

공정거래법에서 ‘거래상 지위’의 개념과 판단기준

이 황*

차 례

- I. 서론
- II. 공정거래법상 단독의 위반행위에 필요한
‘지위’ 내지 ‘힘’의 체계
- III. ‘거래상 지위’의 개념과 문제점
 - 1. 학설
 - 2. 판례의 입장
 - 3. 2015년말 개정된 심사지침의 입장
 - 4. 문제점
- IV. ‘거래상 지위’의 종합적·동태적 판단기준
 - 1. 기본원칙의 설정 : 대등한 협상력 여부
 - 2. 구체적 고려요소들
 - 3. 종합적·동태적 판단기준의 정립
- V. 결론

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

** 이 논문은 2016. 4. 29. 고려대학교 ICR센터가 주최한 “불공정거래행위 세미나 시리즈 I: 한국과 일본의 거래상 지위 남용행위 규제의 현황과 과제” 세미나에서 발표한 자료를 수정·보완한 것이다. 유익한 토론을 통해 좋은 아이디어를 제공해준 공정거래위원회 송상민 과장께 감사한다. 이 논문은 고려대학교 특별연구비를 지원받았다.

접수일자 : 2016. 9. 21. / 심사일자 : 2016. 11. 21. / 게재확정일자 : 2016. 11. 30.

I. 서론

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)의 다양한 규제유형 중 사건 수가 압도적으로 많은 것이 불공정거래행위이고, 그 중에서도 거래상 지위 남용행위가 가장 많다.¹⁾ 거래상 지위 남용행위의 부당성 내지 공정거래저해성의 개념과 판단기준이 모호하다는 점에 대하여는 학계에서 비판이 많지만, 그에 못지않게 행위자 요건인 ‘거래상 지위’의 개념 역시 대단히 불투명한 상황이다. 그럼에도 지금까지 학계와 실무계 논의는 부당성 내지 공정거래저해성 여부에 집중되었고 ‘거래상 지위’에 대하여는 깊은 검토가 거의 없었다. 최근까지 공정거래법 위반행위에 대한 규제가 강하지 않았던 일본에서는 거래상 지위 남용행위에 대한 사법적 통제가 부당성 내지 공정거래저해성 여부에 대한 판단으로 충분하다고 보는 경향이 있는데, 아마도 여기에서 받은 영향이 컸던 것으로 짐작된다. 특히 이 문제를 논의하면서 경제학적 접근보다는 정의론(正義論) 내지 관계론에 입각한 사회적 접근에 중점을 두는 경향이 있기 때문에, 결과적으로 경쟁법에서 발전한 정치한 경제이론적 접근의 도움을 받지도 못했다.

그러나 사회적 차원에서 특히 행위 내지 부당성에만 집중하고 행위자 요소를 경시하는 이와 같은 접근은 바람직하지 않다. 무엇보다 공정거래법상 단독의 위반행위에 관하여 일단 행위자 요소를 기준으로 이를 시장 지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위로 대별하는 체계를 혼란스럽게 할 뿐 아니라, 집행의 효과성 내지 정확성 측면에서도 부당성 내지 공정거래저해성 여부 판단에 지나친 부담을 지우는 문제를 낳는다. 즉 법령에 규정된 ‘거래상 지위’라는 구성요건이 그에 주어진 비판적 기능을 다하지 못한 것으로 바람직하지 않은 현상이다.²⁾ 이 글은 이 점에 대하여 해석

1) 2014년 공정거래위원회가 시정조치한 공정거래법 위반사건 총 357건 중 불공정거래 행위 사건이 122건으로 34%를 차지했다. 공정거래위원회, 2015년 공정거래백서, 2015, 55면 참조. 공정거래위원회가 처리한 총 불공정거래행위 사건은 478건이었는데, 이 중 거래상 지위 남용행위 규제만 219건(45.8%)이었다. 앞의 책, 190쪽 참조. 거래상 지위 남용행위는 시행령에서 5가지 유형으로 세분되는데, 이 중에서 특히 불이익 제공과 이익제공 강요행위 유형이 사건의 절대다수를 차지한다.

론적으로 가능한 개선방향을 모색하고자 한다.

II. 공정거래법상 단독의 위반행위에 필요한 ‘지위’ 내지 ‘힘’의 체계

시장지배적 지위 남용행위가 성립하기 위해서는 행위자 요건인 시장지배적 지위가 먼저 입증되어야 한다는데 이론이 없다. 시장경쟁에 유의미한 영향을 미치기 위해서는 대체로 시장지배력(market power)이 전제된다고 보기 때문이다. 그 중요성 때문에 시장지배적 지위의 개념과 판단기준에 관하여는 수많은 연구가 이루어졌고, 세계적으로 상당한 수준의 컨센서스가 이루어진 상태이다. 그런데 불공정거래행위는 그 위법행위 유형이 복잡다기하기 때문에 행위유형별로 어떠한 ‘지위’ 내지 ‘힘’이 요구되는지 정립되어 있지 못하다. 다만 시장지배적 지위가 요구되지 않는다는 식의 소극적 설명에 그치는 것이 일반적이다.

그러나 다양한 유형의 불공정거래행위 전부에 있어서 필요한 행위자의 자격 내지 힘이 동일한 것은 아니다. 오히려 불공정거래행위 중 상당한 유형은 행위자가 해당 금지행위를 실행할 수 있을만한 정도의 시장 내지 거래관계에서의 ‘힘’ 내지 ‘지위’를 가져야 하는 것으로 이해된다. 예컨대 거래강제 행위 중 끼워팔기의 경우 시장지배적 사업자에 의한 경쟁제한적 위법행위가 가능하고 원칙적인 모습이지만, 공정거래법의 규정을 보면 시장지배적 지위에 있지 않은 일반 사업자도 공정거래를 저해하는 끼워팔기를 할 수 있는 것으로 규정되어 있다. 그러나 이러한 법령의 규정에도 불구하고 아무런 힘도 없는 영세사업자가 공정거래저해성이 있는 끼워팔기를 할 만한 능력이 있다고 보기는 어렵다. 그렇기 때문에 대법원은 “끼워팔기에 해당하기 위하여는 주된 상품을 공급하는 사업자가 주된 상

2) 대형유통업체의 공급자에 대한 거래상 지위 남용행위를 규제의 타당성을 확보하기 위해서는 사전적으로 지위요건 판단에 대한 명확한 기준을 제시할 필요가 있다는 지적이 있다. 김용중, “대형유통업체의 우월적 구매력에 대한 공정거래법상 판단기준 개선 방안”, 「외법논집」 제37권 제3호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2013, 190쪽.

품을 공급하는 것과 연계하여 거래 상대방이 그의 의사에 불구하고 종된 상품을 구입하도록 하는 상황을 만들어낼 정도의 지위를 갖는 것으로 족하”다고 판시한 것이다.³⁾

이와 같이 시장지배적 지위에는 미치지 않더라도 위법성 판단에 있어서 일정한 시장지위를 요구하는 것은, 공정거래위원회의 불공정거래행위 심사지침(이하 ‘심사지침’이라 한다)⁴⁾ 역시 마찬가지이다. 심사지침은 불공정거래행위 중 특히 “시장경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단”하도록 규정한 행위유형에 대하여 일정한 시장지위 즉 ‘시장력’(market power)을 요구하고 있다. 시장력은 관련시장에서 30% 이상인 경우에 원칙적으로 인정되고 20~30%인 경우에는 사정에 따라서 인정될 수 있으며, 10% 이상인 경우에는 누적적 봉쇄효과가 있는 경우에 한하여 인정될 수 있다고 한다.⁵⁾ 동시에 경쟁제한성을 위주로 판단하도록 하는 행위유형에 대하여는 시장점유율 10%에 해당하는 안전지대(safety zone)을 인정하고 있다.⁶⁾⁷⁾

그런데 심사지침은 경쟁제한성이 아닌 불공정성(unfairness)을 규제근거로 하는 행위유형에 대하여는 개념상 원칙적으로 일정한 시장에서의 힘 내지 지위를 요구하지 않는다. 이는 불공정성의 개념을 “경쟁수단 또는 거래내용이 정당하지 않음을 의미한다”고 정의하는 관점에서는 일견 당

3) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결.

4) 불공정거래행위 심사지침(2015.12.31. 개정된 공정거래위원회 예규 제241호)

5) 심사지침 <별첨> 경쟁제한성 판단기준 2. 가. 행위주체의 시장력(market power) 보유. 이와 같은 ‘시장력’ 인정기준은 시장지배적 지위 남용행위에 대하여 적용되는 일반적인 ‘시장지배적 지위’(market power 또는 market dominance) 기준을 크게 밀도는 새로운 것이다. 불공정거래행위에 관하여 특별히 다른 한글명칭과 내용을 부여한 ‘시장력’ 개념을 인정하여야 하는지의 당위성과 이론적 타당성에 대하여는 경쟁제한효과의 인정방법 등과 관련하여 근본적인 의문이 존재하지만, 이 글에서는 생략한다.

6) 심사지침 III. 2. 다. 안전지대가 적용되는 행위 유형

7) 다만 심사지침에서 끼워팔기는 경쟁제한성 위주로 심사한다고 규정되어 있음에도 안전지대가 규정되어 있지 않다(심사지침 V. 5. 가.). 이는 아마도 끼워팔기가 속한 상위 행위유형인 ‘거래강제’가 “불합리한 수단으로 시장지배력의 확장을 도모하며 소비자의 자율적 선택권을 제약하므로 금지”된다고 하는 입장에 부응하기 위한 것으로 보이지만, 앞뒤가 맞지 않는다. 이와 같이 거래강제의 규제근거와 그 일종인 끼워팔기의 규제근거가 상충하는 것은 심사지침의 불완전성과 흠결을 보여주는 많은 사례의 하나이다.

