

# 明 知 法 學

제16권 제1호



2017

명지대학교 법학연구소



## 設立精神

하나님을 믿고 부모님께 효성하며 사람을 내 몸같이 사랑하고 자연을 애호 개발하는 기독교의 깊은 진리로 학생들을 교육하여 민족문화와 국민경제발전에 공헌케 하며 나아가 세계평화와 인류문화 발전에 기여하는 성실 유능한 인재를 양성하는 것이 학교법인 명지학원의 설립목적이며 설립정신이다.

주후 1956년 1월 23일

設立者 **유 상 근**

## 教育方針

1. 성경을 바르게 교육하여 하나님의 능력과 진리에 대한 확고한 신앙을 길러주고 실천을 통하여 성실한 인간성의 도야를 선행한다.
2. 민족과 인류의 문화적 선(善) 전통을 바르게 가르치고 인간생활을 획기적으로 개선 발전케 하는데 실용가치있는 내용을 먼저 연구 교육하여 인류의 이상을 향하여 과감하게 개혁 전진하게 한다.
3. 교육방법은 청각 편중의 방법을 지양하고 가능한 한 실행 실습을 통한 방법으로 개선하여 획기적인 교육성과를 기한다.

理 事 長 **임 방 호**



## 刊 行 辭

명지대학교 법학연구소에서 명지법학 제16권 제1호를 발간합니다. 지난 16년간 중단 없이 발행되어 온 명지법학은 미력하나마 우리 법학 발전에 기여하였다고 자부합니다. 쉬지 않고 걸어온 결과물이 이번 제16권 제1호로 나오게 되었습니다. 녹음이 짙어가고 무더위와 큰 비가 번갈아 찾아오고 있습니다. 영글기 전 마지막 시련이라 생각합니다. 투고하신 분들 그리고 법학 연구에 헌신하고 계신 모든 분들께 명지법학 발행을 기회삼아 감사의 마음을 전합니다.

이번 호에는 모두 5편이 투고되었고, 그 중 4편의 논문을 실었습니다. “독일 경쟁제한방지법(GWB)상 시장지배적 지위 남용의 규제(유영국)”, “중국 반덤핑 조사절차 중의 문제점에 대한 연구(마광)”, “대기업과 중소기업의 상생을 위한 독점규제법의 기능(이찬열)” 그리고 “EU 경쟁법상 시장지배적 지위남용행위 규제에 있어서 시장지배적 지위의 판단에 관한 고찰(홍명수)”. 특히 4편 중 2편의 신진학자 글을 실을 수 있게 되어서 무척 기쁘게 생각합니다. 또한 멀리 타국에서 보내오신 글에도 감사의 마음을 드립니다. 유난히 더운 여름을 지나고 있습니다. 많은 성취가 이루어지시기를 바랍니다.

2017년 7월

명지대학교 법학연구소 소장 홍 명 수



---

# 목 차

---

## [간 행 사]

## [연구논문]

독일 경쟁제한방지법(GWB)상 시장지배적 지위 남용의 규제 ..... 유 영 국 / 1

중국 반덤핑 조사절차 중의 문제점에 대한 연구 ..... 마 광 / 29

대기업과 중소기업의 상생을 위한 독점규제법의 기능 ..... 이 찬 열 / 47

EU 경쟁법상 시장지배적 지위남용행위 규제에 있어서  
시장지배적 지위의 판단에 관한 고찰 ..... 홍 명 수 / 69

## [부 록]

|                      |    |
|----------------------|----|
| 「명지법학」 편집규정 .....    | 83 |
| 「명지법학」 투고규정 .....    | 86 |
| 「명지법학」 연구윤리규정 .....  | 89 |
| 「명지법학」 원고작성 요령 ..... | 93 |

---





## 독일 경쟁제한방지법(GWB)상 시장지배적 지위 남용의 규제\*

### - GWB 제9차 개정을 중심으로 -

유영국\*\*

#### 논문요지

독일 경쟁제한방지법(GWB)의 2017년 제9차 개정은 법률 전반에 걸쳐 이루어졌다. 특히 경쟁법 위반으로 인한 손해배상청구의 용이성과 실효성 제고에 초점이 맞추어진 Richtlinie 2014/104/EU의 회원국 국내법으로의 전환과 디지털 시대(der digitale Zeitalter)에 걸맞는 경쟁규범의 요구는 본 개정의 핵심 배경이 되었다. 그 외에 출판매체의 카르텔금지 예외 인정, 장관허가규정에 대한 재평가, 소비자법상의 연방카르텔청의 역할 확대 등에 대해서도 주목할 필요가 있다. 본 논문은 GWB의 남용감독(Missbrauchsaufsicht)의 규범적 지향과 현재까지의 주요한 개정 내용을 살펴보고, 제9차 개정의 취지와 쟁점에 집중하고자 한다. 특히 § 18 Abs. 2a는 서비스에 대한 무상(unentgeltlich)제공이 시장으로서 인정되기 위한 전제에 반하지 않음을 분명히 했다. 이로써 동조 제1항의 영업상 서비스(gewerbliche Leistungen)의 해석에서 일반적으로 전제되어 온, 거래에서의 수요자와 공급자 간의 교환관계(Austauschbeziehung) 및 이윤추구의도(Gewinnerzielungsabsicht)를 통해 구체화되었던 전통적인 거래관계 내지 시장에 대한 인식의 틀에서 벗어나, 무상의 서비스 또한 하나의 시장으로 인정하는 규범적 근거가 마련되었다. 이에 디지털 경제의 대표적 사업모델로서 양면 내지 다면시장에 대한 시장획정을 둘러싼 근본적 의문 또한 해결이 가능해졌으며, 이러한 새로운 유형의 시장에서의 지배력 판단을 위한 다양한 고려 요소들이 동조 제3a항에 추가되었다. 아울러 수요지배력 남용과 관련해 Anzapfverbot와 중소사업자 방해의 맥락에서 원가 이하 판매의 금지(Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis)를 포섭하고 있는, § 19 Abs. 2 Nr. 5 및 § 20 Abs. 3 S. 3 GWB의 구성요건을 명확히 함으로써 종래의 판결들로부터 제기되어 온 법 적용상의 불확실성을 해소하는 계기를 마련했다

검색용 주제어: 독일 경쟁제한방지법 9차 개정, 디지털 경제, 남용감독, 무상의 서비스, 시장획정, 다면시장 및 네트워크산업, 원가 이하 판매의 금지

· 논문접수: 2017. 06. 22. · 심사개시: 2017. 07. 09. · 게재확정: 2017. 07. 20.

\* 본 논문은 독일 경쟁제한방지법(GWB)상 남용규제의 체계화 과정에 대한 설명을 기초로, 필자가 서울대학교 경쟁법센터 「경쟁과 법」 제8호 (2017. 4)에서 다루었던 GWB제9차 개정의 취지 및 주요내용 중 시장지배적 지위 남용규제에 관한 부분을 구체화한 것임.

\*\* 마부르크대학 박사과정. LL.M(마부르크대학).

## I. GWB의 시장지배적 지위 남용규제의 개관

*„Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen umfaßt die Rechtsnormen, die der Bekämpfung von Beschränkungen des Wettbewerbs durch Wettbewerber dienen.“<sup>1)</sup>*

### 1. GWB의 규범적 지향과 남용규제의 의미

독일 경쟁제한방지법 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 이하 GWB)은 다양한 경쟁제한적 행위를 규제하기 위한 규범적 수단으로서,<sup>2)</sup> 카르텔금지, 시장지배적 지위의 남용규제 및 기업결합규제를 마련하고 있다.<sup>3)</sup> 이들 규제수단의 고유한 속성과 규범적 가치는 사인의 자유로운 경제활동(die individuellen wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten)의 보호라는 질서자유주의적 이념을 기초로,<sup>4)</sup> 경쟁 그 자체에 보호가치를 부여함으로써 유기적으로 해석될 수 있다.<sup>5)</sup> 이는 GWB가 유지해 온 경쟁 규범적 지향(die wettbewerbsnormative Intention)에 부합하는 것으로서 실제 법 해

- 
- 1) Fritz Rittner, *Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 2. Aufl., C. F. Müller, 1985, S. 110. 경쟁자에 의한 경쟁제한 행위에 맞서기 위한 법규범으로서 경쟁법을 인식한 Rittner교수의 지적은 GWB의 개념적 이해를 위한 기초를 제공한다.
  - 2) 이봉익, 「독일경쟁법 - 독일경쟁제한방지법」, 법문사, 2016, 36면.
  - 3) Michael Kling/Stefan Thomas, *Kartellrecht*, 2. Aufl., Vahlen, 2016, S. 518-519 (über die Systematik des GWB).
  - 4) Rittner, a.a.O. S. 110; Fritz Rittner/Meinrad Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, C. F. Müller, 2008, § 14 Rn. 34 ff. (insb. Rn. 41: “Die Beschränkung des Wettbewerbs gehört zu den typischen Gefahren der Privatautonomie.”; s. auch Wernhard Möschel, “Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht”, in: Freiherr von Gamm, Otto Friedrich, Raisch, Peter, Tiedemann, Klaus (Hrsg.), *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, FS für Gerd Pfeiffer*, Heymanns, Carl, 1988, S. 712: “Das unmittelbare Ziel ordoliberaler Wettbewerbspolitik liegt im Schutz individueller wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten als Wert für sich bzw. - umgekehrt gewendet - in der Domestizierung übermäßiger wirtschaftlicher Macht.”
  - 5) Kling/Thomas, a.a.O., S. 516: “Das GWB verkörpert somit letztlich einen Mittelweg aus dem ordoliberalen Idealmodell des Wettbewerbs und einem pragmatischen Kartellrechtskonzept. Es erkennt den Wettbewerb als ein fundamentales rechtliches Ordnungsprinzip an.”; Rittner/Dreher, a.a.O., § 14 Rn. 39-45; GWB의 목적론과 관련하여, Wernhard Möschel, “Schutzziele eines Wettbewerbsrechts”, in: Löwisch/Schmidt-Leithoff/Schmiedel (Hrsg.), *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, FS für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, C. H. Beck, 1991, S. 405-407: “In Europa dominieren pluralistische Lehren. So zielt das deutsche GWB gewiß auf den Schutz freier Wettbewerbsprozesse. [...] Das französische Kartellrecht verstand sich traditionell eher als ein Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung.”

석 및 적용에 있어서 중요한 역할을 한다.<sup>6)</sup> 이러한 맥락에서 시장지배적 지위의 남용 규제(Missbrauchsaufsicht oder -kontrolle)는 이미 정상적 경쟁이 구조적으로 제한된 시장에서 시장지배적 사업자 내지 상대적으로 우월한 시장력을 보유한 사업자가 자신의 지위를 유지하거나 강화할 목적으로 행하는 다양한 유형의 남용에 대한 경쟁법적 대응으로서 규정될 수 있다.<sup>7)</sup> 다만 경쟁의 본질(Essenz des Wettbewerbs)에 비추어 정상적인 경쟁의 결과로 경쟁사업자의 방해 내지 배제, 나아가 시장의 독과점화가 초래될 수 있는 만큼,<sup>8)</sup> 당해 규제의 수범자 및 문제된 행위에 대한 금지행위 포섭 여부, 실제 경쟁제한성 판단과 그와 관련한 규범적 한계를 정하는 것은 남용규제(Missbrauchsaufsicht)의 핵심적 과제인 동시에 기능으로 볼 것이다.<sup>9)</sup> 아울러 경쟁제한성(Wettbewerbsbeschränkung)의 개념적 구체화 혹은 유형화를 통해 GWB가 추구하는 경쟁의 모습을 규범적으로 반영하고자 하는 지속적인 노력과<sup>10)</sup> 규제방식으로서의 폐해규제주의(Missbrauchsprinzip)의 유지는 GWB의 남용행위 규제의 속성에 비추어 확인될 수 있다.<sup>11)</sup>

## 2. GWB개정 과정과 남용규제의 체계화

### (1) GWB 개정의 함의와 법 제정 당시의 남용규제규정

1958년 시행 이후 최근까지 이루어진 9차례의 개정<sup>12)</sup> GWB의 규범적 체계화 내

- 
- 6) Fritz Rittner/Meinrad Dreher/Michael Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 8. Aufl., C. F. Müller, 2014, § 5, Rn. 574 참조.
- 7) 이봉의, 위의 책, 117면 이하 및 123면 참조.
- 8) S. dazu Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht* GWB/Teil 1, 5. Aufl., C. H. Beck, 2014, § 19, Rn. 26 ff. (insb. »Ausrichtung an der Unterscheidung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb«); vgl. über den Begriff des Leistungswettbewerbs Fritz Rittner, *„Drei Grundfragen des Wettbewerbs“*, in: FS für Alfons Kraft, Luchterhand, 1998, S. 526 ff.
- 9) 수범자 특성으로서의 시장 지배력의 개념 요소는 남용규제의 기능적 이해에 유용하다. Jonathan Faull/Ali Nikpay, *The EU law of Competition*, Oxford, 2014, Rn. 4.125-6: i) power to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers und ii) a position of economic strength that enables it to prevent effective competition being maintained.
- 10) Rittner/Dreher, a.a.O., § 14 Rn. 1 f., 42: *„Nicht der Wettbewerb lässt sich definieren, sondern nur die (einzelne) Wettbewerbsbeschränkung.“* und § 15 Rn. 41-52.
- 11) 폐해규제주의 형성 과정의 이해를 위한 GWB제정 당시 독일의 경제, 사회적 조건의 영향에 대한 설명은, 홍명수, 「경제법론 I」, 경인문화사, 2008, 96-98면; Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O., § 5, Rn. 570.
- 12) Kling/Thomas, a.a.O., S. 513-515; GWB 제8차 개정<sup>12)</sup>에 이르는 개괄적 내용은, Rainer Bechtold/Wolfgang Bosch, *Kartellgesetz*, Kommentar, 8. Aufl., C. H. Beck, 2015, Einf., Rn. 7 ff.; Bunte, in: Langen/Bunte, *Deutsches Kartellrecht*, Kommentar (Band 1.), 12. Aufl., Luchterhand, 2014, Einl. Rn. 7 ff.; 이봉의, 위의 책, 14면 이하 참조.

지 EU 경쟁법과의 조화의 과정(Anpassung und Angleichung)으로 평가할 수 있다.<sup>13)</sup> 그 일련의 과정에서 시장지배적 지위 남용의 규제와 관련해서는 무엇보다도 제2차, 제5차 내지 제8차 그리고 최근의 제9차 개정에 주목할 필요가 있다.

1952년 최초의 GWB 정부초안의 남용규제는 완전경쟁(der vollständige Wettbewerb)시장을 이상적 형태로 추구하면서,<sup>14)</sup> 이에 반하는 시장에 대한 국가차원의 감독(die staatliche Aufsicht)의 불가피성을 전제하고 있었다.<sup>15)</sup> 이후 특별한 변경 없이 1957년 통과된 GWB는 제22조에서 단독 및 공동의 시장지배력을 규정하면서, 남용여부의 판단과 관련하여 구체적인 고려요소의 제시 없이 모든 제반 사정(alle Umstände)을 고려하도록 했다. 또한 동조에서 관련시장을 명시적으로 세분화하지는 않았으나 일정한 상품 및 서비스 또는 일정한 시장을 전제함으로써 그 개념적 이해는 이미 반영되었던 것으로 볼 수 있다.<sup>16)</sup> 이어 제23조 이하에서 시장점유율을 기준으로 시장지배를 유발하는 기업결합에 대한 신고의무(die unverzügliche Anzeigepflicht)와 기업결합의 유형을, 제25조 이하에서는 경쟁제한적 및 차별적 행위(wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten)를 규정하였다.<sup>17)</sup>

## (2) 남용규제 관련 GWB 개정의 경과

법 시행 초기의 남용감독(Missbrauchsaufsicht)은 제22조에 기초하여 주로 독점 내지 준독점의 문제에 집중하였으나, 그 예외적 시장상황에서의 지배력 남용 가능성을 새롭게 인식함으로써, 1973년 제2차 개정에서 동조 제1항 본문에 수요측면의 지배력 남용 가능성을 반영하는 동시에, 현재의 제18조 제1항 제3호 및 동조 제3항에 상응하는 새로운 시장상황 및 시장지배력 판단을 위한 시장점유율 외의 구체적 고려요소들을 제2호(die überagende Marktstellung)에 추가하였다.<sup>18)</sup> 또한 현재의 제18조 제6항에

13) 유영국, “독일경쟁제한방지법(GWB) 제9차 개정의 취지와 주요내용”, 서울대학교 경쟁법센터 「경쟁과 법」 제8호(2017), 113면.

14) 당시 제22조는 현재 GWB 제18조 제1항 각 호 중에 제1호 및 제2호에 해당하는 독점 및 준독점의 시장상황을 제1항에 담고 있었다. § 22 Abs 1. GWB Soweit ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, ist es marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes.

15) Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O., § 5, Rn. 569.

16) § 22 Abs. 2 GWB [...] für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten [...]; Peter Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Verlag Gehlen, 1968, S. 17.

17) BGBl. I. S. 1081 (1086-1087).

18) BGBl. I. S. 917 (918): § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat; hierbei sind außer seinem Marktanteil insbesondere seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen sowie rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen zu

상응하는 제22조 제3항에 남용 및 기업결합규제의 범위를 확대하기 위해 시장지배력에 대한 추정 조항을<sup>19)</sup> 마련하고, 지금의 제20조 제1항 및 제2항으로 이어지는 제26조 제2항 제2문을 통해 종속성(Abhängigkeit)에 기인한 상대적 지배력(die relative Marktmacht)을 보유한 사업자의 차별적 취급 및 방해남용의 금지를 확대하였다.<sup>20)</sup> 이때 상대성의 판단 기준으로서 거래상대방의 충분하면서 기대 가능한 전환가능성(die ausreichende und zumutbare Abweichungsmöglichkeit)의 인정 여부가 쟁점이 되었다.<sup>21)</sup>

이후 제5차 개정에서 눈에 띄는 점으로, 우월적 시장지배력을 규정한 제22조 제1항 제2호에 시장지배적 사업자의 수직적 거래관계(das Vertikalverhältnis des Marktbeherrschers)에 관한 고려요소를 추가한 것과<sup>22)</sup> 제26조 제2항 제2문 및 제3문에서 중소기업자(kleine und mittlere Unternehmen)에 대한 보호를 분명히 하는 동시에 종속성이 추정될 수 있도록 한 것을 들 수 있다.<sup>23)</sup> 특히 개정을 통해 삭제된 제37a조 제3항에 의해 남용에 대한 금지가능성(Untersagungsmöglichkeit)을 제시하는데 그쳤던 중소기업자에 대한 직간접적인 부당한 방해남용(Behinderungsmissbrauch)을 제26조 제4항에서 명시적으로 금지하고,<sup>24)</sup> 동조 제5항에서 지배적 사업자의 입증책임을 규정했다. 그리고 GWB 제6차 개정을 통해 현재 GWB의 조문구조에 가깝게 변화(Reform)되었다.<sup>25)</sup> 기존의 남용규제 관련 규정은 내용

berücksichtigen. Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O., § 5, Rn. 1156-1158. 이후에 »überragend«의 불명확성이나 이중적 시장지배 개념(doppelter Marktbeherrschungsbegriff)으로서EG-Recht의 규정체계에 반한다는 주장도 제기되었다. Michael Baron/Fridrich Kretschmer, "Meinungen zur 6. GWB-Novelle", WuW (1998, Heft 07-08), S. 651-655.

19) § 22 Abs. 3 GWB Es wird vermutet, daß 1. ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des Absatzes 1 ist, [...] 2. [...] a) drei oder weniger Unternehmen [...] oder b) fünf oder weiger Unternehmen zusammen einen Marktanteil [...]. 추정 관련 일반론 및 »Einzelmarktbeherrschungs- und Oligopolvermutung«과 관련하여, Rittner/Dreher, a.a.O., § 20 Rn. 20-33 참고.

20) Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 9 (소위 marktstarke Unternehmen); 이와 관련한 상대적 종속성의 다양한 유형은 Rittner/Dreher, a.a.O., § 20 Rn. 48-53; Kling/Thomas, a.a.O., § 20, Rn. 262/283 참고.

21) BGBl. I. S. 917 (924): § 26 Abs. 2 GWB [...] abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Rittner/Dreher, a.a.O., § 20 Rn. 54.

22) BGBl. I. S. 2486: § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB [...], die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, [...].

23) BGBl. I. S. 2486 (2488): »die gesetzliche Abhängigkeitsvermutung«

24) BGBl. I. S. 2486 (2488): § 26 Abs. 4 GWB [...], solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 12.

25) 제6차 개정의 취지와 주요내용은, Baron/Kretschmer, a.a.O., S. 651: "Die von der Bundesregierung eingebrachte Reform verfolgt das Ziel, ein modernes, effizientes Wettbewerbsrecht zu schaffen, mit dem das Wettbewerbsprinzip gestärkt wird."; Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 13

상의 의미 있는 변화 없이 제19조 및 제20조에 담겼고, 필수설비(essential facilities) 관련 제19조 제4항이 새롭게 추가되었다.<sup>26)</sup>

제7차 개정에서는 무엇보다도 새로운 실행규칙 EG-Kartellverordnung 1/2003의 국내법 상 전환이 직접적 동기로 작용하면서 경쟁당국의 권한 확대에 이어졌다.<sup>27)</sup> 아울러 제1조의 금지 유형으로 수직적 합의의 포섭,<sup>28)</sup> 제2조 제1항에 일괄면제를 위한 일반 조항의 마련, 중소기업카르텔을 제외한 제2조 내지 제8조의 적용면제요건의 삭제 등이 주목 받았다.<sup>29)</sup> 또한 남용감독과 관련하여, 당시 제19조 제2항 제2문에서 지리적 관련시장의 범위를 국내로 한정하는 것은 아님을 밝혔다. 이후에 남용감독규정은 제8차 개정(die Neustrukturierung der allgemeinen Missbrauchsverbote)을 통해 체계화 및 명확화 되었다는 평가를 받는다.<sup>30)</sup> 근본적 내용의 수정 없이 제19조 이하에 규정되어 온 시장지배의 정의와 지배적 지위의 추정을 위한 근거를 제18조에 규정했다.<sup>31)</sup> 그러면서 단독의 시장지배력의 추정을 위한 시장점유율 기준을 40%로 상향하였다. 또한 소위 과점적 시장구조(Oligopol)를 염두에 둠으로써,<sup>32)</sup> 시장점유율의 합이 50%에 이르는 셋 또는 그 이하의 사업자들 또는 전체의 3분의 2에 해당하는 시장점유율에 이르는 다섯 또는 그 이하의 사업자들이 존재하는 경우에 대한 공동의 지배력을 인정했다. 이로써 남용규제의 일반조항으로서 제19조는 구체적 남용금지 유형들의 규정에 중점을 두게 되었다.<sup>33)</sup> 또한 제20조에서 우월적 지위에 있는 사업자(überlegene Marktmacht)의 남용행위 규제를 명확히 함으로써 그 수범자 범위의 확대와 수직적 거래관계에서 예상되는 문제로서, 중소사업자들을 대상으로 한 부당한(unbillig) 방해행위들에 대한 보다 적극적인 남용규제 차원의 접근을 기대할 수 있게 되었다.<sup>34)</sup>

26) BGBl. 1998 I. S. 2521 (2525); 관련한 당시의 논의는 Baron/Kretschmer, a.a.O., S. 652-653 참고.

27) Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 23 f.

28) Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 18.

29) Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 19-20: "Das Ziel völliger Identität der materiellen Verbots- und Freistellungsnormen im deutschen und EU-Kartellrecht [...]."

30) Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O., § 11, Rn. 1144; Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 33; Rainer Bechtold, "Die 8. GWB-Novelle", NZKart 2013, S. 263 ff.; Cristian Bürger/Sascha Lehmann, "Das neue deutsche Kartellgesetz Änderungen durch die 8. GWB Novelle", Legal Update von GÖRG, 2013, S. 3; Wolfgang Alexander Fritzsche, "Die 8. GWB-Novelle - Konvergenz und eigene wettbewerbspolitische Akzente", NJW 2013, 2225 ff.

31) BT-Drucks. 17/9852, S. 22 f.

32) Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O., § 11, Rn. 1159 f.

33) Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O., § 11, Rn. 1178 ff.; § 18 GWB 이하에 관련한 사례의 설명은, 공정거래위원회(공정위), 「시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위 규정 합리화 방안 연구」, 2015, 30-32 및 39면 이하(필자 집필부분) 참고.

34) BT-Drucks. 17/9852, S. 23-24; Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 33; Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O., § 11, Rn. 1191: "Seit der 5. GWB-Novelle ist es darüber hinaus „Unternehmen mit überlegener Marktmacht“ verboten, kleine und mittlere Unternehmen unbillig zu behindern, vgl. § 20 Abs. 3 GWB."

### 3. 남용규제 관련 제9차 개정의 동기와 방향<sup>35)</sup>

GWB 제9차 개정을 위한 정부초안 이유서(Begründung)에 드러난 역동적인 시장의 발전, 즉 경제환경의 디지털화(Digitalisierung der Wirtschaft)가 모든 산업 내지 서비스분야로 확대될 것이라는 시대적 전망<sup>36)</sup>은 지배력 남용규제 및 기업결합규제 관련 개정의 현실적 배경 내지 동기가 되었다.<sup>37)</sup> 특히 본 개정에는 인터넷 및 데이터 기반 사업모델(die neuen internet- und datenbasierten Geschäftsmodelle)과 같은 시장 환경의 의미 있는 변화를 규범적으로 포착하고자 하는 시도가 이루어졌으며,<sup>38)</sup> 이러한 시도는 시장의 급격한 변화 속에서 유효경쟁(wirksamer Wettbewerb)의 저해를 막기 위한 새로운 경쟁정책적 근거를 마련하는 방향으로 진행되었다. 이는 EU차원에서 공동의 목표로 제시된 단일한 디지털 시장(ein digitaler Binnenmarkt, digital single market)을 형성하기 위한 전략적 방향과<sup>39)</sup> 디지털 플랫폼(digitale Plattformen)에 대한 녹서(2016), 백서(insb. digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017) 및 보고서(Arbeits- oder Hintergrundpaper)의 연이은 발간 등, 연방정부차원에서 이루어진 일련의 과정에 맞닿은 것으로 볼 수 있

35) GWB 제9차 개정의 경과와 전체 취지에 대해, 유영국, 위의 글, 113-116면. 앞서 언급한 디지털 경제는 남용규제는 물론이고 기업결합규제의 적용범위의 확대(§§ 35 ff.)와 인쇄매체 간 협력에 대한 카르텔금지의 예외(§ 30 Abs. 2b u. 4)에 관한 개정의 현실적 동기가 되었다. 하지만 본 개정이 이에 한정된 것은 아니며, 사적 집행(Private Rechtsdurchsetzung)의 강화를 위한 EU의 경쟁법 위반에 관한 손해배상지침(Richtlinie 2014/104/EU)의 회원국 국내법으로의 전환(Umsetzung)이라는 측면에서 상당한 변화를 가져왔다(§§ 33 ff.). 동시에 콘페른에 대한 벌금(Bußgeld) 부과를 통한 법 집행의 실효성 제고를 위해 자회사의 법 위반 행위에 대한 모회사의 연대책임(§§ 81 ff. GWB)을 인정하고, 장관허가(Ministererlaubnis, § 42 f.) 규정에 대한 재평가 및 연방카르텔청의 소비자법 관련 권한과 그 역할의 확장적 변화(§ 32e Abs. 5 u. 6 GWB usw.)와 관련해서도 나름의 평가가 이루어지고 있다.: Richtlinie 2014/104/EU의 구체적 내용은, Christian Kersting/ Nicola Preuß, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie*, Nomos, 2015 und *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle*, WuW 2016 (Heft 09), S. 394 ff. 참고.

36) BT-Drucks. 18/10207, S. 1 u. 38 f.

37) BT-Drucks. 18/10207, S. 38: *“Das digitale Zeitalter stellt allerdings mit seinen rasanten technologischen Entwicklungen neue Herausforderungen auch an die Wettbewerbspolitik. Auf den sich dynamisch entwickelnden Märkten werden mit der 9. GWB-Novelle eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht sichergestellt.”*

38) BT-Drucks. 18/10207, S. 39: Max Klasse/Lars Wiethaus, *Digitalisierungsvorschriften in der 9. GWB-Novelle*, WuW 2017 (Online exklusiv), S. 1 ff.: *“A major objective of the 9th amendment of the German Act against Restraints of Competition is to adapt German competition law to the challenges of the digital economy. [...]”*

39) Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa KOM(2015) 192, 5.6.2015.

다.<sup>40)</sup> 같은 맥락에서 GWB는 전통적인 상품 및 서비스 개념에 기초한 시장에 대한 고정된 인식의 틀에서 벗어나, 경쟁법적 관점에서 관련시장의 개념적 범위를 현실에 부합하도록 확장하였다.<sup>41)</sup> 이에 발맞추어 다면적 시장 내지 네트워크 산업(die mehrseitigen Märkte und Netzwerke)에서의 지배력 보유 여부의 판단을 위해 특별히 고려될 수 있는 요소들을 추가하게 되었다.<sup>42)</sup>

## II. 시장지배적 지위의 의미와 판단

### 1. 경쟁제한방지법상 시장지배적 지위의 개념적 이해

#### (1) 시장지배적 사업자의 규범적 정의

앞서 살펴보았듯 GWB 제8차 개정으로 시장지배(Marktherrschaft)의 개념이 제18조에 규정되었는데,<sup>43)</sup> 이 과정에서 일반적 남용금지 조항으로서 제19조 내지 제20조에 산발적으로(unübersichtlich) 포섭되어 있던 시장지배와 관련한 개념적 요소들을 선행 조항에 둬으로써 법 형식적 측면에서의 명확성 또한 더해졌다.<sup>44)</sup>

동 법 제18조는 시장지배적 지위의 남용여부, 즉 경쟁제한성에 대한 구체적 판단을 위한 전제로서, GWB의 남용규제체계 전체에 대한 규범적 기초를 제공한다는 점에서 그 내용상의 의의를 찾을 수 있다. 구체적으로 살펴보면, 동조는 단독의(einseitig) 지배력 정도에 따른 시장의 형태를 각 호에 - 1. 경쟁사업자가 존재하지 않는 경우 (ohne Wettbewerber): Vollmonopol, 2. 사업자들 간 실질적 경쟁이 부재한 경우 (das Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs): Quasimonopol, 3. 경쟁사업자들에

40) BMWi, Grünbuch: Digitale Plattformen, 5. 2016. / Weissbuch: Digitale Plattformen - Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 3. 2017.; Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015; Bundeskartellamt (BKartA), Hintergrundpapier, Digitale Ökonomie - Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, 10. 2015. / Arbeitspapier - Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 6. 2016. / Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle (이하 Stellungnahme), 7. 2016.

