

不公正去來行爲와 規制管轄의 效率性: 公正去來法 第23條를 中心으로*

金 一 仲**

논 문 초 록:

不公正去來行爲를 효율적으로 억제하기 위해서는 법률간의 적절한 조화가 필수전제조건이다. 사실 특정 목적을 달성하기 위해 정부가 취할 수 있는 규제수단은 매우 다양하다. 관건은 법집행의 효율성을 극대화시키는 규제간의 조화를 어떻게 꾀하는가에 달려 있다. 불법행위의 유형이 복잡다기화되고 행위자의 전문성 역시 고도로 전문화되어 가는 상황에서 규제수단들간의 '管轄(jurisdiction)의 效率性' 문제가 더욱 중요해질 것이다.

本稿에서 주장되는 '私法體系로의 轉換'이라는 구호 역시 특정 불법행위를 규제하는 데 법집행 효율성의 비교우위를 복원하자는 경제원리에 입각하고 있다. 공정거래법도 이러한 대원칙에서 예외가 될 수 없다는 시각에서, 법 제23조 및 제29조에 규정된 불공정거래행위의 규제관할을 분석한다. 이를 통해 '消費者 富의 極大化'라는 기본목적에 더욱 충실한 공정거래법의 방향모색에 일조하고자 한다.

당해 시장 전체에 현저히 反競爭의 效果를 야기시킬 것으로 판단되는 경우에 한해 공정거래위원회가 개입해야 한다는 점이 本稿가 제시하는 주요 결론이다. 그 밖의 경우에는 설사 행위의 위법성이 명백하더라도 가능한 強制, 詐欺, 脅迫, 不法行爲 등의 私法原理에 따라 당사자 간의 訴訟을 거치도록 유도해야 한다. 이는 장기적으로 이러한 행위에 대해서는 管轄權을 법원으로 옮기고, 수직제한을 위시하여 정교한 합리성 분석이 요구되는 불공정행위에 대하여 稀少한 競爭政策資源을 집중적으로 배분시킴을 의미한다.

핵심주제어 : 불공정거래행위, 규제관할, 법경제학

경제학문헌목록 주제분류 : K1, K4, L4

* 초고를 읽고 흔쾌히 토의에 임해 주신 권오승 교수, 공공경제학회 학술대회 발표시 유익한 논평을 해 주신 신도철 교수와 이재우 박사, 특히 논문의 함의가 가질 수 있는 한계에 관해 세심히 지적해 주신 익명의 두 심사자, 그리고 장시간 동안 자료수집과 편집을 도와 준 백승일·장재호 조교에게 감사를 표한다. 참고로 本稿는 공정거래위원회와의 연구프로젝트인 '불공정거래의 규제 개선방안'의 일부분을 拔萃·深化시킨 것이나, 그 내용 및 오류 또한 전적으로 筆者 개인의 것임을 밝혀 둔다.

** 숭실대학교 경제국제통상학부 교수

“법은 성취하고자 하는 목적에 직접적으로 관련된 행위를 다루어야만 그 효과가 극대화된다. 이런 맥락에서 小企業의 생존 또는 기타 법원이 선택하는 恣意的 목적보다는 消費者 富의 극대화를 실현한다는 차원에서 공정거래법은 가장 적합하다고 볼 수 있다…… 만약 경쟁자의 탁월한 혁신능력, 소비자선호에 대한 뛰어난 예측, 또는 약탈적이라 볼 수 없는 가격경쟁 등으로 인해 소규모 또는 지역성을 갖는 기업들이 어려움에 처하더라도 法官이 할 수 있는 일은 별로 없다…… 예컨대, 小企業들을 보호할 목적이라면 세제혜택, 보조금, 관세 등과 같은 입법조치를 취할 수 있으며, 또 그렇게 해 왔다. 이러한 가치실현을 위해서 법집행자가 공정거래법을 사용한다면 매우 자의적이고 효과도 없는 수단이 될 뿐이다. 경쟁을 손상시킨다고 판단되는 행위 전반을 공정거래법이 관할하고 있으므로 그 목적은 消費者 富의 극대화에 두어야 한다.” (Bork, 1993, pp.69-70)

I. 序 論

한국 경제위기의 발원지를 찾아 올라가다 조우하게 되는 큰 원인 중의 하나가 ‘法治主義(rule of law)의 不在’라는 명제를 부정하는 이는 별로 없으리라 본다. 法治에 도달하기 위한 청사진은 연구자마다 다양하게 진단내릴 수 있다. 그러나 冒頭의 인용처럼 성취하고자 하는 목적을 가장 효과적으로 다룰 수 있도록 각각의 법이 짜여지는 것이 法治主義의 핵심 인프라스트럭처라는 점 역시 대부분이 수긍하는 명제일 것이다. 法 또는 規制의 管轄問題, 그리고 그 效率性 여부가 중요하다라는 의미이다.

법의 관할을 생각할 때 가장 먼저 떠오르는 구분방식은 물론 私法과 公法에 의한 것이다. 주지하듯 이러한 법선택의 문제는 전통적으로 法學 또는 法的인 領域에 속했다. 그럼에도 불구하고 특히 1990년대에 들어와 한국 경제의 대수술이라는 과제와 관련하여 經濟學界에서 ‘私法體系로의 轉換’이라는 주장이 대두된 것은 의미 있는 일이다(예, 박세일, 1994; 이진순, 1995; 김정호 편, 1997; 김일중, 1995a, 1997a, 1997b; 김일중·장재호, 1998 등).

이러한 주장의 바탕에는 대체로 法治主義에서의 法이란 자생적 질서로서 진화해 온 私法을 의미한다는 시각이 반영되어 있다. 그리고 Hayek가 그 학문적 태두임은 두 말할 나위 없다. 돌이켜보건대, 이는 최근 세계 경제학계에서 각광을

받아 온 시카고학과, 오스트리아학과 및 공공선택론자들 사이에 정도의 차이는 있으나 대개 공통적으로 발견할 수 있는 사조인 듯하다.

Hayek(1982, pp.36-38)는 그리스어로 taxis인 公法을 ‘만들어진(made) 또는 외생적(exogenous) 질서(order)’라고 표현했으며, 나아가 설계(construction), 인위적 질서(artificial order), 또는 사회질서의 통제를 위한 국가조직(organization)으로 규정했다. 반면 私法은 ‘국가나 지역사회에서의 올바른 질서’라는 원래 의미를 갖는 kosmos인데, 영어로 표현하면 자생적 질서(spontaneous order)가 가장 적합하다고 해석했다. 결국 그의 논리를 요약하면 私法體系야말로 내생적으로 진화한 사회질서이며, A. Smith의 보이지 않는 손도 바로 이에 포함되고, 시장질서와 인간의 자유를 확보하는 교두보라는 점이다.

두 종류의 법을 이상과 같이 개념적으로는 정의할 수 있지만, 국가별로 私法의 영역에 정확히 금을 긋는 작업은 쉽지 않을 것이다. 일반적으로 영미법계 국가에서는 普通法(common law)이 이에 해당할 것이다. 한국과 같은 대륙법계 국가에서는 民法(civil law)과 商法(commercial law) 등이 포함될 것이다. 요컨대, 인간의 보편적 행동에 뿌리를 두고 개별 이익집단의 영향을 거의 받지 않는 基本法들로서 私法을 구분할 수 있다.¹⁾

本稿는 私法體系로의 전환을 위한 그간 국내 연구자들의 노력에 탐을 한 층 더 쌓으려는 시도이다. 구체적으로 公法의 성격을 띤 소위 경제법(wirtschaftrecht)²⁾이라는 우리 나라 공정거래법을 분석함으로써 法의 管轄問題를 다루려 한다. 특히 법 제23조의 불공정거래 규제조항 및 실제 심결자료를 통해 私法體系로의 전환에 관한 당위성과 가능성을 적극적으로 제시하고자 한다.

本稿의 순서는 다음과 같다. 먼저 제Ⅱ절에서는 불공정거래행위에 대한 한국의 규제관할과 그에 따른 불공정거래행위들의 세부구분 작업을 수행한다. 이어서 규제관할에서 나타나는 문제점들을 개관한다. 제Ⅲ절에서는 불공정거래행위의 한 유형인 수직제한의 경제적 속성을 집중적으로 분석한다. 그 이유는 공정거래법 제23조(및 제29조)의 불공정거래행위를 구성하는 핵심부분이 바로 수직제한행위들이며, 동시에 수직제한행위와 경쟁제한의 관계를 규명하는 데 심층적인 경제분

1) 형법(criminal law)은 흔히 공법에 해당하지만, 본고에서는 후술되는 바와 같이 공정거래법이라는 경제법에 대치하는 기본법으로 간주한다는 의미에서 논의의 편의상 다른 교유의 사법들과 같은 범주에 포함시킬 경우도 있을 것이다.

2) 경제법에 대해서는 후술된다.

석이 필요하다는 사실을 부각시키기 위함이다. 아울러 제Ⅲ절에는 최근 공정거래 위원회의 수직제한 관련 집행현황을 분석함으로써 상당한 양의 규제자원이 필요하다는 점을 보이려 한다. 제Ⅳ절에서는 불공정거래행위 규제관할의 효율성을 제고시키는 방법을 모색해 본다. 경제법으로서의 공정거래법을 설명하고, 특정 불공정행위에 대하여 私法과 公正去來法의 規制管轄基準을 이론적으로 제시한다. 이를 바탕으로 현행 공정거래법 제23조에 열거된 불공정거래행위의 規制管轄에 관하여 구체적으로 분석하며, 마지막으로 제Ⅴ절에서 논의를 종합한다.³⁾

II. 不公正去來行爲에 대한 韓國의 規制管轄

1. 公正去來法 第23條上の 不公正去來行爲

수직제한(vertical restraints)은 문자 그대로 생산공정상 어떤 수직적 관계에 있는 두 기업에 대해서도 적용된다. 말하자면 승용차제조업체에서 부품을 조달하는 하도급업체도 이에 해당하며, 도매상과 소매상 사이에도 수직적 관계가 성립한다. 하지만 本稿에서는 논의의 편의를 위해 특정 제품의 제조기업을 상위기업(즉, 상표생산기업), 그리고 그 제품을 공급받는 유통업자를 하위기업(즉, 상표재판매기업)으로 상정한다. 수직제한은 한국 공정거래법 제23조 및 제29조를 구성하는 핵심이다. 그 이유는 다음 절에서 자세히 논의되는 바와 같이 ‘불공정성’을 판별하기 위해 가장 고도의 경제분석을 필요로 하기 때문이다.

구체적으로 공정거래법 제23조 제1항에는 7개의 불공정거래행위 유형이 열거되어 있다. 그리고 시행령 제36조 제1항 별표의 ‘일반불공정거래행위의 유형 및 기준’에서 다시 총 32가지로 구분하고 있다. 나아가 법 제29조에서 별도로 재판매가격유지를 불법화함으로써 현재 총 33가지의 불공정거래 유형이 존재한다. <부록 A>에는 이러한 불공정행위의 법적 근거 및 설명이 정리되어 있다.⁴⁾

3) 본문 논의의 간결함을 위해 표와 그림은 대부분 부록으로 처리할 것이다.

4) 우선 <부록 A>에서 PSI라고 표시된 네 가지 유형의 불공정거래는 공정거래위원회의 세부 기준에 의해 당연위법(Per Se Illegal)으로 취급되는 부문을 의미한다(공정거래위원회 내부자료, 1997). 당연위법으로 처리되지 않는 유형에 대해 경쟁저해성, 즉 위법성을 판단하기 위해 공정거래위원회는 다음의 세 가지 지침을 사용한다. 첫째, 시장에서의 경쟁이 감소되거나 침해되었는지의 여부를 검토한다. 이를 위해 다양한 요소들을 고려하는 것이 원칙으로 되어 있다. 둘째, 경쟁수단이 공정한지의 여부를 판단하는데, 이는 경쟁이 가격·품질·서비스에 의한 경쟁인지를 고려하여 결정한다. 셋째, 거래당사자의 자유로운 의사가 억압되었는지

〈표 1〉 공정거래법상의 수직제한

- ▶ Refusal to Supply: 1)¹⁾ 공동의 거래거절, 2) 기타의 거래거절, 6) 집단적 차별
- ▶ 2nd-Line(또는 Vertical) Price Discrimination: 3) 가격차별, 4) 거래조건차별, 5) 계열회사를 위한 차별, 7) 부당염매, 8) 부당고가매입, 30)~32) 부당한 자금·자산·인력지원
- ▶ Tying: 12) 끼워팔기
- ▶ Quantity Forcing: 15) 구입강제, 17) 판매목표강제
- ▶ Service Requirement: 19) 경영간섭
- ▶ Exclusive Dealing: 20) 배타조건부 거래
- ▶ Exclusive Distribution: 21) 거래지역 또는 거래상대방의 제한
- ▶ Resale Price Maintenance: 33) 재판매가격유지

주: 1) 〈부록 A〉에 표기된 일련번호임.

주지하듯 수직제한에 해당하는 불공정거래는 이상 33개 유형들의 부분집합이다. 순수한 수직제한에 속하는 거래행위는 〈표 1〉의 18가지가 가장 유력하다고 판단된다.⁵⁾ 〈표 1〉에서 영어로 표시된 여덟 가지 구분은 제Ⅲ절에서 설명될 〈부록 B〉와 같이 수직제한에 관한 기존의 연구문헌들에서 주로 사용되는 방식을 따른 것이다.

2. 規制管轄의 問題點: 概觀

그렇다면 수직제한이라고 구분하기는 힘든 15가지 불공정거래 유형이 남게 된다. 우선 15가지 중 상당 수는 경쟁자에 부당하게 피해를 주는 수평제한(horizontal restraints)에 해당한다고 판단된다. 〈부록 A〉 H라는 표시가 붙은 거래행위들이 대체로 수평제한에 속하는 것들이다.⁶⁾

의 여부를 파악한다. 말하자면 자기의 우월적 지위나 거래상대방의 급박한 사정을 이용하여 거래상대방의 거래처 선택이나 거래조건 설정의 자유를 억압하였는지를 고려하여 결정한다는 원칙이다. 이 경우 계약당사자간에 설사 합의가 있는 경우라도 합의를 받아들일 수 없는 경우에는 자유로운 의사에 억압이라 규정하고 있다. 사실 이는 민법상의 원리를 포괄 또는 초월하는 매우 강력한 지침이며, 후술되는 제Ⅳ절의 논의에 직결되는 부분이다.

5) 물론 이는 법조문과 해당 심결자료에 근거한 筆者의 주관적 판단에 따른 것이다. 후술되는 수평제한과 일반불공정행위의 경우 그 판단기준이 상대적으로 덜 명확했다는 점을 밝히려 한다. 하지만 이점이 本稿의 주요 결론을 도출하는데 장애가 되는 것은 아니다.

6) 즉, 〈부록 A〉에서 9) 부당한 이익에 의한 고객유인, 10) 위계에 의한 고객유인, 11) 기타의 부당한 고객유인, 22) 기술의 부당이용, 23) 인력의 부당유인·채용, 24) 거래처 이전방해,

筆者는 평소 공정거래법의 관할이 되는 수평제한의 경제학적 불공정성은 한마디로 '掠奪(predation)'의 개념에 근거해야 한다고 믿어 왔다. 예를 들어, Berk (1993, p.144)는 정상적인 이윤극대화가 아닌 다음의 두가지 기대를 갖고 경쟁자에게 취하는 공격적 행위를 약탈이라 넓게 정의한 바 있다. 첫째, 경쟁자가 시장에서 축출됨으로써 약탈자가 독점이윤을 취할 정도로 시장지배력을 갖게 될 것이라는 기대이다. 둘째, 경쟁자가 혼쭐이 나서 약탈자에게 불편을 주거나 더이상의 위협적인 경쟁행위를 포기할 것이라는 기대이다. 즉, 두가지 기대 모두 시장 전체의 경쟁상태를 상당히 손상시킬 것이라는 전제를 깔고 있다. 요컨대, 이러한 두 가지 기대 때문인지, 아니면 정상적인 경쟁의 결과 나타난 현상인지를 구분하는 것이 수평제한에 대한 경쟁정책의 관건이 된다.

