

국내 공정거래 심결사례와 경제분석의 역할



김 석 호
공정위 심판관리관실 서기관

공정거래 위반사건은 다른 위반행위와 같이 단순히 법률 문구의 해석을 통해 위법성 여부를 판단할 수 있는 성격의 것이 아니다. 공정거래사건의 위법성 판단을 위해서는 유기체처럼 살아 움직이는 다양한 시장을 일정하게 정해 놓고 그 시장에 대하여 경쟁보호의 관점에서 종합적이고도 다각적으로 분석할 필요가 있기 때문이다. 즉 공정거래사건은 단순히 행위 그 자체만을 가지고 위법성 여부를 판단하기는 어렵고, 그 행위와 관련된 시장에서의 제품 및 그 원료의 생산·유통·판매·소비, 업종의 특성, 해외수입 등 다양한 변수들을 분석하여 현재의 시장상황은 물론 향후 예상되는 시장상황까지 고려하여 판단할 수 있는 고도의 전문적이고 치밀한 작업이 요구되는 것이다.

1. 경제분석의 의미 및 중요성

공정거래법을 운용함에 있어서 '경제분석'이 무엇을 의미하는지 일의적(一義的)으로 말하기는 어려우나, 필자 나름대로 간략히 정의해 보면 '경제효율성'의 분석 또는 이러한 '경제효율성'을 파악하기 위한 일정한 시장의 확정 및 그 시장에서의 경쟁상황(시장점유율이나 시장집중도, 진입조건, 공급대체성, 해외경쟁 등)의 분석 정도로 볼 수 있지 않을까 생각된다. 공정거래법은

독과점기업의 시장지배력 남용방지는 물론 경쟁 제한적인 기업결합 등 독점화(monopolization) 행위와 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함을 그 목적으로 한다. '독과점', '경쟁' 또는 '시장지배력' 여부 등에 대한 판단은 모두 시장을 기준으로 하여 이루어지는데, 이러한 판단은 시장의 범위를 어떻게 보고 확정하느냐에 따라 달라질 수 있다. 즉 시장확정에 따라 시장구조가 독점시장, 과점시장, 또는 경쟁시장 등으로 구분될 수 있을 것이고²⁾, 확정된 시

- 1) 경제적 효율은 생산, 분배, 소비 등 각 단계의 경제활동에서 최소한의 투입물을 사용하여 최대의 산출물을 얻게 되는 상태를 말한다. 여기서 최소, 최대란 물리적인 크기가 아니라 경제적 가치에 의해서 측정된다. 어떠한 시장의 상태가 완전경쟁에 가까울수록 경제적 효율의 정도가 높으며, 이는 곧 자원이 낭비없이 배분되고 있는 정도, 즉 최적성의 정도가 높다는 것을 의미하며 타인의 후생을 감소시키지 않고서는 나의 후생을 향상시키기 힘든 상태에 가까워지는 것이므로 후생이 높아진다는 것을 의미하기도 한다.
- 2) 예컨대, 콜라, 사이다, 천연탄산수의 생산자가 하나씩이고 주스의 생산자가 다수인 경우에, 앞의 세 가지 청량음료가 각각 독립적

장의 상황에 따라 공정거래법의 적용도 달라질 수 있을 것이다³⁾. 가령 완성품의 경우 생산자가 소수인 독과점시장이고 유통 및 서비스는 다수의 사업자가 참여한 경쟁시장인 A제품이 있다고 하고, 사업자 B는 A제품을 생산, 유통 및 서비스에 이르기까지 3개 시장에 모두 참여하고 있는 사업자로서 영업활동 중 공정거래법을 위반(거래거절)하였다고 하자. 이 때 완성품을 중심으로 시장을 분석하여 사업자 B의 위법성을 판단하면, 사업자 B의 행위는 독과점적 시장에서 시장 지배적지위를 남용한 행위로 처리될 수도 있을 것이다. 그러나, 다수의 사업자가 참여하는 유통 또는 서비스 시장을 중심으로 시장을 확정하면 사업자 B의 행위는 불공정거래행위로 처리되거나 사안에 따라서는 경쟁제한적이지 않는 행위로 판단될 수도 있을 것이다⁴⁾. 이와 같이 동일한 사업자의 위반행위라 하더라도 시장확정 및 그

시장의 분석결과에 따라 적용법조는 물론 위법성 판단이 달라질 수도 있는 것이다. 특히, 기업결합사건의 경우 그 기업결합이 당해 시장에서의 경쟁에 어떠한 영향을 미치느냐, 즉 경쟁제한적인지 여부의 판단은 당해 시장의 분석 없이는 이루어지기 힘들다고 할 수 있다. 따라서 공정거래사건을 정확히 판단하여 공정거래법을 합리적으로 적용함에 있어서 시장의 확정과 그 확정된 시장에 대한 분석⁵⁾, 즉 경제분석이 상당히 중요한 역할을 하는 것임을 알 수 있다⁶⁾.

