

경쟁법제 BRIEF

(제 20 호)

1999. 10. 25

일본의 불공정한 거래방법 총설

(일본의 條解 獨占禁止法(홍문당, 1997)의 불공정한 거래방법 부분 해석)

- 경쟁법제 BRIEF 제20호부터는 일본의 불공정한 거래방법에 대한 「조해 독점금지법」의 해설부분을 연재할 예정임.
 - 조해 독점금지법은 일본의 공정취인위원회의 실무진과 독점금지법 전문 학자들 총 20명이 공동집필한 독점금지법 주해서로서 일본 독금법에 대한 신뢰할 만한 해설서임.
 - 우리 공정거래법의 불공정거래행위에 관한 규정이 일본 독금법의 불공정한 거래방법과 그 체계 및 내용이 유사하다는 점에서 일본 독금법의 불공정한 거래방법에 대한 고찰이 우리 법해석 및 운용에 도움을 줄 수 있을 것으로 보임.

<연재 순서>

1. 불공정한 거래방법 총설제20호
2. 일반지정 1항 공동의 거래거절제21호
3. 일반지정 2항 기타의 거래거절제22호
4. 일반지정 3항 차별대가제23호
5. 일반지정 4항 거래조건등의 차별취급제24호
6. 일반지정 5항 사업자단체에 의한 차별취급제25호
7. 일반지정 6항 부당염매제26호

8. 일반지정 7항 부당고가매입제27호
 9. 일반지정 8항 기만적 고객유인제28호
 10. 일반지정 9항 부당한 이익에 의한 고객유인제29호
 11. 일반지정 10항 끼워팔기등제30호
 12. 일반지정 11항 배타조건부거래제31호
 13. 일반지정 12항 재판매가격의 구속제32호
 14. 일반지정 13항 구속조건부거래제33호
 15. 일반지정 14항 우월적지위의 남용제34호
 16. 일반지정 15항 경쟁자에 대한 거래방해
 17. 일반지정 16항 경쟁회사에 대한 내부간섭제35호
- <끝>

※참고 : 조해독점금지법의 편자 및 집필자 소개

- 편자

厚谷 襄兒(아츠야 쇼-지)	북해도대학법학부 교수
糸田 省吾(이토다 쇼-고)	공취위 사무총장
向田 直範(무카이다 나오노리)	북해도대학법학부 교수
稗貫 俊文(히에누키 토시후미)	북해도대학법학부 교수
和田 健夫(와다 타테오)	小樽상과대학상학부 교수
- 집필자

和泉澤 衛(이주미사와 마모루)	공취위 경제거래국 거래부 거래기획과장
内田 耕作(우치다 코-사쿠)	滋賀대학경제학부 교수
鵜瀬 恵子(우노토로 케이코)	공취위 경제거래국 거래부 기업결합과장
大内 義三(오오우치 요시조-)	高岡법과대학법학부조교수
金子 晃(가네코 아키라)	慶應義塾대학법학부 교수
古城 誠(코쇼- 마코토)	上智대학법학부 교수
佐島 史彦(사지마 후미히코)	공취위 심사국 관리기획과 고사실장

實方 謙二(사네카타 켄지)	북해도대학 명예교수
島田 英樹(시마타 히데키)	공취위 경제거래국 거래부 상담지도실장
清水 章雄(시미즈 아키오)	早稻田대학 법학부교수
東海林邦彦(쇼-지 쿠니히코)	북해도대학 법학부교수
鈴木 恭藏(스즈키 쿄-조-)	공취위 近畿中國四國 사무 소장
谷原 修身(타니하라 오사미)	東洋대학법학부교수
西原 政雄(니시하라 마사오)	대장성 주세국 세제제3과장
根岸 哲(네기시 아키라)	神戸대학법학부교수
平林 英勝(히로바야시 히데카츠)	공취위 특별심사부장
臈田 稔(후지타 미노루)	山形대학 인문학부 교수
舟橋 和幸(후나하시 카즈유키)	공취위 관방 국제과장
松山 陸英(마추야마 타카히데)	공취위 심사국 특별심사부 제1특별심사장
山田 昭雄(야마타 아키오)	공취위 거래부장

(이상 오십음 순서)

※참고 : 각주는 번역자가 붙인 것임.

