

〈논문〉

보건의료산업 리베이트관행의 경쟁법적 쟁점과 과제*

李 奉 儀**

요 약

시장경제에서 가격은 핵심적인 경쟁수단으로서 시장지배력이 없거나 별도의 가격규제가 없는 한 모든 사업자는 자유롭게 자기의 위험 하에 가격을 정할 수 있다. 그리고 리베이트란 그 실질이 가격할인으로서, 제조업자나 판매업자 모두에게 이익이 된다. 그런데 우리나라에서는 1999년 보험약품에 대하여 실거래가상환제가 도입된 이후 제약업체와 병·의원간에 리베이트관행이 유지되어 왔다. 이와 같은 의약품 리베이트는 관련 업계의 비윤리적인 관행일 뿐만 아니라 환자의 선택권을 침해하고, 보건재정을 위태롭게 하며, 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있다. 여기서 경쟁법의 과제는 부당한 리베이트의 규제와 이를 통한 약가거품 제거, 약가경쟁을 통한 가격인하와 궁극적으로 보험재정의 건전성 유지에서 찾을 수 있다. 종래 공정거래위원회는 주로 제약업체의 리베이트 제공행위를 독점규제법상 부당한 이익에 의한 고객유인으로 보아 규제해왔다. 이때 리베이트의 부당성은 불투명성, 대가성 또는 과다성 여부에 의해 판단되었고, 경우에 따라서는 리베이트를 요구한 병·의원을 거래상 지위남용으로 규제하기도 하였다. 그런데 향후 리베이트관행의 제거를 위해서는 부당성 판단기준을 합리적으로 재검토하는 한편, 보건의료분야에 특수한 고시를 마련하여 허용되는 리베이트와 금지되는 리베이트를 구체적으로 제시하고, 나아가 현행 약가규제를 시장친화적으로 개선할 필요가 있다. 제약업체나 병·의원의 자율규제 또한 적절히 병행될 필요가 있음은 물론이다.

주제어: 리베이트, 보건의료산업, 불공정거래행위, 부당한 고객유인, 경제적 이익, 과다성, 대가성, 자율규약, 약가경쟁, 실거래가상환제

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비 지원을 받았음.

** 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

I. 머리말

1. 논의의 출발점

시장경제질서에서 상품이나 용역의 가격은 핵심적인 경쟁수단이며, 시장지배력이 없거나 다른 법률에 별도의 가격규제가 없는 한 모든 사업자는 원칙적으로 자유롭게 자기의 위험 하에 가격을 정할 수 있다. 그리고 리베이트제공이란 대체로 그 실질이 가격할인(price discounts)에 해당하여, 리베이트의 조건과 비율을 정하는 것은 가격을 정하는 것에 다름 아니다. 뿐만 아니라 리베이트는 흔히 계속적 거래관계에서 제공되며, 제조업자로서는 고정비용의 용이한 회수와 거래관계의 안정적 유지를 위하여 제공하는 경우가 많고, 판매업자로서도 특정 제조업자에게 구매물량을 몰아줌으로써 구입단가를 인하할 수 있을 뿐만 아니라 안정적 공급을 보장받기 위하여 이를 선호하기도 한다. 이러한 맥락에서 리베이트나 가격할인은 그 자체로서는 모두 가격경쟁의 중요한 형태이고, 따라서 일반적으로는 규제가 아니라 장려의 대상이다.¹⁾ 이때, 리베이트를 원칙적으로 긍정적으로 접근하는 이유는 가격할인이 궁극적으로 소비자에게도 이로울 뿐만 아니라, 역으로 사업자에게는 효율성 내지 혁신증대의 유인을 제공하기 때문이다.

그런데 우리나라에서는 오래전부터 제약업계와 병·의원간에 리베이트관행이 유지되어 왔고, 여러 가지 규제에도 불구하고 리베이트관행은 쉽게 사라지지 않고 있다. 이때, 보는 관점에 따라 리베이트제공을 업계의 비윤리적인 관행으로 파악하기도 하고, 공정경쟁에 반하는 위법한 행위로 접근하는가 하면,²⁾ 환자의약품선택권을 침해한다거나 국가의 보건재정을 취약하게 하는 측면이 강조되기도 한다. 여기서 이들의 공통적인 시각은 리베이트관행이 비단 제공자와 수급자의 이해관계에 그치는 것이 아니라 나아가 경쟁질서, 소비자주권, 보건재정 등 공익을 침해할 수 있다는 점에 착안하고 있다는 점이다.

이처럼 의약품 리베이트에 대해서는 부정적인 인식이 강한 것이 사실이나, 경쟁법상으로는 모든 리베이트를 근절하는 것이 목표가 아니라, 병·의원의 처방을 왜곡하는 리베이트의 해소, 부당한 리베이트만큼의 약가거품 제거, 약가경쟁을

1) OFT, *Draft Guidelines on Assessment of Conduct*, 2004, 20 이하.

2) 최근 공정위의 의약품 리베이트에 대한 규제사례로는 2007.12.20. 의결 제2007-562호 등 참조. 당시, 공정위는 5개 업체를 고발조치하였다. 이들 제약업체 중 일부가 이에 불복하여 취소소송을 제기하였고, 현재 대법원에 계류 중이다.

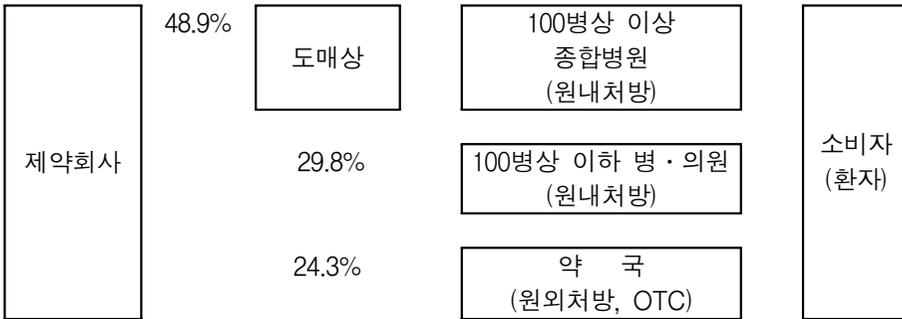
통한 약가인하와 보험재정의 건전성 강화, 궁극적으로 환자의 이익제고 등이 선순환을 이룰 수 있는 보건의료시스템을 구축하는 것이 중요한 의미를 갖는다. 이러한 배경 하에 본고에서는 보건의료산업에서 널리 행해지고 있는 리베이트관행이 경쟁법적 관점에서 어떻게 판단되어야 할 것인지를 살펴보고, 우리나라 보건의료산업의 건전한 발전을 위하여 이러한 관행을 근절하기 위한 법제도적 과제를 모색하고자 한다.

2. 보건의료산업과 경쟁질서

(1) 보건의료산업의 현황

OECD의 Health Data 2008에 수록된 우리나라 보건의료 실태분석자료³⁾에 따르면 2006년 기준 우리나라 국민의 의료비 지출은 GDP의 6.4%로서 2001년의 5.2%에 비하여 증가추세에 있으나, 아직 OECD 회원국 평균 8.9%에는 못 미치고 있다. 반면, 의료비 지출 중에서 의약품 지출의 비중은 무려 25.8%로서, OECD 회원국 평균인 17.3% 보다 현저히 높은 수준이다.

한편, 제약산업의 유통구조는 아래 그림과 같으며, 보험의약품의 공급과 관련하여 의미 있는 경쟁은 병·의원에 대한 납품 및 처방을 둘러싼 제약회사 또는 도매상간에 이루어지고 있는바, 이때에도 현행 기준약가제도 및 실거래가 상환제도로 인하여 사실상 가격경쟁이 이루어지기 어려운 실정이다.



3) 보건복지가족부, 우리나라 보건의료 실태분석 결과, 2008.7. 참조.

(2) 보건의료산업과 경쟁원리의 한계

우리나라의 보건의료분야에는 폭넓게 규제가 이루어지고 있으며, 시장원리와 경쟁메커니즘의 도입 논의는 아직도 초보단계에 있다.⁴⁾ 그런데 보건의료분야의 특성을 감안하더라도 가능한 범위에서 경쟁원리를 도입할 필요는 있으며, 이때 논의의 지향점은 적은 비용으로 양질의 의약품 및 진료서비스를 가능한 많은 사람이 누릴 수 있도록 보장할 수 있는 시스템을 고안하는 것이다. 그런데 전통적으로 보건의료서비스는 시장원리가 제대로 작동하기 어려운 특수재(special good)로 이해되어 왔고, 그만큼 경쟁이 작동할 수 있는 여지는 매우 적었다. 아래에서는 먼저 보건의료분야에서 경쟁의 역할에 대한 회의(懷疑)가 지배하게 된 요인, 즉 경쟁의 제약요인으로서 보건의료분야의 몇 가지 대표적인 특성을 살펴보기로 한다.

