

시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금 산정기준*

홍 대 식**

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 과징금 산정기준 일반론
 - 1. 기본과징금 산정 요소로서의 관련 매출액과 부과기준율
 - 2. 관련 매출액 개념과 그 산정기준
 - 3. 부과기준율 판단기준
- III. 시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금 산정기준
 - 1. 관련 매출액 산정기준
 - 2. 부과기준율 판단기준
- IV. 사례연구: 인터파크 지마켓 사건
 - 1. 검토의 배경과 범위
 - 2. 사실의 개요 및 사건 진행의 경과
 - 3. 공정위의 판단
 - 4. 당사자들의 주장과 대상판결의 판단
 - 5. 대상판결에 대한 분석
- V. 맺는 말

I. 들어가는 말

『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』(이하 “공정거래법”이라고 한다)의 행위 유형은 크게 시장구조의 개선을 위한 규제와 거래행태의 개선을 위한 규제로 나눌 수 있다. 시장구조의 개선을 위한 규제로는 개별시장을 전제로 한

* 이 논문은 필자가 2009. 9. 17. 한양대학교에서 열린 경제법판례연구회 정례 모임에서 발표한 글을 토대로 하여 수정, 보완한 것이다. 이 논문은 2009년도 서강대학교 연구장려 지원사업의 연구비 지원을 받았다(세부과제번호: 200911013.01)

** 서강대학교 법학전문대학원 부교수.

경쟁제한적 기업결합의 규제가 대표적이나, 일반집중이 개별시장에서의 경쟁의 원활한 작동을 저해하는 원인의 하나라는 점에 근거를 두고 있는 경제력집중 억제 규정과 불공정거래행위 중 부당한 지원행위도 넓은 의미에서는 시장구조의 개선을 위한 규제로 볼 수 있다. 이 중 경쟁제한적 기업결합 행위에 대하여는 과징금 규정이 없으나, 경제력집중 억제 규정 위반행위와 부당한 지원행위에 대하여는 과징금 규정이 있다. 다만 경제력집중 억제 규정 위반행위와 부당한 지원행위의 경우에는 그 규제의 특성상 관련 매출액을 기준으로 기본과징금을 산정하기가 어려운 면이 있어 위반액을 관련 매출액의 대리변수로 사용하여 이를 기초로 기본과징금을 설정하는 방식을 채택하고 있다.¹⁾ 관련 매출액 기준이 적용되는 공정거래법상 행위 유형은 거래행태의 개선을 위한 규제에 속하는 행위이다. 여기에는 시장지배적 지위 남용행위, 부당한 공동행위, 사업자단체 금지행위 및 그 참가행위, 불공정거래행위(부당한 지원행위 제외), 재판매가격 유지행위 및 부당한 국제계약 체결행위가 포함된다.

공정거래법상 거래행태의 개선을 위한 규제 중 가장 중심적인 규제 유형인 시장지배적 지위 남용행위와 부당한 공동행위는 경쟁과의 관련성이 행위 규제의 근거가 된다. 따라서, 과징금 부과기준으로서의 관련 매출액 산정에 있어서도 시장에서의 경쟁에 미치는 영향이 중요한 작용을 한다. 그런데, 똑같이 관련 매출액 기준을 적용하여 과징금을 산정하는 행위 유형임에도 부당한 공동행위에 비하여 시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금 산정기준에 대하여는 기준에 충분한 논의가 이루어지지 못했다. 여기에는 부당한 공동행위의 경우에는 국내외에서 과징금 부과 경험의 많이 축적되고 법리도 상당히 발전한 데 반하여 시장지배적 지위 남용행위의 경우에는 상대적으로 그렇지 못한 데에도 적지 않은 이유가 있다.

이 글은 이러한 문제의식에 기초하여 시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금 산정기준에 관한 법리를 정리하고 그 발전의 방향을 제시하는 것을 목적으로 한다. 특히 후반부에서는 인터파크 지마켓 사건에 대한 서울고등법원 판결(이하 “대상판결”이라고 한다)을 소재로 하여 구체적인 논증을 전개하기로 한다.

1) 위반액 기준에 대한 보다 자세한 설명은 홍대식, 『공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구』, 박사학위논문, 서울대학교, 2006, 180-183면.

II. 과징금 산정기준 일반론

1. 기본과징금 산정 요소로서의 관련 매출액과 부과기준율

공정거래법상 과징금의 산정 과정은 기본과징금을 결정하는 단계와 이를 조정하는 단계로 크게 나누어 볼 수 있다. 이 중 기본과징금의 조정 단계는 결정된 기본과징금을 대상으로 객관적 행위요소인 위반행위의 기간 및 횟수, 부당이득의 규모를 고려한 의무적 조정과 행위자요소에 의한 가중, 감경사유를 고려한 임의적 조정을 거쳐 부과과징금을 결정하는 과정을 포괄하는 것으로서, 이 단계와 관련해서도 여러 법적 쟁점이 있으나 이 글에서는 자세히 다루지 않기로 한다.

기본과징금은 법 제55조의3 제1항이 정한 의무적 참작사유를 반영하여 일정한 범위를 설정하는 방법으로 정한다. 법에 열거된 의무적 참작사유는 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 부당이득의 규모인데, 시행령 및 과징금 고시는 이 중 위반행위의 내용 및 정도에 따라 기본과징금을 산정하도록 하고 있다. 즉 위반행위의 내용 및 정도에 따라 위반행위를 “중대성이 약한 위반행위”, “중대한 위반행위”, “매우 중대한 위반행위”로 구분하고, 각 위반행위의 유형에 따라 위반행위의 중대성의 정도별로 정하는 기준에 의하여 산정한 금액을 과징금 산정의 기초가 되는 금액인 기본과징금으로 한다(시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2] 제2호 가.목, 과징금 고시 II. 1).

기본과징금은 원칙적으로²⁾ 관련 매출액을 기준으로 위반행위의 중대성에 따라 산출하도록 하고 있다. 즉 관련 매출액 기준을 원칙으로 하고 있다. 시장지배적 지위 남용행위를 포함하여 대부분의 공정거래법 위반행위 유형의 경우 기본과징금은 위반행위의 내용 및 정도를 중대성의 정도에 따라 3단계로 구분한 후 관련 매출액에 각 단계별 부과기준율을 곱하는 방식으로 산출되므로, 관련 매출액과 부과기준율이 기본과징금의 2대 산정 요소로 기능하게 된다.

2) 예외적으로 관련 매출액이 없거나 산정이 곤란한 경우의 정액 기준과 위반액 기준(경제력집중억제 규정 위반행위의 경우), 지원금액 기준(부당지원행위의 경우)을 병행하여 사용하고 있다.

2. 관련 매출액 개념과 그 산정기준

(1) 관련 매출액 개념

관련 매출액의 개념은 과징금의 법적 상한액을 정하는 법 시행령 제9조 제1항 본문에 정의되어 있다.³⁾ 그에 의하면, 관련 매출액은 위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 말한다. 정의 규정에 따르면, 관련 매출액은 위반사업자의 판매 행위와 관련된 상품을 우선적으로 고려하는 것처럼 보이나 “이에 준하는 금액”이라는 표현에 의하여 그 범위가 확대될 가능성을 내포하고 있다.

이에 대하여 과징금 부과기준을 정하고 있는 법 시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2]에서도 관련 매출액이라는 개념을 사용하면서,⁴⁾ 관련 매출액을 산정함에 있어 그 개념요소가 되는 관련 상품의 범위, 위반기간, 매출액을 정하는 원칙과 기준을 규정하고 있다. 또한 공정거래위원회(이하 “공정위”라고 한다)의 「과징금 부과세부기준등에 관한 고시」(이하 “과징금 고시”라고 한다)⁵⁾ II. 5. 가.에서는 관련 매출액을 “시행령 제9조 제1항 본문에 의한 관련 매출액 및 동 단서에 의한 관련 상품(상품에는 용역을 포함한다. 이하 같다)의 매입액 또는 이에 준하는 금액”으로 정의한다. 이 정의 규정은 시행령 제9조 제1항 단서에 의한 관련 상품의 매입액과 입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우의 계약금액을 포함한다는 점에서 시행령 제9조 제1항 본문의 정의 규정보다 외형상 더 넓은 범위를 지시하는 것처럼 보이나, 시행령 제9조 제1항 단서 규정은 본문 규

3) 법 시행령이 2007. 11. 2. 개정되기 전에는 법에는 물론 시행령에도 관련 매출액의 개념을 정의한 규정이 없었다. 시행령 개정으로 시장지배적 지위 남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위(부당한 지원행위 제외), 사업자단체 금지행위, 재판매가격유지행위, 부당한 국제계약 체결행위에서 상한선을 정하는 매출액 역시 과징금을 부과하기 위해 정하는 매출액과 마찬가지로 관련 매출액 개념을 사용하게 되었다. 개정된 법 시행령 제9조 제1항에 의하면, 시장지배적 지위 남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위(부당한 지원행위 제외), 사업자단체 금지행위, 재판매가격유지행위, 부당한 국제계약 체결행위의 경우 법 제6조에서 말하는 “대통령령이 정하는 매출액”이란 위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 말하고, 이를 “관련 매출액”이라고 부르고 있다.

4) 다만 별도의 정의 규정은 두고 있지 않다.

5) 공정위 2007. 12. 31. 개정 고시 제2007-15호.

정의 원칙에 대한 예외를 설정하기보다는 본문 규정의 내용을 보완하는 의미가 있다.⁶⁾ 결국 현행 법령상 법적 상한액 기준으로서의 관련 매출액 개념과 과징금 산정기준으로서의 관련 매출액 개념은 실질적으로 차이가 없다.

(2) 관련 매출액의 산정 요소

법 시행령 제61조 제1항 관련 [별표2] 제2호 가목에서는 “관련 매출액을 산정함에 있어서 관련 상품의 범위는 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 정하고, 위반기간은 위반행위의 개시일로부터 종료일까지의 기간으로 하며, 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 범위는 행위유형별로 개별적, 구체적으로 판단한다.”고 규정하고 있다. 그에 따르면, 관련 매출액을 구성하는 3대 산정 요소는 관련 상품(용역을 포함함)의 범위, 위반행위의 기간, 매출액이라고 할 수 있다.

