

독점금지법상 「우월적지위 남용행위 규제」 또는 「거래상지위 남용행위 규제」는 일본과 우리나라에만 있는 특유한 제도이다. 최근 경제 여건의 변화와 관련하여 수직적 제한행위 규제에 대한 논의가 다양한 각도에서 진행되고 있다. 우리나라는 불공정거래행위 심사지침 제정을 위한 작업을 추진하고 있어 참고자료로 활용되도록 하기 위하여 일본의 「公正取引」(公正取引協會 발간)에 게재된 우월적지위 남용행위 규제에 관한 논문을 발췌·번역하여 시리즈로 싣는다(※본고는 경쟁저널 제105호 「일본 독점금지법에 있어서 거래상의 우월적지위 남용 규제에 관한 고찰(I)」에 이어서는 글입니다).

일본 독점금지법에 있어서 거래상의 우월적지위 남용 규제에 관한 고찰(II)

栗城利明

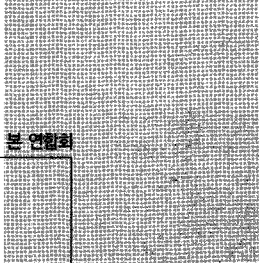
공정취인지 1996년 9월호(no551), 10월호(no552), 11월호(no553)

Ⅲ. 공정경쟁저해성을 둘러싼 학설의 검토

(1) 학설의 정리

전술한대로 불공정한 거래방법에서는 공정경쟁저해성을 어떻게 이해하는가가 결정적으로 중요하다. 그러나 본 주제인 일반지정 14항(우월적지위 남용)은 거래상대방에 대한 억압적 행위 자체를 문제로 하고, 시장에서의 경쟁질서에 직접적인 영향을 미치는지 여부는 반드시 문제시되지 않는다. 따라서 본 규제가 어떠한 의미에서 독점금지법 2조9항에서 말하는 「공정한 경쟁을 저해한다」에 해당하고, 불공정한 거래방법의 한 유형이 되는지가 이론상 당연히 문제가 된다.

이 점으로 인해 거래상 우월적지위 남용을 어떻게 경쟁과 결부해서 설명할 것인가? 학설은 갖가지 양상을 보이고 있지만 형식면에서의 접근법의 차이를 제외한다면 크게 이하 5가지 학설로 수검한다고 생각된다.



제1설은 공정한 경쟁을 능률경쟁으로 파악하고, 시장에서 이러한 경쟁을 저해하는 것을 부당하다고 하여 본 항을 불공정한 거래방법에서의 이질이라 하는 今村成和 교수로 대표되는 학설에서 대체로 같은 형태의 이론배경을 공유하는 것으로 松下滿雄 교수의 학설을 지적할 수 있을 것 같다. 제2설은 본 항의 공정경쟁저해성을 당사자의 자주적인 경쟁기능의 자유로운 행사를 저해한다는 점에서 찾을 수 있는 견해로 正田彬교수로 대표되며, 유사한 견해로서 舟田正之 교수의 학설을 들 수 있다. 제3설은 제1설과 제2설의 절충을 시도한 견해로, 독점금지법연구회보고 「불공정한 거래방법에 관한 기본적인 사고방식」에서 제창되어 根岸 哲교수에 의해 주창된 학설이다. 제4설은 준시장집중규제설로 평가되는 견해로, 金子晃교수가 제창한 학설이고, 川越憲治 변호사에게 지지를 받으며, 유럽형 시장지배적지위 남용 규제 도입을 주장하는 견해이다. 제5설은 來生新 교수 및 饒吉彦 교수가 주창하였던 학설로, 접근방법에 명확한 차이가 인정되나 경제력집중규제의 시각에서 이론구성을 해보는 견해이다. 이 밖에 大綠英一 교수 등에 의해 정력적으로 전개되는 「정보의 경제학」에 의거하는 견해를 지적할 수 있으나 본 견해에 대해서는 마지막 장에서 사건을 전개하고, 비교검토하기로 한다.

필자가 결론을 먼저 내린다면, 제3설(독금연)-독점금지법연구회보고-을 큰 틀에서는 정당하다고 이해하여 기본적으로 제3설에 입각하는 입장에서 본 장을 진행하고자 한다. 그러므로 우선 [Ⅰ]제3설의 출발점이었고, 학설상 쌍벽을 이루는 제1설(今村說) 및 제2설(正田說)에 대해서 검토하고, 수긍해야 하는 점과 더불어 해석상 내재하는 한계를 지적한다. 다음으로 [Ⅱ]경제력집중규제라는 다른 시각에서 이론구성을 해보는 제5설(來生說=舊說, 說)에 대해서 검토하고, 본 학설이 갖고 있는 문제의식을 부각하는 동시에 어느 정도 도를 지나친 해석이 된다는 것을 분명히 한다. 그리고 [Ⅲ]Ⅰ·Ⅱ의 검토에 입각한 제3설(獨禁研)과 제4설(金子說)의 비교검토에서 제3설의 타당성을 논증하고, 다시 한번 규명해야 하는 논점을 제시하고자 한다.

[2] 학설의 검토[1]

가. 제1설의 개요

제1설(今村說)의 골자는 다음과 같다.

