

Issue Brief on Foreign Laws
최신외국법제정보

독일의 거래상 지위남용 법제 및 규제현황

▶ 황태희 성신여자대학교 법과대학 교수

Issue Brief on Foreign Laws

최신외국법제정보

독일의 거래상 지위남용 법제 및 규제현황

▶ 신청기관 한국공정거래조정원

Korea Legislation Research Institute

2017

Global Issue Paper

※ 최신외국법제정보는 정부기관 등으로부터 외국의 입법례 조사를 의뢰받아 한국법제연구원 글로벌법제연구실에서 발간합니다.
※ 게재된 내용은 필자의 개인적인 견해이며, 한국법제연구원의 공식 견해를 나타내는 것은 아닙니다.

Contents:

| | |
|----|-----------------------------------|
| 04 | I 개요 |
| 06 | II 거래상 지위남용행위에 대한 경쟁제한방지법의 규정 |
| 21 | III 거래상 지위남용행위에 대한 부정경쟁방지법의 규정 |
| 28 | IV 맺음말 |

I. 개요

1. 개관

● 독일 경쟁제한방지법과 부정경쟁방지법의 목적

- ▶ 독일에서는 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbs beschränkungen, 이하 '경쟁제한방지법'이라 한다)과 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)이 협의의 경쟁법으로 이해되고 있음
- ▶ 우리 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다)에는 명시적으로 목적 조항이 있으나, 독일 경쟁제한 방지법에는 명시적인 목적 조항은 없음. 이론적으로 경쟁제한방지법은 헌법상의 경제 질서의 이념을 구체화하며, 한편으로 경제적 약자를 보호하여 시장에서의 유효한 경쟁을 촉진하거나 경쟁을 통한 경제적 이익과 선택권을 보장하여 소비자의 이익을 보장하는 것을 목적으로 하고 있다고 해석되는 것이 일반적임¹⁾
- ▶ 그리고 중소기업(kleine oder mittlere Unternehmen) 내지 경제적 약자를 보호하고 시장에서의 공정한 경쟁을 확보하는 목적으로 달성하기 위하여 경쟁법은 일정한 예외나 특칙을 두기도 함²⁾
- ▶ 한편, 경쟁의 보호를 통하여 공정한 경쟁질서를 유지하고, 그를 통하여 영업자뿐만 아니라 소비자 기타 시장관련자 및 공중의 이익을 도모하기 위하여 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 이하 '부정경쟁방지법'라고 한다)을 마련하고 있음

2. 경쟁제한방지법과 부정경쟁방지법의 관계

- ▶ 자유롭고 공정한 경쟁을 전제로 하는 두 규범은 밀접한 연관성을 갖고 있고, 불공정거래행위와 관련된 내용은 경쟁제한 방지법뿐만 아니라 부정경쟁방지법의 규정이 중복되어 있는 경우가 많으며, 경쟁을 보호하여야 한다는 목적 내지 방향에서 공통점을 갖는다(gemeinsame Zielrichtung)고 볼 수 있음³⁾
- ▶ 그럼에도 양법은 법률이 추구하는 목표 내지 효과(Aufgabeeinstellung)와 법률 집행수단(Instrumente)에서 큰 차이를 보이고 있음

● 경쟁제한방지법의 특징과 개관

- ▶ 우선, 경쟁제한방지법은 사업자에 의하여 발생하는 시장에서의 경쟁을 제한하는 행위를 방지함으로써 경쟁자체를 보호 하기 위한 규범으로서 기본적으로 사적 계약의 주체가 되는 사업자를 규율하여 자유로운 경쟁을 보장하기 위한 성격을 갖고 있음
- ▶ 그렇기 때문에 경쟁제한방지법은 경쟁제한적인 담합행위(Kartell)나 기업결합, 시장지배적 사업자의 남용행위에 대해서 경쟁제한성이라는 기준으로 판단하도록 행위 유형을 규정하고 있음
- ▶ 그리고 법률 위반행위에 대해서는 연방카르텔청(Bundeskartellamt)의 행정적 혹은 질서위반법에 기하여 형사처분을 통하여 이를 제재하는 것이 중심이 되고 있음

1) Bechtold, GWB-Kommentar(4. Aufl.), C.H.Beck(2006), S. 17

2) David Latham/Louise Zafer, "1998 Competition Act; Recent decisions", 14 I.P.J.(1999) 411, 412.

3) Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, (9.Aufl.), C.F.Mueller(2016), p.42

● 부정경쟁방지법의 특징과 개관

- ▶ 반면에 부정경쟁방지법은 경쟁의 과정에서 발생하는 여러 종류의 불공정한 행위 자체(unlautere Handlungen)를 금지함으로써 이로부터 침해되는 경쟁의 공정성을 보호하고자 목적을 갖고 있음
- ▶ 따라서 부정경쟁방지법은 개별 사업자의 불공정한 경쟁방법에 의하여 공정한 경쟁을 제한하는 행위에 대하여 규제하고 있음
- ▶ 그리고 법 위반행위에 대해서는 손해배상 내지 중지명령과 같은 사법적 수단을 법원에 요청하여 판결로서 이를 집행하는 것이 일반적임

● 양 법의 관계

- ▶ 그럼에도 경쟁제한방지법 제19조와 제20조에 규정되어 있는 시장지배적 혹은 거래상 지위남용행위와 같은 단독의 일방적인 경쟁제한 행위(einseitigen Handlungen)와 같은 규정의 경우에는 그 개념이 부정경쟁방지법 제3조와 같은 불공정거래행위의 일반 규정상의 내용과 중첩되면서, 양 조항이 밀접한 관련을 갖고 있음. 따라서 거래상 지위남용행위의 독일 법제를 이해하기 위해서는 양 법의 해당규정을 모두 검토할 필요가 있음
- ▶ 다만, 시장에서의 남용행위와 같은 행위는 경쟁제한방지법이 부정경쟁방지법보다 우선적용 되어야 한다는 원칙 때문에 (Grundsatz des Vorrangs des Kartellrechts vor dem UWG), 경쟁제한방지법의 해당 규정을 먼저 살펴보고, 부정경쟁방지법을 보충적으로 고려하여야 함

II. 거래상 지위남용행위에 대한 경쟁제한방지법의 규정

1. 규정의 체계

● 시장지배적 지위남용행위와 거래상 지위남용행위의 구별

- ▶ 독일 경쟁제한방지법은 제18조에서 제21조까지의 규정을 통하여 시장지배적 사업자 및 거래상 우월한 지위를 갖는 사업자의 (일방적) 남용행위를 규정하고 있음
- ▶ 경쟁제한방지법 제19조는 시장지배적 사업자의 지위남용행위(Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)를 금지하고 있는 유럽기능조약(TFEU, Treaty on the Functioning of the European Union⁴⁾) 제102조와 궤를 같이 하고 있음
- ▶ 이와는 달리 제20조는 시장지배적 사업자라는 개념 대신에 시장에서의 상대적 유력사업자(relative marktstarke Unternehmen) 내지 우월한 사업자(Unternehmen mit überlegener Marktmacht)라는 개념을 상정하여 시장지배적 지위남용행위로 규제할 수 없는 사업자간의 지위 남용행위를 폭넓게 규율하고 있는 특징을 갖고 있음
- ▶ 제20조에 규정된 행위유형으로는 종속성(Abhängigkeit)에 기인한 소규모 공급 내지 수요자에 대한 수직적 남용행위와 우월적 지위를 갖는 거대 사업자에 의한 중소 경쟁사업자에 대한 수평적 남용행위임

[표 1] 경쟁제한방지법 상 남용행위에 관한 규정 개관⁵⁾

| | 규정과 행위유형 | 수범자 | 보호대상 | 기타 |
|--------|------------------------|----------------------------|-------------------------|--------------|
| 제 19 조 | 1항 | 시장지배적 사업자 | | 일반규정 |
| | 2항 1호 : 방해 | | 경쟁자, 소규모 공급/수요자 (거래상대방) | |
| | 2항 1호 : 차별취급 | - 시장지배적 사업자 | 소규모 공급/수요자 (거래상대방) | |
| | 2항 2호 : 착취 | - 사업자카르텔 - 가격규제를 받는 사업자 | 수요자(거래상대방) | 비교시장개념 사용 |
| | 2항 3호 : 불리한 가격/거래조건 요구 | - 상당한 시장력을 가진 사업자 | | |
| | 2항 4호 : 망접속거부 | | 이용자 | |
| | 2항 5호 : 소극적 차별 | | 경쟁자 공급자 | |
| 제 20 조 | 1항 : 상품, 용역 공급의존성 | 상대적 유력사업자 | (중소기업인) 공급자, 수요자 | 상대적 지배력의 추정 |
| | 2항 : 적용조건 | 수직적 유력사업자 | 의존적 사업자 | 19조 2항 5문 적용 |
| | 3-4항 : 우월적 지위남용 | 수평적 유력사업자 | 경쟁자인 중소기업 | 법치국가적 고려 |

4) OJ 2012.10.26., C326/47.

5) Dreher/Kulka, op.cit., p.471.

2. 상대적 유력사업자의 지위 남용행위(경쟁제한방지법 제20조 제1항, 제2항)

제20조 상대적 또는 우월한 시장지배력을 가진 사업자의 행위 금지

- (1) 제19조 제1항 내지 제2항 제1호는 중소기업이 특정한 사업자 또는 사업자단체에 대하여 상품 또는 용역을 공급자 또는 수요자로서 의존하여 다른 사업자로의 교체가 충분하고 기대가능성이 존재하지 않는 경우(상대적 시장지배력)에 그 사업자나 사업자단체에도 적용된다. 특정한 상품 또는 용역의 수요자가 정상적인 거래관행에 비추어 다른 사업자에게 보장되지 않는 상당한 경제상의 이익 또는 다른 가격할인 등을 요구하고 있는 경우에는 그 수요자에게 제1문에 따른 의존 관계가 인정되는 것으로 추정된다.⁶⁾
- (2) 제19조 제1항 및 제2항 제5호의 규정은 그러한 의존관계에 의한 사업자의 행위에 적용된다.

