

독점금지법상 「우월적지위 남용행위 규제」 또는 「거래상지위 남용행위 규제」는 일본과 우리나라에만 있는 특유한 제도이다. 최근 경제여건의 변화와 관련하여 수직적 제한행위 규제에 대한 논의가 다양한 각도에서 진행되고 있다. 우리나라는 불공정거래행위 심사지침 제정을 위한 작업을 추진하고 있어 참고자료로 활용되도록 하기 위하여 일본의 「公正取引」(公正取引協會 발간)에 게재된 우월적지위 남용행위 규제에 관한 논문을 발췌·번역하여 시리즈로 실는다.

# 일본 독점금지법에 있어서 거래상의 우월적지위 남용 규제에 관한 고찰(I)

栗城利明

공정취인지 1996년 9월호(no551), 10월호(no552), 11월호(no553)

## I. 머리말

최근 경제법학으로서 인접사회과학 분야에서 활발히 논의되고 있는 계열은 반드시 논자에 따라 이의 정의나 이해방식이 일치하는 것은 아니며, 또한 이의 평가도 의거한 학문 내지 입장에 의해 다르다고 말할 수 있다. 그러나 생산·유통계열을 예로 보더라도 이의 최대 공약수적 특징은 수직적·계속적 거래이며, 이를 배경으로 뚜렷이 나타나는 억압적·배타적 행위가 오늘날 해결해야 하는 매우 긴요한 과제이다.

이러한 문제에 대한 접근방법의 하나로 독점금지법에서는 거래상의 우월적지위 남용 규제가 열거되어 있다. 본 규제는 종래부터 억압적 행위에 대한 중심적인 규제로 평가하고 있으나 최근에는 공정취인위원회에 의한 지정고시인 일반지정 11항, 13항에 해당하지 않는 계열화 수단을 본 규제에서 파악, 경쟁제한효과를 제거해야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있으며, 또한 본 규제를 적절히 행함으로써 고정적 관계를 해소, 개방성 있는 거래로 발전할 것이라는 견해도 지적되고 있다.

한편, 소비자거래 분야에 있어서도 사업자와 소비자거래에 있어 불표시(不表示)와 같은 정보의 비대칭성이 존재하는 경우 경품표시법, 일반지정 8항에 추가하여, 일반지정 14항(우월적지위 남용)에 따라 정보상의 우월적지위 남용으로 규제, 소비자정책에 충실하여야 한다는 견해가 「정보의 경제학」의 시각에서 다시 주장되기 시작하였다.

이와 같이 적용 가능한 것인가 아닌가의 여하는 어떻든 간에 사업자간 거래이든, 사업자·소비자간 거래이든 본 규제에 대한 기대는 증대하고 있다고 생각된다. 그러나 경제학자·경제법학자로부터는 본 규제가 각 경제주체의 이익극대화 행위를 부인하는 결과에 이르게 되는 것은 아닌가 하는 염려, 실질적으로 약자보호에 직접 결부되는 것인가 하는 의문, 또한 경쟁과의 관련성이 부족하여 위법성 판단기준이 불명확하게 되기 때문에 본 규제는 억제되어야 하며, 따라서 부정적 내지 소극적 주장이 조금씩 보이며, 실제상이 효용을 둘러싼 다툼이 있는 것도 사실이다.

이론면에서도 독점금지법의 목적을 자유경쟁질서 유지로 이해하는 입장에서부터 본 규제를 불공정한 거래방법에 있어서 「예외」에 해당한다고 하는 今村成和 교수의 견해와 종속사업자·소비자의 대등한 거래권 확보로 이해하는 입장에서부터 본 규제를 불공정한 거래방법에 있어 「중심」이라고 하는 正田彬 교수의 견해로 학설을 이분하는 형태로 첨예하게 대립하고 있는 것은 널리 알려진 바 대로이다.

또한 기존의 법질서와 독점금지법의 저촉·조화를 어떻게 이해하여야 하는가가 문제이다. 즉, 예를 들면 신의측(민법 제1조제2항), 공서양속 위반(동법 제90조), 사기·강박에 의한 의사표시(동법 제96조)와 일반지정 14항에 의한 거래상의 우월적지위 남용 규제의 규제대상 구분을 어디서 찾아야 할 것인가. 다시 말하면, 경쟁질서라는 공익보호를 기조로 하는 독점금지법과 당사자간의 이해조정을 주요한 관심사로 하는 일반사법의 지표를 어디서 찾고, 동시에 시장경제질서를 지탱하는 것으로서 본래 밀접 불가분인 사법질서와 경쟁질서의 관계를 어떻게 정합적으로 설명하여야 할 것인가가 종래 충분히 논해지지 않았다는 점에 대하여도 명확히 할 필요가 있다.