이하에서는 이 중 관련 상품의 범위를 판단하는 기준에 대하여 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

(3) 관련 상품의 범위 판단기준

가. 관련 규정의 구조

기본과징금 산정의 기준이 되는 관련 매출액을 산정함에 있어서는 관련 상품 또는 용역의 범위를 판단하는 것이 전제가 된다. 따라서, 관련 상품 또는 용역의 범위를 판단하는 것이 중요한 쟁점으로 대두된다. 법 시행령에서는 관련 상품의 범위에 관하여 관련 상품은 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다고 규정하고(시행령 제61조 제1항

6) 그런 점에서 원칙과 예외의 관계를 갖는 본문과 단서 규정으로 배열한 것은 입법기술상 오류로 보인다.

관련 [별표 2] 제2호 가목의 비고 부분), 과징금 고시에서는 위와 같은 시행령 규정의 내용을 확인하는 한편 관련 상품에는 당해 위반행위로 인하여 거래가 실제로 이루어지거나 이루어지지 아니한 상품이 포함되며, 위 방법에 의하여 관련 상품의 범위를 정하기 곤란한 경우에는 당해 위반행위로 인하여 직접 발생하였거나 발생할 우려가 현저하게 된 다른 사업자(사업자단체를 포함한다)의 피해와 연관된 상품을, 다른 사업자의 직접적 피해가 없는 경우에는 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품을 관련 상품으로 볼 수 있다는 규정을 추가적으로 두고 있다(고시 II. 5. 나.).

1999. 3. 31. 법 시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2]의 신설에 의하여 부당한 공동행위에 대해 관련 매출액 제도가 규정된 초기에는 관련 상품에 관한 규정은 없었다. 그러나 이후 관련 상품의 범위에 관해 논란이 있자, 법 시행령이 2000. 4. 1. 대통령령 제16777호로 개정되면서 위 [별표 2]에 “관련 상품, 용역의 범위는 위반행위의 대상이 된 상품, 용역의 용도 및 대체가능성 등을 감안하여 공정거래위원회가 정한다.”는 규정을 두게 되었다. 이러한 규정은 관련 상품, 용역의 정의 규정이 아니라 관련 상품, 용역의 범위를 정하는 기준과 참작하여야 할 요소를 정한 것이나, 위반행위의 ‘대상이 된’ 상품, 용역을 전제로 하여 그 용도 및 대체가능성 등을 감안하도록 하는 형식으로 되어 있어 위반행위의 대상이 된 상품, 용역이 관련 상품, 용역의 중심적인 개념요소인 것처럼 해석될 가능성이 있었다.

현재와 같은 규정으로 개정된 것은 2004. 4. 1. 위 [별표 2]가 전면적으로 개정되면서 부당한 공동행위를 포함하여 시장지배적 지위 남용행위, 불공정거래 행위(부당한 지원행위 제외)에 공통적으로 관련 매출액 제도가 도입됨에 따른 것이다.⁷⁾ 현재의 규정과 구 시행령상의 규정 사이의 중요한 차이점은, 현재의 규정은 구 시행령상의 “위반행위의 대상이 된 상품”이라는 판단요소 대신에 “위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품”이라는 판단요소를 규정하고 있는 점이라고 할 수 있다. 이는 위반행위와 그로 인한 직접적 영

7) 황태희, “부당한 공동행위와 기본과징금의 산정”, 『서울대학교 법학』 제50권 제3호, 서울대 법학연구소, 2009, 410-412면에서는 현재의 법 시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2] 제2호 가목의 비고 부분이 2007. 11. 2. 시행령 개정 때 개정된 점을 전제로 논의를 전개하고 있으나, 이 부분은 2004. 4. 1. 시행령 개정 때 개정된 후 변동이 없었다.

항 또는 간접적 영향이 관련 상품, 용역의 중심적인 개념요소라는 점을 나타내는 것이다.

이에 대하여 관련 상품의 범위에 관한 과징금 고시의 규정은 시행령 규정의 내용을 확인하는 한편, 첫째, 관련 상품에는 당해 위반행위로 인하여 거래가 실제로 이루어진 상품뿐만 아니라 거래가 실제로 이루어지지 않은 상품도 포함된다고 규정하여 위반행위로 인한 영향이 위반행위로 인한 실제 거래와는 관계가 없다는 점을 선언하고, 둘째, 위반행위로 인한 영향만으로 관련 상품의 범위를 정하기 곤란한 경우의 보충적인 기준으로서 다른 사업자(사업자단체 포함)의 직접적 피해와 연관된 상품 또는 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품을 규정하고 있는데, 이러한 규정은 시행령의 규정 내용을 보다 구체화·세분화하는 취지로 볼 수 있다.

한편 공정위는 실무적으로 행위 유형별 관련 매출액의 산정기준과 관련하여 2004. 10. ‘과징금 부과시 관련 매출액의 산정 및 위반행위의 중대성 판단기준에 관한 운영지침’(이하 “내부 운영지침”이라고 한다)을 별도로 제정하여 운영하고 있다. 내부 운영지침에서는 관련 매출액 산정에 관하여 별도의 장(III)을 두어 상세한 규정을 하고 있다. 비록 이 지침은 공정위 사무처의 내부준칙으로서 여기에서 정하고 있는 관련 매출액의 산정방법이 공정위의 결정을 기속하지는 않지만, 공정위 사무처가 과징금 납부명령을 청구하는 경우에 심사보고서의 첨부자료에 포함되는 과징금 세부산출내역자료를 작성[「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차등에 관한 규칙」(이하 “사건절차규칙”) 제29조 제10항]할 때 이 지침에 정한 내용이 일차적인 원칙과 기준으로 작용하고 그 자료는 공정위가 과징금 납부명령을 부과하기로 하여 그 금액을 구체적으로 산정하는 단계에서 상당히 참조된다는 점에서 실무상 중요한 의미를 갖는다.

나. 관련성 개념의 해석과 판단기준

관련 상품 또는 용역의 범위를 정함에 있어 가장 문제가 되는 것은 ‘관련성’의 의미를 어떻게 이해하고 판단할 것인가 하는 점이다. 위에서 언급한 시행령 및 과징금 고시의 내용을 볼 때, 시행령 및 고시는 관련성의 의미를 원칙적으

로 위반행위와의 관련성으로 해석하면서 보충적으로 다른 사업자 또는 소비자의 피해와의 관련성도 포함시키는 입장으로 볼 수 있다. 이런 점에서 볼 때 위반행위로 인하여 직접 발생하였거나 발생할 우려가 현저하게 된 다른 사업자의 피해와 연관된 상품, 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품은 위반행위의 대상이 되지 않더라도 관련 상품의 범위에 포함될 수 있다.

좀 더 구체적으로 살펴보면, 다음과 같은 도식으로 설명할 수 있다.

- 1) 관련성은 위반행위로 인하여 영향을 받는다는 것을 의미한다. 영향은 직접적인 영향뿐만 아니라 간접적인 영향도 포함한다.

시행령에서는 관련 매출액 개념이 매우 형식적으로 정의되어 있어 관련성의 핵심적인 요소를 제대로 지시하고 있지 못하다. 또한 시행령 및 고시에 의하면, ‘관련’ 상품의 범위는 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 정한다고 규정하여, 관련성을 판단하기 위한 고려요소들을 단순히 열거하는 방식을 취하고 있다.

그런데, 관련성 개념을 해석하고 판단하기 위한 핵심적인 내용은 ‘위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는’이라는 부분이라고 할 수 있다. 이 표현의 수식을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등은 시장의 획정을 전제로 행위 요건 또는 위법성 요건의 충족 여부를 판단하는 공정거래법 위반행위의 경우 일정한 거래분야, 즉 관련시장을 확정하는 단위로서, 이를 단위로 하여 관련성을 판단한다는 점에서 과징금 산정기준이 되는 관련 상품의 범위 결정은 지위 인정(특히 시장지배적 지위 남용행위의 경우) 또는 위반행위 판단의 전제가 되는 관련 시장의 확정과 공통적인 요소를 갖는다. 그러나, 관련 상품의 범위 결정에서의 ‘관련성’ 판단과 관련 시장의 획정에서의 ‘관련성’ 판단은 그 목적과 방법론을 달리한다.⁸⁾ 관련 상품의 범위 결정의 경우 관련 시장의 획정과 사이에 차이점을 가져오는 특징적인 부분은 바로 ‘위반행

8) 同旨: 황태희, 앞의 논문, 405면. 이 글에서는 일반적으로 관련 시장은 기업결합이나 시장지배적 지위에 있어서 확정되는 개념으로서 과징금의 산정에 있어서의 일정한 거래분야의 개념은 위반행위와의 관련성이 있는지의 여부를 사후적으로 따져보는 것이기 때문에 서로 구별된다고 설명한다.

위로 인한 영향'이다.

여기서 위반행위의 대상이 된 상품과 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품을 개념적으로 구별할 필요가 있다. 어떤 상품이 위반행위의 대상이 된 경우에는 원칙적으로 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품이 된다. 그러나, 위반행위의 대상이 되지 않더라도 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품이 있을 수 있다. 공정거래법 위반행위는 특정 행위 그 자체가 아니라 특정 행위가 위법하다는 평가와 결합하여 인정되는 것이므로, 특정 행위로 인하여 위법하다고 평가 받는 효과, 특히 경쟁제한 효과가 미치는 상품의 경우에도 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품이 될 수 있다. 따라서, 위반행위로 인하여 영향을 받는다는 개념은 위반행위의 대상이 되는 것을 포함하면서 그보다 더 넓은 범위로 설정될 수 있는 개념이다.

- 2) 위반행위가 작용된 범위가 인정될 경우 원칙적으로 그 범위 내에서는 위반행위로 인한 영향이 미친다고 볼 수 있으므로, 위반행위가 작용된 범위를 기준으로 관련성을 판단할 수 있다.

