



## I. 서 설

최근 우리 사회전반에 걸쳐 양극화 문제가 중요한 이슈로 등장하고 있는 가운데, 경제 분야에서 대기업과 중소기업 간의 양극화에 대한 논의가 활발하게 이루어지고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 대·중소기업 간의 양극화 문제는 무엇보다 대기업의 구조조정을 통한 수익 증시경영과 중소기업의 혁신역량 취약 등에 따라 발생하는 것이기는 하지만, 그동안 지속되어온 대·중소기업 간의 수직적 관계와 시장지배력 격차 등도 그 구조적인 요인으로 지적될 수 있다. 또한 대·중소기업간 양극화 문제는 산업구조가 고도화되어 있는 미국, EU 및 일본 등 선진 자본국가에서도 일찌기 경험해온 바로서 어느 정도 능률경쟁의 결과라는 측면도 있으나, 우리나라의 경우에는 그 동안 정부주도의 고도경제성장을 위한 대기업 중심의 정책의 추진과정에서 발생하게 된 대·중소기업 간의 불균형<sup>2)</sup>이 심화된 결과라는 측면도 무시할 수 없다.

이러한 대·중소기업 간의 양극화 결과, 중소기업은 그 성장잠재력이나 역량과는 무관하게 대기업의 하부구조에 편입되어 특별한 혁신역량을 발휘하지 않는 한 대기업과의 경쟁에서 항상 불리한 위치에 놓이게 되고, 거래상 불이익을 감수할 수밖에 없다. 특히 대·중소기업 간의 거래에서 대기업<sup>3)</sup>이 수요독점적 지위에 있는 경우 교섭력의 우위를 이용하여 납품단가, 품질, 납기 등을 일방적으로 결정하거나 경기변동기에 원자재·유가 및 환율 변동, 임금인상 등에 따른 자신의 비용상승 부담을 중소기업에 전가함으로써 중소기업의 경영난을 악화시키는 사례도 나타나고 있다. 이로 인해 중소기업이 창출한 부가가치가 대기업에 이전되고, 대기업의 부담은 중소기업에 전가되는 왜곡된 가치이전구조가 형성됨으로써 중소기업의 독자적인 존립기반을 위협하게 된다.<sup>4)</sup>

1) 대·중소기업간 양극화는 1998년 외환위기 이후 더욱 심화되어 대·중소기업간 영업이익률 격차가 1998년에는 0.52%p에서 2003년에는 3.6%p로 점점 더 벌어지고 있으며, 중소기업의 임금수준도 대기업을 100으로 하였을 때 1998년에는 76.2에서 2003년에는 65.8로서 그 격차도 확대되고 있는 것으로 나타나고 있다. 공정거래위원회, 『시장거래에서의 대·중소기업간 불공정거래 실태와 개선방안』, 2005. 4. 1면.

2) 경제기획원, 『공정거래백서』 - 새로운 경제질서를 향하여 -, 1984, 82면.

3) 소수의 대기업에 다수의 중소기업이 납품하는 수요독점적 거래구조로 인해 대·중소기업 간 교섭력에 현격한 격차가 나타나고 있으며, 2003년말 현재 중소기업 중 수급기업의 비중은 63.1%이며, 수급기업의 매출액 중 납품액 비율은 81.7%에 달하고 있다.

4) 공정거래위원회, 전계 보고서, 2면

그러나 경제성장의 밑바탕을 이루고 있는 중소기업의 경영상 어려움이 계속될 경우 우리나라 경제의 지속적인 성장잠재력에 부정적인 영향을 줄 뿐 아니라, 성장이 되더라도 고용이 증가하지 않는 심각한 문제가 제기된다.

한편 오늘날과 같이 기술의 변화와 시장의 세분화가 급속히 진행되는 고도 자본주의 하에서 국민경제의 균형있는 발전을 지속할 수 있기 위해서는 대·중소기업 간에 자본의 지배종속관계라는 측면보다는 합리적 분업 내지 상생적 협력관계의 형성이 요구된다. 이는 대기업이 대규모 생산의 기술적 이익을 실현하기 위해서 뿐만 아니라 자본과 자원의 합리적 이용을 위해서도 불가피하다. 특히 대기업이 협력 중소기업과 긴밀한 협력관계를 유지·발전시켜야<sup>5)</sup> 국내의 경쟁력이 제고될 수 있으며, 대·중소기업 모두 수익의 극대화과 지속적 성장이라는 기업목적 달성을 달성할 수 있게 된다. 이러한 대·중소기업 간의 건전한 상생적 협력관계<sup>6)</sup> 구축을 위해서는 무엇보다 양자 간의 신뢰관계 형성이 요구되나, 다른 한편으로 불합리한 힘의 격차를 초래해온 구조적 요인을 개선함과 아울러 시장거래에서의 불공정한 거래관행을 교정하여야 할 것이다.

이하에서는 대·중소기업 간의 양극화를 극복하고 건전한 상생적 협력관계를 형성하기 위한 전제로서 중소기업의 시장경쟁 보호에 관하여 공정거래법상 이념적 기초를 살펴보고, 중소기업이 사업활동(경쟁)을 전개함에 있어 대기업과의 공정한 경쟁관계 또는 거래관계를 유지할 수 있는 공정거래법상의 제도 및 그 발전방향에 관하여 검토하도록 한다.

## II. 중소기업 보호를 위한 공정거래법의 이념적 기초 - 사회정의와 경제적 효율성 -

공정거래법의 이념에 관하여는 시대적 변화에 따라 다양한 주장이 제기되어 왔으나, 오늘날 공통적으로 제시되는 것으로는 크게 사회정의와 경제적 효율성을 들 수 있다. 사회정의의 이념은 주로 경제적 약자의 보호, 경제적 강자

5) 신철우, 『대기업, 중소기업간의 협력관계에 관한 연구』, 한국과학기술원, 1996. 12, 17면.

6) 대기업이 협력 중소기업에 지속적으로 부품 등 소요중간재 생산을 요청하고 중소기업은 대기업과 자본, 기술 및 경영면에서 합리적이고도 긴밀한 협력생산체제를 유지하여 모기업의 생산활동이 원활히 이루어지도록 함으로써 동반성장을 도모하는 기업관계를 의미한다. 홍순영 외, 『대·중소기업 협력 증진 방안』, 중소기업연구원, 1998, 6면.

의 자의적(恣意的) 행위의 규제, 소득분배의 공평과 같은 사회적 공정성에 중점을 두는 데 비해, 경제적 효율성의 이념은 자원의 최적배분, 소비자후생의 증대, 국민경제의 발전과 같은 경쟁을 통한 경제적 효과를 중시하는 것으로 볼 수 있다.

오늘날 자본주의 체제하에서 모든 기업이 사업활동을 전개함에 있어 자유와 평등을 실질적으로 확보하기 위해서는 독과점 대기업의 시장지배력의 남용없이 시장에 참가하는 모든 참가자, 특히 다수의 중소기업에게도 자유로운 경쟁의 기회가 주어져야 한다. 이는 고도 자본주의 경제하에서의 대기업의 지배체제로부터의 모든 자의 자유와 평등을 확보할 것을 추구하는 경제적 민주주의의 발현인 동시에 공정거래법이 추구하는 사회정의 이념의 실현이기도 하다. 이러한 의미에서 대기업의 자의적 행위를 규제하고 중소기업이 시장에서 자유롭고 공평한 사업활동의 기회를 확보하는 것은 공정거래법이 추구하는 사회정의의 이념에 부합하는 것이라고 할 수 있다.

