

KOREA ECONOMIC RESEARCH INSTITUTE

정책연구 2015-28

# 판매목표강제 판례의 경제분석

홍동표



정책연구 15-28

2015. 12.

# 판매목표강제 판례의 경제분석

홍동표

## 홍동표 법무법인 광장 고문, 경제학박사

서울대학교에서 경제학을 공부하였고, University of Texas at Austin에서 경제학 박사학위를 받았다. 캐나다 University of Western Ontario에서 1년 동안 교수로 근무하였고, 정보통신정책연구원(KISDI)에서 약 9년 동안 근무하였다. 이후 김&장 법률사무소에서 약 9년 동안 공정거래 및 손해배상소송 관련된 경제분석을 하였고, 2014년 이후 법무법인 광장에서 근무하고 있다. 홍동표 박사는 한국산업조직학회 이사와 한국법경제학회 감사로 활동하고 있으며, 정부투자기관 경영평가단 평가위원, 공정거래위원회 자문위원과 Compliance Program 평가위원 등을 역임하였다. 주요 논문으로는 “기업결합심사에서의 효율성 효과 판단: 방법론과 정책적 함의”, “특허소송 합의에 대한 경쟁법 적용: reverse payment를 중심으로”, “손해배상액 추정방법론에 대한 경제학적 검토: 미국의 사례를 중심으로” 등이 있다.

## 판매목표강제 판례의 경제분석

1판1쇄 인쇄 | 2015년 11월 30일

1판1쇄 발행 | 2015년 12월 4일

발행처 | 한국경제연구원

발행인 | 권태신

편집인 | 권태신

등록번호 | 제318-1982-000003호

(150-756) 서울특별시 영등포구 여의대로 24 전경련회관 45층  
전화 02-3771-0001(대표), 02-3771-0060(직통) | 팩스 02-785-0270~3  
[www.keri.org](http://www.keri.org)

© 한국경제연구원, 2015

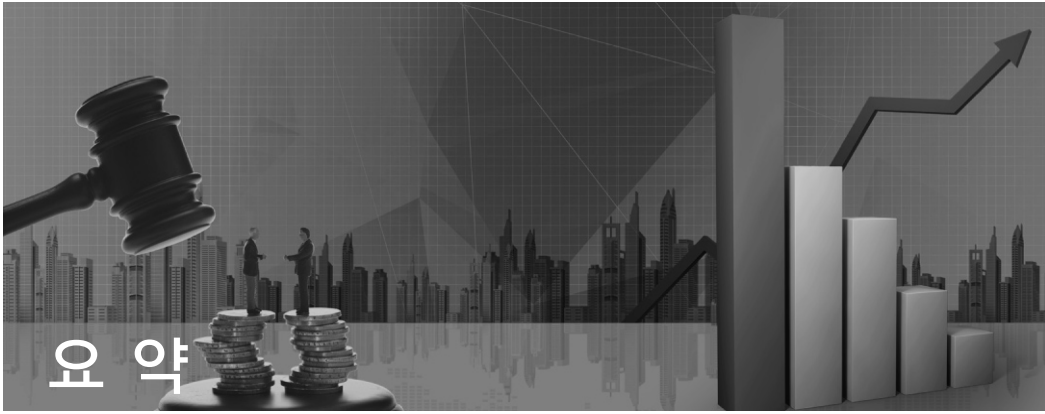
ISBN 978-89-8031-748-6  
5,000원

이 도서의 국립중앙도서관 출판시도서목록(CIP)은 서지정보유통지원시스템 홈페이지(<http://seoji.nl.go.kr>)와 국가자료공동목록시스템(<http://www.nl.go.kr/kolisnet>)에서 이용하실 수 있습니다.(CIP제어번호: CIP2015033553)

# CONTENTS

요 약	5
I. 서론	8
II. 관련 판결 검토	10
1. 대법원2011.6.9. 선고2008두13811판결(쌍용차 사건)	10
2. 대법원 2009두24108 판결(씨제이헬로비전 사건)	14
3. (주)엘지파워콤의 거래상지위남용행위에 대한 건 (공정위 의결 2008서경0664)	17
4. (주)국순당의 거래상지위남용 및 구속조건부거래 행위에 대한 건 (공정위 의결 2010서경2754)	19
5. 에스케이브로드밴드(주)의 거래상지위남용행위에 대한 건 (공정위 의결 2007서경1317)	20
6. (주)중앙일보사의 신문업에 있어서의 불공정거래행위에 대한 건 (공정위 의결 2006거감0691)	21
III. 판매목표강제에 대한 법경제학 논리	23
1. 판매목표강제에 대한 규제 논리	23
2. 유통업자(대리인)의 기회주의적 행위 유형	27
3. 판매목표 할당과 계약해지 조건의 효율성 효과	28
IV. 결론	34
참고문헌	36
첨부 1. 불공정거래행위(23조) 심사지침 ‘판매목표강제(거래상지위 남용행위)’	38
첨부 2. 미국 franchise protection law 효과에 대한 실증분석 연구 정리	39





## 1. 서론

- ▶ 공정거래법에서는 거래상 지위를 가진 사업자가 거래상대방에게 판매목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위를 ‘판매목표강제’로 금지하고 있음.
  - 판매목표강제의 위법성은 거래내용의 공정성을 침해하는지 여부로 판단하며, 거래내용의 공정성은 거래상 지위 여부와 판매목표의 강제성이 있는지 여부를 고려하여 판단함.
  - 판매목표의 강제성은 목표를 달성하지 못했을 경우 계약을 해지하거나, 판매수수료의 미지급 등 불이익이 부과되는 경우에는 일반적으로 강제성이 인정될 수 있음.
  - 판매목표강제가 거래내용의 공정성을 침해한다고 판단되더라도 합리성이 있다고 인정되는 경우, 즉 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 공정거래저해 효과보다 현저히 상회하는 경우나 판매목표강제의 합리적인 사유가 인정되는 경우 범위만으로 보지 않을 수 있지만 제한적으로 해석하고 있음.
- ▶ 이와 같은 판매목표강제에 대한 위법성 판단기준은 경제이론과 차이가 있으며, 소비자에게 혜택을 주는 경쟁을 제한할 수 있기 때문에 본 연구는 판매목표강제, 즉 판매목표 할당과 계약 해지의 효율성 효과를 분석하여 개선 방향을 제시함.

## 2. 관련 판결 검토

- ▶ 관련된 다수의 법원판결들도 심사지침의 기준을 따르고 있음.
  - 판매목표를 달성하지 못할 경우 계약을 해지하거나 지급할 수수료를 감액하는 불이익을 주는 방법으로 거래 상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다고 판단하며, 합리성 효

과를 고려하여 위법성을 판단한 경우는 거의 없음.

### 3. 판매목표강제에 대한 법경제학 논리

- ▶ 판매목표강제, 보다 포괄적으로 거래상 지위남용행위를 금지하는 이유는 거래상 우월한 지위를 가진 사업자가 거래상대방에게 불이익을 제공하는 기회주의적 행위를 금지하려는 것으로 볼 수 있으나, 이와 같은 판매목표강제에 대한 법적인 판단은 경제이론과 차이가 있음.

- 경제이론에 따르면 수직적 거래에서 거래상 지위에 상관없이 대리인 문제(principal-agent problem)가 존재하기 때문에, 판매목표를 할당하고 판매목표를 달성하지 못할 경우 계약을 해지하는 것은 대리점의 기회주의적 행위를 방지함으로써 대리인 문제를 해결하고, 브랜드간 경쟁을 촉진하여 소비자후생을 증대시킬 수 있음.

- ▶ 주인과 대리인이 서로 다른 이해관계를 가지고 있고, 주인의 입장에서 대리인이 주인의 이익을 위한 행위를 했는지 아니면 대리인 자신의 이익을 위해 행동했는지 감시하고, 평가하는 것이 쉽지 않다면, 대리인은 이러한 상황을 이용해 주인의 이익과 반하는 기회주의적인 행위를 취하는 문제, 즉 대리인 문제(principal-agent problem)가 발생함.

- 제조업자는 판매량 증대를 위해 모든 유통업자들이 최선의 판매노력을 해 주기를 바라지만, 유통업자는 판매노력을 위해 비용을 지불해야 하고 그에 따른 충분한 이익이 보장되지 않을 경우 제조업자가 바라는 수준보다 낮은 수준의 노력을 투입하는 기회주의적인 행위를 할 수 있음.

- ▶ 주인과 약속한 행위를 하지 않았을 때 대리인의 보상을 줄이는 수직적 제한도 대리인의 기회주의적 행위를 효과적으로 방지할 수 있음.

- 대리인이 약속한 행위를 하지 않았을 때 계약을 해지하는 것도 대리인의 보상을 줄이는 방법임.

- 제조업자가 유통업자에게 판매목표를 제시하고 이를 미달하면 계약을 해지하는 조항을 계약서에 명시함으로써 유통업자의 판매 노력을 유도할 수 있음.

- 제조업자가 제시한 목표량에 미달할 경우 유통업자가 충분한 노력을 기울이지 않았

다고 판단할 수 있으며, 계약해지는 유통업자에게 가하는 페널티이며, 이러한 페널티는 유통업자의 기회주의적 행위를 방지하는 역할을 하기 때문임.

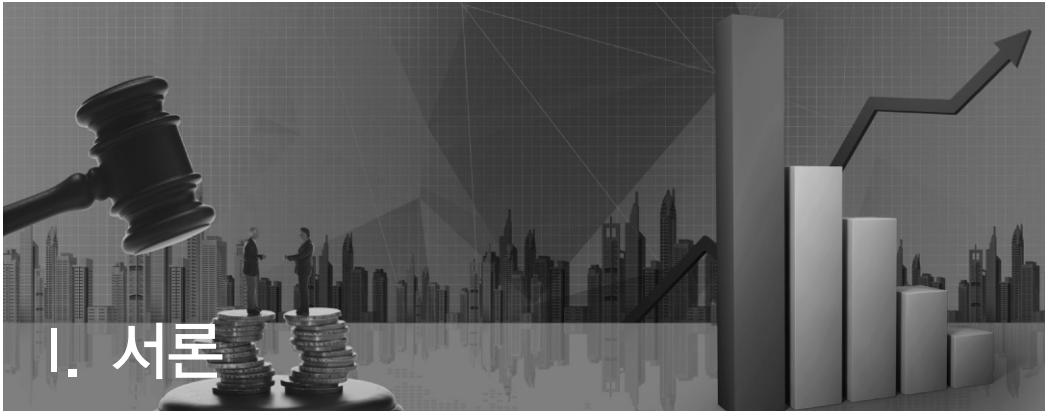
- ▶ 판매목표 할당은 유통업자의 마케팅 노력을 유도할 뿐만 아니라 이중마진(double marginalization) 문제, 즉 유통업자가 자신의 이윤극대화를 위해 소비자 가격을 높게 책정하는 문제를 해결할 수도 있음.
- ▶ 판매목표 할당과 계약해지는 제조업자와 유통업자 간의 정보비대칭(information asymmetry) 문제 또는 역선택(adverse selection) 문제 해결에도 도움이 됨.
  - 제조업자가 최소판매량을 설정하면, 이러한 최소판매량을 유지할 능력이 있거나 또는 최소판매량 달성을 위해 충분한 노력을 할 유통업자들만이 계약하고자 할 것이기 때문에 제조업자가 원하는 유통업자를 선별(screening)할 수 있음.

