

건설공사 하도급 거래에서의
우월적 지위에 관한 고찰

이 의 섭

한국건설산업연구원

Construction & Economy Research Institute of Korea

<차 례>

제1장 서론	1
1. 계약 자유와 계약의 공정성	1
2. 공정거래법과 하도급법에서의 거래 규제	3
3. 연구의 목적	4
4. 연구 내용 및 방법	5
제2장 우월적 지위에 대한 경제학적 개념	7
1. 주류 경제학에서의 우월적 지위	7
(1) 공급 측면(supply side)의 시장 지배력	7
(2) 수요 측면(demand side)의 시장 지배력	8
(3) 시장 구조 이외의 우월적 지위 발생 요인	12
2. 거래 비용 경제학에서의 경제적 의존성	13
(1) 정보 비대칭과 기회주의	13
(2) 불모 문제(hold-up problem)와 자산 특화성(asset specificity)	14
3. 우월적 지위에 대한 경제학적 개념 종합	17
제3장 주요국의 우월적 지위에 대한 법적 개념	19
1. 우월적 지위에 대한 규정과 개념 정의	19
(1) 미국	19
(2) EU	20
(3) 캐나다	22
(4) 일본	22
(5) 한국	24
2. 우월적 지위의 평가	25
(1) 시장 점유율, 진입 장벽 및 대항력	25
(2) 경제적 의존성 또는 거래상 우월적 지위	29
3. 우월적 지위의 법적 개념 종합	40
(1) 우월적 지위와 시장 점유율	40
(2) 우월적 지위와 경제적 의존성	42
(3) 주요국의 우월적 지위 평가 요소의 분석	44

제4장 건설 하도급 거래의 우월적 지위 평가와 규제의 문제점	47
1. 건설 하도급의 우월적 지위 평가	48
(1) 건설 하도급 시장의 시장 구조	48
(2) 수급 사업자의 대체 거래선 유무	51
(3) 대체 거래선으로의 전환 비용	52
2. 건설 하도급법 규제의 문제점과 사례 평가	54
(1) 거래 규제의 일반적 문제점	54
(2) 하도급법상 하도급 거래 규제의 문제점	55
3. 종합	61
 제5장 결론	 63
 참고 문헌	 66
Abstract	69

<표 차례>

<표 3-1> 공정거래법상 불공정 거래 행위의 유형	24
<표 3-2> 한국 공정거래법상 거래상 우월적 지위 남용의 세부 유형	37
<표 3-3> 우월적 지위(시장 지배력)의 개념과 시장 점유율 임계치 국제 비교	42
<표 3-4> 경제적 의존성에 대한 국제 비교	44
<표 4-1> 종합건설업체와 전문건설업체 수	49
<표 4-2> 상위 5개 기업의 공사 기성액 및 비율	50
<표 4-3> 협력업체로 등록된 종합건설업체 수	51
<표 4-4> 하도급법상 원사업자의 의무 및 금지 사항	55
<표 4-5> 부당한 하도급 대금 결정 금지 위반 사례(2008. 1~2012. 11)	57
<표 4-6> 하도급대금 부당감액 금지 위반 사례(2008. 1~2012. 11)	59
<표 4-7> 경제적 이익 부당 요구 사례(2008. 1~2012. 11)	61
<표 5-1> 원사업자 의무 사항	65
<표 5-2> 건산법과 하도급법의 중복 규정 현황(원사업자 금지 사항)	65

<그림 차례>

<그림 2-1> 수요 독점자의 시장 지배력	11
<그림 2-2> 다단계 생산 및 판매 시장	12
<그림 4-1> 하도급 시장의 구조	48

요 약

제1장 : 서론

- 우리나라는 1984년 「하도급법」을 제정하여 1985년 4월 1일부터 건설 하도급 거래를 포함한 하도급 거래를 규제하고 있음.
- 그러나, 하도급 거래는 본질적으로 계약이므로 계약 자유의 원칙이 적용되어야 하고, 계약 자유의 원칙을 제한하기 위해서는 합리적인 근거가 있어야 함.

1. 계약 자유와 계약의 공정성

- 계약은 시장에서 거래 당사자간의 이기적인 의사를 상호 확인하고 자율적으로 이를 조정하여 자원을 보다 효율적으로 이용할 수 있는 사람에게 이전시키는 사적 자치의 수단임.
- 이러한 과정에서 거래가 성사되지 않으면 창출되지 않는 잉여 가치가 창출되고 이를 계약 당사자들이 분배함으로써 계약 당사자 모두의 후생을 증가시키는 기능을 함.
- 다만, 계약 당사자 중 일방이 계약을 위반하고자 하는 기회주의적 행동을 하는 경우, 계약의 이러한 기능이 작동하지 않을 수 있음.
- 계약 자유란 당사자가 자유롭게 선택한 상대방과 그 법률 관계의 내용을 자유롭게 합의하고, 법이 그러한 합의를 법적 구속력이 있는 것으로 승인하는 것을 의미함.

- 그러나, 계약 자유의 원칙은 산업혁명 이후 자본주의의 발달에 따라 생산이 독과점화되고 상품이 대량 생산되자 점차 그 한계를 드러내기 시작하였음.
- 계약 자유의 본질적인 부분인 자유로운 합의가 실제로 불가능한 상황이 나타나고, 재화나 서비스를 공급하는 기업이 독과점화됨에 따라 국민은 부당한 계약 조건을 이유로 계약 체결을 거부할 수 없는 상황이 되었고, 약관이 대중화되어 소비자는 계약 내용 형성을 위한 기회가 주어지지 않았음.
- 이와 같은 계약 자유의 원칙을 제한하여 계약 공정 이념의 대상이 된 분야로는 고용 계약, 임대차 계약 및 소비자 보호 분야 등을 꼽을 수 있음.
- 한국 「민법」도 이러한 이유로 계약의 공정성을 확보하기 위하여 총칙에 불공정 법률 행위에 관한 규정을 두고 있음. 즉, 당사자의 공박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률 행위는 무효로 한다는 규정을 두고 있음 (「민법」 제104조).

2. 「공정거래법」과 「하도급법」에서의 거래 규제

- 한국에서는 기업간의 계약 불공정을 규율하기에는 「민법」 규정이 미흡하다고 보아 「공정거래법」에 특별 규정을 두고 있음.
 - 「공정거래법」 제23조 제1항 제4호(자기의 거래상의 지위를 이용하여 상대방과 거래하는 행위)에서 거래상 지위 남용 행위를 불공정 거래 행위의 한 유형으로 규정하며 대기업의 우월적 지위 남용을 규제하고 있음.
- 더욱이 「공정거래법」도 미흡하다고 판단하여 1984년에 하도급법을 제정·공포하여 1985년 4월 1일부터 시행하고 있음.

- 「공정거래법」의 특별법으로 개별적 법률인 「하도급법」을 제정하여 특정한 행위를 위법으로 간주하는 것은 합리의 원칙(rule of reason) 대신 ‘당연 위법 원칙’(per se rule)을 적용하기 때문에 공정거래위원회가 위법성을 입증할 필요성이 없다는 것을 의미함.
- 결과적으로 현행 「하도급법」은 우월적 지위에 대한 개념 정의도 없이, 우월적 지위를 갖고 있는지 여부를 판단하지도 않고, 「하도급법」에서 규정한 원사업자의 행위를 우월적 지위를 남용하는 행위로 간주하는 ‘당연 위법 원칙’의 틀 속에서 제도를 운용하고 있는 것임.

3. 연구의 목적

- 일반적으로 원사업자가 수급 사업자에 비해 우월적 지위에 있는 경우란 원사업자가 수급 사업자에게 현저하게 불리한 계약 조건을 요청하여도 수급 사업자가 이것을 받아들일 수밖에 없는 경우를 의미하는 것으로 해석할 수 있음.
- 「하도급법」 적용 대상에 건설 하도급을 포함하여 다른 분야의 하도급과 동일하게 수급 사업자를 보호하는 이유는 건설 하도급도 다른 분야의 하도급과 동일하게 원사업자가 수급 사업자에 비하여 우월적 지위를 갖는다고 인식하기 때문인 것으로 판단됨.
- 건설 하도급은 원사업자가 수급 사업자에 비해 우월적 지위를 갖는 것이 아니라 수급 사업자가 원사업자에 비해서 우월적 지위를 갖는 경우도 있을 수 있음.
- 예를 들어, 수급 사업자가 탁월한 시공 능력을 보유하고 있든지 또는 특수 공정에 필요한 기술에 특허를 가지고 있다면 수급 사업자는 원사업자에 비하여 우월적 지위를 가질 수 있음.

- 그러나, 우리나라 「하도급법」은 우월적 지위의 개념에 대한 엄밀한 분석 없이 모든 하도급은 원사업자가 수급 사업자에 대하여 우월적 지위를 갖고 있다고 인식하고 「하도급법」으로 규제하고 있음.
- 따라서, 본 연구는 우월적 지위에 대한 개념을 법적 및 경제학적으로 고찰하여 우월적 지위의 개념을 정립하고자 함. 그리고 정립된 우월적 지위의 개념을 사용하여 건설 하도급은 일반적으로 원사업자가 우월적 지위가 없음을 확인하여 「하도급법」의 적용 대상에서 제외할 것을 제안하고자 함.

제2장 : 우월적 지위에 대한 경제학적 개념

- 주류 경제학에서 우월적 지위는 시장 지배력과 동일한 개념으로 사용되는데, 특정 기업의 우월적 지위 또는 시장 지배력 보유 유무를 판단하는 첫 번째 요인은 시장 구조임.
- 공급 측면에서의 우월적 지위 또는 시장 지배력이란 상당한 기간 동안 하나의 기업 또는 소수의 기업이 경쟁 수준 가격, 즉 경쟁 시장에서 가격이 결정되는 한계비용보다 높은 가격을 설정할 수 있는 능력을 의미함.
- 수요 측면에서는 구매자가 구입하는 상품이나 서비스에 대해서 경쟁 수준 가격 이하의 가격을 지불하고 제품을 구입할 수 있는 능력을 의미함.
- 시장 구조 이외에 우월적 지위가 나타나는 경우는 거래 상대방이 거래선 변경에 관한 정보 부족, 그리고 탐색 비용 및 전환 비용이 커서 이들이 특정 기업에게 고착되는 효과(lock-in effect)를 유발할 때임.

- 또한, 거래비용 경제학에서 우월적 지위는 특화된 투자의 볼모 문제(hold-up problem)가 나타날 경우 발생할 수 있음을 지적하고 있음.
- 즉, 계약 당사자의 일방 또는 쌍방이 계약 관계의 발전을 위하여 일정한 투자를 한 경우 자신의 투자분에 대한 투자 이익의 회수 여부가 상대방의 행위에 의존하는 볼모 문제로 경제적 의존성이 있는 경우에 우월적 지위가 나타날 수 있다고 설명함.

제3장 : 주요국의 우월적 지위에 대한 법적 개념

1. 우월적 지위와 시장 점유율

- 21세기 현재 미국은 「독점금지법」에서 시장 지배력(market power) 남용을 금지하고 있고, EU는 조약으로 우월적 지위 남용을 금지하고 있는데, 이들 2가지 개념은 동일한 것으로 공급자 및 구매자 모두에게 적용되고 있음.
- 미국과 캐나다, EU와 유럽 국가는 모두 시장 지배력 또는 우월적 지위를 평가하는 데 있어서 시장 점유율을 중요한 지표로 사용하고 있음.
- 미국 등 대부분의 국가는 우월적 지위를 인정하기 위한 특정한 시장 점유율 임계치를 법률에서 설정하고 있지 않지만, 한국의 「공정거래법」과 일본의 「독점금지법」은 시장 점유율의 특정 수치를 이용하여 시장 지배자적 지위(일본의 경우 독점적 상태)를 정의하고 있음.
- 한편, 우월적 지위를 인정하기 위한 시장 점유율의 임계치를 정하고 있지 않지만, 시장 점유율이 특정 수치 이하이면 경쟁 당국이 문제를 삼지 않는 안전지대(safe harbor)를 설정하고 있는 국가도 있음.

- 예를 들어, 캐나다의 경우 1개 기업인 경우에는 시장 점유율이 35% 이하, 수개 기업인 경우 60% 이하이면 경쟁 당국은 우월적 지위 여부를 조사하지 않는 안전지대를 설정하고 있음.
- 또한, EU는 생산 및 판매가 다단계인 경우(예컨대 제조업체가 대형 유통업체를 통하여 상품을 소비자에게 판매하는 경우) 상류 시장 구매자 점유율이 30%이고 하류 시장의 공급자 점유율이 30% 이하이면 경쟁 당국은 상류 시장 공급자의 우월적 지위를 인정하지 않아 문제 삼지 않는 안전지대를 설정하고 있음.

2. 우월적 지위와 경제적 의존성

- EU와 일부 유럽 국가는 시장 점유율이 낮은 경우 우월적 지위를 보완하기 위한 지표로 경제적 의존성 개념을 인정하여 우월적 지위의 개념을 확장하고 있음.
 - EU가 인정하는 경제적 의존성은 결핍 의존성, 제조업자의 강한 구매자에 대한 의존성, 제품 판매 이후 시장(예를 들어 보수용 부품 시장)의 기술적 의존성 등임.
- 경제적 의존성을 인정하는 근거로는 자산 특화성, 고착 효과 및 예외적인 시장 조건을 인정하고 있는데, 이러한 근거만으로는 우월적 지위를 인정하지 않고 시장 점유율이 어느 정도 높은 경우에 보완 지표로 활용하고 있음.
- 즉, 해당 시장의 범위를 정확히 규정하여, 해당 시장에서 의미 있는 시장 점유율을 갖고 있어야 우월적 지위를 인정하고 있음.
- 개별 국가의 경우에도 프랑스와 스위스는 경제적 의존성을 우월적 지위를 판단하는 보완 지표로 사용하고 있음. 이에 비해 독일은 경제적 의존성을 절대적인 우월적 지위(시장 지배력)와는 별개의 개념인 상대적 우월적 지위로 인정하고 있으나, 중소기업과 거래하는 경우에만 인정하고 있음.

- 일본의 「독점금지법」은 ‘거래상 우월적 지위’의 남용(EU의 경제적 의존성 개념)을 독점적 상태(시장 지배자적 지위)의 남용과 구별하여 규정하고 있고, 거래상 우월적 지위 남용을 판단하기 위한 구체적인 지침인 「우월적 지위의 남용에 관한 독점금지법의 사고」를 운용하고 있음.
- 이 지침에 의하여 구체적으로 거래상 지위의 우월성을 판단하기 위해서 거래 의존도, 시장에서의 지위, 거래처 변경 가능성, 거래할 필요성을 나타내는 구체적 사실 등을 종합적으로 판단하여 결정하게 하고 있음.
- 한국의 「공정거래법」도 시장 지배자적 남용 행위와 구분하여 거래상 지위(EU의 경제적 의존성 개념) 남용을 규정하고 있고, 「불공정 거래행위 심사지침」에서 거래 개시 단계와 거래 계속 단계에서의 원칙을 정하고 있음.
 - 거래 개시 단계에서는 거래 상대방이 자신이 거래할 사업자를 선택할 수 있는지와 계약 내용을 인지한 상태에서 자신의 판단 하에 거래를 선택하였는지 여부를 기준으로 거래상 우월적 지위 여부를 판단함.
 - 거래 계속 단계에서는 사업자가 거래 상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지 여부를 기준으로 함. 사업자가 거래 상대방의 대체 거래선 확보 곤란 등의 사유로 인해 거래상 지위가 있고 이를 이용하여 각종 불이익을 가한다면 「공정거래법」 적용 대상이 될 수 있음.

제4장 : 건설 하도급 거래의 우월적 지위 평가와 규제의 문제점

- 쌍방 거래 관계인 하도급 거래에서 원사업자가 항상 수급 사업자에 비해서 우월적 지위를 갖는 것은 아님.
 - 건설 하도급 거래에서는 수급 사업자가 탁월한 시공 능력을 보유하고 있든지 또는 특정 공정에 필요한 기술 특허를 갖고 있으면 수급 사업자가 원사업자에 비해서 우월적 지위에 있음.

- 자동차산업과 같이 하류 시장이 독과점 산업인 경우 원사업자의 상류시장 점유율이 상당 수준이 되면 상류 시장인 하도급 시장에서 수급 사업자의 대체 거래선 확보가 어려워 원사업자의 우월적 지위가 존재한다고 할 수 있음.
- 하류 시장이 과점 시장인 자동차산업은 상류 시장인 하도급 시장에서 자동차 생산자가 우월적 지위를 갖고 있다고 판단할 수 있어 계약 조건 등에 대해서 규제를 하는 것은 타당성이 있지만, 건설 하도급의 경우 하도급 대금 결정 등 거래 조건에 규제를 하는 것은 타당성이 없음.
 - 왜냐하면, 한국 건설업의 경우 하류 시장인 원도급 시장에서 1개 기업의 시장 점유율이 10%에도 못 미치고 있는 완전 경쟁 시장에 가까운 상태에서 원사업자가 우월적 지위를 갖고 있다고 할 수 없기 때문임.
- 또한, 시장 점유율이 의미 있는 경우가 아닐 경우에 우월적 지위를 인정하는 경제적 의존성 개념으로 우월적 지위를 판단할 경우에도 일반적인 건설 하도급은 수급 사업자가 원사업자에 대한 경제적 의존성이 없음.
- 첫째, 일반적으로 건설 하도급에서 수급 사업자는 복수의 원사업자와 거래할 수 있어 대체 거래선이 존재하고, 대부분의 건설 기술은 범용 기술이기 때문에 기술적으로 대체 거래선으로 전환하는 것이 어렵지도 않음.
- 둘째, 특정 원사업자가 특화된 장기적 투자를 한 경우가 아니면 불모 문제도 발생하지 않아 일반적으로 전환 비용이 높지 않기 때문에 우월적 지위가 존재한다고 할 수 없음.
- 일반적으로 우월적 지위가 존재하지 않는 건설 하도급을 항상 우월적 지위가 존재한다고 가정하고, 하도급 대금의 부당한 결정, 부당한 하도급 대금의 감액, 경제적 이익의 부당한 요구 등을 원사업자의 금지 사항으로 규제하는 것은 거래 당사자가 자유롭게 하도급 거래를 함으로써 창출할 수 있는 잉여 가치를 박

탈할 가능성이 있음.

- 또한, 수급 사업자의 대체 거래선이 다수 존재하고 다른 대체 거래선으로 전환하는 비용이 높지 않음에도 불구하고 하도급 거래의 가격을 제한하는 등의 규제는 경쟁력이 없는 수급 사업자를 보호하는 정책적인 과오를 범할 가능성이 높은 것으로 분석됨.
- 따라서 건설 하도급은 현행 「하도급법」의 적용 대상에서 제외하는 것이 경제를 효율화하는 방안이라고 판단됨.

제5장 : 결론

- 건설 하도급은 완전 경쟁 시장에 가까운 시장이고, 일반적으로 수급 사업자의 대체 거래선도 존재하고 특정 원사업자에게 특화된 투자가 이루어지는 볼모 문체도 존재하지 않아 전환 비용도 크지 않으므로 원사업자의 우월적 지위가 존재하지 않음.
- 따라서 원사업자의 우월적 지위를 전제로 운용하고 있는 「하도급법」의 적용이 적절하지 않기 때문에 건설 하도급을 「하도급법」의 적용 대상에서 제외해야 할 것으로 판단됨.
- 건설 하도급에 관한 사항은 「건설법」과 「하도급법」에서 규정하고 있고, 상당 부분은 두 법률에서 중복적으로 규정하고 있음.
- 또한, 건설업은 주문 생산 등의 특성을 가지고 있어서 건설 하도급을 제조업이나 서비스업의 하도급과 동일한 규정으로 규제하는 것보다는 건설업의 특성을 고려하여 차별적으로 「건설법」에서 규제하는 것이 타당함.

- 이와 같이 건설 하도급을 「하도급법」 적용에서 배제하여 가격 결정에 관한 규제를 철폐함으로써 얻을 수 있는 기대 효과는 다음과 같음.
- 첫째, 하도급 거래 규제로 상실할 수 있는 잉여 가치를 창출하여 국민경제의 경제적 후생을 증가시킬 수 있을 것임.
- 둘째, 하도급 거래 가격을 제한하는 등의 규제로 인해 야기되는 경쟁력이 없는 수급 사업자를 보호하여 발생하는 국민경제의 비효율을 제거할 수 있을 것임.
 - 원사업자의 수급 사업자에 대한 우월적 지위가 없음에도 불구하고 하도급 거래의 가격을 규제하면 경쟁력 없는 수급 사업자를 보호하는 정책적 과오가 될 수 있음.
- 셋째, 건설 하도급을 「하도급법」 적용에서 제외할 경우, 「하도급법」과 「건설산업법」에서 중복 규제함으로써 야기되는 거래 당사자의 불편 및 처벌의 형평성 문제가 해소될 수 있음.

우리나라는 지난 1984년에 「하도급거래공정화에 관한 법률」(이하 하도급법)을 제정·공포하고 1985년 4월 1일부터 시행하고 있다. 하도급법은 건설 하도급을 포함한 하도급 거래를 규제하고 있다. 하도급법의 규제 내용은 부당한 하도급 대금의 결정 금지를 포함한 원사업자의 금지 사항과 현금 결제 비율 등 원사업자의 의무 사항 등을 규정하고 있다.

그러나, 하도급 거래는 본질적으로 계약이므로 계약 자유의 원칙이 적용되어야 하고, 계약 자유의 원칙을 제한하기 위해서는 합리적인 근거가 있어야 한다. 그러나 하도급법은 합리적인 근거 없이 모든 하도급 거래는 원사업자가 수급사업자에 비하여 우월적 지위를 갖는다고 가정하고 원사업자의 계약 내용을 규제하고 있다.

본 서론에서는 계약 자유의 원칙과 이를 제한하는 공정 거래의 내용, 거래를 규제하는 민법, 공정거래법 및 하도급법의 관계를 살펴보고 본 연구의 목적, 그리고 연구 내용 및 연구 방법을 기술하고자 한다.

1. 계약 자유와 계약의 공정성

계약은 시장에서 거래 당사자간의 이기적인 의사를 상호 확인하고 자율적으로 이를 조정하여 자원을 보다 효율적으로 이용할 수 있는 사람에게 이전시키는 사적자치의 수단이다. 이러한 과정에서 계약이 체결되지 않으면 창출되지 않는 잉여가치가 창출되고 이를 계약 당사자들이 분배함으로써 계약 당사자 모두의 후생이 증가하게 된다. 다만, 계약 당사자 중 일방이 계약을 위반하고자 하는 기회주의적 행동을 하는 경우 계약의 이러한 기능이 작동하지 않을 수 있다.¹⁾ 계약 자유란 당사자가 자유롭게 선택한 상대방과 그 법률관계의 내용을 자유롭게 합의하고, 법이 그 합의를 법적 구속력이 있는 것으로 승인하는 것을 의미한다. 그리고 계약으로 거래 당사자들 사이에서 발생할 수 있는 미래의 위험을 자신들의 책임하에 사전에 자율적으로 분담하는 방법으로 계약 당사자가 책임을 진다. 즉, 계약에 의한 법률관계를 당사자가 자율적으로 형성하도록 허용하는

1) 신석훈(2011), 한국의 대·중소 기업간 거래 규제 분석 및 발전방안, p.5.

