온라인간행 ISSN 2466-0515

법경제연구

제4호 2022. 2.

[논문]

개정 공정거래법상 정보교환 담합에 대한 고찰
조현지/ 한국남부발전(주) 사내변호사

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.

조현지, “한국 판례상 불공정거래행위의 위법성 판단기준과 시장지배력 남용행위의 위법성 판단기준의 비교 고찰,” 법경제연구 제4호 (2022. 2)

한국 판례상 불공정거래행위의 위법성 판단기준과 시장지배력 남용행위의 위법성 판단기준의 비교 고찰

조 현 지*

요 약

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '독점규제법')상 시장지배력 남용행위와 불공정거래행위는 각 유형과 그 문언상으로도 중복되는 조항들이 있다. 불공정거래행위의 경우 행위유형별로 불공정성 또는 경쟁제한성을 위법성 판단기준으로 하고 시장지배력 남용행위의 경우 경쟁제한성을 위법성 판단기준으로 하는데, 불공정거래행위의 여러 유형 중에서도 시장지배적 지위 남용행위와의 중복이 주로 문제되는 것은 경쟁제한성을 위법성 판단의 주된 기준으로 삼는 행위 유형들이다. 대법원은 포스코 판결 이래 불공정거래행위와 시장지배력 남용행위의 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 위법성의 판단기준이 다르다는 입장이다. 그러나 공정거래법이 시장지배적 지위 남용과 불공정거래행위로 별도로 규율하고 있다고 하여 양자의 부당성 판단기준이 달라져야 할 필연적 이유는 없으며, 다른 여타의 불공정거래행위와는 달리 경쟁자 배제와 시장의 봉쇄를 그 본질적이고 핵심적인 표지로 하는 행위 유형의 경우 그 행위의 본질에 따라 그 판단기준은 관련시장에서의 경쟁제한효과로서의 경쟁제한성으로 한정하여 통일적으로 적용하는 것이 타당하다.

<주제어> 시장지배력 남용, 불공정거래행위, 경쟁제한성, 불공정성

* 한국남부발전(주) 사내변호사.

목 차

- I. 서론
- II. 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위의
위법성 판단기준
- III. 행위유형별 판례의 검토
- IV. 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위의 위법
성 판단기준 구분 필요성
- V. 결 론

I. 서론

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘독점규제법’이라 한다) 제3조의 2 제1항 및 동 시행령 제5조는 시장지배적 남용행위의 유형을 규정하고 있는데, 동법 제23조 제1항상의 불공정거래행위의 각 유형과 그 문언상으로도 중복되는 조항들이 있다. 따라서 각 행위 유형에 해당할 경우에 시장지배적 지위 남용행위로 판단할 것인지 불공정거래행위를 적용할 것인지, 또한 시장지배적 남용행위 또는 불공정거래행위를 각 적용할 경우 해당 조항의 법문이 다르므로 위법성을 다른 기준에 따라 판단할 것인지 아니면 위법성 판단은 동일한 기준을 적용할 것인지의 문제가 있다.

특히 불공정거래행위의 경우 행위유형별로 불공정성 또는 경쟁제한성을 위법성 판단기준으로 하고 시장지배적 남용행위의 경우 경쟁제한성을 위법성 판단기준으로 하는데, 불공정거래행위의 여러 유형 중에서도 시장지배적 지위 남용행위와의 중복이 주로 문제되는 것은 경쟁제한성을 위법성 판단의 주된 기준으로 삼는 행위 유형들이다. 「불공정거래행위 심사지침(공정거래위원회예규 제241호, 2015. 12. 31., 일부개정, 이하 “불공정심사지침”)에 따르면 경쟁제한성을 위법성 판단의 주된 기준으로 삼는 불공정거래행위의 유형으로는 거래거절, 차별적 취급, 경쟁사업자 배제 및 구속조건부거래가 있다¹⁾. 특히 거래거절과 관련하여

서는 독점규제법 판례상 최초로 대법원의 전원합의체 판결인 포스코 판결에서 시장지배적 남용행위와 불공정거래행위의 위법성 기준을 실시하였기에 그 의의가 크다.

위와 같이 법상 중복되는 행위 유형과 관련하여 시장지배적 사업자의 남용금지 시장지배적 사업자에게만 적용된다는 점을 근거로 불공정거래행위의 금지에 대하여 특별법적 위치에 있다고 보아 전자가 우선적으로 적용되어야 한다고 주장하는 입장이 있다²⁾. 그러나 한편 양자가 가지는 경쟁정책상 기능이 상이하므로 이를 특별법과 일반법의 관계로 파악할 수는 없다는 견해가 있고,³⁾ 판례는 아래에서 살피는 바와 같이 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 규제목적과 범위를 달리한다고 판시하여 후자의 입장인 것으로 보인다.

시장지배적 사업자의 거래거절 행위가 문제로 된 포스코의 시장지배적 지위 남용사건에서 대법원은 전원합의체 판결로 “법 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적 사업자의 거래거절행위와 법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위는 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 전자의 부당성의 의미는 후자의 부당성과는 별도로 독자적으로 평가 해석해야 한다”고 판시하였고(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626판결), 불공정거래행위 여부가 문제된 에스오일의 배타조건부 거래사건에서도 대법원은 “시장지배적 사업자의 지위 남용행위로서의 배타조건부 거래행위와 개별사업자의 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위는 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 부당성의 의미 역시 각각 별도로 독자적으로 평가 해석되어야 하고 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위를 규제하는 이유로 문제로 된 행위가 시장지배적 지위의 남용행위에 해당하는지 여부를 떠나 관련시장에서의 경쟁을 제한하거나 그 거래상대방에 대하여 거래처 선택의 자유 등을 제한함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 평가되는 경우에는 이를 규제하여야 할 필요성이 있기 때문”이라고 판시하였다(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909판결).

1) 불공정심사지침 V.1, V.2, V.3 및 V.7

2) 권오승, 경제법 제6판, 법문사 (2008), 283면, 이기수 유진희, 경제법 제7판, 세창출판사, 2006, 204면, 박병형, 윤세리 시장지배력 평가 합리화 방안, 1998, 35-37면 등 이호영 독점규제법 제6판, 홍문사 (2020), 49면에서 재인용

이 견해는 포스코 판결에서 박시환 대법관의 소수의견과 같은 입장인 것으로 보인다.