위반행위가 작용된 범위는 위반행위의 대상이 된 상품과 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등으로 나누어 볼 수 있는데, 위반행위의 대상이 된 상품을 우선적으로 고려한다. 따라서, 위반행위가 작용된 범위는 문제되는 상품이 위반행위의 대상인지 여부(단독행위의 경우) 또는 사업자 간의 합의에 포함된 상품인지 여부(공동행위의 경우)로 판단하는 것이 원칙이다. 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등의 고려사항은 위반행위의 대상이 된 상품의 지역적, 대상적, 단계적 범위를 한정하는 기능을 한다.

시장지배적 지위 남용행위, 불공정거래행위, 재판매가격유지행위와 같은 단독행위의 경우 위반행위의 대상이 분명하다면 그 대상이 된 상품을, 부당한 공동행위의 경우에는 사업자 간의 합의의 대상이 된 상품을 특정할 수 있다. 이는 사실관계의 문제로서 만일 사업자가 여러 종류의 상품을 생산하는 경우 그 중 어떤 상품이 위반행위의 대상 또는 합의의 대상인지, 그리고 같은 종류의 상품이더라도 규격, 디자인 등의 상위로 인하여 다양한 품목으로 구분될 경우

어느 범위까지를 위반행위의 대상 또는 합의의 대상으로 볼 수 있는지가 증거에 의한 사실 인정 단계에서 검토될 수 있다.

일단 위반행위의 대상 또는 합의의 대상으로 인정된 경우에는 그 상품은 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품으로 인정되거나 특별한 사정이 없는 한 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품으로 추정될 수 있다. 예컨대, 부당한 공동행위는 특정한 행위를 할 것을 합의한 것으로 행위요건을 충족하게 되는데, 합의가 있더라도 실행이 되지 않는 경우에는 위반행위의 효과가 발생하지 않을 수도 있지만 이는 예외적인 경우이므로 그러한 특별한 사정에 대한 반증이 없는 한 합의의 대상이 된 상품에 대하여 위반행위로 인한 영향이 발생하는 것을 경험칙으로 인정하여 사실상 추정할 수 있을 것이다.

- 3) 예외적으로 위반행위가 작용된 범위와 위반행위의 영향이 미치는 범위가 다른 경우가 있다. 관련성은 위반행위 그 자체보다는 위반행위로 인한 영향에서 유래하는 것이므로, 이러한 경우에는 위반행위의 영향이 미치는 범위를 기준으로 한다.

시행령 및 고시는 이러한 점에 착안하고 있지 않으나, 내부 운영지침에서는 이러한 점에 착안한 것으로 볼 수 있는 규정이 있다. 내부 운영지침에서는 위반행위가 특정 범위(거래지역, 거래상대방, 거래기간, 거래방식 등)를 대상으로 하거나 특정 범위에 국한되어 발생한 경우를, 위반행위의 작용뿐만 아니라 위반행위의 영향도 특정 범위 내에만 한정된 경우와 위반행위의 작용과 달리 위반행위의 영향은 당해 상품의 전체에 미친다고 인정된 경우를 나눈다. 그리고, 위반행위의 영향도 특정 범위 내에만 한정된 경우에는 관련 상품이 그 특정 범위 내의 상품으로 확정되는 반면, 위반행위의 영향이 당해 상품의 전체에 미친다고 인정된 경우 그 상품 전체로 확정될 수 있다고 설명한다.

내부 운영지침은 위반행위가 작용된 상품, 특히 위반행위의 대상이 된 특정 상품 내에서 특정의 거래지역, 거래기간, 거래방식 등의 고려요소가 작용되어 그 상품의 범위가 한정되는 경우를 주로 설명하고 있으나, 이러한 범리는 위반행위가 작용된 상품과 위반행위의 영향이 미치는 상품이 다른 경우에도 적용될

수 있다. 예컨대, 위반행위의 대상이 되는 상품은 甲이지만 위반행위의 영향이 미친다고 인정되는 상품은 乙 상품인 경우이다. 특히 시장지배적 사업자가 지배력을 갖고 있는 시장에서 거래되는 상품을 대상으로 하는 위반행위를 통하여 그 지배력을 전이하고자 하는 다른 시장에서 거래되는 상품에 영향을 미치는 경우를 상정할 수 있다. 이때 위반행위의 대상이 되는 상품이 아니라 위반행위의 영향이 미치는 상품을 관련 상품으로 볼 수 있을 것인지가 문제가 된다.

더 나아가 위반행위로 인한 영향이 위반행위의 대상이 되는 상품뿐만 아니라 다른 상품에도 미친다고 볼 수 있을 경우에는 두 상품을 모두 관련 상품으로 볼 수 있을 것인지 논의될 필요가 있다. 예상할 수 있는 경우는 한 시장에서 지배력을 갖고 있는 사업자가 위반행위를 통하여 그 지배력을 다른 시장에 전이할 뿐만 아니라 자신이 지배력을 갖고 있는 시장에서 지배력을 유지·강화하는 경우이다.

요컨대, 관련성은 위반행위로 인한 영향과의 관련성을 의미하므로 위반행위로 인한 영향을 기준으로 판단하는 것이 원칙이다. 다만 특별한 사정이 없는 한 위반행위가 작용된 범위에서는 그로 인한 영향을 인정할 수 있기 때문에 일차적으로 위반행위가 작용된 범위를 기준으로 판단하는 것이다. 만일 위반행위로 인한 영향이 미치는 범위를 인정할 수 있다면 영향을 받는 범위를 기준으로 할 수 있다. 영향을 받는 범위는 위반행위와의 관련성의 정도에 따라 위반행위로 인한 영향이 직접적인 경우와 위반행위로 인한 영향이 간접적인 경우로 나눌 수 있다.

대체로 위반행위가 작용된 범위가 특정되면 그 범위 내에서 위반행위로 인한 영향이 발생한다고 볼 수 있고 또한 경험칙상 위반행위가 있는 경우 일정 범위 내에서는 그로 인한 영향도 발생한다고 볼 수 있는 경우 그 범위 내에서는 그 영향도 직접적이라고 볼 수 있다. 반대로 위반행위가 작용된 범위와 영향을 받는 범위가 다르고 위반행위가 작용된 범위를 기초로 하여 그 영향은 더 넓은 범위에 미친다고 인정되어 위반행위 그 자체가 아니라 위반행위로 인한 영향을 받는 범위를 기준으로 관련성을 판단하게 되는 경우는 그 영향이 간접적이라고 볼 수 있다. 영향의 직접성과 간접성은 입증책임과 그 정도와 관련하여 중요성을 갖는다. 영향이 직접적일 경우에는 위반행위의 대상 또는 합의의 대상을 인정함으로써 영향이 그대로 인정되거나 사실상 추정되지만, 영향이 간접적일 경

우에는 그 범위를 특정하기 위하여 별도의 입증을 필요로 할 수 있다.

다. 판례의 입장

관련 상품의 범위를 위반행위의 ‘대상이 된’ 상품, 용역을 전제로 하여 그 용도 및 대체가능성 등을 감안하여 판단하도록 되어 있던 2004. 4. 1. 개정 전 시행령 규정은 그 규정이 적용된 사건에서 대법원이 관련 상품, 용역의 범위를 정하는 기준으로 제시한 법리의 형성에도 영향을 주었다. 개정 전 시행령 규정이 적용된 사건에서 대법원 판결⁹⁾은 “관련 상품 또는 용역의 매출액이 있다고 인정되는 경우 과징금 산정의 기준이 되는 매출액을 산정함에 있어서 그 전제가 되는 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 범위는, 부당한 공동행위를 한 사업자 간의 합의의 내용에 포함된 상품 또는 용역의 종류와 성질, 용도 및 대체가능성과 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 개별적, 구체적으로 판단하여야 한다.”고 판시한 바 있다. 최근에 선고된 사건인 세제 담합 사건의 경우에는 관련 상품의 범위 판단기준에 대하여 현재의 시행령과 동일한 내용으로 되어 있는 2004. 4. 1. 개정 시행령이 적용¹⁰⁾된 사건임에도, 이에 대한

9) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결(팩키지에어컨 사건), 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결(중고자동차 할부금융회사 사건), 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006다10443 판결(시멘트 공급량 제한 사건 중 아세아시멘트공업 외 2 사건).

10) 공정위 2006. 12. 26.자 제2006-293호 의결. 이 사건에서 위반기간은 공동행위 참가 사업자 별로 약간의 차이는 있으나 대체로 1997. 12.부터 2006. 4.까지로 인정되었다. 그런데, 그 기간 동안 과징금과 관련된 법령에 여러 차례 개정이 이루어져 어떤 법령을 근거 법령으로 할 것인지가 어려운 문제로 대두되었다. 즉 2004. 12. 31. 법이 개정되어 부당한 공동행위에 대한 과징금의 법정 상한액이 대통령령이 정하는 매출액의 5/100에서 10/100으로 인상되고(법 제22조), 그에 따라 2005. 3. 31. 시행령이 개정되었다. 원래 법령이 개정되더라도 구 법령 시행 당시에 행한 행위에 대하여는 특별한 규정이 없는 한 구 법령이 그대로 적용되는 것이 원칙이나, 2004. 12. 31. 개정법은 부칙 제8조에서 “이 법 시행 전의 행위로서 이 법 시행 전에 종료되거나 이 법 시행 이후에도 그 상태가 지속되는 행위로서 이 법 시행 이후에도 그 상태가 지속되는 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다.”는 규정을 두었고, 2005. 3. 31. 개정 시행령 부칙 제4항 역시 유사한 규정을 두고 있어 이 사건에는 2004. 12. 31. 개정 전의 법과 2005. 3. 31. 개정 전의 시행령이 적용되었다. 이는 과징금 상한액과 부과기준을 적용에 있어서는 중요한 차이를 가져오나(개정 법령을 적용하면 10/100까지 부과할 수 있으나 구 법령에 의하면 5/100까지 가능하다), 관련 매출액 산정에 있어서는 과징금 산정방식을 전면적으로 개편한 2004. 4. 1. 개정 시행령 규정이 2005. 3. 31. 개정 시행령 규정에 대한 종전 규정이 되므로 관련 매출액 산정의 근거 시행령은 2004. 4. 1. 개정 시행령이 된다. 2004. 4. 1. 개정 시행령 부칙 제2

대법원 판결¹¹⁾의 법리는 여전히 위 대법원 판결의 판시 내용을 그대로 인용하고 있을 뿐 관련 상품의 범위 결정에서 관련성 판단의 핵심적인 부분인 ‘위반행위로 인한 영향’을 관련 상품의 범위 판단의 요소로 명시하거나 그 의미를 명확히 밝히고 있지 않다.