계약 자유의 원칙은 사적 자치의 핵심이다. 그러나 이러한 계약 자유의 원칙은 산업혁명 이후 자본주의의 발달에 따라 생산이 독과점화되고 상품이 대량 생산되자 점차 한계를 드러내기 시작하였다.

첫째, 계약 자유의 본질적 부분인 자유로운 합의가 실제로 불가능한 상황에 직면하게 되었다. 토지나 공장 등 생산수단이 소수에게 독과점됨으로써 대다수의 시민은 노동력을 제공하고 그 대가를 얻기 위해 자본가와 계약을 체결하는 현상이 나타났다.

둘째, 국민에게 필수적으로 요구되는 재화나 서비스를 공급하는 기업이 독과점화됨에 따라 국민은 부당한 계약 조건을 이유로 계약 체결을 거부할 수조차 없게 되었다.

셋째, 약관이 대중화되는 현상이 나타났다. 일방 당사자에 의하여 미리 작성된 약관이 계약 체결에서 거래 상대방에게 강요됨으로써 소비자에게는 계약 내용 형성을 위한 합의의 기회가 주어지지 않게 되었다.

결국 부의 편재와 생활필수품의 독과점화로 사회적 강자와 사회적 약자의 구별이 뚜렷해짐으로써 계약 자유는 사회적 강자인 기업에게는 명령의 자유, 사회적 약자인 소비자나 고객에게는 계약을 통한 복종으로 전락할 위험에 놓이게 되었다. 따라서 현대 법은 계약 자유를 제한함으로써 계약 공정을 계약 자유를 제한하는 이념으로 채택하였다.

이와 같은 계약 자유의 원칙을 제한하여 계약 공정의 이념의 대상이 된 분야로는 고용 계약, 임대차 계약 및 소비자 보호 분야를 꼽을 수 있다. 즉, 고용계약은 노동법이라는 독자적인 법 영역을 형성하면서 노동자를 위한 법적 배려가 본격화되었고, 임대차 계약은 주택 임대차와 농지 임대차를 중심으로 임차인을 보호하는 강행 규정이 증가하여 사회법적 색채를 띠게 되었다. 소비자 보호를 위한 입법은 1970년 이후에 급속히 증가하였다.²⁾

한국 민법도 계약의 공정성을 확보하기 위하여 총칙에 불공정 법률행위에 관한 규정을 두고 있다. 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위는 무효로 한다는 규정이다(민법 제104조). 따라서 민법상 하도급 거래를 포함한 기업간 거래도 본질은 계약이므로 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 현저하게 공정을 잃은 계약은 무효이다.

2) 이은영, 채권각론, pp.33-42 참조.

2. 공정거래법과 하도급법에서의 거래 규제

한국에서는 기업간의 계약의 불공정을 규율하기에는 민법 규정이 미흡하다고 보아 공정거래법에 특별 규정을 두고 있다. 공정거래법 제23조 제1항 제4호(자기의 거래상의 지위를 이용하여 상대방과 거래하는 행위)에서 거래상 지위 남용 행위를 불공정 거래행위의 한 유형으로 규정하며 대기업의 우월적 지위 남용을 규제하고 있다.

거래 상대방이 계약법(민법)을 위반했을 경우 피해자가 법원에 소송을 제기하여 권리 구제를 받게 되지만, 공정거래법상 규율에서는 공정거래위원회가 법 위반 여부를 조사하여 시정조치·과징금·벌금부과 등의 행정적·형사적 제재를 통하여 원사업자의 우월적 지위 남용을 통제하며 수급사업자를 보호하고 있다. 공정거래위원회가 대기업의 관련 행위를 공정거래법상 우월적 지위 남용 행위로 규제하기 위해서는 그러한 행위가 우월적 지위에 기초한 것으로 공정거래를 저해하고 있다는 사실을 입증해야 했다.

당시 경제기획원 공정거래위원회³⁾는 우월적 지위 남용이라는 개념은 하도급상의 불공정 행위를 규제하기에는 개념이 너무 애매하다고 판단하여 1982년 12월 「하도급거래상의 불공정행위 유형 고시」(경제기획원 고시 제59호)를 제정하여 1983년 4월 1일부터 시행하였다. 고시 시행 이후 하도급 거래와 관련해 경제기획원이 처리한 사건 건수는 1983년 48건(제조 14건, 건설 34건)에서 1984년에는 211건(제조 84건, 건설 127건)으로 대폭 증가하였다.⁴⁾ 그러나, 상당수의 사건은 공정거래위원회의 결정에 불복하여 법원에 제소하였고, 공정거래위원회가 입증 부족으로 법원에서 패소하는 경우가 많았다.

공정거래위원회가 입증에 부담을 느끼기 시작하자 규제의 실효성 강화⁵⁾라는 명목으로 규제를 손쉽게 하기 위해 당시 공정거래법상의 우월적 지위 남용⁶⁾ 규제 조항에 근거해 행정부 내부에서만 효력을 가지던 「하도급거래상의 불공정거래 지정 고시」의 지위를 독립된 법으로 격상시켜 1984년에 「하도급거래공정화에 관한 법률」(이하 하도

3) 공정거래위원회는 1981년 경제기획원의 내부 조직으로 설립되었고, 1990년 경제기획원에서 분리되었다.

4) 공정거래위원회 하도급국(2002B), p.6.

5) 하도급법 제정 이유로 하도급 관련 사건 건수가 증가한 점보다는 공정거래위원회의 심결이 법원에서 패소한 것이 많다는 것을 이유로 드는 견해도 있다. 신석훈(2011A) 참조.

6) 공정거래법은 우월적 지위 남용 이외에도 거래 거절, 차별적 취급, 경쟁사업자 배제, 부당한 고객 유인 행위, 거래 강제 행위, 구속조건부 거래 행위, 사업 활동 방해 행위를 불공정거래 행위로 규정하고 규제하고 있다.

급법)이 제정·공포되고 1985년 4월 1일부터 시행되었다.⁷⁾

개별적 법률인 하도급법을 제정하여 특정한 행위를 위법으로 간주하는 ‘당연 위법 원칙’(per se rule)을 적용하기 때문에 공정거래위원회가 위법성을 입증할 필요성이 없다. 결과적으로 현행 하도급법은 우월적 지위에 대한 개념 정의도 없이, 우월적 지위를 갖고 있는지 여부를 판단하지도 않고, 하도급법에서 규정한 원사업자의 행위를 우월적 지위를 남용하는 행위로 간주하는 ‘당연 위법 원칙’(per se rule)의 틀 속에서 제도를 운영하고 있다.

하도급법을 제정할 때 우리나라는 일본의 「하청대금지불지연 등 방지법」(이하 하청법)을 벤치마킹하였다. 일본의 하청법은 1956년 제정되었고,⁸⁾ 적용 범위는 제조 위탁, 수리 위탁, 정보 성과물의 작성 및 역무 제공 위탁 등 4종류의 하도급 거래로 제한하였다. 즉, 건설 위탁은 일본 하청법의 적용 대상에서 제외하고 있다. 그러나, 한국의 경우 1984년 하도급법 제정 당시부터 건설 하도급은 제조 하도급과 함께 하도급법의 적용 대상이 되었다.⁹⁾

3. 연구의 목적

하도급법 적용 대상에 건설하도급을 포함하여 다른 분야의 하도급과 동일하게 수급사업자를 보호하는 이유는 건설하도급도 다른 분야의 하도급과 동일하게 원사업자가 수급사업자에 비하여 우월적 지위를 갖는다고 인식하기 때문인 것으로 판단된다.

일반적으로 원사업자가 수급사업자에 비해 우월적 지위에 있는 경우란 원사업자가 수급사업자에게 현저하게 불리한 계약 조건을 요청하여도 수급사업자가 이것을 받아들

7) 신석훈(2011), 한국의 대·중소 기업간 거래 규제 분석 및 발 전망안, pp.7-8에서 인용.

8) 일본에서도 불공정 하도급 거래 행위는 「사적독점금지 및 공정거래확보에 관한 법률」(이하 독점금지법)의 불공정 거래 방법 중 우월적 지위 남용 행위에 해당하여 이를 위반하는 경우 규제하여 왔다. 이러한 행위를 규제하기 위해서는 ‘거래상 우월적 지위를 이용한 것인지 여부’와 ‘부당하게 불이익한 것인지 여부’를 개별적으로 판단할 필요가 있었다. 그런데 이의 판단은 최종적으로 공정거래위원회의 심사 심판 절차에 의하여 이루어지게 되지만 그 절차를 다룰 때에는 문제 해결의 시기를 상실하는 것 이외에 원사업자가 수급사업자의 지속적인 거래 관계를 악화시키는 경우도 있었다. 따라서 독점금지법의 위반 사건 절차와는 별도의 간이 절차가 필요하다고 판단하여 일본은 하청법을 1956년 독점금지법의 보완법으로 제정하였다.

9) 하도급법 제정 당시에는 원도급자가 연간 매출액(건설의 경우 시공능력 평가액) 또는 상시 고용 종업원 수가 하도급자의 2배를 초과하는 경우에 적용하였다. 용역 위탁의 경우에는 원칙적으로 하도급법 적용 대상에서 제외하였고, 설계·소프트웨어 개발 및 엔지니어링 활동 등은 하도급법 적용 대상으로 규정하였다.

일 수밖에 없는 경우를 의미하는 것으로 해석할 수 있다.

예를 들어, 시장구조가 독점인 상품의 제조업자가 부품을 수급사업자에게 위탁하여 조달하는 경우 수급사업자는 독점자인 제조업자가 불리한 계약 조건을 제시하여도 그 조건을 받아들일 수밖에 없다. 왜냐하면, 동일한 부품을 필요로 하는 수요자가 없을 뿐만 아니라, 다른 용도의 부품을 생산하려면 전환비용이 많이 들기 때문이다.

그러나, 건설산업은 독과점 산업이 아니어서 수급사업자도 다수의 원사업자와 하도급 계약을 체결할 수 있으므로 원사업자가 수급사업자에 비해서 우월적 지위를 갖는다고 볼 수 없다. 반면, 독과점 산업인 자동차산업에서는 수급사업자가 거래선을 변경할 수 있는 여지가 적어 원사업자가 수급사업자에 비해서 우월적 지위를 가질 수 있다.

또한, 건설하도급은 반대로 수급사업자가 원사업자에 비해서 우월적 지위를 갖는 경우도 있을 수 있다. 예를 들어, 수급사업자가 기술력이 높으면(예를 들어, 탁월한 시공능력을 보유하고 있다든지, 또는 특정 공정에 필수적인 기술에 특허를 갖고 있으면) 수급사업자는 원사업자에 비하여 우월적 지위를 누릴 수 있다.

그러나, 우리나라 하도급법은 우월적 지위의 개념에 대한 엄밀한 분석 없이 모든 하도급은 원사업자가 수급사업자에 대하여 우월적 지위를 갖고 있다고 인식하고 하도급법으로 규제하고 있다.

따라서, 본 연구는 우월적 지위에 대한 개념을 법적 및 경제학적으로 고찰하여 우월적 지위의 개념을 정립하고자 한다. 그리고 정립된 우월적 지위의 개념을 사용하여 건설하도급은 일반적으로 원사업자가 우월적 지위가 없음을 확인하여 하도급법의 적용 대상에서 제외할 것을 제안하고자 한다.

4. 연구 내용 및 방법

하도급법에서 하도급 거래의 규제 근거가 되고 있는 원사업자의 우월적 지위의 개념을 명확히 하기 위하여, 경제학에서의 우월적 지위의 개념을 살펴보고, 주요국에서 사용하고 있는 법적인 우월적 지위의 적용 사례를 살펴보기로 한다.

경제학적 우월적 지위의 개념은 주류 경제학(mainstream economics)에서의 시장구조(market structure)를 중심으로 살펴보고, 거래비용 경제학(transaction cost economics)에서 설명하는 쌍방관계에서 불모 문제(hold-up problem)로 우월적 지위가 나타나는 경

제적 의존성(economic dependence) 개념을 살펴본다. 하도급 거래에서 원사업자는 재화나 서비스를 구매하는 자이므로 구매자의 우월적 지위를 중심으로 살펴본다.

우월적 지위의 적용 사례는 EU, 미국, 캐나다, 일본의 관계 법령과 정책 당국의 지침과 판례를 분석하는 방법으로 고찰한다.

정립된 우월적 지위의 개념을 이용하여 한국의 건설하도급은 일반적으로 원사업자의 우월적 지위가 없음을 밝혀내고자 한다.

그리고 분석한 결과를 이용하여 한국의 하도급법의 우월적 지위 남용에 관한 정책적 시사점을 도출한다.

제 2 장 우월적 지위에 대한 경제학적 개념

하도급법에서 하도급 거래의 규제 근거가 되고 있는 우월적 지위의 개념을 명확히 하기 위하여, 우월적 지위의 경제학적 개념을 살펴본다. 우월적 지위의 경제학적 개념은 주류 경제학에서의 시장구조를 중심으로 한 시장지배력의 개념을 먼저 살펴보고, 거래비용 경제학에서의 관계적 우월적 지위가 나타나는 경제적 의존성 개념을 살펴본다.

1. 주류 경제학에서의 우월적 지위

(1) 공급 측면(supply side)의 시장 지배력

주류경제학에서 우월적 지위(dominant position)의 개념은 시장지배력(market power) 개념과 동일한 개념으로 사용된다. 시장지배력이란 상당한 기간 동안 하나의 기업 또는 소수의 기업이 경쟁 수준의 가격보다 높은 가격을 설정할 수 있는 능력을 의미한다.

시장지배력은 시장 구조와 관련되어 정의된다. 시장지배력은 완전 경쟁 시장(perfect competitive market)을 준거로 하여 2가지 개념, 즉 완전 경쟁 시장 구조에서의 가격이 결정되는 한계비용(marginal cost)과 시장가격(market price)에 의해서 정의된다.

완전 경쟁 시장은 첫째, 수많은 수요자와 공급자가 존재하고, 둘째, 기업들이 자유롭게 진입과 퇴출을 할 수 있는 시장 구조이다. 이와 같은 완전 경쟁 시장에서는 어떠한 기업도 제품의 가격을 결정할 수 있는 능력이 없다. 즉, 시장지배력이 없다. 완전 경쟁 시장에서 재화나 서비스의 가격은 기업의 한계비용 수준에서 결정되며 어느 기업도 시장지배력을 행사할 수 없다.

반면, 독점 기업은 가격을 한계비용 이상으로 인상할 수 있어 경제적 이윤을 창출할 수 있다. 시장지배력의 극단적인 경우가 독점 기업이다. 따라서 종종 시장지배력(market power)과 독점력(monopoly power)은 동의어로 사용되기도 한다.¹⁰⁾

10) Carlton, Dennis W. and Jeffrey M. Perloff(1994), Modern Industrial Organization, Second Edition, p. 137., "Whenever a firm can influence the price it receives for its product, the firm is said to have monopoly power(sometimes called market power). The terms monopoly power and market power typically are used interchangeably to mean the ability to profitably set price above competitive levels(marginal cost)."

완전 경쟁 시장과 독점 시장 사이의 중간 형태의 시장 구조는 여러 가지로 논의된다. 첫째, 하나의 우월적 기업(dominant firm)과 다수의 주변 기업(competitive fringe)이 존재하는 시장 형태이다. 우월적 기업은 나머지 주변 기업을 무시하고 가격을 설정할 수 있는 점에서 여전히 시장지배력을 갖고 있다. 이와 같은 상황을 독점시장과 구별하기 위해서 상대적 우월적 지위라고 표현하기도 한다.

둘째, 독점적 경쟁 시장(monopolistic competition)이다. 시장 형태가 경쟁 시장과 독점 시장의 형태를 동시에 갖고 있는 시장으로 생산자가 다수이지만, 특정 생산자의 재화가 차별화(differentiation)되어서 다른 재화와 대체성이 제한되는 시장이다. 가치가 높은 브랜드 상품이 좋은 예이다. 개별 생산자는 경쟁자의 행동에 무관하게 어느 정도 가격과 생산량을 결정할 수 있으므로 시장지배력을 갖는다.

셋째, 과점 시장이다. 과점 시장에서의 생산자는 독점은 아니지만 어느 정도 가격과 생산량을 결정하는 시장지배력을 갖는다. 과점 시장에서는 시장에서의 위치가 최고가 아니더라도 어느 정도 시장지배력을 행사할 수 있다.

이상의 논의는 공급자가 시장지배력을 갖는 경우의 시장 구조이고, 수요자(구매자)가 시장지배력을 갖는 경우도 있을 수 있다.

(2) 수요 측면(demand side)의 시장 지배력¹¹⁾

하도급 시장에서 원사업자는 재화나 서비스의 구매자이기 때문에 원사업자의 우월적 지위는 수요 측면의 시장 구조와 관련이 있다. 구매자(원사업자)가 공급자(수급사업자)와의 거래조건(terms of trade)에 영향을 미칠 수 있는 시장 구조는 수요자의 특징에 따라 구분된다.

구매자(buyer)가 하나인 시장 구조를 수요 독점 시장(monopsony)이라고 한다. 독점 공급자(monopoly)가 판매량을 제한함으로써 가격을 올릴 수 있는 것과 같이, 수요 독점자(monopsony)는 구입량을 제한함으로써 가격을 내릴 수 있다.

수요 독점자 이외의 구매자가 시장지배력을 가질 수 있는 경우는 첫째, 하나의 우월적 구매자(dominant buyer)와 다수의 주변 구매자(competitive fringe)가 존재하는 시장

11) 수요측면의 시장 구조는 OECD(2008), Monopsony and Buyer Power, Background Note, pp.19-75 참조.

형태이다. 우월적 구매자는 나머지 주변 구매자를 무시하고 구매가격을 설정할 수 있는 점에서 여전히 시장지배력을 갖고 있다. 현실에서 많이 나타나는 시장 구조이다.

둘째, 수요 과점 시장(oligopsony)이다. 수요 과점 시장에서의 구매자는 수요 독점은 아니지만 어느 정도 가격과 생산량을 결정하는 구매자의 시장지배력(buyer power)을 갖는다. 수요 과점 시장에서는 시장에서의 위치가 최고가 아니더라도 시장지배력을 행사할 수 있다.

셋째, 수요 독점적 경쟁 시장(monopsonistic competition)이다. 구매자가 다수 존재하지만 차별화된 제품이나 서비스가 특정한 구매자에게만 필요로 하는 시장이다. 예를 들어, 담배를 만드는 과정에 있어서 독특한 기능을 가진 사람이라면 담배인삼공사에 취업해야만 그 기능을 살릴 수 있을 것이며, 다른 직장에서라면 평범한 근로자밖에 될 수 없다. 이와 같이 독특한 기능을 요구하는 노동시장은 하나의 수요 독점적 경쟁 시장이라고 할 수 있다.

시장지배력(market power)은 공급 측면에서는 공급자가 자기가 공급하는 상품이나 서비스의 가격을 경쟁 시장 수준 이상으로 매길 수 있는 능력을 의미하듯이, 수요 측면에서는 구매자가 자기가 구입하는 상품이나 서비스에 대해서 경쟁 시장 가격 이하의 가격을 지불하고 제품을 구입할 수 있는 능력을 의미한다.

이하에서는 수요 독점 시장인 경우 구매자의 시장지배력을 설명하기로 한다.¹²⁾ 먼저, 구매자가 다수이고 공급자도 다수인 경쟁 시장에서 <그림 2-1>에서와 같이 수요곡선과 공급곡선이 주어져 있다고 하자. 그러면 균형은 수요곡선과 공급곡선이 교차하는 A 점에서 이루어지고, 거래량은 Z^* 로 결정되고 가격은 W^* 로 결정된다.

수요 독점자는 재화를 얼마만큼 구매할 것인가를 결정하는 데 다음과 같은 과정을 거친다. 우선 이 기업은 재화를 한 단위 구매하는 데 드는 비용이 얼마이며, 또한 추가적 단위의 재화를 구매함으로써 얻어지는 수입이 얼마인지를 계산하여, 추가적인 수입이 추가적인 비용보다 더 큰 재화의 구매를 계속 증가시킬 것이다. 결국 추가적인 수입과 추가적인 비용이 같아져 추가적인 구매가 순수입의 증가에 아무런 기여를 할 수 없는 선에서 구매량을 결정하게 된다.

12) 이 부분은 Chen, Zhiqi(2007), "Buyer Power : Economic Theory and Antitrust Policy", Research in Law and Economics, Volume 22, pp.17-40을 참조하여 작성하였다.

그러므로 수요 독점자는 우선 재화를 1단위 더 구매하는 데 드는 비용이 얼마인가를 계산해야 한다. 그런데 구매자가 수요 독점자인 경우 수요 독점자가 직면하는 그 재화의 공급곡선은 시장공급곡선이 된다.¹³⁾ 수요자가 직면하는 공급곡선은 수요자가 그 재화 1단위를 구입하는 데 드는 평균지출(average expenditure)곡선을 의미하므로 수요 독점자가 그 재화를 한 단위 구매하는 데 드는 평균적인 지출이 무엇인가를 보여주고 있다. 그 재화를 한 단위 구매하는 데 드는 평균지출곡선으로부터 1단위를 구매하는 데 추가로 드는 한계지출(marginal expenditure)곡선을 도출할 수 있다.

어떤 재화를 구매하는 것과 관련된 평균지출곡선이라 불릴 수 있는 시장의 공급곡선이 우상향하고 있을 때, 한계지출곡선(ME : marginal expenditure)은 그것보다 위쪽에 위치하게 된다(평균지출곡선이 우상향하는 경우에는 한계 지출이 평균 지출보다 높다).

한편, 시장 내의 모든 구매자가 하나이면(수요 독점 시장), 수요곡선은 구매자(수요 독점자)가 그 재화를 한 단위를 구입함으로써 얻는 한계가치(marginal value of the goods to the buyer)를 나타낸다.

따라서, 수요 독점자는 한계가치와 한계지출이 같아지는 점인 B에서 구입량 Z^m 을 결정하고, 구매자가 Z^m 을 구매하면 공급자가 받는 공급자 가격, 즉 구매자가 지불하는 금액은 W^m 이 된다. 따라서, 수요 독점자는 구매량을 경쟁시장 수준보다 줄여서($Z^* \Rightarrow Z^m$), 구입가격을 경쟁시장 수준보다 인하할 수 있다($W^* \Rightarrow W^m$).

이 경우 수요 독점자가 지불하는 가격은 그 재화가 구매자에게 주어지는 한계가치보다 작다는 의미에서 수요 독점적 착취(monopsonistic exploitation)가 일어났다고 말하며, 사각형 w^0w^mCB 로 재계 된다.

