

신청기관 : 한국공정거래조정원

일본의 우월적 지위남용 규제 현황과 법적 정합성 논의 검토

고재종

선문대학교 법경찰학과 교수

I. 들어가는 말

일본에서 우월적 지위의 남용은 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律)(1947년 법률 제54호, 이하 일본의 공정거래법이라 함)」에서 불공정한 거래 방법의 하나로 금지되고 있다.⁰¹ 동법은 자기의 거래상 지위가 상대방에게 우월하다는 사실을 이용하여 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 주는 행위를 규제할 것을 그 목적으로 하고 있다.⁰²

이러한 우월적 지위의 남용 규제는 2009년 일본 공정거래법이 개정됨으로써 그 규제가 강화되었다. 즉, 대규모 소매업자, 금융기관 등의 우월적 지위 남용행위로 인한 위반 사건이 적발된 점을 근거로 그러한 행위를 억제하기 위한 과징금제도가 새로이 도입되었다. 또한 제조위탁 및 수리위탁을 대상으로 하는 하도급거래에 대한 우월적 지위의 남용 규제에 대하여 1956년 공정거래법 특별법으로 하도급대금지급지연 등 방지법(下請代金支払遅延等防止法, 하도급대금 지연 방지법이라 함)이 제정·개정되었다.⁰³ 특히, 2003년 동법의 개정에서 적용대상을 정보성과물 작성 위탁 및 서비스 제공 위탁의 확대까지 확대시켰으며 그것을 위반한 행위에 대한 조치가 강화되었다.⁰⁴

01 <http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/lawdk.html>.

02 中里和浩, “優越的地位の濫用規制の現状及び今後の課題-フランチャイズ・システムの問題を中心として-”, 『経済科学論究』第8号, 埼玉大学経済学会, 2011. 4, 141頁

03 <http://www.jftc.go.jp/shitauke/legislation/act.html>.

04 中里和浩, 위의 글.

이하에서는 일본의 우월적 지위의 남용 규제(우리나라의 거래상 지위의 남용 규제)에 대한 법적 정합성을 살펴보고자 한다. 먼저, 일본의 우월적 지위의 남용 규제에 대한 법 규정을 개괄적으로 살펴보고, 이를 통하여 과연 우리나라의 해당 규정이 동법이 추구하는 가치와 목적에 잘 조화되고 있는지 그 정합성을 검토하고자 한다.

II. 우월적 지위의 남용규제의 법제도의 개관

우월적 지위의 남용 규제는 일본의 공정거래법에 의한 규제와 하도급대금 지연 방지법에 의한 규제로 대별할 수 있다. 이하 양법의 개요를 살펴본다.

1. 공정거래법

2009년 공정거래법 개정 이전에는 (구)공정거래법 제2조 제9항 제5호의 「거래상의 지위의 부당 이용」(정의 규정)에 따라 업종의 여하에 관계없이 모든 사업자에게 일반적으로 적용되는 고시(구 일반 지정) 제14항에 근거하여 우월적 지위의 남용 규제를 처리하였다.⁰⁵

그러던 것을 2009년 6월 10일 개정법에 의해, 불공정한 거래 방법으로 과징금 제도를 새로이 도입하여 우월적 지위를 남용할 경우 과징금 납부 명령의 대상이 되도록 하고 그 위반 요건을 법정화할 필요가 있어, 구 일반 지정 제14조 제1호부터 제4호에 근거한 공정거래법 제2조 제9항 제5호를 새로이 규정하였다.⁰⁶ 즉, 2009년 이전까지 공정거래 위원회가 「유통·거래 관행에 관한 독점 금지법상의 지침(流通·取引慣行に関する独占禁止法上の指針)⁰⁷」 등을 통해 우월적 지위의 남용 문제를 처리하던 것을 2009년 법 개정에 의하여 법운용의 투명성을 확보하고, 사업자의 예견가능성을 높이게 되었다.⁰⁸ 나아가, 2010년

05 https://www.westlawjapan.com/laws/2009/20100101_51.pdf.

06 동법 제2조 제9호 제5호에 해당하는 우월적 지위의 남용에 대해서는 동호의 규정만을 적용하면 충분하기 때문에 해당행위에 공정거래법 제2조 제9호 제6호의 규정에 따라 지정한 우월적 지위의 남용 규정이 적용되는 것은 아니다.

07 <http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/ryutsutorihiki.html>.

08 주된 것으로 「대규모 소매업자에 의한 납입업자와의 거래에서의 특정 불공정한 거래 방법」의 운용 기준(2005년), 「프랜차이즈·시스템에 관한 독점 금지법에 대하여」(2002년), 「서비스의 위탁거래에서 우월적 지위의 남용에 관한 공정거래법상의 지침」(1998년)이 있다[中里和浩, 위의 글, 151頁 주 6].

