

## 독일 경쟁제한방지법(GWB)상의 시장지배 개념

• 신동권 / 대통령 비서실 행정관, 법학박사 •

### I. 서론

자본주의의 역사를 회고해 보면, 자본주의에는 그 장점과 역기능이 공존하고 있음을 알 수 있다. 자본주의는 시장경제에 기초를 두고 있다. 시장경제는 자유경쟁을 가능케 하고 반대로 자유경쟁은 시장경제의 기능적 원리이다. 시장경제의 자유경쟁을 통하여 자본주의는 역동적으로 발전해 왔다. 그러나 많은 경우 이러한 시장경제원리가 제대로 작동하지 않는데, 그 중요한 원인이 독점화현상이다.<sup>1)</sup> 각국은 고유한 독점문제를 갖고 있고 그런 현상에는 다양한 원인과 해법이 있다. 미국의 경우 1890년 셔먼법이 제정된 배경에는 19세기 중순부터 진행된 급격한 산업화와 철도망의 구축으로 지역적 시장이 전국적 시장으로 개편되면서 나타난 트러스트로 인한 경제력집중 현상이 있었다.

독일의 경우 19세기 말에서 20세기 초에 카르텔이 광범위하게 퍼져 있었고 그때까지만 해도 카르텔에 대한 문제의식이 본격적으로 제기되지 않았다.<sup>2)</sup> 최초의 카르텔법은 바이마르공화국의 카르텔령(Kartellverordnung)<sup>3)</sup>으로 거슬러 올라간다.<sup>4)</sup> 이령은 카르텔의 남용뿐만 아니라 개별기업을 통한 경제력의 남용에 대항하기 위해서 만들어졌는데 이는 계획적인 입법이 아닌 1923년 여름의 살인적인 인플레이션이라는 위기적 상황에 대응하기 위한 목적에서 제정되

- 
- 1) 이러한 의미에서 독점은 경쟁의 반대개념으로 생각할 수 있다. 상세한 설명에 대해서는 Kirzner, Israel M., *Wettbewerb und Unternehmen* (1978), S. 72 ff.
  - 2) 1890년 제국법원은 독일 서적상들의 증권거래소조합에 대한 할인카르텔 협정에서 카르텔 협정의 원칙적 자유를 확인하였다.
  - 3) *Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 2. 11. 1923.*
  - 4) Vgl. Rittner, Fritz, *Wettbewerbs- und Kartellrecht* (1999), S. 119; 바이마르공화국 당시의 독점문제에 대해서는 Petzina, Dietmar, *Gewerkschaften und Monopolfrage vor und während der Weimar Republik*, *Archiv für Sozialgeschichte* XX. Band (1998), 195 ff.

었다.<sup>5)</sup> 그러나 나찌정부는 나중에 강제카르텔법(Zwangskartellgesetz)을 제정하고 카르텔을 통한 경제관리를 시도하기까지 하였다. 2차대전 이후 독점을 규제하기 위한 새로운 시도가 일어났다. 그 결과가 바로 1958년 1월 1일 시행된 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen : GWB, 이하 “법”)이다. 이 법의 기초는 질서자유주의인데 이에 의하면 독점은 자유경쟁의 적으로 간주되었으며 독점규제는 완전경쟁을 실현하기 위한 수단이었다.<sup>6)</sup> 독점을 규제하려는 법 제19조(구법 제22조)는 1958년의 입법취지에 비추어 보면 경쟁제한방지법의 지주라고 할 수 있다.<sup>7)</sup> 그러나 오늘날 법 제19조의 현대적 의미는 완전경쟁이 아닌 유효경쟁(funktionsfähigen Wettbewerbs)의 실현에 두는 것이 일반적이다.<sup>8)</sup>

법 제19조에 의하면 독점(Monopol)은 시장지배의 한 형태이다. 독점 이외에 준독점(Quasi-Monopol), 과점(Oligopol) 및 시장에서의 우월한 지위(überragende Marktstellung)가 규정되어 있다. 시장지배는 매우 광범위한 개념이면서 법적으로 불확정 개념이다. 독점 개념이 상대적으로 어느 정도 명확한 반면에 나머지는 그 개념이 여전히 확실치가 않다. 이러한 판단의 어려움 때문에 시장지배적지위의 남용에 대한 규제나 기업결합규제가 그 실효성을 상실하거나 정책적 판단으로 인해 기업의 자유를 침해할 위험성이 상존하고 있다. 본 글에서는 독일 경쟁제한방지법상의 시장지배 개념에 대해 법규정과 심결, 판례 등을 통해 살펴보고 우리나라 제도와의 비교를 간단히 해 보고자 한다.

## II. 경쟁제한방지법상 시장지배 개념의 기능

### 1. 시장지배에 대한 경쟁제한방지법의 입장

독점 등 시장지배에 대한 규제에 대해서는 입법론상 다양한 방법이 있는데, 특히 원인금지주의(Verbotsprinzip)<sup>9)</sup>와 남용규제주의(Missbrauchsprinzip)가 대립된다. 법은 기본적으로

5) Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1999), S. 120.

6) “완전경쟁이 사라진 곳에 독점에 대한 투쟁이 생겨날 수 있다”: Eucken, Walter, Wettbewerb, Monopol und Unternehmer, Wirtschaft und Gesellschaft Band 4 (1953), S. 15.

7) Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1999), S. 271.

8) WuW/E BGH 1749, 1754. “Klöckner-Becorit” WuW/E BGH 1711, 1716. “Mannesmann-Brueninghaus” WuW/E BGH 1501, 1504. “Kfz-Kupplungen” WuW/E BGH 1678, 1682. “Valium II” WuW/E DE-V 301. “RWE/VEW”.

9) 한 예로 미국 셔먼법 제2조에 의한 독점기업의 해체를 들 수 있다. 입법론적으로 이에 찬성하는 입장은 Schmidt, Ingo, WuW 1997, S. 112.

사후교정적인 남용규제주의를 채택하고 있는데,<sup>10)</sup> 왜냐하면 시장지배적지위 자체가 금지되는 것이 아니라 그 남용을 금지하고 있으며, 독점기업의 해체에 대한 근거규정을 결여하고 있기 때문이다. 시장지배적지위 남용행위와 기업결합규제를 위하여 법 제19조제2항에서는 시장지배 개념에 대한 직접적 규정을 두고 있으며 이는 동 조 제3항의 추정조항에도 적용이 된다.<sup>11)</sup>

## 2. 시장지배적사업자에 대한 규제

법 제19조제1항에서는 시장지배적사업자의 지위 남용행위를 금지하고 있다. 1999년 1월 1일부터 시행된 제6차 개정법에서 그 이전까지의 남용에 대한 감독규정이 금지(Verbot)규정으로 전환되었는데, 이를 통해 EU조약 제82조와 같은 성격의 규정으로 정비가 되었다. 법 제19조제2항에 규정된 시장지배 개념은 기본적으로 법 제19조제4항이나 제20조제1항 및 제2항의 시장지배력의 남용에 대한 규제에 있어서 필요한 개념이기는 하나 다른 특별법의 경우에도 동시에 적용되는 개념이다.<sup>12)</sup>

## 3. 기업결합에 대한 규제

법 제36조제1항에 의하면 시장지배 개념은 기업결합에 관한 실체법적 판단에 있어서 그 중심적 역할을 한다. 즉 기업결합에 있어서 시장지배적지위의 확정에 있어서도 역시 법 제19조제2항의 시장지배 개념이 적용된다.<sup>13)</sup> 그러나 구체적인 시장지배의 판단에 있어서는 다른 기준이 적용될 수 있는데, 예를 들면 기업결합규제는 시장지배적지위 남용에 대한 규제와는 달리 미래의 시장구조에 대한 예측에 중점이 놓여 있기 때문에<sup>14)</sup> 시장점유율이 중요한 판단의 기초를 제공하는 점 등을 들 수 있다.<sup>15)</sup> 기업결합규제에 대한 규정은 법 제6차 개정을 통해 많은 부분이 개정되었는데, 1980년 제4차 개정을 통해 도입되었던 시장지배추정규정(구법 제23조의a 제1

10) Vgl. Schmidt, Ingo, WuW 1997, S. 112.

11) Vgl. Mäger, Thorsten, BB 2001, S. 1107; 이에 관한 판례로는 WuW/E BGH 1501. "Kfz-Kupplungen".

12) 예를 들면 독일 통신법(TKG:Telekommunikationsgesetz) 제33조제1항 vgl. Lampert, Thomas, WuW 1998, S. 27 ff.

13) 이에 관한 판례로는 WuW/E BGH 1501, 1502. "Kfz-Kupplungen" WuW/E BGH 3038. "Raiffeisen".

14) WuW/E DE-V340. "DTAG/dSH".

15) 이 점에 대해서는 BT-Drucks. 13/9720, S. 43; WuW/E BGH 2771, 2773. "Kaufhof/Saturn" WuW/E BGH 1749. "Klöckner-Becorit".

항제1호 및 제2호)이 삭제되는 등 큰 변화를 겪었다. 다만 구법 제23조의a 제1항제1호 및 제2호의 추정적 복멸에 대한 내용은 법 제19조제3항으로 수용되었다. 실무적으로는 시장지배여부 판단의 중점은 시장지배적사업자에 대한 남용규제보다는 오히려 기업결합규제에 있다. 이런 점을 고려하여 연방카르텔청에서는 기업결합에 있어서 시장지배적지위의 형성이나 강화여부를 심사할 수 있는 해석기준을 두고 이를 실무적으로 적용하고 있다.

### III. 1개 사업자에 의한 시장지배

#### 1. 개관

경제학적 의미에서 시장지배의 개념은 일반적으로 경쟁을 통해 형성되는 가격수준 이상으로 가격을 인상하거나 시장진입을 제한할 수 있는 기업의 능력을 의미한다.<sup>16)</sup> 이러한 시장지배 개념을 연구하는데 있어서는 전통적으로 시장행동기준과 시장구조기준에 의한 방법이 사용된다. 법 제19조제2항제1문에 의하면 독점(Monopol), 실질적 경쟁의 결여(Fehlen wesentlichen Wettbewerbs) 그리고 시장에서의 우월한 지위(überragende Marktstellung) 등 여러 형태의 시장지배 개념이 규정되어 있다. 처음의 두 가지는 시장행동과 관련한 기준임에 반해 시장에서의 우월한 지위는 시장구조기준에 관련된 개념이다.<sup>17)</sup> 법 제19조제2항에 의하면 사업자의 시장지배는 특정한 상품이나 용역의 종류에 따라 정해지는데 이는 시장지배 여부의 확정에 있어서는 한계가 없는 광의의 시장개념이 아니라 특정한 조건하에 한정된 시장을 전제한다는 것을 의미한다.

#### 2. 시장과 시장의 확정

##### 1) 일반론

시장지배 개념을 연구하는데 있어서는 우선 시장의 개념과 시장의 확정문제가 전제되어야 한다.<sup>18)</sup> 경제적인 관점에서 시장은 여러 가지 형태로 나타나는데<sup>19)</sup> 개념적으로 시장은 상품이나

16) Alpert, Geraldine, WuW 1984, S. 567.

17) Vgl. Lübbert, Hans-Dieter, WuW 1977, S. 559.

