

# 大規模 流通店の 不公正去來行爲의 規制

金斗鎭\*

## 차 례

### I. 서론

### II. 수요독점의 경쟁법적 평가

- 1. 수요독점의 의의
- 2. 수요독점의 경제적 효과

### III. 대규모 유통점의 불공정거래관행의 사례 분석과 평가

- 1. 수요독점과 관련한 독점금지사건의 유형
- 2. 우리나라 대규모 유통점의 불공정거래관행
- 3. 주요외국의 유통관련 불공정거래행위의 규제

### IV. 결론



\* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

## I. 서론

우리나라의 유통구조는 다른 나라에 비하여 매우 가늘고 길 뿐 아니라 계열화되어 있어서 각 단계의 사업운영이 지배력을 가지고 있는 특정한 사업자에 의하여 사실상 통제되고 있는 까닭으로 우월적 지위에 있는 사업자가 불공정거래행위를 할 우려가 매우 크다는 문제점이 지적되고 있다.<sup>1)</sup>

『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』<sup>2)</sup> 제23조제1항은 각호에서 일정한 행위유형을 열거하고 그러한 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것에 대하여 불공정거래행위로서 금지하고 있다. 종래 공정거래법은 불공정거래행위의 유형에 관하여 일본법과 같이 한정적 열거주의를 취하여 왔다.<sup>3)</sup> 이러한 한정적 열거방식의 입법주의는 예측가능성을 포함한 법적 안정성을 높인다는 장점이 있으나, 사회변화에 탄력적으로 대응하지 못한다는 단점이 있었다. 이에 이러한 단점을 개선하기 위하여 1999년 공정거래법의 제7차개정시에 제23조제1항 제8호에서 “제1호 내지 제7호이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”유형을 추가하였다. 그 결과 공정거래법은 현재 예시적 열거주의를 취하고 있는 것으로 평가된다.<sup>4)</sup> 또한 모든 사업분야에 공통적으로 적용되는 불공정거래행위의 일반적인 유형 또는 기준은 법시행령 별표 1에 구체적으로 정해져 있고(법 제23조제2항), 특정분야 또는 특정행위에만 적용되는 특수불공정거래행위의 유형과 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시하도록 되어있다(법시행령 제36조제2항). 대규모 유통점의 불공정거래행위에 대해서는 공정거래법에 기초하여 『대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준지정고시』<sup>5)</sup>가 제정되어 있다. 이에 의하여 특수불공정거래행위로 지정된 대규모소매점업이라는 특정한 사업분야에 대해서는 특수지정이

1) 權五乘, 『第5版 經濟法』, (法文社, 2005), 327~328면.

2) 일부개정 2005.3.31 법률 7492호, 시행일 2006.4.1. 이하 “공정거래법”이라 지칭한다.

3) 이 입법주의는 불공정거래행위는 법에 한정적으로 열거된 행위유형에 한한다는 것을 의미하는 것이다. 李南基, 『經濟法-公正去來法』, (學研社, 1996), 318면.

4) 權載烈, 『四訂版 經濟法』(法元社, 2005), 221~222면; 李基秀·柳珍熙, 『第6版 經濟法』(세창출판사, 2004), 207면; 李基秀·柳珍熙, 『第6版 經濟法』(세창출판사, 2004), 207면.

5) 2005.7.1개정 공정거래위원회 고시 제2005-10호. 이하 “대규모소매점업고시”라 지칭한다.

우선 지정되고 일반지정이 보충적으로 적용된다.<sup>6)</sup> 공정거래법에 의거하여 제정되어 있는 고시나 지침은 많다. 그런데 그 자체로서는 법규성을 인정할 수 없는 행정기관의 고시에 규제의 대상이 되는 사항을 규정하는 것은 법치행정의 원칙에 비추어 어느 정도까지 용인될 수 있을 것인가 하는 점이 지적될 수 있다.<sup>7)</sup> 그러나 대규모소매점업고시의 경우에는 법령에서 위임하고 있으므로(법시행령 제36조제2항) 그 위임규정과 결합하여 법규적 효력을 가지는 것으로 볼 수 있다.

대규모소매점업이라 함은 대규모소매점업고시상 일반소비자가 일상적으로 사용하는 여러종류의 상품, 즉 일용품을 소매하는 사업으로서 i)시설유통업, 즉 사업자가 백화점이나 대규모 양판점과 같은 일정한 대규모시설<sup>8)</sup>을 가지고 사업을 영위하는 경우와 ii)TV홈쇼핑업, 즉 방송법 제2조의 규정에 의한 방송사업자로서 같은 법 제9조 제5항의 규정에 의거 방송위원회의 승인을 받아 상품소개와 판매에 관한 전문편성을 행하는 방송채널에서 영위하는 사업을 포함하는 것이다.

백화점이나 대규모 양판점 그리고 TV홈쇼핑업자들은 납품업자나 입점업자에 대하여 구조적으로 우월한 지위에 있는데, 전자의 횡포로부터 후자를 보호하려는 것이 대규모소매점업고시의 직접 목적이다.<sup>9)</sup> 그러나 그 외에 일반불공정거래행위 규제가 경쟁 자체, 경쟁자 및 소비자의 보호를 직접적인 목적으로 하는 것처럼<sup>10)</sup> 대규모소매점업고시가 내용으로 하는 특정불공정거래행위 규제도 우월한 대규모소매점업자의 거래상대방인 사업자, 그 사업자의 경쟁자, 경쟁 자체 및 소비자의 보호도 모두 직접 목적으로 한다고 볼 수 있을 것이다.

본고는 유통부문에서의 불공정거래행위, 특히 대규모소매점업의 중소 납품업체에 대한 판촉비 부담강요, 대금지급 조건의 일방적 강요(공급가 인하 강요) 등이 수요독점력을 지닌 사업자의 행위이기 쉽다는 관점에서 수요독점의 경쟁법적 의미를 정리하고(제2장), 대규모 유통점의 불공정거래관행의 사례로 무엇이 있는지에 관하여 국내외의 사례를 개관하고, 최근 각국 경쟁기관에 의

6) 申鉉允, 『經濟法』(法文社, 2006), 270면.

7) 李湖暎, 『독점규제법 -쟁점과 판례-』, (弘文社, 2005), 196면.

8) 매장면적(점포의 바닥면적에 100분의 95를 곱하여 산출된 면적을 말한다)의 합계가 3,000㎡ 이상인 동일점포라 정해져 있다(대규모소매점업고시 제2조제1항제1호).

9) 정호열, 『경제법』(博英社, 2006), 382면.

10) 權五乘, 앞의 책, 326~327면.

하여 관심의 초점이 되고 있는 대규모 유통점의 몇 가지 불공정거래관행을 상세히 고찰(제3장)한다. 마지막으로 결론에 갈음하여 공정거래법의 관련규정의 문제점을 몇 가지 지적한 후 합리성을 제고하기 위한 개선방안을 입법론으로 제시하고자 한다(제4장).

## II. 수요독점의 경쟁법적 평가

### 1. 수요독점의 의의

기술적으로 수요독점은 잘 특화된 상품이나 용역에 대하여 단일의 구매자만이 존재하는 구조적 조건이다.<sup>11)</sup> 일정한 상방의 투입물에 대하여 구매자가 오직 하나만 존재하는 것은 순수한 수요독점(pure monopsony) 사례이다. 현실세계에서는 그러한 순수한 수요독점 사례는 드물지만, 그러한 예로는 단기에 다른 고용기회가 적은 소도시에서 그 거주자들이 그 지방의 광산에 노동력을 판매하는 경우를 들 수 있다.<sup>12)</sup>

이론상으로는 수요독점은 관련상품이나 용역이 특화되지 않은 경우에도 존재할 수 있다. 그러나 수요독점은 자원이 소수의 용도로 특화된 시장에 존재할 가능성이 높다.<sup>13)</sup> 나아가서 주문제작된 기계나 단일 구매자를 위하여 서비스하는 특정한 장소의 공장과 같이 비록 자원이 처음부터 하나의 용도로 특화되어 있어도 수요독점은 장기간 유지될 수는 없다.<sup>14)</sup>

독점자의 산출량 선택이 자기가 지급받는 가격에 영향을 미치는 것과 마찬가지로, 수요독점자의 구매량 결정은 자기가 지급해야하는 가격에 영향을 미친다. 수요독점과 독점은 동전의 양면이라 할 수 있다.<sup>15)</sup> 시장지배력(market power)은 그 어의상 상품 또는 용역을 마케팅하는 것에 관련된 시장을 지배하는 힘이며 독점자가 시장지배력을 보유하는 것처럼 수요독점자는 수요독점

---

11) Roger D. Blair and Jeffrey L. Harrison, *Monopsony : Antitrust Law and Economics*, (Princeton University Press, 1993), p. 3.

12) Id., pp. 36~39.

13) Dennis W. Calton & Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4th ed., (Pearson Addison Wesley, 2005), p. 108.

14) Id.

15) Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2nd ed., (WEST GROUP, 2006), p. 155.

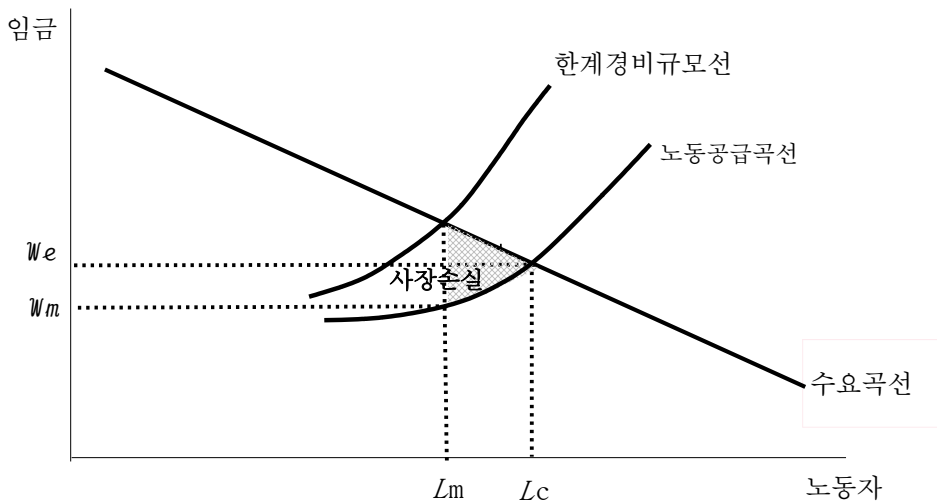
력(monopsony power)을 보유한다. 수요독점자가 보유하는 시장지배력을 구매력(buying power)이라고도 한다. 독점력은 판매자의 가격을 경쟁수준 이상으로 인상시키는 능력이며, 당연히 판매자에게 산출을 감소시키는 능력이 필요하다. 마찬가지로 수요독점력은 경쟁수준이하로 가격을 인하시키는 능력 이므로 그러려면 구매자에게 투입에 대한 수요를 제한하는 능력이 반드시 전제가 된다.

