



Title	韓国公正取引法における垂直的共同行為と単独行為の規制体系の改編
Author(s)	イ, ホヨン; Lee, Hoyong; 李, 妍淑//訳
Description	特集 : 東アジア競争法における不公正取引規制の実務と教育について
Citation	新世代法政策学研究, 13, 85-112
Issue Date	2011-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47587
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP013_009.pdf



韓国公正取引法における 垂直的共同行為と単独行為の規制体系の改編¹

イ・ホヨン (LEE Hoyong)
李 妍淑 (訳)

I はじめに

1981年、独占規制および公正取引に関する法律（以下、「公正取引法」とする。）が施行されてもうすぐ30年を迎えるこの時期、振り返ってみると、韓国公正取引法は、法制の面であれ、法執行の面であれ、実に輝かしい成果を成し遂げてきたことは周知のとおりである。

たとえば、公正取引法の規定のうち、2004年に新設された域外適用規定（2条の2）、つい最近まで数回の改正が行われた企業結合申告規定（12条）、2009年に新設された公共部門の入札談合防止措置の規定（19条の2）、1996年に導入されて以来数回の改正を経た不当な共同行為の自発的申告者減免制度関係規定（22条の2）、2007年に新設された公正取引紛争調停関係規定（48条の2以下）、漸次改善された事件処理手続における被審人の防御権およびその関係者の手続参加権関係規定（49条以下）、2004年末に大幅に改善された損害賠償関係規定（56条以下）等が整備されるようになり、そればかりか、1990年代末以降、数回にわたって改正された市場支配的地位の濫用行為に関する審査基準、企業結合の審査基準、共同行為の審査基準等の下位法令もまた精緻な内容を盛り込んでおり、その内容はアメリカ

¹ 本稿は、2010. 11. 5. 韓国競争法学会秋季学術大会にて報告した論文「公正取引法における垂直的共同行為の規制の導入——Nothing is too late!」を国際学術大会報告用に加筆・修正したものである。

やEU等の競争法先進国のそれと類似していると言えよう。

また、法執行という面から見ても、韓国の競争当局である公正取引委員会は、当初旧経済企画院内の公正取引室として立ち上げられ、1994年末に国務総理所属の独立の中央行政機関に改編されるようになって以来、短い法執行経験ではあるものの、すでにハイレベルの競争法執行のノウハウを獲得しており、量的・質的とも実績を積んできた。とくに、2000年代半ば以降、法執行において高度の専門性が求められる市場支配的地位の濫用行為およびIT産業での企業結合に関する事件を見事に処理し、またその処理プロセスにおいて経済分析を積極的に取り入れる等、国内外において先進的な競争法執行機構として評価されるようになった。

ところが、公正取引法はその制定プロセスにおいて日本の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、「私的独占禁止法」とする。）から至大な影響を受けており、したがって西欧の競争法と区別されるいくつかの法制上の特徴を持っている。

もっとも代表的なのは、市場支配的地位の濫用行為の禁止（3条の2）、不公正取引行為の禁止（23条）および再販売価格維持行為の制限（29条）等、いわゆる単独行為（unilateral conduct）の規制体系であるが、これについて、2007年末に下された大法院（訳者註：日本の「最高裁判所」に該当する。）のPOSCO事件の判決²をきっかけにして多くの議論が行われるようになったこと³は、周知の通りである。本判決は、公正取引法における市場支配的地位の濫用行為の一類型である不当な事業活動妨害行為（3条の2第1項第3号）の成立要件、すなわち不当性の意味および判断基準について判示することにより多くの議論が触発されたが、これらの議論の

² 大法院2007. 11. 22宣告2000두8626判決。

³ たとえば、이봉의 「포스코판결과 방해남용의 행방」 경쟁저널40호(2008년9월); 이호영 「공정거래법상 시장지배적사업자 규제의 쟁점과 과제」 저스티스104호 (한국법학원2008년6월); 이황 「공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계—시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절의 위법성, 그 본질과 판단기준」 사법5호(2008년9월); 황창식·신광식 「시장지배적 사업자의 거래거절에 대한 공정거래법리: 대법원의 포스코사건 판결」 경쟁법연구18권(2008년); 황창식 「공정거래법상 시장지배적 남용규제의 해석 및 집행상의 문제점—불공정거래행위 규제와의 법적용 관계를 중심으로」 경제법판례연구5권(2009년) 등을 들 수 있다.

ほとんどは現行公正取引法における市場支配的地位の濫用行為の類型的のうち、いわゆる排他的濫用（exclusionary abuses）の成立要件としての不当性の判断基準に焦点を合わせたものであった。

しかし、本判決の多数意見は市場支配的地位の濫用行為の不当性の意味と判断基準を判示するとともに、公正取引法における単独行為の規制体系に関する重要な示唆をも提示した。すなわち、公正取引法が取引拒絶行為を市場支配的地位の濫用として規制しながら、他方で不公正取引行為としても規制している理由については、取引拒絶行為が市場支配的地位の濫用に該当するかどうかはともかく、「単にその相手方との関係において公正な取引を阻害する恐れがある行為であると認める場合」にもそれを規制する必要があるからだとして、その不当性については、当該取引拒絶行為の公正取引阻害性に注目して「市場に及ぶ影響を考慮せず取引相手方である特定事業者が当該取引拒絶行為によって不利益を被ったかどうか」に基づいて判断しなければならないとした。

こうして公正取引法における不公正取引行為の不当性に関する最高裁判所の説明は、競争当局である公正取引委員会や学者の従来一般的なアプローチと異なるものであると言えよう。すなわち、従来、不公正取引行為についての公正取引委員会の法執行上のアプローチおよび多くの競争法学者の態度は、できるだけ不公正取引行為の不当性（または公正取引阻害性）を競争法の特性に合うように競争制限性を中心に判断しようとするものであった⁴。

したがって、不公正取引行為の一類型としての取引拒絶行為の違法性要件に対する上記大法院の説明は、これについての評価はともかく、今後の公正取引法における不公正取引行為の禁止に関する立法または法執行上の変化に重要な契機を提供したものと考えられる。すなわち、従来公正取引法における不公正取引行為の禁止が果してきた役割に対する全面的

⁴ 不公正取引行為に関する公正取引行為の法執行政策は、2004年末に制定された不公正取引行為の審査指針（公正取引委員会例規第72号、2009. 8. 12. 改正）に明確に示されているが、これによれば、取引拒絶、差別的取扱、競争事業者の排除、取引強制としての抱き合わせ販売、拘束条件付取引等は、主にまたは選択的に「競争を制限するかどうか」を基準にその不当性が判断されると定めている。

な再検討を土台にした、公正取引法における単独行為の規制体系に対する大幅な調整が迫ってきた状況であるとも言えよう。

しかし、従来、韓国の公正取引法は日本の影響を受けているため、公正取引行為や再販売価格維持行為のようないわゆる外国の競争法で垂直的共同行為（vertical agreements）として取り扱う行為を、不当な共同行為ではなく、単独行為の規制領域として扱ってきた。そこで、公正取引法における不公正取引行為を含む単独行為の規制体系を再検討するための前提として、生産および流通の段階において垂直の関係にある事業者間で交わされる合意（以下、「垂直的共同行為」または「垂直的合意」とする。）の規制体系に対する綿密な再検討と改善が必要となろう。

以下では、まず韓国公正取引法における垂直的共同行為についての規制体系を、判例および解釈論を中心に考察し（Ⅱ）、次に日本を含む主要外国の競争法における垂直的共同行為の規制体系を簡単に整理した後（Ⅲ）、韓国公正取引法における垂直的共同行為の規制を明示的に導入する必要性とその具体的方案を論じることにした（Ⅳ）。

