

企業의 去來行爲의 腐敗防止를 위한 法制

- 기업의 不公正去來를 규제하는 競爭法制를 중심으로 -

金斗鎮*

차 례

I. 머리말

1. 기업의 거래행위의 부패의 의의
2. 기업의 부패거래의 현황

II. 기업부패문제에 대한 각국의 경쟁법적 대응방식

1. 미국 판례법상 불공정거래의 위법성 판단
2. 독일법상 불공정거래의 위법성 판단

III. 기업부패문제를 규제하는 우리나라의 경쟁법제

1. 광의의 불공정거래의 규제이유
2. 광의의 불공정거래를 규제하는 경쟁법제
3. 광의의 불공정거래의 위법성 판단기준

V. 결 론

* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

I. 머리말

1. 기업의 거래행위의 부패의 의의

기업의 거래행위의 부패(corruption in firm sector)¹⁾는 기업이 거래행위 자체 또는 그에 부수된 과정에서 공정하지 않은 방법이나 수단에 의하여 위법한 행위(illegal act)를 하는 것을 말한다. 부패와 구별할 개념으로 도덕적 해이(moral hazard), 추문(scandal), 비리(sleaze), 비행(misconduct), 민사불법행위(tort), 범죄(crime) 등이 있으며, 이들은 그 위반한 규범의 성질이나 위반 정도의 차이에 의하여 부패와 구별된다.²⁾

민간, 특히 기업부문의 부패라 하면 정치·행정 등 공권력과 사적 부문 사이에 발생하는 부패와 공권력의 개입없이 사적 부문내의 개별주체간에 발생하는 부패를 모두 포괄하는 개념으로 정의되기도 한다.³⁾ 그러나 본고에서는 기업부패를 기업이 정치부패나 공직부패에 연루되는 것⁴⁾을 제외하고 공권력의 개입없이 기업부문내에서 거래행위와 관련하여 발생하는 부패를 의미하는 것으로 한정하기로 한다.⁵⁾

1) 이하 “기업의 거래행위의 부패”를 “기업부패”와 혼용하기로 한다.

2) 예컨대 도덕적 해이, 추문, 비리, 비행 등은 법률이 아닌 윤리나 도덕에 위반된 것으로 생각된다. 반면 부패, 민사불법행위, 범죄 등은 모두 법률에 위반한 것이며 단지 그 법률이 속한 영역에 차이가 있는 것이라 생각된다. 다만 부패를 포함하여 추문, 비리, 비행 등은 법적 개념이 아닌 탓에 혼용되는 경우가 있음을 주의하여야 할 것이다.

3) 이문조·박광국·김지수·배병일, 『부패의 현상과 진단』, 아산재단 연구보고서 제14집, 아산사회복지사업재단, 1996; 이종원·김영세, 『부패의 경제』, 도서출판 해남, 2000, 42면.

4) 예컨대 기업이 정치가나 공직자에게 뇌물을 주는 행위와 같은 경우를 가리킨다.

5) 기업부패의 전형적인 예로는 “기업주가 불법적으로 조성한 비자금이나 정당한 자금을 사용하여 발주기업의 책임자에게 대가를 공여함으로써, 공정한 경쟁에 의해서는 수주하지 못할 공적 조달사업을 수주하거나 공정한 경쟁에 의해서 수주하는 것보다 유리한 조건에 의하여 수주하는 거래의 주요항목에 관하여 이익을 받거나 부담을 감면받는 행위” 등과 같이 뇌물유사의 대가수수에 의하여 직접적으로 이익을 취하는 행위 또는 “거래에 관련하여 분식회계를 함으로써 조세를 포탈하거나 투자자를 호도하는 행위”, “부당한 표시·광고에 의하여 소비자를 기만하여 경쟁자의 고객을 유인하는 행위”, “널리 알려진 타사업자의 상표 기타의 영업표지를 모방하여 고객의 혼동을 유발하여 거래하는 행위” 그리고 “타사업자의 노력에 의하여 얻어진 영업상 비밀을 침해하여 그 사업자와 경쟁하는 행위” 등과 같이 기만적 방법에 의하여 간접적으로 이익을 취하는 행위 등을 들 수 있다. 한편 부패방지법 제5조는 “기업은 건전한 거래질서와 기업윤리를 확립하고 일체의 부패를 방지하기 위하여 필요한 조치를 강구하여야 한다”고 규정하고 있는데, 이 조항은

기업이 거래행위를 함에 있어 준수해야 하는 의무에는 각종의 법적 의무와 윤리적 의무가 있다. 흔히 후자는 전자를 포괄하는 보다 광범위한 것이므로 기업부패는 기업이 부담하는 법적 책임의 위반인 동시에 기업윤리의 위반인 것이 보통이다.⁶⁾ 전술한 바와 같이 기업부패가 위법한 행위라고 할 때 위반 대상인 법률은 구체적으로 기업법, 세법을 위시한 행정법, 형사법, 경쟁법 등 다양할 수 있다. 그 가운데 특히 경쟁법적 관점에서는 기업의 거래행위가 부패한 경우라고 하는 것은 기업거래가 본래의 경쟁방법을 사용하여 정상적인 과정을 거쳐 행해지지 아니하고, 거래상대방에게 금전 기타 재산적 이익을 부당하게 공여하거나 공여하도록 요구하거나 또는 잘못된 정보를 제공함으로써 그것에 기초해서 거래가 성사되거나 거래조건이 정해지는 것, 즉 기업의 거래행위의 공정성이 현저히 충족되지 못한 경우를 말한다고 할 수 있다.⁷⁾ 행위주체 및 상대방이 사적 기업 또는 기업관련자로만 이루어진 기업부패가 우리 사회의 또 다른 중요한 문제인 정치부패, 공직부패 등과 공통되는 점은 어떠한 하나의 목표 달성을 위한 복수의 참여자간의 경쟁에 있어서 경쟁자의 성취도·능력 또는 거래의 대상인 급부의 품질·가격 등 본래의 경쟁기준에 의한 경쟁이 아니라 거래상대방, 평가자 내지 그들에 영향을 미치는 자 등에 대한 금전 기타 재산적 이익의 공여 또는 억압에 의하여 게임의 승패가 좌우된다는 경쟁방법의 불공정성에서 찾을 수 있다.

기업의 거래행위에 있어 부패문제는 그 행위로 추구하는 이익의 귀속주체를 기준으로 하여 기업 자체, 즉 사업자를 위한 부패행위(제1유형의 부패행위)와 기업 임·직원, 즉 기업의 이사 등 기관이나 상업사용인 기타의 기업사무의 수임인 등이 자신의 사익을 추구하는 부패행위(제2유형의 부패행위)의 문제로 나누어 볼 수 있다.⁸⁾ 전자는 사업자의 이익을 위한 부패행위로서 실제로는

이 법의 적용대상인 정치부패나 공직부패 등의 부패사슬의 한쪽끝에 기업이 있을 수 있음을 전제로 한 것일 뿐 기업부패 자체가 이 법의 주요 타겟은 아니다.

- 6) 기업윤리에 관하여는 박헌준 편저, 『한국의 기업윤리 - 이론과 현실』, 박영사, 2000.
- 7) 경쟁법적 관점에서는 ① 기업이 기업경영이 아니라 경쟁제한적 기업결합에 의하여 관련 시장을 지배하려 하거나, ② 시장지배적지위를 차지한 기업이 그 지위를 남용하거나, ③ 여러 기업이 공동으로 카르텔을 결성하는 행위 등이 시장의 독점과 밀접한 관련이 있는 관행으로서 주요 관심사가 된다. 이러한 관행들은 모두가 기업의 불공정거래에 포함되어야 마땅할 것으로 생각된다. 그러나 본고에서는 “독점규제”와 “공정거래” 가운데 주로 후자에 관한 문제들에 초점을 맞춘 까닭에 이러한 시장독점과 관련한 관행에 대해서는 따로 논의하지 않았다.
- 8) 경우에 따라서는 하나의 사건에서 제1유형과 제2유형의 부패행위가 혼재할 수도 있을

기업의 임·직원이 행하더라도 그 행위로 인한 이익의 직접적인 귀속자가 그 임·직원이 아니라 당해 사업자인 경우이다. 이에 대하여 후자는 기업이라는 타자를 위하여 사무를 행하는 자로서의 대리인비용(agency cost)과 관련된 것으로서, 그 행위로 인하여 추구되는 이익의 귀속주체가 기업이 아니라 임·직원인 경우이다.⁹⁾ 기업의 임직원이 직무와 관련하여 재물을 부당하게 수수하여 사익을 추구하는 경우인 기업 임·직원의 부패문제는 관련형사법규에 의하여 규율된다.¹⁰⁾ 그러나 시장이라는 경쟁의 장에서 벌어지는 기업의 거래행위는 본질적으로 유리한 거래조건의 결정을 위한 흥정이나 거래조건에 관한 교섭 등에 있어서 다소의 사실의 과장·은폐, 상대방에 대한 편익제공·불이익감수 등의 여러 가지 방법을 동원한 사익추구가 폭넓게 허용되어야 하는 것이므로 기업의 거래행위의 공정성이 경미하게 충족되지 못하였다고 하여, 언제나 기업부패로서 법적 제재의 대상이 되는 것은 아니다. 기업부패는 경쟁법적 관점에서는 거래가 거래주체에게 허용되는 경쟁의 자유의 한계를 넘어서 행해짐을 의미한다. 환언하면, 기업거래에 있어서 거래당사자는 자유로이 자신의 이익을 위하여 최선의 거래조건을 제시하고 상대방의 거래조건을 수락하여 거래할 자유가 있다. 그리고 법이 금하는 불공정한 방법에 의하지 않는 한 여러 가지 수단을 사용하여 경쟁사업자와 경쟁할 자유가 있다. 승자도 패자도 기본권과 생존권이 보장되어야 한다는 점에서 불평등을 결정짓는 경쟁은 공정

것이다.

