

공정거래법상 수직적 비가격제한행위의 금지



이 봉 의
경북대학교 법대 교수

비가격제한행위를 포함한 불공정거래행위 전반에 걸쳐서 법집행의 효율성과 사업자의 자유로운 경제활동보장을 제고하기 위하여 시장점유율 등을 기준으로 한 심사면제제도의 도입을 검토할 필요가 있다. 즉, 수직적 거래제한, 그 중에서도 가격제한행위에 비하여 경쟁저해의 우려가 상대적으로 적을 수 있는 비가격제한행위에 대해서 관련사업자의 시장점유율이나 매출액을 기준으로 원칙적으로 심사대상에서 면제되는 범위를 설정하는 것이 필요하고도 바람직할 것이다.

I. 머리말

1. 논의의 배경

어느 나라나 유통(distribution)은 매우 중요한 의미를 갖는다. 그 이유는 단지 산업의 발전에 따라 1차산업이나 2차산업보다 3차산업의 비중이 커지고, 유통부문이 3차산업 중에서도 국내총생산이나 고용에서 상당히 큰 비중을 차지하기 때문만은 아니다. 그에 못

지 않게 거의 모든 상품이 유통채널을 통해서 최종소비자에게 도달한다는 점에서 유통은 다른 모든 산업의 성장 발전에 필수불가결한 존재이기 때문이다. 따라서 유통시장을 개방적이고 경쟁적으로 유지하는 것은 국민경제의 발전에 필수적이다. 즉, 공정거래법이 보호하고자 하는 공정하고 자유로운 경쟁(법 제1조)은 비단 생산단계에 국한되는 것이 아니라 유통단계에서도 효과적으로 기능할 수 있어야 하는 것이다.

유통은 크게 생산과정으로의 투입, 즉 공급(supply)과 소비과정으로의 투입, 즉 판매(sales)로 나눌 수 있으며, 이들 모든 과정에서 서로 다른 거래단계에 있는 공급자와 거래 상대방이 상품 또는 용역의 판매 또는 구입에 관하여 체결하는 계약을 통상 수직적 거래 내지 수직적 협정(vertical arrangement; vertical agreement)이라 한다. 이러한 수직적 거래의 대표적인 예로는 제조업자와 도·소매업자간의 유통계약을 들 수 있고, 부품제조업자와 이들 부품을 이용하여 상품을 완성하는 제조업자간의 부품공급계약 내지 납품계약도 여기에 해당한다. 그리고 이는 다시 거래상대방의 가격설정의 자유를 제한하는 이른바 가격제한행위 내지 재판매가격유지행위와 가격 이외에 다른 사업활동의 자유를 제한하는 비가격제한행위(non-price restraints)로 나눌 수 있다.

통상적으로 수직적 거래에서는 판매 또는 구매하는 물품의 가격이나 수량 등이 정해지고, 이러한 거래 자체는 수평적 관계에서의 전형적인 경쟁제한행위인 카르텔 내지 부당한 공동행위와 달리 원칙적으로 경쟁상의 문제를 야기하지 않는다. 그러나 수직적 거래라도 그것이 거래상대방의 사업활동의 자유를 제한함으로써 자기 또는 거래상대방이 속한 시장에서의 경쟁을 저해할 우려가 있는 경우에는 공정거래법이 적용되지 않을 수 없다.

2. 문제제기

수직협정 및 그에 수반되는 수직적 거래제한은 일반적으로 제조업자가 새로운 시장에 진입하는 것을 용이하게 하거나 판매업자가 다른 판매업자의 판촉노력에 무임승차하는 상황을 방지하거나 또는 납품업자에게 특정 거래상대방과의 거래를 위하여 투입한 투자비를 회수할 수 있게 하는 등 긍정적인 효과를 갖는 경우가 많다. 따라서 수직적 거래제한이 경쟁제한효과를 갖는 경우에도 그에 따른 긍정적 효과를 아울러 고려하여 금지여부를 결정하여야 한다는 이론적 주장도 만만치 않다.¹⁾

1) 입법례 중에서도 회원국간의 경쟁제한행위를 폭넓게 금지하고 있는 유럽에서 조약 제81조제3항의 예외는 주로

그런데 공정거래법은 수평적 거래제한과 수직적 거래제한을 명시적으로 구분하지 않고 있을 뿐만 아니라 수직적 거래제한에 해당되는 행위유형 또한 시장지배적지위 남용, 재판매가격유지행위, 불공정거래행위 등 복잡·다양하게 분산되어 있고, 이들 각각의 행위를 금지하기 위한 요건도 상이하여 이들에 공통된 접근방법을 도출하기 어렵게 되어 있다. 예컨대, 수직적 가격제한에 해당되는 재판매가격유지행위는 재판매가격을 강제 또는 구속하는지 여부를 기준으로 위법성을 판단하는 반면, 나머지 수직적 비가격제한행위는 '부당성'이나 '공정거래저해성'이라는 매우 추상적인 기준에 따라 위법성을 판단하게 되어 있다. 아래에서는 수직적 거래제한, 그 중에서도 비가격제한행위에 한정하여 이를 규율하는 공정거래법의 관련조항을 체계적으로 분류하고, 불공정거래행위를 중심으로 종래의 실무상 위법성을 판단하는 기준을 살펴보는 한편, 수직적 거래제한 중에서 특히 경쟁제한성을 고려할 필요가 있는 행위유형에 있어서 동시에 효율성증대나 소비자후생증대 등 긍정적 효과를 비교형량 할지의 여부 및 심사절차상 '안전지대' (safety zone)의 설정 필요성을 차례로 살펴보기로 한다. 다만, 비가격제한행위에 관한 외국의 입법례는 여기서 따로 다루지 않는다.