연하다고 볼 수도 있다.⁸⁾ 그런데 불공정성을 이유로 규제하는 여러 행위 유형 중 유독 거래상 지위 남용행위에 대하여는 공정거래법이 행위주체가 ‘거래상 지위’를 가질 것을 요구하고 판례나 학계도 이를 당연한 것으로 보고 있어 특이하다. ‘거래상 지위’라는 용어는 일본 독점금지법에서 유래된 ‘우월적 지위’를 표현만 바꾼 것으로 이해되고 있다.

학계에서는 단독의 위법행위에서 행위자와 관련된 ‘지위’ 내지 ‘힘’의 체계를 「시장지배적 지위-거래상 지위-보통의 지위(無地位)」라는 식의 3단계로 파악하는 이해가 많은 것으로 보인다.⁹⁾ 이와 같은 분류는 행위자의 지위를 바탕으로 객관적이고도 간명한 체계를 정립한다는 장점이 있으나, 위에서 보듯이 불공정거래행위 중에는 거래상 지위 남용행위에 못지않게 상당한 시장지위가 요구되는 행위유형과 영세사업자라도 범할 수 있는 행위유형이 병존하므로 오해의 우려가 있는 것이 사실이다. 근본적으로는 불공정거래행위라는 이름으로 지나치게 잡다한 행위유형을 포괄해놓은 입법상 문제이기도 하지만, 어쨌든 해석론적 해결이 필요한 것이 사실이다. ‘거래상 지위’와 관련하여, 행위자 요건과 관련한 체계적 이해와 함께 중요한 문제는 그 개념 자체가 모호하다는 것인데, 이하에서는 이 문제에 집중하기로 한다.

III. ‘거래상 지위’의 개념과 문제점

앞에서 보았듯이 ‘거래상 지위’에 대하여 충분한 개념정의를 하지 않은 상태에서 위법성 판단의 모든 부담을 부당성 부분에 지운 결과, 대부분 사건에서 ‘거래상 지위’는 당사자의 사업규모에 상당한 차이가 있으면 관행적으로 인정되는 것처럼 인식되어 온 것이 사실이다.

8) 대표적인 예가 부당고객유인행위의 경우이다. 법령과 심사지침의 규정에 따르면 이는 영세사업자도 위반의 주체가 될 수 있다.

9) 한국경제법학회, 제반 불공정행위 심사지침 개선방안 연구, 공정거래위원회 연구용역 보고서, 2014. 12. 이 보고서는 “현행법상 지위남용 규제는 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 두 가지를 대상으로 행해짐”이라고 기술하고 있다.

1. 학설

학계의 다수설은 ‘거래상 지위’를 객관적·절대적 개념인 ‘시장지배적 지위’와 구별하여 다른 사업자와의 거래관계에서 발생하는 주관적·상대적 지위를 말하는 것으로 설명하고 있다.¹⁰⁾ 구체적인 내용은 주로 공정거래위원회 심사지침과 판례상 법리로 설명된다.

학계의 다수는 일본의 논의를 다수 수입하는 것으로 보인다. 즉 거래상 지위의 상대성 개념을 비롯하여, 실제 거래관계에서 당사자 간 거래상 지위에 차이가 있는 것이 보통이므로 당사자 간의 단순한 힘의 차이만으로 우월적 지위가 인정되지는 않는다는 식의 표준적 설명은 일본의 것을 도입한 것으로 생각된다.¹¹⁾ 나아가 우월적 지위 유무를 판단하는 기준에 관하여 ‘거래필요성’을 기준으로 하는 일본의 학설과¹²⁾ 일본 공정거래위원회의 입장¹³⁾은 국내 학설은 물론 공정거래위원회의 법 집행에까지 큰 영향을 주고 있는 것으로 보인다.¹⁴⁾

이러한 현상은 불공정거래행위 규제제도 자체가 일본에서 결정적 영향을 받았다는 점에서 자연스럽기도 하다. 그러나 우리나라에서는 일본과 달리 불공정거래행위에 대한 규제와 사법심사가 매우 적극적으로 이루어지고 사회적인 규제수요 최근의 경제 양극화 심화현상 내지 소위 ‘갑을관계’ 시비의 증가와 함께 증가하는 추세에 있는 점을 감안하면, 이와 같이 단순하게 설명하는 것으로 만족하기는 어렵다. 최근 일본에서도 이와

10) 권오승, 경제법(제12판), 법문사, 2015, 327쪽; 이호영, 독점규제법(제5판), 홍문사, 2015, 329쪽.

11) 谷原修身, 條解獨占禁止法, 中央經濟社, 1999, 212頁.

12) 白石忠志, 獨禁法, 有斐閣, 2005, 49頁.

13) 일본 공정거래위원회의 ‘거래상 지위 남용행위 가이드라인’은 거래상 지위 여부 판단을 위해 거래 필요성과 거래의존도라는 2개 요소를 제시한다. The JFTC Guidelines Concerning Abuse of Superior Bargaining Position under the Antimonopoly Act, 30 November 2010.

14) 신영수, 판례에 비추어 본 거래상 지위남용 규제의 법리, 상사판례연구 제28권 제1호, 한국상사판례학회, 2015, 179~180쪽 참조. 한편 뒤에서 보는 2015년 개정 전 불공정거래행위 심사지침은 기본적으로 이러한 시각에 바탕하는 것으로 보인다. 불공정거래행위 심사지침(2015.12.31. 개정되기 전의 것, 공정거래위원회 예규 제134호) V. 6. (2) 참조.

같이 쉽게 거래상 지위를 인정하는 경향에 대하여 과연 공급업체의 거래선 대체가능성이 얼마나 어려워야 거래의존도가 인정되는 것인지에 대한 의문이 제기되는 것을 감안하면 더욱 그러할 것이다.¹⁵⁾

2. 판례의 입장

대법원 판례는 거래상 지위 남용행위 규제의 취지에 대해서, “현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 법이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 상대적으로 우월적 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키하고자 하는 데 그 취지가 있는 것”으로 이해한다.¹⁶⁾

이러한 배경에서 ‘거래상 지위’에 대해서 “일방이 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있으면 이를 인정하기에 족하다”고 하여 상당히 넓은 개념으로 파악하는 것으로 보인다.¹⁷⁾ 그러면서 구체적인 판단을 위해서는 “당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 할 것”이라고 하여 종합적·구체적 판단을 요구하면서¹⁸⁾ 많은 사건을 통해 다양한 기준을 제시하여 왔다.

판례가 거래상 지위를 인정한 사례를 종합하면, 대체로 행위자가 대규모 또는 유력한 사업자이고 상대방이 상품이나 용역의 특성상 행위자와 거래를 계속해야 할 경우, 상대방이 다른 거래처를 발견하기 어려운 경우, 행위자의 사업능력이나 법률지식이 상대방에 비하여 월등한 경우, 행위자와 상대방간에 유통계열화가 상당한 정도 진척되어 의존성이 높은

15) Masako Wakui and Thomas K. Cheng, “Regulating abuse of superior bargaining position under the Japanese competition law: an anomaly or a necessity?”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2015, pp.4~5.

16) 대법원 2000.6.9. 선고 97누19427 판결.

17) 대법원 2011.5.13 선고 2009두24108 판결.

18) 대법원 2000.6.9. 선고 97누19427 판결.

경우, 특히 독점적 공급관계, 하도급거래관계, 대리점계약관계 등에서 거래상 지위가 인정되었다고 정리할 수 있다.¹⁹⁾ 그러면서도 특히 ‘거래관계의 구속성’ 또는 ‘경제상 종합적 능력의 차이’를 핵심적 요소로 파악하여 거래상 지위 여부를 판단하는 것으로 생각된다. 두 가지 요소 중에서도 판례는 상대적으로 범위가 좁을 수 있는 ‘거래관계의 구속성’보다는 거래 상대방보다 우월한 사업능력, 경제력, 정보력 등을 강조하는 후자에서 논거를 찾는 경우가 많았던 것으로 보인다. 이는 판례가 다른 사건의 상당수가 중소기업업체와 대형수요자 간의 관계를 다룬 경우가 많았고 그 관계 안에서 구체적 타당성을 추구하던 데서 기인한 것으로 생각되는데, 실제 심사지침이나 판례 상 법리도 이와 같은 맥락에서 소위 ‘갑을관계’를 염두에 두고 고안된 것으로 여겨진다. 이러한 배경에 따라 문제되는 거래 상대방은 하나 또는 소수로 특정되는 것이 보통이다. 그렇지 않은 경우에는 거래관계의 구속성이나 경제상 종합적 능력의 차이를 일률적으로 인정하기 어렵기 때문이기도 하거니와, 무엇보다 (불)특정 다수의 거래 상대방이 존재하는 경우에는 거래상대방의 존재나 부당성에 대하여 대법원이 대단히 높은 입증을 요구하는 경향을 보이기 때문이다. 예컨대 대형할인업체가 입점업체를 대상으로 불이익을 제공하거나 이익제공을 강요하는 행위유형에 있어서 대법원은 입점업체들에게 일괄하여 불이익을 제공하였다는 식의 접근을 인정하지 않고, 불이익을 입은 입점업체들을 구체적으로 특정하고 불이익의 내용과 수준도 구체적으로 입증할 것을 요구하고 있다.²⁰⁾

판례의 위와 같은 입장은 사안에서 다양한 요소를 종합적으로 고려하여 유연한 판단을 할 수 있다는 장점이 있는 반면, 구체적 판단기준이 명확하지 않아 예측가능성을 결여할 뿐 아니라 사업규모에 어느 정도의 차이이라도 있으면 거래상 지위를 대부분 인정하게 된다는 문제를 안고 있다. 판례가 말하는 ‘거래관계의 구속성’의 경우 계속적 거래관계에서 우려되는 억류(hold-up) 현상을 포착하기 위하여 마련된 개념으로 보이는데, 그

19) 신영수, 앞의 각주 14의 글, 178쪽

20) 대법원 2007. 1. 12. 선고 2004두7146 판결(한국까르푸의 불이익제공행위 사건).