9) 이 경우에는 그 행위로 인하여 당해 기업에 이익이 될 수도 있으나 오히려 해가 되는 경우가 많을 것이다.

10) 예컨대 우리나라에서는 공무원이나 중재인 등의 형법상 뇌물수수죄(제129조)와 유사한 규범구조인 배임죄(제355조), 업무상배임죄(제356조), 배임수·중재죄(제357조) 또는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반죄(제3조) 등이 성립될 수 있다. 한편 미국의 연방법 U.S.C. 제41장에서는 공공계약이라는 표제하에 “리베이트의 지급, 지급의 미수 또는 리베이트의 제안 및 그 제안의 수락”을 처벌하도록 규정하고 있고(제53조), 뉴욕주의 경우 “공직자가 관련되지 않은 뇌물죄”라는 표제하에서 사경제 영역의 뇌물죄에 대하여 규정하고 있고, 캘리포니아주의 형법 제641.3조는 “상업상 뇌물죄”라는 표제하에, “타인의 이익을 위하여 자신의 지위를 이용하거나 이용에 동의하는 것에 대한 대가로 자신의 사용자 이외의 자로부터 사용자를 위하여 위탁된 것이 아닌 금전이나 가치물을 사용자의 인식이나 동의없이 부정하게 요청, 수수하거나 수수에 동의하는 근로자 및 이러한 상황하에서 근로자에 대하여 금전 또는 가치물을 제공하거나 공여한 자는 상업상 뇌물죄의 죄책을 진다”라고 규정하여 회사, 협회, 기구, 트러스트, 조합, 단독 소유권자 등의 사업상 대가수수에 대하여 모두 처벌하고 있다. 지영림, “부패방지과 관련한 상사법적 소고 - 공정한 경제질서 및 기업의 투명성확보를 중심으로 -”, 『연세법학연구』 제9집 제1권, 연세법학회, 2002, 45~46면.

하게 치루어져야 한다. 이러한 관점에서 공정한 경쟁은 승자를 올바르게 결정하는 방식을 의미한다.¹¹⁾ 기업이 불공정한 방법에 의하여 거래하는 경우에는 전술한 바와 같이 여러 가지 법률에 반할 수 있으며 그 경우 각 법률에서 정한 규제가 따르게 된다. 이 중 본고에서 살펴보고자 하는 것은 경쟁법에 위반한 광의의 불공정거래로서의 기업부패의 문제이다.

2. 기업의 부패거래의 현황

오랫동안 비판의 표적이 되어온 정치부패나 공직부패는 공직선거가 있을 때마다 정치적 쟁점으로 부각되었는데, 그에 비하여 기업의 부패거래는 최근까지는 논의의 중심에 자주 오르내리지 않았던 것으로 생각된다. 그러나 최근 미국의 엔론(Enron)사 사건이나 월드콤(WorldCom)사 사건 등으로 인해서 투자자에 대한 허위공시를 통한 자금유치를 노린 기업회계부정이라는 기업부패문제에 논의의 초점이 맞춰졌다.¹²⁾ 그리고 최근 우리나라에서 발생한 한입찰비리사건에서 깨끗한 기업경영의 표본이던 한 외국기업의 한국자회사가 공정한 방법에 의하지 아니하고 계약을 체결하거나 유리한 계약조건을 얻어낸 부패혐의가 드러남으로써 사회에 상당한 충격을 주었다.¹³⁾ 이 사건은 아직

11) 김형철, “도덕이론과 기업현실”, 앞의 『한국의 기업윤리』, 6면(우리의 도덕적 현실에 대한 비판으로서, 반칙을 해가면서라도 이기면 그만이라는 정신자세는 고쳐져야 하며 공정한 경쟁을 해야 한다는 것을 지적하고 있다). 우리가 스포츠에 열광하는 이유 중의 하나는 스포츠야말로 가장 공정한 경쟁의 본보기이기 때문이다.

12) 엔론은 거대 에너지기업으로서 2001년 9월말 기준 엔론의 자산규모는 610억 달러로서 매출액 규모로 미국 7위 기업이었다. 엔론은 주사업이었던 에너지판매 이외에 수력발전, 파생상품 보험, 초고속통신사업 등 여러 분야에 걸쳐서 사업을 확장하였고, 그 과정에서 기업의 실제 재무상황을 분식결산을 통하여 감추고 투자자를 호도한 것으로 드러났다. 엔론의 실제 재무제표가 공개되면서 5년 간 순익을 5억8천6백만 달러나 부풀렸고 부채는 6억2천8백만 달러나 감춘 것으로 드러났다. 또 2001년 11월 다이너지가 엔론 인수계획을 발표한 후 기업내용을 실사하는 과정에서 6억9천만 달러의 부채가 추가로 드러났다. 결국 엔론은 2001년 12월 법원에 법정관리신청을 하였다. 의회는 청문회를 열었고 종래의 기업회계제도와 관행을 수술하여 2002년 7월에 기업의 투명성을 강화하는 내용인 사베인즈-옥슬리기업회계개혁법(Sarbanes-Oxley Act of 2002)이 제정되었다. Pub. L. No.107-204, 116 Stat. 745 (codified as amended in sections of 11, 15, 18, 28, and 29 U.S.C. (2003)). 한편 월드콤은 장거리전화사업자인 거대 통신기업으로서 5년간 71억5천만 달러에 달하는 회계부정을 저지른 것으로 밝혀졌고 2002년 7월에 법정관리를 신청하였다.

13) IBM의 한국 현지법인인 한국IBM 간부들이 비자금 조성과 금품로비, 입찰담합 등을 통해 정보통신부, 국세청, 대검 등 9개 관공서에서 660억원 규모의 컴퓨터 납품을 따낸 것

그 진상이 법원 판결에 의하여 분명히 확정되지 않은 상황이지만, 일면 한국 사회사의 일부 임직원이 부패한 제2유형의 부패행위로 볼 여지가 크지만, 회사차원의 묵인하에 행해져 온 제1유형의 부패행위일 가능성을 배제할 수는 없다. 사실이 전자의 경우로 밝혀지더라도 우리사회에 만연한 구조적인 부패문제의 하나의 단면의 노출이라고 볼 수 있을 것이고, 만일 후자의 경우로 밝혀진다면 아무리 외국에서 오랜 기간 정도(正道)운명을 통하여 나름대로 기업윤리를 확립한 기업이라 하더라도 우리 사회에서 수익을 내고 업계내 좋은 위치를 점하기 위해서는 부패하지 않을 수 없었던 것이 아닌가하는 의문을 던지게 하는 보다 심각한 문제라고도 볼 수 있다.

으로 밝혀졌다. 특히 LG IBM과 LG전자, SK C&C 등 15개 컴퓨터 관련 기업들이 대거 담합입찰에 가담하고, 공공기관은 이 같은 담합행위를 묵인해준 것으로 드러나 충격을 주고 있다. 서울지검 특수1부(김태희 부장검사)는 한국IBM 공공기관사업본부장 장모상무와 국세청전산기획계장 한모씨 등 12명을 특가법상 뇌물, 독점규제및공정거래법위반 등 혐의로 구속기소했다. 검찰은 또 LG IBM 상무보 권모씨 등 21명을 불구속 기소하는 한편 입찰담합에 가담, 입찰포기 대가로 모두 15억7천만원을 받은 LG전자, SK C&C, 청호컴넷, 사이어스, 위즈정보기술 등 15개사를 벌금 700만~3억원에 약식기소하고, 담합사실을 공정거래위원회에 통보했다. 이들 업체는 향후 공정위의 결정에 따라 1개월~2년간 입찰참가 자격을 제한받게 된다. 검찰에 따르면 장씨는 2001년에서 2003년 사이에 국세청 등 5개 기관에서 실시한 430억원 규모의 전산장비 입찰에서 다른 업체를 들러리로 세워 입찰을 담합, 원솔이 낙찰 받도록 한 뒤 원솔측으로부터 3억4천만원 상당의 금품을 챙긴 혐의다. 실제로 2001년 8월 정보통신부의 지식기반 행정시스템 도입을 위한 26억원 상당의 서버 입찰에서 원솔과 LG전자, SK C&C, 씨마닷컴은 담합해 원솔이 낙찰받도록 했으며 장씨 등은 입찰포기 대가로 이들 업체에 3억1천여만원을 건넸다. 이와 함께 한국IBM과 LG IBM, 원솔은 국세청, 대검, 정보통신부, 육·해군, 한전, KT, KBS, 새마을금고연합회 등에 660억원 규모의 서버, PC, 노트북을 납품하는 과정에서 이들 기관의 전산담당 직원 14명에게 2억6천5백만원의 로비자금을 건넨 것으로 밝혀졌다. 이 중에는 대검 정보통신과의 모 서기관 등 직원 2명이 휴가비 등 명목으로 수차례에 걸쳐 1천여만원 가량의 금품과 향응을 제공받은 사실이 드러나 징계통보조치가 내려졌다. 한국IBM은 판매대행업체인 원솔을 내세워 서버시장에서 39%의 시장점유율을 차지하고 있는 업계 1위의 서버업체이고, 한국IBM과 LG전자의 합작법인인 LG IBM은 PC, 노트북 시장에서 10%의 점유율을 차지하고 있다. 김태희 부장검사는 “뇌물을 받은 전산담당 직원들은 담합행위를 묵인해주고 기종 및 용량 결정, 예산배정, 기술평가 등에 있어 업체의 요구를 반영해주거나 입찰 관련 정보를 제공해준 것으로 드러났다”고 말했다. 검찰 조사결과 장씨 등은 대형서버 납품과정에서 발생한 영업이익 중 일부를 누락시키거나 허위 용역대금을 지급하는 방법으로 협력사를 통해 30억~40억원 규모의 비자금을 조성, 로비자금과 담합대가 등으로 19억여원을 사용한 것으로 드러났다. 뇌물제공 등 기업윤리에 반하는 영업활동을 금지해온 IBM측은 이번 검찰 수사결과에 큰 충격을 받고 한국IBM과 LG IBM 관련자 5명을 모두 해고했다. 한국IBM측은 “일부 개인이 회사 업무지침과 윤리기준을 위반한 것에 대해 유감스럽게 생각한다”며 “비자금 조성은 회사 차원의 일이 아니며 회사는 이 같은 행위를 승인하거나 묵과한 적 없다”고 말했다. 동아일보, 2004. 1. 5.자.

