영남대학교 법학연구소
『영남법학』제40집 (2015.6) 59~100면.
Yeungnam Univ. Law Journal
Vol.40 (June. 2015) pp.59~100.

시장지배적 사업자의 지위남용에 관한 심사기준의 개선방안

이 봉 의*

< 목 차 >

Ⅰ. 서설
Ⅱ. 심사기준의 내용과 문제점
Ⅲ. 심사기준의 개선방안
Ⅳ. 맺는말

Ⅰ. 서설

1. 들어가며

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 "공정거래법"이라 한다)은 독과점의 문제에 대하여 경제력의 부당한 행사를 규제한다는 의미에서 시장지배적 지위남용행위를 금지하고 있다. 그런데 동법은 남용행위의 유형을 법률과 시행령에 열거하는 한편 남용행위를 포괄적으로 금지하는 일반조항을 두지 않고 있으며, 열거된 남용행위의 구체적인 위법성 판단기준을 공정거래위원회의 고시로 위임하는 방식을 채택하고 있다.

그에 따라 마련된 '시장지배적 지위 남용행위의 유형 및 기준'(이하 필요시 "심사기준"이라 한다)은 공정거래위원회의 심사업무의 지침으로서는 물론이고 수범자인 사업자들에게 법위반 여부에 대한 예측가능성을 보장해주는 가이드라인으로서 매우 중요한 의미를 지닌다. 심사기준이 공정위의 재량권 행사와 사

* 서울대학교 법학전문대학원 교수

업자의 의사결정에 일정한 준칙으로서 제대로 기능하기 위해서는 위 심사기준이 내용적으로 남용 여부에 대한 정확하고도 구체적인 기준을 제시할 수 있어야 하고, 이를 위해서도 꾸준히 점검 및 개선작업이 요구된다. 특히 시장지배적 지위남용에 관한 대법원 판결이 축적되고 있고 새로운 법리와 경제이론이 전개되고 있는 상황에서 이를 적시에 심사기준에 반영해야 할 필요성 또한 커지고 있다.

이 글은 위와 같은 필요성을 감안하여, 그간 수차례 개정을 거쳐 현재에 이르고 있는 시장지배적지위 남용행위에 관한 심사기준을 전면적으로 재검토하여 그 문제점을 살펴보고, 새로이 형성된 판례와 이론 등을 토대로 그 타당성을 분석하는 방법으로 심사기준의 구체적인 개선방안을 제시하고자 한다. 또한 이 글에서는 이른바 착취남용을 제외하고 방해 또는 배제남용에 해당하는 행위유형에 관한 부분만을 다루기로 한다.

2. 남용규제의 체계와 연혁

1) 남용행위의 규정체계

1980년 12월에 제정된 공정거래법은 주로 독일의 입법례에 따라 시장지배적 지위남용을 금지하는 이른바 폐해규제주의를 취하였고,[1] 시장지배적 사업자를 사전에 지정·고시하는 한편, 남용행위의 유형을 6가지로 열거하는 태도를 취하고 있었다. 그 후 몇 차례의 개정을 거쳐 현행 공정거래법 제3조의2 제1항은 시장지배적 사업자에 대하여 금지되는 남용행위로서 (1) 상품이나 용역의 가격의 부당한 결정·유지 또는 변경, (2) 상품의 판매나 용역의 제공의 부당한 조절, (3) 다른 사업자의 사업활동의 부당한 방해, (4) 새로운 경쟁사업자의 진입의 부당한 방해, (5) 부당한 경쟁사업자의 배제 또는 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위를 열거하고 있다.

이상의 남용행위 유형을 이른바 “착취적(exploitative) 남용”과 “배제적(exclusionary) 남용”으로 구분하면 다음과 같다.

- 착취적 남용: 가격남용(1호), 출고조절(2호), 소비자이익 저해(5호 후단)

---

1) 손주찬, “公正去來法 硏究 - 市場支配的 地位의 濫用規制에 관한 比較法的 考察”, 「법학연구」 제2권, 연세대학교 법학연구원, 1982, 243~244면·264면 이하.

- 배제적 남용: 사업활동방해(3호), 진입제한(4호), 경쟁자배제(5호 전단)

여기서 착취적 남용이란 독점력을 직접 이용하여 거래상대방 또는 소비자의 이익을 침해하고 독점이윤을 획득하는 것이고, 배제적 남용이란 경쟁자를 배제하여 시장의 경쟁상황을 악화시키는 것("구조적 남용", structural abuse이라고도 함)을 말한다.[2] 시행령 제5조는 법 제3조의2 제1항에서 규정하고 있는 다섯 가지의 시장지배적 지위의 남용행위 각각에 대하여 세부적인 유형과 기준을 규정하고 있고, 다시 공정거래위원회의 고시인 '시장지배적 지위 남용행위의 유형 및 기준'[3]을 통하여 각 남용행위의 세부적인 유형과 기준을 정하고 있다.

2) 남용규제의 변천

(1) 시장지배적 사업자의 확정방식

시장지배적 사업자의 개념과 범위, 수범자의 지정방식은 동법의 제정 이래 일련의 변화를 겪었다. 먼저, 시장지배적 사업자의 개념과 지정요건과 관련하여 1980년 법 제정 당시에는 법률은 시장지배적 사업자를 판단하는 다분히 일반적인 기준을 제시하고, 시행령에서 세부 기준을 정하고 있었다. 그에 따르면 먼저 시장지배적 사업자란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서(동법 제2조 제5항), 독일법의 영향이 상대적으로 강하게 드러난다.

- 경쟁사업자가 존재하지 아니하거나 실질적인 경쟁이 행하여지고 있지 아니한 경우(1호)
- 경쟁사업자와의 관계에서 당해 사업분야에 있어서 압도적인 지위를 점하고 있는 경우(2호)
- 2이상의 사업자중 소수의 사업자가 그 전체로서 당해 사업분야에 있어서 압도적인 지위를 점하고 있는 경우(3호)

이어서 시행령은 최근 1년간의 국내 총공급액이 300억원 이상인 사업자로서 1 사업자의 시장점유율이 50% 이상 또는 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 70% 이상(5% 미만인 사업자 제외)인 사업자라고 규정하고(령 제3조), 사업자들의 예측가능성을 제고하기 위하여 당시 경제기획원장관이 매년 위 기준에 해당하는 시장지배적 사업자를 지정·고시하도록 하였다(령 제5조). 특이한

2) Rainer Bechtold, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, §19 Rn.69.
3) 공정위 고시 제2012-52호, 2012.8.21.

점은 남용행위의 유형 중 부당한 가격책정 내지 착취가격은 시장점유율이 50% 이상인 사업자에 대해서만 적용되도록 한 것이다(법 제3조 단서, 령 제4조).

그 후 1990년 2차 법 개정을 통하여 현행법 제4조가 규정하고 있는 시장지배적 사업자의 추정요건에 해당하는 시장점유율을 가지는 사업자를 시장지배적 사업자로 정의하되(법 제2조 7호), 이제는 공정위가 시장지배적 사업자를 사전에 지정·고시하도록 하였다. 일정한 시장점유율을 기준으로 사전에 시장지배적 사업자를 지정·고시하는 종전의 제도는 법집행상의 편의 및 예측가능성을 제고하는 측면에서 장점이 있었지만, 실제로 시장에서 일어나는 동태적인 독과점적 행위를 포괄할 수 없어서 독과점적 사업자에 대한 규제의 실효성을 약화시키는 원인이라는 비판[4]이 제기되기도 하였다.

이에 따라 1999년 법 개정을 통하여 시장지배적 사업자의 지정·고시제도가 폐지되고 현행법과 같이 개별적·사후적 심사체계로 전환되었다. 이후 시장지배적 사업자 여부는 종전과 같이 당해 사업자의 시장점유율만을 기준으로 정태적·사전적으로 결정되는 것이 아니라, 구체적인 사실관계에 따라 문제된 사업자가 관련시장에서 가격이나 거래조건에 영향을 미칠 수 있는 총체적 능력과 진입장벽 및 경쟁사업자의 규모와 같은 구체적·개별적 시장상황을 종합적으로 고려하여 동태적·사후적으로 결정되고 있다. 그러나 이러한 변화로 인하여 시장지배적 사업자의 남용행위를 규제하기 위해서는 그 선결문제로서 문제된 사업자의 시장지배적 사업자 여부를 구체적으로 판단하여야 하는 매우 어려운 작업을 수행하게 되었다.

(2) 남용행위의 유형 변화

1980년 법 제정 당시부터 시장지배적 지위의 남용행위의 유형으로서 5가지를 열거하고 있었다. 다만, 당시에는 법 제3조 4호에서 부당한 진입방해와 함께 '경쟁사업자를 배제하기 위한 시설의 신설 또는 증설'을 남용행위의 유형으로 규정하고 있었으나, 1986년 제1차 법개정으로 남용행위의 유형에서 제외되었다. 또한 법제정 당시에는 시장점유율이 50%에 미달하여 착취가격의 금지대상에 포함되지 않는 시장지배적 사업자들의 '동조적 가격인상'에 대해서 이를 명시적

4) 대표적으로 유진희, "市場支配的 地位의 濫用禁止", 「경영법률」 제8권, 한국경영법률학회, 1998, 19면 이하. 이 글에서는 현행 공정거래법 제4조와 같이 시장지배적 지위의 추정을 제안하고 있다.

으로 금지하는 한편 경제기획원장관에게 그 이유를 보고하도록 할 수 있게 규정하였으나(동법 제4조), 이 조항은 1986년 제1차 법개정시 삭제되었다.

1996년 제5차 법개정을 통하여 법 제3조의2 제2항은 시장지배적 지위의 남용행위의 유형과 기준을 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있도록 규정하였고, 이에 따라 '시장지배적 지위 남용행위의 유형 및 기준'[5]이 처음으로 제정되었다. 그 후 1999년 제7차 법개정을 통하여 남용행위의 유형 및 기준은 대통령령으로 정하도록 하고, 시행령 제5조 제6항은 남용행위의 세부적인 유형 및 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있도록 규정하였는데, 이 규정에 따라 공정거래위원회는 '시장지배적 지위 남용행위의 심사기준'[6]을 새로이 제정하여 남용행위의 세부적인 유형 및 기준을 고시하였다. 그리고 1999년 2월 법개정을 통하여 현재와 같이 법 제3조의2 제1항 4호는 "새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위"로, 5호는 "부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위"로 변경되었다.

위 고시는 다시 2001년 시행령의 개정으로 소위 '필수설비'(essential facilities)의 사용 또는 접근 거부행위가 시장지배적 지위의 남용행위의 한 유형으로 규정됨에 따라 이에 대한 구체적 기준을 제시하기 위해 2002.5.16. 개정되었다.[7]

3. 방해·배제남용의 주요 내용

1) 부당한 사업활동 방해

시장지배적 지위 남용행위 중에서 그간 공정거래위원회로부터 가장 많은 시정조치를 받은 유형은 부당한 사업활동방해인데, 시행령이 열거하고 있는 (1) 정당한 이유 없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위, (2) 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위, (3) 정당한 이유 없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위는 단 한건의 사

5) 공정거래위원회고시 제1997-12호, 1997.4.7.
6) 공정거래위원회고시 제2000-6호, 2000.9.8.
7) 공정거래위원회고시 제2002-6호, 2002.5.16.

례도 없고, 모두 (4) 위의 행위 이외에 공정거래위원회가 고시하는 행위만 문제되었다(시행령 제5조 제3항).