3) 이호영, 앞의 책, 49면에서 재인용

판례의 취지와 같이 시장지배적 지위 남용행위의 경우 소비자 후생을 증대하고 자원의 효율적 배분을 확보함으로써 시장에서의 경쟁 보호에 목적이 있는 반면, 불공정거래행위 규제는 시장지배적 사업자에 의한 시장지배력의 유지 강화와 같은 경쟁배제적 효과에 대한 입증은 전제로 하지 않으며 경쟁수단이나 방법의 불공정성이 인정되기만 하면 규제대상이 될 뿐만 아니라 우월적 지위 남용과 같이 경쟁제한성과는 전혀 무관하게 수직적 거래관계에서 거래상대방과의 거래내용의 형평이 확보되지 않을 경우도 규제대상으로 하므로 독자적인 기준에 따라 판단하는 것이 현행 법제하에서 조화로운 해석이라고 보는 견해도 있으나,⁴⁾ 아래에서 살펴보는 것과 같이 불공정행위 심사지침상으로도 경쟁제한성을 위법성 판단기준으로 삼는 행위유형의 경우 시장지배적 남용행위와 별도의 기준으로 평가하기보다는 관련시장에서의 경쟁제한효과로서의 경쟁제한성에 한정하여 통일적으로 판단하는 것이 타당하다고 본다.

본고에서는 이와 같이 법상 중복되는 행위규정과 관련하여 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위와의 관계에 대한 학설과 판례의 논의 및 공정거래위원회 심사지침상 위법성 심사기준에 대하여 살펴본 후, 해당 행위유형별로 판례가 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 위법성의 판단기준을 어떻게 실시하고 있는지를 검토한 뒤 각 행위의 위법성 판단기준의 구별필요성에 기초하여 이를 평가해 보고자 한다.

II. 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위의 위법성 판단기준

1. 시장지배적지위 남용행위의 위법성 판단기준

(1) 경쟁제한효과 판단기준

4) 황창식, “공정거래법상 시장지배력 남용규제의 해석 및 집행상의 문제점_불공정거래행위규제와의 법적용관계를 중심으로”, 경쟁저널 (2008), 24면

포스코 판결의 취지에 따라 대법원은 농협 판결에서 배타조건부거래 행위의 부당성은 “그 거래행위의 목적 및 태양, 시장지배적 사업자의 시장점유율, 경쟁 사업자의 시장 진입 내지 확대 기회의 봉쇄 정도 및 비용 증가 여부, 거래의 기간, 관련시장에서의 가격 및 산출량 변화 여부, 유사품 및 인접시장의 존재 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시하였고, 이후 공정거래법상 시장지배적 사업자의 모든 방해 또는 배제 행위에 대해서는 객관적으로 경쟁제한효과로서 경쟁사업자에 대한 배제 효과가 위법성 판단기준으로 고려되었다.

(2) 경쟁제한의도 판단기준

포스코 판결 이후 법원은 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 판단함에 있어서 경쟁제한의도와 경쟁제한효과를 각각의 요건으로 보았다. 특히 농협 판결에서는 “시장지배적 지위 남용행위로서의 배타조건부거래 행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것”이라고 판시하였다. 그러나 관련시장에서 공급량 감소나 가격인상을 초래할 우려가 없다면 경쟁제한성이 없는 것이므로 경쟁제한의도를 부당성 성립요건으로 독자적으로 인정하는 것은 적절하지 않다고 본다.⁵⁾

2. 불공정거래행위의 위법성 판단기준

독점규제법상 다양한 유형의 불공정거래행위가 규정되어 있지만 모든 행위유형에 공통적으로 ‘공정거래저해성’과 ‘부당성’이 요구되고 있다(불공정심사지침6). 공정거래저해성은 경쟁제한성 및 불공정성을 포함한 개념으로 대단히 포

5) 독점의도(경쟁제한의도)의 독자 요건성에 대한 비판적 견해로는 서정, “배타조건부거래의 위법성 판단에 관한 검토 - 최근의 판례를 중심으로 -”, 경쟁법 연구 제30권, 한국경쟁법학회 (2014), 3-46면; 주진열, “수요자의 배타조건부거래(구매)와 시장지배력 남용 문제 - 대법원 2009. 7. 9. 선고, 2007두22078 판결 -”, 경쟁법연구 제34권, 한국경쟁법학회(2016), 207-208면; 홍명수, “독점규제법 위반행위에 있어서 주관적 요건의 검토”, 경쟁법연구 제29호, 한국 경쟁법학회 (2014), 33-34면, 주진열, “현대모비스의 전속대리점 관련 배타조건부거래 사건에 대한 비판적 고찰” 법학연구 제19권 제4호 (2016), 330면에서 재인용

섭범위가 넓은 개념으로서, 일반적으로 불공정거래행위에 있어서의 공정거래저해성은 경쟁의 실질적인 제한을 요건으로 하고 있는 기업결합의 제한, 부당한 공동행위의 제한과는 달리 우려, 즉 추상적 위협으로 충분하고 구체적 위협성이나 시장 전체의 경쟁에 대한 구체적인 영향은 판단하지 않아도 무방한 것으로 보고 있다⁷⁾. 이는 ①시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁을 저해한다는 이른바 ‘공정경쟁 저해성’을 포함하면서도(경쟁수단의 경쟁제한성) 더 나아가 ②사업자들 상호간에 경쟁을 하는 수단이나 방법이 불공정한 경우(경쟁수단의 불공정성)와 ③거래의 내용이나 조건이 부당하거나 불공정한 경우(거래내용의 불공정성)까지 포함하는 넓은 개념이라고 본다⁸⁾.

이하에서는 불공정심사지침상 주로 경쟁제한성을 위법성 판단기준으로 하는 거래거절과 배타조건부 거래의 위법성 판단기준에 대하여 조금 더 살펴보기로 한다.

(1) 거래거절의 위법성 판단기준

거래거절의 위법성은 관련시장에서 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단하며, 이 때 경쟁제한성이 있는지는 거래거절 대상이 되는 물품 용역이 거래상대방

6) III. 위법성심사의 일반원칙

1. 위법성 심사기준

가. 공정한 거래를 저해할 우려

(1) 법 제23조제1항에 열거된 개별행위 유형이 범위반에 해당되는지 여부를 판단하는 기준은 당해 행위가 ‘공정한 거래를 저해할 우려’(이하 “공정거래저해성”이라 함)가 있는지 여부이다.

(2) 공정거래저해성의 의미

(가) 상기의 ‘공정거래저해성’과 법 제23조제1항각호에 규정된 ‘부당하게’는 그 의미가 동일한 것으로 본다.

(나) 공정거래저해성이란 경쟁제한성과 불공정성(unfairness)을 포함하는 개념으로 본다.