Ⅱ 韓国公正取引法における垂直的共同行為の規制体系

1. 韓国公正取引法における不当な共同行為の条項および事例

公正取引委員会は、これまで垂直的共同行為の規制に関する法執行政策が明示されない状況下で、さらに公正取引法における不当な共同行為の禁止条項（19条）を垂直的合意に適用できない何の文言上の理由もないにも関わらず、法執行の慣行上、水平的合意に対してのみこれを適用してきた。ただし、ごく稀に水平的合意と結びついている場合、水平的関係にある事業者とともに、垂直の関係にある加担事業者に対しても不当な共同行為の責任を負わせる事例を読むことができる。

すなわち、不当な共同行為を禁止する公正取引法19条1項において、その構成要件として「契約・協定・決議その他いずれの手段で他の事業者と共同で…次の各号のいずれに該当する行為をすることに合意した行為」お

よび「他の事業者にこれを実行するようにする行為」⁵と定めることにより、文言上、当該当事者たちが水平的関係にあるのか、それとも垂直の関係にあるのかを区別していない。しかし、従来、公正取引委員会により不当な共同行為が認められ、かつ是正措置が命じられた事件を調べてみると、そのすべてが水平的関係における事業者間で行われた水平的合意が問題となっており⁶、共同行為審査基準（公正取引委員会例規第71号、2009. 8. 12. 改正）もまた垂直の関係において行われた共同行為について何の規定も設けていない⁷。

ただし、公正取引委員会は、少数の事件において2社以上の流通業者等が競争を制限する水平的合意をした場合、これに加担する製造業者等の上流市場（upstream market）の事業者に対しても不当な共同行為の責任を負わせることがあるが、ここでは垂直的共同行為が認められたかどうかは不明である。たとえば、3社の学生制服製造業者の不当な共同行為事件（公正取引委員会審決第2001-82号、2001. 5. 31）および全国学生制服発展協議会の競争制限行為事件（公正取引委員会審決第2001-83号、2001. 6. 7）において、旧SKグローバル(株)等3社の学生制服製造業者と、これらの製品を販売する総販売元および各代理店は、事業者団体である全国学生制服発展協議会を媒介にして地域別協議会を通じて学生制服販売価格を合意して決めるようにし、上記製造業者はこれを支持した行為が問題となっていた。

本件における共同行為の本質は、下流市場（downstream market）の事業者である制服の総販売元および代理店が制服の販売価格を一定の水準に維持する内容の水平的合意をしたことに、上流市場の事業者である制服製

⁵ 後者は、2004年法改正時に新たに規定されたものである。

⁶ このような法執行慣行は、以下でみられるように、公正取引法施行初期から日本の独占禁止法の関係条項の解釈論の影響を多く受けたことより起因すると推定する。

⁷ 上記基準は、むしろその適用対象として水平的合意のみを念頭に置いているようである。たとえば、いわゆる硬性共同行為の類型を挙げながら、「競争関係にある事業者」間の行為のみを規定しており、軟性共同行為の場合もその競争制限的効果を分析する方法を記述しつつ、その出発点として関係市場を画定し当該市場における参加事業者の市場シェアを測定するよう定めている。

造業者が加担した点である。したがって、上流市場および下流市場の両方において水平的共同行為が存在するとともに、垂直的共同行為の要素も存在していたと考えられる。これについて公正取引委員会は、上流市場と下流市場における行為を別途の事件として取扱い、前者は不当な共同行為として、後者は事業者団体とその構成事業者の競争制限行為（26条1項1号）として認め、それぞれ是正措置等を命じた。

また、周波数公用通信装置の買入札における事業者4社の不当な共同行為事件（公正取引委員会審決第2008-137号、2008.5.2）では、製品の特性上、モトローラ社の製品供給者しか入札できない警察庁等の周波数公用通信装置の買入札に参加したモトローラ社製品の国内総販売元3社が、ミーティングや意思伝達等を通じて発注先別落札予定者を事前に合意した行為が発覚した。本件の行為について公正取引委員会は、まず、直接入札談合に加担した国内総販売元3社とともに、モトローラ社製品の国内流通および技術支援を総括するモトローラ社の子会社であるモトローラ・コリア(株)に対しても不当な共同行為の責任を負わせ、是正措置等を命じた。

とくに、モトローラ・コリア(株)の行為で発注先別落札予定者を指定し、その指定された落札予定者に対してのみ、入札参加に必要なモトローラ社製品の技術支援確認書および製品供給確認書を発行した行為が問題となった。これについて公正取引委員会は、本行為が19条1項本文後段の「他の事業者に不当な共同行為を実行するようにした行為」に該当すると判断した。すなわち、公正取引委員会は、明示的に上流市場のモトローラ・コリア(株)と下流市場の国内総販売元3社の間に存在する垂直的共同行為を不当な共同行為として認めたのではなく、2004年法改正時に新たに導入された別途の行為類型である、不当な共同行為をさせた行為に該当すると結論付けた。

最後に、映画配給・上映事業者7社の不当な共同行為事件（公正取引委員会審決第2008-168号、2008.6.10）において公正取引委員会は、垂直的共同行為を認めたものと思われる法適用をしたことがある。本件では、上流市場である国内映画配給市場の79.8%を占めている映画配給事業者5社（うち、1社は映画配給および上映業をすべて営為している。）と、下流市場である国内映画上映市場の60%を占めている上映業者3社とが共謀

して、価格割引禁止政策等映画鑑賞料に対する具体的なガイドラインを作成・指示し、かつそれを遵守した行為が争点となった。これについて公正取引委員会は、本件の行為や加担事業者を上流市場と下流市場に区別せず、19条1項に定める「共同で価格を決定・維持または変更する行為をすることに合意した」行為に該当すると認めた⁸。

従来、公正取引委員会により、水平的合意と結びつかない純粋な垂直的合意を不当な共同行為として認められた事例は見当たらないが、これは、一方では、流通段階において垂直的關係で行われる競争制限的合意の相当数が十分に規制されなかったことを表わしており、他方では、このような合意の一部は単独行為を適用対象とする23条の不正取引行為または29条の再販売価格維持行為に該当する行為として認められ規律されたと考えられる。

とくに、公正取引委員会が、従来不正取引行為類型のうち、外国では垂直的共同行為として扱う行為類型である取引強制としての抱き合わせ販売、拘束条件付取引に該当する排他条件付取引および取引地域または取引相手方の制限、そして再販売価格維持行為として認められた行為のうちの一部について、生産・流通段階において垂直的關係にある事業者間で行われる競争制限的合意に該当すると考えたと推定できる。実際、これまで公正取引委員会が再販売価格維持行為や不正取引行為のうち、排他条件付取引、取引地域または取引相手方制限等に認めた事例の中で、その審決書において明確に当該行為が垂直的關係にある事業者間合意によるもので、関係取引分野での競争を制限したと認めたものを見つけることができる。

まず、最近公正取引委員会が、製造業者と流通業者が再販売価格を維持する内容の契約等を締結した行為を29条の再販売価格維持行為に該当すると認めつつ、当該行為がいわゆるブランド内（intradbrand）価格競争を制限したことを根拠として合意を明示的に提示した事例がある。たとえば、