## 2. 수요독점의 경제적 효과

### (1) 수요독점의 경제적 폐해

만일 경쟁적 노동시장이 존재한다면, 각 기업은 주어진 임금율을 채택할 것이고 1인의 노동자를 추가 고용하는 한계비용은 임금율과 동일하다. 그러나 어느 지방에 유일한 고용주, 즉 수요독점자가 있다고 가정하면 그 수요독점자는 오른쪽으로 상향하는 노동공급곡선에 접한다.

[표 1] 수요독점의 시장손실



추가적인 노동자를 고용하기 위해서는 이 수요독점자는 그 노동자에게 약간 더 높은 임금율을 지급하여야 할 뿐 아니라 자기가 고용하고 있는 다른 모든

노동자들에게도 약간 더 높은 임금을 지급하여야 한다. 그 이유는 임금을 약간 인상함으로써만 추가적인 노동자가 이 시장으로 유입될 것이기 때문이다.<sup>16)</sup> 그렇지 않고 회사가 노동자들에게 추가 고용된 노동자에게만 더 높은 임금을 지급함으로써 차별하려 한다면, 기존 노동자들은 사직하고 새로 고용되려 할 것이며 이같은 조정이 임금차별 시도를 분쇄할 것이기 때문이다.<sup>17)</sup>

여기에서 수요곡선은 이 고용주의 수요독점된 상품(여기에서는 노동)에 대한 수요를 대변한다. 이것은 구매자의 사업내의 상품의 여러 가지 수량의 가치를 적시한다. 또한 공급곡선은 여러 가지 수량에서의 노동의 시장가격을 표시하여 준다.

수요독점자의 추가 단위의 구매의 한계비용은 한계경비곡선(marginal outlay schedule)으로 설명되는데, 이것의 공급곡선에 대한 관계는 한계수입곡선(marginal revenue curve)의 수요곡선에 대한 관계와 동일하다. 따라서 수요독점의 한계경비곡선은 오른쪽으로 상방하며 공급곡선의 위에 놓이는데 그 이유는 추가적인 노동자를 고용하기 위하여 수요독점자는 자신의 모든 고용노동자에 대한 임금을 인상하여야 하기 때문이다.<sup>18)</sup> 수익극대화 수요독점자는  $L_m$ 의 노동자를 고용하는데, 그 때 한계편익은 수요곡선에서 주어진 대로 그 한계경비와 일치한다. 한계경비곡선이 공급곡선의 위에 위치하기 때문에, 수요독점자는 수요곡선과 공급곡선의 교차점에서 정해지는  $L_c$  만큼의 노동자를 고용하는 경쟁시장에서 보다 더 적은  $L_m$ 의 노동자만을 고용한다. 즉 수요독점자는 독점자와 마찬가지로 산출을 제한한다(수요독점의 산출 제한효과).

16) Dennis W. Calton & Jeffrey M. Perloff, *op. cit.*, p. 107.

17) Roger D. Blair and Jeffrey L. Harrison, *op. cit.*, p. 37, n. 4.

18) Dennis W. Calton & Jeffrey M. Perloff, *op. cit.*, p. 107. 만일 이 수요독점자가 그 기업을 위하여 일하는 노동자를 1인 더 유인하기 위하여 그 임금을 예컨대 50만원에서 60만원으로 인상하여야 한다고 가정하면, 그 수요독점자가 추가적으로 노동자를 고용하는 데 드는 추가비용은 단지 60만원이 아니라, 기존의 고용관계에 있는 노동자들에게 추가 지급되어야 하는 10만원씩이 합산되어야 한다. 수요독점자가 원래 100명의 노동자를 고용하고 있었다면 그 총임금은 기존의 5,000만원에서 6,060만원으로 뛰게 된다. 따라서 추가비용은 1,060만원이다. 수요독점자는 추가적으로 노동자를 고용하기 위한 자신의 한계비용이 60만원이 아니라 1,060만원이라는 사실을 인식하므로 추가적인 노동자 고용 여부를 결정하는 데에 있어서 그것을 고려한다. 그 수요독점자는 자신의 노동수용곡선에 의하여 주어진 한계편익(marginal benefit)이 추가적인 노동자의 고용의 한계비용을 초과하는 경우에만 추가적으로 노동자를 고용하게 된다.

또한 수요독점의 임금을  $W_m$ 은 경쟁시장의 임금을  $W_c$ 보다 낮다. 시장지배력의 정의와 유사하게, 수요독점력이라 함은 임금 또는 그 밖의 투입요소의 가격을 수익을 올릴 수 있도록 경쟁수준이하로 책정하는 능력으로 정의할 수 있다. 표 1의 수요독점자의 귀결( $L_m$ ,  $W_m$ )과 같이, 수요곡선과 공급곡선의 사이에는 격차가 있다. 소비의 사회에 대한 한계편익을 대변하는 수요곡선과 사회에 대한 한계비용을 대변하는 공급곡선 사이의 격차는 효율성의 손실을 반영한다(사회적 효율성 감소효과). 결국 표 1의 수요독점의 사장손실(死藏損失, deadweight loss)의 삼각형은 독점에서 비롯되는 사장손실과 유사한 것이다.

한편 수요독점자는 그의 공급자로부터 낮은 가격을 이끌어내기 때문에, 이것이 그 비용을 감소시키고 그럼으로써 그 수요독점자가 생산하는 최종생산물 및 용역의 가격을 인하시킴으로써 소비자에게 이익이 된다고 해석할 수 있을 것인가. R. Blair와 J. Harrison은 이것이 Balmoral Cinema v. Allied Artists Pictures 사건<sup>19)</sup>에서 순회항소법원이 실수한 원인이었다고 설명한다. 이 사건의 행위는 당연위법한 가격고정, 집단보이콧 및 고객분할 협정으로 취급되었어야 하는데, 법원은 공모한 구매자들의 관행이 “단지 극장주가 배급업자에게 지급하는 가격만을 인하시킬 수 있다.”고 보고<sup>20)</sup> 그러므로 문제된 행위가 “매표소에서 관객이 지급하여야 하는 요금을 인하시키고 따라서 소비자후생을 침해하기보다 오히려 기여할 수 있는 것”<sup>21)</sup>이라고 하는 결론에 이르게 된 것이다.

## (2) 쌍방독점의 평가

그와 다른 문제로서 쌍방독점(bilateral monopoly)<sup>22)</sup>의 경우, 즉 독점자의 거래상대방이 수요독점자인 경우, 독점자의 경쟁제한적 행위가 독점금지

19) 885 F.2d 313 (6th Cir. 1989)(이 사건은 영화관들 사이에 배급업자가 공급하는 영화에 대하여 경쟁적으로 청약하지 않기로 하는 분할계약이 문제된 것이었다.).

20) Id. at 316.

21) Id. at 317.

22) 이것은 하나의 시장에서 수요자는 수요독점자이고 공급자는 독점자인 경우를 말한다. 그러므로 쌍방독점은 하나의 기업이 투입물시장에서는 수요독점자이고 산출시장에서는 독점자인 경우를 지칭하는 것이 아니다. 또한 이하에서 독점자 또는 수요독점자가 존재하는 경우의 이론은 단일 독점기업 또는 수요독점기업처럼 행동하는 복수의 공급 또는 수요측 사업자들의 카르텔이 존재하는 경우에 대해서도 대체로 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

의 차원에서 정당화될 수 있을까 하는 문제가 있다.

쌍방독점의 경우에는 그 생산량은 수요독점시장에서의 생산량과 완전경쟁시장에서의 생산량 사이에서 수요독점자와 공급독점자의 협상에 의하여 결정될 것이며 그 결과 생산량은 수요독점시장에 비하여 증가할 것이고 따라서 후생손실도 감소할 가능성이 있다.<sup>23)</sup> 실제로 미국 연방대법원은 Appalachian Coals 사건<sup>24)</sup>에서 “피고 사업자들과 그 판매기관이 상대하고 있던 상당한 양을 구매하는 조직화된 구매기관과 거대 소비자들이 비우호적인 압력으로 작용하였고 그들이 통제하는 고도로 조직되고 집중된 구매력과 이용가능한 석탄의 양이 아주 풍부하다는 점은 지난 수년간 당해 석탄시장을 구매자가 주도하는 시장이 되게 하였다”는 사실심법원의 판단을 지지하고,<sup>25)</sup> “석탄산업의 조건이 새로운 기업이 기존기업과 경쟁하여 석탄을 생산하고 판매하는 사업에 자유롭게 진입할 수 있는 것이었다”는 증거와 잠재적 능력과 함께, “행사될 수 있는 고도로 조직되고 집중된 구매력(highly organized and concentrated buying power)도 적절한 고려요소가 된다”고 하여 석탄 구매자들의 큰 구매력을 석탄 생산업자들에 의한 공급자 카르텔인 배타적 판매회사의 설립 혐의에 대하여 정당화사유로 인정하였다.<sup>26)</sup> 즉 이 사건에서 연방대법원은 수요독점이 독점책임을 면책시키는 정당화사유가 될 수 있다고 시사한 것이다.