다른 한편으로 중소기업의 보호는 공정거래법이 추구하는 경제적 효율성의 이념과 동떨어져 존재하지 않는다. 왜냐하면 경제주체로서 개인이나 사업자가 경제적·사회적인 억압이나 차별로부터 해방되어 자유를 향유하는 것은 장기적으로는 경제적 효율성에 긍정적인 영향을 주기 때문이다. 즉, 시장에서 모든 시장참가자에게 자유로운 경쟁의 기회가 보장된다면, 이들은 지적·경제적인 자극을 통해 창의력을 발휘하게 되고 이를 통해 경제적 효율성과 국민경제의 발전을 달성할 수 있기 때문이다. 이는 서구자본주의 국가에서 사회정의를 바탕으로 한 자유시장경제가 높은 효율성을 나타내고 있음을 통해 알 수 있다. 따라서 자유와 평등에 근거한 사회정의의 이념은 경제적 효율성과 불가분의 관계에 있으며, 경제적 효율성 이념의 기초로 제공된다. 이렇게 본다면 경제적 효율성과 사회정의는 자유시장경제에 있어서 대립·모순되는 것이라기보다 상호 조화하는 것으로 볼 수 있다. 더구나 양극화 해소과정에서 대·중소기업 간의 갈등구조를 극복하고, 상생적 협력관계로 발전시켜 나감으로써 경제적 효율성의 이념을 실현할 수 있을 것이다.

결국 오늘날 자본주의 사회가 지향하는 시장에서의 경쟁은 자본력에 의한 약육강식의 경쟁이 아니라 누구든지 시장에서 주어진 조건에 따라 자신의 능력을 최대한 발휘할 수 있는 공정하고 자유로운 경쟁이어야 한다는 점을 전제로 한다면 대·중소기업의 양극화 해소 및 상생적 협력관계의 구축을 위한 중

소기업의 시장경쟁 보호는 공정거래법이 지향하는 사회정의와 경제적 효율성의 이념에 부응하는 것이라고 할 수 있다.

### Ⅲ. 중소기업의 시장경쟁 보호를 위한 시장구조 및 경쟁조건의 개선

#### 1. 시장구조의 개선

시장에서 대기업에 의한 독과점 구조가 형성될 경우 당해 시장으로의 중소기업의 진출은 곤란해지고, 당해 시장 또는 관련시장에서 대기업에 대한 의존도가 높은 중소기업은 원재료의 구입 및 판매선의 확보 등 여러 가지의 면에서 제약을 받지 않을 수 없다.<sup>7)</sup> 이러한 의미에서 공정거래법상 대기업에 의한 독점적 시장구조와 사업지배력의 과도한 집중의 규제는 중소기업의 자유로운 사업활동을 보장하기 위한 전제조건이라고도 할 수 있다. 따라서 중소기업을 보호하고 대·중소기업 간의 상생적 협력관계를 유지·발전시켜 나가기 위해서는 그 동안 고착화되어 있는 대기업 중심의 독과점적 시장구조를 개선하고 경쟁적인 시장구조로 전환시켜 나가야 한다.

이와 관련하여 공정거래법 제3조에서는 독과점 구조가 장기간 유지되고 있는 상품이나 용역의 공급 또는 수요시장에 대하여 경쟁을 촉진하기 위한 시책을 추진할 수 있는 근거를 두고 있다(제1항). 이 규정은 독과점 시장구조를 보다 경쟁적인 구조로 개선하기 위하여 시장에서의 독과점 요인을 종합적으로 분석·조사하고, 업계의 불공정 거래관행 뿐만 아니라 각종 진입제한이나 경쟁제한적 제도까지도 개선함으로써 시장구조를 근본적으로 개선할 것을 목표로 하고 있다. 또한 공정거래위원회가 시책을 추진하기 위하여 필요한 경우에는 관계행정기관의 장에게 경쟁의 도입 기타 시장구조의 개선 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 수 있도록 하고 있다(제2항). 그러나 그동안 우리나라에서처럼 만연된 독과점 시장구조를 개선하는데 현실적으로 한계가 있을 수밖에 없으며, 중장기적인 과제로 남게 된다.

7) 기업 간의 사업활동관계가 상호의존적이라는 것은 그 자체로는 시장원리에 따른 자발적 행동이라는 점에서 문제될 것이 없다고 볼 수도 있으나, 대·중소기업간의 관계에서 대기업이 교섭력에서의 월등한 지위를 이용하여 상대를 더 의존적으로 만들고, 납품가격의 지속적인 인하를 통해 중소기업의 경쟁력 저하를 초래한다면 이는 심각한 문제가 아닐 수 없다.

한편 우리나라와 같이 시장구조가 상당한 정도로 독과점화되어 있는 상태에서 독과점적인 구조가 더욱 심화되는 것은 방지하기 위해 경쟁제한적 기업결합과 불공정한 방법에 의한 기업결합에 대한 심사를 강화할 필요가 있다. 이는 반드시 중소기업의 경쟁환경을 직접적으로 보호하기 위한 것이라기보다는 자본주의 시장메카니즘이 작동할 수 있는 전제조건을 충족하기 위한 것이라고 할 수 있다. 이와 관련하여 공정거래법 제7조 제4항에서는 대기업의 중소기업 업종에 대한 기업결합의 경쟁제한성 추정규정을 두고 있다. 즉, 공정거래법은 대기업의 시장진출 자체는 자유경쟁의 견지로부터 제한하고 있지 않지만, 대규모회사<sup>8)</sup>가 직접 또는 특수관계인을 통하여 행한 기업결합이 ①중소기업기본법에 의한 중소기업의 시장점유율이 3분의 2 이상인 거래분야에서의 기업결합이고, ②당해기업결합으로 100분의 5 이상의 시장점유율을 가지게 될 경우 경쟁제한적인 것으로 추정하고 있다. 이 추정규정은 대기업이 기업결합을 통하여 중소기업분야에 침투하여 시장지배력을 행사하는 것을 규제하기 위하여 도입한 것이다. 또한 이 추정규정을 통하여 대기업의 혼합적 결합을 규제하는 효과도 기대된다.

## 2. 경쟁조건의 개선

### (1) 계열회사를 위한 차별취급

경쟁력 집중도가 높은 우리나라에서는 기업집단을 이루는 대기업들이 특정 시장에서 독과점을 형성하거나 경쟁자를 배척하기 위하여 정당한 이유없이 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격 또는 거래조건에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위를 하는 경우가 많았다. 이러한 계열회사를 위한 차별취급은 당해 계열회사가 원가절감, 기술개발, 경영합리화 등의 노력으로 스스로의 경쟁력을 갖추기보다는 다른 계열회사로부터 도움으로 경쟁사업자와의 경쟁에서 유리한 위치를 확보함으로써 결국 계열회사의 경쟁사업자인 주로 비계열·독립한 중소기업과의 시장에서의 경쟁의 자유(자유경쟁성)를 저해하게 된다. 현행 공정거래법 시행령은 [별표 1]에서는 계열회사를 위한

8) 여기에서 대규모회사란 자산총액 또는 매출액의 규모가 계열회사의 것과 합하여 2조원 이상인 회사를 말한다(영 제12조의2).

차별취급의 경우 다른 차별취급보다 경제력집중을 심화시킬 여지가 크기 때문에 정책적 차원에서 당연위법행위로 규제하고 있다(법 제23조 제1항 제1호, 유형 및 기준 제2호 다.목).<sup>9)</sup> 여기에서 계열회사를 위한 차별취급에는 계열회사에 대한 차별취급뿐만 아니라 계열회사를 유리하게 하기 위하여 비계열회사에 대하여 차별취급하는 것도 포함된다.

위법성의 근거로서 경쟁저해성의 판단은 계열회사를 유리하게 하기 위한 차별취급이 있었는가 여부에 따르며, 실제로 계열회사의 경쟁사업자에 대한 경쟁이 침해되었는가 여부는 중요치 않다. 그러나 계열회사를 위한 차별취급이라 하더라도 대량구매에 따른 원가차이를 반영하여 가격이나 거래조건을 합리적인 범위 내에서 유리하게 해주는 경우에는 정당한 이유가 있는 것으로 보아 위법성이 조각된다.

## (2) 대기업집단의 부당지원행위 규제

그 동안 우리나라에서는 기업집단 내부적으로 우량한 계열회사가 부실 계열회사에 대해 자금, 자산 및 인력 등을 무상으로 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 사실상 계열회사 간 사업활동을 지원하는 행위가 종종 이루어져 왔다. 이러한 기업집단 내부에서의 지원행위는 계열회사 간의 내부적 효율성을 일시적으로 증대시키는 측면이 있으나, 대기업집단 소속회사들의 계열회사나 분사회사에 대한 사업물량 몰아주기로 인해 독립한 중소기업의 거래 기회가 제약될 수밖에 없다.<sup>10)</sup> 특히 잠재적 경쟁사업자의 시장진입을 억제하거나 그 계열회사가 속한 시장에서 독립·비계열 사업자인 중소기업과의 공정한 경쟁기반을 약화시키는 요인으로 작용할 수 있다.