요건이 대단히 광범위하여 이른바 구성요건의 비판적 기능을 다하는데 턱없이 부족한 것이 사실이다. 당사자 간 ‘경제상 종합적 능력차이’의 경우는 더욱 그러해서, 이에 대하여는 “거래상 우월적 지위를 당해 거래에 구속받는 정도가 아니라 당사자의 종합적 사업능력과 같은 것을 기준으로 할 경우에, 우월적 지위 남용의 규제는 독점금지법상 시장개념과 연속성을 유지하기 어렵다는 지적은 시사하는 바가 크다”는 비판이 적절하다고 생각된다.²¹⁾ 따라서 판례가 종합적으로 고려한 요소들을 고려함에 있어서 우선순위를 어디에 둘 것인지를 생각하여 균형있는 판단을 할 필요가 있다.

3. 2015년말 개정된 심사지침의 입장

공정거래위원회는 2015년말 심사지침을 개정하였다(이하 거래상 지위 남용행위에 관한 개정내용을 가리켜 ‘개정 심사지침’이라 한다).²²⁾ 개정 심사지침은 판례보다는 다소라도 구체적으로 발전된 판단기준을 제시하는 것으로 평가된다. 즉 거래상 지위 남용행위를 금지하는 이유를 “경제적 약자를 착취하는 행위로서 거래상대방의 자생적 발전기반을 저해하고 공정한 거래기반을 침해”하기 때문이라고 설명한다. 거래상 지위 여부 판단에 대하여도 비교적 구체적 규정을 신설하여 주목된다. 이는 개정 전 심사지침이 거래상 지위를 위법성 판단에 관한 서술과 구별하지 않고 뭉뚱그려 설명하였던 것에 비하면 크게 발전한 것이다. 그 내용은 상당부분 과거부터 축적된 대법원 판례의 취지를 종합하여 반영한 것으로 보이지만, 내용상 판례보다 ‘거래상 지위’를 보다 제한적으로 파악하는 내용도 들어있다.

개정 심사지침은 우선 “거래상 지위 남용행위는 거래상 지위가 있는 예외적인 경우에 한하여 민법의 불공정성 판단기준을 사업자간 거래관계에서 완화한 것이므로 거래상 지위는 민법이 예상하고 있는 통상적인 협

21) 홍명수, 불공정거래행위에 관한 대법원 판결 분석(2010)-거래상 지위남용 사건을 중심으로, 경쟁법연구 제23권, 한국경제법학회, 2011, 104쪽.

22) 불공정거래행위 심사지침(2015.12.31. 개정된 공정거래위원회 예규 제241호) V. 6. (1)~(3)

상력의 차이와 비교할 때 훨씬 엄격한 기준으로 판단되어야 한다”는 대원칙을 선언하고 있다. 여기서 “민법이 예상하고 있는 통상적인 협상력의 차이”가 무엇인지는 분명하지 않으나, 어떠한 경우이건 불공정거래행위로 규제하기 위해서는 일반적인 상거래 통념 상 있을 수 있는 ‘협상력의 차이’보다 ‘훨씬 엄격한 기준’으로 판단되어야 한다는 취지는 밝힌 것은 주목할만 하다.

개정 심사지침은 위의 대원칙에 바탕하여 거래상 지위가 인정되기 위해서는 ①계속적 거래관계에서 ②상당한 거래의존도가 있어야 한다고 규정한다. 이는 넓은 의미에서의 거래관계의 구속성 내지 종합적 능력의 차이를 근거로 제시하는 판례에 비하여 상당히 제한적이고 구체적인 것이다. ①의 요건은 고착화(lock-in) 현상을 말하는 것이라고 설명한다.²³⁾ 즉 특화된 자본설비나 기술 등에 대한 선행투자가 있어 고착화(lock-in) 현상이 발생하면 상대방은 우월적 지위에 있게 되어 이를 이용하여 불이익한 거래조건을 제시하는 것이 가능해지고, 상대방은 이를 수용할 수 밖에 없다는 것이다. ②의 요건은 대체가능성을 말하는 것으로 보인다. 즉 거래상대방에 대한 매출 의존도가 상당하지 않은 경우에는 계속적 거래관계라 하더라도 거래처 등을 변경하여 불이익한 거래조건을 회피할 수 있으므로 거래상 지위가 인정되기 어렵다는 것이다. 한편 계속적 거래관계 및 거래의존도를 판단할 때에는 “시장상황, 관련상품 또는 서비스의 특성 등을 종합적으로 고려”하도록 규정하고 있다.

위와 같은 바탕에서 개정 심사지침은 아래와 같은 네 가지 경우를 거래상 지위가 인정될 가능성이 있는 거래관계로 예시하고 있다.

- 본사와 협력업체 또는 대리점, 대형소매점과 입점업체, 도시가스사와 지역관리소, 제조업체와 부품납품업체, 지역독점적 공공시설 관리업자와 시설임차사업자, 독점적 공공사업자와 계약업체, 방송사와 방송프로그램 공급사업자 등간 거래관계
- 거래상대방인 판매업자가 특정 사업자가 공급하는 유명상표품을 갖

23) 심사지침 V. 6. (3).

추는 것이 사업운영에 극히 중요한 경우 특정사업자와 판매업자간 거래관계

- 제조업자 또는 판매업자가 사업활동에 필요한 원재료나 부품을 특정 사업자로부터 공급받아야 하는 경우 특정사업자와 제조 또는 판매업자간 거래관계
- 특정 사업자와의 거래가 장기간 계속되고, 거래관계 유지에 대규모 투자가 소요됨으로써 거래상대방이 거래처를 전환할 경우 설비전환이 곤란하게 되는 등 막대한 피해가 우려되는 경우 등

개정 심사지침은 판례이론이 언급해온 ‘거래관계의 구속성’을 구체적으로 발전시켜 거래상 지위의 인정범위를 어느 정도라도 제한하려는 시도를 보이는 것으로 생각되며, 이는 바람직하다. 판례가 더 중요한 거래상 지위의 판단기준으로 제시하는 ‘경제상 종합적 능력의 차이’는 실질적으로는 외형상 규모의 차이 말고는 유효한 증거로 보기 어렵기 때문이다.

4. 문제점

기존의 학설이나 판례, 그리고 개정 심사지침을 종합하여 보더라도 거래상 지위의 개념이나 판단기준이 만족스러운 것은 아니다. 문제점을 생각해본다.

(1) 판단기준의 불명확성과 예측가능성 결여

학설, 판례, 그리고 개정 심사지침 등이 말하는 거래상 지위 남용행위 규제의 취지와 목적, 본질, 규제사례 등을 종합해보면, ‘거래상 지위’의 핵심은 결국 계속적 거래관계에서 ‘거래관계의 구속성’ 내지 ‘대체가능성’의 논리로 결정되는 ‘협상력’(bargaining power) 문제라 할 수 있다. 판례는 당사자의 종합적 사업능력의 차이를 구성하는 다양한 요소들을 망라하여 언급하고 있는데 비하여 심사지침은 이들을 특별히 언급하지는 않는다. 그렇지만 심사지침이 판례상의 다양한 요소들을 고려대상에서 제외한다고 보기는 어렵고, 아마도 집행 단계에서 고려할 수 있다고 생각하

는 것으로 추측된다.

문제는 현재로서는 가장 발전한 형태인 개정 심사지침에 의하더라도 ‘거래상 지위’의 개념과 판단기준을 분명하게 알기 어렵다는 것이다. 이러한 문제는 그 중요성에도 불구하고 최근까지 큰 주목을 받지 못했다.²⁴⁾ 그 이유는 공정거래위원회가 처리한 거래상 지위 남용행위 사건들이 종합적 사업능력의 격차가 현저하게 큰 이른바 대-중소기업 간 구조적 문제를 배경으로 한 것이거나 대형유통업체와 입점업체(가맹점, 대리점 등) 간에 명백한 일방적·구속적인 거래상 관계를 다룬 것이 대부분이어서, 거래의존도 내지 대체가능성에 대한 신중한 분석이 없어도 직관적으로 거래상 지위를 인정하는데 큰 지장이 없었기 때문이다.²⁵⁾ 심사지침이 ‘거래상 지위가 인정될 가능성이 있는 거래관계’로 예시한 4가지 사례들을 보면 이와 같은 경향을 쉽게 알 수 있다. 판례가 종합적 사업능력의 차이와 같이 유연한 사항을 핵심적 판단기준으로 제시한 이유도 여기에 있다고 보인다.

이는 거래상 지위 남용행위 사건이 많아 아예 단행법으로 독립시킨 경우를 보면 더 쉽게 이해된다. 즉 ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’, ‘대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률’, 그리고 ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’은 적용대상이 비교적 분명하게 확정되는데, 대부분의 경우가 판례가 말하는 ‘경제상 종합적 능력의 차이’ 내지 ‘거래관계의 구속력’만으로 거래상 지위를 인정하기에 충분한 것으로 간주되었던 것이다. 가장 최근에 제정된 ‘대리점거래의 공정화에 관한 법률’은 ‘거래상 우월적 지위’ 여부에 대하여 비교적 구체적인 판단기준을 제시하고 있지만,²⁶⁾

24) 개정 심사지침이 ‘거래상 지위’에 관하여 새로운 요건을 규정한 것도 사실은 공정거래위원회가 처리할 사건의 범위를 축소하기 위한 것으로 이해하는 전문가들이 많다.

25) 김용중, 앞의 각주 2의 글, 183쪽 참조.

26) 제3조(적용제외) ①이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 적용하지 아니한다.

3. ... 공급업자가 대리점에게 거래상 우월한 지위를 가지고 있는지 여부는 다음 각 목의 사항을 종합적으로 고려하여 판단한다.