그럼에도 불구하고 이러한 筆者의 믿음과 현재 법 제23조에서 소위 수평제한이라 구분할 수 있는 행위들간에는 '管轄'의 측면에서 어느 정도 괴리가 있는 것이 사실이다. 수평제한에 해당하는 거래유형에서 특이할 만한 사항은 이 중 몇가지가 명백한 不法行爲에 해당한다. 이 점에 대해서는 다시 자세히 후술되겠지만, 예컨대, <부록 A>에 나온 정의대로 보면 기술의 부당이용은 명백히 재산권의 侵害(trespass)에 해당한다. 허위광고는 詐欺(fraud)에 해당한다. 또한 부당하고 비방적인 표시나 광고 역시 대체로 物權에 대한 不法妨害(nuisance)에 가깝다. 요컨대, 이러한 행위는 굳이 경제적 분석을 하지 않고서도 기존의 私法體系下에서도 그 불법성이 당연성립된다.⁷⁾

하지만 筆者는 일단 공정거래법이 이러한 유형의 행위에 별도의 제재를 가할 수 있는 여지는 있다고 믿는다. 즉, 당해 행위들로 인하여 시장 전체에 심각한 경쟁제한효과를 야기시켰을 때이다. 말하자면 행위 자체가 사법상 불법적이라 하더라도 그 행위자가 시장독점력을 갖고 있을 때에 비로소 공정거래위원회의 개입 정당성이 확연해진다.⁸⁾

마지막으로 <부록 A>에서 C로 표시된 나머지 네 가지 유형의 불공정거래행위

25) 기타의 사업활동방해, 26) 허위 또는 과장의 · 광고, 27) 기만적인 표시 · 광고, 28) 부당하게 비교하는 표시 · 광고, 29) 비방적인 표시 · 광고 등은 수평제한에 더욱 가까운 행위들이라 볼 수 있다. 참고로 본문에서 수직제한으로 구분된 7) 부당염대 및 8) 부당고가매입 등이 경쟁사업자를 겨냥하여 이루어졌다면 수평제한에 해당할 것이다.

7) 여기서 '굳이'라는 표현이 의미하는 바는 제III절의 논의에서도 재확인되었으나, 특정 제한행위가 부정적 효과를 갖는지에 대한 확신이 쉽지 않거나, 긍정적 및 부정적 효과를 함께 갖는 것으로 추측될 때 경제적 분석을 통해 그 순효과의 규명작업을 해야 한다는 뜻이다.

8) 이 점에 관해서도 제IV절에서 자세히 후술된다.

는 수직 또는 수평제한 어느 한쪽에 국한시키기는 힘들지만, 強迫(duress)을 포함한 強制(coercion)의 법리로써 규제할 수 있는 일반불공정행위들이다. 그야말로 私法上의 不法行爲들이다. 따라서 효율성이나 경쟁촉진 등의 순효과를 따지기 위한 추가적 경제분석이 거의 필요 없는 부류에 해당한다. 다만 이 경우에도 당해 행위가 시장 전체에 현저한 경쟁제한효과를 주고 있다는 판단이 설 때에는 경쟁 정책당국의 추가적 교정조치가 필요할 것이다. 이상의 논의는 공정거래법상 불공정거래행위에 대하여 더욱 합리적이고 효과적인 규제를 하기 위해 현행 法體系 및 規制管轄에 변화가 있어야 함을 시사한다.

Ⅲ. 垂直制限行爲의 複雜性和 規制執行資源의 稀少性

1. 垂直制限의 經濟分析

(1) 垂直制限과 競爭制限: 概觀

Coase(1937)의 시각에서 보면 기업에게 수직제한이란 일종의 중간위치에 있는 거래형태이다. 즉, 상하위시장에 속한 별도의 두 기업 사이에 발생하는 독립적 거래(arm's length transaction)와 반대로 수직적으로 완전히 통합된 단일기업에서 발생하는 내부거래(vertical integration)의 중간형태로서, 계약에 의해 특정 제한을 쌍방 또는 일방에게 부과하는 거래형태이다. 이러한 수직제한이 경쟁에 어떤 영향을 미치는가에 관해서는 그간 많은 논의가 이루어졌다.⁹⁾

초기 수직제한에 대한 인식은 시장력을 강화하거나 효과적으로 활용하려는 반경쟁적 행위라는 것이었다.¹⁰⁾ 그러나 대체로 1960년 Telser의 논문을 시초로 수직제한이 경제효율성에 미치는 긍정적 효과들이 대두되기 시작하였다. 소위 시카고학파에 의해 주도된 이 주장은 한 마디로 수직제한이 해롭지 않기 때문에 구

9) 수직제한에 관하여 매우 자세한 설명을 시도한 국내 소개서로는 신광식(1992), 전용덕(1997) 등 참조.

10) 예컨대, 배타적 거래(exclusive dealing)는 그 속성상 시장차단을 가져오게 됨으로써 신규 기업의 진입과 기존기업의 확장에 대한 진입장벽을 구축하여 경쟁자를 배제하는 수단으로 보았다(예, Preston, 1965). 끼워팔기(tying)는 기업의 독점이윤만을 올리려는 가격차별수단에 불과하다든지(예, Bowman, 1957), 구매자의 종상품선택을 제한함으로써 결국 시장차단을 초래하는 반경쟁적 수단이라는 인식이 팽배하였다(예, Kaysen and Turner, 1959). 재판매가격유지(resale price maintenance) 역시 제조업자 또는 유통업자들의 담합을 촉진시키는 수단으로서 불법화해야 한다는 주장이 유력하였다(예, Yamey, 1954).

태여 정부가 규제할 필요가 없다는 것이었다(예, Bork, 1966, 1993; Marvel, 1982, 1984; Posner, 1976 등). 즉, 이 시각에 따르면 수직제한은 상위시장과 하위 시장간의 각종 거래비용을 줄인다는 것이다. 여기서의 거래비용은 탐색비용이나 계약체결 전후에 발생하는 각종 기회주의적 행위에 관련된 비용을 의미한다. 또한 수직제한은 하위시장에서 발생하는 가격책정상의 왜곡을 시정하고 거래 당사자들에게 최적투자를 유도한다는 주장이었다. 종합하면 시장실패가 제조든 유통이든 독점력이 존재하는 어떤 시장에서 수평적으로 발생하는 현상인 데 반하여, 수직제한을 통해 한 시장의 독점자가 다른 시장에서 추가독점력을 창출시키는 것은 불가능하므로 시장실패라 볼 수 없다는 시각이다.¹¹⁾

한편, 최근의 연구들에 의하면 수직제한의 동기와 효과에 관한 이상의 이른바 효율제고이론들이 언제나 합당한 것은 아니라는 주장도 대두되고 있다(예, Mathewson and Winter, 1984; Dixit and Norman, 1983; Waterson, 1988; Shaffer, 1991 등). 요컨대, 수직제한들이 대부분 개별기업 차원에서는 효율제고의 수단으로 사용되더라도 그것이 반드시 사회 전체의 효율제고를 담보하는 것은 아니라는 시각이다. 즉, 사적 생산효율성 또는 배분효율성을 높이더라도 동시에 신규기업의 진입이나 기존 기업 간의 경쟁을 제약하는 효과를 갖게 될 수 있고, 따라서 사회후생에는 악영향을 미칠 수 있다는 것이다.

한 가지 흥미로운 사실은 최근 이러한 연구분석들이 대개 공통적으로 취하는 기본전제가 유통(특히 소매)을 단순한 분배메커니즘 이상으로 본다는 것이다. 유통시장을 전형적인 완전경쟁이라 간주했던 전통에서 벗어나 유통시장 역시 다양한 이유로 불완전경쟁 시장이 될 수 있다는 견해이다.¹²⁾ 이러한 상황에서 제조업자와 유통업자가 개별적으로 이윤극대화를 취하게 되면 양자의 이해관계가 서로

11) 참고로 Comanor(1990, p.70)는 1980년대 미국에서는 이러한 시각이 주류를 이루었으며, 이 기간중 DOJ는 수직제한에 관련되어 0건을 기소하였고, FTC가 4건만을 심사한 사실을 그 증거로서 제시하고 있다. 그러나 후술하는 바와 같이 우리 나라의 규제집행현황은 이와 대조적이다.

12) 즉, 특정 상품에 소비자들이 부여하는 가치를 증가시키는 어떤 서비스를 유통업자가 생산한다는 시각이다. 예컨대 소매업자들은 진열시설이나 축적된 정보를 통해 보편적 또는 상품특화된 서비스를 제공하기 때문에, 당해 상품에 대한 최종수요가 소매활동의 내생적(endogenous) 관계를 갖는다는 것이다. 한편, 이러한 서비스를 제공하는 데 고정비용이 발생하는 데 그 중 상당 부분은 매물비용의 속성을 갖는다는 가정도 자주 사용된다. 따라서 고정비용과 더불어 만약 서비스질의 차별화를 통해 유통업자들이 일정 규모의 시장지배력을 갖고 있다면 유통시장은 이전의 연구들에서 가정되어 왔던 완전경쟁시장이 아닐 수 있다는 논리이다.

갈등을 빚을 수 있으며, 그러한 갈등을 해소하기 위해 수직제한을 사용하게 된다. 물론 이 때의 수직제한은 어느 일방에 의해 부과될 수도 있고 또는 쌍방의 합의에 의해 만들어질 수도 있다. 수직제한에 의해 양 당사자의 총이윤합계가 증가한다는 결론은 이전의 연구들과 동일하다. 그러나 문제는 유통시장이 완전경쟁을 결여할 때에는 수직제한이 사회후생에 악영향을 미칠 가능성이 커진다는 점이다. 예컨대, 각각 시장지배력을 갖고 있는 제조업자와 유통업자가 합의한 수직제한은 아무래도 각각의 시장에서 경쟁을 제한하는 담합의 속성을 갖게 될 것이며, 따라서 소비자후생을 감소시킬 수 있다는 논리이다.

(2) 垂直制限의 動機, 形態 및 組合의 多樣性

Dobson and Waterson(1996, p.2)은 수직제한에 대한, 특히 시카고학파의 공헌이 시작된 이후 최근까지 수많은 경제학자들이 취해 왔던 패러다임을 한 마디로 주인-대리인관계로서 파악한다. 즉, 수직제한이란 주인(제조업자)이 자기 제품의 판매책임을 위임하면서 동시에 대리인(유통업자)에게 부과하는 계약상 의무조건들(contractual obligations)이다. 그러므로 수직제한은 제조 및 판매문제를 둘러싼 문제점들을 해결하기 위한 주인의 반응으로 해석할 수 있으며, 그 결과는 복잡한 계약내용으로 나타난다. 이 계약내용에 따라 재화 또는 용역의 질과 속성, 또는 비용 및 가격이 결정되므로 결국 경제효율성을 좌우한다고 볼 수 있다.

현재 외국의 경쟁정책전문가들 사이에 논의되는 수직제한의 대표적 유형은 대개 여덟 가지로 요약할 수 있다(〈부록 B〉의 〈표 B-1〉 참조). 제Ⅱ절에서 지적된 바와 같이 이들 대부분은 우리 나라 공정거래법에서도 명시되어 있는 거래행위이다. 참고로 이들은 크게 세 가지 유형으로 구분될 수 있다(CLP, 1997, p.5). 첫째는 특정 목적을 달성하기 위해 제조업자가 물량·가격·서비스조건 등 유통에 필요한 결정을 직접 내리는 유형이다. 그러므로 직접통제라 할 수 있다. 판매량강제·재판매가격유지·서비스제공강요 등이 이에 해당한다. 둘째, 직접적인 통제는 하지 않으나 어떤 조건을 부과함으로써 유통업자의 인센티브체계를 재구성하는 유형이다. 예컨대, 이종관세와 같은 비선형가격을 책정함으로써 유통업자의 판매량결정이 총이윤의 극대화와 조화를 이룰 수 있도록 조정하는 것이다. 처음에 프랜차이즈 고정요금을 높게 요구하면 유통업자로서는 자신의 이윤확보를 위해 판매량을 늘릴 수밖에 없고, 또 그를 위해서는 가격을 낮춰야 되므로 소위 연쇄독점(successive monopoly)의 폐해를 극복할 수 있다. 또한 경쟁이 치열한 중

상품을 독점력 있는 주상품에 끼워팔기함으로써 종상품시장에서의 가격경쟁을 회피할 수 있다. 셋째 유형은 주로 경쟁을 제한하기 위한 장치들로서 이해될 수 있다. 먼저 유통업자간의 상표내경쟁을 제한하고 기타 외부효과를 극복하기 위해 거래지역·상대방제한이나 최저재판매가격을 사용할 수 있다. 또한 배타조건부거래나 거래거절을 사용함으로써 상표간 경쟁을 제한할 수 있다.

나아가 이 수직제한들은 견제하려는 행위의 주체에 따라 다시 두 가지로 구분된다. 첫째 그룹은 제조업자들이 경쟁제조업자들보다는 유통업자들의 행동을 견제하기 위해 고안된 수직제한들이다. 둘째 그룹은 경쟁제조업자들의 행위에 대처하기 위한 수직제한들이다. 이 두 가지 부류의 문제점과 그의 대응수단으로서 빈번하게 사용되는 수직제한들의 유형이 <표 B-2>에 요약되어 있다. 첫 네 가지 문제들은 유통업자와의 문제이고(예, Spengler, 1950; Telser, 1960; Dixit and Norman, 1983; Winter, 1983; Marvel and McCafferty 1984 등), 나머지 두 가지 문제는 경쟁제조업자와의 문제에 해당한다(예, Marvel, 1982; Krattenmaker and Salop, 1986; Orstein, 1989; Besanko and Perry, 1993 등). 여기서 매우 흥미로운 사실은 동일 목적을 달성하기 위해 사용할 수 있는 방법이 다양하게 존재한다는 점이다(Dobbson and Waterson, 1996, pp.7-27). 요컨대, 수직제한들 사이에는 '代替性'이 존재한다.¹³⁾

수직제한의 대체성 여부는 경쟁정책의 일관성과 직결되어 있기 때문에 매우 중요한 주제이다. 한 (그룹의) 수직제한이 다른 (그룹의) 수직제한과 대체성을 갖고 있다고 가정하자. 예를 들어, Mathewson and Winter(1984)와 Dixit and Norman(1983)에서 지적되었듯이 재판매가격유지와 거래지역제한이 동일한 목적을 갖고 있는 대체수단이라 하자. 그럼에도 불구하고 한국의 공정거래법은 이 두 가지 수직제한에 대해 다른 입장을 취해 전자에 대해서만 강한 制裁를 하고 있는 형편이다. 그렇다면 경쟁정책의 일관성을 담보하기 힘들어진다. 그러므로 경쟁정책입안가는 단순히 수직제한 유형에 따라 불공정성 여부를 사전적으로 결정

13) 예를 들어, 판매서비스를 타유통업자에게 무임승차하려는 <표 B-2>의 세 번째 문제는 최소한 다섯 가지 수직제한을 통해 견제할 수 있다. 먼저 특정 판매서비스를 의무화시키는 계약형태로서 서비스제공강요에 해당한다. 둘째, 적절한 서비스를 제공하지 않는 유통업체에 대한 거래거절도 같은 유형이다. 셋째, 최저재판매가격을 설정함으로써 판촉서비스를 통한 경쟁을 유도한다. 넷째, 거래지역·상대방제한을 사용함으로써 상표내 경쟁을 제한하고 궁극적으로 판촉서비스제공을 중용할 수 있다. 다섯째, 배타조건부 거래 역시 개별유통업자들의 판촉서비스제공을 촉구할 수 있다. 특히 배타조건부 거래는 유통업자들이 다양한 상표를 취급할 때 발생하는 상표간 무임승차문제도 견제할 수 있다.

