

대규모유통업자의 착취남용 규제 개선방안

독일 경쟁제한방지법(GWB) 개정법을 중심으로

이 봉 의 · 조 혜 신



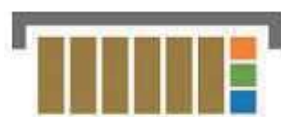
한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

비교법제 연구 12-20-⑬

대규모유통업자의 착취남용 규제 개선방안

- 독일 경쟁제한방지법(GWB) 개정법을 중심으로 -

이 봉 의 · 조 혜 신



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

대규모유통업자의 착취남용 규제 개선방안

- 독일 경쟁제한방지법(GWB) 개정법을 중심으로 -

A Study on Legislative Improvements for Regulation of Exploitative Abuse by Large-Scale Distributors

- Comparison with Recent Amendment of German
Anti-Monopoly Act -

연구자 : 이봉의(서울대학교 법학전문대학원)

Lee, Bong-Eui

조혜신(한국법제연구원 부연구위원)

Cho, Hye-Shin

2012. 10. 20.



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

요약문

I. 연구의 배경 및 목적

- 대규모유통업자는 납품업자에 대해서 이른바 수요지배력(buyer power)을, 매장임차인에 대해서는 공급측면에서 지배력을 갖고 있는바, 이들 거래상대방에 대한 착취관행이 뿌리 깊게 자리 잡고 있음. 이러한 배경 하에 본 연구는 대규모유통업자에 의한 착취남용을 적절히 규제하기 위한 관련 법령의 해석론과 입법론을 모색하고자 함
- 독일에서는 이미 오래 전에 수요측면에서의 지배력을 시장지배적 지위남용의 차원에서 포섭해왔을 뿐만 아니라, 2007년 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ; GWB) 개정을 통하여 에너지산업 및 식료품소매업에 있어서 시장지배적 사업자의 방해 및 착취남용 규제가 대폭 강화되었음. 이러한 독일의 입법례는 우리나라에서 대규모유통업자의 착취남용에 대한 효과적인 규제방안을 마련함에 있어서 시사하는 바가 적지 않을 것임

II. 연구의 결과

- 이론상 착취남용은 공급측면에서 시장지배력을 가진 사업자가 유효경쟁이 이루어지고 있는 시장에서라면 유지되기

어려운 가격이나 거래조건을 정함으로써 소비자를 비롯한 거래상대방의 정당한 이익을 침해하는 행위를 말함. 대규모유통업자는 자신이 갖는 지배적 지위를 이용하여 납품업자나 매장임차인의 이익을 부당하게 침해하는 행위로 나아갈 수 있고, 이를 적절히 규제하는 것은 단순히 이들 중소기업의 보호차원을 넘어서 대규모유통업시장에서 공정한 거래질서를 확립하는 차원에서도 매우 중요한 의미를 가짐. 대규모유통업자의 이른바 착취행위는 주로 가격이나 거래조건의 부당한 설정을 통해서 이루어지는바, 공정거래법과 대규모유통업법은 다양한 착취행위를 규제하기 위하여 각기 포괄적인 규정과 세부적인 규정을 두고 있음

- 독일 경쟁제한방지법상 착취남용에 대한 접근방식은 우리나라에서 만연하고 있는 대규모유통업자의 불공정한 착취남용을 규제함에 있어서 다음과 같이 몇 가지 시사점을 제공하고 있음
 - 첫째, 동법 제20조는 유력사업자를 부당한 차별 및 방해행위의 수범자로 삼고 있는데, 유력사업자란 자기에 종속되어 있는 중소납품업자와의 관계에서 인정되는 지위라는 점에서 대규모유통업자의 착취남용을 규제하기에 적절한 개념으로 보임
 - 둘째, 동법이 남용규제와 관련하여 공급측면뿐만 아니라 수요측면의 남용을 폭넓게 다룰 수 있도록 일반적인 남용금지규정을 두고 있는 점도 규제의 공백이 있을 수 없다는 점에서 눈여겨볼만함

- 셋째, 식료품분야에서 구입원가 이하로 판매가격을 책정하는 행위를 엄격하게 금지하는 태도 또한 입법론상 시사하는 바가 있음. 또한 에너지산업에서 유효경쟁의 정착이 더딘 상황에서 과도기적으로 발생할 수 있는 과도한 요금책정을 규제하기 위하여 별도의 제29조를 규정하고 정당한 사유에 대한 입증책임을 사업자에게 전환한 것은 시장집중이 심화되는 상황에서 대규모 유통업자의 납품업자 등에 대한 착취행위를 규제하는 데에도 적잖이 참고할 만함

Ⅲ. 연구의 시사점 및 활용방안

□ 공정거래법령의 개선방안

- 첫째, 대규모유통업자의 착취행위를 공정거래법상 적절히 규제하기 위해서는 이들을 납품업자 및 점포임차인과의 관계에서 시장지배적 사업자 또는 그에 준하는 사업자로 포착하는 문제를 생각할 필요가 있음
- 둘째, 수요측면에서 착취납용의 규제대상행위를 제약하고 있는 것으로 해석되고 있는 공정거래법령을 개정하여야 할 것임
- 셋째, 대규모유통업자의 착취행위를 효과적으로 규제하기 위해서는 부당성 판단기준을 일부 개선할 필요도 있음

□ 대규모유통업법의 개선방안

- 첫째, 대규모유통업자의 범위와 관련하여 현재 매출액 또는 매장면적을 기준으로 삼고 있는데, 그 범위가 지나치게 넓다는 점에서, 동법의 적용을 받는 유통업자의 규모나 지위에 맞게 사전

적 의무와 금지행위, 분쟁조정 등에 차등을 두는 방향으로 법률을 대폭 개편할 필요가 있음

- 둘째, 과징금 부과기준을 전반적으로 상향하고, 아울러 일부 중대한 법위반행위에 대해서는 징벌배상제도를 도입하는 방안도 검토할 필요가 있음
- 셋째, 대규모유통업자의 일방적인 착취행위를 오히려 조장하고 이를 법적으로 정당화할 소지가 있는 특약매입거래는 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 일정한 품목에 한하여 이를 허용하는 방향으로 동법을 개정하는 것이 바람직할 것임

▶▶ 주제어 : 대규모유통업, 착취남용, 수요지배력, 공정거래법, 독일 경쟁제한방지법

Abstract

I . Background and Purpose

- Large-scale distributors have buyer power over suppliers and supplier power over tenants. Exploitative practices by large-scale distributors against these trading partners are rampant. Against this backdrop, this study try to group for ways to improve interpretation and legislation of relevant laws and regulations to regulate exploitative abuse by large-scale distributors properly.
- In Germany, dominant power on the demand side has been regulated as abuse of market-dominant position for a long time. Moreover, the regulation of impeding and exploitative abuse by market-dominant undertakings has been greatly reinforced through the amendment of German Anti-Monopoly Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB) in 2007. The legislative example of Germany would give much insight for the effective regulation of exploitative abuse by large-scale distributors in Korea.

II . Main Contents

- Theoretically exploitative abuse means that undertakings with dominant power on the supply side set the price or condition

that cannot be maintained in the workable competition so that fair interests of consumers as well as trading partners is harmed. Large-scale distributors would be able to encroach on the interests of suppliers or tenants by using their dominant position. The regulation against this conduct is very important in terms of not only the protection of small and medium undertakings but also the establishment of fair trade in large-scale distribution industry. The Competition Law and the Law on Large-Scale Distribution Industry provide comprehensive and specific clauses respectively in order to regulate various exploitative abuses.

- The approach toward exploitative abuse in German Anti-Monopoly Act gives implications for the regulation of prevalent exploitative abuse by large-scale distributors in Korea;
- Firstly, the Article 20 in the Act provides that strong undertakings should not discriminate and impede unreasonably. The strong undertaking would be appropriate concept for regulating exploitative abuse by large-scale distributors in that it is the position which is defined in relation with subordinate small and medium suppliers.
- Secondly, there is a general clause for prohibiting abusive conduct in the Act so that abuse on the supply side as well as on the demand side could be covered comprehensively.

- Thirdly, the strict prohibition on the price below cost in the Act is meaningful in terms of *de lege ferenda*. And the Article 29 which switches the burden of proof to undertakings for regulating the excessive price in the energy industry is noteworthy.

III. Implications

Improvements in the Competition Law

- Firstly, large-scale distributors need to be regulated as market-dominant undertakings or equivalent to that in relation with suppliers and tenants.
- Secondly, the Competition Law and the relevant Sub-Laws which limit the object of regulation against exploitative abuse on the demand side should be amended.
- Thirdly, the criteria for judging reasonableness should be improved.

Improvements in the Law on Large-Scale Distribution Industry

- Firstly, as the scope of large-scale distributors in the current Law is very wide, the Law should differentiate obligations *ex ante*, forbidden behaviors, dispute resolution, etc. in accordance with the scale and position of distributors in question.
- Secondly, the level of fine should be raised overall. It is necessary to consider to adopt the punitive damage for several serious violations.

- Thirdly, purchase transactions under a special agreement which is likely to encourage the exploitative practices by large-scale distributors should be banned in principle.

► Key Words : large-scale distribution industry, exploitative abuse, dominant power on the demand side, Competition Law, German Anti-Monopoly Act

목 차

요 약 문	3
Abstract	7
제 1 장 서 론	13
I. 연구의 목적	13
II. 연구의 방법과 범위	14
제 2 장 착취남용 일반론	17
I. 착취남용의 규제원리	17
1. 남용의 개념체계	17
2. 착취남용의 개념	18
3. 착취남용 규제의 정당성	19
II. 수요지배력과 남용규제의 대상	23
1. 수요지배력의 의미	23
2. 독일 경쟁제한방지법상 수요지배력의 포착	25
III. 대규모유통업의 착취남용	28
1. 대규모유통업의 특성	28
2. 대규모유통업자에 대한 남용규제 필요성	30
제 3 장 대규모유통업자의 착취행위 규제	35
I. 공정거래법상 착취남용 규제	35
1. 시장지배적 사업자의 착취남용 금지	35

2. 불공정거래행위를 통한 착취행위의 금지	38
II. 대규모유통업법상 착취행위 규제	45
1. 서 설	45
2. 동법상 착취행위의 규제	47
제 4 장 독일 경쟁제한방지법의 예	51
I. 남용규제의 개관	51
II. 대규모판매업자의 착취남용 규제	53
1. 수요지배력을 둘러싼 논의의 경과	53
2. 판매업자의 수요지배력 남용규제	55
III. 특정산업에 대한 가격남용행위	60
1. 식료품소매업에서의 약탈가격 금지	60
2. 에너지산업에서의 착취가격 금지	61
IV. 평가 및 시사점	63
제 5 장 결론: 대규모유통업자에 의한 착취남용 규제를 위한 개선방안	65
I. 공정거래법령의 개선방안	65
II. 대규모유통업법의 개선방안	66
참 고 문 헌	69

제 1 장 서 론

I. 연구의 목적

우리나라에서는 제조업뿐만 아니라 유통시장에서도 집중이 급격히 심화되면서 백화점이나 대형마트를 비롯한 이른바 대규모유통업자가 등장하고, 이들 대규모유통업자가 공급측면에서 지배력을 강화하고 있을 뿐만 아니라 납품업자나 매장임차인과의 관계에서도 상당한 지배력을 갖게 되었다. 대규모유통업자는 납품업자에 대해서 이른바 수요지배력(buyer power)을, 매장임차인에 대해서는 공급측면에서 지배력을 갖고 있는바, 이들 거래상대방에 대한 착취관행이 뿌리깊게 자리잡고 있다. 이러한 배경 하에 본 연구는 대규모유통업자에 의한 착취남용을 적절히 규제하기 위한 관련 법령의 해석론과 입법론을 모색하고자 한다.

1981년 4월 1일 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다)이 시행된 지 30여년이 지난 지금까지 시장지배적 사업자의 거래상대방에 대한 착취남용은 거의 규제되지 않고 있다. 그 이유는 무엇보다 착취남용 여부를 판단하기 위한 이론과 기준이 명확하지 않고, 가격규제에 대한 공정거래위원회의 뿌리깊은 거부감이 크다는 점을 들 수 있을 것이다. 특히 주목할 부분은 공정거래법상 시장지배적 사업자가 거의 전적으로 공급측면만을 염두고 두고 있을 뿐만 아니라, 거래관계의 특성상 압도적인 우위를 갖는 사업자는 시장지배적 지위남용의 범주에서 다루어지지 못하고 있는 점이다.

그나마 대규모소매업분야에 고유한 불공정거래행위는 일찍이 별도의 고시를 통하여 규제되어 왔으나, 이 분야의 불공정거래행위 및 착취행위는 여전히 뿌리깊은 관행으로 유지되고 있다. 그에 따라 2011년에는 「대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률」(이하 “대규모유통업법”이라 한다)이 제정되어 2012년 1월부터 시행되고 있으나, 아

직까지 규제 사례가 없을 뿐만 아니라, 동법 역시 적지 않은 문제점과 한계를 안고 있다.

반면 독일에서는 이미 오래 전에 수요측면에서의 지배력을 시장지배적 지위남용의 차원에서 포섭해왔을 뿐만 아니라, 2007년 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB) 개정을 통하여 에너지산업 및 식료품소매업에 있어서 시장지배적 사업자의 방해 및 착취남용 규제가 대폭 강화되었다. 착취남용에 관한 특별규정의 실효성 논란에도 불구하고 2012년 말까지 5년간 한시적으로 도입하였던 착취남용에 관한 특칙, 즉 동법 제19조, 법 제20조 및 법 제29조를 내용면에서 별다른 수정 없이 연장하는 내용의 경쟁제한방지법 제8차 개정안이 2012년 10월 18일 연방의회를 통과하여 2013년 1월부터 발효하게 되었다. 이러한 독일의 입법례는 우리나라에서 대규모유통업자의 착취남용에 대한 효과적인 규제방안을 마련함에 있어서 시사하는 바가 적지 않을 것이다.

II. 연구의 방법과 범위

본 연구에서는 대규모유통업자의 착취남용행위에 대한 공정거래법 및 대규모유통업법상 규제의 내용을 살펴보고, 문제점과 이를 해결하기 위한 개선방안을 모색하고자 한다. 이를 위하여 제2장에서는 먼저 착취남용과 관련된 주요 개념을 살펴보고, 무엇보다 대규모유통업자의 특성을 감안하여 시장지배적 지위남용의 적용범위를 확대할 필요성이 있는지를 검토한다. 제3장에서는 현행법상 대규모유통업자의 착취남용을 규제하는 법령의 체계와 내용을 살펴보고, 구체적으로 공정거래법과 대규모유통업법상 착취남용 규제의 문제점과 한계를 지적한다. 제4장에서는 비교법적으로 독일 경쟁제한방지법상 착취남용 규제강화를 위한 입법적 노력을 살펴보고, 최근의 제8차 개정예에 이르기까지의 논

의를 정리하기로 한다. 여기서 제시된 시사점을 감안하여 제5장에서는 우리나라에서 대규모유통업자에 의한 착취남용을 효과적으로 규제하기 위한 해석론 및 입법론을 제시한다.

제 2 장 착취남용 일반론

I. 착취남용의 규제원리

1. 남용의 개념체계

독점규제법은 다른 입법례와 마찬가지로 독과점 그 자체를 금지하지 않고, 그로 인한 남용행위만을 금지하는 이른바 “폐해규제주의”를 취하고 있다. 이때 남용이란 크게 소비자를 포함한 거래상대방으로부터 유효경쟁의 상태에서는 상정할 수 없는 이익을 얻어내는 ‘착취행위’(Ausbeutungsmisbrauch; exploitative abuse)와 다른 사업자의 사업활동을 방해하거나 현실적·잠재적 경쟁사업자를 시장에서 봉쇄 또는 배제하는 행위(Behinderungsmisbrauch; exclusionary abuse)로 대별할 수 있다. 방해남용은 일반적으로 시장지배적 사업자의 경쟁자에 대해서 행해지는 반면, 착취남용은 거래상대방에 대해서 행해진다.¹⁾

착취남용의 맥락에서 독점규제법은 시장지배적 사업자의 부당한 가격책정을 금지하는 한편(법 제3조의2 제1항 1호), 부당하게 출고량을 조절하는 행위(동항 2호) 및 부당하게 소비자이익을 현저히 저해하는 행위를 금지하고 있다(동항 5호 후단). 첫 번째 유형은 시장지배적 사업자가 경쟁수준 이상으로 가격을 책정·유지·변경하는 행위, 세 번째 유형은 1호의 요건을 충족하지 않는 여타의 소비자 착취행위를 폭넓게 가리키는 것으로 이해할 수 있다(령 제5조 제1항, 제5항).²⁾ 시장지배력을 가진 사업자가 거래상대방에 대하여 ‘과도한 가격’(excessive prices)이나 ‘불공정한 거래조건’(unfair contractual terms and conditions)

1) Rainer Bechtold, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, §19 Rn.69.

