

■ key words: Subjective Requirement, Intent of Competition Restraints, Abuse of Market Dominant Power, Cartel, Competition Restraints Effects

논문투고일자: 2014.04.15.
심사의뢰일자: 2014.04.16.
게재확정일자: 2014.05.02.

기업결합 승인에 대한 경쟁사업자의 사법상 쟁송 가능성에 관하여

- 행정소송법 개정 및 공정거래법상 금지청구권 도입에 즈음하여 - *

천 준 범**

I. 도 입

1. 문제의 제기

공정거래위원회(이하 “공정위”)에 대한 기업결합신고 및 심사는 인수합병(M&A) 거래의 마지막 관문이다. 거래의 규모가 커질수록, 그리고 기업결합 당사회사들의 시장점유율이 높아 고도의 경쟁제한성 분석이 필요한 경우일수록¹⁾, 기업결합신고의 수리 여부가 해당 기업결합의 성사 여부에 있어서 가장 큰 법률적 관심사가 된다. 특히 공정위는 지난 2011년 기업결합 시정조치 부과기준²⁾을 제정하여, 기업결합에 대한 시정조치를 부과할 때에는 기업결합 자체의 금지조치, 자산매각조치, 지식재산권 조치 등 결합당사회사의 자산이나 소유구조를 변

* 이 글의 문제의식은 임영철, 공정거래법 - 해설과 논점 -, 개정판, 법문사, 2008, 117-127면의 “논점 4. 공정거래위원회의 기업결합심사 결과에 대한 이해관계인의 불복방법”의 연장선상에 있는 것이다. 착안의 계기가 된 위 책의 저자와 초안에 대하여 좋은 의견을 주신 조창영 변호사님께 모두 감사드린다. 물론 이 글에 있을 수 있는 오류는 모두 필자의 몫이다.

** 법무법인 세종 변호사. 이 글은 필자의 개인적 연구이며 필자가 속한 법무법인의 견해와는 무관하다.

1) 공정거래위원회 고시 제2011-12호 (2011. 12. 28. 개정) 「기업결합심사기준」(이하 “기업결합심사기준”) VI. 1. 가.는 수평형, 수직형 또는 혼합형 기업결합을 불문하고 기업결합 당사회사의 시장점유율 수치를 기초로 하는 허핀달-허쉬만 지수(HHI)에 의한 시장집중도의 변동을 경쟁제한성 분석의 출발로 삼고 있다.

2) 공정거래위원회 고시 제2011-3호 (2011. 6. 22. 제정) 「기업결합 시정조치 부과기준」(이하 “기업결합 시정조치 부과기준”) VI. 1. 가.

정시키는 구조적 조치를 원칙으로 하며, 영업조건·영업방식·영업범위 또는 내부경영활동 등을 일정하게 제한하는 행태적 조치는 보충적으로만 병과하거나, 구조적 조치가 불가능하거나 효과적이지 아니한 경우에만 독립적으로 부과하도록 하였다³⁾. 또한 기업결합의 사전신고 범위를 원칙적으로 신주취득 또는 시간외 대량매매(block deal)의 경우까지 확대하도록 하는 등⁴⁾ 기업결합에 대한 규제가 강화되는 추세이므로 인수합병 거래에서 기업결합심사의 중요성은 더욱 커질 것으로 예상된다.

그렇다면, 이러한 공정위의 기업결합 심사에 대한 법원의 검토는 어떻게 이루어지고 있는가? 공정거래법에 특유한 쟁송방법이 규정되어 있지 않은 이상, 가장 쉽게 떠올릴 수 있는 방법은 행정소송이다. 기업결합 당사자의 기업결합신고 및 이에 대한 공정위의 수리는 단순한 신고 및 수리가 아니라 실질적으로 당해 기업결합 거래에 대한 공정위의 '허가' 또는 '승인'과 유사하게 운영되고 있고, 이러한 공정위의 행위가 행정소송의 대상이 될 것이라는 점은 비교적 명백해 보인다. 따라서 만약 공정위가 어떤 당사자들 사이의 기업결합을 승인하지 않기로 하는 결정을 내린다면 기업결합 당사자들이 이에 대한 취소소송을 제기하는 것에는 별다른 법적 장애는 없을 것으로 생각된다. 승인에 부가되는 시정조치 역시 마찬가지일 것이다.