따라서 시장에서의 공정한 경쟁기반을 확보하고 기업집단의 핵심역량(Core Competence) 위주의 건전한 지배구조를 정착시킬 수 있도록 공정거래법 제 23조 제1항 제7호에서는 계열회사 간에 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원

9) 여기에서의 계열회사에는 대규모기업집단에 속하는 계열회사뿐만 아니라, 공정거래법상 기업집단에 속하는 모든 계열회사(법 제2조 제3호)가 포함된다.

10) 자산총액 5조원 이상인 18개 기업집단의 내부거래 비중은 총매출액의 31.4%에 달하고 있는 것으로 집계되고 있다. 공정거래위원회, 전계 보고서, 7면.

하는 행위를 불공정거래행위로서 규제하고 있다.<sup>11)</sup> 그밖에 부당지원행위<sup>12)</sup>의 시정이 기업의 자율에 의해 사전적으로 이루어질 수 있도록 공정거래법은 자산 2조원 이상의 상호출자제한기업집단에 속하는 회사(내부거래공시대상회사)들에 대해서는 대규모내부거래(자본총계 또는 자본금 중 큰 금액의 100분의 10 이상 또는 100억원 이상)에 대한 이사회 의결 및 공시가 의무화되고 있다(법 제11조의2, 영 제17조의8). 또한 부당 내부거래에 대한 사후적인 조사를 위해 공정거래위원회에 금융정보요구권이 인정되고 있다(법 제50조 제5항).

### (3) 중소기업의 경쟁력 강화를 위한 공동행위 허용

그 동안 우리나라의 경제정책은 대기업 위주로 추진되어 왔기 때문에 중소기업은 대기업에 비하여 자금력, 기술수준, 경영능력 등에 있어서 열세를 면하기 어려웠으며, 자력으로 경영합리화와 경쟁력 향상을 도모할 수 없는 경우가 많았다. 따라서 경쟁력이 상대적으로 약한 중소기업들이 공동구매, 공동개발, 공동마케팅 등 상호협력을 통하여 시너지효과를 발휘할 수 있다면 대기업과의 경쟁에서의 불리함을 극복할 수 있을 것이다.

공정거래법 제19조 제2항은 중소기업이 국민경제의 내적 연관을 담당하는 산업의 뿌리로서 생산과 고용의 증대를 통해 국민경제에 크게 기여하고 있음<sup>13)</sup>을 고려하여 공정거래위원회의 인가를 받아 중소기업의 공동행위를 실시할 수 있도록 허용하고 있다. 이 공동행위 허용제도는 중소기업이 국민경제의

11) 공정거래위원회, 『공정거래백서』(2003), 257면. 이에 대해서는 공정거래위원회가 그 동안의 내부거래 규제시 부당한 내부거래가 갖는 부정적인 효과를 강조한 나머지 경쟁제한성이라는 공정거래법 고유의 규제기준을 넘어 기업의 구조조정, 기업경쟁력, 기업의 경영구조나 지배구조 등을 내부거래 규제의 잣대로 삼고 있으며, 경쟁제한성 이외의 기준들은 공정거래법 이외의 상법, 증권거래법, 세법 등을 통하여 해결되어야 한다는 비판이 제기되고 있다. 이승철, 『내부거래의 경제분석과 경쟁정책』, 한국경제연구원, 1999, 77면.

12) 일반적으로 부당한 자금·자산·인력의 지원행위 대신에 「부당 내부거래」라는 용어가 실무상 자주 사용되고 있다. 엄밀한 의미에서 지원행위의 개념과 내부거래의 개념을 동일시 할 수는 없다. 전자는 그 동안 기업집단 내부에서의 계열회사에 대한 자산 및 자금, 인력 등의 지원 그 자체에 중점을 둔 것인데 비해, 후자는 자산 및 자금, 인력 등의 지원이 기업집단 내부의 계열회사를 비롯한 특수관계인 간의 내부거래의 형태로 나타나고 있는 측면에 중점을 둔 것으로 볼 수 있다.

13) 특히 우리 헌법은 제123조 제3항에서 중소기업을 보호·육성해야 할 국가의 과제를 부과하고, 제5항에서는 국가는 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장해야 한다고 규정하고 있다.



건전한 발달에 중요한 역할을 점하고 있음에도 불구하고 그 경영기반이 취약하고 불황의 영향을 강하게 받기 쉽다는 점을 배려하여 중소기업의 경영의 안정 및 합리화를 도모하는 견지로부터 특히 인정되는 것이라 할 수 있다. 중소기업의 경쟁력 향상을 위한 공동행위의 인가는 당해 공동행위가 ①공동행위에 의한 중소기업의 품질·기술향상 등 생산성향상이나 거래조건에 관한 교섭력 강화효과가 명백한 경우, ②참가사업자 모두가 중소기업자인 경우 및 ③공동행위 외의 방법으로는 대기업과의 효율적인 경쟁이나 대기업에 대항하기 어려운 경우에 한하여 이를 할 수 있다(영 제28조).

#### (4) 중소기업단체에 대한 공정거래법의 적용제외

공정거래법 제60조는 일정한 요건을 갖추어 설립된 조합 또는 그 연합체의 행위에 대하여는 원칙적으로 공정거래법을 적용하지 아니하도록 하고 있다. 이 적용제외제도는 일반적으로 대기업에 비하여 경쟁상 또는 거래상 불리한 입장에 있는 중소기업이 상호부조를 목적으로 하는 협동조합을 조직함으로써 시장에서 단독으로는 유효한 경쟁단위나 거래단위로서 대기업에 대항하여 사업활동을 행할 수 있는 법적 근거를 제공한다는 점에서 의의가 있다.<sup>14)</sup>

이에 따라 중소기업은 그 상호부조를 위하여 중소기업협동조합 등에 기하여 협동조합등을 설립하여 공동경제사업(예컨대 생산, 가공, 판매, 구매 등에 관한 공동시설, 조합원의 경제적 지위의 개선을 위하여 하는 단체협약 등)을 실시할 수 있다. 협동조합의 행위가 공정거래법의 적용제외를 받기 위해서는 ① 소규모의 사업자 또는 소비자의 상호부조를 목적으로 하여 임의로 설립되고, ②조합원이 임의로 가입 또는 탈퇴할 수 있으며, ③각 조합원이 평등한 의결권을 가지며, ④조합원에 대하여 이익분배를 행하는 경우에는 그 한도가 정관에 정하여져 있을 것을 요한다. 위 요건을 갖춘 협동조합의 활동에 대해서는 원칙적으로 공정거래법의 적용이 제외되기 때문에 협동조합은 공동경제사업으로서 조합원이 생산한 물품을 공동 판매하거나 조합원에 필요한 물품을 유리한 조건으로 공동구매할 수 있으며, 공동경제사업에 관해서는 부수되어 행해지는 가격협정에 대해서도 공정거래법의 적용이 제외된다.

14) 제조업이나 유통업의 대부분은 대기업과 중소기업이 병존하는 이중구조가 되고 있고 그 업계에서의 중소기업에 의한 단체 결성은 시장에서 동업자 간의 경쟁을 촉진하는 효과가 크다.

그렇지만 적용제외로 인정되는 것은 어디까지나 중소기업의 상호부조를 도모하기 위한 행위이기 때문에 적용제외 제도 본래의 취지를 벗어나 조합이 불공정거래행위를 하거나, 부당하게 경쟁을 제한하여 가격을 인상하는 경우에는 적용제외로 되지 않는다(법 제60조 단서). 예컨대, 시장지배력 또는 독점력<sup>15)</sup>을 획득·유지하기 위해 협동조합을 통해서만 물자의 판매 또는 구매를 행할 것을 요구하거나, 비조합원(outsider)을 배제하기 위해 거래상대방인 생산자 또는 판매업자에 대해 압력을 가하는 경우가 이에 해당한다.

