가격남용 규제를 통한 이윤압착 규율의 문제점
-대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결을 중심으로-

김상균 · 박상현 · 이정민

< 목 차 >

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 이윤압착의 개념
Ⅲ. 이윤압착의 규제 필요성
Ⅳ. 가격남용 규제 방식의 문제점
Ⅴ. 결론

<국 문 초 록>

이윤압착은 “수직 통합된 상류시장의 시장지배적 사업자가 상류시장 원재료 등의 판매가격과 하류시장의 완제품 판매가격의 차이를 줄임으로써 하류시장의 경쟁사업자가 효과적으로 경쟁하기 어려워 경쟁에서 배제되도록 하는 행위”를 뜻한다. 우리나라 공정거래법에서 이윤압착을 염두에 두고 입법된 명문 규정이 없는 만큼, 이윤압착을 규율해야 하는지, 이를 어떠한 행위유형으로 포섭해야 하는지에 관하여도 의견이 분분하였다. 이런 맥락에서 대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다.)은 이윤압착을 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호, 동법 시행령 제5조 제5항 제1호에 기초하여 규제할 수 있다는 법리를 설시한 최초의 판례로서 의미가 있다.

이러한 대상판결은 기간통신사업자인 원고의 이윤압착 행위를 규율해야 한다는 결론을 제시했다는 점에서는 타당하나, 그 규제 근거를 가격남용 규제인 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제1호에서 찾았다는 점에서는 한계가 있다. 이러한 논지 하에, 본 평석에서는 i) 비교법 연구, 경제적 효과 분석, 통신시장의 규제 검토를 통해 대상판결이 이윤압착의 규제 필요성을 긍정한 부분에 동의하며 대상판결의 논리를 분석 및 검토하였으나, ii) 가격남용 규제 방식을 적용한 부분에 대해서는 ① 이윤압착에서 행위자가 가지는 이중적 지위를 담아내지 못한 점, ② 대상판결이 제시한 통상거래가격의 판단 기준이 충분히 명확하다고 보기 어려워 규제 공백으로 이어질 우려가 있는 점, ③ 가격이라는 단일 지표에 집중한 나머지 부당성이 과잉추정될 위험이 있는 점, ④ 기타 중대한 검토 요소들을 누락한 점에서 한계가 있음을 보였다. 이어서 본 평석은 거래거절을 통한 해석론적 대안 및 시장지배적 지위 남용행위 심사기준을 개정하는 입법론적 대안을 제시하였다.

수직통합된 사업자들이 증가하는 현대의 산업 환경에서, 본 평석이 공정거래법 목적의 달성과 이윤압착 사건 해결에 조금이나마 도움이 되기를 희망하는 바이다.

주요어: 이윤압착, 수직적 통합, 가격남용 규제, 공정거래법 제5조 제1항 제5호, 거래거절, 기업 메시징서비스

[사실관계/판례요지]

Ⅰ. 사실관계

기업메시징서비스는 이동통신사업자의 무선통신망을 통해 기업의 컴퓨터에서 사용자의 휴대폰단말기로 문자메시지를 전송해 주는 서비스이다. 신용카드 승인 알림 문자서비스가 대표적인 예시이다. 기업메시징서비스 시장은 거래 단계별로 ① 이동통신사업자와 기업메시징사업자 간의 전송서비스 거래와 ② 기업메시징사업자와 기업 고객 간의 기업메시징서비스 거래로 구분된다. 상류시장에 해당하는 ①의 단계에서는, 기업메시징사업자가 이동통신사업자의 무선통신망을 이용하기 위한 계약을 체결한다. 이동통신서비스 이용자에 대한 문자메시지 발송은 해당 이동통신사만이 할 수 있으므로, 기업메시징사업자는 국내의 주요한 이동통신사업자(SKT, KT, LG U+) 모두와 계약을 체결해야 한다.[1] 한편, 하류시장에 해당하는 ②의 단계에서는, 기업메시징사업자가 상류시장의 계약을 바탕으로 구축한 기업메시징솔루션을 은행, 카드사, 쇼핑몰 등 기업 고객에게 판매하게 된다. 정리하자면, 기업메시징서비스는 이동통신사업자의 전송서비스를 기반으로 이루어지기 때문에 전송서비스는 기업메시징서비스의 '원재료'이다.

기업메시징서비스 분야에서 활동하는 사업자는 크게 두 유형으로 분류할 수 있는데, ① 무선통신망을 보유하여 전송서비스도 제공하면서 기업메시징서비스업을 영위하는 사업자, ② 무선통신망을 보유하지 않은 채 3개 이동통신사업자와의 전송서비스 계약을 바탕으로 기업메시징서비스업만을 영위하는 사업자로 나눌 수 있다. 주식회사 LG U+(이하 '원고'라 한다)[2]는 무선통신망을 보유하지 않은 사업자(②유형)에게 전송서비스를 공급하는 이동통신사업자였다가, 2006년경 기업메시징서비스 사업에도 진출하여 ①유형의 수직통합된 사업자가 되었다. 이후 원고는 상류시장에서는 원재료에 해당하는 전송서비스를 건당 최저 9원에 판매하는 한편, 하류시장에서는 인포뱅크 주식회사(이하 '피고보조참가인'이라 한다) 등에게는 기업메시징서비스를 건당 8원대부터 판매하였다. 이에 공정거래위원회는 원재료(전송서비스)의 가격에 비해 최종재(기업메시징서비스)의 가격이 더 저렴하다는 점에 주목하여, 원고의 행위를 공정거래법 위반으로 판단하였다. 사안에서 쟁점은 원고의 가격 설정이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 개정되기 전의 것) 제3조의2 제1항 제5호[현행 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제5조 제1항 제5호[3] 전단]을 위반하여 "부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래한 행위"에 해당하는지였다.

Ⅱ. 공정거래위원회의 의결 (2015. 2. 23.자 의결 제2015-049호)

공정거래위원회는 공정거래법 제5조 제1항 제5호 및 동법 시행령 제9조 제5항 제1호를 기준으로 원고가 법령을 위반하였는지를 심사하였다. 그에 따라 다음의 세 가지 요소가 문제되었다. ① 피심인(원고)이 시장지배적 사업자인지, ② 피심인이 통상거래가격에 비해 낮은 대가로 기업메시징서비스를 공급했는지, ③ 피심인의 가격설정 행위가 부당하게 경쟁사업자를 배제할 우려가 있는지가 바로 그것이다.

---

1) 예컨대, KT를 이용하는 소비자에게 메시지를 전송하기 KT의 망을 이용해야 한다. 이를 이동통신사의 '착신독점' 지위라 표현한다. 공정거래위원회 2015. 2. 23.자 의결 제2015-049호 5면 참조.

2) 공정거래위원회의 동일한 처분에 대하여 주식회사 케이티가 원고인 판결(대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37960 판결)도 존재한다. 두 사안에서 상이한 부분은 주로 사업자의 점유율 및 구체적으로 부과한 금액인데, 공정거래위원회 및 법원의 판단에 영향을 주지 않았기 때문에 본고에서는 엘지유플러스의 사안에 집중하여 서술하고자 한다.

3) 현행 공정거래법 제5조 제1항 제5호로, 법문의 개정 없이 조문의 번호만 변경되었다. 이하에서는 현행 공정거래법의 조문에 따라 서술하고자 한다.

① 우선, 공정거래위원회는 ‘무선통신망을 통한 기업메시징서비스 시장’을 관련시장으로 획정하였다. 이어서, 피심인이 기업메시징서비스 시장의 1위 사업자라는 점, 2013년 상위 3개 사업자의 시장점유율이 79%라는 점, 피심인은 필수원재료인 무선통신망을 보유한 사업자이며 수직통합을 통해 가격책정에 있어 절대적으로 유리한 위치에 있다는 점을 근거로 피심인을 시장지배적 사업자로 보았다.

② 다음으로, 공정거래위원회는 기업메시징서비스 사업자들이 가격을 책정함에 있어 전송서비스 이용요금(P_A), 내부적인 생산 및 공급 비용(C)에 적정이윤을 더한 값을 고려할 것이라 분석했고, 적정이윤을 고려하였을 때 통상거래가격은 $P_A + C$보다는 높을 것이라 판단했다. 이어서, 공정거래위원회는 P_A를 3개 이동통신사업자 전송서비스 최저 이용요금을 가중평균하는 방식으로 계산했으며($P_A = 9.2$), 피심인은 통상거래가격보다 낮은[4] 8원대에 기업메시징서비스를 제공한 것으로 판단하였다.

③ 부당성에 대한 검토에서 공정거래위원회는 피심인의 점유율은 계속 상승한 반면 경쟁자들의 점유율은 지속적으로 하락했다는 점, 기업메시징서비스 시장은 진입장벽이 높아 신규참여가 어렵고 실제로 2010년 이후에는 신규 사업자가 없다는 점, 피심인이 경쟁자들로 하여금 재판매사업자로 사업을 전환하도록 환경을 인위적으로 조성했다는 점을 고려하여 경쟁제한의 효과가 있다고 보았고, 부당성을 인정하였다. 이상의 이유를 바탕으로 공정거래위원회는 피심인에 대해 다른 경쟁사업자를 배제하는 행위를 금지하는 시정명령을 내렸고, 45억 원가량의 과징금을 부과하였다.

Ⅲ. 원심의 판단(서울고등법원 2018. 1. 31. 선고 2015누38278 판결)

피심인(원고)은 공정거래위원회(피고)의 처분에 불복하여 행정소송을 제기하였다. 이에 대하여 원심은 공정거래위원회의 시정명령과 과징금납부명령을 모두 취소하는 판결을 내렸다. 원심은 공정거래위원회의 시장획정 및 시장지배적 사업자에 관한 판단은 정당하다고 보았다. 그러나 통상거래가격의 의미 및 산정 방식 등에 대해서는 공정거래위원회의 논거가 부적절하다고 지적하였다.

원심은 통상거래가격이 제재적 행정처분과 형사처벌의 기준이 되므로 엄격한 해석이 필요하다고 강조하였다. 이어서, 원심은 공정거래위원회의 통상거래가격 산정 방식이 부적절하다고 판단하였다. 공정거래위원회는 ‘거래되는 가격’을 입증한 것이 아니라 원재료(전송서비스)의 가격을 단순히 가중평균하였는데, 이는 가격형성원리를 지나치게 단순화·일반화한 것이라고 보았다. 아울러, 정책적인 측면에서도 공정거래위원회의 방식을 따른다면 경쟁사업자의 비용보다 가격을 높게 책정하도록 유도하는 결과가 되어, 오히려 소비자후생을 악화시킬 수 있다고 판단하였다.

다음으로, 원심은 다음의 이유를 들어 행위의 부당성도 부정하였다. ① 결과적으로 기업메시징서비스의 가격이 하락했고, ② 행위와 결과 사이의 인과관계가 인정될 수 없으며, ③ 기술혁신의 가능성이 차단되지 않았고, ④ 사후적인 이윤회수의 가능성도 없으며, ⑤ 원고에게 정당하게 가격을 인하할 유인이 있었다는 것이다.

---

4) $P_A + C$+이윤 $> P_A + C > P_A$이고, P_A는 9.2원, 피심인이 책정한 가격은 8원대이기 때문이다.

Ⅳ. 대법원의 판단(대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결; 원심파기환송)

대법원은 원심이 공정거래법 시행령(2020. 12. 28. 대통령령 제32274호로 개정되기 전의 것) 제5조 제5항 제1호(현행 공정거래법 시행령 제9조 제5항 제1호)에서 규정하는 통상거래가격의 해석, 적용에 관한 법리를 오해하여 자유심증주의의 한계를 벗어났고, 공정거래법 제5조 제1항 제5호의 부당성에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다고 판단해 원심판결을 파기환송했다. 공정거래법상 "통상거래가격보다 낮은 가격을 설정"이라는 문언을 통해 이윤압착을 규제할 수 있고, 원고의 행위는 이윤압착에 해당한다는 것이 대법원의 입장이었다.[5] 이에 ① 이윤압착을 공정거래법으로 규율할 수 있는지, ② 원고가 가격을 통상거래가격에 비해 낮게 설정했는지, ③ 원고의 행위가 부당한지의 세 가지 쟁점이 논의되었다.

① 첫 번째 쟁점에 대하여, 대법원은 공정거래법의 목적을 고려했을 때, 이윤압착을 시장지배적 지위 남용행위로 규율할 수 있다고 판단했다. 대법원은 이윤압착을 "수직 통합된 상류시장의 시장지배적 사업자가 상류시장 원재료 등의 판매가격과 하류시장의 완제품 판매가격의 차이를 줄임으로써 하류시장의 경쟁사업자가 효과적으로 경쟁하기 어려워 경쟁에서 배제되도록 하는 행위"로 정의했는데, 이러한 이윤압착은 하류시장의 경쟁사업자가 비용을 충당하고 적정한 이윤을 얻지 못하게 하므로, 공정한 성과경쟁에 해당하지 않는다고 판단하였다.

적용법조에 대해서는 이윤압착을 공정거래법 제5조 제1항 제5호 전단, 동법 시행령 제9조 제5항 제1호를 통해 이윤압착을 규제할 수 있다고 판시했다.[6] 법체계를 고려할 때 공정거래법 시행령 제9조 제5항 제1호는 '부당하게 경쟁사업자를 배제하는 행위'를 구체화하는 조문이고, 시행령에서 규정하고 있는 '통상거래가격'은 시장지배적 사업자의 가격과 관련된 배제남용행위를 판단하기 위한 도구 개념이기 때문에 이를 통해 이윤압착을 규율할 수 있다는 것이다. 한편, 대법원은 이러한 해석이 모법 조항을 통해 체계적, 목적론적으로 도출될 수 있고, 예측가능성이 크며, 엄격해석 원칙에 반하지 않는다고도 판시했다.

② 두 번째 쟁점에 대해서는 원고가 실제로 통상거래가격에 비해 낮은 대가로 서비스를 공급했다고 판단했다. 대법원은 공정거래위원회가 제시한 통상거래가격은 일반적인 거래관행이나 경험칙에 따라 제시된 객관적인 수치이고, 통상거래가격이 잘못 산정되었다는 원심의 판결은 잘못되었다고 판시했다. 아울러 공정거래위원회의 기준에 따라, 원고가 통상거래가격에 비해 낮은 대가로 공급한 점도 인정했다.

③ 세 번째 쟁점에 대해서는 원고의 행위가 부당하게 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁사업자를 배제할 우려가 있다고 판단하였다. 대법원은 포스코 판결(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626)을 인용하며, 부당성이 인정되기 위해서는 시장지배적 사업자가 시장에서 독점을 유지, 강화할 의도나 목적을 갖고 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 우려가 있다고 평가할 수 있는 행위를 해야 한다고 판시했다. 다만, 대상판결의 사안과 같이 소매가격과 도매가격의 차이가 음수인 이윤압착의 경우에는 통상 그 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 의도와 목적이 있다고 추정된다고 판시했다.

이어서 대법원은 완제품의 가격에서 원재료 가격이 차지하는 비중이 상당하고 원고가 자금력, 경제적 규모, 시장점유율, 원재료 공급 비중 등에서 상당한 우위에 있으며, 이 사건 행위가 이루어진 기간 동안 무선통신망을 보유하지 않은 기업메시징사업자들의 시장점유율은 감소하

---

5) 공정거래위원회의 의결 및 원심에 이르기까지는 원고의 행위를 '이윤압착'으로 명시하지 않았다.

6) "부당하게 통상거래가격에 비하여 낮은 가격으로 공급하거나 높은 가격으로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위" 부분을 의미한다.

