



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

시장지배적 사업자의
특수한 책임에 관한 연구

2019년 2월

서울대학교 대학원

법학과 경제법 전공

김 현 민

시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 연구

지도교수 이 봉 의

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2018년 10월

서울대학교 대학원
법학과 경제법 전공
김 현 민

김현민의 석사 학위논문을 인준함
2018년 12월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

본 논문은 공정거래법상 남용규제의 대상인 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 연구이다. 공정거래법 법문에는 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 명시적 정의가 없으며, 이에 따라 우리나라에서는 이에 관한 별도의 논의도 이루어진바 없다. 그러나 우리와 남용규제의 법리가 유사하다고 평가되는 유럽의 경우 1979년의 Hoffmann-La Roche 판결 이후 지금까지 반복적으로 시장지배적 사업자에 대하여 시장에서 더 이상 경쟁조건을 악화시키지 않을 보다 높은 주의의무인 특수한 책임을 긍정하고 있고, 2009년 제정된 유럽 집행위원회의 배제남용에 관한 집행지침에서 특수한 책임의 개념을 수용하고 있다. 이에 본 연구는 공정거래법 해석론으로도 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 인정할 수 있을 것인지 및 나아가 시장지배적 사업자에 대하여 특수한 책임을 인정할 수 있는 근거는 무엇인지를 규명함을 목적으로 한다.

이를 위하여 본 논문은 먼저 공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위 규제의 목적이 무엇인지를 밝힌다. 그 과정으로 우선 우리나라의 남용규제를 개관하고, 제도 시행 이후 그 간의 집행실적을 살펴본다. 그리고 시장지배적 지위 남용행위에 관한 최초의 대법원 전원합의체 판결인 2007년 포스코 판결의 판시 내용을 심도있게 소개하고 이를 평가한다. 또한 국내법적 검토만으로 남용 규제의 목적을 규명하는데 충분하지 않으므로 대표적으로 미국, 유럽 연합 및 독일의 남용규제를 개관하고 각 입법례별로 남용규제의 목적을 어떻게 이해하는지에 관하여 고찰한다.

다음으로 시장지배적 사업자의 특수한 책임이 유럽에서 어떻게 도입되고 구체화되었는지에 관하여 살펴본다. 구체적으로는 유럽 법원의 Hoffmann-La Roche 판결(1979), Michelin I 판결(1983), British Airways 판결(2007) 및 Intel 판결(2017)의 판시 내용 및 남용의 개념 등에 관한 유럽 집행위원회의 배제남용에 관한 집행 지침을 소개한다. 이후에 특수한 책임이 유럽에서 수용되게 된 이론적 근거가 되는 독일의 질서자유주의에 관하여 살펴보고, 우리 법 해석에서도 질서자유주의적인 해석이 유효함을 밝힌다. 이어서 특수한 책임이 경쟁법적으로 어떠한 함의를 가지고 있는 것인지 살펴본다. 먼저 그 법적 성격에 관한 논의를 소개하고 남용행위의 개념에 비추어 우리나라 공정거래법 해석론으로도 위법성 요소로 해석함이 타당함을 입증한다. 그리고 이러한 해석이 책임의 크기가 지배력의 크기에 비례할 수 있게 되며, 효과중심적 접근법과도 조화를 이룰 수 있음을 밝힌다.

위와 같은 논의를 바탕으로 우리나라의 남용규제 실무에 대한 비판적 검토를 진행한다. 구체적으로 공정거래위원회의 오라클 사건 결정(2015), 법원의 포스코 판결(2007), 농업협동조합 판결(2009) 및 이베이마켓 판결(2008)을 분석하고 각 사업자별로 특수한 책임이 인정될 경우 어떠한 결론이 도출 될 수 있는지 분석하였다.

마지막으로 이상의 논의를 전제로 공정거래법 해석론으로도 충분히 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 인정할 수 있으며, 이를 명확히 하기 위하여 시장지배적 지위 남용행위 심사지침에 객관적 개념으로서의 남용행위의 정의규정 및 특수한 책임에 관한 내용을 담을 것을 제안하였다. 이 같은 노력은 사업자의 행위준칙을 명확

히 하는 측면에서도 의미가 있으며 법원의 포스코 판결 이후 위축된 공정거래위원회의 시장지배적 지위 남용행위 집행 태도를 재고하는데 도움을 줄 수 있다는 점에서 의미가 있다.

주요어 : 특수한 책임, 시장지배적 사업자, 시장지배적 지위남용, 방해남용, 남용개념, 부당성, 위법성

학 번 : 2003-21976

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위와 방법	3
제 2 장 시장지배적 지위 남용규제의 목적	6
제 1 절 시장지배적 지위 남용규제 개관	6
1. 남용규제의 법적 근거	6
2. 공정거래법상 시장지배적 지위 남용규제의 특징	8
3. 남용행위의 분류	9
4. 공정거래법상 남용행위의 분류	10
제 2 절 시장지배적 지위 남용규제의 목적	11
1. 서언	11
2. 공정거래법상 남용규제의 목적	11
제 3 절 비교법적 검토	21
1. 미국 독점금지법의 태도	21
2. 유럽 경쟁법의 태도	26
3. 독일 경쟁제한방지법의 태도	30
제 4 절 소결	32
제 3 장 시장지배적 사업자의 특수한 책임	35
제 1 절 구체화 과정	35
1. 유럽 법원의 판결을 통한 수용·발전	35
2. 유럽 집행위원회의 입장	45
3. 정리	45

제 2 절 특수한 책임의 이론적 배경	46
1. 이념적 배경 - 질서자유주의	46
2. 법적 배경	49
제 3 절 특수한 책임의 경쟁법적 함의	50
1. 법적 성격	51
2. 지배력의 크기와 의 상관관계	55
3. 효과중심적 접근방식과의 부조화 여부	56
4. 소결	57
제 4 장 우리나라 실무에 대한 비판적 검토	59
제 1 절 서언	59
제 2 절 심결례 및 판례 검토	59
1. 심결례 검토	59
2. 판례 검토	62
3. 소결	69
제 3 절 입법론 등 제도 보완 사항	71
1. 심사지침 개정 검토	71
2. 포스코 판결의 제한 노력	73
제 5 장 결론	75
참고문헌	76
Abstract	80

제 1 장 서 론

제1절 연구의 목적

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다) 제3조의2 제1항은 시장지배적 사업자에 대하여 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위(제1호), 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위(제2호), 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위(제3호), 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위(제4호), 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저하게 저해하는 행위(제5호)를 금하고 있다.

이렇게 국가가 특별히 시장지배적 사업자의 남용행위를 규제하는 이유에 대하여 시장지배적 사업자는 당해 시장에서 상품이나 용역의 가격, 공급량 또는 거래조건 등에 대하여 결정적인 영향을 미칠 수 있는 사업자이기 때문에, 이들이 그 지위를 남용하여 공급량을 줄이고 가격을 인상하게 되면, 소비자복지가 감소하고 자원배분이 왜곡될 뿐만 아니라, 경쟁사업자들의 사업활동이 위축되고 소비자의 권익이 침해되는 등 여러 가지의 폐해가 나타나기 때문이라고 설명함이 일반적이다.¹⁾

그러나 소비자복지, 자원배분 왜곡, 사업활동 조장 등은 공정거래법의 직접적인 보호 대상으로 보기 어렵다는 전제 하에, 공정거래법상 시장지배적지위 남용행위 규제의 목적을 ‘경쟁의 보호’에서 찾는 유력한 견해가 있다. 이에 따르면 공정거래법상 남용규제는 유효경쟁이 제대로 기능하지 않는 시장지배적 사업자가 존재하는 시장에서의 잔존경쟁(remaining competition; Restwettbewerb)을 보호하고 거래상대방이나 경쟁사업자의

1) 권오승, 경제법(제9판), 법문사, 2011, 147쪽.

사업활동의 자유를 보장하며 공정경쟁의 기회를 제공하려는 취지에서 남용규제를 마련하고 있다고 평가한다.²⁾

이와 관련하여 유럽 경쟁법³⁾은 종래에 유럽 통합과 경쟁제한적 행위로부터의 경쟁 보호를 기본적인 목적으로 표방해 왔으나,⁴⁾ 소위 경쟁법의 현대화 논의 과정에서 경쟁법의 목적을 소비자 후생으로 좁혀서 이해하기도 한다.⁵⁾ 한편 미국의 경우 셔먼법(Sherman Act)으로 대표되는 독점금지법(Antitrust law)의 목적에 대하여 시대에 따라 경제적 효율성으로 파악하는 소위 ‘시카고학파(Chicago School)’의 입장과 소규모사업자의 보호를 비롯한 폭넓은 비경제적 목적 역시 포함시키는 소위 ‘하버드 학파(Harvard School)’의 입장이 대립되고 있다.⁶⁾

이렇듯 시장지배적 지위 남용행위의 금지 근거에 대해서는 우리나라는 물론 유럽과 미국에서도 상당한 입장의 차이가 존재한다. 이러한 입장의 차이는 규제 근거에 관한 사회적, 경제적, 철학적 배경의 상이한 이해에서 비롯된 것인바, 남용행위 금지 이유를 규명하는 작업에 있어서는 이에 관한 올바른 이해가 선행되어야 한다. 그리고 공정거래법상 남용행위 금지에 관한 논의도 이러한 연장선상에서 이루어져야 한다.

그런데 기존의 남용행위에 대한 논의는 유럽과 미국의 규제 태도를 단순히 비교하거나 공정거래법 해석에 우리나라와 경제적, 철학적 배경이 상이한 미국의 논의를 무비판적으로 수용하는 등 피상적인 검토에 그친 경우가 많았고, 나아가 시장지배적 사업자에게 일반 사업자와는 달리 특히 무거운 의무를 부과하는 근거를 어디서 찾을 수 있는지 및 그 경

2) 이봉의, 공정거래법상 방해남용의 해석과 경제적 접근방법, 시장경제와 사회조화(남천 권오승 교수 정년기념논문집), 법문사, 2015, 133쪽.

3) 실체법적 내용은 유럽기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union) 제101조, 102조(구 로마조약 제81조, 제82조)에서 규정하고 있다.

4) 권오승·서정, 독점규제법, 법문사, 2016, 63-64쪽.

5) 권오승·서정, 앞의 책, 67쪽.

6) 이호영, 독점규제법의 이론과 실무, 홍문사, 2006, 2쪽.

쟁법적 함의가 무엇인지에 관한 독립된 연구는 전무한 실정이다.

이에 본 논문은 남용규제의 목적에 관한 논의를 토대로 하여, 유럽에서 주로 논의되고 있는 시장지배적 사업자의 ‘특수한 책임’에 관한 논의를 소개하고자 한다. 그리고 유럽의 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 논의를 중심으로 우리 법상 시장지배적 사업자에 대해 특별히 무거운 의무를 부과하는 근거가 어디에 있는지 및 그 경쟁법적 함의가 무엇인지를 규명하는 것을 목적으로 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 논문은 시장지배적 지위 남용행위의 규제의 근거를 시장지배적 사업자에 인정되는 ‘특수한 책임’과 결부하여 검토하는 것이다. 검토 과정에서 시장지배적 사업자[유럽의 지배적 지위(dominant position), 미국의 독점력(monopoly power)]의 의미에 관한 물음은 남용행위 규제 근거가 무엇인지를 검토하기 위한 전제가 됨은 물론이다. 그러나 이에 관한 연구는 시장지배적 사업자의 특수한 책임 인정 여부와는 직접적인 관련이 없으므로 별도로 다루지 않는다.

시장지배적 지위 남용행위는 크게 수직적 관계에서 거래상대방에 대한 불이익을 야기하는 것을 규제하는 ‘착취남용’과 수평적 관계에서 경쟁제한효과를 수반하는 것을 규제하는 ‘방해남용’으로 대별되는데, 양자의 규제 목적은 다르다고 이해된다. 착취남용 규제는 소비자를 포함한 거래상대방을 독과점적 착취로부터 보호하는데 그 목적이 있는 것인바, 현저하게 인상된 가격이 시장에서의 경쟁관계나 잔존경쟁에 어떠한 부정적인 효과를 발생시킬 우려가 있는지 여부는 고려의 대상이 아니게 된다.⁷⁾ 이

7) 이봉의, 독점규제법상 착취남용에 대한 손해배상명령, 경쟁법연구 제30권, 2014, 98쪽.

는 아래에서 방해남용과 관련하여 기술할 소위 ‘잔존경쟁’의 보호와 전혀 보호법익을 달리하는 것인바, 이하의 논의는 방해남용을 위주로 진행한다.⁸⁾

한편, 공정거래법상 불공정거래행위 행위유형 가운데 일부⁹⁾는 시장지배적 지위 남용행위와 보호법익이 같다고 이해되는 것들이 있다. 이에 따라 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 보호법익이 무엇인지, 각 행위의 부당성 지표는 과연 무엇인지 및 시장지배적 지위 남용행위 규제와 불공정거래행위 규제의 관계에 관한 논의도 치열하게 전개되고 있다. 그러나 본 논문에서는 불공정거래행위와 시장지배적 지위 남용행위와의 관계 및 불공정거래행위의 부당성 지표에 관하여는 별도로 다루지 아니한다.

이하에서는 먼저 공정거래법상 남용규제를 개관하고, 우리 법상 남용규제의 목적이 어디에 있는지에 관한 국내 문헌들의 논의 내용을 소개한다. 다음으로 경쟁법의 양대 축이라고 할 수 있는 유럽과 미국의 경쟁법제도, 특히 단독행위와 관련하여 유럽의 유럽 기능조약¹⁰⁾ 제102조와 미국의 독점화 행위 금지 규정인 셔먼법 제2조를 개관하고, 각 제도별 금지의 근거를 검토한다. 그 과정에서 유럽과 미국에서의 남용규제에 대한 접근방법을 각 지역의 사회적, 경제적, 철학적 배경과 함께 소개하고, 특히 유럽의 시장지배적 사업자에 대한 ‘특수한 책임’에 관한 논의를 바탕으로 우리나라의 사회적, 경제적 배경 하에서 남용행위 금지의 목적을 어떻게 새겨야 할 것인지 밝힌다. 그 과정에서 유럽 경쟁법 형성에 큰

8) 특히 ‘특수한 책임’을 시장지배적 사업자의 신분적인 요소로만 파악하게 되면 착취남용에 있어서도 이를 인정하지 아니할 이유가 없으나, 후술하는 바와 같이 ‘특수한 책임’을 남용행위의 위법성을 징표하는 일요소로 이해할 경우에는 방해남용의 경우에 한정하여 기술하더라도 무방할 것으로 본다.

9) 대표적으로 (단독의) 거래거절 행위(공정거래법 제23조 제1항 제1호), 경쟁사업자 배제 행위(공정거래법 제23조 제1항 제2호) 등을 들 수 있다.

10) The Treaty on the Functioning of the European Union.

영향을 주었던 독일 프라이부르크 학파(Freiburg School)의 질서자유주의(Ordo-Liberalismus) 철학에 대해서도 추가적으로 소개하도록 한다.

그리고 해당 논의 내용을 기초로 하여 시장지배적 지위 남용행위에 관한 우리나라의 기존 심결례와 판례를 비판적으로 검토하도록 한다. 나아가 공정거래법상 시장지배적지위 남용행위 해석에 있어서 고려하여야 할 사항이 무엇인지, 입법적 해결이 필요한 부분이 있다면 무엇인지에 관하여도 다루어 보기로 한다.

제 2 장 시장지배적 지위 남용규제의 목적

제1절 시장지배적 지위 남용규제 개관

1. 남용규제의 법적 근거

공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위의 근거는 우리나라의 기본법인 헌법에서 찾을 수 있다. 주지하다시피 헌법 제23조 제1항 전문은 ‘모든 국민의 재산권은 보장된다’라고 규정하고, 제119조 제1항은 ‘대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다’고 규정함으로써, 우리 헌법이 사유재산제도와 경제 활동에 관한 사적자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있다. 그러나 한편, 헌법 제119조 제2항은 ‘국가는 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다’고 규정함으로써 ‘독점규제와 공정거래유지’라는 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 규정하고 있다. 즉 스스로에게 맡겨진 경제는 경제적 자유에 내재하는 경제력 집중적 또는 시장지배적 경향으로 말미암아 반드시 시장의 자유가 제한받게 되므로 국가의 법질서에 의하여 공정한 경쟁질서를 형성하고 확보하는 것이 필요하고, 이에 따라 국가목표로서의 ‘독점규제와 공정거래유지’는 단순한 자연적인 사회현상이 아니라 국가의 지속적인 과제라고 인식하고 있는 것이다.¹¹⁾

이에 따라 우리나라는 공정거래법을 통해 헌법이 요구하는 독점규제와 공정거래유지라는 국가적 과제를 수행하고 있으며, 특히 공정거래위원회는 경쟁정책 시행을 통해 독점규제를 실현하고 있다. 경쟁법의 목적과 관련하여, 공정거래법은 제1조에서 시장지배적 지위의 남용 등 규제

11) 헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 2001헌마605 전원재판부 결정.

를 통해 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있기에, 과연 그 목적이 무엇인지에 관하여 다양한 해석이 이루어지고 있다.¹²⁾

일반적으로는 자유롭고 공정한 경쟁의 촉진을 직접적인 목적으로, 창의적인 기업활동 조장, 소비자 보호 및 국민경제의 균형있는 발전 도모는 궁극적인 목적으로 해석하고 있으나,¹³⁾ 자유롭고 공정한 경쟁의 촉진이 경쟁법인 공정거래법의 기본적인 목적이 될 수밖에 없다는 데에는 대부분의 견해가 일치하고 있다. 그리고 여기서 공정거래법의 기본적인 목적으로 이해되는 ‘자유롭고 공정한 경쟁의 촉진’을 위한 수단 가운데 가장 핵심적인 것이 바로 ‘시장지배적 지위 남용규제’라고 할 수 있다.¹⁴⁾

12) 공정거래법 제1조(목적) 이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.

13) 권오승, 앞의 책, 73-79쪽. 다만 공정거래법의 직접적인 목적인 자유롭고 공정한 경쟁이 유지되게 되면 경쟁에서 살아남기 위해 창의적인 기업활동을 추구하지 않을 수 없으므로 이는 현대 자본주의사회에서 공정거래법이 차지하는 의의 내지 가치에 불과하고, 소비자 보호는 소비자 복지(consumer welfare)로 이해하여야 하며, 국민경제의 균형있는 발전 도모는 공정거래법이 머물러야 할 한계라고 한다.

14) 각 국의 경쟁법은 크게 3가지 규제수단, 카르텔 규제(부당한 공동행위 규제), 시장지배력 남용규제[미국의 경우 독점(화) 금지], 기업결합 규제를 운용하는데, 이들 규제수단은 궁극적으로 남용 규제로 수렴한다고 평가 가능하다. 즉, 카르텔 규제는 사업자간의 합의에 따라 시장지배적 사업자와 유사한 힘을 가진 사업자 단위가 출현하는 것을 막기 위함이고, 기업결합은 남용행위를 할 수 있는 시장지배적 사업자가 출현하는 것을 막기 위함인바, 시장지배적지위 남용행위 규제는 경쟁법 집행의 핵심이라고 평가할 수 있다.

2. 공정거래법상 시장지배적 지위 남용규제의 특징

가. 폐해규제방식

시장지배적 지위 남용행위 규제 방식은 입법례에 따라 독점력 형성 그 자체를 사전에 방지하는 방식¹⁵⁾과 독과점으로 인해 발생한 폐해를 사후에 규제하는 방식¹⁶⁾으로 구분할 수 있다. 전자는 미국 셔먼법에 따른 독점화의 금지가 대표적이며, 후자는 유럽연합의 시장지배적 지위 남용행위의 금지를 들 수 있다. 우리나라의 시장지배적 지위 남용행위에 대한 규제방식 역시 유럽연합과 마찬가지로 시장지배적 사업자의 독점이나 과점 형성 자체는 문제삼지 않고 관련 시장에서 형성되어 있는 시장지배적 지위를 남용하여 일정한 폐해를 초래하는 경우에만 개입하여 규제하고 있다.¹⁷⁾ 미국이나 일본을 제외한 대부분의 입법례는 우리나라와 같이 남용행위 규제 방식 가운데 사후 규제 수단을 들고 있다.