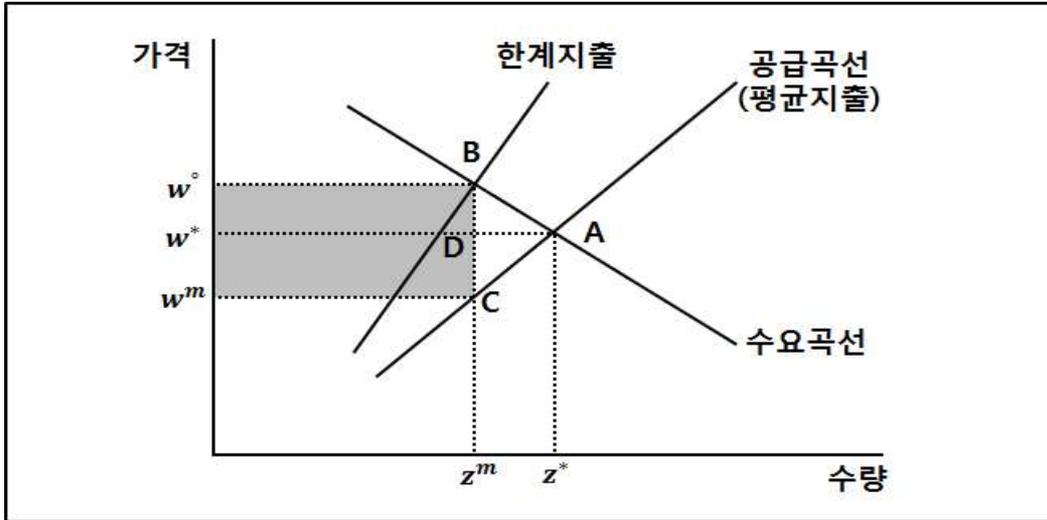
수요 측면에서 시장지배력이란 공급자의 정상적인 판매가격보다 낮은 수준의 가격으로 재화를 구입할 수 있는 구매자의 능력, 보다 일반적으로는 공급자의 정상적인 판매 조건보다 좋은 수준의 조건으로 재화를 구입할 수 있는 구매자의 능력이라고 정의할 수 있다.

이러한 시장지배력은 정도의 문제이고, 의미 있는 상당한 정도가 아니면 문제가 되지 않는다. 공급 측면에서의 시장지배력의 정도는 수요의 가격 탄력성에 의해서 결정되고,

13) 만약, 수요자가 다수일 경우 하나의 수요자가 직면하는 공급곡선은 수평선이 된다. 왜냐하면 수요자는 시장에서 결정된 균형가격을 그 재화의 가격으로 받아들이는 가격 수용자(price taker)이기 때문이다.

수요 측면에서의 시장지배력의 정도는 공급의 가격 탄력성에 의해서 결정된다.

<그림 2-1> 수요 독점자의 시장 지배력



구매자의 우월적 지위가 나타나는 시장 구조는 일반적으로 생산 및 판매가 다단계로 이루어지는 경우 상류시장(upstream market)에서 나타난다.¹⁴⁾ 예를 들어, 거대한 소매업자인 유통업자(retailer)가 생산자로부터 제품을 구매하여 소비자에게 판매하는 경우 유통업자가 제품을 구매하는 시장에서 나타난다. 이 경우 효과는 유통업자와 소비자(consumer) 간 시장인 하류시장(downstream market)의 시장 구조에 따라 상이하게 나타난다(상류시장 및 하류시장의 개념은 <그림 2-2> 참조).

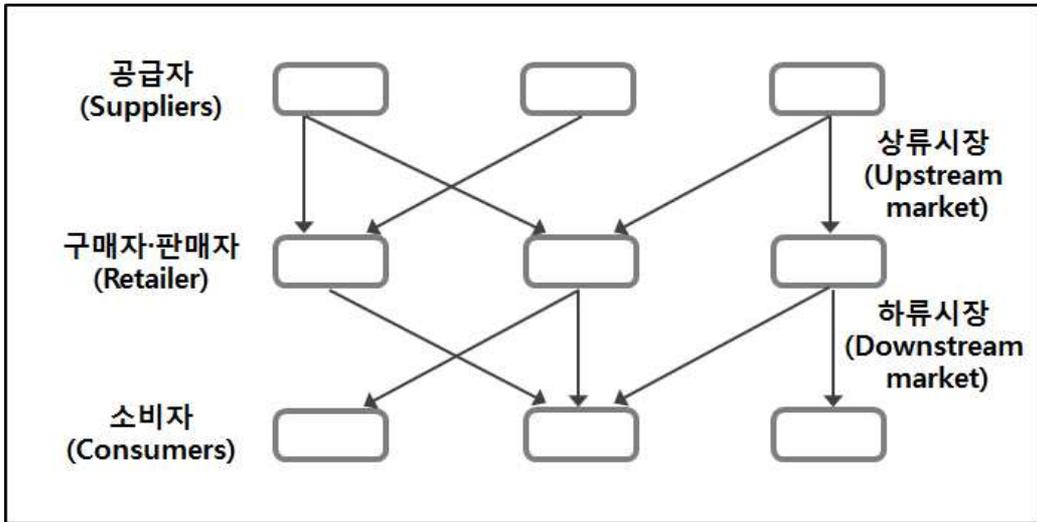
생산 과정이 하도급 거래를 통하여 이루어지는 재화나 서비스의 경우에는 원수급자와 수급사업자 간 시장이 상류시장이고, 발주자(또는 소비자)와 원사업자 간의 시장은 하류시장이다.

만약, 상류시장의 수요 독점자가 하류 시장에서 공급 독점자이면 상류시장에서 구입량을 축소할 경우, 하류시장에서 공급량이 축소되어 하류시장에서 가격이 상승한다. 반

14) 생산 및 판매 과정이 여러 단계로 이루어지는 과정에서 중간재 또는 생산요소를 공급하는 기업을 상류기업(upstream firm), 완성품을 소비자에게 공급하는 기업을 하류기업(downstream firm)이라고 한다. 중간재 또는 생산요소를 생산하는 기업은 강 상류에 위치하고 강 하류에 위치한 완성품을 생산하는 기업으로 강물을 이용하여 중간재 또는 생산요소를 운반하고, 완성품을 생산하는 기업은 강물을 이용하여 완성품을 소비자에게 운송하였기 때문에 이러한 명칭이 붙었다. 소비자에게 가까운 위치를 downstream이라고 표현한다. Carlton and Perloff(1995), pp.510-512.

면, 상류시장의 수요 독점자가 하류시장이 경쟁적이면 하류시장에 영향을 미치지 않는다. 이와 같은 상황은 해당 시장의 지역적 경계가 상이한 경우에 발생할 수 있다.

<그림 2-2> 다단계 생산 및 판매 시장



(3) 시장 구조 이외의 우월적 지위 발생 요인

시장 구조 이외에 쌍방관계에서 거래 일방은 거래 상대방이 다른 거래선에 대한 정보가 부족하거나(information gap), 다른 거래선을 찾는 탐색비용(search cost)이 크거나, 다른 거래선으로 전환하는 전환비용(switching cost)이 큰 경우 거래 일방은 다른 상대방에 대해서 우월적 지위를 가질 수 있다. 정보의 부족, 탐색비용 및 전환비용은 소위 고착효과(lock-in effect)를 유발해서 거래 일방이 거래 상대방에 대해서 우월적 지위를 가질 수 있다.¹⁵⁾

장기적인 사업 관계에서 고객이 거래선을 변경하는 것은 많은 전환비용을 유발하기 때문에 일방이 다른 거래선으로 전환하는 전환비용이 크거나, 전환이 기술적으로 어렵거나, 다른 거래선에 대한 정보가 부족하거나 탐색비용이 크다면 고객은 특정한 구매자

15) 정보를 취득하는 데 드는 탐색 비용 등을 포함하여 다른 거래선으로 변경하기 위한 비용을 총칭하여 전환 비용이라고 한다.

나 판매자에게 고착된다(lock-in effect). 이 경우 일방은 거래 상대방에 대해서 우월적 지위를 가질 수 있다. 제품 판매 이후의 그 제품에 대한 보수용 부품 시장이 하나의 예라고 할 수 있다.¹⁶⁾

2. 거래 비용 경제학에서의 경제적 의존성¹⁷⁾

(1) 정보 비대칭과 기회주의

계약은 시장에서 거래 당사자간의 이기적인 의사를 상호 확인하고 자율적으로 이를 조정하여 자원을 효율적으로 이용할 수 있는 사람에게 이전시키는 수단이다. 이런 과정에서 계약 체결 이전에 없었던 잉여가치가 창출되고 이를 계약 당사자들이 분배해 가짐으로써 당사자 모두의 후생이 증가하여 사회적 후생이 증가하게 된다.

계약의 이러한 기능은 계약 당사자 중 일방이 기회주의 행동을 하면 작동하지 않을 수 있다. 이러한 기회주의적 행동이 발생할 수 있는 유인은 거래 당사자 사이의 정보 비대칭(information asymmetry)이 존재하기 때문이고, 기회주의는 사전적 기회주의와 사후적 기회주의로 구분할 수 있다.

사전적 기회주의(ex ante opportunism)는 역선택(adverse selection) 문제라고도 하는데, 거래 관계에서 개인은 자기 자신에 대하여 거래 상대방보다 많은 정보(information)를 가지고 있기 때문에 발생한다. 개인은 자신이 팔려고 하는 물건, 자기 자신의 능력 및 건강에 대하여 많은 정보를 가지고 있는 데 반하여, 거래 상대방은 이 개인이 속한 집단의 평균치에 관한 정보밖에 가지고 있지 않은 정보 비대칭 상황일 때 사전적 기회주의, 즉 역선택 문제가 발생한다.

예를 들어, 보험의 경우 보험을 사려는 사람은 자신의 건강에 대하여 보험회사보다 더 많은 정보를 가지고 있다. 즉, 보험 가입자 개인과 보험회사 간의 사적 정보의 비대칭이 존재하기 때문에 역선택 문제가 발생한다.

의료보험의 경우 건강한 사람보다는 건강하지 않은 사람이 보험에 가입하려는 경향이 높을 것이고, 보험회사는 건강한 사람과 건강하지 않은 사람을 구별하기 어려울 것

16) 고착효과(lock-in effect)에 대해서는 Farrell and Klemperer(2007) 참조.

17) 본 절은 O. Williamson(1985), pp.72-84와 박세일(2010), 251-275 참조.

이다. 결국 보험회사는 개인이 속해 있는 집단의 평균치에 의존하여 보험료를 책정할 수밖에 없을 것이다. 그런데 건강하지 않은 사람이 보다 많이 가입하면 보험금 지급의 건수와 지급하여야 할 보험금은 증가할 것이다. 이때 높은 보험료를 지불하고도 보험에 가입하려는 사람은 아마 건강이 상대적으로 더 나쁜 사람일 것이다. 이러한 악순환이 지속되면 결국 보험료는 한없이 오르게 되고 결국 보험시장은 문을 닫게 될 것이다. 이러한 문제가 사전적 기회주의 또는 역선택의 문제이다.

사후적 기회주의(ex post opportunism)는 도덕적 해이(moral hazard)라고도 하는데, 보험 가입을 한 이후 보험 가입자는 사고 방지 노력을 덜 하는 경향이 있음을 의미한다. 보험에 드는 사람은 가입 당시 사고의 예방을 위해 최선의 노력을 하겠다는 암묵적 약속을 한다. 그러나 일단 가입한 후에는 그 약속을 지킬 유인이 없어진다. 왜냐하면, 사고 예방을 위한 노력에는 비용이 드는데, 사고가 나도 어차피 보험회사가 보상을 해주기 때문에 그 노력에서 얻을 수 있는 이득이 없기 때문이다. 이와 같은 사후적 기회주의도 정보의 비대칭, 즉 보험 가입자에 관한 정보를 보험 가입자가 보험회사보다 많이 갖고 있기 때문에 발생한다. 즉, 보험 가입자의 사고 예방 노력에 대한 정보를 보험회사가 보험 가입자보다 적게 갖고 있는 정보의 비대칭이 기회주의적 행동을 유발하는 것이다.

일반적으로 사후적 기회주의는 계약 당사자간의 이해관계가 일치하는 면과 일치하지 않는 면이 동시에 존재할 때 발생한다. 또한, 이러한 문제는 보험 분야뿐만 아니라 경제의 현실 속에서 여러 형태로 광범위하게 나타난다. 다음의 볼모 문제(hold-up problem)가 이에 해당된다.

(2) 볼모 문제(hold-up problem)와 자산 특화성(asset specificity)

거래 비용 경제학에서는 거래를 일반적으로 3가지 기준에 의해서 구별한다. 첫째는 불확실성의 정도(uncertainty), 둘째는 거래의 빈도(frequency), 셋째는 거래 관련 특화 투자(transaction specific investment)의 정도이다. 여기서 거래 관련 특화 투자란 그 투자자가 당해 거래의 가치를 높이는 데는 크게 기여하나 당해 거래를 떠나서는 의미를 가지지 못하는 경우이다.

거래 관련 특화 투자에 의해 이루어진 자산이 다른 용도에는 가치가 없고, 당해 거래에만 가치가 있는 정도를 자산 특화성(asset specificity)이라고 한다. 즉, 자산 특화성이

란 다른 용도로 사용되었을 경우보다 특정한 거래를 위해서 사용할 경우 가치가 높아지는 정도를 의미한다.¹⁸⁾

볼모 문제는 계약 당사자의 일방 또는 쌍방이 그 계약 관계의 발전을 위하여 일정한 투자를 한 경우 자신의 투자분에 대한 투자 이익의 회수 여부가 상대방의 행위에 의존하는 경우에 발생한다.

예를 들어, 갑 회사에 납품할 특정 제품을 만들 계획으로 제작된 특화 목적의 기계를 구입하는 경우 또는 갑 회사에서만 노동생산성을 높일 수 있는 특화된 교육과 기술 훈련을 받은 경우를 생각해볼 수 있다. 이러한 거래 관련 특화 투자가 많이 일어나는 거래를 개성화 거래(idiosyncratic transaction)라고 한다. 거래가 이와 같이 개성화되면 상호간에 의존성이 늘어나서 협조적 관계를 유지하는 것이 계약의 주목적이 된다. 왜냐하면, 만일 서로의 관계에 이상이 생겨 계약 파기 등이 일어나면 그동안의 거래 관련 특화 투자의 가치가 일시에 모두 상실되기 때문이다.

일반적으로 위의 3가지 기준이 모두 낮은 경우, 즉 불확실성도 상대적으로 낮고, 거래 빈도도 낮으며, 거래 관련 특화 투자도 거의 없는 경우의 거래는 시장이 가장 효율적인 구조이다. 그리고 정반대로 불확실성도 높고, 거래 빈도도 높으며, 거래 관련 특화 투자도 많이 해야 하는 경우의 거래는 일반적으로 조직 내부화하는 경향을 보인다.

그리고 위의 두 극단(시장 지배와 내부화) 사이에 일부는 시장적이고 일부는 조직적 형태의 다양한 구조가 있을 수 있다. 이러한 다양한 구조의 하나로 지속적인 쌍방관계(bilateral relation)에서 특정 거래에 특화된 자산에 투자를 한 기업은 상대방이 기회주의적 행동(예를 들어, 거래 중단 등)으로 부당한 요구를 하더라도 그 요구에 응하지 않을 수 없는 상황이 발생한다. 소위 볼모문제(hold-up problem)가 발생한다.

이러한 볼모문제는 거래 당사자 일방이 자신에 대하여 상대방보다 많이 아는 이른바 정보 비대칭이 존재하기 때문에 발생한다. 거래 일방은 상대방의 거래 중단 등의 기회주의적 행동을 미리 알지 못하기 때문에(기회주의적 행동을 하는 당사자는 알고 있는데

18) 특화 자산(specific asset)이란 특정한 거래 관계에서 다른 거래 관계에서의 가치보다 의미 있는 가치를 가지는 자산을 의미한다. Specific asset are assets that have a significantly higher value within a particular transacting relationship than outside the relationship. Klein(2009), Asset specificity and holdups (organizationandmarkets.files.wordpress.com에서 구독 가능) 참조.

반하여) 발생한다. 예를 들어, 이러한 볼모문제는 독점적인 제품을 생산하는 대기업과 그 대기업에 특화된 투자를 하여 그 대기업에만 부품을 만들어 납품하는 하청 기업과의 관계에서 발생할 수 있다.

볼모문제가 발생하기 위해서는 구체적으로 3가지 조건을 만족해야 한다. 첫째, 투자가 해당 쌍방관계에 특화되어야 한다. 둘째, 장기적인 투자이어야 한다. 셋째, 쌍방관계는 비대칭적(asymmetric)이어야 한다. 이러한 볼모문제가 쌍방관계에서 경제적 의존성에 근거한 기회주의적 행동을 방지하기 위한 규제의 이론적 근거가 되고 있다.

재화나 서비스의 거래에서 거래 일방이 거래 상대방의 특화된 투자와 같은 볼모문제를 빌미로 불합리한 조건을 제시하면 거래 상대방이 요구하는 대로 들어주어야 하는 상황이 발생할 수 있다. 거래 당사자가 특정한 거래 상대방에게 모든 인력과 자본을 투입하게 되면 다른 사업자와의 거래는 어려워지게 되고, 거래 상대방이 납품단가를 일방적으로 낮추어도 이미 모든 시스템이 기존의 거래 상대방에 맞추어져 있어 어쩔 수 없이 거래를 지속해야 하는 경제적 의존성 문제가 발생한다.

즉, 볼모문제는 특정한 상대방에게 특화된 투자(specific investment)의 여부이다. 거래 상대방에 맞춘 특화된 투자를 얼마나 하느냐의 문제이고 이 같은 특화된 투자는 다른 용도로는 전환하기가 쉽지 않아 거래 상대방이 바뀔 경우에는 자산 가치가 크지 않게 된다. 이 같은 투자가 진행된다면 그 투자의 크기의 정도에 따라 거래 상대방의 지위는 커질 수밖에 없고 그 결과 우월적 지위의 남용도 나타날 가능성이 크다.

대규모 유통업자와 납품업체의 계속적 거래에서 특화된 자본 설비, 인적 자원, 기술 등에 투자가 이루어진 경우 상대방에 대한 우월적 지위 남용을 규제하는 것은, 거래 당사자의 일방이 볼모를 내놨기 때문에 불이익을 주는 거래라고 알고 있어도 그것에 순응하지 않을 수 없는 상태이므로 정당성을 갖는다.

이러한 규제의 후생경제학적 의미는 계속적 거래가 효율적이라 하더라도 납품업자가 대형 유통업자의 사후적 기회주의 행동에 직면할 위험성 때문에 특화된 투자를 회피한다면 사회적으로 바람직한 수준의 투자가 이루어지지 않는다는 점을 지적한 것이라 할 수 있다. 따라서 효율적인 계속적 거래와 특화된 투자가 이루어지도록 여건을 조성하는 데서 규제의 근거를 찾을 수 있다.

3. 우월적 지위에 대한 경제학적 개념 종합

주류경제학에서 우월적 지위는 시장지배력과 동일한 개념으로 사용된다. 공급 측면에서의 우월적 지위 또는 시장지배력이란 상당한 기간 동안 하나의 기업 또는 소수의 기업이 경쟁 수준 가격보다 높은 가격을 설정할 수 있는 능력을 의미한다. 수요 측면에서는 구매자가 구입하는 상품이나 서비스에 대해서 경쟁 수준 가격 이하의 가격을 지불하고 제품을 구입할 수 있는 능력을 의미한다. 경쟁 수준 가격이란 완전 경쟁 시장 구조에서 가격이 결정되는 한계비용을 의미한다.

따라서 특정 기업의 우월적 지위 또는 시장지배력의 보유 유무를 판단하는 첫 번째 요인은 시장 구조이다. 시장 구조 이외에 우월적 지위는 거래 상대방이 거래선 변경에 관한 정보 부족, 탐색비용 및 전환비용이 커서 특정 기업에게 고착되는 효과(lock-in effect)를 유발할 때 나타날 수 있다.

또한, 우월적 지위는 특화된 투자의 불모문제가 나타날 경우 발생한다. 계약 당사자의 일방 또는 쌍방이 계약 관계의 발전을 위하여 일정한 투자를 한 경우 자신의 투자분에 대한 투자 이익의 회수 여부가 상대방의 행위에 의존하는 경제적 의존성이 있는 경우에 우월적 지위가 나타날 수 있다.

다음 장에서는 이러한 우월적 지위 또는 시장지배력에 관한 경제학적 사고를 어떻게 법률에 적용하고 있는지를 구체적으로 살펴보고자 한다.

제 3 장 주요국의 우월적 지위에 대한 법적 개념

제2장에서는 우월적 지위에 대한 경제학적 개념을 살펴보았다. 본 장에서는 우월적 지위에 대한 주요국의 법적 개념을 살펴보기로 한다. 우월적 지위 남용에 대한 제한은 경쟁법(competition law, antitrust law) 또는 공정거래법 분야에서 규정하고 있다.

경쟁법을 갖고 있는 대부분의 국가는 우월적 지위 남용 금지에 관한 규정을 두고 있지만 표현은 다양하게 사용되고 있다. 미국은 ‘독점 또는 독점 시도’(monopoly or attempt to monopolize)는 범죄(felony)가 된다고 규정하고 있고, EU는 회원국간의 거래에 영향을 미치는 거래에 있어 우월적 지위의 남용을 금지하는 조약을 체결하고 있으며, 일본은 ‘우월적 지위 남용’(abuse of dominant position)을 금지하는 조항을 법률에 규정하고 있다.

본장에서는 미국, 일본, EU 및 독일, 스위스 등 EU 개별 국가의 우월적 지위 남용에 관한 조항, 우월적 지위의 정의, 우월적 지위 여부를 판단하는 평가 요소 등을 살펴보기로 한다. 또한, 한국 공정거래법의 우월적 지위 남용에 관한 개념도 살펴보기로 한다.

1. 우월적 지위에 대한 규정과 개념 정의

(1) 미국

미국에서 우월적 지위의 개념에 해당하는 개념은 미연방 독점금지법(U.S. Antitrust law)인 셔먼법 제2조(section 2 of Sherman law)에 규정되어 있다. 셔먼법 제2조는 ‘독점 또는 독점화 시도’(monopoly or attempt to monopolize)는 범죄가 된다고 규정하고 있다.

셔먼법은 공급 측면에서의 독점 또는 독점화 시도뿐만 아니라 구매자 측면에서의 시장지배력(market power on the buying side of the market) 행위도 금지하고 있다. 즉, 구매자 지배력을 창조하는 구매자 카르텔(buyer cartel)과 구매자 사이의 담합도 불법으로 규정하고 있다.¹⁹⁾

19) 셔먼법을 제정하게 된 동기의 하나도 육류 가공업체(meat packer)의 농부들에 대한 가격 후려치기이다. OECD(2008), p.245.

미연방 대법원은 이러한 독점화(monopolization)가 범죄로 성립되기 위해서는 “첫째, 독점력(monopoly power)을 보유해야 하고, 둘째, 그러한 독점력은 우월한 제품, 상업적 재능 또는 역사적 사건으로 인한 결과와 구별되는 고의적으로 획득 또는 유지된 것이어야 한다”고 판결했다.²⁰⁾

한편, 판례에서 시장지배력(market power) 또는 독점력(monopoly power)을 해당 기업이 가격을 통제할 수 있는 능력 또는 경쟁을 제한 또는 배제하는 능력이라고 정의하고 있다.²¹⁾ 이와 같은 판례에서의 정의는 경제학에서 시장지배력을 가격을 경쟁상태의 가격보다 높게 또는 낮게 책정할 수 있는 능력이라고 하는 것보다는 넓게 본 것이다.

