

KERI Insight



대규모소매업법(안), 소비자 이익 저버린 과잉입법



신석훈
한국경제연구원 선임연구원
(sshun@keri.org)



조성봉
한국경제연구원 선임연구원
(sbcho@keri.org)

최근 대규모소매업자의 계약상 우월적 지위남용 행위로부터 납품업자를 보호하기 위해 추진 중인 「대규모소매업에서의 거래 공정화에 관한 법률안(이하 대규모소매업법)」은 정상적인 유통활동까지도 불공정행위로 간주하여 궁극적으로 소비자 이익을 훼손시킬 우려가 있는 과잉입법이다. 대규모소매업법에서는 외형적으로 불공정해 보이는 행위유형들을 구체적으로 열거한 후 대규모소매업자의 행위가 여기에 해당하면 공정거래위원회가 적극적으로 부당성을 입증하지도 않고 일단 불공정한 것으로 보고 그렇지 않다는 사실을 대규모소매업자 측에서 입증하도록 하고 있다. 특정 행위유형에 대해서는 이러한 정당성 입증마저도 불가능하도

록 하고 있다. 대규모소매업법은 대규모소매업자의 우월적 지위행사를 과징금이나 형벌 등으로 강력히 제재할 수 있도록 하면서도 법적 판단의 오류로 인한 위험(legal risk)을 대부분 대규모소매업자에게 부담시키고 있어 국가권력 행사의 한계를 천명한 헌법상 적법절차원칙(제12조)에 위반될 소지도 있다. 대규모소매업자의 계약상 우월적 지위행사로부터 납품업자를 보호해야 하는 것은 당연하지만 이것은 사법적 구제시스템의 개선을 통해 달성해야 하고 공법은 이러한 행위가 경쟁을 제한하며 소비자후생을 훼손하고 있지는 않은지를 철저히 감시하는 역할에 주력해야 하므로 이에 역행하는 대규모소매업법 제정논의는 철회되어야 한다.

I. 검토배경

- 최근 대규모소매업자와 납품업자 간 사적(私的) 계약관계에서 초래되는 전자의 계약상 우월적 지위남용행위로부터 후자를 보호하기 위한 「대규모소매업에서의 거래 공정화에 관한 법률(이하 대규모소매업법)」 제정 작업이 가시화되고 있음.
- 대규모소매업법 제정의 논거는 대형유통업체가 계약상의 우월적 지위를 바탕으로 납품·입점업체에 대해 우월적 지위를 남용하는 불공정거래 관행이 상존하고 있다는 것임.
 - 대형유통업체와 납품·입점업체 간 공정거래질서를 확립하고 동반성장을 유도하기 위해 새로운 입법이 필요하다는 것임.
- 현재 대형유통업자와 납품업자 간의 사적 계약관계에서 초래될 수 있는 불공정행위는 공정거래법상 우월적 지위남용 금지조항(법 제23조 제1항 제4호)과 이에 기초한 '대규모소매업고시'에서 규제되고 있는데 이것으로는 규제의 실효성이 담보될 수 없다고 보며 규제강화를 위한 입법이 추진되고 있는 것임.
 - 현재 공정거래법에 의한 규제가 실효성이 떨어진다고 보는 이유는 대규모소매업자의 납품업자에 대한 행위가 '부당'하다는 사실을 공정거래위원회가 입증해야 하는데 이것이 어려워 대형유통업체의 고착화된 불공정관행을 근본적으로 개선하는데 한계가 있다는 것임.
 - 대규모소매업자의 행위가 공정거래법 위반행위로 인정되기 위해서는 '고시'에서 규정한 불공정행위의 외형적 요건에 해당하는 것만으로는 부족하고 행위의 '부당성'까지를 공정거래위원회가 증명해야 하는데 이를 실효적으로 입증하는데 한계를 느끼고 있는 것임.
 - 따라서 이러한 한계를 극복하기 위해서는 '고시'라는 규제의 틀을 좀 더 국민에 친숙한 규범체제로 승격시키면서 아울러 행위의 부당성에

관한 입증책임까지도 공정거래위원회가 아닌 대규모소매업자에게 전환하도록 하는 내용의 새로운 법률을 제정할 필요가 있다는 것이 제정에 찬성하는 견해의 논거임.¹⁾

- 새로운 법률에서 구체적인 금지행위를 규정하여 이러한 행위유형에 해당하기만 하면 특별한 입증 없이 위법행위로 볼 수 있도록 해 대규모소매업자 규제를 손쉽게 하기 위함.

□ 경과

- 2010년 7월 「대규모유통업 납품거래 공정화에 관한 법률안」(박선숙 의원 대표발의)이 제출되었음.
- 2010년 9월, 현 정부는 대·중소기업 동반성장을 위한 '대·중소기업 동반성장 추진대책'을 발표하였고 여기에는 「(가칭) 대규모소매업 거래 공정화에 관한 법률」 제정계획이 포함되어 있음.
- 2011년 6월 「대규모소매업에서의 거래 공정화에 관한 법률안」(이사철 의원 대표발의)이 제출되었음.
- 2011년 7월, 공정거래위원회와 한나라당은 법률 제정에 대해 합의

□ 대규모소매업법은 관련 이해당사자들인 '대규모소매업자', '납품업자', '소비자' 간 최적 이해관계 조정에 실패하고 있음.

- 대규모소매업자와 납품업자 간의 계약관계에서 전자가 계약상 우월적 협상력을 가질 경우 할인된 가격으로 납품을 받아 소비자들에게 저렴한 가격으로 공급할 수 있는데 이때 법은 두 가지 쟁점에 관심을 가져야 함.
- 첫째, 대규모소매업자의 우월적 협상력에 의한 납품가격 하락의 효과가 소비자들에게 흘러 들어가는지

1) 최영홍(2011)

- 법은 우월적 지위행사가 경쟁제한의 수단으로 활용되어 소비자 후생을 훼손시키는 것을 통제해야 함.
- 둘째, 소비자에게 저렴한 가격으로 공급한다면 대규모소매업자의 계약상 우월적 협상력의 행사는 항상 정당화되는 것인지, 그렇지 않다면 그 한계는 어디에서 찾아야 하는지
 - 대규모소매업자의 우월적 지위로 인해 납품업자의 정당한 계약상 이익이 침해받지 않도록 해야 함.
 - 다른 한편, 납품업자의 정당한 이익보호가 대규모소매업자에 대한 지나친 규제로 귀결되지 않도록 해야 함.