18) 대부분의 학자들이 이러한 견해에 동조하고 있다. 예를 들면 Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht(1999), S. 277; Emmerich, Volker, Kartellrecht (1999), S. 178 f. Traugot, Rainer,

용역의 공급과 수요가 서로 대립되는 것을 전제로 하고 있으며<sup>20)</sup> 이는 판매시장과 조달시장이 서로 분리된다는 것을 의미한다.<sup>21)</sup> 이러한 관점은 시장전체에서 뿐만 아니라 개별기업에 대해서도 적용될 수가 있는데 공급자로서의 기업과 수요자로서의 기업이 서로 개념적으로 분리될 수 있다. 따라서 수요자로서의 시장지배적지위를 가진 기업은 예를 들면 최종소비자 시장에서 실질적 경쟁이 이루어지고 있다는 점을 주장하지 못한다.<sup>22)</sup>

시장은 특정한 기준과 방법에 따라 확정되어야 한다. 시장확정이 없이는 시장이 경쟁적 구조를 가지고 있는지 혹은 실질적 경쟁이 이루어지고 있는지 등을 판단하기가 불가능하다. 법문상으로는 '특정한 상품과 용역의 공급자나 수요자'로 규정하고 있는데 이는 대상적인 시장확정의 근거규정으로는 볼 수 있으나 다른 시장확정 기준과 방법에 대해서는 특별히 규정하고 있지 않다. 이에 대해 대부분의 학자들은 대상적, 지역적 그리고 시간적 시장확정 방법을 사용하고 있다.<sup>23)</sup> 다만 구체적인 확정기준에 대해서는 경제학적 그리고 법학적 관점에서 많은 논란이 있고 이에 대한 만족할 만한 해결방안이 없는 실정이다. 이러한 법적 기초의 흠결 때문에 종종 시장확정 방법이 아닌 다른 대안이 제시되고 있으나<sup>24)</sup> 이 또한 내용적으로 불투명하고 법적 안정성을 해칠 우려가 높은 것이다.<sup>25)</sup> 이하에서는 우선 대상적, 지역적 및 시간적 시장확정에 대해 차례대로 살펴보기로 한다.

## 2) 대상적 시장확정

### a) 수요시장 개념

대상적 시장확정에 있어서는 미국법에 그 뿌리를 두고 있는<sup>26)</sup> 수요시장 개념(Bedarfsmarktkonzept)<sup>27)</sup>이 일반적으로 인정되고 있다.<sup>28)</sup> 수요시장 개념에서는 대상적 시장확정을

19) WuW 1998, S. 929; Baum, Herbert, WuW 1980, S. 401; Kantenzenbach, Erhard/Krüger, Reinald, WuW 1990, S. 472; Treis, Bartho/Lademann, Rainer, GRUR 1987, S.262.

20) 예를 들면 소비물품 시장과 생산수단 시장, 지역적, 국가적 그리고 국제적 시장, 자금 시장, 자본 시장 등. Wagenblaß, Volkswirtschaftslehre, öffentliche Finanzen und Wirtschaftspolitik (2001), S. 48 f.

21) Benisch, Werner, WuW 1977, S. 622.

22) 법 제19조제2항제1호에서도 "..., 공급자 혹은 수요자로서 ..."라고 명시되어 있다.

23) Vgl. Benisch, Werner, WuW 1977, S. 622.

24) 대표적으로 Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1999), S. 277; Emmerich, Volker, Kartellrecht (1999), S. 179; Kantzenbach, Erhard/Krüger, Reinald, WuW 1990, S. 472; Treis/Lademann, GRUR 1987, S. 262; Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker (1992) 22 Rn. 18.

25) Vgl. Baum, Herbert, WuW 1980, S. 402.

26) Vgl. Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1999), S. 278.

27) 자세한 내용은 Traugott, Rainer, WuW 1998, S. 929; Treis, Bartho/Lademann, Rainer, GRUR 1987, S. 263; Lademann, Rainer, WuW 1988, S. 577; Fleicher/Doege, WuW 2000, S. 711.

수요자, 제품의 성질, 사용목적이나 가격수준<sup>29)</sup> 등의 관점에서 특정한 수요를 충족하기에 적합한 교환가능성 여부에 중점을 두고 판단한다.<sup>30)</sup> 한편 교환가능성에 있어서는 기술적이거나 물리적 측면에서의 동질성보다는 기능적인 교환가능성이 중요한 판단기준이 된다.<sup>31)</sup> 그래서 교환가능성은 개별시장 단계나 동일한 상품에 대한 서로 다른 사용가능성 혹은 동일한 상품에 독립된 시장을 형성할 수 있는 부분이 있는지 등의 관점에서 여러 가지로 다르게 나타날 수 있다.<sup>32)</sup> 제조업자와 판매업자에 의해 동시에 취급되는 같은 종류의 제품은 같은 시장에 속하는 것으로 간주될 수도 있으며<sup>33)</sup> 이는 수요자의 관점에서 동일한 사용목적에 갖고 있기 때문이다.

### b) 대체경쟁

교환가능성의 정도는 사안에 따라 다르게 나타나는데 교환가능성을 측정하기 위한 이론적 도구가 대체경쟁(Substitutionswettbewerb)의 개념이다. 대체경쟁은 기본적으로 시장주도자의 행동의 충분한 통제범위에 들지 않는 잔여경쟁(Restwettbewerb)의 한 형태를 의미한다.<sup>34)</sup> 대체경쟁의 제한을 통해 시장지배적지위가 형성되거나 강화될 수 있으며 대체경쟁의 존재를 통해 시장지배적지위의 형성이 방해될 수 있다.<sup>35)</sup> 시장지배적지위의 형성이나 강화여부의 판단에 있어 대체경쟁의 존재여부가 항상 논란이 되고 있으며<sup>36)</sup> 실무적으로는 대체경쟁의 범위를 좁게 해석하는 경향이 있다.<sup>37)</sup>

27) WuW/E DE-V 235, 236 f. "Dürr/Alstom".

28) WuW/E BGH 3058, 3062. "Pay-TV-Durchleitung" WuW/E BGH 3037, 3043. "Raiffeisen" WuW/E BGH 3026, 3028. "Backofenmarkt" WuW/E BGH 2150, 2153. "Edelsteinbestecke".

29) 다만 차이가 중요하고 본질적이고 감지가 가능해야 함. WuW/E DE-V 385, 386. "Richemont/LMH".

30) WuW/E BGH 3026, 3028. "Backofenmarkt" WuW/E BGH 3058, 3060. "Pay-TV-Durchleitung" WuW/E DE-V 177, 178. "Henkel KGaA/Luhns GmbH". EU집행위원회에서도 대상적인 관련시장을 독일법과 유사하게 확정함. Vgl. EG-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl 1997 Nr. C 372/03, Tz. 7.

31) WuW/E BGH 1435, 1440. "Vitamin-B-12" WuW BGH 1445, 1447. "Valium" WuW/E DE-V 275, 276. "Melitta": WuW/E DE-V 267, 268. "Chipkarten" Möschel, Wernhard in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn. 24; Schultz, in: Langen/Bunte (2001), 19 Rn. 11.

32) Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn. 25.

33) WuW/E DE-V 177. "Henkel KGaA/Luhns GmbH".

34) Bundeskartellamt "Auslegungsgrundsätze zur Marktbeherrschung" (2000), S. 31.

35) WuW/E BGH 2425, 2430. "Niederrheinische Anzeigenblätter".

36) 대표적인 사례로는 신문 및 잡지 시장을 들 수 있다. WuW/E BGH 2433 ff. "Gruner+Jahr-Zeit": 이에 대한 자세한 내용은 Kleinaltenkamp, Michael, WuW 1988, S. 732.

37) 대체경쟁관계를 부정한 사례로는, 신문구독 시장과 지역정보신문 시장: WuW/E BGH 2425, 2430. "Niederrheinische Anzeigenblätter" 맥주와 다른 알콜음료: WuW/E DE-V 286, 287 지역일간지와 월간광고지: WuW/E DE-V 334. "akzent".

c) 잠재적 경쟁

실제적 경쟁(aktuellen Wettbewerb)이나 대체경쟁 외에도 잠재적 경쟁(Potentielle Wettbewerb)이 고려되어야 하며 실무상으로도 많은 사례에서 잠재적 경쟁을 고려하고 있다.<sup>38)</sup> 이의 중요한 판단기준은 “예측기간내에 다른 경쟁자가 시장에 진입할 수 있는 고도의 확실성(die hohe Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Wettbewerbers in den Markt innerhalb des Prognosezeitraums)”이다.<sup>39)</sup> 잠재적 경쟁과 관련해서는 미국법상의 개념인 이른바 “즉시진입(immediate entrants)” 개념이 논의되는데 특정한 조건하에서는 시장에 전혀 참여하고 있지 않은 사업자도 시장참가자로 간주되거나, 아직 해당 상품이나 용역을 취급하지 않는 시장참가자의 능력도 고려해야 한다는 의미이다.<sup>40)</sup> 이에 대한 전제조건은 단기간내에 특별한 어려움이나 비용 없이 시장에 참가할 수 있는, 다시 말해 생산능력을 전환할 수 있는 능력이다.<sup>41)</sup>

3) 지역적 관련시장

a) 정의

지역적 시장획정도 대상적 시장획정과 같이 수요시장 개념에 근거하고 있다.<sup>42)</sup> 연방카르텔청에 의하면 지역적 시장획정은 기업결합에 참가하는 기업이 관련상품의 판매에 있어서 실제적 경쟁자와의 유효경쟁상태에 놓여있고 경쟁조건이 충분히 동질적이며 그리고 인근지역과 감지 가능할 정도로 경쟁조건이 구분되는 지역을 포괄한다고 한다.<sup>43)</sup> 이러한 판단에 있어서 연방카르텔청은 유럽 기업결합규제규칙(FKVO) 제9조제7항의 기준과 같이 특히 상품의 종류와 특징, 진입장벽, 소비자의 습관 그리고 현저한 시장점유율 차이 등에 주안을 두고 있으며<sup>44)</sup> 기타 인근 및 외국시장으로부터의 잠재적 경쟁도 고려한다.<sup>45)</sup>

38) WuW/E DE-V 275, 278. “Melitta” WuW/E DE-V 267, 268. “Chipkarten”.

39) WuW/E DE-V 275, 279. “Melitta”.

40) Traugott, Rainer, WuW 1998, S. 931.

41) Traugott, Rainer, WuW 1998, S. 931; Schultze-Petzold, Dirk, WuW 2001, S. 137.

42) WuW/E BGH 3058, 3062. “Pay-TV-Durchleitung”.

43) WuW/E DE-V 331, 332. “Flowserve/Ingersoll-Dresser” WuW/E DE-V 235, 237. “Dürr/Alstom” WuW/E DE-V 203, 207. “Krautkrämer/Nutronik” WuW/E DE-V 301, 305. “RWE/VEW” EU 집행위원회도 지역적 관련시장을 독일법과 같이 정의하고 있다. Vgl. EG-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl. 1997 Nr. C 372/03, Tz. 8.

44) WuW/E DE-V 301, 305. “RWE/VEW”.

45) WuW/E DE-V 267, 268. “Chipkarten”.

