

## 과대집행과 과소집행의 딜레마 - 경쟁법의 숙명\*

법무법인 지평지성 변호사 김지홍 · 이병주

### 논문요지

공정거래법은 어떠한 이론이나 입장을 취하고 있느냐에 따라 전혀 다른 결론이 도출되는 경우가 많다. 이는 기본적으로 공정거래법의 적용과 집행이 다른 법률 영역보다 훨씬 더 많은 예측과 평가를 수반하기 때문이다. 공정거래법이 문제된 사안에서는 과거에 이미 발생한 사실보다는 장래에 발생할 사실, 혹은 문제된 행위가 없었을 경우 일어났을 가정적 상황이 주로 문제될 뿐만 아니라 구체적 사실의 존부에 대한 판단보다는 추상적인 개념과 이론에 기초한 평가가 많이 요구된다. 이로 인해 공정거래법의 적용과 집행은 불가피하게 오류를 수반할 수 있고 이는 공정거래법이 지닌 이러한 특수성에 기인한다.

오류로 주로 언급되는 것은, 사업자의 특정한 행동이 공정거래법을 위반하지 않았음에도 불구하고 위반하였다고 판단하고 제재하는 과대집행의 오류(False Positive, Type I Error)와 사실은 공정거래법에 위반된 행동임에도 불구하고 범위반이 없다고 보아 제재하지 않는 과소집행의 오류(False Negative, Type II Error)다. 이 두 가지 오류는 서로 상반관계(trade-off)에 있기 때문에 둘 중에서 어떤 오류를 선택해야 하는지를 놓고 미국과 EU에서는 다양한 논의가 있어 왔다. 최근 경쟁당국 및 법원의 입장을 살펴보면, 과대집행의 오류보다는 과소집행의 오류를 보다 선호하는 경향으로 보인다. 대법원 또한 포스코 판결에서 공정거래법의 과대집행에 따른 효율성 저해의 위험을 강조한 판시를 한 바 있다.

그러나 과대집행의 오류보다는 과소집행의 오류가 낫다고 보는 근거의 정당성에 대해서는 상당한 의문이 있을 뿐만 아니라 우리나라의 경제 현실은 과대집행의 폐해를 걱정하기보다는 과소집행에 따른 독과점을 보다 염려해야 하는 상황이다. 다만 경쟁법의 오류적 접근 또한, 일률적으로 적용할 것은 아니고 문제된 행위의 유형과 특색에 따라 개별적으로 접근하는 것이 필요하다. 이런 관점에서 특정한 원칙과 이론에 따른 경쟁법 집행이 실제로는 어떠한 오류를 얼마나 낳았는지 경험적이고 실증적인 연구가 뒷받침될 때 보다 현실을 반영한 생산적인 논의가 도출될 수 있을 것이다.

주제어 : 과대집행의 오류, False Positive, 과소집행의 오류, False Negative, 공정거래법

\* 논문접수: 2013. 1. 28.      \* 심사완료: 2013. 3. 8.      \* 게재확정: 2013. 3. 15.

\* 이 논문은 2012. 5. 13. 경제법판례연구회에서 발표한 내용을 보완한 것임.

## I. 서론

법학 분야 중 공정거래법만큼 치열하게 이론이 대립하고 입장의 차이가 분명한 법률 분야는 없는 것으로 보인다.

의사주의와 표시주의<sup>1)</sup>, 객관주의와 주관주의<sup>2)</sup> 등 민법이나 형법 등 다른 법률 분야에서도 이론적 대립이 없는 것은 아니지만, 구체적인 법 적용 과정에서는 그러한 이론적 차이가 큰 의미를 갖지 않는 경우가 많으며, 개별적인 쟁점에 대하여 구체적인 해결 방법에 대한 의견 대립이 있을 뿐이다.

반면, 공정거래법의 경우 매우 근본적인 쟁점부터 다양한 입장의 차이가 존재하며 그러한 입장의 차이가 구체적인 공정거래법의 집행 및 적용에 있어서 커다란 차이를 가져온다. 예컨대 공정거래법의 목적이 오로지 효율성 증대 혹은 소비자 후생 증대와 같은 경제적 목적만을 목적으로 하는 것인지 아니면 소비자 복지의 극대화, 중소기업의 보호, 경제력 집중의 억제 등과 같은 정치적 목적 혹은 사회경제적 목적도 추구하는 것인지를 놓고 논의가 있으며,<sup>3)</sup> 경쟁제한성의 판단과 관련해서도 형식중심 접근법(form-based approach) 및 효과중심 접근법(effect-based approach)의 대립이 있다. 뿐만 아니라 이러한 지점을 모두 아우르는 익히 알려진 하버드 학파 및 시카고 학파의 대립 또한 존재하는데, 이러한 대립들은 동일한 사안에 대하여 극명하게 다른 결론을 도출하게 만드는 경우가 많다. British Airways의 조건부 리베이트 지급에 관하여 EU 법원과 미국 법원이 서로 상반된 입장을 보인 것이 좋은 예다.<sup>4)</sup>

이렇게 유독 공정거래법 분야에서 이론이 다양하고 입장의 차이가 많이 갈리는 이유는 애초부터 결론을 내기 어려운 문제에 대해 결론을 내도록 요구하는 영역이 바로 경쟁법의 영역이기 때문이 아닐까 싶다. 다른 법률 영역보다 훨씬 더 많은 ‘예측’과 ‘평가’가 요구되는, 그 과정에서 불가피하게 ‘오류’를 낳을 수밖에 없는 공정거래법의 구조적 특수성이 이런 문제점을 낳기 때문이다. 공정거래법은 다른 어떤 법률보다 잘못 적용될 가능성, 즉 오류 발생의 가능성이 높다 보

1) 박윤직·김재형, 민법총론, 박영사, 2012, 297면. 의사표시의 본체를 표의자의 내심적 의사로 보는지, 외부적 표시로 보는지에 관한 의견 대립을 말한다.

2) 신동운, 형법총론, 법문사, 2012, 470면. 처벌근거를 범죄구성 요건의 객관적 요건에서 구하는지, 아니면 행위자의 범죄실현의 의사에서 구하는지에 대한 의견 대립을 말한다.

3) 권오승, 경제법, 법문사, 2010, 76면.

4) 영국 항공사인 British Airways가 여행사 및 기업고객에게 제공한 조건부 리베이트 제공행위에 대해 유럽최고재판소(European Court of Justice)는 British Airways가 EC 조약 제82조(현 TFEU 제102조)를 위반하였다고 결론 내린 반면(Case C-95/04P British Airways plc v. Commission [2007] ECR I-2331), 미국 항소법원의 경우 서면법 제1조 및 제2조를 위반하지 않았다고 판결했다(Virgin Atlantic Airways Limited v. British Airways Plc, 257 F.3d 256).

니 이를 어떻게 회피해야 하는지를 놓고 많은 의견의 대립이 있게 되는 것이다.

지금까지 경쟁법에 관한 논의는 주로 “어떤 이론이 타당한가” 하는 측면에서 다루어져 왔다. 예컨대 하버드 학파의 이론이 타당한지, 아니면 시카고 학파의 이론이 타당한지 그렇지 않으면 포스트시카고 학파의 이론이 타당한지 등에 관한 논의가 그것이다.<sup>5)</sup> 그러나 이러한 이론적 대립의 근저에는 “어떤 이론이 더 적은 오류, 더 수용할 만한 집행오류를 낳는가”에 대한 판단이 깔려 있다고 생각된다.

이에 필자들은 “어떤 이론이 맞는가”보다는 “어떤 이론이 어떤 오류를 더 선호하는가” 또는 “그러한 오류 선호가 과연 적정한가”의 관점에서 공정거래법 논의와 판례를 재조명해보고자 한다. 이렇게 “오류 발생 가능성에 대한 통제와 선택”의 관점에서 기존 논의와 판례들을 재조명할 때, 그 의미를 보다 잘 이해할 수 있게 되고, 공정거래법 이론의 발전에도 도움이 되지 않을까 한다.

이하에서는 경쟁법의 집행 과정에서 왜 필연적으로 ‘오류’가 발생할 수밖에 없는지, 그리고 그러한 오류 가능성이 경쟁법을 둘러싼 논쟁에서 어떻게 작용하는지 살펴본 다음, 그런 관점에서 보았을 때 우리 경쟁법 집행에 시사점은 없는지 조심스럽게 짚어 보고자 한다. 공정거래법에 대한 지식과 경험이 일천한 필자들로서는 새롭고 올바른 답을 제시할 능력이 없는 바, 이 글이 앞으로 공정거래법 및 관련 경제학 전문가들이 연구하는데 아이디어나 착안점을 줄 수 있다면 더없이 기쁘겠다.

## II. 오류 발생 가능성이 높은 공정거래법

공정거래법은 다른 어떤 법보다도 오류를 낳을 가능성이 높는데, 이는 공정거래법이 갖는 근본적 특수성에 기인한다.

일반 민사법이나 형사법 적용시에는 ‘과거’에 이미 발생한 ‘구체적 사실’에 대한 판단이 주를 이룬다. 예를 들어 과거에 체결된 계약에서 합의한 매매목적물이 구체적으로 무엇인지, 피고인이 보석을 훔쳤는지, 훔친 시점이 주간인지, 야간인지 등이 문제되는데, 이를 판단하는 과정에 오류가 개입될 여지는 상대적으로 적다.

5) 이와 관련하여 정호열 교수는 자신의 저서 머리말에서 다음과 같이 이야기하고 있을 정도이다. “독점금지정책의 형성과 집행에 있어서 두 학파[하버드 학파 및 시카고 학파]는 사실상 양 극단을 대변하고 있는 셈이어서, 실정 독점금지법을 가지고 있든 혹은 가지고 있지 않든 일국의 경쟁정책은 두 학파의 대립하는 주장과 주장 사이, 즉 그 연결선 위의 어느 점에서 결정될 수밖에 없다.” 정호열, *경제법, 법문사*, 2012, v-vi면.

반면, 공정거래법에서는 ‘과거’에 이미 발생한 사실보다는 ‘장래’에 발생할 사실, 혹은 ‘가정적(counterfactual)’ 사실이 주로 문제가 되며, 그것도 구체적 사실의 존부에 대한 판단보다는 추상적인 개념과 이론에 기초한 평가나 판단이 많이 요구된다. 예컨대 “구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당 기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 상품의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는가”와 같은 ‘시장확정’의 문제는 현실 세계에서 벌어지지 않은 ‘가정적 상황’에 대한 예측일 뿐이며, “특정 기업들의 결합이 관련 시장의 경쟁을 실질적으로 제한하는지, 아니면 효율성 증대 효과를 낳는지”와 같은 ‘경제제한성’ 판단의 문제 역시 아직 벌어지지 않은 장래의 상황에 대한 가정적 추측에 지나지 않는다. 나아가 이같은 장래 혹은 가정적 사실에 대한 예측을 통해 판단하게 되는 ‘시장’이나 ‘경제제한성’과 같은 개념은 대단히 포괄적이고 추상적이어서 명확한 판단 기준을 설정하기 어렵다.<sup>6)</sup> 과연 어느 기간 내에 얼마의 구매가 전환되어야 ‘시장’의 확정을 달리할 수 있는지, 얼마나 경쟁사업자의 영업이 방해되어야 경쟁이 실질적으로 제한되었다고 볼 것인지 명확하게 말하기 어렵다.

이렇게 아직 발생하지도 아니한 장래의 가정적 사실에 관하여 추측하고, 다시 이를 포괄적이고 추상적인 개념에 포섭하는 일은 잘못된 판단을 낳을 가능성이 높다. 얼핏 생각하면, 결과가 숫자로 나오는 ‘경제학적 분석 방법’을 채택하는 경우 이같은 모호성의 문제나 오류 가능성의 문제가 사라질 것 같지만, 그렇지 않다. 경제학적 분석도 분석 대상 기간을 언제까지로 설정할 것인지, 어느 것까지 관련 비용으로 볼 것인지 등 많은 판단과 평가, 그리고 가정을 전제로 하며, 그와 같은 많은 가정과 판단 아래에 결과가 수치로 나온다고 하더라도 이를 어떻게 ‘평가’할 것인지(예컨대 경쟁이 제한되었다고 볼 것인지, 아닌지)는 여전히 남는 문제이기 때문이다.

정확한 판단에 필요한, 충분한 정보의 확보가 어렵다는 점에서도 공정거래법 적용은 오류 가능성이 높다. 특정 사업자의 행동이 시장지배적 지위 남용에 해당하는지에 관하여 공정거래위원회가 투입할 수 있는 시간과 자원은 한정되어 있다. 현실적으로 투입될 수 있는 시간과 자원이 제한되고 그로 말미암아 충분한 정보가 확보되지 못할 수 있다는 것은 모든 법률 적용 및 판단에 공통된 문제라고 할 수 있지만, 공정거래법 적용에 요구되는 정보의 양이 일반 민·형사법에서 요구되는 정보의 양보다 훨씬 더 많고 이를 확보하는 것도 훨씬 어렵다는 점에서 더 심각한 문제를 낳는다.

