

〈논문〉

독점규제법상 재판매가격유지행위 금지의 헌법적합성 판단*

李 奉 儀** · 全 鍾 杓***

요 약

독점규제법 제29조 제1항 본문이 금지하고 있는 최저RPM은 수직적 거래관계에서 판매업자의 가격결정의 자유를 일반적으로 제약하는 행위를 의미하고, 이것이 실효성을 갖출 경우에는 곧 브랜드 내 가격경쟁을 제한하게 된다. 따라서 독점규제법상 최저RPM은 그밖에 추가적인 위법성 요소를 요하지 않는 것으로 해석된다. 학설, 공정거래위원회의 심결 및 판례 또한 대체로 이와 태도를 같이 하고 있다. 그밖에 독점규제법 제29조 제1항 단서가 최고RPM에 대해서 경쟁촉진이나 효율성증대와 결부된 미국 독점금지법상 합리성의 원칙을 도입한 것으로 단정하기는 어려우며, 강제내지 구속조건을 통한 RPM의 실효성 확보수단이 인정되고 달리 이를 정당화할 사유가 제조업자에 의해서 입증되지 않는 한 원칙적으로 위법한 것이 될 뿐이다.

이 사건 법률조항은 시장경제가 제대로 기능하기 어렵게 만드는 행위의 하나인 RPM을 금지하여 공정하고 자유로운 경쟁상태를 회복시키려는 것으로서 헌법상 부여된 국가의 과제를 수행하기 위한 정당한 목적을 위한 것이며, 그러한 목적 수행을 위한 적합성 수단에 해당한다. 나아가 금지의 범위를 판매업자의 자유로운 가격결정권을 침해하는 RPM으로 제한하고, 금지에 대한 예외를 인정하는 등 이로 인한 기본권 제한을 최소한도록 하기 위한 합리적인 노력을 다하고 있으며, 관련 이익간의 형량 역시 불합리한 것으로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반되는 것으로 볼 수 없다. 이와 같이 최저RPM의 금지가 필요한 범위를 넘어 자의적이거나 불합리하다고 보기 어려운 이상, 평등권을 침해한 것으로 볼 수도 없다.

주제어: 재판매가격유지행위, 서면법, 당연위법, 합리성의 원칙, 브랜드 내 경쟁, 강제성, 효율성변분, 비교형량, 영업의 자유, 과잉금지원칙, 평등권

* 이 글은 필자들이 2009년에 공정거래위원회의 의뢰를 받아 서울고등법원에 제출한 의견서를 추후 논문으로 수정·보완한 것이다.

** 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

*** 서울대학교 법과대학·법학대학원 조교수.

I. 서 론

1. 논의의 배경

재판매가격유지행위(resale price maintenance; 이하 “RPM”이라 한다)란 흔히 제조업자가 자기가 공급한 상품이나 서비스와 관련하여 판매업자의 최저 또는 최고 판매가격을 지정하는 행위를 말한다. RPM은 수직적 거래제한의 대표적인 예로서 수직적 가격제한(vertical price restraints; RPM)에 해당하며, ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하 “독점규제법”이라 한다) 제29조가 명문으로 이를 금지하고 있다.

수직적 거래제한으로서 RPM은 그 수단에 따라 다시 계약, 즉 양 당사자의 합의에 의한 경우와 일방당사자의 강요 등에 의한, 즉 사실상의 강제에 의한 경우로 나눌 수 있다. 양자의 구분은 RPM의 위법성 판단을 좌우할 수 있다는 점에서 매우 중요한 의미를 갖는다.¹⁾ 즉, RPM이 당사자의 합의에 기초한 경우에는 관련시장에서 경쟁을 제한하는지 여부가 문제될 수 있는 반면, 일방의 강요나 구속에 의한 경우에는 무엇보다 거래상대방의 경쟁상 자유를 침해하는지 여부가 관건이 될 수 있다. 후자의 경우 통상 브랜드 내에서 판매업자들의 가격경쟁을 제한하게 된다.

독점금지법제를 갖고 있는 나라는 그 방식에는 차이가 있으나 대체로 RPM을 규제하고 있는바, 우리나라에서도 과거 미국의 영향으로 독점규제법은 1980년 제정 당시부터 이를 원칙적으로 금지하는 태도를 취하고 있다.²⁾ 그런데 지난 2009년 1월 유한회사 테일러메이드코리아(이하 “테일러메이드”라 한다)는 자기의 수입골프용품품을 취급하는 대리점에 대하여 자기가 정한 가격 이하로 판매하지 못하도록 강제하고, 이를 위반할 경우 출고정지 등의 불이익을 주는 방법으로 재판매가격을 유지하는 행위를 하였음을 이유로 공정거래위원회로부터 시정명령과 함께 과징금 납부명령을 받은 바 있다.³⁾ 이에 테일러메이드는 공정거래위원회가 내린 시정명령 등의 취소를 구하는 소를 제기하는 한편, 소송이 계속 중이던 동년 10월 위 시정명령 등의 근거가 되었던 독점규제법 제29조 제1항 본문(이하, “이 사건 법률조항”이라 한다)에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 2010년 4월 서울고법은

1) 이봉의, “독점규제법상 재판매가격유지행위의 성격과 규제체계에 관한 고찰”, **서울대학교 법학** 제48권 제4호(2007. 12), 239면 이하.

2) 1980년 제정법 제20조 참조. RPM의 금지에는 대통령령이 정하는 저작물과 공정거래위원회가 지정한 상품에 대하여 예외가 인정되어 있으나(법 제29조 제2항, 령 제43조), 현재는 지정상품이 없으므로 RPM이 가능한 상품은 제한된 범위의 저작물에 한정되어 있다.

3) 공정거래위원회 의결 제2009-034호, 2009. 1. 19.

이를 기각하였다.⁴⁾

2. 논의의 범위

위 사건 제청신청에서 신청인은 이 사건 법률조항은 어떤 RPM이 독점규제법의 목적에 위반되는지 여부를 따지지 않고, 특히 최저RPM의 경우에는 정당한 이유의 존재 여부와 상관없이 일률적으로 금지하고 있다는 점에서 법률로 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우에도 헌법상 준수하여야 할 과잉금지의 원칙에 반하고, 나아가 최고RPM을 한 사업자와 최저RPM을 한 사업자를 합리적인 이유 없이 차별함으로써 사업자의 평등권을 침해하고 있어 위헌무효라고 주장하였다.

본고에서는 먼저 외국의 입법례와 실무를 분석함으로써 RPM의 규제근거 및 금지요건이 입법례에 따라 상이하다는 점을 보이고(II), 이어서 독점규제법상 RPM의 법적 성격을 동법의 목적 및 전체 체계와 결부지어 설명하는 한편, 독점규제법이 RPM에 대하여 당연금지의 태도를 취하고 있는지, 최고RPM에 대한 정당한 이유의 고려가 합리성의 원칙을 보여주는 것인지, 그리고 RPM에 대한 적용제외가 저작물 등에 관한 합리성의 원칙을 규정한 것인지를 차례로 살펴본 후(III), 이 사건 법률조항이 과연 헌법이 요구하는 과잉금지의 원칙에 반하는지, 평등권을 침해하지는 않는지를 헌법재판소의 결정례와 헌법이론을 기초로 분석하고자 한다(IV).

II. RPM에 대한 외국의 입법례

1. 미국 독점금지법

미국에서 RPM은 무엇보다 셔먼법 제1조가 금지하는 거래제한(restraint of trade)에 해당한다. 셔먼법 제1조는 계약이나 협정을 전제로 하기 때문에, 둘 이상의 사업자간에 재판매가격제한을 부과하는 내용의 계약을 입증하지 못하는 한 동법이 적용되지 못하였다.⁵⁾ 약정이 없이 RPM이 행해지는 경우에 1919년 Colgate 판결⁶⁾은

4) 서울고법 2010. 4. 21. 2010아76 결정.

5) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (THOMSON/WEST, 2005), 464면 이하.

6) U.S. v. Colgate & Co. 250 U.S. 300 (1919). 이 사건에서는 Colgate가 재판매가격을 일방적으로 통지하고 이를 지키지 않은 소매업자에 대하여 공급을 거절한 행위가 문제되었고, 당시 연방대법원은 보통법상 계약(contract)과 독점금지법상 합의(agreement)를 동일하게 파악하여 이 사건을 Colgate의 일방적 거래거절로 접근하였다.

계약의 부재를 이유로 서면법의 적용을 부인하였으나, 1960년 Parke, Davis 판결⁷⁾은 제조업자가 일반적으로 통제한 재판매가격을 준수하지 않는 판매업자에게 이를 강제하는 경우에도 동법 위반이 성립할 수 있다고 판시하기도 하였다. 그러나 1988년 Sharp 판결⁸⁾에서 연방대법원은 다시 RPM에 대한 합의가 요구된다는 입장으로 회귀하였고, 구체적인 재판매 ‘가격’에 대한 합의가 없는 한 서면법 제1조의 당연위법(per se illegal)은 적용되지 않는다고 판시하였다.

한편, RPM의 위법성 판단과 관련하여 일찍이 연방대법원은 1911년 Dr. Miles 판결⁹⁾에서 의약품의 소매가격에 관한 최저RPM협정에 대해서 보통법(common law)에 기초하여 당연위법의 원칙을 확립하였다. 그 후 무려 96년에 걸쳐 유지되던 당연위법의 원칙은 2007년 연방대법원이 내린 Leegin 판결¹⁰⁾을 통하여 일대 변화를 겪게 되었다. Leegin 판결이 최저RPM에 대해서 경쟁촉진효과를 아울러 고려할 것을 밝힌 것은 수직적 비가격제한에 대한 접근방법을 수직적 가격제한에도 원용할 수 있다는 의미로 이해할 수 있다.

반면, 최고RPM에 대해서도 최저RPM과 마찬가지로 1968 Albrecht 판결¹¹⁾ 이후 30여 년간 당연위법의 원칙이 적용되었으나, 1997년 Khan 판결¹²⁾을 계기로 일찍이 합리성의 원칙(rule of reason)으로 전환하였다. Khan 판결에서 연방대법원은 최고RPM의 경쟁제한성은 당연위법에 의하지 않고도 통제가능하고, 이를 언제나 금지할 경우 제조업자의 수직통합을 조장함으로써 오히려 독립적인 판매업자의 존속을 어렵게 할 수 있다는 점을 지적하였다.¹³⁾ 즉, 최고RPM이 경쟁제한의 폐해를 상쇄할 정도의 공급량증가나 소비자후생증가의 효과를 기대할 수 있다는 점을 인정한 것이다. 이처럼 미국의 경우 RPM은 원칙적으로 약정이나 그에 준하는 사실상의 RPM을 의미하고, 순수하게 일방적인 강제나 그로 인한 판매업자의 가격결정권 침해라는 요소는 고려되지 않고 있다.