41) Klasse/Wiethaus, a.a.O., S. 8 f.

42) 유영국, 위의 글, 128-129면.

43) BT-Drucks. 17/9852, S. 23; Rittner/Dreher/Kulka, a.a.O., § 11, Rn. 1145 u. 1156 (insb. Fußn. 16). 시장지배의 개념은 제18조 이하의 남용행위규제는 물론이고, 제35조 이하의 기업결합규제에서도 유효하다. 특히 제36조 제1항은 이른바 »Marktherrschaftsregelbeispiel«이라고 하여 기업결합의 경쟁제한성 판단 시 시장지배력 판단에 관한 예시적 규정으로 받아들여진다.

44) Bechtold/Bosch, a.a.O., Einf., Rn. 33.



비해 우월한 시장지위를 보유한 경우 (die überragende Marktstellung) - 열거하면  
서, 관련시장에서 유효경쟁을 제한할 수 있는 시장지배적 사업자(das  
marktbeherrschende Unternehmen)의 개념을 정하고 있다.<sup>45)</sup>

## (2) § 18 GWB의 구조와 구체적 내용

GWB 제18조는 제1항 내지 제3a항에서 관련시장 확정(Marktabgrenzung) 및 시장  
지배력 보유 여부의 판단을 위한 구체적 고려요소들을 제시하고 있다. 또한 제4항 이  
하에서 시장지배력 추정을 위한 시장점유율 기준(Vermutungsvoraussetzungen)을  
두고, 제7항을 통해 그 추정의 복멸(Widerlegung)이 가능케 했다. 이와 같은 규정 형  
식은 일반적으로 받아들여지는 2단계 남용규제체계에 비추어 남용여부의 판단에 선행  
하는 지배력 판단의 단계에 상응하는 의미를 갖는다.<sup>46)</sup>

이미 언급하였듯 GWB시행 초기의 남용규제 사례들은 독점 내지 준독점의 문제에  
보다 집중하였으나,<sup>47)</sup> 제2차 개정에서 제3호의 시장상황이 새로운 구성요건으로 추가  
되었다. 동항 제1호는 경쟁이 존재하지 않는 완전한 독점을 상정하였으며, 제2호는 준  
독점에 대한 표지로 실질적 경쟁의 부재를 상정하고 있는데, 이는 통상 당해 사업자가  
자신의 경쟁사업자, 수요자 또는 공급자에 대한 고려 없이 시장행위(Marktverhalten)  
를 자유롭게 결정할 수 있는 상황으로 이해된다.<sup>48)</sup> 또한 제3호의 경쟁자에 대한 우월  
적 시장지위란, 자신의 시장전략을 전개하거나 또는 당해 시장에서 단독의 작용 변수  
(Aktionsparameter)로 역할하는 과정에서 월등한 혹은 일방적인 행위여지(ein  
überragender oder einseitiger Verhaltensspielraum)를 가진 경우로서,<sup>49)</sup> 그에 대  
한 판단에 있어서도 다양한 시장조건들의 종합적 평가(die Gesamtwürdigung für  
die Marktumstände)가 요구되는 만큼, 동조 제3항에 열거된 고려요소들이 역시 유의  
미하다. 이에 덧붙여 제9차 개정으로 제3a항에 마련된 다면시장 및 네트워크산업에서  
의 시장지배력 보유여부의 판단표지는 무상의 서비스(unentgeltliche  
Leistungsbeziehung) 또한 하나의 시장으로 확정될 수 있음을 명시한 제2a조와 함께  
최근 주목 받는 디지털 시장의 속성을 규범적으로 반영하고자 한 것으로 볼 수 있다.  
또한 동조 제4항에서 시장점유율 기준에 따른 추정요건을, 제5조 및 제6조에서 과점적

45) § 18 GWB Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder  
Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf  
dem sachlich und räumlich relevanten Markt 1. ohne Wettbewerber ist, 2. keinem  
wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder 3. eine im Verhältnis zu seinen  
Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

46) 홍명수, 위의 책, 99-100면 및 「경제법론 II」, 경인문화사, 2010, 4면.

47) Kling/Thomas, a.a.O., § 20, Rn. 25-26; 공정위, 위의 연구보고서, 29면 (주 62) 참고.

48) Kling/Thomas, a.a.O., § 20, Rn. 22 ff.

49) Kling/Thomas, a.a.O., § 20, Rn. 31 (insb. Fußn. 32 - BGH관련사례: Vitamin (1976),  
Valium (1976), Kfz-Kupplungen (1978)).

시장구조(Oligopol)에 초점을 둔, 둘 이상의 사업자에 의한 시장지배 가능성을 전제한 시장점유율 기준을 세분화였다. 복수의 사업자에 의한 남용(die kollektive Marktbeherrschung)에 대한 이러한 규제 근거는 소위 »Gruppeneffekt«에 기초하는데, 일정한 시장력을 보유한 사업자 그룹의 제3의 시장참가자에 대한 지위남용 행위의 효과는 적어도 단일 사업자에 의한 것과 다르지 않다는데 있다.<sup>50)</sup> 아울러 본 개정을 통해 제8항에서 경제에너지부장관(Bundesministerium für Wirtschaft und Energie)이 제2a항 및 제3a항의 효력발생 3년 이후에 규정 적용과 관련된 경험을 보고하도록 했다.<sup>51)</sup>

### (3) 남용규제 수범자 범위의 확대

하지만 위의 설명처럼 GWB가 그 위법성 판단의 표지로서 오로지 경쟁제한성에만 집중하고 있는 것은 아니다. 우리의 독점규제법상 불공정거래행위에 해당될 수 있는 행위 유형들에 대한 규제 근거로서 제20조 및 제21조를 규정함으로써, 남용규제의 수범자(Adressaten)를 시장지배적 지위에는 미치지 않으나, 상대적으로 우월한 시장력을 보유한 사업자까지 확장하여 포섭하는 동시에 중소기업자를 보호객체로 하는 법문 상 근거를 명확히 한 점도 주목할 만하다.<sup>52)</sup> 이러한 수범자 범위의 확대는 다양한 유형의 법 위반행위를 포섭하게 되는 결과로 이어진다. 특정한 시장 내지 개별 거래에서만 인식될 수 있는 거래당사자 간의 지위(Marktstellung)의 차이에 기초한 불공정한 거래조건의 요구 등은 이러한 맥락에서 핵심적 문제로 인식되었다. 이번 제9차 개정을 통해 수요지배력 남용의 일종인 Anzapfverbot(§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 2 GWB)<sup>53)</sup>와 원가 이하 판매(der Verkauf unter Einstandspreis)의 금지(§ 20 Abs. 3 S. 3 GWB)의 구성요건을 보다 명확히 한 것은 그에 대한 해결 노력의 하나로 평가될

50) Kling/Thomas, a.a.O., § 20, Rn. 50-63 (insb. Rn. 56 - Schaubild: Beispiel für ein marktbeherrschendes Oligopol gem. § 18 Abs. 5 GWB: „In ihrer Gesamtheit gegenüber den Wettbewerber marktbeherrschend im Sinne von § 18 Abs. 1 GWB“)

51) BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

52) 공정위, 위의 연구보고서, 27면.

53) 수요지배력 남용의 전형으로 이해되는 »Anzapfverbot«는 객관적으로 정당한 이유 없이, 거래의 구조나 유형에 의해 열악한 지위에 놓일 수 있는 공급사업자에 대해 이익제공을 요구하는 행위를 금지하는 의미를 갖는다. 다만 이를 적절히 담아낼 수 있는 국어표현을 찾는 것이 쉽지 않아, 본 논문에서는 부득이 독일어 표현을 원용하였다. 해당 개념의 일반적 이해를 위해, »Die Norm verbietet das Ausnutzen der eigenen Marktmacht, um die Marktgegenseite zur Gewährung von Vorteilen zu veranlassen.« von Nothdurft (in Langen/Bunte); »Der Begriff des „Anzapfens“ beschreibt in einer eher bildlichen Form, was in der Rechtsterminologie unter „Missbrauch der Nachfragemacht“ subsumiert wird. Es handelt sich hierbei um ein Verhalten, bei dem ein marktstarkes Unternehmen seine Marktmacht ausnutzt, um von seinen Lieferanten Leistungen zu fordern, die sachlich nicht gerechtfertigt sind.« von Markenverband Portal 참조할 수 있다.

수 있다.

## 2. 관련시장에 대한 개념적 범위의 현실화: § 18 Abs. 2a GWB

### (1) 디지털 시대(das digitale Zeitalter)와 경쟁규범

디지털 시대의 개념을 고정된 정의로 풀어내려는 시도는 처음부터 그에 대한 본질을 잘못 이해한 데서 비롯된 것으로, 이제는 가까운 미래의 시장변화를 가늠하는 것조차 쉽지 않아졌다.<sup>54)</sup> 따라서 관련한 핵심적 현상들, 그 맥락과 작용 양상들(Wirkungsweisen)을 고찰함으로써 그에 대한 개념적 접근에 보다 용이할 수 있는데,<sup>55)</sup> 디지털화(Digitalisierung), 연결망(Vernetzung), 이동성(Mobilität) 및 소형화(Miniaturisierung) 등이 표지로 꼽힌다.<sup>56)</sup> 이는 경제정보학(Wirtschaftsinformatik)적 관점에 기초한 현상분석이긴 하지만, 변화에 대한 경쟁법 내지 경쟁정책적 적응(Anfassung)과 관련해서 역시 유의미하다.

같은 맥락에서 2015년에 발표된 단일한 디지털 시장을 추구하는 EU의 전략(Strategie für einen digitalen Binnenmarkt)을 살펴보면, 디지털 경제로의 급격한 전환에 대한 대응을 공동체 차원(in ganz Europa)의 중요 과제로 인식하고,<sup>57)</sup> 단계적이며 구체적인 목표로서 세 가지 지주(支柱, die drei Pfeiler)를 - 디지털 접근성의 개선, 디지털 네트워크 및 서비스의 융성을 위한 적절한 조건들의 구축, 디지털 경제의 성장잠재력 극대화 - 제시하고 있다.<sup>58)</sup> 여기서 주목할 점은, 구체적으로 상정된 변화들이 네트워크에 기초한 경제활동영역에서 이루어진다는 것이다. 따라서 디지털 경

54) 경제, 사회적 변화 양상의 이해를 위한 다양한 지표들은 BMWi, Weissbuch, S. 15 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 15 f. 참고.

55) Claudia/Walter, *Einführung in die Wirtschaftsinformatik*, Band 1: Verstehen des digitalen Zeitalters, Springer-Verlag 2015, S. 13: "Zur Darstellung der Phänomene, Zusammenhänge und Wirkungsweisen des digitalen Zeitalters ist das Verständnis von einigen zentralen Begrifflichkeiten essentiell notwendig."

56) Lemke/Brenner, a.a.O., S. 13-15

57) Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa KOM(2015) 192, 5.6.2015, S. 3; BMWi, Weissbuch, S. 39 ff. u. 56 ff. (회원국 차원의 지향과 노력: Hinwollen-Tun).

58) Kommission, Mitteilung - Europa 2020 Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum KOM(2010) 2020, 3.3.2010 und Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, S. 4 ff.: "Besserer Online-Zugang für Verbraucher und Unternehmen zu Waren und Dienstleistungen in ganz Europa. [...] Schaffung der richtigen Bedingungen für florierende digitale Netze und Dienste. [...] Bestmögliche Ausschöpfung des Wachstumspotenzials unserer europäischen digitalen Wirtschaft." 이러한 디지털 경제로의 급격한 전환은 사회 전반(일자리, 개인의 삶, 사회 공공의 영역 등)에 영향을 미치는 만큼, EU차원의 대응 목적은 생산효율성 증대, 일자리 창출 및 경제성장으로 이어지도록 하는데 있다. 이를 위해 규제의 개혁 및 관련 산업을 지원하기 위한 세부 과제들을 제시되었다.

제의 특징을 반영하는 상품 내지 서비스의 성격, 그 생산 및 소비에 이르는 과정을 기존에 유지되어온 규제 또는 경쟁규범으로 포섭하기 어렵게 되었고,<sup>59)</sup> 이러한 환경에 걸맞는 경쟁규범으로의 전환이 요구되었다.<sup>60)</sup> 여기서 경쟁법이 상정하고 있는 시장과 거래의 개념(Markt- und Handelsbegriff), 해당 사업자의 시장지위(Marktstellung)를 판단하기 위한 표지들이 새로운 형태의 시장에서도 여전히 유효할 수 있는지에 대한 근본적 의문은 지배력 남용규제 개선의 출발점으로 작용했다. 그 연장선상에서 연방카르텔청이 2015년 10월에 발표한 »Digitale Ökonomie - Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz« 와 2016년 6월에 발표한 »Marktmacht von Plattformen und Netzwerken« 은 앞서 언급한 EU의 단일한 디지털 시장 전략의 두 번째 지주를 회원국 차원에서 구체적으로 검토한 것으로, 디지털 경제의 대표적 사업모델로서의 인터넷 플랫폼(Internet-Plattformen) 및 빅데이터(Big Data)와 관계된 경쟁법적 쟁점들에 집중했다.<sup>61)</sup> 실제로 GWB 제9차 개정에서 인터넷 및 데이터를 기반으로 한 다면 시장 및 네트워크 산업(mehrseitige Märkte und Netzwerke)의 특성이 적극적으로 반영되었으며,<sup>62)</sup> 이는 경쟁당국의 역할과 그 범위의 확장에 또한 영향을 주는 계기가 되었다.<sup>63)</sup>

## (2) 시장으로서 무상의 서비스(unentgeltliche Leistungsbeziehung)

59) Grave/Nyberg, "Die Rolle von Big Data bei der Anwendung des Kartellrechts", WuW 2017 (Online exklusiv), S. 2: "[...] Denn die Verfügbarkeit enormer Mengen an aktuellen Nutzerdaten ist für viele digitale Leistungen unerlässlich und eine Art Rohstoff ("the new oil") oder eine neue „Währung“ geworden. Daten sind damit nicht nur ein Machtfaktor und ein Vermögenswert, sondern auch ein Wettbewerbsparameter."

60) Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, S. 4: "Schaffung der richtigen Bedingungen für florierende digitale Netze und Dienste - Dies erfordert hochleistungsfähige, sichere, vertrauenswürdige Infrastrukturen sowie Inhaltssdienste, die durch geeignete ordnungspolitische Rahmenbedingungen für Innovationen, Investitionen, fairen Wettbewerb und Chancengleichheit gestützt werden." u. 10-15; BMWi, Weissbuch, S. 57-60: "Ein zeitgemäßes Wettbewerbs- und Regulierungsrecht ist das Fundament für eine dynamische Entwicklung der Märkte im Zeitalter der Digitalisierung."

61) BKartA, Hintergrundpapier, 10. 2015./Arbeitspapier, 6. 2016. (경쟁법적 관점에서 »Plattform«의 정의는 동 보고서 8면 참고. vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 14 RStV); BMWi, Grünbuch, S. 20 ff. (플랫폼의 경제적 관점의 의미와 그 특성) 및 »Big Data«의 개념적 이해는, Der europäisch Datenschutzbeauftragte: Zusammenfassung der Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zur Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von „Big Data“, ABL 2014 C225/6 참고.

62) BT-Drucks. 18/10207, S. 47-48; BKartA, Stellungenahme, S. 10-12.

63) 경쟁당국의 소비자법 관련 역할의 확대와 관련하여, 유영국, 위의 글, 134-135면 참고; Rupprecht Podszun, Institution im Wandel: Die 9. GWB-Novelle und das Bundeskartellart, WuW 2017 (Heft 05), S. 266 ff.

## 가. 관련시장(der relevante Markt)의 기본적 이해

Mark S. Massel의 »Law does not allow for a universal definition« 이와 같은 지적처럼,<sup>64)</sup> 시장참여자 간의 다양한 관계들로 집약되는, 이른바 경제 생태계(Wirtschaftsökologie)의 배경으로서 역할 하는 시장을 규범적 관점(aus normativer Sicht)에서 명확히 정의하는 것은 사실상 불가능하지만,<sup>65)</sup> 그 필요성 및 중요성까지 부정될 수는 없다.<sup>66)</sup> 이런 맥락에서 관련시장의 획정은 시장지배력의 남용규제와 기업결합규제에 있어서 특히 중요한 의미를 갖게 된다. 경쟁법적 시각에서의 시장은 일반적으로, 그 시장에서 거래되는 상품 내지 서비스, 지역 또는 거래단계 등에 기초한 관련성에 주목함으로써 규정된다.<sup>67)</sup> 따라서 경쟁제한 효과의 범위 또는 이를 교정하기 위한 경쟁정책의 실효성을 담보하는 범위를 정한다는 면에서의 시장획정의 함의(Implikation)에 대한 지적은 시사하는 바가 크다.<sup>68)</sup> 또한 시장에 대한 규범적 인식과 관련한 경쟁정책의 방향적 일관성의 유지와는 별개로 시장의 현실을 적절히 반영하고 있는지에 대한 규범적 자기 경계(Überwachung)는 법 해석 내지 집행의 정당성 확보에 있어서 매우 중요하다. 그런 의미에서 시장획정과 관련한 최근의 개정이 디지털 경제영역에 대한 법적 불확실성(Rechtsunsicherheit)을 제거하는데 기여했다는 평가가 가능하다.<sup>69)</sup>

## 나. § 18 Abs. 2a GWB의 함의

이상에서 논의된 바와 같이, 시장의 변화된 형태와 그 안에서 거래되는 상품과 서비

64) Mark. S. Massel, *Competition and Monopoly: Legal and Economic Issues*, A doubleday anchor book, 1962, S. 246.

65) 이와 관련해서, Rittner, a.a.O., S. 162-163; Beckmann, a.a.O., S. 17 f.; Rainer Bechtold, "Zur Abgrenzung des relevanten Marktes", in: Willi Erdmann usw. (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. von Gamm, Heymann, 1990, S. 537-538 (über den Begriff des Marktes im Gesetz, insb. GWB) 참고.

66) Massel, a.a.O., S. 245-248: "The task of market definition affects all manner of policy formulation and administration affecting competition. The evaluation of the general state of competition, prospective statutory developments, industry studies, public-utility regulation, tariffs, and price control are all affected by relevant market definition."; 홍명수, 위의 책, 59면(Oliver Williamson 관련 주 1)에 해당하는 본문).

67) Kling/Thomas, a.a.O., S. 203 ff. u. 643 ff.; 권오승/서정, 「독점규제법 - 이론과 실무」, 법문사, 2016, 81면 이하 및 홍명수, 위의 책, 59면 이하 참고.

68) 홍명수, 위의 책, 60면; 이른바 der wettbewerbsrechtliche Versuch zur Ermittlung der Wettbewerbskräfte Volker Emmerich, *Kartellrecht*, 13. Aufl., C.H.Beck, 2014, § 27. Rn. 11: "Marktabgrenzung ist nichts anderes als der Versuch einer möglichst genauen Fixierung der genannten Dimensionen des Marktes im Einzelfall, um die Wettbewerbskräfte zu ermitteln."

69) BKartA, Stellungenahme, S. 11.

스의 속성에 대한 GWB상의 반영은 더 이상 선택의 문제가 아니라는 현실적 인식으로부터,<sup>70)</sup> 제18조 제2a항 신설의 일차적 의미를 추론할 수 있다.

---

§ 18 Abs. 2a GWB Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.

---

이처럼 제18조 제2a항은 당해 서비스가 무상으로 제공된다는 점이 하나의 시장으로 인정되기 위한 전제에 반하지 않는다고 규정하여, 데이터 경제(Datenwirtschaft)의 성격을 특징적으로 드러내는 무상의 서비스(unentgeltliche Leistungsbeziehung)를 거래의 객체로 하는 시장 역시 동 법 상 하나의 관련시장으로 확정될 수 있음을 밝혔다.<sup>71)</sup> 기존에 제18조 제1항 내지 제3항으로부터 도출될 수 있는 시장의 개념, 가격을 중심으로 한 시장획정 기법 및 지배력 보유 여부의 판단을 위한 표지들이 정보나 데이터를 기반으로 하는 새로운 형태의 시장을 효과적으로 포섭하기 어렵다는 점은 이미 밝힌 바와 같다.<sup>72)</sup>

이러한 문제점은 동조 제1항의 영업상 서비스(gewerbliche Leistungen)에 대한 규범적 이해로부터 파생될 수 있다.<sup>73)</sup> 이미 그 해석 과정에서, 거래 당사자인 수요자와 공급자간의 교환관계(Austauschbeziehung)와 더불어 이윤추구의도

---

70) Marius Klotz, "Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV", WuW 2016 (Heft 02), S. 58-59: "Mit Beginn der Internetökonomie hat sich innerhalb der modernen Wirtschaft ein fundamentaler Wandel vollzogen."; Torsten Körber, *Analoges Kartellrecht für digitale Märkte*, WuW 2015 (Heft 02), S. 120 f.: "Digitalisierung, Konvergenz in einer „All-IP-Welt“ und zunehmende Migration von Dienstleistungen und Vertrieb in das Internet haben zu einem tiefgreifenden, andauernden Strukturwandel geführt."

71) BT-Drucks. 18/10207, S. 47-48; Grave/Nyberg, a.a.O., S. 2: "In vielen Bereichen der Datenwirtschaft zahlt der Nutzer/Verbraucher kein Entgelt für eine Leistung, stellt aber Daten zur Verfügung."

72) Pohlmann/Wismann, "Markt, Marktmacht und Transaktionswertschwelle in der 9. GWB-Novelle - digitaler, moderner, besser? -", WuW 2017 (Heft 07), S. 257: "Märkte abzugrenzen, Marktmacht festzustellen sowie potentiell wettbewerbsgefährdende Zusammenschlüsse zu identifizieren, bereitet Probleme, vor allem da Preise und Umsätze, also zentrale Kriterien für die kartellrechtliche Analyse der „Old Economy“, auf digitalen Märkten oft keine vergleichbare Aussagekraft haben."; Schnelle/Kollmann, "Big Data im Fokus der 9. GWB-Novelle: Die Aktivitäten des Gesetzgebers sind positiv, es besteht aber weiterer Handlungsbedarf", Deutscher AnwaltSpiegel, 9.2016; Grave/Nyberg, a.a.O., S. 1 ff.

73) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), NRW Rn. 43 - HRS: "Jede unternehmerische Tätigkeit ist dann, wenn sie entgeltlich erfolgt, einem Markt zuzuordnen."

(Gewinnerzielungsabsicht)가 전제된 개념으로 보았기 때문에,<sup>74)</sup> 적어도 개정 이전의 법문에 따르면 무상으로 제공되는(ohne direkte monetäre Gegenleistung) 서비스가 시장을 구성한다고 보기 어려웠다.<sup>75)</sup> 따라서 이번 개정은 이른바 HRS사건에서, 호텔 검색사이트에 대한 무상의 이용을 시장으로서 인정할 수 없는 근거라고 본, Düsseldorf 고등법원의 판단을 둘러싼 논란을 입법적으로 해소하는 결과를 가져왔다.<sup>76)</sup> 결국 제18조 제2a항을 통한 시장 개념의 현실화는 연방카르텔청 및 EU집행위원회의 인터넷 플랫폼으로 대표되는 양면 내지 다면시장에 대한 최근의 이해에 부합한 것이다.<sup>77)</sup> 다만 »Die Online-Dienstleistungen sind damit unentgeltlich, aber nicht kostenlos« 라는 지적에서 보듯,<sup>78)</sup> 서비스 제공의 무상성은 시장의 양면 내지 다면적 성격에 의해 그 접근에 대한 비용이 이용자의 부담으로 돌아가지 않는 것일 뿐, 대개 상품 또는 서비스의 실제 공급자나 플랫폼을 통한 광고주 등으로 대별될 수

74) 서비스 이용의 반대급부를 반드시 금전적 성격으로 한정할 수는 없으며, Wikipedia 및 Bertelsman/Brockhaus (BKartA, Beschl. v. 29.04.2009, B6-09/09, Rn. 65)의 경우에서 처럼 제18조 제2a항을 오로지 다면시장에 한정하여 적용할 것은 아니라는 견해로, Pohlmann/Wismann, a.a.O., S. 258: *„Denkbar ist es auch, dass das Entgelt nicht monetären Charakter hat, dass also andere Vermögenswerte erlangt werden, wie insbesondere Daten. [...]Wikipedias Erwerbsabsicht ist auf die Spendenerlöse gerichtet, mit denen der Geschäftsbetrieb finanziert wird.“*; BKartA, Arbeitspapier, S. 41-42.

75) BT-Drucks. 18/10207, S. 47: *„Ein Markt liegt demzufolge nicht nur vor, wenn für die angebotene Leistung eine Geldzahlung verlangt wird, sondern kann auch gegeben sein, wenn bei der Transaktion kein Entgelt übertragen wird.“*; Klasse/Wiethaus, a.a.O., S. 8; BKartA, Arbeitspapier, S. 36: *„Die nationale Rechtsprechung und Kartellrechtspraxis hat bisher unentgeltliche Beziehungen nicht als Marktbeziehungen im Sinne des GWB behandelt.“*

76) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V) - HRS, NRWE Rn. 26 ff. u. insb. Rn. 50: *„Die Buchung von Hotelzimmern durch den Hotelkunden über das Telefon, per E-Mail oder über das Reservierungsformular auf der hoteleigenen Webseite gehört schon deshalb nicht zum relevanten Markt, weil es an einer gewerblichen Vermittlungsdienstleistung fehlt, also keine entgeltliche Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr erbracht wird, die aus Sicht der Hotels im Wettbewerb zu den Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale steht.“*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.5.2016 -VI-Kart 1/16 (V), NRWE Rn. 76; BKartA, Arbeitspapier, S. 36-38.

77) BKartA, Beschl. v. 20.12.2013, B9-66/10 - HRS; Beschl. v. 20.4.2015, B6-39/15 - Immonet/Immowelt; Beschl. v. 8.9.2015, B6-126/14, Rn. 119 - Verwaltungsgesellschaft Media(VG Media)/Google: *„Im Hinblick auf die Plattformeigenschaft der Suchmaschine ist es aus Sicht der Beschlussabteilung im Ergebnis naheliegend, sachlich jedenfalls einen Markt für Suchmaschinen gegenüber Endnutzern sowie einen Markt für Online-Werbung abzugrenzen, wobei hier konkret eine Beschränkung auf suchgebundene Online-Werbung in Betracht kommt. [...]“*; Kommission, Entsch. v. 3.10.2014, COMP/M.7217 - Facebook/WhatsApp; BKartA, Arbeitspapier, S. 7 ff. u. 37 ff. (insb. 40-41).

78) Grave/Nyberg, a.a.O., S. 2.

있는 다른 측면의 이용자는 여전히 일정한 비용을 부담한다는 점은 주지되어야 한다.<sup>79)</sup> 왜냐하면 서비스의 본질적 동질성을 이유로 양 측면을 하나의 시장으로 본다면, <sup>80)</sup> 무상의 서비스 측면이 결국 유상의 서비스 내지 상품의 측면에 영향을 준다는 점을 강조하는 경우에,<sup>81)</sup> 한 쪽 시장에서의 무상성이 시장획정에 영향을 줄 수 없기 때문이다. 이는 연방카르텔청과 법원의 기존에 시장(zu traditionellen Märkten)에 대해 유지해 온 시각이긴 하지만, 양면 내지 다면시장의 기본 구조의 이해에 있어서 여전히 유효하다.

### 3. 지배력 보유여부의 추가적 고려 요소: § 18 Abs. 3a GWB

앞서와 같은 경쟁법적 관점에서의 시장 개념의 확장적 전환은 그에 걸맞은 지배력 판단의 고려 요소들에 대한 새로운 평가가 수반되어야 하는데, 본 개정의 제18조 제3a항 추가의 취지는 그러한 논리적 맥락으로 이해할 수 있다. 전통적인 시장 지배력 보유 여부의 판단에 있어서, 시장점유율의 기준(Maßstab)으로서의 의미는 부연 설명을 요하지 않을 정도이다. 하지만 그 시장점유율이 대개의 경우 해당 사업자의 매출액 규모를 보여주는 것인 만큼, 그 적절성 측면에서 무상으로 제공되는 서비스의 점유율 산정을 위한 별도의 추가적 판단기준의 제시를 요구 받게 된다.<sup>82)</sup> 이와 관련하여 EU 집행위원회 등은 Microsoft/Skype, Microsoft/LinkedIn 및 Facebook/WhatsApp 사례에서 이미 시장점유율의 대안적 변수로서 트래픽(übertragenes Datenvolumen, Traffic), 이용자 또는 방문자 수(Anzahl der Nutzer oder der Besucher)에 주목하면서,<sup>83)</sup> 동시에 네트워크 효과 및 이용자의 전환비용 등도 고려한 바 있다.<sup>84)</sup>

79) 플랫폼 형식의 개념적 구분(die konzeptionelle Unterscheidung unterschiedlicher Plattform-Arten)은 각 형식의 특징으로부터 상이한 의문들(Prüffragen)이 도출됨으로써 시장획정에 있어서 유용할 수 있다. BKartA, Arbeitspapier, S. 19 ff. u. 40 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 54 f. 참고.

80) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), NRWE Rn. 43 - HRS: *“Soweit eine Leistung - so wie hier - nach der einen Seite entgeltlich, nach der anderen Seite unentgeltlich erbracht wird, ist sie nur mit der entgeltlichen Seite Teil des Marktes.”* 이와 동일한 취지로 연방카르텔청은 부동산 중개사업자 간의 기업결합 사건(Beschl. v. 20.4.2015, B6-39/15 - Immonet/Immowelt)에서 수요자 및 공급자를 연결하는 플랫폼의 특징을 인식하면서, 당해 사업자가 양 측의 거래상대방에게 제공하는 서비스 자체는 본질적으로 동일한 것으로 보아 별개의 시장성을 부인했다.

81) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), NRWE Rn. 43 - HRS: *“[...] Gleichwohl kann die unentgeltliche Seite das Marktgeschehen für entsprechende, entgeltlich vertriebene Leistungen oder Produkte beeinflussen.”*; BKartA, Arbeitspapier, S. 36-37.

82) Grave/Nyberg, a.a.O., S. 2-3.

83) Kommission, Entsch. v. 7.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 106 ff. - Microsoft/Skype: *“The parties submit that the total volume of Skype-to-Skype traffic (including video traffic) is approximately 20% of international TDM and VoIP traffic*



이러한 배경에서 GWB는 다면시장 또는 네트워크산업에서 시장 지배력의 보유 여부를 판단하기 위해 추가적으로 고려될 수 있는 요소로서, i) 직, 간접적 네트워크효과(direkte und indirekte Netzwerkeffekte),<sup>85)</sup> ii) 여러 서비스에 대한 병행적 이용 및 이용자의 전환비용(die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer), iii) 네트워크효과와 관련한 규모의 경제(seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten), iv) 경쟁관련 데이터에 대한 접근 (sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten), iv) 혁신유발적 경쟁압력(innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck)을 명시하였다.<sup>86)</sup>

#### 4. 시장 변화에 대한 지속적 대응: § 18 Abs. 8 GWB

이번 개정을 통해 동조 제8항에서 경제에너지부장관(Bundesministerium für Wirtschaft und Energie)이 제2a항 및 제3a항의 효력발생 3년 이후에 규정 적용과 관련된 경험을 보고하도록 했다. 이는 양 조항의 적용에 따른 실무적 경험을 평가함으로써, 디지털 경제의 특수성에 대한 이해와 경쟁관련 효과의 고찰을 통해 시장의 지속적 변화에 대응할 수 있도록 하기 위함이다.<sup>87)</sup>

### III. 남용금지의 유형과 구성요건의 명확화

#### 1. 수요지배력 남용의 금지로서 Anzapfverbot: § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

##### (1) Anzapfverbot 구성요건의 명확화

---

(excluding PC-to-PC traffic). [...]”; Kommission, Entsch. v. 6.12.2016, COMP/M. 8124, Rn. 282 ff. - Microsoft/LinkedIn: Kommission, Entsch. v. 3.10.2014, COMP/M.7217, Rn. 143 ff. - Facebook/WhatsApp: Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 276 f.

84) Kommission, Entsch. v. 7.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 340 f. und Entsch. v. 6.12.2016, COMP/M. 8124, Rn. 91.

85) BKartA, Arbeitspapier, S. 9 ff.; BMWi, Weissbuch, S. 57-58: “Die Netzwerkeffekte von Plattformen führen dazu, dass auf vielen Märkten nur noch ein, zwei dominante Player verbleiben.”

86) § 18 Abs. 3a GWB Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen: [...]; BT-Drucks. 18/10207, S. 48-51; Schnelle/Kollmann, a.a.O., S. 10.

87) BT-Drucks. 18/10207, S. 52.

§19 Abs. 2 Nr. 5 GWB andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht.

제8차 개정 이전에 제20조 제3항에 의하던<sup>88)</sup> 제19조 제2항의 금지규정의 개정에서, 정당한 이유 없이 다른 사업자에게 자신에게 유리한 경제적 이익을 제공하도록 요구 또는 그 제공을 교사하는 지위남용을 금지하고 있는 동항 제5호, 즉 수요지배력 (die Marktmacht auf der Nachfrageseite) 남용으로서 Anzapfverbot의 구성요건을 보다 명확히 하였다는데 의미가 있다.<sup>89)</sup> 그럼에도 불구하고 당해 금지의 규범목적 (Normzweck)이 오로지 수요자의 경쟁사업자에 대한 수평적 보호에 그치는 것인지,<sup>90)</sup> 아니면 각 공급자들에 대한 수직적 보호까지 포함하는 것인지에<sup>91)</sup> 관한 논란은 여전하다.<sup>92)</sup> 다만 동호 및 제20조 제2항을 소위 소극적 차별행위(Passive Diskriminierung)로 한정하는 시각에 따르면, 수평적 관계의 경쟁사업자만을 보호객체로 포섭하게 되는 문제점이 있으며,<sup>93)</sup> 이 경우 주로 문제되는 시장의 구조적 특징을 충실히 반영하지 못

88) Kim Manuel Künstner, *“Die Anwendung des kartellrechtlichen Anzapfverbots im Lebensmitteleinzelhandel und darüber hinaus”*, WuW 2015 (Heft 11), S. 1095.

89) 개정전 § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren; 정당한 이유 없음에 대한 판단과 관련하여, BKartA v. 3.7.2014, B2-58/09, Rn. 255 ff.; Kling/Thomas, a.a.O., § 20 Rn. 216-220; Alexander Eufinger/Andreas Maschmer, *“Durchsetzung von Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht”*, WRP (Wettbewerb in Recht und Praxis) 5/2016, S. 562-563.

90) Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 19 Rn. 368 ff. (insb. 370: *“Für die Marktbeherrschung als Normadressatenvoraussetzung des Ans. 2 Nr. 5 kommt es allein auf die Marktstellung als Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen an. [...]”*); Bechtold, a.a.O., § 19 Rn. 86 (KG, Beschl. v. 23.6.1999, Kart W 4327/99, WuW/E DE-R 367, 368 = WuW 1999, 1121, 1122 - *Schulbuchbeschaffung*).

91) BGH v. 24.9.2002 - KVR 8/01 - Konditionenangepassung.

92) Nothdurft, in: Langen/Bunte, a.a.O., § 19 Rn. 150 ff. (insb. Rn. 153 »Normzweck, persönlicher Schutzbereich«): *“Richtigerweise umfasst der Schutzzweck der Norm sowohl Anbieter als auch Nachfrager und hat damit zugleich eine horizontal und eine vertikale Komponente: [...]”*.

93) Künstner, a.a.O., S. 1095-1098 (Normzweck des Anzapfverbots); vgl. Kling/Thomas, a.a.O., § 20 Rn. 217: *“Der Gesetzeszweck liegt in erster Linie in dem Schutz der Wettbewerber der marktbeherrschenden Unternehmen auf der Nachfrageseite, soweit diese aufgrund ihrer geringeren Marktmacht nicht in der Lage sind, ähnlich günstige Lieferbedingungen zu erzielen wie ihre mächtigeren Konkurrenten.”* 독립적인 공급업자(die abhängigen Lieferanten)도 보호객체로 포함되는 지에 대한 실무의 사례는 드물다고 봄. BGH v. 24.9.2002 - KVR 8/01 -

하며, 법문의 적절한 해석에도 부합할 수 없다는 비판이 가능해진다.<sup>94)</sup> 정리하면, 동호는 수요측면의 지배적 사업자의 남용행위 문제에 초점을 맞추고 있으며, 특히 수직적 구조에 따른 거래의 종속성이 문제되는 유통시장 내지 단계에서, 상대적으로 불리한 거래상 지위의 중소납품업자에게 행해지는 다양한 형식의 남용이 이를 근거로 규제될 수 있다(이른바 die vertikale Schutzrichtung).<sup>95)</sup> 결국 남용행위의 상대방은 정상적인 경쟁이 어렵게 될 수 있기 때문에,<sup>96)</sup> 위에서 언급된 양자의 성격을 모두 갖는 행위에 대한 금지로 보는 것이 타당할 것이다.

## (2) EDEKA/PLUS의 합병과 Anzapfverbot

Anzapfverbot의 대표적 사례로서 EDEKA 사건이 제시된다. 지난 2008년 말 초대형할인점 사업자 EDEKA가 할인점 체인(Kette)인 PLUS의 2300여 지점을 인수한 후, 그들이 기존에 PLUS에게 제공해 왔던 특별거래조건(Sonderverhandlungen oder -konditionen, Hochzeitsrabatte) 등의 유지를 요구한 사건으로, 당시 연방카르텔청은 이러한 요구행위의 배경으로, 거래상대방으로서 EDEKA의 시장 내 지위(die Marktposition im deutschen Lebensmitteleinzelhandel)<sup>97)</sup>로부터 비롯된 종속성을 지적했다.<sup>98)</sup>

당해 사건에서 문제되었던 부분은 BGB 제433조 이하에서 규정하는 일반적 매매계약 상의 대금지급과 달리, PLUS에게 허용해 왔던 보다 긴 대금지급기간(längere Zahlungsziele)과 같은 상대적으로 유리한 구매조건을 EDEKA에게 그대로 유지할 것과 납품업자들 입장에서 EDEKA의 반대급부와는 명백하게 상응하지 않는, 다양한 명목의 현금지급을 요구한 점이다.<sup>99)</sup> 특히 EDEKA는 PLUS가 과거에 그의 납품업자들에게 보장해주던 유리한 거래조건들을, 향후 자신과의 거래에서 의도적으로 제외하려 하

Konditionenanpassung.

94) Vgl. Küstner, a.a.O., S. 1096 f.: *“Betrachtet man den heutigen Wortlaut der §§ 19 Abs. 2 Nr. 5, 20 Abs. 2 GWB unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie des Telos dieses Tatbestandes, können keine Zweifel mehr bleiben, dass es sich bei dem Anzapfverbot um eine Schutznorm mit (zumindest auch) vertikaler Ausrichtung handelt.”*; Eufinger/Mascherner, a.a.O., S. 561 ff.

95) Küstner, a.a.O., S. 1093.

96) Kling/Thomas, a.a.O., § 20 Rn. 217

97) BKartA v. 3.7.2014, B2-58/09, Rn. 109 ff. (insb. Rn. 135-137)

98) BKartA v. 3.7.2014, B2-58/09, Rn. 102 ff.: *“[...] dass die Abhängigkeit eines Lieferanten von einem Handelsunternehmen nicht allein anhand der jeweiligen Umsatzquote festgestellt werden könne, sondern dass (auch) die Ausweichmöglichkeiten bzw. Absatzalternativen des Lieferanten auf dem betreffenden Markt sowie die wechselseitigen Beziehungen zwischen den Handelsparteien zu berücksichtigen seien.”* u. insb. Rn. 109 (Kriterien zur Beurteilung der Abhängigkeit); Küstner, a.a.O., S. 1093.

99) BKartA v. 3.7.2014, B2-58/09, Rn. 447 ff. (z.B. Sortimentserweiterung, Synergiebonus und Partnerschaftvergütung); 공정위, 위의 연구보고서, 51-54면.

거나(Rosinepicken, Cherryp-Picking), EDEKA의 PLUS인수로 인해 종래 PLUS의 납품업자들에게 발생했다고 하는, 충분히 증명되거나 구체화되지 않은 비용과 매출이익에 대한 특별보너스 요구 및 EDEKA와 PLUS의 거래조건의 비교를 위한 시점을 기업결합 이전으로 앞당김으로써 특별거래조건을 소급하여 적용하고자 한 점(Bestwertabgleich)이 쟁점이 되었다.

이에 대해 연방카르텔청은 EDEKA의 행위를 경쟁제한법 제20조 제3항(현재의 §§ 19 Abs. 2 Nr. 5, 20 Abs. 2 GWB)에 따른 수요 지배력의 남용의 일종인 Anzapfverbot 위반으로 판단하면서,<sup>100)</sup> EDEKA에 의해 요구된 거래조건들은 납품업자들에 대한 EDEKA의 반대급부로 타당하지 않는, 오로지 자신의 이익을 위한 부당한 요구라고 보았다. 하지만 Düsseldorf 고등법원은 연방카르텔청의 이러한 판단을 인용하지 않으면서, 요구된 경제적 이익은 바로 시장지배력의 남용에 근거해야만 한다고 보았다.<sup>101)</sup>

관련해서 본 개정으로 기존 제5호 전단의 남용요건 »seine Marktstellung dazu ausnutzt«이 삭제됨으로써, 그 이익제공의 요구에 정당한 이유가 없다면, 기존의 시장력과 요구행위 간의 인과관계에 대한 판단 없이 그 자체로 지위의 남용이 인정됨을 명확히 했다.<sup>102)</sup> 그러면서 다른 사업자에 대한 요구에 타당한 »nachvollziehbar« 근거가 존재하는지, 요구된 이익이 당해 요청에 비추어 합리적인지 »in einem angemessenen Verhältnis« 를 특별히 고려하도록 했다.<sup>103)</sup>

100) BKartA v. 3.7.2014, B2-58/09, Gründe, S. 3.

101) BT-Drucks. 18/10207, S. 52: *“Es ist somit nicht erforderlich, dass zwischen der Marktmacht und der Aufforderung ein über die allgemeinen Regeln hinausgehender Ursachenzusammenhang bestehen muss. Bisher war dies umstritten.”*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.11.2015, VI-Kart 6/14 (V), NRW Rn. 100: *“Steht dem gewährten Vorteil keine Gegenleistung des Nachfragers gegenüber oder ist die Gegenleistung nicht angemessen, ist im Rahmen der Interessenabwägung darauf abzustellen, ob der zu beurteilende Vorteil auf einer Ausnutzung von Marktmacht beruht.”*; BKartA, Stellungenahme, S. 22.

102) 법체계적 관점에서 Anzapfverbot의 강화는 EU경쟁법상 시장력과 남용 간 인과관계에 대한 실무적 입장(die fehlende Notwendigkeit einer Kausalität zwischen Marktmacht und Ausnutzung sowie Art. 102 lit. a) AEUV)을 반영한 것으로 이해하는 견해로, Rupprecht Podszun, Die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2017, S. 25; vgl. Eufinger/Maschmer, a.a.O., S. 562.

103) 유영국, 위의 글, 131-133면; BT-Drucks. 18/10207, S. 52: *“[...] Dazu ist eine hinreichende Transparenz hinsichtlich des geforderten Vorteils und des genannten Grunds bzw. der aus Sicht des Auffordernden bestehenden Gegenleistung für die Forderung notwendig.”* und *“Hierbei wird die Verhältnismäßigkeit von gefordertem Vorteil und dem Grund bzw. der Gegenleistung für diese Forderung beurteilt. Besteht zwischen beiden ein offensichtliches Missverhältnis, stellt dies in der Regel ein Indiz für das Fehlen der sachlichen Rechtfertigung dar.”*; BKartA v. 3.7.2014, B2-58/09, Rn. 266: *“Aus diesen Aspekten ergeben sich vier Fragestellungen, die bei der konkreten Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung einer Forderung relevant sind: i) Stehen der Forderung tatsächlich ein sachlich damit verbundener*

## 2. 원가 이하 판매의 금지: § 20 Abs. 3 S. 3 GWB Einstandspreis

### (1) 원가(Einstandspreis)의 규범적 정의

GWB 제20조는 제19조와 같이 방해적 남용 내지 차별적 취급의 금지를 규정하면서도, 제18조에 따른 시장의 지배에 이르지 않은 시장력(unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung), 즉 상대적이거나 우월한 시장력(die relative oder überlegende Marktmacht)의 남용을 금지하고 있다.<sup>104)</sup> 이로써 제18조 제4항 이하의 소위 절대적 시장점유율 기준에 대비되는 상대적 개념을 기초로, 중소기업사업자들이 직면하는 실질적 시장상황을 남용규제체계 안에서 고려할 수 있게 되었다.<sup>105)</sup> 다만 비효율적인 경쟁사업자 보호의 결과로 이어질 수 있다거나, 사업자들 간 가격 내지 거래조건 결정에 대한 경쟁당국의 적극적인 개입은 오히려 시장의 경쟁을 위축시킬 수 있다는 우려도 제기된다. 그럼에도 불구하고 제20조에 의한 수범자 범위의 규범적 확대로부터 제19조의 금지목적과 차별된 나름의 의미를 찾을 수 있다.<sup>106)</sup>

---

§ 20 Abs. 3 S. 3 GWB Einstandspreis im Sinne des Satzes 2 ist der zwischen dem Unternehmen mit überlegener Marktmacht und seinem Lieferanten vereinbarte Preis für die Beschaffung der Ware oder Leistung, auf den allgemein gewährte und im Zeitpunkt des Angebots bereits mit hinreichender Sicherheit feststehende Bezugsvergünstigungen anteilig angerechnet werden, soweit nicht für bestimmte Waren oder Leistungen ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.

---

위와 같이 본 개정에서 원가(Einstandspreis)의 개념이 법문에 명확하게 제시되었다.<sup>107)</sup> 이는 원가 이하의 판매금지(Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis)와

---

*Grund der eine sachlich damit verbundene Gegenleistung gegenüber?, ii) Sind die Begründung und die Berechnung der Forderung für den Lieferanten nachvollziehbar?, iii) Sind die Begründung und die Berechnung des Grundes bzw. der Gegenleistung für den Lieferanten nachvollziehbar?, iv) Ist die Höhe der Forderung im Verhältnis zum Grund bzw. zur Gegenleistung angemessen?"*

104) Nothdurft, in: Langen/Bunte, a.a.O., § 20 Rn. 1-6; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 20 Rn. 74 ff. 제20조제1항은 상대적인 시장력을 보유한 사업자(die Unternehmen mit relativer Marktmacht) 또는 사업자단체, 제3항은 우월한 시장력을 보유한 사업자(die Unternehmen mit überlegender Marktmacht) 또는 사업자단체, 제5항에서는 직능단체(Berufsvereinigungen) 등을 동조의 수범자로 규정하고 있다.

105) Markert, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 20 Rn. 78-79 (kleine und mittlere Wettbewerber).

106) GWB 제20조에 관한 자세한 설명은, 공정위, 위의 연구보고서, 32-36면 참고.

107) BT-Drucks. 18/10207, S. 53; vgl. Nothdurft, in: Langen/Bunte, a.a.O., § 20 Rn. 92.

관련하여, 중소기업자 방해(Mittelstandsbehinderung)의 맥락에서<sup>108)</sup> 정당한 이유 없이 우월한 시장력(die überlegene Marktmacht)을 바탕으로 중소판매업자에게 행해지는 부당한 방해(unbillige Behinderung)를 금지하는 종래 제20조 제3항의 구성요건을 보다 명확히 했다는 점에서 관련 사례들을 통해 제기된 법 적용상의 불확실성의 제거에 기여한 것으로 평가된다.

## (2) Rossmann의 원가산정

본 개정요구에 있어서 주로 논의 되었던 이른바 Rossmann사건에서, 의약품 및 생활용품을 취급하는 대형 판매체인(Drogerie-Kette)인 Rossmann이 2005년 267개 대리점에서 약 55개 품목을 원가 이하로 판매한 행위로 연방카르텔청으로부터 벌금을 부과 받았다. 이에 대해 Rossmann은 판매 장려의 목적으로 소매업자에게 제공되는 다양한 형태의 혜택(Vergünstigungen)을 원가에 산입하였고, 상당한 기간 이어진 관행으로 특정상품에 대해서만 원가 이하로 상품을 제공했다고 주장하였지만, 연방카르텔청은 이를 남용으로 판단했다. 이러한 연방카르텔청의 결정을 뒤집고 Rossmann의 산정방법에 관한 주장을 받아들인 Düsseldorf 고등법원의 판단은 주목할 만한데,<sup>109)</sup> 본 판결 이후 원가의 산정에 있어서 소매사업자에게 상당한 여지(ein erheblicher Spielraum)가 인정되었기 때문이다.<sup>110)</sup> 하지만 본 항 제3문에 원가 이하의 가격에 대한 개념과 산정방법에 대한 규정을 마련하여, 원가산정에 있어서 소매업자의 지나친 여지를 원칙적으로 제한했다.<sup>111)</sup> 이로써 원가 이하의 판매금지와 관련한 법 적용을 용이하게 하는 동시에, 상대적으로 열악한 지위의 공급업자의 지위를 강화하는 효과를

108) Kling/Thomas, a.a.O., § 16 Rn. 30-33 u. § 20 Rn. 291 ff. (Die sog. Mittelstandsbehinderung gem. § 20 Abs. 3, 4 GWB).

109) OLG Düsseldorf, 12.11.2009 - VI-2 Kart 9/08 OWi, NRWE Rn. 72 f. u. 100 - Rossmann; BGH v. 12.11.2002, KVR 5/02 - Walmart, 이와 관련하여, 공정위, 위의 연구 보고서, 54-56면 참고.

110) BT-Drucks. 18/10207, S. 53: *“Bei der Berechnung des Einstandspreises besteht bisher nach der sogenannten Rossmann-Entscheidung des OLG Düsseldorf auf Seiten der Händler ein erheblicher Spielraum hinsichtlich der Berücksichtigung von Vergünstigungen, die ihnen Lieferanten auf den ursprünglichen Einkaufspreis gewährt haben. Danach ist es grundsätzlich möglich, zur Ermittlung des Einstandspreises von dem Lieferanten allgemein auf das gesamte Liefersortiment gewährte Vergünstigungen (z. B. Werbekostenzuschüsse, umsatzbezogene Vergütungen, Boni, Rabatte, Skonti) auf den eigentlichen, ursprünglich vereinbarten Herstellerpreis einzelner Produkte umzulegen.”*

111) § 20 Abs. 3. S. 3 GWB Einstandspreis im Sinne des Satzes 2 ist der zwischen dem Unternehmen mit überlegener Marktmacht und seinem Lieferanten vereinbarte Preis für die Beschaffung der Ware oder Leistung, auf den allgemein gewährte und im Zeitpunkt des Angebots bereits mit hinreichender Sicherheit feststehende Bezugsvergünstigungen anteilig angerechnet werden, soweit nicht für bestimmte Waren oder Leistungen ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.

기대할 수 있게 되었다.<sup>112)</sup>

#### IV. 결어

앞서 살펴보았듯 GWB 제9차 개정의 핵심은 보다 용이한 손해배상청구 소송을 통한 사적구제의 강화와 디지털 경제에 부합하는 경쟁규범의 마련으로 정리될 수 있으며, 남용감독 규정의 개정은 후자에 방점이 찍혀있다. 특히 디지털 경제의 데이터 및 정보 제공 서비스의 무상성이 경쟁법적 관점에서 시장을 규정함에 있어서 걸림돌이 되지 않음을 명시한 점은 시사하는 바가 크다. 아울러 이와 같은 시장의 특성이 반영된 시장 지배력을 판단의 표지에 대한 추가적 고려는 이러한 시장 개념의 확장적 전환을 뒷받침하게 되었다. 이러한 측면에서 GWB는 시장의 변화를 적절히 반영함으로써 그 해석과 적용의 정당성을 담보할 수 있게 되었다. 또한 남용행위의 구성요건을 명확히 하면서 기존 판결을 둘러싼 논란을 입법적으로 해결한 점 또한 주목할 만하다. 다만 실제 경쟁법 해석 및 집행에 있어서 새로운 시장 및 그 안에서 행해진 남용의 본질을 언제나 적절히 반영할 것이라고 단정할 수 없는 만큼, 연방경제에너지부 장관의 보고의무 (§ 18 Abs. 8 GWB), 특정 영역에 대한 연방카르텔청의 산업분석 (Sektoruntersuchung, § 32e Abs. 5 GWB) 권한의 부여, 다른 유관 규제기관과의 협력 의무 (§ 53 Abs. 4 GWB)를 명시한 점은, 앞서의 우려를 시장변화에 대한 지속적 평가 및 경쟁당국의 역할과 법 집행 영역의 확대를 통해 해결하고자 하는 시도로 볼 수 있다.

---

112) BT-Drucks. 18/10207, S. 53: “Zugleich wird die Position der Lieferanten gegenüber den Händlern gestärkt. Mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Bestimmung des Begriffs des Einstandspreises wird die Freiheit der Händler bei der Anrechnung von Vergünstigungen zur Bestimmung des Einstandspreises zu Gunsten der Lieferanten beschränkt.”

[참고문헌]

<국내문헌>

- 권오승/서정, 「독점규제법-이론과 실무」, 법문사, 2016.  
이봉의, 「독일경쟁법 - 독일경쟁제한방지법」, 법문사, 2016.  
홍명수, 「경제법론 I」, 경인문화사, 2008.  
홍명수, 「경제법론 II」, 경인문화사, 2010.  
공정위, 「시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위 규정 합리화 방안 연구」, 2015.  
유영국, “독일경쟁제한방지법(GWB) 제9차 개정의 취지와 주요내용”, 서울대학교 경쟁법센터 「경쟁과 법」 제8호, 2017.

<외국문헌>

- Baron/Kretschmer, “*Meinungen zur 6. GWB-Novelle*”, WuW (1998, Heft 07-08).  
Bechtold, “*Die 8. GWB-Novelle*”, NZKart 2013.  
Bechtold, “*Zur Abgrenzung des relevanten Marktes*”, in: Willi Erdmann usw. (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. von Gamm, Heymann, 1990.  
Bechtold/Bosch, *Kartellgesetz, Kommentar*, 8. Aufl., C. H. Beck, 2015.  
Beckmann, *Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Verlag Gehlen, 1968.  
Fritzsch, “*Die 8. GWB-Novelle - Konvergenz und eigene wettbewerbspolitische Akzente*”, NJW 2013.  
Bürger/Lehmann, “*Das neue deutsche Kartellgesetz Änderungen durch die 8. GWB Novelle*”, Legal Update von GÖRG, 2013.  
Emmerich, *Kartellrecht*, 13. Aufl., C.H.Beck, 2014.  
Eufinger/Maschmer, “*Durchsetzung von Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht*”, WRP (Wettbewerb in Recht und Praxis) 5/2016.  
Faull/Nikpay, *The EU law of Competition*, Oxford, 2014.  
Grave/Nyberg, “*Die Rolle von Big Data bei der Anwendung des Kartellrechts*”, WuW 2017 (Online exklusiv).  
Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht GWB/Teil 1*, 5. Aufl, C. H. Beck,



2014.

- Kersting/Preuß, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie*, Nomos, 2015.
- Kersting/Preuß, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle*, WuW 2016 (Heft 09).
- Klasse/Wiethaus, *Digitalisierungsvorschriften in der 9. GWB-Novelle*, WuW 2017 (Online exklusiv).
- Kling/Thomas, *Kartellrecht*, 2. Aufl., Vahlen, 2016.
- Klotz, "Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV", WuW 2016 (Heft 02).
- Körper, *Analoges Kartellrecht für digitale Märkte*, WuW 2015 (Heft 02).
- Künstner, "Die Anwendung des kartellrechtlichen Anzapfverbots im Lebensmitteleinzelhandel und darüber hinaus", WuW 2015 (Heft 11).
- Langen/Bunte, *Deutsches Kartellrecht, Kommentar (Band 1.)*, 12. Aufl., Luchterhand, 2014.
- Lemke/Brenner, *Einführung in die Wirtschaftsinformatik, Band 1: Verstehen des digitalen Zeitalters*, Springer-Verlag, 2015.
- Massel, *Competition and Monopoly: Legal and Economic Issues*, A doubleday anchor book, 1962.
- Podszun, *Die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, 2017.
- Podszun, *Institution im Wandel: Die 9. GWB-Novelle und das Bundeskartellart*, WuW 2017 (Heft 05).
- Pohlmann/Wismann, "Markt, Marktmacht und Transaktionswertschwelle in der 9. GWB-Novelle - digitaler, moderner, besser? -", WuW 2017 (Heft 07).
- Rittner, *Drei Grundfragen des Wettbewerbs*, in: FS für Alfons Kraft, Luchterhand, 1998.
- Rittner, *Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 2. Aufl., C. F. Müller, 1985.
- Rittner/Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, C. F. Müller, 2008.
- Rittner/Dreher/Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 8. Aufl., C. F. Müller, 2014.
- Schnelle/Kollmann, "Big Data im Fokus der 9. GWB-Novelle: Die Aktivitäten des Gesetzgebers sind positiv, es besteht aber weiterer Handlungsbedarf", Deutscher AnwaltSpiegel, 2016.

Möschel, “*Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht*”, in: *Freiherr von Gamm*, Otto Friedrich, Raisch, Peter, Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, FS für Gerd Pfeiffer, Heymanns, Carl, 1988.

Möschel, “*Schutzziele eines Wettbewerbsrechts*”, in: *Löwisch/Schmidt-Leithoff/Schmiedel* (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, FS für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, C. H. Beck, 1991.

BKartA, Arbeitspapier - Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 6.2016.

BKartA, Hintergrundpapier, Digitale Ökonomie - Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, 10.2015.

BKartA, Stellungenahme des Bundeskartellamts zum Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, 7.2016.

BMWi, Grünbuch: Digitale Plattformen, 5.2016.

BMWi, Weissbuch: Digitale Plattformen - Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 3.2017.

Kommission, Der europäisch Datenschutzbeauftragte: Zusammenfassung der Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zur Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von “Big Data”, ABl. 2014 C225/6.

Kommission, Mitteilung - Europa 2020 Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum KOM(2010) 2020, 3.3.2010.

Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa KOM(2015) 192, 5.6.2015.

Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015.

[Abstract]

**Die Missbrauchsaufsicht der marktbeherrschenden Stellung vom novellierten  
GWB  
- Mit dem Schwergewicht der 9. GWB-Novelle**

You, Young Gug\*

In diesem Aufsatz wird die 9. GWB-Novelle dargelegt, die zahlreiche Änderungsvorschläge in weitgehenden Bereichen des GWB – z.B. eine Neuregelung des Kartellschadensersatzrechts bezüglich der Richtlinie 2014/104/EU, Konzernhaftung, eine Ausweitung der Fusionskontrolle, Erleichterung der Pressekooperationen, Missbrauchsaufsicht auf digitalen Märkten, eine Neubewertung der Ministererlaubnis und die verbraucherrechtliche Kompetenz des Bundeskartellamts – umfasst.

Die umfangreiche Digitalisierung der Wirtschaft seit der 8. GWB-Novelle war dabei ausschlaggebend zur Novelle der Missbrauchsaufsicht. Eine normative Anpassung ist im digitalen Zeitalter unumgänglich. In Reaktion darauf hat die EU-Kommission im Mai 2015 bereits ihre Strategie für den digitalen Binnenmarkt vorgestellt.

In § 18 Abs. 2a wird die unentgeltliche Leistungsbeziehung als Markt definiert. Hiermit wird bestätigt, dass sich die bestehenden Voraussetzungen der gewerblichen Leistungen – Austauschbeziehung und Gewinnerzielungsabsicht – auf mehrseitige Märkten, wie Plattformen, auf denen die ohne direkte monetären Gegenleistungen gehandelt werden, nicht anwenden lassen.