### b) "Backofenmarkt" 판결 및 연방카르텔청의 실무

1995년 10월 24일의 "Backofenmarkt" 판결<sup>46)</sup>을 통해 연방대법원은 기업결합규제에 있어서 지역적 시장은 항상 독일 지역에 한정된다고 판시하였다. 이에 대한 첫 번째의 논거는 구법 제98조제2항<sup>47)</sup>의 일반적인 범목적이 기업결합규제의 보호목적에 결정한다는 점이다. 두 번째의 근거는 연방대법원의 조사권한이 국내에 제한된다는 점을 들고 있다. 이 판결은 지역적인 시장획정의 기본원칙을 제시한 것이다. 현재의 연방카르텔청 실무는 기본적으로 "시장은 경제적인 관점에서는 독일 지역을 벗어날 수 있으나<sup>48)</sup> 공식적인 실체법적인 법 적용에 있어서의 시장의 범위는 독일 지역과 동일하다"는 입장을 유지하고 있다.<sup>49)</sup>

### c) 비판적 견해

위 판결은 다음과 같은 이유에서 학계의 비판을 받고 있다.<sup>50)</sup> 첫째 연방대법원은 규범의 보호목적과 지역적인 시장획정 문제를 혼동하고 있다. 양자는 동일한 것으로 볼 수 없다. EU집행위원회 역시 유럽 기업결합규제규칙의 보호목적이 유럽공동체의 영역으로 제한된다 하더라도 지역적인 관련시장이 당연히 공동체영역에 국한된다고 보지 않는다.<sup>51)</sup> 둘째 실무적인 조사의 어려움이 시장획정을 제한하는 정당한 사유가 되느냐하는 점이다.<sup>52)</sup> 셋째 공급시장에 관한 상기 판결의 기본원칙을 수요시장에도 적용할 수 있느냐하는 점도 문제이다.<sup>53)</sup> 특히 공급자가 유럽 혹은 전 세계에서 활동하는 외국기업인 경우에 지역적인 수요시장의 범위를 독일 국내로 한정하는 경우 독일내에 존재하는 수요자와 시장상황에 대한 잘못된 판단결과를 초래하게 된

46) WuW/E BGH 3026.

47) 제98조제2항제1문(구법): "이 법은 비록 이 법의 효력범위 밖에서 초래되었다 하더라도 이 법의 효력범위 내에서 영향을 미치는 모든 경쟁제한행위에 대해서 적용된다".

48) 다만 이 경우에도 유럽지역을 초과해서는 안 된다는 심결이 있음. WuW/E DE-V 203, 207. "Krautkrämer/Nutronik": "미국과 일본에 있어서의 공간적인 시장은 다른 판단규범과 특별한 해석규정이 적용된다".

49) WuW/E DE-V 382, 384. "Umweltschutz Nord": "전체 독일영역" WuW/E DE-V 275, 279. "Melitta": "경제적인 의미에서는 서유럽국가(EU 그리고 EFTA국가), 법적인 의미에서는 독일영역" WuW/E DE-V 267, 268. "Chipkarten": "국내" WuW/E DE-V 286, 287. "Holstein/König": "법의 효력범위내" WuW/E DE-V 235, 237. "Dürr/Alstom": "경제적인 의미로는 독일영역보다 크나 법적인 의미에서는 독일영역".

50) 이에 대해서는 Dreher, Meinrad, JZ 1996, S. 1025 ff Schütz, Jörg, WuW 1996, S. 286 ff Paschke, Marian, ZHR 160 (1996), S. 673 ff.

51) Schütz, Jörg, WuW 1996, S. 290; vgl. Mäger, Thorsten, BB 2001, S. 1106.

52) Schütz, Jörg, WuW 1996, S. 290; vgl. Paschke, Marian, ZHR 160 (1996), S. 675.

53) Paschke, Marian, ZHR 160 (1996), S. 679.

54) Paschke, Marian, ZHR 160 (1996), S. 679.



다.<sup>54)</sup> 넷째 연방대법원의 판결은 경제적인 현실을 무시하고 있으며<sup>55)</sup> 헌법상의 자의금지원칙과도 충돌할 수 있다.<sup>56)</sup> 법 제19조제2항제1문제2호에서도 시장에서의 우월한 지위를 판단하는데 있어서 법의 효력범위 내·외에 소재하는 사업자를 통한 실제적인 그리고 잠재적인 경쟁을 고려해야 한다고 규정하고 있고 경제적으로도 교통 및 통신수단의 발달 및 정보기술의 발전에 따라서 법적인 시장진입장벽이 없어지고 공간적 범위가 확대되는 현실에서 연방대법원의 입장은 설득력이 약해지고 있다. 이러한 점에서 보면 연방카르텔청이 “Melitta” 사건<sup>57)</sup>에서 지역적인 관련시장을 서유럽영역으로 본 점은 고무적이라 할 수 있다.

#### 4) 시간적인 관련시장

시간적 관련시장 개념은 예외적인 경우에만 기능을 하는 것으로서 그 의미가 크지 않다.<sup>58)</sup> 대표적인 적용사례로는 박람회나 대규모 행사 같은 예를 들 수 있다.<sup>59)</sup> 이 경우에는 시장지배적지위가 박람회나 행사기간에 한정되게 된다. 뮌헨올림픽 당시 독일의 시광고회사(Deutsche Städtereklame GmbH)가 올림픽기간중에 플랜카드 가격을 200% 인상하려고 한 사건에서 연방카르텔청은 동 기간동안에만 시장지배적지위가 인정된다는 점을 인정하였다.<sup>60)</sup> “Sportartikelmesse II” 사건에서도 연방대법원은 스포츠용품박람회 시장에 대한 시간적 관련시장 확정을 인정하였다.<sup>61)</sup>

### 3. 시장행동기준

#### 1) 독점

특정한 시장에 1개의 사업자만이 존재하는 경우를 독점이라 하는데 이는 경제적 관점에서 다양한 형태로 구분될 수 있다. 법은 기본적으로 공급시장독점과 수요시장독점을 구분하고 있다.<sup>62)</sup> 그러나 이들 양자 사이에 효과면에서의 차이는 없다.<sup>63)</sup> 독점은 이론적으로 법률적인<sup>64)</sup> 혹

55) Vgl. Dreher, Meinrad, JZ 1996, S. 1025.

56) Vgl. Paschke, Marian, ZHR 160(1996), S. 677.

57) WuW/E DE-V 275, 279. “Melitta”.

58) Emmerich, Volker, Kartellrecht(1999), S. 184; Rittner, Fritz, Wettbewerbs-und Kartellrecht (1999), S. 167; Wiedemann, Gerhard, Handbuch des Kartellrechts(1999), 20 Rn. 33.

59) Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker(1992), 22 Rn. 39.

60) 이에 대한 비판적 고찰에 대해서는 von Ungern-Sternberg, Thomas, WuW 1984, 707 ff.

61) WuW/E BGH 1027, 1031. “Sportartikelmesse II”.

62) 법 제19조제2항제1문.

은 사실상의 이유로 인해 형성되는데, 법률적 독점 외에 사실상의 이유에 의한 독점은 현실에서 잘 존재하지 않는다. 왜냐하면 특정한 시장에서 100%의 시장점유율을 차지하는 것은 어렵기 때문이다. 다만 대상적인 혹은 지역적으로 좁은 시장획정을 통해서 독점적 지위가 형성될 수 있는데 이와 관련하여 구간독점(Streckenmonopol)이 논의된다. 이에 대한 대표적인 사례로 고속도로주유소의 독점적지위를 들 수 있다. 일반적인 주유소와는 달리 고속도로주유소는 지역적으로 격리되어 있고 특정한 지역범위에서 독점적지위를 갖고 있기 때문이다. 연방카르텔청도 고속도로주유소는 특정한 지역범위 내에서는 경쟁자를 갖고 있지 않는다고 판단한 바 있다.<sup>65)</sup> 기타 영역적 독점(Gebietsmonopol)도 그 예로 들 수 있는데 이와 관련하여 연방대법원은 에너지공급 기업의 영역적 독점을 인정한 바 있다.<sup>66)</sup>

## 2) 실질적 경쟁의 결여

독점적 상태에 있어서는 1개의 사업자만이 존재하는데 반해 여기에서는 개념적으로 최소한 2개 이상의 사업자를 전제로 하고 있다.<sup>67)</sup> 만약 1개의 사업자가 어느 정도 높은 시장점유율을 갖고 있고 다른 경쟁자와의 경쟁이 중요하지 않을 때 실질적 경쟁이 결여되었다고 볼 수 있다. 즉 독점은 아니지만 독점유사의 시장행동을 나타낸다. 이 경우 학자들은 준독점(Quasi-Monopol)<sup>68)</sup> 혹은 부분독점(Teil-Monopol)<sup>69)</sup>이라는 표현을 사용한다.

실질적 경쟁의 개념에 대해서는 의견이 나뉘는데 보통 “상대적으로 높은 수준의 경쟁강도(relativ hoher Grad an Wettbewerbsintensität)”를 의미한다.<sup>70)</sup> 역사적으로 보아 이러한 개념이 삽입된 것은 독점에 대한 원인금지주의와 폐해규제주의의 대립에 있어서 이를 조정하는 수단으로 사용된 것이다.<sup>71)</sup> 경쟁사업자 사이에 실질적 경쟁이 존재하는지 여부의 판단은 매우 어려운 과제이다. 예를 들면 배타조건부 공급계약에 있어서 수직적으로 연결된 사업자 사이에는

63) Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 7(1977), S. 28.

64) 예를 들면 과거의 우편독점: Monopolkommission, Sondergutachten 7(1977), S. 31.

65) WuW/E, DE-V 1999: 연방카르텔청의 심결에 대한 비판에 대해서는 Fehl, Ulrich/Schmidtchen, Dieter, WuW 1986, S. 572 ff.

66) WuW/E BGH 2805. “Strommeinspeisung”.

67) Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker(1992), 22 Rn. 47; Schultz, in: Langen/Bunte(2001), 19 Rn. 33.

68) 예를 들어 Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht(1999), S. 278.

69) 예를 들어 Schultze, Jörg-Martin, Marktzutrittsschranken in der Fusionskontrolle(1988), S. 41; Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker(1992), 22 Rn. 44.

70) Willeke, Franz-Ulrich, WuW 1975, S. 539.

71) Langen, Eugen, Kommentar zum Kartellgesetz(1953), S. 215.

실질적인 경쟁이 결여되어 있다고 볼 수 있다.<sup>72)</sup> 그러나 개별사안에 따라 서로 다른 상황이 존재하므로 전체적인 맥락에 따라 판단되어야 한다.<sup>73)</sup> 실질적 경쟁의 결여정도도 문제이다. 실제적 혹은 잠재적 경쟁을 제한하는 경우에만 실질적 경쟁의 결여가 고려될 수 있다.<sup>74)</sup> 법 제19조 제2항 법문상 실질적 경쟁이 결여된 수요자로서의 시장지배적사업자도 포함된다. 수요자경쟁의 제한에 대한 원인은 기본적으로 공급자경쟁에 대한 제한의 원인과 다르지 않다.<sup>75)</sup> 즉 시장지배적공급자에 대한 판단기준은 시장지배적수요자에 대한 판단에 있어 그대로 적용된다. 다만 수요시장에 있어서는 극단적인 준독점 보다는 수요자측면에서 시장에서의 협상력 증대가 문제가 되는 경우가 많다.<sup>76)</sup>

#### 4. 시장구조기준 : 시장에서의 우월한 지위

##### 1) 입법의 배경

법 제19조제2항제1문제2호는 1973년 제2차 개정을 통하여 도입되었다. 이러한 추가적인 조항을 도입한 이유는 법 제19조제2항제1문제1호의 실질적 경쟁의 결여여부에 대한 판단의 어려움 때문이었다. 즉 시장에서의 우월한 지위의 구성요건은 시장지배여부를 손쉽게 판단하기 위한 목적에서 도입된 것이다.<sup>77)</sup> 시장에서의 우월한 지위의 개념을 정의하는 것은 매우 어렵다. 보통 어느 기업의 시장에서의 지위는 자신의 경쟁수단을 사용하는데 있어서의 얼마만큼의 행동의 여지를 가지고 있느냐에 달려 있다.<sup>78)</sup> 따라서 시장에서의 우월한 지위는 여러 가지의 시장 전략을 구사할 수 있는 가능성, 그리고 자신의 고유한 기준을 적용하는데 있어서의 행동의 여지를 나타내는 것이다.<sup>79)</sup> 시장에서의 우월한 지위를 조사하는데 있어서 법은 다섯 가지의 기준, 즉 시장점유율, 재무능력, 다른 기업과의 결합, 다른 기업의 법적인 혹은 사실상의 진입장벽 및 실제적 혹은 잠재적 경쟁을 규정하고 있었다. 그러나 1990년 제5차 개정을 통해서 또 하나의 기준이 도입되었다. 즉 사업자가 자신의 공급이나 수요를 다른 상품이나 용역으로 대체할 수

72) WuW/E DE-V 249. "Ansell/Johnson & Johnson".