특히 필수요소의 사용 또는 접근에 대한 거절·중단 또는 제한행위는 2001년 시행령 개정을 통하여 새로이 도입되었는데, 이는 미국의 판례로 발전된 이른바 '필수설비이론'(essential facilities doctrine)을 도입한 것이다. 그런데 현재까지 공정위가 시행령 제5조 제3항을 적용한 사례도 없고, 판례가 명시적으로 필수설비이론에 입각하여 내린 판결도 찾아볼 수 없다. 다만, '(사)한국여신전문금융업협회의 사업자단체금지행위 사건'에서 법원은 신용카드회사들이 공동으로 출자하여 구축한 가맹점 공동이용망을 "필수설비적 성격을 가진 시설"이라고 언급한 바 있는데, 특히 당시 재정경제원이 추진한 신용카드 가맹점 공동이용 정책에 따라 사실상 위 공동이용망의 이용이 강제되었던 점을 고려한 것으로 보일 뿐이다.[8)]

2) 부당한 시장진입 방해

새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위로서 시행령은 구체적으로 (1) 정당한 이유 없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위, (2) 정당한 이유 없이 기존사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 권리 등을 매입하는 행위, (3) 정당한 이유 없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위, (4) 위의 행위 이외에 공정거래위원회가 고시하는 행위 등을 통하여 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위라고 규정하고 있다(시행령 제5조 제4항).

지금까지 잠재적 경쟁사업자의 신규진입을 방해한 것이 남용으로 문제된 사례는 없으며, 공정위의 실무에서는 사실상 사문화된 조항으로 볼 수 있다. 시행령이 열거하고 있는 행위가 잠재적 경쟁제한의 형태로 실제 다투어질 소지가 거의 없고, 설사 잠재적 경쟁자의 진입을 방해하는 경우에도 3호의 부당한 사업활동방해로 포섭하는 데에 별다른 어려움이 없다는 점에서 향후 법개정시에 고려할 필요가 있다.

---

8) 서울고법 2003.4.17 선고 2001누5851 판결 및 대법원 2005.8.19 선고 2003두5709 판결 (이른바 "CD 공동망" 사건).

3) 부당한 경쟁사업자의 배제

법 제3조의2 제1항 5호 전단과 관련하여 시행령은 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우 또는 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우라고 규정하고 있다(시행령 제5조 제5항). 전자는 흔히 약탈가격(predatory pricing)으로 알려진 행위이고, 후자는 배타조건부거래로 이해되고 있다. 지금까지 공정위가 약탈가격을 남용으로 금지한 사례는 단 두 건이 있으며,[9] 배타조건부거래를 통한 남용이 다투어진 사례로는 농협 사건,[10] 이베이지마켓 사건[11] 등이 있다.

Ⅱ. 심사기준의 내용과 문제점

1. 심사기준의 체계

심사기준은 법 제2조 제7호의 규정에 의한 시장지배적 사업자의 판단에 관하여 필요한 세부기준 및 법 제3조의2의 규정에 의한 남용행위의 세부적인 유형 및 기준을 정하고 있다. 법 제3조의2 제2항은 남용행위의 유형 또는 기준을 대통령령으로 정할 수 있도록 규정하고 있고, 시행령 제5조 제6항은 다시 령 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 남용행위의 세부적인 유형 및 기준을 공정위가 정하여 고시할 수 있도록 위임하고 있다.

그에 따라 심사기준은 크게 일정한 거래분야, 시장지배적 사업자 여부, 시장지배적 지위남용행위의 세부 유형 및 기준이라는 세 부분으로 이루어져 있는데, 관련시장의 획정과 지배력 유무에 관해서 심사기준은 대체로 일반이론을 규정화하고 있는 것이어서 달리 개정을 요하는 사항은 없어 보인다.

심사기준은 법 제3조의2 제1항 각호의 행위유형별, 그리고 시행령 제5조 제1

9) 두 건 모두 기업메시징 시장에서의 이윤압착이 남용으로 판단되었다. 공정위 의결 제2015-049호, 2015.2.23. (엘지유플러스); 의결 제2015-050호, 2015.2.23. (케이티). 이 사건에서는 엘지유플러스가 처음으로 기업메시징시장에서 시장지배적 지위가 인정되었다.

10) 대법원 2009.7.9. 선고 2007두22078 판결.

11) 대법원 2011.6.10. 선고 2008두16322 판결.

항 내지 제5항의 행위유형에 따라서 세부적인 판단기준을 정하고 있는바, 시행령에서도 소비자이익의 현저한 저해에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 있기 때문에 심사기준에서도 5가지 행위유형에 대해서만 세부기준을 정하고 있다. 아래에서는 법 제3조의2 제1항 제1호 내지 제5호 전단까지 5가지 행위유형에 대한 심사기준의 내용을 전체적으로 평가한 후, 행위유형별로 주요 내용을 살펴보기로 한다.

2. 심사기준의 주요 내용

1) 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위

(1) 의의

직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우에 남용이 될 수 있다.

1. 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위
2. 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위
3. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위
4. 제1호 내지 제3호 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위

사업활동방해라는 용어가 가진 광범위한 의미와 달리 시행령은 위와 같이 1~3호의 방해행위를 규정하고, 나머지는 고시, 즉 심사기준에 위임하고 있는바, 심사기준은 1~3호의 방해행위에 대해서 각각의 요건을 비교적 상세히 규정하는 반면, 기타의 방해행위에 대해서는 행위유형만을 열거하고 있다.

(2) 위법성 판단기준

시행령에서 열거하고 있는 세 가지 방해행위에 대하여 공정위가 시정조치를 내린 사례나 판례가 전무하기 때문에, 현행 심사기준에 어떤 문제가 있는지를 언급하기에 적절하지 않다. 적어도 심사기준의 내용면에서 어떤 흠결이 있다는

학계나 실무계의 평가도 찾을 수 없다.

근본적으로 시행령이 열거하고 있는 제1호 내지 제3호의 남용행위는 거래계에서 발생하기가 지극히 어렵거나 굳이 제1호 내지 제3호를 적용하기보다는 제4호의 유형으로 규제하는 것이 보다 용이하다는 점이 실효성의 문제를 내재하고 있다. 예컨대, 필수요소의 접근거절의 경우, 네트워크나 기간설비 등 어떤 유·무형의 생산요소가 '필수요소'에 해당하기 위해서는 매우 엄격한 요건을 충족하여야 하는바, 공정위로서도 기타의 사업활동방해 중 부당한 거래거절로 접근하는 것이 규제에 보다 용이할 것이어서 굳이 그 요건이 매우 까다로운 필수요소 관련 조항을 적용할 이유가 없어 보인다.[12)]

위법성 판단과 관련하여, 원재료 구매방해와 필수요소 접근거절의 경우에는 정당한 이유가 없는 한 원칙적으로 금지되는 것으로 규정되어 있어서 위법성 판단기준이 논의되기 어려운 상황이다. 그리고 필수인력 스카우트의 경우에는 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상 이익을 제공하는지 여부가 중요한 기준인데, 정상적인 관행을 보다 구체화한 기준은 전혀 제시되지 않고 있다.

끝으로, 기타 고시에만 규정된 방해남용의 유형에 대해서는 행위만을 6가지로 열거하고 있을 뿐, 구체적인 행위요건 및 위법성 요건에 대해서는 아무런 설명이 없다.

2) 새로운 경쟁사업자의 시장참가에 대한 부당한 방해행위

(1) 의의

직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 경우에 남용이 성립할 수 있다.

1. 정당한 이유없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위
2. 정당한 이유없이 기존사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 권리 등을 매입하는 행위
3. 정당한 이유없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위
4. 제1호 내지 제3호 외의 부당한 방법으로 새로운 경쟁사업자의 신규진입을

12) 이봉의, "공정거래법상 필수설비법리의 현황과 과제 -심결례 및 판례를 중심으로-", 「상사판례연구」 제19집 제1권, 한국상사판례학회, 2006, 3면 이하.

어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위

(2)위법성 판단기준

심사기준은 새로운 경쟁사업자의 진입방해가 남용에 해당하기 위한 위법성에 관하여는 아무런 규정을 하지 않고, 대부분의 행위에 대해서 '정당한 이유'가 없는 한 남용이 성립하는 식으로 규정하고 있다. 진입방해의 위법성은 무엇보다 경쟁제한효과에서 찾을 수 있을 것인데, 과연 심사기준이 정한대로 일정한 행위만 있으면 원칙적으로 금지된다는 태도가 그대로 집행될 것인지는 의문이다. 더구나 공정위가 지금까지 시정조치를 내린 사례가 전혀 없기 때문에, 위법성 내지 정당한 이유에 관해서도 아무런 참고할 만한 선례를 찾을 수 없다.

3) 경쟁사업자 배제를 위한 거래

(1) 의의

먼저, 법률이 정하고 있는 경쟁사업자 배제(exclusion)란 용어만으로 보자면 매우 폭넓고 다양한 행위를 포섭할 수 있는 것인데, 시행령이 아래와 같이 두 가지 행위유형만을 한정적으로 열거하고 있어 경쟁사업자 배제의 새로운 유형을 적절히 포섭하기 어려운 측면이 있다.

1. 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우
2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우

첫 번째 행위유형은 불공정거래행위 중 경쟁사업자 배제의 두 가지 형태, 즉 부당염매와 부당고가매입에 상응하는 것이다. 그런데 시장지배적 사업자의 약탈가격은 경제이론이나 외국의 예에 따르자면 원가 내지 평균가변비용(AVC) 이하의 가격책정을 전제조건으로 하는바,[13] 우리나라의 심사기준은 '통상거래가격'을 기준으로 삼고 있는 점이 특징이다. 이론적으로는 비판의 소지가 있으나, 거래실무에서는 시장지배적 사업자의 경우 통상거래가격에 비하여 낮은 가격으로 계속해서 공급할 경우, 경쟁사업자가 배제될 우려가 있을 수 있다는 점에서

13) 약탈가격을 판단하는데 사용되는 다양한 비용 개념에 대해서는 Jones/Sufrin, EC Competition Law, 2nd Ed., 2004, p.387.

나름 심사기준 고유의 기준으로 평가할 수 있다.

시장지배적 사업자가 통상거래가격에 비하여 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우란 사업활동에 필수적인 원재료나 부품 등을 매점매석함으로써 경쟁사업자의 활동을 원천적으로 봉쇄하는 경우를 상정할 수 있는바, 시행령 제5조 제3항 1호의 원재료 구매방해와 상당부분 중첩될 소지가 있을 뿐만 아니라, 현실적으로 이와 같은 봉쇄상황이 발생할 우려는 거의 없어 보인다. 불공정거래행위의 하나인 부당고가매입과 마찬가지로 종래 공정위가 이와 같은 행위를 금지한 사례도 전혀 없다.

두 번째 행위유형은 불공정거래행위 중 구속조건부거래의 하나인 배타조건부거래를 남용으로 규정한 것으로 이해되고 있다. 공정거래법상 시장지배적 지위남용으로서의 배타조건부거래는 새로운 경쟁사업자의 진입방해(4호)와 경쟁사업자배제(5호)의 경우에 각기 규정되어 있는바, 전자의 경우 봉쇄되는 자는 아직 시장에 진입하지 않은 잠재적 경쟁사업자인 반면, 후자의 경우에는 이미 시장에 진입한 현실적 경쟁사업자라는 점에 차이가 있다.

배타조건부거래에 관하여 심사기준은 “경쟁사업자의 대체거래선 확보의 용이성, 당해 거래의 목적·기간·대상자 및 당해 업종의 유통관행을 종합적으로 고려한다”고 규정하고 있는바, 이것은 일견 부당성 판단 요소를 제시한 것으로 보인다. 그런데 경쟁사업자가 용이하게 대체거래선을 확보할 수 있는지, 배타조건부거래의 기간과 대상은 어떠한지 등은 배타조건부거래에 따른 경쟁제한효과, 특히 봉쇄효과(foreclosure effect)를 판단하기 위한 것으로 보이고, 배타조건부거래의 목적은 판례가 언급하고 있는 경쟁제한의 의도를 살펴보기 위한 것으로 이해할 수 있다.

한편, 현실에서는 다양한 형태의 배타적 거래가 존재하고, 그 중 일부는 배타조건부거래로 파악하기 어렵다는 점을 감안하여, 심사기준에서 행위요건을 판단하기 위한 보다 세부적인 고려사항을 제시하는 것이 필요하다.

(2) 위법성 판단기준

심사기준은 약탈가격이든 배타조건부거래든 이들 행위의 부당성 판단기준에 대해서는 언급하지 않은 채, 경쟁사업자 배제 여부를 판단함에 있어서 고려할 사항만을 예시적으로 제시하는 데에 그치고 있다.