⁸ ただし、上記事件の公正取引委員会の議決書は、明示的に垂直的共同行為という表現を使ったり、19条1項の適用対象に垂直的合意が含まれるかどうかについて議論されたりしていない。この点、以下の記述にて分かるように、関係行政訴訟において明示的にその争点が争われた。

(株)オリオン再販売価格維持行為および拘束条件付取引行為事件（公正取引委員会議決第2010-24号、2010. 2. 8）において、公正取引委員会は、2条6号に定義している再販売価格維持行為には一方当事者が取引価格を単独に決める場合以外に、両当事者間において契約・結合・共謀・合意・協議等を通じて決める場合も含まれるとしつつ、上記事業者が卸売業者等に対して約定書や契約書を通じて最低再販売価格を指定した行為は、取引相手方である卸売業者の自由な意思に反し、自身が決めた最低再販売価格を遵守するよう強制することによりブランド内の自由な価格競争を阻害したとし、法律上、再販売価格維持行為に該当すると判断した。

また、公正取引委員会は、製造業者と流通業者が契約等を通じて、排他的取引条件や取引地域または取引相手方を制限する条件等を賦課する行為を拘束条件付取引に該当すると認め、当該行為が当該関係市場における競争を制限したことを根拠として提示した事例も見られる。たとえば、精油会社4社の拘束条件付取引行為事件（公正取引委員会審決第2009-50号、2009. 2. 3）において公正取引委員会は、上記事業者が自営給油所に所要製品の全量買入を求める石油製品供給契約を締結した行為は同事業者間の競争を制限するだけでなく、輸入業者等の潜在的競争事業者の流通経路を遮断する効果も大きいという点を根拠に、これは違法な拘束条件付取引に該当すると判断した⁹。

2. 関係判例

裁判所が、公正取引法19条の適用対象に垂直的合意が含まれるかどうかについて明確に論じた判例はこれまでたった1件だけ見つけることができる。それは、最近下された下級審判決である。すなわち、垂直的關係に

⁹ そのほかに、DPK インターナショナル(株)の拘束条件付取引行為事件（公正取引委員会議決第2000-163号、2000. 11. 15）、BC カード(株)の拘束条件付取引行為事件（公正取引委員会審決第2003-26号、2003. 1. 27）、Daihan Eunpakgy(株)の拘束条件付取引行為事件（公正取引委員会審決第92-83号、1992. 7. 1）等においても、公正取引委員会は、販売地域を制限したり、取引相手方を制限する内容の加盟店契約や代理店契約を締結したりする行為を違法な拘束条件付取引に認めながら、その根拠として関係市場における競争制限的效果の招来を提示した。

において行われた競争制限的合意が19条の不当な共同行為に該当するという点を根拠に提起された民事訴訟は見当たらないが、すでに上記で紹介したように、水平的合意とともに垂直的合意も介在していた事案に対して公正取引委員会が命じた是正措置等に不服して提起された行政訴訟にのみ見出すことができる。

まず、学生制服製造業者3社による不当な共同行為事件（公正取引委員会審決第2001-82号、2001. 5. 31）および全国学生制服発展協議会の競争制限行為事件（公正取引委員会審決第2001-83号、2001. 6. 7）では、公正取引委員会は上記でも説明したように、上流市場と下流資料における行為を別途の事件に区別し、それぞれ水平的関係にある事業者間で行われた共同行為として取り扱ったため、関係行政訴訟において垂直的共同行為の問題は争われる余地がなく、裁判所は公正取引委員会の事実認定と違法性判断をすべて受容し原告の請求を棄却した¹⁰。

また、周波数公用通信装置の買入札関係事業者4社の不当な共同行為事件（公正取引委員会審決第2008-137号、2008. 5. 2）において公正取引委員会は、国内総販売元3社に対し発注先別落札予定者を指定し、さらにそれぞれの落札予定者に対してのみモトローラ社製品の技術支援確認書および製品供給確認書を発行したモトローラ・コリア(株)に対しても不当な共同行為の責任を負わせたが、それは同事業者を競争制限的合意の当事者として認定したのではなく、19条1項本文後段の「他の事業者に不当な共同行為を実行するようにした行為」に該当するものとして認定した。したがって、本件における公正取引委員会の是正命令等に不服として提起された行政訴訟においても、19条の適用対象に垂直的共同行為が含まれるかが争点として議論されず、代わりに上記条項の意味と判断基準が争われたのみである。結局、大法院は、19条1項本文後段の「他の事業者に不当な共同行為を実行するようにしてはならない」という規定は是正命令と課徴金納付命令等の侵害的行政行為の根拠となるため可能な限りこれを厳格に解釈する必要があるという点に照らして、これは他の事業者に不

¹⁰ 大法院2006. 11. 9. 宣告2004号14564判決、大法院2006. 11. 23. 宣告2004号10586判決、大法院2006. 11. 24. 宣告2004号12346判決、大法院2006. 11. 24. 宣告2004号10319判決等参照。

当な共同行為をするよう「教唆する行為またはこれに準ずる行為」を意味し、他の事業者の不当な共同行為を単純に幫助する行為はこれに含まれないので、モトローラ・コリア(株)の本件における行為は、国内総販売元3社に対する入札談合の教唆またはこれに準ずる行為として見ることができないと判示した¹¹。

他方、映画配給・上映事業者7社の不当な共同行為事件(公正取引委員会議決第2008-168号、2008.6.10)において、公正取引委員会が下した是正命令等に対して、上流市場の事業者である映画配給業者が行政訴訟を提起し、そこでは19条の適用対象に垂直的合意が含まれるかどうかという論点が明示的に争われた。すなわち、上記行政訴訟で原告は、本件で問題となった価格談合は代表的な水平的競争制限行為として通常競争事業者の間の価格競争を避けるために行われるものであり、自分たちは映画配給業者として映画上映業者と垂直的關係にあるだけで競争関係ではないため、法律上の不当な共同行為の責任を負うべきではないと主張した。

しかし、上記主張に対しソウル高等裁判所は、19条1項は不当に競争を制限する行為を行われることに合意する行為だけではなく、他の事業者にこれを行うようにする行為も禁止しており、上記規定のうち、「他の事業者に不当な共同行為を行うようにする行為」というのは周波数公用通信装置の買入札関係の事件において大法院が判示した通り、事業者に不当な共同行為をするよう教唆する行為またはこれに準ずる行為を意味するため、「こうした規定の趣旨に照らしてみると、水平的競争関係にない事業者も水平的競争関係にある他の事業者とともに公正取引法19条1項に定める『不当な共同行為』を行うことができる」と引用しながら、「こうした法理にしたがえば、映画配給業者である原告も垂直的關係にある映画上映業者とともに19条1項に定める『不当な共同行為』を行うことができる」と判示した¹²。

ところが、ソウル高等裁判所の上記判示は、確かに垂直的合意も19条1

¹¹ 大法院2009.5.14. 宣告20094号1556判決。

¹² ソウル高等裁判所2009.10.7. 宣告2009号2483判決。しかし、同裁判所は、公正取引委員会の本件における是正命令は適法ではあるが、課徴金額の算定が違法であるという理由で、本件課徴金納付命令を取り消した。

項の不当な共同行為に該当することができると認定しているが、その趣旨や成立要件という側面からはやはり不明確な点が残っている。すなわち、同判決の意味を文言通りに解釈すれば、19条1項は「不当な共同行為の教唆またはこれに準ずる行為」も禁止しているため、水平的競争関係にある事業者だけではなく、垂直的關係にある事業者も不当な共同行為の責任を負うことができるとされるが、これは依然として水平的關係にある事業者間の合意が存在する場合に限って認定されると理解することもできる¹³。