73) Vgl. Schultz, in: Langen/Bunte (2001), 19 Rn. 38.

74) Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1999), 274.

75) Monopolkommission, Sondergutachten 7 (1977), S. 28.

76) Schultz, in: Langen/Bunte (2001), 19 Rn. 45; Monopolkommission, Sondergutachten 7 (1977), S. 45ff. 기타 Köhler, Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager (1977); Jüttner-Kramny, Lioba, WuW 1982, S. 278 ff. Werner, WuW 1977, S. 619 ff.

77) Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn. 48 BT-Drucks. VI/2520, S. 21.

78) BT-Drucks. VI/2520, S. 21.

79) BT-Drucks. VI/2520, S. 22.

있는 능력 또는 거래상대방이 다른 사업자로 거래선을 바꿀 수 있는 가능성이다. 이러한 규정을 도입한 이유는 최근 그 중요성이 강조되는 수요지배력을 고려한 것이다.<sup>80)</sup> 한편 1998년 제6차 개정에서는 EU기업결합규제규칙 제2조제1항 a)에 부응하여 “이 법의 효력범위 내·외에 소재하는 사업자를 통한 실제적 혹은 잠재적 경쟁의 고려”가 추가적으로 규정되었다.<sup>81)</sup>

## 2) 판단기준

연방대법원은 사업자의 시장에서의 우월한 지위를 “우월적인 행위재량”의 존재여부에 따라 판단한다. 중요한 판례로는 시장지배적사업자의 가격 남용행위가 문제되었던 “Vitamin-B-12”<sup>82)</sup>와 “Valium”<sup>83)</sup> 판결을 들 수 있다. “Vitamin-B-12” 사건에서의 연방대법원 판결에 의하면 시장에서의 우월한 지위는 사업자가 시장전략의 전개나 개별 행위변수의 개입에 있어 (일방적인) 행위재량을 갖고 있을 때 인정된다. “Valium” 사건에서 역시 연방대법원은 (구)법 제22조제1항제2호상의 사업자의 시장에서의 우월한 지위는, 제1호의 실질적 경쟁이 이루어지고 있을 때도, 경쟁자의 행위에 대해 우월적인 재량을 갖고 있는 범위에서 인정된다고 판시하였다. 시장에서의 우월한 지위는 연방카르텔청의 기업결합규제 실무에 있어서 매우 중요하다.<sup>84)</sup> 즉 기업결합의 중요한 강화효과는 경쟁자와 거래상대방에 대한 행위재량의 확장에 있다고 판단한다.<sup>85)</sup> 기업결합규제에 있어서는 그 미래지향적인 성격상 실질적 경쟁의 결여나 존재의 증명에 미래의 경쟁관계에 있어서 충분한 기초를 제공하지 못하기 때문에 시장에서의 우월한 지위여부가 중요한 판단기준이 된다.<sup>86)</sup>

## 3) 개별적 기준

### a) 시장점유율

시장점유율은 수요 또는 공급시장에서의 수량과 규모면에서의 비중을 의미한다.<sup>87)</sup> 시장점유율 기준은 시장지배력의 존재에 대한 심사에 있어 중요한 역할을 담당한다.<sup>88)</sup> 종래에는 특별히

80) BT-Drucks. VI/2520, S. 17.

81) BT-Drucks. VI/2520, S. 36.

82) WuW/E DE-V 1482; WuW/E OLG 1599.

83) WuW/E DE-V 1526; WuW/E OLG 1645.

84) Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsätze zu Marktbeherrschung (2000), S. 8.

85) WuW/E DE-V 177, 184. “Henkel KGaA/Luhns GmbH” WuW/E DE-V 235, 241. “Dürr/Alstom”.

86) Ruppelt, in : Langen/Bunte (2001), 36 Rn. 12.

87) Vgl. Immenga, Ulrich, WuW 1998, S. 811.

88) 법 제19조제2항제1문의 시장행동기준과 제19조제3항의 추정요건은 기본적으로 시장점유율에 기초하고 있다.

중요한 요소로서 작용을 하였으나 1990년 제5차 개정을 통해 수요지배력을 고려하여 두 가지 다른 기준이 추가되고 동시에 “~외에”라는 단어 및 “특히”라는 표현 역시 삭제됨으로써<sup>89)</sup> 종래보다는 그 중요성이 감소되기는 하였다.<sup>90)</sup> 높은 시장점유율은 거래상대방의 회피가능성을 제한하고 그 결과 사업자의 행위재량을 높인다.<sup>91)</sup> 연방카르텔청은 사업자의 절대적·상대적 시장점유율이 현저한 경우 우월적지위가 인정된다고 하고<sup>92)</sup> 연방대법원 역시 절대적 시장점유율과 경쟁자의 시장점유율과의 차이를 고려한다.<sup>93)</sup> 절대적·상대적 시장점유율 외에도 연방카르텔청은 시간의 경과에 따른 점유율의 변동도 고려한다.<sup>94)</sup> 법 제19조제3항제1문의 추정조항에 따르면 사업자가 33.3% 이상의 점유율을 가지면 시장지배적지위가 인정된다. 그러나 높은 시장점유율이 항상 시장지배를 의미하지는 않는다.<sup>95)</sup> 결정적인 것은 높은 시장점유율보다는 오히려 이러한 점유율이 어느 정도 지속되었는가 하는 점이다. 반대로 낮은 시장점유율에도 불구하고 시장지배적사업자가 될 수 있다. 연방대법원에 의하면 법 제19조제3항제1호의 추정요건에 해당되지 않은 경우에도 시장에서의 우월적 지위는 인정된다고 한다.<sup>96)</sup> 한편 사업자의 시장점유율이 경쟁자의 시장점유율의 합계보다 크다는 점도 요구되지 않는다.<sup>97)</sup> 판례에 의하면 시장점유율은 매출,<sup>98)</sup> 즉 매출액<sup>99)</sup>이나 매출량<sup>100)</sup>에 따라 판단되어야 하며 기업결합에 있어서 시장점유율 증가를 산정할 때 점유율의 변동폭이 큰 경우에는 지난 3년간 평균에 맞춘다.<sup>101)</sup>

89) BT-Drucks. 11/4610, S. 17. 수요자측면에서의 시장지배 역시 낮은 시장점유율에도 존재할 수 있다는 점에 대해서는 Schultz, in: Langen/Bunte (2001), 19 Rn. 50.

90) WuW/E BGH 1749, 1755. “Klöckner-Becorit”.

91) Schultz, in: Langen/Bunte (2001), 19 Rn. 50.

92) Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsatzes zu Marktbeherrschung (2000), S. 12 WuW/E DE-V 187, 189. “MZO”.

93) WuW/E 2150, 2153; WuW/E BGH 1749, 1755. “Klöckner-Becorit”.

94) WuW/E DE-V 331. “Flowserve/Ingersoll-Dresser”.

95) Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn. 59; EG-Kommission, WuW/E EU-V 400. “BP/Amoco”.

96) WuW/E BGH 2771. “Kaufhof/Saturn”.

97) BT-Drucks. VI/2520, S. 23.

98) WuW/E BGH 2150, 2153. “Edelstahlbestecke” WuW/E BGH 1501, 1503. “Kfz-Kupplungen” WuW/E DE-V 177, 182. “Henkel KGaA/Luhns GmbH” WuW/E DE-V 328, 329; WuW/E DE-V 331, 333. “Flowserve/Ingersoll-Dresser”.

99) WuW/E BGH 1678, 1679. “Valium II”.

100) WuW/E BGH 1435, 1441. “Vitamin-B12”. “Edelstahlbestecke” 사건에서 연방대법원은 명시적으로 시장점유율의 산정의 기초를 매출량이 아닌 매출액에 기초하였다: WuW/E BGH 2150, 2152 f. “Edelstahlbestecke”.

101) WuW/E DE-V 331. “Flowserve/Ingersoll-Dresser”.

## b) 재무능력

재무능력은 “사업자”와 연관된 시장구조적 요소이다.<sup>102)</sup> 법 제2차 개정시 정부초안이유서에 의하면 재무능력은 사업자의 재정적 수단과 가능성, 특히 내·외부적 자금조달가능성을 포괄한다.<sup>103)</sup> 기업결합에 있어서 시장점유율 외에 재무능력지표는 시장지배적지위의 형성과 강화에 매우 중요한 역할을 한다.<sup>104)</sup> 기업결합이 시장에서의 우월적 지위를 초래하고, 여기에 재무능력이 강한 대기업이 참가한 경우 일반적으로 재무능력이 기업결합영역에 개입한 것으로 볼 수 있다.<sup>105)</sup> 수평적 기업결합에 있어 시장지배력의 형성과 강화는 기본적으로 시장점유율의 증가를 통하여 판단될 수 있다. 그러나 수직적, 혼합적 기업결합에 있어서는 그 역할을 하지 못한다. 1973년 제2차 법 개정시 기업결합규제를 도입한 이래로 수직적, 혼합적 결합에 있어서의 일반적인 효력과 적용에 관해서는 항상 논쟁이 있어 왔다.<sup>106)</sup> 시장점유율 증가, 재무능력 그리고 다른 요소가 전체적으로 고려되어야 하는데 재무능력과 관련해서는 이른바 “자원이론(Resourcentheorie)”이 실무적으로 인정되고 있다.

1985년 Rheinmetall과 WMF의 기업결합<sup>107)</sup>에 대한 중지명령에서 자원이론이 최초로 혼합결합에 적용되었다.<sup>108)</sup> 연방대법원에 의하면 시장지배력의 강화는 재무능력의 증대에 기인할 수 있다. 왜냐하면 그것이 후방경쟁사업자에 대한 방어능력을 증대시키고, 이에 따라 현실적·잠재적 경쟁자를 무력화시키며, 공격적인 경쟁정책으로 위협하기 때문이다.<sup>109)</sup> 재무능력은 경쟁사업자를 무력화시키고 위협하는 효과를 가진다. 연방카르텔청 역시 시장지배력의 형성과 강화를 자원증가의 관점에서 판단한다.<sup>110)</sup> 독점위원회도 재무능력 역시 사업자의 자원의 한 부분이고, 그것은 시장지배력의 형성과 강화에 매우 탄력적으로 개입될 수 있다고 본다.<sup>111)</sup> 중요한 재무능력 측정수단으로는 여러 가지 요소를 생각할 수 있다. 법 제2차 개정시 정부초안에

102) Immenga, Ulrich, WuW 1998, S. 814.