는 경향을 보여왔다고 판단했다. 나아가, 상류시장에는 전기사업통신법상 제도적 진입장벽이 존재하는 한편, 하류시장에는 경제적 진입장벽이 존재하고 있다고도 명시했다. 이상의 점을 고려하여 대법원은 원고가 전송서비스 최저 판매단가 미만으로 기업메시징서비스를 판매하게 된다면 경쟁사업자는 배제될 것이고, 그 결과 감소할 사회적 효용이 소비자후생 증대효과에 비해 결코 작다고 단정할 수 없다고 판단했다.

V. 파기환송 이후의 판결(서울고등법원 2023.1.12. 선고 2021누49323 판결, 대법원 2023. 5. 18. 선고 2023두35227 판결)

파기환송심은 공정거래위원회의 처분을 위법하다고 할 수 없다며 원고의 청구를 기각하였다. 서울고등법원은 관련시장 획정과 관련하여 앱 푸쉬 서비스를 관련 상품시장에 포함시킬 수 있는지를 추가적으로 검토하였고, 대상판결의 취지에 따라 부당성에 대한 실질적인 심리를 하였다. 특히 경쟁사업자가 아무리 효율적으로 운영하더라도 적정한 이윤을 획득하기가 어렵다는 점을 강조하며, 시장 구조에 입각하여 경쟁제한효과를 부정할 수 없다고 판단하였다. 이어서 대법원 2023. 5. 18. 선고 2023두35227 판결을 통하여, 원고 패소판결이 확정되었다.

[판례평석]

I. 서론

대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결(이하 ‘대상판결’)은 수직통합된 시장지배적 사업자의 이윤압착 행위에 대해 논하고 있다. 대상판결은 수직통합(vertical integration)을, “하나의 사업자가 공급망의 연쇄를 따라 두 개의 서로 다른 생산단계에서 모두 사업을 영위하는 것”으로 정의한다. 이러한 수직통합을 통해, 기업은 시장에서 경쟁력을 확보할 수 있다. 사업자는 각 생산 단계에서 발생하는 마진을 내부화함으로써 일전보다 비용을 절감할 수 있고,[7] 기업 외부 거래상대방과의 거래비용을 감축할 수도 있기 때문이다.[8] 비용절감을 이룬 사업자가 지속적·장기적으로 더 나은 가격의 선택지를 소비자들에게 제공할 수 있을 것이다.[9] 그러나 다른 한편으로, 수직통합에 따른 경쟁 제한과 경쟁자 배제의 가능성도 존재한다. 가격을 통해 시장의 경쟁이 촉진되기보다는, 효율적인 경쟁자들이 시장지배적 지위를 지닌 사업자에 의해 시장에서 배제되고 시장의 경쟁이 둔화될 수도 있다.[10]

이처럼 수직통합된 시장지배적 사업자의 가격책정은, 소비자 잉여를 늘리는 효과와 경쟁자를 배제할 우려가 공존하는 사안이다. 복합적인 효과를 지닌 수직통합된 사업자의 가격책정에 대해서는, 해당 행위가 이윤압착으로서 공정거래법상 규제 대상인지, 규제 대상이라면 근거가 되는 법리는 무엇으로 정해야 하는지에 대한 검토가 필요하다. 이에 대해 대상판결에서는 이전까

---

7) 수직통합의 이중적 효과에 대해서는 이하 본문에서 더욱 상세히 다루어진다. 수직통합의 이중마진 문제 해결에 대해서는 고동희, 이인찬, “수직적 결합의 효과에 대한 분석 : 이중마진을 중심으로”, 산업조직연구 제8권 제1호(2000), 103면-104면 참조.

8) Posner, R., Antitrust Law(2nd ed.), Chicago: The University of Chicago Press, 2019, p. 224.

9) Elhauge, E., Research Handbook on the Economics of Antitrust Law, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, pp. 163-164.

10) 상류시장과 하류시장에서 모두 사업을 영위하는 기업이 하류시장에서 상당한 지분율이나 영향력을 보유하는 경우, 상류시장 경쟁자들은 하류시장의 주요 고객을 상실하게 된다. 또는 상류시장에서 판매하는 원자재의 가격을 높여 하류시장 경쟁자들의 비용을 높인 후 하류시장 판매가격을 낮춰 경쟁자들을 배제할 수도 있다. 수직통합 사업자가 상류시장 주된 공급자인 경우, 하류시장 경쟁자들이 원자재를 접하지 못할 수도 있다. Goyder, J./Albors-Llorens, A., Goyder’s EC competition law, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 425-427.

지 공정거래법 법리 하에서 포섭된바 없는 이윤압착 행위를 규제 대상으로 인정했고, 그 근거로 공정거래법 제5조 제1항 제5호와 동법 시행령 제9조 제5항 제1호를 제시하고 있다.

대상판결에서 다루어진 통신시장에서 시장지배적 사업자의 가격책정에 대해 분석하기 위해서는 우선 수직통합의 효과와 통신시장의 특징을 고찰하며 이에 따른 이윤압착의 규제 필요성에 대해 검토하고, 규제 기준이 타당한지 살펴보아야 할 것이다. 본고에서는 우선 강학상 이윤압착 개념을 여타 공정거래법상 개념과 비교하여 분석한다. 이후, 비교법 연구를 통해 이윤압착의 규제 기준, 규제산업에서 이윤압착 법리의 적용 가능성에 대해 고찰한다. 수직통합의 양면적 효과와 통신시장에 대한 분석에 기해, 대상판결에서의 수직통합적 사업자의 가격책정 행위가 이윤압착으로 규제대상에 포함되어야 하는지도 살펴본다. 끝으로 원고의 행위를 규제하는 방침으로서 이윤압착의 판단 기준이 타당한지를 검토하고, 이를 보완할 방안을 제안한다.

대상판결은 현행 공정거래법을 기초로 이윤압착 법리를 제시하는 최초의 판례로서 가치가 있다. 또한, 대상판결은 추후 이윤압착 법리에 있어 하나의 준거로도 기능할 것이다. 그렇기에 대상판결이 제시하고 있는 이윤압착 규제의 정당화 근거, 도·소매가격의 역전 현상을 주안점으로 둔 규제 방식이 적합한지에 대한 검토 역시 차후 공정거래법의 규제에 있어 길잡이 역할이 될 것이다.

Ⅱ. 이윤압착의 개념

1. 의의

강학상 이윤압착(margin squeeze)은 수직통합된 사업자가 상류시장(upstream market)에서의 도매가격(원재료 판매가격)과 하류시장(downstream market)의 소매가격(완제품 판매가격)의 차이를 좁힘으로써 하류시장의 경쟁사업자를 경쟁에서 배제시키는 행위를 말한다.[11] 이때, 도매가격과 소매가격의 차이를 좁히는 방식을 크게 ① 상류시장에서 원재료 가격을 인상하는 방식, ② 하류시장에서 완제품 가격을 인하하는 방식, ③ 앞선 두 가지 방식을 동시에 사용하는 방식으로 나눌 수 있다. 우리나라 공정거래법에서 이윤압착을 염두에 두고 입법된 명문 규정은 없으며, 이를 어떠한 행위유형으로 포섭해야 하는지에 관하여도 의견이 분분하다.[12]

2. 다른 개념들과의 비교

가. 약탈적 가격책정과 거래거절의 의의

약탈적 가격책정(predatory pricing)은 시장지배적 사업자가 의도적으로 제품의 가격을 낮게 책정하여 현재의 혹은 잠재적인 경쟁사업자를 배제하는 시장지배적 지위 남용행위의 일종이다.[13] 공정거래법 제5조 제1항 제5호, 동법 시행령 제9조 제5항 제1호는 “부당하게 통상거래가격에 비하여 낮은 가격으로 공급하[여] … 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위”를 금지하고 있는데, 이는 통상 약탈적 가격책정을 규율하는 규정이라 해석된다.[14]

약탈적 가격책정은 ① 이윤희생단계와 ② 이윤회수단계의 2단계로 이루어진다. 이윤희생단계

11) 권오승·서정, 독점규제법 이론과 실무, 6판, 법문사, 2023, 174-175면.
12) 위의 책, 176면; 황태희, “시장지배적 사업자의 이윤압착 행위의 부당성 판단”, 사법 제1권 제38호(2016), 705면; 이호영, “이윤압착행위에 대한 공정거래법의 적용에 관한 연구-미국 판례이론 및 기업메시징 사건(서울고법 2018. 1. 31. 선고 2015누38278 판결 및 서울고법 2018. 1. 31. 선고 2015 누 38131 판결)을 중심으로”, 법경제학연구 제16권 제3호(2019), 348-350면.
13) 권오승·서정(주 11), 172-173면.
14) 이봉의, 공정거래법, 제1판, 박영사, 2022, 277면.

에서 시장지배적 사업자는 가격을 크게 인하한다.[15] 시장지배적 사업자와 달리 충분한 자금력을 확보하기 어려운 경쟁사업자들은 손실을 버티지 못하고 시장에서 퇴출된다. 뒤이은 이윤회수단계에서 시장지배적 사업자는 제품의 가격을 다시 인상함으로써 이윤희생단계에서 본 손실을 회복한다. 이때, 시장지배적 사업자는 경쟁자들의 퇴출에 따라 강화된 시장지배력에 기해 가격을 인하 이전의 수준보다 더 높은 수준으로 인상할 수 있다. 이로써 시장지배적 사업자는 장기적으로는 자신의 지위를 이용하여 이윤의 손실 없이 경쟁사업자를 퇴출시킬 수 있게 된다.

한편, 거래거절(refusal to deal)[16]이란 시장지배적 사업자가 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위로(공정거래법 제5조 제1항 제3호), 사업자가 정당한 이유 없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하거나(동법 시행령 제9조 제3항 제1호), 정당한 이유 없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위(동항 제3호) 등을 포괄한다.

거래거절은 당사자의 관계 또는 거래 대상이 되는 상품의 특성에 따라 수평적 거래거절과 수직적 거래거절로 구분된다.[17] 여기서 수평적 거래거절은 동일한 시장에 있는 사업자 간의 거래거절을 의미하고, 수직적 거래거절은 상·하 인접시장에서의 거래거절을 의미한다. 가령 국민은행 등 7개 은행이 삼성카드에 대하여 CD망의 공동이용을 거절한 사건[18]은 수평적 거래거절로, 포스코가 현대하이스코에게 열연코일의 공급을 거절한 사건(포스코 사건)[19]은 수직적 거래거절로 볼 수 있다. 일반적으로는, 수평적 거래거절보다는 수직적 거래거절이 더 빈번하게 발생한다고 한다.[20]

나. 검토

강학상 이윤압착은 약탈적 가격책정이나 거래거절과 구별되는 별개의 행위 형태임에도, 양자와 공통된 요소를 가진다. 이윤압착이 '가격을 이용' 하여 시장지배적 지위를 남용한다는 점에 주목하면 약탈적 가격책정과 유사하다. 가령, 하류시장에서의 소매가격 인하가 약탈적 수준에 이른다면 약탈적 가격책정과 구분이 어려울 것이다. 다만, 이윤압착은 가격 인하를 반드시 수반하는 것이 아니므로[21] 이윤압착과 약탈적 가격책정은 하나가 다른 하나를 포함하는 부분집합의 관계가 아니라 각자의 독자적인 규제 영역을 가지되 교집합이 있는 관계로 보아야 한다.

한편, 이윤압착이 '수직적 시장구조' 에서 발생한다는 점에 주목하면 거래거절과 유사하다. 공정거래위원회나 법원이 거래거절의 한 형태로 이윤압착을 인정한 사례는 아직 없다.[22] 그러나, 이윤압착을 상류시장에서 생산요소의 가격을 하류시장에서의 경쟁자가 생존할 수 없는 수준으로 책정한다는 측면에 초점을 맞추면 거래거절에 준하는 것으로 이해할 수 있다.[23][24] 즉,

---

15) 이호영(주 12), 341면.
16) 공정거래법은 "거래거절"을 시장지배적 지위 남용행위의 하나로도 규율하고 있고, 불공정거래행위의 하나로도 규율하고 있다. 본고에서는 전자의 거래거절만 고려하도록 한다.
17) 홍명수, "시장지배적 지위 남용으로서 거래거절의 의의와 위법성 판단", 법학연구 제51권 제1호(2010), 8면.
18) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2003두14253 판결.
19) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.
20) 홍명수(주 17), 8면.
21) 가령, 상류시장에서 원재료의 판매가격만을 인상하면 가격 인하 없는 이윤압착이 가능하다.
22) 김채현,"플랫폼 시장 내 이윤압착 행위의 국내법적 규제에 관한 고찰", KHU 글로벌 기업법무 리뷰 제15권 제2호(2022), 39-40면.
23) 권오승·서정(주 11), 176면.
24) 후술할 linkLine 판결과 이에 영향을 받은 미국의 주류적 견해도 이윤압착을 거래거절에 준하는 것(사실상의 거래

상류시장의 시장지배적 사업자가 도매가와 소매가 간의 격차를 지나치게 좁히면 사실상 거래를 중단하는 것과 동일한 효과를 가지므로, 이를 사업자가 정당한 이유 없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하거나 정당한 이유 없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위로 충분히 포섭할 수 있다.[25] 시장지배적지위 남용행위 심사기준 Ⅳ.3.다.(3)도 필수요소의 거래거절에 관하여 '거절·중단·제한하는 행위'를 "실질적으로 거절·중단·제한하거나 이와 동일한 결과를 발생시키는 행위"라고 규정하여 사실상 거래를 중단하는 것과 동일한 효과를 발생시키는 이윤압착 행위를 거래거절로 포섭할 수 있는 근거를 마련하고 있다.

대상판결의 경우, 약탈적 가격책정을 규율한다고 통상 이해되는 공정거래법 제5조 제1항 제5호, 동법 시행령 제9조 제5항 제1호를 이윤압착 행위의 규제 근거로 삼았다. 이러한 점으로부터 대상판결은 이윤압착의 '가격을 이용'하는 측면에 집중하여 이윤압착을 약탈적 가격책정과 유사하게 파악했다고 평가할 수 있다. 이하에서는, 이윤압착에 대해 이미 규제가 이루어져 온 미국과 유럽연합의 법리를 검토하며 국내 법리에 도입할 수 있는 시사점을 파악하고자 한다.

3. 비교법 검토

가. 경쟁법을 바라보는 미국과 유럽연합의 시각

<표 1> 유럽연합과 미국의 규제방식 차이

	미국식 규제	유럽연합식 규제
경쟁법의 목적	경쟁촉진 (가격 설정의 자유)	경쟁촉진(시장 참여의 보호)
이론적 배경	시카고 학파	질서자유주의(프라이부르크 학파)

미국과 유럽연합 모두 경쟁법의 목적을 '경쟁을 촉진하는 것'으로 본다. 그러나 무엇을 경쟁촉진으로 판단하는지에 있어서는 차이를 보인다. 미국은 20세기 후반 정치적 보수주의에 기인해 시카고 학파의 영향을 크게 받았다.[26] 이들은 시장의 자율조정기능을 신뢰했고,[27] 시장의 조정 기능을 하는 가격 설정의 자유를 중요시했다. 그렇기 때문에 시장지배적 지위 남용행위와 같은 단독행위에 대해서는 느슨하게 규제한 한편, 가격 자체를 제한하기로 합의하는 카르텔에 대해서는 엄격하게 규제한다. 실제로, 미국 연방대법원[28]은 시장에서 가격 설정의 자유를 강조한다.[29]

반면, 유럽연합은 사상적으로 경쟁과 경제적 자유가 정치적 자유의 원천이라는 질서자유주의의 영향을 받았다.[30] 유럽공동체의 확대와 공동체 조약의 발전 과정에서도, 경제적으로 발전한 회원국의 지배적 기업에 의한 시장의 장악 또는 통제를 막는 것을 주된 목표로 삼았다.[31] 그 결과 시장에 다양한 사업자들이 자유롭게 참여할 수 있는 환경을 경쟁촉진으로 이해하는 문화가 형성되었다. 실제로 유럽사법재판소(ECJ)는 사업자들의 시장참여를 보호해야 함을 역설하였

거절)로 보고 있다. 이호영(주 12), 339-340면 참조.