가. 광범위한 산업규제

보건의료분야는 국민건강을 보호한다는 차원에서 여러 법률에 의해서 광범위한 규제가 이루어지고 있고, 그 결과 경쟁이 작동할 수 있는 여지 또한 이들 규제에 의해서 사전에 규정된다. 먼저, 우리나라에서 보건의료시장의 가장 큰 구매자는 바로 보험재정을 운영하는 정부이며,⁵⁾ 이때 정부는 보험급여를 제공하는 ‘구매자’(purchaser, payer)이자 동시에 보건의료 시장을 ‘규제하는 자’(regulator)로서 진입규제, 조직형태의 규제를 비롯하여 의약품 및 의료서비스의 가격과 품질을 규제하는 방식으로 시장에 결정적인 영향을 미치고 있다.⁶⁾

대표적으로 건강보험이 적용되지 않는 의약품의 가격은 자율적으로 정해지는 반면, 건강보험이 적용되는 의약품가격은 상한가격 내지 기준약가를 통하여 가격이 관리되는 한편, 1999년 도입된 실거래가 상환제도를 통하여 전문의약품에 관한

4) 이를테면, 우리나라에서 영리의료법인의 허용 여부가 오래 전부터 논의되어 왔고, 최근에도 기획재정부가 영리의료법인을 허용하는 방향으로 의료법 개정을 추진하였으나 보건복지부의 소극적인 태도로 사실상 연내 국회 처리가 무산되었다.

5) 2006년 우리나라의 전체 의료비 지출 중에서 공공부문이 차지하는 비율은 55.1%를 차지했으며, OECD 회원국의 공공부문의 평균 지출 비율은 73.0%이다. 우리나라에서는 1989년 전국민 의료보험 도입 이후 전체 의료비 지출 중 공공부문의 비중이 지속적으로 증가하고 있으나 여전히 OECD 수준에는 미치지 못하고 있다. 보건복지가족부, 우리나라 보건의료 실태분석 결과, 2008.7., 34면 참조.

6) FTC/DOJ, *Improving Health Care: A Dose of Competition*, 2004, Executive Summary, 5.

한 병·의원의 판매마진을 허용하지 않는 방식의 가격규제가 이루어지고 있다. 그런데 실제로는 실거래가가 기준약가와 거의 비슷한 수준에서 결정되고 있는 점에 비추어,⁷⁾ 기준약가가 가격상한 보다는 말 그대로 가격고정의 성격을 갖고, 그 결과 가격경쟁이 이루어질 여지가 거의 없는 것으로 판단된다. 그리고 정상적인 가격경쟁의 부재는 다른 형태의 마케팅경쟁, 특히 음성적 리베이트경쟁으로 이어질 소지를 제공하고 있는 것이다.

따라서 향후 보건의료분야에 경쟁을 활성화하기 위해서는 기존의 규제들이 정교하고도 합리적으로 짜여 있는지를 재검토할 필요가 있으며, 특히 어떤 규제가 경쟁의 핵심요소인 가격결정의 자유를 불필요하게 제약하지는 않는지를 살펴봐야 한다.

나. 제3자 지불시스템(third-party payment system)

우리나라에서 국민건강보험은 여타 보험과 마찬가지로 동일한 위험의 pooling 및 spreading을 목적으로 하며, 요양급여의 범위와 비용산정, 보험요율의 산정 등에 있어서 사회보험적 요소가 가미되어 있다. 이때 건강보험을 둘러싼 이해관계자는 크게 정부, 병·의원과 제약회사, 그리고 보험가입자(소비자)로 대별할 수 있으며, 현행 약가제도 하에서 이들 주체의 인센티브가 왜곡되는 모습을 보이고 있다.

먼저, 소비자 내지 환자의 입장에서는 자신이 선택한 의료서비스의 품질과 양에 따라 비용을 부담하지 않고, 정보의 부재로 의료서비스의 질을 올바르게 비교·평가할 수 없으며, 이는 결국 비용/편익을 신중하게 형량할 유인을 사라지게 한다. 반면, 병·의원은 환자를 최선의 방법으로 치료할 윤리적 의무를 지는 외에 기존의 보험급여시스템은 의료서비스의 품질이나 성과와 충분히 연계되어 있지 않기 때문에 의료서비스의 질적 제고에 적극적으로 나설 유인이 적다. 특히, 1999년 개별 실거래가 상한제 시행 이후 약품을 저가로 구매하여 투약할 유인이 없다.

또한 제약회사로서는 전문의약품의 대중광고가 금지되어 있는 상황에서 가격이나 품질의 메리트를 중심으로 하는 경쟁의 여지가 별로 없고, 오리지널약과 제너릭, 즉 복제약간에 보험약가의 차이가 별로 없기 때문에 신약개발에 나설 유인이 별로 없으며,⁸⁾ 약품가격 인하 시에도 매출증대를 통한 이윤증가 보다는 결국

7) 2007년 12월 31일 기준 보험등재의약품 청구현황에 따르면 품목별 실거래가가격이 평균적으로 기준약가 내지 상한가의 99%를 초과하고 있다. 윤희숙, **건강보험약가제도의 문제점과 개선방안**, 한국개발연구원 2008, 30면 참조.

기준약가의 인하조정으로 인한 이윤감소가 나타날 수 있기 때문에 약가경쟁에 나설 이유가 없다. 끝으로, 정부는 막대한 보험재정을 운영하며 보험급여를 지불하는 지위에 있으나, 실제 수혜를 받는 환자가 아니기 때문에 환자의 권익증진과 규제권 확보 사이에서 이른바 ‘대리인 문제’(agency problem)가 발생할 수 있다.

다. 의료(내지 의약품) 정보의 불완전성, 비대칭성

현행 약사법상 전문의약품의 경우, TV나 인터넷 포털 등을 이용한 대중광고가 금지되어 있고, 의학 또는 약학에 관한 전문적·학술적 목적의 매체를 이용한 광고만 가능한 실정이다(동법 제68조 제6항, 시행규칙 제84조 제2항). 따라서 환자가 자신에게 맞는 의약품을 스스로 선택할 수 있는 정보도 부재할 뿐만 아니라, 의약분업의 시행으로 인하여 환자가 처방전을 받기는 하나 처방의 내용을 제대로 이해하거나 처방 그 자체에 영향을 미치는 것은 불가한 상황이다. 이는 전문의약품의 경우 정보의 비대칭성이 구조화 내지 제도화되어 있기 때문이며, 이는 병·의원과 약국, 그리고 환자의 관계에서 처음부터 경제적 경쟁을 곤란하게 한다.

II. 리베이트의 개념과 의약품 리베이트의 문제점

1. 리베이트의 법적 개념

우리나라에서 리베이트라는 용어에 대한 통일적인 ‘법개념’은 존재하지 않는다. 그 결과 리베이트는 분야에 따라 각기 상이한 의미로 사용되고 있다. 흔히 리베이트는 판매업자가 매출액의 일부분을 구매자에게 환불하는 행위나 그 금액을 말하며, 장기계약이나 대량계약을 한 구매자에 대한 특별한 할인제도의 하나로 널리 이해되고 있다. 반면, 가격담합 및 조작을 위하여 이면계약을 통해서 주고받는 커미션 내지 수수료의 의미로 쓰이기도 하며, 판매업자가 과도한 판매촉진을 위하여 구매 담당자 개인이나 중개인에게 매출액의 일부를 제공하는 경우와 같이 ‘뇌물’을 의미하기도 하는데 이 경우를 가리켜 ‘Kickback’이라고 한다. 여기서 보건의료법령 및 독점규제법상 리베이트가 어떻게 이해되고 있는지를 살펴보면 다음과 같다.

8) 윤희숙, 위의 책, 22면 이하, 39면 이하 참조.

먼저, 보건의료법령에서 리베이트라는 용어가 직접 사용되지는 않고 있다. 다만, 『국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙』 제14조에 따른 “신의료기술 등의 결정 및 조정기준”⁹⁾ 제9조 제3항 3호는 ‘유통질서가 문란한 의약품’에 대하여 기준약가를 조정할 수 있도록 규정하는 한편,¹⁰⁾ [별표 6]에서 세부기준을 정하도록 하고 있다. 그에 따르면 흔히 말하는 의약품 리베이트란 유통질서 문란행위의 하나로서 “의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 의약품 제조(수입)업자가 직접 또는 도매업소를 통해 요양기관이나 의료인·약사·한약사에게 금전, 물품, 향응 등 경제적 이익을 제공하는 행위”로 정의되어 있다. 이와 유사하게 약사법 시행규칙 제62조 제1항 5호 또한 “의약품 판매촉진의 목적으로 병·의원이나 약국에 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그밖의 경제적 이익”을 제공하는 행위를 금지하고 있다.