따라서 본고는 실제상으로도 이론성으로도 금일 더한층 여전히 심각한 과제를 제기하는 독점금지법에 있어서 거래상의 우월적지위 남용 규제에 대하여, 이의 개념 안에 포함된 속성과 이의 개념이 적용되는 최대의 범위에 관하여 법적 검토를 시도해 본 것으로 생각한다.

또한 본고의 구성에 대해 약간의 부언을 하자면 첫째, 독점금지법에 있어서 거래상의 우월적지위 남용 규제에 대해 일견하고, 본 주제의 논의의 출발점이 되는 불공정한 거래

방법의 금지(제19조, 제2조제9항)에 대하여, 독점금지법에 있어서 제도의 구성을 확인한다. 그리고 구매력의 남용에 관한 일본과 미국의 심판결 분석을 통해 문제점을 검증한다. 다음으로 공정경쟁저해성의 해석을 둘러싼 여러 가지 견해를 나타내는 학설을 다섯 개의 유형으로 정리하여, 각 유형의 비판적 검토로부터 필자의 입장을 분명히 한다. 그리고 나서 일반지정 14항의 정책적 함의(含意)를 추출하고 본 항의 공정경쟁저해성에 대해 새로운 좌표축의 설정을 시도하였다.

## II. 법규제의 개요

### 1. 제도 측면으로부터의 언급

#### (1) 거래상의 우월적지위 남용 규제의 제도개요

독점금지법은 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 일반소비자의 이익을 보호함과 동시에 국민경제의 민주적이며 건전한 발전을 촉진하는 것을 목적으로 하여, 규제대상으로 사적독점의 금지, 부당한 거래제한의 금지와 더불어 불공정한 거래방법의 금지를 법규제의 3개 근본의 하나로 평가하고 있다. 그리고 불공정한 거래방법의 정의규정인 제2조제9항은 ① 부당한 차별적 취급, ② 부당대가거래, ③ 부당한 고객유인·거래강제, ④ 부당한 구속조건부거래, ⑤ 거래상지위의 부당이용, ⑥ 경쟁자에 대한 부당한 거래방해·내부간섭의 어느 행위유형에 해당하고 각호 열거행위의 범위내에서 「공정한 경쟁을 저해할 우려」가 있는 행위로서 공정취인위원회가 지정고시의 형식으로 구체적으로 지정한 위법유형을 불공정한 거래방법으로 한다. 그리고 본 지정고시는 전 사업분야를 대상으로 하는 일반지정과 특정의 사업분야를 규제대상으로 하는 특수지정으로 크게 나뉘어지며, 독점금지법 제19조는 「사업자는 불공정한 거래방법을 사용하여서는 아니 된다」라고 규정하고 상기의 의미에 있어서 불공정한 거래방법을 금지한다.

거래상의 우월적지위 남용 규제는 독점금지법 제2조제9항제5호의 「거래상지위의 부당이용」(상기 ⑤)에 해당하는 것이며, 일반지정에는 「불공정한 거래방법」(1982년 공취위 고시 제15호)(이하 일반지정이라 함)의 14항에 있어서, 또한 특수지정에는 「백화점업에 있어서 특정불공정한 거래방법」(1954년 공취위 고시 제7호)(이하 백화점업에 있어서 특수지정이라 함)의 1항에서부터 7항 및 「신문업에 있어서 특정불공정한 거래방법」(1964년 공

취위 고시 제14호)(이하 신문업에 있어서 특수지정이라 함)의 2항에서 각각 구체화되어 규제된다. 더욱이 일반지정 14항(우월적지위 남용)의 보완법으로서 「하청대금 지불지연 등 방지법」(1956년 법률 제120호)(이하 하청법이라 함)이 제정되어 있으며, 하청거래 분야에 있어서 거래상의 우월적지위 남용이 규제되기에 이르렀다.

이상, 본 주제의 제도 개요에 대하여 약술했다. 여기에서 본 주제의 총론적 검토로서 이하 본 주제의 대체적인 틀인 불공정한 경쟁방법의 금지(제19조·제2조제9항)에 관해 독점금지법에 있어서 체계적 평가, 예를 들면 사적독점의 금지(제3조 전단·제2조제5항), 부당한 거래제한의 금지(제3조 후단·제2조 제6항)와의 연관을 어떻게 이해할 것인가를 검토하고 불공정한 거래방법의 제도의 틀을 명시하는 동시에, 이의 성격에 대하여 논술한다.