II. 기업부패문제에 대한 각국의 경쟁법적 대응방식

미국과 독일법상 기업거래의 부패문제에 대한 경쟁법적 규제 태도를 특히 불공정거래의 위법성 판단기준에 관하여 논의되는 내용을 중심으로 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

1. 미국 판례법상 불공정거래의 위법성 판단

미국 독점금지판례에 있어서 경쟁제한행위에 대한 위법성의 판단기준에 관해서는 종래 당연위법(per se illegal)의 원칙¹⁴⁾과 합리성의 원칙(rule of reason)¹⁵⁾의 이원적인 구분이 행해져 왔다. 법원은 경쟁자들이 경쟁관계를 해치기 위해서 협정하는 부당한 공동행위에 대하여는 당연위법의 원칙을 적용하여 왔다. 이에 반하여 시카고학파에 속하는 Bork는 경쟁관계의 침해의 경우에도 효율성을 감안하여 위법성을 판단할 필요가 있다고 주장하면서 합리성의 원칙의 적용을 주장하였다.¹⁶⁾ 한편 경쟁자를 배제하기 위한 염매에 의한 배타적

14) 당연위법의 원칙이라 함은 독점금지법 위반의 혐의가 인정되는 관행에 대해서 규칙의 적용을 위한 전제조건이 증명되면 더 이상의 입증 없이도 위법한 것으로 추정된다는 원칙이다. 어떤 행위가 정해진 행위유형에 해당하기만 하면 당해 행위가 시장에서 경쟁제한성을 갖는지 비용이 드는 개별적인 심사를 하지 않고 위법성을 인정하게 된다. 따라서 당연위법의 원칙의 적용을 받는 협정은 실제로는 친경쟁적 효과를 가져온다고 하더라도 자동적으로 위법하게 된다. Willard K. Tom & Joshua A. Newberg, *Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field*, 66 *Antitrust* 167, 187 (1997) (실질적인 당연위법의 원칙은 일정한 제한에 대해서 그것이 경쟁에 미치는 효과를 심사하지 아니하고 그 본질적 성질에만 초점을 맞추는 형식적 접근을 한다.). 당연위법의 원칙의 근거는 이 원칙이 적용되는 유형의 반경쟁적 행위를 제재함으로써 얻어지는 이득이 실제로는 경쟁을 촉진하는 행위를 잘못 제재할 가능성에 관한 잠재적 비용을 증가한다는 것이다. 또한 당연위법의 원칙의 적용시 일정한 행정비용이 절감된다는 것이다. *United States v. Container Corp. of Am.*, 393 U.S. 333, 341 (1969) (Marshall, J., dissenting); see also Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 *Tex. L. Rev.* 1, 9~10 (1984) (“잘못된 유죄인정의 비용은 경쟁적인 비용-편익에 관하여 사건별로 상세한 심사후 결정하는 경우의 소송과 과실 양자의 비용을 넘지 않는다.”) 당연위법원칙은 법원이 그 관행을 그것이 거의 항상 유해하다고 결론을 내리기에 충분히 적합하다고 판단한 후에 적용된다.

15) 어떤 행위가 시장전체에 미치는 효과, 즉 당해 행위의 경제적·사회적이익 및 경쟁에 미치는 효과를 고려하여 위법성을 판단하는 방법을 말한다. 이것의 극단적인 형태로서는 위법성의 입증에 없는 경우에는 적법성을 추정한다고 보는 당연적법(per se legal)의 원칙이 있다.

16) Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*,

관행(exclusionary practices)의 위법성 판단에 있어서는 법원은 이전에는 경쟁자배제의 고의의 입증을 위법성 요건으로 한 판단방법인 약탈(predation)이론을 적용하기도 하였으나,¹⁷⁾ 요즘에는 비용기반분석(cost-based analysis), 시장구조 및 손실벌충(recoupment) 등을 중시하고 경쟁자배제의 고의는 중요시하지 않고 있다.¹⁸⁾ 후기시카고학파인 Hovenkamp는 경쟁자간 협정의 위법성 판단과 관련하여 협정을 “노골적(naked)” 제한, “부수적(ancillary)” 제한 그리고 “거의 노골적인(nearly naked)” 제한으로 3분하여 위법성의 인정에 필요한 증거의 종류와 양 그리고 허용되는 방어종류를 달리 정하는 접근법을 소개하고 있다.¹⁹⁾

한편 1914년의 연방거래위원회법 제5조는 불공정한 경쟁방법(unfair method of competition)을 금지하고 있는데, 이의 해석을 둘러싸고 초기에 법원과 연방거래위원회(The Federal Trade Commission: FTC)간에 의견이 갈리었다. 즉 연방대법원은 불공정한 경쟁방법의 적용범위를 커먼로상의 “선량한 도덕위반의 행위”에 국한하였고,²⁰⁾ 구체적으로 부당표시(misrepresentation), 상표오인유발(trade mark simulation), 상거래상의 재물공여(commercial bribery), 과도한 경품에 의한 부당한 고객유인, 비방, 유통경로(trade channels)의 장악공모, 가격담합 등이 그에 해당하는 것으로 보았다. 연방대법원은 1931년의 Raladam사건에서는 FTC가 불공정경쟁행위에 대하여 중지명

pp.135~136 (1978).

17) 예컨대, Foster Mfg. Co. v. FTC, 335 F.2d 47, 52 (1st Cir.1964), cert. denied, 380 U.S. 906 (1965)(약탈적 의도(predatory intent)를 요구하였음).

18) 예컨대 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

19) 한쪽 끝에는 사회적 편익 가능성이 거의 기대되지 않는 “노골적(naked)” 제한들이 있는데 이것들은 당연위법의 원칙에 의하여 심판될 수 있다. 반대쪽 끝에는 논란의 여지는 있지만 적법하고 사회적으로 유익한 목적을 위하여 기여하는 “부수적(ancillary)” 제한들이 존재한다. 이것들은 지배력과 반경쟁적 효과 가능성의 신중한 심사후에만 유죄로 인정될 수 있고 광범한 범위의 항변이 고려되는 합리성의 원칙에 의하여 분석된다. 양자의 중간지대에는 일응 혐의가 인정되지만 확신할 수는 없기 때문에 “거의 노골적인(nearly naked)” 제한이라고 부르는 관행들이 위치한다. 이 제3의 관행에 관해서는 사법적 심사도 축적되어 있지 않아서 확신하기에 불충분하므로 최소한 피고에게 그 제한들을 형량하면 친경쟁적이라는 주장을 제기할 기회를 부여하여야 한다고 한다. 그러나 그러한 주장이 타당성이 없으면, 약식 유죄인정(summary condemnation)이 적절할 수 있다고 하였다. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 1994, pp.192~193.

20) FTC v Warren, Jones and Gratz, 253 U.S. 421, 40 S.Ct. 572, 64 L.Ed. 993 (1920).

령을 내리기 위하여서는 “i) 당해 방법이 불공정하고, ii) 상거래상의 경쟁 방법에 관한 것이어야 하고, iii) 당해 방법의 사용을 금지하는 FTC의 조치 절차는 공익에 합당한 것이어야 한다”는 3가지 요건이 충족되어야 한다고 판시하였다.²¹⁾

1938년 FTC법의 개정으로 동법 제5조는 “경쟁의 수단이나 방법의 공정성 (unfair methods of competition)”과 “불공정하고 기만적인 행위나 관행 (unfair and deceptive acts or practices)”을 금지하는 규정으로 확대 되었으며, 1940년의 Fashion Originators’ Guild사건에서 연방대법원은 FTC법의 목적은 셔먼법이나 클레이튼법에서 금지된 거래제한이나 관행으로 발전할 가능성이 있는 “맹아단계의 결합(incipiency combinations)”을 규제하려는 것이라고 함으로써,²²⁾ “불공정한 경쟁방법”의 적용범위는 장차 독점 금지법에 위반될 여지가 있는 거래관행이나 제한에 이르는 것으로 확대되었다.²³⁾ 이처럼 동조의 적용범위가 확대되고, 커먼로상의 기준에 의하여 위법성을 판단하기에는 부적합한 새로운 행위유형에 대한 규제필요성이 인식되었으므로, 기존의 커먼로상 위법성 판단기준과 더불어 셔먼법과 클레이튼법의 위법성 판단기준이 함께 고려되게 되었다.

불공정하고 기만적인 행위나 관행의 위법성 판단기준으로는 i) 공공정책 (public policy)위반일 것, ii) 비도덕적, 비윤리적, 강압적 또는 비양심적인 (unscrupulous) 행위일 것, iii) 소비자나 경쟁자에 대한 본질적 침해일 것 등이 사용되고 있다.²⁴⁾

2. 독일법상 불공정거래의 위법성 판단

독일의 경우에는 불공정거래로는 주로 부정경쟁방지법(UWG)에 의한 부정경쟁행위와 경쟁제한방지법(GWB)에 의한 경쟁제한행위의 양자가 관련되는데, 전통적으로 부정경쟁행위의 심사에 있어서는 UWG의 목적조항인 제1조의 “공정한 경쟁의 보호(Schutz des lautereren Wettbewerbs)”에 관하여 법관법에 의하

21) *FTC v. Raladam Co.* 283 U.S. 643, 646~647; 51 S.Ct. 587, 589; 75 L. Ed. 1324, 1328 (1931)(연방대법원은 이 사건에서는 두번째 요소가 결여되었다고 보았다).