● 상대적 유력사업자 개념

- ▶ 우리 공정거래법 상 거래상 지위 혹은 우월적 지위는 경쟁제한방지법의 규정 상 상대적 유력사업자(Unternehmen mit relativer Marktmacht) 개념에서 이해할 수 있음. 상대적 유력사업자의 남용행위를 금지하는 것은 거래상 지위의 차이 때문에 발생하는 계약의 내용결정권 내지 상대방 선택권을 저해하여 그것이 경쟁을 제한할 수 있기 때문임
- ▶ 시장지배적 사업자의 경우에 개별시장을 확정하고, 확정된 시장에서 시장점유율에 따라 시장지배력을 추정하는 조항을 두어 일정한 거래분야에서 지배적 지위를 판단하는 방식을 사용하고 있으나, 상대적 시장지배력 내지 상대적 유력사업자의 개념은 시장의 확정과는 상관없이 판단하는 개념임
- ▶ 상대적 유력사업자의 지위는 수요나 공급관계와 같은 거래에서의 종속성에기반하여 발생하는 것이기 때문에 수평적인 경쟁자 관계에서 발생하는 것이 아니라 거래단계를 달리하는 사업자간에 발생하는 것으로 이해할 수 있음
- ▶ 특히 제20조 제1항에 해당하기 위한 의존적 사업자는 반드시 중소기업이어야 하고, 유력한 사업자에게 공급하거나 유력한 사업자로부터 공급받는 사업자여야 하며(단, 제20조 제2항에 해당하기 위해서는 반드시 중소기업일 필요는 없음)⁷⁾, 거래상 지위를 갖고 있는 다른 사업자를 교체할 충분하고도 기대할 수 있는 가능성(ausreichende und zumutbare Möglichkeiten auf andere Unternehmen auszuweichen)이 없어야 함

6) § 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht

(1) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (relative Marktmacht). Es wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden.

(2) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 5 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen

7) Kling/Thomas, Kartellrecht(2.Aufl.), Vahlen(2016), p.724.

● 상대적 지배력의 판단기준

(1) 상품관련 종속성

- ▶ 상품관련 종속성(sortimentsbedingte Abhängigkeit)은 상품의 취급 또는 판매가 매개가 되어 발생하는 의존성임
- ▶ 이른바 대표브랜드라고 할 수 있는 유력상표품(Spitzenstellung)의 경우에는 상표의 저명성 때문에 판매업자가 다른 상표품보다 그러한 유력상표품을 취급하여야만 영업을 영위할 수 있고, 그러한 관계에서 발생하는 의존성이 존재할 수 있음
- ▶ 1976년 독일 연방대법원(BGH)은 Rossignol사건⁸⁾에서 이러한 종류의 대표상품 종속성(Spitzengruppenabhängigkeit)을 인정하였음

사 례

프랑스의 유명 스키 브랜드 Rossignol은 독일 총판을 자회사로 두고, 독일 내에서 Rossignol 제품을 독점공급하도록 하였음. Oberbayern에 있는 스포츠 전문용품점에서는 478쌍의 스키 공급을 요청하였으나, 이를 거부당하자 제20조 제1항(구법 제26조 제2항)을 위반하여 차별취급하였다고 주장하였음

이 행위에 대하여 고등법원(OLG)는 스포츠 용품점이 반드시 모든 브랜드를 취급하여야 할 이유는 없기 때문에 상품종속성이 없다고 판시하였음. 그러나 연방대법원(BGH)는 이 행위가 거래상의 지위를 남용하였다고 판시하였음. 그 이유는 Rossignol은 비록 시장점유율이 8%에 불과하였지만, 유명상표품인 Rossignol을 취급하지 않고서는 스포츠 용품점의 영업이 곤란할만큼 의미가 있으며, 독점공급 자회사로서 Rossignol을 공급받기 위해서는 다른 사업자로의 거래선 교체도 충분하고 기대가능성이 있다고 볼 수 없기 때문임

- ▶ 이러한 상품관련 종속성은 비단 대표 브랜드의 전체상품에 적용되는 것은 아님. 어떠한 판매업자가 판매업에서의 경쟁을 영위하기 위하여 반드시 필요한 조건이 되는 대표 상품군의 일부 상품에도 적용될 수 있음(Designer-Polstermöbel 사건⁹⁾)

8) BGH 1975.11.20. BGH 1391-Rossignol

9) BGH 2000. 5. 9 KZR 28/98 - Designer-Polstermöbel

사 례

고가 소파형 가구(Designer-Polstermöbel)만을 취급하는 사업자 A는 X라는 디자이너 소파에게 공급을 요청하였으나 거절당하였고, 차별취급을 이유로 제20조 제1항을 위반하였다고 주장함. X가구는 독일내 총 166개 가구 전용매장 중 132개에서 취급할 정도로 유통비율이 80%에 달하는 브랜드였음. 고가 소파형 가구는 X 브랜드 외에 B&B Italia, Knoll, De Sede 등이 유력한 브랜드 그룹임. X 사업자는 구체적 사례에서 상품의존성이 존재하지 않는다고 주장함

연방대법원은 그러한 상품의존성이 인정되기 위해서는 그러한 상품의 공급이 제한되는 경우에 경쟁 능력이 저해되는지의 여부를 따져보아야 한다고 전제하고, X사업자가 시장에서 갖는 의미를 고려하고, 유통비율이 80%인 점을 고려하면 대표상품 의존성이 없다고 보기 어렵다고 판시함

(2) 사업자기반 종속성

- ▶ 상대적인 지배력을 갖기 위한 또 하나의 판단기준으로 사업자기반 종속성(unternehmensbedingte Abhängigkeit)을 들 수 있음
- ▶ 사업자기반 종속성이란 수요자 내지 공급자와 같이 장기간에 걸친 계약관계로 인하여 자기의 영업이 지나치게 거래 상대방에게 의존하는 결과 제3의 사업자로 거래처를 변경하는 경우에는 현저한 경쟁상의 불이익이 발생하기 때문에 이를 변경할 수 없는 경우를 말함
- ▶ 이러한 사업자기반 종속성은 대리점 계약이나 총판계약 등 특정 제조업자 내지 상부 사업자와 장기간의 거래를 하는 경우에 계약관계의 종료로 인한 투자금의 회수나 거래처 전환이 매우 어렵고, 설령 새로운 계약관계를 설정하는 것이 물리적으로 가능하다 하더라도 기존의 고객을 모두 잃게되는 문제가 발생할 수 있는 경우에 인정되기 쉬움¹⁰⁾ (Kfz - Vertragshändler 사건¹¹⁾)

사 례

자동차 제조업체 X는 많은 판매대리점 망을 통하여 자동차를 판매하고 있음. 대리점 업주인 A는 대리점 계약을 통하여 X의 차량을 판매하고 있었는데, X가 계약서에 따라 해지 1년전에 계약의 해지를 통고하였음. A는 그러한 해지가 유력한 사업자에 의한 부당한 차별이라고 주장하였음. 연방대법원은 X는 A에 대한 사업자기반 종속성을 가진 것은 인정되나, 다만 해지가 정당한 권리의 행사라고 판시하였음

- ▶ 다만 이러한 사업자기반 종속성을 넓게 인정하는 경우에는 계약상의 분쟁해결 수단으로 사용될 우려가 있기 때문에 수요 공급의 포트폴리오를 종합적으로 고려하여 지배력을 가진 사업자가 남용행위를 통하여 경쟁 자체를 저해한다고 볼 수 있는 책임이 있는 경우에만 인정하여야 할 것임¹²⁾

10) Kling/Thomas, op.cit., p.729.

11) BGH 1995. 2. 21 Waw/E BGH 2983 - Kfz-Vertragshändler.

12) Bunte/Stancke, Kartellrecht(3.Aufl.), C.H.Beck(2016), p.331.

(3) 수요기반 종속성

- ▶ 수요기반 종속성(nachfragebedingte Abhängigkeit)이란 넓은 의미의 사업자기반 종속성에 포함될 수 있는 것으로서 상당한 정도의 수요를 차지하고 있는 사업자가 존재하는 경우(주로 과점시장 내지 규제가 존재하는 시장에서 많이 발생함¹³⁾)에 그러한 사업자에게 납품을 하고 있는 중소제조업자는 종속적인 관계에 놓일 수 밖에 없음
- ▶ 예를 들면 정형외과용 특수신발을 제조하는 사업자의 경우에는 의료보험공단이 대부분의 수요를 흡수하기 때문에 의료 보험공단과 거래하지 않는 경우에는 경쟁의 현저한 저해를 가져올 수 있기 때문에 종속성이 인정될 수 있다고 판시함¹⁴⁾

(4) 희소성기반 종속성

- ▶ 희소성기반 종속성(knappheitsbedingte Abhängigkeit)은 다른 의미로 물량부족 종속성(mangelbedingte Abhängigkeit)로 표현되기도 함
- ▶ 희소성기반 종속성이란 수직적으로 통합된 사업자가 원재료를 공급함에 있어 자신 또는 계열관계에 있는 사업자에게 우선 공급하여 자기와 경쟁관계에 있는 비통합사업자가 상대적으로 공급을 받지 못하는 경우에 발생하는 종속성을 의미함
- ▶ 주로 물량부족이 발생하는 위기상황, 예컨대 전쟁, 파업, 무역제재(Embargo)에서 상대적 우월한 지배력을 갖는 사업자는 현재의 거래관계에서 통상적으로 공급받던 중소사업자에 대하여 계속하여 공급할 의무를 부과받기 위하여 규정된 것으로 볼 수 있음

● 상대적 지배력의 추정

- ▶ 상대적인 지배력 또는 상대적으로 우월한 지위에 있는 사업자를 개별 사건에서 입증하기는 매우 어려움. 따라서 경쟁제한 방지법은 그러한 입증 곤란을 완화시켜주기 위하여 추정조항을 두고 있음(제20조 제1항 제2문)
- ▶ 수요자가 일정한 상품이나 용역의 공급자에게 거래상 통상적인 가격할인(Preisnachlässe)이나 기타 반대급부 외에 동종의 수요자에게는 제공되지 않는 특수한 경제상의 이익(Vergünstigungen)을 보장받고 있는 경우에는 그 공급자는 그 수요 자에게 종속성이 있다고 추정됨
- ▶ 이러한 경제적 이익제공은 계속적으로 장기간에 걸쳐 보장되어야 하며, 거래상 통상적인 제공이 아니어야 하기 때문에 동종의 다른 업체와는 다른 조건으로 제공되는 경우가 해당됨
- ▶ 추정조항의 문제점은 문제된 이익의 보장이 정상적인 가격할인과 구별하기가 매우 어렵다는 점인데, 그러한 이유로 추정 조항은 많이 활용되지 않고 있음

● 보호대상 : 중소기업인 거래 상대방

- ▶ 제20조 제1항에서 규범의 보호대상으로 언급되고 있는 중소기업(kleine und mittlere Unternehmen)은 경쟁제한방지법 상 별도의 입법적 정의는 없음. 따라서 거래상 지위남용의 보호대상이 되는 중소기업이 어떠한 기업인지에 대해서는 다른 법률의 규정과 학설, 판례에 일임되어 있다고 보임
- ▶ 2005년부터 유효한 EU 집행위원회의 ‘중소기업 개념 정의에 관한 권고(Commission recommendation¹⁵⁾)’에 따르면 기업의 고용자수나 매출 최상한선을 기준으로 중소기업을 분류하고 있음. 이에 따라 중소기업은 일반 중(소)기업, 소기업, 최소기업으로 분류됨. 이에 따르면, 일반중소기업(mittleres Unternehmen)은 연간 매출액이 5,000만 유로를 넘지 않고, 250명 이하의 직원을 고용하고 있어야 함. 소기업(kleines Unternehmen)은 연간 매출액이 1,000만 유로를 넘지 않고, 직원 수가 50명 이하여야 함. 그리고 직원 수가 10명을 넘지 않고, 연간 매출액이 2백만 유로를 넘지 않는 것에 불과한 회사는 최소기업(kleinstunternehmen)이라 정의되고 있음

13) 이봉의, 독일경쟁법, 법문사(2015), p.179.

