

불공정거래행위 심사지침 제정·시행에 관하여

• 송정원 | 공정거래위원회 경쟁촉진과 서기관 •

1. 글머리에

공정거래위원회는 2004. 12. 27. 「불공정거래행위 심사지침」(공정위 예규 제25호)을 제정하여 2005. 1. 1.부터 시행하고 있다. 금번 심사지침은 그 동안 공정거래법 제 23조의 불공정거래행위 규정에 대한 논의와 심결례를 체계적으로 정리하면서 사건처리 시 준거하여야 할 구체적 기준을 제시하고 있다. 심사지침 내용은 기업체들도 알아야 할 필요성이 있다고 생각되어 작업에 참여하였던 경험을 토대로 그 제정배경, 주요 내용, 과거와의 차이점 등에 대해 서술하고자 한다.

2. 불공정거래행위 심사지침 제정배경

공정거래법(제23조)은 기업간 거래시 금지되는 불공정거래행위 유형을 8가지로 열거하고 있다. 또한 동 법 시행령(별표1)은 이를 세분하여 24개 세부유형(부당지원행위 제외)을 열거하면서 행위 요건을 규정하고 있다.

상기 규정에 의해 금지되는 행위유형들은 거래거절(공동의 거래거절, 단독의 거래거절), 차별적 취급(가격차별, 거래조건 차별, 계열회사를 위한 차별, 집단적 차별), 경쟁사업자 배제(부당염매, 부당고가매입), 부당한 고객유인(부당이익제공, 위계에 의한 유

* 이 글은 필자 개인의 견해이며, 공정거래위원회의 공식입장이 아님을 알려드립니다.

인, 기타 부당고객유인), 거래강제(기위팔기, 사원판매, 기타의 거래강제), 거래상 지위 남용(구입강제, 이익제공 강요, 판매목표 강제, 불이익제공, 경영간섭), 구속조건부거래(배타조건부거래, 거래지역 또는 거래상대방 제한), 사업활동방해(기술의 부당이용, 부당인력 유인채용, 거래처 이전방해, 기타 방해) 등이다.

상기 행위유형들은 기업간 거래시 발생할 수 있는 다양한 불공정거래 사항들을 포괄하고 있다. 실제, 공정위에 신고되는 전체 건수와 공정위가 시정조치하는 건수 중 공정거래법 제23조의 불공정거래행위가 차지하는 비율이 60% 이상인 점으로 미루어 보아 그 중요성을 짐작할 수 있다. 기업들이 사업을 영위하기 위해서는 거래를 회피할 수 없으므로 상기 규정은 기업들에게 매우 중요한 의미를 가지는 행위준칙이라 할 수 있다.

그러나, 상기 규정들은 행위 요건에 대해 '부당하게', '정당한 이유없이', '공정한 거래를 저해할 우려' 등 추상적 개념을 사용하고 있다. 이는 모든 법률이 그러하듯 입법기술상의 한계 때문에 복잡 다양한 경제현상을 효율적으로 규율하기 위해 발생하는 불가피한 현상이다.

이에 따라, 기업들은 실제 거래현장에서 어떤 행위가 범위반이 되는지를 사전에 정확히 이해하는데 다소 어려운 측면이 있었다. 기업들의 공정거래 담당자들은 공정거래법을 '이해하기 어려운 법', '걸면 걸리는 법'으로 간주하는 경향도 있었다. 이러한 현상들은 기업들이 공정거래법을 자율적으로 준수하는 것을 어렵게 하는 요인으로 작용하였다. 또한, 학계에서도 공정거래법 제23조 규정의 해석에 대해 다양한 견해들이 있었으나, 통일적인 입장을 정립하는데 어려움을 겪고 있었다. 한편, 공정위도 그간의 심결례들과 불공정거래행위 심사에 관한 글로벌 스탠다드를 반영하여 사건심사 및 처리에 관한 보다 선진화되고 명확한 기준을 마련할 필요성이 있었다.

이러한 배경하에서, 공정위는 2003년도에 연구용역을 발주하여 불공정거래행위 심사지침 제정작업에 착수하였으며, 2004년초 연구용역 결과를 토대로 심사지침 초안을 도출하였다. 그 이후 전문가회의, 공청회, 1년여의 내부검토 과정을 거치고 공정위 전원회의 심의를 거쳐 불공정거래행위 심사지침이 제정되었으며, 2005.1.1일부터 시행되고 있다.