2. 공정거래법상 경제분석의 요구

우선 공정거래법상 경제분석과 관련된 내용을 한 번 살펴보자. 제2조(정의)제8호에 『일정한 거래분야¹⁾라 함은 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될

시장을 형성한다고 하면 세 개의 독점시장이 있게 되고, 이들 세 가지 음료가 단일시장의 범위를 설정한다면 과점시장, 그리고 쥬스까지 포함하여 한 시장으로 한다던 경쟁적 시장이 된다. 즉 시장의 범위를 확대함에 따라 시장구조가 독점에서 과점으로 그리고 경쟁형으로 변모하게 된다. (한국개발연구원, '99. 12 독과점시장구조 조사·분석 13쪽)

- 3) 공정거래사건은 어떠한 행위가 경쟁을 제한 또는 저해하는 영향을 미치느냐를 기준으로 위법성을 판단하는데, 시장에서 경쟁을 제한 또는 저해할 정도의 영향력을 행사하려면 그 시장에서 그만한 정도의 지배력 또는 독점력을 가져야 가능한 바, 이를 파악하기 위해 필요한 것이 시장의 확정이다. 따라서, 시장의 확정은 위법성을 판단하기 위한 첫 단계의 작업, 즉 필요조건으로서 대단히 중요한 일이 아닐 수 없다.
- 4) 시장확정은 그 자체가 목적이라기 보다는 경쟁제한성 여부를 판단하기 위한 기초 또는 전제라는 점에서 의미를 갖는다. 시장확정을 어떻게 하느냐에 따라 위법성 판단이 달라질 수도 있을 것이다.
- 5) 그러나, 실제 시장은 고정된 것이 아니고 유기체처럼 역동적이고 다양한 변수들이 존재하여 영향을 미치고 있으므로, 그 범위와 한계를 명확히 구분하여 객관적이고 타당성이 있는 확정 및 분석을 하는 것은 현실적으로 매우 어려운 일인 것으로 생각된다. 예컨대 시장구조가 독점적이라 할지라도 독점기업이 신규기업의 진입가능성을 끊임없이 의식하여 경쟁시장의 사업자와 동일한 시장행동을 취한다면, 시장구조와 관계없이 자원의 효율적 배분을 기대할 수 있을 것이다. 다만, 일반적으로 시장구조가 경쟁적이라면 일단 충분한 경쟁이 이루어지고 있는 것으로 판단할 수 있으며, 시장구조가 독점적이라면 독점이윤의 존재로 인해 자원이 비효율적으로 배분될 가능성이 크다.
- 6) 이와 관련하여 미국에서 발생한 몇 가지 예를 들어 보자. 40~50년대에 미국에서는 전국적인 규모의 맥주 제조업체가 중소규모의 지방 맥주 제조업체를 인수하는 경우가 빈번히 발생하였다. 경쟁당국은 당시 중소기업 보호를 위해 기업을 강하게 규제하도록 개정된 클레이튼법(Clayton Act)에 의하여 이러한 종류의 기업결합을 강력하게 규제하였다. 이와 같은 조치에 대응하여 대규모 맥주 제조자는 중소기업체를 합병하는 대신 자신들의 맥주공장을 각 지방에 설립하기 시작하였다. 결국 지방의 중소기업체는 경쟁에 패배하여 공장문을 닫는 사례가 속출하게 되었다. 당초에 경제분석에 입각하여 합병을 금지하지 않았다더라면 중소기업체는 제값을 받고 기업을 매각할 수 있었을 것이다. 결국 중소기업체를 보호하기 위한 독점정책이 그들에게 손해를 끼친 결과가 되었다. 이와 유사한 사례는 Standard Oil사의 배타조건부거래에 대한 독점법상의 조치에서도 나타나 있다. 독점당국과 법원은 중소 주유소를 보호

수 있는 분야를 말한다' 라고 되어 있고, 동 조 제 8의2호에 『경쟁을 실질적으로 제한하는 행위』라 함은 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말한다' 라고 되어 있다. 여기서 『일정한 거래분야』라고 하는 것은 관련시장의 확정을 말하는 것이고, 『경쟁을 실질적으로 제한하는 행위』라고 하는 것은 그 확정된 시장에서의 경쟁상황을 따져서 살펴본 결과 경쟁을 제한하는 부분이 있는 것을 말하는데, 즉 시장분석이라고 할 수 있다. 시장분석을 위해서는 시장확정이 전제가 되어야 하므로, 공정거래법에서 『경쟁을 실질적으로 제한하는 행위』를 위반의 요건으로 규정하고 있는 경우에는 당해 행위의 위법성 여부를 판단하는데 당연히 경제분석이 필요하다고 할 수 있을 것이다. 이러한 조항들로는 시장지배적지위의 남용금지(제3조의2)⁷⁾, 기업결합의 제한(제7조), 부당한 공동행위의 금지(제19조제1항제8호 및 제5항) 등이 있다. 그렇다면 사업자단체의 금지행위(제26조제1항제2호) 또는 부당한 국제계약의 체결제한(제32조제1항) 등과 같이 『경쟁을 실질적으로 제한하는 행위』라는 문구 없이 『일정한 거래분야』라는 문구만 있는