예컨대 특정 계약에 관한 민사분쟁을 해결하기 위해 요구되는 정보의 양은 많지 않으며 그 정보는 계약 당사자들이 대부분 가지고 있는 것이 보통이다. 따라서 소송당사자들을 통해 민사법의 적용과 판단에 필요한 충분한 정보를 확보하는 것이 상대적으로 용이하다. 반면, 특정 사

6) 홍대식, “사법적 관점에서 본 공정거래법”, 상사법연구 27권 2호, 한국상사법학회, 2008, 336-337면.

업자의 행동이 시장지배적 지위 남용에 해당하는지 판단하기 위해서는 관련 시장에 진입하기 위한 최소 자금 규모, 입지 조건, 원재료 조달 조건, 유통계열화 정도, 제품차별화의 정도, 수입의 비중 및 변화추이, 관세율 및 각종 비관세 장벽 등<sup>7)</sup> 아주 많은 정보를 확인해야 하는데, 이들 정보의 상당 부분은 거래를 거절한 사업자나 거절당한 사업자가 가지고 있지 않으며 그들이 가지고 있는 정보도 일부만 제공하거나 제공한다고 하더라도 정확성을 신뢰하기 어려운 경우가 많다. 공정거래법 판단을 위한 정확한 정보를 충분히 확보하여 판단한다는 것은 현실적으로 대단히 어려운 것이다. 공정거래위원회나 공정거래 사건 전담재판부로서는 제한된 정보 아래에서 공정거래법 위반 여부를 대한 판단을 강요받고 있는 것이 불가피한 현실이며, 그 과정에서 오류가 발생할 가능성은 높아질 수밖에 없다.

이상과 같이 부족한 정보를 기초로 장래 또는 가정적 사실에 대한 평가와 판단할 것을 요구하는 공정거래법의 적용과 집행은 필연적으로 불확실성과 오류 가능성을 안고 있다고 할 수 있다. 공정거래법에서 ‘오류’는 무시해도 좋은 우연적이고 예외적인 요소가 아니라, 반드시 감안해야 하는 필연적 일부인 것이다. 따라서 공정거래법에 관한 이론을 세우고 검증하거나 이를 집행할 때에는 공정거래법의 특성이라고 할 수 있는 ‘오류 가능성’의 관점에서 바라볼 필요가 있다.

### Ⅲ. 상반관계(trade-off)에 있는 과소집행의 오류와 과대집행의 오류

공정거래법 적용 과정에서 주로 문제되는 것은 이른바 ‘과대집행의 오류’와 ‘과소집행의 오류’다.

과대집행의 오류는 Type I Error, False Positive Error 등으로 불리고, 과소집행의 오류는 Type II Error, False Negative Error 등으로 불리는데, 이는 통계학적 가설 검정 과정에서 발생할 수 있는 두 가지 오류를 설명하는 개념으로, 통계학자인 Jerzy Neyman과

7) 이는 「시장지배적 지위 남용행위 심사지침」에서 ‘시장지배적 사업자’를 인정하기 위한 고려 대상 중 하나로 거시한 ‘진입장벽의 존재와 정도’를 판단하는데 검토해야 하는 요소들만 열거한 것들이다(Ⅲ. 2.항). 시장지배적 사업자 여부를 판단하기 위해서는 이외에도 경쟁사업자의 상대적 규모, 경쟁사업자 간의 공동행위 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장봉쇄력, 자금력 등이 고려되어야 하며, 시장지배적 사업자로 인정된다고 하더라도 그의 행위가 공정거래법에 위반된 것으로 인정되기 위해서는 또다시 다양한 요소들이 확인되고 판단되어야 한다.

Egon S. Pearson이 1928년 처음 도입한 것이다.<sup>8)</sup> 특정한 명제가 참인지 거짓인지 통계학적으로 검증을 시도하는 경우, 실제로는 명제가 “참”임에도 불구하고 통계학적 검증 결과 “거짓”으로 밝혀지거나 반대로 실제로는 “거짓” 명제임에도 통계학적 검증에서는 “참”으로 나올 확률이 일정 비율로 존재하는데, 전자를 Type I 오류, 후자를 Type II 오류라 한다.<sup>9)</sup>

이같은 오류 개념은 통계학을 넘어 사회과학 및 일반 생활에서 널리 적용되고 있는데, 이를 공정거래법에 적용한 것이 ‘과대집행의 오류’와 ‘과소집행의 오류’이다. 특정 사업자의 특정한 행동이 공정거래법을 위반하지 않았음에도 불구하고 위반하였다고 판단하여 과징금 부과 등 불이익 처분을 내리는 것을 ‘과대집행의 오류’라 하며, 사실은 공정거래법에 위반된 행동임에도 불구하고 위반 사실이 없다고 보아 제재하지 않는 경우를 ‘과소집행의 오류’라고 한다.<sup>10)</sup>

현실 세계에서 False Positive Error와 False Negative Error의 가능성을 모두 낮추는 것은 쉽지 않다. 특정 오류를 줄이고자 노력하면 다른 오류의 발생 가능성이 늘어나는 것이 보통이다. 이 두 가지 오류는 서로 상반관계(trade-off)에 있는 것이다. 형사법의 예가 경쟁법의 적절한 예시가 될 수 있을지 논의가 있을 수 있지만, 예를 들어 무고한 피고인이 억울하게 처벌되는 경우(False Positive Error, 과대집행의 오류)를 막기 위해 형사처벌에 대한 입증요건(standard of proof)을 높이면 진범이 무죄방면되는 경우가 늘어나게 된다. 반대로 진범이 무죄방면되는 것을 막기 위해(False Negative Error, 과소집행의 오류) 입증요건을 완화하면, 억울하게 처벌받는 자가 생겨날 위험은 커지게 된다. 통계학적으로 볼 때 이 두 가지 오류의 발생 가능성을 동시에 줄이기 위해서는 표본집단의 크기를 늘려야 하는데, 이것은 현실적으로 불가능한 경우가 많다. 공정거래법 집행의 관점에서 보면, 특정 사건을 조사하는데 투입하는 자원과 인력, 그리고 시간을 늘려 최대한 많은 정보를 확보하고 면밀히 검토하는 것이 과소집행과 과대집행의 오류를 동시에 줄이는 길인데, 앞서 설명한 것처럼 이는 현실적으로 쉽지 않은 일이다. 결국 어느 하나의 오류를 줄이기 위해 다른 오류가 증가될 위험을 무릅쓰지 않을 수 없는 것이다.

여기서 “어떤 오류를 다른 오류보다 더 회피해야 하는지”, “어떤 오류를 다른 오류보다 더 선호해야 하는지”라고 하는 ‘선택’의 문제가 발생한다. 과대집행의 오류와 과소집행의 오류가 서로 상반관계에 있어 어느 하나를 줄이는 경우 다른 하나가 늘 수밖에 없다면, “어떤 오류를 줄

8) J. Neyman and E. S. Pearson. “On the Use and Interpretation of Certain Test Criteria for Purposes of Statistical Inference, Part I”, 20A *Biometrika* (July 1928), pp. 175-178.

9) 박정선 외 2, *현대통계학*, 다산출판, 2010, 234면. 이하 Type I Error와 Type II Error가 각각 어느 오류에 해당하는지 문언으로 명확하지 않고 혼란스러울 수 있으므로 이하에서는 False Positive Error(과대집행의 오류 또는 과대집행) 및 False Negative Error(과소집행의 오류 또는 과소집행)라는 표현을 사용한다. 마찬가지로 R. Whish, *Competition Law*, Oxford, 2012, p. 193, 각주 158.

10) Whish, 앞의 책, p. 193.

이는 대신 다른 오류의 증가를 감수할 것인가” 선택하지 않을 수 없는 것이다. 이는 어떤 오류의 발생 가능성이 더 높고 그로 인한 피해가 더 크고 심각한지에 대한 판단과 평가의 문제로 이어진다.

이러한 판단과 평가가 쉬운 경우도 있다. 예를 들어 NASA가 우주왕복선에 장착할 전자부품의 불량검사를 하는 경우를 생각해볼 수 있다. NASA는 불량검사의 기준을 가능한 최대한 엄격히 함으로써 False Positive Error(정상부품을 불량품이라 잘못 판단하여 폐기처리하는 경우)의 위험을 늘리는 한이 있더라도 False Negative Error(즉 불량부품이 정상부품으로 판정되어 우주왕복선에 장착되는 경우)의 위험을 줄이고자 할 것이다. 멸절된 전자부품을 폐기함에 따라 NASA가 입는 손해, 즉 False Positive Error에 따른 손해는 그 부품 제작 비용에 국한되지만, False Negative Error에 따른 손해, 즉 불량품을 우주왕복선에 장착할 경우 발생할 수 있는 손해는 우주왕복선의 공중폭발과 관련 사업의 실패라고 하는 엄청난 것이 되기 때문이다.<sup>11)</sup>

그러나 오류 선호에 관한 판단이 모두 이렇게 쉬운 것만은 아니다. 특히 공정거래법 적용 과정에서 과대집행의 오류로 인해 발생하게 될 손해와 과소집행의 오류로 발생하게 될 손해를 비교·형량하는 것은 대단히 어렵다. 앞서 설명한 것처럼, 공정거래법은 장래 혹은 가정적 사실에 관한 평가와 판단이 주를 이루기 때문이다.

예컨대, 현대자동차와 도요타자동차가 기업결합을 시도한다고 할 때 이것이 경쟁제한적인 기업결합임에도 불구하고 허용할 경우 나타날 수 있는 경쟁제한적 폐해와 경쟁제한적 기업결합이 아님에도 불구하고 금지함으로 나타날 수 있는 효율성 저하의 피해가 어느 정도가 될지 판단하는 것은 대단히 어렵다. 장래에 대한 예측이라는 점에서 어려운 일이기도 하지만, 더 근본적으로 보호의 대상이 되는 시장의 범위를 어떻게 확정해야 하는지, 그에 따른 효과를 얼마나 먼 장래까지 고려해야 하는지, 효율성 증대 혹은 경쟁제한과 관련한 각종 지표들은 질적으로 전혀 상이한데 이들을 어떻게 취합하여 비교할 수 있는지 등 수많은 ‘가정’과 ‘평가’가 전제되기 때문이기도 하다.

따라서 공정거래법 집행 과정에서 발생할 수 있는 과대집행과 과소집행의 오류에 대하여 누구나 공감하고 동의할 수 있는 단일한 선호 기준을 마련하는 것은 어려운 수밖에 없다.

11) False Positive Error와 False Negative Error에 대한 Wikipedia의 설명 중에 제시된 사례 아이디어를 차용하였다. [http://en.wikipedia.org/wiki/Type\\_I\\_error#Type\\_I\\_error](http://en.wikipedia.org/wiki/Type_I_error#Type_I_error) 참조. (2012. 5. 1. 방문)

## IV. 과대집행과 과소집행의 관점에서 바라 본 공정거래법의 역사

이상 살펴본 것처럼 공정거래법의 집행은 과소집행 또는 과대집행의 오류를 낳을 개연성이 높은 반면, 이 두 가지 오류 가능성은 서로 상반관계(trade-off)에 있기 때문에 “어떤 오류 가능성을 더 선호해야 하는지”는 공정거래법의 해석과 적용에서 중심적 과제가 되지 않을 수 없다. 공정거래법 이론들 사이의 첨예한 대립에는 결국 둘 중 어떤 오류를 더 선호하고 어떤 오류를 더 기피하는가에 관한 다른 평가와 판단이 전제되어 있다고 해도 지나치지 않다. 세계 각국의 경쟁당국과 법원은 이 두 가지 오류 사이에서 무엇을 더 선호하고 또는 회피해야 하는지를 두고 밀물과 썰물처럼<sup>12)</sup> 양자 사이를 오가고 있다.

