 가지만 부과한다는 점이다. 반면 한국과 일본은 기업에 대해 일차적으로 행정적 제재인 과징금을 부과한 후 고발을 거쳐 추가적으로 벌금을 부과하는 중복적 범집행구조이다.

이처럼 주요 선진국 기업들은 경쟁법 위반행위에 대해 하나의 기관, 한 번의 조사, 한 번의 심리, 하나의 제재를 받게 되는 반면 한국의 기업들은 두 개의 기관(공정거래위원회/검찰), 두 번의 조사(공정거래위원회 조사/검찰조사), 두 번의 심리(공정거래위원회 심리/법원 심리), 두 번의 제재(과징금/벌금)에 놓여

셈이다.

한편 공정거래위원회는 자체적으로 과징금을 부과할 뿐만 아니라 일본에 비해 상대적으로 고발을 많이 하기 때문에 이중제재의 문제가 야기될 수 있다. 다만 행정적 제재만으로 미치지 못하는 경우 추가적으로 형사적 제재를 한다고 설명되고 있어 과잉처벌은 아닌 것으로 보고 있다. 헌법재판소는 “부당지원행위에 대하여 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하는 것이 이중처벌금지 원칙에 위반되지 않는다”고 판시하면서도 그렇다 하더라도 “그러한 제재들의 총합이 법 위반의 억지에 필요한 정도를 넘어 지나치게 가혹한 것이 되어서는 아니된다는 비례성의 원칙은 준수되어야 한다”고 판시한 바 있다.

최근 공정거래법의 전반의 전속고발제도 폐지 혹은 다양한 행위 중 경성카르텔에 대해서는 전속고발제도를 폐지하거나 전속고발제도를 유지하되 고발을 의무화하는 방안 등이 제시되고 있다. 경성카르텔은 상대적으로 비난가능성이 높고 외국에서는 당연위법형 사건이라는 점을 감안한 것으로 생각된다. 하지만 이렇게 하는 경우 행정적 제재와 형사적 제재에 대한 제도가 외국들과 상이해 중복적 법집행의 문제가 발생할 수 있다.

또한 미국처럼 전속고발제도를 폐지하여야 한다고 주장하기도 한다. 하지만 만약 전속고발제도를 폐지하게 되면 미국처럼 되는 것이 아니라는 점이다. 현 상태에서 전속고발제도를 폐지하는 경우 공정거래위원회는 공정거래위원회대로 조사하여 기업에 대해 과징금을 부과하고, 검찰은 검찰대로 조사하여 기업에게는 벌금, 행위자에게는 벌금이나 징역형을 부과하게 되기 때문에 기업은 이중의 부담에 처하게 된다.

3) 벌금의 범위반역제 효과

형사벌 조항의 궁극적인 목적은 범위반역제효과를 거두는 것이다. 미국의 경우 기업에 대해 거액의 벌금이 내려지는 경우가 적지 않고 법무부의 벌금은 규모가 커서 상당한 범위반역지력이 있는 것이 사실이다. 물론 주로 국제카

거액의 벌금이 내려지고 통계로 본다면 주된 타겟이 주로 우리나라, 대만과 같은 동북아 국가이고 정작 미국 기업은 예외인 것처럼 보여 범위반억 제효과는 외국 기업을 겨냥한 것은 아닌지 의심이 들기도 한다.

우리나라의 경우 기업에 대한 경제적 제재는 주로 과징금에 의존하고 있고 벌금은 큰 의미를 지니고 있지 못하다. 벌금은 법정 상한이 2억 원에 불과하고 실제로 부과되는 금액도 1천만 원 내외에 그치는 경우가 많았다. 그것은 행위의 성격상 형벌에 규정된 범죄행위에 비해 비난 가능성이 낮은 경우가 많고 다른 한편으로는 고발 되는 사건의 경우 대부분은 이미 공정거래위원회가 거액의 과징금을 부과하여 이미 상당한 경제적 불이익을 부과하였기 때문이다.