- ① 「공정한 경쟁」이란 「동일한 규모의 경쟁자가 다수 존재하고, 그 사이에서 순수한 능력에 의한 경쟁(양질염가 상품 또는 역무의 제공을 유일한 수단으로 하여 고객을 획득

하고자 하는 것)이 행해지는 상황'이지만 「능률경쟁 이외의 행위를 일절 금지한다는 경우를 상정(想定)하면 그것은 경쟁의 관리밖에는 되지 않는 것'이고, 「따라서 공정한 경쟁을 문제라고 하는 취지는 그 적극적 실현을 계획하기보다는 그것을 가능하게 해주는 조건을 파괴하는 행위로부터의 방위라는 점에 중점이 있다'고 이해된다.

- ② 「공정경쟁저해성'이란 「독점금지법의 목적인 공정하고도 자유로운 경쟁질서 유지라는 관점에서 답해야 한다는 것으로, ㉠ 시장에서의 경쟁이 자유롭고..., 또한 ㉡ 경쟁이 공정하게 행해지고 있는 상태를 침해할 우려가 있을 것'이며, 이것은 「㉠은 시장 침입의 자유와 시장에서 경쟁의 자유가 방해받지 않은 상태이며, ㉡는 그 경쟁이 양질염가상품 또는 역무의 제공에 의한 능률경쟁을 본의로 하여 행해지고 있는 것이기 때문에 이와 같은 자유롭고도 공정한 경쟁에 악영향을 미칠 우려가 있는 행위'라고 이해된다.
- ③ 「일반지정 14항'이란 「시장에서의 경쟁질서에 직접 영향을 미친다'는 것은 아니고, 「자유로운 경쟁기반이 없어지게 되는 경우에 발생하는 폐해규제를 위한 규정으로 이해해야 하기 때문에 독점금지법 2조9항5호에 근거하는 다른 체규정과 함께 독점금지법 중에서는 특이한 존재'라고 이해된다.
- ④ 「14항의 공정경쟁저해성'이란 억지로 불공정한 거래방법으로서 요건을 「서로 양보하여 의견을 접근시키게」 되면, 첫째로 자기의 거래상지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 것은 자기의 경쟁자로서의 지위를 부당하게 강화하는 것이고, 둘째로 그것에 의해 중소기업의 건전한 발달을 방해하는 것은 그 자의 경쟁자로서의 지위를 약하게 하는 것이므로 결국에는 공정한 경쟁을 저해할 우려'가 있다고 주장한다.

나. 제2설의 개요

제2설(正田說)의 골자는 다음과 같다.

- ① 「공정한 경쟁'은 「본 법이 그 실현을 목표로 하고 있는 경쟁상태이고, 경쟁참가자에게 경쟁이 중요한 요인이어야 하는 사항에 대해 자주적인 판단에 따라 사업활동을 할 수 있는 상태, 즉 경쟁기능을 자유롭게 발휘할 수 있는 상태」 및 「기업성을 전제로 한 기업의 능률, 제품의 가격·품질 등을 둘러싸고 행해지는 경쟁행위에 의해 구성되는 자유로운 경쟁상태'를 말하고, 「전자는 주로 거래관계에 있어서의 공정한 경쟁의 구성요인이고, 후자는 주로 경쟁관계에 있어서의 구성요인'이라고 이해된다.

- ② 「공정경쟁저해성」이란 「공정한 경쟁」은 위의 「두 가지 면의 조건을 만족시키는 것이 필요하게 되어, 그것이 만족되는 경우에는 독점금지법상 공정한 경쟁이 행해지고 있는 상태로 파악될 수 있다. 여기서 공정한 경쟁의 저해는 구체적으로는 두 가지 조건 각각의 관계에서 판단된다. ㉠ 사업자의 자주적인 경쟁기능의 자유로운 행사를 저해하는 것이 공정한 경쟁을 저해하는 첫 번째 유형이고, … ㉡ 경쟁행위가 당해거래에 고유한 사항에 대해 행해지고 있지 않은 경우, 사업자의 사업자성을 부정하려는 경쟁방법이 이용되는 경우」가 두 번째 유형이라고 이해된다.
- ③ 「일반지정 14항」이란 불공정한 거래방법을 「거래의 장(場소)에 있어서 『힘』의 부당이용 및 경쟁의 장(場)에 있어서 『힘』의 부당이용 두 가지 유형」으로 크게 구별하면 「거래의 장에 있어서의 『지배적인 힘』의 부당이용에 대해서 총괄적으로 정한 것」으로 이해된다.
- ④ 「14항의 공정경쟁저해성」이란 「상대방의 경쟁기능의 자유로운 행사를 제한하거나 또는 상대방이 경쟁기능을 자유로이 행사할 수 없는 상태에 있는 점을 노려 공정한 경쟁 질서를 전제로 할 수 있다면, 부과할 수 없는 불이익한 조건을 부과하여 거래를 하고, 상대방의 경쟁기능의 자유로운 행사를 더욱 더 곤란하게 하는 행위를 한다」고 하는 경우에 공정한 경쟁을 저해할 우려가 인정된다고 주장한다.

다. 제1설과 제2설의 평가

이상 제1설과 제2설에 대해, 비교검토의 용이성 및 객관성 보유를 목적으로 4가지 관점으로부터 가능한 한 인용이라는 형태로, 필자 나름대로 골자를 정리하였다.

먼저, ① 「공정한 경쟁」 또는 ② 「공정경쟁저해성」에 대해서 제1설은 「공정한 경쟁」을 능률경쟁이 행해지는 상황으로, 연역적으로 자유경쟁을 곤란하게 하는 경우, 거래방법 자체가 비난할 만한 경우의 2가지 점을 「공정경쟁저해성」이라고 설명한다. 한편, 제2설은 「공정한 경쟁」을 경쟁기능을 자유로이 발휘할 수 있는 상태, 기업성을 전제로 한 경쟁행위에 의해 구성되는 자유로운 경쟁상태로, 이 두 조건에 대한 침해, 즉 사업자의 자주적인 경쟁기능의 자유로운 행사를 침해하는 경우, 사업활동에 고유하지 않은 사항에 의한 경쟁 및 사업자성을 손상시키는 경쟁이 행해지는 경우의 2가지 점을 「공정경쟁저해성」으로 이해한다.