### 1. 미국의 경우<sup>13)</sup>

#### (1) 미국 독점금지법의 연혁

자유방임을 특징으로 하는 19세기 말 초기 자본주의는 경제를 시장기능 혹은 가격의 자율조절기능에 방임하였다. 그 결과 몇몇 대기업의 경제력 집중 혹은 독점화의 폐해가 심각한 사회적 문제로 대두되었고, 이에 대처하는 방안으로 1890년 셔먼법이 발의·제정되었다.<sup>14)</sup> 그러나 셔먼법 집행권한을 부여받은 미 법무부는 의회의 기대만큼 활발하게 셔먼법을 적용하지 않았고, 미국 연방대법원은 1911년 Standard Oil 사건<sup>15)</sup>에서 모든 거래제한이 위법한 것이 아니라 오직 ‘부당한(unreasonable)’ 거래제한만 위법하다는 ‘합리의 원칙(rule of reason)’을 도입하였다.<sup>16)</sup> 그러자 셔먼법의 적용이 크게 제약받을 수 있다는 우려, 다시 말해 과소집

12) 1995년 12월 27일자 뉴욕타임즈에 실린 Phillip Areeda 교수의 부고기사에서 표현을 차용하였다. <http://www.nytimes.com/1995/12/27/us/phillip-areeda-considered-top-authority-on-antitrust-law-dies-at-65.html> 참조. (2012. 5. 1. 방문)

13) 이하 설명은 W. E. Kovacic and C. Shapiro, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, 14 *Journal of Economic Perspective* (2000), pp. 43-60을 참조하여, 이 글 주제에 맞게 발췌·요약하였음을 밝힌다.

14) 이러한 경제력 집중과 독점화 폐해를 막기 위해 제정된 셔먼법은 초기부터 영미법상 사적자치의 전통에 부합하지 않는다는 반대가 있었으나, 거대자본의 세력 집중은 민주주의 교란요인이자 사회 내 세력균형의 파괴요인으로 인식되어 의회와 경제의 대상으로 인식되었고 그것이 셔먼법 제정의 큰 동기가 되었다. 제정법을 통한 규제에 긍정적인 입장을 보인 것은 입법자들이었다고 하고, 미국 사법사에서 위대한 반대자로 칭송되는 홈즈 대법관도 셔먼법에 대해 이를 경제에 대한 무지와 무능에 기초한 영터리법이라고 비판하였다는 것으로, 정호열, 앞의 책, 35면. 셔먼법 제정 당시부터 과대집행의 오류에 대한 논란이 있었던 것이다.

15) U.S. v. Standard Oil Co. of New Jersey, 221 U.S. 1 (1911).

행(False Negative Error)의 우려가 제기되었고, 이후 셔먼법을 강화하기 위해 1914년 클레이튼법(Clayton Act)과 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)을 제정하게 된다.<sup>17)</sup>

## (2) 하버드 학파

1930년대부터 1970년대 초반까지 미국 독점금지법의 적용은 산업조직론<sup>18)</sup>에 이론적 기반을 둔 하버드 학파로 대표되는 구조주의로 특징지을 수 있다.<sup>19)</sup> ‘구조주의’는 시장의 구조(Structure), 사업자의 행동(Conduct) 및 성과(Performance) 사이에 연관관계가 있다고 보는 이론으로, 시장구조가 회사의 행동에 영향을 미치고, 회사의 행동은 다시 성과를 결정짓는다는 이론을 말한다(S-C-P 이론).<sup>20)</sup> 이는 1930년대 내지 1950년대의 지배적 이론이었고 하버드 경제학자인 Bain, Mason 그리고 Kaysen과 연관되어 있다. 이에 따르면 경쟁은 시장에 참여하고 있는 사업자의 수에 달려 있고, 사업자의 수는 진입장벽 및 규모의 경제와 같은 외부적인 요소에 의해 결정되므로 이러한 사항들이 경쟁제한성 판단시 중요하게 고려되었다.

이런 관점에서 수평적 합의는 경쟁제한적인 담합은 물론이거니와 그것이 비록 자원을 보다 효율적으로 사용하기 위한 것이라 하더라도 모두 당연위법(per se illegal)으로 간주하였다. 뿐만 아니라, 서로 다른 단계에서 활동하고 있는 사업자들(예컨대 생산업자와 유통업자) 간에 체결될 수직적 계약도 사업자들의 자율성을 제한할 우려가 있다는 이유에서 당연위법으로 보아 규제하였고, 같은 연장선상에서 다른 수직적 거래제한(vertical restraints), 예컨대 배타조건부 거래(exclusive contract),<sup>21)</sup> 거래지역제한(territorial restraints)<sup>22)</sup> 및 재판매

16) 권오승, 앞의 책, 99면.

17) 위 책, 96면.

18) 시장의 구조, 행동 성과의 결정요인 및 상호 간의 인과관계와 이에 대한 정부개입의 효과를 연구하는 학문을 ‘산업조직론’이라 한다. 권오승, 앞의 책, 71면.

19) 일부 견해에 따르면, 1970년대 이후 하버드 학파의 주된 논의는 시카고 학파의 그것과 큰 차이가 없다는 지적도 있다. W. E. Kovacic, “The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix”, 1 *Columbia Business Law Review* (2007).

20) 다시 말해, 진입장벽 등으로 인해 집중도가 높은 시장구조(Structure)하에서는 기업들이 독과점적인 행태(Conduct)를 보이며, 이는 생산량 감소나 높은 가격설정 등과 같이 열악한 시장성과(Performance)로 귀결된다고 설명된다. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, West, 2011, p. 42.

21) *Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co.*, 258 US 346, 42 S.Ct. 360, 66 L.Ed. 653 (1922); *Standard Oil. of California et al. v. US*, 337 US 293 (1949); *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 US 392 (1953). 다만, *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 US 320 (1961)의 경우 배타조건부 거래는 ‘합리의 원칙(rule of reason)’이 적용된다고 판시한 바 있다.

가격유지행위(resale price maintenance)<sup>23)</sup>에 대해서도 모두 당연위법적인 관점에서 접근하여 위법한 행위로 간주하였다.

단독행위(unilateral behavior)와 관련해서도, 지배력을 가진 사업자는 오로지 “보다 나은 성과 및 사업적 수완(superior performance and acumen)”에 기반하여 경쟁해야만 하고,<sup>24)</sup> 로열티 부과행위와 같이 경쟁을 제한할 목적으로 자신의 시장지배력을 사용하는 행위는 금지되었다. 경쟁제한성은 일반적으로 경쟁사업자들이 지배적 사업자에 효과적으로 경쟁할 수 있는지 여부와 관련해서 주로 검토되었고, 해당 행위가 시장에서 미치는 실질적 효과에 대해서는 별반 주요하게 다루이지 않았다.

이와 같은 하버드 학파의 접근 방법은 광범위하게 비판받았다. 행위의 특성 혹은 성격에만 집착하는 바람에 결과적으로 효율성 및 소비자 후생을 증대시키는 행위마저 규제하였다는 것이 비판의 핵심이었다. 다시 말해 과대집행의 오류를 유발했다는 것이다.

### (3) 시카고 학파<sup>25)</sup>

1950년대부터 발생하여 1970년대 초반 이후 지배적인 견해가 된 시카고 학파는 구조주의 하에서 경쟁을 제한한다고 비난을 받았던 행위들 중 상당수가 사실은 생산과 판매의 관점에서 효율성을 증대시키고 사업자들이 보다 효율적으로 경쟁하도록 하는 행위였다고 주장했다. 하버드 학파가 당연위법의 법리를 적용해 위법하다고 결론내린 많은 행위들에 대하여 합리의 원칙을 적용하여 재검토함으로써 과대집행의 오류를 줄여야 한다는 것이었다.

시카고 학파에 따르면, 생산자와 판매자 간 계약과 같은 수직적 거래제한(vertical restraints)의 경우 판매자들이 투자한 금원을 확실하게 보장할 수 있는 좋은 방식이라고 하면서, 독점판매계약을 통해 판매권을 보장받은 판매자들은 시장에 침투하기 위해 보다 열심히 노력하고 투자하게 되므로 이는 효율성을 증대시키는 행위이지 경쟁제한적인 행위가 아니라고 주장한다. 가격 합의나 시장분할 합의와 같은 특별한 경우가 아닌 한 사업자들 간의 수평적 합의는 수평적 협력행위로서 사업자 간 효율성을 증대시키는 수단이 될 수 있다고 주장한다. 나아가 수직적 거래제한의 경우 경쟁을 제한하지 않는 한 일반적으로 해가 없고 경제활동에 이익이 되므로 ‘당연합법(per se legal)’으로써 더 나아가 검토할 가치가 없다는 주장도 제기되었

22) US v. Arnold Schwinn & Co. et al., 388 US 365 (1967).

23) Dr Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons Co., 220 US 373 (1911).

24) US v. Grinnell Co., 384 US 563 (1966).

25) 포스트시카고 학파의 경우 시장의 실패를 인정하고 정부의 시장개입 시점 및 방식 결정능력을 보다 신뢰한다는 점 등 여러 가지 면에서 시카고 학파와 많은 차이점을 보이고 있으나 여기에서는 별도로 구별하여 다루지 않기로 한다. 자세한 사항은, Kovacic, 주 19 논문, pp. 21-30 참조.

다.<sup>26)</sup>

미국 법원 역시 같은 맥락에서 기존 판례들을 변경하였다. 수직적 비가격제한인 거래지역제한을 당연위법이라고 보았던 기존 Schwinn 판결을 변경하여 합리의 원칙을 적용했으며,<sup>27)</sup> 끼워팔기 또한 Northern Pacific Railway에서 정리된 당연위법의 입장을 폐기하지는 않았지만 주상품시장인 결합시장에서 시장지배력이 없는 경우 경쟁제한적이지 않다는 입장을 보임으로써 당연위법의 법리의 적용 범위를 제한하였다.<sup>28)</sup> 연방대법원은 재판매가가격유지행위의 경우 줄곧 당연위법의 법리에 따라 처리해왔지만, 합리의 원칙에 근거해 위법성 여부를 가리겠다는 쪽으로 100여 년 만에 입장을 변경하였다.<sup>29)</sup>

시장지배적 사업자의 단독행위에 관해서는, 경쟁자가 배제되더라도 실제 소비자 후생을 감소시키지 않는 한 적법하다고 보았다. 이는 하버드 학파가 시장구조에 초래되는 영향을 기준으로 위법성을 판단한 것과 대비된다.

이같은 시카고 학파의 접근법은 동일한 경제적 행동이라도 서로 다른 동기나 이유에서 행해질 수 있으며, 주어진 조건이나 상황에 따라 경쟁을 제한할 수도 있고 촉진할 수도 있다는 점을 밝혔다는 점에서 종전보다 진일보한 입장이라고 할 수 있다.

그러나 행위 유형별로 합리의 원칙을 적용하여 그 위법성 여부를 판별해야 한다는 시카고 학파의 입장을 따르다 보면, 과소집행(False Negative Error)을 유발할 위험성이 상대적으로 커지게 된다. 개별적으로 경쟁제한적 효과와 친경쟁적 효과를 일일이 따져 보기 전에는 규제나 제한이 불가능한데, 모든 행위에 대하여 하나하나 비교·분석한다는 것 자체가 불가능하며, 무엇보다 이러한 경쟁제한성 문제는 장래의 가정적 상황에 대한 것이 많아서 정확한 판단이나 입증에 어려운 바, 경쟁제한성에 대한 입증책임이 경쟁당국에 있는 상황에서 이는 결국 입증 실

26) R. Posner, "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality", 48 *University of Chicago Law Review* (1981), p. 6.

27) *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 US 36 (1977).

28) *US Steel Co. v. Fortner Enterprises Inc.*, 429 US 610 (1977); *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Edwin G. Hyde*, 466 US 2 (1984). 미 연방대법관들의 견해는 5 대 4로 갈렸는데 5인의 다수 의견은 당연위법의 법리를 적용하면서도 주상품시장인 병원서비스 시장에서 시장지배력을 인정할 수 없어서 부상품시장인 마취서비스 시장에서 경쟁제한성이 있는지를 합리의 원칙에 따라 살펴야 하는데 이에 대해 입증이 없으므로 위법하지 않다고 판단하였다. 반면, 4인의 소수 의견은 결론은 다수 의견과 같지만 합리의 원칙으로 판례를 변경해야 한다는 입장을 제시했다. 이 판결에 대해 '준 당연위법(quasi per se illegal)'이라고 평가하는 견해도 있다. E. Elhauge, *United States Antitrust Law And Economics*, Foundation Press, 2008, p. 358.

29) *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, 6 US 480 (2007). 다만, 이 점에 관해서는 미국 내에서 여전히 논란 중이다. 위 연방대법원 판결이 있자 민주당을 중심으로 일부 의원들이 2009년 재판매가가격유지를 당연위법으로 규정하는 내용의 법안(Discount Pricing Consumer Protection Act)을 제출했으나 입법화되지 못했다. 그러나 일부 주 의회, 예컨대 2009년 메릴랜드 주 의회는 이와 같은 법안을 통과시킨 사례가 있다. 이상 이호영, "공정거래법상 재판매가가격유지행위 규제의 입법적 개선 최저재판매가가격유지행위의 위법성 판단 기준을 중심으로", 2011년 하반기 법·경제분석그룹 연구보고서, 각주 196 참조.

