

포스코판결과 방해남용의 향방

포스코판결은 그 중요성에 비례하여 이를 이해하기에 따라서는 적지 않은 법리적 난점을 안고 있다.

판결이 방해남용의 위법성 판단기준으로서 '효과' (Effects)에 입각한 접근방법을 취한 것으로 해석될 여지가 있고, 자칫 남용규제의 여지를 대폭 축소할 소지가 있다.

또한 방해남용의 일반법리로 확장하여 해석할 경우, 공정거래법의 체계와 부합하지 않을 뿐만 아니라 경쟁질서의 보호에도 중대한 흔결이 발생할 수 있다는 점도 간과할 수 없다.

이러한 맥락에서 공정거래법상 남용규제의 의미와 방해남용의 요건을 살펴보고, 그중 사업활동방해의 체계적 이해를 통하여 올바른 해석론을 제시하기로 한다.

- 본문 중에서

서울대학교 법과대학 교수 | 이 봉 의

I. 머리말

지난 2007년 11월 22일 대법원은 공정거래위원회 심결 이후 6년 이상을 끌어오던 포스코의 거래거절행위에 대하여 부당한 사업활동방해를 인정한 원심을 파기하는 판결을 내렸다.¹⁾ 이 판결은 전원합의체판결로서 갖는 무게 이외에도, 다음과 같은 점에서 추후 남용규제실무에 적지 않은 영향을 미칠 것으로 보인다. 포스코판결은 거래개시의 거절이 시장지배적 지위남용으로 문제된 사례로서, 거래거절을 통한 방해남용에 관하여 대법원의 본안심리가 이루어진 첫 번째 사례라는 점에서 시사 하는 바가 매우 클 수밖에 없다. 실제로 그 후 일련의 하급심 판결에서도²⁾ 포스코판결이 폭넓게 원용되고 있는 점에서도 동 판결의 중요성을 짐작할 수 있다. 나아가 포스코판결은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 "공정거래법") 제3조의2 제1항 제3호의 사업활동방해에 관한 유일한 판결로서, 이른바 사업활동방해의 부당성에 관하여 나름의 기준을 제시하고 있다.

그런데 포스코판결은 그 중요성에 비례하여 이를 이해하기에 따라서는 적지 않은 법리적 난점을

1) 대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

2) 대표적으로 서울고법 2007.12.27. 선고 2007누8623 판결(이른바 "멜론판결").

안고 있다. 비록 거래개시의 거절에 한정된 것일 수는 있으나, 동 판결이 방해남용의 위법성 판단 기준으로서 일견 형식적 접근방법을 버리고 '효과(Effects)'에 입각한 접근방법을 취한 것으로 해석될 여지가 있고, 이는 향후 공정위가 방해남용을 규제함에 있어서 더욱 무거운 입증책임을 부담하게 될 수 있다는 점에서 자칫 남용규제의 여지를 대폭 축소할 소지가 있다. 또한 동 판결의 특수성을 감안하지 않고 이를 방해남용의 일반법리로 확장하여 해석할 경우, 공정거래법의 체계와 부합하지 않을 뿐만 아니라 경쟁질서의 보호에도 중대한 흠결이 발생할 수 있다는 점도 간과할 수 없다.

이러한 맥락에서 이하에서는 공정거래법상 남용규제의 의미와 방해남용의 요건을 살펴보고, 그 중 사업활동방해의 체계적 이해를 통하여 올바른 해석론을 제시하기로 한다.

II. 포스코판결의 요지와 쟁점

1. 판결의 요지

거래거절행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2 제1항 3호의 시장지배적 사업자의 지위남용행위에 해당하려면 그 거래거절행위가 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 어렵게 하는 행위로 평가될 수 있어야 하는바, 여기에서 말하는 '부당성'은 같은 법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거절행위의 부당성과는 별도로 '독과점적 시장에서의 경쟁축진'이라는 입법목적에 맞추어 독자적으로 평가·해석하여야 하기 때문에, 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.

그러므로 시장지배적 사업자의 거래거절행위가 그 지위남용행위에 해당한다고 주장하려면, 그

거래거절이 상품의 가격 상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 입증하여야 하고, 거래거절행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 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 고려하여 거래거절행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다.

2. 판결의 쟁점

먼저, 포스코판결은 방해남용 내지 그 대표적인 행위유형으로서 법 제3조의2 제1항 제3호의 사업활동방해에 관한 남용법리로서는 다소 일반화하기 어려운 사안을 다루고 있다. 포스코사건의 특성을 몇 가지 들자면 다음과 같다. 첫째, 이 사건은 거래개시의 거절이 문제된 것으로서, 거래거절의 전형적인 유형인 거래중단과는 다르다. 둘째, 이 사건은 거래거절의 목적물이 냉연강판의 생산에 필수적인 원재료인 열연코일이었고, 원심에서는 이를바 필수설비법리의 적용여부가 다루어졌다. 셋째, 이 사건은 국내 유일의 일관제철소인 포스코가 완전한 수직통합을 이루고 있는 상황과 거래거절의 상대방인 하이스코가 현대·기아차와 수직통합을 시도하는 과정에서 발생하였다. 둘째와 셋째 사항은 모두 거래거절남용의 부당성 판단시 경쟁제한효과를 분석할 때에 고려될 수 있는 것임은 물론이다. 넷째, 이 사건에서 포스코는 이례적으로 처음부터 신규 진입자인 하이스코를 냉연강판시장에서 배제할 의도를 명백히 밝혀왔다는 점이다.