2) 이봉의·전종익, 독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 “소비자이익 저해행위” 금지의 위헌성 판단, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 2008, 264면 이하.

을 부과하는 행위는 남용으로 간주될 수 있다. 이는 강학상 내지 이론상 ‘착취남용’(Ausbeutungsmissbrauch, exploitative abuse)으로 이해된다. 여기서 가격남용행위(Preissmissbrauch) 중 ‘약탈적 가격 설정행위’(predatory pricing) 또는 ‘이윤압착행위’(margin squeeze)는 착취남용에 포함되지 않는다.³⁾

2. 착취남용의 개념

시장지배적 사업자의 남용행위를 규제하는 목적 내지 보호법익은 흔히 경쟁사업자 보호가 아니라 경쟁 그 자체의 보호라고 한다. 이때, 경쟁자보호와 경쟁보호의 관계를 어떻게 이해하느냐에 따라 남용 여부의 판단이 좌우되는 측면은 있으나,⁴⁾ 착취남용을 규제하는 입법례에서는 적어도 착취남용의 규제목적에 관한 한 경쟁 그 자체와 무관하게 부당한 착취로부터 거래상대방을 보호하는 데에서 찾고 있다.⁵⁾

착취남용은 흔히 가격남용이라고도 불리나, 엄밀한 의미에서 가격남용이란 시장지배적 사업자가 가격결정을 통하여 그 지위를 남용하는 것으로서, 여기에는 착취행위 외에도 약탈가격과 같은 배제행위가 포함되어 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 대부분의 입법례에서는 방해 내지 배제남용을 우선적으로 규제하고 있는바, 착취남용과 방해·배제남용의 관계에 대해서는 여전히 논란이 진행되고 있다.⁶⁾

3) 이 점에서 착취남용은 순수한 착취행위(reine Ausbeutungsmissbrauch)로 설명되기도 한다. 약탈적 가격설정행위나 이윤압착행위는 과도한 가격을 설정하여 거래상대방을 착취하더라도, 이와 더불어 경쟁사업자를 방해 또는 배제할 수 있다는 점에서 방해남용(Behinderungsmissbrauch)의 일 유형으로 파악되고 있다.

4) 예컨대, 카르텔에서 문제되는 경쟁제한과 독점력의 남용에서 문제되는 경쟁제한에는 차이가 있고, 그 중 후자에는 제3자의 경쟁의 자유침해가 폭넓게 포섭된다. Volker Emmerich, Kartellrecht, 2006, pp.317.

5) 단, 유럽의 경우 주로 비교시장에서 보다 현저히 높은 가격을 책정하는 행위에 초점을 맞추고 있는바, 이는 차별취급의 관점에서 이해할 수 있고, 착취남용에서 가급적 경쟁관련성을 모색하려는 태도로 이해할 수 있다. EC Commission, 24. Annual Report on Competition Policy, 1994, para.207.

6) 대체로 배제남용의 규제는 추후 소비자를 포함한 거래상대방에 대한 착취를 미연

한편, 이론상 착취남용은 공급측면에서 시장지배력을 가진 사업자가 유효경쟁이 이루어지고 있는 시장에서라면 유지되기 어려운 가격이나 거래조건을 정함으로써 소비자를 비롯한 거래상대방의 정당한 이익을 침해하는 행위를 말한다.⁷⁾ 시장경제에서 가격의 정당성은 유효경쟁을 전제로 하기 때문이다. 통신요금을 비롯하여 인가요금의 적정성이 계속 논란이 되거나 자연독점산업이 자유화되면서 독과점가격 논쟁이 제기되는 점도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 이때 거래상대방의 이익에는 경제적 이익을 비롯하여 거래상대방의 자유로운 선택권이나 부수적인 편의성, 제품의 품질 또는 다양성, 혁신 등 비경제적 이익이 널리 포함된다.⁸⁾

그 중 경쟁가격(competitive price)에 비하여 현저히 높은 수준으로 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위가 착취남용의 가장 전형적인 유형임은 물론이다. 독점규제법은 이러한 행위를 제3조의2 제1항 제1호에서 부당한 가격남용으로 금지하고 있고, 제2호의 출고량조절 역시 시장공급량을 인위적으로 감소시킴으로써 간접적으로 가격인상효과를 가져오는 등 시장지배적 사업자가 부당한 이익을 누리게 되는 경우에 이를 금지하는 점에서 착취남용의 하나로 이해할 수 있다.⁹⁾

3. 착취남용 규제의 정당성

착취남용은 시장경제의 핵심원리인 가격을 직접 규제하는 점에서 많은 논쟁의 소지를 안고 있다. 특히, 경쟁당국이 독점가격의 책정 그

에 방지하는 것으로 설명하고 있는바(Bruce Lyons, The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse, Centre for Competition Policy Newsletter, Spring 2007, p.3), 그렇다면 배제남용이 완벽하게 방지되지 못할 경우에 착취남용을 규제할 필요성과 정당성을 부인하기 어려울 것이다.

7) 경제적 의미에서 착취남용이란 흔히 소비자를 비롯한 거래상대방의 비용으로 독점이윤을 얻는 것으로 이해되고 있다.

8) 그밖에 착취효과의 판단상 난점에 대해서는 Faull/Nikpay, The EC Law of Competition, 2. ed., 2007, 397면 참조.

9) 대법원 2000.2.5. 선고 99두10964 판결; 대법원 2002.5.24. 선고 2000두9991 판결.

자체를 문제 삼는 것은 바람직하지 않다는 주장도 만만치 않게 제기되고 있다.

그 대표적인 근거로는 첫째, 독점가격이란 심각한 진입장벽만 없다면 신규진입을 유인하여 중국에는 가격을 다시 경쟁수준으로 떨어뜨리게 된다는 의미에서 자기교정적(self-correcting) 성격을 가지고, 경쟁법의 개입은 이러한 동태적 경쟁과정을 왜곡시킬 뿐이라고 한다. 특히, 경쟁당국에 의한 가격인하는 당장 소비자에게는 이익이 될지 몰라도, 잔존경쟁과 신규진입을 저해할 우려가 있다는 것이다.¹⁰⁾ 둘째, 착취가격의 판단기준이 불확실하고, 경쟁당국이 가격이나 비용정보를 충분히 확보하기도 어려울 뿐만 아니라, 특히 여러 품목을 생산하는 기업의 경우 품목별로 공통비를 배분하는 작업(이른바, cost allocation)은 매우 자의적일 수 있다. 또한 설사 비용에 비하여 높은 이윤을 누리고 있다고 하더라도 그 원인이 시장지배력이 아니라 뛰어난 효율성일 수도 있다. 셋째, 막대한 투자를 요하거나 기술혁신이 매우 중요한 산업에서 위험을 수반하는 R&D나 혁신을 창출하기 위해서는 오히려 충분한 초과이윤이 허용될 필요가 있을 뿐만 아니라, 시장지배적 사업자가 초과이윤을 누리더라도 이것은 사회 전체의 후생을 감소시키는 것이 아니라 소비자후생이 생산자후생으로 이전되는 것에 불과하다. 아울러 착취남용의 규제 필요성을 인정하더라도 과도하게 높은 가격인지의 여부를 판단할 수 있는 규범적 기준을 마련하기가 쉽지 않고, 적절한 수준의 마진을 산출하기 곤란하여 가격인하명령의 실효성도 담보하기 어려울 뿐만 아니라 그밖에 적절한 시정조치를 강구하기도 어렵다.¹¹⁾ 그밖에 착취남용을 금지하기 위하여 직접 가격규제로

10) Loewenheim, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht Kommentar Band 1 Europäisches Recht, 2005, p.315; 단기적인 소비자이익과 중·장기적인 경쟁구조간에 발생할 수 있는 충돌에 대해서는 Wernhard Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum deutschen Kartellrecht, 4.Aufl., 2007, §19 Rn.151.

11) 자세한 내용은 Richard Whish, 앞의 책, pp.688; Damien Geradin, The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities - A view from

나아갈 경우 자칫 경쟁당국이 ‘가격규제자’(price regulator)로 변질될 위험을 안고 있다는 점도 지적되고 있다.¹²⁾

그러나 현실적으로 “상당한 수준으로 장기간에 걸쳐 존속하는 진입장벽”(significant, long-lasting barriers to entry)이 존재하여 독점가격이 신규진입을 유인할 수 없는 경우에는 가격의 자기교정기능이 작동하지 않는다.¹³⁾ 독과점적 시장구조가 장기간 고착되어 있는 시장에서 독점적 지위나 과점의 상호의존성으로 인하여 가격이 현저하게 경쟁수준을 벗어나서 유지되는 경우에는 사전 또는 사후규제의 방식으로 가격규제가 이루어질 수밖에 없는 것이다. 특히, 자연독점산업에서 요금인가 등 특별법에 의한 사전규제가 부재하거나 제대로 작동하지 않는 경우에는 경쟁당국의 착취남용규제가 여전히 보충적으로 적용될 필요가 있다.¹⁴⁾

이와 관련하여 이미 독점사업자에 대하여 요금규제 등 사전규제가 폭넓게 이루어지는 때에는 설사 인가요금이 지나치게 높은 경우에도 독점규제법상 착취남용으로 문제 삼기 어렵다.¹⁵⁾ 반면, 예컨대 집단에너지사업과 같이 법률상 지역독점이 보장되는 반면 독점가격의 책정에 요금인가 등 아무런 사전규제가 부과되지 않는 경우에는 독점규제법상 사후적인 착취남용의 규제가 중요한 의미를 갖게 된다.¹⁶⁾ 또한

Europe, TILEC Discussion Paper 2007-032, Nov.2.2007, p.7.

12) 특히, 착취남용규제가 물가안정과 같은 정치적 목적으로 이루어질 경우에 이러한 위험은 더욱 현실화되기 쉽다.

13) Emil Paulis, “Article 102 EC and Exploitative Conduct”, A reformed approach to Article 102 EC, European Competition Law Annual 2007, 2008, pp.520.

14) 예컨대, 통신시장에서 시장지배적 사업자의 요금을 사전규제하는 가장 중요한 취지는 구 독점사업자의 착취행위를 막기 위한 것이다. Paschke/Goldbeck, Gesetzliche Vermutungen und Vermutungsleitbilder, ZWeR 1/2007, p.49.

15) 인가요금에 대해서는 법령상 정당한 행위로서 적용제외에 해당한다고 해석하거나 인가처분이 사업자의 가격행위를 정당화하는 효과(이른바, Legalisierungseffekt)를 갖는다는 주장이 가능할 것이다.

16) 이를테면, 시장지배적 사업자가 처음부터 열공급단가를 실제 사용한 연료와는 전혀 무관하게 산정하여 결과적으로 경쟁상태에서는 기대할 수 없는 수준으로 요금

착취가격 여부의 판단이나 비용 산정이 쉽지 않은 것은 사실이나, 이러한 문제는 독점규제법이 금지하는 다른 경쟁제한행위, 예컨대 약탈 가격이나 조건부 리베이트, 끼워팔기 등의 위법성 판단에서도 마찬가지로 제기되는 것으로서 비단 착취남용에 국한되는 것은 아니다. 착취남용을 규제하는 것은 효율성에서 비롯된 초과이윤을 금지하려는 취지도 아닐 뿐만 아니라, 초과이윤 자체를 금지하는 것도 전혀 아니다. 다만, 가격이 과도하게 높은지, 그것이 부당한지 여부에 대한 판단이란 매우 어려운 작업이기 때문에, 그 효과가 명백하고 현저한 경우에 한하여 ‘예외적으로’ 이를 규제할 필요가 있을 뿐이다.¹⁷⁾ 이처럼 착취남용규제는 일반적인 가격규제의 수단이 아니라 매우 엄격한 경쟁법적 요건 하에 소비자의 이익을 보호하기 위한 ‘최후의 보루’(a last resort)인 것이다. 예컨대, 독일의 연방카르텔청이 수차례에 걸쳐 경쟁 질서 하에서 가격규제란 다른 모든 수단이 실패한 특수한 상황에서 동원할 수 있는 ‘비상수단’(Notbehelfe)이어야 한다고 강조한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.¹⁸⁾

요컨대, 독점가격이나 독점이윤이 신규진입을 촉진한다는 전제, 즉 신규진입에 대한 법적, 사실적 장벽이 존재하지 않고 현재의 독점이윤이 장기간 유지될 개연성이 크지 않은 경우에만 착취남용에 대한 규제가 불필요할 수 있다. 따라서 규제산업에서와 같이 대체로 이러한 전

을 높게 책정하는 경우를 상정할 수 있을 것이다.

17) Faull/Nikpay, 앞의 책, p.397. Evans/Padilla, Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules, J. of Competition Law and Economics 1(1), 2005, p.97, pp.119. 그에 따르면 예외적으로 과도한 가격에 대하여 착취남용을 적용할 필요가 있는 전제조건으로 다음의 세 가지가 제시되고 있다. i) 문제의 독점적 지위가 투자나 혁신의 결과가 아니고 법적 진입장벽에 의해서 보호되고 있을 것, ii) 책정된 가격이 평균총비용을 현저히 초과할 것, 그리고 iii) 이러한 가격이 인접시장에서 새로운 상품이나 서비스의 등장을 저해할 우려가 있을 것. 여기서 iii)의 요건은 착취남용을 가능한 경쟁제한성과 결부시키려는 시도로 이해할 수 있다.

18) KG WuW/E DE-R 124, 129 “Flugpreis Berlin-Frankfurt/M; BKartA, Tätigkeitsbericht 1991/92, p.30; 93/94, p.22; 95/96, p.19; 97/98, p.21.

제조조건이 충족되지 않는 시장에서는 경쟁당국이든 규제당국이든 경쟁 시장에서는 상정할 수 없는 과도한 가격책정에 대하여 적극적 개입이 불가피한 것이다. 이때 가격규제를 경쟁당국이 맡아야 하는지, 별도의 산업별 규제기관이 보다 효과적으로 감독할 수 있는지는 별개의 문제이며, 이들 규제기관 역시 비용이나 적정이윤을 산출하기 어려운 것은 마찬가지여서, 적어도 사전적 가격규제가 효과적으로 작동하지 않는 경우에는 경쟁당국이 사후적으로 착취남용을 규제할 정당성을 가진다.

II. 수요지배력과 남용규제의 대상

1. 수요지배력의 의미

수요지배력(Nachfragemacht; buyer power)과 경쟁질서와의 관계는 아직까지 독점규제법과 관련하여 본격적으로 논의되지 않고 있다. 그런데 공급측면과 마찬가지로 수요측면에서의 시장지배력 문제 역시 크게 두 가지 차원에서 접근할 수 있다. 하나는 수요측면에서 시장지배력의 형성 내지 강화의 문제이고(사전적 통제), 다른 하나는 이미 형성된 시장지배력의 남용 문제이다(사후적 통제).

그런데 종래 수요지배력의 형성에 대한 사전적 통제는 거의 이루어지지 못하였으며, 기업결합규제나 부당한 공동행위에 대한 규제에 있어서 수요측면은 그다지 고려되지 않고 있다. 그리고 공정거래위원회의 실무는 지금까지 시장지배적 지위의 남용과 관련해서 공급측면에서의 시장지배력만을 문제 삼아왔으며, 수요측면에서의 시장지배력이 남용될 수 있는 위험은 제대로 인식되지 못하였다. 더구나 1999년 2월 개정 이전의 구 독점규제법상 시장지배적 사업자의 지정제도 하에서는 수요측면에서의 독과점사업자가 처음부터 시장지배적 사업자에 포함되지 않음으로써 법 제3조의 2에 따른 남용규제를 받지 못하였다.¹⁹⁾

19) 구법 제2조 7호는 시장지배적 사업자를 “동종 또는 유사한 상품이나 용역의 공

이러한 규제상의 결함에 착안하여 입법론으로서 수요지배력의 남용과 관련하여 종래의 일률적인 지정·고시제도를 폐지하고, 동법 제2조 7호에 수요지배적 사업자를 아울러 포섭시키는 방안이 이미 오래전부터 제시되었다.²⁰⁾ 그리고 마침내 1999년 2월 독점규제법 제7차 개정에서 공정거래위원회는 동법 제2조 7호를 개정하여 일정한 상품이나 용역의 수요자로서 시장지배력을 가진 사업자를 시장지배적 사업자에 포함시킴으로써, 동법 제3조의2에 따른 남용금지의 적용대상을 확대하기에 이르렀다.