나. 직권에 의한 행정규제방식

우리나라의 시장지배적 지위 남용규제는 공정거래위원회로 대표되는 행정청의 직권 조사 및 행정처분으로 이루어진다.¹⁸⁾ 공정거래위원회는

15) 소위 원인금지주의(Verbotprinzip)라고 일컬어진다.

16) 소위 폐해규제주의(Missbrauchprinzip)라고 일컬어진다.

17) 한편, 우리의 경우 과거 산업별로 소수의 기업을 선별하여 집중적으로 지원 하는 불균형 성장정책을 추진하여 고도성장을 달성하였기에, 많은 산업분야가 독과점화 되어 있을 뿐만 아니라 시장구조가 독과점적으로 고착되어 있는 경우가 많다. 따라서 단순히 사후적으로 시장지배적 사업자의 지위 남용행위를 규제 하는 것만으로는 경쟁제한적 시장구조를 경쟁적 시장구조로 개선하기가 쉽지 않다. 이에 공정거래법은 공정거래위원회로 하여금 독과점적인 시장구조가 장기간 유지되고 있는 상품이나 용역의 공급 또는 수요시장에 대하여 경쟁을 촉진 하기 위한 시책을 수립하여 시행할 의무를 부과하고 있다(공정거래법 제3조).

18) 공정거래위원회는 정부조직법 제2조의 규정에 의한 중앙행정기관의 지위에서 소관사무를 수행한다(공정거래법 제35조 제2항). 한편, 누구든지 공정거래법

공정거래법 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 당사자나 이해관계인 등에 대한 출석요청, 의견 청취, 감정인의 지정 및 감정의 위촉, 사업자 및 임직원 등에 대한 원가, 경영상황에 관한 보고, 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치 처분을 할 수 있고, 소속 공무원 등으로 하여금 사업자 등의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부서류, 전산자료·음성녹음자료·화상자료 등 자료나 물건을 조사할 수도 있다.¹⁹⁾ 공정거래위원회는 시장지배적 지위를 가진 사업자의 행위가 남용에 해당한다는 의심이 있는 경우 위 조사 절차 등을 거쳐 수집된 제반 증거자료를 통해 시장지배적 지위 사업자 등의 범위반 사실이 소명될 경우 해당 사업자에 대하여 가격의 인하, 당해 행위의 중지, 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명하는 시정명령을 내리거나(공정거래법 제5조), 과징금을 함께 부과하게 된다(공정거래법 제6조).²⁰⁾

3. 남용행위의 분류

시장지배적 지위 남용행위는 그 효과가 누구에게 미치느냐에 따라 크게 ‘착취남용’과 ‘방해남용’으로 구분된다. 전자는 소비자를 포함한 거래 상대방에게 유효경쟁의 상태에서는 상정할 수 없는 불이익, 예를 들어 시장지배적 사업자가 과도하게 높은 독점가격을 설정하거나 공급물량을 줄이는 등의 방법으로 소비자에게 직접적으로 피해를 끼치는 행위(착취남용, exploitative abuse; Ausbeutungsmisbrauch)이며, 후자는 시장지

에 위반되는 사실이 있다고 인정할 때에는 그 사실을 공정거래위원회에 신고할 수 있으나, 공정거래위원회는 조사와 처분 과정에서 신고 내용에 기속되지 않는다.

19) 공정거래법 제50조 제1항, 제2항.

20) 세계 각 국은 시장지배적 지위 남용에 관한 입법적 태도와는 상관없이 엄격하고 공정한 집행을 보장하기 위하여 준입법적·준사법적 권한을 가진 독립적인 규제기구[예컨대, 미국의 연방거래위원회(Federal Trade Commission), 독일의 연방카르텔청(Bundeskartellamt), 일본의 공정거래위원회(公正取引委員會)]를 설치하여 운영하는 경우가 일반적이라고 한다(권오승·서정, 앞의 책, 39쪽).

배적 사업자가 다양한 수단을 통하여 경쟁사업자의 활동을 어렵게 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 방해하거나 자신의 독점력 행사가 용이하도록 시장구조를 바꾸어 현실적·잠재적 경쟁사업자를 시장에서 봉쇄 또는 배제하는 행위(방해남용, exclusionary abuse; Behinderungsmissbrauch)이다.²¹⁾

4. 공정거래법상 남용행위의 분류

공정거래법 제3조의2 제1항의 남용행위 유형을 행위의 효과에 따라 분류하면 일반적으로 상품이나 용역의 가격의 부당한 결정·유지 또는 변경(제1호), 상품의 판매나 용역의 제공의 부당한 조절(제2호) 및 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위(제5호 후단)는 착취남용의 유형으로 분류되고, 다른 사업자의 사업활동의 부당한 방해(제3호), 새로운 경쟁사업자 진입의 부당한 방해(제4호) 및 부당한 경쟁사업자의 배제(제5호 전단)은 방해남용의 유형으로 분류된다. 다만 제3호에서 규정하고 있는 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위의 경우 착취남용의 효과를 가져올 수도 있다.²²⁾

21) 독점규제법, 권오승 외 7인 공저, 법문사, 2010, 42쪽; 한편 방해남용은 배제남용과 혼용하여 사용하는 것이 일반적이거나, 엄밀하게는 구별될 필요가 있다. 배제남용은 시장지배적 사업자가 현실적·잠재적 경쟁사업자를 시장에서 배제하는 남용행위를 의미하는 반면에 방해남용은 다른 사업자의 사업활동을 방해하여 성과경쟁에 의한 사업활동을 곤란하게 하는 행위로 정의할 수 있다. 따라서 방해남용은 배제남용보다 넓은 개념이라고 할 수 있다(이민호, 주현영, 시장지배적 지위 남용행위의 '부당성'에 관한 연구, 사법 제22호, 사법발전재단, 2012, 119-120쪽).

22) 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 '다른 사업자'에는 경쟁사업자 뿐만 아니라 거래상대방도 포함하는 개념임이 법문상 명백하여, 시장지배적사업자의 거래상대방에 대한 착취행위에 따라 거래상대방의 사업활동이 방해될 경우 동 규정이 적용되지 않을 이유가 없다. 공정거래위원회의 실무상으로도 사업활동을 방해하는 경우 거래상대방 대한 착취남용의 효과를 가져오는 행위에 대해서도 제3호를 일반적으로 적용하고 있다(예컨대, 공정거래위원회 의결 제2007-281호

제2절 시장지배적 지위 남용규제의 목적

1. 서언

공정거래법상 규제되는 시장지배적 지위 남용행위는 크게 3가지 요건을 필요로 한다. 먼저 행위자 요건으로서 수범자는 시장지배적 지위를 보유한 사업자에 한정된다. 다음으로 행위 요건으로서 당해 사업자가 일정한 남용행위를 하였을 것을 필요로 한다. 남용행위의 유형은 공정거래법 제3조의2 각 호에서 열거하고 있다. 마지막으로 위법성 요건으로서 당해 행위가 부당할 것을 요한다. 이 가운데 실질적 요건이라고 할 수 있는 부당성 판단의 핵심 잣대로 기능하는 것이 바로 남용 규제의 목적이다. 이에 따라 착취남용에 있어서 부당성의 핵심징표는 그 행위가 사회적으로 용인되는 이익추구를 얼마나 현저하게 벗어났는가(현저성)가 되며,²³⁾ 방해남용에 있어서 부당성은 경쟁제한성이 핵심징표가 된다. 다시 말하면 방해남용에 대한 규제는 ‘남용’이라는 불확정적 개념을 통해서 경쟁제한행위의 허용한계를 확인할 수 있게 된다고 이해할 수 있을 것이다.²⁴⁾

한편, 시장지배적 지위 남용행위에 대한 규제는 논리 필연적으로 시장

현대자동차의 시장지배적지위 남용행위에 관한 건).

23) 대법원은 착취남용의 유형 중 하나인 소비자 이익저해행위(공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 후단)의 부당성에 관하여, “시장지배적 사업자의 과도한 독점적 이익 실현행위로부터 경쟁시장에서 누릴 수 있는 소비자의 이익을 보호하고자 하는데 있음을 고려할 때, 시장지배적 사업자의 행위의 의도나 목적이 독점적 이익의 과도한 실현에 있다고 볼 만한 사정이 있는지, 상품의 특성·행위의 성격·행위시간·시장의 구조와 특성 등을 고려하여 그 행위가 이루어진 당해 시장에서 소비자 이익의 저해의 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있는지 등을 구체적으로 살펴 판단하여야 한다”고 판시하였다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결).

24) 조혜신, 독점규제법상 시장지배적 지위 남용행위 규제의 목적, 시장경제와 사회조화(남천 권오승 교수 정년 기념 논문집), 법문사, 2015, 102쪽.

지배적 사업자의 자유를 제한하게 되는데, 이를 통해서 시장지배적 사업자의 존재 및 행위로 인한 시장에서의 힘의 불균형에 기인한 거래 상대방 또는 경쟁 사업자의 자유가 보장될 수 있다는 점에서 제한의 정당성을 찾을 수 있다.²⁵⁾

이렇듯 시장지배적 지위 남용 규제는 시장지배적 사업자와 거래 상대방 또는 경쟁 사업자와의 경쟁을 보호하는 것이 목적이라는 데에는 별다른 이견이 없어 보이지만, 여기서의 경쟁의 보호가 구체적으로 무엇을 의미하는가에 관하여는 견해가 나뉜다. 경쟁 보호 그 자체가 목적이라고 볼 것인지, 경쟁의 보호는 다른 가치 예를 들어 소비자 후생 증진 또는 효율성 증대를 위한 수단이라고 볼 것인지에 관하여는 공정거래법의 목적에 관한 시각이 다양한 것과 마찬가지로 다양한 견해가 존재한다.²⁶⁾ 이에 대하여는 ‘경쟁을 제도로서 보호하고자 하는 입장’과 ‘경쟁을 수단으로 보고 소비자 후생과 같은 결과를 지향하는 하는 입장’으로 크게 구분할 수 있다.

2. 공정거래법상 남용규제의 목적

가. 제도보호의 입장

제도로서의 경쟁을 보호하는 입장은 경쟁적인 시장구조를 유지하고 과정으로서의 경쟁을 보호하는 데에 공정거래법의 목적이 있다고 본다.²⁷⁾ 경쟁은 사회적 효율성 달성을 목표로 하는 성과지향적 혹은 목적

25) 조혜신, 앞의 논문, 104-105쪽.

26) 예를 들어 판례는 시장지배적 사업자의 지위 남용행위의 규제 목적은 독과점 시장에서 경쟁촉진과 아울러 시장지배적 사업자의 과도한 독점적 이익 실현 행위로부터 경쟁시장에서 누릴 수 있는 소비자의 이익을 보호하고자 하는 데 있다고 보고 있다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결 참조).

27) 이봉의, 공정거래법상 방해남용의 해석과 경제적 접근방법, 시장경제와 사회조화(남천 권오승 교수 정년기념 논문집), 법문사, 2015, 129쪽.

지향적인 개념이 아니라, 일련의 게임의 규칙에 따라 규율되는 과정을 의미하는 것으로 본다. 경쟁을 제도로서 바라보는 관점에 따르면 경쟁 메커니즘을 보호하고 경쟁의 전제를 유지하는 것이 경쟁법적 규제의 핵심 과제가 된다. 다시 말해 남용 규제의 목적은 사인의 경제적 행동의 자유를 제도화한 경쟁 제도이며 이러한 경쟁제도에 대한 보호는 시장지배적 사업자의 경제적 행동의 자유 행사가 다른 동등한 권리 및 공익과 조화될 수 있는 조건을 유지하기 위한 제도 보호 차원에서 요구된다고 본다.²⁸⁾

나. 결과지향적 입장

결과지향적 입장에서 경쟁을 바라보는 시각에서는 경쟁이란 그 자체가 공정거래법의 목적이 아니며 단지 경제적 목적을 실현하기 위한 수단에 불과하다고 본다.²⁹⁾ 이에 따르면 경쟁은 효율성 개념을 통해 정의되게 되고, 경제적 효율성을 극대화하는 행동을 경쟁으로 이해한다. 유일하게 고려할 가치가 있는 목적은 소비자 후생이라고 본다.³⁰⁾

다. 판례

시장지배적 지위 남용행위와 관련하여 첫 번째 대법원 전원합의체 판결인 소위 ‘포스코 판결’³¹⁾은 시장지배적 지위 남용행위의 유형 가운데 거래거절 행위에 관한 것으로, 판시에서 거래거절의 부당성에 관하여 다수의견, 반대의견 1, 2 및 별개의견으로 견해가 다양하게 나뉘었다. 이는 법원 역시 공정거래법상 남용규제의 목적에 관하여 통일된 시각을 가지고 있지 아니함을 보여준다. 아래에서 크게 다수의견과 제1 반대의견을

28) 조혜신, 앞의 논문, 107-109쪽.

29) 이봉의, 공정거래법상 방해남용의 해석과 경제적 접근방법, 시장경제와 사회조화(남천 권오승 교수 정년기념 논문집), 법문사, 2015, 130쪽.

30) 조혜신, 앞의 논문, 109쪽.

31) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

중심으로 소개한다.

1) 다수의견³²⁾

포스코 판결의 다수의견은 헌법 제119조 제2항은 독점규제와 공정거래 유지라는 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 하고 있다고 전제한 다음, 이에 따라 사유재산제도와 경제활동에 관한 사적자치의 원칙에 입각한 시장경제질서를 기본으로 하는 우리나라에서는 원칙적으로 사업자들에게 계약체결 여부의 결정, 거래상대방 선택, 거래내용의 결정 등을 포괄하는 계약의 자유가 인정되지만, 시장의 지배와 경제력의 남용이 우려되는 경우에는 그러한 계약의 자유가 제한될 수 있다고 하면서 공정거래법에 따라 남용행위를 감행하는 시장참여자에 대하여는 경제적 자유가 일정부분 제한될 수 있음을 천명하였다.

그러나 또 한편으로는 과거 개발경제시대의 영향 등으로 독과점의 폐해에 대한 우려가 큰 우리나라 경제현실 등에 비추어 시장경제원리가 제대로 작동하기 위한 전제조건으로서의 경쟁 기능의 유지를 위하여 시장지배적 지위 남용행위에 대한 규제가 매우 중요하지만, 최근의 이른바 경제의 첨단화 및 세계화 등의 추세를 감안하면 시장지배적 지위 남용규제가 기업이 창의력을 바탕으로 세계적 경쟁력을 키우고 궁극적으로는 소비자 후생 증대와 경제발전에 기여할 수 있는 방향으로 운용되도록 배려할 필요 역시 못지않다고 실시하면서, 남용행위에 대한 제한에 정책적인 한계가 있음을 전제하였다.

다수의견은 이와 같은 논의를 전제로 경쟁을 해치는 거래거절에 대해서는 이를 위법한 것으로 보아 시정조치를 함으로써 경쟁을 회복시켜야

32) 대법관 이용훈, 고현철, 김용담, 김영란, 양승태, 김황식, 김지형, 박일환, 김능환, 전수안.

하지만, 경쟁제한적인 의도나 목적이 전혀 없거나 불문명한 전략적 사업 활동에 관하여도 다른 사업자를 다소 불리하게 한다는 이유만으로 경쟁 제한을 규제 대상으로 삼는 법률에 위반된 것으로 처분한다면 이는 그 규제를 경쟁의 보호가 아닌 경쟁자의 보호를 위한 규제로 만들 우려가 있을 뿐 아니라, 기업의 사업활동을 부당하게 위축시켜 결과적으로는 경쟁력 있는 사업자 위주로 시장이 재편되는 시장경제의 본래적 효율성을 저해하게 될 위험성이 있으므로, 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때에 비로소 그 부당성이 인정될 수 있다고 판시하였다.

결론적으로 다수의견은 표면적으로는 남용규제의 목적에 관하여 경쟁의 보호가 목적이라고 실시하고는 있으나 실제로는 주관적 의도를 요구하면서 현실적인 경쟁제한의 효과를 입증하도록 하여, 경쟁을 제도로서 보호하는 입장이라기보다는 소비자 후생의 증대와 국부의 증진을 도모하기 위한 수단으로 보는 입장에 더 가까운 것으로 보인다.

2) 제1 반대의견³³⁾

위와 같은 다수의견의 견해에 대하여, 포스코 판결의 제1 반대의견은 헌법 제119조 제2항은 사유재산권을 보장하면서도 자유시장경제에 수반되는 모순을 제거하고 정의사회와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정들을 광범위하게 인정하는 사회적 시장경제질서를 헌법적 이념으로 선언한 것으로 전제하고, 공정거래법이 시장지배적 사업자의 지위 남용행위를 규제하고 있는 이유는 시장에 시장지배력을 보유한 시장지배적 사업자가 존재한다는 사실이 사회적 시장경제질서 하에서 중요한

33) 대법관 이홍훈, 안대희.

의미가 있기 때문이라고 보았다. 다시 말해 시장지배적 사업자가 존재하는 시장에서는 시장경제시스템이 제대로 작동하지 않을 위험성이 대단히 높아지게 되고 이에 따라 공정하고 자유로운 경쟁질서가 현실적으로 유지되기 어렵게 되므로, 시장에 시장지배적 사업자가 존재한다는 자체가 이미 공정거래법이 추구하는 공정하고 자유로운 경쟁으로부터 상당히 벗어날 수 있는 상태를 의미한다고 실시하였다. 이와 같은 입장은 다수의 견에 비하여 사업자의 남용행위에 대해 엄격한 태도를 보이는 것으로 해석할 수 있다.

그리고 제1 반대의견은 남용행위는 행위별로 정당성을 검토할 필요가 있다는 전제 하에, 포스코 사안과 같은 거래거절의 경우에는 일반적으로 공급자가 수요자에 대한 거래를 거절하게 되면 공급자의 매출액수가 감소하고 시장지배력도 줄어들어 그에 따른 경제적 손실이 발생하게 되는 바, 이익을 추구하는 경제주체가 경제적 손실을 감수하면서까지 거래를 거절하는 경우에는 그에 상응하는 목적이 있다고 보아야 한다고 보았다. 이에 따라 시장지배적 사업자의 거래거절행위에는 특별한 사정이 없는 한 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 위험이 내포되어 있고 이는 바로 시장지배적 사업자가 의도 내지 목적인 것이라고 봄이 상당하다고 실시하였다.³⁴⁾

34) 제2 반대의견(대법관 박시환)은 제1 반대의견과 같이 시장지배적 사업자는 경쟁의 기반이 되는 시장경제질서를 조정하고 통제할 가능성이 있는 존재로서 시장경제질서에서 시장지배적 사업자가 존재한다는 자체가 이미 공정거래법이 추구하는 공정하고 자유로운 경쟁으로부터 상당히 벗어날 수 있는 상태를 의미한다고 보고 있으나, 종래 대법원이 공정거래법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성 평가와 관련하여 제시한 판단기준이 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적 사업자의 지위 남용행위로서의 거래거절행위의 부당성 여부 평가에 있어서도 판단 기준으로 삼을 수 있다고 보아 양자의 부당성 의미를 동일하게 접근하고 있고, 이에 따라 시장지배적 사업자의 거래거절행위의 부당성은 구체적 불이익이라는 요소에 의하여 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 어렵게 하는 것으로 족하며, 경쟁제한의 우려는 그 요건이 되지 않는다고 보고 있다. 따라서 시장지배적 지위 남용행위 규제의 목

제1 반대의견은 시장에 시장지배적 사업자가 존재한다는 사실 그 자체가 이미 공정거래법이 추구하는 공정하고 자유로운 경쟁으로부터 상당히 벗어날 수 있는 상태를 의미한다고 파악하면서, 후술할 질서자유주의에서 강조하는 과정으로서의 경쟁을 강조하고 있는 것으로 보인다. 즉, 제1 반대의견의 설시는 공정거래법상 남용 규제의 목적은 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려라는 ‘경쟁질서 침해적 성격’에 주목하고 있다.³⁵⁾

라. 공정거래위원회 실무의 태도

공정거래위원회는 1981년 설립부터 약 20년 간 시장지배적 지위 남용행위에 대한 집행에 매우 소극적이었다.³⁶⁾ 특히 공정거래법이 처음 시행된 이후 1995년까지 모두 18건의 시장지배적 지위 남용행위에 대한 시정이 이루어졌지만 과징금은 부과된 바가 없다. 1996년 들어 과징금이 처음 부과되었고, 2000년 중반 이후에는 적극적으로 시장지배적 지위 남용행위 집행에 역량을 기울이기 시작하였다.