II. 비가격제한행위의 유형과 규제체계

경쟁법상 주로 문제되는 수직적 비가격제한행위에는 대표적으로 구매업자에게 경쟁브랜드의 상품을 구입하지 않을 의무를 부과하는 행위(독점공급계약상의 不爭義務; non-compete obligation 또는 single branding), 공급업자에게 자기와 경쟁관계에 있는 다른 판매업자에게는 공급하지 않을 의무를 부과하는 행위(독점판매계약)가 있다. 그 밖에 선택적 판매²⁾(selective distribution)나 끼워팔기 등도 수직적 관계에 있는 거래상대방의 자

수직적 거래제한에 적용되는 것이며, 미국에서 서면법 제1조상 금지되는 거래제한 중에서 수직적 거래제한은 합리성의 원칙에 따라 경쟁촉진효과 등을 비교형량할 수 있게 되어 있다.

- 2) 선택적 판매란 자기 상품을 판매할 수 있는 사업자를 일정한 기준에 따라 선정하는 방법으로 판매업자의 수를 제한하는 것을 말하며, 일반적으로 판매권이 없는 다른 판매업자에게 판매하지 않을 의무 등이 수반되고, 그 결과 브랜드내 경쟁을 저해하거나 다른 판매업자를 봉쇄하는 효과를 가질 수 있다(보다 상세한 설명은 Faull/Nikpay, The EC Law of Competition, 1999, 496면 이하). 그런데 공정거래법은 선택적 판매를 따로 규정하지 않고, 다만 선택적 판매시스템을 이유로 특정 판매업자에게 제품공급을 거절하는 경우에 기타의 거래거절에 해당될 수 있을 뿐이다.

유로운 사업활동을 제약하는 것으로서 비가격제한행위에 해당된다.

공정거래법은 여러 규정에서 다양한 수직적 비가격제한행위를 포섭하고 있다. 먼저 시장 지배적사업자가 정당한 이유 없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위는 지위남용으로 금지되고(법 제33조의2 제1항 4호, 령 제53조제4항 1호), 일반사업자가 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하거나, 자기의 거래상지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하거나³⁾ 또는 거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위가 불공정거래행위로서 금지되며(법 제23조제1항 3호, 4호 및 5호), 전술한 유형의 불공정거래행위를 내용으로 하는 국제계약 경우도 금지된다(법 제32조제1항).

Ⅲ. 비가격제한행위의 규제실태와 문제점

1. 규제실태

무엇보다 최근 3년간 불공정거래행위의 유형별 접수 처리상황을 공정위에 착수보고 된 사건을 기준으로 정리해보면 다음과 같다.⁴⁾ 여기서 알 수 있는 바와 같이 비가격제한행위의 대표적인 사례인 거래강제나 구속조건부거래는 상대적으로 그 비중이 미미하고, 그 성격이 다분히 모호한 거래상지위 남용이 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 반면, 수직적 가격제한의 전형적인 예인 재판매가격유지행위에 대한 규제실적은 같은 기간에 불과 2건에 불과하여, 판매시장에서의 가격경쟁을 수직적으로 제한하는 관행은 거의 사라진 것으로 보인다.

3) 거래상지위 남용은 본래 자신의 거래상 우월적 지위를 이용하여 거래상대방에게 불이익을 가하는 행위를 말하나, 그 중 구입강제나 판매목표강제 및 경영간섭은 거래상대방의 자유로운 판단을 제약한다는 의미에서 일용 수직적 거래제한의 성질을 가질 수 있다.

4) 지금까지 공정위가 배타적 거래계약을 시장지배적사업자의 지위 남용으로 규제한 예는 아직 없다.

연도 유형	2000년		2001년		2002년	
	접수	처리	접수	처리	접수	처리
• 거래거절	75	78	67	71	80	65
• 차별적 취급	5	8	11	11	21	15
• 경쟁사업자배제	15	17	7	10	14	5
• 부당고객유인	41	39	37	50	53	39
- 경품	12	11	18	22	37	29
- 기타	29	28	19	28	16	10
• 거래장제	24	30	21	20	14	10
• 구속조건부거래	16	18	10	7	10	11
• 거래상지위 남용	87	89	104	75	172	168
• 사업활동방해	23	22	17	17	34	30
• 부당표시·광고	403	455	451	440	471	428
• 부당지원	52	44	82	92	22	22
계	741	800	825	808	905	805

(출처: 공정위, 2003 공정거래백서, 149면)

2. 문제점

비가격제한행위를 주로 불공정거래행위로 규제하고 있는 우리나라에서 나타나는 문제점으로는 크게 두 가지를 들 수 있다. 하나는 비가격제한행위 중에서도 거래상지위 남용이 유독 그 비중이 지나칠 만큼 높다는 사실인데, 이는 공정거래저해성을 경쟁제한의 측면보다는 거래상대방이나 경쟁사업자에 미치는 피해에 치중하여 판단하였기 때문으로 보이며, 그 결과 공정위의 자원을 사적 분쟁에 소모한다는 지적이 나오고 있다.⁵⁾ 다른 하나는 공정거래저해성의 성격과 그 판단기준이 모호하다는 점인데, 비가격제한행위의 유형마다 부당성 여부를 둘러싸고 적지 않은 혼선이 발생함으로써 법적용의 예측가능성이 저해되고 있는 측면이다. 이는 많은 입법례와 경쟁이론에서 수직적 경쟁제한을 수평적 경

5) 양명조, 한국독점규제법의 평가와 전망, 경쟁법연구 제8권 (2002), 20면; 정호열, 불공정거래행위의 금지, 공정거래법강의 II (2000), 373면, 400면.

쟁제한, 즉 카르텔과 대비시키는 등 '경쟁제한성'을 기준으로 위법성을 판단하는 태도와 달리 공정거래법은 수직적 거래제한을 대부분 불공정거래행위로 포섭하여 공정거래저해성이라는 다의적 기준으로 위법성을 판단하고 있는 데에서 그 원인의 하나를 찾을 수 있다.