25) 김채현(주 22), 39면.

26) 이기종, "공정거래법의 목적: 비교법적 고찰을 중심으로", 비교사법 제14권 제3호(2007), 1082면.

27) 강구상 외, "산업간 융·복합 시대 미국과 EU의 경쟁정책 분석", 대외경제정책연구원 연구보고서, 2020. 12. 30, 53면.

28) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004) 참조.

29) "The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only no unlawful; it is an important element of the free-market system"이라 판시했다.

30) 이기종(주 26), 1086면.

31) 강구상 외(주 27), 44면

다.[32] 다만, 유럽연합에서도 경쟁사업자가 동등한 정도의 효율성을 가지고 있어야 한다고 판시하는 등, 효율성을 검토 과정에서 배제하고 있지는 않다.

이처럼 미국과 유럽연합의 법리는 경쟁법에 대한 상이한 시각에 기반하고 있으며, 이러한 입장의 차이는 이윤압착 행위에 대한 규제 방식에서도 드러난다. 이하에서는 양 법제 하에서 이윤압착의 규제 법리를 검토한다.

나. 미국 이윤압착의 규제 법리

미국에서 이윤압착 규제의 근거 조문은 셔먼법 제2조(Sherman Law Section 2), 연방거래위원회법 제5조(Federal Trade Commission Act Section 5)이다. 셔먼법 제2조에 따르면 거래를 독점하거나 독점을 시도・공모하는 행위는 금지된다.[33]

이윤압착에 대한 최초의 판결은 Alcoa 판결이다.[34][35] 미국 법무부는 알루미늄피 판매시장에서 시장지배적 사업자인 Alcoa 사가 알루미늄판 제조시장에서도 사업을 운영하면서 알류미늄피의 판매가격을 높게 설정한 행위가 이윤압착이라고 주장하며, Alcoa 사가 하류시장 경쟁자들을 배제하고자 가격을 설정한 결과 경쟁이 감소하였다고 보았다. Alcoa 사가 상류시장에서 원재료를 높은 가격에 판매함에 따라 하류시장 사업자들은 사업 지속을 위한 이윤(living profit)을 얻을 수 없던 것이다.

해당 판례는 독점 시도의 일환으로 이루어지는 위법한 이윤압착의 구성요건을 제시하였다. 이는, ① 사업자가 상류시장에서 독점력이 있으며 ② 상류시장에서 원재료의 가격이 공정가격(fair price) 이상이고 ③ 사업자 자신도 하류시장에서 경쟁하기 위해서는 해당 원재료가 필요하며 ④ 사업자가 하류시장에서 산정한 가격이 경쟁자의 경쟁을 배제할 정도로 낮아야 한다는 것으로 요약할 수 있다.[36] 해당 판례는 공정가격 이상으로 원자재를 판매한 경우 해당 기업은 이윤압착을 목적으로 행위한 것이며, 이를 반박할 책임은 당해 기업에 있다고 설명했다. 또한, 경쟁사들의 제조원가를 알지 못하더라도, 적어도 하류시장에서의 거래상대방들의 항의를 받은 이후에는 기업의 가격책정행위가 위법하다고 판단했다.[37]

Alcoa 판결 이후[38] 미국의 후속 판례들은 사업자의 행위가 규제 대상인 위법한 이윤압착인지 판단하는 구체적인 기준들을 제시하였다.[39][40] 더욱이, 판례들은 일관되게 공정거래법 위반

32) Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, C-333/94P (1996), ECR I-5951 참조. 판시 내용은, “The aim pursued, which is to maintain undistorted competition, rules out waiting such a strategy leads to the actual elimination of competitors”이다.

33) 손영화, “가격압착(price squeeze)에 관한 연구 - 미국에서의 논의를 중심으로-”, 경제법연구 제15권 제1호 (2016), 8면.

34) United States of America v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

35) Posner, R.(주 8), p. 103.

36) 손영화(주 33), 9면.

37) United States of America v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945). 판례 중 II. "Alcoa's" Unlawful Practices, (2) The *“Price Squeeze”* 부분 참조.

38) Alcoa 판결에 대해, 일각에서는 Alcoa 판결은 독점사업자라는 이유만으로 기업의 경쟁을 제한하는 판결이며 해당 판결에 따를 시 독점기업이 자신보다 비효율적인 경쟁자들의 사업을 용이하게 하기 위해 생산을 제한해야 한다는 귀결로 이어진다고 본다. Posner, R.(주 8), p. 196 참조.

39) 손영화(주 33), 11-12면.

40) City of Mishawaka v. American Electric Power Co. 판결에서는 위법한 이윤압착의 판단 기준으로 도매가격과 소매가격을 비교하는 요금비교기준을 방식을 활용하였는데, 이때의 소매가격은 기업이 승인을 요청하는 가격이 아닌, 이미 승인받은 실제 가격이 기준이다. Ray v. Indiana Michigan Elec. Co. 판결에서는 이전가격기준, 수익률 비교기준 등 이윤압착을 증명하기 위한 추가적 기준을 제시했다. City of Mishawaka v. American Electric Power Co., 616 F. 2d 976 (7th Cir. 1980); Ray v. Indiana & Michigan Electric Co., 606 F. Supp. 757 (N.D. Ind. 1984).

임을 주장하는 측에서 사업자의 경쟁제한적 의도를 증명해야 한다고 보았다.[41] 이윤압착의 규제 근거인 셔먼법 제2조가 독점을 형성 및 유지할 의도를 요건으로 요구하기 때문이다. 즉, 해당 사업자가 경쟁을 파괴하기 위해 의도적으로 효과를 발생시킨 점을 입증해야 셔먼법 위반으로 볼 수 있다.[42]

한편 이윤압착 규제와 관련된 또 다른 쟁점은, 가격 규제가 존재하는 상황에서 가격책정행위를 이윤압착으로 규제할 수 있는지였다. City of Mishawaka v. American Electric Power Co. 판결에서는, 가격 규제가 존재하는 상황에서 이윤압착의 성립 가능성을 긍정하였다.[43] 1990년대 이후에도 전력・통신시장과 같이 산업별 규제기관에 의해 가격통제가 이루어지거나 독점이 허용되는 분야에서 이윤압착 규제가 가능한지가 문제되었고,[44] 미국 법원은 사안별로 부정설과 긍정성을 오가는 태도를 보였다. Town of Concord 사건[45]에서는 수직통합적 사업자인 전력회사 Boston Edison의 요금책정이 이윤압착에 해당하는지가 다투어졌다. 이에, 제1연방항소법원은 상・하류시장 모두에서 요금규제가 이루어지는 상황에서 사업자의 요금 책정이 중대한 경쟁제한효과를 일으키는 것은 통상적으로 상정하기 어렵다고 판시하였다.[46] 나아가 법원이 요금에 개입하는 경우 효율성을 저하시키거나 가격상승을 일으킬 수 있으므로, 규제 대상 사업자의 가격책정은 극히 예외적인 경우가 아닌 이상 셔먼법 위반이 아니라고 보았다.[47]

반면 제9연방항소법원은 City of Anaheim 사건[48][49]에서 규제시장에서 이윤압착의 성립 가능성을 긍정했다. 법원은 전력의 소매요금은 주별 규제, 도매요금은 연방 규제의 대상이므로 두 요금의 규제시스템이 완벽하게 조화롭게 운영되는 것이 아니며, 사업자가 일시적으로 규제를 벗어나 이윤압착을 행하는 것이 가능하다고 보았다. 나아가, 규제산업이라는 이유만으로 전력사업자의 경쟁제한적 행위를 일괄 허용할 수는 없고, 법적으로 독점이 허용된 경우에는 셔먼법 적용에 신중해야 하나 Town of Concord 사건의 입장은 지나치게 한정적이라고 보았다. 유사한 사안을 다룬 City of Kirkwood 사건[50]에서도 제8연방항소법원은 이윤압착 사건에서는 전력회사가 책정한 요금 자체가 경쟁제한적인지 여부가 아닌 도매요금과 소매요금의 조합이 경쟁제한적인지 여부가 문제되는 것이므로 셔먼법이 적용된다고 판시하였다.

이후 등장한 linkLine 판결은 기존 Alcoa 판결의 규제 법리와 정면으로 충돌한다.[51][52] 해당 사안에서 원고인 linkLine 사는, SBC California 사가 지역통신망의 도매가격을 인터넷접속서비

41) 이호영(주 12), 343면.
42) 손영화(주 33), 9면.
43) 도매가격은 중앙 통제를 받고, 주별 소매가격은 주 정부의 승인이 요구되었다. 이처럼 각 시장별 가격에 서로 다른 규제가 이루어지는 상황에서도, 판례는 이윤압착이 성립 가능하다고 보았다. 특히 하류시장에서 정부의 가격 인하 정책에 따르더라도, 정부 정책이 셔먼법 적용을 배제하려는 의도가 아닌 이상 여전히 셔먼법의 적용 대상에 해당함을 명시하였다. City of Mishawaka v. American Electric Power Co.(주 40) 중 The “Price Squeeze” Charge 부분 참조.
44) 손영화(주 33), 13면.
45) Town of Concord v. Boston Edison Co., 915 F.2d 17 (1st Cir. 1990).
46) 이호영(주 12), 343-344면.
47) 이호영(주 12), 343-344면; 손영화(주 33), 13-14면.
48) City of Anaheim v. Southern Cal. Edison Co., 955 F.2d 1373 (9th Cir. 1992).
49) 원고인 지방자치단체 City of Anaheim은 하류시장에서 자신이 소유한 전력망으로 소매전력사업을 하던 자로서, 수직통합적 사업자인 Southern Cal. Edison의 요금책정이 이윤압착이라고 주장하였다.
50) City of Kirkwood v. Union Elec. Co., 671 F.2d 1173 (8th Cir. 1982).
51) linkLine Communications, Inc. v. SBC California, Inc., 503 F.3d 876 (9th Cir. 2007).
52) linkLine 판결의 피고인 SBC California 사는 전기통신사업자로 지역통신망을 판매하고, 자회사를 통해 인터넷접속서비스를 직접 제공했다. 이에, SBC California 사로부터 지역통신망을 구입하던 원고 linkLine 사는 SBC California사를 셔먼법 제2조 위반으로 제소했다. 손영화(주 33), 17면 참조.

스 소매가격 수준으로 책정하며 경쟁자들을 배제했다고 주장했다.[53] 이에 대해 연방대법원은, ① 도매단계에서 경쟁사업자와의 거래의무가 인정되는 경우나 ② 소매단계에서의 약탈적 가격책정이 문제되는 경우에만 이윤압착 행위를 셔먼법 제2조 위반으로 인정했다. 상류시장에서의 도매가격이 하류시장에서의 소매가격을 상회한다고 할지라도 거래의무 위반이나 약탈적 가격책정에 상응하는 위법이 없다면 가격책정 행위를 셔먼법 제2조 위반으로 볼 수는 없다.[54] 판례는 기업이 사업 상대방을 선택할 수 있는 자유를 다시금 확인하고 있으며, 거래거절에 대해 다룬 선행판결인 Trinko 판결[55]의 논리를 다수 차용하고 있다. 나아가, 법원이 이윤압착행위를 독점금지법 위반으로 인정하는 과정에서 도매, 소매가격을 분석하고 경쟁자에게 적절한 수준의 이윤이 보장되는지 검토할 경우, 법원이 적정한 가격이나 거래조건을 결정하는 중앙계획기구가 된다는 논리도 제시되고 있다.[56]

다. 유럽연합의 이윤압착 규제 법리

유럽연합에서는 이윤압착을 시장지배적 지위 남용행위의 독자적 유형으로는 인정하나, 독일의 경쟁제한방지법과 같이 이윤압착을 규제하는 명시적 조문을 두지는 않고 있다. 유럽연합에서 현재 이윤압착은 EU기능조약 제102조(시장지배적 지위 남용) 위반으로 규제되고 있다.[57] EU기능조약 제102조에 대한 지침서[58][59]에 따르면, 이윤압착은 -하류시장에서 판매하는 가격을 고려할 때- 동등하게 효율적인 경쟁자가 지속 가능한 수준의 이윤을 벌지 못하는 상류시장 가격을 책정하는 행위이다. 특히 유럽위원회[60]는 Napier Brown 심결[61][62]에서부터 일관되게, 개별가격이 아닌 가격 간의 격차를 이윤압착의 핵심이라고 보고 있다. 즉 시장지배적 사업자가 자신이 설정한 상류시장 가격에 따를 경우 하류시장에서 손실만 입게 된다면 이는 위법한 이윤압착이다. 또한, 상류시장과 하류시장 가격 간의 격차가 정상이윤을 확보하기에 부족한 경우 역시 이윤압착에 해당할 수 있다. 다만 후자의 경우 시장지배적 사업자는 자신의 고유한 효율성을 입증해 책임을 면할 수 있다.[63]

이윤압착에 대한 다수의 판례는 통신시장[64]에서 등장했는데, 이는 통신 분야가 민영화・자유

53) 손영화(주 33), 17면.
54) 손영화(주 33), 20면.
55) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).
56) 이호영(주 12), 345-346면.
57) 이석준·최인선, “수직적 통합기업의 가격압착행위에 관한 미국과 유럽연합 판결의 비교·분석”, 경쟁저널 제144호(2009), 16면.
58) Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings – amended by Amending Communication on March 2023.
59) 일전 EU기능조약에 대한 지침서는 이윤압착을 거래거절과 함께 분류했는데, 이에 대해서는 상류시장의 시장지배적 사업자가 효율적 경쟁자로 하여금 지속 가능한 이윤을 얻지 못하도록 가격책정을 하는 이윤압착 행위를 이윤압착과 유사하다고 보았던 것이다. Jones, A./Sufrin, B., EU Competition Law: Text, Cases, and Materials(6th ed.), Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 427; 개정 이전 EU기능조약 제82조에 대한 지침서 para. 80 참조.
60) 본고에서는 Commissions of the European Communities를 유럽위원회로 표시함.
61) Napier Brown-British Sugar, Case No. Ⅳ/30.178 (1988), OJ L 284, 41.
62) Geradin, D. et al., EU competition law and economics, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 262.
63) 김현수, “이윤압착의 규제 필요성과 위법성 판단 기준”, 기업법연구 제25권 제2호(2011), 196면.
64) 통신시장에서 시장지배적 지위 남용에 대해 다루는 판례는 다수이다. 예컨대, France Telecom이 인터넷 접속 서비스를 경쟁자 제거 목적으로 한계비용 미만으로 판매한 행위가 문제되었다. 유럽위원회는 약탈적 가격책정에서 경쟁제한의 의도는 추정된다고 주장했다. Nihoul, P. et al., Choice – a new standard for competition law analysis?, New York: Concurrences Review, 2016, pp. 10-12.