한 후 법을 집행할 것이 아니라, 사회후생에 미치는 영향에 근거를 두고 판단할 수 있는 규제방식을 고안해야 한다는 점을 강하게 시사받을 수 있다.

종합하면 이제까지의 논의가 갖는 의의는 경쟁정책을 제대로 집행하려면 수직 제한에 관한 보다 경제학적인 이해와 분석의 필요성이 중요해진다는 데 있다. 단순히 '행위의 유형', 또는 '가격 대 비가격제한의 구분', '합의 대 강요의 구분' 등에 의한 위법성 여부의 판단은 경제학적으로 적절치 못한 정책임을 시사받을 수 있다. 수직제한이 갖는 다양한 순기능을 수용하려는 태도가 필요하다. 그리고 그러한 순기능은 경제학적으로 충분히 설명될 수 있다고 판단된다. 문제는 순기능으로서 인정할 수 없는 경우를 선별해 내는 작업이다. 특히 개별적으로는 경제효율제고의도가 인정되더라도 시장 전체의 경쟁에 미치는 효과를 파악하는 작업은 경쟁정책에서 매우 중차대한 일이 아닐 수 없다. 이를 위해서는 이른바 시장구조를 면밀히 살펴보지 않을 수 없고, 동시에 당해 제품이 갖는 제반 특성 또한 파악해야 할 것이다. 요컨대, 수직제한의 경쟁정책은 '시장구조'와 '제품·유통시장의 특성'에 기반을 두어야 한다.¹⁴⁾

2. 規制執行 現況 및 垂直制限行爲의 複雜性

(1) 不公正去來行爲의 規制執行 現況 : 概觀

현재 불공정거래행위 규제의 실제집행은 여러 단계를 거쳐 이루어진다. 즉, 법 위반사실이 신고 또는 직권인지되는 경우 심사관은 법 적용대상 여부를 판단하여 법 해당 사항인 경우 사건심사착수보고를 하고 조사 및 심사에 착수한다. 사건을 심사하여 법위반 사실이 있다고 판단되는 경우 심사보고서를 작성하여 위원회에 상정한다. 위원회는 안건을 심의하여 법위반 사실이 인정되는 경우 시정조치를 의결하는데, 시정조치에는 시정명령, 과징금납부명령, 고발 등이 포함된다.

1991년부터 6년 동안 (법 제23조 및 제29조의) 불공정거래행위 관련 처리사건은 총 2,480건으로 매년 평균 400건을 웃돈다 (<부록 C> 참조). 공정거래법의 제2차 개정 이후 1992년 처리사건의 증가율이 전년 대비 172%나 증가하였고, 그 이후 증가율이 한 자리수까지 감소하다가 1996년 다시 28.1%로 늘어났다.¹⁵⁾ 흥미

14) 이에 대한 좀더 자세한 제안은 김일중(1997d) 참조.

15) 사실 1992년에는 착수보고된 사건수가 신고접수와 직권 모두 전년에 비해 급격하게 증가하였다.

로운 사실은 1996년 착수보고된 사건이 72.4%나 급격히 증가함으로써 200여 건의 사건은 처리되지 못하고 다음 해로 이월되었다는 것이다. 직권인지에 의한 사건수는 상대적으로 매우 균등하게 분포된 사실까지 고려한다면 공정거래위원회의 집행자원은 착수보고 숫자에 비례하여 신축적으로 증감할 수 없다는 점을 추측할 수 있다. 법집행자원이 결코 무한이 아니라는 점(Benson, Kim, and Rasmusen, 1994, p.162)을 시사한다.

나아가 공정거래위원회의 법집행과 관련하여 특히 눈에 띄는 사실은 위원회 업무의 주종을 이루며 자원이 집중적으로 투입되는 시정명령 및 고발건수는 그 증가율이 매우 더디다는 점이다. 연평균 처리사건수의 30% 정도를 차지하고 있지만 초기 60%가 넘는 높은 비율에서 1996년에는 20%대로 급격히 줄어들고 있다. 반면 경고 이하의 처리가 차지하는 비율은 빠르게 증가하고 있다. 물론 착수보고된 사건 중 경미한 사건의 비중이 커졌기 때문이라는 설명도 원론적으로는 가능할지 모르나, 다른 한편으로는 집중적으로 자원이 투입되는 시정명령과 고발의 비중을 그만큼 빨리 늘릴 수 없었다는 점에서도 그 원인을 찾을 수 있을 것이다. 만약 후자의 설명이 맞다면 이는 법집행자원의 유한성을 단적으로 보여 주는 증거가 된다. 어쨌든 현행법상 불공정거래행위에 연루된 착수보고 건수가 향후 계속 증가한다고 전제할 때 어떤 식으로든 대책이 필요하다고 판단된다. 위원회규모를 급격히 증가시키는 것도 한 가지 방법이겠지만,¹⁶⁾ 불공정거래행위를 좀 더 선별적으로 구분하고 집행함으로써 주어진 자원을 더욱 효율적으로 배분하는 방법이 더욱 바람직할 것으로 사료된다.

(2) 垂直制限 關聯 不公正去來行爲의 規制執行

공정거래법 제23조(및 제29조)의 핵심부분이 수직제한행위들임은 이미 설명한 바와 같다. 이하에서는 이를 실제로 어떻게 집행했는가를 분석함으로써 전체 불공정거래행위 중 수직제한이 차지하는 비중, 투하되고 있는 규제집행자원의 양 및 규제집행의 난이도 등에 관하여 추론코자 한다.

이를 위해 筆者는 『공정거래위원회 심결집』을 바탕으로 1991년부터 1996년까지 위원회가 내린 심결을 전수조사하였다. 이 중 법 제23조에 포함된 17가지 유형의 수직제한과 제29조의 재판매가격유지를 합한 총 18가지 수직제한행위별로 시정명령의 건수를 조사하였다. 법 제23조의 불공정거래행위에는 이 밖에도 15가

16) 실제로 1990년대에 들어와 공정거래위원회의 위상과 규모는 계속 증가해 왔다.

지가 존재하는데, 제II절에서 이미 수평제한행위 및 일반불공정거래행위로 구분한 바 있다. 물론 모두 세 종류의 불공정거래행위가 있는데도 수직제한에 중점을 두고 분석한 것은 전술한 대로 가장 많은 경제적 분석이 필요하고, 따라서 투여되는 규제집행자원도 많을 것이라는 전제 때문이다.¹⁷⁾

전체 불공정거래행위(426건) 중 수직제한에 관련된 불공정거래행위는 모두 173건으로서 40.6%를 차지하고 있다(<부록 D> 참조). 한편 수평제한의 비중은 평균 44.1%로서 가장 높고 일반불공정거래는 15.3%를 차지하고 있다. 시정명령을 받은 불공정거래행위의 증가율은 1993년을 제외하고 매우 낮은 편인데, 이는 이미 <부록 C>에서 지적된 대로 시정명령에 해당하는 처리건수가 급속히 증가할 수 없었기 때문이다.¹⁸⁾ 또한 매우 흥미로운 사실은 1995년 및 1996년 일반불공정거래행위의 비중이 급격히 높아졌는데, 다음 절에서 이루어질 논의대로 만약 이런 행위의 관할권을 법원으로 옮긴다면 그만큼의 숫자에 해당하는 수직 또는 수평 제한행위에 정책자원을 배분할 수 있을 것이다.

이미 앞의 이론논의에서도 지적된 것처럼 수직제한은 단일행위가 사용되기도 하지만, 여러 행위가 조합되기도 한다. 이는 의도하는 목적이 두 가지 이상일 때, 또는 단일행위의 효과가 완벽하지 못하므로 보조적으로 다른 유형을 사용하기 때문이다. 규제집행자원이 실제로 얼마나 배분되는가를 좀더 정확히 추측하기 위해서는 수직제한이 어떤 식의 조합을 이루며 사용되는가를 분석하는 작업이 필요하다. 예컨대 조합에 사용되는 유형들의 평균숫자가 많고, 유형별 조합패턴이 복잡할수록 경쟁정책당국자의 의사결정이 복잡해질 것이다.

심결내용을 다시 분석한 결과 우선 지난 6년간 불공정거래행위와 관련하여 시정명령을 받은 사건 중 수직제한이 부분적으로라도 관여된 사건은 173건이다 (<부록 E>의 <그림 E-1> 참조). 173건 중 수직제한 단독으로 사용된 사건이 101건이며, 두가지 수직제한이 조합으로 사용된 것이 19건, 세 가지 수직제한이 조합으로 사용된 경우가 5건이다. 마지막 48건 역시 두 개 이상의 조합으로 사용된

17) 그러므로 1사건당 1개 유형으로 분류하였지만, 두 가지 이상의 제한이 사용되면서 수직제한이 한가지라도 포함되었다면 수직제한으로 구분하였다. 한편 조합 속에 두 가지 이상의 수직제한이 포함되었을 때에는 『공정거래위원회 심결집』이 지정한 '대표적인 유형'의 빈도수가 높은 쪽으로 구분하였다.

18) 다만 1993년도의 급격한 증가는 공정거래위원회가 직권조사를 강화함으로써 적발된 사건이 많기 때문으로 보인다. 당시 직권조사에 의해 부당내부거래의 억제 강화하겠다고 발표하였는바 그 결과가 '계열회사를 위한 차별'이라는 유형으로 나타나고 있다.

것이나 이때의 조합에는 수평제한 또는 일반불공정거래가 포함된 경우이다.

한편, 수직제한의 총빈도수는 모두 216회로 집계되었다. 이는 1사건당 평균 1.25(=216/173)개의 수직제한이 조합되어 사용되었음을 의미한다. 다음 다른 제한들과의 조합사용비율은 54.8%의 단순평균을 보이고 있으나, 이 역시 최고 거래지역·상대방 제한(87.1%)부터 최저 끼워팔기(4.3%)까지 다양한 분포를 보이고 있다 (<그림 E-2> 참조). 대체로 경영간섭(85.7%), 판매목표강제(75.0%), 배타조건부 거래(75.0%), 기타의 거래거절(70.7%) 등에서 다른 제한과 조합되어 사용되는 비율이 높은 것으로 나타나고 있다.¹⁹⁾

本稿의 자료가 갖는 특수성을 전적으로 무시할 수는 없다. 그러나 앞의 논의에 미루어 사실 이러한 현상은 어쩌면 각 수직제한이 갖고 있는 속성 때문에 나타나는 보편성으로 해석할 수 있을지 모른다. 예컨대, 높은 조합사용비율을 보이는 부류들은 감독의 용이성으로 넓게 사용될 수 있지만, 그 속성상 의도하는 목적을 모두 달성할 수 없으므로 다른 제한들과 사용되었을 수 있다. 마찬가지로 <부록 B>에서 구분된 제조자의 특정 문제를 완전히 교정하려면 속성상 두 개 이상의 제한이 필요했음지도 모른다. 유통업자의 무임승차를 막고자 재판매가격유지를 실시하였으나, 그 결과 유통업자들이 지역적 과소밀도를 유지하며 초과이윤의 향유를 우려해 거래지역·상대방제한을 사용하는 것이 그 한 예이다. Coase(1960), Cheung(1974) 또는 Barzel(1989) 등의 이론으로부터 유추해 볼 때, 계약일방이 단일제한으로 가격·물량·질 등에 대해 완벽한 規制(財産權)를 설정하는 것이 어렵기 때문에 이른바 ‘公共(public domain)’이 생기는 것이고,²⁰⁾ 이를 다시 통제하기 위해 다른 제한을 병용한다는 가설을 일단 수용할 수 있으리라 본다.

3. 綜合: 規制執行資源의 稀少性

이상의 분석결과가 주는 가장 큰 시사점은 소비자후생의 극대화라는 공정거래

19) <그림 E-2>에는 각 수직제한의 총사용횟수와 조합사용비율을 두 축에 나타냈으며, 편의상 네 상한으로 구분하였다. 상한구분의 기준으로 각각의 평균 21.6과 54.8%를 이용하였다. 우리나라에서 사용횟수도 높고 조합사용비율도 높은 수직제한은 제(I)상한에 들어 있는 기타의 거래거절, 거래지역·상대방제한 등이다. 제(II)상한에 포함된 경영간섭이나 배타조건부 거래는 그리 자주 사용되지는 않으나 조합사용의 확률이 매우 높은 수직제한들이다. 제(III)상한의 부당염대는 자주는 아니나 독자적으로 사용되는 부류이다. 끝으로 계열회사를 위한 차별은 빈번히 나타나되 독자적 사용의 정격을 띠고 있다.

20) 이에 대한 자세한 설명은 김일중(1995b) 참조.

법 본연의 목적에 부합되도록 수직제한행위를 적절히 규제하는 작업이 결코 쉽지 않다는 것이다. 불법성을 제대로 가리기 위해 고도의 경제분석이 필요하다는 의미이다. 예로 <그림 E-2>와 같은 분석은 경쟁정책당국자에게 유용한 정보를 제공할 수 있다고 기대된다. 수직제한별로 빈도수와 조합사용의 유형을 파악함으로써 법집행의 자원배분을 더욱 효율적으로 할 수 있을 것이다. 그 밖에도 本稿에서는 다루지 않았으나 합리적인 의사결정을 위해서는 각 상품의 시장을 정확히 정의해야 함은 기본이다. 나아가 학계에서 이미 정립된 대로 개별시장의 제반 산업조직학적 특성을 검토함으로써 행위에 따라 불법성 여부를 좀더 정확히 따질 수 있다는 기대도 가능하다.²¹⁾ 하지만 이 모든 기대 앞에는 냉엄한 현실 제약이 버티고 있다. 요컨대, 상당량의 법집행자원이 요구되며, 속성상 법집행자원은 유한하다는 제약이다.

법집행자원의 유한성 또는 희소성 제약은 비단 경쟁정책분야에 국한된 것은 아니다. 법집행자원의 소위 ‘驅逐效果(crowding-out effect)’는 이미 법경제학이나 공공선택이론에서 확연히 입증된 바 있다.²²⁾ 이는 政治的 考慮, 法執行者의 利益, 또는 無知에 의해 사사로운 부문에 법집행자원을 투입함으로써 정작 중요한 부문의 법집행은 소홀히 할 수밖에 없다는 명제이다.

공정거래정책도 그 예외가 아니다. 이미 법집행자원의 부족현상을 심하게 겪고 있는 듯하다.²³⁾ 앞의 집행현황에서도 확인한 바처럼 착수보고된 숫자에 대한 시정명령 및 고발건수의 비율은 5년만에 1/3 이하로 현저히 줄어들고 있다. 향후 불공정거래행위의 급증, 심결에 불복하고 소송으로 가는 사건의 증가, 그리고 시장개방으로 인한 외국인 관련 사건의 일반화추세 등을 감안한다면 이 같은 자원 부족현상은 더욱 악화될 것으로 예측된다. 특히 本稿의 주제인 수직제한에 대해서는 고도의 전문성이 필요하다.²⁴⁾ 법 제23조에서 불공정거래행위를 너무 광범위

21) 이들에 대한 좀더 자세한 설명은 김일중(1997d) 참조.

22) 이에 관한 사례와 문헌들은 Kim(1994) 또는 Benson, Kim, and Rasmussen(1994, 1998) 등 참조.