이러한 문제점을 해소하기 위해서는 비가격제한행위의 경우 그 부당성이 '경쟁' 내지 '경쟁제한성'과 어떻게 결부되어 있는지, 경쟁촉진효과 내지 효율성증대효과를 비교형량할 필요가 있는지, 그렇다면 형량의 구체적인 기준은 무엇인지, 특히 비가격제한행위의 경쟁제한효과가 미미한 경우에 이를 심사할 필요가 여전히 존재하는지 등이 명확하게 밝혀지지 않으면 안 된다.

IV. 비가격제한행위의 위법성 판단기준

1. 거래강제

자유시장경제에서 자유경쟁은 사적자치를 전제로 하고, 사적자치는 계약체결의 자유 및 상대방선택의 자유를 핵심으로 한다. 이러한 자유는 특정 상대방과 거래를 거절할 수 있는 것을 본질적인 내용으로 하는 바, 시장구조상 또는 거래관계상의 지위를 이용하여 거래상대방의 계약체결의 자유나 거래처선택의 자유를 제약하는 행위가 나타날 수 있으며, 이는 양질염가를 기초로 한 능률경쟁을 저해할 우려가 있으므로 공정거래법이 규제하게 된다. 거래강제는 자신의 성과와는 무관하게 거래상대방이 자기와 거래하도록 함으로써 당해 거래상대방의 사업활동을 부당하게 방해함과 아울러(수직적 효과), 경쟁사업자의 사업활동을 방해하거나 경쟁사업자를 시장에서 배제시킬 우려가 있다(수평적 효과).

공정거래법상 거래강제에는 끼워팔기와 사원판매 및 기타의 거래강제가 있으나, 사원판매는 사용자가 업무상 지배·종속관계에 있는 자기 또는 계열회사의 임직원으로 하여금 특정 상품이나 용역을 구입 또는 판매하도록 강제하는 경우로서 수직적 거래제한에는 해당되지 않는다.

(1) 끼워팔기

끼워팔기란 거래상대방에게 주된 상품을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당

하게 다른 종된 상품을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 강제하는 행위를 말한다. 먼저 공정위의 실무,⁶⁾ 판례⁷⁾를 비롯하여 다수설⁸⁾은 끼워팔기가 성립하기 위해서는 '별개상품성'과 '거래강제성' 내지 '거래상대방의 선택의 자유 침해', 그에 따른 '종된 상품시장에서의 능률경쟁의 저해 우려'만 인정되면 족하다고 한다. 그리고 이때 종된 상품이란 주된 상품의 밀접불가분한 구성요소가 아닌 별개의 상품으로서 독립하여 거래의 대상이 될 수 있고, 통상적으로 주된 상품과 하나의 단위로 판매 또는 사용되지 않는 상품이면 족하다고 한다. 이 경우 당해 사업자가 주된 상품시장에서 시장지배적지위에 있을 것을 요하지 않으며, 공정거래저해성을 판단함에 있어서 종된 상품시장에서의 경쟁제한성을 심사할 필요도 없다. 일단 끼워팔기가 능률경쟁을 저해하는 것으로 판단될 경우 사업자의 주관적 의도나 사업상의 이유는 부당성을 판단하는데 고려되지 않는다.

이처럼 끼워팔기를 거래강제의 일 유형으로 규정하고 있는 공정거래법의 해석에 있어서 '강제성'은 끼워팔기의 위법성판단에 있어서 가장 핵심적인 요소인바, 강제수단으로는 계약 또는 사실상의 불이익이 모두 포함된다. 즉, 주된 상품과 종된 상품을 함께 구입하지 않을 경우 일정한 이익을 제공하지 않거나 불이익을 제공하는 경우, 대표적으로 동일한 제조업자로부터 부품을 구입하지 않을 경우 주된 상품에 대한 품질보증이나 A/S를 해주지 않는 경우에도 사실상의 강제성을 인정할 수 있다. 다만, 두 상품을 함께 구매시 가격할인 등 추가로 경제적 이익을 제공하는 패키지판매나 번들링에서는 거래상대방에게 여전히 선택의 자유가 존재한다는 점에서 강제성이 인정되지 않는다.

(2) 기타의 거래강제

기타의 거래강제란 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 조건 등 불이익을 거래상대방에게 제시하여 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 강제하는 행위를 말한다. 대체로 기타의 거래강제는 주된 거래관계에서의 우월적 지위를 이용하여 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 조건 등을 제시하여 자기 또는 자기가 지정하는

6) 지금까지 공정위가 금지한 끼워팔기는 거의 대부분 예식장(2002.2.11., 공전회관의 거래강제에 대한 건)이나 장례식장(2003.8.26., 충남대학교병원의 거래강제에 대한 건)에서 문제되었다.

7) 끼워팔기에 관한 대법원 판결은 아직 없고, 최근에 한국토지공사의 택지분양에 관한 서울고등법원의 판결(2004.2.10., 2001누16288)이 유일하다.

8) 권오승, 경제법(2002), 327~328면; 이남기·이승우, 경제법(2001), 252~254면.

사업자와 여타의 거래를 강제하는 경우에 문제되는 것으로 보인다.

이에 관한 판례는 아직 없으며, 공정위의 심결례도 사실상 한 건에 불과하다.⁹⁾ 사업자가 거래상 우월적 지위에 있는 사업자이어야 할 필요가 있는지에 관하여는 명확한 언급이 없으나, 실질적인 강제가 가능하기 위해서는 주로 대량구입에 따른 수요지배력이나 필수적인 원자재의 공급에 따른 공급지배력 등이 당연히 전제되는 것으로 보아야 할 것이다.¹⁰⁾ 이때 자기 또는 자기가 지정하는 자와 실제로 거래가 성립하였을 것을 요하지 않으며, 기존의 거래관계는 주로 자기 또는 계열회사의 협력업체나 대리점과 같이 계속적인 경우이다. 그 밖에 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 불이익을 제시하여야 하는 바, 그 수단으로는 주된 거래관계에서 공급량이나 구입량의 축소, 대금지급의 지연, 거래의 중단 등이 있다. 한편, 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래할 경우 일정한 인센티브를 제공하는 것은 강제성이 없으므로 위법성이 인정되지 않는다.