(다) 경쟁제한성이란 당해 행위로 인해 시장 경쟁의 정도 또는 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)의 수가 유의미한 수준으로 줄어들거나 줄어든 우려가 있음을 의미한다. (* 경쟁행위와 구별不可)

(라) 불공정성(unfairness)이란 경쟁수단 또는 거래내용이 정당하지 않음을 의미한다. 경쟁수단의 불공정성은 상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용함으로써 정당한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있음을 의미한다. 거래내용의 불공정성이라 함은 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있음을 의미한다.

7) 권오승, 「경제법」, 법문사, 2009 참조.

8) 이황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계-불공정거래행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준”, 경제법연구 제9권 제2호(2010), 109~110면

의 사업영위에 필수적인지 아닌지와 거래거절을 당한 특정사업자가 대체 거래처를 쉽게 찾을 수 있는지 여부, 경쟁사업자의 시장진입이 곤란하게 되는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.⁹⁾

(2) 배타조건부거래의 위법성 판단기준

배타조건부거래의 위법성은 배타조건부거래가 관련시장에서의 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단하며, 이 때 경쟁제한성이 있는지 여부는 “배타조건부거래 행위가 물품구입처 또는 유통경로 차단, 경쟁수단의 제한을 통해 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)를 시장에서 배제하거나 배제할 우려가 있는지 여부”를 위주로 판단한다고 규정하고 있다¹⁰⁾. 이러한 ‘경쟁제한

9) (2) 위법성의 판단기준

(가) 단독의 거래거절이 관련 시장에서 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단한다. ‘관련 시장’이라 함은 행위자가 속한 시장 또는 거래거절의 상대방이 속한 시장을 말한다.

(나) 이때 경쟁 제한성이 있는지는 다음 사항을 종합적으로 고려하여 판단한다.

- ① 거래거절 대상이 되는 물품·용역이 거래상대방의 사업 영위에 필수적인지 아닌지- 대상이 되는 물품·용역이 사업 영위에 필수적이지 않다면 경쟁제한성이 낮다고 볼 수 있다.
- ② 거래거절을 당한 특정사업자가 대체 거래처를 쉽게 찾을 수가 있는지 아닌지 대체 거래처를 큰 거래비용 없이 쉽게 찾을 수 있는 경우에는 거래거절의 경쟁 제한성이 낮다고 볼 수 있다.
- ③ 거래거절로 인해 특정 사업자의 사업 활동이 곤란하게 되고 그 결과 당해 시장에서 경쟁의 정도를 실질적으로 감소시키게 되는지 아닌지
- ④ 거래거절로 인해 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)의 시장진입이 곤란하게 되는지 아닌지
- ⑤ 거래거절이 공정거래법에 금지된 행위 재판매가격유지행위, 부당공동행위 등)를 강요하기 위한 수단으로 활용되었는지 여부 등

(다) 경쟁 제한성이 있다고 판단되면서도 다음과 같이 거래거절의 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 법 위반으로 보지 않을 수 있다

- ① 생산 또는 재고 물량 부족으로 인해 거래상대방이 요구하는 물량을 공급할 수 없는 경우
- ② 거래상대방의 부도 등 신용결함 명백한 귀책 사유 자신의 도산위험 등 불가피한 사유가 있고 거래거절 이외에 다른 대응 방법으로 대처함이 곤란한 경우
- ③ 당해 거래거절로 인해 발생하는 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 경쟁제한효과를 현저히 상회하는 경우
- ④ 단독의 거래거절에 기타 합리적인 사유가 있다고 인정되는 경우 등

10) (2) 위법성의 판단기준

(가) 배타조건부거래가 관련시장에서의 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단한다

(나) 이 때, 경쟁제한성이 있는지 여부는 다음 사항을 종합적으로 고려하여 배타조건부거래가 물품구입처 또는 유통경로 차단 경쟁 수단의 제한을 통해 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자 잠재적 경쟁사업자 포함을 시장에서 배제하거나 배제할 우려가 있는지를 위주로 판단한다

- ① 경쟁사업자가 대체적 물품구입처 또는 유통경로를 확보하는 것이 가능한지 여부 - 사업자의 배타조건부거래에도 불구하고 경쟁사업자(신규진입자 등 잠재적 경쟁사업자 포함)가 대체적 물품구입처 및 유통경로를 확보하는 것이 쉬운 경우에는 경쟁사업자의 시장배제 효과가 낮게 된다
- ② 당해 행위로 인해 경쟁사업자가 경쟁할 수 있는 수단을 침해받는지 아닌지

성' 기준은 경쟁의 자유를 적극 보호하려는 기준보다는 좁고, 시장지배적 지위 남용행위에 관한 객관적인 경쟁 제한효과 기준보다는 넓은 의미로 파악된다¹¹⁾.