하지만 기업결합에 대한 금지가 아니라 승인하는 결정에 대해서는 어떤가? 우선 기업결합의 당사자들은 공정위의 결정에 대하여 이의를 제기할 이유가 전혀 없다. 자신에게 이익이 되는 처분이기 때문이다. 하지만 어떤 시장에서 기업결합을 승인하는 공정위의 결정은 해당 시장의 구조 자체는 물론 그 시장의 소비자와 다른 사업자들, 즉 제3자들에게도 큰 영향을 미치는 것이다. 이러한 시장 참가자들이 이의를 제기할 유인이 있을 수 있다. 그러나 우선, 소비자는 현실적으로 시간과 노력을 투입하여 어떤 특정한 기업결합에 대한 금지를 청구할 만한

3) 공정거래법 제16조 제1항. 공정위가 공정거래법이 시행된 1981년 이후 기업결합에 대하여 부과한 시정명령은 57건인데, 이는 연평균 2-3건에 불과한 것이다 (공정거래위원회, 2013년도 통계연보, 51면). 그나마 그 대부분은 같은 조 제1항 제7호에 따른 "기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한", 즉 소위 '행태적 시정조치'에 해당하는 것이어서 이 중 공정위가 주식 처분 등 소위 '구조적 시정조치'를 부과한 경우의 수는 더욱 적을 것이다. 또한, 공정위가 공정거래법 시행 이후 기업결합에 대하여 무효의 소를 제기한 사례는 없다.

4) 공정거래법 시행령 제18조 제8항, 제9항.

유인이 많지 않아 보인다⁵⁾. 그렇다면, 기업결합의 제3자이지만 현실적으로 시간과 노력을 투입하여 기업결합 금지를 청구할 유인이 많아 보이는 기업결합 당해 시장의 경쟁사업자가 법원에 이의를 제기할 자격이 있을까? 만약 있다면 어떤 방법으로 가능한가? 이러한 기업결합 승인에 대한 제3자의 쟁송 가능성에 대해서는, 기존의 한 문헌⁶⁾에서, 이에 대한 헌법소원, 행정소송 및 기타 감사청구 등이 모두 현실적으로 쉽지 않다는 취지의 언급이 이루어진 바 있었다⁷⁾. 그러나 그 밖에는 미국의 금지명령(injunctive relief) 제도를 도입하여야 한다는 입법적, 일반적 논의 이외에 더 이상의 활발한 제안은 없었던 것으로 보인다.

2. 논의의 범위

한편, 경쟁법을 먼저 도입하여 운용하고 있는 유럽과 미국에서는 경쟁사업자의 제소에 의하여 기업결합의 승인 여부가 법원에서 빈번히 다투어지고 있다. 유럽에서는 일반적인 행정소송 중 한 유형으로, 미국에서는 클레이튼법(Clayton Act⁸⁾)에 의한 금지명령(injunctive relief) 청구에 의하여 이루어지고 있다. 이러한 기업결합에 관한 쟁송은 기업결합에 관한 경쟁법 법리를 발달시키는 물론 해당 시장 및 기업결합의 사회적 의미에 대한 활발한 사회적 토론이 이루어지는 계기도 되고 있다. 과연 이들 지역에서는 어떠한 논리로 경쟁사업자의 원고적격이 인정되고 있는 것인가? 그리고, 과연 우리 법제 하에서는 이러한 쟁송은 불가능한 것인가?

마침, 지난 2013년 3월 입법 예고된 행정소송법 개정안에 따르면, 취소소송을 포함한 행정소송의 원고 적격 요건이 "법률상 이익이 있는 자"에서 "법적 이익이 있는 자"로 개정될 가능성이 높는데, 그 입법 의도는 취소소송의 원고적격 확대에 있다고 한다.⁹⁾ 나아가 개정안에 따르면 행정소송법 상 집행정지 또는 효력

5) 미국의 경우도 사정은 유사한 것으로 보인다. 김용상·정진, "미국 경쟁법상 사인의 금지청구제도 (Injunctive Relief by Private Parties)", 「경쟁저널」, 제168호 (2013. 5.), 10면 참고.

