
2023년 (사)한국경쟁법학회 공동학술대회

기업결합규제와 불공정거래행위의 금지

일 시 : 2023. 10. 13.(금) 13:00~18:00
주 최 : (사)한국경쟁법학회, 공정거래위원회
장 소 : 페럼타워 페럼홀(페럼타워 3층)



2023년 (사)한국경쟁법학회 공동학술대회

기업결합규제와 불공정거래행위의 금지

일시 : 2023. 10. 13.(금) 13:00~18:00

주최 : (사)한국경쟁법학회, 공정거래위원회

장소 : 페럼타워 페럼홀(페럼타워 3층)

준비위원장 : 최난설현 교수(연세대 법학전문대학원)

프로그램

13:00	등록	
13:10	개회사	홍대식 (한국경쟁법학회 회장/서강대 법학전문대학원 교수/서강대 법학연구소장)
13:20	축사	김성삼 (공정거래위원회 상임위원)
13:30	기념촬영	

[제1부] 최근 주요 기업결합 사례 검토와 디지털 경제에서의 기업결합 이슈

◆ 좌장 : 이호영 교수(한양대 법전문)

	주제	발표	토론
13:40~15:20	최근 주요 국내의 기업결합 사례검토 및 평가	김경연 변호사 (김·장 법률사무소)	안석우 사무관 (공정위 기업집단결합정책과) 김규현 변호사 (법무법인 율촌)
	플랫폼 킬러인수론에 대한 비판	주진열 교수 (부산대 법전문)	이상규 교수 (중앙대 경제학부) 조혜신 교수 (한동대 법학과)
15:20~15:40	휴식(coffee break)		

[제2부] 불공정거래행위 체계의 정비와 자율규제와의 조화

◆ 좌장 : 김두진 교수(부경대 법학과)

	주제	발표	토론
15:40~17:50	불공정거래행위 체계 정비	황태희 교수 (성신여대 법학부)	손동환 교수 (성균관대 법전문)
	불공정거래행위와 자율규제	박세환 교수 (서울시립대 법전문)	송선 사무관 (공정위 시장감시정책과) 장품 변호사 (법무법인 지평)
	가맹사업 영업지역과 배달플랫폼	김혁용 박사	한종연 변호사 (법무법인 광장)
17:50~18:00	폐회		

Contents

❖ 제1부 : 최근 주요 기업결합 사례 검토와 디지털 경제에서의 기업결합 이슈 ❖

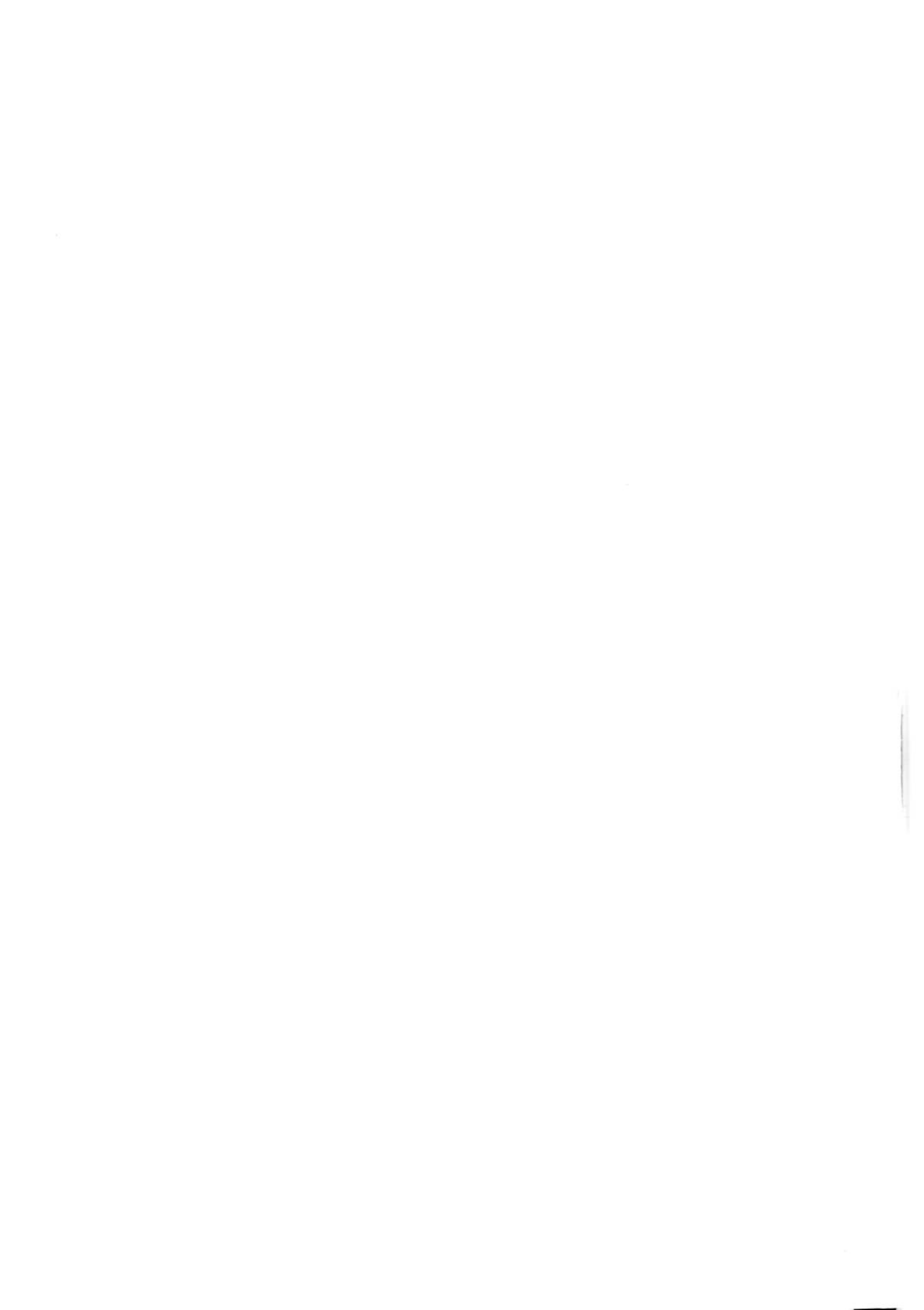
[사 회] 이호영 교수 (한양대 법전문)

[제1주제] 최근 주요 국내외 기업결합 사례검토 및 평가	
김경연 변호사 (김·장 법률사무소)	3
[토 론] 김규현 변호사 (법무법인 율촌)	19
[제2주제] 플랫폼 킬러인수론에 대한 비판	
주진열 교수 (부산대 법전문)	25

❖ 제2부 : 불공정거래행위 체계의 정비와 자율규제와의 조화 ❖

[사 회] 김두진 교수 (부경대 법학과)

[제1주제] 불공정거래행위 체계 정비	
황태희 교수 (성신여대 법학부)	57
[제2주제] 불공정거래행위와 자율규제	
박세환 교수 (서울시립대 법전문)	71
[제3주제] 가맹사업 영업지역과 배달플랫폼	
김혁용 박사	89
[토 론] 손동환 교수 (성균관대 법전문)	123
장 품 변호사 (법무법인 지평)	127



제 1 부

최근 주요 기업결합 사례 검토와
디지털 경제에서의 기업결합 이슈



01-1

**최근 주요 국내외 기업결합 사례검토 및
평가**

최근 주요 국내외 기업결합 사례검토 및 평가¹⁾

- Illumina/Grail 사건을 중심으로 -

김경연 변호사
김·장 법률사무소

1. 발제의 개요

일찍이 없었던 규모의 팬데믹과 뜻하지 않은 국제적 분쟁, 천재지변 등으로 지난 3-4년은 우리나라를 비롯한 전세계가 불황과 경기침체를 겪었습니다. 그런 와중에서도 막대한 규모의 인수합병은 어느 때와 마찬가지로 꾸준히 진행되었는데, 불경기에 때맞춘 산업적 구조조정의 성격을 가진 거래들(가령, 현대중공업의 대우조선해양 인수 건이나 대한항공의 아시아나 항공 인수 건, UBS의 크레디트스위스 은행 인수 건 등)도 있고, 기술개발의 격변기에 한단계 도약하는 시너지 효과를 노린 거래들(가령, NVIDIA의 ARM 인수 건, Illumina의 Grail 인수 건 등)도 있었습니다. 이처럼 시장의 변화 속도가 한층 빨라진 반면 변화의 방향은 더욱 예측하기 어려운 상황에서 경쟁당국의 고민이 깊어지는 것은 당연합니다. 당사회사들의 사업 내용은 점점 비전문가가 이해하기 어려워지고 그러다보니 더 복잡해져가는 관련된 경제학적 분석이나 산업/시장과 관련된 분석이 반드시 옳은 결론을 담보하지는 않을 것이라는 우려로 인해서인지, 기업결합을 통하여 당사자들이 추구하는 혁신의 가속화나 시너지의 긍정적인 요소보다는 만일의 경우에 발생할 수 있는 시장 구조의 고착화나 반경쟁적 행위의 가능성을 보다 비중 있게 다루려는 경향을 엿보게 됩니다.²⁾ 그 결과 위 대부분의 거래들은 경쟁당국들에 의하여 저지되거나 그로 인해 수년간 법적 분쟁이 계속되고 있는 상태입니다.

경쟁당국이 불허하거나 시정조치를 부과한 각각의 사건들은 모두 나름대로의 특징적인 쟁점과 시사점을 가지고 있겠습니다. 다만, 혁신기술의 첨단 분야에서 이루어지는 수평이 아닌 수직적 기

1) 개인적인 견해를 담았으며, 소속사무실의 입장과는 무관함.

2) 구체적으로, 2022년 주요 국가들(EC, 프랑스, 독일, 아일랜드, 이탈리아, 네덜란드, 폴란드, 영국, 미국, 중국, 남아프리카)에서는 총 32건의 M&A 거래가 저지되었는데, 그 중 13건이 정부에 의해 저지되었고, 19건은 정부의 반독점 우려 표명에 따라 당사회사들에 의해 자발적으로 철회되었음. 유럽에서만 본 발제문에서 다루고 있는 일루미나/그레일 사건을 포함하여 총 6건의 거래가 무산되었음. 미국 역시 DOJ와 FTC가 종전과 유사하게 소송을 통해 반독점 우려가 있는 거래를 제재하고 있어, 2022년에 총 10건의 거래가 미 DOJ와 FTC가 제기한 소송에 의하여 좌절되었고, 당분간 이러한 기조가 계속될 것으로 예상됨. (2023. 6. 20.자 김·장 법률사무소 뉴스레터 “글로벌 외국인투자 규제 강화에 따른 Outbound M&A Practice의 변화”, https://www.kimchang.com/ko/insights/detail.kc?curPage=2&sch_section=4&idx=27419&sch_cate_id_xs_arr=&sch_date=&scroll=1580.302978515625&index=N&cate_title=&sch_nm=%ED%95%B4%EC%99%B8)

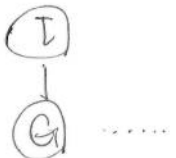
기업결합에 대해서 경쟁당국이 어떠한 경우에 경쟁제한성의 우려를 이유로 개입할 수 있는지를 비롯한 다양한 쟁점을 한 번에 들여다볼 수 있는 사건이 있어, 실무자의 관심사를 중심으로 이 사건을 간략히 소개 드리고 이 기회를 빌어 여러 토론자분들의 고견을 구하고자 합니다.

2. Illumina의 Grain 인수 사건 소개

일루미나(Illumina, Inc.)의 그레일(Grail, Inc.) 인수 건(이하 “일루미나/그레일 사건” 또는 “본건 거래”)은 최근에 있었던 전세계 기업결합 사례들 중에서도, 아마도 가장 뜨거운 논란의 중심에서 관심을 받은 사건 중 하나라고 해도 큰 이견이 없을 만한 사건입니다. 이 사건은 특히 유럽과 미국의 경쟁당국이 각각 해당 기업결합을 반대하는 입장이었음에도 불구하고 당사회사들이 거래의 종결을 강행하였고, 그 과정에서 각각 법원에서의 소송이 병행되는 와중에, 경쟁법 이외의 장에서는 행동주의 투자자에 의한 의결권 쟁탈전과 경영진 교체, 미국 증권거래위원회(SEC, Securities and Exchange Commission)의 조사까지 진행되는 등, 다양한 쟁점이 가용될 수 있는 모든 경로를 통해 다투어졌고 이것이 현재도 계속되는 중인, 가히 한편의 길고도 고통스러운 (long and tortured) 대하소설(saga)이라고 불려질 만한 사건입니다.³⁾

일루미나는 미국 소재 세계 최대의 유전체 분석(sequencing - 시퀀싱) 및 장비·제품 개발/제조업체이며,⁴⁾ 그레일은 일루미나가 2016년, 증상이 없는 초기 암 진단을 위한 광범위 혈액 검사를 개발하겠다고 발표하면서 액체생검⁵⁾ 사업부를 분할하여 설립한 회사입니다. 설립의 취지에 따라 그레일은 액체생검을 이용한 다중암조기진단(MCED)⁶⁾을 주요 사업으로 하고 있었습니다. 일루미나는 그레일의 분사 이후에도 10% 이상의 주식을 보유한 그레일의 주주였고, 그레일은 분사 당시 벤처투자회사들을 비롯, 마이크로소프트와 아마존 등으로부터 막대한 투자를 받기도 하였습니다. 그러던 중, 일루미나는 2020년에 그레일을 재인수하기로 결정하고, 미화 71억달러(원화 약 9조 5,850억원)의 인수를 발표하였습니다.

일루미나의 그레일 인수는 액체생검 MCED 진단(그레일)과 MCED 진단의 개발과 상용화에 필수적인 염기서열분석(일루미나) 업체간의 수직적 기업결합이었습니다. 따라서 미국과 유럽 경쟁당국의 주요 관심사는, 해당 장비에 대한 전세계 시장에서의 지배적 사업자로 알려진 일루미나가 본건 기업결합을 통해서 MCED라는 하방시장에서 그레일의 경쟁사업자들에게 불리한 행위(즉, 경쟁사업자들의 경쟁력을 약화시킬 **봉쇄적 행위**)를 할 능력과 유인을 가지게 될 것인지에 있었습니다.



3) Reuters는 이 사건의 주요 경과를 간략히 정리하여 보도하기도 하였음.

<https://www.reuters.com/markets/deals/rocky-history-illuminas-grail-deal-2023-06-06/>

4) <http://www.dailypharm.com/News/207546>

5) 혈액, 타액, 소변 등을 통한 비침습적 검사. 그레일은 혈액을 통한 검사/진단에 집중하였음.

6) 종양(암) 세포가 죽으면 혈액으로 방출되는데, 반복적인 DNA 시퀀싱을 통해 혈류에 떠다니는 종양세포의 DNA 조각을 감지하는 할 수 있음. 이렇게 DNA조각을 감지하는 방법이 액체생검인데, 이를 'Galleri 테스트' 또는 'Galleri 다중암조기진단(MCED, Multi-Cancer Early Detection)'라고 부름.

실제로 경쟁당국의 검토가 진행되는 과정에서 그레일의 경쟁자들 - 경쟁사업자들은 물론 대학의 연구소 등 - 일루미나와 그레일이 합쳐질 경우, 과연 일루미나가 경쟁사업자들에게 MCED 기술 등의 개발 관련 실험의 진행 및 FDA 승인을 위한 제품 지원을 계속해줄 것인지, 가격을 인상해버리지는 않을지 불안해했고, 나아가 일루미나가 지원과 서비스를 중단 없이 계속할 경우 경쟁사업자의 실험 데이터 등 민감한 기밀 정보를 그레일과 공유할 가능성에 대해 우려하기도 하였습니다.

문제는 양 경쟁당국의 조사가 한참 진행 중인 상태에서 당사회사들이 거래종결을 감행한 것에서 본격적으로 촉발되었습니다.⁷⁾

EU 일루미나는 유럽 경쟁당국의 조사에 대하여, 그레일이 유럽에서는 전혀 사업을 하고 있지 않으므로 유럽 위원회(EC)는 물론 EU의 어느 회원국도 당해 거래에 대해서 관할권을 가지지 않는다는 입장이었습니다. EC는 프랑스 경쟁당국으로부터 조사요구(referral)를 받음과 동시에⁸⁾ 당사회사들에게 현상 유지(standstill)를 요구하고 조사를 이어나간 끝에 2021년 4월에 본건 거래에 대한 심사관할권이 있음을 확인한 뒤 2021. 10. 29., (i) 그레일과 일루미나는 서로 분리되어 오로지 그레일의 이해관계만을 위한 독립된 분리관리자(Hold Separate Manager(s))에 의하여 경영될 것, (ii) 일루미나와 그레일은 법률준수와 일반적인 공급자-고객사 관계에서의 거래에 필요한 범위를 벗어나는 영업비밀을 공유하지 않을 것, (iii) 일루미나는 그레일의 운영과 개발활동에 필요한 충분한 재정 조달을 할 의무를 부담할 것, (iv) 양사간의 상호관계는 관련 업계의 관행에 따라 독립당사자의 지위 하에 설정됨으로써 그레일의 경쟁사업자에게 불리하지 않도록 할 것, (v) 그레일은 위원회가 본건 인수거래를 불허할 경우를 대비하여 다른 거래 방안을 적극적으로 구상할 것을 내용으로 하는 잠정조치를 내렸습니다.⁹⁾ EC는 결국 2022. 9. 6., 해당 인수를 불허하는 결정을 내렸고,¹⁰⁾ 일루미나가 당국의 조사 중 승인을 받기도 전에 거래를 종결하였음을 이유로 EC가 부과할 수 있는 최대 금액의 과징금(일루미나의 전세계 연간매출액의 10%)을 부과할 수 있음을 덧붙이며 이미 종결된 거래를 원상회복시키기 위한 “회복적 조치(restorative measures)”를 취할 수 있음을 시사하였습니다.¹¹⁾ 현재 일루미나는 사전 이행(gun jumping)에 따른 과징금 부과 처분을 비롯하여 본건 거래가 TFEU를 위반한 기업결합이므로 불허한다는 EC의 결정 모두를 다루고 있는 상황입니다.

US 미국에서는 일루미나와 그레일이 2020. 10. 9., FTC 및 DOJ 양쪽으로 HSR filing을 하였고,

7) 일루미나가 시도한 인수합병에 대해서 유독 그레일 인수에 대해서만 당국의 심층 검토에 따른 반대가 있었던 것은 아님. 2019년 12월, 미국 FTC는 일루미나가 유전체 시퀀싱 분야의 혁신적 개발사업자인 Pacific Biosciences를 인수하려는 거래를 불허했는데, 그 당시 일루미나는 양사의 제품이 다르므로 경쟁제한적인 수평적 결합이라기보다는 보완적 결합임을 주장하였지만 이는 받아들여지지 않았고, 결국 당사회사들은 거래를 포기하였음.

8) 일루미나는 벨기에와 네덜란드 당국이 프랑스 경쟁당국과 같은 입장을 취하게 되자, 네덜란드 법원과 프랑스 법원에서 EU가 조사관할권을 가지지 않았으므로 각 회원 경쟁당국에서 심사를 요구할 수 없음을 다루었으나 받아들여지지 않았음.

9) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5661

10) 2022. 9. 6. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5364

11) 2023. 7. 12. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3773

FTC는 검토 과정에서 2020. 11. 9.자로 “추가자료 요청(request for additional information and documentary material, 통상 ‘Second Request’라고 함)”를 한 뒤 심층 조사를 진행하였습니다. 그 결과, 본건 거래가 사실상 MCED 개발사업자들이 사용해야 하는, 유일한 유전체 분석 업체인 일루미나의 NGS(Next-generation Sequencing, 차세대 시퀀싱) 장비와 소모품을 이용할 수 밖에 없는 상황에서, 설혹 일루미나의 NGS 플랫폼에 대한 유효한 대체재가 등장한다고 하더라도 개발사업자들이 이 대체 플랫폼을 이용하는 데에는 또다시 임상시험을 통한 검증에만도 수년의 시간이 걸릴 것이라고 보았습니다. 따라서, 본건 거래는 결국 미국의 암 진단 시장의 게임체인저(game changer)가 될 MCED 진단의 혁신을 저해하게 될 것이고, MCED 진단의 질을 저해할 뿐만 아니라 가격을 올리게 될 것이라고 우려하면서, 2021년 3월에 본건 거래를 다루는 행정심판청구(administrative complaint)를 제기하였고, 행정심판을 받는 동안 거래를 중단시키기 위해 임시 중지명령과 가처분을 미 연방 콜롬비아 특별구 지방법원(U.S. District Court for the District of Columbia)에 구하기로 결정하였습니다.

이에 대해서 일루미나는, 차세대 시퀀싱을 개발함으로써 인류의 생명과 건강을 증진시켜야 하는 일루미나의 약속은 확고한 것으로, 조기암진단의 개발이야말로 암으로 인한 사망률을 혁신적으로 줄일 수 있는 가장 유망한 방안이기 때문에 (경쟁당국에서 우려하는 바와 달리) 모든 연구기관에 평등하고 공정한, 고품질의 신뢰할 수 있고 가성비 있는 시퀀싱에 대한 접근을 보장하여¹²⁾ 액체생검과 같은 혁신적인 기술을 개발함으로써 보다 신속하고 안전하게 수많은 환자들이 그 혜택을 볼 수 있도록 하겠다는 입장을 발표하면서, 그레일 인수야말로 환자들의 이익을 위한 최선의 방안으로서 친경쟁적인 동시에 MCED 분야 전반에 고른 혜택을 가져올 것이라고 주장하였습니다. 또한, FTC가 본건 거래를 저지하려는 것은 기왕에 축적된 경쟁법 집행 선례에도 크게 벗어난 것으로서¹³⁾ 본건 거래의 종결을 위하여 가능한 모든 법적 수단을 동원할 것이라는 입장을 밝히기도 하였습니다.

2022년 9월, FTC 행정법판사(ALJ, Administrative Law Judge)는 50여명의 증인과 10명의 전문가 증인 및 4,500여개의 각종 서증을 검토한 끝에 FTC이 본건 거래의 경쟁법 위반을 충분히 입증하지 못하였다는 상세한 검토를 담은 1차 결정을 내렸습니다. 1차 결정의 요지를 요약하면,¹⁴⁾ (i) FTC는 “그레일의 경쟁사업자들이 그레일과 직접적으로 경쟁하는 제품을 시장에 즉각 출시할 준비가 되어 있다”는 사실관계에 대한 주장을 하고 있지만, 제시한 증거들은 이를 입증하기 부족하고, (ii) 현재 개발 중인 진단이 5년 내지 7년의 예상 기간보다 빨리 출시된다고 가정하더라도, “Galleri” 테스트로 알려진 그레일의 MCED 진단과 “합리적으로 대체가능하다

주지
p. 39
p. 48

12) 종양입상을 다루는 고객들에 대해서 일루미나 시퀀싱에 대한 평등하고 공정한 접근을 계약적으로 보장함과 동시에 2025년까지 가격을 40%이상 낮추겠다는 약속을 제안하였음.

13) 실제로 수평결합이 아닌 거래에 대해서 전면 저지를 시도한 것은 바이든 행정부 하에서는 최초의 사례였다는 평임.

14) <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/09/administrative-law-judge-dismisses-ftcs-challenge-illumina-proposed-acquisition-cancer-detection>

(reasonably interchangeable)”는 FTC의 주장 역시 입증되지 않았으며, (iii) 현재는 물론 가까운 미래에도 일루미나는 MCED 진단 개발사업자들의 요구사항을 충족시키는 유일한 NGS 플랫폼의 실효적인 공급자이고, (iv) NGS 및 MCED 진단에 필요한 장비와 관련한 일루미나의 위와 같은 지위는 본건 거래 이전부터 존재해왔으므로, 일루미나가 가격을 인상하거나, 공급을 제한하거나 또는 제품이나 서비스의 질을 떨어뜨릴 능력이 있다면 그러한 능력 역시 본건 거래 이전부터 존재하고 있는 것이며, (v) 일루미나의 정형화된 장기 공급계약인 Open Offer는 중앙 진단 개발 및 진단의 상업화를 추진하면서 NGS 제품을 구입하는 미국의 모든 중앙 진단 고객들에게 제공되고 있고, 이 Open Offer는 일루미나가 그레이일의 경쟁사업자라고 주장되는 모든 사업자들에게 불이익을 주는 것을 억제하고 있으며, 이에 반하는 FTC의 주장은 설득력이 없다는 점을 주요한 이유로 삼고 있습니다.

결국 위 1차 결정은 관련 절차에 따라 (애초에 소를 제기하였던 바로 그) FTC 전체 위원회(full Commission)에게 다시 회부되었고, FTC는 2023. 4. 3.자로 행정법판사의 1차 결정을 뒤집고 본건 거래는 경쟁법을 위반한 것이라는 결론을 내린 뒤, 당사회사들로 하여금 거래를 취소하고 원상회복할 것을 명령하였습니다. 일루미나는 이러한 FTC의 최종 결정에 대해서 재차 연방 제5항 소법원에 항소를 제기한 상태이며, 항소법원의 판단은 빠르면 올해 말이나 내년 초에 나올 수 있을 것으로 예상하고 있습니다. 재판 과정에서 다양한 제3자들의 일군은 일루미나 측의 주장을 지지하고¹⁵⁾ 일군은 FTC의 접근방식을 지지하는 등¹⁶⁾ 상당한 다툼이 진행 중인 상태입니다.

3. 일루미나/그레이일 사건의 쟁점

일루미나/그레이일 사건은 유럽 당국의 관점에서는 EUMR 제22조를 활용하여 EC가 소위 조사 권한이 본래 없는 기업결합의 규제에 나선 첫 사건이라는 점에서 선례를 남긴 데에 가장 큰 의미가 있고, EC 스스로 밝히건대 당사회사가 “(법 위반에 해당됨을) 잘 알고 있으면서도 의도적으로 (knowingly and intentionally) 현상 유지 의무를 위반한 최초의 사건”으로, 법에서 정한 최고 한도의 역대급 과징금이 부과된 사건이라는 점, 기타 잠정 조치의 대상이 된 첫 EUMR 사건이라는 점, 혁신경쟁의 저해를 이유로 금지된 첫 수직적 결합 사건이라는 점에서 주목을 받았습니다.

한편 미국 당국의 관점에서는 이 사건의 경쟁제한성 판단 이외에도, FTC가 자신의 최종결정에 있어서 특정한 거래가 반경쟁적인지 여부를 판단할 당시에 당사회사들이 제시한 시정방안을 통해 해당 반경쟁성이 해소될 가능성이 있는지 여부를 종합하여 판단해야 하는 것이 아니라 시정방안

15) Amicus Brief by 34 Congressional Republicans, 12 US state attorneys general, US Chamber of Commerce, American Hospital Association, 희소 암환자를 위한 의학적 치료의 개선을 위한 헬스케어 기관 및 2명의 암전문의의 컨소시엄 그룹, 기타 비영리 단체들 다수.

16) American Antitrust Institute, American Economic Liberties Project, Open Market Institute, Public Citizens, Constitutional Accountability Center, 27 명의 경쟁법, 경제학 및 경영전공 교수 및 5명의 행정법 교수들도 Amicus Brief를 제출했으며, 기타 비영리 단체들 다수.

은 고려하지 않고 판단해야 한다는 입장을 취함으로써, 2018년 AT&T Time Warner건은 물론 2022년 9월에 있었던 United States v. UnitedHealth Grp. Inc.건에서의 US District Court for the District of Columbia의 판결에 정면으로 부딪히는 판단을 하였다는 점에 있어서 상당한 법리적 논란이 제기되었습니다.¹⁷⁾ 아울러, 통상의 경우에는 HSR filing 후 대기기간 끝난 후에도 FTC의 검토 절차(FTC 자체의 검토 및 FTC 행정법판사의 1차 결정, 1차 결정에 대한 FTC에의 이의신청 후 최종 결정)가 상당히 오랫동안 계속될 수 있으므로 그 사이 당사자들이 거래를 종결할 위험을 방지하기 위하여 연방지방법원으로부터 임시 중지명령(preliminary injunction)을 받아 놓음에도 불구하고, 본건은 당사회사들이 EC의 검토를 기다리고 있으므로 EC의 결정이 나오기 전까지는 당사회사들이 종결을 할 수 없을 것이라는 이유로 2021년 5월 가처분 신청을 취리한 뒤, 예상과 달리 당사회사들이 EC 심사 도중에 거래종결을 발표할 즈음까지 추가의 조치를 취하지 않았다가 결과적으로 거래를 취소하고 원상회복하라는, 일응은 거래와 관련하여 상당히 부담스러운 명령을 내렸다는 점도 지적됩니다. 또한, 이례적으로 2023년 초에 미상공회의소(US Chamber of Commerce)에서 FTC와 다른 국가의 경쟁당국간에 이 사건과 관련하여 취득한 332건의 교신 기록을 공개했는데, 이에 따르면 FTC가 타 경쟁당국과의 사이에 정당한 협력(cooperation)을 한 것이 아니라 사실상 “forum shopping”을 한 수준의 모의(collusion)를 하였다는 주장이 제기된 점 등의 소위 공정한 절차 내지는 적법절차와 관련된 논란이 제기되었습니다.¹⁸⁾

현재 유럽과 미국에서의 경쟁당국의 판단과 관련된 대부분의 쟁점에 대해서는 사법적 쟁송이 계속되고 있는 상황이므로 추이를 지켜볼 필요가 있습니다. 다만, 이하에서는 이 사건을 통해서 드러난 기업결합 규제의 몇 가지 쟁점들에 대해서 간략하게 짚어 보도록 하겠습니다.

(1) 경쟁당국의 기업결합 심사 관할권 유무 - 소위 killer acquisition의 규제 필요성

본건 거래는 EC가 비록 기업결합의 심사에 대한 관할권이 없고, 심지어 해당 회원국조차도 해당 기업결합 심사에 대한 관할권이 없는 경우에조차, 회원국의 요구가 있으면 EC가 기업결합 심사권을 가진다는 새로운 정책을 적용한 첫 사건이었습니다.¹⁹⁾

17) 당해 거래의 경쟁제한성에 대한 검토와 시정방안을 동시에 검토할 것인지, 이를 분리하여 경쟁제한성을 먼저 검토하고 시정방안을 나중에 검토할 것인지에 대해서는 2018년 DOJ가 AT&T Time Warner 인수 건을 불허하려고 했던 사건에도 문제가 되었고, 당시 행정법판사는(만일 두 가지를 동시에 검토하게 되면 “수레를 말 앞에 놓는 형국”이라는 DOJ의 주장에도 불구하고, 당사회사의 편에 섰음.

18) 미상공회의소에 따르면, FTC는 비록 외국 경쟁당국과의 이례적으로 많은 교신들이 단지 “상의(consulting)를 하기 위한 목적”이었다고 주장하지만, 실제로 2020년 10월부터 본건에 대한 행정절차가 종료된 2022년 2월 이후까지 계속해서 이루어진 사실 자체가 그와 같은 주장에 부합하지 않고, 결국 FTC의 절차 및 실제법상 위법 여부에 대한 연방법원의 사법적 통제를 회피하기 위한 시도에 불과하다는 주장을 하였음.

19) 특히 EC의 이러한 해석 및 실무 적용이 곧 소개할 가이드스가 공식적으로 발표되기도 전에 이미 이루어졌다는 점과 관련하여 당사회사를 비롯한 학계와 실무계에서는 강한 의문의 제기가 이루어졌음. 즉, 위반사업자가 부담할 과징금 액수가 증가하거나 종래의 룰에 대한 해석이 근본적으로 바뀔 때 따라 규제 실무가 현저하게 변경될 경우에는 즉각적 시행 전에 충분한 적응기간을 두고 변경의 사유에 대해서 사전에 충분한 설명이 제공되어야 한다는 통상적인 원칙에도 부합하지 않는다는 것임.

EUMR 제22조 제1항은 종래 EUMR 제1조에서 정한 매출액 요건을 비롯한 소위 “Community dimension”이 없는 경우라도, ① 회원국 간의 거래에 영향을 미치고, ② 회원국 또는 회원국들의 영토 내의 경쟁에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는, 회원국으로 하여금 EC에 해당 기업결합에 대한 조사를 요구할 수 있게 한 조항입니다. 다만, 오랜 기간 동안 회원국이 스스로 자국의 경쟁법을 적용하여 기업결합 심사를 할 수 있는 경우에 그 권한을 포기하고 EC에 조사를 의뢰할 것인지 아니면 직접 조사를 할 것인지를 판단했을 뿐,²⁰⁾ 스스로도 조사권한이 없는 건에 대해서 EC에 조사를 의뢰하는 예는 사실상 없었던 것으로 알고 있습니다.²¹⁾ EC역시, 회원국에서 조사대상이 아닌 경우에는, 제22조에 따른 조사 의뢰가 있더라도 조사하지 않거나 조사 의뢰 자체를 자제하도록 권하는 관행을 장기간 형성해왔습니다. 그러다가 EC가 2021년 3월부터 정책을 바꾸어, 앞서 정리한 바와 같이 제22조의 해석을 보다 전향적으로 하게 된 것입니다. EC는 관련 가이드스에서,²²⁾ 최근 매출액이 미미하거나 없는 경우에도 향후 관련 시장의 경쟁에 있어서 중대한 역할을 하고 있거나 할 것으로 예상되는 업체들과 관련된 결합이 점차 늘어나고 있으며, 특히 초기에는 상당수의 사용자를 확보하거나 상업적 가치가 있는 데이터의 집적을 위하여 일단은 사업성을 접어 놓고 출시되는 서비스가 많은 디지털 경제에서 중대한 비중을 차지하고 있는 현상을 언급하였습니다. 이는 R&D프로젝트를 수행하는 혁신기업들로서 상당한 경쟁잠재력을 가지고 있지만 아직 프로젝트가 마무리되거나 사업적으로 이를 활용하지 못한 회사들이 관여되는 경우가 많은, 혁신이 특히 경쟁력에 있어서 중요한 제약분야 등에서도 마찬가지로 관찰된다는 것입니다. 결국 분야를 막론하고 소재와 지식재산권, 데이터와 기반설비에 대한 접근이나 영향을 미칠 수 있는 회사들에 대해서는 모두 위와 유사한 상황이 발생할 수 있음을 지적하고 있습니다.

그리고 어떤 거래가 EUMR 제22조의 두 가지 요건에 해당되어 EC의 검토대상이 될 수 있는지에 대해서는, EC가 회원국 경쟁당국과 긴밀히 협의하거나, 당사회사가 자발적으로 EC에 일정한 정보를 제공하고 의견을 구하거나, 또는 시장의 제3자가 해당 거래에 대해서 EC나 회원국 경쟁당국에 대해 특정거래가 제22조에 해당할 수 있는 거래라는 의견을 표하거나, EC가 스스로 직권 인지한 정보에 따라 마찬가지로 판단을 하게 됩니다.²³⁾ 그리고 이와 같은 가이드스를 통해 표명된 EC의 입장에 문제가 없다는 것은 2022. 7., EU General Court에 의해 재확인 되었습니다.²⁴⁾

20) 경쟁당국의 성향에 따라 적극적으로 조사권한을 행사하는 회원국과 그렇지 않은 회원국이 있었음

21) 애초에 이 제도의 도입 취지는 경쟁법상 기업결합 심사에 대한 규제가 마련되지 않은 회원국을 대신하여 EC가 심사권한을 행사할 필요가 있는 경우를 대비하기 위한 것이라고도 함. 다만, 현 시점에서는 대부분의 회원국에서 기업결합 심사 규제를 마련하고 있으므로 이는 더 이상 유효한 전제는 아닐 것임.

22) EC, “Commission Guidance on the application Of the referral mechanism set out in Article22 of the Merger Regulation to certain categories Of cases” (2021.3.26.) 참조.

23) 아울러, 최근 시행된 DMA(Digital Markets Act)는 지정된 gatekeepers로 하여금, DMA에서 규정하는 거래에 대해서는 고지하도록 하고 있는데, 이 때 취득된 정보를 통해서 EC가 회원국에 referral을 독려할 수도 있게 될 것임. 이러한 상황이 단지 referral의 가능성만 높이는 것이 아니라 관련된 절차와 작업의 부담을 증가시키는 것은 물론임.

24) EU General Court는 EUMR 제22조를 문언해석하여 어떤 기업결합이든 관련 규정의 요건에 해당하는 예외적인 경우에 한하여 EC의 개입을 허용하는 것은 가능하다는 입장에서 자국의 경쟁법에 따를 때 심사권한이 없는 프랑스 경쟁당국이 이 사건을 EC에 심사요구한 것은 위법하다는 일루미나의 주장을 배척하였고, 그 외

이에 대해서는, EC가 신고요건에 부합하지 않는 거래임에도 불구하고 (당사자들에게 EC의 검토 결과가 나오기 전에는 거래를 종결하지 못하도록 하는 현상유지 의무를 부과할 수 있는) 기업 결합 심사를 할 수 있도록 함에 있어서 매우 추상적이고 주관적인(subjective) 요건만 제시할 뿐 객관적이고(objective) 절대적인 기준이 없어 지나치게 넓은 재량을 주고 있는 것이라는 비판, 당사회사로서도 이전과 달리 기업결합 심사대상 여부를 판단함에 있어서 예측가능성이²⁵⁾ 상당히 떨어지므로 앞으로 기술이나 R&D와 관련된 인수합병 거래를 할 때에는 무조건 EC에 신고하는 것을 전제로 인수합병에 대한 의사결정과 조건의 협상, 거래 일정의 예정 등을 진행하여야 한다는 부담을 안게 되었다는 비판이 있습니다.²⁶⁾ 당사회사의 입장에서 이러한 불확실성을 사전에 최소화하기 위한 현실적인 방법 중 하나는 가이드선스에서 제시하는대로 EC또는 최소한 회원국의 경쟁 당국으로부터 사전 검토 의견을 받아두는 것인데, 장차 이러한 유형에 포섭될 수많은 거래를 감안할 때 위와 같이 사전 검토 의견을 요청한다고 해도 검토 인력의 부족 등, 물리적으로 신속한 처리를 기대하기가 쉽지 않은 상황이므로 이는 결국 또다시 인수합병의 전반적인 일정 지연을 초래하는 요인으로 작용할 것으로 보입니다. 물론 여기에 대해서는, 바로 동일한 현실적인 한계 때문이라도 EC가 무작정 모든 거래에 대해서 검토하겠다고 나설 가능성은 결국 매우 낮을 것이라는 예측도 있습니다만, 어떤 거래가 검토 대상이 되는 거래인지를 객관적으로 판단할 기준이 명확하지 않음으로 인해 발생하는 부담은 결국 사업자에게 전가될 것입니다.

실무적으로는 일루미나/그레일 사건을 통해 드러나듯이 EC가 제22조를 소위 “Killer acquisition”의 규제의 근거로 활용하기 시작하였다는 해석들이 많습니다. “Killer acquisition”은 모두 아시다시피 “잠재력이 큰 신생(경쟁)기업을 인수해 성장의 싹을 자르는 행위”를 말합니다. 실제로 지난 공정거래법 개정을 통해 거래금액 기준이 도입될 때에도 이 “Killer acquisition”의 사전심사를 통한 규제 필요성이 강조된 바 있습니다. 물론 잠재적 경쟁사업자를 사전에 제거함으로써 경쟁의 활성화를 억제하는 측면에서 경쟁당국의 조기 개입이 실효성을 가질 수 있는 것은 분명하며, 향후 EC는 “Killer acquisition”의 규제 목적으로 제22조를 동원할 목적성과 의도가 명백합니다.

다만, 아시다시피 일루미나/그레일 사건만을 놓고 보면, 이 사건의 본질을 “Killer acquisition”^{가래! 경쟁자와 자의}

회원국이 EC에 심사요구를 청하기 전에 당사회사로부터 먼저 의견을 듣지 않았으니 방어권이 침해되었다는 주장이나 당사회사의 정당한 기대권과 법적 예측가능성이 침해되었다(principle of the protection of legitimate expectation and legal certainty)는 주장에 대해서도, 일루미나의 주장 근거가 불명확하다거나 이 사건에서는 그러한 정당한 기대권이 형성되지 않았다는 이유로 EC의 위와 같은 심사관할권 주장이 옳다고 하였음.

- 25) 이 예측가능성의 문제에 대해서 EC 경쟁총국장인 Olivier Guersent은, 종래의 EUMR 제22조는 권고 내지는 가능성만을 규정하고 있었을 뿐 실제 실행이 될지 여부에 대해서는 침묵하고 있었으나 이제는 EC가 확실히 관할권을 주장하고 회원국으로 하여금 심사를 요구할 수 있도록 할 것이니 오히려 예측가능성은 더 높아진 셈이라는 주장을 하기도 하였음.
- 26) 이러한 부담은 특히 referral이 이루어져야 하는 기한에 대한 General Court의 해석에 따를 때 결국은 당사자가 명확하게 회원국 경쟁당국에 사실상 간이 신고 수준으로라도 해당 거래가 “알려지게(made to known)” 만들어야 하는 것으로 보는 것이 가장 안전하므로, 결국 당사자로서는 EC와 회원국 모두를 접촉해야 하는 상황이 됨.

으로 규명해야 하는 지는 의문입니다. ^{스마트}일루미나가 그레이를 인수하고자 할 때 그레이의 최첨단 MCED사업을 인수 후 개발 중단 또는 사장시킬 의도는 추후도 없었을 뿐 아니라, 그레이는 일루미나와 수직적 관계에서 피인수를 통해 오히려 시장을 장악할 위치에 올라서게 될 입장이었고, 경쟁상 열위에 처할까 우려를 한 것은 '인수대상회사인 그레이의 경쟁사업자들이었습니다. 종래에도 "Killer acquisition"의 규제 또는 소규모 거래에 대한 기업결합 심사 강화의 필요성이 논의될 당시, 스타트업들이 새로운 아이디어를 구현하고 기술을 개발하는 이유는 기존의 사업자가 상업화시키거나 자신의 상품 또는 서비스와 결합하여 시장에 내놓았을 때의 가치와 교환하여 개발투자를 보상 받고자 하는 데에 있는 경우가 많음에도 불구하고, 이를 무조건 "Killer acquisition"이라고 하면서 부정적인 관점에서 규제/억제 대상으로 본다면, 도리어 혁신의 유인을 억제하는 효과가 있을 수 있다는 우려의 목소리들이 있었습니다. 현대의 산업이 각자의 특징점에 착안한 분업과 통합이 유기적으로 일어나는 과정에서 발전해온 것을 감안할 때, 특히 스타트업이나 신생기업에 대한 인수합병은 조금은 개별 거래의 특성과 당사자들의 의사를 감안하여 현실적인 관점에서 바라볼 필요도 있다는 고민이 있습니다. 자칫, 수직이든 수평이든 형태를 불문한 모든 결합의 경우에 경쟁제한성의 우려를 배제할 수 없다고 본다면, 특정 서비스나 상품의 전과정, 즉 기획, 개발과 생산, 판매의 전 과정을 단일 사업자가 오직 스스로 하지 않으면 안된다는 다소는 경직된 가치 판단에 대한 오해가 생길 수도 있을 것입니다.

