

자유와 개혁 4

공정거래법의 모순

전용덕



자유와 개혁 시리즈 창간에 즈음하여

자유기업센터는 시장경제 원리에 걸맞는 법과 제도의 개혁을 통한 한국 사회의 번영과 발전을 위해 노력하고 있습니다. 법과 제도의 개혁은 뜨거운 열정만으로 가능한 일이 아닙니다. 올바른 법제 개혁이 가능하기 위해서는 법제 개혁에 대한 구체적인 대안을 마련해야 합니다.

그러나 현재 구체적이고 실질적인 대안 마련을 위해 노력하는 연구의 폭이 좁을 뿐 아니라 연구 발표의 장도 여의치 않습니다.

이에 자유기업센터는 '자유나라가 지향해야 하는 이념', 즉 자유와 개인적 책임, 작은 정부, 자유기업, 법치, 그리고 폭력의 자제에 뜻을 같이 하는 지식인들에게 연구의 기회를 제공할 목적으로 자유와 개혁 연구지원 사업을 추진하게 되었습니다. 아무쪼록 이 사업에 참여하는 연구자들의 열성적인 연구가 우리 사회를 올바른 방향으로 선도해 가는 데 큰 역할을 하리라 굳게 믿습니다.

이 사업은 김정호 법경제실장이 과제의 선정 및 편집을, 신재화 홍보기획실장이 출간을, 그리고 권오성 연구원이 실무를 맡아서 수고하고 있습니다.

1997년 9월
자유기업센터 소장 공병호

책을 내면서

자유기업센터는 여러 종류의 출판물을 시리즈 형태로 만들어내고 있다. 이미 17권이 발간된 『자유주의 시리즈』가 자유시장경제 원리에 대한 사변적인 연구결과의 소개를 목적으로 한 것이라면, 이번에 새로 시작하는 『자유와 개혁 시리즈』는 구체적 정책대안의 제시를 목적으로 하고 있다.

자유기업센터를 세운 목적은 시장원리를 전파함에 있어 여론의 압력에 굴하지 않겠다는 것이다. 그러자면 과격하다는 말을 들을 수밖에 없다. 이 시리즈에서 주장하는 많은 내용들도 여론과는 동떨어진 ‘과격’한 것들이 될 것이다. 하이에크가 『예종예의 길』이라는 책을 통해서 사회주의 국가의 멸망을 예언함과 더불어 서구인들의 사회주의화 경향을 비판했던 것은 사회주의와 복지국가주의의 광풍이 몰아칠 때였다. 바스티아가 사회주의의 열망에 들떠 있던 민중들에게 각성하라고 외쳤던 것은 프랑스 2월 혁명의 소용돌이 속에서 였다. 당시 여론의 눈에는 그들의 주장이 매우 과격하게 비쳤겠지만 역사는 그들의 주장이 옳았음을 증명해 주고 있다. 『자유와 개혁 시리즈』에서 제시될 주장들도 언젠가는 옳은 것이 될 것임을 바라면서 첫발을 디뎌 본다.

이 연구는 주로 아웃소싱에 의존하게 될 것이다. 많은 연구소들이 외부의 학자들에게 연구용역을 주어왔지만 그 중에서 오래 남는 작품을 찾아보기는 어렵다. 연구소 내부의 전임연구원들과는 달리 외부 연구자들의 연구 성과를 통제하기가 어렵기 때문이었다. 연구소들이 높은 비용을 들이면서 전임연구자를 뽑아 놓으려 하는 것은 그 때문일 것이다.

내부 연구진의 연구결과물에 대해서는 여러 단계의 심사가 이루어진다. 사업계획에 대한 심사, 중간 및 최종 결과물에 대한 평가, 비공식적인 토론 등이 그런 역할을 한다. 연구의 수준과 내용이 경영방침과 맞지 않는다면 수정하라는 압력이 가해진다. 그러나 외부 연구자들에 대해서는 그 같은 압력을 행사하기가 매우 어려웠다. 외부인들에게 의뢰한 연구용역의 성과가 좋지 않았던 것은 그 같은 현상의 자연스런 귀결이었다.

자유기업센터는 그 같은 문제의 해결을 위해서 연구의 결론과 그것을 뒷받침할 만한 증거들을 연구계획서 단계에서 미리 제출받기로 했다. 혹자는 이 같은 우리의 태도를 비난하기도 했다. 결론에다가 억지로 논리를 끼워 맞추는 식이라는 것이다. 하지만 우리는 결론만 있는 그런 연구는 사절한다. 우리는 치밀하면서도 시장경제의 원리와 부합되는 연구를 선별해 내고자 한다. 가혹하다 싶은 정도의 논평과 계약 조건 준수의 요구가 없다면 그 같은 목표를 달성하기는 어려울 것임을 알기에 그렇게 할 것이다.

영국의 대처나 뉴질랜드의 로저 더글러스처럼 시장원리에 입각한 개혁을 하려는 정치인이 우리나라에도 언젠가는 나올 것이다. 『자유와 개혁 시리즈』가 그런 사람들에게 개혁의 지침서 역할을 해주길 기대한다.

1997년 9월
자유기업센터 법경제실장 김정호

목 차

- 자유와 개혁 시리즈 창간에 즈음하여 · 3
- 책을 내면서 · 4
- 훑어보기 · 8

제1장 서론 · 10

제2장 공정거래법의 전반적 모순점 · 12

1. 공정거래법의 목적 · 13
2. 자유경쟁과 공정경쟁 · 16
3. 주관적 비용과 객관적 비용 · 20
4. 공정거래와 경쟁촉진 · 20
5. 정당과 부당의 기준 · 22
6. 공정거래법의 적용 대상 · 23
7. 영장제도의 필요성 · 24
8. 결론 · 25

제3장 거래거절 · 26

1. 정의와 유형 · 27
2. 유형별 이론과 사례분석 · 27
3. 결론 · 29

제4장 차별적 취급 · 31

1. 정의와 유형 · 32
2. 유형별 이론과 사례분석 · 32
3. 결론 · 37

제5장 경쟁사업자 배제 · 38

1. 정의와 유형 · 39
2. 유형별 이론과 사례분석 · 39
3. 결론 · 43

제6장 부당한 고객유인 · 44

1. 정의와 유형 · 45
2. 유형별 이론과 사례분석 · 45
3. 결론 · 48

제7장 거래강제 · 49

1. 정의와 유형 · 50
2. 유형별 이론과 사례분석 · 51
3. 결론 · 60

제8장 우월적 지위의 남용 · 61

1. 정의와 유형 · 62
2. 유형별 이론과 사례분석 · 62
3. 결론 · 64

제9장 구속조건부 거래 · 65

1. 정의와 유형 · 66
2. 유형별 이론과 사례분석 · 66
3. 결론 · 70

제10장 사업활동 방해 · 71

1. 정의와 유형 · 72
2. 유형별 이론과 사례분석 · 72
3. 결론 · 73

제11장 부당한 표시 · 광고 · 74

1. 정의와 유형 · 75
2. 유형별 이론과 사례분석 · 75
3. 결론 · 77

제12장 부당한 지원 · 78

제13장 재판매가격유지 · 80

1. 정의와 유형 · 81
2. 유형별 이론과 사례분석 · 81
3. 결론 · 85

제14장 특수 불공정거래행위 · 87

1. 정의와 유형 · 88
2. 유형별 이론과 사례분석 · 89
3. 결론 · 90
4. 정의와 유형 · 90
5. 유형별 이론과 사례분석 · 91
6. 결론 · 92

제15장 요약과 결론 · 93

참고문헌 · 98

영문요약 · 99

훑어보기

현재의 공정거래법은 많은 이론적 또는 실증적 모순을 내포하고 있다. 그러한 법을 기초로 하는 공정거래정책 또한 모순과 허점 투성이다. 공정거래법에 기초한 경쟁정책은 많은 경우에 경쟁과 효율보다는 형평을 추구하고 있다. 형평의 추구는 경쟁을 촉진하기보다는 억압하거나 기업에게 추가적인 비용을 부담시켜 궁극적으로는 기업의 경쟁력 약화와 소비자후생의 감소를 초래하고 있다. 한국사회의 고질적인 고비용, 저효율 구조의 원인의 일단은 경쟁의 억제와 제한에서 비롯된 것이다. 그러므로 공정거래법을 이론과 실증에 의거, 경쟁촉진에 초점을 맞추어 전면 개정함으로써 공무원을 포함한 각종 인력과 자원의 낭비를 막아야 한다.

공정거래법의 목적을 경쟁촉진과 소비자후생의 증가에 두고 잘못된 이론에 기초한 부분이나 불필요한 부분을 바로잡아 법의 일치성을 확보하여야 한다. 또한 그렇게 함으로써 다른 목적이나 사회적 이상들의 추구는 지양하여야 한다.

경쟁개념의 적절한 사용과 함께, 장기적 독점의 유일한 원천인 정부에 의한 각종 진입규제를 없애고 업자간 담합을 억제하는 일에 경쟁정책의 초점을 맞추어야 할 것이다. 공정거래위원회는 특히, 공동행위의 금지에 법집행의 중심을 두어야 한다. 담합행위는 한국경제의 구조적 문제이지만 누구도 그것의 문제성을 심각하게 인식하고 있는 것 같지는 않다. 그 만큼 한국인들의 삶의 근저에 놓여 있어서 일상화되었기 때문에 문제의 심각성을 인식하기가 어려운 것처럼 여겨진다. 한마디로 공정거래위원회가 담합의 감시에 더 많은 자원과 노력을 기울여야 한다.

경쟁과 관련이 있다고 해서 모든 거래나 계약이 공정거래법의 대상이 될 수는 없고, 또한 되어서도 안된다. 허위광고의 경우에서 보는 것처럼 결함이 있는 계약이나 거래로 인하여 어떤 손실이나 문제가 발생한다면 그것은 공정거래법의 적용대상이 될 수 없다. 법적용을 잘못함으로써 사회질서를 계속적으로 무너뜨리게 되는 것을 막을 수 없거나 방조할 수밖에 없다.

공정거래법은 국민이 자신의 생명과 재산을 지킬 수 있는 최소한의 권리를 인정하여 공정거래위원회가 공정거래법의 위법 여부를 조사하는 경우에 사법부의 영장을 제출하는 의무규정을 두도록 하여야 한다.

객관적 비용, 공정거래 등과 같이 잘못 사용되고 있는 용어로 인하여 많은 오류가 발생하고 있는 만큼 조속히 시정하여야 한다.

불공정거래행위의 각 조항에 대한 요약을 하면 다음과 같다. 먼저 부당한 공동행위의 금지조항으로 통합해야 하는 것은 '공동의 거래거절', '집단적 차별취급' 등이다. 다른

법의 관할 영역인 것은 ‘뇌물제공이나 위계에 의한 고객유인’, ‘사업활동의 방해’ 조항 중 일부, ‘허위와 기만에 의한 광고’ 등이다. ‘가격차별’, ‘거래조건차별’ 등은 몇 가지 조건을 만족할 경우에만 처벌하는 네거티브 시스템을 도입하여야 한다. ‘부당 또는 비방광고’는 그러한 광고로 소비자의 생명과 재산이 직접적으로 침해되었을 때만 상법이나 광고와 관련된 일반법규로 단속하여야 할 것이다. 앞에서 서술한 것들을 제외하고 공정거래법 제23조 1항부터 7항까지는 모두 폐지하여야 한다.

공정거래법 제29조에서 재판매가격유지가 경쟁을 촉진하여 효율을 제고하는 수단이라면 공정거래법이 그것을 금지해서는 안된다. 다만 재판매가격유지만으로 담합이 가능하지 않더라도 담합을 유지하기 위한 수단의 하나로 재판매가격유지가 사용될 수는 있으므로 재판매가격유지를 문제삼을 것이 아니라 담합의 위법성을 조사해야 할 것이다. 아울러 지정재판제도도 일종의 규제로 작용할 소지가 있기 때문에 폐지하여야 한다. 재판매가격유지를 합법으로 인정하여 당사자간의 계약에 맡긴다면 도서정가제로 인한 서점, 특히 소매서점들의 가격경쟁 억제행위는 없어질 것이고, 그 결과 값싼 도서의 유통과 출판산업의 발전을 초래할 것이다.

특수 불공정거래행위에 대한 요약을 하면, 백화점고시를 포함한 일곱 가지 고시는 일반 불공정행위와 동일한 이론에 근거하고 있다. 일곱 가지 고시를 세분하여 살펴보면, 일부는 다른 법률의 관할영역이고, 일부는 일반 불공정거래 조항에서 다루면 충분하므로 일반 불공정거래 조항으로 통합되어야 하고, 대부분의 고시는 일반 불공정거래 조항처럼 폐지되어야 한다.

공정거래위원회와 관련 공무원의 수를 줄여야 한다. 현행 공정거래법의 많은 모순이 제거되면 법도 매우 단순해지고 공정거래 관련 업무도 대폭 줄어들 것이기 때문에 공정거래 관련 공무원의 수도 감축하는 것이 정상적이라고 하겠다. 관련 공무원의 수를 줄인 만큼 공정거래위원회의 대표자의 급도 낮추어야 할 것이다.

현행 공정거래법은 경쟁을 촉진하기는커녕 오히려 국민의 생명과 재산을 위협하고 있기 때문에 경쟁의 촉진을 통해 소비자후생을 증가시키는 방향으로 전면 개정되어야 한다. 잘못된 법으로 인하여 법집행이 불공평한 경우도 많이 발생하고 있다고 여겨진다. 잘못되거나 불필요한 법을 전면 개정하여 엄격히 집행함으로써 경쟁력 있는 경제를 만들어갈 수 있을 것이다.

우리나라는 실물경제부문에서는 괄목할 만한 경제성장을 이루었으나 금융산업부문에 있어서는 이에 못 미치는 양상을 띠고 있다. 이는 금융산업이 자율 시장경제 논리에 의하여 운영되어 온 것이 아니라 정부의 통제하에 관치금융의 형태를 취하였기 때문이라고 본다.

저자 전용덕

제1장

서 론

서론

현재의 공정거래법은 많은 이론적, 실증적 모순을 내포하고 있다. 그러한 법을 기초로 하는 공정거래정책 또한 모순과 허점으로 가득하다. 공정거래법에 기초한 공정거래정책은 경쟁과 효율보다는 형평을 추구하고 있다. 형평의 추구는 경쟁을 촉진하기보다는 오히려 억압하거나 기업에게 추가적인 비용을 부담시켜 궁극적으로는 기업의 경쟁력 약화와 소비자후생의 감소를 초래하게 된다. 한국사회의 고비용·저효율 구조의 원인의 일단은 경쟁의 억제와 제한에서 비롯된 것이다. 경쟁억제의 궁극적인 결과는 파멸밖에 없다는 것을 소·동구의 몰락에서 단적으로 볼 수 있는 것이다. 이 글의 목적은 공정거래법의 이론적, 실증적 모순을 분석하고 개정방향을 제시하여 한국경제의 구조적인 문제점을 개선할 수 있는 길을 제시함에 있다.

인간의 생명이나 재산에 직접적인 손실을 주는 행위는 그 자체로서 정당하지 못하다 규정하는 것이 바로 인간의 본성에 기초를 둔, 법의 원리이다. 이와는 달리 경쟁행위에 대한 정당성 여부는 그러한 경쟁행위를 통해 사회전체의 순부(net worth)가 증가하느냐에 달려 있다. 사실, 경쟁으로 인해 그 참가자들은 승자와 패자로 나누어지게 되고, 경쟁에서의 패자는 생명이나 재산의 손실을 입게 된다. 공정거래위원회는 경쟁의 이러한 측면을 고려하여 경쟁자들이 경쟁의 결과로 입는 재산상의 피해를 염려하지 말아야 한다. 경쟁자들이 입는 재산상의 피해만 고려한다면 오히려 경쟁을 보호하기보다는 경쟁자를 보호하는 것이 되며 이것은 공정거래정책이 가장 금해야 할 일이다. 그러나 현행 공정거래법은 그러한 조항들로 가득하고 공정거래정책 또한 그렇게 운영되어 온 것처럼 보인다. 공정거래위원회는 경쟁행위의 정당성을 사회전체의 순부증가에 두고 경쟁자들을 더 치열한 경쟁에 직면하게 하는 방안을 강구해야 한다.

공정거래법이 민간이나 기업의 경제행위에 미치는 범위와 영향은 상당히 넓고 크다. 그러므로 한번에 공정거래법의 모순을 모두 지적하는 것은 어려우므로 여기에서는 먼저 공정거래법의 전반적인 모순점과 거래행위와 관련한 공정거래법의 문제점과 대안을 제시하고자 한다. 먼저 다음 장에서 공정거래법의 전반적인 모순점을 개관하고, 불공정거래행위를 항목별로 나누어 분석하고, 재판매가격유지 행위와 특수 불공정거래행위를 분석하며, 마지막으로 요약과 결론을 맺고자 한다. 특히 공정거래법이 재판매가격유지 행위와 특수 불공정거래행위를 분리하고 있지만 거래행위인 만큼 여기에 포함하여 분석하였다.

제2장

공정거래법의 전반적인 모순점

공정거래법의 전반적인 모순점

공정거래법은 많은 모순점을 지니고 있다. 공정거래법이 문제점을 지니게 된 데는 몇 가지 원인을 생각해 볼 수 있다. 먼저 공정거래법이 잘못된 이론과 실증에 기초하여 만들어졌기 때문이거나, 이익집단의 이해를 지나치게 반영한 결과이거나, 너무 많은 목표를 추구하기 위하여 만들어졌기 때문이다. 여기에서는 공정거래법의 조항별 문제점을 지적하기에 앞서 공정거래법 전체의 문제점과 공정거래법이 기초하고 있는 이론의 문제점 등을 지적하고자 한다.

1. 공정거래법의 목적

공정거래법 제1조에 “이 법은 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다”고 법의 목적을 규정하고 있다. 문제는 다음에서 살펴보겠지만, 약 110여 자밖에 되지 않는 공정거래법의 목적이 많은 이론적 또는 실증적 모순을 지니고 있다는 점이다.

첫째, 현행 공정거래법은 시장지배적 사업자를 지정하고 이들의 행위를 특별히 감시, 감독하여 각종 남용행위를 제한한다고 규정하고 있다. 이러한 시장지배적 사업자의 지정과 각종 남용행위의 금지조항은 시장지배적 사업자가 자신의 시장지배력을 이용하여 가격을 올리거나 가격인상과 동일한 효과를 거둘 수 있는 행위를 할 것이라는 이론에 기초하여 만들어졌다. 그리고 독점의 유지를 위한 진입장벽의 원인으로 약탈적 가격고정, 광고, 제품차별화, 규모의 경제, 기타 구조적 원인 등을 들고 있다.

그러나 우연에 의한 독점을 제외하고는 독점의 유일한 진입장벽은 정부에 의한 보호, 업자간 담합, 약탈이나 결합에 의해 경쟁자를 사버리는 방법 등이고, 역설적이지만 높은 생산성도 잠재적인 진입기업에게는 진입장벽이 된다. 업자간 담합은 공정거래법에서는 공동행위로 금지하고 있고, 경쟁자를 사버리는 방법은 많은 비용을 초래하여 실질적으로 가능한 방법이 아니고, 높은 생산성에 의한 독점은 후생손실이 없을 뿐 아니라 산업이 경쟁적일 때와 큰 차이가 없다. 그러므로 독점의 진입장벽이 정부에 의한 보호인 만큼 경쟁을 촉진하기 위한 유일한 방법은 정부의 보호를 제거하는 일이다. 여기에서 정부의 보호란 대내적으로는 정부의 인허가와 같은 각종 규제이고 대외적으로는 정부에 의한 보호무역을 말한다.

구조-행동-성과 패러다임 과점사업자의 경쟁제한에 대해 많은 이론과 실증분석을 제시하고 있다. 그러나 권투경기에서 심판, 규칙, 그리고 상금만 있으면 단 두 사람의 경기자도 잘 싸우는 것을 볼 수 있다. 다만 경기자의 수가 적을수록 담합 가능성이 높아지기 때문에 그것을 막는 규칙이 필요하고 그것은 공동행위의 금지만으로도 충분하다고 하겠다.

전술한 이론에 비추어 볼 때, 현행 시장지배 품목과 사업자 지정제도에 의한 가격규제를 포함한 각종 규제는 시장지배적 사업자에 의한 독점의 폐해를 없애는 데 기여하기보다는, 그러한 독점을 유지시켜 주는 장치로서 작동하고 있는 것처럼 보인다. 그러므로 현행의 시장지배적 품목과 사업자지정제도를 폐지하고 정부의 각종 보호를 제거하는 것이 현명한 경쟁촉진정책이라고 하겠다.

둘째, 현행 공정거래법은 기업결합이 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우에만 금지하고 있다. 기업결합은 효율창출적이고 경쟁을 제한하는 경우는 사실상 드물다.¹⁾ 그러므로 기업결합을 금지한 조항은 사실상 반경쟁적이라고 하겠다. 결합은 수평, 수직, 복합결합으로 나뉘어진다. 기업이 수평결합을 하는 이유는 효율을 제고시키기 위한 것이다. 수평결합으로 독점이 되거나 초대규모의 수평결합을 제외하고는 수평결합은 허용되어야 한다. 수직결합에 의한 수직통합은 효율창출적이다. 수직통합이 효율창출적인 이유에 대한 이론은 많이 있지만 수직통합의 실증적 원인은 정보비용과 거래비용을 절약하기 위한 것이다. 복합결합은 경쟁을 위협하기보다는 오히려 효율을 창출한다. 현행 공정거래법은 결합이 경쟁을 제한할 수 있다는 논리에 기초하여 만들어졌다. 그러나 앞에서 보듯이 약간의 예외를 제외한다면 결합은 효율창출적이기 때문에 허용되어야 한다.

공정거래위원회가 결합을 제한한 사례는 매우 드물어 1980년대에 2건과 최근의 2건이 있다. 결합금지의 경제적 논리가 무엇이든 간에 공정거래위원회가 결합을 금지한 사례는 드물어 법이 오히려 경쟁을 촉진하는 방향으로 집행되어 왔다는 것을 알 수 있다. 그 점에서 불행중 다행이라고 하겠다. 산업합리화와 국제경쟁력을 위한 기업결합은 예외적으로 허용하고 있으나 기업결합을 전면 허용하게 되면 이 규정은 폐지하는 것이 바람직하다. 또한 이러한 예외 조항은 정치적 목적에 악용될 소지가 크기 때문에 더욱 폐지하는 것이 바람직하다고 하겠다.

셋째, 경제력집중의 방지가 공정거래법이 추구하는 주요 목표 가운데 하나이다. 경제력집중 방지의 대상이 되고 있는 대규모 기업집단에 대하여 공정거래위원회와 한국개발연구원은 『공정거래 10년』에서 다음과 같이 기술하고 있다. 즉, “대부분의 기업집단이 정부의 보호와 유인 아래 근로자·소비자·독립기업의 불이익을 초래하면서 외채.

1) 결합의 이론적 근거에 대하여는 보크(1978), 뎀세츠(1988), 스티글러(1968) 등을 참고.

은행융자 등 타인자본을 이용하여 독점이윤을 획득하고, 이를 고수익이 보장되는 비생산적 부문에 투자함과 아울러 정부정책이 사익에 부합되도록 유도하여 왔다”는 것이다.

1950년대 제1공화국에서 많은 기업들이 정치적 특혜를 받았지만 현재까지 생존하고 있는 기업은 극히 소수이다. 정부로부터 지원을 받았다고 모두 대기업이나 대기업집단이 되는 것은 아니다. 시장의 여러 가지 여건과 변화무쌍한 소비자의 욕구를 채워줄 수 없었던 기업은 시장에서 모두 도태되었거나 대기업이나 대기업 집단으로 성장하지 못했다. 그러면 기업의 성장에 있어서 어느쪽이 더 중요할까. 정부의 지원 없이도 빠르게 성장한 기업이 있는 반면 시장여건과 소비자의 수요를 만족시키지 못했던 기업은 시장에서 생존하지 못했다. 즉, 생존과 성장에 있어서 시장여건이나 소비자의 수요를 만족시키는 것이 정부의 지원보다 더 중요하다는 것이다. 그러므로 정부의 지원에 초점을 맞추어 대기업 집단에 대한 경쟁정책을 수립하여서는 안될 것이다. 경제력집중이 정말로 문제가 된다면 정부의 지원을 제거하는 일만이 적절한 경쟁정책이고, 기업의 성장에 효율적인 수단이 되고 있는 소유경영, 선단식 기업경영, 비관련다각화, 상호출자, 상호채무보증 등은 전면 허용하는 것이 바람직하다고 하겠다. 그러므로 공정거래법의 목표로서의 경제력집중 억제는 잘못된 것이기 때문에 폐지되어야 한다.

넷째, 현행 공정거래법 제19조 1항은 부당한 공동행위에 해당되는 행위를 여덟 가지로 분류하여 그것이 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우에만 금지하고 있다. 부당한 공동행위가 이렇게 나열식으로 되면 사업자들은 교묘한 방법으로 여덟 가지에 해당되지 않는 공동행위를 통하여 경쟁을 제한하거나 억제하게 된다. 공동의 광고나 마케팅이 여기에 해당된다고 하겠다. 그러므로 모든 공동행위를 금지하되 그 위법성 판단기준으로 경쟁의 실질적인 제한규정을 두는 것이 바람직하다. 다만 명백히 경쟁을 제한할 가능성이 있는 가격협정, 시장분할, 고객분할, 입찰담합 등은 당연위법의 원칙을 적용하는 것이 바람직하다고 하겠다.

공정거래법 제19조 2항은 공동행위 금지에 대한 예외 규정을 두고 있다. 이 조항도 1항과 같이 나열식으로 규정하고 있다. 공동행위가 반드시 폐해만을 가져오는 것이 아닌 만큼 경제적 효율성을 가져오는 경우에는 인정되어야 하나, 문제는 나열식으로 규정함으로써 그런 유형에 해당되지 않는 경우에는 구제의 여지가 없다는 것이다. 그러므로 이 조항도 공동행위에 대한 예외규정으로 가격협정 등과 같은 당연위법 공동행위를 제외한 모든 공동행위에 적용하도록 하되 공동행위가 경제적 효율성을 가져오는 경우에만 예외를 인정하는 합리의 원칙을 채택하여야 할 것이다. 단, 정부가 정치적 고려를 위하여 공동행위의 예외를 인정하는 것은 없어야 마땅할 것이다. 중소기업의 경쟁력 향상을 위한 공동행위를 예외로 규정한 것은 바로 그런 예라고 하겠다.

공동행위는 다른 행위와 달리 소비자후생에 미치는 영향이 크다. 그 점에서 공동행위의 금지나 제한을 집행하는 일은 경제의 효율과 소비자후생에 매우 중요하다. 입찰담합과 공무원의 부정이 성수대교 참사의 직간접 원인이라고 본다면 공동행위의 금지를 법대로 집행하는 일은 매우 중요하다고 하겠다. 현실적으로 공정거래위원회는 공동행위의 금지를 위반하는 것을 감시하고 징계하는 데 있어서 매우 빈약한 실적을 보여주고 있고 징계의 수준도 턱없이 낮아 그 실효성이 의심된다. 공정거래위원회의 노력과 정열이 공동행위를 감시하고 감독하는 일에 모아져야 할 것이다.

또한 다음에 자세히 살펴보겠지만 명백한 공동행위도 불공정거래행위로 규정되어 있어 법체계에 심각한 오류가 있다. 예를 들면 공동의 거래거절, 집단적 차별취급과 같은 것들이 여기에 해당된다. 이러한 오류로 인하여 그 행위가 엄격히 제재되어야 함에도 불구하고 매우 느슨한 제재를 받을 수 있다. 또한 당사자들을 포함한 일반인의 법 인식에도 오류가 발생하여 공동행위에 대한 부정적 인식의 부족을 확산시키는 촉매 역할을 하게 되는 것이다. 이 점은 하루 빨리 개선되어야 할 것이다.

