

부당염매의 법률요건

박한우

김&장법률사무소 변호사

서론

1. 부당염매규제의 목적

공정거래법의 목적은 말할 필요도 없이 공정하고 자유로운 경쟁을 유지하고 촉진하는 것이며, 사업자가 창의적인 연구로 양질에 염가의 상품을 공급하고자 하는 노력을 조장하고자 하는 것이다. 이런 의미에서 가격의 염가 자체를 부당시하는 것은 아니라는 것이 당연한 일이지만, 역으로 가격이 싸다는 것을 언제나 정당시하는 것은 아니다.

시장경제체제하에서 가격인하의 요인은 기술개발을 통한 비용절감, 수요감소 및 경쟁사업자의 가격인하에 대한 대응 등을 들 수 있는데, 이러한 가격인하는 경쟁의 본래 목적인 효율의 증진을 달성한 결과로서 경쟁정책이 의도하는 가장 중요한 목표라고 할 수 있다. 그러나 가격인하가 궁극적으로 사회에 해를 주는 경우가 있는데, 가격인하를 통하여 자기의 경쟁자를 시장에서 배제

시킨 후 일단 경쟁자가 시장에서 물러나게 되면 독점력을 이용하여 가격을 과거보다 높게 끌어올려 장기적으로 독점이윤을 얻는 부당염매가 그 전형적인 예에 해당한다. 이러한 부당염매는 경제적 효율면에서 볼 때 장기적으로 가격을 상승시키는 부정적 효과가 있을 뿐만 아니라 단기적으로도 균형생산량을 초과하는 비효율을 야기하므로, 공정거래법은 이를 규제대상으로 삼고 있는 것이다.

그러나 시장경제는 무엇보다도 가격형성이 자유롭다는 전제 위에서 있기 때문에, 가격경쟁에서 패하여 시장에서 축출되는 것은 시장의 논리에 따른 경쟁의 과정 내지 결과이지 이를 자유로운 경쟁에 대한 저해로 볼 수 없는 것이므로, 부당염매의 규제라는 명목하에 양질에 염가인 상품을 공급할 수 없는, 기업의 효율성에 있어서 열등한 사업자를 보호하는 데까지 나아가는 것은 곤란하다.

미국법의 경우 부당염매가 독점금지법상의 한 법리를 구성한 것은 이미 오래이지만 그 사례는

풍부한 것이 아니고, 근래에 들어 시키고학과를 중심으로 부당염매는 이를 규제할 필요가 전혀 없다는 논의도 유력하게 부상하고 있다. 그러므로 약탈의도의 입증 등 특수한 정황하에서만 부당염매의 위법성이 인정될 수 있는 것으로 논의 되는 것이 일반적이다.

반면, 독일, 오스트리아, 스위스 등 서유럽 국가에서는 소매단계의 중간 유통상인들의 이익을 보호하기 위해 가격할인을 소위 "수인할 수 있는 범위 내"로 제한하기 위한 입법적인 노력들이 특히 문제가 되고 있는 바, 이러한 반동적인 입법 움직임은 제조업자의 직판이나 창고형 대규모 소매점 등의 출현으로 인한 유통혁명에 의해 1980년대 이후 더욱 두드러지고 있다.

2. 공정거래법상의 부당염매

개정전 공정거래법에서는 부당염매를 "계속거래상의 부당염매"와 "장기거래계약상의 부당염매"의 두 가지로 유형화하여 규정하고 있었으나, 잠재적 시장에서 독점적 지위의 확보를 위한 1회성 염매행위 등 경쟁사업자 배제가 명백한 경우라도 계속거래상의 부당염매, 장기거래계약상의 부당염매에 해당하지 않을 경우 규제가 곤란하다는 문제점이 노정되어, 현행 공정거래법에서는 부당염매를 "자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저하게 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위"라고 포괄적으로 규정하고 있다.