먼저, 약탈가격의 경우 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁사

업자를 배제시킬 우려(경쟁제한효과의 핵심요소)가 있는 경우에, 추가로 어떠한 측면에서 부당성이 입증되어야 하는지가 모호하다. 같은 맥락에서 배타조건부거래의 경우에도 심사기준은 “이 경우 경쟁사업자의 대체거래선 확보의 용이성, 당해 거래의 목적·기간·대상자 및 당해 업종의 유통관행 등을 종합적으로 고려한다”고 규정하고 있을 뿐이고, 이것은 일견 ‘부당하게’ 여부를 판단하기 위한 고려사항으로 볼 수 있다.

시행령이 약탈가격의 경우에는 경쟁사업자 배제 우려를 명정하고 있는 반면, 배타조건부거래의 경우에는 그러한 언급을 하지 않고 있는 점을 그대로 반영하여 심사기준은 후자에 대해서 경쟁사업자 배제와 관련된 어떠한 사항도 규정하지 않고 있다. 심사기준만 보자면 배타조건부거래라는 행위 외에 부당성을 판단하는 기준이 전혀 제시되어 있지 않고, 따라서 그간 판례의 태도를 반영하여 심사기준에 나름의 기준을 명정할 필요가 있다.

3. 심사기준의 전체적인 평가

심사기준은 법 제3조의2 제1항 각호 및 시행령 제5조에서 정하고 있는 한도 내에서 남용행위의 세부유형과 기준을 정하고 있기 때문에, 상위 법령에 내재한 문제점을 고스란히 안고 있을 수밖에 없다. 다시 말해서, 심사기준의 개정만으로는 남용규제를 합리적으로 개선하는 데에 분명한 한계가 존재하는 것이다. 법률과 시행령상의 한계로는 무엇보다 다음과 같은 것을 지적할 수 있다.

먼저, 법 제3조의2 제1항 제5호 후단이 정하고 있는 부당한 소비자이익의 현저한 저해행위와 관련해서는 시행령 제5조에서 아무런 세부규정을 두지 않고 있고, 시행령 제6항은 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 남용행위의 세부적인 유형 및 기준만을 고시할 수 있는 것으로 명정하고 있기 때문에, 현행 법령 하에서는 고시에서 곧바로 소비자이익저해행위에 관한 세부기준을 둘 수 없는 상태이다. 또한 법 제3조의2 제1항 제1호가 가격의 부당한 결정·변경을 정하고 있음에도 불구하고 시행령은 일견 가격의 (실질적인) 인상만을 규제대상으로 삼고 있기 때문에, 현행 법령 하에서는 고시에서 가격의 결정이나 수요측면에서 시장지배력을 가진 사업자의 가격인하에 관한 세부기준을 마련할 수 없는 상태이다.

둘째, 법률이나 시행령에 대법원 판례가 충분히 반영되지 않고 있는 점도 한

계로 지적할 수 있다. 2009년 8월에 심사기준이 제정된 후 동년 10월과 2012년 8월에 일부 개정된 바 있으나, 부당한 사업활동방해나 경쟁사업자 배제에 관하여 내려진 다수의 대법원 판례가 거의 반영되지 않은 상태이다. 따라서 대법원 판례를 참작하여 시행령의 문언에 맞게 행위요건과 부당성요건에 관한 세부기준을 개선하는 한편, 특히 부당성 판단에 관하여 아무런 기준을 제시하지 않고 있는 기타의 사업활동방해에 대해서는 전혀 새로 기준을 마련하여야 할 것이다.

셋째, 불공정거래행위와의 관계가 여전히 정립되어 있지 못하다. 시장지배적 지위남용과 불공정거래행위는 그 행위유형에 있어서 적지 않게 중첩이 발생하는바, 심사기준은 불공정거래행위와의 관계에 대해서는 아무런 언급이 없고, 행위유형 면에서도 거래거절 등 불공정거래행위의 일부만을 남용행위로 포섭하고 있을 뿐이다(시행령의 한계도 있음). 2007년 포스코 판결[14]에서 대법원이 "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"고 판시함으로써 부당성 판단의 차별화를 시도한바 있다.

그럼에도 불구하고 심사기준은 사업활동방해나 경쟁사업자 배제와 관련해서 불공정거래행위와 중첩되는 행위유형을 폭넓게 포섭하지 않고 있을 뿐만 아니라, 부당성 내지 위법성 판단기준의 차이를 고려하여 행위유형을 적절히 규정하지 않고 있는 것으로 판단된다. 포스코 판결에 비추어 현행 심사기준상 기타의 사업활동방해와 관련하여 일견 다음과 같은 구분을 생각할 수 있을 것이다.

- 남용과 불공정거래행위가 중첩될 수 있는 행위유형: 거래거절(상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위 포함), 차별취급 및 지식재산권 관련 절차의 부당이용

14) 대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 판결.

- 불공정거래행위의 실질이 강한 행위유형: 불이익강제(부당한 조건제시 포함), 정당한 이유없는 대여금 회수, 다른 사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 절차이행의 부당한 방해

끝으로, 심사기준으로 위임이 과도하다는 점을 들 수 있다. 시행령은 부당한 사업활동방해(3호)와 새로운 경쟁사업자의 부당한 참가방해(4호)의 경우에 한하여 남용행위의 유형을 완전히 열거하지 않고, 그밖에 공정위가 고시하는 행위라는 유형을 규정함으로써 남용행위의 유형과 범위를 최종적으로 확정하는 작업을 공정위의 고시, 즉 심사기준에 위임하고 있다. 그에 따라 심사기준은 시행령이 열거한 행위 외에 여러 방해행위를 추가로 열거하고 있는바, 특히 부당한 사업활동방해의 경우에 지금까지 공정위가 문제 삼은 남용행위들이 예외 없이 시행령에서 명시되지 않은, 고시에만 규정된 행위였다는 점은 법치행정의 관점에서 바람직하지 않다.

더구나 심사기준에서만 열거하고 있는 행위유형의 경우 실무상으로는 매우 중요함에도 불구하고, 단순히 행위유형을 열거하는 외에 구체적인 행위요건이나 위법성 판단기준을 전혀 제시하지 않고 있어 수범자의 입장에서 예측가능성이 매우 낮을 수밖에 없다.

4. 심사기준의 문제점

현행 심사기준의 체계 및 내용상 공통적인 문제는 남용판단에 있어서 행위요건과 위법성요건을 구분하여 제시하지 않고 있다는 점이다. 당초부터 시행령에 '정당한 이유 없이'로 규정된 행위유형이 많은데, 이 경우에는 공정위가 적극적으로 부당성 입증을 할 의무가 없어 심사기준에 위법성요건을 따로 규정하지 않은 점은 이해되나 그렇다면 정당한 이유를 보다 구체적으로 예시해줄 필요는 있을 것이다.

공정위가 부당성을 입증해야 하는 행위의 경우에도 심사기준에서는 행위유형별로 기준을 제시하지 않고, Ⅳ. 6에서 경쟁제한효과의 판단기준을 일반적으로 규정하고 있을 뿐이어서 남용행위의 유형별 위법성 판단과 경쟁제한효과의 관계에 대해서도 아무런 규정이 없는 상태이다. 이처럼 현행 심사기준의 문제점을 대상행위와 위법성 판단으로 나누어 지적하기 어려운 측면이 있으므로, 아래에서는 주로 행위요건과 관련하여 기술하되, 위법성 판단과 관련하여 필요한 부분

에서는 가급적 정당한 이유를 충분히 예시하는 방식이 무난할 것으로 판단된다.

1) 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위

(1) '다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우'

먼저, 법률 및 시행령은 사업활동방해의 상대방을 '다른 사업자'로 명정하고 있는바, 판례는 일관되게 다른 사업자의 사업활동을 방해함으로써 경쟁이 제한되거나 제한될 우려가 있어야 한다는 입장이다. 따라서 '다른 사업자'에는 시장지배적 사업자의 거래상대방인 사업자도 포함되나,[15] 결국 부당성 요건을 충족하기 위해서는 어떤 형태로든 방해를 받는 사업자가 속한 시장이나 시장지배적 사업자가 속한 시장에서 경쟁제한성이 인정되어야 한다.

일찍이 포스코 판결에서 시장지배적 사업자는 포스코였고, 거래거절을 통한 방해가 이루어진 다른 사업자는 현대하이스코였는데, 현대하이스코는 포스코의 현실적 경쟁자(actual competitor)이자 잠재적 거래상대방(potential trade partner)이었다. 현대차 판결[16]에서도 시장지배적 사업자는 현대차였고, 현대차의 거래상대방으로서 사업활동에 방해를 받은 판매대리점이 '다른 사업자'였는데, 이들 판매대리점은 현대차(직영대리점)와 경쟁관계에 있는 것으로 판단되었다. 그리고 SK DRM 판결[17]에서 시장지배적 사업자는 SK텔레콤이었고, 문제의 불이익강제(구입강제)로 인하여 종국적으로 사업활동이 방해되는 다른 사업자는 MP3파일 다운로드시장에서 SK텔레콤과 경쟁관계에 있는 사업자였다.

이어서 "사업활동을 어렵게 하는 경우"의 의미에 대하여 심사기준은 사업활동이 어려워질 우려가 있는 경우를 포함한다"고 규정할 뿐이어서, 사업활동이 실제로 어려워진 경우뿐만 아니라 어려워질 우려가 있는 경우를 모두 포괄한다는 점 외에는 다분히 동어반복적으로 이를 설명하고 있을 뿐이다. 그런데 다른 사업자의 사업활동방해가 불공정거래행위와 구별되는 요소, 무엇보다 독과점시장에서의 경쟁제한효과를 보여주기 위해서는 해당 사업을 유지·존속하기 어려울 정도의 계속적이고 현저한 곤란이 있는 경우이어야 할 것이고, 일시적이거나 단순한 경제상 손실만을 야기할 우려가 있는 정도로는 사업활동방해라는 행

15) 대법원 2010.3.25. 선고 2008두7465 판결.
16) 대법원 2010.3.25. 선고 2008두7465 판결.
17) 대법원 2011.10.13. 선고 2008두1832 판결.

위요건이 충족되지 않음을 명시할 필요가 있다.

(2) 부당성 판단기준의 문제

사업활동을 어렵게 한다는 요건은 시행령 제5조 제3항 제1호～제3호의 행위로 인하여 발생하는 '효과'에 해당하며, 예컨대 정당한 이유없이 원재료구매를 방해하는 행위와 그로 인하여 다른 사업자의 사업활동이 어려워지는 효과 또는 그러한 효과가 발생할 우려가 인정되어야 한다.

먼저, 방해남용은 그 성질상 정상적인 경쟁행위와의 구별이 매우 어렵고, 대체로 다른 경쟁사업자의 사업활동을 어느 정도 어렵게 하는 성질을 갖게 되는데 이러한 방해를 남용에 요구되는 효과로 포착하기 위해서는 일종의 불문의 요건으로서 '현저성'을 요한다고 해석할 필요가 있고, 시행령에는 명문의 규정이 없더라도 이를 심사기준에 구체화할 필요가 있다. 즉, 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 것만으로는 부당성을 인정할 수 없는 것이다.

보다 근본적인 의문은 포스코 판결 이후 방해남용의 부당성 요소로서 경쟁제한의 의도와 그러한 효과가 발생할 우려가 입증되어야 한다는 태도가 확고한 판례로 자리잡은 상황에서, 심사기준은 위법성 판단에 관하여 이를 전혀 반영하지 않고 있다는 데에 있다. 비록 위 제1호～제3호의 행위가 정당한 이유의 유무나 정상적인 거래관행에 따라 위법성이 판단되는 구조이기는 하나, 제4호에 따른 고시에서 정한 행위의 경우 대체로 '부당성'을 요건으로 한다는 점에서 적어도 이와 관련해서는 대법원 판결을 적극 반영하여 심사기준의 내용을 보완할 필요가 있다.