23) 공정거래위원회의 다음과 같은 최근 조치도 그 증거의 하나로 사료된다. “위원회 심결안건은 증가하고 있으나, 모든 사실을 전체 위원들이 참여하는 회의에서 심결토록 되어 있어 전문적 심의를 저해함은 물론 사건이 신속하게 처리되지 못하는 문제점이 있었다. 이를 해결하기 위해 비상임위원을 2인에서 4인으로 증원하고 소회의제도를 도입했다. 상임위원 1인을 포함한 위원 3인으로 구성되는 소회의에서는 일상적인 사건이나 경미한 사건을 심결하도록 하고…….” (『공정거래백서』, 1997, p.22)

24) 여기에 대해서는 공정거래위원회도 의견을 같이 하는 듯하다.(예, “객관적으로 동일한 행위라 할지라도 그 당시의 당해 시장의 상황에 따라 그것이 경쟁을 저해하는 행위가 될 수

하게 규정함으로써 정작 경쟁제한효과가 심각할 것으로 사료되는 부문 또는 사건에는 전문인력을 충분히 배분치 못하고 있다는 우려에서 本稿는 출발했다. 따라서 이하 논의할 규제관할의 재조정은 普遍的인 法の 原理뿐만 아니라 效率的인 法執行을 위해서도 매우 유의한 작업이 될 것이다.

IV. 規制管轄의 效率性 提高方式 摸索

1. 私法과 公正去來法の 規制管轄: 基準

(1) 經濟法으로의 公正去來法

공정거래법은 흔히 經濟法이라 구분된다. 경제법에 관한 최초의 논의는 1868년 Von Stein이 한 바 있으나, 그 본격적 논의는 산업자본의 발달로 인하여 근대 산업사회가 형성된 20세기 초에 시작하였다(황적인·권오승, 1994, p.3). '경제법(wirtschaftrecht)'이란 용어를 최초로 사용한 사람은 1918년 독일인 Richard Kahn 이었고, 그 후 일본 및 우리 나라에서도 소개되었다.²⁵⁾ 한편, 영국이나 미국과 같은 영미법계의 나라에서는 경제법이란 용어가 사용되지 않았는데, 이는 우선 학자들이 법체계에 대한 관심보다는 효율지향적인 논의에 초점을 맞추기 때문이며, 나아가 연방법과 주법이 있는데, 경제활동에 관한 법은 거의가 주입법에 의존하고 있기 때문으로 보고 있다(한정현, 1989, p.48).

경제법의 정확한 개념에 대해서는 다양한 학설이 존재한다(황적인·권오승, 1994, pp.4-13). 김성설, 방법론설, 세계관설, 대상설, 기능설 등이 존재하나 대상설중의 조직경제법설 및 기능설 중의 Rinck의 학설이 우리의 현실을 가장 잘 반영하는 듯하다.²⁶⁾ 우리 나라는 국가가 경제를 규제하기 위한 법규범의 총체를 경

있고, 그렇지 아니할 수도 있으므로 경제전문가의 시장분석에 의하여 비로소 그 행위의 경쟁저해 여부가 결정되는 것이다. 이러한 경쟁저해성을 판단함에 있어서는 시장에서의 경쟁이 감소되었는지의 여부, 경쟁수단이 공정한지의 여부, 거래당사자의 자유로운 의사가 억압되었는지의 여부 등을 분석하여야 하고, 그 중 경쟁이 감소되었는지의 요소를 판단하는 데만도 행위를 한 사업자와 거래상대방의 시장점유율 및 점유율 순위 등 사업자의 당해 시장에서의 지위뿐만 아니라 독과점의 정도를 나타내는 시장집중도, 상품 특성, 제품차별화 정도, 유통경로, 시장진입의 용이성 등 당해 상품시장의 특성 등 수많은 시장요소에 대한 전문적인 분석이 필요하고, 경제구조가 고도화하여 갈수록 이러한 분석에는 더욱 고도의 경제적인 식견이 요구되는 것이다." (임영철, 1997, pp.28-29))

25) 황적인·권오승(1994, p.4)은 경제법의 개념을 우리 나라에 최초로 소개한 학자로 김치선(1960)을 들고 있다.

제법이라고 보는 전통을 갖고 있다. 그런데 국가가 경제를 규제하는 법 중에는 국민경제 전체를 정당하게 질서세우기 위한 법도 있지만, 보건위생·치안유지·환경보전 등을 목적으로 하는 법도 있다. 따라서 국가가 경제를 규제하는 법의 전체집합 중에서 비경제적 목적을 위한 것을 제외하고 순수히 국민경제 전체를 정당하게 질서세우기 위한 법규범과 법제도만을 경제법으로 보는 것이 타당하다는 주장이 현 법학계에서는 유력한 듯하다(황적인·권오승, 1994, p.14).²⁷⁾

공정거래법이 경제법의 대표적 예로 간주되는 데에는 별 이견이 없어 보인다. Rittner는 독일 전체 경제법의 핵심은 경쟁법이라 하였고, 일본의 경제법학계에서도 독점금지법이 경제법의 중심이라는 학설이 유력하다(손주찬, 1990, p.45). 황적인·권오승(1995, p.18)도 경제법의 핵심은 카르텔이나 트러스트와 같은 경쟁제한 행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁질서를 유지 및 촉진하려는 독점규제법이 되어야 한다고 주장한다. 한편, 이남기(1996, p.16)는 헌법 제119조제28) 의거하여 경제법인 공정거래법을 일종의 경제헌법으로서 해석하고 있다. 환언하면, 시민법의 원리에 따른 형식적 자유나 평등이 초래하는 실질적 부자유와 불평등을 제거함으로써 독점적 지위의 남용에 따라 경제적 강자가 약자를 지배하는 경제적 종속관계를 시정하여 경제민주화를 위한 제도로서 공정거래법을 설명하고 있다.

서론에서 지적된 대로 本稿의 목적은 공정거래법 규정들 중 가능한 부분에 대하여 私法體系로의 轉換을 주장하고 제시하는 데 있다. 사실 경제법인 공정거래

26) 먼저 조직경제법설은 경제조직의 측면에서 경제법의 개념을 설정한 입장으로 Goldschmidt는 조직된 경제의 고유한 법이라고 규정했다. 여기서 조직된 경제란 생산의 개선을 위하여 국가에 의해 공통적으로 규제받는 거래경제(사경제)와 공동경제(공경제) 모두를 포함하는 영역으로서, 경제법을 민법 또는 상법 등과 구별되는 독립된 법영역으로 인정하였다. 또한 Schmidt-Rimpler는 모든 법영역은 각기 특수한 법적 가치관을 기초로 한다는 전제하에, 경제의 형성을 사적 자치에 맡기는 법을 민법 또는 상법이라 하고, 반대로 국가적 규제에 맡기는 법을 경제법이라 하였다. 한편, 제2차 세계대전 이후 경제법의 관심이 자유와 규제를 적절히 조화시키려는 방향으로 바뀌게 됨에 따라 학설의 주류는 대상설에서 기능설로 옮겨 갔다. 예컨대, Rinck는 경제에 대한 규제 여부에 초점을 맞추었다. 즉, 국가는 일정한 영업을 허가하거나 금지하고, 생산이나 투자를 제한하며, 상품이나 서비스를 제공하고, 보조금을 지급하고, 가격을 통제하며, 카르텔이나 경쟁제한행위를 규제하기도 하는데, 이를 위한 제반 법률들을 경제법이라 규정하였다.

27) 참고로 한정현(1989, p.42)은 국가가 생산·분배·소비에 대한 제반 관계를 규정하는 법규나 조치의 총체를 경제법이라 정의했고, 손주찬(1990, p.45)은 국민경제적 차원에서 국가에 의한 경제의 규제에 관한 법을 경제법으로 규정하였다.

28) 헌법 제119조: “① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ② 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”

법을 우리 나라의 법체계상 정확히 어디에 포함시킬 것인가에 대해서는 국내 법 학자들간에 의견이 다소 다르다.²⁹⁾ 그러나 경제학적으로 볼 때 이는 어디까지나 법체계에 대한 형식적인 구분을 함으로써 발생하는 차이점으로 판단된다.

筆者는 경제법, 특히 공정거래법이 본질적으로 公法에 속한다고 본다. 물론 법의 내용면에서는 상당 부분 합병, 공동행위, 불공정거래행위 등 사인간의 관계를 구속하고 있다. 그러나 이러한 실질적 경쟁제한행위를 금지하고, 그 위반에 대해 담당 행정기관이 시정조치를 명할 뿐만 아니라, 과징금 및 형벌을 과하여 법에 의한 금지를 실현시킨다는 차원에서 명백하게 공법의 성격을 띠고 있다. 즉, 사인간 경제관계의 전체집합중 국가가 개입하여 규칙을 강요하는 범위를 설정하고 있기 때문이다. 요컨대, Hayek의 정의를 따를 때 공정거래법은 대부분 ‘만들어진’, ‘인위적’, 또는 ‘설계된’ 질서를 규정하는 taxis인 것이다. 나아가 이는 그간 법경제학에서 발전되어 온 불법행위의 처벌 및 억지력이론에³⁰⁾ 비추어 보아도 일관된 논리라고 판단된다.

(2) 競爭促進을 위한 制度인프라스트럭처의 選擇

경제법인 공정거래법의 공법적 측면에 관한 법학계의 논의는 이미 설명한 바와 같다. 한편, 그 이유를 경제학적으로 표현하면 ‘경쟁제한’이라는 ‘시장실패(market failure)’를 치유하기 위하여 국가가 개입한다고 요약할 수 있다. ‘경쟁촉진’이라는 ‘공공재(public good)’를 공급하기 위한 법이라고 표현할 수도 있겠다. 물론 불공정거래행위의 경우에도 대부분 시장지배력 또는 독점력을 이용하여 부당한 거래를 강제한다는 논리에 기초하여 이를 억제하기 위해 규제가 도입된 것이다. 그럼에도 불구하고 계약자유를 제한하는 이 강제는 이미 민법상에서 잘 정립되어 있는 법리 중의 하나이다. 이하에서는 불공정거래의 최적 규제수단을 모색하는 작업의 일환으로 私法(예, 계약법)과의 管轄問題를 주로 김일중(1997a, pp.253-257)에 의거하여 다소 이론적으로 다루고자 한다. 경쟁정책의(경제학적) 정당성 및

29) 먼저 아직도 경제법을 주로 사법의 성격을 갖는 기존의 상법에 흡수시켜야 한다는 견해가 있다(예: 서돈자, 1987, pp.47-48; 최기원, 1986, pp.17-18). 반면 특히 공정거래법은 그 대부분의 규정이 공법적 규정이고, 사법적 규제에 관한 규정이 혼재하는 법이지만 법에 나온 각종 경쟁제한행위를 금지하는 규정들은 그 성격을 단정하기 어렵기 때문에 결국 경제법을 제3의 독립적 법역으로 구분하는 주장도 있다(예: 손주찬, 1990, pp.50-51). 마지막으로 경제법이 제3의 법역에 속하기보다는 공법의 자기확장이거나 사법의 자기발전으로서 종래의 관점에서 보면 공법에 해당되는 경우도 있고, 사법에 해당되는 경우도 있으므로 소위 삼분설은 설득력이 없다는 논리도 존재한다(예: 황적인·권오승, 1994, p.15).

30) 이에 대해서는 김일중(1995a) 참조.

법리적 위치에 관하여 시사점을 주리라고 판단된다.

甲이 우연한 기회로 옛날 서류 하나를 헐값으로 구입하였는데, 알고 보니 링컨의 연설문이었다. 링컨의 일대기를 탐구하는 乙이 이 사실을 알고 연설문을 손에 넣고자 안달이었다. 쌍방독점의 상황에서 甲은 乙로부터 천문학적인 금액을 받고 연설문을 양도하였다. 만약 그러한 乙이 여럿 있었다고 해도 상황에는 변화가 없다. 甲이 경매를 통해 역시 천문학적인 금액을 받았다고 보면 된다. 의도와는 관계 없이 甲은 엄청난 수준의 독점력을 갖게 된 것이다. 따라서 희소성을 기회주의적으로 사용했기 때문에 이 계약은 불균등한 협상력의 사유로서 무효라고 주장할 수도 있을 것이다. 과연 이 경우 계약법상의 강제법리를 적용시킬 수 있을 것인가?

그러나 법경제학에서 자주 사용되는 다양한 판단기준들에 의하면 이 경우 강제가 성립되지 않는 것으로 나타나고 있다.³¹⁾ 그렇다면 예컨대 망망대해에서 사고로 선적화물이 물에 잠기는 상황에서 우연히 나타난 구조선 측이 매우 유리한 조건으로 인수한다고 하더라도 팬찮아질 여지가 분명히 존재한다. 우연히 생긴 독점력이나 협상력이 불균등하다고 해서 무조건 강제의 법리를 적용시킬 수는 없다는 의미이다. 특히 링컨 연설문에 대한 수요자가 매우 많을 때, 그리고 그 연설문을 손에 넣기 위해 甲이 상당한 투자를 했을 때에는 그의 독점력이 갖는 합법성이 커진다고 볼 수 있다. 따라서 독점력을 보유하고 있다는 그 자체로 강제의 법리를 적용하는 것은 잘못되었다는 것이 筆者의 생각이다. 이는 마치 기업 규모(size)와 독점화(monopolization)를 동일시해 버리는 오류와 흡사하다 (Bork, 1993, pp.164-175).

공정거래법상의 배제적 행위에 대해서도 흡사한 논리를 적용할 수 있다. 경쟁사업자 배제만하더라도 매우 다양하고 때로는 혼란을 일으키는 용어들이 법조문에 포함되어 있다. Bork(1993, pp.136-137)도 지적했듯이 “배제적 행위”, ‘약탈’, ‘남용’, ‘강제’, ‘봉쇄’, ‘부당경쟁’, ‘진입장벽’ 등의 용어들은 경쟁자를 부적절하게 배제함으로써 경쟁과정을 손상시킨다는 가정을 깔고 있다. 그러나 문제는 어떤 경우가 부적절한가를 구별하는 데 있다. 모든 상행위는 배제적 속성을 지닌다. 내가 물건을 파는 것도 그만큼 경쟁자를 배제시키게 된다. 같은 논리로 내가 우

31) 구체적으로 이 판단기준들로서 다음의 여섯 가지 이론이 사용되었다: ① 제의와 위협을 구분하는 권리론, ② 균등교환 권리론, ③ Pareto 경제효율성, ④ 정제적 Kaldor-Hicks 경제효율성, ⑤ 동태적 경제효율성, ⑥ 재산권분포론. 이 여섯 가지 판단기준을 적용시켜 보았을 때 본문의 상황에서는 강제가 성립하지 않는 것으로 판명되었다. 자세한 분석은 김일중(1997a)을 참조할 수 있다.

월한 효율성을 보이면 그만큼 상대방의 시장접근을 봉쇄하게 된다. 따라서 경쟁자배제나 시장차단은 일면 경쟁의 편익을 사회에 퍼뜨리는 메커니즘으로서 이해할 수 있는 것이다.” 그러므로 공정거래법의 집행자는 부적절한 배제로부터 효율적인 것들을 구분할 수 있어야 한다.