7) U.S. v. Parke, Davis & Co. 362 U.S. 29, 80 (1960).

8) Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp. 485 U.S. 717 (1988).

9) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. 220 U.S. 373 (1911).

10) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. 127 S. Ct. 2705 (2007). 동 판결에도 불구하고 시장지배적 사업자의 RPM이나 제조업자 또는 판매업자간 수평적 경쟁제한을 조장하는 RPM은 여전히 금지될 가능성이 매우 높고, 여전히 당연위법의 원칙을 고수하고 있는 각 주의 독점금지법이 적용될 수도 있다.

11) Albrecht v. Herald Co. 390 U.S. 145 (1968). 여기서는 신문사가 배달업체에 대하여 최고가격을 정한 것이 문제되었고, 연방대법원은 이를 당연위법으로 판시하였다.

12) State Oil Co. v. Khan 522 U.S. 3 (1997).

13) Hovenkamp, 앞의 책, 476면 이하.

2. 유럽경쟁법

유럽에서 RPM에 관한 한 유럽공동체조약 제101조(구 조약 제81조, 거래제한의 금지)나 제102조(구 조약 제82조, 시장지배적 지위남용의 금지)¹⁴⁾에는 이를 금지하는 명시적인 조항이 없으나 일차적으로 회원국 간의 거래제한을 금지하는 유럽공동체조약 제101조 제1항의 적용을 받는다. 특히 최저RPM은 원칙적으로 제1항에 반하여 위법한 것으로 보고 있다.¹⁵⁾ 일찍이 유럽법원은 최저RPM을 정함으로써 경쟁을 제한할 목적이나 효과를 갖는 계약은 공동체 내의 거래에 영향을 미칠 수 있고, 따라서 조약 제101조가 적용될 수 있다는 입장을 취하였다.¹⁶⁾

반면, 종래 프랜차이즈에서 행해지던 가격권고(price suggestions)에 대해서는 경쟁제한성이 없다는 이유로 조약 제101조 제1항 위반을 인정하지 않았다.¹⁷⁾ 이처럼 엄격한 태도는 최근 수직적 거래제한에 관한 규제완화의 추세에도 불구하고 조만간 근본적으로 변화할 여지는 없어 보인다.¹⁸⁾ 다만, 최고RPM은 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과를 가져올 수 있는 점을 고려하여 수직적 거래제한에 관한 일괄예외규칙 제2790/1999호에 따라 허용될 수 있으며,¹⁹⁾ 위원회가 암묵적으로 이를 허용하는 태도를 취함으로써 실제 규제된 예가 거의 없다.

한편, 조약 제101조는 언제나 계약이나 협정을 통한 RPM에 대해서만 적용되기 때문에, 일방적 강제에 의한 RPM은 시장지배적 사업자에 한하여 제102조의 남용규제, 즉 방해남용(Behinderungsmissbrauch)으로만 규제될 수 있다.²⁰⁾ 이 경우 RPM의

14) 종래 조약 제81조와 82조는 2009년 12월 암스텔담 조약의 발효에 따라 조문번호가 각각 101조와 제102조로 변경되었다.

15) 특히 위원회는 최저RPM의 경우 그 성질상 경쟁을 제한할 목적을 갖기 때문에 판매망의 고착화와 판매업자들간의 수평적 경쟁제한효과를 수반하게 된다고 한다. Jones/Sufrin, *EC Competition Law* (Oxford University Press, 2004), 631면.

16) ECJ, *BNIC v. Clair*, 1971 ECR 487; *Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Clair* 1985 ECR 391.

17) ECJ, *Pronuptia de Paris v. Imagard Schillgallis*, 1986 ECR 353, para.25. 다만, 이 사건에서도 유럽법원은 가맹사업자(franchisee)가 자신의 가격을 결정할 수 있는 자유를 침해하는 약정은 경쟁제한적이라는 점을 확인하고 있다.

18) Ritter/Braun, *European Competition Law*, 3rd Ed. (Kluwer Law International, 2004), 321면.

19) Comm., Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty to Categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 336/21. 최저RPM 외에 판매지역이나 거래상대방의 제한과 같은 경성의 거래제한행위는 일괄예외규칙의 적용을 받지 못한다. 이들은 당사회사의 시장점유율과 무관하게 금지되며, 조약 제101조 제3항에 따른 개별예외를 기대하기도 어렵다.

20) Comm., Guidelines on Vertical Restraints, OJ 2010/C 130/01, para.127, 214.

남용여부 판단에 있어서는 단순히 브랜드 간 경쟁제한뿐만 아니라 경쟁사업자의 사업활동방해 및 그로 인한 유효경쟁의 저해가 중요한 요소로 고려된다. 또한 위원회는 소비자가 어느 회원국에서나 가장 유리한 가격으로 상품을 구입할 수 있어야 한다는 인식하에 국내의 RPM이라도 공동시장에서 물품의 자유이동을 저해하는 한도에서 이를 금지하고 있다.²¹⁾ 즉, RPM을 심사함에 있어서 위원회는 무엇보다 회원국간 거래제한과 공동시장의 경쟁왜곡을 고려하고 있으며, 그 밖의 경제적 효과는 중요시하지 않고 있다.²²⁾

3. 일본 독점금지법

일본의 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(이하 “독점금지법”이라 한다)은 제2조 제9항에서 불공정한 거래방법, 즉 불공정거래행위를 금지하는 한편, 동항 제4호에서 “상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위”를 규정하고 있다. 이른바 구속조건부거래의 대표적인 예로서 일본 公正取引委員會(공정취인위원회; 이하 “공취위”라 한다)의 일반지정 제12항은 ‘재판매가격의 구속’, 즉 “정당한 이유 없이 거래상대방에 대하여 자기가 판매하는 상품의 판매가격을 정하여 이를 유지시키는 행위 및 거래상대방의 거래상대방의 판매가격에 대하여 이와 같은 구속을 하는 행위”를 명정하고 있다(동항 1호, 2호).

이때, 재판매가격을 “유지시키는 행위”란 계약상 명시될 필요가 없고, 사실상 거래상대방에 대한 구속으로 기능하기만 하면 족하다. 즉, RPM이 기본적으로 “일방적 행위”라는 본질을 갖기 때문에 비록 외관상 ‘합의’의 형식을 취하고 있더라도 실제로 ‘구속’에 해당하는지를 판단하여야 한다. 그에 따라 전혀 대등한 당사자간의 합의에 의한 RPM에는 ‘구속’ 자체가 존재하지 않는다는 점에서 부당성을 인정할 수 없다는 견해가 유력하다.²³⁾

한편, 일반지정 제12항이 ‘정당한 이유’가 없을 것을 규정하고 있기는 하나, 일본의

21) 대표적인 사례가 Metro판결(ECJ, Deutsche Grammophon v. Metro, 1971 ECR 487)이다. Metro는 Deutsche Grammophon이 제작한 레코드판을 프랑스에서 구입하여 이를 다시 독일로 수입하여 정식판매업체보다 낮은 가격에 판매하고자 하였다. 당시 독일 경쟁제한방지법은 RPM을 금지하는 규정을 두지 않고 있었고, Metro는 그러한 판매금지를 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 유럽법원은 배타적 권리를 보유한 자라도 조약 제 101조에서 금지하는 가격책정을 목적으로 다른 회원국에서 수입되는 레코드판의 판매를 금지하기 위하여 권리를 행사하고자 하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였다.

22) Comm., Hennessy/Henkell, [1981] 1 CMLR 601.

23) 根岸 哲・舟田正之, 獨占禁止法 概說 第3版 (有斐閣, 2006), 267면.

통설은 RPM이 판매업자의 자유로운 가격결정을 제한하는 한편 그 당연한 결과로 유통업자간의 브랜드 내 경쟁을 소멸시킨다는 이유로 원칙적으로 공정거래저해성을 갖는다고 보고 있다.²⁴⁾ 그렇다면 일본에서 RPM이 예외적으로 정당한 이유를 갖는 경우는 어떤 경우인가? 다음과 같이 크게 세 가지 경우를 들 수 있다.²⁵⁾

첫째, 일본 독점금지법 제23조(적용제외) 제1항이 정하고 있는 지정상품의 경우이다. 동항의 적용제외는 우리나라 독점규제법 제29조 제2항에 상응하는 것으로서, “품질이 동일하다는 것을 용이하게 식별할 수 있는 상품으로서 일반소비자에 의하여 일상 사용되며 자유로운 경쟁이 행해지고 있는 상품”에 한정될 뿐만 아니라 소비자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우에는 적용되지 않는다. 일본에도 현재 동항의 지정을 받아 RPM이 허용되고 있는 상품은 없다.

둘째, 해석상 지극히 예외적으로 정당한 이유가 인정되는 경우로서 그 지위가 약한 중소기업자가 일부의 판매업자에 한하여 재판매가격을 유지하거나 제조업자가 판매부문을 분사한 후 그 판매회사에게 재판매가격을 지시하는 경우를 들 수 있다. 끝으로, 최고RPM을 생각할 수 있는데, 이 경우에도 사업자가 임의적으로 가격을 지배하는 힘을 갖는 것 자체가 결국 소비자에게는 불리하다는 입장에서 부당한 거래제한에 해당한다고 보고 있다. 즉, 유통업자의 가격결정의 자유를 제한하여 경쟁을 제한한다는 점에서는 최저RPM이나 최고RPM이 동일하다는 것이다.

그밖에 일본의 공취위는 평성 3년에 이른바 「유통·거래관행에 관한 독점금지법상의 지침」을 제정(평성 17년에 한 차례 개정)하였고, 여기에서 불공정거래행위의 하나인 RPM에 대한 규제태도를 분명히 하고 있다. 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

사업자가 시장상황에 따라 자기의 판매가격을 자유로이 결정하는 것은 시장경제에서 가장 중요한 사항이고, 이를 통하여 사업자간의 경쟁과 소비자의 선택이 확보된다. 제조업자가 마케팅의 일환으로서 또는 유통업자의 요청을 받아 재판매가격을 구속하는 경우에는 유통업자간의 가격경쟁이 감소·소멸되기 때문에, 이러한 행위는 원칙적으로 불공정거래행위로서 위법하다. 제조업자가 설정한 희망소매가격은 단순한 참고로서 제시되는 경우에 한하여 그 자체는 문제되지 않으나, 참고가격으로 단순히 통지하는 데에 그치지 않고 이를 준수하도록 하는 등 제조업자가 이를 구속하는 경우에는 원칙적으로 위법이 된다.

24) 根岸 哲·舟田正之, 위의 책, 268면.

25) 根岸 哲·舟田正之, 위의 책, 270면.