화된 후에도 과거 독점을 허용받았던 공기업들이 네트워크 인프라에 기해 시장지배력을 보유하고 있었기 때문이다. 유럽의 법원은 산업별 규제가 있더라도 이윤압착 행위는 시장지배적 지위 남용행위를 구성할 수 있다고 보며 일관되게 규제 긍정설을 취했다.[65] 관련하여 대표적인 사건으로는 Deutsche Telekom 판결[66]이 있다. Deutsche Telekom은 1998년부터 4년간 상류시장에서의 공급가를 자신의 하류시장 판매가보다 높게 책정했는데, 유럽위원회는 이를 유럽연합조약 제102조 위반인 시장지배적 지위 남용이자 이윤압착 행위라고 보았다. 유럽1심법원 역시 통신산업이 요금규제를 받고 있더라도 승인된 요금이 경쟁제한적 효과를 초래하고, 사업자가 경쟁제한효과가 없는 요금을 책정할 재량의 여지가 있었음에도 경쟁제한적인 요금을 책정한 것이라면 이는 시장지배적 지위 남용행위라고 판시하였다. 설령 통신시장 특성상 도매가격을 조정할 수 있는 범위가 없더라도, 도매가격과 소매가격 사이 격차가 이윤압착에 해당할 가능성을 부정할 수 없다고 보았다.[67] 또한, 규제기관이 사업자의 요금 책정의 경쟁제한성을 검토한 경우에도 유럽위원회가 경쟁제한성에 대해 규제기관과 다른 결론을 내릴 수 있다고 보았다.[68] 이윤압착 판단 기준으로는 수직통합된 기업이 하류시장 경쟁자들과 동일한 비용을 부담할 경우 수익을 낼 수 있는지, 동등하게 효율적인 경쟁자인지가 고려되었다.[69] 다만 이윤압착의 존재만으로 시장지배적 지위 남용이 인정되는 것은 아니며 경쟁제한효과는 별도로 입증되어야 한다고 설명하였다.[70]

이후 등장한 Telefonica 심결[71]과 TeliaSonera[72] 판결에서는 이윤압착과 필수재 사이의 관계가 다루어졌다. TeliaSonera 판결에 따르면, 상류시장에서의 원자재가 반드시 하류시장에서의 필수재가 아니어도 이윤압착으로 규제할 수 있다. 즉 이윤압착을 거래거절과 구분되는 남용행위로 본 것이다. 다만, 이윤압착의 효과를 고려하는 과정에서 대체가능성이 고려되며, 대체가능성이 충분하다면 경쟁제한효과가 없을 수 있다.[73] 이러한 경쟁제한효과의 입증을 위해서는 진입장벽이나 경쟁에 미치는 영향을 고려해야 하고, 경쟁제한효과가 구체적이지 않더라도 동등하게 효율적인 경쟁자를 잠재적으로 배제할 수 있음을 보이면 된다고 하였다.[74]

Telefonica 사건에서는 이윤압착이 사실상 거래거절의 한 부류[75]인지 다투어졌다. 사업자 측은 Telefonica 사가 제공하는 물건에 대체제가 존재하고, 사업자의 행위로 하류시장 경쟁이 배제되지 않았다고 설명하였다. 이에 유럽위원회 측은 Telefonica 사에 명문상 공급의무가 존재하며 당해 회사는 국가에 의해 경쟁으로부터 보호되는 특별한 권리를 누리므로,[76] 거래거절 요건이 입증되지 않은 경우에도 규제되어야 한다고 보았다.[77] 이러한 법리는 EU기능조약 제102

65) Jones, A./Sufrin, B.(주 59), p. 416.
66) 유선사업자인 Deutsche Telekom은 경쟁사업자에게 가입자회선의 접속을 제공하고 고객에게 접속서비스를 제공하는 수직통합적 사업자로, 규제기관에 통신요금을 승인받아 요금을 책정했다. Deutsche Telekom AG v Commission of the European Communities, T-271/03 (2008), ECR II-00477; Deutsche Telekom AG v Commission of the European Communities, C-280/08 (2010), ECR I-09555.
67) Deutsche Telekom AG v Commission of the European Communities, T-271/03 (2008), ECR II-00477, para. 170.
68) 이석준·최인선(주 57), 17면; Geradin, D. et al.(주 62), p. 263.
69) Deutsche Telekom AG v Commission of the European Communities, T-271/03 (2008), ECR II-00477, para. 186-188.
70) Jones, A./Sufrin, B.(주 59), p. 418.
71) Wanadoo España vs. Telefónica, Case COMP/38.784 (2007), OJ C 83, 6.
72) Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, C-52/09 (2011), EU:C:2011:83.
73) Geradin, D. et al.(주 62), p. 267.
74) Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, C-52/09 (2011), EU:C:2011:83. para. 61, 62, 64.
75) 원문은 사실상 거래거절을"Constructive refusal to supply"라고 표현하고 있음.
76) Geradin, D. et al.(주 62), p. 264.

조에 대한 지침서에 반영되어, 현재 거래거절 법리가 적용되지 못하는 영역에서도 이윤압착의 법리는 적용된다.[78]

라. 검토

미국과 유럽연합 법리 하에서 이윤압착 규제 방식에는 차이가 있다. 미국에서 이윤압착 행위는 약탈적 가격책정이나 거래의무와 연계되지 않고는 독자적인 셔먼법 위반이 될 수 없다고 보인다.[79][80] 즉 거래의무가 인정되지 않고 약탈적 가격책정에 해당하는 위법이 없다면 수직통합적 사업자의 가격책정은 별도로 이윤압착으로 규제되지 않는다. 이에 더해, 미국의 법리는 거래의무와 약탈적 가격책정의 기준을 엄격하게 정하고 있다. Trinko 판결에 따르면 다른 사업자들이 보유하지 않은 기초 인프라를 운영하는 것만으로는 거래의무가 도출되지 않으며, 다른 법률에 의거해 거래할 의무가 있는 경우에도 이를 독점규제법상 청구를 통해 관철시키는 것은 허용되지 않는다.[81] 역으로, 독점규제법상 거래의무는 여타 규제법상 의무가 없음에도 자발적으로 거래하던 상품의 거래를 상대 의사와 관계없이 단절하는 경우에만 인정된다.[82] 경쟁자들을 도울 의무는 없다는 논리에 입각해 거래의무를 좁게 해석하는 것이다.[83] 약탈적 가격책정의 경우 사업자가 설정한 가격이 스스로의 비용에 미달하는 동시에 낮은 가격에 따른 손실을 보완할 수 있다는 기대를 지녀야 한다.[84] 이처럼 현행 미국 법리에 따라 수직통합적 사업자의 가격책정이 이윤압착으로 규제되기 위해서는 linkLine 판례상 요건들을 모두 충족해야 하기에, 이윤압착의 양태를 지닌 행위가 위법하다고 규제하는 것은 쉽지 않다. 반면 유럽연합 법리에서 이윤압착은 약탈적 가격책정이나 거래거절과 무관하다. 상류시장의 가격이 하류시장의 가격보다 높거나, 하류시장의 경쟁자가 정상이윤을 창출하지 못할 가격이 책정된다면 이는 시장지배적 지위 남용행위인 이윤압착이다. 요금 등에 대해 당국 허가가 존재하더라도 경쟁제한효과는 별도 검토 대상이므로,[85] 유럽연합은 미국에 비해 규제산업에서의 이윤압착행위에 공정거래법이 적용될 여지를 폭넓게 인정한다.

물론, 유럽연합과 미국의 이윤압착 법리에는 공통점도 존재한다. 양 법리는 경쟁 보호를 표방하며, 이윤압착을 판단하는 기준에서도 수직통합 사업자의 비용이나 가격을 차용하고 있다.[86] 또한, 동등하게 효율적인 경쟁자인지가 주요 고려사항이 되는데, 효율적인 경쟁자가 아닌 기업에 대한 보호는 공정거래법의 목적이 아니라고 본다.[87] 또한, 양 국가의 법리 모두 이윤압착과 거래거절을 밀접하게 연결된 개념으로 파악한다. 미국 linkLine 판례에서는 거래의무의 존재를 이윤압착의 규제 요건으로 제시하며, 하급심에서는 사업자의 행위가 거래거절에 해당하는

---

77) Geradin, D., “Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the “Telefonica exceptions” are wrong”, TILEC Discussion Paper No. 2011-009 (2011), pp. 3-4.
78) Jones, A./Sufrin, B.(주 59), p. 425.
79) 안병훈, “공정거래법상 시장지배력의 전이, 양면시장, 공동의 시장지배, 이윤압착 등의 문제 2 : 기업 메시징 서비스 사건을 중심으로”, 경쟁저널 제182호(2015), 32면.
80) Meriwether, E.,“Putting the “Squeeze” On Refusal to Deal Cases: Lessons from Trinko and linkLine”, Antitrust vol. 24 no. 266(2010), p. 66.
81) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).
82) 안병훈(주 79), 33면.
83) Meriwether, E.(주 80), p. 66.
84) 손영화(주 33), 16면.
85) 이석준·최인선(주 57), 17면.
86) 김채현(주 22), 33면.
87) Gormsen, L. L., A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 166-168.

지 여부도 다투어졌다.[88] 유럽연합의 경우 일전에는 이윤압착을 사실상 거래거절의 한 부류로 고려했으나 현재는 독자적 유형으로 분류한다. 그러나 판단과정에서 상류시장에서 거래되는 재화의 필수재 해당 여부, 법률상 거래의무 존재 여부 등의 문제를 고려한다.

요컨대, 유럽연합과 미국의 법리는 이윤압착 행위의 규제 필요성, 규제산업에서 공정거래법의 적용 가능성에 대해 다루며 상이한 논리를 제시한다. 이하에서는 국내 법리 하에서 이윤압착 행위가 규제 대상인지 살핀다. 특히, 대상판결의 이윤압착행위 역시 규제산업에서 이루어진 바, 국내 통신시장의 규제가 어떠한지, 해당 시장에서의 이윤압착 행위에 공정거래법이 개입할 수 있는지를 검토한다.

Ⅲ. 이윤압착의 규제 필요성

1. 서론

이윤압착을 수직통합된 사업자의 정당한 가격책정 행위로도 볼 수도 있기에 그 규제에 대해 다양한 견해가 존재한다. 미국 법리에 따르면 이윤압착은 거래거절이나 약탈적 가격책정에 상응하는 위법이 있어야 규제 가능하고, 유럽연합의 법리에서는 상류시장 원자재가 필수재가 아닌 경우에도 이윤압착을 적극적으로 규율한다.

대상판결은 ‘이윤압착’이라는 용어를 명시하며 그에 대한 규율의 필요성을 긍정하였다. 일반론적으로는 이윤압착에 따라 공정경쟁의 기반이 저해됨을 고려하였고, 구체적으로는 원고가 전기사업통신법상 기간통신사업자라는 점을 검토하였다. 이는 이윤압착이라는 개념을 설시하지도 않은 원심판결 서울고등법원 2018. 1. 31. 선고 2015누38278 판결의 태도와는 사뭇 다르다. 실제로 원심은 대상판결과 달리, 원고의 가격경쟁으로 인하여 기업메시징서비스 가격이 하락하고 시장규모가 성장한 점을 강조하였으며, 기간통신사업자로서 원고의 지위도 별도로 검토하지 않았다.

이처럼 대상판결이 원심판결과 다른 태도를 보인 것은 ① 수직통합의 효율성, ② 기간통신사업자로서의 지위를 달리 바라본 점이 영향을 미쳤기 때문이다. 이번 장에서는 이윤압착의 규제 필요성을 평가하는 두 가지 지표를 중점적으로 검토한다.

2. 수직통합을 바라보는 두 가지 시각

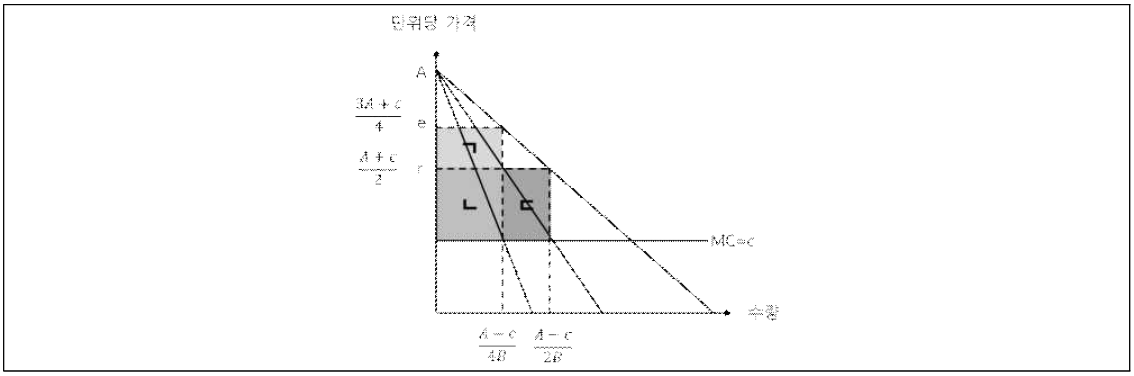
가. 수직통합의 경쟁촉진적 효과

시카고학파 경제학자들은 수직통합으로 이중마진(double marginalization)의 문제가 해결됨으로써 경제적 효율성이 제고될 수 있다고 한다.

<그림 1> 수직통합의 경쟁촉진적 효과

수직통합이 이루어지면 사회 전체의 잉여도 증가한다. <그림 1>에서 수직통합 이전의 소매회사는 ‘ㄱ’, 도매회사는 ‘ㄴ’만큼의 잉여를 갖고 있었다. 그런데 각 회사가 수직적으로 통합되면 생산자는 ‘ㄴ + ㄷ’만큼의 잉여를, 소비자는 ‘ㄱ’만큼의 잉여를 추가로 확보한다. 이는 수직통합에 의하여 도매기업과 소매기업이 각자에게 발생시켰던 외부효과가 내부화되고, 그로 인하여 제품의 가격이 낮아지고 판매량이 증가하는 효과가 발생하기 때문이다. 원심의 “원고의 가격경쟁으로 인하여 기업메시징서비스 가격이 하락하고 시장규모가 성장하였다”라

88) 손영화(주 33), 18-20면.



는 판시도 이와 같은 수직통합의 경쟁촉진적 효과를 표현한 것이다.

한편, 일부 학자들은 수직통합의 봉쇄효과도 부정한다. OSS(Ordover・Saloner・Salop) 모형에 의하면 수직통합된 사업자가 가장 경계하는 것은 바로 상류시장의 경쟁사업자와 하류시장의 경쟁사업자가 서로 합병하는 상황이다.[89] 따라서 수직통합된 사업자는 하류시장의 경쟁사업자를 고사시키는 대신, 생산요소를 한계비용보다 높은 적당한 가격에 공급하고, 봉쇄효과는 발생하지 않는다.

나. 수직통합의 경쟁제한적 효과

수직통합된 기업이 상류시장에서의 공급자로서의 지위를 이용하여 하류시장을 봉쇄하면(market foreclosure) 경쟁제한적 효과도 충분히 발생할 수 있다. 꾸르노 경쟁[90]을 가정한 Salinger(1988)의 모형에 의하면, 수직통합된 기업이 하류시장의 경쟁사업자에게 원재료를 공급하지 않거나 하류시장의 사업자가 퇴출되는 결과만이 발생하게 된다. 구체적으로는, 하류시장의 경쟁사업자가 시장에서 살아남기 위한 조건이 충족되는 경우에는 수직통합된 기업이 하류시장의 경쟁사업자에게 원재료를 공급할 유인이 발생하지 않는다는 것이다. 상황이 이와 같다면, ① 수직통합된 사업자가 원재료를 공급하지만 하류시장의 경쟁사업자가 이윤을 확보하지 못하여 퇴출되거나 ② 하류시장의 경쟁사업자가 이윤을 확보할 수는 있으나, 수직통합된 사업자가 원재료를 공급하지 않아 결국 하류시장의 경쟁사업자가 퇴출되는 경우만이 존재하게 된다. 두 가지 경우 모두 경쟁사업자가 종국에는 퇴출된다는 점에서 봉쇄효과가 발생하고, 시장이 독점화된다는 점에서 수직통합은 경쟁제한적이다. 대상판결의 “중・장기적으로 기업메시징 서비스 시장의 경쟁사업자가 배제됨으로써 나타날 수 있는 가격인상이나 서비스 품질 저하 등의 우려, 시장에서 유력한 현실적 또는 잠재적 경쟁사업자가 배제됨으로써 다양성이 감소되어 혁신이 저해될 우려”라는 설시도 위와 같은 수직통합의 봉쇄효과에 기초한 것이다.