(2) EU

EU는 회원국간의 거래에 영향을 미치는 거래에 있어 ‘우월적 지위 남용’(abuse of dominance)을 조약으로 금지하고 있다. EU 협약 제102조(Article 102 of the Treaty of the Functioning of the European Union)²²⁾에서는 첫째, 불공정한 구매 가격 또는 판매 가격 등 불공정한 판매(구매) 조건을 직접적 또는 간접적으로 부과하는 행위, 둘째, 소비자에게 피해를 주는 생산 제한, 시장 개발 또는 기술 개발을 제한하는 행위, 셋째, 다른 사람에게 경쟁상 불리하게 상이한 조건을 적용하는 행위, 넷째, 계약과 직접적인 관

20) United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563(1966), “(1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.”, OECD(1996B), pp.161-162.

21) In United States v. E.L. du Pont de Neumours and Co 351 US 377 (1956), it was observed that, “Our cases determine that a party has monopoly power if it has, over “any part of the trade or commerce among the several States.” a power of controlling prices or unreasonably restricting competition”. United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, 429 U.S. 610, (1977), it was observed that market power is the ability to raise prices above those that would be charged in a competitive market. United States v. Grinnel Corp 384 US 563 (1966), Copperweld Corp v. Independence Tube Corp 467 US 752 (1984) (at footnote 19), NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma 468 US 85 (1984) (at footnote 38), American Professional v. Harcourt (9th Circuit) 23, Pepsico Inc. v. The Coca Cola Co.(2nd Circuit Court of Appeals, Dec 24, 2002), Country Food Market, Inc v. Bottling Group, LLC and Bottling Group Holdings, Inc.24. In Eastman Kodak Co. v. Image Technical services Inc. 504 US 451 (1992), it was observed that market power is the power to force a purchaser to do something he would not do in a competitive market. It has been defined as the ability of a single seller to raise prices and restrict output.

22) EC 조약 제82조(Article 82 of the EC Treaty)가 2009년 12월 1일부터 EU 조약 제102조(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU Article 102)로 변경되었다.

런이 없는 부수적인 의무를 부과하는 우월적 지위 남용 행위 등을 금지하고 있다.²³⁾

EU 법원(Court of Justice)은 1978년 United Brands의 판례²⁴⁾에서 우월적 지위를 정의하였는데 이 정의가 통상적으로 인용되고 있다. EU 법원은 우월적 지위(dominant position)를 “상당한 정도까지 경쟁자·고객·최종 소비자와 관계없이 독립적으로 행동할 수 있는 힘을 가짐으로써 유효한 경쟁을 유지하는 것을 금지할 수 있는 경제적 힘”이라고 정의하고 있다.²⁵⁾ 또한, Hoffmann-LaRoche 판례²⁶⁾에서 우월적 지위는 경쟁을 완전히 배제하는 지위가 아니라, 어느 정도 경쟁 조건에 영향을 미칠 수 있으면 우월적 지위를 갖는다고 하였다.²⁷⁾

우월적 지위의 개념을 분해해서 설명하면 3가지 요소로 설명할 수 있다. 첫째, 우월적 지위는 문제가 되는 재화나 서비스의 시장에서 하나의 기업 또는 몇 개의 기업이 경쟁자(rival)와 비교해서 선도적 위치(leading position)를 보유해야 한다.

둘째, 우월적 지위란 시장에서 경쟁을 완전히 배제할 수 있는 힘을 가져야 한다는 의미는 아니고, 유효한 경쟁이 지속되는 것을 상당한 정도까지 막을 수 있는 힘을 가져야 한다.

셋째, 그 힘이 상당한 정도까지 다른 시장 참여자와 관계없이 독립적으로 행동할 수 있는 지위를 갖게 하여야 한다. 즉, 우월적 기업이 상당한 정도의 시장지배력을 지녀야 한다. 여기서 시장지배력이란 일정한 기간 동안 시장 가격, 생산량, 혁신 및 재화와 서비

23) TFEU Article 102 : Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

24) Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV vs. Commission[1978].

25) “The dominant position relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers.”

26) Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission.

27) “Such a position does not preclude some competition, which it does where there is a monopoly or a quasi-monopoly, but enables the undertaking which profits by it, if not to determine, at least to have an appreciable influence on the conditions under which that competition will develop, and in any case to act largely in disregard of it so long as such conduct does not operate to its detriment.”

스의 다양성과 품질에 영향을 미쳐 이익을 얻을 수 있는 힘을 의미한다. 시장지배력은 재화와 서비스의 공급자와 구매자 모두에게 적용되는 개념이다.²⁸⁾

(3) 캐나다

캐나다는 1986년 경쟁법을 현대화하기 위하여 경쟁법을 개정하였다. 1986년 이전에는 독점적 행위는 형법상 범죄로 처벌했으나, 독점적 행위를 형법의 범죄로 처리하는 것은 형법상의 입증 책임으로 인하여 효과적이지 못하다는 비판에 따라, 1986년 EU의 경쟁법(TFEU Article 101)과 미국의 셔먼법 제2조를 혼합하여 경쟁법을 개정하였다. EU법을 모방하여 우월적 지위 남용이 되기 위해서는 우월적 지위를 갖는 것이 필수적이고, 미국 셔먼법을 모방하여 단순히 높은 가격을 책정하는 것이 아니라 경쟁 과정에 해를 끼치는 행위를 하여야 우월적 지위 남용으로 인정한다.²⁹⁾

즉, 캐나다 경쟁법은 다음과 같은 요소가 있으면 우월적 지위의 남용으로 인정한다(캐나다 경쟁법 제78조 및 79조). 첫째, 한 개 이상의 기업이 캐나다 일부 지역 또는 전역에서 특정한 사업을 통제하고 있고,³⁰⁾ 둘째, 그 사업이 반경쟁적(anti-competitive)이고, 셋째, 그 사업이 경쟁을 없애거나 경쟁의 정도를 낮추는 행위이면 우월적 지위 남용이라고 인정한다.

(4) 일본

일본은 「사적독점금지 및 공정거래확보에 관한 법률」(이하 독점금지법)에서 우월적 지위 남용(abuse of dominant position)을 독점적 상태의 남용과 거래상 우월적 지위 남용 문제로 구분하여 별개로 규정하고 있다.³¹⁾

28) “[T]he power to influence market prices, output, innovation, the variety or quality of goods and services, or other parameters of competition on the market for a significant period of time”, European Commission, “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, (2005).

29) Goldman, Calvin S. and Crystal L. Witterick(2003), p.2.

30) “One of more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business” Paragraph 79(10)(A).

31) OECD(1996), Abuse of Dominance and Monopolization, Policy Roundtables, National Contribution, Japan 편에서 Monopolization과 Dominant Bargaining Position이라고 표현하고 있다. pp.131-142.

일본의 독점금지법은 정의 조항인 제2조에서 시장지배적 지위를 독점적 상태라고 표현하는데, 1개의 사업자의 경우 시장점유율이 50% 이상, 2개 사업자의 시장점유율이 75% 이상이고, 진입 장벽이 존재하고, 표준적인 이윤율을 현저하게 상회하거나 또는 판매비 및 일반관리비가 표준적인 수준보다 현저하게 높은 경우에는 시장지배적 위치를 갖고 있다고 추정하고 있다(독점금지법 제2조 제7항).

또한, 일본의 독점금지법은 우월적 지위 남용을 불공정 거래 방법의 하나³²⁾로 규정하고 있다. 사업자가 자신의 지위가 상대방보다 우월하다는 것을 이용하여 다음의 행위를 하는 것을 우월적 지위 남용이라고 정의하고 있다(독점금지법 제2조 제9항 제5호).

우월적 지위 남용에 해당하는 행위는 ① 계속해서 거래하는 상대방에 대해서 해당 거래와 관계없는 상품 또는 서비스(역무)를 구입시키는 행위, ② 계속해서 거래하는 상대방에 대해서 자기를 위해서 금전 또는 역무 제공 등 경제상의 이익을 강요하는 행위, ③ 거래의 상대방으로부터 거래와 관련되는 상품의 수령을 거절하거나, 상품을 수령하고도 대가의 지급을 늦추거나 또는 금액을 감액하는 행위, 상대방에게 불이익한 거래 조건을 설정해 거래하는 행위 등이다.

한편, 일본은 1956년 하청 관계의 우월적 지위의 남용 행위를 규제하기 위하여 일본 독점금지법을 보완하는 법으로 「하청대금지불지연 등 방지법」(이하 하청법)을 제정하였다.

독점금지법에 의해서 하청관계에서의 원사업자의 우월적 지위 남용 행위에 대하여 제재를 하기 위해서는 첫째, 거래상 우월한 지위를 이용한 것인지의 여부, 둘째, 부당하게 불이익한 것인지 여부를 판단해야 한다.

그러나 이의 판단은 최종적으로는 심판 절차에 따라 이루어지고 그 절차에 따를 때에는 상당한 기간이 요구되며, 원사업자와 수급사업자 사이의 거래 관계를 악화시킬 수도 있다는 점이 지적되었다. 따라서 독점금지법의 처리 절차와는 별도로 간이 절차가 필요하다고 판단되어 하청법을 제정하였다. 그러나, 한국과는 달리 하청법 적용 대상을 제조 위탁, 수리 위탁, 정보 성과물 작성 위탁 및 역무 제공 위탁으로 한정하고, 건설 위탁은 적용 대상에서 제외하였다(일본 하청법 제2조 제4항).

32) 일본 독점금지법에서 ① 부당한 차별적 취급, ② 부당 대가 거래, ③ 부당한 고객 유인 및 거래 강제, ④ 부당한 구속 조건부 거래, ⑤ 거래상 지위의 부당 이용, ⑥ 경쟁자에 대한 부당한 거래 방해 및 내부 간섭 등을 불공정 거래 방법 등으로 규정하고 있다.

(5) 한국

한국의 공정거래법은 우월적 지위 남용 행위를 시장지배자적 지위 남용 행위와 거래상 우월적 지위 남용 행위로 구별하여 규정하고 있다. 먼저, 1개의 기업이 시장점유율을 50% 이상 차지하고 있는 경우, 그리고 3개 이하 기업의 시장점유율 합계가 75% 이상인 경우에 시장지배자적 지위를 인정하고 있다(공정거래법 제3조의 1).

아울러 시장지배자적 지위 남용 행위 유형을 ① 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위, ② 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위, ③ 다른 사업자의 사업 활동을 부당하게 방해하는 행위, ④ 새로운 경쟁 사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위, ⑤ 부당하게 경쟁 사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위라고 규정하고 있다(공정거래법 제3조).

한편, 공정거래법은 거래 거절 행위 등 10가지의 불공정 거래 행위를 규정하고 있으며, 거래상 우월적 지위 남용 행위는 이러한 불공정 행위 유형의 하나로 규정하고 있다(공정거래법 제23조 제1항 제1호 및 제8호, <표 3-1> 참조).

<표 3-1> 공정거래법상 불공정 거래 행위의 유형

불공정 거래 행위	하부 유형
① 거래 거절 행위	① 공동 거래 거절 ② 기타 거래 거절(단독 거래 거절)
② 차별적 취급 행위	① 가격 차별 ② 거래 조건 차별 ③ 계열회사를 위한 차별 ④ 집단적 차별
③ 경쟁사업자 배제 행위	① 부당 염매 ② 부당 고가 매입
④ 부당한 고객 유인 행위	① 부당한 이익에 의한 고객 유인 ② 위계에 의한 고객 유인 ③ 기타의 부당한 고객 유인
⑤ 거래 강제 행위	① 끼워 팔기 ② 사원 판매 ③ 기타 거래 강제
⑥ 거래상 지위 남용 행위	① 구입 강제 ② 이익 제공 강요 ③ 판매 목표 강제 ④ 불이익 제공 ⑤ 경영 간섭
⑦ 구속 조건부 거래 행위	① 배타 조건부 거래 ② 거래 지역·거래 상대방 제한
⑧ 사업 활동 방해 행위	① 기술의 부당 이용 ② 인력의 부당 유인·채용 ③ 거래처 이전 방해 ④ 기타의 사업 활동 방해
⑨ 부당 지원 행위	① 부당한 자금 지원 ② 부당한 자산 지원 ③ 부당한 인력 지원
⑩ 기타	

2. 우월적 지위의 평가

(1) 시장 점유율, 진입 장벽 및 대항력

1) 미국

법원은 판례에서 시장지배력 또는 독점력을 해당 기업이 가격을 통제할 수 있는 능력 또는 경쟁을 제한하거나 배제하는 능력이라고 정의하고 있다. 이와 같은 시장지배력 존재 여부를 판단하기 위해서는 일반적으로 시장점유율로 추정할 수 있다고 했다.³³⁾ 시장 점유율이 어느 정도 되어야 시장지배력을 가진다는 원칙은 없으나, 법원은 일반적으로 50% 내지 60%를 시장지배력이 있다고 추정하는 최소한의 점유율로 인식하고 있다.³⁴⁾

예를 들어, ‘제2 순회재판소’(Court of Appeals for the Second Circuit)는 시장점유율이 90%이면 독점을 충분히 형성할 수 있고, 시장 점유율이 60% 또는 65%이면 독점이라고 판단하기에는 의심스럽고, 33%이면 독점력이 없다고 주장했다.³⁵⁾

최근에는 시장점유율은 시장지배력을 평가하는 하나의 수단이지 목적이 아니라는 견해를 인정하고 있다. 시장지배력과 시장에 해로운 영향을 미치는 직접적인 증거가 있으면, 시장을 정의하고 시장점유율을 계산하지 않아도 시장지배력을 갖고 있다고 판단할 수 있다는 견해이다.

즉, 시장점유율이 50%, 70%, 또는 90%가 되면 시장지배력이 갑자기 나타나는 것은 아니기 때문에 시장을 정의하고 시장점유율을 계산하는 시장분석에 실패했다더라도 치명적으로 합리의 원칙을 위반한 것은 아니라는 견해이다. 시장분석은 우월적 지위 남용 행위의 잠재적 가능성을 판단하는 것이므로, 생산물의 감소와 같은 실제의 남용(해로운 영향) 증거가 존재한다면 시장분석의 필요성을 절대적으로 요구하지 않는다는 견해이다.³⁶⁾

33) United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563(1966), “[t]he existence of such power ordinarily may be inferred from the predominant share of the market”.

34) OECD(1996), Abuse of Dominance and Monopolization, Policy Roundtables, National Contributions, United States, p.164.

35) United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416(2d Cir. 1945).

36) Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentist, 476 U.S. 447(1986), “[T]he Commission’s failure to engage in detailed analysis is not fatal to its finding of a violation of the Rule of Reason…Since the purpose of the inquiries into market definition and market power is to determine whether an arrangement has the potential for genuine adverse effect on competition, “proof of actual detrimental effects, such as a reduction of output“ can obviate the need for an inquiry into market power, which is but a surrogate for detrimental effects.”

2) EU

EU 법원은 우월적 지위를 구체적으로 시장점유율(market share), 진입 장벽·대항력(countervailing factor) 및 경제적 의존성(economic dependence)을 종합적으로 판단하여 결정하고 있다.³⁷⁾ EU 법원 및 경쟁 당국에서 우월적 지위를 평가하는 요소 중 시장 점유율, 진입 장벽 및 대항력을 공급자의 우월적 지위, 구매자의 우월적 지위 순으로 살펴보기로 한다.

① 공급자의 우월적 지위

우월적 지위를 평가하기 위해 가장 중요한 요소는 시장점유율이다. 그리고 시장 점유율을 평가하기 위해서는 시장을 정의하는 것이 필요하고, 시장점유율의 중요성은 시장마다 상이하다.

시장점유율로 시장 지배력을 기계적으로 평가할 수는 없지만 일반적으로 이용되는 수준(level)은 존재한다. 예를 들면, 70% 이상의 시장점유율이면 우월적 지위를 갖고 있다고 강하게 추정한다. 그리고 시장점유율이 50%에서 70% 사이이면 우월적 지위를 약하게 추정한다. 시장점유율이 40%에서 50% 사이이면 다른 요소들을 자세하게 고려하여 결정한다.³⁸⁾

경쟁자의 시장점유율(rival's market share)도 중요한 고려사항이다. 경쟁자보다 많은 시장점유율을 갖는 기업은 상당한 정도까지 경쟁자와는 독립적으로 행동할 수 있다.

또한, 시장점유율은 상당한 기간 동안 안정적으로 유지되어야 한다. 시장점유율이 상당 기간 지속된다는 것은 경쟁자가 우월적 기업의 고객을 빼앗아 갈 수 없다는 것을 의미하기 때문이다.

진입 및 경쟁자의 확장 장벽은 선도 기업이 다른 기업의 행위를 제약하여 선도 기업이 우월적 지위를 갖게 할 수 있다. 진입 장벽과 경쟁자의 확장 장벽이 높으면, 높은 시장점유율을 가진 기업이 독립적으로 행동할 가능성이 높아진다. 따라서 두 번째로 고려

37) Kellezi, Prenvera, "Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence(February, 2007), pp.74-87, <http://ssrn.com/abstract=10205>.

38) O'Donoghue, Robert and A. Jorge Padilla(2006), The Law and Economics of Article 82 EC, pp.108-137.

해야 할 요소가 진입 및 확장 장벽이다.

판매자의 우월적 지위를 평가할 경우 구매자의 대항력을 고려해야 하고, 구매자의 우월적 지위를 평가할 경우 판매자의 대항력을 평가해야 한다. 판매자의 우월적 지위를 평가하는 경우 구매자 대항력이란 구매자가 자기가 구입하고자 하는 계약의 조건에 영향을 미칠 수 있는 능력을 의미한다.

판매자의 우월적 지위를 평가할 경우 구매자의 대항력을 고려해야 하지만, 구매자의 우월적 지위가 문제가 될 수 있다. 즉, 수요 독점자 등 구매자가 시장지배력을 갖는 경우도 있다.

② 구매자의 우월적 지위

구매자의 우월적 지위가 명백한 경우는 구매자가 1개의 기업이거나 구매자 카르텔(buyer cartel)이고, 판매자가 수많은 기업으로 이루어진 순수 수요 독점 시장(pure monopsony)이다. 그러나, 현실에서는 수많은 공급자가 존재하여 경쟁적이고, 수요 측면은 하나의 우월적 구매자(dominant buyer)와 주변 기업(competitive fringe)으로 이루어진 시장과 소수의 구매자로 이루어진 수요 과점 시장(oligopsony)이다. 이런 경우 구매자 측면에서 시장 집중(buyer concentration)이 이루어지면, 구매 가격을 경쟁 수준 이하로 떨어뜨릴 수 있다. 따라서 구매자의 우월적 지위를 평가하는 첫 번째 요소는 구매자의 시장점유율이다.

구매시장에서 상당한 비율의 양을 구입하는 구매협정(purchasing agreement)은 구매 시장에서 경쟁 시장 수준 이하로 구매가격을 내릴 수 있기 때문에 문제가 된다. 그러나 이러한 구입협정을 중소기업간에 체결하여 경쟁자인 대기업과 비슷한 조건으로 체결하면 이러한 공동 구매협정은 경쟁 지향적(pro-competitive)일 수 있다. 그러므로 구매시장에서 이러한 공동 구매협정의 시장점유율이 15% 이하이면 중소기업간의 공동 구매협정은 문제가 없다(우월적 지위가 존재하지 않는다)고 판단한다.

그러나 판매시장에서 구매자의 시장점유율이 15% 이상인 경우 항상 구매자의 우월적 지위가 있다고 판단하는 것은 아니고, 공급자의 대항력 등 다른 요소를 평가하여 우월적 지위 여부를 판단한다.³⁹⁾ 이렇게 구매자의 우월적 지위를 인정하지 않는 근거 조항은 EU 협약 제101조 제3항이다. EU 협약 제101조 제1항과 제2항은 경쟁 제한 행위를

금지하는 조항이고, 제3항은 경쟁 제한 행위 금지에 대한 예외 조항이다.⁴⁰⁾

EU는 이 조항에 근거해서 생산 또는 판매 단계가 상이한 기업간에 이루어지는 수직적 협약(vertical agreement)에서 경쟁을 제한하는 수직적 제약(vertical restraint) 등에 관한 가이드라인⁴¹⁾을 제정하였다.⁴²⁾ 이 가이드라인에서는 수직적 협약을 체결할 때 경쟁을 저해하는 행위를 금지하는 구체적인 규정을 두고 있다. 또한, 시장점유율이 일정 비율을 넘지 않을 경우에는 수직적 협약이 경쟁을 제한하는 행위가 아니라는 안전지대(safe harbor)에 관한 규정도 두고 있다.

안전지대 규정을 살펴보면 첫째, 공급자의 시장점유율이 30%를 넘지 않고, 구매자의 시장점유율이 30%를 넘지 않는 수직적 협약은 경쟁을 제한하는 행위가 아니다. 둘째, 상류시장⁴³⁾에서 제품을 구매하여 하류시장에 판매하는 경우 상류시장의 구매자 시장점유율이 30%를 넘지 않고, 하류시장에서 공급자의 시장점유율이 30%를 넘지 않으면 하류시장의 공급자는 하류시장의 우월적 지위가 아니라고 규정하고 있다.

39) OECD(2008), Monopsony and Buyer Power, Policy Roundtable, Contribution, European Commission, pp. 255-260.

40) Treaty on the Functioning of the European Union(TFEU) Article 101조 (ex Article 81 TEC). 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts. 2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void. 3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:- any agreement or category of agreements between undertakings,- any decision or category of decisions by associations of undertakings, - any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

41) Commission Regulation(EU) No. 330/2010, Article 3(1)과 3(2).

42) 이 가이드라인은 수직적 제약 이외에도 생산 및 판매가 다단계로 이루어지는 경우 하류시장의 우월적 지위에 관한 규정도 포함되어 있다.

43) 상류시장과 하류시장의 개념은 제2장 제1절 제2관 수요 측면의 시장 지배력 <그림 2-2> 다단계 생산 및 판매시장 참조.

3) 캐나다

캐나다 경쟁법은 우월적 지위에 대한 임계점(threshold)을 정하고 있지 않다. 고려 대상 기업이 우월적 지위를 가지려면 실질적으로 사업을 통제(substantially control)할 것을 요구하고 있다. 캐나다 경쟁법원(competition tribunal)은 시장을 통제한다는 의미는 시장지배력을 갖는다는 것과 동일한 의미이고, 시장지배력이란 판매자가 판매량을 줄이지 않고 가격을 경쟁 상태의 수준보다 높게 유지할 수 있는 능력이라고 정의하고 있다. 캐나다 경쟁법원은 시장점유율이 80% 이상 되어야 우월적 지위를 갖는다고 판결한 판례도 가지고 있다.

캐나다 경쟁법이 우월적 지위에 대한 시장점유율 임계치를 정하고 있지 않지만, 캐나다 경쟁 당국은 1개 기업의 시장점유율이 35% 이하이면 우월적 지위 남용에 대한 조사를 하지 않고, 수개 기업의 시장 점유율이 60% 이하인 경우에도 우월적 지위 남용에 대한 조사를 하지 않는다(safe harbor).⁴⁴⁾

(2) 경제적 의존성 또는 거래상 우월적 지위

유럽과 미국이 전통적으로 독점금지법(antitrust law)에서 우월적 지위를 정의하는 데에는 시장 점유율과 시장 형태가 중요한 역할을 하였다. 시장점유율이 낮은 경우 EU 및 일부 유럽 국가에서는 경제적 의존성을 우월적 지위를 인정하기 위한 보완 지표(complementary indicator)로 사용하기 시작했다. 즉, 시장점유율로 평가하는 시장지배력이 낮은 경우에 우월적 지위를 인정하는 개념이 경제적 의존성이다.