이러한 법개정에도 불구하고 수요지배력의 개념에서부터 수요지배력이 경쟁에 미치는 효과 등 여러 가지 문제들이 아직 미해결의 상태로 남아 있다. 즉, 동법은 수요지배력의 남용행위에 대한 폭넓은 이론적, 실증적인 연구를 토대로 하지 않고 있을 뿐만 아니라, 그러한 남용행위를 가능케 하는 수요시장의 구조적 특성을 충분히 고려하지 않고 있다는 점에서 향후 동조의 합리적인 적용을 위한 해석론과 수요시장에 관한 바람직한 경쟁정책을 모색함에 있어서 확실히 한계를 노출하고 있다.

특히, 독점규제법 제2조 7호 및 제4조의 문제는 무엇보다도 공급측면에서의 시장지배력 남용에 적용되던 종래의 기준을 그대로 수요측면에 적용하고 있다는 데에 있다. 그런데 이러한 접근방법이 타당한지의 여부는 공급측면에서의 경쟁원리가 수요측면에서도 동일하게 기능할 것인지, 수요경쟁과 공급경쟁 내지 판매경쟁은 과연 어떤 관계에 있는지, 그리고 거의 전적으로 상품별 시장점유율에 기초하여 판단되는 절대적인 시장지배력이라는 개념이 과연 수요측면에서의 지배력을 포섭하기에 적합한 것인지를 살펴봄으로써 밝혀질 수 있다.

급에 있어서 시장점유율이 다음 각목의 1에 해당하는 경우로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 사업자”로 정의하고 있었다.

20) 권오승, 「경제법」, 법문사, 1998, 180면.

독점규제법상 수요지배력이 문제될 수 있는 거래관계로는 우선 동법 제3조의2에 의한 수요시장에서의 지배적 지위남용뿐만 아니라, 수요측면에서 실질적인 경쟁제한을 가져올 우려가 있는 기업결합과 부당한 공동행위, 불공정거래행위로서의 거래상 지위남용 등, 국가나 공기업의 조달계약상의 지위남용,²¹⁾ 그리고 하도급법에서 규제하고 있는 하도급거래에 있어서 원사업자의 수급사업자에 대한 지위남용과 약관규제법상 수요지배적 사업자에 의한 부당한 내용의 약관사용 등을 들 수 있다.

2. 독일 경쟁제한방지법상 수요지배력의 포착

1957년의 경쟁제한방지법상 남용을 규제하던 제22조는 수요자로서의 사업자를 남용규제대상에 명정하지 않았으나, 그 후 1976년 동법 제2차 개정을 통하여 지금과 같이 수요측면의 사업자 역시 시장지배적사업자로 될 수 있음을 명문으로 규정하였다. 이어서 1980년 제4차 GWB 개정법은 수요지배력의 남용과 판매시장에서의 집중에 대한 규제를 강화하였는데, 이를 위하여 기존에 시장지배적 지위의 남용을 일반적으로 규제하던 구법 제22조(현재 제19조)와 별도로 제26조 제3항(소극적 차별취급의 금지; 현재 제20조 제3항)²²⁾이 추가되는 한편, 같은 해 1월 1일자로 연방카르텔청에는 “수요지배력”을 전담하는 심결부²³⁾가 설치되기도 하였다.

21) 조달계약의 당사자인 국가나 지방자치단체도 독점규제법상 사업자로서 남용규제를 받는다(대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카3659 판결). 반면, 정부조달을 다루는 ‘국가를당사자로하는계약에관한법률’에서는 수요지배력을 가진 조달주체인 국가 등의 지위남용은 다루지 않고 있다.

22) 동조에 의하면 시장지배적사업자와 사업자단체는 자기의 시장지위를 이용하여 거래관계에서 다른 사업자로 하여금 정당한 이유 없이 특별히 유리한 조건을 제공하도록 해서는 안 된다. 보다 상세한 설명은 Peter Ulmer, “Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37a Abs. 3)”, WuW 1980, 474면 이하.

23) 동 심결부의 소관사항으로는 정부조달에 있어서의 수요지배력, 중소기업의 납품 내지

독일 경쟁제한방지법 역시 수요측면에서의 지배력을 판단하기 위한 별도의 기준을 규정하지 않고 있으며, 독일에서는 종래 시장지배적 지위의 판단을 용이하게 하기 위하여 추정조항이 활용되고 있다. 즉, 한 사업자의 시장점유율이 1/3 이상을 차지하는 경우에는 시장지배력이 법률상 추정되며, 3이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 50% 이상이거나 또는 5 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 2/3 이상을 차지하는 경우에는 당해 사업자들이 전체로서 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정된다(GWB 제19조 제3항).²⁴⁾

그러나 수요시장에서의 지배적 지위를 판단함에 있어서 개별 상품별 시장점유율은 적합하지 않으며, 더구나 수요지배력의 판단을 위한 전제로서 수요시장의 획정기준이 명확하게 마련되지 않은 상태에서 시장점유율을 근거로 한 추정이나 간주는 이론적 근거가 없다는 비판이 강력하게 제기되었고, 현재 동 추정은 오로지 공급측면에서의 지배력에 대해서만 적용될 수 있는 것으로 이해되고 있다.²⁵⁾

실제로 시장지배적 지위 여부를 추론하는 기준으로서 동법 제19조 3항이 정하고 있는 시장점유율 수준은 단지 공급측면에서의 지배력추정을 위해 고안된 것으로서 수요측면에서의 지배력을 적절히 포섭할 수 없고, 일반적으로 공급측면에서와 비교하여 시장점유율의 현저히 낮은 경우에도 수요지배력이 충분히 발생할 수 있다.²⁶⁾ 이와 관련하여 동

원재료조달사업자에 대한 제조업자의 수요지배력, 그리고 제조업자에 대한 판매업자의 수요지배력이었다. “Arbeitsbericht des Bundeskartellamtes 1979/ 80”, in: WuW 1980, 591면 이하, 592면. 그 후 심결부가 산업별로 완전히 재편되었고, 현재는 수요지배력을 전담하는 심결부가 따로 존재하지 않는다.

24) 다만 당해 사업자들이 경쟁조건상 그들간에 실질적인 경쟁을 기대할 수 있거나 또는 그들 전체가 다른 경쟁사업자와의 관계에서 우월적인 시장지위를 갖지 않음을 입증한 때에는 그러하지 아니하다(동조 3항 2문 단서).

25) Monopolkommission, VII. Sondergutachten, 1977, Tz. 47; Ernst Niederleithinger, “Die Verfolgung von Mißbräuchen von Angebots-und Nachfragemacht nach §§22, 26Abs. 2 GWB”, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76, 1977, 75면.

26) W.ernhard Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 317, 324면.

법 제19조 2항 2호는 일응 공급측면과 수요측면에 공통적으로 적용되는 기준을 정하는 한편, 1989년 제5차 개정법에서 수요지배력의 판단에 유용한 설비대체성(Umstellungsflexibilität)과 거래처전환가능성(Ausweichmöglichkeit)을 추가로 고려하도록 한 바 있다. 그에 따라 경쟁사업자와의 관계에서 - 거래상대방과의 관계가 아님! - 우월적인 시장지위(überlegene Marktstellung)를 갖는 경우에 시장지배력이 있는 것으로 취급되며, 이 경우 추정치에 현저히 못 미치는 시장점유율로도 시장지배적 지위가 인정될 수 있게 되었다.²⁷⁾ 다만, 1989년의 개정은 남용규제보다는 오히려 합병규제를 강화하려는 취지에서 비롯된 것임에 유의할 필요가 있다.

따라서 수요시장에서의 지배력을 판단함에 있어서는 수요측면에서의 경쟁이 갖는 특수성을 고려하지 않으면 안 되며, 수요시장의 구조 내지 집중도보다는 개별 제조업자와 판매업자의 관계가 더욱 중요한 의미를 갖는다. 이러한 측면을 고려하여 1980년 제4차 개정법에서 제20조 제3항과 함께 도입된 것이 바로 동조 제2항 2문의 수요측면에서의 ‘상대적인 시장지배력’(relative Marktmacht)에 관한 추정조항이다. 그에 따르면 일정한 상품이나 용역의 수요자가 거래관행상 일반적인 수준의 가격할인이나 기타 반대급부와 별도로 동종의 다른 수요자에게는 제공되지 않는 특수한 이익을 통상적으로 제공받는 경우에 당해 공급자는 그 수요자에게 종속되어 있는 것으로 추정되고,²⁸⁾ 이 때 당해 수요자는 거래상대방인 공급자의 사업활동을 부당하게 방해하거나 공급자를 정당한 이유 없이 차별취급해서는 안 된다. 이러한 추정조항이 동법 제19조 3항이 정하는 시장점유율 추정기준이 수요측면에서

27) Monopolkommission, XIV. Sondergutachten, 1985, Tz. 200; WuW/ E BGH 2483, 2489=WuW 1988, 785, 791, “Sonderungsverfahren”.

28) 이러한 추정의 실효성에 대해 회의적인 견해로는 Helmut Köhler, “die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3-Taugliches mittel zur Erfassung von Nachfragemacht”, DB 1982, 313면 이하.

의 시장지배력을 판단하기에 한계가 있다는 점을 부분적으로 고려한 것임은 물론이다.²⁹⁾

Ⅲ. 대규모유통업의 착취남용

1. 대규모유통업의 특성

유통산업발전법 제2조 1호에 따르면 유통산업은 상품의 도·소매 및 이와 관련된 보관·배송 등과 관련된 산업을 말한다. 그 중 도·소매업은 통계청의 한국표준산업분류(KSIC)에 따르면 도매 및 상품중개업, 소매업, 자동차 및 차량연료 판매업으로 구분되며, 소매업은 다시 백화점·대형마트·슈퍼마켓·체인화 편의점·무점포판매·재래매점 등으로 구분된다. 국내 유통산업은 1996년 우루과이 라운드 협상의 타결에 따라 전면적인 시장개방이 이루어지면서³⁰⁾ 전통적 재래시장·소규모 동네상점 등 지역소매점들에 비해 대형마트·전자상거래 등 새로운 기업형 형태³¹⁾가 점차 확대되어왔다.³²⁾

29) 정부초안이유서 1978, WuW 1980, 352면.

30) 선진국들의 서비스시장 개방요구에 따라 1988년 7월부터 단계적인 개방을 추진하였으며, 1995년까지는 매장면적 3,000㎡ 미만, 점포수 20개 이하까지만 개방을 허용했으나, 1996년부터는 점포수 및 매장면적 제한규정이 폐지됨에 따라, 까르푸 등 외국계 유통업체들이 국내에 진출하였다.

31) 소매업태별 매출액 추이표

구분	2005년 (A)	2006년	2007년	2008년	2009년 (B)	증감액 (B-A)	성장률 [(B-A)/A]
백화점	17.5	18.4	19.0	19.8	21.8	4.3	24.6
대형마트	23.7	25.7	28.4	30.1	31.2	7.5	31.6
슈퍼마켓	18.6	19.3	19.6	21.5	22.4	3.8	20.4
편의점	3.9	4.3	4.8	5.5	6.2	2.3	58.9
홈쇼핑	-	-	-	4.9	5.9	-	-
사이버쇼핑	5.2	7.2	8.9	10.4	12.3	7.1	136.5
기타	134.5	139	145.9	149.7	151.8	17.3	12.8
소매업 전체	203.4	213.9	226.6	241.9	251.6	48.2	123.6

32) 2012.6.29. 공정거래위원회 제1소회의 의결 제2012-095호 2010가유1734, 2010가유

대표적으로 백화점이란 매장면적의 합계가 3천 제곱미터 이상으로 다양한 상품을 구매할 수 있도록 현대적 판매시설과 소비자 편의시설이 설치된 점포로서 직영의 비율이 30% 이상인 점포의 집단'을 의미하며, 이러한 백화점은 “대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준지정고시”(이하 ‘대규모소매업고시’라 한다) 제2조 제1항에 따라 대규모유통업자에 해당한다(유통산업발전법 시행령 제3조 제1항).³³⁾ 백화점은 납품업자가 생산하는 제품의 대량구매자로서, 일부 납품업자의 경우 백화점에서 올리는 매출액이 납품업자 전체 매출액의 상당부분을 차지하기도 한다는 점에서 수요지배력을 갖기도 하고, 정기적으로 1년에 2회씩 대규모 매장개편(MD)을 실시하거나 수시로 소규모 매장개편을 하면서 한정된 진열공간을 납품업자에게 제공한다는 점에서는 공급자로서 지배력을 갖기도 한다.

대형마트는 일반적으로 유통산업발전법상 매장면적 3,000㎡ 이상인 점포를 갖추고 대량구매, 대량진열, 저마진 고회전의 상품판매, 셀프 서비스 등 유통·판매구조를 합리화하여 통상적인 시중가격보다 저렴한 가격으로 소매점에서 취급하는 상품을 판매하는 대규모 점포를 의미한다. 대형마트는 다품목을 취급한다는 점에서 백화점과 동일하나, 고회전과 저비용 운영을 통하여 저가로 판매한다는 점에서 구별되며, 이에 따라 소비계층의 성향도 달라서 양자는 경쟁관계에 있으면서도 별개의 시장으로 이해된다. 대형마트는 단일의 대규모 점포에서 다양

1735 애경유지공업(주) 및 수원애경역사(주)의 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위에 대한 건.

33) 2008.12.5. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2008-316호 2008가유1977 주식회사 신세계의 거래상지위남용행위에 대한 건, 2008.12.4. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2008-316호 2008가유1962 주식회사 현대백화점의 거래상지위남용행위에 대한 건, 2008.12.2. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2008-315호 2008가유1991 롯데쇼핑 주식회사의 거래상지위남용행위에 대한 건; 2011.1.3. 공정거래위원회 제1소회의 의결 (약) 제2011-002호 2010가유1744[(주)현대아이파크몰의 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위에 대한 건(백화점은 납품업자가 생산하는 제품의 대량 구매자로서의 지위를 가지며, 일부 납품업자의 경우 백화점에서 올리는 매출액이 납품업자 전체 매출액의 상당부분을 차지하기도 한다.

한 상품구성으로 대량판매를 원스톱 쇼핑으로 유도한다는 측면에서 다수의 납품업자들에게 수요지배력을 가질 수 있다.³⁴⁾

이러한 맥락에서 유통산업의 독과점화 역시 꾸준히 심화되어 왔다.³⁵⁾ 2009년의 경우 백화점, 대형마트, TV홈쇼핑, 편의점, 대형서점, 전자전문점, 인터넷쇼핑몰 등 대규모유통업에서 상위 3개 대규모유통업체의 시장점유율을 살펴보면 백화점이 약 81%, 대형마트가 약 80%에 달하게 되었다. 이러한 대규모유통업의 독과점화는 크게 두 가지 차원에서 지배력의 강화를 가져왔다. 먼저, 대규모유통업자의 점유율에서 알 수 있는 바와 같이 판매시장에서 절대적인 지배력이 강화되었고, 이어서 판매시장에서의 지배력 강화는 납품업자와 매장임차인과의 관계에서도 위에서 언급한 바와 같이 거래관계에 특수한 지배력을 가져왔다.

2. 대규모유통업자에 대한 남용규제 필요성

대규모유통업자와 납품업자, 매장임차인간에 나타나는 구조적 불평등은 대규모유통업자가 취급하는 품목이 매우 다양하고 자기의 전체 매출에서 특정 납품업자가 차지하는 비중은 작은 반면, 납품업자의 입장에서는 자기의 매출에서 대규모유통업자가 차지하는 비중이 크기 때문에, 이들간에는 거래처 전환에 따른 ‘비용의 비대칭성’(cost asymmetry)이 존재한다. 그 결과 대규모유통업자는 납품업자로부터 유리한 조건으로 제품을 공급받거나 점포임차인에게도 거래조건을 임의로 정할 수 있게 된다.³⁶⁾ 그 결과 심지어 납품업자나 점포임차인이 판매시장에서 적지 않은 점유율을 갖고 있더라도 대규모유통업자와의 관계에

34) 2011.1.6. 공정거래위원회 제1소회의 의결 제2011-004호 2010가유3195 농업협동조합중앙회의 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위에 대한 건.

35) 서강대학교 산학협력단, “대형유통업체와 납품업체간 거래공정화를 위한 제도 개선방안 연구 연구서비스보고서”, 공정거래위원회, 2008, 200-201면.

36) 서강대학교 산학협력단, 위의 글, 71면.