14) BGH WuW 1994, 663 - Orthopaedisches Schuhwerk.

15) Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren, Unternehmen, ABI.EG. 2003/L 124/36, Anhang Art. 2.

- ▶ 경쟁제한방지법 제20조의 보호대상이 되는 중소기업은 반드시 절대적 기준과 일치하는 것은 아니고, 규범의 의미와 목적에 따라 경쟁자인 '대기업'에 대응하는 개념으로서 상대적으로 정의될 수 있음
- ▶ 경쟁제한방지법 제20조에서 중소기업인지의 여부를 판단하기 위해서 해당 시장에서 사업을 수행하는 다른 기업들과의 수평비교(horizontaler Größenvergleich)방법을 사용함. 다만, 경쟁자의 규모에 대한 정보가 불충분할 뿐만 아니라, 규모의 상태를 정확히 측정하여 비교하기가 쉽지 않기 때문에, 실제로 규모의 비교로써는 중소기업의 여부를 판단하기가 쉽지 않음¹⁶⁾
- ▶ 제20조의 보호대상이 되는 중소기업인지의 여부를 판단함에 있어서는 규모를 비교하는 방법뿐만 아니라 (거래조건부) 종속성과의 관련성을 고려하는 것이 필수적 요건이라고 독일 연방대법원(BGH)도 강조함.¹⁷⁾ 즉, 제20조의 보호의 대상이 되는 중소기업을 판단하기 위해서는 수평적 내지 수직적 관계에서의 종속성이 있는지의 여부가 중요한 쟁점이 됨¹⁸⁾

● 부당한 사업활동 방해 행위

- ▶ 경쟁제한방지법 제20조 제1항에서 상대적으로 우월한 지위를 가진 사업자에 의한 남용행위의 유형은 동법 제19조 제1항에 따른 동조 제2항 제1호의 행위유형과 동일함
- ▶ 경쟁제한방지법 제19조 제2항 제1호는 시장지배적 지위남용행위로서의 부당한 사업활동 방해(unbilige Behinderung)와 차별취급(anders Behandlung als gleichartige Unternehmen)을 규정하고 있음. 원래 이 행위는 시장지배적 사업자가 다른 사업자의 경제활동의 자유를 제한함으로써 이미 독과점화되어 있는 시장에서 시장을 더욱 봉쇄하거나 다른 시장을 독점화할 우려가 있는 행위를 방지하는 것을 목적으로 하고 있음
- ▶ 따라서 제20조 제1항은 상대적 시장지배력을 가진 사업자가 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하거나 정당한 이유없이 차별취급하는 행위를 금지하고 있고, 제19조 제2항 제1호가 규정하고 있는 행위들의 판단기준은 제20조 제1항에도 적용된다고 보아야 할 것임
- ▶ 방해남용(Behinderungsmissbrauch)이란 지배력을 가진 사업자가 공급자 또는 수요자로서 경쟁과 상관없는 수단을 사용하거나 경쟁중립적인 수단(wettbewerbsneutrale Mittel)을 사용하여 다른 사업자의 사업활동을 방해하여 경쟁의 기회 내지 정당하게 경쟁할 수 있는 가능성을 저해 내지 제거하는 행위를 말함¹⁹⁾
- ▶ 방해남용행위의 유형으로는 거래거절, 배타조건부 거래, 리베이트, 약탈적 가격설정, 끼워팔기 등을 들 수 있음

(1) 거래거절

- ▶ 거래거절(Lieferungsverweigerung)행위는 상대적으로 우월한 지위에 있는 사업자가 거래를 중단하거나, 거래의 내용을 현저하게 제한하는 경우에 거래 상대방은 경쟁참여의 기본적인 전제조건인 자원에 접근하는 기회를 박탈하기 때문에 중요한 경쟁제한행위로 인정되고 있음
- ▶ 원칙적으로 계약강제(Kontrahierungszwang)가 인정되는 경우를 제외하고 거래 상대방의 선택의 자유 (Partnerwahlfreiheit)가 헌법적으로 인정되고 있음
- ▶ 따라서 거래거절에 해당하기 위해서는 상대적으로 우월한 지위에 있는 사업자가 다른 사업자를 시장에서 배제시켜 더 이상 사업을 영위할 수 없도록 할 의도가 인정되어야 할 것임

16) Kling/Thomas, op.cit., p. 724 ff.

17) BGH WuW/R 2875, 2878 f. - Herstellerleasing.

18) Wendenburg, Marktmacht auf Sekundaermarkten, Carl Heymanns Verlag(2004), p.8.

19) Bunte/Stancke, op.cit., p.310.

(2) 배타조건부 거래(Ausschliesslichkeitsbindung)

- ▶ 배타조건부 거래 또는 배타적 구속이란 우월한 지위에 있는 사업자가 거래 상대방에게 자신 또는 자신이 지정한 사업자와의 다른 사업자와의 거래를 하지 못하도록 하는 구속적 의무를 부여하거나, 장기간에 걸쳐 자기의 상품만을 공급받도록 하는 의무를 부과하는 행위를 말함. 이 경우에 거래 상대방은 거래상의 결정의 자유를 침해받는 것과 동시에 경쟁사업자는 관련시장에서 고객을 확보하기 어렵기 때문에 시장에서의 봉쇄(Marktabstottung)가 발생하면서 경쟁을 저해할 우려가 있음

(3) 리베이트(Rabattsystem)

- ▶ 리베이트란 거래 일방의 사업자가 거래 상대방으로 하여금 거래와 관련하여 제공하는 부수적 이익을 말하며, 경쟁을 위하여 필요하거나 경쟁과정에서 나타나는 결과로서 반드시 남용행위가 성립하는 것은 아님
- ▶ 리베이트는 분류하는 방식에 따라 다양한 유형으로 나타날 수 있고, 그것이 경쟁에 미치는 효과에 따라서 정당한 성격의 경제적 이익제공이 될 수도 있고, 남용행위가 될 수도 있음
- ▶ 예를 들면 구매자가 특정한 상품 또는 용역을 특정한 공급자로부터 전적 또는 상당비율 이상 구매할 것을 조건으로 지급되는 리베이트인 충성리베이트(Treuerabatte)의 경우나 일회의 공급량 또는 구매량을 기초로 산정되는 수량리베이트와는 달리 일정한 기간 동안 거래 당사자간에 발생한 총매출액을 기초로 산정되는 리베이트인 매출리베이트(Umsatzrabatt) 또는 매출보너스시스템(Umsatzbonussystem)의 경우에는 우월한 지위를 가진 사업자가 거래관계를 계속 유지시키고 고객으로 하여금 거래처 전환을 곤란하게 할 목적으로 제공하는 금전적 이익으로서 그것이 장기간에 걸쳐서 제공되는 경우에는 구속성이 매우 크고, 일종의 고착효과(Sorgwirkung)를 가져올 수 있는 여지가 있음
- ▶ 따라서 이러한 유형의 리베이트는 그것이 상대적 우월한 지위를 이용하여 거래처 전환을 곤란하게 할 목적으로 행해지는지, 아니면 거래상 지위를 이를 유지시키기 위한 유인책인지의 여부 등을 잘 따져 보아 남용행위의 여부를 판단하여야 할 것임

(4) 약탈적 가격설정

- ▶ 약탈적 가격설정 내지 부당염매(Kampfpreisunterbietung)는 우월한 시장지배력을 가진 사업자가 과도하게 낮은 수준으로 가격을 책정하여 거래 상대방의 사업활동을 방해할 수 있으므로 금지됨. 사업자에게 가장 중요한 경쟁의 요소는 가격이기 때문에 현저하게 낮은 가격을 설정하여 경쟁사업자를 배제하는 것은 가격결정의 자유를 침해하여 경쟁의 기반을 저해하는 것으로 볼 수 있음
- ▶ 한편, 우월한 사업자가 생필품을 구입원가 이하로 판매하는 행위 등 경쟁사업자의 사업활동을 직접 내지 간접적으로 부당하게 방해하는 행위에 대해서는 제20조 제3항에 별도로 규율되어 있음. 이에 대해서는 후술하기로 함

(5) 끼워팔기(Koppulung)

- ▶ 끼워팔기는 상대적 지위가 있는 사업자가 주된 상품을 공급하면서, 종된 상품의 구입을 강제하여 거래상대방의 사업 활동을 부당하게 침해한 경우에 성립함. 한편, 끼워팔기는 소비자나 기타 시장참가자의 결정이 자유를 침해하기 때문에 부정 경쟁방지법 제3조에도 해당할 수 있음
- ▶ 승용차를 구입할 때 별도의 할인가격으로 구입할 수 없는 핸들이나 바퀴를 끼워서 파는 등 그러한 결합판매가 기능상 불가분하게 이루어져야 하는 정상적인 거래관행과 같은 정당한 이유가 있는 경우에는 경쟁법상 끼워팔기가 문제되지 않는다고 볼 수 있음

● 부당한 차별취급 행위

- ▶ 경쟁제한방지법 제19조 제2항 1호 후단에는 시장지배적 사업자의 차별취급 행위가 남용행위의 하나로 규정되어 있음. 여기서는 시장지배적 사업자가 거래 상대방인 사업자를 동종의 다른 사업자(gleichartige Unternehmen)에 비하여 직접 또는 간접적으로 다르게 취급하는 행위를 차별취급(Diskriminierung)이라 규정하고 경쟁제한방지법 제20조 제1항에서도 남용행위의 하나로서 금지하고 있음
- ▶ 차별취급은 거래 상대방이 정당한 이유없이 다른 경쟁사업자에 비하여 불리하게 취급받음으로서 자신이 속한 시장에서의 경쟁의 능력이 제한받게 되고, 그 결과 경쟁을 제한하기 때문에 금지되는 것임
- ▶ 연방대법원은 차별취급이 사실상 차별취급을 당하는 사업자의 경쟁지위에 불이익한 영향을 미치기 때문에 경쟁제한적이라고 판시하였으나,²⁰⁾ ‘불이익 요건’은 절대적인 것은 아니고 상대적 개념이라고 보는 것이 일반적임. 상대적 개념이라는 것의 의미는 차별을 받았다고 당사자가 주장하여야 하는 주관적인 성격이 강하다는 의미임
- ▶ 지배적 사업자의 차별취급이 가격남용의 일종으로 이해되는 경우도 있으나, 많은 경우에 방해남용행위의 성격을 갖게 됨. 특히 경쟁과정에서 당해 사업자가 불이익을 입었는지 여부를 판단하기 위해서는 동종의 사업자인지 여부가 중요한데, 당해 사업자의 경제적 기능을 중심으로 판단함. 예를 들면 전문 도매상(Fachgrosshandel)과 대형 마트와 같은 셀프서비스 도매상(Selbstbedienungsgrosshandel)은 동종의 사업자로 인정된 사례가 있음
- ▶ 우월적 지위남용행위로서의 차별취급에 해당하는지의 여부는 결국 그러한 차별취급이 정당한 이유가 없는 경우에 해당하며, 그 여부는 부당한 사업활동방해와 마찬가지로 개별적 사례에서 이익형량(Interesseabwaegung)을 하여야 할 것임
- ▶ 지배력이 있는 사업자가 자신의 가맹점 사업자(Franchisenehmer)를 경쟁관계에 있는 다른 판매업자에 비하여 유리하게 취급하는 경우에도 뒤셀도르프 고등법원에서 정당한 이유를 인정한 사례가 있음²¹⁾