공정거래법상 기업에 대한 벌금의 법정 상한이 낮은 것은 한국과 일본의 양벌조항과 관련이 있다. 한국의 양벌조항은 일본의 것을 수용한 것이다. 공정거래법 제70조에서는 “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조부터 제68조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과()한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

이 조항의 취지는 일본에서도 범위반 행위자인 자연인을 먼저 처벌하고 이어서 부수적으로 감독책임을 물어 기업을 처벌하고자 한 것이었다.⁶⁵⁾ 예컨대 담합모의를 한 경우 범위반을 주도한 자연인을 우선 처벌하고 그와 동시에 선임·감독의 책임이 있는 기업을 처벌하고자 한 것이었다. 그래서 공정거래법 제70조 단서에서도 “위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는” 면책하도록 하고 있다. 이 조항에서 개인은 개인사업자를 의미하는 것으로 읽어야 한다.

65) 日本 最高判 昭和 40・3・26 刑集 19卷 2號 83頁; 2006년 獨禁法基本問題懇談會에서도 양벌조항은 행위자에 대한 기업의 선임 및 감독책임을 묻기 위한 것으로 인식하고 있다(동보고서 11頁).

양벌조항에서는 기업에 대한 처벌 수준은 행위자인 자연인에 대한 처벌 수준과 유사해 질 수밖에 없다. 왜냐하면 자연인에 대해서는 징역형이 가능하기 때문에 벌금 수준을 지나치게 높일 필요가 없기 때문이다. 실제로 일본에서는 1992년 법 개정 전까지 개인과 기업에 대한 벌금 상한액은 500만 엔으로 동일하였다. 1992년 법 개정으로 기업에 대한 벌금상한액을 1억 엔으로 인상하였는데 그것은 1989년에 시작된 미·일 구조조정 협의에 따른 것이었다.

현행 공정거래법은 개인에 대한 벌금 상한과 기업에 대한 벌금 상한이 동일하게 2억 원이다. 따라서 기업의 입장에서는 벌금 그 자체가 부담스럽다기보다는 벌금을 부과 받는 절차 즉 검찰에 의한 압수수색 등 강제조사 및 그 이후의 재판절차가 더 부담스럽게 느껴진다. 강제력이 없는 공정거래위원회 조사와 달리 검찰 조사는 압수수색이나 구속 등의 강제력이 수반된 조사이기 때문에 기업이 느끼는 강도는 훨씬 높을 수밖에 없다.

과징금과 벌금의 총합이 너무 과도한 경우 이중처벌로서 위헌성의 문제가 발생할 수 있어 벌금액의 상한을 무작정 높이는 것은 바람직하지 않다.

4. 형사적 제재의 개선방안

1) 원칙

공정거래법은 과소집행(under-enforcement)되어서도 안 되겠지만 반대로 과잉집행(over-enforcement)되어서도 안 된다. 적정하게 집행되는 것이 가장 바람직하다. 경쟁법으로서의 공정거래법의 사명은 시장에서 기업들 간의 자유롭고 공정한 경쟁을 보호함으로써 시장에서 혁신의 분위기를 조성해 주고 시장경제가 발전할 수 있도록 규칙을 정해주는 것이다.

공정거래법 위반사건의 대부분은 계약을 둘러싸고 발생하거나 사적인 거래와 관련이 있다. 그래서 우선적으로 당사자 간 자율적인 해결책을 존중해 주어야

. 우리나라에서 가장 취약한 분야 중의 하나가 사적 집행이다. 여러 가지 이유가 있겠지만 민사적인 절차가 너무 엄격하여 경제적 약자에게 불리하다는 것이다. 이러한 사법시스템의 비효율성으로 인해 행정적 집행이나 형사적 집행을 요구하는 목소리가 높아지고 있다. 설령 그러한 측면이 있다고 하여 행정적 집행이나 형사적 집행이 과도하게 되면 또 다른 부작용이 발생할 수 있다. 그래서 행정적 조치나 형사처벌은 가급적 자제하는 것이 좋다. 그 대신 사적 집행이 활성화 될 수 있도록 공정거래위원회가 민사소송에 원고보조참가를 하여 경쟁당국의 입장을 적극 개선하거나 경제적 약자의 소송을 간접적으로 지원해 주는 것은 적극 고려해 볼 만하다.