#### IV. 중소기업의 시장경쟁 보호를 위한 시장거래의 공정화

##### 1. 공정거래법

###### (1) 불공정거래행위

사업자들이 불공정한 경쟁수단을 이용하여 경쟁사업자나 거래상대방의 사업활동을 구속하거나 이들 사업자의 사업활동을 방해할 경우 시장에서의 경쟁질서는 파괴되고, 경쟁사업자나 거래상대방은 물론 소비자에게까지 영향을 미치게 된다. 공정거래법은 이러한 불공정거래행위에 대해 기업의 규모에 관계없이 규제하고 있다. 더구나 중소기업과 거래관계나 경쟁관계에 있는 대기업이 자본력·경제력을 바탕으로 중소기업에 대해 이러한 불공정한 경쟁수단을 이용하여 사업활동을 곤란하게 할 경우 중소기업의 시장에서의 입지가 좁아질 수밖에 없기 때문에 공정거래법은 중소기업과의 구체적 거래관계에 있어서는 대기업 등이 중소기업에 대하여 거래상 우월한 지위를 남용하여 중소기업의 사업활동의 자유를 제약하는 행위를 금지하고 있다(법 제23조 제1항 각호).

공정거래법상 금지되고 있는 불공정거래행위의 유형중 중소기업 보호의 견지로부터 중요한 의미가 있는 행위를 살펴보면 다음과 같다.

---

15) 미국에서는 일반적으로 독점력(Monopoly Power)과 시장지배력(Market Power)을 구별하고 있다. 전자는 '가격을 지배하고, 경쟁을 배제하는 힘'이라고 설명되고 있고, 후자는 '산출량을 제한하고 가격을 끌어올리는 힘'으로서 시장력이 실질적(substantial)인 경우가 시장지배력이라고 생각되고 있다. P. Areeda & D. F. Turner, *Antitrust Law*, Vol II, 1978, pp. 322-323.

## (2) 일반불공정거래행위

### 1) 대기업과 중소기업이 거래관계에 있는 경우

#### 가. 거래상 지위남용

자본주의 시장경제 체제하에서 모든 사업자는 『사적자치의 원칙』에 따라 자유롭게 거래할 수 있어야 한다. 그러나 거래상 지위가 우월한 대기업이 자신의 거래상 지위를 남용하여 열등한 지위에 있는 중소기업의 자유의사를 억압하여 거래하도록 강제하거나 부당한 요구를 한다면 자유경쟁 기반이라고 할 수 있는 중소기업의 경영활동의 자주성이 침해될 수밖에 없다. 이러한 거래상 지위남용행위의 전형으로서 일반적으로 대기업과 중소기업과의 거래관계에 있어서 대기업이 자신에 대한 거래의존도가 높은 중소기업에 대하여 거래상 우월한 지위를 남용하여 부당하게 불이익을 주는 경우를 생각할 수 있다. 예컨대, 계속적 거래관계에 있는 중소기업에 대하여 거래와 관계없는 상품을 강제하기도 하고, 중소기업의 입장에서 아무런 이익도 없는 행사 등을 위하여 협찬금을 강요하는 경우가 이에 해당한다. 심지어 대기업이 계통적 거래관계에서 자기에 종속되고 있는 중소기업 등에 대하여 그 인사에 부당하게 간섭하고 이에 따르지 않을 경우 그 거래상의 자유를 위협하는 것도 거래상 지위남용행위에 해당된다.

이와 관련하여 공정거래법은 이미 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하거나 거래상대방에 대하여 불이익을 주는 거래상 지위남용행위를 금지하고 있다(법 제23조 제1항 제4호, 유형 및 기준 제6호).<sup>16)</sup> 또한 이러한 거래상 지위의 남용이 시장지배적사업자에 의해 이루어지는 경우에는 시장지배적지위의 남용행위로서 더욱 엄격한 규제를 받게 된다(법 제3조의2). 이와 같이 거래상 지위의 남용행위를 규제하는 취지는 현실의 거래관계에서 비록 사업자 간에 경제력의 차이가 있더라도 법적으로는 상호 대등한 지위에

16) 거래상 지위의 남용은 위법성 근거를 거래상대방의 경영활동의 자주성 침해에서 찾을 수 있다는 점에서 그 근거를 거래상대방의 상품선택의 자유의 침해와 함께 부차적 상품시장에서 경쟁사업자와의 능률경쟁 침해에서 찾는 거래강제와 구별된다. 또한 거래상 지위의 남용은 거래의 개시는 물론 거래과정에서 이루어지는 각종 불이익의 강제도 규제대상으로 하고 있는데 비해, 거래강제는 거래의 개시를 강제하는 행위를 규제대상으로 삼고 있는 점에서 차이가 있다.

서 공정한 거래를 할 수 있도록 보장하고, 상대적으로 우월한 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 하지 못하도록 금지하는데 있다.<sup>17)</sup> 거래상 지위의 상대적 우월성 여부는 거래상대방이 사업의 영위를 위하여 행위자와 계속적 거래관계의 유지가 필요할 뿐만 아니라 거래과정에 있어서 행위자의 요구를 거절하기가 사실상 곤란한지 여부를 중심으로 판단할 수 있다.<sup>18)</sup> 보다 구체적으로 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적인 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 최소한 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는지 여부에 따라서 판단되어야 할 것이다.<sup>19)</sup> 예컨대, 중소기업이 대체거래선을 구하기 어렵거나 설사 구할 수 있더라도 이를 위해 투자자본의 회수, 미수금의 처리 등 상당한 영업손실을 감수할 수밖에 없다면 널리 거래상 지위의 우월성을 인정할 수 있을 것이다.

거래상 지위남용의 유형에는 ①구입강제, ②이익제공 강요, ③판매목표 강제, ④불이익 제공, ⑤경영간섭의 5가지가 있으며, 모두 조리위법행위에 해당한다. 그밖에 거래상 지위의 남용에 속하는 특수불공정거래행위의 유형으로서 『대규모소매점업자고시』(구백화점고시)가 있으며, 특별법으로서 『하도급거래공정화에관한법률』이 제정되어 있다.

#### 나. 구속조건부거래

통상적으로 사업자는 거래상대방과의 지속적인 거래관계를 유지하거나 거래관계를 일층 긴밀화하기 위하여 일정한 조건으로 거래를 하는 경우가 있다. 이러한 조건부거래는 거래당사자 간의 안정적인 거래관계를 유지시키고 사업활동의 효율성 증대에 기여하는 긍정적 측면이 있다.

그러나 대기업이 자기의 지배 내지 계열을 강화하거나 자기의 경쟁사업자의 힘을 약하게 하는 수단으로서 특정한 상대방 또는 지역에서 거래하거나 하지 않을 것을 조건으로 거래를 하는 경우 그 조건의 구속을 받는 중소기업은 사업활동상 의사결정의 자유가 침해되고, 거래기회가 감소됨으로써 중소기업의 사업활동의 범위를 점차 특정한 대기업에 예속시킬 우려가 있다. 또한 그 결

17) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003두10299; 2003. 6. 3. 선고 2002누10768.

18) 윤세리, “우월적 지위남용의 법률요건”, 『공정경쟁』 제10호(1997), 61면.

19) 대법원 2004. 5. 27. 선고 2004두34.

과 시장에서의 공정한 경쟁이 침해되게 된다.<sup>20)</sup> 따라서 공정거래법은 거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위를 금지하고 있다(법 제23조 제1항 제5호, 유형 및 기준 제7호). 이 구속조건부거래는 조리위법행위로서 그 위법성은 거래의 형태나 구속의 정도 및 시장에서 경쟁저해성 등에 따라 개별적으로 판단되어야 할 것이다. 단순히 거래상대방의 판매권 임지역이나 판매거점을 정하는 경우까지 위법한 것으로 보지는 않으나, 엄격한 지역제한이나 고객의 요구에 의한 지역의 판매를 제한하는 행위는 위법한 것으로 볼 수 있다.

구속조건부거래는 ①거래상대방으로 하여금 자기 또는 자기의 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 못하도록 부작위를 조건으로 거래하는 ‘배타조건부거래’(排他條件附去來)와 ②거래상대방으로 하여금 그의 거래지역 또는 상대방을 한정하여 거래하도록 작위를 조건으로 거래하는 ‘협의의 구속조건부거래’(拘束條件附去來)로 구분된다.