In diesem Zusammenhang werden die Kriterien für die Ermittlung der unternehmerischen Marktstellung auf den mehrseitigen Märkten und Netzwerken in § 18 Abs. 3a zusätzlich dargestellt: i) direkte und indirekte Netzwerkeffekte, ii) die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer, iii) seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, iv) sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, iv) innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

---

113) Doktorand an der Philipps-Universität Marburg, LL.M (Marburg)

Darüber hinaus werden sowohl die Tatbestände des Anzapfverbots, als auch des Verbots des Verkaufs unter Einstandspreis in dieser Novelle klargestellt. Diese hatte das OLG Düsseldorf in mehreren Urteilen kritisiert. In § 19 Abs. 2 Nr. 5 wird »seine Marktstellung dazu ausnutzt« gestrichen, dagegen werden »nachvollziehbar« und »in einem angemessenen Verhältnis« neu ergänzt. Außerdem wird der Begriff des Einstandspreises in § 20 Abs. 3 Satz 2 definiert, sodass der Spielraum der Anbieter bei der Festlegung des Einstandspreises eingeschränkt wird. Im Ergebnis wird die Position der Lieferanten gegenüber den Händlern gestärkt.

**<key words>**

9. GWB-Novelle, digitale Wirtschaft, Missbrauchsaufsicht, unentgeltliche Leistungsbeziehung, Marktabgrenzung, die mehrseitigen Märkte und Netzwerke, Anzapfverbot, Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis

## 중국 반덤핑 조사절차 중의 문제점에 대한 연구

마광\*

### 논문요지

2017년 6월 11일 현재, 중국은 한국을 상대로 37건의 반덤핑조사를 개시하였는데, 이 중에서 무피해 판정 3건, 조사신청 철회 3건, 조사 중 2건을 제외하고, 29건의 반덤핑조치를 부과하였으며 현재, 조치가 계속하여 부과 중인 사건은 11건이다. 본 논문에서는 중국의 반덤핑 관련법령과 실제사례에서 절차적으로 문제가 되는 부분에 대해 검토하도록 한다.

중국의 반덤핑절차를 살펴보면 전반적으로 WTO의 규범을 준수하고 있다. 즉, 규정 자체로는 WTO반덤핑협정에서 규정된 내용을 잘 따르고 있다. 본 논문에서 언급한 절차적인 문제점들은 대부분 WTO협정의 규정에 위배되기 보다는 WTO협정이 내재하고 있는 모호성 및 각 회원국에 부여한 시행입법의 제정과 관련하여 시행입법을 자세히 제정하지 않았거나 실제 사례의 운영에서 자의적으로 운영하여 나타나는 문제로서 이는 수출업체들에 어려움을 더해주고 있다. 이러한 문제점은 법령상에 나타날 뿐만 아니라 실제 사건의 판정에서도 나타나고 있다. 특히 국내산업의 범위, 현지조사, 가격약속의 거부, 조사대상상품의 조정과 관련하여 수출업체와 조사기관 사이에 적지 않은 모순이 있었다.

검색용 주제어: 반덤핑조사, 절차, 중국, 가격약속, 국내산업

· 논문접수: 2017. 06. 22. · 심사개시: 2017.07.09. · 게재확정: 2017.07.20.

\* 중국 절강대학교 법과대학 부교수, 중국변호사.

## I. 서언

2017년 6월 11일 현재, 중국은 한국을 상대로 37건의 반덤핑조사를 개시하였는데, 이 중에서 무피해 판정 3건, 조사신청 철회 3건, 조사 중 2건을 제외하고, 29건의 반덤핑조치를 부과하였으며 현재, 조치가 계속하여 부과 중인 사건은 11건이다. 아래에서 중국의 반덤핑 관련법령과 실제사례에서 절차적으로 문제가 되는 부분에 대해 검토하도록 한다. 현재, 아직 한국을 상대로 상계관세를 부과한 사례는 없고 셰이프가드조치의 경우 2건이 있기는 하나 셰이프가드조치의 성격 상 특정 국가를 상대로 하는 것이 아니기에 본 조사연구에서는 한국을 상대로 한 29건의 반덤핑조치를 연구대상으로 하였다.

중국의 반덤핑관련 법령은 대외무역법(對外貿易法)을 입법근거로 하고 반덤핑조례(反傾銷條例)를 중심으로 하며, 반덤핑조사공정회담정규칙(反傾銷調查聽證會暫行規則), 반덤핑조사개시잠정규칙(反傾銷調查立案暫行規則), 반덤핑가격약속잠정규칙(反傾銷價格承諾暫行規則), 반덤핑신규수출자재심잠정규칙(反傾銷新出口商復審暫行規則), 반덤핑관세환급잠정규칙(反傾銷退稅暫行規則), 덤핑및덤핑마진중간재심잠정규칙(傾銷及傾銷幅度期中復審暫行規則), 반덤핑조사공개정보열람잠정규칙(反傾銷調查公開信息查閱暫行規則), 반덤핑표본조사잠정규칙(反傾銷調查抽樣暫行規則), 반덤핑현지조사잠정규칙(反傾銷調查實地核查暫行規則), 반덤핑조사정보공개잠정규칙(反傾銷調查信息披露暫行規則), 반덤핑설문조사잠정규칙(反傾銷問卷調查暫行規則), 반덤핑상품범위조정절차에관한잠정규칙(關於反傾銷產品範圍調整程序的暫行規則), 산업피해조사공정규칙(產業損害調查聽證規則), 반덤핑산업피해조사규정(反傾銷產業損害調查規定), 반덤핑행정안전의심리에있어법률을적용하는일부문제에관한최고인민법원의규정(最高人民法院關於審理反傾銷行政案件應用法律若干問題的規定) 등 다수의 규정이 있다. 이들 중 다수의 규정은 절차적인 내용을 내포하고 있으며 법률과 조례의 차원에서는 대외무역법 제38조, 제39조 및 반덤핑조례 제3조제1항, 제7조제2항 및 제13조 내지 제27조에서 반덤핑 조사기관과 절차에 대해 규정하고 있다.

## II. 중국의 반덤핑 조사절차 중 존재하는 문제점

아래 중국의 상술한 법령과 사례를 중심으로 중국의 반덤핑 조사절차 중 존재하는 문제점을 밝히고자 한다. 이와 관련하여 사례에서는 한국 업체에 불리하게 판정이 내려진 절차적인 문제에 한하여 조사 및 검토하였다.

### 1. 조사기관

중국의 반덤핑 조사기관은 상무부이고 다만 농산물과 관련된 반덤핑사건의 피해조사는 상무부가 농업부와 함께 진행한다.<sup>1)</sup> 여기서 농업부는 농산물과 관련된 조사의 경우에 한하여 국내산업의 피해 또는 피해의 위협에 대한 과학적 지원과 정보 분석을 제공한다.<sup>2)</sup> 다만, 실제 사례에서 농업부가 어떠한 형태로 조사에 관여하는지에 대해 명확히 알 수 없는 실정이고 사례에 대한 판결문에서도 이에 대한 구체적인 언급이 결여하다.

## 2. 직권조사

반덤핑조례 제18조제1항에 따라 특수한 상황에서 상무부는 반덤핑조사의 신청서를 접수하지 못했지만 덤핑과 피해가 존재하고 양자사이에 인과관계가 있다고 믿을만한 충분한 증거가 있는 경우 직권에 의해 조사를 개시할 수 있다. 다만, 여기에서 특수한 상황이 무엇을 지칭하는 지는 명확하지 않으며, 2017년 6월 11일 현재 아직 직권에 의한 조사가 이루어진 적 없다.

## 3. 국내산업의 범위

국내생산자가 수출자 또는 수입업자와 관련 있거나, 또는 자신이 조사를 신청한 수입상품의 수입업자인 경우는 국내 산업에서 제외될 수 있다.<sup>3)</sup>

한국, 태국산 테레프탈산사건에서 한국의 6개 수출기업은 "조사대상국가의 범위 및 신청인 자격에 대한 이의"를 제출하였다. 동 문서에서 이들 수출업체는 이번 조사의 신청인 중에서 수입업체와 특수한 관련을 가지는 국내 생산업체(예를 들면 翔鷺석유화학과 逸盛석유화학) 및 국외 수출업체와 특수한 관련을 가지는 국내 생산업체(예를 들면 亚东석유화학 등)은 국내산업 또는 이번 반덤핑조사를 지지하는 기업의 범위에서 배제되어야 한다고 주장하였다.

이에 대해 신청인은 관련규칙과 무역구제사례를 인용하여 상술한 주장에 반박하였는데 그 주장은 다음과 같다.

(1) 반덤핑조례와 반덤핑산업피해조사규정 및 반덤핑협정의 관련 조항에 근거하여, 수출업체와 관련되는 국내생산자 또는 수입을 하는 국내생산자는 반드시, 자동적으로

---

1) 반덤핑조례 제7조제2항.

2) WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by ARGENTINA Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/17, G/SCM/Q1/CHN/17, 7 May 2003, p. 1.

3) 반덤핑조사개시잠정규칙 제8조.

국내산업의 범위에서 배제되는 것은 아니다. 합리적이고 충분한 이유에 근거하고 모든 관련 법률과 구체상황을 고려하여 이들 생산자의 배제여부를 결정해야 한다.

(2) 翔鷲석유화학, 逸盛석유화학 및 이들의 관련회사는 이번 조사대상인 한국과 태국의 생산업체, 수출업체와 어떠한 관련도 없다. 이들 회사는 대상조사기간 내 조사대상상품을 수입한적 없으며 조사대상상품의 수입업체가 아니다.

(3) 翔鷲석유화학, 逸盛석유화학의 관련기업은 하위기업으로 대상조사기간 내 조사대상상품을 수입한 적 있지만 수입상품은 전부 자체사용 또는 관련회사에 제공하여 사용하도록 하였으며 시장에서 재판매한적 없다.

(4) 翔鷲석유화학과 逸盛석유화학은 중국의 주요한 테레프탈산 생산업체이고 이익은 국내시장을 중점에 두고 있다. 이들 회사가 관련회사와의 관계로 인하여 조사대상 수출업체와 관련 없는 생산업체에 비해 다른 행위를 했음이 발견되지 않았다. 이들 회사의 관련회사가 조사대상상품을 수입함으로써 이들 회사가 덤핑의 영향을 받지 않은 것은 아니며 덤핑상품을 수입하여 피해를 받은 상황도 발견되지 않았다. 때문에, 이들 회사는 국내산업의 자격을 가지며 한국 응소업체의 주장은 성립되지 않는다.

(5) 아동석유화학(상해)유한회사와 대만의 테레프탈산 생산업체인 아동석유화학주식유한회사는 관련이 있지만 대만은 이번 사건의 조사대상지역이 아니다. 때문에, 아동석유화학은 국내산업의 자격을 가지며 신청을 지지하는 기업의 범위에서 배제되지 말아야 한다.

조사기관은 현지조사에서 국내생산자와 관련이 있는 기업이 조사대상상품을 수입하는 문제에 대해 중점으로 확인하였다. 조사증거에 의하면 신청인의 상술한 주장은 실제에 부합된다. 조사대상기간에 翔鷲석유화학, 逸盛석유화학은 조사대상상품을 수입한적 없고 조사대상상품의 생산업체 및 수출경영자와 관련이 없다. 그 관련기업이 대상조사기간 내 조사대상상품을 수입한 적 있으나 이들 관련기업은 본 사건의 하위 업체로서 그 수입은 자체사용 또는 관련기업에 제공하여 사용하도록 하였을 뿐이며 국내시장에서 재판매되지 않아 정상적인 생산의 수요에 속한다. 아동석유화학과 관련이 있는 대만의 테레스탈산 생산업체는 동 사건의 조사범위에 포함되지 않아 조사대상상품의 수출경영자에 속하지 않는다. 반덤핑조례 제11조와 반덤핑산업피해조사규정 제13조의 국내산업 인정 관련규정에 근거하고 상술한 사실에 기초하여 조사기관은 예비판정에서 이들 회사가 국내산업의 자격을 가진다고 판정하였다.

한국의 6개 수출업체는 예비판정에 대한 논평에서 다시 한 번 翔鷲석유화학과 逸盛석유화학이 국내산업의 자격을 가지는데 대해 이의를 제기하였다. 그 주장에 의하면, 중국 또는 WTO의 관련규정에 근거하면 무릇 조사대상상품의 수입업체와 관련이 있는 국내생산자는 모두 국내산업의 범위에서 배제할 수 있는데, 조사대상상품의 수입업체에는 무역업체 뿐만 아니라 생산업체도 포함이 된다는 것이다. 조사기간 내 翔鷲석유화학과 逸盛석유화학의 관련회사는 한국으로부터 조사대상상품을 수입하였는데, 비록 국내시장에서 재판매하지 않았지만 여전히 조사대상상품의 수입업체에 속한다. 조사대



상상품을 수입하는 그 자체로 이미 국내 산업에서 배제하는 충분한 이유가 되기에 翔鷲석유화학과 逸盛석유화학은 국내 산업에서 배제되어야 한다.

신청인은 재차 제출한 논평의견에서 반덤핑조례와 반덤핑협정의 관련 조항을 인용하면서 관련되는 국내생산자는 반드시 그리고 자동적으로 국내산업의 범위에서 배제되는 것이 아니라고 주장하였다. 대신 조사기관이 합리적이고 충분한 이유에 근거하여 상술한 조사대상상품을 수입한 행위로 인하여 관련 생산자의 행위가 기타 국내생산자와 구분되는지 판단해야 한다. 조사기관은 예비판정에서 이미 상술한 부분에 대해 명확히 설명하였다. 한국의 6개 기업이 예비판정에서 인용한 한국의 중국과 인도산 폴리에스테르 박막 반덤핑사건에서 한국 조사기관이 한국의 SKC회사를 국내산업의 범위에서 배제한 이유는 단지 그가 조사대상상품을 수입한데 있는 것이 아니라 조사대상상품을 수입한 수량이 비교적 크고(조사대상상품 전체 수입물량의 11.4%) 조사에 협조하지 않아 그 행위가 기타 생산자와 다르기 때문이다. 동 사건에서 한국 조사기관은 역시 조사대상상품을 수입한 국내생산자인 동려세한회사는 국내 산업에서 배제하지 않았는데 그 이유는 동 회사가 대상조사기간 내 수입한 물량이 비교적 적고(조사대상 전체 수입물량의 4.4%) 그 이익이 국내생산에 입각하고 단지 수입자만이 아니기 때문이었다. 동 사례는 신청인의 관점에 대해 유리한 입증을 해준다.

조사기관은 한국 6개 기업이 제출한 "조사대상상품을 수입한 그 자신만으로 이미 국내 산업에서 배제해야 하는 충분한 이유"라는 주장이 반덤핑조례의 규정에 부합되지 않는다고 판정하였다. 조사기관은 한국 6개 기업이 예비판정에 대한 논평에서 주장한 "국내 산업에서 조사대상상품의 수입업체와 관련이 있거나 자신이 조사대상상품을 수입하는 기업을 배제하는 목적은 반덤핑조사의 공정성과 객관성을 보장하는데 있다"는 주장에는 동의하였다. 이미 전면적으로 翔鷲석유화학과 逸盛석유화학의 관련기업이 조사대상상품을 수입하는 상황에 대해 검토하였고 이러한 수입행위가 동 사건 조사의 공정성과 객관성에 영향을 미치지 않는다고 판단하여 상술한 국내생산자가 국내산업의 자격을 갖는다고 판단하였다.<sup>4)</sup>

#### 4. 조사종료

상무부가 반덤핑조사를 계속 진행하는 것이 적합하지 않다고 판단된 경우 반덤핑조사는 종료되어야 하며 상무부는 이를 공고한다.<sup>5)</sup> 여기서 어떠한 상황이 반덤핑조사를 계속하는데 적합하지 않는가를 확정함에 있어 조사당국은 모든 관련 요소를 검토할 것이며 공공이익은 그 중에서 고려해야 할 제일 중요한 요소일 것이다.<sup>6)</sup> 여기에서 모든

4) 상무부 2010년 제47호 공고 참조.

5) 반덤핑조례 제27조.

6) WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by ARGENTINA

관련 요소는 무엇을 지칭하는지 매우 불분명하다.

## 5. 조사방식

대외무역법 제38조제2항은 반덤핑조례에서 규정한 네 가지 조사방식 이외에 위임조사방식도 규정하고 있다. 이러한 조사방식은 아직 사용된 바가 없으며 구체적으로 어떠한 방식을 지칭하는지도 명확하지 않다. 또한 대외무역법에서 규정한 조사방식에 대해 반덤핑조례에서는 규정하지 않은데 대해 상위법과 하위법의 적용 측면에서 분명히 어려움을 야기하게 될 것이다.

## 6. 조사기한

반덤핑조사는 조사개시의 결정 공고일로부터 12개월 내에 이루어져야 하며, 특수상황에서 연기할 수 있지만 6개월을 초과하지 못한다.<sup>7)</sup> 다만, 여기에서 특수상황이 무엇을 지칭하는지 매우 불분명하며, 실제사례에서도 사건이 비교적 특수하고 복잡하다는 이유로 연장하는 경우가 매우 많다. 실제로, 한국에 반덤핑조치를 부과한 29건의 반덤핑사례에서 12개월 내 조사가 이루어진 경우는 5건에 불과하며 절대다수의 사건은 18개월 소요되었다.

## 7. 응소

반덤핑설문조사잠정규칙 제27조에 의하면, 응소회사의 답변서는 단지 중국의 개업변호사를 통하여 제출할 수 있는데 이는 당해 회사의 이익을 더욱 잘 보호하고 사실을 더욱 잘 밝히는데 유리하기 때문이라 한다.<sup>8)</sup> 하지만 이러한 이유는 결코 설득력을 갖고 있지 않다.

## 8. 현지조사

사례에서 보면 조사기관은 현지조사에 있어 다음과 같은 문제점을 가지고 있다.<sup>9)</sup>

---

Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/19, G/SCM/Q1/CHN/19, 7 May 2003, p. 12.

7) 반덤핑조례 제26조.

8) WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by ARGENTINA Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/18, G/SCM/Q1/CHN/18, 7 May 2003, p. 2.

9) Kermit W. Almstedt & Patrick M. Norton, "China's Antidumping Laws and the WTO

(1) 조사기관은 검증하고자 하는 사항을 구체적으로 명시하기보다는 조사대상상품의 생산비 및 국내 판매와 수출판매에 관련된 모든 필요하거나 관련된 자료를 조사 전에 준비할 것을 단순히 요구하였다. 따라서 당해 기업은 조사의 준비에 필요한 자료의 구체적인 양식에 대해서는 알 수 없었다. 더욱이, 일반적으로 다른 장소에서 보관되고 있는 방대한 양의 자료가 특정거래에 필요하거나 관련이 있다고 간주되는 경우도 있었다. 그러나 조사기관이 그러한 방대한 자료의 일부를 검토할 수 있도록 동 자료를 모두 재작성하여 한 장소에 모으는 것은 대다수의 기업에게 불가능한 일일 것이다.

(2) 구체적인 판매내역의 검증과 관련하여, 조사기관은 자신이 검토하고자 하는 구체적인 판매내역을 검증 당일에 통보하고, 당해 기업이 모든 관련 서류를 현지에 비치해 둘 것을 기대하였다.

(3) 조사기관은 생산비와 판매내역에 대한 검증을 동시에 수행하는 것을 선호하였다. 이는 조사기관의 조사에 협조할 수 있도록 피소업체가 2개의 팀을 따로 구성하는 부담을 준다.

(4) 조사기간은 수출자와 생산자의 특수상황, 어느 규모의 정보가 요구되는지 또는 추가적인 정보수집이 필요한지에 비추어 계획된다. 일반적인 조사기간은 한 회사당 2-5일이다.<sup>10)</sup> 이러한 기간은 피소업체가 조사기관의 거래내역에 관한 추적이나 또는 제조비와 생산비의 모든 측면에 대한 완전한 검토가 가능할 수 있도록 기업의 회계제도, 문서보관 및 폐기제도, 판매와 유통채널 등의 상세한 정보를 제출하는데 일반적으로 불충분한 기간이었다.

(5) 조사기관은 직원들은 검증과 관련된 모든 자료를 원문서로 제출할 것을 주장하며, 기업의 자료보유방식과 관계없이<sup>11)</sup> 그러한 원 자료를 하드카피로 제출하기를 원하는 것으로 보인다. 피소업체는 자신이 자료를 어떠한 방식으로 보유하고 있으며, 자신의 자료보관 체제 내에서 무엇이 원문서가 되는지를 적절히 설명할 수 있도록 준비하여야 한다.

(6) 판매추적과 관련하여, 기업이 판매하는 방식의 상업적 배경에 대한 설명을 위해 적절한 시간이 필요하다.

짧은 검증 통보기간, 사전에 검증할 거래내역에 관해 구체적으로 언급하지 않는 조사기관의 관행, 방대한 관련문서의 요구, 원 자료의 하드카피의 선호 및 짧은 검증기간은 피소기업들의 검증사항의 준수를 더욱 어렵게 하는 요인이 되고 있다.<sup>12)</sup>

---

*Antidumping Agreement(Including Comments on China's Early Enforcement of its Antidumping Laws)*, Journal of World Trade, Vol. 34, No.6(2000.12), p.100.

10) WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by ARGENTINA Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/19, G/SCM/Q1/CHN/19, 7 May 2003, p. 8.

11) 다수의 기업들은 자료를 컴퓨터에 저장하고 있으며, 기업의 모든 목적에서 그 자료가 원자료가 된다.

## 9. 표본조사

상무부는 선택되지 않았으나 적시에 필요한 정보를 제공하였고 단독적인 덤핑마진을 확정해 줄 것을 명확히 요구하는 수출자 또는 생산자에 대해 단독심사를 진행해야 한다. 그러나 동 단독심사가 반덤핑조사의 적시적인 완성에 지장을 주는 경우는 제외된다.<sup>13)</sup> 여기에서 어떠한 경우 반덤핑조사의 적시적인 완성에 지장을 준다고 판단하는지 명확하지 않다.

한국, 미국, 태국, 대만산 미표백 라이너보드사건에서 상무부는 2004년 4월 22일 응소기업에 표본조사에 대한 의견청구서를 발송하였다. 규정된 시간 내, 한국 두림제지주식회사가 자사의 상품이 조사범위에 있지 않음을 주장하였고 미국포장회사와 한국주식회사 월산도 상무부에 서한을 보내 조사대상의 상품에 대한 통계가 잘못되어 응소신청서에 보고한 수출수량과 금액에 오류가 발생하였다고 주장하였다. 재확인을 거쳐 대상 조사기간 내 이들 업체가 실제로 중국에 조사대상상품을 수출하지 않았거나 수출한 수량이 비교적 적다고 판정하였다. 선정된 표본의 대표성을 확보하기 위하여, 상무부는 다시 미국 Inland Paperboard and Packaging Inc.사를 미국의 표본조사 기업으로 선정하였고 한국의 조일제지주식회사와 아시아제지주식회사를 한국의 표본조사기업으로 선정하였다.<sup>14)</sup> 다만 여기에서 한국과 미국의 회사 중 표본을 선정한 수량이 다른데 그 이유도 불명확하다.

## 10. 이용 가능한 정보

반덤핑조례 제21조의 이미 입수한 사실과 입수 가능한 최적의 정보의 범주에 포함될 정보의 범위가 불명확하다. 특히 이해관계자가 상황을 사실대로 반영하여 관련 자료를 제출하였다는 것에 조사당국이 동의하지 않는 경우에 어떠한 방식으로 해결해야 하는지에 관한 명시적인 규정이 없다.

예를 들어 한국, 미국, 캐나다산 신문지사건에서 조사기관은 Fletcher Challenge Canada, Pacifica Paperrrs, Avenor의 정상가격 결정에서 이용 가능한 정보를 사용하였다고 밝혔다. 그러나 한국산 폴리에스테르필름사건에서는 SKC이외의 효성, 코오롱, 새한의 정상가격 결정에서는 단순히 상황을 참작하여 이용 가능한 정보에 의하여 정상가격을 결정한다고 밝혔다. 또한 한국, 일본산 냉연스테인리스강사건에서도 이용

12) Kermit W. Almstedt & Patrick M. Norton, "China's Antidumping Laws and the WTO Antidumping Agreement(Including Comments on China's Early Enforcement of its Antidumping Laws)", Journal of World Trade, Vol. 34, No.6(2000.12), p.101.

13) 반덤핑표본조사잠정규칙 제15조.

14) 상무부 2005년 제60호 공고 참조.

가능한 정보에 의하여 정상가격 및 수출가격을 결정할 때 동 정보에 포함될 수 있는 것에 대한 제한이나 지침을 언급하지 않았다.<sup>15)</sup>

캐나다, 한국, 미국 신문지사건에서 7개 기업 중 6개 기업이; 폴리에스테르필름사건에서 4개 기업 중 3개 기업이; 국과 일본 냉연스테인리스강사건에서 15개 기업 중 7개 기업이 ‘현재 입수한 자료’에 기초하여 덤핑마진결정을 받았다. 물론 외국 수출자가 조사기관에 정보를 제공하지 않아서, ‘현재 입수한 자료’의 이용이 정당화된 경우도 포함된다.

## 11. 가격약속

상무부는 가격약속의 수락여부를 검토할 경우 아래 요소를 심사한다. (i) 덤핑으로 초래한 피해의 제거가능 여부; (ii) 효과적 감시조치 구비여부; (iii) 중국 공공이익의 부합 여부; (iv) 회피의 가능성 존재 여부; (v) 상무부가 심사에 필요하다고 인정하는 기타 요소.<sup>16)</sup> 상무부는 동 조항에 열거된 여러 요소들을 각 사안의 특수한 상황에 비추어 그리고 중국 국내법과 WTO협정에 따라 고려한다. 예를 들면, 스테인레스냉연철강사건에서 상무부는 한국과 일본 회사들로부터 제출된 가격약속 신청에 대해 감시조치, 우회 가능성, 피해의 제거와 공공이익 등 넓은 범위의 요소에 대한 포괄적인 검토를 거쳐 수락하였다.<sup>17)</sup> 여기서 공공이익은 실천적 목적에서, 가격약속이 상위 산업과 하위 산업 간의 평형의 불화를 초래하였는가, 국내 산업에 대한 과도한 보호로 되는가, 국내시장에 대한 공급에 부정적인 효과를 주는가, 국내시장에서의 다양한 유형의 경쟁관계에 도움이 되지 않는가(예로 독점과 불공정경쟁) 등과 같은 요소가 포함된다. 예를 들어, 중국 조사당국은 가격약속이 국내 산업에 대한 과도한 보호를 야기한다고 인정하는 경우, 가격약속의 제거를 선고할 수 있다.<sup>18)</sup>

상무부는 조사기간에 적극 협조하는 수출자 또는 생산자가 제출한 가격약속에 한해 서만 수락한다.<sup>19)</sup> 생산자 또는 수출자가 반덤핑조사에서 충분한 협력을 제공하였는가를 여부를 평가함에 있어 상무부는 사안의 특별상황을 고려하여 여러 가지 요소를 고려한다. 만약 생산자 또는 수출자가 최선을 다하였으나 아직도 일부 수치를 제공하는 데는

15) 대외무역경제합작부 1999년 제4호 공고, 2000년 제7호 공고, 2000년 제15호 공고 참조.

16) 반덤핑가격약속잠정규칙 제10조.

17) WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by UNITED STATES Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/33, G/SCM/Q1/CHN/33, 24 October 2003, p. 3.

18) WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by UNITED STATES Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/33, G/SCM/Q1/CHN/33, 10 October 2003, p. 4.

19) 반덤핑가격약속잠정규칙 제11조.

어려움이 있음을 설명할 수 있는 경우, 상무부는 동 생산자 또는 수출자가 충분한 협력을 제공하였는지 그리고 그의 가격약속을 수락할 것인지를 이러한 수치가 조사에 미친 영향의 범위를 고려하여 결정한다.<sup>20)</sup>

반덤핑조례 제33조제2항에 의하면 상무부는 가격약속을 수락하지 아니할 경우 관련 수출자에게 이유를 설명해야 한다고 규정하였다.

사례에서 보면, 한국, 일본, EU산 방향성 전기강판사건에서 예비판정 후의 법정기한 내, 주식회사 포스코는 조사기관에 가격약속 신청을 하였다. 이에 대해 조사기관은 심사를 거쳐, 현재 시장상황에 심한 기복이 있기에 가격약속이 시행 불가능하다고 판단하여 거부하였다.<sup>21)</sup>

한국, 태국산 테레프탈산사건에서 관련 응소회사는 조사기관에 가격약속을 제안하였다. 조사기관은 이에 대해 심사하였고 동 사건에서 가격약속을 취하는 가능성에 대해 연구하였다. 조사기관은 이러한 가격약속은 시행 가능한 감독조치가 이루어질 수 없다고 판단하여 거부하였다.<sup>22)</sup>

한국, 일본산 식품첨가제사건에서 한국의 대상주식회사는 가격약속을 제안한 후 조사기관과 추가연락을 취하지 않아 거부당하였다.<sup>23)</sup>

상술한 가격약속 거부사례에서 보아낼 수 있듯이 조사기관은 가격약속의 거부에 있어 매우 큰 자의적인 재량권을 행사하고 있으며, 충분한 설명도 이루어지지 않고 있다.

## 12. 확정반덤핑관세의 부과와 징수

반덤핑관세의 징수는 공공이익에 부합되어야 한다.<sup>24)</sup> 다만 이러한 공공이익은 어떻게 판단되는지에 대해 검토요소 등을 규정하고 있지는 않다.

한국, 대만, 러시아, 우크라이나, 카자흐스탄산 냉연철강사건에서 상무부는 2003년 9월 23일부터 5년간 반덤핑관세를 부과한다는 긍정 최종결정을 내렸지만 본 사건의 특수상황에 비추어 잠시 조사대상상품에 대한 반덤핑관세를 징수하지 않으며 징수시간은 사정에 따라 별도로 공고한다고 밝혔다.<sup>25)</sup> 상무부는 2003년 12월 17일 별도의 공고를 통하여 이러한 특수한 상황이 제거되었으므로 2004년 1월 14일부터 반덤핑관세를 징

20) WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by UNITED STATES Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/33, G/SCM/Q1/CHN/33, 24 October 2003, p. 3.