또한, 혁신은 그 자체로 속도와 결부된 문제이고, 혁신의 최종 수요자는 결국 소비자들인 점을 감안했을 때, 기업결합 심사를 지나치게 확대하는 것으로 인해 경쟁사업자 보호에 방점을 두고 가장 효율적인 혁신을 막게 될 위험이 있지 않은지 생각해볼 필요도 있을 것입니다. 즉, 혁신시장에서의 기업결합 심사가 늦어질 경우 시장에서의 경쟁에서 뒤쳐지거나 적절한 타이밍을 놓치게 되고 시장에서 혁신 기술을 반영한 제품과 서비스의 출시도 그만큼 지연되거나 무산될 위험이 있습니다. 그러나 인수합병의 무산으로 인한 소비자 및 사회적 후생의 손실에 대해서는 아무도 우려하거나 걱정하거나 아쉬워하지 않는 상황이나 마찬가지입니다. 이미 경쟁당국의 심사는 앞서 말씀드린 바와 같이, 그리고 뒤에서 좀더 상세하게 말씀드릴 바와 같이, 전보다 더 다각적인 관점에서의 경쟁제한성에 대한 사전 규제로 기우는 경향으로 인해 이전보다 더 복잡하고 느려진 상태입니다. 심사과정에서 이해관계인의 의견을 수렴하는 과정에서 수집되는 부정적인 견해들을 이유로 거래를 좌절시키는 경우가 상당히 많으며, FTC의 경우에는 검토 초기에 임시중지명령을 신청하여 받는 것 자체가 거래 승인에 대한 극히 부정적인 시그널을 줌으로써 현실적으로는 당국의 검토가 종료되어 최종 결정을 내리기 전에 이미 당사회사들로 하여금 거래를 포기시키는 방향으로 작용하고 있다는 점도, 이미 수년 전부터 특히 실무계에서 많은 우려를 표하고 있는 문제이기도 합니다.

전세계적으로 기업결합 신고와 관련해서는, 법과 규정에 신고의무의 발생 기준을 명시하고 당사회사에 신고의무를 부과하는 소위 의무적 신고 국가(mandatory regime)와 당사자의 판단에

따라 자발적으로 신고를 할 수 있게 하되 경쟁제한적 기업결합으로 우려되는 건에 대해서 경쟁당국이 직권으로 심사를 할 수 있는 소위 자발적 신고 국가(voluntary regime)로 나뉘어 이해되고 있습니다. 종래 우리나라는 기본적으로 법에서 명시적으로 특정한 기준에 따라 신고의무를 부과하고 있으므로(공정거래법 제11조 - 제12조, 동법 시행령 제18조 내지 21조) 의무적 신고 국가로 이해되고 있었습니다. 다만, 공정거래법 제9조에서 누구든지 직접 또는 특수관계인을 통하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 안된다고 하고 있으므로, 이를 바탕으로 신고되지 않은 건에 대해서도 공정위가 직권으로 심사할 수 있는 것이 아닌지에 대한 해석적 논란은 잠재되어 있는 상황이지만, 실무적으로 오랜 기간 동안 신고사건 심사 처리에도 업무부담이 과중한 상황이어서 직권 심사는 거의 이루어진 적이 없습니다. 아울러, 우리나라 법규정상 기업결합 신고의무의 발생 기준이 비교적 낮은 편이라는 점, 최근에 거래금액 기준 신고 규정이 새로이 도입되어 있는 점, 실제 해외에서는 신고대상으로 삼고 있지 않은 거래조차도 신고대상으로 해석, 적용하고 있는 등의 이유로 직권 심사의 적극적 필요성은 여전히 크다고 보기 어렵습니다.

*Adobe Figure
한글
2023. Fall.*

(2) Gun jumping (승인 전 사전 이행 금지 의무 위반)

앞서 말씀드린 바와 같이 이 사건이 여느 사건보다 떠들썩한 논쟁의 중심에 있게 된 것은 일루미나가 EC의 조사 중에 거래 종결을 감행한 것이 가장 직접적인 계기가 되었습니다. EC의 보도 자료에²⁷⁾ 따르면, 일루미나는 EC의 심사 도중에 거래의 종결을 공표하고 관련된 모든 서류작업을 마쳤으며 그레일 역시 일루미나의 두 자회사와 합병을 진행하였고, 실제 종결 후 그레일에 대한 경영권을 행사하였습니다. EC는 2022년 7월에 당사회사들이 현상유지 의무 조항을 위반하였다는 내용의 심사보고서(Statement of Objections)를 발송하였습니다.

EC는 2023. 7. 12.자 결정을 통해 당사회사들의 행위는 "EU 합병 통제 시스템의 효과적인 기능을 저해하는 전례가 없고 매우 심각한 침해"라고 단언하며, 향후 이러한 행위가 재발되지 않도록 할 충분한 역지력을 가져야 하므로 일루미나에게는 법에서 정한 최고율인 10%를 적용한 과징금 부과를 결정하였고,²⁸⁾ 그레일 역시 현상유지 의무를 잘 알고 있는 상황에서 적극적으로 가담하였지만 인수대상회사에 대한 사전 이행행위 금지(gun jumping) 위반으로 과징금을 부과하는 첫 사례라는 이유로 1,000유로의 상징적인 과징금만을 부과하기로 하였습니다. Gun jumping에 이르게 된 배경과 관련하여 일루미나는 인류의 생존율을 높이기 위한 조기진단의 신속한 도입을 위해서는 정해진 기간 안에 인수를 완료하였어야 했다는 주장을 하였지만, EC는 이를, 결국은 인수 실패에 따른 수수료(break-up fee)가 추후 매각결정의 이행으로 인한 이익의 손실보다 크다는 계산 하에 본건 거래가 심사결과 불허될 가능성이 있다는 것을 알면서도 합병을 강행하기로

27) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3773

28) EC는 향후에도 사전이행금지 의무 위반에 대해서는 강경하게 대응하겠다는 입장을 표명하고 있음.

전략적인 결정을 한 것으로 보았고, 실제 당사회사들이 당국의 결정이 있을 때까지 양사를 분리운영하기로 한 점을 감경 사유로 고려는 하였으나 그럼에도 불구하고 과징금에 있어 최고 부과율을 낮추지는 않았습니다.²⁹⁾

사전 이행행위 금지(gun jumping)는 엄밀히 말하면, 신고대상인 기업결합에 대해서 신고를 누락하고 결합을 이행하는 행위(미신고 또는 지연신고. 이를 통상 “procedural gun-jumping”이라고 함)와 신고는 했으나 승인 전에 결합을 이행하는 행위(승인 전 이행행위. 이를 통상 “substantive gun-jumping”이라고 함)로 나눌 수 있으며, 어떤 경우에도 당국의 승인 전까지는 현상유지의무가 부과된다고 해석되고 있습니다.

참고로 우리나라의 사전 이행행위 금지(gun jumping) 규제는, EU나 미국 등에 비해 비교적 간명하고 제한적인 규정을 가지고 있는 것으로 이해되고 있습니다. 즉, 소위 ‘사전신고’ 대상이 되는 기업결합에 대해서는 합병/주식인수/영업양수도 등 관련 거래계약일, 주주총회나 이사회 결의 일(회사 설립의 경우) 이후 기업결합일(법과 시행령 제17조에서 정한 거래종결일) 사이에 기업결합신고를 의무화하고 있습니다(공정거래법 제11조 제6항, 동법시행령 제20조 제3항). 또한, 공정위로부터 심사결과 통지를 받기 전까지 이행행위 즉 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수 행위를 하여서는 아니된다는 의무를 부여하고(공정거래법 제11조 제8항), 위 각각에 대해 관련된 위반이 있는 경우에는 과태료를 부과하며(공정거래법 제130조 제1항 제1호), 그 액수의 상한은 기업결합 신고회사와 상대회사의 규모 즉, 매출액과 자산총액 중 큰 금액을 기준으로 4,000만원을 최고액으로 설정하고 있습니다(공정위 고시 제2021-28호, 기업결합 신고규정 위반사건에 대한 과태료 부과기준 4.1. 다. 나.).³⁰⁾

실무적으로는 우리 규정상 이행행위는 거래대금의 지급을 의미하는 것으로 해석하고 있습니다만, 일반적으로 무엇이 승인 전 인수회사와 피인수회사의 통합 이행행위로 취급되어야 하는지에 대해서 법상 명백하게 규명이 되어 있지 않기 때문에 이를 판별하는 것이 쉽지 않습니다. 실제 회사간 통합은 상당한 시간과 노력을 들여 사전, 사후적 작업이 많이 필요하며 그 행위의 양상도 다양하게 나타납니다. Altice 사건에서 EU General Court는 가령 주식인수계약에서 종결 전 확약 행위로서 매도인이 특정 금액 이상이나 특정 성격의 계약을 새로이 체결하고자 할 때에는 매수인의 사전 승인을 얻도록 하는 것이나 사후 통합을 위한 계획 수립 및 그와 관련된 논의/정보 교환이 모두 사전이행행위 금지 위반에 해당할 수 있다는 입장을 취하고 있었기 때문에 업계에 상당

Altice
가 "사전행위 금지"
신규

29) 일루미나/그레일 사건이 한참 진행 중에 유럽에서는 2021년 9월, Altice의 Portugal Telecom 인수 과정에서 있었던 기업결합 지연신고와 현상유지의무 위반에 대한 EU General Court의 판결이 있었음. 이 사건에서 법원은, 부분적 이행행위 역시 현상유지의무의 위반임은 분명하며, 경쟁적으로 민감한 정보의 교환 역시 사전이행금지 조항의 위반이고, 기업결합의 지연 신고와 현상유지의무 위반은 서로 분리된 의무위반이기 때문에 각각에 대해서 따로 과징금을 산정 부과한 EC의 결정이 옳다는 점을 확인하였음.

30) 공정위가 매년 한 해의 기업결합 동향과 함께 발표하는 신고규정 위반 사례들은 주로 사전신고의무 위반이나 신고지연 등인데, 2022년에는 그 전 해에 비하여 신고규정 위반 건수 및 이에 따른 과태료 금액이 모두 절반 수준으로 감소하였음.

http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=9970

한 충격을 주었고 현재 항소의 결과를 기다리는 중입니다. 결국 어떠한 행위가 이행행위의 본질에 가까운지 아니면 부수적인 것에 불과한지, 라는 기준을 가지고 유형을 명확하게 구별하는 것은 상당히 애매하고 어려운 판단입니다. 실무적으로 일응은 통합 자체가 아니라 통합을 준비하는 단계에서의 행위로 볼 수 있는 수준이라면 사전이행행위에 해당하지 않는다는 추상적인 기준을 가지고 결합 당사회사들을 자문하고 있으나, 그 과정에서 일부 피인수회사의 내부정보에 대한 접근이 불가피한 경우가 있어 가급적 클린팀(clean team)의 구성 등을 통해 위험을 최소화하고자 노력하고 있습니다.

(3) 수직적 결합 심사의 강화 내지는 경직화 경향

일루미나/그레일 사건은 유사한 시기에 있었던 NVIDIA의 ARM 인수, Lockheed Martin의 Aerojet의 Rocketdyne 인수 건과 함께, 미국 FTC가 전례 없는 강경한 입장을 보여 결합이 불허되거나 당사자들이 스스로 거래를 포기하게 된 대형 수직적 결합 사건의 대표적인 예가 되었습니다. 여기에는 미국의 기업결합 심사의 역사적 배경과 경쟁당국의 성향에 따른 정책적 방향성의 변경이 상당한 원인으로 작용하였습니다.

본래 미국의 기업결합 심사를 규정한 Hart-Scott-Rodino Act가 통과될 즈음(1976년)에는 이미 미국의 대부분의 기업들이 인수합병을 마친 때라 뒤늦게 반경쟁적인 기업결합을 규제하기 위해서는 매각명령이 유일한 수단이었다고 합니다. HSR Act가 통과된 뒤, 법에서 정한 30일의 기간 안에 추가자료제출 명령을 해야 하는 시간적 압박 하에 경쟁당국이 당사회사들과 결합의 반경쟁성을 어떻게 해소할 것인지를 협상하게 되었는데, 수평적 결합의 경우에는 중첩이 일어나는 지역에서의 관련 자산의 분리매각으로 문제를 해결하면 간명하다고 보았습니다. 그런데, 수직적 결합의 경우에는 결국 결합 후 당사회사가 피인수기업의 활동 시장에서의 경쟁사업자에 대한 보쇄적 행위를 할 유인이 증가하는 것이 경쟁제한성의 핵심적인 우려사항이므로 소비자후생의 관점에서 볼 때 이는 매각이 아닌 일정한 행태적 조치로 해결해도 충분하다는 것이 오랫동안 형성되어 온 실무관행이자 법원의 입장이었습니다.

그런데, 실제 행태적 조치는 당사회사들이 이를 제대로 이행하고 있는지를 관리감독하는 것이 매우 어려워 실효성에 큰 의문이 있고, 심지어 2017년에 발표된 FTC의 기업결합 시정조치 선례에 대한 조사분석에 따르면 구조적 조치조차도 당해 기업결합의 경쟁제한성 해소에 대한 실효성이 높지 않았다는 것입니다. 특히 수직적 결합의 경우에는 행태적 조치나 구조적 조치 모두 적절하지 않으니, 이에 경쟁당국이 기업결합 자체를 불허하는 것이 타당하다는 입장마저도 내비쳐진 바 있습니다.³¹⁾ 바이든 행정부의 기조에도 영향을 받은 것으로 평가되고 있는 위와 같은 FTC의

31) 그 근거에는 경쟁당국이 경쟁제한성을 해소할 것으로 제안되는 시정조치에 대해서 당사회사와 반드시 협상을 진행하여야 할 법적 의무는 없다는 것이 깔려 있음.

강경한 입장이 얼마나 지속적으로 유지될 수 있을지 의문이기도 합니다만, (일단 경쟁제한적이라고 판단되면 소위 “백약이 무효”인 상황이 되므로) 결과적으로 수직적 결합의 경쟁제한성은 그만큼 더 엄격하고 신중하게 판단되어야 할 필요가 있다는 점을 고민하지 않을 수 없게 됩니다. 특히 경쟁제한성의 입증의 문제와 입증에 갈음하는 선협적 가정에 대해서는 지극히 신중해야 할 필요가 있습니다. 왜냐하면, 앞으로의 대부분 문제가 되는 기업결합은 상당수가 우리가 일찍이 경험하지 못했던 혁신시장에서 일어날 가능성이 높기 때문입니다.

이와 관련하여 지난 7월 10일, 미국 FTC와 DOJ가 공동 발표한 기업결합 가이드라인의 개정안에서는³²⁾ 기업결합의 경쟁제한성 판단의 13개 원칙을 제시하고 있습니다. 즉, 대상 기업결합이 (1) 결합이 일어나는 시장(concentrated market)에서의 집중도를 현저히(significantly) 증가시켜서는 안됨, (2) 사업자간의 상당한(substantial) 경쟁을 제거해서는 안됨, (3) 동조행위의 위험을 증가시켜서는 안됨, (4) 결합이 일어나는 시장의 잠재적 진입을 막아서는 안됨, (5) 경쟁사업자들이 경쟁하기 위하여 사용할만한 제품이나 서비스를 통제할 능력을 가진 회사를 출현시킴으로써 경쟁을 상당히 감소시켜서는 안됨, (6) (수직적 기업결합이) 경쟁을 봉쇄하는 시장구조를 만들어서는 안됨, (7) 지배적 지위를 강화하거나 확장시켜서는 안됨, (8) 집중화 경향을 촉진시켜서는 안됨, (9) 만일 일련의 다수의 인수 중 일부로 일어난다면, 경쟁당국은 전체 거래를 모두 심사하여야 함, (10) 다면적 플랫폼과 관련이 있는 결합이라면/경쟁당국은/플랫폼 간의 경쟁, 플랫폼 안에서의 경쟁 또는 플랫폼을 대체하기 위한 경쟁을 모두 살펴야 함, (11) 경쟁관계에 있는 구매자와 관련한 경우, 경쟁당국은 해당 기업결합이 노동자 또는 다른 판매자들에 대한 경쟁을 저해하는지를 심사하여야 함, (12) 부분적 소유권이나 소수 이해지분의 취득에 대한 것일 경우에도, 경쟁당국은 이러한 거래가 경쟁에 미칠 영향을 심사하여야 함, (13) 달리 어떤 식으로든 경쟁을 상당히 저해하거나 독점을 창출할 소지가 있어서는 안됨, 이고, 각각의 경우 HHI를 기준으로 어떤 때에 집중도가 높다고 보는지, 경쟁제한성 판단의 기준이 되는 시장점유율은 어떠한지 등을 제시하고 있습니다.

EU에서도 수년 전 Dow/DuPont 사건, Bayer-Monsanto 사건 이후 수직적 결합에 대한 상당한 입장의 변화가 있었으며, 그 중심에는 소위 “innovation theory of harm(혁신시장 경쟁제한성 이론)”에 대한 경쟁당국의 정책적 판단이 깔려 있습니다. 요컨대, 혁신시장의 경쟁제한성은(더 이상 혁신이 반영되어 시장에 출시된 제품의 판매량이나 점유율을 기준으로, 또는 당사회사들이 개발 중인 제품을 기준으로 판단하는 것이 적절하지 않고, 그 이전 단계의, 향후 관련 제품을 개발할 수 있는 능력을 기준으로 판단하여야 한다는 것입니다. 수직적 결합은 수평적 결합과 달리 통상 상방시장과 하방시장이 상호 보완적으로 결합되기 마련이어서 대부분 경쟁제한적이기보다는 이중마진의 감소를 통한 효율성 증대효과가 부각되는 경우가 많은데, 바로 이 점이 동시에 당사회사로 하여금 상방시장 또는 하방시장에서의 봉쇄효과를 초래할 유인이 되기도 합니다. 그런데 과

32) https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/p859910draftmergerguidelines2023.pdf

이 가이드라인의 개정안은 2010년에 채택된 현행 수평결합 가이드라인 및 2020년에 채택되었으나 1년 후 FTC가 철회한 수직결합 가이드라인을 대체하게 되며, 법률적인 구속력은 없음.

거 사례를 보면 수직적 결합에서의 이중마진의 감소는 실제 당사회사들의 주장과 달리 극히 미미하거나 아예 일어나지도 않으므로, 결국 남는 것은 봉쇄효과의 유인 부분뿐이라는 것이 최근 EU 경쟁당국의 변화된 시각이라고 할 수 있으며 이러한 경쟁당국의 시각이 반영된 사례 중 하나가 일루미나/그레일 사건입니다. 특히 일루미나/그레일 사건에서는 일루미나가 상방시장에서 사실상 시장에서 가장 뛰어나고 독보적이며 심지어 거의 다른 선택의 여지가 없는 유일한 공급업자였던 관계로, 하방시장의 그레일을 인수하였을 때 일루미나가 그레일의 경쟁사업자에 대해서 경쟁력을 약화시킬 유인은 명백하여 사실상 EC의 입장에서는 "innovation theory of harm"을 적용하기에 "매우 쉬운" 사건이었다고 평가하고 있습니다.

4. 결어

일루미나/그레일 사건은 앞으로 나올 여러 쟁점에 대한 사법적 판단에 대한 귀추가 주목된다는 점에서 여전히 현재 진행형이라 하겠으며, 시기적으로도 EU와 미국의 경쟁당국의 선명한 입장 변화가 그대로 반영되어 향후 많은 연구 분석이 이루어질만한 사례로 생각됩니다. 비록 외국 사례이기는 하지만 특히 앞으로 혁신을 키워드로 한 많은 인수합병들의 진행이 예상되는 상황에서, 해외의 동향을 따라가며 동시에 성문화된 법령과 규정들을 새삼 다시 읽어보면서, 한편으로는 그동안 타성에 젖어 기계적으로만 규정과 실무를 이해했던 것이 아닌가 반성하게도 되었습니다.

공정거래법의 목적인 "공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조성하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모"하기 위하여 가장 합당하고도 바람직하며 현실적인 방안은 무엇인지, 그 과정에서 경쟁당국과 인수합병을 추진하는 당사회사들, 이를 자문하며 장차 소송까지 수행하여야 하는 실무가는 어떤 고민과 역할을 하여야 하는지에 대한 생각의 끈을 항상 놓지 않아야 할 것 같습니다.

Continentale Can (1973) → 1990. EUMR.
 Towercast (Mar 16, 2023)
 M&A 기준점 X 지적점 → 102 ex post assessment.
 EUMR
 IFFEU
 Superior than P.
 Dominance.
 TDF.
 Has. Towercast

Killer acquisition.
 Merger below threshold.
 작은 Deal (by dominant player)
 → 기업회보 뿐만 아니라 관공회 | 기업회의 | 시정리 | 라디오 관련이어 시정리해야.

출국 예약 ... 작은 Deal ... M&A 기준 밑이면
 - 18 -
 시정리 관련 - M&A 기준 하한 ...
 남용과의 관련 문제는?
 Answer.
 기업
 이거 관련
 시정리
 X.
 시정리
 관련.
 부응하면 남용이 시정리
 문제가 아닌지 ...

Q. 누가 사장이...
구원자 안되나?

토론문1)

- ‘최근 주요 국내외 기업결합 사례 검토 및 평가 발표’에 대하여

김규현 변호사
법무법인(유) 올촌

1. 들어가며

먼저, 발제자분께서 일루미나의 그레일 인수 사건(이하 “일루미나/그레일 사건”)에 대한 EU 및 미국에서의 심사 진행 상황과 쟁점, 그리고 평가를 깊이 있게 정리하여 발표해주신 내용은 감명깊게 잘 들었습니다. 실무에 파묻히다 보면 학계나 실무계에서 중요한 함의를 가진 사건(특히 외국 사건)에 대해서도 그저 이름만 주위들을 뿐 자세한 내용은 잘 알지 못하고 넘어가는 경우가 많은데, 발제자분께서 일루미나/그레일 사건의 핵심을 잘 짚어 주셔서 인식의 지평을 넓히는데 큰 도움이 되었습니다.

발제자분의 훌륭한 발표에 누가 되지는 않을까 걱정은 되지만, 발표문을 읽으면서 들었던 생각과 의문을 두서 없이 간략하게 정리하여 보았습니다. 식견과 연구의 부족으로 인하여 토론문에 미흡하거나 잘못 정리된 부분이 있더라도 너그럽이 이해하여 주시고 바로잡아 주시면 감사하겠습니다.

2. 유럽위원회 기업결합심사 관할권의 해석 관련

발제자께서 발표하신 내용에 따르면, EU 일반법원이 일루미나/그레일 사건에서 EU 합병규칙 제22조 제1항에 따른 유럽위원회의 관할을 인정한 주된 이유는, EU합병규칙 제22조 제1항의 문언해석상 개별 회원국의 조사청구 대상이 제한되지 않는다는 것으로 이해됩니다.

즉, EU 일반법원은 EU 합병규칙상 개별 회원국이 “어떠한 기업결합(any concentration)”이라도 조사청구(referral)를 할 수 있다고 규정하고 있으므로 조사청구 회원국은 어떠한 기업결합이 국내법상 기업결합심사 대상인지 여부와는 무관하게 조사청구를 할 수 있고, 따라서 유럽위원회의 조사청구 안내(invitation letter)에 응한 프랑스 경쟁당국이 자국 경쟁법상 일루미나/그레일 사건에 대해 기업결합신고 및 심사 대상에 해당하는지 여부와는 무관하게 조사 청구를 할 수 있다는 취지로 판시한 것으로 이해됩니다.

1) 본 토론문은 저자의 개인적인 견해이며 저자가 속한 법무법인의 입장과는 무관합니다.

그런데, EU 합병규칙 제22조 제1항의 문언을 살펴보면, 어떠한 기업결합이라도 회원국 경쟁당국이 무조건 조사청구를 할 수 있는 것은 아니고, EU 합병규칙 제3조에 정의된 기업결합('concentration')으로서 당사회사들의 매출액 등에 따른 유럽위원회의 관할(소위 'Community dimension')은 없지만 "회원국들의 거래에 영향을 미치고 조사청구를 한 회원국(들)의 영토 내의 경쟁에 상당하게 영향을 미치는 기업결합"이 조사청구의 대상이 되는 것으로 규정되어 있습니다²⁾. 프랑스 경쟁당국의 조사청구가 이러한 실체적 요건을 갖추었는지에 대해서는 EU 일반법원의 심리에서 쟁점이 되지 않았던 것인지, 만약 쟁점이 되었다면 피인수회사인 그레일의 EU 내 매출액이 없었음에도 불구하고 EU 일반법원은 위 두 가지 실체적 요건이 어떻게 충족되었다고 판단한 것인지 궁금합니다.

만약 일루미나/그레일 사건에서 EU 합병규칙 제22조 제1항의 조사청구의 실체적 요건의 충족 여부가 객관적이고 투명한 기준에 따라 결정된 것이 아니라, 유럽위원회의 추상적인 판단만으로 결정되었다면, 이러한 결과를 확대해석할 경우 EU 합병규칙상 유럽위원회에 대한 기업결합신고 의무가 없고, EU 회원국 각국의 경쟁법상으로도 기업결합신고 의무가 없는 기업결합이라고 하더라도 유럽위원회가 조사를 개시하고자 할 경우 회원국 경쟁당국 중 한 곳이 EU에 조사요청을 하도록 함으로써 기업결합심사 관할을 쉽게 성립시킬 수 있는 위험성이 있는 것이 아닌가 생각됩니다. EU 외부에서 바라볼 때에는 이러한 EU의 관할권 확대 시도는 마치 19세기 유럽 국가들의 제국주의적 팽창의 디자인을 보는 것 같아 상당히 우려스러운 부분이 있는데, 이에 대해서 EU 내 부적으로는 비판 의견과 찬성 의견 중 어느 쪽이 더 우세한지, 발제자 분께서 자료를 준비하시면서 들으신 바가 있다면 말씀 주시면 감사하겠습니다.

3. 역외적용의 한계

역외적용의 한계

한편, 일루미나/그레일 사건은 경쟁법의 역외적용의 한계를 시험하는 단초가 될 수 있다는 생각도 듭니다. 현재는 일루미나/그레일 사건에 대해서 대서양 양안의 두 경쟁당국(유럽위원회와 FTC) 모두 경쟁제한성에 대해 부정적인 시각을 공유하고 있어 문제가 잠재되어 있지만, 만약 향후 유사한 사례에서 EU와 당사회사 소재국 간에 경쟁제한성에 대한 입장이 달라진다면 경쟁법의 충돌이 현실화될 수 있다고 생각됩니다.

현재의 경쟁법 학계 및 실무계에서는 경쟁법의 역외적용이 대체적으로 효과주의에 따른 일정한 요건 하에 인정된다는 것에 대해 대체적으로 컨센서스가 형성되어 있다고 이해됩니다. 이에 따라 경쟁법의 역외적용에 대한 최근의 학술적, 실무적 관심은 주로 역외적용의 요건의 해석이나 요건

2) "...any concentration as defined in Article 3 that does not have a Community dimension within the meaning of Article 1 but affects trade between Member States and threatens to significantly affect competition within the territory of the Member State or States making the request." (밑줄은 저자 추가)

해당 여부에 주로 집중되며, 역외적용 자체에 대해서 근본적인 의문을 던지는 견해는 찾아보기 어려운 것으로 보입니다.

그러나 경쟁법의 역외적용은 한 국가의 규제권한이 자신의 영토의 범위를 벗어나 타국의 영역에까지 미치는 것이기 때문에, 국제법적으로는 주권의 충돌 문제가 벌어질 잠재적인 가능성을 항상 염두에 두어야 한다고 생각합니다.

경쟁법의 역외적용이 각 국가의 주권에 미칠 영향에도 불구하고 소위 경쟁법 선진 집행국들간에 상호 경쟁법의 역외적용에 대해서 문제를 삼지 않았던 것은 일종의 상호주의 내지 국제 예양이 적용된 결과가 아닌가 개인적으로는 생각합니다. 즉, 타국의 경쟁법이 자국 내에서 벌어진 자국민의 행위에 대해서 적용되는 것이 일종의 합리적인 기준에 따라 이루어진다면, 해당국가 역시 이에 상응하는 합리적인 기준에 따라 자국 경쟁법의 역외적용을 하고 있으므로 서로 문제를 삼지 않겠다는 차원의 사실상의 양해가 있을 뿐, 경쟁법의 역외적용이 조약 등을 통해 국제법적으로 명확하게 통일적인 규범이 성립한 단계는 아니라고 생각합니다.

그런데 만약 유럽위원회가 일루미나/그레일 사건 및 회원국의 조사요청에 대한 유럽위원회의 가이드선스(Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases, 이하 “EC 가이드선스”)에서 보는 바와 같이 매출액 등 정량적인 기준에 따른 경우 EU 차원은 물론 개별 회원국에서도 심사 관할이 인정되지 않는 기업결합에 대해서 EU 합병규칙 제22조를 적용하면서 회원국 간 거래에 대한 영향 및 회원국 내 경쟁에 미치는 영향을 주관적, 추상적으로 판단하여 손쉽게 인정한다면, 제재 대상 사업자의 모국에서는 이러한 EU의 입장이 기준에 해당 국가에서 양해하던 “일응의 합리적인 기준”의 범위를 벗어난 것으로서 주권 침해에 해당한다고 판단할 가능성을 배제할 수 없다고 생각합니다.

일루미나/그레일 사건의 경우 일루미나의 주장에 따르면 피인수회사인 그레일은 유럽 내에서 전혀 사업을 영위하고 있지 않은 회사인데, 이러한 인수마저 EU 합병규칙 제22조를 근거로 유럽위원회의 관할을 인정한다면 극단적으로 말해서 혁신적인 기술을 가진 전세계 모든 회사의 인수권에 대해서 (해당 피인수회사가 EU 내에서 사업을 실제로 영위하는지 여부와 무관하게) 유럽위원회가 언제든지 회원국의 조사요청 절차를 거쳐 관할권을 주장할 수 있는 가능성이 있다고도 볼 수 있습니다.

이러한 점에서, 일루미나/그레일 사건과 EC 가이드선스는 역외적용 이론의 한계를 시험하는 단초를 제공할 수 있다고 생각되며, 다만 현재 문제된 일루미나/그레일 사건의 경우 당사회사들이 소재한 미국의 경쟁당국에서도 경쟁제한성 및 이를 해소하기 위한 조치의 수준(기업결합 불허)에 대해서 EU와 입장이 정렬되어 있기 때문에 이러한 문제가 현실화하지 않고 잠재된 상태로 머물러 있을 뿐이라고 생각합니다. 특히, 국가 주권에 대해서 보수적/방어적인 입장을 견지하는 중국과 같은 국가에서 이루어지는 자국 내 혁신기업간 기업결합에 대해서 EU가 일루미나/그레일 사

건과 같은 기준을 적용하여 이미 거래가 종결된 사안에 대해서 원상회복을 명령할 경우, 잠재된 문제가 폭발할 가능성도 있다고 생각합니다. 이를 해결하기 위해서는 유럽위원회가 EU 합병규칙 제22조를 적용하여 역외적용의 범위를 확장함에 있어서 현재의 EC 가이드언스를 보다 구체화하여 정량적인 기준을 도입하는 것이 바람직하다고 생각합니다. 즉, 역외적용이 여전히 효과이론을 근거로 하는 이상, 한 국가의 경쟁에 미치는 효과를 측정하기 위한 매개변수로서 매출액만을 사용하는 것이 부족한 점이 있다면 다른 정량적인 요소를 보완(가령 최근 개정된 공정거래법과 같이 이용자 또는 R&D 활동 등)하는 것이 바람직하지 않나 생각합니다.

한편, 발제자께서는 일루미나/그레일 사건에서 유럽위원회가 이미 종결된 거래를 원상회복시키기 위한 회복적 조치를 취할 수 있음을 시사하였다고 말씀하셨는데, 만약 이러한 회복적 조치가 단순히 기업결합 금지를 선언하거나 이를 간접적으로 강제하기 위한 벌금 부과 내지는 EU 역내 자산에 대한 압류 등의 범위를 벗어나, 직접적으로 미국에 소재한 두 당사회사들의 분리명령의 형태로 발령된다면 (당사회사들이 이를 자발적으로 이행하지 않는 한) 그러한 명령이 과연 집행가능한 것인지 논란이 있을 수 있다고 생각되는데, 이에 대해서 발제자께서는 어떻게 생각하시는지도 고견을 여쭙고 싶습니다.

4. Killer acquisition 관련 발제문에 대한 의견

발제자께서는 유럽위원회가 EU합병규칙 제22조를 소위 'killer acquisition' 규제의 근거로 활용하기 시작하였다는 해석이 많다고 소개하시면서도, 일루미나/그레일 사건만을 놓고 보면 이 사건의 본질을 killer acquisition으로 규명해야 하는지는 의문이다, 라고 말씀하셨는데, 이 부분에 대해서는 저도 타당한 지적이라고 생각합니다.

Killer acquisition 은 자신의 경쟁자가 될 수 있는 신생 사업자의 맹아를 제거하여 기존 사업자의 지위를 공고히 하려는 경우를 주로 지칭하는 개념인 반면, 일루미나/그레일 사건의 경우 피인수회사인 그레일이 일루미나의 지위를 위협할 경쟁사업자라고 보기는 어려웠기 때문입니다.

또한 Killer acquisition이라는 이유만으로 부정적인 관점에서 규제 대상으로 본다면 혁신의 유인을 억제하는 효과가 있을 수 있다는 발제자의 견해도 전적으로 동의합니다.

다만, 발제자께서 말씀하신 내용과는 별개로, 일루미나/그레일 사건에서 보여준 유럽위원회의 입장, 그리고 특히 EC 가이드언스의 내용에 비추어 보면, 유럽위원회는 EU 합병규칙 제22조를 killer acquisition에 대한 관할권 확대를 위한 수단으로 활용하려는 입장이라고 볼 수밖에 없지 않을까 생각되는데, 이에 대해서 발제자께서는 어떠한 의견이신지 고견을 여쭙습니다.

특히 EC 가이드언스의 내용을 보면, 회원국의 조사요청이 적절한 사안의 예로서 “당사회사가 스타트업 또는 신규 시장 진입 사업자로서 잠재적 경쟁력은 있지만 아직 사업이 본 궤도에 오르지 못한 경우이거나 혁신 또는 중요 연구개발을 수행하는 사업자인 경우(“..cases where the

undertaking: (1) is a start-up or recent entrant with significant competitive potential that has yet to develop or implement a business model generating significant revenues (or is still in the initial phase of implementing such business model); (2) is an important innovator or is conducting potentially important research;…)" 등을 제시하는 것으로 보면, 유럽위원회는 EC 가이드스에서 상당히 직접적으로 killer acquisition에 대한 규제의 의도를 보여주었다고 보이는데, 이에 대해서 발제자께서는 어떻게 평가하시는지 고견을 여쭙습니다.

5. 한국 기업결합 심사에 대한 함의

마지막으로, 발제자께서 일루미나/그레일 사건의 쟁점에 대해서 분석하시면서 한국의 기업결합 심사 법제에 관하여 말씀하신 사항에 대해서, 두 가지 제 조건을 말씀 드리고자 합니다.

먼저, 발제자께서 현행 공정거래법상 공정위가 신고되지 않은 건에 대해서도 직권으로 심사할 수 있는지 여부에 대해서 설명하시면서, 실무적으로는 직권심사가 거의 이루어진 적이 없고 직권 심사의 적극적 필요성도 크다고 보기 어렵다고 말씀하신 부분에 대해서는 저도 공감합니다. 다만 이러한 현실적인 측면과는 별도로, 공정거래법 제9조 제1항이 "일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위"를 일반적으로 금지하고 있고, 같은 법 제14조 제1항에서는 공정거래법 제9조 제1항 위반 또는 위반의 우려가 있는 경우 시정조치를 할 수 있다고 규정하고 있는 이상, 문언상으로는 공정거래법 제11조에 따른 신고 대상 거래가 아니라도/관련 시장에서의 경쟁을 제한하는 거래의 경우 시정조치를 부과할 수 있는 것처럼 해석될 수 있는 것처럼 보이기도 합니다. 혹시 이에 대한 공정위의 실무적인 견해를 접해보신 경험이 있으시다면 말씀 주시면 감사하겠습니다. Adobe.

다음으로, 사전 이행행위 규제 즉 소위 건 점핑(gun-jumping) 규제와 관련하여 보면, 발제자께서 말씀하시는 바와 같이 공정거래법상 사전 이행행위 규제는 외국에 비해서 비교적 간명하고 제한적인 내용으로 규정되어 있는 것으로 이해됩니다. EU 등 외국의 경우 사전 이행행위 규제와 관련해서는 대부분 단순히 '경쟁당국의 심사 종결 전 거래의 이행을 금지한다'라는 취지로 규정될 뿐 금지되는 이행행위의 구체적인 정의나 유형이 규정되어 있지 않은 반면, 공정거래법은 거래종결 행위의 유형을 공정거래법 시행령 제17조에서 명시하고 있어 법령상 명기된 행위 이외의 행위를 하더라도 이를 공정거래법상 사전 이행행위로 보아 과태료(공정거래법 제130조 제1항 제1호)를 부과할 수는 없는 것으로 이해됩니다. 그렇다면 외국 기업결합심사 실무상 사전 이행행위로 인정되는 다양한 유형의 행위, 가령 매수인 측 인사의 거래 종결 전 피인수회사 파견, 공동의 영업, 가격정보 등 경쟁상 민감한 정보의 교환 등 소위 사전 통합작업에 해당하는 행위에 대해서 한국 공정거래법상으로는 이를 사전 이행행위로서 규제하기 어렵고, 경우에 따라 부당한 공동행위 규정 적용 여부가 문제될 수 있는 것이 아닌가 생각되는데, 발제자분께서는 이 부분에 대해서 어떻게 생각하시는지 고견을 여쭙고 싶습니다.

6. 마치며

두서없이 발제문에 대한 제 생각과 의문을 말씀 드렸습니다. 부디 제 졸견이 보다 더 풍성한 논의를 위한 밑거름이 되었으면 하는 바램입니다.

경쟁법학회 공동학술대회 토론문 (제1세션 - 기업결합)

- 최근 주요 기업결합 사례 검토와 디지털 경제에서의 기업결합 이슈 -

(공정위 기업집단결합정책과, 안석우 사무관)

1. 들어가며

먼저, 2022년 가장 주목받을만한 기업결합 사례인 Illumina-Grail 건에 대해 풍성하고도 심도있는 논의를 해주신 발제자께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 토론 준비 과정에서 발제문을 숙독하며 많은 공부를 할 수 있었습니다. 여기 계신 전문가 분들 앞에서 부족한 제가 어떠한 말씀을 드리는 것이 조심스럽지만, 보다 내실있는 토론이 이루어질 수 있도록 나름 최선을 다해 준비해 보았습니다. 과문한 탓에 사실관계의 오류나 이해부족이 있을 수 있습니다. 기탄없이 지적해주시면 감사드리겠습니다. 저는 발제 내용에 대해 제가 그동안 담당 사무관으로 일하면서 느낀 점들을 “부가”하는 형태로 토론에 임하고자 합니다.

2. 발제내용 요약

발제자께서는 Illumina-Grail건과 관련하여, 크게 세 가지 측면에서 특기할만한 사례라고 평가하시는 것으로 이해됩니다. ①첫째는 소위 Killer Acquisition을 규제한다는 명목으로, 해당 결합심사에 대한 관할권 없는 EC가 Art.22를 근거로 심사권한을 행사했다는 점, ②두번째는 Illumina가 기업결합 승인 전 이행행위(gun-jumping)를 해 버린 사례이고 EC가 이에 대해 법률상 상한에 해당하는 강력한 제재를 부과했다는 점, ③셋째는 해당 사례는 EC나 미 경쟁당국이 수직결합에 대해서도 강력한 대응을 해 나가겠다는 시그널로 볼 수 있다는 점이 그것입니다. 각각 이슈에 대해 간단한 첨언을 하고자 합니다.

3. Killer Acquisition 규제를 위한 EC의 법 집행에 대한 첨언

EC가 발표한 Art.22 가이드ンス에 따르면, 해당 규정은 신고대상은 아니나 경쟁상 유의미한 영향이 있을 것으로 판단되는 기업결합에 대한 경쟁당국의 관할권을 확보하기 위한 것으로 이해됩니다. 인수금액이 피인수기업 매출액 대비 상당이 크거나, 미래 상당한 매출이 예상되는 사업모델을 개발 중인 기업이 인수되는 경우 등은 EC가 Art.22 적용을 통해 직권심사할 수 있겠습니다.

이를 Killer Acquisition 규제를 위한 것이라고 해석하는 일각의 견해를 발제자님께서 소개해 주셨지만, 그 성격을 협소하게 규정짓는 것에 대해서 개인적으로는 조심스러운 입장입니다. Killer Acquisition 역시 해석하기에 따라 스펙트럼이 넓지만, 대체로 '유력한 미래경쟁자 인수 + 해당 경쟁자의 사업 모델의 중단' 정도로 이해되고 있는 것으로 압니다. 그러나, Art.22의 취지가 그러한 "중단"을 수반하는 기업결합만을 규제하고자 것은 아니고, Killer Acquisition을 포함한 동태적 경쟁저해를 야기할 수 있는 기업결합에 선제적으로 대응하고자 하는 보다 넓은 것으로 해석함이 타당하다고 생각합니다.