#### 다. 거래강제

대기업은 일반적으로 자신의 요구를 거절하기 어려운 지위에 있는 중소기업에게 원치 않는 거래를 하도록 강요함으로써 중소기업의 자유로운 의사결정을 침해할 우려가 있다. 공정거래법은 사업자가 거래상대방으로 하여금 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 강제하는 행위를 금지하고 있다(법 제23조 제1항 제3호, 유형 및 기준 제5호).

이러한 거래강제의 가장 전형적인 유형으로서 대기업이 계속적인 거래관계에서 대기업에 종속되고 있는 중소기업 등에 대하여 중소기업이 원하고 있지 않는 상품 또는 서비스를 강제적으로 끼워파는 행위를 들 수 있다. 또한 끼워팔기 이외에도 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 조건 등 불이익을 거래상대방에게 제시하여 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 강제하는 행위(유형 및 기준 제5호 다.목)도 이에 해당한다. 예컨대, 중소 하도급업체 또는 부품납품업체에 대해 자기제품 또는 자기가 지정한 제품을 구입하도록 강제하는 경우이다. 거래상대방은 거래에 불응하는 경우 거래대금의 지연지

20) 예컨대, 자신의 물품을 취급하는 대리점에 경쟁사업자의 물품을 취급하지 않을 것을 조건으로 하여 거래하는 경우 그 대리점은 자기의 시장에서 자유롭게 경쟁할 수 없게 될 뿐 아니라 경쟁사업자는 판매경로를 이용할 수 없게 되어 시장에서의 경쟁이 감소되는 결과로 된다.

급, 거래량 감소 및 거래중단 등의 불이익이 가해질 것을 우려하여 억지로 거래를 할 수밖에 없다.

거래강제에서의 공정경쟁 저해성이 인정되기 위해서는 ‘행위자 지위의 우월성’과 ‘행위의 억압성’이 요구된다. 여기서의 우월성(優越性)은 거래상대방에 대해 절대적 우위에 있는 경우뿐만 아니라 상대적 우위, 즉 행위자의 영업상의 지위 또는 기타 거래여건에 비추어 행위자에 대한 의존도가 높거나 거래불응시 사실상 불이익이 가해질 수 있는 수단을 보유한 경우도 포함된다. 또한 억압성(抑壓性)은 유인의 정도를 넘어 상대방의 자유로운 의사결정을 구속하는 행위로서 만일 행위자의 요구에 불응할 경우 객관적으로 보아 얼마간의 불이익이 생길 가능성이 있는 정도로 족하다.

## 2) 대기업과 중소기업이 경쟁관계에 있는 경우

### 가. 경쟁사업자 배제

대기업이 시장에서 경쟁관계에 있는 중소기업을 배제하기 위해 중소기업의 사업활동을 현저히 곤란하게 할 우려가 있다. 공정거래법은 부당한 방법을 사용하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위를 금지하고 있다(법 제23조 제1항 제2호, 유형 및 기준 제3호). 경쟁사업자 배제에는 기존의 경쟁사업자를 시장에서 배제하는 행위뿐만 아니라 시장진입이 예상되는 잠재적 사업자의 시장진입을 제한하는 것도 포함된다.<sup>21)</sup> 공정거래법상 경쟁사업자 배제는 가격이라는 경쟁수단을 통한 배제행위에 중점을 두어 ①상품 또는 용역을 정상적인 가격보다 현저히 낮은 가격으로 공급하는 부당염매(不當廉賣)와 ②높은 가격으로 구입하는 부당고가매입(不當高價買入)으로 구분하고 있다.

일반적으로 사업자가 상품이나 용역을 경쟁사업자보다 낮은 가격으로 공급하는 염가판매(염매)는 일종의 가격경쟁행위로서 문제될 것이 없다. 그러나 그 공급가격이 원가보다도 낮은 비정상적인 경우에는 생산성 향상의 결과로서가 아니라 자신의 경제력을 배경으로 또는 다른 상품의 판매이익을 투입하여 경쟁사업자의 고객을 탈취하고 결국 경쟁사업자를 시장에서 배제시킬 우려가 크며, 더구나 경쟁사업자를 배제한 이후 독점상태가 되면 그 동안의 염매로 인한 손해를 전보하기 위하여 독점력을 남용할 가능성이 크기 때문에 부당염

21) 대법원 2001. 6. 12. 선고99두4686; 1999. 2. 11. 선고98누9181.

매로서 금지된다. 부당염매의 위법성의 근거는 원가 이하로 상품 또는 용역을 공급하는데 있는 것이 아니라 경쟁수단의 불공정성과 이로 인해 경쟁사업자가 시장에서 배제될 추상적 위험성이 인정되는 데에서 찾을 수 있다. 이러한 우려 여부는 염매의 의도·목적 및 기간, 염가의 정도, 대상상품·용역의 특성과 수량, 행위자의 사업규모 및 시장지위, 경쟁사업자의 업태와 매출감소의 사실 등을 종합적 고려하여 판단하게 된다.

또한 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 높은 대가로 구입하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 부당고가매입의 경우(유형 및 기준 제3호 나.목) 사업자가 특정한 상품 또는 용역을 통상의 거래가격보다 고가로 매입하더라도 그것이 합리적인 이유가 있는 경우에는 문제로 되지 않는다. 그러나 예컨대, 경쟁사업자의 제품생산에 필수적인 원자재의 공급이 부족하거나 시장에서 대체재 또는 경합재가 존재하지 않는 경우 통상보다 비싼 가격으로 원자재를 매입하여 경쟁사업자를 원자재 구득난에 빠뜨리고 사업활동을 곤란하게 하는 것은 경쟁사업자를 시장에서 배제시킬 우려가 있는 행위로서 이에 해당한다. 통상의 거래가격은 시장에서 동일 업종의 사업자 간에 정상적으로 형성되는 가격, 즉 시가를 의미한다.<sup>22)</sup>

한편 부당염매나 부당고가매입의 경우 경쟁사업자를 배제하고자 하는 주관적 목적요건을 요구하고 있다. 여기서의 주관적 목적은 외부에 표현될 필요는 없지만 객관적으로 행위자에게 그러한 목적이 존재하였다고 판단될 수 있다면 족하다.<sup>23)</sup> 또한 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있으면 충분하기 때문에 부당염매 또는 부당고가매입에 의해서 경쟁사업자의 사업활동이 실제로 곤란하게 될 것을 요하지 않으며, 상품의 양, 기간, 행위자의 사업규모, 시장에서의 지위, 경쟁사업자의 상황 등을 종합적으로 판단해서 객관적으로 배제시킬 우려가 인정되면 충분하다고 할 수 있다.

#### 나. 고객유인

일반적으로 고객유인은 자유경쟁의 본질로서 사업자의 매출신장 및 이윤확보에 불가결한 것이다. 이를 위하여 사업자는 신기술을 개발하고 원가절감 및 경영합리화를 통해 보다 양질·저가의 상품 또는 서비스를 시장에 공급함으로써

22) 김병배, 『알기쉬운 공정거래』, 중앙일보사, 1996, 115면.

23) 이기수·유진희, 『경제법(제6판)』, 세창출판사, 2005, 232면.

써 고객을 유인하여야 한다. 이와 같이 능률경쟁에 의한 사업자의 고객유인은 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하기 위하여 바람직한 것이다. 그러나 과도한 이익을 제공하거나 기만적인 경쟁수단을 통하여 고객을 현혹하여 자기와 거래하도록 유인하려 한다면 고객의 상품선택의 자유는 침해될 것이며, 경쟁사업자의 능률경쟁은 저해되고 그 만큼 시장에서의 경쟁이 감소될 수밖에 없을 것이다. 따라서 공정거래법은 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 금지하고 있다(법 제23조 제1항 제3호, 유형 및 기준 제4호).