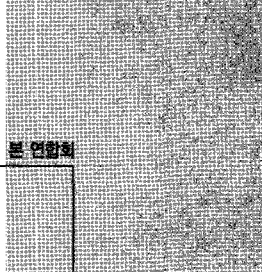
이와 같이 양설은 기점이 되는 「공정한 경쟁」에 대해서 이해를 달리하기 때문에 그 귀결로 「공정경쟁저해성」에 대해서도 이해를 달리하게 된다. 그러나 제1설의 ㉡ 유형과 제2설

의 ㉞ 유형은 경쟁이 능률경쟁에서 질서없는 부당한 경쟁수단에 의한 경우를 「공정경쟁저해성」이라고 이해하는 점에서 일치하고, 제1설과 제2설의 차이는 사실상 ㉞ 유형과 ㉟ 유형에 나타난다.

그런데 ㉞ 유형과 ㉟ 유형은 어떻게 평가되는 것일까? 한번 더 확인하면, 불공정한 거래방법은 경쟁의 양적 감살의 유형과 질적 왜곡의 유형으로 크게 구별되어 전자는 사적독점·부당한 거래제한의 금지에 대한 예방적·보완적 규제로서 불공정한 거래방법의 중심에 위치하게 되고, 후자는 그 성격의 차이에서 더욱 더 부당한 경쟁수단의 유형과 우월적지위 남용 규제로 세분된다는 것이다. 그러므로 이와 같은 이해를 전제로 ㉞ 유형을 검토하면 당초 사업자가 자유로이 경쟁에 참가할 수 있고, 참가사업자가 자유롭게 경쟁할 수 있는 것은 「공정한 경쟁」에 당연하게 갖추어야 하는 필요조건인 점에 이론의 여지는 없고, 이에 대한 침해는 경쟁을 감살하고 부당하게 경쟁질서를 침해할 우려가 있는 이상, 불공정한 거래방법으로 규제해야 하는 것은 말할 필요도 없다. 따라서 ㉞ 유형을 「자유로운 경쟁을 곤란하게 하는 경우」로서 공정경쟁저해성으로 파악하는 제1설은 정당하며, 여기에서 공정경쟁저해성의 기본속성이 발견된다. 그러므로 초점은 제2설에서 말한 ㉟ 유형의 평가여하에 모아진다.

㉟ 유형은 ③「일반지정 14항」 및 ④「14항의 공정경쟁저해성」에서 문제가 된다. 이 점에 관해서 제1설은 「일반지정 14항」을 직접 경쟁질서에 영향을 미치지 않지만 자유로운 경쟁기반이 상실될 수 있는 경우에 발생하는 폐해규제를 위한 규정으로, 「異質」로 이해한다. 따라서 본 지정의 취지를 전면적으로 활용한 해석을 지향하면 거래상의 우월적지위를 이용하여 상대방과 거래하는 것은 행위자의 경쟁자로서의 지위를 부당하게 강화하는 한편, 불이익을 당하는 상대방의 경쟁자로서의 지위를 부당하게 약화시키게 되어 간접적으로 경쟁질서에 악영향을 미치는 점에서 「14항의 공정경쟁저해성」을 찾게 된다. 그러나 이 공정경쟁저해성을 본 항에서만 「서로 양보하여 의견을 접근하는」 해석은 경제학자·경제법학자로부터 비판을 초래한다. 또한 이와 같은 해석을 포기하고 「예외」로 이해하는 자세도 입법론이라고 하더라도 해석론으로서는 적극적 평가는 주저된다. 결국 「본 항을 불공정한 거래방법의 한 유형으로 하고 있는 이상 이와 같은 현실을 솔직하게 받아들인 해석을 연구하는 방법이 입법취지를 보다 잘 살린다」는 이해에 귀착할 것이다.

한편, 제2설은 불공정한 거래방법에 있어서 거래의 장에서의 힘의 부당이용과 경쟁장소에서의 힘의 부당이용으로 나누어 「일반지정 14항」을 전자에 대해서 총괄적으로 정한 규정으로서, 사업자의 자주적인 경쟁기능의 자유로운 행사의 침해로 「14항의 공정경쟁저



해성」을 요구한다. 동 이해는 제1설에서는 파악할 수 없는 14항을 ㉠ 유형에서 직접 파악할 수 있다는 점에서 평가받을 만하다. 여기서 문제는 제2설의 이해에서 불공정한 거래방법을 정합적으로 설명할 수 있는가 이다. 이 점에서 제2설은 배타적·구속적 경쟁제한행위에 대해서도 「일반지정 14항」과 동일한 ㉠ 유형이 타당한 것으로 설명한다. 확실하게 후에 상세한 서술을 통해 「일반지정 14항」에 의해 이러한 행위는 파악될 수 있으나 본질적으로는 사업자의 자주적인 경쟁기능의 자유로운 행사의 침해(=㉠ 유형)라기보다, 시장에서의 경쟁자의 배제라는 자유로운 경쟁의 침해(=㉡ 유형)에서 공정경쟁저해성이 발견되며, 이 접근법을 소홀히하는 본 설도 공정경쟁저해성을 충분히 파악하지 못하는 것으로 평가될 것이다. 바꾸어 말하면 전매제·지역제 등은 판매업자가 희망하는 경우도 있다고 말하고, 통상적으로 또는 항상 본 항의 실질을 구비하고 있는 것에 한하지 않고 ㉠ 유형은 원칙으로서 「일반지정 14항」에서 타당하고, 이것을 거래의 장에서 총괄적 규정으로 파악하고, 2조9항4호[구속조건부거래] 등은 5호[거래상지위 부당이용]을 구체화 한 규정이라고 한 해석은 부정해야 한다고 생각한다. 또한 전술한대로 공정경쟁저해성의 중심속성을 ㉡ 유형으로 이해하고, 법체계상 ㉡ 유형이 사적독점·부당한 거래제한의 금지에 직접 연관한다는 이해에 따르면 ㉡ 유형을 독립적으로 내세우는 입론을 지지해야 할 것이다.