● 부당성의 판단기준 : 이익형량

- ▶ 방해활동의 부당성(Unbilligkeit) 또는 차별취급의 정당성의 결여(Fehlen eines sachlichen Grundes)는 규제법적인 의미에서는 동일한 의미라고 볼 수 있음. 경쟁제한방지법의 목적에 비추어 본 ‘경쟁의 자유’라는 관점에서 행위자와 거래 상대방의 이익을 형량하는 것이 필요하며, 이러한 형량은 개별적 사안에서 구체적으로 이루어져야 함
- ▶ 다만, 부당하게 또는 정당한 이유없이라는 요건의 차이는 금지청구나 손해배상 등의 민사절차에서는 입증책임에 있어서 차이가 있다는 견해도 있음
- ▶ 즉, 차별취급이 문제되는 사안에 있어서는 정당성을 행위자가 입증하여야 하는 반면에 방해의 부당성에 대해서는 방해를 받은 사업자가 입증책임을 부담하여야 하는 차이가 있다고 함²²⁾

● 소극적 차별(제20조 제2항)

- ▶ 소극적 차별(passive Diskriminierung)이란 어떤 사업자가 적극적으로 거래 상대방을 차별하는 것뿐만 아니라 다른 사업자로 하여금 정당한 이유없이 자기에게만 일정한 이익을 제공하거나 유리하도록 차별해 줄 것을 요구하는 행위를 의미하며 경쟁제한방지법 제19조 제2항 제5호에 규정되어 있음
- ▶ 2007년 제7차 개정법에 의하여 ‘우선적 조건(Vorzugsbedingung)’이라는 요건이 ‘일정한 이익(Vorteil)’이라는 개념으로 개정되었으나, 학설은 개념 상 큰 차이가 없다고 해석하고 있음
- ▶ 수요지배력을 가진 사업자의 소극적 차별을 금지하는 조항의 주된 취지는 수평적 관계에서 지배적 사업자가 이러한 소극적 차별정책을 사용하는 경우에는, 시장에서의 힘이 약한 경쟁사업자의 경우에 거래처로부터 특별한 이익을 얻지 못하는 상황을 보호하는 것임

20) BGH 2011.10.12. WuW/E DE-R 3446(3451) - Grossisten Kuendigung.

21) OLG Duesseldorf WuW 2009, 655 = WuW/E DE-R 2585 - DVR-Galopprennen.

22) Dreher/Kulka, op.cit., p.494.

- ▶ 그러나 한편으로 지배적 사업자에게 일정한 서비스나 상품, 금전 등의 제공을 요구받는 거래 상대방도 보호할 필요가 있는 것으로 이해할 수 있음
- ▶ 소극적 차별인 경우에도 정당한 경우에는 남용에 해당하지 않으며, 차별금지과 마찬가지로 이익형량이 필요하고, 개별 사례마다 구체적인 판단이 필요함
- ▶ 실제로 이 조항을 근거로 규제한 사례는 거의 없고, 대부분 일반적인 방해남용 내지 차별금지 조항으로 의율하고 있기 때문에 소극적 차별금지의 법리가 크게 발달하지 않은 것으로 평가할 수 있음

3. 중소기업인 경쟁사업자에 대한 방해(제20조 제3, 4항)²³⁾

제20조

(3) 상대적으로 우월한 시장지배력을 갖고 있는 사업자는 지배력을 이용하여 중소기업인 경쟁사업자의 사업활동을 방해하여서는 아니 된다. 사업자가 다음 각 호의 방법으로 제공한 때에는 부당하게 방해한 것으로 본다. 다만, 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 식료품 및 사료법 제2조 제2항에 따른 식료품을 원가 이하로 제공
2. 다른 상품이나 영업상 급부를 계속하여 원가 이하로 제공
3. 하부 시장에서 경쟁을 하고 있는 상품 또는 용역을 공급하는 중소기업에 대하여 자신이 스스로 공급하는 것 보다 높은 가격으로 공급

식료품을 원가 이하로 공급하는 제공은 상품이 변질되거나 판매가 불가능해질 우려가 있어서 적시에 판매할 필요 또는 기타 그와 유사한 상황에서 판매되는 경우에는 정당한 것으로 본다. 또한, 식료품이 공공시설에서 본래의 업무수행을 위하여 판매되는 경우에는 부당한 가격설정에 의한 부당한 방해가 성립하지 않는다.

(4) 특정한 사안에서 어떠한 사업자가 지배력을 남용하여 제3항에 해당하는 행위를 하는 경우에는 그러한 가격설정이 관련 경쟁자 또는 제33조 제2항에 따른 단체에는 불가능하지만, 그 사업자 자신은 가능하고 수인가능하다는 사실을 스스로 입증하여야 할 책임이 있다.

23) § 20 (3) Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen

1. Lebensmittel im Sinne des § 2 Absatz 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches unter Einstandspreis oder
2. andere Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis oder
3. von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt anbietet, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt. Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn es geeignet ist, den Verderb oder die drohende Unverkäuflichkeit der Waren beim Händler durch rechtzeitigen Verkauf zu verhindern sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen. Werden Lebensmittel an gemeinnützige Einrichtungen zur Verwendung im Rahmen ihrer Aufgaben abgegeben, liegt keine unbillige Behinderung vor.

● 개관

- ▶ 상대적 시장력을 갖고 있는 사업자가 자신의 지배력을 남용하여 거래 상대방을 방해하거나, 차별적 행위를 하는 행위는 제20조 제1항과 제2항에서 규정하고 있음
- ▶ 제20조 제3항은 특정한 사업자의 경쟁사업자가 중소기업인 경우에 우월한 시장지위를 이용하여 남용행위(이른바 Mittelstandsbehinderung)를 하는 것을 금지하는 규정임
- ▶ 이러한 금지규정의 취지는 대규모기업과 경쟁관계에 있는 개별 상점을 ‘염가판매’ 내지 ‘이윤압착’이라는 수단으로부터 보호함과 동시에 방해받는 사업자의 시장에서의 경쟁을 보호하기 위함이며, 경쟁사업자를 경쟁에서 보호하고자 하는 것으로서 우리 법에도 시사하는 바가 큼

● 우월한 사업자의 지위남용행위

(1) (식료품) 소매업에서의 약탈가격 설정 행위

- ▶ 경쟁제한방지법은 우월적 지위에 있는 사업자의 약탈가격 설정, 즉 원가(Einstandspreis) 이하로 판매하는 행위를 금지하고 있음(제20조 제3항 제1내지 제2호)
- ▶ 식료품 소매업시장의 경우에는 1호에서 다른 분야의 판매업자보다 더욱 엄격한 규제가 이루어짐. 즉, 식료품 판매업자의 경우에는 식료품의 공급에 있어서 종래의 ‘계속하여(nicht nur gelegentlich)’라는 요건을 삭제(2007년 7차 개정법)함으로써, 1회성 일지라도 식료품을 구입원가 이하로 판매하는 것이 금지됨. 이는 염가판매로 인한 식료품의 품질에 미칠 수 있는 영향을 최소화시키기 위한 규제임과 동시에, 대규모 유통업자의 저가전략으로부터 중소 판매업자를 보호하여 식료품 시장의 정당한 경쟁을 회복하고자 하는 목적임
- ▶ 그런데 식료품 소매업에 대한 이러한 별도의 규제는 2017.12.31.까지만 한시적으로 존재하며, 2018.1.1.부로 폐지될 예정임
- ▶ 식료품 이외의 그 밖의 상품 또는 용역의 경우에는 우월적 지위에 있는 판매업자는 계속하여 구입원가 이하로 판매하는 경우에 부당한 사업활동 방해행위로 취급되어 금지됨
- ▶ 식료품 사업자의 염가판매 행위는 법률에 의하여 부당한 방해행위로 간주되기 때문에 우월적 사업자의 정당한 사유주장이 매우 어려움. 즉, 상품이 변질되거나, 판매가 불가능해질 우려가 있어서 적시에 판매할 필요 내지 그에 상응한 상황에서만 원가이하의 판매가 정당화된다는 규정(제20조 제3항 제4문)을 둠
- ▶ 식료품이 공공시설에서 본래의 업무 수행을 위하여 판매되는 경우에는 염가판매를 통한 부당한 방해가 성립되지 않음(제20조 제3항 제5문)

(4) Ergibt sich auf Grund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein, dass ein Unternehmen seine Marktmacht im Sinne des Absatzes 3 ausgenutzt hat, so obliegt es diesem Unternehmen, den Anschein zu widerlegen und solche anspruchsbegründenden Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem betroffenen Wettbewerber oder einem Verband nach § 33 Absatz 2 nicht möglich, dem in Anspruch genommenen Unternehmen aber leicht möglich und zumutbar ist.