#### 4. 결론

- ▶ 판매목표 할당과 계약해지 조건을 거의 당연위법 행위인 것처럼 규제하는 현재 위법성 판단기준은 경제적 효율성 제고나 사회적 후생의 극대화보다는 상대적으로 열등한 지위에 있다고 판단하는 거래의 한쪽 당사자의 이익만을 대변하는 것으로 보일 수 있어 개선이 필요함.
- ▶ 거래상지위를 가진 제조업자나 가맹주의 기회주의적 행위를 규제하는 미국의 franchise protection law의 효과를 실증분석한 연구에 따르면 딜러(가맹점)의 기회주의적 행위를 통제하는 수단 - 예를 들어 계약해지나 판매량 할당 등 - 에 대한 엄격한 규제는 프랜차이즈 사업을 위축시켰을 뿐 아니라 판매가격 인상과 판매량 감소를 초래하여 소비자로부터 딜러에게 부의 이전이 발생하였다고 분석하였음.
- ▶ 판매목표강제의 위법성 판단은 판매목표강제가 거래상대방에 불이익을 준다고 하더라도 그에 대해 부당성 판단을 할 필요가 있음.
  - 판매목표강제는 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 주는 ‘거래상 지위 남용행위’이며, 위법성 판단의 기준이 되는 것은 그 행위가 ‘부당한(unreasonable)’ 것인지 여부임.
  - 수직적 거래에서 기회주의적인 행위는 어느 한쪽에만 존재하는 것이 아니라 쌍방에



존재할 수 있기 때문에 판매목표강제의 부당성은 판매목표 할당과 계약 해지 조건이 쌍방의 기회주의적 행위에 미치는 영향을 고려하여 판단하여야 함.



공정거래법에서는 거래상 지위를 가진 사업자가 거래상대방에게 판매목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위를 ‘판매목표강제’로 금지하고 있다. 공정거래법 23조에서 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”를 거래상 지위 남용행위로 정의하고 있으며, 시행령에서 구체적인 행위 유형을 열거하고 있는데 판매목표강제가 그 중 하나이다. 판매목표강제가 위법성은 거래내용의 공정성을 침해하는지 여부로 판단하며, 거래내용의 공정성은 거래상 지위 여부와 판매목표의 강제성이 있는지 여부를 고려하여 판단한다. 여기서 ‘판매목표의 강제성’은 상대방이 목표를 달성하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함한다. 또한 ‘강제성’의 판단과 관련하여 그 수단에는 특별한 제한이 없으며, 목표를 달성하지 못했을 경우 계약을 해지하거나, 판매수수료의 미지급 등 불이익이 부과되는 경우에는 일반적으로 강제성이 인정될 수 있다.<sup>1)2)</sup>

판매목표강제가 거래내용의 공정성을 침해한다고 판단되더라도 합리성이 있다고 인정되는 경우, 즉 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 공정거래저해 효과보다 현저히 상회하는 경우나 판매목표강제의 합리적인 사유가 인정되는 경우 범위반으로 보지 않을 수 있다는 심사지침 규정이 있기는 하지만 합리적인 사유, 효율성 효과 및 소비자후생 효과를 판단하는 구체적인 기준이 없으며, 이와 같은 합리성 효과는 제한적으로 해석한다고 명시하고 있다.<sup>3)</sup> 관련된 다수의 법원판결들도 심사지침의 기준을 따르고 있다. 판매목표를 달성하지 못할 경우 계약을 해지하거나 지급할 수수료를 감액하는 불이익을 주는 방법

1) 목표가 과다한 수준인지, 실제 거래상대방이 목표를 달성했는지 여부는 강제성 인정에 영향을 미치지 않는다. 목표불이행시 실제로 제재수단이 사용되었을 필요는 없다. (불공정거래행위 심사지침) 또한 사업자가 일방적으로 상대방에게 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 경우뿐만 아니라 사업자와 상대방의 의사가 합치된 계약의 형식으로 목표가 설정되는 경우도 포함된다(대법원 2009두24108 판결).

2) 대부분의 경우 피심인들은 전제 대리점 가운데 목표를 달성한 대리점의 비중이 높고, 실제 실적부진을 이유로 계약을 해지한 적이 없고, 판매목표를 대리점과 같이 협의하여 결정하였다는 등의 설명으로 판매목표가 강제되지 않았다고 주장한다.

3) ‘합리성이 있다고 인정되는 경우에는 범위반으로 보지 않는다’고 명시한 다른 불공정거래행위 유형과 달리 거래상지위남용의 경우(예를 들어 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭 등) 합리성 효과는 제한적으로 해석한다는 추가적인 단서를 명시하고 있다.

으로 거래 상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다고 판단하며,<sup>4)</sup> 합리성 효과를 고려하여 위법성을 판단한 경우는 거의 없다.

그러나 이와 같은 판매목표강제에 대한 법적인 판단은 경제이론과 차이가 있다. 경제이론에 따르면 제조업체와 대리점 간에는 거래상 지위에 상관없이 대리인 문제(principal-agent problem)가 존재하고, 판매목표를 할당하고 판매목표를 달성하지 못할 경우 계약을 해지하는 것은 대리점의 기회주의적 행위를 방지함으로써 대리인 문제를 해결하고, 브랜드 간 경쟁(inter-brand competition)을 촉진하여 소비자후생을 증대시킬 수 있기 때문이다. 본 연구는 판매목표강제, 즉 판매목표 할당과 계약 해지의 효율성 효과를 분석하고 판매목표강제의 위법성 판단기준의 개선 방향을 제시한다.

---

4) 대법원 2009두24108 판결(씨제이헬로비전 사건)



## II. 관련 판결 검토

### 1. 대법원2011.6.9. 선고2008두13811판결(쌍용차 사건)

#### ▶ 사실관계

쌍용자동차는 2003년부터 매년 자신의 국내 판매목표를 결정한 다음 자신이 정한 판매 목표 부여기준에 따라 대리점마다 분기·반기·연간 판매목표를 설정해서 부과해 오고 있는데, 2003년부터 2005년까지는 소속 지역본부의 월 판매목표와 당해 대리점의 지역본부 내 전 3개월간의 판매비중을 감안해서 대리점별로 판매목표를 설정했고, 2006년에는 소속 지역본부의 월 판매목표와 당해 대리점의 지역본부 내 전 3개월간의 판매비중(65%), 시군 별 차량 등록대수(30%) 및 지역본부 조정치(5%)를 감안해서 대리점별로 판매목표를 설정하였다. 2006년도 상반기의 경우 원고는 대리점에 따라 최고 324대부터 최저 50대까지 판매목표를 설정·부과하였다.

#### ▶ 공정위 판결: 쌍용자동차(주)의 거래상지위남용행위에 대한 건(2007서경0883)

공정위는 판매목표 부여 및 조치 기준, 판매목표 달성 강요, 차량 월목표 마감일에 임박한 시점에 피심인 대리점들의 차량 판매량이 급증하고 있는 점, 판매목표 달성 부진대리점에 대한 제재 등을 종합하여 볼 때,<sup>5)</sup> 쌍용자동차가 자신의 거래상 지위가 있음을 이용하여 그 대리점에 대하여 판매목표를 강제함으로써 거래상대방의 자유로운 의사결정에 의한 영

5) 공정위는 쌍용자동차가 대리점들의 판매목표 달성률을 대리점평가의 주요기준으로 삼고 있으며, 평가를 통해서 판매목표 달성률 등이 부진한 대리점들에 대하여는 경고장 발송·자구계획서 징구 및 대리점 계약 해지를 하는 조치 기준을 가지고 있으며, 실제 2006년 말에 판매목표 달성률 등 판매실적이 부진하다는 이유로 총 16개 대리점에 대해서 대리점 계약을 해지하였다고 판단하였다.

업활동을 어렵게 한 행위에 해당하므로 부당하게 판매목표를 강제하였다고 판단하였다.

피심인(쌍용자동차)은 대리점의 이전 3개월 판매실적 등을 고려하여 합리적, 객관적 수준의 판매목표를 설정해 준 것이지, 자의적으로 판매목표를 산정하고 할당한 것이 아니고, 또한, 실적부진 대리점에게 재계약을 거절한 것이지 계약기간 중간에 계약을 해지한 것이 아니며, 대리점간의 관계는 재판매관계가 아닌 위탁판매 관계이며 쌍용자동차가 판매에 관한 제반위험을 부담하고 있는 점을 고려할 때, 쌍용자동차가 대리점의 판매목표를 설정하고 실적 부진한 대리점에 대하여 재계약을 거절하는 것은 자신과 대리점의 관계를 합리적으로 규율하기 위한 최소한의 수단이므로 대리점에 대한 판매목표 설정과 실적부진 대리점에 대한 재계약 거절이 판매목표를 부당하게 강제한 것으로 인정되어서는 아니 된다고 주장하였다.

그러나 공정위는 2006년도 쌍용자동차가 설정·제시한 판매목표를 80% 이상 달성한 대리점은 전체 252개중 30개에 불과하고, 쌍용자동차의 본부장들이 대리점들에게 하루에 판매하여야 할 자동차 대수를 통보하고 선출고를 강요한 점을 종합하면 쌍용자동차가 대리점에게 판매목표를 부당하게 강요하였다고 판단하였다. 또한 대리점 계약기간은 기본적으로 1년이고 특별한 의사표시가 없는 한 1년씩 자동연장 되는 것이어서 2006년 12월 말경에 재계약을 거절 의사를 통보한 것뿐이라고 주장하고 있으나, 대리점 중 대부분이 계약기간 중이었음에도 불구하고 쌍용자동차는 2006년 12월 말경 일률적으로 계약을 해지하였기 때문에 쌍용자동차의 주장을 인정하지 않았다.

▶ **고등법원 판결: 선고2008누596**

서울고등법원은 판매목표를 설정하는 것은 정상적인 경영방식일 뿐만 아니라, 대리점에 판매목표를 제시하고 판매목표 달성을 독려했을 뿐 판매목표 달성을 강제한 적이 없다는 원고(쌍용자동차)의 주장은 판단하였는데 재판부의 판단은 아래와 같다.

① 2006년 상반기의 252개 대리점 중 원고가 설정·부과한 판매목표를 100% 달성한 대리점은 1개뿐이고, 나머지 251개 대리점은 판매목표를 달성하지 못하는 등(80% 이상 100% 미만 달성한 대리점은 29개, 70% 이상 80% 미만 달성한 대리점은 26개, 60% 이상 70% 미만 달성한 대리점은 140개, 60% 미만 달성한 대리점은 56개) 대부분의 대리점은

대부분의 기간 동안 판매목표를 달성하지 못한 사실, ② 원고의 지역본부에서는 대리점의 판매실적이 목표에 미달한다는 이유로 대리점에 선출고를 요청하기도 하고 목표달성을 촉구하는 공문이나 문자메시지를 보내기도 했는데, 특히 월 말이 다가오면 위와 같은 요청을 더 많이 한 사실, ③ 원고의 일자별 자동차 출고대수를 보면 월 말에 가까워질수록 출고대수가 늘어가는 경향이 있고 특히 매월 말일에는 출고대수가 급증한 사실, ④ 원고는 분기/반기/연간으로 구분하여 대리점을 평가한 다음, 2004년과 2005년에는 종합점수, 매출액, 달성률 3가지 모두 하위 20%에 해당하는 대리점을 부진대리점으로 판정하고, 2006년에는 종합점수, 매출액, 달성률 3가지 모두 하위 20%에 해당하는 대리점과 판매목표 달성률 하위 10%에 해당하는 대리점을 부진대리점으로 판정한 후, 부진대리점에 대해서는 경고장을 발송하고 자구계획서를 징구하는 조치를 취한 사실, ⑤ 원고의 대리점 종합평가 기준에 의하면 2003년부터 2005년까지는 판매목표 달성률이 총점의 20%를 차지했고 2006년에는 판매목표 달성률이 총점의 60%를 차지한 사실, ⑥ 원고는 2006년 10월경 대리점에 대한 종합평가를 마친 후 하위 21개 대리점과의 계약을 갱신하지 않기로 결정하고 2006. 10. 27.경 하위 21개 대리점에 계약을 갱신하지 않겠다는 통지를 하였으며, 실제로 그 중 17개 대리점과는 계약을 갱신하지 않은 사실을 인정할 수 있다. 그러나 위와 같은 사실만으로는 원고가 대리점에 판매목표 달성을 강제했다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 다수의 증거 자료와 증언을 종합하면, ㉑ 원고뿐만 아니라 다른 자동차 제조·판매업자도 대리점에 선출고를 요청하는 관행이 있는 사실, ㉒ 원고는 대리점에서 임의로 선출고한 차량의 매출이 취소되는 경우에는 대리점에 경과이자를 부과했으나, 대리점에서 원고 지역본부의 요청에 따라 선출고한 차량의 매출이 취소되는 경우에는 대리점에 경과이자를 부과하지 않은 사실, ㉓ 대리점은 원고 지역본부의 선출고 요청이나 목표달성을 촉구하는 공문 또는 문자메시지의 내용에 따르지 않더라도 특별한 제재나 불이익을 받지 않았고, 오히려 선출고가 판매 실적에 들어가므로 대리점은 선출고를 하더라도 판매 실적 증가에 따른 정례 인센티브와 임차지원금 등을 받을 수 있는 사실, ㉔ 대리점은 종합평가 결과 부진대리점에 해당할 경우에 경고장 발송 및 자구계획서 징구의 조치를 당했을 뿐이고, 부진대리점에 해당하지 않는 이상 판매목표를 달성하지 못하더라도 특별한 제재나 불이익을 받지 않은 사실, ㉕ 대부분의 대리점은 판매목표를 달성하지 못하고도 원고와 판매대리 계약관계를 유지하고 있는 사실, ㉖ 원고와 대리점 사이의 자동차 판매대리 계약에 의하면

양 쪽 당사자는 아무런 이유가 없어도 계약의 연장의사가 없다는 서면 통보만으로 계약의 유효기간 만료일자에 계약을 종료시킬 수 있는 사실, ㉸ 원고는 2005년에 1,033억 원의 당기순손실을 기록하고 2006년에 1,959억 원의 당기순손실을 기록했는데, 이러한 경영 위기를 극복하기 위한 한 방안으로 판매실적이 저조한 일부 대리점과의 계약을 종료할 필요가 있었던 사실을 인정할 수 있고, 이에 반하는 증거자료와 증언은 믿기 어렵다.