<본 문>

불공정한 거래방법 총설

제2조9항 (불공정한 거래방법) 이 법률에서 불공정한 거래방법이란 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 것 가운데 공정거래위원회가 지정하는 것을 말한다.

1. 부당하게 다른 사업자를 차별적으로 취급하는 행위
2. 부당한 대가로 거래하는 행위
3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인 또는 강제하는 행위
4. 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위
5. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위
6. 자기 또는 자기가 주주 혹은 임원인 회사와 국내에서 경쟁관계에 있는 다른 사업자의 그 거래상대방과의 거래를 부당하게 방해하거나, 또는 당해 사업자가 회사인 경우에 있어서, 그 회사의 주주 혹은 임원을 그 회사의 불이익이 되는 행위를 하도록 부당하게 유인, 교사 또는 강제하는 행위

<목차>

1. 관련규정
2. 고시에 의한 지정의 방식
3. 불공정한 거래방법의 체계적인 지위
4. 불공정한 거래방법의 반경쟁적 영향의 정도
5. 공정경쟁저해성(「공정한 경쟁을 저해할 우려」)의 의미
6. 공정경쟁저해성과 정당한 사유

1. 관련규정

불공정한 거래방법과 관련한 규정으로는 독금법 19조에서 사업자가 불공정한 거래방법을 이용하는 것을 금지하고 있다. 또한 8조1항5호에서 사업자단체가 사업자에게 불공정한 거래방법에 해당하는 행위를 하도록 하는 것을 금지하고 있다.

불공정한 거래방법의 금지규정은 이외에도 독금법의 다른 부분에 산재해 있다. 첫째 국제계약에 관련된 6조1항¹⁾, 제4장의 기업결합규제와 관련된 10조1항²⁾, 13조2항³⁾, 14조1항⁴⁾, 15조1항2호⁵⁾, 16조⁶⁾, 17조⁷⁾가 그것이다. 둘째로 독금법의 적용제외규정의 조합의 일정행위와 관련된 24조⁸⁾, 불황카르텔과 관련된 24조의³⁾, 합리

-
- 1) 제6조(특정의 국제적 협정 또는 계약의 금지·신고의무) 제1항 : 사업자는 부당한 거래제한 또는 불공정한 거래방법에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제적 협정 또는 국제적 계약을 하여서는 아니된다.
 - 2) 제10조(회사의 주식보유의 제한, 신고의무) 제1항 : 회사는 국내회사의 주식을 취득하거나 또는 소유함으로써 일정한 거래분야에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것이 되는 경우에는 당해 주식을 취득하거나 또는 소유하여서는 아니되고 또한 불공정한 거래방법에 의해 국내회사의 주식을 취득하거나 소유하여서는 아니된다.
 - 3) 제13조(임원겸임의 제한, 신고의무)제2항 : 회사는 불공정한 거래방법에 의해 자기와 국내에 있어서 경쟁관계에 있는 국내회사에 대해 자기의 임원이 그 회사의 임원 혹은 종업원의 지위를 겸하거나, 또는 자기의 종업원이 그 회사의 임원의 지위를 겸하는 것을 인정할 것을 강제하여서는 아니된다.
 - 4) 제14조(회사이외의 자의 주식보유의 제한)제1항 : 회사이외의 자는 국내회사의 주식을 취득 또는 소유함으로써 일정한 거래분야에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한하게 되는 경우에는 당해 주식을 취득 또는 소유하여서는 아니되며 또한 불공정한 거래방법에 의하여 국내회사의 주식을 취득 또는 소유하여서는 아니된다.
 - 5) 제15조(합병의 제한)제1항제2호 : 당해 합병이 불공정한 거래방법에 의한 것일 경우
 - 6) 제16조(영업의 양수등의 제한, 신고의무) : 전조의 규정은 회사가 다음 각호에 열거하는 행위를 하는 경우에 이를 준용한다.(각호 생략)
 - 7) 제17조(탈법행위의 금지) : 어떤 명의를 가지고 하는가를 불문하고 제9조부터 전조까지(지주회사의 제한, 회사의 주식보유총액의 제한, 회사의 주식보유의 제한, 금융회사의 주식보유의 제한, 임원겸임의 제한, 회사이외의 자의 주식보유의 제한, 합병의 제한, 영업의 양수등의 제한)의 규정에 의한 금지 또는 제한을 면탈하려는 행위를 하여서는 아니된다.
 - 8) 제24조(일정한 조합의 행위) 이 법률의 규정은 다음 각호에 열거하는 요건을 갖추고 또한 법률의 규정에 따라 설립된 조합(조합의 연합회를 포함)의 행위에는 이를 적용하지 않는다. 다만, 불공정한 거래방법을 사용하는 경우 또는 일정한 거래분야에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한함으로써 부당하게 대가를 인상하게 되는 경우에는 그러하지 아니하다. (이하 각호 생략)
 - 9) 제24조의3(불황에 대처하기 위한 공동행위) 이 법률의 규정은 특정 상품의 수급이 현저히 균형을 잃었기 때문에 아래 각호에 해당하는 사유가 생긴 경우에 있어서, 그 상품을 생산하는 사업자 또는 그 사업자를 구성원으로 하는 사업자단체(이하, '생산자등'이라 한다)가 다음 항 또는 제3항의 인가를 받아서 행하는 공동행위(사업자단체가 그 구성원에 공동행위를 시키는 행위를 포함한다. 이하 같다)에 대하여는 이를 적용하지 않는다. 다만, 불공정한 거래방법을 사용할 때 또는 사업자에게 불공정