사 례

원고 W는 세계에서 가장 큰 소매업체(대형마트 WM)의 자회사임. 2000.5.이후 원고는 ‘smart price’라는 표시 하에 모든 지역에서 자사 브랜드를 특별히 염가로 판매하였고, 일정한 품목에는 ‘great value’라는 브랜드를 사용하여 염가로 판매하기도 하였음. 이 가격은 경쟁사업자의 판매가격보다 낮은 수준이었음. 연방카르텔청은 W가 ‘great value price’라는 명목하에 고지방우유, 식물성 마아가린, 설탕 등을 구입원가 이하로 판매하였다고 하여 금지명령을 내렸고, W는 이에 불복하여 소를 제기함

뒤셀도르프 고등법원(OLG Düsseldorf)은 경쟁사업자의 가격에 단순히 편승하여 가격을 낮추는 행위는 통상적으로 정당한 사유가 있는 시장반응인 반면에 가장 낮은 경쟁가격보다 낮은 가격으로 공급하는 행위는 일반적으로 원가이하 판매 금지에 해당할 수 있기 때문에 낮은 가격에 따른 소비자의 이익 외에도 해당 가격 전략이 개별 경쟁사업자를 염두에 두고 자신의 시장지위를 공고히 하기 위함인지의 여부를 고려할 필요가 있다고 판시함

연방대법원은 구입원가 이하로 판매하는 행위가 다른 경쟁사업자의 경쟁법에 반하는 가격정책에 대한 대응으로 행해지는 경우에는 경쟁제한방지법의 금지규범을 위반하지 않는다고 하여, W의 가격정책이 정당한 사유가 있다고 보았음²⁴⁾

(2) 이윤압착행위(제20조 제3항 제3호)

- ▶ 이윤압착(Kosten-Preis-Schere)이란 수직적으로 계열화된 시장에서의 지배적 사업자가 상부 시장의 지배력을 바탕으로 하부 소매시장에서 경쟁관계에 있는 거래 상대방에게 도매 가격을 높게 책정하는 등 불리한 가격조건으로 거래하는 행위를 말함(제20조 제3항 제3호)
- ▶ 그 결과 하부 시장에서 이윤을 제대로 확보하지 못하게 함으로써 하부 시장의 경쟁사업자의 비용을 증가시키고 궁극적으로 그를 배제할 우려가 있기 때문에 금지하는 것임
- ▶ 특히 2000년대 들어와서 통신, 에너지 등 네트워크 산업에서 민영화 이후에 신규 사업자가 소매시장에 새롭게 참여하는 과정에서 수직적으로 통합된 시장지배적 사업자에 의하여 상부 시장의 시장지배력이 하부 시장에 전이되고, 하부 시장의 경쟁자에게 불리한 조건의 거래를 통해 경쟁상의 불이익을 제공하여 결국 시장에서 배제시킬 우려가 있는 행위를 하였기 때문에 규제가 시작되었다고 볼 수 있음
- ▶ 예를 들면 직영주유소와 자영업자 주유소(freie Tankstelle)에 모두 휘발유를 공급하는 정유회사가 직영 주유소에 공급하는 가격보다 자영업자 주유소에게 높은 가격으로 공급하는 경우에는 최종소비자를 대상으로 하는 소매시장에서 자영업자 주유소가 경쟁에 매우 불리하게 되기 때문에 그 경우에는 남용행위가 성립할 수 있다고 보는 것임²⁵⁾
- ▶ 이윤압착 행위가 발생할 수 있는 시장구조는 우선 수직적으로 통합된 사업자가 상품(또는 용역) 시장에 원재료를 공급하면서, 동시에 자신의 자회사 내지 사업부서, 계열회사 등을 통하여 하부 시장에서도 경쟁하는 시장구조여야 하며, 하부 시장에서 독립된 경쟁사업자가 상품 등을 제공함에 있어서는 지배력을 갖고 있는 상부 시장의 상품 등이 필수요소에 준하는 중요한 요소여야 할 것임

24) BGH 2002. 11. 22, WuW/E DE-R 1042 - Walmart.

25) BKartA 2000.8.9. WuW/E DE-V 289 - Freie Tankstellen.

● 입증책임의 전환(제20조 제4항)

- ▶ 어떠한 사업자가 지배력을 남용하여 원가이하의 판매 행위나 이윤압착 행위에 해당하는 행위를 하는 경우에는 다른 경쟁 사업자나 단체는 그렇게 할 수 없지만 자신은 그렇게 할 수 있었던 사유에 대하여 소명하고, 그것이 정당한지에 대하여 입증할 책임이 있음
- ▶ 제20조 제3항에 금지된 행위는 실무상 입증이 어렵기 때문에 이 규정은 소송법 상 청구권을 행사하는 자가 부담하여야 하는 입증의 책임을 청구를 받는 자가 부담하여야 한다는 입증책임 전환의 의미가 있음

● 단체가입의 거부(제20조 제5항)²⁶⁾

제20조

(5) 경제 또는 직업단체, 품질표시조합은 어떠한 사업자에 대한 가입의 거절이 정당한 이유없이 차별 취급이 되거나 그로 인하여 사업자에게 경쟁상의 불이익을 부당하게 초래하게 되는 경우에는 가입을 거절하지 못한다.

- ▶ 사업자단체 내지 업종단체(Wirtschafts- und Berufsvereinigung), 품질표시조합(Gütezeichengemeinschaft)에의 가입은 사업자에게 사업활동을 수행함에 있어서 중요한 기능을 할 때가 많음. 예를 들면, 이러한 단체들은 회원들의 사업 활동이나 직업활동에 있어서 공동의 이익을 추구하고, 대외적으로 회원을 대표하는 등 포괄적인 지원활동을 함
- ▶ 따라서 그러한 단체가 사실상의 독점적 지위를 이용하여 그러한 가입을 거부하는 경우에는 경제적인 약자인 사업자가 자신의 직업 내지 경제활동을 수행하기 어려울 수 있음
- ▶ 경쟁제한방지법 제20조 제5항에서는 정당한 이유없이 차별취급에 해당하고 경쟁사업자에게 부당하게 불이익을 야기할 우려가 있는 경우에 사업자단체, 업종단체 또는 품질표시 조합은 당해 사업자의 회원 가입을 거절하여서는 안되는 일종의 가입거부금지 또는 강제가입(‘Aufnahmezwang’) 의무를 규정함. 단체의 정관에 규정된 거부사유가 차별취급에 해당하지 않는 등 정당한 사유여야 할 것임

26) (5) Wirtschafts- und Berufsvereinigungen sowie Gütezeichengemeinschaften dürfen die Aufnahme eines Unternehmens nicht ablehnen, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellen und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führen würde.

4. 경쟁제한방지법 제20조 위반의 효과

● 행정처분

- ▶ 남용금지를 위반한 상대적 지배력을 가진 사업자와 우월적 사업자에 대해서는 연방카르텔청은 경쟁제한방지법 제32조 이하에 근거하여 법 위반행위의 중지를 명하는 등 시정조치 처분을 내릴 수 있음
- ▶ 경쟁제한방지법 제32조²⁷⁾에 규정된 시정조치 처분에서의 중지명령 또는 반복금지 명령(Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen)은 행정절차법 제35조가 정하는 행정행위로서 시정조치를 함에 있어서 법 위반행위와 비례하고, 법 위반행위의 효과적인 중지에 필요한 조치를 하여야 함. 이러한 중지명령을 발함에 있어서 당사자의 고의 또는 과실은 요구되지 않음. 경쟁제한방지법을 위반할 우려가 있거나, 법 위반행위를 반복할 우려가 있는 경우에는 중지명령을 내릴 수 있음
- ▶ 다만, 그러한 반복금지의 내용을 담고 있는 중지명령은 반복될 우려가 있는 행위를 구체적으로 특정하여야 하며, 만일 법률과 유사한 내용의 반복을 금지한다는 식으로 추상적인 중지명령이 행해지는 경우에는 그 자체가 경쟁을 제한할 수도 있으므로(Wettbewerbslenkungsbehörde²⁸⁾) 주의할 필요가 있음. 또한, 법 위반행위의 중지를 명함과 동시에 연방 카르텔청은 제34조에 근거하여 법 위반행위로 얻은 경제상 이익의 반환을 명할 수 있음
- ▶ 경쟁당국은 정당한 이익(ein berechtigte Interesse)이 있는 때에는 법 위반 행위가 종료한 후에도 법 위반 사실을 확인하는 조치를 명할 수도 있음(제32조 제3항)
- ▶ 경쟁제한방지법 제7차 개정으로 연방카르텔청은 직권으로 긴급한 필요가 있는 경우에 임시조치처분(einstweilige Massnahme)을 발할 수 있는 권한을 갖게 됨. 그런데 이러한 임시조치처분은 경쟁을 보호하기 위한 목적으로 행해져야 하고, 연장을 할 수는 있지만, 기한은 1년을 초과할 수 없음(제32a조)²⁹⁾
- ▶ 아울러 경쟁당국은 법 제32조 이하의 시정조치 처분 대신에 관련사업자가 제시한 의무확약(Verpflichtungszusage)에 구속력을 부여하는 형태의 결정을 내릴 수도 있음(제32b조 제1항). 의무확약은 미국의 동의명령과 유사한 제도로서 처분에 앞서 경쟁당국이 관련 사업자에게 당해 행위의 경쟁제한성에 대한 고려를 충분히 설명하면, 해당 사업자는 그러한 경쟁제한성에 대한 우려를 제거하기에 적절한 의무 또는 시정 내지 피해구제 방안을 제시하여야 함

27) § 32 Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen

(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union abzustellen.

(2) Sie kann ihnen hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.

(2a) In der Abstellungsverfügung kann die Kartellbehörde eine Rückerstattung der aus dem kartellrechtswidrigen Verhalten erwirtschafteten Vorteile anordnen. Die in den erwirtschafteten Vorteilen enthaltenen Zinsvorteile können geschätzt werden. Nach Ablauf der in der Abstellungsverfügung bestimmten Frist für die Rückerstattung sind die bis zu diesem Zeitpunkt erwirtschafteten Vorteile entsprechend § 288 Absatz 1 Satz 2 und § 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verzinsen.

(3) Soweit ein berechtigtes Interesse besteht, kann die Kartellbehörde auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.

28) Kling/Thomas, op.cit., p.830.

29) § 32a Einstweilige Maßnahmen

(1) Die Kartellbehörde kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen.

(2) Die Anordnung gemäß Absatz 1 ist zu befristen. Die Frist kann verlängert werden. Sie soll insgesamt ein Jahr nicht überschreiten.

- ▶ 만일 조사결과 위반사실이 확인되지 않을 때에는 절차를 더 이상 진행시키는 이익이 없기 때문에 무혐의 종결명령(Kein Anlass zum Tätigwerden)을 의결할 수 있음(제32c조³⁰⁾)