2. 거래상지위 남용

거래의 일방당사자가 당해 거래관계의 특성에서 비롯된 자신의 우월적 지위를 이용하여 상대방에게 원하지 않는 상품 등을 구입하게 하거나, 일방적으로 불리한 조건을 부과하거나 기타 거래와 무관하게 상대방의 사업활동에 간섭하는 경우, 공정거래법은 공정한 거래 질서를 저해할 우려가 있는 것으로 보아 이를 금지하고 있다.

공정거래법이 거래상지위 남용을 금지하는 것은 거래과정에서 우월적 지위를 가진 사업자가 일방적으로 거래상대방에게 구입강제 등 각종 불이익을 가하는 행위를 할 경우 상대방사업자로는 자신이 활동하는 시장에서 다른 경쟁사업자에 비하여 불리한 조건에서 경쟁하게 되고, 다른 한편으로 이를 통하여 거래상지위에 있는 사업자는 자신의 시장지위를 공고히 하거나 경쟁사업자보다 시장에서 우위를 차지할 우려가 있기 때문이며, 엄밀한 의미에서 관련시장에서의 경쟁제한성을 요하지 않고 있다.

9) 공정위 의결, 2003.2.10. (주)엘지텔레콤의 거래강제에 대한 건. 여기서는 LGT가 019 PCS를 판매함에 있어서 자기의 계열회사에 설비·부품을 납품하는 협력업체에 소속된 직원들에게 하청물량의 감소 등 불이익을 제시하여 자기와 거래하도록 강제한 행위가 문제되었다.
 10) 권오승, 앞의 책, 328면에서 거래강제가 성립하기 위해서는 거래상 우월적 지위를 이용하는 것이어야 함을 지적하고 있는 것도 마찬가지로의 맥락에서 이해할 수 있다.

이때 '거래상지위'란 시장지배적지위와 같은 절대적 지위는 아니지만 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위로서, 그 판단에 있어서는 거래처 선택의 가능성, 시장상황, 당사자간의 자본력·판매력·신용력, 당해 상품이나 용역의 특성, 당해 업종에서의 거래관행, 불이익의 정도 등을 종합적으로 고려한다.¹¹⁾ 공정위의 실무에서 '거래상지위'는 일방당사자가 타방에게 구입을 강제하는 등 일정한 불이익을 강요할 수 있을 정도의 것으로 족하며, 구체적인 판단요소로서 다음과 같은 사항을 고려하고 있다.

- ① 상대방이 독점판매업자인지의 여부, 다른 회사제품 취급시 본사와의 협의의무 유무 등
- ② 계속적 거래관계의 여부, 계약갱신권이 누구에게 귀속되어 있는지, 다른 업체로의 거래처전환 가능성 등
- ③ 인적·물적 담보의 제공여부 및 거래관계 종료시 상대방에게 제공된 인적·물적 담보의 해소의무 유무 등
- ④ 거래관계 종료시 상대방이 부담하고 있던 채무의 기한의 이익 상실여부 및 기타 본사로부터 지원받은 기기나 설비의 반환의무 유무, 시설투자비의 상환여부 등

다만, 현실의 거래에서 당사자간에 지위가 완전히 대등한 경우란 생각할 수 없다는 점에서 '거래상지위'는 거래당사자간에 지배·종속관계가 가능할 정도로 지위에 현저한 격차가 있어야 하는 것으로 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 그렇지 않을 경우 거의 모든 사적 거래에서 거래상지위 남용이 문제될 것이기 때문이다. 시행령 [별표 1] 6호에서는 거래상지위 남용을 상대방에게 가해질 수 있는 불이익의 유형에 따라 다시 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공 및 경영간섭의 5가지로 구분하고 있는 바, 이익제공강요와 불이익제공은 비가격제한행위로 보기 어렵다.

(1) 구입강제

구입강제란 거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품이나 용역을 구입하도록 강제하는 것으로서, 거래상지위에 있는 사업자가 그 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방의 자유로운 구입결정을 제한하는 행위를 말한다. 구입을 강제한다는 것은 상품이나 용역을 필요 이상으로 많이 구입하도록 하는 수도 있고, 거래관계에 있는 상품 이외에 다른 상품 등을 추가로 구입하도록 강제하는 수도 있다. 후자의 경우 구입강제의 목적물은 자기가 공급하

11) 대법원 2000.6.9. 97누19427 판결.

는 상품 용역인 경우도 있고, 제3자가 공급하는 것인 경우도 있는 바, 어느 경우나 실무상 '끼워팔기'와의 구분이 명확하지 않은데, 이는 구입강제나 끼워팔기나 모두 그 실질은 거래강제에 해당하기 때문이다. 구입강제의 수단에는 제한이 없으며, 대체로 당해 상품이나 용역의 제공을 제한 중단하거나 또는 대리점을 교체하는 방법이 사용된다. 실제로 강제수단이 명시적으로 언급되거나 사용되었을 필요는 없으며, 상대방이 이를 의식하여 어쩔 수 없이 거래를 하지 않을 수 없는 경우이면 족하다.

학설은 대체로 구입강제를 비롯한 거래상지위 남용이 경쟁기반을 저해한다는 점에서, 즉 거래상대방의 경쟁여건을 불리하게 하여 자유경쟁의 기반을 침해한다는 점에서 공정거래저해성 내지 위법성을 인정하고 있다.¹²⁾ 공정위는 판매가 저조함에도 불구하고 제조업체가 지나친 물량을 할당하여 배분하는 행위도 거래상대방의 의사에 반하는 구입강제에 해당한다고 보고 있으며, 다만, 흔히 '밀어내기' 식 영업(Push전략)이 문제되는 경우에는 구입강제와 판매목표강제의 구분이 애매한데, 제조업체와 대리점의 관계와 같이 판매업자가 타인의 위험과 계산으로 판매활동을 수행하고 그에 따른 수수료만을 받는 관계에서는 판매목표강제만이 문제될 것이고, 재판매가 이루어지는 관계에서는 경우에 따라 구입강제와 판매목표강제에 모두 해당될 수 있을 것이다.