이러한 특성을 감안하여 사업활동방해의 위법성에 관한 대법원의 판지(判知)는 크게 세 가지의 쟁점을 안고 있다. 첫째는 거래거절이 부당한 사업활동방해에 해당하기 위해서 경쟁제한효과가 반드시 요구되는지 여부이고, 둘째는 거래거절을 통한 사업활동방해에 따른 경쟁제한성을 어떻게 판단하여야 하는지 여부이며, 끝으로 거래거절의 목적이 주로 경쟁자의 사업활동방해에 있음이 명백한 경우에도 달리 경쟁제한효과를 입증하여야 하는지 여부이다.

이러한 쟁점들을 해명하기 위해서는 남용금지, 특히 방해남용의 성격에 맞는 위법성 요소를 밝히고, 공정거래법의 체계에 맞는 방해남용의 유형론을 정립할 필요가 있다. 한편, 동 판결에서는 방해남용행위와 불공정거래행위의 관계에 대해서도 중요한 설시를 하고 있는바, 이 부분은 필요한 부분에서 간략히 언급하는데 그치기로 한다.

III. 공정거래법상 ‘방해남용’의 이해

1. 남용규제의 목적

공정위가 최근 들어 남용규제, 특히 부당한 사업활동방해에 대한 집행을 강화하면서 그간 잠복되어 있던 ‘남용행위’의 본질과 방해남용의 요건 등에 관한 논의가 촉발되고 있다. 여기서 논의의 출발점은 시장지배적 지위남용의 규제가 공정거래법 제1조가 정하는 목적, 즉 ‘공정하고 자유로운 경쟁’을 보호하기 위한 것이라는 점이다. 그런데 기업결합이나 카르텔규제와 달리 남용규제는 일차적으로 시장지배적 사업자가 존재함으로써 이미 구조적으로 경쟁이 상당히 제약되어 있는 시장에서 시장지배력을 보유한 사업자의 행태나 성과를 문제 삼는 것이기 때문에, 이 경우 보호대상인 경쟁 또한 잔존경쟁(Restwettbewerb, Remaining Competition)이 될 수밖에 없다. 나아가 남용규제는 시장지배적 사업자의 일정한 행위는 그것이 경쟁질서에 미치는 위험이 특히 심대하기 때문에, 그러한 위험이 나타날 수 있는 모든 시장에서 경쟁을 보호하는 것을 목적으로 삼고 있다.³⁾

그런데 우리나라에서 ‘남용’ 규제가 실제로는 경쟁 그 자체가 아니라 효율성이 약한 경쟁사업자나 중소기업 보호를 위하여 이루어지는 경향이 있다는 비판이 제기되고 있고, 동 규제의 목적이 효율성 내지 소비자후생의 증대이어야 한다는 주장도 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 이와 관련하여 최근 유럽에서는 이른바 “More Economic Approach”를 모토로 남용규제의 개선에 관한 논의가 전개되었고, 그 내용은 EU 집행위원회의 Discussion Paper⁴⁾에 잘 정리되어 있다. 여기에서 논의의 배경은 종래 유럽경쟁법이 남용규제에서 강조하던 경쟁사업자 또는 거래상대방의 ‘경쟁의 자유’(Wettbewerbsfreiheit)가 끼워팔기나 충성리베이트와 같은 일정한 행위유형에 대하여 사실상 당연위법과 유사한 엄격한 태도를 가져왔는데, 과연 이러한 태도가 경제분석에 입각한 소비자후생의

3) V. Emmerich, Kartellrecht, 10.Auf., 2006, 317~318면. 이러한 목적은 특히 지배력의 전이를 적절히 규제하는 방법으로 실현된다.

4) DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 2005.12.

관점에서도 정당화될 수 있는지에 대한 문제의식이다. 이러한 문제의식이 효율성을 강조하는 미국 Antitrust 학계 및 실무의 영향을 받은 것임은 물론이다. 그리고 '남용'에 대하여 보다 경제적인 접근을 강조하는 것은 '경쟁의 자유'라는 가치가 갖는 경제적 측면을 함께 고려하지 않을 경우, 오히려 경쟁을 제한하거나 효율성을 감소시키는 등의 부작용이 생길 수 있기 때문이라고 한다.⁵⁾