이상 제1설·제2설은 반드시 공정경쟁저해성을 파악해서는 안 되며, 양설에의 적극적 의거는 곤란하다. 그러므로 이하 양설과는 다른 시각에서 이론구성을 해보는 제5설에 대해서 검토한다.

[3] 학설의 검토[III]

가. 제5설의 개요

제5설은 경제력집중 규제라는 시각에서 일반지정 14항(우월적지위 남용)에 대해서 입론하는 견해이다. 따라서 상기 이론구조와는 달랐던 이론구조로 구성되어, 그 점에서 현저한 특징을 가진다. 여기서 문제는 경제력집중은 독점금지법에서 바람직하지 않다는 평가에 대해 현행법에서는 불공정한 거래방법의 한 유형으로서 거래상 우월적지위 남용을 규제하는 이상, 공정경쟁저해성을 어떻게 모순없고 또한 정합적으로 설명할 수 있는가가 초점이 된다.

본 학설은 ① 來生新 교수에 의한, 불공정한 거래방법에는 시장집중규제의 보완과 일반집중규제의 보완이 모순없이 존재한다는 이해에서 본 규제의 접근을 시도해 보는 견해와,

② 籠吉彦 교수에 의한, 본 규제의 기초가 되는 2조9항5에서 말하는 지위의 부당이용 규제는 구 8조가 없어졌기 때문에 대신하여 제정되었다는 이해로부터, 본 규제의 접근을 시도해 보는 견해로 크게 구별할 수 있다. 이하 양설을 소개하고 동시에 본 학설이 포함하는 해석상의 관점과 수궁해야 할 문제의식을 제시한다.

나. 제5설의 검토

①설(來生說=구설)은 우선 전제로서 「불공정한 거래방법의 규제는 일반적으로 다른 실체적 규제의 보완적 기능을 수행하는 것으로 이해되고 있다」는 것, 또한 「독점금지법 규제의 중심을 이루는 것이 시장집중의 규제인 것은 의심의 여지가 없다고 해도 … 그렇게 되므로 경제력집중의 규제라는 법목적」이 있는 것, 이들 두 가지를 언급하며 「불공정한 거래방법 규제 중 시장집중 규제를 보완하는 규정이 되므로 경제력집중의 규제에 대한 보완규정이 있다는 점에는 규범논리상 모두 어떠한 모순도 없다」고 이해된다.

그런데 이와 같은 이해를 토대로 「공정한 경쟁」이란 「획정시장에 있어서 동업자의 관계로서의 경쟁과 시장의 획정을 전제로 하지 않고 넓게 정치적·사회적인 의미를 포함한 경제력 집중을 방어하는 수단으로서의 경쟁이라는 2종류의 이질적인 경쟁의 개념을 함께 포함하는 것으로서 이해되어야 한다」는 것으로 일반지정 14항에서 말하는 「공정한 경쟁」 개념은 오로지 경제력집중의 방지라는 관점에서 이해되어야 하는 것」이라고 주장한다.

이와 같이 본 학설은 일반지정 14항을 경쟁에 결부시켜 설명하기 때문에 경쟁에 대해서 시장의 획정을 전제로 하지 않은 경제력집중을 방어하는 수단으로서의 경쟁에까지 확장을 도모하고, 이론구성 한다. 여기에서 이러한 해석이 현행법에서 허용되는지가 문제된다.

이런 점 때문에 경제법학자로부터 「넓게 정치적·사회적인 의미를 포함한 경제력집중을 방어하는 수단으로서의 경쟁」이라는 것까지도 “경쟁” 개념에 포함하는 것은 너무나 자의적인 확장적 해석이라고 말하지 않을 수 없다」고 지적되고, 또한 경제학자로부터 「중요한 것은 “경쟁”은 어떠한 형태로 “시장”(내지 ‘장(場)’)을 획정해야만 의미를 가질 수 있는 개념이므로, “시장의 획정을 전제로 하지 않은” “경쟁”은 도대체 무엇인가」라는 문제가 제기되고 있다. 이와 같이 본 설은 접근 그 자체는 시사적으로 경청할만 하지만, 다른 한편, 뒤집어서 입론의 출발점이 되는 「경쟁」의 이해에 대한 자의도 엿볼 수 있어 문제를 내포하는 해석이라고 말할 수 있다.

