

온라인간행 ISSN 2466-0515

법경제연구

제4호 2022. 2.

[논문]

시장지배력 남용으로서 착취남용

이미주/ 부산지방국세청 변호사

부산대학교 혁신경쟁법센터

본 간행물(ISSN 2466-0515)은 부산대학교 혁신경쟁법센터가 학술 목적으로 온라인으로 전자 발간하는 비매품이며 저작권법에 따라 저작권자의 동의 없이 무단 전재·복제는 금지됩니다.

이 논문은 2021년 8월 법경제연구 제3호에 수록된 논문으로서, 권장 인용법은 다음과 같습니다.

이미주, “한국 판례상 불공정거래행위의 위법성 판단기준과 시장지배력 남용행위의 위법성 판단기준의 비교 고찰,” 법경제연구(2022. 2)

시장지배력 남용으로서 착취남용

이 미 주*

요 약

착취남용 규제는 가격에 대한 여러 가지 난점이 있음에도 불구하고 소비자 이익 및 경쟁의 관점에서 필요하다. 다만 구체적인 법 집행상 나타나는 문제점들을 개선하기 위하여 입법적 개선이 필요하고, 프라이버시와 경쟁법의 관계 등 빅데이터와 관련한 착취남용에 관하여도 지속적인 관심을 가질 필요가 있다.

<주제어> 가격 남용, 출고 조절, 소비자 이익 저해, 착취 남용, 프라이버시, 빅데이터

목 차

- I. 머리말
- II. 착취남용의 유형과 법리
- III. 빅데이터 관련 프라이버시와 착취남용 문제
- IV. 맺음말

* 부산지방국세청 변호사 (부산대학교 법학전문대학원 박사과정).

I. 머리말

착취남용은 거래상대방으로부터 유효경쟁의 상태에서는 상정할 수 없는 이익을 얻어내는 남용행위로서, 이론상으로는 공급 측면에서 시장지배력을 가진 사업자가 유효경쟁이 이루어지고 있는 시장에서라면 유지되기 어려운 가격이나 거래조건을 정함으로써 소비자를 비롯한 거래상대방의 정당한 이익을 침해하는 행위를 말한다. EU 경쟁법에서도 이러한 규제가 이루어지고 있는데, EU는 가격남용 뿐만 아니라 거래조건남용도 그 대상으로 하고 있는 반면 우리나라는 가격남용 및 출고조절로 제한되어 있다. 이러한 입법은 기업의 입장에서 노골적으로 가격남용행위를 할 경우 여론의 거센 반발을 초래할 가능성이 크기 때문에 거래조건을 통해 착취행위를 할 수 있다는 문제점이 있다.

공정거래법은 이처럼 거래조건에 대한 착취남용행위를 규제하는 데는 한계가 있지만 우리나라 공정거래법에는 거래상 지위남용이라는 독특한 규정이 있어 전체적으로 본다면 법 적용범위가 좁은 것은 아니다¹⁾. 착취남용의 규제에 대해서는 그 필요성과 정당성, 그리고 독점규제법의 해석과 관련하여 논쟁이 있는 것은 사실이다. 그러나 한국의 독점규제법은 독과점 그 자체를 금지하지 않고 그로 인한 남용행위만을 금지하는 폐해규제주의를 취하고 있기 때문에 착취남용에 대한 규제가 시장지배적 지위 남용 규제의 중요한 부분을 차지하고 있고, 한국은 주요 산업의 시장집중 현상이 심하여 착취적 행위의 우려가 상대적으로 크기 때문에 착취남용의 규제를 완전히 도외시하는 것은 바람직하지 않다²⁾. 이에 본 글에서는 착취남용의 개념과 규제의 내용, 그 구체적인 사례와 개선방향 전반에 대하여 살펴보고자 한다.

1) 조성국, “공정거래법의 선진화 방안”, 공정경쟁연합회, 2017, 18-19면

2) 이기중, “시장지배적지위 남용행위로서의 가격남용과 출고조절행위”, 상사판례연구, 2006, 316면

II. 착취남용의 유형과 법리

1. 가격남용

가. 공정거래법(이하 ‘법’이라고 한다.) 규정과 가격남용의 요건

법 제3조의2 제1항 제1호는 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정, 유지 또는 변경하는 행위를 금지하고 있다. 동법 시행령은 정당한 이유없이 상품의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사사업종이 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우로 규정한다.

법 및 동법 시행령에 따르면 어떠한 사업자의 가격 책정이 가격남용에 해당하기 위해서는 ①당해 사업자가 관련시장에서 시장지배적 지위를 가질 것, ②시장 지배적 사업자가 가격을 경정, 유지, 변경하는 행위를 할 것, ③가격의 결정, 유지, 변경행위가 부당할 것을 요건으로 한다.

나. 착취남용 중 가격규제에 대한 논쟁

1) 가격규제에 대한 부정적 시각³⁾

경쟁당국이 독점가격의 책정 그 자체를 문제 삼는 것에 대하여 바람직하지 않다고 보는 견해는 다음과 같은 점을 근거로 제시한다.

첫째, 독점가격이란 심각한 진입장벽만 없다면 신규진입을 유인하여 중국에는 가격을 다시 경쟁수준으로 떨어뜨리게 된다는 의미에서 자기교정적 성격을 가지고, 경쟁법의 개입은 이러한 동태적 경쟁과정을 왜곡시킬 뿐이다. 특히 경쟁당국에 의한 가격인하는 당장 소비자에게는 이익이 될지 모르지만 잔존경쟁과 신규

3) 이봉의, “독과점시장과 착취남용의 규제”, 경쟁법연구 제22권, 2010, 124-125면

진입을 저해할 우려가 있다.

둘째, 착취가격의 판단기준이 불확실하고 경쟁당국이 가격이나 비용정보를 충분히 확보하기도 어려우며, 여러 품목을 생산하는 기업은 품목별 공통비를 배분하는 작업이 매우 자의적일 수 있다. 설사 비용에 비해 높은 이윤을 누리고 있다 하더라도 그 원인이 시장지배력이 아니라 뛰어난 효율성일 수도 있다.

셋째, 막대한 투자를 요하거나 기술혁신이 매우 중요한 산업에서 위험을 수반하는 R&D나 혁신을 창출하기 위해서는 오히려 충분한 초과이윤이 허용될 필요가 있을 뿐만 아니라, 시장지배적 사업자가 초과이윤을 누리더라도 이것은 사회 전체의 후생을 감소시키는 것이 아니라 소비자후생이 생산자후생으로 이전되는 것에 불과하다. 아울러 착취납용의 규제 필요성을 인정하더라도 과도하게 높은 가격인지 여부를 판단할 규범적 기준을 마련하기가 쉽지 않고 적절한 수준의 마진을 산출하기 곤란하여 가격인하명령의 실효성도 담보하기 어려우며 그밖에 적절한 시정조치를 강구하기 어렵다.

2) 가격규제가 필요하다는 시각⁴⁾

현실적으로 상당한 수준으로 장기간에 걸쳐 존속하는 진입장벽이 존재하여 독점가격이 신규진입을 유인할 수 없는 경우에는 가격의 자기교정기능이 작동하지 않는다. 독과점적 시장구조가 장기간 고착되어 있는 시장에서 독점적 지위나 과점의 상호의존성으로 인하여 가격이 현저하게 경쟁수준을 벗어나서 유지되는 경우에는 사전 또는 사후규제 방식으로 가격규제가 이루어질 수밖에 없다.