계속거래상의 부당염매행위는 전형적인 경쟁사업자 배제행위로서 이윤을 추구하는 상거래관행상 정상적인 가격경쟁으로 볼 수 없음을 감안하여 당연위법으로 규정하고, 전형적인 염매행위 이외의 다양한 형태의 염매행위는 공정한 경쟁질서에 미치는 영향을 개별적으로 판단하는 이러한 규제방식은 일본 공취위(公取委) 고시상의 부당염매와 거의 동일하다.

이하에서는 부당염매를 계속거래상의 부당염매행위와 기타의 부당염매행위로 나누어 그 법적 요건을 검토하기로 한다.

요건

1. 계속거래상의 부당염매행위

가. 정당한 이유없이

이는 행위의 외형에서 보아 원칙적으로 공정경쟁저해성이 있다고 인정되는 행위 중에서 예외적으로 공정경쟁저해성이 없는 경우가 있는 것을 나타내는 취지에서 사용되는 표현이므로, 정당한 이유의 입증이 곤란할 경우 일응 공정경쟁저해성이 높다고 보아야 할 것이다.

원가 이하의 판매라 하더라도 ① 시장의 수급 상황을 반영한 저가판매, ② 생선, 식료품 등과 같이 급격한 품질저하 우려가 있는 상품 또는 유효기간이 만료되었거나 성수기가 지난 계절상품의 처분, ③ 신규진입의 경우, ④ 연말 바겐세일 등과 같이 정상적 상관습에 비추어 타당하다고 인정되는 경우에는 "정당한 이유"가 인정되어 문제가 되지 않는 것으로 해석되고 있다.

나. 상품 또는 용역의 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로

① 상품 또는 용역의 공급에 소요되는 비용

1984년의 공정거래백서는 부당염매의 기준이 단순히 시장가격을 하회하는 것이 아니라 원가를 하회하는 가격이라고 밝히고 있는 바, 여기서 원가란 제조원가 또는 구입원가에 일반관리비와 판매비를 더한 총판매원가를 의미한다고 해석하는 것이 일반적이다. 다만, 이를 정확하게 산출하는 것이 현실적으로 곤란하고 원가를 현저히 하회하는 경우를 부당염매로 문제시하는 것이므로 실제로는 제조원가 또는 구입원가가 기준으로 될 수 있다.

일본 판례에 따르면, 원가의 산정에 있어서 내부보조 등에 의해 명목상의 원가가 낮게 설정되어 있는 경우에는 정당한 기업노력에 의해 달성된 비용을 기준으로 하여 산정된 원가가 기준이 된다고 한다.

그러나 총판매원가 뿐만 아니라 제조원가 역시 극히 자의적으로 계산될 수 있기 때문에 기업의 경쟁적, 효율적 가격결정이 부당염매행위로 간주되어 가격경쟁이 저해될 수 있는 우려가 크므로, 독점형성의 의도 혹은 최소한 다른 사업자의 사업활동방해의 의도가 추가되는 경우에 한하여 위법성이 인정되는 방향으로 공정거래위원회의 실무가 형성되는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

② 현저히 낮은 대가

공급에 소요되는 비용보다 상당정도 낮은 것을 말하지만, 그 정도를 기계적인 척도로 일률적으로 나타내기는 곤란하므로, 당해 상품 또는 용역

의 성질, 수급동향, 경쟁자가 대항할 수 있는 것인지 등을 종합적으로 판단하여야 할 것으로 생각된다.

공정거래위원회의 심결례를 보면, 총판매원가보다 5.2%~14.9% 정도 낮은 가격으로 판매한 것[한국석유공업(주)의 경쟁사업자배제행위, 1994. 7. 28.], 제조원가의 64.6% 수준으로 판매한 것[(주)서주의 부당염매행위등, 1987. 10. 14.], 구입원가의 52%에 해당하는 가격으로 응찰한 것[삼미금속(주)의 장기거래계약상의 부당염매, 1987. 7. 8.]을 부당염매행위로 인정한 것이 있다.