그러나 2007년 포스코 판결 이후에는 법원이 요구한 경쟁제한 의도 및 목적의 입증 곤란 등으로 인하여 시장지배적 지위 남용규제가 상당히

적은 경쟁과 불가분의 관계에 있다는 입장의 본 논문에서는 별도의 분석을 하지는 않기로 한다.

35) 조혜신, 독점규제법상 방해남용에 관한 연구, 서울대학교 법과대학원 박사학위 논문, 2011, 17-18쪽. 이에 대하여는 제1 반대의견은 시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절의 부당성이 주관적, 객관적 요소로 구성되어 있되, 다만 거래거절행위로 인하여 거래상대방이 구체적 불이익을 입은 경우 특별한 사정이 없는 한 경쟁제한의 의도와 목적이 사실상 추정된다고 보는 견해도 있다(홍대식, 간격 좁히기: 국제 경쟁법으로의 수렴 또는 그로부터의 분산 - 한국 경쟁법상 단독행위 규제를 중심으로-, 경쟁법연구 제31권, 2015, 109쪽).

36) 참고로 공정거래법 제정시에는 집행기관이 경제기획원장관이었다. 1990. 1. 13. 공정거래법 개정(법률 제4198호) 이후 집행기관이 경제기획원장관에서 현재의 공정거래위원회로 변경되었다.

위축되어 있는 상황이다. 이에 따라 최근에는 쉐콤(2차) 사건 이외에는 사실상 시장지배적 지위 남용행위로 조치한 사례를 찾아보기 어렵다.³⁷⁾

[표 1] <시장지배적 지위 남용행위 시정 실적(2008~2017)>

구분	'08	'09	'10	'11	'12	'13	'14	'15	'16	'17	합계
고발 ³⁸⁾	0	0	2	0	0	0	0	1	0	0	3
시정명령 (과징금)	3 (1)	2 (2)	3 (2)	0 (0)	1 (1)	0 (0)	0 (0)	3 (3)	0 (0)	3 (1)	15 (10)
시정권고	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
경고	2	0	2	0	0	0	0	1	0	1	6
합계	5	2	7	0	1	0	0	5	0	4	24

(출처: 공정거래위원회 2017년 통계연보)

공정거래위원회 실무상 업무처리 지침으로 기능하는 시장지배적 지위 남용행위 심사기준(이하 ‘남용행위 심사기준’이라 한다)³⁹⁾은 포스코 판결의 다수의견 판시에 충실하게 시장지배적 지위 남용행위의 경쟁제한 효과 판단기준을 정하고 있다.

남용행위 심사기준에 따르면 경쟁제한 효과는 가격 상승 또는 산출량

37) 공정거래위원회 2017년도 통계연보, 47쪽. 해당 연보에 따르면 시장지배적 지위 남용행위는 공정거래법 시행 이후 2017년 말까지 총 97건 조치되었다. 특기할 것은 2007년에 총 38건이 조치되었는데, 대부분은 유선방송사업자(SO)의 남용행위를 조치한 것이다.

38) 공정거래위원회의 검찰에 대한 고발은 행정기관 상호간의 행위에 불과하고, 공정거래위원회의 고발 의결 행위 역시 행정청 내부의 의사결정에 불과하여 행정처분의 성격을 가지지 않지만(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결), 실무상으로는 가장 중한 조치로 받아들여진다. 실무적으로 공정거래위원회에서 집계하는 통계연보는 가장 중한 조치가 내려진 경우에는 가장 중한 조치에만 포함된다. 실무상 고발만 이루어진 경우는 없고 고발이 이루어진 사례는 모두 시정명령, 과징금이 함께 부과되었다.

39) 2009. 8. 20. 공정거래위원회 고시 제2009-26호로 제정. 동 고시는 공정거래법 제3조의2 제2항, 시행령 제5조 제6항의 위임에 의한 것으로 법규명령의 성격을 가지는 것으로 이해된다.

감소, 상품용역의 다양성 제한, 혁신저해, 봉쇄효과, 경쟁사업자의 비용 상승 효과를 종합적으로 고려하여 판단하도록 하고 있는데, 이들 평가 요소는 경쟁을 과정으로서 바라보는 시각이 아닌 경쟁을 수단으로 바라보는 시각에 더 가까운 것으로 평가할 수 있다. 실제로 공정위 실무는 부당성 판단 과정에서 소비자 후생의 증진 여부에 크게 좌우되고 있는 실정이다.⁴⁰⁾

마. 소결

공정거래법 제1조는 문언상 소비자 보호를 궁극적 목적으로 선언하고 있으나, 여기서의 소비자 보호는 경쟁을 수단적 관점에서 바라보는 소비자 후생과 동일한 의미라고 평가하기는 곤란하다. 소비자 보호는 소비자의 권리 침해 보호에 방점이 있는 용례인 반면 소비자 후생은 사업자의 행위를 통한 결과의 이익교량을 바탕으로 한 다분히 계량적 개념이기 때문이다.

설령 소비자후생이 공정거래법의 목적 가운데 하나가 될 수 있다 하더라도 그 의미는 과정으로서의 경쟁을 보호함으로써 얻을 수 있는 결과에 지나지 않는다고 보아야 한다. 만약 소비자 후생이 ‘목적’이고 경쟁이 ‘수단’이라고 하고 소비자 후생이 증가하는 경우에만 경쟁을 보호한다고 한다면, 경쟁의 보호가 소비자 후생을 명백히 증가시키지 않거나 심지어 감소시키는 경우에는 이를 어떻게 평가할 것인지에 관한 문제가 대두될

40) 이에 관하여는 후술할 ‘오라클 사건’에서 크게 다투어진 바 있다. 공정거래위원회의 전원회의 과정에서 심사관 측은 오라클의 데이터베이스 유지보수 서비스에 차기버전을 탑재하는 것은 위법한 끼워팔기에 해당한다고 주장하였고, 오라클은 유지보수서비스를 통한 차기버전 제공이 소비자들의 비용을 훨씬 경감시켜주는 것으로서 소비자 후생에 기여하는 행위라고 항변하였다. 결과적으로 상품의 별개성이 부인되어 무협의 결정이 나기는 하였으나, 심리 과정에서 공정거래위원회 위원들 상당수가 오라클의 위와 같은 항변을 유효하게 받아들인바 있다.

수밖에 없기 때문이다.⁴¹⁾

헌법이 상정하고 있는 경제질서는 공정하고 자유로운 경쟁을 본질적 구성요소로 함은 의문이 없다. 그리고 시장지배적 사업자의 효율성 제고가 남용 행위로 인해 침해되는 사업자의 경제적 자유보다 우선한다는 법원칙은 어디에서도 도출될 수 없다.⁴²⁾ 따라서 남용 규제는 이미 시장지배적 사업자의 존재로 인해 경쟁이 왜곡되어 있는 시장에서의 잔존경쟁을 보호하고 거래상대방이나 경쟁사업자의 사업활동의 자유를 보장하기 위한 것, 다시 말해 ‘과정으로서의 경쟁 보호’에 있다고 보아야 한다. 그리고 여기에서 시장에서의 잔존경쟁에 더욱 큰 위해를 가할 우려가 있는 사업자, 다시 말해 시장지배적 사업자의 행위에 대해서는 더욱 엄격한 잣대를 가지고 남용행위 성립 여부를 판단할 수 있다는 근거를 도출할 수 있을 것으로 본다.

이하에서는 이와 관련하여 미국과 유럽의 시장지배적 지위 남용규제 각 제도별로 경쟁을 바라보는 시각을 살핀다. 그리고 이를 토대로 유럽 판례법을 통해 발전한 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 논의와 그 경쟁법적 함의에 대해 고찰하도록 한다. 그리고 이와 같은 논의의 전제로 미국과 유럽의 시장지배적지위 남용 제도를 개관하도록 한다.

41) Basedow, Konsumentenwohlfaahrt und Effizienz - Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, WuW 7 u. 8/2007, S. 712-3, 조혜신, 앞의 논문, 113쪽에서 재인용.

42) 이봉의, 공정거래법상 방해남용의 해석과 경제적 접근방법, 시장경제와 사회조화(남천 권오승 교수 정년기념 논문집), 법문사, 2015, 132쪽.

제3절 비교법적 검토

1. 미국 독점금지법의 태도

가. 셔먼법 제2조의 독점화

1) 내용

우리나라의 시장지배적 지위 남용행위에 대응되는 미국의 남용규제는 셔먼법(Sherman Act) 제2조에 따른 독점화 규제로 볼 수 있다. 셔먼법 제2조는 “주(州) 사이의 또는 외국과의 거래 또는 통상의 어떠한 부분이 라도 독점화하거나, 독점화를 기도하거나 혹은 독점화하기 위해 타인과 결합하거나 공모하는 자는 중죄를 범한 것으로 간주되며, 유죄로 결정되면 법인은 1억 달러 이하의 벌금, 자연인의 경우 100만 달러 이하의 벌금 또는 10년 이하의 징역에 처하거나 이를 병과할 수 있다”고 규정하고 있다.⁴³⁾

셔먼법 제2조는 입법 기술적으로는 독점에 대한 원인규제적인 방식을 취하고 있는데, 경쟁의 결과로 형성되는 독점이나 과점은 문제삼지 않고, 경쟁 이외의 방법으로 형성되는 독점이나 과점만을 금지하고 있다.⁴⁴⁾ 그리고 후술할 독점화 기도에서 확인할 수 있는 바와 같이, 공정거래법상

43) 15 U.S. Code(셔먼법) §2 - Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

44) 권오승·서정, 앞의 책, 39쪽.

시장지배적 지위 남용 행위와는 달리 금지행위의 대상이 시장지배적 지위 (독점적 지위)를 보유한 자에 제한되지 않는다. 또한 미국 셔먼법 상으로는 독점화의 형성·유지·강화를 위한 경쟁사업자 배제행위는 금지되는 반면 독점이윤 추구행위(즉, 착취행위)는 금지되지 않는다. 셔먼법은 크게 ‘독점화’와 ‘독점화 기도’를 금지하고 있는바, 아래에서는 이에 관하여 간단히 기술한다.⁴⁵⁾

2) 독점화(monopolization)

셔먼법 제2조에서 말하는 독점화란 이미 독점기업이 된 사업자가 그 지위를 유지·강화하기 위해 행하는 위법한 행위를 의미한다. 셔먼법 문언 상으로는 독점으로 인정되기만 하면 규제의 대상이 되는 것처럼 이해될 수도 있으나, 미국 연방대법원이 그린넬(Grinnell) 판결에서 ‘독점화란 관련 시장에서 독점력을 보유하고, 그 독점력이 반경쟁적, 배타적인 수단에 의하여 또는 반경쟁적, 배타적인 목적을 위하여 의도적으로 획득, 유지 또는 활용되었을 것을 의미한다’고 판시⁴⁶⁾한 이래, 셔먼법상 위법한 독점화 행위는 독점력 보유 이외에 의도적인 독점력의 획득 또는 유지라는 행위 요건을 충족해야 한다는 법리가 확립되어 있다.

‘독점’이란 말 그대로 관련 시장을 독차지 하고 있는 단일 사업자를

45) 이외에도 셔먼법 제2조에서 규정하고 있는 ‘독점화의 공모’는 둘 이상의 기업이 독점화를 달성하려는 구체적인 상호 합의를 하고, 그러한 합의를 실현하기 위한 행동을 할 때에 성립되는 것인바[American Tobacco Co. v. United States(S. Ct., 1946)], 단독행위가 아니므로 본 논문에서는 별도로 다루지 않는다.

46) United States v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563 (1966)

“The offense of monopoly under § of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (e) the willful acquisition or maintenance of power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.”

의미하는 개념이나, 미국 법원은 독점의 문리적 의미와 달리 관련 시장에 수 개의 사업자가 존재하는 경우에도 소위 독점력(monopoly power)을 인정하여 왔다. 이에 따라 어떤 사업자가 관련 시장 내에서 실질적인 시장 지배력(substantial market power)을 보유하고 있으면 셔먼법 제2조에서 말하는 독점력을 가진 사업자로 인정된다.

독점력이란 상품이나 용역의 공급량을 줄이거나 그 가격을 경쟁가격보다 높이 책정함으로써 초과이윤을 얻을 수 있는 능력을 의미한다.⁴⁷⁾ 대체로 미국 법원은 관련 시장에서의 점유율이 70% 이상인 경우에는 독점력을 추정하기에 충분한 것으로 간주하고, 시장점유율이 50% 미만인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 독점력을 인정하지 않는 경우가 많다.⁴⁸⁾

셔먼법 제2조가 금지하고 있는 독점화 행위는 사업자의 의도를 요건으로 하고 있지만 적극적으로 입증을 요하는 것으로 보고 있지는 않다. 즉, Alcoa 사건에서 언급된 바와 같이 ‘자신이 하고 있는 일을 의식하지 못한 채 독점화를 하는 독점기업은 없다’고 보아, 사업자의 의도는 반경쟁적이거나 배타적인 행위의 존재로부터 추정되는 것으로 본다.⁴⁹⁾

여기서 반경쟁적이거나 배타적인 행위 유형은 매우 다양한데, 독점화를 위한 합병, 생산량 또는 생산설비의 확대, 가격차별, 수직적 통합, 가격 및 공급압착, 특허권의 남용, 경쟁사업자의 비용을 증가시키는 행위,

47) Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy the Law of Competition and It's Practice 4th Edition, West, 2011, 88쪽.

48) 특히 알코아(Alcoa) 사건[United States v. Aluminium Co. of America, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945)]에서 연방항소법원의 Learned Hand 판사는 90%의 시장점유율은 지배력을 인정하기에 충분하지만, 33%의 점유율은 지배력을 인정하기에 부족하고, 64%의 점유율은 지배력이 인정되는지에 대해서 확신이 없다고 판시하기도 했다.

49) 홍명수, 독점규제법 위반행위에 있어서 주관적 요건의 검토, 경쟁법연구 제 29권, 2014, 11쪽.

경쟁사업자와의 거래거절 및 필수설비에의 접근 거절 등이 주로 다루어지고 있다.⁵⁰⁾

3) 독점화 기도(attempt to monopolize)

서면법 제2조의 독점화 기도는 특정 시장에서 가격을 통제하거나 경쟁을 제거하고자 하는 의도가 있을 것, 불법한 목적 달성을 지향하는 약탈적이거나 반경쟁적인 행위가 존재할 것, 이와 같은 행위가 독점력을 창출하는데 성공할 위험스러운 개연성이 존재할 것이라는 3가지 요건이 충족되어야 비로소 금지된다.⁵¹⁾

위 요건 가운데 독점화 기도가 성공할 위험스러운 개연성이 인정되기 위해서는 사업자가 어느 정도의 시장지배력을 가져야 하지만, 독점화의 경우에 비해 훨씬 완화된 수준으로도 인정된다. 다만 독점화 기도 행위자는 아직 독점력을 보유한 자는 아니기 때문에 불법한 목적을 달성을 지향하거나 약탈적이거나 반경쟁적인 행위 여부는 독점화에 비해 쉽게 인정되지는 않는다.

50) 이기중, 공정거래법상 단독의 거래거절의 위법성 판단기준, 판례실무연구 IX, 박영사, 2010, 127쪽

51) Swift & Company v. United States, 196 U. S. 375 (1905).

“... they were exclusively to enjoy the unlawful advantage, and that their intent in what they did was to monopolize toe commerce and to prevent competition, and in in vier of the general allegation to which we shall refer, we think that we have stated correctly the purport of the bill. ... Intent is almost essential to such a combination, and is essential to such an attempt. ... But when that intent and the concequent dangerous probability exist, this state, like many others, and like the common law in some cases, directs itself against that dangerous probability as well as against the completed result. ...”

나. 독점화 금지의 배경

미국에서는 19세기 후반 급격한 산업화 과정에서 석유, 철강 등 각 산업에서 보통법상 신탁(Trust) 제도를 이용하여 기업들이 결합하여 기업의 독점화가 심화되자, 이들 독점 기업에 시달리는 중소기업인들과 노동자들이 독점 금지를 강력히 요구하게 되었다. 원래 독점 기업이 행하는 부당한 거래제한의 합의와 독점을 위한 합의는 보통법상으로도 공익에 반하는 불법인 것으로 판단되었으나, 여기서의 불법은 합의의 효력이 부인되는 것에 지나지 않았다. 따라서 보통법만으로는 기업의 독점으로부터 일반 대중을 충분히 보호할 수가 없었다. 이에 연방정부는 일반 대중을 기업의 독점으로부터 보호하기 위하여 셔먼법을 제정하기에 이른다.⁵²⁾

다. 미국 독점화 금지의 목적

미국은 독점금지법 집행 초기에는 경제력이 과도하게 집중될 경우 비민주적인 정치적 압력이 증가할 우려가 있고, 소수의 사람들이 중요한 결정을 내리는 경우를 줄이고 다수의 개인적 자유를 증가시켜야 한다는 사고 아래, 독립한 중소기업의 유지, 시장진입의 용이성 보호, 민주적 정치제도, 경제력의 분산, 경제력 또는 정치적 힘의 집중에 대한 염려, 상거래의 도덕 또는 공정성의 촉진 등 다양한 요소를 독점금지 판단의 고려요소로 보았다. 그러나 이에 대하여는 미국 독점금지법의 입법 과정 및 법문에 비추어 이와 같은 비경제적 고려를 해야 할 필연적 이유가 전혀 없으며 오히려 소비자 후생(consumer welfare)이 가장 중요한 판단기준이 되어야 한다는 반론이 제기되었다. 그리고 이에 따라 현재 미국 법원의 태도는 독점금지법의 목적을 소비자로부터 생산자로 사회적 후생이 부당하게 이전되는 것을 막기 위한 것으로 이해된다.⁵³⁾

52) 권오승, 경제법(제9판), 법문사, 2011. 94-95쪽.

53) 김성훈, 독점규제법의 목적에 관한 고찰, 시장경제와 사회조화(남천 권오승 교수 정년기념 논문집), 2015, 66-67쪽.

2. 유럽 경쟁법의 태도

가. 기능조약 제102조에 따른 시장지배적 지위 남용금지

1) 내용

유럽 차원에서 시장지배적 지위 남용 규제는 유럽 기능조약 제102조에 따라 이루어진다. 유럽 기능조약 제102조는 본문에서 ‘유럽 공동시장이나 그 주요부분에 있어서 지배적 지위에 있는 1개 또는 다수의 사업자의 지배력 남용은 유럽 공동체 회원국 간의 통상에 영향을 미치는 한 유럽 공동시장에 부합하지 않기 때문에 금지된다’고 규정하면서,⁵⁴⁾ 각 호에서 남용행위 유형을 예시하고 있다.⁵⁵⁾

유럽 기능조약은 우리나라 공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위와 마찬가지로 관련 시장에 시장지배적 사업자가 존재하는 경우를 상정하고 해당 사업자가 자신의 지위를 남용하는 경우에 적용이 되는데, 이는 앞

54) EU 기능조약 Article 102 본문

“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.”

55) 다만 예시조항은 유럽 경쟁법 집행 사례를 유형화하여 마련된 것으로, 예시에 해당하지 않더라도 일반조항으로 규율이 가능하다. 예시조항은 다음과 같다.