3. 学説上の議論

従来、公正取引法における垂直的合意を不当な共同行為として認められるかどうかについて、学者の間の議論は非常に断片的になされてきた。まず、立法政策の面から、日本の独占禁止法における競争制限的合意に該当する「不当な取引制限」(同法2条6項)の狭い解釈論よりも、アメリカ等先進国の例に従って垂直的共同行為性を肯定すべきであるという見解が提示されたことがあり¹⁴、また、公正取引法19条1項本文の文言は、日本の私的独占禁止法の場合¹⁵と異なって、「相互拘束性」を求めないだけではなく、合意の相手方となる事業者のことを「同一の取引分野で活動している」または「互いに競争関係にある」他の事業者と呼ばず、ただ単に「他の事業者」と規定しているため、その適用対象を水平的合意に限る法的根拠はないという主張も提示された¹⁶。

これに対して、1999年改正される前の旧公正取引法19条1項が「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」と規定していたことに着眼し

¹³ 上記判決に対し、被告の公正取引委員会は上告を提起したが、大法院は審理不続行棄却(訳者註:上告審手続に関する特例法により大法院で本案審理なく上告を棄却する。)の判決を下し、本件は確定された(大法院2010.1.28. 宣告2009号19700判決)。

¹⁴ 황적인・권오승『경제법(5정판)』(법문사, 1996년) 164면; 김영호『경제법』(법문사, 1990년) 167면。

¹⁵ 日本の私的独占禁止法2条6項に、「不当な取引制限」という定義において、「相互にその事業活動を拘束し、又は遂行すること」を成立要件として規定している。

¹⁶ 이호영「독점규제법상 상표내 경쟁제한행위위 규제에 관한 연구」서울대박사학위논문(2003년)262-265면。

て、2条8号が「一定の取引分野」を「取引の客体別・段階別または地域別に競争関係にあったり競争関係が成立しうえたりする分野」と定義していることを根拠に、不当な共同行為規定は水平的合意にのみ適用されるべきだとする見解¹⁷と、別に根拠を提示することなく、法律上の不当な共同行為は、「複数の事業者が価格等を決定することにより、不当に競争を制限するため、互いに競争関係ではない補完的關係にある事業者間には共同行為が成立される余地がない」とする見解¹⁸が提起されている。

しかし、上記の主張のうち、前者については、1999年法改正により19条1項の文言がもう「一定の取引分野」における競争制限を求めなくなり、しかも不当な取引行為が成立するために「一定の取引分野」において競争を制限する効果が存在しなければならないことと、共同行為そのものが一定の取引分野における競争関係にある事業者の間になされなければならないことは別問題であるという反駁が可能であり、後者についても、たとえ相互補完關係にある事業者と言っても、たとえば製造業者と流通業者の關係のように、垂直的關係にある事業者間の合意により下位事業者である流通業者間のブランド内競争が制限されうるという反駁が可能であるので、あまり説得力がない¹⁹ともいえよう。

むしろ、最近公正取引法の体系に根拠を置き、不当な共同行為規定の適用対象に垂直的合意が含まれないという、比較的説得力のある主張が提起された。すなわち、代表的な垂直的取引制限に該当する再販売価格維持行為については、29条において別途に規定しており、その他の垂直的取引制限もまた3条の2の市場支配的地位の濫用行為または23条の不正取引行為として規制できるので、規範の重複現象を回避するために19条1項の適用対象を水平的取引制限とみるべきであると主張されている²⁰。実際、すでに見てきたように、従来、公正取引委員会が、垂直的關係にある2社

以上の事業者により行われる競争制限的垂直的合意に対して、再販売価格維持行為や不正取引行為の規定を適用した事例があるので、上記の主張には一理があると思われる。

ところが、次のような事項を考慮する際、依然として不当な共同行為規定を通じた垂直的合意の規制と、公正取引法における再販売価格維持行為や不正取引行為等の規制は、区別されなければならない。まず、公正取引法における再販売価格維持行為の制限または不正取引行為の禁止は、2社以上の事業者間においてなされる「合意」ではなく、取引当事者のうち、一方の単独行為を規制対象とするものであり、したがって是正措置や課徴金等の行政的制裁もまた一方当事者に対してのみ賦課される。また、公正取引法における再販売価格維持行為または垂直的關係で問題となる各種不正取引行為は、日本の独占禁止法の影響を受けたので、その成立要件として相手方に対する強い強制性や拘束性を要請する場合が多い。たとえば、2条6号は、再販売価格維持行為の概念を「取引相手方である事業者またはその次の取引段階別事業者に対して取引価格を決め、その価格通りに販売または提供することを強制し、そのために規約その他拘束条件を付け加えて取引する行為」と定義しているのに対して、一般的な垂直的共同行為はそのような同程度の強制性や拘束性を求めない。

このような区別は、結局、垂直的共同行為と再販売価格維持行為または垂直的關係において問題となる不正取引行為の違法性要件とも関連する。すなわち、垂直的共同行為の規制は、一定の關係市場において競争制限的効果を招来する合意を対象にするのに対して、再販売価格維持行為や不正取引行為の規制は、大法院のPOSCO事件の判決が示唆しているように、主に取引相手方の事業活動の自由または取引上選択権を侵害する行為を対象としているといえる。上記で説明したように、公正取引委員会が、一部の再販売価格維持行為や垂直的關係の中で問題となる不正取引行為事件において「強制性」や「拘束性」の要件を広く認定し、違法性要件と関連してむしろ競争制限性に焦点を合わせて判断する理由の一つは、従来の法執行の慣行上、競争を制限する垂直的合意を不当な共同行為として規律してこなかったからだと判断される。

¹⁷ 손주찬 『경제법』(법경출판사, 1993년) 176면; 박길준 『한국독점규제법』(삼영사, 1983년) 75면.

¹⁸ 허찬무 『공정거래법과 카르텔규제』(비봉사, 2000년) 127면.

¹⁹ 이호영, 前掲註16, 263-264頁參照.

²⁰ 정호열 『경제법(제2판)』(박영사, 2008년) 309면. 19条1項は水平的共同行為を「主要対象」としている主張については、신현윤 『경제법』(박영사, 2006년) 237면.

Ⅲ 外国競争法における垂直的共同行為の規制体系

1. 日本の独占禁止法における不当取引制限の規制

独占禁止法は、共同行為について、他の国の競争法制と区別される独特な規定を設けており、従来その条項の意味と関連して他の国では見られない、多様な議論がなされていた。独占禁止法における共同行為条項についての解釈論は、すでに見てきたように、韓国の公正取引法における不当な共同行為規定の解釈および執行に対して至大な影響を及ぼしたが、以下では1990年代以降の日本の学説および判例の変化をみることにしたい。

独占禁止法2条6項は、韓国の不当取引共同行為に該当する「不当な取引制限」の概念を、「…他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう」と定義している²¹。従来、日本では、同規定における「他の事業者」の範囲および「相互拘束性」の要件について多くの議論がなされてきた。とくに、製造業者が流通業者の価格協定に加担する場合のように、異なる取引段階に位置する事業者も相互拘束性の要件に満たし不当な取引制限に該当させるようにできるかという問題が議論された。

法施行初期、日本の公正取引委員会は、売渡人と買受人の間の協定または買受人の協定に関与した売渡人も不当な取引制限に該当するとしていた²²が、1953年新聞販路協定事件において、東京高裁は、不当な取引制限は当事者間に一定の事業活動の制限を共通に設定することを本質とするため、相互に競争関係にある事業者間においてのみ可能であり、相互に競争関係にあるといえない取引段階を異にする事業者間の垂直的合意は「拘