이때, 제조업자가 유통업자에게 제시하는 가격에는 고정된 가격 이외에도 기준 가격에서 일정한 할인율 이내의 가격이나 일정 범위 내의 가격, 인근점포의 가격을 하회하지 않는 가격 등이 모두 포함된다. 그밖에 일정한 가격 이하로 판매한 경우에는 제조업자가 유통업자에 대하여 경고를 하는 등의 방법으로 사실상 하한선으로 작용하는 가격 또한 재판매가격유지의 대상가격에 포함된다.

그리고 제조업자가 유통업자의 재판매가격을 구속하는지 여부는 어떠한 인위적 수단을 통해서 유통업자가 제조업자가 제시한 가격으로 판매하도록 강제할 수 있는 실효성이 확보되어 있는지 여부를 기준으로 판단한다. 예컨대, 문서 또는 구두에 의하든 제조업자가 제시한 가격으로 판매하지 않는 경우에 거래중단 등의 “경제상 불이익”을 가하거나 가할 것을 암시하는 방법으로 특정 가격으로 판매하도록 하는 경우에 구속성이 인정된다. 재판매가격을 구속하는 수단으로서 거래거절이나 리베이트 등의 제공에 있어서 차별취급이 행해지는 경우에는 그 행위 자체가 별도로 불공정거래행위에 해당할 수 있음은 물론이다.

III. 독점규제법상 RPM규제의 주요 쟁점

1. RPM의 법적 성격과 위법성 징표

독점규제법은 RPM을 “사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위”(법 제2조 6호)로 정의하는 한편, RPM의 정의에 해당하는 한 ‘부당성’ 내지 ‘경쟁제한성’ 여부를 추가로 묻지 않고 금지하고 있다(법 제29조 제1항 1문). 다만, 최고RPM의 경우로서 정당한 이유가 있는 때에는 금지되지 아니한다(동항 1문 단서).²⁶⁾

여기서 독점규제법상 RPM의 독자적 성격 여부가 다투어질 수 있다. 즉, 독점규제법상 RPM이 시장지배적 지위남용이나 불공정거래행위와 그 성질을 달리하는 고유한 것인지, 아니면 RPM의 본질은 위 행위의 어느 하나로 귀속될 수 있는 것인지 여부가 문제되며, 그에 따라 RPM의 위법성 요소도 달라지게 된다.

26) 최고RPM에 대한 특칙은 2001년 1월 독점규제법 개정으로 도입되었다.

먼저, 법 제29조가 명문으로 경쟁제한성을 금지요건으로 삼지 않고 있으나, RPM이란 일반적으로 경쟁을 제한하거나 또는 소비자후생을 감소시킨다는 전제에서 서면법 제1조의 해석에 관한 당연위법의 원칙을 받아들인 것으로서 나름 독자적인 금지행위에 해당된다고 보는 것이 가능하다. 그런데 경쟁법상 RPM은 서면법 제1조 위반으로 출발하였으나, 적어도 우리나라의 경우에는 불공정거래행위의 특수한 유형으로 입법화되었다는 해석이 타당하다.²⁷⁾ 왜냐하면 독점규제법 제1조가 동법상 금지되는 행위를 열거하면서 RPM을 따로 언급하지 않고 있으며, 독점규제법 제29조 제1항이 정의하는 RPM은 제조업자나 수입업자가 자기의 손을 떠난 후에도 당해 상품의 재판매가격을 일방적으로 정하여 유지하고자 하는 것으로서, 강제성에 따른 판매업자의 가격결정의 자유침해에 불공정성이라는 무가치판단(Unwerturteil)이 포함되어 있는 것이다. 그리고 이때 강제성이나 구속조건은 모두 불공정거래행위의 대표적 징표에 해당하는바, 독점규제법상 제조업자가 단 하나의 판매업자에 대하여 재판매가격을 강제하는 경우에도 그에 따른 경쟁효과와 상관없이 금지되는 것으로 해석되는 점도 바로 이 때문이다.

RPM, 특히 최저RPM의 위법성과 관련하여 우리나라에서 다수설은 동법 제2조 6호의 RPM이 성립하면 그것이 구체적으로 경쟁에 어떠한 영향을 미쳤는지를 고려하지 않고 위법성을 인정하고 있다거나, 법령 또는 공정거래위원회의 지정에 의한 예외에 해당되지 않는 한 일체의 RPM이 금지되어 있다고 한다.²⁸⁾ 즉, 학설은 대체로 법문에 충실하게 ‘구속성’, 즉 재판매가격의 유지가 계약상 또는 사실상 강제되어 있는지 여부를 위법성 판단요소로 제시하고 있다. 여기서 강제성이나 영업활동의 자유제한은 동일한 의미로 이해할 수 있고, 브랜드 내 경쟁제한은 결국 판매업자의 가격결정의 자유가 침해된 것을 달리 표현한 것에 지나지 않는다.

한편, 2006.8. 제정되어 2009.8. 개정된 「재판매가격유지행위 심사지침」²⁹⁾(이하 “심사지침”이라 한다) 또한 마찬가지로 RPM의 위법성을 거래단계별 가격의 지정 및 이를 준수하도록 강제하는 행위 여부를 기준으로 판단하도록 하고 있다. 즉, 심사지침은 특히 최저RPM의 경우 사업자가 설정한 최저가격을 유지하기 위해서

27) 권오승, **경제법** 제8판 (법문사, 2010), 342면; 정호열, **경제법** 제2판 (박영사, 2008), 436면 이하; 신현윤, **경제법** 제2판 (법문사, 2007), 353면. 그밖에 불공정거래행위와 RPM에 대한 과징금 상한도 매출액의 2%로서 동일하다.

28) 정호열, 위의 책, 437면 이하; 신현윤, 위의 책, 357면 이하; 이호영, **독점규제법** 개정판 (홍문사, 2010), 417면.

29) 공정거래위원회 예규 제68호.

강제력을 사용하거나 규약 및 계약 등의 구속조건을 붙이는 행위가 있는지 여부를 위주로 판단하되, 일단 최저RPM에 해당하면 유통단계에서의 경쟁을 제한하고 사업자의 자율성을 침해하므로 “경쟁제한성이나 불공정성에 대한 분석 없이 당연위법으로 본다”고 규정하고 있다.

이에 대하여 「불공정거래행위 심사지침」³⁰⁾이 시장점유율 10% 또는 연간매출액 20억원을 기준으로 이른바 안전지대를 정하고 있음에 반하여, 마찬가지로 불공정거래행위의 성격을 갖는 RPM에 관하여는 아무런 안전지대가 적용되지 않는 것 또한 일종의 차별이라고 주장할 수도 있으나, 이러한 주장은 위 심사지침상 안전지대가 적용되는 행위의 성격을 정확하게 이해하지 못한데서 비롯되는 것으로 보인다. 여기서 안전지대란 불공정거래행위의 유형 중에서도 관련시장에서의 경쟁제한성을 위주로 위법성을 판단하는 행위에 국한하여 규정된 것이고, 거래상 지위남용 등 행위의 공정성을 위주로 위법성을 판단하는 행위에는 적용되지 않는다. 그런데 RPM이란 전술한 바와 같이 강제성에 위법성의 핵심이 있고, 이것은 거래내용의 불공정성을 주로 문제 삼는 것으로서 설사 위 심사지침에 의하더라도 안전지대가 적용될 수 없는 것이다.

요컨대, 독점규제법 제29조의 문언상 경쟁제한효과를 묻지 않고 강제성 내지 구속조건만을 요한다는 점에서 동법상 RPM의 개념정의 속에는 불공정거래행위와 유사한 위법성 요건이 내포되어 있다고 보아야 한다. 따라서 독점규제법 제29조는 거래상대방의 가격결정의 자유를 침해하는 형태의 RPM은 엄밀한 의미에서 경쟁제한성을 묻지 않고 이를 금지하는 태도를 취하고 있는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

2. 최저RPM과 당연위법?

독점규제법상 최저RPM의 규제가 위헌이라는 주장은 전술한 바와 같이 동법상 RPM을 일견 규범적 판단을 요하지 않는 행위로 정의하는 한편, 심사지침이 “최저재판매가격유지행위에 해당되면 유통단계에서의 가격경쟁을 저해하고 사업자의 자율성을 침해하므로 경쟁제한성이나 불공정성에 대한 분석 없이 당연위법으로 본다”고 규정하고 있다는 점에 근거하고 있다.³¹⁾ 공정위가 RPM에 관한 일련의

30) 공정위 예규 제72호, 2009. 8. 12.

31) 동 지침의 체계상 RPM의 행위요건과 위법성 심사기준에 모두 ‘강제성’을 두고 있는 것은 의문이며, 최저 RPM에 대하여 이미 강제성을 기준으로 위법성을 판단한다고 규

사건에서 “현행 법령상 최저재판매가격유지행위는 당연위법으로 되어 있으며, 그 동안의 심결례 역시 동일한 입장을 취하고 있다”고 언급하고 있는 것도 이러한 주장을 뒷받침하고 있다.³²⁾

그러나 독점규제법이 RPM에 대해서 당연위법의 태도를 취하고 있다거나 해석상 합리성의 원칙으로 전환하여야 한다는 견해는 타당하지 않다. 독점규제법은 공정하고 자유로운 경쟁에 부합하지 않는 행위에 대하여 일정한 요건에 따라 무가치판단을 내리고 있으며, 동법상 외관상 일정한 행위의 존재만으로 위법성을 간주하는 경우는 존재하지 않기 때문이다. 최저RPM에 대하여 심사지침이나 공정위의 심결이 ‘당연위법’이라는 언급을 하고 있더라도 다음과 같은 몇 가지 점에서 독점규제법이 최저RPM에 대해서 당연위법의 태도를 취하고 있다고 볼 수는 없다.

첫째, 독점규제법 제2조 6호가 ‘부당하게’ 또는 ‘정당한 이유 없이’라는 표현은 하지 않고 있으나, 동호의 개념정의에는 이미 일정한 행위에 대한 부당성 판단이 내포되어 있다. 즉, “강제하거나 규약 기타 구속조건을 붙여”라는 문언은 그 자체에 이미 독점규제법이 보호하고자 하는 경쟁의 자유에 대한 침해라는 규범적 가치판단이 내포되어 있는 것이다. 따라서 예컨대 수입업체가 자신의 대리점에게 재판매가격을 정해주고, 이를 규약이나 사실상 강요를 통하여 강제하는 경우에는 거래상대방의 가격결정의 자유를 침해함은 물론 중국에는 대리점간의 가격경쟁을 침해하기 때문에 이러한 행위를 금지하는 것이다. 따라서 양 당사자의 자발적이고 진정한 합의에 의해서 재판매가격이 정해지는 경우와 달리, 일방이 재판매가격을 강제하는 경우에는 다른 정당화사유에 의해서 위법성이 조각될 수 없는 것이다. 이는 경쟁의 자유침해라는 가치가 재판매가격을 강제하는 사업자의 경제적 효율성에 의해서 정당화될 수 없다는 것으로서, 원칙적으로 경쟁제한을 문제삼으면서 효율성을 고려할 수 있는 다른 금지행위와 구별되는 고유한 특성이라고 할 수 있다. 이처럼 금지행위 자체에 부당성 내지 위법성이 내포되어 있는 예는 독점규제법의 다른 예에서도 찾을 수 있다. 대표적으로 불공정거래행위의 하나인 거래상 지위남용의 경우에도 동법 제23조 제1항 4호에서는 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”를 금지하고 있으나, 이를 구체화한 시

정하면서 불공정성에 대한 분석 없이 이를 당연위법으로 본다는 태도는 모순일 뿐 아니라, ‘당연위법’ 태도를 둘러싼 불필요한 오해만 불러일으킬 우려가 있다는 점에서 재검토를 요한다.