특히 자연독점산업⁵⁾에서 요금인가 등 특별법에 의한 사전규제가 부재하거나 제대로 작동하지 않는 경우에는 경쟁당국의 착취납용규제가 여전히 보충적으로 적용될 필요가 있다. 이미 독점사업자에 대하여 요금규제 등 사전규제가 폭넓게

4) 이봉의, 전제논문, 125-126면

5) 기업이 의도하지 않은 외적인 조건에 의해 시장기능에 따라 자연발생적으로 형성된 독점을 의미. 자연독점이 발생하는 원인은 ① 규모의 경제 등 기술적 조건이 크게 작용하는 산업분야, ② 산업의 성질상 투자규모가 대규모화 하지 않을 수 없는데 반해 시장규모가 협소한 경우, ③ 특히 등제도적인 조건에 의해 생산방법이 배타적으로 사용되거나 자연적인 조건에 따라 주요원료의 공급원이 독점되는 등의 경우임. 공정거래법은 자연독점 여부에 관계없이 사업자가 법률에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 동 법 적용을 배제하고 있음. (공정거래위원회>기타서비스>전문용어사전)

이루어지는 때에는 설사 인가요금이 지나치게 높은 경우에도 독점규제법상 착취납용으로 문제 삼기 어렵지만, 집단에너지사업과 같이 법률상 지역독점⁶⁾이 보장되는 반면 독점가격의 책정에 요금인가 등 아무런 사전규제가 부과되지 않는 경우에는 독점규제법상 사후적인 착취납용 규제가 중요한 의미를 갖게 된다.

3) 소결⁷⁾

착취납용으로서의 가격납용 여부에 대한 판단이나 비용의 산정이 쉽지 않은 것은 사실이지만 이러한 문제는 독점규제법이 금지하는 다른 경쟁제한행위인 약탈적 가격, 조건부 리베이트, 끼워팔기 등의 위법성 판단에서도 마찬가지로 제기되는 것으로서 착취납용에 국한되는 것은 아니다.

신규진입에 대한 법적, 사실적 장벽이 존재하지 않고 현재의 독점이윤이 장기간 유지될 개연성이 크지 않은 경우에 착취납용 규제가 불필요할 수는 있다. 그러나 규제산업과 같이 대체로 이러한 전제조건이 충족되지 않는 시장에서는 경쟁당국이든 규제당국이든 경쟁시장에서는 상정할 수 없는 과도한 가격책정에 대하여 적극적 개입이 불가피하다. 이때 가격규제를 경쟁당국이 맡아야 하는지, 별도의 산업별 규제기관이 보다 효과적으로 감독할 수 있는지는 별개의 문제이고, 이들 규제기관 역시 비용이나 적정이윤을 산출하기 어려운 것은 마찬가지여서, 적어도 사전적 가격규제가 효과적으로 작동하지 않는 경우에는 경쟁당국이 사후적으로 착취납용을 규제할 정당성을 가진다.

착취납용을 규제하는 것은 초과이윤 그 자체를 금지한다거나 효율성에서 비롯된 초과이윤을 금지하려는 취지가 아니고, 가격이 과도하게 높은지, 그리고 그것이 부당한지에 대한 판단이 어렵기 때문에 그 효과가 명백하고 현저한 경우에 한하여 예외적으로 이를 규제할 필요가 있다. 착취납용 규제는 일반적인 가격규제 수단이 아니라 매우 엄격한 경쟁법적 요건 하에 소비자이익을 보호하기 위한

6) 특정상품이나 용역의 시장이 지역적으로 독점되어 있는 것을 말함. 통상 전력, 수도, 철도 등 규모의 이익에 의한 자연독점 상태에 있는 산업의 경우가 대부분 이에 해당됨. 지역독점을 형성하고 있는 공공사업의 경우 시장에서의 가격기능이 성립하기 어렵기 때문에 국가가 그 요금에 대하여 규제하고 있으며 이러한 산업의 경우 X-비효율문제(정부가 독점 공급하기 때문에 생기는 문제)가 발생할 가능성이 큼. (공정거래위원회>기타서비스>전문용어사전)

7) 이봉의, 전제논문, 126-127면

최후의 수단인 것이다.

다. 가격남용에 관한 법 규정의 문제점

법 제3조의2 제1항 제1호는 가격의 부당한 결정, 유지, 변경이라고 규정함으로써 가격남용의 행위 양식을 비교적 폭넓게 포섭하고 있는 반면, 동법 시행령 제5조 제1항은 ‘정당한 이유없이 상품의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우’로 한정하여 규정하고 있다. 그 결과 가격의 인상이나 인하와 같은 가격 변동에 대해서만 적용될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이에 대한 해석론으로 아래와 같은 점을 상정할 수 있다.

첫째 엄격한 문리적 해석에 기초하여 법에서는 가격의 부당한 결정, 유지 또는 변경을 정하였음에도 불구하고 그 하위법령인 시행령에서 수급이나 공급비용의 변동에 비하여 가격을 ‘상승’ 또는 ‘하락’시키는 경우만을 규정하고 있는 이상 시장지배적 사업자의 최초 가격설정이나 가격유지에는 착취남용의 금지가 적용될 수 없다.

둘째 법 규정이 가격의 결정, 유지 또는 변경을 폭넓게 규정하고 있는 이상 시행령에 규정된 상승 또는 하락의 개념도 착취남용의 규제에 맞게 가격의 책정과 유지를 포섭할 수 있도록 해석해야 하므로 착취가격은 가격의 실질적 인상뿐만 아니라 가격의 설정, 유지에 대해서도 성립할 수 있다⁸⁾.

경제법령은 특정한 목적을 실현하기 위한 수단의 성격을 가지기 때문에 경제법령에 대한 해석도 목적론적, 기능적인 관점에서 이루어질 필요가 있다는 점을 강조한다면 가격의 실질적 인상뿐만 아니라 가격의 설정, 유지에 대해서도 성립할 수 있다는 두 번째 해석이 타당하다고 볼 수 있다.

라. 위법성 판단 : 가격책정의 부당성⁹⁾

8) 이봉의, 전계논문, 138면

9) 이봉의, 전계논문, 141면

1) 부당성 판단기준

가격책정의 부당성을 판단하기 위하여 “비용-가격 테스트”가 사용되고 있기도 하지만 급부와 반대급부의 적정성을 판단하는 절대적이고 객관적인 기준은 존재하지 않는다. 다만 시장경제 하에서 가격의 정당성은 경쟁을 전제로 한다는 점에서 이론상 경쟁의 수준에서 벗어난 가격을 착취남용으로 포착하는 단서로 상정할 뿐이다. 가격결정 여부를 판단하는 기준을 설정하는데 이론적으로 경쟁가격이나 경쟁유추가격을 산정하는데 여러 가지 기준이 제시되기는 하였지만 어느 것도 현실적으로 적용하는데 한계가 있다.

그러나 무엇보다도 현행 독점규제법의 틀에 포섭될 수 있는지 여부가 올바른 해석의 출발점이 되어야 할 것이다. 동법 시행령은 수급변동이나 공급비용의 변동에 비추어 가격수준의 적정성을 파악함으로써 과도한 이윤을 막고자 한다. 그렇다면 먼저, 시장지배적 사업자가 책정한 가격이 과도한지, 즉 착취에 해당하는지 여부는 동법 시행령 제5조 제1항이 정하고 있는 수급변동이나 공급비용의 변동을 일차적으로 고려하여 판단한다. 이는 곧 수급변동이나 공급비용의 변동에 비추어 가격에서 비용을 뺀 금액이 지나치게 높은지 여부를 판단하는 과정이다.

2) 수급변동이나 공급비용의 변동을 기준으로 할 경우의 문제점

그런데 위 ‘공급비용’은 몇 가지 문제점이 있다. 비용의 정확한 산정이 어렵고, 비용 중 어떤 요소를 고려해야 하는지도 명확하지 않으며, 비용조작을 통한 규제 회피가 상대적으로 용이할 수 있다. 그 결과 정확한 비용산정을 강조할 경우 자칫 관련 사업자의 모든 시장행위를 감독하게 되고, 비용산정의 불확실성을 폭넓게 용인할 경우 남용판단이 자의적으로 내려질 수 있다. 또한 유효 경쟁이 지배하는 시장에서도 기업들의 이윤율은 제각각이어서 그 폭에 객관적인 한계를 정하기가 어렵다.

이러한 맥락에서 시행령이 인접시장과의 비교를 통하여 가격의 부당성을 추론할 수 있는 여지를 남기고 있는 점은 중요한 의미를 갖는다. 원래 ‘비교시장기준’이란 상품, 지역 및 시간적 차원에서 지배력이 없으면서 매우 인접하고 유사한

시장에서의 가격과 비교하는 방법으로서, 경우에 따라서는 시장지배적 사업자의 다른 경쟁시장에서의 가격행태를 비교할 수도 있다. 이때 착취와 관련된 사업자와 무관한 비교시장의 객관적, 구조적 징표만을 고려하여야 하고 이러한 징표는 유효경쟁 하에서도 가격을 높게 형성하게 하는 요소, 이를테면 특정기업에 고유한 비용요소를 고려대상에서 제외하는 의미를 갖는다.