공정거래법 위반행위에 대해 형사처벌을 하는 것은 최후의 수단이 되어야 한다. 우선 행정적 제재인 시정명령이나 과징금으로 해결하기 위해 노력해보아야 한다. 만약 현행의 과징금의 범위반 억지력이 부족하다면 EU 수준으로 과징금을 인상하는 방안도 고려해 볼 수 있다. EU나 영국은 과징금의 수준을 한 기업의 전년도 전 세계 매출액의 10%(10% of its total turnover in the preceding business year)까지 부과한다. 이들 국가들은 기업에 대한 형사적 제재 없이 과징금 하나만 가지고서도 상당한 범위반 억지력을 거두고 있다고 평가받고 있다.

한편 행정적 수단도 좀 더 치밀하게 마련하여야 한다. 단지 부작위식의 명령보다는 적극적으로 시장의 문제를 해소할 수 있는 정밀한 작위명령을 내릴 수 있어야 한다.

그리고 형사적 수단은 민사적인 수단이 여의치 않고 행정적인 수단만으로는 부족할 때 최후에 발동하는 것이 바람직하다. 우리사회는 공정거래뿐만 아니라 많은 분야에서 형사적 수단을 최후의 수단이 아니라 최초의 수단으로 활용하고자 하는 경향이 있다. 형사적 수단은 단기간에 효과를 볼 수 있어 심리적 카타르시스 해소에는 도움이 될 수 있을지 모르지만 피해자의 구제나 훼손된 경쟁질서의 회복에는 무력하다.

2) 축소

앞에서 살펴본 것과 같이 우리나라 공정거래법에는 형벌조항이 너무 많다. 카르텔뿐만 아니라 거의 모든 행위에 형벌조항이 마련되어 있다. 기업들은 매일 매일 형사처벌의 경계선상을 걸어야 하는지 모른다.

경쟁법은 대단히 추상적이다. 형법과 달리 사전에 위법성 판단기준이 명확하지 않을 뿐만 아니라 수시로 변하곤 한다. 예컨대 형법상 사기나 절도는 고조선시대나 지금이나 큰 차이가 없고 아프리카 국가들이나 미국이나 큰 차이가 없다. 반면 경쟁법의 규율대상행위들은 시대에 따라 큰 차이가 있고 국가별로 차이가 적지 않다. 심지어는 한 국가 내에서도 시대별로 큰 차이가 나기도 한다.

대표적인 사례가 미국의 수직적 거래제한에 대한 위법성판단기준의 변화이다. 1960년대만 하더라도 시장점유율과 무관하게 당연위법으로 인정이 되었었는데 불과 10년 이후인 1977년 연방대법원은 *Sylvania* 사건⁶⁶⁾에서 합리성의 원칙을 선언해 사실상 특별한 사정이 없는 한 합법으로 되어 버렸다. Lino A. Graglia 교수는 실제적으로는 당연적법(per se legality)이나 마찬가지로 지적한다.

이렇게 추상적이고 예측가능성이 없는 행위 전반에 대해 형벌조항을 존치함으로써 얻을 수 있는 이익은 적은 반면 부작용은 훨씬 크다고 생각한다. 비교법적으로 보더라도 경쟁법에 불공정거래행위라는 범위반유형을 두고 있는 나라는 서구에서는 찾아보기 어렵다. 공정거래법에 영향을 준 일본 독금법상의 불공정거래행위는 행정적 수단으로 제재를 할 수는 있지만 형사적 제재는 허용되지 않는다. 왜냐하면 시장지배력이 요구되지도 않고 경쟁수단이 불공정하거나 거래내용이 불공정한 행위에 대해 민사적 수단에 보충적으로 행정적 수단은 활용할 수 있지만 형사적 수단을 활용하는 것은 과도하다고 보기 때문이다.

기업들의 자유롭고 혁신적인 경제활동을 유도하기 위해서는 우선 불공정거래행위에 대한 형벌조항은 전면적으로 폐지하는 것이 바람직하다고 생각된다.

66) *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977)

주로 민사적인 피해와 관련된 것이다. 형사처벌보다는 오히려 시정명령 개선방안을 강구하는 것이 바람직하다.