III. 행위 유형별 판례의 검토

1. 차별적 취급 및 경쟁사업자 배제

이들 행위 유형들에 대해서는 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준과

-
- ③ 행위자의 시장점유율 및 업계순위 행위자가 선도 기업 이거나 시장점유율이 높을수록 경쟁사업자의 물품구입처 및 유통경로 차단 효과가 커질 수 있다
 - ④ 배타조건부거래 대상이 되는 상대방 의수 및 시장점유율. 배타조건부거래 상대 사업자의 숫자가 많고 그 시장점유율이 높으면 경쟁사업자의 물품구입처 및 유통경로 차단 효과가 커질 수 있다
 - ⑤ 배타조건부거래 실시기간. 실시기간이 단기였으면 경쟁에 미치는 영향이 미미할 것이나 장기였으면 경쟁에 영향을 미칠 수 있게 된다
 - ⑥ 배타조건부거래의 의도 및 목적. 배타조건부거래가 사업 초기에 시장 예의 신규진입목적으로 이루어지면 경쟁사업자의 물품구입처 및 유통경로 차단 효과가 낮을 수 있다
 - ⑦ 배타조건부거래가 거래 지역 제한 또는 재관 매 가격 유지 행위 등다 경쟁제한행위와 동시에 이루어졌는지 아닌지 등 동시에 이루어졌을 때는 행위자의 시장지위 강화 효과가 커질 수 있다
 - (다) 배타조건부거래의 경쟁 제한성이 있다고 판단되면서도 다음과 같이 합리성이 있다고 인정될 때는 법 위반으로 보지 않을 수 있다
 - ① 당해 상품 또는 용역의 기술성·전문성 등으로 인해 A/S 활동 등에 있어 배타조건부거래가 필수 불가피하다고 인정되는 경우
 - ② 배타조건부거래 로고인해 타 브랜드와의 서비스 경쟁 촉진 등 소비자 후생 증대 효과가 경쟁제한 효과를 현저히 상회하는 경우
 - ③ 배타조건부거래로 인해 유통업체의 무임승차(특정 유통업자가 판매촉진 노력을 투입하여 창출한 수요에 대하여 다른 유통업자가 그에 편승하여 별도의 판매촉진 노력을 기울이지 않고 판로를 확보하는 행위 방지 판매 및 조달 비용의 절감 등 효율성 증대 효과가 경쟁제한 효과를 현저히 상회하는 경우 등
 - 11) 불공정거래행위 심사지침의 별첨인 '경쟁제한성 판단기준'에 따르면, 경쟁제한요건행위 중 단독의 거래거절, 차별취급, 부당염매 행위의 경쟁제한성은 시장력(marketpower)을 기준으로 판단하여야 한다. 이때 시장력은 “시장점유율이 30% 이상인 경우에 인정되나, 시장점유율이 20%에서 30% 사이인 경우도 시장집중도, 경쟁상황, 상품의 특성 등 제반사정을 고려하여 인정될 수 있다. 시장점유율이 10% 이상인 경우에는 다수의 시장참여자들이 동일한 행위를 하고 그 효과가 누적적으로 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우(누적적 봉쇄효과)에 한하여 시장력(market power)이 인정될 수 있다.” 다만, “배타조건부거래를 한 사업자의 시장점유율이 10% 미만인 경우에는 당해 시장에서의 경쟁제한효과가 미미하다고 보아 원칙적으로 심사면제 대상으로 한다.” “시장점유율 산정이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 당해사업자의 연간매출액이 20억원 미만인 경우를 심사면제 대상으로 한다.”- 정주미, “공정거래법상 배타조건부거래 행위의 위법성 판단기준”, 인하대학교 법학연구 제23권 제1호(2020), 483면에서 재인용

구별되는 불공정거래행위로서 독자적인 위법성 판단기준이 성립할 여지가 없어 불공정거래행위 규제가 시장지배적지위 남용행위에 흡수되고 있는 것으로 보인다¹²⁾.

2. 거래거절¹³⁾

(1) 시장지배력 남용행위를 적용한 사안 : 포스코 판결¹⁴⁾

1) 사실관계 및 법원의 판단

대법원은 포스코가 열연코일시장의 지배적 사업자로서 자동차용 냉연강판 시장에서 자기와 경쟁관계에 있는 현대하이스코에 대하여 자동차용 냉연강판 생산에 필수원료인 열연코일의 공급을 거절한 것은 경쟁사업자의 사업활동을 부당하게 방해한 것이고 공정거래법상 사업자활동 방해로서 부당한 거래거절에 해당한다고 본 원심을 파기환송하였다.

12) 이기중, “불공정거래행위의 위법성 판단기준으로서의 경쟁제한성과 불공정성”, 경제법 연구 제 14권 제1호(2013), 62면 참조

13) 독점규제법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) ①시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “濫用行爲”라 한다)를 하여서는 아니된다. <개정 1999. 2. 5.>

3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위

동 시행령 5조(남용행위의 유형 또는 기준)

③ 법 제5조(시장지배적지위의 남용금지) 제1항제3호의 규정에 의한 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해는 직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우로 한다.

4. 제1호 내지 제3호의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위 (= 기타 사업활동방해)

<공정위 시장지배적지위남용행위 심사기준> IV.

라. 이외에 다음과 같은 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위(영 제5조제3항제4호)

(1) 부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위

동 법 제23조(불공정거래행위의 금지) ①사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “不公正去來行爲”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다. <개정 1996. 12. 30., 1999. 2. 5., 2007. 4. 13., 2013. 8. 13.>

1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위

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

원심과 공정거래위원회는, 포스코의 거래거절로 인하여 현대하이스코는 단순한 사업상 불편이나 경제적 손실의 정도를 넘어 경쟁자로서 충분하게 기능할 수 없을 정도의 장애가 초래되었으며, 이는 냉연강판 시장에 신규진입하려는 중요한 경쟁사업자의 경쟁자로서의 기능을 제약한 것으로 냉연강판시장에서의 경쟁을 저해하는 결과를 가져온 것이라고 판단하였다. 그러나 대법원은 포스코의 거래거절에도 불구하고 현대하이스코는 정상적으로 냉연강판을 생산하여 상당한 이윤을 지속적으로 거두어 왔으며, 국내 냉연강판이나 자동차 등 연관된 상품의 가격이 오르거나 공급량이 줄어들었다는 등 경쟁제한효과가 발생하였거나 그러한 우려가 있었다는 어떠한 입증도 없었다는 점에서 부당성을 인정하기 어렵다고 보았다.

2) 위법성 판단기준에 관한 법리

포스코 판결은 불공정거래행위로서의 거래거절과 시장지배적 남용행위로서의 거래거절의 위법성 판단기준에 대한 법리를 언급하였는데, 각각의 판단기준이 서로 다르며 그 기준은 아래와 같다고 실시하였다.

불공정거래행위로서의 거래거절행위에 관하여는 그 행위의 주체에 제한이 없으며 또한 그 당해 거래 거절행위의 공정거래저해성 여부에 주목하여 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업 활동을 곤란하게 하거나 곤란하게 할 우려가 있는 경우 거래상대방에 대한 부당한 통제 등의 목적 달성을 위한 실효성 확보수단 등으로 거래거절이 사용된 경우 등과 같이 사업자의 거래거절행위가 시장에 미치는 영향을 고려하지 아니하고 그 거래상대방인 특정 사업자가 당해 거래거절행위로 인하여 불이익을 입었는지 여부에 따라 그 부당성의 유무를 평가하여야 한다.

이에 비하여 시장지배적 사업자의 지위 남용행위로서의 거래거절의 부당성은 독과점적 시장에서의 경쟁 촉진이라는 입법목적에 맞추어 해석하여야 할 것이므로 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래 거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 혼란을 겪게 되었다거나 혼란을 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 경

쟁을 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 할 것이다.”(밑줄 첨가)

3) 검토

포스코 판결은 목적론적 해석의 관점에서, 거래거절로 발생하는 상대방의 경영상 어려움에 더하여 가격 상승이나 산출량 감소 등 시장경쟁이 제한될 우려가 있고 그에 대한 의도 내지 목적이 있어야 부당성이 인정된다고 판시하였다. 이러한 법리는 자유시장 경제체제에서 계약자유원칙과 시장의 자율성을 중시하고 이에 대한 예외적 금지는 소비자 후생을 저해하는 경쟁제한적 효과가 있는 경우에 한정된다는 이른바 경쟁제한설의 입장에서 효과주의를 채택한 것으로, 미국이나 유럽 등 세계적 추세와 부합할 뿐 아니라 종래 일본에서 계수한 우리 공정거래법 규정 문언의 한계를 넘어선 합리적인 것이라는 점에서 획기적이라는 평가가 있다¹⁵⁾.