II. 우월적 지위남용행위에 대한 현행 규제체계

- 대규모소매업자와 이에 물품을 납품하는 납품업자 간의 사적 계약관계를 규율하는 현행 법체계는 「민법(계약법)」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법)」과 이에 기초한 대규모 소매점고시」였는데 규제의 실효성 강화를 위해 고시를 법률 형식으로 전환한 「대규모소매업법(안)」 제정논의가 이루어지고 있음.
- 대형 유통업자와 납품업자 간의 거래에서 납품대금의 결정, 증액, 감액, 지급방법, 지급기한, 반품, 판촉행사 등에 관한 사항은 당사자들이 자발적 계약으로 정하는 것이 원칙임.
 - 계약이란 거래당사자들에게 발생할 수 있는 미래의 위험을 자신들의 책임 하에서 사전에 분담하는 법적 수단으로 시장경제의 근간을 이룸.
 - 계약은 시장에서 거래 당사자들 간의 이기적인 의사를 상호검증하고 때로는 일치시켜가며 자원을 보다 효율적이고 생산적으로 이용할 수 있는 사람에게 이전시켜주는 사적자치 수단임.
 - 이러한 과정에서 계약체결 전에는 발생하지 않았던 협력적 잉여가치가 창출되고 이를 계약당사자

들이 분배해 가짐으로써 모두의 후생은 증가

- 다만 계약 당사자중 일방이 계약을 위반하고자 하는 기회주의적 행동을 하거나 자신의 우월적 지위를 남용하는 행위 등으로 인해 계약기능이 원활히 작동하지 않을 수 있음.
 - 이러한 계약기능의 훼손을 치유하기 위해 민법상의 계약관련 규정들(계약법)이 존재하는 것이고 대형유통업자와 납품업자 간의 거래관계의 본질은 계약이므로 이러한 거래관계에서 발생하는 대형유통업자의 우월적 지위남용행위는 당연히 계약법(민법)상의 통제를 받음.
- 그러나 사법(私法)인 계약법만으로 미흡하다고 보아 우리나라에서는 공법(公法)인 공정거래법에서 특별규정을 두었음.
 - 계약관계에서 일방 당사자의 우월적 지위남용행위로 타방 당사자가 손해를 보는 것을 넘어 제3자에게까지 손해가 확산되는 외부효과(external effect)가 발생하는 경우 거래 당사자 간의 관계를 규율하는 사법 외에 공법이 개입하는 것은 당연함.
 - 따라서 시장지배적 사업자가 자신의 '시장'지배력에 근거한 우월적 지위를 남용하여 계약 상대방에게 불이익을 주는 차원을 넘어 '경쟁'이라는 공익을 훼손하여 궁극적으로 소비자에게 피해를 준 경우에는 당연히 공법인 공정거래법이 개입하여야 하고 우리나라를 포함해 대부분의 나라들이 그렇게 하고 있음.
 - 공정거래법 제2조 제7호에서는 '일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격, 수량, 품질 기타의 거래조건을 결정, 유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자'를 '시장지배적사업자'라고 규정하고 있음.
 - 동법 제3조의2 제1항에서는 이러한 시장지배적 사업자에게 금지되는 5가지의 남용행위 유형을 제시하고 있음.
 - 동 규정으로 규제하기 위해서는 경제분석에 기

초해 시장지배적 사업자에 의한 경쟁제한 행위라는 사실을 공정거래위원회가 입증해야 함.

□ 공정거래법 제23조 제1항 제4호(자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위)에서는 시장지배적 지위에 있지 않더라도 '거래상(계약상) 우월적 지위'에 있는 사업자가 이를 남용하는 행위를 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하며 대기업의 우월적 지위남용을 일반적으로 규제하고 있고 대규모소매업자 규제도 이 조항에 기반을 둬.

- 공정거래법상 시장지배적 사업자의 남용금지(제3조의2)와 달리 거래상 우월적 지위남용금지 규정(제23조 제1항 제4호)은 다른 나라에서는 찾아보기 힘들.²⁾

○ 사적 계약관계에서 발생한 문제를 치유하기 위해 마련된 사법(私法)의 개입을 넘어 행정당국이 개입할 경우 오히려 사적자치(私的自治) 영역에서의 거래가 위축되고 계약기능이 훼손될 수 있기 때문

- 백화점이나 대규모 할인점, 대규모 인터넷 쇼핑몰, TV홈쇼핑 등과 같은 대규모소매업자를 효과적으로 규율하기 위해 「대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시」(이하 '대규모소매업고시')를 제정하였음.

○ 동 고시의 효시는 1985년 「백화점업에 있어서의 특수불공정거래행위 지정고시」가 1992년 「대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시」로, 그리고 1998년 「대규모소매업에 있어서의 특정 불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시」로 운용되다 현재에 이르고 있음.

○ '고시'는 원칙적으로 행정부 내부에서만 효력을 가지는 행정규칙으로서 대외적으로 일반 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 '법규(法規)'적 성질을 가지지 않는 것이 원칙임.

○ 그러나 대규모소매업고시에서는 거래상 지위의

남용행위로 간주되는 행위유형들을 제시하고 있고 대규모소매업자가 이를 준수하도록 하며 실질적으로는 법규와 유사한 기능을 수행하고 있음.

○ 즉, 대규모소매업고시의 내용에 따라 국민의 권리가 제한되고 의무를 부담하게 되므로 법규적 성질을 가지는 것으로, 동 규칙은 '법률보충적 효력'을 가지는 행정규칙임.³⁾

○ '대규모소매업고시'의 법규적 성질은 당연히 상위 법령인 공정거래법의 범위 내에서만 법규적 효력을 가지며 거래당사자들을 규율할 수 있음에도 현실적으로는 그렇지 못했음.

- 공정거래위원회가 공정거래법상 우월적 지위남용규제조항에 근거해 대규모소매업자를 규제하기 위해서는 대규모소매업자의 행위가 '거래상 우월적 지위'에 기초한 것으로 '공정거래를 저해'하고 있다는 사실을 입증해야 함.

○ 대규모소매업자의 우월적 지위남용행위로 납품업자와의 계약관계가 훼손되었다고 보며 이를 치유하기 위해 공거래위원회가 개입할 경우, 오히려 공정거래위원회가 잘못 판단하거나 행정권을 남용하여 대규모소매업자와 납품업자 간의 사적자치(私的自治)영역에서의 계약기능을 훼손시킬 수도 있음.

○ 따라서 행정기관인 공정거래위원회가 행위의 '부당성'을 입증하도록 하여 사적 계약관계에 개입하는 것에 신중을 기하도록 하기 위함.

- 대형소매업고시에서 규정한 행위유형에 해당한다고 당연히 위법한 행위가 되는 것이 아니라 그러한 행위가 고시의 근거인 상위 법령(공정거래법 제23조 제1항 제4호)의 위법성 판단기준을 충족시켜야 위법한 것이 됨에도 불구하고 상당수의 공정거래위원회의 심결례들은 그렇지 못했음.

○ 공정거래위원회는 규제의 실효성을 위해 대규모소매업자의 행위가 공정거래법이 요구하는 부당성에 해당하는지를 세심하게 검토하지 않

2) 변동열(2001) 168-174면 참조.

3) 이현규(2010) 51면.

고 고시에서 규정한 행위유형에 외형적으로 해당하기만 하면 행위의 부당성을 인정하며 규제해 왔음.

- 고시에 근거한 공정거래위원회의 법운용은 명백히 위법한 것으로 법리적으로 많은 논란의 소지가 있을 뿐 아니라 고시에 근거한 공정거래위원회의 행정처분이 법원에서 입증부족으로 패소하자 현재 고시차원에서 규율되던 내용들을 아예 '법' 형식으로 격상시키고자 하는 것이 대규모소매업법 제정임.⁴⁾

□ 법률안은 대규모소매업자를 보다 손쉽게 규제하기 위해 '원칙적 금지', '예외적 허용' 체계를 강화하고자 하는 것임.

- 현재의 「대규모소매업법」 제정 논의는 대규모소매업자의 위법성 또는 부당성에 대한 공정거래위원회의 입증 필요로 하는 합리의 원칙(rule of reason)에 근거한 공정거래법상의 통제가 잘 이루어지고 있지 않으므로 입증이 필요 없는 당연위법의 원칙(per se rules)에 근거한 규제가 가능하도록 별도의 법을 제정해 규제를 강화하고자 하는 것임.