²¹ 日本の私的独占禁止法2条6項は、不当な取引制限について、「…他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう」と定義している。

²² 厚谷襄児ほか『条解独占禁止法』(弘文堂、1997年)57-58頁。

束の相互性」がないので、不当な取引行為が成立されないと判示して²³以来、同判決の趣旨に従って垂直的合意を不当な取引制限として規制しないようになり、代わりに事案によって韓国の公正取引法において市場支配的地位の濫用や不公正取引行為に該当する私的独占や不公正な取引方法の違反として取り扱った²⁴と言われる。

しかし、上記判決の法理は判決当時より一部学者の批判を受けた。とくに水平的合意の要素と垂直的合意の要素がともに存在する場合、たとえば、買受人間に価格協定が存在し、ここに売渡人のような異なる取引段階に位置する事業者が加担する場合については、多数の学者は上記判決を批判しつつ、不当な取引制限に入れるべきであると主張した²⁵。その根拠として、上記事件において問題となったように、新聞発行本社が加担することにより新聞販売店の取引地域の制限が可能となったため、問題の根源は新聞発行本社であり、たとえば、販売業者が製造業者に再販売価格の維持を要請し、製造業者がこれに応じて全体販売業者に再販売価格を賦課したという行為を不公正取引行為として扱う場合、再販売価格の維持を要請した販売業者を法適用から除外する不均衡が生じることになり、とくに消費財の分野において製造業者や卸売業者または小売業者の相互間における価格形成に影響を及ぼすので、取引分野という観念が事実上維持されない等の主張が提示された²⁶。

こうした学説の批判の影響下で、1990年代に入ってこの問題についての日本公正取引委員会の態度に変化が見られ、判決の動向もまた注目されるほど変化を遂げていた。すなわち、1991年公正取引委員会が制定した流通取引慣行ガイドラインは、一般論として「ここで言う相互拘束は、その内容が行為者（たとえば、製造業者と販売業者）すべてに同一である必要は

²³ 東京高裁、昭和28.3.9.判決。

²⁴ 厚谷襄児ほか、前掲註22、59頁。金井貴嗣ほか『独占禁止法』(弘文堂、2004年)53-54頁。しかし、日本の場合、従来私的独占の規制実績がとても少なく、共同行為を私的独占として規制した事例は、とても珍しいと言われる(金井貴嗣ほか、54頁)。

²⁵ 厚谷襄児ほか、前掲註22、60頁。

²⁶ 厚谷襄児ほか、前掲註22、60-61頁。

なく、行為者のそれぞれの事業活動を制約するものであって、特定の事業者を排除する等共通の目的の達成に向けられたものであれば足りる」と規定した²⁷。

また、1993年東京高裁は、社会保険庁発注シール入札談合刑事事件判決において、上記の新聞販路協定事件判決を批判し、垂直的共同行為に関する注目されるべき内容を判示した²⁸。本件は、指名競争入札において行われた入札談合事件として、被告の一つである日立情報は指名業者ではないのに、指名業者の一つである自身の系列会社BFに代わって談合に加担した。訴訟過程において日立情報は、自身は指名業者ではないので拘束されるほどの事業活動がなく、したがって不当な取引制限の当事者になれないと主張したが、裁判所はまず上記の新聞販路協定事件判決に対して、これは競争についての実質的影響を犯罪成立の積極的要件としなかった旧4条の規定に関する解釈であって、1953年改正により現行法の罰則規定である89条1項1号は、「第3条の規定に違反し…不当な取引制限をしたもの」と規定しており、上記犯罪が成立するためには当該共同行為により「競争を実質的に制限する」ことが積極的要件として必要となる現行法においては上記判例のように必ず「事業者」を競争関係にある事業者限定して解釈しなければならないかについて疑問があり、少なくとも本件で「事業者」を競争関係に限定して解釈するのは適当ではないとした²⁹。

ところが、上記判決が従前の立場に重要な変化を示唆したのは事実であるが、本件で問題となった事業者は、他の事業者と水平的関係にある系列会社に代わって談合に加担したので、上記判決が厳密に不当な取引制限の当事者間において競争関係が存在する必要があることを判示したものと理解されず、少なくとも最近まで各取引段階に属する一つの事業者が参加した共同行為を不当な取引制限として認めた事例はまだ見当たらないと言われる³⁰。

²⁷ 流通取引慣行ガイドライン第1部大2-3（註3）

²⁸ 東京高裁、平成5.12.14.判決。

²⁹ 東京高裁、平成5年12月4日、高刑判46巻3号322頁。

³⁰ 白石忠志『独占禁止法』（有斐閣、2006年）234頁。

2. アメリカ独占禁止法における垂直的共同行為の規制

アメリカは、従来シャーマン法1条の適用対象として競争を制限する水平的合意のほかに、垂直的合意についても精緻な規制法理を発展させてきた。すなわち、1890年に制定されたシャーマン法上の競争を制限する合意を禁止する同法1条は、韓国の公正取引法19条1項と同様、加担者間の関係について制限を設けていない³¹ので、法施行初期から同法1条の適用対象には垂直的關係にある事業者間で行われた競争制限的合意も含まれると理解された。とくに、判例を中心に多様な類型の垂直的合意を規制する法理が形成・発展してきたが、通常これらの競争を制限する垂直的合意を次のように分類し、独占禁止法執行上の差別的判断基準を適用している。

まず、生産および流通段階において上流市場で活動している製造業者等が下流市場で活動している流通業者等との合意を通じて、下流市場での価格競争を制限する行為、すなわち、「垂直的価格制限 vertical price restraints」として「垂直的価格固定協議 vertical price fixing（または再販売価格維持 resale price maintenance）」をはじめ、再販売価格に影響を及ぼす垂直的合意がこれに該当する。これに対して、下流市場における価格以外の要素を通じて競争を制限する行為 vertical nonprice restraints は、「流通上の垂直的非価格取引制限 vertical nonprice restraints on distribution」と「垂直的非価格購入制限 vertical nonprice restraints on purchasing」に区別することができる。前者は、独占代理店 exclusive distributorship、取引地域または顧客制限 territorial and customer restrictions、立地条項 location clauses や主責任営業地域 areas of primary responsibility または利潤移転約定 profit pass-over arrangements 等がこれに該当し、後者は、抱き合わせ約定 tying arrangements、専属代理店等の排他的取引約定 exclusive dealing arrangements、相互取引約定 reciprocal dealing 等がこれに該当する³²。

³¹ 上記法律1条1文は、“Every contracts, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.”と規定している。

³² 以上の区分は、ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (6th ed. 2007) が取り扱っている垂直的取引制限の分類方式として、アメリカ独占禁止法文献は一般的に叙述方式である。これに対して、垂直的取引制限を上位事業者が優越

ところが、垂直的共同行為に関するアメリカの判例理論のなかで、とくに本稿の論旨と関連して重要なのは、行為者が高いレベルの市場支配力を有しない限り、問題として扱わないいわゆる「単独行為 unilateral conduct」と、行為者が必ず相当程度の市場支配力を有しなくても競争制限の可能性を有するものと見る「共同行為 concerted conduct」とを区分するための、いわゆる「垂直的共謀 vertical conspiracy」に関する議論である。すなわち、再販売価格維持を含む垂直的取引制限行為がシャーマン法1条に違反するためには、当然それと同様の内容の「契約、結合または共謀」の存在が立証されなければならないので、たとえ製造業者等が再販売価格を維持させる行為をしても、こうした行為が合意によらず、単に自身の一方的決定に従った場合であれば、シャーマン法1条に違反するものとして見る事ができない。