## (2) 불공정한 거래방법의 제도의 틀과 이의 성격

원시독점금지법을 상정한 제국의회의 제안이유 설명에는 실체규정 중 사적독점·부당한 거래제한의 금지를 근본적인 것으로 하고, 이외의 규정은 사적독점·부당한 거래제한의 금지 양자를 단속하기 위한 보완적 규정이라고 설명한다. 그리고 사업활동의 어느 곳에서든 경쟁은 행해져야 하고, 이 경쟁은 공정하지 않으면 안 되는 것으로 불공정한 경쟁방법의 금지는 사적독점·부당한 거래제한으로의 과정을 걷는 사업활동의 맹아적 態容인가 아닌가를 하는 점으로부터 경쟁방법을 규제하는 규정이라고 설명한다. 그러나 1953년에 독점금지법은 개정되었고 종래의 불공정한 거래방법은 그 호칭이 불공정한 거래방법으로 바뀌는 동시에 이의 내용은 舊 제2조제6항의 ① 부당한 거래거절, ② 부당한 차별대가, ③ 부당한 저가격판매, ④ 부당한 고객유인·거래강제, ⑤ 배타조건부거래, ⑥ 구속조건부거래, ⑦ 「각호에 기재된 것 이외에 공공의 이익에 반하는 경쟁수단으로… 공정취인위원회가 지정한 것」에서 앞서 열거한 현 제2조제9항의 내용으로 변경되었다.

이러한 개정의 골자는 2가지 점으로 집약될 것이다. 첫 번째 점은 불공정한 경쟁방법에서 불공정한 거래방법으로 내용을 질적으로 확장하는 호칭방법의 변경이고, 또한 「공공의 이익에 반하는」에서 「공정한 경쟁을 저해할 우려」로 기본 속성이 변경된 것이며, 두 번째 점은 열거된 각 호로부터 이해할 수 있는 것처럼 규제대상에 관해 개정전의 불공정한 경쟁방법은 주로 경쟁당사자간의 관계를 규율하고 있었던 것에 반해 현행 불공정한 거래방법은 「거래상지위의 부당이용」의 신설을 받아들여, 한층 거래당사자간의 관계에 비중을 둔 규제로 變容한 점에 있다. 여기서 이러한 2가지 점을 근거로 하여 불공정한 거래방

법의 금지에 대한 종전과 다른 체계상의 위치부여(평가), 성격파악을 시도하여야 한다는 견해와 본 개정으로부터는 종전과 다른 부분은 도출되지 않는다고 하는 견해를 토대로 학설상 다툼을 인정한다.

이 점에 관해, 다수설은 독점금지법의 모법인 미국 독점금지법의 연혁적 배경에 의거하여 다음과 같은 이해를 제시한다.

거래제한(RESTRAINT OF TRADE) 및 독점행위(MONOPOLIZATION)의 금지를 규정한 셔먼법(SHERMAN ACT, 1890)은 시행경험으로부터 독점형성의 미연방지에 기여하지 못하는 것이 분명하게 되어, (독점)미연에 형성을 저지하여야 한다는 요청(미연형성저지 요청)을 받아들여 FTC법(FEDERAL TRADE COMMISSION ACT, 1914)이 제정되었다. FTC법에서는 불공정한 거래방법(UNFAIR METHODS OF COMPETITION)의 일반적 금지를 제5조에서 규제하고 있으며, 이것은 독점금지법 제19조(불공정한 거래방법의 금지)와 같은 형식이다. 그리하여 현행 불공정한 거래방법의 금지는 이 문언으로부터 분명해지는 것처럼 구 개념의 내용을 실질적으로 확대한 것이다.

따라서 불공정한 거래방법에 있어서 경쟁수단 자체가 비난 가치가 있는 유형을 제외하면, 불공정한 거래방법의 금지는 주로 사적독점의 형성을 미연에 방지할 것을 목적으로 이 수단이 되는 행위를 금지하는 규정이었으며, 사적독점·부당한 거래제한의 금지에 대한 예방적 규정이며, 이러한 관계는 종전과 다르지 않다고 설명한다. 또한 제2조제9항제5호(거래상지위의 부당이용)의 부당성에 대하여, 본 호는 직접적으로는 경쟁질서에 영향을 미치는 것은 아니며, 실질적인 것으로 이해하여야 할 것이라고 설명한다.

이상의 것처럼 본 설은 1953년 개정 불공정한 거래방법의 금지에 대하여 『반트러스트법의 역사에 있어서 천천히 형성되었던 법리를 경험주의적으로 계승하여 이론구성』한 것이며, 본 개정에 의해 적용범위는 실질적으로 확대된 것으로 인식하는 한편, 「공정한 경쟁」의 해석에 대하여 거래제한의 시각을 배제하는 설명에 그친 결과, 제2조제9항제5호, 일반지정 14항은 파악이 곤란하게 되고, 「현저히 다른 특색을 가지고 있는」 것으로 「예외」로 정리한다. 그러나 거래상의 우월적지위 남용은 현실적으로 불공정한 거래방법의 하나의 유형으로서 규제되는 이상, 법해석의 기본적 요청으로서 할 수 있는 한 정합적으로 해설하여야 하는 것은 긴 말이 필요없다. 제2조제9항제5호(거래상지위의 부당이용) 내지 일반지정 14항(우월적지위의 남용)에 대해 해석상 유보하는 입론(立論)은 비판을 초래한다.