경우는 어떠한가? 『일정한 거래분야』, 즉 시장확정 정도 결국은 시장분석을 위한 것이라는 점에서 이 문구만 있는 경우에도 원칙적으로 시장분석은 필요하다고 할 것이다. 제32조제1항(부당한 국제계약의 체결제한) 단서에는 '일정한 거래분야에 있어서 경쟁에 미치는 영향이 경미하거나.....' 라고 되어 있어 『경쟁을 실질적으로 제한하는 행위』라는 문구는 없으나, 경쟁에 미치는 영향의 정도를 파악하기 위해서는 시장분석이 필요하다고 할 수 있다. 한편 『일정한 거래분야』라는 문구는 있으나 법에 정해진 행위 그 자체만 있으면 별도의 시장분석을 할 필요도 없이 당연히 위법이 되는 경우도 있다. 제26조제1항제2호(사업자단체의 금지행위)가 바로 그러한 경우이다. 동 규정은 '일정한 거래분야'에 있어서 현재 또는 장래의 사업지수를 제한하는 행위를 위반행위로 금지하고 있기는 하나, 위법성 여부를 판단함에 있어 행위 그 자체만 있으면 족하지 반드시 시장분석이 필요하다고는 보기 어려울 것이다. 이상을 정리하면, 공정거래법에 『일정한 거래분야』 또는 『경쟁을 실질적으로 제한하는 행위』라는 명문규정이 있는 경우에는 위법성 여부를 판단함에 있어서 경제분석이 필요하다고 할 수 있을 것이다⁸⁾. 그러나, 설사 그러한 조항이 없는 경우⁹⁾에도 불공정거래행위의 '부당성'에 대

하기 위해 동 배타조건부거래를 금지하였다. 결과는 Standard Oil사가 자사의 직영 주유소를 세움으로써 오히려 그들에게 손해를 입히는 결과를 초래하였다.(97. 6. 독점법의 사례와 경제분석의 역할, 공정거래위원회 강대형, 2~3쪽 참조)

7) 제3조의2중에는 직접 일정한 거래분야 및 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위 라고 하는 명문규정은 없으나, 제2조제7호 시장지배적사업자 정의에 "시장지배적사업자라 함은 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서....가격·수량·품질·기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 지위를 가진 사업자를 말한다. 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다" 라고 규정되어 있어 위법 여부를 판단하기 위해서는 경제분석이 요구된다고 하겠다. 그러나, 제4조(시장지배적사업자의 추정)에서 1사업장의 시장점유율이 50%이상이거나(제1호), 3이하 사업자의 시장점유율의 합계가 75%이상인 경우(제2호)에는 시장지배적사업자로 추정할 수 있도록 되어 있어 시장분석시 작업부담이 상당히 경감될 수 있을 것이다.

8) 이러한 경우는 시장지배적지위 남용, 기업결합 등과 같이 대부분 시장구조와 관련되는 경우가 많다.

9) 이러한 분야는 불공정거래행위 등과 같이 주로 시장에서의 거래행태에 관한 행위유형들이 많다.

한 판단¹⁰⁾ 등과 같이 위반여부를 판단함에 있어 「일정한 거래분야」 또는 「경쟁을 실질적으로 제한하는 행위」에 대한 분석·판단이 필요한 경우가 적지 않다¹¹⁾. 이러한 명문규정이 없는 조항이라고 해서 경제분석을 할 필요가 없다거나 하지 말아야 하는 것은 아니다. 명문으로 규정되었다는 것은 위법성 여부를 판단함에 있어서 시장구조를 가장 우선적으로 고려하고 있다는 것일 뿐이다. 따라서 공정거래법을 적용하여 그 위법성 여부를 합리적으로 판단함에 있어서 경제분석은 반드시 특정행위 또는 특정조항에 한정되는 것은 아니라고 할 것이다.