그러나 쌍방독점의 경우에는 독점판매자와 수요독점자는 양자 모두 상품의 산출을 제한하기를 원한다. 즉 판매자는 독점가격을 획득하기 위하여 더 적게 판매하기를 원하고 구매자는 수요독점 가격만을 지급하기 위하여 더 적게 구매하기를 원한다. 때문에 양자가 협상 결과 더 높은 산출을 생산하는 것은 수요독점자가 경쟁적인 판매시장을 접하고 있는 경우에 비하여 보장되지 않는다.<sup>27)</sup>

---

23) 정종채, “구매자 카르텔, 공동구매 그리고 수요독점시장에 있어서의 공급자 카르텔에 대한 경쟁법적 취급”, 월간 경쟁저널 제126호 19~20면 (2006).

24) Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344, 53 S.Ct. 471, 77 L.Ed. 825 (1933)(연방대법원은 버지니아, 켄터키, 테네시 지역의 137개 연탄 생산업자들과 그들이 설립한 배타적 판매기관인 Appalachian Coals에 대한 셔먼법 위반을 이유로 한 유지명령 청구에 대하여 기각하였다.)

25) Id. at 364.

26) Id. at 369.

27) Richard A. Posner & Frank H. Easterbrook, *Antitrust Cases, Economic Notes, and Other Materials*, 2nd ed., (West Publishing Co., 1985), p. 150.



나아가서 수요독점자가 그 구매한 원재료나 중간재를 이용하여 생산하는 산출시장에서 시장지배력을 보유한다면 낮아진 투입 가격은 더 높아진 산출가격으로 전환된다. R. Blair와 J. Harrison은 이러한 사실을 수요독점인 섬유공장의 조건을 산출시장과 노동시장 양자에서 경쟁을 하여야 하는 섬유공장의 조건과 비교하여 다음과 같이 설명하고 있다.

경쟁시장의 기업은 노동자를 얼마나 고용하든지 불변인 임금율과 접한다. 한계요소비용(MFC)은 불변이고 임금과 일치한다. 그래서 그 최적 고용결정은  $P \cdot MPL = w$  일 것을 필요로 하고 이 경우  $w$ 는 임금율이다. 그와 달리 그 회사가 추가적인 노동자에 의하여 생산된 산출 단위의 시장가치가 임금을 넘는 동안 추가적인 노동자를 고용한다고 해보자. 다시 이 균형을 양변을  $MPL$  로 나누면  $P = w / MPL$  이 되는데, 이는 이 회사의 한계비용이  $w / MPL$  임을 의미한다. 표 1에서는 한계요소비용이 수요독점자에 대한 투입가격을 초과한다는 것, 즉  $MFCL$ 이  $w$ 보다 크다. 그 결과 수요독점자의 한계비용  $MFCL / MPL$ 은 수요독점력이 없는 회사의 한계비용보다 크다. 한계비용이 기업의 산출 결정을 하게 하는 것이기 때문에 수요독점자는 수요독점력이 없는 기업이 선택하였을 산출 수준보다 그 산출을 낮게 제한한다. 작은 소도시의 섬유공장 하나가 산출을 제한하는 것은 전국의 경쟁적 산출시장에 영향을 미치지 않으므로 그 회사는 그 산출을 시장에서 결정된 가격으로 판매할 것이다. 그래서 투입가격의 감소는 소비자에게 전가되지 않는다. 그러나 예의 섬유회사가 유일한 상품을 생산하고 그 결과 산출시장에서 일정한 시장지배력을 향유한다고 가정하면<sup>28)</sup> 이 회사의 수익함수는

$$\pi = P(T) \cdot T - wL - pMf$$

[이 때  $P(T)$ 는 섬유( $T$ )의 가격,  $w$ 는 임금율,  $L$ 은 노동,  $Mf$ 는 기계의 수,  $p$ 는 기계 가격]

섬유공장은 그 노동의 고용을 그것의 수익에 대한 한계효과가 제로가 될 때까지 확대하여야 하므로

28) 이것은 그 수요독점자가 그 산출시장에서 우하향의 수요곡선을 접한다는 것, 즉 산출 가격이 판매량의 감소함수임을 의미한다.

$$\frac{\partial \pi}{\partial L} = (P(T) + T \frac{dP(T)}{dT}) \frac{\partial T}{\partial L} - (w + L \frac{dw(L)}{dL}) = 0$$

이를 다시 정리하면

$$P(T) + T \frac{dP(T)}{dT} = \frac{w + L \frac{dw(L)}{dL}}{\partial T / \partial L}$$

또는  $MR = MFC/MPL$  이 된다.

[이 때 MR은 한계수입, MFC는 한계요소비용, MPL은 한계노동생산]

한계수입은 산출이 확대되면 감소하기 때문에, 한계비용의 증가는 기업의 수익극대화 산출의 감소를 가져온다. 수요곡선은 우하향하기 때문에 수량의 감소는 가격의 증가를 가져온다. 그러므로 그 생산품의 판매시장에서 시장지배력을 가진 기업이 그 투입물의 구매에서 수요독점력을 획득하면 그 투입물에 대하여 지급되는 가격은 하락하지만, 생산의 한계비용은 상승하고 따라서 그 수요독점자의 산출은 감소하고, 그 고객에 대한 가격은 상승하게 된다.

### (3) 수요독점의 경쟁법적 평가

위에서 살펴 본 바와 같이 수요독점에 있어서 수요독점력의 행사는 독점자의 시장지배력의 행사와 마찬가지로 시장전체에서 생산을 위하여 과소한 자원이 동원되어 사회적 후생을 감소시킨다는 의미에서의 수요독점의 후생효과와 산출가격 상승효과를 발생시킨다고 요약할 수 있다.<sup>29)</sup> 이 점에서 수요독점이 경쟁법적으로 규제되어야 하는 이유가 설명된다.

한편 수요독점 자체에 관한 경쟁법적 평가는 아니지만, 수요독점시장에서의 공급자 카르텔에 대하여 이론적으로 순수한 수요독점 상태에 비하여 배분적 효율성을 증대시킬 가능성이 크므로 당연 위법의 원칙이 아니라 합리성의 원칙에 의하여 그 위법성을 평가하여야 한다는 주장<sup>30)</sup>이 있다. 그러나 전술한

29) Roger D. Blair and Jeffrey L. Harrison, op. cit., pp. 36~42.

30) 정종채, 앞의 논문, 18~22면.

바와 같이 쌍방독점의 경우에 수요독점자와 공급독점자가 협상 결과 더 높은 산출을 생산할 가능성은 높지 않다.

수요독점의 경제학은 분석학적으로 독점의 경제학과 동일하다. 따라서 독점과 수요독점을 비대칭적으로 취급하는 것은 경제적 분석상 근거가 없는 것이라는 지적이 있으며<sup>31)</sup> 타당하다. 만일 대규모 유통점이 투입물시장에서 수요독점력을 보유한다면 거래상대방인 납품업자와의 거래에서 시장지배적지위의 남용행위를 하는지 여부를, 그리고 수요독점력을 보유하지 않은 경우에는 거래상 우월한 지위에 의하여 불공정거래행위를 하는 것인지 여부를 경쟁당국은 주시하여야 한다. 대규모소매점업고시는 대규모소매점업자가 납품업자 등에 대해 거래상 우월적인 지위가 있다고 인정되는 경우에만 적용한다(동고시 제 13조). 여기에서 “거래상 우월적인 지위가 있다고 인정되는 경우”란 대규모소매점업자가 거래상대방과의 관계에서 상대적으로 우월적 지위를 갖는 경우를 말하는 것이므로 대규모소매점업자가 수요독점력을 가지는 경우도 개념상으로는 당연히 이러한 경우에 포함되나, 공정거래법은 시장지배적사업자라 함은 일정한 거래분야의 공급자나 “수요자”로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다고 규정(제2조 제7호제1문)하고 있으므로 수요독점자에 대해서는 시장지배적지위의 남용행위와 불공정거래행위의 요건이 중첩되는 영역에서는 제3조의2의 시장지배적사업자의 지위남용 금지조항이 특별히 적용되고 불공정거래행위에 관한 제23조나 그에 기초한 대규모소매점업고시는 적용되지 아니하거나 보충적으로만 적용된다고 해석할 수 있다.<sup>32)</sup> 그러나 공정거래법은 시장지배적사업자를 정함에 있어서 일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 10억원 미만인 사업자를 제외한다(제2조 제7호 제3문)고 규정하고 있으므로 이를 고려하면 연간 매출액 또는 구매액이 10억원 미만인 수요독점자의 경우에는 대규모소매점업고시에 의하여 공정거래법 제23조 및 동 고시가 적용된다는 결론이 된다.

31) Roger G. Noll, *Buyer Power and Economic Policy*, 72 *Antitrust L.J.* 589, 591 (2005).

32) 행위주체가 시장지배적 사업자인 경우인 전자가, 주체가 일반사업자인 후자의 특별규정이라고 보고, 양자가 경합하는 경우에 어느 규정이 적용될 것인가에 관해서 전자가 후자의 특별법의 관계에 있는 것으로서 우선 적용된다는 견해가 지배적이다. 이같은 입장으로 權五乘, 앞의 책, 335면; 權載烈, 앞의 책, 220-221면; 金英鎬, 『獨占規制法-不公正去來行爲-』(汎論社, 1987), 53면; 梁明朝, 『第3版 經濟法講義』(新潮社, 2005), 163면.

### Ⅲ. 대규모 유통점의 불공정거래관행의 사례 분석과 평가

#### 1. 수요독점과 관련한 독점금지사건의 유형

R. Blair와 J. Harrison은 경제적 효율성의 관점에서부터 수요독점 사건을 평가하기 위하여 목적지향적 분류법을 채택하는 것이 적절하다고 전제하고, 모든 수요독점 사건은 구매자의 이익을 촉진하기 위하여 구매력을 일방적으로 또는 집단적으로 이용하는 것의 어느 하나라 본다. 이들은 수요독점과 관련한 독점금지사건의 유형을 i)공모적 수요독점(collusive monopsony), ii)단일한 수요독점 기업의 행위, 그리고 iii)수요독점과 관련한 기업결합의 세 가지로 유형화하여 설명하고 있다.<sup>33)</sup>

이러한 분류법을 토대로 수요독점력의 행사와 관련한 구체적인 미국의 독점금지 사건의 예를 보면, 첫째, 복수의 사업자가 카르텔을 구성한 행위<sup>34)</sup>가 있다. 예컨대 캘리포니아주의 정어리 통조림 생산업자들은 인위적으로 낮은 수준으로 구매가격을 고정하기 위하여 공모한다고 주장된 예<sup>35)</sup>, 골동품상들이 공경매를 조작한 후 전리품을 분배한 입찰담합(bid rigging)사례<sup>36)</sup>와 같은 부당공동행위 사례가 있다. 둘째, 하나의 수요독점자가 일정한 투입물에 대한 배타적 접근을 목적으로 하는 행위를 하는 경우<sup>37)</sup>가 있다. 수요독점 레버리

33) Roger D. Blair and Jeffrey L. Harrison, *Monopsony : Antitrust Law and Economics*, (Princeton University Press, 1993), pp. 25~35.