이에 대해, 이러한 이해로부터 이탈을 도모, 비교법제상 독자색을 보이는 「거래상지위의 부당이용」을 오히려 하나의 전형으로 인식하고, 「힘」(力)의 남용 규제라고 하는 시각으로

부터 통일적으로 이해하려는 시도가 나타났다. 개요를 기술하면 다음과 같다.

사적독점·부당한 거래제한의 금지에 의해, 시장지배력-체제적(體制的) 종속관계-의 형성이 배제되어도 그것만으로는 경쟁질서가 정비되지 못한다. 현실의 자본주의 사회에서는 경쟁을 매개로 한 자본의 집중이 이어지고, 경제사회에 있어 주도적인 역할의 대기업 내지 지배적 자본이 성립하고 있으며, 이러한 힘의 행사와 경쟁질서와의 관계-개별적 종속관계-를 어떻게 규율할 것인가가 중요한 과제가 된다. 불공정한 거래방법의 금지로는 이러한 과제에 대해 「힘」의 남용 규제라는 형식으로 「경쟁당사자간」 또는 「거래당사자간」에 규제를 더하여 공정한 경쟁질서와 대등거래·대등경쟁의 확보를 도모하려는 것이며, 각 경제주체의 실질적 측면에서의 대등한 입장확보를 주요목적으로 한다.

따라서 전설(前說)을 비판하고 「힘」의 남용 규제라는 형식으로 불공정한 거래방법의 금지를 통일적으로 설명하려고 시도하는 후설(後說)은 어떻게 평가될 것인가. 이 점에 관하여 본 설은 1953년 개정에 유의하여 「거래상지위의 부당이용」에 대하여 정합적으로 설명하려고 시도하는 점에서 평가할 가치가 있다. 그러나 계수법(繼受法)으로서의 구조를 뛰어넘는 입법론은 전설로부터 비판을 받는다. 예를 들면, 사적독점 등에 의해 「체제적 종속관계」가 배제된 후에 잔존하는 「개별적 종속관계」의 배제가 불공정한 거래방법의 금지의 목적인 것으로 하는 본 설에 대해, 무릇 「사적독점 등의 금지가 완전히 가능한 경우에 있어서도 경쟁의 실질적 제한 내지 시장지배력」의 존재를 전면적으로 배제하게 되는 것은 아니라고 한다면 하나의 관념론에 지나지 않는다」라는 비판이다. 또한 통일적으로 설명하려고 하는 점에 대하여도 예를 들면 「경쟁회사에 대한 부당한 내용간섭 등은 적어도 개별의 거래관계·경쟁관계에 있어서 지배적지위에 있는 사업자에 의해 행해진 것에 한정( 한정되지 않는다)된다」고 지적되어, 어느 것에 의하더라도 본 설도 일면에 있어서는 수긍할 수 있기는 하나 충분한 설득력을 결하고 있다고 평가될 수 있다.

생각건대, 불공정한 거래방법이란 「공정한 경쟁을 저해할 우려」라는 문언으로부터 명백한 바, 사적독점·부당한 거래제한의 금지에 있어서 「경쟁을 실질적으로 제한하는」 정도에는 이르지 않는 행위이면서, 기본적으로 시장기구에 있어서 경쟁의 감살(주로 양적 개념), 경쟁의 왜곡(주로 질적 개념) 둘 모두를 초래하는 행위라고 말할 수 있다. 왜냐하면 양적으로도 질적으로도 경쟁질서에 침해가 발생하는 것은 좋은 것은 아니며, 공정한 경쟁질서의 유지를 기본목적으로 하는 법이념으로부터도 시장기구가 충분하게 또한 정상적으로 작용하기 위하여는 이러한 것은 규제되고 시정되어야 할 것이기 때문이다. 그러므로 일반지정의 16항에 이르는 유형은 광범위하게 규제하려고 하는 의도의 구현으로

해된다.

여기서 이러한 이해를 전제로 불공정한 거래방법의 금지에 대하여 검토하여도 시장기구의 실질적 정지를 의미하는 「경쟁의 실질적 제한」이 있었던 것은 말할 수는 없다. 이 문맥에 있어서, 본 규정은 이의 맹아적 행위를 규제하려는 시각으로부터 배타적·구속적 경쟁 제한행위 같은 주로 경쟁을 양적으로 감살한다는 측면에 있어서 사적독점·부당한 거래제한 금지의 예방적·보완적 규정으로서의 역할을 담당하고, 여기서 기본 속성을 구하려는 것이다. 그러나 본 규정은 이에 그치는 것은 아니며, 만약 경쟁을 양적으로 감살하는 것이 아니면서도 시장의 이상적인 작용을 질적으로 왜곡시키는 측면-부당한 경쟁수단에 해당하는 유형, 본 주제의 우월적지위 남용-도 규제하려는 점에서 개별 독자의 존재이유를 겸비하고 있다고 말할 수 있다.