행정부인 공정거래위원회가 일반적인 손해배상명령 또는 부당이득반환명령을 하는 것은 삼권분립체제에 정면으로 배치될 우려가 높다. 하지만 사실관계가 어느 정도 확정된 상태에서 원상회복 성격이든 부당이득반환 성격이든 당사자의 피해구제를위한 적극적인 시정명령을 강구해 볼 필요가 있다. 미지급 하도급대금 지급명령이나 가맹사업법 상 시정조치의 한 형태로 가맹금반환 명령, 점포환경 개선비용 지급명령, 대규모유통업법상 시정조치의 한 형태인 상품판매대금 지급명령, 매장 설비비용 보상 명령 등 제한된 범위 내에서 금전적인 피해를 보전해 주도록 하는 명령은 이미 법적인 근거가 마련이 되어 있다.

3) 기업에 대한 제재는 과징금으로 단일화

공정거래법 시정명령이나 과징금부과 대상은 대부분 기업이다. 기업에 대해서는 형사처벌을 한다고 하더라도 금전적 제재인 벌금을 부과하는 방법밖에 없다. 그렇다면 동일한 금전적 제재인 과징금을 부과한 후에 다시 벌금을 부과하는 것은 기업으로 하여금 이중조사를 받게 하는 효과 밖에 없다. 앞에서 살펴본 것처럼 양벌조항의 성격상 벌금은 관리감독상의 책임으로 인해가 되고 있어 과징금에 비해서는 그 규모가 상대적으로 작을 수밖에 없다.

현실적으로 기업에 대한 형사책임을 묻는 경우 기업으로서는 벌금보다는 강제조사권 발동에 대한 부담이 더 크다. 경쟁법에 형벌조항을 두고 있는 영국이나 프랑스같은 선진국들이 기업에 대해서는 과징금만 부과하고 형벌은 개인에 대해서만 부과하는 것도 이러한 취지에서이다. 미국은 FTC가 과징금을 부과하지 않기 때문에 법무부에 의한 벌금구형이 있다고 하더라도 이중적인 조사의 위험은 없다.

비교법적으로 보더라도 하나의 행위에 대해 과징금과 벌금을 병과하는 나라는 우리나라와 일본밖에 없는데 일본은 벌금부과가 거의 없기 때문에 별다른 문

되지 않지만 우리나라는 고발이 상당히 많이 이루어지고 있어 이중제재의 우려가 있다.

4) 자연인위주의 형사처벌

공정거래위원회가 형사고발을 하면서 자연인인 행위자는 고발하지 않으면서 법인인 기업만 고발하는 것은 법의 취지에 비추어 바람직하지 않을 뿐만 아니라 범위반억지효과도 부족하다고 생각된다. 왜냐하면 양벌조항의 취지상 범위반행위의 주도자인 행위자 처벌이 전제되어야 하고 차후에 행위자에 대한 관리감독의 책임이 있는 기업이 처벌받아야 하기 때문이다.

고발실무를 보면 법의 취지와는 정반대로 행위자는 빼고 기업만 고발하는 경우가 많다. 2008년-2013년 기간의 5년간 고발통계⁶⁷⁾를 살펴보면 전체 고발건수는 179건인 반면 개인고발 건수는 147건에 그친다. 물론 공정거래위원회로서는 사정이 없지는 않다. 우선 압수수색권이 없는 공정거래위원회로서는 기업의 행위는 알 수 있을지언정 행위자의 관여 정도를 정확히 알기가 어렵고 행위자가 이미 퇴사해 버린 경우는 소환조사 자체가 어렵기 때문이다.

하지만 기업에 대한 고발은 벌금의 상한이 2억 원밖에 되지 않는다는 점에서 큰 실효성을 기대하기 어렵다. 반면 개인에 대해서는 벌금뿐만 아니라 징역형을 내릴 수 있기 때문에 범위반억지력이 훨씬 높아 질 수 있다.

5) 의무고발제도의 신중한 운영

의무고발제도⁶⁸⁾가 신설된 지 오래되지 않았기 때문에 아직까지는 검찰청이나

67) 김재신, “공정거래법 집행 발전방향”, 「공정거래법 위반행위에 대한 바람직한 형사적 집행」, 전경련·범무법인(유) 울촌 발표자료(2014.8.27.) 24면 참조.