3. 심결사례를 통해 본 경제분석

(1) 「프록터 앤드 지엠비에이치의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건」

앞서 언급한 바와 같이 기업결합사건의 경우

성격상 그 기업결합이 경쟁제한적인 것인지 여부에 대한 판단은 당해 시장에 대한 분석 없이는 이루어지기 힘든 가장 대표적인 사건일뿐만 아니라, 관련 법조(공정거래법 제7조제1항)에서도 「일정한 거래분야」 및 「경쟁을 실질적으로 제한하는 행위」를 하여서는 아니 된다 라고 규정해 놓음으로써 경제분석을 사실상 위반여부의 판단 기준으로 삼고 있다. 따라서, 필자는 기업결합사건을 경제분석을 설명하는 대표적인 사례로 들고 싶으며, 그 중에서도 '98년에 심결한 「프록터 앤드 지엠비에이치의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건」(의결 제94-84호, '98. 5. 23)을 경제분석이 잘 된 모범적인 사례의 하나로 꼽고 싶다.

이 사건은 미국의 P&G 그룹¹²⁾ 이 독일의 자회사인 P&G GmbH¹³⁾를 통해 '97. 9월부터 12월까지 쌍용제지(주)의¹⁴⁾ 주식 91.6%를 취득하고 공정위에 기업결합을 신고한 건인데, 공정위가 약 5개월간의 심사를 거친 끝에 종이생리대 시장에서 시장지배력을 형성·강화할 우려가 있는

10) 부당성에 대한 법원의 판단은 다음과 같다. “부당성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 대양은 물론 법에서 거래거절을 규제하는 목적에 비추어 거래거절 결과 거래상대방이 입게 되는 영업상의 이익의 침해 또는 자유로운 영업활동의 제약의 내용과 정도, 상대방의 선택 가능성 등과 같은 재반사정을 두루 고려하여 그 행위가 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정하고 자유로운 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 할 것이며, 만일 거래거절행위에도 불구하고 거래상대방이 더 유리한 조건으로 다른 거래처와 거래할 수 있다면 그와 같은 경우 거래거절이 있었다고 하여도 이를 법에서 규제하는 거래거절에 해당한다고 할 수 없다”(에스케이씨(주)의 부당한 거래거절, 서울고법 2000누1494, 2001. 1. 30).

11) 예를 들어 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제1호의 ‘차별적 취급행위’ 중 가격차별의 경우 ‘일정한 거래분야’ 또는 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라는 명문규정은 없으나, 위법성, 즉 차별행위에 따른 경쟁제한성 판단을 위해 차별 상대방이 속한 시장의 획정과 그 차별의 내용이 경쟁에 어떠한 영향을 미치는지를 분석·파악하는 것이 필요하다고 할 것이다.

12) P&G(Procter&Gamble) 그룹은 생활용품을 생산하는 거대규모의 다국적기업(당시 자산규모가 275억불)으로서 세계 70개국에 140여개 생산시설을 구축하고 450개 이상의 자회사(지사 포함)를 보유하고 있으며, 주식매수 과정을 보면 독일의 자회사인 P&G GmbH를 통해 쌍용제지(주) 지분 32.13%를 계약으로 매수(810억원)하고, 이후 추가로 관련 주식을 공개매수하는 등 총 91.6%의 지분을 2,128억원에 취득하였다.

13) 미국의 P&G가 49.3%, P&G의 독일내 자회사가 50.7%의 주식을 각각 소유하고 있다.

14) 쌍용제지(주)는 종이생리대, 종이거저귀, 화장지, 크라프트지(시멘트 포장종이 등 산업용 중포장지) 등 종이소재 소비자용품을 제조 판매하는 회사이고, 쌍용유니참(주)는 쌍용제지(주)와 체결된 독점판매계약에 의해 종이생리대와 종이거저귀를 생산하여

경쟁제한적인 기업결합으로 판단하여 '98. 5월 피심인인 P&G GmbH에게 쌍용제지(주)의 종이생리대 영업과 관련된 기계설비 일체 및 산업재산권, 관련 주식 일부¹⁵⁾를 제3자에게 양도하도록 시정명령을 내린 사건이다.

공정위는 이 사건이 공정거래법 제7조에 위반되는지 여부, 즉 '일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합행위' 인지 여부를 심사·판단하기 위해 이 기업결합의 관련시장을 우선 종이생리대, 종이기저귀, 화장지, 크라프트지 시장으로 확정하였다. 이렇게 확정한 이유는 모기업 P&G의 손자회사인 한국P&G(주)와 이 건 주식의 피취득회사인 쌍용제지(주) 모두 종이생리대, 종이기저귀 등을 생산·판매하고 있어 경쟁관계에 있는 상황에서 한국P&G(주)와는 특수관계인에 해당되는 P&G GmbH가 쌍용제지(주)의 주식을 취득함으로써 이 분야가 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁제한적인 영향을 받을 수 있는 분야가 되었기 때문이다.