다른 한편으로, 독점규제법이나 시행령 또한 리베이트라는 용어를 사용하지 않고 있으며, 강학상 몇몇 금지행위와 관련하여 이를 사용하고 있을 뿐이다. 다만, 시장지배적 지위남용과 관련해서 문제되는 리베이트는 흔히 수량할인(quantity rebate)과 동일한 의미로 사용되는바, 구매와 동시에 가격을 깎아주는 통상의 할인(discounts)과 달리, 일정한 구매물량에 따라 대금의 일부를 ‘사후에’ 환급해주는 것을 말한다.¹¹⁾ 이때, 리베이트가 조건부 내지 충성리베이트(conditional or loyalty rebates)인 경우에는 시장을 봉쇄할 우려가 큰 것으로 이해되고 있다. 반면, 불공정거래행위, 특히 부당한 고객유인과 관련해서 리베이트는 고객유인의 수단 중 하나로 거래상 상대방에게 제공되는 경제적 이익을 가리키는 넓은 의미로 사용되고 있다. 즉, 고객유인의 수단으로 제공되는 이익에는 리베이트의 제공이나 가격할인 등 고객에게 유리하도록 거래조건의 설정·변경, 판촉지원금 내지 판촉물의 지급, 경쟁사업자의 제품을 자사제품으로 교환하면서 덤으로 자사제품의 과다한 제공 등 적극적인 이익제공과 원래 부과되어야 할 요금·비용의 감면, 납부기한 연장, 담보제공 의무나 설정료의 면제 등 소극적 이익제공 등 모든 경제적 이익이 포함된다.¹²⁾

9) 보건복지가족부 고시 제2009-66호, 1999.4.10.

10) 단, 의약품 제조업자단체 등에서 의약품의 투명거래를 위하여 자율적으로 정한 사항에 대하여 보건복지부장관이 별도로 인정한 이른바 “공정거래규약”에서 허용하고 있는 경우는 유통질서 문란행위로 보지 않는다.

11) Elhauge/Geradin, *Global Competition Law and Economics*, 2007, 570.

12) 공정위, 불공정거래행위 심사지침, 2009.8.12, V 4 가 참조. 동 지침에서도 리베이트라는 용어는 불공정거래행위 중에서도 부당한 고객유인과 관련해서만 사용되고 있다.

그밖에 리베이트에 관한 경쟁사업자간의 합의는 가격 또는 거래조건에 관한 카르텔로 금지될 수 있다.

이처럼 고객유인의 수단으로 제공되는 경제상 이익이나 의약품 판매촉진의 목적으로 제공되는 경제적 이익이나 그 실질에는 차이가 없어 보인다. 그런데 보건 의료분야에서 리베이트를 판매촉진을 목적으로 제공되는 경제적 이익을 모두 포괄하는 의미로 정의하고 있는 것은 의약분업을 계기로 병·의원의 약가마진을 부인하는 한편, 이를 통하여 보험재정의 건전성을 확보하려는 정책목표에서 비롯된 것으로서 나름의 의미를 가진다. 문제는 이러한 리베이트 개념을 독점규제법에 그대로 원용하는 것이 타당한지 여부이다.

이러한 맥락에서 의약품 ‘리베이트’ 개념이 경쟁법상 적절한 것인지를 살펴볼 필요가 있다. 의약품 리베이트는 약사법 등 관련법령의 용례를 고려할 때, 고객을 유인하는 수단으로서 제공되는 경제적 이익에 초점을 맞추어 정의되고 있다. 그런데 고객유인을 위한 경제적 이익을 모두 ‘리베이트’로 정의할 경우, 리베이트가 갖는 부정적 뉘앙스로 인하여 위법성이 없는 경제적 이익제공까지 모두 ‘리베이트’에 편입되는 문제가 발생하게 된다. 더구나 약사법 등에서 정하는 ‘리베이트’ 개념에서는 부당한 고객유인에 대한 법리적 기초와 무관하게 보험재정의 건전성 유지라는 공익적 성격이 강조되고 있을 뿐이다. 따라서 의약품 리베이트라는 용어를 경쟁법적 관점에서 재검토할 필요가 있다.

그런데 경쟁법, 특히 불공정거래법상 리베이트는 고객을 유인하기 위한 부당한 수단으로 제공되는 데에 초점이 있고, 의약품 리베이트가 그러하듯이 유인수단으로 제공되는 경제상 이익에는 매우 다양한 종류가 포함되어 있다. 공정위의 심결에서는 문제된 행위를 리베이트로 지칭하지 않고 있으며, ‘지원행위’라는 용어가 주로 사용되고 있다. 다만, 지원행위는 불공정거래행위의 또 다른 유형으로 규정되어 있어 용어상 혼동이 생길 수 있다. 또한 리베이트의 원래 의미인 ‘할인’이라는 용어는 실제 보건의료분야에서 관행화되어 있는 각종 이익을 포섭하기가 어렵다. 따라서 적어도 경쟁법적으로는 의약품 리베이트라는 용어대신 ‘부당한 이익’, 즉 고객유인을 위한 ‘부당한 이익’으로 정의하는 것이 바람직할 것이다.

2. 의약품 리베이트의 문제점

(1) 공정하고 자유로운 경쟁의 침해

리베이트는 일반적으로 제공자에게는 계속적 거래관계와 그에 따른 거래비용

의 절감 등 효율성을 수반하는 한편, 수령자에게는 가격인하와 동일한 원가절감의 효과를 갖는다. 반면, 리베이트 그 자체가 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대하여 당해 상품의 가격이나 품질에 따라 구매결정이 내려지지 않는 경우에는 ‘성과 내지 능력에 따른 경쟁’(competition on the merits)이 이루어지지 못할 우려가 있다. 즉, 리베이트는 경쟁수단의 공정성 차원에서 문제될 수 있다. 다른 한편으로 리베이트는 가격이나 품질 면에서 경쟁력이 있는 사업자가 다른 경쟁사업자의 리베이트 제공으로 인하여 신규 거래처를 얻지 못하거나 기존 거래처를 상실하는 등 자유로운 경쟁을 침해할 수도 있다.

이는 국내 보건의료시장에도 마찬가지로 타당하다. 국내 제약시장이 구조적 관점에서 매우 경쟁적이나, 약가규제로 인하여 동 시장에서의 판매경쟁이 의약품의 품질과 가격을 중심으로 이루어지지 못하고 있다는 데에서 의약품 리베이트관행에 내포된 문제의 본질을 찾을 수 있다.¹³⁾

(2) 소비자주권의 (간접적) 침해

의약품이나 의료서비스의 특성상 소비자, 즉 진료를 받는 환자가 해당 약품이나 의료서비스를 자유로이 선택할 수 없다. 우리나라에서 리베이트는 주로 의사의 처방에 전적으로 좌우되는 전문의약품에 대해서 제공되고 있는바, 이 경우 소비자의 선택권은 구조적인 한계 외에 제약업체들의 리베이트를 통해서도 심각하게 왜곡될 수밖에 없다.

그런데 의사에게 의약품이나 의료서비스를 선택할 수 있는 권리를 부여하는 것은 이들이 전문가로서 환자의 이익을 위하여 가장 적절한 판단을 내릴 수 있도록 하기 위한 것이지, 특정 의약품의 처방증대나 특정 병원의 매출증대에 이용되는 것을 허용하려는 취지가 아님은 물론이다. 오히려 환자의 선택권이 제도적으로 제약되어 있는 상황에서 의사의 처방권을 왜곡시키는 리베이트 제공행위는 약품의 불합리하거나 불필요한 처방이 이루어질 개연성을 증대시킨다는 점에서 이를 사전 또는 사후적으로 규제할 필요가 있는 것이다.

다만, 리베이트의 제공으로 소비자후생이 감소하는지 여부는 좀 더 따져볼 필요가 있다. 적어도 현행 약가제도 하에서 병·의원이 어떤 의약을 선택, 처방하더라도 도매 가격경쟁이 존재하지 않기 때문에, 리베이트의 제공여부와 그 정

13) 홍명수, “제약산업에 있어서 경쟁법 적용의 문제”, **법제연구** 통권 제32호, 2007, 161면.