가. 상품시장 및 유통시장의 구조

나. 공급업자와 대리점 간의 사업능력의 격차

다. 대리점의 공급업자에 대한 거래 의존도

역시 구조적 요소들에 한정된 것에 불과하다.

그러나 거래상 지위 여부의 판단이 분명하지 않은 사건이 문제될 경우 과연 그 인정에 어느 정도의 구속성 내지 대체가능성이 필요한지에 대하여 구체적인 기준이 없는 것은 문제가 크다. 일본에서는 공정거래위원회의 5개 심결례에서 모두 거래필요성을 인정하면서도, 우월적 지위 인정에 어느 정도의 매출의존도가 필요한지 등에 대하여 별다른 분석이 없다는 점이 문제로 지적되고 있다.²⁷⁾ 즉 공급업체가 유통업체의 남용행위로 인하여 얼마나 매출감소를 겪을지 그리고 그로 인해 어느 정도의 경영상 어려움을 겪게 될 것인지 등을 명시적으로 분석하지 않은 상태에서 추상적인 판단 만으로 우월적 지위를 인정한 것이다. 이와 같은 불명확성과 예측가능성의 결여에서 여러 가지 문제점이 파생된다.

(2) 제1종 오류의 가능성 : 효율성 저해의 위험

개념과 판단기준의 불명확성은 제1종 오류(false positive) 또는 제2종 오류(false negative)의 가능성을 낳는다. 특히 거래당사자의 사업규모나 종합적 사업능력 등의 면에서 차이가 크지 않은 경우 또는 종합적 사업능력의 차이에도 불구하고 실제 상대방에 대한 거래의존도나 구속력이 크지 않거나 일방적이지 않은 경우 등에는 앞에서 본 판례나 심사지침의 단순한 일방향적 기준을 그대로 받아들여서는 곤란하다는 점을 쉽게 알 수 있다. 이런 때에는 상호간 거래관계를 쌍방향적·종합적으로 관찰하여 구체적 거래의존도 여부를 판단하고, 그러한 지위에 근거하여 고착화 현상에 바탕한 억류(hold-up)를 야기할 우려가 있는지 여부를 심도있게 판단할 필요가 있다.

판례와 심사지침이 안고있는 단편적·일방적 고려의 문제는, 앞에서 보았던 기존 다수 사건이 다루었던 전형적인 경우에는 크게 부각되지 않을 수 있다. 그런데 근래 경제발전과 함께 전형적인 경우와 사정이 달라서 거래관계를 쌍방향적·종합적으로 관찰할 필요가 있는 사례가 많아지고

라. 거래의 대상이 되는 상품 또는 용역의 특성

27) Masako Wakui and Thomas K. Cheng, *id.*, pp.5~6.

있다. 예컨대 백화점이나 면세점들은 입점업체에 대하여 보통 우월한 ‘거래상 지위’에 있다고 보며, 기존 판례나 심사지침도 마찬가지이다. 심지어 이런 관계를 전제로 마련된 ‘대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률’도 있을 정도이다.²⁸⁾ 그런데 소위 유럽 ‘명품’ 업체들은 그와 전혀 다른 관계에 있어서, 최근 면세점들이 명품업체를 유치하기 위해 치열하게 경쟁하면서 마진율도 낮게 책정하거나²⁹⁾ 심지어 백화점 매장의 경우 고액의 인테리어 비용도 입점업체와 백화점이 반반씩 부담하는 관행과 달리 백화점 측이 전액 부담한다고 알려져 있다.³⁰⁾ 이러한 경우를 일방 당사자의 시각에서 단선적으로만 판단하면 거래의 실체를 정확하게 반영하지 못하고 결국 전형적인 제1종 오류(false positive)를 범하게 될 가능성이 크다.

이와 같은 제1종 오류의 우려는 특별한 공정거래 보호의 효과가 확보되지 않은 상태에서 수직적 거래관계에서의 경제적 효율성만 저해할 수 있다는 점에서 공정거래법의 근본취지에 배치될 위험을 낳는다. 수직적 거래관계의 효율성은 경제가 발전하고 분업화가 진전될수록 더 요구된다는 점에서 우리 경제에 미치는 위험은 점점 커진다고 할 수 있다.

(3) 불충분한 고려요소 - 행태적·정성적 요소의 고려 필요성

구조적·정량적 요소들을 망라하여 과학적으로 판단하는 것 외에 다양한 행태적·정성적 요소들까지 종합하여 고려할 필요가 있다. 학설들이 시장 지배적 지위와 거래상 지위의 차이를 객관적·절대적 개념과 주관적·상대적 지위라는 점에서 찾는다는 것은 앞에서 보았고, 심사지침 역시 이러한

28) 동법 제3조(적용제외) 제1항은 “이 법은 대규모유통업자가 납품업자 또는 매장임차인(이하 “납품업자등”이라 한다)에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 아니하는 거래에 대하여는 적용하지 아니한다”고 규정하여 거래상 지위를 일단 전제하되 특별히 인정되지 않는 경우를 소거하는 접근을 채택하고 있다.

29) “면세점 경쟁 가열, 명품 콧대만 높인다”, 연합뉴스 2015. 11. 1. 보도.
<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/10/30/0200000000AKR20151030112800030.HTML?input=1195m>

30) “샤넬 인테리어비 폭등에 백화점들 '진전공공'”, 연합뉴스 2011. 9. 11. 보도.
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=101&oid=001&aid=0005260810>

시각에 입각한 것으로 보인다. 기본적으로 이러한 시각은 타당하다. 그런데 시장지배적 지위의 경우 그 해당 여부를 판단하는데 고려하는 요소가 대단히 많고 경제학적 분석기법도 크게 발전되어 있다. 공정거래법상 시장지배적 사업자인지 여부의 판단은 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등(공정거래법 제2조 제7호 2문)과 같은 구조적 요소를 기본으로 하되 여기에 경쟁사업자 간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장 봉쇄력, 자금력 등과 같은 행태적·동태적 요소들을 종합적으로 고려하도록 하고 있다.³¹⁾ 즉 구조적 요소와 행태적 요소들을 종합적으로 판단해야만 해당 사업자가 상품 등의 가격 등 거래조건에 영향을 미칠 수 있는 능력을 갖고 있는지 여부를 판단할 수 있다는 것이다.³²⁾ 이와 같은 판단이 필요한 이유는 앞에서 보았던 것처럼 구성요건의 비판적 기능을 다하기 위해서이다. 즉 시장지배력이 인정되지 않으면 시장에서 경쟁제한효과를 야기할 우려를 인정하기 어렵다는 점에 착안하여, 시장지배적 지위 여부 판단을 함께 강조함으로써 부당성 내지 경쟁제한효과에만 의존할 때 나타날 수 있는 오류의 가능성을 최소화할 수 있다는 것이다. 그 결과 시장지배적 지위 여부 판단 단계에서 사건이 해결되는 경우에는 그보다 훨씬 복잡하고 어려운 경쟁제한효과에 대한 분석과 판단을 생략할 수 있기 때문에 소송경제를 유도함은 물론 재판의 여지를 줄일 수 있다.

그런데 시장지배적 지위와 달리 주관적·상대적 지위라는 거래상 지위의 특성에 비추어 보면, 시장지배적 지위 여부 판단 시보다 오히려 더욱 다양한 행태적·정성적 요소들을 구체적으로 고려할 필요가 있음을 쉽게 이해할 수 있다. 당사자 간의 관계 내지 주관적·상대적 지위는 항구적인 것

31) 공정거래위원회 시장지배적 지위 남용행위 심사기준(공정거래위원회 고시 제2012-52호, 2012. 8. 13. 개정) III. 시장지배적 사업자 여부 판단기준 참조.

32) 공정거래위원회의 시장지배적 지위 남용행위 심사기준 고시는 관련시장 획정을 위한 복잡한 방법을 정하고, 그 다음 앞에서 보았던 여러 고려요소에 더하여 “사업자가 거래선을 당해 사업자로부터 다른 사업자에게로 변경할 수 있는 가능성, 시장경쟁에 영향을 미치는 당해 사업자의 신기술 개발 및 산업재산권 보유여부 등을 고려할 수 있다”고도 한다(III항). 그 각각의 요소에 대하여 이론과 실무에서 대단히 복잡한 논의와 다툼이 있는 것은 주지의 사실이다.

이 아니라 개별 거래관계 별로 또는 시간 별로도 수시로 달라질 수 있는 것임도 분명하다. 그렇다면 거래상 지위 여부 판단에 있어서는 기본적으로 시장지배적 지위 여부 판단을 위한 앞의 정량 및 정성적 고려요소들을 빠짐없이 고려함은 물론 그에 대한 분석도 보다 심도있게 하는 것이 옳을 것이다. 그럼에도 현재의 거래상 지위 여부 판단은 지극히 단순하게 이루어진다는 점에서 비판을 면하기 어렵다고 보인다.

(4) 소결

앞에서 지적한 문제들은 실무상으로는 공정거래위원회의 법 집행이나 재판 과정에서 쟁점화되면 당연히 고려될 것이다. 판례가 ‘경제상 종합적 능력의 차이’를 중심적 판단기준으로 내세우는 것도 기존의 판례상 법리나 심사지침 등이 명확한 기준을 제시하지 못하기 때문에 판단기준을 유연하게 하여 구체적 타당성을 확보할 여지를 만들기 위한 것일 것이다. 그러나 판단기준이 모호하고 불명확한 상황에서 개별 사건 심리단계에서 개별적 판단에 과도하게 의존하는 것은 집행기관에 지나치게 많은 재량을 부여할 뿐 아니라 오류의 가능성도 낳는다는 점에서 문제가 있다. 그 뿐 아니라 거래상 지위를 지나치게 쉽게 인정하고 부당성 내지 공정거래저해성 단계에서 모든 위법성 판단을 하도록 하는 것은 구성요건의 존재의미에 대한 회의를 낳게도 한다.