공정위는 이들 시장에서 이 건 기업결합으로 인해 경쟁이 실질적으로 제한되는지 여부, 즉 경쟁이 감소하여 특정사업자의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태가 초래되는지 여부를 판단하기 위해 기업

결합에 따른 시장집중도와 그로 인한 경쟁구조의 악화 가능성, 신규사업자의 진입 가능성, 해외 경쟁 가능성, 독과점폐해 발생 가능성 등을 면밀히 분석하였다. 그 결과 종이기저귀 시장, 화장지 시장, 크라프트지 시장¹⁶⁾에 대해서는 경쟁제한성이 없다고 판단하였으나, 종이생리대 시장에 대해서는 경쟁제한성이 있는 것으로 판단하였다.

먼저 시장집중도 측면에서 종이생리대 시장의 경우 이 건 기업결합으로 인해 P&G의 시장점유율이 63.1%(1위)로서 공정거래법 제7조제4항제1호 및 제4조에 의한 경쟁제한성 추정요건¹⁷⁾에 해당되고, HHI 기준¹⁸⁾으로 본 시장집중도가 3,158에서 4,719로 1,561이나 증가하여 고집중 시장화되는 등 시장지배적사업자로서 단독의 시장지배력을 형성하게 되어 시장경쟁구조가 악화될 우려가 있고, 둘째, 신규진입시 소비자인지도 형성, 기술 개발, 위생 기준, 유통망 구축 등에 많은 비용과 시간이 요구되는 등 진입장벽이 상당히 높을 뿐만 아니라, 셋째, 수입비중이 0.3%에 불과하여 해외경쟁 도입수준 또한 낮으며, 넷째, 기업결합에 따른 시장지배력의 형성·강화로 가격인상 등의 독과점 폐해발생 가능성이 높은 점 등이 경쟁제한성이 있다고 본 주요근거가 되었다.

쌍용제지(주)에게 공급하고 있으며, 그 주식의 45%와 그 이사 6명중 3명의 지명권한을 쌍용제지(주)가 가지고 있는 회사이다.

15) 피심인이 인수한 쌍용제지(주)가 소유하고 있는 쌍용유니참(주)의 주식(발행주식총수의 100분의 45)

16) 크라프트지는 시멘트 포장종이 등 산업용 중포장지를 말하며, P&G에서 국내외시장에 미참여

17) 공정거래법 제7조제4항제1호에 규정된 경쟁제한성 추정요건을 보면, 기업결합 후 시장점유율의 합계가 ① 법 제4조의 시장지배적사업자의 추정요건에 해당되거나, ② 당해 거래분야에서 제1위이거나, ③ 2위와의 시장점유율의 격차가 25%이상인 경우이다. 법 제4조에 규정된 시장지배적사업자의 추정요건을 보면, 1사업자의 시장점유율이 50%이상 또는 3이하 사업자의 시장점유율의 합계가 75% 이상인 경우이다.

18) Herfindahl-Hirschman Index의 약자. 시장집중도를 나타내는 지표의 하나로서 시장내 모든 사업자의 각 시장점유율을 제곱하여 합한 값을 말한다. 미국은 합병심사시 HHI가 1,000미만이면 비집중적인 시장, 1,000~1,800이면 어느 정도 집중된 시장, 1,800을 초과하면 고집중적인 시장으로 분류하는데 기업결합으로 이 지수가 100이상 증가하면 시장지배력을 형성·강화하거나 시장지배력의 행사가 용이할 우려가 있는 것으로 본다.

(2) 「디피케이인터내셔널(주)¹⁹⁾의 구속조건부거래행위에 대한 건」

위의 기업결합사건과 같이 공정거래법 관련 규정에서 위반의 요건으로서 경제분석을 명문으로 요구하는 경우에는 당연히 경제분석을 하고 이를 통해 위법성 여부를 판단하는 것이 정당한 절차라고 하겠으나, 앞서 언급한 바와 같이 「일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위」 등과 같은 명문규정이 없는 경우에도 반드시 경제분석을 해야 하는 것은 아니지만 위법성 판단을 위해 경제분석이 요구되는 경우가 적지 않다. 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지) 및 동 법 시행령 제36조(불공정거래행위의 지정)에 규정된 불공정거래행위유형들을 보면, 대부분 '부당하게'²⁰⁾ 또는 '정당한 이유 없이' 라는 규정으로 되어 있는데, 무엇이 부당한지를 판단하기 위해서는 시장구조 관련 행위유형들(기업결합 등)과 마찬가지로 시장을 일정하게 확정하고 그 확정된 시장에 대한 분석을 할 필요가 있다. 또한 종전에 형식적인 법률해석 및 논리에 따라 법정 위반행위만 있으면 당연위법(當然違法, per se illegal)시 했던 것과는 달리 최근에는 그 행위가 초래하는 효과를 중심으로 무엇이 경쟁 촉진적이고 무엇이 경쟁제한적인지를 따져 위법성 여부를 판단하는 합리원칙(合理原則, rule of reason)의 적용추세가 확대되면서 경제분석을

통해 위법성 여부를 판단할 필요성은 더욱 커진다고 할 수 있다.