3. 기간산업에서의 이윤압착

가. 논의의 배경

linkLine 판결에 따르면 수직통합 사업자의 거래의무는 이윤압착의 처벌 가능성을 판단하는 중요 요소인데, 이를 판단하는 과정에서 여타 법률상의 거래의무가 고려된다. 한편 Telefonica 심결이 제시하는 법리에 의해, 상류시장 재화가 하류시장에서 필수재인지 여부는 경쟁제한효과를 고려할 때 영향을 준다. 특히, 이윤압착 규제에 있어 시장지배적 지위가 국가의 허가에서

89) 박원규·이상규, 산업조직론: 현대이론과 실증적 응용, 아카데미프레스, 2015, 555-559면.

90) 과점시장 모형 중 하나로, 동일한 기업들이 각자 생산할 재화 수량을 동시에 결정하는 상황을 전제로 한다. 가격경쟁이 이루어지지 않고, 상대방의 생산량에 기초하여 자신의 생산량을 조절한다.

기인한 것인지가 주요하게 고려된다.[91] 대상판결에서도 원고가 기간통신사업자이며, 이로부터 파생되는 하류시장인 기업메시징서비스시장에도 진입장벽이 존재했음을 고려한다. 이에, 대상판결에서 원고가 사업을 영위한 기간산업 분야인 통신시장에 대해 고찰해보고자 한다.

나. 통신시장의 과점 구조

통신시장은 국가기반시설로서 시장 진입을 위해 막대한 비용을 들여 통신망을 설치해야 하고, 그 비용을 회수하기까지 장기간이 소요되는 자연독점의 성격을 가진다.[92] 더불어 통신은 국가의 안보나 국민의 복지와도 밀접하게 연관되어 공익성을 띠는 사업이기도 하다. 여러 나라가 통신시장에 강한 규제를 두는 이유이다.

우리나라의 경우 유럽과 유사하게 국가독점체제로 운영되다가 점차 민영화되는 수순을 밟았고, 여전히 초기 사업진입자들의 독과점 구조가 유지되고 있다.[93] 그러나 국가독점에서 출발했다는 점, 통신시장이 자연독점의 성격을 가진다는 점에도 불구하고 경쟁이 항상 없던 것은 아니었다.

2000년대 초반, 통신시장이 민간에 개방되면서 본격적으로 경쟁체제가 도입되었다. 이전까지 국가가 공기업인 한국이동통신공사를 통해 독점하고 있던 시장에 새로운 이동통신사업자와 PCS(개인휴대통신)사업자가 선정된 것이다. 이 당시 한국이동통신공사는 완전히 민영화되어 현재의 KT가 되었고, 한국이동통신공사가 무선서비스를 운영할 자회사로 설립해 두었던 한국이동통신서비스주식회사를 선경그룹(現 SK 그룹)이 인수하면서 오늘날의 SKT가 탄생한다. LG U+는 KT나 SKT에 비해 비교적 국가독점에 의존하지 않고 통신시장에 진입하였다. 다만, 정부의 데이터사업 육성 정책의 일환으로 설립된 한국데이타주식회사가 이후 민영화되어 LG 텔레콤 및 LG 파워콤과 인수합병되면서 LG U+가 되었기에, 현재의 시장지배력을 갖추는 데 있어 국가독점의 영향이 전혀 없었다고까지 볼 수는 없다. 이 외에도 한솔 PCS, 신세기통신이 통신시장에 진입하면서 당시 통신시장은 5개사(KT, SKT, LG 텔레콤, 한솔 PCS, 신세기통신)의 경쟁체제로 돌입하게 된다.[94]

그러나 KT가 한솔 PCS를[95], SKT가 신세기통신을 인수합병한 이후로 통신시장은 3사의 과점체제로 굳어지게 된다. 현재까지도 이러한 시장집중도 심화가 가속되어 이들의 전반적인 점유율이 50%를 상회하는 시장구조가 지속되고 있다.[96]

다. 통신시장의 규제

앞서 본 통신시장의 과점 구조와 통신산업의 공익성을 고려하여 전기통신사업법은 공정거래법과 별도로 규제 조항을 두고 있다. 이하에서는 그중 경쟁제한과 관련된 요금규제와 필수설비 제공의무를 살펴볼 것이다.

---

91) Jones, A./Sufrin, B.(주 59), p. 428.
92) 권오승, "정보통신사업과 독과점규제", 서울대학교 법학 제46권 제4호(2005), 198-199면.
93) 대상판결이 지적하듯 통신시장, 특히 그 중에서도 전송서비스시장에서 이동통신 3사(SKT, KT, LG U+)의 시장점유율은 100%에 달한다.
94) 최성락 외, "KT 민영화의 정책효과 분석에 관한 연구: 이해관계자 모델을 중심으로", 행정논총 제43권 제4호(2005), 187-188면.
95) KT의 자회사인 KTF가 한솔 PCS를 인수합병하고 KT가 다시 자회사인 KTF를 인수합병하였다.
96) 엄현지·이홍철, "정보통신 정책변화에 따른 통신사업자간 경쟁구도 연구", 한국산학기술학회논문지 제18권 제1호(2017), 554면.

〈표 2〉 요금규제의 입법 과정

전기통신사업법	요금규제 규정
1995. 1. 5. 개정	- 요금 인가제
1996. 12. 30. 개정	- 신고제 도입 - 다만, 시장점유율이나 사업규모를 고려하여 예외적 인가제
2010. 3. 22. 개정	- 예외적 인가제가 적용되는 사업자도 이미 인가된 요금의 인하에는 신고제 적용
현행	- 일정 매출액 이하의 사업자는 신고의무 면제 - 전면 신고제 전환 및 반려사유 명시

〈표 2〉에서 보는 바와 같이, 요금규제는 역사적으로 점차 완화되어 왔다. 원래 전기통신사업법은 전기통신역무별로 이용약관을 정하여 체신부장관의 인가를 받도록 하였다[전기통신사업법(1996. 12. 30. 법률 제5220호로 개정되기 전의 것) 제29조 제1항]. 이후 1996. 12. 30. 개정과 2010. 3. 22. 개정을 통해 인가제도를 부분적으로 신고제도로 변경하였고, 현행법에 이르러서는 사업규모 및 시장점유율을 불문하고 모두 신고제도로 전환하였다(현행 전기통신사업법 제28조 제1항). 다만, 과학기술정보통신부장관은 신고가 접수된 이용약관이 ① 특정 이용자를 부당하게 차별 취급하여 이용자 이익을 해칠 우려가 크다고 인정되거나 ② 다른 전기통신사업자에게 도매제공하는 대가에 비해 불공정한 요금으로 전기통신서비스를 제공하는 등 공정한 경쟁을 해칠 우려가 크다고 인정되는 경우에는 신고를 반려할 수 있다(동조 제4항).

한편, 동법은 필수설비의 제공의무를 규정한다. 기간통신사업자는 다른 전기통신사업자가 전기통신설비 등의 제공을 요청하면 협정을 체결하여 설비 등을 제공할 수 있으며(제35조 제1항), 다른 전기통신사업자가 전기통신역무를 제공하는 데에 필수적인 설비를 보유한 기간통신사업자, 시장점유율 등이 일정 기준에 해당하는 기간통신사업자는 위 요청이 있으면 반드시 협정을 체결해 설비를 제공해야 하며(동조 제2항 제1호, 제3호), 위반시 시정명령을 받거나(동법 제92조 제1항 제1호), 기간통신사업자 등록의 전부·일부가 취소·정지될 수 있다(동법 제20조 제1항 제6호).

2010. 3. 22.에는 통신망이나 주파수가 없는 전기통신사업자도 전기통신서비스를 제공할 수 있도록 도매제공제도를 도입함으로써 신규 사업자의 통신시장 진입장벽을 완화하고자 하였다. 기간통신사업자는 다른 전기통신사업자가 요청하면 협정을 체결하여 자신이 제공하는 전기통신서비스를 다른 전기통신사업자가 재판매할 수 있도록 다른 전기통신사업자에게 자신의 전기통신서비스를 제공하거나 전기통신서비스의 제공에 필요한 전기통신설비의 전부 또는 일부를 이용하도록 허용(도매제공)할 수 있다(동법 제38조 제1항).

요컨대, 전기통신사업법은 통신시장에 경쟁원리가 도입됨에 따라 국가의 개입을 최소화하며 요금규제를 완화하였다. 그러면서도 경쟁제한의 우려가 있는 선발주자에 대해서는 최소한의 가격 규제 수단(신고 반려)을 남겨두었고, 도매제공제도나 필수설비 제공의무를 부과하여 진입장벽을 완화하였다.

4. 소결

수직통합은 양면적 효과를 모두 지닌다. 대상판결의 사안에서도 수직통합 이후 가격 인하와 판매량 증대라는 효과가 실제로 발생하였다. 그러나, 다른 한편으로는 상류시장에서 공급자로

서의 지위를 기반으로 하류시장을 봉쇄할 가능성도 있다. 특히, 본 사안처럼 상류시장이 법률적·제도적으로 봉쇄되어 있으면 수직통합의 경쟁촉진효과보다는 경쟁제한효과가 더욱 크게 나타날 수 있다. 이처럼, 대상판결의 사안에서는 사업자가 생산요소의 봉쇄전략을 택함으로써 경쟁이 제한될 우려가 크다.

더욱이, 기간산업이자 전기통신사업법에 의한 규제를 받는 통신시장에서 이윤압착 규제는 크게 요구되는 바이다. 국내 통신시장의 발전 역사는 유럽과 유사하며, 국가의 주도로 발전이 이루어진 면이 크기에 비교법상 공정거래법상 개입이 요구되는 측면이 강하다. 실제로 1991. 8. 11. 전부개정된 전기통신사업법은 전기통신사업에 경쟁원리를 도입할 것을 천명하였고, 현행 전기통신사업법은 경쟁이 실질적으로 이루어지도록 기간통신사업자의 통신서비스의 공급의무를 규정하고 있다. 그러므로 봉쇄효과를 초래할 수 있는 이윤압착을 규율하는 것은 공정거래법뿐만 아니라, 전기통신사업법의 목적에도 부합하는 것이다.

위와 같은 요소들을 고려했을 때, 기간통신사업자인 원고의 이윤압착 행위는 우선 공정거래법의 규제 대상에 포함된다고 보는 것이 타당할 것이다. 다음 장에서는 그런 결론을 도출함에 있어 대상판결의 논증이 타당했는지를 검토한다.

Ⅳ. 가격남용 규제 방식의 문제점

1. 대상판결의 태도

공정거래위원회는 원고의 행위를 공정거래법 제5조 제1항 제5호의 "가격책정을 통하여 경쟁사업자를 배제하는 행위"로 규제하였고, 대상판결도 이윤압착을 배제가격책정의 한 유형으로 보아 규제할 수 있다고 판단했다.[97] 이어서, 공정거래법 제5조 제1항 제5호 및 동법 시행령 제9조 제5항 제1호의 조문에 맞추어, ① 원고가 책정한 가격이 통상거래가격에 비해 낮은지, ② 그것이 부당한지를 평가했다.

그 과정에서 대상판결은 제5조 제1항 제5호의 문언에 따라 원고와 피고보조참가인 간의 '경쟁사업자'로서의 관계에 초점을 맞추었고, 통상거래가격을 시장지배적 지위를 남용하는 행위가 존재하지 않는 정상적인 거래에서 형성되었을 가격이라 판단했다. 아울러, 부당성에 대해서는 소매가격이 도매가격보다 더 낮은 경우에는 그 행위 자체로부터 경쟁제한의 의도와 목적이 추정된다고 판단했고, 이윤압착의 단기·장기에 따른 긍정적·부정적 효과를 비교형량하였다.

그러나 대상판결의 판시에 따르게 된다면 도매가격이 소매가격보다 낮은 경우에는 규제 대상이 될 가능성이 크다.[98] 본고에서는 대상판결이 배제가격책정의 한 유형으로 이윤압착을 규율함으로써, ① 행위자가 가지는 이중적 지위를 담아내지 못한 점, ② 통상거래가격의 판단 기준이 충분히 명확하다고 보기 어려워 규제 공백으로 이어질 우려가 있는 점, ③ 가격이라는 단일 지표에 집중한 나머지 부당성이 과잉추정될 위험이 있는 점, ④ 기타 중대한 검토 요소들을 누락한 점에서 그 한계가 있었음을 보이고자 한다.

2. 행위자의 이중적 지위를 포섭하지 못함

공정거래법은 규제법이므로, 수범자들의 예측가능성을 보호하기 위해 법률 문언을 중심으로

97) 이봉의(주 14), 277면.

98) 형식적으로 바로 공정거래법 위반으로 판단되는 것은 아니지만, 부당하지 않음에 대한 입증이 사업자에게 전가된다는 점에서 실질적인 부담이 크다고 볼 수 있다.

금지요건을 해석해야 한다. 대상판결도 ‘통상거래가격’은 부당염매의 판단 기준인 ‘비용’과 동일하게 해석할 수 없다며 법 문언에 기반한 해석을 강조하고 있다. 그러나 대상판결이 규제의 근거로 든 공정거래법 제5조 제1항 제5호 전단은 문언상 행위자의 이중적 지위를 명확하게 포섭하지 못한.

통상적으로 수직통합되지 않은 사업자는 다른 사업자와 거래상대방의 관계에 있거나 경쟁사업자의 관계에 있는 등 편면적인 관계에 있게 된다. 그러나 수직통합된 사업자는 상류시장과 하류시장 모두에 속해 있기 때문에, 분석하는 시장을 무엇으로 정하는지에 따라 다른 사업자와의 관계가 달라질 수 있다. 실제로 이윤압착의 사안에서, 행위주체는 상류시장에서 다른 사업자와 거래상대방의 관계에 있지만, 하류시장에서는 다른 사업자와 경쟁사업자의 관계에 있다. 이처럼 한 사업자가 두 종류의 지위를 동시에 보유하는 경우에는, ① 불이익을 가하는 힘의 원천이 무엇인지, ② 문제된 행위의 속성이 어떠한지를 검토하여 관계를 설정해야 한다.[99]

이윤압착에서 행위자가 다른 사업자를 대상으로 불이익을 가할 수 있는 힘은 상류시장에서 기인한다고 볼 수 있다. 대상판결에서 정의하듯이, 이윤압착은 “수직 통합된 상류시장의 시장지배적 사업자가 상류시장 원재료 등의 판매가격과 하류시장의 완제품 판매가격의 차이를 줄임으로써 하류시장의 경쟁사업자가 효과적으로 경쟁하기 어려워 경쟁에서 배제되도록 하는 행위”이기 때문이다. 이윤압착이 ‘상류시장’에서 시장지배적 지위를 가질 것을 요하는 이유는, 애초에 사업자가 상류시장에서 필수적인 요소를 공급하는 지위를 남용하는 것을 규제하기 위해 이윤압착의 법리가 형성되었기 때문이다. 사안에서도 생산요소가 ‘필수 원재료의 성격을 갖는 전송서비스’였기에, 원고의 가격책정행위가 가능했던 것이다.