(2) 판매목표강제

지금까지 판매목표강제는 주로 본사와 대리점간의 관계에서 문제되었으나, 구입강제와의 관계가 모호한 측면이 있다. 대리점의 경우 사업활동의 주요 부분을 본사에 의존하고 있고, 사업활동의 유지를 위하여 본사와 계속적인 거래관계가 필요하며, 계약기간중에는 투자자본의 회수, 외상매입금의 처리 등으로 인하여 본사 이외에 다른 거래처를 선택하기가 용이하지 않은 점 등을 고려하여 대체로 본사는 대리점에 대하여 거래상지위가 인정되고 있다. 상품의 경우 판매할당량이, 용역의 경우 일정수의 가입자나 회원의 유지·확보가 정해지고, 이를 달성하지 못하였을 경우 공급중단이나 대리점계약의 해지 또는 판매 등에 따른 수수료의 미지급 등의 방법으로 목표달성이 강제되는 사례가 많다.

판매목표강제의 위법성은 '강제성'에 있기 때문에 부과된 판매목표가 과도한 수준인지

12) 권오승, 앞의 책, 330~331면; 이남기·이승우, 앞의 책, 256~257면. 이에 대하여 불공정거래행위의 경우에도 어느 정도의 경쟁제한성을 요건으로 하여야 한다는 비판적 견해로는 홍대식, 우월적 지위의 남용행위의 위법성 판단기준, 경쟁법연구 제7권(2001), 271면 이하.

를 묻지 않는다. 판매목표를 달성하기 위하여 인센티브를 제공하는 행위는 강제성이 없는 한 위법성이 인정되지 않으나, 정상적인 유통마진을 관리수수료나 장려금의 형태로 지급하고 목표 미달시 이를 지불하지 않는 등 사실상 판매목표를 강제하기 위한 수단으로 이용되는 경우에는 위법성을 인정할 수 있다.¹³⁾ 실제 강제수단이 집행되었을 필요는 없으며 당사자간의 약정으로 목표불이행시 일정한 제재수단이 정해져 있는 것으로 족하다.

(3) 경영간섭

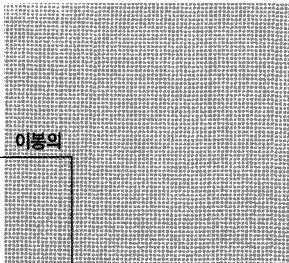
종래 경영간섭은 대부분 대리점이나 임대차관계에서 본사나 임대인이 거래상대방인 대리점이나 임차인의 사업활동 내용, 예컨대 거래처나 거래내역, 판매대상물품의 종류나 가격 등에 관하여 조사나 통제를 한 경우에 문제되었으며,¹⁴⁾ 거래상지위의 유무는 대리점관계나 임대차관계의 일반적인 속성으로 인하여 쉽게 인정되었고, 거래상대방이 자율적으로 결정할 사항에 관하여 아무런 합리적 이유 없이 개입 또는 이를 제한하는 경우에 위법성이 인정되었다. 공정위가 협력업체나 부품 등의 납품업체에 대하여 특정 상품이나 용역의 거래를 자신이 지정하는 자와 체결하도록 요구하는 행위를 금지한 예¹⁵⁾도 있는 바, 이 경우 구입강제와의 한계가 모호한 측면이 있다.

경영간섭의 위법성은 거래상대방의 사업활동의 자유나 경영의 자율성을 침해하는 데에 있으며, 제한되는 사항은 임직원의 선임이나 해임, 생산·판매품목, 생산량, 판매가격 등의 거래조건을 비롯하여 상품이나 용역의 선택권 및 거래상대방의 선택권이 모두 포함된다. 다만, 간섭의 대상이 되는 경영활동을 지나치게 넓게 해석할 경우 구입강제 등 거래상대방의 의사를 억압하는 행위와의 구분이 모호해지는 바, 시행령 [별표 1] 6호 마목에 열거된 사항, 즉 임직원의 선임·해임, 생산품목, 시설규모, 생산량 및 거래내용에 국한하여야 할 것이다.

13) 공정위, 2003.8.4. (주)엘지텔레콤의 거래상지위 남용에 대한 건.

14) 공정위, 2002.1.17. 대구광역시시설관리공단의 거래상지위 남용에 대한 건.

15) 공정위, 1999.6.4. 현대자동차(주)의 거래상지위 남용에 대한 건. 여기서는 현대자동차가 협력업체로 하여금 특정 보험회사를 지정하여 가입하도록 한 행위가 문제되었다.



3. 구속조건부거래

수직적 거래관계에서 거래상대방은 거래처나 거래지역 등을 자유롭게 결정할 수 있는 것이 원칙이나 일방당사자가 거래상대방의 거래처를 제한하거나 거래지역을 할당함으로써 조달시장이나 판매시장에서의 경쟁을 제한하는 경우에 공정거래법은 이를 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 것으로 보아 금지하고 있다. 사업자가 거래상대방의 거래처나 거래지역 등을 구속하는 조건으로 거래하는 행위는 거래상대방의 자유를 인위적으로 제한하는 측면과 그로 인하여 관련시장에서의 경쟁을 제한하는 측면이 있는 바, 종래 구속조건부거래의 위법성이 그 중 어디에 있는지에 관하여는 이견이 있다.¹⁶⁾

구속조건부거래는 일반적으로 제조업자가 판매업자를 수직계열화 하거나 판매업자가 특정 제조업자의 상품을 독점적으로 확보하는 수단으로 이용되며, 그에 따라 제조업자로서는 안정적인 판매처의 확보와 판매비용의 절감을, 판매업자로서는 상품의 안정적 공급 확보와 판매활동의 효율성제고를 기대할 수 있기 때문에 양자 모두에게 이득이 된다.¹⁷⁾

그 결과 구속조건부거래는 거래강제나 거래상지위 남용처럼 사업자가 일방적으로 거래상대방에게 강요하기보다는 양 당사자가 합의하여 성립하는 경우가 대부분이다.