따라서, 필자는 양적 감살의 유형과 질적 왜곡의 유형으로 불공정한 거래방법을 대별한다면, 본 제도의 틀에 대해서는 전자의 측면으로부터 다수설의 이해하는 것이 옳고, 성격과 악에 대해서는 후자의 측면으로부터 예방적·보완적 규정으로 이해하는 것은 다른 독자의 성격을 합쳐 다면적으로 파악하여야 한다고 생각한다.

## 2. 운용면에서의 언급

### (1) 대항력(Countervailing Power)과 구매력(Buying Power)

구매력 남용에 있어서 일·미의 심판결 분석을 살펴보거나, 사전에 경제이론면에서 그 기초이론이 되는 J.K.갈브레이스의 「대항력이론」, JQ이론면에서 구매력 남용과 거래상의 우월적지위 남용 규제의 관계, 이상에 대해서 간단히 설명한다.

경제의 자동조정작용으로는 일반적으로 시장의 동일 무대, 요컨대 다른 판매자에 의해 판매자는 제약받고(=판매경쟁), 다른 구매자에 의해서 구매자는 제약받는다(=구입경쟁)고 하는 「경쟁행위」에 그 기본은 요구되며, 그 기능으로서의 「경쟁상태」를 정비·유지함으로써 독점금지법-경쟁법-은 경쟁정책을 실현한다고 이해된다. 필자도 그 점에 이론(異論)은 없다.

그러나 현대 경제사회의 한 가지 특색인 제조업자 현실의 과점적 시장구조에서는 상기의 「경쟁」(competition)은 반드시 유효하게 작용한다고 만은 할 수 없고 오히려 제조업자의 가격지배에 대처하는 노력으로서 출자한 대규모소매업자가 그 경직된 가격정책을 타파할 경제의 자동조정작용으로서의 실질적 기능, 즉 갈브레이스가 설명한 「대항력」

(Countervailing Power)으로서의 기능을 다했다. 바꿔 말하면 대규모소매업자는 ① 소비자와의 직접적 관계에서는 대량유통과 저이익율을 기초로 하는 대량판매방식에 의해 저가격 판매의 실현을 가능하게 하고, ② 소비자와의 간접적 관계에서도 과점시장 상품에 있어서 PB(Private Brand) 상품을 스스로 개발하는 것 등에 의해 제조업자에게 경영합리화의 압력을 미치게 하고, 결과적으로 소비자에게 이익을 가져온다는 본래 「경쟁」이 다해야 하는 기능의 일익을 맡는다. 그래서 이 문맥에 있어서 ③ 생활협동조합은 소비자에 의한 소비자를 위한 「대항력」의 구현과 이해가능성, 수요와 공급의 교점에서의 자원배분상의 효율성 향상 이외에 정보의 교류에 의해 공급을 변용시키는 효과를 창출한다. 따라서 경제의 자동조정작용으로서 그 기본이 되는 주된 것으로서 수평적 시각에서의 「경쟁」과 수직적 시각에서의 「대항력」은 「현실의 경쟁은 낱실과 씨실이 짜여 나가는 혼합물이다」라는 이해에서라면 일면에서 상호보완의 관계를 발견할 수 있다.

그러나 이 대항력으로서의 중핵은 말할 필요도 없이 「구매력」(Buying Power)이고, 대규모소매업자에 의한 구매력의 남용은 우리나라를 포함한 선진 각국 공통의 경제과제로서 부각되고 있다. 이 문제에 대해 1980년 OECD의 제한적상관행전문가위원회는 보고서를 공표하고, 동 위원회는 「구매력이란 기업 또는 기업집단이 상품 또는 역무의 구매자로서 지배적 지위를 가지고 있기 때문이거나 또는 그 규모 외 기타 다른 특성의 결과로서 전략적 또는 지렛대로서의 기능을 다하는 우위성을 가지고 있기 때문에 다른 구매자가 입수할 수 있는 것보다도 유리한 조건을 공급자로부터 획득할 수 있는 경우에 존재하는 상태」로 정의한다. 이처럼 여기에서는 경쟁자보다도 우월적 위치에 있다는 상태를 문제로 하여 제1의적으로는 대규모소매업자와 중소소매업자라는 「좌우관계」에 주목한다. 그러나 동시에 「이것은 상대방에 대해 불리한 조건을 강요하는 억압적인 행위를 가져오는 것」으로서 「상하관계」에도 관련한다.

그러므로 구매력의 남용은 좌우와 상하로 힘의 방향은 나뉘지고, 후자의 경우 거래상 우월한 지위에 있는 당사자(대규모소매업자)의 상대방 당사자(납품업자)에 대한 부당한 불이익 부여행위, 즉 거래상의 우월적지위 남용으로서 독점금지법상 문제가 된다. 독점금지법에서는 이 점에 관해서 일반지정 14항과 백화점업에 있어서의 특수지정에 의해 대처하게 되지만 PB 제품과 같은 제조위탁계약에 따른 거래인 경우 일정한 조건하에 하도급에서 제재하게 된다.