도는 제약업체와 병·의원간의 이익배분에 변화를 가져올 뿐, 소비자후생에는 별 다른 영향을 미치지 않을 것이기 때문이다. 예컨대, 어떤 의약품의 기준약가와 실거래가가 모두 1,000원인 경우, 리베이트의 유무와 상관없이 보험재정에서 1,000원이 지급될 것이고, 리베이트의 금액에 따라 제약업체의 이윤율만 변동될 뿐이다. 따라서 리베이트가 근절되어 실거래가가 인하되고, 그 결과 중·장기적으로 기준약가가 인하될 수 있는 경우에 소비자후생과의 관련성을 인정할 수 있을 것이다. 그밖에 리베이트로 인한 처방의 왜곡이나 과잉처방 문제는 보건의료산업에 특수한 소비자주권의 침해유형으로 이해할 수 있을 것이다.

끝으로, 산업에서 경쟁이 원활하게 이루어질 경우, 그에 따른 유무형의 이득은 궁극적으로 소비자에게 이전되게 마련이다. 이를테면 제약업체나 병·의원 또는 환자가 각자 자기의 이익을 추구하기 위한 선택이 일련의 feed-back 과정을 거쳐 경쟁 및 공공의 이익에도 기여하게 되는 것이다. 그런데 이러한 선순환구조는 각자에게 자유로운 선택권이 보장되었을 때에 가능한 것이고, 환자와 같이 (전문)의약품을 선택할 여지가 전혀 없는 경우에는 해당되지 않는다. 특히, 제약업체의 판촉수단으로 리베이트가 제공되는 경우에도, 그 다음 거래단계인 병·의원과 환자의 관계에서 경제적 경쟁이 거의 이루어지지 못할 뿐만 아니라 의약품 가격규제로 인하여 병·의원에게 돌아간 리베이트가 일반소비자에게 전혀 이전되지 않는다는 점에서, 의약품 리베이트는 여타의 가격할인과 구별하지 않으면 안 된다.

(3) 보건재정의 침해

지난 2007년 11월 공정위 보도자료에 따르면 매년 약값의 약 20%가 리베이트로 빠져나갔고, 이는 2008년만 해도 의약품 리베이트로 인하여 무려 2조1천8백억원 정도가 불필요하게 건강보험재정에서 지출된 셈이라고 한다. 물론, 이러한 셈법과 관련해서는 병·의원에게 리베이트가 제공되지 않았을 경우, 해당 리베이트만큼 기준약가 내지 실거래가가 인하될 수 있음을 전제로 한 것이어서, 기준약가를 주어진 것으로 볼 때에는 리베이트가 제공되지 않더라도 제약회사의 이익만 증가할 뿐 보험재정의 부담에는 아무런 변화가 없을 것이다.

다만, 제약업체가 지출한 리베이트는 개별 병·의원에게 정상적인 진료비 외의 수입으로 돌아가게 되는데, 이를 결국 보험재정에서 충당해주는 결과가 된다. 이러한 관점에서 보험재정에 기여하는 가입자의 입장에서 리베이트를 감안했을 때 현행 보험약가 및 보험료의 적정성 문제가 제기될 수밖에 없는 것이다.

한편, 미국에서는 보건업계에서 행해지는 리베이트관행에 대하여 일명 “리베이트 금지법”(Federal Anti-Kickback Statute)¹⁴⁾을 제정하여 적어도 연방보건프로그램, 즉 Medicare와 Medicaid로 운영되는 의약품제공과 관련하여 현금이나 기타 금품을 제공받거나 요구하는 행위를 형사처벌하고 있는 바, 이것도 의약품 리베이트로 인해 침해될 수 있는 보건재정을 보호하기 위한 취지로 이해할 수 있다.¹⁵⁾

(4) 기타 공공의 이익 침해

의약품 리베이트는 성과경쟁을 위축시킴으로써 제약산업의 건전한 발전을 저해할 우려가 있다. 제약산업은 막대한 기술개발투자를 요하는 분야로서, 적정마진의 확보가 매우 중요하다. 그런데 우리나라에서 알려진 바와 같이,¹⁶⁾ 전체 의약품 매출액의 30% 이상을 리베이트를 포함한 판매관리비가 차지하고 있다는 사실은 해당 시장에서의 경쟁이 의약품의 기능이나 가격에 의해서 좌우되기 보다는 리베이트에 의한 비정상적인 형태로 이루어지고 있음을 간접적으로 보여주고 있다.

특히, 오리지널약과 복제약간의 약가 차이가 크지 않은 점은 리베이트의 온상으로 작용할 뿐만 아니라 제약업체의 신약개발을 위한 투자유인을 떨어뜨리는 요인이기도 하다. 그 결과 우리나라의 제약산업에서 활발한 기술혁신과 이를 위한 장기투자가 원활하게 이루어질 것을 기대하기는 어려우며, 그 결과 국내 제약산업의 기반을 약화시킴으로써 장기적으로 국민보건을 위태롭게 할 수 있는 것이다.

¹⁴⁾ The Medicare and Medicaid Patient Protection Act of 1987(42 U.S.C. 1320a-7b). Medicare와 Medicaid는 모두 미국에서 사회보험적 성격을 갖는 대표적인 프로그램이다. 자세한 내용은 FTC/DOJ, 앞의 책, Chap. 5, 14 이하.

¹⁵⁾ 리베이트를 제공하거나 요구하는 행위에 대해서 5년 이하의 징역 또는 25,000 달러 이하의 벌금에 처하도록 하는 한편, 그와 별도로 5만 달러 이내에서 손해배상책임을 정하고 있다.

¹⁶⁾ 2007.11. 공정위의 조사결과에 따르면 2005년 기준으로 제약회사의 판매관리비는 매출액의 35.16%로서, 여타 제조업의 판매관리비 비중인 12.18%를 훨씬 상회하고 있다. 한편, KRPIA 자료에 따르면 판매관리비가 매출액의 40%를 넘는다고 한다. 한국다국적의약품협회, 제약산업의 윤리경영확산정책에 관한 연구, 2009, 10면.

III. 독점규제법상 의약품 리베이트의 검토

1. 시장지배적 지위남용 여부

시장지배적 지위남용은 착취남용과 방해·배제남용으로 나눌 수 있으며, 전자는 소비자를 포함한 거래상대방의 이익을 부당하게 침해하는 행위를, 후자는 부당하게 다른 사업자의 사업활동을 방해하거나 경쟁사업자를 봉쇄 또는 배제하는 행위를 말한다. 독점규제법이 남용행위를 금지하는 것은 시장지배력을 가진 사업자의 시장행위는 소비자후생이나 다른 사업자의 자유로운 경쟁에 미치는 효과가 크기 때문에, 그로부터 소비자의 이익과 ‘잔존경쟁’(remaining competition)을 보호하고자 하는 데에 그 의미가 있다. 따라서 의약품 리베이트와 관련하여 시장지배적 지위남용을 문제 삼기 위해서는 먼저 특정 의약품시장에서 시장지배적 지위가 존재하여야 하고, 이를 위해서는 관련시장의 확정과 지배력 판단이 이루어져야 한다.

이때, 시장지배적 사업자가 존재하는 시장에서 경쟁법의 일차적인 관심사는 바로 가격경쟁의 부재에 따라 과도하게 높게 책정된 가격이다. 우리나라 제약시장의 현황을 살펴보면, 먼저 완제의약품 생산업체의 수가 2006년 기준으로 243개에 달하고, 그중 상위 10대 기업의 시장점유율이 30.9%로서 전체적으로는 경쟁적인 시장구조이다. 다만, 구체적인 시장확정에 따라서는 전문의약품의 경우 약효군별로 시장을 획정할 경우, 일부 약효군에서 독과점적 시장구조가 자리 잡고 있는 등 시장지배적 사업자가 존재할 여지는 충분하다. 그럼에도 불구하고 지나치게 높은 가격책정은 현행 약가제도 하에서 발생할 여지가 거의 없어 보인다.

그런데 리베이트와 같이 가격과 관련된 남용행위의 경우 그것이 치열한 경쟁의 표현인지, 아니면 경쟁제한의 의도 및 효과를 갖는 것인지를 구별하기가 쉽지 않다. 시장지배적 사업자가 효율성의 우위에 기반한 경쟁행위를 통하여 판매량을 증대시키는 경우에도 그 사업자의 시장점유율이 높아지고 경쟁사업자의 시장점유율은 낮아질 수 있기 때문이다. 이와 같이 모든 효과적인 경쟁행위는 동시에 ‘배제적’인 성질을 가질 수밖에 없기 때문에, 리베이트가 시장지배적 사업자의 점유율을 높이고 그 결과 경쟁사업자를 시장에서 배제할 우려가 있다는 이유만으로 독점규제법상 남용행위에 해당한다고 단정할 수는 없다.