これと関連して、従来アメリカ裁判所は、とくに垂直的合意の存在を判断する³³にあたって、多く変化してきたが、一般的に水平的合意の場合より厳格な基準を適用し、とくに連邦最高裁の1984年の *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* 事件判決³⁴および1988年の *Business Electronics*

な地位を有し主導するかまたは下位事業者が主導するかを基準に分類する見解もある (Sullivan & Grime, *The Law of Antitrust; Integrated Handbook*, Thomson & West, 2006)。これによれば、下位事業者の優越な地位に基づいた垂直的流通制限と上位事業者の優越的地位に基づいた垂直的流通制限で分けることができるが、前者は最低再販売価格維持、取引地域または顧客制限、立地条項、独占代理店等がこれに該当し、後者は最高再販売価格維持、抱き合わせ約定、排他的取引約定、相互取引約定等がこれに該当する。

³³ 垂直的合意の要件は、再販売価格維持の場合だけではなく、取引地域または顧客制限等の非価格垂直的取引制限の場合にも同一に適用される。とくに再販売価格維持行為が問題となった事件において、重要な意味を持つが、その理由は、2007年連邦最高裁の *Leegin* 判決が下される前に、最低再販売価格維持は判例上当然違法として扱ったので、そうした内容の合意の存在が立証されれば、それ自体として違法性が認定されたばかりか、非価格垂直的取引制限の内容は、大体当事者間の供給契約書に明示的に規定されているので、合意存在が争われる場合は、むしろ珍しいと言えるのに対して、再販売価格維持の場合には、契約書等に明示的に規定する場合はごく例外的だからである。

³⁴ 465 U.S. 752 (1984).

Corp. v. Sharp Electronics Corp. 事件判決³⁵はより高い基準を適用するよう判示して以来、それと同様の法理が現在まで維持されている³⁶。

前者の判決において、連邦最高裁は、製造業者が流通業者に対し製品の供給を中断した行為が問題となった事件ではシャーマン法1条により禁止される共同行為 concerted conduct と許容される独立的行為 independent conduct の区分が重要であるとしたが、シャーマン法1条の違反に認定されるためには違法な合意が存在したことを立証するに十分な証拠がなければならぬが、本件の場合、単に他の競争流通業者から製造業者に対し抗議が提起され、こうした抗議に従って製造業者が割引販売を実施した流通業者に対する供給を中断した事実から合意の存在を導き出すことができず、製造業者と他の流通業者が互いに独立的に活動した蓋然性を排除するほどの証拠、すなわち、製造業者と他の流通業者が不法な目的を達成するための共同の計画 common scheme に意識的に加担したことを合理的に立証できるほどの直接証拠または状況証拠が存在しなければならないと判示した³⁷。

また、後者の判決において連邦最高裁は、垂直的取引制限行為を再販売価格維持の合意として従前の判例に従って当然違法であると判断するためには、再販売価格を特定のレベルに維持しようとする合意が存在しなければならないが、本件で問題となった製造業者と流通業者の間に行われた合意のように、単に割引販売した流通業者との取引を中断しようとするもののみであり、さらに流通業者が策定する価格水準を合意したものでない場合には、ほとんど競争を制限し供給を減少させたとはいえないので、当然違法を適用するのは適切ではないと判示した³⁸。

3. EU競争法における垂直的共同行為の規制

EUは、条約上、競争法条項が施行されて以来、早くから競争を制限す

³⁵ 485 U.S. 717(1988).

³⁶ 再販売価格維持にあたって、垂直的合意の認定基準に関するアメリカ判例理論の変化を詳細に説明した韓国の文献としては、이호영 前掲註16、149-158頁参照。

³⁷ 465 U.S. 762, 761-764 (1984).

³⁸ 485 U.S. 717, 725-727 (1988).

る垂直的合意を、水平的合意の場合と同様に禁止してきた。すなわち、EU 条約 *treaty on the functioning of the European union* において、競争制限的合意を禁止する101条(旧 EC 条約81条) 1 項は、韓国の公正取引法19条 1 項やアメリカシャーマン法 1 条と同様、水平的合意や垂直的合意を区別せず、共同市場における競争を抑制し、または制限し、若しくは歪曲することを目的とし、またはそうした効果を有する事業者間合意等が禁止されると規定している³⁹。これと関連して、早くから製造業者と流通業者間で締結された排他的取引の約定が問題となった事件において、ヨーロッパ司法裁判所は、上記条約規定は水平的合意と垂直的合意を区別しておらず、しかもこれを解釈で区別できないばかりか、合意を通じて合意の当事者間の競争を制限することもできるが、合意の当事者と第 3 者間の競争も制限するのはいくらでも可能であるため、垂直的合意もまた上記条約規定の適用対象に含まれると判示⁴⁰して以来、これに対する反論は未だ見当たらない。

実際、従前ヨーロッパ執行委員会は、競争法執行上、幅広い垂直的合意が競争制限的効果を招来するおそれがあるという制限的立場を取っており、垂直的合意の類型や分野によって厳格な要件に満たした場合に限って、例外的に旧 EC 条約85条3項に従って適用免除を認めている。したがって、1980年代、垂直的合意の類型のうち、排他的流通約定や排他的購買約定または特定の加盟店契約において、一定の要件に満たした場合には、旧 EC 条約85条 1 項の適用を免除する三つの一括免除規則 *block exemption regulation*⁴¹と、とくに自動車販売および修理分野の約定に適用される一括免除規

³⁹ 上記条約規定 1 項本文は、“The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which: . . .” と規定している。

⁴⁰ *Consten and Grundig v. Commission*, Cases 56 and 58/64 [1966] ECR 299.

⁴¹ *Commission Regulation No. 1983/83 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements* [1983] OJ L173/1, *Commission Regulation No. 1984/83 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of exclusive purchasing agreements* [1983] OJ L173/5 および *Commission Regulation No.*

則⁴²を設けた。ところが、1990年代末、上記のような垂直的合意に対する執行委員会のアプローチがあまりにも制限的で形式的であるという批判が提起され⁴³、結局1999年と2002年に執行委員会は、従前の規則より寛大な一括免除規則を制定し⁴⁴、これに関する指針も作られた⁴⁵。

EU 競争法における競争制限的垂直的合意の規制に関して、とくに本稿の論旨と関連して重要な意味を持つものとして、上記で見てきたアメリカの垂直的共謀理論と類似する判例理論が展開された。すなわち、ヨーロッパ執行委員会は、従来製造業者が流通業者に対し自身が指定した国以外の国へ並行輸出 *parallel export* を禁止し、または再販売価格を維持する多数の行為を、表面的には製造業者の一方的行為に見えるにも関わらず、競争制限的垂直的合意として規制し、ヨーロッパ裁判所も大体そうした執行委員会の法執行を支持してきた⁴⁶。

4087/88 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of franchise agreements [1988] OJ L359/46.

⁴² *Commission Regulation No.123/85 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements* [1995] OJ L15/16. 同一一括免除規則は1995年改正された (*Commission Regulation No 1475/95*[1995] OJ L145/25).