3. 불공정거래행위 심사지침의 주요 내용

불공정거래행위 심사지침은 크게 보아 목적, 적용범위, 위법성 심사의 일반원칙(심사면제 범위설정 포함), 관련 시장범위 확정, 개별행위 유형별 구체적 심사기준의 5개 부

분으로 구성되어 있다. 지면관계상 목적·적용범위 부분에 대한 설명은 생략하고, 나머지 부분에 대해 설명하고자 한다.

가. 위법성 심사의 일반원칙

(1) 위법성 심사기준인 「공정거래저해 우려」를 경쟁제한성(Anti-Competitiveness)과 불공정성(Unfairness)으로 세분

공정거래법 제23조제1항은 “사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 따라서 특정행위가 위법하기 위해서는 법 제23조제1항 각호에 열거된 불공정거래행위의 외형에 해당되더라도 그 행위효과가 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 한다. 따라서 「공정거래저해 우려」는 불공정거래행위에 대한 위법성 판단기준이 되고 있다.

「공정거래저해 우려」는 포괄적 개념으로 이해되어 왔다. 그러나 어떤 개념적 요소들을 내용으로 하는지에 대해서는 확립된 기준이 없는 실정이었다. 금번 심사지침은 이를 경쟁제한성과 불공정성을 의미한다고 명시적으로 규정하고 있다. 「공정거래저해 우려」의 개념적 요소에 대해 공정위의 입장이 제시된 것이다. 또한, 「경쟁제한성」의 개념에 대해서는 당해 행위로 인해 시장경쟁의 정도 또는 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)의 수가 유의미한 수준으로 줄어들거나 줄어들 우려가 있음을 의미한다고 규정하고 있다. 불공정성의 개념에 대해서는 경쟁수단 또는 거래내용이 정당하지 않음을 의미한다고 구체화하고 있다.

(2) 경쟁제한성 또는 불공정성으로 심사하는 행위유형을 구분

심사지침은 외국의 입법례와 판례 등을 종합적으로 고려하여 불공정거래행위 유형들을 경쟁제한성 위주로 심사하는 행위유형, 불공정성 위주로 심사하는 행위유형으로 2분하고 있다. 이에 따르면, 거래거절, 차별적 취급, 경쟁사업자 배제, 구속조건부거래는 전자, 즉 경쟁제한성 위주로 위법성을 심사하게 된다. 따라서 이러한 행위유형들에 대해서는 불공정성이라든지 상거래관행 위반 등의 심사기준은 원칙적으로 적용되지 않게 된다.

그리고, 부당한 고객유인, 거래강제, 사업활동방해, 거래상 지위남용에 대해서는 불공정성 위주로 심사하게 된다. 불공정성 위주로 심사하는 행위유형들에 대해서는 경쟁제한성 기준을 적용하지 않음을 원칙으로 한다.

심사지침은 개별 행위별로 경쟁제한성 또는 불공정성을 심사할 때 구체적으로 고려되

는 요소들을 제시하면서, 범위반에 해당될 수 있는 경우를 예시적으로 제시함으로써 이해를 돕고 있다.

(3) 위법성 판단방법으로서 '부당하게'와 '정당한 이유없이' 구분

공정거래법 제23조제1항의 「공정거래저해 우려」는 그 판단방법과 관련하여 시행령(별표1)의 각호에서 '부당하게'와 '정당한 이유없이'로 구체화된다. 심사지침에서는 그 간의 학설과 판례내용을 반영하여 양자의 차이점을 제시함으로써 위법성 판단방법을 구체화하고 있다.

'부당하게'를 요건으로 하는 행위유형에 대해서는 당해 행위의 외형이 있다고 하여도 그 사실만으로 공정거래저해성이 있다고 인정되는 것은 아니며, 원칙적으로 경쟁제한성·불공정성과 효율성 증대효과·소비자후생 증대효과 등을 비교형량하여 부정적 효과가 더 클 경우에 위법한 것으로 본다. 그리고, '부당하게'를 요건으로 하는 행위에 대해서는 공정거래위원회(사무처)가 위법성을 입증할 책임이 있는 것으로 본다. 즉 '부당하게'를 요건으로 하는 행위유형에 대해서는 합리의 원칙(Rule of Reason)이 적용되며 입증책임의 소재가 공정위에 있음을 명시하고 있는 것이다.