103) BT-Drucks. VI/2520, S. 23.

104) Vgl. Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn 63 Emmerich, Volker, Kartellrecht (1999), S. 189.

105) WuW/E BGH 1711. “Mannesmann-Bruenighaus”.

106) Bühner, Rolf, WuW 1989, S. 277.

107) WuW/E BGH 2150 ff. “Edelsteinbestecke”.

108) Bühner, Rolf, WuW 1989, S. 278.

109) WuW/E BGH 2795, 2804. “Pinneberger Tageblatt” WuW/E BGH 2150, 2157. “Edelsteinbestecke” WuW/E BGH 1749, 1755. “Klöckner-Becorit” WuW/E BGH 1501, 1510. “Kfz-Kupplungen”.

110) WuW/E DE-V 340, 342. “DTAG/dSH” WuW/E DE-V 337 “Novartis/Wesley Jessen” WuW/E DE-V 275, 278 ff. “Melitta” WuW/E DE-V 203, 208. “Krautkrämer/Nutronik”.

111) Bühner, Rolf, WuW 1989, S. 279.

따르면 내·외부적 자금조달 가능성이 기준으로 고려되어야 한다. 내·외부적 자금조달 가능성 기준으로는 매출액,<sup>112)</sup> 수익,<sup>113)</sup> 현금흐름, 유동자산, 연간잉여 혹은 국가적·국제적 자본시장에의 접근 등이 거론된다. 기업결합을 통해 획득된 기술적 계속발전능력<sup>114)</sup>의 증대도 역시 재무능력의 측정기준이 될 수 있다.

시장에서의 우월한 지위가 재무능력과 관련이 있다고 볼 때 어떻게 관련시장에 영향을 미치는지에 대한 설명이 전제되어야 한다.<sup>115)</sup> 가장 중요한 것은 어떤 구체적인 경쟁제한적인 효과가 있는가 하는 점이다.<sup>116)</sup> 이에 대해 연방대법원은 참호, 즉 억지개념을 지지한다. 그러나 재무능력이 강한 사업자와의 기업결합이 항상 자동적으로 그러한 억지효과를 가지지는 않는다.<sup>117)</sup> 개별사안별로 판단하여야 한다. 우선 그 효과가 구체적이어야 하고, 둘째 지속적이고 구조적이어야 한다. 기업결합을 통해 우월적 지위가 강화된다는 예측은 기업결합에 의해 성립된 시장구조가 경쟁에 유효한 자원을 얻거나 공고히 되는 것을 통해 경쟁우위에 서는 것을 전제한다.<sup>118)</sup>

#### c) 구매 또는 판매시장에의 접근 및 다른 사업자와의 결합

법 제19조제2항제1문제2호에는 구매 혹은 판매시장에의 접근과 다른 사업자와의 결합은 분리되어 규정되어 있다. 그러나 양자는 밀접한 관련성을 갖고 있다. 왜냐하면 판매 혹은 구매시장에의 양호한 접근은 주로 수직적 결합에 의해 이루어지기 때문이다.<sup>119)</sup> 1973년 제2차 개정 정부초안이유서에서는 구매 및 판매시장에의 유리한 접근수단으로 장기적 공급계약, 대리점계약 등을 들고 있다.<sup>120)</sup> 그러나 양 기준이 중복은 되나 동일한 것으로는 볼 수 없다. 왜냐하면 결합개념은 수평적 결합도 포함하기 때문이다. 이러한 종류의 접근가능성 혹은 결합은 경쟁사업자의 시장상황을 지속적으로 저해할 수 있다(시장봉쇄효과).<sup>121)</sup> 결합은 사업자의 경제적, 법적 혹은 개인적인 관계를 포괄하며<sup>122)</sup> 지배나 콘체른에 한정되지 않고, 다른 사업자에 대한 특별한 관계를 통한 경쟁우위 - 동일한 시장에서의 활동여부와 상관 없이 - 를 포괄하는 의미로 사용

112) WuW/E BGH 2150, 2057. "Edelsteinbestecke".

113) WuW/E BGH 1501, 1505. "Kfz-Kupplungen" WuW/E BGH 2150, 2057. "Edelsteinbestecke".

114) WuW/E BGH 1749, 1755. "Klöckner-Becorit".

115) WuW/E BGH 1435, 1436. "Vitamin-B-12".

116) Vgl. Möschel, Wernhard, AG 1984, S. 258.

117) WuW/E BGH 1501, 1505. "Kfz-Kupplungen".

118) WuW/E DE-V 340, 345 f. "DTAG/dSH".

119) BT-Drucks. VI/2520, S. 23.

120) BT-Drucks. VI/2520, S. 23.

121) Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn 66.

122) WuW/E 3037, 3041. "Raiffeisen".

된다.<sup>123)</sup> 참가사업자가 “경쟁적인 단일체”로 간주될 수 있으나, 혹은 참가사업자가 하나의 사업자처럼 보이느냐 하는 것은 중요한 것이 아니다.<sup>124)</sup> 구매 또는 판매시장에의 접근의 중요한 지표로는 다양한 영업망,<sup>125)</sup> 판매채널,<sup>126)</sup> 기존 고객관계의 획득<sup>127)</sup> 그리고 우월한 지리적 위치<sup>128)</sup> 등을 들 수 있다.

#### d) 진입장벽

법 제19조제2항제2문제2호는 시장지배의 기준으로 다른 사업자의 접근을 막는 법적·사실적 장벽을 들고 있다. 시장진입은 재무능력 같은 사업자관련이 아닌 “시장관련적” 구조적인 특징을 갖고 있으며<sup>129)</sup> 현실적으로 진입장벽이 존재하느냐에 대해서는 서로 다른 이론적 대립이 있다. 하버드학파의 시장구조-행동-성과 패러다임에 의하면 공급자가 잠재적 경쟁사업자가 진입을 해도 이득을 얻지 못하는 수준에서 가격을 설정하는 한, 경쟁사업자에 대한 진입장벽이 존재한다.<sup>130)</sup> 그러나 이러한 패러다임은 시카고학파<sup>131)</sup>에 의해 거부된다. 시카고학파에 의하면 시장에서의 우월적 지위는 지속적으로 남용될 수 없다. 왜냐하면 새로운 공급자가 금방 나타나서 시장가격을 낮추고 이는 진입장벽이 존재하지 않는다는 것을 전제하기 때문이다.<sup>132)</sup> 최소자본투자, 광고, 제품차별화나 수직적 통합으로 인한 시장진입장벽을 시카고학파는 인정하지 않는다.<sup>133)</sup> 어쨌든 법 제19조제2항제2호는 규정을 통해 법적·사실적 진입장벽을 인정하고 있으며 이를 사업자의 시장지배 기준의 하나로 규정하고 있다.

진입장벽의 요소로는 여러 가지를 생각할 수 있다.<sup>134)</sup> 특히나 허가조건 등은 법적인 진입장벽

123) WuW/E 3037, 3040. “Raiffeisen”.

124) WuW/E 3037, 3041. “Raiffeisen”.

125) WuW/E BGH 2771, 2775. “Kaufhof/Saturn”.

126) WuW/E DE-V 275, 278. “Melitta”.

127) WuW/E DE-V 177, 184. “Henkel KGaA/Luhns GmbH”.

128) WuW/E DE-V 301. “RWE/VEW”.

129) Vgl. Schultz, in: Langen/Bunte (2001), 19 Rn. 54.

130) Jickeli, Joachim, WuW 1992, S. 102.

131) 예를 들어 Stigler, Bork, Demsetz. 이에 대해서는 Jickeli, Joachim, WuW 1992, S. 103 f.; Schultze, Jörg-Martin, Marktzutrittschranken in der Fusionskontrolle (1988), S. 52 ff. vgl. Jickeli, Joachim, Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1990), S. 36 ff.

132) Schultze, Jörg-Martin., Marktzutrittschranken in der Fusionskontrolle (1988), S. 24.

133) Kallfass, Hermann H., WuW 1980, S. 598.

134) Vgl. Schultze, Jörg-Martin, Marktzutrittschranken in der Fusionskontrolle (1988), S. 89 ff. Jickeli, Joachim, Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1990), S. 154 ff.



이며 규모의 이익, 제품차별화 등은 사실상의 진입장벽에 속한다.<sup>135)</sup> 1973년 제2차 개정 정부 초안이유서<sup>136)</sup>에서도 전체수요와의 관계에서의 적절한 경영규모, 법적 장애, 기술적 지식, 라이선스 교부형태, 원료나 자본에의 접근, 판매조직 혹은 제품차별화를 들고 있다. 실무에서는 특히,<sup>137)</sup> 상표,<sup>138)</sup> 그리고 인적 자격요건을 높은 진입장벽으로,<sup>139)</sup> 높은 OEM 가능성 그리고 필요한 보호법령에의 손쉬운 접근을 낮은 진입장벽으로 판단한다.<sup>140)</sup> 진입장벽의 부존재는 법 제19 조제3항제1호 및 제2호의 추정의 복멸사유가 될 수 있다. 진입장벽과 잠재적 경쟁 사이에는 깊은 관련이 있다. 진입장벽은 어느 범위에서 잠재적 경쟁을 실제적 관련요소로 고려할 것인가에 대한 문제에 대해 결정적 역할을 한다.<sup>141)</sup> 즉 진입장벽의 높이는 모든 잠재적 경쟁자의 시장진입 가능성을 결정한다.<sup>142)</sup> 높은 진입장벽은 지역적 관련시장을 획정함에 있어서 하나의 징표가 된다. 특별한 지역적 시장은 보통 시장내에서 경쟁조건이 충분히 동질적이고 그 시장에서의 경쟁조건이 인접시장과 명백히 구별되거나 다른 사유로 진입장벽이 존재하는 경우 인정된다.<sup>143)</sup>

e) 실제적 혹은 잠재적 경쟁

사업자의 시장에서의 지위는 실제적 경쟁자에 대한 위치뿐만 아니라 어느 범위에서 잠재적 경쟁이 가능한지 그리고 실효적인지에도 달려 있다.<sup>144)</sup> 이에 법 제6차 개정을 통해 “이 법의 효력범위 내·외에 소재하는 사업자를 통한 실제적 혹은 잠재적인 경쟁”을 추가적으로 규정하였다. 잠재적 경쟁의 개념은 시장획정에 있어서도 매우 중요하다. 입법자는 그 범위에서, 기업결합에 있어 지리적 시장을 독일내로 한정했던 연방대법원의 판결(Backofenmarkt 사건)을 수정하고자 하였다.<sup>145)</sup> 잠재적 경쟁이란 당해 시장에서 활동하지는 않지만 진입을 항상 염두에 두어야 하는 사업자와의 경쟁을 의미한다.<sup>146)</sup> 시장에서의 우월한 지위를 판단함에 있어 실제적 혹은

135) Schultze, Jörg-Martin, Marktzutrittschranken in der Fusionskontrolle (1988), S. 89 ff. Jickeli, Joachim, Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1990), S. 162 ff. Jickeli, Joachim, WuW 1992. S. 197 ff.

136) BT-Drucks. VI/2520, S. 23.

137) WuW/E DE-V 177, 184. “Henkel KGaA/Luhns GmbH”.

138) WuW/E DE-V 177, 178. “Henkel KGaA/Luhns GmbH”.