34) 이 분야의 리딩케이스로는 *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946); *Mandeville Island Farms v. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219 (1948). 보다 더 초기의 예는 *Live Poultry Dealers' Protective Association v. United States*, 4 F.2d 840 (2nd Cir.1924)(뉴욕의 178개 양계업 도매구매업자들이 단합하여 매일매일의 양계에 대하여 지급될 시장가격을 정하기 위하여 7인의 위원회를 지명한 행위에 대하여 그것을 금지하는 유지명령이 내려졌다.).

35) *Eagle v. Star-Kist Foods, Inc.*, 812 F.2d 538 (9th Cir.1987)(이 사건 원고들은 선주에게서 잡힌 고기의 무게당 가격을 지급받는 어부들이었다. 원고들은 선주들의 종업원이었기 때문에 이들의 피해는 선주가 입은 피해에서 파생된 것이었다. 이를 근거로 이들은 원고격이 부정되었다.).

36) *United States v. Howe*, Criminal No. 87-00262 (E.D. Pa., 1987.7.21).

37) 리딩케이스로는 *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948)(4개의 기업이 공통의 대리인과 접근수단을 사용하는 협정을 포함하고 있었지만 연방대법원은 서면법 제2조에 의한 분석법을 사용하였다.).

지의 사용으로서의 끼워팔기,<sup>38)</sup> 수요독점자의 경쟁사업자에 대한 거래거절의 강요 또는 차별취급의 강요<sup>39)</sup> 등이 이에 속한다. 최근에는 수요독점자가 일정한 투입물에 대한 배타적 접근을 목적으로 하는 투입물의 약탈적 과다구매(predatory overbuying)가 경쟁자의 상방시장에 대한 접근을 차단하여 산출물시장에서의 독점을 가져오거나 “경쟁자의 비용상승 유발(raising rivals’ costs)”<sup>40)</sup>의 관점에서 문제되었다.<sup>41)</sup> 셋째, 기업결합을 통하여 수요독점자가 출현할 가능성이 있는 경우<sup>42)</sup>가 있다.

최근 수요독점력에 관한 정책적 우려는 수직적 소매공급산업에서의 투입물 시장에 관련해서 집중되고 있다. 특히 저가 할인체인점 형태의 대규모 유통점

38) Betaseed Inc. v. U and I Incorporated, 681 F.2d 1203 (9th Cir. 1982) 사건에서는 사탕무우의 판매자가 경쟁 판매자가 자기로부터 종자를 구입한 재배자들로부터만 제당처리를 위한 사탕무우를 구매한 것에 대하여 서민법 제1조 및 제2조를 근거로 문제를 제기하였다. 피고는 관련시장내의 유일한 사탕무우 처리업자였다. 제9 순회항소법원은 그 관행이 끼워팔기와 유사하다고 보았고 동일한 기준이 적용되어야 한다고 지적하였다. Id. at 1221. 동일한 유형으로 Spartan Grain & Mill Co. v. Ayers, 581 F.2d 419 (5th Cir. 1978) cert. denied 444 U.S. 831 (1979).

39) Klor’s, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207 (1959); Toys “R” Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928, 937 (7th Cir. 2000).

40) 경쟁자의 비용상승 유발이론이 처음 제기된 것은 Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rival’s Costs To Achieve Power Over Price*, 96 Yale Law Journal 209 (1987)에서 이다. 그런데 잠재적으로 경쟁자의 비용을 상승시킬 수 있는 관행은 경쟁자의 공장을 폐쇄시키기 위한 가격인하로부터 시작하는 직접적인 것에서 사보타지, 로비나 규제, 배타적 거래, 수직적 통합 등 간접적인 것에 이르기까지 아주 다양하기 때문에 그것들 모두를 경쟁자의 비용상승 유발이라는 용어로 종합적으로 파악하는 것이 적절하지 않다는 견해도 있다(예컨대 Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice* 491 (Cambridge, 2004), pp. 490~491). 경쟁자의 비용상승 유발은 경쟁법상 개별적 관행들의 경제적 효과를 묘사하는 서술어로서는 적절하지만 독자적 관행을 지칭하는 것으로 사용되기는 적절하지 않다고 생각된다.

41) Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., No. 03-35669 (9th Cir. filed Nov. 26, 2003).

42) 예컨대 Federal Trade Commission v. Consolidated Foods, 380 U.S. 592 (1965)에서는 음식 처리기에 의한 건조야채 생산업자의 인수가 문제되었다. 근거는 인수기업인 Consolidated Foods이 다른 공급업자들로부터의 장래의 구매에 대하여 새로 인수하는 기업으로부터 그들이 건조야채를 구매하기로 협정할 것을 조건으로 부가하여 자기의 수요독점력을 판매를 증대시키는 수단으로 사용할 것이 우려되었다. 연방대법원은 FTC의 분할명령을 인용하면서, “그러한 인수에 의하여 만들어진 상호성은 독점금지법이 방지하고자 하는 반경쟁적 관행의 하나이다”는 것을 이유로 들었다. Id. at 594~595.

의 부상은 경쟁정책 전문가들에게 그것이 투입물 공급업자들에게 행사할 수 있는 수요독점력의 남용에 관하여 우려를 자아내고 있다.<sup>43)</sup> 이와 유사하게 대규모 유통점이 때로는 자신들이 보유하는 시장지배력을 통하여 수문장 역할을 할 수 있다고 주장되고 있다.<sup>44)</sup>

## 2. 우리나라 대규모 유통점의 불공정거래관행

우리나라 대규모 소매점업에서의 불공정거래행위로서 공정거래위원회에 적발되어 시정명령이 내려진 행위유형을 보면, 2001년의 (주)신세계백화점(이마트)의 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위 등에 대한 건<sup>45)</sup>에서는 i) 자사 브랜드 상품(private brand)의 납품대금에서 일방적으로 판매장려금을 공제하는 행위, ii) 피심인의 총매출에서 차지하는 비중이 미미한 코카콜라 제품을 미끼상품으로 내세워 구입원가보다 현저히 낮은 가격으로 상당기간 계속하여 판매하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위가 있다.

그리고 2002년의 (주)신세계의 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위 등에 대한 건<sup>46)</sup>에서는 iii) 납품업자에 대해 납품하는 상품의 판매촉진과 직접 관계되지 않는 매장의 인테리어(비품 등 포함)비용을 부담시키는 행위(다만, 납품업자가 자기 브랜드의 동일성을 유지하기 위한 목적으로 인테리어 비용을 스스로 부담한 것으로 인정되는 경우는 제외하며, 이러한 경우에도 납품업자가 부담하는 인테리어 비용의 내역에 관하여 사전에 명확하게 되어 있어야 한다.), iv) 납품업자에 대해 소비자의 눈에 잘 띄는 위치의 매대에 상품을 진열하는 조건으로 당해상품을 납품한 납품업자로부터 매대사용료를 받는 방법 등과 같이 자기의 구매력을 이용하여 자기를 위해 경제상의 이익을 제공하도록 강요하는 행위, v) 납품업자에 대해 납품하는 상품의 판매촉진과 직접 관련되는 비용을 부담시키는 경우 사전에 당해비용의 부담조건 등에 관하여 합리적으로 명확하게 되어 있지 않는 비용을 부담시키는 행위 등이 있다.

43) 예컨대 Steven C. Salop, *Anticompetitive Overbuying by Power Buyers*, 72 *Antitrust L.J.* 669 (2005).

44) Warren S. Grimes, *Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seller*, 72 *Antitrust L.J.* 563 (2005).

45) i, ii는 공정거래위원회 2001.2.22. 의결 2000유거1594. ii는 산출시장에서의 부당염매로서 투입물시장에서의 수요독점력의 행사와는 무관하다.

46) iii 내지 v는 공정거래위원회 2002.4.23. 의결 2001유거4739.

2005년의 한국까르푸(주)의 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위등에 대한 건<sup>47)</sup>에서는 vi)납품업자등에게 리베이트등의 명목으로 판촉비용을 부담시키는 경우 납품물량에 따라 연동하여 적용되는 기본리베이트 외에 신규점포의 개점 또는 기존점포의 재개점을 이유로 오픈리베이트, 리오픈리베이트 또는 오픈디스카운트등을 추가로 부담시키는 방법으로 납품업자등이 상품의 판매촉진이나 비용절감에 기여하는 등 직접적으로 얻게되는 이익의 범위를 초과하여 부담하게 하는 행위, vii)납품업자로부터 파견받은 종업원을 당해 납품상품에 대한 판매업무외에 피심인의 정기재고조사 등 피심인의 고유업무에 종사하게 하는 행위, viii)납품업자들과의 계약기간 만료로 인한 재계약의 체결이 지연될 경우 지연기간동안의 판매장려금 적용율에 대해 사전에 서면계약에 명확한 근거를 두지 않는 등 거래와 관련하여 분쟁의 대상이 될 수 있는 사항을 서면계약 내용에 포함하지 않는 행위, ix)납품업자등과 납품거래약을 체결하면서 납품업자가 납품을 하지 못하거나 납기를 준수하지 못하는 등의 경우에 이를 제재하기 위한 수단으로 미납금액의 3,000% 내지 1,000%에 해당하는 금액을 벌칙금으로 내게 하는 등 정상적인 거래관행에 비추어 과도한 거래조건을 설정하고 거래하는 행위 등이 공정거래위원회에 적발되어 시정명령이 내려졌다.<sup>48)</sup>

47) 공정거래위원회 2005.5.12. 의결 2004유거3787.