11월 30일 「우월적 지위의 남용에 관한 공정거래법 가이드라인(優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方, 이하 공정거래법 가이드라인이라 함)을 책정하여 공표하였다.⁰⁹ 특히, 2009년 공정거래법의 개정에 의해 도입된 과징금 제도는 대상 기간 동안 위반자와 위반행위의 상대방 등 사이의 매상액 또는 구입액의 합계액에 대하여 1%의 산정율을 곱한 액을 위반자에게 명하는 것으로 하였다(일본 공정거래법 제20조의 6).

2. 하도급 대금 지연 방지법

하도급 대금 지연 방지법은 자본금 및 거래 내용을 기준으로 적용대상으로 하는 신사업자 및 하도급 사업자의 범위를 정하고, 신사업자에 대하여, ① 하도급 대금의 지급기일을 급부 수령 후 60일 이내로 할 것(동법 제2조의 2), ② 발주 서면의 교부의무(동법 제3조), ③ 수령거부, 하도급 대금의 지급지연, 하도급 대금의 감액, 반품, 헐값매수·매입, 이용강제, 보복조치 등의 금지(동법 제4조 제1항 각호), 유상지급 원재료 등의 대가의 조기결제, 할인 곤란한 수표의 교부, 부당한 경제상 이익의 제공요청, 부당한 급부 내용의 변경 및 부당한 상품의 재수령 및 서비스의 다시 제공의 금지(동법 제4조 제2항 각호), ④ 서류의 작성·보존의무(동법 제5조) 등을 규정하였다.^{10,11}

Ⅲ. 우월적 지위 남용의 판단 요소

우월적 지위의 남용으로 문제되는 것은 「자기의 거래상 지위가 상대방에게 우월한 점을 이용하여 정상적인 상관습에 비추어 부당한」 경우로 이를 세분화하면 ① 우월적 지위가 있고, ② 정상적인 상관습에 비추어 부당하고, ③ 남용행위가 있을 것으로 구분된다. 만약 이 중 하나 이상이 흠결되면 우월적 지위의 남용에 해당되지 않는다. 나아가, 판정이 가장

09 공정거래위원회는 특정의 업종 등에서 우월적 지위의 남용 등 독점금지법 위반행위를 미연에 방지하기 위하여 특정 부분에서의 가이드라인을 책정, 공표하였다[<http://www.jftc.go.jp/hourei.files/yuuetсутekichii.pdf>].

10 下請代金支払遅延等防止法, <http://www.jftc.go.jp/shitauke/legislation/act.html>.

11 우리나라의 관련법으로는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」, 「대규모 유통업에서의 거래 공정화에 관한 법」, 「대리점 거래의 공정화에 관한 법률」 등을 들 수 있다[김건식·원세범, 「거래상 지위남용 규제의 필요성 및 개선방안」, 한국공정거래조정원, 2018. 1, 2쪽].

어려운 것은 우월적 지위가 있는가의 여부이다.¹² 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1. 자기의 거래상 지위가 상대방에게 우월하다는 점을 이용하는 경우

거래의 일방 당사자(갑)이 상대방 당사자(을)에 대하여 거래상 지위가 우월하다고 하는 것은 시장 지배적 지위가 절대적으로 우월한 지위에 있을 필요는 없고, 거래 상대방과 관계에서 상대적으로 우월한 지위에 있으면 그것으로 충분하다. 또한 우월적 지위에 있는 행위자는 상대방에 대하여 부당하게 불이익을 초래하는 거래를 행한다면 통상 「이용하여」의 요건을 만족한 행위로 인정되고 있다. 이러한 판단 기준으로는 ‘을’의 ‘갑’에 대한 거래의존도, ‘갑’의 시장에서의 지위, ‘을’의 거래처 변경 가능성, 기타 ‘갑’과의 거래 필요성 등 구체적인 사실을 종합하여 판단하여야 한다.¹³

(1) 을의 갑에 대한 거래 의존도

‘을’의 ‘갑’에 대한 거래의존도는 일반적으로 ‘을’이 ‘갑’에게 상품 공급 또는 서비스 제공을 하는 거래의 경우 ‘을’의 ‘갑’에 대한 매상고를 ‘을’ 전체의 매상고에서 제외하고 산출된다. ‘을’의 ‘갑’에 대한 거래의존도가 큰 경우에는 ‘을’은 ‘갑’과 거래를 할 필요성이 높기 때문에 ‘을’에 의하여 ‘갑’과의 거래 계속이 곤란하게 된다면 사업경영상 큰 지장을 초래할 우려가 크다고 하겠다.¹⁴