(1) 불공정거래행위를 적용한 사안 : 코카콜라 판결¹⁶⁾

1) 사실관계 및 법리

코카콜라의 보틀러(Bottler, 병입사업자)계약을 체결한 업체와의 구조개편 협의가 실패하여 자산을 인수하고자 하였으나 그 협의마저 결렬되자 보틀러계약 관계를 갱신하지 않고 원액공급을 중단한 사안에서, 대법원은 이에 대하여 “기타의 거래거절’은 그 거래 상대방이 종래 계속적 거래관계에 있는 경우에도, 자유시장경제 체제하에서 일반적으로 인정되는 거래처 선택의 자유라는 원칙에서 볼 때, 또 다른 거래거절의 유형인 ‘공동의 거래거절’과는 달리, 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고, 그 거래거절이 특정

15) 이황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계 - 시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절 행위의 위법성, 그 본질과 판단기준”, 사법 제1권 제5호(2008), 62면

16) 대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결

사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 할 수가 있다”라고 판시하였다(밑줄 첨가). 해당 법리는 향후 불공정거래행위로서의 단독의 거래거절 사건에서 대표적인 법리로 인용되고 있다.

2) 법원의 판단

위 법리에 따라 대법원은 “이 사건 거래 중단행위가 원고 측이 그가 제시한 가격과 조건으로 소외 회사의 자산을 인수하려는 목적 아래 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 이루어진 것이라고 단정할 수가 없고, 원고 측에서 오로지 소외 회사의 사업활동을 곤란하게 할 의도로서 이 사건 거래 거절행위를 하였다거나 그로 인하여 소외 회사의 거래기회가 배제되었다고 단정하기도 어려우므로 불공정거래행위에 해당한다고 할 수가 없다”고 판단하였다.

3. 배타조건부 거래¹⁷⁾

17) 독점규제법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) ①시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “濫用行爲”라 한다)를 하여서는 아니된다.

5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위

동 시행령 5조(남용행위의 유형 또는 기준)

⑤ 법 제5조(시장지배적지위의 남용금지)제1항제5호의 규정에 의한 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래는 다음 각호의 1에 해당하는 경우로 한다.

2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(= 배타조건부거래)

동 법 제23조(불공정거래행위의 금지) ①사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “不公正去來行爲”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다. <개정 1996. 12. 30., 1999. 2. 5., 2007. 4. 13., 2013. 8. 13.>

5. 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위

배타조건부 거래에 관한 공정거래위원회의 법집행 활동이 활발해지면서 이에 관한 판례들도 축적되고 있다. 가장 대표적인 사례만 꼽자면, ①농협 판결, ②이베이마켓 판결, ③퀵캡 판결 ④에쓰오일 판결, ⑤현대모비스 판결을 들 수 있다. 이 중 ①내지 ③은 시장지배적 지위 남용행위 사안이고, ④는 불공정거래행위 사안이며, ⑤는 양자가 모두 문제된 사안이다.

(1) 시장지배력 남용행위를 적용한 사안

대법원이 시장지배력 남용행위로서 배타조건부거래 행위의 위법성을 인정한 경우에는 농협중앙회 판결, 현대모비스 판결¹⁸⁾, 퀵캡 판결이 있고, 위법성을 배척한 경우에는 이베이마켓 판결이 있다.

1) 농협중앙회 판결¹⁹⁾

농협중앙회(이하 ‘농협’)은 남해화학(주)등 13개 비료제회사와 ‘06년 화학비료 구매납품계약을 체결하면서 일정 품목의 비료에 대해서는 자신과 전속거래를 하도록 명시하였고 나머지 비료에 대해서도 일반 시판을 할 경우에는 일방적으로 계약을 해지하거나 가격인하를 할 수 있도록 규정하였다.

법원은 이와 같은 농협의 행위가 시장지배적 지위남용에 해당한다고 판단하면서 ”거래행위의 목적 및 태양, 시장지배적 사업자의 시장점유율, 경쟁사업자의 시장 진입 내지 확대 기회의 봉쇄 정도 및 비용 증가 여부, 거래의 기간, 관련시장에서의 가격 및 산출량 변화 여부, 유사품 및 인접시장의 존재 여부, 혁신 저해

18) 해당 사건은 시장지배적 남용행위와 불공정거래행위 모두를 적용한 사안이라 항을 달리하여 살펴보기로 한다.

19) 서울고등법원 2007. 9. 19. 선고 2007누7149 판결; 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결 “배타조건부 거래행위가 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2007. 4. 13. 법률 제8382호로 개정되기 전의 것) 제3조의2 제1항 제5호 전단의 시장지배적 사업자의 지위남용행위에 해당하려면 그 배타조건부 거래행위가 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래 하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위로 평가될 수 있어야 한다. 여기서 말하는 ‘부당성’은 ‘독과점적 시장에서의 경쟁축진’이라는 입법목적에 맞추어 해석하여야 하므로, 시장에서의 독점을 유지·강화할 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 목적을 가지고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 배타조건부 거래행위를 하였을 때 그 부당성이 인정될 수 있다.”

및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 부당성을 판단하여야 한다.”(밀줄 첨가)고 하여, 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래의 위법성 판단에 대한 포스코 판결의 법리를 재확인하였다.

한편 경쟁제한의도와 관련하여 “시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것”이라고 하였는데, 이는 이 부분 실시는 법 시행령 제5조 제5항 제2호의 배타조건부거래 정의가 “경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래”하는 것이어서 경쟁제한 목적이 포함된 것으로 볼 경우가 많다고 한 취지인 것으로 보여진다²⁰⁾.