다섯째, 불공정거래행위의 금지에 관한 조항들은 많은 모순들로 가득하다. 특수한 불공정거래행위에 대한 금지도 불공정거래행위의 금지와 다를 바가 없다. 불필요한 조항도 있고, 공정거래법의 다른 부분에서 취급하여야 할 조항, 완전히 다른 법의 적용을 받아야 할 것들이 있다. 앞에서 지적했듯이 이러한 모순들은 법체계의 오류와 잘못된 인식의 확산을 가져오게 만든다. 이 부분은 다음에서 자세히 분석하고자 한다.

여섯째, 공정거래법은 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다고 규정되어 있다. 국민경제란 기본적으로 균형 있게 발전할 수 있는 것이 아니다. 그것은 왜냐하면 각 산업이나 경제주체가 가지고 있는 여러 가지 환경과 조건들이 다르기 때문이다. 공정거래위원회가 국민경제의 균형 있는 발전을 실현하고자 한다면 사실 엄청난 비용을 지불하고도 얻는 것이 거의 없을 것이다. 공정거래법은 경쟁촉진을 통한 소비자후생의 증가에만 그 목표를 두어야 한다. 국민경제의 균형 있는 발전과 같은 모호한 목표는 사람들을 혼란에 빠뜨리고 잘못된 법 인식을 퍼뜨릴 수 있다. 또한 정치적 목적에 악용될 소지도 있다고 하겠다.

결론적으로 공정거래법의 목적을 경쟁촉진과 소비자후생의 증가에 두고, 잘못된 이론에 기초한 부분이나 불필요한 부분을 바로잡아 법의 정합성과 일치성을 확보하여야 한다.

2. 자유경쟁과 공정경쟁

공정거래법에서 가장 핵심적인 것은 경쟁이라는 개념이다. 공정거래제도가 경쟁을 촉

진하는 것을 목적으로 하고 있는 만큼 경쟁이라는 개념을 정확히 이해하는 일은 무엇보다 중요하다. 현실에서 경쟁이라는 말은 다양한 계층에 의해 자주 사용되고 있으나 잘못 사용되는 경우가 더 흔하다. 공정거래법이나 그것을 관장하는 공정거래위원회도 예외는 아니어서 경쟁개념에 대한 오류를 범하고 있는 것이 안타깝지만 현실이다. 그러한 경쟁개념에 대한 오류의 결과는 법이 이룩하고자 하는 바를 달성할 수 없거나 오히려 훼손하는 경우가 발생할 수 있다. 그리고 그것은 현실로 나타나고 있다.

공정거래법 제1조에 ‘공정하고 자유로운 경쟁’을 촉진한다는 표현이 있다. 공정하고도 자유로운 경쟁을 줄여서 통상 ‘공정경쟁’이라고 하는데, 여기에는 세 가지 요건이 필요하다고 주장되어 진다. 즉, 자유로운 경쟁, 경쟁수단의 공정성, 자유의사에 의한 거래 등이다. 경쟁이 무엇인가 하는 것과 어떤 경쟁을 촉진할 것인가 하는 문제는 직접적인 관련이 있다. 경쟁을 정의하기 전에 먼저 분명히 밝혀두어야 할 것은 자유로운 경쟁은 경쟁의 본질상 개념적으로 문제가 없지만, 공정한 경쟁은 경제학 교과서 어디에도 그러한 표현을 찾아 볼 수 없다는 것이다. 굳이 ‘공정한’이라는 수식어를 사용할 수 있는 경우는 예를 들면 공정한 기회, 공정한 법집행 등이다. 경쟁은 본질상 경쟁자를 물리치거나 거꾸러뜨리는 것을 목적으로 하고 있는 만큼 ‘공정한’이라는 수식어를 경쟁이라는 말 앞에 놓을 수가 없다. 그런 것을 억지로 맞추다보니 공정거래위원회는 공정경쟁의 요건에 경쟁수단의 공정성을 포함하는 오류를 범하고 있다.

공정경쟁의 요건으로 경쟁수단의 공정성을 받아들여더라도, 경쟁에서 수단의 공정성을 확보할 수 있는 것은 아니다. 적자생존의 세계에서 경쟁을 하기 위하여 어떤 수단을 사용하는 것이 공정하다고 하겠는가. 비록 적자생존이 아니라 하더라도, 수단의 공정성에 대한 판단을 무엇으로 하겠는가. 비유적으로 말하면 전쟁터에서 적을 총으로 죽이면 공정한 수단을 사용한 것이고 칼로 죽이면 공정하지 못한 수단을 사용한 것인가. 또는 적이 총을 가지고 있지 않고 칼만 가지고 있을 때 총을 사용하는 것이 공정한 수단을 사용하지 않았다고 할 수 있는가. 이러한 오류가 모두 경쟁이라는 말 앞에 ‘공정한’이라는 말을 잘못 놓음으로써 발생한 것이다. 다시 한 번 강조하지만 ‘공정한 경쟁’이라는 표현은 분명히 잘못된 것이다. 경쟁 개념에 대한 이러한 오류는 공정거래법 전부를 잘못된 방향으로 이끌고 있다고 여겨진다.

경쟁이라는 표현과 관련하여 자주 오류가 발생하고 있는 용어들을 더 열거하면 다음과 같다. 과당경쟁, 무한경쟁, 출혈경쟁, 중복투자, 유통질서문란 등은 일반이 자주 사용하는 말이지만 모두 잘못된 것들이다.²⁾ 경쟁과 관련하여 잘못 사용되고 있는 말은 그것이 모두 경쟁을 억제하고자 하는 경우에 사용된다는 것이다.

공정거래위원회는 경쟁의 요건을 정의하고 있을 뿐 경쟁을 정확히 정의하지 않고 있

2) 자세한 내용에 대해서는 전용덕(1994)을 참고.

다. 경제학 교과서에도 경쟁이라는 말은 자주 사용되지만 경쟁을 자세하게 정의하고 있는 경우를 잘 볼 수 없다. 다만 어떤 조건을 만족하면 완전경쟁이 되고, 어떤 조건이면 독점적 경쟁 또는 독점이 되는가를 밝히고 있을 뿐이다. 여기에서는 하이에크가 정의한 경쟁개념을 보고자 한다.³⁾ 하이에크는 경쟁을 일반적인 용어로 다음과 같이 정의하고 있다. 경쟁은 일상적인 과정을 통해 필요한 정보를 수집, 가공, 처리하는 과정 즉, 견해의 형성과정이다. 경쟁이 견해의 형성과정이라는 하이에크의 정의에 의하면 경쟁의 불완전함에 대한 염려를 적게 하고, 정부나 업자간 담합 등에 의해 경쟁이 아예 없거나 경쟁이 인위적으로 억제되는 경우를 염려해야 한다. 이 기준에 의거하여 보면 업자간 부당한 공동행위를 제한하는 법(공정거래법 제4장의 일부)은 매우 가치가 있다고 여겨진다. 이어서 하이에크는 완전경쟁은 관련 사안에 대한 완전한 지식을 가정하고 있기 때문에 자체의 정의에 의해 경쟁을 제거한 것이 되고 만다고 지적하고 있다. 즉, 경제학 교과서의 경쟁개념은 공정거래법에 유용한 개념이 아니라는 것이다.

경쟁에 대한 하이에크의 정의에 따르면 구조-행위-성으로 산업조직의 문제를 바라보는 시각은 잘못된 것이다. 경제학 교과서에서 경쟁자의 수에 따라 완전경쟁, 과점, 독점적 경쟁, 독점 등으로 분류하고, 완전경쟁에서 독점으로 갈수록 경쟁이 줄어들고 기업의 독점력이 증가한다고 기술되어 있다. 그러나 그러한 견해는 경쟁의 정도가 기업의 수와 관련이 있는 것처럼 경쟁의 본질을 오도하고 있다. 권투의 경우를 보면, 심판, 경기규칙, 상금 등만 정확히 규정되거나 임명되면, 두 사람의 경쟁자들이 그 좁은 사각의 링 안에서 사력을 다하여 싸우는 것 즉, 경쟁하는 것을 목격할 수 있다. 하이에크가 내린 경쟁의 정의에서도 알 수 있듯이 경쟁자의 수가 경쟁의 정도를 결정하는 것은 아니다. 독점에서도 경쟁이 완전히 없는 경우는 없다. 대체재의 존재, 소비자의 저항 등이 독점자의 독점력을 감소시킨다. 여기에서 소비자의 저항이란 독점상품의 가격이 매우 높거나 서비스가 매우 형편 없는 경우에, 소비자는 그 제품을 자기가 직접 만들어 사용하거나, 그 제품의 소비를 줄이거나 아예 소비를 하지 않거나, 밀수 등을 통해 국내에 수입된 외국제품을 암시장에서 사는 것 등을 말한다. 그러므로 하이에크의 지적처럼 경쟁이 얼마나 감소하는가 증가하는가 하는 문제에 관심을 두지 말고, 경쟁이 있느냐 없느냐 또는 담합에 의해 경쟁이 억제되고 있는가 하는 문제에 관심을 두어야 한다. 거래가 당사자의 합의에 의해 자유롭게 이루어지고, 그것이 경쟁을 억제하는 담합이 아닌 한, 공정거래법이 그러한 거래를 염려하지 말아야 한다는 것을 일반원칙으로 확립해야 한다.

앞에서 보았듯이 공정경쟁이란 자유로운 경쟁, 경쟁수단의 공정성, 자유의사에 의한 거래의 요건을 갖추어야 한다. 공정거래위원회는 자유로운 경쟁이란 사업자가 경쟁에 자유롭게 참여하고, 시장에 참여한 사업자 상호간 자유로운 경쟁이 방해되지 않는 것을 말한다고 정의하고 있다. 여기에서 가장 중요한 것은 자유로운 경쟁에 의해 경쟁

3) 하이에크(1948)를 참고.

이 증대되거나 또는 적어도 경쟁이 감소되거나 침해되어서는 안된다는 점이다. 경쟁을 침해한 행위가 의도적으로 행해진 것이 아니거나 상대방과 합의에 의하여 행해진 것이라 하더라도 문제가 된다는 것이다. 예를 들면, 소주의 독과점 사업자가 맥주사업에 진출하면서 자기 소주를 취급하는 주류도매상에 대하여 기존의 다른 맥주를 취급하지 않는 조건으로 자기의 소주를 계속 공급하겠다고 한다면, 이는 맥주의 유통시장에서 그 주류도매상이 경쟁하는 것을 제한하게 되고, 그 결과 자유로운 경쟁이 침해되었다고 공정거래위원회는 보고 있다.

앞의 예에서 보듯이 상대방과 합의에 의해 행해진 계약이라도 경쟁을 제한하기만 하면 자유로운 경쟁의 감소 또는 침해로 규정하고 있다. 모든 경제거래는 권리와 의무가 동시에 존재한다. 소주사업자가 자발적 계약에 의해 주류도매상에게 소주의 판매 권리를 양도하면서 의무도 동시에 부과한 것은 경제거래의 일반적 특성을 반영한 것으로 자연스러운 것이다. 이 경우에 주류도매상이 맥주 유통시장에서 경쟁이 침해되었다고 주장하는 것은 그러한 권리와 의무관계를 간과한 것이다. 또한 소주사업자가 주류도매상의 맥주 유통시장 영업을 막는다고 해서 맥주시장의 경쟁이 명목상 감소한 것이지만 실질적으로는 소주사업자의 맥주시장진출로 유통망에 대한 경쟁이 더 치열해졌다고 보아야 한다. 그러므로 유통망에서 유통업체가 하나 없어지는 것에 관심을 두지 말고 맥주의 유통시장 전체에서 경쟁의 감소 여부를 판단해야 한다.

경쟁의 불완전함보다 경쟁의 존재 여부에 관심을 두어야 한다는 것은 결국 독점의 원인에 주의를 기울여야 한다는 것을 의미한다. 지금까지 알려진 독점 발생원인을 다시 나열해 보면 다음과 같다. 정부에 의한 진입규제, 업자간 담합, 규모의 경제, 높은 생산성, 약탈이나 결합 등과 같이 경쟁자를 사버리는 방법, 기타 독점을 가져올 수 있는 행위 등이다. 이러한 원인들 중에서 우리가 진정으로 우려해야 할 것은 어떤 것들인가. 뎀세츠는 규모의 경제가 반드시 독점을 가져온다는 논리에 회의를 표명하였다.⁴⁾ 높은 생산성 때문에 독점이 이루어진다면 후생의 손실이 있거나 산업이 비경쟁적인가도 의심스럽다. 기타 독점을 가져올 수 있는 행위는 우연에 의해 독점이 이루어지는 것으로 문제삼을 가치가 없다. 결국 문제가 있는 독점 발생원인으로 정부에 의한 보호, 업자간 담합, 경쟁자를 사버리는 방법 등이다. 그런데 경쟁자를 사버리는 방법 즉, 사적인 독점기도행위는 독점에 이를 수 있는 다른 두 가지 방법인 정부에 의한 진입규제나 업자간 담합보다 일반적으로 각종 비용과 위험이 더 크다. 그러므로 경쟁을 촉진하기 위하여 염두에 두어야 할 것은 정부에 의한 각종 진입규제나 법적 제한을 철폐하고, 업자간 담합을 찾아내어 법적인 제재를 가하는 일이라고 하겠다. 거래가 자발적인 한 경쟁에 대한 침해 여부에 대해서는 염려를 적게 하고, 정부에 의한 각종 진입규제를 없애고 업자간 담합을 억제하는 일에 경쟁정책의 초점을 맞추어야 할 것이다.

4) 뎀세츠(1968)를 참고.

3. 주관적 비용과 객관적 비용

공정거래법에는 ‘부당염매’, ‘부당고가매입’ 등에서 보듯이 ‘부당’이라는 용어가 매우 자주 사용되고 있다. 여기에서는 부당이라는 말이 특히 비용과 관련이 있는 경우를 다루어 보고자 한다. 예를 들어, ‘부당염매’는 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 공급하는 것을 말한다. 여기에서 공급에 소요되는 비용이란 일반적으로 원가를 말한다. 원가의 종류에는 제품의 제조에 직접 투입된 재료비, 노무비, 경비만을 포함하는 제조원가나 구입원가, 제조원가나 구입원가에 일반관리비 및 판매비를 더한 판매원가, 판매원가에 이자 등 영업외 비용을 더한 총원가, 총원가에 적정이윤을 더한 적정원가 등이 있다. 일반적으로 원가라 함은 판매원가나 총원가를 말한다. 앞의 예에서 부당이라는 말을 사용할 때는 반드시 기준이 되는 비용이 있고, 그것은 판매원가나 총원가를 말한다. 어떤 경우에는 시장에서 관행적으로 통용되고 있는 시가를 말하기도 한다. 앞에서 보듯이 공정거래위원회는 비용을 객관적인 개념으로 생각하고 있는 것이 분명하다.

그러나 현실세계에서 비용은 모두 주관적인 것이지 객관적인 것이 아니다. 예를 들어 보면, 기업이 극도의 자금난에 시달리거나 부도의 위기에 몰리면 자기가 생산한 물건을 헐값에 파는 것을 자주 목격할 수 있다. 기업이 그러한 가격설정을 하는 것은 기본적으로 가격이 주관적이기 때문이다. 당시 시점으로 그 상품의 주관적 비용이 매우 낮다는 것이다. 물론 부도의 위기에서 벗어나자마자 주관적 비용은 즉각 증가하게 된다. 두 시점에서 객관적 비용은 동일한데 주관적 비용의 차이로 그러한 현상이 자주 발생하는 것을 목격한다. 만약 객관적 비용으로 그러한 현상을 설명하려면 분명 불가능하다는 것을 알게 된다. 수요는 사람들의 욕망 즉, 심리적 요인으로부터 발생한다고 전제되기 때문에 일반적으로 주관적이라는 것이 널리 인정되고 있다. 공급도 공급자의 주관적 판단에 의해 비용이 결정된다. 현대경제학에서 모든 비용은 기회비용으로 정의된다. 그런데 기회비용이란 수요자와 공급자 모두에게 주관적인 것이지 객관적인 것이 아니다. 그러므로 객관적 비용개념에 기초하여 판단하는 ‘부당염매’, ‘부당고가매입’ 등에서 나오는 ‘부당’개념은 잘못된 이론에 근거한 것이다. 결론적으로 객관적 비용개념을 기준으로 경쟁의 침해나 불공정 여부를 판단하는 것은 전적으로 잘못된 것이다.

4. 공정거래와 경쟁촉진

공정거래법에서는 공정, 불공정, 부당 등의 말이 다른 말보다 자주 사용되고 있으며 아래에서 보겠지만 사용에 매우 주의를 요하는 말이라고 하겠다. 경제거래는 객관적으로 보기에 공정한 것이 없다. 거래는 어느 일방이 상대적으로 좀더 좋은 조건을 가지고 있고 다른 일방은 거기에 미치지 못하는 조건을 가지고 있기 때문에, 그러한 거

래는 객관적으로 보기에는 당연히 불공정한 것처럼 보인다. 그러나 거래의 쌍방은 주관적으로 그 거래로부터 상호편익을 향유하기 때문에 거래에 참여한다. 즉, 거래의 쌍방이 자유의사에 의하여 자발적으로 거래에 참여하는 한 그 거래는 주관적으로는 공정하다. 만약 주관적으로 그 거래가 불공정하다면 거래의 어느 한 당사자는 그 거래에 결코 참여하지 않을 것이기 때문이다. 다시 말하면, 거래의 쌍방이 자발적으로 계약을 체결하는 한 불공정하거나 부당하다는 것은 없다는 것이다. 그러므로 거래의 객관적 조건만을 평가하여 불공정, 부당 등의 판단을 할 수는 없다. 만약 그렇게 한다면 대부분의 거래를 불공정거래로 규정하게 되거나, 그러한 우를 범하지 않기 위하여 수많은 예외 조항을 만들어야 할 것이다. 이제 우리는 무엇으로 불공정, 부당 등을 판단하는 기준으로 삼아야 하는가 하는 문제에 직면하게 된다. 그러한 일을 하기 전에 먼저 거래의 주관적 측면이 왜 중요한가 하는 점을 좀더 부연 설명하고자 한다.

왜 우리가 거래의 객관적 측면보다 주관적 측면을 중요시 여겨야 하는가. 그것은 기본적으로 모든 경제활동이 개인적이고 주관적이기 때문이기도 하지만, 다른 한편 거래의 발생시 거래의 당사자들이 처한 환경, 제품의 상태, 미래의 사업전망 등이 모두 다르기 때문이다. 예를 들면 유사한 제품의 제조업자라 하더라도 거의 동일한 지역의 대리점에 요구하는 조건들이 미래의 사업전망이 다르다는 이유 하나만으로도 많은 차이를 보이는 경우를 자주 목격하게 된다. 하물며 거래에 영향을 미치는 변수는 엄청나게 많다. 가격, 품질, 성가, 애프터서비스의 정도, 재무능력, 지역적 위치, 당사자의 기업가적 재능, 정부의 정책, 미래의 사업전망, 농수산물인 경우에는 천재지변 등, 헤아릴 수도 없이 많은 조건들이 고려되고 난 뒤에 거래의 쌍방이 합의를 하면 그 거래는 이루어지는 것이다. 위에서 나열한 거래의 조건들을 결정하는 요인들 중에 어느것 하나라도 쉽게 객관화되는 것은 없다.

거래의 객관적 조건만을 고려하여 거래를 공정, 불공정, 부당으로 구분하거나 그러한 이유로 처벌하는 것은 모두 잘못된 것이다. 거래는 기본적으로 주관적인 것이기 때문에 객관적 조건만으로 거래의 공정성 여부를 결정할 수 없다면 어떻게 공정과 불공정 거래를 구분해야 하는가 하는 문제가 대두된다. 그 물음은 시장경제란 무엇인가 하는 문제와 직결되어 있다. 시장경제란 소비자들이 구매행위를 통하여 자신들의 후생을 규정하는 체제라고 전제되기 때문에 경쟁의 기준도 소비자후생이 되어야 한다. 그러므로 무엇이 공정한가에 대한 판단의 기준도 소비자후생이 되어야 한다. 즉, 소비자후생이 감소하는 거래를 불공정한 것으로 판단하여야 한다는 것이다. 여기에서 소비자후생의 감소란 가격의 증가, 생산량 또는 산출량의 감소, 제품선택의 폭이 좁아지는 것 등을 말한다. 예를 들면 동일한 제품의 모든 제조업자들이 합의하여 그 제품의 가격을 올리기로 하거나, 시장점유율이 큰 제조업자들과 유통업자들이 합의하여 어떤 제품의 가격을 올리기로 한 경우, 힘센 제조업자나 유통업자가 다른 기업의 신규 진입을 방해하는 것 등이다.

거래의 객관적 조건만을 고려하여 불공정 또는 부당거래로 규정하는 현재의 공정거래법은 개정되어야 한다. 거래의 객관적 조건만으로 불공정 여부를 판단할 수 없다면 공정거래법이라는 표현은 잘못된 것이다. 정확하게 경쟁촉진법이 되어야 한다. 물론 경쟁촉진의 기준은 소비자후생이어야 할 것이다.

5. 정당과 부당의 기준

옳거나 그른 것 또는 정당하거나 부당한 것을 구분하는 기준은 무엇인가. 공정거래법에는 ‘부당’이라는 용어가 자주 사용되고 있다. 정상적인 거래관행에 비추어 과대한 것을 부당하다고 하거나 그 정도가 지나치지 않고 적당한 경우에는 적법한 것으로 간주하고 있다. 예를 들면 공정거래위원회는 “부당하거나 과대한 이익인지의 여부는 제공되는 경제적 이익이 당해 업계의 정상적인 거래관행에 비추어 볼 때 허용될 수 있는 수준인가” 또는 “일부 업종에서 오랫동안 행해져 온 거래관행이기 때문에 그 정도가 지나치지 않고 적당할 경우에는” 등의 표현을 자주 사용하고 있다. 그러나 사물이나 사건의 정당성 여부를 구분하는 기준으로 정상적인 거래관행이나 적당한 정도를 사용하는 것은 완전히 잘못된 것이다. 거래에서 ‘적정’이라는 개념은 없다. 거래의 조건은 거래 당사자들이 가지고 있는 여러 가지 조건과 거래에 영향을 미치는 수많은 변수들에 의하여 결정된다. 즉, 적정이라는 말이 객관적 개념이라면 당초 거래는 주관적인 것이다. 사실 거래관행 자체가 경쟁촉진적인 것일 수도 있고 경쟁억제적인 담합을 위한 것일 수도 있다. 공정거래위원회는 거래관행을 무의식적으로 받아들이지 말고 그것이 경쟁제한적이지 않은가를 검토해야 한다. 경쟁억제적인 경우는 두 말할 필요도 없지만 경쟁촉진적인 경우라도 앞에서 보았듯이 거래관행을 거래의 정당성 여부를 판단하는 기준으로 사용하는 것은 부적절하다. 거래관행을 기준으로 사용함은 형평을 기준으로 사용하는 것과 다를 바가 없다.

사물이나 사건을 과대하다고 판단하는 데는 늘 판단자의 자의성이 개입되기 마련이다. 법의 해석과 집행이 자의적이 되어서는 누구도 그 법을 지키지 않을 것이다. 법을 엄격한 기준으로 판단하여야만 억울한 희생자도 없을 뿐 아니라 모든 사람이 법을 지키게 될 것이다. 과대한지 아닌지 여부가 공정거래법의 해석과 집행의 기준이 될 수 없다.

그러면 거래가 정당하다 또는 부당하다고 판단하는 경우에 그 기준은 무엇이 되어야 하는가 하는 문제에 직면하게 된다. 그 기준은 앞에서 보았듯이 소비자후생이어야 한다. 어떤 행위의 정당성 또는 부당성 여부는 소비자후생의 변화에 기초하여 판단해야 한다. 즉, 소비자후생을 증가시키는 행위나 거래는 정당한 것으로, 소비자후생을 감소시키는 행위나 거래는 부당한 것으로 판정되어야 한다. 부당 또는 정당의 판단기준으로 공정거래위원회는 ‘거래관행’, ‘적당한’, ‘과대’ 등의 표현을 사용하지 말고 그 뒤에 숨어 있는 문제점을 파악하고, ‘소비자후생의 증감’으로 대체하여야 할 것이다.

6. 공정거래법의 적용대상

대부분의 거래나 계약은 당사자뿐 아니라 제3자도 위하게 된다. 이것이 아담 스미스가 말하는 ‘보이지 않는 손’의 원리이다. 그러나 모든 거래나 계약이 반드시 제3자를 위하게 되는 것은 아니다. 어떤 거래나 계약이 경쟁을 감소시키거나 제거함으로써 제3자 또는 소비자에게 영향을 미친다면 그러한 거래나 계약이야말로 경쟁촉진을 위하여 감시·감독하고 필요하다면 적절한 제재를 가해야 한다. 그것만을 위하여 공정거래법은 존재해야 한다. 예를 들면 아담 스미스는 업자들이 좀처럼 잘 회동하지 않지만 그들이 일단 모이기만 하면 소비자들의 주머니를 훔치기 위한 모의를 하기 때문에 감시·감독을 게을리 하지 말아야 한다고 경고한 적이 있는데 바로 이러한 경우가 공정거래법의 대상이라고 하겠다.

어떤 거래나 계약이 결함이 있기 때문에 그러한 거래나 계약을 공정거래법이 문제삼는 것이 아니다. 공정거래법이 어떤 거래나 계약을 문제삼는 것은 그러한 거래나 계약이 경쟁 상대방이나 궁극적으로 소비자에게 손실을 끼치기 때문이다. 만약 거래나 계약 또는 사업자의 어떤 행위가 결함이 있는 것이라면 그것은 공정거래법의 대상이 기보다는 선례구속의 원칙에 의거 상법, 형법, 민법 또는 다른 법의 대상이 되어야 할 것이다. 그러나 현행 공정거래법은 이러한 원칙을 무시하고 있다는 점에서 문제가 있다. 허위광고의 경우가 여기에 해당된다고 하겠다(이 부분은 아래에서 물론 따로 다루고자 한다. 여기에서 분리하여 다루는 이유는 다른 행위에서도 이러한 일이 일어날 가능성이 있기 때문이다). 허위광고란 자기의 것 또는 경쟁사업자의 것에 대하여 허위의 내용을 광고하는 행위를 말한다. 예를 들어 건설회사가 콘도미니엄에 대한 분양광고를 하면서 사업계획승인도 안받고 사업승인 신청조차 하지 않았으면서 착공시기 및 완공시기를 명기하여 광고하는 것은 사업계획승인이 있었던 것처럼 허위사실을 광고하거나 그렇게 믿도록 광고한 것이다. 만약 소비자가 이러한 광고를 믿고 분양계약을 체결하였다면 이것은 결함이 있는 거래나 계약이다. 이러한 결함이 있는 거래나 계약으로 인하여 피해가 발생한다면 그것은 형법이나 민법의 대상이다. 이 경우는 건설회사가 사기행위를 했다고 여겨지기 때문에 형법 또는 관련법의 적용대상이라 하겠다.

예를 더 들어보면, 기만적인 표시나 광고, 백화점의 ‘허위 바겐세일’, 위계에 의한 고객유인 등은 공정거래법이 아니라 다른 법의 적용대상이다. 백화점의 허위 바겐세일의 경우를 보자. 여성의류의 경우 실제 종전가격이 198,000원이고 할인판매가격도 198,000원인데, 종전가격을 282,000원이라고 허위로 높게 표시하여 종전가격 대비 30퍼센트 할인하여 198,000원에 판매하는 것처럼 표시한 경우이다. 이 경우는 여성의류의 종전가격을 허위로 정하고 상당한 할인가격으로 판매하는 것처럼 보이게 하여 소비자를 사기한 것이다. 이 또한 앞의 경우처럼 사기행위를 다루는 형법 또는 관련법의 적용대상이라 하겠다. 비방광고인 경우에는 비방광고 그 자체는 상도의상 문제

가 되지만 법적으로는 문제가 없다. 다만 경쟁사업자를 비방하기 위하여 허위사실을 유포한 경우에만 문제가 된다고 하겠는데 그러한 비방광고는 허위광고처럼 다른 법의 적용대상이다.