68) 제71조(고발)

③ 검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다.

④ 공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라

, 중소기업벤처부, 조달청에서의 고발이 적극적이지 않다. 하지만 이러한 기관들은 합의제가 아니고 독임제여서 기관장의 독립성이 훼손될 우려가 상대적으로 높아 고발이 자칫 자의적으로 행해질 수 있는 가능성이 늘 상존해 있다.

문제는 고발요청이 있으면 공정거래위원회 위원장은 검찰총장에게 무조건 고발하여야 하고 고발여부를 판단할 수 있는 재량이 없다. 기업이 형사처벌의 위험에 너무 많이 노출되는 경우 기업본연의 연구개발이나 마케팅활동보다는 대관업무에 더 많은 신경을 할애해야 할 수도 있다. 제도의 취지에 어긋나지 않게 관련 기관들과 협조해서 공정거래법의 목적에 대한 공감대를 형성할 필요가 있다.

도 감사원장, 중소기업벤처부장관, 조달청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다. .

⑤ 제3항 또는 제4항에 따른 고발요청이 있는 때에는 공정거래위원회 위원장은 검찰총장에게 고발하여야 한다.

<첨부 1> 일본 독금법상 불공정한거래방법 지정고시

不公正な取引方法（昭和五十七年六月十八日公正取引委員会告示第十五号）

（昭和五十七年六月十八日 公正取引委員会告示第十五号）

改正 平成二十一年十月二十八日 公正取引委員会告示第十八号

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和二十二年法律第五十四号）第二条第九項の規定により、不公正な取引方法（昭和二十八年公正取引委員会告示第十一号）の全部を次のように改正し、昭和五十七年九月一日から施行する。

不公正な取引方法

（共同の取引拒絶）

1 正当な理由がないのに、自己と競争関係にある他の事業者（以下「競争者」という。）と共同して、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること。

一 ある事業者から商品若しくは役務の供給を受けることを拒絶し、又は供給を受ける商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限すること。

二 他の事業者に、ある事業者から商品若しくは役務の供給を受けることを拒絶させ、又は供給を受ける商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限させること。

（その他の取引拒絶）

2 不当に、ある事業者に対し取引を拒絶し若しくは取引に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限し、又は他の事業者にこれらに該当する行為をさせること。

（差別対価）

- 3 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和二十二年法律第五十四号。以下「法」という。）第二条第九項第二号に該当する行為のほか、不当に、地域又は相手方により差別的な対価をもつて、商品若しくは役務を供給し、又はこれらの供給を受けること。
（取引条件等の差別取扱い）
- 4 不当に、ある事業者に対し取引の条件又は実施について有利な又は不利な取扱いをすること。
（事業者団体における差別取扱い等）
- 5 事業者団体若しくは共同行為からある事業者を不当に排斥し、又は事業者団体の内部若しくは共同行為においてある事業者を不当に差別的に取り扱い、その事業者の事業活動を困難にさせること。
（不当廉売）
- 6 法第二条第九項第三号に該当する行為のほか、不当に商品又は役務を低い対価で供給し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること。
（不当高価購入）
- 7 不当に商品又は役務を高い対価で購入し、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあること。
（ぎまんの顧客誘引）
- 8 自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について、実際のもの又は競争者に係るものよりも著しく優良又は有利であると顧客に誤認させることにより、競争者の顧客を自己と取引するように不当に誘引すること。
（不当な利益による顧客誘引）
- 9 正常な商慣習に照らして不当な利益をもつて、競争者の顧客を自己と取

引するように誘引すること。

(抱き合わせ販売等)

10 相手方に対し、不当に、商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取引するように強制すること。

(排他条件付取引)

11 不当に、相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引し、競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること。

(拘束条件付取引)

12 法第二条第九項第四号又は前項に該当する行為のほか、相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること。

(取引の相手方の役員選任への不当干渉)

13 自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、取引の相手方である会社に対し、当該会社の役員(法第二条第三項の役員をいう。以下同じ。)の選任についてあらかじめ自己の指示に従わせ、又は自己の承認を受けさせること。

(競争者に対する取引妨害)