여기서 문제의 핵심은 결국 '경쟁의 자유'와 '소비자후생' 중 어느 것이 경쟁법상 남용규제의 목적에 있어서 우선적 지위를 갖는지에 관한 것이다. 예컨대, 독일의 원로경제학자인 von Weizsäcker 교수에 따르면 "재판매가격유지행위(RPM)란, 개별 판매업자단계의 브랜드내 경쟁을 제한하는 반면, 제조업자단계의 브랜드간 경쟁을 촉진하는 측면이 있고, 브랜드내 경쟁이나 브랜드간 경쟁이나 모두 판매업자나 제조업자의 '경쟁의 자유'의 다양한 모습을 보여주는 것이며, RPM을 금지하기 위해서는 양자의 비교형량이 필요한데 이러한 작업은 경제학적 비용·편익분석을 통한 소비자후생기준에 의지할 수밖에 없다"고 한다.⁶⁾

그런데 양자의 비교형량에 경제분석이 과연 명확한 지침을 제공할 수 있는지는 의문이며, 이미 유효경쟁이 제대로 기능하지 않는 독과점시장에서 '잔존경쟁'을 보호하고, 경쟁이 제대로 기능하기 위한 조건으로서 거래상대방이나 경쟁사업자의 사업활동의 자유를 보장하고자 하는 유럽식 남용규제의 취지와 시장지배적 사업자에게 능률경쟁의 의무⁷⁾를 부과하고자 하는 배경을 다시 한 번 생각할 필요가 있을 것이다.

2. 방해남용의 성격과 체계

남용규제의 목적을 이와 같이 이해할 경우 방해남용의 성격은 시장지배적 사업자가 자신의 성과와 무관한 방법으로 기왕의 경쟁상태를 왜곡하는 데에서 찾아야 한다. 그런데 시장지배적 사업자의 경쟁행위는 그 지배력에 비례하여 경쟁을 저해할 우려가 크기 때문에 다른 사업자에 비하여 사적 자치가 상당히 제한될 수밖에 없다. 공정거래법상 시장지배적 사업자가 경쟁과정에서 가격이나 생산량(내지 출고량)의 결정, 유통업자와의 배타적 거래계약 체결, 필수요소에 대한 접근 허용 여부 등 계약자유의 본질적인 내용들에 대하여 상대적으로 높은 제약을 받고 있는 것을 들 수 있

5) von Weizsäcker, Konsumentenwohlfahrt und Wettbewerbsfreiheit: Über den tieferen Sinn des "Economic Approach", WuW 2007, 1078면.

6) von Weizsäcker, 위의 글, 1078~1079면.

7) Loewenheim/Meessen/Riesenpampf, Kartellrecht Bd.1 Europaisches Recht, 328면.

다. 이는 시장지배력을 가진 사업자에 대하여는 거래상대방이나 경쟁사업자를 배려할 특수한 의무를 부과하는 것에 다름 아니며, 그 취지는 단순히 이들을 보호하려는 것이 아니라 경쟁의 기능적 전제조건인 제3자의 경쟁상 자유를 충실히 보호하기 위한 것이다.

흔히 시장지배적 지위남용은 크게 착취남용과 방해·배제남용으로 대별된다. 통상 유럽이나 독일에서는 ‘방해남용(Behinderungsmissbrauch)’, 미국에서는 ‘배제행위(Exclusionary Abuse)⁸⁾’라는 용어가 널리 사용되고 있으며, 위법성 판단에 있어서도 전자는 보다 폭넓게, 후자는 보다 제한적인 것으로 이해하는 경향이 있다. 이를테면 배제행위를 경쟁사업자를 시장에서 완전히 제거하는 경우뿐만 아니라 경쟁사업자의 사업활동을 제한 또는 방해하는 경우로 폭넓게 이해하는 경우에는,⁹⁾ 여전히 미국과 유럽의 접근방식에 차이가 있다는 지적이 가능할 것이다.

그런데 공정거래법상 방해남용에는 법 제3조의2 제1항 제3항, 제4항 및 제5호가 모두 포함되며, 3호의 ‘다른 사업자의 사업 활동에 대한 부당한 방해’는 그 대표적인 예에 해당된다. 즉, 공정거래법상 방해남용은 사업활동방해 뿐만 아니라 ‘새로운 경쟁사업자의 참가 방해’ 및 ‘경쟁사업자 배제’를 포괄하며, 각각의 유형에 따라 부당성 판단은 달라질 수 있다. 다만, 방해남용은 모두 시장지배적 사업자의 지위를 인위적으로 유지 또는 강화시킴으로써 당해 시장이나 인접시장에서 경쟁을 저해할 우려가 있다는 공통점을 가지는 점은 부인할 수 없다.

문제는 시장지배적 사업자의 방해행위를 정상적인 경쟁행위와 구별하기 어렵다는 점이다. 따라서 당해 행위가 시장지배적 사업자의 성과나 효율성에 기초하지 않은 경쟁수단에서 비롯된 것으로서 경쟁제한의 우려가 명백한 경우에 한하여 이를 남용으로 보아야 할 것이다. 그렇다고 하여 법 제3조의2가 비성과경쟁을 일률적으로 금지하는 것은 아니며, 시행령에서 ‘정당한 이유 없이’라고 규정하고 있는 것은 문제의 경쟁행위가 보다 나은 시장성과를 얻기 위한 것임을 주장·입증할 책임을 사실상 시장지배적 사업자에게 전가시키는 의미를 갖게 된다.