행위유형별로 살펴보면 먼저 원재료 구매방해의 경우 심사기준에는 남용을 부인할 수 있는 정당한 이유를 판단할 때 고려할 사항이 전혀 예시되어 있지 않고 있는바, 필수요소의 접근거절에 대한 정당한 이유를 참고하여 고려할 사유를 적절히 추가하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 부당한 인력스카우트의 경우, '정상적인 거래관행에 비추어 과도한 경제상 이익' 인지의 여부가 불명확한데, 심사기준은 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 판단하기 위한 기준만을 제시하고 있을 뿐, 이들 필수인력을 채용하는 과정에서 과도한 경제상 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하였는지를 판단함에 있어서 고려할 사항은 전혀 언급하지 않고 있다. 시행령은 과도한 경제상 이익을 제공하거나 제공을 약속하였는지 여부는 정상적인 거래관행에 비추어 판단하도록 하고 있는

바, 개별 업계의 특성을 고려한다는 점에서 원칙적으로 타당하나 공통적으로 고려할 사항을 제시할 필요는 있어 보인다. 또한 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상 이익을 제공 또는 제공제의를 하는 방법으로 필수인력을 채용하여 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 할 경우 남용에 해당함으로써 부당성 내지 위법성 자체를 요하지 않는 식으로 규정되어 있는 것 또한 법체계상 문제로 판단된다.

실무상 보다 중요한 것은 기타 고시된 행위인데, 행위유형별로 문제점을 간략하게 지적하자면 다음과 같다.

① 부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위의 경우 후단의 행위는 경쟁제한성과 무관하거나 필요시 거래거절의 범주에 포함될 수 있다.

② 거래상대방에게 정상적인 관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위에서 전단의 경우 부당한 조건을 '제시'하는 것만으로 남용 여부를 문제 삼기는 곤란하며, 이를 부당한 조건을 일방적으로 부과하는 것으로 변경할 경우에는 아래 3호의 불이익강제에 포함될 수 있어 보인다.

③ 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위의 경우 불이익강제란 경쟁제한효과를 야기할 우려가 없어 보이는, 거래상 지위남용의 실질에 가까운 행위로 보인다.

④ 거래상대방에게 사업자금을 대여한 후 정당한 이유없이 대여자금을 일시에 회수하는 행위의 경우 원칙적으로 남용으로 볼만한 행위인지도 의문이거니와 경쟁제한효과를 야기할 우려도 없어 보인다.

⑤ 다른 사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 이행을 부당한 방법으로 어렵게 하는 행위의 경우 방해수단의 부당성을 문제 삼는 것보다는 절차이행의 방해가 경쟁제한의 의도와 효과를 가지는지를 기준으로 판단할 수 있도록 변경할 필요가 있다.

⑥ 지식재산권과 관련된 특허침해소송, 특허무효심판, 기타 사법적·행정적 절차를 부당하게 이용하여 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위의 경우 '절차의 부당이용'이란 의미가 모호하고 경쟁제한의 의도와 효과를 기준으로 남용을 판단하기 어렵다는 점에서 차라리 보다 포괄적으로 "지

식재산권을 부당하게 행사하여 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위"로 변경하는 것이 바람직할 것이다.

(3) 사업활동방해남용의 전반적인 문제들

먼저, 부당성 요건의 통일성이 결여되어 있다는 점을 들 수 있다. 시행령이 명시하고 있는 세 가지 행위유형은 '정당한 이유없이' 또는 '정상적인 관행에 비추어 과도한' 등을 기준으로 남용 여부를 판단하게 됨으로써 실상 부당성 판단기준이 유형마다 상이하게 규정되어 있다. 더구나 기타 고시에서 정한 유형들은 각기 그 성격을 달리하는 행위를 묶어놓음으로써 방해남용에 공통된 부당성 기준을 도출하기 어렵고, 실무상 판례에 부합하는 법집행이 곤란해진다.

또한 방해남용의 체계에 부정합성이 상존하고 있는데, 특히 기타 고시에서 정하고 있는 남용행위 중에는 관련시장에서 경쟁제한효과를 논하기 어려운 행위가 포함되어 있어서 방해남용의 체계에 부정합성을 야기하고 있다. 예컨대, 다른 사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 이행을 "부당한 방법으로" 어렵게 하는 행위의 경우, 사업활동방해의 수단 내지 방법의 부당성을 문제 삼고 있는 것으로 해석되어, 경쟁제한의 의도와 효과를 중심으로 부당성을 설명하기 어렵다. 또한 지식재산권과 관련된 특허침해소송이나 특허무효심판 등의 절차를 "부당하게 이용하여" 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우도 마찬가지로 방해의 수단 내지 방법의 부당성에 착안한 것으로 판단된다. 그밖에 불이익강제의 경우에는 불공정거래행위의 하나로서 거래내용의 불공정성을 위주로 부당성을 판단하게 되는 거래상 지위남용과 그 실질에 있어서 구분이 어렵게 된다.

위와 같이 판례의 일관된 태도에 부합하는 방해남용의 실질을 갖지 않는 행위에 대해서는 그 문언을 경쟁제한의 의도와 효과를 포착할 수 있도록 적절히 변경할 필요가 있다.

2) 새로운 경쟁사업자의 시장참가에 대한 부당한 방해행위

현재까지 해당 남용이 문제된 예가 없기 때문에 심사기준 자체의 문제점을 논하기 어렵고, 따라서 현행 심사기준의 관련 규정은 달리 개정방안을 제시하기에 적절하지 않다. 다만, 동 남용행위가 지금까지 거래계에서 한 번도 문제되

지 않은 이유를 분석해볼 필요가 있는바, 일견 아직 시장에 진입하지 않은 잠재적 경쟁자 상태에서 진입방해가 이루어질 개연성이 거의 없거나 또는 잠재적 경쟁자가 진입방해를 남용으로 인식하여 문제를 제기하지 않았을 가능성을 생각할 수 있을 것이다. 그런데 후자의 경우라면 향후 남용규제에 대한 인식이 확산될 경우, 언제든지 사건화될 가능성은 배제할 수 없을 것이다.

3) 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위

(1) '경쟁사업자 배제 우려' 요건의 편재

전술한 바와 같이 배타조건부거래 또한 약탈가격과 함께 법령상 경쟁사업자를 배제하기 위한 거래의 하나라는 점을 감안할 때, 비록 시행령 제5조 제5항에서 2호에서 명시하지 않았더라도 심사기준에서 배타조건부거래에 요구되는 경쟁사업자 배제 우려에 관하여 일정한 기준을 제시할 필요가 있다.

법률상으로는 '경쟁사업자 배제'가 약탈가격과 배타조건부거래에 공통된 요건인 점을 감안하여, 유형별 기준 이전에 통일적으로 기준을 제시하는 것이 바람직할 것이다. 다만, 시행령이 배타조건부거래의 경우 경쟁사업자 배제를 명시적으로 요구하지 않음에 따라 해석상 혼선이 생길 우려가 있음에 유의할 필요가 있다.

(2) 배타조건부거래의 개념과 유형의 불명확성

전술한 바와 같이 배타조건부거래, 배타적 거래, 배타적 거래의 유인 또는 강제 등 이와 관련된 일련의 개념을 심사기준에서 분명하게 설명하고, 그간의 실무를 반영하여 적용대상 행위의 유형과 범위를 명확하게 설정할 필요가 있다.

배타조건부거래의 범위와 관련하여 심사기준은 시행령이 정하는 바에 따라 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 '조건으로' 그 거래상대방과 거래하는 경우를 규정하고 있는바, 동 문언을 그대로 해석할 경우에는 적지 않은 배타적 거래가 대상행위에서 제외되거나 적용범위를 둘러싼 논란이 야기될 소지가 있다. 심사기준상 배타조건부거래가 성립하기 위해서 그와 같은 '조건'이 명시적으로나 묵시적으로 당사자 사이에 합의되어야 하는지가 명확하지 않다. 즉, 명시적으로나 묵시적인 합의에 의한 배타조건부거래가 규제대상에 포함되는 점에는 의문이 없으나, 이른바 사실상의 배타조건부거래 또는 배타적 거래를 유인 또는 강제하는 행위도 포섭되는지에 대해서는 여전히 다툼의 소지가

있어 보인다.

사실상의 배타조건부거래란 아무런 합의가 없더라도 당사자의 필요 등에 의하여 결과적으로 거래상대방이 오로지 시장지배적 사업자와 거래하는 경우로서, 엄밀하게 말하자면 배타적 거래(exclusive dealing) 그 자체를 의미한다. 이러한 설명은 배타적 거래와 배타조건부거래를 개념상 준별하는 태도에 기초한 것이다. 그런데 시장지배적 사업자의 배타적 거래는 합의 유무와 상관없이 시장봉쇄효과를 야기할 우려가 있다는 점에서 규제대상에 포함시킬 실익은 인정되나, 시행령의 문언에 부합한다고 보기는 어려운 측면이 있다.

먼저, 시장지배적 사업자가 배타적 거래를 유인하는 대표적인 행위는 조건부 또는 충실 리베이트(conditional or loyalty rebates)로서, 과거 Intel 사건[18]이나 Qualcomm 사건[19]에서 공정위는 이를 배타조건부거래로 보아 남용행위로 판단한 바 있으나, 사견으로는 이와 같은 경우에 어떤 형태로든 당사자 사이에 배타조건이 합의되었다고 보기 어렵다는 점(다시 말해서, 거래상대방이 경쟁사업자와 거래할지 여부를 여전히 어느 정도 자유롭게 결정할 수 있으며, 경쟁사업자와 거래하였다고 하여 시장지배적 사업자가 그와의 거래를 중단하는 것도 아님)에서 배타조건부거래로 보기 어렵다.[20]

이어서 시장지배적 사업자가 배타적 거래를 강제하는 행위는 그에 따른 강제성과 경쟁제한성이 모두 문제될 수 있는바, 남용행위로서는 경쟁사업자 배제가 관건일 것이다. 이 경우, 배타적 거래를 강제한다는 것은 거래상대방이 경쟁사업자와 거래할 경우 거래중단 등 일정한 실효적인 제재가 수반될 것이라는 점에서 매우 강력한 배타조건부거래의 성격을 가질 수 있다는 점에서 행위유형에 포함시키는 것이 타당할 것이다.

---

18) 공정위 의결 제2008-295호, 2008.11.5.

19) 공정위 의결 제2009-281호, 2009.12.30.

20) 예컨대, 인텔 사건에서 공정위는 "경쟁사업자와 거래하거나 일정 규모 이상으로 거래를 한 경우 리베이트 금액을 축소하거나 리베이트 지급 철회를 통보하는 등 경쟁사업자인 AMD와 거래하지 아니하거나 일정 규모 이하로만 거래할 것, 즉 경쟁사업자를 배제하기 위한 조건으로 리베이트를 지급하였으므로 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우에 해당된다 할 것이다"라고 의결서에서 밝히고 있으나, 경쟁사업자와 거래하였다는 이유로 리베이트를 줄이거나 철회하더라도 상대방사업자는 여전히 거래거절을 당하는 것은 아니고 여전히 다양한 거래패턴 중에서 선택할 자유를 누리고 있다.

(3) '부당성' 요건의 비체계성

먼저, 부당성 요건과 관련하여 시행령이나 심사기준의 문언에 따르면 경쟁사업자 배제를 위한 부당한 거래가 남용행위에 해당하기 위한 요건은 다음과 같이 단순화할 수 있다.

- 약탈가격: 통상거래가격보다 낮은 대가 + 경쟁사업자 배제 우려 + 부당성
- 배타조건부거래: 경쟁사업자와 거래하지 않는 조건 + 부당성

판례는 배타조건부거래가 문제되었던 이베이지마켓 사건[21]에서도 포스코 판결의 예에 따라 부당성을 경쟁제한의 의도 내지 목적과 경쟁제한효과가 발생할 우려에 따라 판단하되, 농협 판결[22] 이후 배타조건부거래의 경우 그 성질상 경쟁제한의 의도가 내포되었다고 볼 경우가 많을 것이라고 언급함으로써 이때에는 '의도' 요건의 입증책임을 완화하는 취지로 이해되고 있다. 이때, 경쟁사업자 배제의 우려란 부당성의 효과와 관련된 것이어서 약탈가격의 경우 부당성이란 경쟁제한의 의도만을 지칭하는 것이 되어 부당성의 체계적 이해와 부합하지 않게 되는 문제가 발생하는바, 심사기준에서 이 부분을 명확하게 정리할 필요가 있다.