위 인정사실에 비추어 보면, 원고가 대리점에 선출고를 요청하고 목표달성을 촉구하는 공문이나 문자메시지를 보낸 행위 등은 대리점의 판매목표 달성을 독려하는 행위에 불과하고, 원고가 일부 대리점과의 계약관계를 종료한 것은 자동차 판매대리 계약에 따른 적법한 행위임과 동시에 경영상의 필요에 따른 행위라고 봄이 타당하므로, 원고가 대리점에 판매 목표 달성을 강제했다는 것을 전제로 한 시정명령과 과징금 납부명령은 위법하다.

## ▶ 대법원 판결

위 각 규정의 내용 및 체계와 불공정거래행위의 한 유형으로 판매목표강제를 규정하고 있는 입법 취지 등에 비추어 볼 때, 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (다)목의 '판매목표강제'에 해당하기 위해서는, 사업자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제한 것으로 인정되고 그로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 하며, 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 판매목표의 달성을 강제한 행위인지 여부는, 판매목표가 상품 또는 용역의 특성과 거래의 상황 등을 고려하여 합리적이고 차별 없이 결정·적용되었는지 여부와 해당행위의 의도·목적·효과·영향 등 구체적 태양, 해당 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도, 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 불이익발생의 개연성 등에 비추어 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 하나, 단지 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 구매자 확대를 위하여 노력하도록 거래상대방에게 촉구 또는 독려하는 것만으로는 부족하다고 할 것이다.

대리점은 원고(쌍용자동차)로부터 판매목표 달성을 촉구하거나 차량의 선출고를 요청하는 공문 또는 문자메시지를 받고 이에 따르지 아니하더라도 특별한 불이익을 받지 아니한

점, 대리점에서 판매목표를 달성하지 못하더라도 종합평가결과 부진 대리점으로 판정되지 아니하는 한 특별한 불이익을 받지 아니한 점, 부진 대리점으로 판정되더라도 2006년 말까지는 경고 또는 자구 계획서 징구 이상의 불이익은 받지 아니한 점, 2006년 말에도 236개 대리점 중 불과 17개 대리점에 대하여만 자동차 판매대리계약의 갱신이 거절된 점, 원고는 2005년도에 1,033억 원, 2006년도에 1,959억 원의 당기순손실을 기록하는 등 경영위기에 처하여 이를 극복하기 위한 방안의 하나로 판매실적이 저조한 일부 대리점과의 계약관계를 종료할 필요가 있었던 점 등에 비추어 보면, 원고가 대리점에 판매목표 달성을 촉구하거나 차량의 선출고를 요청하는 공문 또는 문자메시지를 보낸 행위 등은 대리점의 판매목표 달성을 독려한 것에 불과하고, 원고가 일부 대리점과의 계약관계를 종료한 것은 판매목표 미달성에 대한 제재라기보다는 위와 같은 경영상의 필요에 따른 행위라고 봄이 타당하다고 판단하였다.

#### ▶ 시사점

대리점의 이전 3개월 판매실적 등을 고려하여 합리적, 객관적 수준의 판매목표를 설정해 주었다는 쌍용자동차 주장에 대해 공정위는 판매목표를 80% 이상 달성한 대리점은 전체 252개중 30개에 불과한 점 등을 고려하여 쌍용자동차가 대리점에게 판매목표를 “부당하게 강요”하였다고 판단한 점을 볼 때, 판매목표가 합리적인 수준인지 여부를 부당성 요건으로 고려한 것으로 보인다. 고등법원과 대법원은 판매목표 달성률이 대리점 평가의 20% 비중을 차지하고, 평가 총점이 저조한 하위 대리점과 계약을 해지한 행위는, 판매목표를 달성하지 못하고도 원고와 판매대리 계약관계를 유지하고 있는 사실 등의 정황을 고려할 때, 판매목표를 강제한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

## 2. 대법원 2009두24108 판결(씨제이헬로비전 사건)

#### ▶ 사실관계

원고(씨제이헬로비전)는 유지보수 협력업체 4개사에게 '07. 6.~'07. 12. 기간 동안 매월 디지털방송 700건과 인터넷 300건의 신규 가입자 유치목표를 부여하고, 매월 협력업체



평가를 실시한 후 목표 미달성 협력업체 4개사에 대하여 714천 원 내지 5,826천 원의 수수료를 감액하여 지급하고, 평가결과 평가기준에 부합되지 아니하는 협력업체에 대하여는 계약해지를 할 수 있도록 규정하였다.

▶ **공정위 판결: (주)씨제이헬로비전[가야방송]의 거래상지위남용행위에 대한 건(공정위 의결 2008부사1373)**

피심인(씨제이헬로비전)은 협력업체의 월간 영업목표 분배방식과 영업실적에 대한 협력업체 평가기준표를 작성하여 매월 영업목표 이행여부에 대한 평가를 실시하였고 3회 이상 하위 협력업체로 평가된 경우 계약을 해지할 수 있는 등 제재수단을 가지고 있다. 협력업체 평가의 주요한 평가요소로 신규가입유치 영업목표 달성률(29%의 비중 차지)이 포함되어 있다. 또한 피심인이 작성한 영업계획서를 보면 협력업체에게 디지털방송 700건, 인터넷 300건의 신규 가입자유치를 영업목표로 제시하고 가입자유치 실적을 기준으로 목표미달 업체에게 패널티를 적용할 것임을 명시하고 있다. 이러한 방법으로 피심인은 4개 협력업체에게 2007. 6월부터 같은 해 12월까지 기간 동안 매월 영업목표를 부여하고 달성하지 못한 달에 대하여 최소 714천 원부터 최대 5,826천 원의 업무위탁 수수료를 감액하여 지급하였다.

이러한 피심인의 행위는 협력업체에게 케이블 방송 및 인터넷 신규가입자 유치목표를 설정하고 미달성할 경우 지급수수료를 감액하는 방법으로 판매목표 달성을 강제한 것으로 인정된다.

▶ **고등법원 판결: 선고2009누4748**

원고(씨제이헬로비전)는 신규가입자 유치를 영업목표로 확정하고 이 사건 계약에서 정한 ‘협력업체 평가기준표’에 따라 위 영업목표 달성에 관하여 매월 협력업체를 평가하여 신규가입자 유치 목표에 미달할 경우 정상 수수료에서 미달한 만큼 월 단위로 지급할 수수료를 패널티로 감액하거나 일정한 조건 하에서 이 사건 계약까지 해지할 수 있는 점, 실제로도 가야방송은 이러한 계약에 따라 2007년 6월부터 12월까지 사이에 매월 영업목표를 달성하지 못한 달에 대하여 최소 714,000원부터 최대 5,826,000원의 업무위탁 수수료를 감액

하여 협력업체들에게 지급한 점, 신규가입자 유치업무 등 영업의 경우에는 업무의 특성상 그 유치실적에 비례하여 차등적, 누진적으로 인센티브를 제공하는 방식에 따라야 할 것인데도 영업실적이 월간목표에 미달한다는 이유로 그 미달비율에 따라 영업수수료를 감액하는 방식으로 지급해온 점, 위 평가기준표에서도 신규가입유치 영업목표 달성을 항목이 AS 처리나 발생률 등의 다른 항목보다 가중치가 더 높고 평가비중 면에서도 설치 항목 다음으로 큰 29%의 비율을 차지하고 있는 점 등을 고려하여 판매목표강제를 인정하였다.

원고는 공정한 입찰을 통해 협력업체를 선정하고, 선정한 협력업체 선정과정에서 협력업체가 제출한 제안서를 기준으로 상호 협의하여 판매목표를 설정하였다거나 협력업체의 여러 사정을 참작하여 수수료 위약금을 적용하였을 뿐 판매목표 미달성을 이유로 이 사건 계약을 실제 해지한 적이 없다고 주장하였지만, 재판부는 원고가 그 소속 SO인 가야방송을 통해 협력업체들에 대해 케이블방송 및 인터넷의 신규가입자 유치목표를 설정하고 이를 달성하지 못할 경우 지급할 업무위탁수수료를 감액하는 불이익을 주는 방법으로 협력업체들의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다고 판단하였다. 또한 원고는, 영업수수료 산정방식에 관하여 협력업체가 목표를 달성한 경우에는 소정의 건당 수수료를 기준으로 영업수수료를 계산하고, 위 목표에 미달한 경우에는 미달비율에 따른 건당 수수료 금액을 차감한 액수를 기준으로 영업수수료를 계산하는 것이므로 이는 판매실적이 일정수준에 이르면 건당 수수료금액이 높아지는 차등적, 누진적 인센티브제로서 합리적인 영업촉진수단의 범주에 속하는 것이라는 취지로도 주장하였지만, 재판부는 가입자유치에 대해 지급되는 영업수수료는 업무의 취지상 당초에 정해진 건당 수수료에 따라 협력업체의 유치실적에 비례하여 가중하는 방식으로 산정되어야 할 것인데,<sup>6)</sup> 앞서 본 바와 같이 원고는 건당 수수료에 유치실적을 곱하여 산출한 수수료액수를 그대로 지급하지 아니한 채 당초 설정한 신규가입자 유치의 월간목표를 달성하지 못한 경우에는 30점 만점인 영업점수를 감점하고 이에 비례하여 위 수수료를 감액한 차액만을 지급해 왔으므로 이를 두고 일정 수준에 이르면 건당 수수료 금액이 높아지는 누진적인 인센티브에 해당한다고 보기는 어려우므로 위 주장도 받아들일 수 없다고 판단하였다.

6) 재판부는 서비스의 개통 장애처리 및 임대장비의 관리와 유지 등과 관련한 업무지연이나 업무불이행 등 본래의 위탁업무를 협력업체가 제대로 이행하지 아니한 경우에는 원고가 입은 손해에 대한 보전 및 서비스 향상을 위해 당연히 업무위탁 수수료를 사후에 감액하여 지불할 수 있다고 판시하였다.

## ▶ 대법원 판결

‘판매목표강제’에 해당하는지 여부를 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 하고, ‘판매목표강제’에 있어서 ‘목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위’에는 상대방이 목표를 달성하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함하고, 사업자가 일방적으로 상대방에게 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 경우뿐만 아니라 사업자와 상대방의 의사가 합치된 계약의 형식으로 목표가 설정되는 경우도 포함한다고 판시하였다. 재판부는 신규가입자 유치목표를 설정하고 이를 달성하지 못할 경우 지급할 업무위탁 수수료를 감액하는 불이익을 주는 방법으로 협력업체들의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다고 판단한 원심을 인정하였다. 또한 영업수수료 산정방식이 차등적, 누진적 인센티브제로서 합리적 영업촉진수단의 범주에 속한다는 원고의 주장에 대해서는 원심과 같은 이유를 들어 인정하지 않았다.