③ 계속 공급하여

상당기간에 걸쳐 반복해서 염매를 행하거나 그 개연성이 있는 경우이지만, 그 염매폭이 매우 커서 단기간의 염매라도 경쟁사업자가 큰 피해를 받거나 염매폭이 작더라도 장기간에 걸쳐 염매가 실시되는 경우에는 부당염매에 해당될 수 있다. 염매기간, 반복 계속성에 대해서는 상품 또는 용역의 특성에 따라 사례별로 판단하게 되므로, 매일 매일 구입하는 상품에 있어서는 어느 정도 장기간 또는 반복해서 행해질 필요가 있는 반면, 장기간에 1회밖에 구입하지 않는 상품에 있어서는 비교적 단기간이더라도 본 요건을 충족하게 된다.

공정거래위원회의 심결례를 보면, 1년(구월금속(주)의 부당염매행위, 1987. 7. 8.) 또는 9개월[(주)서주의 부당염매행위, 1987. 10. 4.]간 계속된 경우 뿐만 아니라 3개월 반[한국석유공업(주)의 경쟁사업자배제행위, 1994. 7. 28.] 동안 계속된 경우에도 부당염매로 인정한 것이 있다.

④ 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를

배제시킬 우려가 있는 행위

염매에 의하여 경쟁사업자의 사업활동이 계속 곤란하게 되는 것은 필요하지 않고, 염매를 행하는 목적, 염매의 정도, 행위자의 사업규모, 시장에 있어서의 지위, 염매에 따라 영향을 받는 경쟁사업자의 상황 등을 종합 판단하여 객관적으로 공정경쟁저해성이 인정되면 족하다. 일반적으로

① 코스트보다 현저하게 낮은 가격으로 계속하여 실시하고 또한 그 규모를 크게 실시할 경우, ② 시장지배력을 어느 정도 가지고 있는 사업자가 시장에서 신규참입을 저지하기 위하여 원가를 현저하게 하회하여 판매를 실시할 경우, ③ 대항염매, 즉 경쟁사업자의 염매에 대항하여 극단적인 염매를 상호 반복 실시하는 경우 등에는 특별한 사정이 없는 한 공정경쟁저해성이 인정된다고 해석되고 있다.

한국석유공업(주)의 경쟁사업자배제행위(1994. 7. 28.)건의 경우, 공정거래위원회는 행위자가 시장에서 유력한 사업자이며 염매대상품목의 비중이 낮기 때문에 염매로 인한 손실을 다른 제품의 판매이익에서 보전할 수 있지만 다른 영세한 경쟁사업자들은 동 품목을 주력상품으로 생산하고 있어 이에 대처하지 못하게 된다는 점에서 위법성을 인정하고 있다.

2. 기타의 부당염매행위

원가 이상이라 하더라도 신규진입하는 사업자를 배제하기 위하여 일시적으로 대폭 가격을 인하하는 것은, 가격조작에 의한 경쟁사업자 배제의 의도가 명백하다면 부당염매에 해당한다고 보

아야 할 것이다. 한편 원가가 시장가격 이상의 수준이라면 당해 사업자는 원가 이하로 판매하는 것이 불가피하게 되지만 경쟁사업자의 제재수단으로 사용하는 것이 아니므로 문제가 되지 않는다.

구체적인 문제

1. 소위 유인염매

소위 유인염매라 함은 어느 사업자가 취급하는 상품이 1,000종인 경우 소비자에게 잘 알려진 유명 브랜드상품 5~10가지 정도에 대해서만 덤핑행위를 하고, 소비자에게 그다지 알려지지 않은 나머지 상품에 대해서는 종전과 같거나 마진율을 조금 더 높여서 판매하는 것으로서, 전체 상품의 판매고를 높이는 데 많이 이용되는 방법이다. 의약품판매시 이러한 방법이 많이 사용되고 있으며, 최근에는 창고형 유통업체에서 이러한 방법을 도입하고 있다. 계속거래상의 부당염매 및 장기거래계약상의 부당염매만이 인정되던 종래에는 부당염매행위에 해당하지 않는 것으로 보았으나, 기타의 부당염매행위가 추가된 현행 공정거래법하에서는 부당염매에 해당할 가능성이 높다. 우리와 거의 동일한 규정을 두고 있는 일본의 경우 공취위(公取委)는 소위 유인염매(おとり廉賣)를 부당염매에 해당하는 것으로 보고 있다.