일반적으로 위법행위의 구성요건은 이른바 ‘비판적 기능’ 또는 ‘한계적 기능’을 다하도록 최대한 구체적으로 규정되어야 한다. 그래야만 불법표지에 해당하지 않는 거래의 자유를 보장하는 한편, 예측가능성을 확보할 수 있기 때문이다. 이는 공정거래법 상 ‘거래상 지위’의 개념 정의에 관하여도 마찬가지이다. 그런데 판례나 심사지침의 구조적 판단기준은 비전형적인 사례에 대한 고려가 부족하다. 그 결과 거래상 지위 남용 사건에 있어서 행위자가 거래상 지위를 갖는다고 보기 어려운 경우에 대하여도 무비판적으로 거래상 지위를 인정하고 공정거래저해성 여부 판단의 단계에 지나친 판단의 부담을 지우는 불합리한 결과를 야기하는 것이다.

거래상 지위 여부의 문제는 개정 심사지침이 대원칙에서 핵심문제로

제기하다시피 상대적 관점에서 “당사자 간 협상력 차이가 얼마나 큰지”의 문제라 할 수 있고, 이는 ‘시장지배적 지위’에 상응하는 정도로 구체적이고 실효성있는 ‘거래상 지위’를 정의할 필요를 제기한다. 그에 대하여 적절한 답변을 제시하기 못하는 현재의 판례와 심사지침의 입장이 타당하다고 보기는 어려울 것이다.

IV. ‘거래상 지위’의 종합적·동태적 판단기준

앞에서 본 여러 문제를 해결하기 위해서는 거래상 지위 남용행위에 있어서도 행위요건 외에 행위자요건에 상당한 비판적 기능을 부여할 필요가 있다. 이를 위해서는 공정거래법상 단독행위에 있어서 행위자요건에 관하여 가장 발전된 판단기준을 갖고 있는 시장지배적 지위 남용행위와의 비교를 통하여 종합적이고도 동태적인 판단기준을 마련하고 필요한 고려요소도 개발하는 것이 바람직하다. 이 중에서도 특히 ‘동태적’인 측면을 강조하는 것은, 앞에서 보았던 백화점 입점 명품업체의 사례에서 보듯이 외견상의 규모나 능력의 차이에도 불구하고 실제 거래관계에서의 상대적 지위는 개별 거래에 따라 달라질 수 있음은 물론 시간적으로도 수시로 변동할 수 있는 것이기 때문이다. 이는 시장지배적 지위에 관하여도 마찬가지이지만, 특히 거래관계의 상대성에 주목하는 거래상 지위에 있어서는 더욱 동태적 성격이 강할 것으로 생각된다. 따라서 아래와 같은 고려요소들은 사안에 따라 개별적으로 어떻게 작용하는지를 보아야 할 것이다.

1. 기본원칙의 설정 : 대등한 협상력 여부

시장지배적 지위는 관련시장의 경쟁에 의미있는 영향을 미칠 수 있는 힘 또는 지위를 의미한다. 시장경쟁은 관련시장 내 사업자들이 모두 참여하는 거래형성의 과정이며, 그에 의미있는 영향을 미친다는 것은 사업자의 활동에 대하여 직·간접적으로 관련된 시장 차원에서 의미있는 반응이 현출됨을 말한다고 할 수 있다. 이에 반하여 거래상 지위는 거래상대방과

의 주관적·상대적 관계에서 의미있는 영향을 미칠 수 있는 힘을 의미하는데, 이는 곧 거래당사자 간의 협상력을 말하는 것이다. 이와 같이 협상력에서 거래상 지위의 개념을 파악할 경우, 거래상 지위 남용행위 규제제도의 필요성은 거래상대방이 영업활동의 상당한 부분을 자기에게 의존한다는 사실을 기회주의적으로 이용하여 거래상대방에게 불리한 요구를 하는 것을 막는데 있다는 견해가 의미있다.³³⁾ 다시 말해 대등한 협상력 여부의 판단은 거래당사자 간의 경제적 거래의존성 내지 대체성을 기회주의적으로 악용할 수 있는 가능성 여부 즉 억류(hold-up)의 가능성 여부에 있다는 것이다. 그렇다면 거래상 지위 여부의 판단기준은 경제적 종속성(의존성), 즉 거래의존성 내지 대체성이 얼마나 되고 이를 기회주의적으로 악용할 수 있는 여지가 얼마나 되는지 등을 파악한 다음, 결국 거래당사자가 “상호 대등한 지위에서 공정한 거래를 할 수 있는 협상력을 갖추고 있는지”라는 물음에 효과적으로 답할 수 있는 논거를 밝히는 것이어야 할 것이다.

판례가 경제상 종합적 능력을 중심적 판단기준으로 정하였던 것도, 사실은 외형상 능력의 차이 자체가 중요했다기보다는 당사자 간 협상력의 차이를 판단하기 위한 일응의 출발점으로 이와 같이 객관적 요소가 적합했기 때문일 것이다.³⁴⁾ 다만 대등한 협상력 여부를 판단하는데 있어서 단순히 객관적 규모나 사업능력의 차이가 전부가 될 수는 없다. 그 외에도 협상력에 영향을 미칠 수 있는 요소들은 다양한데 특히 주관적 사정에서 고려할 요소들이 더 많을 수 있다. 그러므로 거래상 지위 여부 판단은 상대적이고 가변적이라는 특징을 갖게 될 것이고, 따라서 더 넓고 유연한 고려와 분석이 필요할 것으로 생각된다. 구체적인 내용을 아래에서 본다.

33) 주진열, “독점규제법상 거래상 지위남용 조항의 적용 범위에 대한 비판적 고찰 - 소비자-사업자간 거래를 중심으로”, 고려법학 제78호, 고려대학교 법학연구원, 2015, 203쪽, 214쪽 참조; 伊藤元重·加賀見一彰, “企業間取引と優越的地位の濫用”, 『會社法の經濟學』, 東京大學出版會, 1998, 413頁 (한도율, 거래상 지위남용 규제의 의의, 기업법연구 제29권 제1호, 한국기업법학회, 2015, 467쪽에서 재인용).

34) 김용중, 앞의 각주 2의 글, 190쪽 참조.

2. 구체적 고려요소들

(1) 객관적 시장배경의 대략적 판단 : 시장지배적 지위 관련 요소들의 구체적 고려

거래당사자 간 협상력 차이를 파악하기 위해서는 우선 시장지배적 지위 여부 판단에 있어서 고려하는 요소들을 빠짐없이 분석하도록 하는 것이 중요한 출발점이 될 것으로 생각한다. 시장지배적 지위 여부의 판단에서 고려하는 요소들은 관련시장에 작용하는 요소들을 대부분 포괄하고 있는데, 당사자의 협상력은 관련시장에서의 위치를 전제로 한다는 점에서 거래상 지위 여부의 판단에서도 이러한 요소들을 함께 고려하여야 할 것이기 때문이다. 즉 시장지배적 지위 여부 판단 시에 동원되는 요소들의 분석을 통하여 해당 사업자의 시장 내 위치를 객관적으로 파악한 다음, 이들 간의 상대적 관계 내지 지위를 파악하는 것이 입체적인 접근일 것이다. 이를 위해 고려할 필요가 있는 요소들에 대하여는 앞에서 보았다.

다만 관련요소들을 분석하는 정도는 거래상 지위 남용행위 규제목적상 필요한 상대적 범위수준으로 충분하다고 본다. 시장지배적 지위 남용행위와 관련하여서는 관련시장 획정이나 시장지배적 지위 여부 판단에 있어서 다양한 시장자료를 종합하여 대단히 심도있는 분석을 하는 경우가 대부분이다. 그러나 거래상 지위 남용행위와 관련하여서는 그 정도로 깊이 분석할 필요는 없다고 본다. 예컨대 가장 중요한 관련시장의 획정은 외부옵션(outside option)의 유무와 현실성 등 협상력 판단에 도움이 되는 정도에서만 수행하면 충분할 것이고, 관련시장 전체와 가상적 수요자를 염두에 두고 진행하는 시장지배적 지위 여부 판단과 같은 수준까지 끌어올리는 것은 보통의 경우 과도하다고 생각한다. 물론 구체적인 것은 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 할 것이다.

(2) 외부옵션의 존재와 크기

협상 당사자 중에서 누가 더 우월적 지위를 지니고 있는가에 대한 경제학적인 설명은 외부옵션 이론에 입각하는 것이 보통이다. 협상에서는

거래의 파기에 따른 손해를 덜 보는 거래당사자가 우위에 서고 결과적으로 더 유리한 몫을 가져가게 되므로, 유효한 외부옵션을 많이 가질수록 우월한 협상력을 가진다고 할 수 있기 때문이다. 이 때 외부옵션은 당시 활용가능한 옵션 외에 예견가능한 장래의 옵션도 협상력을 제고하는데 유용하다고 한다.³⁵⁾

당사자 간의 상대적 관계를 문제삼는 거래상 지위 남용행위의 경우에는 외부옵션의 가용성이 시장지배적 지위 남용행위에서보다 훨씬 큰 의미를 갖게 된다. 동일한 외부옵션이라 하더라도 시장 전체의 상황을 다루는 경우보다 당사자 간의 문제에 초점을 맞추는 경우에 더 큰 작용을 할 것이기 때문이다. 즉 상대방이 유용한 외부옵션을 가질 경우 언제든지 협상을 끝낼 수 있기 때문에 상대방은 우월한 협상력을 가질 수 없게 된다. 그러므로 거래상 지위 여부 판단에 있어서 가장 중요한 요소는 외부옵션의 크기와 실효성 등에 관한 판단이 될 것으로 본다.