여기에서 광고에 대하여 한마디만 추가한다면 광고는 그 특성상 과장될 수밖에 없거나 상식을 벗어날 수밖에 없다. 즉, 광고가 객관적으로 인정된 근거가 없다고 하여 처벌해서는 안된다는 것이다. 다만 그러한 과장되거나 객관적 근거가 없는 광고로 소비자가 직접적인 피해를 입고 그것을 증명할 수 있는 경우에만 공정거래법이 아닌 다른 법률에 근거하여 문제삼아야 할 것이다. 그러나 소비자들이 현명하여 실제로 그러한 경우는 거의 일어나지 않는다. 경쟁사업자의 경우도 그러한 광고가 객관적 근거가 없거나 과장되었다는 사실을 광고하는 길이 제한되어 있지 않으므로 문제가 없다고 하겠다.

경쟁과 관련이 있다고 모든 거래나 계약이 공정거래법의 대상이 될 수는 없고 또 되어서도 안된다. 허위광고의 경우에서 보는 것처럼 결함이 있는 계약이나 거래로 인하여 어떤 손실이나 문제가 발생한다면 선례구속의 원칙에 의거한 다른 법의 적용대상이라고 하겠다. 한마디로 그것은 공정거래법의 적용대상이 될 수 없다. 법적용을 잘못함으로써 사회질서를 계속적으로 해치게 되는 것을 막을 수 없거나 방조할 수밖에 없게 될 것이다. 아래의 불공정거래행위의 분석에서 구체적으로 그러한 조항들을 지적하고자 한다.

7. 영장제도의 필요성

공정거래법은 공정거래위원회가 법의 시행을 위하여 조사, 출석 및 의견의 청취, 감정인의 지정과 감정의 위촉, 자료나 물건의 제출과 영치 등을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 공정거래법 어디에도 그러한 조사시에 사법부의 영장을 제출해야 한다는 의무규정을 두지 않고 있다. 조사는 필연적으로 국민의 생명과 재산을 침해하게 된다. 국민의 생명과 재산을 침해하는 경우에는 사법부의 영장이 필요한 것은 두 말할 필요도 없다. 그것은 조사에 따르는 각종 부작용을 최소화하고 국민이 자기의 생명과 재산을 지킬 수 있는 최소한의 권리를 인정하는 것이다. 공정거래법에 그러한 규정을 둬으로써 국민의 생명과 재산을 침해하는 경우에 그것이 정당한 것인가를 법원이 판단하게 해야 한다.

8. 결론⁵⁾

현행 공정거래법은 경쟁을 보호하기보다는 오히려 경쟁자를 보호하는 조항들로 가득하고, 그러한 모순으로 인하여 경쟁은 오히려 억제되고 있다. 경쟁을 보호 또는 촉진하기 위하여 제정된 법이 반대로 경쟁을 억제하고 있다는 점에서 모순이라고 하겠다. 경쟁을 보호하고 모순된 법으로 인한 자원의 낭비가 없도록 현행 공정거래법을 전면 개정하여야 한다. 또한 공정거래법에서 다른 목적이나 사회적 이상을 추구하는 것을 그만두어야 한다. 아래에서는 거래행위로 분류할 수 있는 불공정거래행위, 재판매가격 유지, 특수 불공정행위에 대한 법의 이론적 또는 실증적 모순점을 규명함으로써 공정거래법의 개정방향을 제시하고자 한다.

5) 정부가 각종 법이나 정책을 통해 생산자를 보호하여 경쟁을 감소시키고 결과적으로 소비자의 후생을 저해하는 경우를 자주 보게 된다. 공정거래의 대상은 바로 그러한 경우라고 하겠다. 지면상 다른 곳에서 그러한 경우를 지적하고자 한다.

제3장

거래거절

거래거절

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 1항은 “부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위”를 불공정행위로 규정하고 있다. 1항의 전반부는 거래거절을 규정하고 있고, 후반부는 차별적 취급을 규정하고 있다. 따라서 1항의 전반부가 분석의 대상이라고 하겠다. ‘거래거절’이란 어떤 사업자에게 제품공급을 거절하거나 제한하는 행위 또는 어떤 사업자로부터 제품공급을 받지 않거나 제한하는 행위를 말한다. 거래거절에는 거래중단과 거래개시거절이 모두 포함된다.

거래거절에는 둘 이상의 사업자가 공동으로 거절하는 경우와 한 사업자가 단독으로 거절하는 경우가 있는데, 전자를 ‘공동의 거래거절’이라 하고 후자를 ‘기타의 거래거절’로 구분한다. 첫째, 공동의 거래거절이란 정당한 이유 없이 자기의 경쟁사업자와 공동으로 특정 사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나, 지속적인 거래관계에 있는 특정 사업자에 대하여 거래를 중단하거나, 상품의 수량이나 내용을 현저하게 제한하는 행위를 말한다. 이러한 불공정거래행위는 위법성이 강하다고 판단하여 공정거래위원회는 당연위법행위로 규정하고 있다.⁶⁾

둘째, 기타의 거래거절이란 부당하게 특정 사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나, 거래관계를 중단, 제한하는 행위이며, 단독으로 행해지므로 ‘단독의 거래거절’이라고도 한다. 기타의 거래거절은 공동의 거래거절에 비하여 경쟁 저해성이 상대적으로 약하기 때문에 조리위법행위로 규정하고 있다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 공동의 거래거절

1) 이론과 사례분석

6) 공정거래법에서 ‘정당한 이유 없이’로 규정된 행위는 원칙적으로 공정경쟁을 침해한다고 인정되는 행위이다. 따라서 그러한 요건에 해당되는 행위가 발생하면 일단 공정거래법에 위반된다고 보고, 다만 위법하지 않다고 인정할 수 있는 정당한 이유가 있을 때 위법성이 없다고 보게 되는 것이다. 이러한 불공정행위 유형을 ‘당연위법행위’라고 한다. 공정거래법에서 ‘부당하게’로 규정된 행위는 그 행위 자체는 기본적으로 자유이므로 공정거래법에 위반되지 않으나, 그 행위가 공정한 경쟁질서를 저해하는 경우, 즉 공정경쟁 저해성이 있는 경우에만 공정거래법에 위반된다고 보는 행위를 말한다. 이러한 불공정거래행위 유형을 ‘조리위법행위’라고 한다.

공동의 거래거절은 공정거래법 제19조의 ‘부당한 공동행위’의 하나로 분류되어야 한다. 둘 모두 사업자들이 담합하여 경쟁을 제한한다는 점에서 아무런 차이가 없다고 하겠다. 사업자의 부당한 공동행위는 참가 사업자간의 경쟁제한을 목적으로 하고, 공동의 거래거절은 제3자의 경쟁을 침해한다는 데 차이가 있다고 하나 그것들이 미치는 경제효과는 같다고 할 수 있다. 예를 들어, 국내의 신발 제조업자들이 수입신발을 배제하기 위하여 수입신발을 취급하는 유통업자들에게 제품의 공급을 거절하는 경우와 무역수지 적자를 줄이기 위한 정부정책에 호응하기 위하여 유통업자들이 수입신발을 수입하지 않기로 공동행위를 한 경우를 생각해보자. 공동의 거래거절에 해당하는 전자의 경우는 국산신발의 경쟁이 감소하고, 부당한 공동행위에 해당하는 후자의 경우는 수입신발의 경쟁이 감소한다. 경쟁의 감소로 가격이 얼마나 오를 것인가 하는 것은 경쟁의 감소정도에 따라 다르겠지만, 전자는 국산신발의 가격상승과 수입신발 가격의 동반상승을, 후자의 경우 외국산신발이 수입되지 않는다면 국산신발의 가격상승을 초래하게 된다. 어느 경우에도 경쟁의 감소로 인한 제품의 가격상승은 피할 수 없고, 그 점에서 공동의 거래거절이나 부당한 공동행위나 차이가 없기 때문에 이 조항은 부당한 공동행위 조항으로 통합되어야 한다. 이러한 조항이 법의 일치성에 문제가 있는 적절한 예라고 하겠다. 공동의 거래거절은 이론적으로 부당한 공동행위로 분류되어야 하기 때문에 사례분석은 부당한 공동행위에서 다루기로 한다. 또한 현실적으로 심결사례가 없는데 그것은 기본적으로 앞에서 지적한 오류 때문으로 여겨진다.

(2) 기타의 거래거절

1) 이론

제조업자와 유통업자의 관계에서 제조업자는 더 효율적인 유통업자를 갖기를 원하고 유통업자는 양질의 제품을 저가에 공급해주는 제조업자를 원한다. 두 사업자가 원하는 것은 공동의 이윤극대화이다. 그것을 위하여 제조업자와 유통업자간에 각종 권리와 의무에 관한 계약을 체결하기 마련이다. 각종 수직적 거래제한도 공동의 이윤극대화를 위하여 제조업자와 유통업자간에 체결된 것이다. 거래거절은 기존의 권리와 의무에 관한 계약의 위반을 징계하기 위한 수단으로 사용되거나, 더 효율적인 제조업자나 유통업자를 찾기 위하여 기존의 거래를 단절하기 위해 사용되거나, 기타 제조업자와 유통업자의 비경제적 갈등으로 계약을 중지하거나, 또는 앞에서 열거한 이유로 일시적으로 거래를 중단하기 위하여 사용된다.

거래거절의 이유와 상관없이 단독의 거래거절이 경쟁을 제한하거나 시장지배력을 증대시킬 수는 없다. 다만 독점사업자의 거래거절은 두 경우로 나누어 생각할 수 있다. 정부에 의한 진입제한이 없는 시장에서 생성된 독점의 경우에는 거래거절이 자신의 시장을 지키기 위한 수단일 뿐, 경쟁을 제한하거나 시장지배력을 증가시킬 수는 없다. 정부에 의해 보호되고 있는 독점의 경우에 거래거절은 경쟁을 제한할 수도 있다. 그

러나 이 경우는 거래거절보다는 독점이 문제가 되는 경우로 독점을 해소하는 일에 노력을 기울여야 할 것이다.

2) 사례분석

한국화장품은 자사와 거래하기 전부터 경쟁사 제품을 취급하고 있던 제주 중앙대리점에 자기의 제품만을 취급할 것과 자사의 제품가격을 인하하여 판매하지 말 것을 요청하였고, 중앙대리점이 이에 불응하자 제품공급을 중단한 사례가 있다(1993. 6. 30 의결 제93-92호).

이에 대하여 공정거래위원회는 한국화장품이 자기의 제품만 취급할 것을 요구한 행위는 독립된 사업자인 대리점의 자유로운 영업활동을 부당하게 구속하고 경쟁사의 거래 기회를 감소시켜 관련시장에서 동종제품간 경쟁을 감소시키는 행위이고, 대리점에 제품가격을 인하하여 판매하지 말 것을 요구한 행위는 자신의 책임 아래 가격을 결정할 수 있는 대리점의 자유로운 영업활동을 부당하게 구속하여 대리점의 가격경쟁을 감소시키는 행위라고 판정하였다. 그러한 판정에 기초하여 공정거래위원회는 당해 위반행위 중지명령, 시정명령을 받았다는 신문공표를 하게 하는 시정조치를 내렸다.

화장품의 생산은 매우 경쟁적이고 다양한 유통채널이 이용되기 때문에 판매에 있어서도 매우 경쟁적인 것이 특징이라고 하겠다. 이러한 시장구조하에서 한국화장품이 제주 중앙대리점에 자사의 제품만 취급할 것을 요구한 것은 대리점에게 자사 제품의 판매권리를 부여하면서 의무를 부과한 것으로 매우 타당한 것이다. 물론 한국화장품이 거래거절을 하게 된 이유는 자신의 판매에 더 유리한 유통업자를 찾거나 의무의 위반을 일시적으로 경고하기 위한 것으로 여겨진다. 자사 제품의 취급만으로 경쟁사의 거래 기회가 감소된 것이 사실이지만 중앙대리점이 한국화장품의 판촉활동에 자원을 집중하게 되면 동종제품간의 경쟁이 반드시 감소한다고 할 수 없다. 오히려 동종제품간의 경쟁은 더 치열해 질 것이 예상된다. 물론 중앙대리점을 이용하던 타사는 다른 유통채널을 찾거나 구축해야 할 것이다.

이 사례의 두 번째 경우는 재판매가격의 유지에 해당하는 수직적 거래제한으로 재판매가격유지 항에서 다루고자 한다.

3. 결론

공정거래법 제23조 1항의 전반부 즉, 거래거절은 두 경우로 대별된다. 공동의 거래거절과 기타의 거래거절이다. 전자의 경우는 그 성격상 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위의 금지조항으로 통합되어야 한다. 후자의 경우는 거래거절이 경쟁을 제한할

수 있는 수단이 되지 못하기 때문에 폐지되어야 한다. 다만 정부에 의해 보호되고 있는 독점의 경우에는 거래거절을 근절하기 위한 노력보다는 정부의 보호를 제거하는데 정책의 초점을 맞추어야 할 것이다.

제4장

차별적 취급

차별적 취급

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 1항의 후반부는 ‘차별적 취급’을 규정하고 있다. ‘차별적 취급’이란 사업자가 가격, 수량, 결제조건이나 기타 거래조건을 지역별 또는 상대방별로 다르게 취급하여 거래하는 행위를 말한다. 공정거래법은 가격차별, 거래조건차별, 계열회사를 위한 차별취급, 집단적 차별취급을 차별취급으로 명시하고 다음과 같이 규정하고 있다. 첫째, 가격차별이란 사업자가 부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리 또는 불리한 가격으로 거래하는 행위를 말한다. 둘째, 거래조건차별이란 부당하게 특정 사업자에 대하여 수량, 품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리 또는 불리한 취급을 하는 행위를 말한다. 셋째, 계열회사를 위한 차별취급이란 정당한 이유 없이 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격, 수량, 품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리 또는 불리한 취급을 하는 행위를 말한다. 넷째, 집단적 차별취급이란 집단으로 특정 사업자를 부당하게 차별적으로 취급하여 그 사업자의 활동을 현저하게 유리 또는 불리하게 하는 행위를 말한다.

공정거래위원회는 거래조건에 차별이 있다는 것만으로 위법성이 있다고 할 수는 없다고 보고, 차별적 취급이 자유경쟁을 침해하는지 여부를 개별 사건별로 따져 위법성 여부를 판단하는 조리위법행위로 규정하고 있다. 다만 계열회사를 위한 차별적 취급의 경우에 경쟁력이 없는 소속 계열회사들을 유지시켜 경제의 효율을 떨어뜨리고, 경제력집중을 심화시킬 소지가 크기 때문에 다른 차별적 취급보다도 경쟁 저해성이 크다고 판단하여 정책적으로 당연위법행위로 규정하고 있다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 가격차별, 거래조건차별, 계열회사를 위한 차별취급, 대규모 기업집단의 내부거래

1) 이론

공정거래위원회는 가격차별과 거래조건차별을 구분하여 취급하고 있지만 이론적으로는 구분하여 다룰 이유가 없다. 그것은 두 차별이 동전의 양면과 같아서 가격차별은 다른 거래조건을 일정하다고 가정한 경우이고, 거래조건차별은 가격이 일정하다고 가정한 경우이다. 그러므로 여기에서는 두 차별을 묶어서 다루고자 한다. 또한 차별의 대상에 따라 구분한 계열회사를 위한 차별과 대규모 기업집단의 내부거래도 차별이라는 점에서 상기의 가격차별과 거래조건차별 등과 구분할 필요가 전혀 없기 때문에 모

두 함께 다루고자 한다.

독점이 합법적으로 이루어진 경우에 가격차별(아래에서는 다른 언급이 없는 한 가격차별이라고 표기하는 경우 거래조건차별을 동시에 지칭함)은 단일가격보다 일반적으로 자원배분에 있어서 더 효율적이기 때문에 그러한 차별을 금지하는 것은 효율적인 자원배분을 막는 것이다. 가격차별의 극단적 형태인 완전가격차별은 독점기업으로 하여금 가격과 한계비용이 일치하는 수준까지 산출물을 생산하게 함으로써 효율적인 자원배분을 유도한다. 그러므로 가격차별의 길이 열려 있는 것이 막혀 있을 때보다 자원배분에 있어서 효율적이라는 것이다.

가격차별이 경쟁을 손상한다는 이론은 가격인하에 의한 약탈이론을 다르게 표현한 것일 뿐이다. 대부분의 기업들, 심지어 독점기업까지도 가격차별을 통해 약탈적 가격전쟁을 수행할 수 있는 능력을 가지고 있지 않다. 이러한 약탈에 대해서는 다음의 부당염매에서 자세히 다루고자 한다.

가격차별이 일어나는 경우를 검토해 본다. 가격차별이 일시적인 경우와 지속적인 경우가 있다. 일시적인 가격차별은 모든 시장에서 관찰된다. 이 경우 가격차별은 시장에서 수요와 공급의 끊임없는 변화에 대응하여 이윤을 극대화하는 수단이다. 이 때 가격차별의 금지는 오히려 판매자의 가격조정을 방해하는 것으로 오히려 반경쟁적이다. 이 점을 공정거래위원회도 인식하고 이러한 경우를 부당한 가격차별에서 제외하였다.

지속적인 가격차별의 경우는 시장이 경쟁적인 경우와 기업이 독점력을 가지고 있는 경우를 나누어 검토해야 한다. 시장이 경쟁적인 한 지속적인 가격차이는 가격차별이 아니고 비용의 차이를 반영하는 것이다. 예를 들면, 지속적인 대량구매 고객에게 가격을 깎아주는 것은 가격차별이라기 보다는 비용의 차이를 반영한 것이다.

판매자가 시장에서 독점력을 가지고 있는 경우에만 지속적인 가격차별이 소비자후생의 문제를 야기한다. 그러면 시장에서 판매자가 동일한 재화에 대하여 단일가격으로 팔 때와 여러 가지 차별가격으로 팔 때 어느쪽이 소비자를 더 위하는 것인가 하는 것이다. 소비자후생의 판단기준으로 여러 가지가 있을 수 있으나 가격차별이 산출량에 미치는 효과를 기준으로 삼는 것이 적절하다. 즉, 가격차별로 산출량이 증가하면 소비자후생이 증가한 것으로 보고, 반대의 경우는 소비자후생이 감소한 것으로 판단하고 가격차별에 대하여 적절한 제재를 가하는 것이다. 그런데 판매자가 시장에서 안정적이고 지속적인 가격차별이 가능하기 위해서는 다음과 같은 세 가지 조건이 필요하다. 첫째, 판매자가 시장지배력 또는 독점력을 지니고 있을 것, 둘째, 고객들의 수요탄력성이 다를 것, 셋째, 수요탄력성에 따라 분리된 수요자간의 재화의 재판매가 불가능할 것 등이다.

공정거래위원회는 가격차별과 거래조건차별을 자유경쟁을 침해하였는지 여부를 개별 사건별로 따져 위법성 여부를 판단하는 조리위법행위로 규정하고 있다. 앞에서 보았듯이 가격차별이 소비자후생의 후퇴를 초래하는 경우에만 가격차별을 제재하여야 한다. 그러기 위해서는 앞에서 언급한 가격차별을 위한 세 가지 조건을 먼저 점검하고 난 다음에 산출량의 증감여부로 가격차별이 소비자후생에 미치는 영향을 검토해야 한다. 가격차별에 의해 소비자후생이 감소할 수 있는 가능성은 적다. 따라서 합리적인 가격차별과 소비자후생이 증가하는 가격차별은 보호되어야 한다. 일반적으로 가격차별이 소비자후생을 감소시키는 경우는 드물기 때문에 가격차별 조항은 앞에서 언급한 몇 가지 조건을 만족할 경우에만 처벌하는 네거티브 시스템을 도입하여야 할 것이다.

현행 공정거래법은 계열회사를 위한 차별을 가격차별과 분리하여 다루고 있다. 그러나 경제이론에서 차별의 대상이 누군가를 따로 문제시하지 않는다. 그러므로 계열회사를 위한 차별취급을 가격차별과 분리하여 다룰 이유는 없다. 차별이 소비자의 후생을 감소시키는가 하는 것이 중요하다고 하겠다. 현행 공정거래법은 계열회사를 위한 차별취급을 당연위법으로 규정하고 있기 때문에 정당한 이유 없이 계열회사에 대해 차별취급을 하는 경우에 경쟁 저해성과 상관없이 위법하다고 판단한다. 기업에게 거래선택의 자유가 있듯이 기업이 내부거래를 할 것인지 외부거래(즉, 시장거래)를 할 것인지에 대한 권리도 아울러 가지고 있다. 거래비용이론에 따르면 외부거래에 수반되는 비용 때문에 기업의 내부거래가 만들어진다는 것이다. 계열회사간의 내부거래에도 동일한 이론을 적용할 수 있다. 즉, 시장거래에 따르는 각종 비용을 제거하기 위하여 계열회사를 통한 내부거래를 한다는 것이다. 계열회사를 위한 차별은 대부분 내부거래의 효율을 반영한 것이다. 그 점에서 계열회사를 위한 차별취급은 합리적인 가격차별인 셈이다. 그것이 합리적인 가격차별이지만 불행하게도 객관적으로 증명하기는 쉽지 않다. 그것은 왜냐하면 거래비용은 손에 잘 만져지지 않고 보이지 않을 뿐 아니라 앞에서 지적했듯이 거래비용을 포함한 모든 비용은 주관적인 것이기 때문이다. 계열회사를 위한 차별취급이 진정한 의미에서 소비자후생을 감소시키는 가격차별일 가능성은 매우 낮지만 또한 그것을 증명하기도 매우 어렵다. 그러므로 공정거래위원회는 계열회사를 위한 차별취급을 더 이상 염려하지 말아야 한다.

또한 공정거래법은 대규모 기업집단의 내부거래를 분리하여 다루고 있다. 내부거래가 문제가 된다면 기업집단의 내부거래가 다른 기업을 합리적인 이유 없이 차별했는가에 달려 있다고 하겠다. 이것은 내부거래의 주체가 대규모 기업집단이라는 것 외에는 계열회사를 위한 차별취급과 다를 바가 없다. 그러므로 위에서 전개한 이론이 그대로 적용된다고 하겠다.

2) 사례분석 ①

(주)롯데제과는 1993년 1월부터 12월까지 기간중 자기의 계열회사 및 비계열회사와 거래함에 있어서 제과용 원료인 유지류의 구입대금을 어음으로 지급하면서 계열회사인 (주)롯데삼강에는 평균 결제기간이 77일인 어음으로 지급하고 비계열회사인 (주)신양현미에는 평균 결제기간이 90일인 어음을 지급하였다. 또한 공장 및 영업소 건물 신증축공사를 발주하면서 비계열회사인 황지건설, (주)진성자동기, (주)삼주기공에는 하자이행보증을 하도록 하였으나 계열회사인 (주)롯데건설, (주)롯데기공에는 하자이행보증을 면제하였다. 공정거래위원회는 위와 같은 행위가 구입대금 결제조건과 건설공사의 담보조건에 관하여 계열회사와 비계열회사를 차별 취급한 행위라고 판정하고, 당해 위반행위의 중지명령을 내렸다(1994. 11. 23 의결 제94-330호).

앞의 이론분석에서 지적하였듯이 계열회사간의 내부거래는 각종 거래비용의 절감을 가져온다. 거래비용에는 많은 것들이 포함된다. 예를 들면 계열회사이기 때문에 의사소통이 쉽게 이루어질 수 있는데 이것은 거래비용의 절감을 가져온다. 하자이행을 보증하는 경우에도 비계열사인 경우에는 서류로 된 하자이행보증을 필요로 하지만 계열회사인 경우에는 구두 보증이나 하자이행보증이 전적으로 불필요할 수도 있다. 그것은 왜냐하면 비계열회사인 경우에 기회주의적인 행동을 막을 수 있는 방법으로 하자이행보증이 필요하지만 계열회사인 경우에는 전적으로 그럴 필요성이 없는 것이다. 또는 계열회사의 시공능력을 충분히 알고 있기 때문에 공사발주자가 하자이행보증을 요구할 필요성이 없을 수도 있다. 하자이행보증을 하려면 일정한 비용이 들 것이고 그 점에서 계열회사간 하자이행보증의 면제는 공사 발주자와 시공자의 비용을 줄일 수 있는 길인 셈이다.

3) 사례분석 ②

(주)두산음료는 1991년과 1992년 기간중 켄터키 후라이드 치킨용 닭고기를 고정가격으로 납품받아오면서, 계열회사인 두산종합식품에게는 1991년 kg당 1,890원, 1992년 kg당 1,860원을 지불하였다. 그러나 비계열회사인 (주)영육농산에게는 두산종합식품에 비해 kg당 110원 내지 130원을 낮게 지불하였다. 공정거래위원회는 위와 같은 행위는 계열회사를 위한 차별취급이라 판정하고 당해 위반행위 중지명령, 시정명령을 받았다는 사실의 신문공표 등의 시정조치를 내렸다(1993. 10. 14 의결 제93-224호).

이 사례는 계열회사간 거래에 비해 비계열회사를 상대로 하는 거래가 비용이 더 많이 들고, (주)두산음료는 그것만큼 가격을 깎았다고 여겨지는 경우라고 할 수 있다. 이 사례에서 거래비용을 정확히 밝힌다는 것은 어려운 일이다.

4) 사례분석 ③

공정거래위원회는 1993년 6~7월에 걸쳐 현대 등 7개 대규모 기업집단의 계열회사를 위한 부당한 차별적 취급행위에 대하여 기획조사를 실시하였다. 조사대상으로 현대그룹은 인천제철 등 9개 회사, 대우그룹은 대우자동차 등 4개 회사, 선경그룹은 유공 등 3개 회사, 삼성그룹은 삼성전자 등 2개 회사, 효성그룹은 효성바스프 등 3개 회사, 동국제강그룹은 동국제강 등 2개 회사, 미원그룹은 미원 등 2개 회사로서 모두 26개였다. 이들 회사들이 상품구입, 제품판매, 건설공사 발주 등에 있어서 자기의 계열회사를 계열이 아닌 다른 회사들에 비해 유리하게 취급하였는지 여부를 조사하였다. 조사 결과 각종 차별적 취급 사례가 적발되었는데, 여기에서는 한 사례만 보기로 한다.

현대그룹의 계열회사인 인천제철은 1993년 2~3월부터 건축경기의 회복으로 인해 철근수요가 급증하자, 건설공사용 철근을 판매함에 있어 현대건설, 현대산업개발 등 자기의 계열회사에게는 주문량의 대부분을 공급하고 그 판매대금도 제품출고 후에 어음으로 수령하였으나, 비계열회사에 대하여는 주문량의 30~40퍼센트만 공급하면서 판매대금도 제품의 출고 전에 선수어음으로 수령하였다. 공정거래위원회는 위와 같은 행위는 상품판매나 구입조건 등의 제반요인을 고려해 볼 때, 정당한 이유 없이 계열회사를 현저하게 유리하게 취급한 것으로서 계열회사의 차별취급에 해당된다고 판정하고, 이러한 불공정거래행위를 중지할 것을 명령하였다(1993. 9. 9 의결 제 93-173/185호).