그런데 비교시장을 기준으로 하는 것도 착취 여부 판단의 절대적인 기준이 되기는 어렵다. 실제 착취 여부가 문제된 시장과 비교시장 간에는 어쩔 수 없이 비용뿐만 아니라 여러가지 면에서 차이가 존재할 수밖에 없기 때문이다. 이처럼 시행령상 공급비용을 기준으로 하는 방법 또는 비용에서 가격을 뺀 금액을 기준으로 하는 방법은 근본적으로 적정 이윤율을 전제로 하는 것으로서 그 타당성에 의문이 제기될 수 있는데, 시행령을 해석, 적용함에 있어서 원칙적으로 비교시장 기준을 기초로 하고 보충적으로 공급비용기준을 고려하거나, 사안에 따라서 양자를 탄력적으로 고려할 수 있는 방향으로 관련 규정을 개정하는 것이 바람직한 것이다.

마. 가격남용에 대한 사례

공정거래위원회는 주로 원가 내지 원가 상승률을 현저시 상회하여 가격을 인상하는 경우에 한하여 남용을 문제 삼아왔고, 가격남용의 위법성 판단에 관한 법원의 판결은 아직 없다¹⁰⁾.

1) 해태제과 등 제과3사 사건

가격남용에 대한 최초의 사례로서 해태제과(주) 등 제과업체 3사가 제품의 가격은 그대로 둔 채 제품의 용량을 감소시켜서 가격을 인상한 것과 동일한 결과를 초래한 행위에 대하여 비스킷류 시장에서의 시장지배적 지위를 남용하여 가격을 인상한 행위로 보아 규제하였다(1992. 1. 15. 의결 제92-1호, 제92-2호, 제92-3호). 법원의 판결은 없다.

10) 공정거래법의 선진화 방향, 공정경쟁연합회, 2017, 26면

2) 비씨카드 등 사건

BC카드와 12개 회원은행, 엘지카드, 삼성카드가 IMF외환위기 후 조달금리 상승 및 위험도 증가 등을 이유로 현금서비스 및 할부수수료율과 연체이자율을 인상한 이우 원가요인의 현저한 변동으로 인하여 이들 수수료율을 대폭 인하할 수 있음에도 불구하고 오히려 이를 인상 또는 그대로 유지하거나 소폭 인하하는데 그친 행위에 대하여 착취남용을 인정하였다(2001. 3. 28. 의결 제2001-40호).

다만 동 심결은 대법원에 의해 취소되었는데, 여기서는 가격결정의 부당성 여부를 다루지 않고 BC카드와 12개 회원은행들을 하나의 사업자로 보아 엘지카드 및 삼성카드와 함께 BC카드와 12개 회원은행을 시장지배적 사업자로 판단한 부분을 받아들이지 않았다(대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두6283 판결). 동 판결은 가격남용에 관한 최초의 유일한 것이라는 점에 의의가 있으나, 남용판단을 위한 선결문제인 시장지배적 지위 자체를 부인함으로써 가격결정의 부당성에 관하여는 달리 기준을 제시하지 못하였다는 한계가 있다.

바. 소결 : 가격남용 규제의 개선할 사항

가격의 형태가 아닌 다른 거래조건이 가격에 직접적으로 영향을 미치는 경우 가격남용으로 규정할 수 있으므로 가격남용의 규제 대상에 ‘거래조건’의 부당한 책정을 포섭하기 위하여 법 제3조의2 제1항 제1호 ‘가격이나 용역의 대가를’을 ‘가격이나 용역의 대가 또는 거래조건을’로 개정하는 방법이 있다.

또한 부당성 판단에 있어서 공급비용 기준이나 비교시장 개념, 기타 고려요소를 종합적으로 고려하기 위하여 법 제3조의2 제1항 제1호를 유효경쟁에서는 형성될 수 없는 가격인지 여부를 핵심적인 금지요건으로 삼는 것이 타당할 것이다.

이러한 취지에서 시행령 제5조 제1항을 “법 제3조의2 제1항 제1호의 규정에 의한 가격이나 거래조건에 부당한 결정, 유지 또는 변경은 정당한 이유 없이 상품의 가격이나 용역의 대가 또는 ‘거래조건’을 ‘유효경쟁에서 형성될 수준과 현저히 다르게 정하는 행위’로 한다”로 개정하면 수요지배적 사업자의 지나치게 낮은

공급가격 책정행위를 포섭할 수 있는 장점이 있다¹¹⁾.

나아가 법적용의 안정성과 정당성을 위하여 법령의 문언과 그 체계에 대하여 지속적인 보완이 필요할 것이나, 현재 법령 및 고시에서 정하는 기준만으로는 정밀한 경제적 분석을 요하는 가격의 현저성 또는 근소성을 판단하기에 미흡한 점이 있으므로, 착취남용으로서의 가격결정행위 규제 경험이 있는 EU나 독일에서 개발된 비용기초적인 분석, 유사시장과의 비교분석 방법을 판단기준의 형태로 도입하여 규정할 필요가 있다¹²⁾.

2. 출고조절

가. 출고조절의 의미

출고를 조절하는 행위란 당해 품목의 생산 또는 판매를 중단, 감축하거나 출고를 증감시키는 행위를 의미한다¹³⁾. 부당한 출고조절은 부당한 가격결정을 실현하기 위한 수단으로 행하여지는 경우가 많다¹⁴⁾.

독점규제법(이하 ‘법’이라 한다) 제3조의2 제1항 제2호에서는 ‘시장지배적 사업자는 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위를 해서는 안 된다’라고 규정하고, 동법 시행령 제5조 제2항은 출고조절 행위를 두 가지 유형으로 규정하고 있는데, ‘1. 정당한 이유없이 최근의 추세에 비추어 상품 또는 용역의 공급량을 현저히 감소시키는 경우’와 ‘2. 정당한 이유없이 유통단계에서 공급부족이 있음에도 불구하고 상품 또는 용역의 공급량을 감소시키는 경우’가 그것이다.

나. 출고조절의 부당성

11) 전송범, “시장지배적 지위남용 규제에 관한 연구”, 전남대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2013, 146면

12) 전송범, 전제논문, 147-148면

13) 전송범, 전제논문, 147면

14) 권오승, “시장지배적사업자의 지위남용행위”, 공정거래, 경제기획원, 1989, 95면

1) 부당성 판단 기준

사업자는 시장 상황이나 경기 변동에 따라 상품이나 용역의 생산량 또는 판매량을 조절할 수밖에 없기 때문에 당해 상품의 수급상황, 생산능력 등에 비추어 그 조절행위가 통상적인 수준을 벗어나지 않는 경우에는 문제가 되지 않고 통상적인 수준을 현저하게 벗어나서 가격 인상이나 하락 방지에 중대한 영향을 미치거나 수급의 차질을 초래할 우려가 있는 경우에는 부당성이 인정될 수 있다. 물가 불안 심리에 의한 일부 유통업자의 매점매석 행위와 소비자의 사재기와 같은 비정상적인 수요에 응하여 공급량을 증대할 것까지 요구되는 것은 아니며 향후의 공급부족 파동에 대비하기 위하여 일시적으로 출고량을 다소 감소시키는 행위는 합리적 기업경영행위로 보아 허용될 수 있을 것이다¹⁵⁾

2) 부당성 판단기준의 문제점과 개선방안¹⁶⁾

출고조절 행위에 관하여 법 제3조의2 제1항 제2호는 ‘상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위’라고 규정하고 있는데 동법 시행령 제5조 제2항 제1호에서는 공급량의 현저한 감소를 행위의 표지로서 제시하고 있고, 같은 항 제2호에서는 유통단계에서 공급부족 상황을 전제로 하여 공급량의 단순한 감소의 경우에도 출고조절행위가 될 수 있다고 규정하고 있다.