<대규모소매업자의 우월적 지위남용금지 관련법규>

규제대상	대규모소매업자와 납품업자 간의 사적 계약관계에서 전자의 우월적 지위남용			
법	사 법	공 법		
	민법(계약법)	공정거래법		대규모소매업법(안)
관련조항	○ 제2조 신의성실의 원칙 ○ 제103조 선량한 풍속 및 기타사회질서	○ 제3조의2 시장지배적 사업자 남용행위 규제	○ 제23조제1항 제4호 거래상 지위남용 규제	모든 조항
보호대상	계약 상대방	경쟁	계약 상대방	계약 상대방
위법성 입증책임	납품업자	공정거래위원회	공정거래위원회	대규모유통업자
제재수단	손해배상	과징금, 형벌	과징금, 형벌	과징금, 형벌

Ⅲ. 「대규모소매업법」을 통한 우월적 지위남용 규제의 문제점

1. 사법(私法)영역에 공법(公法)의 지나친 확장

□ 대규모소매업자의 계약상 우월적 지위남용 규제의 실효성을 강화한다는 취지로 「민법(계약법)」→「공정거래법」→「대규모소매업법」으로 입법적 규제를 강화하는 논리에 대한 근본적 검토가 필요함.

- 대규모소매업자 규제강화의 근거에는 대규모소매업자와 납품업자 간의 계약관계에서는 구조적으로 대규모소매업자가 우월적 지위를 가지고 있고 이를 남용할 가능성이 클 것이라는 사실이 전제되어 있음.

- 따라서 대규모소매업자가 외형적으로 불공정한 행위로 비춰지는 행위를 하면 대부분 실질적으로도 불공정한 경우가 대부분일 것이라는 편견이 자리 잡고 있음.

- 그러나 대규모소매업자의 우월적 지위에 기초한 행위가 정말로 불공정한지를 구체적으로 분석을 하며 사회적으로 바람직한 통제방안을 모색해야 함.

□ 지금까지 대규모소매업 규제강화에서의 관심사는 오직 대규모소매업자의 우월적 지위남용으로부터의 중소 납품업자 보호였고 '소비자'라는 중요한 주체가 빠져 있음.

- 대규모소매업자와 납품업자와의 관계는 표면적으로 보이는 것처럼 양자 간의 문제만이 아님.

- 대규모소매업자는 납품업자로부터 상품을 받아 궁극적으로는 소비자에게 판매하는 것이므로 3자 간의 관계임.

- 대규모소매업자와 납품업자 간 거래행위의 효과는 단순히 양자에게만 미치는 것이 아니라 제3자인 소비자에게도 미치는 외부효과(external effect)

4) 공정거래법 제23조 제1항 4호에 근거하며 운용되어 오던 '하도급거래상의 불공정거래행위 지정고시'가 별도의 입법으로 제정된 것이 하도급법이다. 하도급법은 제조위탁관계에 있는 수직적 거래관계를 규율하는 것이고 대규모소매업법(안)은 유통관계에 있는 수직적 거래관계를 규율하는 차이가 있을 뿐 양자의 거래관계에서 대기업을 규제하기 위한 논리 및 이에 대한 비판은 동일한 법리적 틀 속에서 이루어진다. 따라서 최근 하도급법 개정논의에 대한 비판적 논리는 상당부분 대규모소매업법(안) 제정에 대한 비판논거로도 사용될 수 있다. 하도급법 전반에 대한 비판은 신석훈(2011) 참조.

가 발생할 수 있으므로 대규모소매업자 규제에서는 이러한 효과도 반드시 고려하며 법체계를 설계해야 할 것임.

- 법체계상 대규모소매업자와 납품업자 간의 사적 계약관계에서 전자의 우월적 지위 남용으로부터 후자를 보호하는 것은 사법인 민법의 역할임.
 - 우월적 지위남용행위가 거래상대방에게 영향을 주는 차원을 넘어 '경쟁'이라는 공익을 훼손하며 제3자인 소비자 이익을 침해하는 것을 막기 위한 것은 공법인 공정거래법의 역할임.
 - 이러한 공사법(公私法) 간 역할분담이 제대로 지켜지지 않을 경우 사법이 담당해야할 사적거래영역은 위축되고 공법이 담당해야할 소비자 이익보호 영역은 침해되는데 대규모소매업법이 그러한 경우임.

제10조(반품금지)	○ 대규모유통업자는 주문제조매입거래 또는 직매입 거래에서 납품업자들이 납품한 재화등의 전부 또는 일부를 해당 납품업자들에게 반품해서는 아니 됨.
제11조(판촉행사 참여 강제금지)	○ 대규모유통업자는 납품업자들에게 경품부판매, 할인판매, 엮기판매 등 대통령령으로 정하는 판매촉진행사를 이유로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 해서는 아니 됨.
제12조(인력 파견 요청금지)	○ 대규모유통업자는 납품업자들에게 고용된 직원을 파견 받아 그의 판매업무 등에 종사하게 하거나 그가 고용한 직원의 인건비를 납품업자들에게 부담하게 해서는 아니 됨.
제13조(납품업자들의 사업 활동 방해금지)	○ 대규모유통업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 해서는 아니 됨.
제14조(경제적 이익의 제공 강요금지)	○ 대규모유통업자는 연간계약으로 정하는 경우를 제외하고는 납품업자들에게 금전·역무 등 경제적 이익의 제공을 강요해서는 아니 됨.
제15조(보복금지)	○ 납품업자들이 제5조부터 제14조까지를 위반한 대규모유통업자를 공정거래위원회에 신고하였다는 이유로 대규모유통업자는 납품업자들에게 불리한 계약이나 어떠한 차별을 해서는 아니 됨.
제19조-제27조	○ 공정거래위원회는 제5조부터 제15조까지의 금지행위를 한 대규모유통업자에 대하여 해당 행위의 중지, 시정권고, 시정조치, 과징금, 과태료, 고발 등의 처분을 할 수 있도록 함.

2. 소비자 후생의 훼손

(1) 법률안 검토

- 최근 국회에 제출된 두 개의 법안은 세부적으로 약간의 차이가 있으나 현행 '고시'에 규정되어 있는 불공정거래행위 유형을 원칙적으로 금지하기 위한 것임.

<박선숙 의원 안>

제5조 (서면계약체결 의무 등)	○ 대규모유통업자와 납품업자들이 계약을 체결하는 경우 계약에 관한 구체적 사항을 표시한 서면으로 하고, 이를 보존하도록 함.
제6조 (계약 변경금지 등)	○ 대규모유통업자는 매장 안에서 각 재화등의 판매 위치, 판매 시간대를 모두 변경하거나 납품업자들에게 직접 이익이 되는 경우 등 대통령령으로 정하는 바를 제외하고는 계약기간 중 계약내용을 변경할 수 없음.
제7조(판매대금 기한 내 지급의무 등)	○ 대규모유통업자가 재화등의 판매대금을 소비자로부터 직접 받는 경우 대통령령으로 정하는 판매방식별 판매대금 지급기한에 따라 그 판매대금을 납품업자들에게 지급하여야 함.
제8조(납품대금 감액금지)	○ 대규모유통업자는 납품업자로부터 재화등을 납품 받은 후 납품대금을 감액해서는 아니 됨.
제9조(수령 지체금지)	○ 대규모유통업자는 납품에 관한 계약체결 후 해당 재화등에 대하여 전부 또는 일부의 수령을 지체하거나 거부해서는 아니 됨.