건축경기는 자주 호황과 불황을 거듭하는 것으로 인천제철이 그러한 사실을 모를 리가 없다. 만약 호황시에 비계열회사를 계열회사보다 불리하게 취급한다면 불황시에 비계열회사의 주문부족으로 인천제철이 불리해질 수 있다. 즉, 인천제철은 계열회사의 수요만으로 생산시설을 적절한 수준에서 가동할 수 없는 한, 이유 없이 비계열회사를 불리하게 취급할 수 없는 것이다. 그러므로 인천제철이 계열회사를 차별적으로 유리하게 취급하였다고 하는 것은 그 거래의 외양만을 본 것이므로 옳지 않다. 차별적으로 취급한 것으로 보이는 것은 사실상 비용의 차이를 반영한 것으로 여겨진다. 만약 그러한 행위가 정말로 차별행위라면 소비자후생의 증감 여부를 점검해야 한다. 즉, 인천제철의 그러한 행위가 산출량 감소를 가져왔는가 하는 것이다. 건축경기의 호황기에 인천제철이 생산량을 줄일 이유는 없다. 인천제철의 행위가 차별행위라 하더라도 소비자후생의 증가를 가져오는 행위로 전혀 문제가 없다는 것이다. 그러나 실제로 철근시장은 매우 경쟁적이어서 인천제철이 독점력을 행사한 것 같지는 않다. 인천제철이 자기의 계열회사를 유리하게 취급한 것은 계열회사간 거래에서 거래비용의 절감 때문이다. 물론 거래비용의 특성상 여기에서 그 내용을 구체적으로 밝히기는 어렵다. 때로는 거래비용을 거래 당사자들도 구체적으로 밝히기 곤란한 경우가 많다. 그것이

거래비용의 특징이자 문제점이기도 하다.

(2) 집단적 차별취급

1) 이론과 사례분석

집단적 차별취급이란 집단으로 특정 사업자를 부당하게 차별적으로 취급하여 그 사업자의 사업활동을 현저하게 유리 또는 불리하게 하는 행위를 말한다고 공정거래위원회는 규정하고 있다. 여기에서 집단이란 사업자들이나 사업자단체를 말한다. 그러므로 집단적 차별취급은 사업자들이나 사업자단체의 행위에 의해 특정 사업자가 불이익을 받고, 그 결과 경쟁이 제한되는 것을 막기 위한 것이라고 공정거래위원회는 규정하고 있다. 이 조항은 공정거래법 제19조 1항 8호 “기타 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위”를 부당한 공동행위로 규정한 것과 차이가 없다. 공동행위의 가담자가 누구인가에 상관없이 공동행위는 공동행위인 것이다. 그러므로 이 부분은 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위의 금지 조항으로 통합하고 집단적 차별취급은 폐지되어야 한다. 앞에서 지적하였듯이 이러한 조항이야말로 잘못된 법 인식을 확산시키는 법의 일치성에 문제가 있는 것이라고 하겠다. 여기에서 사례분석은 더 이상 필요하지 않다.

3. 결론

차별적 취급이 가능한 것은 독점이 가능하기 때문이고 만약 독점이 합법적으로 이루어진 경우, 차별적 취급은 일반적으로 자원배분에 있어서 더 효율적이다. 그런데 공정거래법이 이러한 행위들을 위법으로 규정함으로써 효율을 증가시킬 수 있는 길을 막고 있고, 그러한 제한을 피하기 위하여 경제주체들은 추가적인 비용을 지불하고 있다. 요약하면 가격차별, 거래조건차별 등은 앞에서 언급한 몇 가지 조건을 만족할 경우에만 처벌하는 네거티브 시스템을 도입하여야 할 것이다. 계열회사를 위한 차별과 대규모 기업집단의 내부거래는 차별기업이 독점적인 경우를 제외하고는 공정거래위원회가 염려하지 말아야 한다. 집단적 차별취급 조항은 부당한 공동행위 조항으로 통합되어야 한다.

제5장

경쟁사업자 배제

경쟁사업자 배제

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 2항은 “부당하게 경쟁자를 배제하기 위하여 거래하는 행위” 즉, ‘경쟁사업자 배제’를 불공정행위로 규정하여 금지하고 있다. 경쟁사업자 배제란 경쟁자를 배제하기 위하여 상품을 정상적인 가격보다 매우 낮은 가격으로 공급하거나, 또는 매우 높은 대가로 구입하는 것을 말한다. 공정거래법은 계속거래상의 부당염매, 장기거래 계약상의 부당염매, 부당고가매입을 경쟁사업자 배제로 규정하고 다음과 같이 정의하고 있다. 첫째, 계속거래상의 부당염매란 자기의 상품을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속 공급하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 말한다. 둘째, 장기거래 계약상의 부당염매는 장기납품계약, 운송계약 등 장기간의 상품을 거래함에 있어서 부당하게 낮은 대가로 계약함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 말한다. 셋째, 부당고가매입이란 부당하게 상품을 통상거래가격에 비하여 높은 대가로 구입하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 말한다. 공정거래법은 계속거래상의 부당염매는 경쟁 저해성이 크다는 이유로 당연위법행위로 규정하고 있고, 기타 장기거래 계약상의 부당염매와 부당고가매입은 경쟁 저해성의 소지가 클 때만 제재를 가하는 조리위법행위로 규정하고 있다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 계속거래상의 부당염매와 장기거래계약상의 부당염매

1) 이론

계속거래상의 부당염매와 장기거래계약상의 부당염매는 모두 경쟁자를 시장에서 배제하고자 의도한다는 점에서 이론적으로 구별할 이유가 없다. 즉, 낮은 가격을 통해 경쟁 상대방을 시장으로부터 축출하고자 하는 행위로 여겨지기 때문에 약탈가격 이론을 적용할 수 있을 것이다. 약탈자의 시장점유율은 일반적으로 피약탈자의 시장점유율보다 크기 때문에 약탈적인 가격인하는 피약탈자보다 약탈자에게 더 많은 비용을 부담시킨다. 가격인하로 약탈자의 시장점유율이 올라갈수록 이러한 피해도 점점 증가한다. 그 결과 경쟁자들은 약탈자의 가격인하가 일시적일 것이라고 믿게 된다. 그러므로 약탈자는 경쟁자들을 시장에서 몰아낼 수 없다. 피약탈자는 약탈자의 약탈행위가 끝나고 가격이 정상으로 복귀하면 재진입을 하거나, 정상적인 기업활동을 재개하거나, 전

혀 새로운 경쟁자가 시장에 진입함으로써 약탈자가 약탈기간의 손해를 보상하기 위해 미래에 가격을 인상하는 일은 불가능하다. 여러 시장에서 경쟁을 하는 기업의 경우에만 시장에서의 약탈행위가 다른 시장에 있는 경쟁자들이나 잠재 진입자들에게 위협을 가하는 전시효과를 가할 수 있다고 주장되고 있다. 그러나 이러한 위협이 모든 시장에서 일어난다면 경쟁자들은 자신이 속한 시장에서는 약탈자의 약탈행위가 실제로 없을 것으로 간주하고 경쟁자가 약탈자와 싸우기보다는 공존하는 전략을 택할 것이다. 그 결과 특정 시장에서의 약탈이 다른 시장에 미치는 효과는 없다.

한마디로 약탈적 가격인하만을 놓고 보면 그것은 일어날 수 없다. 그러나 진입장벽이나 기업의 결합을 불법화한 정책이 독점력 획득을 위한 약탈가격의 사용을 촉진하게 된다. 앞에서 보았지만 현재 공정거래위원회는 기업결합에 대해 별다른 역할을 하지 않고 있다. 즉, 기업결합이 진입장벽으로 작용하지는 않고 있다는 것이다. 그러므로 만약 현실에서 정말로 약탈가격인하가 존재한다면 그것은 정부의 법적 장벽과 정책에 의한 것이다. 그렇지 않은 경우에는 합리적 가격인하로써 경제적 이유를 찾아야 할 것이다.

국내시장의 부당염매와 같은 행위가 국제시장에서 일어나는 것을 덤핑이라고 한다. 대부분의 나라들이 국내 산업을 보호하기 위하여 반덤핑 상계관세 등과 같은 조치를 취할 수 있는 구제제도를 가지고 있고 실제로 이 제도가 활발히 이용되고 있다. 그러나 이 제도는 덤핑이 실제로 존재하기 때문이기보다는 경쟁력이 없는 기업들이나 산업이 국내 정치과정을 이용하여 외국의 경쟁자를 막기 위하여 만들어진 것이다. 그리고 이 점에서 한국도 예외가 아니다. 국제경제학에서 이론적으로 덤핑이 합리적으로 일어날 수 있는 가능성을 제시한 경우는 없다. 오히려 관세, 비관세장벽 등이 국내 산업을 보호하기 위하여 만들어진다는 많은 실증분석이 있다.

결론적으로, 외양으로는 약탈적 가격인하로 보이지만 그것은 단순한 가격인하이거나 경쟁의 한 모습일 뿐이다. 약탈가격인하가 정말로 문제가 된다면 정부의 법적 장벽과 정책 때문이므로 그것을 검토해야 한다. 그러므로 이 조항은 폐지되어야 한다.

2) 사례분석 ①

1983년 4월 21일 (주)력키는 국방부 조달본부가 시행한 군인들이 사용할 100g짜리 치약 330만 개 입찰에서 개당 1원으로 응찰하여 낙찰되었다. 이에 대해 공정거래위원회는 다음과 같은 두 가지 이유로 장기거래계약상의 부당염매로 판정하고 (주)력키에 대해 향후 이러한 행위를 하지 말도록 시정명령을 내렸다(1983. 6. 15, 의결 제83-12호). 첫째, 치약의 시중 공급가격이 개당 210원인 데 비하여 낙찰가 개당 1원은 현저하게 낮은 가격에 해당된다는 것이다. 둘째, 1982년까지 군납치약을 (주)력키가 독점

공급해 왔으나 국방부가 처음으로 경쟁입찰로 구매하기로 하자, 군납 치약시장에 신규진입자를 배제하고 이제까지의 독점적 지위를 유지하기 위하여 (주)력키가 매우 낮은 가격에 응찰한 것으로 부당한 염매행위에 해당된다고 공정거래위원회는 판정하였다.

이 사례는 가격의 대폭적인 인하라는 사실과 (주)력키가 군납치약을 독점공급하였다는 외부적인 모습만으로 판단한다면 부당염매인 것처럼 보인다. 문제는 외양적으로 부당염매인 것처럼 보이는 것이 사실은 경쟁의 한 모습일 수도 있다는 점이다. 무엇보다도 민간 치약시장이 경쟁자가 다수이고 매우 경쟁적이라는 점을 간과하지 말아야 할 것이다. 그 점은 군납의 경우에도 예외는 아니다. 다만 1983년 이전에는 군납이 공개입찰방식이 아닌 수의계약방식이었다는 것이다. 공개입찰방식에 비하여 수의계약방식은 입찰자를 제한함으로써 경쟁을 제한하는 경쟁방식이다. 국방부가 수의계약방식에 의해 입찰자를 제한함으로써 (주)력키는 군납용 치약의 공급에 있어서 상당한 독점이윤을 누리고 있었다고 판단된다. 1983년 4월 국방부는 입찰방식을 공개경쟁 입찰방식으로 바꾸었다. 그러한 입찰방식의 변경은 군납시장을 민간 치약시장과 같은 정도로 경쟁적으로 만든다. 품질과 수량이 주어진 상태에서 다수의 입찰자들 즉, 경쟁자들은 치열한 가격경쟁을 하게 되었다는 것이다.

그런데 군납에 있어서 누가 낙찰자가 되든 그것이 민간 치약시장에서 경쟁자를 몰아낼 정도로 큰 영향을 미치지 않는다. 왜냐하면 군인의 비중이 당시 인구의 약 2퍼센트 정도밖에 되지 않기 때문이다. 오히려 만약 군납시장에서 경쟁자를 몰아내기 위하여 약탈자가 상당한 손실을 감수해야만 한다면 민간 치약시장에서 약탈자는 피약탈자보다 불리한 위치에 서게 된다. 그러므로 (주)력키가 군납용 치약의 부당염매를 통해 군납용 치약시장의 경쟁자를 배제하고자 했다면 그러한 배제로부터 얻는 것은 없고 잃는 것은 많다고 볼 수 있다. 과연 치약시장이 경쟁적인 상황에서 (주)력키가 그러한 비합리적인 행위를 할 수 있을까. 다시 말하면 경쟁입찰방식의 도입으로 한번의 낙찰이 다음의 낙찰을 보장할 수 없는 상황에서 가격의 대폭적인 인하는 그것이 경쟁자를 몰아내기 위해서라기 보다는 다른 이유 즉, 효율적인 측면을 살펴보아야 한다는 것이다.

개당 1원이라는 가격은 (주)력키에게 직접적으로는 이윤을 남기기보다는 손실을 입히기에 충분한 것이다. 1원이라는 매우 낮은 가격의 합리화는 간접적인 것에 있다고 생각된다. 먼저 (주)력키는 시설과 인력을 재배치할 시간적인 여유가 필요하다. 만약 (주)력키가 낙찰받지 못한다면 연간 330만 개에 해당하는 시설과 인력은 바로 그 시점에서 재배치가 현안으로 대두된다. 그런데 비록 매우 저가이지만 낙찰을 받음으로써 시설과 인력을 재배치할 시간적인 여유를 확보할 수 있는 것이다. 당시만 해도 해고가 매우 경직적인 상황하에서 이러한 여유는 매우 큰 편익이라고 할 수 있다. 연간

330만 개의 물량은 시설과 인력의 사용에 있어서 규모의 경제를 달성하는 데 어떤 역할을 할 수도 있다. 만약 생산량의 증가로 인하여 생산원가가 빠르게 떨어진다면 그러한 가격하락을 응찰시 가격인하에 반영할 수 있을 것이다. 이외에도 시중에 공급하는 치약에 비해 군납용 치약의 공급에는 각종 간접적인 비용의 절감, 생산물량의 안정적인 확보로 인한 치약 생산량의 조절 가능에 따르는 편익 등이 있을 수 있다. 물론 이러한 것들은 수치화할 수 있는 것들은 아니지만 군납용 치약의 응찰가격의 결정에 중요한 역할을 한다고 볼 수 있다. 이러한 모든 요인들을 고려하더라도 치약의 가격이 개당 1원이라는 것은 낮은 것처럼 보인다. 앞에서 보았듯이 모든 비용은 주관적인 것이다. 앞에서 지적한 객관적 요인들뿐 아니라 주관적 요인들을 고려하여야 하나 현실적으로 그것을 알 수는 없다.

결론적으로 (주)럭키의 '1원짜리 치약' 사례에서 대폭적인 가격인하는 부당염매에 의한 경쟁자의 배제를 위한 것이기보다는 감추어진 효율을 반영한 것이었다. 만약 (주)럭키가 손실을 보았다면 그것은 순전히 주관적인 고려사항이다. 공정거래위원회의 심결은 치약의 구매자인 국방부, 공정거래위원회, (주)럭키의 인력과 노력을 낭비하게 만들었다. 물론 정부의 예산도 낭비되었다.

3) 사례분석 ②

(주)서주는 자사의 공장이 위치한 전북 김제 및 그 인근 지역의 시장점유율을 높이기 위하여 아이스크림 등 빙과류 제품을 1986년 10월부터 1987년 6월까지 제조원가 이하의 싼 가격(최저 제조원가의 65퍼센트 수준)으로 공급하였고, 그 결과로 김제 일원 지역에서 서주의 시장점유율이 92퍼센트로 증가하였다. 공정거래위원회는 이러한 행위가 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당염매행위에 해당한다고 판단하여 시정명령을 내렸다.

서주의 이러한 가격할인으로 일부 지역에서 경쟁사업자가 배제된 것이 사실이나 그것은 경쟁의 결과로 보여지고 부당염매에 의한 것이라고 볼 수는 없다. 먼저 가격할인으로 일시적이거나 경쟁이 더 치열해졌고, 전국적인 수준에서 서주의 시장점유율이 크게 증가하지 않았고, 운송비용의 절감, 규모의 경제 실현 등으로 객관적 비용 측면에서 가격을 할인할 수 있었다고 여겨진다. 김제 인근이 서주의 공장이 있는 지역으로 주관적 비용 측면이 가격결정에 더 중요할 수도 있다. 가격이 대폭적으로 인하되었고 시장점유율이 올랐다는 사실만으로 부당염매로 판단하여서는 곤란하다. 객관적 또는 주관적 비용의 하락요인이 있는지, 전국적으로 시장점유율의 변화가 있는지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

(2) 부당고가매입

1) 이론과 사례분석

부당염매처럼 부당고가매입도 경쟁상대방보다도 고가매입자에게 상대적으로 더 많은 손해를 입히게 된다. 그러므로 일시적인 경우를 제외하고는 부당고가매입이 가능하지 않다. 이 조항도 폐지되어야 한다. 공정거래위원회의 심결사례가 현재 없는 실정이기 때문에 여기에서는 생략한다.

3. 결론

계속거래상의 부당염매와 장기거래계약상의 부당염매는 약탈적 가격인하라는 이론에 근거하고 있다. 약탈적 가격인하는 외양으로는 약탈적 가격인하로 보이지만 그것은 단순한 가격인하이거나 경쟁의 한 모습일 뿐이다. 그러므로 부당염매 조항은 폐지되어야 한다. 부당염매와 같은 이론적 모순을 지닌 부당고가매입도 제거되어야 한다.

제6장

부당한 고객유인

부당한 고객유인

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 3항은 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위”를 불공정거래로 규정하고 있다. 3항의 전자는 ‘부당한 고객유인’에 해당하고 후자는 ‘거래강제’에 해당한다. 그러므로 여기에서는 3항의 전자가 분석 대상이다. 부당한 고객유인이란 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 말한다. 이것에는 과도한 이익에 의해 고객을 유인하는 ‘부당한 이익에 의한 고객유인’, 기만적 방법에 의해 고객을 유인하는 ‘위계에 의한 고객유인’, 기타의 ‘부당한 고객유인’ 등 세 가지 유형이 있다.

첫째, 부당한 이익에 의한 고객유인은 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공하거나 또는 제공하겠다고 제의하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 말한다. 부당하거나 과도한 이익을 제공하는 방법으로 현상, 경품, 바겐세일, 리베이트 제공 등이 있다.

둘째, 위계에 의한 고객유인이란 자기 상품의 내용, 거래조건 등이 실제보다 현저히 우량하거나 경쟁사업자의 것보다 현저히 유리하다고 고객을 오인시키거나, 경쟁사업자의 상품내용, 거래조건 등이 실제보다 현저히 불량하거나 또는 자기의 것보다 현저히 불리한 것으로 고객을 오인시켜, 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 부당하게 유인하는 행위를 말한다.

셋째, 기타의 부당한 고객유인이란 경쟁사업자와 그 고객의 거래에 대하여 계약성립의 방해, 계약불이행의 유인 등의 방법으로 거래를 부당하게 방해함으로써 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 말한다.

공정거래위원회는 부당한 고객유인의 경쟁저해성의 근거로 ‘경쟁수단의 불공정성’, 부분적으로 ‘자유경쟁의 침해’ 등을 들고, 세 가지 행위유형 모두 조리위법행위로 규정하고 있다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 부당한 이익에 의한 고객유인과 기타의 부당한 고객유인

1) 이론

경제적 인센티브에 의해 시장에서 경쟁상대방의 고객을 유인함으로써 경쟁상대방의 사업기회를 빼앗고자 하는 것은 시장폐쇄라는 점에서 부당한 이익에 의한 고객유인이나 기타의 부당한 고객유인이나 본질적으로 다를 바가 없기 때문에 여기에서는 같이 다루고자 한다.

경쟁이 제품의 가격이나 품질에 의해 공개적으로 이루어진다는 것이 일반적인 믿음이다. 비공개적으로 이루어지는 금전적 보상이나 거래조건 개선 등의 판매촉진책은 불공정한 것으로 여겨지고 있고, 공정거래위원회도 부당한 고객유인의 경쟁저해성의 근거로 경쟁수단의 불공정성을 제시하고 있다. 그러나 제2장에서 보았지만 경쟁수단 자체가 불공정한 경우는 없고, 다만 그러한 경쟁수단이 경쟁상대방에게 공평하게 이용 불가능한 경우에만 경쟁수단의 이용에 있어서 불공정성이 있다고 하겠다. 실제로 경쟁수단의 공평한 이용이 불가능한 경우는 없다. 또한 경쟁이 반드시 공개적으로 이루어져야 할 이유도 없다. 오히려 경쟁에서 우위를 차지하기 위하여 비공개적인 방법이 더 효과적인 경우가 많다. 거래나 계약에 있어서 가격할인이나 품질의 개선이 외양적으로는 공개된 것같이 보이지만 실제로는 공개되지 않는 경우가 허다하다. 그러므로 부당한 고객유인 조항은 이론적 근거가 없는 것이 명백하다. 다만 아래에서 보겠지만 뇌물의 공여는 공정거래법의 대상이 아니고 명백히 뇌물수수에 해당된다고 하겠다.

앞에서 제시한 이유만으로도 부당한 고객유인 조항이 의미가 없는 것이 명백하지만 비공개적인 이익제공을 하는 경제적 이유나 원리를 제시하는 것도 의의 있는 일이라 하겠다. 즉, 왜 기업이 공개적인 가격할인이나 품질개선을 통한 경쟁 대신에 비공개적인 이익제공이나 개선된 거래조건 제시를 통한 경쟁을 하는가? 그 이유를 보면 다음과 같다. 첫째, 가격이 정부에 의해 규제되어 있어서 가격할인에 의한 경쟁이 불가능한 경우에 정부의 규제를 회피하여 가격을 실질적으로 할인해 주는 방법으로 이익제공이나 거래조건 개선 등의 방법이 사용된다. 즉, 가격할인의 대안으로 이익제공 등의 방법이 사용되는 것이다. 예를 들면 유류의 가격이 규제되어 있기 때문에 정유사는 주유소와 대리점계약 체결시, 각종 무이자 지원금을 제시하여 정부의 가격규제를 회피하면서 주유소를 확보하는 경쟁을 하는 것이다.

둘째, 경쟁자들간에 가격담합이 이루어져 있는 경우에 담합을 회피하여 시장을 확보하기 위하여 이익제공이 이루어지기도 한다. 담합을 위반하면 각종 벌칙이 가해지고 심지어는 시장에서 완전히 쫓겨날 수도 있다. 그러나 담합가격이 높으면 기업들은 담합을 깨고 시장점유율을 증가시키고 싶어한다. 이 경우에 기업은 가격할인보다는 당연히 이익제공 등과 같은 비공개적인 방법을 선호하게 된다.

셋째, 거래 관계의 지속을 위하여 거래 상대방에게 직접 가격할인을 해주는 것보다 해당 기업의 거래 담당자에게 금전적 보상을 제공하는 경우이다. 약품의 채택에 있어서 제약회사가 병원에 대하여 가격할인을 해주는 것보다 약품 채택에 결정권을 쥐고 있는 관련 의사나 담당과에 금전적 보상을 제공하는 것이 그 예라고 하겠다.

첫째와 둘째의 경우에 문제가 되는 것은 정부의 가격규제와 업자간 담합이라고 하겠다. 특히 둘째의 경우에 이익제공 등이 발견되면 업자간 담합이 있는가를 잘 살펴봐야 할 것이다. 문제가 어디에 있든 두 경우 모두 고객유인이 경쟁을 촉진하므로 장려해야 할 것이지 위법으로 다루어야 할 것이 아니다. 두 경우 모두 가격고정이 고객유인 행위를 하게 만드는 것으로 정부의 규제와 담합이 제거되면 고객유인 행위는 자연히 해소될 것이다. 세 번째의 경우는 명백히 뇌물의 수수에 해당되는 것으로 다른 법의 관할영역이라고 하겠다.

2) 사례분석

공정거래위원회는 동아제약, 녹십자, 대웅제약, 보령제약, 종근당, 유한양행, 일동제약 등 14개 대형제약사들이 국내 병원에 자기가 생산, 공급하는 의약품을 납품함에 있어서 종합병원에 약품채택비(일명 랜딩비), 처방사례비(리베이트), 단합대회비, 비품구입비, 학술행사비 등을 지급하였다는 것을 밝혀내었다. 14개 제약사가 1991년 1월부터 1993년 6월까지 전국의 381개 병원에 지급한 금액은 약품채택비와 처방사례비로 235억 원, 기부금 등 각종 지원금 94억 원 등 총 329억 원에 이르렀다는 것이다. 이에 대해 공정거래위원회는 약품채택비, 처방사례비, 단합대회비, 비품구입비, 학술행사비 등은 모두 부당한 고객유인에 해당된다고 판정하고, 14개 제약업체들에 대해 이러한 위반행위 중지명령, 과징금(11개사에 대해 사별로 과징금 1천만 원에서 3천만 원씩, 총 1억 6천만 원) 납부명령 등의 시정조치를 내렸다(1994. 3. 3 의결 제 94-25/26호).

또한 공정거래위원회는 이들 제약사들로부터 약품채택비 등을 받은 병원중 지원받은 금액이 큰 성모병원재단, 인제학원, 고려중앙학원 등 25개 병원재단 소속의 강남성모병원, 백병원, 순천향병원, 고대안암병원 등 67개 병원에 대해서도 조사하여, 이들 병원이 동일한 시기에 상기 14개 제약회사와 약품거래를 하는 과정에서 기부금과 보험삭감 보상금 명목으로 총 448억 원을 지원받았다는 것을 확인하였다. 이에 대해 공정거래위원회는 우월적 지위의 남용으로 판정하고, 이들 병원에 대해 이러한 위반행위 중지명령, 시정명령을 받았다는 사실을 자기의 모든 소속병원 등 관련 부서에 통지하고, 기부금 및 보험삭감 보상금의 규모가 큰 10개 병원 재단에 대해서는 과징금(병원재단별로 1천만 원에서 3천만 원씩, 총 2억 원) 납부명령 등의 시정조치를 하였다.

약품채택비는 병원이 약품을 신규 채택함에 있어서 제약사가 관련의사나 담당과에 지급하는 것이고, 처방사례비는 채택된 약품의 처방량 증가를 위해 사용량에 따라 제약사가 의사 등 병원종사자에게 지급하는 것이고, 단합대회비, 비품구입비, 학술행사비 등도 제약사가 의사를 포함한 병원종사자에게 지급하는 것이다. 그러므로 이러한 행위들은 공정거래위원회의 부당한 고객유인 판정과는 달리 공정거래법의 대상이 아닌 뇌물의 수수행위인 것이다.

제약회사가 병원에 지급한 기부금과 보험삭감 보상금을 공정거래위원회는 우월적 지위를 남용한 불공정 거래행위로 판정하였지만, 사실상 그것들이 제약사가 대형 구매자인 대형 종합병원에게 약값의 규제를 피하여 가격을 할인하여 주는 행위라고 하겠다. 제약사가 대형 구매고객인 종합병원에 가격을 할인해 줄 이유는 여러 가지가 있다. 예를 들면 약을 대량으로 공급함으로써 각종 간접비용을 절약할 수 있을 뿐 아니라 약의 생산에 있어서 규모의 경제를 실현하는 중요한 요소가 될 것이다. 그러므로 병원이 제약사로부터 받은 기부금과 보험삭감 보상금은 공정거래위원회가 판정한 병원의 우월적 지위의 남용이라기보다는 비공개적인 이익제공에 의한 경쟁촉진 행위라고 하겠다.

(2) 위계에 의한 고객유인

위계에 의한 고객유인은 사기적인 수법으로 소비자를 속여 제품을 판매하는 것이기 때문에 공정거래법의 대상이 아니고 다른 법의 관할이라고 하겠다. 현재 이 조항에 대한 심결사례가 없는 것도 공정거래법의 영역이 아님을 간접적으로 증명한다고 하겠다.