공정거래법은 대기업의 시장진출 자체는 자유경쟁의 견지로부터 제한하고 있지 않으나, 대기업이 그 자본력, 경제력을 이용하여 정상인 상관습에 비추어 부당한 이익을 가지고 경쟁관계에 있는 중소기업의 고객에 대하여 자기와 거래하도록 유인하는 경우에는 부당한 이익에 의한 고객유인으로서 규제대상으로 된다. 부당한 고객유인의 금지는 고객의 구매에 관한 자유로운 선택과 결정을 왜곡하는 기만적인 경쟁수단을 방지함으로써 품질과 가격에 따른 공정한 경쟁을 유지하도록 하는데 그 목적이 있다.<sup>24)</sup> 유인의 객체가 되는 경쟁사업자의 고객은 반드시 경쟁사업자와 기존의 거래관계를 유지하고 있는 상대방에 한정될 필요는 없고, 경쟁사업자의 고객이 될 가능성이 있는 상대방도 이에 포함된다. 유형 및 기준에서는 부당한 고객유인의 유형은 경쟁수단을 중심으로 ①부당한 이익제공에 의한 고객유인, ②위계에 의한 고객유인, ③기타 부당한 방법에 의한 고객유인으로 구분하고 있으며, 이를 모두 조리위법행위로 규제하고 있다. 고객유인의 방법으로 주로 이용되고 있는 경품 및 현상에 관하여는 특수불공정거래행위로서 경품류고시(『경품류제공에관한불공정거래행위의유형및기준』)에서 별도로 규제되고 있다. 또한 신문업시장에서의 무가지 및 경품류 제공에 관하여는 신문업고시(『신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적지위남용행위의유형및기준』) 등도 부당한 고객유인에 대한 특수불공정거래행위로서 규제되고 있다.

#### 다. 사업활동의 방해

사업자는 스스로의 노력을 통해 기술을 개발하고 정당한 방법으로 인력을 확보하여 생산활동을 하여야 하며, 가격과 품질에 의한 공정한 경쟁(능률경

24) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306.



쟁)을 추구하여야 한다. 그러나 만약 다른 사업자의 기술을 부당하게 이용하거나 인력을 부당하게 유인·채용하여 다른 사업자의 사업활동을 방해한다면 시장에서 공정한 경쟁은 이루어지기 어렵다.

이와 같은 다른 사업자의 사업활동 방해행위는 그동안 대기업의 중소기업에 대한 관계에서 종종 발생하곤 하였다. 예컨대, 대기업은 중소기업이 개발한 제품을 납품받는 조건으로 또는 도산 등에 대비한다는 명분으로 관련 기술자료를 제출받아 경쟁회사에 넘겨 가격삭감 등에 활용하거나, 특히 IT·S/W 분야의 경우 경쟁 중소기업의 기술을 도용하여 경쟁하기도 하고, 전·후방관계에 있는 중소기업의 기술을 도용하여 그 시장에 참가함으로써 중소기업의 활동을 방해하는 경우가 이에 해당한다.<sup>25)</sup> 또한 중소기업의 중요한 기술과 기업정보의 유출 또는 거래고객을 탈취하기 위한 수단으로서 인력을 유인·채용하거나 인력을 대량 스카우트함으로써 중소기업의 사업활동을 곤란할 정도에 이르게 하는 경우도 있었다.

이와 같은 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위는 민법, 형법, 부정경쟁방지법상 사적 분쟁의 대상으로 되기도 하지만, 그 목적·효과로부터 보아 그대로 방치된다면 시장에서의 공정한 경쟁이 저해될 우려가 크기 때문에 경쟁질서 유지의 관점에서 규제할 필요가 있다. 따라서 공정거래법 제23조는 부당하게 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위를 금지하고 있다(법 제23조 제1항 제5호 후단, 유형 및 기준 제8호). 일반적으로 불공정거래행위는 어떠한 형태로든 그 결과로서 다른 사업자의 사업활동을 방해하나, 본 유형 및 기준으로서 사업활동 방해행위는 다른 사업자의 사업활동에 직접 타격을 주는 행위로서 행위자의 반윤리적 성격이 강하게 나타나는 특징이 있다. 여기에서 다른 사업자란 거래상대방은 물론 경쟁사업자 및 거래관계가 없는 다른 사업자도 포함된다. 또한 사업활동의 방해에 해당하기 위해서는 사업활동상 일상적으로 나타날 수 있는 정도를 넘어 '심히 곤란하게 할 정도'에 이르러야 한다. 그 정도의 판단을 위해서는 동종 업종의 관행, 행위자와 다른 사업자의 시장에서의 위치, 다른 사업자의 피해정도, 다른 사업자가 경쟁에 불리하게 된 정도를 종합적으로 고려하여야 한다. 시장지배적사업자가 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 경우에는 별도로 시장지배적사업자의 지위남용행위로서 규제된다(법 제3조의2 제1항 제3호).

25) 공정거래위원회, 전계 보고서, 5면.

사업활동 방해의 구체적인 유형으로는 ①다른 사업자의 기술을 부당하게 이용하는 행위, ②다른 사업자의 인력을 부당하게 유인 또는 채용하는 행위, ③다른 사업자의 거래처 이전을 부당하게 방해하는 행위 및 ④기타의 사업활동 방해행위가 있다.

라. 사업자단체를 통한 불공정거래행위

대기업과 중소기업과의 개별적인 거래관계가 아니지만, 사업자단체가 대기업을 중심으로 활동하고, 중소기업에 대하여 제명, 활동제한 그 밖의 불이익 취급을 하는 것은 사업자단체에 의한 중소기업의 기능활동의 제한으로서 공정거래법 제26조 제1항 제3호에도 위반하는 경우가 있다. 즉, 공정거래법은 사업자단체의 구성사업자는 독립한 개별사업자로서 그 사업내용이나 활동이 그들의 경영방침에 따라 자유롭게 보장되어야 하며,<sup>26)</sup> 사업자단체가 간섭해서는 안 된다는 점과 사업자단체에 의한 경쟁제한은 단체의 조직성에 비추어 과급영향이 크다는 점을 감안하여 사업자단체가 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위를 금지하고 있다(법 제26조 제1항 제3호).

예컨대, 대기업이 동종사업 분야의 사업자로 구성된 사업자단체를 주도하면서 자신의 이익을 위해 사업자단체를 통해 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 제한하는 등 상당한 영향력을 행사하는 경우가 이에 해당할 수 있다. 여기에서 제한의 대상이 되는 사업내용 또는 활동은 구성사업자의 사업상의 조직, 설비, 가격, 생산·판매수량, 개업, 영업방법, 거래처의 선택 등 사업활동 전반에 관한 것을 말한다. 그러나 구성사업자의 사업내용 또는 활동에 대한 제한이 모두 위법한 것은 아니며, 이러한 제한이 부당한 경우에 위법으로 된다. 여기서 부당성은 구성사업자의 사업활동에 대한 제한이 일정한 거래분야에서 경쟁을 제한하는 정도에까지 이르지는 않더라도 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 경우이어야 한다.

(2) 특수불공정거래행위

1) 대규모소매점업에 있어서의 불공정거래행위

오늘날 유통분야에 있어서 대규모소매업자가 중소 납품업자에 대하여 우월적 지위를 남용하여 부당한 불이익을 강요하는 경우가 자주 나타나고 있다.<sup>27)</sup> 즉,

26) 대법원 1995.5.12 선고 94누13794.

27) 2004년 5월 6,000여개 납품업체를 대상으로 한 공정거래위원회의 설문조사 결과

백화점, 쇼핑센터, 대형할인점 등의 시설유통업자나 TV홈쇼핑업자와 같은 대규모소매업자가 여기에 상품을 납품하는 중소 납품업자에 대해 우월적 지위를 남용하여 부당한 불이익을 강요하는 경우가 증가하고 있으나, 이들 대규모소매업자(시설유통업자 및 TV홈쇼핑업자)는 매출규모가 매우 크기 때문에 대규모소매점업자가 지속적인 거래관계 속에서 그의 우월한 지위를 이용하여 거래 상대방인 중소 납품업자에게 부당한 요구를 하더라도 이들은 사실상 거절하기 곤란한 상태에 놓이게 된다. 이로 인해 거래과정에서 각종 불공정거래행위가 나타날 개연성이 높다.

