

# 사례중심의 공정거래법 해설

## - 불공정거래행위의 유형(II) -

이 병 주

공정위 총괄정책과장

### 1. 거래거절

#### 가. 개요

거래거절이란 상품 또는 용역의 공급 또는 매입을 거절하는 것이다. 자유경제체제에서 사업자가 거래처를 선택하는 것은 원칙적으로 자유이다. 그러나 당해 거래거절이 경쟁제한적 목적으로 행해지거나 경쟁제한적 효과를 갖는 경우 등 경쟁정책의 측면에서 보아 부당한 경우에는 공정거래법상 문제가 된다.

거래거절은 그 주체에 따라 ① 한 사업자에 의한 단독의 거래거절, ② 둘 이상의 사업자에 의한 공동의 거래거절, ③ 사업자단체에 의한 거래거절로 나눌 수 있다. 이중 ①, ② 유형은 불공정거래행위로 규제되고, ③ 유형은 사업자단체 금지행위로 규제된다. 또한, 행위자 자신이 거래거절하는 경우(직접적 거래거절)와 다른 사업자를 시켜서 거절하는 경우(간접적 거래거절)로 구분할 수 있는데, 간접적 거래거절인 경우에도 거래거절행위로 규제된다.<sup>1)</sup>

#### 나. 공동의 거래거절

공동의 거래거절은 “정당한 이유없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계가 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위”이다.

거래거절은 공급거절 뿐만 아니라 매입거절도 포함한다. 「자신과 경쟁관계에 있는 다른 사업자」에는 현실에서 경쟁관계에 있는 사업자 뿐만 아니라 잠재적 경쟁사업자도 포함된다. 「공동으로」라는 표현은 거래거절과 관련하여 경쟁사업자간에 양해가 성립하거나 공통의 의사가 형성되는 것을 의미한다. 공동의 거래거절에는 「계속적 거래관계」를 중단하는 것뿐만 아니라 「신규의 거래개시」를 거절하는 것도 포함된다. 또한, 거래 자체를 거절하지 않더라도 「상품 또는 용역의 수량이나 내용을 제한」하는 수준이 거래거절과 같은 효과를 가지는 경우에도 금지대상이 된다.

공동의 거래거절행위는 원칙적으로 위법이다. 경쟁사업자가 공동으로 거래거절을 하는 경우 거절을 당하

1) 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항에서는 “사업자는 …… 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

는 상대방은 사업활동에 중요한 제약을 받게 되며 시장에서 배제되어 시장으로의 진입이나 시장에서의 경쟁활동에 직접적인 제한을 받게 되기 때문이다. 이에 따라 공동의 거래거절의 경우 공정경쟁저해성을 나타내는 용어로 「정당한 이유없이」를 사용하고 있다. 그러나 정당한 이유가 있는 경우에는 예외가 인정된다. 공동으로 거래거절을 한 경우라도 시장에서 유력한 지위를 갖고 있지 않아 용이하게 다른 거래처를 개척할 수 있는 경우, 합리적으로 설정된 일정한 기준에 의거 이에 미달하는 자를 거래거절하는 경우, 예를 들어 광고의 윤리적·합리적 기준에 미달하는 자의 광고계재를 거부하는 경우 등이 대표적인 예이다.

#### 다. 기타의 거래거절(단독의 거래거절)

기타의 거래거절은 “부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위”이다. 기타의 거래거절은 한 사업자에 의한 단독의 거래거절을 의미한다는 점을 제외하고는 용어에 대한 해석은 공동의 거래거절의 경우와 같다. 그러나 단독의 거래거절은 공동의 거래거절과는 달리 원칙적으로 자유라는 점에서 차이가 있다. 자유경제체제하에서 사업자가 거래처를 선택하는 것은 원칙적으로 자유롭기 때문이다. 따라서, 단독의 거래거절은 경쟁에 미치는 영향을 개별적으로 판단하여 공정경쟁저해성이 있는 경우에만 규제대상이 된다. 이런 취지에서 단독의 거래거절은 「부당한」 경우에 위법이 된다고 규정하고 있다.