14 自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある他の事業者とその取引の相手方との取引について、契約の成立の阻止、契約の不履行の誘引その他いかなる方法をもつてするかを問わず、その取引を不当に妨害すること。

(競争会社に対する内部干渉)

15 自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係に

ある会社の株主又は役員に対し、株主権の行使、株式の譲渡、秘密の漏えいその他いかなる方法をもつてするかを問わず、その会社の不利益となる行為をするように、不当に誘引し、そそのかし、又は強制すること。

附則（平成二十一年公正取引委員会告示第十八号）

この告示は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律（平成二十一年法律第五十一号）の施行の日（平成二十二年一月一日）から施行する。

本文ここまで

<첨부 2> 끼워팔기 관련 불공정거래행위 심사지침 비교

개정 2012.4.25. 공정거래위원회 예규 제134호	개정 2015. 12. 31. 공정거래위원회 예규 제241호
<p>(1) 대상행위</p> <p>(가) 서로 다른 별개의 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위가 대상이 된다. 이때 끼워팔기의 대상이 ‘서로 다른 별개의 상품 또는 용역’에 해당되는지 여부는 이들이 시장에서 통상 별도로 거래되는지 여부와 더불어 그 상업적 용도나 기능적 특성, 소비자 인식태도, 경우에 따라서는 제품통합과 기술 혁신의 추세 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.</p> <p>(나) 끼워팔기를 행하는 주체는 주된 상품(또는 용역)과 종된 상품(또는 용역)을 동시에 공급할 수도 있고, 자기가 지정하는 제3자로 하여금 종된 상품(또는 용역)을 공급하게 할 수 있다.</p> <p>(다) 끼워팔기에는 상품 또는 용역을</p>	<p>(1) 대상행위</p> <p>(가) 서로 다른 별개의 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위가 대상이 된다. 이때 끼워팔기의 대상이 ‘서로 다른 별개의 상품 또는 용역’에 해당되는지 여부는 이들이 시장에서 통상 별도로 거래되는지 여부와 더불어 그 상업적 용도나 기능적 특성, 소비자 인식태도, 경우에 따라서는 제품통합과 기술 혁신의 추세 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.</p> <p>(나) 끼워팔기를 행하는 주체는 주된 상품(또는 용역)과 종된 상품(또는 용역)을 동시에 공급할 수도 있고, 자기가 지정하는 제3자로 하여금 종된 상품(또는 용역)을 공급하게 할 수 있다.</p> <p>(다) 끼워팔기에는 상품 또는 용역을</p>

<p>판매하는 경우 외에 임대하는 경우도 포함된다.</p> <p>(라) 거래상대방에는 사업자 뿐만 아니라 소비자가 포함된다.</p> <p>(2) 위법성의 판단기준</p> <p>(가) <u>끼워팔기가 바람직한 경쟁질서를 저해하는 불공정한 경쟁수단에 해당되는지</u> 또는 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단한다.</p> <p>(나) 이 때, 불공정한 경쟁수단 해당 여부 또는 경쟁제한성 여부는 다음 사항을 종합적으로 고려하여 판단한다.</p> <p>① 끼워팔기를 하는 사업자가 거래상대방에 대해 주된 상품(또는 용역)과 종된 상품(또는 용역)의 동반 구입을 강제할 수 있는지 여부. 이를 판단하기 위해 당해 상품 또는 용역의 시장지배력, 브랜드 특성, 소비 실태 등을 고려한다.</p> <p>② 끼워팔기가 정상적인 거래관</p>	<p>판매하는 경우 외에 임대하는 경우도 포함된다.</p> <p>(라) 거래상대방에는 사업자 뿐만 아니라 소비자가 포함된다.</p> <p>(2) 위법성의 판단기준</p> <p>(가) 끼워팔기가 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단한다.</p> <p>(나) 이 때, 경쟁제한성 여부는 다음 사항을 종합적으로 고려하여 판단한다.</p> <p>① 주된 상품(또는 용역)과 종된 상품(또는 용역)이 별개의 상품(또는 용역)인지 여부. 이를 판단하기 위해서는 주된 상품(또는 용역)과 종된 상품(또는 용역)이 밀접불가분한 구성요소인지 여부, 통상적으로 주된 상품(또는 용역)과 짝지워 하나의 단위로 판매 또는 사용되는지 여부, 주된 상품(또는 용역)과 종된 상품(또는 용역)을 별도로 구매하고자 하는 충분한 수요가 있는지 여부 등을 고려한다.</p> <p>② 끼워팔기 하는 사업자가 주된</p>
---	---