## ▶ 시사점

고등법원과 대법원은 영업목표 이행여부가 협력업체를 평가하는데 주요한 요소이고, 매월 영업목표 이행여부에 대한 평가를 실시하였고 3회 이상 하위 협력업체로 평가된 경우 계약을 해지할 수 있는 계약조건이 아니라 영업목표를 달성하지 못할 경우 지급할 업무위탁 수수료를 감액하는 불이익을 주는 계약조건을 판매목표의 강제성을 판단하는 기준으로 고려하였다.

### 3. (주)엘지파워콤의 거래상지위남용행위에 대한 건(공정위 의결 2008서경0664)

본건에서 공정위는 엘지파워콤의 행위가 판매목표 달성에 강제성이 있는지 여부를 판단하였다. 공정위는 엘지파워콤의 행위를 판매목표강제로 판단하였는데, 자세한 내용은 아

래와 같다.

피심인(엘지파워콤)은 인천지역 3개 종합대리점 (주)케이제이파워콤, 진성이엔씨(주), (주)에스엘케이에게 2007년 1월 1개월 동안에 1,000건의 엑스피드 가입자를 유치하도록 하고 이와 함께 분기 누적목표 미달 시에는 개통·A/S권한을 반납하도록 요구하였다. 또한, 피심인은 인천지역 2개 종합대리점 (주)케이제이파워콤, (주)에스에이치파워콤에 대하여 초단기계약(2~3개월)을 체결하면서 해당 기간 동안 월 800건~1,000건의 엑스피드 가입자를 유치하여야만 재계약이 가능하도록 하였으며, 더불어 (주)케이제이파워콤, (주)에스에이치파워콤 및 진성이엔씨(주)에 대하여 엑스피드 개통대비 유치비중이 70% 이하일 경우에는 분기 단위로 개통·A/S 관할구역을 조정할 수 있다고 약정하였다.

종합대리점의 개통·A/S 권한 및 관할구역 조정은 계약기간 중에 위탁업무의 효율적인 운영을 위해 부득이한 경우에 한해서 피심인과 당해 종합대리점간 협의를 통해 조정해야 할 것이고, 합의가 이루어지지 않는다면 계약종료 후 재계약 과정에서 이를 조정해야 하는 것이 정상적인 거래관행에 부합된다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 피심인은 종합대리점들에게 판매목표를 부여하고 이를 강제하기 위하여 종합대리점의 안정적이면서 중요한 수입원인 개통·A/S 권한을 부당하게 회수하거나 관할구역 조정이라는 수단을 사용하려 하였다.

피심인의 종합대리점 계약서 제4조는 「같은 위탁업무의 효율적인 운영을 위하여 부득이한 경우 갑의 업무처리지침(영업정책)에 따라 계약기간 중이라도 을의 관할지역이나 대상을 분할 또는 통합 조정할 수 있다.」고 규정되어 있다. 판매목표강제가 “위탁업무의 효율적인 운영을 위하여 부득이한 경우”에 해당되지 않으므로, 설령 계약서 제4조에 의할 때에도 판매목표강제를 위하여 관할구역 조정이라는 수단을 사용한 것은 그 정당성이 전혀 인정되지 않는다.

실제로 피심인은 영업부진을 이유로 진성이엔씨(주)에 대해서 거래기간 중임에도 불구하고 임의로 종합대리점 계약을 해지하고 전문대리점으로 전환시켜 개통·A/S권한을 회수한 바 있고, (주)케이제이파워콤에 대해서는 부속합의서상의 판매목표 미달성을 이유로 종합대리점 계약을 포기하도록 하는 방법으로 개통·A/S권한을 회수한 바 있다. (주)케이제이파워콤이 피심인에게 2007.4.13. 먼저 종합대리점 계약포기 문서를 발송한 바 있긴 하나, 동 대리점 입장에서 영업수수료 외 안정적 추가수익 확보가 가능한 개통·A/S권한을 스스로 포기할 이유가 없다는 점에서 이는 판매목표 미달성에 따른 피심인의 제재의 일환

인 것으로 판단된다.

이런 점을 종합할 때, 피심인의 행위는 거래상대방에게 일정한 판매목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제한 행위로 판단된다.

#### 4. (주)국순당의 거래상지위남용 및 구속조건부거래행위에 대한 건(공정위 의결 2010서경2754)

본건에서 공정위는 국순당의 행위가 판매목표 달성을 강제하였는지 여부를 판단하였다. 공정위는 국순당의 행위를 판매목표강제로 판단하였는데, 자세한 내용은 아래와 같다.

피심인(국순당)은 2009년 2월 이후 도매점과 물품공급계약을 체결하면서 계약서에 첨부한 별지를 통해 판매목표를 설정한 후 도매점이 판매목표를 달성하지 못할 경우 계약을 해지할 수 있도록 한 사실이 있다. 도매점 물품공급 계약서(별지)는 판매목표를 달성하였는지 여부를 판단하는 기준으로서 매출 관련 82개 항목, 거래업소수와 관련 81개 항목을 명시하고 있다. 이 중 매출 관련 사항을 보면, 해당월 매출이 전월 대비 20% 이상 감소하거나 전년대비 감소하는 경우 등을 계약해지 사유로 하고 있다.

또한 도매점들에 대하여 판매목표를 일방적으로 설정하고 이를 달성하지 못할 경우 제품 공급의 중단, 계약해지 등을 통해 제재하는 것은 다음과 같은 점을 종합적으로 고려할 때, 당해 판매목표를 사실상 강제하는 행위로서 부당하다고 판단된다.

첫째, 피심인의 도매점들은 피심인과 경영 및 회계 등을 달리하는 별도의 독립 사업자로서 도매점 자신의 의사와 영업실적 등을 토대로 판매목표를 자율적으로 결정하여야 함에도 피심인이 독립적인 도매점들의 사정을 고려함이 없이 판매목표를 일방적으로 설정하고 있다는 점이다. 제품의 매출 및 거래업소 수 등의 신장 여부나 성장률은 주류 종류에 대한 소비자의 선호, 제품과 브랜드에 대한 대중적 인지도, 영업지역의 주류소비 특성 및 시장상황 등에 의해서도 영향을 받기 때문에 오로지 피심인 도매점의 영업력만으로 판매목표를 달성할 수는 없는 경우도 빈번히 발생할 수 있다.

둘째, 매출독려 차원의 목표제시에 그치지 않고 매출과 관련하여 82개 항목, 거래업소수와 관련하여 81개 항목을 명시한 후 도매점이 각 항목의 기준을 충족시키지 못할 경우에는 도매점 계약해지나 제품 공급중단 등 도매점의 영업을 사실상 곤란하게 할 정도의 강제수

단을 사용하고 있다는 점이다.

셋째, 피심인이 도매점에 요구한 판매목표 역시, 전년 대비 감소 등과 같이 그 기준과 정도가 해당 도매점의 영업력, 자금력, 소비자기호 변화나 경기상황 등을 고려하지 않고 설정됨으로써 여하한 경우에도 연도별 매출액이나 거래업소수의 감소를 용인치 않는다는 점에서 과중하다고 판단된다는 점이다.

이러한 상황에서 도매점들은 피심인과의 거래를 지속적으로 유지하기 위해서는 거래과정에서 피심인의 부당한 요구나 조치를 사실상 거절하기 곤란하다고 인정될 뿐만 아니라 목표기준에 미달시 계약해지 우려가 있어 사실상 강제성이 인정된다 할 것이다.

#### ▶ 시사점

다른 판매목표강제 사건에서는 위법성 판단을 위해 ‘판매목표달성에 강제성이 있는지 여부’를 판단하였는데 반해 본건에서는 ‘부당성 여부’를 판단하였다. 대리점과 협의하거나, 시장 상황을 고려하여 합리적인 판매목표를 할당하는지 여부를 부당성 판단에 고려한 것으로 보인다.

### 5. 에스케이브로드밴드(주)의 거래상지위남용행위에 대한 건(공정위의결 2007서경1317)

본건에서 공정위는 에스케이브로드밴드의 행위가 판매목표 달성을 강제하였는지 여부를 판단하였다. 공정위는 에스케이브로드밴드의 행위를 판매목표강제로 판단하였는데, 자세한 내용은 아래와 같다.

피심인(에스케이브로드밴드)은 2004년부터 소속 대리점들에 대하여 지사를 통해 월별 영업목표를 부여해 왔으며, 대리점들의 유치실적, 해약방어율 등 영업목표 달성률을 대리점 평가의 주요 기준으로 삼고 있다. 피심인은 월별 대리점 종합평가 결과 그룹별 하위 10% 업체에게 취하는 경고조치가 2회 누적되거나 연간 대리점 종합평가 그룹별 하위 10% 업체에 대해서는 계약을 해지할 수 있도록 계약서에 계약해지 조항을 규정하고 있으며, 평가결과가 좋지 않은 대리점에 대해서는 실제로 경고장을 발송하여 실적개선을 요청하고

계속 실적이 부진할 경우 조기에 계약이 해지될 수 있다는 점을 통보하였다. 피심인은 매월 대리점에게 대리점 평가결과를 반영하여 실적 부진 대리점에게는 최대 2.2%까지 유지관리 수수료를 차감하여 지급하였고, 대리점 입장에서는 영업목표 달성에 상당한 심리적 압박을 받게 될 것이라는 점은 쉽게 짐작할 수 있다. 또한 피심인은 대리점에게 장기간 요금을 납입하지 않는 고객의 요금을 대납해서라도 영업목표를 달성할 것을 메일 등을 통해 수시로 지시하였다.

피심인의 상기 행위는 다음과 같은 점을 종합하여 볼 때, 자신의 거래상의 지위가 있음을 이용하여 거래상대방인 대리점에 대하여 일정한 판매목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제한 행위로 판단된다.

## 6. (주)중앙일보사의 신문업에 있어서의 불공정거래행위에 대한 건(공정위 의결 2006거감0691)

본건에서 공정위는 중앙일보사의 행위가 판매목표 달성을 강제하였는지 여부를 판단하였다.

판매목표강제가 거래내용의 공정성을 침해하였는지 여부는 불공정거래행위심사지침과 신문업에 있어서의 불공정거래행위 및 시장지배적지위 남용행위의 유형 및 기준에 따라 ① 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 가지는지 여부 ② 판매목표 설정시 사전협의 여부를 하였는지 여부<sup>7)</sup> ③ 판매목표의 달성에 강제성이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하였다.

판매목표 달성을 강제했는지 여부에 대하여 피심인이 노원북부센터에게 사전협의 없이 판매목표를 설정한 후 동 판매목표를 불이행할 경우에는 해약까지 할 수 있음을 교육이나 지역회의를 통하여 고지하고 경고장 및 최고장을 발송한 행위는 판매목표 달성을 강제한 행위라고 할 것이다.

효율성 증대나 소비자 후생증대 효과 등이 있는지에 대하여 피심인이 노원북부센터에 대하여 판매목표의 달성을 강제하는 행위는 효율성 증대나 소비자 후생증대와는 무관하다

7) 신문업에 있어서의 불공정거래행위 및 시장지배적지위 남용행위의 유형 및 기준 제5조(거래상지위남용행위의 금지) 제1호 “신문발행업자가 신문판매업자에게 사전협의 없이 그의 의사에 반하여 판매목표량을 늘리도록 강요하는 행위”

고 판단되며, 피심인이 설정한 판매목표를 달성하지 못한 신문판매업자가 전체 50% 이상에 이른 점 등을 감안하는 경우 판매목표설정에 합리성이 있다고 인정하기 곤란하다.

▶ 시사점

신문업에 있어서의 불공정거래행위 및 시장지배적지위 남용행위의 유형 및 기준에 따라 판매목표 설정시 사전협의를 하였는지 여부를 고려하여 위법성을 판단하였고, 판매목표의 합리성을 효율성 효과에서 고려하였다.