2) 이베이마켓 판결²¹⁾

지마켓은 자신의 경쟁자인 애플온라인과 거래하던 7개의 소규모 판매업체에게 원고 웹사이트에서 판매가격을 인하하거나 애플온라인에서 판매가격을 인상할 것을 요구하고, 주로 원고와 거래하고 애플온라인과 거래를 중단할 것을 요구하고, 애플온라인의 웹사이트에 올려놓은 상품 광고를 내리지 않으면 원고의 웹사이트 메인 화면에 노출된 광고를 내리겠다고 하였다. 서울고등법원은 위 행위가 부당한 배타조건부 거래행위에 해당한다고 보았으나, 대법원은 과연 애플온라인

20) 서정, “배타조건부거래의 위법성 판단에 관한 검토 - 최근의 판례를 중심으로 -”, 경쟁법연구 제30권(2014), 3-46면

21) 서울고등법원 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결. 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결 “① 원고의 이 사건 행위로 인하여 7개 사업자들이 애플온라인과 거래를 중단한 기간은 주로 1, 2개월이고, 짧게는 14일, 길게는 7개월 보름 남짓에 불과한 점, ② 그 기간 국내 오픈마켓 시장의 시장점유율 2위 사업자인 원고가 7개 사업자들로부터 얻은 판매수수료 총액이 약 2,500만 원에 불과하여, 원고보다 시장점유율이 훨씬 낮은 애플온라인에게는 7개 사업자들과 위 기간 거래중단이 없었으면 얻을 수 있었던 판매수수료가 그보다 더 낮았을 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 행위의 상대방은 7개 사업자들로서 G마켓에 입점한 약 23만 개의 판매업체를 기준으로 하더라도 그 비율이 극히 미미하고, 국내 오픈마켓 전체 시장을 기준으로 하면 그 비율은 더 낮았을 것으로 보이는 점, ④ 2006년 기준 7개 사업자가 G마켓을 통하여 상품 등을 판매한 거래금액의 비중은 G마켓의 전체 상품판매 거래금액의 0.24%에 불과하고, 오픈마켓 시장 전체를 기준으로 볼 때에도 이에 크게 벗어나지 않을 것으로 보이는 점 등을 알 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 보면, 과연 애플온라인이 원고의 이 사건 행위로 인하여 매출 부진을 이기지 못하고 오픈마켓 시장에서 퇴출된 것인지, 나아가 이 사건 행위가 다른 신규 사업자의 시장진입에도 부정적인 영향을 미쳤는지 명백하지 아니하다.”

이 원고의 이 사건 행위로 인하여 매출 부진을 이기지 못하고 오픈마켓 시장에서 퇴출된 것인지, 나아가 이 사건 행위가 다른 신규 사업자의 시장진입에도 부정적인 영향을 미쳤는지 명백하지 아니하다며 심리미진을 이유로 원심판결을 파기하였다.

그러나 이에 대하여는 부당성 여부는 관련시장에서의 가격 및 산출량 변화여부, 유사품 및 인접시장의 존재여부, 혁신저해 및 다양성 감소여부 등 각 요소들을 합리의 원칙에 따라 판단하여야 할 것임에도, 이와 같은 구체적인 경쟁제한 효과가 전혀 증명되지 않았으므로 파기환송 사유는 심리미진이 아니라 경쟁제한성 관련 법리오해로 접근하였어야 할 것이라는 비판이 있다.²²⁾

3) 쉐이크 판결²³⁾

켈컴 사건에서 대법원은 쉐이크가 국내 휴대전화기 제조 3사(삼성전자, LG전자, 팬택앤규티텔)에게 3G 이동통신 표준기술인 CDMA2000모뎀칩과 무선송수신(RF)칩 구매량/구매비율에 따라 모뎀칩 가격, RF칩 가격을 소급적·누진적으로 할인해 준 것에 대하여 원고가 “엘지전자에 대하여만 RF칩 리베이트를 제공한 2000. 7. 1.부터 2005. 6. 30.까지 및 2007. 1. 1.부터 2009. 7. 15.까지의 기간”의 경우 경쟁제한성이 인정되지 않고, 나머지는 모두 경쟁제한성이 인정된다고 판단하였다.

대법원은 해당 사건에서 배타조건부거래 행위에 대한 경쟁제한효과의 판단기준을 보다 구체화하고 있다. 즉 “배타조건부거래 행위의 위법성은 배타조건부거래 행위로 인하여 대체적 물품구입처 또는 유통경로가 봉쇄·제한되거나 경쟁사업자 상품으로의 구매전환이 봉쇄·제한되는 정도를 중심으로, 그 행위에 사용된 수단의 내용과 조건, 배타조건을 준수하지 않고 구매를 전환할 경우에 구매자가 입게 될 불이익이나 그가 잃게 될 기회비용의 내용과 정도, 행위자의 시장에서의 지위, 배타조건부거래 행위의 대상이 되는 상대방의 수와 시장점유율, 배타조건

22) 주진열, “이베이마켓(온라인 거래중개서비스 사업자)의 배타조건부거래 사건에 대한 비판적 고찰 - 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결 -”, 법경제학연구 제13권 제3호 (2016), 502면 참조

23) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결

부거래 행위의 실시 기간 및 대상이 되는 상품 또는 용역의 특성, 배타조건부거래 행위의 의도 및 목적과 아울러 소비자 선택권이 제한되는 정도, 관련 거래의 내용, 거래 당시의 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.”고 판시하였다.

이에 대하여는 조건부 할인은 문언적으로 가격인하 행위로 접근하여야 하고, 배타조건부거래로 의제하더라도 포스코 법리에 따라 경쟁자 배제를 통해 궁극적으로 관련 시장에서 가격상승 등 경쟁제한효과가 초래될 객관적 위험이 있는지 여부로 부당성을 판단하는 것이 경쟁보호라는 독점규제법 목적에 부합한다는 비판이 있다.²⁴⁾

(2) 불공정거래행위를 적용한 사안 : 에쓰오일 판결²⁵⁾

에쓰오일은 1998년경부터 자영주유소와 소요제품 전량을 원고로부터 공급받기로 하고, 전량구매의무 위반시 계약해지, 손해배상 등 제재를 할 수 있도록 규정한 석유제품공급계약을 체결하여 거래해 왔다. 판례는 에쓰오일을 포함한 4개 정유사의 위 행위가 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위에 해당한다고 보면서 불공정거래행위로서 배타조건부거래 행위의 기준은 시장지배적 사업자의 지위 남용행위의 위법성 판단기준과 별도로 독자적으로 평가·해석하여야 하기에, 전자의 위법성 판단기준으로는 경쟁제한성을 중심으로 불공정성도 고려할 수 있다고 하였다.

즉 대법원은 “물품의 구입 또는 유통경로의 차단, 경쟁수단의 제한을 통하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자나 잠재적 경쟁사업자를 관련시장에서 배제하거나 배제할 우려가 있는지 여부를 비롯한 경쟁제한성을 중심으로 그 유무를 평가하되, 거래상대방인 특정 사업자가 당해 배타조건부거래 행위로 인하여 거래처 선택의 자유 등이 제한됨으로써 자유로운 의사결정이 저해되었거나 저해될

24) 주진열, “조건부(충성)할인과 시장지배력 남용문제에 대한 고찰”, 경쟁법연구 제43권(2021)

25) 서울고등법원 2010. 10. 21. 선고 2009누6959 판결; 대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결.