1) EU

EU에서 경제적 의존성은 우월적 지위를 판단하는 하나의 요소(factor)이다. 시장점유율이 낮은 경우에 경제적 의존성은 우월적 지위를 판단할 수 있는 하나의 보완 요소(supplementary element)이다.

44) Goldman, Calvin S. and Crystal L. Witterick(2003), p.2.

EU 집행위원회(EU Commission)가 우월적 지위를 판단할 경우 처음으로 경제적 의존성을 고려한 사건은 ABG/Oil 사건⁴⁵⁾이다. ABG/Oil 사건에서 EU 집행위원회는 BP(British Petroleum)가 고객인 ABG/Oil에 대하여 상대적인 우월적 지위(dominant position relative to its customer)를 가지고 있고 이를 남용했다고 결정했다.

EU 집행위원회는 1970년대 원유 파동시 석유 공급자들은 고객(customers)에 대하여 우월적 지위를 갖고 있다고 판단했다. BP의 시장점유율이 26%에 불과하지만, BP가 고객인 ABG/Oil에 대하여 상대적으로 우월적 지위를 갖고 있다고 판단했다. 당시 어려운 경제적 상황이 시장 점유율보다 중요하다고 판단한 것이다. 즉, 석유 제품이 부족하였고, 이러한 점은 고객이 공급자에게 의존하게 되고 공급자는 우월적 지위를 갖게 된다고 판단했다. 이러한 판단은 우월적 지위 여부 판단에서 경쟁자(competitors)에 대해서 독립 여부가 필요 없는 것으로 해석한 것으로 의미가 있다.⁴⁶⁾

이와 같은 ‘결핍 의존성’(shortage dependence) 이외에도 EU는 ‘제조업자의 강한 유통업자에 대한 의존성’(dependence of manufacturer on strong buyer) 및 ‘판매 이후 제품의 기술적 의존성’(technical dependence related to aftermarket product)에 대해서 경제적 의존성을 인정하고 있다. 이와 같은 3가지 경우의 경제적 의존성을 인정하는 근거로 자산 특화성(asset specificity), 고착 효과(lock-in effect) 및 기타 예외적인 시장조건(예를 들어, 석유 제품이 부족했을 때의 결핍 의존성)을 경제적 의존성을 인정하는 근거로 인정하고 있다. 그러나 자산 특화성이나 고착 효과가 존재하는 것만으로 우월적 지위를 인정하지는 않고, 다른 조건이 충족될 경우 우월적 지위를 판단하는 하나의 보완 요소로 적용하고 있다.

2) 독일

독일은 경제적 의존성 남용(abuse of economic dependence)에 대해서 특별한 규정을 제정한 최초의 유럽 국가이다. 독일은 지난 1973년 「경쟁제한방지법」(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 이하 GWB)을 개정하여 중소기업이 상대방인 사업자에 대해서 경제적 의존성을 지니고 있으면 사업자의 우월적 지위를 인정하여 사업자의 차

45) European Commission, Decision 77/327/EEC, Decision 77/327/EEC.

46) 그러나, 이 결정은 EU 법원(Court of Justice)에서 BP가 우월적 지위를 남용하지 않았다는 이유로 파기되었다. 이 판결에서는 우월적 지위 여부에 대해서는 판단하지 않았다. Kellezi, Pranvera(2008), p.77.

별 행위를 금지하였다.

독일 GWB 제20조 제1항은 우월적 지위를 갖는 기업이 상대방에 대하여 차별적 행위를 하는 것을 금지하고 있다. 1973년 GWB 제20조에 제2항을 신설하여 중소기업과의 거래에서는 우월적 지위를 경제적 의존성으로 확장하였다. 경제적 의존성이란 충분하고 합리적인 거래처 변경의 가능성이 존재하지 않는 경우로 규정하였는데, 이러한 우월적 지위를 ‘상대적인 우월적 지위’(relative Markmacht, relative dominance)라고 한다(독일 GWB 제20조 제2항).⁴⁷⁾

이러한 규정을 도입하게 된 목적은 첫째, 석유과동 시절에 대규모 정유사의 개별 주유소에 대한 차별을 방지하고, 둘째, 유명 브랜드(strong brand) 기업과 지속적 사업 관계가 있는 판매업자를 보호하기 위해서였다.⁴⁸⁾

독일 법원의 판례는 다음과 같은 경제적 의존성의 유형을 인정하고 있다. 첫째, 일련의 제품군 또는 유명 브랜드 기업과 관련한 경제적 의존 관계로서, 판매상이 생산자에게 의존하는 관계이다. 둘째, 장기적인 관계가 있고, 일방이 하나의 거래 상대방과 대부분의 거래 관계를 맺고 있는 경우, 셋째, 희소한 생산품과 관련한 의존성이 있는 경우, 넷째, 제조업자가 대규모 구매자(대형 유통업자)에게 의존성이 있는 경우, 다섯째, 자산 특화성이 있는 경우이다.

첫 번째 경우의 예가 스키 판매업자 ‘로씨그놀’(Rossignol) 사건이다. 로씨그놀 판매업자는 어떤 선도적인 스포츠 용품점에 제품 공급을 거절했다. 이 스포츠 용품점의 매출에서 로씨그놀 제품의 매출액은 3.3%에 불과했다. 법원은 “기업이 상당한 정도의 경쟁에 노출되어 있어 시장 우월적 지위에 있지 않다. 상당한 정도의 경쟁에 노출되어 있는 사실이 다른 공급업자로 전환할 충분한 가능성이 존재한다는 것을 의미하지는 않는다. 경제적 의존성을 평가하는 결정적인 요소는 문제 제품의 상업적 가치와 시장에서의 명성이다”라고 판단하였다.

47) 영어 번역은 다음과 같다. (2) Subsection (1) shall apply also to undertakings and associations of undertakings insofar as small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of certain kinds of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient or reasonable possibilities of resorting to other undertakings do not exist. A supplier of a certain kind of goods or commercial services shall be presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this purchaser regularly obtains from this supplier, in addition to discounts customary in the trade or other remuneration, special benefits which are not granted to similar purchasers.

48) Kellezi, Pranvera(2008), pp.61-63.

독일에서 경제적 의존성을 인정한 가장 많은 경우는 제품 차별화로 인한 독점적 경쟁 시장의 시장지배력을 인정한 브랜드 의존성이다. 또한, 자산 특화성으로 인한 불모문제를 야기하는 경우의 경제적 의존성이다.

3) 프랑스

프랑스에서 경제적 의존성이 있는 거래에 대하여 특별한 규정을 제정하게 된 것은 소매유통업(retail distribution)의 발전과 집중화 현상에서 비롯된다. 프랑스 경쟁위원회(Competition Commission)는 지난 1985년 유통업체의 차별 행위에 대해서 통제할 수 있는 권한을 부여해줄 것을 요청하였다.

이에 프랑스는 1986년 상법 시행령에 경제적 의존성 개념을 도입하여 우월적 지위 개념을 확장하였다. 그리고 이 규정은 2001년과 2005년에 개정되었다.⁴⁹⁾ 프랑스 경쟁위원회는 경제적 의존성을 갖기 위한 조건으로 몇 가지 추가 요건을 부가하였다. 브랜드의 유명한 정도 및 시장점유율, 공급자의 매출이 소매업자 매출에서 차지하는 시장점유율, 그리고 소매업자가 다른 공급자를 찾는 어려움 등 몇 가지의 요건을 추가하였다. 이러한 요건은 시장 전체에 초점을 맞추지 않고, 쌍방관계(bilateral relationship)에 초점을 맞추었다.

우월적 지위를 판단하는 경우에는 해당 기업과 경쟁자의 시장점유율 분석에 초점을 맞추지만, 경제적 의존성을 분석하는 경우에는 해당 기업의 대체 거래선의 유무와 해당 기업에 대하여 이익을 제기한 기업의 매출 비중에 초점을 맞춘다.

경제적 의존성 남용을 결정한 대표적인 사례는 영화 배급업자인 필름디스(Filmdis)가 독립적인 영화관에게 영화를 늦게 공급하고 선별적으로 공급한 행위가 꼽히고 있다. 이에 대하여 프랑스 경쟁 당국은 우월적 지위와 경제적 의존성을 남용한 행위라고 결정하였다.⁵⁰⁾

49) L 420-2, "Also prohibited, whenever it is susceptible to affect the functioning or structure of competition, is the abusive exploitation, by a company or group of companies, of the condition of economic dependence in which a customer company or supplier finds itself vis-a-vis such company. These abuse may consist of the refusal of sale, ties sales or the discriminatory practices mentioned in article L 442-6."

50) French Competition Council Decision 04-D-44 of 15 September 2004 Filmdis-Cine-Theatre du Lamentin. 또한, Paris Court of Appeal, Decision of 29 March 2005.

4) 스위스

스위스 경쟁 당국은 오래 전부터 특정한 상황의 쌍방관계에서 일방이 상대방에 대해서 경제적 의존성이 존재하는 경우가 존재하고 이런 상황이 경쟁법의 관심사가 될 수 있다고 인식하였다.

스위스 카르텔 당국은 1970년대에 소매업자의 구매자 지배력(buyer power of retailer)에 관한 방대한 연구를 수행하였고, 이러한 상황을 ‘쌍방관계에서의 우월적 지위와 의존성’(bilateral relation of dominance and dependence)으로 표현하였다. 이러한 상황에서 구매자는 아무 손해도 없이 거래를 단절할 수 있는 데 반하여, 제조업자는 상당한 경제적 손해를 입을 수 있다. 따라서, 스위스는 1995년에 카르텔법을 제정하였고, 이를 2004년에 개정하였다.

개정 내용을 살펴보면 “시장에서 우월적 지위를 갖는 기업이란 하나의 기업 또는 수개의 기업이 실질적으로 다른 참여자의 행동에 관계없이 독립적으로 행동할 수 있는 것을 의미한다”에서 다른 참여자(the other participants)를 경쟁자(competitors), 공급자(suppliers) 또는 고객(customers)으로 개정하였다.⁵¹⁾

이렇게 고객(customers)을 포함함으로써 공급자와 고객과의 관계, 구매자와 고객과의 관계인 ‘수직적 쌍방관계에서의 경제적 의존관계’(vertical economically dependent relationship)를 우월적 지위에 포함시켰다. 즉, 경쟁자와의 관계는 고려할 필요성이 없고, 고객과 독립적으로 행동할 수 있는 기업을 우월적 지위를 갖는 기업이라고 표현한 것이다.

스위스 경쟁 당국은 우월적 지위의 개념을 경제적 의존성을 포함하는 개념으로 확장하고 있고, 특정 제조업자의 유통업자(distributor)에 대한 경제적 의존성을 평가하는 데 있어 다음과 같은 2가지 요소를 중심으로 평가하고 있다.

첫째, 제조업자에게 원래의 구매자와 필적할 만한 다른 구매자가 존재하지 아니하고, 다른 구매자의 한계수요가 고정비용을 커버하지 못해야 한다. 제조업자가 다른 구매자에게 판매할 수 있으면, 경제적 의존성은 존재하지 않는다. 대체 거래선 유무가 경제적

51) The term “enterprise having a dominant position in the market” means one or more enterprise being able, as regards supply or demand, to behave in a substantially independent manner with regard to the other participants (*competitors, suppliers or customers*) in the market. 이탤릭체는 개정된 부분임.

의존성을 평가하는 중요한 요소이다.

둘째, 제조업자가 구매자의 제품에 전문화하고 있어 다른 제품 생산으로 전환하는 비용이 크면 경제적 의존성이 존재한다. 즉, 다른 제품을 생산하는 데 드는 전환비용(switching cost)이 경제적 의존성을 평가하는 중요한 요소이다.

그러나, 스위스 경쟁 당국은 이러한 우월적 지위의 개념 확장이 시장에서 경쟁력이 없는 기업을 보호하는 방안이 되어서는 안 된다고 지적하고 있다. 특히, 특화된 투자를 평가할 때 특화된 투자가 자신의 결정으로만 이루어지면 안 되고 대형 유통업체의 책임 지는 부분이 상당한 정도 존재해야 경제적 의존성을 인정한다.⁵²⁾

5) 일본

EU 및 유럽 국가에서의 경제적 의존성(economic dependence)에 상당하는 개념이 일본 독점금지법에서의 ‘거래상 우월적 지위’이다. 일본 공정거래위원회는 거래상 우월적 지위 남용에 대하여 판단하는 지침인 ‘우월적 지위의 남용에 관한 독점금지법의 사고’라는 지침을 운영하고 있다.⁵³⁾

이 지침에서는 첫째, 기본 원칙을 다음과 같이 기술하고 있다. “사업자의 거래 조건이나 내용은 기본적으로 거래 당사자간의 자주적인 판단에 따라 맡기는 것이 원칙이다. 거래 당사자간의 자유로운 협상 결과 어느 일방 당사자의 거래 조건이 상대방에 비해 또는 종전에 비해 불리하게 되는 것은 모든 거래에서 당연히 일어날 수 있다. 그러나 자신의 거래상의 지위가 상대방보다 우월한 일방 당사자가 거래의 상대방에 대하여 그 지위를 이용하여 정상적인 상 관례에 비추어 부당하게 불이익을 주는 것은 당해 거래 상대방의 자유로운 자주적인 판단을 저해하는 동시에 해당 거래 상대방은 경쟁자와의 관계에서 경쟁에 불리하게 작용한다. 이러한 행위는 정당한 경쟁을 저해할 우려가 있다는 점에서 불공정한 거래 방법의 하나인 우월적 지위 남용에 해당될 수 있다.”

둘째, ‘거래상 지위가 우월’하다는 것은 시장 지배적 지위 또는 그에 준하는 절대적으로 우월한 지위가 아니라 거래 상대방과의 관계에서 상대적으로 우월한 지위이면 충분

52) Swiss Competition Commission, Decision CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, para. 92. Kellezi, Pranvera(2008), p.67에서 재인용.

53) 일본 공정거래위원회(평성 22년), ‘우월적 지위의 남용에 관한 독점금지법의 사고’(www.jftc.go.jp).

한 것으로 해석된다. 구체적으로 거래상 지위의 우월성을 판단하기 위해서는 거래 의존도, 시장에서의 지위, 거래처 변경 가능성, 거래할 필요성을 나타내는 구체적 사실 등을 종합적으로 판단하여 결정하게 하고 있다.

① 거래 의존도는 거래상 지위가 열위에 있는 을 기업의 거래상 지위가 우위에 있는 갑 기업에 대한 매출액을 기업의 전체 매출액으로 나누어 분석한다. 거래 의존도가 높아지면 을 기업은 갑 기업과의 거래가 곤란해질 경우 사업 경영에 큰 지장을 초래하게 된다.

② 시장에서의 지위는 시장점유율과 시장점유율 순위 등을 고려한다. 갑 기업의 시장 점유율과 순위 등이 높아지면 을 기업은 갑 기업과 거래를 할 필요성이 높아지고, 갑 기업과의 거래가 곤란해지면 사업 경영에 큰 지장을 초래한다.

③ 거래처 변경 가능성은 을 기업이 갑 기업 이외의 다른 사업자와의 거래 개시 또는 거래 확대 가능성과 갑 기업과 관련이 있는 을 기업의 투자 금액을 고려한다.

④ 거래를 할 필요를 나타내는 구체적 사실은 을 기업의 갑 기업과의 거래 금액, 갑 기업과의 향후 성장 가능성, 갑 기업과 거래 대상이 되는 상품이나 용역의 중요성과 갑 기업의 브랜드 파워, 을 기업의 갑 기업과 거래에서의 신용 확보 내용, 갑 기업과 을 기업 규모의 차이 등을 고려한다.

셋째, ‘일반적인 관행에 비추어 부당하게’라는 의미는 우월적 지위 남용의 유무 문제가 경쟁 질서의 유지 및 증진의 관점에서 사안마다 판단되는 것을 의미한다. 따라서, 실제로 존재하는 관행에 일치된다고 하여 그 행위가 정당화될 수 없다.

6) 한국

① 거래상 우월적 지위 심사 지침

한국의 공정거래위원회는 하도급법이 제정된 이후 2004년 제정된 공정거래위원회 예규 「불공정 거래행위 심사지침」⁵⁴⁾을 통해 거래상 우월적 지위 남용으로 구입 강제 행위, 이익 제공 강요 행위, 판매 목표 강제 행위, 불이익 제공 행위 및 경영 간섭 행위를

54) 공정거래위원회 예규 134호 불공정 거래행위 심사지침(2004년 제정, 2012년 개정).

열거하고, 거래상 우월적 지위 남용을 심사하는 기준을 거래 개시 단계와 거래 계속 단계로 구분하여 제시하고 있다.

첫째, 거래 개시 단계에서 거래 상대방이 자신이 거래할 사업자를 선택할 수 있는지와 계약 내용을 인지한 상태에서 자신의 판단 하에 거래를 선택하였는지 여부를 기준으로 거래상 우월적 지위 여부를 판단한다. 만약 거래 상대방이 자신이 거래할 사업자를 여러 사업자 중 선택할 수 있었고, 계약 내용을 충분히 인지한 상태에서 자신의 판단에 따라 거래를 개시하였고 계약 내용대로 거래가 이루어지고 있다면 이는 공정거래법 적용 대상(거래상 지위 남용)에 해당되지 않는다. 그렇게 하지 아니하고 특정 사업자와 거래할 수밖에 없는 경우에는 공정거래법 적용 대상(거래상 지위 남용)에 해당될 수 있다.

둘째, 거래 계속 단계에서는 사업자가 거래 상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지 여부를 기준으로 한다. 사업자가 거래 상대방의 대체 거래선 확보의 곤란 등 사유로 인해 거래상 지위가 있고 이를 이용하여 각종 불이익을 가한다면 공정거래법 적용 대상이 될 수 있다. 그러나 사업자가 거래 상대방에 대해 거래상 지위를 가지지 않는다면 각종 불이익을 가하더라도 공정거래법 적용 대상에 해당되지 아니한다.

셋째, 사업자가 거래 상대방에 대해 거래상 지위를 갖는다고 하더라도 양 당사자간 권리 의무 귀속 관계, 채권 채무 관계(예 : 채무 불이행, 손해배상 청구, 담보권 설정·해지, 지체 상금 등) 등과 관련하여 계약서 및 관련 법령 내용 등의 해석에 다툼이 있는 경우에는 공정거래법 적용 대상이 되지 아니한다.

또한, 거래상 우월적 지위 남용 행위의 하부 유형인 구입 강제 행위, 이익 제공 강요 행위, 판매 목표 강제 행위, 불이익 제공 행위 및 경영 간섭 행위 각각에 대해서 위법성 판단 기준 및 위법 행위의 예시를 제시하고 있다(세부 유형별 대상 행위는 <표 3-2> 참조).

<표 3-2> 한국 공정거래법상 거래상 우월적 지위 남용의 세부 유형

세부 유형	대상 행위
구입 강제	- 사업자가 거래 상대방에게 구입의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위
이익 제공 강요	- 거래 상대방에게 금전·물품 등의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위
판매 목표 제시	- 사업자가 거래 상대방에게 판매 목표를 정해주고 이를 달성하도록 강제하는 행위 - 대상 상품 또는 용역은 사업자가 직접 공급하는 것
불이익 제공	- 거래 상대방에게 불이익이 되도록 거래 조건을 설정 또는 변경하는 행위 - 거래 상대방에게 일방적으로 불리한 거래 조건을 당초부터 설정하였거나 기존의 거래 조건을 불리하게 변경하는 것
경영 간섭	- 임직원을 선임·해임함에 있어서 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래 상대방의 생산 품목·시설 규모·생산량·거래 내용을 제한함으로써 경영 활동에 간섭하는 행위

위법성 판단 기준은 각각의 세부 유형에 대해서 첫째, 사업자가 거래 상대방에 대해서 우월적 지위를 가져야 하고, 둘째, 해당 행위가 부당한 행위인지를 판단해야 한다. 부당한 행위인지를 판단하는 지침은 세부 유형에 따라 상이하지만, 우월적 지위 여부를 판단하는 지침은 세부 유형에 관계없이 동일하게 규정하고 있다.

사업자가 거래 상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지 여부는 거래 상대방의 입장에서 사업자가 상품 또는 용역의 구입을 요청할 경우 원치 않더라도 이를 받아들일 수밖에 없는지를 기준으로 한다. 즉, 거래상 지위 유무는 대체 거래선 확보의 용이성, 사업자에 대한 수입 의존도, 사업자의 업무상 지휘감독권 여부, 거래 대상인 상품 또는 용역의 특성 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

첫째, 대체 거래선 확보의 용이성이란 낮은 거래비용으로 다른 거래선을 찾는 것이 실제 가능한지를 의미하며, 거래처를 전환함으로써 인해 거래 단절이나 공급량 제한, 투자비용의 회수 곤란 등 불이익을 감수해야 하거나, 사업 활동이 현저히 곤란해지는 경우에는 대체 거래선 확보가 용이하지 않은 것으로 볼 수 있다.

둘째, 거래 상대방이 사업자에 대한 수입 의존도가 높을수록, 그리고 업무상 지휘 감독을 받을수록 거래상 지위가 있는 것으로 볼 수 있다.

② 공정거래법상 거래상 지위 남용 행위 사례 및 평가

가. L쇼핑의 거래상 지위 남용 행위⁵⁵⁾

A. 개요

공정거래위원회는 L쇼핑의 부당한 경영활동 간섭 사건을 판단하기 위해 L쇼핑과 납품업체 간의 우월적 지위를 판단하였다. 공정거래위원회는 이 사건에서 사업자의 시장에서의 지위, 거래 상대방의 대체 거래 전환 가능성, 상품·용역의 수급 관계 등을 종합하여 판단한다고 하면서, L쇼핑은 상위 3개 백화점에 속하며, 상위 3개 백화점의 매출액 비율(시장점유율)은 78%이고 이런 과점화 현상은 지속될 것으로 예상하였다. 낮은 거래비용으로 타 거래선을 찾는 것이 어렵거나, 거래처 전환으로 거래 단절이나 공급량 전환, 투자비용의 회수 곤란 등 불이익이 발생하여 사업 활동이 현저히 곤란해지는 경우에는 거래처 전환이 용이하지 않아 우월적 지위가 있다고 판단하였다.

이와 같은 공정거래위원회의 결정에 L쇼핑은 법원에 소송을 제기하였으나, 고등법원과 대법원에서 모두 공정거래위원회가 승소하였다.⁵⁶⁾

B. 평가

공정거래위원회는 L쇼핑의 납품 업체에 대한 우월적 지위를 판단하면서 첫째, 시장점유율을 고려하였다. 백화점의 납품업체로부터의 조달시장(procurement market) 구조는 과점 시장이라는 점을 고려하였다. 즉, L쇼핑을 포함한 시장점유율 상위 3개 백화점의 시장점유율이 78%이고, 이 수치는 증가할 것으로 예측하였다.

둘째, 거래처 전환에 탐색비용과 투자비용의 회수 곤란 등 다양한 형태의 전환비용이 크다는 것을 고려하였다.

55) 공정거래위원회 의결 제2008-315호.

56) 서울고등법원 2009누10148, 대법원 2010두8522.