이윤압착에서 행위자의 힘은 상류시장에서의 시장지배적 지위에서 오는 반면, 그 결과는 하류시장의 경쟁사업자 배제로 드러난다. 다시 말해, 이윤압착은 결국 하류시장에서 경쟁사업자를 배제하는 것을 주된 목적으로 하는 행위인 것이다. 이처럼 이윤압착은 상류시장에서 거래상대방으로서의 지위, 하류시장에서 경쟁상대방으로서의 지위가 모두 유기적으로 결합하여 성립하는 것이다. 그러나 공정거래법 제5조 제1항 제5호는 “경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래”하는 행위를 규율한다. 공정거래법 제5조 제1항 제5호를 적용하는 것이 완전히 잘못된 것은 아니더라도, 본 조문을 통해서는 이윤압착의 일면(하류시장에서의 결과)만 담아낼 수 있는 것이다.

공정거래법 제5조 제1항 제5호의 한계는 거래거절을 규율하는 동법 제5조 제1항 제3호와 그 문언을 비교·대조할 때 더욱 선명하게 드러난다. 동법 제5조 제1항 제3호는 “다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해”하는 행위를 규율하는데, 이때의 ‘다른 사업자’에는 경쟁사업자는 물론, 거래상대방도 포함될 수 있다. 그렇다면, 이윤압착의 행위자가 가지는 거래상대방으로서의 지위와 경쟁상대방으로서의 지위를 포괄함에 있어서는 거래거절의 문언이 더 적합하다고 생각된다.

3. 통상거래가격의 문제

가. 문제점

대상판결에 따르면, 상품 또는 용역을 부당하게 ① 통상거래가격보다 ② 낮은 대가로 공급하면 이윤압착이 성립한다. 이하에서는 이 두 가지 요소에 대한 법원의 해석론을 비판적으로 검

99) 이봉의(주 14), 210-211면.

토해 본다.

나. 통상거래가격의 판단 기준

가격남용 규제 방식은 여타 방식에 비해 규제의 대상이 되는 '기준 가격'이 존재한다는 점에서 수범자가 규제 범위를 비교적 명확히 알 수 있다는 장점이 있다. 그리고 그 장점은 기준 가격을 어느 정도 객관적으로 결정할 수 있는 방법론이 있다는 점을 전제로 한다. 그러나 대상판결이 최초로 밝힌 통상거래가격의 해석론만으로는 기준 가격을 객관적으로 결정할 수 있다고 보기 어렵다고 생각된다.

대상판결은 원심의 "효율적인 경쟁자가 거래 당시의 경제·경영상황, 해당 시장의 구조, 장래 예측의 불확실성 등을 고려하여 일반적으로 선택하였을 때 시장에서 형성되는 현실적인 가격"이라는 해석을 받아들이지 않고 "시장지배적 사업자가 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래함으로써 시장지배적 지위를 남용하는 행위가 존재하지 않는 정상적인 거래에서 일반적으로 형성되었을 가격"이라는 새로운 해석론을 펼쳤다. 대상판결과 원심판결의 해석론을 비교하여 고찰할 때, 대상판결의 해석론은 ① 시장지배적 지위 남용행위가 없는 상태를 전제하고 통상거래가격을 산정해야 하고, ② 경쟁상대방의 효율성을 개별적으로 따지지 않고도 통상거래가격을 산정할 수 있다는 점에서 특징적이라 할 수 있다.

그러나, ①에서 시장지배적 지위 남용행위가 없는 상태를 전제해야 한다는 부분은 순환논법의 문제를 낳는다. 대상판결에 따르면 특정 행위가 이윤압착인지를 판단하기 위해서는 시장지배적 지위를 판단하고(1단계), 하류시장에서의 소매가격이 통상거래가격 미만인지를 판단한 후에(2단계), 부당성을 살펴야 한다(3단계). 그러나 2단계에서 통상거래가격을 정하려면 이윤압착이 없는 상태의 시장을 상정해야 하고, 이를 위해서 어떤 행위가 이윤압착이었는지를 다시금 판단해야 한다. 결국 대상판결이 제시하는, 통상거래가격을 기준 가격으로 하는 규제 방식은 역설적으로 기준 가격을 명확히 설정하지 못하는 한계에 봉착한다. 이러한 한계는 이윤압착이 아님에도 이윤압착으로 규제할 위험을 초래할 여지가 있다. 법원이 그 행위를 (선험적으로) 이윤압착이라 판단하여 통상거래가격의 산정에서 제외하면 통상거래가격이 높게 산출되고, 해당 행위가 이윤압착으로 판단될 가능성이 높아지는 것이다.[100]

② 역시 이윤압착의 과잉규제 문제로 이어질 수 있다. 비교법 부분에서 보았듯, 외국의 가격기준들은 기본적으로 '효율적인 경쟁자'를 통상거래가격 판단의 기초로 두고 있다. "경쟁자의 보호가 아닌 경쟁의 보호"라는 법원의 입장에 비추어 볼 때, 이러한 방향성은 우리나라에서도 견지되어야 할 것이다. 그렇지 않으면 비효율적인 시장참여자가 설정한 높은 소매가격이 통상거래가격을 끌어올려 통상거래가격이 과도하게 높게 산출되고, 과잉규제의 가능성을 높인다.

다. 규제 공백의 발생

공정거래법 시행령 제9조 제5항 제1호는 "통상거래가격보다 낮은 대가로 공급하는 행위"를 규율하고 있다. 그러나, 위 규정에 기한 규제 기준만으로 이윤압착을 완전히 규제할 수 있다고 보기는 어렵다.

---

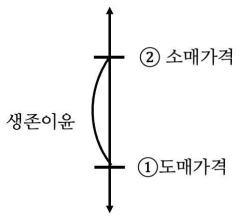
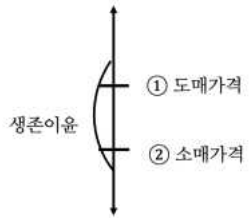
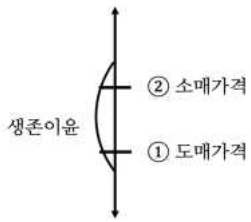
100) 이윤압착을 이윤압착으로 판단할 가능성도 증가한다. 대상판결의 해석론상 기준 가격의 산정은, 법원이 문제된 행위가 이윤압착인지를 선험적으로 판단할 것을 요청하고, 그 판단이 어떠하든 그로부터 산정된 통상거래가격은 법원의 선험적 판단에 부합하는 결과로 이어질 가능성을 높인다.

강학상 이윤압착은 상류시장에서의 도매가격과 상류시장에서의 소매가격의 차이를 좁히는 것이 본질이므로, 그 유형은 크게 ① 도매가격만 인상하거나 ② 소매가격만 인하하거나 ③ 도매가격을 인상함과 동시에 소매가격을 인하하는 세 가지로 구분될 수 있다. 이때, ②와 ③은 하류시장에서의 소매가격 인하가 발생하므로 그 인하된 소매가격이 통상거래가격 미만이라면 공정거래법 시행령 제9조 제5항 제1호의 "통상거래가격에 비하여 낮게 공급하는 행위"에 해당할 여지가 있다.[101]

문제는 ①의 경우이다. ①은 하류시장에서의 소매가격의 변동을 수반하지 않고 오로지 상류시장에서의 도매가격만 인상하므로, 이를 두고 "(하류시장에서) 통상거래가격에 비하여 낮게 공급하는 행위"라 할 수는 없다. 공정거래법의 목적에 비추어 유연한 해석의 태도를 취하더라도 하류시장의 변화가 없는 ①의 경우를 공정거래법 시행령 제9조 제5항 제1호로 포섭하기는 어려워 보인다.[102]

대상판결은 이윤압착을 통상거래가격을 고려하여 ① 수직통합된 시장지배적 사업자가 설정한 도매가격이 소매가격보다 높아 소매가격과 도매가격의 차이가 음수(-)이거나(음의 이윤압착), ② 도매가격과 소매가격의 차이가 시장지배적 사업자 자신의 하류시장 비용조차 충당할 수 없을 정도로 너무 작은 경우(양의 이윤압착)로 나누고 있다. 통상거래가격을 결정할 객관적 방법이 없음은 앞서 본 바와 같지만, 대상판결의 분류를 따르더라도 규제의 공백이 있음을 보이기 위해 잠시 어떠한 방식으로든 통상거래가격이 결정될 수 있다고 가정해 볼 것이다. 대상판결이 제시한 분류를 표로 정리하면 <그림 2>와 같고, 통상거래가격과의 관계를 기준으로 음의 이윤압착과 양의 이윤압착을 세분하면 <그림 3>과 같다.

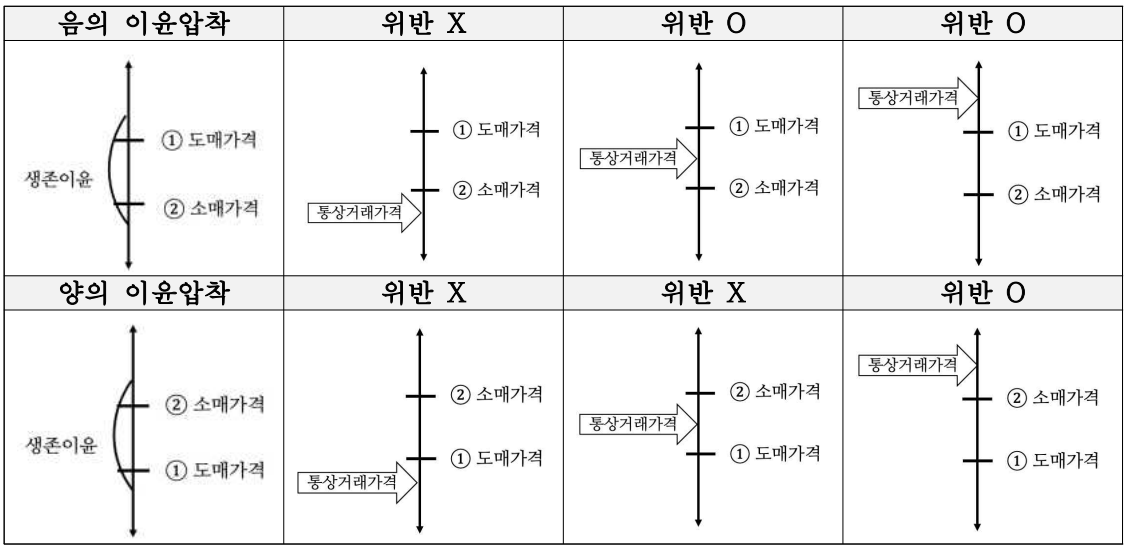
<그림 2> 이윤압착 행위 유형

통상적인 경우	음의 이윤압착	양의 이윤압착
		

101) 대상판결은 이윤압착을 "수직 통합된 상류시장의 시장지배적 사업자가 도매가격과 소매가격의 차이를 줄임으로써 하류시장의 경쟁사업자가 효과적으로 경쟁하기 어려워 경쟁에서 배제되도록 하는 행위"라 정의했는데, 이러한 정의 하에서도 본문의 세 가지 유형으로의 구분은 유효하다.

102) 물론, 장기적으로 수직통합된 사업자가 도매가격을 인상하면 그로부터 원재료를 공급받는 하류시장 사업자들의 비용이 증가하고, 소매가격도 덩달아 인상되어 하류시장에서의 통상거래가격 자체가 인상될 수 있다. 그러나 경쟁이 치열한 하류시장이라면 소매가격이 인상되리라 단정할 수도 없을뿐더러, 그렇더라도 소매가격 인상이 있기 전까지 기다려야 이윤압착 행위를 규제할 수 있게 된다.

<그림 3> 공정거래법 위반 여부



음의 이윤압착에 대해 보자. 이 경우, 첫 번째 사안에서는 소매가격이 통상거래가격보다 높으므로, 이윤압착에 해당함에도 공정거래법상 문제되지 않는 행위가 된다. 반면, 두 번째와 세 번째는 소매가격이 통상거래가격보다 낮으므로 이윤압착에 해당하면서도 공정거래법상 문제되는 경우이다. 다음으로, 양의 이윤압착에서 첫 번째 경우는 이윤압착에 해당하지만, 소매가격이 통상거래가격보다 높으므로 공정거래법을 위반하지 않는다. 두 번째의 경우 역시 소매가격이 통상거래가격보다 높기 때문에 문제되지 않는다. 세 번째의 경우에만 소매가격이 통상거래가격보다 낮기 때문에 현행 공정거래법 아래에서 문제가 된다. 이로써 강학상 이윤압착으로 규제되어야 할 행위가 규제되지 않게 되어 과소규제의 가능성을 증대시킨다.

4. 부당성 과잉추정의 문제점

가. 문제의 제기

대상판결의 부당성 추정 논리는 공정거래법과 판례에 따른 입증책임을 완화한다. 대상판결에 따르면, 공정거래위원회는 경쟁제한의 구체적 효과와 경쟁제한의 의도 모두 명확히 증명할 필요가 없다. 시장지배적 사업자의 가격책정 과정에서 도·소매가격의 역전이 발생했고 산업 특성상 경쟁제한의 우려가 존재한다면, 해당 행위는 규제 대상이 된다. 그러나 대상판결의 원심을 비롯한 판례 및 공정거래법 구조에 의하면, 법 조문상 부당성을 구성요건으로 요구하고 있는 시장지배적 지위 남용행위에서 부당성의 입증책임은 공정거래위원회에 있고, 경쟁제한 효과에 달하지 않는 경쟁제한우려만 있는 행위는 경쟁제한의도와 목적을 별도로 입증해야 한다.[103] 대상판결에서도 인용하듯이, 의도나 목적이 추정되는 경우는 구체적인 경쟁제한효과가 증명된 경우에 한한다. 판례와 조문에 따르면, 공정거래법상 부당성 개념은 처벌 여부를 결정하는 주요 요인이므로 이에 대한 입증을 별도로 요하는 것이다.

공정거래법상 총수일가의 사익 편취와 같이 경영상 정당한 이유를 산정하기 어려운 사안에서도, 판례는 부당성의 구성요건은 여전히 입증해야 한다는 입장을 고수하고 있다.[104] 공정거

103) 이봉의(주 14), 234-237면; 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.
104) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결.

래법 제47조가 공정거래저해성의 입증 부담을 완화하기 위해 신설되었음에도, 여전히 특수관계인에게 귀속된 이익이 부당하여 경제력 집중을 유지·심화시킨다는 점에 대한 입증책임은 공정거래위원회 측에 있다고 보았으며, 다만 사안에 따라 부당성의 개념을 완화 해석했을 뿐이다. 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결에서도 배타조건부 거래행위는 "상대방이 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 조건으로 거래하는 행위"이므로, 그 행위에 경쟁제한 목적이 내재되어 있는 경우가 많다고 설시할 따름이며, 배타조건부 거래행위에 대해 부당성이 추정되는 유형을 특정하지는 않았다. 이처럼 공정거래법상 부당성에 대한 공정거래위원회의 입증책임을 판례를 통해 완화하는 판시는 기존에 살펴보기 어려운 유형이다.