32) 대표적으로 위 위헌법률심판제청신청이 문제되었던 공정위 의결 제2009-034호, 2009. 1. 19. “(유)테일러메이드코리아의 재판매가격유지행위에 관한 건” 참조.

행령 [별표 1] 6호에서는 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공 및 경영간섭을 규정하면서 이들 행위에 내재된 강제성이나 구속성 외에 부당성이나 정당한 이유의 유무 등 추가적인 위법성 요소를 규정하지 않고 있는 것이다.

둘째, 미국 독점금지법상 당연위법의 법리는 서면법 제1조의 거래제한이 포괄하는 범위가 지나치게 넓은에 따라 이를 적절하게 제한하려는 취지에서 개발된 것이고, 동조는 어디까지나 당사자의 합의를 통한 재판매가격유지에 적용되는 것이다. 이때의 합의는 명시적인 것을 요하지 않기 때문에, 사실상의 RPM과 계약에 의한 RPM을 구분하기 어려운 측면도 부인할 수 없다. 그럼에도 불구하고 동조의 목적은 어디까지나 계약에 의한 경쟁제한을 금지하고자 하는 데에 있고, 일방의 강요에 의하여 거래 상대방의 가격결정권이 침해되는 측면을 규율하고자 하는 것은 아니다. 따라서 미국에서 RPM에 대하여 종래 당연위법의 법리를 취한 맥락과 독점규제법상 최저RPM에 대한 규제태도를 단순히 비교하는 것은 곤란하며, 독점규제법의 태도를 당연위법으로 규정하는 것은 정확한 표현이 아니다. 공정거래위원회가 종래 실무상 RPM에 대하여 ‘당연위법’이라는 용어를 쓰는 것도 동법 제2조 6호가 정의하는 재판매가격유지행위에 해당되면 더 이상 추가적인 위법성 판단을 하지 않는다는 의미일 뿐이고, 동호의 재판매가격유지행위에 해당되는지 여부를 판단하는 과정에서 경쟁의 자유침해, 판매업자의 가격결정의 자유 침해 내지 그에 따른 브랜드 내 가격경쟁의 제한이라는 위법성 요소의 존재를 부인하는 것은 아니다.

셋째, 최저RPM에 관한 대법원 판례 또한 재판매가격유지행위를 미국식의 당연위법으로 판단한 예가 없으며, RPM의 성립요건을 판단하는 과정에서 강제성이나 구속성을 위법성 요건으로 살펴왔을 뿐만 아니라, 그 당연한 결과로 사업자가 일방적으로 재판매가격을 정해주었다는 이유만으로 당연히 위법으로 보지도 않고 있다.

먼저, 우리나라에서는 1981.8.24. 유공 등 정유 5개사의 석유판매대리점에 대한 재판매가격유지행위가 금지된 이후 주로 제조업체의 대리점에 대한 RPM이 문제되었고, 재판매가격을 대리점에 일방적으로 통지하는 한편 정해진 재판매가격을 준수하지 않을 경우 대리점계약의 해지나 거래중단, 본사지원의 중단, 리베이트 등의 차별취급 등 제재를 가하겠다는 통지가 함께 이루어진 예가 많았다.³³⁾ 이들

33) 실무상 RPM의 실효성 확보수단에 대해서는 이동신, “재판매가격유지행위와 가격표시제의 문제점”, 경제법의 제문제, **재판자료** 제87집, 2000, 550-555면.

사례에서 공정거래위원회는 일관되게 RPM규제의 취지가 판매업자의 가격결정의 자유를 보호하는 데에 있음을 지적하고, 피심인의 시장지배적 지위나 시장에서의 경쟁제한효과를 따지지 않고 재판매가격의 강제성이나 구속성, 그에 따라 판매단계에서 흔히 나타나는 브랜드 내 가격경쟁의 제한을 이유로 위법성을 인정하고 있다.

RPM에 관한 유일한 대법원판결인 남양유업 사건³⁴⁾에서 법원은 “사업자가 재판매업자에게 상품을 판매함에 있어 일방적으로 재판매가격을 지정하여 그 가격대로 판매할 것을 지시·통지하는 행위는 그것이 단지 참고가격 내지 희망가격으로 제시되어 있는 것에 그치는 정도인 경우에는 이를 위법하다 할 수 없고, 거기에서 그치지 아니하고 재판매업자로 하여금 그 지시·통지에 따르도록 하는 것에 대하여 현실로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있는 경우에만, 법 제2조 제6호에서 규정하는 ‘그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위’로서 위법하다”는 전제에서 남양유업의 판매가격 조사·점검행위의 목적이 거래처로 하여금 그 가격대로 판매하게 하는 데에 있음을 인정할 자료가 없는 등 동사의 권장소비자가격 통보에 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 보기는 어렵고, 남양유업이 매출액이 큰 대형할인 매장에 대하여 염매를 이유로 함부로 공급중단을 결정할 수 없는 입장에 없었으며 실제로도 이를 이유로 공급을 중단한 바 없었고, 영업사원의 위 각 매장에 대한 판매가격 인상요청에도 현실로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 보기는 어렵다”는 점을 들어 결국 남양유업의 거래처에 대한 권장소비자가격 통보나 판매가격 인상요청은 모두 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 할 수 없고, 따라서 독점규제법상 재판매가격유지행위에 해당하지 않는다고 보았다.

넷째, 우리나라와 유사한 입법례를 취하고 있는 일본의 독점금지법을 살펴보다라도 위와 같은 해석을 뒷받침할 수 있다. 당초 1980년 독점규제법 제정 당시 RPM에 관하여는 이를 불공정거래행위의 하나로 파악하고 있는 일본법의 예에 따라 규정하게 된 것이고, 일본 독점금지법 또한 RPM은 ‘사업활동의 부당한 구속’이라는 불공정거래행위의 하나로 규정되어 있다. 아울러 일본 독점금지법상 일반지정 12호는 RPM을 우리 독점규제법과 거의 동일하게 “상대방에 대하여 그가 판매하는 당해 상품의 판매가격을 정하여 이를 유지시키는 행위”로 정의하고 있으며, 여기서도 다른 불공정거래행위와 달리 ‘부당하게’라는 별도의 위법성 판단요소를 명문으로

34) 대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결.

규정하지 않고 있다. 그러나 RPM이 사업활동의 부당한 구속의 하위유형이라는 점에서 “유지시키는 행위”라는 용어를 “구속”과 동일한 의미로 파악하여 재판매가 격을 계약상 명시할 필요는 없고 사실상 거래상대방에게 구속하는 것으로 족하다고 해석하고 있고,³⁵⁾ 이러한 구속성이 인정될 경우 달리 추가로 위법성 판단을 하지 않을 뿐만 아니라 문제된 사업자의 효율성증대와 같은 정당화 사유를 고려하지도 않으며, 그 이유는 독점규제법의 태도에 대하여 앞서 설명한 바와 같다.

3. 최고RPM과 합리성의 원칙?

최고RPM이란 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 독점규제법 제29조에 따라 금지되지 않는다(법 제29조 제1항 단서). 동 단서조항은 일견 최고RPM에 대하여 합리성의 원칙을 채용한 것으로 해석될 여지도 있는바, 심사지침이 최고RPM의 경우에 효율성증대 효과와 소비자후생증대효과를 비교·형량하여 정당한 이유가 존재하는 경우에는 위법성이 부인될 수 있다고 규정하고 있는 것도 이러한 주장을 뒷받침하고 있다.

1980년 제정 당초부터 독점규제법은 일본 독점금지법의 예에 따라 RPM을 일률적으로 금지하고 있었다. 그에 따라 최고RPM도 강제성을 갖는 경우에는 달리 이를 허용할 여지를 두지 않고 있었다. 그 후 2001년 1월 법개정을 통해서 지금과 같이 독점규제법 제19조 제1항에 단서를 추가하여 최고RPM에 대한 특칙을 규정하게 되었다. 그런데 그 후에도 동 단서조항의 해석상 논란은 여전하였고, 그로부터 6년이 지난 2006년에 와서야 비로소 RPM의 위법성 판단기준을 포괄적으로 담은 심사지침이 마련되었던 것이다.

그런데 독점규제법 제29조가 최고RPM에 대하여 예외적으로 이익형량의 가능성을 두고 있다고 하여 최저RPM과 위법성의 본질이 달라지는 것은 아니다. 독점규제법이 최고RPM에 한하여 예외를 인정하고 있는 것은 그 행위에 내포된 강제성이나 구속성에 있어서는 최저RPM과 차이가 없으나, 그에 따른 효과에는 차이가 있을 수 있기 때문이다. 즉, 최저RPM의 경우 동법 제29조 제2항이 정하는 적용제외사유를 빼면 거래상대방인 판매업자의 가격결정의 자유 침해 및 그에 따른 브랜드내 가격경쟁의 제한이라는 부정적 효과 외에 달리 긍정적인 효과를 기대할 수 없는 반면, 최고RPM의 경우에는 비록 강제성이라는 측면에서는 최저RPM과

35) 根岸 哲·舟田正之, 앞의 책, 259면 이하, 265면 이하 참조.