⁴³ とくに執行委員会は、1997年共同体競争政策における垂直的取引制限に関する緑書 (*Green Paper on Vertical Restraints in Community Competition Policy*, CM(96)721) を発刊し、当時施行された一括免除規則の問題点を指摘した。

⁴⁴ *Commission Regulation 2790/99 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices* [1999] OJ L336/25 および *Commission Regulation 1400/2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector* [2002] OJ L203/30. 新たな一括免除規則が制定された背景とその内容については、*Wijkman et. al, Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 23-29 参照。

⁴⁵ *Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints*, 2000/C 291/01.

⁴⁶ 次の *Bayer* 事件判決が下される前の執行委員会の法執行例およびヨーロッパ裁判所の関係判決例にたいしては、*Whish, Competition Law* (6th ed. 2009), Oxford University Press, pp.108-110 参照。

しかし、1996年に下された執行委員会の Bayer AG 事件決定⁴⁷と関連して、ヨーロッパ裁判所は、垂直的合意に関する重要な内容を判示した。本件では、上記の会社が、フランスとスペインに所在する自社製品の卸売業者が当該製品の価格をはるかに高いイギリスへ並行輸入するのを防ぐために、これらに対する供給量を大幅に減縮し⁴⁸、その後実際フランスとスペインに所在した卸売業者がイギリスに対する輸出を中断した行為が問題となった。これに対して執行委員会は、上記会社とフランスおよびスペイン所在の卸売業者が当該製品をイギリスへ並行輸出しないという黙示の合意をしたと認定し、これに対する是正措置等を下したが、ヨーロッパ第1審裁判所は、執行委員会がこれらの間の合意の存在を立証できなかったという理由で、執行委員会の決定を取り消した⁴⁹。

すなわち、ヨーロッパ第1審裁判所は、一方当事者が、相手方が取った措置を暗黙に容認する場合でも合意の存在が認定されうることを認めた。が、本件の場合、執行委員会は、上記会社が卸売業者に対し輸出禁止を賦課する意図と卸売業者が上記会社が取った措置を遵守する意図を、すべて立証できなかったと判示した。また、上告審において、ヨーロッパ司法裁判所も、単に上記会社が一方的に取った物量割当措置と卸売業者が一定水準以上の在庫を維持する義務を負う事情が結合して、並行輸出禁止と同一の効果を産み出したという事実だけでは、上記会社がそうした輸出禁止を賦課することによって旧 EC 条約81条1項に違反する合意があったと認定できないと判示した⁵⁰。それ以降でも、一連の垂直的合意が問題となった事件において、ヨーロッパ裁判所は当事者間の意思の合致が認定されない理由で合意の存在を認めなかった⁵¹。

⁴⁷ OJ [1996] L 202/1.

⁴⁸ これら卸売業者は、該当国家の需要を優先的に充当するために必要な在庫を維持すべき義務を負っていた。

⁴⁹ Cases T-41/96 [2000] ECR II-3383.

⁵⁰ Cases C-2/01 P and C-3/01 P [2004] ECR I-23.

⁵¹ Bayer 事件判決が下された以降、垂直的合意が問題となった事件では、ヨーロッパ裁判所が下した判決例およびそれに対する評価は、Whish, *Competition Law* (6th ed. 2009), Oxford University Press, pp.111-113 参照。

IV 韓国公正取引法における垂直的共同行為規制の導入

1. 公正取引法における垂直的共同行為の規制の必要性

従来、韓国の公正取引法における共同行為に対する規制体系は、未完成のままであった。すなわち、アメリカやEUをはじめ、大部分の先進国の競争法制が長期にわたって競争制限性を認め規制している垂直的合意を、法執行上においてその対象から除外していた。上記でみてきたように、アメリカの場合は、ずっと前から多様な垂直的合意が、ブランド間競争およびブランド内競争に及ぼす影響に対する経済学的分析を、共同行為に対する独占禁止法執行に反映させ、垂直的共同行為に対する精緻な規制理論を展開してきており、EUの場合も、競争制限的垂直的合意に対する蓄積された競争法執行経験を基に、一括免除規則等を通じて、垂直的共同行為に対してより洗練された規制体系を発展させてきた。

これに対して、これまで公正取引委員会は、何の法的根拠もなく、韓国とは根本的に異なる内容の共同行為規定を設けている日本の解釈論の影響を受け、公正取引法の不当な共同行為規定を通じた競争制限的垂直的合意の規制を事実上諦め、代わりに市場支配的地位の濫用行為（3条の2）、再販売価格維持行為（29条）または不公正取引行為（23条）の規制を利用してその空白を埋めようと試みた。また、韓国の競争法学者もまた一方では競争制限的共同行為の規制の空白を埋めるために、他方では公正取引法上の再販売価格維持行為または不公正取引行為に対する法執行をできるだけ競争法特質に符合するよう誘導するために、そうした法執行に暗黙的に同調してきたのは確かである。

だが、まず市場支配的地位の濫用禁止は、競争法理論における「単独行為」として、公正取引法の求める高い水準の市場支配力を有しない事業者の行為に対して適用できないばかりか、実際法執行上、市場支配的事業者であるかどうかは判断しがたい難点である⁵²ため、その執行実績も非常に

⁵² 公正取引法は、上記のような法執行における困難を軽減するために、一定のレベル以上の市場シェアを有する事業者を市場支配的事業者と推定できる規定（4条）を設けており、実際、これまで公正取引委員会が同推定条項に該当されない事業者を市場支配的事業者として認定し法執行をした事例は見当たらない。

低調な実情にある⁵³。したがって、市場支配的地位の濫用禁止を通じて垂直的共同行為を適切に規制することは、期待できない。

また、公正取引法における再販売価格維持行為および不公正取引行為規定は、日本の私的独占禁止法上の関係規定をモデルとしたもので、POSCO事件大法院判決の多数意見において明確に指摘したように、そもそも当該行為が関係市場において招来する競争制限性に焦点を合わせた規制ではない。すなわち、公正取引法における再販売価格維持行為および不公正取引行為規定は、その文言と同規定のモデルとなる日本の独占禁止法上の関係規定に対する解釈論で見られるように、直接取引相手方の事業活動の自由および取引上の選択の自由を保護するための規定とすることから、垂直的合意を通じた競争制限行為を適切に規制できないのである。

上記で紹介したように、従来、公正取引委員会が、再販売価格維持行為または不公正取引行為規定を通じて、競争制限的垂直的合意を規律するために試みた事例を見当てることはできるが、まったく異なる行為を同一の規制条項に包括することで、違法性の根拠が法解釈・執行上の混乱を招来したことを否認できない。これは結果的に一貫した違法性判断基準を提示できないことで、法適用対象者の予測可能性を侵害する側面があり、場合によっては過度規制または過小規制の誤謬を犯す恐れがあるとも言えよう。

もっともそうした法執行は、競争法理論上、本質的区分とも言える「共同行為」と「単独行為」の区分を曖昧にすることで、韓国の競争法体系の発達を阻害するばかりか、実際関係法執行実務においても様々な否定的な結果を産み出すようになる。すなわち、競争を制限する垂直的合意を公正取引法上の再販売価格維持行為または不公正取引行為として規律する場

⁵³ 1981年公正取引法が施行されて以来、2009年末まで市場支配的地位の濫用行為として是正措置を命じたり課徴金を賦課したりした事件は、67件にすぎず、とくに2007年総合有線放送事業者が合意によらず、一方的にチャンネル商品を変更する方法で加入者の利益を害したり、チャンネル編成と関連して放送チャンネル使用事業者との取引において不利益をもたらした多数の行為に対する法執行事件を除くすれば、約30余件にすぎない（公正取引委員会、2009年度 통계연보、2010、47-48頁）。