<p>행에 비추어 부당한지 여부. 정상적인 거래관행에 해당되는지 여부는 당해 시장에서의 통상적인 거래관행을 기준으로 하되, 통상적인 거래관행에 해당된다고 할지라도 끼워팔기에 의해 경쟁제한효과가 발생하거나 소비자의 자율적 선택권이 침해되는 경우에는 부당한 것으로 본다.</p> <p>(i) 끼워팔기가 당해 시장에서의 통상적인 거래관행인 경우에는 특별히 장래의 경쟁을 제한하거나 소비자의 자율적 선택권을 침해하지 않는 한 원칙적으로 정상적인 거래관행에 부합하는 것으로 본다. 반면, 끼워팔기가 당해 시장에서의 통상적인 거래관행이 아닌 경우에는 장래의 경쟁을 촉진하거나 소비자후생을 증대시키지 않는 한 원칙적으로 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 것으로 본다.</p> <p>< 정상적인 거래관행에 부합되는 경우 예시 ></p>	<p>상품(또는 용역)시장에서 시장력(market power)이 있는지 여부. 시장력(market power)의 개념 및 이에 대한 판단은 이 지침 III. 3. 경쟁제한성 판단 기준에 따른다.</p> <p>③ 주된 상품(또는 용역)과 종된 상품(또는 용역)을 같이 구입하도록 강제하는지 여부 등. 강제성이 있는지 여부는 거래 상대방의 입장에서 서로 다른 두 상품(또는 용역)을 따로 구입하는 것이 자유로운지를 기준으로 판단한다. 이때, ‘강제성’은 주된 상품(또는 용역)에 대한 구매자의 거래처 전환가능성이 적을수록 큰 것으로 보며, 다른 거래처에서 구입할 경우 주된 상품(또는 용역)의 거래거절이나 공급량 감소 등 각종 불이익이 예상됨으로 인하여 사실상 거래처를 전환할 수 없는 경우 등에는 강제성이 인정될 수 있다. 이때 거래상대방이 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 실제로 구입하였을 것을 필요로 하지 않는다.</p>
---	--

<ul style="list-style-type: none"> · 주된 상품(또는 용역)의 기능에 반드시 필요한 상품을 끼워파는 행위(프린터와 잉크, 자동차와 타이어 등) · 두 상품(또는 용역)을 따로이 공급하는 것이 기술적으로 매우 곤란하거나 상당한 비용을 요하는 두 상품을 끼워파는 행위 <p>(ii) 끼워팔기가 발생한 거래에서 통상적인 거래관행이 존재하지 않을 경우에는 경쟁제한효과 또는 소비자 선택권 제한 여부로 판단한다.</p> <p>③ 주된 상품(또는 용역)과 종된 상품(또는 용역)을 같이 구입하도록 강제하는지 여부 등. 강제성이 있는지 여부는 거래 상대방의 입장에서 서로 다른 두 상품(또는 용역)을 따로 구입하는 것이 자유로운지를 기준으로 판단한다. 이때, ‘강제성’은 주된 상품(또는 용역)에 대한 구매자의 거래처</p>	<p>④ 끼워팔기가 정상적인 거래관행에 비추어 부당한지 여부. 정상적인 거래관행에 해당되는지 여부는 당해 시장에서의 통상적인 거래관행을 기준으로 하되, 통상적인 거래관행에 해당된다고 할지라도 끼워팔기에 의해 경쟁제한효과가 발생하는 경우에는 부당한 것으로 본다.</p> <p>(i) 끼워팔기가 당해 시장에서의 통상적인 거래관행인 경우에는 특별히 장래의 경쟁을 제한하지 않는 한 원칙적으로 정상적인 거래관행에 부합하는 것으로 본다. 반면, 끼워팔기가 당해 시장에서의 통상적인 거래관행이 아닌 경우에는 장래의 경쟁을 촉진하거나 소비자후생을 증대시키지 않는 한 원칙적으로 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 것으로 본다.</p> <p>< 정상적인 거래관행에 부합되는 경우 예시 ></p> <ul style="list-style-type: none"> · 주된 상품(또는 용역)의 기능
--	--