(4) 행위유형별 문제점

먼저, 약탈가격의 경우 경쟁제한성을 판단하는 기준이 미비하다는 점을 들 수 있다. 약탈가격에 관하여 미국은 원가 이하의 가격, 경쟁자 배제의 우려 및 손실회복(recoupment)의 가능성이라는 3가지 요건을 정립하고 있는 반면,[23] 유럽에서는 손실회복의 가능성을 요건으로 하지 않고 있다.[24] 그런데 공정거래법은 원가기준이 아니라 통상거래가격을 기준으로 명시하고 있는 점을 감안할 때, 경쟁자배제의 우려 외에 손실회복의 가능성을 추가적인 요건으로 요구하기는 법적 근거가 없어 곤란할 것이다.

생각건대, 유럽의 접근방법에 통상거래가격기준을 결합하여 세부 기준을 마련하는 방안이 타당하며, 경쟁자 배제의 우려를 판단함에 있어서 사업활동방해와 구별되는 기준을 마련할 것인지를 고민하여야 하는바, 판례에 따르자면 결

21) 대법원 2011.6.10. 선고 2008두16322 판결.
22) 대법원 2009.7.9. 선고 2007두22078 판결.
23) Brooke Group v. Brown & Williamsom Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 224(1993).
24) Jones/Sufrin, supra pp.397~398.

국 가격인상이나 산출량감소, 혁신감소, 유력한 경쟁사업자의 숫적 감소 등 사업활동방해에 따른 경쟁제한효과와 달리 파악하기는 곤란할 것으로 판단된다.

이어서 배타조건부거래의 경우에도 경쟁제한성 판단기준이 미비한데, 그간 경제이론이나 판례상 배타조건부거래의 경쟁제한효과, 특히 봉쇄효과를 중심으로 한 판단기준이 폭넓게 정착되었음에도 불구하고 심사기준은 이 점을 전혀 명정하지 않고 있다. 이와 관련하여 불공정거래행위인 배타조건부거래의 경우 경쟁제한성을 위주로 심사하되 거래처선택의 자유 등 불공정성을 함께 고려할 수 있다는 최근 대법원 판결[25]의 태도를 감안하여 남용에 고유한 경쟁제한효과를 제시할 필요가 있다.

특히, 유럽의 예를 참조할 필요가 있는바, 남용규제에 관한 유럽기능조약 제102조의 적용상 주요 관심사는 시장지배적 사업자가 자신의 지위를 유지 또는 강화하거나 경쟁사업자를 방해하는 수단으로 배타적 거래를 이용하는 데에 있다. 전통적으로 유럽법원의 판례에 따르면 오로지 특정 시장지배적 사업자로부터 공급받기로 하는 의무 속에 이미 남용의 소지가 있다고 한다.[26] 즉, 시장지배적 사업자의 존재로 인하여 이미 경쟁의 정도가 상당히 약화되어 있기 때문에, 그러한 사업자가 체결하는 배타조건부거래는 원칙적으로 당해 시장의 경쟁구조를 왜곡할 소지가 있다는 인식이 자리 잡고 있으며, 이를 달리 표현하자면 시장지배적 사업자의 배타조건부거래의 경우 봉쇄효과가 사실상 추정되는 것과 유사한 결과가 된다. 배타조건부거래에 따른 의무 위반에 대해서 법적 책임을 지는지, 그러한 계약이 시장지배적 사업자의 압력이나 유력한 판매업자의 요구로 체결되었는지, 양 당사자가 모두 유력한 사업자인지 여부는 남용 성립에 별다른 영향을 미치지 않는다.[27]

---

25) 대법원 2013.4.25. 선고 2010두25909 판결("에스대시오일" 사건).

26) BPB Industries and British Gypsum plc. v. Commission, Case C-310/93P, 1995 E.C.R. I-865, 876; [1995] 4 C.M.L.R. 718.

27) Hoffmann-LaRoche v. Commission, Case 85/76, 1979 E.C.R. 461, 551; [1979] 3 C.M.L.R. 211.

Ⅲ. 심사기준의 개선방안

1. 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위

1) 행위 요건

먼저, 「다른 사업자」에 대한 정의를 추가할 필요가 있는바, 「다른 사업자」란 통상 시장지배적 사업자와 현실적 또는 잠재적 경쟁관계에 있는 사업자이나, 시장지배적 사업자의 전·후방시장에서 거래상대방인 사업자도 포함됨을 명시하는 것이 바람직하다.

이어서 「다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우」인지 여부는 단지 당해 행위로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것으로는 부족하고, 후술하는 경쟁제한의 의도와 효과를 인정할 수 있을 정도로 관련시장에서의 경쟁에 부정적인 영향을 미치는 것이어야 함을 명시하여야 할 것이다.

2) 위법성 요건

먼저, 시행령이 열거하지 않고 고시에 위임한 기타의 사업활동 방해행위들은 모두 '부당하게'를 요건으로 하고 있는바, 부당성 판단기준을 판례에 따라 설명해줄 필요가 있다. 그에 따라 「부당하게」 여부는 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었는지를 기준으로 판단하되, 당해 행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있도록 규정할 수 있을 것이다.

그밖에 경쟁제한효과가 발생할 우려가 있는 행위인지 여부는 당해 행위가 이루어진 당시를 기준으로 심사하되, 당해 행위를 정당화할 사유가 인정되는 때에는 경쟁제한의 의도가 부인될 수 있음을 명시할 필요가 있다.

3) 기타 고시에 규정된 행위유형별 개정안

먼저, 거래거절, 차별취급, 불이익강제 및 절차의 남용으로 명료하게 유형화하여 규정하고, 불이익강제의 경우 대표적인 행위를 예시하는 방식을 취하는 것이 바람직해보인다. 그리고 불이익강제는 거래거절, 차별취급 등과 달리 그 개념상 구체적인 행위유형이 다양하여, 실제 시장지배적 지위남용으로 금지될 수 있는 유형을 세분하여 심사기준에 제시해줌으로써 사업자들에게 예측가능성을 높여주고 법준수를 독려할 수 있을 것이다. 그런데 불이익강제는 불공정거래행위 중에서 거래상 지위남용과 행위유형 면에서 상당부분 중첩되고, 종래 실무에서도 여러 유형이 다루어진 바 있으므로 이들 유형을 몇 가지 카테고리로 분류하여 심사기준에 규정하도록 한다.

현행 심사기준상 대여금의 일시 회수행위는 시장지배적 지위남용에 전형적인 양태로 보기 어렵다는 점에서 이를 삭제하고, 절차남용은 사업활동에 필요한 절차(허가나 추천 등)의 이행을 부당하게 어렵게 하는 경우와 특허관련 절차를 부당하게 이용하는 행위로 나눌 수 있을 것이다.

그리고 현행 제5호의 “부당하게 다른 사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 이행을 어렵게 하는 행위”는 그대로 유지하되, 사업활동에 필요한 절차에는 허가뿐만 아니라 인가나 등록 등이 추가로 포함될 필요가 있다. 다른 사업자의 사업상 긴요한 절차이행을 방해하는 행위는 그 수단의 부당성뿐만 아니라 시장지배적 사업자가 이를 통하여 경쟁을 제한하려는 의도 또는 목적과 실제로 경쟁제한효과가 발생할 우려가 있어야 하고, 달리 효율성증대나 소비자후생증대효과를 기대할 수 없다는 의미에서 원칙적으로 정당한 이유 또한 인정하기 어려울 것이다.

끝으로, 제6호의 경우 비록 예시적이기는 하나 특허에 한정하여 규정할 필요가 없어 보이므로, “지식재산권과 관련된 소송이나 무효심판”으로 표현을 변경하도록 한다.

4) 심사기준 개정안 대조표

현행 심사기준	개정안
3. 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위(법 제3조의2 제1항 제3호)	3. 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위(법 제3조의2 제1항 제3호)
직접 또는 간접적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우(영 제5조제3항)	직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우(영 제5조 제3항)
(1) 「간접적」이라 함은 특수관계인 또는 다른 자로 하여금 당해 행위를 하도록 하는 것을 말한다.	(1) 「간접적」이라 함은 특수관계인 또는 다른 자로 하여금 당해 행위를 하도록 하는 것을 말한다.
(2) 「다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우」를 판단함에 있어서는 다른 사업자의 생산·재무·판매활동을 종합적으로 고려하되, 사업활동이 어려워질 우려가 있는 경우를 포함한다.	(2) 「다른 사업자」란 당해 사업자의 거래상대방이거나 당해 사업자와 현실적 또는 잠재적으로 경쟁관계에 있는 사업자를 말한다. (3) 「사업활동을 어렵게 하는 경우」란 다른 사업자의 사업운영이 어려울 정도로 계속적이고 현저한 곤란이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우를 말한다. 다른 사업자에게 일시적이거나 단순한 경제상 손실만을 야기하는 정도로는 족하지 않다.
가. 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위(영 제5조제3항제1호)	가. 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위(영 제5조 제3항 1호) (1) 대상행위
(1) 「원재료」에는 부품, 부재료를 포함한다.	(가) 「원재료」에는 부품, 원료, 부재료 내지 부자재를 포함한다.
	(나) 「원재료 구매를 방해한다」함은 … 강제 또는 유인하는 것을 말하며, 실제로 다른 사업자의 원재료 구매가 곤란해야 한다.
(2) 「원재료 구매를 방해한다」 함은 원재료 구매를 필요량 이상으로 현저히 증가시키거나, 원재료 공급자로 하여금 당해 원재료를 다른 사업자에게 공급하지 못하도록 강제 또는 유인하는 것을 말한다.	(2) 남용 판단기준 (가) 시장지배적 사업자가 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 경우에는 통상 다른 사업자의 사업활동을 현저히 곤란하게 함으로써 경쟁제한효과가 발생할 우려가 크다는 점에서 원칙적으로 남용에 해당하는 것으로 본다.
	(나) 그러나 시장지배적 사업자가 「정당한 이유」를 소명하였을 경우 그 타당성을 판단하되, 다음과 같은 경우에는 남용에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다. ① 원재료의 수급불안정으로 인하여 합리적인 범위에서 필요량 이상의 물량확보가 긴요한 경우 ② 원재료 공급자와의 배타적인 거래가 안정적인 생산활동이나 효율성증대를 가져오는 경우
나. 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위(영 제5조제3항제2호)	나. 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위(영 제5조 제3항 제2호)