21) 상무부 2016년 제33호 공고 참조.

22) 상무부 2010년 제47호 공고 참조.

23) 상무부 2006년 제24호 공고 참조.

24) 반덤핑조례 제37조. 2004년 3월 31일 반덤핑조례의 개정으로 공공이익 요건이 추가되었다.

25) 상무부 2003년 제50호 공고 참조.

수한다고 밝혔다. 그러나 여기에서 특수한 상황이 무엇을 가리키는지는 명시하지 않았다.

### 13. 반덤핑관세 부과기간과 재심

덤핑·덤핑마진중간재심 및 신규수출자재심은 반덤핑조사개시잠정규칙 등이 제공한 기본절차를 참조하여 진행할 수 있다.<sup>26)</sup> 여기에서 참조하여 진행할 수 있다고 하여 어떠한 경우에 참조하지 않고 또한 참조하지 않을 경우 어떠한 절차를 따르는지 명백하지 않다.

### 14. 우회덤핑의 금지

국무원의 대외무역주관부서는 단독으로 또는 국무원의 관련부서와 함께 법률, 행정법규의 규정에 따라 무역구제조치를 회피한 행위를 조사할 수 있다.<sup>27)</sup> 무역구제조치의 회피행위에 대해 필요한 반우회조치를 취할 수 있다.<sup>28)</sup>

반덤핑조례 제55조에 따라 상무부는 적절한 조치를 취하여, 반덤핑조치를 우회하는 행위를 방지할 수 있다.<sup>29)</sup> 참고로, 우회덤핑금지와 관련하여 미국 등의 반덤핑법제도에서는 절차적, 실체적 규정을 상세히 두고 있다. 중국의 반덤핑조례는 이러한 행위를 방지할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐, 구체적인 절차적, 실체적 규정을 두고 있지 않다.

### 15. 상품범위에 대한 조정

#### (1) 조정요청 시의 결정시기

상품범위에 대한 조정신청은 최종판정이 내려지기 전까지 제출 가능하고, 재심에 있

26) WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by UNITED STATES Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/33, G/SCM/Q1/CHN/33, 10 October 2003, p. 6.

27) 대외무역법 제37조제(iv)항.

28) 대외무역법 제50조.

29) 2004년 2월 23일 현재, 중국에서 반우회관련 사건이 발생하지 않았다. 그러나 중국은 반우회에 관한 규칙을 제정할 것이다. 이러한 규칙은 반덤핑조례에 따라 제정될 것이며 WTO반덤핑협정과 기타 국가의 관행 및 중국의 특수한 상황에 비추어 제정할 것이다. WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by UNITED STATES Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/33, G/SCM/Q1/CHN/33, 10 October 2003, p. 9.

어서도 신청 가능하며, 결정은 예비판정 및 최종판정에서 이루어진다. 일반적으로 예비판정 전에 신청이 이루어진 경우, 예비판정에서 결정을 내리고, 그 후에 예비판정에 대한 추가신청 등이 이루어지지 않는 경우, 최종판정에서는 예비판정의 내용을 개괄적으로 간단히 언급하는 것이 관례이다.

실제 사례에서는 조사개시 후 배제신청을 하는 것이 다수이고, 예비판정에서 이에 대해 조사기관이 결정을 내린 후 추가신청을 하는 것으로 이루어진다. 물론 예비판정 후에 신규의 배제신청을 하는 사례도 일부 발견되며, 중간재심을 통해서 배제신청을 하는 사례도 있으나 종료재심에서 배제신청이 이루어지는 경우는 법령의 규정상으로는 가능하나 실제사건은 한건도 없다.

## (2) 제외 요청 거부사례

(i) 한국, 일본, 미국, 핀란드산 아트지 사건에서 한국의 피 제소회사는 중국기업이 생산하지 않거나 또는 중국생산기업과 직접적인 경쟁관계가 없는 품목을 조사대상상품에서 배제할 것을 요구하였다. 그 이유는 “이들은 조사대상상품과 물리적 특성, 생산설비, 제품용도가 다르며, 상호 대체가 가능하지 않다. 또한 국내산업의 해당 품목 생산물량은 매우 적으며, 품질도 안정적이지 못하여, 수입상품과 경쟁관계에 있지 않거나, 조사를 수락하지 않은 중국생산기업 외에 해당 품목을 생산하는 기업이 없다”는 것이었다.

조사기관은 우선 이들 품목이 물리적 특성, 기술 특성에 있어서 기본적으로 같고, 용도에 있어서도 실질적인 구분이 없으며, 이용고객과 판매경로도 같으며, 비교적 높은 대체 가능성과 경쟁 가능성이 존재한다고 하였다. 또한 국내 신청기업 중 이들 품목의 생산에 종사하는 기업이 있고 상당한 생산량과 규모를 갖추었으며, 해당 품목이 국내 산업의 생산물량에서 차지하는 비중도 상당하고, 품질도 수입상품과 기본적으로 경쟁 가능하다는 판단 하에 배제신청을 거부하였다.<sup>30)</sup>

(ii) 한국, 미국, 일본산 광섬유 사건에서 외국업체들은 일부 품목이 조사대상상품과 동종상품이 아니기에 배제해줄 것을 요청하였다. 주요이유는 물리적 특성, 화학적 속성, 생산공정, 기술성능, 제품용도, 고객평가 등 면에서 차이가 존재하며, 관련 국제기준에 있어서도 양자는 동종상품이 아니라는 것이다.

조사기관은 양자가 실질적인 차이가 없어 동종상품에 속하며, 배제하지 말아야 한다고 판정하였다. 그 주요이유는 일부 계수가 다르지만 기본 물리적 특성, 기본 기술특성에서 중대한 실질적 구분이 존재하지 않고, 생산기술과 공정에 있어서 실질적인 구분이 존재하지 않으며, 용도, 이용자와 판매경로도 기본적으로 동일하고 중국시장에 단독적인 이들 품목 이용자도 존재하지 않기에, 제품 사이에 대체 가능하고 비교적 강한

30) 상무부 2003년 제35호 공고 참조.



경쟁 가능성이 있다는 것이다.<sup>31)</sup>

(iii) 일본, 미국, 영국, 독일산 디메틸 사이클로실록산 사건에서 일부 품목이 순도, 품질에 있어서 국내제품과 다르며, 조사대상상품에 포함시키지 말 것을 주장하였다.

조사기관은 이들 품목이 조사대상상품 범위에 포함되어야 한다고 판정하였다. 조사기관은 비록 순도와 품질 측면에 있어서 양자는 차이가 존재하지만, 물리적 특성, 화학분자구조 등 주요 지표가 기본상 동일하고, 생산장치, 공정 측면에서도 기본상 동일하며, 제품용도, 판매도경 등 측면에서 본질적인 구분이 존재하지 않으며, 상품 간에 상호대체 가능하다고 판단하였다.

이해관계인은 조사개시공고의 범위에 일부 품목을 단독적으로 언급하지 않았고, 신청서에서 이들 품목이 조사대상상품의 가격범위에 있지 않으며, 기술지표의 서술에도 포함되지 않고, 분자구조, 물리 및 화학특성지표, 생산공정, 제품용도, 고객과 생산업체의 평가, 판매도경과 조사대상기간 내의 가격 등 측면에서 차이가 존재하기에 배제해 줄 것을 요청하였다.

조사기관은 이들을 배제하지 말아야 한다고 판정하였다. 조사개시공고 중의 제품가격, 물리적 특성, 화학적 특성과 관련하여 진행한 서술은 예시적이며, 비록 공고에서 이들 상품을 단독 언급하지는 않았지만 이들 상품을 포함하지 않는 것을 의미하지는 않으며 실제로 이들을 포함한다고 명시하였었다. 비록 일부 물리적 특성에 있어서 차이가 존재하지만, 이는 동종상품의 서로 다른 모델에 있어서 존재하는 정상적인 차별이다. 원자재, 생산공정, 용도 등 측면에서 기본적으로 동등하고, 국내기업이 생산능력을 구비하였고, 실제 생산상품이 수량과 품질측면에서 고객의 수요를 충족시킬 수 있다.<sup>32)</sup>

(iv) 중국은 재심에 있어서도 일부 품목에 대한 제외가 이루어지고 있다. 예를 들어 한국산 폴리에스테르필름 사건의 경우 도레이세한회사는 상무부에 신청서와 보충신청서를 제출하여 동 회사에 적용되는 반덤핑관세율에 대해 재심을 개시하여 주고 덤핑마진을 계산하여 줄 것을 신청하였으며 또한 반덤핑관세의 적용범위에 대해 재심사하여 자성 폴리에스테르필름은 반덤핑관세의 최종적용대상에서 배제하여 줄 것을 신청하였다. 이에 상무부는 “자성 폴리에스테르필름과 기타 폴리에스테르필름은 물리, 화학특성에 있어 실질적인 구분이 없고 생산원료, 생산공정이 같으며 일정한 정도에서 상호대체 가능하고 최종용도에 있어 일정한 차이가 존재하지만 아직 자성 폴리에스테르필름을 배제할 수 있는 충분한 이유로 되지 못한다. 양자는 상호경쟁관계에 있으며 같은 세번(HS Code)하에 있는 상품이다. 때문에 자성 폴리에스테르필름과 비자성 폴리에스

31) 상무부 2004년 제96호 공고 참조.

32) 상무부 2005년 제123호 공고 참조.

테르필름은 동종상품에 속하며 따라서 반덤핑조치의 적용범위에서 배제되지 말아야 한다”고 판정하였다. 덤핑마진과 관련하여서는 한국 도레이새한회사에서 생산된 폴리에스테르필름의 반덤핑관세 세율을 0%로 조정하였으며 한국산 수입 폴리에스테르필름에 대해 반덤핑조치를 시행하는 기간 중 도레이새한회사는 관련된 재심에 참가해야 한다고 하였다.<sup>33)</sup>

## 16. 대체 가능성

한국, 미국산 폴리실리콘사건에서 한국 OCI주식회사, 규업주식회사, SMP주식회사, 한화화학주식회사는 국내의 동종상품과 수입 조사대상 상품의 품질과 안정성 면에서 비교적 큰 차이가 존재하고 수입 조사대상상품과 비교하여 중국 국내기업이 생산과 판매하는 폴리실리콘상품의 순도가 비교적 차하고 품질도 균일하지 못하다고 주장하였다. 이에 대해 조사기관은 현지조사에서 수집한 신청인의 내부 품질검사보고서와 IT산업 전문재료 품질검사센터 등 제3자가 제출한 검사보고서 등 증거에 기초하여 분석하였다. 그 결과, 상술한 상품의 품질은 국가기준에 부합되고 또 이러한 국가기준은 국제기준과 비교하여 기본상 일치하며, 국내기업과 외국기업의 기업기준도 핵심적인 지표에 있어서 기본상 일치한다고 보아 한국업체의 상술한 주장을 기각하였다.<sup>34)</sup>

한국, 일본, 싱가포르, 대만산 비스페놀A사건에서 한국 LG석유화학주식회사와 금호P&B화학주식회사는 조사설문지를 제출하면서 중국에서 생산한 비스페놀A가 그들이 생산한 비스페놀A와 상품특성, 용도 등 측면에서 같다고 하였는데 증거에 의하면 한국에서 생산된 비스페놀A는 폴리카보네이트의 생산에 사용될 수 있으며 따라서 중국에서 생산한 비스페놀A도 폴리카보네이트의 생산에 사용될 수 있다고 판단하였으며 더 나아가 조사대상상품과 대체 가능하다고 판정하였다.<sup>35)</sup>

## 17. 미소수준

한국, 미국, 태국, 대만산 미표백 라이너보드사건의 조사개시 후, 한국제지공업연합회 및 화승제지주식회사 등 7개의 기업은 한국의 미표백 라이너보드 생산업체를 대표하여 상무부에 한국의 라이너보드는 조사대상상품의 물리지표요구를 충족시킬 수 없기에 이번 반덤핑 조사범위에서 배제되어야 하며, 결국 한국산 조사대상상품의 수출은 미소수준이기에 즉시 한국산에 대한 조사를 종료해줄 것을 요청하였다. 또한 관련 증거자료를 제출하면서 한국기업에 대해 현지조사를 해줄 것을 요청하였다.

상무부는 공청회 개최, 이해관계자의 논평 수집 등 방법을 이용하여 이 문제에 대한

33) 대외무역경제합작부 2003년 제1호 공고 참조.

34) 상무부 2014년 제5호 공고 참조.

35) 상무부 2007년 제68호 공고 참조.

조사를 진행하였고 한국에 가서 현지조사도 진행하였다. 조사를 거쳐 상무부는 다음과 같이 판단하였다. 현지조사를 수락한 한국기업들이 상무부에 보고한 조사기간 내 중국으로 수출한 미표백 라이너보드 거래로부터 보면 그 상품은 경도측면에서 조사개시 중 규정된 조사대상상품의 지표에 부합되지 않고 절대다수 상품의 경도지수도 조사개시 공고의 요구에 부합되지 않기에 이번 반덤핑조사의 조사대상범위에 포함되지 않는다. 따라서 한국산 수입물량을 계산함에 있어 이들 상품을 수입수량에서 배제한다.

배제의 기초 위에 상무부는 대상조사기간 내 한국이 중국으로 조사대상상품을 수출한 물량 및 비중에 대해 다시 계산하였다. 조사를 거쳐, 대상조사기간 내 한국의 조사대상상품 수량이 중국의 전체 수입물량에서 차지하는 비중이 3%를 초과하여 미소물량에 속하지 않는다고 하였다. 때문에 예비판정에서 상무부는 한국기업이 제출한 조사종료 신청을 기각하였다. 예비판정 후 동 문제에 대해 가일층 조사를 하였는데 조사를 거쳐 예비판정의 결과를 유지하였다. 가일층 조사에 대한 구체적인 묘사가 전무하다.

이 밖에, 한국기업들은 공제해야 할 수입물량을 계산함에 있어 홍콩으로 수출한 상품도 포함시켜야 한다고 주장하였다. 현지조사에서 상무부는 한국기업들이 홍콩으로 수출한 상품이 중국을 거쳐 반출되었음을 입증할 수 없다고 판단하였다. 또한, 중앙국이 조사대상상품에 대한 통계수치의 차이가 매우 작으며 한국세관이 통계한, 홍콩으로의 수출물량이 이 차이보다 훨씬 컸다. 상무부는 이들 기업이 중국해관의 통계수치에 홍콩으로 수출한 상품을 포함시켰음을 입증할 수 있는 충분한 증거를 제시하지 못하였기에 그 주장을 받아들이지 않았다.<sup>36)</sup>

### Ⅲ. 평가

중국의 반덤핑절차를 살펴보면 전반적으로 WTO의 규범을 준수하고 있다. 즉, 규정 자체로는 WTO반덤핑협정에서 규정된 내용을 잘 따르고 있다. 위에서 언급한 절차적인 문제점들은 대부분 WTO협정의 규정에 위배되기 보다는 WTO협정이 내재하고 있는 모호성 및 각 회원국에 부여한 시행입법의 제정과 관련하여 시행입법을 자세히 제정하지 않았거나 실제 사례의 운영에서 자의적으로 운영하여 나타나는 문제로서, 이는 수출업체들에 어려움을 더해주고 있다. 이러한 문제점은 법령상에 나타날 뿐만 아니라 실제 사건의 판정에서도 나타나고 있다. 특히 국내산업의 범위, 현지조사, 가격약속의 거부, 조사대상상품의 조정과 관련하여 수출업체와 조사기관 사이에 적지 않은 모순이 있었다.

수출업체와 관련되는 국내 생산업체를 국내 산업에서 배제하여야 하는 문제와 관련하여 배제할 수 있을 뿐이지 반드시 배제하여야 함은 아니라는 조사기관의 판단은 정

36) 상무부 2005년 제60호 공고 참조.

확해 보이지만 이러한 판단을 도출하는 과정은 불충분해 보인다. 가격약속의 거부 이 유도 수출업체의 입장에서 보면 매우 불충분해 보이며 현지조사에서도 짧은 시간 내에 너무 많은 자료를 요구하여 수출업체에 큰 부담을 주고 있다. 이 중에서 적지 않은 정보의 경우 결코 짧은 기간 내에 준비하기 어려움을 간과할 수 없다.

조사대상상품의 일부 모델을 반덤핑관세 부과대상에서 제외하는 것과 관련하여 중국은 상당히 엄격한 기준을 적용하고 있다. 특히 조사대상상품의 배제와 관련된 전문적인 법령을 두고 이에 대해 명확히 규정하고 있다.

전반적으로 보면 모든 사례에서 우선 조사대상상품과 국내산 상품이 동종 상품인지 여부에 대한 판단을 하고 있으며 동종 상품이라는 것이 입증되면 반덤핑관세 부과대상에서 배제하지 않는 것으로 보여진다. 설령 국내 산업이 해당 상품을 생산하지 않거나 아주 소량으로 생산한다 하더라도 기존 설비의 이용 가능성, 추후 생산 가능성 및 국내에서 경쟁 또는 대체 가능한 상품의 존재여부 등 요소를 검토하므로 결국 배제는 허용되지 않는 것으로 판단된다. 즉, 배제를 받으려면 동종 상품이 아니라는 점을 입증하는 방법 밖에 없어 보인다. 이러한 방법의 이용으로 인하여 종료재심에서 상품범위에 대한 논의는 더 이상 이루어지지 않고 있는데 이는 국내 산업을 보호하는 것과 더불어 행정기관의 업무량도 줄이는 비교적 적절한 방법으로 판단되며 한국의 경우 참조 가치가 있을 것으로 사료된다. 또한 일부 품목의 배제 시 반덤핑관세를 부과 받은 상품에 대해 동 품목으로 변경하여 우회 수출하는 것도 사전에 차단할 수 있는 것으로 보인다.

비록 상술한 문제점들이 존재하지만 초기의 사례와 비교해 보면 중국의 반덤핑 절차가 점차 규범화 되어가고 있음도 발견할 수 있다. 하지만 아직도 많은 모호함이 산재하고 있다. 따라서 이들 모호함을 해소하기 위해서 최선의 방법은 기존의 규정들을 더욱 자세하게 수정하거나 또는 가이드라인을 제정하는 것이 바람직 할 것이다.

[참고문헌]

- WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by ARGENTINA Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/17, G/SCM/Q1/CHN/17, 7 May 2003.
- WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by ARGENTINA Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/18, G/SCM/Q1/CHN/18, 7 May 2003
- WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by ARGENTINA Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/19, G/SCM/Q1/CHN/19, 7 May 2003.
- WTO, NOTIFICATION OF LAWS AND REGULATIONS UNDER ARTICLES 18.5 AND 32.6 OF THE AGREEMENTS Replies to the Questions Posed by UNITED STATES Regarding the Notification of CHINA, G/ADP/Q1/CHN/33, G/SCM/Q1/CHN/33, 24 October 2003.
- Kermit W. Almstedt & Patrick M. Norton, “*China’s Antidumping Laws and the WTO Antidumping Agreement(Including Comments on China’s Early Enforcement of its Antidumping Laws)*”, 「Journal of World Trade」, Vol. 34, No.6(2000).

[Abstract]

A Study on the Problem of Chinese anti-dumping Investigation Procedure\*

MA Guang\*\*

To June 11th 2017, there are 37 anti-dumping investigations against South Korea by China, in these cases, 29 cases imposed anti-dumping measures, and 11 anti-dumping measures in effect now. In this article, the author will examine some procedure problems in China's anti-dumping laws and practice.

Overall, China's anti-dumping procedures comply with the rules of WTO. But there are also some problems related to price undertaking, domestic industries, on-spot verification and so on. These problems are also not clarified under WTO agreement and it is make some difficulty to Korea exporter.

<key words>

Anti-Dumping Investigation, Procedure, China, Price Undertaking, Domestic Industries.

---

\* This article supported by the Fundamental Research Funds for the Central Universities.

\*\* Associate Professor of Zhejiang University, Guanghua Law School. Chinese Lawyer.

## 대기업과 중소기업의 상생을 위한 독점규제법의 기능 -독점규제법상 중소기업 보호기능을 중심으로-

이 찬 열\*

### 논문요지

국내 전체 기업체 수 대비 중소기업체 비중(99.%)과 종사자 수의 비중(87.8%)을 고려할 때 국민경제에서 차지하는 중소기업의 중요도는 매우 크다고 할 수 있다. 그러나 우리나라는 1960년대 이래 국가주도의 경제개발정책으로서 대기업중심의 경제개발 정책을 운용해온 결과 대기업 중심의 경제구조는 고착화되었고, 대·중소기업의 편차는 갈수록 심화되고 있다. 이러한 문제를 시정하기 위해 정부는 중소기업청을 중심으로 중소기업지원시책을 통해 대기업에 비해 중소기업이 갖는 상대적 취약점을 보완하려는 노력을 하는 추진해오고 있지만 국내의 대·중소기업 사이에 산재한 구조적 문제를 해결하기 위한 방안으로 독점규제법 집행 또한 기여가 될 수 있을 것이다. 우선 경제력집중 규제를 통한 대규모기업집단의 확장을 제한하여 중소기업의 이익에 기여할 수 있을 것이다. 그리고 부당한 지원행위의 금지함으로써 대기업의 계열회사여부에 관계없이 경쟁력을 기준으로 시장원리에 따라 시장참가자들에게 선택받을 수 있게 된다면 대기업에 비해 다소 열악한 위치에 있는 중소사업자 자신만의 경쟁력으로 시장에서 경쟁할 수 있게 될 것이다. 또한 독점규제법은 법이 금지하는 사항에서 일정한 경우에는 중소사업자에게 적용제외를 두어 중소기업의 대항력과 경쟁력을 배양하여 대기업과 대등하게 경쟁할 수 있는 규정을 두고 있다. 중소기업은 대기업에 비하여 생산량이나 거래규모, 자금, 인력 등 상대적으로 열등한 위치에 있기 때문에, 대기업과 실질적인 경쟁이나 거래관계에서 거래조건 협의시 동등한 교섭력을 기대하기는 어렵다. 이러한 상황에서 독점규제법이 모든 사업자에게 획일적인 규제를 하게 된다면 열등한 위치에 있는 중소기업은 시장에서 도태될 가능성이 크다. 따라서 독점규제법은 경쟁원칙상 금지되는 행위이지만 예외적인 사항에 경우 중소기업의 경쟁력과 대항력을 배양하기 위해 독점규제법의 적용을 제외하는 규정으로 소규모 사업자의 조합에 대한 적용제외(법 60조)와 중소기업 경쟁력 향상을 위한 공동행위의 인가(법 19조 2항 6호)제도를 법으로 정하고 있다.

검색용 주제어: 중소기업, 중소기업정책, 독점규제법 제60조, 공동행위인가

· 논문접수: 2017. 06. 30. · 심사개시: 2017. 07. 09. · 게재확정: 2017. 07. 20.

\* 가맹거래사, 명지대학교 법과대학 대학원 석사과정

## I. 서론

2017년 5월 대한민국 제20대 대통령선거를 앞두고 주요 정당<sup>1)</sup>의 각 후보들은 경제 분야의 정책으로서 모두 ‘중소기업 정책’을 우선적 추진 과제로 제시하였고, 이에 대한 구체적 이행 사항으로 각 후보들은 공통적으로 ‘중소기업청’의 부(部) 승격을 공약으로 내걸었다.<sup>2)</sup> 이는 중소기업이 한국경제에서 사업체 및 종사자 수 규모에서 차지하는 비중이 크고 중요하여 과거에도 정부는 국민경제의 균형발전을 위해 중소기업을 보호하고 지원·육성하는 다양한 법과 정책을 지속적으로 실시해 왔음에도 불구하고 그 효과가 미약하였기 때문에, 소관부처의 위상을 격상시키고 권한을 강화하여 실효성있는 정책을 추진하기 위한 것으로 생각되며, 따라서 당선자인 문재인 대통령도 향후 기존의 ‘중소기업청’을 ‘중소벤처기업부’로 격상시킬 것으로 예상된다. 이러한 조직개편을 통해 과거 보다 더 적극적인 정책집행이 가능해질 것이다. 그런데 정부가 해결하고자 하는 중소기업의 문제는 현재 중소기업청이 담당하고 있는 금융, R&D, 판로·수출, 인력 등의 중소기업의 진흥·육성 및 지원, 즉 중소기업이 대기업에 비하여 상대적으로 취약한 부분을 지원함으로써 해결해야 할 문제도 있지만 한편으로 대기업의 경제력 집중문제와 불공정거래관행 등과 같은 문제들도 중소기업자들의 사업 환경을 어렵게 만드는 요소이다.<sup>3)</sup>

따라서 정부의 중소기업 관련 시책은 現중소기업청 주관 중소기업의 상대적 취약점을 지원해주는 한편 공정거래위원회 주관 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘독점규제법’)의 적용과 집행을 통한 경쟁질서 확립으로 중소기업의 구조적 취약점을 시정하는 노력도 함께 병행되어야 할 것이다. 여기서 전자의 중소기업관련 법과 시책은 중소기업이 일정 규모까지 성장할 수 있도록 지원하여 시장에서 중소기업이 독립적 경제주체로서 대기업과 대등하게 경쟁할 수 있는 여건을 조성해주는 것을 말한다. 그리고 후자의 정책은 시장의 경제구조 개선을 통해 자본주의 시장경제 체제에서 시장기능이 본연의 기능을 다 할 수 있도록 하는 것을 목적으로 하여 그에 따른 반사적 이익으로 중소기업의 보호에 간접적으로 기여하는 것을 말한다.

이하에서는 중소기업의 구조적 취약함을 시정하기 위하여 독점규제법이 간접적으로

1) 여기서 주요 정당은 후보자의 득표율 기준 상위 5개 정당으로서 ‘더불어 민주당’, ‘자유 한국당’, ‘국민의당’, ‘바른정당’, ‘정의당’을 말한다.

2) 송창범 기자, ‘대통령 누가되어도 중소기업’부‘탄생, 운명의날 중소기업계는 누구 짝일까?’, 아주경제, 2017년 5월 8일자, <http://www.ajunews.com/view/20170508141504042> 2017.5.19. 최종확인.

3) 실제 중소사업체 320개를 대상으로 한 통계조사에 따르면 ‘대기업과 관련된 현 경제·정책 이슈 중 가장 심각한 문제’에 대한 응답으로 ‘납품단가 후려치기, 납품수수료 등 우월적 지위남용(54.4%), 일감몰아주기 등 총수일가의 사익편취 경제력집중(25.%)’, 대기업의 계열사 통한 중소기업·소상공인 영역 침탈(16.3%) 등이 있다. 중소기업중앙회, 2016 중소기업애로실태조사, 2016, 415면.



기능할 수 있는 부분에 대한 검토를 위해 중소기업의 현황(Ⅱ)과 독점규제법상 중소기업 보호기능(Ⅲ)에 대하여 살펴보도록 하겠다.

## Ⅱ. 중소기업의 현황

### 1. 중소기업의 경제적 위상

2014년 기준 국내 전체 사업체 수인 3,545,473개 중 국내 중소기업의 사업체 수(1인기준)는 3,542,350개로 중소기업이 국내 전체 산업체 수에서 차지하는 비중은 99.9%이다. 이러한 수치는 해외 주요 국가들과 비교하여 볼 때도 각국의 전체 사업체 수에서 중소기업이 차지하는 비중이 가장 작은 국가인 중국도 97.4%에 달하고 조사대상에서 나머지 국가들도 그 이상을 이루고 있어 국가 내 중소기업의 수가 큰 비중을 차지하는 것은 한국뿐만 아니라 주요 국가들에서도 보편적 상황인 것으로 보여진다.<sup>4)</sup>

또한 종사자수 측면에서는 국내 중소기업의 종사자 수가 14,028,000명으로 전체 산업의 종사자 수 대비 87.9%를 차지하고 있다. 그런데 앞서 사업체 수 비중을 비교한 것과는 달리 종사자 수 비중에서는 해외 주요 국가들의 수치는 가장 낮은 국가로 미국이 47.8%, 가장 높은 국가로 대만이 78.3%를 이루고 있어 한국과 조사대상 국가들 사이에 약 9%에서 40%까지 다소 큰 차이를 보이고 있는 것을 확인할 수 있다.<sup>5)</sup>

이처럼 한국의 중소기업은 사업체와 종사자 수의 비중을 보았을 때 한국 경제에서 상당한 정도의 비중을 차지하지만 생산액과 부가가치액 부분에서 중소기업은 전체 생산액 중 48.3%(7,482,101억원), 전체 부가가치액 중 51.2%(2,600,115억원)를 차지하고 있어 절반 정도 수준에 머무르고 있다. 이는 대·중소기업간 양극화는 물론 이에 종사하는 자들의 소득 양극화까지 심화시킬 우려가 있다.<sup>6)</sup>

---

4) <표1> 참조.

5) 종사자 수 비중의 차이를 볼 때, 이는 한국에서 중소기업과 관련한 문제가 다른 주요 해외 국가와 비교하여 국민들에게 보다 크게 체감될 수 있음을 짐작케 하며 실제 통계조사에 따르면 '중소기업 중심 바른 시장 경제구조 전환 필요성'에 대하여 '별로 아니다'라는 응답이 5.8%, '필요하다'라는 응답이 94.2%(약간 그렇다 52.9%+매우 그렇다 41.3%)에 이르는 것을 확인할 수 있다. 중소기업중앙회, 「2016 SMEs 중소기업애로실태조사」, 2016.12, 297면 참조.