그러나, 대법원은 구체적인 사건에 대한 적용에 있어서는 법리의 표현에도 불구하고 합의의 내용에 포함된 상품 또는 용역에 국한하지 않고 합의가 다른 상품 또는 용역에 미친 영향이나 대체재 관계도 고려하는 태도를 취하고 있는 것으로 보인다.¹²⁾ 예컨대, 위 대법원 2001두10387 판결에서는 합의 대상 품목은 소비자에게 판매하는 PAC 품목이었고 OEM 방식으로 납품된 PAC 품목은 합의 대상이 아니었는데, 후자가 관련 상품의 범위에 포함되는지 여부를 판단함에 있어 OEM 생산방식에 의한 PAC의 납품 현황, 합의가 OEM 생산방식에 의하여 납품되는 PAC의 납품가격에 미친 영향을 고려하였다.

최근에 선고된 세제 담합 사건의 경우 사업자가 생산하는 18개 브랜드 중에 6개 브랜드만이 담합의 대상이었지만, 대법원은 다른 12개의 브랜드 제품들도 그 주요 성분이 담합의 대상이 된 제품들과 같은 것으로 보이는 점, 대표성 있는 브랜드 제품에 대하여 기준가격을 결정하고 나면 나머지 제품들도 그 가격

항은 “이 영 시행 전의 위반행위에 대한 과징금의 부과는 종전의 규정에 의한다.”고 규정하고 있는데, 여기서 ‘이 영 시행 전의 위반행위’를 판단할 때에는 위반행위의 종료일을 기준으로 하되, 가격결정 등의 합의 및 그에 터잡은 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 그 합의가 있었던 날이 아니라 그 합의에 터잡은 실행행위가 종료한 날을 의미한다는 것이 판례이다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결). 과징금에 관한 근거 법령의 결정 방식에 관한 보다 자세한 설명은 홍대식, 앞의 논문, 168-172면; 한편 2004. 12. 31. 개정법 부칙 제8조는 2007. 8. 3. 법 개정으로 “이 법 시행 전의 행위로서 법률 제8631호 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부 개정법을 공포 후 3개월이 경과한 날 전에 종료된 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다.”로 개정되었고, 2005. 3. 31. 개정 시행령 부칙 제4항 역시 2007. 11. 2. 시행령 개정으로 그와 유사하게 개정되었다. 이러한 개정의 효과로서 특히 부당한 공동행위에 대한 과징금의 법정 상한액이 인상된 2004. 12. 31. 개정 법 시행 이전에 개시되었으나 2007. 8. 3. 개정법 공포 후 3개월이 경과한 날(2007. 11. 3.) 이후에도 그 상태가 지속되는 행위에 대하여는 종전 규정과 달리 관련 매출액의 10/100까지 과징금을 부과할 수 있게 되었다. 그에 따라 이론적으로는 같은 시기에 개시되었더라도 위반행위의 종료일이 2007. 11. 3. 전이나 후이냐에 따라 과징금 액수가 2배까지 차이가 생길 수도 있게 되므로, 실제 사건에서는 부과기준을 적용에 있어 공정위의 적절한 재량행사가 필요하다고 생각된다.

11) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결(세제담합 사건 중 엘지생활건강 사건).

12) 황태희, 앞의 논문, 413-414면에서는 위 대법원 2001두10387 판결과 대법원 2002두7456 판결에서 관련 매출액 산정의 법리와 구체적 적용 사이의 이러한 차이에 주목하고 있다.

의 영향을 받지 않을 수 없는 점 등을 종합적으로 고려하여 12개 브랜드 제품도 관련 매출액에 포함해야 한다고 판시하였다. 이 판결은 합의의 직접 대상이 되었던 브랜드 외에도 세탁·주방세제의 유형에 속하는 다른 브랜드에도 합의의 영향이 미쳤다는 점을 인정한 것으로 볼 수 있어 위반행위로 인한 영향의 판단에 관해 어느 정도의 시사점을 주고 있다.

이와 관련하여 관련 상품의 범위를 판단함에 있어 위반행위로 인한 영향을 기준으로 하여야 한다는 점에 관하여 보다 명확한 판단을 한 서울고법 판결을 주목할 필요가 있다. 시멘트 공급량 제한 사건에 관한 서울고등법원 판결은 관련 상품 매출액이라 함은 공동행위가 발생한 당해 관련 시장에서 참가사업자들의 위반행위와 관련된, 즉 위반행위에 의해 영향을 받는 상품의 매출액이고 합의 내용과 공동행위로 인한 경쟁제한 효과를 고려하여 관련 상품의 범위를 정하여야 한다고 판시¹³⁾한 바 있다. 다만 이에 대한 대법원 판결¹⁴⁾에서는 원심의 결론을 유지하면서도 관련 매출액 산정 방법에 대하여는 명확한 판단을 하지 않았다.

한편 부당한 공동행위 사건에서 합의의 대상이 된 상품이 인정되는 경우 그에 대하여 위반행위로 인한 영향이 사실상 추정된다는 점은 판례에 의해서도 확인된 바 있다. 즉 대법원은 종래부터 부당한 공동행위의 시기는 특별한 사정이 없는 한 실행개시일이 아니라 합의일을 기준으로 한다고 판시¹⁵⁾하고 있는데, 이는 합의가 존재하는 이상 합의의 대상이 된 상품에 대하여 위반행위로 인한 영향이 미친다는 점을 전제로 하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 서울고등법원의 판례는 이 점을 보다 분명하게 판시하고 있다. 즉 공정거래법 제19조 제1항에 의하여 금지되는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 합의를 함으로써 성립하는 것이므로, 그러한 합의의 존재가 인정되는 이상 부당한 공동행위의 기간이나 시기에 대한 명시적인 합의가 있는 것과 같은 특별한 사정에 대한 구체적인 주장, 입증이 없는 한 그 합의일로부터 경쟁제한의 효과가 발생한다고 할 것이며, 부당한 공동행위로 인한 과징금은 ‘합의

13) 서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4873 판결(현대시멘트 사건). 이러한 판시 내용은 이 사건의 원심결에 대한 이의신청 재결에서 공정위가 전개한 논리를 그대로 따른 것이다(공정위 2004. 2. 9.자 제2004-5호 재결, 사건번호 2003심이2103~2108 참조). 다만 이 판결에서는 관련 매출액 산정과 관련 시장 획정을 혼동한 듯한 표현이 나오는데, 이는 수긍하기 어렵다.

14) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2006두10764 판결.

15) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결(굴삭기 및 휠로다 담합 사건 중 현대중공업 사건).

일'을 기준으로 산정하여야 한다고 판시¹⁶⁾한 바 있다.

3. 부과기준을 판단기준

기본과징금은 일단 관련 매출액을 결정한 후에 그 관련 매출액에 일정한 부과기준율을 곱하는 방식으로 결정된다. 부과기준율을 정하는 방식은 여러 가지가 있을 수 있으나, 대별하면 첫째, 법정된 일정 비율을 적용하는 방식, 둘째, 위반행위의 유형별로 일정한 범위를 정하여 부과기준율을 정하는 방식, 셋째, 부과기준율의 상한만을 규정하고 경쟁당국이 그 범위 내에서 재량적으로 정하도록 하는 방식으로 나누어 볼 수 있다.¹⁷⁾

우리나라의 부과기준율 결정 방식은 위반행위의 내용 및 정도라는 객관적 요소를 기준으로 하여 위반행위의 유형별로 일정한 범위를 정하는 방식이다. 즉 법 시행령 [별표 2] 제2호 가목에서는 위반행위의 내용 및 정도에 따라 위반행위를 “중대성이 약한 위반행위”, “중대한 위반행위”, “매우 중대한 위반행위”로 구분하고, 위반행위의 중대성의 정도별로 부과기준율의 상한을 정하고, 과징금 고시에서는 시행령에서 정한 상한 범위 내에서 중대성의 정도별로 부과기준율의 일정한 범위를 정하고 있다. 예컨대, 시장지배적 지위 남용행위의 경우에는 부과기준율이 매우 중대한 위반행위의 경우 1.5~2.0% 이하, 중대한 위반행위의 경우 1.0~1.5% 이하, 중대성이 약한 위반행위의 경우 0.3~1.0% 이하로 정해져 있다(고시 IV. 1. 가.).

그런데, 부과기준율을 정하기 위한 기준인 위반행위의 내용 및 정도라는 객관적 요소는 부당이익 환수적 요소의 대리변수인 관련 매출액 기준과 외형상 잘 상응하지 않는 것처럼 보인다. 그러나, 경제적 이익의 환수의 요소를 부과기준율로 반영하는 평가지표가 개발되지 않은 상태에서 일률적인 대리변수를 적용할 경우 불합리한 결과가 초래될 수 있다는 점, 위반행위의 내용 및 정도는 행위책임의 개별화를 위하여 적절한 요소라는 점에서 타당성이 인정된다. 다만

16) 서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결(비타민 카르텔 사건).

17) 홍대식, "공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안", 『행정법연구』 제18호, 행정법이론실무학회, 2007, 154면.

적정한 과징금 부과율 수준을 설정하기 위해서는 경제적 이득 환수의 요소를 반영하는 평가지표를 개발하여 그에 의한 비교 검증을 하는 방안을 강구할 것이 요청된다.