3. 결론

부당한 이익에 의한 고객유인과 기타의 부당한 고객유인의 경우에 경쟁수단의 불공정성을 경쟁저해성의 근거로 제시하는 것은 이론적으로 근거가 없다. 비공개적인 이익제공 등이 발생하는 이유로 정부의 가격규제와 경쟁사업자간 담합이라고 하겠다. 공정거래위원회는 이익제공 등의 방법이 사용되는 경우에 업자간 담합을 잘 살펴보아야 한다. 만약 정부의 규제나 담합이 어떤 방법으로든지 해소된다면 비공개적인 이익제공 즉, 비공개적인 경쟁은 사라지고 공개적인 경쟁이 이루어질 것이다. 비공개적인 이익제공 등의 발생 이유가 무엇이든 그러한 행위는 경쟁촉진적인 것이기 때문에 장려되어야 한다. 뇌물제공이나 위계에 의한 고객유인은 공정거래법의 대상이 아니다. 그러므로 부당한 고객유인 조항은 폐지되어야 한다.

제7장

거래강제

거래강제

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 3항의 후반부가 ‘거래강제’에 해당한다. 공정거래법에서 ‘거래강제’란 자기의 요구를 거절하기 어려운 위치에 있는 거래상대방으로 하여금 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 강제하는 행위를 말한다고 공정거래위원회는 규정하고 있다. 다시 말하면 거래강제는 일반적으로 여러 가지 상품이나 서비스를 공급하는 사업자가 자기 상품 중 시장에서 인기가 좋거나 수요자가 구매를 꼭 원하는 상품을 공급하면서, 경쟁사업자의 상품보다 인기가 낮은 상품을 일정비율로 억지로 끼워서 공급하는 것을 말한다고 규정하고 있다.

거래강제행위의 유형에는 자기의 상품을 공급하면서 다른 상품을 구입하도록 하는 ‘끼워팔기’, 자기 회사의 직원으로 하여금 자기상품을 구입하도록 강제하는 ‘사원판매’, ‘기타의 거래강제’ 등이 있다. 첫째, ‘끼워팔기’란 거래상대방에 대하여 자기의 상품을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자에게 구입하도록 하는 행위를 말한다고 공정거래위원회는 규정하고 있다. 여기에서 가장 중요한 문구는 ‘정상적인 거래관행에 비추어 부당하게’로, 이것은 끼워팔기가 당연위법행위가 아니고 조리위법행위라는 것이다. 즉, 끼워팔기가 경쟁저해성이 있거나 동 업종의 통상적인 거래관행에 비추어 볼 때 정당화될 수 없는 경우에 한하여 불공정한 행위가 된다는 것을 의미한다는 것이다. 끼워팔기가 가능하기 위해서는 어느 한쪽이 우월적 지위에 있어야 할 것이다.

둘째, 부당하게 자기 또는 계열회사의 임직원으로 하여금 자기 또는 계열회사의 상품을 구입하도록 강제하는 행위를 ‘사원판매’라고 한다. 회사의 소유자나 경영자가 사원들에 대하여 갖는 우월적 지위를 이용하여 사원들의 의사에 반하여 자기 회사나 계열회사 제품의 구입이나 판매를 강요하고, 이를 이행하지 않을 경우 인사상 또는 경제적인 불이익을 주는 행위를 사원판매로 규정하여 불공정거래행위로 간주하고 있다.

셋째, ‘기타의 거래강제’란 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 조건 등 불이익을 거래상대방에게 제시하여 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 강제하는 행위를 말한다. 예를 들면 제화업체가 부품납품업체들에게 자기 회사에서 발행하는 구두상품권의 구입을 강요하는 경우가 기타의 거래강제에 해당된다. 이 경우에도 어느 일방의 우월적 지위를 이용하여 원하지 않는 상품을 구입하도록 강제한다는 점에서 앞의 끼워팔기, 사원판매와 근본적으로 같다고 하겠다.

그런데 공정거래위원회는 거래강제행위의 위법 여부를 어떻게 판단할까. 공정거래위원회는 거래강제행위의 위법 여부를 경쟁저해성에 두고 있다. 경쟁저해성의 판단의 관건은 첫째, 행위자가 거래상대방에 대하여 우월적 지위에 있느냐는 것 즉, 행위자 지위의 우월성 여부 둘째, 이러한 우월적 지위를 이용하여 강제행위를 했느냐의 여부이다. 첫째, 행위자 지위의 우월성과 관련하여 독과점사업자인 경우처럼 절대적 우위뿐만 아니라 상대적 우위도 포함된다고 공정거래위원회는 판단하고 있다. 상대적 우위란 영업상의 지위나 기타 거래여건에 비추어 볼 때 거래상대방에게 사실상 불이익을 가할 수 있는 수단을 보유하고 있는 경우를 말한다. 둘째, 강제행위의 유무는 행위자의 행위가 거래상대방의 거래처 선택의 자유를 구속하였다면 강제성이 있는 것으로 인정한다는 것이다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 끼워팔기

1) 이론

끼워팔기의 더 적절한 명칭은 ‘연계판매’이나 여기에서는 공정거래위원회가 사용하는 용어를 그대로 사용하고자 한다. 끼워팔기를 위해서는 어느 일방의 우월적 지위의 남용이 있어야 한다는 점에서 우월적 지위의 남용으로 분석하는 것이 타당하다. 다만 끼워팔기에 대한 이론이 잘 발달된 만큼 여기에서는 우월적 지위의 남용과 분리하여 다루고자 한다.

끼워팔기란 앞서도 정의했듯이 X제품의 판매자가 그 제품의 구매자에게 Y제품도 동시에 구매할 것을 요구하는 판매행위를 말한다. 예를 들면, 기계나 설비의 임대시 임대인이 공급하는 소요 자재나 서비스를 사도록 하는 방법으로, 두 개 또는 그 이상의 제품(서비스)을 한 묶음으로 판매하는 방법을 끼워팔기라고 한다. 모든 완성된 재화는 부품으로 살 수 있다는 의미에서 어느 정도 끼워팔기가 되고 있다. 바로 그 점에서 제품에 따라 시장을 나누고자 하는 시도는 무의미하다는 것이 명백하다.

끼워팔기가 비록 공정거래법에서는 처벌의 대상이지만, 끼워팔기가 효율창출을 통해 판매자와 소비자 모두에게 이득을 주게 되는 길이라는 것은 명백하다. 그러므로 법에 의한 끼워팔기의 금지는 우리 모두에게 귀중한 경제적 효율을 잃게 만들 뿐 아니라 그것의 집행을 위하여 사회의 귀중한 자원이 사용됨으로써 낭비를 초래하고 있다.

끼워팔기가 효율을 창출할 수 있는 길은 여러 가지다. 그것들은 가격규제 회피, 가격

차별, 규모의 경제, 기술적 상호의존성 또는 성과보호, 기타 등이다. 아래에서 위 다섯 가지가 어떻게 효율을 창출할 수 있는가를 차례로 검토해 본다.

첫째, 가격이 규제되고 있는 경우에 기업은 가격규제를 회피하기 위하여 끼워팔기를 한다는 것이다. 예를 들면, X제품의 가격이 정부에 의해 규제되고 있는 경우에 기업은 가격이 규제되고 있지 않은 Y제품을 끼워팔아서 X제품에 가해진 정부의 규제를 회피하는 것이다. 이 경우에 X제품의 규제가격이 시장가격보다 낮다면 Y제품의 가격을 Y제품만 팔 때 받을 가격보다 높게 판매하고, 반대로 X제품의 규제가격이 시장가격보다 높으면 Y제품의 가격을 낮게 책정하여 X제품의 가격을 낮추는 수단으로 끼워팔기를 이용하는 것이다. 음식점의 끼워팔기, 한국생필체인의 거래강제 사례가 이에 해당되는 경우이므로 아래에서 자세한 분석을 하고자 한다.

둘째, 주상품과 종상품이 어떤 비율로 판매되든 끼워팔기는 가격차별을 위한 수단이 될 수 있다. 끼워팔기가 가격차별을 위해 쓰일 경우 종상품은 차별가격 설정을 위한 측정장치의 역할을 한다. 독점력을 가진 판매자가 이윤을 극대화할 수 있는 길은 완전가격차별을 실시하는 것이다. 그러나 판매자라고 시장의 수요자에 관해 완전한 정보를 가지고 있는 경우는 거의 없다. 독점력을 가진 판매자가 고객의 수요탄력성을 정확히 모르거나, 고객이 지불하려는 최고 가격을 확실히 알 수 없는 등의 경우에는 완전한 가격차별을 하기가 어려울 수도 있다. 이런 경우에 두 가지의 제품이나 서비스를 하나로 묶은 패키지를 단일가격에 팔아 두 개의 제품을 따로 팔 때보다 총수입을 극대화할 수 있다. 여러 가지 이유로 완전가격차별을 할 수 없는 판매자가 총수입을 극대화할 수 있는 차선택이 바로 끼워팔기라는 것이다.

셋째, 끼워팔기는 생산이나 유통에 있어서 규모의 경제를 달성하는 수단으로 사용될 수 있다. 예를 들면, 자동차의 수리를 위해 부품을 하나씩 구입할 수 있다는 측면에서 보면 완성차의 판매는 부품들간에 끼워 판매되고 있는 것이다. 부품들을 끼워서 판매하는 완성차의 생산비용과 판매비용은 완성차를 나누어 파는 데 드는 각종 비용보다 매우 적다. 즉, 규모의 경제가 제품의 정의를 결정하는 것이다.

넷째, 끼워팔기는 어떤 제품의 기술적 상호의존성 또는 성과보호 때문에 사용되기도 한다. 제조업자는 자기가 팔거나 임대하고자 하는 제품의 성과를 보호하기 위하여 서비스를 연계판매하는 경우가 대표적인 예가 될 것이다.

마지막으로, 끼워팔기가 계측이나 위험분산 등을 통해 효율을 증진할 수 있거나 사용 정도 측정수단으로 사용될 수 있다.

끼워팔기가 경쟁제한적이기 때문에 금지되어야 한다는 주장들이 있다. 진입장벽과 독

점력이전이론 등이 그것이다. 진입장벽이론은 판매자가 주상품시장에서의 진입장벽을 종상품시장에서도 같은 수준으로 설치하기 위하여 끼워팔기를 한다는 것이다. 주상품 시장이 독점적이더라도 종상품시장이 경쟁적이면 끼워팔기를 통해 종상품시장에서 진입장벽을 쌓음으로써 종상품시장에서 독점이윤을 획득할 수는 없다. 즉, 종상품시장의 진입장벽이 독점이윤의 획득에 아무런 역할을 할 수가 없다. 그것은 종상품시장이 경쟁적이기 때문이다.

독점력이전이론이란 판매자가 끼워팔기를 통해 주상품에 원래 있었던 시장지배력을 종상품에 이전 또는 확대 이전하는 것으로 보고, 그 결과 판매자는 두 개의 독점을 갖게 된다는 이론이다. 판매자가 주상품시장에서 독점력을 갖고 있다고 하더라도 종상품시장이 경쟁적인 한 판매자가 종상품시장에서 독점력을 행사할 수는 없다. 만약 독점력을 행사하기 위하여 종상품의 가격을 올린다면 주상품의 가격을 인하해야 하므로 끼워팔기에 의해 두 상품의 가격의 합을 올릴 수는 없다. 판매자가 끼워팔기를 통해 종상품시장을 독점화할 수는 없기 때문에 종상품의 가격을 경쟁가격보다 높게 받을 수는 없다. 끼워팔기를 우월적 지위의 남용에 의해 불법으로 규정한 것은 독점력이전이론에 바탕하고 있다. 독점력이전이론이 근거가 없듯이 끼워팔기를 불법으로 규정한 현행 공정거래법도 이론적 근거가 취약하다.

요약하면 끼워팔기는 진입장벽이 되거나 독점력을 이전하는 수단이기보다는 기업과 소비자 모두에게 소중한 효율을 창출하는 길이다. 그러므로 끼워팔기의 금지는 소비자들의 후생을 감소시키고 있을 뿐 아니라 자원의 낭비를 초래하고 있다.

2) 사례분석 ①

대구의 명성예식장, 부산의 축복예식장, 대전의 신신예식장 등 5개 예식장은 예식실 사용계약을 하려온 고객에게 예식장이 소유하거나 지정하는 웨딩드레스, 식당, 사진 서비스 등을 이용하지 않으면 예식실을 이용할 수 없다고 함으로써 예식장 부대시설의 이용을 강제한 사례이다. 공정거래위원회는 예식장들의 위와 같은 행위가 거래상 대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 자기가 소유하거나 지정하는 드레스, 식당, 사진 서비스 등을 이용하도록 강제한 행위라고 판정하고 이들 5개 예식장에 대해 법위반의 정도에 따라 당해 위반행위의 중지명령, 사업장 정문 출입구에 시정명령을 받았다는 사실의 공표문 부착, 고발, 과징금 부과 등의 시정조치를 내렸다(1994. 12. 26 의결 제94-435~442호). 1994년 당시 위의 5개 예식장뿐 아니라 전국의 모든 예식장들은 정도는 다르지만 끼워팔기를 하고 있었다. 그 결과 결혼시즌만 되면 예식장의 끼워팔기가 예식장주들의 횡포로 치부되어 기사화되었다. 당시 예식장들의 이러한 행위는 끼워팔기로 예식실 요금이 고시요금으로 규제됨에 따라 끼워팔기가 규제회피의 수단으로 사용된 전형적인 예라고 할 수 있다.

예식실의 고시요금은 1좌석당 400원(예:200석의 예식실은 8만원)이고 상한선이 10만원이었으며, 이 요금은 물가상승 억제라는 이유로 1983년에 고시제가 도입된 이후 1994년 말까지 한번도 인상되지 않은 것이었다. 더욱이 예식장을 개설하려면 ‘가정의례에관한법률’에 의해 각종 시설을 갖추어 허가를 받아야 하기 때문에 당시 예식실이 부족한 형편이었다고 할 수 있었다. 즉, 예식실의 시장가격은 물가의 상승, 예식실의 부족 등으로 규제가격보다 매우 높은 편이었다. 예식장주들은 예식실과 다른 부대 서비스 즉, 드레스, 식당, 사진 서비스 등을 끼워팔면서 정부의 규제를 받지 않는 드레스, 식당, 사진 서비스 등의 가격을 시장가격보다 높게 받았다. 그 결과 예식장 이용객들과 예식장주의 마찰과 이용객들의 불평이 끊이지 않았다. 그러나 예식장 이용객과 공정거래위원회는 예식실의 규제가격이 시장가격보다 터무니없이 낮게 책정되어 있어서 그 점에서 그들이 많은 혜택을 보고 있었다는 사실을 간과하고 있었다. 예식장주들은 예식실 임대와 다른 부대 서비스를 합한 시장가치 이상을 고객으로부터 받을 수는 없다. 예식장주들은 예식실의 시장가격과 규제가격의 차이를 다른 부대 서비스에 적당히 나누어서 추가하고 그렇게 가격이 설정된 부대 서비스를 예식실 임대와 끼워팔았던 것이다. 그러므로 문제가 되는 것이 있다면 그것은 끼워팔기가 아니라 정부의 예식실 요금의 규제이다. 예식장주들은 끼워팔기를 통해 적절한 이윤을 확보함으로써 사회가 원하는 수준의 예식실 임대 서비스를 계속했던 것이다.

끼워팔기의 금지가 어느 정도의 자원낭비를 초래했는가. 먼저 끼워팔기를 단속하기 위한 공무원의 인력이 낭비되었다. 조사관들이 처벌을 하기 위한 증거를 확보하기 위하여 예식장 계약서에 나와 있는 사람들을 전화로 일일이 확인하고 그들을 직접 찾아가 끼워팔기 당했다는 사실을 확인하는 절차를 거치면서 확인과정에서 많은 자원의 낭비가 있었다. 예식장주와 결혼당사자간에 많은 정신적 갈등을 있게 만들었을 뿐 아니라 증거확보 과정에서도 결혼당사자간에 심적인 갈등을 초래하게 한 경우도 있었다. 또한 귀중한 신문지면과 기자의 노력도 낭비되었다. 현재로서는 이런 모든 것들을 금전으로 환산할 수 없기 때문에 손실의 크기가 어느 정도인지는 정확히 알 수 없지만 전체적인 손실이 작지 않다는 것은 분명하다. 왜냐하면 한 해만도 많은 신혼부부가 예식장을 이용하여 결혼을 하기 때문이다.

만약 끼워팔기가 완전히 불가능했다면 적절한 예식실을 구할 수 없어 더 비싼 대가를 치르면서 예식을 치르게 되었을 것이다. 또한 예식장주들도 끼워팔기에 비해 비효율적인 방법으로 규제가격을 회피하게 됨으로써 끼워팔기보다 더 많은 비용을 지불하게 되었을 것이다. 그리고 그것은 대부분 소비자가 부담했을 것이다. 사실 ‘가정의례에관한법률’이 1993년 말 개정되어 예식장 사용요금이 자율화되고 예식장의 신설도 신고제로 바뀌어서 끼워팔기의 소지가 없어졌다.

예식실의 임대서비스에 대한 시장가격은 상대적으로 높다고 할 수 있다. 그것은 예식장의 이용과 관계가 있다. 예식장은 다른 부동산, 예를 들면 사무실 등과 비교할 때 사용기간이 매우 짧고, 일정 기간에 많은 이용자들이 밀집한다. 이러한 특성은 다른 부동산과 비교할 때 상대적으로 예식실 사용비용을 높게 만든다. 이 점은 끼워팔기와 상관없는 것이지만 예식실 임대 서비스의 시장가격을 높게 만드는 요인으로 향후 적절한 연구가 있어야 할 것이다.

끼워팔기는 앞에서 보았듯이 효율창출을 통해 판매자와 소비자 모두에게 이득을 주게 되는 길이다. 그러므로 법에 의한 끼워팔기의 금지는 우리 모두에게 귀중한 경제적 효율을 잃게 만들기 때문에 끼워팔기 금지조항은 삭제되어야 한다.

3) 사례분석 ②

1992년 3월에 연쇄화사업자인 한국생필체인이 가맹점인 S슈퍼에 대하여 주류공급시 잡화를 끼워팔고 있고, 주류 및 잡화 공급가액 비율(50 : 50) 달성을 위한 자기의 방침에 따르지 않는다는 이유로 S슈퍼를 제명처분하고, 주류공급을 중단한 사례이다.

이에 대해 공정거래위원회는 다음과 같이 판정하였다. 첫째, 한국생필체인이 가맹점들의 의사에 반하여 주류와 잡화의 공급가액 비율을 일정하게 결정하여 통지하고 이 비율을 지키지 않는 가맹점을 제명처분할 수 있도록 한 가맹규약에 의거 주류공급을 중단한 행위는 부당한 거래강제행위로 판정하였다. 둘째, 한국생필체인이 자기의 가맹점들에게 공급하는 상품중 주류는 일반주류 중개업자보다 약 8~10퍼센트 저렴하게 공급하고 있었는데, 주류의 공급 중단에 의해 S슈퍼가 일반 주류중개업자로부터 주류를 공급받을 경우 주류판매가격이 높아져 S슈퍼의 가격경쟁력이 낮아지기 때문에 S슈퍼의 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있으므로 한국생필체인의 주류공급 중단은 부당한 거래거절행위라고 판정하였다. 셋째, 통상산업부나 국세청의 고시가 연쇄화사업자가 가맹점에 공급하는 상품액중 주류공급비율이 50퍼센트를 넘지 못하게 하고 있는 것은 식품과 생필품의 공급을 촉진하기 위한 것으로 주류공급권을 악용하여 잡화를 끼워팔라는 것으로 볼 수는 없다고 판정하였다. 상기와 같은 이유로 공정거래위원회는 한국생필체인에 대하여 첫째, 이러한 행위의 중지 둘째, 가맹 규약 제15조의 파기 셋째, 범위반 사실의 가맹점 통지 등의 시정조치를 내렸다(1992. 4. 15 의결 제92-30호).

이러한 공정거래위원회의 시정조치에 대하여 한국생필체인은 먼저 이의신청을 하였으나 기각되었고(1992. 7. 7), 이후 한국생필체인은 서울고등법원에 행정소송을 제기하였다(1992. 8. 5). 이에 대해 서울고등법원은 1993년 6월 24일 한국생필체인의 행위가 공정거래법상의 거래강제 및 거래거절의 유형에는 해당된다고 하였지만, 통상산업부와 국세청이 고시와 행정지도로 주류취급비율을 사실상 강제해 왔고, 각 가맹점들

은 연쇄화사업 조직의 구성원으로서 정관과 가맹규약 및 한국생필체인의 운영방침에 따라야 할 의무가 있으며, 연쇄화사업의 건실한 발전과 건전한 유통질서의 확립을 위해서는 끼워팔기와 같은 조치의 필요성이 인정되는 점 등의 이유를 들어 불공정거래 행위에 해당되지 않는다고 판결하였다.

이러한 고등법원의 판결에 대하여 공정거래위원회가 대법원에 상고하였으나 대법원은 고등법원의 판결이 정당하다고 판결(1995. 2. 3)함으로써 공정거래위원회의 시정조치가 부당하다고 확정하였다.

이 사례는 거래강제와 거래거절에 해당되는 것으로 공정거래위원회는 판정하였으나 이론적으로는 거래강제 특히 끼워팔기만 문제가 되는 경우이기 때문에 여기에서는 끼워팔기만을 분석하고자 한다. 앞에서 보았듯이 한국생필체인이 가맹점들에게 공급하는 상품중 주류는 일반 주류 중개업자보다 약 8~10퍼센트 저렴하여 가맹점의 수요가 매우 큰 것이었다. 이렇게 한국생필체인의 주류 공급가격이 일반 주류 중개업자보다 저렴한 것은 주류의 가격이 정부에 의해 규제되어 있으면서 정부가 연쇄화사업자들을 육성하기 위하여 세제상의 혜택을 주었기 때문이다.

이렇게 주류에 가해진 규제를 회피하는 방법은 끼워파는 방법이다. 결국 한국생필체인이 주류와 잡화를 끼워판 이유는 주류에 가해진 규제를 회피하기 위한 것이다. 앞에서 논하였듯이 X제품의 규제가격이 시장가격보다 낮다면 Y제품의 가격을 Y제품만 팔 때 받을 가격보다 높게 판매하게 된다. 이 경우에 X제품은 주류이고 Y제품은 잡화를 말한다. 실제로 한국생필체인이 잡화의 가격을 제조업체보다 비싸게 공급하였다는 것은 끼워팔기가 규제회피 수단으로 사용되었을 때의 이론적 예측과 일치하는 것이다.

그러면 한국생필체인은 주류 대 잡화의 비율을 왜 50 : 50으로 정하였을까. 그 비율도 또한 정부의 규제와 연관되어 있다. 만약 주류 대 잡화에 대한 정부의 규제가 없었다면 한국생필체인은 주류와 잡화의 수요의 크기에 따라 한국생필체인과 가맹점의 공동이윤을 극대화하는 끼워팔기의 비율을 정하였을 것이다. 구체적으로 한국생필체인의 입장에서는 주류의 비율을 최대한 낮게 하는 것이 유리하고 가맹점 입장에서는 반대로 주류의 비율을 최대한 높게 하는 것이 좋을 것이다. 이러한 입장의 차이는 주류와 잡화의 수요의 크기에 의해 제약받는다. 주류 대 잡화에 대한 정부의 규제가 없었다면 시장의 상황에 따라 그 비율이 결정되었을 것이다.

불행하게도 정부는 주류 대 잡화의 비율의 상한을 규제하였다. 도소매업진흥법에 의해 연쇄화사업자로 지정이 되면 자금 및 세제지원을 받을 뿐만 아니라 주류중개업 면허도 부여받을 수 있다. 통상산업부는 고시로 “연쇄화사업자가 가맹점에 공급한 상품

중 주류 공급액이 50퍼센트를 초과할 경우에는 자금지원 대상에서 제외한다”고 규정하고 있고, 국세청도 고시로 “연쇄화사업자가 주류 취급 비율을 50퍼센트를 초과하여 공급할 때는 사전에 세무서장의 승인을 받아야 한다”고 규정하고 있다.

요약하면 한국생필체인의 거래강제 사례는 주류에 가해진 정부의 규제를 회피하기 위하여 끼워팔기가 사용된 경우이고, 주류 대 잡화의 비율도 정부의 수량규제의 결과라고 여겨진다. 이 사례에서 끼워팔기라는 효율창출적인 방법을 위법으로 규정함으로써 발생한 손실은 어느 정도인가. 공정거래위원회의 조사와 시정조치, 한국생필체인의 이의신청과 공정거래위원회의 기각, 한국생필체인의 서울고등법원 행정소송 제기, 공정거래위원회의 대법원 상고, 대법원의 최종판결 등의 긴 과정 동안 무려 약 3년의 기간이 소요되었다. 여기에 얼마나 많은 인적 또는 물적인 자원낭비가 있었겠는가. 더 큰 문제는 앞에서 보았듯이 고등법원이 한국생필체인의 공정거래법상의 거래강제 및 거래거절의 위법을 인정하면서도, 정부가 주류 취급 비율을 사실상 강제해 왔고, 가맹점들이 의무를 준수해야 하고, 유통질서 확립을 위한 끼워팔기의 필요성을 인정하는 점 등을 들어 불공정거래행위에 해당되지 않는다는 모순적인 판결을 하였다. 일단 끼워팔기의 효율창출성을 인정하여 공정거래법의 모순을 간파하였다면 법원이 더 적극적으로 그러한 모순을 지적하고 향후에 똑같은 사례가 발생하지 않도록 할 수 있을 것이다. 법원이 취한 태도는 매우 모순적이라 할 수 있고, 그러한 태도는 법의 안정성과 일관성을 해치는 해악을 미친다고 할 수 있다. 이 점은 장기적인 관점에서 매우 중요하다고 하겠다.

(2) 사원판매와 기타의 거래강제

1) 이론

사원판매와 기타의 거래강제는 비록 ‘거래강제’행위로 분류되고 있지만 사실상 우월적 지위를 이용하여 불공정거래행위가 이루어지고 있다고 인정되기 때문에 ‘우월적 지위의 남용’을 이용하여 분석을 전개하여야 한다.

계약의 자유가 보장되어 있는 시장에서 사원판매와 같은 우월적 지위의 남용행위가 발생할 수 있겠는가. 현행 공정거래법은 거래 양쪽의 상대적 지위를 비교하여 우월적 지위에 있는 사업자가 이러한 행동을 하는 경우에 부당한 남용행위로 규정하고 있다. 다시 말하면 거래 쌍방의 상대적 지위에 기초하여 상대적 우위에 있는 자가 열위에 있는 자에게 각종 의무를 가하는 경우에 그러한 행위를 우월적 지위의 남용으로 규정하고 있다. 그러나 상대적으로 열위에 있는 거래자라 할지라도 거래상대방 선택의 자유가 있는 한 비교우위에 있는 거래상대방의 행위를 반드시 우월적 지위의 남용행위로 볼 수 없다. 만약 그것이 정말로 우월적 지위의 남용이라면 계약을 파기하고 다른

거래상대방을 찾으려 할 것이기 때문이다.

사원판매의 경우에 우월적 지위의 남용행위처럼 보이는 행위는 어떻게 보아야 하는가. 거래계약은 항상 권리와 의무를 모두 포함한다. 고용주와 사원간의 거래에 있어서 사원의 권리는 일에 대한 대가인 봉급, 일을 수행하는 데 드는 비용의 고용주 부담 등이고, 사원의 의무는 작업시간 등을 제외하고는 문서화가 불가능한 경우가 많다. 사실 정도의 차이일 뿐이지 고용주와 사원의 권리와 의무는 문서화가 불가능한 것이 가능한 것보다 더 많다. 백화점과 제화업체의 상품권 판매는 그들 업계의 고유 업무로서 사원의 일상적 업무의 일부라고 할 수 있다. 다만 그것을 고용계약에 구체적으로 명시하지 않았을 뿐이다. 사원판매가 유독 두 업계의 상품권 판매에만 나타나고 있는 것만 보아도 알 수 있다. 아래의 자동차 사원판매 분석에서 보듯이 자동차 메이커가 사원판매를 통해 규모의 경제를 달성할 수 있다. 그러한 규모의 경제를 통해 효율을 증진함으로써 자동차 메이커는 직장의 안정성을 사원에게 제공할 수 있다. 사원판매는 직장의 안정성을 확보하는 한 방법으로 사용되어질 수 있다.