비슷하지만 비교되는 맥락에서, 대규모의 R&D투자와 같이 당사자에게 서로 커다란 매몰비용이 발생한 상황이라면 외부옵션의 부존재에 따른 억류(hold-up) 가능성은 쌍방향으로 존재한다. 이 때에는 매몰비용의 크기와 대안의 효과성 등을 종합적으로 분석하여야 할 것이지만, 당사자가 비슷한 수준의 매몰비용에 직면한 상황이라면 어느 하나가 상대방에 대해 거래상 우월한 지위를 갖는다고 보기 어려울 것이다.³⁶⁾ 이와 같이 거래당사자가 쌍방향으로 서로 의존하는 관계에 있을 경우에는 누구도 외부옵션을 갖지 못하고, 따라서 일방 당사자가 다른 쪽에 대해 거래상 지위 남용행위에서 말하는 거래의존성이 있다고 하기 어렵다는 것이 일본의 유력한 견해이고 또 타당하다고 생각한다.³⁷⁾ 다만 경우에 따라서는 양 당사

35) Li, Cuihong · Joseph Giampapa and Katia Sycara, "Bilateral negotiation decisions with uncertain dynamic outside options", *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics, Part C (Applications and Reviews)* 36.1 (2006): 31-44.

36) Luke Froeb, Mikhael Shor, "Innovators, Implementers, and Two-sided Hold-up", *14(6) Antitrust Source* (Aug. 2015).

37) 長澤哲也, "優越的地位濫用の認定における實務上の諸論点", *日本經濟法學會年報* 第35号, 72頁 (2014) (日本經濟法學會, *優越的地位の濫用規制の展開* (2014); 石垣浩晶 「優越的地位濫用規制の經濟分析」 NBL985号 43頁、45頁 (2012).

자가 모두 나름의 거래상 지위를 갖는다고 봐야 할 수도 있겠으나, 이는 개별적 사실관계에 달린 문제일 것이다.

(3) 길항력의 고려 필요성

외부옵션과 비슷한 맥락에서 길항력(countervailing buying power)이 중요하다. 경제학에서 말하는 길항력은 1952년 Galbraith가 고안한 용어로, 고집중 하류시장의 구매자(buyer)가 공급자로부터 유리한 가격을 얻어낼 수 있는 능력을 말한다.³⁸⁾ Galbraith는 시장집중도가 증가하는 미국 시장에서 점증하는 시장지배력에 대항할 수 있는 힘으로 규정하였는데, 예컨대 식품회사로부터 높은 도매할인율을 얻어내는 전국단위 슈퍼마켓 체인이나 철강회사로부터 가격할인을 받는 대규모 자동차회사의 경우가 이에 해당한다고 하였다. 이 이론은 비슷한 상황에 대하여 대규모 구매자에 대한 물량할인(volume discount)이나 유통비용 절감 등 보다 유력한 설명이 가능하다는 점과 나아가 이를 자유경쟁시장의 자동조절기구로까지 격상시키는 것은 어렵다는 점 등 지속적인 비판에 시달려왔다.³⁹⁾ 그럼에도 당사자 간에 상당한 규모의 거래가 있더라도 대체거래선을 쉽게 확보할 수 있거나 아니면 당사자가 직접 또는 제3자로 하여금 시장에 진입하게 할 수 있을 경우 그로부터 발생하는 잠재적 경쟁이 독점사업자의 독점력 행사를 견제할 가능성을 갖는다는 시장지배력 행사에 대한 견제역할의 이론적 가능성은 일반적으로 잘 알려져 있다.⁴⁰⁾

시장 전체의 맥락에서의 문제를 다루는 시장지배적 지위 남용행위에 있어서 길항력의 유효성이 상당히 비판받는 것과는 별도로, 당사자 간 상대적 관계를 다루는 거래상 지위 남용행위 맥락에 있어서는 비교적 의미

38) John Kenneth Galbraith, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Transaction Publishers, 1952

39) 대표적으로 G. J. Stigler, “The economist plays with blocs”, *American Economic Review* 44, American Economic Association, 1954, 7-14.

40) Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2nd edition, HART Publishing, 2013, p.168-169. U.S. Dep't of Justice and Fed. Trade Comm'n, Horizontal Merger Guidelines §8 (2010); Case 6/72.Europemballage and Continental Can v. Commission [1973] ECR-215 para. 36.

와 유효성이 더 살아날 수 있다고 보인다. 위에서 본 외부옵션에서와 같은 이유에서이다. 즉 외형상 소위 ‘갑을관계’에 해당한다 하더라도, 한 당사자가 길항력을 갖는 경우라면 실질적인 협상력 관계는 상대방과의 거래관계에 일방적으로 구속되는 대부분의 거래상 지위 남용 사건들과 전혀 다른 양상을 제기할 수 있기 때문이다. 예컨대 Galbraith가 들었던 과점적 식품회사와 대규모 구매력을 가진 슈퍼마켓 체인의 관계는 우리 공정거래법상 갑을관계의 전형적 사례인 과점적 공급자와 구매자의 관계에 해당할 수 있는데, 이 때 구매자에게 수요독점적 지위가 있다면 과점적 공급자의 우월한 거래상 지위에 충분히 대항하여 대등한 협상력을 제공할 수 있을 것이다. 이 경우 우리 판례가 말하는 ‘경제상 종합적 능력의 차이’나 ‘거래관계의 구속성’이 인정된다 하더라도 공급자에게 거래상 지위가 있다고 보기는 어려울 수 있을 것이다.

(4) 독일 경쟁제한방지법의 경우

위와 같은 접근은 선진국 경쟁법에서 드물게 거래상 지위 남용행위와 유사한 규제제도를 두고 있는 독일에서도 근거를 찾을 수 있다. 주지하듯이 독일 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: 이하 ‘GWB’이라 한다)은 시장지배적 지위의 개념을 대단히 넓게 규정하고 있다. 즉 일반적인 시장력(market power) 내지 시장지배력에 비견될 수 있는 독점 내지 준독점의 개념에 더하여, 이른바 우월적 지위(überragende Marktstellung)을 포함하고 있다(GWB 제18조 제1항 제3호). 우월적 지위란 경쟁사업자 간에 규모의 차이가 커서 비대칭적인 힘의 배분이 나타나는 경우를 말하는 것으로, 우리의 거래상 지위와 비슷한 개념이다. GWB는 우월적 지위 여부의 판단에 있어서 다양한 요소를 종합적으로 고려하도록 규정하고 있으며(GWB 제18조 제3항), 이는 독점 내지 준독점의 경우와 동일한 것이다. 즉 시장점유율, 자금력, 조달시장 및 판매시장에 대한 접근가능성, 다른 사업자와의 결합관계, 다른 사업자의 시장진입에 대한 법률상 또는 사실상의 장벽, 국내외 경쟁사업자에 의한 현실적 또는 잠재적 경쟁, 공급 내지 설비의 전환가능성, 거래상대방의 거래처 전환가능성

등을 종합적으로 고려해야 한다.⁴¹⁾ 이에 따라서 판례는 사업자가 수요자의 지위에서 중소기업으로부터 정기적으로 상품과 서비스를 공급받는 경우 당해 사업자는 거래상 지위가 있는 것으로 추정한다고 한다.⁴²⁾

한편 GWB 제20조 제1항과 제2항이 일반적 의미에서 상대적 지배력 또는 우월적 지위의 남용을 금지하는 것과 달리, 제20조 제3항은 특별히 중소기업 보호대상으로 하여 규율한다. 어느 사업자가 중소기업과의 관계에서 우월적 지위가 있다고 인정되기 위해서는 그 거래상대방이 그 사업자에게 종속되어 객관적인 회피가능성과 주관적인 수인가능성이 없어야 한다. 이러한 판단은 사안 별로 구체적으로 종합적 요소를 고려하여 이루어지는데, 상대적 종속관계를 인정할 수 있는 경제적 종속성의 내용으로 크게 네 가지를 든다. 즉 유통필요성이 큰 유명상표 제조업자에 대하여 갖는 상품관련 종속성, 독점적 지위에 있는 제조업자가 상품공급을 거절할 경우 다른 제조업자도 같이 거절하게 되는데서 오는 선도사업자 종속성, 장기간 거래관계에서 초래되는 사업관련 종속성, 대규모 수요자의 수요지배력에 의존하는데서 오는 수요관련 종속성 등이다.⁴³⁾

독일의 우월적 지위 개념은 시장지배적 지위를 확장한 것이기 때문에 우리의 거래상 지위 개념과 반드시 일치하는 것은 아니다. 중소기업 보호를 위한 행위유형의 경우도 마찬가지이다. 그러나 상대적 관점에서 규모와 힘의 차이에 착안한다는 점에서는 본질이 유사한 것으로 보인다. 따라서 GWB 제20조의 남용규제와 이를 뒷받침하는 GWB 제18조에 의한 우월적 지위 판단에 고려하는 요소들, 특히 중소기업 보호를 위한 GWB 제3항의 우월적 지위 여부 판단을 위한 경제적 종속성 개념 등은 우리의 거래상 지위 여부 파악에 있어서도 중요한 참고가 되어야 할 것으로 생각된다.⁴⁴⁾

41) 이봉의, 독일경쟁법, 법문사, 2016, 138~139쪽 참조.

42) 주진열, 앞의 각주 33의 글, 211쪽 참조.

43) 구체적인 내용은 다음 논문 참조. 황태희, 독일 경쟁제한방지법(GWB) 상 중소기업 보호규정과 시사점, 한독사회과학회 국제학술대회 Vol.2010 No.1, 한독사회과학회, 2010, 9쪽.

44) 김용중, 앞의 각주 2의 글, 190쪽 참조.

3. 종합적·동태적 판단기준의 정립

(1) 기준 정립과 경제적 분석의 필요성

위와 같이 시장지배적 지위 여부 판단에 관하여 이론적·실무적으로 정립된 기준과 방법을 도입하는 한편 거래상 지위 여부 판단에 특유한 상대적 요소들을 함께 포괄한다면, 궁극적으로는 이른바 ‘종합적·동태적 판단기준’을 정립할 수 있을 것이다.