22) *Fashion Originators’ Guild of America, Inc., et al. v. FTC*, 312 U.S. 457, 466, 61 S. Ct. 703, 707, 85 L. Ed. 949, 954 (1941).

23) 이후 “불공정하고 기만적인 행위나 관행”은 주로 표시·광고규제의 근거법규가 되어 왔다.

24) 1980. 12. 17. FTC가 상원 통상과학운송위원회의 소비자보호소위원회에 보고한 내용이다.

여 형성된 행위유형에 해당하는가를 기준으로 판단한다.²⁵⁾ 법관들은 선량한 풍속(die rute Sitte)을 동조의 불공정성의 판단기준으로 삼아 선량한 풍속에 반하는 일체의 경쟁행위를 위법한 것으로 판단한다.²⁶⁾ 그리고 경쟁제한행위의 심사에 있어서는 GWB의 보호목적을 제도로서의 경쟁의 보호와 경쟁의 자유 자체로 보지만, 규제가 제도로서의 경쟁의 보호를 위한 것인 경우에는 유효경쟁이론에 따라 시장구조 및 국민경제 전체에 미치는 영향을 고려하고, 경쟁의 자유 그 자체의 보호를 위한 경우에는 당사자의 이익보호의 관점에서 이익형량에 의하는 방법에 의하였다. 그런데 이와 같은 위법성 판단방법은 이익형량의 방법이 모호하고 곤란했기 때문에 객관성 있는 새로운 척도가 필요하다고 지적되었다. 특히 1973년 GWB 제26조제2항의 개정을 계기로 능률경쟁(Leistungswettbewerb)론²⁷⁾이 등장하였다. 이 이론은 독일 경쟁법의 아버지인 Lobe에게서 유래하였으며,²⁸⁾ 능률경쟁과 비능률경쟁(Nichtleistungswettbewerb)을 구분한다. 능률경쟁의 개념은 광의와 협의의 두 가지 의미로 사용된다. 광의의 능률경쟁은 경쟁을 제도로 이해하고 이를 보호하는 경쟁개념으로 사용하는데 이 경우의 능률경쟁은 유효경쟁과 같은 의미이며, 협의의 능률경쟁은 개별거래에서 상품 자체의 가격이나 품질에 관하여 경쟁하는 것을 말한다. Ulmer는 가격, 품질, 표시·광고(Werbung) 및 거래(Vertrieb) 등 4가지의 행위지수를 기초로 하여 능률관련성이 없는 거래방법을 유형화하여 비능률경쟁행위의 위법성의 판단체계를 수립하였다.²⁹⁾ 가격의 관점에서 능률관련성이 없는 행위로는 부당염매를, 품질의 관점

25) 불공정거래에 관한 UWG의 부속법령으로는 1932년 경품령(Zugabeordnung)(RGBl I, 121), 1933년 가격할인법(Rabattgesetz)(RGBl I, 1011), 1935년 특별기획전에 관한 제국경제장관명령(RAnz Nr. 158) 및 1950년의 하계 및 동계마겐세일에 관한 연방경제장관명령(BAnz Nr. 135 in der Fassung der VO vom 28.7.1969) 등이 있다. 정호열, “우리나라 불공정거래행위법의 체계와 불공정성의 의미”, 『기업구조의 재편과 상사법(II): 회명박길준교수화갑기념논문집』, 1998, 1140면.

26) 정호열, 전개논문, 1143면.

27) 능률경쟁 개념은 경쟁을 “경제적인 효과상 반대의 영향을 받는 공급자 혹은 수요자가 가능한 한 가장 유리한 거래조건을 확보할 목적으로 제3자와 거래관계를 맺기 위한 독자적인 노력”으로 이해하여 법질서의 관점에서 거래의 성립에 이르는 교섭과정으로서의 의미로 보는 것이다. Wolfgang Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S.31ff.; 최진욱, “독점규제법상 불공정거래행위에 관한 연구 - 일반지정을 중심으로 -”, 연세대학교박사학위논문, 1997, 8~9면.

28) *Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs* Bd. I, 1907, S. 1ff, 35ff; Volker Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, 6. Aufl. S. 2.

29) 김영호, 『독점규제법[불공정거래행위]』, 법론사, 1987, 88~89면.

에서 능률관련성이 없는 행위로는 타 사업자의 능률착취와 모방행위를, 표시·광고의 관점에서 능률관련성이 없는 행위로는 강매(Vorspannangebote), 무상제공(Verschenken), 구입강제(Kaufzwang) 및 유인미끼제공(Lockvogelangebot) 그리고 허위·부당한 표시·광고 등을 든다. 거래의 관점에서 능률관련성이 없는 행위로는 배타조건부거래, 거래기능의 침해³⁰⁾ 및 공급거절을 든다.

III. 기업부패문제를 규제하는 우리나라의 경쟁법제

1. 광의의 불공정거래의 규제이유

사업자 또는 사업자단체의 거래관행 중 부패의 문제와 연관이 있는 것을 추출하여 보면, 매우 다양하고 가변적이다. 그러나 부패의 행위유형을 구체적으로 나열하는 것은 그 종류나 양태가 너무나 다양하여 모든 경우의 수를 망라하기도 어렵고 그것이 가능하더라도 그렇게 함으로써 유형화하여 분석의 틀을 만들기 곤란하기 때문에 별 효용이 없다. 그러므로 여기에서는 부패하지 않은 건전거래(robust trade)를 생각하는 것으로부터 논의를 시작하여 본다.

경쟁법적으로 건전한 거래는 바로 “시장에서 자유롭고 공정한 경쟁에 의하여 이루어지는 공정한 거래(fair trade)”라 하겠다. 공정거래법 제1조의 해석상 자유로운 경쟁(free competition)은 경쟁에 참여하려는 의사와 능력을 가진 모든 사업자에게 시장이 개방되고, 즉 진입장벽이 없고, 시장에 참여하고 있는 사업자들간에도 경쟁을 제한하는 요인이 없는 것과 각 경제주체가 자기에게 가장 유리한 거래조건을 제공하는 상대방을 선택하여 그 상대방과 거래하는 것에 제약을 가하지 않는 것 두 가지를 의미하는 것으로 이해되고 있다. 그리고 공정한 경쟁(fair competition)은 사업자들의 경쟁이 주로 그들의 상품·용역의 품질과 가격 등 사업상의 장점을 중심으로 이루어지는 것, 즉 능률경쟁(Leistungswettbewerb)을 의미하는 것으로 이해되고 있다.³¹⁾ 기업부패는 거래당사자간에 현존하는 힘의 차이로 인해서 능률경쟁에 의하여 거래여부 또는 거래조건을 결정하지 아니하고, 한쪽이 다른쪽을 속이거나 억

30) 이는 우리 법상의 거래상 지위 남용에 해당하는 유형으로 보인다.

31) 공정경쟁은 자유경쟁을 기반으로 한다. 권재열, 『삼정판 경제법』, 법원사, 2004, 215면; 김영추·김상겸, 『신 경제법론』, 동국대학교출판부, 2003, 236면; 손주찬, 『경제법』, 법경출판사, 1993년, 234~234면; 이기수·유진희, 『제3판 경제법』, 세창출판사, 2003, 214~215면; 정주환, 『전정판 한국경제법』, 세창출판사, 1997, 111면.

압하거나 부당한 이익에 의해서 회유해서 그것을 정하는 경우로 설명할 수 있다. 여기에서 기만·강요·회유 등 동원된 수단의 개별적 성질은 거래당사자 간 상대적 힘의 차이에 기인하여 선택될 것이지만 공통되는 점은 능률경쟁이라는 공정한 기준에 의해 거래가 결정되지 아니하였다는 점이다. 경쟁의 수단이나 방법에 있어서 이러한 자유롭고 공정한 경쟁의 전제가 갖춰지지 아니하고 이루어지는 거래가 광의의 불공정거래(unfair trade)이다.

2. 광의의 불공정거래를 규제하는 경쟁법제

우리 공정거래법은 제5장의 제23조 이하에서 기업의 불공정거래행위를 규제하고 있다.³²⁾ 현행법상의 불공정거래규제법제는 공정거래법상의 구조규제(structural regulation)가 시장구조의 개선을 목적으로 하는 점과 달리 거래행태의 개선을 위한 행태규제(behavioral regulation)로서의 성질을 갖는 것이다. 그 밖에도 공정거래법에는 사업자단체의 불공정거래행위를 규제하는 조항(법 제26조제1항), 재판매가격유지행위규제(법 제7장), 불공정한 내용의 국제계약의 체결 금지조항(법 제8장) 등이 있다. 또한 하도급거래공정화에 관한 법률, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 부정경쟁방지및영업비밀보호에 관한 법률 및 이들 법률의 시행령과 관련고시·지침³³⁾ 등도 광의의 불공정거래규제법제에 포함된다.

이 중 공정위가 발한 기준, 지침과 고시 등은 원칙적으로 협의의 행정규칙으로서 공정위 내부의 조직과 활동을 규율하는 일반·추상적 명령일 뿐 법규성을

32) 공정거래법 제5장의 규정들은 일반적으로 미국의 연방거래위원회법 제5조의 영향을 받아 제정된 것으로 인정되고 있다.