따라서 대규모소매점업자는 다수의 거래상대방을 통하여 대량구매를 하고 다수의 소비자를 상대로 판매하는 특성으로 인해 각종 불공정거래행위를 하는 경우 가격과 품질을 통한 경쟁발전을 저해하고 소비자에게 피해를 줄 가능성이 많기 때문에 이를 규제함으로써 거래상대방인 중소 납품업자를 보호하고 유통산업의 건전한 발전을 도모하기 위해 특수불공정거래행위로서 『대규모소매점업고시』<sup>28)</sup>가 제정되었다. 이 고시에서는 대형 유통업체에서 흔히 발생하고 있는 불공정거래행위의 유형으로서 거래상 지위남용행위<sup>29)</sup>를 ①부당반품, ②부당감액, ③부당지급지연, ④부당강요, ⑤부당수령거부, ⑥관측비용등 부당강요, ⑦서면계약체결의무 및 부당계약변경으로 세분화하여 규제하고 있다. 특히 모델, 방청객 출연 등의 관측수단의 사용과 그 비용부담에 관한 사항 및 거래계약의 체결·변경에 관한 사항에 대해서는 방송판매의 특수성을 감안하여, TV홈쇼핑업자의 거래상 지위남용행위에 대한 위원회의 심결례를 고시에 반영하고 있다(고시 제8조 제2항, 제11조 제1항, 제3항).

## 2) 부당한 경품류제공

일반적으로 경품부 판매는 파급성이 강하고, 상품 본래의 품질 및 가격 경쟁보다 경품 경쟁으로 변질되기 쉬우며, 자금력이 우월한 대기업이 유리하게 되는 경우가 많다. 따라서 경품류의 제공이 과도한 경우에는 이를 규제할 필요가 있으며, 과도한 경품류의 제공과 같은 지나친 경쟁방법을 규제하는 것은

‘대형유통업체의 불공정거래행위를 경험’하고 있다는 응답비율이 증가 2002년 26%에서 2004년에는 44%로 증가하고 있는 것으로 나타나고 있다. 공정거래위원회, 전계보고서, 12면.

28) 개정 2005. 7. 1. 공정거래위원회 고시 제2005-10호.

29) 공정거래법 제23조 제1항 제4호 및 동법 시행령 제36조 제1항에 따른 일반불공정행위의유형및기준 제6호.

대·중소기업이 대기업과 함께 품질과 가격을 중심으로 하여 대등하게 경쟁해 갈 수 있는 기반을 정비하는 것에 도움이 되는 것이다. 다만, 경품류의 제공은 가격경쟁이 정체되고 있는 상황에서는 유일한 경쟁수단이 된다는 점, 시장에 신규로 진입하는 기업이나 신상품 판매의 경우에는 유효한 판매촉진 수단이 된다는 점, 그리고 경품류의 제공이 통상의 거래방법으로 상용화되고 있는 점 등을 고려할 때 경품류의 제공을 전면적으로 금지하는 것은 현실적으로 곤란하며, 정상적인 거래관행에 비추어 과도한 경우에만 금지된다.

『경품류제공에관한불공정거래행위의유형및기준지정고시』<sup>30)</sup>는 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하기 위한 수단으로서 이용되고 있는 경품류 제공행위의 유형 및 기준을 정하고 있다. 따라서 경품류 제공행위는 이 지정고시에서 정한 개별 경품류의 가액 또는 경품류 총액이 일정한 한도를 초과하는 경우에도 위법한 것으로 된다.

## 2. 하도급거래법

그 동안 우리나라에서 하도급거래의 비중이 지속적으로 증가해오고 있으나, 주로 대기업인 원사업자<sup>31)</sup>와 중소기업인 수급사업자 간의 호혜적 관계가 정립되지 못한 채 원사업자(대기업)는 계약체결시 월등한 협상력을 바탕으로 수급사업자(중소기업)에게 일방적으로 불리한 각종 부당한 거래조건을 설정하는 등 거래상지위의 남용행위가 빈번히 발생하고 있다. 예컨대, 대기업이 임금인상 등에 따른 부담을 부당한 방법으로 중소기업에 상당부분 전가하거나 협력업체의 임금 인상시 협력업체에 초과이윤이 발생한 것으로 간주하고 납품단가를 일방적으로 인하하는가 하면, 하도급거래에서 최저가 응찰자를 낙찰자로 선정된 이후에도 추가로 개별협상을 벌여 가격을 더욱 삭감하거나 심지어 계약예정자의 원가산정 자료를 타 경쟁사업자에 넘겨 경쟁을 부추기면서 추가적인 가격삭감을 요구하는 사례 등도 발생하고 있다.<sup>32)</sup>

30) 개정 2005. 7. 1 공정거래위원회고시 제2005-11호.

31) 하도급거래법에서의 원사업자는 대기업이나 일정한 규모 이상의 중소기업에 해당하는 자로서 중소기업자에게 제조 등의 위탁을 한 자를 말한다. 여기에서 대기업은 중소기업자(중소기업협동조합을 포함)가 아닌 사업자를 의미하며, 중소기업자라 하더라도 직전 사업연도의 연간매출액 또는 상시고용 종업원수가 하도급을 받은 다른 중소기업자(수급사업자)에 비해 2배를 초과하는 경우에는 원사업자에 해당할 수 있다. 다만, 대통령이 정하는 연간매출액이 소규모인 중소기업자를 제외한다(법 제2조 제2항).

그럼에도 불구하고 수급사업자는 원사업자에 대한 거래의존성이 강하기 때문에 충분한 교섭력을 발휘하기 어려우며, 원사업자의 불공정한 거래관행을 그대로 감수할 수밖에 없는 것이 현실이다. 원사업자와 수급사업자 간의 수직적 관계에서 나타나는 이러한 불공정한 거래의 관행은 시장실패 현상으로서 하도급 거래질서를 회복하고 원사업자와 수급사업자 간의 수평적 협력관계를 확립하기 위해서는 국가가 이에 개입할 필요가 있다. 이를 통해 경제적 약자인 수급사업자(중소기업)도 자주적이고 창의적인 사업활동을 통해 스스로의 경쟁력을 갖출 수 있게 될 것이며, 궁극적으로 국민경제의 건전한 발전에 기여할 수 있게 될 것이다.

이와 관련하여 이미 공정거래법에서는 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위를 불공정거래행위로서 규제하고 있으나(법 제23조 제1항 제4호), 하도급 거래관계에서 발생하는 원사업자와 수급사업자 간의 힘의 불균형에 따른 지위남용행위에 대해 공정거래법상의 규정만으로는 불충분하다. 따라서 우리 경제에 만연하고 있는 불공정한 하도급 거래관행을 효과적으로 규제하기 위해 『하도급거래공정화에관한법률』(이하 ‘하도급거래법’이라 한다)을 제정하여 시행하고 있다. 하도급거래법에서는 그 적용대상이 되는 하도급의 범위를 한정하여 “원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁 포함)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁하고, 위탁받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공 또는 용역 수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가(하도급대금)를 수령하는 행위”로 정의하고 있다(법 제2조 제1항).

하도급거래법은 그 구체적인 내용으로서 원사업자에 대한 일정한 의무와 금지사항을 규정하고 있다. 즉 원사업자의 의무로서 ①서면교부 및 서류보존의무, ②선급금 지급의무, ③내국신용장(Local L/C) 개설의무, ④검사 및 검사결과 통보의무, ⑤관세 등 환급액 지급의무, ⑥하도급대금 지급의무, ⑦건설하도급대금 지급보증의무, ⑧설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정 및 지급의무 등을 규정하고 있다. 또한 원사업자의 금지사항으로서 ①부당한 하도급대금의 결정금지, ②물품 등의 구매강제금지, ③부당한 위탁취소의 금지,

32) 공정거래위원회, 전계 보고서, 3면.

④부당반품의 금지, ⑤하도급대금의 부당감액 금지, ⑥물품구매대금 등의 부당결제청구의 금지, ⑦경제적 이익의 부당요구 금지, ⑧부당한 대물변제행위의 금지, ⑨부당한 경영간섭의 금지, ⑩보복조치의 금지, ⑪탈법행위의 금지 등을 규정하고 있다. 그밖에 원사업자의 파산 등 일정한 사유가 발생한 경우로서 수급사업자가 제조·수리·시공 또는 용역수행한 분에 상당하는 하도급대금의 직접지급을 요청한 때에는 발주자는 해당 수급사업자에게 직접 지급하도록 의무화하고 있다(법 제14조 제1항).