6) 중소기업 종사자들의 임금 수준은 대기업 대비 76.2%(1998년), 61.4%(2009년), 60.6%(2015년)으로 격차가 벌어지고 있는 양상을 보이고 있다. 중소기업중앙회, 「2016년 중소기업 위상 지표」

| 구분            |      | 기업체수 <sup>7)</sup> (개) | 종사자수(천명) | 매출액        | 비고   |
|---------------|------|------------------------|----------|------------|------|
| 한국<br>(2014년) | 전산업  | 3,545,473              | 15,963   | N/A        |      |
|               | 중소기업 | 3,442,350              | 14,028   | N/A        |      |
|               | %    | 99.9                   | 87.9     |            |      |
| 일본<br>(2014년) | 전산업  | 5,508,812              | 57,073   | N/A        |      |
|               | 중소기업 | 5,451,759              | 43,160   | N/A        |      |
|               | %    | 99.0                   | 75.6     |            |      |
| 대만<br>(2014년) | 전산업  | 1,386,128              | 11,079   | 40,240,506 |      |
|               | 중소기업 | 1,353,049              | 8,669    | 11,839,868 |      |
|               | %    | 97.6                   | 78.3     | 29.4       |      |
| 중국<br>(2014년) | 전산업  | 377,888                | N/A      | 1,107,033  | 공업중심 |
|               | 중소기업 | 367,995                | N/A      | 670,286    |      |
|               | %    | 97.4                   |          | 60.5       |      |
| 미국<br>(2014년) | 전산업  | 5,497,670              | 121,070  | N/A        |      |
|               | 중소기업 | 5,490,470              | 57,895   | N/A        |      |
|               | %    | 99.7                   | 47.8     |            |      |
| 영국<br>(2016년) | 전산업  | 5,497,670              | 26,204   | 3,860,870  |      |
|               | 중소기업 | 5,490,470              | 15,735   | 1,824,699  |      |
|               | %    | 99.9                   | 60.0     | 55.5       |      |

<표1> 전산업 중소기업 통계<sup>8)</sup>  
(Statics on SMEs in the Whole Economy)

## 2. 중소기업자의 범위

중소기업기본법<sup>9)</sup> 제2조 제1항과 동법 시행령<sup>10)</sup> 제3조는 중소기업자의 범위에 대하여 명시하고 있는데 동법 제2조 제1항의 내용은 주로 다음과 같다. 영리를 목적으로

- 7) 1. 한국의 중소기업은 종사자수 1인 이상 300인 미만의 사업체
2. 일본의 중소기업은 종사자수 1인 이상 300인 미만의 민영·비1차산업 사업체
3. 대만의 중소기업은 납입자본금 8천만 NT\$ 미만의 기업체
4. 중국의 중소기업은 중국국가통계국의 분류에 따른 것으로 공업(광업, 제조업, 전기, 가스, 수도업)대상 기업체 통계임
5. 미국의 중소기업은 종사자수 500인 미만 기업체
6. 영국의 중소기업은 종사자수 250인 미만 기업체
- 8) 중소기업중앙회, '2016 해외 주요국 중소기업 통계', 15면 참조.
- 9) 1966년에 제정된 중소기업기본법은 2007년 4월 11일에 전부 개정된 이래, 여러 차례의 개정을 거쳤으며, 최근에는 2016년 12월 2일에 다시 개정되었다.
- 10) 2016년 4월 28일 대통령령 제27106호로 개정된 것.

사업을 하는 기업 중에서 업종별로 매출액<sup>11)</sup> 또는 자산총액<sup>12)</sup> 등이 대통령령으로 정하는 기준에 맞고 지분소유나 출자 관계 등 소유와 경영의 실질적인 독립성이 대통령령으로 정하는 기준에 맞는 기업, 또는 영리를 목적으로 하지 않는 사회적기업 육성법 제2조 제1호에 따른 사회적기업 중에서 대통령령으로 정하는 사회적 기업, 또는 협동조합 기본법 제2조에 따른 협동조합, 협동조합연합회, 사회적협동조합, 사회적협동조합연합회 중 대통령령으로 정하는 자를 말한다.

그리고 동법 제2조 제2항에 따라 중소기업은 대통령령으로 정하는 구분기준<sup>13)</sup>에 따라 소기업과 중기업으로 구분하며, 제3항에 따라 중소기업이 그 규모의 확대 등으로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우 그 사유가 발생한 연도의 다음 연도부터 3년간은 중소기업으로 본다. 다만 중소기업 외의 기업과 합병하거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유<sup>14)</sup>로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우에는 그러하지 아니하다. 또한 제4항에 따라 중소기업정책별 특성에 따라 필요하다고 인정하면 중소기업협동조합법<sup>15)</sup>이나 그 밖의 법률에서 정하는 바에 따라 중소기업협동조합이나 그 밖의 법인·단체 등을 중소기업자로 할 수 있다.

### 3. 중소기업관련 정책의 변화

우리나라에서 ‘중소기업의 육성’에 관심을 가지고 마련한 최초의 정책은 1956년 8월에 마련한 ‘중소기업육성대책요강’이었다. 이 요강은 중소기업협동조직의 강화대책으로 중소기업협동조합법의 제정을 제안하고, 중소기업 자금대책으로 20억 원의 융자재원 확보와 중소기업 판로확대 등을 제시하였지만 정부의 재원부족과 관리역량의 부족으로 대부분 실현되지 못했다. 그러나 정부가 최초로 중소기업 육성에 관심을 갖고 정책적인 대안을 제시하였다는 점에서 중소기업정책의 역사에서 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다.<sup>16)</sup>

11) 동법 시행령 제3조 및 별표1 참조.

12) 동법 시행령 제3조 제1항 제1호 나목에 따라 자산총액이 5천억원 미만일 것을 요한다.

13) 동법 시행령 제8조 및 별표3 참조.

14) 동법 시행령 제9조(유예 제외) 법 제2조제3항 단서에서 "대통령령으로 정하는 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유를 말한다. <개정 2009.3.25, 2011.12.28, 2013.10.16, 2014.4.14, 2016.4.5, 2016.4.26>

1. 중소기업이 법 제2조제3항 본문에 따라 중소기업으로 보는 기간 중에 있는 기업을 흡수합병한 경우로서 중소기업으로 보는 기간 중에 있는 기업이 당초 중소기업에 해당하지 아니하게 된 사유가 발생한 연도의 다음 연도부터 3년이 지난 경우

2. 중소기업이 제3조제1항제2호가목 또는 라목에 해당하는 경우

3. 법 제2조제3항 본문에 따라 중소기업으로 보았던 기업이 같은 조 제1항에 따른 중소기업이 되었다가 그 평균매출액등의 증가 등으로 다시 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우

4. 삭제 <2014.4.14>

15) 2016년 1월 27일 법률 제13869호로 개정된 것.

16) 권오승, “중소기업관련법과 정책의 개선”, 『서울대학교 法學』 제55권 제2호(2014), 560면.

이후 정부의 중소기업정책은 국내의 경제성장 정책에 따라서 변화하였는데 초기에는 다소 '경쟁제한적인 중소기업정책'을 펴오다가 1990년대에 들어와서 '자율과 경쟁을 지향하는 중소기업정책'으로 변모하였다. 2000년대에는 '혁신형 중소기업의 육성'을 위한 정책들 추진하였다. 하지만 1960년대 이래 정부가 꾸준히 중소기업을 지원·육성하고 보호하는 정책을 추진해 왔음에도 불구하고 대·중소기업 간의 양극화는 해소되지 않고 오히려 심화되어 이명박 정부에서는 대·중소기업의 동반성장정책이 필요하다는 점을 강조하며 2010년에는 동반성장위원회를 설립하고, '대·중소기업의 동반성장정책' 추진대책을 발표하였고, 2013년에 출범한 박근혜 정부는 우리나라 경제가 선도·창조형 경제로 변화할 수 있도록 하기 위하여, ① 창조경제의 생태계 조성, ② 중소·중견기업의 육성 및 ③ 소상공인과 전통시장의 활력 회복 등을 중소기업관련 중점 정책과제로 선정하여 추진하였다.<sup>17)</sup>

#### 4. 중소기업관련법

중소기업청 소관 법령은 총 20개<sup>18)</sup>로 중소기업기본법, 중소기업 협동 조합법, 소상공인 보호 및 지원에 관한 법률, 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법, 중견기업성장 촉진 및 경쟁력 강화에 관한 특별법, 벤처기업 육성에 관한 특별조치법, 1인 창조기업 육성에 관한 법률, 여성기업 지원에 관한 법률, 중소기업 인력지원 특별법, 중소기업 기술보호 지원에 관한 법률, 중소기업 진흥에 관한 법률, 지역특화 발전특구에 대한 규제특례법, 장애인기업활동 촉진법, 도시형 소공인 지원에 관한 특별법, 중소기업 사업전환 촉진에 관한 특별법, 중소기업 창업지원법, 중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률, 지역 신용보증재단법, 중소기업혁신 촉진법, 중소기업수출지원센터의 설치 및 운영 등에 관한 규정이 있다. 이외에도 타 정부 부처 소관의 중소기업관련 법들이 있는데 이들을 종합하여 그 적용대상에 따라 분류하여 보면 다음 <표2>와 같다.

17) 권오승, 경제법, 법문사, 2015, 439-445면 참조.

18) 중소기업청, 중소기업청 소관법률.

<http://www.smba.go.kr/site/smba/01/10106010000002016101111.jsp>, 2017년 5월 14일 최종확인.

|                     |                                                                                                                                                                                                                       |
|---------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 중소기업 일반을 대상으로 하는 법률 | 중소기업기본법                                                                                                                                                                                                               |
|                     | 중소기업협동조합법<br>중소기업 인력지원 특별법<br>중소기업 기술보호 지원에 관한 법률<br>중소진흥에 관한 법률<br>중소기업 사업전환 촉진에 관한 특별법<br>중소기업 창업지원법<br>중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률<br>중소기업혁신 촉진법<br>중소기업 수출지원센터의 설치 및 운영 등에 관한 규정<br>대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률(지식경제부 소관) |
| 적용대상을 특정하고 있는 법률    | 소상공인 보호 및 지원에 관한 법률<br>전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법<br>중견기업성장 촉진 및 경쟁력 강화에 관한 특별법<br>벤처기업 육성에 관한 특별조치법<br>1인 창조기업 육성에 관한 법률<br>여성기업 지원에 관한 법률<br>지역특화 발전 특구에 대한 규제특례법<br>장애인기업활동 촉진법<br>도시형 소공인 지원에 관한 특별법<br>지역 신용보증재단법     |

<표2> 현행 중소기업 관련 법률<sup>19)20)</sup>

## 5. 대·중소기업 상생 저해요소

### (1) 대기업집단(재벌)의 경제력집중

자본주의 사회에서 경제력이 소수의 개인이나 기업에게 집중되는 현상이 자주나타고 있는데, 이를 경제력집중(concentration of economic power)이라 한다. 우리나라에서는 이른바 ‘재벌’이라 불리는 소수의 기업집단에게 경제력이 과도하게 집중되어 있는 것이 심각한 사회문제가 되고<sup>21)</sup> 이러한 기업집단은 시장기능의 왜곡이나 비관련분야로의 다각화(unrelated diversification)와 같은 폐해를 초래할 우려가 있기 때문에 규제의 필요성이 있다. 특히 비관련분야로의 다각화는 소위 ‘문어발식 확장’으로 전·후방시

19) 권오승, 앞의 책, 447면 [표1]을 참고하여 재구성하였다.

20) 중소기업중앙회, 2016 중소기업 현황, 20면.

21) 권오승, 앞의 책, 227면 참조.

장으로 계열화를 촉진하거나 인접시장에 있는 중소기업을 하청화함으로써 사실상의 지배·종속관계를 구축하게 된다. 결국 재벌은 이러한 지배·종속관계를 통해 계열회사에게 물량몰아주기를 하거나 SSM 등 영세업종으로의 확장을 하게 된다. 이러한 상황에서 혁신적인 중소기업이나 독립적인 자영업자가 이를 극복하고 중견 내지 대기업으로 성장·발전하기란 지극히 어려울 수밖에 없는 것이다.<sup>22)</sup>

### (2) 독과점의 폐해: 수요지배력을 중심으로

독과점 그 자체는 경쟁원리에 따른 자연스런 현상일 수 있으나, 필연적으로 전·후방의 거래관계에서는 그 힘이 남용될 소지를 안고 있다. 최근 우리나라에서 대·중소기업의 거래관계에서 자주 등장하는 하도급관계나 대규모유통업 분야는 주로 대기업을 중심으로 한 수요 지배력(buyer power)의 폐해를 잘 보여주고 있다. 이를테면 원사업자는 중소하도급업체에 대하여 부당한 거래조건, 이를테면 부당한 납품가격 결정이나 대금감액 등의 형태로 이들을 착취하는 형태의 남용을 할 수 있게 된다. 이른바 수요지배적 사업자는 공급측면에 비하여 비교적 낮은 시장점유율만으로도 하도급업체 내지 납품업체에 대하여 부당하게 단가를 인하하거나, 정당한 이유 없이 반품 혹은 납품대금을 감액하는 등의 방법으로 자신의 귀책사유나 불가항력으로 인한 비용증가분을 전가시킬 수 있는 것이다. 그런데 대·중소기업의 관계에서 나타나는 수요지배력은 다분히 구조적인 성격이 강하다. 즉, 다수의 중소기업이 소수의 대기업에 납품하고 있는 우리나라의 실정에서 교섭력의 격차를 가져올 수밖에 없다. 수요지배력이란 대기업에 비하여 다수의 중소제조업체가 치열하게 경쟁하거나, 공급과잉으로 거래처선택 내지 거래처전환의 범위가 넓지 않으며, 대기업의 구매량이 매우 커서 중소납품업자가 당해 수요자에 대한 공급에 상당히 의존하거나, 또는 대기업이 갖고 있는 시장에서의 명성이나 브랜드파워로 인하여 납품업체가 그와 거래관계를 가지지 않으면 안 되거나, 또는 오로지 특정수요자와의 거래를 위하여 납품업체가 이미 적지 않은 투자를 완료한 경우에 발생할 수 있으며 이는 구조적으로 양 당사자의 공정하고 자유로운 합의를 어렵게 한다<sup>23)</sup>.

### (3) 불공정거래행위

불공정거래행위는 사업자들 간의 경쟁의 수단이나 방법이 불공정하거나 거래의 내용이나 조건이 불공정한 경우를 말하며 일반적으로 불공정거래행위의 피해자는 사업자가 될 수도 있고 소비자가 될 수도 있는데, 사업자가 될 경우에는 중소기업일 가능성이 높다.<sup>24)</sup> 특히 대·중소기업관계에서는 불공정거래행위 중 거래상지위의 남용과 부당한

22) 이봉익, “大·中小企業 共生發展을 위한 法の 役割”, 『저스티스』 통권 제134-2호(2013), 225면 참조.

23) 이봉익, 앞의 글, 6-7면 참조.

24) 권오승, 앞의 글, 24면 참조.

지원행위가 문제를 일으킬 소지가 크다. 먼저 거래상지위 남용이 문제되는 이유는 우리나라 대기업과 중소기업의 관계는 주로 대기업이 최종재를 생산하고 중소기업은 이에 필요한 중간재를 생산하여 대기업에 납품하는 계속적 거래관계가 많은데 거래상 지위남용이 문제되는 경우는 주로 이와 같은 계속적인 거래관계에서 발생하기 쉽다. 단일 거래에서 일방이 부당한 거래조건을 제시할 경우 상대방은 거절하면 된다. 그러나 계속적인 관계에서 거래 일방의 당사자가 거래에 수반되는 자본설비, 인력투자나 기술 등을 투입하였다면 이미 투입된 자본 등의 전용이 쉽지가 않아 설령 부당한 거래조건을 제시하더라도 거절하기 어려운 실정에 처하게 된다.

이는 경제학에서 말하는 볼모문제(Hold-up problem)로 계속적 거래에서 투입된 자본의 전용이 쉽지 않아 그것이 일종의 볼모가 되어 그 거래관계에 종속 되어버리는 고착효과(Lock-in Effect)가 발생할 수 있기 때문이다. 즉, 상대적으로 우월적 지위에 있는 사업자는 열위의 사업자의 매몰되는 특정자산을 인질(Hostage)로 삼아 자신의 이익을 극대화하기 위해서 지위를 남용할 가능성이 있는 것이다. 만약 이러한 거래상 지위 남용 행위가 발생하게 되면 열등한 지위에 있는 사업자의 이익을 부당하게 침해하게 되고, 국민 경제 전체적으로 볼 때 사회적 후생의 축소와 더불어 경제 전반의 효율성 제고가 어렵게 된다.<sup>25)</sup>

그리고 부당한 지원행위는 다음과 같은 경우에서 문제가 된다. 예컨대 계열회사(A)와 경쟁관계에 있는 중소기업(C)이 공급하는 재화나 서비스의 가격이나 품질이 그 계열회사(A)가 공급하는 것보다 더 우수하다고 하더라도 그 중소기업의 거래상대방인 계열회사(B)는 다른 이유로 동일한 기업집단에 소속되어 있는 계열회사(A)와 거래하는 것을 선호하는 경우가 많기 때문에, 기업집단의 계열회사와 거래관계를 맺기를 희망하는 중소기업(C)은 그러한 기회를 얻기가 매우 어렵다. 따라서 이러한 중소기업과 기업집단의 계열회사 간에는 공정한 경쟁을 기대하기가 매우 어렵고, 또 기업집단의 계열회사와 거래관계를 맺고 있는 중소기업은 그 계열회사가 불공정한 거래조건을 요구하더라도 이를 거절하기가 매우 어렵기 때문에 그들 사이에 공정한 거래를 기대하기도 어렵다.<sup>26)</sup>

## 6. 소결

앞서 본 바와 같이 그 동안 우리나라 정부는 중소기업의 지원·육성을 위해 정책적으로 노력해왔으며, 이를 법적으로 뒷받침할 중소기업청 소관 법률도 다수 마련해 두고 있지만 여전히 우리나라의 대기업과 중소기업의 불균형 문제는 고착화 되고 오히려 대기업집단간의 양극화 현상까지 악화되고 있는 상황<sup>27)</sup>을 볼 때, 그 동안의 우리나라 중

25) 김건식, “중소사업자 보호와 관련한 거래상 지위남용 규제 법률의 고찰”, 「아주법학」 제10권 제3호(2016), 7면 참조.

26) 권오승, 앞의 글, 49면 참조.

소기업 지원·육성 정책의 실효성에 대하여 의문이 있다.<sup>28)</sup> 이는 대·중소기업 상생을 위해 중소기업이 대기업에 비하여 상대적으로 취약한 부분을 지원해주는 것 과 동시에 한국경제의 보다 근본적인 문제의 해결을 위한 노력도 병행되어야함을 시사한다. 즉 시장의 경쟁질서를 저해하는 행위 근절을 위하여 정부의 노력이 기울여 져야한다.<sup>29)</sup>

### III. 독점규제법상 중소기업 보호기능

#### 1. 의의

##### (1) 헌법적 근거

우리 헌법은 제123조 제3항<sup>30)</sup>에서 중소기업이 국민경제에서 차지하는 중요성 때문에 중소기업의 보호와 육성을 국가경제정책적 목표로 명시적으로 규정하였다고 할 수 있다.

이 조항은 대기업과의 경쟁에서 불리한 위치에 있는 중소기업의 지원을 통하여 경쟁에서의 불리함을 조정하고, 가능하면 균등한 경쟁조건을 형성함으로써 대기업과의 경쟁을 가능하게 해야 할 국가의 과제를 담고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>31)</sup>

또한 이에 대하여 헌법재판소도 “중소기업은 생산과 고용의 증대에 기여하고 대기업 보다 경기의 영향을 작게 받으며, 수요의 변화에 적절히 대처하고 새로운 기술의 개발을 기대하게 할 뿐만 아니라 사회적 분업과 기업 간의 경쟁을 촉진함으로써 전체 국민 경제에 크게 기여하고 있다. 그러나 중소기업은 대기업에 비하여 자금력, 기술수준, 경영능력 등에 있어서 열세하기 때문에 자력으로는 경영의 합리화와 경쟁력의 향상을 도모할 수 없는 경우가 많다. 우리 헌법은 중소기업이 국민경제에서 차지하는 중요성 때문에 ‘중소기업의 보호’를 국가경제정책적 목표로 명문화하고, 대기업과의 경쟁에서 불리한 위치에 있는 중소기업의 지원을 통하여 경쟁에서의 불리함을 조정하고, 가능하면 균등한 경쟁조건을 형성함으로써 대기업과의 경쟁을 가능하게 해야 할 국가의 과제를 부과하고 있다. 중소기업의 보호는 넓은 의미의 경쟁정책의 한 측면을 의미하므로, 중소기업의 보호는 원칙적으로 경쟁질서의 범주 내에서 경쟁질서의 확립을 통하여 이루

27) 이봉의, “한국형 시장경제의 심화와 경제법의 역할”, 「서울대학교 法學」 제58권 제1호 (2017), 110면 참조.

28) 중소기업정책의 활용도 및 실효성 지표는 2016년 각각 67.2% 및 52.4%로 전년의 63.8% 및 47.9%에 비해 다소 개선되었지만 여전히 중소기업정책 활용도에 비해 실효성이 낮은 수준을 지속하고 있다는 지적으로 조덕희 외, ‘중소기업정책 활용도에 비해 실효성 낮아’, 4차 산업혁명 시대를 주도하는 KIET 산업정책 리포트, 산업연구원(2016), 2면 참조.

29) 권오승, “독점규제법은 경제질서의 기본법이다”, 「경쟁법연구」 제23권(2011), 153면 참조.

30) 대한민국헌법 제123조 제3항 ‘국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다.’

31) 법제처, 헌법주석서IV, 2010, 526면 참조.



어저야 한다.”고 판시하였다.<sup>32)</sup>

## (2) 비교법적 검토: 독일 경쟁제한방지법

독일 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 이하 ‘GWB’라 한다)은 경제적 약자인 중소기업을 보호하기 위하여 사업자간의 공동행위에 있어서의 중소기업에 대한 예외조항을 두는 한편, 시장에서 우월한 지위를 갖고 있는 사업자들의 남용행위를 규제함으로써 경쟁법이 중소기업 보호역할의 일부 기능을 수행하고 있다.<sup>33)</sup>

GWB는 제1조에서 경쟁관계에 있는 사업자 또는 사업자단체간의 수평적 수직적 경쟁제한 행위를 카르텔로서 금지하고 있다. 이에 따르면 경쟁 사업자 간의 어떠한 협정, 결의, 합의에 기한행위는 경쟁을 제한 또는 왜곡시킬 우려가 있거나 왜곡시키는 경우에 금지되며, 그러한 계약은 사법적으로도 무효이다. 그런데 GWB 상으로는 중소기업 간에 일정한 합의를 했을 경우에 제3조에 의해 예외적으로 허용되는 경우가 있다. 이처럼 GWB가 법 정책적인 취지로서 중소기업의 일정한 행위에 대하여 예외를 두는 이유는 “중소기업의 공동행위가 시장의 경쟁을 현저히 저해 또는 왜곡하지 않으며, 오히려 그러한 합의를 통해 중소기업의 경쟁 능력이 개선되어 시장에서의 경쟁에 도움을 주기 때문에 경쟁법의 목적에 반하지 않는다는 것이다. 다시 말하면 이는 경쟁의 보호와 중소기업의 보호라는 정책의 형량의 결과인 셈이다.”<sup>34)</sup>

또한 “GWB 제20조 제2항의 경우에도 특정한 상품의 종류나 영업상 형태에 따라 우월한 지위를 가진 사업자가 수요나 공급과 관련하여 구속되어있는 중소기업에 대하여 남용행위를 하는 것이 금지된다. 이는 GWB 제20조 제1항은 우월적 지위를 가진 사업자의 일반적 경쟁사업자에 대한 차별취급행위만을 그 대상으로 한 것이지만, 제20조 제2항은 특별히 보호 대상을 중소기업으로 하여 규율하고자 한 것이다.”<sup>35)</sup> 그리고 제20조 제2항과 구별하여 제4항은 경쟁관계에 있는 중소기업에 대한 방해 행위를 다루고 있는데, 이는 대기업과 같은 시장에서 경쟁관계에 있는 중소기업에 대한 방해 행위를 규율하고 있는 것이다. 중소기업의 거래 상대방이 아닌 경쟁자로서 우월한 시장지배력을 갖고 그 지배력을 이용하여 공격적으로 할인이나 리베이트를 지급하여 경쟁사업자인 다른 중소기업의 사업 활동을 방해하는 행위를 규제하는 것을 목적으로 하고 있다.”<sup>36)</sup>

32) 헌재 1996.12. 26. 96헌가18.

33) 황태희, “독일경쟁제한방지법상 중소기업 보호규정과 시사점”, 「법학연구」 제52권 제1호 (2011), 172면 참조.

34) 황태희, 앞의 글, 175면.

35) 황태희, 앞의 글, 179면.

36) 황태희, 앞의 글, 184면.

## 2. 대기업 규제의 반사적 이익으로 중소기업이 보호되는 경우

### (1) 경제력집중 규제

#### 가. 대규모기업집단 규제

현행 독점규제법상 대규모기업집단에 대한 규제는 상호출자 금지, 순환출자의 금지, 채무보증 제한 등에 의하여 구체화 되고 있다. 이러한 공정거래법상 경제력 집중억제를 위한 규제는 대규모기업집단의 확장을 제한함으로써 중소기업의 이익에 기여할 수 있다.<sup>37)</sup>

각 규제의 주 내용을 간략히 살펴보면 먼저 상호출자의 금지는 상법상에서 상호주보유의 제한을 통해 규제하고 있지만, 회사 상호간의 직접적인 상호주보유만을 그 대상으로 하고 있기 때문에, 기업집단에 소속된 계열회사 사이에 나타나는 다양한 모습의 상호출자를 규제하는 데에는 미흡한 점이 있었다. 따라서 독점규제법은 대규모기업집단 소속 계열회사들이 다양한 상호출자방식을 사용하여 무리한 계열 확장을 시도함으로써 나타나는 폐해들이 발생하는 것을 방지하기 위해 상호출자의 금지를 규정하였고 몇 차례 개정을 거쳐 지금에 이르게 되었다.<sup>38)</sup> 독점규제법은 자산총액이 5조원 이상인 기업집단을 대통령령으로 정하는 바에 따라 공시대상기업집단으로 지정하고, 지정된 공시대상기업집단 중 일정규모이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단을 상호출자제한기업집단<sup>39)</sup>으로 지정한다.(법 14조 1항) 이에 속하는 회사는 자기의 주식을 취득 또는 소유하고 있는 계열회사의 주식을 취득 소유하여서는 아니된다(법 9조 1항). 다만 ①회사의 합병 또는 영업전부의 양수로 인한 경우, ②담보권의 실행 또는 대물변제의 수령의 경우에는 예외로 한다(법 9조 1항 단서). 그런데 이러한 예외의 경우에도 출자를 한 회사는 해당 주식을 취득 또는 소유한 날부터 6월 이내에 이를 처분하여야 하지만 자기의 주식을 취득 또는 소유하고 있는 계열회사가 그 주식을 처분한 때에는 그러하지 아니하다(법 9조 제2항). 그리고 상호출자제한기업집단에 속하는 회사로서 「중소기업창업 지원법」에 의한 중소기업창업투자회사는 국내 계열회사주식을 취득 또는 소유하여서는 아니된다(법 제9조 3항).

그리고 독점규제법은 순환출자가 편법적 경영권 승계를 위한 방법으로 활용되는 등 경제력 집중에 따른 폐해를 유발하고 있다는 비판이 있었는데, 대기업집단 계열회사

37) 홍명수, “공정거래법상 중소기업정책의 반영에 관한 연구”, 법학연구 제53권 제1호(2012), 352면 참조.

38) 상호출자의 금지를 규정하고 있는 법 제9조는 최근 2017년 4월 18일 개정되어, 2017년 7월 19일부터 시행될 예정이다.

39) 공정거래위원회는 2017년 5월 1일 자산총액 10조원 이상인 31개 기업집단을 ‘상호출자제한·채무보증제한 기업집단’으로 지정했다. 공정거래위원회, ‘2017년 대기업집단 지정 보도자료’ 참조.

간 신규순환출자를 금지함으로써, 대기업집단이 무리한 확장보다는 내실 있는 성장에 주력할 수 있도록 유도하기 위하여 ‘순환출자의 금지<sup>40)</sup>’를 법정하였다. 이는 상호출자의 우회수단인 순환출자를 활용한 지배력 확장 등 부작용과 대기업집단이 비관련 분야로 무리하게 확장하는 것을 방지하고 자신들의 본래 사업에 집중할 수 있도록 하여 구조적으로 중소기업을 보호하는 기능을 할 수 있다. 독점규제법 제9조의2 제2항에 따르면 “상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 순환출자를 형성하는 계열출자를 하여서는 아니된다.”고 규정하고, 이미 순환출자관계에 있는 계열회사의 경우 추가적인 계열출자 또한 금지하고 있다. 다만 회사의 합병·분할, 주식의 포괄적 교환·이전 또는 영업전부의 양수 등 동법 제9조의2 제2항 각 호<sup>41)</sup>에 어느 하나에 해당하는 경우는 예외를 두고 있다. 그러나 이 경우에 법 제9조의2 제2항 단서에 따라 계열출자를 한 회사는 해당주식을 취득 또는 소유한 날부터 경우에 따라 6개월, 1년 또는 3년 내에 취득 또는 소유한 해당 주식<sup>42)</sup>을 처분하여야 한다.(법 9조 3항)

마지막으로 채무보증의 제한을 통한 대규모기업집단에 대한 규제로서 독점규제법 제10조의 2는 “상호출자제한기업집단에 속하는 회사(금융업 또는 보험업을 영위하는 회사는 제외한다)는 채무보증을 하여서는 아니된다.”고 규정하고 있다. 다만 예외적으로

40) 순환출자란 기업집단의 계열회사들 간에 설 복잡하게 얽혀 있는 출자를 말한다. 예컨대 甲 기업집단에 소속된 계열회사 A, B, C가 A는 B에게 출자하고, B는 C에게 출자하고, C는 다시 A에게 출자하는 것과 같은 경우를 말한다. 권오승, 앞의 책, 252면 참조.