서는 불리한 지위에 처하는 경우가 많다.³⁷⁾ 대규모유통업자의 남용행위를 거래상대방에 따라 구분하여 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 대규모유통업자는 납품업자에 대해서 경쟁수준 이하, 심지어는 제조원가 이하로 납품가격을 책정하도록 요구하거나, 정당한 이유 없이 단가인하나 반품을 하는 등의 방법으로 착취남용을 할 수 있다. 납품계약 체결 후에 추가로 단가인하를 요구하거나 계약기간 중에 판매장려금 인상을 요구하는 경우도 있다. 대규모유통업자는 판매수수료를 과도하게 인상하고, 납품업체에 일방적으로 판촉사원 파견을 요구하기도 하며, 자신이 부담할 비용을 떠넘기거나 상품권 구입 등을 강요하기도 한다. 심지어 납품업체의 전산망에 접속하는 아이디(ID)나 비밀번호를 요구하여 대규모유통업자가 직접 납품업자의 판매정보를 파악하기도 하고, 계약서를 사후에 작성해 형식적으로 갖춰 놓기도 한다.

그런데 여러 가지 형태로 대규모유통업자가 납품업자를 착취하더라도, 이를테면 납품가격의 인하 등에 따른 혜택이 반드시 소비자에게 이전된다고 추론할 수도 없다. 왜냐하면 우리나라와 같이 대규모유통업시장이 고도로 집중되어 있는 경우에는, 납품가격인하가 소비자가격의 인하로 이어지기 보다는 대규모유통업자의 마진 확대로 그칠 소지가 적지 않기 때문이다.³⁸⁾ 또한 대규모유통업자의 수요지배력이 공급측면에서 납품업자가 보유한 시장지배력으로 인하여 상쇄될 수 있는지도 의문이며,³⁹⁾ 단지 구체적인 사안에서 납품가격의 인하 등이 공정거래저해성을 갖는지 여부를 판단하는 단계에서 납품업자가 판매

37) 찰스 피시먼(이미정 역), 월마트 이펙트, 이상미디어, 2011.

38) 이영대, “수요독점의 법적규제 -후방시장 경쟁제한에 대한 수직적 규제 사례를 중심으로-”, 공정거래법의 쟁점과 과제, 서울대학교 경쟁법센터, 법문사, 2010, 47면. 국내 3대 백화점과 대형마트의 매출액은 지난 10여 년간 2.2배 정도 늘었는데 순이익은 약 4.8배나 증가했다(2012년 6월 15일 중앙일보 칼럼 참조). 이들 유통업체가 납품업체에서 값싸게 구입했지만 소비자에게 결코 저렴하게 판매하지 않았다는 것을 의미한다.

39) 서강대학교 산학협력단, 위의 글, 194면.

시장에서 지배력을 갖는지 여부, 그에 따라 대규모유통업자의 수요지배력을 상쇄하는 효과 및 소비자에 대한 가격인하효과 등을 종합적으로 고려할 수 있을 것이다.

다른 한편으로 대규모유통업자는 매장임차인에 대해서도 남용을 할 수 있다. 대규모유통업자로부터 매장의 일부를 임차하여 상품의 판매에 사용하고 그 대가를 대규모유통업자에게 지급하는 매장임차인으로서 백화점이나 대형마트의 한정된 매장면적을 고려할 때 독점적 공급자인 대규모유통업자에 구조적으로 종속될 수밖에 없기 때문이다. 그 결과 대규모유통업자는 판매촉진비용을 부당하게 전가시키거나 정당한 이유 없이 경제적 이익의 제공을 요구하는 등의 방식으로 착취남용을 할 수 있다. 이러한 행위는 그 만큼 매장임차인의 비용을 상승시키게 되고, 결국 그 부담은 소비자가격의 인상으로 이어질 수 있다.

최근 공정거래위원회가 11개 대형유통업체의 판매수수료 수준(대형마트의 경우 판매장려금)과 납품업체의 판촉행사비 등 각종 추가부담 실태를 조사한 바에 따르면, 납품업체에 대한 착취행위는 대규모유통업자의 독과점이 심화되면서 꾸준히 증가해온 것으로 보인다.⁴⁰⁾ 업체별 판매수수료 수준은 2010년과 2012년 계약서를 기준으로 백화점 29.7% → 29.2%, TV홈쇼핑(정률) 34.4% → 34.0%, 대형마트(판매장려금) 5.4% → 5.1%로 하향 안정화되었다. 그러나 대형유통업체가 납품업체에게 부담시키는 판촉행사비, 판촉사원 인건비, 광고비, 인테리어비, 물류비, 반품비, ARS비(자동응답시스템 이용시 할인비용 부담) 등의 경우 2009년과 2011년을 비교하면 백화점 업체의 판촉사원 인건비와 광고비를 제외하고 모두 증가하는 추세이다. 각 백화점의 1개 점포가 개별 납품업체에게 부담시키는 평균 판촉행사비는 1,200만원 → 1,400만원으로 17% 증가하였고, 평균 인테리어비는 4억4,300만원 → 4억7,700만원으로 8% 증가했다. 대형마트의 경우에도 1개 납품업체당 파견 받는

40) 2012년 8월 20일 공정거래위원회 보도자료.

판촉사원의 수는 41.1 → 53.4명으로 30% 증가하였고, 대형마트별로 납품업체에게 부담시키는 평균 판촉행사비는 15억100만원→18억원으로 20% 증가, 평균 물류비는 12억1,800→14억5,500만원으로 20% 증가, 반품액은 31억200만원→43억1,700만원으로 39% 증가한 것으로 나타났다. TV홈쇼핑의 경우 납품업체에게 부담시키는 평균 ARS비용이 3억1,300만원 → 4억8,500만원으로 55% 증가하였다.

이처럼 대규모유통업자는 자신이 갖는 지배적 지위를 이용하여 납품업자나 매장임차인의 이익을 부당하게 침해하는 행위로 나아갈 수 있고, 이를 적절히 규제하는 것은 단순히 이들 중소기업의 보호차원을 넘어서 대규모유통업시장에서 공정한 거래질서를 확립하는 차원에서 매우 중요한 의미를 가진다.

제 3 장 대규모유통업자의 착취행위 규제

대규모유통업자는 거래상대방인 납품업자나 매장임차인과의 관계에서 수요지배력 또는 공급지배력을 이용하여 이들의 정당한 이익을 침해할 수 있다. 대규모유통업자의 이른바 착취행위는 주로 가격이나 거래조건의 부당한 설정을 통해서 이루어지는바, 공정거래법과 대규모유통업법은 다양한 착취행위를 규제하기 위하여 각기 포괄적인 규정과 세부적인 규정을 두고 있다.

공정거래법은 공급측면뿐만 아니라 수요측면에서 지배력을 갖는 사업자를 시장지배적 사업자로 정의하는 한편, 거래상대방에 대한 착취남용을 금지하는 규정을 두고 있고, 대규모유통업자의 불공정거래행위에 대해서는 대표적으로 거래상 지위남용의 금지가 적용될 수 있다. 아울러 최근 제정된 대규모유통업법은 종래 거래계에서 빈번하게 발생하던 착취행위를 상세하게 금지하고 있다. 아래에서는 이들 법률상 대규모유통업자의 착취행위에 적용될 수 있는 규정의 체계와 내용을 살펴본 후, 문제점과 한계를 제시하기로 한다.

I. 공정거래법상 착취남용 규제

1. 시장지배적 사업자의 착취남용 금지

공정거래법은 시장지배적 사업자가 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위와 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위를 금지하고 있다(법 제3조의2 제1항 1호, 2호). 그런데 이들 조항은 다분히 공급측면에서 시장지배적 사업자만을 염두에 둔 것일 뿐만 아니라 시장지배적 지위 또한 주로 시장점유율에 의존하여 판단하고 있기 때문에, 대규모유통업자가 납품업자나 매장임차인을 착취하는 행위를 제대로 규제할 수 없게 되어 있다.

구체적으로 시행령은 가격의 부당한 결정·유지 또는 변경을 정당한 이유 없이 상품의 가격이나 서비스의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사업종의 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우로 한정하고, 상품판매 또는 용역제공의 부당할 조절을 “정당한 이유 없이 최근의 추세에 비추어 또는 유통단계에서 공급부족이 있음에도 불구하고 공급량을 감소시키는 경우로 한정하고 있다(령 제5조 제1항, 제2항). 그런데 대규모유통업자가 납품업자나 매장임차인을 착취하는 양태는 이와 달리 (구입)가격을 인하하거나 (구입)물량을 줄이는 형태로 나타나기 때문에, 결국 공정거래법상 시장지배적 지위남용으로 포섭하기가 거의 불가능한 것이다. 지금까지 공정거래위원회가 대규모유통업자의 착취행위를 시장지배적 지위남용으로 규제한 예가 단 한 건도 없는 이유도 바로 여기에 있다.

따라서 대규모유통업자의 착취행위를 적절히 규제하기 위하여 몇 가지 법개정을 검토할 필요가 있다. 첫째, 착취가격의 행위대상을 가격인상에 국한시키고 있는 시행령 제3조의2 제1항 1호를 개정하여 수요측면에서 지배력을 갖는 사업자, 대표적으로 대규모유통업자가 납품업자에 대하여 구입가격을 현저하게 하락시키는 행위를 포섭할 수 있도록 함으로써 전술한 규제의 공백을 해소하는 것이 바람직하다. 공정거래법은 착취가격의 유형을 가격의 결정·유지 또는 변경으로 폭넓게 규정하고 있는바, 착취남용 규제의 실효성을 확보하기 위해서도 가격의 인상뿐만 아니라 “인하”를 함께 규제할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 아울러 착취남용이 문제되는 부당한 가격책정은 당초 지나치게 높거나 낮은 수준으로 가격을 결정하는 단계에서부터 포착할 필요가 있다는 점에서 가격의 결정이나 유지를 포섭할 수 있도록 시행령을 고쳐야 할 것이다.

둘째, 공정거래법 제3조의2 제1항 1호의 착취남용이 가격에만 한정되어 있는 것도 대규모유통업자의 납품업자에 대한 다양한 형태의 착

취행위를 포섭하기 어렵다는 점에서 규제의 공백이라는 문제를 안고 있다. 대규모유통업자가 납품가격 이외에 다른 거래조건을 일방적으로 부당하게 정하는 방식으로 납품업자를 착취하는 행위는 1호의 규제를 받지 않기 때문이다. 물론, 어떤 거래조건이 가격에 직접 영향을 미치는 경우에는 1호의 착취가격으로 문제 삼을 여지는 있을 것이고, 예컨대 할인율이나 할부조건, 인도장소 등 가격에 직접 영향을 미치는 거래조건이 경우가 이에 해당할 수 있을 것이다. 그러나 구체적인 사례마다 어떤 거래조건이 가격에 직접 영향을 미치는지 여부를 판단하기란 쉽지 않다는 점에서 동호를 상품의 가격이나 용역의 대가 외에 거래조건을 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위로 개정하는 것이 필요할 것이다.

셋째, 착취남용의 또 다른 유형인 물량조절에 관해서도 공정거래법 제3조의2 제1항 2호는 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위 즉, 공급측면만을 규정하고 있다.⁴¹⁾ 그 결과 수요측면에서 나타나는 물량조절, 이를테면 대규모유통업자가 납품업자로부터 조달받는 물량을 정당한 이유 없이 감소시키는 행위는 규제대상에서 빠질 수밖에 없다. 물론 유통업자로서는 경기의 변동이나 시장상황의 변화에 따라 자신이 구매하는 상품의 물량을 조절할 수밖에 없으나, 그것이 당해 상품의 수급상황, 대규모판매업자의 판매능력 등에 비추어 통상적인 수준을 벗어난 경우에는 남용에 해당될 수 있도록 공정거래법과 시행령을 모두 개정하는 것이 타당할 것이다.

한편, 공정거래법 제3조의2 제1항 5호 후단은 착취남용의 하나로 시장지배적 사업자가 부당하게 소비자이익을 현저히 저해하는 행위를 금지하고 있다. 이때, 소비자이익이란 최종소비자의 경제적 이익은 물

41) 해당 사례로는 단 3건이 존재하는데 이 모두 IMF 외환위기 이후 환율인상과 원자재가격폭등, 일시적인 가수요가 복합적으로 작용하여 출고량조절이 이루어진 것으로서 모두 대법원 판결이 내려졌다. 2000년 대두유에 관한 신동방사건, 2001년 남양유업사건, 2002년 제일제당사건이 있다.

론이고 자유로운 선택권이나 부수적인 편의성 등 비경제적 이익을 포괄하는 넓은 의미로 이해할 수 있는바, 대규모유통업의 경우에는 비록 과점체제이기는 하나 백화점이나 대형마트 간에 치열한 경쟁이 이루어지고 있기 때문에 대규모유통업자가 부당하게 불리한 거래조건으로 소비자의 이익을 현저히 저해하는 경우란 상정하기 힘들다. 오히려 대규모유통업자란 소비자가 아닌 거래상대방, 대표적으로 납품업자나 매장임차인에 대하여 이들에게 현저히 불리한 거래조건을 요구하는 방식으로 착취를 할 수 있는바, 이 부분에 대해서는 위에서 제시한 법령의 개정으로 해결하면 족할 것이다.

요컨대, 종래 시장지배적 사업자의 지위남용에 관한 공정거래법의 집행은 그나마 방해·배제남용에 집중되어 있었고, 착취남용에 대한 규제는 불과 몇 건에 불과하였다. 더구나 공정거래법상 대규모유통업자가 수요측면의 시장지배적 사업자로서 가격이나 거래조건을 통하여 납품업자나 매장임차인의 이익을 부당하게 침해하는 형태의 착취행위에 대해서는 남용감독이 이루어질 여지가 전혀 없다. 이 문제를 해석론으로 해결하기에는 한계가 있다는 점에서, 관련 규정을 적절히 개정하지 않으면 안 될 것이다. 법령의 개정이 이루어진 후에도 대규모유통업자가 납품업자나 매장임차인에게 조달가격이나 거래조건 또는 수수료율을 경쟁수준에 비하여 또는 원가에 비하여 현저히 낮게 또는 높게 책정하였는지 여부에 대해서는 추가로 세부적인 기준이 마련될 필요가 있을 것이다.

2. 불공정거래행위를 통한 착취행위의 금지

(1) 거래상 지위남용

공정거래법은 사업자의 불공정거래행위를 금지하고 있다(법 제23조). 시장지배적 지위남용과 달리 불공정거래행위는 처음부터 공급측면과

수요측면을 구분하지 않고, 폭넓게 규정되어 있다. 공정거래법이 거래상 지위남용행위를 규정하고 있는 것은 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 법이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데에 그 취지가 있다.

공정거래법상 불공정거래행위에는 여러 가지 유형이 있으나, 대규모 유통업과 관련해서 주로 문제되는 것은 ‘거래상 지위남용’이다(법 제 23조 제1항 4호). 납품업자나 매장임차인은 대규모유통업자와의 관계에서 거래에 종속되어 있고, 그에 따라 우월적 지위를 갖는 대규모유통업자가 다양한 형태로 이들을 착취할 수 있기 때문이다.

먼저, 거래상 지위란 시장지배적 지위와 같은 절대적 지위는 아니지만 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위로써, 그 판단에 있어서는 거래처선택의 가능성, 시장상황, 당사자간의 자본력·판매력·신용도, 당해 상품이나 용역의 특성, 당해 업종에서의 거래관행, 불이익의 정도 등을 종합적으로 고려한다.⁴²⁾ 판례 거래상 지위를 “상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위”로 파악함으로써, 그것이 개별 거래관계에서 나타날 수 있는 상대적 지위임을 알 수 있다.⁴³⁾

이어서 공정거래법상 사업자가 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위에는 ‘구입강제’와 ‘이익제공강요’, ‘판매목표

42) 대법원 2000.6.9. 선고 97누19427 판결. 다만, 현실의 거래에서 당사자간에 지위가 완전히 대등한 경우란 생각할 수 없다는 점에서 ‘거래상 지위’는 거래당사자간에 지배·종속관계가 가능할 정도로 지위에 현저한 격차가 있어야 하는 것으로 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 그렇지 않을 경우 거의 모든 사적 거래에서 거래상 지위남용이 문제될 것이기 때문이다.

43) 대법원 2002.1.25. 선고 2000두9359 판결.

강제’, ‘불이익제공’, ‘경영간섭’이 있다. 즉 거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 서비스를 구입하도록 강제하는 행위와 거래상대방에게 자기를 위하여 금전·물품·서비스 기타의 경제상이익을 제공하도록 강요하는 행위, 자기가 공급하는 상품 또는 서비스와 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위, 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위, 그리고 거래상대방의 임직원을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래상대방의 생산품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위가 이에 해당할 수 있다.