(2) 갑의 시장에서의 지위

‘갑’의 시장에서의 지위는 ‘갑’의 시장점유율이 어느 정도 크며, 그 순위는 어느 정도인가 등이 고려된다. ‘갑’의 시장점유율이 큰 경우 또는 그 순위가 높은 경우 ‘갑’과 거래하는 ‘을’의 거래 수량이나 거래액의 증가를 기대할 수 있고, ‘을’은 ‘갑’과 거래를 할 필요성이

12 平塚敦之, “優越的地位の濫用について”, 『The Journal of Japan Pharmaceutical Wholesalers Association』Vol.42. No.2., 一般社団法人 日本医薬品卸売業連合会, 2018. 2, 22頁, http://www.jpwa.or.jp/jpwa/pdf/kaihou_201802_05.pdf.

13 公正取引委員会, “優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方(이하 공정거래법 가이드라인이라 함)”, 2017年6月16日 改正, 4頁, <http://www.jftc.go.jp/hourei.files/yuuetstekichii.pdf>.

14 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 4頁.

증대되기 때문에 ‘을’이 ‘갑’과 거래 계속이 곤란하게 된다면 사업경영상 큰 지장을 초래할 우려가 크다고 하겠다.¹⁵

(3) 을의 거래처 변경 가능성

‘을’의 거래처 변경 가능성이란 다른 사업자와의 거래 개시나 거래 확대의 가능성, ‘갑’과의 거래 관련 투자 등이 고려된다. 다른 사업자와의 거래를 개시 또는 확대하는 것이 곤란한 경우 또는 ‘갑’과 거래상 다액의 투자를 할 경우에는 ‘을’은 ‘갑’과 거래를 할 필요성이 크므로 만약 ‘을’이 ‘갑’과 거래가 곤란한 경우에는 사업경영상 큰 지장을 초래할 우려가 크다고 하겠다.¹⁶

(4) 기타 갑과의 거래

기타 ‘갑’과의 거래 필요성을 보여주는 구체적 사실로서 ‘갑’과의 거래액, ‘갑’의 금후 성장가능성, 거래대상이 되는 상품 또는 서비스의 취급 중요성, ‘갑’과 거래에 따른 신용의 확보, ‘갑’과 ‘을’의 사업규모의 상위 등이 고려된다. ‘갑’과의 거래액이 크고, ‘갑’의 사업규모가 확대되면 ‘갑’이 ‘을’에 대한 상품 공급 또는 서비스 제공을 하는 거래에 있어서 해당 상품 또는 서비스가 강한 브랜드 힘을 갖고 있으며, ‘갑’과 거래하는 점에서 ‘을’이 취급하는 상품 또는 서비스의 신용이 향상되고, 또한 ‘갑’의 사업규모가 ‘을’의 그것보다도 현저히 큰 경우에는 ‘을’은 ‘갑’과 거래를 행할 필요성이 크기 때문에 ‘을’에 의하여 ‘갑’과의 거래 계속이 곤란하게 되는 경우는 사업경영상 큰 지장을 초래할 우려가 크다고 하겠다.¹⁷

2. 정상적인 상관습에 비추어 부당한 경우

「정당한 상관습에 비추어 부당한」의 요건은 공정거래법의 일부 개정 법률(2009년 법률 제51호)의 제2조 제9항 제5호에서 정하고 있다. 이 요건의 충족 여부는 우월적 지위의 남용 유무를 공정한 경쟁질서의 유지·촉진의 관점에서 문제가 되는 행위의 불이익 정도, 행

15 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 4頁.

16 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 4-5頁.

17 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 5頁.

위의 확대 등을 고려하여 개별 사안마다 개별적으로 판단하여야 한다. 그렇지만, 현재 존재하는 상관습에 합치된다고 하여 모든 행위가 정당화되는 것은 아니다(공정경쟁 저해성). 예를 들면, ① 다수의 거래 상대방에게 조직적으로 불이익을 초래하지 않았는지의 여부, ② 특정의 거래 상대방에게만 불이익을 초래하는 경우 그 불이익의 정도가 특별히 강력한 것이 아닌지의 여부 또한 만약 그 행위를 방지하면 다른 부문에 영향을 미치지 않는지의 여부 등을 고려하여야 한다.¹⁸

IV. 우월적 지위가 남용되는 행위의 유형

우월적 지위가 남용되는 행위의 유형에 대해서는 공정거래법 제2조 제9항 제5호 가목부터 다목에 열거하고 있다. 다만, 이처럼 열거된 행위만이 우월적 지위의 남용 문제가 되는 것은 아니다. 따라서 우월적 지위의 남용 문제가 되는 경우를 사전에 방지하기 위해서는 거래 대상이 되는 상품 또는 서비스의 구체적인 내용이나 품질의 평가 기준, 납기, 대금액, 지불기일, 지불방법 등에 대하여 거래 당사자 간에 사전에 서면으로 명확하게 하여 둘 필요가 있다.¹⁹ 구체적으로 보면 다음과 같다.