다만, 시장지배적 사업자의 리베이트는 배타적 거래(exclusive dealing)나 끼워팔기와 결부될 경우, 거래상대방을 자기에게 구속시키는 이른바 “tying effect”를

가질 수 있으며, 이를 금지하는 가장 중요한 근거로는 경쟁사업자에 대한 배제 또는 봉쇄효과를 들 수 있다.¹⁷⁾ 이때, 부당한 배타조건부거래에 해당하기 위해서는 리베이트를 과도하게 제공하거나 구매물량의 전부 또는 대부분을 구매하는 조건을 부과하는 사실만으로는 충분치 않고, 명시적으로나 묵시적으로 “다른 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래”하여야 할 것이다(법 제3조의2 제1항 5호 후단, 령 제5조 제5항 2호).

요컨대, 리베이트의 긍정적인 효과를 고려할 경우, 리베이트가 그 경제적 실질에 있어서는 가격할인과 마찬가지로라 함은 볼 때 시장지배적 사업자의 조건부 리베이트를 지나치게 엄격하게 규제할 경우에는 오히려 (은폐된) 가격경쟁을 저해할 우려가 있다. 또한 리베이트로 인해 피해를 입는 경쟁사업자가 발생할 수 있고 심한 경우 시장에서 축출될 수도 있으나, 리베이트를 제공하는 사업자가 비용 이하의 가격책정을 하거나 배타조건부거래로 나아가지 않는 이상 그러한 현상은 경쟁과정에서 나타나는 자연스런 현상으로 보아야 할 것이다.

2. 불공정거래행위 여부: 부당한 고객유인을 중심으로

(1) 개관

불공정거래행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위로서, 법 제23조 제1항 각호에 열거된 행위의 하나에 해당하여야 하는바, 이들은 경쟁수단 자체의 불공정성을 주로 문제 삼는 행위유형과 경쟁제한성을 주로 문제 삼는 행위유형으로 나눌 수 있다.¹⁸⁾ 리베이트와 관련해서는 부당한 고객유인을 비롯하여 부당한 차별취급, 부당염매, 거래상 지위남용, 구속조건부거래 등이 문제될 수 있다.

부당한 고객유인이란 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위로서, 시행령 [별표 1]에서는 이를 크게 부당한 이익에 의한 고객유인, 위계에 의한 고객유인 및 기타의 부당한 고객유인으로 구분하고 있다. 그 중 부당한 이익에 의한 고객유인이란 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 할 것을 요건으로 하고 있다.

비교적 최근까지 제약업체의 리베이트관행에 대해서 적용된 법조 또한 바로

¹⁷⁾ Richard Whish, *Competition Law*, 5th ed., 2005, 694.

¹⁸⁾ 이봉의, “독점규제법 제3조의2 제1항 5호 후단 “소비자이익 저해행위” 금지의 위헌성 판단”, *서울대학교 법학* 제49권 제3호, 2008, 264면 이하.

부당한 고객유인이다. 부당한 고객유인은 경쟁의 수단이나 방법이 불공정한 행위 유형으로서, 제약업계와 같이 대체로 시장지배적 사업자가 존재하지 않는 시장에서 경쟁제한효과와는 비교적 거리가 먼 의약품 리베이트의 경우에 적용될 수 있는 대표적인 불공정거래행위이다.¹⁹⁾ 그런데 고객에게 다양한 형태의 이익을 제공하는 것이 능률경쟁 내지 성과경쟁의 기본이라는 점에 비추어, 문제는 과연 의약품 리베이트가 어떤 경우에 “정상적인 거래관행에 비추어 부당 또는 과대”하다고 판단할 수 있는지에 관한 것이다.

또한 병·의원이 의약품을 구매하면서 거래상대방, 즉 제약업체나 의약품도매상에게 이익, 즉 리베이트 제공을 요구하는 행위는 독점규제법상 거래상 지위남용, 그 중에서도 이익제공강요나 불이익제공에 해당할 수 있다.²⁰⁾ 이와 관련하여 공정위는 의료기관의 규모, 의약품 대량수요자로서 발주자인 지위, 계속적 거래관계, 계약의 이행감독권한 등을 고려하여 해당 의료기관의 거래상 지위를 인정하고 있으며, 여러 정황을 기초로 예컨대 의약품 무상기증이 자유의사에 따른 것인지 의료기관의 요청에 의한 것인지를 판단하여 부당성을 인정하고 있다.²¹⁾ 따라서 의약품 무상기증의 경우, 그것이 제약업체 등의 자발적 의사에 기초하지 않은 경우에는 이를 요구한 병·의원이 거래상 지위남용으로 규제되는 한편, 자발적 의사에 의한 경우에는 제약업체가 부당한 고객유인으로 규제될 수 있다. 다만, 후자의 경우, 무상기증이 투명하게 이루어지는지, 그것이 병·의원의 의약품 채택이나 처방증대와 대가성이 있는지, 거래규모에 비추어 과다하지는 않은지 여부에 따라 부당성 여부가 달라질 수 있을 것이다.

그밖에 의약품의 특성을 감안하여 부당한 이익 여부를 판단할 필요가 있는바, 종래 공정위의 명제, 즉 “약품의 품질과 가격의 우수성에 근거한 공정한 경쟁수단”에 해당하는지 여부는 다소 경직된 접근방법일 수 있다. 즉, 오리지널과 제너릭간 품질차이가 - 적어도 법적으로는 - 존재하지 않거나 약가규제로 가격경쟁이 이루어질 수 없다면 제약업체가 선택할 수 있는 공정한 경쟁수단은 무엇인지를 따져보아야 하는 것이다.

19) 공정위, 불공정거래행위 심사지침, 2009.8.12., V 4에서는 구체적으로 “제약회사가 자사의 약품채택이나 처방증대를 위하여 병원이나 의사에게 리베이트 제공, 과다접대 등을 하는 행위”를 부당한 이익에 의한 고객유인의 대표적인 사례로 적시하고 있다.

20) 공정위 의결 제2002-025호, 2002.1.17.

21) 공정위 의결 제2002-026호, 제2002-018호, 2002.1.17.; 의결 제2003-071호, 2003.7.4.

(2) 이익의 ‘부당성’ 또는 ‘과다’ 여부

먼저, 정상적인 거래관행에 비추어 부당하다고 판단되는 이익이란 다분히 공정 경쟁의 관점에서 무가치판단(Unwerturteil)이 내려지는 이익으로서, 일단 특정 이익이 경쟁질서에 비추어 허용되지 않는 것으로 판단될 경우에는 그 금액의 높낮이를 묻지 않고 금지된다.

먼저, 다른 법률이 제공을 금지하고 있는 이익이 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 이익이라는 데에는 별다른 이견이 없다.²²⁾ 따라서 약사법상 금지된 의약품 리베이트는 그 크기를 묻지 않고 독점규제법상 부당한 이익에 해당하게 된다. 그밖에 제약업계의 자율규약이 제공을 허용하고 있는 리베이트 및 그 한도를 준수하고 있는지 여부는 독점규제법상 고객유인의 ‘부당성’, 특히 정상적인 거래관행을 판단함에 있어서 매우 중요한 기준으로 작용할 수 있다.

다만, 자율규약이 정한 범위를 초과하였으나 당시 제약업계의 거래관행에 해당하는 경우에, 이를 부당하다고 볼 것인지도 의문이다. 서울고법은 최근 『“정상적인 거래관행”이란 바람직한 경쟁질서에 부합하는 해당업계의 통상적인 거래관행을 의미하는 것으로서 현실의 거래관행과 항상 일치한다고 볼 수는 없고, “부당하거나 과도한 이익”이란 관계법령에 의하여 금지되거나 정상적인 거래관행에 비추어 통상적인 수준을 넘어서는 이익을 의미한다』고 언급하면서, 제약업계의 거래관행이더라도 부당한 고객유인에 해당할 수 있다고 보았다. 여기서 서울고법은 리베이트를 제공받은 자가 최종소비자가 아니라 약물의 오남용을 막기 위해 처방권을 부여받은 의료전문종사자라는 특성으로 인하여 다른 업종보다 높은 수준의 ‘규범성’이 요구된다는 점을 들어 리베이트성 지원행위가 부당한 고객유인에 해당한다고 판시하였다.²³⁾

그밖에 공정위의 실무를 보면, 리베이트 제공의 ‘투명성’이 없거나 또는 처방증대 등과의 ‘대가성’이 인정되는 경우에 이를 정상적인 거래관행에 비추어 부당하다고 판단하고 있으며, 리베이트 자체가 과도한 것만으로도 부당성이 인정될 수 있다고 한다. 여기서 ‘투명성’이란 판촉활동의 모든 절차가 투명하게 진행되어야 한다는 것이고, 의사와 환자 사이에 존재하는 대리인 문제를 해결하는 가장 핵심적인 기준으로 이해되고 있다. 그리고 ‘비대가성’은 판촉활동의 대상이 약품

22) 공정위, 불공정거래행위 심사지침, 2009.8.12., V 4 가 (2) 참조.