②설은 「1953년의 개정에서 우월적지위의 남용규제가 신설된 취지」에 대해서 「남용에

의해 피해를 받을 것 같은 경제력집중은 본래 구조적 규제의 대상이 되어야 할 것'이지만, 획일적 구조규제는 「현실적이지 않다. 그러므로 구조규제 대신에 폐해규제」를 행한다는 관계, 또한 「시장기구의 경험(의식)을 통과하지 않은 방법으로 부당하게 경제력집중을 계획하는 것을 체크하는 한 방법」이라는 관계, 이상의 관계가 舊 8조의 부당한 사업능력의 격차 규제와 거래상 우월적지위 남용 규제에서는 발견된다고 이해된다. 그런데, 이러한 이해를 토대로 「우월적지위 남용의 규제는 과도집중의 방지를 근거로 한 새로운 한 가지 축으로 생각할 수 있다」고 하고, 「현행 독점금지법에서의 형식적 지위에 대해서는 1953년 개정당 시로서는 불공정한 경쟁방법이 불공정한 거래방법으로 개정된 것에 따라, 불공정한 거래 방법 가운데에 몸을 두는 것이 적당한 방법」이 아니라, 「동거자(세입자)적으로 열거되었다」고 이해된다.

따라서 「우월적지위의 남용행위의 대표적 존재로서 하도급 문제와 백화점 문제」에 대한 규제의 핵심은 「공정경쟁저해성에 있다기 보다는 그 반사회성」이며, 「반사회성의 중핵을 이루는 것은 남용의 원천인 경제력에 대한 비판이다」고 주장한다.

이러한 ②설은 ①설이 경쟁개념의 확장에 의해 본 항을 설명해 본 것에 대해, 본 항의 불공정한 거래방법에 있어서의 「형식적 지위」를 지적하고, 「동거자적으로 열거되었다」는 사실인식에 근거하고, 경쟁과의 결부에 직접 언급하지 않은 이론구성을 해본다. 그러나 어떠한 해석을 지향하더라도 본 규제는 불공정한 거래방법의 한 유형이며, 불공정한 거래방법은 공정경쟁저해성을 실질요건으로 하는 이상, 공정경쟁저해성에 대해 논술하는 것은 필수조건일 것이다. 따라서 본 고에서는 본 설에 대해서는 평가를 유보하고 싶다.

다시 말하자면, 본 설에 의해 설명되는 도입경위에 의거하는 주장에 대해 “부당한 사업능력의 격차” 규제에서의 “격차”는 갑과 그 경쟁자와의 사업능력의 “격차”를 가리키고 있던 것이므로, 갑과 거래상대방 일간의 사업능력의 격차를 염두에 두고 있었던 것은 아니다.

다. 제5설의 평가

이상 경제력집중규제설과 하나로 묶을 수 있는 제5설(①,②)은 모두 검토해야하는 과제를 내재하며, 제1설·제2설과 같게 대처하는 것은 곤란하다. 그러나 본 설은 일반지정 14항(우월적지위 남용)의 상대방을 경제력집중 규제를 받는 사업자라고 함으로써 본 항의 적용범위를 한정하고 있고, 그 기준설정의 타당성 여하는 어찌되었든, 본 항의 일반성·포괄성에 따른 단속이 필요하다는 인식은 본래 자유로워야 할 거래에 대한 공권력 개입인 이상, 수긍해야할 것이다. 그리고 이와 같은 문제의식은 제3설·제4설에 있어서도 공유된다. 그

러므로 이하 제3설·제4설을 검토할 때 함께 언급하기로 한다.

(4) 학설의 검토(III)

가. 제3설의 개요

제3설(獨禁研) - 독점금지법연구회보고 「불공정한 거래방법에 관한 기본적인 사고방식」(1982) -의 골자는 다음과 같다.

- ① 「공정한 경쟁」이란 「첫째로, 사업자 상호간의 자유로운 경쟁이 방해받지 않을 것 및 사업자가 그 경쟁에 참가하는 것이 방해받지 않을 것(자유로운 경쟁의 확보). 둘째로, 자유로운 경쟁이 가격·품질·서비스를 중심으로 한 것(능률경쟁)이라는 것에 의해 자유로운 경쟁이 질서있어야 한다는 점(경쟁수단의 공정성의 확보). 셋째로, 거래주체가 거래의 승낙여부 및 거래조건에 대해 자유롭고 자주적으로 판단함으로써 거래가 행해지고 있다는, 자유로운 경쟁의 기반이 유지되고 있는 것(자유경쟁기반의 확보)」이 침해되어서는 안 되는 상태로 설명된다.
- ② 「공정경쟁저해성」은 「a 자유로운 경쟁, b 경쟁수단의 공정성, c 자유경쟁기반 확보의 3가지 조건이 유지되고 있다는 것을 가지고서 공정한 경쟁질서라고 개념짓고, 이러한 경쟁질서에 대해 악영향을 미칠 우려가 있다는 것을 가지고서 공정경쟁저해성으로 볼 수 있다」고 이해된다. 또한 「공정한 경쟁」에 있어서의 각 유형의 관계에 대해서 자유경쟁기반의 확보는 「a 자유로운 경쟁의 확보, b 경쟁수단의 공정성 확보를 기능케 하는 전제조건」이라고 이해된다.
- ③ 「일반지정 14항」은 「행위자가 우월적 지위에 있고, 또한 그 지위를 이용하여 상대방에게 거래조건 그 밖에 대해 부당하게 불이익이 되는 행위(억압적 행위)를 하는 것은 독점금지법상 배제의 대상이 되는 행위이므로 당해 불이익의 정도, 행위의 범위 등을 고려하여 공정한 경쟁질서와 관계가 있는 경우에 규제」해야 한다고 이해된다. 그리고 「거래상지위가 우월한 사업자가 그 지위를 이용하여 상대방에게 부당한 불이익을 주게 되어 거래주체가 거래의 승낙여부 및 거래조건에 대해서 자유롭고 자주적으로 판단하여 거래가 행해진다고 하는 자유로운 경쟁의 기반을 침해하는 경우에는 위법이 된다」고 이해된다.
- ④ 「14항의 공정경쟁저해성」이란 「이와 같이 ... 자유경쟁기반을 침해하는 점이 요구되지만, 「일반적으로 말하면 행위자가 다수의 상대방에 대해 조직적·제도적으로