1. 공정거래법 제2조 제9항 제5호 가목

계속하여 거래하는 상대방(새로이 계속하여 거래를 하고자 하는 상대방 포함. 나목의 경우도 마찬가지)에 대하여 해당 거래에 관련한 상품 또는 서비스 이외의 상품 또는 서비스의 구입을 강제하는 것

여기서 「해당 거래에 관련한 상품 또는 서비스 이외의 상품 또는 서비스」에는 자기가 공급하는 상품 또는 서비스뿐만 아니라 자기가 지정하는 사업자가 공급하는 상품 또는 서비스를 포함된다. 또한 「구입을 강제하는」의 의미는 그 구입을 거래 조건으로 하거나 구

¹⁸ 平塚敦之, 앞의 글, 23頁.

¹⁹ 公正取引委員會, 위의 가이드라인, 7頁

입을 하지 않는 경우, 불이익을 주거나 또는 사실상 구입을 강제하는 경우까지 포함된다. 예를 들면, 거래상 지위가 상대방에 대하여 우월한 사업자가 해당 거래에 관련한 상품 또는 서비스 이외의 상품 또는 서비스의 구입을 요청하였으나, 해당 거래의 상대방은 그것이 사업수행에 필요하지 않는 서비스 또는 상품이고 또한 구입을 희망하지 않지만 금후의 거래에 미치는 영향을 우려하여 해당 요청을 받아들일 수밖에 없다면 그것은 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 미치는 것으로 되고, 우월적 지위의 남용으로서 문제가 될 수 있다고 한다.²⁰

2. 공정거래법 제2조 제9항 제5호 나목

계속하여 거래하는 상대방에게 자기를 위하여 금전, 서비스 기타 경제상 이익을 제공하도록 하는 것

여기서 「경제상의 이익」의 제공이란 협찬금, 협력금 등 명목 여하를 불문하고 행하여진 금전의 제공, 작업상 노무의 제공 등을 말한다.²¹

(1) 협찬금 등 부담의 요청

거래상 지위가 우월한 사업자가 거래의 상대방에게 협찬금 등의 명목으로 금전의 부담을 요청하는 경우, 해당 협찬금 등의 부담액 및 그 산출근거, 사용용도 등이 해당 거래의 상대방과의 사이에 명확하지 않아 그 거래의 상대방에게 미리 계산할 수 없는 불이익을 초래하거나 해당 거래의 상대방이 얻을 수 있는 직접의 이익²² 등을 감안하여 합리적으로 인정될 수 있는 범위를 초과하여 거래의 상대방에 불이익을 줄 때에는²³ 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 주는 것으로 되고, 우월적 지위의 남용으로 문제가 될 수 있다.²⁴

20 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 7-8頁.

21 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 10頁.

22 「직접의 이익」이란, 예를 들면 광고에 거래의 상대방이 납입하는 상품을 게재하기 위하여 광고를 작성·배포하는 비용의 일부를 협찬금으로서 부담하는 것이 거래의 상대방에게 그 납입하는 상품의 판매촉진을 하지 않는 등 실제로 발생한 이익을 말한다. 협찬금을 부담함에 의하여 장래 거래가 유리하게 될 수 있는 간접적 이익을 포함하지 않는다.

23 이 경우는 협찬금 등의 부담의 조건에 대하여 거래의 상대방과의 사이에서 명확하게 되어 있어도 우월적 지위의 남용으로서 문제가 된다.

24 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 10頁.

(2) 종업원 등의 파견 요청

거래상 지위가 우월한 사업자는 거래의 상대방에 대하여 종업원 등²⁵의 파견을 요청하는 경우, 어떠한 경우 어떠한 조건에서 종업원 등을 파견하는가에 대해서는 해당 거래의 상대방과의 사이에 명확하게 약정을 하지 않아 그 거래의 상대방에게 사전 계산되지 않는 불이익을 초래하거나 종업원 등의 파견을 통하여 해당 거래의 상대방이 얻는 직접의 이익²⁶ 등을 감안하여 합리적인 범위를 초과하여 그 거래의 상대방에 불이익을 주게 되는 경우²⁷에는 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 주는 것으로 되고, 우월적 지위의 남용으로서 문제가 될 수 있다. 다만, 종업원 등의 파견 조건에 대해서 이미 해당 거래의 상대방과의 합의²⁸하고, 혹은 파견을 위하여 통상 필요한 비용을 자기가 부담하는 경우도 그러하지 아니한다.²⁹