#### 라. 외국의 사례

미국의 경우에도 단독의 거래거절은 원칙적으로 자유이나 시장지배력을 가진 기업이 이 권한을 남용하거나 악용하면 독점금지법에 위반이 될 수 있다. 거래거부가 단독행위가 아닌 공동행위로 발전하면 위법일 확률은 더욱 높아진다. 한때 공동의 거래거절은 당연위법이었으나, 지금은 당연위법의 원칙이 다소 완화되어 적용된다. 공동의 거래거절에 참여한 업체들이 시장지배력(적어도 30% 이상의 시장점유율) 또는 필수적인 자원이나 설비를 보유하고 있으면 당연위법으로 간주하고, 그 외에 대해서는 시장에 미치는 영향을 분석한 후에 그 위법 여부를 판단한다.

#### 마. 사례로 본 거래거절

공동의 거래거절행위로는 i) 통상의 유통경로를 따르지 않고 직접 판매하는 생산업자나 도매업자에 대하여 중간도매상이나 소매업자가 공동으로 거래를 거절하는 경우, ii) 기존 사업자들이 신규 사업자의 시장진입을 방해하기 위해 공동으로 거래를 거절하거나 그 거래상대방에 대하여 거절하도록 시키는 경우, iii) 덤핑업자에 대한 거래거절 등이 있다. 기타의 거래거절행위로는 i) 위법적인 배타조건부 대리점계약을 체결하고 그 계약조항을 위반하는 사업자에 대하여 거래를 거절하는 경우, ii) 자신의 거래선이 경쟁사업자와 거래하지 않도록 하기 위한 수단으로서 경쟁사업자와 거래한 거래선에 대해 거래를 거절하는 행위 등이 있다.

## 2 차별적 취급

### 가. 개요

차별적 취급이란 광의로는 거래의 성립자체, 가격·수량·품질 등 거래조건 및 내용에 있어서 거래의 상대방을 차별하는 것이다. 이중 거래의 성립 자체를 차별하는 행위는 거래절차로서 규제되고, 거래의 조건 및 내용에 대한 차별은 차별적 취급으로 규제된다. 차별적 취급의 구체적 유형으로는 가격차별, 거래조건 차별, 계열사를 위한 차별취급, 집단적 차별이 있다.

가격이나 거래조건을 얼마로 할 것인가는 기본적으로 사업자의 자유에 속한다. 경쟁과정에서 사업자는 가능한 한 많은 고객을 확보하기 위해 가격인하나 거래조건 등에 있어서 다른 경쟁사업자보다 유리한 조건을 제시한다. 이렇게 시장경쟁이나 가격인하 경쟁이 이루어지는 과정에서는 대개 가격이나 거래조건 차별을 수반한다. 이런 의미에서 가격과 거래조건에 차이가 생기는 것은 정상적인 경쟁의 반영이라고 볼 수 있다. 그러나 지역이나 거래상대방에 따라 가격이나 거래조건에 차별을 두는 것이 경쟁사업자를 배제(1선 차별)하거나 거래상대방을 그 경쟁사업자와의 관계에서 유리하게 또는 불리하게 하는(2선 차별) 등 경쟁질서에 악영향을 미치는 경우가 있다. 차별취급은 이러한 가격 및 거래조건 차별을 공정한 경쟁질서 유지의 관점에서 규제하는 것이다.