다를 바 없으나 소비자후생의 증대를 기대할 수 있거나 브랜드간 경쟁을 촉진할 수 있는 등 거래상대방인 판매업자의 개별적인 가격결정의 자유와 비교형량할 만한 긍정적 사유가 존재할 수 있기 때문에 “예외적으로” 정당한 이유의 유무를 종합적으로 고려할 필요가 있음을 입법자가 염두에 둔 것이다.³⁶⁾

이러한 맥락에서 최고RPM에 대하여 미국식의 합리성원칙을 받아들인 것으로 해석하는 것 또한 법 제2조가 RPM의 개념요소로 강제성을 명시하고 있는 것과 부합하기 어렵다. 미국에서는 주로 RPM약정에 따른 브랜드 내 경쟁제한을 폭넓게 금지한다는 의미에서 종래 당연위법의 원칙을 채택하고 있었고, 그 후 브랜드간 경쟁촉진이나 판매효율성의 증대를 비교형량하는 원리로서 합리성의 원칙을 수용한 반면, 독점규제법은 당초부터 경쟁제한보다는 강제성과 그에 따른 판매업자의 자율침해에서 위법성을 찾고 있었기 때문이다. 그렇다면 독점규제법 제29조 제1항 단서는 일부 불공정거래행위의 유형에서 발견되는 ‘정당한 이유 없이’와 같은 맥락에서 이해하는 것이 타당할 것이다.³⁷⁾ 즉, 최고RPM도 강제성을 갖는 한 원칙적으로 금지되나 사업자가 이를 정당화할 사유를 입증할 책임을 진다는 것이다.³⁸⁾

4. RPM에 대한 적용제외의 법적 성격

독점규제법은 거래상대방의 가격결정의 자유를 침해하는 재판매가격유지행위, 특히 최저RPM을 ‘추가적인’ 위법성 판단 없이 금지하는 한편, 일정한 요건하에 적용제외를 인정하고 있다. 즉, 대통령령이 정하는 저작물과 동법 제29조 제2항 각호의 요건을 모두 갖춘 상품으로서 공정거래위원회의 사전 지정을 받은 경우에는 RPM에 대한 금지규정을 적용하지 않는다(법 제29조 제2항). 동항의 예외는

36) 「재판매가격유지행위 심사지침」은 최고RPM을 정당화사유의 구체적인 예로서 i) 시장 지배력이 없는 사업자가 유통업자와 전속판매계약을 체결하면서 유통업자가 지나치게 높은 이윤을 추구하지 못하도록 가격을 일정한 수준 이상으로 올리지 못하도록 하는 경우와 ii) 제조업자가 자사상품을 판매하는 유통업체가 소수이고 유통업체간 담합 등을 통한 가격인상의 가능성이 높아 경쟁사에 비하여 자사 상품의 경쟁력이 저하될 것을 우려하여 일정한 범위 내에서 최고가격을 설정하는 경우를 들고 있다.

37) 불공정거래행위 공동의 거래거절, 계열회사를 위한 차별, 계속적 염매는 당해 행위의 외형이 있는 경우에 정당한 이유가 없는 한 금지되고, 정당한 이유의 존재에 대한 입증책임은 피심인이 부담한다. 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결.

38) 일찍이 이러한 제안으로는 신광식, “재판매가격유지행위의 규제제도 개선방안”, 한국경쟁법학회 경쟁법연구회 편집위원회 (편), **경쟁법연구** 제5·6권 (한국경쟁법학회, 1994), 167-168면.

1980년 12월 독점규제법을 제정할 당시 일본 독점금지법을 참고하여 도입한 것으로 알려져 있는바, 일본의 경우 지정상품과 저작물에 대한 적용제외는 당초 경쟁정책과는 다른 경제정책상의 이유로 예외를 인정할 필요를 고려한 것으로서, 제조업분야의 과점화가 진행되고 저작물의 유통효율화가 저해되는 등 시장환경의 변화에 따라 현재는 그 축소 또는 폐지가 논의되고 있다.³⁹⁾

우리나라에서도 2007년 개정된 「재판매가격유지행위가 허용되는 저작물의 범위」⁴⁰⁾라는 고시에서 실용도서와 학습참고서를 제외한 모든 간행물(단, 발행일로부터 18개월이 경과된 간행물은 제외)과 일간신문을 적용제외대상 저작물로 지정하고 있는바, 동 예외의 취지가 저작물의 특성을 반영한 문화산업의 발전에 있음에도 불구하고 이와 같은 저작물의 범위는 2003년 1월 1일 이후 지속적으로 축소되고 있다. 이것은 저작물의 경우에도 자유로운 가격경쟁이 바람직하다는 판단에 따른 것으로서, 도서관매업자 내지 서점들에게 가격결정권을 보장하는 것이 문화정책적 고려보다 원칙적으로 우선함을 반영한 것이다. 즉, 저작물에 대한 적용제외는 RPM의 효율성 증대효과를 근거로 하는 것이 아닐 뿐만 아니라 어디까지나 제한된 범위에서 저작물이 갖는 문화적 가치를 고려한 것이라는 점에서 이러한 태도를 저작물의 RPM에 대한 합리성의 원칙 또는 당연위법에 대한 예외로 이해하는 것은 타당하지 않다.

그밖에 당해 상품의 품질이 동일하다는 것을 용이하게 식별할 수 있고, 일반소비자에 의하여 일상 사용되는 것으로서 자유로운 경쟁이 행해지고 있는 상품 중에서 공정거래위원회로부터 RPM을 사전에 허용 받은 상품은 현재 존재하지 않는다. 동 적용제외의 취지는 그 요건에서 알 수 있는 바와 같이 어떤 RPM이 위와 같은 요건을 충족하는 경우에는 결국 자유로운 경쟁이나 소비자의 이익을 침해하지 않을 것이기 때문이며, 공정거래위원회는 거래상대방인 사업자의 가격결정권 침해와 소비자의 이익 간에 통상적인 비교형량을 거쳐 지정 여부를 결정하게 된다.

5. 소결

미국 독점금지법상 RPM의 개념에는 서면법 제1조가 정하는 바와 같이 재판매가격유지에 관한 양 당사자의 합의 또는 사실상의 재판매가격유지가 포함되어 있어 금지되는 거래제한의 범위가 매우 넓고, 동조의 목적 또한 경쟁제한을 규제하

39) 鈴木加人, 獨禁法の運用と不正な去來方法 (嵯峨野書院 2005), 78면 이하.

40) 공정거래위원회 고시 제2007-9호, 2007. 10. 10.

는 데에 있기 때문에 경쟁을 제한하지 않거나 효율성증대 등 다른 긍정적 효과가 인정되는 경우에 당연위법의 원칙이 언제나 타당할 수 없고, 그 결과 합리성의 원칙으로 전환하기에 이른 것이다. 그 당연한 결과로 서면법 제1조 위반사례는 거래관계의 불공정성을 문제 삼는 것이 아니며, 우리나라나 일본의 법체계와 부합하지도 않는다.

반면, 우리나라의 경우 독점규제법상 RPM이란 합의에 기한 것인지 여부가 중요하지 않고, 종합적으로 고려할 때 강제성을 갖는 RPM을 가리킨다는 점에서 미국의 RPM보다 대상범위가 적다. 그 결과 독점규제법상 RPM에는 그 정의상(by definition) 이미 나름의 위법성 요소가 포함되어 있어 미국식의 당연위법을 논할 여지가 없고, 입법자는 이처럼 제한된 범위의 RPM의 경우 동법이 정한 예외를 제외하면 달리 긍정적인 효과를 기대할 수 없다는 전제에 서있는 것이다. 아울러 독점규제법이 정하는 적용예외사유란 소비자이익을 충분히 보호할 수 있는 경우나 저작물에 관한 문화정책적 고려를 말하며, 이때 침해되는 판매업자의 가격결정의 자유와 소비자이익 또는 문화정책상 이익을 공정거래위원회가 비교형량할 수 있도록 위임하고 있는 것이다.

끝으로, 독점규제법이 최저RPM과 최고RPM에 대하여 정당한 사유의 고려 여부에 있어서 차등을 두고 있는 것은 전자와 달리 후자의 경우 효율성증대나 소비자이익 제고 등의 긍정적 효과가 예외적으로 발생할 수 있고, 이 경우에도 입법자가 공정거래위원회로 하여금 추가적인 이익형량을 할 수 있도록 규정하고 있는 것이어서 양자의 차등취급에는 일은 합리적인 사유가 있다고 할 것이다.

IV. 이 사건 법률조항의 위헌 여부 판단

위에서 살펴본 바에 기초하여 서울고법 위헌법률심판제청신청 사건에서 있었던 이 사건 법률조항에 대한 위헌 주장을 중심으로 위헌여부를 살펴본다.

1. 관련 기본권과 심사기준

(1) 관련 기본권

이 사건 법률조항에 의하면 제조업, 서비스업 등에 종사하는 사업자가 상품 또는 용역을 거래할 때 거래상대방 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 최저 또는

최고 RPM을 강제하거나 구속조건을 붙일 수 없게 된다. 따라서 제조업자 또는 유통업자인 사업자들은 다음 유통단계에서의 가격에 영향을 미칠 수 없게 되며, 그러한 범위에서 헌법 제15조에서 보장하는 직업의 자유의 하나인 직업행사의 자유, 즉 영업의 자유가 문제될 수 있다.

나아가 사업자들이 거래하면서 재판매가격에 대한 조건 등을 계약의 내용으로 자유롭게 정할 수 없는 점에서 일반적 행동자유권의 하나인 계약의 자유 역시 검토대상이라고 볼 수 있다.

또한 이 사건 법률조항의 단서에 의하면 최고RPM에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에는 금지되지 않는다고 규정하고 있어, 최저RPM을 강제하고자 하는 사업자와 달리 취급받고 있으므로 평등권이 침해되고 있다는 점 역시 검토할 필요가 있다.

(2) 심사기준

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로서 제한할 수 있다”고 선언하고 있으며, 헌법재판소는 이를 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙의 근거로 보고 있다. 비례의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것으로서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성의 4가지 지표로 이루어져 있으며 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.⁴¹⁾

따라서 원칙적으로 기본권 제한적 법률의 위헌심사는 비례의 원칙을 준수하였는지 여부에 의하여야 하며, 이는 그 자체로 엄격한 기준에 해당한다. 무엇보다 피해의 최소성을 엄격히 요구하는 경우 입법자가 이를 충족시키기는 대단히 어렵다.⁴²⁾ 이러한 문제를 해결하기 위하여 기본권과 규제영역에 따라 서로 다른 심사의 기준을 적용해야 한다는 입장들이 제시되고 있으며,⁴³⁾ 헌법재판소도 기본권제한입법에 해당한다 하더라도 입법재량이 인정되는 일정한 경우에는 과잉금지원칙에 따른 엄격한 심사에 의하여 법률의 위헌성을 판단하지 않는다는 입장을 취하고 있다.⁴⁴⁾

41) 헌법재판소 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 374.

42) 독일연방헌법재판소의 실무에서도 비례성심사는 무엇보다 필요성 심사, 즉 최소침해성 심사가 가장 중요한 역할을 수행한다. Pieroth/Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II* (1999), 정태호(역), **독일기본권개론** (헌법재판소, 2000), 107쪽(Rn 294).

43) 이러한 다양한 심사기준으로 제시되고 있는 것으로 이중기준의 원칙, 과소보호금지의 원칙 등이 있다. 양건, **헌법강의 I**, 법문사, 2007, 238-246쪽.

44) 헌법재판소 판례의 완화된 심사기준에 대하여는 전종익, “위헌심판의 심사기준 - 선거운동과 표현의 자유를 중심으로-”, **서울법학** 제18권 제1호(2010. 5), 253-255쪽 참조.