이러한 EC의 법 집행 경향은 현대 경제의 경쟁양상의 "동태성"과 밀접히 관련되어 있다고 생각됩니다. 혁신과 기술개발이 일상화 된 현대 경제에서는, 현재는 경쟁관계가 성립하지 않던 사업자 간에 향후 경쟁관계가 성립하게 되는 경우가 많습니다. 이러한 '동태적 경쟁관계'에 있는 사업자가 서로 결합하고, 특히 그 중 일방 당사자가 정량적 신고기준에 미달할 때, 향후 발생할 수 있는 경쟁이 소멸될 우려가 있음에도 이를 신고받아 심사하지 못하는 상황에 대해 경쟁당국이 어떻게 대응해야 하는지가 디지털 경제에서의 기업결합의 중요한 이슈라 할 것입니다. EC는 그러한 이슈에 대해, Art.22를 적극적으로 적용하는 형태로 대응해 나가려는 것으로 보여집니다. 독일의 경우는 2017년 거래금액 기반 신고기준을 도입하는 모습으로 이에 대응하고 있고, 우리나라 역시 2021년부터 거래금액 기반 신고기준을 도입, 활용하고 있습니다.

발제자께서는 EC의 법 집행 경향이 사업자들의 불확실성을 증가시킨다고 말씀 주셨습니다. 충분히 공감합니다. 기업결합 심사는 기업들 입장에서는 상당한 시간과 자원이 소비되는 일이며, 전체 기업결합 과정에서 비용 요인으로 작용하는 측면이 분명히 있습니다. 심사 여부가, 명확한 기준이 아닌 경쟁당국의 재량에 달려있는 것은 예측가능성을 떨어뜨릴 수 있습니다. 또한 말씀하신 것처럼 활발한 기업결합을 통한 혁신을 저해할 우려도 있다고 봅니다. 그런데, 기업결합으로 인해 기업들의 혁신 유인이 감퇴되는 측면 역시 존재할 수 있으며, 혁신활동이 활발한 영역에서 발생하는 기업결합은 특히 그러할 수 있습니다. 결국, 기업결합 심사가 혁신에 미치는 영향은 양면적일 수 있으며, 그 양면성을 고려한 최적의 법 집행 수준을 설계해 나가는 것이 경쟁당국의 과제라 할 것입니다.

사실 그 정답은 찾기 굉장히 어려운 일일 것입니다. 공정위 역시 그 정답을 찾아가는 중입니다. 거래금액 신고기준을 도입한 것 역시 그 노력의 일환이라 볼 수 있을 것입니다. EC와 같이 직권심사를 아주 드물게 하기도 합니다. 최근 Adobe와 Figma의 결합의 경우 신고기준에 미달되었음에도, 공정위는 디지털 디자인 소프트웨어 시장에서의 혁신경쟁 촉진을 위해 직권심사에 나선

바 있습니다. 첨언드리면, 공정거래법 제9조는 경쟁제한적 기업결합을 금지하고 있고, 공정거래법 제81조는 공정위 공무원에게 법 위반에 대한 조사권한을 부여하고 있습니다. 그러므로, 공정위는 어떠한 기업결합이 법 제9조를 위반하여 경쟁제한적이라는 혐의가 있다면 제81조에 의해 조사, 즉 직권심사를 할 수 있기는 하다는 것이 공정위의 법 해석입니다.

4. Ilumina의 Gun Jumping에 대한 EC의 강력한 법 집행에 대한 첨언

주지하다시피, EC는 절차적 규정 위반에 대해 상당히 강경한 법 집행을 해 왔습니다. 2017년, Facebook의 허위자료 제출에 대해 1억1천만유로의 과징금을, 2018년, Altice의 Gun Jumping 행위에 대해 1억2,500만유로의 과징금을 부과한 바 있습니다. 2014년, Marine Harvset의 Gun Jumping 행위에 대해서도 2천만 유로의 과징금을 부과하였습니다. 이번 Illumina 건의 경우도 실제 부과되는 액수는 약 4억3,200만 유로에 달할 것으로 보여집니다.

반면 발제자께서 말씀주셨다시피, 우리 법제는 Gun Jumping 행위에 대해 최대 4,000만원의 과태료를 부과하고 있을 따름입니다. 어떤 행위가 Gun Jumping 행위에 해당하는지에 대한 구체적 기준 또한 EC에 비하면 미비한 것도 사실입니다.

생각건대, 이러한 양 국의 차이는 우리 기업결합 법제가 연혁적으로 '발생한 법 위반에 대한 시정'을 전제로 하고 있기 때문이라 여겨집니다. 우리 법제는 원칙 사후신고, 예외적 사전신고 형태를 취하고 있습니다. 97년 이전에는 결합 유형에 따라 사후/사전신고가 구별되었으나, 97년 법 개정 이래 따라 매출액 1,000억원을 초과하는 기업결합이면 유형 구분없이 사후신고하도록 원칙화 되었으며, 다만, 대규모 회사에 대해서는 사전신고하도록 예외 규정이 신설되었습니다.

사후신고에 따라 심사가 이루어질 경우, 그 심사는 이미 이루어진 기업결합에 대한 심사입니다. 심사결과 해당 결합이 경쟁제한적이라고 판단되는 경우 그 경쟁제한적 효과는 이미 발생해 버린 효과이며, 이에 대한 시정조치는 단독행위나, 공동행위와 같은 여타 법 위반행위에 대한 조치와 마찬가지로 발생한 법 위반에 대한 시정에 중점을 둘 수 밖에 없습니다. 현행과 같은 이행행위 금지의무 도입이 2005년에 이르러서야 이루어진 것도 같은 맥락일 것입니다. 이행행위 금지의무는 경쟁제한적 효과를 "예방"하기 위한 장치이므로, 기본적으로 "사후시정"을 전제로 하고 있는 기업결합 법제와는 잘 어울리지 않는 측면도 있습니다. 이러한 법제 구조는 이행행위

금지의무 관련 규정의 구체화나 집행이 활발하지 않은 원인 중 하나라고 볼 수 있겠습니다. 실제로, 2005년 이행행위 금지의무가 도입된 이래, 공정위가 이행행위 금지 의무를 적발한 사례는 단 1건에 불과합니다.

EC가 사전신고제를 취하고 있는 것과 대별되는 부분입니다. EC는 사전신고제를 전제로, 이행행위 금지의무 위반에 대한 실효적 법 집행을 해 나가고 있습니다. 당사회사 간 엄격한 경영 분리(hold-separate) 명령 등 법 위반에 대한 신속하고도 실효적인 대응을 위한 임시적 조치(interim measure) 또한 가능하도록 법제를 구성하고 있습니다.

EC뿐만 아니라 미국, 영국, 독일, 일본, 중국 등 대부분의 국가가 사전 신고를 원칙으로 하고 있습니다. 이미 이행되어버린 기업결합이 경쟁제한적이라 할지라도, 사후적 조치를 통해 경쟁질서를 회복하는 것은 사실상 불가능할 것이므로, 기업결합 법 집행은 사후적 시정보다도 경쟁제한적 결과를 "예방"하는 데에 중점이 두어져야 할 필요가 있습니다. 여러 국가의 입법례는 타당한 측면이 있다 하겠습니다.

→ 장문 집행권 (각 나라) ... 102 문

5. 해외 경쟁당국의 수직결합에 대한 강력한 법 집행 경향에 대한 점검

Illumina-Grail 건은 결합에 따른 혁신저해가 주요 경쟁저해 이론이었습니다. 종래 혁신저해는 수평결합 심사에 수반되는 주요 경쟁저해 이론이었고, 수직결합은 주로 결합에 따른 요소 또는 고객 "붕쇄"를 중심으로 분석되어왔습니다. Illumina 건은 붕쇄의 궁극적 결과가 결국 혁신저해로 이어진다는 점까지 입증해 낸 건이라는 점에서 특기할만하다고 생각합니다.

디지털 경제에서 혁신은 주요한 경쟁변수이자, 기업들의 성장동력이므로, 앞으로 기업결합 심사를 함에 있어서 혁신 저해여부가 중점적 분석대상이 되리라는 발제자님의 의견에 적극 동감합니다. EC는 이번 Illumina 건 외에, 혼합결합에서도 마찬가지로 혁신저해 우려를 주요 경쟁저해이론으로 삼은 바 있습니다. 2017년 퀄컴-NXP 건 결합에서, EC는 퀄컴의 베이스밴드칩과 NXP의 NFC칩 및 보안칩이 혼합결합된다고 보았고, 양 회사의 칩이 결합 판매됨에 따라 경쟁자들이 배제될 것을 우려했습니다. EC는 단순 경쟁자 배제에서 한 걸음 더 나아갔습니다. NFC칩과 보안칩 분야는 연구개발이 활발한 분야인데, EC는 결합 당사회사들의 결합판매 전략에 따라 경쟁사들의 연구개발 및 상품화 수익성이 낮아지고, 궁극적으로 경쟁사업자들의 연구개발 유인과 혁신 유인이 감퇴될 우려가 크다고 보았습니다.

한편, 디지털 경제에서는 수평결합 못지않게 수직결합, 혼합결합 등의 비수평결합도 많이 나타납니다. 온라인 플랫폼들의 주요 사업전략은 핵심

플랫폼 서비스를 중심으로 다양한 서비스를 결합하며 자신의 생태계를 넓히는 것입니다. 이 과정에서 다수의 비수평결합이 수반됩니다. 이러한 비수평결합은 혁신적 서비스의 원동력이 되기도 하며 소비자의 편익을 높여주는 효과가 있기도 하지만, 플랫폼이 인접시장에 지배력을 확대하게 되는 등의 경쟁제한적 효과를 초래하기도 합니다.

각국 경쟁당국들은 디지털 분야 비수평결합에 대해 적극적인 법 집행을 해 나가고 있는 추세입니다. EC는 2016년 MS가 PSN 업체인 LinkedIn을 인수하는 건을 심사하면서, MS가 경쟁 PSN업체와 MS 제품간의 상호 운용성을 저해할 우려가 있다고 보았습니다. 2020년은 Google과 피트니스 트래커 업체 Fibit의 결합을 심사하면서, Fibit이 보유한 고객 건강데이터가 Google의 광고서비스와 결합될 경우 경쟁사들이 배제될 수 있다고 보았습니다. 또한, 전통적인 경쟁저해 이론 외, 비수평결합이 플랫폼 생태계 자체의 지배력을 강화시켜 여러 시장의 경쟁을 저해할 수 있다는 생태계 기반 이론 등도 활발히 논의되고 있습니다. 발제자께서 말씀해주신 혁신저해를 예방하기 위한 수직결합의 적극심사 역시 이러한 경향의 한 맥락이라고 보여집니다.

미국의 경우 EU에 비해서는 다소 비수평결합 집행에 소극적이었다고 평가되어왔으나, 발제자께서 말씀하셨듯이 바이든 행정부 이후 강력한 집행의 모습을 보이고 있습니다. 게임분야 수직결합인 MS-Blizzard건에 대해 FTC가 소를 제기한 것이 대표적 사례입니다.

6. 결어

이상, 발제에 대한 저의 줄거리를 두서없이 말씀드렸습니다. 발제자께서 말씀주신 여러 내용들은 기업결합 정책 측면에서도 매우 중요한 쟁점들입니다. 기업결합 관련 제도를 담당하고 있는 사무관으로서 많은 공부가 되었고, 이 자리를 빌어 감사하다는 말씀을 다시 드리고 싶습니다. 현재, 공정위는 기업결합심사 방식의 현대화를 위해 심사기준 개정작업을 추진 중에 있습니다. 오늘 발제내용, 그리고 토론내용의 시사점을 충실히 반영하여 합리적이고 예측가능하면서도 우리 경제의 혁신을 보다 촉진할 수 있도록 심사기준을 잘 정비해 나가겠다는 말씀을 드립니다. 감사합니다.

01-2

플랫폼 킬러인수론에 대한 비판

킬러인수론에 대한 비판

한국경쟁법학회 2023. 10. 13.

주진열
부산대 법학전문대학원

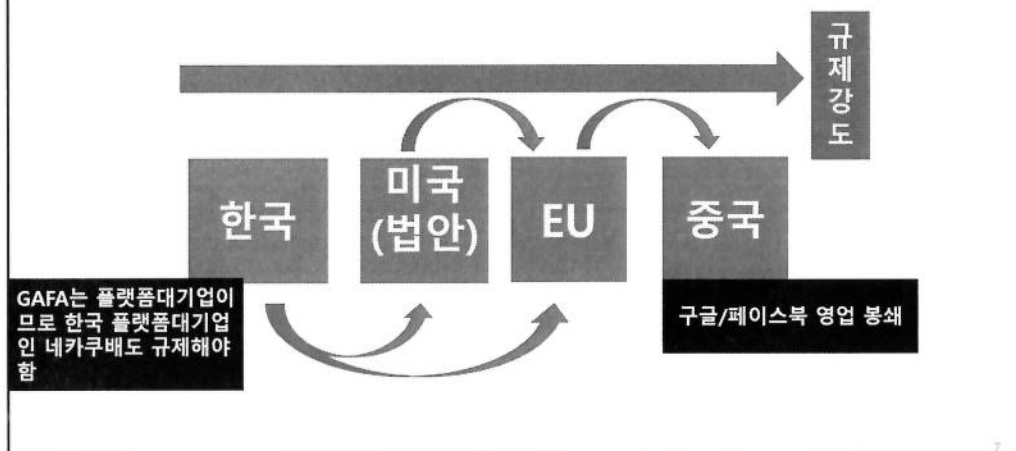
큰 그림

플랫폼 킬러인수론의 위치: 빅테크(GAFA) 규제론의 다양한 슬로건/캐치프레이즈 중 하나

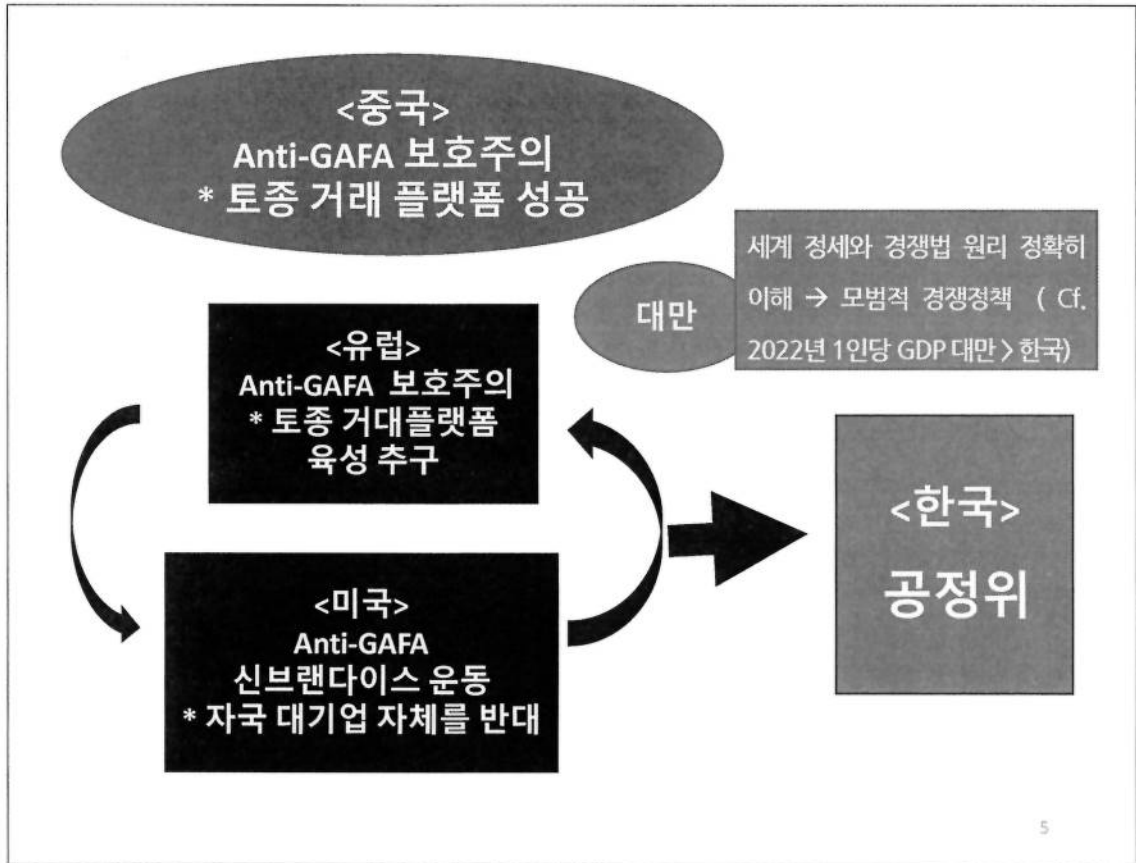
- 데이터독점(Data monopolies): 합리의 원칙 폐지
- 개인데이터 (프라이버시) 착취
- 플랫폼 노동자 착취
- 디지털 주권 침해 (EU)
- 자유경쟁 (“자유”의 의미가 다름)
- 킬러인수/Nascent competition: 미래에 유력한 경쟁이 될 지도 모르는 현재의 미미한 경쟁
- 문지기 파워(Gatekeeper power) 규제
- 이중역할(dual role)에서 비롯된 레버리징(leveraging) 규제 (* Post-Chicagoan 일부 관여)
- 플랫폼 필수설비(essential facility) 규제
- 검색/플랫폼중립성(* 망중립성에서 차용), 검색/플랫폼공공성, 검색/알고리즘 투명성
- 자사우대 금지

3

GAFA (또는 플랫폼대기업) 규제 스펙트럼



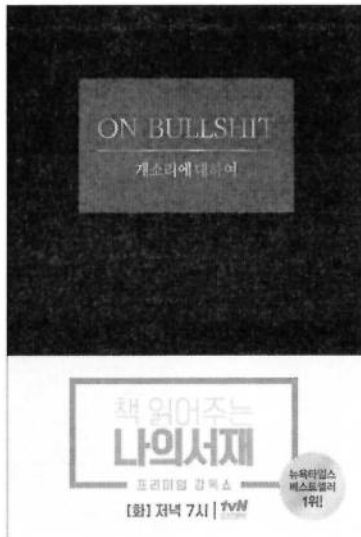
4



진실이 중요한가?



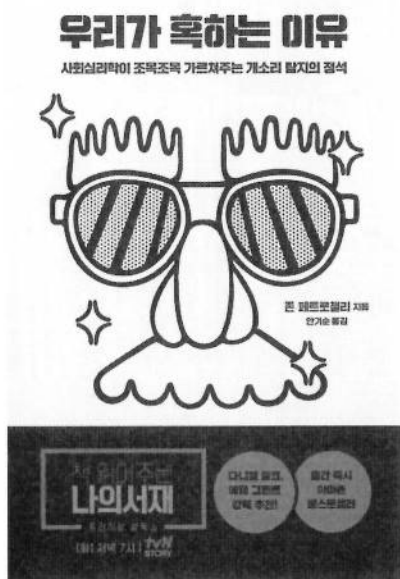
해리 프랭크퍼트



"사람들은 대부분 자신들이 개소리(Bullshit)를 알아차리고 거기에 현혹되지 않을 정도의 능력은 갖추고 있다고 꽤 자만하고 있다. ... 그 결과 우리는 개소리란 도대체 무엇인지, 왜 그토록 개소리가 많은지, 또는 개소리가 어떤 기능을 수행하는지 등에 대해 명확하게 이해하지 못하고 있다."

7

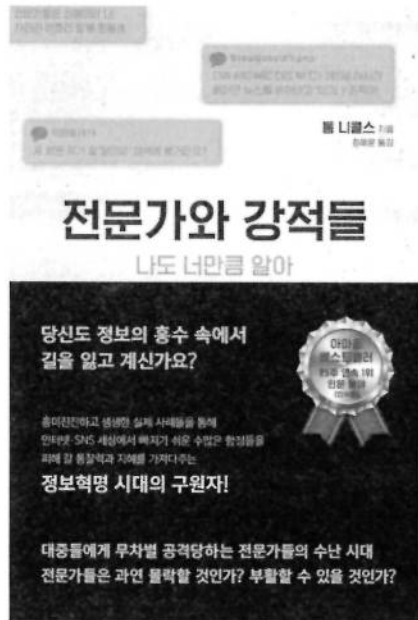
존 페트로렐리



"가짜로 심오한 언어는 과장, 애매모호한 언급, 내부 전문 용어, 유행어, 어느 누구도 이해할 수 없는 개념을 알고 있는 척 말하는 고압적인 태도 등을 통해 의미를 의도적으로 불명료하게 전달한다."

8

탐 니콜스



“확신에 찬 목소리로 온갖 실수와 잘못된 정보를 폭포수처럼 쏟아 내고 있는 사람의 말을 가만히 듣고 있어야 하는 처지가 되었다. 심지어 그들은 모든 의견이 똑같이 타당하다고 우기면서, 전문가의 견해나 확립된 지식을 서슴없이 자기 의견으로 대체하려 한다.

지식 결핍 그 자체가 아니라 지식 결핍에 대한 오만한 태도가 더 큰 문제가 되고 있는 것이다.”

9

요약

1. 조성욱 위원장 당시 공정위는 2020년부터 이른바 킬러인수론을 언론 등에 알리며 기업결합 규제를 강화하겠다고 하였고, 실제로 이를 반영한 법개정이 같은 해에 있었고, 2021년부터 기업결합 심사지침 개정 움직임이 있었고, 2022년 한기정 위원장도 킬러인수론에 입각한 발언을 함 → 정권/위원장이 바뀌어도 공정위는 킬러인수론 그대로 유지
2. 미국에서 Hemphil/Wu(2020) 등의 빅테크 킬러인수론은 Cunningham et al(2018)의 제약산업 킬러인수론을 GAFA에 적용한 것인데, 여하튼 전자와 후자 모두 가설적 이론이거나 어떤 신념/믿음으로 보임. (* 물론 가설이나 신념 그 자체가 문제라는 것은 아니지만 자칫 잘못하면 실익 없이 혼란만 초래할 수 있음).
3. 빅테크 킬러인수론이 OECD 등을 통해 증명된 사실처럼 과장되게 알려지고, 이것이 일부 언론과 학자들에 의해 인용되면서 널리 확산됨.
4. 공정거래법은 개별 구체적 사건에서 객관적 증명에 기반하여 집행되어야 하고, 킬러인수론(가설 또는 신념)을 엄밀한 검토 없이 받아들여 규제 강화 방향으로 가는 것은 바람직하지 않음.
5. 킬러인수론에 입각한 기업결합 규제야말로 (윤석열 정부가 말하는) 킬러규제임.

10

1. 킬러인수론 확산 과정

11

2018년 Cunningham 등이 킬러인수(Killer Acquisitions)라는 독특한 제목의 논문에서 브랜드 제약 회사가 스타트업과 미래 경쟁을 제거하기 위해 스타트업 인수 후 미래 혁신기술을 폐기한다는 가설 제시 (IT 분야도 의심되므로 조사 촉구) → 주목 끌고 확산

→ Tim Wu 등이 GAFA에 적용, 즉 GAFA가 스타트업 인수로 미래 혁신경쟁을 미리 제거한다는 주장(eg, 페이스북의 인스타그램 인수)

→ 2020년 OECD 보고서, 미하원 반독점 보고서, 언론기사, 여러 논문에서 킬러인수 가설을 마치 기정사실처럼 인용 多

→ 2020년 한국 공정위, 킬러인수론을 확대시켜 일반 대기업에 적용 (기업결합 법령 개정), 플랫폼 킬러인수 심사지침 개정 시도 등

→ 2023년 현재에도 논란 계속

12

2. 공정위 (2020 ~현재)

13

2020. 11. 20.

기사제목	출처
공정위원장 “신생기업 제거 ‘킬러인수’로 신 산업경쟁 저해 가능성”	경향신문(인터넷판 2020. 11. 20)
조성욱 대기업들 독점 위한 신생기업 ‘킬러 인수’ 막겠다	중앙일보(인터넷판 2020. 11. 20)
공정위 경쟁자 싹을 밟는 ‘킬러 인수’ 면밀히 심사하겠다	한국경제(인터넷판 2020. 11. 20)
공정위원장 “신산업분야 ‘킬러인수’, 부작용 발생 가능성”	KBS뉴스(인터넷판 2020. 11. 20)

14

2020. 12. 공정거래법 개정 제11조 제2항에 소규모피취득 회사 관련 거래금액기반 기업결합 신고기준 도입

기업결합신고대상회사 또는 그 특수관계인이 상대회사의 자산총액 또는 매출액 규모에 해당하지 아니하는 회사(이하 이 조에서 “소규모피취득회사”라 한다)에 대하여 제1항제1호, 제2호 또는 제4호에 해당하는 기업결합을 하거나 기업결합신고대상회사 또는 그 특수관계인이 소규모피취득회사 또는 그 특수관계인과 공동으로 제1항제5호의 기업결합을 할 때에는 다음 각 호의 요건에 모두 해당하는 경우에만 대통령령으로 정하는 바에 따라 공정거래위원회에 신고하여야 한다.

1. 기업결합의 대가로 지급 또는 출자하는 가치의 총액(당사회사가 자신의 특수관계인을 통하여 지급 또는 출자하는 것을 포함한다)이 대통령령으로 정하는 금액 이상일 것
2. 소규모피취득회사 또는 그 특수관계인이 국내 시장에서 상품 또는 용역을 판매·제공하거나, 국내 연구시설 또는 연구인력을 보유·활용하는 등 대통령령으로 정하는 상당한 수준으로 활동할 것

15

입법자료에 기재된 거래금액 기반 신고기준 도입 이유 (← 킬러인수론)

- “대기업이 규모는 작지만 성장잠재력이 큰 벤처기업이나 스타트업 등을 거액에 인수하는 경우 피인수기업의 자산총액이나 매출액이 현행 기업결합신고대상 기준에 이르지 못하여 신고의무가 발생하지 아니하게 되는 바, 장래에 시장 독과점을 형성하거나 진입장벽을 구축하더라도 기업결합 심사조차 못할 우려가 있음” (강조 첨가)

16

조성욱 위원장 당시

IT조선 2021.07.28.

공정위, 네이버·카카오 킬러인수에 '칼' 뺀다

이데일리 2022.03.08. 네이버뉴스

'플랫폼 문어발 확장 막자'...공정위, 기업결합 제도개선 착수

Tim Wu 등과 함께
뉴브랜다이스 운동



공정위(오른쪽) 공정거래위원회와 2014년 미국 연방거래위원회(FTC) 위원장 사진(왼쪽-공정거래위원회)

17

현재도 달라진 것이 없음

머니투데이 4면 1단 2022.11.17. 네이버뉴스

한기정 공정위원장 "빅테크 '킬러 합병' 막겠다...M&A 기준 정비"

- 정권이 바뀌고 위원장이 바뀌어도 공정위의 킬러인수론은 달라진 것이 없음.
- 윤석열 정부는 킬러규제를 없앤다고 하면서, 정작 킬러 규제 사례라고 할 수 있는 킬러인수론을 공정위는 왜 집착하고 있는지 의문임.

18

3. 킬러인수론의 유래

19

Cunningham et al (2018)

Killer Acquisitions*

Colleen Cunningham[†] Florian Ederer[‡] Song Ma[§]

This paper argues incumbent firms may acquire innovative targets solely to discontinue the target's innovation projects and preempt future competition. We call such acquisitions "killer acquisitions." We develop a parsimonious model illustrating this phenomenon. Using pharmaceutical industry data, we show that acquired drug projects are less likely to be developed when they overlap with the acquirer's existing product portfolio, especially when the acquirer's market power is large due to weak competition or distant patent expiration. Conservative estimates indicate about 6% of acquisitions in our sample are killer acquisitions. These acquisitions disproportionately occur just below thresholds for antitrust scrutiny.

20

- 특이한 제목과 주장으로 서구 학계에서 주목 끌고 확산
- ① 미국 제약의료 유료정보 웹사이트 Pharmaprojects에 공지된 1989년부터 2010년까지의 파이프라인 데이터와 ② 톰슨로이터 (Thomson Reuters SDC Platinum 및 Thomson Reuters Recap IQ) 데이터베이스에서 추출한 제약회사 기업결합 데이터를 결합 → 브랜드 제약회사가 보유한 파이프라인 물질과 중복되는 파이프라인 물질의 **개발이 중단된** 사례가 매년 전체 기업결합 건수의 5.3% 내지 7.4%로 추정되고, 그 원인은 브랜드 제약회사가 '파이프라인 물질로부터 발전할 수 있는 미래 신약과의 경쟁'(future competition)을 **미리 제거**하기 위한 것일 수도 있다 하면서 이를 '킬러인수'라고 함.
- 논문 결론에서 IT 분야에서도 스타트업 인수가 많기 때문에 킬러인수 사례를 조사해볼 필요가 있다고 주장

21

문제점: 킬러인수가 아닌데 킬러인수로 오용된 사례 – Mallinckrott 사건

- 2013년 브랜드 제약회사인 Mallinckrott의 자회사 Questcor는 미국 내에서 천연 호르몬 약품인 자사 Acthar Gel의 독점적 지위 유지를 위해, 스위스 제약회사 노바티스가 Acthar Gel와 같은 효능을 가진 Synacthen Depot의 미국 내 개발·판매권을 미국 제약회사에게 매각하려고 하자, 다른 제약회사들이 매입하지 못하도록 고가를 제시하여 매입한 뒤 Synacthen Depot을 미국 내에 출시하지 않음.
- Acthar Gel의 병당 가격이 2017년 기준 34,000달러로 유지되었는데, 이는 2001년 기준 40달러에서 850,000%가 상승 → FTC, 뉴욕주 등 5개 주가 FTC법 5조 위반, 셔먼법 2조 위반, 각주의 반독점법 위반 민사소송 → 연방법원은 Mallinckrott로 하여금 Synacthen Depot 개발·판매권을 FTC가 승인한 다른 제약회사에게 라이선스하도록 명함.
- 기업결합 사안도 아니고 파이프라인 개발 중단도 아니므로 킬러인수와 전혀 무관함

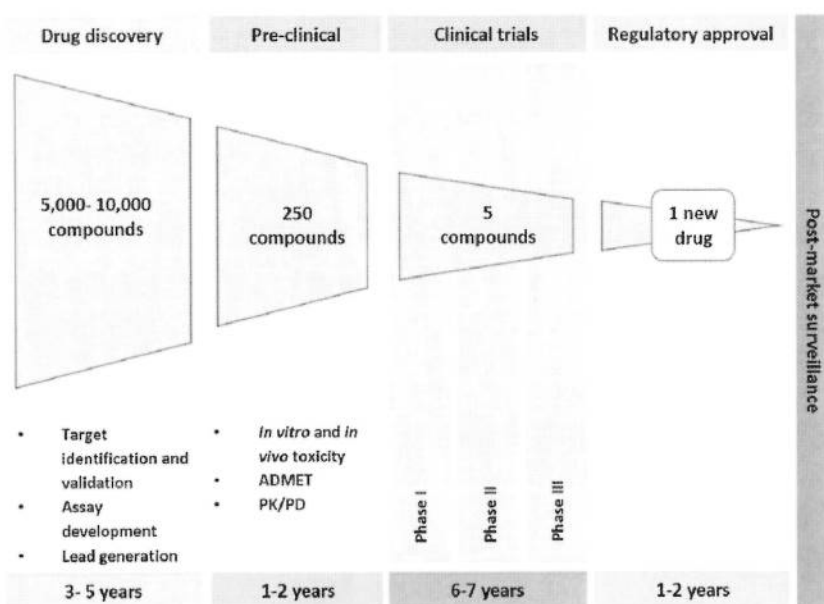
22

문제점: 파이프라인 이해 부족

- 파이프라인 물질 연구·개발은 단순 연구 단계에서부터 임상 최종 단계에 이르기까지 다양하고, 임상시험 이전의 연구 단계에 만 머물다가 폐기될 수도 있고, 1상을 통과해도 2상에서 포기될 수 있고, 2상을 통과해도 기대했던 약효 미흡으로 3상에서 포기할 수 있고, 3상을 통과해도 기존 약품과 가성비 문제 때문에 시장출시가 포기되기도 함
- 신약 개발에는 임상 이전의 연구 단계를 넘어 1, 2, 3상까지 통과하여 신약으로 승인 받아 시판될 수 있을지 개발자 자신을 포함하여 누구도 예측할 수 없는 '절대적 불확실성'이 있음.
- 인수 후 비슷한 파이프라인이 폐기되었다고 해서 킬러인수라는 신조어를 만들어가면서까지 의심할 사정 없음.

23

참고: 파이프라인에서 신약까지



24

문제점: 경쟁법상 경쟁에 대한 오해

- 저자들이 지칭한 “킬러인수”는 실제로 존재하는 사례가 아니라, 파이프라인 중단 원인에 대한 저자들의 추측성 가설에 불과함
- ‘파이프라인 개발 중단으로부터 의심된 킬러인수’에 의해 제거되었다고 하는 이른바 ‘미래 경쟁’(future competition)은 저자들의 주관적 상상 속에 있는 경쟁으로서, 이들이 언급한 미래 경쟁이라는 용어는 경쟁법이 보호할 수 있는 ‘임박한 잠재적 경쟁’(perceived potential competition)이 아님
- 경쟁법상 잠재적 경쟁도 물론 물리적 시간으로는 미래 시점의 경쟁이지만, 킬러인수론이 말하는 미래 경쟁, 즉 파이프라인 단계에서는 누구도 예측할 수 없는 미래 (신약) 경쟁과는 본질적으로 다름

25

참고

- Daniel Sokol: 미국 의약품 승인 기준이 유럽에 비해 더 엄격하기 때문에 파이프라인 물질 개발이 중단되는 사례가 많을 수밖에 없으므로, 스타트업 인수 후 파이프라인 개발 중단 이유로 킬러인수라고 할 수 없으므로, 보다 정확한 실증 연구가 필요하다는 신중론 제시
- But 킬러인수론은 현재 검증 불가능한 가설(eg, 10년 뒤에 경제위기, 100년 뒤 화산 폭발)인데, 어떻게 실증 연구가 가능한가?

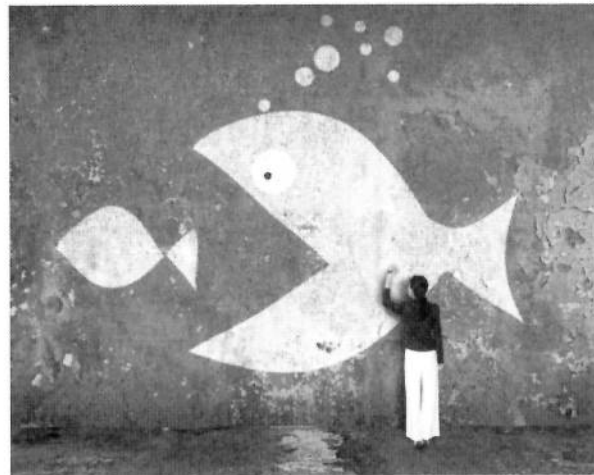
26

4. OECD 보고서 (2020)

27



Start-ups, Killer Acquisitions
and Merger Control



 OECD

28

문제점

- 증명된 적이 없는 킬러인수를 실제로 있는 것처럼 전제하고 킬러인수를 비판 (허수아비 때리기?)

(예)

- Mallinckrott 사건은 킬러인수가 아님에도 불구하고, Cunningham et al (2018)이 킬러인수라고 잘못 소개한 사례를 그대로 킬러인수 사례라고 소개.
- 2020년 Illumina/Pacific Biosciences사건도 킬러인수가 아님에도 불구하고 실제 킬러인수 사례인 것처럼 소개.

29

참고: Illumina/Pacific Biosciences사건

- DNA 염기서열 분석 회사인 Illumina는 유사 기술을 보유한 PacBio를 12억 달러에 인수하려고 했는데, FTC는 사전심사에서 PacBio가 차세대 염기서열 분석 기술을 보유했다는 이유로 클레이튼법 7조 위반이라며 기업결합 불허 → PacBio 인수 포기.
- 염기서열 분석 관련시장에서 Illumina와 PacBio 사이에는 경쟁관계가 있기 때문에, 경쟁제한적인 수평결합으로 충분히 다룰 수 있는 사안임.
- 2020년 Hemphill/Wu는 플랫폼 킬러인수론을 주장한 “Nascent Competitors” 논문에서 OECD 보고서를 인용하며 Illumina/PacBio 사건을 킬러인수 사례라고 함.

30

5. 플랫폼 킬러인수론 (2020 ~ 현재)

31

NASCENT COMPETITORS

C. SCOTT HEMPHILL¹ & TIM WU¹

A nascent competitor is a firm whose prospective innovation represents a serious threat to an incumbent. Protecting such competition is a critical mission for antitrust law, given the outsized role of unproven outsiders as innovators and the uniquely potent threat they often pose to powerful entrenched firms. In this Article, we identify nascent competition as a distinct analytical category and outline a program of antitrust enforcement to protect it. We make the case for enforcement even where the ultimate competitive significance of the target is uncertain, and explain why a contrary view is mistaken as a matter of policy and precedent. Depending on the facts, troubling conduct can be scrutinized under ordinary merger law or as unlawful maintenance of monopoly, an approach that has several advantages. In distinguishing harmful from harmless acquisitions, certain evidence takes on heightened importance. Evidence of an acquirer's anticompetitive plan, as revealed through internal communications or subsequent conduct, is particularly probative. After-the-fact scrutiny is sometimes necessary as new evidence comes to light. Finally, our suggested approach poses little risk of dampening desirable investment in startups, as it is confined to acquisitions by those firms most threatened by nascent rivals.

32

Future potency. Second, a nascent competitor is relevant due to its promise of future innovation. Its potency is not yet fully developed and hence unproven. Whether that innovation will make a difference in the marketplace is subject to significant uncertainty. That is due to the unpredictable rate and direction of technological change. This uncertainty stems from the same forces of technological progress that make innovation so valuable. The nascent competitor may fail in various ways: the unproven cure, despite highest hopes, may flunk its clinical trials; the technologies thought to be the future might, in fact, be overrated. This uncertainty may not be a quantifiable risk, like the odds in a casino, but closer to Knighitian true uncertainty—in other words, not readily susceptible to measurement.³⁴

34 FRANK H. KNIGHT, RISK, UNCERTAINTY AND PROFIT 232-33 (1957) (noting that the “practical difference between . . . risk and uncertainty . . . is that in the former, the distribution of the outcome in a group of instances is known,” whereas “true uncertainty” is “not susceptible to measurement”).

문제점

- 킬러 인수론이 전제한 미래의 혁신경쟁은 Hemphill/Wu도 이른바 “Knighitian uncertainty”, 즉 “절대적 불확실성”이라고 한 것처럼 그 존부는 누구도 어떤 방법으로도 알아낼 수 없음.
- Hemphill/Wu는 “절대적 불확실성”이라는 말이 주는 부정적 인상을 피하기 위해서인자 “nascent competition”이라는 말을 만들고, 이는 클레이튼법 7조에 따른 기업결합 규제에서 잠재적 경쟁(potential competition)과 다르다고 함.
- 즉 nascent competition이 클레이튼법 규율 범위 밖임은 인정하면서도, 이 개념은 사람마다 다르게 이해될 수 있다고 하면서, 여하튼 자신들은 이를 경쟁법 집행 방향의 기준으로 삼겠다고 함. (← 지나치게 자의적)
- Hemphill/Wu는 인스타그램에 대한 주커버그 언급처럼 기업의 내부 문건을 보면 킬러 인수 여부를 알 수 있다고 하지만, 너무 자의적임.

의견이다.
 경쟁력. 부가 가치에 대한 선의 불리하다.

↓
 Tim Wu.
 경쟁력 다음 리제
 (이 미국 상황의 배경으로)

- Hemphill/Wu는 미래의 불확실한 혁신과 경쟁을 보호하기 위해 과잉금지 오류가 있더라도 스타트업이 인수되지 못하도록 그냥 내버려 두어야 한다는 주장인데, 지나치게 독단적임.
- 스타트업 창업자나 투자자가 스스로 더 이상 개발을 원하지도 않고 더 이상 투자를 원하지도 않고 오로지 비싼 가격에 지금 매각을 원하더라도, 미래에 나타날 수도 있고 안 나타날 수도 있는 엄청난 혁신과 새로운 플랫폼 생태계 탄생을 위해 앞으로 성공할지 망할지 잘 모르겠으나 여하튼 인수되지 말고 계속 스타트업을 유지하라는 주장이 어떻게 정당화될 수 있는가?

35

문제점: 인스타그램 사례 왜곡

- 인스타그램은 페이스북에 인수되기 이전의 스타트업 인스타그램을 이른바 "nascent competitor", 즉 미래에 페이스북과 경쟁하였을 스타트업이었다고 하면서, 페이스북의 인수가 미래 경쟁을 제거한 사례라고 함.
- 그러나 페이스북은 인스타그램과 왓스앱의 기술을 폐기하지 않았으므로 수평적 또는 수직적 기업결합에 해당.
- Hemphill/Wu는 페이스북 최고경영자인 Zuckerberg 이메일에서 인스타그램이 미래의 경쟁자처럼 언급되었기 때문에 킬러인수라는 주장인데, 경쟁법위반 여부는 CEO의 한두마디 언급에 의해 결정되는 것이 아님.
- 2012년 페이스북이 인스타그램을 10억 달러에 인수하지 않았다면, 인스타그램은 페이스북에 앞서 인수 가격으로 5억 달러를 먼저 제시한 트위터에게 인수되었을 것임

36

- 인스타그램은 처음부터 온라인 유료 광고를 판매하지 않겠다고 이용자와 약속한 상태에서 다른 수익 모델을 찾지 못했기 때문에 적자가 계속 누적될 수밖에 없는 상황이어서 인스타그램 창업자들도 매각을 원하고 있었음.
- 이처럼 인스타그램은 이용자들에게 페이스북과 같은 방식의 이용자 타겟 광고 상품을 판매하지 않겠다고 약속하였고 페이스북에 매각된 당시에도 이용자 타겟 광고를 판매하지 않았음.
- 이 때문에 페이스북/인스타그램은 소셜미디어 무료시장에서는 경쟁관계에 있었다고 볼 수도 있으나, 페이스북은 인스타그램 인수 후에도 이용자 타겟 유료 광고상품은 판매하지 않겠다고 하였으므로 이 시장에서는 경쟁관계가 없었음.