● 금전적 제재

- ▶ 경쟁당국은 시정조치 등의 행정적 제재와 별도로 형사벌에 준하는 과징금(Bussgeld)을 부과할 수 있음. 경쟁제한 행위에 대해서는 제81조 제2항 제1호 및 제4항에 따라 연방카르텔청에서 질서위반행위(Ordnungswidrig)로 규정하고, 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OwiG)의 절차에 따라 금전적 제재를 할 수 있음. 이에 따르면 중대한 법 위반행위에 참가한 임원 등 자연인에 대해서는 행위의 중대성과 행위자의 특성에 따라 1백만 유로 이하의 과징금을, 사업자 및 사업자단체에 대해서는 법 위반행위의 중대성과 기간을 고려하여 직전 사업연도 당해 사업자가 속한 콘체른의 전 세계 연간 총매출액(Gesamtumsatz)의 10%를 한도로 과징금을 부과할 수 있음. 이는 EU경쟁법 집행규칙 2003-1³¹⁾과 궤를 같이하는 것임
- ▶ 당사자가 이에 대하여 불복하는 경우에는 연방카르텔청이 과징금 결정의 변경 또는 취소여부를 1차적으로 심사하고, 변경 내지 취소의 이유가 없다고 판단되는 경우에는 관할 검찰청과 고등법원으로 이첩하여 불복절차를 진행함. 그러한 의미에서 질서위반법상 과징금은 형사처벌에 있어서의 벌금과 유사한 구조를 갖게 됨
- ▶ 과징금과 별도로 법 위반으로 인한 이득이 사업자에게 귀속되지 않도록 하기 위하여 경쟁제한방지법 제34조는 사업자가 경쟁제한방지법 내지 경쟁당국의 처분에 위반한 경우에 그에 따른 경제적 이익을 환수하는 근거를 마련하고 있음 (Verteilsabschöpfung). 경제적 이익의 환수는 사업자가 법 위반행위로 얻은 부당한 이익이 남지 않도록 하는 행정제재 별의 성격을 가짐. 이러한 경제적 이익에는 금전상의 이익뿐만 아니라 법 위반 사업자의 시장지위의 강화, 경제적 비용의 절감, 이윤획득의 가능성 증가와 같은 무형의 이익도 포함된다고 해석됨³²⁾
- ▶ 그런데 제34조에 따른 위법한 행위로 인한 경제적 이익의 환수는 과징금(Geldbusse)이나 손해배상 (Schadensersatzleistungen), 국고귀속명령(Anordnung des Verfalls), 보상(Rückerstattung) 등을 통해서 문제의 경제상 이익이 모두 회수되지 않을 것이 전제되어야 함. 만일 부당이득이 환수된 후 손해배상의 이행이 이루어진 경우에는 경쟁당국이 회수한 부당이득을 사업자에게 반환하도록 하고 있음(제34조 제2항³³⁾)
- ▶ 또한, 이러한 부당이득의 산정은 매우 어려워져서 경쟁제한방지법 제34조 제4항은 이러한 경제상의 이익을 금전으로 추산할 수 있도록 하고 있으나, 법 개정으로 과징금의 한도가 매우 높아졌기 때문에 제도의 실효성에 의문을 제기하는 견해도 있음
- ▶ 의무확약을 비롯한 행정처분의 원활한 집행을 위하여 행정집행법(Verwaltungsvollstreckungsgesetz)에 따라 최소 1천 유로에서 최대 1천만 유로까지의 이행강제금도 부과할 수 있음(제86조a)

30) § 32c Kein Anlass zum Tätigwerden

Sind die Voraussetzungen für ein Verbot nach den §§ 1, 19 bis 21 und 29, nach Artikel 101 Absatz 1 oder Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben, so kann sie entscheiden, dass für sie kein Anlass besteht, tätig zu werden. Die Entscheidung hat zum Inhalt, dass die Kartellbehörde vorbehaltlich neuer Erkenntnisse von ihren Befugnissen nach den §§ 32 und 32a keinen Gebrauch machen wird. Sie hat keine Freistellung von einem Verbot im Sinne des Satzes 1 zum Inhalt.

31) Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABL EG 1/2003 S.1.

32) RegE 7. GWB-Novelle, BT-Drucks, 15/3640, p.55.

33) § 34 Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde

(2) Absatz 1 gilt nicht, soweit der wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft ist durch

1. Schadensersatzleistungen,
2. Festsetzung der Geldbuße,
3. Anordnung des Verfalls oder
4. Rückerstattung.

Soweit das Unternehmen Leistungen nach Satz 1 erst nach der Vorteilsabschöpfung erbringt, ist der abgeführte Geldbetrag in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen an das Unternehmen zurückzuerstatten.

● 민사적 취급(제33조)

- ▶ 제20조를 위반한 행위는 민사적으로는 민법(BGB) 제134조에 따라 당사자 간에 무효로 취급하며, 그와 별도로 경쟁제한 방지법 제33조에 의하여 금지청구 및 손해배상, 반환청구권을 행사할 수 있음
- ▶ 우선, 이해관계자는 법원에 대하여 법 위반 상태를 배제하기 위한 배제청구(Beseitigung), 법 위반이 반복될 우려(Wiederholungsgefahr)가 있는 경우에는 이를 방지하기 위한 금지청구(Unterlassung)를 할 수 있음(제33조 제1항).³⁴⁾ 경쟁사업자 또는 그 밖의 시장참여자도 법 위반으로 인하여 자신의 이익이 침해되는 경우에는 이해관계자로서 이러한 청구권을 가짐
- ▶ 한편, 고의 또는 과실로 법 위반행위를 한 자는 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있음(제33조 제3항³⁵⁾). 이 경우에 상품이나 용역이 과도하게 높은 가격으로 판매된 경우에는 당해 상품이나 용역이 재판매되었다 하더라도 손해배상 책임을 면하는 것이 아님
- ▶ 법 위반으로 인한 손해를 직접 산정하기 어려운 경우에는 당해 사업자가 얻은 이익의 일정한 비율 등을 참고하여 법원에서 손해액을 정할 수 있음

34) § 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht

1) Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht. Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

35) (3) Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überberteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

III. 거래상 지위남용행위에 대한 부정경쟁방지법의 규정

1. 개관

● 부정경쟁방지법의 체계

- ▶ 독일에서 공정한 경쟁을 보호하는 법은 경쟁제한방지법과 부정경쟁방지법이 있음. 부정경쟁방지법의 제정배경은 중세의 길드질서 속에서의 영업이 경쟁과는 상관없이 이루어지다가 1871년 독일제국의 전반에 걸쳐 일반적인 영업의 자유가 인정되면서 비로소 공정한 경쟁방법 이외에 각종의 부정한 방법이 동원되기 시작하는 데에서 비롯됨. 그럼에도 불구하고 독일 제국법원은 부정경쟁의 개념을 인정하지 않았고, 상호 및 상표법(Firmen- und Warenzeichenrecht)을 통해 소비자에 대한 오인유발행위 및 부정경쟁행위를 규율하게 됨. 그러다가 오인유발, 신용훼손 및 악의의 비방, 영업상의 표지남용, 비밀누설 등에 대한 열거규정을 가진 부정경쟁방지법을 1896년에 제정하였음. 이러한 상황 하에서 1909년의 법 개정에서 선량한 풍속에 위반하는 일체의 부정한 경쟁행위를 금지하는 일반조항이 도입되면서 판례법이 획기적으로 발전하였음³⁶⁾
- ▶ 부정경쟁방지법은 시장에서의 경쟁이 일어나고 있는, 그러한 자유로운 경쟁활동이 지나쳐 그 경쟁의 수단이 일반 거래 계에서 용인하는 수준을 넘어서는 불공정한 경우에 이를 규제하고자 하므로 일반 사법상의 불법행위와 밀접한 연관성을 가질 수밖에 없음

● 부정경쟁방지법의 구조

- ▶ 최근(2015년)에 개정된 부정경쟁방지법에서는 제3조에서 부정경쟁에 관한 일반조항을 두어 불공정한 영업행위(Unlauterer geschäftliche Handlung)는 금지하고 있으며, 제4조 이하에서 구체적인 행위를 열거하고 있는 방식을 택하고 있음
- ▶ 제4조에서는 경쟁사업자에 대한 보호(Mitbewerberschutz)라는 표제 하에 경쟁사업자의 사업활동을 방해하거나, 경쟁사업자의 영업에서의 명성을 저해하는 행위 등을 금지하는 내용을 규정하고 있음. 제4a조에서는 공격적인 영업행위(Aggressive geschäftliche Handlungen)라는 표제 하에 거래 상대방의 결정의 자유를 침해하는 행위 또는 소비자 또는 다른 사업자에게 강요나 강박을 하는 등 수단과 방법이 불공정한 행위 등을 열거하고 있음. 그리고 제5조에서는 착오를 유발시키는 행위(Irreführende geschäftliche Handlungen)를, 제5a조에서는 부작위에 의한 착오를 유발하는 행위(Irreführung durch Unterlassen)를, 제6조에서는 비교광고(Vergleichende Werbung), 그리고 제7조에서 스팸 메일과 같은 방법으로 참기 어려운 괴롭힘(Unzumutbare Belästigungen)을 규정하고 있음
- ▶ 경쟁제한방지법과는 달리 위반행위에 대한 사법적 구제수단을 우선으로 규정하고 있음. 부정경쟁방지법 제8조 제3항에는 금지청구권(Unterlassungsanspruch)에 대하여 규정하고 있음. 제10조에는 일련의 부정경쟁행위를 하여 다수의 고객으로부터 이득을 취한 자는 부당한 이득을 국고에 납부하도록 청구할 수 있으며, 법 위반행위자가 부당이득 환수 청구에 따라 부당이득금을 납부한 경우에 손해배상 등의 급부를 제공한 경우에는 국가는 이미 환수한 부당이득금을 반환하는 의무를 부과하고 있음 (이 조항은 여러 논란에도 불구하고 경쟁제한방지법 제34a조에도 반영되었음)

36) 심재한, “공정거래법상 불공정거래행위에 대한 연구”, 안암법학 27호(2008), p.548.

2. 거래상 지위남용행위와 관련된 부정경쟁방지법 개별 조항의 검토

● 일반적 금지 조항(제3조)³⁷⁾

§ 3 불공정 거래행위의 금지

(1) 불공정한 거래행위는 금지된다.

(2) 소비자에게 직접 또는 간접적인 영향을 미치는 행위로서, 영업상 주의의무를 위반하여 소비자의 경제 상 행위에 결정적으로 영향을 미치는 행위를 한 사업자는 불공정한 것으로 본다.

(3) 소비자에 대하여 별표에 규정된 영업행위를 하는 것은 언제나 불공정한 것으로 취급한다.

(4) 소비자에 대한 행위인지의 여부는 평균적 소비자, 만일 특정한 범위의 소비자를 대상으로 하는 경우에는 그들의 평균인의 관점에서 판단한다. 사업자가 정신적, 육체적인 장애, 나이 또는 영업상 행위에 있어서의 경솔함, 관련 상품 또는 용역의 제공에 있어서 특별히 보호되어야 하는 소비자 집단을 대상으로 하여 그들의 경제적 행위에 영향을 미치려는 의도가 있었던 경우에도 이러한 집단의 평균적 소비자를 정함에 있어서는 그러한 점을 반드시 고려하여야 한다.

- ▶ 제3조는 불공정한 거래행위를 금지하고 있는 부정경쟁방지법 각 행위에 대한 일반조항(Generalklausel)의 역할을 하고 있음. 2015년 개정으로 유럽연합(EU)의 불공정거래 지침(UGP-Richtlinie³⁸⁾)을 상당부분 수용하였음
- ▶ 제3조에서 보호되는 대상은 ‘소비자’이지만, 소비자에게 직접 또는 간접적으로 영향을 미치도록 하는 행위라는 관점에서 직접 소비자를 대상으로 하거나, 또는 거래상대방을 통하여 소비자에게 영향을 주는 행위를 모두 규율하고 있기 때문에 결국 경쟁사업자가 간접적으로 보호대상이 된다고 볼 수 있음
- ▶ 특히 제2항에서 언급된 ‘영업상 주의의무의 위반(Sorgfaltsverstoss)’의 내용은 사업자의 관리영역 내에서 소비자의 경제상 행위에 결정적으로 영향을 미치게 하는 행위가 사업자가 소비자에 대하여 가져야 할 신의 성실(Treu und Glauben)의 원칙을 위반하였다는 ‘직업적 과실’로 해석되고 있음
- ▶ 제4항의 경우에는 소비자에 대한 행위인지의 여부를 판단하기 위하여 평균적 소비자의 개념을 사용함. 그런데 만일 특정한 범위의 소비자를 대상으로 하는 경우에는 그 소비자들의 평균인의 관점에서 판단하도록 함. 특히 사업자가 정신적, 육체적인 장애, 나이 또는 영업상 행위에 있어서의 경솔함, 관련 상품 또는 용역의 제공에 있어서 특별히 보호되어야 하는 소비자 집단을 대상으로 하여 그들의 경제적 행위에 영향을 미치려는 의도가 있었던 경우에 이러한 집단의 평균적 소비자를 정함에 있어서는 그러한 점을 반드시 고려하도록 함으로써 소비자 집단의 특성을 충분히 고려하도록 함

37) § 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

- (1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.
- (2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.
- (3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.
- (4) Bei der Beurteilung von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Geschäftliche Handlungen, die für den Unternehmer vorhersehbar das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese geschäftlichen Handlungen oder die diesen zugrunde liegenden Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, sind aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen.