## (2) 일본·미국에서의 구매력 남용과 규제사례

### 가. 독점금지법과 구매력 남용(일본에서의 규제사례)

우리나라에서는 대규모소매업자에 의한 구매력 남용에 대해 우선 백화점업에 있어서의 특수지정 의해 규제된다. 일반적으로 일반지정과 특수지정의 관계는 일반법과 특별법의 관계로 이해되기 때문이다. 그런데 백화점업에 있어서의 특수지정은 어떠한 규제인가?

백화점업에 있어서의 특수지정은 1953년 독점금지법 개정에 의해 「거래상지위의 부당 이용」 규제가 도입되었던 것을 계기로 해서 「백화점업자의 납품업자에 대한 부당반품 등의 부당한 지위이용행위 규제와 더불어 백화점업자가 고객을 상대로 하는 경품부판매 등의 부당고객유인행위를 규제하는 것을 목적」으로 1954년에 지정고시 되었다. 본 지정은 2조9항5호에 대응하는 것으로서 ① 부당반품, ② 부당할인, ③ 부당한 위탁판매거래의 강제, ④ 특매용품의 부당한 끼워팔기, ⑤ 특정주문품의 부당한 납품거부, ⑥ 부당한 helper 점원의 사용, ⑦ 부당한 경품부판매, 이상을 행위유형으로 지정하고 규제를 계획하고 있다.

그러나 본 지정에서는 강제판매와 협찬금 강요, 또는 다빈도 소규모의 요청이라는 상기 유형 이외의 구매력 남용에 대처하는 것이 가능하지 않아 이것들은 거래상의 우월적지위 남용으로서 우월적지위 남용의 포괄규정인 일반지정 14항(구 일반지정 10항)에 의해 규제된다. 그래서 이 점에 대해서 후술하는 「三越 사건」은 대규모소매업자에 의한 구매력남용의 전형적 사안이며, 거래상의 우월적지위 남용의 측면에서 규제된 현재까지의 유일한 심결이다. 이하 본 심결에 대해서 대략 언급한다.

피심인 주식회사 三越(이하 「三越」이라 한다)은 백화점업계에 있어서 매출액 1위인 업체로서 높은 신용을 얻고 있다. 그래서 납품업자에게 三越是 유력한 거래 우위이고, 어디나 三越과 계속해서 거래하는 것을 강력히 희망하고 있는 상황이다. 이와 같은 상황하에 ① 三越是 납품거래관계를 이용하여 「권유판매」, 「R작전」이라고 칭하는 상점외 판매를 조직적으로 추진하고, 또한 거래액에 따라 공동제작한 영화의 전매입장권의 판매활동을 전개하며, 더욱이 쇼 입장권, 기획한 해외여행에 대해서 상당수의 납품업자에게 판매했다. 이것에 대해 三越로부터 상기 상품, 역무의 구입요청을 받은 납품업자는 三越과 계속해서 거래를 할 입장에 있으므로 어쩔 수 없이 구입하게 되었다. ② 三越是 매장개장·행사에 관한 비용의 전부 또는 일부에 대해 당해 개장·행사가 납품상품에 관한 것임을 이유로 들어 합리적 이유 및 산출근거를 명시하지 않은 채 부담을 요구하고, 더욱이 ③ 특정한 상품의 판매를 직접적인 목적으로 하지 않은 불꽃대회와 大銀座축제 등의 행사에 대해 합리적 이유를 명시하지 않은 채 납품업자에게 부담요청을 하여 납품업자는 지속적인 거래를 할 입장에서

떨 수 없이 부담하게 되었다.

이상의 사실에 대해 공정취인위원회는 「자기의 거래상의 지위가 납품업자에게 우월하다는 것을 이용하여 정당한 상관습에 비취 볼 때 납품업자에게 부당하게 불이익한 조건으로 납품업자와 거래하고 있는 것으로, 이것은 불공정한 거래방법(1953년 공정취인위원회 고시 제11호)의 10에 해당하여 독점금지법 제19조에 위반하는 것이다」고 하여, 배제 조치로서 ①에 대해 납품거래관계를 이용하여 상품 또는 역무의 구입을 요청해서는 안 된다는 것, ②에 대해서 매장개장비·행사비용 부담은 부담에 근거가 있고, 금액이 합리적인 범위내에서 부담에 대해 명시적인 동의가 있는 경우 이외에는 요청해서는 안 된다는 것, ③의 경우 특정상품의 판매를 목적으로 하지 않는 행사에서는 정당한 상관습에 비취서 허용되는 경우를 제외하고는 그 부담을 요청해서는 안 된다는 것을 명령했다.