37

기타 가설/이론 (킬러인수 개념 정의가 제각각)

38

Kill Zone

Sai Krishna Kamepalli Raghuram Rajan Luigi Zingales
Columbia University University of Chicago & NBER

This version: February 2021

First draft: November 2019

Abstract

We study why acquisitions of entrant firms by an incumbent can deter innovation and entry in the digital platform industry, where there are strong network externalities and some customers face switching costs. A high probability of an acquisition induces some potential early adopters to wait for the entrant's product to be integrated into the incumbent's product instead of switching to the entrant. Because of this, the incumbent is able to acquire the entrant for a lower price. Even if the incumbent platform does not undertake any traditional anti-competitive action, the reduction in prospective payoffs to entrants creates a "kill zone" in the space of startups, as described by venture capitalists, where entry is hard to finance. The drop-off in venture capital investment in startups in sectors where Facebook and Google make major acquisitions suggests this is more than just a theoretical possibility.

Mergers in the Digital Economy

Abstract

Over the period 2015-2017, the five giant technologically leading firms, Google, Amazon, Facebook, Amazon and Microsoft (GAFAM) acquired 175 companies, from small start-ups to billion dollar deals. By investigating this intense M&A, this paper ambitions a better understanding of the Big Five's strategies. To do so, we identify 6 different user groups gravitating around these multi-sided companies along with each company's most important market segments. We then track their mergers and acquisitions and match them with the segments. This exercise shows that these five firms use M&A activity mostly to strengthen their core market segments but rarely to expand their activities into new ones. Furthermore, most of the acquired products are shut down post acquisition, which suggests that GAFAM mainly acquire firm's assets (functionality, technology, talent or IP) to integrate them in their ecosystem rather than the products and users themselves. For these tech giants, therefore, acquisition appears to be a substitute for in-house R&D. Finally, from our check for possible "killer acquisitions", it appears that just a single one in our sample could potentially be qualified as such.

JEL-Codes: D430, K210, L400, L860, G340.

Keywords: mergers, GAFAM, platform, digital markets, competition policy, killer acquisition.

Axel Gautier
HEC Liège Management School
University of Liège, LCH / Belgium
agautier@uliege.be

Joe Lamesch
HEC Liège Management School
University of Liège, LCH / Belgium
joe.lamesch@uliege.be

(continued)

In the digital economy, a large user base is an important asset and a firm which has managed to create a large network can easily extend its product space and compete with the incumbent network. However, because of network effects and switching costs, the acquired firm will likely continue to operate under its initial brand name. Keeping the product under its original name is a way of preserving the user base while integrating it in a larger ecosystem. Besides, it is not in the interest of the platform to do so if the user bases overlap (Prat and Valletti, 2019). Hence, in the digital economy, contrary to the pharmaceutical industry, a killer merger would not necessarily lead to the discontinuation of the product's brand. Rather, if the product's value is based on its user basis, the opposite should be observed.

2/56 → killing
 2/27 → continue.

41

(continued)

we found only one potential killer merger: Facebook's acquisition in 2016 of Masquerade, a young startup that had developed a photo filter app that became rapidly popular.

Facebook's acquisition of Masquerade (MSQRD). MSQRD is a picture sharing app, similar to SnapChat, offering many filters for selfies. The company was very young (founded in 2015, acquired in 2016 by Facebook) and attracted limited funding (\$1 million). MSQRD experienced rapid user growth before the acquisition, with the number of app downloaded growing from 1.92 in January 2016 to 13.2 million in March 2016 (source: business insider). Following the acquisition, the product was continued under its original brand name. Clearly MSQRD was not yet a sizeable competitor for the existing social networks, and selfies are mainly shared with friends on social networks, generating traffic and revenues for the latter. Still, the case shares many of the Facebook Instagram deal (see Argentesi *et al.* 2019 for a critical review of the case) and competition authorities should further investigate this and other such merger cases.

42

참고



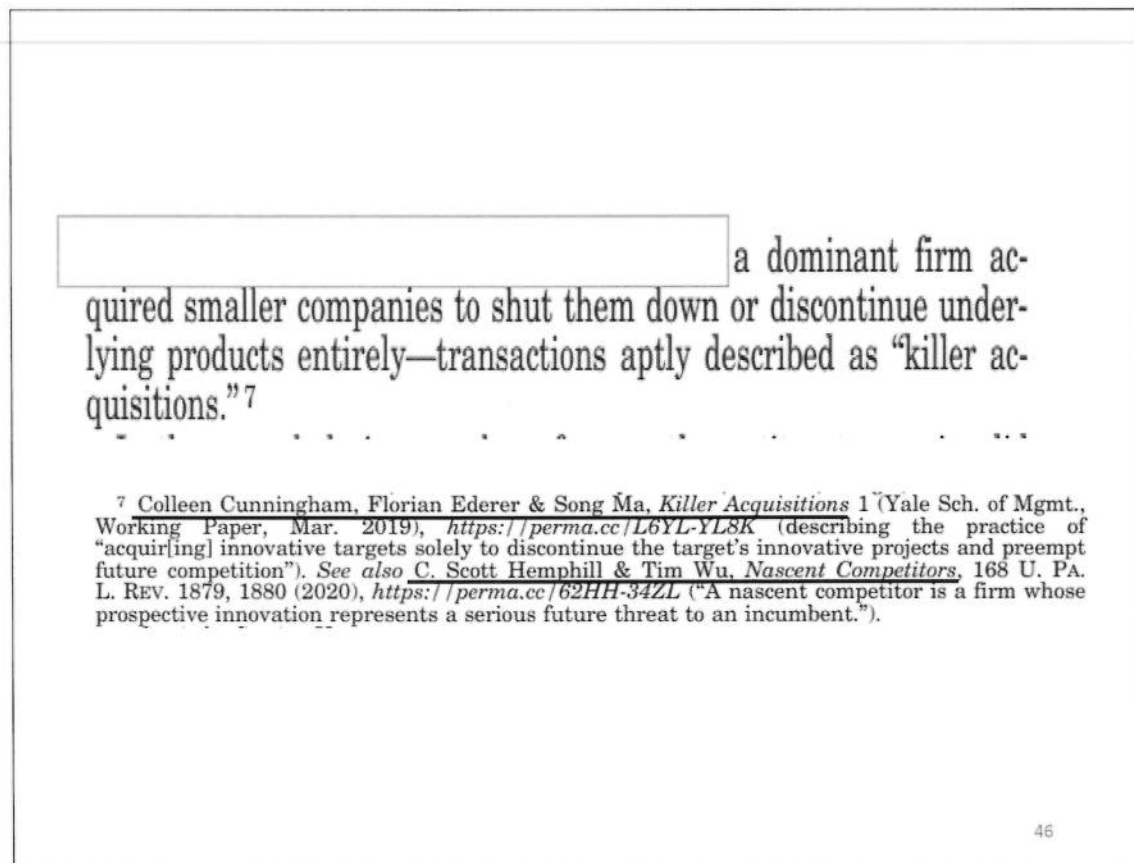
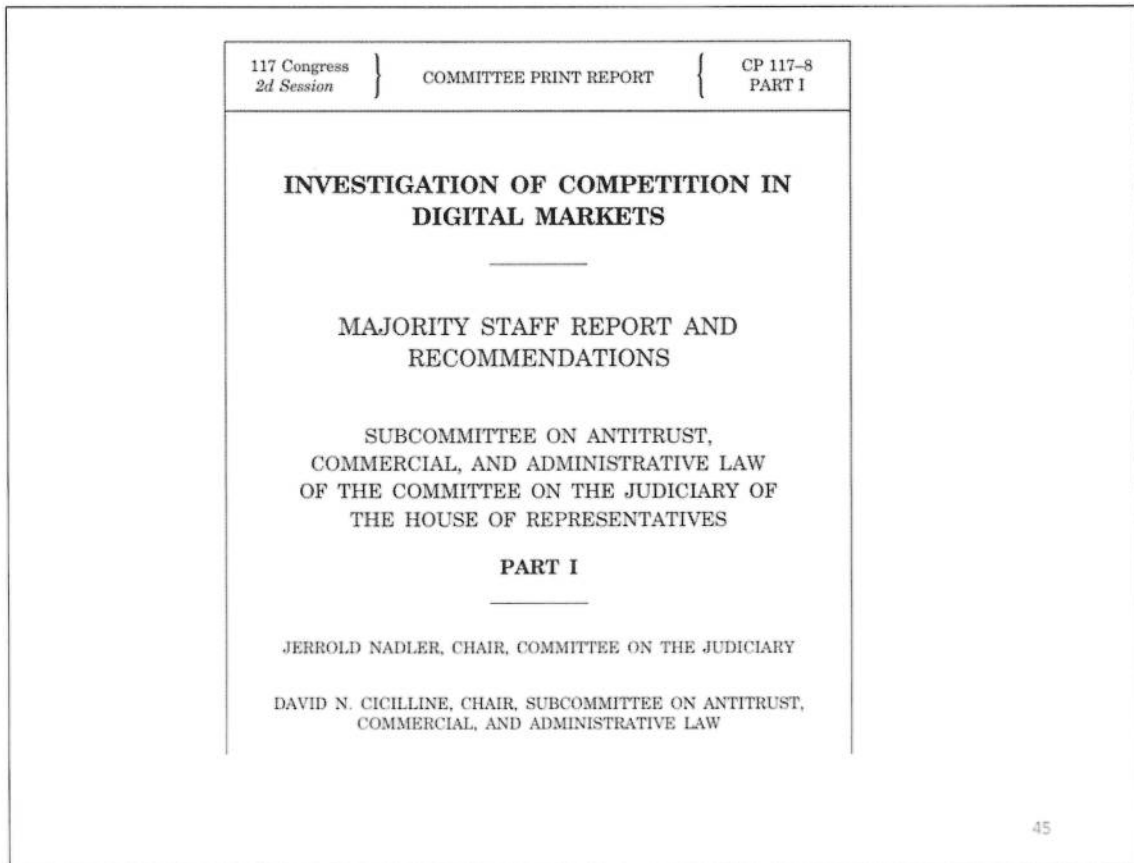
MSQRD lets users put filters on their videos so they look like Leonardo DiCaprio, Barack Obama, various animals or a zombie.

Masquerade’s software, Facebook says, is just the latest in a series of new creative tools. The start-up’s “world-class imaging technology for video” is a welcome addition, Facebook said.

43

7. US 하원 다수의견 보고서(2020) - 신브랜다이스 운동 반영

44



신브랜다이스 운동에 대한 미국내 비판: 합리적 근거 없는 규제는 미국 경제 자해



Hipster Antitrust Rules Are Dangerous, Summers Says

<예>

- Richard Epstein, "Beware Populist Antitrust Law" (2019)
- Joshua Wright & Aurelien Portuese, "Antitrust Populism: Towards a Taxonomy" (2019)
- Ryan Bourne & Brad Subramaniam, "The "Big Tech" Self-Preferencing Delusion" (2022)

47

8. 서로 다른 현실 인식

48

인수될 목적으로 시작하는 스타트업

2. 인수될 목적으로 시작하는 스타트업
2년 전 인수할 목적으로 설립된 스타트업...?



Selling Your Startup: 5 Things To Get Right

조회수 1만회 · 6년 전

Dan Martell



Exit Right: How to Sell Your Startup, Maximize Your Return and Build Your Legacy

Mark Achler 및 Mert Iseri | 11 2월 2022

★★★★☆ - 52

Paperback

US\$24.25

49

- 대기업이라고 해서 4차 산업혁명과 관련한 인공지능(AI), 모빌리티, 바이오 등 혁신 신기술을 모두 개발할 수 없고, 스타트업이 신기술을 개발한 경우가 훨씬 많음. 문제는 실제 상품화가 대단히 어렵다는 것임 (* 스타트업의 한계)
- 구글도 AI 기술에 관심이 있었으나 자체 개발 능력이 부족해서 딥마인드라는 스타트업 인수, 스마트 모바일 운영체제(OS)에 관심이 있었지만 자체 개발 능력이 부족해서 안드로이드라는 스타트업 인수. (* 삼성전자는 안드로이드 인수 제안 거절). 구글이 만약 자체적으로 AI나 스마트 모바일 OS를 개발하려고 했다면 전문성 부족으로 비용 지출만 있고 실패로 끝났을 수 있음.
- 이러한 사정은 미국 빅테크만의 문제가 아니고, 중국의 플랫폼 대기업 바이두, 알리바바, 텐센트도 스타트업 인수로 혁신 신기술을 확보해 왔음.
- 현대자동차도 보스턴다이내믹스를 인수해 로봇 모빌리티 기술 확보. 현대자동차가 아무리 많은 투자를 해도 자체적으로 보스턴다이내믹스 수준의 로봇 기술 확보는 사실상 불가능.

50

- 트위터도 온라인 채팅에서 욕설 차단 AI를 개발한 스타트업을 인수. 네이버도 AI 개발 능력 부족으로 프랑스 법인인 제록스 리서치센터유럽(XREC)을 인수.
- 전 세계 IT 대기업들이 경쟁적으로 스타트업을 인수 → 스타트업 가격이 실제 가치를 훨씬 넘어 치솟기도 함 → 이 때문에 애당초 인수될 목적으로 스타트업을 시작하는 경우가 많음 (* 부정적 효과 찾을 수 없음)

51

- 대기업의 스타트업 인수는 이른바 엑시트(Exit), 즉 벤처투자자의 스타트업 투자 회수를 촉진함으로써 벤처투자자가 다시 새로운 스타트업에 투자할 수 있도록 해 줌.
- 대기업의 스타트업 인수는 스타트업 창업을 촉진함으로써 경제 전반에 걸쳐 많은 긍정적 효과를 나타낼 수 있음.

52

9. 결론

53

- maybe ... Opponents would have a different perspective
- 스타트업 인수를 금지함으로써 누구도 예측할 수 없는 불확실한 미래 경쟁을 보호하여 소비자 후생을 증진한다는 것은 불가능함.
 - 플랫폼 킬러 인수론은 불확실 미래 경쟁 보호가 초래할 수 있는 과잉규제를 수용해야 한다는 입장인데, 너무 자의적임. (어떤 스타트업을 nascent competitor라고 하면서 미래의 경쟁과 소비자 후생을 위해 대기업으로 성장할 때까지 계속 사업하라고 하는 것이 말이 되는가?)
 - 탈진실(Post-truth) 시대에서 플랫폼 킬러 인수론 등 신브랜다이싱 운동이나 EU의 산업 보호주의적 경쟁정책에 휩쓸리지 않기 위해서는 더욱 더 면밀한 연구가 필요함.

54

잠재적 경쟁자 · 초기 경쟁자에 대한 킬러 인수

중앙대학교 경제학부
이상규

- o Cunningham, Ederer, and Ma (2018), “Killer Acquisition” 논문 이후 잠재적 경쟁자(potential competitor), 초기경쟁자(nascent competitor)의 인수에 대한 각국 경쟁 당국의 관심이 증가하였음
- o 최근 학계 논문들과 각국 규제기관의 보고서에서 보편적으로 사용되고 있는 “킬러 인수”는 Cunningham et al (2018)의 논문에서 처음 소개되었음
 - 이 논문은 2021년 Journal of Political Economy, vol. 129, no. 3, pp. 649-702에 게재됨
 - Cunningham et al (2021)는 킬러 인수를 “오로지 피인수 기업의 혁신적 프로젝트를 중단하고 미래의 경쟁을 선점하기 위해 혁신적 기업을 인수하는 행위”(acquir[ing] innovative targets solely to discontinue the target’s innovative projects and preempt future competition)라고 정의하였음
 - 저자들은 제약 산업의 인수에 대한 실증적 연구를 통해, 기존 제약회사가 신규 진입자를 인수하는 경우의 6% 이상이 기존 제약회사의 약품과 경쟁하기 위한 약품의 개발 프로젝트를 죽이기 위해 ‘킬러 인수’라고 추정하였음¹⁾

(C.A.가 사실이었. Reverse Payments도 가능..
(한글서체)
라이자?

참고. “Killer Acquisitions”의 다른 표현들

- The Economist (2016) “shoot-out acquisition”(총격 인수): “the name given to purchases of start-ups with the aim of eliminating a potential rival.”(잠재적 경쟁자를 제거하기 위한 목적의 신생 기업의 인수에 부여된 명칭)²⁾
- “pre-emptive mergers”(선제적 합병): 미래의 파괴적인 경쟁자를 제거하고 미래의 시장을 봉쇄하려는 목적의 인수합병

1) 이 논문은 디지털 경제에서 합병이 시장에 미치는 영향에 대한 정량적 증거가 부족하기 때문에 기술 인수에 대한 논쟁에서 주요 학술 참고 자료가 되었다. 예를 들어 2019년 1월에 개최된 유럽연합 집행위원회(European Commission)의 '디지털화 시대의 경쟁정책 수립' 컨퍼런스 개최사에서 노벨 경제학상 수상자인 Jean Tirole이 언급한 유일한 학술 논문이다. (Holmström, Padilla, Stizing, and Säskilähti, 2019, p. 3)

2) <https://www.economist.com/leaders/2016/05/26/nostrums-for-rostrums> 참조.

- Schweitzer et al. (2018, p.122)은 특정 용어를 사용하지는 않았지만, 기존 기업의 시장 지위나 비즈니스 모델을 위협할 수 있는 장기적 잠재력을 가진 신생 기업이 인수되어 폐쇄되거나 통합을 통해 중립화될 것이라는 우려를 논문을 통해 강조³⁾
- o Cunningham et al.은 킬러 인수를 “인수기업의 전략이 피인수 기업의 혁신 프로젝트 개발을 중단하고 미래 경쟁을 선점하는 경우”라고 서술
 - 그들의 연구 결과에 따르면 제약 산업에서, 오로지 스타트업의 연구 프로젝트를 중단하고 미래 경쟁을 선점하기 위한 목적의 혁신적인 스타트업에 대한 킬러 인수가 매년 50건 이상 일어나고 있음
 - 한편 저자들은 이 논문에서 R&D 스타트업과 대형 제약회사 간의 전략적 제휴도 유망한 연구 결과를 '사장'시킬 수도 있다고 주장
 - 이러한 제휴나 협력을 통해 제약회사는 자체 특권으로 연구를 지속하거나 중단할 배타적 권리를 가질 수 있으며, 이러한 제휴·협력은 위험(risk)과 초기 비용이 적기 때문에 많은 제약회사가 인수보다 더 선호하는 선택이라고 함
- o 이에 따라 저자들은 R&D 협력, 특허권 일임(patent assignment) 등을 통한 배타적 기술이전(라이센싱)과 같이 연구 결과의 통제권을 바꿀 수 있는 전략적 제휴도 킬러 인수와 더불어 경쟁당국의 검토 대상에 포함되어야 한다고 주장함
- o Cunningham et al (2018)의 논문 발표 이후로 킬러 인수에 대한 다수의 논문들이 발표되었으며, 이를 통해 킬러 인수의 규제에 대한 찬반 논쟁이 활발히 진행됨
 - Hemphill and Wu (2020), “Nascent Competition”
 - Jacobson and Mufarrige (2020), “Acquisition of Nascent Competitors”
 - Bryan and Hovenkamp (2020), “Antitrust Limits on Startup Acquisition”
 - Lundqvist (2022), “Killer Acquisitions and Other Forms of Anticompetitive Collaborations”
 - Holmström, Padilla, Stizing, and Sääskilahti (2019), “Killer Acquisition? The Debate on Merger Control for Digital Markets” 등등

3) Schweitzer, H., J. Haucap, W. Kerber, and R. Welker (2018) 참조.

- 혁신은 경제성장과 삶의 질을 높이는 핵심 요인이라 할 수 있으며, 전통적으로 정태적 가격효과에 초점을 맞추고 있는 합병통제(merger control)에서도 인수·합병이 혁신에 미치는 영향에 대한 관심이 증가하고 있음
- 디지털 경제의 성장과 경제에 미치는 영향력의 증대에 따라, 플랫폼 기반 사업과 다면시장, 데이터의 중요성 등에 대한 적절한 경쟁정책과 집행에 대한 전세계적 관심이 증대하고 있음
 - 이러한 관심은 전세계적으로 지배력을 보유하고 있는 몇몇 플랫폼들이 새로운 영역으로 사업을 확장하고, 소비자 관련 데이터에 대한 접근과 사용 능력이 지속적으로 증가하며, 사생활 침해와 개인정보 오용이 증가함에 따라 더욱더 커지고 있음
- 이에 따라 시장집중화를 방지하고 시장혁신 및 효율성의 제고를 추구하는 경쟁 당국의 합병통제는 “킬러 인수”에 관심을 둘 수 밖에 없음
- Holmström, Padilla, Stizing, and Säaskilahti (2019)은 기술거인(tech giant)이라 불리는 디지털 거대기업(digital conglomerate)들이 미성숙하였지만 혁신적인 스타트업들을 경쟁당국의 조사나 방해 없이 오랜 기간에 걸쳐 인수하였다고 서술
 - 영국 Digital Competition Expert Panel(Furman, Fletcher, McAuley, and Marsden의 보고서 Unlocking Digital Competition, 2019)에 따르면 지난 5대 플랫폼 기업이 지난 10년 동안 전세계적으로 400개 이상의 초기·잠재적 기업(nascent·potential competitor) 또는 스타트업을 인수·합병
 - Google은 2001~2020년 동안 256건의 인수합병을 하였지만 EC에 신고한 것은, 2007년 DoubleClick건과 2011년 Motorola Mobility건 뿐임⁴⁾
- 디지털 시장에 관한 합병심사 개혁은 (i) 합병 신고기준(notification threshold)과 (ii) 신고된 합병 평가(심사)에 중점을 두고 있음
 - 대부분의 스타트업 인수는 적은 연간 매출(annual turnover)로 인해 전통적인 합병 신고기준에 미달
 - Cunningham et al. (2021)은 제약사 인수에서도 유사한 결과를 발견

4) Case No. Comp/M.4731, Google/DoubleClick, 2007, Case No. Comp/M.6381, Google/Motorola Mobility, 2011 참조.

- 2014년 Facebook이 WhatsApp을 190억 달러에 인수한 경우에도 EU의 매출액 기준에 미달하여, 유럽 집행위원회는 회원국의 추천(referral-up)을 받은 후에야 인수를 검토할 수 있었다.

참고. Facebook의 Instagram, WhatsApp 인수

<표> Facebook의 Instagram, WhatsApp 인수 가격

	인수 연도	매출액	인수 가격
Instagram*	2012	\$0	\$1 B
WhatsApp**	2014	\$20 M	\$19 B

* 인스타그램 매출액 출처는 WSJ
 ** 왓츠앱 매출액 출처는 Business Insider

2.12.14 -
 2.12.14 -

- o 왓츠앱 투자를 주도했던 Sequoia Capital의 파트너 Jim Goetz는 블로그를 통해 왓츠앱을 4개의 숫자로 깔끔하게 요약
 - 450: 450 million(4억 5천만명)의 액티브 유저. 그리고 역사상 가장 빠른 속도로 이 숫자를 달성했음. 그리고 매일 100만 명 이상이 앱을 다운로드하고 사용.
 - 32: 32명의 엔지니어. 그들이 하루 500억개의 메시지를 처리하는 시스템을 만들고 운영함. 엔지니어 한 명당 1,400만명의 유저를 담당.
 - 1: 1년에 1달러의 사용료. 게임이나 광고는 없음. 수십개의 다른 경쟁자들은 광고를 통해 돈을 벌고 있었지만 그들은 초기의 사업 모델을 그대로 지켰음.
 - 0: 마케팅비 제로. 회사에 마케팅이나 PR 담당자가 없음. 그래서 유저 획득에 쓴 돈도 0원.
- o 이에 따라 일부 EU 회원국, 특히 독일 및 오스트리아는 2017년에 인수가치 (transaction value)에 기반하는 추가적 신고기준을 도입
 - 그럼에도 불구하고 합병 신고기준을 개혁해야 한다는 요구는 계속되고 있으며, 미국에서의 '은밀한 합병'(stealth consolidation)에 대한 Wollmann (2019)의 최근의 경험적 증거와도 연관되어 있음 ("개별 규모가 작아 규제 심사를 받지 않는 반경쟁적 거래들이지만 그것들의 누적 효과는 크다.")

참고. 기술인수

- o 디지털 시장의 경쟁정책에 대한 논쟁에 부응하여 합병 통제 개혁의 두 번째 핵심적 영역은 바로 신고된 기술인수(notified tech acquisition)의 처리에 관한 임

- 기술 인수는 경쟁법에 기반해서는 거의 저지되지 않았음
 - 드문 예로서, 2017년 CDK Global의 Auto/Mate 인수를 이미 집중화된 car dealer management software 시장에서 경쟁을 감소시킨다는 이유로 FTC가 불허한 사례를 들 수 있음
- 킬러 인수 여부를 정확히 파악하는 것은 쉽지 않으나 킬러 인수가 시장 경쟁에 미치는 효과는 클 것이라 판단됨. 따라서 잠재적 경쟁자, 초기 경쟁자를 식별하고 이들에 대한 인수를 주의 깊게 살펴야 한다는 데에는 이견이 없을 것이라 판단됨

참고. Hemphill and Wu (2020)는 초기 경쟁자를 정의(식별)하는 다음의 3가지 요소를 제시

(i) 혁신성(innovation)

- 초기 경쟁자는 혁신성이 중요. 혁신은 소비자의 요구에 보다 잘 부응하는 기술적 진보나 새로운 사업모형의 형태로 등장
- 초기 경쟁자는 혁신성으로 인해 "competition 'in' the market" 뿐만 아니라 "competition 'for' the market"을 제공⁵⁾

(ii) 미래 잠재력(potency)

- 현재의 경쟁은 초기 경쟁자의 본질적 모습이 아니며, 중요한 것은 미래의 발전 가능성임

(iii) 기존사업자에 대한 위협*

- 기존사업자가 초기 또는 잠재적 경쟁자를 견재하고자 하는 것이 바로 이 측면 때문임

○ 초기경쟁자, 잠재적 경쟁자 인수에 대한 경쟁정책의 어려운 점

- 첫째, 인수는 소규모 회사에 대한 투자자들에게 중요한 출구이므로, 소규모 회사가 혁신에 필요한 자본을 유치하는데 중요한 역할을 함, 따라서 인수의 과도한 차단이나 역제는 바람직하지 않음
- 둘째, 유해한 인수(예컨대 킬러인수)와 무해한 인수를 구별하는 방법이 중요하지만 매우 어려운 문제임. 혁신 및 기술 변화와 관련된 불확실성으로 인해 더욱 어려운 문제가 된다.

5) Competition in the market refers to the standard perspective of the game and focus on bearers of measures and new similar businesses that are in established markets. Competition for the market relates to the struggle of creating a new market that requires innovation, which introduces new technologies to the market.

- 셋째, 불확실성과 상품의 진화도 인수에 대한 경쟁 당국의 개입 시기에 영향을 줌. 어느 시점에서 집행하는 것이 최적인가? 기다릴수록 불확실성은 감소하고 증거는 명백해지지만, 폐해의 복구가 더 어려워짐

□ 반경쟁적 인수의 식별에 대한 Hemphill and Wu (2020)의 제언

(i) 인수의 동기(motivation), 의도(intent)

- 인수자가 주장하는 정당화 중 하나는 "인큐베이션"(incubation)임. 인수자가 다른 방법으로는 절대 일어나지 않을 방식으로 대상 비즈니스를 개선한다는 주장이 이에 해당
- 스타트업 인큐베이팅에 대한 신뢰성은 발생하는 편익(benefit)이 반드시 "합병 특화된 효율성"(merger specific efficiency)이어야 한다는 것임
 - 인수가 합병 특화된 효율성 때문이라고 주장하기 위해 인수자는 피인수 기업이 독자적으로 또는 다른 인수자에 의해 성장하였다면 유사한 편익을 달성할 수 없을 것이라는 증거를 제시해야 함, *합병 특화된 효율성인가?*
 - 하나 이상의 대안이 피인수 회사의 성장을 유사하게 촉진할 수 있다면 합병 특화된 효율성 주장은 타당성을 잃게 됨

(ii) 영향을 받는 관련시장과 인접시장의 경쟁 변화

(iii) 반경쟁적 계획의 증거

- 의도 증거(intent evidence)
 - 가장 단순한 형태의 의도 증거는 위협을 제거하는 행위와 함께 미래의 위협에 대한 구체적인 우려 사항을 보여주는 문서임
 - 대표적인 예는 Microsoft의 Tidal Wave ^{2005년} 메모, 특정 위협에 대한 Facebook의 상세한 내부 평가 및 이에 대한 조치 문서
- 인수자의 이전 행위
 - 초기 경쟁자의 지속적 인수 등
- 과도한 경제적 희생
 - 예를 들어, 다른 인수자의 제안과 비교하여 과도한 인수 대금 지불

(iv) 인수 중 또는 후에 드러나는 증거

- 증언이나 문서

가장 중요한 부류인수에 대한 제의권은 피인수로...

- 인수 중 또는 후 퇴사한 직원의 증언이나 드러나는 문서들
 - 인수의 패턴
 - 인수의 실제 효과
 - 예를 들어 합병 후 가격인상 등
 - 시장 조건 변화
 - 인수자의 시장점유율 변동, 진입장벽 변화 등
- 최근 각국의 경쟁 당국은 합병 사건의 선택과 평가에서 혁신에 대한 피해와 잠재적 경쟁에 미치는 영향에 대한 그 어느 때보다 더 강한 강조를 하고 있음
- 학계도 이에 대한 지속적 관심과 새로운 기법 개발에 노력해야 함

제 2 부

불공정거래행위 체계의 정비와
자율규제와의 조화

02-1

불공정거래행위 체계 정비

불공정거래행위의 체계 개선방안

경쟁법학회 추계학술대회 발표자료(23.10.13.)

성신여대 법대 교수 황태희



목 차

- 논의의 배경
- 쟁점
- 불공정거래행위의 체계 재검토
- 공정거래저해성 무용론
- 불공정거래행위 포섭 여부
- 정리

1. 논의의 배경

• 공정거래법 상 불공정거래행위의 위법성 판단 기준 및 공정거래저해성 개념 재정립 필요

- 경쟁제한성을 위주로 판단하는 행위의 경우/시장지배적 지위남용행위와의 판단기준 중복 지속적 지적
 - 시장지배적 지위남용행위의 구별 모호
- 법률과 시행령 상 위법성 판단기준의 2분화 시정
 - 시행령 상 '정당한 이유 없이' 로 규정된 것은 일본법 copy의 산물
- 위법성 판단에 있어서 공정거래저해성 요건이 필요한 것인지
 - 행위 -> 부당 -> 공정거래저해 우려 추가 판단?

• 공정거래법 상 불공정거래행위 포섭의 문제

- 새로운 위반행위의 등장
- 부당지원행위 vs 재판매가격유지행위

2. 쟁점

• 불공정거래행위의 범위

- '공정한 거래를 저해할 우려'가 있는 행위 : '공정한 거래'는 '공정한 경쟁'보다 포괄적 개념
 - 최협의 : 공정거래법 제45조 불공정거래행위
 - 협의 : 공정거래법 제45조 불공정거래행위 + 제46조 재판매가격유지행위
 - 광의 : 공정거래법 제45조 불공정거래행위 + 하도급, 가맹, 대리점, 대규모유통법
통법 등 공정위 관장 각종 거래 공정화 법률 위반행위

공정거래법 제45조
불공정거래행위

공정거래법 제46조
재판매가격유지행위

하도급, 가맹, 대리점, 대규모유통법

2. 쟁점

• 공정거래법 제45조의 위법성 판단기준

- 법률: '공정거래 저해성'에 관하여 3분류설에 따라 행위별 상이한 위법성 판단기준 적용

- ① 경쟁제한성: 경쟁감소 내지 경쟁자 수 감소
 - 해당 행위유형: 거래거절, 차별 취급, 경쟁사업자 배제, 구속조건부 거래, 거래강제 중 끼워팔기
- ② 경쟁수단 / 방법의 불공정성
 - 해당 행위유형: 부당한 고객유인, 끼워팔기 외의 거래강제, 부당한 사업활동 방해
- ③ 거래내용의 불공정성: "공정거래 기반의 침해"
 - 해당 행위유형: 거래상 지위남용행위
- ④ 경제력집중의 억제 + 경쟁제한성
 - 해당 행위유형: 부당지원행위

2. 쟁점

• 공정거래법 제45조의 구조적 문제점

- 법률은 불공정거래행위의 개략적인 행위 태양만을 열거하고 있으며, 구체적인 위반행위는 시행령에 위임 → 시행령에 열거된 내용만을 규제하다보니 새로운 유형의 행위에 대하여 규율하기 어려움
- 시행령 일부는 입증책임을 전환: "정당한 이유없이"로 구분한 이유의 정합성 부족
 - 해당 행위 유형: 공동의 거래거절, 계열회사를 위한 차별, 계속적 부당염매

• 경쟁제한 행위 vs. 수단/방법/내용 불공정거래행위의 구별

- 경쟁제한성을 위주로 하는 행위의 경우에 시장지배적 지위남용행위와의 관계/모순 지적
 - 거래거절, 차별취급, 경쟁사업자 배제, 구속조건부 거래 등은 '시장'에서의 경쟁제한을 전제로 하기 때문에 시장지배적 지위남용행위와 법규정 적용에 있어서 상호저촉 내지 모순 발생
 - 일반법/특별법설(통설) vs. 별개 규제설(포스코 판결 이후 판례)
 - 전부 개정 후/지위남용 행위의 경우에만 처벌되고 불공정거래행위는 형사처벌X: 존치의 의미가 있는가



3. 불공정거래행위의 체계 재검토

• 경쟁제한성을 위주로 하는 행위

- 조문구조가 시지남용행위와 겹치지만, 다른 해석론을 펴고 있는 판례는 매우 어색해보임
- Ex) 배타조건부 거래(45조 1항 7호)

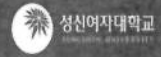
	시장지배적 지위남용행위	불공정거래행위
법	부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래(5조 1항 5호)	거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래 (45조 1항 7호)
시행령	부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(9조 5항)	부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위 (시행령 별표 2.7.)



3. 불공정거래행위의 체계 재검토

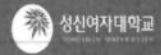
	시장지배적 지위남용행위	불공정거래행위
판례	시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적을 갖고, 객관적으로 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 행위를 하여야 함. 다만, 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것 (대법원 2009.7.9. 선고 2007두 22078 판결)	배타조건부거래행위의 '부당성'은 당해 배타조건부 거래행위가 물품의 구입 또는 유통경로의 차단, 경쟁수단의 제한을 통하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자나 잠재적 경쟁사업자를 관련시장에서 배제하거나 배제할 우려가 있는지 여부를 비롯한 경쟁제한성을 중심으로 그 유무를 평가하되, 거래상대방인 특정사업자가 당해 배타조건부거래행위로 인하여 거래처 선택의 자유 등이 제한됨으로써 자유로운 의사결정이 저해되었거나 저해될 우려가 있는지 여부 등도 아울러 고려할 수 있음(대법원 2013. 4. 25. 2010두 25909 판결)

이 판례는 배타조건부거래로 인한 자유로운 의사결정 저해 -



3. 불공정거래행위의 체계 재검토

- 경쟁제한성을 위주로 하는 행위: 시장지배적 지위남용행위와의 관련성 검토
 - 시장지배적 지위남용행위의 규정체계를 개정하는 등 단독행위 전반에 관한 재편이 필요
 - 시장지배력이 전제가 되고 있는 거래거절, 차별취급, 부당염매, 부당고가매입과 같은 행위 유형은 시장지배적 지위남용행위에서만 판단하도록
 - ‘공동의 거래거절’과 ‘집단적 차별’은 단독행위? 사업활동방해 공동행위?
 - 다만, ‘상대적 우월성’과 같은 지위를 갖고 있는 것이 전제가 되는 경우가 있음
 - 시장지배적 지위에는 미치지 못하나 ‘어느 정도의 거래상 (우월한) 지위로 인한 경쟁제한행위’를 별도로 구분할 현실적 필요는 있음
 - 수직적 거래제한 행위, 재판매가격유지행위, 거래의 개시 거절 등



3. 불공정거래행위의 체계 재검토

- 거래 수단/방법의 불공정성을 위주로 판단하는 행위: 행위 유형 정리
 - 불공정성을 위주로 하는 행위는 경쟁제한성 효과를 전제로 하는 것이 아님
 - 부당한 고객유인 → 소비자를 유인하거나 또는 기만하는 행위를 포괄하도록
 - 특히 ‘다크패턴’과 같은 새로운 위반 행위유형을 포섭할 수 있도록 개정할 필요
 - unfair or deceptive acts or practices (미국 FTC법 제5조)
 - 공정거래법의 소비자 보호적 성격 부각
 - 부당한 거래강제
 - 끼워팔기는 ‘강제’의 측면이 있으나, 한편으로 그 효과에 있어 경쟁을 제한하는 행위(경쟁제한성 + 불공정성)
 - ‘고용관계를 이용한 구입강제’ → 본질은 거래상 지위에 기반한 남용행위
 - 사업활동 방해행위
 - 본질은 거래상 지위에 기반한 남용행위

3. 불공정거래행위의 체계 재검토

• 거래상 지위남용행위의 재구성

- 거래상 지위의 개념

- 시장지배적 지위와 구별되는 상대적 우월성 개념
- 우리 법에서는 이른바 '갑을관계'로 정리되는 관계 : 상대방의 거래에서 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위

- 판단기준

- 상대방의 행위자에 대한 의존도가 높고, 상품 내지 시장의 특성상 기존의 거래관계를 해소하거나, 거래상대방을 변경하는 것이 실질적으로 불가능하여 거래 상대방이 행위자와 거래를 하지 않으면 안 되는 상황이라면 인정되기 쉬움
- 객관적인 시장지배력을 고려하지 않고 판단 가능

3. 불공정거래행위의 체계 재검토

- 행위 유형

- 현재는 구입강제, 이익제공 강요, 판매목표 강제, 경영간섭과 같이 거래상대방의 의사형성에 영향을 미치거나 불공정한 방법을 사용하는 경우만 한정
- 불이익제공행위의 경우에 대법원은 “구입 강제, 이익제공 강요, 판매목표 강제 등과 ‘동일시’ 할 수 있을 정도”로 해석하고 있음
- 보호의 대상 : 거래 상대방 + 일반 소비자 포함?

거래상대방이 일반 소비자인 경우에는 단순히 거래관계에서 문제될 수 있는 행태 그 자체가 아니라, 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생할 수 있는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에만 공정거래저해성이 인정된다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결)

- 거래상 지위를 이용한 데이터 접근 거절 내지 해지 거절 행위 등은 소비자에게도 영향이 있을 수 있음



3. 불공정거래행위의 체계 재검토

• 거래상 지위남용행위 : 방해/배제형 행위와의 연계성 검토?

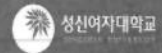
– 현재 시장지배적 지위남용행위 규정

- 배제/방해형 행위(3, 4, 5호 전단) : 경쟁제한성을 위주로 판단
- 착취(이익저해)형 행위(1, 2, 5호 후단) : 이익과 불이익의 비교형량 필요

※ 현행 불공정거래행위에 있어서의 거래상 지위남용행위는 이익저해형으로만 구성되어 있음.

– 불공정거래행위 중 경쟁제한성을 위주로 판단하는 행위는 원칙적으로 시지남용으로 판단할 것이나, 일부 행위에 대해서는 거래상 특별한 지위를 전제로 하는 특칙 마련 검토

- 불공정거래행위에 있어서의 수직적 경쟁제한행위나 거래 강제행위는 구속이나 강제가 가능한 상대방의 거래상 지위를 전제로 하고 있는 경우가 대부분인 점
- 독일 경쟁제한방지법(GWB) 제20조 참고




4. 공정거래저해성 무용론

• 위법성 판단기준으로서의 공정거래저해성은 필요한 것인가?

– ‘공정거래저해성’은 공정거래법 제45조의 위법성 판단기준이나, 기타 거래 공평화 법률 등에서 ‘공정거래저해성’ 요건은 크게 고려되지 않음/

- 어떠한 행위가 부당하면 불공정거래행위로서 성립하고, 별도로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지를 판단하는 것은 의미가 없음

비교	금지행위 유형(일반)	위법성 판단기준
하도급법	부당한 하도급대금결정, 구매강제, 위탁취소, 부당반품, 경제적 이익요구, 기술 자료제공요구, 경영간섭, 부당감액, 부당대물변제, 보복조치	부당성(or 정당한 사유)
가맹사업법	허위과장정보제공, 점포환경개선 강요, 영업시간구속, 영업지역침해, 보복조치	부당성(or 정당한 사유)
	거래거절, 거래지역 등 구속, 불이익 제공, 위약금, 고객유인	부당성 + 공정거래저해성
대리점법	구입강제, 경제적이익제공 강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭, 주문내역확인거부, 보복조치	부당성(or 정당한 사유)
대규모유통업법	대금감액, 상품수령거부/지체, 부당반품, 판촉비전가, 배타적거래강요, 경영정보제공요구, 경영간섭, 이익제공강요, 불이익제공, 보복조치	부당성(or 정당한 사유)



4. 공정거래저해성 무용론

제40조
부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 함의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)

제45조 ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 해칠 우려가 있는 행위(이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 하도록 하여서는 아니 된다.

1. 부당하게 ……
2. 부당하게 ……
3. 부당하게 ……

① 사업자는 부당하게 공정한 거래를 해칠 우려가 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위 (이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, …


1. ……
2. ……
3. ……

제5조
다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "남용행위"라 한다)

1. …부당하게…
2. …부당하게…
3. …부당하게…

① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위 (이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, …

1. 부당하게 ……
2. 부당하게 ……
3. 부당하게 ……



5. 불공정거래행위 포섭여부

- 부당지원행위
 - 보호법익 : 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부를 중심으로 판단
- 부당지원행위의 성질상 3분류의 어느 하나에도 속하지 않는 고유한 영역임은 부인할 수 없음
 - 부당지원행위의 규제목적은 '경제력 집중 억제'이며, 별도의 규제가치는 남아 있음
 - 특히, 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위 등은 자체로 경쟁을 제한하려는 목적보다 다른 목적이 우선
 - 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미치지 못하거나 시장에 참여하고 있는 사업자가 아닌 특수관계인 개인을 지원하는 경우에는 변칙적인 부의 세대 간 이전 등을 통한 소유집중의 우려가 있어도 사실상 공정거래 저해성을 입증하는 것이 곤란(대법원 2022. 5. 12.선고 2017두63993 판결)

→ 사익편취행위와 관련성을 검토하여 별도의 행위유형으로 구별하는 것이 바람직하지 않은가?