이제는 사업자들이 인위적인 노력을 투여하여 獨占力을 얻게 되는 상황을 검토해 보자. 물론 獨占化의 대표적 예는 담합이다. 대개 가격고정·시장분할·제3자배제의 형태로 나타나는 담합은 특히 우리 나라의 상거래관행 속에 광범위하게 퍼져 있다고 할 수 있다. 그런데 계약법의 차원에서 담합의 결과 나타나는 독점력을 강제로 간주할 것인가를 결정하기 위해 앞예와 마찬가지로 여섯 가지의 법경제학적 잣대를 적용해 보면 흥미롭게도 대부분 계약무효 쪽으로 답이 나온다.³²⁾

담합에 관한 전통적인 경제분석에 의하면 가격이 상승하고 물량은 감소하게 된다. 그래도 거래에 참여하는 사람은 소비자잉여의 일부분을 확보할 것이다. 반면 거래에서 배제되는 사람들은 단순히 소비자잉여의 기회를 상실하게 된다. 경제학에서 담합(또는 독점)의 폐해를 말할 때는 바로 이 후자로부터 발생하는 死重費用 때문이다. 말하자면 경제학에서는 담합으로 인해 발생하는 분배적 고려보다는 배분적 비효율성에 중점을 두고 있는 것이다. 요컨대, 속성상 암묵적 담합은 깨지기 쉽고(McGee, 1960; Bork, 1993), 나아가 정부의 도움 없는 민간끼리의 담합 자체가 용이한 것은 아니나(Stigler, 1964; McChesney, 1997), 담합이 갖는 폐해는 자명하다고 볼 수 있다. 그러므로 Posner(1992)류의 동태적 경제효율성이

32) 간략히 정리하면 먼저 Fried(1981)는 권리론에 입각하여 담합은 소비자의 선택가능성을 줄이는 행위이므로 當然위법이라 주장하고 있다. 링컨 연설문과 같은 경우에는 합법성을 주장했지만, 그 때는 공급량이 일정하였던 반면, 이 경우는 높은 가격으로 공급량이 줄어들기 때문에 차이점이 존재한다고 보는 듯하다. 균등교환 권리론을 따르더라도 정부규제 또는 사업자단체를 통해 담합이 이루어진다면 교환의 균등성을 깨뜨리는 것이므로 강제를 성립시킬 것으로 본다. 물론 여기에서의 비교기준은 담합이 없었을 때에 존재하는 경쟁가격이 될 것이다. Pareto 경제효율성을 기준으로 해도 강제가 성립된다. 예컨대, 자동차·정유·건설업에서 각각 자동차·석유·건축물을 가격경쟁으로 구매했을 경우보다는 효용이 감소할 것이기 때문이다. 그러므로 계약의 자발성이 인정되지 않는다. 정태적 Kaldor-Hicks 경제효율성에 비취 봐도 효용의 총계가 증가했다고 결론지을 수 없다. 업자는 독점이윤을 남기지만 실제 구매자들이 향유하는 소비자잉여의 합계는 이윤의 증가분보다 더욱 많이 줄어들 것이기 때문이다. 따라서 담합에 대해 최소한 계약의 자발성에 미치는 효과 측면에서 권리론자들은 물론 효용론자들도 반대할 것이라고 추측할 수 있겠다. 나머지 두 가지 잣대인 동태적 경제효율성 및 재산권분포론을 적용해도 본문에서의 논의처럼 그 결과는 동일하다.

나 Epstein(1979)의 재산권분포론에서는 담합을 부정적으로 보고, 협상력의 불균등성에 의한 계약무효를 선언할 것이다. 특히 담합을 합법적 행위로 인정하는 경우 담합을 결성하기 위해 미래에 투여할 경제자원을 생각한다면 이 결론의 정당성이 더욱 강화된다고 판단된다. 그러나 담합을 과연 계약법, 즉 사법차원에서 해결해야 하는가를 논의한 Trebilcock(1976)의 다음 주장은 本稿의 주제에 극히 중요한 시사점을 주고 있다.

Trebilcock은 담합의 폐해가 독점화로 인해 거래에서 배제된 사람들이 겪는 불이익, 즉 통상적인 사중비용에 있다는 생각을 하고 있다. 거래에 참여한 사람들은 그래도 자신들이 원하던 재화를 얻었으니 계약의 강제성은 별로 없다는 논리이다. 그러나 계약법이란 주로 당사자 2인의 문제를 다루는 영역이니만큼, 배제된 사람들의 이익을 보호하는 데는 계약법이 부적절하다는 것이다. 환언하면, 담합은 ‘契約失敗(contracting failure)’라기보다는 ‘市場失敗’의 문제로 보아야 하며, 계약법은 시장실패를 치유하는 도구로서는 부적절하다는 논리이다. 그러므로 담합의 소지가 분명하더라도 계약법보다는 경쟁정책 차원에서 이를 억제해야 한다는 결론으로 이어진다.

담합의 문제를 계약의 차원보다는 경쟁정책 차원에서 다루어야 한다는 이 결론에 筆者는 동의한다. 계약법은 당사자간의 直接關係(privity)를 다룬다. 즉, 자동차시장에서 담합이 이루어졌다고 가정할 때 특정 자동차회사와 특정 소비자 사이의 계약이 흔히 초점대상으로 되곤 한다. 반면 담합의 결과 배제된 구매자는 해당 계약의 당사자가 되지 못한다. 즉, 당사자적격(standing)에 문제가 생기기 때문이다. 그래서 배제된 소비자의 권리를 좀더 완벽히 보호하기 위해서는 배제된 잠재구매자도 해당 자동차회사를 상대로 소를 제기할 수 있는 권리를 부여해야 할 것이며, 이 경우 적절한 수단이 공정거래 관련 소송이 될 것이다.

이에 더하여 筆者는 또 한 가지의 경제학적 근거가 있다고 본다. 담합은 정의상 둘 이상의 판매자가 연루되어 있는데, 계약법의 차원에서는 자신이 거래한 한 사람의 판매자만을 대상으로 하게 된다. 그러나 담합을 좀더 효과적으로 억제하려면 담합에 가입한 회사 모두 또는 사업자단체를 대상으로 소송을 제기하는 것이 바람직할 것이다. 공정거래법은 이를 가능케 한다.

결론적으로 평소 筆者가 법경제학의 가장 유익한 가치판단기준으로 삼고 있는 ‘動態的 經濟效率性’ 또는 ‘財産權分佈論’에 비추어 보더라도(김일중, 1997c), 담합을 포함한 인위적인 경쟁제한행위는 억제되어야 한다. 따라서 그 같은 소지가 있

다고 판단되면 私法에 의해 계약을 무효화시키는 것이 원론적으로는 정당화될 수 있다. 그러나 계약법체계에서의 당사자적격을 고려할 때 거래에서 배제된 구매자의 권리보호 및 담합에 가담한 회사들 전체를 제재하기 위해서는 경쟁정책이 비교우위를 갖고 있다고 판단된다. 전술한 대로 ‘경쟁촉진’이라는 ‘공공재’를 정부가 공급한다는 차원에서(Tullock, 1993, p.78) 경제적 정당성을 부여받는 것이다. 이는 民法이 당사자 간의 법률관계만을 기준으로 하지만 經濟法에서는 국민경제적 관점에서의 검토가 필요하다는 Rittner의 주장과도 부합된다(황적인·권오승, 1994, p.19).

경쟁정책입안가에게 이 결론이 시사하는 바는 매우 크다. 앞에서 독점화의 폐해로서 사중비용(또는 텔러사각형(Tullock, 1967)도 포함) 등을 논했는데, 바로 이것은 그러한 행위가 시장에 주는 반경쟁적 효과가 크다는 것을 전제한 것이다. 이러한 논리는 本稿의 분석대상인 불공정거래행위에도 그대로 적용된다. 따라서 경쟁제한효과가 미미한 경우라면 설사 그 행위가 강제적이라고 할지라도 법의 원리상 경쟁정책 보다는 私法차원에서 구제하는 것이 원칙적으로 타당하다. 동시에 법집행의 효율성도 제고될 것이다.

2. 公正去來法 第23條의 效率的 規制管轄

(1) 私法과의 調和

주지하다시피 우리 민법은 소유권절대, 과실책임주의와 더불어 사적 자치를 삼대원칙으로 하고 있다. 이중 사적 자치의 원칙은 개인의 사법관계를 각자의 의사에 의하여 자유로이 규율하는 것으로서, 가장 전형적인 표현은 ‘계약자유’의 원칙이다. 계약자유는 계약적 법률관계의 형성은 법의 제한에 부딪치지 않는 한 완전히 각자의 자유에 맡겨지며, 법도 그러한 자유의 결과를 가능한 승인한다는 원칙이다. 물론 특히 경제학도에게는 사적 자치의 중요성이 이미 잘 정립되어 있다(예, Friedman, 1962, p.13; Epstein, 1979, p.75 등).

계약자유에 대한 직접적인 규정은 없지만 헌법 및 민법상에서 그 근거를 찾아볼 수 있다(곽윤직, 1995, pp.15-16). 헌법 제10조³³⁾ 개인의 행복추구권 규정은 ‘일반적 행동자유권’을 인정하는 것이고, 그러한 행동자유는 행사방법은

33) “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”

를행위에 의한 행사로 보고 있다. 즉, 법률관계에 의한 행동자유가 가장 중요하며, 이 종류의 행동자유가 곧 사적 자치라 할 수 있는데, 바로 이것이 계약자유 원칙으로 해석되고 있다. 한편, 민법상의 규정으로는 특히 민법 제105조가 계약자유 원칙을 간접적으로 선언하고 있다. 나아가 제103조 이하의 법률행위 조항이나(제103조-제154조) 채권편의 계약에 관한 조항들도(제527조-제733조) 모두 이 원칙을 전제로 하고 있다.

동시에 우리의 민법은 계약을 무효화시키는 조항들도 명시하고 있다. 예컨대, 제103조에서는 “선량한 양속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다”라고 규정하였고, 제104조는 “당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위”를 무효로 규정하고 있다. 그런데 특히 공정거래법상의 불공정거래와 직접적 연관성을 갖고 있는 조항은 “詐欺나 強迫에 의한 의사표시는 취소할 수 있다”고 규정한 제110조 제1항이다.³⁴⁾ 이 조항에서 특별히 강박은 거래상대방의 자발적 의사에 반하여 강제적으로 계약을 체결하였고, 그러나 그 강제의 내용과 효과를 거래상대방이 인지한 경우를 의미하므로 앞에서 언급된 상당수의 불공정거래에 적용할 수 있다.

한편 민법 제750조의 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”라고 규정한 불법행위 조항도 상당수의 불공정거래에 적용될 수 있다고 믿는다. 다만 강제법리와 차이점은 강제의 내용과 효과에 대하여 피해자가 인지하지도 못했고 수락의사를 밝힌 적도 없다는 것이다. 김일중(1997c, pp.190-197)에서 밝힌 바대로 민법상의 불법행위 유형은 경제학적 논리에 근거하여 침해(trespass), 불법방해(nuisance), 사고(accident) 등으로 크게 분류할 수 있으나, 筆者는 불공정거래행위에는 두 번째 불법방해의 유형에 해당하는 경우가 가장 많으리라 본다. 이제 이러한 사법원리와 공정거래법의 관계를 검토하자.

(2) 公正去來法 第23條의 規制管轄: 例示

수평제한(H)부터 검토하자. 예를 들어, 공정거래법 제23조 제1항 제6호의 ‘사업

34) 당사자들이 체결한 계약내용을 무효화시키기 때문에 이 조항은 일견 계약자유를 구속하는 것으로 해석될 수도 있다. 그러나 정의상 강제에 의한 계약은 자발성을 결여하기 때문에 이 조항은 오히려 진정한 사적 자치를 정립하기 위한 조항이라고 보는 것이 더욱 타당하다. 참고로 사기에 대해서는 형법 제347조 및 제348조, 강박에 대해서는 형법 제283조, 제349조 및 제350조 등을 추가적용할 수 있다.

자, 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 있는 표시·광고(상호사용 포함)를 하는 행위'를 보자. 이에 근거하여 <부록 A>에는 네 가지의 세부유형이 열거되어 있다. 따라서 경쟁정책의 명확한 방향 및 체제설정과 경쟁정책담당자의 편의를 위해서도 우선 수직제한에 관한 규정에서 분리시키는 것이 바람직하다고 본다. 수직제한과는 달리 그 불법성의 인정이 어렵지 않기 때문이다. 구체적으로 약탈적 가격책정 등과 함께 별도의 수평제한 규정에 포함시키든지, 아니면 현재처럼 불공정거래 일괄조문 내에서 수평제한항으로 구분하여 규정하는 것도 한 방법이다.

이제 집행시 私法과의 조화문제이다. 私法차원에서 전술한 네 가지 행위를 검토하면, 먼저 26) 허위 또는 과장의 표시·광고 및 27) 기만적인 표시·광고는 詐欺의 요소를 강하게 갖고 있다.³⁵⁾ 사전계약을 체결한 경우는 아니지만 이 때 피해당사자는 소비자 또는 경쟁사가 될 것이다. 다음 28) 부당하게 비교하는 표시·광고나 29) 비방적인 표시·광고는 주로 경쟁사를 겨냥한 행위로서 불법행위 중에서도 특히 不法妨害에 해당한다고 볼 수 있다. 네 가지 경우 모두 불법성을 띠고 있다는 사실에는 이견이 있을 수 없다. 그러나 문제는 과연 이러한 행위가 발생할 때마다 공정거래법이 우선적용되어야 하는가에 있다. 우선 네 가지 경우 모두 당사자적격에는 큰 문제가 없음을 알 수 있다. 경쟁사 또는 소비자(단체)로부터 구체조치가 취해질 것이기 때문이다.

정작 중요한 검토과제는 부당광고를 한 사업자가 얼마나 시장지배력을 갖고 있는가에 있다. 만약 시장 전체의 경쟁을 제한할 정도의 영향력을 갖고 있지 못하다면 이 사건은 당연히 私法의 管轄이 되어야 할 것이다.³⁶⁾ 법체계의 안정성을 위해서도 이 경우는 민사소송을 통해 피해자가 충분한 구제를 받을 수 있도록 유도해야 한다.

그럼에도 불구하고 현 공정거래법 제57조에 의하면 민사상의 구제수단인 손해

35) 전용덕(1997, pp.46-48) 역시 허위광고의 규제관할은 형법이나 민법이 되어야 한다고 원론적으로 옳게 지적하고 있다. 다만 筆者는 후술되는 바와 같이 허위광고자의 시장지배력이 매우 커서 시장 전체의 경쟁을 제한할 가능성이 높을 때에는 경쟁정책당국의 개입이 허용될 수 있다고 본다. 이는 앞에서 설명된 담합의 경우처럼 시장 전체의 경쟁제한 때문에 거래에서 아예 배제된 소비자들의 이익까지 보호하기 위함이다.

36) 반면 1989년 1월 전국 10개 대형백화점들의 부당표시 및 허위과장광고행위 등 소위 '사기세일'사건과 같은 경우에는 사법상의 규제만으로 충분한 억지력을 발휘하지 못할 수 있다. 민사상의 손해배상 또는 형사상의 사기죄 등과는 구분하여 경쟁정책 차원에서 공정거래위원회가 별도의 시정조치를 취할 수 있는 정당성이 존재하기 때문이다.

배상청구는 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 이후에만 가능하도록 하여 사실상 피해자의 소권을 제한하고 있는 것이 사실이다. 그러므로 本稿의 주장대로 공정거래법이 사법과의 진정한 조화를 달성하려면 제57조가 완화되어야 할 것이다. 다행스럽게도 筆者의 판단으로는 공정거래위원회 역시 私法과의 有機性 내지는 重複性을 원칙적으로는 인식하고 있는 듯하다. 그 예로 1996년 말 개정된 제 57조에서는 피해자의 손해배상청구권 소멸시효기간을 1년에서 3년으로 연장하였는데, 이는 민법상의 불법행위에 기초한 손해배상청구권의 소멸시효와 일치시키기 위함이었다.

다음으로 앞에서 일반불공정거래로 구분된 유형을 검토하자. <부록 A>에서 C로 표시된 13) 사원판매,³⁷⁾ 14) 기타의 거래강제,³⁸⁾ 16) 이익제공강요,³⁹⁾ 18) 불이익제공⁴⁰⁾은 수직 또는 수평제한 어느 한 쪽에 국한시키기는 힘들지만, 실제 이를 적용한 심결사례들을 검토하면 주로 강제의 법리가 적용되는 그야말로 일반 불법행위들이다. 그러므로 추가적인 경제분석이 거의 필요 없는 부류이며, 오로지 시장 전체에 현저한 경쟁제한효과를 주고 있다는 판단이 설 때 경쟁정책당국자의 개입이 정당화된다.