화카르텔과 관련된 24조의4의 규정의 단서¹⁰⁾에 그것이 있다. 셋째로 각종 사업법은 독금법의 적용제외규정을 가진 것이 있고, 그 때에도 「다만 불공정한 거래방법을 사용하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다」라고 하는 규정이 널리 채용되고 있다(예컨대, 보험업법 12조의3). 이처럼 금지규정이 산재해 있지만 불공정한 거래방법의 규정의 본체는 19조의 규정이다.

2. 고시에 의한 지정의 방식

불공정한 거래방법은 하나의 행위유형이 아니라 다양한 행위유형으로 구성되어 있다. 그것은 정의규정의 2조9항 각호에서 제시되고 있다. 그러나 이것은 금지되는 행위를 최종적으로 정한 것이 아니고 또한 이것이 직접 적용되는 것도 아니다. 불공정한 거래방법은 이 정의규정에 근거하여 공정취인위원회(이하 '공취위'라 한다)가 고시라고 하는 형식으로 지정한 것을 말한다. 2조9항의 정의규정은 지정(행정입법)의 입법재량을 통제하는 틀에 지나지 않는다. 지정에는 업계전반에 일반적으로 적용되는 일반지정과, 특정의 업계에 향해져 있는 특수지정이 있다. 불공정한 거래방법은 최종적으로 이 지정에 의해 구체적으로 확정된다.

공취위가 고시에 의하여 금지행위를 지정하는 방법은 제정법 당시부터 채용되어온 것은 아니다. 1947년의 원시독금법은 2조6항각호에 「불공정한 경쟁방법」을 정하고, 그 정의규정이 직접 해석·적용되는 구조로 되어 있었다. 이것이 1953년의 개정으로 현재와 같이 불공정한 거래방법의 지정방법으로 변경된 것이다. 이 개정을 기회로 우월적 지위남용규정이 신설되고, 명칭도 현재와 같이 「불공정한 거래방법」이 되었다.

지정이라고 하는 위임입법의 방법이 채용된 이유는 시대나 경제상황에 대응하는 적절한 규제를 기동적으로 행하기 위하여 공취위에 일정한 범위의 입법재량을

한 거래방법에 해당하는 행위를 시키도록 할 때에는 그러하지 아니하다. (이하 각호 생략)
10) 제24조의4(기업합리화를 위한 공동행위) 제4항 : 전조(제24조의3 불황에 대처하기 위한 공동행위) 제1항단서 및 동조 제5항으로부터 제8항까지의 규정은 제2항의 공동행위(공정거래위원회의 인가를 받은 공동행위)에 대해서 이를 준용한다. *괄호안은 역자가 붙인 것임.