이러한 설명은 비성과경쟁이 독과점사업자에 의해서 행해질 경우에 특히 경쟁질서에 미치는 부정적 효과가 큰 반면, 모든 사업자에게 성과경쟁을 요구할 경우에는 오히려 시장지배력이 없는 사

8) 미국 독점금지법상 배제행위를 명시적으로 금지하는 규정은 없으나, 셔먼법 제2조의 독점화 금지요건의 하나로 배제행위가 요구되는 것으로 이해되고 있다. H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, 2005, 271, 276면 이하 참조.

9) Ritter/Braun, European Competition Law: A Practitioner's Guide, 2004, 419면.

업자에게 불리하게 작용함으로써 경쟁상 지위의 불평등을 가져올 우려가 있다는 점에서 그 정당성을 찾을 수 있다.¹⁰⁾ 한편, ‘정당한 이유’의 유무를 판단하는 과정에서 시장지배적 사업자와 경쟁사업자, 거래상대방의 이익형량이 이루어지는데, 이는 단순히 양자의 경제적 이익을 비교하는 것에 그치는 것이 아니라 어디까지나 지위남용에 따른 경쟁저해성을 우선적으로 고려할 것을 전제로 한다.

3. 방해남용과 사업활동의 관계

강학(講學)상 착취남용에 대비되는 방해남용은 매우 폭넓은 개념으로서 미국 독점금지법상 배제행위와 유사한 의미로 사용되고 있으나, 양자는 준별하지 않으면 안 된다. 즉, 방해남용에는 비단 경쟁사업자를 시장에서 배제할 우려가 있는 행위만 포함되는 것이 아니라, 효율성과 무관한 수단으로 경쟁사업자의 사업활동을 곤란하게 함으로써 기존의 독과점적 지위를 인위적으로 유지·강화하는 행위가 포함되기 때문이다.

시장지배적 지위남용 중에서 방해남용에 해당되는 것은 다른 사업자의 사업활동, 신규 경쟁사업자의 참가 방해 및 경쟁사업자 배제를 위한 거래가 있다(법 제3조의2 제1항 제5호). 그중, 예컨대 경쟁사업자배제의 대표적인 행위유형으로 이른바 ‘약탈적 가격책정’(Predatory Pricing; 영 제5조 제5항 1호)의 요건이 바로 경쟁사업자의 구축과 독점화 가능성인 점을 고려하면, 약탈적 가격책정은 배제적 성격이 매우 강한 것임을 알 수 있다. 반면, 법 제3조의2 제1항 제3호의 사업 활동 경우 4호나 5호 전단과 달리 방해의 상대방이 경쟁사업자에 국한되어 있지 않고 널리 ‘다른 사업자’로 규정되어 있을 뿐만 아니라, 핵심적인 위법성 요건 내지 부당성 또한 ‘직접 또는 간접으로 다른 사업자의 사업 활동 어렵게 하는 경우’로 규정되어 있다(법 제3조의2 제1항 제3호, 영 제5조 제3항). 나아가 ‘시장지배적 지위 남용행위 심사기준’¹¹⁾은 사업활동의 구체적인 행위태양으로 필수요소에 대한 거래거절 외에 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하는 행위나 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위, 부당하게 특허권 침해소송을 제기하는 행위 등을 규정하고 있는바, 이들 행위는 제한된 의미의 경쟁제한효과 즉, 경쟁사업자를 시장에서 배제하는 결과 가격 상승이나 산출량 감소 등을 야기하는 경쟁제한 효과와는 도무지 관련이 없는 것이다.

10) P. Ulmer, Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, FG Kummer(1980), 575면, 592면 이하.

11) 공정거래위원회 고시 제2002-6호, 2002.5.16.

그렇다면 공정거래법상 방해남용이란 배제행위보다 폭넓은 개념으로 이해되어야 하고, 그 중에서 법 제3조의2 제1항 제3호가 규정하는 사업활동행위에는 배제행위 이외에 현실적·잠재적 경쟁 사업자를 포함한 거래상대방의 사업활동 성과와 무관한 방법으로 곤란하게 하는 행위가 포함되는 것으로 해석할 수밖에 없는 것이다.¹²⁾ 즉, 법 제3조의2 제1항 제3호가 규정하는 사업활동 배제행위와 단순한 방해행위가 모두 포함될 수 있는바, 사업활동 수단이 지극히 다양함에 비추어 각기 부당성에 요구되는 경쟁제한의 의미를 달리 판단하지 않으면 안 되는 것이다. 만약 제3호의 사업활동 부당성이 엄밀한 의미에서의 경쟁제한효과를 요구하는 것으로 파악하고자 한다면, 이는 어디까지나 입법론으로서 고려할 사항이며, 현행법의 해석론이 갖는 한계를 넘는 것이 된다.