33) 대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준, 경품류제공에 관한 불공정거래행위의 유형 및 기준, 국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준, 병행수입에 있어서의 불공정거래행위의 유형 고시, 부당한 지원행위의 심사지침, 사업자단체 활동지침, 입찰질서 공정화에 관한 지침, 지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침, 주유소 등 석유 판매업에 있어서의 공급자에 관한 부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 고시, 부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준. 중요한 표시·광고사항 고시, 보험상품 표시·광고에 관한 심사지침, 상가 등의 분양 및 임대 표시·광고에 관한 심사지침, 수상·인증 등의 표시·광고에 관한 심사지침, 은행 등의 금융상품 표시·광고에 관한 심사지침, 임시증지명령에 관한 운영지침, 주택의 표시·광고에 관한 심사지침, 통신 판매 표시·광고에 관한 심사지침, 환경관련 표시·광고에 관한 심사지침, 광고실증에 관한 운영지침, 비교 표시·광고에 관한 심사지침, 정정 광고에 관한 운영지침, 어음에 의한 하도급 대금지급시의 할인율 고시, 제조위탁의 대상이 되는 물품의 범위 고시, 선급금 등 지연지급시의 지연이자율 고시, 건설 하도급 대금지급 보증면제 대상 고시, 하도급자 문 위 원 위 촉 및 운영에 관한 규정, 하도급거래 공정화 지침, 하도급법 위반 사업자에 대한 과징금 부과 지침 등이 있다.

갖지는 않는다.³⁴⁾ 다만 재량준칙으로서의 지침·고시 등은 헌법상 평등원칙의 작용에 의하여 사실상의 법규적 효력을 가져올 수는 있다. 즉 재량준칙은 그것이 일정기간 적용되어 그에 따른 행정관행이 형성되면, 헌법상의 평등원칙에 따라서 행정기관이 동일한 사안에 있어서는 다른 정당한 사유가 없는 한 그 관행과 다른 처분을 할 수 없게 된다. 그 결과 재량준칙은 평등원칙을 매개로 하여 간접적으로 국민에 대하여도 법적 효력을 가지게 된다(학설과 헌법재판소의 입장).³⁵⁾ 그러나 대법원은 이러한 입장을 표명한 바 없으며, 행정규칙에 대해 원칙적으로는 법규성을 부정하나 국세청장·통상산업부장관·보건복지부장관 등 주관 행정청에 대하여 법령의 내용을 구체적으로 보충할 수 있는 권한을 법령이 명시적으로 수권하고 있는 경우에 그러한 법령위임에 의한 법령보충적 행정규칙에 대하여만 예외적으로 법규성을 인정하고 있다.³⁶⁾

3. 광의의 불공정거래의 위법성 판단기준

(1) 경쟁의 방법이나 조건의 부패

광의의 불공정거래는 행위의 유형 및 영역별로 협의의 불공정거래행위, 부정

34) 여기에서 비법규성은 수명자인 공정위의 내부적 구속력만을 가질 뿐 외부적으로 수범자인 국민이나 법원을 구속하지는 못한다는 것을 의미한다. 김동희, 『제8판 행정법 I』, 박영사, 2002, 157~163면. 행정규칙의 개념정의상 비법규성은 필연적인 요소가 아니라 통상적인 요소로 보는 입장으로는 홍정선, 『제2판 행정법특강』, 박영사, 2003, 140면.

35) 이같이 재량준칙에 대하여 평등원칙을 매개로 한 간접적 효력을 인정하는 것이 독일의 통설적 입장이며, 우리나라에서도 학설의 주류와 헌법재판소의 입장이다. 김동희, 전계서, 161~163면; 홍정선, 전계서, 144면(이러한 경우에 행정규칙의 성질 자체가 법규성을 갖는 것으로 전환된다고 보는 입장도 있으나 기능이 법규적 효력을 갖는다는 입장임); 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌마413 결정(경기도교육청의 1999. 6. 2.자 『학교장·교사 초빙제실시학교선정기준 위헌확인).

36) 예컨대 대법원 1987. 9. 29. 선고 86누484 판결은 “법령의 규정이 특정행정기관에게 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수입행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면 그와 같은 행정규칙, 규정은 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라, 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다 할 것이므로 이와 같은 행정규칙, 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다.”고 판시하고 있다(국세청장의 재산제세사무처리 규정의 법규적 효력 인정). 그와 같은 예로서 대법원 1993. 11. 23. 선고 93도662 판결(수입다변화품목지정 및 수입절차 등에 관한 상공부훈령 고시 제91-21호); 대법원 1994. 4. 26. 선고 93누21668 판결(국세청훈령인 주류도매면허제도개선업무처리지침).

경쟁행위, 영업비밀침해행위, 부당한 표시·광고행위, 불공정한 하도급거래·가맹사업거래·방문판매·전화권유판매·다단계판매·계속거래·사업권유거래·약관거래·전자상거래·통신판매 등으로 나누어 생각해 볼 수 있다.³⁷⁾ 협의의 불공정거래행위는 “독점규제및공정거래에관한법률(이하 공정거래법으로 지칭) 제23조제1항 각호에 열거된 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”를 말한다.³⁸⁾ 경쟁방법의 부패는 모든 유형의 광의의 불공정거래에 공통되는 요소인 협의의 불공정거래행위의 위법성과 연결되는 요소라 할 수 있다. 이하 그것의 판단기준에 관한 논의에 관하여 살펴본다.

(2) 공정한 거래의 저해

“공정한 거래를 저해”한다는 것은 법제23조제1항에서 규정하는 “부당하게” 또는 “정당한 이유없이”로 표현된 거래의 “부당성”과 직결되는 것인데, 여기에서 “공정한 거래를 저해할 우려”의 의미, 특히 “부당성”의 의미를 어떻게 해석할 것인가에 관해서는 여러 가지 견해의 대립이 있다.

1) 거래

여기서의 “거래”의 의미에 관해서는 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

i) 제1설: 거래의 의미는 보다 넓은 의미의 “상행위 내지 경제행위”로 해석할 것이라는 견해이다.³⁹⁾ 이는 여기서 공정한 거래란 공정한 경쟁보다 넓은

37) 한편 우리 현행법제 중 민사거래의 불공정성을 규정한 대표적인 법조항으로는 민법 제104조(불공정한 법률행위)가 있다. 그러나 이 규정의 적용대상행위는 광의의 불공정거래가 법률행위에 국한되지 않고 사실행위를 포함하는 것과 달리 법률행위에 국한된 것이고, 여기서의 “불공정성”의 내용은 거래행위의 결과인 급부간의 현저한 불균형성을 말하는 것이어서 경쟁방법의 불공정성이 문제되는 광의의 불공정거래의 불공정성 내지 부당성의 판단기준이 되기에는 적합하지 아니하다.

38) 협의의 불공정거래행위는 부정경쟁방지및영업비밀침해에관한법률 제2조제1호제1호 및 제3호의 부정경쟁행위 및 영업비밀침해행위, 표시·광고의공정화에관한법률 제3조의 부당한 표시·광고행위, 하도급거래공정화에관한법률 제4조 이하의 불공정한 하도급거래, 가맹사업거래공정화에관한법률에 의한 불공정한 가맹사업거래, 방문판매등에관한법률상의 방문판매·전화권유판매·다단계판매·계속거래·사업권유거래 등이 불공정한 경우, 약관의규제에관한법률 제6조 이하의 불공정한 약관조항에 의한 거래, 전자상거래등에서 의소비자보호에관한법률상의 전자상거래·통신판매 등이 불공정한 경우 등에 대한 기초적 개념이라고 할 수 있다.

39) 권오승, 『제4판 경제법』, 법문사, 2003, 301~305면; 권재열, 전제서, 215~216면; 박길준, 『한국독점규제법』, 삼영사, 1983, 90~91면; 정호열, 전제논문, 1152면; 황적

개념으로서 불공정거래행위규제제도는 경쟁의 수단이나 방법의 공정성, 즉 경쟁 자체의 보호뿐만 아니라 거래의 내용이나 조건이 부당하거나 불공정한 경우의 규제 등 경쟁자와 소비자의 이익도 직접 보호하는 매우 포괄적인 제도라고 보는 입장이다.

ii) 제2설: “거래”의 의미를 “경쟁”의 의미로 제한적으로 해석하는 견해이다.⁴⁰⁾ 이 입장에서는 대체로 보호되는 경쟁은 거래행위의 주체와 그 경쟁사업자간의 경쟁만이 아니라 행위주체의 거래상대방과 그 경쟁사업자간의 경쟁으로까지 확대하여 보아야 한다고 하여 넓게 해석한다.

이를 검토해보면, 제1설 중에는 공정거래법상 불공정거래행위의 유형에는 경쟁자의 이익을 침해하는 행위유형(경쟁자배제, 차별적취급 등)뿐만 아니라 수요자 이익을 침해하는 행위(부당표시, 광고) 역시 포함되므로 불공정거래행위에 있어 ‘거래’의 의미는 경쟁자 사이의 경쟁행위에 한정할 것이 아니라 거래질서라는 폭넓은 의미로 해석하는 것이 타당하다는 논거를 들어 설명하는 입장이 있으나,⁴¹⁾ 제2설의 입장에서도 여기서의 경쟁은 거래행위의 주체와 그 경쟁사업자간의 경쟁만이 아니라 행위주체의 거래상대방과 그 경쟁사업자간의 경쟁으로까지 확대하여 보아야 한다고 해석하므로 결정적인 논거는 아니다. 결국 법문 자체가 불공정‘경쟁’행위가 아닌 불공정‘거래’행위로 되어 있으므로 그 점이 제1설의 가장 중요한 논거가 된다고 보겠다.⁴²⁾ 불공정거래행위

인·권오승, 『제5정판 경제법』, 법문사, 1996, 185면; 최진욱, 전계논문, 6면.

40) 김영호, 전계서(『경제법신론』), 296면; 이기수·유진희, 전계서, 214면; 이남기·이승우, 『제3개정판 경제법』, 박영사, 2001, 219면; 이동규, 『개정판 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개론』, 행정경영자료사, 1997, 383면; 이문지, “불공정거래행위 금지의 입법취지와 공정경쟁지해성”, 『기업구조의 재판과 상사법(II): 회명박길준교수화갑기념논문집』, 1998, 1168~1180면(엄밀히 말하자면, 불공정거래행위의 행위유형에 따라 ‘거래’와 ‘경쟁’으로 달리 해석하여야 한다는 입장으로 볼 수 있다.); 정주환, 전계서, 110~111면.