우려가 있는지 여부 등을 아울러” 위법성을 판단해야 한다고 하였다(밀줄 첨가).²⁶⁾

해당 판결은 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위에 대한 위법성 평가를 경쟁제한성과 거래처 선택 자유의 제한이라는 두 가지 측면에서 고려하였다는 의미를 가지고 있다.²⁷⁾ 그러나 ‘경쟁제한성이 없는’ 배타조건부거래의 경우, ‘배타조건부’라는 거래의 속성상 당연히 초래될 수밖에 없는 거래처 선택의 자유 제한을 독자적인 위법성 내용으로 인정하는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.²⁸⁾ 같은 논지에서 배타조건부 거래의 경쟁제한성이 인정되지 않는 상황에서 그 거래상대방에 대한 관계에서만 거래처 선택의 자유가 침해되었다고 하더라도 불공정거래행위 중에서도 착취남용적 성격의 규정(예컨대, 거래상 지위의 남용)을 통하여 규제할 수 있으며,²⁹⁾ 만약 배타조건부거래가 관련시장에서 구체적인 경쟁제한효과를 초래하였다면 그것만으로도 부당성을 인정할 수 있다는 점에서 굳이 배타조건부 거래의 위법성 판단기준을 바꿀 이유는 없다고 본다.

(3) 시장지배력 남용행위와 불공정거래행위를 모두 적용한 사안 : 현대모비스 판결³⁰⁾

대법원은 원고 현대모비스가 2008년 당시 자동차 정비용 부품과 관련하여 자신의 전속대리점에게 원고가 직접 공급하는 부품 외에 다른 부품 제조업자의 부품을 취급하지 못하도록 하고 이를 위반하면 부품 공급단가 할인 폐지, 대리점 계약 갱신 거절 또는 계약 해지를 할 수 있도록 한 행위가 시장지배적 지위 남용

26) 정주미, “공정거래법상 배타조건부거래 행위의 위법성 판단기준”, 인하대학교 법학연구 제23권 제1호(2020), 483면

27) 다만, 특약점 거래행위는 제품의 공급자 입장에서는 계약기간 동안 안정적으로 자신만을 위해 판매에 나서는 판매점을 확보할 수 있다는 측면에서, 반대로 특약상 입장에 서는 판매에 필요한 시설이나 자금지원 등을 공급자로부터 받을 수 있다는 이점을 가지고 있다는 측면에서 양자 모두 선호하는 거래가 될 수 있으며, 이때 특약상은 계약기간동안 충실의무 내지 영업금지 의무를 지켜야 한다는 점에서 S-OIL과 배타조건부거래계약을 체결한 주유소의 거래 상대방 선택의 자유가 침해되었다고 볼 것은 아니라는 견해에 심재한, “배타조건부거래행위의 위법성판단기준: S-OIL 사건을 중심으로”, 상사판례연구 제28권 제4호(2015), 453면

28) 주진열, “현대모비스의 전속대리점 관련 배타조건부거래 사건에 대한 비판적 고찰” 법학연구 제19권 제4호 (2016), 335면

29) 서정, “배타조건부거래의 위법성 판단에 관한 검토”, 경쟁법연구 제30권 (2014), 31면 참조

30) 서울고등법원 2012. 2. 1. 선고 2009누19269 판결; 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두6308 판결

으로서 배타조건부 거래와 불공정거래행위로서 배타조건부 거래 양자에 모두 해당한다고 판단하였다.³¹⁾ 이 사건 판결에서는 불공정거래행위로서 배타조건부 거래의 부당성을 판단하는 과정에서 에쓰오일 사건에서 경쟁제한성 판단기준으로서 제시된 고려요소들, 즉 ‘당해 배타조건부 거래행위로 인하여 대체적 물품구입 또는 유통경로가 차단되는 정도, 경쟁사업자가 경쟁할 수 있는 수단을 침해하는지 여부, 행위자의 시장점유율 및 업계순위, 배타조건부 거래행위의 대상되는 상대방의 수와 시장점유율, 배타조건부 거래행위의 실시기간 및 대상되는 상품 또는 용역의 특성, 배타조건부 거래행위의 의도 및 목적과 아울러 배타조건부 거래계약을 체결한 거래당사자의 지위, 계약내용, 계약체결 당시의 상황’을 전혀 고려하지 않았다.

다만 현대모비스의 행위로 인해 ‘창의적인 부품제조업체의 배제로 인한 기술혁신 저해 및 유력 경쟁자 수의 감소, 저렴한 부품에 대한 소비자의 접근기회 제한 및 이로 인한 소비자 후생 감소’가 인정되기 때문에 경쟁제한성이 인정된다는 공정위의 주장을 수긍하였다. 대상판결은 에쓰오일에서 부당성 판단의 기준으로 제시된 거래상대방의 자유 침해 문제를 별도로 고려하지 않고, 경쟁제한성을 기초로 판단하였다는 차이가 있다.

IV. 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 위법성 판단기준 구분의 필요성 판단

현행 법체계 하에서 조화로운 법해석을 위해 시장지배력 남용행위가 되기 위하여는 시장경쟁을 제한하는 실질적 효과가 입증되어야 하지만, 불공정거래행위가 되기 위하여는 시장경쟁을 실질적으로 제한하는 효과의 직접적 입증은 필요하지 않으며, 거래상대방과의 개별적인 거래관계에서 거래상대방에게 현저한 사업상의 곤란함을 초래하거나 그 행위 유형 자체로 경쟁을 제한할 잠재적 우려를 가지고 있거나 경쟁수단으로서의 불공정성이 인정되는 것으로 충분하다는 주장

31) 원심은 원고의 2004년부터 2007년까지 행위는 대리점에 대한 불이익 강제성이 없으므로 배타조건부거래에 해당되지 않는다는 이유로, 공정위의 처분 중에서 과징금납부명령만 취소하였다

이 있고,³²⁾ 포스코 판결 이래 우리 대법원은 앞에서 살펴본 바와 같이 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 각각의 부당성은 별도로 독자적으로 평가 해석해야 한다고 하여 이와 유사한 입장인 것으로 해석된다. 즉, 한국 판례는 현행 독점규제법 체계상 불공정거래행위 중에서 경쟁제한성을 위법성의 본질로 하는 행위 유형들은 시장지배력 남용행위와 독자적으로 평가, 해석하여야 하기에 위법성의 판단기준이 다르다는 입장이다. 시장지배력 남용행위의 경우 경쟁배제적 행위로서 시장경제에 미치는 실질적 효과를 기준으로 부당성을 판단하고, 불공정거래행위는 거래상대방과의 관계에서 역학적 불균형을 해소하기 위한 공평성의 관점에서 거래상대방에 대한 불이익 또는 피해를 기준으로 부당성을 판단한다는 것이다.