(3) 기타 경제상 이익의 제공 요청

위의 경우 이외에도 거래상 지위가 우월한 사업자가 정당한 이유가 없음에도 불구하고 거래 상대방에 대한 발주 내용에 포함되지 않는 금형(목형 기타 금형에 유사한 것 포함) 등의 설계도면, 특허권 등의 지적재산권, 종업원 등의 파견 이외의 서비스 제공 기타 경제상의 이익의 무상제공을 요청하는 경우와 같이 그 거래의 상대방이 금후의 거래에 미치는 영향을 우려하여 그것을 받아들이지 않을 수 없는 경우에는 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 초래하게 되고, 우월적 지위의 남용으로서 문제가 될 수 있다.^{30,31}

25 「종업원 등」은 해당 거래의 상대방이 해당 요청에 응하기 위하여 고용한 아르바이트나 파견 노동자 등을 포함한다.

26 「직접의 이익」이란 예를 들면, 거래의 상대방의 종업원 등을 소매점에 파견하여 소비자에게 판매시키는 것이 거래의 상대방이 납입하는 상품의 매상의 증가, 거래의 상대방에 의한 소비자 요구의 동향의 직접·파악에 연결되는 경우 등 실제로 발생하는 이익을 말한다. 종업원 등의 파견을 하는 것에 의하여 장래의 거래가 유리하게 되는 것과 같은 간접적 이익은 포함되지 않는다.

27 이 경우는 종업원 등의 파견의 조건에 대해서 거래의 상대방과의 사이에서 명확하게 연결되어도 우월적 지위의 남용으로서 문제가 된다.

28 「합의」는 당사자의 실질적인 의사가 합치되는 것이고, 거래의 상대방과의 충분한 협의를 한 위에 해당 거래의 상대방이 납득하여 합의한다는 취지이다. 「반품」(본 글의 Ⅳ. 3.(2))에 있어서 「합의」의 고찰 방법도 이와 마찬가지로이다.

29 公正取引委員会, 앞의 가이드라인, 12頁.

30 무상으로 제공된 경우뿐만 아니라, 거래상 지위가 우월한 사업자가 거래의 상대방에 대하여 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 낮은 대가로 제공된 경우에는 우월적지위의 남용으로서 문제가 된다. 이 판단에 대해서 「거래의 대가의 일방적 결정」(본 글의 Ⅳ. 3. (5) 1))에 기재된 고찰 방법에 적용된다.

31 公正取引委員会, 앞의 가이드라인, 14頁.

3. 공정거래법 제2조 제9항 제5호 다목

거래의 상대방과의 거래에 관련한 상품의 수령 거절, 거래의 상대방과의 거래에 관련한 상품을 수령한 후 해당 상품을 그 거래 상대방에게 반품, 거래의 상대방에 대하여 거래의 대가의 지급지연 또는 감액, 기타 거래의 상대방에게 불이익한 거래조건의 설정, 변경 내지 거래를 하는 것

이 공정거래법 제2조 제9항 제5호 다목은 「수령거부」, 「반품」, 「지불지연」 및 「감액」이 우월적 지위의 남용에 연결되는 행위의 예로서 언급되고 있지만, 이 외에도 다양한 형태가 포함될 수 있다.

(1) 수령거부

거래상 지위가 상대방에게 우월한 사업자가 거래의 상대방으로부터 상품을 구입하는 계약을 체결한 후 정당한 이유가 없이 해당 상품의 전부 또는 일부의 수령을 거부하는 경우³²는 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 줌에 의하여 우월적 지위의 남용으로 문제가 될 수 있다.³³ 다만, ① 해당 거래의 상대방이 구입한 상품에 하자가 있는 경우, 주문한 상품과 상이한 상품이 납품된 경우, 납기 내에 납품하지 못해서 판매목적을 달성할 수 없는 경우 등 해당 거래의 상대방 측의 귀책사유가 있는 때, ② 상품 구입시 해당 거래의 상대방과 합의로 수령하지 않을 조건을 두고, 그에 따라 상품을 수령하지 않을 때,³⁴ ③ 해당 거래 상대방에게 사전 동의를 얻거나³⁵ 또는 상품의 수령거부시 해당 거래 상대방이 통상 발생하는 손실³⁶을 부담한다고 한 때에는 이에 해당되지 않는다.³⁷

32 「수령거부」는 상품을 납기에 수취하지 않는 것이다. 납기를 일방적으로 연기하는 것 또는 발주를 일방적으로 취소함에 의하여 납기에 상품의 전부 또는 일부를 인수하지 않는 경우를 포함한다.