2. 1원 입찰

종래 공정거래위원회는 1원 입찰의 경우 예외 없이 부당염매에 해당한다고 하였으나, 1996년

도에 있었던 삼성항공(주)의 1원 입찰건에 대해서는 이를 무혐의처리를 한 바가 있다. 이에 대하여 일부 언론에서는 1원으로 할 수 있는 일이 하나도 없기 때문에 1원 입찰은 불공정거래행위라고 주장하였으며, 부당염매의 기준이 모호하고 담당 공무원이 자의적으로 해석하는 것이 문제라고 보도하였다.

그러나 위 입찰건과 같이 정부나 공공기관이 해외업체로부터 대규모 구매를 하면서 국내업체에게 기술이전을 조건으로 계약하는 소위 오프셋(Offset) 계약의 경우에는, 외견상으로는 낙찰자에게 부담이 되기 때문에 정부가 업체에게 대가를 지불해야 하는 것으로 보이지만, 사실은 업체에게 기술이전이라는 큰 가치를 주기 때문에 업체로서는 정부에게 대가를 지불하고서라도 계약을 딸 용의가 있는 경우가 빈번하므로, 이 경우에 바람직한 계약방식은 업체로 하여금 마이너스 금액을 입찰할 수 있도록 하는 것이라 할 수 있다.

1원 입찰이 무조건 부당염매에 해당한다고 한다면, 오프셋 계약을 위시하여 업체로서는 오히려 발주자에게 돈을 주고라도 얻고 싶은 기술습득건에 대한 계약에 있어서 효율적인 업체를 선정하는 것이 불가능해지고 입찰담합 등을 조장할 위험성이 크다고 생각된다.

결어

부당염매가 기업이 그 시장력을 강화하고 궁극적으로 수익성을 제고할 수 있는 효과적인 수단 이 되는지 여부에 대하여는 많은 논란이 있지만 실제적으로는 어떤 이유에서든 부당염매가 때때로 이루어지고 있는 것으로 보인다. 이러한 부당

염매는 자원배분을 왜곡시키는 부정적인 결과를 가져오므로 이를 금지하는 것이 합리적인 경쟁정책이 되겠지만, 위에서 살펴본 바와 같이 현실적으로 부당염매와 자연스런 경쟁의 결과 일어나는 가격하락을 구별하는 것이 쉽지 않다는 것이 부당염매에 대한 규제가 안고 있는 문제이다. 이러한 이유 때문인지 부당염매에 대한 공정거래위원회의 시정실적은 1981년 이래 현재까지 매년 1, 2건을 넘지 않고 있으며, 심결문에서도 부당염매의 요건에 관하여 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.

그러나 부당염매의 요건, 특히 “상품 또는 용역에 소요되는 비용”이 구체적으로 명시되지 않는다면 부당염매는 공정거래정책상 실제적으로 무의미한 개념이 되며, 이로 인하여 부당염매의 금지가 기업의 경쟁적, 효율적 가격결정을 저해하고 나아가 비효율적 경쟁자의 인위적 보호장치로 전락될 우려마저 있다. 이러한 맥락에서 서유럽에서 일고 있는 소매단계의 중간 유통상인의 이익을 보호하기 위한 보수적인 경향은 우리나라에서도 경계해야 될 대목이 아닐 수 없다. 부당염매가 경제학상의 약탈적 가격(Predatory Pricing)에 그 이론적 근거를 두고 있다는 점을 고려할 때, 차체에 부당염매 관련사건은 사회적 효율의 극대화를 목표로 하는 경제학적 분석에 입각하여 논의가 이루어져야 할 것으로 보이며, 또한 구입가격 이하의 판매에 대한 광범한 금지, 나아가서는 가격경쟁의 위축이라는 결과가 초래되지 않도록 부당염매의 요건에 관하여도 구체적인 기준이 제시되어야 할 것으로 생각된다. ■