앞에서도 보았듯이 실무적으로는 이러한 판단기준이 어느 정도 구현되어 왔다. 즉 판례는 이미 광범위한 ‘경제상 종합적 능력의 차이’에 집중하면서 실제로는 유연한 판단을 가능하게 하는 방법으로 ‘종합적 고려’를 상당부분 수행해왔다. 대법원은 일련의 판례에서 거래상 지위 여부는 “당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 할 것”이라고 반복적으로 강조하여 왔다. 그러면서 거래상 지위 여부의 판단단계에서 걸러지지 못하는 다양한 요소들을 공정거래저해성 여부 판단에 있어서 거르려 노력해왔다. 예컨대 “우월적 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다”는 판시를 거듭해온 것이다.⁴⁵⁾ 후자의 단계에서 실행되었던 판단의 상당부분은, ‘종합적·동태적 판단기준’을 정립할 경우 거래상 지위 여부 판단의 단계로 상당히 이동될 수 있을 것이다. 그 사례는 앞의 명품 입점업체 사례 등에서 보았다.

앞으로는 이를 더 구체화하고 적용사례를 축적하는 방법으로 판례가 실천한 ‘유연한 접근’을 거래상 지위 판단의 기준으로 구체화함으로써 부당성 내지 공정거래저해성 단계에 미루어진 비판적 기능을 구현할 수 있

45) 대법원 2000.6.9. 선고 97누19427 판결.

을 것으로 생각한다. 여기에서 외부옵션이나 길항력 등의 요소를 중점적으로 고려하여야 할 것이다. 무엇보다 중요한 것은 경제적 분석을 통해 거래의존도나 필요성 등이 어느 정도 수준이라야 거래상 지위를 인정할 수 있을지를 밝혀내는 것이다. 지금까지 개별 사안에 따라 해결해왔던 이 문제를 일의적으로 해결하는 것은 대단히 어려울 것이다. 보다 객관적인 판단이 가능한 시장지배적 지위 인정에 있어서도 일관성있는 기준의 제시가 어려운 점에 비추어 보면, 주관적·상대적 성격을 내포하고 있는 거래상 지위 인정에 있어서는 더욱 그러하다. 그러나 그럼에도 불구하고 최대한의 경제적 분석과 최소한의 기준제시는 필요할 것으로 생각된다. 이를테면 관련시장의 구조적 특성과 시장 내 기업들의 점유율이나 상대적 관계 또는 진입장벽을 비롯한 다양한 정성적 요소들에 대한 경제적 분석을 면밀하게 진행할 경우 대상 사업자들 간의 상대적 관계 내지 지위에 대하여 중요한 시사점을 얻을 수 있을 것이다. 나아가 적어도 심사지침이 말하는 경쟁제한성 위주의 심사가 적용되는 행위유형에 관하여 인정되는 안전지대의 설정은 가능하지 않을까 싶다.⁴⁶⁾ 그럼에도 이러한 요소들은 구체적 사실관계에 따라 작동방향이나 효과가 수시로 변동 가능한 동태적인 것임도 동시에 유의할 필요가 있다.

(2) 단발적·일시적 거래에서의 거래상 지위 여부

판례가 ‘경제상 종합적 능력’을 기준으로 하여 사안마다 개별적으로 거래상 지위 여부를 판단함으로써 유연성을 발휘해온 것과는 달리, 개정 심사지침은 계속적 거래관계에서의 거래의존도를 중심으로 판단하도록 규정하고 있다. 이는 일본의 다수 학자들의 견해를 받아들인 것으로 보이고,⁴⁷⁾ 독일 GWB의 우월적 지위 판단시 고려요소들로부터도 영향을 받은 것으로 생각된다. 그런데 거래상 지위 여부를 협상력의 차이에서 찾는다면, 이러한 차이가 반드시 계속적 거래관계 뿐 아니라 정보의 비대칭성에

46) 예컨대 유통업체의 거래단절로 인한 매출액 감소규모가 공급업체 매출액의 10% 미만인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 거래상 지위를 인정하기에 부족할 것이다.

47) 한도율, 앞의 각주 33의 글 참조.

기인해서도 일어날 수 있다는 점에서 일회성 거래와 관련한 거래상 지위를 그 자체로 개념상 부정하기는 어려울 수 있고, 따라서 거래상 지위를 계속적 거래관계에 국한되는 것처럼 기술한 개정 심사지침은 비판의 여지가 있다. 공정거래법령에도 이러한 경우를 명시적으로 배제하지도 않았다.

그러나 단발적·일시적 거래관계에서 발생할 수 있는 우월적 지위와 그에서 파생되는 협상력의 차이에까지 공정거래법상 거래상 지위 개념을 적용한다면, 규모와 정보력의 면에서 비대칭성이 본질적으로 존재하는 경우가 많은 사업자와 소비자 간 거래관계에서 대부분 거래상 지위가 인정되는 결과가 초래되고 이는 결국 민사사건의 공정거래사건화라는 바람직하지 못한 결과에 이어질 수 있다는 점에서 많은 문제가 야기될 것으로 생각된다. 이러한 경우에는 민사적 구제가 대부분 가능할 것이기 때문에, 과거에 비하여 권리의식과 사법구제에의 접근성이 향상된 오늘의 시점에서 보면, 민사적 구제와의 적절한 분업을 찾아야 할 것으로 생각된다. 따라서 거래상 지위를 계속적 거래관계의 경우에 한정하는 개정 심사지침의 입장은 타당하다고 생각한다.

판례는 이와 같은 경우에 ‘거래’의 개념을 통상의 계약관계보다 넓은 의미로서 “사업활동을 위한 수단 또는 거래질서”를 뜻하는 것으로 보아 거래상 지위의 인정범위를 넓힌 사례가 있다.⁴⁸⁾ 이는 사안에 따라서는 결과적으로 단발적·일시적 거래관계에까지 거래상 지위를 인정하는 것으로 보일 여지가 있다.⁴⁹⁾ 그러나 대법원 판시는 일응 ‘거래’ 개념을 확장한데 그친 것이고 정보의 비대칭성을 이유로 일반적으로 성립되는 단발적·일시적 거래관계에까지 거래상 지위를 인정한 것으로 보기는 어렵다고 생각된다. 피보험자를 매개로 한 채무관계로 파악하고 손해배상채무의 이행과정에서 불공정거래행위가 발생할 가능성을 고려하는 등 계속적 거래관계에 관련된 요소들을 논거로 제시하였기 때문이다.

48) 대법원 2010. 1. 24. 선고 2008두 14739 판결. 이 사건에서 대법원은 자동차 사고 피해차주와 보험회사와의 사이에서 발생한 대물손해 관련 대차료 등의 지급의무는 일회적인 불법행위로 인한 손해배상청구권에 불과하여 보험회사들과 피해차주들 사이에 직접 또는 피보험자들을 매개로 한 거래관계가 없다고 판단한 원심을 본문과 같은 이유로 파기하였다.

49) 한도율, 앞의 각주 33의 글, 467~469쪽 참조.

(3) 거래상 지위의 직접증거로서 남용행위

부당공동행위에 있어서 가격인상이나 생산량 감소와 같은 경쟁제한적 효과가 시장에 나타날 경우 이는 경성카르텔의 부당성에 관한 직접증거에 해당하기 때문에 반드시 엄밀한 경제분석을 통한 시장획정이 필요없고, 나아가 특별한 사정이 없는 한 경쟁제한성 내지 부당성도 원칙적으로 인정하여야 한다.⁵⁰⁾

시장지배적 지위 남용행위에 관한 위의 고찰은 비록 경쟁제한성 내지 부당성에 관한 것이긴 하지만, 그 취지에 비추어 거래상 지위 여부의 판단에도 어느 정도는 대입이 가능하다고 본다. 즉 거래상 지위 여부의 판단을 종합적이고 깊이있게 하여야 하는 것은 분명하지만, 동시에 거래상 지위 남용행위가 객관적으로 분명히 인정될만한 경우에는 굳이 앞에서 보았던 여러 가지 요소들을 일일이 분석할 필요가 없고 객관적인 남용행위 자체를 거래상 지위에 관한 직접증거로 간주하여 간략히 인정할 수 있다는 것이다. 이는 우리나라 현실에서 거래상 지위 남용행위 제도의 최대장점이 집행효율성에 있다는 점에서 의미를 가질 수 있다.

50) 구체적인 것은 다음 논문 참조, 김종민 & 이황, 상식과 직관에 부합하는 경제분석의 필요성 - 경성카르텔에 시장획정을 요구하는 대법원 판례에 대한 코멘트, 고려법학 제81호, 고려대학교 법학연구원, 2016.6., 337~394쪽.

V. 결론

우리 공정거래법 집행에서 거래상 지위 남용행위 제도는 대단히 중요한 위치를 점하고 있다. 경제력 집중이 심화되고 양극화가 상당부분 고착화 내지 심화되고 있는 우리의 경제현실에서 거래상 지위 남용행위에 대한 규제의 요구가 점증한다는 것이다. 이 제도가 수직적 갑을관계를 시정하는 주역을 맡고 있다는 점에서 보면 이 제도의 중요성은 더하다. 이는 하도급법이나 대규모유통업법을 비롯해 이 제도에서 파생된 단행법이 다양하다는 점에서 더욱 두드러진다. 그러면서도 우리의 경제현실이 수직적 거래관계에 크게 의존하고 있기 때문에, 아쉬우나마 수직적 효율성을 확보하는 것을 무시할 수 없다는 점에서 고민을 낳는 것이다.