38) Richtlinie 2005/29/EG ueber unlautere Geschaeftspraktiken.

- ▶ 제3조 제3항에서 불공정거래행위의 예로 언급될 수 있는 것이 끼워팔기, 리베이트, 구속조건부거래, 고객유인 행위 등인데, 이는 경쟁제한방지법 상으로도 거래상 지위남용행위로서 문제될 수 있는 것이나, 그것이 명확히 구분되기는 쉽지 않음
- ▶ 그런데, 동일한 행위라도 부정경쟁방지법 상의 고려는 소비자 내지 거래상대방의 결정의 자유 침해라는 관점에서 평가하도록 하며, 경쟁제한방지법 상의 고려는 (시장) 지배적 지위 남용으로 인한 다른 사업자의 사업활동 방해라는 관점에서 평가하는 것이 다른 점이라고 볼 수 있지만, 일단 부정경쟁방지법의 규정도 보충적으로 고려될 수 있음
- ▶ 특히 우리 불공정거래행위에서의 거래상 지위남용행위와 상응하는 행위로는 제4조와 제4a조가 의미가 있으므로, 이에 관하여 각각 살펴보기로 함

● 경쟁사업자의 보호(제4조)³⁹⁾

제4조 경쟁사업자의 보호

누구든지 다음 각 호의 행위를 한 자는 불공정한 행위를 한 것으로 본다.

1. 경쟁사업자의 상표, 상품, 용역, 영업활동, 또는 인적, 물적 관계를 저해하거나 폄하시키는 행위
2. 경쟁사업자의 상품, 용역제공 또는 회사에 대하여 또는 업주 또는 임원에 대하여 기업의 운영 또는 사업자의 신용을 저해할 수 있는 진실이 확인되지 않은 사실을 주장하거나 유포하는 행위, 다만 그러한 사실이 비밀이고, 전달한 자 또는 전달받은 자가 정당한 이익이 있는 때에는 사실이 진실이 아니라고 주장되거나 유포되는 경우에 한함
3. 제공하는 상품 또는 용역이 경쟁사업자의 것을 모방한 경우에 다음 각 목에 해당하는 행위
 - a) 소비자가 출처를 오인하는 것을 유발시키는 행위
 - b) 경쟁사업자의 상품에 대한 평판을 저해 또는 부적절하게 이용하게 하는 행위
 - c) 부정직하게 획득한 지식 내지 서류를 모방에 사용하는 행위
4. 경쟁사업자를 방해하려는 의도가 있는 행위

39) § 4 Mitbewerberschutz

Unlauter handelt, wer

1. die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft;
2. über die Waren, Dienstleistungen oder das Unternehmen eines Mitbewerbers oder über den Unternehmer oder ein Mitglied der Unternehmensleitung Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Unternehmers zu schädigen, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind; handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist die Handlung nur dann unlauter, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet wurden;
3. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er
 - a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,
 - b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder
 - c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;
4. Mitbewerber gezielt behindert.

- ▶ 제4조의 의미는 사업자가 소비자 또는 거래상대방에게 불이익을 주겠다고 협박 내지 실재하는 불이익을 이용하여 거래를 하는 경우에 소비자 또는 거래상대방의 결정 내지 행동의 자유를 저해할 수 있기 때문에 불공정한 행위로서 금지되는 것임
- ▶ 거래상 지위남용행위와 상응하는 행위는 제4조 제4호의 경쟁사업자를 방해하려는 의도가 있는 행위를 들 수 있음. 이 경우에는 부정경쟁방지법의 ‘불공정성(unlauterkeit)’과 경쟁제한방지법 제19조 내지 제20조의 ‘부당성(unbilligkeit)’의 중첩적 판단이 요구됨. 방해의 불공정성은 원래 경쟁제한방지법의 부당성에서 유래한 개념이기 때문에 판단은 중첩되지만, 판단 결과가 모순될 우려는 없다고 보아야 할 것임⁴⁰⁾

● 공격적인 영업행위(부정경쟁방지법 제4a조)⁴¹⁾

제4a조 공격적인 영업행위

(1) 누구든지 소비자 또는 기타 시장참여자에 대하여 공격적인 영업행위를 하여 그것이 없었으면 하지 않을 영업상 결정을 하도록 하는 것은 불공정한 행위로 본다. 어떠한 행위가 공격적인 영업 행위인지의 여부는 구체적 사례에서 다음 각 호의 행위를 통하여 소비자 또는 다른 사업자의 결정의 자유를 현저하게 저해하는 여러 사정을 고려하여야 한다.

1. 괴롭힘
2. 폭행 또는 강요
3. 허용되는 방법이 아닌 영향력의 행사, 여기서 허용되는 방법이 아닌 영향력의 행사란 사업자가 자신의 시장에서의 지위를 이용하여 소비자 또는 다른 사업자가 결정을 본질적으로 제한하도록 폭행 또는 심리적 강제를 행사하는 행위를 말한다.

(2) 제1항 제2문에 의한 공격적 영업행위인지의 여부를 파악하기 위해서는 다음 각 목의 내용을 기준으로 할 수 있다.

1. 행위의 시간, 장소, 방법, 지속기간
2. 협박 또는 공격적 자세 또는 행위방법
3. 소비자 또는 다른 사업자의 결정에 영향을 미치기 위하여 특정한 사고 내지 판단의 기초가 되기 어려운 사정을 악의적으로 이용하는 행위
4. 소비자 또는 다른 사업자가 거래를 중단 내지 거래내용 또는 거래처를 변경하고자 하는 거래상의 권리를 방해하기 위하여 계약 이외의 방법에 따른 부담을 주거나 거래관행에 맞지 않는 방해를 하는 행위
5. 법적으로 허용되지 않는 행위를 통한 협박

제3호를 고려함에 있어서는 정신적, 육체적 침해, 나이, 영업상 무경험, 경솔, 소비자의 강제에 대한 공포 등의 사정을 특히 고려하여야 한다.

40) Köhler/Bornkamm, UWG Kommentar(35.Aufl.), C.H. Beck(2017), p.573.

41) § 4a Aggressive geschäftliche Handlungen

(1) Unlauter handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen durch

- ▶ 공격적인 영업행위는 2015년 법 개정으로 구체화된 것이며 구법 제4항 제1호와 제2호를 재구성한 내용으로서, 거래에 있어서 정당한 수단이 아니라 폭행, 강요, 강제 등 불공정한 수단과 방법을 사용함으로써 거래 상대방의 결정의 자유 (Entscheidungsfreiheit)를 침해하고, 나아가 경쟁을 방해할 수 있는 행위를 규제하기 위한 조항으로 볼 수 있음
- ▶ 제4a조의 1항은 공격적인 영업행위의 유형으로 괴롭힘, 폭행 또는 강요, 허용되는 방법이 아닌 영향력의 행사를 열거하고 있음. 이러한 공격적인 영업행위는 시장에서 상당한 지배력을 갖고 있는 공급자 또는 수요자에 의해서 행해질 수 있으며, 그러한 관점에서 우리 법 상 거래상 지위남용행위와 유사한 구조를 갖고 있음
- ▶ 특히 ‘공격적’인지의 여부를 판단하기 위해서는 구체적인 사안에서 종합적으로 판단(Gesamtbetrachtung)하여야 하겠지만, 소비자 또는 거래상대방의 결정의 자유를 현저히 침해하는지의 여부로 볼 수 있을 것임. 그리고 1~3호는 그러한 행위를 예시적으로 열거한 것으로 볼 수 있음
- ▶ 영업행위가 전제되어야 하므로 계약의 체결, 이행과정에서의 행위여야 하고, 소비자 또는 기타의 시장참여자(경쟁자 포함)가 그 대상이 되며, 그들의 경쟁의 자유를 심각하게(현저하게) 침해하여야 성립함
- ▶ 제1호에 규정된 괴롭힘(Belästigung)의 의미는 경제적 이익 침해의 관점에서 이해하여야 하며, 단순한 물리적 괴롭힘이 아니라 평균 소비자의 결정의 자유를 침해하여 그 소비자의 사적 영역에서 잘못된 영업상 결정을 할 수 있을 정도의 괴롭힘을 의미함. 어떤 의미에서는 우리 법 상 거래강제와 같은 내용과 유사하다고 볼 여지도 있음
- ▶ 그리고 제2호에서 규정된 강요(Nötigung)란 민법(BGB) 제123조 제1항에서의 법률에 반한 협박(Drohung) 내지 형법(StGB) 제240, 253조의 강요죄에서 말하고 있는 내용과 의미상으로 크게 다르지 않음. 즉, 물리적 수단 또는 제재의 위협을 통하여 하기 싫은 일을 강제로 하게 함으로써 상대방의 자유를 침해하는 것을 의미함
- ▶ 그와 별도로 제3호에서는 ‘허용되는 방법이 아닌 영향력의 행사’도 공격적 영업행위의 예시로 들고 있는데, 그것의 의미는 입법적으로 해결하고 있음. 여기서 허용되는 방법이 아닌 영향력의 행사란 사업자가 자신의 지위를 이용(또는 남용)하여 소비자 또는 다른 사업자의 결정을 본질적으로 제한하도록 폭행 또는 심리적 강제를 행사하는 행위임. 상대방에게 절대적인 영향을 줄 수 있는 지위를 이용하여 영향력을 행사함으로써 상대방의 결정의 자유를 침해하는 것을 의미함

1. Belästigung,

2. Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder

3. unzulässige Beeinflussung.

Eine unzulässige Beeinflussung liegt vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

(2) Bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 ist, ist abzustellen auf

1. Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer der Handlung;

2. die Verwendung drohender oder beleidigender Formulierungen oder Verhaltensweisen;

3. die bewusste Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen oder Umständen von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers beeinträchtigen, um dessen Entscheidung zu beeinflussen;

4. belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht, wozu auch das Recht gehört, den Vertrag zu kündigen oder zu einer anderen Ware oder Dienstleistung oder einem anderen Unternehmer zu wechseln;

5. Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen.

Zu den Umständen, die nach Nummer 3 zu berücksichtigen sind, zählen insbesondere geistige und körperliche Beeinträchtigungen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst und die Zwangslage von Verbrauchern.