결론적으로 거래와 계약이 자유롭게 이루어지는 한 어느 일방의 거래상의 상대적 우위가 있더라도 거래의 외형만을 보고 우월적 지위의 남용으로 규정하여 처벌하지 말아야 한다.

2) 사례분석 ①

금강제화, 엘칸토, 영에이지, 에스콰이어 등 5개 제화업체가 1993년 1~9월중 상품권을 판매함에 있어서 부당한 사원판매 및 우월적 지위를 이용한 부당한 구입강제행위를 했다는 사례이다. 공정거래위원회는 제화업체들의 이와 같은 행위가 부당한 사원판매 및 우월적 지위를 이용한 부당한 구입강제에 해당된다고 판정하고, 이러한 위반행위 중지명령, 과징금(5개 회사 총 1억 1천만 원) 납부명령 등의 시정조치를 내렸다(1993. 12. 31 의결 제93-309/318호).

제화업체들은 설날, 추석, 연말 등 주요 시즌별로 상품권 판매계획을 수립하고 전 사원을 동원하여 부서별, 개인별 상품권의 목표량 달성을 독려하였다. 예를 들면, 사원의 직급별 연간 판매목표량은 부장의 경우 6천 장, 과장 2천 5백 장, 남자사원 1천 장, 여직원 3백 장 등이다. 이 과정에서 특히 생산부, 개발부, 구매부, 자재부 등 하도급거래와 관련이 있는 부서의 직원들은 할당받은 상품권을 하도급업체에 강제로 판매하고, 일부의 경우에는 상품권 구입대금을 하도급업체에 지급할 하도급대금에서 공제하였다.

이 사례는 사원판매와 우월적 지위를 이용한 부당한 구입강제에 해당된다. 여기에서

는 사원판매만 다루고자 한다. 이론에서도 지적하였듯이 고용주와 사원간의 권리와 의무는 문서화하여 계약할 수 있는 것이 오히려 적다. 제화업체의 상품권 판매는 제화의 생산과 판매와 직결되어 있는 본 업무이다. 고용주가 그러한 본 업무에 대하여 사원들의 판매목표를 수립하고 각종 인센티브를 통하여 판매를 독려하는 것은 고용주의 권한이다. 다른 말로 하면 제화업체는 주요 시즌에는 전사원을 상품권 판매에 매진하게 하는 방법을 사용하고 있는 것이다. 일정 기간동안 전 사원들을 세일즈맨으로 사용하고 있는 것이다. 물론 이 과정에서 일부 사원들이 목표량을 달성하지 못하여 자기의 돈으로 상품권을 구입하는 경우가 있을 수 있다. 이것은 고용주가 그러한 목표에 미달하는 사원의 봉급을 실질적으로 삭감한 경우라고 할 수 있다. 고용주 입장에서는 세일즈의 능력에 따라 봉급을 차등 지급하는 한 방편으로 볼 수 있고, 사원의 입장에서 그러한 능력이 매우 부족한 사람은 제화업체를 떠나는 것이 장기적으로 좋을 것이다. 즉, 제화업체의 특성상 어느 정도의 세일즈능력이 요구된다고 하겠다.

그런데 같은 상품권을 판매하는 데도 백화점의 상품권 구입강제행위는 왜 적발되지 않는 것일까. 백화점의 경우 자기가 발행하는 상품권의 판매를 위하여 백화점 직원에게 상품권 판매목표를 할당하고, 그 직원들이 자기가 담당하고 있는 매장에 물건을 납품하는 입점업체들에 상품권 구입을 강요하거나 상품권 구입금액을 입점업체에 지급할 금액에서 공제하는 경우가 실제로 광범위하게 일어나고 있는 것으로 추정되지만 공정거래위원회에 적발되어 시정조치를 받은 적은 없다고 한다. 그것은 이 연구의 범위를 넘는 것이지만 아마도 백화점의 상품권이 제화업체의 상품권에 비하여 실제로 물건을 구입할 경우 상품선택의 폭이 매우 넓어 현금과 같은 기능을 하기 때문에 사원판매나 구입강제가 크게 문제가 되지 않는 것으로 짐작된다. 구두 상품권은 구두밖에 살 수 없지만 백화점 상품권은 자기가 원하는 대부분의 물건을 백화점에서 구입할 수 있기 때문에 현금이나 다를 바가 없다. 상품권을 선물로 사용하는 경우에도 동일하다고 하겠다.

그러면 공정거래법이 사원판매를 위법행위로 취급함으로써 잃게 되는 것은 어느 정도 일까. 먼저 사원판매를 단속하기 위하여 동원된 인력과 자원, 업체가 부담해야 하는 과징금, 정부의 단속을 피하기 위하여 더 정교해진 판매방법을 개발하는 데 드는 비용, 더 은밀한 방법의 사원판매(제화업체나 백화점업체의 특성상 사원판매는 피할 수 없는 것처럼 보임)를 위해 드는 각종 비용 등이다. 물론 여기에서 이 모든 것을 금전적인 수치로 나타낼 수 있는 것은 아니지만 결코 무시할 수 있을 만큼 작은 것은 아니다.

3) 사례분석 ②

자동차회사의 거래강제 행위유형은 다양하다. 자동차 부품을 납품하는 차량이 자사가

만든 차량이 아닌 경우에 출입을 제한하는 경우, 자동차회사의 직원들에게 일정한 판매목표를 할당하는 경우, 자동차회사의 직원들에게 자사의 차량이 아닌 경우에 주차장 출입을 금하는 경우 등이 있다. 이러한 행위를 우월적 지위의 남용으로 볼 수 있는가. 마지막 경우를 예를 들어 분석하고자 한다.

자동차회사가 직원들에게 자사 차량을 구입할 것을 요구하는 것은 여러 가지 측면을 가지고 있다. 자동차회사는 직원의 수가 많다. 계열이 있는 경우에 잠재적인 구매력은 크게 늘어난다. 그들이 모두 다 자사 차량을 구매한다면 상당한 규모의 경제를 달성할 수가 있다. 물론 자동차의 생산과 판매에 있어서 규모의 경제에 이르기 위한 자동차 대수는 많은 경우에 몇 십만 대에서 몇 백만 대에 이르고 있다. 내수시장의 규모가 크지 않아 대외수출에 의존하는 비율이 높은 국내 자동차 메이커로서는 자사 직원의 구매는 규모의 경제 달성에 매우 중요하다고 하겠다.⁷⁾ 그리고 그러한 규모의 경제를 실현함으로써 비용의 하락을 통해 경쟁력을 증대시킬 수 있고 그것은 곧바로 자동차회사와 직원의 삶에 영향을 미친다. 즉, 사원판매는 규모의 경제의 실현으로 자동차 메이커가 직장의 안정성을 직원에게 제공하는 길이라고 보여진다. 이러한 편익 때문에 대부분의 자동차 메이커들은 자사 차량을 자사 사원이 구매시에 각종 특혜를 제공하고 있다. 이 경우에 법은 거래 당사자의 계약에 자유롭게 맡기는 것이 현명한 방법이라고 하겠다.

3. 결론

끼워팔기는 진입장벽이 되거나 독점력을 이전하는 수단이기보다는 기업과 소비자 모두에게 소중한 효율을 창출하는 길이다. 그러므로 끼워팔기의 금지는 소비자들의 후생을 감소시키고 있을 뿐만 아니라 많은 자원의 낭비를 초래하고 있다. 우월적 지위의 남용에 근거한 공정거래법의 거래강제 조항은 모두 이론적 근거가 없는 것이다. 거래강제 조항은 폐지되어야 한다.

7) 자사 직원의 자동차 구매가 생산량 증가에 의한 규모의 경제 실현이라는 이점만 가져오는 것은 아니다. 규모의 경제 실현은 다만 주요한 이점 중의 하나일 뿐이다.

제8장

우월적 지위의 남용

우월적 지위의 남용

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 4항은 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”를 불공정행위로 규정하고 있다. 이 조항은 우월적 지위의 남용에 해당된다고 하겠다. 공정거래위원회는 우월적 지위의 남용을 사업자가 자기의 거래상의 지위가 우월함을 이용하여 부당하게 거래상대방에게 불이익을 주는 행위라고 규정하고 있다. 공정거래위원회는 우월적 지위의 남용으로 ‘구입강제’, ‘이익제공강요’, ‘판매목표강제’, ‘불이익 제공’, ‘경영간섭’ 등을 제시하고 있다.

첫째, 구입강제란 거래상대방이 구입할 의사가 없는 제품을 구입하도록 강제하는 행위를 말하고, 둘째, 이익제공강요란 거래상대방에게 자기를 위하여 금전, 물품, 용역, 기타 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위를 말하고, 셋째, 판매목표강제란 자기가 공급하는 상품과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위를 말하고, 넷째, 불이익제공이란 상기 방법 이외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 과정에서 불이익을 주는 행위를 말하며, 다섯째, 경영간섭이란 거래상대방의 직원을 선임 또는 해임함에 있어서 자기의 승인을 받게 하거나 거래상대방의 생산품목, 시설규모, 생산량, 거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위를 말한다고 한다. 공정거래위원회는 상기의 모든 행위들을 조리위법행위로 규정하고 있다. 공정거래법 제23조 3항 후반부 ‘거래강제’와 제23조 5항 후반부 ‘사업활동방해’는 모두 우월적 지위의 남용에 의해 발생한다는 점에서 동일한 이론이 적용되어야 한다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭

1) 이론

공정거래법 제23조 3항의 후반부인 거래강제의 분석에서 우월적 지위의 남용에 관한 이론적 분석을 시도하였기 때문에 여기에서는 생략한다.

2) 사례분석 ①

공정거래위원회는 1995년 6~7월에 한국전력, 도로공사, 주택공사, 가스공사, 포항제철, 신공항건설공단, 서울지하철공사 등 20개 대규모의 공공사업자에 대한 조사를 실시하였다. 그 중 한국전력, 토지개발공사, 지하철공사 등의 우월적 지위남용에 의한 불이익 제공행위를 적발하고 이러한 행위의 중지명령, 시정명령을 받았다는 사실의 신문공표 등의 시정조치를 내렸다(1995. 8. 1 의결 제95-159/180호).

상기 사례에서 여러 가지의 불공정행위가 적발되었지만 한 가지만 분석해 보면 다음과 같다. 예산회계 법령이나 계약서에 물가가 5퍼센트 이상 상승하면 공사비의 인상요인을 반영하여 주도록 되어 있으며, 물가변동으로 인하여 공사비의 인상요인이 발생하였으나 이를 인정해 주지 않아 공정거래위원회의 단속의 대상이 되었다. 물가변동으로 공사비의 인상요인이 생겼다고 하여 반드시 공사비를 인상하여야 하는 것은 아니다. 그러나 만약 물가가 5퍼센트 이상 상승하는 경우에 반드시 공사비를 적절한 협의에 의하여 인상하여 주는 조건으로 계약하였다면, 그것은 우월적 지위의 남용 이전에 계약의 불이행으로 계약의 당사자가 손해배상을 청구할 수 있는 것이고, 또한 반드시 그러한 방법으로 구제를 받을 수 있는 것이 현행 민법이나 상법의 원리라고 하겠다. 이 경우는 계약의 자유에 맡겨 민법이나 상법에 의해 권리를 구제함이 당연하다고 하겠다.

3) 사례분석 ②

삼양식품 대전지점은 1990년 6월부터 영신상사 등 대전지역 5개 대리점에 대해 소형 화물 운반용 판매차량의 증차를 요구하고 그 중 영신상사를 제외한 4개 대리점으로부터는 판매차량을 증차한다는 합의서를 받았다. 이후 삼양식품은 상기 5개 대리점의 집단행동을 계기로 영신상사에 대해서는 1990년 12월 9일 구두로 대리점 계약을 해지할 것을 통보하고 1991년 1월 1일부터 대리점 계약을 해지하고 물품공급을 중단하였다. 공정거래위원회는 삼양식품이 대리점에게 판매차량의 증차를 요구한 것은 거래상의 우월적 지위를 남용하여 대리점의 경영활동에 간섭하는 행위로, 영신상사가 판매차량의 증차를 거부한 것을 이유로 거래를 중단한 것은 부당한 거래거절에 해당된다고 판정하였다. 이에 대하여 공정거래위원회는 당해 행위의 중지명령, 시정명령을 받았다는 사실의 모든 대리점 통보 및 신문공표 등의 시정조치를 내렸다(1991. 6. 18 의결 제91-53).

여기에서는 우월적 지위를 남용하여 경영활동에 간섭한 경우만 분석하고자 한다. 삼양식품이 대리점에게 판매용 차량의 증차를 요구한 것은 대리점 계약에 따르는 의무의 부과라고 보여진다. 대리점들에게 자기의 제품을 취급할 권한을 주면서 판매량의

극대화를 위해서 판매용 차량의 증차를 요구한 경우로서, 삼양식품이 시장지배적 사업자가 아니라도 가질 수 있는 권리라고 하겠다. 라면시장은 생산과 판매가 모두 매우 경쟁적이기 때문에 대리점이 다른 제조업자를 자유롭게 선택할 수 있고, 삼양식품도 대리점을 자유롭게 선택할 수 있기 때문에 우월적 지위를 이용한다는 것은 불가능하다. 삼양식품의 대리점에 대한 요구는 판매를 증진하여 제조업자와 판매업자의 공동의 이윤을 증가시키고자 하는 행위라고 하겠다.

3. 결론

거래강제의 분석에서 우월적 지위의 남용에 관해 결론을 내린 바 있다. 우월적 지위의 남용에 기초한 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭 등의 조항은 모두 폐지되어야 한다.

제9장

구속조건부 거래

구속조건부 거래

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 5항 전반부는 “거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래”하는 행위를 불공정행위로 금지하고 있다. 구속조건부 거래에는 거래상대방이 자기의 경쟁자와 거래하지 말도록 강요하는 ‘배타조건부 거래’와 거래상대방의 판매지역이나 거래상대방을 제한하는 ‘거래지역 또는 상대방 제한’의 두 종류가 있음을 공정거래위원회는 규정하고 있다. 첫째, 배타조건부 거래란 부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 않는 조건으로 거래하는 행위를 말하고, 둘째, 거래지역.상대방 제한이란 사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위를 말한다(아래에서는 일반적 용어인 판매지역제한을 사용하고자 한다). 배타조건부 거래에는 점유율 리베이트제, 배타적 구입계약, 상호 배타조건부 계약 등도 포함되고, 거래지역.상대방 제한에는 판매책임지역제, 판매거점제, 엄격한 지역제한제, 지역 외 고객에의 판매제한제 등이 포함된다. 공정거래위원회는 위 두 경우 모두 조리위법행위로 규정하고 있다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 배타조건부 거래

1) 이론

배타조건부 거래는 느슨한 형태의 수직통합이다. 수직결합, 수직성장 또는 배타조건부 거래 가운데 어떤 방법으로 수직통합을 이루었든, 수직통합은 생산적 효율의 실현에 필수적이고, 그러므로 수직통합을 가져오는 수직결합, 수직성장, 배타조건부 거래 등이 효율을 창출하는 중요한 수단이다. 즉, 수직관계에 있는 두 기업이 생산적 효율의 실현을 위해 배타조건부 거래 등을 통해 수직통합을 이룬다. 다만 배타조건부 거래는 수직결합이나 수직성장과 비교하여 통합의 정도가 느슨하다고 하겠다.

수직통합이 효율창출적인 이유는 무엇인가. 그것은 기술적인 이유, 생산요소나 반제품의 품질통제나 적정 재고공급으로 인한 비용절약, 정부의 규제나 통제의 회피로 인한 비용절약, 정보의 흐름을 원활하게 하여 판매 및 유통비용절약, 규모의 경제달성, 수요독점시 효율창출 등이 있다. 느슨한 형태의 수직통합인 배타조건부 거래도 효율창

출적인 이유로 행해지기 때문에 그것을 제한하는 것은 효율의 실현을 공정거래법이 막는 것이다. 제조업자와 유통업자간에 배타조건부 거래가 이루어지는 경우가 많은데, 이 경우는 판매나 유통비용을 줄이거나 공동의 수익을 극대화하기 위한 것이다. 수직결합이나 수직성장과 유사한 효과를 내는 배타조건부 거래가 현실의 법 적용에서는 더 경쟁제한적인 것으로 간주되고 있다. 그러나 수직결합이나 수직성장이 경쟁을 제한하지 않는 것처럼 배타조건부 거래도 또한 그러하다.

배타조건부 거래가 경쟁을 제한한다는 논리는 그것이 바로 진입장벽이라는 것이다. 배타조건부 거래가 진입장벽이 되기 위해서는 독점기업이 배타조건부 거래를 요구하는 경우로서 그 기업을 제외하면 다른 기업을 선택할 기회가 없는 경우이다. 현실적으로 정부의 보호에 의한 독점을 제외하고는 독점이 존립할 가능성이 낮기 때문에 배타조건부 거래는 허용되어야 한다. 다만 배타조건부 거래가 사업자들의 담합에 의해 이루어지는 경우에는 부당한 공동행위로 처벌하여야 할 것이다. 그러므로 정부의 독점에 의한 배타조건부 거래를 제외하고는 기타의 효율창출적인 배타조건부 거래는 허용되어야 한다.

2) 사례분석

삼성전자, LG전자, 대우전자 등 국내 가전 3사는 컬러텔레비전, VCR, 전기세탁기, 전자레인지 등 거의 모든 가전제품의 생산에 있어서 시장점유율이 높은 사업자로 자기 제품의 판매를 위한 전속 대리점을 전국에 걸쳐 조직하고 배타조건부 거래를 실시하고 있다. 가전사들은 그러한 대리점 관계의 유지를 위하여 대리점들에 대하여 점포임대 보증금의 장기저리 융자, 실내장식 비용 무상지원, 장기 외상판매 등의 지원을 하고 있다. 대리점들은 외상으로 공급되는 상품에 대한 보증을 위해 부동산 담보제공, 연대보증인의 설정 등을 하고 있다. 이렇게 보면 배타조건부 거래는 제조업자가 대리점에게 제공하는 지원에 대한 대가이다. 대리점이 배타조건부 거래를 통해 판촉활동을 촉진하게 된다. 이러한 배타조건부 거래에서 중소 가전제품 회사들은 자기 제품을 취급할 도매상이나 소매상을 찾기도 어렵다는 주장이 있으나 중소 가전제품 회사들이 가전 3사와 같은 지원을 대리점들에게 하고 비슷한 정도로 제품의 성가를 유지하면서 배타조건부 거래를 원한다면 대리점들이 거절할 이유가 없다.

양판점이나 양판점 체인의 등장으로 가전 3사의 전속대리점 체제와 배타조건부 거래가 붕괴하고 있는 것이, 배타조건부 거래가 진입장벽으로 작용하여 경쟁을 제한한다는 논리가 틀렸다는 것을 보여 주는 좋은 예이다. 배타조건부 거래가 경쟁을 제한한다면 양판점이나 양판점 체인이 등장했을 때 배타조건부 거래를 더욱 강화함으로써 양판점이나 양판점 체인의 등장을 막거나 최대한 억제할 수 있을 것이다. 그러나 가전 3사는 이와는 반대로 양판점에 제품을 공급할 뿐 아니라 일부 가전사들은 별도의

양판점 체인을 구축하기도 하였다.

(2) 거래지역·상대방 제한

1) 이론

공정거래위원회는 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속한다는 이유만으로 경쟁을 제한하는 불공정거래행위로 규정하고 있다. 판매지역제한은 주로 제조업자와 유통업자간에 행해지기 때문에 아래에서는 두 사업자간의 관계를 이용하여 분석하고자 한다. 판매지역제한은 제조업자가 유통업자의 판매활동 영역을 제한함으로써 유통업자에게 제품의 지역독점력을 부여한 경우라고 할 수 있다.

그러면 제조업자가 왜 유통업자에게 판매지역제한 즉, 지역독점력을 부여하는 것일까. 제조업자가 경쟁을 제한하기 위하여 판매지역제한을 사용한다면 제조업자가 생산량이나 판매량을 줄이기를 원한다는 말과 다를 바가 없다. 그러나 생산량이나 판매량을 줄이고자 하는 제조업자는 없을 것이다. 결국 제조업자가 판매지역을 제한하는 이유는 다른 데에 있다고 여겨지고, 그것은 제조업자가 유통의 효율을 증대하기 위하여 판매지역제한을 실시한다고 할 수 있다. 제조업자가 판매지역제한을 실시하는 구체적인 이유를 나열하면 다음과 같다. 첫째, 제품의 성격상 유통업자의 서비스가 중요한 경우에 유통업자의 판매촉진 서비스에 대한 적절한 이익을 보장해 주기 위한 경우이다. 둘째, 프랜차이즈제도의 유지를 위하는 경우에 제조업자가 유통업자에게 판매지역제한을 실시한다. 셋째, 유통상의 규모의 경제실현과 중복투자를 방지하기 위하여 판매지역제한을 실시하게 된다. 판매지역제한이 경쟁을 저해할 수 있는 극히 예외적인 경우가 이론적으로 불가능한 것은 아니다. 그러나 그러한 조건을 충족시켜 줄 수 있는 경우는 현실에서는 존재하기 어렵다. 판매지역제한이란 제조업자가 생산량이나 판매량을 증가시키기 위하여 시행하는 것이 주요 목적이라 하겠고, 궁극적으로 그러한 증가는 소비자 후생을 증가시키게 된다. 그러므로 판매지역제한 조항은 폐지되어야 한다.

2) 사례분석

1995년 공정거래위원회는 동아출판사, 교학사, 지학사, 천재교육, 중앙교육진흥연구소, 한샘출판 등 10개 참고서 출판사들의 거래지역·상대방 제한행위를 조사하고, 출판사별로 범위반 내용의 중대성 정도, 과거의 유사한 범위반 사례 여부, 매출액 규모 등을 고려하여, 이러한 위반행위 중지명령과 함께, 과징금(규모가 큰 8개 출판사에 대해 1천만 원 내지 3천만 원씩 총 1억 9천만 원), 시정명령을 받았다는 사실의 총판 통지 및 신문공표 등의 시정조치를 내렸다(1995. 7. 27 의결 제 95-141/158호).

출판사들은 서적도매상인 지역총판과 체결한 ‘출판물 판매계약서’에서 지역총판별로 판매 관할구역을 정하고, 총판이 관할구역 밖의 소매서점에 참고서를 판매할 경우, 출판사가 즉시 계약을 해지하거나 변상금 부과 등의 조치를 할 수 있도록 규정하였다. 실제로 지역총판이 관할구역 외로 도서를 유출시킬 경우에는 그 총판에 대해 계약해지, 출고중지, 유출된 책에 대해 정가의 3~5배의 변상을 시킨 것이 확인되었다. 이 사례에 대하여 공정거래위원회는 10개 출판사의 위와 같은 행위가 ‘지역외 고객으로부터의 수주도 금지하는 가장 엄격한 형태의 지역제한제’를 운영함으로써 참고서 유통시장에서의 경쟁을 크게 저해하는 부당한 구속조건부 거래행위로 판정하였다.

국내 참고서 시장은 출판사의 수가 240여 개로 매우 경쟁적이라고 하겠다. 참고서의 유통경로는 대부분 출판사, 지역별 총판(도매상), 소매서점, 학생의 순서로 이어지고, 대부분의 참고서 출판사들이 지역총판으로 하여금 자기의 관할구역 밖에 있는 소매서점에 참고서의 판매를 금지함으로써 지역총판이 그 지역에서 참고서를 독점적으로 판매할 수 있도록 보장하고 있다. 참고서의 경우, 다른 서적과 달리 부교재로 채택되도록 하는 것을 ‘채택영업’이라 하고, 출판사들이 지역총판으로 하여금 채택영업을 하게 하는 대가로 일정 지역의 독점적 판매권을 부여한다. 참고서의 판매에 가장 결정적인 영향을 주는 선생님들의 부교재 채택은 지역총판의 채택영업에 달려 있다고 해도 과언이 아니다. 그런데 한 지역총판이 채택영업을 통해 한 참고서를 부교재로 채택하게 만들었는데 자기 지역 내의 소매서점이 다른 총판으로부터 당해 참고서를 구입할 경우 당해 지역총판은 채택영업을 위한 비용만 지출하고 그에 따르는 편익은 없다고 하겠다. 물론 소매서점이 다른 총판으로부터 참고서를 살 수 있다면 그렇게 하는 것이 유리할 것인데 그것은 왜냐하면 다른 총판은 채택영업을 위한 비용을 지출하지 않았기 때문에 지역총판보다 더 저렴한 가격에 참고서를 소매서점에게 인도할 수 있기 때문이다. 결국 출판사가 지역총판에게 판매지역제한을 가하지 않는다면 지역총판의 적극적인 판촉활동(즉, 지역총판의 채택영업)을 기대할 수 없고 종국에는 참고서의 판매량이 줄어들 것이다. 출판사가 판매지역제한을 실시하는 이유는 제품의 성격상 유통업자의 서비스(즉, 채택영업)가 중요한 경우에 유통업자의 판매촉진 서비스에 대한 적절한 이익을 보장해 주기 위한 경우이다. 출판사는 브랜드내 경쟁촉진보다는 브랜드간 경쟁촉진이 판매량에 더 중요하다. 그러므로 브랜드간 경쟁촉진을 통하여 참고서의 판매를 늘릴 수 있는 방법으로 판매지역제한을 실시하는 것이다.

판매지역제한이 생산량을 증가시키는 데 주요 목적이 있는 만큼 합법으로 허용되어야 한다. 문제는 지역총판이 선생님들에게 제공하는 채택료에 있다. 지역총판이 채택영업의 과정에서 선생님들에게 채택료를 제공하는 것은 명백히 뇌물의 수수로 보아 관련 당사자들이 처벌받아야 한다.

3. 결론

배타조건부 거래와 판매지역제한은 유통업자의 판촉활동의 증가나 제조업자의 재산권을 보호하기 위한 것이거나 산출량 증가를 위한 것으로 모두 소비자후생의 증가를 가져오는 행위이므로 그러한 행위들을 금지한 공정거래법 조항은 폐지되어야 한다.

제10장

사업활동 방해

사업활동 방해

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 5항 후반부는 “다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위”를 불공정행위로 규정하고 있다. 공정거래위원회는 사업활동 방해를 사업자가 거래과정에서 알게 된 거래상대방의 기술을 부당하게 이용하거나, 거래상대방의 인력을 부당하게 유인하여 채용하거나, 거래상대방이 거래선을 이전하려는 것을 방해하거나, 기타의 부당한 방법으로 거래상대방의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위를 말한다고 규정하고 있다. 사업활동 방해에는 ‘기술의 부당이용’, ‘인력의 부당유인·채용’, ‘거래선이전 방해’, ‘기타의 사업활동 방해’ 등을 들고 있다.

첫째, 기술의 부당이용은 사업자가 거래상대방의 기술을 부당하게 이용하여 거래상대방의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위를 말하고, 둘째, 인력의 부당유인·채용이란 사업자가 거래상대방의 인력을 부당하게 유인·채용하여 거래상대방의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위를 말하고, 셋째, 거래선이전 방해란 사업자가 거래상대방의 거래선이전을 방해하여 거래상대방의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위를 말하고, 넷째, 기타의 사업활동 방해는 위에서 기술한 각종 방해 이외의 방법으로 거래상대방의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위를 말한다고 규정하고 있다. 앞에서 언급한 네 가지 불공정행위는 조리 위법행위로 규정되어 있다.