구속조건부거래는 가장 대표적인 수직적 비가격제한행위로서, 공정거래법은 배타조건부거래와 거래지역 또는 거래상대방의 제한으로 구분하고 있으며, 배타조건부거래는 다시 독점판매계약과 독점공급계약¹⁸⁾으로 나눌 수 있다. 이때 배타조건부거래 역시 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 않는 조건이라는 점에서 거래상대방의 사업활동의 자유를 제한하는 것이나, 이 경우에는 제조업자가 판매업자의 구입처를 제한하거나 판매업자가 제조업자의 공급처를 제한하는 것으로서 downstream 단계에서 거래상대방의 거래지역이나 거래상대방의 거래상대방을 다시 제한하는 경우와 구별된다.

16) 공정위는 구속조건부거래의 경쟁제한성을 따로 심사하지 않는 반면, 학설은 브랜드간 또는 브랜드내의 경쟁제한 여부를 위법성 판단요소로 지적하고 있다. 권오승, 앞의 책, 337~338면; 이남기·이승우, 앞의 책, 265~266면.

17) 권오승, 앞의 책, 336면 이하.

18) 우리나라에서는 이들 두 가지 독점계약을 영어권에서와 반대의 의미로 사용하고 있는 듯하다. 아래에서는 우리나라의 용례에 따르기로 하는데, 예컨대 유럽 경쟁법상으로는 exclusive supply가 독점판매계약에 해당하는 반면, non-compete obligation이 독점공급계약에 해당한다. 반면, exclusive distribution은 거래지역이나 거래상대방제한과 유사한 것으로 보인다.

(1) 배타조건부거래

구속조건부거래가 경쟁법상 관심대상이 되는 것은 그것이 경쟁을 제한할 가능성을 내포하고 있기 때문인데, 이때 문제되는 경쟁은 크게 브랜드내 경쟁과 브랜드간 경쟁이다.¹⁹⁾ 우선, 배타조건부거래 중에서도 독점공급계약은 수직계열화를 통하여 판로를 확보하기 어려운 다른 제조업자에게 시장을 봉쇄하는 등 브랜드간 경쟁을 제한할 우려가 있는 반면, 독점판매계약은 제조업자가 다른 판매업자에게 공급하는 것을 제한함으로써 브랜드내 경쟁을 제한할 우려가 있다. 다만, 이때에도 거래의 형태나 구속의 정도에 따라서 배타조건부거래가 브랜드간 경쟁이나 브랜드내 경쟁에 미치는 효과가 상이하기 때문에, 이를 종합적으로 고려하여 금지여부를 결정하여야 한다.

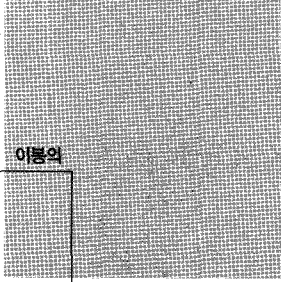
학설은 배타조건부거래라도 독점판매계약이나 독점공급계약이나에 따라 경쟁제한의 모습에 다소 차이가 있으나, 전술한 바와 같이 대체로 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한하는 데에서 위법성을 찾고 있는 것으로 보인다. 독점판매계약의 경우 제조업자가 이미 여러 판매업자와 거래관계를 맺고 있는 경우에 다른 판매업자가 이를 배제하고 독점적인 판매권을 획득하거나, 한 판매업자가 여러 제조업자와 독점판매계약을 체결함으로써 다른 판매업자의 경쟁을 제한하거나 또는 제조업자가 경쟁자의 시장진입을 막기 위하여 생산에 필요한 원재료의 독점적 판매권을 취득하는 경우에 경쟁제한성이 인정되며, 독점공급계약의 경우 제조업자가 다수의 판매업자와 배타적 특약점계약을 체결하여 해당 판매업자와 거래하던 기존의 경쟁사업자를 시장에서 배제할 우려가 있는 경우에 경쟁제한성이 인정된다고 한다.

반면, 공정위는 사업자의 시장지위나 거래상지위에 비추어 다른 경쟁사업자의 제품을 취급하지 못하도록 할 경우 판매업자의 자유의사가 부당하게 제한되고 이를 통하여 시장 봉쇄를 통한 경쟁제한효과가 나타날 수 있다는 점을 고려한 경우도 있으나,²⁰⁾ 대부분의 경우에는 대리점, 특약점 내지 특수유통점과의 배타조건부거래가 거래상대방의 사업활동을 부당하게 제약한 데에 위법성이 있는지 아니면 경쟁을 제한하는 데에 위법성이 있는지에 대하여 명확한 판단기준을 제시하지 않고 있다.²¹⁾

19) 그 용어에서도 알 수 있는 바와 같이 구속조건부거래는 통상 브랜드제품이 문제되는 경우에 경쟁제한성을 가질 수 있으며, 일반적으로 브랜드는 중간재보다는 완성품에서 중요한 의미를 갖는다.

20) 공정위, 2001.10.8. (주)에스케이텔레콤의 구속조건부거래행위에 대한 건.