### III. 판매목표강제에 대한 법경제학 논리

#### 1. 판매목표강제에 대한 규제 논리

공정거래법 23조에서 금지하는 불공정거래행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위로 규정하고 있다. ‘공정거래저해성’이라는 개념은 ‘경쟁제한성’이나 시장에서 경쟁사업자간 경쟁의 왜곡을 문제시하는 ‘공정경쟁저해성’ 차원을 넘어 거래당사자간의 거래에서 파생되는 총잉여의 부당한 재분배에 초점을 맞추고 있는 것으로 판단된다.<sup>8)</sup>

경쟁제한성이란 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’로 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말하며(공정거래법 8의2호), 행위로 인한 경쟁제한 효과와 효율제고 효과를 비교형량하여 해당 시장내 총잉여의 감소 가능성을 판단한다. 반면에 공정경쟁저해성은 당해 사업자가 정상적인 경쟁의 규칙에서 벗어나는 행위를 함으로써 다른 사업자의 이익을 부당하게 침해할 가능성에 대해서도 검토한다. 정상적인 경쟁의 규칙이 작동되는 상황에서는 다른 사업자에게 가야 했을 거래가 부당하게 방향전환이 되도록 하는 행위도 위법으로 간주하는 것이다. 즉, 특정 행위로 인해 해당 시장내 총잉여의 감소 가능성을 판단하는 경쟁제한성 기준과 달리 공정경쟁저해성 기준은 해당 시장내 경쟁 사업자간에 일어나는 총잉여의 부당한 재분배에 대해서도 고려를 한다. 예를 들어 대형 유통업체가 납품업체에 대해 거래상 지위를 활용하여 기회주의적 행위를 했을 경우, 공정경쟁저해성 기준이 적용된다면 이와 같은 행위를 통해 당해 유통업체가 유통시장에서 경쟁우위를 확보했는지, 또는 당해 납품업체가 납품시장의 경쟁에서 불리한 상황에 처하게 되었는지를 따져봐야 할 것이다. 이에 반해 공정거래저해성 기준은 형식적으로는 해당시장의 경쟁에 미치는 영향을 고려할 필요도 없이 거래 그 자체에서 파생된 총잉여의 재분배가 부당한지 여부에 초점을

8) 임원혁(2002), 14~21면, 26면

맞출 수 있다.<sup>9)</sup>

판매목표강제에 대한 경쟁제한성 및 공정경쟁저해성과 공정거래저해성의 차이는 현대자동차의 시장지배적사업자의 사업활동방해행위 사건에서 찾아볼 수 있다.<sup>10)</sup> 공정거래위원회는 판매목표를 강제하는 행위를 독점규제법 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적사업자의 사업활동방해행위에 해당된다고 판단하고 시정명령을 의결하였다.<sup>11)</sup> 서울고등법원은 판매목표 설정·강제행위가 시장지배적사업자의 사업활동방해행위에 해당하려면 “특정사업자가 불이익을 입게되었다는 사정만으로 그 부당성을 인정하기에 부족하고 그중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도가 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한이 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 사업활동방해행위를 하였을 때에 그 부당성을 인정할 수 있다”고 하면서 다음 세가지 이유를 지적하고 현대차의 판매목표 설정·강제행위의 부당성(위법성)을 인정하지 않았다.<sup>12)</sup>

첫째, 원고가 판매대리점들에게 판매목표달성을 사실상 강제하였다 하더라도 판매대리점들에 대한 판매목표가 직영판매점에 비하여 지나치게 높게 설정되어 판매대리점들이 직영판매점에 비하여 불리한 위치에서 영업을 하였다고 볼만한 뚜렷한 자료가 없다. 둘째, 원고가 판매목표의 설정을 통하여 궁극적으로 달성하고자 했던 것은 매출신장으로 인한 이윤의 극대화일 뿐 판매대리점에 대한 압박을 통한 판매대리점의 퇴출이나 경쟁력 약화는 아니었던 것으로 보인다. 셋째, 일반적으로 판매목표 설정과 강요행위가 경쟁제한적 효과를 가져오는 경우는 매우 드물다.<sup>13)</sup>

---

9) 임원혁(2002), 20면

10) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 현대차는 2000.5.경부터 2006.4.경까지 판매대리점과 상호협의하여 판매목표를 결정하고 판매대리점은 판매목표를 달성할 수 있도록 노력한다는 계약 조항을 사용하였다. 그럼에도 불구하고 현대차가 일반적으로 판매목표를 설정하였고 2006.4.경에는 현대차가 판매목표를 일방적으로 정할 수 있다는 내용으로 판매대리점 계약의 내용을 변경하였다. 현대차는 매년 국내 판매목표를 결정하여 지역본부에 할당하고 각 지역본부는 다시 관할내의 직영판매점과 판매대리점에 할당하였다. 현대차는 판매대리점들에게 과도한 판매목표를 부과하여 80% 정도의 판매대리점들이 목표를 달성하지 못하는 결과가 되었다. 현대차는 매월 및 매분기별로 판매실적을 평가하여 실적이 부진한 판매대리점들에게 경고장 발송, 자구계획서 요구, 재계약 거부 등의 다양한 방법으로 제재를 가하였다.

11) 2007.5.28. 전원회의 의결 제2007-281호

12) 서울고법 2008.4.16. 2007누16051

13) 서울고법 2008.4.16. 2007누16051

서울고등법원은 판매목표강제행위는 원래 불공정거래행위의 세부행위로 규율되어 왔는데, 시장지배적지위 남용행위로서의 사업활동방해에 관한 공정거래법과 시행령뿐 아니라 공정거래위원회의 ‘시장지배적지위 남용행위 심사기준’에서 열거하고 있는 ‘사업활동방해 행위’ 세부유형 어디에도 판매목표강제행위와 연결지을 만한 내용이 들어 있지 않으며, 대법원에서 중요하게 보고 있는 시장지배적지위 남용행위 요건인 ‘경쟁제한성’을 보더라도 판매목표설정과 강제가 경쟁을 제한하기 위한 것이라거나 경쟁제한의 효과가 발생하리라고 연결 지워 설명하기는 어렵다고 판시하였다.<sup>14)</sup> 대법원 역시 판매목표 설정·강제행위의 부당성(위법성) 판단에 대하여 원심인 서울고등법원의 판단을 지지하였다.<sup>15)</sup>

이러한 공정거래저해성 관점에서 볼 때 판매목표강제, 보다 포괄적으로 거래상 지위남용행위에 대한 규제를 정당화하는 경제논리는 거래상지위를 가진 제조업자가 유통업자의 이윤을 착취하는 행위(hold-up)를 규제하는 것으로 볼 수 있다. hold-up 문제란 특정한 거래만을 위해 투자(relation-specific investment)를 할 경우 그 투자가 오히려 볼모가 되어 자신의 거래상 지위를 약하게 만드는 문제를 의미한다. 모기업과 하도급기업, 대형할인점과 납품업체 등이 계속적 거래를 하는 경우에 하도급기업이나 납품업체가 각각 모기업과 대형할인점과 거래를 위해 필요한 특화된 자본설비, 인적자원, 기술 등에 대한 투자가 먼저 이루어져야 한다. 하도급기업이 모기업과의 거래에만 사용되는 특화된 투자를 했을 경우 하도급기업은 다른 대기업과의 거래는 어려워지게 되고, 거래하는 모기업이 납품단가를 일방적으로 낮추어도 이미 모든 시스템이 거래 상대방에 맞추어져 있어 불이익을 입는 것을 알면서도 거래를 중단할 경우 초래되는 불이익이 훨씬 크기 때문에 어쩔 수없이 거래를 지속해야 하는 상황을 의미한다.<sup>16)</sup> 계속적 거래가 효율적이지만 모기업의 기회주의적 hold-up 행위에 직면할 위험성 때문에 하도급기업이 거래에 필요한 투자를 회피한다면 사회적으로 바람직한 수준의 투자가 실현되지 않을 가능성이 높다. 거래상 지위남용행위를 규제하는 이유는 효율적인 계속적 거래와 특화된 투자가 이루어지도록 여건을 조성하는 데서도 찾을 수가 있다.<sup>17)</sup> 유통업자가 특정 제조업자와의 거래를 위하여 특화된 투자를

14) 양영조(2011)는 공정거래위원회에서 시장지배적지위 남용으로 위법성을 인정한 현대차의 판매목표강제행위가 법원에서 그 위법성을 부인할 경우에 대비하여 문제의 행위를 불공정거래행위까지 해당하는 것으로 중첩적으로 조치했다더라면 적당한 제재를 가할 수 있었을 것이라고 판단하였다.

15) 현대자동차의 시장지배적사업자의 사업활동방해행위(대법원 2010.3.25. 2008두7465 판결)

16) 반대로 좋은 기술력을 보유한 중소기업이 핵심부품을 만들고 거래 대기업은 조립과 판매를 담당하는 경우, 즉 대기업이 거래에 특화된 투자를 하여 볼모로 잡힐 경우, 중소기업이 납품을 중단하겠다는 위협을 해서 납품가를 인상하는 hold-up 경우도 발생할 수 있다.

17) 임원혁(2002), 50-51면

했을 경우, 제조업자가 판매목표를 할당하고, 판매목표를 달성하지 못할 경우 계약해지 위협으로 유통업자의 이윤을 착취하는 물량 밀어내기나 불이익제공 등 불공정행위를 강제하는 등의 기회주의적 행위로 인해 유통업자들은 손해가 발생할 수 있다.

미국의 경우 일부 주(state)에서는 가맹주와 가맹점 간 공정한 거래를 촉진하기 위해 franchise protection law가 있다. 이 법에 따르면 가맹주는 “정당한 이유 없이(without good cause)” 가맹점과 거래를 해지할 수 없다. 이러한 조건은 가맹점이 종종 가맹주와 거래를 위해 막대한 투자를 해야 하는데 반해 계약기간이 보장되어 있지 않아 계약해지 위협이 있기 때문에 제정되었다.<sup>18)</sup> 미국에서 대표적인 자동차딜러 프랜차이즈에 대한 정부의 규제는 자동차 제조업자의 기회주의적 행위를 금지하기 위해 20세기 초에 도입되었다. 당시 자동차 제조업자는 판매가 부진한 자동차 재고를 딜러들에게 구매를 강요하였다. 딜러들은 자동차 제조업자와의 프랜차이즈 사업을 운영하기 위해 필요한 시설이나 지명도를 얻기 위해 상당한 매몰투자(sunk investment)를 하였고, 계약이 해지될 경우 막대한 손실이 발생하기 때문에 자동차 제조업자의 부당한 요구를 수용할 수밖에 없다. “정당한 이유(Good cause)” 는 대부분의 경우 딜러의 파산, 라이선스 취소, 범죄 행위, 사기 등을 포함한다. 딜러의 부진한 서비스나 다른 무임승차 행위로 계약을 해지할 수는 있지만 자동차 제조업자가 계약해지가 선의에 의해(in good faith) 이루어졌다는 것을 입증해야 하기 때문에 계약해지가 현실적으로 매우 어렵다.<sup>19)</sup>

수직적 거래에서 기회주의적인 행위는 거래상지위를 가진 어느 한쪽에만 존재하는 것이 아니라 거래상지위에 상관없이 쌍방에 존재할 수 있기 때문에 거래상 지위남용행위의 위법성을 판단하기 위해서는 특정 행위가 쌍방에 존재하는 기회주의적 행위에 미치는 영향을 고려해야 할 필요가 있다. 아래에서는 수직적 거래에서 존재하는 소위 대리인 문제와 그로 인한 경제적 비효율성에 대해 설명하고, 판매목표 할당과 계약해지 조항이 대리인 문제를 해결하고, 경쟁 촉진 등 경제적 효율성을 제고할 수 있다는 논리를 설명한다.