- ▶ 공격적인 영업행위인지의 여부를 판단하는 기준으로서 그러한 영업행위가 언제, 어디서, 어떻게 발생하였으며, 얼마나 계속되었는지, 그리고 영업방법이 협박 내지 공격적 자세인지 등이 중요함. 그뿐만 아니라 소비자 또는 다른 사업자의 결정에 영향을 미치기 위하여 특정한 사고(Unfall) 내지 판단의 기초가 되기 어려운 사정(예컨대, 파산, 자연재해 등)을 약의적으로 이용하였는지, 그 와중에 그러한 사정이 발생하였을 때 소비자 내지 다른 사업자가 정신적이나 육체적으로 얼마나 피해를 보았는지, 나이는 얼마이며, 영업상 무경험 내지 경솔이 있는지, 소비자가 이러한 강제수단을 사용하는 경우 얼마나 공포를 느끼는지 등의 사정을 특히 고려할 필요가 있음
- ▶ 그 밖에도 소비자 또는 다른 사업자가 거래를 중단 내지 거래 내용 또는 거래처를 변경하고자 하는 경우에, 그 거래상의 권리를 방해하기 위하여 계약 이외의 방법에 따른 부담을 주거나 거래관행에 맞지 않는 방해를 하는 경우나, 법적으로 허용되지 않는 행위를 통한 협박도 불공정한 공격적 영업행위에 해당하는지의 여부를 판단하는 기준이 됨

3. 부정경쟁방지법 위반의 효과

● 배제 및 금지청구권(제8조)⁴²⁾

- ▶ 부정경쟁방지법은 경쟁제한방지법과는 달리 부정경쟁행위로 피해를 입거나 입을 우려가 있는 자 또는 그러한 이익을 대변하는 단체의 사소를 통하여 집행되며, 과징금이나 벌금 등의 공적 제재는 일부 위반행위에 한하여만 부과될 수 있음
- ▶ 경쟁사업자(Mitbewerber), 영업상 내지 자영업자의 이익을 위한 사업자들이 대다수 구성원으로 있는 법인격 있는 단체, 소비자의 이익을 보호하기 위하여 금지청구를 할 수 있도록 지정된 단체, 상공회의소 등은 제3조 내지 제7조에 위반한 금지행위로 피해를 본 경우에는 그를 상대로 배제청구 내지 반복의 위험이 있는 경우에는 금지청구권을 가짐

● 손해배상 청구권(제9조)⁴³⁾

- ▶ 고의 또는 과실로 부정한 경쟁행위를 한 자는 경쟁사업자에 대하여 그 손해를 배상할 의무를 가짐(제9조). 이러한 청구권은 민사적 손해배상 또는 지식재산권법에 따른 손해배상에 영향을 미치지 않음
- ▶ 법정 손해배상 청구권자는 경쟁사업자(Mitwettbewerb)로서 소비자, 기타 시장참여자는 손해배상 청구의 청구권자가 아님

42) § 8 Beseitigung und Unterlassung

- (1) Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.
- (2) Werden die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, so sind der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet.
- (3) Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu:
 1. jedem Mitbewerber;
 2. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, wenn sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt;
 3. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in der Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. L 110 vom 1.5.2009, S. 30) eingetragen sind;
 4. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

43) § 9 Schadensersatz

Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, ist den Mitbewerbern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

● 부당이득환수 청구권(제10조)⁴⁴⁾

- ▶ 부정경쟁방지법 제8조 제3항 2호 내지 4호에 따라 금지청구를 할 수 있는 자는 법 제3조 내지 제7조가 금지하고 있는 부정한 경쟁행위를 고의로 위반하여 다수의 고객으로부터 부당하게 경제상 이득(Gewinn)을 취한 자에 대하여 그러한 부당이득을 국고에 납부하도록 청구할 수 있음. 그리고 법 위반 행위자가 법 위반을 이유로 제3자 또는 국가에 제공한 급부는 부당이득의 금액을 산정할 때 고려되며, 이미 부당이득 환수 청구에 따라 이를 국고에 납부한 후에 손해배상 청구를 통하여 손해를 배상한 경우에는 국가는 그만큼 이미 환수한 부당이득을 법 위반행위자에게 반환하도록 하고 있음(제10조 제2항). 이 조항은 경쟁제한방지법 제34a조와 맥락을 같이 하고 있는데 중대한 부정경쟁행위에 대하여 민사적인 제재를 확대함으로써 간접적으로 법 위반 행위를 예방하는 효과를 갖고 있음

44) § 10 Gewinnabschöpfung

- (1) Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.
- (2) Auf den Gewinn sind die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Soweit der Schuldner solche Leistungen erst nach Erfüllung des Anspruchs nach Absatz 1 erbracht hat, erstattet die zuständige Stelle des Bundes dem Schuldner den abgeführten Gewinn in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen zurück.

IV. 맺음말

● 독일 법 상 거래상 지위남용행위의 규율

- ▶ 독일 법 상 거래상 지위남용행위는 직접적으로 경쟁제한방지법 제20조에서의 상대적으로 우월한 사업자에 의한 지위 남용행위 금지 또는 상당한 지배력을 가진 사업자에 의한 지위남용행위 금지로 규율되어 있으며, 간접적으로 부정경쟁 방지법 제3조에서의 일반조항 내지 제4조에서의 경쟁사업자의 보호 내지 공격적인 영업행위의 금지 조항을 통하여 규율 할 수 있는 체계를 갖고 있음
- ▶ 양자는 구성요건에서 약간의 차이가 있을 뿐만 아니라 구제방안에 있어서도 큰 차이가 있음. 다만 법률요건을 해석하는 불공정성, 부당성 등의 판단기준은 크게 다르지 않음

● 경쟁제한방지법 상 거래상 지위남용행위

- ▶ 경쟁제한방지법에서의 상대적으로 우월한 사업자에 의한 지위남용행위 유형은 시장지배적 지위남용행위에서의 방해 남용행위의 유형과 크게 다르지 않음
- ▶ 다만, 시장지배적 사업자를 판단하는 기준과 가장 큰 차이라고 볼 수 있는 상대적으로 우월한 지위를 갖고 있는지의 여부를 판단하기 위하여는 사업자기반 종속성, 수요기반 종속성, 희소성 기반 종속성 등의 영업상 종속성 내지 의존성의 여부를 먼저 따져보아야 하는 것이 매우 중요함
- ▶ 상대적으로 종속성이 강한 경우에는 거래상 지위의 차이가 크게 발생하기 때문에 남용행위가 이루어질 가능성이 많으며, 그러한 남용행위는 거래 상대방의 사업활동을 방해하는 거래거절, 끼워팔기, 배타조건부 거래의 강요, 리베이트의 강요, 약탈적 가격설정, 거래상 차별취급 등으로 나타날 수 있음
- ▶ 또한 독일 경쟁제한방지법은 거래상 지위남용행위 규정을 통하여 명시적으로 중소기업자가 경쟁사업자가 되는 상황에서 상당한 시장력을 가진 유력한 사업자에 의한 경쟁제한행위를 금지하고자 함. 특히 중소기업자가 경쟁사업자가 된 상태에서의 원가이하 판매 행위(식료품의 경우에 한시적으로 특칙이 존재함)와 이윤압착행위를 금지하는 규정을 둬으로써 중소기업을 법적으로 보호하고자 하는 노력을 아끼지 않음
- ▶ 아울러 사업자의 입장에서는 단체 등의 가입이 중요하기 때문에 그러한 단체들에의 가입거부가 정당한 이유없는 차별이나 경쟁상의 불이익을 가져 오는 경우에도 이를 금지함으로써 경제적으로 약자인 사업자의 경쟁의 자유를 보호하고자 하는 법 체계를 갖고 있음
- ▶ 이러한 금지규정을 위반한 경우에는 연방카르텔청의 시정명령, 반복금지명령 등의 처분을 받을 수 있고, 질서위반법에 의한 과징금 처분을 받을 수 있음
- ▶ 그리고 행정적 처분을 중심으로 피해를 본 당사자에 의한 손해배상 청구 및 그것이 충분히 이루어지지 않는 경우에는 위반행위로 인한 경제상 이익을 환수하는 절차를 통하여 불법적인 경제적 이익을 귀속시키지 않음으로써 위반행위를 간접적으로 방지하고자 함

● 부정경쟁방지법 상 거래상 지위남용행위

- ▶ 부정경쟁방지법은 불공정한 영업 방해행위를 규정함으로써 경쟁제한방지법을 보충하여 거래상 지위남용행위를 규율 하고 있음
- ▶ 강요나 강제, 공격적인 영업방법 등에 의하여 거래 상대방의 결정의 자유를 침해함으로써 결과적으로 경쟁사업자의 사업 활동을 방해하는 행위를 하는 경우에 불공정한 거래행위로 취급함
- ▶ 다만, 경쟁제한방지법과는 달리 행정적 처분이 중심이 되어 있는 것이 아니라 당사자 내지 특정한 단체의 배제 내지 금지를 법원에 청구할 수 있도록 하고 있고, 손해배상 및 이를 보완하기 위한 부당이득의 환수를 법원에 청구하도록 함으로써 불법적인 행위를 간접적으로 제재하고자 함

맞춤형 외국법제정보 신청안내

한국법제연구원 글로벌법제연구실에서 정부부처, 공공기관 및 기업을 대상으로 신청받아
외국의 법제와 관련한 정보를 무료로 제공하여 드립니다.

제공 대상 정보

- 주요 국가(미국, 영국, 캐나다, 호주, 독일, 프랑스, 일본, 중국 등) 법령 제·개정 정보, 입법적 쟁점, 제·개정 법령의 주요 내용
- 국내 현안에 대한 국가별 법제 현황 및 내용
- 정부 입법 정책 수립에 필요한 외국 법령정보
- 정부 부처 관련 업무에 대한 법령정보 제공
- 개인적인 연구(예 : 학위논문 작성) 관련 신청 및 단순 법령 번역을 제외됩니다.
※ 내용이 지나치게 광범위하거나 모호한 범위의 정보제공은 불가능할 수 있습니다.

신청방법

- 한국법제연구원 홈페이지의 「맞춤형 외국법제정보 신청하기」를 이용하여 신청하실 수 있습니다.
※ 신청 시 신청대상 국가 법령 및 제도의 명칭 등을 구체적으로 명시하셔야 합니다.

신청기한

- **수시** (신청 접수 후 정보수집, 집필, 교정 및 감수기간 약 2개월 소요)

접수 및 문의

- 한국법제연구원 글로벌법제연구실
- 전화번호 : 044-861-0482, FAX : 044-868-9919
- E-mail : hphong@klri.re.kr, <http://www.klri.re.kr/>

배 포

- 비정기간행물 형식으로 발간되고 있으며, 정부부처, 공공기관, 기업 등에 배포 중입니다.
- 신청하시는 경우 ‘최신외국법제정보’를 무상으로 보내드립니다.

ISSN 1976-0760