48) 그 밖에도 시정명령이 내려진 건으로 공정거래위원회 2005.5.12. 의결 2004유거3740 (주)신세계(할인점 이마트)의 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위등에 대한 건(『표시광고의 공정화에 관한 법률』위반행위 이외에 i)납품업자들로부터 직매입 또는 주문제조거래로 매입한 상품을 정당한 사유 없이 자신의 재고정리 및 상품순환을 원활히 한다는 이유로 납품업자들에게 반품하는 행위, ii)납품업자들과의 계약기간 만료로 인한 재계약의 체결이 지연될 경우 지연기간동안의 판매장려금 적용율에 대해 사전에 서면계약에 명확한 근거를 두지 않는 등 거래와 관련하여 분쟁의 대상이 될 수 있는 사항을 서면계약 내용에 포함하지 않는 행위); 공정거래위원회 2005.10.18. 의결 2005유거1167 (주)세이브존의 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위에 대한 건(i)납품업자 또는 점포임차인에게 인테리어 비용 등을 부담시키는 경우, 납품업자 또는 점포임차인의 입장에서 상품의 판매촉진이나 비용절감에 기여하는 등 납품업자 또는 점포임차인이 얻는 직접이익의 범위를 초과하여 부담하게 하는 행위, ii)납품업자 또는 점포임차인과 사전에 명확한 근거나 서면합의 없이 납품업자 또는 점포임차인에게 광고협찬비, 사은품비용 등의 판촉비용을 부담시키는 행위, iii)납품업자 또는 점포임차인과 거래하면서 서면계약서의 내용에 대금지급조건 및 대금지급기일에 관한 사항, 매장의 위치 및 면적에 관한 사항, 납품업자에게 지급할 마진율, 계약기간 등 납품업자 또는 점포임차인과의 거래와 관련하여 분쟁의 대상이 될 수 있는 사항을 포함하지 아니하는 행위 및 납품업자 또는 점포임차인과 거래하면서

대규모 유통업자가 납품업자나 입점업자에게 리베이트를 요구하여 받거나, 정당하지 않은 각종 명목으로 금전을 수령하거나 그것을 약정하는 행위 등이 많이 포함되어 있음을 알 수 있다. 특히 위의 iii, iv는 후술하는 진열허용비(slotting allowances) 부과가 이미 우리의 경우에도 행해졌고 적발된 것임을 알 수 있다. 또한 위의 vii은 이익제공강요에 해당하는 것으로 보이지만 후술하는 카테고리관리(category management)의 사례로도 볼 여지가 있다.

### 3. 주요외국의 유통관련 불공정거래행위의 규제

#### (1) 외국 경쟁기관 또는 국제기구의 동향

세계의 경쟁당국은 근래에 대규모 유통점의 구매력과 연관된 경쟁문제의 처리를 위하여 고심하고 있다.

1999년에 OECD에서는 다중상품 소매상의 구매력에 관한 조사가 행해졌다.<sup>49)</sup> OECD에 의하면 최소한 7개 유럽국가들에서 상위 5개 채소공급상이 60퍼센트이상의 소매거래를 담당하고 있다고 한다.<sup>50)</sup> 독일에서의 소매상의 집중도의 변화를 보면, 1970년대 중반에는 식품산업으로부터 직접 구매하는 700개정도의 소매기업이 있었으나, 1980년대 중반에 그 수는 260개가 되었고, 1999년말에 그 수는 115개로 감소하였다. 1998년에 5대 상위 대형소매기업들이 매출액 기준으로 64퍼센트의 시장점유율을 가지고 있었다.<sup>51)</sup> 이들 거대그룹이 통상은 독립소매상들에게도 공급한다는 점을 고려하면, 전체 독일의 소매거래는 9개 이하의 소매그룹에 의하여 장악되고 있다고 말할 수 있다고 한다.<sup>52)</sup> 영국에서는 경쟁위원회의 한 보고서에 의하면 56퍼센트의 영국의

---

서면계약서를 교부하지 않는 행위, iv)납품업자 또는 점포임차인과 거래하면서 거래기간 중 판매장려금 또는 특정매입수수료를 인상하는 행위) 등의 예가 있다.

49) OECD, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs Comm. On Competition Law and Policy, *Buying Power of Multiproduct Retailers* (1999), available at <http://www.oecd.org/dataoecd/1/18/2379299.pdf>.

50) Id., at 16.

51) Richard Scheelings & Joshua D. Wright, *'Sui Generis': An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union*, 39 Akron L. Rev. 207 (2006), p. 208.

52) Ulf Boge, *Retailer Power in EC Competition Law*, 2001 Fordham Corp. L. Inst. 467 (2000).



거래는 3개 대형고객에게 행해지며 68퍼센트는 5개 대형고객에게 행해진다.<sup>53)</sup> 유럽의 소매산업은 현재 과도기이다. 그 변혁의 성질은 하나의 회원국 내 및 복수의 회원국에 걸친 기업결합이 점증하는 점으로 말할 수 있다. 그에 상응하여 국내 및 EU 전역에서의 소매상의 집중도는 증가하고 있으나 반면에 소규모의 독립소매상들의 수는 대부분의 회원국들에서 꾸준히 감소하여 오고 있다. 역사적으로 일국내에서 운영되던 상대적으로 비집중된 산업이 그에 따라서 여러 개의 회원국들에서 운영되는 소수의 기업들이 지배하는 산업으로 전환되고 있다.<sup>54)</sup> 이러한 소매상들의 통합이 증가하는 원인으로는 규모의 경제, 다량구매 가능성, 유통비용의 감소, 내부조직의 구조조정, 바코드 기술처럼 효율성을 강화하는 기술혁신의 실행 등을 들고 있다. 또한 이들 요소외에 한 곳에서 모두 쇼핑하기를 선호하는 소비자구매행위가 변화한 점도 영향을 미쳤다.<sup>55)</sup>

2001년에 미국에서는 FTC가 슈퍼마켓의 독점력외에 진열허용비(slotting allowances) 및 카테고리관리(category management)와 같은 독점금지 차원에서 문제되는 초과소매상의 사업관행에 관한 워크샵을 개최하였다.<sup>56)</sup> FTC의 조사자료에 의하면, 대규모 유통점이 상품을 최초로 납품하는 공급자에게 요구하는 사업관행에는 위의 두 가지외에도 상품의 시험도입(test introduction), 도입비(introductory allowances) 부과, 납품기간위반에 대한 수수료(failure fees), 배타적 거래협정, 잔류비(pay-to-stay fees) 부과 등이 있다.<sup>57)</sup>

53) Competition Commission, *Supermarkets: A Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom*, p11.14 (October, 2000).

54) European Commission Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Law, p. 6, COM (96) 721 final (January, 1997).

55) Louis Vogel, *Competition Law and Buying Power*, 19(1) Eur. Competition L. Rev. 4, 5~6 (1998).

56) Federal Trade Commission, Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry (2001).

57) Federal Trade Commission, *Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories*, (November, 2003), II.

## (2) 구체적 유통관련 거래관행

여기에서는 외국의 실무상 유통관련 불공정거래행위성이 문제되고 있는 거래관행 가운데 약탈적 과다구매, 진열허용비 부과, 카테고리관리에 관하여 소개하고 공정거래법적 문제점에 관하여 살펴보기로 한다.

### 1) 약탈적 과다구매

약탈적 과다구매(predatory overbuying)는 약탈적 판매, 즉 부당염매의 반대측면이다. 약탈(predation)은 경쟁자로부터 (판매의 경우에는) 고객을, (구매의 경우에는) 공급자를 빼앗는 것을 말한다. 결국 약탈적 구매는 투입물 시장에서 행해져서 원료공급기회를 박탈당한 경쟁자를 시장에서 차단시키는 배제행위이고 독점화기도(attempt to monopolize)에 해당한다.

미국판례법상 약탈적 가격책정은 경쟁자를 시장에서 축출하고 난 뒤에 경쟁이 부재한 상태에서 더 높은 수익을 올림으로써 손실을 벌충할 목적으로 현재의 이익을 의도적으로 희생하는 것이다. 이렇게 본다면 약탈적 가격책정이 경제적으로 합리적이라면 i)약탈자가 경쟁자에 비하여 더 큰 재정적 잔존능력을 보유하고 ii)약탈 실시기간 동안에 부담하는 손실이 그 경쟁자가 파괴되거나 순치된 후에 얻을 수익을 하회하리라는 매우 충분한 기대가 가능해야 한다. 역사적으로 약탈적 가격책정이 연방대법원 판결로서 입증된 사건은 드물다. 그러나 법원은 수차례 그것을 인정하였고 학계는 약탈적 가격책정의 빈번성에 관하여 논쟁을 하여왔다.<sup>58)</sup>

약탈적 구매에 관한 1993년의 Brooke Group사건<sup>59)</sup>과 2003년의 Ross-

---

58) Kenneth G. Elzinga, *Collusive Predation: Matsushita v. Zenith (1986)*, p. 241 ;in John E. Kwoka, Jr. & Lorence J. White (eds.), *The Antitrust Revolution* (Oxford University Press, 1989)(Matsushita사건의 상황에서는 고전적인 약탈적 가격책정은 가능성이 희박하다고 보았다.) ; Patrick Bolton, Joseph F. Brodley, & Michael H. Riordan, *Predatory Pricing : Strategic Theory and Legal Policy*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000)(일정한 형태의 약탈적 가격책정은 상대적으로 일반적이라고 보았다.).

59) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)(이 사건은 담배제조업자, Brooke Group이 피고 담배 제조업자 Brown & Williamson Tobacco Corporation의 도매상에 대한 수량 리베이트(volume rebates)가 담배시장의 일부에서 경쟁을 저해하기 위한 약탈적 가격책정 제도를 강화함으로써 제1차적 경쟁상 피해의 우려가 있다고 주장하여 제소한 사건이다. 연방대법원은 경쟁에 대한 피해의 증거가 존재하지 않는다고 판단한 후에 하급심의 판결을

Simmons사건<sup>60)</sup>의 판결의 당부에 대하여는 다음과 같은 논란이 있다.