139) WuW/E DE-V 370. “outdoor spezial”.

140) WuW/E DE-V 328, 330. “Xerox/Tektronix”.

141) Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn 68.

142) Kantzenbach, Erhard/Krüger, Reinald, WuW 1990, S. 477.

143) WuW/E DE-V 301, 305. “RWE/VEW”.

144) Schultze, Jörg-Martin, Marktzutrittsschranken in der Fusionskontrolle (1988), S. 20.

145) Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1999), S. 279; WuW/E, BGH 3026. “Backofenmarkt”.

잠재적 경쟁의 고려는 대상적 그리고 지역적 관련시장의 확장을 의미하는 것이다. 연방대법원에 의하면 사업자의 시장에서의 지위는 모든 시장상황의 총체적 고려를 통하여 판단될 수가 있는데, 여기에는 특히 경쟁관계가 속한다. 잠재적 경쟁은 그것이 우선 실제적 경쟁으로 발전할 수 있는 높은 확실성이 존재하는 경우 고려한다.<sup>147)</sup> 연방카르텔청도 우월적인 행위재량의 판단에 있어서 잠재적 경쟁을 조사하고 있다.<sup>148)</sup> 외국의 잠재적 공급자 역시 고려대상이다.<sup>149)</sup> 외국 공급자에 대한 진입장벽이나 최소한 감지 가능한 장벽이 없는 경우 외국의 경쟁압력이 내국경쟁자의 행위재량을 제한할 수 있는 것이다.<sup>150)</sup>

#### f) 전환가능성 및 회피가능성

수요경쟁제한의 원인은 기본적으로 공급경쟁의 제한과 다르지 않다.<sup>151)</sup> 따라서 법도 수요자에 의한 시장지배를 공급자에 의한 시장지배와 구별하지 않는다. 전환가능성 및 회피가능성 기준도 기본적으로 모든 시장에 유효하다. 그러나 공급시장에서의 수요자와 달리 수요시장에서의 공급자는 특별히 생산시설의 전환탄력성이 적고 상대적으로 적은 수요자와 판매관계 그리고 이와 관련 특정수요자에 대해 상대적으로 높은 판매량을 나타낸다.<sup>152)</sup> 또한 유통업자의 규모가 커지면서 제조사의 회피가능성이 줄어든다.<sup>153)</sup> 따라서 수요시장에서의 거래상대방의 전환가능성 및 회피가능성의 의미는 공급시장에서보다 크다고 할 수 있다. 이 규정은 제5차 개정시 새로이 도입되기는 하였으나 이전에도 연방대법원은 이미 거래상대방의 회피가능성을 시장지배력의 근거로 고려하였다.<sup>154)</sup> 연방카르텔청 역시 수요시장에서 회피가능성<sup>155)</sup>과 전환가능성<sup>156)</sup>을 고려한다. 한편 이 두 가지의 구성요건적 징표는 대상적 그리고 지역적 관련수요시장을

146) Vgl. Schultze, Jörg-Martin, Marktzutrittsschranken in der Fusionskontrolle (1988), S. 20.

147) WuW/E BGH 1435, 1441. "Vitamin-B-12".

148) WuW/E DE-V 385, 389. "Richemont/LMH" WuW/E DE-V 267, 268. "Chipkarten"; WuW/E DE-V 275, 276. "Melitta" WuW/E DE-V 337, 339. "Novartis/Weseley Jessen" WuW/E DE-V 325. "Stadtwerke Neuss"; WuW/E DE-V 235, 240. "Dürr/Alstom".

149) WuW/E DE-V 337, 339. "Novartis/Weseley Jessen".

150) Mäger, Thorsten, BB 2001, S. 1107.

151) Monopolkommission, Sondergutachten 7 (1977), S. 28면 이른바 "투영상이론(Spiegelbildtheorie)"에 대해서는 Jüttner-Kramny, Lioba, WuW 1982, S. 280.

152) Jüttner-Kramny, Lioba, WuW 1982, S. 280; Schmidt, Ingo, WuW 1997, S. 108 ff.

153) BT-Drucks. 11/4610, S. 17.

154) 1980.6-KVR 5/79 "Mannesmann-Brueninghaus" 규정도입 후 연방대법원 판례는 WuW BGH 2771, 2776. "Kaufhof/Saturn".

155) WuW/E DE-V 187, 189. "MZO".

156) WuW/E 203, 206. "Krautkrämer/Nutronik".

확정하는데도 중요한 기준이 된다.

## 5. 법 제19조제2항제1문제1호와 제2호의 관계

법 제19조제2항제1문제1호와 제2호는 서로 선택적이다.<sup>157)</sup> 제19조제2항제1문제2호의 수범자문제 관련, 사업자가 실질적 경쟁에 놓여 있는지는 상관이 없고, 경쟁사업자가 존재하고 문 제된 사업자에 대해 우월적지위만 있으면 족하다.<sup>158)</sup> “Valium” 사건에서 고등법원은 제19조 제2항제1문제1호의 실질적 경쟁이 있는 경우에도 우월적인 시장점유율, 시장선도자로서의 지 위 및 재정적·기술적 자원에 입각해서 시장지배적지위를 판단하였다. 연방대법원은 고등법원 의 결정을 인용하였는데, 해당사업자가 경쟁관계에 있어 아직 우월적인 행위재량을 갖고 있는 한, 실질적 경쟁의 존재가 시장에서의 우월적지위의 형성을 배제하지 않는다고 판시하였다.<sup>159)</sup>

## 6. 소결

실질적 경쟁의 결여를 통해 징표되는 시장지배와 달리 시장에서의 우월적 지위는 경쟁제한 성과 구성요건적 관련성을 갖고 있지 않다.<sup>160)</sup> 그러나 시장에서의 우월적지위의 개념이 다소 정 책적인 접근을 허용하는 것이기는 하지만<sup>161)</sup> 경쟁제한적 효과도 고려하여야 한다고 생각된다. 물론 이 경우 개별적인 요소들이 서로 분리되어 고려되어서는 아니 되며, 모든 관련상황의 중 합적인 고려를 통해 판단되어야 한다.<sup>162)</sup>

157) Vgl. Ruppelt, in: Langen/Bunte (2001), 36 Rn. 32; WuW BGH 1435, 1439. Vitamin-B-12: WuW BGH 1445, 1449. “Valium” WuW/E BGH 1501, 1504. “Kfz-Kupplungen”.

158) WuW/E BGH 1435, 1439. “Vitamin-B12” WuW BGH 1445, 1449. “Valium” Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn. 52.

159) WuW BGH 1445, 1447. “Valium”.

160) Baur, Jürgen, BB 1973, S. 918.

161) 비판에 대해서는 Baur, DB 1973, S. 918 ff.

162) WuW/E BGH 1435, 1441. “Vitamin-B12”: vgl. BT-Drucks., VI/2520, S. 22; EG-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl 1997 Nr. C 372/03, Tz. 7; WuW/E BGH 1749, 1754 f. “Klöckner-Becorit” WuW/E BGH 2771. “Kaufhof/Saturn” WuW/E DE-V 275, 282. “Melitta”; WuW/E DE-V 337. “Novartis/Weseley Jessen”.

## IV. 둘 혹은 다수 사업자를 통한 시장지배

### 1. 과점의 개념

시장에 오직 하나의 공급자나 수요자가 존재하는 경우 독점이라 하는데 비해, 소수의 공급자나 수요자가 존재하는 경우를 과점(Oligopol)이라 한다. 과점은 소수의 시장참여자가 동일한 시장력을 행사할 때 존재하는 시장구조이다. 즉 과점시장에서는 여러 사업자들이 투명한 시장에서 동일한 전제조건하에서 활동하고 그들 중 어느 누구도 다른 경쟁자와의 관계에서 우월한 지위를 갖지 못하는 특징을 지닌다.<sup>163)</sup> 독점과 과점의 구분은 경쟁의 결여가 시장선도자의 힘에 의해 생기는지 혹은 시장행동의 자발적 일치성에 관련이 있는지 여부에 달려 있다.<sup>164)</sup> 과점사업자는 집단적 독점과 같이 행동한다.<sup>165)</sup> 이런 배경하에 제19조제2항제2문은 둘 혹은 다수사업자가 시장을 지배할 수 있다고 규정한다. 이 규정은, 많은 시장이 과점구조를 갖고 있는 점에 비추어 실무적으로 중요한 의미를 갖는다.<sup>166)</sup> 다수의 수요자는 공동으로 시장지배적인 수요과 점은 형성할 수 있고, 제19조제2항제2문을 충족할 수 있다.<sup>167)</sup> 다수 수요자의 시장력을 검증하기 위해서는 공급시장에서 형성된 원리가 그대로 반영된다.

### 2. 법 제19조제2항제2문의 구성요건

#### 1) “2단계 심사”

법은 과점사업자의 내부관계와 외부관계를 구분하여 규율한다. 내부관계로 둘 혹은 다수 사업자 사이에는 특정한 방법의 상품이나 용역제공에 있어서 실질적 경쟁이 존재하지 않아야 한다. 그러한 상황에서는 각 과점사업자가 시장전략적 조치를 함에 있어 다른 동일한 힘을 가진 과점사업자의 반응을 고려하여 행동하게 된다.<sup>168)</sup> 외부관계는 전체적으로 법 제19조제1항제1문의 단독의 시장지배적사업자를 판단하는 것과 동일한 관점이 적용된다.<sup>169)</sup> “Coop/

163) BT-Drucks. IV/2520, S. 23.

164) Vgl. Schultz, in: Langen/Bunte (2001), 19 Rn. 60; WuW/E OLG 3917, 3927. “Coop/Wandmaker”.

165) Bundeskartellamt, Auslegungsgrundsätze zur Marktbeherrschung (2000), S. 42.

166) BT-Drucks. IV/2520, S. 23.

167) Vgl. Jüttner-Kramny, Lioba, WuW 1982, S. 287; WuW/E OLG 3917 ff. “Coop/Wandmaker”.

168) BT-Drucks. IV/2520, S. 23.

169) BR-Drucks. 265/71, S. 23.

Wandmaker” 사건<sup>170)</sup>에서 고등법원은 시장점유율 기준뿐만 아니라 진입장벽의 높이, 재무능력 및 판매·구매시장에의 접근을 고려하였다.

## 2) 실질적 경쟁 결여의 판단

둘 또는 다수의 사업자들 사이에 실질적 경쟁이 없는지의 판단은 매우 어렵다. 연방카르텔청의 결정에 의하면 경쟁이 존재하는지 여부에 있어 시장구조, 시장단계, 시장발전 및 시장의 역동성<sup>171)</sup>이 고려된다.<sup>172)</sup> 보통 과점사업자 사이의 실질적 경쟁의 기회는 성장시장,<sup>173)</sup> 낮은(기술적) 진입장벽, 지속적인 기술혁신,<sup>174)</sup> 또는 과점사업자에 대항하는 커다란 수요시장이 있는 경우<sup>175)</sup> 증대된다.