<이사철 의원 안>

제6조 (서면의 교부 및 서류의 보존 등)	○ 대규모소매업자가 납품업자등과 계약을 체결한 즉시 납품업자들에게 거래형태 등 대통령령으로 정하는 계약사항이 명시된 서면을 교부하도록 하고, 대규모소매업자로 하여금 이렇게 교부한 서면을 비롯한 거래 관련 서류를 5년간 보존하도록 하며, 일정한 경우 계약의 존재가 추정되도록 함
제8조(상품대금 감액금지)	○ 특정매입거래 등의 경우 대규모소매업자가 상품판매대금을 월 판매마감일부터 40일 이내에 납품업자들에게 지급하도록 하고, 상품판매대금이나 지연이자를 상품권이나 물품으로 지급하는 것을 금지함
제16조(매장설비비용의 보상)	○ 계약기간 중 대규모소매업자가 납품업자들의 매장 위치·면적·시설을 변경하는 경우 등에 대해 일정한 매장 설비비용을 보상하도록 함
제7조, 제9조부터 제15조까지, 제17조, 제18조	○ 대규모소매업자의 납품업자등에 대한 상품대금의 감액, 주문제조상품의 수령 지체·거부, 직매입거래 등에서의 상품의 반품, 판매촉진비용의 부담 전가, 납품업자에게 고용된 종업원등을 판매촉진사원으로 사용, 사업 활동 방해, 경영정보 제공 요구, 경제적 이익 제공 요구, 상품권 구입 요구 등 불이익을 주거나 이익제공을 하게 하는 행위, 보복조치 등 대규모소매업자가 거래상 지위를 남용하여 납품업자들에게 행하는 불공정거래행위를 구체화하여 금지함
제32조, 제33조, 제35조, 제39조부터 제42조	○ 제6조부터 제18조까지의 규정을 위반한 대규모소매업자에 대하여 시정조치명령, 시정권고, 과징금, 과태료, 고발 등의 처분을 할 수 있도록 함

- 법률안은 유통효율화를 촉진시킬 수 있는 유통업자와 납품자 간 다양한 계약행위들을 불공정행위로 간주할 우려가 있음.

- 유통업자들은 소비자 수요에 직접적인 영향을 줄 수 있고 어떠한 제품을 구입하여 비축하고 또한 진열할 것인가에 대해 상당한 재량을 가지며 소비자 후생증진에 결정적인 역할을 수행함.⁵⁾
 - 우리나라는 대규모소매업자가 납품업자에 대해 계약상 우월적 지위를 가지고 있는 것 자체를 부정적 관점에서 바라보며 납품업자 보호에 주로 관심을 가짐.
 - 그러나 대규모소매업자가 납품업자에 대해 계약상 우월적 협상력을 가질 경우 낮은 가격에 납품을 받아 다양한 판매촉진 기법 등을 활용해 소비자에게 저렴하고 질 좋은 상품을 판매할 수 있어 소비자 후생을 증진시키는 측면이 있음.
 - 마케팅과 유통관행은 유통업자와 제조업자(납품업자) 간의 다양한 계약적 관계로 나타남.
 - 특정 상품이 유통점에서 잘 팔릴 수 있는 지점에 놓이도록 하는 등과 같은 유통업자의 판매촉진 노력에 대한 대가(promotional payment)를 납품가격 할인이나 판매촉진비 형태로 지불하는 관행 등이 법률안에서는 불공정행위로 간주될 우려가 있음.
 - 물론 유통업자의 판매촉진 활동에 대한 대가로 납품업자가 지불하는 다양한 형태의 지불(promotional payment)에 대해 다른 나라들에서도 규제움직임이 있지만 우리나라와는 기본성격이 다름.
 - 규제기준은 우리나라처럼 납품업자와의 관계에서 불공정한가에 있기 보다는 소비자와의 관계에서 경쟁을 제한하고 있지는 않은지에 있음.
 - 즉 이러한 관행들이 다른 경쟁자들을 시장에서 배제하여 궁극적으로는 소비자들에게 피해를 주는 것은 아닌지에 있음.⁶⁾
 - 결국 납품업자의 지불로 이루어지는 유통업자의 판촉활동이 유통업자의 이익으로만 귀결되는지, 아니면 소비자의 혜택으로 귀결되는지가 관건임.
 - 유통시장이 경쟁적일 경우 판매촉진을 위한 지불(promotional payment)은 유통업자의 판매촉진을 통해 소비자 혜택으로 귀결된다는 것이 실증연구 결과임.⁷⁾
- 법률안에서 금지하고 있는 활동은 많은 경우 유통업체가 유통활동에서 직면하는 제반 문제들을 해소하고 완화하기 위한 노력의 일환이라고 볼 수 있음.
- 유통업체가 수행하고 있는 많은 역할 중에서 제품을 선택하고 납품을 받으며 이를 전시하여 판매하는 일련의 과정은 그 결과를 쉽게 예측할 수 없는 매우 불확실한 활동임.
 - 불확실성을 해소하기 위하여 사전적으로 필요한 조치를 취하고 불확실성이 해소되어 가는 상황의 전개에 따라 거래당사자들이 효율적으로 이에 적응하여야 하는 과정에서 유통업체는 다양한 일련의 조치를 취하게 되는데 이것이 바로 대형 유통업체 경쟁력의 원천일 수 있음.⁸⁾
 - 국내 대형 유통업자들은 다양한 유통경로를 통해 값싸고 질 좋은 상품을 개발하여 소비자에게 판매하는 일에 중점을 두며 이 과정에서 더욱 새롭고 다양한 유통기법, 홍보기법, 판매관리기법이 개발되고 운용됨.
 - 특정한 원료와 노동과 자본을 투입하면 일정한 제품이 큰 오차 없이 기계적으로 산출되는 제조업과는 달리 유통업의 다양한 경제활동은 그 성과를 사전적으로 가늠하기 어려움.⁹⁾
 - 유통점에서 상품을 할인한다든지, 경품을 제공

5) Richard Scheelings Joshua D. Wright (2006) p.237 참조.

6) Joshua D. Wright (2006) 참조.

7) Joshua D. Wright (2007) 참조.

8) 조성봉(2010) 59면 참조.

9) 조성봉(2011) 토론자료

한다든지, 인력을 투입하여 판촉활동을 벌인다는 등, 매장 내에서 특별한 광고물을 게시하거나 화려한 진열대를 설치한다든지 하는 등의 다양한 판촉활동을 벌일 때 사전적으로 그 효과를 정확하게 미리 예상하기는 매우 어려움.

- 판촉활동의 효과에 대해서는 소비자의 반응, 납품업자의 협력, 경쟁 유통업체의 대응, 경기상황, 소비자의 기호와 취향의 변화, 판촉대상 제품과 경쟁관계에 있는 제품의 대응 등 고려하여야할 사항이 너무도 많고 그 전략적 역학관계를 쉽게 가늠하는 것은 어려움.

□ 법률안의 문제점은 '입증책임 전환'을 넘어 '원칙적 금지 위법 간주규정'을 두고 있다는 것이고 이러한 규정은 경쟁을 제한하며 소비자 후생을 감소시킴.