구체적으로 거래상의 지위를 부당하게 이용하였는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장 및 거래의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품 또는 서비스의 특성, 그리고 당해 행위의 의도·목적·효과·영향 및 구체적인 태양, 해당 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정한다.⁴⁴⁾

거래상 지위남용은 판매목표강제를 제외하면 수요측면에서 우월적 지위에 있는 사업자, 대표적으로 대규모유통업자에 의해서 행해질 수 있으며, 대규모유통업자가 자신의 거래상 우월적 지위를 이용하여 열악한 지위에 있는 거래상대방, 즉 납품업자나 매장임차인에 대하여 일방적으로 물품의 구입강제 등 각종 불이익을 부과하거나 경영에 간섭하는 것은 경제적 약자를 착취하는 행위로서 거래상대방의 자생적 발전기반을 저해하고 공정한 거래기반을 침해하기 때문에 금지된다.

44) 대법원 2000.6.9. 선고 97누19427 판결, 2002.1.25. 선고 2000두9359 판결, 대법원 2002.9.27. 선고 2000두3801 판결.

다만, 종래 대규모유통업자의 거래상 지위남용에 대해서는 공정거래법을 직접 적용하기 보다는 대규모소매업고시를 우선 적용함으로써, 아래에서 살펴보는 바와 같이 공정거래위원회의 규제실무 또한 동고시 위반을 중심으로 이루어져 왔고, 대규모유통업자의 거래상 지위남용에 공정거래법을 직접 적용한 사례는 찾기 어렵다.

(2) 대규모소매업고시

2012년 1월 1일부터 대규모유통업법이 시행됨으로써, 대규모유통업자의 불공정거래행위에 대한 규제는 새로운 국면을 맞게 되었다. 동법상 대규모유통업자는 대규모소매업자와 일치하고, 이들의 거래상 지위남용과 부당한 구속조건부거래에 대해서는 대규모유통업법이 우선 적용되기 때문이다. 다만, 여전히 동법의 적용을 받지 않는 불공정거래행위, 특히 대규모유통업자의 부당한 사업활동방해에 대해서는 여전히 공정거래법이 적용될 수 있고, 이와 관련하여 종래의 대규모소매업고시는 여전히 유효하게 적용된다.

대규모소매업고시는 일정한 요건을 갖춘 대규모소매업자에 대하여 구체적으로 부당반품의 금지(제3조)와 부당감액의 금지(제4조), 부당한 지급지연의 금지(제5조), 부당한 강요행위의 금지(제6조), 부당한 수령거부의 금지(제7조), 판촉비용 등의 부당강요의 금지(제8조), 부당한 경제상이익 수령의 금지(제9조), 배타적 거래와 경영간섭에 관한 사업활동방해 등의 금지(제10조), 서면계약체결의무(제11조), 부당한 계약변경 등 불이익제공의 금지(제11조의2) 등을 규정하고 있다.

공정거래법 제23조 제1항 4호의 거래상 지위남용은 공정거래법이 거래상 지위를 ‘부당하게’ 이용할 것을 요구하는 반면, 시행령의 세부유형에서는 부당성을 명시적으로 규정하지 않고, 강제·강요·불이익·간섭 등의 행위요소로 족한 것으로 규정하고 있다. 반면, 대규모소매업고시는 많은 금지행위에 ‘부당하게’나 ‘정당한 이유없이’를 요건으

로 하고 있어, 공정거래법을 적용하는 경우보다 규제가 어려워지는 측면도 있다. 비교적 최근에 실무상 문제되었던 대규모소매업자의 불공정거래행위를 간략하게 살펴보자면 다음과 같다.

먼저, 대형마트나 백화점의 불공정거래행위를 거래상 지위남용으로 규제함에 있어서는 ‘거래상 지위’ 여부에 대한 판단이 이루어져야 한다. 2004년 카르푸 사건⁴⁵⁾에서는 유통시장에 있어서 거래상 지위의 판단이 다투어졌다. 2000년 말 국내시장에서 한국까르푸의 시장점유율은 10.4%로서 신세계백화점의 이마트(23.7%)에 이어 2위를 차지하고 있었기 때문이다. 이에 관하여 서울고등법원은 한국카르푸의 영업장 면적이 할인점사업자 중 1위인 점 등에 비추어보면, 납품업자들은 대부분 한국카르푸와 같은 구매력과 전국적인 매장의 운영능력을 가진 대형거래처와 계속적으로 거래계약을 체결하고 이를 유지함을 강력하게 희망하고 있다고 할 것이고, 또한 납품업자들 사이에 대형할인점에 대한 납품경쟁이 치열한 것이 유통업계의 현실이어서 한국카르푸와 거래관계를 유지하는 납품업자들이 그와의 거래를 거절하고 다른 대형할인점과 거래관계를 새로이 시작하는 것도 결코 쉬운 것이 아닌 점을 고려하면 한국카르푸는 거래관계에 있어서 납품업자들에 대하여 거래상 우월적 지위를 가진다고 판시하였다.

2008년 (주)신세계의 거래상 지위남용행위에 대한 건에서도 (주)신세계는 납품업자에 대하여 거래상 지위가 인정되었다. 즉, 피심인 (주)신세계는 전국적인 유통망(7개 점포)을 기반으로 국내 백화점시장에서 상당한 시장점유율을 차지(2007년말 기준 15%, 업계 3위)하고 있는 점, 백화점은 일반소비자의 관점에서 볼 때, 일정한 품질이 보장되는 상품만을 거래한다는 인식을 가지고 있어서 납품업자는 백화점 입점을 자신의 상품을 홍보하고 그 품질을 인정받기 위한 중요한 수단으로

45) 서울고등법원 2004.5.27. 선고 2001누17496 판결.

설정하고 있는 것이 일반적인 상황이라는 점, 납품업자는 피심인과 거래단절이 되는 경우에는 인테리어 비용 등 투자비용의 회수가 곤란할 뿐 아니라 대체거래선 확보가 용이하지 않아 단순한 매출 감소 이상의 의미를 가진다는 점 등을 감안할 때, 피심인은 거래상대방인 납품업자에 대하여 거래상 우월적 지위가 있는 것으로 판단되었다.

한편, 대규모소매업고시를 적용하는 경우에는 이미 동 고시에서 정하는 ‘대규모소매업자’의 정의가 곧 동 고시의 규제대상이라는 점에서 일견 개별 사례마다 거래상 지위의 유무를 따질 필요가 없어 보일 수도 있으나, 대규모소매업자가 납품업자 등에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 않는 경우에는 동 고시의 적용이 제외되기 때문에, 이때에도 여전히 거래상 지위 유무가 판단될 수밖에 없다. 먼저, 2001년 이마트 사건⁴⁶⁾에서는 부당감액 행위가 문제되었다. 대규모소매업고시에서 규정한 대규모소매업자에 해당하는 피심인은 2000년 1월부터 11월의 기간 중 매일유업(주)등 40개의 납품업체로부터 자신이 규격·의장·형식 및 가격 등을 미리 정하여 제조를 위탁하는 하도급 방식으로 구매한 자사 브랜드(PB: Private Brand) 상품에 대해 아무런 약정 없이 일방적으로 매월 대금지급 시 납품금액의 1.0~17.0%를 판매장려금이라는 명목으로 총 1,222백만원을 공제하였고, 공정거래위원회는 이를 부당감액행위로 판단하였다. 여기서 부당감액이란 대규모소매업자가 납품업자로부터 상품을 매입한 후에 고시가 정한 예외사유⁴⁷⁾ 없이 대금을 감액하는 행위를 말한다.

2008년에는 공정거래위원회가 신세계, 현대백화점 등이 주식회사에 이션패션 등 32개 납품업자와 거래하면서 경쟁사업자의 EDI 정보통신

46) 2001.2.22. 공정거래위원회 의결(약) 제2001-33호 2000유거1594 (주)신세계백화점(이마트)의 대규모소매업에있어서의특정불공정거래행위 및 부당염대행위에 대한 건.

47) 상품에 납품업자의 귀책사유로 인한 오손, 훼손, 하자 등이 있는 경우, 납품받은 상품이 주문한 상품과 다른 경우에 한하여 거래관행상 정당한 기간 내에 정당한 금액의 범위 내에서 감액하는 경우만 허용된다(고시 제4조 각호).

망에 접속하는 납품업자의 ID 및 비밀번호를 요구하여 접속하는 부당한 방법으로 납품업자와 경쟁백화점간의 매출정보를 취득하여 거래상대방의 경영활동을 간섭하는 행위와 28개 납품업자와 거래하면서 파견받은 종업원을 직매입상품 또는 PB상품의 관리업무에 종사시키는 행위에 대하여 고시 위반을 인정하였다.⁴⁸⁾ 2010년 현대아이파크몰 사건⁴⁹⁾에서는 매장면적 3,000m² 이상인 동일 점포에서 일반소비자가 일상적으로 사용하는 여러 종류의 상품을 소매하는 대규모유통업자인 피심인이 납품업자들과 거래를 하면서 자기의 거래상 지위를 이용하여 계약기간 중 특정매입 판매수수료율을 일방적으로 인상하는 등 계약기간 중에 부당하게 계약조건을 변경한 행위에 대하여 시정명령이 내려진 바 있다.

한편, 2009년 하이마트 사건⁵⁰⁾에서는 공정거래법 제23조 제1항 4호와 함께 대규모소매업고시가 적용되기도 하였다. 공정거래위원회는 직전 사업년도 매출액이 1,000억원 이상으로서 일반소비자가 일상적으로 사용하는 가전제품을 판매하는 대규모유통업자인 피심인에 대하여 자기의 거래상 지위를 이용하여 직매입 납품업자들과 미리 구체적으로 반품조건에 관한 서면 약정을 체결하지 아니하고 직매입한 상품을 반품하는 행위, 직매입 납품업자들과 파견조건에 관하여 사전에 명확하게 서면으로 약정하지 아니하고 납품업자의 종업원을 자기의 판매업무에 종사시키는 행위 등에 대하여 시정명령을 내렸다.

48) 2008.12.5. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2008-316호 2008가유1977 주식회사 신세계의 거래상지위남용행위에 대한 건, 2008.12.4. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2008-316호 2008가유1962 주식회사 현대백화점의 거래상지위남용행위에 대한 건, 2008.12.2. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2008-315호 2008가유1991 롯데쇼핑 주식회사의 거래상지위남용행위에 대한 건.

49) 2011.1.3. 공정거래위원회 제1소회의 의결(약) 제2011-002호 2010가유1744 (주)현대아이파크몰의 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위에 대한 건.

50) 2009.11.9. 공정거래위원회 제1소회의 의결(약) 제2009-212호 2009가유1875 (주)하이마트의 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위에 대한 건.

II. 대규모유통업법상 착취행위 규제

1. 서 설

(1) 법제정의 배경과 의의

종래 대규모유통업자와 납품업자, 점포임차인과의 거래관계에서 발생하는 다양한 불공정거래행위, 특히 부당한 가격이나 거래조건을 통한 착취행위에 대해서는 공정거래법과 대규모소매업고시가 적용되어 왔다. 그런데 이를 통하여 대규모유통업자에 의한 상품의 부당반품, 상품대금의 부당감액, 각종 부당한 강요행위 등 유통업분야에서 전형적으로 발생할 수 있는 불공정거래행위가 세부적으로 규제되어 왔음에도 불구하고, 대규모유통업분야의 시장집중은 더욱 심화되고, 대규모유통업자의 지위는 절대적·상대적인 의미에서 계속 확장되었다. 그에 따라 납품업자나 점포임차인이 경험하는 각종 착취행위는 여전히 거래관행으로서 업계에 만연되어 있었다.

더구나 판매장려금의 부과, 판촉비용의 전가, 판촉사원의 파견, 계약내용의 변경 등 불공정한 착취행위가 행해지더라도 부득이하게 거래관계를 유지하여야 하는 납품업자나 점포임차인의 입장에서는 만일의 불이익을 우려하여 신고 자체를 꺼릴 수밖에 없다. 그 결과 공정거래위원회가 대규모유통업자의 범위반사실을 인지 내지 적발하기도 쉽지 않을 뿐만 아니라, 조사를 개시한 경우에도 충분한 증거를 확보하기가 매우 어려운 점도 이 분야에서 착취행위가 좀처럼 근절되지 않는 또 다른 요인이다.⁵¹⁾

그에 따라 종래 공정거래법에 근거한 대규모소매업고시의 내용을 기초로 대규모유통업법이 마련되기에 이르렀다. 2011년 11월 14일에

51) 서강대학교 산학협력단, 위의 글, 201면.

제정되어 2012년 1월 1일부터 시행된 대규모유통업법은 대규모유통업에서의 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자 또는 매장임차인이 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전할 수 있도록 함으로써, 국민경제의 균형 있는 성장 및 발전에 이바지함을 목적으로 한다(법 제1조).⁵²⁾ 이처럼 동법은 그 목적으로서 공정거래법과 달리 경쟁촉진을 명시하는 대신, 거래당사자의 상호 보완적인 발전을 명시함으로써 사후규제에 한정되지 않고, 보다 적극적으로 대규모유통업자의 남용규제 및 납품업자 등의 지위 향상을 위한 폭넓은 규제수단을 담을 수 있게 되었다.

(2) 동법의 적용범위

대규모유통업법은 기존의 대규모소매업고시와 마찬가지로 적용대상 사업자를 일정한 기준, 즉 매출액과 점포면적을 기준으로 명시하고 있다. 그런데 동법은 대규모유통업자가 납품업자나 매장임차인에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 않는 경우에는 적용되지 않기 때문에(법 제3조 제1항), 대규모소매업고시와 마찬가지로 구체적인 사례마다 특정 유통업자의 거래상 지위를 따지지 않으면 안 된다. 이때, 거래상 우월적 지위 여부는 유통시장의 구조, 소비자의 소비실태, 대규모유통업자와 납품업자 등 사이의 사업능력의 격차, 납품업자 등의 대규모유통업자에 대한 거래의존도, 상품의 특성, 특히 공정거래법이 정하는 기업집단이나 하나의 대규모유통업자가 운영하는 유통업태의 범위 등을 종합적으로 고려하여 판단한다(법 제3조 제2항).

이러한 점을 고려할 때 대규모유통업법은 무엇보다 공정거래법상 거래상 지위남용을 대규모유통업분야에서 규제하기 위한 특별법의 성격

52) 여기서 공정한 거래질서의 확립은 공정경쟁 및 거래조건의 공정성을 널리 포함하는 것으로 이해할 수 있다. 법무법인(유한) 태평양 공정거래팀, 대규모유통업법 -이론과 실무-, 박영사, 2012, 28면.

을 갖는다. 이와 같은 맥락에서 대규모유통업법은 대규모유통업자와 납품업자 등 사이의 거래에 관하여 공정거래법 제23조 제1항 4호(거래상 지위남용) 및 5호 전단(부당한 구속조건부거래)에 우선하여 적용되며(법 제4조), 공정거래법상 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위는 여기에서 제외된다. 따라서 기존의 대규모소매업고시는 대규모유통업법과 대체로 유사한 내용을 규정하고 있으나, 부당한 사업활동방해에 적용되는 한도에서는 나름의 고유한 의미를 가질 수 있다.

한편, 대규모유통업법의 적용을 받는 대규모유통업자란 소비자가 사용하는 상품을 다수의 사업자로부터 납품받아 판매하는 자(가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제2조 2호의 “가맹본부”를 포함한다) 중 직전 사업연도의 소매업종 매출액⁵³⁾이 1천억 원 이상인 자 또는 매장면적(매장의 바닥면적에 100분의 95를 곱하여 산출된 면적을 말한다)의 합계가 3천 제곱미터 이상인 점포를 소매업에 사용하는 자를 말한다. 따라서 SSM(수퍼 수퍼마켓) 등 중형매장을 운영하는 업체, 커피전문점이나 편의점 등의 가맹본부 등이 거의 모두 동법상 대규모유통업자에 포함될 것이다.

2. 동법상 착취행위의 규제

대규모유통업법은 대규모유통업자와 납품업자, 점포임차인의 거래관계를 규율하는 대원칙으로 신의성실의 원칙을 규정하고(법 제5조), 이어서 크게 세 가지 방식으로 거래공정화를 위한 다양한 수단을 마련하고 있다.