주어, 그 전문적·기술적인 판단을 살리도록 하기 위한 것이다. 일반지정은 1953년 9월에 고시가 되어 그 이후로 약 30년간의 오랜 기간에 걸쳐 불공정한 거래방법을 규제하여 왔다. 그 경험을 살려 1982년 6월에 새로운 고시가 시행되었다. 불공정한 거래방법의 규제에 관련된 해석·적용은 현재까지 1982년 지정의 문언에 근거하여 행하여지고 있다. 그 특색은 후에 밝히도록 하겠다.

불공정한 거래방법의 전반적인 적용제외규정은 없다. 일정한 상품에 대해 재판매가격유지행위(일반지정 12항)를 적용제외로 하는 규정이 존재할 뿐이다. 그것은 독금법 24조의2의 지정재판제도와 저작물의 법정재판제도이다. 이 적용제외규정은 현재 그 폐지를 포함한 개정논의가 행해져 1998년 3월까지 결론이 나올 예정이다.¹¹⁾

다만 입법상 실수에 의한 예기치 못한 효과로서 조합인 사업자단체가 적용제외법에서 전반적인 적용제외로 되어 있다.

3. 불공정한 거래방법의 체계적인 지위

불공정한 거래방법은 사적독점 및 부당한 거래제한과 함께 독금법상 규제의 3축의 하나이다. 3축의 상호관계로 보면 불공정한 거래방법은 체계적으로는 사적독점의 예방규정으로 자리매김 해왔다. 이 자리매김은 독금법의 모법인 미국의 반트러스트법의 연혁에서 유래한다. 클레이튼법과 FTC법의 2법은 셔먼법의 개괄적인 규정에 의해서는 독점형성을 방지하기 어려워 구체적인 독점맹아행위(獨占萌芽行爲)를 특정하여 규제하기 위하여 제정되었다. 일본의 불공정한 거래방법은 이러한 연혁을 가지고 위 2개 법률에서 연원을 가진 것이기 때문에, 체계상으로도 독점의 예방규정으로 되어 온 것이다. 그러나 최근 운용의 실태에 비추어 보면, 불공정한 거래방법은 그러한 지위에서 벗어나, 새로운 역할을 담당하고 있는 것으로 보여진다. 이 규제는 1970년대 이후 과점시장의 형성과 병행하여 진행되는 유통계열화를 방지하고 과점시장체제에 경쟁요인을 포함한 정책수단이 되었다. 1990년대에는 미국과의 무역마찰을 배경으로 하는 시장개방요구에 대응하여 계열 또는 폐쇄적인

11) 98년 12말 현재까지 개정되지 않았다. 즉 종전의 적용제외규정을 그대로 두고 있다.

거래관행을 제거하고 거래관계의 개방성과 투명성을 유지하기 위한 정책수단이 된다. 불공정한 거래방법의 규제는 일본의 경쟁정책에서 독자적인 역할을 담당하여 온 것이라고 할 수 있다. 다만 불공정거래방법규제의 역할을 새로이 자리매김 하는 시도는 충분하게 이루어진 것은 아니다.

4. 불공정한 거래방법의 반경쟁적 영향의 정도

불공정한 거래방법은 의도에 있어서나, 효과에 있어서나 사적독점 또는 부당한 거래제한과 같은 중대한 반경쟁적 영향을 초래하는 것은 아니다. 그것은 법 시행 초기의 심결에서 위법의 실질요건을 설명하고 있는 것에 나타나 있다. 즉, 반경쟁적 영향의 정도는 「경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 인정되는 정도의 것일 필요는 없고, 어느 정도 공정하고 자유로운 경쟁을 방해하는 것으로 인정되는 경우이면 족하다」(제1차대정제약사건-공취위동의심결昭28·3·28집4권119페이지이하, 128페이지)라고 하고 있다. 무엇보다도 불공정한 거래방법은 행위유형에 따라 경쟁에 미치는 영향의 정도가 다르므로 위법의 실질요건도 그것에 대응하여 유형화가 이루어져왔다. 위 심결의 설명을 공식적으로 인정하는 것은 오해를 불러올지도 모른다. 그것에 유의하면, 오늘날에도 불공정한 거래방법은 경쟁의 실질적 제한에 이르지 않는 정도의 경쟁제한행위를 주된 규제의 대상으로 하는 것임에는 틀림이 없다.