패로 규제의 망을 벗어나는 위법행위가 늘어날 수 있다는 의미이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 현재까지 미국 법원의 태도를 살펴보면 과대집행(False Positive Error)을 범하는 것보다 과소집행(False Negative Error)을 범하는 편이 오히려 낫다는 판단을 전제로 하고 있는 듯하다.

다만, 이와 같이 False Negative Error를 선호하는 미국의 경쟁당국 및 법원의 입장에 변화의 기운을 감지할 수 있는 사례가 최근 있었다. 바로 미국 셔먼법 제2조에 관한 보고서의 채택 및 철회 과정에서 발생한 해프닝이다.

미국 법무부(Department of Justice, 이하 “미국 DOJ”)와 미국 연방거래위원회(Fair Trade Commission, 이하 “미국 FTC”)는 단독행위에 일반적으로 적용할 수 있는 경쟁법적 기준을 마련하기 위해 공동으로 작업해왔는데, 미국 법무부가 2008년 9월 8일 단독으로 셔먼법 제2조 보고서를 발표한다. 이 보고서는 사업자의 단독행위를 규제하는 일반원칙으로 “disproportion test”를 채택하였다. 즉 행위 유형별로 마련된 특별한 기준(conduct-specific test)이 따로 없는 이상 특정 행위를 위법하다고 판단하기 위해서는 그로 인한 반경쟁적 효과가 그로 인한 친경쟁적 효과보다 상당히 더 커야지만(substantially disproportionate) 된다는 것이었다.<sup>30)</sup> 그러나, 미국 FTC 위원 4명 중 3명(Pamela Jones Harbour, Jon Leibowitz, and J. Thomas Rosch)은 같은 날 미국 DOJ의 보고서 발표에 대해 이는 “셔먼법 제2조의 집행을 근본적으로 약화시키는 청사진(blueprint for radically weakened enforcement of Section 2 of the Sherman Act)”이라며 즉각적으로 비판 성명을 발표하고, 만약 법무부가 해당 보고서에 따라 법 집행을 하여 법적 공백(과소집행)이 발생할 경우 연방거래위원회가 이를 즉시 메울 것이라고 공표하였다.<sup>31)</sup>

결국 논란 끝에 미국 DOJ는 위 보고서를 채택한 지 약 8개월 만인 2009년 5월 11일 보고서를 전격적으로 철회한다. 이 보고서가 당국의 경쟁법 집행에 너무 많은 제약으로 기능한다고 밝히면서, 보고서를 철회하는 것은 “철학의 전환”이자 미국 DOJ 반독점국이 시장지배적 지위 남용행위에 대해 향후 적극적으로 법 집행을 하겠다는 의지를 확실하게 밝히는 의미라고 미국 DOJ 반독점국의 책임자인 Christine A. Varney 차관보(Assistant Attorney General)

30) 위 보고서 채택 당일 반대의를 표명했던 당시 연방거래위원회 위원 J. Thomas Rosch에 따르면, 위 보고서의 주요 내용은 세 가지로 요약할 수 있는데, 첫째 집행을 면제하는 안전항(safe harbor)에 관한 규정을 두고, 둘째 단독행위 위법성에 대한 일반원칙(disproportion test)을 설정하였으며, 셋째 셔먼법 제2조에 대한 과대집행(over-enforcement)으로 초래될 해악에 대한 강한 우려를 표명하는 것이었다고 한다. J. Thomas Rosch, “Thoughts on the Withdrawal of the DOJ Section 2 Report”, IBA/ABA Conference on Antitrust in a Global Economy (June 25, 2009), pp. 2-3.

31) <http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmt.pdf> (2012. 5. 1. 방문)

미국 연방거래위원회 해당 보도자료의 원문은 다음과 같다. “This Commission stands ready to fill any Sherman Act enforcement void that might be created if the Department actually implements the policy decisions expressed in its Report”.

는 철회의 이유를 밝혔다.<sup>32)</sup>

여기서 미국 DOJ가 이야기한 ‘철학의 전환’이란 과소집행을 선호하는 입장에서 과대집행을 선호하는 입장으로 전환했다는 의미로 해석할 수도 있다. 서면법 제2조 보고서의 채택과 철회를 둘러싼 이번 해프닝은 결국, 미국 경쟁당국이 단일하고 선명한 법 기준을 설정하고 이에 따라 법을 집행할 경우 발생할 수 있는 과소집행에 대한 우려를 단적으로 보여준 사건이라고 볼 수 있다.<sup>33)</sup>

#### (4) 정리

이상과 같이 미국 독점금지법의 115년 역사를 살펴보면, 그 이론뿐만 아니라 현실의 집행에서도 주기적 파동을 그리면서 발전해왔음을 알 수 있다. 미국의 독점금지정책은 연방정부의 주도세력이 공화당인가 혹은 민주당인가, 경제가 호황인가 불황인가 등의 상황에 따라 그때그때 달라지기도 했다.<sup>34)</sup> 이는 독점금지정책이 각국의 정치경제적 사정과 시대상황의 제약하에 있다는 사실을 말해준다.<sup>35)</sup>

미국은 1930년대부터 하버드 학파로 대표되는 당연위법의 관점에서 독점금지법을 집행해오다 이러한 입장이 친경쟁적 행위임에도 잘못 집행하는 과대집행의 위험이 크다는 거센 비판에 직면하게 되었다. 1970년대 초반부터 등장한 시카고 학파는 기본적으로 독점금지법 집행으로 인해 이러한 과대집행의 오류의 우려로부터 유래되었다. 그러나 이러한 과대집행 오류를 막기

32) [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2009/245710.htm](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.htm) (2012. 5. 1. 방문)

미국 법무부 해당 보도자료의 원문은 다음과 같다. “Withdrawing the Section 2 report is a shift in philosophy and the clearest way to let everyone know that the Antitrust Division will be aggressively pursuing cases where monopolists try to use their dominance in the marketplace to stifle competition and harm consumers … (이하 생략)”.

33) 서면법 제2조 보고서에 대한 비판으로, 과대집행(over-enforcement) 위험을 강조한 나머지 과소집행(under-enforcement) 위험을 간과했다는 주장으로, J. Thomas Rosch, 주 30 발제문, p. 7; Christine A. Varney 당시 차관보는 동 보고서가 [경쟁당국과 법원이 반경쟁적 행위와 적법한 행위를] 적절하게 구분해내지 못함으로써, 잠재적으로 친경쟁적인 행위의 과대억제[집행](over-deterrence)를 초래할 수도 있다는 우려를 밝히고 있지만 이러한 우려에 동의하지 않는다는 입장을 밝혔다. Christine A. Varney, “Vigorous Antitrust Enforcement In This Challenging Era”, Remarks as Prepared for the Center for American Progress (May 11 2009), p. 7.

34) William G. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*, Prentice Hall College Div, pp. 457-8; 정호열, 앞의 책, 72면에서 재인용.

35) 80년대 말과 90년대 초반에 초국적기업 간의 활발한 제휴, 미국 사업자의 연구기술개발의 촉진 등을 위해 독점금지법을 완화하고자 하는 논의가 많았으며, 2001년 부시 정부 역시 시장과 기업을 선호하는 공화당 정권이었다. 그러나 2009년 취임한 오바마 대통령은 부시 정부의 경쟁법 집행을 최근 반세기에서 가장 미약한 수준이었으며 그 결과 의료, 제약, 보험 등의 분야에서 경쟁원리가 작동하지 않아 소비자 후생이 크게 저하되었음을 지적하고 기업결합 심사강화, 농업, 의료, 보험 등의 분야에서 경쟁법 집행을 강화할 것임을 천명하였는 설명으로, 정호열, 앞의 책, 37면.

위한 ‘합리의 원칙’ 적용<sup>36)</sup>은 역으로 반경쟁적 행위임에도 이를 집행하지 못하는 과소집행 오류(False negative error)에 대한 비판을 불러일으킬 수밖에 없었고, 이는 미국 법무부의 셔먼법 제2조의 채택 및 철회 해프닝에서 단적으로 표출되었다. 위 보고서 철회 과정에서 언급된 것처럼 과소집행의 오류를 우려하여 미국 경쟁당국이 보다 적극적으로 독점금지법을 집행하고 그러한 연장선상에서 법원 또한 판결을 내릴 것인지는 아직 쉽게 예측하기 어렵다.

## 2. EU의 경우<sup>37)</sup>

### (1) EU 경쟁법의 연혁

1957년 3월 25일 체결되어 1958년 발효한 「유럽경제공동체의 설립에 관한 조약」(EEC 조약, 로마 조약)은 제85조 내지 제90조에서 독점금지정책의 표현으로서 경쟁에 관한 내용을 규정하고 있었다. 이 조약은 1992년 다시 「유럽공동체에 관한 조약」(EC 조약, 마스트리히트 조약)으로 개정되었고, 이후 2009년 12월 1일 리스본 조약이 공식발효됨에 따라 기존 EC 조약은 EU의 목적과 원칙을 정한 「EU 조약」(TEU: the Treaty of European Union)과 EU 조직과 기능을 규정한 「EU의 기능에 관한 조약」(TFEU: the Treaty on the Functioning of the European Union)으로 대체되었다.<sup>38)</sup>

### (2) 초기 집행 경향 : 형식중심 접근법(form-based approach)

EU 경쟁법은 카르텔 규정인 TFEU 제101조(舊 EC 조약 제81조) 및 시장지배적 지위 남용 금지 규정인 TFEU 제102조(舊 EC 조약 제82조)를 두고 있는데,<sup>39)</sup> 그 집행과 관련하여 EU 집행위원회 및 법원은 시장에서 실제 효과에 관심을 기울이기보다는 관련 행위의 형식 혹은 특성에 대해 초점을 맞춰 법 집행 및 판단을 해왔다.<sup>40)</sup>

36) 미국의 일부 견해는 당연위법과 합리의 원칙 사이의 구분을 부인하는 입장도 존재한다고 하며, 위법성 심사와 관련한 당연위법과 합리의 원칙에 대한 보다 상세한 설명은, 정호열, 앞의 책, 128-129면 참조.

37) 이하, Alberto Pera, “Changing views of competition, Economic analysis and EC antitrust law”, 4 *European Competition Journal* (June 2008)를 참조하여 이 글 주제에 맞게 발췌, 요약하면서 일부 내용을 추가하였음을 밝힌다.

38) 권오승, 앞의 책, 102면; 정호열, 앞의 책, 44-45면.

39) 신구 조문의 내용은 동일하다.

40) 전후 독일의 ‘질서자유주의(ordo-liberalism)’의 영향을 강하게 받아 경쟁법을 개인과 기업의 경제적 자유를 보호하는 수단으로 인식되어 왔고, 그 결과 위법성 판단에 있어서 시장에 미치는 영향보다 개인의 자유 내지 선택의 권리가 침해되었는지에 중점을 두었기 때문에 행위에 미치는 실질 내지 효과보다는 형식에 중점을 두었다는 설명으로, 정영진, “대법원의 시장경제에 대한 철학적 고뇌”, 법률신문(2007. 12. 13). 보다

‘수평적 합의’와 관련하여 집행위원회는 舊 EC 조약 제81조 금지 규정에 대한 예외를 매우 좁게 해석하였는데, 이러한 형식중심적인 태도는 카르텔 적용 및 그 면제에 대한 집행에서 더욱 강화되었다. 즉, Commission Regulation<sup>41)</sup>에 기해 제81조 제1항에 따른 카르텔 처벌이 면제되는 사항을 규정한 제81조 제3항은, 오로지 집행위원회에 통지된 경우에만 적용되거나, ‘일괄적용면제규칙(Block Exemption Regulation)’<sup>42)</sup>에 해당하는 경우에만 적용되어 제81조 제1항 처벌이 면제되었다. 수직적 거래제한(vertical restraints)의 경우, 생산자와 판매자 사이에서 판매자의 자율성을 제한하는 계약은 유럽시장의 인위적인 분리를 수반한다고 보아 금지하였다.