5. 불공정거래행위 포섭여부

• 재판매가격유지행위와 수직적 거래제한 행위

재판매가격유지행위	불공정거래행위 중 구속조건부 거래
사업자가 상품 또는 용역을 거래할 때 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 그 가격대로 판매 또는 제공하도록 그 밖의 구속조건을 붙여 거래하는 행위(제2조 제 20호)	상품 또는 용역을 거래하는 경우에 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위 (제45조제1항제7호, 시행령 별표 2 7.)
원칙적 금지-예외적 허용 1. 효율성 증대로 인한 소비자후생 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우 등 재판매가격유지행위에 정당한 이유 가 있는 경우 2. 일부 저작물	부당성 - 공정거래저해성 판단

5. 불공정거래행위 포섭여부

• 재판매가격유지행위의 본질적 검토

- 수직적 가격제한행위로서 기본적으로 브랜드 내 경쟁을 제한 vs. 브랜드 간 경쟁 촉진의 양면성을 갖고 있음
 - 재판매가격유지행위는 가격 기타 조건의 제한일뿐 거래상대방이나 지역을 제한하는 수직적 거래제한과 본질적으로 다른 것은 아니며, 기타 경쟁제한행위와 마찬가지로 '부당성' 판단에서 경쟁제한성 이외의 효율성 증대효과를 판단할 수 있음
- '정당한 이유'가 있는 경우에 허용 → 정당성 여부를 당사자가 입증
 - 수평적 가격제한행위인 부당한 공동행위의 부당성이 공정위에게 입증책임이 있는 것과 비교하면 다소 무리가 있음

• 재판매가격유지행위는 경쟁제한행위로서 수직적 거래제한(구속조건부 거래)행위의 일 유형으로 평가하는 것이 바람직하지 않은가?

6. 정리

1. 불공정거래행위의 체계 개선은 단독행위 규제의 패러다임 개선으로서 시장지배적 지위남용행위와 함께 검토 필요

- 경쟁제한행위는 원칙적으로 시장지배적 지위남용행위로 규율
- 다만, 수직적 경쟁제한행위와 같은 경쟁제한형 불공정거래행위는 시장지배적 지위남용행위보다 완화된 요건으로 파악할 필요도 있음
- 순수한 의미의 불공정거래행위는 거래상 지위를 이용하여 거래 상대방에게 불이익을 주는 행위 또는 '누구든지' 행위자가 될 수 있고, '소비자'도 피해자가 될 수 있는 불공정한 거래방법 사용 내지 유인/기만행위 등으로 한정

2. 현행 법 상 공정거래저해성 및 시행령으로 유형을 제한하는 규정(제45조 제3항)의 개정

- 법률 규정 → 고시에는 구체적 행위 유형을 예시하는 정도
- 공정거래저해성 요건은 '부당성'에서 판단

3. 불공정거래행위에 포섭되는 행위에 대한 새로운 시각

- 부당지원행위는 사익편취행위와, 재판매가격유지행위는 구속조건부 거래와 연계하여 고민할 필요

Epilogue

• 불공정거래행위의 체계 개선 문제 : 늘 미루어져 왔던 문제

- 현재 불공정거래행위 체계는 제정당시와 큰 변화가 없으나, 체계 개선에 관한 입법적 해결이 필요하다는 지적은 수십년 전부터 현재까지 제기되고 있음
 - 2002년 KDI 보고서에서도 체계 개선 지적
 - 포스코 판결 이후 시지남용과의 관계 혼란
 - 최근에는 공정거래법 전부개정 TF(2018)에서 이 문제를 심도있게 다루었으나, 정작 전부개정 법 및 시행령 개정에 있어서 소극적 대처
- 특히, 거래상 지위남용행위에 근거한 기타 거래 공정화 법률과의 체계성 검토 및 온라인 상의 각종 기만적 행위 등 새로운 불공정거래행위에 대처할 현실적인 필요가 있음

☞ 더 이상 미루기는 어려운 문제

감사합니다

hwang@sungshin.ac.kr

02-2

불공정거래행위와 자율규제

불공정거래행위와 자율규제

박 세 환*

I. 들어가며

우리나라는 자율규제의 전통과 문화가 깊지는 않지만, 최근 이에 관한 연구가 이어지고 있다. 특히, 인터넷·플랫폼·게임·전자상거래·정보·방송·통신과 같은 새로운 분야에 관한 자율규제 논의가 활발하다. 기술적인 전문성이 요구되는 신산업분야에서는 정부의 규제가 효과가 없을 수 있고 이로 인하여 혁신과 성장이 저해될 수 있으므로, 사업자들이 법적규제가 추구하는 바를 스스로 달성하는 자율규제를 중심으로 문제를 해결하자는 지적도 나오고 있다. 공정거래법 분야로 시각을 돌려보면, 「온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률안(이하 ‘플랫폼 공정화법(안)’)을 둘러싸고 자율규제가 부각되었다.

그런데 이처럼 우리나라에서 자율규제를 검토함에 있어서 불공정거래행위¹⁾라는 주제는 주목을 끌지 못하고 있다. 예를 들어 플랫폼 공정화법(안)의 주된 대상은 플랫폼의 불공정거래행위(주로 이용사업자에 대한 지위남용행위)인데, 법의 규율객체인 플랫폼의 특성에 대한 분석은 활발한 반면에, 정작 규율대상인 불공정거래행위의 관점에서의 논의는 드물었다. 그리고 자율규제와 관련하여 논의되었던 투명성 증진, 이용자 보호 문제는 소비자를 포함한 불특정 다수를 대상으로 투명성을 제고하고 범위반행위를 사전에 방지하려는 측면이 있다. 그런데 불공정거래행위 중 거래상지위남용행위는 강자와 약자라는 1대1 구도가 기본이 되고, 가해자와 피해자가 모두 사업자들인 경우가 대부분이며²⁾ 개별적으로 행해지는 거래상지위남용행위에 대한 피해구제, 사후적 조치도 중요하다는 특성이 있다. 또한, 불공정거래행위는 국가마다 규율 주체, 보호 수단, 법적 체계가 매우 이질적이고 이를 어떻게 방지하고 억제할 것인가에 대한 정확한 답을 찾기 어려운 독특한 행위유형이기도 하다.³⁾ 게다가 불공정거래행위는 인류의 유구한 역사와 함께해 왔고 지금도 거래가 있는 한 수시로 불거질 수 있을 뿐만 아니라, 미래에도 인류, 심지어 AI가 참여한 거래에서도 발생할 수 있는 살아있는 주제이다.⁴⁾

* 서울시립대학교 법전원 조교수, 법학박사

1) 이 글에서는 특별한 언급이 없는 한, 불공정거래행위라고 하면 거래당사자간의 협상력이나 구매력의 차이에 기 반한 남용행위를 일컫는다.

2) 거래상지위남용행위에서 거래상대방은 원칙적으로 사업자에 한정되고, 불특정 다수 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생하는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에야 일반 소비자가 포함된다. 대법원 2015.9.10. 선고 2012두18325 판결.

3) 박세환, “EU 차원의 불공정거래행위 규제방안에 대한 연구”, 『경쟁법연구』, 한국경쟁법학회(제38권, 2018), 158면.

4) AI에게 우월적 지위를 가진 사업자의 계약과 거래 내용을 덤러닝시킨 후, AI에게 거래에서 최대한의 이익을 얻으면서 최소한의 위험을 부담하도록 지시하면, AI는 열위적 사업자들에게 소위 갑질행위를 할 수도 있다.

따라서 불공정거래행위의 자율규제라는 소재에 걸맞게, 이 글은 불공정거래행위를 효과적으로 방지하고 억제한다는 측면에서 자율규제를 주시해 본다.⁵⁾ 본문에서는 자율규제에 있어서 자율성과 실효성이라는 핵심 사항을 살펴 본 후(II), 불공정거래행위의 특징과 불공정거래행위의 자율규제를 실행하고 논의한 적이 있는 EU 사례를 검토하고, 이어서 불공정거래행위 자율규제의 방향성에 대해서 탐구한다(II).

II. 자율규제의 자율성과 실효성

1. 개설

자율규제의 개념과 분류, 이어서 국가의 역할에 대해서 언급함으로써 불공정거래행위 자율규제에 관한 논의를 준비한다.

(1) 자율규제의 개념과 분류

자율규제의 개념은 일의적으로 정의내리기 곤란한데, 보는 관점에 따라 자율규제의 범위가 달라질 수 있고 내용과 방식도 다양하다.⁶⁾ 이어서 자율규제의 분류에 있어서는, Julia Black이 국가와의 관계라는 측면에서 4분류한 것을 소개하는 경우가 많다: ① 민간이 국가의 요청을 받아 국가가 정한 틀 안에서 규범을 만들고 집행하는 명령적 자율규제, ② 민간이 스스로 형성한 규제가 잘 이행되지 않는 경우 국가가 직접 법규상 제재를 행하는 강요된 자율규제, ③ 민간이 자율규범을 정하여 정부의 승인을 받는 승인된 자율규제, ④ 국가의 직·간접적인 개입 없이 민간의 주도적 판단에 따라 이루어지는 자발적 자율규제.⁷⁾ 그런데 이는 자율규제에 대한 절대적인 판단기준으로 여겨지기 보다는 자율규제를 파악하기 위한 일차적 기준을 제시한 것 정도로 이해될 수 있겠다.

5) 한편, 공정거래 자율준수프로그램(CP, Compliance Program) 역시 넓은 의미에서 자율규제와 관련이 있지만, 이 글은 자율준수프로그램에 대하여는 언급하지 아니한다. CP는 내부준법시스템을 확립하고자 한다는 점에서 대내적 성격이 강하다. CP 평가기준은 자율준수관리자, 편람, 내부감시체계 구축, 임직원 교육, 위반 임직원 제재로 구성되어 있다. 공정위, “공정거래 자율준수프로그램(Compliance Program) 도입·운영 매뉴얼”, 2020, 19면 참고.

6) 자율규제에 있어서 자율과 규제의 의미에 대해서도 다양한 입장이 존재한다. 이에 대해서는 이승민, “온라인 플랫폼과 자율규제 논의의 기초”, 『경제규제와 법』, 서울대법학연구소(제30권, 2022), 45-47면에 기술되어 있다.

7) 백대용, “공정경쟁 실현을 위한 자율규제의 역할과 방향”, 『법학연구』, 연세대법학연구원(제89호, 2021), 373면. 채향석, “빅데이터 시대의 개인정보보호 자율규제 활성화 방안”, 『고려법학』, 고려대법학연구원(제85호, 2017), 이희정, “온라인 플랫폼 자율규제에 관한 시론”, 『경제규제와 법』, 서울대법학연구소(제30호, 2022), 27면. 이승민, 앞의 글, 47면 등 다수.

(2) 자율규제에서의 국가의 역할

민간이 경제 발전을 주도해 왔고 정부가 민간영역에 직접 개입하는 것을 꺼리는 미국에서는 자발적인 자율규제가 중심인데 비해서, 독일이나 프랑스에서는 자율규제는 정부가 정해둔 틀 안에서 자율로 이해되고 자율규제에 관한 정부의 관여가 자연스럽게 여겨지는 경향이 있다.⁸⁾ 마찬가지로 국가가 입법·행정을 통하여 사적영역에 개입하는 경향이 있는 우리나라에서도 자율규제에 관한 국가의 역할을 중시하는 입장이 많다. 예컨대 자발적인 자율규제는 이념에 불과하여 현실에서는 존재하기 어렵고 자율규제는 국가의 후견적 지위를 전제로 하는 공동규제로 보아야 한다는 견해,⁹⁾ 사실상 모든 형태의 자율규제는 어느 정도는 국가 규범의 틀 안에서 이루어지게 되므로 자율규제는 실상은 공동규제 내지 규제된 자율규제를 뜻한다는 견해,¹⁰⁾ 감독기관의 자율규제에 관한 권한이 확대되어야 비로소 자율규제가 효과적으로 이루어진다는 견해를 예로 들 수 있다.¹¹⁾

이처럼 자율규제에 있어서 국가의 역할을 강조할 경우 우리나라에서 자율규제가 운영되는 현실을 잘 반영할 수 있다는 점에서 장점이 있다. 하지만 후술하는 것처럼 필자는 자율규제에서의 국가의 역할을 그대로 수용하기 보다는 자율성을 계속해서 강조할 필요성이 크다고 본다.

2. 자율규제에서의 자율성과 실효성

자율규제의 핵심은 자율성을 해치지 않으면서 실효성을 높이는 것이다. 문제는 여기에서 자율성과 실효성은 서로 조화를 이루기가 쉽지 않다는 점이다.

(1) 자율성

자율규제에서의 자율성은 자율규제의 참여자, 담당기구의 구성·운영, 자율규제 방안의 내용과 결정 방식, 자율규제 방안의 사업자에의 구속력, 방안의 미이행 여부 판단과 미이행에 따른 제재 등과 관련이 있다. 기본적으로 자율규제에 대한 정부의 관여가 강해지면 참여사업자의 자율성은 약해지고 정부의 관여가 줄어들면 참여사업자의 자율성이 강해지는 성향을 보일 수 있다.

이와 관련하여 국가의 개입 없이 사업자가 스스로 행하는 자발적(voluntary) 자율규제를 진정한 의미의 자율규제라고 봄으로써 자율성을 강조하는 입장도 있다.¹²⁾ 이에 비하여 해당 사안의

8) 이승민, 앞의 글, 48면.

9) 배진아, “포털의 공적 책무성과 자율 규제”, 「언론정보연구」, 언론정보연구소(제54권 제4호, 2017), 92면 이하.

10) 선지원, “규제 방법의 진화로서 자율규제의 실질화를 위한 연구”, 「행정법연구」, 행정법이론실무학회(제64호, 2021), 107면.

11) 백대용, 앞의 글, 368면. 아동에 관한 부적절한 광고를 규제하고자 한미국 아동광고심의협회의 자율규제 정책이 연방거래위원회(FTC)와 연방통신위원회(FCC)의 행정권한이 뒷받침되어 성공한 예라고 한다.

12) 최철호, “행정법상의 자율규제의 입법형태에 관한 연구”, 「법학논총」, 숭실대학교 법학연구소(제23호, 2010), 6면.

맥락에 맞게 자율규제를 행하려면 자율규제를 넓게 볼 필요가 있고 정부의 개입으로 인하여 완전한 자율성이 타협된다고 해서 이를 개념적으로 자율규제에 해당하지 않는다고 하면 논의의 발전에 도움이 안된다는 지적도 있다. 동 견해는 우리나라에서 자율규제는 외부의 압력에 의하여 촉발되므로 외부와의 상호작용이 필연적이고, 부분적으로라도 자율성이 발휘될 수 있는 영역을 찾아 시도하는 것이 자율규제의 발전에 도움이 된다는 현실론에 입각하고 있다.¹³⁾

자율규제는 특별한 입법이나 규제의 신설이 추진될 때 이에 대응하는 과정에서 정부의 관여하에 행해지는 것이 우리나라뿐만 아니라 전세계적인 현실이기는 하다. 하지만 자율규제에 있어서 자율성은 계속 강조되어야 할 본질이라고 생각한다. 자율성을 확보한 자율규제가 꾸준히 실행되어야 행정규제와는 차별화되는 자신의 장점(예: 공정거래 문화와 토양의 확립)을 구현할 수 있다. 그리고 자율성이 저해된 자율규제는 본연의 역할에서 벗어나거나 단기적인 성과에 지나치게 치중할 수 있다. 무엇보다도 사적거래에 대한 행정의 개입이 빈번한 우리나라에서는 자율규제의 본질(자율성)을 고수하면서 정부가 자율규제에 지나치게 소극적으로 관여할 가능성보다는, 정부가 자율규제 기구나 방안에 지나치게 관여하여 자율성이 뒤로 후퇴할 가능성이 더 커 보인다. 즉, 개념상·이념상 자율규제라고 부르기 위해서가 아니라, 현실적인 측면에서도 자율성은 끊임없이 확인될 필요가 있다고 본다. 그리고 자율성이 부족한 자율규제 방안은 실질적으로 정부의 행정지도나 동의의결의 시정방안과 비슷해지는 현상을 낳을 수 있어서 이에 대한 경계도 필요해 보인다.¹⁴⁾

2) 실효성

그런데 자율규제는 장단점이 뚜렷한 제도이고, 특히 참가여부와 규제방안에 있어서 구속성·강제성이 없다는 근본적인 한계를 가지고 있다. 게다가 자율규제는 가시적인 성과가 늦게 나타나는 성향이 있어서 항상 실효성 논란을 불러일으킬 수 있다. 이러한 실효성 문제는 국가, 대상, 분야를 막론하고 자율규제 추진시 같이 따라올 수밖에 없는 사항으로 규제기관·사업자·이해당사자들이 인내심을 가지고 바라보아야 할 필요도 있다. 그러므로 자율규제의 실효성을 무리하게 강화하려고 하다가 부작용이 발생한다거나, 자율규제의 실효성 저하를 이유로 특별 규제 신설·강화를 바로 정당화하는 것에 주의를 기울여야 한다고 본다. 그리고 자율규제는 행정규제가 발생하려고 할 때 부각되곤 하지만, 자율규제는 법적 규제의 신설을 피하거나 줄이기 위한 방어수단이 본질은 아니다. 따라서 현실적으로 양자는 밀접한 관계에 있지만, 논리상으로는 어떠한 자율규제의 실효성 여부와 특정한 법적 규제 신설·강화의 적정성 여부는 별도로 검토될 필요가 있다고 생각한다.

13) 이희정, 앞의 글, 28면.

14) 비슷한 취지에서 정부 주도로 행해지는 자율규제는 규제 체계의 혼선과 자율규제에 대한 왜곡을 가져오고 규제의 품질을 저하시킬 수 있다는 지적이 있다. 이승민, 앞의 글, 44면.

III. 불공정거래행위 관점에서 본 자율규제

이하에서는 '불공정거래행위의 자율규제'와 관련된 쟁점들을 집중적으로 검토한다. 먼저 불공정거래행위의 특성에 대해서 짚어 봄으로써 이에 대한 자율규제 논의시 유의할 사항에 대한 실마리를 찾아본다(1). 이어서 불공정거래행위 규제 입법을 신설하려고 할 때 자율규제를 중심으로 문제를 해결하자는 논의가 실제로 행해졌던 EU 사례를 검토하고(2), 이어서 종합적인 관점에서 불공정거래행위의 특징을 반영한 자율규제를 방향성에 대해서 기술한다(3).

1. 불공정거래행위의 특징

(1) 불공정거래행위의 발생원인: 힘의 불균형과 두려움 요소

불공정거래행위가 발생하는 주원인으로 당사자 간의 힘의 불균형을 들 수 있다. 강한 협상력을 가진 계약당사자는 자신의 경제적 이익을 늘리는 방향으로 거래조건을 일방적으로 설정할 수 있다. 이와 더불어 불공정거래행위를 유발함과 동시에 근절을 매우 어렵게 하는 것이 '두려움 요소(fear factor)'이다: 가장 약한 거래당사자는 불만을 토로할 경우 거래관계가 끝날 수 있다는 점을 두려워한다. 두려움 요소에 의하여, 불공정거래행위의 피해자는 거래단절·축소라는 보복이 두려워 가능한 피해구제 수단을 활용하지 못하게 되고, 가해자는 불공정거래행위의 이익을 누리게 된다.¹⁵⁾

(2) 불공정거래행위 법적 규제에 대한 사업자의 적응력: 특별 규제의 한계

불공정거래행위를 억제하기 위한 특별 규정은 입법자의 의도와 달리 사문화되거나 실효적이지 못한 경우가 많다. 거래상대방과의 거래조건을 일방적으로 변경할 수 있는 힘을 가진 강자는 새로운 특별 규정을 위반하지 않으면서 기존의 경제적 이익을 유지할 수 있는 수단을 찾아내는 적응력이 있기 때문이다. 예를 들어 프랑스에서 1996년 시행된 Galland 법은 특별한 정당한 사정이 없는 한 사업자들이 동일한 거래조건에 따라 거래하도록 강제함으로써 대규모유통사업자가 가진 협상력과 구매력을 인위적으로 낮추려고 하였다(차별금지 규정). 하지만 대형유통사업자들은 각종 백 마진을 활용하여 자신의 이익을 그대로 유지한 반면, 결과적으로 납품거래와 급부의 대가가 더욱 복잡하고 불투명해지고 이로 인한 비용이 납품업자와 소비자에게 전가되는 부작용이 발생하였다.¹⁶⁾

15) 박세환, EU 차원의 불공정거래행위 규제방안에 대한 연구, 167-170면.

16) 박세환, "대형유통사업자의 상거래행위를 특별히 규제하는 입법 방식과 적용범위에 대한 비교연구", 『상사법연구』, 한국상사법학회(제38권 제2호, 2019), 398, 399면.

(3) 불공정거래행위는 거래의 전체단계에서 발생

또한 불공정거래행위는 거래의 특정 단계에서만 발생하는 것은 아니고, 거래사슬의 전단계에서 발생할 수 있다는 특징이 있다. 예컨대 대형유통사업자와 그에게 상품을 공급하는 제조사업자 간의 거래단계 뿐만 아니라, 제조사업자와 그에게 부품을 납품하는 사업자 간의 거래단계, 부품납품 사업자와 그에게 원재료를 공급하는 사업자 간의 거래단계, 원재료 공급사업자와 원재료 생산사업자 간의 거래관계와 같이 거래사슬상의 모든 단계에서 불공정거래행위가 발생할 수 있다. 게다가 거래사슬의 상단에서 불공정거래행위가 발생하면, 그 피해자가 자신의 거래상대방에게 다시 불공정거래행위를 함으로써 비용과 위험을 전가할 수도 있다.

이와 같은 불공정거래행위에 있어서 힘의 불균형, 두려움 요소, 사업자의 특별규제에 대한 적응력 등을 감안한다면 불공정거래행위 분야에서 법적 규제는 완전하지 못하게 되고 자율규제의 의의(공정거래 문화의 정착)가 부각될 수 있다.

2. 불공정거래행위 입법과 관련하여 실행된 자율규제의 예

EU에서는 불공정거래행위 규제 입법 신설을 둘러싸고 일단 자율규제론이 활발하게 논해진 적이 있는바, 이를 살펴 본 후 우리나라의 온라인플랫폼공정화법(안)의 상황을 언급한다.

(1) EU에서 자율규제방안으로 검토된 SCI¹⁷⁾¹⁸⁾

1) SCI의 내용

식음료, 브랜드 상품 제조, 소매유통, 중소기업, 식료품 중개를 대표하는 유럽의 협회들은 2013년 식품공급 거래에서의 공정성을 증진하는 것을 목적으로 Supply Chain Initiative(이하 SCI)를 설립하였다. SCI 홈페이지에는 바람직한 행동원칙(Principles of Good Practice)과 공정한 행위와 불공정한 행위의 예시 리스트가 게재되어 있다. SCI는 사업자간 분쟁해결을 위한 주요한 수단으로서 조정·중재를 활용하였고, 사업자 직원 교육과 사업자들의 SCI 참여의 중요성을 강조하였다. 만약 참여 사업자가 요구사항을 지키지 아닐 경우, SCI는 해당 사업자를 탈퇴시킬 수는 있다. SCI의 운영은 소매유통사업자들과 납품업자들로 구성된 지도부가 담당하는데, SCI의 가입 절차·요건, 운영규정 등에 관한 내용은 SCI의 홈페이지에 공개되어 있다.

17) 박세환, EU 차원의 불공정거래행위 규제방안에 대한 연구, 177면 이하를 정리한 것이다.

18) <https://www.supplychaininitiative.eu/>

2) SCI에 비추어 본 자율규제의 장점과 단점

행정규제나 민사소송과 비교할 때 SCI의 장단점은 명확하다. 먼저 상품·용역 거래에서의 불공정거래행위 문화가 근본적으로 변화하도록 독려할 수 있다는 것이 가장 큰 장점이다. 또한 민사소송에 비해서 SCI의 분쟁해결수단인 조정·중재는 시간과 비용을 절감할 수 있다. 하지만 SCI는 자율성에서 유래하는 태생적인 한계가 있다. SCI는 자율기구이기 때문에 관련사업자들이 SCI에 가입하도록 강제할 수 없어 실제로 SCI 가입하지 아니한 사업자(예: 농산물 생산자)가 많았다. 게다가 가입한 사업자가 SCI 행동강령을 지키지 않더라도 SCI의 탈퇴 외에 특별한 제재 내지 강제수단이 없었다. 그리고 불공정거래행위 피해자가 SCI에게 신고한 경우, SCI는 독립적인 기구가 불공정거래행위를 조사할 것이고 이 과정에서 신고의 비밀성이 유지될 것이라는 점을 보장해주지 못하였다. 또한 SCI는 기업이 SCI의 요구사항을 실제로 준수하고 있는지에 대한 현장조사를 실시하지 못하였다. 부차적으로 자율규제의 행동강령을 발전시키는 과정에서 자율규제를 실행하는 사업자들이 부당한 공동행위를 할 가능성도 있다. 실제로 프랑스에서 영화배급연합회, 영화연합회, 영화제작수출경영자조합 등이 자율규제 행동강령을 배포하고 사용하는 과정에서 프로모션시 가격할인을 제한하기로 한 사건에서, 프랑스 경쟁위원회는 이를 반경쟁적인 합의(카르텔)에 해당할 수 있다고 보았다.¹⁹⁾

한편, 2013년에 창설된 SCI는 불공정거래행위 관련 EU 디렉티브가 나온 해인 2019년까지 활동하였고 현재는 활동을 종료한 상태이다. SCI의 실행과 중단은 EU 불공정거래행위 디렉티브 신설 문제와 밀접한 관계가 있어서, 이하에서는 EU 디렉티브의 진행과정을 살펴본다.

(2) EU 불공정거래행위 디렉티브 제정 과정에서 부상한 자율규제 추진 논의²⁰⁾

EU집행위원회의 불공정거래행위 녹색(green paper)²¹⁾ 발간을 계기로 본격화 되었던 EU 차원의 불공정거래행위 규제방안 신설 논의는 자율규제를 둘러싼 집행위원회와 의회 사이의 공방(攻防) 형태로 전개되었다.

- ① EU집행위원회는 2014년 자율규제(SCI)를 중심으로 불공정거래행위를 근절한다는 내용의 communication²²⁾을 EU의회에 제출하였다. 불공정거래행위 해결의 주된 역할은 SCI가

19) Cons. conc., déc. n°07-D-17, 10 mai 2007 relative à des pratiques mise en oeuvre dans le secteur de l'exploitation des films en salles de cinéma. Muriel Chagny, "Vers une autorégulation des marchés numériques ?", Cahiers de droit de l'entreprise n°3, mai 2019, dossier 22. 이 사건은 사업자단체들이 새로운 행동강령을 실시하는 등의 시정방안을 제시함에 따라 동의의결 형태로 종료되었다.

20) 박세환, EU 차원의 불공정거래행위 규제방안에 대한 연구, 177면 이하.

21) Commission européenne, "Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe", 2013.1.31.

22) Commission européenne, "Communication-Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises", 2014.7.15.

담당하게 하고 행정규제를 통하여 SCI의 약점(억제력)을 보완한다는 취지이다.

- ② 그러자 EU의회는 2015년에 불공정거래행위를 하지 말 것을 권유하는 자율규제로는 불공정 거래행위 문제를 완화시킬 수 있을뿐 이를 적절하게 해결하기는 어렵다는 의견을 집행위원회에게 제시하였다.²³⁾ 회원국 경쟁당국이 불공정거래행위를 규율하고 신고의 비밀성을 보장하고 조사권과 제재권을 보유하여야 한다는 것이다.
- ③ 이에 따라 EU집행위원회는 2016년 1월에 자율규제의 약점을 개선함으로써 식품 분야에서 불공정거래행위를 근절하겠다는 취지의 report²⁴⁾를 제시하였다. 여기에서 집행위원회는 SCI가 현재 성공적으로 정착하고 있다고 평가하였다. 예를 들어 2013년 창설 후 2년 만에 1155개의 회사들이 SCI에 가입하였고, 회원국 차원에서 보더라도 벨기에에서는 불공정거래 행위 분야에서 독자적인 자율규제 플랫폼이 가시적인 성과를 냈다는 것이다. 즉, EU집행위원회는 SCI가 식품 유통에서 불공정거래행위 문화에 변화를 일으키고 있으니, SCI의 실효성을 제고하는 방안(중소기업에 대한 홍보강화, 가입독려, 중립적인 거버넌스, 신고비밀 보장, 독립적인 조사기관 지정)을 실시하겠다고 하였다.
- ④ 그럼에도 불구하고 EU의회는 2016년 6월 자율규제방안의 한계점을 재차 확인하면서 집행위원회로 하여금 불공정거래행위 규제안을 만들 것을 촉구하는 resolution²⁵⁾을 내놓았다. EU의회는 현재의 불공정거래행위의 심각성을 감안할 때 자율규제 중심의 해결방안으로는 불공정거래행위를 확실하게 제어할 수 없다는 입장을 유지하였다.(두려움 요소 해소 불가).
- ⑤ 그리하여 EU집행위원회는 2018년 4월에 식품 공급망에서의 불공정거래행위 디렉티브(안)을 발표하게 되었는데,²⁶⁾ 이 안은 적용범위가 제한적이고 일반적인 금지조항을 두지 않았으며 특별하게 금지되는 불공정거래행위 유형이 상세하지 않다는 점에서 불공정거래행위 입법에 있어서 조심스러운 입장을 취하였다. 하지만 EU의회는 2019년 3월에 적용범위를 확대하고 농산물 생산자와 중소식품공급업자 보호를 강화한 디렉티브²⁷⁾를 의결하였다.²⁸⁾ EU회원국들은 이 디렉티브에 부합하도록 하는 입법·규제·행정조치를 2021.11.1.까지 해야 할 의무를 부담하였다. 프랑스의 경우 이미 강한 불공정거래행위 행정 규제 수단들을 입

23) Parlement européen, "Projet de rapport sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire", 2015.7.6.

24) Commission européenne, "Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les pratiques commerciales déloyales interentreprises dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire", 2016.1.29.

25) Parlement européen, "Résolution sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (2015/2065(INI))", 2016.6.7.

26) Commission européenne, "Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire", 2018. 4. 12. 디렉티브(안)의 방식, 범위, 내용, 의의, 문제점에 대해서는 박세환, EU 차원의 불공정거래행위 규제방안에 대한 연구, 181면 이하에 상술되어 있다.

27) Directive (UE) 2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire.

28) 박세환, 대형유통사업자의 상거래행위를 특별히 규제하는 입법 방식과 적용범위에 대한 비교연구, 415, 416면.

법화하였기 때문에 위 디렉티브가 겨냥하고 있는 불공정거래행위들의 대부분은 프랑스에서는 위법한 것으로 평가받고 있었다. 따라서 프랑스에서는 2021년에 농산물 대금지급기간의 축소, 금지행위의 추가²⁹⁾와 같은 미시적인 입법 조정을 함으로써 디렉티브를 입법상 반영하는 절차를 마무리하였다(Ord. n°2021-859 du 30 juin 2021).³⁰⁾

(3) 우리나라 온라인 플랫폼 공정화법안과 자율규제

한편 우리나라에서도 공정위가 2021. 1. 28. 「온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률안」을 정부안으로 발의한 바 있다. 이에 대해서는 플랫폼에의 의존도가 높은 소상공인과 자영업자들을 불공정거래행위로부터 보호해야 할 필요성이 크므로 이를 조속히 시행해야 한다는 찬성론과 법적 규제는 플랫폼이라는 역동적인 신산업의 발전을 저해할 수 있고 국내 플랫폼 기업들은 국내 시장에서 다국적 빅테크기업과 치열하게 경쟁을 하고 있어서 EU와는 상황이 다른데 EU의 사전규제를 성급하게 도입해서는 곤란하다는 반대론이 제기되었다. 그런데 2022년 새정부가 들어선 이후에는, 플랫폼 산업의 특성과 혁신을 통한 플랫폼 산업 육성의 중요도를 감안하여 자율규제를 추진하되 공정위·기획재정부·과학기술정보통신부·방송통신위원회 등이 참여하는 ‘범부처 플랫폼 정책협의회’가 플랫폼과 입점업체·소비자 관계에서 자율규제 성과가 나타나도록 지원하는 형태로 진행되고 있다.³¹⁾³²⁾ 요컨대 우리나라에서도 플랫폼의 불공정거래행위 규제방향을 둘러싸고 자율규제가 부상한 것이다.

3. 불공정거래행위의 특수성을 반영한 자율규제의 방향성

아래에서는 불공정거래행위의 특성을 반영한 자율규제의 방향성에 대해서 검토한다. 먼저 불공정거래행위 자율규제를 하향식과 상향식으로 나누어서 장단점을 비교·분석하고, 추진되던 행정규제의 결론(실행, 중단)이 자율규제의 장래에 영향을 미치는 현상을 논한다. 마지막으로 구체적으로 자율규제 방안의 내용과 이행 인센티브에 대해서 기술한다.

29) 과도하게 짧은 기한 주문의 취소 금지, 영업비밀의 취득, 이용 혹은 공개 금지, 계약조건을 서면으로 확인하는 것의 거절 금지

30) Yves Petit, “Le complément européen de la loi Egalim : la directive sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d’approvisionnement alimentaire”, *Revue de droit rural*, n°479, 2020, p.33-36.

31) 이희정, 앞의 글, 30-32면.

32) 2023년 8월 현재 위 협의체는 자율기구 법적근거 마련, 범부처 플랫폼 실태조사 추진, 자율규제 이행점검 지원 등을 추진하고 있다고 한다. 기획재정부, 보도자료, “온라인 플랫폼 기업, 플랫폼 자율규제 적극 참여의지 표명”, 2023.8.29.

(1) 불공정거래행위의 특성 반영

불공정거래행위 자율규제에 있어서는 2.에서 본 불공정거래행위의 특징과 EU SCI에서 나타난 자율규제의 한계에 대해서 고민할 필요가 있다. 즉, 불공정거래행위 자율규제는 피해자의 '두려움 요소'에 대응할 수 있어야 하고, 경제적 강자 중심으로 자율규제 기구가 편파적으로 운영되어서는 곤란하고, 관련 사업자들이 최대한 자율규제 기구에 가입하는 것이 바람직하며, 자율규제를 준수 하도록 독려하고 미이행을 막아야 하며, 자율규제 기구에 불공정거래행위 피해를 알릴 경우 이를 확인하여 제재하는 시스템이 갖춰져 있어야 한다. 이러한 과정에서 자율성이 희생되어서는 곤란 함은 물론이다.

EU나 우리나라 모두 불공정거래행위에 대한 EU 디렉티브와 플랫폼 공정화법 신설 여부를 둘러싸고 자율규제 논의가 진행되었다는 유사점은 있다. 하지만 EU와 우리나라는 불공정거래행위 규제체계나 상황이 다르다는 점을 감안할 필요가 있다. EU 불공정거래행위 디렉티브가 나오기 전에 실행된 SCI의 경우 신고나 조사 절차에 있어서 익명성을 보장해 주지 못하고 행동강령 위반이 있어도 이를 조사하여 제재할 별도의 기관이 마련되어 있지 않다는 결정적인 흠결이 있었기 때문에 이해당사자들의 참여율이 높지 않았고 결과적으로 SCI 자율규제의 실효성은 낮다는 평가를 받게 되었다(두려움 요소의 미해결). 이는 당시에 프랑스를 제외한 대부분의 EU 회원국들이 불공정 거래행위를 행정제재하는 시스템을 택하지 않고 있었고 회원국마다 불공정거래행위 규제 방식과 체계가 제각각이었으며 불공정거래행위에 대한 EU 차원의 효과적 대응수단이 불비하다는 유럽의 상황이 반영된 측면이 있다.³³⁾ 하지만 우리나라의 경우 이미 불공정거래행위를 종합적, 일반적으로 규율하는 규정이 공정거래법(제45조)에 마련되어 있고 공정위는 동 조를 적용하여 다수의 사건들을 처리하고 있다. 또한, 불공정거래행위 발생시 피해자는 공정위에 신고(익명 가능)할 수 있고 공정위는 필요할 경우 현장조사를 포함한 조사를 실시할 수 있으며 범위반사실이 확인될 경우 가해자에게 과징금과 시정명령을 가할 수 있는 공적인 구제절차가 완비되어 있다는 점에서 디렉티브 전 EU와는 상황이 다르다(두려움 요소에의 대응). 게다가 적용범위라는 측면에서 보면, 위 EU 디렉티브는 식품 공급채널에서의 거래에 한정되고 일정한 연매출액 기준을 충족하는 구매자와 공급자간 거래에만 적용된다.³⁴⁾ 따라서 EU 차원에서는 여전히 일반적인 불공정거래행위 행정 규제 체계가 완비되어 있다고 보기는 어렵고, 이는 모든 거래와 사업자에게 적용 가능한 공정거래법 제45조와 다른 점이다.

33) 본 디렉티브 이전에도 EU 회원국들은 이미 불공정거래행위에 관한 회원국 차원의 대응수단을 가지고 있었다. 본 디렉티브는 EU법에 의한 최소한의 보호 기준을 설정하는데 적합한 방안을 마련한다는 취지이다. Yves Petit, op. cit., p.33.

34) 위 EU 디렉티브의 구체적인 적용범위는, 박세환, 대형유통사업자의 상거래행위를 특별히 규제하는 입법 방식과 적용범위에 대한 비교연구, 425-429면에 상술되어 있다.

(2) 하향식 불공정거래행위 자율규제, 방사형(放射形) 자율규제

이하에서는 불공정거래행위 자율규제를 편의상 하향식 자율규제와 상향식 자율규제로 나누어서 이를 비교하고 분석해 본다.

먼저 이 글에서 하향식 불공정거래행위 자율규제는 정부가 주도하여 특정 분야의 주요 대형 사업자를 선정하고 정부가 이들의 자율규제 이행안 결정이나 평가에 관여하는 형태를 의미한다. 이러한 자율규제는 정부가 자율규제기구에 관여하여 적절한 이행안을 도출해낸 후 대형 사업자들이 이를 이행하도록 독려함으로써 단기間に 시장에서 가시적인 성과를 발생시킬 수 있다는 장점이 있다. 즉, 정부가 자율규제기구가 주요 대형사업자들에게 유리하게 편파적으로 운영되지 않도록 관리·감독하는 셈이고, 정부는 사업자들의 이해관계를 조정하며, 자율규제가 정착되고 성과를 낼 수 있도록 이끌어가게 된다. 이러한 자율규제로는 정부의 독려하에 주요 대형사업자가 불특정 다수의 이용자나 소비자를 위한 투명성 증진, 이용자보호 방안을 제시하는 것을 예로 들 수 있겠다. 이와 같은 서비스 이용 조건과 방법의 명시, 순위나 등급 기준에 대한 표시 강화, 차별대우 기준 명시, 거래조건 변경시 고지의무, 계약 해지 제한 혹은 사전통지, 분쟁처리 절차 확립 등은 투명성을 제고하여 불공정거래행위를 사전에 방지하는 수단(ex ante)으로 작동할 수 있다. 우리나라에서 실행중인 '플랫폼 민간 자율기구'의 갑을 분과 자율규제방안이 여기에 가깝다고 볼 수 있다.³⁵⁾

그런데 이 경우 중소 사업자나 약자인 다수의 거래상대방들은 자율규제기구에 참여하기 어렵게 되고, 결과적으로 자율규제기구는 정부의 관여하에 주요 대형사업자, 관련 직능단체, 사업자·소비자단체 위주로 운영되기 쉽다. 그리하여 불공정거래행위 피해자 측면에서 자율기구의 대표성 문제가 발생할 수 있다. 또한, 수많은 사업자들이 시장을 분점하고 있는 경우에는 이러한 하향식 자율규제는 실행하기가 쉽지 않게 된다.

게다가 불공정거래행위 중 거래상지위남용행위는 강자와 약자라는 1대1 구도가 기본이고, 거래사슬의 전단계마다 각각 발생할 수 있으며, 거래사슬 상단에서 불공정거래행위 발생시 그 피해자가 자신의 거래상대방에게 비용과 위험을 순차적으로 전가시킬 수 있다는 특징이 있다. 그렇다면 대형 사업자를 중심으로 하향식 불공정거래행위 자율규제를 할 경우 최상단에서 불공정거래행위가 발생하는 것을 줄임으로써 아래 사슬에서 순차적으로 불공정거래행위가 발생하는 것을 줄이는 효용이 있다. 하지만 이러한 자율규제는 거래사슬의 2차·3차·4차... 단계에서 개별적으로 발생하는 불공정거래행위를 줄이는 데 있어서는 직접적 효과를 거두기는 어렵다. 그러므로 공정거래 문화 토양의 확립이라는 불공정거래행위 자율규제의 궁극적인 목표 달성을 위해서는, 여러 단계에 있는 다수의 사업자들이 자율규제기구에 가입하여 상향식으로 자율규제를 실행하는 방안이 대해서도 고민할 필요가 있다.

35) 관계부처합동, 보도자료, "플랫폼 자율규제 방안 발표회 개최", 2023.5.11.

(3) 상향식 불공정거래행위 자율규제, 거래당사자간 자율규제

이에 비하여 자율규제기구의 창설과 운영에 정부가 관여하지 아니하고 거래사슬 단계에서 거래 당사자가 될 수 있는 경제적 강자와 약자들이 폭넓게 참여하는 자율규제를 편의상 상향식 자율규제라고 부르기로 한다. 위 2.에서 본 EU SCI 가 이러한 상향식 자율규제 형태에 가깝다고 볼 수 있다. 이러한 민간 주도의 자율규제는 다수의 이해당사자들이 참여하여 합의된 행동강령을 준수하기 때문에 자율성이 강화되고 상생문화의 확립이라는 불공정거래행위 자율규제의 본래 목적에 부합한다는 장점이 있다.