불공정한 거래방법에 대하여는 형사적 제재를 정하고 있지 않다. 그것은 경쟁의 실질적 제한에 이르지 않는 경쟁제한행위를 대상으로 하기 때문이고, 또한 개괄적으로 말하면 노골적인 경쟁제한행위라기 보다 사업자의 통상의 거래행위에 관한 행위유형이 많기 때문이다.

5. 공정경쟁저해성(「공정한 경쟁을 저해할 우려」)의 의의

2조9항의 본문에서 말하는 「공정한 경쟁을 저해할 우려」는 지정의 테두리인 1

호부터 6호까지의 추상적인 행위유형에 내재하고 있으며, 이에 근거하여 공취위가 지정한 16개의 행위유형에 구체화되어 있다. 그러면 공정경쟁저해성이란 어떠한 것인가?

불공정경쟁의 관념은 2조9항 각호나 일반지정의 행위유형과는 무관하게, 그 관념자체를 독자적으로 검토할 의미는 없다. 일반지정을 포함한 실정규정에 대응하여 이를 검토할 필요가 있다. 이것이 불공정한 거래방법의 행위유형을 체계적으로 이해하는 방법이다.

공취위는 공정경쟁의 의의를 다음 3가지의 내용으로 나누어 이해하고 있다. 이것은 1982년 7월 8일에 발표한 독점금지법연구회보고 「불공정한 거래방법에 관한 기본적인 사고방법」에 의거하는 것이다. 공정경쟁저해성이란 이들 중 어느 하나를 저해하는 것이다.

- ①사업자 상호간의 자유로운 경쟁이 방해되지 않을 것(자유로운 경쟁의 확보)
- ②자유로운 경쟁이 가격·품질·서비스를 중심으로 한 것(능력경쟁)으로서 자유로운 경쟁이 질서있게 이루어질 것(경쟁수단의 공정성의 확보)
- ③거래주체가 거래의 여부 및 거래조건에 대하여 자유롭고 자주적인 판단에 의하여 거래가 행하여진다는 의미에서 자유로운 경쟁 기반이 유지되는 것(자유경쟁기반의 확보)

이러한 이해는 일반적으로 지지되고 있지만 ③의 평가를 둘러싸고 유력한 학설상의 대립이 존재한다. 그것은 ③의 침해는 공정경쟁에는 포함되지 않는다는 입장(今村·入門 116~118페이지, 丹宗外 論爭 224페이지 이하)과, ③의 침해 그 자체가 공정경쟁저해성의 중심이라고 하는 입장(講座V17~31페이지 上田 執筆)의 대립이 있다. 원래 위 3가지 내용은 대립하는 학설을 절충하여 정리한 것이기 때문에 당해 학설의 주장자로부터 이론(異論)이 나오는 것은 당연하다. 이 논의는 우월적 지위의 남용을 포함하여 개개 행위유형의 공정경쟁저해성의 평가와 16개의 행위의 체계적인 이해에까지 이르는 것이다. 여기서는 문제를 지적하는 것에 그친다.

일반지정의 16개 행위유형은 각각, ①②③ 어느 하나의 침해에 일응 대응하고

있다. 그러나 어느 하나와 항상 1 대 1 대응하는 것은 아니다. 본래 ①을 침해하는 행위라 하더라도 그 실행 태양(態樣)이 억압적이면 ②의 침해에도 해당하는 것이다. 즉 ②나 ③을 해치는 행위가 ①을 해치는 행위를 실효있게 하는 보완행위로서 ①의 침해행위에 포괄되는 것도 있다.