# V. 시장지배의 추정

## 1. 서언

어떤 사업자의 시장지배적지위를 증명하는 것은 간단한 문제가 아니다. 그래서 법 제2차 개정시 시장지배의 추정규정이 도입되었는데 (구)법 제22조제1항은 서로 다른 시장지위를 가지고 활동하는 시장에서, 우월한 사업자가 유효경쟁에 노출되어 있는지 여부를 쉽게 판별할 수 없는 어려움을 해결하기 위해 도입되었다.<sup>176)</sup> 법 제6차 개정 초안에서 정부는 시장지배추정규정을 삭제하려고 하였다. 그 이유는 EU조약이 추정조항을 규정하지 않고 양적인 추정규정은 시장지배가 사후적인 고려를 통하여 확정되기 때문에 남용감독에 있어 실무적인 중요성을 갖고 있지 않기 때문이다.<sup>177)</sup> 그러나 결국 제6차 개정에서는 (구)법 제22조제3항제1호 및 제2호

170) WuW/E OLG 3917. “Coop/Wandmaker”.

171) Vgl. WuW/E DE-V 337, 339. “Novartis/Wesley Jessen”.

172) WuW/E DE-V 337, 339 f. “Novartis/Wesley Jessen” WuW/E DE-V 267, 269. “Chipkarten” WuW/E DE-V 328, 330. “Xerox/Tektronix” WuW/E DE-V 331, 334. “Flow-serve/Ingersoll-Dresser” WuW/E DE-V 249, 251. “Ansell/Johnson & Johnson”.

173) WuW/E DE-V 267, 269. “Chipkarten”.

174) WuW/E DE-V 328, 330. “Xerox/Tektronix”.

175) WuW/E DE-V 235, 238. “Dürr/Alstom”.

176) WuW/E BGH 1501, 1504. “Kfz-Kupplungen”; BT-Drucks. VI 2520 S. 23 f.

177) BT-Drucks. 13/9720, S. 36 f.

를 수용하되, 제22조제3항제1호 및 제2호의 양적인 추정예외규정을 삭제하였다. 그 외에 제4차 개정을 통해 도입되었던 (구)법 제23조의a 기업결합규제의 보충규정(수직적 및 혼합기업결합에서의 추정)은 삭제되고 과점추정에 있어 복렬규정은 시장지배적지위의 추정에 관한 일반 규정으로 승계되었다.

## 2. 추정의 구성요건

### 1) 독점의 추정

법 제19조제3항제1문에 의하면 사업자가 상품이나 용역제공에 있어서 최소한 3분의 1이상의 시장점유율을 가지면 법 제19조제2항의 시장지배력을 갖는 것으로 추정된다. 법 제19조제3항제1문은 내용적으로 법 제19조제2항제1문제1호(실질적경쟁의 결여) 및 제2호와 관련이 있다. 수량적인 추정이 독자적으로 시장지배적지위의 조건을 충족시키지는 않는다. 연방대법원에 의하면 추정은 당해 사업자의 시장점유율이 전제조건이지만, 동시에 추정의 결과가 존재하는지, 즉 시장지배적지위 여부를 판단하기 위한 오직 하나의 판단기준일 뿐이다.<sup>178)</sup> 제19조제3항의 시장지배의 추정규정을 적용하기 전에 전체 절차의 본질에서 시장에서의 우월적지위가 있는지를 심사하는 것이 필요하다.<sup>179)</sup>

### 2) 과점의 추정

법 제19조제3항제2문에 의하면 상품이나 용역제공에 있어서 a) 3이하의 사업자가 공동으로 50% 이상의 점유율을 차지하거나 b) 5이하의 사업자가 공동으로 3분의 2이상의 점유율을 차지할 때 법 제19조제2항의 조건이 충족된다고 추정된다.

## 3. 추정의 복렬

추정조항은 주로 기업결합사례에 적용되는데 그 기업결합을 통해 반드시 시장구조가 악화되거나 우월적지위가 형성·강화되지는 않는다. 즉 제19조제3항의 추정조항은 복렬될 수 있으며 법문상으로 과점추정의 경우에만 2가지의 복렬사유를 규정하고 있다.

178) WuW/E BGH 1749, 1754. "Klöckner-Becorit".

179) WuW/E BGH 3037. "Raiffeisen"; WuW/E BGH 1501, 1504. "Kfz-Kupplungen".

### 1) 실질적 내부경쟁의 기대

사업자가 내부에서 실질적 경쟁이 기대되는 것을 입증한 경우에는 추정이 복멸된다. 시장구조와 시장발전, 혁신과 가격경쟁, 국제적 기업의 영업정책, 과거의 실질적 경쟁, 당해 시장에서의 새로운 사업자의 등장, 진입장벽의 결여, 수요자의 행동(수요지배력) 그리고 다른 시장의 특이성 등을 통해서, 기업결합 후에 실질적 경쟁이 존재한다고 볼 수 있다.<sup>180)</sup>

### 2) 실질적 외부경쟁의 존재

사업자가 전체적으로 외부적으로 다른 경쟁사업자에 대해 우월한 지위를 갖지 않는다는 것을 입증한 경우 추정이 복멸된다. 규정의 해석을 통해 과점사업자들 전체가 외부자와 비교된다.<sup>181)</sup> 시장에서의 우월적지위의 결여를 확정하는데 있어 시장점유율 기준은 큰 역할을 하지 못한다. 왜냐하면 추정조항이 이미 50% 이상, 3분의 2 같은 높은 시장점유율을 전제로 하기 때문이다.<sup>182)</sup>

## 4. 추정의 법적 성격

### 1) 착수기준과 입증원칙으로서의 추정

추정조항의 법적 성격에 대해서는 논란이 있다. 즉, 단순히 카르텔당국으로 하여금 절차를 개시하게 하는 착수요건인지 아니면 입증책임원칙인지 명백하지 않기 때문이다. 이에 대해서는 우선 독점추정과 과점추정을 구분해서 고찰해야 한다. 왜냐하면 독점추정에서는 추정의 복멸에 대한 조항이 결여되어 있는데 반해 과점추정에서는 명시적으로 추정복멸규정을 두고 있기 때문이다. 독점추정의 경우 지배적 견해는 추정조항을 카르텔청으로 하여금 절차를 시작하게 하는 착수요건으로 본다.<sup>183)</sup> 그런데 입증책임은 이러한 착수요건으로부터 바로 도출되지 않는다. 이에 추정조항이 입증책임원칙이 될 수 있는가에 대해 논란이 있다. 그러나 (구)법(제2차 개정 이후)은 제19조제3항제2문 같은 복멸요건을 갖고 있지 않았음에도 불구하고 연방대법

180) WuW/E DE-V 337, 339 f. "Novartis/Weseley Jessen" WuW/E DE-V 385, 391, "Richemont/LMH" WuW/E DE-V 267, 269, "Chipkarten" WuW/E DE-V 328, 330 f. "Xerox/Tektronix" WuW/E DE-V 235, 240 f. "Dürr/Alstom" WuW/E DE-V 246, 248, "Rheinmetall/KUKA" WuW/E DE-V 201, 202 f. "Gießwalzdraht".

181) Vgl. Burrichter, Jochen, WuW 1982, S. 670.

182) Vgl. Burrichter, Jochen, WuW 1982, S. 670 f.; vgl. WuW/E DE-V 427, 428 ff. "3M/ESPE".

183) Vgl. BT-Drucks. 7/765, S. 6; Möschel, Wernhard, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 22 Rn 91; Wirz, Hanns Bernhard, WuW 1975, S. 616 f.

원은 당시 당해 사업자에게 실질적 경쟁이 존재한다거나 우월적인 행위재량으로 인해 경쟁자에 비해 우월한 지위를 갖지 않는다는 입증책임을 박탈해서는 안 된다고 하였다.<sup>184)</sup> 법 제19조 제3항제2문(특히 복멸요건)은 구법 제23조a 제2항의 과점조항을 승계하였으며, 이에 의하면 추정은 경쟁당국의 개입기준일 뿐만 아니라 실체법적인 입증책임의 원칙이다.<sup>185)</sup> 즉 추정 및 입증책임원칙은 서로 분리되는 개념이 아니다.<sup>186)</sup> 따라서 추정조항은 입증책임문제와 관련이 있다고 볼 수 있다.

보통 입증책임은 형식적 입증책임과 실질적 입증책임으로 구분되는데 형식적 입증책임은 참가자가 구성요건을 성립시키거나 조각시키는 사유를 입증해야 하는데 반해, 실질적 입증책임은 특정 당사자가 주장하는 사실을 입증하지 못하면 법적 불이익을 입는 것을 의미한다. 민사절차에서는 양자가 결합되어 있으나 행정절차에 있어서는 형식적 입증책임은 당국에 있다. 만약 행정절차에 있어서 형식적 입증책임도 전환된다고 하면 경쟁당국은 추정요건의 존재여부만 증명하면 된다. 그러나 형식적 입증책임은 당국에 있고 당국이 직권탐지주의 원칙에 의해 시장지배적지위가 인정될 수 있다고 판단될 때 절차를 개시할 수 있을 뿐이다.<sup>187)</sup> 이에 대해 시장지배적지위가 존재하지 않는다는 실질적 입증책임이 사업자에 있는 것이다. 한편 과점추정에 있어서는 사업자의 입증책임을 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 실질적 입증책임뿐 아니라 형식적 입증책임도 사업자에게 전환되는 것으로 보는 견해가 있다.<sup>188)</sup> 이에 대해서는 사업자가 시장지배력의 결여를 입증하는 경우 당국의 착수요건이 없어지는 것으로 해석하는 견해가 있다.<sup>189)</sup> 후자의 해석이 직권조사주의와 부합하는 것이며, 이러한 해석에 의할 경우 독점추정과 과점추정 간에 특별한 차이가 없어 보인다. 한편 법 제81조에 의거 과징금을 부과할 경우에는 헌법상의 in-dubio-pro-reo원칙에 의거 추정규정이 적용되지 않는다는 것이 지배적인 견해이다.<sup>190)</sup>

## 2) 민사분쟁에 미치는 영향

예컨대 민사법적으로도 적용 가능한 방해 및 차별금지(법 제20조제1항)의 경우 추정조항을

184) WuW/E BGH 1501, 1504. "Kfz-Kupplungen"

185) Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht (1999), S. 195.

186) Meier, Gert, ZHR 145 (1981), S. 415.

187) Thomas, Stephan, WuW 2002, S. 473.

188) WuW/E BGH, 1749(1755), "Klößkne/Becorit" WuW/E BGH 2231 ff. "Metro/Kaufhof".

189) Rittner, Fritz, Wettbewerbs und Kartellrecht(1999), S. 284.

190) Rittner, Fritz, Wettbewerbs und Kartellrecht(1999), S. 284 Markert, in: Immenga/Mestmäcker (1992), 26 Rn 79.