2. 유형별 이론과 사례분석

기술의 부당이용과 인력의 부당유인·채용은 그 정의상 기술이나 제조비법 등의 도용이 있기 때문에 공정거래법의 대상이 아니다. 인력의 부당유인과 채용에 대해서 특별히 한 가지만 추가하면, 경쟁사의 인력을 좋은 조건을 제시하여 채용하고자 하는 행위는 아무런 문제가 없다고 하겠다. 다만 경쟁사업자의 중요 기술이나 설계도 등을 가져오게 하는 조건으로 유인하는 경우에 중요 기술이나 설계도의 도용이 있기 때문에 공정거래법의 대상이기보다는 형법의 대상이라고 하겠다. 거래선이전 방해나 기타의 사업활동 방해는 사업활동을 방해하는 사업자가 우월적 지위를 가지고 있을 때만이 가능하다고 여겨지기 때문에 거래강제의 분석을 참고해야 한다. 거래강제의 이론적 분석에서 보듯이 우월적 지위의 남용은 이론적 근거가 없다.

부당한 사업활동의 방해는 1993년 11월 이러한 불공정거래 유형이 제정된 이후, 이

행위 유형에 대한 사례가 없기 때문에 사례분석을 생략한다.

3. 결론

사업활동의 방해 조항은 일부는 공정거래법의 대상이 아니고, 일부는 이론적 근거가 우월적 지위의 남용에 있다고 하겠다. 그러므로 사업활동 방해 조항은 모두 폐지되어야 한다.

제11장

부당한 표시·광고

부당한 표시 · 광고

1. 정의와 유형

공정거래법 제23조 6항은 “사업자, 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시·광고를 하는 행위”를 불공정거래행위로 규정하여 금지하고 있다. 공정거래위원회는 부당한 표시·광고를 다음과 같이 규정하고 있다. 사업자의 규모, 연혁, 생산시설, 기타 사업자와 관련된 내용이나, 상품의 가격, 수량, 재료, 성분, 품질, 규격, 함량, 원산지, 제조원, 제조방법, 효능, 거래조건, 기타 상품과 관련된 내용에 관하여, 허위·과장, 기만적 방법, 부당한 비교, 비방적인 방법으로 표시·광고하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 행위를 말한다고 규정하고 있다. 공정거래위원회는 부당한 표시·광고의 유형에는 그 내용에 따라 허위·과장 표시 광고, 기만적인 표시·광고, 부당한 비교 표시·광고, 비방 표시·광고로 구분하고 조리위법행위로 규정하고 있다.

첫째, 허위·과장 표시 광고라 함은 자기가 생산·판매하는 제품의 가격, 품질, 기타의 내용 또는 경쟁사업자의 그것들에 대하여 허위의 내용을 표시·광고하거나 사실을 과장하여 표시·광고하는 행위를 말한다고 공정거래위원회는 규정하고 있다. 둘째, 기만적인 표시·광고라 함은 자기가 생산·판매하는 제품의 가격, 품질, 기타의 내용에 대하여 사실을 은폐하거나 기만적인 방법으로 소비자를 속이거나 속일 우려가 있는 표시·광고 행위를 말한다. 셋째, 부당한 비교 표시·광고란 객관적으로 인정된 근거 없이 자기의 것이 경쟁사업자의 것에 비하여 우량 또는 유리하다고 하거나, 자기의 것을 경쟁사업자의 것과 비교함에 있어서 자기 것의 유리한 부분만을 비교하여 표시·광고하는 행위를 말한다. 넷째, 비방 표시·광고라 함은 경쟁사업자의 제품에 대하여 객관적으로 인정된 근거 없는 내용으로 표시·광고하여 비방하거나, 경쟁사업자의 제품에 관하여 불리한 사실만을 표시·광고하여 비방하는 행위를 말한다. 공정거래위원회는 위 네 가지 불공정거래행위들을 조리위법행위로 규정하여 금지하고 있다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 허위와 기만에 의한 표시·광고

광고가 하는 역할과 기능에 상관없이 허위와 기만에 의한 광고는 공정거래법의 대상이 아니라 형법의 관할영역이기 때문에 폐지되어야 한다.

(2) 부당 또는 비방 표시·광고

1) 이론

광고의 역기능으로 진입장벽과 소비자의 오인을 통한 경쟁제한 등이 지적되고 있고, 공정거래위원회는 후자 때문에 광고를 불공정거래행위로 규정하고 있다고 여겨진다. 광고는 진입장벽이 아니라 오히려 신규 기업의 진입을 촉진하는 역할을 한다. 만약 광고가 매우 제한되어 있다면 브랜드나 회사의 제품이 이미 알려져 있는 기존 기업이 시장에 신규로 진입하고자 하는 기업보다 유리한데 그것은 시장에 진입하고자 하는 기업은 제한된 광고로 자기의 제품이나 브랜드 또는 이미지를 잘 알릴 수 없기 때문이다. 실제로 새로운 브랜드의 등장은 광고가 활발할 때 이루어진다. 기존의 독점기업이 독점이윤의 일부를 광고비로 지출하여 신규 기업의 진입을 억제한다고 하나 신규 기업도 같은 조건의 광고회사를 언제나 찾을 수 있기 때문에 광고를 통한 독점의 유지는 사실상 어렵다.

광고가 소비자의 오인을 유도하여 경쟁을 제한한다고 하나 오히려 소비자에게 더 많은 정보를 제공함으로써 경쟁을 촉진하는 효과가 더 커서 경쟁촉진적인 것이다. 광고의 주요 기능은 정보의 제공이고, 광고는 제품에 대한 일반적인 정보를 제공함으로써 더 구체적인 정보를 제공하는 제품의 판매장소와 연결짓는 역할을 한다. 특히 경쟁관계에 있는 제품과 비교하여 광고하거나 그것의 약점을 강조하고 비난하는 광고는 도덕적으로 용납하기 어려울지 모르나 경쟁을 촉진한다는 점에서 문제가 없다고 하겠다. 그러므로 부당 또는 비방 표시·광고는 경쟁을 촉진하는 행위로 합법으로 인정되어야 한다. 다만 부당한 비방 광고로 경쟁사업자들간에 재산권의 침해가 있다면 상법이나 광고와 관련된 일반적인 법규로 해결하면 충분할 것이다.

2) 사례분석

남양유업은 자기가 제조·판매하는 이유식 ‘스텝로얄’의 판매촉진을 위하여 밀가루(소맥분)가 전혀 들어 있지 않다는 사실을 광고하였다. 매일유업은 자기가 제조·판매하는 이유식 ‘맘마밀’의 판촉을 위해 햅쌀을 사용하고 묵은 쌀을 사용하지 않았음을 광고하였다. 이 두 업체의 광고에 대하여 공정거래위원회는 다음과 같은 이유로 당해 위반 행위 중지명령, 시정명령받았다는 사실을 신문 또는 월간지에 공표하게 하는 시정조치를 내렸다. 공정거래위원회는 남양유업의 광고의 경우, 밀가루도 곡류이기 때문에 이유식의 원료로서 부적합하다거나 밀가루를 원료로 사용한 이유식은 고품격 이유식이 아니라고 볼 수 없다는 점, 객관적인 근거 없이 ‘요주의’라는 표현을 사용함으로써 경쟁사업자의 이유식 원료가 잘못된 것처럼 소비자의 오해를 가져올 우려가 있는 점, 수입 밀의 잔류 농약이 허용기준치보다 초과 검출되었다는 언론보도가 있었으나 한국

과학기술원 등 4개 검사기관의 정밀검사 결과는 잔류농약이 검출되지 않는 점 등, 남양유업의 광고는 객관적 근거 없이 경쟁사업자 제품을 비방하거나 소비자를 오인시킬 우려가 있는 광고라고 판정하였다. 또한 공정거래위원회는 매일유업 광고의 경우, 묵은 쌀은 색, 끈기, 맛, 냄새 등에서 햅쌀과 차이가 나는 것은 사실이나, 이유식에는 쌀가루 이외에 다양한 원료들이 사용되는 점을 감안할 때, 매일유업의 광고는 객관적으로 인정된 근거 없이, 묵은 쌀을 사용하는 경쟁사업자의 제품의 품질이 떨어지는 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 부당한 비방광고라고 판정하였다.

사실 남양유업과 매일유업의 비방광고로 양 유업사가 이유식의 제조과정에서 사용하고 있는 원료에 대한 정보를 소비자가 더 자세히 알게 되었다. 만약 비방광고가 없었다면 그러한 정보는 소비자들이 알 수 있는 성질의 것이 아니고 회사의 내부에 있는 사람들만이 알 수 있는 것이었다. 사람들이 막연히 어느 이유식이 좋다고 판단하던 것을 이제 매우 중요한 정보에 의존하여 판단할 수도 있다. 물론 이유식의 품질비교에 있어서 쌀과 밀가루의 원료만이 문제되는 것은 아니다. 그러나 일단의 소비자에게는 밀가루의 사용이 매우 중요할 수 있다. 비록 객관적으로 잔류농약이 검출되지 않았다고 하지만 수입 밀에서 대량의 농약 사용이 자주 보도되는 마당에 소비자가 이유식을 구매함에 있어서 밀가루의 사용은 매우 중요한 정보라고 하겠다. 또한 어른들도 햅쌀이 나오면 묵은 쌀은 맛과 영양 때문에 더 이상 구매하지 않는다. 하물며 말 못하는 유아의 이유식에서 묵은 쌀의 사용은 밀가루의 사용만큼 소비자의 이유식 구매에 중요한 영향을 미칠 수 있는 정보라고 하겠다. 물론 때로는 그 두 가지가 다 중요한 정보일 수 있겠고 그러한 경우에는 이유식에서 쌀이나 밀가루의 구성비율이 얼마나 되느냐 또는 쌀과 밀가루 중에 어느쪽에 더 큰 비중을 두느냐에 따라 소비자는 다른 반응을 보일 것이다. 비록 양 유업사가 상대방이 사용하고 있는 원료를 비방하여 자사 제품의 우위를 오인하게 할 소지가 없지 않으나 오인으로 인한 소비자후생의 감소보다는 광고로 인해 소비자가 가지게 된 유익한 정보와 경쟁촉진 효과에 비한다면 극히 미미하다고 하겠다.

3. 결론

광고는 기본적으로 표현의 자유를 실현하는 수단이다. 표현의 자유는 개인적 자유의 주요 구성요소이다. 아무리 훌륭한 생각과 사상을 가지고 있다 하더라도 표현의 자유가 없다면 그것은 무용지물이 되고 말 것이다. 표현의 자유는 그것을 표현하는 수단이 무엇보다 중요하다. 표현의 수단이 억압된다면 표현의 자유는 사라지고 만다. 부당 또는 비방 광고는 그러한 광고로 소비자의 생명과 재산이 침해되었을 때만 상법이나 광고 관련 일반적인 법규로 해결해야 할 것이다. 허위와 기만에 의한 광고는 공정거래법의 대상이 아니라 형법의 관할영역이다. 결론적으로 이 조항은 모두 폐지되어야 한다.

제12장

부당한 지원

부당한 지원

공정거래법 제23조 7항은 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금, 대여금, 인력, 부동산, 유가증권, 무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”를 불공정행위로 금지하고 있다. 이 조항은 1996년 12월 30일 공정거래법을 개정하면서 신설된 조항으로 유형별 이론과 사례분석을 하기에는 아직 이르다고 하겠다.

약간의 이론적 측면만 서술하면 다음과 같다. 자기의 비용으로 타인을 지원하는 행위는 그것이 경쟁을 억제하거나 제한하지 않는 한 문제가 없다고 여겨진다. 지원하기로 한 당사자가 자기의 의사에 따라 자유롭게 지원하는 것을 막을 이유는 전혀 없다. 기본적으로 계약자유의 원칙에 의거 판단하는 것이 옳은 일이나 그것이 경쟁을 제한하는 경우는 본질적으로 담합과 다를 바가 없다고 하겠다. 담합을 금지하는 조항이 있는 한 이러한 조항이 존재해야 할 이유가 없다고 여겨진다. 그러나 전술한 분석은 정확한 것이 아닌 것만큼 공정거래위원회가 고시하는 정의와 유형을 포함한 사례가 축적되어야만 할 것이다.

제13장

재판매가격유지

재판매가격유지

1. 정의와 유형

현행 공정거래법은 다른 불공정행위와 구분하여 제7장에서 재판매가격유지 행위에 관한 규정을 두고 있다. 제29조 1항은 “상품을 생산 또는 판매하는 사업자는 재판매가격유지 행위를 하여서는 아니된다”고 규정하여 원칙적으로 재판매가격유지 행위를 금지하고, 2항에서는 “제1항의 규정은 대통령령이 정하는 저작물과 다음 각 호의 요건을 갖춘 상품으로서 사업자가 당해 상품에 대하여 재판매가격유지를 할 수 있도록 공정거래위원회로부터 미리 지정을 받은 경우에는 이를 적용하지 아니한다”고 규정하여 재판매가격유지 행위에 대한 예외 조항을 두고 있다.

재판매가격유지 행위는 상품을 생산 또는 판매하는 사업자가 그 상품을 판매함에 있어서 재판매하는 사업자인 도매상 또는 소매상에게 거래 단계별 가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하는 행위를 말한다고 공정거래위원회는 규정하고 있다. 재판매가격유지 행위는 저작물과 공정거래위원회의 사전승인을 받은 경우를 제외하고는 금지되어 있기 때문에 법정금지행위라 할 수 있고, 일반 불공정거래행위중 당연위법행위보다 위법성이 강한 행위라고 할 수 있다. 서적에 대한 재판매가격유지 제도는 일명 도서정가제라 하고, 공정거래위원회로부터 예외적으로 재판매가격유지 행위를 지정받은 경우에는 이를 지정재판매제도라고 한다. 아래에서는 재판매가격유지 행위에 관한 경제분석과 도서정가제의 도입 및 그 효과를 분석하고자 한다.

재판매가격유지는 수직적 거래계약으로 판매지역제한, 배타조건부 거래 등과 본질적으로 다를 바가 없다고 하겠다. 그러므로 공정거래법이 비록 다른 불공정거래행위와 구분하여 다루고 있지만 다른 불공정거래행위와 다를 바가 없기 때문에 여기에서 분석하였다.

2. 유형별 이론과 사례분석

(1) 재판매가격유지 행위

1) 이론

공정거래위원회는 재판매가격유지가 단계별 사업자들의 자유로운 가격결정을 구속하여 가격경쟁을 제한하기 때문에 경쟁 저해성이 크다고 하고, 경쟁자들간의 수평적 가

격고정과 유사한 효과를 갖기 때문에 경쟁을 제한하는 것으로 일반적으로 인식되어 왔다. 이러한 인식과는 다르게 제조업자의 유통단계에서의 재판매가격유지가 유통업자들의 판매전 특별 서비스, 제품보증, 애프터서비스 등과 같은 대고객 서비스를 실시함에 있어서 유통업자들의 무임승차를 방지하고 효율적인 유통체계를 구축함으로써 효율을 제고하기 위하여 사용된다는 것이다. 이것이 재판매가격유지의 효율제고이론 또는 경쟁촉진논리이다. 여기에서 유통업자들의 무임승차란 유통업자가 유통단계에서 요구되는 각종 대고객 서비스를 게을리 하고 제조업자가 광고 등을 통해 만들어내는 제품에 대한 판매촉진 효과를 거두어들이는 행위를 말한다. 즉, 제조업자가 요구하는 제품에 대한 각종 대고객 서비스에 따르는 비용을 지불하지 않고, 제조업자가 만들어 낸 각종 편익을 향유하는 것을 말한다.

한편 재판매가격유지의 경쟁제한논리는 제조업자 담합이론과 유통업자 담합이론이 있다. 첫째, 제조업자 담합이론은 재판매가격유지가 제조업자의 담합을 유지하기 위하여 사용된다는 것이다. 재판매가격유지는 그 정의상 특정 제조업자에 속한 유통업자들간의 경쟁을 제한할 수 있지만 특정 제조업자에 속한 유통업자들과 다른 제조업자에 속한 유통업자들간의 경쟁을 제한할 수 없기 때문에 제조업자들간의 담합을 위한 수단으로 부적절하다. 제조업자들간의 담합을 위해서는 재판매가격뿐 아니라 기타 각종 거래조건을 일치시켜야 한다. 또한 유통업자들간에도 제조업자들에 대해 차별을 두지 말아야 한다. 현실에서 이러한 조건이 만족되기는 매우 어렵다. 그러므로 제조업자 담합이론은 현실적으로 의미가 없다고 하겠다.

둘째, 유통업자 담합이론은 유통업자들이 담합하여 제조업자들에게 집단적 압력을 가해 제조업자로 하여금 재판매가격을 유지하게 한다는 설명이다. 유통업자 담합가설이 성립하기 위해서는 다음과 같은 조건이 성립되어야 한다. 즉, 유통업자들이 제조업자의 판매량에 영향을 미칠 수 있어야 하고, 제조업자들은 다른 대체수단이 없어야 한다. 제조업자들에게 유통업자들이 효과적인 압력을 가하기 위해서는 대다수의 유통업자들이 담합해야 하고, 신규 진입이 적어야 하며, 새로운 유통시스템의 출현이 억제되는 등의 조건을 갖추어야 한다. 그러나 현실적으로 유통업의 특성상 이러한 조건을 충족시킨다는 것은 매우 어렵기 때문에 유통업자 담합가설도 설득력이 약하다고 하겠다.

재판매가격유지가 경쟁을 촉진하여 효율을 제고하는 수단이라면 공정거래법이 그것을 금지해서는 안된다. 다만 재판매가격유지만으로 담합이 가능하지 않더라도 담합을 유지하기 위한 수단의 하나로 재판매가격유지가 사용될 수는 있으므로 재판매가격유지를 문제삼을 것이 아니라 담합의 위법성을 조사해야 할 것이다. 예를 들면 제품이 매우 동질적이고 유통업자의 판매서비스도 크게 중요하지 않다고 여겨지는데 특정 산업에 속한 대부분의 기업에 의해 재판매가격유지가 행해지고 있다면 담합 여부를 조사

해야 할 것이다.

2) 사례분석

현대전자산업은 게임기인 '슈퍼컴보이'를 자기의 총판 대리점에 공급함에 있어서 재판매가격유지를 실시하였다. 먼저 게임기 본체는 총판 출하가격을 기준으로 총판 마진이 5퍼센트 이하인 경우를 덤핑으로 규정하였다. 소프트웨어는 총판 출하가격 기준으로 총판 마진이 15퍼센트 이하인 경우를 덤핑으로 규정하였다. 이것은 최저 재판매가격유지에 해당하는 것으로 제조업자가 유통업자의 판매가격의 하한선을 설정하고 유통업자들이 그 이하로 판매하지 못하게 하는 것이다. 재판매가격유지가 제조업자나 유통업자의 담합을 유지하기 위하여 사용된다고 주장되는 것은 바로 이러한 최저 재판매가격유지이다. 현대전자산업은 총판 대리점이 최저 재판매가격유지를 지키지 않을 경우에 당해 대리점에 대하여 출하를 중지하도록 한 바 있다.

공정거래위원회는 대리점의 판매가격은 원칙적으로 당해 상품의 시장에서 자유로운 경쟁에 의하여 결정되어야 한다는 이유를 들어 현대전자산업의 이러한 행위는 부당한 재판매가격유지 행위에 해당된다고 판정하고, 당해 위반행위 중지명령, 시정명령을 받았다는 사실을 자기의 모든 대리점에 서면통보와 신문공표를 하게 하는 시정조치를 내렸다.

공정거래위원회의 심결과 달리 게임기는 제품의 특성상 판매 후 서비스 등이 중요하다고 하겠다. 현대전자산업은 제품의 이런 특성을 고려하여 유통업자들간의 무임승차를 방지하고 효율적인 유통체제를 구축하기 위하여 재판매가격을 유지했다고 하겠다.

(2) 도서정가제

1) 이론

현행 공정거래법은 재판매가격의 유지를 기본적으로 금지하고 있다. 그러나 서적에 대해서만 예외적으로 재판매가격유지를 법적으로 허용하고 있다. 도서의 재판매가격유지를 허용한 현행 공정거래법은 서적의 할인판매를 반대하는 중소서점들의 이해를 반영하여 만들어졌다고 보여진다. 이 점은 이 연구의 범위를 벗어나는 것으로 더 많은 연구가 있어야 할 것이다. 그렇지 않다면 아래의 사례분석에서 보듯이 중소서점들이 공정거래법 조항을 악용하여 대형서점이나 할인전문점의 가격할인을 방해할 이유가 없다.

도서정가제는 판매전망이 불확실한 책의 전시를 보상해 주기 위하여 도입되었다고 한

다. 도서가 판매되려면 서점에서 전시되거나 진열되어야 하는데, 전시하였다가 안팔릴 경우에 생기는 손실발생의 위험을 보상하는 방법으로 반품이나 도서정가제가 사용되어야 한다는 것이다.

재판매가격유지를 서적에 적용한 도서정가제는 계약자유 원칙에 의거 재판매가격유지를 허용하면 되는 것이다. 출판업자 모두가 재판매가격유지를 원하지는 않는다. 또는 도서의 종류에 따라 동일한 출판업자라도 다른 가격 설정을 하고자 원한다. 즉, 재판매가격유지를 할 필요가 없다고 판단하는 출판업자는 그렇게 하도록 하고, 그것을 할 필요가 있다고 생각하는 출판업자는 또한 그렇게 하도록 하면 되는 것이다. 앞에서 보았듯이 재판매가격유지를 법적으로 허용하면 도서에 대한 재판매가격유지를 예외적으로 허용하는 규정을 둘 필요가 없어지는 것이다. 그러나 현행 도서정가제는 취미서적, 사전, 참고서 등 판매전망의 불확실성이 낮고 따라서 도서정가제를 보호할 필요가 없는 서적까지 불필요하게 보호하고 있어 서점간 가격경쟁을 완전히 제거하고 있다. 서적을 포함한 일반 상품에 대한 재판매가격유지를 허용하고 서적에 대한 도서정가제를 철폐하여 출판사와 서점간에 자율적으로 계약을 맺도록 함으로써 이러한 폐단을 막을 수 있을 것이다.

2) 사례분석

1994년 프라이스 클럽이 서적을 정가의 70~80퍼센트 수준에서 할인판매하자, 같은 해 11월 28일 전국서점조합연합회(서련)는 22개 출판사가 프라이스 클럽에 할인판매 서적을 공급하고 있다는 사실을 대한출판문화협회(출협)에 공문으로 통보하였다. 같은 해 출협은 프라이스 클럽에 도서를 공급한 민음사, 민중서림, 예림당, 창작과비평사 등 22개 출판사에 대해 도서정가제가 확립되도록 강력히 조치하여 줄 것을 요청하였고, 그 결과 22개 출판사 중 프라이스 클럽에 직접 서적을 공급하던 3개 출판사가 도서공급을 중단하였다.

출협과 서련은 서적에 대한 재판매가격유지의 행정상 편의를 위하여 1986년 8월 개별 출판사와 서점의 위임을 받아 포괄적으로 재판매가격유지 계약을 체결하였다. 이 계약에 의하면 서적상이나 서련은 재판매가격유지 위반행위가 발견되면 출협에 고지하고, 출협은 해당 출판사에 통보하고, 해당 출판사는 재판매가격을 유지하지 않는 서적상에 대해 출고정지 등의 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있다.

재판매가격유지의 권한은 원칙적으로 출판사들에게 있고, 상기 22개 출판사 중 11개 출판사가 재판매가격유지 계약의 체결을 위임하지 않은 점을 감안하여, 공정거래위원회는 출협의 그러한 행위에 대하여 정당한 법적 근거가 없는 행위로 판정하고, 출협에 대하여 당해 행위 중지명령, 시정명령을 받았다는 사실을 신문공표하게 하는 조치

를 내렸다.

이러한 공정거래위원회의 판정은 매우 온당한 것이다. 문제는 상기에서 보듯이 공정거래법에서 도서정가제 규정이 서점들에 의해 포획되었다는 인상을 준다는 것이다. 재판매가격유지가 필요하다면 서점들보다 출판사들일 것이다. 그러나 이 사례 외에도 일부 서점들이 다른 서점들의 가격할인 즉, 출판사가 재판매가격을 유지하지 않았을 때 각종 유무형의 압력을 행사하는 것을 신문보도를 통해서 볼 수 있다.

1960년대에는 서적의 가격이 서점마다 달랐다. 서점간의 경쟁이 치열해지면서 서점들이 단합하여 도서정가제를 입법하는 시도가 여러 번 있었지만 출판사들의 반대로 무산되었다. 그렇게 된 데에는 서점들의 결집이 약했던 반면 출판사들의 반대는 매우 강했기 때문이다. 공정거래법이 만들어지면서 서점들의 로비가 강했을 뿐 아니라, 일본 공정거래법을 모방하면서 도서정가제가 공정거래법에 포함되었다. 즉, 도서정가제가 서점들에 의해 포획된 것이라고 할 수 있다.

도서정가제 규정은 재판매가격유지를 법정 금지행위로 규정하면서 문제가 생긴 것이다. 상기 재판매가격유지 행위에 대한 이론에서 알 수 있듯이 재판매가격유지 행위가 경쟁을 제한할 수 있는 가능성은 거의 없고, 다만 담합이 있었을 때 그것을 유지하는 수단으로 사용될 수 있다는 점을 고려하여 재판매가격유지 행위를 당사자간의 자율계약에 의거하도록 허용한다면 도서정가제가 출판산업에 미치는 악영향은 없어질 것이다. 도서정가제의 실시로 가격경쟁이 불가능하게 되면서 출판산업의 발전은 저해되고 있는 실정이다. 예를 들어 서적의 출판 부수가 1987년에 총 1억 4천 5백만 부이었으나 1993년에는 1억 1백만 부로 1987년 대비 30퍼센트 감소하였다.

출판사의 가격할인 경쟁을 억제하도록 서련이나 중소서점들이 유무형의 압력을 행사하는 것을 자주 볼 수 있다. 또한 중소서점들이 대형 서점들의 허가를 억제하도록 하는 유무형의 압력을 행사하는 뉴스를 자주 대한다. 도서정가제가 입법과정에서 포획되지 않았다고 가정하더라도 이러한 모든 경쟁억제행위가 재판매가격유지를 불법으로 규정하고, 도서에서만 재판매가격유지의 타당성을 인정하는 예외를 만들었기 때문에 발생하고 있다.

3. 결론

재판매가격유지가 경쟁을 촉진하여 효율을 제고하는 수단이라면 공정거래법이 그것을 금지해서는 안된다. 다만 재판매가격유지만으로 담합이 가능하지 않더라도 담합을 유지하기 위한 수단의 하나로 재판매가격유지가 사용될 수는 있으므로 재판매가격유지를 문제삼을 것이 아니라 담합의 위법성을 조사해야 할 것이다. 특히 한국과 같이 사

업자단체의 움직임이 활발한 경우에 담합의 가능성이 높다고 볼 수 있다. 아울러 지정재판제도도 일종의 규제로 작용할 소지가 있기 때문에 폐지하여야 한다. 재판매가격유지를 합법으로 인정하여 당사자간의 계약에 맡긴다면 도서정가제로 인한 서점들의 가격경쟁 억제행위는 없어질 것이고, 그 결과 값싼 도서의 유통과 출판산업의 발전이 촉진될 것이다.