- 일정한 행위를 원칙적으로 금지하고 몇 가지 예외규정을 두는 형식

- 이는 법 기술상, '예외 규정에 해당하지 않으면 위법 간주'되는 것으로 '입증책임 전환'을 훨씬 넘어서는 것임.

- 이러한 입법형식은 부당하지 않은 반품이나 가격경쟁을 원칙적으로 금지하는 것임. ¹⁰⁾

- 법률안에서는 반품을 전면적으로 금지하되 특정한 경우만을 예외로 허용하고 있음.

- '반품'이라는 행위는 사법상 '매매해지', '매매취소', '환매', '대물변제' 등 다양한 방식으로 이루어지는 거래의 한 형태이고 대부분의 산업계에서 자연스럽게 이루어지고 있음.

- 반품을 원칙적으로 금지할 경우, 결국 반품이 금지됨에 따른 비용이 거래에 반영되거나, 대규모 납품업체만 거래를 체결하는 등의 납품거래 편재가 유발됨.

- 결국 종전의 중소납품 업체들이 거래의 기회를 상실하게 되는 등 그 부작용이 클 것임.

- 합리적으로 고려되지 않은 전면적 금지규정들은 헌법적으로도 정당성을 찾기 어려울 것임.

- 법률안은 대규모소매업자가 납품업자로부터 상품을 매입한 후에 특정한 경우를 제외하고는 상품의 대금을 감액하는 행위를 금지하고 있음.

- 유통업은 가격경쟁력이 매우 중요하므로 가격경쟁이 치열하고 그 결과 소비자 후생이 향상됨.

- 그러나 경쟁 유통채널업체에서 시장상황에 따라 더 낮은 가격에 판매하는 경우에도 법률안에 의할 경우 한번 정해진 가격은 그 정해진 기간내에는 할인을 하여 판매할 수 없음.

- 이로 인하여 유통업체로서는 가격경쟁력을 상실하고 납품업체로서는 당연히 매출확보가 어려워지며, 결과적으로 소비자는 높은 가격을 부담하게 되어 소비자 후생이 저해될 우려가 있음.¹¹⁾

(2) OECD 보고서 검토

□ 대규모소매업자 규제를 위한 별도의 제정법을 가지고 있는 나라들은 존재하지 않지만 대규모소매업법의 입법적 근거로 제시되고 있는 대형유통점의 우월적 지위(bargaining power) 남용 문제에 대해 모든 나라들이 '경쟁정책'의 관점에서 관심을 가지고 있음.

□ 최근 OECD(2008) 회의에서는 우리나라 대규모소매업법 제정의 이론적 근거인 대형유통업자인 구매자(buyer)의 우월적 지위(bargaining power) 남용 문제를 어떻게 통제할 것인가를 두고 세계 각국의 전문가들이 모여 심도 있는 논의를 하였음.¹²⁾

- '대형유통업자의 우월적 지위'를 바라보는 기본 시각에 있어 우리나라와 다른 선진국들 간에는 상당한 차이를 보이고 있음.

- 우리나라는 대규모소매업자가 납품업자에 비해

10) 오금석(2011) 6.21 토론자료

11) 오금석(2011) 6.21 토론자료

12) OECD (2008) 당시 회의 내용은 회의에 참석했던 주순식(2011)에 개괄적으로 정리되어 있음.

우월적 지위를 가지고 있어 이러한 지위를 남용하여 납품업자들에게 피해를 줄 위험이 크므로 이를 규제하기 위해 공정거래법상 우월적 지위남용행위 규제를 강화하고 이를 확대 강화한 새로운 대규모소매업법 제정논의가 이루어지고 있음.

- 반면 대형 유통업자의 우월적 지위에 대한 다른 나라들의 기본시각은 대형유통점이 납품업자에 대해 거래상 우월적 지위를 가질 경우에는 납품업자와의 거래에서 낮은 가격으로 거래함으로써 유통가격의 하락을 가져오고 이것은 소비자들의 후생을 증진시키므로 대형유통점 규제에 있어서는 세심한 주의가 필요하다는 것임.
- 구매자가 판매자에 대해 가지는 buyer power는 그 힘의 정도에 따라 수요독점력(Monopsony Power)과 이 정도에는 이르지 못하고 단순히 우월적 협상력(Bargaining power)을 가지는 경우로 구분됨.
 - 수요독점력(Monopsony Power)을 가진 사업자는 자신의 수요를 줄임으로써 경쟁시장에서 형성되었을 가격보다 낮은 가격으로 구입하며 수익을 늘릴 수 있어 시장이 최적자원 배분을 달성할 수 없게 함으로써 후생저해효과를 발생시킬 수 있음.
 - 구매협상력(Bargaining power)은 실제로 구매를 줄일 수 있는 것이 아니라 현재의 거래상대방으로부터 다른 사업자로 교체하거나 거래상대인 판매자로부터의 구매를 줄이겠다고 위협함으로써 구매가격을 낮출 수 있는 힘.
 - 구매자 협상력은 일반적으로 소비자에게 도움이 되며 효율성 제고효과가 있으므로 단순히 구매자의 힘이 형성되었다고 하여 경쟁당국이 그러한 행위를 성급히 금지한다면, 오히려 친경쟁적인 기업활동을 억제할 수 있음.

□ 대형유통업자와 납품업자 간 계약관계에서 초래되는 갈등은 전자가 거래상 우월적 지위에 기초해 다양한 판매촉진책을 사용하며 상품의 유통가격을 낮추어 경쟁력을 확보하고자 하는 과정에서 초래됨.

- 대형유통업자가 납품업자와의 관계에서 판매촉진책을 강구하여 유통가격을 하락시켰을 경우 이러한 대형유통업자의 행위가 경쟁촉진행위인지 아니면 경쟁훼손행위인지에 대한 판단이 핵심.
 - 판매촉진책은 상품가격하락을 통한 소비자 후생 증진이라는 경쟁촉진 수단으로 활용될 수 있음.
 - 반면 다른 경쟁 유통업자들의 구매비용 상승으로 이어져 궁극적으로 이들이 유통시장에서 퇴출되거나 판매가격을 올림으로써 유통시장에서의 경쟁이 왜곡될 여지도 있음.
 - 이와 같이 대형유통업자의 우월적 지위에 기초한 납품가격의 하락이 다른 경쟁 유통업자의 납품가격 상승으로 이어지는 현상이 마치 물침대(waterbed)의 한 지점을 누르면 다른 지점이 올라가는 것과 유사하다고 하여 이를 ‘물침대 효과(waterbed effect)’라고 지칭함.¹³⁾

□ 소비자후생을 감소시키는 ‘물침대 효과’는 불분명함.

- 최근 영국의 식품점 분야를 대상으로 실시한 실증연구에서 유통업자의 우월적 지위로 인한 물침대효과는 발생하지 않는 것으로 나타났음.¹⁴⁾
 - 우월적 지위를 가진 대형유통업자들이 납품업자들로부터 낮은 가격에 구입했다고 해서 대형유통업자 외의 유통업들이 퇴출되거나 수입이 줄었다는 증거를 발견할 수 없었음.
 - 납품업자들의 93%가 ‘물침대 효과’가 존재한다는 사실을 인정하지 않았음.