4. 사업활동 남용과 불공정거래행위의 차이

사업활동 남용과 불공정거래행위는 사업자의 지배력 유무와 구체적인 행위유형에 따라서 시장에 미치는 효과 내지 영향에 차이가 있고, 따라서 위법성을 판단하는 기준 또한 달라질 수밖에 없다. 사업활동 남용의 규제는 이미 유효경쟁이 구조적으로 제약되어 있는 시장에서 시장지배적 사업자가 성과 또는 능률에 의한 경쟁(Competition On The Rerits)을 준수하지 않음으로써 경쟁을 저해 또는 왜곡하는 행위를 금지하는 것으로서, 이미 지배력을 보유한 시장에서 그 지위를 유지 또는 강화하거나 아직 지배력을 보유하지 못한 시장으로 지배력을 확장·이전하는 경우에 경쟁제한성 내지 부당성을 인정하게 된다. 반면, 불공정거래행위는 시장지배력이 없는 사업자의 행위로서 원칙적으로 지배력의 형성 또는 강화를 가져올 수 없으나, 공정한 거래질서의 관점에서 허용될 수 없는 것으로서 그 폐해가 단지 거래상대방에 국한되는 경우에도 금지된다.

그렇다면 시장지배적 사업자가 일견 불공정거래행위의 방법으로 다른 사업자를 방해함으로써 지배력의 인위적인 유지·강화·이전을 가져올 우려가 있는 경우에 남용에 해당될 수 있는 것이고, 그밖에 다른 방법에 의한 경우에도 남용이 충분히 가능하다. 따라서 포스코판결과 같이 일견 거래상대방에게 피해 내지 불이익이 발생한다는 점만을 들어 당해 방해행위의 경쟁관련성을 부인하고, 이를 남용규제의 대상에서 일률적으로 배제하는 태도는 타당하지 않다.

한편, 시장지배적 사업자의 사업 활동에 불공정거래행위의 경우와 달리 원칙적으로 경쟁제한효과가 요구된다고 하더라도, 이때의 경쟁제한성은 기업결합이나 카르텔에서 문제되는 경쟁제한효

12) 이때 사업활동은 시장지배적 사업자의 부당한 가격책정이나 소비자이익 저해와는 구별되는 착취적 성격을 가질 수도 있다.

과와는 구별되어야 한다. 둘 이상의 사업자가 지배관계를 통하여 사실상 하나의 경쟁단위로 통합됨에 따라 발생하는 시장구조의 집중 내지 경쟁구조의 악화나 경쟁사업자 간의 합의로 시장행태나 시장성과를 독과점의 경우와 동일하게 결정하는 경우와 달리, 사업활동에서 문제될 수 있는 경쟁제한효과란 포스코판결에서 대법원이 지적한 바와 같이 – 비록 거래개시의 거절인 경우에 사적 가치를 최대한 보장하여야 한다는 전제를 고려하더라도 – 상품의 가격 상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자 수의 감소, 다양성 감소 등 다양한 형태로 나타날 수 있고, 이때 경쟁제한성의 핵심요소는 “자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하는 것”이기 때문이다. 그리고 시장지배적 사업자의 사업 활동이 인위적으로 시장질서에 영향을 미치는지 여부는 방해의 구체적 태양에 따라 달리 판단되어야 하는 것이다.

실제로 ‘시장지배적 지위 남용행위 심사기준’에 따르면 사업 활동 중에서도 불이익강제, 즉 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위로서, 정당한 이유 없이 거래상 불이익을 강제하고 이를 통하여 거래상대방의 경쟁상 지위를 약화시키는 것을 문제 삼고 있으며, 그로 인하여 관련시장에서 가격 인상이나 공급량 감소를 초래한다는 의미에서 엄밀한 경쟁제한효과를 요구하는 것은 아닌 것이다.

IV. 포스코판결의 분석

1. 거래개시거절의 사업활동 남용 여부

그렇다면 시장지배적 사업자의 거래거절은 어떤 경우에 사업 활동에 해당될 수 있는가? 시장지배적 사업자가 존재하지 않는 시장에서 사업자는 계약체결의 자유를 온전히 누리게 되고, 거래거절의 결과 거래상대방이나 경쟁사업자의 사업 활동이 방해받는 경우에도 그것이 경쟁에 미치는 효과는 일반적으로 크지 않을 것이다. 반면, 시장지배적 사업자의 거래거절은 그것이 현실적·잠재적 경쟁자의 방해수단으로 활용될 경우 사업자의 성과 내지 효율성에 기초한 경쟁수단이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 그로 인하여 다른 경쟁사업자의 경쟁조건을 현저히 악화시킬 우려가 있는 경우에는 그에 따른 경쟁제한효과도 훨씬 클 것이다.