41) 최진욱, 전계논문, 6면.

42) 이 점과 관련하여 일본 사적독점금지법은 제19조에서 “사업자는 불공정한 거래 방법을 사용하여서는 아니된다.”고 하고 제2조 제9항은 “이 법률에 있어 불공정한 거래방법이란 다음 각호의 1에 해당하는 행위이고, 공정한 경쟁을 저해한 우려가 있는 것 중에서 공정거래위원회가 지정한 것을 말한다.”고 규정한다. 그리고 이 조항은 미국 FTC법 제5조를 계수한 것으로서 이 법의 제정 당시에는 “불공정한 경쟁방법”이라는 FTC법상의 용어를 그대로 사용하다가 1953년 법개정시 용어를 “불공정한 거래방법”으로 변경하고 불공정한 경쟁수단뿐 아니라, 불공정한 내용을 가진 거래방법도 그 규제대상으로 하고자 하였다고 한다. 村上政博, 『獨占禁止法 2版』, 弘文堂, 2000, 32頁; 변동열, “거래상지위의 남용행위와 경쟁 - 대법원 2000.6.9. 선고 97누19427 판결”, 『저스티스』 제34권제4호, 2001.8, 171면.

규제는 “경쟁의 자유”를 보호하는 것이 아니라 “경쟁의 공정성”을 보호하며 또한 행위주체와 경쟁자간의 경쟁은 물론 행위주체의 거래상대방과 그 거래상대방의 경쟁자간의 경쟁까지 포함하는 매우 넓은 의미의 “경쟁” 자체와 “경쟁자의 보호”와 그리고 나아가서 “소비자의 보호”까지 그 직접적인 목적으로 한다는 특색을 갖는다.

2) 부당성

불공정거래행위가 “공정한 거래를 저해”한다는 것은 공정거래법 제23조제1항에서 규정하는 “부당하게” 또는 “정당한 이유 없이”로 표현된 거래의 불공정성 내지 “부당성”과 직결되는 것인데, 여기에서 “부당성”의 의미를 어떻게 해석할 것인가에 관해서도 견해가 나뉜다.

i) 제1설 : 여기서의 부당성이란 공서양속, 신의성실, 권리남용금지의 원칙 등에 반하는 것이라는 견해가 있다. 이 입장은 앞에서 “거래”를 보다 넓은 의미의 “상행위 내지 경제행위”로 해석하므로 여기서 공정한 거래란 공정한 경쟁보다 넓은 개념으로서 경쟁의 수단이나 방법의 공정성, 즉 경쟁 자체의 보호뿐 아니라 거래의 내용이나 조건이 부당하거나 불공정한 경우의 규제 등 경쟁자와 소비자의 이익도 직접 보호하는 매우 포괄적인 제도로 본다. 따라서 “공정한 거래를 저해”한다는 것은 공서양속, 신의성실, 권리남용금지의 원칙 등에 반하는 것을 의미하는 것으로 보게 된다. 즉 당해 사업계의 정상적인 경제활동에 있어서 인정되는 경쟁방법의 범위를 일탈하였다든지 상관습에 반한다든지, 경제사회의 통념상 시인될 수 없는 방법이라는 의미로 보는 견해이다. 이 입장에서는 예컨대 당해 사업계의 정상적인 경제활동에 있어서 인정되는 경쟁방법의 범위를 일탈하였다든지 상관습에 반한다든지, 경제사회의 통념상 시인될 수 없는 방법이라는 의미이다.

ii) 제2설 : 이 입장은 위에서 “거래”의 의미를 “경쟁”으로 해석하는 입장이며, 따라서 부당성은 경쟁제한적인 작용을 하는 성질, 즉 경쟁제한성(anti-competitiveness)을 갖는다는 것 또는 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 성질, 즉 불공정성(unfairness)이 있는 것에 있다고 보는 입장이다.⁴³⁾⁴⁴⁾

43) 이동규, 전계서, 387~390면; 이문지, 전계논문, 1168~1180면; 최진욱, 전계논문, 19면.

44) 판례는 정유회사가 주유소업자에게 무담보 거래 및 외상기일 연장 등 특혜를 제공하다가 주유소업자의 성장 및 무담보 외상대금의 증대로 종전의 특혜를 배제하고 담보제

iii) 제3설 : 법 제23조제1항 각호의 “부당하게”와 시행령 제36조제1항 별표상의 일반불공정거래행위 각호의 “부당하게” 또는 “정당한 이유 없이”를 대비하여 법 제23조에는 별도로 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있어야 함이 명시되어 있기 때문에 동조 각호의 “부당하게”에는 공정경쟁저해성을 포함하지 않으나 시행령 별표상의 “부당하게”, “정당한 이유 없이”에는 공정경쟁저해성이 포함된다는 견해이다.

위의 학설들을 살펴보면, 제2설은 정책적인 면에서는 유용하다. 이렇게 해석하면 사업자들이 민법에 의하여 해결하여야 할 단순한 사법상의 채무불이행이나 불법행위의 문제를 불공정거래행위로 신고하여 공정거래위원회의 구제를 신청하는 것을 효과적으로 걸러낼 수 있기 때문이다. 이 입장에서는 경쟁제한성 내지 독점성이 인정될 때에만 불공정거래행위로 인정되기 위한 부당성 조건을 충족하는 것으로 인정하게 된다. 그러나 제2설은 우리법의 법문상 “공정거래저해성”이라는 법문을 “경쟁제한성” 내지 “경쟁저해성”으로 해석하는 것이므로 부당하다는 비판을 받는다. 또한 제3설은 법 제23조제1항 각호와 시행령 별표상의 각호간의 규정체계의 비일관성을 극복하기 위하여 기교적인 해석론을 전개한 것으로 평가된다. 한편 제2설에서는 제1설에 대하여 “공정”을 경제사회의 통념에 의한 반윤리성과 동등하게 보는 것은 타당하지 않고, 경제사회의 통념에 의한 반윤리성은 제2차적·보충적으로 고려할 요소이며, 공정한 경쟁의 확보라는 범목적⁴⁵⁾에 반하지 않는 범위에서만 고려되어야 한다고 비판한다. 그러나 공정거래법 제23조의 “공정한 거래를 저해”한다는 것이 미국의 연방거래위원회법 제5조상의 “경쟁의 수단이나 방법의 공정성(unfair methods of competition)”과 “불공정하고 기만적인 행위나 관행(unfair

공요구나 공급불량감축 및 외상기일 단축 등을 통한 외상대금감축 등을 한 사안에서 그러한 행위가 불공정거래행위에 해당하는지에 대하여 “불공정거래행위로서 ... 규제대상이 되기 위하여는 당해 행위가 외형적으로 위 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 (공정거래)법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이 때 그 부당성의 유무를 판단함에 있어서는 거래당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라야 한다”고 언급하고 이 사건에서 문제된 행위는 불공정거래행위에 해당하지 않는다고 보았다. 대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결.

45) 공정거래법 제1조(목적) 이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.

and deceptive acts or practices)” 전체와 상응하는 조항이라는 점,⁴⁶⁾ 불공정거래행위의 행위유형 가운데 경쟁 자체의 보호 뿐 아니라 거래의 내용이나 조건이 부당하거나 불공정한 경우를 규제하기 위한 유형이 포함되어 있다는 점 등을 볼 때 제1설에 찬동한다. 다만 일반적으로 행해지고 있는 상행위관습과 일치한다고 해서 공정한 것이 되는 것은 아니다.

(3) 저해할 “우려”

공정한 거래를 저해하는 사실이 현실적으로 존재할 필요는 없으며, 구체적 위험성이 아니라 추상적 위험성만 있으면 족하다.⁴⁷⁾ 이는 불공정거래행위가 위법한 결과를 발생할 우려만 있으면 법을 적용할 수 있도록 함으로써 위법행위가 본질적으로 보다 큰 법익침해의 결과를 발생하기 이전의 맹아단계에서 규제하는 것이 필요하다는 이른바 전지(前地, Vorfeld)이론⁴⁸⁾을 수용한 것으로 볼 수 있다.⁴⁹⁾

(4) 법 제23조제1항 각호의 1에 해당하는 행위

불공정거래행위가 성립하려면 공정거래법 제23조제1항 각호의 1에 해당하는 행위일 것이 요구되는데 법시행령 별표에서는 이것을 구체화하여 정하고 있다.⁵⁰⁾ 구체적으로는, 공동으로 또는 단독으로 부당하게 거래를 거절하는 행위(제1호 전단), 공동으로 또는 단독으로 부당하게 거래의 상대방을 가격 기타의 거래조건에 관하여 차별하여 취급하는 행위(제1호 후단), 염매나 고가매

46) 후자는 1938년 FTC법 제5조의 개정시 추가되었으며, 전자와 달리 경쟁의 자유와 무관한 불공정거래를 규제 대상으로 한다.

47) 판례도 불공정거래행위로 인정되기 위해서는 실제로 공정한 경쟁을 저해한 사실이 있어야 할 필요는 없고, 그 우려가 있는 것만으로 충분하며 그 우려의 정도는 추상적인 위험성(가능성)만으로 충분하고 구체적인 위험성을 필요로 하지 않는다고 하는 입장이다. 예컨대 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결.

48) Fashion Originators' Guild of America, Inc., et al. v. FTC 사건에서 연방대법원은 FTC법의 목적은 어떤 결합이 현재는 셔먼법이나 클레이튼법에서 금지된, 가격 고정·통제나 생산량할당·제한 또는 품질저하 등을 가져오는 결합이 아니더라도, 장차 거래제한이나 관행으로 발전할 가능성이 있다면 그러한 “맹아단계의 결합(incipiency combinations)”을 규제하려는 것이라고 하였다. 312 U.S. 457, 466, 61 S. Ct. 703, 707, 85 L. Ed. 949, 954 (1941).