6) 임영철, 공정거래법 - 해설과 논점 -, 개정판, 법문사, 2008, 117-127면.

7) 비슷한 취지의 언급으로, 장승화, 공정거래법상 사인의 금지청구제도 도입방안 연구, 공정거래위원회, 2005. 6. 27., 36면.

8) The Clayton Antitrust Act of 1914 (15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53).

9) 박정훈, "원고적격·의무이행소송·화해권고결정", 「행정소송법 개정 공청회 자료집」, 법무부, 2012. 5. 24., 19-20면.

정지의 손해 요건이 완화되며, 가처분 제도까지 도입될 것으로 보인다.¹⁰⁾ 또한, 지난 2012년 이후 미국 클레이튼법상 금지명령과 유사한 사인의 금지청구권을 공정거래법에 도입하려는 법안이 3건 제출되는 등¹¹⁾ 사인의 금지청구 제도도 머지않은 장래에 도입될 것으로 예상된다. 이렇게, 만약 행정소송의 원고 적격이 완화된다면, 위 연구에서도 방론으로 언급한 바와 같이,¹²⁾ 경쟁사업자가 기업결합 승인처분에 대하여 취소소송 또는 가처분 등의 방법으로 다룰 수 있는 길이 열리는 것일까? 나아가 공정거래법에 사인의 금지청구권이 도입되면 어떤가?

이 글에서는, 우선 유럽과 미국의 사례를 검토하여 과연 어떠한 근거로 외국 법원이 기업결합 거래에 대한 경쟁사업자의 사법상 쟁송을 허용하였는지 보고, 이를 참고로 우리 법제 하에서도 제3자인 경쟁사업자가 기업결합 승인처분에 대한 적법성을 법원으로 가져가 다룰 수 있을지, 만약 있다면 어떠한 조건 하에서 가능할 지 여부를 검토한다.¹³⁾ 구체적인 우리 법제에 관한 논의는, 이미 관련 법리가 축적되어 있고 개정이 보다 임박한 것으로 보이는 행정소송법 상 제3자의 원고적격 법리를 중심으로 하고, 아직 구체적인 입법이 확정되지 않았지만, 공정거래법 상 사인의 금지청구권이 도입될 경우에 관해서도 간략히 다룬다.

10) 법무부 공고 제2013-44호 (관보 2013. 3. 20. 제17975호 76-79면).

11) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 (이상민의원 대표발의. 의안번호 1711, 발의연월일 : 2012. 9. 11.); 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 (김세연의원 대표발의. 의안번호 2098, 발의연월일 : 2012. 9. 28.); 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안 (이중훈의원 대표발의. 의안번호 5162, 발의연월일 : 2013. 5. 28.).

12) 임영철, 앞의 책 (주 6), 122면.

13) 물론 공정위가 기업결합 심사에 관한 자신의 재량을 적법하고 적정하게 행사하였는지 여부 등의 문제는 법원의 실체적 심리를 통해 밝혀질 문제다. 이는 다양한 주장과 증거에 의해 면밀히 검토되고 사안 별로 결론이 달라질 수 있는 문제이며, 이 글은 그러한 실체적 문제를 다루려는 것이 아니다. 이 글은, 경쟁사업자가 그러한 실체적 문제를 중립적인 법원에서 다룰 수 있는 자격을 인정받을 수 있는지에 대한 문제를 다루려는 것이다. 또한, 이 글은 기업결합 심사에 관하여 적절한 재량을 행사하기 위한 공정위의 노력을 의심하거나 폄하하려는 것도 당연히 아니다.