그런데 출고조절행위의 경우 구체적인 경제적 상황의 변화에 기인한 사업상의 부득이한 필요로 인하여 취하여지는 측면도 있기 때문에 일정한 기준을 충족하는 공급량의 감소로 나타나는 출고조절행위가 위법하다는 평가를 받기 위해서는 그것만으로 부족하고, 출고량의 제한이 당해 시장의 가격탄력성 등에 비추어 시장 메커니즘에 의한 가격상승이 초래되어 착취적이라고 이해될 수 있는 이득 발생의 가능성이 인정될 수 있어야 한다.

고시에 나타난 기준에서는 일정기간 이내의 해당 품목의 가격인상 여부, 일정기간 내의 당해 품목에 대한 매출액 또는 영업이익의 증가 여부, 일정기간 이내의

15) 전송법, 전제논문, 148면

16) 홍대식, “시장지배적 지위 남용행위의 판단기준 개선방안”, 경쟁법연구 제21권, 2010, 148면

당해 사업자의 유사 제품 출하 여부 등을 공급량 감소의 현저성 판단의 고려사항으로 제시하고 있지만, 이러한 기준을 충족한다고 하여 착취남용으로서의 위법성을 징표한다고 보기는 어렵다.

따라서 출고조절행위에 특유한 위법성 판단 기준을 개발할 필요가 있다. 그러한 기준의 예로서 일명 제일제당 사건에서 대법원이 정립한 ‘통상적인 수준을 벗어나서 가격의 인상이나 하락의 방지에 중대한 영향을 미치거나 수급 차질을 초래할 우려가 있는지 여부’를 참조할 수 있을 것이다.

다. 사례

1) 남양유업 사건

조제분유 시장에서 50%의 점유율로 시장지배적 사업자인 남양유업(주)가 1997년 말 외환위기로 인한 환율 급등에 따라 설탕, 분유 등 수입원자재 가격이 큰 폭으로 오르고 제조업체에 대한 유통업체의 의존성이 점차 커지는 상황을 이용하여 자사가 생산하는 제조분유의 출고량을 조절하였다.

공정거래위원회는 조제분유 재고량이 늘어나고 출고량이 감소된 점, 공급받는 자들은 조제분유 재고량이 부족함에도 남양유업(주)가 주문을 하지 못하게 하여 공급을 받을 수 없었고, 시중에 품귀현상이 일반적으로 빚어졌음이 인정되는 점, 원가에 반영하여 판매될 경우 이전의 낮은 환율 하에서 생산된 제품이 원가상승분 만큼 이득을 볼 수 있는 상황인 점 등을 종합하여 부당한 출고조절행위에 해당한다고 판단하였다

그러나 법원은 출고제한 행위 자체는 인정하였으나 남양유업(주)의 경제적 동기가 출고를 제한함으로써 발생할 수 있는 가격 상승에 따른 이익을 추구하는 것은 아니라는 점에서 부당성을 부인하였다(대법원 2001. 12. 24. 선고 1999두 11141판결). 법원이 지적한 바와 같이 동 심결은 출고조절 자체만을 밝히고 있을 뿐이며, 출고조절을 통해 남양유업(주)이 의도하는 경제적 효과와 이를 달성할 수 있는 메커니즘에 대한 분석이 철저하지 못했다는 평가를 받는다.

2) 제일제당 사건

제일제당(주)은 1997. 12. 8.부터 12. 20.까지 주문 물량의 68.9%로 출고량을 제한하였고, 이 기간 중 같은 해 12. 1.부터 12. 6. 동안의 일일 평균 출고량의 65.6%, 1996년도 및 1997년도 연평균 일일 판매량의 각각 83.6%, 74.1%만을 출고하였다. 공정거래위원회는 1997. 12.에는 환율급등으로 인해 대두유 제품에 대한 가격불안 심리가 시중에 확산되어 대두유 수요가 급증한 상태였음에도 출고량은 감소한 반면 재고량은 계속 증가한 점, 출고조절 기간 중 제일제당(주)이 대두유 출고량을 제한할 수밖에 없었던 불가피한 경영상 이유가 발견되지 않는 점, 제일제당(주)의 행위는 위 출고조절 기간 중 대두유 출고량을 줄이는 대신 이를 설날 수요에 대비하기 위한 선물세트 생산에 충당함으로써 설날 전 성수기에 가격인상요인이 최종 반영된 가격으로 판매하기 위한 부당한 출고조절 행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 법원에서는 비교기간 동안 출고량 감소 정도가 현저하다고 할 수 없는 점, 비교기간 자체가 비교기준으로 타당한 것으로 단정하기 어려운 점, 출고량을 다소 조절한 것은 합리적 기업경영행위로 보이는 점, 원고가 가격인상 효과를 극대화하거나 가격인상 후의 대량출고를 목적으로 출고를 조절하였다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 부당한 출고조절행위라고 볼 수 없다고 판단하였다(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두9991 판결).

법원의 판단과 같이 공정거래위원회의 심결은 상품 또는 시장의 특수한 상황에 대한 분석이 미비했고, 상품의 구매에 대한 특징과 출고조절에 대한 종합적 고려가 미흡했다는 지적을 받는다.

3) 신동방 사건

신동방은 출고조절 기간 동안에 동 기간 직전의 대두유 일일 평균판매량 대비 38.3%만을 출고하였고, 동 기간 직후의 판매량 대비 16%만을 출고하였다. 공정거래위원회는 환율급등으로 대두유 제품에 대한 가격 불안심리가 시중에 확산되어 대두유 수요가 급증한 상태였음에도 출고조절 기간 중 신동방의 대두유 판매

량은 오히려 감소한 반면, 대두유 재고량은 계속 증가한 점, 출고량 조절을 할 수 밖에 없었던 불가피한 경영상의 이유가 발견되지 않는 점, 설날 성수기 수요에 인상된 가격으로 대응하기 위한 영업전략에 의한 것이라고 보이는 점을 고려하여 부당한 출고조절행위에 해당한다고 판단하였다.

서울고등법원은, 판매조절 여부는 일일 판매량이 평상시에 비해 급격히 감소하였던 기간을 산정하여, 다른 날과의 대비를 통하여 그 기간 동안 판매량을 조절하는 행위가 있었는지 여부를 보고, 나아가 그와 같은 판매량 감소가 있는 기간을 전후한 무렵에 존재하였던 사정을 종합하여 볼 때 부당한 출고조절행위라고 판단하였고, 대법원은 위 제일제당(주) 사건에서와 달리 출고량 감소폭이 크고 출고량 감소 이후 영업이익이 급증한 점 등을 고려하여 부당성을 인정하였다(대법원 2000. 2. 5. 선고 1999두10964판결).

라. 소결 : 출고조절 규제에 대한 개선점

공급량 감소로 나타나는 출고조절 행위가 위법하다는 평가를 받기 위해서는 그것만으로는 부족하고 출고량의 제한이 당해 시장의 가격탄력성 등에 비추어 시장 메커니즘에 의한 가격상승이 초래되어 착취적이라고 이해될 수 있는 이득 발생 가능성이 인정될 수 있어야 한다. 왜냐하면 출고조절 행위의 경우 구체적인 경제적 상황의 변화에 기인한 사업상 부득이한 필요로 인하여 취하여지는 측면도 작용할 수 있기 때문이다.

고시에 나타난 기준에서는 일정기간 이내의 해당 품목의 가격인상 여부, 일정기간 내의 당해 품목에 대한 매출액 또는 영업이익 증가 여부, 일정기간 이내의 당해 사업자의 유사제품 출하 여부 등을 공급량 감소의 현저성 판단의 고려사항으로 제시하고 있지만, 이러한 기준을 충족한다고 하여 착취남용으로서의 위법성을 징표한다고 보기는 어렵다.

따라서 출고조절행위에 특유한 위법성 판단 기준을 개발할 필요가 있고, 기준 사례로서 제일제당(주) 사건에서 대법원이 정립한 ‘통상적인 수준을 벗어나서 가격의 인상이나 하락의 방지에 중대한 영향을 미치거나 수급 차질을 초래할 우려가 있는지 여부’를 참조할 수 있다¹⁷⁾.