따라서 시장지배적 사업자로서는 거래거절을 할 수밖에 없는 정당한 사유의 존재를 주장 및 입증하지 않는 한 경쟁제한의 의도를 추단할 수밖에 없고, 그 결과로서 시장지배적 사업자가 지배하는 시장에서 경쟁자가 봉쇄되거나 인접시장에서의 지배력이 형성·유지 또는 강화될 우려가 있을 경우에 남용이 성립하게 되는 것이다. 이처럼 원래 계약자유의 당연한 귀결인 계약체결의 거부에도 반드시 객관적으로 정당한 사유를 요구하는 것은 시장지배적 사업자에게는 경쟁보호라는 공익적 가치 실현을 위하여 계약자유가 처음부터 일정 정도 제한되기 때문이고, 이때 거절의 목적물이 언제나 필수설비에 해당하여야 하는 것은 아니다.

2. 사업활동 부당성과 경쟁제한효과?

시장지배적 사업자의 사업활동에 대해서 공통의 요건으로 경쟁제한효과가 입증되어야 하는지 여부와 관련하여, 먼저 법 제3조의2 제1항 제3호에서는 제4호나 제5호와 달리 ‘부당하게’ ‘다른 사업자’의 사업활동을 방해하는 행위를 금지하고 있을 뿐이고, 경쟁자를 배제한다거나 방해의 대상이 경쟁자에 국한된다는 등 방해남용을 제한하는 요건이 명시되어 있지 않다는 점에 주목할 필요가 있다. 따라서 적어도 다양한 유형 또는 수단에 의한 사업활동에 공통적으로 엄밀한 의미의 경쟁제한효과를 요구할 수는 없다.

문제는 사업활동 남용에 해당하기 위해서 경쟁제한효과 내지 배제효과가 요구되는 행위유형인 경우에도, 특정 행위가 경쟁제한적인지 아니면 경쟁촉진적이거나 효율성 증대를 가져오는 것인지 를 분별하기가 지극히 어렵다는 점이다. 이러한 난점은 무엇보다 ‘경쟁제한’이 과연 어떤 의미인지에 대해서 통일적인 견해가 전혀 존재하지 않기 때문에 더욱 커진다. 그런데 경쟁제한의 의미는 모든 금지행위에 대해서 동일할 수 없고, 개개의 금지규범의 목적에 맞게 해석되지 않으면 안 된다. 즉, 남용개념의 구체화는 법 제3조의2의 규범목적에 비추어 이루어져야 하는 것이고, 여기서 동 조가 보호하고자 하는 가치가 경쟁의 자유, 유효경쟁, 잔존경쟁 등 다양하기 때문에 경쟁제한효과 역시 제한된 의미에서 경쟁자배제에 국한할 수는 없는 것이다.

포스코판결에서 대법원은 포스코의 열연코일 공급거절로 인하여 신규 경쟁사업자가 구체적인 불이익을 입은 사실 외에 관련시장에서의 가격이나 산출량의 변화 등에 비추어볼 때 경쟁제한의 효과가 발생할 우려를 사실상 추정할 수 있고, 이에 관한 추가적인 입증이 필요하다는 점을 지적하

고 있다. 즉, 대법원은 거래거절의 경우에도 그 경위 및 동기, 행위태양, 관련시장의 특성, 그로 인하여 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 등 “여러 사정을 종합적으로 고려하여 거래거절행위가 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다”고 판시함으로써 남용행위에 관한 기준의 종합적 판단의 원칙을 선언하고 있는 것이다. 이러한 맥락에서 대법원이 포스코 사례에서 다루어진 거래거절행위가 언제나 부당하지 않다는 판단을 내린 것도 아니며, 경쟁제한의 의도나 효과를 어느 정도로 입증하여야 하는지도 사안에 따라 구체적인 사실관계를 종합하여 판단할 수 있을 뿐이다.

참고로, 독일 경쟁제한방지법상 방해남용의 대표적 유형인 ‘정당한 이유 없이 다른 사업자의 경쟁가능성을 저해하는 행위’가 금지요건으로서 경쟁제한성을 요구하는 것으로 설명되고 있으나, 이 때의 경쟁제한이란 다른 사업자의 경쟁상 자유침해에서 비롯되는 것으로 이해되고 있다는 점에서, 공정거래법상 부당한 사업활동 해석에 시사한 바가 크다.¹³⁾

3. 사업활동 ‘의도’ 와 주관적 위법성?

포스코판결(다수의견)에서 대법원은 문제된 거래거절로 인하여 현실적으로 경쟁제한효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시 경쟁제한의 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있고, 그렇지 않은 경우에 대해 행위의 경위 및 동기, 태양, 관련시장의 특성, 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등을 종합적으로 고려하여 “경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지”를 판단하여 부당성 유무를 가려야 하는 것으로 지적하고 있다.

이러한 대법원의 태도에 대해서는 크게 두 가지 관점에서 비판이 가해질 수 있다.