한편, 시장지배적 지위 남용행위와 관련해서는, 경쟁자를 해하는 행위를 금지할 목적으로, 한편으로는 경쟁 과정을 보호하기 위해 시장지배적 남용행위를 제한하였다. 특히 시장지배적 지위 남용행위를 객관적인 개념으로 파악하여 사업자의 의도와 무관하게 경쟁을 제한하는 행위일 경우 이를 규제하였다. 뿐만 아니라 시장지배적 사업자에게 ‘특별책임’을 인정하여 그렇지 않은 사업자라면 허용될 수 있는 행위라 하더라도 시장지배적 사업자의 경우 특별책임을 이유로 문체된 행위를 남용행위로서 금지하였다.<sup>43)</sup> 舊 EC 조약 제82조는 개별 경쟁사업자 또는 고객들의 즉각적인 이익을 보호하는 취지가 아니라 시장구조와 그에 따른 “제도로서의 경쟁(competition as an institution)” 그 자체를 보호하기 위한 것인데, 시장구조는 관련 시장에서 시장지배적 사업자가 등장함으로써 약해진다는 것을 그 이유로 삼았다.<sup>44)</sup> EU 집행위원회는 이러한 생각 아래에 개별 행위가 시장에 미치는 경쟁제한적인 효과를 분석하는 대신 그 행위의 유형 및 특성을 근거로 하여 배타조건부 거래는 경쟁자들의 시장접근을 봉쇄한다는 이유에서,<sup>45)</sup> 조건부 리베이트의 경우 경쟁자를 배제한다는 이유에서,<sup>46)</sup> 거래거절행위는 경쟁사

자세한 내용은, A Bundeskartellamt/Competition Law Forum Debate on Reform of Article 82: A “Dialectic” on Competing Approaches, 2 *European Competition Journal* (July 2006) 참조.

41) Commission Regulation 17/62 implementing Articles 85 and 86 of the Treaty [1956-60] OJ Spec Ed 87.

42) 현재는 Regulation 330/2010(Vertical agreements), 461/2010(Vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector), 772/2004(Technology transfer agreements), 2658/2000(Specialization agreements), 2659/2000(Research and development agreements), 267/2000(Agreements in the insurance sector) 그리고 906/2009(Liner shipping consortia)가 일괄면제규정으로 시행 중이다.

43) Case-85/76 Hoffman La Roche & Co AG v. Commission [1979] ECR 461, para. 91.

44) Case 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can co. Inc. v. Commission [1973] ECR 215, para. 26; 주 43 판례 para. 91, 123 및 125; Case C-322/81 Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission (1983) para. 70.

45) Case-27/76 United Brands Co v. Commission [1978] ECR 207; Case T-65/98 Van den Bergh Foods v. Commission [2003] ECR II-4653.

46) Case C-322/81 Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission (1983) (Michelin I); Case C-95/04P British Airways plc v. Commission [2007] ECR I-2331; Case T-203/01

업자의 시장접근을 봉쇄한다는 이유로 위법하다고 결론 내렸다.<sup>47)</sup>

시장지배적 지위 남용행위와 관련한 일련의 EU 법원 판결에 대해서는 비판하는 입장이 있다. 최근까지 미국 경쟁당국 및 법원의 입장은 과소집행(False Negative Error)보다는 과대집행(False Positive Error)을 더 염려한다는 데 견해가 일치하나, EU의 경우 시장지배적 남용과 관련하여 미국과는 반대의 상황이다.<sup>48)</sup> EU 입장을 비판하는 주된 논거는, 문제된 행위가 실제 혹은 잠재적으로 경쟁자를 배제하는지에 대해 시장에서 실제 발생하고 있는 혹은 발생할 것으로 예상되는 효과를 살펴 경쟁제한성을 검토하지 않고 오로지 행위의 형식 혹은 특성에 근거하여 경쟁제한성을 평가한다는 것이었다. 그 결과 실제로는 소비자에게 이익이 되는 행위를 잘못 규제했다는, 과대집행(False Positive Error)을 유발하고 있다는 비판을 받고 있다. 실제 시장지배적 지위 남용과 관련하여 리베이트 지급이 문제된 사건에서 EU 법원은 문제된 리베이트 지급행위가 실제 시장에 영향을 미쳤는지 여부는 입증할 필요가 없이 시장에 경쟁제한적 효과를 야기할 가능성 혹은 경향만 있으면 위법하다고 판단하면서 사업자들의 효율성 증대 항변을 전혀 받아들이지 않아 사업자들의 강력한 반발을 불러 일으켰다. 즉, 사업자들은 시장에 효율성 증대에 도움이 되는 친경쟁적인 행위를 하여 결과적으로 소비자들의 후생을 증진시키는 데 기여했는데 왜 막대한 과징금을 물어야 하느냐는 것이었다. 사업자들의 이와 같은 주장은 과대집행(False Positive Error)의 위험성을 지적한 것이다. 이에 따르면 이러한 과대집행을 특징으로 하는 기존 EU의 법 집행은 경쟁을 보호하는 것이 아니라 비효율적인 경쟁자를 보호하는 결과만을 초래했다는 것이다.

### (3) 효과중심 접근법의 부상

‘효과중심 접근법(effect-based approach)’이란, 특정한 행위의 성격 혹은 유형에 초점을 맞춰 경쟁제한성을 검토하는 형식중심 접근법(form-based approach)과 달리 경제분석을 통해 문제된 행위의 경제적 효과를 밝혀 이에 근거해 경쟁제한성을 심사하는 것을 의미한다.

EU의 경쟁당국은 과대집행의 우려를 지적하는 효과중심 접근법의 영향을 받아 기존 형식중심 접근법을 조금씩 수정하기 시작한다. 먼저 2000년에 발간된 수직적 제한에 관한 지침<sup>49)</sup>에서는 거래당사자들이 30% 이하의 시장점유율을 가질 경우, 수직적 제한행위를 하는 목적이

Michelin v. Commission (Michelin II) [2004] ECR II-4071.

47) Case C-418/01 IMS Health GmbH & Co OHG and NDC Health GmbH & KG v. Commission [2004] ECR I-5039.

48) Whish, 앞의 책, p. 194.

49) Guideline on Vertical Restrictions [2000] OJ C291/1 (현재 Guideline on Vertical Restrictions [2010] OJ C130/1로 개정).

재판매가격유지 혹은 배타적 지역제한이 아닌 한 원칙적으로 카르텔 규정을 적용하지 않도록 했다.<sup>50)</sup> 해당 지침은 수직적 제한의 효율성 증대 목적을 명백히 인식하였고, EC 조약 제81조 제3항에서 규정한 ‘소비자에 대한 직·간접적인 영향’을 해당 행위를 평가하는 기준으로 사용하였다. 뿐만 아니라 EU 경쟁당국은 (i) 2001년 실제적·잠재적 경쟁자 간 합의일 경우 사업자들의 시장점유율의 합이 10%를 초과되지 않는 경우, (ii) 실제적·잠재적 경쟁자 아닌 사업자들 간 합의일 경우 시장점유율의 합이 15%를 초과하지 않는 경우 관련 시장에서 뚜렷하게(appreciably) 경쟁을 제한하지 않으므로 이 경우 EC 제81조 제1항을 집행하지 않는 것으로 하였다.<sup>51)</sup>

같은 연장선상에서, 예컨대 ‘일괄적용면제규칙’에 속하는 수평적 협력에 관한 규칙<sup>52)</sup>에서는 참가 사업자들의 시장점유율이 충분히 낮고 회사가 상업화 단계에서 독자적으로 활동하는 조건에서<sup>53)</sup> 기술개발, 전문화 및 기술이전에서의 협력을 목적으로 하는 합의의 경우 자동적으로 EC 조약 제81조 제1항의 적용을 면제하는 것으로 규정하였다. 이와 같이 경제적 효과분석에 기반한 ‘합리의 원칙’은 제81조 적용에서 원칙으로 자리잡았고, 이후 Council Regulation 1/2003<sup>54)</sup>을 도입하여 EU 집행위원회나 각 국가별 경쟁당국은 원고로서 EC 조약 제81조 제1항 위반을 주장하면 EC 조약 제81조 제3항의 예외 규정에 대한 입증책임은 피고 사업자가 지도록 하여 보다 명확하게 합리의 원칙이 적용되도록 하였다(제2조).

반면, 시장지배적 지위 남용행위의 경우, 경쟁 과정(competition process) 자체를 보호하고 경쟁의 자유(freedom of competition)를 경쟁법의 보호 목적으로 하는 형식중심 접근

50) 이와 마찬가지로 EU에서는 1999년 수직적 합의에서 EC 조약 제81조 제3항이 적용되는 범위를 규정한 Commission Regulation 2790/1999를 두고 있었는데, 처벌면제는 수직적 합의(경쟁에 심각한 제한을 포함하는 일부 수직적 합의의 경우 제외)에 참여한 사업자의 시장점유율이 30%를 초과하지 않는 경우로 제한하였다. 이 규칙은 2010년 기준에 판매자에게만 적용되던 30% 요건을 구매자에게도 적용되는 것으로 개정되었다(Commission Regulation 330/2010).

51) Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis).

52) Commission Regulation 2659/2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of Research and development agreements [2001] OJ L304/7; Commission Regulation 2658/2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of Specialization agreements [2001] OJ L304/3; Commission Regulation 772/2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of Technology transfer agreements [2004] OJ L123.

53) Guidelines on the Application of Art 101 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements [2001] OJ 3/2.

54) Council Regulation 1/2003 implementing Arts 81 and 82 [2003] OJ L1/1, 이 규칙은 기존 집행 절차인 「EEC 조약 제85조와 제86조의 시행을 위한 규칙」(Council Regulation 4046/89)를 대체하는 것으로 EU 경쟁법의 시스템 전환을 가져오는 일대 개혁으로 인정받은 것으로 평가받고 있다. 권오승, 앞의 책, 103면, 각주 36.

법에서 경제분석을 특징으로 소비자 후생 여부를 검토하는 효과중심 접근으로의 이행은 보다 천천히 진행되었다. 예컨대, EU 집행위원회는 Commercial Solvents 사건<sup>55)</sup>에서 시장지배적 사업자의 거래거절을 문제 삼은 이후 필수설비이론을 적용시켜 시장지배적 사업자의 거래거절을 규제해왔는데, Oscar Bronner 사건 및 IMS Health 사건<sup>56)</sup>에서 필수설비이론의 적용을 위한 제한적인 요건 제시가 있었다.<sup>57)</sup> 한편, 리베이트의 경우 그 제공이 소비자에게 이익을 줄 가능성이 있음에도 EU 집행위원회 및 EU 법원의 경우 일관되게 기존의 형식중심 접근법을 고수하여 모든 가능한 구매자에게 객관적 구매량에 비례하여 지급되는 리베이트(volume discounts)에 대해서만 허용하고 그 밖의 다른 리베이트, 예컨대 개별화된 전량(소급형) 리베이트의 경우 경쟁제한적이라고 보았다.

이러한 시장지배적 지위 남용행위의 형식중심적 접근법은, 과대집행의 오류(False Positive Error)를 유발한다는 비판을 받아 왔다. 그 결과 EU 집행위원회는 2009년 효과중심 접근법에 기초하여 배제적 남용행위에 관한 집행지침을 발간하였다.<sup>58)</sup> 동 집행지침은 종래 형식중심 접근법에서 벗어나 보다 소비자 후생에 초점을 맞춘 효과중심 접근법을 채택한 것으로 평가받고 있다.

다만, EU 집행위원회가 이러한 집행지침을 채택한 이후에도 EU 법원은 조건부 리베이트에 관하여 여전히 기존 형식중심 접근법에 입각한 판결을 하고 있고,<sup>59)</sup> 집행지침이 오히려 경쟁당국의 집행기준을 불명확하게 하여 혼란을 가중시켰다는 비판의 소리도 만만치 않다.<sup>60)</sup> 결국 기존 형식중심 접근법에서 제기된 과대집행 오류의 비난에서 벗어나기 위한 시도로 ‘more economic approach’의 기치 아래 2005년 보고서<sup>61)</sup>를 발간하고 이에 기반해 집행지침을

55) Joined Cases 6-7/73 Istituto chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v. Commission [1974] ECR 223.

56) 주 47 판례 참조. 시장지배적 사업자가 행하는 저작권의 이용허락 거절행위 자체가 남용행위는 아니지만 예외적 상황에서는 남용행위에 해당할 수 있는데 그러한 예외적 상황은, (1) 거래거절로 인해 잠재적 고객 수요가 존재하는 새로운 상품의 출현이 방해되고, (2) 거래거절이 정당화되지 않으며, (3) 거래거절로 인해 2차 시장에서의 모든 경쟁이 배제될 개연성이 있다는 세 가지 요건이 모두 존재할 경우를 들었다.

57) Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG [1998] ECR I-7791, 유럽최고재판소는 ‘필수설비이론’이 적용되기 위한 요건으로서 (1) 당해 설비에 대한 실제적 또는 잠재적 대안이 존재하지 않고 복제하는 것도 불가능하고(필수불가결성), (2) 당해 설비에 대한 접근거절이 관련 시장에서의 접근을 요청한 사업자의 모든 경쟁을 배제하고, (3) 설비의 접근거절을 객관적으로 정당화할 사유가 존재하지 않는다는 세 가지 요건을 제시하였다.

58) Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02).

59) Case C-549/10P Tomra Systems and Others v. Commission.

60) L. L. Gormsen, “Why the European commission’s enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn”, 31 *European Competition Law Review* (2010).

61) EAGCP(Economic Advisory Group on Competition Policy to the Commission) *Report on An Economic Approach to Article 82 EC* (July 2005).

발표하였지만 여전히 법적 불확실성은 가시지 않고 있는 것이다.<sup>62)</sup> 위 집행지침에서는 법적 안정성을 확보하기 위해 안전항(safe harbor)을 도입하는 방안을 채택하였지만 사업자들이 과연 이러한 정도의 규정을 가지고 명확한 기준을 제공받았다고 생각할지 의문이며, 나아가 효과중심 접근법에 기초한 이론적 합의가 충분치 않은 상황에서 그 적용을 강행할 경우 과소집행의 오류(False Negative Error)가 나타날 것이라는 지적이 있다.<sup>63)</sup>

(4) 정리

이상과 같이 전통적으로 형식중심 접근법(form based approach)에 기해 경쟁법을 집행해오던 EU 집행위원회는, 과대집행의 위험성을 지적하는 비판론에 귀를 기울여 효과중심 접근법(effect based approach)을 상당 부분 도입하고자 노력하고 있다. 다만 이러한 EU 집행위원회의 입장 변화 흐름이, 시장지배적 지위 남용행위 사건에서 형식중심 접근법에 기초한 EU 법원의 입장 변화를 이끌어 내는 등 EU 경쟁법 전반의 패러다임을 바꾸어 놓을 것인지는 조금 더 시간을 두고 지켜볼 필요가 있다.

3. 소결

세계 각국의 경쟁법 집행에 지대한 영향을 미치고 있는 미국과 EU의 예를 살펴보다라도, 경쟁법에 관한 이론적 대립 및 그에 따른 법 집행의 변화는 과대집행 혹은 과소집행의 오류 관점에서 설명할 수 있다. 즉, 미국의 경우 1930년대부터 1970년대까지는 과소집행의 오류를 회피하고자 하는 흐름이 강하다가, 1970년대 초반 이후로 과대집행의 오류를 회피하고자 흐름으로 변화해왔고, EU의 경우 줄곧 과대집행의 오류를 보다 선호하는 입장이었다가 최근 들어 미국 시카고 학파의 영향을 받은 효과중심 접근법이 강조되어 종래 문제점을 시정하려는 시도가 이루어지고 있다고 요약할 수 있다.

62) 이와 관련해서는 L. L. Gormsen, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge, 2010, pp. 164-172 참조.

63) 강우찬, “EC 조약 102조(시장지배적 지위 남용)에 관한 집행지침(Guidance Paper)에 대한 분석적 연구”, 사법논집 제52집, 법원도서관, 2011, 55-56면. 이 논문에서는 EU 조약 제102조 집행의 태생적 불명확함을 해결하는 방안으로 ① 당연위법의 법리의 적용을 늘리는 방법, ② 안전지대를 두는 방안을 제시하면서 ①의 경우 형식중심 접근법을 그대로 고수하자는 것과 다를 바 없다고 지적하고 있다. 이는 앞서 하버드 학파를 비판하면서 등장한 시카고 학파의 논의에서 살펴본 것처럼 과대집행의 오류(False Positive Error) 가능성이 높다는 논의와 연결된다.

## V. 최근 경쟁당국 및 법원의 경향과 그에 대한 평가

### 1. 최근 경쟁당국 및 법원의 과소집행 선호/과대집행 기피 경향

나라마다, 그리고 사안에 따라 조금씩 차이가 있지만, 최근의 경쟁당국 입장 및 법원 판례를 살펴보면, 과대집행보다는 과소집행을 좀 더 선호하는 경향을 보인다고 판단된다.

앞서 살펴본 것처럼, 미국 법원은 ‘당연위법’ 법리에 따라 무조건 위법하다고 판단했던 끼워팔기(tying), 지역제한(territorial restraint), 재판매가격유지행위(resale price maintenance) 등에 관하여 ‘합리의 원칙’ 혹은 이에 준한 기준에 따라 사안별로 판단해야 한다고 물러선 상태이고, EU 집행위원회가 기존 형식중심적 접근법에 따른 당연위법적 전통에서 벗어나 EC 조약 제81조 및 제82조에 관해 합리의 원칙을 일부 채택한 각종 지침 및 규칙을 제정한 것은 과대집행에 따른 피해를 최소화하겠다는 입장으로 해석된다.

우리 대법원 포스코 판결의 다수 견해 역시 같은 맥락으로 이해된다. “경쟁제한적인 의도나 목적이 전혀 없거나 불분명한 전략적 사업활동에 관하여도 다른 사업자를 다소 불리하게 한다는 이유만으로 경쟁제한을 규제 대상으로 삼는 법률에 위반된 것으로 처분한다면 이는 그 규제를 경쟁의 보호가 아닌 경쟁자의 보호를 위한 규제로 만들 우려가 있을 뿐 아니라, 기업의 사업 활동을 부당하게 위축시켜 결과적으로는 경쟁력 있는 사업자 위주로 시장이 재편되는 시장경제의 본래적 효율성을 저해하게 될 위험성이 있다”는 다수 견해는 결국 과대집행에 따른 효율성 저해의 위험을 강조한 것이다.<sup>64)</sup>

### 2. 과소집행 선호/과대집행 기피의 이유와 논리

미국 제7지구 항소법원 법원장(chief judge)인 Frank H. Easterbrook 판사<sup>65)</sup>는 과소집행을 선호하고 과대집행을 기피해야 하는 이유에 대하여 다음과 같이 설명한다.

“잘못된 대법원 판결을 자동적으로 번복할 방법은 없다. 한번 위법하다고 판단된 행동은 그로 인한 편익이 아무리 크다고 하더라도 계속 위법하다고 평가받게 될 가능성이 높다. 반면 반

64) 대판 2007. 11. 22, 2002두8626(전원합의체).

65) Easterbrook 판사는 Bork, Posner와 함께 시카고 학파를 대표하는 인물 중 하나로 평가된다. Kovacic, 주 19의 논문, p. 33.

경쟁적임에도 불구하고 제재를 면한 독점적 행동은 언젠가 경쟁에 굴복하고 만다. 독점사업자의 높은 가격은 경쟁사업자를 불러들이기 때문이다.<sup>66)</sup>”

한마디로 과대집행의 오류로 인한 피해가 과소집행으로 인한 피해보다 더 크다고 심각하다는 것이다. 경쟁제한적 행동이 자유롭게 허용되더라도 그로 인하여 발생·유지되는 높은 독점이윤은 기존 경쟁사업자의 분발과 신규 경쟁사업자의 진입을 촉진하기 때문에 종국적으로 경쟁제한적 효과를 치유하게 되는 반면, 법원이 특정한 행동에 대해 위법하다고 선언할 경우 기업들은 규제가 두려워 더 이상 특정 행동을 못하게 되고 이는 시장경제의 본래적 효율성을 저해하게 된다는 것이다.<sup>67)</sup>

이상과 같은 경제학적 비용/편익 관점을 넘어 과소집행을 과대집행보다 선호하는 좀 더 근본적이고 철학적인 이유도 있다. 즉 ‘자유로운 경제활동’이란 헌법에서 보장하는 권리이자 가치인 반면, 경쟁법적 규제는 그러한 헌법적 기본권을 제한하고 규제하는 것인 만큼 가능한 엄격하고 신중하게 행사되어야 한다는 것이다. 포스코 판결의 다수 의견이 시장지배적 지위 남용행위의 부당성 판단 기준을 제시하면서 사유 재산권 보호에 관한 헌법 제23조와 시장경제의 원칙에 관한 헌법 제119조 제1항을 출발점으로 삼은 것은 바로 이러한 철학적 판단에 기초한 것이라 생각된다.

### 3. 과소집행 선호/과대집행 기피 논거에 대한 재검토

그러나 과소집행을 선호하고 과대집행을 기피해야 한다는 논리에 대해서는 좀 더 깊이 생각해보아야 할 부분이 있다.

#### (1) 판례의 변경 가능성

먼저 잘못된 경쟁당국의 집행이나 법원의 판례를 변경하는 것이 그렇게 어려운 것은 아니다. 미국 법원의 경우 ‘선례구속의 원칙(stare decisis)’에 제한을 받지만, 미국 법원의 판례 중 공정거래법에 관한 판례만큼 짧은 시간 내에 자주 변경된 분야도 드물다. 정면으로 선례를 번복하지 않고서 다른 결론을 내린 판결들도 적지 않다.<sup>68)</sup> 예컨대 앞서 살펴본 끼워팔기가 문제

66) Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, 63 *Texas Law Review* (1984), p. 15.

67) David S. Evans and A. Jorge Padilla, “Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach”, 72 *University of Chicago Law Review* (2005), p. 84.

68) Alan Devlin and Michael Jacobs, “Antitrust Error”, 52 *William and Mary Law Review* (Oct.

된 미국 연방대법원의 Jefferson Parish 판결만 하더라도 실질에 있어서는 합리의 원칙이 적용된 사안이라고 해도 무방한 결론을 내렸지만, 형식적으로는 종전 판례(당연위법의 법리)를 변경하지 않고 그대로 유지하는 모양새를 취했다.<sup>69)</sup>

무엇보다 잘못된 집행이나 판결이 가져올 수 있는 부작용은 과소집행 판결과 과대집행 판결 모두에서 발생한다. 따라서 판결이 갖는 구속적 효력은 과대집행보다 과소집행을 선호하는 근거가 될 수 없다.

## (2) 시장의 자기수정 능력에 대한 신뢰와 실증적 검토

과소집행 선호론자들은 ‘과소집행 판결’의 오류는 시장이 바로잡아 줄 수 있다고 하지만, 현실의 시장이 적정한 시간 내에 과소집행의 오류를 바로잡을 수 있는지는 논란의 여지가 많다.

예를 들어 네트워크 효과(network effect)가 강한 시장의 경우, 합리적인 소비자는 네트워크의 규모를 고려하여 관련 상품 혹은 용역을 선택하게 된다. 네트워크의 규모가 클수록 직·간접적인 네트워크 효과를 더 많이 누릴 수 있기 때문이다.<sup>70)</sup> 상호접속이 허용되지 아니하는 유선전화서비스 시장을 가정해보면, 가입자로서는 50명과 통화할 수 있는 통신서비스보다는 100명과 통화할 수 있는 통신서비스를 당연히 선호하게 된다. 이렇게 네트워크 효과가 강한 시장에서는 선두기업은 계속 앞서고 후발기업은 계속 뒤쳐지게 되어 기술적으로 우수한 제품이 시장을 지배한다는 보장이 없게 된다.<sup>71)</sup> 따라서 시장을 먼저 선점한 독점기업은 그만큼 이점을 가질 수밖에 없고 강한 네트워크 효과를 구축한 독점기업의 폐해를 시정하기란 그만큼 어려워진다.

한편 Easterbrook의 판사의 말처럼 결국에 가서는(“eventually”) 시장이 공정거래법망을 빠져나간 경쟁제한적 행동의 오류를 바로잡을 수 있을지 모르지만, 그렇게 시장이 자체적으

2010), pp. 98-99.

69) 앞서 살펴본 것처럼 위 판결의 4인의 소수 의견은 끼워팔기를 인정하지 않는 다수 의견과 결론을 같이하였다. 그러나 소수 의견은, 당연위법 법리가 정리된 Northern Pacific Railway 판결에서도 부상품시장에서 자유로운 경쟁을 눈에 띄게 제한할 정도로 주상품시장에서 충분한 시장지배력이 있는 경우에만 위법하다고 판시하였을 뿐 어디에도 가격고정 및 시장분할과 같이 시장지배력 혹은 반경쟁적 효과를 입증하지 않고서도 항상 위법하다고 판시하지 않았다는 점을 근거로, 당연위법 딱지(“per se” label)를 포기하고 합리의 원칙으로 변경해야 한다고 주장하였다. 이러한 사실만 보더라도 끼워팔기에 관해 법리적인 관점에서 실질적으로 주상품시장의 시장지배력(market power)을 검토하므로 합리의 원칙으로 판례를 변경하는 것이 충분히 가능했었지만 다수 의견은 여전히 당연위법의 입장을 고수했던 것이다. 이러한 관점에서 끼워팔기에서 당연위법의 법리는 일반적인 그것과 다르다는 설명으로 변동열, “불공정거래행위로서의 끼워팔기-경쟁제한’은 요건이 아닌가?”, 경제법판례연구 제7권, 법문사, 2011, 165면 참조.