13) 자세한 내용은 Paul W. Dobson Roman Inderst (2008)

14) OECD(2008) p.71. "The waterbed effect in supplier pricing"(2007) <http://www.competition-commission.org.uk>. 이러한 대규모소매업자 규제가 사회적 후생에 미치는 효과에 대한 실증연구로는 대형유통점의 진입제한, 영업시간제한, 품목제한 등 다양한 측면에서 이루어지고 있다. 이러한 규제들이 사회적 후생을 감소시킨다는 외국의 실증연구들에 대해서는 신석훈(2009) 35-59면 참조.

□ 대규모소매업자의 계약상 우월적 지위가 ‘물침대 효과’로 인한 경쟁제한 효과를 발생시키지 않더라도 납품업자들의 투자동기를 감소시켜 효율성에 부정적 영향을 줄 가능성은 존재함.

- 납품업자가 대규모소매업자와의 계속적 거래관계에서 지속적 투자로 발생하게 되는 추가적 이익 중 상대적으로 많은 부분을 대규모소매업자가 가져가는 ‘볼모 문제(hold up problem)’가 초래되어 궁극적으로 경쟁을 훼손시킬 수 있다는 지적이 있음.

○ 거래상 우월적 지위를 가진 대규모소매업자와의 거래에서 납품업자들은 이들과 대등한 협상력을 가지기 위해 스스로 투자를 증대하고 제품혁신을 하고자 하는 긍정적 측면이 있음.

○ 대규모소매업자들 역시 초기에 납품업자와 관계를 맺으며 필요한 투자를 함께 하는 것이 자신들에게도 이익이 된다는 사실을 알고 있기 때문에 실질적으로 볼모문제(hold up problem)가 초래될 경우는 많지 않음.¹⁵⁾

- 장기적 관점에서는 대규모소매업자의 우월적 지위로 인해 납품업자가 자신들의 투자로 증가된 이익을 모두 회수할 수 없다고 판단될 경우, 투자와 혁신에 소극적일 수 있어 상류시장(upstream market)에서의 납품업자 간 경쟁이 위축될 수도 있음.

○ 상류시장에서의 경쟁위축은 궁극적으로 상품가격의 상승과 상품의 다양성 축소를 초래하며 하류시장(downstream market)인 판매시장에서의 경쟁위축을 초래할 우려가 있음.

○ 이러한 장기적 효과는 대규모소매업자의 우월적 지위가 어떻게 상류시장에서의 산업구조에 영향을 미치는가에 대한 평가를 통해서만 분석될 수 있고 이러한 장기적 비용이 만일 존재한다고 해도 이것은 단기에 판매시장에서의 경쟁 정도에 따라 소비자들이 얻을 수 있는 이익과

부분적으로 상쇄됨.

○ 따라서 소비자 이익을 증진시키는 대규모소매업자의 정상적인 우월적 지위행사를 반경쟁적이라고 판단할 오류(false positive error)와 과잉집행(over enforcement)의 위험을 피하기 위해서는 반경쟁적이라는 명확한 ‘입증’이 수반되는 경우에만 규제해야 함.¹⁶⁾

□ OECD(2008) 회의의 결론은 대형 유통점인 구매자의 우월적 지위 행사는 경쟁을 촉진시켜 최종제품의 가격하락과 안정화에 기여하며 소비자후생을 증진시킬 가능성이 크므로 이에 대한 규제는 신중해야 한다는 것임.

- 구매자의 우월적 지위 행사에 대한 법적 평가시 발생할 수 있는 오류는 크게 두 가지임.

○ 하나는 효율적이고 경쟁 촉진적이어서 소비자 후생을 증진시킬 수 있는 정당한 권한행사임에도 법이 개입하여 반경쟁적 행위로 잘못 판단하는 경우(false positive error; Type I 오류)

○ 다른 하나는, 반대로 반경쟁적 기업행위를 적법한 것으로 잘못 판단하여 법이 개입하지 않는 경우(false negative error; Type II 오류)임.

○ 구매자의 우월적 지위행사에 대한 법적 개입의 경우는 Type I 오류가능성이 Type II 오류가능성보다 커 경쟁 촉진적인 행위를 위축시킬 확률이 많음.

○ 따라서 구매자의 우월적 지위 남용행위를 법적으로 통제하기 전에 ‘소비자 피해 기준(consumer harm test)’이라는 엄격한 입증기준(threshold screen)의 충족여부를 확인하며 신중하게 접근하는 것이 OECD 회의의 결과임.

□ 대부분의 OECD 회원국들은 대규모소매업자의 우월적 지위행사 문제에 대해 소비자후생 기준 또는 경쟁제한성 기준 하에서 경쟁당국이 정책을 수행해야 한다는 데 대부분 공감

15) OECD(2008) p.12

16) OECD(2008) p.12

- 특히 영국대표는 대형유통업자가 우월적 지위를 행사한 경우 과연 어떠한 소비자들이 피해를 보았고 어느 정도 피해를 보았는지를 확정하는 것이 매우 어려우므로 이에 대한 규제는 과잉집행(over enforcement)을 초래하기 쉬울 뿐 아니라 Type I 오류와 Type II 오류를 조율하기가 어렵다는 점을 지적하였음.
- 영국대표는 또한 대형유통업자의 우월적 지위행사가 소비자들에게 나쁜 영향을 줄 가능성이 크지 않다면 오히려 경쟁당국이 개입하지 않는 것이 바람직 할 수도 있다는 견해를 표명하였음.
- 왜냐하면 경쟁당국이 활용할 수 있는 물적, 인적 자원은 한계가 있으므로 경쟁제한가능성이 있는 모든 사안에 개입하는 것이 오히려 비효율적일 수 있으므로 경쟁제한효과가 큰 경우에 한정하여 개입하는 것이 바람직하다는 것임.¹⁷⁾

□ OECD 회의 의장은 폐회를 하면서 대형 유통업자의 우월적 지위의 행사가 소비자들에게 부정적 영향을 미친다는 사실을 보편적으로 보여주는 실증연구가 존재하지 않는 한 사전적인 규제기준을 설정하는 것은 어렵다는 점을 강조하였음.¹⁸⁾

3. 사법(私法)을 통한 납품업자 보호

(1) 법원을 통한 계약상 우월적 지위남용 통제

- 소비자에게 저렴한 가격에 질 좋은 상품을 판매했다는 이유만으로 대규모소매업자의 모든 '계약상' 우월적 지위행사가 정당화될 수는 없음.
- 그러한 행위가 단순히 계약상 우월적 협상력의 행사차원을 넘어 강박(제110조)에 해당한다거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우(제103조), 권리를 신의에 좇아 성실히 하게 행사하지 아니하고 남용한 경우(제2조)라면 민법에 위반되는 불공정행위로서 무효나 취소사유가 되고 납품

업자가 손해를 입었다면 배상받을 수 있음.