3. 소비자 이익 저해행위

가. 소비자 이익 저해행위의 의미

공정거래법(이하 ‘법’이라 한다) 제3조의2 제1항 제5호 후단의 소비자 이익 저해행위에 적용되기 위해서는 ① 시장지배적 사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위의 존재, ② 소비자 이익 저해 정도의 현저성, ③ 그 행위의 부당성이 인정되어야 한다.

1) 소비자 이익¹⁷⁾

소비자 이익 저해행위에서 소비자 이익의 의미에 대한 논의가 있다.

가) 법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 규정을 동조 제1호 내지 제5호 전단의 규정을 보충하는 것으로 보는 견해

시장지배적 지위의 남용 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 하는 공정거래법 제1조의 구조와 입법 취지에 근거하여 경쟁과정과 그 기능의 보호에 의하여 간접적으로 보호되는 소비자의 이익도 모두 포함한다.

나) 동 규정을 제1호 및 제2호를 보완하여 소비자에 대한 착취남용을 금지하는 별도의 구성요건으로 보는 견해

법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 규정은 시장지배적 사업자가 직접적으로 소

17) 홍대식, 전제논문, 148면

18) 양대권, “부당한 소비자이익의 현저한 저해행위’에 대한 고찰”, 경쟁법연구 제33권, 2016, 107-108면

비자이익을 저해하는 행위를 금지함으로써 여타의 소비자 관련 법령이 포섭하기 어려운 문제를 보완하고 있다는 점에서 그 의의를 찾기 때문에 경쟁 과정과 그 기능의 보호에 의하여 간접적으로 보호되는 소비자의 이익은 제외된다.

그리고 동 규정에서 말하는 소비자 이익이란 규범적으로는 소비자의 자유로운 선택권이나 부수적인 편의성 등 여러 가지 형태를 띌 수 있고 과도한 가격인상이나 제품의 품질 또는 다양성 저하, 혁신 감소, 소비자 선택권 침해 등의 예를 들 수 있다. 나아가 위 규정에서 보호하는 소비자 이익을 소비자의 재산상, 신체상, 정신상 등의 이익이라고 보는 견해도 있다. 이 견해에 따라 소비자 이익을 분석하면, 원가변동에 비하여 현저히 높은 수준으로 가격을 결정, 유지 또는 변경하는 행위가 착취남용의 가장 전형적인 유형이고, 독점규제법은 이러한 행위를 가격남용행위로 금지하고 있고(법 제3조의2 제1항 제1호), 출고조절 역시 시장공급량을 감소시킴으로써 간접적으로 가격인상효과를 가져오는 등 시장지배적 사업자가 부당한 이익을 누리게 되는 경우에 금지(제2호)된다.

다) 소결

문제는 소비자에 대한 착취남용이 직접적으로 가격을 인상하거나, 출고량 조절을 통한 간접적 가격인상의 방법을 통해서만 행해지는 것은 아니고, 이 외에 소비자의 자유로운 선택권을 침해하거나 소비자의 이익을 저해하는 부당한 거래조건의 부과 등을 통해서도 소비자의 이익을 부당하게 침해할 수 있다는 점이다.

따라서 동조 5호의 소비자이익은 시장지배력 사업자의 존재로 인하여 경쟁이 상당히 제한되어 있는 상태에서 그 지배력의 남용으로 말미암아 현실적으로 침해될 수 있는 소비자의 구체적이면서도 포괄적인 이익을 의미한다. 이러한 점에서 동조 5호의 소비자이익 저해 행위는 1호, 2호에 포섭될 수 없는 경우를 보충하기 위한 것으로서 고유한 착취남용의 하나이다.

다만 이때 가격인상(직접, 간접) 외의 형태로 소비자이익저해행위에 포섭하는 작업은 공정위와 법원의 해석에 맡겨져 있고 실무적으로 이를 입증하기도 어렵기 때문에 소비자후생을 감소시키는 효과가 특히 명백하고 현저한 경우에 한하여 금지조항을 적용하는 방법으로 명확성을 담보할 수 있을 뿐이다¹⁹⁾.

요컨대 동 규정을 동조 제1호, 제2호를 보완하여 소비자에 대한 착취남용을 금지하는 별도의 구성요건으로 보는 것이 타당하므로 동 규정에서의 소비자이익을 독점규제법에 의하여 간접적으로 보호되는 소비자의 이익까지 포함하는 것으로 보는 것은 타당하지 않다. 그리고 시장지배적지위 남용 규제의 목적 등을 고려하여 보면 소비자의 신체상, 정신상 등의 이익은 독점규제법이 아닌 소비자기본법 등 다른 법률에 의해 보호하는 것이 적절하다. 따라서 동 규정에서의 소비자 이익이란 신체상, 안전상의 이익을 제외한 소비자의 자유로운 선택권이나 부수적인 편의성 등 비경제적 이익을 포함한다고 보아야 할 것이다²⁰⁾.

나. 이익저해 정도의 현저성²¹⁾

현저성이라는 개념 자체가 비교의 개념을 내포하고 있으므로 문제된 행위와 비교할 만한 거래조건 등을 찾아서 그 차이가 현저한지 여부를 판단하는 것이 적절한 방법이 될 수 있다.

일명 씨제이케이블넷 가야방송 사건(대법원 2010 .2. 11. 선고 2008두16407 판결)과 티브로드강서방송 사건(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결)에서 원심은 비교대상으로 소비자이익 저해행위 전후의 변화된 소비자 이익 상태를 상정하였으나, 대법원은 이는 해당 행위로 인한 소비자 이익 저해 그 자체를 파악한 것에 불과하므로 채택하지 아니하고 해당 행위가 없는 상태와의 객관적 비교방법을 채택하였다. 즉 대법원은 해당 행위로 인하여 변경된 거래조건을 유사 시장에 있는 다른 사업자의 거래조건과 비교하거나, 해당 행위로 인한 가격상승효과를 해당 행위를 전후한 시장지배적 사업자의 비용 변동의 정도와 비교하는 방법을 사용하여야 함을 제시하였다.

현저성 판단에서 객관적 비교방법을 택한 대법원의 판단은 적절한 것으로 평가할 수 있으나, 비교가능한 시장이 없는 경우도 있을 수 있고, 가격이 아닌 다른 요소에 기초한 소비자이익 저해 행위의 경우 가격상승효과를 비교하는 방법 사용하기 어려운 경우가 있을 수 있으므로 위 대법원의 판단은 일종의 예시로

19) 이봉의 “소비자 이익저해 금지의 위헌성”, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 2008, 264-266면

20) 양대권, 전제논문, 109면

21) 양대권, 전제논문, 115면

보고, 향후 판단 방법론을 정립하여야 할 것이다.

다. 부당성²²⁾

1) 법원이 제시한 기준

티브로드강서방송 사건(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결) 전에는 법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 부당성 판단기준을 실시한 판례가 없었고, 배제남용에 대한 부당성 판단기준을 실시한 판례들만 존재했는데, 이런 판례들은 판단 기준으로서 ①시장에서의 독점을 유지, 강화할 목적을 가지고 ②객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위(거래거절행위, 불이익강제행위, 배타조건부거래행위)를 하였을 때를 제시하였다.

그런데 티브로드강서방송 사건(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결)에서 법원은 기존의 판례와는 조금 다르게 판시하였는데 그 내용은 다음과 같다.

소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위의 부당성은 시장지배적 사업자지위 남용행위의 규제목적이 단순히 그 행위의 상대방인 개별 소비자의 이익을 직접 보호하고자 하는 데 있는 것이 아니라 독과점 시장에서 경쟁촉진과 아울러 시장지배적 사업자의 과도한 독점적 이익 실현행위로부터 경쟁시장에서 누릴 수 있는 소비자의 이익을 보호하고자 하는 데 있음을 고려할 때 시장지배적 사업자의 행위의 의도나 목적이 독점적 이익의 과도한 실현에 있다고 볼 만한 사정이 있는지, 상품의 특성, 행위의 성격, 행위기간, 시장의 구조와 특성 등을 고려하여 그 행위가 이루어진 당해 시장에서 소비자 이익의 저해의 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있는지 등을 구체적으로 살펴 판단하여야 한다. 다만, 시장지배적 사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위가 존재하고, 그로 인한 소비자이익의 저해정도가 현저하다면 통상 시장지배적 사업자가 과도한 독점적 이익을 취하고자 하는 행위로서 부당하다고 볼 경우가 많을 것이

22) 양대권, 전계논문, 116-118면

다.