70) 홍동표 외 3인, “네트워크 효과가 시장구조에 미치는 영향과 경쟁정책”, KISDI 연구보고서(2002. 12. 31), 9면.

71) 위 보고서, 10면.

로 오류를 바로잡는 동안 발생하는 반경쟁적 효과는 방치된다는 문제가 있다. 나아가 특정 독점기업이 시장에서 지배적 지위를 상실할 수 있지만, 그 결과 자유경쟁 시장이 회복된다는 보장은 없다. 또 다른 독점기업이 등장하거나 또 다른 반경쟁적 행동이 이를 대체하는 경우도 흔하다.

예컨대 미국 DC지구 연방항소법원은 2001년 Microsoft 판결에서 Microsoft의 Internet Explorer 끼워팔기에 대해 셔먼법 제1조 위반을 인정하지 않았는데,<sup>72)</sup> 그로부터 10년 이상 지난 지금까지도 Microsoft의 PC 운영시스템 시장 및 인터넷 브라우저 시장 독점의 아성은 깨지지 않고 있다. 물론 최근 “인터넷 검색서비스 시장의 Microsoft”라고 불리는 Google이 만든 Chrome 브라우저가 인터넷 브라우저 시장에서 Microsoft의 아성에 도전하고 있지만, 10년이 넘는 기간 동안 Microsoft의 독점이 해소되지 않았다는 것은 시장의 자가수정 능력에 대해 중대한 의문을 제기하게 만든다. 다수의 사업자들에 의한 자유로운 경쟁이 경쟁법에서 추구하는 이상이라고 할 때, 또 하나의 거대기업인 Google이 Microsoft를 대체한다고 하더라도 그것이 과연 그러한 이상에 부합하는 결과인지도 의문이다.

결국 완전경쟁 시장이 아니라 네트워크 효과가 구축된 시장, 규모나 범위의 경제가 존재하거나 상당한 브랜드 효과가 구축된 시장, 기타 이와 같은 진입장벽이 형성된 시장에서는 시장의 자가수정 능력이 현저히 떨어지는 바, 이러한 시장조건 아래에서 과소집행 전략을 선택할 경우, 경쟁적인 시장구조를 영속적인 비경쟁적인 시장구조로 변모시켜<sup>73)</sup> 독점의 폐해를 적절한 시간 내에 치유하지 못하게 될 가능성이 높다.

그렇기 때문에 독일 연방카르텔청도 위와 같이 진입장벽이 형성된 시장의 경우 과소집행의 폐해가 시장구조에 미칠 나쁜 영향은 오래 지속될 것이기 때문에, 적어도 중기적으로 경쟁을 해치게 되고 그 결과 소비자에게도 해악을 끼친다는 점에 대해 확신한다는 입장을 피력하였고,<sup>74)</sup> 남아공 경쟁심판소(South African Competition Tribunal) 소장이었던 David Lewis도 “특정 기업이 시장을 독점하는 기간은 짧고 시장에게 자가수정 능력이 있다는 이론은 남아공의 과거 역사에 비추어 볼 때 맞지 않다”고 말한 바 있다.<sup>75)</sup> 한국 공정거래위원회 위원장을 역임한 정호열 교수 또한 역사적 경험에 비추어 볼 때 독점사업자에 의한 연구기술개발보다 시장의 경쟁구조가 연구기술개발의 촉진에 더욱 기여했다는 점을 지적한 바 있다.<sup>76)</sup>

현실에서의 경쟁법 집행 역사는 시장의 자가수정 능력을 믿고 과소집행의 우려를 방치해서는

72) United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

73) A Bundeskartellamt/Competition Law Forum Debate on Reform of Article 82: A “Dialectic” on Competing Approaches, 2 *European Competition Journal* (July 2006), p. 225.

74) 위 논문, 같은 면.

75) Alan Devlin and Michael Jacobs, 앞의 논문, p. 95, 각주 87, 88.

76) 정호열, 앞의 책, 69면, 각주 68.

안 된다는 교훈을 주고 있는 것이다.

### (3) 과대집행에 따른 피해의 내용과 정도

반면 과대집행에 따른 피해는 과소집행을 선호하는 이론이 제시하는 것처럼 그렇게 크지 않을 수 있다. 특정한 경제적 목적을 달성하는 방법은 하나 이상 존재하는 경우가 많기 때문이다.<sup>77)</sup>

예컨대 현대자동차가 수직계열화를 통한 효율성 증대를 위해 특정 자동차부품 회사를 M&A하려다 공정거래위원회의 규제에 포기하였다고 가정해보자. 그 M&A가 실패했다고 하여 수직계열화를 통한 효율성 증대 자체가 불가능해지는 것은 아니다. 현대자동차는 내부 사업부문의 확장 등 제3의 방법을 통해 이를 달성할 수 있다. 비록 M&A를 이용한 경우보다는 효율성 증대 효과가 적을 수 있지만, 효율성 증대가 100% 봉쇄되는 것은 아닌 것이다. 경우에 따라서는 자동차부품 회사를 M&A한 것보다 내부 사업부문을 확장한 것이 더 높은 효율성 증대를 가져올 수 있으며, 어느 것이 더 효율적일 것인지 미리 단정하기는 어렵다.

그렇다면, ‘과대집행’이란 특정한 경제적 목적을 달성하는 복수의 방법 중에서 어느 하나를 금지한다는 의미이므로, 그로 인해 특정한 경제적 목적 달성 자체가 불가능해진다고 할 수는 없을 뿐더러 손해가 발생한다고 하더라도 이는 금지된 방법과 금지되지 않은 방법 간의 효율성 증대 효과의 차이 정도에 불과하고 금지된 방법이 추구한 특정한 경제적 목적 자체는 아닌 것이다.<sup>78)</sup>

## 4. 과소집행/과대집행 선호 판단시 추가적으로 고려해야 할 요소들

### (1) 한정된 경쟁법 집행 자원과 사업자에게 편중된 정보의 문제

과대집행과 과소집행의 가능성을 비교·형량함에 있어 반드시 고려해야 하는, 또 다른 현실

77) Barbara Ann White, “Choosing Among antitrust Liability Standards under Incomplete Information: Assessments of and Aversions to the Risk of Being Wrong”, 20 *Berkeley Technology Law Journal* (2005), p. 1173, p. 1192. 이는 과대집행이 시장에 미치는 경제적 영향에 관한 것으로, 해당 사업자가 받게 되는 과징금이나 형사처벌까지 이야기하는 것은 아니다. 위반 사업자가 천문학적인 과징금을 부과받거나 형사처벌까지 받을 수 있다는 점을 생각하면, 과대집행으로 인한 피해는 달리 볼 부분이 있다. 다만 이러한 불이익 처분에 따른 피해의 문제는 사안의 정도와 명확성에 따라 형사고 발조치하지 아니하거나, 시정명령만 명하고 과징금을 부과하지 않는 등의 방법으로 유연하게 처리할 수 있지 않을까 싶다. 동의의결제 또한 이러한 관점에서 이해할 수 있다.

78) Alan Devlin and Michael Jacobs, 앞의 논문, p. 98.

적인 문제가 있다. 경쟁당국이 경쟁법 집행에 사용할 수 있는 자원과 시간이 제한되어 있는 반면, 관련 정보는 경쟁당국이나 법원보다는 사업자 쪽에 편재되어 있다는 사실이다.

경쟁당국이 ‘끼워팔기’의 경쟁제한적 성격에 대하여 강한 의구심을 가지고 있다고 하더라도 경쟁당국은 현실의 시장에서 이루어지는 모든 끼워팔기를 다 규제할 수는 없다. 경쟁당국이 경쟁법 집행을 위해 사용할 수 있는 자원과 인력, 시간이 극도로 제한되어 있기 때문이다. 따라서 경쟁당국으로서는 경쟁제한성이 명백하고 시장에 미치는 영향이 큰 행동들만 선별적으로 규제하는 경향을 갖게 된다. 이론상으로는 ‘끼워팔기’가 일반적으로 경쟁제한적인 것인지, 어떠한 경우에 끼워팔기의 경쟁촉진적 성격보다 경쟁제한적 성격이 더 큰지 논란이 있고 그 과정에서 과대집행에 관한 우려가 제기될 수 있지만, 현실의 집행 과정에서는 경쟁당국의 1차적인 여과와 선택을 통해 그러한 우려의 상당 부분이 해소되는 것이다.

물론 경쟁당국의 경쟁법 집행이 집행상대방 기업에게만 영향을 주는 것은 아니다. 시장에서 활동하는 다른 사업자에게도 행위지침으로 작용하게 된다. 이른바 ‘일반예방적 효과’가 있는 것으로, 과대집행이 이루어지는 경우 잘못된 일반예방적 효과가 발생할 수 있다. 그러나 앞서 설명한 것처럼 특정한 경제적 목적을 달성하는 방법이 반드시 하나만 있는 것은 아니어서 다른 방법을 통해 원하는 바를 이룰 수 있고, 자신의 행동이 ‘장점에 의한 경쟁’을 위한 것이었는지, 아니면 경쟁을 배제하기 위한 의도에 기한 것이었는지는 그 기업 자신이 가장 잘 알 수 있는 만큼 그로 인한 부작용은 그리 크지 않을 수 있다.

반면 경쟁당국이 특정 기업의 특정한 행동에 대해 조사를 착수한다고 하더라도 현실적으로 그 위법성을 인정하는데 필요한 정보를 취득하는 것은 생각보다 쉽지 않을 수 있다. 경쟁당국이 자료 혹은 물건의 제출명령권을 포함한 강제적인 혹은 사실상 강제적인 조사권을 가지지만, 수집해야 하는 정보의 양과 범위가 상당히 많고 문제된 행위와 관련 산업 분야에 대한 정보의 상당수가 사업자의 지배하에 있기 때문이다. 예컨대 시장지배적 사업자가 특정한 행위를 한 목적과 의도가 어디에 있었는지, 그 행위가 경쟁상대방에게 미칠 영향이 어느 정도인지, 새로운 경쟁사업자가 그 시장에 진입하는데 어느 정도 장애가 있는지 등은 그 시장에서 활동하고 있는 해당 사업자가 가장 잘 안다. 경쟁당국이나 법원은 자료 제공 요청을 통해 그 정보 중 일부를 확인할 수 있을 따름이다. 사업자가 제공한 자료나 정보가 과연 정확한지, 혹시 일부는 감추거나 왜곡한 것은 아닌지 등 그 신뢰성에 대한 논란이 있는 것도 사실이다. 결국 관련 정보의 지배와 이해 정도라는 측면에서 보더라도 경쟁당국보다는 사업자가 더 유리한 위치에 있는 만큼 과대집행의 결과가 발생할 가능성은 크지 않다고 할 수 있다.

## (2) 정치적, 사회적, 도덕적 평가와 판단의 문제

최근까지의 주된 흐름이었던 과소집행 선호/과대집행 기피의 근저에 ‘시장’은 선(善)이고 ‘시장에 대한 규제’는 악(惡)이라는 이분법적 구분이 다소간 전제되어 있지는 않았는지 다시 한번 생각해볼 필요가 있다. 시장에 대한 규제가 최소화되어야 한다는 논리는 “시장은 본디 자유로운 것이다”라는 명제를 전제로 하는데, 인류 역사를 돌이켜 보면 자유로운 시장은 존재한 적이 없으며 늘 선택의 자유를 제한하는 모종의 규칙과 한계가 있었다.<sup>79)</sup> 그리고 그와 같은 제한과 한계에 대한 판단과 평가는 시기에 따라 변해왔다.

결국 무엇이 ‘자유로운 시장’이고 무엇이 ‘자유로운 시장에 대한 간섭적 개입’인지를 구분하는 절대적인 기준은 없으며, 이는 특정 시기에 사회 구성원들의 총의에 따라 정해지는 정치적, 사회적, 도덕적 결단의 문제라고 할 수 있다. 그렇다면, 자유시장에 대한 경쟁법적 개입이 어느 정도 허용되어야 하는 것은 순수 경제학적 분석을 넘어 정치적, 사회적, 도덕적 평가도 포함하는 문제라고 할 것이다.<sup>80)</sup> 과대집행에 따른 손익과 과소집행에 따른 손익을 계산할 때에는 경제적 손익은 물론 그러한 손익에 대한 당대의 정치적, 사회적, 도덕적 평가도 반영해야 한다.

## VI. 결론과 제언

이상 살펴본 바와 같이 공정거래법은 필연적으로 집행오류를 낳을 수밖에 없고, 과대집행의 오류와 과소집행의 오류는 서로 상반관계에 있어 둘 다 줄일 방법은 현실적으로 찾기 어렵다. 결국 과소집행에 따른 손익과 과대집행에 따른 손익을 비교·형량하여 선택하지 않으면 안 되는 문제다.