### 나. 가격차별

공정거래법상 가격차별은 “부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위”이다. 가격차별에 해당하려면 우선 동일한 사업자가 행해야 한다. 그러나 반드시 법인격이 하나일 필요는 없고 사업활동에 통일적 의사하에 이루어지면 동일사업자로 인정된다. 또한 동일한 상품이어야 한다. 물리적으로 완전하게 동일할 필요는 없고 동질·동등하거나 전체적으로 동일하다고 인정할 수 있으면 된다. 그리고 지역이나 거래상대방에 따라 가격에 차이가 있어야 한다. 여기서 가격은 상품이나 용역의 급부에 대해 구입자가 지불하는 대가이다. 이때 가격인하 등으로 인해 표면상의 가격과 사실상 지불하는 가격에 차이가 있는 경우에는 가격인하금액을 공제한 실제가격을 기준으로 한다. 요약하면 가격차별은 한 사업자가 동일한 상품이나 용역에 관하여 거래지역이나 거래상대방에 따라 다른 가격으로 거래하는 것을 말한다.

그러나 위에서 언급한 요건을 충족하는 가격차별이 모두 위법이 되는 것은 아니고, 그것이 공정경쟁저해성을 가진 경우에 불공정거래행위로 규제된다. 경쟁사업자를 시장에서 배제하거나 구입자간의 경쟁에 악영향을 미치는 경우 또는 당해 가격차별이 경쟁제한적인 목적을 가지고 행해지는 경우에 위법이다. 따라서, 부당성이 없는 경우, 즉 가격의 차이가 상품의 인도방법, 거래수량의 차이를 바탕으로 한 정당한 비용차이에 따른 것이거나 부패하기 쉬운 계절상품의 처분 등 시장의 수급관계에 대응하고 있는 경우에는 위법이 되지 않는다.

### 다. 거래조건 차별

거래조건 차별은 “부당하게 특정사업자에 대해 수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리한 취급을 하는 행위”이다. 거래조건 차별은 가격차별과 달리 「특정사업자에 대해」라고 규정하고 있어 차별을 받는 자가 사업자인 경우로 한정된다. 여기서 「거래조건이나 거래내용」

에는 인도·결제조건, 거래수량, 품질·규격 등 가격 이외의 거래와 관련한 모든 거래조건이 포함된다. 유리하거나 불리한 취급이란 가격차별과 마찬가지로 거래조건에 있어서 격차가 있다는 의미이다. 그리고 공정경쟁저해성이 있는 경우에 규제되는 것은 가격차별에서와 같다.

#### 라. 계열사를 위한 차별취급

계열회사를 위한 차별취급이란 “정당한 이유없이 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위”이다. 계열회사를 위한 차별취급은 거래상대방에 대한 차별취급의 특수한 형태로서 계열회사의 지원을 목적으로 하는 것이다. 지원받은 계열사는 자신의 경쟁력과 관계없이 자신의 경쟁사업자에 비해 경쟁상 우위가 서기 때문에 공정경쟁질서에 악영향을 미친다. 이에 따라 다른 차별적 취급행위와는 달리 「정당한 이유없이」라고 규정함으로써 원칙 위법으로 규제하고 있다. 차별적 취급에 관한 위원회 심결사례도 계열사를 위한 차별취급이 대부분을 차지한다. 용어에 관한 해석은 가격차별이나 거래조건차별에서와 같다.

#### 마. 외국사례

미국의 경우 클레이튼법 제2조에서 다양한 형태의 가격차별 행위를 금지하고 있다. 판매자가 유사한 상품을 둘 이상의 다른 구매자에게 비슷한 시기에 다른 가격에 판매하여 반경쟁적인 피해를 초래하는 행위는 금지된다. 또한 구매자의 재판매행위에 도움을 주는 광고, 선전 및 마케팅 등 재판매자에게 제공하는 차별적인 금전적 지원이나 시설제공 등 우회적인 가격차별도 규제하고 있다. 그리고 구매자가 판매자로부터 유리한 가격을 받아내는 행위도 금한다. 그러나 가격차별행위가 대량 생산/판매에 따른 비용절감에 기인하거나 경쟁사업자의 가격인하에 대한 대응임을 입증하는 경우에는 정당화된다. 가격차별금지 위반행위는 주로 연방거래위원회(FTC)가 담당했으나, 근래에 들어서는 가격차별에 대한 법집행은 거의 하지 않고 있다.