다음은 「일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위」 등과 같은 명문규정은 없으나, 경제분석적 접근을 통해 위법성을 판단한 「디피케이인터내셔널(주)의 구속조건부거래행위에 대한 건」(의결 제2000-163호, 2000. 11. 15)을 사례로 들어 어떻게 그러한 결론에 이르렀는지를 살펴보기로 한다. 디피케이인터내셔널(주)는 '99. 10. 9. 가맹계약자인 도미노피자 사당점과 방배점이 서로 자기구역을 넘어 배달했다는 이유로 경고조치함으로써 가맹점 소재지역 이외에서의 배달판매 및 판촉행위를 금지하였는바, 공정위는 이에 대해 거래상대방의 거래지역을 부당하게 구속한 '구속조건부거래'로 판정하였다. 그러나 공정위는 디피케이인터내셔널(주)가 가맹계약자들에 대하여 판매지역을 제한한 그 자체만으로 법 위반을 결정하지는 않고 관련 시장에서의 영향력, 브랜드간 및 브랜드내 경쟁에 미치는 효과, 다른 방법을 통한 영업목적의 달성 가능 여부, 지역제한의 강도 등 다양한 요소를 가지고 위법성(경쟁제한성) 여부를 분석하였다. 우선 이 사건의 관련시장을 국내(브랜드간) 피자시장과 도미노브랜드(브랜드내) 피자시장 두 개로 확정하고, 브랜드간(interbrand) 피자시장에 대해서는 판매지역 제한이 브랜드간의 경쟁을 촉진하는 효과가 있다고 보았으나, 브랜드내

19) 도미노피자를 브랜드로 가진 피자배달전문업체로서 국내 피자시장(약 5천억원 규모)의 약 10%를 점유하고 있는 것으로 추정된다.

20) 공정거래법 제19조(부당한 공동행위의 금지)제1항은 '부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의 하여서는 아니 된다'라고 되어 있어 무엇이 부당한 것인가를 따져 판단할 필요가 있다(이러한 경우 경제분석이 필요할 것이다)고 생각되나, 실제 부당한 공동행위 여부를 판단함에 있어 대부분의 경우 이러한 과정없이 그 행위가 당연히 위법한 것으로 보는 경향이 있다. 그러나, 당연위법원칙(per se illegal)의 적용은 미국에서 가격담합 등과 같은 경성 카르텔(hard-core cartel)에 대하여 경쟁당국의 입증책임의 면제는 물론 위반행위자의 반증기회를 부여하지 않는다고 하는 것으로서, 기본적으로 행정관청에 입증책임이 있다고 할 수 있는 우리 나라에서는 적용에 신중을 기할 필요가 있다고 사료된다.

(intrabrand) 피자시장에 대해서는 각 가맹점들이 자기 영업구역내에서의 독점력 보유와 이에 따른 고객확보 경쟁의 제한과 소비자 선택권의 침해, 서비스의 질 제고나 가격인하 유인의 축소 및 그로 인한 소비자후생의 저하 등을 이유로 경쟁제한적이라고 보았다. 이 사건은 단순히 사업장의 행위 그 자체만으로 위법성 여부를 결정하지 않고, 경제분석의 관점에 입각하여 관련시장을 획정한 뒤 다양한 요소를 가지고 위반여부를 판단하였다는 점에서 불공정거래행위에 대한 중전의 접근방식²¹⁾에 비해 훨씬 진보된 느낌을 준다. 그러나, 좀 더 욕심을 내자면 시장구조 관련 위반행위²²⁾의 경제분석과 같이 보다 전문화된 방식으로 접근·분석하여 결론을 내렸더라면 하는 아쉬움이 남는다. 즉 관련시장의 획정을 국내 피자시장, 국내 배달피자시장, 도미노브랜드내 피자시장으로 좀 더 세분화하고, 가맹점에 대한 판매지역 제한행위가 각각의 시장의 경쟁에 어떠한 영향을 미치는지에 대해 시장점유 정도와 그

로 인한 경쟁구조(브랜드간, 브랜드내)의 악화 가능성, 타 가맹점의 진입 가능성, 판매지역 독점에 따른 폐해 발생 가능성 등을 중심으로 좀 더 세밀히 분석하여 위법성 판단을 하였다더라면 하는 생각이 든다. 수직적 거래제한²³⁾의 하나인 가맹점에 대한 판매지역 제한이 브랜드내의 경쟁을 감소시키기는 하지만, 그렇다고 해서 그것이 이 건에서 주장되었던 것과 같이 곧 소비자후생에 부정적인 영향을 미친다고 보기는 어렵다. 이종(異種) 브랜드간의 경쟁도 활발하지 않은 독점시장에서는 시장점유율이 큰 기업이 브랜드내 판매지역을 엄격하게 제한(지역분할)하여 판매업자의 수를 일정하게 제한함으로써 비교적 가격을 높게 유지할 가능성이 있으니²⁴⁾, 시장점유율이 낮은 기업의 경우 이종(異種) 브랜드와의 경쟁에 있어서 시장지배적인 가격형성이 이루어지지 못하기 때문에 브랜드내의 경쟁을 제한한다고 해서 시장에서의 경제적 효율성, 즉 소비자후생이 저해된다고는 보기 어렵기 때문이다. '93