첫째 Brooke Group판례에서 법원은 방론으로 약탈적 구매(predatory bidding)는 드물게 시도되며 성공하는 경우는 더 드물다는 견해를 표명하였는데 이에 대하여 지지하는 입장<sup>61)</sup>과 이 사건 법원은 과학적 사실보다 경험적 분석에 의존하였으며 비록 약탈적 구매가 판매자의 약탈과 대칭하는 것이라고 하더라도, Brooke Group판례가 정책지향적 관점에서 적절한 기준을 정하였다고 볼 수 없다고 하여 반대하는 입장<sup>62)</sup>이 있다.

둘째, 과다성의 판단기준으로 소비자후생(consumer welfare) 또는 소비자이익을 기준으로 할지<sup>63)</sup> 총후생(aggregate welfare) 기준으로서 시장의 효율성(efficiency)을 기준으로 할지에 관해서도 논란이 있다. 전자의 입장은 소비자후생의 부분균형분석을 이용하여 약탈적 구매에 의하여 가격이 주된 상품의 시장에서 한계비용 밑으로 하락하면 소비자에게 유리하고, 그러한 사례는 가격이 한계비용 위로 인상되는 부당염매 사례와는 매우 상이하다고 하는 결론에 이른다. 이에 대하여 후자의 입장은 일반적 기준으로서 경제적 효율성을 사용하는 근거는 시장내에 비효율성이 존재하는 경우에는 소비자가 손실을 본다고 합리적으로 추정할 수 있기 때문이라고 하고, 약탈적 구매에 의하여 가격이 한계비용에서 괴리되면, 자원이 기회비용의 관점에서 낭비되어 다른 시장에서의 효율적 자원이용을 방해하므로 일반적으로 비록 성공하지 못한 판

---

인용하고, 기록상 피고의 제도가 관련담배시장에서 과점적 가격협력 및 지속적인 초경쟁적 가격책정을 가져올 것이라는 사실이 지지되지 아니한다고 판시하였다.)

60) Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., No. 03-35669 (9th Cir. filed Nov. 26, 2003)(이 사건에서 피고는 원목(log)을 구매하여 제제한 후 목재(lumber)를 공급하는 사업자인 Weyerhaeuser이었는데, 오레곤주, 워싱턴주, 브리티쉬 컬럼비아지역의 오리나무 벌채목(alder sawlogs)의 약탈적 구매와 배타적 구매를 포함한 시장의 수요독점화 혐의로 제소되었다. 이러한 유형의 사건으로 Reid Bros. Logging Co. v. Ketchikan Pulp Co., 699 F.2d 1292 (9th Cir. 1983).

61) Steven C. Salop, *Anticompetitive Overbuying by Power Buyers*, 72 Antitrust L.J. 669 (2005),

62) Richard O. Zerbe Jr., *Monopsony and the Ross-Simmons Case: A Comment on Salop and Kirkwood*, 72 Antitrust L.J. 717 (2005).

63) John B. Kirkwood, *Buyer Power and Exclusionary Conduct: Should Brooke Group Set the Standards for Buyer-Induced Price Discrimination and Predatory Bidding?*, 72 Antitrust L.J. 625 (2005); Steven C. Salop, *Anticompetitive Overbuying by Power Buyers*, 72 Antitrust L.J. 669 (2005),

매자의 약탈이라고 하여도 모든 시장에 걸쳐 소비자에게 이롭다고 말할 수는 없다고 한다.

셋째, 별충가능성의 존부에 관하여 부정하는 입장은 이 사건에서의 약탈(투입물의 매점)후의 별충(recoupment) 가능성에 대하여 원목가격의 인하나 목재가격의 상승이 입증되지 않았다고 보고 부정한다.<sup>64)</sup> 그러나 이에 대하여 긍정론은 약탈기간 동안 Ross-Simmons가 셔터를 내리기 수주전에 경쟁이 감소됨에 따라 오리나무 원목비용이 하락하도록 계획된 피고 Weyerhaeuser의 내부문서를 근거로 반박하고 있다.<sup>65)</sup> 긍정론은 이로 인한 소비자피해에 관해서는 장래의 원목 투입물과 목재 산출의 공급에 명백히 장기간의 효과를 가져올, 산업 및 소규모 임업자에 의한 오리나무 묘목의 식재가 감소된 사실, 약탈적 구매에 기인한 경쟁자의 장래의 오리나무의 입수가능성의 즉각적 감소 등을 들고 있다.

P. Areeda와 D. Turner는 판매측면에 치중하여 조명한 것이긴 하지만 약탈적 가격책정에 대하여 기본적으로 성공하기 어렵다고 보고 그에 대한 규제로 인하여 정당한 경쟁적 가격책정을 저지하지 않도록 하기 위하여 극히 신중할 것을 경쟁당국에 요구하였다.<sup>66)</sup> 나아가서 일부 학자들은 설령 법이 약탈적 가격책정을 허용한다 하더라도 그것을 통하여 수익을 올리기가 극히 어려우므로, 일어나는 경우가 아주 드물기 때문에 무시되어야 한다고 본다.<sup>67)</sup> 일부 학자는 또한 경쟁자를 구축하기 위한 약탈적 가격책정은 차라리 경쟁자를 인수하거나 경쟁자와 가격카르텔을 형성하는 비용이 더 싸기 때문에 기업이 채택할 가능성이 낮다고 주장한다.<sup>68)</sup> 실제로 셔먼법 제정초기에 법원은

---

64) Steven C. Salop, *Anticompetitive Overbuying by Power Buyers*, 72 *Antitrust L.J.* 669 (2005), II. B.

65) Richard O. Zerbe Jr., *Monopsony and the Ross-Simmons Case: A Comment on Salop and Kirkwood*, 72 *Antitrust L.J.* 717 (2005), III 그 차트상의 별충 기회는 Weyerhaeuser senior manager에 의하여 승인되었는데, 원목비용의 2퍼센트 하락에 대하여 Weyerhaeuser의 오리나무 영업부서는 추가적인 순익 2백만달러를 올렸다는 것이다.

66) Phillip Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 *Harv. L. Rev.* 697, 698~699 (1975).

67) 예컨대, Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox : A Policy At War With Itself*, (Free Press, 1993) pp. 148~159); Frank H. Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 *U. Chi. L. Rev.* 263 (1981).

68) John McGee, *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*, 1 *J.L. & Econ.* 259 (1966).

약탈적 가격책정이 경쟁자를 약탈자와의 기업결합에 응하거나 가격카르텔에 가담하도록 강요하는 수단으로서 사용되었다고 생각하였다.<sup>69)</sup> 이처럼 약탈적 가격책정의 규제에 대한 신중론은 대체로 약탈적 가격책정을 철저히 법으로 금지한다면, 그 부작용으로 적법하지만 공격적인 경쟁적 마케팅을 저지할 수도 있다는 우려와 정확한 약탈적 가격책정 원칙은 법원이 적용하기에 너무 기술적이고 어려우므로 법원의 오판비율이 높을 것이라는 우려를 바탕으로 깔고 있는 주장이라 할 수 있다. 이러한 주장이 옳다면 약탈적 가격책정을 엄격히 금지하면 그 결과 비약탈적 가격책정 행위가 약탈적인 것이라고 잘못 취급되기 쉽고, 독점금지법이 통상 장려하려 하는 완전히 적법한 행위를 이유로 기업을 잘못 제재하는 일이 일어날 수 있을 것이다.

그러나 약탈적 가격책정에 대하여 과도하게 공격적인 법원칙을 운용하는 경우 일부 적법한 행위를 잘못 저지할 수도 있는 것과 마찬가지로 만일 전혀 집행하지 않는다면 반경쟁적 행위를 촉진할 수 있기 때문에 약탈적 가격책정을 완전히 규제하지 않는 것은 적절하지 아니하다. 그러므로 의심스러운 경우에 일반적으로 피고에게 유리하게 하는, “약간 과소억제적인(underdeterrent) 약탈적 가격책정 규칙을 개발하는 것”이 우리가 취할 수 있는 올바른 태도이다.<sup>70)</sup> 약탈적 과다구매는 당연위법이 아니라 합리성의 원칙에 의하여 심사하여야 한다고 전제하고 그 심사 기준으로 i) 구매력을 보유한 피고에 의하여 인위적으로 과장된 투입물의 구매, ii) 경쟁자에 대한 피해, iii) 피고의 시장지배력 보유, iv) 소비자피해 등의 4가지를 제안하는 설득력이 있는 주장<sup>71)</sup>이 있다.

## 2) 진열허용비 부과

진열비 또는 진열허용비(slotting allowances) 부과 관행은 공급자가 소매상에게 자기의 공급상품이 최초로 그 소매상의 매장에 진열되거나 창고에 납품되는 것에 대하여 행하는 1회의 금전지급이 요구되는 것을 말한다.<sup>72)</sup>

69) Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 43 (1911); United States v. du Pont, 188 Fed. 127, 140 (Del. 1911).

70) Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, Vol. III 2nd. ed., (Aspen Law & Business, 2002), ¶723b.

71) Steven C. Salop, *Anticompetitive Overbuying by Power Buyers*, 72 Antitrust L.J. 669 (2005), II. B.

72) Federal Trade Commission, *Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories*, (November, 2003), introduction and

유럽위원회의 수직적 제한에 관한 보고서에 의하면 i) 유럽의 제조업자들은 자사의 상품을 소비자에게 판매하는 데에 유통업자와 청과류소매상에게 점점 더 의존하고 있고, ii) 진열공간의 부족 때문에 매출순위가 1, 2가 아닌 상품들은 점점 진열목록에서 빠지고 거대 소매상의 자체브랜드로 대체될 위험에 시달리고 있다고 한다.<sup>73)</sup> 이러한 영업환경하에서 상대적 주도권을 쥔 대규모 유통점이 공급자에 대하여 진열허용비를 부과할 가능성이 생기는 것이라 볼 수 있다.