#### 바. 사례로 본 차별취급

계열사를 위한 차별적 취급은 계열회사를 지원하기 위해 동일한 상품을 비계열회사보다 고가로 구입하거나, 결제조건을 유리하게 하는 행위 등이 대표적인 사례이다.

### 3. 경쟁사업자 배제

#### 가. 개요

경쟁사업자 배제에는 부당염매와 부당고가매입이 포함된다.<sup>2)</sup> 자유시장경제에서 사업자가 자신의 상품이나 용역의 가격을 어떻게 결정하는가는 자유이고, 저가격판매도 정상적인 경쟁수단이므로 원칙적으로 위법이 아니다. 그러나 자유경쟁이라도 극단적인 염매가 이루어질 경우 다른 경쟁사업자의 정상적인 경쟁을 곤란하게 하며 시장에서 유효한 경쟁이 이루어지지 못하므로 공정거래법은 이와 같은 저가격판매

2) 부당고가매입은 매우 드문 위반유형이므로 여기에서는 지면사정상 자세한 설명을 생략한다.

를 부당염매로 규제한다. 고가매입도 마찬가지이다. 구입가격을 어떻게 결정하는가는 원칙적으로 자유에 속하지만 고가로 구입하여 다른 사업자가 당해 상품 또는 용역을 구입할 수 없게 함으로써 그 사업활동을 방해하는 경우에는 불공정거래행위로 규제된다.

### 나. 부당염매

부당염매는 “자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위”이다.

“공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급”하는 행위는 전형적인 부당염매이다. 여기서 「공급에 소요되는 비용」이란 일반적으로 제조원가 또는 구입원가에 일반관리비와 판매비를 더한 총판매원가를 말한다. 「현저히 낮은 대가」란 총판매원가를 상당히 밑도는 가격으로 당해상품의 수급동향, 경쟁사업자의 통상의 판매가격 등을 참작하여 판단한다. 그리고 「계속하여」란 상당기간에 걸쳐 반복해서 염매를 행하거나 그 개연성이 있는 경우이다.

“기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급”하는 행위는 전형적인 부당염매 이외의 염매행위를 의미한다. 원가보다 약간 낮은 염매나 그 염매가 일시적인 경우라도 개별적으로 공정경제저해성이 있는 경우 이에 의거 불공정거래행위로 규제된다. 부당염매가 성립하기 위해서는 이러한 염매행위로 인하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있어야 한다. 이는 당해 염매의 의도, 염매폭 및 염매기간, 행위자의 시장에서의 지위 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

이중 전형적인 부당염매의 경우에는 정상적인 경쟁에서 이탈하여 공정한 경쟁에 미치는 영향이 강하므로 원칙적으로 위법이다. 이에 따라 후단의 부당염매와는 달리 정당한 이유가 없는 경우에는 위법으로 규제한다.

### 다. 외국의 사례

미국의 경우 우리의 부당염매에 해당하는 것은 약탈적 가격책정이다. 약탈적 가격책정이란 단기적으로 경쟁자들을 제거하고 장기적으로 경쟁을 감소시키기 위해 적절한 비용보다 낮게 가격을 책정하는 것으로 정의된다. 종래에는 일정한 비용아래로 가격이 설정되고 약탈적 의도가 있다는 점만 입증하면 위법으로 인정하여 왔으나, 최근에는 시장구조상 손실회복의 가능성 요건을 추가로 요구하고 있다. 약탈적 가격책정은 약탈자가 손실을 회복하고 그 이상의 이익을 거둘 수 있어야만 이루어지는 것이고, 이는 시장구조상 경쟁사업자를 몰아내고 난 후 상당기간 독점을 유지할 수 있어야 가능하기 때문이다.