合、法適用対象者は行為者一方に限られ、よって是正措置や課徴金等の行政的制裁⁵⁴もまた当事者一方にのみ下されるようになる。こうした現象は、日本の議論でもあったように、取引の現実に符合しない図式的な区分により、法適用における不均衡をもたらし、法違反行為に対する十分な抑止が不可能な結果を招来するようになる。

他方、2004年法改正時、共同行為規制上の難点を克服するために、19条1項本文後段において「他の事業者に不当な共同行為を行うようにする行為」を別途の法違反行為要件に規定しており、公正取引委員会も前述の周波数公用通信装置の買入札関係の4事業者の不当な共同行為事件で見られるように、これを垂直的合意に対する規制の根拠として使用することもあった。しかし、上記事件関係の行政訴訟において、大法院が明確に判示したように、上記の条項は不当な共同行為を行うよう教唆する行為またはこれに準ずる行為として解釈するのが妥当であり⁵⁵、したがってこれ以上一般的な垂直的合意の当事者に対し同規定を適用できなくなった。

さらに、上記条項は、法理的に二つ以上の事業者の間に不当な共同行為が成立されたことを前提に、当該行為をするよう教唆し、またはこれに準ずる行為をしたものを法適用対象に含ませるものであるため、たとえ教唆に準ずる行為を幅広く認定するとしても依然として水平的合意が前提とされない垂直的合意に含ませることはできない。こうした解釈上の論難は、結局競争法上の「共同行為」に加担した事業者を単独行為の類型として規制しようとする試みから始まったものであるとも言えよう。

最後に、公正取引法における不当な共同行為の適用対象に垂直的合意を含ませて規制する場合、公正取引法の規制体系においてもっとも難しい問題とも言える単独行為の規制体系に関する問題解決にも寄与できる。すな

⁵⁴ 実際、従来公正取引委員会は、他の法違反行為の場合と比較して不公正取引行為（再販売価格維持行為を含む）が問題とされた事件では、是正命令や課徴金納付命令よりは是正勧告や警告を相対的に多く使われた（公正取引委員会、2009年度 통계연보、2010年、65頁）。これは、再販売価格維持行為や不公正取引行為が不当な共同行為等に比べて、関係市場での競争を制限する効果が弱い代わりに、取引当事者間の利害調整と関連する問題として認識されたからであると解釈される。

⁵⁵ 大法院2009. 5. 14. 宣告2009号1556判決。

わち、垂直的關係において発生する多様な取引制限行為のうち、合意によるものを不当な共同行為として規律するようになれば、単独行為に対する規制体系は、POSCO 事件で大法院が示唆したように、市場支配的事業者が關係市場において自身の地位を維持・強化していくために行われる競争制限行為は、法律上、市場支配的地位の濫用行為として規律し、その他直接取引相手方や消費者の利益を侵害する多様な類型の不正取引行為は、法律上、不正取引行為や再販売価格維持行為として規律する方式で、再編することができる。

単独行為の規制体系を上記のように再編するとしたら、とくに、法律上、不正取引行為の禁止は、簡単かつ独自の違法性判断基準を定立していくことができ、これを基に、今後ドイツ式的不正競争防止法のような独自の不正取引法制または不正商取引法制へと発展させていけることもできよう。

2. 公正取引法における垂直的共同行為規制の導入方案

公正取引法の規制体系において垂直的共同行為に対する規制を具体的に導入するにあたって、慎重にならなければならない。上記で議論したように、公正取引法19条は、日本の独占禁止法とは異なって、解釈上、垂直的合意を通じた競争制限行為に対し、適用できないいかなる法的根拠もないと言えよう。しかし、従来、公正取引委員会が垂直的合意を、事実上、不当な共同行為として規律してこなかった状況のなかで、法執行機関の法解釈で安易にこれを変更するのは、たとえ違法の問題が生じないとしても法執行政策上、望ましくないのが事実である。

他方で、公正取引法19条1項の改正を通じて、明示的に垂直的合意が含まれることを規定するのも立法政策上、望ましくない。上記で見てきた国々を含めて、現在、大部分の国の競争法制において、法律そのものに水平的合意と垂直的合意を明示的に区別して規定する事例は見当たらない⁵⁶ばかりか、競争法理論上、垂直的合意の含まれる共同行為を当然のように

⁵⁶ 唯一、旧ドイツ競争制限防止法15条以下においては、垂直的契約による価格拘束等を別途に規制していたが、2005年の法改正を通じた旧 EC 条約81条の例によってこれらを区別せず一括して規定している。

規定しながら、垂直的合意を概念的に区別して規定するのは望ましくない。

だとすれば、競争当局である公正取引委員会が共同行為審査基準のような、公正取引法上、不当な共同行為の禁止に関する下位法令を通じて、垂直的共同行為についての法執行政策の変化を宣言した後、これに対する法執行に加わるのを考慮することができる。とくに、2007年に法改正を通じて公正取引委員会は、不当な共同行為に関する審査基準を決め、告示できる法的根拠を用意したことがある（19条6項）。

したがって、法律上、明確な委任根拠を持つ共同行為審査基準において垂直的共同行為に対する法執行意思を明示的に宣言し、垂直的關係において行われる合意についての具体的審査基準を提示すれば、法適用当事者の法的安定性を害せず、または法執行上の混乱ももたらすことなく、垂直的共同行為に対する合理的法執行が期待できる。同時に、垂直的合意の存在に対する判断基準を規律する際、諸外国の判例理論を参照して可能な限り詳細に規定することによって、事業活動において行われる単独行為が不当に垂直的合意として扱われ、過渡に制約を受けることを防止する必要がある。

V おわりに

公正取引法が制定・施行されて以来、短い時間ではあるが、法制の面であれ、法執行の面であれ、いずれも輝かしい発展を遂げてきたことは確かである。しかし、最近 POSCO 事件大法院判決をきっかけに議論が触発されたように、公正取引法における単独行為規制の体系は依然として改善の余地が残っている。単独行為規制の体系の問題は、垂直的共同行為の規制問題と密接な関連性をもっているため、公正取引法の規制体系全般に再検討が必要とされている。

従来、公正取引法における規制体系を評価すれば、少なくとも垂直的取引制限行為に限って言うと、競争法理論上、もっとも本質的な区分でもある共同行為と単独行為の分化がなされなかったと言えるのではないかと思われる。もちろん、法執行上、再販売価格維持行為や不正取引行為規定を通じて、垂直的共同行為に対する規制が一部なされるようになったが、まだ不十分であることは確かであり、一步間違えると、不正取引行為等

の単独行為規制体系の独自性を害し、その判断基準上の混乱をもたらす恐れがある。

こうした状況下で、一方、上記の POSCO 判決では、公正取引法における単独行為の規制体系整備の必要性が提起され、他方、下級審判決ではあるが、映画配給・上映事業者 7 社の不当な共同行為に関する事件のソウル高裁判決は、公正取引法における不当な共同行為の規制体系を再検討する契機を提供した点で、その意義が大きい。そればかりか、公正取引法における不当な共同行為の規制体系に直接影響を及ぼした日本の場合でも、従前の狭小な解釈論から脱出し垂直的共同行為の規制に関して積極的に解釈している傾向が顕著である。

多少遅い感じはするが、垂直的共同行為に対する規制の導入は、競争法制の先進化のためにこれ以上遅延することのできない課題であると言える。これは単に共同行為に対する規制体系を先進化する作業だけではなく、単独行為規制体系を含む公正取引法上の競争制限行為の規制体系全般を整備するための先決問題ともなる。