'정당한 이유없이'를 요건으로 하는 행위(공동의 거래거절, 계열회사를 위한 차별, 계속적 염매)에 대해서는 당해 행위의 외형이 있는 경우에는 원칙적으로 공정거래저해성이 있는 것으로 본다. 이때 정당한 이유가 있는지 여부에 대해서는 1차적으로 피심인에게 입증책임이 있는 것으로 규정하고 있다. 즉, 상기 행위유형에 대해서는 원칙위법이 적용되고 입증책임은 행위자에게 있음을 명시하고 있다. 이에 대해서는 지침제정 과정에서 법적 근거없이 위법성이 인정될 가능성이 높다는 이유만으로 입증책임을 상대방에게 전환시키는 것은 불합리하다는 견해가 있었으나, 2000. 2월 「대한주택공사의 계열회사를 위한 차별적 취급행위 건」에 대한 대법원 판례에서 '정당한 이유없이'를 요건으로 하는 행위유형에 대해서는 입증책임이 행위자에게 있음을 인정하고 있어 심사지침이 이를 인용한 결과이다.

나. 심사면제 범위(Safety Zone)의 설정

불공정거래행위 심사지침에서는 경쟁제한성 위주로 심사하는 행위유형에 대해서는 행위자(단, 계열회사를 위한 차별적 취급의 경우 유리한 취급을 받은 상대방)의 시장점유율이 10% 미만인 경우에는 위법성 심사를 면제함을 원칙으로 하고 있다. 그리고, 시장점유율 산정이 불가능한 경우에는 연간매출액이 20억원 미만인 경우를 심사면제 대상으

로 하고 있다. 시장점유율이 낮거나 영세한 사업자의 행위는 경쟁제한효과가 존재하더라도 미미한 수준에 그치는 경우가 대부분이기 때문이다. 참고로 EU의 경우 행위자의 시장점유율이 30% 미만인 경우까지를 심사면제 범위로 인정하고 있다.

그러나, 불공정성 위주로 심사하는 행위유형에 대해서는 심사면제 범위를 인정하지 않고 있다. 거래상 지위남용 등 불공정성 위주로 심사하는 행위유형의 경우, 시장점유율의 크기에 상관없이 범위반 행위가 일어날 수 있기 때문이다.

다. 관련 시장범위 확정 요령

금번 심사지침은 행위의 경쟁제한효과를 분석함에 있어 시장범위 확정이 중요하다는 점을 명시하고 있다. 과거보다 진일보한 입장으로 보인다. 관련 시장범위가 적정수준보다 넓게 확정될 경우 행위효과가 상대적으로 과소한 것으로 평가될 수 있으며, 반대로 관련 시장범위가 적정수준보다 좁게 확정될 경우에는 행위효과가 상대적으로 과대하게 평가될 수 있기 때문이다. 이는 특정행위가 안전지대에 속하는지 여부를 판단함에 있어서도 중요한 의미를 갖는다.

심사지침은 거래대상(상품 또는 용역)의 특성, 거래지역, 거래단계, 거래상대방에 따라 시장범위가 확정될 수 있음을 제시하고 있다. 그리고, 거래대상의 특성, 거래지역에 따라 시장범위를 확정할 때 수요대체성과 공급대체성, 즉 수요와 공급 양 측면을 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정하고 있다.

라. 개별행위 유형별 위법성 심사기준

지면관계상 모든 사항을 설명하는 것이 불가능하므로 이 부분의 지침내용 구조와 특징적인 내용에 대해서만 서술하기로 한다.

심사지침은 개별행위 유형별로 당해 행위가 금지되는 이유, 대상행위, 위법성 판단시 구체적으로 고려하는 요소, 범위반에 해당될 수 있는 행위(예시)의 구조로 이루어져 있다. 특히, 지침은 범위반에 해당될 수 있는 행위(예시)들을 개별유형별로 상세히 제시하고 있으므로 기업들의 거래담당자들에게 실질적인 안내역할을 수행할 수 있을 것으로 생각된다.

특징적인 내용에 대해서는 첫째, 거래거절을 경쟁제한적 거래거절과 거래상 지위남용성 거래거절의 두 가지로 구분하고 있다. 이는 판례(대법원 98두17869, 서울고법 2001뉴4971 등)의 태도를 반영한 결과인데, 상기 판례들은 일반적인 거래거절과 구분

하여 지위남용행위로서의 거래거절을 인정하고 있다.