III. 시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금 산정기준

1. 관련 매출액 산정기준

공정위의 과징금 고시에서는 시장지배적 지위 남용행위와 관련하여 과징금 부과 여부의 결정 기준에 관하여는 행위유형별 기준을 규정하고 있으나(고시 III. 2. 가.), 과징금의 산정기준과 관련하여 행위유형별로 중대성의 정도별 부과 기준율을 정하고 있을 뿐 관련 매출액 산정방법에 관해서는 고시 II. 5.에 정한 일반 규정 외에 시장지배적 지위 남용행위에 대하여 적용되는 특별 규정은 두고 있지 않다.¹⁸⁾ 이에 대하여 내부 운영지침은 구체적인 행위 유형별로 관련 매출액 산정방법을 정하고 있다.

내부 운영지침이 정하고 있는 시장지배적 지위 남용행위에 대한 관련 매출액 산정방법은 크게 위반행위의 대상이 된 상품의 매출액으로 산정하는 방법과 위반행위로 인하여 영향을 받는 상품의 매출액으로 산정하는 방법으로 구분할 수 있다.

부당한 가격결정 행위(내부 운영지침에서는 ‘가격남용’으로 표현한다)는 위반행위의 대상이 된 상품의 매출액으로 관련 매출액을 산정하는 사례이다. 즉 부당한 가격결정 행위의 경우 관련 매출액은 위반기간 동안 가격을 부당하게 결정·변경·유지하여 판매한 가격조절 대상 상품의 매출액(금융업 등의 경우에는 영업수익)으로 산정할 수 있다. 내부 운영지침에서는 비스켓 과자용량을 부당하게 감소시켜 가격을 인상한 것과 동일한 결과를 초래한 경우와 주식인수로 승합차 부문에서 독과점 사업자가 된 후 특정 승합차의 가격을 부당하게 인수한 경우의 두 가지 사례를 예시하고 있는데, 전자는 크라운제과의 가격남용행

18) 이는 부당한 공동행위의 경우 고시 IV. 1. 다에 이들 행위에 적용되는 별도의 특별 규정을 두고 있는 점과 구별된다.

위 사건¹⁹⁾의 사례, 후자는 현대자동차 및 기아자동차의 가격남용행위 사건의 사례²⁰⁾에 해당한다. 실제로는 후자에 대하여만 과징금이 부과되었으나, 당시에는 시장지배적 지위 남용행위에 대하여 관련 매출액 기준이 아니라 역진채감비율제에 의하여 과징금이 부과되었다. 부당한 가격결정 행위는 강학상 착취남용(exploitative abuse)에 전형적으로 해당한다. 이 행위 유형은 행위 요건 해당성에 대한 입증이 어려운 대신 행위 요건에 해당한다고 판단되는 경우 행위의 성격상 경쟁제한 효과가 발생하는 것이 상대적으로 분명하다는 점에서 위반행위가 작용된 범위 내에서는 위반행위로 인한 영향이 미친다고 볼 수 있으므로 위반행위의 대상이 된 상품의 매출액으로 관련 매출액을 정하는 방식이 합리적이라고 할 수 있다.

이에 대하여 다른 행위유형의 경우에는 위반행위로 인하여 영향을 받는 상품의 매출액으로 관련 매출액을 산정하는 방식을 채택하고 있다. 즉 부당한 출고조절 행위의 경우에는 출고조절행위로 인하여 영향을 받는 상품이, 부당한 사업활동 방해행위의 경우에는 사업활동 방해행위로 인하여 영향을 받는 상품이, 부당한 신규진입 방해행위의 경우에는 신규진입 방해행위로 인하여 영향을 받는 상품이, 부당한 경쟁사업자 배제행위의 경우에는 부당하게 경쟁사업자를 배제하는 행위로 인하여 영향을 받는 상품이, 부당한 소비자이익의 현저한 저해행위의 경우에는 소비자이익을 저해하는 행위로 인하여 영향을 받는 상품이 관련 상품의 범위를 판단하는 기준이 된다.

여기에 세부적인 행위유형별로 관련 상품의 범위를 특정하기 위하여 별도 기준을 제시하거나 관련 매출액 산정의 다른 요소인 위반기간과 매출액 산정과 관련된 별도의 기준을 제시하기도 한다. 예컨대, 거래거절에 의한 부당한 사업활동 방해행위의 경우 거래거절 행위를 통하여 위반기간과 행위의 상대방이 특정될 수 있다는 점에서 위반기간(“거래거절을 시작한 시점부터 종료한 날까지”)과 행위의 상대방(“거래개시 거절이나 거래중단, 또는 거래수량이나 내용의 제한이 특정 거래상대방에 한정되어 당해 거래거절로 인한 영향이 그 특정 거

19) 공정위 1992. 1. 15.자 제92-3호 의결.

20) 공정위 1999. 9. 3.자 제99-130호 의결. 이 사건은 가격남용 사건으로 볼 수 있지만 실제로는 공정거래법 제3조의2 제1항 제1호가 아니라 제5호 후단(부당한 소비자이익의 현저한 저해행위)이 적용되었다.

래상대방에 대한 상품에 한정된 경우에는 관련 매출액을 특정 거래상대방에 대한 거래거절 대상 상품의 매출액으로 산정할 수 있다.”)과 관련된 기준을 두고 있다. 또한 행위의 특성상 매출액이 위반행위로 인한 영향을 제대로 반영하지 못할 수 있는 부당한 출고조절 행위, 거래거절에 의한 부당한 사업활동 방해행위, 부당염대로 인한 부당한 경쟁사업자 배제행위의 경우에는 예상 매출액으로 관련 매출액을 산정하는 방법을 제시하고 있다.

부당한 가격결정 행위 외의 다른 시장지배적 지위 남용행위에 대하여 위반행위로 인하여 영향을 받는 상품의 매출액으로 관련 매출액을 산정하도록 한 것은 이들 행위의 경우 위반행위가 작용된 범위를 특정하기 어렵거나 위반행위가 작용된 범위와 위반행위의 영향이 미치는 범위가 다를 수 있다는 점에서 합리적이라고 할 수 있다. 다만 이들 행위의 법적 성격 또는 위법성 판단기준 및 고려요소에 세부적인 차이가 있을 수 있기 때문에, 내부지침에서 제시된 기준만으로는 구체적인 사건에서 관련 매출액을 산정하기 위하여 충분한 증거 등이 제공되기 어렵다는 한계가 있다.

먼저 부당한 출고조절 행위는 부당한 가격결정 행위와 마찬가지로 강학상 착취남용으로 분류되는 데 큰 문제가 없는 행위유형이다. 다만 부당한 가격결정 행위의 경우 가장 중요한 경쟁수단인 가격을 결정할 수 있는 시장지배력을 직접적으로 행사하여 가격 수준을 부당한 조정하는 착취남용 행위로서 가격조절 대상 상품의 매출액이 부당이득액을 산정하는 기준이 될 수 있지만, 부당한 출고조절 행위의 경우 구체적인 경제적 상황의 변화에 기인한 사업상의 부득이한 필요로 인하여 취해지는 측면이 함께 작용하여 그로 인하여 출고조절 대상 상품의 매출액이 실제 부당이득액과 비례관계에 있지 않을 수 있다. 따라서, 위반행위의 대상이 되는 상품보다는 위반행위로 인하여 영향을 받는 상품을 관련 상품의 범위 판단의 기준으로 하는 것이 적절하다. 내부 운영지침에서는 대두유 제조·판매업시장에서의 시장지배적 사업자가 자신이 제조·생산한 대두유 제품의 출고량을 주문량에 비해 현저히 감소시키는 경우를 예시하고 있는데, 이 사례는 제일제당의 출고조절 사건²¹⁾과 신동방의 출고조절 사건²²⁾의 사례에 해당한다. 실제로는 두 사건 모두 종전의 역진채감비율제 방식에 의하여 과징

21) 공정위 1998. 11. 4.자 제98-251호 의결.

22) 공정위 1998. 11. 4.자 제98-252호 의결.

금이 산정되었다. 대법원에서 위반행위가 인정된 신동방 사건과 달리 제일제당 사건은 대법원에서 위반행위가 아니라고 최종 판단된 사건²³⁾이라서 관련 매출액 산정과 관련하여 직접적인 참조는 되지 않지만, 내부 운영지침은 위반행위가 인정될 경우 관련 매출액은 출고조절 기간 동안 시장지배적 사업자의 대두유 제품의 예상매출액으로 산정될 수 있다고 예시한다.

보다 문제가 되는 것은 부당한 사업활동 방해행위, 부당한 경쟁사업자 배제행위, 그리고 부당한 소비자이익의 현저한 저해행위의 경우이다. 실제로 최근 공정위가 시장지배적 지위 남용행위로 인정한 사건에서는 이들 행위유형이 주로 문제되고 있으므로, 관련 매출액 산정방법을 구체화할 실제적 요구도 이들 행위유형에서 발생하고 있다. 논란의 여지는 있으나 부당한 사업활동 방해행위²⁴⁾, 부당한 경쟁사업자 배제행위는 강학상 배제남용(exclusionary abuse)에 해당하는 반면에, 부당한 소비자이익의 현저한 저해행위는 강학상 착취남용으로 볼 수 있다.²⁵⁾ 배제남용의 경우에는 위반행위가 행위의 대상으로서의 경쟁

23) 제일제당 사건에 관하여는 대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두9991 판결, 신동방 사건에 관하여는 대법원 1999. 11. 3. 선고 99두10964 판결.