이상이 본 건 심결의 내용이다. 본 건 심결에 대해서 총괄적 평가를 한다면, 본 건 심결은 전술한 것처럼 대규모소매업자에 의한 구매력 남용에 관한 거래상의 우월적지위 남용으로서 규제된 현재까지의 유일한 심결이다. 또한 구 일반지정 9항 적용의 심결례를 제외하고 종래 거래상의 우월적지위 남용으로서 규제된 심결례는 모두 다른 규정과의 병행적용이었던 것에 비해 본 건 심결은 구 일반지정 10항의 단독적용이었다는 점에서도 특색을 가진다. 그래서 1982년 고시의 일반지정 14항(우월적지위의 남용)은 본 건 심결을 계기로 1호에서 상품·역무의 강제판매(①에 해당), 2호에서 협찬금의 요청(②, ③에 해당)을 독립한 유형으로 명시적으로 규제하게 되었다고 설명된다.

다음으로 본 건 심결에서의 일반지정 14항(구 일반지정 10항)의 적부에 관한 실질요건인 공정경쟁저해성에 대해서 검토하면, 본 건 심결은 공정경쟁저해성에 대해서 경쟁당사자간의 영향을 고려하지 않고 오로지 거래당사자간의 불이익 부여행위 그 자체를 문제라고 한다. 이 점에 관해 전통적 경쟁정책의 견지로부터 일반지정 14항(우월적지위의 남용)에 대해서 좌우관계에의 영향을 필요로 하는 주장도 보여지나 이와 같은 해석은 14항의 문리(文理)에 기본적으로 반하고, 본 규제의 사정권 범위를 과도하게 한정하는 이상 수긍하는 것은 곤란하다. 일반적으로 학설은, 「거래상의 우월한 지위를 이용하여 상대방에 대해서 부당하게 불이익을 강요하는 것 자체에 위법성의 본질」을 인정한다 하여, 본 건 심결의 접근은 정당하다고 평가될 것이다. 그러나 이 사실은 일반지정 14항에 대해 직접 경쟁질서에 영향을 미칠지 여부는 문제가 아니라는 점에서 다른 유형과는 이해를 달리 하게 되지만, 그렇다고 해도 일반지정 14항도 불공정한 거래방법의 범주에서 규제하는 이상, 결국 불공정한 거래방법에 있어서의 본 규제를 어떻게 정합적으로 위치를 잡게 해

야 하는지, 즉 공정경쟁저해성을 어떻게 이해해야하는지 법이론상 중요한 쟁점이 된다.

그러나 본 건 심결은 전술한 대로 일반지정 14항(우월적지위의 남용)의 바람직한 접근 방법은 제시하지만 공정경쟁저해성 자체에 대해서는 언급하지 않아, 여기서는 충분한 시사는 얻을 수 없다. 또한 다른 심판결도 마찬가지로 정면에서 동 쟁점은 채택하지 않는다. 그러므로 본고에서는 다음 장에서 학설에 초점을 모으고 이론면에서 상술해 보기로 한다.

#### 나. 반트러스트법과 구매력 남용(미국에 있어서 규제사례)

그렇다면 모법인 반트러스트법에서는 거래상의 우월적지위 남용은 어떻게 규제되고 있는 것일까? 이 점에 대해 우리나라에서는 본 규제의 이질성이 지적되고, 「그 자체로서 위법 행위의 정형(定型)으로 포착한다고 하는 점은 미국 반트러스트법에는 볼 수 없다」고 설명된다. 또한 미국 정부의 공식의견인 일·미 구조문제협의(SII)에서 「미국 정부의 독점법 가이드라인에 대한 의견」(1991)에서는 「우월적지위의 남용은 미국에는 없다는 개념이다」고 언급한다.

확실히 우리나라의 규제에 직접대응 하는 규제는 발견할 수가 없어 상기 이해는 기본적으로 타당하다. 그러나 구매력 남용에 관해 ① 구매자의 가격차별의 유인·수령행위는 로빈슨 패트만법(Robinson Patman Act, 1936)(이하 「R-P법」이라 한다)의 2조(f)항에 의해 규제되고, ② 구매자의 가격차별 이외의 경제이익 획득행위는 2조(c)항에 의해 수수료와 중개료의 수령행위가 규제되고, 또한 판매자의 판매촉진원조에 관한 차별적 취급을 금지하는 2조(d)항, (e)항(=뒷거래(위장거래) 규제)에 대해, 연방취인위원회법(Federal Trade Commission Act, 1914)(이하 「FTC법」이라 한다) 5조 적용에 의해 판례상 구매자도 규제된다.

이와 같이 미국에서는 구매력 남용은 R-P법 2조(c)항, (f)항, FTC법 5조에 의해 현실적으로 규제된다. 본고에서는 이 점을 근거로 하여 거래상의 우월적지위 남용 규제의 시각에서 행위주체(백화점), 남용형태(협찬금의 요청), 적용법령(불공정한 경쟁(거래)방법의 금지)과 앞서 말한 「三越 사건」과 병렬적인 비교검토를 가능하게 하는 상기 ②가 에 속하는 대표적 판례의 하나인 「Macy 사건」을 채택하여 검토한다. 이하 본 판결의 개략(概略)을 적는다.