## V. 결 어

1960년대 이후 90년대 중반에 이르기까지 우리나라에서는 자금·인력 등이 대기업에 집중배분되는 대기업집단 중심의 경제구조가 형성되어 왔다. 이로 인해 대부분의 중소기업은 대기업의 발전에 편승하거나 종속적 지위에서 벗어나지 못하였으며, 힘의 격차로 대기업과의 경쟁관계 또는 거래관계에서 불이익을 감수할 수밖에 없었다. 이러한 현상은 1990년대 말 IMF 외환위기 사태 이후 대·중소기업 간의 성장성, 수익성, 근로소득, 혁신역량 면에서의 격차가 더욱 확대되고 있는 것으로 나타나고 있다. 그러나 이러한 대·중소기업 간의 양극화가 지속될 경우 우리나라의 경제성장 시스템의 작동을 어렵게 할 우려가 있다.

따라서 당면한 대·중소기업 간의 양극화 문제를 해소하고 선진경제로 진입하기 위해서는 무엇보다 생산활동 분야에 있어서 국민경제에 커다란 비중을 차지하고 있는 중소기업 스스로의 기술과 품질 경쟁력을 제고하는 한편, 대·중소기업 간의 성과공유제(Benefit Sharing) 도입, 현금성 결제 확대, 공동연구개발 등을 통해 상생적 협력관계 내지 전략적 파트너십을 구축해 나가야 할 것이다.<sup>33)</sup> 또한 대기업과 중소기업을 수직적 관계로만 인식하는 종래의 사고에서 탈피하여 수평적 협력관계로의 인식전환이 필요하다. 이는 오늘날 개방경제시대에 있어서 대기업도 중소기업의 협력없이 글로벌 경쟁력을 생각할 수 없는 현실을 감안할 때 대기업의 지속적인 성장을 위해서도 불가피하게 요구되는 것이다.

33) 산업자원부, 『대·중소기업 상생협력 강화방안』, 2005. 5, 13면.

그러나 대·중소기업 간의 상생적 협력관계 형성을 위해서는 그 전제로서 대기업과 지속적인 경쟁관계 또는 거래관계에 있는 중소기업이 본래의 기동성과 활력을 유지할 수 있도록 공정하고 자유로운 경쟁기반을 확보하는 것이 중요하다. 즉, 무엇보다 대기업과 경쟁관계(競爭關係)에 있는 중소기업이 능률경쟁을 통해 사업활동을 전개할 수 있도록 시장구조적 요인을 개선해 나가야 할 것이다. 이를 위해 장기적으로는 기업분할제도의 도입방안 등을 포함하여 독과점 시장구조를 해소할 수 있는 방안을 강구하여야 하며, 대기업집단에 소속한 대기업들이 집단의 힘을 남용하여 독립한 중소기업과 불공정한 경쟁을 하지 않도록 부당내부거래를 규제하고, 순환출자 등에 대한 지속적인 감시를 하여야 할 것이다.

다른 한편으로 오늘날 기술의 급속한 발전과 시장의 세분화가 급진전되고 있는 글로벌 경제시대에 대기업과 중소기업은 상호협력을 통하여 발전을 기대할 수 있다. 중소기업은 전문부품의 생산공급 등을 통해 거래 대기업의 생산활동을 지원하고, 대기업은 자본·기술·경영면에서 중소기업과 긴밀한 협력관계를 유지해야만 대·중소기업 모두가 상생할 수 있으며, 국민경제 전체의 효율성이 증대될 수 있을 것이다.<sup>34)</sup> 이러한 메커니즘을 유지하기 위해서는 대기업과 중소기업 간의 합리적 분업 내지 상생적 협력관계 형성이 필수적이다. 다만 이러한 관계는 상호의 이익이 전제되어야 하는 것이기 때문에 대기업이 자신의 자본력과 조직력을 이용하여 일방적으로 이익을 독점하거나 권리를 행사하려 한다면 중소기업과의 합리적이고 지속적인 거래관계는 유지되기 어려울 것이다. 따라서 하도급거래 등에 있어 대기업과 사업상 거래관계(去來關係)에 있는 중소기업이 실질적인 『계약자유의 원칙』을 향유할 수 있도록 그동안 대기업의 우월적 지위에서 관행적으로 이루어져 왔던 불공정거래행위를 금지하고 거래관계를 보다 투명하고 공정하게 유지할 수 있도록 하여야 할 것이다. 특히 우리나라의 대기업의 수요독점적 거래구조 하에서 대기업들이 월등한 교섭력을 남용하여 정상적인 가격결정 메커니즘의 작동을 저해하거나

34) 대·중소기업간 상생 협력 분야는 크게 생산협력, 기술협력, 판매협력, 금융 및 자본협력, 경영지도 등으로 구분할 수 있으며, 중소기업의 기술수준과 거래 모기업의 통제 방식 등에 따라 협력분야의 다양한 조합에 의해 협력이 전개될 수 있다. 산업연구원, 『부당한 하도급단가인하 방지를 위한 하도급거래 관련 정보 공개-기계산업-』 공정거래위원회 용역보고서(2005. 12), 41면.

중소기업에 일방적으로 불리한 각종 부당한 거래조건을 설정하거나 지나친 간섭 또는 경영권 침해가 발생하지 않도록 규제 및 감시를 강화해 나가야 할 것이다.

**주제어** 대·중소기업의 양극화, 상생적 협력, 중소기업, 불공정거래, 우월적지위 남용, 하도급



## Protection of Competition for Synergic Cooperation between Large and Small-Medium Enterprises

Shin, Hyun-Yoon\*

Until the mid-90's, South Korea's economic growth policy has been centered on large enterprises which resulted in monopolistic and oligopolistic market structure. As a result, enterprises small and medium in size have been put in undesirable positions in competitions with or in business relations with large enterprises. In addition, after the IMF crisis in the late 90's, the gap between large enterprises and smaller ones are widening in terms of growth rate, earning rate, earned income, and capacity for innovation. If such polarization between the two groups of enterprises continues, it may jeopardize the country's economic growth system, which is based on the division of labor and cooperative production system between large enterprises and small and medium enterprises.

In order to solve the problem of polarization, the prior step to take is to raise the capacity of smaller enterprises which play an important role for the national economy in areas of production and to set up a synergic network for sound cooperation with large enterprises. Such cooperation is also much needed on the part of the large enterprises to remain competitive in today's global open economy and for their constant growth. For such cooperation to be possible, smaller enterprises should support manufacturing activities of large enterprises through activities like manufacturing and supplying specialized parts, and the latter in return should maintain close cooperative relationships with the former in terms of capital, technology and management.

Large enterprises need to break away from their previous perspective that the relationship between them and the smaller enterprises is a vertical one and to accept a new perspective to conceive it as a horizontal, cooperative relationship.



\* Professor of Law, Yonsei University

On the other hand, as a prerequisite for such synergic relations, it is important to secure a basis for fair and free competition so that small and medium enterprises can maintain their original mobility and energy. In this regard, it is necessary to improve market structural factors to help smaller enterprises in competition with large ones to promote their business through efficiency competition. For such an improvement, the monopolistic and oligopolistic market structure needs to be broken down in the long run by introducing new policies like divestiture of large companies. In order to restrain the large enterprises which belong to major conglomerates from unfair competition against smaller enterprises by relying on the power of the conglomerates, the government should constantly keep watch and impose regulations on insider trading and circular ownership. Also, the customary unfair business transactions conducted by the large enterprises in superior positions should be stopped, and business relations should remain transparent and fair to guarantee that small and medium corporations in continuous business relations with larger ones can substantially enjoy the liberty of contract.

Especially, in Korea's business environment where demands from large enterprises comprise the majority of the whole demands, regulations on the activities of the large enterprises should be made stricter to stop them from hampering the normal function of the price-setting mechanism by abusing their superior power of negotiation or imposing unfair transaction terms on small and medium-sized subcontractors and from interfering excessively or infringing on the management rights of the smaller enterprises.

<b>KEY WORDS</b> polarization between large and small and medium enterprises, synergic cooperation, unfair competition, abuse of superior position, subcontract
---