헌법 제15조는 ‘모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다’고 규정하고 있고, 이는 직업결정의 자유, 전직의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유 등을 그 내용으로 하는 종합적이고 포괄적인 직업의 자유를 보장하는 것이다. 한편, 직업의 자유는 다른 기본권들과 마찬가지로 기본권제한입법의 한계조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한 할 수 있다. 다만 헌법재판소는 직업의 자유를 구체적으로 어느 정도까지 제한할 수 있는지에 관하여, 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업수행의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 폭 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 일관되게 판시해왔다.⁴⁵⁾

이에 따라 헌법재판소는 소주판매업자에게 자도소주의 구입의무를 부과한 자도소주구입명령제에 대한 결정에서, 입법자에게는 경제정책의 목표와 그 목표를 달성하기 위하여 적합한 수단을 결정하는데 있어서 광범위한 형성의 자유가 부여된다고 하면서 침해의 정도와 공익의 비중을 전반적으로 비교·형량하여 양자사이에 적정한 비례관계가 이루어졌는지 여부에 의하여 판단하였고(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680), 다단계 피라미드식 판매를 금지한 방문판매등에관한법률 규정에 대한 심사에서도 최소침해의 판단을 완화하여 엄격하게 적용하지 않았다(헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607). 나아가 술을 판매하여서는 안 되는 청소년의 연령을 19세미만으로 정한 청소년보호법 규정이 주점경영자의 직업수행의 자유를 침해한 것인지 여부가 문제된 경우에도 침해의 최소성을 명시적으로 판단하지 않고 합리성을 갖추고 있는지 여부에 의하여 판단하였고(헌재 2001. 1. 18. 99헌마555, 판례집 13-1, 119), 약국의 셔틀버스운행을 금지한 여객자동차운수사업법 규정에 대한 위헌판단 역시 필요성과 수인한도 내의 것인지 여부의 완화된 심사에 의하여 이루어졌다(헌재 2002. 11. 28. 2001헌마596, 판례집 14-2, 734, 743-746).

그밖에 법무사 사무원 수의 제한(헌재 1996. 4. 25. 95헌마331, 판례집 8-1, 465), 약사의 한약제조권 제한(헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651), 터키탕업소에서 이성의 입욕 보조자 금지(헌재 1998. 2. 27. 97헌마64, 판례집 10-1, 187), 부동산중개업자에 대한 법정수수료제도(헌재 2002. 6. 27. 2000헌마642등, 판례집 14-1, 644), 교통수단을 이용하여 타인의 광고를 할 수 없도록 한 경우(헌재 2002. 12. 18.

⁴⁵⁾ 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365; 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537; 헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583; 헌재 1999. 9. 16. 96헌마39, 판례집 11-2, 343; 헌재 2000. 7. 20. 99헌마455, 판례집 12-2, 153; 헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441 등.

2000헌마764, 판례집 14-2, 856) 등 다수의 결정에서 비례의 원칙을 엄격하게 적용하지 않고 상당히 완화된 심사기준에 의하여 위헌여부를 판단하였다.⁴⁶⁾

또한 헌법재판소는 헌법 제10조에 포함된 계약의 자유가 절대적인 것이 아니며 특히 약자보호, 독점방지, 실질적 평등, 경제정의 등의 관점에서 법률상 제한될 수 있음은 말할 것도 없고 국가의 과세작용과 관련하여서도 적지 않은 계약을 받지 않을 수 없다고 하면서, 국가는 조세법률주의 기타 헌법적 한계를 준수하는 한, 재정수입, 사회적·경제적 규제와 조정을 위하여 사적 자치에 개입하거나, 사법상 법률행위의 내용 및 효력에 간섭할 수도 있으며, 그러한 개입과 간섭의 수단 및 정도의 선택은 일차적으로 입법자의 정책판단·형성에 맡겨져 있다고 판시하여 왔다(헌재 1999. 5. 27., 97헌바66등, 11-1, 589; 헌재 2002. 1. 31. 2000헌바35, 판례집 14-1, 14, 22 등). 이러한 헌법재판소의 계약의 자유에 대한 판시취지에 비추어 보면 비록 계약의 자유가 제한되는 경우 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한 입법의 한계를 준수하여야 한다하더라도 엄격한 비례의 원칙에 의하여 심사하여야 한다고 볼 수는 없다.⁴⁷⁾

게다가 평등원칙과 관련하여 헌법재판소는 일관되게, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역에서 차별이 있거나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우 엄격한 비례심사를 행하여야 하며(헌재 1999. 12. 23. 98헌바363, 판례집 11-2, 771), 그 이외의 경우에는 자의금지 심사로 족하다는 입장을 취하여 왔다. 이 사건 법률조항에 의한 차별이 헌법에서 특히 금지하고 있는 차별에 해당되는 것으로 볼 수는 없으며, RPM에 대한 제한으로 말미암아 사업자들의 영업에 중대한 차질이 초래되는 등 그 자체로 영업의 자유 등의 중대한 제한을 초래하는

46) 물론 판례에 따라서는 일반론과 달리 직업선택의 자유의 경우와 다르지 않게 형식적으로 비례원칙의 4단계의 심사를 모두 행한 경우도 존재한다. 그러나 헌법재판소는 직업의 자유의 위헌심사기준에 대한 일반적인 서술에서 일관되게 직업수행의 자유에 대한 완화된 심사를 시사하고 있고, 비례원칙 자체도 기본권 제한정도에 따라 4가지 지표를 적용할 때 엄격한 비례의 원칙과 완화된 비례의 원칙으로 구분하여 적용될 수 있는 점(이명웅, “비례의 원칙의 2단계 심사론” 헌법논총 제15집, 2004, 530-534쪽)에서 보면 이러한 결정들이 엄격하게 비례원칙을 적용하였다고 단정할 수는 없다.

47) 따라서 계약의 자유가 문제된 일부 결정에서 헌법재판소가 위헌판단을 하면서 4단계의 비례원칙 위반여부를 적용하여 심사하였다 하더라도(예를 들면 헌재 2006. 3. 30., 2005헌마349, 판례집 18-1 상, 427; 헌재 2008. 9. 25., 2005헌바81, 판례집 20-2 상, 462) 이들 역시 엄격하게 심사한 것으로 볼 수는 없다.

것으로 볼 수 없는 점에서 평등원칙 위반의 측면에서 보더라도 엄격한 비례관계의 심사대상이라 볼 수는 없다.

이와 같이 이 사건 법률조항에 의하여 문제되는 기본권과 그 심사기준들을 종합하여 보면 이 사건 법률조항의 위헌성 판단은 비례의 원칙이 적용된다 하더라도 상당히 완화되어 심사가 이루어져야 하며 결국 입법자의 판단이 현저히 자의적이어서 기본권 제한의 합리적인 재량의 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 한다.

이하에서는 일단 비례의 원칙에 맞추어 검토를 하되 4단계의 개별 판단을 엄격하게 행하지 않는 방법으로 이 사건 법률조항의 위헌성 여부를 판단하기로 한다.

2. 이 사건 법률조항이 최저RPM에 대하여 당연위법을 규정하고 있는지, 그 결과 정당한 이유의 유무를 묻지 않고 금지함으로써 과잉금지의 원칙에 반하는지 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

헌법 제119조 제2항은 “국가는 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 규정함으로써, ‘독점규제와 공정거래유지’를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 규정하고 있다. 헌법이 국가의 경제정책 목표의 하나로서 “독점규제와 공정거래유지”를 규정하고 있는 것은 경제를 그대로 사회에 맡겨놓는 경우 시장에 내재하는 경제력의 집중 또는 시장지배적 경향으로 말미암아 반드시 경제의 자유가 제한받게 되므로 국가의 법질서에 의하여 공정한 경쟁질서를 형성하고 확보하는 것이 필요하며 공정한 경쟁질서의 유지는 자연적인 사회현상이 아니라 국가의 지속적인 과제라는 인식에 그 바탕을 두고 있다. 국가의 경쟁정책은 시장지배적 지위의 남용방지, 기업결합의 제한, 부당한 공동행위의 제한, 불공정거래행위의 금지 등을 통하여 시장경제가 제대로 기능하기 위한 전제조건인 가격과 경쟁의 기능을 유지하고 촉진하려고 하는 것이며, 특히 불공정거래행위에 대한 제한은, 외관상 일반적 거래행위로 보이는 것이라고 하더라도 실제로는 우월적 경제력의 남용 등으로 가격과 경쟁을 왜곡하여 시장경제가 제대로 기능하기 어렵게 만드는 행위를 제한하여 공정한 경쟁상태를 회복시키려고 하는 것이라 할 수 있다(헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 97).

사업자가 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 최저

거래가격을 정하여 강제하거나 이를 위해 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하면 거래상대방은 판매하는 가격을 자유롭게 결정할 수 없게 됨으로써 직접적으로 가격결정의 자유를 제한받게 된다. 나아가 거래상대방이 당해 상품 또는 용역을 판매하는 단계에서 보면 가격경쟁을 자유롭게 할 수 없게 되며 이는 결국 소비자의 이익을 훼손하는 결과를 초래하게 된다.

따라서 최저RPM을 금지하는 것은 거래상대방의 가격경쟁의 자유를 보장하며 시장에서 판매가격에 의한 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 궁극적으로 소비자를 보호하기 위한 것으로 헌법상 부여된 국가의 과제인 시장경제가 제대로 기능하기 어렵게 만드는 행위를 제한하여 공정한 경쟁상태를 회복시키려는 것에 해당한다.

또한 이 사건 법률조항에 의하면 강제적인 최저RPM은 금지되며 이를 위반한 경우 공정거래위원회는 당해 사업자에 대하여 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위해 필요한 조치를 명할 수 있다(독점규제법 제31조). 게다가 공정거래위원회는 일정한 범위에서 과징금을 부과할 수 있으며(같은 법 제 31조의 2) 나아가 RPM을 한 자 또는 시정조치에 응하지 아니한 자의 경우 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처해질 수도 있다(같은 법 제67조 제4호, 제6호). 따라서 이 사건 법률조항에 의하면 최저RPM이 금지됨으로써 시장에서 가격경쟁을 제한하는 요소가 없어지게 되므로 이는 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단이라 할 수 있다.

(2) 피해의 최소화

최저RPM은 판매업자들이 가격경쟁의 압력을 피하기 위하여 제조업자에게 집단 보이콧이나 차별취급 등을 수단으로 RPM을 요구하거나 강제하여 이루어질 수도 있고, 제조업자와 판매업자의 양자가 모두 판매가격을 일정한 수준 이상으로 유지한다는 것에 의사가 일치하여 합의에 의하여 이루어질 수도 있다. 이러한 모든 경우에 공통적으로 가격에 의한 경쟁이 제한되어 가격인하가 이루어지기 어렵고 결국 소비자의 후생과 국민경제의 균형 있는 발전을 저해하게 된다.