예컨대, 사원판매의 경우를 보자. 이는 명백히 강박에 해당하는 행위이다. 우선 만약 소규모 시장점유율을 갖고 있는 회사에서 사원판매를 강제한다면 문제는

37) 예컨대 '홍창산업(주)의 거래강제행위에 대한 건(9507경정629)'에서 피심인(홍창산업)은 인공위성수신기를 제조·판매하는 사업자로서 제품의 사원판매목표를 전체 부서별·사원별로 할당하여 일정기간 판매할 것을 강요하였다. 또한 사원판매목표 결과를 임원회의시 공개하는 방법을 통해 강제했다.

38) 예컨대, '현대자동차(주)의 부당한 내부거래에 대한 건(9308조삼590)'에서 피심인은 납품업체에게 회사출입을 할 경우 자신 또는 계열회사 차량이용을 강요했다. 납품관계로 인해 그 요구를 거절하기 힘든 납품업체에 대해 납품관계 자체와는 별도의 거래를 강제한 것이다.

39) 예컨대, '재단법인 천주교 서울대교구유지재단(강남성모병원 등 8개 병원)의 우월적 지위 남용행위에 대한 건(9308일577)'에서 피심인은 의약품시장의 특성상 발생할 수 있는 제약회사에 대한 불균등협상력(종합병원에 대한 납품액 61.5%)을 남용하여 계약상에는 존재하지 않는 기부금 및 보험삭감보상금을 제공해 줄 것을 강요했다. 일반불공정행위가 되지 않으려면 이 때 기부금 등이 합법적으로 장부상에 나타났어야 할 것이다. 한편 매우 흥미롭게도 (후술되는 바와 같이) 이 사건처럼 시장지배력이 충분히 있다고 판단되는 8개의 병원이 공동으로 이익제공을 강요했다면 공동행위가 성립하므로 일반불공정거래 외에 경쟁정책당국의 추가개입도 정당화될 것이다.

40) 예컨대, '삼남석유(주)의 우월적 지위남용행위에 관한 건(9412광사781)'에서 독점석유공급자인 피심인은 상대방(염돈주유소)이 단일 석유통계업체의 제품만을 판매해야 된다는 점을 악용하여, 이미 염돈주유소가 특정 석유통계업체에 관한 표시·광고시설을 마친 후 계약내용을 변경하여 자신에게 유리하도록 대금결제를 강요하였다. 명백히 강박 내지는 기회주의적 행위에 해당한다.

회사와 사원 간의 계약문제로 귀결된다. 즉, 사원들이 입사할 때 회사의 그런 방침에 대해 들은 바가 없었다면 이는 현재의 고용을 볼모(hostage)로 한 회사의 기회주의적 행위이므로(Williamson, 1983) 강박의 법리가 성립할 것이다. 이 경우 법원의 바람직스런 한 가지 해법은 해당 기업으로 하여금 이러한 관행을 사원들의 입사시 공개토록 의무화해야 할 것이다. 그렇지 않으면 회사는 사원들에게 손해배상해야 하며, 향후 사원판매는 금지될 것이다. 한편 당해 회사의 시장점유율이 꽤 높다고 가정하자. 예를 들어 특정, 자동차회사의 사원판매가 전체 자동차 시장 판매경쟁에 미치는 효과가 크다면 이는 단지 사원 간의 문제에 국한되지 않고 비로소 경쟁정책상의 현안으로 등장할 것이다. 이 경우는 계약법적 구제방식보다는 경쟁법의 관할이 더욱 효율적이기 때문이다.

사실 수평제한 및 일반불공정거래에 관한 筆者의 논리는 수직제한으로 구분된 유형에도 그대로 적용된다. 예를 들어, 수직제한의 두 번째 그룹으로 지정된 제2선 가격차별을 보자. 〈부록 A〉의 5) 계열회사를 위한 차별이나 특히 30)~32) 부당한 자금·자산·인력 지원으로 구분되는 거래행위들이 실제로는 소위 부당내부거래라는 명목으로 처벌받게 된다.⁴¹⁾ 이는 『공정거래위원회 심결집』을 보면 쉽게 확인할 수 있다. 그러나 筆者는 부당내부거래 중 경쟁정책상 부당한 수직제한에 해당하는 경우는 일부라고 판단된다. 즉, 수직적으로 시장 전체에 반경쟁적 효과를 초래하는 제한은 전체 부당내부거래의 부분집합이라는 의미이다.⁴²⁾ 그렇다고 해서 筆者가 부당내부거래를 합법화해야 한다고 믿는 것은 결코 아니다. 설사 시장의 경쟁에 미치는 효과는 미미하더라도 부당내부거래 자체는 소액주주의 이익 침해, 탈세, 비자금조성 등의 폐해가 분명히 있기 때문이다. 결국 관건은 이 경우에도 경쟁정책의 우선순위를 줄 수 있는가의 문제이다. 이 상황에서는 會社法 또는 稅法 차원에서 규제하는 것이 바람직하다.⁴³⁾

41) 한편 공정거래위원회는 1997년 8월 '부당한 자금·자산·인력지원행위의 심사지침'을 발표함으로써 부당내부거래의 규제를 강화하였다. 여기서 제시된 부당성의 판단기준은 연간 지원 누적금액이 1조원(하루 평균지원액 약 28억원) 이상, 부동산 등 자산지원 규모가 연간 1성억원(하루 평균 약 2,800만원) 이상, 그리고 연인원 1만명(하루 평균 약 28명) 이상이다. 대체로 30대 재벌의 내부거래를 중점심사대상으로 삼고 있다.

42) 물론 이러한 논리는 수평 또는 혼합적인 관계에 있는 회사에게 당해 부당한 지원을 한 경우에도 똑같이 적용된다.

43) 한편, 이러한 의미에서 〈부록 A〉에서 보듯이 현재 당연위법으로 취급되고 있는 네 가지 유형의 불공정거래행위 중 공동의 거래거절을 제외하고는 합리원칙(rule of reason)이 적용되어야 할 것으로 사료된다.

종합하면 소송절차가 복잡하고 소송비용이 높은 우리 나라의 현실을 감안할 때 피해를 신속히 구제한다는 차원에서 현재처럼 불공정거래행위의 규제관할을 공정거래법에 뒤야 한다는 주장에는 일견 타당성이 존재한다. 법원에 의존하기 보다는 과징금 등 행정절차로써 문제를 해결하겠다는 뜻이기 때문이다. 여기에는 현재의 사법부가 그 관행이나 전문성에 비추어 볼 때 소비자피해를 효과적으로 구제할 수 없다는 인식이 강하게 깔려 있다. 예를 들어, 경제력이 미약한 소비자는 공정거래위원회의 시정조치 등이 수반되지 않은 상태에서 대기업을 상대로 한 민사소송을 통해 충분한 구제를 받기 힘들다고 보는 것이다.⁴⁴⁾

그럼에도 불구하고 불법행위에 의한 피해자가 명백히 존재할 때에는 행정개입의 정당성은 분명히 떨어진다. 한마디로 효율적인 규제관할에 관한 경제원리에 배치된다 (김일중, 1995a). 물론 筆者 역시 법원을 통한 사법적 구제가 시간·비용·전문성 등에서 현재로서는 최선이 되기 힘들다는 사실을 직시하고 있다. 하지만 현재의 비정상적 상황을 미래까지 연장해서는 안된다고 믿는다. 단기간의 다소 혼란이 있더라도 원래 법치주의의 모습으로 유도해야 한다는 생각에서 本稿를 시작한 것이다. 또는 시간이 걸리더라도 우리 경제가 상실한 正道를 찾아가는 것이 옳다고 믿었다. 예컨대 피해자가 불특정다수일 때 공정거래위원회 개입의 정당성은 커지겠지만, 이 경우에도 집단소송과 같은 제도로써 법원의 접근성을 높이는 것이 장기적으로 더욱 바람직하다고 판단된다 (Posner, 1992).⁴⁵⁾ 따라서 공정거래법 제23·29조의 경우 법집행자원의 희소성을 고려할 때, 전문성이 요구되는 수직제한에 우선적으로 집중하기 위해서는 이러한 사법과의 조화가 절실히 요구된다. 나머지 유형의 불공정행위에 대해서는 소비자당여 전체의 크기(시장점

44) 이러한 시각은 『경제학연구』의 두 심사자와 기타 本稿를 읽어 주신 분들의 대부분이 우려하는 부분이었다.

45) 사실 本稿를 쓰는 동안 여러 기업인 및 일반소비자들에게 비공식적으로 물어 본 결과 筆者는 행정절차를 통해서도 신속한 구제는 받지 못하고 있다는 심증을 갖게 되었다. 무엇보다 이는 제III절에서 지적한 대로 규제관할의 다각화로 인해 공정거래위원회에 이미 업무과부하가 걸려 있기 때문이라 판단된다. 나아가 현재와 같은 시스템으로 소소한 (petty) 불공정거래행위가 좀더 신속히 억지될 수 있다고 설사 가정하더라도 시장 전체의 경쟁을 제한하는 심각한 불공정거래행위를 충분히 억지하지 못함으로써 야기되는 사회비용이 오히려 클지도 모른다는 생각도 필자는 갖고 있다. 만약 그렇다면 현재의 시스템 역시 상당한 양의 기회비용을 지불하는 셈이다. 하지만 심사자를 비롯 여러 분들이 제기한 공정거래법 제57조(‘손해배상청구권의 재판상 주장제한’)의 개정 및 법률서비스시장의 다각적인 개혁노력은 本稿에서 제시한 제도인프라스트럭처의 전환을 위해 당연히 병행되어야 한다. 관할기관간의 자생적 경쟁을 촉진시키는 것이 결국 효과적 구제를 가장 확실히 담보할 것이기 때문이다.

유율 및 시장집중도)가 크거나, 당사자적격에 문제가 있어서 그야말로 시장실패의 소지가 높은 경우에 한하여 경쟁정책의 자원을 배분하자는 의미이다.⁴⁶⁾

V. 結論: 制度인프라스트럭처의 選擇

불공정거래행위를 효율적으로 억제하기 위해서는 법들 간의 적절한 조화가 필수적 전제조건이다. 사실 특정 목적을 달성하기 위해 정부가 취할 수 있는 규제수단은 매우 다양하다. 관건은 법집행의 효율성을 극대화시키는 규제들 간의 조화를 어떻게 꾀하는가에 달려 있다. 불법행위의 유형이 복잡다기화되고 불법행위자의 전문성 역시 고도로 전문화되어 가는 21세기에는 규제수단들 간의 관할문제가 더욱 중요해질 것으로 판단된다. ‘어떤 것이 불법인가’ 하는 실질적(substantive) 질문은 물론 ‘실제로 어떤 과정을 통해 책임과 구제를 실현하는가’라는 절차적(procedural) 측면까지 모두 고려해야 법집행의 효율성을 담보할 수 있다는 의미이다(Ellickson, 1991). 말하자면, 그 어떤 부문에 종사하는 정책입안가라 할지라도 이제는 예외 없이 제도인프라스트럭처(institutional infrastructure)의 선택문제를 놓고 고심해야 할 시기가 도래했다(Kim, 1998).

序論에서 주장된 ‘私法體系로의 轉換’이라는 구호 역시 알고 보면 특정 불법행위를 규제하는 데 법집행 효율성의 비교우위를 복원하자는 경제원리에 입각하고 있다. 아무리 그럴 듯한 내용의 법 또는 규제가 있더라도 실제 집행효과가 담보되지 않는 한 법치주의의 실현은 요원하기 때문이다. 공정거래법도 이러한 대원칙에서 예외가 될 수 없다는 시각으로부터 本稿는 출발하였다. 구체적으로 법 제23조 및 제29조에 규정된 불공정거래행위의 규제관할을 분석함으로써 소비자 부의 극대화라는 기본목적에 더욱 충실한 공정거래법의 방향모색에 일조코자 하였다. 정책함의는 다음과 같이 정리할 수 있다.⁴⁷⁾

46) 예컨대, 미국 FTC법 제12조는 식품, 의약품, 기구 또는 화장품의 허위광고를 금지하고 있으며, 제13조(a)는 이러한 행위를 제한하기 위해 留止命令(injunction)을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 한국처럼 경쟁정책당국이 일반불공정거래에 대해서도 원칙적으로 관할권을 갖고 있다. 그러나 여기서 두 가지 유의할 점이 있다. 첫째, 미국에서는 독점 및 불공정거래에 대한 私訟이 광범위하게 허용되고 있으므로(Salop and White, 1998), 민간부문에서 언제든지 법원에 구제를 청할 수 있다. 둘째, 공정거래당국의 관할권을 원칙적으로 인정한 제12조 역시 모든 허위광고가 아닌 특정 분야를 명시하고 있다는 점이다. 국민안위에 심대한 영향을 미치는 상품 또는 국민일반이 피해자가 되기 쉬운 부문에 경쟁정책의 집행자원을 우선적으로 배분하겠다는 의도가 깔려 있다고 보겠다. 즉, 規制管轄의 效率性에 대한 고려가 반영되어 있다.

첫째, 수직제한과 수평제한행위들을 별도 규정하고, 수직 또는 수평 어느 한 쪽에 국한시키기는 힘든, 그야말로 일반불공정거래 조항도 구분하는 것이 바람직하다고 판단된다. 이들 모두를 불공정행위의 단일 포괄조항 속에 각각 구별하여 포함시키는 것도 가능하지만, 공정거래법에서 차지할 향후 비중이나 각각의 집행에 요구되는 경제분석 등의 차이점들을 고려할 때 별도 조항들을 만드는 것이 선호된다. 본고에서 이미 확인한 대로 이는 모든 사건에 대하여 단일유형의 불공정거래행위를 일률적으로 적용할 수 있음을 의미하는 것이 결코 아니다. 다만 유형별 합리성 분석의 틀이 다르므로 업무담당자들에게 실질적 도움을 주기 위함이다.

둘째, 각 규정에 해당되면서 빈번히 발생하는 제한행위의 구체적 유형들을 현재와 같이 시행령 이하에서 고시하는 것은 좋으나, 당해 시장 전체에 현저히 반경쟁적 효과를 야기시킬 것으로 판단되는 경우에 한하여 공정거래위원회가 우선적으로 개입한다는 원칙을 법조문에 명시하는 것이 바람직하다. 그렇지 않은 경우에는 설사 행위의 위법성이 명백하더라도 가능한 강제, 사기, 협박, 불법행위 등의 私法原理에 따라 당사자들 끼리의 소송을 거치도록 유도하는 것이 좋을 듯하다. 이는 장기적으로 이러한 행위들에 대해서는 관할권을 법원으로 옮기고, 수직제한을 위시하여 정교한 합리성 분석이 요구되는 불공정거래행위에 대하여 경쟁정책의 자원을 집중적으로 배분시킴을 의미한다.⁴⁷⁾

셋째, 앞의 두 번째 정책제안과 비슷한 맥락에서 현행 불공정거래행위 조항을 없애고 그 구제를 원칙적으로 법원에 맡기는 방법도 생각해 볼 수 있다. 그렇다고 해서 불공정거래행위에 대한 공정거래위원회의 관할이 완전히 사라지는 것은 아니다. 미국이나 일본과는 달리 현행 공정거래법에는 ‘시장지배적 지위의 남용 금지’ 조항(제3조의 2)이 존재하므로, 이를 좀더 포괄적으로 규정하면 경쟁제한적 불공정거래행위에 개입할 수 있게 된다. 나아가 수직관계에서 공동으로 이루어지는 불공정행위는 기존의 ‘부당한 공동행위의 금지’ 조항(제19조)에서 일괄적으로

47) 본 논문을 『경제학연구』에 투고한 지 약 2개월 후 공정거래위원회는 「수직제한의 경쟁저해성 판단기준(안)」을 만들었다. 참고로 이 기준안에는 본문의 첫째 및 둘째 정책함의가 상당히 반영되어 있다.