(a) 직접 또는 간접으로 불공정한 구입 또는 판매가격, 혹은 불공정한 거래조건을 부과하는 경우

(b) 소비자에게 불리한 생산, 판로 또는 기술개발의 제한

(c) 동일한 거래에 대하여 거래상대방에 따라 다른 거래조건을 부여하고, 그 결과 그들에게 경쟁상의 불이익을 제공하는 것

(d) 그 계약의 성질이나 상관행에 비추어 당해 계약의 내용과 무관한 급부를 거래상대방이 추가로 구입할 것을 조건으로 하여 계약을 체결하는 것

서 기술한 바와 같이 미국 셔먼법이 일반적 독점화 행위를 규제하는 것과 비교된다.⁵⁶⁾

2) 시장지배적 지위(dominant position)

유럽 집행위원회는 2008. 12. 3. 공표한 ‘시장지배적 사업자의 배제적 남용행위에 관한 EC조약 제82조 적용의 집행위원회 우선순위 지침(Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 이하 ‘EC 집행지침’이라 한다)’에서 시장지배적 지위에 관한 정의 규정을 마련하고 있다.⁵⁷⁾ 이에 따르면 시장지배적 지위란 판례상 인정되어오던 ‘사업자가 경쟁사업자와 고객 그리고 궁극적으로는 소비자로부터 상당한 정도 독립하여 행동할 힘을 보유함으로써 관련 시장에서 유지되고 있는 유효경쟁을 방해할 수 있는 경제상의 지위’로 이해된다.⁵⁸⁾

사업자의 지배력 유무를 판단함에 있어서 유럽 집행위원회는 경험에 비추어 시장점유율이 40% 미만인 사업자에 대하여는 지배력이 없는 것으로 추정하지만, 경쟁사업자가 효율적으로 해당 사업자를 저지할 수 있

56) Volker Emmerich, Kartellrecht, 13. Auflage, 2014. 117면.

57) 한편, 동 지침의 성격에 대하여는 원칙적으로 또는 표면적으로는 유럽 집행위원회의 조약 제102조의 해석과 관련된 법원칙을 천명하는 문서가 아니고, 법률 적용 및 집행과 관련한 유권해석도 아니지만, 실질적으로는 법 원칙을 선언하고 있는 중간적, 복합적 형태의 법문서라고 평가된다[강우찬, EC조약 102조(시장지배적 지위남용)에 관한 집행지침(Guidance Paper)에 대한 분석적 연구, 사법논집 제52집, 법원도서관, 10쪽].

58) EC 집행지침 10문단. “Dominance has been defined under Community law as a position of economic strength enjoyed by an undertaking, which enables it to prevent effective competition being maintained on an relevant market, by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers.”

는 지위에 있지 않은 경우에는 위원회가 주의를 기울여 판단하도록 하고 있다.⁵⁹⁾

3) 남용의 개념

유럽 경쟁법상 남용의 개념은 유럽사법재판소(European Court of Justice)는 “남용은 그 사업자의 존재로 인하여 경쟁의 정도가 이미 약화된 시장의 구조에 영향을 미칠 수 있고, 시장에서의 잔존경쟁(competition still existing in the market) 수준의 유지 또는 경쟁의 심화를 방해하는 영향을 미치는 지배적 지위를 가진 사업자의 행위를 뜻하는 객관적인 개념”이라고 정의하고 있다.⁶⁰⁾ 유럽사법재판소의 남용에 대한 정의에서 확인할 수 있는 바와 같이 유럽 기능조약 상 남용의 개념은 객관적 개념이므로 시장지배적 사업자가 이를 위반한다는 주관적 의도가 없는 경우에도 당연히 인정된다. 남용 판단에 있어서 중요한 것은 의도와 무관하게 당해 행위가 시장의 구조에 악영향을 미치는지 여부이다. 시장지배적 사업자의 의도는 당해 행위의 효과를 평가하는데 고려될 뿐이라는 것이 확립된 이론이다.⁶¹⁾

59) EC 집행지침 14문단.

60) Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission ECR 461 (1979)

“The concept of abuse is an objective concept referring to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the presence of the undertaking in question, the degree of competition is already weakened and which, through the recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of competition”

61) 이호영, 공정거래법상 시장지배적 사업자 규제의 쟁점과 과제, 저스티스 제 104호, 한국법학원, 2008, 95쪽.

나. 유럽 경쟁법의 연혁, 배경

유럽 공동체 차원의 경쟁법은 1957년 로마에서 체결된 유럽경제공동체의 설립에 관한 조약(EEC 조약)이 시초라 할 수 있다. EEC 조약에는 독점금지정책의 표현으로 경쟁에 관한 규칙을 규정하고 있었다. 동 조약은 1992년 유럽공동체에 관한 조약(EC 조약)으로, 1997년에는 유럽연합에 관한 조약(EU조약)으로 개정되어 현재에 이르고 있다.⁶²⁾

다. 유럽 경쟁법에서 시장지배적 지위 남용 규제의 목적

유럽의 남용 규제 목적은 시장지배적 사업자에 대한 행태규제를 도입하여 문제되는 시장지배적 사업자로 인해 이미 관련시장에서 약화되어 있는 경쟁, 즉 잔존경쟁을 보호하는 데 있다고 한다.⁶³⁾ 이에 따라 유럽은 왜곡되지 않은 경쟁을 해치는 행위를 하지 말아야 할 시장지배적 사업자의 ‘특수한 책임’을 강조하게 된다. 그 결과 시장지배적 사업자의 경쟁사업자 또는 거래상대방의 경쟁의 자유가 강조되게 되고 그에 따라 끼워팔기나 충성리베이트와 같은 일정한 행위유형에 대해서는 사실상 당연위법과 유사한 엄격한 태도를 취하는 결과가 나타난다고 본다.⁶⁴⁾

이와 같은 시장지배적 사업자에 대한 유럽의 엄격한 태도는 독일 경쟁법 경험에 크게 영향을 받은 것인데, 독일은 프라이부르크학파로 대변되는 질서자유주의적 관점에서 경제력을 갖춘 기업들이 시장의 원활한 작동을 저하하고 있으므로 이들 기업의 지위 자체를 규제함으로써 완전경쟁에 가까운 상황을 만드는 것을 경쟁법의 핵심 목표로 해야 한다고 보았기 때문이다.⁶⁵⁾

62) 권오승, 앞의 책, 102-103쪽.

63) Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- and Kartellrecht, 8. Auflage, C. F. Müller, 2014, S.425

64) 권오승·서정, 앞의 책, 141쪽.

65) 권오승·서정, 앞의 책, 63쪽.

3. 독일 경쟁제한방지법의 태도

가. 경쟁제한방지법 제19조

독일 경쟁제한방지법은 제18조부터 제21조까지 시장지배적 사업자 및 거래상 우월적 지위를 갖는 사업자의 남용행위를 규제하고 있다. 이 가운데 우리나라의 공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위와 같은 남용규제는 제19조 제1항과 제2항이다.⁶⁶⁾

경쟁제한방지법 제19조 제1항은 유럽 기능조약 제102조와 마찬가지로 하나 또는 복수의 사업자에 의한 시장지배적 지위의 남용을 일반적으로 금지하고, 제2항에서 대표적인 남용행위의 유형을 예시⁶⁷⁾하는 형식을 취하고 있다. 이에 따라 우리나라 공정거래법상의 열거주의에 비하여 일반 조항을 통하여 다양한 형태로 나타나는 남용행위를 폭넓게 규제할 수 있고, 예시조항을 통해서 불특정개념인 ‘남용’ 여부 판단과 법적용을 용이

66) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen(GWB)

§19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

(1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

(2) Ein Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschendenes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen;

67) 다른 사업자의 사업활동을 직간접적으로 부당하게 방해하거나 정당한 이유 없이 차별하는 행위(제1호), 유효경쟁에 부합하지 않는 가격이나 거래조건을 부과하는 행위(제2호), 시장지배적 사업자가 비교시장에 비하여 불리한 가격이나 거래조건을 요구하는 행위(제3호), 정당한 이유없이 필수설비의 접근을 거절하는 행위(제4호), 정당한 이유없이 다른 사업자로 하여금 자기에게 경제상 이익을 제공하도록 요구하거나 제공하도록 교사하는 행위(제5호).

하게 할 수 있다는 장점이 있다고 한다.⁶⁸⁾

나. 독일 경쟁제한방지법의 연혁, 배경

독일 경쟁법은 이른바 프라이부르크 학파를 중심으로 한 질서자유주의 사상을 그 기초로 하고 있다. 프라이부르크 학파의 논자들은 경쟁만이 경제를 효율적으로 조정할 수 있으며 경쟁이 행해지고 있으면 국가는 경제에 대하여 계획적인 간섭을 하지 않아도 된다는 사회적 시장경제의 원칙에 입각하고 있었다.⁶⁹⁾

독일 경쟁제한방지법은 국가의 역할은 경쟁을 촉진하는 활동에 제한된다는 신자유주의적 사고에 기반하고 있는데, 효과적인 경쟁이 가능하지 않는 시장에 대해서는 국가가 경쟁적인 상황 하에서 얻을 수 있는 경제적 결과와 동일한 성과를 얻도록 하기 위해 시장에서의 기업의 행동을 통제하게 된다. 이에 따라 경제력을 가진 기업에 대하여 마치 효과적인 경쟁에 놓여 있는 것처럼(as if; als ob) 행동하도록 하는 경쟁 제한에 대한 접근법이 세계 제2차 대전 전후 독일 경쟁법의 초안에 반영되기도 하였다.⁷⁰⁾ 소위 as if 접근법은 독일의 질서자유주의 이념에 근거한 것인데, 시장지배적 사업자가 경쟁자로부터 부당한 이익을 얻고자 자신의 힘을 남용하지 못하도록 하고 경쟁은 단지 자신의 장점을 통해서만 이루어져야 함을 의미한다.⁷¹⁾

다. 독일 시장지배적 지위 남용규제의 목적

68) 이봉의, 독일경쟁법(경쟁제한방지법), 법문사, 2016, 119쪽.

69) 권오승, 앞의 책, 108-109쪽.

70) Kurt E. Markert, The Control of Abuses by Market-Dominating Enterprise under German Antitrust Law, Cornell International Law Journal(Vol. 11), Issue 2 Summer 1978, pp.276-277

71) David J. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Clarendon Press Oxford, 1998, p.307

독일의 남용규제의 목적은 시장지배적 사업자의 지배영역에서 제3자의 경제활동의 자유를 보호하고, 이를 통하여 경쟁 과정이 제대로 기능할 수 있는 여지를 마련하는 데 있다고 본다. 따라서 시장지배적 사업자가 오로지 자신의 지배력에 기초하고 유효경쟁 하에서는 가능하지 않은 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 방해 또는 침해하는 경우에는 원칙적으로 남용이 성립된다.⁷²⁾

그리고 독일경쟁제한방지법상 시장지배적 사업자의 남용은 유럽 경쟁법과 마찬가지로 객관적 개념(objectiver Begriff)로 이해된다. 이와 함께 독일은 시장지배적 사업자의 어떤 행위가 경쟁을 현실적으로 제한하지 않지만 경쟁을 제한할 현실적 우려가 있다는 사실만으로도 금지하고 있는데, 이는 독점화를 가져오는 방해남용의 경우 일단 방해 전략이 성공한 이후에는 시장을 이전의 상태로 원상 회복시키는 것이 매우 어렵다는 문제의식에서 비롯한다. 이에 따라 연방카르텔청은 실무적으로 경험칙에 기초하여 경쟁을 제한할 개연성이 큰 행위유형을 폭넓게 금지하되, 사업자가 제시하는 정당한 이유를 적극 고려함으로써 비교형량을 하는 방식을 취하고 있다고 한다.⁷³⁾

제4절 소결

미국은 1970년대 이후 시카고학파의 이론이 판례 등에 적극적으로 수용된 이후 독점금지법의 궁극적 목적은 소비자 후생의 증진에 있다는 입장으로 이해된다. 이에 따르면 독점금지법이 보호하고자 하는 경쟁이란 결국 효율성의 증대를 통한 소비자 후생 극대화의 ‘수단’으로서의 성격이 크다. 이러한 입장은 극단적으로는 사회 전체적으로 효율적인 결과가 초래될 수만 있다면, 일견 독점사업자의 경쟁제한적 행위라 하더라도 위법

72) 이봉의, 앞의 책, 143-144쪽.

73) 이봉의, 앞의 책, 144-145쪽.

한 것이 아닐 수 있게 된다. 이와 같은 사고는 미국이 전통적으로 보여 주는 시장에 대한 신뢰에 기반한 측면이 크다. 미국은 기업의 성장 과정이 유럽이나 우리나라와 달리 국가의 후견적 조장에 의해서가 아니라 시장에서의 치열한 경쟁을 통해 이루어진 경우가 많기 때문으로 해석되기도 한다.

한편, 유럽이나 독일의 관점에서는 경쟁이란 제도로서 보호되는 것이므로 경쟁 과정 그 자체가 보호의 대상이 된다. 이와 같은 시각은 독일을 포함한 유럽의 경우 미국의 경험과 달리 시장지배적 사업자의 출현이 국가 독점 사업의 민영화에 따른 사례가 많았다는 데에 기인한다. 유럽과 독일은 기본적으로 시장지배적 사업자가 존재하는 시장은 시장지배적 사업자의 존재 자체로 인하여 이미 경쟁의 강도가 약해져 있는 것이며, 따라서 시장지배적 사업자는 그 존재 자체가 이미 경쟁을 위협하는 요소가 된다고 본다. 그 결과 거래상대방이나 경쟁사업자의 사업활동의 자유를 보장하기 위하여 시장지배적 사업자에게는 자신의 효율성에 기반한 소위 ‘능력 경쟁(Leistungskonkurrenz)’의 의무가 부과되는 것이다.⁷⁴⁾

생각건대, 시장지배적 지위 남용 규제 자체가 이미 구조적으로 경쟁이 상당히 제한되어 있는 시장에서의 시장지배적 사업자가 행한 행위를 전제하는 것인바,⁷⁵⁾ 시장지배적 사업자는 그의 존재로 인하여 제한된 경쟁을 회복시킬 적극적인 책임은 부여되지 않는다 하더라도, 자신의 존재에도 불구하고 잔존하고 있는 경쟁은 최대한 유지해야 할 책임을 진다고 해석함이 타당하다.⁷⁶⁾ 특히 우리나라의 경우 각 시장에서 지배적 지위에 있는 기업들은 대부분 광복 이후 적산 재산 불하와 개발 독재 과정에서 그리고 독점 공기업의 민영화 과정에서 별다른 경쟁 없이 몸집을 키운 재벌과 밀접한 관련을 가지고 있기에 일반 국민의 시장에 대한 신뢰가 확립되어 있다고 보기는 어렵다는 사실은 이러한 해석의 정당성을 뒷받

74) 이봉의, 포스코판결과 방해남용의 향방, 경쟁저널, 2008. 9., 14쪽

75) 권오승·서정, 앞의 책, 108쪽.

76) Rittner/Dreher/Kulka, supra, S.425.

침한다.

이하에서는 위 논의를 토대로 유럽 판례법상 발전되어 온 시장지배적 사업자의 ‘특수한 책임’의 발전 과정을 살펴보고 남용규제의 목적과 관련하여 시장지배적 사업자의 특수한 책임이 경쟁법적으로 어떠한 의미를 가지는지에 관하여 살펴보도록 한다.

제 3 장 시장지배적 사업자의 특수한 책임

제1절 구체화 과정

유럽에서 통용되고 있는 시장지배적 사업자에 대한 특수한 책임의 개념은 유럽 판례를 통해 수용된 이후 발전을 거쳐, 2009년에는 EC 집행 지침에 수용되기에 이른다.

1. 유럽 법원의 판결을 통한 수용·발전

가. Hoffmann-La Roche 판결⁷⁷⁾

1) 사실관계

이 사건은 유럽 비타민 시장에서 시장지배적 사업자이던 Hoffmann-La Roche가 거래 상대방에 대하여 충성리베이트를 지급한 사안이다. 1970년부터 1974년까지 Hoffmann-La Roche는 22개 비타민 유통업체와 정해진 기간(통상적으로 1년이였다) 동안 자신의 비타민 제품에 대한 수요량의 전부 또는 대부분을 자신으로부터 구매하도록 하고 그에 대한 대가로 리베이트를 지급하였다. 다른 거래 상대방들은 다음 해에 자신들의 주문량의 전부 또는 대부분을 Hoffmann-La Roche 상품을 주문한 경우에 리베이트를 제공받을 수 있었다. 리베이트 산정 과정에서 Hoffmann-La Roche는 모든 종류의 비타민 제품을 포괄하여 그 매입액을 기준으로 리베이트 금액을 산정하였고, 해마다 거래 상대방이 리베이트를 받을 수 있는 구매액과 물량 조건을 정하였으며, 그 조건을 기준으로 다음 해 그 거래 상대방이 그 조건을 충족하였는지에 따라 리베이트를 받을 자격이 있는지 여부를 결정하였다. Hoffmann-La Roche가 지급하는 리베이트

77) Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission ECR 461 (1979).

금액은 실제 구매량에 단순히 비례하는 것이 아니라, Hoffmann-La Roche가 정한 기준을 충족하는 경우 비약적으로 상승하는 구조를 가지고 있었다.

2) 판시내용

유럽 집행위원회는 EC 경쟁법은 시장지배적 사업자가 운영할 수 있는 인센티브 제공 등 할인수단을 제한하고 있으며, 시장지배적 사업자가 아닌 사업자가 시행하는 경우 적법하거나 정상적인 영업행위가 될 수 있는 인센티브 제공 등 할인행위라 하더라도 시장지배적 사업자가 행하는 경우에는 위법해 질 수 있다고 보았다.

유럽 법원은 Hoffmann-La Roche의 리베이트 제공 방식이 충성 리베이트 시스템에 해당하여 유럽 기능조약 제82조(현재의 제102조)를 위반하였다는 위원회의 결정이 적법함을 인정하였다.

3) 평가

본 사건은 유럽 법원이 바라보는 방해 남용은 객관적 개념임을 명시한 사건으로서 유명하다. 그러나 그에 더하여 당해 판시는 남용행위의 개념과 함께, 후술하는 바와 같이 그 당연한 논리적 귀결로, 시장지배적 사업자가 행한 행위는 시장지배적 지위를 가지지 않은 사업자가 행한 행위와 비교할 때에 행위의 위법성이 달리 판단될 수 있다는 취지의 판시를 하고 있는바, 시장지배적 사업자의 ‘특수한 책임’을 사실상 최초로 선언하고 있는 판결로 평가하더라도 무리가 없을 것으로 본다.⁷⁸⁾

78) 이봉의, 공정거래법상 부당한 사업활동방행의 경쟁제한성 판단 - 현대·기아차 판결을 중심으로 -, 법학논문집 제42집 제2호(중앙대학교 법학연구원), 2017, 163쪽.

나. Michelin I 사건⁷⁹⁾

1) 사실관계

Michelin은 유럽의 트럭과 버스를 포함한 대형차 대체 타이어 시장에서 지배적 지위를 가지고 있었다. Michelin은 거래와 관련한 리베이트 이외에 거래 상대방 별로 목표를 정하여 거래 상대방이 매년 설정된 대형차와 소형차의 구매 목표량을 충족하는 것을 조건으로 다양한 추가 리베이트를 제공하였다. Michelin은 거래 상대방의 구매 목표량을 설정하기 위해 개별 거래상대방인 유통업자의 구매 가능 수량을 평가하였고, 통상적으로 전년 구매량에 비해 높은 수준의 목표를 당해 년도의 구매량으로 설정하였다. 리베이트는 가격 할인의 형식으로 이루어졌고, 할인 금액은 거래 상대방의 1년 동안의 전체 타이어 구매금액의 일정 비율로 결정되었다. 그러나 할인규모, 목표기준 등 지급기준이 관련 기간 동안 Michelin에 의해 일방적으로 여러 차례 변경되어 거래 상대방인 유통업자로서는 해당 연도의 리베이트가 얼마인지 정확히 알 수 없는 불확실한 상태에 있었다.

2) 판시내용

유럽 집행위원회는 개별 유통업자들의 판매 목표 달성에 대한 대가로 책정된 리베이트가 충분히 객관적이지 않고 리베이트 지급 계획의 투명성이 결여되었다는 데에 초점을 맞추어, 리베이트가 대형차 타이어 시장과 소형차 타이어 시장을 연계하는 수단으로 계획된 것이고, 리베이트 제공을 통하여 대형차 시장에서 가지고 있는 시장지배력을 소형차 시장에서의 판매 촉진에 이용하였다고 보았다.