24) 부당한 사업활동 방해행위가 강학상 배제남용에 해당하는가 아니면 방해남용(impediment abuse)에 해당하는가에 관하여는 학계의 논란이 있다. 방해남용은 다른 사업자의 영업활동의 자유에 불이익을 주어 다른 사업자의 성과경쟁에 의한 사업활동을 곤란하게 하는 행위를 일컫는 용어로, 경쟁사업자뿐만 아니라 경쟁관계에 있지 않은 거래상대방도 보호 대상에 포함하게 되어 이러한 거래상대방의 이익을 보호할 경우 착취남용적 성격을 함께 갖게 될 수 있다. 부당한 사업활동 방해행위의 법적 성격에 관한 논란은 포스코 판결(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결)에서 대법원이 부당한 사업활동 방해행위의 한 유형인 부당한 거래거절 행위를 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위로 파악하여 그 부당성을 '독과점적 시장에서의 경쟁 촉진'이라는 입법 목적에 맞추어 해석하여야 한다고 판시한 데서 촉발되었다. 포스코 판결에 대하여는 많은 평석이 나와 있으나, 경쟁침해설에 입각한 배제적 남용의 법리 적용에 명시적으로 찬성하거나[이황, "공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계-시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준-", 『사법』 제5호, 사법발전재단, 2008, 홍대식, "사법적 관점에서 본 공정거래법-시장지배적 지위 남용행위를 중심으로-", 『상사법연구』 제29권 제2호, 한국상사법학회, 2008, 황창식, "공정거래법상 시장지배적 남용 규제의 해석 및 집행상의 문제점-불공정거래행위 규제와의 법적용 관계를 중심으로", 경제법판례연구회 편, 『경제법판례연구』 제5권, 법문사, 2009] 묵시적으로 동조하는 견해가 대부분이고, 배제남용과 방해남용의 법적 성격의 차이에 주목하여 대법원 판결을 비판하는 견해는 이봉의, "포스코 판결과 방해남용의 향방", 『경쟁저널』 제140호, 한국공정경쟁연합회, 2008이 대표적이다.

25) 이호영, "공정거래법상 시장지배적사업자 규제의 쟁점과 과제", 『저스티스』 통권 제104호, 2008, 87면, 이봉의·전종익, "독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 소비자이익 저해행위 금지의 위헌성 판단-명확성의 원칙을 중심으로-", 『서울대학교 법학』 제49권 제3호, 서울대학교

사업자 또는 거래상대방에 작용하는 범위와 그 행위로 인한 영향이 미치는 범위가 대체로 다른 경우가 많은 데 반하여, 착취남용의 경우에는 위반행위가 행위의 대상으로서의 소비자에게 미치는 범위 내에서 위반행위로 인한 영향도 미친다고 볼 수 있다. 다만 착취남용으로서의 부당한 소비자이익의 현저한 저해 행위에서는 위반행위의 효과가 가격 상승 또는 수량 감소가 아니라 상품의 품질 저하, 다양성 감소, 혁신 저해, 선택권 제한 등 측정하기 어려운 형태로 나타나는 경우가 많고 가격남용이나 출고조절 행위로 포섭되기 어려운 가격 상승 또는 수량 감소의 경우까지도 포섭될 수 있다는 점에서 위반행위가 작용된 범위를 특정하기 어려운 난점이 있기 때문에 위반행위로 인하여 영향을 받는 상품 기준을 채택하였다고 할 수 있다.

2. 부과기준을 판단기준

동일한 위반행위의 중대성 범주 내에서 부과기준을 구체적으로 어떻게 정할 것인가는 해당 위반행위로 인하여 사업자가 초과하여 얻는 이윤이 관련 매출액의 몇 % 정도로 추정되는지, 또한 그와 같이 추정된 과징금액이 공정위가 과거 유사한 행위에 부과한 과징금액에 비교하여 형평의 원칙이나 법적 안정성에 부합하는 것인지를 검토하고 위반행위의 중대성의 정도를 개별화하여 정책적으로 판단할 문제라고 할 것이다.²⁶⁾ 다만 공정위의 내부 운영지침에서는 산정한 중대성평가점수가 속하는 점수대에 따라 중대성 범주를 나눈 후 동일한 범주 내에서의 구체적인 부과기준율도 그 점수에 슬라이딩 방식을 적용하여 산술적인 방식으로 정하고 있는 것으로 보인다.²⁷⁾

위반행위의 내용 및 정도를 세부적으로 평가하는 요소는 위반행위의 내용, 중대성, 과급효과 및 강도로 나눌 수 있다. 먼저 위반행위의 내용은 가격 또는 물량에 대한 결정 또는 제한이 직접적인지 아니면 간접적인지, 가격 또는 물량

법학연구소, 2008, 264-265면.

26) 홍대식, “공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구”, 204면.

27) 송정원, 『해설 카르텔 및 불공정거래행위 규제』, 박영사, 2005, 554면. 내부 운영지침 [별표 1]에 의하면, 위반행위의 내용이 50%, 위반행위의 정도가 50% 참작되고, 위반행위의 정도는 시장점유율(20%), 매출액(10%), 위반행위의 과급효과(20%) 항목으로 구성되어 있다.

의 결정 또는 제한이 주된 목적인지 아니면 부수적 목적인지 여부와 경쟁사업자 또는 소비자에 미치는 피해의 직접성과 정도에 따라 다르게 평가할 수 있다. 또한 위반행위의 중대성은 시장지배적 사업자의 수와 크기, 시장점유율, 배제 및 봉쇄효과, 관련 상품 또는 용역의 특성과 가치에 따라, 위반행위의 과금 효과 및 강도는 관련 지역시장의 범위에 따라 다르게 평가할 수 있다.

시장지배적 지위 남용행위의 경우 행위의 남용성의 경계가 덜 확립되어 있다는 점에서 위반행위의 주관적 요소를 과징금 산정기준으로서 고려할 수 있는가 하는 점도 문제될 수 있다. 위반행위의 중대성과 관련하여 반경쟁적인 효과에 대한 명백한 증거가 있는 경우에는 주관적 요소에 대한 추가적인 증거가 필요 없겠지만, 실제적인 효과에 대한 증거가 덜 분명할 경우에는 주관적 요소에 대한 증거가 관련성을 가질 수 있기 때문이다.²⁸⁾ 따라서, 실제적인 경쟁제한적 효과가 명백하지 않은 사안에서는 시장지배적 지위 남용행위가 유력한 경쟁자를 배제하려는 의도 또는 면밀한 계획에 의하여 이루어진 것인가 그렇지 않은가 하는 점은 위반행위의 중대성을 판단함에 있어 중요하게 고려되어야 할 것이다.²⁹⁾

공정거래법은 시장지배적 지위 남용행위의 유형을 추상적으로 열거하고 있는데, 그 이유는 시장지배적 사업자가 행하는 지위 남용행위의 유형이 산업 및 시장의 상황이나 거래방식의 변화에 따라 다양하고 새로운 모습으로 나타날 수 있음에도 이를 사전에 예측하여 구체적으로 규정하기 어렵기 때문이라고 볼 수 있다. 시행령이나 고시에서 행위 유형을 보다 구체화하는 작업을 어느 정도는 하고 있으나 여전히 직접적인 법령 적용이 쉽지 않아 법문의 합리적인 해석에 의존해야 하는 영역이 적지 않다. 따라서, 사업자 입장에서는 법령에 구체적으로 열거되어 있지 않거나 구체적으로 열거된 행위 유형에 해당한다는 해석기준이나 선례를 찾기 어려운 행위 유형의 경우에는 자신의 행위가 위반행위에 해당하는지 여부를 합리적으로 예측하기 어려울 수 있다.

시장지배적 지위 남용행위에 관한 최근의 대표적인 사례들³⁰⁾을 비교해 보더

28) Fletcher, Amelia, "The Reform of Article 82: recommendations on key policy objective", Speech at the Competition Law Forum in Brussels, Office of Fair Trading, 2005, pp. 7-8.

29) Bavasso, Antonio, "The Role of Intent Under Article 82 EC: From FLUSHING THE TURKEYS to SPOTTING LIONESSES IN REGENT'S PARK", 26 E.C.L.R. 11, 2005, p. 623.

30) 통계 자료에 의하면, 1981년부터 2006년까지 공정위가 시장지배적 지위 남용행위로 시정명령을

라도 위반행위의 중대성 판단에 있어 예측가능한 기준을 추출하기는 다소 어렵다고 보여진다. 2005년 이후 과징금이 부과된 대표적 사건으로는 2005년 마이크로소프트 사건, 2006년 현대자동차 사건, 2007년 티브로드 계열 종합유선방송사업자 사건, 인터파크 지마켓 사건, 2008년 인텔 사건, NHN 사건,³¹⁾ 2009년 현대모비스 사건, 쉐컴 사건³²⁾을 들 수 있다. 이 중 마이크로소프트 사건, 인텔 사건(부과기준을 상한인 2% 각 적용), 현대모비스 사건(부과기준을 하한인 1.5% 적용)에 대하여는 ‘매우 중대한 위반행위’에 해당한다고 판단한 데 반하여, 티브로드 계열 종합유선방송사업자 사건, 인터파크 지마켓 사건에 대하여는 ‘중대한 위반행위’(전자에 대하여는 부과기준을 상한인 1.5% 적용, 후자에 대하여는 정액 하한인 3억 원 적용), 현대자동차 사건에 대하여는 ‘중대성이 약한 위반행위’(부과기준을 하한인 0.3% 적용)에 해당한다고 판단하였고, NHN 사건에서는 시장지배적 지위 남용행위 부분에 대하여는 과징금을 부과하지 않았다.

IV. 사례연구: 인터파크 지마켓 사건

1. 검토의 배경과 범위

대상판결은 시장지배적 지위 남용행위 사건으로서 판결이유에 과징금 산정기준과 관련된 판단 내용이 비교적 자세히 설시된 하급심 판결이다. 아직 확정되지 않은 서울고등법원 판결을 대상으로 한 것은, 이 쟁점에 관한 대법원 판결이

내린 사건은 함께 25건이고 그 중 과징금까지 부과된 사건은 5건에 불과하였으나, 2007년에 시정명령 사건 수는 37건, 과징금까지 부과된 사건 수는 25건으로 급증하였고 2008년에는 다시 대폭 감소하여 시정명령 사건 수 3건, 과징금 사건 수 1건으로 집계된다. 공정거래위원회, 『2008년도 통계연보』, 2009.

31) 2005년부터 2008년까지 사이의 사건들은 공정거래위원회에서 발간하는 2006년판, 2007년판, 2008년판, 2009년판 공정거래백서에 소개된 사건들이다. 다만 공정위는 전원회의 심의가 종결된 시점을 기준으로 사건의 내용을 백서에 수록하고 있지만 실제 의결서가 작성된 시점과는 차이가 있다.