R.H.Macy&Co.(이하 「Macy」라 한다)는 전미 제1위 백화점이고, 창업100주년 기념행사 때 20,000사 남짓의 납품업자(vendor)로부터 과거의 납품실적 및 이후의 추측거래량 기준으로 750개사의 납품업자를 선정하여 한 개사 당 \$1,000의 협찬금을 요청했다. 여기에 대해 532개 납품업자가 요청에 응하여, Macy는 총 \$540,000을 모아들었다. Macy는

이 협찬금을 기초로 자기 명성을 높이는 것을 목적으로 광고·판매촉진활동을 전개했지만, 납품업자에게는 특정한 전시와 광고의 기회는 주어지지 않았다.

FTC는 Macy의 행위에는 구입정지와 상거래확대와 같은 명백한 압력은 인정되지 않고, 납품업자에 대해 지불을 거절한 경우 어떠한 결과가 생길지는 분명하지 않지만, Macy의 협찬금 요청은 그 자체 억압을 함의(含意)하고, 본질적으로 억압적·위압적인 것으로, R-P법의 정신에 반하고 FTC법 5조에 위반한다고 했다. 그러나 이러한 납품업자에 전용공급자(captive supplier)는 한 개 사도 없고, 제일 의존도가 높은 납품업자조차도 전 납품량의 6.99%를 차지하는데 지나지 않고, 또한 요청받은 납품업자 750개사 중 168개사는 요청을 실제로 거절하여, 그로 인해 불이익을 받은 적도 없었다. 그래서 Macy에 의해 FTC의 심결에 대한 항소가 행해졌다.

항소법원은 R-P법 2조(d)항의 목적은 대규모구매자(large buyer)가 경제적 지렛대의 힘(economic leverage)을 이용하여 특별한 판매촉진·광고비용의 획득을 저지하는 것이고, 문언 자체는 구매자를 규제대상으로 하고 있는 것이나 Grand Union 사건 판결 및 American News 사건 판결의 경우 구매자가 판매업자를 2조(d)항에 위반하게 하는 것은 FTC법 5조에 의해 당연위법이 된다는 것을 지적하고, Macy 행위가 억압적·위압적인지 여부는 고려할 필요는 없다고 판시했다. 또한 협찬금 수령에 관해 Macy는 협찬금을 일반적인 광고·판매촉진으로 사용, 이것은 납품업자의 상품판매를 위한 대가임에 틀림없으며, Macy의 행위는 경쟁자에게 비례적 평등조건(on proportionally equal terms)에서 제공되지 않는 경제적 이익을 판매업자로부터 수령하는 것에 해당한다는 점에서 FTC법 5조에 위반한다고 판시했다.

그러므로 본 건 판결을 검토하면, Macy의 행위는 FTC법 5조에 위반한다는 결론에서 심결과 판결은 일치하지만 그 이유만은 다르다는 점에 주의할 필요가 있다. 즉, 공소법원에 의한 본 건 판결에서는 R-P법 2조(d)항은 뒷거래(위장거래) 규제를 채용하고 있지만, 그 취지는 대규모소매업자에 의한 구매력 남용행위를 규제함으로써 대규모소매업자와 중소소매업자의 경쟁조건을 구매면에서 정비하는 것에 있다고 하고, 구매단계의 가격 차별 금지를 보완함으로써 경쟁질서에 결부하여 해석해야 한다는 것을 명확히 하고 있다. 따라서 구매자의 행위가 억압적·위압적인지 여부는 판단할 필요가 없고, 구매자가 비례적 평등조건에 반하여 경제적 이익을 부당하게 수령, 경쟁상 유리해 지는 점을 문제시한다.

한편, FTC법에 의한 본 건 심결에서도 경쟁저해효과는 필요하나, 본 건 심결은 Macy

같은 대규모소매업자에 의한 협찬금의 요청은 본질적으로 억압적·위압적이어서 명백한 압력행사를 입증할 것까지는 없다는 R-P법의 정신에 반한다고 한다. 따라서 이 점으로 본 건 판결과 대조적인 차이가 인정되어, 우리나라의 「三越 사건」에 유사한 규제접근법을 찾게 될 것이다. 다만, 본 건 심결은 명백한 압력이 없고 납품업자의 납품비율이 6.99% 이하라는 의존도에서 협찬금의 요청을 위법하다고 규제하여 우월적지위의 남용으로 규제할 경우 거래의존도를 판단지표의 하나로 삼는 우리나라의 운용지침과 비교해 볼 때, 보다 구매력 남용에 민감한 자세도 지적될 것이다.

다음 호(경쟁저널 제106호)로 이어지는 「일본 독점금지법에 있어서 거래상의 우월적지위 남용 규제에 관한 고찰(Ⅱ)」에서는 공정경쟁저해성을 둘러싼 학설의 검토를 통해 공정경쟁저해성에 대해서 규명해 보기로 한다.