33 거래의 상대방이 서비스의 제공을 받은 계약을 체결한 후 정당한 이유 없이 해당 서비스제공의 전부 또는 일부의 수취를 거절하는 경우에 대하여 공정거래법 제2조 제9항 제5호 다목 「기타 거래의 상대방에 불이익으로 되는 거래의 조건을 (중략) 변경, 또는 거래를 실시하는 것」으로서 우월적 지위의 남용의 문제에 해당될 수 있다(본 논문의 IV. 3. (5)제4조의 3(5) 3)).

34 해당 상품에 대하여 정상적인 상관습의 범위 내에서 수령을 거부하는 조건을 정한 경우에 한한다.

35 「동의를 얻은」이란 승인 완료의 의사표시를 얻는 것으로 거래 상대방이 납득하여 동의하는 것이라는 취지의 것이다. 「반품」(본 논문의 IV. 3. (2)), 「지급지연」(IV. 3. (3)) 및 「상품의 재수령 및 서비스의 다시 제공의 요청」(IV. 3. (5) 2))의 고찰 방법도 이와 마찬가지로이다.

36 「통상 발생하는 손실」이란 수령거부에 의하여 발생한 상당인과관계의 범위 내의 손실을 말한다. 예를 들면, ① 상품의 시황의 하락, 시간의 경과에 따른 상품의 사용기한의 단축에 수반한 가치의 감소 등에 상당한 비용, ② 물류에 요하는 비용, ③ 상품의 폐기 및 「상품의 재수령 및 서비스의 다시 제공의 요청」(제4조의 3(5)가목)에 있어 「통상 발생하는 손실」의 고찰 방법도 이와 마찬가지로이다.

37 公正取引委員会, 앞의 가이드라인, 15頁.

(2) 반품

거래상 우월한 지위를 가진 사업자가 해당 거래와 관련하여 거래의 상대방에게서 수령한 상품을 반품할 경우, 반품 조건에 대하여 상대방과 명확하게 정하고 있지 않아 해당 거래의 상대방이 이미 계산할 수 없을 정도의 불이익을 받는 경우라면 해당 거래의 상대방이 금후의 거래에 미치는 영향 등을 우려하여 그것을 수령하지 않을 경우 정당한 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 초래하는 것으로 우월적 지위 남용의 문제가 제기될 수 있다. 그렇지만 ① 해당 거래의 상대방으로부터 구입한 상품에 하자가 있는 경우, 주문한 상품과 상이한 상품이 납품된 경우 혹은 납기 내에 납입을 하지 않아 사업자가 판매 목적을 달성할 수 없는 경우 등 거래 상대방에게 귀책사유가 존재하는 때에는 그러하지 아니한다.³⁸

(3) 지급지연

거래상 지위가 상대방에게 우월한 사업자가 정당한 이유 없이 계약에서 정한 지급기일에 대가를 지불하지 않는 경우, 해당 거래의 상대방이 금후의 거래에 미치는 영향 등을 우려하여 그것을 수입하지 않는다면 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 초래하는 것으로 되고, 우월적 지위의 남용으로 문제가 된다. 또한 계약에서 정한 지급기일보다 늦게 대가를 지급하는 경우, 거래상 지위가 우월한 사업자가 일방적으로 대가의 지급기일을 연기하여 설정하는 경우 및 지급기일의 도래를 자의적으로 연기하는 경우도 마찬가지이다. 그렇지만 해당 거래의 상대방의 동의를 얻고 또한 대가의 지불을 연기하여 해당 거래의 상대방에게 통상 발생할 수 있는 손실을 자기가 부담하는 경우에는 이 경우에 해당되지 아니하다.³⁹

(4) 감액

거래상 지위가 상대방에게 우월한 사업자가 상품 또는 서비스를 구입한 후 정당한 이유 없이 계약에서 정한 대가를 감액하는 경우로 해당 거래의 상대방이 금후의 거래에 미치는 영향을 우려하여 그것을 구입하지 않는 경우에는 정상적인 상관습에 비추어 부당하게

³⁸ 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 17頁.

³⁹ 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 18-19頁.

불이익을 초래하게 되고 우월적 지위의 남용으로 문제가 된다. 계약에서 정한 대가를 변경하지 않고 상품 또는 서비스의 사양을 변경하는 등 대가를 실질적으로 감액하는 경우도 마찬가지이다. 그렇지만 ① 해당 거래의 상대방이 구입한 상품 또는 제공된 서비스에 하자가 있는 경우, 주문내용과 상이한 상품이 납입되거나 또는 서비스가 제공된 경우, 납기 내에 납입하지 못하여 판매 목적을 달성할 수 없는 경우 등 해당 거래의 상대방에게 귀책 사유가 있는 경우에는 해당되지 아니한다.