그럼에도 불구하고 입법자는 독점규제법 제2조 제6호에서 RPM의 범위를 거래가격을 정하여 강제하거나 이를 위해 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 경우로 규정함으로써 위와 같이 경쟁제한적인 효과를 가지는 여러 가지 유형의 최저RPM 가운데 특히 사업자에 의하여 최저가격이 강제됨으로써 거래상대방의 가격결정의 자유를 침해하는 일부의 경우만을 제한적으로 금지하고 있다.

또한 RPM이 행하여지는 경우 상품 또는 용역의 판매나 제공에서 가격을 기준으로 한 경쟁이 제한된다 하더라도 가격 대신 품질이나 서비스를 중심으로 한 경쟁이 촉진될 수 있고, 판매업자의 마진을 보장하여 유통망을 효과적으로 확보할 수 있도록 하며, 비용과 노력을 들여 확보한 유통망과 제품에 대한 고양된 인식 내지 평판에 무임승차하는 것을 방지하는 등 긍정적인 측면이 동시에 나타날 수도 있음을 부정할 수 없다. 입법자는 이러한 사정을 고려하여 독점규제법 제29조 제2항과 제3항에서 일정한 저작물이나 당해 상품의 품질이 동일하다는 것을 용이하게 식별할 수 있고 일반소비자에 의하여 일상적으로 사용되며 기타 당해 상품에 대하여 자유로운 경쟁이 행하여지는 경우 공정거래위원회에 신청하여 RPM을 할 수 있도록 지정받을 수 있도록 하고 있다. 이는 상품의 성격, 소비자들의 당해 상품시장에 대한 인식의 용이성 그리고 실제 당해 상품의 시장현황 등을 고려하여 비록 최저RPM이 강제적으로 행하여진다 하더라도 종합적으로 당해시장에서의 경쟁과 소비자의 후생에 부정적인 영향을 미치지 않는다고 판단되는 경우 그 예외를 인정할 수 있도록 하는 것이다. 이에 의하면 비가격적 요소에 의한 경쟁이 실질적으로 이루어지고 있거나 유통에서의 무임승차 방지 등을 위한 부득이한 RPM은 실제 시장상황에 따라 허용될 가능성이 열려있다고 볼 수 있다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 최저RPM 중 행위의 측면에서 일방에 의하여 강요되는 일부만을 제한하고 있고 그러한 경우에도 관련규정에서 RPM의 시장에 대한 효과를 고려하여 허용될 수 있는 예외를 인정하고 있는 점에서 재판매가격을 정하고자 하는 사업자의 영업의 자유 등이 불필요하게 제한될 수 있는 위험을 제거하기 위한 노력을 충분히 하고 있는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 피해의 최소성 원칙에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

(3) 법익의 균형성

이 사건 법률조항의 최저RPM 금지에 의하면 거래상대방의 영업의 자유 중 하나인 가격결정의 자유가 보호될 뿐 아니라 당해 상품 또는 용역 시장에서의 경쟁이 촉진됨으로써 관련된 다수 기업활동의 창의성과 불특정 다수 소비자의 후생이 증진되는 점에서 보호되는 공익은 상당히 크다.

반면 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 것은 당해 사업자의 영업의 자유 중 극히 일부인 최저RPM에 불과하며 그 중에서도 이를 강제적으로 실현하는 경우에 한정된다. 이것이 제한된다고 하여 당해 사업자의 영업에 막대한 지장을 초래하거

나 영업의 자유 등을 상실하였다고 볼 수는 없는 점에서 이로써 상실되는 이익은 상대적으로 크지 않다.

따라서 이 사건 법률조항이 보호되는 공익과 침해되는 이익 사이에 불합리하게 형량하여 신청인의 이익만을 일방적으로 침해하고 있다고 볼 수는 없다.

(4) 소결

이상에서 보는 바와 같이 이 사건 법률조항은 시장경제가 제대로 기능하기 어렵게 만드는 행위의 하나인 최저RPM을 금지하여 공정한 경쟁상태를 회복시키려는 것으로서 헌법상 부여된 국가의 과제를 수행하기 위한 것에 해당하며, 이로 인한 기본권 제한을 최소한도로 하기 위하여 합리적인 노력을 다한 것으로 볼 수 있고 관련 이익간의 형량 역시 불합리한 것으로 볼 수 없다. 따라서 비록 이 사건 법률조항에 의하여 신청인의 영업의 자유 등이 일부 제한된다고 하더라도 이를 불필요한 제한으로서 불합리하여 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다.

3. 이 사건 법률조항이 최저RPM과 최고RPM을 다르게 접근하는 것이 부당하게 평등권을 침해하는지 여부

신청인은 이 사건 법률조항에 의하여 최고RPM을 한 사업자에 비하여 최저RPM을 한 사업자들이 불합리하게 차별받고 있다고 주장하였다. 독점규제법 제29조 제1항 단서에 의하면 정당한 이유가 있는 최고RPM의 경우 금지되지 않는 것으로 규정되어 있는 반면, 최저RPM을 금지하고 있는 동조 제1항 본문이 정당한 이유에 의한 예외를 인정하지 않고 있으므로 사업자의 자유를 불필요하게 제한하여 피해최소성의 요건에 위반된다는 것이다.

기본적으로 기업독점의 심화나 카르텔 등 담합행위가 시장에 미치는 영향의 가장 대표적인 것이 경쟁에 의한 가격의 인하가 제한되는 점이다. 같은 맥락에서 경쟁 제한에 의한 소비자 후생의 저해는 시장경쟁에 의하여 보다 질 좋은 제품과 용역을 저렴한 가격으로 구입하여 소비할 수 있는 기회가 박탈되는 점에 중점이 있다. 이러한 점에서 보면 최저RPM은 시장에 미치는 영향의 면에서 공정하고 자유로운 경쟁을 제한하여 국민경제에 악영향을 미치는 대표적인 것의 하나라고 할 수 있다.

반면 최고RPM의 경우 일방사업자의 강제에 의하여 행하여진다 하더라도 결과의 면에서 시장에서 가격 상승이 억제되고 방지되는 효과가 있는 점에서 시장에 미

치는 영향이 근본적으로 최저RPM과 다르다. 또한 소비자의 후생에 악영향을 미치는 결과 역시 다름이 명백하다. 입법자가 독점규제법 제29조 제2항의 예외에 해당하지 않는 경우에도 개별적인 시장의 상황과 사업자 간의 관계 등 구체적인 사정에 따라 정당한 이유가 인정되는 일정한 경우 최고RPM이 허용될 수 있도록 하고 있는 것은 이와 같은 최고RPM과 최저RPM의 시장경쟁 및 소비자후생에 대한 결과의 차이를 고려한 것이라 할 수 있다.

이와 같이 시장에서의 효과를 중심으로 최고RPM의 정당한 이유가 판단되는 점은 공정거래위원회의 적용실무를 통하여도 확인할 수 있다.⁴⁸⁾ 대표적으로, 2007년 8월의 아이비클럽사건⁴⁹⁾에서는 교복제조업체가 판매대리점에 대하여 동복 및 하복의 판매가격을 각각 195,000원과 85,000원으로 지정하고, 그 준수 여부에 따라 대형유통업체 입점수수료를 차등 지원하는 방법으로 이행을 강제하였다는 이유로 법 제29조 제1항 위반이 인정되었다. 피심인은 자신의 행위가 “언론 및 시민단체 등의 사회적 비난을 예방하여 기업이미지를 제고하고 대리점들의 지나친 이윤추구행위를 방지하고자 적정이윤을 고려하여 최고가격을 설정”한 것이라고 정당한 이유를 주장하였으나, 공정거래위원회는 동 행위가 오히려 대리점간 수평적 가격협정으로 기능하였거나 기능할 우려가 크고, 가장 핵심적인 경쟁수단인 대리점의 가격결정권을 제한하는 대신 무엇보다 효율성증대 내지 소비자후생증대효과를 기대할 수 없다는 이유를 들어 이를 받아들이지 않았다.

이와 같이 정당한 이유에 의한 예외 자체가 가격 경쟁으로 인한 시장경쟁 및 소비자후생에 대한 결과의 근본적인 차이를 반영하는 것이라는 점에서, 최저RPM

48) 물론 최저RPM에 대한 특칙이 규정된 이래 규제사례가 지극히 드문 점에서 실제 적용 사례의 의의는 제한적으로 인정될 수밖에 없다. 당초 1980년 12월 독점규제법을 제정할 당시에는 RPM을 금지할 뿐이었고, 이를 최저RPM과 최고RPM으로 나누어 후자의 경우 정당한 이유가 있는 경우에 예외를 인정하지 않고 있었다. 그 후 2001년 1월 법 개정을 통해서 지금과 같이 독점규제법 제19조 제1항에 단서를 추가하여 최고RPM에 대한 특칙을 규정하게 되었다. 2001년 독점규제법 개정 이후 최고RPM에 대한 규제사례는 지극히 드물다. 그 원인은 무엇보다 우리나라의 경우 일반적으로 제조업자가 대리점 등 판매업자에 대하여 우월적인 지위를 갖는 상황에서 자신의 브랜드가치 유지나 이윤극대화를 위해서 최저RPM의 유인이 있을 뿐이고, 최고RPM을 통하여 인위적인 저가격정책을 전개하거나 판매업자들의 이윤율을 제한할 이유가 없다는 점에서 찾을 수 있다. 그 결과 최고RPM이 행해지는 경우 자체가 거의 없기 때문에 이를 규제한 경우도 거의 없었다.

49) 공정거래위원회, 의결 제2007-402호(2007. 8. 14.). 이 사건에서도 대리점계약서에 본사의 가격정책에 협력하지 않을 경우 계약을 해지할 수 있다는 다소 포괄적인 조항이 들어 있었다.

에서는 이론적으로 정당한 이유가 있는 경우 자체가 존재할 수 없다. 따라서 정당한 이유가 있는 경우 최저RPM이 허용되는 것으로 규정하는 것은 그 자체 법적으로 의미를 가질 수 없다.

요컨대, 이 사건 법률조항은 RPM의 행위 측면뿐만 아니라 그 효과를 고려하여 규정된 것으로서 최고RPM과 최저RPM이 당해 상품 시장에 미치는 영향과 이로 인하여 발생하는 소비자들의 후생에 대한 악영향에 차이가 나며, 이러한 점을 근거로 한 최저RPM의 금지가 필요한 범위를 넘어 자의적이거나 불합리하다고 보기 어려운 이상, 비록 신청인이 최고RPM을 행한 자에 비하여 영업의 자유 등의 기본권의 행사에 일부 더 제약을 받고 있다 하더라도 이로써 신청인이 평등권을 침해받는다고 할 수는 없다.