먼저, ‘남용’ 개념과 관련하여 경쟁제한의 의도와 경쟁제한의 효과의 관계를 어떻게 이해할 것인지가 문제되는 바, 대법원은 이에 관하여 효과 발생이 의도를 추정한다는 납득하기 어려운 설명을 하고 있다. 그런데 의도와 효과 사이에는 경험칙이나 경쟁이론상 그 어떤 상관관계를 인정하기 어려우며, 경쟁제한의 효과가 이미 발생하였다는 것으로부터 그러한 의도를 추론할 수는 없다. 그럼에도 불구하고, 사업활동 경쟁제한의 의도와 효과라는 두 개의 요건이 모두 충족되어야 한다면, 그러한 의도나 목적은 적극적인 입증의 대상이라기보다는 당해 행위를 객관적으로 정당화할 다른 사

13) V. Emmerich, 앞의 책, 337면

유가 존재하지 않음을 통해서 간접적으로 입증할 수 있을 뿐이다. 즉, 주관적 의도란 남용의 개념 요소에 포함될 수 없고, 객관적 의도란 그것이 독자적인 남용요건의 하나라기보다는 정당화사유의 부존재에 다름 아닌 것이다. 이러한 설명이 ‘남용’을 객관적 개념으로 파악하는 것과도 전적으로 부합함은 물론이다.¹⁴⁾

나아가 포스코의 거래거절 사례와 같이 특정 행위의 경쟁자 배제의도가 명백한 경우도 드물기는 하겠으나, 경쟁제한의 효과를 살펴보기 이전에 경쟁제한의 의도나 목적이 분명한 경우에도 경쟁제한의 효과를 동일하게 요구하는 태도는 몇 가지 점에서 문제를 안고 있다. 첫째, 다른 사업자가 아닌 시장지배적 사업자가 경쟁제한의 효과를 전혀 기대할 수 없는 상태에서 그에 대한 의도나 목적이 명백한 행위로 나아갈 것을 기대하기 어렵고 둘째, 시장지배적 사업자가 경쟁제한의 의도나 목적이 명백한 행위를 한 경우에는 적어도 당해 행위시점에서 경쟁제한의 우려가 있다고 보는 것이 경험칙상 타당하며 셋째, 의도나 목적이 명백한 행위에 대해서는 원칙적으로 남용행위의 부당성을 인정할 수 있을 때 시장지배적 사업자의 남용을 막는 일반 예방적 효과(Deterrence Effect)를 기대 할 수 있을 뿐만 아니라 넷째로, 일단 경쟁사업자 배제라는 중대한 경쟁제한효과가 발생한 경우에는 공정위나 법원 등 누구도 어떤 방법으로도 원상회복을 하기 어렵기 때문이다. 이러한 의미에서 예외적으로 ‘경쟁제한의 의도나 목적이 객관적으로 명백한 경우’에는 원칙적으로 경쟁제한의 우려가 있는 것으로 추정하는 것이 오히려 타당할 것이다.

한편, 경쟁제한의 우려가 있는지를 판단하는 시점과 관련하여 당해 행위시점과 공정위·법원의 판단시점을 생각할 수 있는데, 일단 경쟁제한효과가 발생한 이후에는 사실상 시정이 불가능에 가깝고, 관련시장에서 그나마 잔존경쟁이 사라질 때까지 남용규제를 미루어둘 수는 없다는 점을 고려할 때 행위시점을 기준으로 판단하는 것이 타당할 것이다. 특히, 포스코판결의 예와 같이 거래거절이 이루어진 시점으로부터 5년여의 긴 시간이 흐른 뒤에 법원이 경쟁제한성을 판단하면서 경쟁제한의 결과가 없었다는 이유로 남용행위를 부인하는 것은 지나친 결과 중심적 접근방식으로서, 남용규제의 실효성에 중대한 공백을 초래할 우려가 있다는 점에서 바람직하지 않다.

4. 효과중심의 접근방법?

포스코판결을 두고 종래 공정위가 취하던 행위중심의 접근방법(Form-based Approach)을 부

14) ‘남용’을 객관적 개념으로 이해할 경우, 경쟁제한행위의 요건과 그러한 의도 즉, 정당화사유의 부존재요건은 모두 객관적으로 추단될 수 있다.

인하고, 개별 행위가 경쟁에 미치는 효과에 대한 분석을 요구하는, 이른바 효과중심의 접근방법으로 전환한 것이라는 지적이 있을 수 있다. 유럽의 남용규제를 행위중심의 접근방법으로 파악하고, 포스코판결의 정당성을 미국 서면법 제2조의 독점화규제에서 나타나는 효과중심의 접근방법에 비추어 설명하려는 견해¹⁵⁾가 그것이다. 그밖에 2007년 6월 최저재판매가격에 대해서 종래의 '당연위법원칙(Per Se illegal)'을 버리고 '합리성 원칙(Rule Of Reason)'으로의 전환을 선언한 미국 최고재판소의 Leegin 판결¹⁶⁾도 효과중심의 접근방법을 보여준 대표적인 사례로 인용되기도 한다.