나. 부당성 과잉추정의 두 가지 가능성

이처럼 공정거래법상 요구되어 온 부당성에 대한 입증이 지니는 무게를 고려할 때, 가격 역전 현상에 국한해서나마 부당성을 추정하고 있는 대상판결의 논리는 이례적인 것으로 보인다. 물론 모든 종류의 이윤압착에 대해 부당성을 추정하기보다는 그 성질상 경쟁제한의도를 지닌다고 판단되는 유형에 국한하여 추정을 한정하고 있고, 사업자에 의한 반증 가능성을 열어둔 것은 타당하다고 생각한다. 그러나 가격역전 현상이 언제나 경쟁제한 의도로부터 유래했다고 보는 것은 타당하지 않으며, 폭넓은 추정은 과잉규제로 인한 폐단을 가중시킬 수 있다. 이와 관련해서 ① 사업자가 하류시장의 사업자의 생산비용구조를 알지 못하여 도매가격보다 소매가격을 낮게 설정할 수 있다는 점과 ② 도매가격보다 소매가격을 더욱 낮게 책정하는 것이 이윤을 극대화할 가능성이 존재할 수 있다는 점을 반례로서 보이고자 한다.

첫째로, 기업마다 생산비용 및 구조가 달라 경쟁제한 의도가 없음에도 도매가격보다 소매가격을 더 낮게 설정할 수 있다. 선술한 Alcoa 판결에서는 사업자 측이 지속적으로 변동하는 알루미늄판 제조 비용, 가격 책정에 따른 파급효과를 알지 못했다고 항변했다. 실제로 사업자가 경쟁사업자의 생산함수를 구체적으로 파악할 수는 없는바, 연방대법원 또한 Alcoa 사의 항변을 일부 받아들였다. 물론 대상판결의 사안에서는 i) 기업메시징서비스를 생산하는 데 추가적인 비용이 무시할 정도로 작고, ii) 전송서비스 가격이 고시되어 있다는 측면에서 Alcoa 사안에 비해 비교적 거래구조가 투명하다. 그러나 i) 전송서비스 거래 가격이 거래량에 따라 변화하는 복잡한 구조를 가지고 있었던 점, ii) 통신3사의 전송서비스 가격을 현실적으로 모두 알 수 없는 점, 그리고 iii) 원고로 하여금 경쟁사업자의 도매가격을 확인할 의무를 지울 수도 없다는 점을 고려한다면 대상판결과 같이 원고가 "기업메시징서비스 시장의 경쟁사업자가 배제될 개연성을 충분히 예상할 수 있다"고 단언할 수는 없다.

다음으로, 상류시장과 하류시장의 특성이 상이한 경우에는 도매가격보다 소매가격을 낮게 책정하는 것이 이윤을 극대화하는 선택일 수 있다. 대상판결의 사안을 변형시켜 <표 3>의 사례를 제시해보겠다. 가상의 마을을 예로 들어, 'S' 회사가 수돗물을 판매하는 상황을 살펴보고자 한다. S회사는 수돗물을 독점적으로 운영하고 있는 자로서, S회사만이 수돗물을 판매할 수 있다.

〈표 3〉 예시

S회사는 병당 20원의 비용으로 수돗물을 생산하며, 이를 1,000원에 판매한다. 수돗물은 필수 소비재로, 매일 1,000병이 꾸준히 판매되고 있지만, 가격 탄력성이 매우 낮아 가격을 인하한다고 하여 판매량이 증가하지 않는다. 그뿐만 아니라, 국가가 생필품인 수돗물에 대하여 가격상한제를 시행하고 있기 때문에, 가격 인상 역시 불가능하다. 결국 수돗물 시장에서는 고정된 수입 1,000,000원만이 발생한다. 추가로 수익을 창출하고자 S회사는 하류시장인 탄산수 시장에 진입하려 한다. 현재 탄산수 시장에서는 'P' 회사가 S회사가 생산한 수돗물을 가공하여 탄산수를 제조하고 있다. 수돗물을 탄산수로 가공하는 데는 병당 50원의 비용이 들며, 현재 시장에서 판매 가격은 1,100원이다. 탄산수 시장은 경쟁이 치열하며, 탄산수의 가격 탄력성은 높다.[105]

이때 S회사가 상류시장과 하류시장을 합쳐서 매출액을 극대화시키는 가격을 살펴보고자 한다. S회사의 이윤은 $\Pi(p)=p\times Q_{탄}(p)-70\times Q_{탄}(p)+100\times 1,000-20\times 1,000$으로, $Q\leqq 1,000$을 만족하면서 $\Pi(p)$를 극대화하는 p의 값은 700이다. 결국 이윤을 극대화하는 탄산수의 가격은 700원으로, 상류시장의 도매가격인 1,000원에 비해 낮은 값이다. 경쟁제한의도 없이 이윤을 극대화하더라도 도매가격이 소매가격보다 높을 수 있는 것이다.

물론, 예시에서는 특정한 수요함수를 전제하였지만, 이처럼 상류시장과 하류시장의 구조가 상이하면 자연스럽게 도매가격이 소매가격에 비해 낮은 현상이 발생할 수 있다. 앞선 예시 및 대상판결의 사안에서 공통되는 점은 상류시장이 포화되어 있어 추가적인 이윤을 확보하기 어렵다는 점이다. 다시 말해, ① 기간사업자가 생산하는 필수재는 이미 필요한 만큼 소비되고 있고, ② 가격을 인하하여 얻는 이익이 크지 않으며[106], ③ 산업규제 법률(사안의 경우 전기통신사업법)에 따라 가격인상의 폭이 제한되어 있기 때문에 상류시장에서 확보할 수 있는 이윤은 고정된 상수와 같은 것이다. 반면, 두 사안 모두 하류시장에서는 가격을 인하한 만큼 추가적인 수요를 확보할 수 있기 때문에 가격경쟁이 활성화되어 있다.

정리하자면, 두 사안 모두 ① 상류시장에서의 변수는 하류시장에 영향을 미치지 못하기 때문에, 이로 인하여 ② 하류시장의 가격은 수직통합된 사업자가 원재료를 판매하는 가격에 비해서도 더 낮게 설정될 수 있는 것이다.

더불어, 상류시장의 재화를 하류시장의 재화로 가공하는데 큰 비용이 부담되지 않는다면, 상류시장과 하류시장이 사실상 수평적인 관계에 있다고도 생각할 수 있다. 즉, '가격탄력성'이라는 수요자의 특성에 따라 시장이 분할되어, 3급 가격차별 전략[107]을 사업자가 채택할 수 있는 것이다. 사정이 그러하다면, 사업자로서는 경쟁제한의도 없이 탄력성이 낮은 상류시장에는 높은 가격을, 탄력성이 높은 하류시장에는 그보다 낮은 가격을 얼마든지 책정할 수 있다.[108]

---

105) 탄산수의 수요함수는 $Q(p)_{탄}=200+(1100-p)/100\times 200$으로, 현재는 200병이 판매되고 있고, 주민들은 탄산수의 가격이 100원 낮아질 때마다 추가로 200병을 구매한다고 가정할 것이다. 아울러, 시장의 최대 수요는 1,000병이고, 탄산수는 수돗물의 대체재가 아니라고도 가정하겠다.

106) 독점시장의 경우, 전송서비스 가격을 인하한다고 하여 소비자들이 전송서비스를 많이 이용하지는 않을 것이다. 과점시장의 경우 소비자들이 이동통신사를 변경하여 경쟁압력이 존재할 수 있겠으나 현실에서는 이동통신사업자 간의 담합이 발생하는 등 가격을 인하하는 경우를 확인하기 어렵다.

107) 3급 가격차별은 수요자의 특성에 따라 가격차별을 하는 방식이다. 가격탄력성이 낮은 직장인에 비해서 가격탄력성이 높은 학생에게 더 저렴한 가격을 부과하는 것이 대표적인 예이다.

108) 대상판결의 사안을 예로 들면, 대규모 기업고객(기업메시징서비스)과 일반 소비자(전송서비스) 사이에 가격차별을 하는 것으로 이해할 수도 있다.

5. 대상판결 하에서, 불충분한 검토가 이루어진 요소들의 분석

가. 수직통합의 효율성 증대효과와 소비자 이익에 대한 고려 미비

전 세계적으로 공정거래법은 복수의 목표를 추구하며.[109] 우리나라 공정거래법도 공정하고 자유로운 경쟁과 창의적인 기업활동의 진작, 소비자 보호와 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다. 이처럼 공정거래법이 추구하는 다양한 목표 중, 소비자 잉여나 소비자 선택을 더욱 중시하는 입장도 제기된다.[110][111] 즉 소비자후생 역시 공정거래법에서 결코 간과되어서는 안 되는 요소인 것이다. 대상판결 역시 원고의 가격책정에 따른 단기적 소비자후생 증대효과를 고려한다. 구체적으로는, 이윤압착 시 가격 감소에 따른 긍정적 효과를, 중·장기적 관점에서 경쟁사업자 배제 후 발생할 수 있는 가격 인상, 서비스품질 저하 등의 우려, 다양성 감소와 혁신 저해 및 거래상대방의 선택권 제한이라는 부정적 효과와 비교형량하고 있다. 즉 대상판결은 원고가 장기적으로 저품질의 물품을 고가에 제공할 가능성과 거래상대방 선택권이 제한되는 효과를 단기적 소비자의 이익으로 정당화할 수 없다고 보았다.[112]

이처럼 대상판결에서는 추상적인 개념들에 기해 발생 가능한 잠재적 효과들이 종합적으로 고려되었고, 이에 기해 원고에 대한 규제가 정당화되었다. 수직통합된 시장지배적 사업자의 차후 행보를 예측하여 현재 기업을 규제하기 위해서는 예측이 면밀하게 이루어져야 한다. 그러나 대상판결에서는 원고의 하류시장 가격 인하 정책이 단기적인 것인지, 경쟁사업자와 무관하게 장기적으로 이루어지는 전략인지 분석하지 않았다. 대상판결의 원심은 하류시장인 기업메시징 서비스 시장이 원고의 독점시장이 아니기에 단독으로 가격을 인상하기 어렵다는 점을 설시하였고, 그 외 여타 사업자들과의 담합 가능성이 높다고 단정하기도 어렵다. 즉, 원고가 중·장기적으로 가격을 인상한다는 우려가 실현 가능한지는 충분히 검토되지 않았다.

더 나아가 이윤압착에 따른 파급효과를 고려하는 과정에서, 시장지배적 지위 남용행위를 규제하는 공정거래법 조문의 존재에 따른 예방적 효과가 검토되지 않았다. GE-Honeywell 기업결합 판결에 의하면 기업결합 이후 발생할 행보를 예측하는 과정에서, 현행 법률이 기업의 위법한 장래 행보를 억제하는 효과를 고려해야 한다고 본다.[113] 현재 국내 공정거래법에도 시장지배적 지위를 지닌 사업자의 행위를 규율하는 조문들이 존재한다. 그러므로 대상판결이 우려하는 사업자의 장래 시장지배적 지위 남용행위가 발생하지 않을 가능성도 충분히 고려해야 하는 것이다.

물론 대상판결이 제시한 이윤압착의 정의에 따라, 규제 과정에서 가격이 주요 요소로 고려될 수밖에 없다. 그렇기에 이윤압착을 규제함에 있어 하류시장의 낮은 가격을 검토할 때, 이로부터 반사적 이익을 향유하는 소비자의 잉여에 대해서도 고려해야 한다. 이 과정에서는 소비자 이익의 변동 방향이나 기업의 장래 행보를 예측함에 있어 구체적인 근거를 제시해야 할 것이

---

109) 가령, 유럽연합 공정거래법의 주된 목적을 둘러싸고도, 소비자 이익 보호와 경쟁 과정의 보호 등 복수의 해석이 존재한다. Gormsen, L. L.(주 87), p. 168. 참조.

110) 예컨대 consumer betterment test에 의하면, 독점기업이 경쟁자를 배제하는 경우 해당 경쟁자들이 독점기업보다 더 나은 조건(가격, 품질)을 제공할 수 있었는지를 바탕으로 위법성을 판단한다. 해당 관점에서는 배제된 경쟁자가 소비자에게 더 나은 조건을 제시할 수 있던 경우에만 공정거래법의 개입을 요한다. Elhauge, E.(주 9), pp. 7-8 참조.

111) 이는 동등하게 효율적인 경쟁자가 아닌 경우, 시장의 참여자는 보호 대상이 아니며 배제되더라도 규율 대상이 아니라고 본다는 점에서, 동등하게 효율적인 경쟁자 기준과도 통하는 면이 있다. Gormsen, L. L.(주 87), p. 166 참조.

112) 이는 앞서 살펴본 수직통합의 효율성 증대 효과와 봉쇄효과 사이의 형량으로도 치환할 수 있다.

113) General Electric Company v Commission of the European Communities, T-210/01(2005), ECR II-05575, para. 6, 58, 302, 312.

다. 특히 ①차후에도 가격 인하 방식의 음의 이윤압착 하에서 소비자 이익에 대한 주장은 필연적으로 제기될 것이며 ② 소비자 후생과의 비교형량은 추상적인 장래 가능성에 의존해 이루어지는 측면을 고려할 때, 구체적인 비교의 방침과 예측의 길잡이를 제공하는 것이 타당하다고 본다.

나. 가격 외의 규제 요건에 대한 불충분한 검토와 부정적 파급효과

반면, 대상판결은 규제 과정에서 수반되는 개념들에 대해 충분히 고려하지 못했고, 이는 곧 공정거래법의 목적에 반하는 부정적 결과를 초래할 수 있다. 대상판결이 언급하였듯 하류시장의 가격 인하는 정당한 경쟁 수단인지 경쟁자 배제의 일환인지 구별이 어려운데, 이러한 경우 위법행위의 구성요건을 구체적으로 정함으로써 사업자의 거래의 자유를 보호하고 예측가능성을 담보할 필요성이 있다.[114]

이윤압착 규제에 있어 주된 역할을 차지하나 검토가 미진한 개념으로는 '동등하게 효율적인 경쟁자'가 있다. 경쟁자의 효율성은 이윤압착 규제가 경쟁자가 아닌 경쟁의 보호를 담보하기 위한 요소로, 해외 학설들은 기업의 효율성을 판단하기 위한 기준들을 적극적으로 논의해 왔다.[115] 반면 대상판결은 효율적인 경쟁자 여부를 판단함에 있어 최초로 기업메시징서비스를 개발한 회사인지, 비용상 열위가 시장의 구조에서 말미암았는지 등을 기준으로 차용한다. 대상판결은 효율적인 경쟁자가 무엇인지 규정하지 않았고 비용 구조를 충분히 고려하지 않았음에도, 과거의 기술 발전이라는 역사적 논거와 시장 특성이라는 요소를 들어 경쟁자의 효율성을 판단한다. 효율적인 경쟁자인지는 공정거래법의 목적 달성에 필수적인 개념 표지라는 점에서, 더욱 구체적인 기준을 상정하고 과잉규제를 방지해야 할 것이다.

이처럼 수직통합된 사업자의 행위가 위법한지 판단하는 논거가 충분히 구체화되어 공표되지 않는다면, 사업자들이 수직통합을 통한 효율성 개선에 대한 유인을 상실할 수 있다. 하류시장과 상류시장 간 필수재가 거래되는 경우, 공정거래법은 하류시장에서의 사후적인 배분적 효율성도 강조하지만, 상류시장 인프라에 대한 투자유인 역시 중시한다.[116] 이윤압착 규제에 예측가능성이 결여될 경우 이는 수직통합을 통한 효율성 개선과 인프라에 대한 투자를 상실하는 결과로 이어질 수 있다. 특히 필수적 인프라에 대한 민간 투자가 미진할 경우, 국가가 부여한 시장의 독과점적 특징이 희석되지 않고 기존의 독과점 구조가 지속될 수 있다는 위험성이 존재한다.