그렇다면 거래상 지위 남용행위의 집행오류 가능성을 최소화하면서도 집행강도를 높이는 것이 올바른 해결방법이 될 것이고, 이를 위해서는 구성요건의 비판적 기능을 살리는 것이 관건이 될 것이다. 결국 집행오류 위험을 회피하는 기능을 부당성 내지 공정거래저해성 단계에만 부담시키는 것은 바람직하지 않고, 거래상 지위의 판단기준을 구체화할 필요가 크다. 이는 시장지배적 지위 남용행위 규제제도에 있어서 시장지배적 사업자 여부의 판단기능이 중시되는 것에 비견할 수 있을 것이다.

공정거래법상 단독의 위반행위 체계가 대단히 복잡하고 혼란스러운 형편에서, 위반행위자의 ‘지위’ 내지 ‘힘’의 내용을 분명히 규명하는 것은 반드시 필요한 작업이다. 그러한 의미에서 객관적·절대적 개념인 ‘시장지배적 지위’와 구별하여 주관적·상대적인 ‘거래상 지위’ 개념을 구축하고 이를 다른 불공정거래행위와 구별하는 체계화는 큰 의미가 있다. 이와 같이 거래상 지위의 개념을 분명히 하고 판단기준을 구체적으로 발전시키는 것은 거래상 지위 남용행위에 대한 규제를 실효성있게 강화하는 데에도 기여하는 길이 될 것으로 믿는다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 권오승, 경제법(제12판), 법문사, 2015
이봉의, 독일경쟁법, 법문사, 2016
이호영, 독점규제법(제5판), 홍문사, 2015
공정거래위원회, 2015년 공정거래백서, 2015

2. 논문

- 김종민 & 이황, 상식과 직관에 부합하는 경제분석의 필요성 - 경성카르텔에 시장획정을 요구하는 대법원 판례에 대한 코멘트, 고려법학 제81호, 고려대학교 법학연구원, 2016
김용중, “대형유통업체의 우월적 구매력에 대한 공정거래법상 판단기준 개선방안”, 「외법논집」 제37권 제3호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2013
한국경쟁법학회, 제반 불공정행위 심사지침 개선방안 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2014. 12.,
신영수, 판례에 비추어 본 거래상 지위남용 규제의 법리, 상사판례연구 제28권 제1호, 한국상사판례학회, 2015
홍명수, 불공정거래행위에 관한 대법원 판결 분석(2010)-거래상 지위남용 사건을 중심으로, 경쟁법연구 제23권, 한국경쟁법학회, 2011
주진열, “독점규제법상 거래상 지위남용 조항의 적용 범위에 대한 비판적 고찰 - 소비자·사업자간 거래를 중심으로”, 고려법학 제78호, 고려대학교 법학연구원, 2015,
한도율, 거래상 지위남용 규제의 의의, 기업법연구 제29권 제1호, 한국기업법학회, 2015

황태희, 독일 경쟁제한방지법(GWB) 상 중소기업 보호규정과 시사점,
한독사회과학회 국제학술대회 Vol.2010 No.1, 한독사회과학
회, 2010

II. 외국문헌

1. 단행본

John Kenneth Galbraith, American Capitalism: The Concept of
Countervailing Power, Transaction Publishers, 1952

Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, The Law and Economics of Article
102 TFEU , 2nd edition, HART Publishing, 2013

2. 논문

Masako Wakui and Thomas K. Cheng, “Regulating abuse of superior
bargaining position under the Japanese competition law: an
anomaly or a necessity?”, Journal of Antitrust Enforcement,
Oxford University Press, 2015

Li, Cuihong · Joseph Giampapa and Katia Sycara, "Bilateral negotiation
decisions with uncertain dynamic outside options“, IEEE
Transactions on Systems, Man, and Cybernetics, Part C
(Applications and Reviews) 36.1 (2006)

Luke Froeb, Mikhael Shor, “Innovators, Implementers, and Two-sided
Hold-up”, 14(6) Antitrust Source, 2015

G. J. Stigler, “The economist plays with blocs”, American Economic
Review 44, American Economic Association, 1954

3. 일본 단행본

伊藤元重·加賀見一彰, “企業間取引と優越的地位の濫用”, 『會社法の經
濟學』, 東京大學出版會, 1998

谷原修身, 條解獨占禁止法, 中央經濟社, 1999

白石忠志, 獨禁法, 有斐閣, 2005

4. 일본 논문

長澤哲也, “優越的地位濫用の認定における實務上の諸論点”, 日本經濟法學會年報 第35号, 日本經濟法學會, 優越的地位の濫用規制の展開, 2014

石垣浩晶, “優越的地位濫用規制の經濟分析”, NBL985号, 2012

<국문초록>

‘시장지배적 지위’의 개념과 판단기준에 관하여는 많은 연구를 통해 컨센서스가 형성되었다. 반면 거래상 지위 남용행위에 대해서는 위법성 판단의 중심기준이 행위 내지 부당성에만 집중되고 ‘거래상 지위’에 대하여는 연구가 많지 않다. 이는 부당성 요건에 과도한 부담을 지우면서 구성요건의 비판적 기능을 다하지 못하는 것으로 바람직하지 않다.

공정거래법상 단독의 위법행위에서 행위자 요건의 체계를 「시장지배적 지위-거래상 지위-보통의 지위(無地位)」라는 식의 3단계로 파악하는 이해가 많다. 이러한 분류는 불공정거래행위의 다양한 행위유형별로 다를 수 있는 행위자 지위를 지나치게 단순화할 수 있고 ‘거래상 지위’와 ‘보통의 지위’ 간의 중첩가능성을 외면할 위험도 내포한다. 학계의 다수설은 ‘거래상 지위’를 객관적·절대적 개념인 ‘시장지배적 지위’와 구별하여 다른 사업자와의 거래관계에서 발생하는 주관적·상대적 지위를 말하는 것으로 설명하고, 구체적인 것은 판례나 공정위 심사지침에 의존하고 있다. 판례는 거래상 지위 여부를 판단함에 있어서 ‘거래관계의 구속성’ 또는 ‘경제상 종합적 능력의 차이’에 집중해왔다. 이와 같은 입장은 거래상 지위 판단에 유연성을 확보한다는 장점이 있는 반면, 구체적 판단기준이 명확하지 않고 사업규모에 어느 정도의 차이라도 있으면 대부분 거래상 지위를 인정하게 된다는 문제를 안고 있다. 2015년말 개정된 공정위 불공정거래행위 심사지침은 계속적 거래관계에서 상당한 거래의존도가 있어야 한다는 비교적 발전된 요건을 제시하였으나, 만족스러운 수준은 아니다.

거래상 지위 요건을 구체화하여 실효성을 확보하기 위해서는 종합적·동태적 판단기준을 마련할 필요가 있다. 즉 거래상 지위는 구체적 사실관계에 따라 수시로 변동 가능한 것이므로 구체적 사실관계를 깊이 들여다보고 경제적으로 분석해야 한다는 것이다. 무엇보다 거래상 지위 여부의 판단이 기본적으로 당사자 간에 대등한 협상력이 있는지 여부를 판단하고 나아가 억류(hold-up) 현상을 방지하기 위한 것임을 인식할 필요가 있다. 그 위에서 시장지배적 지위 판단에 관련된 요소들을 대략적이거나 고려

함으로써 관련시장에서 당사자의 위치를 감안하는 것이 바람직하다. 동시에 외부옵션(outside option)과 길항력의 존재와 크기를 깊이있게 고려해야 할 것이다. 이와 같은 접근은 독일 경쟁제한방지법의 경우와도 비슷한 것이다. 한편 단발적·일시적 거래에서의 거래상 지위는 인정하기 쉽지 않고 거래상 지위의 남용행위가 명확할 경우 이는 거래상 지위의 직접증거가 될 수도 있을 것이다.

주제어 : 거래상 지위, 우월적 지위, 시장지배적 지위, 거래의존도, 협상력, 길항력, 억류(hold-up)

Concept and Criteria of ‘Superior Bargaining Position’ in Korean Competition Laws

Lee, Hwang*

There have been a lot of researches regarding the concept and criteria on market dominant position. However, regarding the conducts of Abuse of Superior Bargaining Position(‘ASBP’), most researches concentrated on the prong of ‘abuse’ rather than that of ‘superior bargaining position’(‘SBP’). This approach is not plausible because it gives excessive burden on the prong of ‘abuse’ to support liability as well as does not satisfy so-called screening function of liability requirements.

Academia view that the qualification of ‘doer’ in unilateral conducts in competition laws can be categorized into three; market dominant position, SBP, and ordinary(or no) position. This categorization tends to simplify excessively the concept of ‘doer’ that is diverse per each characteristic type of diverse unfair trade practices. In addition, it may not incorporate the possibility of overlapping between SBP and ordinary position. Majority in academia explain that SBP differs from market dominant position in that the former tends to be characterized as subjective and relative concept while the latter be objective and absolute. Details are the role of the Guideline of the Korea Fair Trade Commission(‘KFTC’) and/or case laws by judiciary. Case laws emphasize the factors of constraint of trade relationship or difference of overall business ability to determine SBP. This criteria give flexibility but not clear enough to give justifiable predictability. Also only small differences in business size or ability may allow the requirement of SBP found easily. The KFTC Guideline amended in 2015 introduced a developed criteria that emphasize the factor of dependence in continuous trade relationship, however, it falls short of satisfaction.

* Professor, Korea University School of Law

The author argues for the need for comprehensive and dynamic criteria. SBP tends to be different per each fact settings and in-depth observation and economic analysis is essential to incorporate the dynamics. One should be reminded that the determination of SBP is required to find whether each of trade parties has balanced bargaining power and ultimately the regulation is to prevent hold-up occurred. For the purpose, it is necessary to consider comprehensive factors to find market dominant position so as to reflect the market position of each business. Also, other relevant factors including outside option and countervailing power should be assessed. SBP in one time trade relationship may not be easy to admit and clearly abusive conducts may be considered as a direct evidence to support SBP.

Key Words : superior bargaining position, market power, dependence in trade, bargaining power, countervailing buying power, hold-up