49) 이에 대한 비판론으로는 이문지, 전계논문, 1177~1178면.

50) 이 시행령별표의 법적 성질은 법규명령이므로 전술한 고시·지침 등과 달리 외부적 구속력을 가지는 법규이다.

입을 통하여 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위(제2호), 부당한 이익·위계 기타의 방법에 의하여 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위(제3호 전단), 끼워팔기·사원판매 기타의 방법에 의하여 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위(제3호 후단), 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위(제4호), 배타조건이나 거래지역·거래상대방의 제한 등 거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위(제5호 전단), 다른 사업자의 기술을 부당하게 이용하거나 그 인력을 부당하게 유인·채용하거나 거래처 이전을 부당하게 방해하거나 기타의 방법으로 부당하게 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위(제5호 후단) 그리고 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위(제7호) 등이 규정되고 있다. 1999년 이전에는 공정거래법상 불공정거래행위로 인정되는 것은 동법에 한정적으로 열거된 행위유형에 한하였다. 이러한 한정적 열거방식(限定的 列舉方式)에 의한 규제는 예측가능성을 포함한 법적 안정성을 높인다는 장점이 있으나, 사회변화에 탄력적으로 대응하지 못한다는 단점이 있었다. 따라서 제7차 공정거래법 개정에 의해 제23조제1항 제8호에서 “제1호 내지 제7호 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위” 유형을 추가함으로써, 경제질서의 변화에 따른 새로운 유형의 불공정거래행위에 대해 적절히 대처할 수 있도록 종래의 한정적 열거방식을 예시적(例示的)내지 포괄적 열거방식(包括的 列舉方式)으로 고쳤다.

(5) 위법성 심사의 방식

우리 공정거래법 제23조제1항 및 시행령별표상 불공정거래행위의 위법성 판단에 있어서 “정당한 이유없이”란 문언과 “부당하게”란 문언을 어떻게 해석할 것인가에 관하여 논란이 있다.

i) 제1절은 공정거래법시행령상 열거하고 있는 불공정거래행위들의 유형 중 그 문언상 “정당한 이유없이”란 문언이 있는 수식하고 있는 불공정거래행위는 원칙적으로 공정거래의 저해성이 인정되며 예외적으로 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 위법성이 조각되어 적법한 행위로 되나, 이에 반해 “부당하게”란 문언이 있는 경우에는 그 행위 자체는 원래 위법하지 않지만 그 행위가 부당하게 행해지는 경우에는 위법성이 인정된다고 보는 견해이다. “정당한 이

유없이”라고 규정된 행위는 당연위법행위로서, 일단 행위가 행해지면 당연히 공정거래법 위반으로 보고 위법한 행위로 추정되며, 다만 위법성이 조각되는 정당화사유가 존재하면 불공정거래행위로 보지 않게 되나, 불공정거래행위의 구성요건 규정이 “부당하게” 또는 “정상적인 거래관행에 비추어 부당하게”의 범문으로 표현된 불공정거래행위는 조리위법행위⁵¹⁾의 유형에 속한다고 보는 견해이다.⁵²⁾ 여기에서 정당한 이유란 개별적으로 판단할 수밖에 없는데, 일반적으로는 그러한 행위가 발생하더라도 시장에서의 경쟁이 침해되지 않거나, 그 침해 또는 경쟁감소가 극히 경미하여 공정한 거래를 침해한다고 볼 수 없는 경우를 말한다고 한다.⁵³⁾

그러나 ii) 제2설은 입법자가 “정당한 이유없이”와 “부당하게”를 이처럼 엄격히 규범적 검토를 거친 뒤에 구별하여 입법한 것이라고 생각할 수 없는 면이 있다는 점, 미국법상 합리성의 원칙과 당연위법의 원칙은 주로 카르텔규제와 관련하여 적용되는 이론이라는 점에서 적용차원이 다르다는 점 등에서 제1설을 비판하고 이러한 구분은 위법성판단의 하나의 고려요소 정도로 생각하여 “정당한 이유없이”란 문언이 포함된 경우에는 “부당하게”란 문언이 포함된 경우보다 위법성이 인정될 가능성이 높다는 의미에서 입증의 정도에 차이가 있는 것으로 이해하는 견해이다.⁵⁴⁾ 이 입장에서는 양 문언의 의미를 입증책임의 차이로 이해해서 “정당한 이유없이”라는 문언이 포함되어있는 행위는 행위자가 정당한 이유를 입증하지 않는 한 위법한 것으로 하고, “부당하게”라는 문언이 포함되어 있는 유형은 공정위가 그 부당성을 적극적으로 입증해야 한다고 해석하는 것이 타당하다고 한다.

한편 iii) 제3설은 입증의 정도에 차이가 있다고 보는 점에서는 제2설과 같은 입장이나 “정당한 이유없이”라는 표현이 있는 행위유형도 행위자가 정당한 이유를 입증하지 못하는 한 위법한 것으로 보아야 하는 것이 아니라 입증책임은 여전히 공정거래위원회에 있지만 “부당하게”라는 표현이 있는 행위유형의 경우보다 사실상의 입증의 부담 내지 정도가 완화되는 의미가 있을 뿐이라는 견해이다.⁵⁵⁾

51) 여기에서 “조리위법행위”란 합리성의 원칙에 의하여 위법으로 인정되는 행위를 가리킨다.

52) 이기수·유진희, 전거서, 219~220면; 이남기·이승우, 전거서, 221~222면.

53) 이기수·유진희, 전거서, 219면.

54) 권오승, 전거서, 308~309면; 이동규, 전거서, 389~390면; 정호열, 전거논문, 1153면(공정거래위원회가 구체적인 관행의 위법성을 판단할 때 다르게 취급할 수 있을 것이라고 하는 입장).

55) 김기영, “독점규제법상 부당지원행위 규제에 대한 연구”, 서울대학교석사학위논문, 2001, 160면; 김기영, “판례평석: 공정거래법상 불공정거래행위에 있어 ‘부당성’의 판단기준 - 대법원 2001.12.11. 선고 2000두833판결-”, 『경쟁법연구』, 한국경쟁법학회, 2002, 636~

위의 모든 학설은 결국 “정당한 이유없이”라는 문언이 포함되어있는 불공정 거래행위와 “부당하게”라는 문언이 포함되어 있는 불공정거래행위유형간에 취급을 달리해야 한다고 전제하는 점에서는 일치하는 것이며, 그 법적 취급의 내용에 있어서만 견해가 갈리는 것으로 보인다. 즉 제1설과 제2설 및 제3설과의 차이는 당연위법원칙과 합리성의 원칙 내지 조리의 원칙을 우리 공정거래법의 집행에 있어서 그대로 도입할 것인가, 즉 우리법상 불공정거래행위를 미국판례법상의 당연위법행위와 조리위법행위로 나누어서 취급할 필요가 있는가 아니면 입증책임의 전환 또는 입증부담의 완화에 그치는 것으로 해석할 것인가 하는 문제라 할 수 있다. 이 첫째 문제에 관하여 미국법상의 당연위법원칙과 합리성의 원칙의 도입이 필요하다고 한다면 다음에는 당연위법행위와 조리위법행위의 구별기준을 어디에서 찾을 것인가 하는 점이 당연히 문제되게 된다.

첫째, 미국판례법상의 당연위법행위와 조리위법행위 개념을 원용하여 우리법상 불공정거래행위의 유형을 이분하여 취급할 필요가 인정된다고 생각한다. 그것은 그러한 분류가 행정 및 사법자원의 적절한 배분과 피해자의 신속한 구제에 도움이 되기 때문이다. 불공정거래행위 중 경쟁에 미치는 효과를 고려하여 그 위법성을 인정할 조리위법행위와 그러한 고려가 별도로 필요 없이 그 행위가 발생하면 당연히 위법한 것으로 보고 피고의 항변주장에 의하여 위법성을 조각할 수 있도록 할 당연위법행위로 나누어 취급하는 것은 후자의 심사에 쏟을 시간과 노력을 전자에 할당하여 경쟁법주관기관이 보다 합리적인 결과를 도출할 수 있게 할 것이고 당해 행위가 당연위법행위인 경우에는 피해자의 구제가 보다 신속하게 가능할 것이기 때문이다. 제2설은 이러한 주장에 대해서 합리성의 원칙과 당연위법의 원칙은 주로 카르텔에 관한 것이기 때문에 우리나라에서 불공정거래행위의 위법성 판단과 관련하여 사용할 기준으로 적합하지 않다고 비판한다.⁵⁶⁾ 그러나 당연위법원칙은 카르텔의 경우에만 인정되는 것은 아니다.⁵⁷⁾ 그리고 당

638면(이 견해는 제1설에 대해서는 ① 미국법상 당연위법의 범리는 판례법상 카르텔에 대한 위법성 판단기준에 국한하여 발전한 법리로서 다른 영역에서 사용될 것이 아니며, ② 미국 연방거래위원회법 제5조의 해석상 FTC와 법원의 입장이 불공정성이 인정되기 위해서는 법이 보호하는 목적의 침해가 구체적으로 입증되어야만 한다는 입장을 취하고 있는 점에서 부당하다고 비판하고 있고, 제2설에 대해서는 ③ 입증책임을 정함에 있어 법률요건분류설에 의할 때 해석에 의하여 전환되는 것으로 해석하는 것은 무리라는 비판을 가하고 있다).

56) 권오승, 전거서, 308면.