### 라. 사례로 본 부당염매

(주)럭키의 치약군납 부당염매행위가 대표적인 사례이다. 동 사건은 (주)럭키가 국방부 치약구매품찰에서 개당 1원으로 응찰하여 낙찰받아 국방부와 계약을 체결한 사건이다. 이에 대해 위원회는 럭키가 입찰한 가격 1원은 시중에 공급하는 가격(개당 210원)보다 현저하게 낮은 가격으로서 정상적인 거래과정에서는 성립될 수 없는 가격인 바, 이같은 행위는 군납치약시장에서 신규참입 경쟁사업자를 배제하고 종래의 독점적 지위를 유지하기 위한 부당한 염매행위라고 판단하였다.<sup>3)</sup>

## 4. 부당한 고객유인

### 가. 개요

부당한 고객유인은 부당한 이익에 의한 고객유인과 기만적인 고객유인 및 기타의 부당고객유인으로 구분된다. 부당 표시·광고도 기만적인 고객유인에 해당된다고 할 수 있으나, 이는 '99년 새로이 제정된 표시·광고법으로 규제되고 부당한 고객유인에서는 표시·광고 이외의 수단을 통한 기만적 고객유인행위만 규제한다.<sup>4)</sup> 이러한 행위유형을 불공정거래행위로 규제하는 이유는 이렇다. 원래 자유경쟁이란 고객을 획득하기 위해 보다 좋은 상품을 보다 싼 값에 공급하기 위한 경쟁인데, 최근 들어 고객유인행위의 일환으로서 경품제공, 표시·광고 등을 통한 판촉활동의 비중이 커지고 있다. 이러한 행위도 가격에 의한 경쟁에 유익하거나 적어도 그것을 저해하지 않는 한 이를 인정할 수 있지만 때때로 이러한 소비자의 적절한 상품선택을 방해하고 경쟁사업자의 고객을 약탈하는 것은 가격과 품질에 의한 경쟁이 방해된다는 점에서 이들을 불공정거래행위로 규제하는 것이다.

### 나. 부당한 이익에 의한 고객유인

부당한 이익에 의한 고객유인이란 “정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위”이다. 여기서 「이익」은 경제적 이익을 말한다. 「경쟁사업자의 고객」이란 반드시 특정 경쟁사업자의 구체적인 고객일 필요는 없고 경쟁사업자와 거래하게 될 고객 일반을 말하고, 이는 사업자와 소비자를 불문한다. 「자기와 거래하도록 유인하는 행위」란 그 수단이 직접적인지 간접적인지를 불문하고 객관적으로 자신과 거래하도록 유인하는 효과가 인정되면 충분하다. 부당한 이익에 의한 고객유인의 부당성 판단기준은 「정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대」하다는 것이다. 정상적인 상관습에 비추어 부당한지의 판단은 공정경쟁저해성의 관점에서 이루어진다. 따라서 현존하는 거래관행이라고 해서 반드시 정상적인 상관습은 아니다.

### 다. 사례로 본 부당한 고객유인

현대정유의 부당한 고객유인행위가 대표적인 사례이다.<sup>5)</sup> 동 사건은 현대정유가 유공과 이미 대리점계약을 체결하고 있던 대리점에 대하여 주유소 보수 및 영업활동지원금을 지원하여 자기와 대리점계약을 새롭게 체결하도록 한 사건이다. 현대정유는 이러한 자금지원이 석유류제품 판매업계의 일반적인 거래관행이라고 주장하였으나, 위원회는 당해 업계에서 현재 행해지고 있는 거래관행이 반드시 공정거래법에 일치한다고 볼 수 없고, 본건과 같이 영업활동 자금지원규모의 확대 등을 통해 대리점을 자기와 거래하도록 한다면 동 시장에서의 공정한 경쟁을 크게 왜곡시키는 결과를 초래할 우려가 크다는 점 등을 고려하여 위법이라고 판단하였다. **공정**

3) 공정거래위원회 의결 제83-12호, 1983. 6. 15.

4) 여기에서는 심결례가 가장 많은 부당한 이익에 의한 고객유인행위에 대해서만 설명한다.

5) 공정거래위원회 의결 제94-301호, 1994. 9. 28.