41) 제9조의2(순환출자의 금지) ① 삭제 <2017.4.18.>

② 상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 순환출자를 형성하는 계열출자를 하여서는 아니 된다. 상호출자제한기업집단 소속 회사 중 순환출자 관계에 있는 계열회사의 계열출자대상회사에 대한 추가적인 계열출자[계열출자회사가 「상법」 제418조제1항에 따른 신주배정 또는 제462조의2제1항에 따른 주식배당(이하 "신주배정등"이라 한다)에 따라 취득 또는 소유한 주식 중에서 신주배정등이 있기 전 자신의 지분을 범위의 주식, 순환출자회사집단에 속하는 계열회사 간 합병에 의한 계열출자는 제외한다] 또한 같다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2016.3.18., 2017.4.18.>

1. 회사의 합병·분할, 주식의 포괄적 교환·이전 또는 영업전부의 양수
2. 담보권의 실행 또는 대물변제의 수령
3. 계열출자회사가 신주배정등에 의하여 취득 또는 소유한 주식 중에서 다른 주주의 실권 등에 의하여 신주배정등이 있기 전 자신의 지분을 범위를 초과하여 취득 또는 소유한 계열출자대상회사의 주식이 있는 경우
4. 「기업구조조정 촉진법」 제9조제1항에 따라 부실징후기업의 관리절차를 개시한 회사에 대하여 같은 법 제24조제2항에 따라 금융채권자협의회가 의결하여 동일인(친족을 포함한다)의 재산출연 또는 부실징후기업의 주주인 계열출자회사의 유상증자 참여(채권의 출자전환을 포함한다)를 결정한 경우
5. 「기업구조조정 촉진법」 제2조제2호의 금융채권자가 같은 법 제2조제7호에 따른 부실징후기업과 기업개선계획의 이행을 위한 약정을 체결하고 금융채권자협의회 의결로 동일인(친족을 포함한다)의 재산출연 또는 부실징후기업의 주주인 계열출자회사의 유상증자 참여(채권의 출자전환을 포함한다)를 결정한 경우

③ 생략

42) 법 제9조의2 제2항 제3호 내지 제5호에 해당하는 경우에는 신주배정 등의 결정, 재산출연 또는 유상증자 결정이 있기 전 지분을 초과분을 말한다.

①조세특례제한법에 따른 합리화기준에 따라 인수되는 회사의 채무와 관련된 채무보증과 ②기업의 국제경쟁력 강화를 위하여 필요한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에 대한 채무보증은 허용하고 있다.

### 나. 부당한 지원행위의 금지

일반적으로 부당한 지원행위는 부당내부거래에 해당하므로 이를 통해 대기업으로부터 계속해서 자금, 자산, 인력 등을 지원 받는 계열회사는 경쟁력이 떨어짐에도 불구하고 시장에서 퇴출되지 않고 살아남게 되고 대기업의 계열회사와 경쟁관계에 있는 상대적으로 열악한 중소기업은 시장에서 도태될 가능성이 크다. 따라서 부당지원행위를 금지함으로써 대기업의 계열회사여부에 관계없이 경쟁력을 기준으로 시장원리에 따라 시장참가자들에게 선택받을 수 있게 된다면 대기업에 비해 다소 열악한 위치에 있는 중소기업자도 경쟁력이 있다면 살아남게 되어 이는 중소기업자 보호에 기여할 수 있게 될 것이다.

독점규제법 제23조 제1항 제7호는 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위 또는 다른 사업자와 직접 상품 용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위로서, 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나, 특수관계인 또는 다른 회사로 하여금 이를 행하도록 해서는 안 된다고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제2항에 따라 제1항 제7호에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 지원을 받는 행위는 금지된다. 그리고 부당지원행위의 구체적 유형과 기준은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 이에 따라 같은 법시행령 제36조 제1항은 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 별표1의2에 명시하고 있다.

한편 부당한 지원행위 도입초기 입법자는 이를 경제력 집중 억제 수단으로 보아 제3장에 규정하려 했으나, 사업자들의 반대에 부딪혀 불공정거래행위의 한 유형으로 두어 발생하게 된 규제상의 난점으로 다양한 형태의 지원행위를 포섭하지 못하는 맹점이 있어, 2013년 8월 법 제23조의 2를 신설하여 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등의 금지를 시작하였다. 행위의 유형과 기준은 법 시행령 제38조 제3항과 별표 1의3에 명시하여 ①정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, ②회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위, ③특수관계인과 현금, 기타 금융상품의 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, ④사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위를 금지하고 있다. 다만 ④의 경우 효율성증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우는 법시

행령 제38조에서 별표1의4로 그 유형과 기준을 정하고 있다.

#### 다. 시장지배적 지위남용 및 불공정거래행위의 금지

독점규제법은 시장지배적 사업자란 “일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다”고 규정하고 있다(법 2조 7호). 그리고 독점규제법상 시장지배적 지위 남용금지는 시장지배적 사업자가 그 지위를 남용하여 경쟁을 배제 또는 방해하거나(exclusionary abuse) 거래상대방이나 소비자의 이익을 저해하는 행위(exploitative abuse)를 금지하는 제도이다<sup>43)</sup>(법 3조의2). 시장지배적 사업자인 대기업과 중소기업이 경쟁 또는 거래관계에 있는 경우 대기업의 지위남용 행위는 자유롭고 공정한 경쟁을 제한할 우려가 있으며, 특히 중소기업의 경쟁기반을 크게 저해할 수 있기 때문에, 시장지배적 지위의 남용행위를 금지함으로써 독점규제법상 중소기업 보호기능이 작동할 수 있다.

마찬가지로 독점규제법 제23조에 따른 불공정거래행위, 특히 거래상 지위남용의 금지(법 23조 1항 4호)도 중소기업보호에 기여가 가능할 것이다. 왜냐하면 우리나라의 유통구조는 대부분은 다른 나라에 비하여 길고 복잡할 뿐만 아니라 ‘제조업자→대리점→소매점→소비자’의 형태를 취하고 각 단계의 사업운영이 지배력을 가지고 있는 특정한 사업자에 의해서 판매가격이나 판매지역, 거래상대방 등이 사실상 통제되어 우월적 지위를 차지하고 있는 사업자가 그의 지위를 이용하여 불공정거래행위를 할 우려가 큰 구조적 문제를 가지고 때문에<sup>44)</sup>, 이러한 일련의 유통단계에서 (주로)우월적 지위에 있는 대기업의 불공정거래행위를 규제하는 것은 공정거래질서 확립과 함께 중소기업자 보호에 일정한 역할을 할 수 있을 것이다. 다만 불공정거래행위의 경우 거래 당사자간 사적분쟁 성격이 강하다는 점<sup>45)</sup>을 주의 깊게 고려하여 독점규제법의 적용과 집행에 있어서 보다 신중한 접근이 필요할 것이다.

### 3. 중소기업의 대항력과 경쟁력을 배양하고자 하는 경우

중소기업은 대기업에 비하여 생산량이나 거래규모, 자금, 인력 등 상대적으로 열등한 위치에 있기 때문에, 대기업과 실질적인 경쟁이나 거래관계에서 거래조건 협의시 동등한 교섭력을 기대하기는 어렵다. 이러한 상황에서 독점규제법이 모든 사업자에게 획일적인 규제를 하게 된다면 열등한 위치에 있는 중소기업은 시장에서 도태될 가능성이 크다. 따라서 독점규제법은 경쟁원칙상 금지되는 행위이지만 예외적인 사항에 경우

43) 권오승, 앞의 글, 각주 12, 24면 참조.

44) 권오승, 앞의 책, 304-305면 참조.

45) 권오승, “독점규제 및 공정거래관련법의 집행시스템”, 「서울대학교 法學」 제51권 제4호 (2010), 224면 참조.

중소기업의 경쟁력과 대항력을 배양하기 위해 독점규제법의 적용을 제외하는 규정으로 소규모 사업자의 조합에 대한 적용제외(법 60조)와 중소기업 경쟁력 향상을 위한 공동행위의 인가(법 19조 2항 6호)제도를 법으로 정하고 있다.

### (1) 소규모 사업자의 일정한 조합에 대한 적용제외

독점규제법 제60조는 각 호의 요건, 즉 ①소규모의 사업자 또는 소비자의 상호부조를 목적으로 할 것, ②임의로 설립되고, 조합원이 임의로 가입 또는 탈퇴할 수 있을 것, ③각 조합원이 평등한 의결권을 가질 것, ④조합원에 대하여 이익배분을 행하는 경우에는 그 한도가 정관에 정하여져 있을 것을 갖추어 설립된 조합의 행위에 대하여 독점규제법의 적용을 제외함을 명시하고 있다. 소규모사업자 또는 소비자는 대규모 기업에 대항하여 독자적인 경제활동이 어렵다. 따라서 이 규정의 목적은 소규모 사업자 또는 소비자가 협동조합과 같은 방식으로 그들의 지위를 강화하여 궁극적으로 소비자 후생을 증진시키려는 것이다.<sup>46)</sup> 다만 단서조항에 따라 불공정거래행위 또는 부당하게 경쟁을 제한하여 가격을 인상하게 하는 경우에는 본래 취지에 반하므로 적용이 제외되지 않는다. 그런데 이러한 적용제외의 예외는 결국 시장지배적 지위남용행위, 경쟁제한적 기업결합, 경제력집중 억제, 가격담합 외의 부당공동행위, 사업자단체 금지행위, 재판매가가격유지행위가 동 규정의 적용제외 범위가 되는데, 이와 같이 제한된 범위가 소규모사업자에게 적용제외 되는 것이 얼마나 의미가 있을지에 대한 비판이 있다.<sup>47)</sup>

소규모 사업자의 일정한 조합에 대한 판례를 살펴보면 “법 제60조 소정의 소규모 사업자는 대기업과 대등하게 교섭할 수 있게 하기 위하여 단결할 필요성이 있는 규모의 사업자라고 할 것인데<sup>48)</sup>”라고 하며, 법 제60조의 취지는 “소규모의 사업자나 소비자는 상호부조의 조직을 통하여 단결함으로써 대기업과 대등하게 교섭할 수 있는 지위를 가지게 되고, 이로써 유효한 경쟁단위로 활동할 수 있게 되며, 이를 통하여 경쟁촉진효과를 기대할 수 있으므로, 그 단결을 촉진하기 위하여 일정한 요건을 갖춘 상부상조의 비영리적인 소규모 사업자 또는 소비자의 인적결합체인 조합의 행위에 대하여는 이 법을 적용하지 않는다는 데에 있다.<sup>49)</sup>”고 판시하였고, 대법원은 사업자조합이 법 제60조에 정한 적용제외 조합에 해당하기 위하여는 “소규모의 사업자들만으로 구성되어야 하고 소규모 사업자 이외의 자가 가입되어 있어서는 안 되며, 법 제60조에 정한 소규모 사업자는 대기업과 대등하게 교섭할 수 있기 위하여 단결할 필요성이 있는 규모의 사업자라야 한다.”고 판시한 바 있다.<sup>50)</sup>

46) 권오승, 앞의 책, 150면 참조.

47) 홍명수, 앞의 글, 339면 참조.

48) 대법원 2002. 9. 24 선고 2002두5672 판결.

49) 서울고등법원 2002 6. 4. 선고 2001누12804 판결.

50) 대법원 2009. 7. 9 선고 2007두22078 판결

## (2) 중소기업 경쟁력 향상을 위한 공동행위의 인가

독점규제법 제19조 제1항은 복수 사업자의 부당한 공동행위를 금지하고 있지만 같은 조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 목적을 위하여 행하여지는 경우 대통령령이 정하는 요건에 해당하고 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 이를 적용하지 아니한다. 여기서 각 호 1 내지 6 중 제6호는 ‘중소기업의 경쟁력향상’을 명시하고 있고, 이는 다시 동법 시행령 제28조에서 구체화하여 중소기업의 경쟁력향상을 위한 공동행위에 해당하기 위한 요건으로 ① 공동행위에 의한 중소기업의 품질·기술향상등 생산성 향상이나 거래조건에 관한 교섭력 강화 효과가 명백한 경우, ② 참가사업자 모두가 중소기업자인 경우, ③ 공동행위외의 방법으로는 대기업과의 효율적인 경쟁이나 대기업에 대항하기 어려운 경우를 명시하고 있다. 하지만 이러한 요건에 해당함에도 불구하고 동법 시행령 제29조에 따른 공동행위 인가의 한계 요건, 즉 ① 해당 공동행위의 목적을 달성하기 위하여 필요한 정도를 초과할 경우, ② 수요자 및 관련 사업자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우, ③ 해당 공동행위 참가사업자간에 공동행위의 내용에 부당한 차별이 있는 경우, ④ 해당 공동행위에 참가하거나 탈퇴하는 것을 부당하게 제한하는 경우에는 공동행위 인가를 할 수 없다.

이처럼 동 규정은 중소기업이 대기업에 비하여 열위에 있는 부분을 공동행위를 통해 극복하도록 배려하는 제도로써 대기업과 중소기업의 경쟁력 격차를 줄여줄 수 있는 긍정적 효과가 있다고 보임에도 불구하고 실제 활용빈도 면에서 실효성 있는 제도로써의 성과를 보여주지 못하고 있다.<sup>51)</sup>

따라서 공정거래위원회는 동 제도의 활성화를 위하여 공동행위 인가 제도의 취지와 효과, 신청 절차를 널리 알리고 요건을 갖춘 중소기업자에게는 이를 적극적으로 인가 해줌으로써 쌓이게 되는 인가제도의 실증적 효과를 데이터화하고 그 혜택을 널리 홍보하여 동 제도의 실효성을 높이는 노력을 할 필요가 있을 것이다.

## IV. 결론

이상으로 독점규제법 집행을 통해 대기업을 규제하여 중소기업 보호에 간접적으로 기여하는 경우와 일정한 조합의 행위 또는 공동행위 인가제도와 같이 중소기업 자체의 경쟁력과 대항력을 배양함으로써 중소기업 보호가 이루어지는 경우를 살펴보았다.

대·중소기업의 양극화 문제나 불공정거래관행과 같은 문제가 논의될 때면 언제나 공정거래위원회의 적극적인 규제강화 주장이 함께 제기되지만 이에 대한 반론으로 “경쟁법은 경쟁 그 자체를 보호하는 것이지, 경쟁자를 보호하는 것이 아니다”라는 주장도

51) 조혜신, “경쟁정책과 중소기업정책의 조화를 위한 독점규제법의 과제”, 『경쟁법연구』 제29권 (2014), 482면 참조.

계속해서 제기되어 왔다. 이는 경쟁법이 본연의 임무인 경쟁보호는 도외시하고 경쟁자 보호에만 치중하여 시장기능의 왜곡을 초래하는 우를 범하여서는 안 되며 특히 주의할 것은 대기업과 중소기업 관계에 있어서 대기업이 경제력 집중, 시장지배적 지위남용행위, 불공정거래행위 등 독점규제법상 위법한 행위를 하는 경우 이를 규제하는 것은 어디까지나 독점규제법 제1조 목적에서 나타나 있는 ‘자유롭고 공정한 경쟁’을 위한 것이지, 중소기업 보호 그 자체는 목적이 아니라는 점이다.

그러나 목적조항이 ‘중소기업의 보호’를 명시하고 있지 않다고 하더라도 우리나라에서 규모나 종사자 수 측면에서 큰 비중을 차지하여 국민경제에 상당한 영향을 미치는 중소기업문제를 경제질서의 기본법인 독점규제법<sup>52)</sup>이 간과하여서는 안 될 것이다.

다만 정부와 공정거래위원회가 중소기업 보호의 문제를 직접 시정하기 위한 의도를 갖고 법 적용과 정부시책을 운용한다면, 오히려 시장기능 왜곡 초래될 수 있고 본래 독점규제법이 정상적으로 운용되었다면 존재 하였을 반사이익들마저도 잃게 될 위험성이 있다. 따라서 대기업과 중소기업의 관계에서 정부와 공정거래위원회의 독점규제법 운용 정책은 이러한 위험성을 명확히 인지하여 경쟁정책을 중심으로 한 쪽에 편중되는 것이 아닌 중소기업정책과 조화롭게 발전할 수 있는 방향으로 나아가야 할 것이다.

---

52) 권오승, “독점규제법은 경제질서의 기본법이다”, 「경쟁법연구」 제23권(2011), 155면 참조.



[참고문헌]

<단행본>

권오승, 「경제법」, 법문사, 2015.

법제처, 「헌법주석서Ⅳ」, 2010.

<논문>

권오승, “중소기업관련법과 정책의 개선”, 「서울대학교 法學」 제55권 제2호(2014).

-----, “독점규제법은 경제질서의 기본법이다”, 「경쟁법연구」 제23권(2011).

-----, “독점규제 및 공정거래관련법의 집행시스템”, 「서울대학교 法學」 제51권 제4호(2010).

-----, “독점규제법은 경제질서의 기본법이다”, 「경쟁법연구」 제23권(2011), 155면 참조.

김건식, “중소사업자 보호와 관련한 거래상 지위남용 규제 법률의 고찰”, 「아주법학」 제10권 제3호(2016),

신영수, “독점규제법의 목적에 관한 재고”, 「법학논고」 제37권(2011).

이봉의, “한국형 시장경제의 심화와 경제법의 역할”, 「서울대학교 法學」 제58권 제1호(2017).

-----, “大·中小企業 共生發展을 위한 法の 役割”, 「저스티스」 통권 제134-2호(2013), 225면 참조.

조덕희 외, ‘중소기업정책 활용도에 비해 실효성 낮아’, 4차 산업혁명 시대를 주도하는 KIET 산업정책 리포트, 산업연구원(2016),

조혜신, “경쟁정책과 중소기업정책의 조화를 위한 독점규제법의 과제”, 「경쟁법연구」 제29권(2014).

홍명수, “공정거래법상 중소기업정책의 반영에 관한 연구”, 법학연구 제53권 제1호(2012).

황태희, “독일경쟁제한방지법상 중소기업 보호규정과 시사점”, 「법학연구」 제52권 제1호(2011).

<참조 판결>

헌재 1996.12. 26. 96헌가18.

대법원 2009. 7. 9 선고 2007두22078 판결.

대법원 2002. 9. 24 선고 2002두5672 판결.

서울고등법원 2002 6. 4. 선고 2001누12804 판결.

<참조 사이트>

중소기업청, <http://www.smba.go.kr/site/smba/01/10106010000002016101111.jsp>, 2017년 5월 14일 최종확인.

송창범 기자, '대통령 누가되어도 중소기업'부'탄생, 운명의날 중소기업계는 누구찍을까?', 아주경제, 2017년 5월 8일자,  
<http://www.ajunews.com/view/20170508141504042> 2017.5.19. 최종확인.

[Abstract]

The function of Monopoly Regulations and Fair Trade Act for the  
coexistence of large- and mid-size companies

Chanyeol, Lee\*

In Korea economy, The importance of small and medium-size enterprises is very large. However, since 1960s, the government has been operating large enterprises-centered economy development policy. As result, It has solidified that the economy structure of large enterprises-centered in Korea economy. And a gap of between large company and SMEs is increasing. To rectify these matter, the government, the Small and Medium Business Administration, has been trying to support the vulnerability of SMEs compared to large enterprises. But problem that are scattered among large- and mid-size companies can be solved partially through the enforcement of Monopoly Regulations and Fair Trade Act also.

Thus, I suggest that the government and Korea Fair Trade Commission should make an effort to harmonize competition policy and SMEs policy.

<key words>

Small and medium-size enterprises, SMEs policy, MRFTA, SMEs protection,  
coexistence of large- and mid-size companies

---

\* Fair Trade Attorney, Graduate Student, College of Law, Myongji University.



## EU 경쟁법상 시장지배적 지위남용행위 규제에 있어서 시장지배적 지위의 판단에 관한 고찰

홍 명 수\*

### 논문요지

EU 경쟁법상 시장지배적 지위남용행위 규제는 EU기능조약(TFEU) 제102조에 근거하여 이루어진다. 동 규제체계는 시장지배적 지위 자체는 문제 삼지 않는 대신 이를 남용할 경우에만 규제 대상으로 한다는 점에서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제3조의2에 의한 규제와 유사하며, 따라서 EU 경쟁법에서 형성된 시장지배적 지위남용행위 규제에 관한 법리는 시사하는 바가 클 것이다.

EU 경쟁법에서의 시장지배적 지위남용행위 규제는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상 규제와 마찬가지로 시장지배적 지위의 판단과 남용성 판단의 2단계 구조를 취하며, 이때 시장지배적 지위가 갖는 의의와 판단기준에 있어서 양자 사이에 본질적인 차이가 없는 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 EU 경쟁법에서 제시하고 있는 구체적인 판단 기준은 참고할 만한 것이다. EU 경쟁법은 시장지배적 지위를 경쟁정책적 관점에서 이해하여야 한다는 전제 하에, 시장에서 당해 지위를 억제할 수 있는 힘과의 교량을 통하여 이를 최종적으로 판단하여야 하는 것으로 이해하고 있다. 1) 실제 경쟁자에 의한 공급과 이들의 시장에서의 지위에 의한 억제, 2) 실제 경쟁자의 확대나 잠재적 경쟁자의 진입에 의한 신뢰할 만한 위협에 따른 억제, 3) 거래상대방의 거래능력에 의하여 가해지는 억제를 시장지배적 지위 판단을 위한 세 가지 고려 요소로 제시하고 있으며, 이러한 기준은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서도 유의미한 기준으로 고려될 수 있을 것이다.

검색용 주제어: EU 경쟁법, EU 기능조약, 시장지배적 지위, 시장지배적 지위남용행위, 시장점유율

• 논문접수: 2017. 06. 30. • 심사개시: 2017. 07. 09. • 게재확정: 2017. 07. 20.

\* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사.

## I. 서론

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)은 독점에 대하여 폐해규제주의적 입장을 취함으로써 시장지배적 지위 자체는 승인하는 대신에 그 지위가 남용되었을 경우에 규제하는 체계를 채택하고 있다. 이러한 규제 방식은 미국의 Sherman법 제2조에서 ‘monopolize’ 또는 ‘attempt to monopolize’를 규제 대상으로 삼는 원인 금지주의적인 규제 방식과 구별되며, 이러한 규제체계에서 초점은 독과점적 지위의 형성이 아닌 기존의 지배력이 남용되는 행태에 모아진다.<sup>1)</sup>

그러나 남용행위의 주체로서 시장지배적 지위를 전제하기 때문에, 위법성 판단과정에서 시장지배력의 존부는 불가결의 고려 요소가 되고, 따라서 전체적으로 시장지배력 남용에 대한 규제는 시장지배력의 존부에 대한 판단과 남용행위 여부에 대한 판단의 2단계 심사과정을 거치게 된다.

한편 시장지배적 지위의 판단에는 법기술적으로 관련시장의 획정이 선행되어야 하며, 따라서 시장지배적 지위남용행위에 해당하는지의 판단은 관련시장 확정, 시장지배적 지위의 판단, 경쟁제한성에 기초하는 남용성 판단 과정이 이어질 것이다. 이하에서는 전술한 판단 과정 중에서 시장지배적 지위의 판단에 관하여 EU 경쟁법을 중심으로 상론하고자 한다. 이러한 논의로부터 EU 경쟁법과 마찬가지로 시장지배적 지위남용행위를 규제하고 있는 독점규제법의 운영에 있어서 많은 시사점을 도출할 수 있을 것이다. 논의는 시장지배적 지위남용행위의 규제 체계와 의의를 살펴보고(Ⅱ), 이어서 구체적으로 EU 경쟁법에서 이루어지고 있는 시장지배적 지위의 판단 과정을 검토할 것이다(Ⅲ). 이상의 논의를 통하여 독점규제법상 시장지배적 지위의 판단 과정에서 개선되어야 할 점을 제안하고, 이를 결론에 대신하고자 한다(Ⅳ).

## Ⅱ. 시장지배적 지위남용행위의 규제체계

### 1. 관련시장 확정

관련시장의 획정은 경쟁의 관점에서 의미 있는 영향을 미칠 수 있는 범위를 인위적으로 결정하는 것을 뜻한다. 이러한 점에서 EC 위원회의 ‘관련시장의 획정에 관한 고시’(EC Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community Competition Law, 이하 relevant market 고시)가 “시장확

1) 미국 연방대법원은 Sherman법 제2조를 관련시장에서 독점력을 보유할 것과 이 독점력이 반경쟁적, 배타적인 수단에 의하여 또는 반경쟁적, 배타적인 목적을 위해서 의도적으로 획득, 유지 또는 활용되었을 것에 기초하여 이해하고 있다. U. S. v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563(1966), 570-571 참조.

정은 사업자들 사이에 경쟁의 경계를 특정하고 획정하는 수단이며, 경쟁정책이 적용될 수 있는 기본 틀의 설정을 가능하게 한다”(para. 2)고 밝힌 부분은 적절한 설명이라 할 수 있다. 독점규제법은 제2조 제8호의 “일정한 거래분야라 함은 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다”는 규정에 의하여 관련시장 개념을 수용하고 있으며, 공정거래위원회가 제정한 「시장지배적 지위 남용행위 심사기준」(이하 남용심사기준)은 II.에서 일정한 거래분야의 판단 기준을 가장 선행하는 심사 기준으로 제시하고 있다.

## 2. 독점규제법상 시장지배적 지위남용행위 규제

관련시장 획정을 전제로 독점규제법상 시장지배적 지위남용 규제는 시장지배적 지위의 인정과 남용행위의 판단의 과정을 거치게 된다. 우선 시장지배적 지위와 관련하여 독점규제법 제2조 제7호는 “시장지배적 사업자라 함은 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. 시장지배적 사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다”는 규정을 두어 시장지배적 사업자의 기본 개념과 판단 기준을 제시하고 있다. 또한 동법 제4조에서 주된 판단 기준의 하나인 시장점유율에 의한 시장지배적 사업자의 추정에 관하여 규정함으로써<sup>2)</sup> 시장지배적 지위에 관한 전체적인 규율체계를 완성하고 있다. 이러한 지위에 있는 사업자가 동법 제3조의 2 제1항 각호에 규정한 행위를 할 경우에 남용행위로서 규제된다. 동조항에서 정한 남용의 유형들은 동법 시행령 제5조의 각 항에 의하여 구체화되고 있으며, 전술한 ‘남용심사기준’은 시행령 상에 구체화된 남용행위들의 세부적인 판단 기준을 제시하고 있다.<sup>3)</sup>

이와 같은 규제체계는 독점규제법과 마찬가지로 폐해규제주의에 입각하고 있는 EU 경쟁법상 시장지배적 지위남용 규제체계와 대체로 유사하다. 그러나 구체적인 비교법적 검토에 의하면, 앞서 언급한 단계별 심사과정에서 각 규제체계에 따라서 일정한 차이가 존재함을 확인할 수 있다. 이러한 차이는 기술적인 부분일 수도 있고(일정한 거래분야를 관련시장의 의미로 사용한 것), 시장 환경의 차이에 따른 정책적 판단의 결과로서 나타난 것일 수도 있다(시장점유율에 의한 추정 요건의 차이). 그러나 이러한 차이가 경쟁정책적 관점에서 개선의 필요성을 시사하는 부분도 있다.

2) 독점규제법 제4조는 1 사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상인 경우와(1호) 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상인 경우를 추정 요건으로 제시하고 있다.

3) ‘남용심사기준’상의 지배적 지위 판단 기준에 관한 개괄적 설명은, 신동권, 「독점규제법」, 박영사, 2016, 71-75면 참조.

### 3. EU 경쟁법상 시장지배적 지위남용행위 규제

EU 경쟁법상 시장지배적 지위남용행위의 규제는 TFEU(Treaty on the Functioning of the European Union) 제102조에 근거한다. 동조 제1문은 “공동체 시장 내에서 또는 상당한 부분에서 하나 또는 그 이상의 사업자에 의한 지배적 지위의 남용은 공동시장과 양립불가능한 것으로서 회원국 간에 거래에 영향을 미칠 경우에 금지된다”고 규정하고 있다. 동 규정에 의하여 시장지배적 지위남용행위에 대한 규제가 이루어지며, EU 경쟁법상 단독행위에 관한 별도의 규제 근거를 마련하고 있지 않으므로 시장지배적 지위남용 규제는 경쟁법에 반하는 단독행위 규제의 주된 근거가 된다.

시장지배적 지위남용 규제는 지배적 지위와 남용의 판단을 요구한다. 전술한 것처럼 지배적 지위의 판단은 관련시장의 획정을 전제하기 때문에, 결국 시장지배적 지위남용 규제에 있어서 관련시장 획정은 가장 선행하는 단계에 위치한다. 유럽위원회가 제정한 relevant market 고시<sup>4)</sup> 사업자가 직면하는 세 가지 경쟁에 의한 억제 효과를 수요 대체가능성(demand substitutability), 공급 대체가능성(supply substitutability) 그리고 잠재적 경쟁(potential competition) 측면에서 제시하고 있다. 이 중에서 시장 획정을 위하여 가장 중요한 것은 수요 대체가능성이며, 공급 대체가능성은 특별한 경우에만 관련시장 획정에서 고려된다.<sup>5)</sup> 그리고 잠재적 경쟁은 언제나 시장획정 보다는 시장력(market power)의 문제로 이해하고 있다(관련시장 고시 para. 13).

관련시장이 획정되면, 동 시장에서 시장지배적 지위의 존부를 결정하고, 이에 기초하여 남용에 관한 판단 과정이 이어진다.<sup>6)</sup> TFEU 제102조는 이상의 요건 외에도 문제가 된 행위가 회원국 간의 거래에 미치는 영향을 추가적인 요건으로 규정하고 있다. TFEU는 유럽연합을 구성하는 회원국 간의 경제공동체를 지향하며,<sup>7)</sup> 이러한 관점이 규제에 반영된 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 동 요건은 그 자체로서의 의미를 갖는 것이지만, 단독행위 규제로서 시장지배적 지위남용 규제의 고유한 의의에 비추어 핵심적인 것은 시장지배적 지위와 남용행위가 될 것이다.

4) 관련시장 고시 para. 2는 “시장의 획정은 사업자들 간에 경쟁의 경계를 확인하고 획정하는 도구이다. 이는 위원회가 경쟁정책 적용의 체계를 구축하는데 기여할 것이다. 시장 획정의 주된 목적은 사업자들이 직면한 경쟁적 제한을 시스템적인 방법으로 확인하는 것이다. 상품별 그리고 지리적 차원 모두에서 시장을 획정하는 목적은 사업자들의 행동을 제약하고 효과적인 경쟁압력으로부터 독립적으로 행동하지 못하게 할 수 있는 실제 경쟁자들을 확정하는 것이다”라고 규정하고 있다.