2) 평가

가격납용, 출고조절행위와 마찬가지로 소비자이익의 현저한 저해행위는 독점력을 유지, 강화하기 위한 행위라기보다는 독점이윤 또는 초과이윤을 추구하는 행위라는 성격이 있기 때문에 독점력을 유지, 강화하기 위한 행위로서의 성격을 갖는 배제납용의 부당성 판단기준과는 다르게 보아야 하는 점, 착취납용에 대해서 주관적 의도나 목적을 요구하는 것은 과도하다는 비판이 있으나 소비자이익의 현저한 저해행위는 가격납용이나 출고조절행위에 포섭할 수 없는 소비자이익 저해행위를 규제하기 위한 보충적 규정으로서 그 행위유형이 다양할 수밖에 없고 그 행위자의 의도나 목적도 일률적으로 말할 수 없는 점을 고려하면 위 판결이 제시한 기준은 기본적으로 합당하다.

다만 위 판결이 ‘시장지배적 사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위가 존재하고, 그로인한 소비자 이익의 저해정도가 현저하다면 통상 시장지배적 사업자가 과도한 독점적 이익을 취하고자 하는 행위로서 부당하다고 볼 경우가 많을 것이다’라고 함으로써 주관적 의도나 목적에 관한 증명책임은 어느 정도 완화되었다고 볼 수 있다. 참고로 위 판결은 현저성과 부당성 판단의 선후에 대하여 현저성 판단을 먼저 하여야 함을 명시하였다.

라. 소결 : 소비자 이익 저해 규제의 개선점²³⁾

소비자 이익의 의미에 대하여 해석상 대립이 있고, 소비자 이익의 현저한 저해행위의 유형에 관하여는 시행령 및 고시에 대응되는 규정이 없다. 소비자 이익에 가격에 기초한 이익도 포함되는지, 그 이익이 소비자와의 거래에 있어 거래조건에 관련된 것이어야 하는지에 대하여 공정위는 가격에 기초한 이익도 포함하는 것으로 보아 내용상 가격결정행위에 해당하는지 판단하여야 할 사안에서 이 조항을 적용한 사례가 있다(소위 현대자동차, 기아자동차 사건, 공정위 1999.9.3.자

23) 홍대식, 전제논문, 149면

제99-130호 의결).

그러나 가격결정행위에 대하여는 법 제3조의2 제1항 제1호에 명시적이 규정이 있으므로 그 요건에 대한 입증이 어렵다는 이유로 제5호 후단으로 도피하는 것은 바람직한 법집행이라고 볼 수 없다. 따라서 소비자의 이익은 가격이 아닌 다른 요소에 기초한 것에 한정하여야 할 것이다. 또한 그것이 반드시 거래조건과 관련될 필요는 없다고 할 것이지만, 거래조건으로 환원될 수 있는 소비자 이익을 상정할 수 있음에도 소비자 선택권 제한이나 소비자 효용저하와 같은 추상적인 불이익 개념에 기대어 현저성 여부를 판단하는 것은 바람직하지 않을 것이다.

씨제이헬로비전 사건에 대한 대법원 판결이 문제되는 소비자의 이익이 채널편성 변경에 의한 거래조건의 문제임을 인식하고 유사 시장에서의 다른 사업자의 거래조건과의 비교를 현저성 판단의 중요한 요소로 제시하고 있는 것도 그러한 관점에 선 판시이다. 그럼에도 불구하고 마이크로소프트 사건의 예에서 보듯이 공정위는 가격 형태가 아닌 소비자 이익으로서 소비자 선택권을 많이 원용할 것으로 보이는데 이는 규범적으로 판단될 소지가 많은 개념이므로 가급적 비교대상을 찾을 수 있는 구체화된 이익으로 표현될 필요가 있으며 그 판단에 있어서도 증거에 의하여 확인될 수 있는 명확한 기준의 개발이 절실하다.

현저성 판단과 관련하여, 저해되는 소비자의 이익이 거래조건과 관련된 것이 라면 현저성 판단은 거래조건의 불공정성 판단과도 결부될 수 있으므로 현저성 요건은 부당한 지원행위의 요건으로서의 현저성 판단기준을 원용하여 그 판단기준을 개발할 필요가 있다.

III. 빅데이터 관련 프라이버시와 착취남용 문제

1. 빅데이터와 관련한 경쟁제한성

특정 기업이 대량의 이용자 데이터를 수집, 이용하는 것이 관련시장의 진입장

벽을 증가시킬 수 있고, 해당 기업의 시장지배력을 유지, 강화하는 원천이 될 수 있다. 시장을 선도하는 사업자의 데이터 수집 및 활용성이 커질 경우 기존의 지배력을 강화시키고 경쟁을 제한하는 요인으로 작용할 수 있다²⁴⁾. 그리고 이로 인한 경쟁제한효과는 데이터에 기반한 경쟁 조건상의 우열을 발생시켜 데이터 연관 시장에서 독점화를 촉진하고 경쟁자를 배제할 가능성을 키우는 배제남용 형태로 발생하거나, 사업자와 소비자 사이의 교섭력 격차를 증대시킴으로써 가격 인상, 프라이버시 침해, 품질과 다양성의 저하를 유발하는 착취남용 형태로 현실화될 수 있다²⁵⁾.

데이터 수집, 관리, 및 활용 단계에서 발생할 수 있는 이슈를 살펴보면, ① 빅데이터의 수집, 관리 단계에서 내밀한 개인정보나 프라이버시²⁶⁾ 수집 행위, 고객 또는 거래상대방에 대하여 개인정보 제공을 사실상 강제하는 문제, ② 빅데이터 활용단계에서 데이터를 보유한 사업자가 경쟁자들이 확보할 수 없는 경쟁우위를 바탕으로 지배적 지위를 갖게 되고, 그로 인해 데이터 보유사업자가 자신의 데이터에 대한 경쟁사업자의 접근을 방해하거나 차별, 제한하는 등으로 시장 구조를 경직화하고 프라이버시 보호 경쟁을 감소시키는 문제가 발생할 수 있다²⁷⁾.

이 중에서도 독일연방카르텔청의 일명 ‘Facebook 사건’을 계기로 프라이버시 침해에 의한 착취남용 문제가 논의되고 있다. 독일연방카르텔청은 Facebook의 개인정보 수집행위를 착취남용으로 보고 제재 결정하였는데(2019. 2. 6.), 당해 결정은 EU 주요 회원국에서 개인정보보호법 위반 행위에 대해 경쟁법 집행이

24) 조정환, “4차산업혁명 대비 빅데이터로 인해 야기될 수 있는 경쟁법이슈 연구”, 공정거래위원회, 2019

25) 신영수, “빅데이터의 경쟁제한효과에 대한 법적 판단기준 연구” 경북대학교 법학연구원 「법학논고」 제69집, 2020, 348-350면

26) 프라이버시(privacy)는 오랜 역사와 광범위한 사용에도 불구하고 아직까지 명확한 법적 정의가 정립되어 있지 않습니다. 다만, 사전적 정의로 “프라이버시”란 개인의 사생활이나 집안의 사적인 일 또는 그것을 남에게 간섭받지 않을 권리를 말한다. 개인정보와 프라이버시는 다음 두 가지 점에서 근본적으로 구별된다. 프라이버시는 자기 자신에 전속한 권리로서 누구의 간섭도 받지 않고 독립적으로 그 권리를 행사할 수 있으나, 개인정보는 그 개인정보를 실질적으로 수집·관리하고 있는 사람이나 기관·단체의 권리도 인정해야 한다. 프라이버시는 인격권 그 자체이지만 개인정보는 인격권의 침해가 없더라도 보호해야 할 경우가 있다. 예를 들어 정보주체의 은행계좌번호나 신용카드번호가 유출된 경우 그러한 정보가 인격권에 영향을 미치지 않는다고 하여 개인정보보호의 대상이 아니라고는 볼 수 없다. {『개인정보 보호와 적정 활용의 조화를 위한 제도 도입 연구』(법제처 연구보고서, 2009. 9. 3.) 44-48면 참조}

27) 신영수, 전제논문, 350면

이루어진 첫 사례라는 점에서 중요한 의의를 가지므로 이와 관련한 쟁점에 대하여 살펴보도록 하겠다.