23) 서울고법 2008.11.5. 선고 2008누2462 판결.

의 선택자인 의사 등 의료전문가이므로 소비자가 아닌 선택자에게 주는 이익과 처방(원래 소비자의 선택분)을 교환하여서는 아니 된다는 의미이다. 끝으로, ‘비과다성’은 판매촉진활동이 소비자에게 직접적으로 행해지는 것이 아님을 고려하여 의료인에 대한 판촉활동은 직접적인 판촉활동의 경우보다 더 낮은 수준이 되어야 한다는 것이다.

이러한 세 가지 기준에 따라 공정위는 제약회사의 판촉행위에 대한 위법성을 판단하고 있는바, 현금이나 회식비 또는 기부금 등의 제공을 통한 약품채택비나 처방사례비 지급, 학회참가비 지원이나 골프접대행위, C/S를 통한 지원 등에 대해서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하다고 인정하였다.²⁴⁾ 한편, 특정 의약품의 채택이나 처방증대를 대가로 물리치료기, 골다공증 검사기계 등 물품을 지원한 경우, 공정위는 대체로 그 금액이 과다하다고 판단하였다.

그런데 먼저 리베이트의 부당성을 인정하기 위한 ‘투명성’ 요건은 대가성과의 관계가 모호할 뿐만 아니라, 그 자체가 거래관행에 비추어 부당한 이익인지 여부를 판단하기에 적합한 기준인지 의문이다. 더구나 ‘음성적’이라는 용어와 결부되어 리베이트 그 자체가 위법하다는 인식을 주고 있는데, 예컨대 주로 문제되는 접대의 경우 그것이 음성적인지 여부가 아니라 그에 따른 경제적 이익이 대가성이 있는지 또는 과다한지 여부를 따지면 족할 것이다.

또한 리베이트의 ‘과다성’ 요건과 관련해서는 제약업계의 특성뿐만 아니라 제공되는 경제적 이익의 성격을 살펴볼 필요가 있다. 예컨대, 연간 의약품 구매액의 10%를 현금 또는 현물로 환급해주는 시스템을 가정할 경우, 이를 대가성으로 볼 것인지 과다성으로 볼 것인지가 문제되는 바, 의약품 구매란 곧 처방을 전제로 한다는 점에서 대가성을 부인하기는 어려울 것이다. 그리고 기부금 제공의 경우에도 결국은 의약품 리베이트 규제의 취지에 비추어볼 때 대가성 유무가 관건이며, 과다한 이익인지 여부는 대가성이 없는 경제적 이익이라도 고객유인의 우려가 있는 행위를 포섭하기 위한 것이라는 점에서 보충적으로 고려할 필요가 있다.

현재 한국제약협회(KPMA)와 다국적의약품협회(KRPIA)가 불공정거래행위의 범위를 구체적으로 명시한 ‘의약품 투명거래를 위한 자율규약’(이하 “자율규약”이라 한다) 제4조 또한 요양기관이나 보건의료전문가에게 예컨대, 의약품 리베이트가 규약의 범위 내에 있더라도 리베이트가 의약품 채택이나 처방증대의 대가

24) 공정위 의결 제2007-562호, 제2007-552호, 제2007-553호 등, 2007.12.20.

적 성격을 가질 수 있는 경우에는 이를 금지하고 있다. 그런데 자칫 ‘대가성’이라는 요건을 매우 폭넓게 해석하여 처방에 영향을 미칠 가능성이 있는 모든 리베이트에 대가성을 인정할 경우, 그 성질상 판매촉진목적을 가질 수밖에 없는 경제적 이익제공을 모두 위법한 리베이트로 보아 금지하게 됨으로써 약가경쟁에 이어 리베이트경쟁, 즉 의약품 판매경쟁 자체를 불허하는 결과를 가져올 수 있다는 점에서 문제되는 대가성은 리베이트로 인하여 왜곡된 처방이나 불필요한 처방이 야기될 수 있는 경우에 국한하여 인정하여야 하는 것이다.

(3) 고객유인성 내지 공정거래저해성

리베이트가 불공정거래행위에 해당하기 위해서는 부당한 이익의 제공이 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인할 가능성이 있어야 한다. 공정위의 실무는 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공한 경우, 그것이 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하기 위하여 의도적으로 행해진 것인지, 실제로 고객을 유인한 효과가 있는지 여부 등을 고려하여 의약품시장에서 바람직한 경쟁질서를 저해하였는지를 판단하고 있다. 이때, 유인가능성은 객관적으로 고객의 상품 또는 용역에 대한 선택 내지 의사결정에 상당한 영향을 미칠 가능성이 있으면 족하며,²⁵⁾ 최근 서울고법은 의약품의 경우에는 최종 소비자인 환자가 의약품을 선택하는 것이 아니라 보건의료 전문가인 의사가 환자를 위하여 의약품을 구매 또는 처방하는 특수성이 있으므로 의사나 의료기관의 의약품에 대한 의사결정은 곧바로 최종 소비자인 환자의 의약품 구매로 연결될 수밖에 없는 점(전문약품의 경우에는 특히 그러하다), 이 사건에서 문제된 원고의 구체적인 개개의 지원행위는 앞서 본 바와 같이 모두 의사나 의료기관 등을 상대로 의약품의 처방증대 또는 판매증진을 위한 의도로 행해진 것인 점 등에 비추어 보면, 원고의 의료기관 등에 이 사건 각 지원행위는 경쟁사업자의 고객을 유인할 가능성이 있다고 판시하였다.²⁶⁾

한편, 리베이트의 정당화사유로 비용에 기초한 항변(efficiency defense)과 경쟁대응항변(meeting-competition defense)을 들 수 있는바,²⁷⁾ 전자의 예로는 대량구매에 따른 비용절감과 이를 이유로 한 리베이트제공을 생각할 수 있으며, 후자는

25) 위계에 의한 고객유인사례로 대법원 2002.12.26. 선고 2001두4306 판결.

26) 서울고법 2008.11.5. 선고 2008누2462 판결.

27) 홍명수, 앞의 글, 163면.

다른 경쟁업체의 리베이트에 대응하기 위한 수단으로 불가피하게 리베이트는 제공하는 경우이다.

그밖에 자율규약에 허용되는 리베이트의 범위를 정함에 있어서 구매량 내지 구매금액의 일정 비율과 같이 업계의 현실에 맞는 리베이트율을 기준을 제시하는 방법도 고려할 수 있으며, 예컨대 신약 landing이나 관련시장에의 신규진입에 필요한 리베이트의 경우 일정한 한도 내에서 이를 허용할 필요도 있을 것이다.

3. 카르텔

제약회사들 또는 의약품도매업자들이 거래상대방에게 제공하는 리베이트의 비율이나 제공조건 등을 합의하는 경우에는 독점규제법 제19조가 금지하는 부당한 공동행위에 해당할 수도 있다. 공정위의 심사를 거친 공정경쟁규약을 준수한 행위에 대해서는 동법 제23조 제1항 3호의 부당한 고객유인으로 제재할 수는 없다. 문제는 자율규약이 부당한 고객유인을 자율적으로 방지하는 내용이기 하나, 동시에 예를 들어 의약품 리베이트의 제공기준이나 한도를 정하고 있는 경우에는 카르텔의 성격을 가질 수 있다는 데에 있다. 이 경우, 동법 제19조 제2항에 따라 공정위의 인가를 받지 않는 한 카르텔로 규제될 수 있음은 물론이다.

독일의 경우, 의약품 제조 또는 도매업체가 약국에게 리베이트를 제공하는 것 자체는 특별히 ‘불공정경쟁’(unlauterer Wettbewerb)에 해당하지 않는 한 허용되고 있다. 다만, 업계에서 리베이트 경쟁이 격화하여 이를 제거하기 위한 의약품 도매업체간의 담합에 대해서 2006년 8월 연방카르텔청이 260만 유로의 벌금을 부과한 예가 있다.²⁸⁾ 리베이트를 제공하지 않거나 이를 인하하는 내용의 합의는 가격경쟁을 제한하는 가격담합의 성격과 유사하기 때문이었다. 즉, 우리나라에서도 제약업체가 자율적으로 카르텔적 요소를 내포한 리베이트 제한협정을 체결하는 경우, 그것이 자율규약에 포함되어 있는지 여부와 상관없이 독점규제법 제19조가 적용될 수 있음에는 의문이 없다.

예컨대, 품목별 실거래가격이 병원별로 동일 또는 유사할 경우에는 카르텔에 해당될 소지가 있으며, 자율규약과 무관하게 강도 높은 제재가 가능하다. 따라서 자율규약의 내용 중 카르텔적 요소가 포함되어 있는지에 관한 검토가 필요할 뿐

²⁸⁾ BKartA, B 3 - 129/03, 2006.8.28. 이 사건에서는 리베이트경쟁이 격화된 상황에서 리베이트 등 구매조건을 조정하여 결과적으로 업체간 시장점유율을 나누어 가진 것이 문제되었다.