나. ○○자동차의 거래상 지위 남용 행위⁵⁷⁾

A. 개요

공정거래위원회는 ○○자동차가 5개 판매점과 실시한 계약 해지를 우월적 지위 남용이라고 결정했다. ○○자동차는 4위 사업자로서 9.47%의 시장점유율을 차지하고 있다. 5개 판매점은 자동차 보수용 부품 중 범퍼류 순정부품 판매점이다. 공정거래위원회는 다음과 같은 점을 들어 ○○자동차의 5개 판매점에 대한 우월적 지위를 인정하였다.

첫째, 판매점은 전문점 운영에 있어 ○○자동차의 범퍼류 제공에 전적으로 의존할 수밖에 없다.

둘째, 자동차의 부품류는 자동차 제조사 또는 계열 부품 제조사로부터 부품 판매망을 구축하여 장기간 거래하는 것이 일반적이어서 거래 상대방이 대체 공급선을 확보하기가 어렵다.

셋째, 거래 상대방의 전체 매출액 가운데 ○○자동차와의 거래가 42%에서 100%를 차지한다.

넷째, ○○자동차는 거래 상대방에 대해서 전반적인 업무상의 지휘감독권을 가졌다. 이와 같은 공정거래위원회의 결정에 ○○자동차는 법원에 소송을 제기하였으나, 서울고등법원은 공정거래위원회의 승소를 확정하였다.⁵⁸⁾

B. 평가

○○자동차에 대한 공정위 결정은 제품 판매 이후 시장(aftermarket product market)인 자동차 보수용 부품 시장에서 공급자의 우월적 지위를 인정한 사례이다. 자동차 보수용 부품 시장의 공급자와 판매점의 관계에서 부품 제조업체인 완성차 제조업체의 공급자로서의 우월적 지위를 인정한 사례이다.

공정거래위원회는 자동차 범퍼류 순정부품은 자동차 제조사에 전적으로 의존하는 시장이므로 우월적 지위를 인정하였다. 범퍼류 순정부품 시장은 과점 시장이고, 상대방과

57) 공정거래위원회 의결 제2007-439호.

58) 서울고등법원 2007누26324.

의 거래 의존도가 매우 높으며, 대체 거래 공급선의 확보가 어렵다는 점을 고려하였다.

다. ○○전력의 거래상 지위 남용 행위⁵⁹⁾

A. 개요

공정거래위원회는 ○○전력의 송배전 시설공사 6건에 대하여 공사 지연 배상금 미지급에 관한 사항에서 ○○전력의 거래상 우월적 지위를 인정하였다. 공정거래위원회가 우월적 지위를 인정한 근거로는 첫째, ○○전력이 송배전 시설 공사 또는 용역 분야에서 대량 수요자의 위치에 있으며, 둘째, 송배전 시설 공사 또는 용역 분야에서 발주를 지속적으로 하고 있어 거래 상대방은 자신의 영업 활동을 원만하게 하기 위해서는 ○○전력이 발주하는 공사 또는 용역을 수주해야 하는 입장이기 때문에 ○○전력의 요구나 제시 사항을 거절하기가 곤란한 점을 들었다. ○○전력은 법원에 소송을 제기했으나, 서울고등법원과 대법원은 공정거래위원회의 승소를 확정하였다.

B. 평가

판매자의 구매자에 대한 우월적 지위를 인정한 사례이다. 공정거래위원회가 우월적 지위를 인정한 근거는, 구매자인 ○○전력의 송배전 시설 공사 및 용역 시장의 시장점유율에 대하여 구체적인 수치를 제시하지는 않았지만 대량 수요자의 위치에 있는 점을 지적하였다. 시장 지배자적 지위(독점적 지위)에 있는 구매자의 우월적 지위를 인정한 사례이다.

3. 우월적 지위의 법적 개념 종합

(1) 우월적 지위와 시장 점유율

21세기 현재 미국은 독점금지법에서 시장지배력(market power) 남용을 금지하고 있

59) 공정거래위원회 의결 제2007-124호.

고,⁶⁰⁾ EU는 조약으로 우월적 지위 남용을 금지하고 있는데, 이들 2가지 개념은 동일한 것으로 공급자 및 구매자 모두에게 적용되고 있다.⁶¹⁾

미국과 캐나다, EU와 유럽 국가는 모두 시장지배력 또는 우월적 지위를 평가하는 데 있어서 시장점유율을 중요한 지표로 사용하고 있다. 미국 등 대부분의 국가는 우월적 지위를 인정하기 위한 특정한 시장점유율 임계치를 법률에서 설정하고 있지 않지만, 한국의 공정거래법과 일본의 독점금지법은 시장점유율의 특정 수치를 이용하여 시장지배자적 지위(일본의 경우 독점적 상태)를 정의하고 있다.

한편, 우월적 지위를 인정하기 위한 시장점유율의 임계치를 정하고 있지 않지만, 시장점유율이 특정 수치 이하이면 경쟁 당국이 문제를 삼지 않는 안전지대(safe harbor)를 설정하고 있는 국가도 있다. 예를 들어, 캐나다의 경우 1개 기업인 경우에는 시장점유율이 35% 이하, 수개 기업인 경우에는 60% 이하이면 경쟁 당국은 우월적 지위 여부를 조사하지 않는 안전지대 규정을 두고 있다.

또한, EU는 생산 및 판매가 다단계인 경우(예를 들어, 제조업체가 대형 유통업체를 통하여 상품을 소비자에게 판매하는 경우) 상류시장⁶²⁾의 구매자 점유율이 30%이고 하류시장의 공급자 점유율이 30% 이하이면 경쟁 당국에서 상류시장 공급자의 우월적 지위를 인정하지 않아 문제 삼지 않는다(<표 3-3> 참조).

60) 미국의 판례는 독점력과 시장지배력이라는 용어를 동일한 의미로 혼용하고 있다.

61) Fox(2008), The Market Power Elements of Abuse of Dominance-Parallel and Differences in Attitudes 참조.

62) 상류시장과 하류시장의 개념은 제2장 제1절 제2관 수요 측면의 시장지배력 <그림 2-2> 다단계 생산 및 판매 시장 참조.

<표 3-3> 우월적 지위(시장 지배력)의 개념과 시장 점유율 임계치 국제 비교

구분	우월적 지위(시장 지배력)의 정의	시장 점유율 임계치
미국	해당 기업이 가격을 통제할 수 있는 능력 또는 경쟁을 제한(배제)하는 능력(판례)	· 원칙은 없으나 50% 내지 60%가 시장지배력이 있다고 추정하는 최소한의 점유율
EU	상당한 정도까지 경쟁자·고객·최종 소비자와 관계없이 독립적으로 행동할 수 있는 힘을 가짐으로써 유효한 경쟁을 유지하는 것을 금지할 수 있는 경제적 힘(판례)	<ul style="list-style-type: none"> -일반적인 경우 <ul style="list-style-type: none"> · 70% 이상이면 우월적 지위를 강하게 추정 · 50에서 70%이면 우월적 지위를 약하게 추정 · 40에서 50%이면 다른 요소를 상세히 고려하여 판단 -중소기업 공동 구매협정 <ul style="list-style-type: none"> · 15% 이하이면 우월적 지위 인정하지 않음 (safe harbor) -생산 및 판매가 다단계인 경우 <ul style="list-style-type: none"> · 상류시장 구매자 점유율이 30%이고 하류시장의 공급자 점유율이 30% 이하이면 공급자의 우월적 지위 인정하지 않음(safe harbor)
캐나다	1개 이상의 기업이 특정한 사업을 통제할 수 있는 능력(캐나다 경쟁법 79조)	<ul style="list-style-type: none"> · 1개 기업인 경우 35% 이하이면 우월적 지위 남용 여부를 조사하지 않음 · 수개 기업인 경우 60% 이하이면 우월적 지위 남용 여부를 조사하지 않음(safe harbor)
일본의 독점금지법	1개의 사업자인 경우 시장 점유율 50% 이상, 2개 사업자인 경우 시장 점유율이 75% 이상이고, 진입 장벽이 존재하고, 표준적인 이윤율을 현저하게 상회하거나, 판매비 및 일반관리비가 표준적인 수준보다 현저히 높은 경우 독점적 상태로 추정(독점금지법 제2조 제7항)	
한국의 공정거래법	1개 기업의 시장 점유율이 50% 이상인 경우, 3개 이하 기업의 시장 점유율 합계가 75% 이상인 경우 시장지배자적 지위를 인정(공정거래법 제3조의 1)	

(2) 우월적 지위와 경제적 의존성

EU와 일부 유럽 국가는 시장 점유율이 낮은 경우 우월적 지위를 보완하기 위한 지표로 경제적 의존성 개념을 인정하여 우월적 지위의 개념을 확장하고 있다.

EU는 시장점유율이 낮은 경우에 경제적 의존성을 우월적 지위를 판단하는 하나의 보완 요소로 사용하고 있다. EU가 인정하는 경제적 의존성은 결핍 의존성, 제조업자의 강한 구매자에 대한 의존성, 제품 판매 이후 시장(예를 들어 보수용 부품 시장)의 기술적 의존성을 인정하고 있다.

이와 같은 경제적 의존성을 인정하는 근거로는 자산 특화성, 고착효과 및 예외적인

시장 조건을 인정하고 있다. 그러나 이러한 근거만으로는 우월적 지위를 인정하지 않고 시장점유율이 어느 정도 높은 경우에 보완 지표로 활용하고 있다. 즉, 해당 시장의 범위를 정확히 규정하여, 해당 시장에서 의미 있는 시장점유율을 갖고 있어야 우월적 지위를 인정하고 있다. 개별 국가의 경우에도 프랑스와 스위스는 경제적 의존성을 우월적 지위를 판단하는 보완 지표로 사용하고 있다.

그러나, 독일은 경제적 의존성을 절대적인 우월적 지위(시장지배력)와는 별개의 개념인 상대적 우월적 지위로 인식하고 있고, 중소기업과 거래하는 경우에만 인정하고 있다. 이 경우에는 경제적 의존성은 자산 특화성(asset specificity)으로 인한 불모문제 또는 독점적 경쟁 시장의 시장지배력인 브랜드 충성심(brand loyalty) 등으로 설명하고 있다.

일본의 독점금지법은 ‘거래상 우월적 지위’ 남용(EU의 경제적 의존성 개념)을 독점적 상태(시장 지배자적 지위)의 남용과 구별하여 규정하고 있다. 그리고 ‘거래상 우월적 지위’ 남용을 판단하기 위한 구체적 지침인 「우월적 지위의 남용에 독점금지법의 사고」를 운용하고 있다. 이 지침은 거래 의존도, 시장에서의 지위, 거래처 변경 가능성, 거래할 필요성을 나타내는 구체적 사실 등을 종합적으로 판단하여, 구체적으로 거래상 지위의 우월성을 결정하도록 하고 있다.

한국의 공정거래법도 시장 지배자적 남용 행위와 구분하여 거래상 지위(EU의 경제적 의존성 개념) 남용을 규정하고 있다. 그리고 불공정 거래행위 심사지침에서 거래 개시 단계와 거래 계속 단계에서의 원칙을 정하고 있다.

거래 개시 단계에서는 거래 상대방이 자신이 거래할 사업자를 선택할 수 있는지와 계약 내용을 인지한 상태에서 자신의 판단 하에 거래를 선택하였는지 여부를 기준으로 거래상 우월적 지위 여부를 판단한다.

거래 계속 단계에서는 사업자가 거래 상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지 여부를 기준으로 한다. 사업자가 거래 상대방의 대체 거래선 확보의 곤란 등 사유로 인해 거래상 지위가 있고 이를 이용하여 각종 불이익을 가한다면 공정거래법 적용 대상이 될 수 있다. 그러나 사업자가 거래 상대방에 대해 거래상 지위를 가지지 않는다면 각종 불이익을 가하더라도 공정거래법의 적용 대상에 해당되지 아니한다(<표 3-4> 참조).

<표 3-4> 경제적 의존성에 대한 국제 비교

구분	경제적 의존성의 정의 또는 근거	경제적 의존성을 인정한 경우
EU	<ul style="list-style-type: none"> -인정 근거 · 자산 특화성, 고착효과, 예외적 시장 조건 · 우월적 지위를 보완하는 지표 	<ul style="list-style-type: none"> · 결핍 의존성 · 제조업자의 유통업자에 대한 의존성 · 판매 이후 제품(예컨대 보수용 부품)의 기술적 의존성
독일	<ul style="list-style-type: none"> -정의(상대적 우월적 지위) · 충분하고 합리적인 거래처 변경의 가능성이 존재하지 않는 경우 · 우월적 지위와는 별개의 개념으로 규정 	<ul style="list-style-type: none"> · 일련의 제품군 또는 유명 브랜드 기업과 관련한 판매상이 생산자에게 의존하는 경우 · 일방이 하나의 거래 상대방과 대부분의 거래 관계를 장기적으로 맺고 있는 경우 · 희소한 생산품과 관련이 있는 경우 · 자산 특화성이 있는 경우
프랑스	<ul style="list-style-type: none"> · 대체 거래선의 유무 · 이의를 제기한 기업의 전체 매출액에 대한 대상 기업의 매출액 비율 · 시장 점유율이 높지 않은 경우에 우월적 지위를 확장하는 개념 	<ul style="list-style-type: none"> · 제조업자의 유통업자에 대한 의존성
스위스	<ul style="list-style-type: none"> · 이의를 제기한 기업의 전체 매출액에 대한 대상 기업에의 매출액 비율 · 전환비용이 큰 경우 · 시장 점유율이 높지 않은 경우에 우월적 지위를 확장하는 개념 	<ul style="list-style-type: none"> · 제조업자의 유통업자에 대한 의존성
일본의 독점금지법	<ul style="list-style-type: none"> · 거래 의존도 · 시장 점유율과 시장 점유율 순위 · 거래처 변경 가능성 · 거래할 필요성 	<ul style="list-style-type: none"> · 납품업체의 백화점에 대한 의존성 등
한국의 공정거래법	<ul style="list-style-type: none"> -거래 개시 단계 · 특정 사업자와 거래할 수밖에 없는 경우에 인정 -거래 계속 단계 · 대체 거래선 확보의 곤란 등이 있는 경우에 인정 	<ul style="list-style-type: none"> · 납품업체의 백화점에 대한 의존성 · 보수용 자동차 부품 판매업체의 자동차 생산업체에 대한 의존성 · 시공 및 엔지니어링 업체의 송배전 시설 발주자에 대한 의존성

(3) 주요국의 우월적 지위 평가 요소의 분석

재화나 서비스 구매자의 우월적 지위 남용도 생산자(판매자)의 우월적 지위 남용을 규제하는 것과 마찬가지로 규제하고 있다. 미국과 EU는 구매자의 우월적 지위(시장지배력) 남용을 시장점유율을 중심 지표로 사용하여, 진입 장벽 및 공급자의 대항력 등을 고려하여 우월적 지위 여부를 판단하고 있다.

그러나, 최근 EU와 일부 유럽 국가들은 이와 같은 시장점유율이 낮은 경우, 구매자나 공급자의 거래 상대방에 대한 경제적 의존성을 우월적 지위를 판단하는 보완 지표로 사용하고 있다(독일은 우월적 지위와는 별개의 개념). 경제적 의존성을 판단하는 경우에 대체 거래선의 유무와 대체 거래선으로 전환할 경우의 전환비용의 크기 등이 중요한 요소이다.

일본 독점금지법의 경우 거래상 우월적 지위(경제적 의존성)를 평가할 경우 시장점유율과 시장점유율 순위를 고려하므로 경제적 의존성을 우월적 지위의 보완 지표로 사용한다고 할 수 있다. 또한, 상대방과의 거래에서의 신용 확보 내용 등 거래처 변경 가능성을 고려한다. 그리고 상대방 기업과의 거래 의존도 및 상대방 기업에 특화된 투자 금액을 고려하여 불모 문제가 존재하는지 여부를 판단한다. 즉, 기본적으로 대체 거래선 존재 유무와 대체 거래선으로 전환할 경우 전환비용의 크기를 고려한다고 할 수 있다.

한국 공정거래법의 경우 거래상 우월적 지위(경제적 의존성) 유무는 대체 거래선 확보의 용이성과 사업자에 대한 수입 의존도, 사업자의 지휘감독권 여부, 거래 상품의 특성 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정하고 있지만(불공정 거래행위 심사지침), 기본적으로 대체 거래선 존재 유무와 전환 비용의 크기를 고려하고 있다. 시장점유율을 고려해야 한다는 명시적인 규정은 없으나, 공정거래위원회가 우월적 지위 남용 행위를 심결한 사례에서는 시장점유율을 대부분 고려하고 있다.

제 4 장 건설 하도급 거래의 우월적 지위 평가와 규제의 문제점

제2장에서 우월적 지위에 대한 경제학적 개념을 살펴보았고, 제3장에서 우월적 지위에 대한 주요국의 법적 개념을 살펴보았다.

경제학적으로 구매자의 우월적 지위는 구매자가 경쟁자의 정상적인 판매 조건보다 좋은 수준의 조건으로 재화나 서비스를 구입할 수 있는 구매자의 능력으로 정의된다. 이와 같은 구매자의 시장 지배력은 시장 구조가 수요 독점 시장, 우월적 구매자와 다수의 주변 기업이 존재하는 시장, 수요 과점 시장 또는 수요 독점적 경쟁 시장이면 그 시장에 속해 있는 수요자는 시장 지배력을 갖는다. 이와 같은 시장 지배력은 제3장에서 살펴본 바와 같이 대부분의 국가가 기본적으로 시장점유율, 진입 장벽 및 거래 상대방의 대항력을 고려하여 결정한다.

시장점유율, 진입 장벽 및 대항력으로 판단하는 우월적 지위 이외에 거래 일방이 상대방에게 경제적 의존성을 갖는 경우에도 거래 일방이 거래 상대방에 대하여 거래상 우월적 지위를 갖는다. 거래 일방이 거래 상대방에게 경제적 의존성을 갖는 경우는 첫째, 거래 일방이 거래 상대방 이외의 대체 거래선이 없는 경우이다. 하도급 거래에서 수급사업자가 현재 거래하고 있는 원수급자 이외의 다른 원수급자가 없는 경우이다.

둘째, 거래 일방이 원수급자의 불모 문제 등으로 인해 대체 거래선으로 전환하는 전환비용이 높아 현재의 거래 상대방에게 고착되는 경우이다. 따라서, 거래상 우월적 지위(경제적 의존성)를 평가할 경우 대부분의 국가가 대체 거래선의 유무와 대체 거래선으로 전환할 경우의 전환비용을 고려한다.

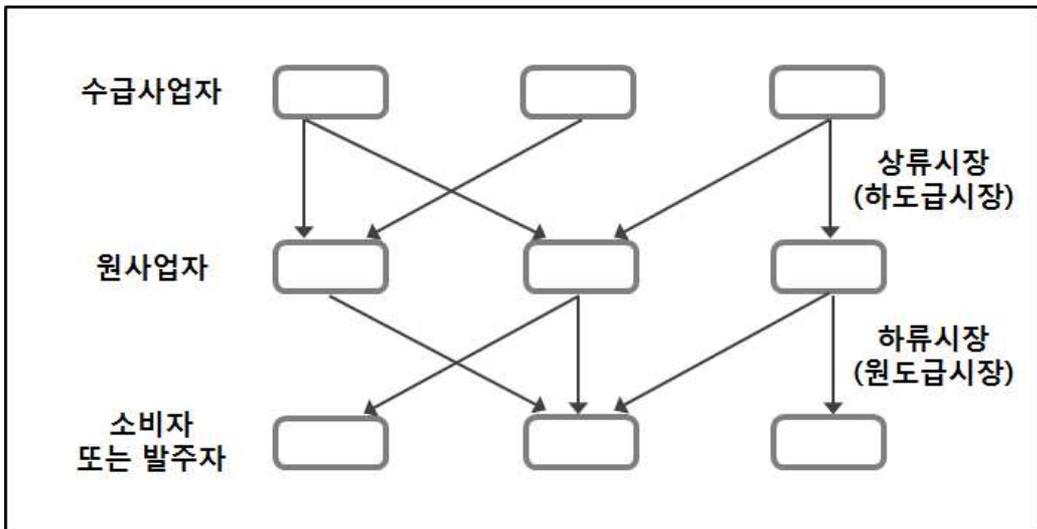
건설 하도급 시장에서 구매자인 원도급자의 우월적 지위를 판단하기 위해서 첫째, 건설 하도급 시장 구조가 우월적 지위를 가질 수 있는 시장 구조인가, 둘째, 수급사업자의 대체 거래선의 존재 유무, 셋째, 건설 하도급 거래에서 수급사업자의 불모 문제 등으로 전환비용이 높아 대체 거래선으로 전환할 수 없는가를 분석하고자 한다. 먼저, 원사업자의 시장 지배력이 존재하는지 여부를 판단하기 위하여 건설 하도급 시장의 시장 구조를 분석하고자 한다.

1. 건설 하도급의 우월적 지위 평가

(1) 건설 하도급 시장의 시장 구조

하도급 거래란 원사업자가 최종재(final goods)를 생산하기 위하여 수급사업자로부터 필요한 중간재(intermediate goods)를 구매하는 거래이다. 하도급 거래에서 원사업자의 우월적 지위는 원사업자가 상류시장(upstream market)인 하도급 시장에서 구매자로서의 우월적 지위를 갖느냐의 문제이다(<그림 4-1> 참조).

<그림 4-1> 하도급 시장의 구조



건설 생산 과정은 원도급자가 하도급 시장에서 다양한 건설 서비스를 구매하여 발주자인 고객에게 최종 서비스를 제공하는 과정으로 이루어진다. 건설 하도급 시장은 건설 서비스가 거래되는 시장으로 공급자는 수급사업자이고, 구매자는 원사업자이다.

건설 하도급 시장의 공급자는 수급사업자이고, 수요자는 원사업자이다. 건설 하도급 시장에서 수요자는 종합건설업체이다. 종합건설업체 수는 2010년 1만 467개사, 2011년 1만 177개사, 2012년 9,944개사이다. 건설 하도급 시장의 공급자인 전문건설업체 수는

2010년 6만 3,915개사, 2011년 6만 4,619개사, 2012년 6만 4,721개사이다. 이를 표준산업 분류별 공종별로 살펴보면 전문건설업은 2010년 3만 3,191개사, 2011년 3만 2,852개사, 2012년 3만 2,547개사이다(<표 4-1> 참조).

건설 하도급 시장의 수요자인 종합건설업체 수는 1만 개 정도이고, 공급자인 전문건설업체 수는 전문건설업 3만 개사, 설비공사업 약 5,000개사, 시설물유지관리공사업 4,000개사, 전기공사업 1만 3,000개사, 정보통신공사업 6,000개사 및 소방시설공사업 4,000개사 정도이다. 건설 하도급 시장은 완전 경쟁 시장에 가까운 시장이다.

<표 4-1> 종합건설업체와 전문건설업체 수

(단위 : 개사)

구분	2010년	2011년	2012년
합계	74,382	74,796	74,665
종합건설업	10,467	10,177	9,944
전문업종별 건설업	63,915	64,619	64,721
전문건설업	33,191	32,852	32,547
설비공사업	4,932	5,028	5,041
시설물유지관리공사업	3,761	4,000	4,129
전기공사업	12,065	12,489	12,574
정보통신공사업	6,069	6,245	6,400
소방시설공사업	3,897	4,005	4,030

주: 기업체 수는 건설업종 단위로 집계하였으며, 여러 업종에 등록이 되어 있을 경우에는 각각의 업종에 집계하였음.