2. Facebook 사건의 개요

Facebook이 자신의 소셜네트워크 서비스인 Facebook.com을 이용하기 위해 필수 회원가입 절차시에 서비스 이용 전제조건으로서 자회사인 Facebook 비즈니스 툴을 이용한 데이터 수집 허용을 요구한 행위가 문제되었다(연방카르텔청은 Facebook이 자신의 웹사이트를 통해서 이용자의 데이터를 수집한 행위에 대해서는 문제삼지 않았는데 이러한 데이터 수집은 이용자들이 수집 사실과 범위를 알 수 있으며 소셜네트워크 등 데이터 기반 사업모델에 있어 필수적인 요소이기 때문이라고 밝혔다).

Facebook이 이용자에게 요구한 사항은 구체적으로, ①Facebook 자회사의 어플리케이션인 WhatsAPP, Instragram 등을 통해 이용자의 데이터를 수집하여 Facebook의 이용자계정과 통합하는 것, ②Facebook의 비즈니스 툴(Facebook Business Tools)이 내장된 다른 웹사이트나 모바일 어플리케이션을 방문하거나 해당 비즈니스 툴을 이용할 때 수집되는 이용자 정보를 Facebook의 이용자 계정과 통합하는 것을 수락하는 것이었다. 이에 따라 Facebook은 이용자가 Facebook 자회사의 서비스를 이용하거나 ‘좋아요’나 ‘공유’ 버튼 등의 Facebook 비즈니스 툴을 통해 Facebook과 연계된 제3의 웹사이트 등을 방문하거나 이용하는 즉시, 웹상의 모든 행위를 무제한으로 수집하여 Facebook의 이용자 계정으로 통합하였다.

독일연방카르텔청은 Facebook의 광범위한 개인정보 수집, 통합 행위가 EU일반데이터보호규칙(GDPR) 위반이라고 판단하였다. 즉 Facebook 이용자들은 이 사건 정보처리 행위에 대해 제대로 인지하지 못하고 있었고, Facebook의 시장지배력, 동의를 하지 않으면 이용할 수 없는 점 등을 감안하면 이용약관이 자발적 동의를 받아 체결되었다고 보기 어려우므로 GDPR에 위반된다는 것이다.

그런데 독일연방법원의 VBL_Gegenwert 판례 및 Pechstein 판례에 따르면

민법이나 헌법적 권리를 근거로 경쟁제한법상의 착취남용을 인정하는 것이 가능한바, 독일연방카르텔청은 Facebook의 개인정보보호법 위반을 근거로 경쟁법 위반(시장지배적 사업자의 착취남용)을 결정하였다.

3. 프라이버시 보호와 착취남용

가. 프라이버시 보호 자체와 경쟁법

우리나라의 경쟁법제를 포함한 현대 경쟁법은 시장경쟁의 촉진을 통한 경제적 효율성 제고를 이념으로 하는데, 이는 소비자보호법과는 엄격하게 구별되는 법제이다. 이러한 경쟁법 집행상 경쟁제한 효과와 무관한 프라이버시 침해는 법위반의 판단기준으로 삼는 것은 곤란할 것이다.

우리나라 공정거래법을 포함한 각국 경쟁법상 시장지배적 지위 남용행위 조항이 문언이 명시적 또는 해석상 ‘경쟁제한성’을 요구하고 있는데, 이때의 ‘경쟁제한’은 사업자와 소비자 간 개별적 거래관계에서 사업자가 거래상대방인 소비자의 이익을 침해하는 것과 확연히 구별되는 개념으로서 시장에서 둘 이상의 사업자 간 사업활동을 통해서 형성되는 객관적 질서의 침해를 의미하는 것이므로 이용자의 프라이버시 침해행위에 대하여 경쟁법을 집행하는 것은 소비자보호법과 경쟁법의 구별을 흐리는 결과를 초래하여 현대 경쟁법의 발전 방향에 역행하고 경쟁법 집행에 혼란을 초래할 우려가 있다²⁸⁾.

나. 비가격 측면의 경쟁으로서의 프라이버시 보호

오직 프라이버시 보호 자체를 위하여 경쟁법 집행을 대상으로 삼을 수는 없지만, 프라이버시 보호 경쟁 역시 일종의 ‘품질경쟁’으로서 경쟁의 비가격 측면에 해당하고, 기업결합이나 기타 배제적 행위를 통하여 프라이버시 보호 경쟁을 제한하는 행위를 경쟁법 적용대상으로 삼을 수는 있다.

28) 이호영, “빅데이터의 경쟁법적 함의에 관한 연구”, 한국 법경제학회 「법경제학연구」, 제15권 제3호, 2018, 317면

시장지배적 사업자가 명백하게 개인정보보호법을 위반하여 데이터를 수집하였고, 그 데이터 수집행위와 해당 사업자의 시장에서의 지위 사이에 강한 연관성이 존재한다면 경쟁법제에 따라서는 그로 인한 프라이버시 보호의 감소가 시장지배적 지위의 착취남용 행위에 해당할 수 있다²⁹⁾.

4. 프라이버시 침해에 대한 우리나라 공정거래법상 규제 가능성

가. 공정거래법상 규제 근거

독일의 Facebook 사건과 유사한 사건이 우리나라에서 발생할 경우 현행 공정거래법으로 처리가 가능할 것인가가 문제될 수 있다. 이와 관련하여서는 처리가 가능하다고 보는 의견이 우세한 것으로 보이고³⁰⁾, 현행 공정거래법은 소비자 이익의 현저한 저해행위를 시장지배적 지위남용행위의 유형으로 명시하고 있어 타 경쟁법에 비해 프라이버시 침해행위를 포섭할 수 있는 법적 근거가 비교적 명확하다고 보는 견해가 있다³¹⁾.

나. 공정거래법 적용 가능성을 긍정하는 견해

독일의 Facebook 사건과 유사한 사건이 우리나라에서 발생할 경우 현행 공정거래법으로 처리가 가능하다고 보는 견해를 살펴보면, ①우리나라의 경쟁법도 시장지배적 사업자가 직접 거래상대방이나 소비자의 이익을 침해하는 ‘착취남용’을 금지하고 있기 때문에 Facebook 사건처럼 시장지배적 사업자가 명백하게 개인정보보호법을 위반하여 데이터를 수집하였고, 그 데이터 수집행위와 해당 사업자의 시장지위 사이에 강한 관련성이 존재한다면 착취남용에 해당할 수 있다는 견해³²⁾, ②공정거래법상 착취남용에 관한 조항은 불공정한 거래조건의 부과를 남용의 유형으로 명시하지 않고 있기 때문에 Facebook의 개인정보 요구 행

29) 이호영, 전개논문, 318면

30) 조정환, 전개글, 65면

31) 신영수, 전개논문, 361면

32) 이호영, “빅데이터의 경쟁법적 함의에 관한 연구”, 법경제학연구 제15권 제3호, 2018, 303면

위가 착취남용에 해당할지 단언하기 어렵다고 보되, 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 후단에서 부당한 소비자 이익의 현저한 저해행위를 남용행위로 규정하고 있고, 이 규정은 다양한 모습으로 새롭게 발생하는 착취남용의 형태에 대응하기 위한 것으로 동조항 제1호와 제2호에 포섭될 수 없는 경우를 보충하기 위한 착취남용 행위의 요건으로서의 의미도 갖기 때문에 착취남용 적용이 가능하다고 보고, 다만 보다 신중한 입장을 취하는 것으로 보이는 견해³³⁾가 있다. 이 견해는 부당한 소비자 이익의 현저한 저해행위의 개념이 매우 추상적임에도 불구하고 시행령에 심사기준을 두지 않고 있다는 문제점이 있으나, 대법원에서 ‘당해 상품, 용역의 특성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적, 개별적으로 판단할 수 있다’라고 판시하였으므로(대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결 등) 해당 조항을 적용하는 것이 가능하다고 본다³⁴⁾.