<p>전환가능성이 적을수록 큰 것으로 보며, 다른 거래처에서 구입할 경우 주된 상품(또는 용역)의 거래거절이나 공급량 감소 등 각종 불이익이 예상됨으로 인하여 사실상 거래처를 전환할 수 없는 경우 등에는 강제성이 인정될 수 있다. 이때 거래상대방이 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 실제로 구입하였을 것을 필요로 하지 않는다.</p> <p>(다) 끼워팔기가 불공정한 경쟁수단에 해당되거나 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 다음과 같이 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 범위반으로 보지 않을 수 있다.</p> <p>① 끼워팔기로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 경쟁수단의 불공정성으로 인한 공정거래저해 효과나 경쟁제한효과를 현저히 상회하는 경우</p> <p>② 끼워팔기를 함에 있어 기타 합리적인 사유가 있다고 인정되는 경우 등</p>	<p>에 반드시 필요한 상품을 끼워파는 행위(프린터와 잉크, 자동차와 타이어 등)</p> <p>· 두 상품(또는 용역)을 따로이 공급하는 것이 기술적으로 매우 곤란하거나 상당한 비용을 요하는 두 상품을 끼워파는 행위</p> <p>(ii) 끼워팔기가 발생한 거래에서 통상적인 거래관행이 존재하지 않을 경우에는 경쟁제한효과 여부로 판단한다.</p> <p>⑤ 끼워팔기로 인하여 종된 상품(또는 용역)시장의 경쟁사업자가 배제되거나 배제될 우려가 있는지 여부</p> <p>(다) 끼워팔기가 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 다음과 같이 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 범위반으로 보지 않을 수 있다.</p> <p>① 끼워팔기로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 경쟁제한효과를 현저히 상회하는</p>
--	--

<p>(3) 법위반에 해당될 수 있는 행위 (예시)</p> <p>(가) <u>장례식장 등을 운영하는 사업자가 용역거래시 거래상대방이 자신과 거래할 수밖에 없는 실정임을 이용하여 부대물품이나 부대서비스의 이용을 강제하는 행위</u></p> <p>(나) 인기 있는 상품 또는 용역을 판매하면서 인기 없는 것을 함께 구입하도록 하거나, 신제품을 판매하면서 구제품이나 재고품을 함께 구입하도록 강제하는 행위</p> <p>(다) 고가의 기계나 장비를 판매하면서 합리적 이유없이 인과관계가 떨어지는 유지·보수 서비스(유료)를 자기로부터 제공받도록 강제하는 행위</p> <p>(라) 특허권 등 지적재산권자가 라이선스 계약을 체결하면서 다른 상품이나 용역의 구입을 강제하는 행위</p> <p>(마) 합리적 이유 없이 자기와 거래하기 위해서는 자기가 지정하</p>	<p>경우</p> <p>② 끼워팔기를 함에 있어 기타 합리적인 사유가 있다고 인정되는 경우 등</p> <p>(3) 법위반에 해당될 수 있는 행위 (예시)</p> <p>(가) 인기 있는 상품 또는 용역을 판매하면서 인기 없는 것을 함께 구입하도록 하거나, 신제품을 판매하면서 구제품이나 재고품을 함께 구입하도록 강제함으로써 관련 시장에서 경쟁의 감소를 초래하는 행위</p> <p>(나) 고가의 기계나 장비를 판매하면서 합리적 이유없이 인과관계가 떨어지는 유지·보수 서비스(유료)를 자기로부터 제공받도록 강제함으로써 관련 시장에서 경쟁의 감소를 초래하는 행위</p> <p>(다) 특허권 등 지식재산권자가 라이선스 계약을 체결하면서 다른 상품이나 용역의 구입을 강제함으로써 관련 시장에서 경쟁의 감소를 초래하는 행위</p>
--	---

는 사업자의 물품·용역을 구입 할 것을 의무화하는 행위	
-----------------------------------	--