57) 예컨대 미국 연방대법원 판례상 수직적 거래제한의 일종인 최저재판가유지행위(minimum resale price maintenance)나 끼워팔기(tying-ins)에 대해서는 현재 당연위

연위법의 원칙이 적용되는 경우에 그 효과의 하나는 제소자가 위반행위의 경쟁 제한성을 별도로 입증하지 않아도 된다는 점이며 그것은 제2설에서 주장하는 입증책임의 전환과 유사한 결과가 아닐까. 미국 독점금지법상의 당연위법의 원칙 및 합리성의 원칙은 엄밀히는 입증책임의 전환이 아니라 입증제한 여부의 법리라고 할 수 있다. 오랜 경험의 축적에 의하여 일정한 전제사실이 입증되면 반증을 불허하고 심리를 종결하더라도 판단의 오류가 없을 것으로 인정되는 경우에 당연위법의 원칙을 적용하는 것이다. 이러한 법리를 공정거래법상 불공정거래행위를 포함한 범위반관행의 규제에 원용할 가치는 충분히 있다.

둘째로, 당연위법행위와 조리위법행위의 구별기준을 어디에서 찾을 것인가 하는 문제에 관해서는 위의 제1설의 견해와 같이 법문의 표현의 차이에서 그 기준을 발견하는 것도 하나의 방법일 수 있겠으나, 그러려면 공정거래법령의 입법이 그것을 고려하여 이루어졌다는 전제가 보장되어야 하는데, 우리의 경우에 과연 그러한지는 의문이 아닐 수 없다.⁵⁸⁾ 따라서 이는 그 행위의 성질에 착안해서 내·외국의 법원판례의 축적과 학설의 발전에 따라서 기준을 정립하여 해결할 문제라고 생각한다. 즉 “정당한 이유없이”라는 문언이 포함되어있는 불공정거래행위와 “부당하게”라는 문언이 포함되어 있는 불공정거래행위유형⁵⁹⁾을 바로 당

법원칙이 적용되고 있다. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 400, 31 S.Ct. 376, 381 (1911)(제조업자와 딜러간의 딜러가 제조업자가 제조한 상품을 특정한 가격으로 재판매하도록 요하는 협정은 서면법의 정책에 상반되기 때문에 소구할 수 없다고 판시함); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Svce. Corp.*, 465 U.S. 752, 104 S.Ct. 1464, rehearing denied, 466 U.S. 994, 104 S.Ct. 2378 (1984)(*Dr. Miles*판례의 기본원칙을 유지함); *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984)(끼워팔기에 대해서 당연위법의 원칙을 적용하였다). 다만 당연위법한 끼워팔기의 성립요건은 당연위법한 카르텔의 성립요건보다 가중되기 때문에 “완화된 당연위법원칙(modified per se rule)”이나 “정형화된 합리의 원칙(structured rule of reason)”이란 용어가 보다 적절하다고 할 수 있으며, 끼워팔기에 대해서 장차 연방대법원이 합리성의 원칙을 정면으로 적용하게 될 것으로 예상되고 있다.

58) 우선 공정거래법 제23조제1항의 제1호부터 제8호까지의 행위유형과 그것을 구체화한 동법시행령 별표상의 제1호부터 제10호까지의 행위유형간에는 “정당한 이유 없이”와 “부당하게”라는 수식어의 사용에 있어서 어떠한 일관성 있는 입장이 엿보이지 않는 점을 지적할 수 있다.

59) 현행 공정거래법 제23조제1항과 동법시행령 별표1의 불공정거래행위 유형 중 공동의 거래거절(법 제23조제1항제1호전단, 동법시행령별표 제1호가목), 계열회사를 위한 차별취급(법 제23조제1항제1호후단, 동법시행령별표 제2호다목) 그리고 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 상품·용역을 공급하는 행위(법 제23조제1항제3호전단, 동법시행령별표 제3호가목전단) 등의 세가지 유형이 전자에 그리고 나머지

연위법행위와 조리위법행위로 파악하는 것에는 찬성하지 아니한다. 요컨대 “정당한 이유없이”라는 문언이 포함되어있는 불공정거래행위유형이 당연위법행위에 해당한다는 데에는 찬성하나 “부당하게”라는 문언이 포함되어 있는 불공정거래행위 유형 중에도 당연위법행위가 포함되어 있을 수 있다고 본다. 또한 실체법조항이 정하는 사항에 대한 입증책임의 소재에 관한 통설·판례의 입장인 법률요건분류설에 의할 때 “정당한 이유없이”라는 문언이나 “부당하게”라는 문언에 대한 해석에 의하여 입증책임이 전환되는 것으로 해석하는 것은 무리라는 제3설의 지적에 공감하며, 궁극적으로 당연위법의 원칙과 합리성의 원칙의 법리를 도입하기 위하여서는 입법에 의하여 명확히 정리할 필요가 있을 것으로 판단된다.

V. 결 론

이상에서 기업부패문제의 척결과 방지를 위하여 기능하는 법제 가운데 특히 경쟁법제의 해석과 입법론을 정리하여 보았다. 기업부패문제의 해결을 위해서는 경쟁법 이외에도 행정법, 형사법, 기업법 등에 의한 종합적 대처가 필요할 것인데, 그 가운데 불공정거래를 규제하는 경쟁법제의 효율적이고 적절한 운영을 통하여 기업부패문제의 해결에 주효하도록 하려는 취지에서 그에 관한 해석 및 입법론을 전개해 본 것이다.

우리 사회에 구조적으로 뿌리박은 기업부패문제의 총체적 해결이 없이는 우리나라의 1인당평균국민소득을 조속히 2만달러대 이상으로 증가시켜 선진국 대열에 합류하는 것은 기대하기 어렵다고 인정되고 있다. 그 이유는 국가적 경쟁력의 향상과 기업의 생산성 향상을 위해서는 기업이 저비용으로 양질의 상품과 용역을 생산하여야 하는데, 기업부패와 같은 사회에 만연한 구조적 부패문제는 능률경쟁에 의하여 최적의 생산효율성을 가지는 기업이 시장에서 소비자의 선택을 받아서 승리한다는 이상적인 결과의 실현을 저지 내지 지연시키고 극단적인 경우에는 부패한 거래를 일삼는 기업에 의하여 효율적인 기업이 구축되는, 악화가 양화를 구축하는 식의 왜곡된 결과를 초래하거나 적어도 업계의 기업전체의 생산비를 상승시킴으로써 자원배분의 왜곡과 소비자후생의 감소를 가져오고 궁극적으로 국민경제의 성장을 저해할 것이기 때문이다.⁶⁰⁾

유형 모두가 후자에 해당한다.

60) 예컨대 시장에 A기업과 B기업만이 존재한다고 가정하자. A기업이 효율적인 생산성을 보유하고 있는데, 상대적으로 비효율적인 B기업이 부패거래를 통하여 A기업을 시장에

기업부패는 정치부패나 공직부패보다 하나 하나의 사건의 규모가 크지는 않더라도 그 발생빈도가 훨씬 높고 모든 건수를 합산한 총액기준으로는 우리 경제의 건전한 성장을 크게 저해하고 있는 것으로 짐작된다.

그리고 다른 분야에서와 마찬가지로 기업부패가 발생한 경우에 당해 업계에서 계속적으로 사업을 영위할 업자간의 관계에서는 피해자가 거래상대방 또는 위반사업자의 경쟁법 위반사실을 신고·제소하거나 주장하지 못하는 경향이 있을 것으로 짐작되는바, 이러한 것은 기업부패문제의 색출과 방지를 위하여서는 바람직하지 않은 결과를 초래할 것이다. 이의 해소를 위해서는 행정기관의 적극적 법집행의지와 실천이 필수적으로 요구될 것이며, 아울러 손해배상제도의 활성화방안 등 제소의 유인을 법제적으로 제공할 필요도 있을 것이나 지면의 제약상 본고에서 이에 대하여 다루지는 못하였다. 모쪼록 행정자원 및 사법자원의 집약을 통한 효율적 경쟁법 집행을 통하여 선진국으로 도약하는데 장애요인으로 작용하여 온 기업부패문제가 상당부분 제거될 수 있기를, 그리하여 우리나라가 다른 장애요인도 해결함으로써 높이 응비할 수 있기를 기대한다.

서 구축하는 경우는 물론 그렇지 않은 경우에도 국민경제의 성장과 소비자후생의 증가를 저해한다. 즉 B기업이 부패거래를 통하여 시장점유율 $b\%$ 를 달성함으로써 A기업은 $100-b\%$ 의 시장점유율만을 가지게 되며, 이 경우 이 산업에서 규모의 경제가 존재하더라도 A기업이 생산비를 절감하는 것은 그만큼 지연되게 된다. 이는 바꿔 말하면 동일한 상품을 생산함에 있어 B기업보다 더 효율적인 A기업이 보다 적은 자원을 가지고 생산하는 것을 지연시킴으로써 사회전체의 최적 자원배분을 저지하게 된다.

A Study on the Regulation of Unfair Method of Competition to Prevent Corruption in Firm Sector

Kim, Doo-Jin*

The corruption is spread out in as many areas as political, economical, public or private sectors. Among them we considered corruption in commercial sector (hereafter business corruption) in this paper. In recent years, economists have come to recognize that business corruption is not just a matter of personal illegalities but is a systemic feature of many economies, which constitutes a significant impediment to economic development. If we are to attain 20,000 USD GNP in the near future, we should root out business corruption problems above all.

There are many anti-business corruption provisions in the competition law system including the Monopoly Regulation and Fair Trade Act. Several provisions in the Act and subordinate regulations are related to secure fair trade as a means of transparency among businesses. However the various laws and regulations haven't improved the situation substantially, thus nowadays we are faced with business corruptions.

At first, we classified business corruption in the real world into two forms and defined it an unfair method of competition in the market. Afterwards we looked into the legal requirements of the provisions that prohibit the unfair trade in U.S., German and Korea. For conclusion, I would like to suggest the paradigm of the rule of per se illegal and the rule of reason analysis in valuing unfair trade action. Based on this paradigm, we would be able to save a lot of time and money in administrative and judicial processes and could improve efficiency in legal enforcement.

* Associate Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph.D in law