- 문제는 어디까지가 '정당한 우월적 협상력'의 행사하고 어디까지가 '불공정한 행위'인지를 판단하는 것이 결코 쉽지 않다는 것임.
- 이러한 판단은 소비자 후생에 미치는 영향을 분석하기 위해 필요한 '경쟁제한성' 판단과 달리 특별한 경제분석을 필요로 하지 않는 규범적·법적 판단이 요구되는 영역임.
- 따라서 공정거래위원회보다는 법원에 비교우위가 있음.
- 대규모소매업법에서는 이러한 판단을 형식적 기준에 의해 공정거래위원회가 하도록 하고 있으니 제대로 된 판단을 기대하기 어려움.
- 대형유통점과 납품업자와 같은 수직적인 거래관계에서는 양자 간의 협상력에 의해서 이익이 분배되기 마련이므로 어느 특정한 경우를 불이익이라고 단정하는 것은 쉽지 않고 또한 거래의 자유에 제한이 있었다는 이유로 위법성을 검토하는 것도 매우 자의적이라고 할 수 있음.
- 계약은 기본적으로 계약체결 당사자 쌍방의 자유를 어느 정도 구속할 수밖에 없는 것이기 때문에 상대적 약자 일방의 경제자유에만 초점을 맞추는 것은 타당하지 않음.
- 특히 거래지역 또는 거래상대방의 제한은 경제효율을 증진시킬 수도 있기 때문에 거래당사자 일방의 경제자유에 구속이 있다는 이유만으로 위법 여부를 판단하는 것은 바람직하지 않음.¹⁹⁾
- 불공정거래행위에서 '부당성'을 판단할 때 통상적으로 충분히 나타날 수 있는 경제적 이익 분배의 경우에 대해서도 더 얻을 수 있었는데 그렇게 하지 못하여 사후적으로 이를 부당하다고 느끼게 될 수 있음.
- 따라서 공정한 거래를 저해하거나 그럴 우려가 있는 경우를 행정규제기관이 판단해 내는 것은

17) OECD(2008) p.313

18) OECD(2008) p.313

19) 한국개발연구원(2001) pp.336-337

매우 자의성이 크다고 할 수 있음.

□ 기업 간 사적계약관계에서 발생하는 거래상 우월적 지위남용행위를 통제하는 것은 사법인 민법의 역할이고 그 절차는 법원을 통해야 함에도 불구하고 여전히 공정거래위원회의 행정적 개입의 타당성을 주장하는 견해가 있을 수 있으나 설득력이 약함.

- 사법관계에서의 일반 법원칙에 의한 규율은 대등한 당사자를 전제로 한 것인데 비하여 공정거래법상 우월적 지위남용금지 조항은 거래 주체 간의 실질적 불평등에 주목하여 이를 시정함으로써 경제민주화를 꾀하고자 하는 것이라는 주장이 있을 수 있음.

○ 그러나 사법상의 일반원칙은 반드시 대등한 당사자를 전제로 한 것이 아니고 대등하지 않은 당사자들을 전제로 이들 간의 관계에서 초래되는 불공정행위를 시정하기 위한 다양한 규정들을 마련하고 있음.²⁰⁾

- 계약 상대방의 우월적 지위남용행위로 인해 피해를 본 당사자가 비록 민법에 근거해 법원의 구제를 받을 수 있지만 법원을 이용하는 데는 많은 비용과 시간이 소요되므로 경제적 약자들에게 실질적으로 도움이 되지 않는다는 주장이 있을 수 있음.

○ 그러나 이 세상의 수많은 경제적 약자들 중 왜 공정거래법의 적용대상이 되는 경제적 강자의 거래 상대방이 되는 경제적 약자들에 대해서만 국민의 세금으로 운용되는 공정거래위원회가 개입하여 이들을 도와주어야 하는지 의문임.²¹⁾

○ 특히 대규모소매업법(안)이 현재의 공정거래법상 우월적 지위남용행위를 유통분야에서 보다 손쉽게 규제하며 약자인 납품업자를 보호하기 위함인데 유통업계에서의 약자들을 제조업, 창고업, 통신업, 서비스업 등 다른 산업계 보다

특별히 보호해 주어야 할 입법적 긴박함이 있다고 볼 수 있는지 의문이며 헌법상 평등의 원칙 위반이 문제될 수 있음.²²⁾

(2) 공정거래위원회와 법원 간의 역할분담

□ 사적 계약관계에서 발생할 수 있는 문제들은 피해자가 특정되어 있어 부당한 공동행위, 기업결합 등 공정거래위원회 관할의 다른 행위유형들보다 위반행위 적발이 수월하므로 성과를 중요시하는 행정기관의 특성상 이러한 계약규제에 집중될 수밖에 없음.

○ 더구나 중소기업 보호를 요청하는 정치적 압력 또한 강하므로 공정거래위원회의 법집행은 자연히 이러한 행위유형에 편중되는 경향을 보이게 될 것임.

○ 그러나 이러한 계약행위 유형은 행정적 규제가 없더라도 피해자가 스스로 손해배상 청구 등 사적 구제를 추구할 인센티브가 상대적으로 큼.

○ 한편 피해발생이 수많은 소비자에게 분산되는 부당 공동행위의 경우에는 피해자들이 스스로 사적구제를 추구하는 것을 기대하기 어렵기 때문에 경쟁촉진을 통한 경제적 효율성의 증진을 달성하기 위해 행정적 규제가 이러한 행위유형에 집중되어야 할 것임.

- 대규모소매업자와 납품업자 간의 계약관계와 같이 본래부터 사적 영역에 속하는 계약에 대한 행정적 규제는 공정거래위원회가 보유하는 한정된 인력과 예산이 비효율적으로 활용되는 원인이 됨.

○ 법집행자원의 희소성을 고려할 때 경제분석을 위한 전문성이 요구되는 경쟁제한 행위에 우선적으로 행정적 자원을 집중하기 위해서라도 기업 간 계약행위에서의 불공정거래행위, 특히 대

20) 변동열(2001) 188면.

21) 변동열(2001) 192면.

22) 오금석(2011) 6.21 토론문

규모소매업자와 납품업자와의 계약에서 발생할 수 있는 문제의 해결은 사법영역에 맡김으로서 행정규제와 사법통제를 서로 조화시킬 필요가 있음.

- 피해를 입은 사업자가 손해배상을 받지 않다면 행정적 규제만으로는 해당행위의 실효성 있는 억제가 불가능하므로 중소기업에게 실질적인 도움이 된다고 할 수도 없음.

□ 우월적 지위남용행위가 '경쟁'이라는 공익과 연계성을 가질 수 없다면 사인간의 분쟁일 수밖에 없고 이러한 분쟁을 해결하는 것은 사법인데 이러한 경우에도 공법이 깊숙이 개입하는 것은 바람직하지 않음.

- 공정거래법상 시장지배적사업자의 우월적 지위 남용금지 규정(제3조의2)에 기초해 대규모소매업자의 우월적 지위남용행위를 규제하기 위해서는 '일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한'하는 소위 '경쟁제한성' 여부를 엄격히 심사해야 함.

- 반면, 대규모소매업법에 기초해 대규모소매업자의 계약상 우월적 지위남용행위를 규제하기 위해서는 단순히 법에서 외형상 우월적 지위남용행위로 규정해 놓은 행위유형에 해당하기만 하면 손쉽게 규제가능

- 따라서 공정거래위원회로서는 번거롭고 입증하기 어려운 시장분석을 전제로 한 경쟁제한성을 입증하여 규제하려고 하기보다는 가급적 대규모소매업법을 적용하여 손쉽게 규제하려는 유혹에 빠지게 될 것임.