불이익을 강요하는 것과 같은 경우에는 ... 비교적으로 경미한 것이었어도 부당한 불이익 ... 라고 생각되는 ..., 행위자가 상대방에게만 불이익을 과하고 있는 경우에는 불이익의 정도가 크지 ... 유사한 행위가 광범위하게 파급될 우려가 있는 경우에 ... 부당한 불이익으로 인정된다고 주장한다.

나. 제4설의 개요

제4설(金子說)의 골자는 다음과 같다.

- ① 「공정한 경쟁」이란 「일련의 과정(process)」이며, 「시장에서의 거래주체가 상호 경쟁하고 이를 통해 시장가격이 형성되고, 이 시장가격이 감시자로서 기능함으로써 경제활동의 질서가 되어 독점금지법의 목적이라고 하는 궁극목적이 실현되는 시장의 상태」라고 이해된다.
- ② 「공정경쟁저해성」이란 상기의 “공정한 경쟁”의 저해를 공정경쟁저해성으로 파악하고, 갖가지 형태로, 또한 일련의 과정의 각 단계에서 나타나지만, 이것을 유형화 하면 「a 자유로운 경쟁 및 자유로운 시장으로의 침입의 침해」 「b 시장가격의 성립 또는 기능의 제한 내지 왜곡」 「c 중요한 사항에 대한 자주적인 사업활동을 제한 또는 억압하는 것」 「d 소비자의 이익 또는 국민경제의 민주적이고 건전한 발전을 저해할 우려가 있는 행위」의 4가지 유형이 된다고 이해된다. 또한 각 유형의 관계에 대해 제3설에서 말하는 b, c의 「경쟁수단의 공정성 확보 및 자유경쟁기반의 확보는 공정경쟁개념의 구성내용이라기 보다는 공정경쟁을 성립시키는 전제조건」이라고 이해된다.
- ③ 「일반지정 14항」은 「현실의 경제사회에 있어서 거래당사자간에 거래상의 지위의 격차가 존재하는 것은 통상적인 일이며, 이 점에서 현실 거래에서 일방이 타방에 비해 불리한 거래조건을 부과했다고 해도 그것 자체는 문제」가 되지 않는다고 하고, 「그러므로 본 항에서 문제가 되는 우월적지위는 시장에서 유력한 지위(독점적 또는 시장지배적지위일 필요는 없다)를 전제로 한 거래상 우월적지위」이며, 이 조건을 만족하는 경우 본 규제가 행해진다고 이해된다.
- ④ 「14항 공정경쟁저해성」이란 「a 시장에서의 유력한 지위를 가지는 사업자가 오로지 자기의 기업규모로 인해 얻게 되는 유리한 취급에서 다른 경쟁사업자가 접근할 수 없는 것을 획득하고 있는 경우(자유경쟁의 침해), c 시장에 있어서 유력한 지위를 가지는 자가 거래상대방이 자기로 하여금 사업자로서의 지위가 좌우되는 경우 이 관계를 이용하여 상대방에 대해 유리한 취급을 요구하는 경우(사업활동에 관한 자유로 자

주적인 판단의 억압), ㉔ 시장에서 유력한 지위를 가지는 사업자가 거래상 우월한 지위를 이용해서 유효한 경쟁이 존재하고 있었다면 행할 수 없는 불이익한 취급을 거래상대방에 대해 행할 경우」라고 주장한다.

다. 제3설과 제4설의 평가

이상 제3설 및 제4설에 대해서 앞서 설명한 제1설·제2설과 동일한 인용을 중심으로 4가지 점으로 골자를 정리하였다. 이하 제3설에 대해서 우선 제1설·제2설과의 비교검토 후 상기 4가지 점에 대해서 제4설과의 비교검토를 하기로 한다.

제3설은 「공정한 경쟁」으로서, ㉑ 자유로운 경쟁, ㉒ 경쟁수단의 공정성, ㉓ 자유경쟁기반의 확보 3가지 유형을 언급하고, 이러한 3가지의 조건이 보유하고 있는 것을 가지고서 공정한 경쟁질서로 생각하며, 이 경쟁질서에 악영향을 미칠 우려를 「공정경쟁저해성」으로 이해한다. 따라서 「공정경쟁저해성」을 구체화하면, ㉑ 자유로운 경쟁의 침해, ㉒ 부당한 경쟁수단, ㉓ 자유경쟁기반의 침해가 될 것이다. 그래서 이러한 3가지 유형을 앞서 설명한 제1설·제2설의 유형과 비교하면, 큰 범위의 정리에 그치기는 하지만 아래의 3가지의 공통항을 지적할 수 있을 것이다.