첫째는 대규모유통업자에게 거래공정을 담보하기 위한 ‘사전적 의무’를 규정한 부분이다. 즉, 대규모유통업자는 납품업자 등과 계약을

53) 기업회계기준상 순액법에 의하여 수익을 인식하는 사업자의 경우에는 총매출액을 말하며, 가맹본부의 경우 소매업종 매출액과 가맹점사업자에게 판매한 상품매출액을 합산한 금액을 말한다. 다만, 직전 사업연도의 사업기간이 1년 미만인 경우에는 그 기간 동안의 매출액을 12개월로 환산한 금액으로 한다(법 제2조 1호 가목).

체결한 즉시 계약사항이 명시된 서면(전자거래기본법상 전자문서를 포함)을 교부하여야 하고, 서면을 교부하기 전까지는 납품할 상품을 제조·주문하게 하거나 납품할 상품을 위한 설비·장치를 준비하도록 요구해서는 안 된다(법 제6조 제1항, 제3항). 대규모유통업자는 계약서면 등의 서류를 납품업자 등과의 계약이 끝난 날로부터 5년간 보존하여야 한다(동조 제8항). 서면주의와 관련하여 특히 주목할 것은 바로 계약성립추정제도⁵⁴⁾이다. 즉, 납품업자 등은 대규모유통업자가 서면을 교부하지 않는 경우에 계약사항을 서면으로 통지하여 계약내용의 확인을 요청할 수 있고, 대규모유통업자가 통지를 받은 날부터 15일 이내에 서면으로 아무런 회신을 발송하지 않은 경우에는 통지된 내용대로 계약이 체결된 것으로 추정한다(동조 제4항). 동법이 이처럼 매우 엄격한 서면주의를 채택하는 것은 납품업자 등에게 추후 분쟁발생이 피해를 예방할 수 있게 하는 한편, 계약도 제대로 체결하지 않고 납품업자 등이 상품을 제조하거나 설비를 준비하는 등 이른바 관계특정적 투자(relation specific investment)를 하게 함으로써 특정 대규모유통업자에게 고착되어 불공정거래의 구조가 형성되는 것을 방지하기 위한 취지이다.

또한, 대규모유통업자는 특약매입거래로 납품받은 상품을 판매하거나, 매장임차인의 상품판매대금을 받아 관리하거나 또는 납품업자로부터 위탁받아 상품을 판매하고 그 대금을 받아 관리하는 경우에 그 판매대금을 월 판매마감일부터 40일 이내에 납품업자나 점포임차인에게 지급하여야 하고, 40일이 지난 후에 지급하는 경우에는 그 초과기간에 대하여 공정거래위원회가 고시하는 이자율에 따른 이자를 지급하여야 한다(법 제8조). 이는 대규모유통업자가 판매대금을 관리하면서 그 지급을 미루는 방법으로 이자 상당의 부당이득을 착취하는 행위를 금지하기 위한 것이다. 끝으로, 대규모유통업자는 납품업자 등과

54) 이 제도는 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」 제3조에 먼저 도입되었던 것을 대규모유통업법이 수용한 것이다.

거래를 중단 또는 거절하거나 이들의 매장위치·면적·시설을 변경하도록 하는 경우 납품업자 등이 지출한 설비비용의 일정 부분을 보상하여야 한다(법 제16조).

둘째는 대규모유통업자의 거래상 지위남용을 판단함에 있어서 ‘부당성’ 여부를 고려하도록 하고 있는 부분이며, 이 경우 공정거래위원회가 부당성 여부를 입증하지 않으면 안 된다. 대표적으로 대규모유통업자가 납품업자 등에게 배타적 거래를 부당하게 강요하는 행위(제13조)와 납품업자가 다른 사업자에게 공급하는 상품의 공급조건(공급가격을 포함)에 관한 정보 등 경영정보의 제공을 부당하게 요구하는 행위(제14조)를 들 수 있다.

셋째는 대규모유통업자의 일정 행위를 달리 ‘정당한 사유’가 없는 한 금지하는 것으로서, 이 경우 정당한 사유의 존재에 대한 입증책임은 대규모유통업자가 부담하게 된다. 그 중에서 경제적 이익 제공 요구(제15조)나 상품권 구입 요구(제17조)의 경우에는 법률상 정당한 사유로 어떤 것이 있는지를 예시하지 않고 있는 것도 있고, 정당한 사유를 명확히 규정하고 있는 것도 있다. 후자의 예로는 대표적으로 상품대금 감액을 들 수 있는바, 납품받은 상품이 계약한 상품과 다르거나 납품업자의 책임 있는 사유로 인하여 오손·훼손되었거나 상품에 하자가 있는 등 정당한 사유가 있는 경우로서 해당 거래분야에서 합리적이라고 인정되는 기간 내에 상품대금을 감액하는 경우에는 금지되지 아니 한다(제7조). 또한 상품 수령 거부·지체에 관하여 납품받은 상품이 납품업자의 책임 있는 사유로 인하여 훼손되는 등 일정한 사유가 발생한 경우(제9조), 상품의 반품 금지에 관하여 거래분야에서 합리적이라고 인정되는 기간 내에 반품하는 경우(제10조), 납품업자 등의 종업원 사용에 관하여 납품업자 등과 사전에 파견조건을 서면으로 약정하고 파견된 종업원 등을 실제 이들을 고용한 납품업자 등이 납품하는 상품의 판매 및 관리 업무에 종사하게 하는 경우(제12조)가 있다.

한편, 대규모유통업법은 종래 납품업자 등이 범위반행위를 관계 기관에 신고하거나 알린 것을 이유로 납품업자 등에게 불리하게 계약조건을 변경하거나 납품 이나 매장임차의 기회를 제한하거나 또는 계약의 이행과정에서 불이익을 주는 행위를 금지하는 규정을 도입하였다(법 제18조). 아울러 동조 위반에 대해서도 시정조치나 과징금이 부과될 수 있도록 함으로써 나름 그 실효성을 담보하고자 하였다(법 제32조, 제35조). 또한 대규모유통업법은 종전에 없던 분쟁조정협의회를 한국공정거래조정원에 설치하여, 이 분야의 불공정거래를 둘러싼 분쟁의 원만한 해결을 도모하고 있다(법 제20조). 조정이 성립할 경우에는 민사상 화해의 효력이 발생하며, 대규모유통업자가 조정사항을 이행한 때에는 원칙적으로 공정거래위원회는 시정명령을 하지 않는다(법 제27조).

제 4 장 독일 경쟁제한방지법의 예

I. 남용규제의 개관

독일 경쟁제한방지법상 시장지배적 지위남용의 규제는 우리나라와 달리 여러 조항으로 이루어져 있다. 먼저, 동법 제19조 제2항과 제3항은 각각 시장지배적 지위를 정의하는 한편 점유율을 기준으로 시장지배적 사업자를 추정하고 있다. 그에 따르면 시장지배적 사업자란 특정 상품이나 서비스의 공급자나 수요자로서 관련 상품 및 지역시장에서 지배적 지위에 있는 사업자를 말하고, 한 사업자가 시장에서 3분의 1 이상의 시장점유율을 가지고 있는 경우, 셋 이하의 사업자의 점유율의 합이 50%에 이르는 경우, 또는 다섯 이하의 사업자의 점유율의 합이 3분의 2 이상인 경우 시장지배적 사업자로 추정된다.

구체적으로 남용금지를 규정하고 있는 것은 동법 제19조 제1항과 4항인데, 제1항은 시장지배적 사업자의 남용행위를 일반적으로 금지하는 한편, 제4항에서는 대표적인 남용행위를 예시하고 있다. 제4항 각호 중에서 1호와 4호는 방해남용을, 2호와 3호는 착취남용을 금지하고 있다. 즉, 방해남용으로는 정당한 사유 없이 시장에서의 경쟁에 상당한 영향을 미치는 방법으로 다른 사업자의 경쟁가능성을 저해하는 행위(1호)와 필수설비에 관한 거래거절(4호)이 규정되어 있고, 착취남용으로는 유효경쟁 하에서 상당한 개연성으로 기대되는 수준을 넘는 가격이나 거래조건을 거래상대방에게 요구하는 행위(2호)와 정당한 사유 없이 비교가능한 시장에서 동종의 거래상대방에 대한 것보다 불리한 가격이나 거래조건을 요구하는 행위(3호)가 규정되어 있다.

이와 더불어 경쟁제한방지법 제20조는 시장지배적 사업자의 부당한 사업활동방해 및 차별취급을 금지하고 있는바, 거래처 전환가능성이 충분하지 않아 자기에게 종속되어 있는 중소기업자를 둔 유력한 지위

에 있는 사업자(marktstarke Unternehmen)(이하 “유력사업자”라 한다) 또한 동일한 남용규제를 받게 된다(법 제20조 제1항, 제2항). 유력사업자는 중소기업자와의 거래관계에서 나타나는 지배·종속성 여부에 따라 판단된다. 중소기업자들은 종속관계에 있음을 의미하고, 여러 사정을 종합하여 고려하여 볼 때 객관적인 회피가능성과 주관적 수인가능성이 없어야 한다. 예컨대, 상품관련 종속성, 선도사업자 종속성, 사업관련 종속성, 수요관련 종속성 등이 있다.⁵⁵⁾ 구체적으로 동법 제20조 제1항과 제4항은 시장지배적 사업자와 유력사업자의 방해남용을 금지하는 것이고, 착취남용에는 동조 제2항과 제3항이 적용된다.

경쟁제한방지법상 방해남용으로는 먼저 시장지배적 지위를 가진 사업자가 정당한 사유 없이 다른 사업자에 대하여 직·간접적으로 차별 취급을 하거나 이들을 방해하는 행위가 금지된다(제1항). 이는 경쟁제한방지법이 시장접근의 자유를 확실히 보장하고 신규진입의 제한을 막기 위한 것이다.⁵⁶⁾ 또한 경쟁관계에 있는 중소기업자에 대하여 우월한 지위(überlegene Marktmacht)를 가진 사업자가 직·간접적으로 이들 경쟁사업자를 부당하게 방해하는 행위가 금지된다(제4항). 여기서는 종래 약탈적인 할인이나 리베이트를 제공하여 경쟁사업자를 방해 또는 배제하는 행위가 주로 문제되었다.

이와 달리, 착취남용으로는 시장지배적 또는 유력한 지위에 있는 사업자가 중소기업자를 상대로 부당하게 방해 또는 차별을 하는 행위가 금지된다(제2항). 사업자의 유력한 지위 여부 내지 상대방이 중소기업인지의 여부는 수직적 관계에 있어서 상대적 시장지배력의 개념으로 파악하여야 하는데, 그 판단에 있어서 종속성이 요구된다. 한편, 수요지배력과 관련하여 대규모판매업자의 제조업자에 대한 착취행위를 규

55) 황태희, “독일 경쟁제한방지법 상 중소기업 보호규정과 시사점”, 부산대학교 법학연구 제52권 제1호, 2011.02, 9면.

56) BGH v. 8.6.1967, WuW/E BGH 863 (867) - Rinderbesamung II.

제하는 것이 바로 동조 제3항인데, 그에 따라 시장지배적 또는 유력한 지위에 있는 사업자가 정당한 사유 없이 이익을 제공하도록 요구하는 행위가 금지되어 있다.

그밖에 2007년 12월 22일부터 “에너지, 식료품분야에서 가격남용의 방지에 관한 법률”(Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels)이 시행됨에 따라 특정 산업에 대한 착취·방해행위가 보다 엄격하게 규제되기 시작하였다. 동법에 따라 경쟁제한방지법에 제29조와 제20조 제4항이 새로이 도입되었다. 제29조는 에너지사업자의 착취남용을, 제20조 제4항은 식료품판매업자의 약탈가격을 보다 용이하게 규제하기 위한 것이다. 그럼에도 불구하고 경쟁제한방지법 제19조, 제20조의 남용규제 또한 중첩적으로 적용될 수 있다. 동 개정법의 강화된 내용은 지나친 규제를 우려하여 2012년 말까지 한시적으로 효력을 갖는바, 2012년 5월 28일 제8차 법 개정을 통하여 2013년 1월부터 대부분의 내용이 또다시 5년간 연장되었다.

II. 대규모판매업자의 착취남용 규제

1. 수요지배력을 둘러싼 논의의 경과

독일에서 수요지배력(Nachfragemacht)의 문제는 1970년대 중반 이후 수요측면에서 지배력이 있는 대규모판매업자에 대하여 금지청구의 소(Unterlassungsklage)와 손해배상청구가 빈발하기 시작하면서 논란의 대상이 되었다. 그러나 적어도 1957년에 경쟁제한방지법을 제정할 당시 입법자의 관심은 단지 제조업자가 공급측면에서 갖는 시장지배력을 규제하는 데에 맞추어져 있었고, 이러한 태도는 당시의 경제현실과도 대체로 부합하는 것이었다. 그 후 제조업자가 수요지배력을 가

진 대규모판매업자와 거래함에 있어서 여러 가지 부당한 이익을 제공하도록 강요받는 것이 판매업자들 간의 성과경쟁(Leistungswettbewerb; competition on the merits)⁵⁷⁾에 반한다는 비판이 제기되기 시작하였다. 이와 동시에 판매시장에서의 집중도 급격히 심화되었다.⁵⁸⁾ 이러한 현상은 모두 판매업자가 수요측면에서 자신의 영향력을 강화하는 방향으로 작용하였고, 납품업자에 대하여 그 지위를 남용할 위험도 더욱 커지기에 이르렀다.

그에 따라 1957년의 경쟁제한방지법상 남용을 규제하던 제22조(현재 제19조)는 수요자로서의 사업자를 남용규제대상에 명정하지 않았으나, 그 후 1976년 동법 제2차 개정을 통하여 지금과 같이 수요측면의 사업자 역시 시장지배적사업자로 될 수 있음을 명문으로 규정하였다. 이어서 1980년 제4차 GWB 개정법은 수요지배력의 남용과 판매시장에서의 집중에 대한 규제를 강화하였는데, 이를 위하여 기존에 시장지배적 지위의 남용을 일반적으로 규제하던 구법 제22조와 별도로 제26조 제3항(소극적 차별취급의 금지; 현재 제20조 제3항)⁵⁹⁾이 추가되는 한편, 같은 해 1월 1일자로 연방카르텔청에는 “수요지배력”을 전담하는 심결부⁶⁰⁾가 한때 설치·운영되기도 하였다.

57) “성과경쟁”이 무엇인지는 아직까지 모호한 측면이 있으며, ‘남용’을 판단하는 기준으로서 적합한지 여부에 대해서도 의문이 제기되고 있다. Gert Exner, *Der Mißbrauch von Nachfragemacht durch das Fordern von Sonderleistungen nach deutschem Recht* 1984, 84면; Helmut Köhler, *Wettbewerbs-und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht*, 1979, 26면.

58) 독일 판매시장의 집중과정에 대한 분석으로는 Monopolkommission, X IV. Sondergutachten, *Die Konzentration im Lebensmittelhandel*, 1985.

59) Ulmer, 앞의 글, 474면 이하.

60) 동 심결부의 소관사항으로는 정부조달에 있어서의 수요지배력, 중소기업의 납품 내지 원재료조달사업자에 대한 제조업자의 수요지배력, 그리고 제조업자에 대한 판매업자의 수요지배력이었다. “Arbeitsbericht des Bundeskartellamtes 1979/ 80”, in: WuW 1980, 591면 이하, 592면. 그 후 심결부가 산업별로 완전히 재편되었고, 현재는 수요지배력을 전담하는 심결부가 따로 존재하지 않는다.

2. 판매업자의 수요지배력 남용규제

(1) 수요시장의 확정

수요시장에서의 지배력 유무를 판단하기 위해서는 공급시장에서와 마찬가지로 우선 관련된 수요시장을 확정하지 않으면 안 된다. 시장 확정의 일반적 기준인 수요시장관념(Bedarfsmarktkonzept) 내지 합리적 대체가능성 기준에 따르면 수요시장에서는 판매업자의 거래상대방인 제조업자의 관점에서 시장이 확정되어야 한다. 이 경우 ‘수요시장’(Nachfragemarkt)이란 거래상대방, 즉 제조업자를 기준으로 그가 기술적으로나 경제적으로 의미 있게 생산을 전환할 수 있는 가능성(Umstellungsflexibilität)이나 제조업자의 입장에서 판매업자를 전환할 수 있는 가능성(Ausweichmöglichkeit)에 따라 그 범위가 정해지게 된다.⁶¹⁾ 따라서 제조업자의 입장에서 다른 상품이나 다른 판매업자로 즉각 대체할 수 있다면 문제의 판매업자에게 수요지배력을 인정할 수 없게 되며, 이 때 판매업자가 특정 제품의 수요를 다른 제품으로 전환할 수 있는지의 여부는 그다지 중요하지 않다.⁶²⁾

그런데 수요시장에서는 공급시장에서와 다른 몇 가지 특수한 문제가 제기된다. 우선 상품시장과 관련해서는 제조업자가 상품이나 용역을 공급할 수 있는 판매업자들의 범위가 특히 중요한 의미를 가지는데, 제조업자에게는 자기가 생산할 수 있는 제품들 간의 전환보다는 기존의 판매업자를 다른 판매업자로 전환할 수 있는지의 여부가 더욱 중요하기 때문이다. 여기에는 다양한 종류의 상품이나 용역을 취급하는 판매업자와 상대적으로 몇 가지 제품에 전문화된 제조업자간에 존

61) Ingo Schmidt, “Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV”, WuW 1965, 454면 이하.