만 아니라, 관련 협회의 활동이 카르텔을 조장할 소지가 없도록 세심한 주의가 필요할 것이다. 이를테면, 공정위로서는 실거래가격이 보건복지부의 기준약가에 거의 근접한 수준에서 이루어지는 현상의 원인을 분석하여 카르텔 여부를 면밀히 감시하는 한편, 보건복지부 차원에서는 실거래가격의 경쟁이 작동할 수 있는 제도적 개선책을 마련하여야 할 것이다.

IV. 맺는 말: 향후의 과제

1. 향후 논의의 기초

(1) 매일 인간의 생로병사를 다루는 분야가 바로 보건, 의료 및 제약산업이며, 보건의료산업의 핵심적 관심사는 높은 품질의 의약품과 의료서비스를 가급적 저렴하게, 폭넓은 소비자가 접근할 수 있도록 하는 데에 있다. 여기서 의약품 및 보건의료서비스의 제공주체, 제공방식 그리고 보상방법을 어떻게 정할 것인가는 매우 중요한 의미를 갖는다.

(2) 의약품 리베이트의 문제를 제약업체나 병·의원의 불합리하거나 비윤리적인 관행으로 접근해서는 이를 효과적으로 해결하기 어렵다. 이들 모두에게 리베이트관행은 현행 규제체계 하에서 매우 효과적인 판촉수단이자 수입원이기 때문이다. 오히려 의약품 리베이트의 발생원인이 일부 불합리한 약가규제에 있다면, 이를 해결하는 방법 또한 약가규제의 합리적 개선에서 함께 찾는 것이 타당할 것이다.

(3) 다만, 어떤 제도하에서도 의약품 리베이트가 불공정한 경쟁수단으로 활용되는 것은 방지되어야 한다. 이때, 독점규제법상 리베이트의 ‘불공정성’ 판단기준이 약사법 등 관련법령에서 금지하고 있는 리베이트의 요건과 반드시 일치하는 것은 아니며, 따라서 공정위의 의약품 리베이트 규제는 향후 약가규제의 개선이 이루어지더라도 여전히 중요한 의미를 가질 것이다.

2. 경쟁법적 과제

(1) 리베이트의 ‘부당성’ 판단기준 재검토

의약품시장에서 경제적 경쟁은 거의 제약업체의 거래처 확보단계, 즉 도매단계에서 이루어지며, 이 경우 수요자인 병·의원으로서의 약품을 저렴하게 구입할

유인이 전혀 없기 때문에, 결국 기준약가를 놓고 제약업체의 마진 중 일부가 병·의원에게 이전되는 것이 리베이트의 본질적 성격이다. 따라서 제약업체들간의 리베이트경쟁은 그 다음 거래단계에서의 가격에 전혀 영향을 미치지 못하게 되고, 그 결과 의약품 판매경쟁이 아무리 치열하더라도 소비자후생에는 별다른 의미가 없게 된다.

우리나라에서 의약품 리베이트가 성행하는 근본원인 중 하나가 바로 의약품 가격규제임은 부인하기 어려우며, 흔히 얘기되듯이 우리나라 유통거래가 비합리적이라고 단정할 일은 전혀 아니다.²⁹⁾ 그럼에도 불구하고 무엇보다 의약품의 유통단계에서 제공되는 리베이트가 정상적 판매촉진수단인지, 아니면 부당한 고객유인수단인지를 구별하는 것은 독점규제법을 적용함에 있어서 매우 중요한 과제이다. 이와 관련하여 의약품 리베이트의 부당성 판단에 있어서 비투명성 또는 대가성이라는 요건이 적절한지, 특히 ‘대가성’이 리베이트의 개념요소인지 아니면 부당성 판단요소인지 등에 대한 재검토가 요구된다.³⁰⁾

(2) 의약품 리베이트 관련 고시의 제정

독점규제법상 리베이트에 대한 규제는 범위반행위의 발생시 이를 시정하기 위한 사후규제이자, 사업자 내지 행위별로 이루어지는 개별규제에 해당한다. 공정위는 특정분야 또는 특정행위에 대한 불공정거래행위의 유형 및 기준을 고시할 수 있는바, 전자와 관련된 것이 대규모소매점업과 신문업에 관한 고시이며, 후자와 관련해서는 경품류제공 및 병행수입에 관한 고시가 그것이다. 즉, ‘보건의료산업’에 특수한 ‘리베이트관행’에 대해서는 아무런 별도의 세부기준이 마련되어 있지 않고, 여타 불공정거래행위와 동일한 틀 내에서 규제되고 있을 뿐이다.

그런데 예컨대 보건의료산업에는 리베이트의 ‘대가성’ 요건과 같이 여타 산업

29) 제약업체들은 철저한 손익계산하에 누구에게 얼마만큼의 리베이트를 제공할 것인지를 판단하는 것이고, 병·의원으로서도 공식적인 진료수입 외에 경제상 이익을 얻으면서 환자에게 직접적으로는 별다른 부담을 주지도 않는 리베이트를 마다할 이유가 없기 때문이다. 오히려 문체의 근본원인은 약품의 품질과 가격을 중심으로 유통단계별 경제적 경쟁이 일어날 수 없도록 하는 관련 법제도 내지 약가규제에 있는 것이다.

30) 참고로, 독일의 부정경쟁방지법은 리베이트를 포함한 가격할인 등 판매촉진수단의 제공조건이 명확하지 않은 경우 또는 일반적으로 소비자나 기타 거래상대방의 의사결정의 자유에 부당한 영향을 미치는 경쟁행위를 부당한 것으로 예시하고 있다(동법 제4조 1호, 4호).

분야에서 발생하는 부당한 고객유인과는 차별화된 특성이 존재하고 있음을 부인할 수 없다. 따라서 공정위가 보건의료분야에서 행해지는 리베이트와 관련된 불공정거래행위의 유형 및 기준을 별도로 마련하고, 기존의 자율규약을 참고하여 일련의 안전지대(safety zone)을 설정하는 방안도 검토할 필요가 있다.

(3) 자율규약의 감시 강화

독점규제법상 사업자 또는 사업자단체는 부당한 고객유인을 방지하기 위하여 자율적으로 규약, 즉 자율규약을 정할 수 있으며, 동 규약에 대해서는 공정위의 별도 승인을 요하지 않고, 단지 사업자 또는 사업자단체가 독점규제법 제23조 제1항 3호 위반 여부에 대한 심사를 요청할 수 있을 뿐이다(법 제23조 제4항, 제5항). 따라서 공정위의 심사를 거친 자율규약을 준수한 행위에 대해서는 신뢰보호의 원칙상 추후 동법 제23조 제1항 3호의 부당한 고객유인으로 제재할 수 없다.

그런데 업계의 자율규약이 공정위의 인가 내지 승인을 받아야 하는 사항은 아니며, 심사를 거친 경우에도 그밖에 부당한 고객유인 외의 불공정거래행위까지 허용되는 것은 아니라는 점에 유의하여야 한다. 따라서 자율규약의 범위 내에서 이루어지는 의약품 리베이트라도 독점규제법 위반 문제가 발생할 여지는 충분하며, 실제로 공정위는 그와 별개로 의약품 유통시장에서의 불공정거래행위를 시정하여야 할 것이다.

다른 한편으로, 자율규약이 제대로 준수될 경우에 당초 리베이트의 부당성을 야기하는 ‘투명성’이나 ‘과다성’의 해소는 담보될 수 있을지 모르나, ‘대가성’ 부분은 여전히 공정경쟁의 관점에서 다툼의 여지가 있다. 흔히 ‘대가성’이란 의약품의 ‘처방’이나 ‘채택’과의 대가관계를 의미하는바, 대가성이 전혀 없는 리베이트란 상정할 수 없기 때문에 대가성 자체를 부당성 판단기준으로 삼는 데에는 의문이 제기될 수밖에 없다.

(4) 의약품 가격규제의 개선

리베이트 ‘관행’이라는 표현에서 알 수 있듯이, 보건의료산업에서 행해지는 리베이트는 의약품 유통체계와 의료보험약가제도 등 구조적인 요인에서 비롯되는 측면이 있고, 이러한 복합적인 성격을 갖는 리베이트관행을 효과적으로 해결하기 위해서는 해당 부처, 즉 보건복지부 차원의 산업별 규제(sectoral regulation)가 매우 중요해진다. 의약품 유통거래를 투명하고 공정하게 정착시키는 작업은 보건의

료산업을 선진화하기 위한 필수조건이다. 이러한 과제는 비단 피규제자, 즉 제약업체나 병·의원의 자정노력이나 공정위의 사후규제만으로는 충분히 실현할 수 없기 때문이다.