- a. 제3설의 ㉑ 유형(자유로운 경쟁의 침해) : 제1설의 ㉑ 유형(자유로운 경쟁을 곤란하게 하는 경우)과 「자유경쟁의 감살」이라는 인자(因子)의 공통항
- b. 제2설의 ㉒ 유형(부당한 경쟁수단) : 제1설의 ㉒ 유형(거래방법 자체가 비난할만한 경우), 제2설의 ㉒ 유형(사업활동에서 고유하지 않은 사항에 의한 경쟁 및 사업자성을 박탈하는 경쟁이 행해지는 경우)과 「능률경쟁의 저해」라는 인자(因子)의 공통항
- c. 제3설의 ㉓ 유형(자유경쟁기반의 침해) : 제2설의 ㉓ 유형(사업자의 자주적인 경쟁기능의 자유로운 행사에 대한 저해)라 「편무적(片務的) 조정(거래위협의 일방적 부담)」이라는 인자(因子)의 공통항

이와 같이 제3설은 가치중립적으로는 (Ⅱ)제1설·제2설에 공통하는 「능률경쟁의 저해」를 사이에 두고 (Ⅰ)제1설의 「자유경쟁의 감살」과 (Ⅲ)제2설의 「편무적 조정」을 절충시킨 학설로 이해될 수 있고, 종래의 대표적 학설인 제1설과 제2설을 유기적으로 결합하여 3가지의 공정경쟁저해성을 정립한 절충설로 평가될 것이다. 따라서 본 설은 그 효용으로서 제1설에서는 파악하지 못한 거래상 우월적지위 남용을 유형(자유경쟁기반의 침해)에서 「직접파악」 하는 것이 가능하게 되고, 한편 제2설에서는 설명하기 무리였던 배타적·구속적 경쟁제한행위를 ㉑ 유형(자유로운 경쟁의 침해)에서 「있는 그대로 파악」할

수 있게 되어, 전술한 제1설·제2설에 내재하는 법해석의 한계를 보완하고, 불공정한 거래 방법의 다양한 행위유형을 지나치게 부족하지 않게 설명할 수 있는 점에서 제1설·제2설에 대한 비교우위성을 지적할 수 있다.

여기에서 본 설은 이론상 정당하게 평가할 수 있는가가 문제된다.

먼저 ①「공정한 경쟁」 및 ②「공정경쟁저해성」에 대해서 제4설은 「공정한 경쟁」을 일련의 과정으로 파악, 「공정경쟁저해성」으로서 ㉠ 자유로운 경쟁 및 자유로운 시장으로의 참여의 침해, ㉡ 시장가격의 성립 또는 기능의 제한 내지 왜곡, ㉢ 주요한 사항에 있어서의 자주적인 사업활동을 제한 또는 억압하는 것, ㉣ 소비자의 이익 또는 국민경제의 민주적이고도 건전한 발전을 저해할 우려가 있는 행위, 이상 4개 유형을 언급한다. 그리고 제4설의 ㉠㉡㉢ 3개 유형과 제3설의 ㉠㉡㉢ 3개 유형은 언뜻 보아서 이해할 수 있도록 「자유경쟁의 감살」, 「능력경쟁의 저해」, 「편무적 조정」이라는 인자에 있어서 각 유형 공통으로 제3설과 제4설의 실질적 차이는 ㉣ 유형에서 선명하게 된다. 따라서 ㉣ 유형을 어떻게 이해해야 할지, ㉣ 유형은 정말 필요할지가 쟁점이 된다.

그런데 제4설은 어떠한 이유에서 ㉣ 유형을 언급하고 있는 것일까. 이 점으로 인해 주창자는 1953년 개정 경위, 요컨대 「단순히 “경쟁을 저해할 우려”라고 하지 않고 “공정한 경쟁을 저해할 우려”라고 한 이유」는 「“공공의 이익”을 “공정”으로 표현하고 있기 때문」이라고 이해되고, 또한 舊 8조 삭제에 의해 거래상지위의 부당이용 규제가 도입된 것이라는 이해, 이러한 2가지 점을 근거로 하여 「과정으로서의 경쟁」이라는 시각에서 ㉣ 유형을 주장한다.

그러나 전자에 대해서 불공정한 경쟁방법의 기본속성은 공공의 이익이었다는 것에서 바로 “공정”을 “공공의 이익”으로 결부시키는 해석이 성립할지는 의문이고, 후자에 대해서는 시장에서의 경쟁에 의해 경제를 통제하는 시장경제체제에서는 독점금지법의 목적은 「시장에서의 경쟁조건을 유지함으로써 거래내용의 공정성을 유지한다」고 이해해야 하고, 일반 지정 14항 이하, 시장지배력의 남용 그 자체를 규제하는 것은 주저하지 않을 수 없다고 생각된다.

따라서 어느 것에 의하더라도 저해요인으로서 ㉣ 유형이라는 독립유형을 만들 각별한 필요성은 부족하여 제3설을 옳다고 여기게 될 것이다.

더욱이 제3설·제4설에 공통하는 ㉠㉡㉢ 3개 유형의 정리에 관해, 제3설은 c유형을 ㉠ 유형과 ㉡ 유형의 전제조건, 한편, 제4설은 ㉡ 유형과 ㉢ 유형을 전제조건으로 이해하고, 견해를 달리한다. 필자는 불공정한 거래방법은 경쟁의 양적 감살(㉠ 유형)과 질적 왜곡(㉡)

㉔)으로 대별하여, 전자는 사적독점·부당거래제한 금지의 예방적·보완적 규제로서 공정경쟁저해성의 중심에 위치하며, 후자는 시장의 이상적인 작용을 질적으로 왜곡하기 때문에 규제되며, 일반사법에도 연이어 일어나는 유형으로 이해한다. 따라서 결론상, 제4설과 궤도를 함께 할 것이다.