다. 공정거래법의 적용을 부정하는 견해³⁵⁾

공정거래법상 관련시장과 시장지배력의 개념은 거래상품을 전제로 하는 것이므로 거래상품이 아닌 빅데이터에 대한 시장지배력은 성립될 수 없다는 점을 전제로 공정거래법의 적용을 부정하는 견해도 있다. 이 견해에 따르면 온라인 서비스의 특성상 서비스 이용과 동시에 약관 동의가 간주되며 이에 따라 비식별정보가 광범위하게 활용될 수 있는데, 약관 동의에 의한 비식별정보의 활용이 프라이버시를 저해하는 것을 상정하기 어렵고, 더욱이 프라이버시는 거래상품이 아니므로 이와 관련한 공정거래법상 관련시장이나 시장지배력은 성립될 수 없다. 독일 Facebook 사건은 먼저 경쟁제한방지법을 개정한 후에 경쟁법을 개입시켜 처리한 것으로서 이러한 방식은 시장지배력 개념을 벗어나 경쟁법을 플랫폼 규제법으로 만들 수 있기 때문에 바람직하지 않으므로 공정거래법이 아닌 다른 법률로 규율하는 것이 타당하다고 본다.

33) 최난설현, “디지털 시장에서의 독과점 규제 적용가능성에 대한 검토-독일의 Facebook 사례를 중심으로”, 법학논총 제42권 제2호, 2018, 420-421면 ; 이봉의, 최난설현, “4차 산업혁명에 따른 경쟁법 현대화 방안”, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2018, 38-40면

34) 조정환, 전게글, 65-66면

35) 주진열, “디지털 플랫폼 사업자의 빅데이터와 관련한 시장지배력 및 프라이버시 문제에 대한 고찰”, 경쟁법연구 제39권, 2019, 195-196면

IV 맺음말

착취남용 규제는 가격에 대한 과도한 개입 우려, 위법성 판단 기준 등의 난점이 있음에도 불구하고 배제남용 규제가 불충분하거나 상당한 진입장벽이 지속되어 신규진입을 기대하기 어려운 경우 적어도 보충적으로 착취남용을 시정하는 것이 소비자 이익 및 경쟁의 관점에서 바람직하다.

다만 구체적인 법집행상 나타나는 문제점들을 개선하기 위하여, 가격남용의 경우 그 규제 대상을 제한하고 있는 것으로 해석될 여지가 있는 법 제3조의2 제1항 제1호의 문구에 거래조건을 추가하고, 부당성 판단 기준을 보완할 것, 출고조절의 경우 고유의 위법성 판단 기준을 개발할 것, 소비자이익 저해의 경우 소비자이익의 개념을 비교대상을 찾을 수 있는 구체화된 이익으로 표현하고 부당성 판단에 있어서도 증거에 의하여 확인될 수 있는 명확한 기준을 개발할 것 등 입법적 개선이 필요하다.

나아가 앞서 언급한 독일의 Facebook 사건으로 인하여 논의되고 있는 프라이버시와 경쟁법의 관계에 관해서도 주목할 필요가 있다. 유럽에서는 Facebook 사건을 계기로 개인정보보호법 위반을 시장지배적 지위남용 금지조항(기능조약 제102조)의 위반으로 볼 수 있는지 논의 중이고³⁶⁾, 영국의 경쟁당국은 개인정보보호위원회와 협력하여 구글의 프라이버시 샌드박스와 관련한 위법성 판단³⁷⁾ 및 동의 의결을 논의 중이다. 우리나라도 공정거래법의 적용을 긍정하는 견해, 부정하는 견해가 각각 타당한 근거를 제시하고 있다. 빅데이터가 디지털 경제를 이끌어갈 핵심 축이 될 것이라는 점에는 사회적 합의가 이루어지고 있으므로 빅데이터와 관련한 착취남용에 관하여도 지속적인 관심을 가질 필요가 있다.

36) 2021. 7. 기준 유럽법원에 계류 중이며 유럽법원의 판결에 GDPR위반이 경쟁법 위반에 해당하는지 결정될 것으로 보인다.

37) 영국 경쟁당국은 구글이 크롬 브라우저에서 쿠키를 활용하지 않는 대신 '프라이버시 샌드박스'라는 새 서비스를 도입하는 것과 관련해 개인 정보의 부당한 사용 가능성 등을 조사하고 있다. (“반독점·사생활 침해…'동네북' 된 구글”, 2021.5.28.자 매일경제, 검색일:2021.12.3.)

참고문헌

- 권오승, “시장지배적사업자의 지위남용행위”, 공정거래, 경제기획원, 1989
- 신영수, “빅데이터의 경쟁제한효과에 대한 법적 판단기준 연구”, 경북대학교 법학연구원 「법학논고」 제69집, 2020
- 양대권, “‘부당한 소비자이익의 현저한 저해행위’에 대한 고찰”, 경쟁법연구 제33권, 2016
- 이기중, “시장지배적지위 남용행위로서의 가격남용과 출고조절행위”, 상사판례연구, 2006
- 이봉의, “독과점시장과 착취남용의 규제”, 경쟁법연구 제22권, 2010
- 이봉의, “소비자 이익저해 금지의 위헌성”, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 2008
- 이봉의, 최난설현, “4차 산업혁명에 따른 경쟁법 현대화 방안”, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2018, 38-40면
- 이상윤, “독일 연방카르텔청의 페이스북 사건”, <http://brunch.cok.k/@lsangyun/4>
- 이호영, “빅데이터의 경쟁법적 함의에 관한 연구”, 한국법경제학회 「법경제학연구」 제15권 제3호, 2018
- 전송범, “시장지배적 지위남용 규제에 관한 연구”, 전남대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2013
- 조성국, “공정거래법의 선진화 방안”, 공정경쟁연합회, 2017
- 조정환, “4차산업혁명 대비 빅데이터로 인해 야기될 수 있는 경쟁법이슈 연구”, 공정거래위원회, 2019
- 주진열, “디지털 플랫폼 사업자의 빅데이터와 관련한 시장지배력 및 프라이버시 문제에 대한 고찰”, 경쟁법연구 제39권, 2019
- 최난설현, “디지털 시장에서의 독과점 규제 적용가능성에 대한 검토-독일의 Facebook 사례를 중심으로”, 법학논총 제42권 제2호, 2018, 420-421면
- 홍대식 “시장지배적지위 남용행위의 판단기준 개선방안”, 경쟁법연구 제21권, 한국경쟁법학회, 2010
- 매일경제 “반독점·사생활 침해 … ‘동네북’ 된 구글”, 2021. 5. 28.(검색일 : 2021. 12. 3.)

법경제연구 Korean Journal of Law and Economic Studies

제4호 (2022. 2. 28)

발행인/편집인 주진열 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

혁신경쟁법센터
자문위원

강상욱 (김·장 법률사무소 변호사)
김동석 (김·장 법률사무소 변호사)
남기돈 (법무법인 광장 외국변호사 (뉴욕))
남재현 (고려대학교 경제학과 교수)
백용욱 (KAIST 경영대학원 교수)
신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)
윤인성 (김·장 법률사무소 변호사)
임 용 (서울대학교 법학전문대학원 교수)
정연아 (법무법인 위어드바이스 대표변호사)
최난설현 (연세대학교 법학전문대학원 교수)
황태희 (성신여자대학교 법과대학 교수)

발 행 일 2022. 2. 28.

발 행 처 부산대학교 법학연구소 혁신경쟁법센터
부산광역시 금정구 부산대학로 63번길 2
Tel. 051.510.2515 Fax. 051.515.8648
Email. jinyul_ju@pusan.ac.kr

본 간행물은 학술 목적으로 연 1회 온라인으로 전자 발간되는 비매품이며 저작권법에 따라 저작권자의 동의 없는 무단 전재·복제는 금지됩니다.

Online Publication ISSN 2466-0515

Korean Journal of Law and Economic Studies

Issue 4 (February 28, 2022)

01 Exploitative Abuse of a Dominant Position in Korean Antitrust Law /

LEE Mijoo

CICL Center for Innovation Competition Law

Pusan National University Law School

Geumjeong-gu, Busan 46241, Republic of Korea

Tel. +82.51.510.2515 Fax. +82.51.515.8648 Email. lawecon21@gmail.com