자료: 통계청, 건설업조사보고서.

하도급 시장 상위 구매자의 우월적 지위의 가능성을 파악하기 위해서는 전문업종별 상위 기업의 집중도를 계산해야 한다. 예를 들면, 전문건설업 시장의 수요자인 종합건설업체 전체 거래액(기성금액)에 대한 상위 5개사 종합건설업체의 전문건설업 기성금액(거래금액)의 비율을 산정해야 한다. 그러나, 상위 5개사 종합건설업체에 대한 전문건설업체의 거래금액(기성금액)에 대한 자료가 존재하지 않는다.

그러므로 상위 5개사 종합건설업체의 하도급 시장에서의 수요자 시장 집중률 대신 원도급 시장에서의 공급자의 시장 집중률을 계산하였다. 건설 원도급 시장의 수요자는 발

주자이고, 발주자를 공공 발주자와 민간 발주자로 구분할 수 있는데, 공공 발주자는 중앙정부, 지방자치단체 및 각종 공기업이고, 민간 발주자는 기업 등 다수이다. 원도급 시장의 공급자는 종합건설업체이고, 업체 수는 1만 개사 정도이다.

토목 시장의 경우 상위 5개사가 전체 시장에서 차지하는 비율이 2012년 13.6%, 2011년 15.2%, 2010년 16.8%이다. 건축 시장의 경우 상위 5개사가 전체 시장에서 차지하는 비율이 2012년 16.4%, 2011년 17.6%, 2010년 18.2%이다. 산업설비·조경 시장의 경우 상위 5개사가 전체 시장에서 차지하는 비율이 2012년 27.9%, 2011년 20.6%, 2010년 23.0%이다(<표 4-2> 참조).

건설 하도급 시장은 어느 한 기업도 건설 하도급 서비스의 수요자 또는 공급자로서 시장 지배력을 보유할 정도의 시장점유율을 갖고 있지 않은 완전 경쟁 시장에 가까운 구조이다.

<표 4-2> 상위 5개 기업의 공사 기성액 및 비율

(단위 : 10억원, 건)

구 분	합 계		토건 1~5위		비율 (E=D/B)	
	건수(A)	금액(B)	건수(C)	금액(D)		
합계	2012	95,167	134,320.3	1,490	22,698.9	16.9
	2011	93,643	132,998.7	1,601	22,751.4	17.1
	2010	93,770	134,699.6	1,613	24,489.0	18.2
토목	2012	33,879	38,820.8	649	5,261.4	13.6
	2011	33,444	40,981.2	698	6,222.8	15.2
	2010	36,231	43,761.4	807	7,359.7	16.8
건축	2012	54,184	79,973.7	599	13,107.4	16.4
	2011	53,531	79,753.7	692	13,999.9	17.6
	2010	50,130	78,251.7	586	14,207.3	18.2
산업설비 · 조경	2012	7,104	15,525.8	242	4,330.1	27.9
	2011	6,668	12,263.6	211	2,528.5	20.6
	2010	7,409	12,686.3	220	2,921.8	23.0

자료: 통계청, 건설업조사보고서.

(2) 수급사업자의 대체 거래선 유무

건설 하도급 시장에서 특정 원사업자가 시장 점유율이 낮아 우월적 지위를 갖지 않은 경우 수급사업자가 원사업자에 대하여 경제적 의존성을 갖기 위해서는 수급사업자가 대체 거래선이 없거나 대체 거래선으로의 전환비용이 높아야 한다.

쌍방관계에서 거래 일방이 기존의 거래 상대방과 다른 거래선이 존재하지 않는 경우는 다음과 같은 상황에서 발생한다.

첫째, 해당 시장의 시장 집중률이 높고 기존 거래 상대방의 시장 점유율이 매우 높은 경우이다. 그러나, 앞에서 살펴보았듯이 건설 하도급 시장은 일반적으로 원사업자의 시장 점유율이 높지 않아 수급사업자는 다른 원사업자와 거래할 수 있어 대체 거래선으로 전환하는 비용이 크다고 할 수 없다. 쌍방관계의 특수한 상황이 없는 경우에 시장 점유율이 낮은 경우에는 다양한 대체 거래선이 존재한다.

2013년 대한건설협회 상호협력평가를 신청한 종합건설업체를 분석한 결과 5개 미만의 종합건설업체에 협력업체로 등록한 전문건설업체가 1만 9,898개사로 가장 많았으며, 5개 이상 10개의 종합건설업체에 협력업체로 등록한 전문건설업체는 4,333개사, 10개사 이상 30개사 미만의 종합건설업체에 협력업체로 등록된 전문건설업체는 3,051개사로 나타났다. 100개사 이상 300개사 미만의 종합건설업체에 협력업체로 등록한 전문건설업체도 13개사나 되고, 300개사 이상의 종합건설업체에 협력업체로 등록한 전문건설업체도 2개사이다(<표 4-3> 참조).

<표 4-3> 협력업체로 등록된 종합건설업체 수

협력업체로 등록한 종합건설업체 수	전문건설업체 수
5개사 미만	19,898
5~10개사	4,333
10~30개사	3,051
30~50개사	447
50~100개사	147
100~300개사	13
300개사 이상	2

자료 : 대한건설협회.

둘째, 쌍방관계에서 거래 일방이 기존의 거래 상대방과 다른 거래선이 존재하지 않는 또 다른 경우는 수급사업자가 다른 거래선에 대한 정보가 부족하거나 다른 거래선을 탐색하는 비용이 많이 드는 경우와 다른 거래선으로 대체하는 것이 기술적으로 불가능한 경우이다.

그러나, 우리나라 건설 하도급 시장은 대부분의 원사업자가 능력이 있는 전문건설업자를 대상으로 매년 새로운 등록업자 리스트를 작성하므로 대체 거래선을 찾는 데 정보가 부족하거나 탐색비용이 크다고 할 수 없다. 또한, 전문공사는 특수한 시공 기술이 아닌 범용적인 시공 기술을 가지고 시공하는 시장이므로 다른 대체 거래선으로 전환하는 것이 기술적으로 불가능한 경우는 거의 없다.

(3) 대체 거래선으로의 전환 비용

계약 당사자의 일방 또는 쌍방이 계약 관계의 발전을 위하여 투자를 한 경우 일방의 투자분에 대한 투자 이익의 회수 여부가 상대방의 행위에 의존하는 경우 볼모 문제가 발생한다. 지속적인 거래 관계를 유지해 온 원사업자와 수급사업자가 특정한 프로젝트 수행을 위하여 수급사업자가 투자를 한 경우 수급사업자의 투자 이익 환수는 원사업자의 행위에 의존한다. 만약 원사업자가 수급사업자에게 불리한 계약 조건을 제시하면 수급사업자는 불리한 조건이라도 이에 응할 수밖에 없는 상황에 직면하게 된다. 이러한 문제가 볼모 문제이다.

원사업자의 불리한 조건 제시에 수급사업자가 응할 수밖에 없는 이유는 특정한 프로젝트에 투자한 자산이 해당 프로젝트 이외의 용도로 사용되는 경우에는 가치가 떨어져서 투자를 한 수급사업자는 손해를 입기 때문이다.

이와 같이 특정한 프로젝트에 특화된 투자로 이루어진 자산이 다른 용도에는 가치가 없고, 당해 프로젝트에만 가치가 있는 정도를 자산 특화성이라고 한다. 이러한 자산 특화성이 있는 경우, 다른 대체선으로 전환하기 위해서는 이러한 특화 자산을 포기하거나 변환하여 다른 거래선에게 필요한 자산으로 만들어야 한다. 문제는 이에 따른 전환비용이 커진다는 것이다. 따라서, 이러한 자산 특화성이 높은 투자가 있는 경우에는 다른 대

체선으로의 전환비용이 높다고 할 수 있다.

그런데 일반적으로 건설 하도급의 경우 이러한 수급사업자가 특정한 프로젝트에 특화된 자산에 투자를 한 경우는 드물어서 일반적인 건설 하도급의 경우에는 수급사업자가 다른 대체 거래선으로 전환하는 비용이 높다고 할 수 없다.

일반적으로 전문공사는 특수한 시공 기술이 아닌 범용 시공 기술을 가지고 시공하는 시장이다. 특별한 경우를 제외하고는 수급사업자가 특정 원사업자에 대하여 투자를 하면 당해 자산은 다른 원사업자에게도 적용되는 투자인 경우가 일반적이다. 따라서 건설 하도급의 경우, 수급사업자가 자산 특화성이 높은 경우는 드물어서 수급사업자가 원사업자에게 의존하는 경우는 가능성은 있지만 일반적이지 않은 현상이다.

또한, 앞에서 살펴보았듯이 실제로 건설 하도급은 다른 거래선으로 전환하는 경우 기술적으로 어려움이 없어 전문건설업체(수급 사업체)는 일반적으로 복수의 종합건설업체(원사업자)의 협력업체로 등록하고 있다.

특수한 경우로서 특수한 전문 기술을 필요로 하는 공사에 전문건설업체가 특수한 시공 기술을 가지고 특정한 원사업자와 장기적인 거래 관계를 가졌다면 거래선 변경이 어렵거나, 다른 거래선으로 전환하는 비용이 커서 원사업자에 대한 의존성이 있다고 할 수 있다.

이와 같은 경우가 아닌 전문건설업체가 기존 종합건설업체의 거래 중단으로 인해 다른 종합건설업체와 거래를 하기 어렵다는 것은 해당 전문건설업체가 경쟁력이 없어서 다른 종합건설업체가 거래를 하지 않는 것이지 전환비용이 높아서 다른 종합건설업체와 거래를 할 수 없는 것이 아니다. 이러한 경우 종합건설업체(원사업자)의 우월적 지위를 인정하여 규제를 한다는 것은 경쟁력이 없는 기업을 보호하는 규제로서 불공정 거래를 규제하는 것이 아니다.

2. 건설 하도급법 규제의 문제점과 사례 평가

(1) 거래 규제의 일반적 문제점

1) 잉여가치 상실로 인한 경제적 후생 감소

앞에서 건설 하도급은 일반적으로 우월적 지위가 존재하지 않는다는 점을 논의하였다. 이와 같이 하도급 거래를 규제하여야 할 근거가 없음에도 불구하고 거래를 규제할 경우의 문제점은 거래(계약) 당사자들의 자유 의사를 제한함으로써 거래로 얻을 수 있는 잉여 가치를 얻을 수 없다는 점이다.

계약은 시장에서 거래 당사자간의 이기적인 의사를 상호 확인하고 자율적으로 이를 조정하여 자원을 보다 효율적으로 이전시키는 사적 자치의 수단이다. 이러한 과정에서 계약 체결 이전에는 없었던 잉여 가치가 창출되고 이를 계약 당사자들이 나누어 가짐으로써 계약 당사자 모두 계약 이전보다는 모두 후생을 증가시키는 기능을 한다. 만약 정당한 근거 없이 이러한 계약 자유의 원칙을 제한하면 계약 당사자가 얻을 수 있는 잉여 가치를 감소시키므로 경제적 후생을 감소시킨다.

2) 경쟁력 없는 수급 사업자를 보호하는 문제점

원사업자의 수급사업자에 대한 우월적 지위가 없음에도 불구하고 하도급 거래를 하면 경쟁력 없는 수급사업자를 보호하는 정책이 될 수 있다. 수급사업자의 대체 거래선이 다수 존재하고 다른 대체 거래선으로 전환하는 비용이 높지 않음에도 불구하고 하도급 거래의 가격을 제한하는 등의 규제는 경쟁력이 없는 수급사업자를 보호하는 정책적 과오를 범할 가능성이 높다.

스위스 경쟁 당국은 우월적 지위의 개념을 경제적 의존성을 포함하는 개념으로 확장하면서도 이와 같은 우월적 지위의 개념 확장이 시장에서 경쟁력이 없는 기업을 보호하는 정책이 되어서는 안 된다고 지적하고 있다.⁶³⁾

63) Swiss Competition Commission, Decision CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, para. 92. Kellezi, Pranvera(2008), p.67에서 재인용.

이하에서는 하도급법상 우월적 지위 남용이라고 평가한 건설 하도급 사례를 평가하고 문제점을 살펴보고자 한다.

(2) 하도급법상 하도급 거래 규제의 문제점

하도급법은 공정거래법의 거래상 우월적 지위 남용으로 인한 구입 강제, 이익 제공 강요, 판매 목표 제시, 불이익 제공 및 경영 간섭 이외에도 여러 가지 금지 사항 및 의무 사항을 규제하고 있다(<표 4-4> 참조). 이하에서는 원사업자의 금지 사항으로 규정한 하도급 대금의 부당한 결정, 부당한 하도급 대금의 감액, 경제적 이익의 부당한 요구 등에 대한 사례의 문제점을 평가하고자 한다.

공정거래법상 거래상 지위 남용의 위법성을 판단할 경우에는 먼저, 우월적 지위 여부를 판단하나, 하도급법에서는 원사업자가 수급사업자에 비해서 당연히 우월적 지위가 있다고 간주하고 우월적 지위 여부를 심사하지 않는다. 즉, 공정거래법에서는 위법성의 입증을 필요로 하는 합리의 원칙(rule of reason)이 적용되나, 하도급법에서는 당연 위법의 원칙(per se rule)이 적용된다.

<표 4-4> 하도급법상 원사업자의 의무 및 금지 사항

의무 사항	금지 사항
1. 서면의 교부 및 서류의 보존 의무(제3조)	1. 부당한 하도급 대금의 결정 금지(제4조)
2. 선금금의 지급 의무(제6조)	2. 물품 등의 구매 강제 금지(제5조)
3. 내국 신용장의 개설(제7조)	3. 부당한 발주 취소 및 수령 거부의 금지(제8조)
4. 검사 및 검사 결과 통지 의무(제9조)	4. 부당 반품의 금지(제10조)
5. 관세 등 환급액의 지급 의무(제15조)	5. 하도급 대금의 부당 감액 금지(제11조)
6. 하도급 대금 일정 기한 내 지급 의무(제13조 제1·2·3항)	6. 물품 구매 대금 등의 부당 결제 청구의 금지(제12조)
7. 현금 결제 비율의 유지 의무(제13조 제4항)	7. 경제적 이익의 부당 요구 금지(제12조의 2)
8. 어음 만기일 유지 의무(제13조 제5항)	8. 부당한 대물 변제의 금지(제17조)
9. 건설하도급 대금지급보증 의무(제13조의 2)	9. 부당한 경영 간섭의 금지(제18조)
10. 설계변경 등 하도급 대금의 조정 및 지급 의무(제16조)	10. 보복 조치의 금지(제19조)1
11. 납품단가조정협의의무(제16조의 2)	11. 탈법 행위의 금지(제20조)

1) 부당한 하도급 대금 결정의 금지

현행 하도급법은 부당한 방법에 의하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급 대금을 결정한 경우는 부당한 하도급 대금 결정으로 규정하고 있다(하도급법 제4조 제1항).

현행 하도급법상 부당한 하도급 대금 결정이 되기 위해서는 첫째, 부당한 방법으로 하도급 대금을 결정해야 하고, 둘째, 일반적으로 지급되는 가격보다 낮은 수준으로 하도급 대금을 결정해야 하는 2가지 조건이 충족되어야 한다.

‘부당한 방법’이란 하도급 대금은 원사업자와 수급사업자 모두 가격에 관한 자기결정권에 의해서 결정해야 하는데, 원사업자의 부당한 방법이란 우월적 지위가 있는 원사업자가 우월적 지위를 남용하여 원사업자가 수급사업자의 자기결정권을 침해하는 것을 염두에 두고 규정한 것으로 해석된다.

‘일반적으로 지급되는 가격보다 낮은 가격’ 조건은 우월적 지위 남용의 정도를 판단하여 위법성을 결정하기 위한 조건으로 규정한 것으로 보인다.

그리고 정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급 대금을 결정하는 행위 등 8가지 경우를 부당한 하도급 대금 결정으로 간주하고 있다(「하도급법」 제4조 제2항). 위법한 것으로 간주하는 조항들은 살펴보면 4가지 유형으로 구분할 수 있다.

첫 번째 유형은 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급 대금을 결정하는 행위, 일방적으로 일정 금액을 할당한 이후 그 금액을 빼고 하도급 금액을 결정하는 행위 및 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급 대금을 결정하는 행위를 위법한 것으로 간주하는 유형이다. 지금까지 이러한 유형의 행위를 공정거래위원회가 건설 하도급에서 위법으로 인정한 사례는 없다.

두 번째 유형은 수급사업자를 착오가 일으키게 하거나 거짓 견적을 내보이는 방법 등으로 하도급 금액을 결정하는 행위를 위법으로 간주하는 유형이다. 하지만 이는 우리 민법에서도 계약이 무효가 되는 조건을 명시한 것에 불과하다.

세 번째 유형은 계속적 거래 계약에서 원사업자의 경영 적자, 판매가격 인하 등 수급사업자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 수급사업자에게 불리하게 하도급 대금을 결정하는 행위를 부당한 하도급 대금 결정으로 간주하고 있다.

네 번째 유형은 수의계약과 경쟁입찰인 경우에 위법이 되는 경우를 규정하였다. 경쟁 입찰로 계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위와 수의계약으로 계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 원사업자의 도급 내역서상의 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위를 위법으로 규정하고 있다.

공정거래위원회에서 2008년부터 2012년까지 5년 간 부당한 하도급 대금 결정으로 조치를 취한 경우를 살펴보면 모두 ‘간주 조항’(「하도급법」 제4조 제2항)을 위반한 것으로 나타났다(<표 4-5> 참조).

건설업의 경우 가장 많은 경우는 ‘경쟁입찰시 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위’가 23건으로 가장 많았고, ‘수의계약으로 계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 원사업자의 도급 내역서상의 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위’가 3건이었다. ‘발주량 등 거래 조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나, 다른 사람의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급 대금을 결정하는 행위’는 2건이 전부이었다.

<표 4-5> 부당한 하도급 대금 결정 금지 위반 사례(2008. 1~2012. 11)

위반 유형	건설업	제조업 용역업
정당한 사유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급 대금을 결정하는 행위(제4조 제2항 제1호)	없음	8건
일방적으로 일정 금액을 할당한 후 그 금액을 빼고 하도급 대금을 결정하는 행위(제4조 제2항 제2호)	없음	3건
발주량 등 거래 조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나(제4조 제2항 제4호 전반부)	1건	2건
다른 사람의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등이 방법으로 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급 대금을 결정하는 행위(제4조 제2항 제4호 후반부)	1건	없음
합의 없이 일방적으로 하도급 대금을 결정하는 행위	없음	7건
수의계약으로 계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위(제4조 제2항 제6호)	3건	1건
경쟁입찰로 계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위(제4조 제2항 제7호)	23건	3건

자료 : 공정거래위원회 심결 사례 .

이러한 하도급 대금의 결정에 관한 조항에 대해서는 다음과 같은 문제점을 제기할 수 있을 것이다.

첫째, 다른 사람의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 속이고 이를 이용하여 하도급 대금을 결정하는 행위에 대해서 하도급법은 과징금과 형벌을 부과하고 있는데, 거래상 지위 남용 행위가 민법 제2조(신의칙의 원칙)와 제103조 위반 행위임을 고려할 때 이러한 행위에 대하여 과연 형벌이라는 제재적 성격의 과징금을 부과하는 것이 타당한지 의문이다.

둘째, ‘경쟁입찰시 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위’가 불공정한 행위인지는 이론의 여지가 있다(하도급법 제4조 제2항 제7호). 미국에서는 제출받은 최저가 입찰을 이용하여 다른 하도급자에게 더욱 낮은 가격을 입찰하게 하는 행위를 ‘비드 쇼핑’(bid shopping)이라고 하는데, 윤리적으로 문제가 있지만 이를 일반적으로 허용하고 있다.⁶⁴⁾ 이를 허용하는 이유는 비드 쇼핑은 상품을 구입하는 경우 가장 싼 가격에 판매하는 사람을 찾아서 구매하는 것을 자연스러운 구매 행위로 판단하기 때문이다. 반면, 이러한 비드 쇼핑을 공정 경쟁을 해치는 행위로 여겨 금지시키는 주정부도 있다. 민간 공사와 연방정부 공사는 비드 쇼핑을 허용하고 있고, 일부 주정부 공사는 비드 쇼핑을 금지하고 있다. 비드 쇼핑을 금지하는 경우에도 공정거래법 차원에서 규제를 하고 있지는 않고, 공정한 입찰제도 차원에서 규제하고 있다.

셋째, 수의계약으로 계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 원사업자 도급 내역상의 직접공사비 항목의 값을 합한 금액보다 낮은 금액으로 하도급 대금을 결정하는 행위(제4조 제2항 제6호)를 모든 건설 하도급에서 불공정 행위로 보는 것은 타당하지 않다. 수급사업자가 원사업자의 도급 내역상의 직접공사비보다 낮은 금액으로 공사를 할 수도 있고, 자신이 실제로 소요한 직접공사비 이하로 계약을 하는 상황이 발생할 수도 있고, 그렇게 하는 것이 그 수급사업자에게 잉여 가치를 높일 수 있는 유리한 경우도 있다.

또한, 하도급 계약을 체결할 시 원사업자가 도급 내역서를 작성할 때의 경제 상황이 변동하여 실제 직접공사비가 변동할 수도 있기 때문에 원사업자의 도급 내역서를 기준으로 가격 결정을 제한하는 것은 타당하지 않다.

64) ‘비드 쇼핑’(bid shopping)에 대해서는 Gregory, Donald W., and Erie B. Travers(2010), “Ethical Challenges of Bid Shopping”, The Construction Lawyer와 Degn, Eric and Kevin R. Miller(2003), ‘Bid Shopping,’ Journal of Construction Education, Vol. 8 참조.

2) 부당한 하도급 대금의 감액

현행 하도급법은 원사업자가 정당한 사유를 입증하지 못하는 경우 하도급 금액을 감액할 수 없는 것으로 규정하고 있고, 부당한 감액 예시를 하고 있다. 예를 들어, 감액 조건 등을 명시하지 아니하고 협조 요청 또는 거래 상대방으로부터의 발주 취소, 경제 상황의 변동 등 불합리한 이유를 들어 하도급 대금을 감액하는 경우, 단가 인하에 의한 합의 내용을 소급 적용하는 경우에도 부당한 하도급 대금의 감액으로 보고 있다.

또한, 하도급 대금을 현금으로 지급하거나 지급 기한 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 하도급 대금을 감액하는 경우 등을 부당 감액으로 보고 있다.

하도급법이 없었을 당시 공정위는 원사업자의 부당 감액 행위가 공정거래법상 위법성을 갖고 있음을 입증해야만 했다. 즉, 원사업자가 우월적 지위를 갖고 있다는 것을 입증해야 하고, 그 행위가 위법이라는 것을 입증해야 했다. 그러나, 하도급법에서는 부당 감액 행위를 원칙적으로 금지하고 있으므로 이러한 입증이 필요 없게 되었다.

공정거래위원회에서 최근 5년 간 부당한 하도급 대금 부당 감액으로 조치를 취한 경우를 살펴보면, 제조업의 경우 4건, 건설 하도급의 경우는 없는 것으로 나타났다(<표 4-6> 참조).