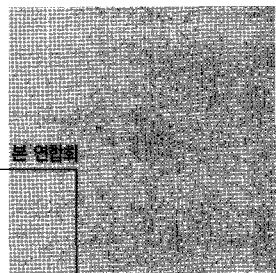
다음으로, ㉔ 「일반지정 14항」 및 「14항의 공정경쟁저해성」에 대해서 ㉔ 「일반지정 14항」에 관해 제3설은 「당해 불이익의 정도, 행위의 범위 등을 고려하여 공정한 경쟁질서와 관련있는 경우에 규제」해야 하고, 제4설은 「시장에 있어서의 유력한 지위(독점적 또는 시장지배적지위일 필요는 없다)를 전제로 한 거래상의 우월적 지위」의 조건을 충족하는 경우 규제해야 한다고 한다. 「일반지정 14항」은 일반적·포괄적인 규정이며, 해석여하에 의해서는 제한없이 적용할 수 있어 일반사법과의 경계도 애매하게 된다. 따라서 제3설은 주로 행위면에서 적용범위를 제한하고, 제4설은 제5설과 마찬가지로 범주체면에서 상대방의 한정을 기도한다. 여기에서 이러한 접근을 어떻게 평가해야 하는가가 문제된다.

이 점에 관해 후자에 대해서 통설은 본 항의 우월성으로는 거래상대방에 대한 상대적 우월성에 있다고 이해한다. 문리상 본 항의 「우월」은 상대적 우월로 이해할 수밖에 없고, 또한 제4설에서 말하는 시장에 있어서 유력한 지위를 가지는 사업자, 제5설에서 말하는 경제력집중 규제를 받는 사업자로 상대방을 한정해야 하는 문언상의 근거, 합리적 이유는 존재하지 않는다. 따라서 해석론으로서는 통설적 이해가 정당하고, 범주체면에서 한정을 시도하는 제4설·제5설은 실질적 타당성이 부족하다고 평가될 것이다.

그런데, 제3설의 접근법은 수긍되게 될까? 생각대로 독점금지법은 경쟁질서를 보호법적으로 하는 거시적인(macro) 상황을 문제로 하는 법이며, 당사자간의 이해조정을 목적으로 하는 일반사법과는 그 입법취지가 다르다. 그러므로 당사자간의 사적분쟁에 그치는 단발적·개별적 거래일 경우 독점금지법의 개입은 억제되며, 행위의 범위와 파급성 등을 지표로 시장의 정상적인 작용을 왜곡하는 행위를 규제해야 하는 것이 된다. 따라서 이와 같은 이해를 일면에서 공유하는 제3설은 수긍할 수 있는 것처럼 생각된다. 그러나 행위자가 상대방에게만 불이익을 과하고 있는 경우에는 불이익의 정도가 크다면 부당성이 인정된다고 하는 제3설 주장에 대해서는 어떻게 평가해야 하는 것일까?

또한 앞서 언급한 우월성에 대해서도 거래상지위에 상대적인 우월의 격차는 정상적인 상태인 이상, 단순히 상대적 우월성이라는 해석으로 충분한지 다시 한번 검토의 여지가 있다.

더욱이 ㉔ 「14항의 공정경쟁저해성」도 문제가 된다. 즉, 제3설은 자유경쟁기반의 침해



라고 하는 ㉔ 유형이 타당하다는 이해에 대해 제4설은 ㉔ 유형 외에도 ㉕ 유형 및 ㉖ 유형이 타당하다고 설명한다. 전술한 대로 ㉕ 유형은 그 필요성은 반드시 인정되지 않지만, ㉖ 유형과 「일반지정 14항」과의 관계를 어떻게 해석해야 하는가가 쟁점이 된다.

이 점에 관해서 「일반지정 14항」을 거래의 장에 있어서의 힘의 부당이용의 총괄적 규정으로 이해하는 제2설에 대해, 제1설은 제2차 분유사건을 「사실상의 재판매가격유지효과라는 자유경쟁저해성과를 총합적으로 고려하여 부당성이 판단되고 있다」고 이해, 제3설은 일본약기사건을 「거래상대방에게 주는 불이익의 부당성이라는 비교적 입증의 용이한 규제 형식에 의하면서 실질적으로는 유통지배정책의 경쟁질서에 미치는 악영향을 제거하는 것을 목표로 삼고 있다」고 평석한다. 이와 같이 유통계열화에 대한 대처로서, 일반지정 14항에서 ㉖ 유형의 인자(因子)를 발견하여 규제하고자 하는 주장은 제2설의 총괄적 규정이라는 이해와는 다르고, 또한 목적론적 해석의 견지에서 생산적인 주장이므로 상세한 검토를 필요로 할 것이다. 그리하여 비교해보면 이러한 쟁점은 보다 기저적(基底的)인 입장에서부터 합리적이고도 통일적인 법해석을 요구하고 있는 것으로 이해된다.

이 점으로 인해 「우리나라에서 본 항을 필요로 하는 현실이 왜 생겨났는가, 그 해결책은 어디 있는가 등은 어려운 문제에 속하며 학제적인 연구에 의지할 수밖에 없다」고 하는 언급이 시사적이다. 본 언급은 본 항에 대해서 「법해석」과 더불어 「경제분석」의 필요성을 시사하고, 경제이론의 유용성을 지적하고 있다고 생각되어지나, 거래상 우월적지위 남용의 메카니즘을 분명히 하여 「경쟁」과 「남용」의 관계를 모순없이 이론적으로 파악할 수 있다면 거기에 법해석의 기점이 구해지며, 위에서 논한 문제에 대해 기저적으로 고찰하는 것이 가능하게 될 것이다. 