- 21) 불공정거래행위의 위법성 여부 판단에 관한 중전의 접근방식을 보면, 시장의 상황 및 특정 행위가 그 상황(경쟁 및 경제적 효율성 등)에 어떠한 영향을 미치는지 등에 대해 경제분석적 관점에서 체계적으로 접근하기 보다는 행위 그 자체만을 가지고 판단하는 경우가 많았지 않았나 생각된다. '정당한 이유없이'라는 전제가 붙는 경우는 물론 '부당하게'라는 전제가 있는 경우에도 무엇이 경쟁에 유리한 것이고 무엇이 경쟁에 불리한 것인지에 대한 세밀한 분석보다 '~행위가 ~하고 결과가 ~하니 위법하다'는 식의 당연위법적 접근방식이 많았던 것으로 보인다. 그러나, 공정거래법 제23조제1항은 분명 그러한 행위가 "공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위"일 것을 위법요건으로 하고 있어 무엇이 공정한 거래를 저해 또는 경쟁을 제한할 우려가 있는지를 판단하기 위해서는 혐의가 있는 당해 행위가 공정한 거래를 저해 또는 경쟁을 제한한다는 것을 입증하여야 할 것인 바, 이를 위해서는 관련시장의 획정과 그에 대한 경쟁측면에서의 분석 등과 같은 작업이 필요할 것이다. 물론 이러한 작업이 결코 쉬운 일이 아니고 불공정거래행위 모두를 이렇게 판단할 필요도 없다. 다만 경쟁당국으로서 경제 및 경쟁적인 측면에 대한 접근방법을 보다 더 전문적으로 강화해 나감으로써 한 계단 더 발전해 나갈 필요가 있음을 말하고자 하는 것이다.
- 22) 시장지배적지위 남용행위나 경쟁제한적 기업결합행위 등과 같이 거래형태보다는 시장의 구조와 관련하여 위반행위가 발생하는 경우를 말한다.
- 23) 경쟁자 사이에서 합의에 의해 이루어지는 전형적인 거래제한(카르텔)을 '수평적 거래제한'이라고 한다면, 수직적 거래제한은 메이커에 의한 판매업자의 거래제한과 같이 거래처와의 수직적 합의에 의해 이루어지는 거래제한을 말한다. 이러한 거래제한으로는 수직적 가격제한(vertical price restraints)과 수직적 비가격제한(vertical non-price restraints)이 있는데, 수직적 가격제한의 대표적인 예가 재판매가격유지행위(rpm), 수직적 비가격제한의 예로는 메이커의 판매업자에 대한 판매지역의 제한이나 고객의 제한 등을 들 수 있다.
- 24) 이와 같은 이유로 행위자가 속하는 시장의 경쟁구조와 행위자의 시장점유율 파악은 위법성 판단에 있어서 중요한 전제조건이 된다.

년 폐지되기는 하였으나²⁵⁾, 미국 법무성 독금국(DOJ)의 「수직적 비가격제한에 관한 가이드라인」에 따르면, 브랜드내 제한의 경우 기본적으로 그 영향이 경미한 것으로 보고 있으며 행위자의 시장(제1차 시장메이커가 속하는 시장)에서 점유율이 10% 이하인 경우에는 문제가 되지 않는 것으로 간주한다. 즉 판매지역의 엄격한 제한이라기보다 '점포 로케이션(location)의 제한'이라고 할 가벼운 것으로 본다. 「디피케이 인터내셔널(주)의 구속조건부거래행위에 대한 건」의 경우 판매지역제한에 따른 가맹사업자의 독점력 보유 및 고객확보경쟁제한, 소비자선택권의 제한 등으로 인해 경쟁제한에 따른 소비자후생의 감소를 위반의 근거로 들고 다른 한편으로는 그러한 제한이 브랜드간의 경쟁촉진효과도 있음을 인정하고 있음을 볼 때, 과연 전체적인 소비자후생이 감소하였는지, 감소하였다면 얼마나 감소하였는지, 브랜드간의 경쟁촉진효과와 브랜드내의 경쟁제한효과와의 관계 등에 대해 좀 더 실증적으로 접근해 볼 필요가 있었지 않나 하는 생각이 든다. 국내 피자시장에서의 시장점유율이 불과 10%에 불과한 디피케이인터내셔널(주)가 가맹점에 대한 판매지역을 제한함으로써 발생하는 소비자후생 감소효과(또는 경쟁제한성 및 이로 인한 경제효율성의 저하)가 얼마나 되는지 알 수 없으나, 이와 관련한 미국 Sylvania 사

건(77)²⁶⁾에 대한 판례를 보면, 연방대법원은 판매지역의 제한 등 모든 비가격제한이 브랜드내의 지나친 경쟁제한 없이 브랜드간 경쟁을 촉진하는 것이라면 문제가 되지 않는다는 입장을 보여주고 있다.