이러한 위법성의 평가는 일반지정에서 공정경쟁저해성의 요건에 반영되어 있다. 즉, 일반지정은 「부당하게」 혹은 「정상적인 상관습에 비추어 부당하게」라고 하는 용어와 「정당한 이유가 없이」라고 하는 용어를 나누어 사용하고 있다. 「정당한 이유가 없이」란 어떤 행위유형이 외형상 해당되면 원칙적으로 공정경쟁저해성이 있다고 평가되는 것으로 공동의 거래거절(1항), 부당염매(6항), 재판매가격유지 행위(12항)의 위법요건이다. 한편, 「부당하게」 혹은 「정상적인 상관습에 비추어 부당하게」란 행위의 외형만으로는 곧바로 공정경쟁저해성이 판단되지 않고, 당해 행위의 의도·목적과 효과·영향을 볼 필요가 있다. 구체적으로는 행위의 구체적인 태양, 상품의 특성, 유통거래의 상황, 행위자의 시장에서의 지위, 집중도 등 시장상황을 보아 판단된다. 이러한 이분법은 공취위의 규제경험에서 나온 것이라고 할 수 있을 것이다.

더욱이 최근에는 후자의 「부당하게」의 판단에 있어서 그 지표의 예측가능성을 높이기 위하여 「유력한 사업자기준」이 사용되고 있다. 유력한 사업이란 심결에서 위법으로 된 예를 보면, 거의 30%이상의 시장점유율이면서 특히 업계 제1위의 사업자이다. 후술하는 거래관행가이드라인¹²⁾에서는 중점심사의 지표(곧바로 위법성의 지표는 아니다)로서 10%이상의 시장점유율을 차지하거나 또는 시장점유율의 순위가 업계 3위 이상이라고 하는 것이 「유력한 사업자」의 기준이 되고 있다.

그런데 일반지정에서 「정당한 이유가 없이」와 「부당하게」의 요건을 나누어 사용하는 것은 반드시 언제나 엄밀한 것은 아니며 또한 금후 변경의 가능성이 없다고도 할 수 없다. 예컨대, 부당염매(6항)는 「정당한 이유」가 되는 것이 널리 존재하고 「다른 사업자의 사업활동을 곤란하게 할 우려」라고 하는 효과의 요건도 있기 때문에 원칙적으로 공정경쟁저해성이 있는 유형으로부터 다소 이탈하고 있다

12) 1991.7월에 공표된 「유통·거래관행에 관한 독점금지법상의 지침」을 지칭하는 것임.

고 할 수 있다. 또한 공동의 거래거절은 원칙적으로 위법이 되는 행위로 분류되어 있지만, 그 행위의 본래적인 반경쟁적 효과의 정도가 「어느 정도에 있어서 공정한 자유경쟁을 방해하는 것으로 인정되는 경우로 족하다」라고 하는 정도를 훨씬 넘어서고, 대부분이 「경쟁을 실질적으로 제한하는 것과 인정되는 정도」의 효과가 있는 것으로 되어, 독금법 3조 후단의 부당한 거래제한에 해당하는 것으로 이해하는 입장이 지지되고 있다.

6. 공정경쟁저해성과 정당한 사유

「부당하게」라든가 「정당한 이유가 없이」라고 하는 개념은 오로지 공정한 경쟁 질서유지의 견지로 본 관념이다. 오늘날 판례 및 학설도 원칙적으로 이에 이론(異論)을 갖고 있지 않다. 그러한 한정을 하지 않으면 경쟁정책의 이익에 관계없는 다양한 이익이나 발뺌하는 주장이 혼입하여 위법성 판단이 왜곡되기 때문이다. 그러나 공정한 경쟁질서유지의 견지가 「정당한 이유」로서 어떠한 경우를 포함하는가에 대하여는 학설에 새로운 전개가 있고, 새로운 판례도 나오고 있다.

이 문제의 최초의 출발점은 제1차 분유재판매사건의 최고재판소 판결이다. 「위 “정당한 이유”란 전적으로 공정한 경쟁질서유지의 견지로부터 본 관념이고, 당해 구속조건이 상대방의 사업활동에서의 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 없는 것을 말하는 것이며, 단순히 통상적인 의미에서 정당한 것으로 보이는 경우 즉 경쟁질서의 유지와는 직접 관계없이 사업경영상 또는 거래상의 관점 등으로 보아 합리성 내지 필요성이 있는 것에 지나지 않는 경우 등은 여기에서 말하는 「정당한 이유」가 있는 것으로는 되지 않는다」(분유재판매가격유지(화광당)사건상고심판결-最判昭50·7·10民集29卷6號888페이지).