IV. 결론

□ 대규모 소매업자의 거래상 우월적 지위남용행위를 규제하고 있는 현행법 체계와 OECD 회의 자료를 분석해 보면 최근 추진 중인 「대규모소매업에서의 거래 공정화에 관한 법률안」은 정상적인 유통활동

까지도 불공정행위로 간주하여 궁극적으로 소비자 이익을 훼손시킬 우려가 있는 과잉입법임.

- 우리나라 공정거래법은 사법(私法)이 담당해야 할 대규모소매업자의 거래상 우월적 지위남용행위를 불공정거래행위의 한 유형으로 규정한 후 공정거래위원회가 행위의 불공정성을 입증하여 과징금이나 형벌 등으로 강력히 규제할 수 있도록 하고 있는데 이것은 다른 나라들에서는 찾아볼 수 없는 것으로 법체계상 많은 문제의 소지가 있음.

- 그런데도 현재의 이러한 규제조차도 부족하며 외형적으로 불공정해 보이는 행위유형들을 구체적으로 열거한 후 대규모소매업자의 행위가 여기에 해당할 경우 공정거래위원회의 입증도 없이 일단 불공정한 것으로 보고 그렇지 않다는 사실을 대규모소매업자 측에서 입증하도록 하고 있음.

- 특정 행위유형에 대해서는 법이 규정한 몇 가지 예외사유에 해당하지 않으면 이러한 정당성 입증조차도 불가능하도록 하고 있음.

- 대규모소매업법은 지나치게 행정편의에만 기반을 둔 과잉입법임.

- OECD(2008) 회의 결과에 의하면 대규모소매업자의 우월적 지위에 기초한 판매촉진 활동들이 외형적으로 불공정해 보이더라도 궁극적으로는 경쟁촉진과 판매가격 하락효과 등을 통해 소비자 이익으로 귀결될 수 있으므로 규제당국이 이와 반대되는 사실을 명확히 입증하지 못한다면 규제를 자제해야 한다고 함.

- 납품업자 보호에만 집착한 대규모소매업법은 소비자후생증진에 기여하는 정상적인 판매촉진 행위들을 지나치게 위축시킬 우려가 있음.

□ 기업행위에 대한 규제의 세계적 동향은 「당연위법원칙」을 폐기하고 경제분석에 기초해 소비자 후생증진 여부를 따지는 「합리의 원칙」으로 변화하고 있음.

- 다양한 형태의 기업관행(business practices)이 발생함에 따라 여기에 법이 개입할 경우 발생할 수 있는 오판비용(error-cost)이 점점 증가하고 있으므로 이러한 행위들이 소비자들에게 피해를 가할 것이라는 매우 높은 가능성을 장담하지 못하는 경우에는 '당연위법의 원칙'을 적용해서는 안 되고 합리의 원칙에 근거해 철저한 경제분석이 전제되어야 한다는 것이 세계적인 경쟁정책의 방향임.
- 우리나라에서의 대규모소매업법 제정은 「당연위법 원칙으로의 회귀」를 의미하는 것으로 재고되어야 함.
- 대규모소매업자 규제의 필요조건만 강조해서는 안 되고 충분조건도 만족시켜야 규제의 정당성을 확보할 수 있음.
- 대규모소매업법 어디에도 소비자 이익에 대한 언급은 없고 납품업자에 대한 대규모소매업자의 불공정행위 유형을 제시하고 있을 뿐임.
 - 그나마도 외형적으로 이러한 유형에 해당하면 불공정성에 대한 실질적 판단도 하지 않고 부당한 것으로 봄.
- 과징금과 형벌 같은 강력한 수단으로 제재할 수 있도록 하면서도 오판으로 인한 법적 판단의 위험(legal risk)을 대부분 대규모소매업자에게 부담시키고 있는 것임.
- 대규모소매업법이 소비자 이익을 훼손하는 차원을 넘어 '모든 공권력의 행사는 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력행사의 근거가 되는 법률의 실제적 내용도 합리성과 정당성을 갖추고 있어야 한다'는 헌법 제12조의 적법절차 원칙이 제대로 지켜지고 있는지 의심 들게 함.
- 대규모소매업자의 계약상 우월적 지위남용행위로 부터 납품업자를 보호해야 하는 것은 당연하지만 이것은 사법적 구제시스템의 개선을 통해 달성해야 함.
- 공법은 이러한 계약상 우월적 지위행사가 경쟁을 제한하여 소비자 후생을 훼손하고 있지는 않은지를 철저히 감시하는 역할에 주력해야 하므로 이에 역행하는 대규모소매업법 제정논의는 철회되어야 함.

<참고문헌>

- 김차동, 「독점규제법에서 요건사실적 접근이 가능한지와 우월적 지위 남용행위의 요건사실 및 그 고려요소에 대한 검토」, 『관례연구』, 서울지방변호사회, 2003.
- 변동열, 「거래상 지위의 남용행위와 경쟁」 저스티스 제 34권 제4호(통권 제62호) 한국법학원, 2001.
- 서강대학교 산학협력단, 「대형유통업체와 납품업체 간 거래공정화를 위한 제도 개선방안 연구」 공정거래위원회 연구용역보고서, 2007.
- 신석훈, 「기업형 슈퍼마켓(SSM)규제 입법논리의 문제점」 한국경제연구원, 2009.
- 신석훈, 「최근 하도급법 개정논의에 대한 비판적 검토」 CFE Report, 2011.
- 이현규, 「공정거래위원회의 대규모소매업고시 집행 실무의 문제점」, 『경쟁저널』 2010.5.
- 오금석, 대규모유통업[소매업]거래 공정화에 관한 법률 제정을 위한 공청회, 2011.6.21, 토론자료.
- 조성봉, 「대형유통업체는 경쟁을 해치는가?」 한국경제연구원, 2010.
- 조성봉, 대규모유통업[소매업]거래 공정화에 관한 법률 제정을 위한 공청회, 2011.6.21, 토론자료.
- 주순식, 「대규모유통공업에 대한 공정거래법상 규제 강화 움직임에 관한 제언」, 『경쟁저널』 제154호, 2011.
- 최영홍, 대규모유통업 납품거래 공정화에 관한 법률(박선숙 의원안) 제정을 위한 공청회, 2011.6.10. 발표자료.
- 홍대식, 「우월적 지위의 남용행위의 위법성 판단기준」, 『경쟁법 연구』, 제7권, 2000.
- 한국개발연구원, 『공정거래제도의 실효성 제고를 위한 공정거래관련 법령의 정비·강화방안』, 2001 공정거래위원회 정책연구개발사업, 2001.
- OECD, Monopsony and Buyer Power, Policy Roundtables, 2008.
- Paul W. Dobson, Roman Inderst, “The Waterbed Effect: Where Buying And Selling Power Come Together”, *Wisconsin Law Review*, 2008.
- Richard Scheelings Joshua D. Wright, “Sui Generis? An Antitrust Analysis of Buyer Power In The United States And European Union”, 39 *Akron Law Review* 207, 2006.
- Joshua D. Wright, “Antitrust Law And Competition For Distribution”, 23 *Yale Journal On Regulation* 169, 2006.
- Joshua D. Wright, “Slotting Contracts And Consumer Welfare” 74 *Antitrust Law Journal* 439, 2007.

keri 한국경제연구원

발행일 2011년 8월 19일 | 발행인 허창수 | 발행처 한국경제연구원 | 주소 서울시 영등포구 여의도동 27-3 하나대투증권빌딩 8층 | 전화 3771-0001 | 팩스 785-0270~3