이러한 맥락에서 의약품의 거래단계별로 능률경쟁이 최대한 작동할 수 있도록 의약품에 대한 가격규제를 시장친화적으로 개선할 필요가 있다. 규제로 인하여 경쟁의 소지가 매우 제한되어 있는 경우, 사업자들은 특정 요소에 지나치게 경쟁역량을 집중시키는 과열양상으로 나아가기 쉽기 때문이다.³¹⁾

그런데 규제산업에서 가격의 ‘적정성’ 내지 규제가격의 정당성은 정도의 차이가 있을 뿐 모든 산업이 공통적으로 안고 있는 문제이다. 제약산업의 경우에도 보험재정의 건전성만을 우선시하여 약가를 책정하는 것은 의료서비스의 질을 떨어뜨릴 우려가 있고, 가급적 많은 국민에서 의료서비스를 제공하는 것은 곧 의료비용의 증가나 의료서비스의 품질저하를 수반할 것이기 때문이다. 이러한 맥락에서 가급적 약가가 유통단계의 자유·공정경쟁을 통해서 형성되거나, 그렇지 않더라도 경쟁원리에 조화되는 방향으로 규제를 개선할 필요가 있다. 경쟁원리는 제약업체로 하여금 비용인하를 통한 경쟁력제고를 통하여 매출을 증대시키고, 이를 통하여 보다 품질 좋은 신약을 개발할 수 있는 기반을 제공할 것이기 때문이다.

아울러 경쟁원리는 병·의원으로 하여금 보다 품질 좋은 의료서비스 제공의 유인을 제공하는 한편, 보다 저렴한 의약품구매를 통한 수익증대를 유도할 것이기 때문이다. 이처럼 경쟁원리가 의약품의 제조·유통단계에서 긍정적인 기능을 수행할 경우, 비로소 cost와 quality 및 access라는 보건의료산업의 3대 목표가 선순환하는 구조를 기대할 수 있을 것이다.

(5) 리베이트 요구자의 제재 필요성

약사법 등에서는 일차적으로 제약회사들이 리베이트를 제공하는 행위를 금지하고, 위반시 강력한 제재를 가하도록 규정하는 반면, ‘병·의원’이 리베이트를 요구하여 제공받는 행위에 대해서는 아무런 규제가 없다. 즉, 약사법상 제약업체 등이 병·의원이나 약국에게 의약품 판매촉진의 목적으로 금전, 물품, 편익, 노무, 향응, 그밖의 경제적 이익을 제공하는 행위는 의약품 유통체계 및 판매질서

31) 그밖에 방송·통신분야에서도 요금규제가 광범위하게 지배하면서, 결국 눈에 잘 띄지 않는 보조금경쟁이 과열로 치닫는 경향이 있다. 이봉의, “전기통신사업법상 단말기보조금 금지의 재검토”, **경쟁저널** 118호, 2005.6., 7면 이하.

를 저해하는 행위로서 금지되어 있다(동법 제47조, 시행규칙 제62조 5호). 또한 국민건강보험법 제39조 제2항에 근거하여 제정된 “국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙”, 그리고 동 규칙 제14조에 근거한 “신의료기술 등의 결정 및 조정 기준”(이하 “조정기준”이라 한다)에 따라 유통질서 문란행위로서 리베이트가 제공된 약품에 대하여 보건복지가족부가 약가를 직권으로 조정할 수 있도록 한 것도 리베이트규제의 대표적인 수단이다.³²⁾ 반면, 약사 또는 한약사가 의약품 구매 등의 업무와 관련하여 금품 또는 향응을 수수하는 행위에 대해서는 윤리기준 위반으로서 자격정지 2개월의 행정제재를 받는 한편, 자격정지 처분을 3회 이상 받을 경우에는 면허가 취소될 뿐이다(약사법 제79조 제2항 1호, 시행규칙 제6조 제1항 7호).

그런데 리베이트 제공자와 요구자의 규제에 있어서 형평성의 문제가 발생함은 물론, 리베이트를 적극적으로 요구한 병·의원을 별도로 제재하지 않는 근거를 찾기 어렵다. 여기서 리베이트 규제의 실효성과 정당성을 담보하기 위해서는 리베이트 요구행위 또한 적절히 규제하지 않으면 안 될 것이다.³³⁾ 경쟁법상 리베이트 등 경제상 이익을 정당한 이유 없이 요구하는 행위는 무엇보다 거래상 지위남용, 그 중에서도 이익제공강요에 해당할 수 있다. 의약품 유통구조와 의사의 처방권에 비추어 제약업체와의 관계에서 대체로 병·의원의 거래상 지위를 인정할 수 있을 것이며, 처방의 ‘대가’로 경제상 이익을 요구하는 행위는 아무런 정당화사유가 없어 위법할 것이다. 한편, 공정위의 실무상 종래 병원의 거래상 지위남용은 주로 의약품 도매업체에 대해서 이루어졌다. 다만, 거래관계의 특성상 제약업체나 도매업체의 신고를 기대하기가 쉽지 않고, 병·의원의 리베이트 ‘요구’가 있었음을 입증하기가 어려울 수 있음에 유의할 필요가 있을 것이다.

투고일 2009. 11. 25 심사완료일 2009. 12. 11 게재확정일 2009. 12. 14

³²⁾ 최근 개정되어 2009년 8월 1일부터 시행되고 있는 “위 조정기준”에 따르면 부당한 리베이트를 제공한 약제의 경우 보건복지부가 20% 이내에서 약가를 인하할 수 있도록 하는 한편, 1년 이내 재발시 50%를 가중하여 약가를 인하할 수 있게 되었다.
³³⁾ 의약품 리베이트 등 불공정거래행위를 해결하기 위한 유통시스템의 개선방안에 대해서는 고은지, “의약품 유통선진화를 위한 과제”, LG Business Insight 2008.1., 21면 이하 참조.

참고문헌

- 한국다국적의약산업협회, **제약산업의 윤리경영확산정책에 관한 연구** (2009).
보건복지가족부, **우리나라 보건의료 실태분석 결과** (2008.7.).
윤희숙, **건강보험약가제도의 문제점과 개선방안**, 한국개발연구원 (2008).
이봉의, “독점규제법 제3조의2 제1항 5호 후단 “소비자이익 저해행위” 금지의
위헌성 판단”, **서울대학교 법학** 제49권 제3호 (2008).
이봉의, “전기통신사업법상 단말기보조금 금지의 재검토”, **경쟁저널** 118호
(2005.6.).
홍명수, “제약산업에 있어서 경쟁법 적용의 문제”, **법제연구** 통권 제32호 (2007).
Elhauge/Geradin, *Global Competition Law and Economics* (2007).
FTC/DOJ, *Improving Health Care: A Dose of Competition* (2004).
Office of Fair Trading, *Draft Guidelines on Assessment of Conduct* (2004).
Richard Whish, *Competition Law*, 5th ed. (2005).

<Abstract>

Pharmaceuticals Rebates from the Competition Law Perspective

Bong-Eui Lee*

Price is a core instrument for competition in a free market economy. If there were neither significant market power nor any price regulation, every undertaking is free to decide price of goods or services offered by him. And rebates, notwithstanding their conditions, can be understood in substance as price discounts, which are in the interest of both trading parties.

In Korea, there have been rebates practices between pharmaceutical companies and hospitals since the introduction of Actual Remuneration System for insured medicines 1999. Pharmaceuticals rebates are deemed to be unethical practices of concerned sectors, threatens to distort the patients' right to choose, to waste health care budget of our government and to harm fair competition order. The Korean competition law, namely the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (hereafter "the Act") prohibits unfair rebates and thereby aims to eliminate bubbles of pharmaceutical prices and finally to decrease prices paid by patients and protect public budget for health care in terms of price competition.

Since a decade, the Korean Fair Trade Commission (hereafter "the KFTC") has challenged some questionable rebates practices prevailed in the related health care sector. Under the Act, pharmaceuticals rebates are classified into the unfair luring of customers. Rebates that can be assessed as untransparent, paid for medicine prescription or with excessiveness are found to be unfair and thereby illegal. Under circumstances, hospitals forcing pharmaceutical companies to offer rebates are subject to scrutiny of the KFTC.

This article criticizes the vagueness of illegality of any rebate scheme set by

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

the KFTC and emphasizes the necessity to establish rational criteria for legal assessment, make pharma-specific guidelines and finally to improve current rigid system of medicine price regulation.

Key words: rebates, pharmaceuticals industry, unfair trade practices, luring of customers, economic interest, excessiveness, code of ethics, price competition, actual remuneration