미국 연방거래위원회의 자료에 의하면 2002년 현재 미국에는 약 166,135개의 청과소매상이 존재하고, 그 중 32,981개는 1년 매출액 2백만달러 이상인 슈퍼마켓이고, 평균적인 슈퍼마켓의 용적은 44,000 입방피트(1245.94m<sup>3</sup>)로서 평균 3만5천개 항목의 상품을 취급한다고 한다.<sup>74)</sup> 이처럼 신상품에 대한 진열공간이 제한되는 상황에서 신상품 판매자에 대하여 대규모 유통점인 소매상이 진열목록에 포함시키는 수수료를 요구하고 있는 것이다.

대규모 유통점은 판촉을 위한 최상의 진열공간을 제공한다. 부분적으로 이것은 소비자가 매장에 오기 전까지는 어떤 상품 또는 어떤 브랜드를 구매할지 결정하지 않은 채 오는 경우가 많기 때문이다. 대규모 유통점은 일반적으로 특정한 브랜드를 그것의 공급업자의 관점에서 판촉할 유인을 갖지 아니한다. 따라서 제조업자는 자사의 공급상품의 진열을 위하여 소매상의 진열공간에 대한 대가를 소매상에게 지급하는데 이러한 진열비지급협정(slotting arrangements)은 청과소매에서 점차 확산되고 있다.<sup>75)</sup>

진열허용비에 대해서는 그것이 일반적으로 대규모 유통점에게 최상급 진열공간을 단기간 제공할 의무를 부과하여 신상품의 공급자에게 소비자에 대한

---

executive summary, available at <http://www.ftc.gov/os/2003/11/slottingallowancerpt031114.pdf>.

73) European Commission Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Law, p. 66, COM (96) 721 final (January, 1997)

74) Federal Trade Commission, Slotting Allowances (n. 46). 연매출액을 기준으로 한 슈퍼마켓의 정의는 미국 식품판매협회(Food Marketing Institute)의 정의에 의한 것이다. [http://www.fmi.org/facts\\_figs/superfact.htm](http://www.fmi.org/facts_figs/superfact.htm).

75) Benjamin Klein, & Joshua D. Wright, *The Economics of Slotting Arrangements*, (2005) (American Law and Economics Association Annual Meetings Working Paper)): Richard Scheelings & Joshua D. Wright, 'Sui Generis': *An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union*, 39 Akron L. Rev. 207 (2006), p. 238, n. 130.

접촉기회를 부여하는 것이므로 통상의 경쟁과정의 효율적 요소라고 하는 주장이 있다.<sup>76)</sup> FTC의 설문조사에서도 7개 소매상 중 6개가 진열에 필요한 비용, 시간 때문에 진열허용비를 요구하거나 수령한다고 설명하였고, 두 공급업자는 소매상이 진열허용비를 통하여 신상품의 도입에 따른 비용을 충당하려는 것이라고 진술하였다.<sup>77)</sup> FTC는 그러한 정당화사유를 일부 인정하면서도 진열허용비에 대한 데이터가 소매상들에 의하여 보관되어 있지 않은 점을 지적하면서 진열허용비가 경우에 따라 시장지배력을 가진 공급업자들이 경쟁자를 축출하기 위하여 진열공간을 과다구매할 수 있게 하는 메카니즘인 것으로 보고 있다.<sup>78)</sup>

유럽위원회는 코카콜라사와 2005년 6월에 화해하였다.<sup>79)</sup> 이 사건의 중심적 주제는 진열비 및 그 밖의 관련관행이었다. 유럽위원회는 코카콜라가 구매할 수 있는 진열공간의 양을 제한하고,<sup>80)</sup> 배타적 협정의 체결, 과거보다 다량의 코카콜라를 구매하는 소매상에 대한 보상인 리베이트의 지급, 코카콜라의 강력한 브랜드를 덜 대중적인 상품의 판매를 위하여 사용하는 것 등을 모두 금지하였다.

### 3) 카테고리관리

카테고리관리(category management)라 함은 소매상이 진열공간의 분배, 판촉 및 재고 등의 결정을 상품 범주별로 분리하는 사업기법이다.<sup>81)</sup> 카테

76) Benjamin Klein, & Joshua D. Wright, *The Economics of Slotting Arrangements*, p. 239(아울러 반경쟁적 배타적 관행은 이론적으로 제조에서의 상당한 규모의 경제를 필요로 하므로 예외적인 경우를 제외하고는 반경쟁적인 진열공간의 과다구매 가능성은 적다고 하는 이유를 들고 있다.).

77) Federal Trade Commission, *Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories*, (November, 2003), p 50.

78) Id. at 64~65.

79) Press Release, Competition: Commission makes commitments from Coca-Cola legally binding, increasing consumer choice, IP/05/775 Case Comp/39.116. available at <http://europa.eu/rapid/pressReleases.do?reference=IP/05/775&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. 유럽위원회는 코카콜라가 배타적 계약을 통하여 다른 상점에서 다른 음료를 소비자의 선택으로부터 배제하는 일을 방지하기 위한 결정을 내렸으며, 그 유효기간은 2010년까지 이다.

80) 코카콜라가 무상으로 제공하는 냉장고안의 20퍼센트 부분에 대해서는 소매상의 임의 진열이 가능하도록 하였다.

고리관리는 몇몇 소매거래에서 수년전부터 사용되어 왔으나 청과소매산업에서는 상대적으로 새로운 관행이다. 카테고리관리에서는 일반적으로 소매상이 특정 제조업자의 종업원을 “category captain” 이나 “category manager”로 지정한다. 전형적으로 category captain은 소매상에게 최적의 상품배합과 특정한 상품 카테고리를 위한 판촉계획을 권고하는 일을 한다.<sup>82)</sup> 이러한 사항에 관해서는 통상 소매상이 결정권을 가지며, category captain는 소매상과 협력하고 조언하는 데 그친다고 한다. 그리고 category captain이 어떤 상품이 운반되고 그것들이 어떻게 선반에 진열될지 조언하기 위하여 사용하는 도식을 “plan-o-gram”이라 한다.<sup>83)</sup>

그런데 경쟁법적 관점에서 카테고리관리와 관련하여 문제되는 것은 카테고리관리가 다른 공급업자를 수퍼마켓 진열대공간으로부터 차단시키는 것을 촉진할 수 있다는 우려이다.<sup>84)</sup> 직접적으로 경쟁자의 비용상승 유발 이론(RRC)에 관련되는 것은 아니지만, 배제의 메카니즘은 RRC와 아주 유사하다. FTC 보고서는 “상품의 전시위치와 판촉을 결정할 수 있는 captain은 다른 제조업자의 진입이나 확장을 방해할 수 있기 때문에, 다양성이 적고 가격이 높아질 가능성이 있다.”고 우려를 표시하였다.<sup>85)</sup>

이에 반하여 카테고리관리의 관행은 경쟁법적으로 문제되지 아니한다는 견해도 있다. 이러한 입장에서는 첫째, 소매상과의 협정이 의사에 의하여 종료 가능하고 그것들이 상품 공급에서 상당한 규모의 경제를 요한다는 것 그리고 그러한 남용은 소매상의 이익에도 반할 것이라는 점 때문에 카테고리관리 지위의 남용에 대한 일방적 반경쟁적 가능성은 경감된다는 점과 둘째, 카테고리관리는 공급업자의 진열허용비 지급에 소매상이 무임승차하는 것을 통제하는 데에 사용될 수도 있으며, 더욱이 이것은 배타적 거래보다 덜 제한적인 방식

---

81) Federal Trade Commission, Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry (Feb. 2001) 47.

82) Federal Trade Commission, *Slotting Allowances* (n. 50), p.12.

83) Benjamin Klein, & Joshua D. Wright, *The Economics of Slotting Arrangements*, p. 240.

84) Thomas Leary, A Second Look at Category Management 2-3 (May 17, 2004), available at <http://www.ftc.gov/speeches/leary/040519categorymgmt.pdf>.

85) Federal Trade Commission, Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry (2001), p. 51.



이기도 하다는 점을 들고 있다.<sup>86)</sup>

생각건대 카테고리관리는 우선 category manager를 파견한 공급자에 대한 관계에서 부당한 이익제공을 강요하는 불공정거래가 될 소지가 충분히 있다. 즉 카테고리관리는 직접 대규모소매점업고시에서 금지하는 “납품업자로부터 파견받은 종업원을 당해 납품상품에 대한 판매업무외에 피심인의 정기재고조사 등 피심인의 고유업무에 종사하게 하는 행위”(제8조제3항)에 해당할 수 있고 “납품업자에 대해 납품하는 상품의 판촉비용을 부담시키는 행위”(제8조제2항)가 인력파견형태로 이루어지는 것으로 파악할 여지도 있다. 또한 category manager를 파견한 공급자의 경쟁자의 입장에서는 자기가 공급하는 상품에 대한 반경쟁적인 진입장벽으로 작용할 가능성도 있다. 나아가서 공급업자간의 부당공동행위가 category manager를 통하여 대규모소매점에서 촉진될 가능성도 생각할 수 있다.

#### IV. 결 론

대규모 유통점에 관련된 최근 주의깊게 논의되는 공정거래법 위반행위유형 가운데 약탈적 과다구매(predatory overbuying)의 사례는 아직까지 우리나라에서 적발되지 않고 있다. 그 이유가 실제 약탈적 가격정책이 실행되기 어렵다는 점 때문인지는 알 수 없다. 그러나 이론상으로는 그러한 관행의 공정거래법적 문제점은 충분히 인정되고 장차 적발될 여지는 있다고 생각된다.

그런데 제2장에서 전술한 바와 같이 수요독점력을 보유한 대규모 유통업자의 불공정거래행위의 경우에 당해 업자의 연간 거래규모가 10억원 미만인가 이상인가 여부에 따라 적용범조가 갈리는 것은 문제가 있다. 이러한 체계정합성 문제를 해결하는 방안으로는 대규모소매점업고시의 성격을 변화, 확대시켜 그것이 특정불공정거래행위에 대한 특별지정으로서의 성격만이 아니라 대규모소매점업에서의 시장지배적 사업자의 지위남용에 대한 특별규정으로서의 의미도 가질 수 있게 재정립함으로써 유통분야에서의 공정거래를 담보하기 위한 통일적 규범으로서 작동할 수 있게 재정립하는 방안이 있다. 또는 그와 달리 불공정거래행위의 유형 가운데 독점력이건 수요독점력이건 모든 시장지배력의 행사와 연관된 행위유형은 시장지배적 사업자의 행위 조항으로 모으고, 불공정거래행위에는 그러한 정도의 힘까지 이르지 않은 불공정한 유형의 행위만을

86) Id.