---

18) Givens, A. Richard (1983), 11-4

19) Lafontaine, Francine and Fiona Scott Morton(2010), 238-241면

## 2. 유통업자(대리인)의 기회주의적 행위 유형

유통업자의 판매서비스 노력이 제조업자의 상품이나 서비스 수요 또는 제조업자의 브랜드 가치 또는 명성에 상당한 영향을 미칠 경우 제조업자의 이윤 극대화를 위해서는 유통업자의 협조가 필요하다. 이러한 제조업자와 유통업자간의 관계는 주인-대리인 관계(principal-agent relationship)로 해석될 수 있다. 제조업자는 판매량 증대를 위해 모든 유통업자들이 최선의 판매노력을 하기를 바라지만, 유통업자는 판매노력을 위해 비용을 지불해야 하고 그에 따른 충분한 이익이 보장되지 않을 경우 제조업자가 바라는 수준보다 낮은 수준의 노력을 투입할 수 있다. 이와 같이 주인과 대리인이 서로 다른 이해관계를 가지고 있고, 주인의 입장에서 대리인이 주인의 이익을 위해 행위했는지, 아니면 대리인 자신의 이익을 위해 행동했는지 감시(monitor)하고, 평가하는 것이 쉽지 않다면, 대리인은 이러한 상황을 이용해 주인의 이익과 반하는 기회주의적인 행위를 취하는 문제, 즉 대리인 문제(principal-agent problem)가 발생한다. 유통업자의 대표적인 기회주의적 행위 유형은 아래와 같다.

첫째, 제조업자의 명성을 무임승차하는 유통업자의 기회주의적 행위이다. 소비자들이 유통업자가 제대로 된 서비스를 제공하고 있는지 판단하기 어려울 경우, 제품에 문제가 발생할 경우 그 문제가 유통업자의 불성실한 서비스 때문일지라도 소비자들은 제조업자가 만든 상품이 불량이라고 오해할 수 있다. 유통업자는 문제가 생겨도 자신은 책임을 지지 않고 제조업자가 대신 책임을 지기 때문에 제품 판매를 위한 서비스 제공을 하지 않는 기회주의적 행위를 할 수 있다.<sup>20)</sup>

둘째, 제조업자가 자신의 상품 판매를 지원하기 위해 유통업자에게 제공한 투자나 노하우를 유통업자가 다른 제조업자의 제품 판매에 이용하는 기회주의적 행위이다. 특정 제조업자로부터 판매촉진을 위해 교육훈련 지원이나 경영자금 지원 등의 투자(dealer-specific investment)를 받은 유통업자가 해당 투자로 얻은 노하우를 (마진이 높은) 다른 제조업자의 제품 판매에 사용하는 기회주의적 행위를 할 수 있다.

셋째, 유통업자는 다른 유통업자의 판매노력을 무임승차하는 기회주의적 행위를 할 수

---

20) 사진현상이 자주 인용되는 사례이다. 사진현상소가 비용 절감을 위해 품질이 좋지 않은 현상액을 이용하여 사진현상이 제대로 되지 않을 경우, 소비자는 제조업자의 필름이 나빠서인지, 사진현상소가 현상액을 잘못 사용해서인지 판단하기 어려울 경우 소비자들이 브랜드가 있는 제조업자의 잘못으로 오해하여 명성이 저해될 수 있다.

있다. 소비자는 상품에 대한 정보를 상품과 관련된 서비스나 프로모션을 제공하는 유통업자로부터 얻고, 구매는 서비스나 프로모션을 하지 않고 할인된 가격으로 판매하는 다른 유통업자로부터 한다.(서비스나 프로모션을 하지 않는 유통업자는 절약한 마케팅 비용만큼 가격 할인이 가능하다.) 즉 실제 판매가 이루어지는 유통업자는 서비스나 프로모션을 해 준 유통업자의 노력을 무임승차하게 된다.

판매노력을 하지 않는 유통업자의 기회주의적 행동으로 발생하는 문제는 외부불경제(dis-externality) 효과로 설명할 수 있다. 외부불경제란 판매노력을 하지 않는 유통업자의 기회주의적 행위로 제조업자와 판매노력을 하는 성실한 유통업자가 손해를 보지만 손해를 끼친 유통업자는 이들에게 아무런 보상을 하지 않는 것을 의미한다. 외부불경제로 인하여 제조업자와 성실한 유통업자는 투자를 회피하게 되고, 또한 브랜드 간 경쟁(inter-brand competition)이 저해된다.

### 3. 판매목표 할당과 계약해지 조건의 효율성 효과

제조업자(주인)는 대리인 문제를 해소하기 위해 유통업자(대리인)의 이해를 자신과 일치 시켜, 유통업자가 자신이 원하는 대로 행동하게 만드는 다양한 수단을 이용한다.

첫째, 제조업자는 유통업자가 제공해야 하는 판매노력을 사전적으로 계약을 통해 명시하고, 계약에 명시된 판매노력을 하지 않을 경우 손해배상 등의 법적 조치를 이용하여 제조업자는 계약을 통해 대리인 문제를 해결할 수 있다. 하지만 계약상에 유통업자가 공급해야 하는 노력을 모두 명시하는 것이 어려울 뿐만 아니라, 노력을 명시한다고 해도 명시된 노력이 제대로 이행되었는지 측정하고 판단하기 어렵기 때문에 기회주의적 행위 가능성이 높아지기 때문에 계약을 통해 대리인 문제를 해결하는 것은 어렵다.<sup>21)</sup>

둘째, 제조업자는 유통업자를 수직통합하여 대리인 문제를 해소할 수 있다. 수직통합기업은 제조업자와 유통업자의 공동이익을 극대화하기 위해 행동하기 때문이다. 그러나 수직통합 할 경우 독립 유통업자와 거래하는 경우와 비교하여 상대적으로 유통망 확대를 위해 많은 자본이 소요되고, 지역시장 정보 확보에 어려움이 있을 수 있다. 또한 수직통합기업의

21) Lafontaine and Slade(2010), 11-13면. Klein and Lerner(2006)에 따르면 일반적으로 제조업자들은 유통업자의 계약위반을 소송을 통해 해결하기 보다는 계약해지로 해결한다.

경우도 회사와 회사직원(예를 들어 마케팅 매니저) 간에 상이한 이해관계로 인해 대리인 문제가 발생할 수 있다. 예를 들어 마케팅 매니저가 회사가 원하는 판매노력을 하지 않을 경우 회사 매출이 감소하여 회사에 피해가 가지만 마케팅 매니저는 자신의 부실한 노력으로 인해 발생하는 손실을 충분히 부담하지 않기 때문에 기회주의적 행위를 할 유인이 있기 때문이다. 반면에 독립 유통업자와 거래할 경우 제조업자나 가맹주에게 지불하는 비용을 제외한 모든 수익을 가질 수 있기 때문에 매출 증대를 위해 회사직원보다 더 많은 노력을 할 수 있다. 즉 독립 유통업자에게 잔여재산에 대한 권리(residual claim)를 부여함으로써 최선의 판매노력을 유도하여 대리인 문제를 해소할 수 있다.

셋째, 제조업자(주인)는 유통업자의 행위를 제한하는 다양한 수직적 제한행위(vertical restraint)를 이용하여 주인과 대리인의 이해관계를 일치시키고, 유통업자가 자신이 원하는 행위를 하도록 유도하여 대리인 문제를 해소하는 자체실시(self-enforcement) 방법이다.<sup>22)</sup>

주인과 약속한 행위를 하지 않았을 때 대리인의 보상을 줄이는 수직적 제한도 대리인의 기회주의적 행위를 효과적으로 방지할 수 있다. 대리인이 약속한 행위를 하지 않았을 때 계약을 해지하는 것도 대리인의 보상을 줄이는 한 가지 방법이다. 제조업자가 유통업자에게 판매목표를 제시하고 이를 미달하면 계약을 해지하는 조항을 계약서에 명시함으로써 유통업자의 판매 노력을 유도할 수 있다. 제조업자가 제시한 목표량에 미달할 경우 유통업자가 충분한 노력을 기울이지 않았다고 판단할 수 있으며, 계약해지는 유통업자에게 가하는 페널티이며, 이러한 페널티는 유통업자의 기회주의적 행위를 방지하는 역할을 하기 때문이다.

유통업자는 기회주의적 행위를 할 경우 기대하는 수익과 기회주의적 행위를 하지 않고 제조업체와 약속한 성실한 마케팅 노력을 할 경우 기대하는 수익을 비교하여 자신의 행동을 결정한다. 유통업자의 마케팅 노력을 특정하기 어렵고 또한 성실한 마케팅 노력 여부를 적발한 확률이 매우 낮기 때문에 적발될 경우 벌칙(수익 감소)이 충분히 크지 않으면 기회주의적 행위를 할 인센티브가 크다. 판매목표를 달성하지 못할 경우 계약을 해지하는 조건은 유통업자에게 미래 수익 상실을 의미하기 때문에 적발될 확률이 작더라도 성실한 마케팅 노력을 하도록 유도할 수 있다.<sup>23)</sup> 마찬가지로 가맹주는 가맹점의 기회주의적 행위를

22) 수직적 제한행위 유형으로는 배타적거래, 재판매가격유지, 거래지역/소비자 제한, 끼워팔기 등 다양하게 존재하는데 본 논문에서는 판매목표 할당과 계약 해지 조건을 중심으로 분석한다.

23) Klein(1980), 359면

방지하기 위해서 한편으로는 가맹점에게 수익을 제공하고, 다른 한편으로는 계약해지 위협을 행사할 수 있는 것이 필요하다.<sup>24)</sup> 특히 제조업자가 지역독점판매권을 부여하거나 재판매가격유지를 운영하여 유통업자에게 상당한 이윤을 제공할 경우 계약해지는 유통업자에게 상당한 이윤 상실을 의미하기 때문에 판매노력을 유도하는 효과적인 수단이 될 수 있다.<sup>25)</sup> 또한 독점판매권을 부여할 경우 유통업자는 이윤극대화를 위해 (제조업체가 원하는) 마케팅 노력은 하지 않고 단순히 가격을 독점가격으로 인상하여 판매량이 감소할 수 있는데, 판매목표 할당은 독점가격 책정으로 인한 판매량 감소를 방지하는 한편 수요확대를 위한 마케팅 노력을 유도할 수 있다.

판매목표 할당만으로도 유통업자의 기회주의적 행위를 제한하는 효과를 가지고 있다. EU의 수직적 제한 가이드라인에서도 거래상대방에 특화된 투자를 하는 거래에서 일정 수준의 공급을 보장받지 못하면, 따라서 투자 수익이 보장되지 않으면 거래가 이루어지지 않기 때문에, 경쟁사업자와의 거래금지(non-compete)나 판매목표 할당(quantity forcing)과 같이 수직적 제한이 거래상대방에 특화된 투자를 수반하는 거래나 노하우 이전을 수반하는 거래를 촉진시키고, 브랜드 간 경쟁을 촉진시킬 수 있다고 설명한다.<sup>26)</sup> 그러나 제조업자가 판매목표 할당을 효과적으로 활용하기 위해서는 판매노력을 하지 않아 성과가 부진한 유통업자와 거래를 중단하고 보다 효율적인 유통업자로 대체할 수 있는 권리가 중요하다.

판매목표 할당은 유통업자의 마케팅 노력을 유도할 뿐만 아니라 이중마진(double marginalization) 문제, 즉 유통업자가 자신의 이윤극대화를 위해 소비자 가격을 높게 책정하는 문제를 해결할 수도 있다. 제조업자가 요구한 수량 이상의 상품을 판매하기 위해서 유통업자는 가격을 일정 수준 이상으로 올릴 수 없으므로, 결과적으로 유통업자의 마진은 감소하거나 제거될 수 있다.<sup>27)</sup> 이중마진의 제거는 결합 이윤을 증가시킬 뿐 아니라 최종판매가격을 인하시키고, 생산량을 증가시킴으로 인하여 소비자 후생을 증진한다.<sup>28)</sup> 또한 판매목표 할당으로 일정 규모 이상을 판매함으로써 유통에서 규모의 경제를 실현하여 소비자 가격을 인하할 수 있다.

24) Lafontaine and Slade(2010)은 Brickley, Dark and Weisbach(1991), Dnes(1992), Kaufmann and Lafontaines(1994), Michael and Moore(1995) 등 다수의 연구를 인용하였다(49면).