(5) 기타 거래의 상대방에게 불이익으로 되는 거래조건의 설정 등

위의 1, 2 및 3(1)부터 (4)까지의 행위 유형에 해당하지 않는 경우라도 거래상 지위가 우월한 사업자가 거래의 상대방에게 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익으로 되는 거래조건의 설정, 변경 내지 거래를 하는 경우에는 우월적 지위의 남용으로 문제가 될 수 있다.

1) 거래 대가의 일방적 결정

거래상 지위가 우월한 사업자가 거래의 상대방에 대하여 일방적으로 현저히 낮은 대가 또는 현저히 높은 대가로 거래를 요청하는 경우 해당 거래의 상대방이 금후의 거래에 미치는 영향을 우려하여 해당 요청을 받아들일 수 없는 경우에는 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 주는 것으로 우월한 지위의 남용으로 문제가 될 수 있다.⁴⁰ 그러나 ① 요청이 있던 대가로 거래를 하고자 하는 동업자가 그 밖의 사유의 존재로 인하여 낮은 대가 또는 높은 대가로 거래하자고 요청하는 것이 대가와 관련한 교섭의 일환으로 행하여지고, 그 요청 대가가 수급관계를 반영하여 인정되는 경우, ② 특정 품목에 대한 할인판매를 하기 위하여 통상보다 대량의 상품구입시 통상 구입가격보다도 낮은 가격으로 구입하고자 할 경우(volume discount) 등 거래조건의 상이(相異)가 정당하게 반영한 것이라면 위의 경우에 해당되지 않는다.⁴¹

⁴⁰ 거래의 대가의 일방적 결정은 공정거래법 제2조 제9항 제5호 다목의 「거래의 상대방에게 불이익을 주는 거래 조건을 설정 (중략) 하는 것」에 해당된다.

⁴¹ 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 21-22頁.

2) 상품의 재수령 및 서비스의 다시 제공의 요청

해당 거래의 상대방이 상품을 수령한 후 또는 서비스의 제공을 받은 후에 거래상 지위가 우월한 사업자가 정당한 이유 없이 상품의 재수령 및 서비스의 다시 제공을 요청하는 경우, 해당 거래의 상대방이 금후의 거래에 미치는 영향 등을 우려하여 그것을 수용할 수 없는 경우에는 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 불이익을 주게 되어 우월적 지위의 남용으로 문제될 수 있다.^{42,43} 반면 ① 상품의 발송 또는 서비스의 제공 시점에서 약정 조건을 만족하지 못하는 경우, ② 이미 해당 거래의 상대방 동의를 얻었거나 또는 상품의 재수령 및 서비스의 다시 제공에 의하여 해당 거래의 상대방에 대하여 통상 발생하는 손실을 자기가 부담하는 경우, ③ 구체적인 사양을 확정하기 위하여 시작품(試作品)을 제작하는 것을 포함한 거래에서 해당 시작품에 대해 상품의 재수령 및 서비스의 다시 제공을 요청하고 또한 그에 대한 비용이 당초의 대가에 포함되어 있다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.⁴⁴

3) 기타

이 외에도 프랜차이즈 체인의 본부가 가맹자에 대하여 단념판매⁴⁵를 어쩔 수 없이 취소하는 경우, 가맹 점주가 자기의 합리적인 경영판단에 따라 자기의 부담을 경감하는 기회를 상실하게 되는 경우에도 우월적 지위의 남용의 문제가 제기된 적이 있다.⁴⁶

42 「상품의 재수령 및 서비스의 다시 제공」은 공정거래법 제2조 제9항 제5호 다목의 「거래의 상대방에게 불이익이 되는 거래의 조건을 (중략) 변경하거나 또는 거래를 실시하는 것」에 해당된다.

43 거래의 상대방이 상품을 수령하기 전 또는 서비스의 제공을 받기 전에, 급부 내용을 변경하여, 당초 급부 내용과는 상이한 작업을 시키는 경우에 대해서는 「감액」(본 논문의 IV. 3. (4)) 또는 「기타 거래의 상대방에게 불이익이 되는 거래조건의 설정 등」(동 IV. 3. (5))으로 우월적 지위의 남용으로 문제될 수 있다.

44 公正取引委員会, 위의 가이드라인, 23-24頁.

45 프랜차이즈에 가맹한 점주가 판매기한에 근접한 도시락 등을 가격 인하하여 파는 형태를 말한다.