4. 향후과제

위의 실제 심결사례를 통해 경제분석의 대상과 방법을 살펴 본 바와 같이 하나의 행위가 공정거래법에 위반되는지 여부를 판단하는 일은 간단하지가 않다. 공정거래 위반사건은 다른 위반행위와 같이 단순히 법률 문구의 해석을 통해 위법성 여부를 판단할 수 있는 성격의 것이 아니다. 공정거래사건의 위법성 판단을 위해서는 유기체처럼 살아 움직이는 다양한 시장을 일정하게 정해 놓고 그 시장에 대하여 경쟁보호의 관점에서 종합적이고도 다각적으로 분석할 필요가 있기 때문이다. 즉 공정거래사건은 단순히 행위 그 자체만을 가지고 위법성 여부를 판단하기는 어렵고, 그 행위와 관련된 시장에서의 제품 및 그 원료의 생산·유통·판매·소비, 업종의 특성, 해외수입 등 다양한 변수들을 분석하여 현재의 시장상황은 물론 향후 예상되는 시장상황까지 고려하여 판단할 수 있는 고도의 전문적이고 치밀

25) 폐지된 정확한 사유는 확실하지 않으나, 합리원칙의 분석구조가 경제분석의 큰 줄기를 제시하는 것에 지나지 않아 불투명하였기 때문인 것으로 추측된다. (『佐藤雄著 아메리카 반트러스트법』을 번역한 2001 미독점규제법 해설 II, 공정거래위원회, 211쪽)

26) Continental T.V., inc. v. GTE Sylvania inc., 433 U.S.36, 47-48(77). 시장점유율이 6%정도인 가정용 TV 메이커인 Sylvania 사는 판매지역을 한정하는 유통시스템을 채택하고 있었는데, 동사의 샌프란시스코 소재 판매업자인 Continental사의 판매지역 1마일 부근에 다른 판매점을 가진 새로운 사업자와 거래를 개시하면서 Continental사가 이를 불만스럽게 여겨 다른 메이커의 TV를 판매하고 세크라멘토시에 허가없이 점포를 냈기 때문에 분쟁이 발생하였다. 결국 Sylvania사가 Continental사와의 거래관계를 종료하자 이에 Continental사는 판매지역을 한정하는 Sylvania사의 판매시스템이 셔먼법 제1조에 위반되는 위법적인 행위라고 제소하였고 이 소송에서 결국 Sylvania사가 승소하였다. 이 사건의 판결은 경제분석을 사용한 합리의 원칙에 의하여 위법성을 처음으로 명확히 내세웠다는 점에서 반트러스트법 운용의 역사상 특별할 만한 판결이 되었다.

한 작업이 요구되는 것이다. 어떻게 보면 공정거래사건의 위법성이 자연법(自然法)의 위반과 같이 절대적인 것이라기 보다는 시장과 그 경쟁상대방에 따라 달라질 수도 있는 상대적인 것이기 때문에 경제분석이 충분히 뒷받침되지 않는다면 정확한 판단을 하기가 힘들 것이다. 물론 경제분석에는 상당한 노력과 시간 및 비용이 요구되고, 경제분석에 필요한 정보나 자료를 적시에 확보하기도 어려우므로 결코 쉬운 일은 아니다. 또한 모든 사건을 일일이 경제분석을 통해 판단할 수만은 없으며, 지금도 앞의 「프록터 앤드 지엠비에이치」 사례에서 본 것처럼 나름대로 경제분석

을 잘 해 나가고 있기도 하다. 그러나, 공정거래사건에 대한 보다 합리적인 판단과 이를 통한 심결(審決)의 질(質)을 지금보다 더욱 더 제고하기 위해서는 경제분석의 적절한 활용에 더 많은 노력을 기울일 필요는 있다. 이를 위해 공정위는 앞으로 경제분석에 필요한 우수하고 전문적인 인력을 많이 보충하여 전문능력을 계속 높여 나감과 동시에 조직체계도 지금의 기능적 편제에서 벗어나 산업구조적 편제로 개선·정비할 필요가 있는 것으로 생각된다. **공정**

* 본고는 순전히 필자 개인의 의견이므로 공정거래위원회의 공식입장과는 아무런 관계가 없음을 분명히 밝혀 둔다.