25) Klein and Murphy(1988), 268-269면

26) EU(2010), paragraph 106-109

27) 이중마진 문제는 특히 제조업자가 유통업자와 배타적 거래를 하거나, 또는 지역별로 독점판매권을 부여할 경우 발생할 가능성이 크다.

28) Carlton and Perloff(2005), 415-417면



Klein and Murphy(1988)와 Meese(2004) 등은 계약해지 위협은 대리인의 기회주의적 행위를 방지할 수 있으며, 유통업자와 제조업자 모두에게 긍정적인 경제적 효과 가져올 수 있다고 설명한다. 미국 대법원 역시 Leegin 판결에서 최소가격 재판매가격유지(RPM)의 위법성 여부를 판단함에 있어, 유통업자와 제조업자 사이에 일정한 유통마진을 보장해주며, 유통망이 충분한 유통노력을 제공하지 않는 경우 계약 해지에 관한 규정을 두는 방법을 유통업자의 노력을 유도하는 효율적인 방법이라고 설명하고 있다(It may be difficult and inefficient for a manufacturer to make and enforce a contract with a retailer specifying the different services the retailer must perform. Offering the retailer a guaranteed margin and threatening termination if it does not live up to expectations may be the most efficient way to expand the manufacturer's market share by inducing the retailer's performance and allowing it to use its own initiative and experience in providing valuable services)<sup>29)</sup>

미국 판례의 경우 대리점과의 계약해지에 대한 경쟁법 이슈는 주로 거래거절(refusal to deal) 유형으로 구분되는데, 계약해지로 인한 경쟁제한성 우려가 없는 한 경쟁법을 적용하지 않는다. 대리점과의 계약해지 또는 거래거절이 대리점의 자유로운 판매나 구매를 저해하는데 사용될 경우, 예를 들어 제조업자가 재판매가격유지, 끼워팔기, 지역 또는 소비자 할당, 배타적 거래 등을 유통업자에게 강제하기 위해 계약해지 또는 거래거절을 사용할 경우 경쟁법 적용을 검토할 수 있다. 그러나 대리점이 할당된 판매를 달성하지 못하였거나, 성과가 부진하거나, 대리점의 무임승차 방지하고 프로모션 제공을 보장하기 위한 이유 등으로 계약을 해지하거나 거래거절 하는 경우 대부분의 경우 경쟁법이 적용되지 않으며, 제조업자가 판매 준비가 더 잘되어 있고, 더 공격적으로 판매를 하는 유통업자와 계약하는 행위는 경쟁을 저해하기보다 경쟁을 촉진할 수 있다고 판단한다.<sup>30)</sup> 반면에 양영조(2011)는 국내의 경우 시장지배적지위 남용행위와 달리 불공정거래행위의 금지를 통하여 보호하려는 '공정한 거래'는 공정한 경쟁보다 넓은 개념이며, 이러한 해석은 우리나라 독점규제법을 '순수한' 경쟁법으로 발전시켜야 한다는 이상과는 맞지 않을 수 있다고 설명한다.<sup>31)</sup> 그러나 법문에서 공정한 경쟁 대신 공정한 '거래'라는 용어를 사용하고 있는 점, 법과 시행령에

29) Leegin Creative Leather Prods v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877(2007)

30) Antitrust Law Development(7th), 163-172면

31) 국내의 경우 판매목표 설정과 강요행위를 불공정거래행위로 판단하지만 국내 대법원 2008두7465판결에서는 판매목표 설정과 강요행위가 경쟁제한적 효과를 가져 오지 않았기 때문에 시장지배적 지위남용행위로 볼 수 없다고 판결하였다.

서 정한 불공정거래행위의 유형 및 기준 그리고 다수의 대법원 판결을 종합해 보면 경쟁제한성이 인정되지 않는 경우에도 불공정거래행위를 인정해야 하는 경우가 상당히 많으며, 불공정거래행위의 금지에서는 경쟁과 상당히 거리를 두고 있는 거래대가의 불공정성, 건전한 상거래 관행의 훼손, 거래상지위남용 등까지 위법행위로 인정된다고 설명한다.

판매목표 할당과 계약해지는 제조업자와 유통업자 간의 정보비대칭 문제 또는 역선택(adverse selection) 문제 해결에도 도움이 된다. 왜냐하면 제조업자가 최소판매량을 설정하면, 이러한 최소판매량을 유지할 능력이 있거나 또는 최소판매량 달성을 위해 충분한 노력을 할 유통업자들만이 계약하고자 할 것이기 때문에 제조업자가 원하는 유통업자를 선별(screening)할 수 있기 때문이다.

제조업자는 자신의 제품을 프로모션하고 많이 판매해 주는 우수한 판매능력을 지닌 유통업자와 거래를 하고자 한다. 판매능력이 없는 유통업자와 거래하게 되면 판매부진은 물론 제조업자의 유통업자에 대한 투자 및 비용을 낭비하게 되며, 전체 브랜드 가치에 악영향을 가져올 수 있기 때문이다. 그런데 문제는 제조업자와 유통업자 간의 정보비대칭성(information asymmetry)로 인하여 제조업자가 사전에 유통업자의 판매능력을 파악하기 어렵고 따라서 역선택의 문제가 발생할 수 있다는 것이다. 제조업자는 이러한 역선택을 방지하기 위해, 판매대행 계약 전에 유통업자의 능력을 선별(screen)하기를 원하고, 판매목표를 할당하고, 사후적으로 능력이 낮은 것으로 드러난 유통업자, 즉 판매목표를 달성하지 못한 유통업자와의 계약을 해지하는 것도 유통업자를 효과적으로 선별하는 방법 가운데 하나이다.<sup>32)</sup>

판매목표를 할당하고 달성하지 못할 경우 계약을 해지하는 계약조건을 알면서도 유통업자가 계약을 체결할 의향이 있다는 것은 유통업자가 할당된 판매량을 판매할 수 있다는 능력을 사전에 신호(signaling)하는 기능을 하는 것으로 제조업자 선택에 도움을 줄 수 있다.

(대리인 문제를 해결하기 위한) 계약해지 조건은 주인의 일방적인 거래상지위 남용으로 무효이어야 한다는 지적이 있을 수 있으나 거래당사자 모두가 기회주의적 행위 가능성이 있는 경우 상대적으로 기반이 덜 확실한 거래당사자(대리인)의 기회주의적 행위는 명시적

32) 프랜차이즈 계약에서 가맹주가 가맹점의 능력을 사전에 파악하지 못할 경우 역선택 가능성을 방지하기 위해 가맹점이 자신의 능력에 따라 계약 여부를 스스로 선택하도록(self-select) 다양한 로열티를 운영한다. 예를 들어 높은 선지급수수료(upfront fee)를 요구할 경우 능력이 부족한 유통업자들은 가맹점 신청을 회피할 것이다.

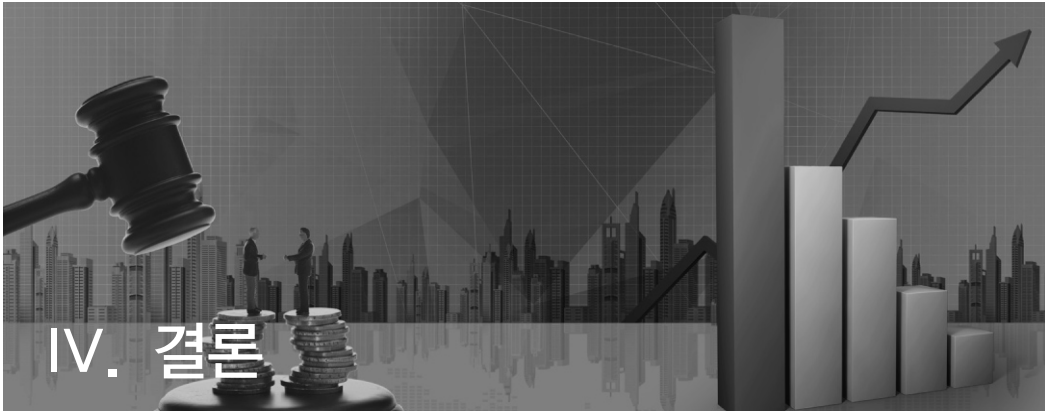
인 계약 조건으로 방지하는 반면 기반이 확실한 거래당사자(주인)는 자신의 명성 유지가 필요하기 때문에 주인의 기회주의적 행위는 명시적인 계약이 없어도 암묵적으로 방지된다고 설명한다(it is alleged that the terms of the agreement must have been reached under conditions of “unequal bargaining power” and therefore should be invalid. However, a further implication of the above analysis is that when both parties can cheat, explicit contractual restraints are often placed on the smaller, less well-established party(the franchisee), while an implicit brand name contract-enforcement mechanism is relied on to prevent cheating by the larger, more well-established party(the franchisor)).<sup>33)</sup> 주인(제조업자, 가맹주)은 기회주의적 행위를 할 경우 막대한 손실을 입는다: 자신의 명성(또는 가치)을 훼손하고 향후 주인과의 계약하려는 수요를 저해하고, 또한 자신의 수익원천인 대리인(유통업자, 가맹점)의 수익을 악화시키고, 결국은 자신의 수익을 악화시키기 때문에 이루어질 가능성이 낮다.<sup>34)</sup> 또한 가맹주의 기회주의적 행위는 기존 가맹점이 열심히 일할 유인을 감소시키고, 가맹점들의 투자에 부정적인 영향을 미치고, 결국은 가맹주의 수익을 악화시키기 때문에 가능성이 상대적으로 낮다.<sup>35)</sup>

---

33) Klein(1980), 360-361면

34) American Bar Association(2006), 21면

35) 임원혁(2002)은 평판의 메커니즘이 이와 같은 불모 문제로부터 하도급기업을 보호하는 역할을 할 수도 있으나, 신뢰의 상실에 의해 모기업이 받는 타격은 경제 환경에 크게 좌우된다는 점에 유의할 필요가 있다고 설명한다. 예를 들어 모기업이 하도급업체로부터 신뢰를 상실하였다고 해도, 더 넓은 시장에서의 일회성 거래에 의해 사업을 계속할 수 있다고 기대한다면 평판의 메커니즘은 억지력으로서의 기능을 상실한 것으로 봐야한다고 설명한다(51면).



## IV. 결론

판매목표 할당과 계약해지 조건을 거의 당연위법 행위인 것처럼 규제하는 현재 위법성 판단기준은 경제적 효율성 제고나 사회적 후생의 극대화보다는 상대적으로 열등한 지위에 있다고 판단하는 거래의 한쪽 당사자의 이익만을 대변하는 것으로 보일 수 있다.<sup>36)</sup> 앞서 설명하였던 거래상지위를 가진 제조업자나 가맹주의 기회주의적 행위를 규제하는 미국의 franchise protection law의 효과를 실증분석한 연구에 따르면 딜러(가맹점)의 기회주의적 행위나 독점력 행사를 통제하는 수단 - 예를 들어 계약해지나 판매량 할당 등 - 에 대한 엄격한 규제는 프랜차이즈 사업을 위축시켰을 뿐 아니라 판매가격 인상과 판매량 감소를 초래하여 소비자로부터 딜러에게 부의 이전이 발생하였다고 분석하였다.<sup>37)</sup>

판매목표를 달성하지 못할 경우 계약을 해지하거나 지급할 수수료를 감액하는 불이익을 주는 방법으로 거래 상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다고 판단하는 위법성 판단기준<sup>38)</sup>은 대리인(거래 상대방)의 기회주의적 행위마저도 자유로운 의사결정으로 판단하여 보호하는 것으로 해석될 우려가 있어 개선이 필요하다.

판매목표강제는 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 주는 ‘거래상 지위 남용행위’ 행위에 포함된다.<sup>39)</sup> 여기서 위법성 판단의 기준이 되는 것은 그 행위가 ‘부당한(unreasonable)’ 것인지 여부이다. 그런데 공정거래위원회가 거래상 우월적 지위의 남용행위라고 판단할 때 부당성의 요건을 별도로 언급하지 않고 있는데, 이것은 법 시행

36) 이주선(2005)은 피심인이 독점적인 위치에 있고 대리점들도 해당 지역별로 그러한 시장력이나 독점력을 가지고 있는 경우 판매목표강제는 (이중마진 문제를 해소할 수 있기 때문에) 사회적 후생을 증진시키는 역할을 할 것이므로 제재하는 것은 바람직하지 못한 법 적용이라고 주장한다(74-76면).