그런데 SCI와 같은 상향식 자율규제는 단기간에 가시적인 성과를 거두기 쉽지 않다는 단점이 있다. 특히 행동강령 위반에 대한 조사·제재 방안이 미흡하여 실효성에 문제가 있다는 비판이 많았다. 또한 SCI에서도 대규모유통사업자와 같은 대형 사업자가 중요한 역할을 하였는데, 그 결과 SCI의 도움을 받아야 할 약자인 거래상대방(농산물 생산자, 도매유통사업자, 중소기업)이 SCI의 중립적 운영에 의문을 가져서 가입률이 높지 않았다.³⁶⁾ 따라서 상향식 자율규제가 장기적으로 성과를 도출하기 위해서는 다수의 시장참여자들 특히 대기업이 아닌 사업자들이 해당 자율규제를 신뢰하고 여기에 적극적으로 동참할만한 체계를 마련하는 것이 중요해 보인다.³⁷⁾

(4) 행정규제의 실행확정·실행중지와 자율규제의 운명

현실적으로 자율규제 논의는 입법을 통하여 행정규제가 발생하려고 할 때 부상하는 경향이 있다. 그런데 만약 자율규제를 행하는 중에 행정규제의 도입이 확정되거나 혹은 행정규제의 도입 가능성이 소멸된 경우에는, 자율규제는 급격하게 동력을 상실하여 종료되곤 한다. 이처럼 행정규제의 진행상황에 따라 자율규제가 종료하는 것은 바람직한 현상은 아닌데, 정부와 사업자가 자율규제를 시작하고 실행할 때 내세웠던 목적(예: 상생문화의 확립)과 실질적인 목적(예: 행정규제 미도입에 대한 구실)이 달랐다고 여겨질 수 있고, 이는 자율규제에 대한 일반의 신뢰를 저하시킬 우려가 있다.

행정규제 가능성이 줄어들자 자율규제가 중단된 경우로는, 미국 연방통신위원회(Federal Communication Commission)가 방송 콘텐츠를 규제할 가능성이 줄어들게 되자 미국광고연합단체가 이에 관한 자율규약을 폐기한 사례를 들 수 있다.³⁸⁾ 행정규제 실행이 확정되자 자율규제가 종료된 사례로는, EU에서 불공정거래행위 디렉티브가 2019년에 통과되자 SCI가 2019년에 6

36) EU집행위원회의 2016년 report, p.10.

37) 비슷한 취지에서 거버넌스의 구성에 있어서 관련이해당사자들의 이익이 빠짐없이 균형되게 반영되도록 하여야 한다는 지적으로는, 황성기, “온라인 플랫폼 자율규제 방안에 관한 연구”, 『경제규제와 법』, 서울대 법학연구소(제30호, 2022), 112면.

38) 백대용, 앞의 글, 367면.

년간의 활동을 종료한 것이 대표적이다. 이처럼 EU 불공정거래행위 디렉티브 신설 문제는 자율규제가 대안이 될 수 있는지를 중심으로 논의가 진행되다가 실효성이 없다는 쪽으로 EU의회가 결론을 내리자 강력한 디렉티브 신설 쪽으로 빠르게 진행된 바 있다. 그렇지만 자율규제의 실효성 여부가 해당 특별 규제의 적정성 여부를 덮어버리는 현상은 바람직하지 아니하다. 위 EU 디렉티브 신설에 즈음하여, 프랑스에서도 위 디렉티브의 채택은 자율규제의 실패에 의하여 정당화된다는 지적이 있었지만,³⁹⁾ 개인적으로는 이와 견해를 달리한다.

다시 말하면 불공정거래행위에 대한 특별 행정규제의 필요성 여부는 대상이 된 범위반행위, 기존의 법체계가 규제 상황, 관련 분야와 산업의 특성 등을 종합적으로 고려하여야 하고 여기에는 자율규제의 존부와 성과도 당연히 포함되겠지만, 새로운 법적규제가 필요하고 적절한가라는 본질적인 문제에 논의를 집중할 필요가 있다는 의미이다. 따라서 실효성이 보장되지 않는 자율규제가 존재함을 이유로 새로운 법적규제가 필요하지 않다는 결론이 바로 연결되는 것은 아니고, 반대로 자율규제는 자율성으로 인하여 실효성이 부족할 수밖에 없는데 이를 들어 새로운 법적규제가 필요하다는 결론이 바로 도출되는 것은 아니라고 생각한다. 이러한 관점에서 '온라인 플랫폼 공정화 법(안)'의 미래를 살펴 보면, 논의의 핵심은 공정거래법에 일반적인 불공정거래행위 규율 규정이 있음에도 특별법이 필요하고 해당 법안의 내용은 적절한가가 되어야 한다.

(5) 자율규제 방안의 내용: 동의를결 시정방안과의 비교

그리고 현재 운영중인 '플랫폼 민간 자율기구'의 갑을분과 자율규제 방안을 일례로 살펴 보면, 하향식 자율규제와 관련해서 언급한 투명성 강화방안이 제시되고 있다: 입점 계약기간, 계약 변경·해지시 그 사유 및 절차, 서비스 제한·중지·변경 시 그 사유 및 절차, 수수료·광고비 적용방식, 대금정산 주기 및 절차, 검색 노출순서 결정 기준, 계약해지 내지 변경 전 사전통지, 분쟁해결 협력, 리뷰정책 제공 등.⁴⁰⁾ 이러한 주요 대형 사업자의 투명성 강화 방안(ex ante)는 거래사슬의 최상단에서의 불공정거래행위를 예방하는데 도움이 될 수 있음은 이미 기술하였다.

이어서 입점업체와의 상생 및 부담완화를 위한 자율규제 방안에 주목할 만하다. ① 오픈마켓: 소상공인 수수료 우대 정책 확대, 연내 기존 수수료 정책 동결, 소상공인 채널 메시지 할인, 신규 판매자 수수료 할인, 신규판매자 성장 지원 프로그램 제공, 중소기업 판로 확보 및 디지털 전환 지원 확대, 중소기업 라이브 방송 지원 확대, 소상공인들을 위한 선정산 서비스 추진, 창업 7년 미만 영세업체 대상 유동성 공급 지원, 동반성장 펀드 조성, 온라인 창업지원 희망리턴사업 유치 및 적극 운영 등, ② 배달 플랫폼: 포장주문 서비스 이용 요금 무료 지원 정책 1년 연장, 대금 정

39) Laurence Idot, "Un nouveau par vers un droit européen de la concurrence déloyale", Europe, n°5, mai 2019, alert 30.

40) 관계부처합동, 보도자료, "플랫폼 자율규제 방안 발표회 개최", 2023.5.11. 공정위, 보도자료, "배달 플랫폼 자율규제 방안 발표회 개최", 2023.3.6.

산주기 축소, 중개수료가 낮은 사업자는 현재의 수수료 정책을 연내 계속 유지 등.⁴¹⁾

이러한 자율규제 방안은 종전의 공정위 동의의결 시정방안(상생지원안)과 유사성을 띤다.⁴²⁾ 예컨대 ① 네이버의 검색결과와 유료서비스, 키워드 광고의 미구분이 문제된 동의의결 사건에서는, 공익법인 설립 및 기금출연(부당표시광고 모니터링, 분쟁조쟁, 중소기업자 긴급구제자금 대출, 소비자피해신고센터 운영), 소비자 후생제고와 상생지원 사업(소비자 교육, 공익캠페인, 중소기업자 홍보 및 판로 지원) 등이 시정방안으로 확정되었다.⁴³⁾ ② 남양유업의 대리점 수수료 일방 변경과 관련된 동의의결 시정방안은 동종업계 평균 이상으로 농협 위탁수수료를 유지, 도서 지역·영세 점포 거래 대리점 지원, 순영업이익 공유, 긴급생계자금 무이자 대출, 자녀 대학 장학금제도 확대 운영, 장기 운영 대리점 포상 등이었고,⁴⁴⁾ ③ 스타필드하남의 임차인 관리비와 관련한 동의의결 시정방안은 인테리어 공사 기간 중 관리비 인하, 관리비 청구서·구성항목 개선, 인테리어 공사기간 중 관리비 부과 금액 중 일부 환급, 복리 및 후생지원이었다.

그런데 동의의결은 공정위의 범위반행위 조사개시 이후에 사업자가 제안한 시정방안이 타당한 경우에 공정위가 범위반여부를 확정하지 않고 사건을 신속하게 종결하는 제도라는 점에서, 공정위의 범위반행위 조사를 전제로 하지 않고 사업자가 스스로 규율하는 자율규제와는 성격이 다르다. 따라서 양자의 방안이 유사성을 띤다는 것은 동의의결과 자율규제 양쪽으로 생각해 볼 문제이다.⁴⁵⁾

(6) 자율규제 이행 인센티브와 자율규제 미이행 페널티

불공정거래행위 자율규제의 실효성 제고를 위해서, 정부가 관여하는 하향식 자율규제기구는 방안을 이행한 참여 사업자에게는 인센티브를 주고, 미이행한 사업자에게는 페널티를 주는 방안을 모색할 수 있다. 이 경우 실질적으로는 특별 규제방안의 미신설이 이행 인센티브가 되고, 특별 규제방안의 신설이 미이행 페널티가 될 수 있겠다. 이에 비해서 민간이 주도하는 상향식 자율규제기구의 경우 SCI의 예에서 보는 것처럼 행동강령 미이행 사업자에게 페널티를 준다는 것은 기구의 본질상 어려운 일이고, 자율기구에 대한 정부의 관여가 적기 때문에 특별 규제방안의 신설 내지 미신설 역시 자율기구가 결정할 사안은 아니다.

이러한 관점에서 하향식에 가까운 ‘플랫폼 민간 자율기구’ 갑을분과를 보면, 참여 사업자가 방

41) 상동.

42) 동의의결 시정방안의 필요성·비례성의 의미와 동의의결에서 상생지원방안이 중요한 위치를 차지하는 경우의 문제점에 대해서는, 박세환, “동태적시장에 관한 미래지향적 약속으로서의 동의의결”, 『경쟁법연구』, 한국경쟁법학회(제47권, 2023), 292-297면 참고.

43) 공정위, 보도자료, “공정위, 네이버다음에 동의의결 최종 확정”, 2014.3.14.

44) 공정위, 보도자료, “‘대리점과 사전 협의 강화하고 5년간 영업 이익 공유한다’ - 남양유업, 대리점 수수료 관련 동의의결 최종 결정 -”, 2020.5.6.

45) 공정위, 보도자료, “스타필드하남의 동의의결 및 스타필드 3사의 대규모유통업법 위반행위 적발·제재”, 2022.11.9.

안을 준수할 경우 얻을 수 있는 인센티브는 명시하지 아니하고, 대신 미이행 상황이 지속, 반복될 경우에는 미이행 사업자 현황 및 미이행 내용을 대외적으로 공표한다고 밝히고 있다.⁴⁶⁾ 그런데 정부가 관여하는 하향식 자율규제라고 하더라도 사업자들로 구성된 자율기구가 미이행을 공표한다는 것은 일종의 '자기비판(self-critique)'처럼 보일 수 있어서 자연스럽지는 아니하다.

또한, 자율규제의 내용과 형식이 다양한 상황에서, 자율규제 인센티브 미지급과 페널티 부과 구분의 항상 명확한 것은 아니다. 이는 불공정거래행위 거래상지위남용행위 중 판매목표강제에서 장려금 미지급과 수수료 미지급의 구별 문제를 연상시킨다. 판매목표강제에서 목표를 달성하지 못했을 경우 판매수수료의 미지급 등 불이익이 부과되는 경우에는 강제성이 인정되나, 거래상대방에게 장려금을 지급하는 등 자발적인 협력을 위한 수단으로 판매목표가 사용되는 경우에는 원칙적으로 강제성이 인정되지 않는다. 다만, 판매장려금이 정상적인 유통마진을 대체하는 효과가 있어 사실상 판매목표를 강제하는 효과를 갖는 경우에는 그러하지 아니하다.⁴⁷⁾ 그런데 실무상으로는 판매목표강제에 있어서 장려금과 수수료 구분은 분명하지 아니하여 사안별로 구체적으로 따져보아야 하는 경우가 많다.

그렇다면 공정거래법 분야는 아니지만, '오픈마켓 개인정보보호 민관협력 자율규제'를 소재로 자율규제 인센티브와 페널티의 구분에 대해서 생각해 본다. 위 개인정보보호 자율규약에는 국내 오픈마켓 주요 10개 사업자가 참여하였는데, 개인정보위원회(이하 '개인정보위')는 우수참여사에게는 향후 처분시 과징금·과태료를 최대 40%까지 감경하는 혜택을 주겠다고 하였다.⁴⁸⁾ 그런데 위 자율규약에는 상위 10개 사업자들이 참여하였는데 만약 특정 사업자만 향후 감경 혜택을 받지 못한다면 그 실질이 인센티브인지 페널티인지 구분이 명확하지 않을 수 있다.

IV. 결론

'두려움 요소', '사업자의 법적규제에의 적응력', '거래전단계에서 발생가능'과 같은 불공정거래행위의 특수성을 감안할 때 자율규제는 의미가 크다. 행정기관의 개입 강화만으로는 거래의존도가 높고 협상력이 차이가 나는 거래당사자간의 지위남용행위를 근본적으로 해결하기는 어렵고, 이를 위해서는 대결논리에서 상생논리로의 전환, 거래상대방로부터 뽑아내는 성장보다는 당사자들이 같이 발전해가는 성장으로의 전환이 필수적이다.⁴⁹⁾ 그런데 본문에서 본 바와 같이 자율규제

46) 관계부처합동, 보도자료, "플랫폼 자율규제 방안 발표회 개최", 2023.5.11.

47) 불공정거래행위 심사지침(공정위예규 제387호, 2021. 12. 22., 일부개정), V. 6. (4). 다. 권오승·서정, 「독점규제법 이론과 실무」, 법문사(제5판, 2022), 477면. 김형배, 「공정거래법의 이론과 실제」, 도서출판 삼일(2022 전면개정판, 2022), 420면.

48) 개인정보위, 보도자료, "「민관협력 자율규제」 1년, 온라인 쇼핑 안전 강화!", 2023.6.28.

49) Jérôme Foucault, "La loi Hamon, un instrument imparfait de rééquilibrage des relations entre fournisseurs et distributeurs", AJCA, 2014, p.192 이하.

는 장단점이 뚜렷하고 자율성과 실효성에서 상충을 일으키기 쉬운 제도이다. 그러므로 자율규제가 불공정거래행위를 일소해 줄 수 있다는 과도한 기대는 금물이고, 관련자들이 인내심을 가지고 상호 신뢰를 쌓아가는 노력이 필요하다.

그런데 우리나라에서는 정부가 주도하여 특정 분야의 주요 대형 사업자를 선정하고 정부가 이들의 자율규제안 결정이나 평가에 관여하는 형태로 자율규제가 진행되는 경향이 있다. 정부의 도움은 자율규제 기구가 안착하고 단기간에 가시적인 성과를 도출하는 데 기여를 할 수 있지만, 궁극적으로는 법적규제 도입 여부나 정부의 관여와 무관하게 불공정거래행위 자율규제가 자생적으로 지속할 수 있는 토대를 마련하는 일이 중요해 보인다. 이러한 관점에서 본문에서 자율규제기구의 운영에 정부가 관여하지 아니하고 거래당사자가 될 수 있는 경제적 강자와 약자들이 폭넓게 참여하는 불공정거래행위 자율규제인 EU SCI를 비교·분석하였는바, SCI 사례는 우리나라 자율규제의 운영에 있어서 여러 가지 시사점을 줄 것이다.

마지막으로 불공정거래행위 자율규제에 있어서 자율성은 계속 확인할 필요가 있는 특성이고, 자율규제의 실효성을 무리하게 강화하려고 하다가 오히려 부작용이 발생한다거나, 자율규제의 실효성 저하를 이유로 행정규제를 바로 정당화하는 것에 주의를 기울여야 한다고 생각한다. 즉, 자율규제는 행정규제의 신설을 검토하는 과정에서 부상하는 경향이 있는데, 논의의 핵심은 새로운 행정규제가 적절하고 현재 필요한 것인가에 대한 것이다. 이 과정에서 우리나라에는 불공정거래행위에 대한 종합적인 규정(법 제45조)이 마련되어 있고 공정위가 익명성을 보호하면서 신고건을 조사하고 제재하는 절차가 완비되어 있다는 점도 고려할 필요가 있다. 요컨대 자율규제가 이미 행하여지고 있다고 하여 행정규제가 불필요하거나 줄어들어야 한다는 결론에 직결되는 것은 아니고, 반대로 자율규제의 실효성이 생각보다 적다고 하여 바로 새로운 행정규제의 신설이 정당화되는 것도 아니라고 본다.

02-3

가맹사업 영업지역과 배달플랫폼

가맹사업 영업지역과 배달플랫폼

2023.10.13.

김혁용

-이 자료는 연구자의 개인적 의견으로 특정단체나 회사와 무관한 내용입니다.
(khy5277@naver.com, 010-5557-5476)

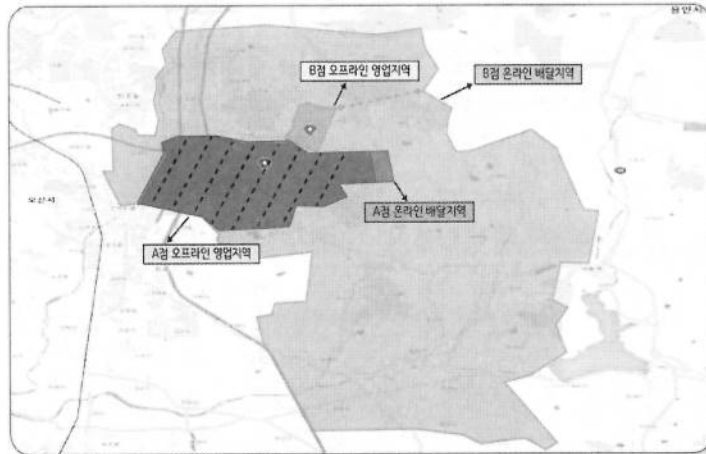
목차

1. 서론 (배달플랫폼과 가맹사업 영업지역 문제점)
2. 가맹사업 영업지역 보호의 필요성
3. 배달플랫폼에 의한 가맹사업 영업지역 형해화
4. 가맹사업 영업지역 형해화에 대한 개선방안
5. 결론

서론

서론

온라인 배달지역 분쟁 사례



서론

예전엔 각 가맹 사업장이 인근 지역의 우선권을 가졌다. 지금은 배달 산업이 활성화해 웬만큼 거리가 멀어도 상품을 판매할 수 있기 때문에 다른 지역에도 광고하려는 수요가 늘었다.

프랜차이즈 가맹점주 사이에선 불만이 나온다. 동일 브랜드 편의점끼리 출점 간격을 띄우는 것처럼 프랜차이즈 가맹점들도 어느 정도 거리를 두지만 이제 ‘물리적 거리의 벽’은 상당히 낮아진 상황이다. 다른 브랜드야 어쩔 수 없다지만 자기 영역을 동일 브랜드에 침해당하니 뿔이 날 수밖에 없다.

본사나 지역 가맹본부에 각 점포 인근으로 영업지역을 제한해 달라는 가맹점주들의 요구가 늘어나는 것으로 알려졌다. 프랜차이즈 본사나 지역 가맹본부로선 가맹점주들의 입장을 신경쓰지 않을 수 없다.

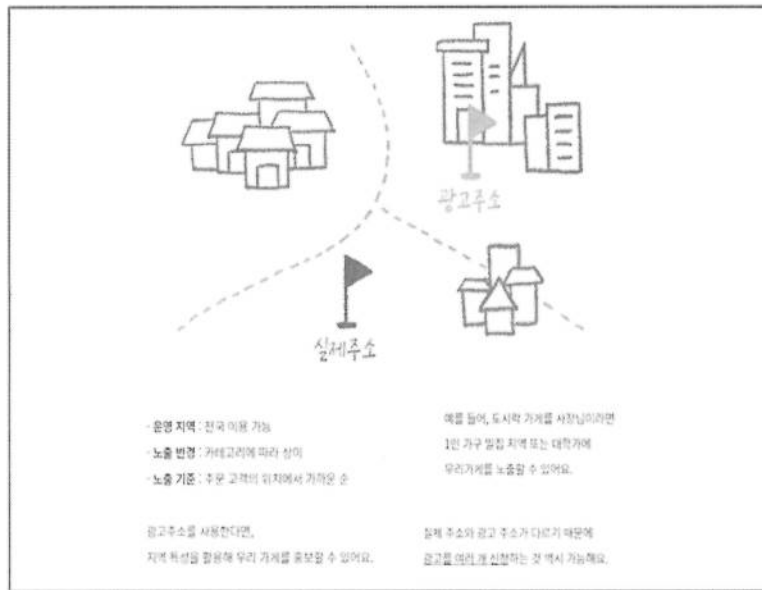
※ 위상호, "배달의민족 '깃발' 곳곳에 난치해진 프랜차이즈 사업자들", 인베스트조선 (2021. 7. 4).

서론



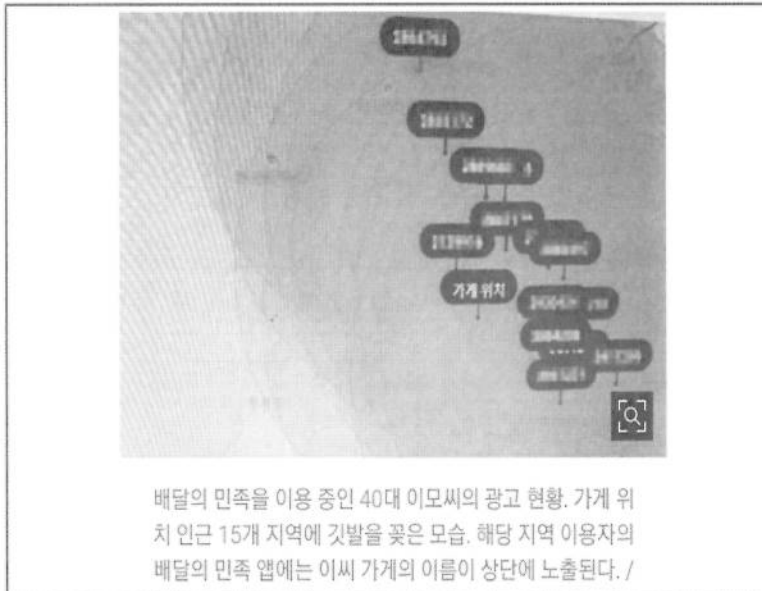
※ 배달의민족 앱에서 울트라콜을 클릭하면 “광고상품 영역으로 브랜드명은 음식점 상호와 다를 수 있습니다.”라는 화면이 나타났다 2초뒤 사라진다.

서론



※ 배민외식업광장(<https://ceo.baemin.com>)

서론



※ 이은영, "광고비만 월 100만원... 식당주인 울리는 배달의민족 '깃발 꽂기'", 조선일보(2021. 5. 10).

서론

여러 음식점 업주들은 경쟁업체들이 어디에 깃발을 꽂았는지 알 수 없는 데다 개수 제한도 없는 탓에 '올며 겨자 먹기식'으로 광고비를 지출하고 있다고 하소연했다.

~중략~

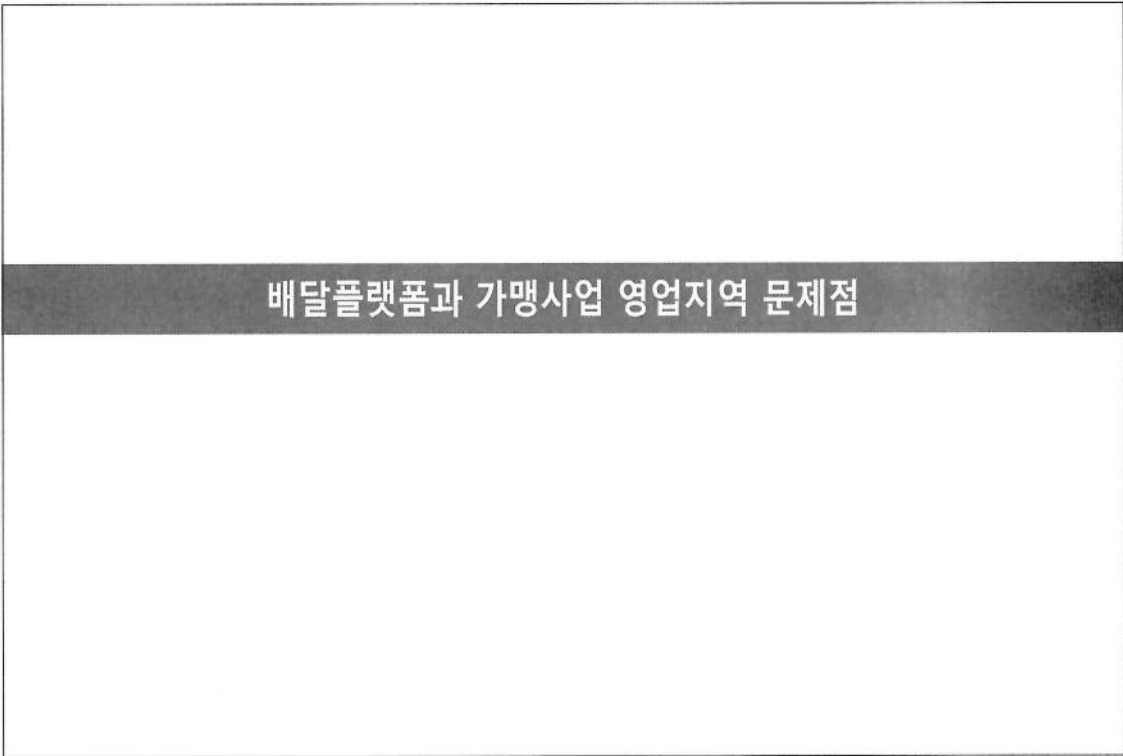
삼겹살 배달 가게를 운영 중인 김모(61)씨도 “깃발 광고비가 부담스럽지만, 안 하면 배달 자체가 불가능할 정도”라며 “경쟁업체는 깃발 10개를 꽂지만, 우리는 소상공인이라 3개 꽂는 것도 벅차다”고 했다. 그는 “매출이 높아서 광고비를 많이 내는 가게는 돈을 더 벌고, 그러지 못한 사람들은 광고도 뒤편치고 매출도 뒤편치는 것”이라고 덧붙였다. 교역의 광고비를 감당할 수 있는 대형 가게일수록 광고에 유리해 선순환이 발생하지만, 규모가 작은 가게일수록 광고에서마저 밀려나 경쟁에서 더욱 뒤편진다는 것이다.

※ 이은영, “광고비만 月 100만원... 식당주인 울리는 배달의민족 ‘깃발 꽂기’”, 조선일보(2021. 5. 10).

서론

불만을 호소하기는 소비자들도 마찬가지였다. 배달지와 거리가 먼 가게가 상단에 먼저 올라와 배달비와 배달 시간을 더 소모하게 되는 등 혼란을 겪는다는 것이다. 깃발 꽂기는 지역과 무관하게 업주가 광고를 원하는 곳이라면 무제한으로 꽂을 수 있기 때문이다. 서울 종로구 광화문에 있는 가게가 7~8km 이상 멀리 떨어진 마포구 공덕, 서대문 등에 깃발을 꽂아도 마포구 지역 배달의 민족 이용자의 앱에는 광화문 가게가 먼저 노출될 수 있는 것이다. 또, 배달의 민족 앱은 음식 종류 선택시 소비자에게 ‘기본순’으로 음식점 목록을 먼저 보여주는데, 울트라콜 광고 업체들은 이 ‘기본순’ 정렬에 무작위로 배치되기 때문에 배달 지역과 먼 곳에 있는 음식점들이 먼저 제시되는 상황이 발생하는 것이다. 대구 소재 대학교 대학원에 재학 중인 최병휘(27)씨는 “서울에 서만 살다가 대구에 처음 왔을 때는 어디가 가까운 곳인지 잘 몰라 맨 위에 뜨는 음식점에서 배달을 시켰다”며 “나중에 알고보니 집과는 거리가 먼 곳이었다. 지금껏 배달비를 추가로 부담해가며 멀리서 배달시켰던 셈”이라고 말했다.

※ 이은영, “광고비만 月 100만원... 식당주인 울리는 배달의민족 ‘깃발 꽂기’”, 조선일보(2021. 5. 10).



배달플랫폼 유료광고			
구분	서비스	내용	비용
배달의 민족*	울트라콜(깃발꽃기)	매장의 실주소가 아닌 광고 주소를 기반으로 노출	·깃발 1건당 8만원
	배민1	한 번에 한 주문만 배달(반경 4km)	·중개수수료 6.8% ·배달비 별도
	오픈리스트	고객반경 4km내에서 열 상 단계 랜덤 노출	·수수료 6.8%
요기요**	우리동네플러스	동별 입찰(1개월 단위)	·최소 입찰금액 1천원 ~
	-	일반 배달 서비스	·중개수수료 12.5%
쿠팡이츠***	-	한 번에 한 주문만 배달	·중개수수료 15% ·배달수수료 4천원
위메프오****	-	일반 배달 서비스	·중개수수료 20% ·주 8천원 정액제

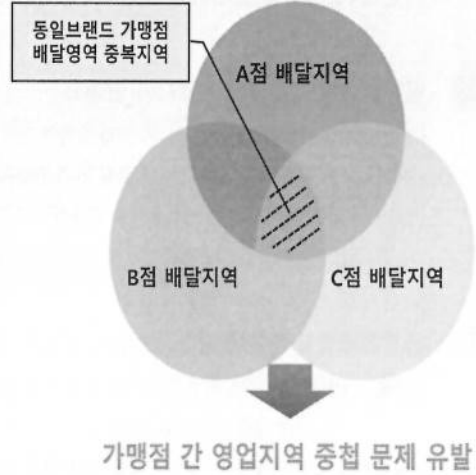
2010년경 등장한 배달플랫폼은 가맹업 소상공인들의 정보를 소비자들에게 제공하는 것에서 나아가 온라인에서 가맹점사업자의 상권을 설정하고 있음

* 배민외식업광장(<https://ceo.baemin.com>), **요기요 사장님(<https://partner.yogiyo.co.kr>), ***쿠팡이츠 사장님(<https://store.coupangeats.com>), ****위메프오 파트너스(<https://partner.wmpo.co.kr>)

배달플랫폼과 가맹사업 영업지역 문제점

21년 3월 경기도, 온라인 배달영업 지역 중첩현황 실태조사 결과 발표

- 기간 : '21.01.11~'21.02.10 약 30일간
- 대상 : 경기도내 시군 10곳 주요 3사 배달앱별 치킨·피자 업종
가맹점 5,700개 점포
- 방법 : 배달앱 주문시 가맹점의 노출빈도 및 배달거리 분석
- 내용 : 동일 브랜드 가맹점이 최대 18개까지 중복 노출
배달앱상 표시된 배달영업거리 분석시 실제 평균 배달
거리는 1.5Km인 반면, 배달앱상 점주 설정 배달영업
지역은 평균 3.75Km로 2.5배
→ 가맹점사업자의 과도한 광고비 지출
타 가맹점간 영업지역 침해분쟁 야기

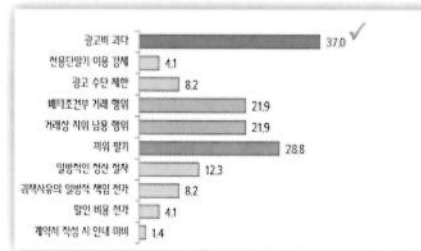


※ 경기도 "온라인 배달영업지역 중첩현황 실태조사 결과" 발표 자료, (2021.03.23).

배달플랫폼과 가맹사업 영업지역 문제점

중소기업중앙회 배달앱 가맹점 실태조사 결과 (2019년 5월 발표)

- 배달앱의 수수료와 광고비 등이
'18년 대비 '19년에 지속적으로 상승
- 설문조사 결과 "광고비 과다"가 외식업
소상공인들의 최대 불공정행위 경험으로 선정



시사점

- 외식업 시장에서 배달앱 영향력 증가 → 다른 가맹점사업자의 영업지역이나 점포 주소에 대한 유료광고로 인하여
가맹점사업자간 영업지역 침해 분쟁 증가 → 배달플랫폼으로 인한 가맹사업 영업지역 형해화
- 소비자는 배달플랫폼 유료광고를 통해 노출되는 점포가 자신과 가까이 위치할 것이라는 오인할 가능성이 있음
→ 소비자는 자신의 위치와 거리가 먼 점포에서 음식을 주문하고 취식하게 되고, 높은 가격을 지불하게 됨.

※ 중소기업중앙회, '배달앱 가맹점 실태조사', 2019.5., 제46~58면.

배달플랫폼과 가맹사업 영업지역 문제점

■ 외식업 시장에서 배달앱 영향력 증가

- 1인 가구의 증가 및 코로나19로 인한 비대면 배달 시장의 활성화됨.

■ 배달플랫폼으로 인한 영업지역 침해화

- 가맹본부와 가맹점사업자간 가맹계약을 통하여 영업지역은 설정되어 있음.
- 배달플랫폼 유료 광고 및 서비스를 통해 기존 가맹계약상 영업지역을 벗어난 새로운 영업지역 설정이 가능함.
 - 배달플랫폼이 온라인 영업지역을 설정하면서 가맹점사업자간 영업지역 침해가 발생하고 있지만, 기존 가맹사업법은 가맹본부와 가맹점사업자의 관계만을 규율함.

■ 공정거래법과 대안적 해결방안을 중심으로 개선 방향 검토

- 공정거래법은 ① 시장지배적지위 남용 및 과도한 경제력 집중 방지, ②부당한 공동행위 및 불공정 거래행위 규제, ③ 공정·자유경쟁 촉진을 통한 기업활동 조장과 소비자 보호를 목적으로 함.
- 국내외 주요 사례 및 관련 법령 검토를 통해 배달플랫폼과 가맹사업 영업지역 침해 문제에 대해 공정거래법상 개선방향을 살펴보고, 이와 함께 대안적 개선방안과 자율규제를 검토하겠음.

가맹사업 영업지역 보호의 필요성

가맹계약

■ 프랜차이즈의 연혁적 의미

“법률용어로서의 프랜차이즈는 법적으로 부여된 권리나 특권을 의미하는데, 로마시대부터 공법적 관계에서 발달되어 16세기부터 프랜차이즈는 국왕이나 국가의 명시적 허락이 있어야만 행사할 수 있는 특권이나 면책을 의미하게 되었다고 한다. 이러한 용어의 사용은 프랜차이즈를 특정 영역 내에서 준정부적 사업을 영위할 면허를 받으려는 정부와의 계약이라고 보는 판례도 있다. 즉, 프랜차이즈라는 용어가 상거래에서는 공법적으로 사용되던 특권이라는 의미를 유지하면서 그 부여자가 국가나 국왕이었던 것이 상사관계에서는 유명상표나 브랜드의 보유자로 바뀌게 된 것이다.”*

■ 가맹계약의 정의

가맹사업의 기초를 이루는 가맹계약은 ① 가맹본부(franchisor)가 자신만의 고유한 상호와 상표 등의 영업표지, 지식재산권을 독자적인 영업시스템을 사용하여 가맹점사업자(franchisee)에게 영업할 것을 허락하고, ② 그 영업과 관련하여 일정한 통제와 지원을 하면서, ③ 가맹점사업자에게 가맹금 혹은 일정한 대가를 지급받는 것을 약정하여 성립하는 독립적 상인간 계속적 계약을 의미함.

* 최영훈, 가맹계약론, 프랜차이즈시스템연구소, 22면

가맹사업

1980년 외식업에서 시작된 가맹사업은 가맹본부와 가맹점사업자의 계약을 기초로 성립됨

■ 가맹사업 정의

- 가맹사업은 기본적으로 상인간 계약인 가맹계약 기초로 성립
- 상법 제2편 상행위 13장에 가맹업으로 상사관계의 유형으로 규정 (2010년)
- 가맹사업법 제2조 1호 가맹사업 정의 (2002년)



미국 프랜차이즈 사업현황

(단위 : 개, 억\$, %)

구분 (연도)	2018	2019	2020	2021	변동율(%)	
					2019/2020	2020/2021
가맹점 수	760,476	773,603	753,770	774,965	-2.6%	2.8%
일자리 수	8,274,532	8,503,661	7,532,305	8,192,600	-11.4%	8.8%
매출	767.1	794.2	677.2	787.7	-14.7%	16.3%

※ FA, 2021 ECONOMIC OUTLOOK FOR FRANCHISING (2022.2.15).

독일 프랜차이즈 사업현황

(단위 : 개, 억€, %)

구분 (연도)	2016	2017	2018	2019	변동율(%)	
					2017/2018	2018/2019
가맹점 수	159,348	162,328	167,961	171,824	3.5%	2.3%
매출	1,040	1,123	1,228	1,290	9.3%	5.1%

※ 박소영, '한국 식품 프랜차이즈 독립에 첫 싹' *코트라 해외시장뉴스* (2021. 2. 22)

영국 프랜차이즈 사업현황

(단위 : 개, 억€, %)

구분 (연도)	2011	2013	2015	2018	변동율(%)	
					2013/2015	2015/2018
가맹점 수	40,100	39,000	44,192	48,588	13.3%	9.9%
매출	13.3	14.8	15.1	17.2	2.0%	13.9%

※ 영국 프랜차이즈협회(BFA) 게시자료, 2018 Franchise landscape Brought to you by the bfa and NatWest (2018).

우리나라 프랜차이즈 사업현황

(단위 : 개, 억원, %)

구분 (연도)	2018	2019	2020	2021	변동율(%)	
					2019/2020	2020/2021
가맹점 수	210,099	215,188	234,872	259,662	9.5%	10.2%
매출	682,600	746,200	742,600	848,016	-0.3%	14.0%

※ 통계청, "2018~2021 프랜차이즈 조사 결과(잠정)" 보도자료

우리나라 프랜차이즈 사업현황

(단위 : 개, %)

구분	업종	2019년		2020년		2021년		2022년	
		개	%	개	%	개	%	개	%
가 맹 본 부	외식업	4,730	74.7	5,170	74.8	6,982	75.4	7,355	75.6
	서비스업	1,234	19.5	1,330	19.2	1,667	18.0	1,723	17.7
	도소매업	370	5.8	411	6.0	613	6.6	647	6.7
	전체	6,334	100	6,911	100	9,262	100	9,725	100
프 랜 드	외식업	6,020	76.4	6,723	76.9	10,756	80.1	10,859	79.7
	서비스업	1,470	18.7	1,583	18.1	2,012	15.0	2,062	15.1
	도소매업	390	9.9	431	5.0	668	4.9	698	5.2
	전체	7,880	100	8,737	100	13,436	100	13,619	100
가 맹 점	외식업	121,123	48.0	127,968	49.9	131,522	49.1	157,154	50.1
	서비스업	75,007	29.7	71,316	27.8	74,368	27.8	93,272	29.7
	도소매업	56,167	22.3	57,206	22.3	61,808	23.1	63,143	20.2
	전체	252,297	100	256,490	100	267,698	100	313,569	100

※ 공정거래위원회 홈페이지, <https://franchise.ftc.go.kr/mnu/00014/program/frfrHope/View.do> (2023. 5. 10. 최종방문).

우리나라 프랜차이즈 사업현황

프랜차이즈 가맹점은 제조업 등에 비하여 매출액은 현저히 낮고 종사자수는 많은 소상인에 해당

통계청, 프랜차이즈(가맹점) 조사 결과(2022년 12월 발표)*



- 2021년 프랜차이즈 가맹점 종사자수 83.4만명으로 제조업의 약 19.7%(약 423만명)의 일자리 창출
- 고용 증가율 또한 가맹점 종사자 수는 전년대비 4.0%증가
- 가맹점의 매출액은 제조업 총매출액의 5.16%로, 19.7%의 비중을 차지하는 종사자 수에 비해 상당히 낮음
- 프랜차이즈에 소규모 가맹점들이 많다는 것과 경영상 어려움이 있다는 것을 추정할 수 있음

* 통계청, 「2021년 프랜차이즈(가맹점)조사 결과(잠정)」 보도자료, 2022.12.26. / 통계청, 「기업활동조사」, 2021년 지표 참조.

경쟁법상 지역제한

가맹계약을 통해 성립되는 가맹사업(franchise business)은 경쟁법상 수직적 제한(vertical restriction)에 해당하고, 수직적 제한은 가격 제한과 비가격 제한으로 분류할 수 있음.

■ 비즈니스 모델로서의 프랜차이즈

프랜차이즈는 라이선스 계약인 가맹계약을 통해 다수의 계약당사자가 가맹본부의 상호, 영업표지, 경영시스템 등을 동일하게 사용하여 공동의 노력으로 브랜드 명성과 충성고객을 확보하여 다른 브랜드와의 경쟁(interbrand-competition)을 통해 성장해 나가는 세계적인 비즈니스(business)모델임. (최영홍, 가맹계약론, 프랜차이즈시스템연구소, 3-8면)

■ 브랜드내의 경쟁을 제한하는 수직적제한

거래지역이나 고객을 제한하는 수직적 제한은 배타조건부 거래와 달리 브랜드 내의 경쟁을 제한함.

특히, 거래지역을 제한하는 것은 같은 브랜드 상품의 판매에 있어서 서로 경쟁을 제거하고 수평 시장 분할과 같은 효과를 낳기 때문에 셔먼법 시행 초기에는 미국에서 당연위법으로 판단됨.

■ 1977년 Sylvania 판결

그러나 미연방대법원은 1977년 이른바 Sylvania 판결을 통하여 프랜차이즈 지역제한에 대해 브랜드 내의 경쟁과 브랜드 간 경쟁을 비교형량하여 합리의 원칙으로 위법성 판단기준을 전환함.*

* Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 97 S.Ct. 2549 (1977).

가맹사업에서의 영업지역 보호

■ 미국에서의 가맹사업 영업지역 침해(encroachment)

- 가맹본부가 기존 가맹점 영업지역에 근접하여 직영점 혹은 가맹점을 출점하는 경우 발생됨.
- 미국에서는 가맹본부에 의한 악의적인 영업지역 침해나 근접출점에 대하여 묵시적 신의성실의 원칙(the implied covenant of good faith and fair dealing)이라는 법리로 판례법상 가맹점사업자의 영업지역을 보호함.