79) Case 322/81 Michelin (1983); 같은 Michelin이 당사자인 2003년의 Case T-203/01 사건과 구분하기 위하여 통상적으로 1983년 사건에 대하여 Michelin I로 통칭된다. 2003년 사건은 Michelin II으로 이야기된다.

또한 법원은 시장지배적 지위를 가지는 기업은 공동시장에서 왜곡되지 않은 순수한 경쟁을 해치는 행위를 하여서는 아니 될 ‘특수한 책임’이 있다고 하였다.⁸⁰⁾ 그러면서 Michelin이 제공한 가격 할인은 그 할인을 정당화하는 효율성에 따른 경제적 이유가 있는 것이 아닌 경쟁을 제한하는 것이거나 경쟁자를 제거하기 위한 것이므로 남용행위에 해당한다고 보았다.

3) 평가

Michelin I 판결은 시장지배적 사업자의 경쟁을 해치는 행위를 하여서는 아니될 책임을 ‘특수한 책임’으로 명명하고 선언하였다는 점에서 의미를 가진다. 그리고 시장지배적 사업자의 영업행위는 그것이 효율성 증대 등을 통한 원가 절감 등과 같은 자신의 성과에 기인한 것이 아닌 한 남용행위를 구성할 수 있음을 명시적으로 인정하였다는 점에서 특수한 책임의 선례로 이해되기도 한다. 동 판결에서 선언한 특수한 책임에 관한 판시는 현재까지도 유럽 집행위원회는 물론 유럽 법원에서도 반복적으로 인용되고 있다.

다. Tetra Pak II 사건⁸¹⁾

1) 사실관계

80) 원문을 옮기면 다음과 같다. “A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”(para 57)

81) Case C-333/94 P Tetra Pak International SA v. Commission(1996) ECR I-5951.

Tetra Pak은 음료를 포장하는데 쓰이는 카톤(carton) 포장용기 제조 시장에서의 지배적 사업자이다. Tetra Pak은 자신이 판매하는 카톤 포장용기에 포장 기계를 끼워서(tying) 판매하였다.

2) 판시내용

유럽 최고법원은 Tetra Pak의 끼워팔기 행위에 대하여 남용행위가 성립한다고 보았다. 그리고 Michelin 판결과 마찬가지로 시장지배적 사업자에게는 왜곡되지 않은 순수한 경쟁을 해치는 행위를 하여서는 아니되는 특수한 책임이 주어진다고 판시하였다. 특기할 점은 특수한 책임의 범위에 관하여 ‘시장지배적 사업자에 대하여 부과되는 특수한 책임의 실제 범위는 약화된 경쟁 상황을 보여주는 각 사례의 특별한 상황이 고려되어야 한다’고 판시⁸²⁾하였다는 점이다. Tetra Pak 사건에서 유럽 최고법원이 고려한 구체적인 사정은 Tetra Pak이 단순히 시장지배적 지위에 있는 기업이 아니라 ‘독점에 준하는 지위(Quasi-monopoly)’를 가지고 있었다는 것이었다.

3) 평가

동 판시는 특수한 책임은 시장의 왜곡의 정도 다시 말하면 시장지배적 사업자의 지배력의 크기에 따라 달라질 수 있음을 인정한 사례라는데 의미가 있다. 시장지배적 사업자에 대한 특수한 책임을 인정하는 이유가 시장지배적 사업자의 존재로 인하여 이미 구조적으로 경쟁이 상당히 제한되어 있는 시장에서의 잔존경쟁을 보호하기 위함이라는 사실을 상기한다면 구조적인 경쟁 제한의 수준이 크면 클수록, 즉 달리 말하면 시장지배적 사업자의 지배력이 크면 클수록, 잔존경쟁의 정도가 작아지기 때문

82) 원문을 옮기면 다음과 같다. “the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show a weakened competitive situation”(para 24)

에 논리적으로 시장지배적 사업자에게 요구되는 책임의 수준은 커지게 된다. 이러한 관점에서 유럽 최고법원의 Tetra Pak 판결은 특수한 책임에 관한 법리를 재확인한 사례로 평가할 수 있다. 그리고 Tetra Pak에서 실시한 유럽 법원의 판시는 2000년 *Companie Maritime Belge* 사건⁸³⁾에서도 그대로 이어진다.⁸⁴⁾

라. British Airways 사건⁸⁵⁾

1) 사실관계

British Airways는 정기항공 국제노선 세계1위, 영국 국내 및 국제노선 합계 세계 9위의 회사로서, 영국 여행사에 대하여 관련 기간 동안 개별적으로 설정된 목표를 달성하는 대가로 리베이트를 제공하였다. 해당 리베이트는 연, 분기, 월 단위로 당해 년도 실적과 전 년도 실적과 비교하여 거래 상대방이 구매 목표를 달성한 경우 구매분 전체에 적용되었다. 다시 말하면 British Airways는 거래 상대방이 설정된 구매 목표를 달성하면 거래 상대방에 대하여 기준 달성 이후 구매부분 뿐만 아니라 기준 달성 이전에 구매한 부분에 대해서도 동일한 리베이트를 제공하였다.

2) 판시내용

유럽 법원은 British Airways의 리베이트 지급 방식이 누진적이어서,

83) Cases C-395 and 396/96 P *Companie Maritime Belge Transports SA v. Commission* (2000) ECR I-1365.

84) 원문을 옮기면 다음과 같다. “Furthermore, the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show that competition has been weakened.”(para 114)

85) Case C-95/04 P *British Airways v. Commission* (2007).

British Airways와 거래 상대방과의 관련 기간 동안 누적된 거래량이 늘어나면 늘어날수록 이후의 거래량의 작은 수준의 감소만으로도 거래상대방이 받을 수 있는 불이익의 위험이 증가한다고 보았다. 그리고 이러한 방식의 리베이트는 위법한 리베이트 제공행위로서 유럽 경쟁법상 남용행위가 성립한다고 하였다.

특히 British Airways 사건에서 법무담당관 Kokott는 자신의 의견서에서 “제82조[현재 제102조]의 적용 범위 내에서, 시장지배적 사업자는 동일한 형태의 다른 사업자에게는 적용되지 않는 특정한 제한을 받는다. 왜냐하면 시장지배적 사업자의 존재로 인하여 당해 시장에서의 경쟁은 약화되어 있기 때문이다. 따라서 시장지배적 사업자는 자신의 지위를 어떻게 획득하였던지 묻지 않고 그의 행동이 공동 시장에서 효율적이고도 왜곡되지 않은 경쟁을 훼손하지 않도록 할 특정한 책임을 가진다. 통상적인 상황에서 문제되지 않는 행동도 시장지배적 사업자에 의해 행하여질 경우에는 남용이 될 수 있다”고 지적하기도 하였다.⁸⁶⁾ 즉, British Airways와 같은 시장지배적 사업자는 거래 과정에서 일괄 처리할 수 있는 다량의 주문에 대한 할인 등 거래 자체에 내재된 효율성으로 인한 비용절감과 관련한 할인을 제공할 수 있을 뿐이고, 구매자로 하여금 자신의 경쟁자의 상품 구매를 꺼리게 하는 자신에 대한 충성을 유발할 수 있는 할인은 제공하여서는 안 된다는 것이다.⁸⁷⁾

3) 평가

British Airways 사건은 거의 동일한 리베이트 제공 행위에 대하여 유럽 경쟁당국과 미국⁸⁸⁾이 서로 상반된 결론을 내린 사건으로 유명하다.

86) Opinion of Advocate General Kokott delivered on 23 February 2006.

87) Virgin/British Airways (OJ L 30/1 of 04.02.00) para 101.

88) 미국에서는 독점금지법 위반 여부가 당사자들 간의 소송을 통해서 많이 다루어지는데 동 사건 역시 Virgin항공이 미국 뉴욕남부 연방지방법원에 British Airways를 제소함에 따라 진행되었다[Virgin Atlantic Airways Limited v.

미국에서는 리베이트 제공행위가 약탈적 가격설정 행위에 해당하는지 여부가 주로 다투어졌고 미국 법원은 이를 부인하였다. 반면 유럽에서는 충성리베이트에 관한 확립된 선례에 따라 남용행위가 성립한다고 보았다. 동일한 사안에 대하여 다른 결론이 나오게 된 데에는 여러 가지 이유⁸⁹⁾를 찾을 수 있으나, 기본적으로 유럽 경쟁법은 미국의 독점금지법에 비하여 시장지배적 사업자는 경쟁자에 대하여 특수한 책임을 진다는 점을 강조하는 경향이 있기 때문으로 평가된다.⁹⁰⁾

마. Intel 사건⁹¹⁾

1) 사실관계

CPU 시장의 시장지배적 사업자인 인텔은 2002년부터 2005년까지 약 3년간 OEM을 상대로 수요량의 전부 또는 대부분을 인텔로부터 구매하는 조건을 붙여서 리베이트를 제공하였다. 그리고 인텔이 주요 OEM에 대하여 인텔의 경쟁기업인 AMD 기반 제품 출시를 연기, 취소하거나 해당 제품 배포에 제한을 두는 조건으로 OEM들에게 금전을 지급하는 방식으로 조건부 리베이트를 제공하기도 하였다.⁹²⁾

British Airways PLC, 69F.Supp.2d 571(1999)].

89) 유럽의 시장지배력 기준과 미국의 독점력 인정기준은 차이가 상당히 크다. 당해 사건에서 British Airways는 1998년 기준으로 여행사를 통한 항공권 판매 점유율이 39.7%에 불과하였으나 유럽 집행위원회와 유럽 법원은 시장지배적 지위를 인정하였다. 그러나 미국은 기본적으로 점유율이 70%를 넘어야 독점력이 인정된다.

90) 정영진, 시장지배적지위 남용행위에 대한 유럽 경쟁법과 미국 독점금지법의 접근방법의 차이 - 유럽위원회의 Virgin/British Airways 결정(1999)을 중심으로-, 경쟁저널, 2005. 11., 93쪽.

91) Case C-413/14 P Intel Corporation v. Commission (2017).

92) Intel의 이와 같은 리베이트 제공행위는 우리나라에서도 동일하게 문제된 바 있다. 즉, Intel은 국내 PC 제조회사인 삼성전자, 삼성컴퓨터 등에 대하여 경쟁사업자인 AMD의 CPU를 구매하지 않는 조건으로 각종 리베이트를 제공함으로써 국내 CPU 시장에서 경쟁사업자를 배제하는 행위를 하였다(공정거래위원

2) 판시내용

가) 유럽집행 위원회, 유럽 일반법원의 태도

유럽집행위원회는 시장지배적 사업자가 경쟁사업자의 제품 구매물량을 낮추거나 전혀 구매하지 않는 조건으로 리베이트를 부여하는 것은 시장지배적 사업자가 개별적으로 정당한 사유를 입증하지 않는 한 시장지배적 지위 남용행위에 해당한다고 결정하였다.

이와 함께 유럽집행위원회는 유럽 기능조약 제82조 위반을 입증하기 위해 문제되는 시장지배적 사업자의 남용행위가 시장에 미치는 구체적 영향을 증명할 필요는 없으며, 남용행위가 그러한 영향을 가질 수 있거나 가질 가능성이 있음을 증명하는 것만으로도 충분하다고 결정하였다.

유럽 일반법원은 인텔이 지급한 리베이트는 구매자의 선택권을 침해하고 다른 생산자의 시장 접근을 제한하는 배타적 리베이트에 해당하고 이는 왜곡되지 않은 경쟁이라는 경쟁법의 목적에 부합하지 않으므로 객관적 정당화 사유가 없는 한 위법하다고 판시하였다. 즉 배타적 리베이트는 시장지배적 사업자와 구매자를 결속시키기 때문에 경쟁사업자로부터 구매 행위를 막기 위해 리베이트를 했는지 파악하기 위해 모든 정황을 고려할 필요 없이 위법하며, 이러한 엄격한 접근은 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 의해 정당화된다고 보았다.

나) 유럽 최고법원의 판결

유럽 최고법원은 원심과 마찬가지로 시장지배적 사업자는 정상적인 시장경쟁을 손상시켜서는 안 될 특수한 책임을 부담한다고 명시하면서, 시장지배적 사업자가 동등하게 효율적인 경쟁사업자를 배제하는 효과를

회 의결 제2008-295호).

가져오는 가격 정책을 채택하거나, 장점에 의한 경쟁 이외의 방법을 사용하여 지배적 지위를 강화하는 행위는 금지된다고 하였다.

그러나 다만 시장지배적 사업자가 행정 절차 내에서 자신의 행위가 경쟁제한 효과 또는 봉쇄효과를 야기할 우려가 없다는 사실을 증거와 함께 제출하는 경우에는 판례가 보다 명확해 질 필요가 있다고 하면서, 이와 같은 경우에는 유럽 집행위원회가 관련 시장에서 사업자의 시장지배력 행사 범위, 해당 행위에 의한 시장점유율의 변화, 리베이트의 조건과 방식, 기간과 수량 및 시장에서 지배적 사업자와 동등하게 효율적인 경쟁사업자를 배제하기 위한 전략의 존재 등을 분석하여야 한다고 판시하였다.⁹³⁾ 즉, 시장지배적 사업자가 자신의 행위에 대한 정당화 사유를 제출한 경우에는 리베이트로 인한 경쟁제한효과와 객관적 정당화 사유를 종합하여 위법 여부를 판단하여야 한다고 보았다.⁹⁴⁾

3) 평가

유럽 법원 등이 반복적으로 판시하고 있는 ‘특수한 책임’의 의미에 대하여는 효과중심적 접근법을 주장하는 논자들로부터 형식주의적 접근법의 잔재라는 비판이 많다.⁹⁵⁾ 그러나 당해 판결 역시 시장지배적 사업자에게는 자신의 성과에 기인하여 경쟁하는 행위 이외의 행위는 남용행위가 성립할 수 있다는 전제에서 있기는 하지만, 시장지배적 사업자로 하여금 행정 절차에서 자신이 행한 행위에 대하여 정당화요소를 주장할 수 있도록 함으로써 형식주의적 접근으로 흐를 우려를 해소하고 있다. 이렇

93) “that case-law must be further clarified in the case where the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects.”

94) 이에 따라 심리미진을 이유로 유럽 일반법원으로 파기환송되었다.

95) Rafael Allendesalazar Corcho, Can We Finally Say Farewell to the “Special Responsibility” of Dominant Companies?, 2007 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings.

게 볼 때 당해 판결은 특수한 책임과 현대 유럽에서 진행 중인 효과중심적 접근법을 조화시킬 수 있는 방법을 제시하고 있다는 점에서 그 의미가 크다.

2. 유럽 집행위원회의 입장

유럽 집행위원회는 EC 집행지침에서 “판례법에 따라 기업이 시장지배적 지위를 획득하는 것 그리고 시장지배적 사업자가 성과에 따라 경쟁을 하는 그 자체는 불법이 아니다. 그러나 시장지배적 사업자에게는 공동시장에서 왜곡되지 않은 순수한 경쟁을 손상시키는 행위는 허용되지 않는 특수한 책임을 가진다”고 하여, 명시적으로 시장지배적 사업자에게는 특수한 책임이 인정된다고 선언하고 있다.⁹⁶⁾ 그리고 이를 전제로 동 집행지침은 “판례법에 따르면 지배적 지위는 해당 기업에게 특별한 책임을 지우며, 그 범위는 개별 사안의 특수한 사정을 고려하여 고려되어야 한다”고 명시적으로 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 감안하여 위법성 여부를 평가하도록 하고 있다.⁹⁷⁾

3. 정리

EU 판례법, EU 집행지침이 말하는 특수한 책임이라는 개념의 그 구체적인 의미는 다소 불명확하다. 좁은 의미에서는 지배력을 가지지 않는

96) EC 집행지침 1문단. “In accordance with the case-law, it is not in itself illegal for an undertaking to be in a dominant position and such a dominant undertaking is entitled to compete on the merits. However, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”

97) EC 집행지침 9문단. “According to the case-law, holding a dominant position confers a special responsibility on the undertaking concerned, the scope of which must be considered in the light of the specific circumstances of each case.”

사업자에 대해서는 부과되지 않지만 지배력을 가진 사업자에게는 EU 기능조약 제102조가 부과하는 의무로 해석될 수 있으나, 넓은 의미에서는 지배력을 가진 사업자가 자신의 효율성에 기반 것이라 하더라도 이를 통해 자신의 지배력을 강화시키고자 하거나 경쟁 사업자에의 사업활동이 방해되는 결과를 초래하는 행위는 억제된다는 의미로 이해하기도 한다.⁹⁸⁾ 그러나 유럽 일반법원이 2007년 *Alrosa Company Ltd v. Commission* 판결⁹⁹⁾에서 기능조약 제82조[제102조]는 지배적 지위를 보유하는 것을 금지하는 것은 아니고 단지 지배적 지위를 남용하는 것을 금하는 것이기 때문에 위원회가 시장지배적 지위를 가진 기업이 경쟁법에 상응하지 않는 방법에 의지하지 않는 한 시장에서 그의 지위를 유지하거나 강화하는 행위를 금지하도록 할 수는 없다고 실시한 바와 같이,¹⁰⁰⁾ 시장지배적 사업자는 문제되는 행위가 자신의 성과에 기인한 것임을 주장하여 그것이 받아들여진다면 남용행위가 성립한다고 평가될 수 없다. 왜냐하면 이와 같은 장점에 기한 경쟁(competition on the merits)이야말로 경쟁법에서 말하는 경쟁 과정의 핵심이며, 이는 시장지배적 사업자에게도 마찬가지로 적용되어야 하는 것이기 때문이다.

한편, 유럽 법원에서 수용, 확립된 특수한 책임에 관한 논의는 독일

98) Christian Ahlborn and Carsten Grave, *Competition Policy International* (Vol. 2), 2006, p.208.

99) Case T-170/06, *Alrosa Company Ltd v. Commission*(2007) ECR II-2601.

100) 원문을 옮기면 다음과 같다. “Since the object of Article 82 EC is not to prohibit the holding of dominant positions but solely to put an end to their abuse, the Commission cannot require an undertaking in a dominant position to refrain from making purchases which allow it to maintain or to strengthen its position on the market, if that undertaking does not, in so doing, resort to methods which are incompatible with the competition rules. While special responsibilities are incumbent on an undertaking which occupies such a position (*Michelin v Commission*, paragraph 57), they cannot amount to a requirement that the very existence of the dominant position be called into question.”(para 146)

질서자유주의학파가 주장한 소위 ‘as-if’ 원칙에서 그 기원을 찾을 수 있다고 평가함이 일반적이나, 이하에서는 특수한 책임의 이론적 배경이 되는 독일의 질서자유주의에 관하여 살펴보도록 한다.

제2절 특수한 책임의 이론적 배경

1. 이념적 배경 - 질서자유주의

독일 바이마르(Weimar) 시기의 혼란¹⁰¹⁾을 경험한 프라이부르크 대학의 발터 오이켄(Walter Eucken), 프란츠 뵘(Franz Böhm) 등 일단의 학자들은 1930년대와 1940년대에 법을 통해 국가의 공권력과 거대기업들의 사적 경제력에 의한 왜곡으로부터 시장의 과정을 보호하고자 하였다. 이들을 가리켜 프라이부르크 학파(Freiburg School) 또는 질서자유주의 학파(ortholiberal school)로 일컫는다.¹⁰²⁾ 이들의 사상은 독일과 유럽의 경쟁법에 큰 영향을 미친 것으로 알려져 있다. 질서자유주의의 특징을 요약하면 크게 아래 3가지로 정리할 수 있다.¹⁰³⁾

101) 18세기 말 영국에서 시작된 산업혁명은 그 후 유럽과 미국으로 전파되어 19세기 유럽과 미국에서는 자본주의가 본격적으로 발전하기 시작한다. 자본주의의 발달로 이들 국가에서 경제가 크게 발전하였으나 동시에 시장 실패라고 불리는 여러 가지 심각한 문제들도 함께 나타나게 된다. 주기적인 불황과 그로 인한 실업의 증가, 노동자와 자본가 간의 계급 갈등, 자본의 집중과 이에 따른 독점화의 문제들이 심각하게 나타났다. 특히 자본의 집중과 이에 따른 독점화는 1883년에서 1896년간의 대공황 기간에 가장 심하게 진행되었는데, 대불황을 해결하기 위해 특히 독일과 미국에서 은행자본과 산업자본이 결합하면서 독과점화를 추진하였기 때문이다. Walter Eucken은 이와 같은 독점과 제1차 세계대전 이후의 독일 바이마르 공화국의 극심한 초인플레이를 경험하면서 국가의 적극적 개입을 기초로 한 질서자유주의 이론의 초석을 닦았다(이근식, 서독의 질서자유주의 오이켄과 뢰프케, 기파랑/에크리, 2007, 19-24쪽).