「다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력」이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다. 다만, 다음 각호의 1에서 "기능공 포함"이란 당해 업체의 생산활동에 커다란 타격을 줄 정도로 다수의 기능공이 스카웃되는 경우를 말한다.	(1) 대상행위
(1) 당해 업체에서 장기간 근속한 기술인력(기능공 포함)	(가) 「다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력」이라 함은 해당 인력이 없이는 다른 사업자의 생산·판매가 현저히 곤란하여 해당 분야에서 유지·존속이 어려워지거나 중대한 경쟁상 불이익이 지속될 우려가 있는 자를 말한다.
(2) 당해 업체에서 많은 비용을 투입하여 특별양성한 기술인력(기능공 포함)	(나) (가)에 해당되지 않는 인력이라도 다른 사업자의 사업활동에 중대한 타격을 줄 정도로 다수의 인력을 스카웃하는 경우에는 그 인력 또한 필수인력으로 볼 수 있다.
(3) 당해 업체에서 특별한 대우를 받은 기술인력	(2) 남용 판단기준
(4) 당해 업체의 중요산업정보를 소지하고 있어 이를 유출할 가능성이 있는 기술인력	(가) 시장지배적 사업자라도 원칙적으로 일정한 경제상 이익을 제공하는 조건으로 다른 사업자의 우수 인력을 자유롭게 스카웃할 수 있다. 다만, 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하는 경우에는 남용에 해당한다.
	(나) 「정상적인 관행에 비추어 과다한 경제상 이익」인지 여부는 해당 업계의 통상적인 스카웃관행을 기준으로 판단하되, 기존의 거래관행이 항상 정상적인 관행으로 되는 것은 아니다. 과다한 경제상 이익에 해당되는지는 정상적인 관행에 비추어 통상적인 수준을 현저히 넘는 수준인지 여부로 판단하되, 그 명칭과 형태, 일시불 여부 등을 불문하고 해당 인력에게 실제로 지급되는 모든 경제적 가치있는 이익을 포함한다.
다. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위(영 제5조제3항제3호)	다. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위(영 제5조 제3항 제3호)
(1) 「필수적인 요소(이하 "필수요소"라 한다)」라 함은 네트워크, 기간설비 등 유·무형의 요소를 포함하며, 다음 각호의 요건을 충족하여야 한다.	(1) 대상행위
(가) 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁열위상태가 지속될 것	(가) 「필수요소」라 함은 …중략… * 「다른 사업자」에 대한 설명은 3호 공통으로 규정하여, 대상행위에서는 삭제
(나) 특정 사업자가 당해요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있을 것	(나) 「거절·중단 또는 제한하는 행위」라 함은 필수요소에의 접근이 사실상 또는 경제적으로 불가능하거나 현저히 곤란할 정도로 부당한 가격이나 배타조건, 끼워팔기 등 부당한 조건을 제시하는 등 실질적으로 거절·중단·제한하거나 이와 동일한 결과를 발생시키는 행위를 말한다.
(다) 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상·법률상 또는 경제적으로 불가능할 것	(2) 남용 판단기준
(2) 이 목에서 「다른 사업자」라 함은	(가) 시장지배적 사업자가 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 요소의 사용이나 접근을 거절·중단 또는 제한하는 경우에는 통상 다른 사업자의 경쟁을 불가능하게 한다는 점에서 경쟁제한효과가 발생할 우려가 크다는 점에서 원칙적으로 남용에 해당하는 것으로 본다.
	(나) 그러나 시장지배적 사업자가 「정당한 이유」를 소명하였을 경우 그 타당성을 판단하되, 다음과 같은 경우에는 남용에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다.
	* 기존의 예시사항을 대체로 수용하되, 항을 변경하여 ①~⑤에 규정

필수요소 보유자 또는 그 계열회사가 참여하고 있거나 가까운 장래에 참여할 것으로 예상되는 거래분야에 참여하고 있는 사업자를 말한다. (3) 「거절·중단·제한하는 행위」라 함은 다음과 같은 경우를 포함하여 실질적으로 거절·중단·제한하거나 이와 동일한 결과를 발생시키는 행위를 말한다. (가) 필수요소에의 접근이 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도의 부당한 가격이나 조건을 제시하는 경우 (나) 필수요소를 사용하고 있는 기존 사용자에 비해 현저하게 차별적인 가격이나 배타조건, 끼워팔기 등 불공정한 조건을 제시하는 경우 (4) 「정당한 이유」가 있는지를 판단함에 있어서는 다음 경우에 해당하는지 여부 등을 고려한다. (가) 필수요소를 제공하는 사업자의 투자에 대한 정당한 보상이 현저히 저해되는 경우. 다만, 경쟁의 확대로 인한 이익의 감소는 정당한 보상의 저해로 보지 아니한다. (나) 기존 사용자에 대한 제공량을 현저히 감소시키지 않고서는 필수요소의 제공이 불가능한 경우 (다) 필수요소를 제공함으로써 기존에 제공되고 있는 서비스의 질이 현저히 저하될 우려가 있는 경우 (라) 기술표준에의 불합치 등으로 인해 필수요소를 제공하는 것이 기술적으로 불가능한 경우 (마) 서비스 이용고객의 생명 또는 신체상의 안전에 위험을 초래할 우려가 있는 경우	
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	라. 이외에 다음과 같은 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위(영 제5조 제3항 제4호) (1) 부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하는 행위 (가) 대상행위 ① 사업자가 단독으로 특정사업자와의 거래를 거절하는 행위가 대상이 된다. ② 거래거절에는 공급거절과 구입거절, 거래개시의 거절과 거래계속의 거절이 포함된다. 또한, 거래상대방에게 현

(2) 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위 (3) 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위 (4) 거래상대방에게 사업자금을 대여한 후 정당한 이유없이 대여자금을 일시에 회수하는 행위 (5) 다른 사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 이행을 부당한 방법으로 어렵게 하는 행위 (6) 지식재산권과 관련된 특허침해소송, 특허무효심판, 기타 사법적·행정적 절차를 부당하게 이용하여 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위	저히 불리한 거래조건을 제시하거나 거래하는 상품·용역의 수량 또는 내용을 현저히 제한하여 사실상 거래를 거절하는 행위도 포함된다. ③ 거래거절의 상대방은 특정사업자이다. 따라서, 자기의 생산 또는 판매정책상 합리적 기준에 따라 불특정다수의 사업자에 대하여 거래를 거절하는 행위는 원칙적으로 대상이 되지 아니한다. ④ 사업자가 아닌 거래상대방, 즉 소비자에 대한 거래거절은 대상이 되지 아니한다. (나) 남용 판단기준 ① 시장지배적 사업자도 원칙적으로 거래처를 자유로이 정할 수 있으나, 거래거절이 독과점시장에서 경쟁을 제한하는 경우에는 남용에 해당하여 금지된다. ② 거래거절은 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 경우에 남용에 해당할 수 있다. 이를 판단함에 있어서는 거래거절의 경위 및 동기, 거래거절행위의 태양, 관련시장의 특성, 거래거절로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려한다. ③ 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 남용으로 보지 않는다. ④ 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 거래거절에 효율성 증대효과 등정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 남용으로 보지 않을 수 있다. (2) 부당하게 거래상대방에 따라 가격이나 거래조건을 현저히 차별하는 행위 (가) 대상행위 ① 가격이나 거래조건의 차별이 대상이 된다. 이때, 가격이란 상품 또는 용역의 제공에 대하여 상대방이 실제 지불하는 모든 대가를 말한다. 여기에는 할인율 등 가격에 직접 영향을 미치는 거래조건이 포함된다. 거래조건이란 가격 외에 계약의 이행방법, 대금의 결제조건 등 거래내용을 말한다. ② 거래의 대상인 상품 또는 용역은 실질적으로 동일한 것이어야 한다. ③ 차별의 대상이 되는 거래상대방은 특정사업자 또는 소비자이며, 자기의 생산 또는 판매정책상 합리적 기준에 따라 불특정다수의 사업자나 소비자에 대하여 차별하는 행위는 원칙적으로 대상이 되지 아니한다. (나) 남용 판단기준 ① 시장지배적 사업자도 원칙적으로 거래처를 자유로이 정할 수 있으나, 차별취급이 독과점시장에서 경쟁을 제한하는 경우에는 남용에 해당하여 금지된다. ② 차별이 당해 사업자가 속한 시장 또는 거래상대방이 속

	한 시장에서 경쟁을 제한하는지 여부를 기준으로 판단하되, 경쟁제한의 의도 및 효과가 인정되는 경우에는 남용으로 금지된다. ③ 차별의 정도가 현저할수록, 그리고 차별의 기간이 길수록 경쟁제한효과가 커질 수 있다. ④ 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 차별에 효율성 증대효과 등 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 남용으로 보지 않을 수 있다. (3) 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위 (가) 대상행위 ① 시장지배적 사업자의 불이익강제는 다음의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. (ⅰ) 거래상대방의 의사에 반하여 자기 또는 자기가 지정하는 자와 거래하도록 강제하는 행위 (ⅱ) 거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위 (ⅲ) 거래상대방에게 금전 등 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위 (ⅳ) 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 일방적으로 설정·변경하는 행위 ② (ⅰ)의 거래상대방에는 사업자뿐만 아니라 소비자가 포함되며, (ⅱ)~(ⅳ)의 거래상대방에는 소비자는 포함되지 않는다(소비자가 거래상대방인 경우에는 법 제3조의2 제1항 5호 후단의 부당한 소비자이익 저해행위가 문제될 수 있음). (나) 남용 판단기준 ① 불이익 강제행위는 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 경우에 남용으로서 금지된다. ② 불이익 강제행위의 경위 및 동기, 불이익 강제행위의 태양, 관련 시장의 특성, 불이익 강제행위로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련 시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 불이익 강제행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단한다. ③ 불이익 강제행위로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하다. ④ 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 불이익 강제행위에 효율성 증대효과 등 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 남용으로 보지 않을 수 있다. (4) 다른 사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 인·허가, 등록, 추천 등)의 이행을 부당하게 어렵게 하는 행위

	(가) 대상행위 ① 다른 사업자가 사업활동을 계속하기 위하여 반드시 필요한 인·허가나 등록, 추천 등의 절차를 밟지 못하도록 방해하는 행위가 대상이 된다. ② 그 결과 다른 사업자가 소정의 절차를 이행하지 못하였을 것을 요하지 않으며, 절차이행을 곤란하게 하는 행위만으로 행위요건은 충족된다. (나) 남용 판단기준 ① 다른 사업자의 절차이행을 방해하는 행위는 통상 정당한 이유를 찾기 어렵다는 점에서 원칙적으로 남용의 소지가 매우 크다. ② 절차의 악용으로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하다. ③ 다른 사업자의 절차이행을 어렵게 하는 수단이나 방법이 부당한 경우 외에도 경쟁제한의 의도나 효과가 있는지를 고려하여 남용 여부를 판단한다. (5) 지식재산권과 관련된 침해소송이나무효심판, 기타 사법적·행정적 절차를 부당하게 이용하여 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위 (가) 대상행위 ① 시장지배적 사업자가 객관적인 근거없이 소를 제기하거나 법위반의 신고를 하는 등 절차를 악용하는 행위가 대상이 된다. ② 법원이나 검찰, 행정기관의 절차가 대상이 된다. (나) 남용 판단기준 ① 시장지배적 사업자도 재판을 받을 권리 등 사법적, 행정적 절차를 자유롭게 이용할 수 있음이 원칙이나, 국가의 절차를 경쟁제한의 의도나 목적으로 악용하는 경우에만 남용에 해당될 수 있다. ② 절차의 악용으로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하다.

2. 새로운 경쟁사업자의 시장참가에 대한 부당한 방해행위

1) 행위 요건

「새로운 경쟁사업자」를 잠재적 경쟁자로 한정하여 규정할 필요가 있으며, 현행 심사기준상 「신규진입을 어렵게 하는 경우」에 신규진입을 어렵게 할 우려가 있는 경우를 포함한다는 설명은 동어반복에 지나지 않는다.

또한 라목에 따라 심사기준에서만 정하고 있는 진입방해의 행위유형이 대체로 부당한 사업활동방해의 경우와 중첩된다는 점에서 위 4.에서 제시한 방안을 원칙적으로 원용할 수 있을 것이다.

2) 위법성 요건

신규진입을 어렵게 한다는 것은 행위요건에 해당하고, 그로 인하여 관련시장에서 경쟁을 제한할 의도와 그러한 효과가 발생할 우려가 입증되어야 함을 명시하는 것이 바람직하다. 진입방해의 경우에도 대상행위와 남용 판단기준으로 나누어 기준을 제시하되, 가목~다목의 경우 모두 정당한 이유가 없는 한 원칙적으로 남용에 해당하는바, 정당한 이유에 대한 예시가 필요할 것이다.

아울러 기타의 신규진입 방해행위로 라목에 열거된 (1)~(4)의 행위를 다음과 같이 개정하는 것이 바람직하다. 먼저, (1)의 신규진입 사업자에 대한 거래거절은 위에서 살펴본 거래거절의 범주에 포함되는 것이므로 따로 규정할 실익이 없어 삭제하는 것이 타당하다. 그리고 (2), (3), (4)의 경우는 위에서 살펴본 방해행위의 특수한 유형에 해당하므로, 대체로 해당 기준을 준용하는 방식으로 규정하는 것이 필요하다.