적용할 수 있느냐 하는 문제가 있다. 민사분쟁에 있어서도 독점추정과 과점추정이 구분되어 검토되어야 한다. 독점추정의 경우, 민사절차는 행정절차와 달리 처분주의에 입각하여 실질적 입증책임뿐 아니라 형식적 입증책임도 모두 사업자가 부담하므로 양 절차는 근본적인 차이가 있다. 게다가 법 제2차 개정 당시 추정조항(구법 제22조제3항)을 도입하면서 추정조항은 민사소송법(ZPO) 제292조 상의 추정개념과는 상관이 없음을 명백히 하였으며,<sup>191)</sup> 연방대법원도 이러한 입장을 지지하였다. 즉 시장지배의 추정은 민사소송법상의 추정개념과는 상관없고 따라서 민법상의 입증책임원칙으로서가 아니라 간접적인 영향에 그치는 것이다.<sup>192)</sup> 과점추정의 경우에는 독점추정의 경우와 마찬가지로 해석된다는 견해와 과점추정의 경우에는 제6차 개정에서 독점추정규정과 달리 규율하고 있으므로 완전한 입증책임의 전환이 이루어지는 것으로 해석하는 견해가 있다.<sup>193)</sup>

## 5. 개별추정 구성요건간의 관계

특정시장에서는 논리적으로 1개 사업자이건, 과점에 의해서건 하나의 시장지배만이 존재한다.<sup>194)</sup> 그러나 이론적으로는 독점추정과 과점추정,<sup>195)</sup> 독점적 시장지배와 과점적 시장지배가 동시에 존재할 수 있다. 개별추정요건간의 관계에 대해 특별히 규율하고 있지 않아서 어떻게 취급되어야 하는가에 대한 다툼이 있다. 독점추정과 과점추정에 대한 선택은 고려되지 않는다. 그보다는 사안의 중점이 어디에 있는가로 판단한다.<sup>196)</sup> 법적용에 있어서는 독점의 추정으로부터 시작해야 한다.<sup>197)</sup> 비대칭적 복점하에서는 독점추정이 명백히 과점추정을 배척한다.<sup>198)</sup> 의심스런 경우에는 불투명성 그리고 확실성의 결여로 시장지배가 존재하지 않는 것으로 해석하여야 한다.<sup>199)</sup>

191) Thomas, Stephan, WuW 2002, S. 478.

192) Vgl. Wirz, Hanns Bernhard, WuW 1975, S. 619.

193) Vgl. Pohlmann, Petra, ZHR 164 (2000), S. 594 ff.

194) Gäbelein, Wolfgang, ZHR 147 (1983), S. 579.

195) 예컨대 좁은 비대칭적 과점에서는 양 구성요건이 중복될 수 있다. Vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht (1999), S. 195.

196) Emmerich, Volker, Kartellrecht (1999), S. 195; vgl. Richter, in: Wiedemann (1999), 20 Rn. 92; 연방카르텔청의 실무도 동일하다. WuW/E DE-V 427, 428. "3M/ESPE".

197) Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht(1999), S. 286; vgl. Emmerich, Volker, Kartellrecht (1999), S. 195.

198) WuW/E DE-V 427, 428. "3M/ESPE".

199) 예를 들어 Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht (1999), S. 286; Gäbelein, Wolfgang, ZHR 147 (1983), S. 579; Schultz, in: Langen/Bunte (2000), 19 Rn. 75.

## 6. 소결

추정조항이 경쟁당국의 개입을 쉽게 하기 위해 실무에서 자주 활용되는 점은 부정할 수 없다. 입법자의 의도에도 불구하고<sup>200)</sup> 결론적으로 추정이 하나의 사업자나 과점사업자를 지속적으로 경쟁당국의 감독하에 두는 결과를 초래한다. 실무적으로 대부분의 과점추정은 복멸된다. 여기서 추정이 꼭 필요한가에 대한 의문이 제기되고 있다. 법 제19조제2항은 사업자의 시장에서 지위를 확정하는데 있어서 충분하므로 법 제19조제3항은 삭제되는 것이 타당하다는 주장이 그것이다. 그것이 오히려 탄력적인 법적용을 가능하게 한다는 것이다.

## VI. 우리나라 독점규제법과의 비교

### 1. 입법론적 유사성

위에서 본 바와 같이 독일 경쟁제한방지법은 사후교정적인 남용규제주의에 입각하고 있는데 이 점에서는 우리나라 독점규제법도 같은 입장을 취하고 있다. 즉 독점규제법 제3조의2에서 시장지배적지위의 남용을 금지하고 있으며, 동 법 제3조에서 독과점적 시장구조의 개선을 경쟁당국의 의무로 규정하고 있으나 이를 독과점자체를 금지하는 원인금지주의로 볼 수는 없다.

### 2. 시장지배적사업자의 개념 정의 및 시장지배의 판단 기준

독일에서는 시장지배적사업자의 개념 정의는 하지 않고, 어떤 경우에 시장지배적인가 하는 기준에 대해 자세한 규정을 두고 있으나 우리나라 독점규제법은 시장지배적사업자의 개념을 정의하고 있는 반면 시장지배에 대한 판단기준에 대해서는 간단히 언급하고 있다. 즉 동 법 제2조(정의)제7호에서 “시장지배적사업자라 함은 일정한 거래분야에서 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 사업자를 말한다. 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합하여 고려한다”고 규정

200) Vgl. BT-Drucks. VI/2520, S. 24: “추정은 시장지배적사업자를 도식적으로 지속적인 행위감독하에 두기 위한 것이 아니다”.

한다. 다만 시장지배적사업자 여부 판단에 있어서 「시장지배적지위 남용행위」 심사기준 (공정 위 고시, 이하 “고시”)에서 자세한 규정을 두고 있는바, 동 고시에 의하면 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모, 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 자금력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다. 독일 경쟁제한방지법상의 기준을 대부분 망라적으로 포괄하고 있다. 잠재적 경쟁에 대한 언급이 없으나 이는 당연히 고려되어야 할 요소이다. “경쟁사업자간의 공동행위”의 가능성을 하나의 기준으로 제시하고 있는 점은 독일 경쟁제한방지법과 비교하여 특이한 점이다.

한편 독점규제법에서는 독일 경쟁제한방지법과는 달리 “일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 10억원 미만인 사업자”는 제외함으로써 안전지대(Safety Zone)를 두고 있다. 다만 이러한 사업자라도 독점규제법 제23조의 일반불공정행위의 금지규정에는 저촉될 수 있는데,<sup>201)</sup> 이 경우 특정조항에 의해 법적용이 배제된 행위가 다른 조항에 의해 범위반으로 인정될 수 있느냐 하는 법리적 문제가 야기될 수 있다. 이러한 문제는 독점규제법상의 시장지배적 지위 남용행위와 일반불공정거래행위규정의 체계상의 문제에서 초래되는 것으로 보인다. 한편 시장의 확정에 있어서 독일 경쟁제한방지법에서는 특별한 규정을 두고 있지 않는데 반해 우리 독점규제법에서는 제2조(정의)제8호에서 “일정한 거래분야라 함은 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다”고 규정하고, 이를 구체화하여 고시에서는 거래대상(상품 또는 용역시장), 거래지역(지역시장), 거래단계 및 거래 상대방에 따른 시장확정 기준을 제시하고 있다. 우리 독점규제법에서 명문화되어 있지는 않으나 “시간적 거래분야”도 고려될 수 있다고 본다.

### 3. 기업결합규제와의 관계

독일 경쟁제한방지법에서는 기업결합에 있어서 시장지배적지위의 확정에 있어서도 역시 법 제19조제2항의 시장지배개념이 적용된다. 즉 동 법 제36조제1항에 의하면 위법한 기업결합의 기준을 그 기업결합을 통한 시장지배적지위의 형성과 강화에 두고 있다. 이에 반해 우리나라 독점규제법에서는 제7조에서 누구든지 직접 또는 특수한 관계에 있는 자를 통하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 하여서는 아니 된다고 규정한다. 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합이라 함은 독점규제법 제2조(정의)제8의2호 및 「기업결합심사 기준」(공정위 고시, 이하 “고시”) II.8.에 의하면 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정사업

201) 시장지배적지위의 남용행위와 일반불공정거래행위에는 유사·중복되는 행위유형이 많다.

자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하거나 그러한 상태를 상당히 강화하는 행위를 말하고, “경쟁제한성” 또는 “경쟁을 실질적으로 제한한다” 함은 그러한 상태를 초래하거나 그러한 상태를 말한다. 독점규제법상 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합행위는 시장지배적지위의 형성 혹은 강화와 어떤 개념상의 연관성이 있는지가 문제된다. 생각건대 독점규제법상 기업결합에 있어서의 실질적 경쟁의 제한은 시장지배적지위의 형성 또는 강화와 같은 개념으로 보아야 한다.<sup>202)</sup> 왜냐하면 독일 경쟁제한방지법에서도 실질적 경쟁의 결여(Fehlen des wesentlichen Wettbewerbs)를 시장지배의 한 형태로 규정하고 있고, 이를 우리 독점규제법상의 실질적 경쟁의 제한과 비슷한 개념으로 생각할 수 있기 때문이다.

한편 독점규제법 제7조제4항에서는 실질적 경쟁제한성을 추정하는 2가지 경우를 규정하고 있는데 그 중 하나로 제1호에서 당사회사의 시장점유율의 합계가 시장지배적사업자의 추정요건에 해당하고 당해 거래분야에서 1위이며, 2위와의 차이가 100분의 25이상인 경우를 규정하고 있다. 이는 실질적 경쟁제한성의 판단 기준에 시장점유율의 변화에 기초한 시장지배적지위의 형성 및 강화가 중요한 요소가 됨을 의미한다. 아울러 제2호에서는 대규모회사가 중소기업 시장점유율이 2/3이상인 시장에서 기업결합을 하고 당해 결합으로 100분의 5이상의 점유율을 가지는 경우 실질적 경쟁제한성을 추정한다. 이는 중소기업 중심시장에 대기업이 침투함으로써 시장경쟁이 교란되는 것을 방지하기 위한 규정인데<sup>203)</sup> 앞에서 설명한 자원이론 관점에서 해석될 수도 있다. 고시에서도 경쟁제한성의 판단기준을 시장지배력의 형성 및 강화에 두고 있다.<sup>204)</sup>

#### 4. 과점적 시장지배

과점적 시장지배에 대해서는 독점규제법 제2조제7호의 시장지배적사업자의 정의에서 “다른 사업자와 함께” 라고 규정하고 있을 뿐 적용요건에 대한 구체적 규정이 없다. 독일 경쟁제한방지법 제19조제2항제2문의 규정내용이 하나의 참고가 될 수 있을 것이다.

202) 그러나 독점규제법 제2조(정의)제8의2의 실질적 경쟁제한에 대한 정의규정을 일반적으로 시장지배적 상태의 초래와 동일시 할 수 있으나에 대해서는 의문이 있다. 왜냐하면 예를 들어 동 법 제19조(부당한 공동행위의 금지)제5항(추정)의 경우에는 약간 다른 의미를 가질 수 있기 때문이다.

203) 권오승, 경제법, 법문사, 1999, 204면.

204) 상세한 내용은 「기업결합심사기준」VII. 참조.

## 5. 시장지배의 추정규정

독점규제법 제4조에서도 독일 경쟁제한방지법 제19조제3항과 같이 시장점유율에 근거하여 시장지배적지위를 추정하는 제도를 두고 있다. 다만 그 요건이 독일법 보다는 엄격하여 1. 1개 사업자의 시장점유율이 100분의 50이상이거나, 2. 3이상의 사업자의 점유율이 100분의 75이상으로 규정하고 있다. 다만 2.의 경우 점유율이 100분의 10미만인 경우는 제외하게 되어 있다. 본 규정은 시장지배적사업자의 지정·고시제도를 폐지하는 대신 도입된 것인데, 요건이 독일에 비해 지나치게 엄격하고 탄력적인 법적용을 저해하는 등 문제가 제기되고 있다.

## VII. 맺는말

이상에서 독일 경쟁제한방지법상의 시장지배 개념에 대해 살펴보고 우리 법제와 다른 점 몇 가지를 간략히 언급하였다. 시장지배의 개념은 경쟁제한방지법의 중추이지만 법적으로 매우 불확정한 개념이다. 법에 규정된 다양한 판단기준에도 불구하고 일의적인 해석은 허용되지 않으며 개별사안에 따라 다양한 기준을 적용하여 종합적으로 판단하여야 한다. ☹️