V. 요약 및 결론

1. 요약

독점규제법 제29조 제1항 본문이 금지하고 있는 최저RPM은 수직적 거래관계에서 판매업자의 가격결정의 자유를 일방적으로 제약하는 행위를 의미하고, 이것이 실효성을 갖출 경우에는 곧 브랜드내 가격경쟁을 제한하게 된다. 따라서 독점규제법상 최저RPM을 강제 또는 구속하는 행위에 대해서는 추가적으로 위법성 요소를 요하지 않는 것으로 해석된다. 학설, 공정거래위원회의 심결 및 판례 또한 대체로 이와 태도를 같이 하고 있다. 그밖에 독점규제법 제29조 제1항 단서가 최고RPM에 대해서 경쟁촉진이나 효율성증대와 결부된 미국 독점금지법상 합리성의 원칙을 도입한 것으로 보기는 어려우며, 강제 내지 구속조건을 통한 RPM의 실효성 확보수단이 인정되고 달리 이를 정당화할 사유가 제조업자에 의해서 입증되지 않는 한 원칙적으로 위법한 것이 될 뿐이다.

RPM에 대한 독점규제법의 규제태도를 미국식의 당연위법으로 규정하기는 곤란한데, 그 이유는 법 제2조 6호가 RPM의 개념을 정의하면서 이미 ‘강제성’이나 ‘구속조건’을 규정함으로써 판매업자의 자율적인 가격결정권 침해라는 규범적 무가치판단을 포함시키고 있기 때문이다. 또한 사적자치를 기초로 하는 시장경제에서 거래상대방의 경쟁상 자유를 침해하는 것을 정당화할 사유란 소비자후생이나 기타 공익 등 사익에 우선하는 이익 내지 가치와 같이 매우 제한적일 수밖에 없

는바, 독점규제법은 이를 동법 제29조 제2항의 지정상품이나 일정한 저작물에 대한 적용제외의 범위 내에서 고려할 수 있도록 공정거래위원회에 위임하고 있다. 따라서 독점규제법이 RPM에 대해서 위법성 여부를 묻지 않고 금지한다거나 다른 긍정적 효과를 고려할 여지가 전혀 없다는 주장은 타당하지 않다.

신청인은 이 사건 법률조항에 의하여 영업의 자유, 계약의 자유 및 평등권이 침해되었다고 주장하였다. 종래 헌법재판소의 판례취지에 의하면 이러한 기본권의 침해여부 판단은 원칙적으로 엄격한 과잉금지원칙이나 평등심사의 대상에 해당하지 않는다. 이 사건 법률조항은 시장경제가 제대로 기능하기 어렵게 만드는 행위의 하나인 RPM을 금지하여 공정하고 자유로운 경쟁상태를 회복시키려는 것으로서 헌법상 부여된 국가의 과제를 수행하기 위한 정당한 목적을 위한 것이며, 그러한 목적 수행을 위한 적합성 수단에 해당한다. 나아가 금지의 범위를 판매업자의 자유로운 가격결정권을 침해하는 RPM으로 제한하고, 금지에 대한 예외를 인정하는 등 이로 인한 기본권 제한을 최소한도록 하기 위한 합리적인 노력을 다하고 있으며, 관련 이익간의 형량 역시 불합리한 것으로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반되는 것으로 볼 수 없다. 마찬가지로 이와 같이 최저RPM의 금지가 필요한 범위를 넘어 자의적이거나 불합리하다고 보기 어려운 이상, 경우에 따라서 그와 효과를 달리할 수 있는 최고RPM에 대하여 정당한 이유의 유무를 고려할 수 있도록 규정한 것이 평등권을 침해한 것으로 볼 수도 없다.

2. 결론

미국 서면법 제1조의 거래제한유형으로서 판례법으로 발전된 법리가 우리나라에 그대로 소개되면서 독점규제법상 RPM규제의 성격과 체계적 지위 등에 대하여 적지 않은 혼선이 존재하고 있다. 그런데 독점규제법 제29조가 금지하고 있는 재판매가격유지행위, 즉 RPM은 수직적 가격제한으로서 판매업자에게 재판매가격을 강제 또는 구속하는지 여부를 기준으로 위법성이 판단되며, 그 실질에 있어서 제조업자와 판매업자간의 개별적 거래관계에서 나타나는 불공정거래행위의 하나로 이해하는 것이 타당하다. 나아가 RPM은 흔히 계속적 거래관계에서 구속조건과 결부되어 행해진다는 점을 고려할 때, RPM의 강제성이나 구속성 판단 및 나아가 정당한 이익형량에 있어서 관련된 계약관계 전체를 종합적으로 분석할 필요가 있다. 독점규제법은 이와 같은 종합적 고려가능성을 RPM의 개념에서 이미 예정해두고 있으며, 공정거래위원회의 심결과 법원의 판례 또한 이러한 접근방법을 취하고 있다.

동법 제29조 제1항에 따라 위법성을 판단함에 있어서 별도로 경쟁제한성을 고려하지 않는다는 점에서 RPM을 정당화하는 사유 또한 경쟁촉진효과와는 무관하며, 최고RPM의 경우에 한하여 그것이 가져올 독점적 판매업자의 남용방지나 판매업자간 담합억제를 통한 소비자후생증대효과 등이 제한적으로 고려될 수 있을 뿐이다. 이처럼 최저RPM과 최고RPM의 규제상 차이는 동일한 것을 달리 취급한다는 의미에서 차별이 아니라, 각각이 시장에 미치는 효과의 차이에 기초하여 경쟁정책적 판단에 입각한 입법자의 결단으로서 공정거래위원회나 법원의 합리적 해석에 의해서 금지요건의 차이가 구체화될 수 있는 것이다. 지금까지 공정거래위원회나 법원의 실무는 최저RPM의 위법성 요소로서 강제성을 적극적으로 판단하고 있으며, 최고RPM의 경우 정당한 이유 또한 합리적으로 고려함으로써 부당한 차별의 소지를 제거하고 있다.

헌법은 국가경제정책 목표의 하나로서 특히 “독점규제와 공정거래유지”를 규정하여 시장경제 자체에 내재되어 있는 경제력의 집중 또는 시장지배적 경향에 대비하여 국가로 하여금 법질서에 의해 공정한 경쟁질서를 형성하고 확보하도록 과제를 부여하고 있다. 따라서 시장지배적 지위의 남용방지, 불공정거래행위의 금지 등은 시장경제가 제대로 기능하기 위한 전제조건으로서 비록 이로써 일정한 영업행위 등을 자유롭게 할 수 없게 된다 하더라도 그 수단이 필요한 정도를 넘어 불합리한 것인 아니라면 헌법상의 경제질서나 기본권 보장의 취지에 위반되는 것이라 할 수 없다. 이러한 맥락에서 볼 때, 이 사건 법률조항은 시장에서 공정하고 자유로운 경쟁질서를 확립하기 위한 규정으로서, 비록 신청인의 영업의 자유 등 기본권이 일부 문제된다고 하더라도 그것이 불필요한 제한으로서 불합리하여 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어나 과잉금지원칙을 위반하였다거나 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 않는다.

투고일 2010. 8. 16

심사완료일 2010. 9. 1

게재확정일 2010. 9. 3

참고문헌

- 권오승, **경제법** 제8판 (법문사, 2010).
- 신광식, “재판매가격유지행위의 규제제도 개선방안”, 한국경제법학회 경쟁법연구 편집위원회 (편.), **경쟁법연구** 제5·6권 (한국경제법학회, 1994).
- 신현윤, **경제법** 제2판 (법문사, 2007).
- 양 건, **헌법강의 I** (법문사, 2007).
- 이동신, “재판매가격유지행위와 가격표시제의 문제점”, 경제법의 제문제, **재판자료** 제87집 (2000).
- 이명웅, “비례의 원칙의 2단계 심사론”, **헌법논총** 제15집 (2004).
- 이봉의, “독점규제법상 재판매가격유지행위의 성격과 규제체계에 관한 고찰”, **서울대학교 법학** 제48권 제4호 (2007. 12).
- 이호영, 독점규제법 개정판 (홍문사, 2010).
- 전종익, “위헌심판의 심사기준 - 선거운동과 표현의 자유를 중심으로 -”, **서울법학** 제18권 제1호(2010. 5).
- 정호열, **경제법** 제2판 (박영사, 2008).
- Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (THOMSON/WEST, 2005).
- Jones/Sufrin, *EC Competition Law* (Oxford University Press, 2004).
- Pieroth/Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II* (1999), 정태호(역), 독일기본권개론 (헌법재판소, 2000).
- Ritter/Braun, *European Competition Law*, 3rd Ed. (Kluwer Law International, 2004).
- 根岸 哲·舟田正之, 獨占禁止法 概説 第3版 (有斐閣, 2006).
- 鈴木加人, 獨禁法の運用と不公正な去來方法 (嵯峨野書院, 2005).

<Abstract>

A Study on the Constitutionality of Prohibition of Resale Price Maintenance under the Korean Anti-Monopoly Act

Bong-Eui Lee* · Jong-Ik Chon**

Unlike that of U.S. antitrust, minimum “Resale Price Maintenance” (RPM) prohibited in Art.29 I of the “Monopoly Regulation and Fair Trade Act” (MRFTA) means an unilateral conduct that would restrain sellers’ freedom to decide their prices. Such conduct, if coerced successfully, is deemed to hinder the so called “intra-brand competition”. Therefore, a coercion of minimum RPM does not require any further element of illegality and is deemed to be illegal notwithstanding other business reasons. Most commentators, decisions of the KFTC and courts go the same way. Besides, The argument that the proviso of Art.29 I, which exempts maximum RPM, given any reasonable justifications such as its pro-competitive or efficiency enhancing effect, from the prohibition, should not be interpreted in that way the MRFTA adopts a kind of “rule of reason” in terms of U.S. antitrust, can not be agreed on. A maximum RPM would be just illegal, if it is successfully enforced and can not be proved to be justifiable by the challenged manufacturer.

It is asserted that the Article 29 I of the MRFTA would restrict the freedom of business and contract, and equal protection. The Constitutional Court has not decided the constitutionality of the statutes restricting these basic rights by the strict standard in many cases. The clause has the purpose to recover the status of fair and free competition. which is, the Constitution provides, one of the government's important roles. As the clause prohibits only the RPM which infringes the seller's right to decide price and there are some exceptions, it is appropriate and least restrictive means to accomplish the purpose. The Congress also makes good balancing

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

** Assistant Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

of interests when making the clause. So, it does not violate the rule against excessive restriction of Article 37 II of the Constitution. As we may not say that the clause is irrational or arbitrary, it could not be decided that it discriminate the lowest price RPM with the highest price RPM unconstitutionally.

Key words: resale price maintenance, RPM, Sherman Act, *per se*, rule of reason, intrabrand competition, coercion, efficiency defense, balancing, freedom of business and contract, the rule against excessive restriction, the equal protection