3) 심사기준 개정안 대조표

현행 심사기준	개정안
4. 새로운 경쟁사업자의 시장참가에 대한 부당한 방해행위(법 제3조의2 제1항 제4호) 직접 또는 간접적으로 다음 각호의 1에 해당	4. 새로운 경쟁사업자의 시장참가에 대한 부당한 방해행위(법 제3조의2 제1항 제4호) 직접 또는 간접적으로 다음 각호의 1에 해당하는

하는 행위를 함으로써 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 경우(영 제5조 제4항)	행위를 함으로써 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 경우(영 제5조 제4항)
(1) 「간접적」이라 함은 특수관계인 또는 다른 자로 하여금 당해 행위를 하도록 하는 것을 말한다. (2) 「새로운 경쟁사업자」라 함은 일정한 거래분야에 신규로 진입하려고 하는 사업자 및 신규로 진입하였으나 아직 판매를 개시하고 있지 아니한 사업자를 말한다. (3) 「신규진입을 어렵게 하는 경우」를 판단함에 있어서는 다른 사업자의 생산·재무·판매활동 등을 종합적으로 고려하되, 신규진입을 어렵게 할 우려가 있는 경우를 포함한다.	좌동
가. 정당한 이유없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위(영 제5조 제4항 제1호)	가. 정당한 이유없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위(영 제5조 제4항 제1호) (1) 대상행위
(1) 「유통사업자」라 함은 최종소비자가 아닌 거래상대방을 말한다.	(가) 「유통사업자」라 함은 최종소비자가 아닌 거래상대방을 말한다.
(2) 「배타적 거래계약」이라 함은 유통사업자로 하여금 자기 또는 자기가 지정하는 사업자의 상품이나 용역만을 취급하고 다른 사업자의 상품이나 용역은 취급하지 않을 것을 전제로 상품이나 용역을 공급하는 것을 말한다.	(나) 「배타적 거래계약」이라 함은 유통사업자로 하여금 자기 또는 자기가 지정하는 사업자의 상품이나 용역만을 취급하고 다른 사업자의 상품이나 용역은 취급하지 않을 의무를 부담시키면서 상품이나 용역을 공급하는 것을 말한다. (2) 남용 판단기준 (가) 시장지배적 사업자가 기존의 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 경우에는 통상 다른 사업자의 신규진입을 현저히 곤란하게 한다는 점에서 경쟁제한효과가 발생할 우려가 크다는 점에서 원칙적으로 남용에 해당하는 것으로 본다. (나) 시장지배적 사업자가 기존의 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 경우에는 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있다. (다) 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 배타조건부 거래행위에 효율성 증대효과 등 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 남용으로 보지 않을 수 있다.
나. 정당한 이유없이 기존사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 권리 등을 매입하는 행위(영 제5조 제4항 제2호)	나. 정당한 이유없이 기존사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 권리 등을 매입하는 행위(영 제5조 제4항 제2호) (1) 대상행위
「계속적인 사업활동에 필요한 권리」는 특허권·상표권 등의 지적재산권, 행정관청 또는 사업자단체의 면허권 등 인·허가, 기타 당해	(가) 「계속적인 사업활동에 필요한 권리」는 특허권·상표권 등의 지적재산권, 행정관청 또는 사업자단체의 면허권 등 인·허가, 기타 당해

거래분야에서 관행적으로 인정되는 모든 권리를 포함한다.	거래분야에서 관행적으로 인정되는 모든 권리를 포함한다. (나) 시장지배적 사업자가 자신의 사업활동에도 필요한 권리 등을 매입하는 경우는 해당하지 않는다. (2) 남용 판단기준 (가) 시장지배적 사업자가 기존 사업자의 사업활동에 필요한 권리 등을 매집하는 경우에는 통상 사업자의 신규진입을 현저히 곤란하게 함으로써 경쟁제한효과가 발생할 우려가 크다는 점에서 원칙적으로 남용에 해당하는 것으로 본다. (나) 그러나 시장지배적 사업자가 「정당한 이유」를 소명하였을 경우 그 타당성을 판단하되, 다음과 같은 경우에는 남용에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다. ① 시장지배적 사업자 자신의 사업활동 수행에 긴요하다고 인정되는 권리 등의 매입인 경우 ② 해당 권리 등의 매입이 안정적인 사업활동이나 기술혁신, 효율성증대를 가져오는 경우 등
다. 정당한 이유없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위(영 제5조 제4항 제3호).	다. 정당한 이유없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위(영 제5조 제4항 제3호). 이 경우에는 4. 다.의 규정을 준용한다.
라. 이외에 다음과 같은 행위로서 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위(영 제5조제 4항 제4호) (1) 정당한 이유없이 신규진입 사업자와 거래하거나 거래하고자 하는 사업자에 대하여 상품의 판매 또는 구매를 거절하거나 감축하는 행위 (2) 경쟁사업자의 신규진입에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 허가, 추천 등)의 이행을 부당한 방법으로 어렵게 하는 행위 (3) 당해 상품의 생산에 필수적인 원재료(부품, 부자재 포함)의 수급을 부당하게 조절함으로써 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위 (4) 지식재산권과 관련된 특허침해소송, 특허무효심판 기타 사법적·행정적 절차를 부당하게 이용하여 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위	라. 이외에 다음과 같은 행위로서 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위(영 제5조제 4항 제4호) (1) 경쟁사업자의 신규진입에 필요한 소정의 절차(관계기관 또는 단체의 인·허가, 등록, 추천 등)의 이행을 부당하게 어렵게 하는 행위 이 경우에는 3. 라. (4)의 규정을 준용한다. (2) 지식재산권과 관련된 침해소송, 무효심판 기타 사법적·행정적 절차를 부당하게 이용하여 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위 이 경우에는 3. 라. (5)의 규정을 준용한다.

3. 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위

1) 행위 요건

약탈가격의 경우에는 시장지배적 사업자의 약탈가격에 관한 외국의 입법례를 감안할 때, 통상거래가격을 평균가변비용으로 변경하는 등의 방안을 검토할 수 있으나, 시행령 개정사항이어서 심사기준에서는 다룰 수 없다. 다만, 통상거래가격에 비하여 높은 대가로 구매함으로써 경쟁사업자를 배제하기 위한 요건을 보다 구체적으로 명시할 필요가 있다.

그리고 배타조건부거래의 경우에는 「경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건」이라는 요건을 구체화할 필요가 있는바, 사실상의 배타조건이나 배타적 거래의 유인을 포섭할 수 있도록 보다 포괄적인 정의가 필요할 것이다. 구체적으로 「경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건」이란 다음의 어느 하나를 의미하는 것으로 규정하는 것이 적절할 것이다.

- 거래상대방과 명시적·묵시적으로 배타조건을 합의하는 경우
- 거래상대방의 배타적 거래를 조건으로 과다한 경제상 이익을 제공하거나 제공을 약속하는 경우

2) 위법성 요건

무엇보다 동일한 행위범주에 속하는 약탈가격과 배타조건부거래에 공통적인 부당성 요건을 구체화할 필요가 있다. 판례에 의하면 후자의 경우에도 부당한 사업활동방해와 마찬가지로 경쟁제한의 의도와 경쟁제한효과가 발생할 우려를 요건으로 하고, 다만 배타조건부거래의 경우에는 경쟁제한의도에 대한 입증정도를 다소 낮게 요구하고 있다는 점을 감안할 필요가 있을 것이다.

약탈가격에 관하여 심결례나 판례가 없으나, 부당한 사업활동방해에 관한 위법성 요건을 참고하여 위 두 가지 남용유형에 대하여 심사기준을 통일할 필요가 있다.

3) 심사기준 개정안 대조표

현행 심사기준	개정안
5. 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위(법 제3조의2 제1항 제5호 전단)	5. 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위(법 제3조의2 제1항 제5호 전단)
가. 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우(영 제5조 제5항 제1호)	가. 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 낮은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우(영 제5조 제5항 제1호)
(1) 「낮은 대가의 공급 또는 높은 대가의 구입」 여부를 판단함에 있어서는 통상거래가격과의 차이의 정도, 공급 또는 구입의 수량 및 기간, 당해 품목의 특성 및 수급상황 등을 종합적으로 고려한다.	(1) 대상행위 (가) 「통상거래가격」이라 함은 당시의 시장에서 사업자간에 정상적으로 이루어지는 거래에서 적용되는 가격수준으로서, 공급비용과 종전의 가격 등을 아울러 고려한다. 당시의 시장에서 적용된 가격이 없거나 이를 산정할 수 없는 경우에는 동종 또는 유사한 거래분야에서 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격을 말한다. (나) 「낮은 대가의 공급 또는 높은 대가의 구입」 여부를 판단함에 있어서는 통상거래가격과의 차이의 정도, 공급 또는 구입의 수량 및 기간, 당해 품목의 특성 및 수급상황 등을 종합적으로 고려한다.
(2) 「경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우」를 판단함에 있어서는 당해 행위의 목적, 유사품 및 인접시장의 존재여부, 당해 사업자 및 경쟁사업자의 시장지위 및 자금력 등을 종합적으로 고려한다.	(다) 「경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우」란 염매에 대하여 다른 사업자가 손실을 감수하지 않고는 대응할 수 없고, 그로 인하여 자신의 사업활동이 현저히 곤란해짐으로써 해당 분야에서 유지·존속이 어려워질 우려가 있는 경우를 말한다. (라) 통상거래가격과의 차이가 클수록, 그보다 낮거나 높은 대가로 공급이나 구입이 이루어지는 기간이 길수록 경쟁사업자 배제우려가 커질 수 있다. (2) 남용 판단기준 (가) 시장지배적 사업자의 저가판매행위나 고가매입행위는 경쟁사업자 배제를 통하여 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 목적을 가지고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 경우에 남용에 해당될 수 있다. (나) 시장지배적 사업자가 특히 원가 이하로 계속하여 공급하는 경우에는 원칙적으로 경쟁제한의 의도와 상당한 경쟁제한효과가 인정될 수 있다. (다) 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 저가판매행위나 고가매입행위에 효율성 증대효과 등 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 남용으로 보지 않을 수 있다.

나. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(영 제5조제5항제2호) 이 경우 경쟁사업자의 대체거래선 확보의 용이성, 당해 거래의 목적·기간·대상자 및 당해 업종의 유통관행 등을 종합적으로 고려한다.	나. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(영 제5조 제5항 제2호) (1) 대상행위 (가) 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 않는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위가 대상이 된다. 배타조건을 합의한 경우뿐만 아니라 사실상의 배타조건도 포함된다. 사실상의 배타조건은 다른 사업자가 경쟁사업자와 거래함을 이유로 거래중단이나 공급량 감소, 채권회수, 판매장려금 지급중지 등의 불이익이 가해지는 경우에 인정될 수 있다. (나) 배타조건의 내용에는 거래상대방에 대해 직접적으로 경쟁사업자와의 거래를 금지하거나 제한하는 것 뿐만 아니라 자신이 공급하는 품목에 대한 경쟁품목을 취급하는 것을 금지 또는 제한하는 것을 포함한다. (다) 조건부 또는 충실리베이트와 같이 배타적 거래 내지 전량 또는 수요의 대부분을 공급받기로 하는 거래를 유인하는 행위도 사실상의 배타조건부 거래행위로서 규제대상이 된다. (2) 남용 판단기준 (가) 배타조건부 거래행위는 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 목적을 가지고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 경우에 남용에 해당될 수 있다. (나) 배타조건부 거래행위의 부당성은 그 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 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다. (다) 다만, 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우로서, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있다. (라) 경쟁제한성이 있다고 판단되는 경우에도 배타조건부 거래행위에 효율성 증대효과 등 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 남용으로 보지 않을 수 있다.

Ⅳ. 맺는말

1980년 법제정 이후 지난 35년간 시장지배적 지위남용에 관한 공정거래법 및 시행령의 관련 규정은 상대적으로 개정이 거의 이루어지지 않았다. 그간 남용에 관한 법리와 경제이론의 발전, 판례의 축적에 비추어 법령을 개정할 필요가 적지 않다. 법령을 개정하지 않은 상태에서 심사기준만을 개선하는 데에는 적지 않은 한계가 있다는 전제에서, 이글에서는 현행 심사기준의 내용을 보다 현실에 맞게, 그간 발전된 이론과 판례를 최대한 반영하는 방향으로 개선방안을 제시하고자 하였다.