102) Piner Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law, Hart Publishing, 2015, p.55.

가) 질서로서의 자유로운 경쟁질서

독일의 사회적 시장경제의 이론적 배경이 된 질서자유주의는 규범과 윤리에 바탕을 둔 개념으로, ‘잘 기능하는 인간 중심적인 좋은 질서’를 확립하고 유지하는 것을 그 중심사상으로 한다. 질서자유주의에서 말하는 질서란 바로 ‘시장’에서의 경쟁질서이며, 경쟁질서를 유지하는 정책은 경제 분야 뿐만 아니라 다른 사회 분야에도 똑같이 고려되어야 한다는 사조이다. 질서자유주의에 따르면 사회적 시장경제에서 추구하는 자유와 사회적 정의는 책임 있는 인간만이 실현할 수 있는 것인데, 책임 있는 인간의 실현은 오직 자신의 의지대로 행동할 수 있는 선택 가능한 자유가 보장될 경우에만 가능하다. 한편 질서자유주의에서의 자유는 고전적 자유방임적 자유가 아니라 ‘질서적 자유’이며, 이 질서적 자유는 시장에 방치해서는 달성될 수 없고 정부에 의해 지속적으로 보장되어야만 가능하다고 본다. 즉, 질서자유주의는 고전적 자유주의의 특징인 ‘보이지 않는 손’의 자동적 조정기능에 의한 시장경제를 요구하는 것이 아니라, ‘보이는 손’으로서 정부에 의해 조직되고, 정부에 의해 보장되며, 정부에 의해 계속하여 관리되는 경쟁질서에 의존하는 시장경제를 요구한다. 이들은 논자들은 세계 제1차 대전 직후 발생한 극심한 인플레이 등 자본주의의 폐해를 직접 경험하였기 때문에 시장은 국가의 관리가 없이는 제대로 작동될 수 없다는 생각을 가졌다.

나) 정부 역할의 중요성

그 결과 질서자유주의는 완전한 경쟁시장¹⁰⁴⁾을 실질적으로 보장하기

103) 황준성, 질서자유주의 독일의 사회적 시장경제, 숭실대학교 출판부, 2011, 29-35쪽.

104) 여기서의 완전경쟁 시장은 신고전학파가 전제로 하는 완전경쟁이 아니라 as-if식 완전경쟁이다. as-if식 완전경쟁은 완전경쟁을 위한 제반 전제조건이 실제적으로 충족되기 어려울 경우, 경제를 ‘완전경쟁이 지배하는 것처럼’ 결과가 나오도록 정부에 의해 조정되고 관리되는 경쟁을 의미한다(황준성, 앞의 책, 30)

위해서는 정부가 일정한 영역에 있어서 시장에 개입하여야 하며, 완전경쟁이 지속적으로 가능하기 위한 경쟁시장의 틀을 형성하여야 한다고 본다. 그리고 완전경쟁이 지속적으로 가능한 유효한 가격체계의 형성을 위해서는 경쟁질서에 필요한 법적, 제도적 기초를 정비함은 물론, 기업의 시장 독점을 막기 위한 반독점 정책이 중요하게 된다.

다) 제(諸) 질서 상호의존의 원칙

이 원칙은 경제 전체를 구성하는 여러 부문 사이에서의 질서, 각 부문 간의 제 질서와 경제 전체의 질서 사이, 그리고 경제질서와 경제 외의 사회·정치·문화 등과의 질서 사이에는 상호 불가분의 의존관계가 존재한다는 것이다. 이에 따르면 결국 인간의 자유를 보장하기 위해서는 시장에서의 자유보장이 선행되지 않으면 안 된다고 본다.

2. 법적 배경

앞서 기술한 바와 같이 유럽에서 인정되는 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 논의는 판례에 의해 수용되고 발전되어 온 것으로, 유럽 기능조약 자체에서는 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 명시적 규정이 존재하지 않는다. 한편, 유럽 판례는 특수한 책임을 이유로 시장지배적 사업자에 대하여 비교적 쉽게 법 위반을 인정하고 있기는 하나 구체적으로 시장지배적 사업자의 특수한 책임이 무엇인지에 관한 설명은 특별히 제공하고 있지 않다.

다만, 특수한 책임 부여 근거와 관련하여, 앞서 언급한 바와 같이 유럽 사법재판소의 법무담당관 Kokott가 British Airways 사건에서 “제82조의 적용 범위 내에서, 시장지배적 사업자는 동일한 형태의 다른 사업자에게는 적용되지 않는 특정한 제한을 받는다. 왜냐하면 시장지배적 사

쪽).

업자의 존재로 인하여 당해 시장에서의 경쟁은 약화되어 있기 때문이다. 따라서 시장지배적 사업자는 자신의 지위를 어떻게 획득하였던지 묻지 않고 그의 행동이 공동 시장에서 효율적이고도 왜곡되지 않은 경쟁을 훼손하지 않도록 할 특정한 책임을 가진다. 통상적인 상황에서 문제되지 않는 행동도 시장지배적 사업자에 의해 행하여질 경우에는 남용이 될 수 있다”는 의견서를 제출한 바 있다.¹⁰⁵⁾ Kokott의 특수한 책임 부여 근거에 관한 설명이 판결문에 직접 기술되지는 않았으나, 유럽 일반법원은 그 취지에 따라 British Airway에 대한 남용행위를 인정하였기에, 결과적으로 유럽 법원의 입장도 크게 다르지 않다고 이해해도 무리가 없을 것으로 본다.

독일 경쟁제한방지법 역시 유럽 기능조약과 마찬가지로 특별히 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 규정은 마련하고 있지 않다. 다만, 독일 경쟁제한방지법 해석상으로는 시장지배적 사업자의 성과에 기반하지 않은 시장 행동은 외견상 경쟁적인 형태를 보인다 하더라도 경쟁상황을 추가적으로 악화시킬 수 있다고 보아 경쟁제한방지법상 시장지배적 사업자는 시장의 경쟁상황을 악화시키지 아니할 추가적인 배려의무 (zusätzliche Rücksichtnahmepflicht)를 부담한다고 보아 시장지배적 사업자의 방해남용이 성립할 수 있다고 본다.¹⁰⁶⁾

제3절 특수한 책임의 경쟁법적 함의

앞서 기술한 바와 같이 유럽에서는 일반적으로 시장지배적 지위 사업자에 대하여 시장의 경쟁상황을 악화시키지 아니할 특수한 책임을 인정

105) Opinion of Advocate General Kokott delivered on 23 February 2006.

106) Ingo Schmidt/Justus Haucap, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht - Ein interdisziplinäre Einführung, 10. Auflage, Oldenbourg Verlag München, 2013, S.318.

하는 견해가 일반적이다. 우리나라의 경우 이에 관한 논의가 활성화되어 있지는 않으나, 적어도 시장지배적 사업자의 특수한 책임 자체를 부인하는 견해는 보이지 않는 것으로 보인다. 다만 특수한 책임의 내용 즉, 특수한 책임이 공정거래법상 어떠한 함의를 가지는가에 관하여는 견해가 여러 가지로 나뉜다. 아래에서는 먼저 우리 경쟁법상 시장지배적 사업자의 특수한 책임의 법적 성격을 어떻게 파악하고 있는지에 관하여 살펴보고, 시장지배적 사업자이기만 하면 모두 일률적인 의미의 책임을 진다고 보는 것으로 족한 것인지 아니면 사업자별 또는 시장별로 요구되는 책임의 크기가 달라질 수 있는 것인지 살펴본다. 그리고 마지막으로 논자에 따라서는 시장지배적 사업자에 대하여 특수한 책임을 인정하게 되면 시장지배적 사업자의 남용행위 성립 여부 판단이 형식에 치우칠 수 있고 그 결과 남용행위 성립이 사실상 당연위법으로 운용될 수 있다고 우려하고 있는바, 과연 시장지배적 사업자의 특수한 책임 인정 여부와 소위 효과주의적 접근법이 조화롭게 양립할 수 없는 것인지에 관하여도 살펴보기로 한다.

1. 특수한 책임의 법적 성격

가) 신분 요소로 파악하는 입장

먼저 특수한 책임 자체를 시장지배적 사업자에 대한 법상 강화된 규제의 근거로 파악하는 입장이 있다. 다시 말해 일반 사업자가 행하는 행위는 규제의 대상이 되지 않지만, 시장지배적 사업자가 행하면 규제의 대상이 되는 것인바, 특수한 책임은 의무 부과를 위한 신분적 요소의 근거가 된다는 것이다.

시장지배적 사업자 또는 지배력을 취득하는 과정에 있는 사업자가 그 행위에 대해 여타의 사업자보다 상대적으로 엄격한 취급을 받는다는 사실은 비단 유럽에 국한하는 것은 아니며, 미국 역시 이러한 사고에 기반

하고 있다는 기술이나,¹⁰⁷⁾ 동일한 행위를 하더라도 시장지배적 사업자가 하는 경우가 일반 사업자가 하는 경우보다 경쟁제한의 폐해가 크기 때문에 시장지배적 지위의 남용금지를 별도로 규정한 것이라는 기술¹⁰⁸⁾은 이와 같은 입장으로 보인다.

그러나 유럽 경쟁법과 마찬가지로 우리나라 공정거래법상으로도 시장지배적 사업자의 남용행위로 인하여 침해된 잔존경쟁을 보호하기 위한 목적에서 시장지배적 사업자의 특수한 책임이 인정되는 것이라고 본다. 면, 특수한 책임을 단순히 일반 사업자에 비하여 가중된 책임을 부과하는 신분적 요소로만 바라보는 견해는 문제가 있다. 왜냐하면 이렇게 이해할 경우 시장지배적 사업자의 방해남용 뿐만 아니라 착취남용의 경우에도 시장지배적 사업자에게 특수한 책임이 인정되는 이해하기 어려운 결과를 가져오게 될 수 있기 때문이다.¹⁰⁹⁾ 주지하다시피 착취남용의 성립 여부 판단에 있어서는 남용행위로 인한 경쟁관계나 잔존경쟁에 대한 부정적 효과 발생 우려 여부는 고려되지 않는데도¹¹⁰⁾ 특수한 책임을 신분 요소로 파악하게 되면 착취남용과 방해남용을 준별하는 의미가 반감되고 만다.

나) 입증책임의 전환 근거로 이해하는 입장

107) 이문지, 시장지배적 지위 남용 금지에 관한 유럽연합의 최근 동향 - 유럽 위원회의 지침서(Guidance Paper)를 중심으로 -, 상사판례연구 제23집 제4권, 2010, 270쪽.

108) 권오승·서정, 앞의 책, 141쪽. 이 견해에 따르면 시장지배적 사업자가 특별한 의무를 부담하는지의 논쟁은 별다른 실익이 없고, 시장지배적 지위 남용규제 자체가 시장에서 차지하는 비중이 큰 사업자일수록 자신의 행동으로 인해 경쟁제한의 폐해가 발생할 우려가 크고 따라서 그 책임도 커진다는 아이디어를 규범화시킨 것이라고 본다.

109) 이러한 점에서 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 남용행위 전반과 관련된 것처럼 기술하는 태도(예컨대, 권오승·서정, 앞의 책, 140쪽)는 문제가 있다.

110) 이봉의, 독점규제법상 착취남용에 대한 손해배상명령, 경쟁법 연구 제30권, 2014. 98쪽.

다음으로 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 대하여 사업자로 하여금 자신의 행위의 객관적 정당성을 입증하도록 하는 입증책임의 전환 근거로 이해하는 견해도 찾아볼 수 있다.¹¹¹⁾

그러나 우리나라의 경우 금지행위의 부당성 등에 대한 입증책임은 기본적으로 경쟁당국이 지는 것이고, 시장지배적 사업자에게 특수한 책임이 인정된다고 하여 사업자가 자신의 행위의 정당성을 입증하도록 해석할 수는 없다는 점에서 입증책임의 문제로 접근하는 입장은 받아들이기 어렵다. 실제로 공정거래위원회는 시장지배적 지위 남용행위의 부당성 입증 과정에서 사업자의 정당화요소 부존재 역시 입증하고 있다는 점에서 이러한 견해는 실무와도 전혀 맞지 않다. 입증책임 전환에 관한 주장은 서면법상 위법한 독점화 등으로 인한 피해자의 사소(私訴)가 일반화되어 있는 미국 법제에서는 경청할 여지도 있으나, 적어도 우리나라 집행 현실과는 부합하지 않는다.

다) 위법성 요소로 파악하는 입장

특수한 책임의 법리에 대해, 이미 구조적으로 유효경쟁이 곤란한 시장에서 지배력을 갖는 사업자는 자신의 시장행위가 경쟁에 미치는 효과가 다른 사업자들에 비하여 월등히 크므로 지배력이 없는 사업자에 비하여 더 이상 경쟁조건을 악화시키지 아니할 보다 높은 수준의 주의의무 내지 추가적 배려의무를 지는 것으로 보는 견해¹¹²⁾는 특수한 책임의 존재가 법 위반의 근거가 된다는 점에서 특수한 책임을 남용행위 성립의 위법성 요소로 바라보는 입장으로 이해된다.

111) Katarzyna Czapracka, Intellectual Property and the Limits of Antitrust: A Comparative Study of US and EU Approaches, Cheltenham pp.10-12(이문지, 앞의 글, 271쪽에서 재인용. 이에 의하면 특수한 책임이라는 개념은 어떠한 행위가 위법한 것인지 판별하는 도구로서 유용한 것이라기보다는 입증책임을 시장지배적 사업자에게 전가하는 근거로서 이해될 수 있다고 한다.)

112) 이봉의, 앞의 책, 118쪽.

경쟁법상 방해 남용의 개념은 사업자의 존재로 인하여 경쟁의 정도가 이미 약화된 시장의 구조에 영향을 미칠 수 있고, 시장에서의 잔존경쟁 수준의 유지 또는 경쟁의 심화를 방해하는 영향을 미치는 지배적 지위를 가진 사업자의 행위를 뜻하는 객관적인 개념이다.¹¹³⁾ 이러한 방해 남용의 개념에 비추어 보면 시장지배적 사업자의 특수한 책임은 남용 개념과 불가분의 관계에 있는 것으로 파악할 수 있다. 시장지배적 사업자가 자신에게 부여된 주의의무를 위반하게 되면 그 결과 남용행위가 성립하는 결과를 초래하는 것이기 때문이다. 이렇게 보면 시장지배적 사업자의 특수한 책임은 시장지배적 사업자의 행위가 위법하게 되어 남용행위를 성립하게 하는 것인지를 판별하기 위한 요건이 되는 것이라고 해석함이 타당하다. 결국 이러한 해석에 따르면 시장지배적 사업자의 특수한 책임은 방해남용 성립 여부 판단의 핵심 원리로 기능하게 된다.¹¹⁴⁾

라) 정리

공정거래법상 남용행위의 성립은 시장지배적 지위를 전제로 한다는 점에서 특수한 책임을 신분적 요소로 해석하는 견해는 일면 타당성을 가진다. 그러나 우리나라 공정거래법 해석 하에서는 일반적으로 시장지배적 사업자의 남용행위로 받아들여지는 기업의 행위(예컨대, 거래거절)에 대하여 불공정거래행위로 규제될 수 있다는 점에서, 특수한 책임을 단순히 신분적 요소로만 이해하는 것은 불공정거래행위와의 체계적 해석에 난점을 가진다. 주지하다시피 불공정거래행위의 경우 지배력이 없는 기업도 규제의 대상이 될 수 있기 때문이다.

또한 입증책임의 전환 근거로 이해하는 입장은 남용행위 성립여부의 판단이 직권조사를 통한 행정행위의 방법으로 이루어지는 우리나라 경쟁법 집행체계와 어울리지 않음은 물론, 특수한 책임 자체가 남용행위의

113) Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission ECR 461 (1979).

114) Alison Jones and Brenda Sufriin, EU Competition Law (4th), 2011, pp. 366-368.

본질에 관한 논의와 불가분의 관련을 가지는 것이라는 점에서 책임의 실제법적 의미를 도외시한 채 절차법적 특성만을 주목한 것이어서 받아들이기 어렵다.

시장지배적 사업자의 특수한 책임에 신분적 성격, 소송에서 입증책임을 전환하는 성격을 부인할 수는 없지만, 이와 같은 성격은 바로 특수한 책임 자체가 남용행위의 위법성 요소이기에 발현되는 것으로 이해함이 타당하다. 시장지배적 사업자가 존재하는 시장에서는 해당 사업자의 지위에 기반한 행위라면 그것이 일반적으로는 용인될 수 있는 행위라 하더라도 쉽게 시장의 잔존경쟁을 저해할 수 있기에 특수한 책임이 인정되는 것이고, 그렇기에 공정거래법은 특별히 시장지배적 사업자의 경우에만 남용행위가 성립한다고 선언하고 있는 것이다. 그리고 때로는 소송 단계에서 사업자가 자신의 행위가 경쟁제한적 효과를 야기하지 않는다거나 경쟁제한성을 넘어서는 공익과 같은 정당화요소가 존재함을 입증하는 방법으로 발현되기도 할 것이다. 그러나 이와 같은 발현은 앞서 기술한 바와 같이 특수한 책임이 바로 남용행위의 위법성 요소이기 때문임을 유념하여야 한다.

2. 지배력의 크기와 상관관계

이렇게 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 위법성의 요소로 파악하게 되면, 사업자의 시장에서의 지배력이 커지면 커질수록 그에 비례하여 시장에 기울여야 할 주의의무도 커지게 된다는 해석은 매우 자연스럽다. 이러한 해석은 논리적으로 지배력의 크기와 특수한 책임의 크기는 비례하게 되는 것으로 이해한다. 시장에서의 지배력이 커지면 커질수록 시장에 남아있는 잔존경쟁의 수준이 악화되어 시장지배적 사업자에게 시장을 보존할 더 큰 수준의 주의의무가 인정되기 때문이다.¹¹⁵⁾

115) 유럽 법원 역시 Michelin I 판결 이후로 이와 같은 취지의 판시를 계속하고 있다.

한편, 소위 super-dominance를 인정하여 지배력의 정도가 커지면 커질수록 행위가 남용이 될 가능성이 커지는 것으로 보는 유럽의 입장은 이러한 측면에서 이해될 수 있다.¹¹⁶⁾

3. 효과 중심의 접근방식과의 부조화 여부

유럽 법원과 독일에서 인정하고 있는 특수한 책임에 대하여, 시장지배적 사업자에게 이와 같은 책임을 인정하게 되면 시장지배적 사업자의 행위가 관련 시장, 경쟁 사업자 및 소비자에게 미치는 결과에 대한 분석 없이도 지배력에 대한 입증만으로 규제를 긍정하게 되어 1990년대 후반부터 추진하고 있는 효과 중심의 접근방식(effect-based approach)과 부합하지 않는다는 비판이 존재한다. 즉 이와 같은 책임의 인정은 배제 남용에 관한 종래의 형식 중심의 접근방식(form-based approach)의 잔재라는 것이다.¹¹⁷⁾

그러나 시장지배적 사업자의 특수한 책임이 인정된다고 하여 행위의 효과가 남용 판단 과정에서 고려되지 않는 것은 아니라는 점에서 이와 같은 비판은 타당하다고 보기 어렵다. 실제로 앞서 살펴본 바와 같이 유럽 사법재판소는 인텔 판결에서 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 인정하면서도 유럽 집행위원회의 행정 절차 내에서 사업자의 행위가 경쟁 제한 효과 또는 봉쇄효과를 야기할 우려가 없다는 사실을 사업자가 주장할 경우 이에 대한 검토를 거치도록 하고 있다. 따라서 특수한 책임의 개념을 긍정한다 하더라도 곧바로 이것이 바로 형식주의적 접근법으로

116) Alison Jones and Brenda Sufrin, *supra*, p.354. 참고로 *Companie Maritime Belge* 사건에서 법무담당관 Fenelly는 ‘super-dominance’라는 용어를 사용하였는데 반하여, *Microsoft* 사건에서 법원은 ‘quasi-monopoly’라는 용어를 사용하였다.