또한 이윤압착에서의 소비자 이익을 충분하게 검토하지 못할 경우 차후 소비자 이익에 반하는 기업의 선택을 유도할 수 있다. 대상판결은 부당성이 추정되는 유형의 이윤압착으로 도매가격과 소매가격이 역전되는 경우를 제시한다. 현재 이윤압착 규제에서 가격이 최우선적으로 고려되기에, 시장지배적 지위를 지닌 수직통합 사업자들은 소매가격을 여타 경쟁자와 유사한 수준으로 높이는 방안을 채택할 수 있다. 즉 대상판결과 같이 이윤압착을 규제한다면 원고와 같은 수직통합된 사업자들이 소매시장에서 가격을 높이며 대응할 수 있고, 그렇다면 '시장 구조에서 기인하는 경쟁자 간 불평등'은 해결되지 못한 채, 소비자들의 후생만이 감소할 수 있다.[117]

---

114) 이황, "공정거래법 '거래상 지위' 개념과 판단 기준", 법제연구 제51권(2016), 54면.

115) 예컨대, 기업의 효율성을 크기와는 무관한 개념으로 해석하고 규모가 작고 자원이 부족해서 경쟁에서 배제된다면 효율성은 인정할 수 있다거나 그 과정에서 비용 곡선을 고려해야 한다는 취지의 주장이 존재한다. Gormsen, L. L.(주 87), p. 167.

116) Geradin, D. et al.(주 62), p. 251.

6. 소결

앞선 장에서 살펴보았듯이, 대상판결은 기간통신사업자인 원고의 이윤압착 행위를 규율해야 한다는 타당한 결론을 제시하였다. 그러나 공정거래법 제5조 제1항 제5호 및 동법 시행령 제9조 제5항 제1호에 근거해 논거를 설시하는 과정에서, 대상판결은 향후 이윤압착의 일반론으로 활용되기에는 다소 부적절한 논거들을 제시했다. 본고에서는 ① 공정거래법 제5조 제1항 제5호가 수직통합된 사업자의 이중적 지위를 담아내기에는 부족하고, ② 통상거래가격의 판단이 모호하여 규제의 공백이 발생할 수 있으며, ③ 가격이라는 지표를 활용하다 보니 부당성이 과잉추정되었고, ④ 중대한 검토 요소들이 누락되었다는 점을 그 한계로 평가했다. 그런데 위와 같은 대상판결 논리의 문제점들은 공정거래법 제5조 제1항 제3호, 동법 시행령 제9조 제3항 제3호의 '필수요소의 거래거절' 법리를 도입하여 일부 해결될 수 있다.

거래거절(공정거래법 제5조 제1항 제3호)을 구체화하는 시장지배적 지위 남용행위 심사기준 Ⅳ.3.다.(2)는 필수요소에 대한 거래거절에서 '다른 사업자'를 "필수요소 보유자 또는 그 계열회사가 참여하고 있거나 가까운 장래에 참여할 것으로 예상되는 거래분야에 참여하고 있는 사업자"라 정하고 있다. 즉, '다른 사업자'의 문언은 거래상대방과 경쟁사업자의 두 가지 관계를 모두 포섭하여 ①의 문제를 해결한다.

나아가, 거래거절의 경우 어떠한 행위가 되었든 거래가 거절되는 결과가 나타나면 거래거절의 구성요건이 충족되었다고 볼 수 있다.[118] 따라서 법원으로서는 '통상거래가격'이라는 기준 가격에 기대지 않더라도 시장에서의 실질적 효과를 중심으로 구체적 타당성 있는 판단을 내려 ②와 관련한 규제 공백을 제거할 수 있다. 가령, 대상판결의 사안에서 원고는 다른 전기통신사업자가 전기통신역무를 제공하는 데에 필수적인 설비를 보유한 기간통신사업자로서 전기통신사업법 제35조 제2항 제1호에 의해 통신망의 제공의무가 있다.[119] 즉 원고의 통신망은 필수요소이기에[120] 소매가격을 지나치게 인하하여 하류시장에서 경쟁제한의 효과나 우려가 존재하게 된다면, 원고가 하류시장의 사업자에게 필수요소의 제공을 사실상 거절한 것이다. 이때 법원은 통상거래가격에 대한 판단 없이 오로지 원고의 행위가 하류시장에서 경쟁을 실제로 제한하는 결과를 초래하거나 그러한 우려를 낳는지 판단하면 된다.

더욱이 이윤압착을 필수요소의 거래거절로 볼 경우, 기존 판례 흐름에 반하는 판시로 부당성을 과잉추정하는 ③의 문제 상황은 애초에 발생하지 않게 된다. 현행 공정거래법 시행령 제9조 제3항 제3호는 사업자가 '정당한 이유 없이' 다른 사업자에게 필수적인 요소의 사용을 거절하는 행위를 규제하고 있다. 즉, 필수요소의 거래거절에 대해서는 사업자가 '정당한 이유'가 있음을 직접 입증해야 하는 것이다. 이는 공정거래법이 필수요소를 공급하는 시장지배적 사업

117) 일각에서는 소비자의 이익은 가격뿐 아니라 소비자의 선택권에서 유래한다고 주장할 수 있겠으나, 기업메시징서비스의 경우 서비스의 품질 차이보다는 가격이 주된 경쟁 요소임을 고려할 때 가격 상승에 기인한 효용 감소가 더욱 크다고 보인다.

118) 김채현(주 22), 39면.

119) 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 각각 소관 업무에 따라 기간통신사업자가 통신망 제공의무를 지키지 않은 경우에는 그 시정을 명할 수 있다. 전기통신사업법 제92조 제1항 참조.

120) 시장지배적 지위 남용행위 심사규정은 필수요소에 관하여 네트워크, 기간설비를 예시로 들면서 ① 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급·판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁열위상태가 지속되어야 하고(필수성), ② 특정 사업자가 당해요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있어야 하며(독점성), ③ 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상·법률상 또는 경제적으로 불가능해야 한다(복제불가성)고 정하고 있다.

자의 일정한 정도의 공급 의무를 인정하기 때문에, 입증책임을 전환시킨 것이다. 이처럼 시행령의 문언상 입증책임이 이미 전환되어 있기 때문에, 무리하여 경쟁제한의도를 추정할 필요가 없다.

그러나 방법론에도 일정한 한계가 있다. 실무에서 위 조항은 규제의 근거로 잘 활용되지 않고 있으며, 해당 조항을 통해 이윤압착을 규율하더라도 중요한 검토 요소들이 누락될 수 있기 때문이다. 그러므로 장기적으로는 이윤압착을 규율하는 명문의 규정을 마련할 필요가 있다. 한 가지 해결책은, 시장지배적 지위 남용행위 심사기준 Ⅳ.3.라.를 개정하는 것이다. 이때, 심사지침의 세부 방침을 통해서 비교형량의 기준 등을 상술하는 방식도 생각해 볼 수 있을 것이다.

<표 4> 개정 시장지배적 지위 남용행위 심사기준

라. 이외에 다음과 같은 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위(영 제9조 제3항 제4호)
(7) 상류시장에서 시장지배적 지위에 있는 사업자가 하류시장에도 참여하는 경우, 부당하게 도매가격을 소매가격보다 높이거나 도매가격과 소매가격의 차이를 줄임으로써 다른 사업자가 하류시장에서 생산요소를 확보하여 사업활동을 하는 것을 어렵게 하는 행위

Ⅴ. 결론

대상판결은 공정거래법 제5조 제1항 제5호를 근거로 삼아 적극적인 해석론을 펼침으로써 이윤압착이라는 새로운 유형의 시장지배적 지위 남용행위를 논의의 단상에 올려놓았다. 이에 본고는 ① 이윤압착이 규제되어야 할 행위유형인지를 검토하고, ② 만약 규제해야 한다면 대상판결의 규제 방식이 타당한지 살펴보았다.

수직통합은 경쟁촉진효과와 경쟁제한효과를 모두 가지는데 기간산업에서는 상류시장이 법률적·제도적으로 봉쇄되어 경쟁제한효과가 더 크게 나타날 우려가 있다. 그 밖에도 국내 통신시장의 역사가 이윤압착을 적극적으로 규제하는 유럽과 유사하며 선발주자들의 시장지배력이 공고하다는 점, 전기통신사업법의 취지 등에 비추어 볼 때 적어도 기간산업, 특히 통신시장의 이윤압착은 규제의 필요성이 있다고 본다. 이에 본고는 대상판결이 이윤압착의 규제 필요성을 긍정한 부분에 찬동한다.

한편, 대상판결은 이윤압착의 규제 근거로 공정거래법 제5조 제1항 제5호를 들면서, 가격남용 규제 방식을 채택하였다. 그러나, 이러한 접근은 ① 이윤압착에서 행위자가 가지는 이중적 지위를 담아내기에는 한계가 있고, ② 대상판결이 제시한 통상거래가격의 판단 기준은 충분히 명확하다고 보기 어려워 규제 공백으로 이어질 우려가 있으며, ③ 가격이라는 단일 지표에 집중한 나머지 부당성이 과잉추정될 위험이 있고, ④ 몇몇 중대한 검토 요소들이 누락되었다는 아쉬움이 있다.

생각건대, 해석론으로서는 공정거래법 제5조 제1항 제3호의 거래거절로 이윤압착을 포섭하는 것이 타당하다고 본다. 거래거절을 통해 ① 이윤압착 행위자의 이중적 지위를 자연스럽게 반영할 수 있고, ② 통상거래가격이라는 개념에 기대지 않고도 구체적 타당성 있는 판단이 가능하며, ③ 부당성 과잉추정의 문제도 완화된다. 다만, 궁극적으로는 이윤압착을 새로운 시장지배적 지위 남용행위로 규제하는 명문규정을 신설하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

수직통합된 시장이 증가하는 오늘날, 이윤압착은 앞으로 더욱 논쟁적인 주제가 될 것이다. 이윤압착에 대한 후속판결의 귀추가 더욱 주목되는 이유이다. 본고가 이러한 이윤압착 사건의 해결에 조금이나마 도움이 되기를 희망한다.

<참 고 문 헌>

<국내 문헌>

단행본

권오승・서정, 독점규제법 이론과 실무, 6판, 법문사, 2023.

박원규·이상규, 산업조직론: 현대이론과 실증적 응용, 아카데미프레스, 2015.

이봉의, 공정거래법, 제1판, 박영사, 2022.

논문

고동희, 이인찬, “수직적 결합의 효과에 대한 분석 : 이중마진을 중심으로”, 산업조직연구 제8권 제1호(2000).

권오승, “정보통신사업과 독과점규제”, 서울대학교 법학 제46권 제4호(2005).

김채현, “플랫폼 시장 내 이윤압착 행위의 국내법적 규제에 관한 고찰”, KHU 글로벌 기업법무 리뷰 제15권 제2호(2022).

김현수, “이윤압착의 규제 필요성과 위법성 판단 기준”, 기업법연구 제25권 제2호(2011).

손영화, “가격압착(price squeeze)에 관한 연구 - 미국에서의 논의를 중심으로-”, 경제법연구 제15권 제1호(2016).

안병훈, “공정거래법상 시장지배력의 전이, 양면시장, 공동의 시장지배, 이윤압착 등의 문제 2 : 기업 메시징 서비스 사건을 중심으로”, 경쟁저널 제182호(2015).

엄현지・이홍철, “정보통신 정책변화에 따른 통신사업자간 경쟁구도 연구”, 한국산학기술학회논문지 제18권 제1호(2017).

이기종, “공정거래법의 목적: 비교법적 고찰을 중심으로”, 비교사법 제14권 제3호(2007).

이석준・최인선, “수직적 통합기업의 가격압착행위에 관한 미국과 유럽연합 판결의 비교・분석”, 경쟁저널 제144호(2009).

이호영, “이윤압착행위에 대한 공정거래법의 적용에 관한 연구-미국 판례이론 및 기업메시징 사건(서울고법 2018. 1. 31. 선고 2015누38278 판결 및 서울고법 2018. 1. 31. 선고 2015 누38131 판결)을 중심으로”, 법경제학연구 제16권 제3호(2019).

이황, “공정거래법 ‘거래상 지위’ 개념과 판단 기준”, 법제연구 제51권(2016).

최성락・최정민・박종웅・박정아, “KT 민영화의 정책효과 분석에 관한 연구: 이해관계자 모델을 중심으로”, 행정논총 제43권 제4호(2005).

홍명수, “시장지배적 지위 남용으로서 거래거절의 의의와 위법성 판단”, 법학연구 제51권 제1호(2010).

황태희, “시장지배적 사업자의 이윤압착 행위의 부당성 판단”, 사법 제1권 제38호(2016).

기타 자료

강구상・장영신・오태현・임지운, “산업간 융・복합 시대 미국과 EU의 경쟁정책 분석”, 대외경제정책연구원 연구보고서, 2020. 12. 30.

<국외 문헌>

단행본

Elhauge, E., Research Handbook on the Economics of Antitrust Law, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

Geradin, D./Dr. Layne-Farrar, A./Petit, N., EU competition law and economics, Oxford: Oxford University Press, 2012.

Gormsen, L. L., A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Goyder, J./Albors-Llorens, A., Goyder's EC competition law, Oxford: Oxford University Press, 2009.

Jones, A./Sufrin, B., EU Competition Law: Text, Cases, and Materials(6th ed.), Oxford: Oxford University Press, 2016.

Nihoul, P./Charbit. N./Ramundo, E., Choice - a new standard for competition law analysis?, New York: Concurrences Review, 2016.

Posner, R., Antitrust Law(2nd ed.), Chicago: The University of Chicago Press, 2019.

논문

Geradin, D., "Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the "Telefonica exceptions" are wrong", TILEC Discussion Paper No. 2011-009 (2011).

Meriwether, E., "Putting the "Squeeze" On Refusal to Deal Cases: Lessons from Trinko and linkLine", Antitrust vol. 24 no. 266(2010).

<영 문 초 록>

Margin Squeeze Regulation Revisited: Analyzing the Problem of Current Price-oriented Margin Squeeze Regulation
- On Supreme Court Decision 2018Du37700 Decided June 30, 2021 -

This paper discusses “margin squeeze,“ a practice where the vertically integrated dominant market player in an upstream market reduces the price difference between the cost of raw materials in the upstream market and the sale price of finished products in the downstream market. Such meager gap between the two prices makes it difficult for competitors in the downstream market to compete effectively. Given the absence of explicit provisions in Korean Fair Trade Law regarding the regulation of margin squeeze, there has been heated debate on whether regulation of margin squeeze should be mandatory, and how to carry out such regulatory moves. Amidst the lack of written regulation, the Supreme Court’s decision on June 30, 2021 in case 2018Du37700 marks the utmost precedent that establishes the legal principle under which margin squeeze can be regulated.

The Supreme Court was valid in concluding that margin squeeze practices of the plaintiff, a facilities-based telecommunications service operator, is subject to regulation under the Fair Trade Law. However, the authors found the decision problematic in the sense that the Court’s reasoning stems from the idea of price abuse and mainly comprises of price-oriented logic.

This paper supports the decision’s affirmation of the need to regulate margin squeeze, based on comparative legal studies, economic analyses, and reviews of telecommunications market regulations. However, it critiques the application of the price abuse regulation approach for ① failing to capture the dual position of actors in squeezed margins, ② the ambiguity of the standard for determining normal transaction prices leading to potential regulatory gaps, ③ the risk of overestimating unfairness due to focusing solely on price as an indicator, ④ and the omission of several critical factors for consideration. Furthermore, this commentary proposes alternative approaches through refusal to deal as an interpretive option and legislative amendments to revise the “Guidelines on Abuse of Market Dominance.” In today’s increasingly vertically integrated markets, this paper hopes to contribute to the resolution of squeezed margin cases.

Keywords: margin squeeze, vertical integration, price regulation, Fair Trade Act Article 5 (1) v, refusal to deal, business messaging service