그러나 유럽경쟁법과 마찬가지로 공정거래법상 방해남용에 대한 태도를 행위중심의 접근방법으로 볼 수 있는지는 먼저 동 접근방법이 갖는 개념적 특성이 무엇인지를 이해하여야 답할 수 있다. 용례에 적지 않은 모호함을 내포하고 있으나, 대체로 행위중심의 접근방법이란 미국 독점금지법상 당연위법에 상응하는 것으로서, 단순히 행위유형에 따라서 위법성을 추단하는 것이 아니라 특정 행위유형이 원칙적으로 경쟁제한효과 외에 달리 긍정적 효과를 갖지 못함을 전제로 이를 금지하는 것이다. 반면, 효과중심의 접근방법이란 합리성의 원칙에 상응하는 것으로서, 개별 행위마다 경쟁제한효과를 분석하여 긍정적 효과와 부정적 효과를 비교형량하는 것을 말한다.¹⁷⁾ 그러나 남용개념은 이미 '경쟁제한의 객관적 의도' 내지 '객관적 정당화 사유'를 포함함으로써 행위중심의 접근방법으로부터 일정부분 상대화되어 있다는 점에서 당연위법과는 거리가 있고, 소비자후생 또는 효율성 증대 등을 고려하는 카르텔 금지와 달리 폭넓은 예외요건을 두지 않고 있는 등 그 상대화에는 일정한 한계가 있다는 점에서 합리성의 원칙과도 구별된다는 점에 유의할 필요가 있다.

더구나 포스코판결에서는 문제된 거래(개시)거절에 대해서 공정위가 입증한 경쟁제한효과의 개연성 여부가 다투어진 것이라는 점에서, 사업활동 관한 한 당연위법이나 행위 중심의 접근방법과는 전혀 거리가 멀다. 즉, 공정위가 사업활동 남용 여부를 판단함에 있어서 일차적으로 경쟁제한효과를 고려하는 것이 곧 효과 중심의 접근방법이며, 이때 경쟁제한효과를 어떻게 판단할 것인지, 어느 정도의 경쟁제한효과가 인정되어야 남용을 인정할 것인지는 행위 또는 효과 중심의 접근방법과는 별개의 문제로 보아야 한다.

15) 황창식, 공정거래법상 시장지배력 남용규제의 해석 및 집행상의 문제점, 경쟁저널 2008.7, 9면, 25면 이하.

16) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. 127 S. Ct. 2705 (2007). 자세한 내용은 이봉의, 독점규제법상 재판매가격유지행위의 성격과 규제체계에 관한 소고, 서울대학교 법학 제48권 제4호, 2007.12., 237, 243면.

17) 당연위법 또는 합리성 원칙 중 어느 하나를 선택하는 문제는 결국 경쟁저해효과와 경쟁촉진효과 및 당연위법의 폐지에 수반되는 비용 등을 종합적으로 형량하여 해결하여야 한다. M. A. Schwaderer, Eine Frage der Abwägung: Form-oder wirkungsbasierter Ansatz?, WuW 2008, 653면 이하.

V. 방해남용 - Quo Vadis?

1. 포스코판결은 대법원이 시장지배적 사업자의 일방적인 '거래개시'의 거절에 관한 부당성 판단기준을 처음으로 제시한 것으로서 향후 그 실무상 중요성은 재론할 필요가 없다. 그러나 동판결에서 제시된 기준이 끼워팔기나 차별취급 등 여타의 수단에 의한 사업활동 그대로 타당할 수 있는지는 의문이며, 그와 관련된 쟁점을 해소하기 보다는 앞으로 해결해야 할 많은 새로운 쟁점들을 제공하고 있다.
2. 시장지배적 사업자의 사업활동은 광의의 방해남용의 하위유형(Sub-category)로서, 4호 및 5호 전단이 포섭하지 못하는 다수의 방해행위를 폭넓은 부당성 개념으로 포함시키고 있으며, 문리적·체계적 해석상 그 부당성을 언제나 4호 및 5호 전단과 같은 제한적 의미에서 봉쇄효과나 경쟁자배제효과, 그에 따른 생산량 감소나 가격 상승효과에 한정하여 판단할 수는 없다.
3. 시장지배적 사업자의 거래거절은 거절의 상대방인 사업자의 사업활동을 현저히 방해할 우려와 함께 이를 정당화할 객관적 사유가 존재하지 않는, 즉 방해·배제의 객관적 의도가 인정되는 경우에 부당성이 인정되어야 하며, 사업활동 우려 여부는 문제된 행위시점을 기준으로 판단하여야 할 것이다.
4. 사업활동의 부당성을 판단함에 있어서 경쟁제한의 결과가 이미 발생하였다고 하여 그러한 의도를 추정할 근거는 전혀 없으며, 오히려 시장지배적 사업자의 객관적 방해·배제의도가 명백하여 달리 정당화사유가 존재하지 않는 경우에는 경쟁제한의 우려를 사실상 추정하는 것이 남용규제의 취지에도 부합하고 규제의 공백을 막는 방법일 것이다.