48) 이상과 같은 제안이 채택되었을 때 공정거래위원회 규제업무의 흐름은 〈부록 F〉와 같이 요약할 수 있다. 참고로 이 흐름도의 Stage II-III은 미국 DOJ의 1985년 *Vertical Restraints Guideline*와 EC의 경쟁정책에 관한 *Green Paper*(1997)가 제시한 방식과 거의 일치한다.

규제할 수 있을 것이다. 이 제안이 선택되기 위해서는 법원의 전문성 제고가 더욱 시급히 이루어져야 함은 두말할 나위 없다.⁴⁹⁾

參 考 文 獻

1. 공정거래위원회, “불공정거래행위제도의 해설 및 사례분석”, (내부자료), 1997.
2. _____, 『개정된 공정거래법 및 시행령의 주요 내용』, 1997. 4.
3. _____, 『공정거래위원회 심결집』, 1992~1996.
4. _____, 『공정거래백서: 1997』, 1997.
5. _____, 『통계연보』, 1997.
6. 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 1995.
7. 김일중, “효율적인 규제방식으로의 전환을 위한 경제이론”, 『규제연구』 겨울호, 한국경제연구원, 1995a, pp. 4-52.
8. _____, 『규제와 재산권: 법경제학적 시각으로 본 정부 3부의 역할』, KERI 자유주의시리즈(학술부문) 제I권, 한국경제연구원, 1995b.
9. _____, “중소기업정책 이론: 법경제학적 접근”, 『경제학연구』 제45집 제2호, 한국경제학회, 1997a, pp. 231-268.
10. _____, “제조물책임법 도입에 관한 법경제학적 일고”, 『소비자학연구』 제8권, 제1호, 한국소비자학회, 1997b, pp. 79-100.
11. _____, “갈등조정법 법경제학적 일고: 불법방해법을 중심으로”, 『경제학연구』, 제45집 제3호, 한국경제학회, 1997c, pp. 187-225.
12. _____, “불공정거래행위의 규제개선방안”, 『유통·거래관행 개선방안』, 공정거래위원회, 1997d.
13. _____ · 장재호, “한국의 제조물책임(PL): 판례를 통한 경제적 분석”, 『경제학연구』 제46집 제2호, 한국경제학회, 1998, pp. 63-94.
14. 김정호 편, 『한국법의 경제학』, 한국경제연구원, 1997.
15. 김치선, 『경제법·사회보장법』, 법문사, 1960.
16. 박세일, 『법경제학』, 박영사, 1994.

49) 이 세 번째 정책제안은 전적으로 서울대 법대 권오승 교수로부터 얻은 것이다. 지면을 통해 本稿에 대한 세심한 논평과 토의를 해 주신 점에 깊은 감사를 드린다. 한편, 이 방식을 택하게 되더라도 공정거래위원회의 업무흐름은 〈부록 F〉와 같게 될 것이다.

17. 서돈각, 『상법강의(상)』, 법문사, 1987.
18. 손주찬, 『신공정거래법』, 법경출판사, 1990.
19. 신광식, 『시장거래의 규제와 경쟁정책』, 한국개발연구원, 1992.
20. 이남기, 『경제법』, 학연사, 1996.
21. 이진순, 『경제개혁론-한국경제의 선진화를 위한 새 정책 패러다임의 모색』, 비봉출판사, 1995.
22. 임영철, “공정거래법상의 전속고발권”, 『삼성경제』 제57호, 2월호, 삼성경제연구원, 1997, pp. 25-36.
23. 전용덕, 『공정거래법의 모순』, 자유기업센터, 1997.
24. 최기원, 『상법학 신론(상)』, 박영사, 1986.
25. 한정현, “경제법의 독자성,” 『경제법·상사법 논집』, 박영사, 1989.
26. 황적인·권오승, 『경제법』, 법문사, 1994.
27. _____, 『경제법』, 한국방송통신대 출판부, 1995.
28. Barzel, Yoram, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
29. Benson, Bruce, Iljoong Kim, and David Rasmusen, “Reallocation of Law Enforcement Resources and the Deterrence Hypothesis: A Public Choice Perspective”, *Southern Economic Journal*, Vol. 61, 1994, pp. 161-168.
30. _____, “Deterrence and Public Policy: Trade-Offs in the Allocation of Police Resources”, *International Review of Law and Economics*, 1998, Vol. 18, pp. 77-100.
31. Besanko, D. and M. Perry, “Equilibrium Incentives for Exclusive Dealing in a Differentiated Products Oligopoly”, *Rand Journal of Economics*, Vol. 24, 1993, pp. 646-667.
32. Bork, Robert, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 9, 1966, pp. 7-48.
33. _____, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York: Basic Books Inc., Publishers, 1993.
34. Bowman, Ward, “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, *Yale Law Journal*, Vol. 67, 1957, pp. 19-36.
35. Cheung, Steven, “A Theory of Price Control”, *Journal of Law and*

- Economics*, Vol. 17, 1974, pp. 53-71.
36. CLP, "Vertical Restraints: Synthesis of Past Work of the CLP Committee", COM/DAFEE/CLP/TD(97)50, OECD, 1997.
37. Coase, Ronald, "The Nature of the Firm", *Economica n. s.*, Vol. 4, 1937, pp. 386-405.
38. _____, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1-44.
39. Comanor, W., "United States Antitrust Policy: Issues and Institutions", in Comanor, W. K. George, A. Jacquemin, F. Jenny, E. Kantzenbach, J. Ordovery, and L. Waverman, *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions*, London: Harward Academic, 1990.
40. Dixit, A., and V., Norman "Vertical Integration in a Monopolistically Competitive Industry", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 1, 1983, pp. 275-286.
41. Dobson, P. and M. Waterson, *Vertical Restraints and Competition Policy*, Research Paper 12, Office of Fair Trading, 1996.
42. Ellickson, Robert, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.
43. Epstein, Richard, "Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints", *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, pp. 49-102.
44. Fried, Charles, *Contract as Promise*, Cambridge: Harvard University Press, 1981.
45. Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago: University of Chicago Press, 1962.
46. Green Paper, *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, COM(96) 721, Commission of the European Communities, 1997.
47. Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, London: Routledge & Kegan Paul, 1982.
48. Kaysen, C. and D. Turner, *Antitrust Policy*, Cambridge: Harvard University Press, 1959.

49. Kim, Iljoong, "An Econometric Study on the Deterrent Impact of Probation: Correcting Selection and Censoring Biases", *Evaluation Review*, Vol. 18, 1994, pp. 389-410.
50. _____, "Building Institutional Infrastructure for the Market Economy", Department of Economics Working Paper, Soong Sil University, 1998.
51. Krattenmaker, T. and S. Salop, "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price", *Yale Law Journal*, Vol. 96(2), 1986, pp. 209-293.
52. Marvel, H., "Exclusive Dealing", *Journal of Law and Economics*, Vol. 25, 1982, pp. 1-25.
53. _____, and S. McCafferty, S., "Resale Price Maintenance and Quality Certification", *Rand Journal of Economics*, Vol. 15, 1984, pp. 346-359.
54. Mathewson G. and R. Winter, "An Economic Theory of Vertical Restraints", *Rand Journal of Economics*, Vol. 15, 1984, pp. 27-38.
55. McChesney, Fred, *Money for Nothing*, Cambridge: Harvard University Press, 1997.
56. McGee, John, "Ocean Freight Rate Conference and the American Merchant Marine", *University of Chicago Law Review*, vol. 27, 1960, pp. 191-235.
57. Orstein, S., "Exclusive Dealing and Antitrust", *Antitrust Bulletin*, Vol. 34, 1989, pp. 65-98.
58. Perry, M. and R. Porter, "Can Resale Price Maintenance or Franchise Fees Correct Sub-Optimal Levels of Retail Service?", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 8, 1989, pp. 115-141.
59. Posner, R., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press, 1976.
60. _____, *Economic Analysis of Law* (4th ed.), Boston: Little, Brown, and Company, 1992.
61. Preston, L., "Restrictive Distribution Arrangements: Economic Analysis and Public Policy Standards", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 30, 1965,

- pp. 506-529.
62. Salop, S. and L. White, "Private Antitrust Litigation: An Introduction and Framework", in White, L. ed., *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*, Cambridge: MIT Press, 1988.
63. Shaffer, G., "Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices", *Rand Journal of Economics*, Vol. 22, 1991, pp. 120-135.
64. Spengler, J., "Vertical Integration and Antitrust Policy", *Journal of Political Economy*, Vol. 58, 1950, pp. 347-352.
65. Stigler, George, "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, Vol. 72, 1964, pp. 44-61.
66. Telser, L., "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?", *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 86-103.
67. Trebilcock, Michael, "The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 26, 1976, pp. 359-385.
68. Tullock, Gordon, "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft", *Western Economic Journal*, Vol. 5, 1967, pp. 224-232.
69. _____, *Rent Seeking*, The Shaftebury Paper Series, Edward Elgar, 1993.
70. Waterson, M., "On Vertical Restraints and the Law: A Note", *Rand Journal of Economics*, Vol. 19, 1988, pp. 293-297.
71. Williamson, Oliver, "Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange", *American Economic Review*, Vol. 73, 1983, pp. 519-540.
72. Winter, R., "Vertical Control and Price versus Nonprice Competition", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 108, 1993, pp. 61-76.
73. Yamey, B., *The Economics of Resale Price Maintenance*, London: Sir Issac Pitman, 1954.

〈부록 A〉 불공정거래행위의 구분: 수직제한, 수평제한, 일반불공정행위

대분류	소분류	설명
1. 거래거절 법 제23조 제1항 제1호의 '부당하게 거래를 거절하는 행위'	1) 공동의 거래 거절(PSI)	정당한 이유 없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정 사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정 사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위(RS)
	2) 기타의 거래 거절	부당하게 특정 사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정 사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위(RS)
2. 차별적 취급 법 제23조 제1항 제1호의 '부당하게 거래상대방을 차별 취급하는 행위'	3) 가격차별	부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위(VPD)
	4) 거래조건차별	부당하게 특정 사업자에 대하여 수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리한 취급을 하는 행위(VPD)
	5) 계열회사를 위한 차별(PSI)	정당한 이유 없이 자기 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저히 유리하거나 불리하게 하는 행위(VPD)
	6) 집단적 차별	집단으로 특정 사업자를 부당하게 차별적으로 취급하여 그 사업자의 사업활동을 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위(RS)
3. 경쟁사업자 배제 법 제23조 제1항 제2호의 '부당하게 경쟁자를 배제하기 위하여 거래하는 행위'	7) 부당염매	자기의 상품 또는 용역을 공급함에 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위(VPD)
	8) 부당고가매입(PSI)	부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 높은 대가로 구입하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위(VPD)
	9) 부당한 이익에 의한 고객유인	정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위(H)
	10) 위계에 의한 고객 유인	부당한 표시·광고의 방법으로 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 내용이나 거래조건 기타 거래에 관한 사항에 관하여 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로, 또는 불량 또는 불리한 것으로 고객을 오인시켜 경쟁사업자의 고객을 유인하는 행위(H)
	11) 기타의 부당한 고객유인	경쟁사업자와 그 고객의 거래에 대하여 계약성립의 저지, 계약 불이행의 유인 등의 방법으로 거래를 부당하게 방해함으로써 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위(H)
5. 거래강제 법 제23조 제1항 제3호의 '부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위'	12) 끼워팔기	거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위(T)
	13) 사원판매	부당하게 자기 또는 계열사의 임직원으로서 하여금 자기 또는 계열회사의 상품이나 용역을 구입 또는 판매하도록 강제하는 행위(C)
	14) 기타의 거래 강제	정상적인 거래관행에 비추어 부당한 조건 등 불이익을 거래상대방에게 제시하여 자기 또는 지정하는 사업자와 거래하도록 강제하는 행위(C)

6. 거래상 지위의 남용 법 제23조 제1항 제4호에서 '자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'	15) 구입강제	거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위(QF)
	16) 이익제공강요	거래상대방에게 자기를 위하여 금전·물품·용역 기타의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위(C)
	17) 판매목표강제	자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강요하는 행위(QF)
	18) 불이익제공	15) 내지 17)에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행 과정에서 불이익을 주는 행위(C)
	19) 경영간섭	거래상대방의 임직원을 선임·해임함에 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래상대방의 생산품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위(SR)
8. 구속조건부거래 법 제23조 제1항 제5호의 '거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위'	20) 배타조건부 거래	부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위(EDL)
	21) 거래지역 또는 거래상대방의 제한	상품 또는 용역을 거래함에 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위(EDT)
8. 사업활동 방해 법 제23조 제1항 제5호의 '부당하게 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위'	22) 기술의 부당 이용	다른 사업자의 기술을 부당하게 이용하여 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위(H)
	23) 인력의 부당 유인·채용	다른 사업자의 인력을 부당하게 유인·채용하여 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위(H)
	24) 거래처 이전 방해	다른 사업자의 이전을 부당하게 방해하여 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위(H)
	25) 기타의 사업 활동 방해	22) 내지 24)의외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위(H)
	26) 허위 또는 과장의 표시·광고	자기의 것 또는 경쟁사업자의 것에 관하여 허위의 내용 또는 사실을 과장하여 표시·광고하는 행위(H)
9. 부당한 표시·광고 법 제23조 제1항 제6호의 '사업자, 상품 또는 용역에 관하여 허위 또는 소비자를 기만하거나 오이시킬 표시·광고를 하는 행위'	27) 기만적인 표시·광고	사실을 은폐하거나 기만적인 방법으로 소비자를 속이거나 속일 우려가 있는 표시·광고(H)
	28) 부당하게 비교하는 표시·광고	객관적으로 인정되는 근거없이 자기의 것이 경쟁사업자의 것에 비하여 우량 또는 유리하다고 하거나 자기의 것을 경쟁사업자의 것과 비교함에 자기 것의 유리한 부분만을 비교하여 표시·광고하는 행위(H)
	29) 부당한 자금 지원	부당하게 가시금·대여금 등 자금을 은밀히 낮거나 대가로 제공 또는 거래하거나 일정한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위(VPD)
인력의 지원 법 제23조 제1항 제7호의 '부당하게 특정한 인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'	30) 부당한 자금 지원	부당하게 가시금·대여금 등 자금을 은밀히 낮거나 대가로 제공 또는 거래하거나 일정한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위(VPD)
	31) 부당한 자산 지원	부당하게 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 일정한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위(VPD)
	32) 부당한 인력 지원	부당하게 인력을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 현저한 규모로 제공하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위(VPD)
33) 가격차별행위 법 제23조 제1항 제8호의 '상품을 생산 또는 판매하는 사업자가 그 상품을 판매함에 재판매하는 사업자인 도매상 또는 소매상에게 거래단계별 가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하는 행위(RPM)'		

주: RS: Refusal to Supply, VPD: 2nd-Line(or Vertical) Price Discrimination, T: Tying, QF: Quantity Fixing, SR: Service Requirement, EDL: Exclusive Dealing, EDT: Exclusive Dealing, RPM: Resale Price Maintenance, H: Horizontal Restraints, C: General Per Se Illegal