32) 공정위의 2009. 7. 23.자 보도자료 “공정위, 쉐컴사의 모뎀칩 시장 독점력 남용 시정조치”에 의하면, 공정위는 쉐컴의 차별적 로열티 부과행위, 조건부 리베이트 제공행위, 특허권 소멸 후 로열티 부과행위 등 3가지 위반행위에 대하여 약 2,600억 원의 과징금을 부과할 예정이라고 하는데, 아직 관련 매출액과 부과기준율에 대하여는 알려진 바 없다.

아직 없기 때문에 부득이한 선택이었다. 다만 아직 확정되지 않은 판결이라는 점을 감안하여 필자의 논의는 서울고등법원이 취한 법리를 이론적인 관점에서 해석, 검토하는 데 초점을 맞추고 있으며, 구체적인 사건에 대하여 적용한 결과의 타당성에 대하여는 명시적인 입장을 취하고 있지 않다는 점을 밝혀둔다.

2. 사실의 개요 및 사건 진행의 경과

원고 인터파크 지마켓 주식회사(이하 “원고”라고 한다)는 오픈마켓 형태의 인터넷 쇼핑몰인 G마켓을 운영하는 사업자로서, 2006년 국내 오픈마켓 운영시장에서의 시장점유율이 매출액(판매수수료) 기준으로 39.5%(계열회사를 합산한 수치임)에 이르러 1위인 주식회사 옥션(51.9%)에 이어 2위를 차지하고 있었다. 주식회사 애플온라인(이하 “애플온라인”이라고 한다)은 2006. 4.경 오픈마켓 운영시장에 신규진입한 후 그 해 시장점유율 1%를 달성하였고, 2006. 9.부터 원고보다 유리한 조건인, 할인쿠폰을 이용한 프로모션을 진행하고 있었다.

원고는 2006. 10. 중순경 자신 및 애플온라인과 동시에 거래하고 있던 7개 사업자들에게 G마켓에서의 판매가격을 인상할 것 등을 요구하면서 만약 애플온라인과의 거래를 지속하면 G마켓에의 메인 화면에 노출된 상품을 모두 빼버리겠다고 하였다[이 사건 행위사실]. 7개 사업자들은 2006. 11. 1.부터 2006. 11. 15.까지 사이에 순차적으로 애플온라인과의 거래를 중단하였다가 2006. 11. 28.부터 2007. 6. 18.까지 사이에 거래를 재개하였다. 애플온라인은 2007년 말 오픈마켓 사업을 포기하고 회사를 청산하였다.

공정위는 원고의 행위가 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단에 정한 부당한 경쟁사업자 배제행위에 해당한다고 판단하여 원고에 대하여 시정명령 및 과징금납부명령(135백만 원)을 내렸다.³³⁾ 공정위 처분에 대한 불복소송에서 서울고등법원(제6행정부)은 시정명령 부분에 대한 원고의 청구는 기각하였으나, 공정위의 과징금납부명령 부분에 대한 원고의 청구를 받아들여 과징금납부명령을 취소하는 판결³⁴⁾을 선고하였다. 이 판결에 대하여는 쌍방이 모두 상고하여

33) 공정위 2007. 12. 18.자 제2007-555호 의결.

34) 서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결.

현재 사건이 대법원(2008두16322호)에 계속 중이다.

3. 공정위의 판단

공정위는 이 사건 과징금 산정의 기준이 되는 관련 매출액을 산정함에 있어 그 전제가 되는 관련 상품의 범위는 원고(공정위 단계에서는 피심인)가 위반기간 동안 자신과 거래하는 7개 사업자들이 경쟁사업자인 애플온라인과 거래를 중단함으로써 영향을 받은 상품이라고 판단하였다. 이 사건에서 원고의 행위는 거래상대방인 7개 사업자들을 대상으로 하였고 이들로 하여금 경쟁사업자인 애플온라인과의 거래를 중단하도록 한 행위를 통하여 경쟁사업자에게 영향을 미친 경우에 해당한다고 본다면, 공정위의 판단은 행위의 대상으로서의 거래상대방에게 작용하는 범위가 아니라 행위로 인한 영향이 미친 범위를 기준으로 한 것이라고 할 수 있다.

그런데, 공정위는 관련 상품의 범위는 행위로 인한 영향을 받은 상품이고 관련 매출액은 그와 같은 영향을 받은 상품의 매출액이라고 넓게 인정하면서 이러한 관련 매출액의 객관적인 산정이 곤란하다는 이유로 정액으로 기본과징금을 산정하기로 하였다. 그리고 이 사건 위반행위가 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위로서 경쟁사업자의 배제 또는 봉쇄효과가 나타날 우려가 크므로 과징금 고시상 ‘중대한 위반행위’에 해당한다는 점을 전제로 하되, 소비자이익의 침해가 직접 나타나지 않고 대부분 거래를 재개한 점 등을 감안하여 부과기준금액은 중대한 위반행위에 적용되는 금액 범위 내에서 하한인 3억 원을 적용하여 기본과징금을 산정하였다.

4. 당사자들의 주장과 대상판결의 판단

행정소송 단계에서 과징금 산정과 관련된 주된 쟁점은 거래상대방에 대한 위반행위를 통하여 경쟁사업자에게 영향을 미친 경우에 관련 매출액을 경쟁사업자와 거래를 중단하도록 한 거래상대방에 대한 매출액으로 한정해야 하는지 아니면 위반행위로 인하여 경쟁사업자 또는 경쟁 과정에서 영향을 받은 상품의

매출액으로 볼 수 있는지 여부였다.

원고는 관련 매출액은 7개 사업자들이 애플온라인과 거래를 중단한 기간 동안 원고가 위 사업자들로부터 받은 수수료를 합산한 금액이며 실제 원고가 1년간 7개 사업자들로부터 받은 수수료 합산액이 2억 5천만 원 정도에 불과하므로 정액 기본 과징금 3억 원은 과중하다고 주장하였다. 이에 대하여 공정위(피고)는 ‘자신과 거래하는 7개 사업자들이 경쟁사업자인 애플온라인과 거래를 중단함으로써 영향을 받은 상품의 매출액’이 관련 매출액이지만 이를 산정하기 곤란하므로 정액을 기본과징금으로 한 것은 타당하다고 주장하였다.

대상판결은 관련 매출액 산정기준에 관하여 원고의 주장을 받아들였다. 즉 7개 사업자들이 애플온라인과 거래를 중단한 기간 동안 원고가 위 사업들과의 거래를 통하여 올린 매출액, 즉 7개 사업자들로부터 받은 판매수수료 합산액을 관련 매출액으로 본 것이다. 이러한 판단에 기초하면 증거에 나타난 관련 매출액은 약 2,500만 원 정도에 불과하므로, 대상판결은 공정위가 관련 매출액보다 훨씬 많은 3억 원을 기본과징금으로 산정한 것은 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 과징금 부과 기본적 성격에 비추어 볼 때 지나치게 균형을 잃은 과중한 액수로서 비례의 원칙에 위반하여 재량권을 일탈·남용하는 것이라고 판단하였다.

5. 대상판결에 대한 분석

관련 상품의 범위를 산정함에 있어, 위반행위의 대상이 된 상품과 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품을 개념적으로 구별할 때, 공정위는 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품을 기준으로 한 데 반하여 법원은 위반행위의 대상이 된 상품을 기준으로 한 것으로 볼 수 있다. 그러나, 대상판결의 판단이 공정위와 달리 시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금 산정에 있어 위반행위의 대상이 된 상품을 기준으로 관련 상품의 범위를 판단하는 것을 원칙으로 하여야 한다는 법리를 세우는 것이라고 보기는 어렵다고 생각한다. 이 사건에서는 공정위가 위반행위로 인하여 영향을 받은 매출액을 관련 매출액으로 보면서도 그 산정이 곤란하다고 하여 바로 정액 과징금을 선택한 특수한 사정이 존재하는데, 이에 대한 대상판결의 판단은 시장지배적 지위 남용행위에 대하여 부과되는 과

징금의 기본적 성격이 불법적인 경제적 이익의 박탈에 있다는 이해에 바탕을 두고 객관적인 매출액의 산정이 곤란하다고 하여 정액 과징금을 선택할 수 있는 공정위의 재량권을 통제하는 데 더 초점이 있기 때문이다.

이 사건에서 시장지배적 지위 과징금 산정기준과 관련하여 제기되는 쟁점은 다음과 같은 두 가지로 정리해 볼 수 있다.

첫째 쟁점은, 배제적 남용행위의 경우 불공정거래행위와 달리 경쟁사업자 또는 거래상대방이 입은 구체적 불이익만으로는 위법성 인정에 부족하고 경쟁제한 효과의 발생 또는 그 우려를 독자적인 위법성 요건으로 한다는 것이 현재까지 나타난 대법원 판례의 입장인데, 경쟁제한 효과의 발생 또는 그 우려의 요소를 ‘영향을 받은’이라는 요건 하에 과징금 산정에 반영할 수 없는가 하는 점이다. 이 문제는 관련 상품의 범위를 산정함에 있어, 위반행위의 대상이 된 상품과 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품 가운데 어느 것을 원칙적인 기준으로 할 것인가, 그리고 행위 측면(위반행위의 대상이 된 상품)과 효과 측면(위반행위로 인하여 영향을 받은 상품)이 다르게 나타날 경우 과징금 산정에 있어 효과 측면에 대한 공정위의 입증책임과 정도를 어느 정도 인정할 것인가의 문제라고 할 수 있다.

둘째 쟁점은, ‘영향을 받은’이라는 요건에 상응하는 과징금 액수의 산정이 곤란한 경우 위반행위로 인한 영향을 받은 상품의 매출액을 관련 매출액으로 보면서도 정액을 기본 과징금으로 하는 것이 타당한가 하는 점이다.