이 판결은 「경쟁질서의 유지와는 직접 관계없는 사업경영상 또는 거래상의 관점 등으로 보아 합리성 내지 필요성」은 「정당한 이유」에 포함되지 않는다고 하는데, 그것이 어느 정도 철저한 것인지는 논의의 여지가 있다. 위 「사업경영상 또는 거래상의 합리성 내지 필요성」이란 경쟁질서유지와 전혀 관계없다고 단정하고 있

는 것으로 읽혀지기도 하고, 당해 「합리성 내지 필요성」이 경쟁질서의 유지에 관계가 있으면 고려될 수 있는 것으로도 읽혀진다.

위 최고재판소 판결 후에, 전자의 입장을 취한 학설이 존재하는지 명백하지는 않다. 그러나 명시적으로 후자의 입장에 선 학설은 등장하였다(根岸·기본문제 164 페이지). 즉 경쟁과는 다른 요소를 고려범위에 포함해서는 안되지만 상업윤리, 안전성, 공익성 등의 요소가 경쟁과 무관하지 않고, 무관하지 않은 한도에서 고려요인의 하나로 더하여도 좋다는 것이 그 학설의 입장이다. 현실적인 견지라고 말할 수 있을 것이다.

판결도 그 흐름에 따른다. 승강기 부품을 승강기 수리서비스와 결합시킨 행위에 대하여 고등재판소·지방법판소는 안전성에 관한 새로운 견해를 보였다. 우선 오오사카 지방재판소는 앞서 설명한 최고재판소 제1소법정판결(昭·50·7·10)을 공식적으로 인정하기 위하여 안전성의 문제는 공정한 경쟁과 관계없다고 하였다. 「… “부당하게”란 공정한 경쟁질서유지의 견지로부터 판단하여야 할 것이고…, 피고가…원고의 부품만을 파는 것이 승강기의 안전을 해치는지 아닌지는 경쟁질서의 유지와는 직접 관계가 없는 사항이고, 위 「부당하게」의 해석에 있어서 고려하여야 할 것은 아니다」라고 하였다(大阪地判平2·7·10 判タ833號 68페이지이하, 75페이지). 그러나 오오사카 고등재판소는 「상품의 안전성 확보는 직접 경쟁의 요인과는 그 성격을 달리함에도 불구하고, 이것이 일반소비자의 이익에 도움이 되는 것은 당연하고 넓은 의미에서의 공익에 관계된 것이라고 하여야 한다. 따라서 당해 거래방법이 안전성의 확보를 위해 필요한지 아닌지는 위 거래방법이 「부당하게」 이루어진 것인지 여부를 판단함에 있어서 고려하여야 할 요인의 하나이다」라고 하였다(大阪高判平5·7·30 判時 1479호 21페이지이하, 23페이지).

소비자이익의 보호목적 등이라고 하는 공익성의 문제도 마찬가지이다. 도축장 부당염매사건에 있어서 최고재판소는 「부당염매규제에 위반하는지 여부는 전적으로 공정한 경쟁유지의 견지에 서서 구체적인 경우에서의 행위의 의도·목적, 태양, 경쟁관계의 실태 및 시장의 상황 등을 종합 고려하여 판단하여야 할 것」(最判平 1·12·14 民集43卷12號 2078페이지이하, 2082페이지)이라고 하고, 「공영기업인 도축

장의 사업주체가 특정의 정책목적에서 염매행위에 이르게 되었다는 것만으로는, 공정경쟁저해성을 결하고 있다고 말할 수 없다는 것도 독점금지법19조의 규정의 취지로부터 명백하다」(2085페이지)라고 하였다.

위 판결은 어느 것이나, 판결의 결론을 좌우하는 것은 아니지만, 안전성이나 기타 공익성은 「부당하게」 또는 「정당한 이유없이」라고 하는 공정경쟁저해성의 고려요인으로서 경쟁유지와 관계가 있다고 하였다. 다른 한편, 그것이 공정경쟁저해성이 없다고 하는 적법성의 결정요인이 되지 않는다는 것도 위 판결 모두가 인정하는 바이다.

〔稗貫 俊文〕