남겨두는 것을 원칙으로 하여 관련조항을 정리하는 방안도 생각할 수 있다.

대규모 유통점의 공정거래법 위반행위 유형으로서 카테고리관리(category management)는 전술한 바와 같이 공정거래위원회에 대규모소매점업고시 위반으로 적발된 적도 있고, 그 불공정성 및 경쟁제한성도 충분히 인정될 수 있는 것이라고 판단되므로 경쟁당국은 이를 단속하여야 할 것이다.

마지막으로 진열허용비(slotting allowances) 관행은 전술한 것처럼 이미 수차례 우리 공정거래위원회에 적발되었고, 미국이나 유럽의 경쟁당국도 이를 잠재적으로 위법성을 가지는 것으로 파악하고 있다. 다만 그 구조에 대하여 미국의 경쟁당국은 이를 우리처럼 유통업자의 수요독점력의 남용이나 거래상 지위의 남용 차원이 아니라 시장지배력을 가진 공급업자들에 의한 경쟁자 배제행위로서 그 성격을 파악하고 있다는 차이가 발견된다. 진열허용비 관행에 대한 미국 FTC의 접근방법은 우리의 부당고객유인행위와 유사하게 당해 관행의 구조를 파악하는 것이다. 이러한 시각의 차이는 금지되는 행위주체와 그 규제의 보호객체의 파악에 있어 큰 차이를 가져오지만, 반드시 어느 이론만이 옳고 다른 쪽의 이론이 그르다고 할 것은 아니고 당해 범영역의 전체 경제여건, 관련시장의 사정상 어느 쪽을 더 우려하여야 하는가 하는 기준으로 판단되어야 할 관계라고 생각된다. 진열허용비 관행에 대한 미국의 대형 소매상의 경제적 이유에 관한 설명이나 일부 학자의 우호적인 입장도 전술하였지만 설득력은 크지 않다. 진열허용비 관행을 허용하면 유통단계에서의 공정거래가 저해될 우려가 크기 때문이다.

그런데 예컨대 2004년 5개 제약회사의 부당한 고객유인행위에 대한 건<sup>87)</sup>에서 공정거래위원회는 부당한 고객유인을 한 사실을 적발하여 시정명령을 내렸는데, 이 사건에서와 같이 사업자에 대한 부당한 고객유인행위의 형태나 행위당사자간의 관계는 전술한 진열 허용비 관행이나 여러 대규모 유통점의 특정불공정거래행위의 건<sup>88)</sup>에서의 거래상지위남용행위의 그것과 유사하다. 어느 경우나 상품의 공급자가 재판매를 위하여 구매하는 사업자에 대하여 금전

87) 공정거래위원회 2004.2.10. 의결 2003공동2326, 2003공동2327, 2003공동2328, 2003공동2329, 2002공동2330. 이하 “5개 제약회사건”이라 지칭한다. 이들 사건에서는 제약회사들이 자기가 생산하는 의약품을 병원 및 약국 등에 납품함에 있어서 의약품의 판매를 증대시킬 목적으로 각 병원 및 약국 소속 의사 및 약사에게 학회지원, 비품지원, 골프접대, 식사접대 등 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위가 문제되었다.

88) 앞의 각주 45 내지 48의 사건들. 이하 “대규모 유통점건”이라 지칭한다.

기타의 부당한 이익을 제공하는 유통과정에서의 불공정거래행위가 문제되었다. 공급자가 그러한 행위를 하는 것은 구매자가 관련시장에서 상대적인 수요 독점력이 있거나 자기보다 상대적으로 우월한 거래상 지위를 가진 존재이기 때문일 것이다. 그런데 대규모 유통점건에서는 대규모 유통점의 거래상 지위의 남용 관행으로 취급되어 소매상인 대규모 유통점만이 시정의 대상이었고, 5개 제약회사건에서는 반대로 유통점인 병원이나 약국이 부당한 이익으로 유인당한 고객으로 파악되어 공급자인 제약회사만이 시정명령의 대상이 되었다. 이러한 결과는 자칫 수범자의 오해를 살 우려도 있고, 유사한 구조의 관행에 대하여 법집행자의 주관이 작용하여 결과가 크게 달라질 가능성도 배제할 수 없다.

따라서 최종소비자가 아니라 재판매를 위한 구매자에 대하여 공급자가 금전 기타의 부당한 이익을 제공하는 관행은 부당한 이익이 수수된 이상 현행법체처럼 그 성질이 “부당한 고객유인”인지 “거래상 지위의 남용”인지 여부에 따라서 공급자나 수요자의 어느 한쪽만 제재하는 것보다 그러한 반경쟁적 관행에 동참한 행위주체로서 양자 모두를 제재하는 것이 경쟁정책적으로 적절하지 않을까 생각한다.<sup>89)</sup> 그렇게 하면 사업자들에 의한 불공정거래를 방지하는 법규의 준수를 한층 촉진하는 효과가 있을 것이고 위의 대규모 유통점건과 5개 제약회사건과 같이 일견 일관성이 결여된 듯한 결과가 생기는 것도 피할 수 있을 것이다.<sup>90)</sup>

그러자면 현행 공정거래법상 불공정거래행위의 금지규정에 대한 개정이 필요할 것이다. 그 방법론은 여러 가지가 있을 수 있지만 다음과 같이 공정거래법 시행령별표1을 개정하여 부당고객유인행위에 의한 부당한 이익 수령행위 또는 거래상지위를 남용한 거래상대방에 대한 부당한 이익 제공을 금지하는 규정을 신설하는 것이 하나의 방법이 될 것이다. 이 방법은 서론에서 거론하였던 공

89) 여기에서 이야기하는 것은 그러한 시도에 대하여 거래상대방이 동조하여 이익의 수수가 완료된 경우를 말하는 것이며 그와 달리 부당한 고객유인 또는 거래상 지위의 남용이 각각 시도되다가 거래상대방의 거절로 무산된 경우에는 현행대로 행위자만을 제재하면 족하다.

90) 다만 이러한 경우에는 이미 자행된 불공정거래행위의 적발이 어려워질 우려가 있다는 반론이 가능하다. 거래상 지위 남용행위의 상대방이나 부당하게 유인된 고객이 자신도 처벌될 가능성이 생기기 때문에 상대방의 행위에 대하여 증언, 협조를 거부할 가능성 때문이다. 그러나 공정거래법에서 금지하는 관행에 참여하는 행위는 그것이 상대방의 회유, 강요에 의한 것이더라도 비난받아 마땅한 행위이며, 사업자가 거래상대방으로부터 그러한 제의를 받은 경우에는 바로 신고하는 환경이 조성된다면 거래의 공정성은 수호되는 것이다.

정거래법의 예시적 열거주의의 효용을 활용하는 것이라고 할 수 있는데, 현재의 규범체계를 흔들지 않으면서 전술한 목적을 달성할 수 있는 방법론이 아닌가 한다.

[표 2] 공정거래법 시행령 별표1 개정초안 대조표

현행규정	개정초안
<p>[별표1] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항관련)</p> <p>1. ~ 10. (생략)</p> <p>&lt;신설&gt;</p>	<p>11. 그 밖에 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위</p> <p>법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제8호에서 “제1호 내지 제7호이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p>가. 부당한 이익수령</p> <p>제4호의 규정에 의한 부당한 이익에 의한 고객 유인을 받은 사업자가 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 수령하는 행위</p> <p>나. 부당한 이익제공</p> <p>제6호의 규정에 의한 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하는 거래상대방의 강요에 의하여 금전·물품·용역 기타의 경제상 이익을 제공하는 행위</p>

**주제어** 불공정거래행위, 유통, 대규모 소매점, 독점, 수요독점, 약탈적 과다구매, 진열허용비 부과, 카테고리관리, 투입시장, 산출시장.

## Regulation of Unfair Trade Practices by Large-Size Retailers

Kim, Doo-Jin\*

There have been many changes in our nation's distribution systems and their environment due to economic development, technological innovations and globalization. Among these, it is the most important change from the antitrust authority's viewpoint that a great number of large-size retailers (LSRs), such as department stores, supermarkets and large-size discount malls have emerged in Korea and are playing increasingly great roles in wholesale and retail sale level. The reasons are as follows: First, it is partly the cause of the increase in the concentration level in the retail industry; second, the LSRs are usually in a superior position to their suppliers or lessees of stores in the LSRs' malls, which makes it possible for the LSRs to abuse their positions to commit various kinds of unfair trade practices. Therefore, the Korea Fair Trade Commission already issued "the Notification on the Types of and Criteria for Special Unfair Trade Practices Relating to Large-Size Retailers Business" (last revised on 1 July 2005. KFTC Notification No. 2005-10) to regulate unfair trade practices by LSRs.

Recently, the world-wide competition authorities are increasingly concerning about the large scale distributing enterprises' monopsony power and anticompetitive practices, which include the overbuying in input markets, the predatory sales in output markets, imposition of discriminatory or unfair conditions on contracts with suppliers or lessees, and so on.

In this article, my goal is to understand how and why LSRs are engaged in predatory overbuying which possibly leads to the exclusion of incumbent firm's competitors and the imposition of high prices on final products. I also would like to determine whether slotting allowances or category managements might result in competitive harm to consumers. To achieve these goals, we need firstly to understand the economics of monopsony and then to analyze the specific unfair practices.



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

In the last chapter, I made recommendations for legislature that the provisions defining the unfair client squeeze and the imposition of unfair conditions on suppliers via superior position should be supplemented with additional provisions that prohibit the receiving of irrelevant interest in the process of trade.

**Key Words** unfair trade practices, distribution, large-size retailers, monopoly, monopsony, predatory purchasing or buying, slotting allowances, category managements, input markets, output markets.