62) Wernhard Möschel, in: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl., 2007, § 19, Rn. 72.

재하는 힘의 불균형이 수요지배력을 가져오는 근본적인 원인이라는 관념이 깔려 있다.

한편, 수요측면에서의 지리적 관련시장은 공급시장에서와 마찬가지로 어떠한 지리적 범위 안에서 제조업자가 거래상대방인 판매업자에게 당해 상품이나 용역을 제공할 수 있는지의 여부를 통해 정해진다(지리적 대체가능성). 이때 고려할 요소로는 당해 제품의 물리적 특성, 제품의 보존기간이나, 운송비용 등을 들 수 있다. 그런데 시장개방에 따라 대부분의 공산품에 대하여 외국으로의 수출이 가능하기 때문에, 특별한 사정이 없는 한 외국판매업자의 수요도 고려되지 않으면 안되며, 여기서 수요측면에서의 지역시장은 국내에 한정되지 않을 수 있다.⁶³⁾ 그밖에 지리적 시장획정에서는 판매업자의 공급구역이 중요한데, 전국적으로 상품을 공급하는 제조업자라도 한 지역의 상권을 지배하는 판매업자를 상실할 경우에는 그에 상응하는 다른 지역의 판매업자로 쉽게 거래처를 전환할 수 없기 때문이다.⁶⁴⁾

(2) 시장지배력의 판단

공급측면에 비하여 수요측면의 시장지배력을 판단하기란 더욱 어렵다. 그런데 독일 경쟁제한방지법 역시 우리나라와 마찬가지로 수요측면에서의 지배력을 판단하기 위한 기준을 별도로 규정하지 않고 있다.

앞서 언급한 바와 같이 독일에서는 일찍이 시장지배적 지위의 판단을 용이하게 하기 위하여 법률상 추정조항이 활용되고 있다. 즉, 한 사업자의 시장점유율이 1/3 이상을 차지하는 경우에는 시장지배력이

63) Wiedemann, in: Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., 2008, 982면 이하. 그 결과 국내에 수요독점이 존재하는 경우에도 제조업자가 해외에서 상품을 판매할 수 있는 경우에는 시장지배적 지위가 부인될 수 있다.

64) Monopolkommission, X IV. Sondergutachten(1985), Tz. 200; Köhler, 앞의 책(1979), 40면; Werner Benisch, "Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern", WuW 1977, 628면 이하.

법률상 추정되며, 3이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 50% 이상이거나 또는 5 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 2/3 이상을 차지하는 경우에는 당해 사업자들이 전체로서 시장지배적지위를 가진 것으로 추정된다(GWB 제19조 제3항).⁶⁵⁾ 그러나 수요시장에서의 지배력을 판단함에 있어서 개별 상품별 시장점유율은 적합하지 않으며, 수요시장의 획정기준이 명확하게 마련되지 않은 상태에서 시장점유율을 근거로 한 추정은 이론적으로도 문제가 있다는 비판이 제기되었고,⁶⁶⁾ 현재 동 추정은 오로지 공급측면에서의 지배력에 대해서만 적용될 수 있는 것으로 이해되고 있다.⁶⁷⁾

그런데 수요시장에서의 지배력을 판단함에 있어서는 수요측면에서의 경쟁이 갖는 특수성을 고려하지 않으면 안 되며, 수요시장의 구조 내지 집중도보다는 개별 제조업자와 판매업자의 관계가 더욱 중요한 의미를 갖는다. 이러한 측면을 고려하여 1980년 제4차 개정법에서 제20조 제3항과 함께 도입된 것이 바로 동조 제2항 2문의 수요측면에서의 ‘상대적인 시장지배력’(relative Marktmacht) 내지 유력사업자에 관한 추정조항이다. 그에 따르면 일정한 상품이나 용역의 수요자가 거래관행상 일반적인 수준의 가격할인이나 기타 반대급부와 별도로 동종의 다른 수요자에게는 제공되지 않는 특수한 이익을 통상적으로 제공받는 경우에 당해 공급자는 그 수요자에게 종속되어 있는 것으로 추정되고,⁶⁸⁾ 이 때 당해 수요자는 거래상대방인 공급자의 사업활동을 부당하게 방해하거나 공급자를 정당한 이유 없이 차별취급해서는 안 된다.

65) 다만 당해 사업자들이 경쟁조건상 그들간에 실질적인 경쟁을 기대할 수 있거나 또는 그들 전체가 다른 경쟁사업자와의 관계에서 우월적인 시장지위를 갖지 않음을 입증한 때에는 그러하지 아니하다(동조 3항 2문 단서).

66) Wernhard Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 317, 324면.

67) Monopolkommission, VII. Sondergutachten(1977), Tz. 47; Niederleithinger, 앞의 글, 65면 이하, 특히 75면.

68) 동 추정의 실효성에 대해 회의적인 견해로는 Helmut Köhler, Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3-Taugliches mittel zur Erfassung von Nachfragemacht”, DB 1982, 313면 이하.

그밖에 1989년 제5차 개정법은 공급측면과 수요측면의 지배력에 공통적으로 적용될 수 있는 기준을 정하는 한편, 수요지배력의 판단시 고려하여야 할 요소로서 설비대체성(Umstellungsflexibilität)과 거래처 전환가능성(Ausweichsmöglichkeit)을 종합적으로 고려하도록 규정하였다(제19조 제2항 2호 참조). 그에 따라 예컨대 대규모판매업자가 납품업자와의 관계에서 전술한 추정요건에 현저히 못 미치는 시장점유율로도 시장지배적 지위가 인정될 수 있게 되었다.⁶⁹⁾

(3) 남용행위의 판단

독일 경쟁제한방지법상 ‘남용’의 해석에 관한 다수설과 판례는 남용금지의 목적인 경쟁의 자유보호와 시장의 개방성 유지를 고려하여 사업자들의 이익을 비교형량하는 방법(Interessenabwägung)을 받아들이고 있다. 이때, 비교형량은 결국 어떤 남용행위에 정당한 사유가 있는지를 판단하는 과정이며, 정당한 사유에 해당하는지를 판단하는 중요한 척도의 하나는 어떤 행위가 과연 시장지배적 사업자의 지배력에만 기초한 것인지, 아니면 효율성을 비롯한 시장성과에 기초한 것인지 여부이다.⁷⁰⁾

종래 수요측면에서 대규모판매업자의 시장지배력 남용은 당해 수요 시장에서 자기보다 열악한 지위에 있는 경쟁 판매업자보다 성과와 무관하게 경쟁상 유리한 조건을 얻어낸다는 데에 그 본질이 있는 것으로 이해되고 있다. 여기서 경쟁당국, 즉 연방카르텔청은 경쟁보호라는 동법의 목적을 기초로 판매업자와 제조업자의 경제적 이익을 비교형량하게 되는 것이다.⁷¹⁾

69) Monopolkommission, X IV. Sondergutachten(1985), Tz. 200; WuW/ E BGH 2483, 2489=WuW 1988, 785, 791, “Sonderungsverfahren”.

70) 성과경쟁의 개념과 그것이 GWB 및 독일 부정경쟁방지법(UWG)에 대해서 갖는 경쟁정책상의 중요성에 대해서는 일찍이 Peter Ulmer, “Der Begriff “Leistungswettbewerb” und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB-und UWG-Tatbeständen”, GRUR 1977, 565면 이하.

71) Schultz, in: Langen/ Bunte, Kommentar 1998, § 26, Rdnr. 228 이하.

한편, 대규모판매업자의 지배력 남용을 염두에 두고 1980년 개정법이 도입한 제20조 제3항의 ‘소극적 차별취급’(passive Diskriminierung)⁷²⁾은 외관상으로는 납품업자에 의해 차별행위가 이루어지나, 실제로는 대규모판매업자의 요구에 의한 것으로서 납품업자에게 책임을 귀속시킬 수 없는 경우이다. 즉, 대규모판매업자는 경쟁관계에 있는 다른 판매업자와의 관계에서 경쟁상의 이점을 얻기 위하여 특별한 취급을 요구하고, 이것은 결국 상대적으로 열악한 지위에 있는 판매업자의 사업활동을 방해하는 결과를 가져올 우려가 있기 때문에 금지되는 것이다. 동항이 금지하는 남용행위는 반드시 중소기업자에게 행해질 필요가 없으므로, 대규모판매업자에게 종속되어 있기만 하면 그가 중소기업자가 아니라도 보호받을 수 있다. 대규모의 납품업자들도 대규모유통업자에 사실상 종속되어 착취를 당할 수 있기 때문이다.

한편, 수요지배력의 남용을 성과경쟁이라는 다분히 모호한 개념의 해석과 결부시킬 경우 그에 대한 입증은 실무상 매우 어렵고,⁷³⁾ 거래처상실의 위협으로 인하여 제조업자가 문제제기에 소극적인 태도를 보일 수밖에 없으며, 판매업자의 거래거절이 문제된 경우 경쟁당국이 금지처분을 내린 경우에도 당해 판매업자에게 특정한 제조업자와 계약을 체결할 의무는 원칙적으로 인정되지 않기 때문에,⁷⁴⁾ 독일에서는 수요측면에서 시장지배적 지위의 남용규제가 별다른 실효성을 갖지 못하게 되었다. 특히 수요지배력의 남용에 관하여 동법 제20조 제3항을 적용한 사례는 전무하다. 이러한 법적용상의 난점으로 인하여 종래 경쟁당국의 실무는 남용규제가 아니라 기업결합규제나 지금은 삭

72) 자세한 내용은 Kling/Thomas, Kartellrecht, 2007, 652면 이하.

73) “남용”을 주관적 구성요소로 파악하는 견해로는 Ullrich Immenga, “Schwerpunkte der vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen”, NJW 1980, 1423면 이하.

74) Fritz Rittner, Wettbewerbs-und Kartellrecht, 1999, § 10 Rdnr. 78; Ulrich Kirschner, Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen, 1988, 224면.

제된 구법 제4조 제2항의 공동구매(Einkaufsgemeinschaft)에 대한 카르텔금지의 예외를 엄격하게 적용하는 등 수요시장에서의 경쟁구조를 유지함으로써 남용행위가 발생할 여지를 사전에 막는 데에 초점을 맞추고자 하였다.

Ⅲ. 특정산업에 대한 가격남용행위

2007년 개정법에서는 식료품소매업과 에너지산업에서 가격남용에 대한 특칙을 도입하였다. 즉, 동법 제20조 제4항은 식료품소매업에 있어서 약탈가격을 보다 강력하게 규제하는 한편 정당한 사유를 한정하고 있으며, 제29조는 에너지산업에 있어서 착취가격을 보다 간명하게 금지하고 있다.

1. 식료품소매업에서의 약탈가격 금지

2007년의 개정법은 제20조 제4항 중 식료품소매업에 적용되는 1호에서 대규모판매업자의 약탈가격행위를 보다 효과적으로 규제하기 위하여 종래의 ‘계속하여’(nicht nur gelegentlich)라는 요건을 삭제하였다. 그 결과 식료품판매업자는 다른 분야의 판매업자보다 더욱 엄격한 약탈가격규제를 받게 되었는데, 동 개정의 목적은 식료품소매업시장에서 발생하는 파괴적 경쟁(ruinous competition)과 그로 인하여 식료품의 품질에 미칠 수 있는 부정적 효과로부터 식료품소매시장을 보호하려는 것이었다.

동항의 내용을 구체적으로 살펴보면, 원칙적으로 중소의 경쟁사업자에 대하여 우월한 지위에 있는 사업자는 식료품을 구입원가(Einstandspreis) 이하로 판매하거나 그밖의 상품이나 용역을 계속하여 구입원가 이하로 판매해서는 안 된다. 이러한 일종의 염매행위는 다른 중소 판매업자의 사업활동을 방해할 우려가 있기 때문에 금지되는 것이며,

무엇보다 대규모판매업자의 저가전략으로부터 중소 판매업자를 보호한다는 취지가 강조되고 있다.⁷⁵⁾

물론, 사업자는 구입원가 이하의 판매에 대하여 정당한 사유를 주장할 수 있으나, 2007년 법개정으로 그 사유가 대폭 제한되었다. 즉, 종전에는 경제적 필요에 따른 상황이나 신제품의 출시가 객관적 사유로 제시될 수 있었으나, 개정 후에는 상품이 변질되거나 판매가 불가능해질 우려가 있어 적시에 판매할 필요가 있거나 그에 상응하는 필요가 있는 경우에만 예외적으로 원가 이하의 판매가 가능하도록 하였다. 동 조항의 실효성에 대해서는 여전히 논란이 있었으나, 2012년 제 8차 개정법에서는 식료품소매업에 대한 강력한 규제가 여전히 필요하다고 판단되어, 내용상의 수정 없이 그대로 연장되었다.

2. 에너지산업에서의 착취가격 금지

2007년에 새로 도입된 경쟁제한방지법 제29조는 제19조와 법 제20조 외에 에너지산업에서 발생하는 착취남용규제를 용이하게 하기 위하여 마련되었다. 그에 따라 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 시장 지배적 지위에 있는 전기사업자 또는 망(網)을 이용하여 가스를 제공하는 사업자는 정당한 이유 없이 같은 시장의 다른 사업자 또는 비교 가능한 시장의 다른 사업자보다 불리한 요금이나 거래조건을 요구해서는 안 되며, 부적절한 방법으로 공급비용을 초과하는 요금을 요구해서도 안 된다.

경쟁제한방지법 제29조의 제정은 에너지산업에 대한 새로운 가격통제를 도입한 것이 아니라, 동 산업을 좌우하는 시장지배적 사업자에 대하여 제19조와 제20의 남용규제를 용이하게 하기 위하여 보다 완화된 기준을 경쟁당국에 제시하기 위한 것이었다. 이와 같은 맥락에서

75) 동항을 중소기업자에 대한 방해행위(Mittelstandsbehinderung)로 이해하는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. Kling/Thomas, 앞의 책, 654면 이하.

제29조가 법 제19조 및 제20조와 중복하여 적용될 수 있음은 물론이다. 제29조를 도입한 배경에는 독일 연방법원이 에너지산업에 대한 연방카르텔청의 조사에 대하여 종종 높은 소비자가격과 경쟁제한효과 사이의 관계를 입증하도록 요구한 데에 따른 어려움을 해소하기 위한 의도 또한 자리 잡고 있다.

2008년 1월에 연방카르텔청은 전기, 가스 및 열공급에 있어서 착취 남용사건을 전담하는 심결부(B 10)를 새로 설치하였다. 실제로 2008년부터 2012년까지 연방카르텔청의 남용규제에 관한 집행은 대부분 전기와 가스산업에 집중되었고,⁷⁶⁾ 35개의 가스사업자를 대상으로 가격남용 여부 조사에 착수하여, 2008년 12월에는 33개 가스사업자에 대하여 시정조치를 내린 바 있다.⁷⁷⁾

2012년 연방카르텔청은 2007년부터 2009년 사이에 가정용 또는 소규모 영업을 위한 난방설비를 사용하는 고객들에 대하여 전기요금을 과도하게 인상하였다는 이유로 전기사업자에게 구조적 시정조치와 함께 과도한 가격에 대해서는 환급을 명하였다.⁷⁸⁾ 문제된 전기사업자는 경쟁제한방지법 제19조와 제29조에 따라 가정용 또는 소규모 영업용 난방설비 대한 전기공급시장에서 지배력을 가지고 있다고 판단되었다. 시장점유율은 약 90%에 달했고, 동 시장에 대한 진입장벽은 상당히 높았다. 그런데 이들 전기사업자는 유효경쟁 상황에 비하여 높은 가격을 설정하여 법 제19조 제4항 2호에 따른 남용행위 외에도 법 제29조 제1항 1호에 따른 다른 사업자들보다 불리한 가격을 요구하는 행위를 하였다고 판단되었다.