대상판결의 판단은 이 중 둘째 쟁점에 초점을 맞추고 있다. 대상판결은 관련 매출액을 영향을 받은 매출액으로 보아 관련 매출액 산정이 곤란하다고 해석하는 경우 대기업이 거래규모가 매우 큰 거래상대방에게 자신의 경쟁사업자와 거래하지 못하도록 하는 경우에도 관련 매출액 산정이 곤란한 경우로 되어 오히려 불합리하게 될 수도 있는 점을 들어 결과적으로 ‘영향을 받은’이라는 요건에 상응하는 과징금을 산정하기가 곤란한 경우 정액 과징금으로 회피할 수 있는 가능성을 부정하였다. 또한 첫째 쟁점과 관련하여 대상판결은 과징금 산정의 기준이 되는 관련 매출액을 위반행위의 대상이 되는 상품의 매출액으로 보았는데, 이러한 매출액은 객관적으로 산정이 가능하다는 점에서 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품의 매출액을 전제로 하면서도 정액 과징금으로 회피하는 공정

위의 방식에 대한 부정적인 판단이 관련 매출액 판단에도 영향을 미친 것으로 생각된다.

따라서, 대상판결은 시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금 산정에 있어 위반행위의 대상이 된 상품을 기준으로 관련 상품의 범위를 판단하는 것을 원칙으로 하여야 한다는 법리를 세운 것이 아니라, 관련 상품의 범위는 위반행위의 대상이 된 상품으로 볼 수도 있고 위반행위로 인하여 영향을 받은 상품으로 볼 수도 있지만, 후자로 볼 경우에는 그 매출액을 객관적으로 산정할 수 있도록 충분한 입증이 되어야 한다는 것을 시사한다는 점에서 공정위의 입증책임을 강조한 것으로 해석할 수 있다. 대상판결의 입장을 이렇게 해석할 때, 시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금의 산정에 있어 공정위가 객관적으로 산정이 가능한 과징금으로서 위반행위의 대상이 되는 거래상대방과의 거래에 상응하는 과징금이나 경쟁사업자 또는 거래상대방이 입은 구체적인 불이익에 상응하는 과징금에서 한 걸음 더 나아가 경쟁제한 효과에 상응하는 과징금까지 부과하려면 경쟁제한 효과를 수치상으로 어느 정도 입증하여야 한다는 결과가 된다. 따라서, 그 입증의 정도와 범위에 관한 보다 심도 깊은 논의와 이를 바탕으로 한 사례의 축적이 필요하다.

V. 맺는 말

공정거래법상 관련 매출액 산정에서의 핵심 개념은 위법행위로 인한 “영향”이고, 그 영향을 직, 간접적으로 받은 매출액을 관련 매출액으로 하여 과징금을 산정할 때 그 과징금은 현실의 부당이득이나 사회적 피해와 가장 근접한 것이 될 것으로 보이고, 이런 점에서 과징금의 목적인 위반행위의 억제력이 달성될 수 있을 것이다.

다만 관련 매출액 기준을 적용하여 산정한 과징금이 반드시 위반행위의 억제 목적 달성을 위하여 필요하고 충분한 과징금 산정을 담보하는 것은 아니라는 점은 유의할 필요가 있다. 관련 매출액 기준은 과징금 부과의 목적 달성을 위하여 합리적이고 적정하다고 인정되는 제도적 수단일 뿐이다. 이 연구는 특히 과징금이 시장지배적 지위 남용행위에 대한 법적인 억제 수단으로서 유효한 수

단이 되기 위하여 과징금 산정기준에 대한 규범적인 해석과 판단기준을 제시하기 위한 것이다.

그럼에도 불구하고 이러한 기준을 적용하여 산정된 과징금이 구체적, 개별적 사건에서 억제 목적 달성에 적합하지 않는다고 볼 수 있는 예외적인 상황이 발생할 수 있는데, 이러한 상황에 대하여는 과징금 산정 도구라는 ‘나무’가 아닌 억제 목적 달성에 적합한 과징금이라는 ‘숲’을 볼 수 있는 전체적인 관점에서 산정된 과징금을 평가, 조정할 수 있는 정책적 수단이 보완될 필요가 있을 것이다. 이를 위해서는 경쟁당국에 단순히 관련 매출액 기준의 적용에 의한 과징금 산정의 기능에 그치지 않고 억제 목적 달성을 위한 조정이 가능할 수 있도록 하는 제도적 수단을 허용하는 한편, 그에 따라 산정된 과징금을 사후적으로 심사하는 법원에서 과징금 산정 기준 적용 과정에서의 재량 행사의 적법, 적정성뿐만 전체적인 관점에서의 과징금에 대한 평가도 행할 필요가 있다.

요컨대, 시장지배적 지위 남용행위에 대한 과징금은 위법성 판단을 전제로 하여 시장의 상황, 경제적 여건과 위반행위자의 구체적 상황을 고려할 때 해당 행위를 억제하기 위한 적정한 수준의 금액이 무엇인가 하는 점에 대한 전체적인 관점에서의 판단이 위주가 되어야 하며 과징금 고시에서 정한 산정기준은 그 적정한 수준을 찾기 위한 출발점이자 비교검증(cross check)의 수단이 되어야 할 것이다.³⁵⁾

[논문투고일 : 2009. 11. 15, 논문심사일 : 2009. 12. 15, 게재확정일 : 2009. 12. 23]

▶ **주제어** 경쟁법, 시장지배적 지위 남용행위, 과징금, 관련 매출액, 부과기준을

35) 이러한 방식을 취하는 사례로서 영국 경쟁항소심판소(Competition Appeal Tribunal; CAT)의 판단 방식을 들 수 있다. 경쟁항소심판소는 심판소에 제기된 첫 번째 불복 사건(Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd v The Director General of Fair Trading [2002] CompAR 13)에서 NAPP의 위반행위의 중대성에 관하여 독자적인 입장을 정립하고 사건을 전체적으로 관찰하여 “광범위한 검토”(broad brush) 접근이라고 불리는 것에 기초하여 전체적인 제재금 액수를 평가하는 방식을 취하였다. 경쟁항소심판소는 제재금 고시에 정해진 방법론을 적용하더라도 동일한 결론에 이른다는 점을 일종의 비교 검증(cross-check) 방식으로 확인하였다. 이 판결에 대한 보다 자세한 소개는 Kreisberger, Ronit, "Appealing Fines in the Competition Appeal Tribunal: An Uphill Struggle?", Global Competition Policy (<http://www.globalcompetitionpolicy.org>에서 다운로드 가능), 2009, p. 4.

참고문헌

- 공정거래위원회, 『2008년도 통계연보』, 2009
- _____, 『2009년판 공정거래백서』, 2009.
- 송정원, 『해설 카르텔 및 불공정거래행위 규제』, 박영사, 2005
- 홍대식, 『공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구』, 박사학위논문, 서울대학교, 2006
- 이봉의, “포스코 판결과 방해남용의 향방”, 『경쟁저널』 제140호, 한국공정경쟁연합회, 2008
- 이봉의 · 전종익, “독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 소비자이익 저해행위 금지의 위헌성 판단-명확성의 원칙을 중심으로-”, 『서울대학교 법학』 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008
- 이호영, “공정거래법상 시장지배적사업자 규제의 쟁점과 과제”, 『저스티스』 통권 제104호, 2008
- 이황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계-시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준-”, 『사법』 제5호, 사법발전재단, 2008
- 홍대식, “공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안”, 『행정법연구』 제18호, 행정법이론실무학회, 2007
- _____, “사법적 관점에서 본 공정거래법-시장지배적 지위 남용행위를 중심으로-”, 『상사법연구』 제29권 제2호, 한국상사법학회, 2008
- 황창식, “공정거래법상 시장지배력 남용 규제의 해석 및 집행상의 문제점-불공정거래행위 규제와의 법적용 관계를 중심으로”, 경제법판례연구회 편, 『경제법판례연구』 제5권, 법문사, 2009
- 황태희, “부당한 공동행위와 기본과징금의 산정”, 『서울대학교 법학』 제50권 제3호, 서울대 법학연구소, 2009

Jones, Alison & Brenda Sufrin, EC Competition Law, 3rd Ed., Oxford University Press, 2008.

O'Donoghue, Robert & A. Jorge Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006.

Bavasso, Antonio, "The Role of Intent Under Article 82 EC: From FLUSHING THE TURKEYS to SPOTTING LIONESSES IN REGENT'S PARK", 26 E.C.L.R. 11, 2005

Fletcher, Amelia, "The Reform of Article 82: recommendations on key policy objective", Speech at the Competition Law Forum in Brussels, Office of Fair Trading, 2005

Kreisberger, Ronit, "Appealing Fines in the Competition Appeal Tribunal: An Uphill Struggle?", Global Competition Policy (<http://www.globalcompetitionpolicy.org>에서 다운로드 가능), 2009

**Abstract**

The Standard for Computing Administrative Fines Regarding Abuse of
Market-dominant Position

Dae Sik, Hong

(Associate Professor, Sogang University Law School)

This article examines the standard for computing administrative fines to be imposed on the abuse of market-dominant position under the Competition law of Korea. The issue is relatively less discussed compared with the issue of the standard for computing administrative fines regarding cartel, which leaves much room for development.

Generally, the standard for computing administrative fines is characterized by the notion of the basic administrative fine, which is used to determine and adjust administrative fines. In determining the basic administrative fine, the current system employs the relevant turnover-based method which consists of three main elements; relevant goods or services, duration and turnover. Among those three elements, relevant goods or services are statutorily defined as goods or services which are affected directly or indirectly by the violation. The most controversial problem in determining the scope of the relevant goods or services is how to understand and define the meaning of the relevance. In principle, the essence of the relevance lies in affected goods or services, which are distinct from and inclusive of the targeted goods or services. After the relevant turnover is determined based on the scope of the relevant goods or services, it is then multiplied with the imposition standard rate set by the seriousness of the violation.

The standard for computing administrative fines regarding abuse of mar-

ket-dominant position basically follows the general rule, requiring to develop a specific method in terms of the features of the various types of abuse of market-dominant position. The practical issues arise from such cases to which specific provisions categorized as exclusionary abuses are applied. In this regard, this article analyzes the recent judgment of the Seoul High Court which contains the detailed reasoning on whether the method adopted by the Korea Fair Trade Commission in computing administrative fines regarding abuse of market-dominance is acceptable.

▶ Key words Competition Law, Abuse of Market-dominant Position, Administrative Fine, Relevant Turnover, Imposition Standard Rate