심사지침은 거래거절행위에 대해 우선적으로 경쟁제한성 위주로 위법성을 심사하되, 거래거절의 성격이 거래상 지위를 이용하여 불이익의 일환으로 이루어진 경우에는 거래상 지위남용(불이익 제공)에 해당되는지 여부로 위법성을 판단할 수 있도록 규정하고 있다.

둘째, 기존의 신고건들이 거래상 지위남용과 민사사건을 혼돈하고 있는 경우가 많았던 바, 이를 방지하기 위해 양자에 대한 구분기준을 제시하고 있다. 우선, 거래개시 단계에서 거래상대방이 자신이 거래할 사업자를 선택할 수 있었는지와 계약내용을 인지한 상태에서 자신의 판단하에 거래를 선택하였는지 여부를 기준으로 한다. 만약 상대방이 자신이 거래할 사업자를 여러 사업자 중 선택할 수 있었고, 계약내용을 충분히 인지한 상태에서 자신의 판단에 따라 거래를 개시하였고, 계약내용대로 거래가 이루어지고 있다면 이는 공정거래법 적용대상(거래상 지위남용)이 되지 않는다. 한편, 거래계속 단계에서는 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지 여부를 기준으로 한다. 사업자가 거래상대방의 대체거래선 확보의 곤란 등의 사유로 인해 거래상 지위가 있고 이를 이용하여 각종 불이익을 가한다면 공정거래법 적용대상이 될 수 있다. 그러나, 사업자가 거래상 지위를 갖지 않는다면 각종 불이익을 가하더라도 이는 공정거래법 적용대상이 되지 않는다. 또한, 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 갖더라도 양 당사자간 권리의무 귀속관계, 채권채무관계 등과 관련하여 계약서 및 법령내용 등에 대해 다툼이 있는 경우에는 공정거래법 적용대상이 되지 아니한다.

세째, 거래상 지위남용 중 불이익제공의 부당성 여부를 판단할 때, 당해 행위의 의도 및 목적, 통상적인 상관행, 상품 또는 용역의 특성, 불이익의 내용 및 정도 등과 더불어 거래상대방의 예측가능성 여부도 고려하도록 규정하고 있다. 따라서 당초 계약서에 당해 불이익 제공행위가 규정되어 있거나 거래상대방이 충분히 예측할 수 있었던 경우에는 부당성이 낮은 것으로 볼 수 있다.

넷째, 기타의 거래강제와 거래상 지위남용 중 구입강제의 구분기준에 대해 제시하고 있다. 기타의 거래강제와 거래상 지위남용(구입강제)은 상대방에게 물품구입 등을 강요하는 행위라는 점에서 공통된 속성이 있어 구분이 쉽지 않았다. 기타의 거래강제는 자신이 생산 또는 취급하는 상품·용역 이외의 다른 상품·용역을 구입하도록 강요하는 경우를 의미하며, 거래상 지위남용(구입강제)은 자신이 생산 또는 취급하는 바로 그 상품·용역을 구입하도록 강요하는 경우를 의미한다는 견해도 있었다. 심사지침은 기타의 거래강제는 행위자와 상대방간 거래관계 없이도 성립할 수 있으나, 거래상 지위남용(구입강제)은 행위자와 상대방간 거래관계가 존재해야 성립될 수 있다는 점에서 구별된다고 규

정하고 있다. 즉, 양자의 구분은 대상이 되는 상품·용역의 생산 또는 취급자가 아니라 거래상대방과의 거래관계 존재여부에서 찾아야 한다는 점을 명시하고 있는 것이다.