제14장

특수 불공정거래행위

특수 불공정거래행위

특수 불공정거래행위에 대한 금지와 규제는 특정 사업분야나 특정 거래행위에 관한 것으로 '특수 불공정거래고시'라고 부르고, 특정 사업분야에 적용하는 것으로 '백화점 고시', '학습교재 판매업고시', '주유소공급자 표시제고시' 등이 있으며, 특정 거래행위에 적용하는 것으로 '할인특매고시', '경품류고시', '공공 공사 저가입찰고시', '국제계약고시' 등이 있다. 아래에서는 국제계약고시만 제외하고 각종 고시에 관하여 이론과 사례분석을 하고자 한다. 다만 특수 불공정거래행위 전반에 관하여 한가지 지적하여 둘 것은 특정 사업분야나 거래행위라 하더라도 이론적 측면에서 앞에서 분석했던 불공정거래행위와 다를 바가 없다면 같은 이론을 적용하여 분석하여야 한다는 것이다. 그러한 경우가 의외로 많다는 것을 점차 알 수 있다. 그것은 공정거래법이 불필요하게 법을 세분화하여 기업의 경제행위를 규제하고 있다고밖에 볼 수 없다.

1. 백화점고시

이 고시는 백화점업자가 입점업체에 대해 갖는 우월적 지위를 이용하여 입점업체에 대해 불이익을 제공하거나 횡포를 부리는 것을 방지하기 위하여 제정된 것으로 공정거래위원회는 밝히고 있다. 즉, 백화점사업자의 우월적 지위의 남용을 방지하기 위하여 만들어진 것이라고 하겠다. 백화점고시에 규정되어 있는 불공정거래행위의 유형으로 부당반품, 부당감액, 부당한 지급지연, 부당한 강요행위, 부당한 수령거부, 판매종업원의 파견강요, 광고비 등의 부당한 전가 등이 있다. 백화점고시는 백화점사업자의 우월적 지위의 남용을 방지하기 위하여 만들어진 것으로 규정된 만큼 거래강제에서 전개한 우월적 지위의 남용에 관한 이론이 적용된다고 하겠다. 우월적 지위의 남용에 관한 이론은 제7장 거래강제에서 제시하였다.

현대백화점, 뉴코아백화점, 대구백화점, 동양백화점(대전소재), 부산백화점, 화니백화점(광주소재) 등 6개 백화점은 납품업자와 위탁판매 거래를 하면서 상품판매대금을 마감 일로부터 최소 47일 최대 90일만에 납품업자에게 지급하였다. 공정거래위원회는 위탁판매 거래시 마감 일로부터 40일 이내에 납품업자에게 판매대금을 지급하는 것이 거래관행이나 상기 6개 백화점들은 40일을 초과하여 납품대금을 지급한 것은 백화점의 우월적 지위를 이용하여 부당하게 지급지연한 행위로 판정하고 시정권고 조치를 내렸다.

앞에서 지적하였듯이 거래관행이라는 것이 반드시 효율적일 수도 없고, 백화점마다 사정이 다르다는 것은 명백하다. 위탁판매업자가 계약을 파기하고 다른 거래선을 찾을 수 있다는 점에서 백화점들이 우월적 지위를 남용할 수는 없는 것이다. 백화점의

그러한 행위는 당시의 특수한 사정이 있었거나 백화점사업자가 자기가 만들어내는 고객창출 효과에 따르는 수익을 모두 계약으로 체결할 수 없었기 때문에 발생하는 것으로 여겨진다. 지급지연의 이유가 무엇이든 사업자간의 자유로운 거래에 공정거래위원회가 개입함으로써 얻을 수 있는 효과는 미미한 데 비하여 비용은 매우 크다고 하겠다. 다만 백화점사업의 진입에 장벽이 있는지 여부는 백화점이 독점력을 행사할 수 있는 원천이 되므로 백화점사업의 진입장벽을 제거하는 일에 역점을 두어야 한다. 우월적 지위의 남용에 근거한 공정거래법의 구입강제 조항이 이론적 근거가 없는 것과 같이 우월적 지위의 남용에 근거한 백화점고시도 이론적 근거가 없다. 그러므로 백화점고시 조항은 폐지되어야 한다.

2. 학습교재 판매업고시

학습교재 판매업고시는 판매업자가 학습교재를 판매하는 과정에서 발생할 소지가 있는 불공정거래행위를 규제하기 위한 것으로 부당한 고객유인행위에 적용되는 특정한 기준이다. 학습교재 판매업고시에서 규정하고 있는 부당한 고객유인행위에는 첫째, 사업자가 학습교재를 선정·채택 또는 구입하게 하기 위하여 교직원에게 금전 등을 제공하는 행위, 둘째, 사업자가 학생에게 학습교재를 구입하도록 알선하게 할 목적으로 또는 알선한 경우에 교직원에게 금전 등을 제공하는 행위, 셋째, 사업자가 학습교재 채택사례비를 제공할 목적으로 이에 상당하는 금액을 학습교재의 판매가격에 포함하여 계상하는 행위, 넷째, 사업자가 다른 사업자 또는 다른 학습교재를 중상 비방하거나 기타 부정한 방법으로 다른 사업자가 발행하는 학습교재의 사용 또는 선택을 방해하는 행위 등이다.

학습교재 판매업고시에서 규정된 네 가지 행위를 자세히 보면, 첫째와 둘째의 경우는 뇌물의 수수로 공정거래법의 적용대상이 아니고, 셋째의 경우는 첫째와 둘째가 제대로 집행되면 의미가 없는 조항이고, 넷째의 경우만 앞에서 제시한 부당한 고객유인에 대한 이론적 분석을 이용할 수 있다.

학습교재 채택료 수수로 인한 문제점에 대한 대책으로, 교재 채택 부조리 관련 교직원을 징계하는 등의 조치를 취해 왔으나, 학습교재 발행업자나 판매업자에 대한 시정수단이 없어서 학습교재 채택 관련 부조리 대책의 실효성이 미흡하였기 때문에 학습교재 판매업고시를 제정하였다고 한다. 앞에서 보듯이 학습교재 채택시 뇌물을 제공한 학습교재 발행업자나 판매업자는 뇌물수수 관련 범죄로 처벌받아야 한다. 즉, 지금까지 정부가 법집행을 제대로 하지 않았다고밖에 볼 수 없다.

학습교재 판매업고시는 부당한 고객유인 조항과 같이 모두 폐지되어야 한다.

3. 주유소공급자 표시제고시

이 고시는 석유 판매업자가 자기가 판매하는 제품의 공급자표시.광고를 할 때 발생할 우려가 있는 부당한 표시.광고행위를 규제하기 위한 것으로 공정거래위원회는 규정하고 있다. 이 고시로 규제되는 부당한 표시.광고행위에는 정유사의 상표와 제품의 불일치, 복수상표 표시, 허위광고, 기타 소비자를 기만 또는 오인시킬 우려가 있는 표시.광고행위 등이다.

이 고시는 앞에서 분석한 부당한 표시.광고에 대한 이론을 적용하여야 한다. 정유사의 상표와 제품의 불일치, 복수상표 표시, 허위광고 등은 모두 공정거래법의 대상이 아니라 형법의 관할영역이다. 기타 소비자를 기만 또는 오인시킬 우려가 있는 광고행위는 그러한 행위로 실제로 손해가 발생한 경우에만 형법에 의하여 처벌하여야 할 것이다.

태광, 합동, 동산, 꿈동산 등 4개 주유소는 1994년 1월부터 11월까지 휘발유 등을 팔면서 풀사인.주유기 등에 표시한 상표와 다른 상표의 유류를 구입하여 판매하였다(1995. 8. 22 의결 제95-189/193호). 공정거래위원회는 4개 주유소의 위와 같은 행위가 주유소공급자 표시제고시에 위반되는 행위라고 판정하고, 당해 행위의 중지명령, 시정명령을 받았다는 사실의 주유소 출입구 게시, 꿈동산 주유소의 경우에는 과징금 5백만 원 납부 등의 시정조치를 하였다. 허위와 기만에 의한 광고는 공정거래법의 대상이 아니라 형법의 관할영역이다. 결론적으로 이 주유소공급자 표시제고시는 모두 폐지되어야 한다.

4. 할인특매고시

백화점이나 제조업체가 상품을 할인특매하는 과정에서 발생할 소지가 많은 불공정거래행위 유형을 규정하여 놓은 것이다. 할인특매고시에서 규정하고 있는 할인특매행위에 대한 기준으로는 할인특매기간, 할인율의 표시기준, 부당한 할인특매행위의 유형, 적용대상 사업자 등이다. 다만 할인특매기간은 할인점 등의 극심한 경쟁으로 최근 그 제한이 없어졌다.

특히 부당한 할인특매 유형을 보면, 할인율을 실제보다 높게 표시.광고하는 행위, 조악한 상품을 정상상품인 것처럼 표시.광고하는 행위, 할인율의 허위 표시.광고 등 수도 없이 많다고 하겠다. 이러한 할인특매고시는 앞에서 분석한 부당한 고객유인과 부당한 표시.광고가 밀받침되는 이론이라고 하겠다. 부당한 고객유인에는 사기와 같이 형법으로 다루어야 할 부문이 있고, 기타 부당한 고객유인은 폐지되어야 한다. 허위와 기만에 의한 표시.광고는 형법으로, 기타 소비자를 오인시킬 염려가 있는 행위는 손해

가 실제로 발생한 경우에만 처벌하여야 한다.

한신공영은 자신이 운영하는 한신코아 대전점에서 봄정기 바겐세일 행사를 1994년 4월 1일부터 4월 10일까지 실시한다는 내용을 신문광고들을 통해 표시·광고하였다. 그러나 한신코아 대전점에 입점해 있는 '유니크24' 등 2개 여성의류 매장에서는 각각 행사기간 4일 전과 2일 전부터 행사기간중의 할인가격으로 판매하였다. 여기서 공정거래위원회는 위와 같은 행위가 표시·광고 기간을 초과하여 할인특매를 실시한 부당한 할인특매라 판정하고, 당해 위반중지명령, 시정명령을 받았다는 사실의 신문공표를 하게 하는 시정조치를 내렸다. 할인특매기간의 제한은 경쟁을 억제하는 것이다. 상기 2개 입점업체는 기간을 초과하여 할인가격으로 판매함으로써 사실상 경쟁을 촉진한 것이다. 할인특매기간의 제한이 잘못된 것이다. 앞에서 지적하였듯이 할인특매기간에 대한 제한은 이미 제거되었기 때문에 현재로서는 할인특매기간과 관련하여서는 문제가 없다고 하겠다. 문제는 할인특매고시 자체가 반경쟁적인 조항이라는 것이다. 그러므로 할인특매고시는 폐지되어야 한다.

5. 경품류고시

사업자가 자기상품의 판매촉진이나 이미지 제고 등을 위해 경품을 제공하는 과정에서 발생될 소지가 있는 불공정거래행위를 규제하기 위하여 제정된 것이 경품류고시다. 경품은 경품제공 방법 및 제공 상대방에 따라 소비자경품, 소비자현상경품, 공개현상경품, 사업자경품으로 구분된다. 공정거래위원회는 과다한 경품은 가격, 품질, 서비스 등에 의한 능률경쟁을 저해하기 때문에 경쟁수단의 공정성이 결여되어 공정경쟁을 저해한다고 규정하고 있다. 이 글의 서두에서 보았듯이 경쟁수단은 공정성 여부를 논할 대상이 아니다. 이 고시는 잘못된 이론에 근거하고 있다. 경품은 가격을 할인해 주는 한 방법이거나 비가격경쟁의 한 수단이라고 하겠다. 즉 경품은 경쟁을 촉진하는 행위이고, 공정거래위원회에 의한 경품의 억제와 제한이야말로 경쟁을 억제하는 행위라고 하겠다.

1995년 5월, 공정거래위원회는 경향, 국민, 동아, 문화, 서울, 세계, 조선, 중앙, 한겨레, 한국 등 10개 신문사에 대해 경쟁 실태조사를 실시하였다. 그 결과 체중계, 시계, 위성안테나, 주방기구세트 등의 판촉용 물품을 본사가 일괄 구입하여 지국(또는 보급소)에 배정하거나 또는 지국에게 경품제공을 권유·알선하여 구독자에게 경품고시에 의해 허용된 한도를 초과하는 경품을 제공하였다는 사실을 밝혀내었다. 공정거래위원회는 위 경품제공행위와 함께 부당한 사원판매행위와 우월적 지위남용에 의한 불이익한 거래조건 설정행위를 밝혀내고, 이러한 위반행위의 중지명령, 법 위반 사실의 신문공표, 과징금 납부명령 등의 시정조치를 내렸다(1995. 6. 21 의결 제 95-103/122호).

이러한 경품제공행위가 갑자기 늘어나게 된 것은 1990년대 들어 신문사가 늘어나고, 주요 석간신문이 일간신문으로 바뀌면서 경쟁이 치열해진 때문이다. 경품제공행위는 가격할인행위의 일환으로 경쟁을 촉진하는 수단인 것이다. 그러므로 사업자들이 이윤 극대화를 위해 적절한 경품을 선택할 수 있도록 경품제공을 전면 허용하여야 한다.

6. 공공 공사 저가입찰고시

공공 공사 저가입찰고시는 정부나 정부투자기관 등 공공기관이 발주하는 건설공사에서 공사를 따기 위해 저가로 입찰함으로써 경쟁사업자를 배제할 소지가 있는 불공정 거래행위를 규제하기 위한 것이라고 공정거래위원회는 규정하고 있다. 결국 부당염매에 의한 경쟁사업자배제가 이 고시가 만들어지게 된 동기라고 하겠다. 고시가 규정하고 있는 불공정행위에는 자기 회사의 공사실적, 기술능력, 재무능력 등을 종합적으로 감안할 때 공사를 완전하게 수행할 수 없는 저가로 입찰하는 행위, 그 공사와 관련하여 그 후에 계속 발주될 다른 공사에 대해 연고권을 획득할 목적으로 저가로 입찰하는 행위, 다른 사업자의 동종 공사의 평균공사비에 비해 현저히 미달하는 가격으로 입찰하는 행위 등이다. 공공 공사 저가입찰고시의 이론적 기초인 부당염매가 이론적 근거가 없다는 점이 이미 앞에서 밝혀졌다.

제15장

요약과 결론

요약과 결론

순수하게 경제 관련 법규라고 여겨지는 공정거래법이 경제력집중 억제 등에서 보듯이 정치·사회적 목적을 추구하기 위하여 제정됨으로써 경제문제를 정치·사회문제로 혼동하게 만든다. 이러한 혼동은 공정거래법이 경제논리보다는 정치·사회논리에 의해 해석·운용될 수밖에 없다는 것을 보여준다. 그러나 그것은 공정거래법이 추구할 바도 아니고 추구해서도 안된다. 공정거래법은 순수한 경제논리에 의해 만들어지고 경쟁을 촉진하는 것을 유일한 목적으로 추구해야 한다. 예를 들면 국민 경제의 균형 있는 발전과 같은 것은 공정거래법이 추구해야 할 목적이 아니다. 그러한 법의 다면성은 국민의 생명과 재산을 위협하게 될 소지가 있기 때문에 지양되어야 한다.

공정거래법은 이론과 실증에 의거하여 만들어지지 않았기 때문에 법의 일치성이라는 측면에 상당한 결함이 발견된다. 예를 들면, 공동행위를 불공정거래행위로 규정한 경우이다. 또한 다른 법(예를 들면 형법)에 의존하여야 할 성질의 것을 공정거래법에서 규정함으로써 법 상호간에 충돌이 우려되는 부분도 있다.

공정거래법이 잘못된 이론과 실증에 의해 만들어지고 집행됨으로써 공무원을 포함한 각종 인력과 자원을 낭비하고 있다. 공정거래위원회는 광범위하게 일어나고 있는 업자간 또는 사업자단체에 의한 공동행위의 단속에 자원을 집중하여야 할 것이나 그렇지 못한 것이 작금의 현실이다. 그러므로 공정거래법의 집행으로 얻는 순효과는 매우 부정적이다. 이것이 한국경제의 고비용·저효율 구조의 공정거래법적 측면의 분석이라고 하겠다. 즉, 담합으로 인한 경쟁의 억제가 고비용·저효율의 구조적 원인의 일단으로 여겨지고, 공무원의 부정과 부패도 이러한 구조와 연결되어 있다고 판단된다.

불공정거래행위, 재판매가격유지 행위, 특수 불공정거래행위 등을 분석해보면, 잘못된 공정거래법으로 신문, 종이, 잉크 산업과 노동에 필요 이상의 과다수요를 창출하여 결국 보조금을 지급하고 있다는 것을 알 수 있다.

경쟁촉진은 국민의 생명과 권리를 존중하는 방법으로 시행되어야 한다. 조사를 목적으로 국민의 생명과 권리를 침범해서는 안된다는 것은 자명하다. 그러므로 공정거래법 위반사례를 조사하기 위한 현장조사나 자료의 요구시 국민의 생명과 재산을 수색하고 압수할 수 있는 허가를 법원으로부터 받는 것이 마땅하다고 여겨진다.

공정거래, 공정경쟁 등과 같이 잘못된 용어들은 하루 빨리 제거되어야 마땅하다. 언어는 그것을 통해 사물과 세계를 바라보고 해석하는 창이다. 현행 공정거래법이 많은 모순을 지니게 된 것은 잘못된 용어의 사용과 무관하지 않다. 국민 모두의 사고체계

를 바르게 갖도록 하는 일은 언어의 바른 사용에서 시작되어야 한다.

이제 앞에서 분석한 불공정거래행위의 각 조항에 대한 요약을 하면 다음과 같다. 공정거래법 제23조 1항의 전반부 즉, 거래거절은 공동의 거래거절과 기타의 거래거절로 구분된다. 전자의 경우는 그 성격상 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위의 금지조항으로 통합되어야 한다. 후자의 경우는 거래거절이 경쟁을 제한할 수 있는 수단이 되지 못하기 때문에 폐지되어야 한다. 공정거래법 제23조 1항의 후반부 즉, 차별취급의 경우에 포함되는 가격차별, 거래조건차별 등은 앞에서 언급한 몇 가지 조건을 만족할 경우에만 처벌하는 네거티브 시스템을 도입하여야 할 것이다. 계열회사를 위한 차별과 대규모 기업집단의 내부거래는 차별기업이 독점인 경우를 제외하고는 공정거래위원회가 염려하지 말아야 한다. 집단적 차별취급 조항은 부당한 공동행위 조항으로 통합되어야 한다.

공정거래법 제23조 2항의 경쟁자배제 조항은 근거 없는 것으로 모두 폐지되어야 한다.

공정거래법 제23조 3항의 부당한 고객유인 조항은 부당한 이익에 의한 고객유인과 기타의 부당한 고객유인의 경우에 경쟁수단의 불공정성을 경쟁저해성의 근거로 제시하는 것은 이론적으로 근거가 없다. 뇌물제공이나 위계에 의한 고객유인은 공정거래법의 대상이 아니다. 공정거래법 제23조 3항의 거래강제 조항은 폐지되어야 한다. 끼워팔기는 진입장벽이 되거나 독점력을 이전하는 수단이기보다는 기업과 소비자 모두에게 소중한 효율을 창출하는 길이다. 그러므로 끼워팔기의 금지는 소비자들의 후생을 감소시키고 있을 뿐 아니라 많은 자원의 낭비를 초래하고 있다. 우월적 지위의 남용에 근거한 공정거래법의 구입강제 조항은 모두 이론적 근거가 없는 것이다.

공정거래법 제23조 4항의 우월적 지위의 남용은 거래강제의 분석에서 결론을 내린 바 있다. 우월적 지위의 남용에 관한 이론적 분석에 의하면 이 조항들은 폐지되어야 한다.

공정거래법 제23조 5항의 구속조건부 거래는 배타조건부 거래와 판매지역제한으로 나누어지고, 그것들은 유통업자의 판촉활동의 증가나 제조업자의 재산권을 보호하기 위한 것이거나 산출량 증가를 위한 것으로 모두 소비자후생의 증가를 가져오는 행위이므로 그러한 행위들을 금지한 공정거래법 조항은 폐지되어야 한다. 공정거래법 제23조 5항 사업활동의 방해 조항 일부는 공정거래법의 대상이 아니고, 일부는 이론적 근거가 우월적 지위의 남용에 있다고 하겠다. 그러므로 사업활동 방해 조항은 무의미하므로 모두 폐지되어야 한다.

공정거래법 제23조 6항에서 부당 또는 비방 광고는 그러한 광고로 소비자의 생명과 재산이 침해되었을 때만 상법이나 광고 관련 일반적인 법규로 해결하여야 할 것이다. 허위와 기만에 의한 광고는 공정거래법의 대상이 아니라 형법의 관할영역이다. 결론적으로 이 조항은 모두 폐지되어야 한다.

공정거래법 제23조 7항의 부당한 지원조항은 1996년 12월 30일 공정거래법을 개정하면서 신설된 조항으로 유형별 이론과 사례분석을 하기에는 아직 이르다고 하겠다. 약간의 이론적 측면만 서술하면 자기의 비용으로 타인을 지원하는 행위는 그것이 경쟁을 억제하거나 제한하지 않는 한 문제가 없다고 여겨진다. 지원을 하기로 한 당사자가 자기의 의사에 따라 자유롭게 지원한다는 것을 막을 이유는 전혀 없다.

공정거래법 제29조에서 재판매가격유지가 경쟁을 촉진하여 효율을 제고하는 수단이라면 공정거래법이 그것을 금지해서는 안된다. 다만 재판매가격유지만으로 담합이 가능하지 않더라도 담합을 유지하기 위한 수단의 하나로 재판매가격유지가 사용될 수는 있으므로 재판매가격유지를 문제삼을 것이 아니라 담합의 위법성을 조사해야 할 것이다. 특히 사업자단체의 움직임이 활발한 경우에 담합의 가능성이 높다고 볼 수 있다. 아울러 지정재판제도도 일종의 규제로 작용할 소지가 있기 때문에 폐지되어야 한다. 재판매가격유지를 합법으로 인정하여 당사자간의 계약에 맡긴다면 도서정가제로 인한 서점 특히 소매서점들의 가격경쟁 억제행위는 없어질 것이고, 그 결과 값싼 도서의 유통과 출판산업의 발전을 초래할 것이다.

특수 불공정거래행위에 대한 요약을 하면, 백화점고시를 포함한 일곱 가지 고시는 이론적 근거가 일반 불공정거래행위와 다를 바가 없다. 일곱 가지 고시의 일부는 다른 법률의 관할영역이고, 일부는 일반 불공정거래 조항에서 다루면 충분하므로 일반 불공정거래 조항으로 통합되어야 하고, 대부분의 고시는 일반 불공정거래 조항처럼 폐지되어야 한다.

공정거래법 전반의 이론적 모순점과 불공정거래 행위의 분석에서 유도되는 정책적 시사점을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 공정거래법을 이론과 실증에 의거 다시 작성하여야 한다. 현행 공정거래법은 경쟁을 촉진하기는커녕 국민의 생명과 재산을 위협하고 있기 때문에 경쟁의 촉진을 통해 소비자후생을 증가시키는 방향으로 전면 개정되어야 한다. 사실 현행 공정거래법이 법대로 엄격히 집행되었다면 한국경제는 지금보다 더 높은 비용으로 경쟁력을 더 많이 상실했을 것이다.

둘째, 공정거래위원회는 공동행위의 금지에 법집행의 중심을 두어야 한다. 담합행위는 한국경제의 구조적 문제이지만 누구도 그것의 문제성을 깊이 인식하고 있는 것 같아 보이지 않는다. 그 만큼 한국인들의 삶의 근저에 놓여 있어서 일상화되었기 때문에

문제를 인식하기가 어려운 것처럼 여겨진다. 공정거래위원회가 담합의 감시에 더 많은 자원을 배분하여야 할 것이다.

셋째, 공정거래위원회와 관련 공무원의 수를 줄여야 한다. 현행 공정거래법의 많은 모순이 제거되면, 법도 매우 단순해지고 공정거래 관련 업무도 대폭 줄어들 것이기 때문에 공정거래 관련 공무원의 수도 감축하는 것이 정상적이라고 하겠다. 관련 공무원의 수를 줄인 만큼 공정거래위원회의 대표자의 급도 낮추어야 할 것이다.

넷째, 잘못 만들어진 법으로 법집행이 공평하지 못하거나 잘못된 경우도 많이 발생하고 있다고 여겨진다. 그 결과 법질서가 붕괴하는 일단의 원인이 되고 있다. 이러한 문제는 법이 적절히 개정되면 자연히 해소될 것이다.

결론적으로 공정거래법이 경쟁을 촉진하여 한국경제의 구조를 건전하게 만들고 나아가 소비자의 후생을 증가시키는 명실상부한 제도가 되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 공병호, 『시장경제란 무엇인가』, 한국경제연구원, 1996.
- 김병배, 『알기 쉬운 공정거래』, 중앙일보사, 1995.
- 신광식, 『시장거래의 규제와 경쟁정책』, 한국개발연구원, 1992.
- 이승철, 「공정거래법의 경제분석」, 김정호 엮음, 『한국법의 경제학 I』, 한국경제연구원, 1997.
- 전용덕, 「경쟁과 독점」, 『규제완화』, 제4권 2호, 4-31.
- 전용덕·손용엽, 「반트러스트정책」, 『시카고학파의 경제학』, 민음사, 1994.
- Bork, R., *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*, New York : Basic Books Inc. Publishers, 1978.
- Demsetz, H., "Why Regulate Utilities?", 11 *Journal of Law & Economics*, pp.55~65, 1968.
- , *Ownership, Control, and the Firm*, vol. I, Cambridge : Basil Blackwell Inc., 1988.
- , *Efficiency, Competition, and Policy*, vol. II, Cambridge : Basil Blackwell Inc., 1989.
- Hayek, F., *Individualism and Economic Order*, Chicago : University of Chicago Press; 1948, repr., 1980.
- McGee, J., *Industrial Organization*, Englewood : Prentice-Hall International, 1988.
- Stigler, G. J., *The Organization of Industry*, Chicago : University of Chicago Press, 1968.

The Inconsistency of Antitrust Law

Yoong-Deok Jeon

Most articles of the Korean antitrust law are inconsistent with the economic theory. They protect economic equity rather than economic efficiency. The protection of equity by the law does put the lid on competition and, therefore, causes consumer welfare loss. The primary reason for high costs and inefficiency of the Korean economy would be the suppression of competition. In addition, the law pursues other social or political goals. They sometimes conflict with the basic goal of the law and the appropriate policy tools for them are also unavailable. However, the sole purpose of the law should be the improvement of economic efficiency and other social or political goals should be abolished. Thus, the existing antitrust law should be revised or repealed to promote competition and to make internal consistency. Such revision or repeal will make saving of scarce resources of the Korean economy.

The sole source of long term monopoly is governmental restrictions on entry and competition. Government creates monopoly power whenever it legally restricts and restrains entry into markets, or whenever it restricts foreign or domestic competition. Government licensing, certificates of public convenience, foreign and domestic quotas, franchises, and other legal barriers are the essence of monopoly power. The firms or individuals protected from competition enjoy the advantages of monopoly and the consumers and shut-out suppliers are injured by the monopoly. The most appropriate public policy to combat monopoly is deregulation. Thus, the substantial areas of vertical restraint practices and price discrimination should not be treated illegal. The antitrust policy should focus on the collusion among firms and the anti-competitive activities of trade associations.

The exchange or contract which is related to competition should not always be the jurisdiction of the antitrust law. If any loss or problem for false exchange or contract happens, then it should be the jurisdiction of other law, not the antitrust law. For example, false advertising is such a case. It should be prosecuted under the criminal law.

If the antitrust law is revised or repealed, then existing antitrust committees and related civil servants are much bigger than needed and, therefore, they should be decreased. Hierarchy of them also should be lowered.

공정거래법의 모순

1997년 11월 13일 1판 1쇄 발행

2020년 3월 26일 1판 2쇄 발행

저자_전용덕

발행자_최승노

발행처_자유기업원

주소_서울특별시 영등포구 국회대로62길 9

전화_02-3774-5000

팩스_0502-797-5058

비매품