46 이 행위도 일본 공정거래법 제2조 제9항 제5호 다목에 해당하는 행위이다. 또한 프랜차이즈 거래에서 우월적 지위의 남용에 대한 세부적인 내용에 대해서는 [公正取引委員会, “フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について(2002년 4월 24일)”, <http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/franchise.html>]를 참조.

V. 맺는 말

이상으로 일본에서의 우월적 지위의 남용 규제에 대하여 살펴보았다. 일본은 오래 전부터 관련 법제도의 정합성을 유지하기 위하여 우월적 지위의 남용에 대한 문제를 제기하고 이를 적극적으로 해결하고자 한 것으로 보인다.

먼저, 일본은 공정거래법 제2조 제9항 제5호에 세 가지의 유형을 규정하고 있다. 하지만, 일본은 예시주의를 취하여 반드시 이에 한정하는 것은 아니라고 하여 다양한 유형의 우월적 지위의 남용 형태가 존재할 수 있음을 인정하였다. 또한 일본의 공정거래위원회는 「우월적 지위의 남용에 관한 독점금지법 가이드라인」을 마련하였으며, 우월적 지위의 남용에 해당하는 요건도 “자기의 거래상 지위가 상대방에게 우월한 것을 이용하여”, “정상적인 상관습에 비추어 부당하게” 등을 제시하면서 이에 대하여 구체적으로 검토하고 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 일본은 또 다른 검토해야 할 점을 제시하고 있다. 즉, “경쟁”을 하지 않는 단계에서 그것을 이용하여 이익을 얻는 행위의 규제를 현존하는 “경쟁”을 “저해”하는 행위와 동렬의 것으로 논할 수 있을지의 여부, “거래의 필요성”, “계속성”, “남용” 등에 대한 명확한 개념의 설정 등을 언급하면서 이의 해결을 위하여 노력하고 있는 것을 보인다.

반면 우리나라는 우월적 지위 남용의 규제와 관련하여 불공정 거래행위의 금지 중 “거래상 지위남용의 규제”(우리나라 공정거래법 제23조 제1항 제4호)의 형태로 규정하고 있다. 여기서 “거래상 지위”란 시장지배적 지위와 같은 정도의 강력한 지위를 의미하는 것이 아니라 상대방의 거래 활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 정도의 최소한의 지위라고 한다.⁴⁷ 나아가, 거래상 지위의 남용의 유형으로는 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭을 들고 있다(공정거래법 시행령 별표 1의 2 제6호 가-마목). 이는 우리나라의 경우 열거주의를 취하고 있음을 의미한다. 또한 거래상 지위의 판단도 “거래상대방의 거래 활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 최소한의 지위”라고 하고 정의하고 있는데, 그 의미가 추상적이며 애매모호하다고 생각된다,

이러한 제도를 일본의 제도와 비교하여 볼 때, 다음의 점에서 개선할 필요가 있다고 본다.

⁴⁷ 권오승, 「경제법」, 법문사, 2014, 326쪽.

첫째, 우리나라도 일본처럼 거래상 지위의 남용 유형을 열거주의에서 예시주의로 변경하여 다양한 형태의 거래상 지위 남용 유형에 대하여 탄력적이고 유연하게 대처할 수 있도록 함이 타당하다고 본다. 둘째, 다양한 형태의 거래상 지위 남용을 규제하기 위하여 일본과 같이 거래상 지위 남용의 규제 요건과 그에 대한 명확한 해석 기준이 필요하다고 본다. 이렇게 함으로써 거래상 지위의 남용 규제 제도의 운용에 대하여 예측가능성을 충분히 담보할 수 있다고 본다.

참고문헌

김건식·원세범, 「거래상 지위남용 규제의 필요성 및 개선방안」, 한국공정거래조정원, 2018. 1
권오승, 「경제법」, 법문사, 2014

公正取引委員会, “優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方”, 2017. 6. 16(改正), <http://www.jftc.go.jp/hourei.files/yuuetsutekichii.pdf>

公正取引委員会, “フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方について(2002년 4월 24일)”, <http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/franchise.html>

中里和浩, “優越的地位の濫用規制の現状及び今後の課題-フランチャイズ・システムの問題を中心として-”, 「経済科学論究」第8号, 埼玉大学経済学会, 2011. 4

平塚敦之, “優越的地位の濫用について”, 「The Journal of Japan Pharmaceutical Wholesalers Association」Vol.42. No.2., 一般社団法人 日本医薬品卸売業連合会, 2018. 2

<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/lawdk.html>

<http://www.jftc.go.jp/shitauke/legislation/act.html>

<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/ryutsutorihiki.html>.

https://www.westlawjapan.com/laws/2009/20100101_51.pdf.