117) Rafael Allendesalazar Corcho, *Can We Finally Say Farewell to the “Special Responsibility” of Dominant Companies?*, European University Institute, 2007 EU Competition Law and Policy Workshop.

연결된다고 단정하기는 곤란하다.

특수한 책임은 시장지배적 사업자의 지배력 보유 그 자체에 대해서는 문제 삼지 않되, 지배력을 보유하고 있는 사업자에 대하여 그의 지배력에 상응하는 크기의 시장을 교란하지 않을 책임을 부여한 것이다.¹¹⁸⁾ 이렇게 보면 특수한 책임의 인정은 오히려 경쟁법 집행 과정에서 시장지배적 사업자에 대하여 원인금지주의 내지 형식중심주의로 흐를 수 있는 위험을 막아주는 안전판의 기능을 한다고 이해할 수도 있다.

4. 소결

이렇게 볼 때, 시장지배적 사업자에게는 자신의 지배력의 크기만큼 환언하면 자신의 존재로 인하여 시장의 경쟁이 왜곡된 정도만큼의 주의의무를 특별히 부담한다고 보아야 하며, 이에 따라 시장지배적 사업자가 행하는 행위는 그것이 자신의 성과에 기인한 것이 아닌 한 남용으로 인정될 가능성이 커지는 것이라고 평가할 수 있다.

그리고 이와 같은 해석은 공정거래법상 남용행위에 대한 해석에 있어서도 그대로 타당하다. 특히 공정거래법은 제56조 본문에서 “사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다”고 규정하고, 단서에서 “사업자 또는 사업자단체에게 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다”고 하여 사업자의 고의 또는 과실을 일응 추정하고 있다. 특히 여기서의 ‘과실’ 개념은 민법과는 다른 특수한 주의의무 위반을 의미하는 것으로 봄이 일반적이나,¹¹⁹⁾ 남용행위에 있어서 사업자의 특수한 책임 인정의 근거로 해석할 여지도 없지 않다.

118) Richard Whish, Competition Law (5th), 2003, pp.188-190; Erika Szyszczak, Controlling Dominance in European Markets(Vol. 33, Issue 6), Fordham International Law Journal, 2011, pp. 1755-1739.

119) 권오승·서정, 앞의 책, 684쪽.

한편, 남용행위의 정당화 사유와 관련하여서는 사업자의 특수한 책임의 정도에 비례하는 정당화 사유가 인정되어야 비로소 위법성이 부정될 수 있다고 해석하여야 한다. 따라서 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 인정하는 견지에서는 경쟁당국은 사업자의 지배력이 큰 경우라면 남용행위를 다소 쉽게 입증할 수 있게 된다. 이에 대해서는 과대집행의 우려가 있을 수 있다. 그러나 설령 일정 부분 과대집행의 여지가 있다 하더라도, 이미 대부분의 시장이 대기업과 재벌을 중심으로 독과점화 되어 있는 현실에서, 그리고 포스코 판결 이후로 법원이 주관적 의도 입증을 요구함에 따라 공정거래위원회의 시장지배적 지위 남용행위 집행이 상당히 위축되어 있는 상황에서 초래될 수 있는 과소집행의 폐해에 비하여 과대집행의 위험성이 크지는 않다고 본다.¹²⁰⁾

120) 김지홍·이병주, 과대집행과 과소집행의 딜레마-경쟁법의 숙명, 저스티스 제 135호, 한국법학원, 2013, 279-278쪽.

제 4 장 우리나라 실무에 대한 비판적 검토

제1절 서언

이상의 시장지배적 사업자에 관한 특수한 책임에 관한 논의를 바탕으로 우리나라 실무가 남용행위의 개념과 그에 따른 특수한 책임의 법리를 정확히 이해하고 시장지배적 지위 남용행위를 규제하고 있는지에 대한 검토를 진행한다.

공정거래위원회의 심결례와 법원의 판결 가운데, 방해남용을 다룬 주요 사건에 대하여 간략한 소개와 함께 해당 심결례와 판결이 당해 사업자에 대한 특수한 책임을 인정하고 있는 것으로 이해되는지 및 만약 특수한 책임을 특별히 인정하고 있지 않는 태도라면 특수한 책임을 인정할 경우 그 결과가 어떻게 달라질 수 있을지에 대해 검토하여 보도록 한다.

제2절 심결례 및 판례 검토

1. 심결례 검토 - 오라클 사건¹²¹⁾

가. 사실관계

한국 오라클 유한회사는 국내 데이터베이스 관리시스템 시장에서는 약 57%~59%의 점유율을 보유하고, 후속시장인 유지보수 시장에서는 거의 100%의 점유율을 보유하고 있는 사업자에 해당한다. 한국 오라클 유한회사는 자신의 점유율을 기반으로 자사의 데이터베이스 소프트웨어 수리 유지보수서비스와 차기 버전의 데이터베이스 소프트웨어를 결합하여

121) 공정거래위원회 2014서감4422 사건.

판매했다(끼워팔기). 그리고 그 과정에서 한국 오라클 유한회사는 고객이 보유한 모든 오라클 데이터베이스 라이선스에 대하여 동일한 유지보수 서비스 구매를 강제하는 정책을 시행하였다(구입강제).

나. 심결내용

1) 심사관의 주장

심사관은 한국 오라클 유한회사의 끼워팔기 및 구입강제 행위로 인하여 데이터베이스 소프트웨어 교체 시장에서 경쟁사업자¹²²⁾의 시장 진입이 차단되었다고 보아 데이터베이스 시장에서 다른 사업자의 사업 활동을 부당하게 방해하는 행위에 해당한다고 보았다.¹²³⁾

2) 심결

심사관의 위와 같은 주장에 대하여 공정거래위원회는 데이터베이스 유지보수서비스 상품을 데이터베이스 상품과 별개의 상품으로 볼 수 없다는 이유를 들어 시장지배적 지위 남용행위에 대한 무혐의 결정을 내렸다.¹²⁴⁾

한편, 한국 오라클 유한회사는 심결 과정에서 다른 경쟁사업자 역시

122) 국내에는 IBM(15.6%), Microsoft(14.9%) 등 외국 사업자가 주로 오라클의 경쟁사업자였으며, 국내 기업인 Altibase(3.3%) 및 Tiber(2.4%)도 오라클과 경쟁하고 있었다(위 각 점유율은 2013년 기준).

123) 심사관은 한국오라클유한회사의 행위에 대하여 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호 뿐만 아니라 제23조 제1항 제3호의 끼워팔기 및 제23조 제1항 제4호의 거래상 지위 남용행위 중 구입강제 혐의도 함께 적용하였다.

124) 공정거래법상 불공정거래행위 혐의에 관하여는 데이터베이스 관리시스템 유지보수 서비스에 신규버전의 데이터베이스 관리시스템이 포함되어 있다 하더라도 신규버전의 제공이 유지보수의 방법에 해당한다고 보아 끼워팔기에서 요구되는 별개 상품성이 인정되지 않는다는 이유를 들어 무혐의 결정을 하였다.

자신의 영업전략과 동일·유사한 영업전략을 취하고 있는바, 이는 업계의 관행이라는 항변(정당화 요소 주장)이 있었다.

다. 평가

동 사건은 당시 심결 과정에서 데이터베이스 관리시스템 시장과 그 후속시장을 별개의 시장으로 볼 수 있는지가 크게 다투어졌는데, 위원회는 후속시장은 별개의 시장으로 볼 수 없다는 이유를 들어 한국 오라클 유한회사의 후속시장에서의 시장지배적 지위 자체를 부정한 사례이다.

그러나 한국 오라클 유한회사는 데이터베이스 관리시스템 시장에서 50% 이상의 점유율을 보유하고 있었으므로 가사 후속시장인 유지보수 서비스 시장을 별개의 시장으로 보지 않는다 하더라도, 즉 달리 말하면 본 상품 시장과 후속상품 시장을 하나의 시장으로 파악한다 하더라도, 한국 오라클 유한회사는 공정거래법 제4조의 시장지배적 사업자 추정규정에 따라 데이터베이스 시장에서 시장지배적 사업자로 추정되는 상황이었다.

결국 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 인정하는 견지에서는 한국 오라클 유한회사가 공정거래법상 시장지배적 사업자로 추정되는 이상, 지배력을 가지지 않은 다른 사업자들이 통상적으로 취하는 영업전략이라 하더라도 그것이 대량판매 등 자신의 거래과정에서의 효율성에 기인하지 않은 행위로서 그로 인하여 시장 봉쇄효과가 발생한다면 남용행위로 의율될 수 있는 행위로 평가되었어야 한다고 본다. 이렇게 보면 실천적으로는 특수한 책임은 시장지배적 사업자가 자신의 행위에 대해 관행과 다르지 않다는 항변을 배척하는 요소로 기능한다고 이해할 수 있다.¹²⁵⁾

125) Jessen/Mortensen/Steinicke/Sørensen, *Regulating Competition in the EU*, Wolters Kluwer, 2016, p.210.

2. 판례 검토

가. 포스코 판결

1) 사실관계

국내 유일의 일관(一貫)제철업체인 포스코는 현대하이스코의 냉연강관 공장의 완공을 전후하여 현대하이스코가 공장 시험가동과 제품생산을 위하여 냉연강관 제조에 필수적인 열연코일의 공급을 수차례 요청하였음에도 이를 거절하였다.

2) 심결내용¹²⁶⁾

공정거래위원회는 포스코가 국내 열연코일시장의 시장지배적 사업자로서 자동차용 냉연강관시장에서 자기와 경쟁관계에 있는 현대하이스코에 대하여 자동차용 냉연강관 생산에 필수 연료인 열연코일의 공급을 거절한 것은 경쟁사업자의 사업활동을 부당하게 방해한 것이라고 보아 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호를 위반하였다고 판단하여, 시정명령 및 과징금납부명령을 부과하였다.

3) 판시내용

가) 원심 판결¹²⁷⁾

서울고등법원은 포스코의 공정거래위원회 처분 취소 청구에 대하여 포스코의 열연코일 공급 거절 행위는 열연코일 시장에서의 자신의 시장지배적 지위를 이용하여 후방시장인 냉연강관 시장에 새로 진입한 경쟁

126) 공정거래위원회 2001. 4. 12. 전원회의 의결 제2001-068호.

127) 서울고등법원 2002. 8. 27. 선고 2001누5370 판결.

사업자인 현대하이스코에 대하여 냉연강판 생산에 필수적인 열연코일의 제공을 거절함으로써 열연코일시장에서의 시장지배적 지위를 남용하여 냉연강판 시장에서 경쟁사업자인 현대하이스코의 사업활동을 방해하고 자신의 시장지배적 지위를 계속 유지하려는 의도 하에 행한 행위이며, 당해 행위로 인하여 현대하이스코가 단순한 불편이나 경제적 손실을 입은 정도를 넘어 경쟁자로서 충분하게 기능할 수 없을 정도의 장애를 초래하여 경쟁을 저해하는 결과를 가져왔다고 보아, 청구를 기각하였다.

나) 대법원 판시¹²⁸⁾

대법원은 전원합의체 판결을 통해 포스코가 국내 열연코일 시장에서 시장지배적 지위에 있음은 인정하였으나, 남용행위로서의 거래거절의 부당성에 관하여 다수의견, 제1 반대의견, 제2 반대의견을 제시하면서, 다수의견에 따라 원심을 파기하고 환송하였다.¹²⁹⁾

다수의견에 따르면 시장지배적 사업자의 거래거절의 부당성은 독과점적 시장에서의 경쟁촉진이라는 입법목적에 맞추어 해석하여야 하므로, 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그 중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다.

128) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

129) 반대의견을 포함한 구체적 판시 내용에 관하여는 앞서 기술하였다.

4) 평가

다수의견은 포스코의 행위에 대하여 열연코일 시장에서의 시장지배적 지위를 이용하여 후방시장인 냉연강판시장에서의 신규경쟁사업자(현대하이스코)에게 영향을 미칠 수 있는 거래거절행위를 한 것임을 인정하고 있으나, 그럼에도 불구하고 경쟁제한 효과 또는 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려는 인정되지 않으므로 부당하지 않다는 논리 구조를 취하고 있다.

그러나 제1 반대의견의 설시에 대한 평가¹³⁰⁾와 같이 실질적으로 시장 지배적 사업자의 특수한 책임을 인정하는 견지에 선다면, 포스코의 거래 거절 행위는 그것이 자신의 성과에 기인한 행위였음이 인정되지 않는 한¹³¹⁾ 남용행위가 성립한다고 보아야 할 것이다.¹³²⁾ 구체적으로는 국내 유일 공급업자가 신규 경쟁자에 대하여 거래 개시 자체를 거절한 것인바 필수설비 법리¹³³⁾를 유추할 여지가 있으며, 따라서 포스코가 기존의 생

130) 조혜신, 독점규제법상 방해남용에 관한 연구, 서울대학교 법과대학원 박사 학위 논문, 2011, 17-18쪽.

131) 실제로는 공정거래위원회의 심사심판 과정에서 자신의 행위에 대한 정당성을 주장하면서 그와 같은 정황이 제출될 것이며, 공정거래위원회가 항변을 받아들인다면 위법성이 부인되어 무혐의 결정을 내리는 방식으로 진행이 될 것이다.

132) 제1 반대의견은 시장지배적 사업자가 거래를 거절한 경우에는 수요자가 공급자를 선택할 수 있는 기회 내지 공급받을 수 있는 상품의 수가 대폭 줄어들어 경쟁이 제한되게 되고, 시장지배적 사업자가 선택하는 다른 수요자의 경쟁력이 상승됨에 따라 수요자가 속한 시장 구조에 커다란 변형르초래할 수 있고 나아가 이와 같은 가능성을 이용하여 가격 인상의 수단으로 이용하는 등 거래 거절을 통해 시장지배적 사업자의 시장지배력 내지 영향력을 더욱 높일 수 있게 된다고 보고 있는바, 시장지배적 사업자의 존재로 인하여 시장에서의 경쟁 강도가 약화되어 있음을 전제하고 시장지배적 사업자의 행위는 시장에서의 잔존경쟁을 저해할 가능성이 다른 사업자에 비하여 크다고 보고 있는바, 일응 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 인정하고 있다고 평가 가능하다.

133) 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수

산·공급물량으로는 현대하이스코의 수요를 맞추어 주기 어려운 경우가 아닌 한 행위의 정당성이 인정되기는 어려웠을 것으로 판단된다.

나. 농업협동조합중앙회 사건

1) 사실관계

농협협동중앙회는 식량작물용 화학비료 유통시장에서 시장지배적 지위에 있었다. 농업협동조합중앙회는 매년 10개 비료제조회사 영업담당 임원 및 책임자들과 차년도 화학비료 사업추진 관련 업무협의회를 개최하여 비료제조회사들의 화학비료 개별시판을 불허하고, 거래상대방에 대하여 일방적으로 계약해지 및 가격인하 방침을 통보하였다.

2) 심결내용¹³⁴⁾

공정거래위원회는 농업협동조합중앙회의 행위가 식량작물용 화학비료 유통시장에서의 시장지배적 지위를 이용하여 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래상대방과 거래함으로써 거래상대방의 거래처 선택의 자유를 제한하였다고 보았다. 공정거래위원회는 이와 함께 농업협동조합중앙회의 구매, 유통경로 독점을 통한 경쟁사업자의 시장진입과 확대가 봉쇄되고 있는 상황에 주목하여, 농업협동조합중앙회가 경쟁사업자와 거래하지 아니할 조건으로 매년 일괄구매계약을 통해 거래상대방들이 전량 자신에게 납품함에 따라 시장에서의 자유로운 경쟁을 부당하게 제한한다고 판단하였다. 결국 공정거래위원회는 농업협동조합중앙회의 행위에 대하여 ‘부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위’(공정거래법 제3조의2 제5호 배타조건부 거래행위)로 보아 시정명령 및 과징금부과명령을 내렸다.

적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위(공정거래법 시행령 제5조 제3항 제3호).

134) 공정거래위원회 2007. 1. 25. 전원회의 의결 제2007-013호.

3) 대법원 판시내용¹³⁵⁾

이 사건에 대한 대법원 판결은 포스코 판결 실시 직후 이루어졌고, 실제로 대법원은 포스코 판결의 다수의견 판시와 동일한 판시를 하였다. 다만, 거래거절에 관한 포스코 판결과는 달리 농업협동조합중앙회 사건에서는 배타조건부 거래행위는 거래 상대방이 경쟁 사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래 상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이라는 판시가 추가되었다는 점이 특기할 만 하다.

그리고 대법원은 결국 배타조건부 거래행위라는 당해 행위의 특성에 주목하여 농업협동조합중앙회의 거래행위로 인하여 식량작물용 화학비료 유통시장에서 경쟁사업자들을 배제하는 결과를 초래할 우려가 있어 보인다는 점을 인정하였고, 이로 인하여 경쟁사업자들의 시장점유율이 악화된 사정에 비추어 관련 시장의 경쟁제한 효과가 현실적으로 발생하였다고 보아 행위의 부당성까지 인정하였다.

4) 평가

해당 판시는 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래의 경우 통상 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이라고 하여 경쟁제한의 의도 내지 목적의 입증에 있어서 남용행위 유형별로 판단할 수 있는 가능성을 열어준 것으로 이해된다.¹³⁶⁾ 또한 포스코 판결이 객관적 위법성 판단기준으로 제시한 경쟁을 저해할 ‘우려’에 관한 입증의 정도를 남용행위별로 달리 파악할 수 있음을 긍정한 사

135) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결.

136) 황태희, 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위, 공정거래법 판례선집(기업법연구회편), 사법발전재단, 2011, 66쪽. 그러나 아래에서 살펴볼 이베이지마켓 사건에서 법원은 배타조건부 거래행위의 경쟁제한적 속성은 감안하지 않고, 소위 사소성의 법리에 따라 경쟁제한성을 부인한 것으로 보인다.

례로 이해할 여지도 있다.

한편, 시장지배적 사업자인 농업협동조합중앙회에게 식량작물용 화학 비료 유통시장의 잔존경쟁을 해하지 아니할 주의의무를 부여하는 해석에 의할 경우에도 부당성은 인정될 수 있을 것으로 보인다. 다만 이 경우에는 판사가 적절히 지적하는 바와 같이 배타조건부 거래행위는 행위 자체가 경쟁제한적 특성을 보유한 것인바, 자신의 행위가 성과에 기인한 영업행위였음이 인정되지 않는 한 부당성 즉, 경쟁제한성이 인정될 여지가 크다고 평가할 수 있을 것이다.

다. 이베이지마켓 사건

1) 사실관계

국내 오픈마켓 운영시장에서 점유율 39.5%의 2위¹³⁷⁾ 사업자인 이베이지마켓은 시장 6위 사업자(점유율 1%)인 애플온라인과 거래하고 있던 7개 우량 사업자들에게 자사에서의 판매가격을 인하하거나 애플온라인에서의 판매가격을 인상할 것, 주로 자신과 거래하면서 매출을 올릴 것, 애플온라인과의 거래를 중단할 것 등을 요구하고, 애플온라인에 올려놓은 상품을 내리지 않으면 이베이지마켓의 메인 화면에 노출된 상품을 모두 빼버리겠다고 위협하였다. 이에 7개 우량 사업자들은 약 보름부터 약 8개월까지 애플온라인과의 거래를 중단하였다.

2) 심결내용¹³⁸⁾

공정거래위원회는 이베이지마켓의 행위에 대하여 오픈마켓 운영시장에서의 시장지배적 사업자의 지위를 이용하여 7개 사업자들에게 경쟁사

137) 1위 사업자와의 점유율 합계는 91.4%였다.