■ 유럽의 수직적 합의에 대한 EU경쟁법 일괄면제규칙(VBER)*

- TFEU(The Treaty on the Functioning of the European Union) 101조의 적용을 면제하는 VBER(Vertical Block Exemption Regulation, 이하 "일괄면제규칙"이라 한다)을 제정하여, 회원국 내에서 관련시장의 30%의 시장지배력을 보유하지 못한 경우 가맹사업 분야에서 지역제한 행위는 면책됨.
- 일괄면제규칙과 가이드라인을 살펴보면, 유통시스템의 일종인 프랜차이즈 가맹본부가 가맹점의 배타적 영업지역을 설정하고 다른 가맹점의 적극적 판매(온라인 광고 등)를 제한하는 형태의 가맹계약은 배타적 유통시스템의 원칙에 따라 수직적 합의를 통하여 가맹본부가 가맹점사업자의 영업지역을 제한하고 보호할 수 있는 것으로 이해할 수 있음.

(Communication from the Commission COMMISSION NOTICE Guidelines on vertical restraints, Brussels 28.6.2022 C(2022) 4238 final, paragraph 165-167).

* Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (Text with EEA relevance) C/2022/3015 OJ L 134, 11. 5. 2022.

참고) EU VBER

■ 기존*

- 적극적 판매(Active sales)와 소극적 판매(Passive sales)에 대하여 개정 전 가이드라인에서 해석으로 개념이 정의됨**
- 개정 전 VBER에서는 "선별적 유통시스템"만 규정되어 있었고, "배타적 유통시스템"은 가이드라인에서만 설명됨
- 프랜차이즈의 경우, 선별적/배타적 유통시스템에 따른 수직적 합의를 포함한다고 가이드라인에 명시됨

■ 개정

- 개정된 VBER에 적극적 판매와 소극적 판매에 대한 정의규정이 신설되면서, 개정 전보다 가이드라인에서 적극적 판매와 소극적 판매에 대하여 구체적인 예시를 들어 설명하고 있음 (개정 VBER Article 1. (f), (m), 개정 VBER Guideline (211) ~ (215))
- VBER이 개정되면서 배타적 유통시스템의 개념이 규정되었고, 개정 전과 비교하여 유통시스템을 선별적 유통시스템과 배타적 유통시스템으로 구분하여 보다 체계적으로 정리가 되었음 (개정 VBER Article 1. (h))
- 개정 후 가이드라인에 의하면 구체적으로 계약 형태에 따라 프랜차이즈는 선별적 유통시스템 및 배타적 유통시스템의 원칙을 따른다고 명시됨 (개정 VBER Guideline (167))
- 재판대 등 가격적 제한의 경우 선별적 유통시스템의 원칙이 적용되며, 영업지역 침해 등 비가격적 제한의 경우 배타적 유통시스템의 원칙이 적용됨 (개정 VBER Guideline (167))
- 프랜차이즈는 영업지역은 VBER에서 배타적 유통시스템을 따르고 있으므로, 가맹본부가 배타적으로 설정한 영업지역 내에서 다른 가맹점주에 의한 적극적 판매(타겟 광고 또는 프로모션 등의 적극적 판매의 형태)를 제한할 수 있음. (개정 VBER Article (b) (i))

* Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (Text with EEA relevance) OJ L 102, 23. 4. 2010.

** Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints SEC/2010/0411 final, 10. 5. 2010.

가맹사업 영업지역 보호

■ 우리나라 가맹점사업자의 영업지역 보호

- 2002년 제정된 가맹사업법은 최근까지 22차례 걸쳐 개정됨.
- 가맹점사업자의 영업지역 보호는 13년 가맹사업법 제12조의4 "부당한 영업지역 침해금지"로 신설됨. (14.2/14 시행)

※ 가맹사업법 제12조의4 (부당한 영업지역 침해금지)

- ① 가맹계약서에 가맹점사업자의 영업지역 기재 의무화,
- ② 가맹본부는 계약기간중 기재된 영업지역에 직영 또는 가맹점 출점 금지,
- ③ 영업지역 변경 요건으로 가맹계약 갱신과정에서 상권의 급격한 변화 등 대통령령이 정하는 일정한 사유에 한하여 가맹점사업자와 합의하여 변경할 것을 가맹본부의 의무사항으로 규정

- 가맹사업법을 통해 가맹점사업자의 영업지역을 보호하는 것은 경쟁 보호와 소비자후생 제고라는 공정거래법의 근본적인 목적과 상충된다는 점이 지적되고 있음.*

- 그러나, 가맹본부와 소상공인인 가맹점사업자의 동반성장과 브랜드간 경쟁을 위한 영업지역 보호의 필요성은 우리나라에서 사회 전반적으로 인정되고 있음.

* 이혁, 가맹계약상 영업지역에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문(2014), 163-164면.

참고) 가맹사업법 제12조의4

<p>제12조의4(부당한 영업지역 침해금지) ① 가맹본부는 가맹계약 체결 시 가맹점사업자의 영업지역을 설정하여 가맹계약서에 이를 기재하여야 한다.</p> <p>② 가맹본부가 가맹계약 갱신과정에서 상권의 급격한 변화 등 대통령령으로 정하는 사유가 발생하여 기존 영업지역을 변경하기 위해서는 가맹점사업자와 합의하여야 한다.</p> <p><개정 2018. 1. 16.></p> <p>③ 가맹본부는 정당한 사유 없이 가맹계약기간 중 가맹점사업자의 영업지역 안에서 가맹점사업자와 동일한 업종(수요층의 지역적·인적 범위, 취급품목, 영업형태 및 방식 등에 비추어 동일하다고 인식될 수 있을 정도의 업종을 말한다)의 자기 또는 계열회사(「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조제12호에 따른 계열회사)를 말한다. 이하 같다)의 직영점이나 가맹점을 설치하는 행위를 하여서는 아니 된다.<개정 2018. 1. 16., 2020. 12. 29.></p> <p>[본조신설 2013. 8. 13.]</p>	<p>제13조의4(영업지역 변경사유) 법 제12조의4제2항에서 “상권의 급격한 변화 등 대통령령으로 정하는 사유가 발생하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 재건축, 재개발 또는 신도시 건설 등으로 인하여 상권의 급격한 변화가 발생하는 경우 2. 해당 상권의 거주인구 또는 유동인구가 현저히 변동되는 경우 3. 소비자의 기호변화 등으로 인하여 해당 상품·용역에 대한 수요가 현저히 변동되는 경우 4. 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 경우로서 기존 영업지역을 그대로 유지하는 것이 현저히 불합리하다고 인정되는 경우 <p>[본조신설 2014. 2. 11.]</p>
--	---

※ 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 (약칭: 가맹사업법) 시행 2023. 6. 20. [법률 제19507호, 2023. 6. 20, 일부개정]

가맹사업 영업지역 보호의 필요성

■ 프랜차이즈의 본질적 속성

1. 프랜차이즈는 가맹점사업자를 브랜드 내 경쟁에서 보호하여 다른 브랜드와의 경쟁을 제고한다는 측면에서 완전 독점까지는 아니지만 지역제한의 성격을 가지고 있음(Sylvania 사건에서도 합리의 원칙을 통하여 친경쟁적인 효과를 주목함).
2. 다만, 영업지역의 보호가 소비자후생을 저해하는 수준으로 나아가거나 친경쟁적 효과보다 반경쟁적 효과가 크지 않아야 함.
3. 프랜차이즈 즉 가맹사업은 일정 수준의 영업지역을 가맹점사업자에게 보장하고 보호해야 하는 본질적 성격을 가지고 있는 사업이라고 평가할 수 있음.

■ 가맹점사업자의 신뢰보호

1. 가맹본부를 믿고 부동산을 구입하거나 임차하고 간판, 시설물 등을 구매하여 설치했다가 계속적 거래를 하지 못하게 되면 이러한 비용들은 매몰비용(sunk cost)이 될 수 있음.
2. 즉, 가맹본부와 가맹점간의 지위의 격차로 인하여 이를 남용할 수 있고, 가맹사업 거래는 연속적으로 많은 상대방에 대해 반복되는 유형화된 거래이며, 민사소송으로 바로잡기 쉽지 않기 때문에 가맹사업법을 통하여 보호하는 것임.

■ 국가의 경제정책적 목적

가맹사업 영업지역 보호의 필요성

■ 브랜드간 경쟁 활성화

1. 프랜차이즈는 가맹점사업자를 브랜드 내 경쟁에서 보호하여 브랜드 간 경쟁을 제고하는 측면이 있음.
2. 가맹본부는 가맹점사업자의 영업지역을 보장하여 우수한 가맹점사업자를 모집하고, 각 지역에서의 영업활동을 지원함.
(광고 판촉 등 마케팅을 통해 소비자의 브랜드 인지도를 확보하여 각 지역에서 가맹점사업자의 매출을 증진시킴).
3. 가맹점사업자는 가맹본부에게 보장받은 지역에서 가맹본부의 브랜드 명성을 활용하여, 자신만의 영업노하우와 판매촉진 활동을 통해 충성고객을 확보하고 다른 브랜드의 가맹점과 경쟁함.

■ 검토

1. 프랜차이즈에서 영업지역은 가맹점 운영의 기반이기 때문에 이를 배타적 수준으로 보호할지 아니면 일정 수준 이상으로 보호할지 가맹본부의 영업정책을 반영한 가맹계약을 통해 정해질 문제임.
2. 프랜차이즈의 본질적인 성격과 가맹점사업자의 신뢰보호 등으로 인해 일정수준 가맹점사업자의 영업지역을 보호하는 것은 가맹사업의 성립과 가맹본부와 가맹점사업자 공동의 발전을 이루기 위한 기초이기 때문에 매우 중요함.
3. 다만, 영업지역의 보호가 지나치게 반경쟁적이거나 소비자 후생을 저해하는 수준으로 나아가서는 안 될 것임.

디지털화로 인한 최근 이슈

최근 디지털화로 인해 온라인플랫폼에 의한 새로운 형태의 가맹점사업자간의 영업지역 침해 문제가 대두되면서 공정거래법과 관계법규상의 검토와 대안적 해결방안의 모색이 필요함.

■ 미국과 우리나라 모두 디지털화로 인한 가맹사업 영업지역에 이슈가 발생하고 있음.*

1. 2016년 미국인들의 약 80%가 인터넷을 통한 구매를 했고, 온라인 판매가 증가함에 따라 프랜차이즈 업체 또한 온라인 시스템 구축에 대한 전자상거래의 압박을 받고 있음(우리나라의 경우도 마찬가지임).
2. 가맹본부들은 오프라인 상점, 온라인 채널, 온라인 및 모바일 앱과의 호환성 등 옴니채널을 갖출 것도 요구 받고 있는 실정임(The Amazon Effect).
3. 가맹점사업자들에게는 이러한 온라인 전략들이 그들의 수익을 빼앗으려는 시도로 여겨질 수도 있기에 "아마존 효과"를 활용하고자 하는 가맹본부들은 인터넷 기반에서 발생하는 온라인에 의한 영업지역 침해 문제를 예상해야 하는 상황임.
4. 따라서, 가맹본부는 분쟁을 최소화하기 위하여 가맹계약을 최대한 구체적으로 작성하고, 특히 가맹점사업자는 가맹계약에 따라 어떤 권리와 제한을 받게 될 것인지 반드시 숙지할 필요가 있음.

* Charles S. Marion, Daniel J. Oates, Ari N. Stern, "Stepping On Toes: Territorial rights and encroachment", American Bar Association, 42nd Annual Forum on Franchising, (October 16-18, 2019), pp. 36-38.

배달플랫폼에 의한 가맹사업 영업지역 형해화

문제점

배달플랫폼의 효용과 유료광고의 문제점

■ 배달플랫폼

소비자가 배달앱 서비스를 이용하여 배달음식점을 찾고 음식을 주문하며 대금 결제까지 할 수 있는 서비스를 의미함.*
(주문중개 모델과 자체배달 모델로 서비스를 분류할 수 있음)

■ 배달플랫폼의 유료광고

소비자의 이용편의성 제고, 신규고용창출, 산업활성화 등의 긍정적인 면이 있음. 그러나 배달플랫폼의 유료광고는 가맹점사업자의 영업지역을 형해화하여 가맹사업 질서 혼란이 발생됨. 가맹사업법으로는 이러한 문제해결에 접근할 수 없기 때문에, 공정거래법상 해결이 가능한지 검토할 필요가 있음.

■ 배달플랫폼의 효용

1. 소비자의 이용편의성 제고
2. 신규 고용창출 효과
3. 산업활성화를 통한 경제성장

■ 배달플랫폼 유료광고 문제점

1. 가맹점사업자의 영업지역 형해화
2. 가격인상으로 인한 소비자후생 저하
3. 무임승차로 인한 경제적 비효율성 야기
4. 가맹사업 질서 혼란

* 남재원, "배달앱서비스 이용자 보호 방안", 소비자문제연구 제46권 제2호(2015년 8월), 208면.

시장지배적 지위남용

시장지배적 지위남용

■ 시장지배적 지위와 남용행위

1. 시장지배적 지위 : 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 뜻하며, 이러한 지위에 있는 자를 “시장지배적 사업자”라고 하고, 이를 판단함에 있어 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합 고려함.
(공정거래법 제2조 제3호)

2. 남용행위 : ① 상품의 가격/용역 대가를 부당하게 결정·유지·변경하는 행위, ② 상품 판매/용역 제공을 부당하게 조절하는 행위, ③ 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위, ④ 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위, ⑤ 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위 금지
(공정거래법 제5조)

3. 추정조항 : 일정한 거래분야에서 ① 1 사업자의 시장점유율이 50% 이상, ② 3 이하 사업자의 시장점유율의 합계가 75% 이상(시장점유율 10% 미만인 자 제외)인 경우 해당하는 사업자는 시장지배적 사업자로 추정(공정거래법 제6조)

※ 시장지배적 지위 국가별 상이, 점유율만으로 지배력 추정하는 것은 문제 있음 (미국 75%, 한국·EU 50%, 독일 40%)*

* Exxon Corp. v. Berwick Bay Real Estates Partners, 748 F.2d 937, 940 (5th Cir. 1984), Colo. Interstate Gas Co. v. Natural Gas Pipeline Co. of Am., 885 F.2d 683, 694 n.18 (10th Cir. 1989), United States v. Dentsply Int'l, Inc., 399 F.3d 181, 187 (3d Cir. 2005) / AZKO Chemie BV v Commission [1991] EU:C:1991 / GWB Section 18 Market Dominance (4).

시장지배적 지위남용

■ 시장지배력 전이 규제(미국)

- 1979년 Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co. 사건에서, 제2연방항소법원이 한 시장에서의 독점력을 이용하여 다른 시장에서 경쟁상 우위(competitive advantage)를 확보하는 행위는 제2시장에 대한 독점화(monopolization) 또는 독점화 기도(attempt to monopolize)가 존재하지 않는다고 하더라도 서면법 제2조에 위반된다고 판단함.

(Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co. 603 F.2d 263 (2nd Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980)).

- 2004년 연방대법원이 이른바 Trinko 사건에서, 최소한 독점적 지렛대를 통하여 제2시장을 독점화하는 데 성공할 가능성이 위험할 정도로 높다는 것을(dangerous probability of success in monopolizing) 입증하지 않는 한 서면법 제2조 위반으로 인정되지 않는다고 판단함.(Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)).

- 따라서 미국에서 시장지배력 전이는 제2시장의 ‘독점화기도’라는 요건을 충족해야 서면법 제2조 위반으로 판단가능함.

- 주상품 시장에서 지배력을 가지고 있다는 사실보다는 대상이 되는 부상품 시장에서 독점화나 독점화기도가 이루어 졌는지 중요하고, 주상품의 시장지배력을 이용한 경쟁제한적 행위와 부상품 시장의 독점력 상승간의 인과관계에 있어야 시장지배력의 전이에 대한 규제가 가능함.*

* 권남훈, 방송통신 산업의 결합관매와 시장지배력 전이 판단기준, 경제규제와 법 제10권 제2호(2017), 266면.

시장지배적 지위남용

■ 시장지배력 전이 규제(EU)

- 미국과 같이 EU도 지배력 전이 이론은 끼워팔기나 로열티 리베이트 사례에서 경쟁제한성을 설명하기 위한 근거로 활용되었음(심재한, "자사우대 행위에 대한 공정거래법 적용", 유통법연구 제9권 제1호, 한국유통법학회(2022), 106면).

- EU는 1996년 Tetra Pak II 사건*에서, 시장지배적 지위 남용행위로 인정할 만한 '특별한 상황(special circumstances)'이 있는 경우에 시장지배력 전이에 따른 남용행위의 성립을 인정함(권남훈, "방송통신 산업의 결합판매와 시장지배력 전이 판단기준(2017)", 267면).

- EU는 Google Search (Shopping) 사건 등에서 시장지배적 지위를 인접시장으로 확장하기 위하여 시장지배적 지위를 이용하는 행위를 시장지배적 지위남용이라고 보고 있음(European Commission's Decision of 27 June 2017, Google Search (Shopping), Case AT.39740).

* Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II), Case C-333/94 [1996] ECR I-5951.

시장지배적 지위남용

시장지배적 지위남용과 관련하여 지배력이 존재하는 시장과 남용행위가 발생한 시장이 일치해야 한다는 견해, 반드시 같은 시장에서 존재할 필요가 없다고 보는 견해, 밀접한 관계를 요한다는 견해로 분류됨*

■ 시장지배력 전이 규제(우리나라)**

- 시장지배력이 존재하는 시장과 남용행위가 발생한 시장이 일치해야 한다고 보는 경우에도 그 일치 정도에 대하여 다양한 관점이 있을 수 있음.

- 사업활동방해 유형의 경우 시장지배적 사업자가 엄밀한 의미의 경쟁사업자, 수요자, 공급자에 대해 남용행위를 한 것이 아니라도 그 행위의 상대방과 남용행위가 시장지배력이 존재하는 시장과 밀접한 관계에 있으면 남용행위가 시장지배력이 존재하는 시장에서 발생한 것으로 볼 수 있음.

- 또한 끼워팔기의 경우 '주된 상품시장과 종된 상품시장', 이윤압착에서 '상류시장과 하류시장' 등 2개의 시장을 전제로 한 경우는 시장지배력, 남용행위, 경쟁제한효과 등을 연결하기 위하여 '지배력 전이' 등 법리가 적용될 수 있음.

* Richard Whish & David Bailey, Competition Law, Oxford University Press, 2015, pp. 216-219. / **정재훈, 공정거래법소송실무(제2판), 육법사, 541-542면.

시장지배적 지위남용 사례

■ 포스코 case

- 포스코 사건에서 시장지배적 사업자가 지위를 이용하여 후방시장에 남용행위가 발생할 수 있다고 하면서, 대법원은 경쟁제한 효과가 문제되는 관련시장은 시장지배력이 발생한 시장뿐만이 아니라 그 시장의 상품생산을 위해 필요한 원재료, 부품, 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다고 판단함. (대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 판결)

■ SKT case

- SKT 멜론사건에서 서울고등법원은 사업활동방해 유형의 경우, 엄밀한 의미의 경쟁사업자, 수요자, 공급자에 대하여 남용행위를 한 것이 아니라도 그 행위의 상대방과 남용행위가 시장지배력이 존재하는 시장과 밀접한 관계에 있으면 남용행위가 시장지배력이 존재하는 시장에서 발생한 것이라고 판단함. (서울고등법원 2007.12.27. 선고 2007누8623 판결)

온라인플랫폼의 시장지배적 지위남용

온라인플랫폼 시장지배적 지위남용의 특성

온라인플랫폼 시장지배적지위 남용의 특성 → 어느 한 시장의 지배력이 인접한 시장에 영향을 발생함

- 일반적인 시장이 판매자-구매자의 단면시장인 반면, 플랫폼 시장은 거래하고자 하는 복수의 집단이 있고, 플랫폼은 이들을 연결해주는 매개체 역할을 하는 양면시장 또는 다면시장 구조
- 다수의 주체와 시장이 연계되어 있으므로, 플랫폼의 시장지배력 남용 발생시 그 남용행위로 인해 지배력이 인접시장으로 확장될 가능성 존재함.

구글 사건에 대한 미국과 EU의 시각 차*

- 동일 사안에서 미국은 구글의 디자인 변경이 소비자에게 편익을 제공하는 것으로 '상당한 개선'을 가져왔고 이는 장점에 의한 경쟁수단에 해당하므로, 설혹 경쟁사업자에게 불이익이 초래된다고 하여도 이는 시장이 감수해야 한다고 보았음.
(Federal Trade Commission's Statement of the Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163 (Jan 3, 2013))
- EU는 디자인 변경의 효율성 자체에 대하여 직접 언급하지 않고, 다만 문제된 행위가 경쟁 비교쇼핑 사업자들에게 인터넷 트래픽이라는 중요한 경쟁수단을 직접 건드렸고 그로 인해 시장지배력이 전이되거나 경쟁사업자의 시장지위에 상당한 영향이 초래될 우려가 있다면, 이는 장점에 의한 경쟁이 아니므로 위법하다고 보았음.
- 결국, 디자인 변경의 경우에도 시장지배력 전이를 통해 고도의 경쟁제한적 효과를 야기하는 것으로 보이는 경우에는 이를 구체적으로 분석하여, 효율성 효과와 비교형량한 결과 순 소비자후생 효과가 부정적이라면 위법성 판단이 가능할 것임.

* 이항, "디자인 변경에 대한 경쟁법 규제와 구글쇼핑 사건", 선진상사법률연구 제90호(2020년 6월), 85-92면.

EU Google shopping 사건

'17년 6월 EU는 구글이 유럽 검색 시장의 90%를 차지하고 있는 상태에서, 구글 검색시 구글 쇼핑에 등록 업체가 최상단에 노출되고, 다른 경쟁 가격비교 사이트는 후순위에 노출되도록 알고리즘을 설정하여, 다른 기업들의 공정 경쟁을 저해, 소비자의 선택권을 침해하였다고 봄 → 24억 유로 과징금 (EU일반법원에서 구글 패소함).



구글 검색에 입력시 "일반 검색 알고리즘 + 전문 검색 알고리즘" 두가지 알고리즘 세트 실행 → 구글 쇼핑 등록 업체 상단 노출되도록 변경 → 일반 검색 결과 페이지에서 타사 비교 쇼핑 서비스 이어지는 트래픽 감소 → 자사 비교쇼핑 서비스 트래픽 증대

European Commission's Decision of Jun 27, 2017, Google Search (Shopping), Case AT.39740.

우리나라 네이버 비교쇼핑 사건

■ 네이버(쇼핑부문) 사건 : 비교쇼핑 시장에서 오픈마켓 시장으로의 시장지배력 전이

- 공정위는 네이버가 국내 온라인 비교쇼핑서비스 시장에서 시장 점유율을 70% 이상을 차지하고 있는 상태에서, 검색 알고리즘을 인위적으로 조정·변경하여 자사 상품과 서비스를 검색결과 상단에 올리고 경쟁사는 하단으로 내린 행위에 대하여 시장지배적지위 남용행위(사업활동방해)에 해당한다고 보았음.
 - ※ 불공정거래행위(부당한 차별취급, 부당한 고객유인) 또한 해당하는 것으로 판단함.
- 현행 공정거래법 체계하 플랫폼 사업자에 대한 법 집행을 한 사례로, 공정위는 네이버의 시장지배력 전이를 인정함.
 - ※ 공정위는 수요·공급 측면에서의 대체가능성을 고려하여 관련 상품시장을 “온라인 비교쇼핑서비스 시장”과 “오픈마켓 시장”으로 확정함.
- '21년 1월 공정위는 네이버에 대해 공정거래법 위반에 따른 시정명령 및 과징금 266억원 부과됨.
- 서울고등법원에서 패소 후 대법원 계류중임.

※ 공정거래위원회 2021.01.27. 의결 제2021-027호 네이버(비교쇼핑부문)의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건.

카카오모빌리티 사건

■ 카카오모빌리티 : 일반 앱호출 시장에서 택시가맹 서비스 시장으로의 시장지배력 전이

- 카카오모빌리티는 ‘국내 일반 앱호출 시장’(이하 ‘일반 앱호출 시장’)에서 시장지배적 지위가 인정되고, 일반 앱호출 시장에서의 시장지배력을 이용하여 택시가맹 서비스 시장에서의 경쟁을 제한하였다고 보았음.
- 또한, 위와 같이 택시가맹 서비스 시장에서의 경쟁을 제한함으로써, 다시 일반 앱호출 시장에서의 카카오모빌리티의 시장지배력을 유지·강화하였으므로 그 행위의 부당성이 인정된다고 보았음.
- 공정위는 카카오모빌리티가 일반 앱호출 시장에서의 시장지배적 지위를 이용하여 가맹기사와 비가맹기사 간에 윤입 수입에 중대한 영향을 미치는 배차 우선순위 및 단거리 호출 배차조건(거래조건)을 차별함으로써 일반 앱호출 시장 및 택시가맹 서비스 시장의 경쟁을 부당하게 제한하였다고 판단함.
- 카카오모빌리티의 거래조건 차별 행위는 기타 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위에 해당하므로, 시지남용 행위 중 부당한 사업활동 방해, 불공정거래행위 중 부당한 차별취급 행위 및 불이익 제공행위에 해당한다고 보았음.
- '23년 6월 공정위는 카카오모빌리티에 대하여 공정거래법 위반에 따른 시정명령 및 과징금 270억원 부과함.

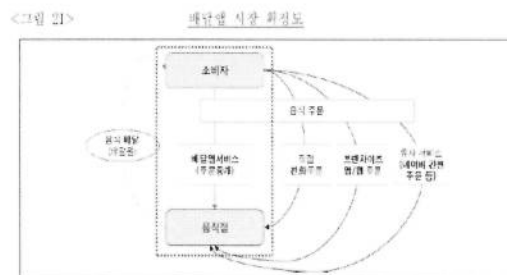
※ 공정거래위원회 2023.06.13. 전원회의 의결 제2023-093호 카카오모빌리티의 시장지배적지위남용행위에 대한 건.

배달플랫폼 관련 검토

배달플랫폼 시장획정

■ 관련시장

- 공정위는 DH-배달의민족 기업결합 사건에서 배달앱 시장을 획정하면서, 전화주문 및 프랜차이즈 웹/앱 주문서비스 등과의 대체관계를 살펴 이들을 동일한 상품시장으로 획정할 수 있는지 여부를 검토하였고, 인접시장이지만 서로 다른 시장으로 판단함*

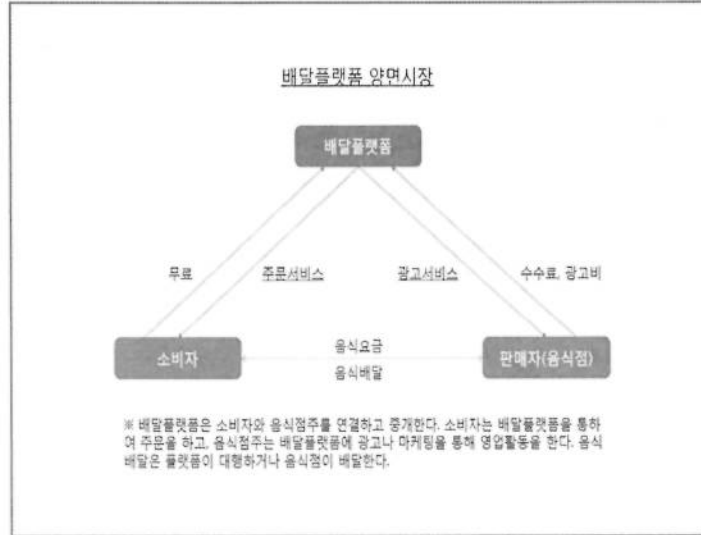


- 프랜차이즈 자체 웹/앱 주문서비스의 경우, 외식 가맹사업시장에서 가맹사업법상 가맹본부와 가맹점사업자간 합의한 영업지역을 바탕으로 실제로 존재하는 점포를 기반으로 주문서비스 제공함.
- 반면, 배달앱의 깃발꽃기를 사용하면 다른 가맹점사업자의 주소나 영업지역에 점포가 존재하는 것으로 표시되고 고객은 이러한 광고에 의하여 상단에 노출된 점포에서 주문하게 됨.

* 공정거래위원회 2021. 2. 2. 의결 제2021-032호, paragraph 399.

참고

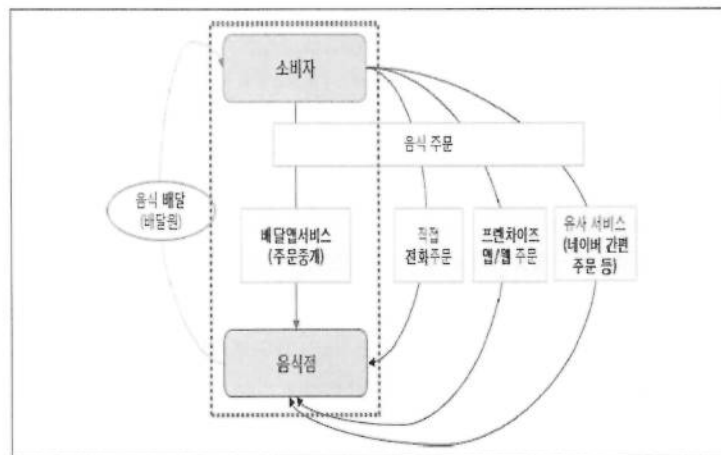
배달플랫폼 양면시장(단일시장 확정방식)



※ Competition and Markets Authority, "Just Eat and Hungryhouse", (2017. 11. 16), paragraph 4.11.

참고

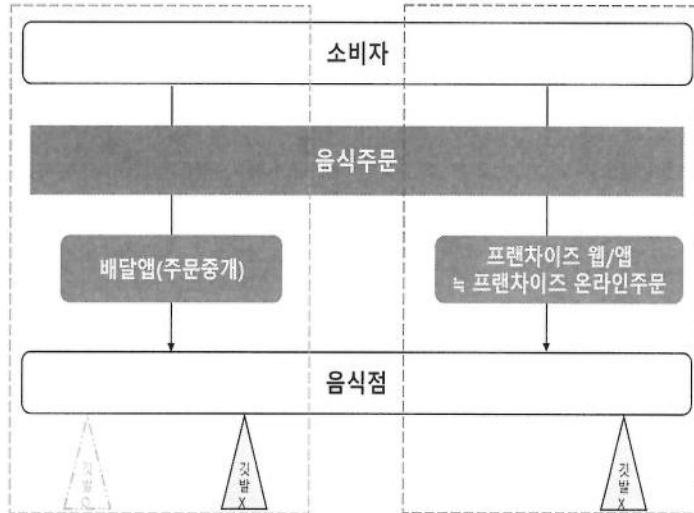
배달플랫폼 양면시장(복수시장 확정방식)



※ 공정거래위원회 2021. 2. 2. 의결 제2021-032호, paragraph 108.

참고

배달앱 및 프랜차이즈 웹/앱 시장



배달플랫폼에 의한 가맹사업 영업지역 형해화

배달플랫폼 시장지배력의 가맹사업에 대한 영향

① 관련 시장에서 시장지배적 지위

- > 관련 시장 : 배달앱(주문중개) 서비스 시장
- > 인접 시장 : 프랜차이즈 온라인(앱/웹) 주문 서비스 시장(=프랜차이즈 온라인주문 시장)
- > 시장지배적 지위 : 산정 추정 방식에 차이는 있으나, 최근 추세는 1위사 / 상위 1~3개사의 지위가 더욱 공고해지는 것으로 보여짐.
 - 한겨레-모바일인덱스, '22년 2월 배달앱 사용자수 기준 시장점유율 1위사 57.7% (2위사 24.7%, 3위사 17.5%)*
 - 이코노미스트-닐슨코리안클릭, '20년 9월 실사용자 기준 점유율 1위사 59.7% (2위사 30.3%, 3위사 6.8%)**
 - 연합뉴스TV-공정거래위원회, '19년 시장 점유율 1위사 78.0% (2위사 19.6%, 3위사 1.3%)**

② 거래상대방에 대한 거래조건 차별행위

- > 노출 순위 결정시 깃발꽃기 사용 가맹점사업자와 미사용 가맹점사업자간 다르게 취급 → 전자 상위 노출

③ 부당하게 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 함으로써 관련시장 경쟁 저해

- > 배달앱(주문중개) 시장에서의 유료광고(ex : 깃발꽃기) 미사용 가맹점사업자의 사업활동을 어렵게 함으로써, 프랜차이즈 온라인(앱/웹) 주문서비스 시장에서 가맹점사업자간 공정한 경쟁에 영향이 발생함.
 - ex) 프랜차이즈 앱/웹 주문시에는 노출되지 않는 점포(깃발꽃기 사용 가맹점사업자)가 배달앱에서는 상단에 노출되어 주문받기 때문에 원래 주문을 받아야 할 점포(깃발꽃기 미사용 가맹점사업자)에 손해가 발생함.

※ 공정거래법 제5조 제1항 제3호, 동법 시행령 제9조 제3항 제4호, 시장지배적지위 남용행위 심사기준 IV. 3. 라. (3).

* 유선희, 「뉴스AS」 배달 앱 시장에서 이득을 본 사람은 누구?, 한겨레(2022.04.19).
 ** 라예진, “일주일 뒤엔 문 닫는다...” 국내 1호 배달앱 ‘배달통’ 역사 속으로, 이코노미스트(2021.06.17).
 *** 연합뉴스TV 「그리픽뉴스」 요동치는 배달앱 시장, 연합뉴스(2020.12.29).

참고

■ 관련 법령

- ① 공정거래법 제5조 제1항 제3호
 > 제5조(시장지배적지위의 남용금지)
 ① 시장지배적사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "남용행위"라 한다)를 해서는 아니 된다.
 3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위
- ② 공정거래법 시행령 제9조 제3항 제4호
 > 제9조(남용행위의 유형 또는 기준)
 ③ 법 제5조제1항제3호에 따른 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위는 직접 또는 간접으로 다음 각 호의 행위를 하여 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로 한다.
 4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 방법 외의 다른 부당한 방법에 따른 행위를 하여 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위 중 공정거래위원회가 정하여 고시하는 행위
- ③ 시장지배적지위 남용행위 심사기준 IV. 3. 라. (3)
 > IV. 시장지배적지위 남용행위의 세부 유형 및 기준
 3. 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위(법 제5조제1항제3호)
 직접 또는 간접적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우(영 제9조제3항)
 라. 이외에 다음과 같은 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위(영 제9조제3항제4호)
 (3) 자사 또는 다른 거래상대방 대비 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위

배달플랫폼에 의한 가맹사업 영업지역 형해화

구분	네이버 사례*	카카오 모빌리티 사례**	배달 플랫폼
주체 [규제대상]	네이버	카카오 모빌리티	배달 플랫폼 사업자
관련 시장	지배력	온라인 비교쇼핑서비스 시장	일반 오프라인 시장
	영향력	오픈마켓 시장	택시가맹 서비스 시장
거래 상대방	네이버 스마트스토어 입점사업자 (유료 서비스) 경쟁 오픈마켓 입점사업자	카카오T블루 가맹기사 (가맹점) 카카오T블루 비가맹기사	깃발꽃기 사용 가맹점사업자 (유료 서비스) 깃발꽃기 미사용 가맹점사업자
거래 조건	노출순위 결정	배차순서	노출순위 결정
차별 행위	네이버 스마트스토어 입점사업자와 경쟁 오픈마켓 입점사업자간 다르게 취급하여 전자를 상위 노출	카카오T블루 가맹기사와 카카오T블루 비가맹기사간 다르게 취급하여 전자를 우선배차	깃발꽃기 사용 가맹점사업자와 깃발꽃기 미사용 가맹점사업자간 다르게 취급하여 전자를 상위 노출
부당성	경쟁 오픈마켓에 대한 네이버쇼핑의 대체 불가능성, 네이버쇼핑·일반검색서비스 등의 서비스간 양의 피드백효과로 인한 율리현상 강화 우려 등	비가맹기사 카카오T블루가입 유도 → 카카오모빌리티의 가맹호출서비스 네트워크 효과 ↑, 경쟁 사업자 네트워크 효과 ↓ → 경쟁 사업자 배제효과 등	배달 플랫폼 유료광고를 보면, 가맹점사업자의 영업지역과 무관하게 광고를 운영하겠다는 사업활동방해의 수단과 목적 및 의도 추정 가능, 교차 네트워크 효과로 시장지배력 있는 배달앱에 교착화 가능성
영향	온라인 비교쇼핑서비스 시장에서의 시장지배력 → 오픈마켓 시장으로 전이 → 시장지배적지위 남용	일반 오프라인 시장에서의 시장지배력 → 택시가맹 서비스 시장으로 전이 → 시장지배적지위 남용	배달앱 시장에서의 시장지배력 → 프랜차이즈 앱/웹 주문서비스 시장 (※프랜차이즈 온라인주문 서비스)에 영향

* 공정거래위원회 2021. 1. 27. 의결 제2021-027호.

** 공정거래위원회 2023. 6. 13. 의결 제2023-093호

불공정거래행위 및 표시광고관련 검토

■ 공정거래법 (불공정 거래행위 - 부당한 차별취급)

- 공정거래법은 부당하게 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위를 금지하고 있음. (공정거래법 제45조 제1항 제2호)
- 네이버 사례에서 네이버 스마트스토어 입점사업자와 경쟁 오픈마켓 입점사업자간 다르게 취급하여 전자를 상위 노출한 것을 차별적 취급 중 거래조건 차별로 판단함.
- 배달 플랫폼 내에서 깃발꽃기를 사용하는 가맹점사업자와 깃발꽃기를 사용하지 않은 가맹점사업자간 다르게 취급하여 전자를 상위에 노출함.

■ 표시광고법

- 사업자등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로서 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는 기만적인 표시·광고 행위를 하여서는 안됨. (표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조 제1항 제2호)
(기만적 표시·광고 행위란 소비자 구매선택에 중요사항에 대한 은폐·누락·축소하여 표시·광고 행위는 것)*
- 배달 플랫폼상 근거리순이 아닌 유료광고를 구입한 점포가 상단에 우선 노출되며 이것이 '광고'임을 인식하기 어려움. 고객들은 유료광고가 자신의 위치와 무관하게 앱의 상단이나 메인페이지에 노출 되는 것이라는 것을 안내 받을 필요가 있음.
- 기만적인 표시·광고행위의 주체를 플랫폼사업자와 가맹점사업자 중 누구로 볼 것인지 논의가 필요하지만, 배달플랫폼의 유료광고는 배달 플랫폼이 설계하여 입점업체에 제공하는 형태이기에, 기만적 표시·광고 행위의 주체는 배달플랫폼이고 입점업체인 가맹점사업자가 이에 편승한 형태라면 배달 플랫폼이 그 주체라고 볼 수도 있음.

* 공정거래위원회 고시 제2019-11호, "부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시" 표. 2. 다. 2.

검토

■ 공정거래법 적용의 문제점과 대안적 접근의 필요성

- 온라인플랫폼의 다면을 하나의 시장으로 확정할 것인지 vs 각각의 시장으로 확정할 것인지
복수시장 확정방식에 의한 경우 가격을 인상하면 비교대상 상품으로 수요가 대체되어야 하는데도 불구하고 다면시장의 긍정적 외부효과로 인해서 수요가 대체되는 효과가 과소하게 분석되어 관련시장을 좁게 확정하는 오류발생 가능함.
(단일시장 확정방식에 의한 경우에도 반대의 오류발생 가능)
- 온라인플랫폼의 역동성 등 고려 (소비자 이용편의성 증대, 신규 고용창출, 경제발전 기여)
온라인플랫폼은 역동적 특징을 갖고 하루가 달리 시장환경이 변화함.
온라인플랫폼에 지나친 사후규제를 하게 되면 기업의 혁신의지와 창의성이 사라질 우려 있음.
- 온라인플랫폼의 경쟁제한성에 관한 판단 (비교형량)
온라인플랫폼의 효율성 제고효과 vs 경쟁제한적 효과를 비교형량(balancing)하여 경쟁제한성을 신중하게 판단하는 것이 필요함.
- 대안적 접근과 자율규제를 통한 해결의 필요성
온라인플랫폼처럼 연결된 사업자간의 시장지배력 전이와 관련된 문제는 대안적 개선방안이나 자율규제가 바람직할 수 있음.

대안적 개선방안 검토

대안적 개선방안

1. 균형적 정책 수립

- 가맹사업(기존산업)의 운영과 온라인플랫폼(혁신산업)의 성장 동시 달성되는 방향의 정책 운영 필요
 - ◇ 정책수립시 이해당사자와 소비자 등 공정성 있는 제3자의 참여
- 온라인플랫폼, 입점업체, 소비자의 정보 비대칭성 해소 필요
 - ◇ 가맹계약상 영업지역 관련 정보 플랫폼 제공 ↔ 플랫폼 유료광고 관련 가맹계약과 가맹본부 정책 등에 상충되는 부분 없는지 사전 공유
- 가맹사업(기존산업)과 온라인플랫폼의 갈등 해소를 위한 정책적 지원
 - 공정거래위원회의 적극적 행정지도 or 표준계약서 제·개정 등

2. 사업자간 (가맹본부 ↔ 온라인플랫폼 사업자) 자율적 협의를 통한 협약 체결

- 양해각서 (Memorandum of Understanding) 체결 or 행동강령 (Code of Conduct)의 제정
 - 행위기준 설정 및 준수, 사회적 척도로서의 기능

대안적 개선방안

3. 규제기관의 전문적 모니터링 강화

- 공정거래위원회 온라인플랫폼정책과 신설 등 전담조직 강화 : 영국 CMA 산하 DMU(Digital Market Unit) 참고
 - 공정거래법 등 기존 법규 활용한 집행에 더하여 온라인플랫폼에 종합적인 대응 진행 가능
- 전문적 감독부서에 대한 권한부여와 모니터링 강화
 - 준법준수(Compliance)에 대한 명령 권한, 패널티 부과 권한 등 : 온라인플랫폼의 독점력 남용 감시 및 위법행위 시정 역할

4. 가맹계약 활용 (가맹본부 ↔ 가맹점사업자) 통한 개선

- 가맹본부의 분쟁조정 근거 명확화
 - 온라인플랫폼 유료광고로 인한 가맹점사업자간 영업지역 분쟁 발생시, 가맹본부가 조정 및 중재 가능
- 가맹점사업자 배달 영업지역 기준 구체화 : 정보공개서, 각종 운영규칙 등 규정 일괄 변경 필요함
- 가맹계약을 통한 온라인플랫폼 광고에 대한 통제기준 강화 : 공정거래위원회 표준계약서를 통한 행정지도

자율규제

5. 자율규제 통한 개선방안 (최소한의 온라인플랫폼 법적규제 vs 혁신성장 차원의 자율규제)

- 자율규제가 소비자후생과 공정한 경쟁질서를 확립하는데 도움이 되는가?