37) Lafontaine and Morton(2010), 242-246면. American Bar Association(2006), 144-147면. 대표적인 연구 결과에 대한 설명은 첨부 2를 참고

38) 대법원 2009두24108 판결(씨제이헬로비전 사건)

39) 공정거래법 제23조 제1항 제4호에서 거래상 지위 남용행위를 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”로 규정하고 있다.

령에서 구체적인 행위 유형을 열거하면서 거래 상대방에게 주는 불이익의 내용에만 중점을 두어 그 행위의 부당성을 불이익 자체에서 구하고 있는 데에 기인하는 것으로 보인다. 판매 목표강제의 경우 부당성을 판매목표강제 그 자체에서 구하고 있는 것으로 보인다. 그러나 사업자가 거래를 통하여 상대방에게 일정한 목표를 부과하거나 불이익을 주는 것은 거래 과정에 고유한 위험에 속하는 것이므로, 판매목표강제가 불이익을 준다고 하더라도 그에 대해 별도의 부당성 판단과정을 거칠 필요가 있다.<sup>40)</sup>

공정거래위원회 심사지침에서 판매목표강제, 보다 포괄적으로 거래상 지위남용행위를 금지하는 이유는 제조업자와 유통업자, 모기업과 하도급기업, 대형할인점과 납품업체 등 수직적 거래에서 거래상 우월한 지위를 가진 사업자가 거래상대방의 이윤을 착취하는 기회주의적 행위를 금지하려는 것으로 볼 수 있다. 그러나 제조업체와 대리점 간에는 대리인 문제(principal-agent problem)가 존재하고, 수직적 거래에서 기회주의적인 행위는 어느 한쪽에만 존재하는 것이 아니라 쌍방에 존재할 수 있기 때문에 거래상 지위남용행위인 판매목표강제의 부당성은 판매목표 할당과 계약 해지 조건이 쌍방의 기회주의적 행위에 미치는 영향을 고려하여 판단하여야 한다.

---

40) 홍대식(2001), 309-310면. 강정희(2011), 252면

## 참 고 문 헌

### [국내문헌]

---

- 강정희, “거래상 지위의 남용행위의 거래상대방에 따른 위법성 판단기준 - 대법원 2011.5.13. 선고 2009두24108판결”, 경쟁법연구 24권, 2011
- 김형석, 불공정거래행위의 하나인 판매목표강제행위의 판단 기준
- 양영조, “시장지배적사업자의 사업활동방해행위-현대자동차(주) 사건판결의 두 가지 논점”, 경쟁법연구 제24권, 2011
- 이주선, 거래상 지위남용 행위 규제와 개선방안, 한국경제연구원 규제연구시리즈-42, 2005
- 임원혁, 불공정거래행위에 관한 연구, 한국개발연구원, 2002
- 홍대식, “우월적 지위의 남용행위의 위법성 판단기준”, 경쟁법연구 7권, 2001

### [해외문헌]

---

- Alan J. Meese(2004), “Property rights and intra-brand restraints”, 89 Cornell Law Review
- American Bar Association(2006), Antitrust Law and Economics of Product Distribution
- American Bar Association(2012), Antitrust Law Development(7th edition)
- Benjamin Klein(1980), “Transaction Cost Determinants of “Unfair” Contractual Arrangement”, American Economic Review(1980, May)
- Benjamin Klein and Kevin M. Murphy(1988), “Procompetitive Justifications for Exclusive Dealing: Preventing Free-Riding and Creating Undivided Dealer Loyalty”, working paper
- Benjamin Klein and Andres V. Lerner(2006), “Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms”, 31 Journal of Law and Economics
- Brickley, James A., Frederick H. Dark and Michael S. Weisbach(1991), “The Economic Effects of Franchise Termination Laws”, 34 Journal of Law and Economics 101
- Carlton, Dennis W. and Jeffrey M. Perloff(2005), Modern Industrial Organization(4th edition)
- EU(2010), Guidelines on Vertical Restraints
- Givens, A. Richard(1983), Antitrust: An Economic Approach, Chapter 11 Franchising and Dealer Relationships
- Lafontaine, Francine and Margaret E. Slade(2010), “Inter-Firm Contracts: Evidence”, mimeo,

[http://econ.sites.olt.ubc.ca/files/2013/05/pdf\\_paper\\_margaret-slade-interfirm-contract.pdf](http://econ.sites.olt.ubc.ca/files/2013/05/pdf_paper_margaret-slade-interfirm-contract.pdf)  
(chapter 24 in the Handbook of Organizational Economics)

Lafontaine, Francine and Fiona Scott Morton(2010), “State Franchise Laws, Dealer Terminations, and the Auto Crisis”, *Journal of Economic Perspective*, vol.24, number 3, Summer 2010

Smith II, Richard L.(1982), “Franchise Regulation: An Economic Analysis of State Restrictions on Automobile Distribution”, *25 Journal of Law and Economics* 125

## 첨부 1. 불공정거래행위(23조) 심사지침 ‘판매목표강제(거래상지위 남용행위)’

### ▶ 정의

‘판매목표강제’는 자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위를 말한다.

### ▶ 위법성 판단기준

(가) 판매목표강제가 거래내용의 공정성을 침해하는 행위에 해당되는지 여부를 위주로 판단한다.

(나) 이 때, 거래내용의 공정성을 침해하는지 여부는 다음 사항을 종합적으로 고려하여 판단한다.

- 사업자의 거래상대방에 대해 거래상 지위를 가지는지 여부
- 판매목표의 달성에 강제성이 있는지 여부 등. 판매목표의 달성을 ‘강제’하기 위한 수단에는 제한이 없으며, 목표가 과다한 수준인지, 실제 거래상대방이 목표를 달성했는지 여부는 강제성 인정에 영향을 미치지 않는다. 목표불이행시 실제로 제재수단이 사용되었을 필요는 없다.

- 목표를 달성하지 못했을 경우 대리점계약의 해지나 판매수수료의 미지급 등 불이익이 부과되는 경우에는 강제성이 인정되나, 거래상대방에게 장려금을 지급하는 등 자발적인 협력을 위한 수단으로 판매목표가 사용되는 경우에는 원칙적으로 강제성이 인정되지 않는다. 다만, 판매장려금이 정상적인 유통마진을 대체하는 효과가 있어 사실상 판매목표를 강제하는 효과를 갖는 경우에는 그러하지 아니한다.

(다) 판매목표강제가 거래내용의 공정성을 침해한다고 판단되더라도 다음과 같이 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 범위반으로 보지 않을 수 있다. 그러나 판매목표강제의 속성상 제한적으로 해석함을 원칙으로 한다.

- 판매목표강제로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 거래내용의 불공정성으로 인한 공정거래저해 효과를 현저히 상회하는 경우
- 판매목표강제를 함에 있어 기타 합리적인 사유가 있다고 인정되는 경우 등



## 첨부 2. 미국 franchise protection law 효과에 대한 실증분석 연구 정리<sup>41)</sup>

Brickley et al(1991)은 가맹주가 실적이 좋지 않은 가맹점과의 계약해지 용이성 차이가 프랜차이즈 사업에 미치는 효과를 실증분석 하였다.

미국의 경우 일부 주에서는 가맹주가 계약을 마음대로 해지(at will)할 수 있는 반면, 일부 주에서는 계약을 해지해야 하는 상당한 이유(good cause)를 요구한다. Good cause termination law(이후 termination law)는 이론적으로 한편으로는 프랜차이즈 사업 비용을 증가시키는 반면 다른 한편으로는 비용을 절감시킬 수 있다. 먼저 termination law는 아래와 같은 두 가지 이유로 가맹주의 프랜차이즈 운영비용을 증가시킬 수 있다. 첫째, 실적 부진 가맹점과의 계약해지가 어려워져 매출이 부진할 경우 프랜차이즈 대신 가맹주가 직접 유통사업에 참여하는 방법으로 전환하는데 발생하는 비용, 둘째, 계약해지를 위해 요구되는 상당한 이유(good cause)를 입증하는데 소요되는 비용 때문이다. 반면 termination law는 계약해지 요건을 표준화함으로써 계약을 투명하게 하여 계약을 유지할 것인지 아니면 해지할 것인지를 판단하는데 소요되는 거래비용을 절감시키고, 계약 이후 가맹주의 hold-up 가능성 - 예를 들어 가맹주가 가맹점이 프랜차이즈 사업을 위해 거래에 특화된 투자(relation specific investment)를 했을 경우 가맹주는 정당한 이유 없이 계약해지 위협으로 가맹점에게 불리한 계약조건을 강요하는 행위 - 를 방지할 수 있다.

저자들은 1985년 이후의 산업별 데이터와 1984년 이후의 기업별 데이터를 이용하여 termination law와 프랜차이즈의 활성화 정도 간의 관계를 실증분석 하였다. termination law가 있는 주에서는 프랜차이즈가 적었으며, 특히 단골고객(repeat customer)과 거래하지 않는 산업일 경우에 termination law가 프랜차이즈에 미치는 영향이 컸다. 단골고객이 중요한 산업일 경우 가맹점들은 좋은 상품 품질과 서비스를 제공하기 위해 스스로 노력하기 때문에 가맹주-가맹점 간의 이해 차이가 크지 않았으며, 따라서 termination law 여부가 프랜차이즈 활성화 정도에 큰 영향을 미치지 않았다. 반면에 단골고객이 중요하지 않은 산업의 경우, 즉 뜨내기 고객들과 거래하는 산업의 경우 가맹점들은 마케팅 노력을 할 인센티브가 적고, 가맹주는 성과가 저조한 가맹점들을 선별하여 계약을 해지해야 하는데 termination law가 있을 경우 계약해지를 위해서 막대한 비용이 소요되기 때문에 가맹주

---

41) American Bar Association(2006), 144-147면

들은 termination law가 있을 경우 프랜차이즈를 운영할 인센티브가 감소된다고 분석하였다. 저자들은 실증분석 결과 termination law가 가맹주들의 비용을 증가시켜 프랜차이즈 사업을 결정하는데 영향을 미쳤다고 분석하였고, 가맹주들과의 별도의 설문조사를 통해서 동일한 결과를 제시하였다

Smith II, Richard L.(1982)는 정부의 규제가 자동차 제조업자와 딜러 간의 프랜차이즈 거래에 미치는 효과를 실증분석 하였다.

자동차 제조업자들은 딜러들의 마케팅 노력을 유도하기 위해 지역별로 독점판매권을 부여한다. 그런데 자동차는 브랜드 별로 조금씩 차별화가 되기 때문에 독점판매권을 가진 유통업자가 어느 정도의 독점력을 행사할 수 있기 때문에 이중마진 문제가 발생할 수 있다. 따라서 자동차 제조업자들은 딜러들의 독점력 행사를 통제하고 이중마진 문제를 해소하기 위해 다양한 계약조건을 이용한다. 예를 들어 성과가 저조한 딜러와 계약을 해지하거나, 판매량을 할당(quantity forcing) 하는 등의 조건을 이용하거나 새로운 딜러 진입을 승인하여 딜러 간 경쟁을 유도할 수 있지만 일부 주에서는 이와 같은 계약조건을 엄격히 제한한다.

저자는 1970년 이후 데이터를 이용하여 이와 같은 정부 규제가 프랜차이즈에 미친 영향을 실증분석 하였다. 이중마진 문제를 방지하기 위해 신규 딜러를 추가로 진입시키거나, 판매량 할당과 공급 가격을 통제하는 계약조건 등을 정부가 규제하는 경우 상당한 자동차 가격 인상을 초래한다는 결과를 제시하였다. 즉 딜러의 독점력 행사를 통제할 수 있는 계약 조건 이용을 규제할 경우 판매가격은 인상하는 반면 판매량이 감소하여, 소비자로부터 딜러에게 부의 이전이 발생한다고 분석하였다.