21) 공정위, 2003.8.26. 학교법인 삼육학원(삼육식품)의 거래상지위 남용 등에 대한 건; 2002.1.5. (주)두루넷의



그런데 배타조건부거래는 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 않는 조건으로 거래하는 행위로서, 그 형태에 따라 브랜드내 경쟁이나 브랜드간 경쟁을 저해할 우려가 있는 경우에 한하여 정당성을 인정하여야 할 것이다. 다만, 배타조건부거래는 동시에 효율성 증대효과나 경쟁촉진효과를 수반할 수 있으므로 합리적 기준에 의한 비교형량을 통하여 위법성을 판단하여야 할 것이다. 특히, 새로운 상품시장 내지 지역시장에 진입하기 위하여 판매업자에게 독점판매권을 부여하는 경우 경쟁제한성 자체가 미미한 반면, 경쟁촉진효과가 클 수 있음에 유의하여야 한다.²²⁾

(2) 거래지역 또는 거래상대방의 제한

거래지역이나 거래상대방의 제한은 사업자가 거래상대방과 상품 또는 용역을 거래하면서 자기가 공급한 상품이나 용역의 거래지역이나 이를 거래할 상대방을 또 다시 구속하는 것으로 전형적인 수직적 경쟁제한으로서 시장을 분할하여 가격경쟁의 압력을 완화하는 등 브랜드내 경쟁제한이 문제된다. 거래상대방의 거래지역이나 거래상대방을 제한하는 행위는 주로 제조업자의 대리점에 대한 판매지역제한에 관한 것이 문제되었으며, 공정위는 배타적 특약점 내지 대리점에게 각자의 관할구역 내에서만 판촉 및 판매활동을 하도록 제한하는 행위를 특약점 내지 대리점간의 공정하고 자유로운 고객확보경쟁을 제한하거나 판매업자의 거래처선택의 자유를 제한하는 것으로 보아 금지하고 있다.²³⁾ 즉, 공정위는 새로운 시장에 진입하기 위한 수단으로서 브랜드간 경쟁이 촉진되는 측면을 제대로 고려하지 않고 있다. 거래상대방의 제한이 문제된 사례에서 공정위는 구속의 범위를 넓게 해석하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 않는 경우까지 포함시키고 있는바, 예컨대, 상품을 구입하면서 자기 또는 계열회사가 판매활동에 참여하고 있는 지역에서 다른 경쟁사업자에게는 판매하지 않도록 하는 조건을 부과하는 행위도 거래상대방의 제한으로 파악하고 있다.²⁴⁾

배타조건부거래행위 등에 대한 건 등.

22) 유럽 경쟁법의 경우 새로운 시장진입을 위한 수직적 거래제한은 출시 후 2년간, 특정 지역이나 특정 고객집단에 신제품을 테스트하기 위한 거래지역제한은 1년간 원칙적으로 조약 제81조제1항 위반으로 보지 않는다. European Commission, The Competition Policy in Europe: The Competition rules for supply and distribution agreements (2002), 18면.

23) 공정위, 2002.12.23. (주)대한도시가스엔지니어링의 구속조건부거래행위에 대한 건.

24) 공정위, 2002.12.23. (주)대한도시가스엔지니어링의 구속조건부거래행위에 대한 건.

한편, 이들 행위의 위법성은 대리점의 사업활동구속과 그에 따른 자유의사침해에 있는 것이 아니라 브랜드내에서 판매업자들간의 경쟁제한에 있으므로, 부당성 판단에 있어서는 브랜드간의 경쟁이 촉진되거나 유통효율성의 제고여부를 비교형량 할 필요가 있다. 이처럼 거래지역 등 제한의 위법성을 '경쟁제한성'에서 찾을 경우, 계약상 구속의 강약에 따라 위법성 여부가 좌우되지는 않으며, 단지 경쟁제한 유무와 그 정도를 판단하는데 고려될 수 있을 뿐이다. 다른 한편, 일반적으로 구속의 강도가 낮고 위반시 제재가 없거나 경미한 것은 사업자에게 이를 강행할 지배력이 없거나 유통계열화의 필요성이 별로 없음을 보여주는 것이고, 따라서 위법성이 인정되기 어려울 것이다. 반면, 구속의 강도가 높고 위반시 제재가 강력한 경우에는 일반적으로 경쟁제한의 우려가 인정될 소지가 크나, 언제나 위법성이 인정되는 것은 아니며, 오히려 특히 유통계열화의 필요성이나 효과가 크다는 것을 보여주는 것일 수도 있다. 따라서 거래지역이나 거래상대방의 구속을 받는 판매업자의 수와 이들의 시장점유율 등을 종합적으로 고려하여 위법성 유무를 판단하여야 할 것이다.

V. 맺는 말 : 향후의 과제

1. 비가격제한행위의 위법성요소와 비교형량의 여부

일반적으로 비교형량을 한다는 것은 어떤 경쟁제한행위가 동시에 효율성증대 내지 소비자후생증대효과를 수반하는 경우에 이러한 긍정적 효과를 종합적으로 고려하여 최종적으로 금지여부를 결정하는 과정을 말한다. 수직적 비가격제한행위의 경우에도 그 위법성을 무엇보다 경쟁제한성 여부를 기준으로 판단하는 입법례에서 이러한 비교형량은 결국 경쟁보호라는 이익과 효율성증대효과라는 이익을 비교한다는 의미에서 '이익형량'(Interessenabwägung)의 의미를 가진다. 미국 독점금지법상 '합리성의 원칙'(rule of reason) 또한 경쟁제한성과 효율성증대효과를 비교한다는 의미에서 마찬가지로 비교형량을 전제로 한 개념임은 주지하는 바와 같다.

그런데 문제는 공정거래법상 불공정거래행위로 포섭되는 비가격제한행위는 모두 공정거래저해성을 위법성요소로 하고, 이때 공정거래저해성은 행위유형에 따라 경쟁제한과는 무관하게 '강제성', '불이익제공' 내지 '구속성' 여부 등을 기준으로 판단하게 되어 있다는 점이다. 그 결과 공정위의 실무와 다수설은 당초 비가격제한행위의 부당성을 판단함

에 있어서 엄격한 의미에서 경쟁제한성을 고려하지 않고 있으며, 아직까지 공정위의 실무에서 위법성 판단을 위한 일관된 태도나 예측가능한 기준을 찾을 수 없다. 판례 역시 비가격제한행위를 비롯하여 불공정거래행위의 위법성은 공정한 경쟁질서라는 관점에서 평가되어야 하고 단순한 사업경영상의 필요나 거래상의 합리성 내지 필요성만으로는 정당한 이유가 인정되지 않는다는 입장을 견지하고 있고,²⁵⁾ 이 점에서 비교형량에 대하여 매우 소극적인 것이 현실이다.