4. 과거와 달라지는 점

첫째, 거래거절, 차별적 취급, 경쟁사업자 배제, 구속조건부거래 유형에 대해서는 '불공정성'에 대한 고려 없이 '경쟁제한성' 위주로만 위법성을 심사한다는 점이다. 과거에는 이들 행위유형에 대해서는 경쟁제한성 기준이 충족되지 않으면 거래관행 배치 여부, 상대방 피해 여부 등 불공정성 여부도 동시에 심사하여 어느 한 가지만 충족되면 범위반이 될 수 있었다. 그러나, 심사지침 하에서는 경쟁제한성만으로 위법성 여부를 판단하게 된다. 따라서 이들 행위유형들의 위법성이 입증되기 위해서는 시장경쟁의 정도를 실질적으로 감소시키는 효과가 있거나 경쟁사업자의 숫자를 감소시킬 가능성이 입증되어야 한다. 그러나, 불공정성 위주로 심사하는 행위유형들, 즉 부당한 고객유인, 거래강제(단 끼워팔기는 제외), 거래상 지위남용, 사업활동방해 등은 과거와 실질적인 차이가 없다. 이들에 대해서는 심사지침이 그간 심결례와 판례태도 등을 반영하여 위법성 판단기준을 보다 구체화·체계화하는 의미가 있다.

둘째, 상기와 같이 경쟁제한성 위주로 심사하는 행위유형에 대해서는 행위자의 시장점유율이 10% 미만인 경우(시장점유율 산정이 불가능한 경우에는 연간매출액 20억원 미만)에는 위법성 심사가 면제된다. 이는 새로이 도입된 제도이다. 영세사업자의 행위는 시장경쟁에 미치는 효과가 없거나 미미한 경우가 대부분이므로 위법성 심사를 면제함으로써 시장지배적 사업자 등 대규모 사업자의 행위에 집행역량을 집중하기 위한 취지로 볼 수 있다.

셋째, 부당염매와 관련하여, 단순히 가격수준이 원가 이하에 해당된다는 사실 이외에 경쟁사업자에 대한 약탈적 효과, 경쟁사업자를 배제한 이후 독점적 지위구축 여부 등을 동시에 고려하도록 규정하고 있다. 따라서 원가 이하 가격으로 판매하여 경쟁사업자를 배제하더라도 당해 시장분야에 진입장벽이나 규모의 경제 등 요소가 없어 잠재적 경쟁사업자가 자유로이 시장에 진입할 수 있는 경우에는 경쟁제한효과가 없거나 미미하다고 보고 있다. 기존 심결례에서는 부당염매의 요건으로 원가 이하 판매와 경쟁사업자 피해 여부에 초점을 맞추고 있었던데 반해 심사지침에서는 원가 이하 판매에 의해 독점시장을 구축하는 것이 구조적으로 가능한지 여부와 독점이윤 획득 가능성(Recoupment)도 추가적으로 고려하도록 하여 보다 엄격히 위법성을 판단하도록 하고 있다.

넷째, 구속조건부 거래 중 거래지역 또는 거래상대방 제한의 경우, 과거에는 거래지역 또는 거래상대방 제한행위에 강제성이 있고 경쟁제한적 속성이 있는 경우에는 위법한 것으로 보는 경향이 있었다. 그러나 심사지침에서는 당해 행위가 브랜드간 경쟁촉진 등 친경쟁적 속성도 동시에 내포하고 있음을 감안하여 반경쟁적 효과와 친경쟁적 효과를 비교衡量하여 위법성을 최종 판단하도록 하고 있다.

5. 맺음말

여타 사항에 대해서도 관심이 있는 분들은 공정위 홈페이지(www.ftc.go.kr)/행정정보공개 자료실/법령자료에서 심사지침을 다운로드 받을 수 있으므로 일독하기를 권한다. 심사지침은 일반인도 읽어서 이해할 수 있도록 쉽게 쓰여졌기에 많은 도움이 될 것으로 믿는다.

금번 심사지침은 그간 심결례와 판결 등에 나타난 위법성 심사기준을 체계화하여 명시하는 한편, 새로이 글로벌 스탠다드를 도입하고 있음을 내용으로 하고 있다. 불공정거래 행위 심사에 대해서 공정위의 입장을 담은 지침이 처음으로 제정되어 시행되는 것은 행정 객체인 기업들이나 법률가들에게 큰 의미를 가질 수 있다고 본다. 기업들의 공정거래법 담당자들이 지침내용을 숙지한다면 자율준수활동에 큰 도움이 될 수 있을 것이다. 공정위는 심사지침 운영과정에서 발견되는 문제점에 대해서는 심도 있는 검토를 거쳐 향후 지침개정시 적극 반영할 계획으로 있다. 보다 많은 관심을 가지고 적극적으로 의견을 개진하여 준다면 심사지침의 발전에 큰 도움이 될 것으로 믿는다. **경쟁저널**