76) 2008년에는 총 13건 중 12건이 천연가스에 관한 사건이었다. 2009년에는 7건 중 4건이 천연가스에 관한 사건이었다. 2010년에는 난방설비를 위한 에너지 공급 관련 사건이 13사건 중 11건에 달했다. 다른 1건 역시 천연가스에 관한 것이었다. 2011년에는 4건 중 3건이, 2012년에도 3건 중 2건이 에너지에 관한 사건이었다.

77) BKartA, B10 - 18/08 "Harz Energie", 21/08 "RheinEnergie", 2008.12.01. 등.

78) BKartA, 8.Beschlussabteilung B10-16/09, 2012.03.19.

당초 입법자는 에너지산업에서의 과도한 요금책정을 동 시장에서 유효경쟁이 정착될 경우 자연스럽게 사라질 수 있는 과도기적인 문제로 보았고, 따라서 동조를 2012년 12월 31일까지만 적용하도록 규정하였다. 그러나 에너지산업의 경쟁질서가 구조적으로 정착되기에는 미흡하다는 판단에 따라 2012년 법 개정을 통하여 또 다시 5년간 연장되었던 것이다.⁷⁹⁾

IV. 평가 및 시사점

독일 경쟁제한방지법상 착취남용에 대한 접근방식은 우리나라에서 만연하고 있는 대규모유통업자의 불공정한 착취남용을 규제함에 있어서 다음과 같이 몇 가지 시사점을 제공하고 있다.

첫째, 경쟁제한방지법 제19조의 남용규제가 적용되는 시장지배적 사업자의 범위는 공정거래법상 시장지배적 사업자보다 훨씬 넓다. 특히, 수요측면의 지배력을 포섭하기 위하여 설비대체성과 거래처전환가능성을 고려요소로 명정하고 있는 점은 시장점유율을 기준으로 한 추정제도에 주로 의존하고 있는 우리나라에서도 고려할 만하다.⁸⁰⁾ 또한 동법 제20조는 유력사업자를 부당한 차별 및 방해행위의 수범자로 삼고 있는데, 유력사업자란 자기에게 종속되어 있는 중소납품업자와의 관계에서 인정되는 지위라는 점에서 대규모유통업자의 착취남용을 규제하기에 적절한 개념으로 보인다.

둘째, 경쟁제한방지법 제20조 제3항이 시장지배적 또는 유력한 지위에 있는 사업자가 정당한 이유 없이 거래상대방에게 이익제공을 요구할 수 없도록 금지하고 있는 부분도 주목할 필요가 있다. 아울러 동

79) Ritter/Käseberg, “Der Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle”, WuW, 2012, 662면 이하.

80) 우리나라에서는 「시장지배적 지위 남용행위 심사기준」에서 기타의 고려요인으로 거래선 변경가능성을 언급하고 있을 뿐이다. 동 심사기준 III. 8.

법이 남용규제와 관련하여 공급측면뿐만 아니라 수요측면의 남용을 폭넓게 다룰 수 있도록 일반적인 남용금지규정을 두고 있는 점도 규제의 공백이 있을 수 없다는 점에서 눈여겨 볼만하다.

끝으로, 식료품분야에서 구입원가 이하로 판매가격을 책정하는 행위를 엄격하게 금지하는 태도는 직접 대규모유통업자의 부당하게 낮은 구입가격 문제에 원용할 수는 없으나, 입법론상 시사하는 바가 있다. 또한 에너지산업에서 유효경쟁의 정착이 더딘 상황에서 과도기적으로 발생할 수 있는 과도한 요금책정을 규제하기 위하여 별도의 제29조를 규정하고 정당한 사유에 대한 입증책임을 사업자에게 전환한 것은 우리나라와 같이 시장집중이 심화되는 상황에서 대규모유통업자의 납품업자 등에 대한 착취행위를 규제하는 데에도 적잖이 참고할 만하다.

제 5 장 결론: 대규모유통업자에 의한 착취남용 규제를 위한 개선방안

I. 공정거래법령의 개선방안

첫째, 대규모유통업자의 착취행위를 공정거래법상 적절히 규제하기 위해서는 이들을 납품업자 및 점포임차인과의 관계에서 시장지배적 사업자 또는 그에 준하는 사업자로 포착할 필요가 있다. 대규모유통업이 고도로 집중된 시장이어서 일부 백화점과 대형마트는 공급측면에서 차지하는 시장점유율만으로도 어느 정도 현행법상 시장지배적 사업자에 해당될 수 있으나, 사실상 착취행위로 나아갈 수 있는 대부분의 대규모유통업자는 시장지배력이 인정되지 않을 것이기 때문이다. 따라서 독일 경쟁제한방지법상 ‘유력사업자’와 같이 거래관계상 지배·종속관계에 있는 사업자를 시장지배적 사업자와 함께 남용규제에 포함시키는 입법적 조치를 검토할 필요가 있다.

둘째, 수요측면에서 착취남용의 규제대상행위를 제한적으로 규정하고 있는 공정거래법령을 개정하여야 할 것이다. 이와 관련하여 대규모유통업자에 의한 착취행위의 대표적인 행위태양은 납품업자나 점포임차인에 대하여 각각 가격 및 거래조건을 부당하게 낮거나 높은 수준으로 결정·유지 또는 변경하는 형태로 나타난다. 따라서 무엇보다 대규모유통업자가 납품업자에 대하여 수급변동이나 공급비용의 변동을 고려하여 실질적으로 경쟁수준을 현저히 하회하는 수준의 가격 및 ‘거래조건’을 책정하는 행위가 규제될 수 있도록 시행령 제5조 제1항을 개정하여야 할 것이다. 이와 함께 대규모유통업자의 착취행위를 외관상 가격이나 거래조건외의 “변경” 행위에 한정하여 적용되는 것으로 해석할 경우에는 가격 및 거래조건외의 “결정”이나 “유지” 형식으로 이루어지는 착취행위를 적절히 규제할 수 없다는 점에서 시행령 제5조 제

1항이 가격 및 거래조건의 결정과 유지를 포함할 수 있도록 개정하는 작업이 병행되어야 할 것이다. 법 제3조의2 제1항 2호의 출고량 조절의 경우에도 대규모유통업자가 구입물량을 부당하게 조절하는 행위를 규제할 수 있도록 개정이 필요한 것은 물론이다.

셋째, 대규모유통업자의 착취행위를 효과적으로 규제하기 위해서는 부당성 판단기준을 일부 개선할 필요도 있다. 수요측면에서의 착취행위를 포함할 수 있도록 법령을 개정하더라도, 대규모판매업자가 책정한 가격이나 거래조건, 구매물량이 유효경쟁 하에서는 기대하기 어려운 부당한 것인지를 판단하기란 여전히 어려운 일이기 때문이다. 착취남용의 판단에 사용되는 공급비용기준이나 비교시장기준이 모두 나름의 난점을 안고 있는 점을 감안할 때, 독일 경쟁제한방지법 제20조 제3항이 규정하는 바와 같이 대규모유통업자가 정당한 이유 없이 납품업체 등에게 경제상 이익의 제공을 요구하는 행위를 남용으로 규정하는 것이 하나의 방법이 될 것이다. 아울러 동법 제20조 제2항을 참고하여 대규모유통업자가 납품업체 등에 대하여 통상 다른 동종의 유통업자에게는 제공되지 않는 가격할인이나 기타 경제상 이익제공을 요구하는 행위를 남용으로 규정하는 것도 검토할 만하다.

II. 대규모유통업법의 개선방안

대규모유통업법은 종래 대규모소매업고시로 운영되던 대부분의 내용을 법률로 격상시키고, 공정거래법보다 우선 적용되도록 하고 있다. 특히, 대규모유통업법은 대규모소매업고시보다 그 규정을 세분화하고, 대규모유통업자의 착취행위 또는 일부 방해행위에 대하여 이전보다 엄격한 규제를 하는 한편, 특별법의 취지에 맞게 납품업체와 점포임차인을 불공정거래관행으로부터 사전에 보호할 수 있도록 대규모유통업자에게 일정한 의무를 부과하고 있다는 점에 의의가 있다. 다만, 아래와 같이 몇 가지 개선할 부분도 없지 않아 보인다.

먼저, 대규모유통업자의 범위와 관련하여 현재 매출액 또는 매장면적을 기준으로 삼고 있는데, 그 범위가 지나치게 넓어 규제대상 유통업자들간에도 편차가 클 것으로 보인다. 이를테면, 여기에는 매년 수조원의 매출을 올리는 대형 가맹본부와 매장면적은 3천평방미터 이상이나 실제 매출은 수십억원에 불과한 전문매장이 모두 포함될 것이기 때문이다. 물론, 이론상으로 거래상 지위란 상대적인 개념으로서, 처음부터 납품업자나 점포임차인의 규모와 지위를 묻지 않고, 유통업자의 규모만을 기준으로 적용대상을 정하는 방법에 한계가 존재할 수밖에 없다. 거래계에서 실제 매장면적에 비하여 매출액이 적은 유통업자도 납품업자 등에게 착취행위를 할 수 있다는 점에서 이들을 규제할 실익이 없는 것도 아니다.

그럼에도 불구하고 동법의 적용을 받는 유통업자의 규모나 지위에 맞게 사전적 의무와 금지행위, 분쟁조정 등에 차등을 두는 방향으로 법률을 대폭 개편할 필요가 있다. 예컨대, 직전 사업년도 매출액 기준으로 업종별 상위 4~5개 사업자에 대해서는 사전적 의무를 강화하고, 정당한 사유를 제한하며, 과징금 부과기준을 상향조정함과 동시에 원칙적으로 분쟁조정을 통한 시정조치 면제의 가능성을 제한하는 한편, 나머지 대규모유통업자에 대해서는 기존의 규제를 받도록 하는 방안도 생각할 수 있을 것이다. 보다 근본적으로는 시장지배적 지위에 있는 대규모유통업자에 대한 규제강화방안을 별도로 모색하는 것이 바람직할 것이다.

또한 현재와 같이 범위반 대규모유통업자에게 납품대금이나 연간 임대료 이내에서 과징금을 부과할 수 있을 경우에는 낮은 적발률을 고려할 때 그 금액이 지나치게 낮아서 억지효과가 미미하다.⁸¹⁾ 손해

81) 대규모유통업자가 동법상 복수의 금지조항을 위반한 때에는 그 조문별로 과징금을 산정하되, 그 합계가 납품대금이나 연간 임대료의 2배를 초과할 수 없다(법 제 35조 제2항).

배상도 거의 이루어지지 않는 점을 감안할 때, 대규모유통업자로서는 법위반행위에 따른 부당이득을 대부분 누릴 수 있는 것이다. 이러한 맥락에서 과징금 부과기준을 전반적으로 상향하고, 아울러 일부 중대한 법위반행위에 대해서는 징벌배상제도를 도입하는 방안도 검토할 필요가 있다.

끝으로, 대규모유통업법은 대규모소매업고시와 마찬가지로 ‘특약매입거래’를 직매입거래와 함께 정상적인 거래형태의 하나로 인정하고 있다. 그런데 특약매입거래란 대규모유통업자가 매입한 상품 중 판매되지 아니한 상품을 반품할 수 있는 조건으로 외상 매입하고 상품판매 후 일정한 판매수익을 공제한 대금을 납품업자에게 지급하는 형태의 거래를 말한다. 즉, 이 경우에는 대규모유통업자에게 이른바 반품권이 보장되고, 그 부분에 대해서는 전혀 대금지급도 이루어지지 않는다. 더구나 납품업자로서는 대규모유통업자가 사실상 일방적으로 일정 수익을 공제한 후 남은 대금을 지급받기 때문에, 최종적으로 일정 금액을 지급받기까지는 얼마를 받게 될지도 예상할 수 없다. 대규모유통업자와 거래하는 납품업자들이 가장 문제를 많이 제기하는 부분이 바로 특정매입거래 그 자체인 것은 바로 이러한 이유 때문이다. 따라서 대규모유통업자의 일방적인 착취행위를 오히려 조장하고 이를 법적으로 정당화할 소지가 있는 특약매입거래는 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 일정한 품목에 한하여 이를 허용하는 방향으로 동법을 개정하는 것이 바람직할 것이다.

참고문헌

[국내 참고서적]

권오승 외 7인, 독점규제법(제2판), 법문사, 2012.

법무법인(유한) 태평양 공정거래팀, 대규모유통업법 -이론과 실무-, 박영사, 2012.

찰스 피시먼(이미정 역), 월마트 이펙트, 이상미디어, 2011.

[국내 참고논문]

서강대학교 산학협력단, “대형유통업체와 납품업체간 거래공정화를 위한 제도 개선방안 연구 연구서비스보고서”, 공정거래위원회, 2008.

이영대, “수요독점의 법적규제 -후방시장 경쟁제한에 대한 수직적 규제 사례를 중심으로-”, 공정거래법의 쟁점과 과제, 서울대학교 경쟁법센터, 법문사, 2010.

이봉의·전종익, “공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 후단 ‘소비자이익 침해행위’ 금지의 위헌성 판단 -명확성의 원칙을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 2008.

_____, “공정거래법상 방해남용의 위법성 판단기준 -거래거절을 중심으로-”, 법조 제565호, 2003.10.

_____, “공정거래법상 수요지배력의 남용”, 발표논문, 한국상사판례학회, 2003.

_____, “독과점시장과 착취남용의 규제 -공정거래법 제3조의2 제1항 1호를 중심으로-”, 경쟁법연구, 2010.

참 고 문 헌

이현규, “공정거래위원회 대규모소매업고시 집행 실무의 제 문제”,
경제법 판례연구 제7권, 2011.

황태희, “독일 경쟁제한방지법 상 중소기업 보호규정과 시사점”, 부
산대학교 법학연구 제52권 제1호, 2011.02.

[외국 참고서적]

Faull/Nikpay, The EC Law of Competition, 2. ed., 2007.

Fritz Rittner, Wettbewerbs-und Kartellrecht, 1999.

Gerhard Wiedemann, Handbuch des Kartellrecht, 2.Aufl., 2008.

Gert Exner, Der Mißbrauch von Nachfragemacht durch das Fordern von
Sonderleistungen nach deutschem Recht 1984.

Helmut Köhler, Wettbewerbs-und kartellrechtliche Kontrolle der Nach-
fragemacht, 1979.

Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum deutschen Kartellrecht, 4.Aufl.,
2007.

Ingo Schmidt, “Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in §
22 GWB und Art. 86 EWGV”, WuW 1965.

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht Kommentar Band 1
Europäisches Recht, 2005.

Michael Kling/Stefan Thomas, Kartellrecht, Verlag Franz Vahlen München
2007.

Rainer Bechtold, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
2002.

Robert O'Donoghue/Jorge Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, HART Publishing, 2006.

Ulrich Kirschner, Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen, 1988.

Volker Emmerich, Kartellrecht, 2006.

[외국 참고논문]

Brinker/Holz Müller, “The 2007 Amendments to the German Rules against Anti-Competitive Unilateral Conduct”, 4 No.3 Competition L. Bruce Lyons, The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse, Centre for Competition Policy Newsletter, Spring 2007.

Damien Geradin, The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities - A view from Europe, TILEC Discussion Paper 2007-032, Nov. 2. 2007.

Emil Paulis, “Article 102 EC and Exploitative Conduct”, A reformed approach to Article 102 EC, European Competition Law Annual 2007.

Ernst Niederleithinger, “Die Verfolgung von Mißbräuchen von Angebots- und Nachfragemacht nach §§22, 26Abs. 2 GWB”, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1975/76(1977).

Evans/Padilla, Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules, J. of Competition Law and Economics 1(1), 2005.

Frederik Wiemar, “Der ‘reine’ Preishöhenmissbrauch-das unbekannte Wesen”, WuW, 2011.07-08.

참 고 문 헌

Haus/Hansen, “Zum Preismissbrauch marktbeherrschender Unternehmen”,
ZWeR 1/2006.

Helmut Köhler, Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3-
Taugliches mittel zur Erfassung von Nachfragemacht”, DB 1982

Paschke/Goldbeck, Gesetzliche Vermutungen und Vermutungsleitbilder,
ZWeR 1/2007.

Peter Ulmer, “Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige
Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37a Abs. 3)”, WuW
1980.

Peter Ulmer, “Der Begriff ”Leistungswettbewerb‘ und seine Bedeutung für
die Anwendung von GWB-und UWG-Tatbeständen”, GRUR 1977

Ritter/Käseberg, “Der Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle”, WuW,
2012.07-08.

Ullrich Immenga, “Schwerpunkte der vierten Novelle zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen”, NJW 1980.

Werner Benisch, “Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern”, WuW
1977.