특히 에쓰오일 판결에서는 불공정거래행위로 판단하면서, 경쟁제한성 외에 거래처 선택의 자유와 같은 요소를 위법성 판단의 기준으로 삼았다는 특징이 있다. 그러나 불공정거래행위의 행위 유형에 대하여 시장에 미치는 영향의 분석이 필요하지 않다는 이러한 해석은 불공정거래행위의 규제범위를 지나치게 확대시킬 우려가 있으며, 현행의 불공정거래행위 심사지침도 거래거절 등 행위유형의 경우 시장에서 경쟁에 미치는 영향을 중심으로 심사하도록 하고 있다는 점을 감안할 필요가 있다.³³⁾

공정거래법이 시장지배적 지위 남용과 불공정거래행위로 별도로 규율하고 있다고 하여 양자의 부당성 판단기준이 달라져야 할 필연적 이유는 없으며,³⁴⁾ 다른 여타의 불공정거래행위와는 달리 경쟁자 배제와 시장의 봉쇄를 그 본질적이고 핵심적인 표지로 하는 행위 유형의 경우 그 행위의 본질에 따라 그 판단기준은 관련시장에서의 경쟁제한효과로서의 경쟁제한성으로 한정하여 통일적으로 적용하는 것이 타당하다고 본다.³⁵⁾

32) 황창식 위의 논문 25면 참조

33) 조성국, “시장지배적 남용행위의 위법성 판단기준에 대한 연구”, 경쟁법연구 (2009), 391면

34) 서정, “배타조건부거래의 위법성 판단에 관한 검토 - 최근의 판례를 중심으로 -”, 경쟁법연구 제30권 (2014), 43면 참조

35) 강우찬, “불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위의 위법성 판단기준,” 사법 제22호 (2012), 49면 참조

V. 결 론

포스코 판결로 인하여, 시장지배적 지위 남용행위 규정을 적용하기 위하여는 관련시장에서의 가격 및 산출량 변화여부, 유사품 및 인접시장의 존재여부, 혁신 저해 및 다양성 감소여부 등 각 요소들로 경쟁제한성을 입증하여야 할 것이므로, 위법성 판단의 입증이 상대적으로 용이한 불공정거래행위 규정을 적용하는 것이 선호될 것으로 예상된다. 그러나 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 위법성 판단기준은 행위의 본질에 따라서 구분하여야 할 것이며, 별개의 규정에서 규율하고 있다는 점에만 착안하여 반드시 독자적인 기준에 따라야 한다거나 위법성 평가요소가 달라져야 할 이유는 없다고 본다.

또한 경쟁제한성을 기준으로 위법성을 판단할 경우에도, 관련시장에서 공급량 감소나 가격인상을 초래할 우려가 없어 경쟁제한효과가 입증된다면 경쟁제한의도를 별도의 부당성 성립요건으로 검토할 필요는 없다고 생각된다. 입법론적으로는 별도 법조문으로 규율하는 중복되는 행위 유형의 적용의 문제 및 위법성 기준과 관련한 법리적 혼란을 없애기 위한 가장 효과적인 방법은 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위로 중복되는 행위유형은 시장지배력 남용행위로서만 규율하고 불공정거래행위로서의 배타조건부거래 조항은 삭제하는 것이라고 본다. 이는 시장지배력 남용행위와 불공정거래행위의 관계에 관해 특별법과 일반법의 관계라고 보는 입장과 궤를 같이 하는 것으로, 경쟁제한성을 위법성 판단 기준으로 삼는 불공정거래행위의 행위 유형 중 차별적 취급 및 경쟁사업자 배제의 경우 대부분 시장지배적 남용행위로 흡수되고 있는 점을 참고할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 권오승, 「경제법」 제6판, 법문사 (2008).
- 이호영, 「독점규제법」 제6판, 홍문사 (2020).
- 강우찬, “불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위의 위법성 판단기준,” 사법 제22호 (2012).
- 서 정, “배타조건부거래의 위법성 판단에 관한 검토 - 최근의 판례를 중심으로-,” 경쟁법연구 제30권 (2014).
- 심재한, “배타조건부거래행위의 위법성판단기준: S-OIL 사건을 중심으로,” 상사판례연구 제28권 제4호 (2015).
- 이기종, “불공정거래행위의 위법성 판단기준으로서의 경쟁제한성과 불공정성,” 경제법연구 제14권 제1호(2013).
- 이 황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계 - 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준”, 경제법연구 제9권 제2호(2010).
- 이 황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계 - 시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준”, 사법 제1권 제5호 (2008).
- 정주미, “공정거래법상 배타조건부거래 행위의 위법성 판단기준”, 인하대학교 법학연구 제23권 제1호 (2020).
- 조성국, “최근 공정거래법 판례의 동향 : 시장지배적 지위 남용행위에 대한 위법성 판단기준에 관한 연구 - 최근 대법원 판결을 중심으로 -”, 경쟁법연구 (2009).
- 주진열, “수요자의 배타조건부거래(구매)와 시장지배력 남용 문제 - 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결-,” 경쟁법연구 제34권 (2016).
- 주진열, “현대모비스의 전속대리점 관련 배타조건부거래 사건에 대한 비판적 고찰 - 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두6308 판결-,” 법학연구 제19집 제4호 (2016).
- 주진열, “이베이마켓(온라인 거래중개서비스 사업자)의 배타조건부거래 사건에 대한 비판적 고찰 - 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결 - ,” 법경제학연구 제13권 제3호 (2016).
- 주진열, “조건부(충성)할인과 시장지배력 남용문제에 대한 고찰”, 경쟁법연구 제43권 (2021).
- 황창식, “공정거래법상 시장지배력 남용규제의 해석 및 집행상의 문제점 불공정거래행위 규제와의 법적용관계를 중심으로”, 경쟁저널 (2008).

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)

발행일 2022. 2. 28.

발행처 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 Abuse of Dominance and Unfair Trade Practices in Korean Antitrust
Law / Cho Hyunji

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