먼저, 가격의 부당한 결정·유지·변경의 경우 공급비용의 판단기준을 구체적으로 제시하고, 특히 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 행위에 (인하요인의 발생에도 불구하고) 가격을 하락시키지 않는 행위를 포함시켰으며, 정당한 이유를 예시하되, 특히 인상 또는 인하된 가격수준이 유효경쟁에 부합한다는 점을 사업자가 입증한 때에는 남용으로 보지 않음을 명시하였다.

둘째, 상품판매 또는 용역제공의 부당한 조절의 경우 IMF 직후 문제된 3건 외에 출고량 조절이 문제된 예가 없고, 향후에도 출고량 조절이 착취남용으로 문제될 소지는 매우 적으나, 위 3건의 대법원 판례에 나타난 기준을 최대한 규정화하여 심사기준에 반영하는 것이 타당할 것이다. 이 경우에도 정당한 이유를 예시하되, 특히 출고조절로 인하여 해당 기간 동안 부당이득을 얻었는지, 부당이득의 정도는 어떠한지를 고려하도록 하였다.

셋째, 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해의 경우, 방해의 대상인 '다른 사업자'의 범위를 대법원 판례에 맞게 거래상대방인 사업자도 포함하는 것으로 폭넓게 규정하였고, 이를 통하여 사업활동을 방해받는 사업자가 속한 시장에서 경쟁이 제한되는 경우와 시장지배적 사업자가 속한 시장에서 경쟁이 제한되는 경우를 모두 포섭할 수 있음을 명확하게 제시하고자 하였다. 구체적으로 심사기준에 위임된 사업활동방해행위의 유형을 거래거절과 차별취급, 그리고 불이익강제로 명확하게 제시하고, 불이익강제의 대표적인 행위를 열거방식으로 명시하였다. 이 경우 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 모든 행위를 망라하기 어렵다는 지적도 가능하나, 열거된 행위유형 자체가 매우 폭넓은 개념이어서 실제로 규제공백은 발생하지 않을 것으로 판단된다. 아울러 포스코 판결 및 그 이후의 대법원 판결에서 제시된 부당성 요건을 반영하여,

남용 판단기준을 경쟁제한의 의도 내지 목적과 경쟁제한효과가 발생할 우려로 명시하는 한편, 경쟁제한효과를 판단하는 기준은 현행 심사기준 Ⅳ. 6.에서 상세히 정하고 있으므로 이 글에서는 핵심기준만을 제시하기로 하였다.

넷째, 새로운 경쟁사업자의 시장참가에 대한 부당한 방해의 경우에 지금까지 실무상 문제된 예가 없고, 그 이유 또한 심사기준의 불비에 있다기보다는 사업활동방해나 경쟁사업자배제로 충분히 규제가능하였기 때문이라는 점, 그리고 3호의 사업활동방해와 행위유형이 대체로 유사하다는 점을 고려하여 심사기준의 규정체계를 행위요건과 남용 판단기준으로 변경하고 일부 중첩되는 행위유형을 삭제하는 등의 개정의견을 제시하였다.

끝으로, 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래로서 먼저 약탈가격의 경우 통상거래가격의 개념을 명시하고, 낮은 대가나 높은 대가가 경쟁사업자를 배제할 우려를 야기하는지 여부를 고려할 때 참고할 사항을 제시하는 한편, 경쟁제한의 의도나 효과를 부당성 판단에 반영하였고, 이어서 배타조건부거래의 경우에는 그 개념 및 범위를 구체적으로 제시하고자 하였다. 즉, 합의에 의한 배타조건뿐만 아니라 사실상의 배타조건을 포함시키고, 배타적 거래나 전량 또는 수요량의 대부분을 구입하도록 유인하는 행위도 규제대상으로 명시하였다. 아울러 배타조건부거래의 경우 농협 판결에서 나타난 법리, 즉 배타조건부거래의 경우 그 행위의 성질상 경쟁제한의 의도는 원칙적으로 인정됨을 명시하였다. 한편, 현행 시행령 하에서는 부당한 소비자이익 저해행위에 대해서는 심사기준에서 관련 사항을 규정할 근거가 없어, 개정의견을 제시하지 않았다.

공정거래법과 시행령을 개정하지 않은 상태에서 심사기준만을 고치는 것만으로는 남용규제를 개선하는 데에 근본적인 한계가 있을 수밖에 없다. 이들 법령에 대한 개선방안은 다음 기회에 상세히 제시하기로 한다.

투고일 : 2015.5.10. / 심사완료일 : 2015.6.10. / 게재확정일 : 2015.6.20.

[참고문헌]

권오승·이봉의 외,「독점규제법」, 제4판, 법문사, 2015.
손주찬, “公正去來法 硏究 - 市場支配的 地位의 濫用規制에 관한 比較法的 考察”,「법학연구」제2권, 연세대학교 법학연구원, 1982.
신동권,「독점규제법」, 박영사, 2011.
유진희, “市場支配的 地位의 濫用禁止”,「경영법률」제8권, 한국경영법률학회, 1998.
이봉의, “공정거래법상 필수설비법리의 현황과 과제 -심결례 및 판례를 중심으로-”,「상사판례연구」제19집 제1권, 한국상사판례학회, 2006.
_____, “독과점시장과 착취남용의 규제”,「경쟁법연구」제22권, 한국경쟁법학회, 2010.
이호영,「獨占規制法」, 제4판, 홍문사, 2013.

Jones/Sufrin, EC Competition Law, 2nd Ed., Oxford University Press, 2004.
Rainer Bechtold, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, lag C.H. Beck, 2002.
Ritter/Braun, European Competition Law: A Practitioner’s Guide, Kluwer Law International, 2004.

[국문초록]

시장지배적 사업자의 지위남용에 관한 심사기준의 개선방안

이 봉 의*

시장지배적 지위남용은 정상적인 경쟁행위와 구분이 어렵고, 부당성 판단기준이 매우 모호하며, 국제적인 수렴이 잘 이루어지지 않고 있다는 점에서 공정거래법상 관심이 필요한 분야이다. 그만큼 심사기준이 공정거래위원회의 실무에 중요한 반면, 현재의 심사기준은 그간 남용에 관한 법리와 경제이론의 발전, 판례의 축적을 충분히 반영하지 못하고 있다. 이글에서는 현행 심사기준의 내용을 보다 현실에 맞게, 그간 발전된 이론과 판례를 최대한 반영하는 방향으로 개선방안을 제시하고자 하였다.

먼저, 가격의 부당한 결정·유지·변경의 경우 공급비용의 판단기준을 구체적으로 제시하고, 특히 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 행위에 (인하요인의 발생에도 불구하고) 가격을 하락시키지 않는 행위를 포함시켰으며, 정당한 이유를 예시하되, 특히 인상 또는 인하된 가격수준이 유효경쟁에 부합한다는 점을 사업자가 입증한 때에는 남용으로 보지 않음을 명시하였다.

둘째, 상품판매 또는 용역제공의 부당한 조절의 경우 IMF 직후 문제된 3건 외에 출고량 조절이 문제된 예가 없고, 향후에도 출고량 조절이 착취남용으로 문제될 소지는 매우 적으나, 위 3건의 대법원 판례에 나타난 기준을 최대한 규정화하여 심사기준에 반영하고자 하였다. 무엇보다 정당한 이유를 예시하되, 특히 출고조절로 인하여 해당 기간 동안 부당이득을 얻었는지, 부당이득의 정도는 어떠한지를 고려하도록 하였다.

셋째, 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해의 경우, 방해의 대상인 '다른 사업자'의 범위를 대법원 판례에 맞게 거래상대방인 사업자도 포함하는 것으로 폭넓게 규정하고, 이를 통하여 사업활동을 방해받는 사업자가 속한 시장에서 경쟁이 제한되는 경우와 시장지배적 사업자가 속한 시장에서 경쟁이 제

* 서울대학교 법학전문대학원 교수

한되는 경우를 모두 포섭할 수 있도록 하였다. 구체적으로 심사기준에 위임된 사업활동방해행위의 유형을 거래거절과 차별취급, 그리고 불이익강제로 명확하게 제시하고, 불이익강제의 대표적인 행위를 열거방식으로 명시하였다. 아울러 포스코 판결 및 그 이후의 대법원 판결에서 제시된 부당성 요건을 반영하여, 남용 판단기준을 경쟁제한의 의도 내지 목적과 경쟁제한효과가 발생할 우려로 명시하는 한편, 경쟁제한효과를 판단하는 기준은 현행 심사기준 Ⅳ. 6.에서 상세히 정하고 있으므로 이 글에서는 핵심기준만을 제시하기로 하였다.

넷째, 새로운 경쟁사업자의 시장참가에 대한 부당한 방해의 경우에 지금까지 실무상 문제된 예가 없고, 그 이유 또한 심사기준의 불비에 있다기보다는 사업활동방해나 경쟁사업자배제로 충분히 규제가능하였기 때문이라는 점, 그리고 3호의 사업활동방해와 행위유형이 대체로 유사하다는 점을 고려하여 심사기준의 규정체계를 행위요건과 남용 판단기준으로 통일하고 일부 중첩되는 행위유형을 삭제하는 정도의 개정의견을 제시하였다.

끝으로, 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래로서 먼저 약탈가격의 경우 통상거래가격의 개념을 명시하고, 낮은 대가나 높은 대가가 경쟁사업자를 배제할 우려를 야기하는지 여부를 고려할 때 참고할 사항을 제시하는 한편, 경쟁제한의 의도나 효과를 부당성 판단에 반영하였고, 이어서 배타조건부거래의 경우에는 그 개념 및 범위를 구체적으로 제시하고자 하였다. 즉, 합의에 의한 배타조건뿐만 아니라 사실상의 배타조건을 포함시키고, 배타적 거래나 전량 또는 수요량의 대부분을 구입하도록 유인하는 행위도 규제대상으로 명시하였다. 아울러 배타조건부거래의 경우 농협 판결에서 나타난 법리, 즉 배타조건부거래의 경우 그 행위의 성질상 경쟁제한의 의도는 원칙적으로 인정됨을 명시하였다. 한편, 현행 시행령 하에서는 부당한 소비자이익 저해행위에 대해서는 심사기준에서 관련 사항을 규정할 근거가 없어, 개정의견을 제시하지 않았다.

주제어 : 착취남용, 배제남용, 공급비용, 약탈가격, 부당성, 경쟁제한효과, 배타조건부거래, 통상거래가격, 경쟁제한의도, 소비자이익저해, 정당한 이유

[Abstract]

Critical Approach to the Guidelines on the Abuse of Market-Dominant Undertakings

Lee, Bong-Eui*

Since the Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereafter "the Act") had been enacted in 1980, the provision of the Act and the Enforcement Decree on the abuse of market-dominant undertakings remain in its main part unchanged. The Guidelines on the abuse of market-dominant undertakings (hereafter "the Guidelines") had not reflected recent developments of case law of the Supreme Court and legal-economic theory. In this context, this article reveals some problems and limits of the Guidelines and suggest meaningful points for further amendments.

Representative examples are as follows: unfair pricing practices should include a excessive price reduction; for the assessment of unfairness of output restriction, unreasonable profits attributed to the challenged undertaking should be taken into account; specific types of the broad unfair hindrance should be illustrated; criteria of the normal trade price for predation should be clarified and exclusive dealing should be re-defined and reconsidered in terms of its illegality. For all the abuses, objective justifications should be added and refined. A conduct to harm consumer is not covered in this article, because the Guidelines have not mandate to provide specific rules for it.

Key words : exploitative abuse, exclusionary abuse, supply cost, predatory pricing, unfairness, anti-competitive effect, exclusive dealing, normal trade price, anti-competitive intent, harm to consumer, objective justifications

* Professor, School of Law, SNU