〈부록 B〉 수직제한의 대표적 동기, 유형 및 대체성

〈표 B-1〉 수직제한의 대표적 유형

형 태	사 례
비선형가격 (non-linear pricing)	<ul style="list-style-type: none"> 고정 프랜차이즈요금 및 단위당 가격으로 구성된 이단계관세 대량 및 다품종 상품구매 할인
판매량강제 (quantity forcing)	<ul style="list-style-type: none"> 최저 판매목표량 강제
서비스제공강제 (service requirements)	<ul style="list-style-type: none"> 판매 사전 및 사후의 특정 서비스제공을 강요 특정 상표의 기구사용 지정
재판매가격유지 (resale price maintenance)	<ul style="list-style-type: none"> 최저 또는 최고 재판매가격 지정
거래거절 (refusal to supply)	<ul style="list-style-type: none"> 유통업자의 수를 제한하는 선택적 유통
거래지역·상대방제한 (exclusive distribution)	<ul style="list-style-type: none"> 특정 지역 또는 구매자계층에만 판매할 수 있는 권리 부여
배타조건부거래 (exclusive dealing)	<ul style="list-style-type: none"> 경쟁사업자의 제품을 취급하지 않는다는 조건으로 거래
끼워팔기 (tying)	<ul style="list-style-type: none"> 주상품과 더불어 종상품도 취급하라고 강요 대체로 제조업자의 전 상품을 모두 취급하라고 강요

주: Dobson and Waterson(1996, p.6) 참조

〈표 B-2〉 제조자가 직면하는 문제 및 그 대응방식으로서 수직제한

제조 및 판매단계에서 직면하는 문제	계약적 해결방식의 예
1. 연쇄독점: 제조업자와 유통업자가 모두 정상이윤 이상으로 부과	이중관세 판매량강제 최고재판매가격
2. 유통업자 간의 과다경쟁	재판매가격유지 거래지역·상대방제한
3. 적절한 판매서비스 제공 없이 타 유통업자의 서비스에 무임승차하면서 할인판매	서비스제공 강요 재판매가격 유지 거래지역·상대방제한 거래거절 배타조건부 거래
4. 유통업자의 적정숫자와 밀도를 유지하고 유통의 범주경제(economies of scope) 실현	재판매가격 유지 거래거절 거래지역·상대방제한
5. 상품이미지 제고, 광고, 유통업자에 대한 투자 등에서 발생하는 경쟁사업자의 무임승차	배타조건부 거래
6. 경쟁사업자와의 과다경쟁	배타조건부 거래 끼워팔기 거래지역·상대방제한

주: Dobson and Waterson(1996, p.6) 참조

〈부록 C〉 불공정거래행위의 처리유형별 사건수(1991~1996년)

연 도		1991	1992	1993	1994	1995	1996	합 계 (백분율) ¹⁾
구 분	신 고	78	233	352	266	299	650	1,878 (68.3%)
	직 권	44	156	136	150	191	195	872 (31.7%)
합 계 (전년 대비 증가율)		122 (-)	389 (218.6%)	488 (25.4%)	416 (-14.8%)	490 (17.8%)	845 (72.4%)	2,750
치 리	고발 <과징금> ²⁾	4 <0>	0 <0>	0 <0>	4 <0>	22 <2>	1 <1>	31 (1.3%) ³⁾ <1> (100%) ⁴⁾
	시정명령 <과징금>	78 <0>	87 <0>	133 <5>	146 <6>	111 <40>	121 <6>	896 (28.1%) <132> (19.0%)
	시정권고	43	31	42	52	62	88	319 (11.7%)
	경 고	0	13	24	17	18	12	64 (2.3%)
	소 계 ⁵⁾ (전년 대비 증가율)	125 (-)	271 (181.1%)	324 (18.5%)	337 (0.6%)	359 (4.7%)	337 (-4.5%)	1,744 (70.3%)
	기 타 ⁶⁾	2	75	118	136	127	278	736 (29.7%)
합 계 (전년 대비 증가율)		127 ⁷⁾ (-)	346 (172.4%)	439 (26.9%)	473 (7.7%)	480 (1.5%)	615 (28.1%)	2,480

주: 1) ()는 전체 사건 중에서 각각의 착수보고 %임.

2) < >는 고발사건 중 과징금이 부과된 사건수임.

이는 고발건수에 이미 계상된 것이므로 전체 합계에는 포함하지 않음.

3) 합계(2,480)에서 차지하는 %임.

4) ()는 고발사건 31건 중 과징금이 부과된 사건의 %임.

5) 경고 이상 처리사건의 소계임.

6) 조정, 무혐의, 재결, 미결 등 경고 이하 처리사항들의 소계임.

7) 착수보고된 사건수보다 처리된 사건수가 더 많은 것은 사건처리일을 기준으로하여 전년도에서 이월되어 온 사건들 때문임.

자료: 공정거래위원회, 『통계연보』, 1997, pp.12-15에 근거 재구성: 위반행위가 심한 행위유형, 즉 대표위반유형을 기준하여 1사건당 1개로 분류했음. 또한 1991년과 1992년은 1997년도 『통계연보』에 나타나지는 않지만, 공정거래위원회에서 새로 작성한 자료를 이용했음.

〈부록 D〉 수직제한의 유형별 집행 분포 및 특성*

불공정거래유형 ¹⁾		1991	1992	1993	1994	1995	1996	합 계 (백분율) ²⁾
refusal to supply (소계: 41)	공동의 거래거절							
	기타의 거래거절	3	1	9	10	8	10	41 (23.7%, 9.6%)
	집단적 차별							
2nd-line price discrimination (소계: 35)	가격차별							
	거래조건차별							
	계열회사를 위한 차별			19	3	8		30 (17.3%, 7.0%)
	부당염매			2	2		1	5 (2.9%, 1.2%)
	부당고가매입							
	부당한 자금지원							
	부당한 자산지원							
	부당한 인력지원							
tying (소계: 23)	끼워팔기		1	1	9	7	5	23 (13.3%, 5.4%)
quantity forcing (소계: 27)	구입강제		3	14		5	1	23 (13.3%, 5.4%)
	판매목표강제		2				2	4 (2.3%, 0.9%)
service requirement (소계: 3)	경영간섭						3	3 (1.7%, 0.7%)
exclusive dealing (소계: 1)	배타조건부 거래				1			1 (0.6%, 0.2%)
exclusive distribution (소계: 27)	거래지역 또는 거래상대방의 제한	5	7	7	1	6	1	27 (15.6%, 6.3%)
resale price maintenance (소계: 16)	재판매가격 유지	2	4	3	3		4	16 (9.2%, 3.8%)
수직제한의 합계		10	18	35	29	34	27	173 <40.6%>3)
수평제한의 합계		20	45	48	27	22	28	188 <44.1%>
일반불공정행위의 합계		2	5	4	4	30	20	65 <15.3%>
합 계		32	68	107	60	86	73	426

주: *) 1사건당 1개 유형이나, 수직제한행위를 우선적용하여 분류했음.

1) 공정거래법 제23조 및 제29조에 규정된 불공정거래행위 유형임.

2) () 안의 %는 각각 수직제한행위와 전체 불공정거래행위 합계에 대한 %임.

3) < >는 합계 426 중에서 차지하는 각각의 %임.

자료: 공정거래위원회, 『공정거래위원회 심결집』, 1992년~1996.

〈부록 D〉의 작성과정 및 주요 발견:

먼저 1991-1996년에 내린 심결을 전수조사하였다. 그 중 시정명령에 해당하는 건수만을 모집단에 포함시켰다. 이에 대한 두 가지 이유로써 첫째, 시정명령 이하의 처리건수에 대해서는 심결내용이 매우 간략하여 추가분석에 사용할 만한 정보가 거의 없기 때문이다. 둘째, 이후 수직제한의 상세한 유형 또는 조합형태 등을 분석하는 데 경고 또는 무혐의 처리된 사건들까지 포함시키면 오히려 모집단의 성격을 회색 내지는 왜곡시킬 수 있기 때문이다.^{d1)} 참고로 앞에서 나타난 사건들은 1991년부터 1996년~1996년의 6년간에 걸쳐 발생한 사건들이다. 그런데 『공정거래위원회 심결집』은 1992-1996년의 5년으로만 구성되어 있다. 이는 전년도 사건들로 『공정거래위원회 심결집』이 구성되었다가 1996년은 1995년과 당해 연도의 사건들을 함께 포함했기 때문이다.

다음 현행법상 불공정거래에 해당하는 모든 사건을 포함시키되 부당한 표시행위 또는 부당한 광고행위만으로 구성된 사건은 제외시켰다. 그 이유는 제Ⅲ절에서 바와 같이 이들 불공정거래행위는 대체로 명백히 사법원리에 의한 일반불법행위라고 판단되었기 때문이다. 그러므로 이후의 분석에 별 공헌을 하지 못할 것이라고 판단되었다. 예를 들어, 〈부록 C〉에서 1992년 시정명령을 받은 사건이 87건인데 〈부록 D〉에서는 68건이다. 그러므로 그 차이 11건은 대체로 부당한 표시행위 또는 부당한 광고행위들로 사료된다.^{d2)}

위 자료에 따르면 우리 나라에서 가장 빈번하게 발생하는 수직제한의 유형은 대분류상 거래거절이다. 다음으로 수직적 가격차별인데, 그 중에서도 계열회사를 위한 차별이 가장 많다. 筆者는 수직제한에 대한 경쟁정책상 가장 심혈을 기울여야 할 분야 중의 하나가 공동의 거래거절이라고 생각한다. 그러나 이에 대한 시정명령은 전혀 없다. 현행 공정거래법에서는 ‘부당한 공동행위의 금지조항’(제19조)이 별도로 있으므로 어쩌면 공동의 거래거절이 그 속에 포함되어 있을지도 모

d1) 한편, 〈부록 C〉에 의하면 이 기간에 고발조치된 건수는 모두 31건이었으나 『심결집』에는 총 21건만이 수록되어 있다. 그러므로 10건의 누락이 있다. 그런데 11건이 시정조치불이행으로 인한 고발이었으며, 나머지 10건 중에서도 수직제한에 해당하는 건수는 6건에 불과하여, 고발은 모집단에서 제외시켰다.

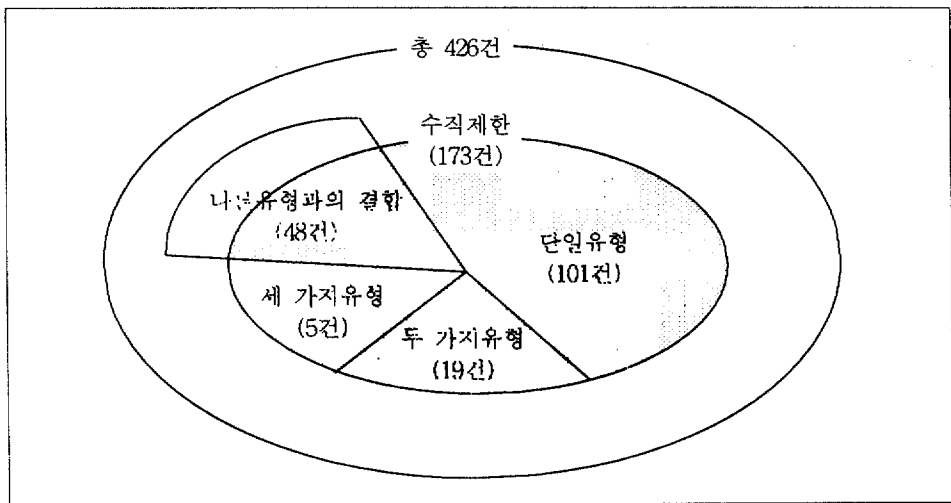
d2) 그럼에도 불구하고 〈부록 C〉에서 시정명령을 받은 불공정거래행위는 모두 698건으로서 〈부록 D〉의 426건과 272건의 차이가 있다. 이 중 172건은 부당한 광고행위와 부당한 표시행위로 구성된 것이다. 이들은 앞에서 언급한 것과 같이 〈부록 D〉에서 제외되었다. 그러므로 筆者 판단으로 『공정거래위원회 심결집』에서 102건이 어떤 식으로든 누락된 듯하다.

른다. 그러나 전통적으로 부당한 공동행위는 가격 및 입찰담합이 포함되므로 그 가능성은 그리 크지 않을 것으로 사료된다. 어쨌든 향후 공동의 거래거절에 대해 설사 적발비용이 높더라도 공정거래당국이 좀더 많은 비중을 두어야 할 것이다.

수직제한 중 다음으로 빈도수가 높은 행위는 판매량강제가 27건, 거래지역·상대방제한이 27건, 끼워팔기가 23건의 순으로 나타나고 있다. 그리고 제29조에서 규정하고 있는 재판매가격유지는 모두 16건을 차지하고 있다. 빈도수와 관련하여 눈에 띄는 현상은 산업조직 연구문헌에서는 자주 논의되는 배타조건부 거래가 이 자료에서는 단지 1건에 지나지 않는다는 점이다. 전자제품, 자동차, 의류, 프랜차이즈음식점 등에서 배타조건부 거래가 꽤 광범위하게 이용되고 있는 우리의 실정에 비추어 볼 때 이례적 결과라고 판단된다.

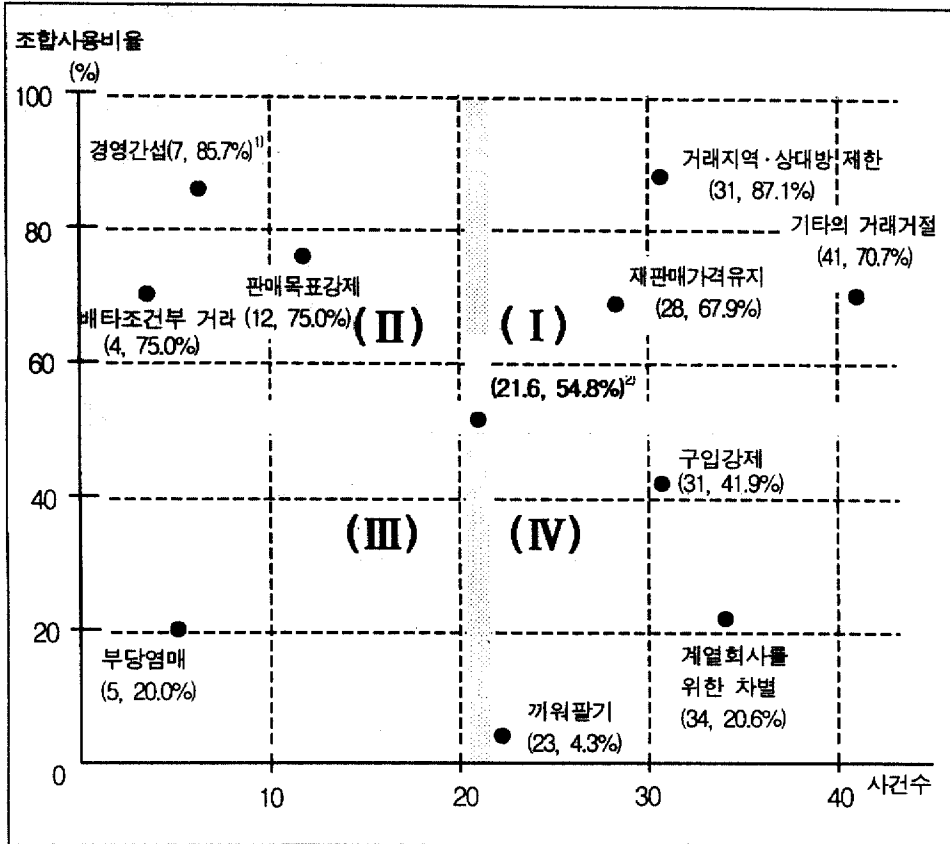
〈부록 E〉 전체 심결사건의 조합별 분포 및 수직제한별 조합사용비율

〈그림 E-1〉 수직제한이 사용된 사건의 조합별 분포



자료 : 공정거래위원회, 『공정거래위원회 심결집』, 1992~1996.

〈그림 E-2〉 수직제한별 조합사용비율의 분포



주: 1) 다른 제한들과 조합된 사건이 전체 7건의 85.7%(즉, 6건)임을 의미함.

2) 사용건수 및 조합사용비율의 단순평균을 나타냄.

자료: 공정거래위원회, 『공정거래위원회 심결집』, 1992~1996.

〈부록 F〉 공정거래위원회의 업무흐름도: 私法과의 조화