최근까지 미국 및 EU의 주된 흐름은 과소집행을 선호하고 있으며, 그 바탕에는 ‘효율성’이나 ‘소비자 효용’이라고 하는 경제학적 평가만으로 이 문제를 해결해야 한다는 전제가 깔려 있다.

79) 장하준, 그들이 말하지 않는 23가지, 부키, 2011, 19-21면. 예컨대 1819년 영국에서 처음으로 아동노동을 금지하였을 때에는 이것이 자유시장을 붕괴시킬 것이라는 논의가 많았다고 한다. 하지만, 21세기인 현재에는 “아동노동 금지”는 자유시장의 전제이자 원칙으로 이해될 뿐 시장의 자유에 대한 정부의 간섭적 규제라고 인식되지 않는다.

80) 미국 클린턴 정부 때 미국 FTC 의장이었던 Robert Pitofsky 역시 같은 취지에서 “경쟁법을 해석함에 있어 정치적 가치를 배제하는 것은 나쁜 법, 나쁜 정책, 나쁜 역사다”라고 한 바 있다. Robert Pitofsky, “The Political Content of Antitrust”, 127 *University of Pennsylvania Law Review* (1979), pp. 1051-52.

그러나 앞서 살펴본 것처럼, 과소집행 선호론자들이 제기하는 경제학적 근거의 정당성에 대해 상당한 의문이 있을 뿐만 아니라, 경쟁법적 정책이란 것은 특정 시기, 특정 사회의 사회·정치적 결단이란 점에서 경제학적 평가만을 기초로 과소집행/과대집행 문제를 해결하려는 것은 근본적으로 문제가 있다고 생각된다.

결국 우리나라의 구체적 현실을 고려하여 과소집행과 과대집행의 우려에 대해 평가·판단해야 하는데, 최근 우리나라의 모습을 돌아보면 과대집행보다는 과소집행을 조금 더 우려해야 하는 상황이 아닌가 하는 것이 필자들의 조심스러운 생각이다.

우리나라의 경우 미국보다 시장의 규모가 훨씬 작은 반면, 대부분의 시장이 대기업이나 재벌을 중심으로 독과점된 상태이고, 사업자들은 아직도 경쟁보다 담합을 더 편하고 익숙하게 여기는 현실이어서, 시장의 경쟁을 통해 경쟁제한적 행위의 부작용이 자연적으로 치유되기를 기대한다는 것은 다른 나라들에 비하여 더 어렵다. 반면, 우리나라 공정거래위원회의 활동이 최근 들어 활발해진 것은 사실이지만, 다른 선진국들에 비하여 아직 충분하다고 보기 어렵고,<sup>81)</sup> 미국과 달리 사적 소송을 통한 공정거래법 집행이 활성화되지 않은 상태이다. 이런 상황에서 과대집행의 우려를 지나치게 강조하는 것은 하버드 학파나 형식중심 접근법이 보호하고자 하는 경쟁적 시장구조를 해칠 뿐만 아니라 소비자 효용이라고 하는 시카고 학파나 효과중심 접근법이 추구하는 목적마저도 훼손시킬 우려가 있다. 현재 미국이나 EU 실무에서 과대집행의 우려를 강조하는 배경에는 그 이전에 엄격하고 철저하게 경쟁법을 집행하였던 역사가 전제되어 있으며, 그러한 역사가 현재의 입장과 더불어 균형을 이루고 있다고 할 것인데, 그러한 엄격한 경쟁법 집행의 역사가 없는 우리나라에서 과대집행의 우려만 강조하는 것은 EU나 미국과는 달리 일방적인 과소집행의 결과를 낳을 수 있지 않을까 우려된다.

그렇다면, 경쟁당국인 공정거래위원회가 보다 엄격하고 적극적으로 법 집행을 하고 그 결과 필연적으로 따를 수밖에 없는 과대집행의 오류 위험성은 법원의 판단을 통해 개별 사안별로 재검토하는 과정에서 어느 정도 통제하고 걸러낼 수 있지 않을까 생각된다. 이런 경쟁당국의 적극적 집행과 법원의 신중한 검토를 통해 공정거래법 분야에 관한 판례도 축적할 수 있고 나아가 한국적 현실을 반영한 독자적인 공정거래법의 법리 형성 또한 기대할 수 있을 것으로 본다.

이상과 같은 점에서 필자들은 현재 우리나라의 공정거래법 집행 과정에서는 과대집행보다는 과소집행을 좀 더 우려하고 이를 방지할 수 있는 방향에 대하여 고민해야 하지 않는가 생각한다.

81) 예컨대 공정거래위원회가 시장지배적 지위 남용행위에 대하여 시정명령을 내린 건수는 지난 30년간 87건에 불과하다. 이 중 37건은 종합유선방송사업자의 지위 남용에 관한 한 개의 사건이라고 할 수 있는 바, 이를 제외하면 연 평균 1-2건 정도밖에 되지 않는다. 전 세계적으로 시장지배적 지위 남용행위의 규율 사례가 많지 않은 점을 감안하더라도 우리나라의 시장지배적 지위 남용행위 시정 실적은 현저히 적은 편이다. 공정거래위원회, 공정거래위원회 30년사 : 시장경제 창달의 발자취(1981-2010), 2011, 39면 참조.

구체적으로 어떠한 이론과 방법을 통해 과소집행의 우려를 최소화할 수 있는지에 대해서는 모든 경쟁법적 쟁점에 일률적으로 접근하기보다는 각 행위의 유형과 특색에 따라 개별적으로 검토하는 것이 필요하다. 장래를 규율하는 기업결합의 문제와 과거를 규율하는 시장지배적 지위 남용의 문제는 달리 볼 충분한 이유가 있고, 똑같은 시장지배적 지위 남용행위이더라도 거래거절이나 끼워팔기 등은 그 행위 유형에 따라 경쟁제한적 속성과 친경쟁적 속성에 차이가 있기 때문이다. 이 모든 행위에 공통되는 하나의 원칙과 이론을 찾으려는 순간 또 다른 오류가 생겨날 수 있다.

나아가 이같은 “오류 발생 가능성에 대한 통제와 선택”적 관점에서 좀 더 실증적인 연구가 필요하지 않은가 생각된다. 특정한 원칙과 이론에 따른 경쟁법 집행이 실제로는 어떠한 오류를 얼마나 낳았는지, 그러한 오류가 시장과 사회에 미치는 효과는 얼마나 심대하며 오래가는지 실증적인 사례를 놓고 분석해볼 필요가 있다. 예컨대 조건부 리베이트에 관한 미국과 EU 법원의 상반된 입장이 실제 시장에서 과소집행과 과대집행 중 어떤 오류를 얼마나 낳았으며, 그 결과 관련 시장에 어떠한 영향을 미쳤는지, 포스코 판결 선고 이후 국내 열연코일 시장의 경쟁상황이 어떻게 변화했는지 등에 대하여 실증적인 연구가 이루어질 수 있다면 좀 더 생산적이고 실천적인 논의가 가능해지지 않을까한다.

## <참고문헌>

### I. 국내문헌

- 공정거래위원회, 공정거래위원회 30년사: 시장경제 창달의 발자취(1981-2010), 2011.  
 곽윤직·김재형, 민법총론, 박영사, 2012.  
 권오승, 경제법, 법문사, 2010.  
 박정선 외 2, 현대통계학, 다산출판사, 2010.  
 신동운, 형법총론, 법문사, 2012.  
 장하준, 그들이 말하지 않는 23가지, 부키, 2011.  
 정호열, 경제법, 법문사, 2012.
- 강우찬, “EC 조약 102조(시장지배적 지위 남용)에 관한 집행지침(Guidance Paper)에 대한 분석적 연구”, 사법논집 제52집, 법원도서관, 2011.

- 변동열, “불공정거래행위로서의 끼워팔기-‘경쟁제한’은 요건이 아닌가?”, 경제법판례연구 제7권, 법문사, 2011.
- 이호영, “공정거래법상 재판매가격유지행위 규제의 입법적 개선 - 최저재판매가격유지행위의 위법성 판단기준을 중심으로”, 2011년 하반기 법·경제분석그룹 연구보고서.
- 정영진, “대법원의 시장경제에 대한 철학적 고뇌”, 법률신문(2007. 12. 13).
- 홍동표 외 3인, “네트워크 효과가 시장구조에 미치는 영향과 경쟁정책”, KISDI 연구보고서 (2002. 12. 31).
- 홍대식, “사법적 관점에서 본 공정거래법”, 상사법연구 27권 2호, 한국상사법학회, 2008.

## II. 외국문헌

- Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, West, 2011.
- L. L. Gormsen, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge, 2010.
- E. Elhauge, *United States Antitrust Law And Economics*, Foundation Press, 2008.
- R. Whish, *Competition Law*, Oxford, 2012.
- Alan Devlin and Michael Jacobs, “Antitrust Error”, 52 *William and Mary Law Review* (Oct. 2010).
- Alberto Pera, “Changing views of competition, Economic analysis and EC antitrust law”, 4 *European Competition Journal* (June 2008).
- Barbara Ann White, “Choosing Among antitrust Liability Standards under Incomplete Information: Assessments of and Aversions to the Risk of Being Wrong”, 20 *Berkeley Technology Law Journal* (2005).
- Christine A. Varney, “Vigorous Antitrust Enforcement In This Challenging Era”, Remarks as Prepared for the Center for American Progress (May 11 2009).
- David S. Evans and A. Jorge Padilla, “Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach”, 72

- University of Chicago Law Review* (2005).
- Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, 63 *Texas Law Review* (1984).
- J. Neyman and E. S. Pearson. “On the Use and Interpretation of Certain Test Criteria for Purposes of Statistical Inference, Part I”, 20A *Biometrika* (July 1928).
- J. Thomas Rosch, “Thoughts on the Withdrawal of the DOJ Section 2 Report”, IBA/ABA Conference on Antitrust in a Global Economy (June 25 2009).
- L. L. Gormsen, “Why the European commission’s enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn”, 31 *European Competition Law Review* (2010).
- R. Posner, “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, 48 *University of Chicago Law Review* (1981).
- Robert Pitofsky, “The Political Content of Antitrust”, 127 *University of Pennsylvania Law Review* (1979).
- W. E. Kovacic, “The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix”, 1 *Columbia Business Law Review* (2007).
- W. E. Kovacic and C. Shapiro, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, 14 *Journal of Economic Perspective* (2000).
- EAGCP(Economic Advisory Group on Competition Policy to the Commission), *Report on An Economic Approach to Article 82 EC* (July 2005).
- A Bundeskartellamt/Competition Law Forum Debate on Reform of Article 82: A “Dialectic” on Competing Approaches, 2 *European Competition Journal* (July 2006).

## The Dilemma of False Positive and False Negative Errors – Destiny of Competition Law

Gee-Hong KIM, Byung-Joo LEE\*

<Abstract>

In many cases, one may arrive at completely different conclusions depending on the theory or position adopted in applying competition law. This is primarily because the application and enforcement of competition law necessarily involve more prediction and estimation than those of other areas of law. It is true that competition cases involve issues related to what is expected to happen in the future rather than what has already happened or what would have happened had there been no anticompetitive behavior. Competition cases also require judgment based on abstract ideas and theories rather than existence of specific facts. Due to these characteristics, the application and enforcement of competition law inevitably entail errors, which are attributable to peculiarities of the law.

The two main errors widely discussed are (a) overenforcement of certain behaviors erroneously condemned as being anticompetitive when in fact the behaviors were in compliance with competition law (False Positive, Type I Error) and (b) underenforcement of certain behaviors erroneously condoned when in fact the behaviors were in violation of competition law (False Negative, Type II Error). Since these two errors trade-off each other, various discussions have been conducted in both the U.S. and E.U. on which error would be more preferable. The courts and enforcement authorities in the U.S. and E.U. tend to be biased in favor of underenforcement. The Supreme Court in Korea has also emphasized the risks of impeding efficiencies in overenforcing competition law in its decision on POSCO.

However, there is considerable doubt as to the justifiability of presuming that erring on the underenforcement side is preferable to erring on the overenforcement side. Furthermore, considering our economic realities, we should be more concerned with the harms resulting from underenforcement rather than those from overenforcement of competition law. Nevertheless, in determining which theory or method should be adopted to dispel the concerns on underenforcement, we should take a behavior-specific approach after considering the problematic behavior's type and characteristics. In addition, discussions that are more productive and better reflect our economic realities can be derived when they are supported by heuristic and empirical research on the actual errors resulting from applying certain principles and theories in enforcing competition law.

Key words : False Positive, Overenforcement, False Negative, Underenforcement, Competition Law

---

\* Attorneys at Law, Jipyong Jisung