<표 4-6> 하도급 대금 부당 감액 금지 위반 사례(2008. 1~2012. 11)

위반 유형	건설업	제조업·용역업
- 원사업자가 정당한 사유 없이 하도급 금액을 감액하는 행위 (제11조 제1항)	없음	1건
- 단가 인하에 관한 합의가 성립된 경우 합의 성립 전에 위탁한 부분에 대하여도 일방적으로 합의 내용을 소급하여 하도급 대금을 감액하는 행위(제11조 제2항 제2호)	없음	3건
- 하도급 대금을 현금으로 지급하거나 지급 기한 전에 지급하는 것을 이유로 지나치게 하도급 대금을 감액하는 경우	없음	없음

자료 : 공정거래위원회 심결 사례.

3) 경제적 이익의 부당한 요구

하도급법은 원사업자가 정당한 사유 없이 수급사업자에게 자기 또는 제3자를 위하여 금전, 물품, 그 밖의 경제적 이익을 제공하도록 하는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

이와 같은 조항은 공정거래법에서는 원사업자가 구체적인 우월적 지위가 존재하여 수급사업자가 불이익을 강요당할 때에만 위법이 되는 규정이다. 그러나, 하도급법에서는 이를 위법이라고 규정함으로써 당연 위법이 된다.

일반 상거래에서 자기 또는 제3자에게 이익을 제공할 것을 구매자가 구매 조건으로 불리한 조건을 붙여서 판매자에게 제시하는 경우 판매자가 그 조건이 불리한 조건이면 제품을 사지 않고, 그 조건을 수용하여도 판매하는 것이 유리하면 재화나 서비스를 판매하는 것은 일반적인 관행이고, 이러한 거래는 거래 쌍방의 잉여 가치를 창출한다.

건설 하도급 계약에서도 원사업자가 어떤 경제적 이익을 제공할 것을 조건으로 수급사업자와 계약을 체결할 것을 요청할 수 있다. 그러면, 수급사업자는 자신에게 유리한지를 판단하여 계약을 응낙할 것이다. 만약, 계약을 체결하는 것이 유리하면 계약을 체결할 것이고, 불리하면 계약을 체결하지 않을 것이다. 만약, 해당 원사업자와 지속적인 거래를 해 왔고, 대부분의 공사가 해당 업체의 하도급 공사이고, 다른 원사업자가 존재하지 않는다면 이와 같은 계약 체결은 원사업자가 우월적 지위를 남용했다고 할 수 있으나 그렇지 않을 경우에는 우월적 지위 남용이라고 판단할 수 없다.

즉, 수급사업자가 해당 원사업자에 대한 비율이 상당하고, 해당 지역에 거래선을 전환할 수 있는 다른 원사업자(종합건설업체)가 존재하지 않거나, 해당 원사업자와의 거래를 위하여 특화된 투자를 했으면 수급사업자의 이익 제공을 전제로 한 계약 행위는 원사업자가 우월적 지위를 남용한 행위로 볼 수 있을 것이다. 그러나, 하도급법은 이익 제공을 전제로 한 원사업자와 수급사업자의 계약은 당연 위법으로 간주한다.

공정거래위원회에서 최근 5년 간 자기 또는 제3자를 위하여 경제적 이익을 제공하도록 한 행위에 대해서 조치를 취한 경우를 살펴보면, 제조업의 경우 1건, 건설 하도급의 경우는 3건이 있는 것으로 나타났다(<표 4-7> 참조).

<표 4-7> 경제적 이익 부당 요구 사례(2008. 1~2012. 11)

위반 유형	건설업	제조업·용역업
- 자기 또는 제3자를 위하여 경제적 이익을 제공하도록 하는 행위	3건	1건

자료 : 공정거래위원회 심결 사례.

3. 종합

쌍방 거래 관계인 하도급 거래에서 원사업자가 항상 수급사업자에 비해서 우월적 지위를 갖는 것은 아니다. 자동차산업과 같이 하류시장이 독과점 산업인 경우 원사업자의 상류시장 점유율이 상당 수준이 되면 상류시장인 하도급 시장에서 수급사업자의 대체 거래선 확보가 어려워 원사업자의 우월적 지위가 존재한다고 할 수 있다. 따라서, 자동차산업인 경우 원사업자가 수급사업자에 비하여 우월적 지위가 존재한다고 가정하고 하도급법으로 원사업자의 우월적 지위 남용 행위를 규제하는 것은 일정 부분 타당성이 있다.

하류시장이 과점 시장인 자동차산업은 상류시장인 하도급 시장에서 자동차 생산자가 우월적 지위를 갖고 있다고 판단할 수 있어 계약 조건 등에 대해서 규제를 할 수 있지만, 건설 하도급의 경우 하도급 대금 결정 등 거래 조건에 규제를 하는 것은 타당성이 없다. 왜냐하면 우리나라 건설업의 경우 하류시장인 원도급 시장에서 1개 기업의 시장 점유율은 10%에도 못 미치는 완전 경쟁 시장에 가까운 구조라서 원사업자가 우월적 지위를 갖고 있다고 할 수 없기 때문이다.

캐나다 경쟁 당국은 1개 기업의 시장 점유율이 35% 이하이면 우월적 지위 남용에 대해서 조사를 하지 않고, 수개의 기업인 경우 시장 점유율이 60% 이하이면 우월적 지위 남용에 대한 조사를 하지 않는다. EU는 상류시장에서 제품을 구매하여 하류시장에 판매하는 경우 상류시장의 구매자 시장 점유율이 30%를 넘지 않고, 하류시장에서의 시장 점유율이 30%를 넘지 않으면 수직적 제약은 우월적 지위 남용이 아니라는 안전지대를 설정하고 있다.⁶⁵⁾

65) 제3장 제2절 참조.

또한, 시장 점유율이 의미 있는 경우가 아닐 경우에 우월적 지위를 인정하는 경제적 의존성 개념으로 우월적 지위를 판단할 경우에도 일반적인 건설 하도급은 수급사업자가 원사업자에 대한 경제적 의존성이 없다.

첫째, 일반적으로 건설 하도급에서 수급사업자는 복수의 원사업자와 거래할 수 있어, 대체 거래선이 존재하고 대부분의 건설 기술은 범용 기술이기 때문에 기술적으로 대체 거래선으로 전환하는 것이 어렵지도 않다. 둘째, 특정 원사업자에게 특화된 장기적인 투자를 한 경우가 아니면 볼모 문제도 발생하지 않아 일반적으로 전환비용이 높지 않아 우월적 지위가 존재한다고 할 수 없다.

이와 같이 일반적으로 우월적 지위가 존재하지 않는 건설 하도급을 항상 우월적 지위가 존재한다고 가정하고, 하도급 대금의 부당한 결정, 부당한 하도급 대금의 감액, 경제적 이익의 부당한 요구 등을 원사업자의 금지 사항으로 규제하는 것은 거래 당사자가 자유롭게 하도급 거래를 함으로써 창출할 수 있는 잉여 가치를 박탈할 가능성이 있다. 또한, 수급사업자의 대체 거래선이 다수 존재하고 다른 대체 거래선으로 전환하는 비용이 높지 않음에도 불구하고 하도급 거래의 가격을 제한하는 등의 규제는 경쟁력이 없는 수급사업자를 보호하는 정책적 과오를 범할 가능성이 높다.

따라서 건설 하도급을 현행 하도급법의 적용 대상에서 제외하는 것이 경제를 효율화하는 방안이라고 판단된다.

제 5 장 결론

건설 하도급은 완전 경쟁 시장에 가까운 시장이고, 일반적으로 대체 거래선도 존재하고 특정 원사업자에게 특화된 투자가 이루어지는 볼모 문제도 존재하지 않아 대체 거래선으로 전환할 경우의 전환비용도 크지 않아 원사업자의 우월적 지위가 존재하지 않는다. 따라서 원사업자의 우월적 지위를 전제로 운용하고 있는 하도급법 적용이 적절하지 않기 때문에 건설 하도급을 하도급법 적용 대상에서 제외해야 한다.

전통적인 우월적 지위 개념에 경제적 의존성을 보완적인 지표로 사용하는 EU나 유럽 국가들도 건설 하도급을 우월적 지위 남용으로 인정한 사건은 없다. 일본의 하청법도 건설 하도급은 적용 대상에서 제외하고 있으며, 건설공사 하도급에 대해서는 일본 건설업법의 하도급에 관한 규정만 적용하고 있다. 일본의 하청법이 건설 하도급을 규제하지 않는 것은 하청법이 일본 독점금지법의 하도급에 관한 우월적 지위 남용에 관한 사항을 특별법으로 제정했고, 건설업은 독과점 산업이 아니기 때문에 건설 하도급은 일반적으로 원도급자가 하도급자에 대해서 우월적 지위를 갖고 있지 않다고 판단하기 때문이다.

건설 하도급에 관한 사항은 건산법과 하도급법에서 규정하고 있고, 상당 부분은 두 법률에서 중복적으로 규정하고 있다. 건산법과 하도급법의 두 개 법률에 모두 규정되어 있는 원사업자의 의무 사항은 계약서 교부 및 보관 의무, 하도급 대금(준공금·기성금) 기한 내 지급 의무, 선급금 기한 내 지급 의무, 하도급대금 지급보증 의무, 설계 변경 등에 따른 하도급 대금 조정 의무, 일정 기간 내 검사 및 인도 규정 등이다.

건산법에는 규정되어 있고 하도급법에는 규정되어 있지 않는 원사업자 의무 규정은 재하도급 금지 관리 의무, 하도급 계획의 제출 의무, 하도급자의 의견 청취 의무 규정뿐이다.

하도급법에는 규정되어 있고 건산법에는 규정되어 있지 않는 원도급자 의무 규정은 내국 신용장 개설 의무, 관세 등 환급액의 지급 의무, 현금 결제 비율 등 유지 의무, 어음 만기일 유지 의무, 납품 단가 조정 협의 의무 규정이다. 이 중 내국 신용장 개설 의무, 관세 등 환급액의 지급 의무, 납품 단가 조정 협의 의무는 건설 하도급과는 관계가

없거나 적용이 어려운 규정이고, 현금 결제 비율 유지 의무와 어음 만기일 유지 의무만이 건설 하도급에 적용되는 규정이다. 즉, 건설 하도급에 적용될 수 있는 원도급자의 의무 조항은 현금 결제 비율 유지 의무와 어음 만기일 유지 의무를 제외하고는 모두 건설법에 규정하고 있는 상황이다(<표 5-1> 참조).

원사업자의 금지 사항에 관해서 건설법은 제38조에서 ‘불공정 행위 금지’라는 항목으로 자재 구입처 지정 등 하수급인에게 불리한 행위를 강요해서는 안 된다는 규정과 수급인의 직접시공 및 하자담보 책임에 관해서 하수급인에게 불리한 특약을 요구해서는 안 된다는 규정을 두고 있다(<표 5-2> 참조).

만약 건설 하도급을 하도급법 적용 대상에서 제외하면, 하도급법에 규정되어 있는 의무 사항 중 현금 결제 비율 유지 의무와 어음 만기일 유지 의무가 제외되고, 원사업자의 금지 사항 적용이 제외된다.

원사업자의 우월적 지위를 상정하고 규정한 하도급법상 원사업자의 금지 사항에 대해서 건설 하도급의 적용을 배제하고, 다른 사항은 건설법으로 일원화하여 규제하는 방안이 합리적인 것으로 판단된다. 하도급법에서 규정하고 있는 원사업자 금지 사항과 의무 사항(예를 들어, 현금 결제 비율 유지 의무 및 어음 만기일 유지 의무)도 건설 하도급의 경우 반드시 필요한 경우에는 건설법에 규정할 수 있을 것이다.

이와 같이 건설 하도급을 하도급법 적용에서 배제하여 가격 결정에 관한 규제를 철폐하여 얻을 수 있는 기대 효과는 첫째, 하도급 거래 규제로 상실할 수 있는 잉여 가치를 창출하여 국민경제의 경제적 후생을 증가시킬 수 있을 것이다.

둘째, 하도급 거래의 가격을 제한하는 등의 규제로 인한 경쟁력이 없는 수급사업자를 보호하여 발생하는 국민경제의 비효율을 제거할 수 있을 것이다. 원사업자의 수급사업자에 대한 우월적 지위가 없음에도 불구하고 하도급 거래의 가격을 규제하면 경쟁력 없는 수급사업자를 보호하는 정책적 과오가 될 수 있다.

셋째, 건설 하도급을 하도급법 적용에서 제외할 경우 하도급법과 건설법에서 중복 규제하고 있어 야기되는 거래 당사자의 불편 및 처벌의 형평성 문제가 해소될 수 있다.

<표 5-1> 원사업자 의무 사항

구분	건산법	하도급법
재하도급 금지 관리 의무	수급인은 하수급인의 재하도급 금지 및 예외 사항에 관해서 하수급인을 관리할 의무(법 제29조의 2)	규정 없음
하도급 계획 제출 의무	공공공사에서 수급인은 하도급 계획을 발주자에게 제출해야 함(제31조의 2)	규정 없음
하도급자의견 청취 의무	수급인은 하도급하는 경우 하수급인으로부터 공정 등에 관한 의견을 청취하여야 함	규정 없음
내국 신용장 개설 의무	규정 없음	원사업자가 수출할 물품을 하도급하는 경우 15일 이내에 내국 신용장을 개설해 줘야 함(법 제7조)
관세 등 환급액의 지급 의무	규정 없음	원사업자가 관세 등을 환급받는 경우 15일 이내에 수급사업자에게 지급해야 함(법 제15조)
납품단가 조정 협의 의무	규정 없음	수급사업자가 납품 단가 조정을 신청하면 원사업자는 정당한 이유 없이 협의를 거부하거나 게을리 하지 못함(법 제16조의 2)
현금 결제 비율 유지 의무	규정 없음	원사업자는 발주자로부터 지급받은 현금 비율 이상으로 수급사업자에게 지급해야 함 (법 제13조 제4항)
어음 만기일 유지 의무	규정 없음	원사업자는 발주자로부터 지급받은 현금 비율 이상으로 수급사업자에게 지급해야 함 (법 제13조 제5항)

<표 5-2> 건산법과 하도급법의 중복 규정 현황(원사업자 금지 사항)

	건산법	하도급법
하도급자 이익의 부당 침해 금지	<ul style="list-style-type: none"> - 불공정 행위의 금지(법 제38조) · 자재 구입처의 지정 등 하수급인에게 불리한 행위 강요 금지 · 직접시공 및 하자담보 책임에 관해서 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약 금지 <p align="center"><위반시 제재></p> <ul style="list-style-type: none"> - 시정 명령, 영업정지 2월 또는 과징금 4,000만원(법 제81조, 제82조) 	<ul style="list-style-type: none"> - 부당한 하도급 대금의 결정 금지 - 물품 등을 수급사업자에게 매입 또는 사용하도록 강요 금지 등(법 제4, 5, 8, 10, 11, 12조의 2, 18, 20조) <p align="center"><위반시 제재></p> <ul style="list-style-type: none"> - 시정조치·법 위반 사실 공포, 하도급 대금 2배 이내의 과징금 - 하도급 대금 2배 이내의 벌금(제18조 및 20조 위반시 1억 5,000만원 이하 벌금) (법 제25조, 25조의 3, 30조)

참고 문헌

<국내 문헌>

공정거래위원회 하도급국(2002A), 일본 하청법 해설, 공정거래위원회 업무 참고 자료, 2002. 3.

공정거래위원회 하도급국(2002B), 하도급법 해설, 2002. 10.

박세일(2000), 법경제학, 개정판, 법문사, 2000.

신석훈(2011A), 최근 하도급법 개정 논의의 문제점, 한국경제연구원 KERI Column, 2011. 2. 22.

신석훈(2011B), 한국의 대·중소 기업간 거래 규제 분석 및 발전 방안, 한국경제연구원, 2011. 9.

이은영, 채권각론, 박영사, 제5판, 2005.

<외국 문헌>

Canadian Bar Association, National Competition Law Section, Updated Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions(Section 78 and 79 of the Competition Act), April 2009.

Carton, Dennis W. and Jeffrey M. Perloff(1994), Modern Industrial Organization, Second Edition.

Chen, Zhiqi(2007), "Buyer Power, Economic Theory and Antitrust Policy," Research in Law and Economics, Vol. 22, pp.17-40.

Coase, R(1937), "The Nature of the Firm," Economica, no. 4.

Coase, R.(1960), "The Problem of the Social Cost," Journal of Law and Economics, Vol. 3.

Degn, Eric and Kevin R. Miller(2003), 'Bid Shopping,' Journal of Construction Education, Vol. 8, No. 1 pp.47-55.

- Economic Advisory Group on Competition Policy(EAGCP), An Economic Approach to Article 82.
- European Commission(2005), DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses
- European Commission(2009), Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 EC to abusive exclusionary by dominant undertakings.
- Farrel, Joseph and Paul Klempeper(2007), "Coordination and Lock-in: Competition with Switching Costs and Network Effects, Handbook of Industrial Organization.
- Fox, Eleanor M.,(2008), " The Market Power Element of Abuse of Domonance - Parallel and Differences in Attitudes - US and EU, in Ehlermann and Marquis, eds, European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, 2008.
- Goldman, Calvin S. and Crystal L. Witterick(2003), Abuse of Dominant Position: The Canadian Approach, European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?
- Këllezi, Pranvera(2008), "Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence," in Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanism, Ed. Mark-Oliver Mackenrodt, Beatriz Conde Gallego, Stefan Enchelmaier, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Volume 5 2008.
- Klein, Benjamin(2009), Asset Specificity and Holdups, Working Paper, Organization and Markets.
- Kokkoris, Ioannis(2010), A Gap in the Enforcement of Article 102, British Institute of International and Comparative Law, 2010.

- Landes, W.M. and R.A. Posner(1981), “Market Power in Antitrust Cases” 94 Harvard Law Review, March 1981.
- Monti, Giorgio, The Concept of Dominance in Article 82, London School of Economics, Law Department, Working Paper.
- O’Donoghue, Robert and A. Jorge Padilla(2006), The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, Hart Publishing, Great Britain.
- OECD(1996), Abuse of Dominance and Monopolization, Policy Roundtables.
- OECD(2008), Monopsony and Buyer Power, Policy Roundtables.
- Williamson(1983), O. “Credible Commitments: Using Hostage to Support Exchange”, American Economic Review, 1983, pp.519-534.
- Williamson(1985), O. The Economic Institution of Capitalism, Firms, Markets, Relational Contracting, The Free Press, London, 1985.

Abstract

The Examination of the Concept of Dominant Position in Subcontracting Relations in Construction Industry

The contract is a means by which both parties understand the other party's interest, coordinate interests of both parties and allocate resources to the party who use more efficiently. In the process of contract the value of surplus is created, and welfare of both parties is increased by distributing the value of surplus between parties. Such function of contract does not work if either party of contract behave opportunistically.

The freedom of contract is the freedom of individuals and groups to form contract without government restrictions. The freedom to contract is the underpinnings of free-market system. Through freedom of contract, individuals entails a general freedom to choose with whom to contract, whether to contract or not, and which terms to contract.

However, the freedom of contract has some limitations. For example, in some situation it is impossible for consumers to choose contract terms, as the production of goods became monopolized. Therefore law protects minors, incompetents and consumers. Such provisions include rules that void contracts made under duress or that are unconscionable bargains. Thus, article 104 of Korean Civil Act renders void any contract "whereby a person profiting from the distress, irresponsibility, or inexperience of another" obtain a disproportionately advantageous bargain.

In addition to article 104 Korean Civil Act, article 23(4) 1 of Monopoly Regulation and Fair Trade Act(MRAFTA) prohibits abuse of relational dominance of bilateral relation. Also, the Korea Fair Trade Commission(KFTC) enacted in 1984 the Fair Subcontract Transaction Act(FSTA). The FSTA imposes various obligations on contractors(buyers),

and prohibited related to abuse of buyer power. The FSTA prohibits buyer from determining unreasonable subcontracting prices(Article 4) and coercing suppliers to purchase items designated by contractors(Article 5). The KFTC regulates subcontracting relations because the prime contractor(buyer) has dominant position over subcontractor(seller).

The FSTA are applied to subcontracting relations in construction industry. However, the subcontracting relation in construction industry is different from the subcontracting relation in auto industry. In construction industry, the prime contractor(buyer) has no dominant position over subcontractor(seller) because of the followings.

First, the market structure of construction is a competitive market. Second, generally subcontractor(seller) has many comparable prime contractors(buyers). Third, generally subcontractor(seller) has no hold-up problems and therefore the magnitude of switching cost is not significant.

Therefore, this study proposes the KFTC to exclude the construction subcontracting from the application of the FSTA.

○ 저자 소개

이의섭 eslee@cerik.re.kr

학력사항

- 1980년 2월 : 서울대학교 신문학과 졸업
- 1988년 5월 : 뉴욕주립대학교(Albany) 경제학 석사
- 1990년 12월 : 뉴욕주립대학교(Albany) 경제학 박사

경력사항

- 1980. 1 - 1982. 3 : 대우그룹 기획조정실 근무
- 1986. 11 - 1990. 10 : 뉴욕주 총무처(New York State Department of Civil Service)
- 1994. 5 - 1995. 3 : 서울시정개발연구원 초빙연구원
- 1991. 3 - 현재 : 대학 강사(서울대 법과대학, 경영대학, 중앙대 건설대학원 등)
- 2011. 7 - 2013 : 공정거래위원회 공정거래정책자문단 위원

저서 및 논문

- (1) 건설보증론: 건설보증의 이론과 실제, 건설공제조합, 2011. 3. 18(공저).
- (2) “Estimation of Urban Productivity Indicator for the Influence of Traffic Congestion in Seoul,” in *Cities and Nation: Planning Issues and Policies of Korea*, Ed. by Gun Young Lee and Hyun Sik KIm, NANAM Publishing House, 1995(공저).
- (3) “An Analysis of Elementary and Secondary School Choice”
Journal of Urban Economics, 38, 236-251, 1995.
- (4) “An Empirical Analysis of Elementary and Secondary School Choice”(1991), 박사학위논문 등.

연구보고서

- (1) 영미법 사례로 본 하도급법상 징벌적 손해배상의 문제점 고찰, 한국건설산업연구원, 2014. 2.
- (2) 회생절차시 공사계약 관련 보증취급 방법 개선방안, 한국건설산업연구원, 2013. 8
- (3) 통합발주방식의 도입 현황과 정책적 시사점, 한국건설산업연구원, 2012. 4.
- (4) 건설산업 생산방식의 변천 과정과 정책적 시사점, 한국건설산업연구원, 2011. 6.
- (5) 건설하도급자 불공정행위 방지대책에 관한 연구, 한국건설산업연구원, 2011. 7. 8.
- (6) 건설공사보험제도의 개선 방안에 관한 연구, 한국건설산업연구원, 2010. 5.
- (7) 하도급대금지급보증제도의 개선방안, 한국건설산업연구원, 2009. 8. 3.
- (8) 중소건설업체 해외진출 활성화를 위한 금융지원제도 개선방안, 한국건설산업연구원, 2009. 2.
- (9) 해외건설공사보증 취급 방안에 관한 연구, 건설공제조합 연구용역(공저), 2008. 12.
- (10) 투자개발형 인프라 개발사업의 민관 협력 활성화 방안, 국토부 연구 용역(공저), 2008. 12 등.