5) 관련시장 고시 para. 20 내지 23은 공급 대체가능성이 관련시장 획정 시 고려될 수 있는 경우를 규정하고 있는데, 원칙적으로 사업자의 공급 전환 비용이 작을 경우에 관련시장 획정에서 고려될 여지는 커질 것이다.

6) 시장지배적 지위와 남용은 판단에 있어서 단계적으로 구분되지만, 상호 관련성을 고려할 때 양자의 분석은 통합적으로 이루어져야 한다는 것으로, Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2014, p. 272 참조.

7) TFEU 제26조 제1항은 동조약의 목적으로서 역내 시장(internal market)의 형성과 보장을 밝히고 있다.



### III. 유럽 경쟁법상 시장지배적 지위의 의의

#### 1. 시장지배적 지위의 의의

TFEU 제102조는 시장지배적 지위에 관한 정의 규정을 두고 있지 않으며, 동 규정의 의의는 해석론에 맡기고 있다. 유럽법원은 TFEU 제102조에서의 지배적(dominant) 지위를 “경쟁사업자, 고객 그리고 최종적으로 소비자로부터 상당한 정도 독립적으로 행위함으로써 관련 시장에서 유효한 경쟁의 억제를 가능하게 할 수 있는 사업자가 향유하는 경제적 파위를 갖는 지위”로<sup>8)</sup> 이해하고 있다(United Brands v. Commission, para. 65.). 이러한 이해는 유럽위원회의 실무에서도 유사하게 나타나고 있는데, 동 위원회가 제102조의 집행 원칙으로서 제정한 ‘Guidance on Article 102 Enforcement Priorities’(이하 102조 지침)은 사업자가 상당 기간 경쟁 수준 이상으로 가격을 올려 이윤을 증기시킬 수 있는 경우에 실질적인 시장력(substantial market power)을 갖고 있는 것으로 규정하고 있다(para. 11).

전술한 것처럼 시장지배적 지위남용 행위는 EU 경쟁법상 단독행위 규제의 주된 근거이며, 따라서 시장지배적 지위는 단독행위로서의 규제 대상 여부를 결정하는 기준(binary term)이 된다. 즉 지배적 지위에 따른 특별 책임을 부담하는 사업자와 일방적 행위가 더 이상 경쟁법상 심사 대상이 되지 않는 사업자를 나누는 경계와 같은 기능을 수행한다.

#### 2. 시장지배적 지위의 고려 요소

102조 지침은 시장지배적 지위의 결정에 있어서 세 가지 고려 사항을 제시하고 있으며, 1) 실제 경쟁자에 의한 공급과 이들의 시장에서의 지위에 의한 억제, 2) 실제 경쟁자의 확대나 잠재적 경쟁자의 진입에 의한 신뢰할 만한 위협에 따른 억제, 3) 거래 상대방의 거래능력에 의하여 가해지는 억제 등이<sup>9)</sup> 이에 해당한다. 또한 동 지침은 이상의 고려사항 중 어느 하나가 그 자체로 결정적인 것이 아니라도, 다른 고려사항과 종합하여 지배적 지위가 인정될 수 있다고<sup>10)</sup> 밝히고 있다.

8) United Brands v. Commission, Case 27/76 [1978] ECR 207, para. 65.

9) 102조 지침, para. 12.

10) 102조 지침, para. 11.

## IV. 시장지배적 지위의 구체적 판단

### 1. 실제 경쟁상황과 시장점유율

독점은 시장지배적 지위가 인정되는 명확한 근거가 되지만, 법적 독점의 경우를 제외하고 독점이 나타나고 있는 시장을 찾기는 힘들 것이다. 대부분의 시장에서는 경쟁 관계에 있는 사업자들이 존재하며, 이때 시장점유율은 시장 구조 및 그 시장에서 사업을 영위하고 있는 사업자들의 상대적 중요성에 관한 의미 있는 정보를 제공한다. 그러나 '102조 지침' para. 13이 언급하고 있는 것처럼, 시장점유율은 유용한 최초의 지표일 뿐이며, 시장의 유동성, 상품 차별의 정도, 일정 기간에 걸친 시장점유율의 경향 또는 발전 등을 종합적으로 고려한 지배력 분석이 요구된다.<sup>11)</sup>

유럽법원은 Hoffmann-La Roche 사건에서 시장점유율의 중요성은 시장 마다 상이하지만, 매우 큰 점유율(very large shares)은 예외적인 경우를 제외하고 그 자체로 지배적 지위의 존재를 입증하는 것이라고 보는 것이 타당하다는 입장을 취하였다.<sup>12)</sup> 또한 AKZO 사건에서는 50%의 시장점유율을 매우 큰 점유율로 추정할 수 있으며, 이 경우에 지배력이 있지 않다는 입증책임은 사업자가 부담하는 것으로 보았다.<sup>13)</sup> 대체로 유럽법원은 AKZO 기준을 유지하는 입장을 취하고 있지만, '102조 지침'은 동 기준을 명시적으로 원용하고 있지 않으며, 시장점유율이 클수록 그리고 그것이 지속된 기간이 길수록 지배적 지위의 존재의 중요한 예비적 지표를 구성할 수 있다는 원칙적 입장을 밝히고 있을 뿐이다(para. 15).

한편 유럽법원은 시장점유율이 50% 이하인 경우에도 시장지배적 지위를 인정한 경우가 있으며, 예를 들어 United Brands 사건에서는 40-45%의 시장점유율을 갖고 있는 사업자에 대하여 시장점유율 외의 다른 요인들의 고려를 통하여 시장지배적 지위를 인정하였다.<sup>14)</sup> 나아가 유럽위원회가 Virgin/British Airways 사건에서 40% 미만(39.7%)의 시장점유율을 가진 사업자에 대하여 최초로 지배적 지위를 인정한 경우도 있다.<sup>15)</sup> 동 결정의 취소를 구하는 소송에서 1심 법원은 경쟁자보다 상당한 큰 점유율, 국제적인 여객 수송 거리, 운송 서비스의 범위, 허브 네트워크로서의 지위, 여행사들의 의무적인 파트너이라는 점 등을 고려하여 위원회 결정을 지지하였는데, 특히 시장점유

11) 국내 논의로서 시장점유율과 시장지배력의 인과관계에 관한 논의가 충분히 없다고 보는 것으로, 권오승·서정, 「독점규제법-이론과 실무-」, 법문사, 2016, 147면 참조. 한편 시장점유율은 시장봉쇄의 실제적인 힘으로 작용함으로써, 시장지배력 대용 이상의 의미를 갖고 있다고 보는 것으로, Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson/West, 2005, pp. 82-83 참조.

12) Hoffmann-La Roche v. Commission, Case 85/76 [1986] ECR 461, para. 41.

13) AKZO v. Commission, Case C-62/86 [1991] ECR I-3359, para. 60.

14) Case 27/76 [1978] ECR 207, para. 66.

15) OJ [2000] L30/1.

율이 감소하고 있다는 사실이 지배력을 부인하는 근거가 될 수 없다고 언급한 것은 주목할 만하다.<sup>16)</sup>

한편 지배적 지위의 판단과 관련하여 시장점유율 기준에 의한 안전지대의 설정에 관한 논의가 전개되고 있다. 유럽법원의 판결에서 이에 관한 기준이 제시되지는 않았지만, '102조 지침'은 시장점유율이 40% 미만인 경우 지배력이 없는 것으로 볼 수 있지만(not likely), 규제기관이 주의를 기울여야 할 경우도 있는 것으로 보고 있다(para. 14).

## 2. 잠재적 경쟁압력과 고려요소들

이상에서 살펴본 것처럼 시장점유율이 그 자체로 지배적 지위를 결정하는 것은 아니며, 특히 이 지표는 장래 시장에서 사업을 확대하거나 새롭게 진입할 가능성이 있는 사업자에 의한 경쟁 압력을 드러내는데 한계를 갖고 있다. 이러한 관점에서 법적 장벽, 지배적 사업자가 향유하고 있는 경제적 이점(economic advantages), 거래상대방의 거래 전환비용 및 네트워크 효과, 지배력 있는 회사 자신의 행위 등이 고려될 필요가 있다.

법적 장벽과 관련하여 지식재산권의 보유는 그 자체로 지배적 지위를 형성하지는 않더라도 그 정도와 기간에 의하여 진입장벽이 될 수 있다. Tetra Pak 1 사건에서 독점적 특허와 노하우 라이선스의 이익을 가진 사업자의 Tetra Pak 인수는, 라이선스된 기술에 접근할 수 없는 다른 사업자들이 시장에 진입하는 것을 어렵게 만들었기 때문에 지배력을 인정하는 중요한 근거가 되었다.<sup>17)</sup> 또한 Hugin 사건에서 유럽법원은 다른 사업자들이 영국의 Design Copyright Act 1968에 의하여 침해청구를 당할 위험 때문에 부품을 생산할 수 없었기 때문에, Hugin이 금전등록기용 부품시장에서 지배적 지위를 점하고 있음을 인정하였다.<sup>18)</sup> 이 외에도 법적 진입장벽으로서 정부의 라이선스 요건의 규율, 주파수에 대한 정부의 규제, 법적인 독점력의 부여, 관세 또는 비관세 장벽 등이 고려될 수 있을 것이다.

시장지배적 사업자가 향유하는 경제적 이점도 사업 확장 또는 진입을 억제하는 방향으로 작용할 수 있다는 점에서 고려 대상이 된다. 구체적으로 규모의 경제 또는 범위의 경제, 필수설비의 보유, 기술적 우위, 자본조달의 우위, 수직적 통합의 정도, 고도로 발달된 유통 시스템, 우월한 브랜드 이미지의 구축 등이 고려 대상이 될 것이다.<sup>19)</sup>

16) British Airways plc v. Commission, Case T-219/99 [2003] ECR II-5917, para. 224.

17) Tetra Pak Rausing SA v. Commission, Case T-51/89 [1990] ECR II-309.

18) Centre Belge d'Etudes de Marche Telemarketing v. CLT, Case 311/84 [1985] ECR 3261.

19) Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2012, pp. 184-185 참조.

네트워크 효과 역시 확장 또는 진입의 장벽이 될 수 있다. 이는 Microsoft 사건에서 유력한 고려 요소가 되었는데, 유럽위원회는 퍼스널 컴퓨터 시장에서 마이크로소프트의 상용성(ubiquity)은 거의 모든 상업용 애플리케이션 소프트웨어가 마이크로소프트 플랫폼과 최우선적으로 호환 가능함을 의미하였고, 이는 자기강화적 동력(self-reinforcing dynamic)으로 작용하여 플랫폼 사용자의 증가는 이를 기반으로 하는 소프트웨어의 증가로 이어지면서 진입장벽으로 기능하게 되었음을 밝히고 있다.<sup>20)</sup>

또한 사업자의 행위 자체도 지배력의 판단에 중요한 고려 대상이 된다. 예를 들어 유럽법원은 United Brands 사건에서 문제가 된 사업자가 차별적 리베이트를 행한 사실에 주목하였는데, 리베이트는 경쟁자들이 시장에 진입할 수 없게 하는 진입장벽으로 기능할 수 있다.<sup>21)</sup> 특히 Michelin 사건은 행위가 지배력 판단에서 고려되는 의미를 숙고하게 하는 계기가 되었다. 동 사건에서 Michelin은 유럽위원회가 차별적 가격이 제시되었으므로 우월하고, 우월하기 때문에 차별적 가격은 남용이라는 순환논적인 접근을 하였다고 항변하였는데, 유럽법원은 이에 관한 명시적인 언급은 하지 않았지만 유럽위원회의 결정을 지지함으로써 이러한 비판을 수용하지는 않았다.<sup>22)</sup> 이와 같은 순환론에 관한 비판에도 불구하고 유럽위원회는 행위를 우월함의 고려 요소로 보는 태도를 유지하고 있으며, 무엇보다 전술한 시장지배력의 정의에 비추어 사업자의 행위를 지배력 판단의 고려 요소에서 배제하는 것은 타당성을 기하기 어려울 것이다.<sup>23)</sup>

### 3. 구매력

거래상대방의 구매력(buyer power)이 시장지배력을 제한할 수도 있다. ‘102조 지침’은 거래상대방이 충분한 협상력(bargaining strength)을 갖고 있을 경우에 지배력이 억제될 수 있다는 규정을 두고 있다(para. 18). 이러한 협상력은 거래상대방의 규모나 사업에서 차지하는 중요성에 기인할 수 있을 것이다. 그러나 경우에 따라서 구매력이 단지 시장지배력으로부터 거래상대방의 이익을 보호하는 정도로 제한될 수도 있으며, 이러한 경우에 시장지배력을 억제하는 효과를 기대하기 어렵다는 점에도 주의할 필요가 있다.

### 4. 남용행위와의 관련성

#### (1) 남용의 의의

시장지배적 지위를 남용할 경우에 TFEU 제102조에 의한 규제가 이루어진다. 전술

20) Commission Decision, 2004. 3. 24., para. 448-459.

21) Case 27/76 [1978] ECR 207, para. 67-68.

22) Michelin v. Commission, Case 322/81 [1983] ECR 3461.

23) Richard Whish & David Bailey, *supra* note 19), p. 186 참조.

한 것처럼 시장지배적 지위는 EU 경쟁법상 단독행위 규제의 가능한 범위를 정하는 경계와 같은 의미를 갖는다. 따라서 이러한 지위에 있는 사업자에 대해서는 남용적 관점에서 특별한 주의가 요구되며, 유럽법원은 시장지배적 사업자는 왜곡되지 않은 경쟁을 침해하는 행위가 허용되지 않는 특별한 의무(special responsibility)를 부담한다는 입장을 취하고 있다.<sup>24)</sup>

시장지배적 지위의 남용에 대한 경쟁당국의 개입 필요성과 관련하여, 102조 지침은 “위원회는 일반적으로 시장지배적 사업자에 상응하는 효율성을 갖고 있는 것으로 판단되는 경쟁사업자의 경쟁을 방해하거나 방해할 수 있는 경우에만 시장지배적 사업자의 행위에 대하여 개입할 것이다”<sup>25)</sup> 규정을 두고 있다. 이러한 규정은 TFEU 제102조 나아가 EU 경쟁법의 목적이 경쟁자가 아닌 경쟁의 보호라는 점을 명확히 하고 있다는 점에서 의의가 있지만, 이 외에도 보호가 요구되는 경쟁이 효율적 경쟁임을 강조하고 있다는 점에도 주목을 요한다. 이러한 입장은 유럽법원의 판례에도 나타나고 있는데, Deutsche Telekom 사건에서 유럽법원은 “TFEU 제102조는 시장지배적 사업자가 자신과 동등하게 효율적인 실제 경쟁자 및 잠재적 경쟁자를 시장에서 배제하는 효과를 갖는 가격 정책을 금지한다”<sup>26)</sup> 판시하였다.

동 규제의 목적을 경쟁 보호로서 이해할 경우에, 남용의 의의는 경쟁제한적인 관점에서 도출될 것이다. 이와 관련하여 Hoffmann-La Roche 사건에서 유럽법원의 정의에 의하면, “남용은 문제가 되는 사업자의 존재로 인하여 경쟁의 정도가 약화된 시장의 구조에 영향을 미치고, 또한 경제 주체들의 거래에 기초한 상품과 용역에 있어서 정상적인 경쟁(normal competition)이 이루어지는 조건과는 다른 방법을 이용하여 현재의 시장에서 존재하는 경쟁의 정도를 유지하거나 그 경쟁의 발전을 저해하는 효과를 갖는 지배적 지위에 있는 사업자의 행위에 관련된 객관적 개념이다.”<sup>27)</sup> 이와 같은 남용의 의의는 일반적으로 받아들여지고 있지만, 두 가지 점에서 논의가 추가될 부분이 있다. 동 정의는 원칙적으로 시장지배적 지위 남용의 두 유형 중 배제적 남용에 해당하는 것이고, 시장지배적 지위남용의 또 다른 유력한 착취적 남용을 동 정의가 포괄하기에는 한계가 있을 것이다.<sup>28)</sup> 또한 동 판결에서 남용의 의의는 통상적인 경쟁과의 비교를 핵심으로 하는데, 이때 정상적인 경쟁의 의의를 밝히는 것이 추가적인 과제로 남게 될 것이며, 이와 관련하여 최근 ECJ이 정상적인 경쟁을 장점(merits)에 의존하여 이루어지는 경쟁으로 이해하고 있는 것을 참고할 수 있을 것이다.<sup>29)</sup>

24) Case 322/81 [1983] ECR 3461, para. 57.

25) 102조 지침, para. 26.

26) Deutsche Telekom AG v. Commission, Case C-280/08 P [2010] ECR I-9555, para. 177.

27) Case 85/76 [1979] ECR 461, para. 91.

28) Richard Whish & David Bailey, *supra* note 19), p. 198.

29) 예를 들어 Deutsche Telekom 사건에서 ECJ은 제102조 하에서 자신의 장점에 의존하는 범위에 있지 않은 다른 방법을 사용하여 지배적 지위를 강화하는 행위는 금지된다는 입장을 취

## (2) 시장지배적 지위와 남용행위의 관련성

남용행위의 유형 중 특히 배제적 남용과 관련하여 시장지배적 지위와 남용의 관계에 관한 문제가 제기되고 있다. 이와 관련하여 Tetra Pak II 사건에서 유럽법원은 “제102조의 적용은 지배적 지위와 남용행위 간에 관련성(a link between the dominant position and the abusive conduct)을 상정한다”고 하였다.<sup>30)</sup>

이러한 판시사항은 두 가지 측면에서 의의가 있다. 우선 동 판시사항이 종래 유럽법원이 보여주었던 지배적 지위와 남용에 대한 이해와 충돌하는지의 문제가 제기될 수 있다. 유럽법원은 Hoffmann-La Roche 사건에서 시장지배적 지위에 의하여 부여된 경제적 힘(economic power)의 사용에 의하여 남용이 행해져야 한다는 것을 부인하였다.<sup>31)</sup> 이러한 입장은 AstraZeneca 사건에서 유럽 1심법원의 판결에서도 확인할 수 있는데, 동 판결은 시장지배적 지위의 남용이 지배적 지위에 기인하는 경제적 힘의 사용일 필요는 없다고 판시하였다.<sup>32)</sup> 그러나 엄밀히 말하면, Hoffmann-La Roche 판결에 나타난 이해는 남용이 지배적 지위 자체의 행사일 필요는 없다는 것이고, 양자 사이에 관련성 자체를 부인하는 것은 아니라는 점에서 주의를 요한다. 이러한 관점에서 지배적 지위와 남용 간의 관련성을 요구하고 있는 Tetra Pak II 판결은 모순되지 않는 것으로 볼 수 있으며,<sup>33)</sup> 지배적 지위와 남용이 별개의 시장으로 분리될 수 있음을 보여주고 있다는 점에서 동 판결의 의의를 찾을 수도 있을 것이다.<sup>34)</sup>

또한 이러한 관련성은 시장지배적 지위 자체가 남용행위 판단에 일정한 영향을 미칠 수 있음을 시사하는 것이기도 하다. 102조 지침은 배제적 남용 여부를 조사하기 위하여 고려되어야 하는 요소를 제시하고 있는데,<sup>35)</sup> 1) 시장지배적 지위의 정도, 2) 관련시장의 상황, 특히 규모의 경제가 작용하는 범위와 네트워크 효과의 존부 등, 3) 경쟁사업자들의 시장에서의 지위, 지배적 사업자에 비하여 상대적으로 규모가 작은 경우에도 혁신적이거나 가격경쟁력을 가지고 있을 경우, 4) 고객 또는 원재료 공급자의 시장에서 지위, 5) 남용행위의 정도, 총 매출에서 차지하는 비중, 남용행위의 기간, 반복성 여부 등, 6) 시장 배제의 실제 효과, 시장점유율의 변화 등, 7) 내부 문서 등과 같은 시장 배제 전략에 대한 직접적 증거 등이 이에 해당한다. 동 규정에서 알 수 있듯이,

하였다. Case C-280/08 P [2010] ECR I-9555, para. 177.

30) Tetra Pak International v. Commission, Case C-334/94 [1996] ECR I-5951.

31) Case 85/76 [1979] ECR 461.

32) Case T-321/05 [2010] ECR II-2805.

33) Richard Whish & David Bailey, *supra* note 19), p. 204 참조.

34) 홍명수, “수직적 구조에서 지배력 남용 판단에 관한 고찰”, 『경쟁법 연구』 제35권, 2017, 200-201면 참조.

35) ‘102조 지침’은 반경쟁적 봉쇄(anticompetitive foreclosure)라는 개념을 통하여 배제적 남용의 문제를 다루고 있는데(para. 19), 동 지침에서 반경쟁적 봉쇄는 “시장지배적 사업자의 행위의 결과로서 실제 또는 잠재적 경쟁사업자의 실효성 있는 시장 접근이 방해되거나 시장에서 배제되는 상황”을 기술하기 위한 개념으로 사용된다.

102조 지침은 배제적 남용 판단의 첫 번째 고려 요소로서 시장지배적 지위의 정도를 언급하고 있는데, 이는 지배적 지위와 그 정도가 동일한 행위에 대한 상이한 남용 판단을 가능하게 함으로써 일정한 영향을 미칠 수 있음을 시사하는 것이며,<sup>36)</sup> 이러한 관점에서 시장지배적 지위와 남용행위의 관련성을 구체화할 수도 있을 것이다.

## V. 결론

EU 경쟁법상 독과점 규제는 TFEU 제102조에 근거하며, 독점규제법과 마찬가지로 폐해규제주의적 입장에서 시장지배적 지위남용행위를 규제 대상으로 한다. 두 경쟁법 체계는 시장지배적 지위와 남용 판단의 2단계 과정을 거쳐서 최종적인 위법 판단을 내린다는 점에서 구조적으로 유사하며, 따라서 EU 경쟁법에서 전개되어 온 해당 법리는 독점규제법 운영에 있어서도 많은 참고가 될 것이다.

특히 시장지배적 지위의 판단은 수범자를 한정한다는 점에서 규범적 중요성을 갖고 있으며,<sup>37)</sup> 전체적으로 시장지배적 지위남용행위 규제의 핵심을 이룬다. 이와 관련하여 독점규제법 제2조 제7호 2문은 “시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모등을 종합적으로 고려한다”고 규정함으로써 시장지배적 지위의 판단 요소를 제시하고 있다. 이와 같은 판단 요소는 타당한 것이지만,<sup>38)</sup> 경쟁정책적 관점에서 시장지배적 지위의 판단이 요구되는 근거와 필수적으로 검토되어야 할 요소들에 제시로서 충분한 것으로 보기는 어렵다.

이와 관련하여 EU 경쟁법에서 전개되고 있는 논의는 많은 시사점을 제공한다. 즉 102조 지침은 1) 실제 경쟁자에 의한 공급과 이들의 시장에서의 지위에 의한 억제, 2) 실제 경쟁자의 확대나 잠재적 경쟁자의 진입에 의한 신뢰할 만한 위협에 따른 억제, 3) 거래상대방의 거래능력에 의하여 가해지는 억제를 시장지배적 지위 판단을 위한 세 가지 고려 요소로 제시하고 있다. 이러한 요소들은 경쟁정책적 관점에서 도출된 것으로서 타당성을 갖는 것이며, 구체적 판단이 적절하게 이루어질 수 있는 지침으로 기능하고 있다. 또한 시장지배적 지위와 남용행위의 관련성에 관한 논의도 시장지배적 지위남용행위를 종합적으로 이해할 수 있는데 도움이 될 것이다.

36) Gerhard Wiedemann hrsg., *Handbuch des Kartellrechts*, C. H. Beck, 1999, p. 831(Gerhard Wiedemann).

37) 독점규제법상 단독행위 규제는 시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위로 이원화되어 있다는 점에서 특징적이며, 경쟁제한성 관점에서의 규제는 시장지배적 지위남용행위 규제가 핵심을 이룬다. 홍명수, “불공정거래행위 규제의 의의와 개선 논의의 기초”, 『안암법학』 제45호(2014), 460-461면 참조.

38) 독점규제법상 시장지배적 지위는 경제학에서의 독과점 개념과 일치하는 개념은 아니며, 규범적 차원에서 정의될 수 있는 개념이라는 것으로, 권오승 등 8인 공저, 『독점규제법』, 법문사, 2016, 38면 참조.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 권오승 등 8인 공저, 「독점규제법」, 법문사, 2016.  
권오승·서정, 「독점규제법-이론과 실무-」, 법문사, 2016.  
신동권, 「독점규제법」, 박영사, 2016.  
홍명수, “불공정거래행위 규제의 의의와 개선 논의의 기초”, 「안암법학」 제45호, 2014.  
홍명수, “수직적 구조에서 지배력 남용 판단에 관한 고찰”, 「경쟁법 연구」 제35권, 2017.

<외국문헌>

- Jones, A. & Sufrin, B., *EU Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2014.  
Wiedemann, G. hrsg., *Handbuch des Kartellrechts*, C. H. Beck, 1999.  
Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson/West, 2005.  
Whish, R. & Bailey, D., *Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2012.



[Abstract]

## A Study on Market Dominant Position in EU Competition Law

Myungsu Hong\*

The regulations of an abuse of market dominant position have been established based on article 102 of TFEU(Treaty on the Functioning of the European Union)in EU Competition law. These regulations consist of two decision stages, market dominant position and abuse, like Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereafter MRFTA) in Korea. The article 102 of TFEU provides that any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States. Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings The assessment of dominance will take into account the competitive structure of the market, and in particular the following factors: 1) constraints imposed by the existing supplies from, and the position on the market of, actual competitors(the market position of the dominant undertaking and its competitors), 2) constraints imposed by the credible threat of future expansion by actual competitors or entry by potential competitors(expansion and entry), 3) constraints imposed by the bargaining strength of the undertaking's customers(countervailing buyer power)(para. 12). These factors have validity from a competition policy point of view.

### <key words>

EU competition law, TFEU, Market Dominant Position, Abuse of Dominant Position, Market Share

---

\* Professor, College of Law, Myongji Univ.



## 「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

**제1조(목적)** 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

### 제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
  - 홈페이지 주소: <http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html>

### 제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

### 제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

#### 제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사
- ③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
- ④ 기타 간행물의 편집 및 출판

#### 제6조(편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

#### 제7조(심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
- ② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

#### 제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
  1. 주제설정(창의성과 적절성)
  2. 연구 방법의 논리적 완결성
  3. 연구의 학술적 완성도
  4. 연구결과의 학문적 기여도
  5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
  1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
  2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
  3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불

가로 구분한다.

- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

**제9조(심사료)** 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

**제10조(게재료)** 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

**제11조(본 규정의 시행 및 개정)**

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

## 「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

### 제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

### 제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
  1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
  2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
  3. 기타(번역·평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
  1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고 일 것
  2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
  3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

### 제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위,

연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.

- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

**제4조(투고기한)** 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 도과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

**제5조(논문제출처)** 논문투고에 관한 문의와 투고논문의 제출처는 다음과 같다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 남가좌동 50-3 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0803
- 팩스: 02-300-0804

**제6조(저작권)**

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

**제7조(투고논문의 작성방법)** 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

**제8조(논문의 심사)**

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 문서(전자문서, 이메일 포함)로써 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

**부칙**

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

**부칙**

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.



## 「명지법학」 연구윤리 규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

**제1조(목적)** 이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

**제2조(용어의 정의)** 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- ① "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
- ② "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
- ③ "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
- ④ "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나, 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
- ⑤ "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
- ⑥ "제보자"라 함은 부정행위 또는 부적절행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 제시한 자를 말한다. 다만, 고의 또는 과실로 당해 주장이나 증언에 반하는 사실을 간과한 자는 제보자로 간주하지 않는다.
- ⑦ "피조사자"라 함은 제보 또는 연구소의 인지에 의하여 부정행위 등의 조사대상이 된 자 또는 조사를 수행하던 중 부정행위 또는 부적절행위에 가담한 것으로 추정되어 조사대상이 된 자를 말한다. 다만, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 포함되지 아니한다.

**제3조(기능)** 위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

- ① 연구윤리 확립에 관한 사항
- ② 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
- ③ 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

#### 제4조(구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받은 외부 인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

#### 제5조(회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

#### 제6조(연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

#### 제7조(위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

#### 제8조(기피·제척·회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여

할 수 없다.

- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

**제9조(진술기회의 보장)** 위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

**제10조(조사결과에 따른 조치)**

- ① 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사자 실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
  - 1. 연구부정 논문의 게재취소
  - 2. 연구부정 논문의 게재취소 사실의 공지
  - 3. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록·접수·취소 일자, 취소 이유 등이 포함되어야 한다.

**제11조(결과의 통지)**

- ① 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.
- ② 전항의 통지 방식에는 전자문서에 의한 통지도 포함된다.

**제12조(재심의)**

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.
- ② 전항의 재심의 요청 방식에는 전자문서에 의한 요청도 포함된다.

**제13조(비밀유지의 의무 등)**

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

- ③ 위원 및 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 관련 절차에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

**제14조(경비)** 위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

#### 부 칙

**제1조(시행일)**

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

**제1조(시행일)**

이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

## 「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

### 1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 전자우편(E-Mail)으로 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

### 2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

### 3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고작성 양식은 다음과 같다.

- 1) 목차의 순서는 다음과 같다.
  - I. 로마숫자 (가운데 정렬)

- 1. 아라비아 숫자
  - (1) 괄호 숫자
  - 가. 한글 가, 나, 다
- 2) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 \*로 각주표시를 한 후 해당 각주에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.
- 3) 각주의 표기는 다음과 같다.
- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
    - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
    - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
  - 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
    - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」, 권호, 년월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
  - 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
  - 판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
    - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
  - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.
- 4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
- 위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0
- 5) 문단모양
- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합
- 6) 글자모양
- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10
- 7) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.
- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
  - 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳순으로 한다.

## ◆ 편집위원회

위원장 : 박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

### 위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)  
노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)  
선정원 (명지대학교 법과대학 교수)  
송재일 (명지대학교 법과대학 교수)  
신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)  
이철기 (가천대학교 법과대학 교수)  
최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)  
홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 최석환(명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 양세희(명지대학교 법학연구소 교육조교)

## 明知法學 (제16권 제1호)

2017년 7월 30일 인쇄

2017년 7월 31일 발행

板 權  
所 有

발행인 : 홍 명 수

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0803, FAX : (02)300-0804

제 작 : 도서출판 학술정보

\* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585