자율규제 : 시장친화성, 현실적인 해결가능성, 사전예방적 성격이 있음 / 정부주도형과 민간주도형 혼합형으로 분류됨.*
규제당사자에 대한 효율성, 전문성 그리고 효율적이고 신속한 장점 / 규제회피 목적 사용 가능성 있음.

cf) 자율규약 : 공정거래법 45조 5항상의 '부당한 고객유인을 방지하기 자율규약과 가맹사업법 제15조에서 '가맹본부와 이들 사업자단체의 자율규약'을 제정할 수 있다고 규정되어 있음.

향후방향 : 자율규제의 진정성과 자율성을 담보하기 위해 공정거래법상 자율규약과 관련한 조문을 개정하여 '자율규제'를 포괄하는 개념으로 확대할 필요성이 있음(사업자, 동종 사업자단체, 이종 사업자단체 등으로 수범자 확대).
단, 담합 등 공동행위에 관한 리스크는 공정거래위원회 차원에서 사전적으로 가이드라인을 제정하고 모니터링 필요함.

- 배달플랫폼 자율규제 방안(2023년 3월)

입점계약 권형, 분쟁처리 절차, 상생 및 입점업체 부담 개선에 대한 포괄적 논의가 이루어짐.**

그러나, 배달플랫폼 유료광고와 가맹사업 영업지역 문제 등과 관련하여 향후 구체적인 자율규제 방안의 논의가 필요함.

* 박장규, "온라인플랫폼 자율규제에 관한 시론", 법조 제71권 제4호, 법조협회, 398면.

**공정거래위원회 보도참고자료, "배달플랫폼 자율규제 방안 발표회 개최", 온라인플랫폼정책과(2023. 3. 6).

결론

결론

배달플랫폼의 유료광고와 가맹사업 영업지역의 문제는 프랜차이즈의 본질적 속성과 배달플랫폼의 효율성과 혁신을 고려하고 경쟁보호와 소비자 후생 제고 차원에서 신중하게 접근해서 해결되어야 함.

1. 프랜차이즈에서 영업지역은 가맹점 운영의 기반이기 때문에 이를 배타적 수준으로 보호할지 아니면 일정 수준 이상으로 보호할지는 가맹본부의 영업정책을 반영한 가맹계약을 통해 정해질 문제임.
2. 프랜차이즈의 본질적인 성격과 가맹점사업자의 신뢰보호 등으로 인해 일정수준 가맹점사업자의 영업지역을 보호하는 것은 가맹사업의 성립과 가맹본부와 가맹점사업자 공동의 발전을 이루기 위한 기초이기 때문에 매우 중요함.
3. 가맹사업 영업지역과 배달플랫폼의 유료광고의 문제는 가맹사업 브랜드내의 해결방안으로 가맹계약을 통한 가맹점사업자의 배달플랫폼 유료광고에 대한 통제(EU VBER 참조)가 고려될 수 있음.
4. 한편, 소비자후생 관점에서 온라인플랫폼의 효율성과 경쟁제한성을 비교형량하여 시장지배적지위 남용, 불공정거래행위 등 기존 공정거래법의 신중한 적용과 집행이 필요함.
5. 역동적 시장의 특징을 갖는 온라인플랫폼의 혁신의지를 고려하여, 대안적 개선방안과 자율규제를 우선적으로 고려하면서, 동시에 공정거래위원회의 시장상황에 대한 모니터링이 강화될 필요성이 있음.
※ 자율규제의 경우 배달플랫폼 사업자, 가맹본부, 가맹점사업자간 배달플랫폼 유료광고에 대한 실질적이고 광범위한 협의가 필요함.

- 손동환

■ 김혁용 박사님 발표에 관한 토론문 ■¹⁾

1. 먼저 가맹점 시장에서 영업지역 보호가 배달앱 사업자의 행위로 인하여 위협받고 있는 상황, 그에 대한 여러 가지 해결책을 제시하면서 경쟁법적 관점에서 배달앱 사업자에 대한 규제라는 방안을 제시하였다는 점에서 흥미롭고, 관련된 여러 쟁점들을 망라하여 검토한 점에서 발표자의 노고에 감사드립니다. 발표자의 문제의식에 동감하면서도 경쟁법적 관점의 문제 제기에 대한 몇 가지 생각해 볼 점을 언급함으로써 토론에 갈음하고자 합니다.

2. 배달앱 사업자가 자신의 배달앱에서 음식점 업자들의 노출순위나 노출방법을 결정하면서 일정한 수수료를 낸 음식점 업자들을 노출순위나 노출방법 면에서 유리하게 취급하는 행위(배달앱 사업자의 문제행위)가 시지남용이 되는지 문제될 수 있을 것 같습니다.

가. 배달앱 사업자의 문제행위와 거래단계별 관련시장

먼저 배달앱 사업자가 소비자를 대상으로 한 음식배달서비스 시장에서 높은 시장점유율을 가진 경우나 그렇지 못한 경우나 모두, 자신의 배달앱에 가입한 음식점 업자들을 대상으로 노출순위나 방식을 정하는 문제행위를 할 때는 언제나 100% 점유율을 가진다는 점입니다. 소비자가 배달앱을 켜고 자신의 설정지역에서 음식점을 검색하는 경우 배달앱 가입 음식점 업자들 중 누가 먼저, 그리고 어떤 방법으로 노출될지는 이미 정해져 있고 그 배치방법이 디폴트값이나 소비자의 선택을 통하여 보여질 뿐입니다. 이 단계에서 음식점 업자들은 배달앱 노출순위나 노출방법에 관해서는 배달앱 사업자와의 거래를 통해 정할 뿐 그 선택을 놓고 경쟁할 방법은 없습니다.

공정거래법은 관련시장을 객체, 단계, 지역별로 정하는데, 시지사업자가 소비자에게 재화나 서비스를 제공하는 시장 외에도 그 시지사업자의 문제된 행위가 어떤 거래단계에서 이루어졌는지 살펴야 사안별로 관련시장을 정할 수 있습니다. 배달앱 시장에서 시지사업자의 문제행위는, 소비자에 대하여 배달 음식점을 노출시키기 이전에 음식점 사업자들, 특히 가맹점으로 운영되는 음식점 사업자들에 대하여 배달앱에서 어떤 순위나 방식으로 노출시킬지 그들과의 거래단계에서 문제되는 행위입니다. 이는 소비자에 대한 배달앱 서비스 시장과는 별개의 것이라 하겠습니다. 물론 소비자에 대한 배달앱 서비스 시장이든, 음식점 사업자에 대한 시장이든 해당 배달앱 사업자가

1) 성균관대학교 법전원 교수 손동환

시지사업자 추정 점유율을 충족한 이상 별다른 문제가 아니라고 볼 수도 있습니다. 그런데 배달앱 사업자의 문제행위로 인하여 불이익을 받는 음식점 업자이든, 우대를 받는 음식점 업자이든 모두 배달앱 사업자의 고객입니다. 배달앱 사업자가 이들을 차별취급한다고 볼 수 있더라도 이들 중 일부를 경쟁을 통하여 시장에서 퇴출시키는 것을 전혀 의도하지 않습니다. 가입 음식점 사업자가 많을수록 소비자와의 매칭가능성이 높아지고, 이것은 배달앱 사업자의 이익에 부합하기 때문입니다. 배달앱 사업자는 노출순위나 방법에 음식점 사업자를 차별함으로써 그들 중 일부를 그들끼리의 관련시장에서 퇴출시키는 것을 전혀 의도하지 않는다는 것입니다. 여기서 우리는 배달앱 사업자의 행위가 애초 경쟁관계의 문제라고 할 수 있는지 의문을 가지게 됩니다. 문제행위는 단순히 배달앱 사업자와 가입 음식점 사업자 사이의 단순한 거래관계의 문제가 아닌지 하는 점입니다.

유사한 쟁점을 찾을 수 있는 사건으로, 현대차의 판매대리점 사업활동 방해 사건을 들 수 있습니다. 현대차의 차량 판매는 직영판매점과 판매대리점을 통해서 이루어지는데, 현대차가 대리점의 판매원 채용이나 대리점 이전 승인을 불허하는 등의 사업활동방해 행위를 통해서 판매대리점의 경쟁력을 약화시키고 직영판매점에 유리한 결과를 가져와서 경쟁제한 효과 발생 우려가 생겼다는 사건입니다. 이 사건에서도 현대차가 소비자에 대한 차량판매시장에서 시장지배적 지위가 있지만, 문제된 행위는 판매대리점에 대한 위탁판매 단계에서 이루어졌고, 현대차뿐 아니라 GM, 르노 등도 자사 차량 위탁판매 단계에서는 100% 점유율을 가지게 됩니다. 현대차는 직영판매점과 판매대리점을 통하여 차량 판매를 하므로 이들이 경쟁관계에 있다고 하더라도 이들 중 판매대리점을 퇴출시킬 의도를 가질 수 없고 이들 모두를 통하여 현대차 판매를 증가시킬 목적만을 가질 뿐입니다. 그러면 현대차의 행위를 판례와 같이 배제남용으로 볼 수 있는지 하는지 하는 의문이 생깁니다. 이 행위는 단순히 착취남용이나 거래상 지위남용이라는 견해가 등장하는 것도 이러한 이유에서입니다.

또 티브로드 강서방송 사건은 강서구 지역에서 관련법상 독점적 유선방송사업자인 티브로드 강서방송이 사업자들의 통합 후 채널변경과 관련한 송출료 협상에서 홈쇼핑 업체와 협상이 결렬되자 해당업체에게 비선호 채널을 임의로 배정하였고, 이 행위가 사업활동방해 시지남용인지 문제된 사건입니다. 강서구민에 대하여 방송프로그램을 송출할 때는 시지사업자이지만, 필요한 방송프로그램을 방송프로그램 제작사(PP)들로부터 제공받을 때는 시장지배력이 있다고 할 수 있는지 문제되었습니다. 양면시장으

로 접근할 수도 있지만, 시청자에 대한 거래단계와 제작사에 대한 거래단계를 구분하고, 채널변경행위가 제작사에 대한 관계에서 문제되었음을 고려해야 합니다. 이때 티브로드 강서방송은 해당 홈쇼핑업체가 홈쇼핑시장에서 퇴출시킬 것을 의도할 이유가 없습니다. 제작사들은 모두 방송사들의 고객이므로 고객이 많을수록 수수료 수입이 늘어나고 시청자들의 수요도 충족시킬 수 있는 티브로드의 입장에서는 당연한 것입니다. 그러면 티브로드 강서방송의 행위는 경쟁단계가 아닌 거래단계의 문제에 불과한 것이 아닌지 의문이 생기는 것입니다. 이 행위는 착취남용이나 거래상 지위남용이 문제될 뿐일 것이고, 같은 취지의 견해들을 다수 발견할 수 있습니다.

이렇게 볼 때 배달앱 사업자의 문제행위는 경쟁관계가 아닌 가맹점과 사이의 거래관계의 문제이므로, 거래상 지위남용이나 착취남용이 문제될 수 있을 뿐이라고 볼 수도 있습니다.

나. 차별취급의 부당성 문제

최근 온라인 플랫폼 시장의 시지사업자의 차별취급 행위로 인접시장에 지배력이 전이되는 외관을 가져오는 것이 시지남용에 해당한다는 논리구성에 관한 논의가 이루어지고 있습니다. 지배력 전이 이론의 수용 여부는 별론으로 하되, 위와 같은 행위를 종래 시지남용 법리상 어떻게 설명할 수 있는지를 살펴볼 필요가 크다고 하겠습니다. 발표자가 비교대상으로 제시한 EU의 구글 쇼핑사건, 국내의 네이버, 카카오 사건에 관한 내용을 살펴볼 필요가 있습니다. 먼저 차별취급은 ①경쟁자와 경쟁자의 고객에 대한 차별행위와 ②단순한 고객들에 대한 차별행위로 구분되고, 전자는 사실상 배제남용의 성격을 가집니다. EU의 구글쇼핑 사건이나 네이버 사건은 경쟁자에 대한 차별행위, 카카오T 사건은 가맹기사를 일반기사들보다 우대함으로써 경쟁자의 고객이 될 수 있는 비가맹기사들에 대한 카카오T로의 유인을 문제삼고 있습니다. 구글쇼핑이나 네이버 사건은 명백하게 수직결합 사업자이지만, 카카오의 경우 일반호출앱시장과 택시가맹서비스 시장의 별도의 시장인지 의문이 드는 상황입니다. 구글쇼핑이나 네이버 사건에서는 본래의 플랫폼 시장에서의 고객이 인접시장에서 자신의 경쟁자의 지위를 점유하므로 플랫폼 시지사업자로서는 이들에 대한 배제행위에 나설 유인이 크다고 할 수 있습니다. 그런데 배달앱 사업자는 가맹점을 비롯한 음식점 시장에 진출하지 아니하였으므로 경쟁자가 아닌 순수한 자신의 고객들을 차별한 것이니 문제행위로 인한 가맹점 시장에서의 경쟁제한의 우려를 살펴보아야 할 것입니다. EU에서도 포르투

칼 저작권협회가 TV 방송사업자들에게 차별적 조건을 부과한 것이 제102조 c항의 경쟁상 불이익을 가져오는 차별행위인지 여부가 문제된 사건(Meo-Serviços de Comunicações e Multimédia EU:C:2018:270 at [26], [27].)이 있습니다. 위 사건에서 높은 가격을 부과받은 사업자의 불이익의 존재만으로는 경쟁이 왜곡되거나 왜곡될 우려가 있다고 할 수 없고, 사건의 제반사정을 고려하여 경쟁자들과 사이에 잠재적 경쟁왜곡이 있는지 여부를 판단해야 한다고 판단하였습니다. 이러한 면에서 종래 구글쇼핑 사건이나 네이버, 카카오 사건과 발표에서 배달앱 사업자의 행위를 동일선상에 놓고 보기는 어려울 수도 있을 것 같습니다.

다. 지배력 전이 이론

사족이지만, EU구글쇼핑 사건에서도 지배력 전이 사실만으로는 남용이 되지 않지만 (162항) 특별한 조건 하에서는 금지되는데, 그 조건으로 당해 행위가 잠재적이라도 경쟁제한효과를 가지고, 성과경쟁에서 벗어난 경우(174, 175, 195항)를 들고 있습니다. 미국에서도 지배력 전이 이론은 여러 사건에서 문제되었는데, Trinko사건을 중요한 분기점으로 이야기할 수 있습니다. Trinko사건에서, 인접시장에서 경쟁상 이익을 얻기 위하여 다른 시장의 독점력을 이용하는 것은 인접시장에 대한 독점화의 위협을 증명하지 못하는 한 위법하지 않다고 판시하였습니다. 지배력 전이가 당연위법이 아니고 인접시장을 독점화할 위험한 성공개연성이 있음을 증명해야 한다는 것입니다.

-불공정거래행위의 체계 개선방안 관련-
[10.13 한국경쟁법학회 공동학술대회]

('23. 10. 12. 시장감시정책과 송선 사무관)

< 개요 >

- 발표하신 바와 같이 불공정거래행위 체계 개선에 대한 논의는 오랜 시간동안 반복되어 왔으며, 현재 불공정거래행위 규정과 관련하여 몇 가지 우려를 가지고 계심을 알고 있음

< 전반적인 체계 개편 >

- 특히 불공정거래행위에 경쟁제한성 위주로 판단하는 행위와 불공정성 위주로 판단하는 유형이 혼재되어 있어 규제의 명확성이나 예측가능성 등의 제고를 위해 개정에 대한 고민이 계속되어 왔음을 잘 알고 있음

- 다만, 말씀드린 바와 같이 이 문제는 지금까지 오랜 시간 논의가 계속되어 왔음에도 개정되지 못할 만큼 어려운 문제라고 생각함

- 개정 필요성을 인정하는 분들도 개정안에 대해서는 다양한 의견을 가지고 있어 하나의 개정안을 도출하기가 어려움

- 다수 의견 없이 다양한 의견들은 해당 체계 개편이 얼마나 어려운 문제인가를 나타내주고 있음

< 입증책임의 전환 - 정당한 이유없이 >

- 불공정거래행위 규정에 관한 또 다른 문제로, 시행령에서 공동의 거래 거절, 계열회사를 위한 차별, 계속적 부당염매에 대한 판단기준을 법과 달리 '정당한 이유없이'로 규정하고 피심인인 기업에게 입증 책임을 부담시켜 법령간 정합성 문제를 초래한다는 우려를 알고 있음

- 물론 매우 근거 있는 우려라고 생각함

- 개인적으로는, 3가지 행위의 법집행 사례가 많지 않고, 양태가 유사한

위반행위에 대한 규정을 고려하여 향후 판단기준을 '부당하게'로 통일하는 방안을 고민해 볼 여지도 있다고 생각하나, 해당 내용의 입법 취지, 그 간의 집행 사례 및 법원의 판례 등을 고려하면 쉽지 않은 면이 있음

< 재판매가격유지행위 >

- 다음으로 재판매가격유지행위는 다른 수직적 거래제한 행위와 유사한 면이 있지만, 유통단계에서의 가격 경쟁을 직접적으로 제한하고 사업자의 자율성을 강하게 침해하는 행위이므로 최저재판매 가격유지행위의 경우 원칙적으로 위법한 것으로 보고 있음
- 만약 전면적으로 체계를 개편하게 된다면 말씀하신 바와 같이 수직적 거래제한 등과 함께 규제하는 방안도 검토해 볼 수 있을 것 같음

< 부당지원행위 >

- 또, 부당지원행위와 관련하여 개인적으로는, 역시 경제력 집중 억제를 목적으로 하는 규제로서 일반 불공정행위와 다른 고유의 영역으로 보여 사익편취 규정과 같은 조문 하에 두는 게 장점이 있다고 생각함
- 공정위에서도 부당지원행위는 다른 불공정거래행위와 별개의 부서에서 규제하고 있으며 해당 부서에서 사익편취행위도 함께 담당하고 있음
- 다만, 공정거래법 제45조의 부당지원행위 규제는 모든 사업자를 대상으로 하고 있으며 공정거래저해성을 입증해야 하는 반면,
- 공정거래법 제47조의 사익편취행위 규제는 총수 있는 공시대상기업 집단 소속 회사를 대상으로, 그들이 총수일가 또는 총수일가가 보유한 회사에 부당한 이익을 제공하는 것을 금지하면서 특수관계인을 중심으로 한 경제력집중 우려를 입증해야 하므로
- 해당 차이점 등을 고려한다면 부당지원행위가 사익편취행위와 별개로 법 제45조에 남아 있는 것도 일응 이해되는 측면이 있다고 보여짐

< 새로운 유형의 위반행위와 소비자에 대한 위반행위 규제 >

- 급변하는 경제환경 속에서 새로운 유형의 불공정거래행위 또는 시지남용행위가 발생하고 있고, 특히 온라인 생태계 속에서 그러한 문제가 심화되고 있음
 - 새로운 유형의 불공정거래행위에 대한 규제는 개인적으로는 가장 관심을 많이 갖고 고민하고 있는 부분임
 - 다만, 불공정거래행위 유형 및 기준을 시행령을 통해 정하도록 한 것을 좀 더 열린 방향으로 개정하거나 공정거래법을 소비자에 대한 행위에도 적극적으로 적용하는 것은 신중히 검토해 봐야 할 방안이라고 생각함
 - 또한, 공정위는 소비자 보호를 위한 법령들을 집행하고 있으며 개인적으로 소비자 보호를 위한 규제는 소비자 관련 법령으로 우선 적용하는 것이 바람직하다는 생각임
 - 소비자법령 및 타 법령을 통해서도 규제하기 어려운 새로운 유형의 위반행위의 경우에는 기존 규정을 적극 활용하여 집행하는 한편, 법령 개정도 폭넓게 검토할 수 있을 것이라 생각됨

< 소결 >

- 마지막으로 현재의 규정도 사실 오랜 고민 끝에 다듬어지고 잘 집행되어온 규정임을 한 번 말씀드리고 싶음
 - 좀 더 빠르고 대대적으로 법 체계를 개정하지 못하는 것이 답답하실 수도 있지만, 기존 규정에 대해 누적된 집행 사례, 그로 인한 법집행 안정성 등과 개정실익을 비교하게 되는 실무의 입장도 이해해주실 것이라 생각함
- 물론 오늘 드린 말씀은 개인적인 의견일뿐이며, 앞으로도 오늘과 같이 심도깊은 논의와 판례 등을 꾸준히 살펴보아 더 좋은 정책을 만들고 집행하는 데에 기여하고 싶은 바람임

[제2부 지정토론] 불공정거래행위 체계의 정비와 자율규제와의 조화

법무법인 지평
장품 변호사

발표자들께서 (1)현행 공정거래법상 불공정거래행위 체계의 개선방안과, (2) 불공정거래행위영역에서 자율규제의 도입 가능성부터 (3) 배달플랫폼 유료광고에 따른 가맹사업 영업제한과 시장지배적 지위남용행위, 불공정거래행위 규제라는 주제에 이르기까지 ‘총론과 각론’, ‘원리와 사례 적용’을 전반적으로 검토해주신 것으로 보입니다. 불공정거래행위는 (1) 시장지배적 지위남용행위와의 관계, (2) 위법성 판단기준의 체계 정합성 문제, (3) 사법(私法)상 계약 효력통제와의 관계, (4) 하도급법, 대리점법, 가맹사업법, 대규모유통업법 등 특별법과의 관계 등 우리 공정거래법 규제 체계에서 여러 고민과 논쟁을 야기하는 주제라고 생각합니다. 특정 케이스에만 매몰되지 않고, 불공정거래행위 전체 규제 체계의 관점에서 바라볼 수 있는 기회를 주셔서 감사합니다. 이 하에서는 실무가로서 사건을 수행하면서 얻게 된 단견을 공유하고 발표자의 고견을 구해보고자 합니다.

1. 불공정거래행위 체계 개선방안: 위법성 판단기준 재정립의 필요성

- 불공정거래행위의 체계 개선은 단독행위 규제의 패러다임 개선으로서 시장지배적 지위남용행위와 함께 검토가 필요하고, 부당지원행위는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위와, 재판매가격유지행위는 구속조건부 거래행위와 연계하여 체계를 수정해야 한다는 발표자의 견해에 동의하고 공감.
- 위법성 판단기준으로서 ‘공정거래 저해성’이라는 요건이 ‘부당성’과 별개로 필요한지 여부는, 불공정거래행위 규제 목적 또는 불공정거래행위 규제의 독자성이라는 관점에서 법령 해석을 어떻게 할 것인지의 문제와 관련이 있다고 판단됨.
- 우리 공정거래법은 (1) 특정한 행위유형에 해당함과 동시에 (2) 공정한 거래를 해칠 우려가 있는 행위가 “불공정거래행위”로서 금지된다고 규정하고 있고(제

45조 제1항),¹ 그에 따라 공정거래위원회의 「불공정거래행위 심사지침」(2021. 12. 22. 개정; 이하 ‘심사지침’)은 불공정거래행위의 위법성을 심사하는 기준이 바로 “공정거래저해성”이고, 공정거래저해성은 “부당성”과 동일한 개념으로서 “경쟁제한성과 불공정성을 포함하는 개념”이라고 설명함. “경쟁제한성”은 “당해 행위로 인해 시장 경쟁의 정도 또는 경쟁사업자의 수가 유의미한 수준으로 줄어들어 들어갈 우려가 있음”을 의미하고,² “불공정성”은 “경쟁수단의 불공정성”(상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용함으로써 정당한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있음)과 “거래내용의 불공정성”(거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있음)으로 각각 나뉘어서 정의됨 (심사지침 III. 1).

- 즉, 불공정거래행위의 위법성 판단기준으로서 언급되는 “공정거래저해성”이란, 시장지배적 지위남용행위의 “부당성”과 구별되고(또는 구별되어야 하고) “경쟁수단 또는 거래내용의 불공정성” 개념까지 포함시켜야 하는, 불공정거래행위만의 독자적인 ‘부당성’이라는 의미로 이해가 됨.
- 이러한 불공정거래행위의 “공정거래저해성”이라는 판단기준은, 거래상 지위 남용행위의 규제에 특화되어 있는 하도급법이나 가맹사업법, 대리점법, 대규모유통업법의 부당성 판단기준과는 차별성이 있다고 판단됨.
- 따라서 불공정거래행위에서 “공정거래저해성”은, 그 용어의 사용이 반드시 필요한지는 별론으로 하고 “공정한 거래질서 또는 경쟁질서의 확립”이라는 관점에서³ 시장지배적 지위남용행위 규제와 별도로 요구되는 불공정거래행위 규제의

¹ 제45조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 해칠 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 하도록 하여서는 아니 된다.

² 공정위의 「시장지배적지위 남용행위 심사기준」(공정거래위원회고시 제2021-18호)은, 대법원의 포스코판결(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626, 전원합의체 판결) 법리에 따라 경쟁제한효과의 판단기준으로 가격상승 또는 산출량감소, 상품, 용역의 다양성 제한, 혁신 저해, 봉쇄효과 등의 사정을 열거하고 있는데, 불공정거래행위의 심사지침의 경쟁제한성은 ‘시장력(market power)’을 중심으로 판단하는 방식이어서 다소의 차이가 있음.

³ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두1325 판결

특수성을 고려할 때 그 위법성을 ‘차별화하여’ 판단하기 위한 고유한 기준으로서 의미는 찾을 수 있지 않을까 생각함.

- 문제는 “공정거래저해성”의 의미를 “경쟁제한성과 불공정성을 포함하는 개념”이라고 선언적으로 명시하기만 한, 심사지침의 한계에 있는 것으로 판단됨. 실무적으로는 경쟁제한성과 불공정성을 같은 층위(level)에 존재하는 별개의 판단기준으로 보고 불공정거래행위 대상행위마다 각각 중점적으로 적용하는 판단기준을 기계적으로/개별적으로 적용하는 경향이 있음.
- 예를 들어 심사지침에 따르면 부당한 이익제공에 의한 고객유인행위는 그 이익제공이 “바람직한 경쟁질서를 저해하는 불공정한 경쟁수단에 해당하는지” 여부를 위주로 판단하게 되는데(심사지침 V. 4. 가), (비록 경쟁제한성에는 이르지 않더라도) “공정한 경쟁질서”라는 관점에서 공정거래저해성이 판단될 여지는 없을지,⁴ ‘거래상대방 보호’라는 단일한 기준으로 규제하는 방식이 합당할지 의문이 제기됨.
- 이는 불공정거래행위 규제가 “불공정”한 계약의 효력을 부정하거나 손해의 배상을 명하는 사법상 제재에서 나아가 공법상 제재로서 의미를 갖기 위해서는 불가피한 접근법이라고 생각함.

2. 불공정거래행위의 자율규제 가능성: 자율성과 실효성의 확보 방안

- 발표자께서 지적하신 것처럼, 우리나라는 온라인플랫폼 사례에서 보듯이 정부가 주도하여 특정 분야의 주요 대형사업자를 선정하고 정부가 이들이 자율규제안 결정이나 평가에 관여하는 형태로 자율규제가 진행됨.
- 온라인플랫폼 자율규제의 경우 기획재정부, 과기정통부, 고용노동부, 중소벤처기업부, 공정위, 방통위, 개인정보보호위원회 등 온라인플랫폼의 특정 사업에

⁴ 홍대식 “공정거래법상 불공정거래행위의 위법성 판단기준에 대한 재검토”, 경쟁법연구, 제37권, (2018. 5.) 212쪽에 따르면 “심사지침에서 불공정성을 위주로 위법성을 판단하는 행위 유형으로 분류한 경우에도 그 행위를 경쟁질서와의 관련성이라는 관점에서 공정거래법상 규제할 필요가 있는지가 확인되도록 하는 판단 단계를 설정하여야”하고, 이는 “경쟁제한성 외의 다른 기준에 의하여 위법성을 판단하는 불공정거래행위 유형의 경우에도 그 규제 목적이..... 경쟁질서와 관련성이 있기” 때문임.

대한 규제 소관 부처가 네이버, 카카오, 구글, 메타, 쿠팡 등의 국내외 주요 플랫폼 사업자들과 함께 진행하고 있음. 바꿔 말해, “자율성”과 “실효성”의 관점에서, 자율규제가 안착하기 위해서는 (1) 직접적 이해관계가 있는 정부 부처의 지도와 지원을 바탕으로, (2) 해당 업의 특수성을 이해하면서도 자율규제를 위한 자원(resource)을 동원할 수 있는 사업자의 존재가 요구됨.

- 그렇다면 온라인플랫폼처럼 특정 사업/사업자 영역이 아닌 일반 불공정거래행위 영역에서 자율규제가 안정적으로 작동될 수 있는 방안이나 기본 원리가 있을지, 아니면 EU SCI 사례처럼 식품 제조업, 유통업 등 특정 업계 중심으로 개별 사안마다 자율규제안을 만들어 나가는 방식이 될지 궁금함.
- 또한 “자율규제”는 개념상 행정지도와는 구별되는데, 실질적으로 나타나는 양상에서 유의미한 차이가 발견될 지 고민이 됨. 예를 들어 행정지도란 “행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용”을 의미하는데,⁵ 이는 온라인플랫폼 자율규제를 포함하여 현재 통신업, 보험업, 주류업 등의 분야에서 행정청과 사업자들 간 일체의 커뮤니케이션을 포괄하는 개념으로 이해가 됨. 즉, 자율규제 역시 “규제”인 이상, 행정지도의 성격을 넘어서는 실효적인 규제 수단이 될 수 있을지 의문임.

3. 배달플랫폼 사업자 규제로서 시장지배력 전이 이론의 적용 가능성

- 배달 플랫폼 사업자가 배달 플랫폼 시장에서 갖는 지배력을 바탕으로, ‘깃발 꽃기를 사용하는 가맹사업자’와 ‘깃발 꽃기를 사용하지 않는 가맹사업자’의 거래조건을 차별하는 방식으로 시장지배적 지위남용행위를 한 것으로 보일 수 있고, 기존 네이버쇼핑이나 카카오모빌리티 사례에 준해서 판단될 우려가 있다는 발표자의 견해에 공감함.
- 시장지배력 이론은 1940년대 Griffith 사건과 Spectrum Sports사건, Trinko판결⁶을 거치면서 ‘두 번째 시장(인접시장)의 독점화 성공 확률이 위험할 정도로

⁵ 행정절차법 제2조 제3호

⁶ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398

높은 경우'에 한하여 지배력 전이가 극히 제한적으로 인정되고,⁷ 인접 시장 (second market, adjacent market)에서 독점을 발생하게 하는 레버리지는 경쟁법이 아니라 “계약위반이나 상사불법행위(business tort) 문제로 다뤄져야 한다”는 지적이 제기되기도 하는 등,⁸ 널리 받아들여지는 이론은 아닌 것으로 보임. 유럽 사법재판소(ECJ) 역시 Tetra Pak 사건에서 “시장지배적지위 남용행위가 성립하기 위해서는 (i) 시장지배적 지위와 남용행위 사이에 인과관계가 존재해야 하고, (ii) 시장지배적 지위가 존재하지 않는 인접시장에서 이루어진 행위로서 그 효과가 인접시장에서 발생하는 경우에는 시장지배적지위와 남용행위 간 인과관계가 존재하지 않아 시장지배적지위 남용행위로 규율할 수 없는 것이 원칙”이라고 하면서 “특수한 상황”(special circumstances)이 존재하는 경우에만 예외적으로 규율할 수 있다는 입장으로 보임.⁹

- 다만 우리 공정위는 쿠팡 사건 이후 네이버쇼핑, 카카오모빌리티 등 온라인 플랫폼의 시장지배적 지위남용행위 사건에서 시장지배력 전이 이론을 적극적으로 수용하고 적용해 오고 있음. 이들 사건은 공통적으로 기업의 수직계열화 또는 사업확장 과정에서 기존에 시장 지배력이 인접 시장 또는 사업에 영향을 미치면서 발생했다는 공통점이 있음. 이로 인해 (1) 시장지배력이 행사되는 시장과 전이되는 시장의 구획 문제, (2) 시장지배력 전이와 경쟁제한효과의 인과관계 문제, (3) 시장지배력이 전이되는 시장의 경쟁제한효과 인정 문제 등이 법적 다툼이 지속되고 있는 상황임.
- 이러한 관점에서, 배달 플랫폼 시장의 지배적 사업자가 인접 시장으로 추정되는 외식 가맹사업시장으로 그 지배력을 전이하기 위해서는, 그 지배적 사업자가 외식 가맹사업으로 사업을 확대하였거나 향후 확대할 예정이라는 점이 인정될 필요는 없을지 궁금함. 이는 지배력 전이의 ‘의도’ 또는 경쟁제한의 ‘의도’라는 관점에서 설명될 수 있을 것으로 보임.

⁷ Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice , 5th Edition(2016), p.427.

⁸ Areeda · Hovenkamp, Fundamentals of Antitrust Law (1994), 283-284쪽; 이재구, 공정거래법 이론, 해설과 사례, 119쪽에서 재인용

⁹ Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II), Case C-333/94 [1996] ECR I -5951.

불공정거래행위 체계의 정비와 자율규제와의 조화 -토론문

법무법인(유한) 광장 한종연 변호사

1. 제2부의 세 분 발표자님들의 발표 및 다른 토론자님들의 토론 내용을 잘 들었습니다. 불공정 거래행위 체계 정비와 자율규제 및 가맹사업 영업지역과 배달플랫폼이라는 흥미로운 주제에 대하여 여러 시사점을 주시고 문제 제기를 하여 주신 발표자님들께 깊이 감사드립니다. 개인적으로 불공정거래행위의 자율규제에 대하여 관심이 많았는데, 이번 학술대회의 뜻 깊은 논의의 장에 토론자로 의견을 말씀드릴 기회를 가지게 된 점에 대해 매우 영광으로 생각합니다.
2. 저는 오늘 박세환 교수님의 불공정거래행위와 자율규제 발표 및 김혁용 박사님의 가맹사업 영업지역과 배달플랫폼에 대한 발표와 관련하여 이 자리에서 같이 논의해 보고 싶은 몇 가지 사항을 말씀 드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.
3. 먼저 불공정거래행위의 자율규제란 주제에 대하여 아직 깊이 있는 논의가 이뤄지고 있지 않은 상황에서 박세환 교수님의 발표는 자율규제의 자율성과 실효성이라는 서로 상반되어 보이는 가치의 조화를 어떻게 실현해 나가야 할지, 그리고 EU에서 자율규제방안으로 검토된 SCI와 같은 상향식 자율규제가 우리의 자율규제의 향후 운영에 있어서 주는 시사점에 대하여 생각해볼 수 있었습니다.
4. 자율규제 출현의 배경을 먼저 살펴 보면, 인터넷, 플랫폼, ICT 등 기술적인 전문성이 요구되는 신산업 분야에서 규제에 대한 복합적 고려요소로 인해 정부의 공적규제가 직접 개입하기 어려운 상황에서 그 대안으로 자율규제가 모색된 것으로 보입니다. 또한 국내에서 불공정거래행위에 대한 규제는 주로 갑을규제라고 볼 수 있는데, 사적자치, 계약의 자유 등 자유시장 경제의 본원적 가치를 침해하는 성격이 내재된 규제의 경우 그 대안으로 자율규제가 채택될 수 있습니다.
5. 저는 기본적으로 자율규제가 행해지는 영역에서 공적규제의 역할은 배제 내지 제한적이어야 하며, 다만 우리 공정거래법은 법 45조에서 불공정거래행위에 대한 종합적인 규정이 마련되어 있으므로, 불공정거래행위에 대한 자율규제는 사후규제 보다는 사전규제의 대체적인 규제 역할로 활용되는 것이 바람직하다고 생각합니다. 따라서 기본적으로 자율규제에 있어서 자율성은 계속 강조되어야 할 본질이며, 자율성을 확보한 자율규제가 꾸준히 실행되어야 행정규제와는 차별화되는 장점을 구현할 수 있다는 발표자님의 발표 내용에 깊이 공감합니다. 이러한 점에서 정부가 관여하지 않고 거래 사슬 단계에서 거래당사자가 될 수 있는 경제적 강자와 약자가 폭넓게 참여하는 상향식 자율규제가 불공정거래행위 자율규제의 본래 목적에 부합한다고 생각합니다. 근본적으로 공적규제의 제재 일변도의 규제에서 벗어나 법 위반을 사전에 방지할 수 있도록 유도할 수 있는 자율규제 방안이 구체적으로 고려될 필요가 있어 보입니다. 다만, 현재까지 자율규제는 특별한 입법이나 규제 신설이 추진되는 과정에서 정부의 관여 하에 이

뤄지는 경향이 크기 때문에 완전한 상향식 자율규제가 현실적으로 실현되기 위해서는 참여자들에 대한 여러 인센티브의 제공과 체계 마련에 대한 더 깊은 논의가 공정거래 커뮤니티내에서 이뤄져야 할 것으로 생각합니다.

6. 이와 관련해서 오늘 몇 가지 발표자님께 질문을 드리고 싶습니다.

- (1) 자율규제의 범위와 관련해서 볼 때 현재도 표준약관, 컴플라이언스 프로그램, 표준계약서(대리점법, 하도급법 등), 공정경쟁규약 등이 존재하지만 이는 단순히 공적규제를 보완하는 수준일 뿐, 엄밀한 의미의 자율규제로 보기는 어려워 보입니다. 그렇다면 발표자님께서 생각하는 우리 경쟁법 분야에서의 자율규제의 구체적인 형태 또는 모습에 대한 의견이 있으신지 궁금합니다.
- (2) 최근 '네이버'가 '자율규제위원회'를 출범하여, 네이버와 독립된 위원회로서 스스로 자율규제 방안을 마련하고 점검 체계를 갖출 수 있도록 지원을 제공할 예정이란 언론기사(2023. 9. 18.)가 있었습니다. 아직 출범 초기라서 좀 더 지켜봐야 하지만, 여러 이해관계자들이 폭넓게 참여하는 자율규제기구로 보기는 미흡한 측면이 있는 것 같습니다. 또한 자율규제가 자칫 참여 사업자들이 업계의 경쟁을 제한하고 소비자 후생을 저해하는 방향으로 자율규제 방안을 채택할 가능성도 배제할 수 없습니다. 따라서 발표자님께서 말씀하신 것처럼 일부 대기업만 자율규제기구에 참여하는 경우 대기업에게만 유리하게 편파적으로 운영될 가능성이 있으므로, 여러 이해관계자들이 참여하여 서로의 목소리를 듣는 자율규제가 필요하다고 보입니다. 그렇다면 자율규제기구 출범/운영 시 여러 거래 사슬 단계에서 폭넓게 참여할 수 있도록 독려할 수 있는 방안이 있을지에 대한 고견을 듣고 싶습니다.
- (3) 말씀하신 것처럼 동의의결은 공정위의 조사를 전제로 사업자가 제안한 시정방안이 타당한 경우 법 위반 여부를 확정하지 않고 사건을 종결한다는 점에서 사업자가 사전에 스스로 규율하는 자율규제와는 성격이 다르다고 볼 수 있습니다. 그럼에도 동의의결제도는 현행 공정거래법 하에서 사업자가 법 위반 행위를 시정할 수 있는 시정방안을 자발적으로 마련한다는 점에서 그 의미가 있다고 생각합니다. 그리고 규제기관의 제재와 비교할 때 사업자가 좀 더 유연하고 실제 경쟁 회복 및 피해구제에 도움이 될 수 있는 시정방안을 마련할 수 있다는 점에서도 의미가 있을 것으로 보입니다. 이러한 측면에서 볼 때 사업자들의 자발적인 자율규제의 토대를 마련한다는 점에서, 동의의결 신청 시 사업자들의 다양한 시정방안을 공정위가 적극적으로 수용하여 동의의결제도를 활성화하는 방안도 고려해볼 수 있을 것 같습니다. 발표자님께서 이에 대한 의견이 있으신지 궁금합니다.

7. 다음으로 김혁용 박사님의 가맹사업 영업지역과 배달플랫폼에 대한 발표와 관련하여 간략히 말씀을 드리고자 합니다. 그 동안 실무자로서 배달앱 사업자와 관련된 여러 경쟁법 자문을 검토해 왔는데, 이번 발표를 통해서 배달플랫폼의 유료광고로 인한 가맹사업 영업지역 침해라는

새로운 이슈에 대하여 고민해 볼 수 있어 매우 뜻 깊은 자리였습니다.

8. 좀 더 깊이 있는 분석이 필요하겠지만, 일견으로는 배달플랫폼의 유료광고 상품을 구매한 사업자를 상위에 배치하는 것 자체를 네이버(쇼핑부문) 사건에서와 같이 부당한 차별취급 등으로 규율하기는 쉽지 않아 보입니다. 다만, 가맹사업의 본질적인 성격 상 가맹점사업자의 영업지역을 보호하는 것은 매우 중요하기 때문에, 유료광고 미사용 가맹점사업자에 대한 보호는 가맹본부가 조정 및 중재 하는 방식의 가맹계약 활용을 통한 개선 방안이 바람직하다는 발표자님의 의견에 깊이 공감합니다.
9. 또한 발표자님께서 지적해 주신대로 배달플랫폼상 근거리 순이 아닌 유료광고를 구입한 점포가 상단에 우선 노출되게 되면 소비자들은 이것이 '광고'임을 인식하기 어렵기 때문에, 소비자들에게 유료광고가 자신의 위치와 무관하게 앱의 상단이나 메인페이지에 노출 되는 것이라는 것을 안내 받을 필요가 있으며, 이러한 안내가 적절히 이루어지지 않을 경우 표시광고법 위반으로 규율하는 것은 필요해 보입니다.
10. 마지막으로 발표자님께서 가맹사업 영업지역과 배달플랫폼의 유료광고의 문제는 가맹사업 브랜드 내의 해결방안으로 가맹계약을 통한 가맹점사업자의 배달플랫폼 유료광고에 대한 통제를 고려해 볼 수 있고 이에 대한 참조로 EU VBER을 언급하여 주셨는데, 가맹본부가 가맹점사업자에 대하여 유료광고 구매 제한 등의 적극적 제한/통제를 하는 것이 적절하다고 보시는지에 대한 고견을 부탁드립니다.

이상과 같이 부족하나마 저의 토론을 마칩니다. 경청해 주셔서 감사합니다.