그러나 수직적 거래제한, 그 중에서도 비가격제한행위는 그 동기나 효과 면에서 경쟁촉진적이거나 효율성증대효과를 수반하는 경우가 적지 않다는 점에서 비교형량의 허용여부와 구체적인 형량기준을 마련할 필요가 있다.²⁶⁾ 이를 위해서는 먼저 전술한 비가격제한행위의 유형별로 고유한 위법성요소를 명확히 하여야 하며, 특히 구속조건부거래의 경우에는 경쟁제한성을 위주로 위법성을 판단하는 한편, 당해 행위에 따른 경쟁촉진효과 내지 효율성증대효과를 아울러 고려하는 것이 바람직할 것이다. 다만, 이때 고려될 수 있는 효율성증대효과란 그로부터 경쟁이 촉진되는 한편 새로운 경쟁자의 진입에 대한 장애가 되지 않고, 궁극적으로 소비자에게도 이익이 되는 것이어야 하며, 다음의 네 가지 요소를 갖추어야 할 것으로 보인다: ① 효율성이 당해 불공정거래행위에 특수한 것이어야 하고, ② 효율성의 내용이 미미한 수준이 아니라 실질적인 것으로서, ③ 가까운 장래에 발생할 것이 확실한 것이어서, ④ 효율성의 정도를 충분히 입증할 수 있어야 할 것.

2. 안전지대의 필요성

안전지대란 매출액이나 시장점유율 등을 기준으로 통상적으로 경쟁저해성이 미미할 것으로 판단되는 사업자의 행위에 대하여 원칙적으로 경쟁법 위반에 해당되지 않고, 따라서 심사절차를 개시하지 않을 것임을 밝히는 제도를 말하며, 법집행의 효율성과 과도한 규제의 개선을 도모하기 위한 수단으로 이해되고 있다.

25) 대법원 1990.4.10. 선고 89다카29057 판결. 다만, 최근에 판례는 경영상의 필요나 합리적인 사유, 행위의 동기나 목적, 공익에의 부합여부 등에 대한 비교형량의 여지를 남겨두는 듯한 태도를 보이고 있다(대법원 1998.9.8. 선고 96누9003 판결; 2001.12.11. 선고 2000두833 판결).

26) 다만, 거래강제나 거래상지위 남용의 경우 현행법의 틀 내에서 경쟁제한성을 기준으로 위법성을 판단할 수 있는지는 의문이며, 이처럼 경쟁제한성과 무관하게 위법성을 판단하는 경우에도 비교형량이 가능한지, 가능하다면 형량기준이 어떠한지는 여전히 불확실한 문제로 남아 있다.

공정거래법상 비가격제한행위의 금지는 모든 사업자에게 적용되며, 법위반 사업자의 규모나 시장점유율 등은 그나마 위법성을 판단하는 과정에서 부분적으로 고려될 뿐이다. 그 결과 원칙적으로 인지된 모든 사건에 조사절차가 개시되고, 사업자로서는 미미한 범위 반 행위에 대해서도 시정조치나 과징금이 부과될 위험을 부담하게 된다. 즉, 그 규모나 시장점유율 면에서 미미한 지위에 있는 사업자는 심사절차에서 중국적으로 위법성이 없는 것으로 판명될 가능성이 높음에도 불구하고 절차의 진행에 따른 경제적 비용과 고객 및 거래처의 신뢰저하 등의 손실을 입게 된다. 아울러 공정위로서도 중국에는 공정거래저해성이 부인될 소지가 큰 사건에 대해서도 조사 및 심사절차를 진행하게 됨으로써 자원을 낭비하게 되고, 보다 중대한 사건에 역량을 집중하기가 어려워지게 된다.

따라서 비가격제한행위를 포함한 불공정거래행위 전반에 걸쳐서 법집행의 효율성과 사업자의 자유로운 경제활동보장을 제고하기 위하여 시장점유율 등을 기준으로 한 심사면제제도의 도입을 검토할 필요가 있다. 외국의 입법례를 보면, 사업자의 시장점유율이 일정 수준 이하인 경우에는 당해 행위가 경쟁에 미치는 효과가 미미할 것으로 판단하여 원칙적으로 위법성이 없는 것으로 취급하고 있다. 대표적으로, 유럽의 경우 de minimis 가이드라인²⁷⁾에서는 수평적 경쟁제한의 경우 10%의 시장점유율, 수직적 경쟁제한의 경우 15%의 시장점유율을 넘지 않는 경우에는 원칙적으로 경쟁저해성이 없는 것으로 추정하며, 일괄예외규칙 및 수직적 거래제한에 관한 가이드라인²⁸⁾에서는 원칙적으로 30%의 시장점유율을 기준으로 심사면제를 인정하고 있다. 그렇다면 우리나라에서도 수직적 거래제한, 그 중에서도 가격제한행위에 비하여 경쟁저해의 우려가 상대적으로 적을 수 있는 비가격제한행위에 대해서 관련사업자의 시장점유율이나 매출액을 기준으로 원칙적으로 심사대상에서 면제되는 범위를 설정하는 것이 필요하고도 바람직할 것이다.

27) Comm., Notice on agreements of minor importance, OJ C 368, 13 (2001.12.22.).

28) Comm., Regulation No. 2790/1999, Block Exemption Regulation, OJ L 336 (1999.12.29.); Comm., OJ C 291 (2000.10.13.). 시장점유율 30% 기준을 초과하는 경우에도 당해 수직적 거래제한행위의 위법성이 추정되는 것은 아니며, 단지 적법성 추정(presumption of legality)의 혜택을 누리지 못하고 개별심사를 받게 될 뿐이다.