138) 공정거래위원회 2007. 12. 18. 전원회의 의결 제2007-555호.

업자인 애플온라인과의 거래를 중단하게 한 것으로서 ‘부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위’에 해당한다(공정거래법 제3조의2 제5호의 배타조건부 거래행위)고 보아 시정명령 및 과징금납부명령을 하였다.

3) 원심판결¹³⁹⁾

서울고등법원은 공정거래위원회의 시정명령이 적법하다고 보았다. 다만 과징금납부명령에 관하여는 관련매출액을 기준으로 하였어야 하는데 정액과징금을 부과하였음을 이유로 취소하였다.

4) 대법원판결¹⁴⁰⁾

대법원은 이베이지마켓이 공정거래법 제4조 제2호 본문 규정에 따라 시장지배적 사업자로 추정된다고 인정한 다음, 이베이지마켓의 행위가 배타조건부 거래행위에 해당한다고 보았다. 그러나 행위의 부당성에 관하여는 행위의 기간이 짧고, 행위의 대상이 적으며, 행위로 인해 경쟁자가 입은 피해도 미미하여, 원심이 행위와 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려, 즉 행위와 애플온라인의 퇴출 사이의 인과관계에 대한 심리를 다하지 않았다는 이유로 원심에 대하여 파기환송 판결을 하였다.

5) 평가

먼저 당해 사건에 있어서 이베이지마켓은 점유율이 50%를 넘는 1위 사업자가 존재하는 시장에서 점유율 39%의 2위 사업자라는 점에서, 비록 추정조항에 따라 시장지배적 사업자로 추정되기는 하나 실제로 ‘단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의

139) 서울고등법원 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결.

140) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결.

거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자'(공정거래법 제2조 제7호 제1문)로 인정할 수 있을 것인지 및 그의 행위로 인하여 시장의 구조에 영향을 미칠 정도가 될 수 있는지에 관하여는 의문의 여지 없이 “그렇다”고 단정하기 어려운 사안이었다고 판단된다. 그리고 마찬가지로 이유로 설령 이베이지마켓이 시장지배적 사업자로 인정될 수 있다 하더라도 그에게 부여된 특수한 책임은 지배력에 비례하게 되는 것인바, 과점 1위 사업자에 이은 2위 사업자에 불과한 이베이지마켓의 특수한 책임의 수준 역시 높다고 평가하기는 어려워 보인다. 나아가 공정거래위원회가 혐의를 두고 있는 사실관계에 따르더라도 이베이지마켓의 행위가 이루어진 기간이 짧고 그 거래액 또한 미미하여, 행정법 일반 원칙인 비례성의 원칙 또는 소위 ‘사소성의 법리’¹⁴¹⁾에 비추어 이베이지마켓의 행위로 인한 경쟁제한 효과를 인정하기는 어려웠을 사안으로 이해된다.

3. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 시장지배적 사업자의 특수한 책임을 인정할 경우 무혐의 결정이 내려진 오라클 사건이나 공정거래위원회의 패소가 확정된 포스코 사건은 모두 남용행위의 성립이 긍정될 가능성이 매우 높았던 사건이었을 것으로 판단된다.

시장지배적 지위 남용행위에 있어서 남용의 개념은 사업자가 시장의 구조에 영향을 미치는 행위에 관한 ‘객관적 개념’이라는 점을 전제로 한다면, 앞서 기술한 바와 같이 시장지배적 사업자의 특수한 책임은 남용 개념과 불가분의 관계에서 당연히 도출되는 개념인 것인바, 충분히 인정

141) 사소성의 법리(de minimis doctrine)는 어떤 사업자의 행위에 경쟁제한적인 의도나 효과가 있다는 것은 부인할 수 없지만, 그 행위가 실제로 시장지배력의 형성·유지·강화에 이르지 못한 경우에는 경쟁제한성을 인정하기 어렵다는 법리로서, de minimis non curat lex(법은 사소한 것에 관여하지 않는다)는 법언에서 따온 것이라고 한다(권오승·서정, 앞의 책, 107-108쪽, 267-268쪽).

될 수 있는 개념이다. 과대집행의 우려보다는 과소집행이 문제되는 우리나라의 경제 현실을 감안하면 이와 같은 해석은 독과점적 우리 경제 체제의 해결을 위한 정책적 정당성도 부여할 여지가 있다.

제3절 입법론 등 제도 보완 사항

1. 심사지침에 수용

가. 공정거래위원회의 시장지배적 지위 남용행위 집행 실무

공정거래위원회는 실무적으로 문제되는 행위가 남용에 해당하는지 여부에 관한 판단을 위해 해당 행위의 부당성 즉 경쟁제한성 내지 경쟁제한의 우려에 관한 검토 및 정당한 이유의 존부를 검토하게 된다.¹⁴²⁾ 검토 과정에서는 기존의 심결례, 법원의 판례에서 실시한 법리 및 해외 경쟁당국 등의 유사 사례 집행례 등을 광범위하게 조사·분석하게 되지만, 실무적으로는 주로 시장지배적 지위 남용행위 심사지침에도 크게 의존하게 된다.

나. 남용의 개념에 대한 인식 부재

그런데 동 지침은 경쟁제한성이 무엇인지에 관한 정의를 별도로 제공하지 않고, 다만 가격상승이나 산출량 감소, 상품용역의 다양성 제한, 혁신저해, 봉쇄효과, 경쟁사업자의 비용 상승효과 등이 확인될 경우에는 경쟁제한 효과가 있다고만 규정하고 있을 뿐이다. 한편, 판례는 포스코 판결에서 (1) 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장 질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, (2) 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 행위일 경우에 거래거절의 부당성이 인정될 수 있다고

142) 시장지배적 지위 남용행위 심사기준(공정거래위원회 고시 제2015-15호). 참고로 공정거래위원회의 실무는 시행령에서 '부당하게' 대신 '정당한 이유'로 규정되어 있는 행위유형에 대하여는 경쟁제한성을 사실상 추정하고, 별도로 의도·목적의 입증을 요구하지 않는다. 다만 정당한 이유의 존재 여부를 추가적으로 검토한다(공정거래위원회 2017. 1. 20. 전원회의 의결 제2017-025호 참조).

보고 있는바, 주관적 의도 내지 목적과 객관적 경쟁제한 효과 우려가 결합하여 부당성을 구성하는 것으로 보고 있다고 이해할 수 있다.

이에 따라 실무적으로는 시장지배적 지위 남용행위의 부당성 입증을 위해 심사지침과 함께 포스코 판결에서 요구하는 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적을 함께 입증하고 있다. 그런데 부당성(경쟁제한성), 즉 남용의 개념에 대한 적극적 정의가 없기에 의도나 목적의 대상이 과연 무엇인지에 관하여 형법상 고의와 유사한 것으로 보아 단순히 남용행위의 객관적 요건의 인식만으로 족하다고 해석하거나 고의를 넘어서 목적범에서의 목적으로까지 해석하는 경우도 있는 등 혼선이 야기되고 있는 상황이다.

다. 지침 등에 남용 개념 명시

따라서 공정거래위원회의 남용행위에 대한 집행 방향성 정립을 위하여, 시장지배적 지위 남용행위에 있어서의 남용의 개념을 정의할 필요가 있다. 그리고 구체적으로 유럽 법원의 판시와 같이 남용은 객관적 개념인바, “그 사업자의 존재로 인하여 경쟁의 정도가 이미 약화된 시장의 구조에 영향을 미칠 수 있고, 시장에서의 잔존경쟁 수준의 유지 또는 경쟁의 심화를 방해하는 영향을 미치는 지배적 지위를 가진 사업자의 행위”임을 명시할 필요가 있다.

이와 함께 심사지침은 시장지배적 사업자와 같은 수범자 입장에서는 자신의 행위의 허용한계를 결정하는 행위준칙으로 기능한다는 점을 감안하면, 남용행위에 관한 정의 규정과 함께 유럽 집행지침에서 명시하고 있는 바와 같이 시장지배적 사업자의 특수한 책임에 관한 기술 역시 부기하는 것 방법도 고려할 필요가 있어 보인다.¹⁴³⁾

143) 본 논문은 객관적 개념으로서의 ‘남용’ 개념에서 시장지배적 사업자의 ‘특수한 책임’이 불가분적으로 도출된다고 보고 있기에 특수한 책임에 관한 별도의

2. 포스코 판결의 제한 노력

종래 공정거래위원회는 법원이 선언한 법리를 수동적으로 수용하여 사안에 적용하는 모습을 보여 왔다.¹⁴⁴⁾ 공정거래위원회의 처분을 사법적으로 심사하는 법원이 판시한 법리를 공정거래위원회가 무시하면서 실무를 진행할 수는 없겠으나, 공정거래위원회는 공정거래법을 소관법령으로 가지고 있는 행정청으로서 법상으로 유효한 유권해석을 할 수 있는 기관임은 잊지 말아야 한다. 경쟁법 집행은 공정거래위원회의 행정처분과 이후의 법원의 사법심사로 이루어지는바, 공정거래위원회의 처분이 이루어지지 않는다면 사법심사도 존재할 수 없는 것이므로 공정거래위원회의 역할은 법원의 역할 못지않게 매우 중요하다. 이렇게 보면 공정거래위원회의 처분을 자전거의 앞바퀴, 법원의 사법심사를 자전거의 뒷바퀴로 비유할 수도 있을 것으로 보인다. 경쟁법 집행의 2륜 자전거가 안전하게 달려나가기 위해서는 뒷바퀴를 통한 안정적인 동력과 앞바퀴의 제대로 된 방향설정이 매우 중요하다. 시장지배적 지위 남용행위 심사지침은 법령의 위임에 따라 마련된 것으로서 대외적 효력을 가지는 법규명령의 성격을 보유하고 있다는 점을 감안하면, 방향설정을 위한 공정거래위원회의 노력은 집행 현실과 맞지 않는 법원의 판단에 일정한 제동장치로 기능할 여지도 있다고 본다.

따라서 공정거래위원회가 그 내용을 마련할 수 있는 심사지침에 객관적 개념으로서의 남용 개념 및 나아가 시장지배적 사업자의 특수한 책임의 법리를 명시한다면 그 자체로도 의미가 있지만, 공정거래법 실무의 방향성을 확보하고, 수범자의 예측가능성을 높이는 동시에, 실천적으로는

정의 규정이 불필요하다고 볼 여지도 있다. 그러나 심사지침은 공정거래위원회 내부적으로 직원들의 집행 수준을 균질하게 유지하고 교육하는 기능도 간과할 수 없으므로 가급적 구체적이고 자세하게 마련될 필요가 있다.

144) 포스코 판결 이후의 시장지배적지위 남용행위 규제 실무는 물론이고, 최근의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위(공정거래법 제23조의2)와 관련한 서울고등법원 판시 내용에도 실무가 종속되는 모습을 보이고 있다.

포스코 판결에 따라 위축된(즉, 방향이 어긋난) 공정거래위원회의 시장지배적 지위 남용행위 집행 실무에 새로운 방향성을 제시할 수도 있을 것으로 본다.

제 5 장 결 론

공정거래법 해석은 독과점적 시장구조가 고착화되어 있는 우리나라의 실정에 맞는 남용개념을 합리적으로 정립하고, 시장지배적 사업자에게 고유한 경쟁의 물과 지켜야 할 의무를 명확히 하며, 이를 통하여 남용행위의 예방과 자유롭고 공정한 경쟁질서의 정착을 도모하는데 기여하는 방향으로 이루어져야 한다.¹⁴⁵⁾

이러한 관점에서 본 논문은 유럽 판례법을 통해 발전된 시장지배적 사업자의 특수한 책임의 개념을 소개하고, 시장지배적 사업자에게 이와 같은 책임은 남용 규제의 목적 및 남용의 개념에서 도출될 수 있음을 밝혔다. 그리고 그 논리적 귀결로 시장지배적 사업자의 특수한 책임은 우리 공정거래법 해석에서도 그대로 인정될 수 있음을 보였다. 나아가 이와 같은 작업을 통해 기존에 공정거래위원회가 무혐의로 결정한 심결례나 법원이 경쟁제한성을 부정한 포스코 판결은 그 결론이 달라질 수 있음을 확인하였다.

포스코 판결 이후 공정거래위원회의 시장지배적 지위 남용행위에 대한 집행은 상당히 위축된 것이 사실이다. 시장지배적 사업자에게 자신의 존재로 인하여 왜곡된 시장에서의 특수한 책임을 인정하는 방향으로 공정거래위원회의 실무가 변화한다면 위축되어 있는 시장지배적 지위 남용행위의 집행 동력을 새롭게 확보하고, 시장경제의 파수꾼으로서 시장의 경쟁기능 회복을 위한 역할에 큰 도움이 될 수 있을 것으로 본다.

145) 이봉의 공정거래법상 방해남용의 해석과 경제적 접근방법, 시장경제와 사회조화(남천 권오승 교수 정년기념 논문집), 법문사, 2015, 141쪽.

참 고 문 헌

<국내 단행본>

권오승, 경제법(제9판), 법문사, 2011

권오승 외 7인 공저, 독점규제법, 법문사, 2010

권오승·서정, 독점규제법(이론과 실무), 법문사, 2016

남천 권오승 교수 정년 기념논문집, 시장경제와 사회 조화, 법문사, 2015

이근식, 서독의 질서자유주의 오위켄과 뢰프케, 기파랑/에크리, 2007

이봉의, 독일경쟁법(경쟁제한방지법), 법문사, 2016

황준성, 질서자유주의 독일의 사회적 시장경제, 숭실대학교 출판부, 2011

<국내 논문>

강우찬, EC조약 102조(시장지배적 지위남용)에 관한 집행지침(Guidance Paper)에 대한 분석적 연구, 사법논문집(제52집), 법원도서관, 2011

김성훈, 독점규제법의 목적에 관한 고찰, 시장경제와 사회조화, 2015

김지홍·이병주, 과대집행과 과소집행의 딜레마-경쟁법의 숙명, 저스티스 제135호, 한국법학원, 2013

이기중, 공정거래법상 단독의 거래거절의 위법성 판단기준, 판례실무연구

IX, 박영사, 2010

이문지, 시장지배적 지위 남용 금지에 관한 유럽연합의 최근 동향 - 유럽위원회의 지침서(Guidance Paper)를 중심으로 -, 상사판례연구 제23집 제4권, 2010

이봉의, 독점규제법상 착취남용에 대한 손해배상명령, 경쟁법 연구 제30권, 2014

_____, 포스코판결과 방해남용의 향방, 경쟁저널, 2008

_____, 공정거래법상 부당한 사업활동방행의 경쟁제한성 판단 - 현대·기아차 판결을 중심으로 -, 법학논문집 제42집 제2호(중앙대학교 법학연구원), 2017

_____, 독점규제법상 착취남용에 대한 손해배상명령, 경쟁법연구 제30권, 2014

_____, 공정거래법상 방해남용의 해석과 경제적 접근방법, 시장경제와 사회조화, 법문사, 2015

이민호·주현영, 시장지배적 지위 남용행위의 '부당성'에 관한 연구, 사법 제22호, 사법발전재단, 2012

이호영, 공정거래법상 시장지배적 사업자 규제의 쟁점과 과제, 저스티스 제104호, 한국법학원, 2008

조혜신, 독점규제법상 시장지배적 지위 남용행위 규제의 목적, 시장경제와 사회조화, 법문사, 2015

_____, 독점규제법상 방해남용에 관한 연구, 서울대학교 법과대학원 박

사학위 논문, 2011

홍대식, 간격 좁히기: 국제경쟁법으로의 수렴 또는 그로부터의 분산 - 한국 경쟁법상 단독행위 규제를 중심으로- 경쟁법 연구 제31권, 2015

홍명수, 독점규제법 위반행위에 있어서 주관적 요건의 검토, 경쟁법연구 제29권, 2014

황태희, 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위, 공정거래법 판례선집 (기업법연구회편), 사법발전재단, 2011

<외국 단행본>

Alison Jones and Brenda Sufrin, EU Competition Law (4th), 2011

David J. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Clarendon Press Oxford, 1998

Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy the Law of Competition and It's Practice 4th Edition, West, 2011

Ingo Schmidt/Justus Haucap, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht - Ein interdisziplinäre Einführung, 10. Auflage, Oldenbourg Verlag München, 2013

Jessen/Mortensen/Steinicke/Sørensen, Regulating Competition in the EU, Wolters Kluwer, 2016

Richard Whish, Competition Law (5th Edition), 2005

Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- and Kartellrecht, 8. Auflage, C. F. Müller, 2014

Piner Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law, Hart Publishing, 2015

Volker Emmerich, Kartellrecht, 13. Auflage, 2014

<외국 논문>

Christian Ahlborn and Carsten Grave, Competition Policy International (Vol. 2), 2006

Erika Szyszczak, Controlling Dominance in European Markets, Fordham International Law Journal (Vol 33, Issue 6), 2011

Kurt E. Markert, The Control of Abuses by Market-Dominating Enterprise under German Antitrust Law, Cornell International Law Journal(Vol. 11), Issue 2 Summer 1978

Rafael Allendesalazar Corcho, Can We Finally Say Farewell to the "Special Responsibility" of Dominant Companies?, 2007 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings

Abstract

A Study on

Special Responsibility

of Dominant Undertaking

Kim Hyunmin

Department of Law, Competition Law

The Graduate School

Seoul National University

This thesis is a study on special responsibility of dominant undertaking subject to regulations on abuse under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereinafter referred to as the Korean competition law). There is no explicit definition of special responsibilities of dominant undertaking in the Korean competition law, therefore any discussion on this issue has not been made in Korea. However, in Europe, where the laws of abuse are considered similar to ours, special responsibility of the higher duties of care not to aggravate the competition in the market has been accepted since the judgement of Hoffmann-La Roche was made in 1979 and the concept of special responsibility was admitted in the Guidance on the Commission's en-

enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, which was established in 2009. This study is aimed to find out whether the special responsibility of dominant undertaking would be allowed by interpreting the Korean competition law and, in turn, why the special responsibility of dominant undertaking is allowed.

First of all, this thesis identifies the purpose of regulating abuse of market dominant position under the Korean competition law. Following this, we will first review the country's abuse regulations and the performance of its implementation since the system of abuse regulations started.

It also provides an in-depth introduction and assessment of the 2007 POSCO decision, which was made on the abuse of market dominant position by the first full bench of the Supreme Court of Korea. Also, the review of domestic laws is not sufficient to analyze the purpose of the abuse regulation, so we deal with the abuse regulations in the United States, the European Union and Germany, and discuss how to understand the purpose of the abuse regulations for each legislation.

Next, we look at how special responsibility of dominant undertaking has been introduced and specified in Europe. In detail, we introduce the European Court's judgement of Hoffmann-La Roche (1979), Michelin I (1983), British Airways (2007), Intel (2017) and the concept of abuse under the Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. Later, we look at Germany's or-

do-liberalism as a theoretical basis for which special responsibility was accepted in Europe, and explain our law can be interpreted effectively by ordo-liberalism. We then discuss what special responsibility means in Korean competition law. First, we introduce a discussion on the legal nature of special responsibility and then prove it reasonable to consider special responsibility as the factor of illegality under Korean competition law. We also show that this idea allows the magnitude of responsibility to be proportional to the magnitude of control and can be harmonized with an effect-based approach.

Based on the above discussions, a critical review of Korea's practice of regulating abuse is conducted. Specifically, the Fair Trade Commission's decision on Oracle case (2015), the court's decisions on POSCO (2007), the Agricultural Cooperative Federation (2009) and the eBayGMarket (2008) are analyzed and what conclusions could be reached if special responsibility was applied to each enterpriser.

Finally, above discussions conclude that special responsibility of dominant undertakings can be fully admitted through interpreting Korean competition law and I proposed that the objective definition of abuse and the content of special responsibility should be included in the guideline on examination of abuse of market dominant position for clarification. These efforts are meant to clarify the standard for the conduct of the enterpriser and to help reconsider the Fair Trade Commission's enforcement for abuse of market dominant position, which has shrunk since the court made the decision on POSCO.

keywords : special responsibility, dominant undertaking, abuse of market dominant position, hindering abuse, concept of abuse,

unreasonableness, illegality

Student Number : 2003-21976