II. 외국의 사례 - 경쟁사업자에 의한 기업결합의 사법심사가 이루어질 수 있는가?

1. 도 입

경쟁법의 운용 역사가 오래된 미국과 유럽에서는 경쟁사업자의 제소에 의하여 기업결합에 대한 금지 여부가 법원에서 다투어지는 경우가 빈번하다. 예를 들어, 지난 2004년 유럽연합 집행위원회(European Commission, 이하 “집행위원회”)는 다국적 미디어 기업인 Sony Corporation(이하 “Sony”)와 Bertelsmann AG(이하 “BMG”)의 음반사업부문 합병을 승인하는 결정을 하였는데,¹⁴⁾ 이에 대하여 소규모 음반 제작자들의 모임인 The Independent Music Publishers and Labels Association(이하 “IMPALA”)가 유럽연합의 1심 법원인 Court of First Instance(이하 “CFI”)에 위 결정의 무효를 구하는 소를 제기하였고, 2006년 CFI가 이를 받아들여 집행위원회의 합병 승인결정이 무효라는 판결을 내리기도 했다.¹⁵⁾ 물론 집행위원회는 2007년, 재조사 끝에 다시 한 번 본건 합병에 대하여 조건 없는 승인을 하였고,¹⁶⁾ 위 CFI 판결 역시 이후 2008년 유럽연합의 최고법

14) 구체적인 경과는 다음과 같다. 2004. 1. 9., 다국적 미디어 회사인 BMG와 Sony는, 양 회사의 세계 음반 사업을 합병하기 위하여 유럽연합 집행위원회에 사전 기업결합신고를 하였다. 당시 세계 음반시장은 Sony와 BMG를 포함한 소위 메이저 사업자들 5개가 85% 가량을 과점하고 있었고, 만약 본건 합병이 성사된다면 합병회사와 Universal사의 시장점유율이 50% 이상이 될 수 있었다. 그리고 나머지 15% 가량은 그 밖의 소규모 사업자들이 차지하고 있었다. 집행위원회는 2004. 5. 24. 양 사의 결합이 음반 시장에서 협조효과에 의한 지배력을 강화할 수 있다는 점을 들어 위 당사자들에게 본건 결합이 유럽연합법에 합치하지 않는다는 잠정적 결론을 고지하였지만, 당사자들의 의견청취 후 2004. 7. 19. 나온 최종 결론은 본건 결합이 유럽공동시장에 합치한다는 것이었다. 2500개의 독립적인 음반 제작 회사들이 모인 국제적 협회인 IMPALA는 2004. 12. 3. CFI에 위 결정의 무효를 청구하였다. CFI는 원고의 신청에 따라 이를 촉진 절차에 의하여 심리하였다. CFI는 심리 끝에 2006. 7. 13. 집행위원회의 결정을 무효로 판결하고 이를 다시 조사하도록 명하였다. CVIRA, 보도자료 제60/06호 (2006. 7. 13.), “T-464/04호 사건에 관한 CFI 판결” 참조.

15) 판결 요지는, 집행위원회가 본건 합병 이전 협조효과에 의한 시장지배적 지위가 존재하지 아니하였다는 점, 또는 본건 합병 결과 그러한 지위가 형성될 수 있는 위험이 없다는 점을 증명하였어야 하지만 이를 행하지 않았다는 것이었다. 다만, 이 글의 목적은 이러한 기업결합의 승인 여부에 대한 실체적인 쟁점을 논하려는 것이 아니므로 상세한 판결 이유에 대해서는 다루지 않는다.

16) CFI의 재조사 명령에 따라 2007. 1. 31. 본건 합병의 당사자들은 다시 기업결합신고서를 제출하

원인 European Court of Justice(이하 “ECJ”)에 의하여 파기, 환송되면서 일단락되었지만, 유럽 음반 시장에서 가장 큰 기업결합 거래에 대해서 경쟁사업자인 소규모 사업자들이 사법적으로 제동을 걸었다는 점에서 큰 화제가 되었다.

미국에서는 기업결합에 대한 경쟁사업자의 민사적 청구를 허용하지 않은 Brunswick 사건¹⁷⁾ 및 Cargill 사건¹⁸⁾이 있었던 1980년대 이후 경쟁사업자의 사법적 이의는 사실상 어려운 것으로 여겨졌지만, 2011년 미국 이동통신 시장의 2위 사업자와 4위 사업자의 기업결합을 다룬 Sprint 사건¹⁹⁾에서 하급심 법원(연방 컬럼비아 특별구 지방법원)이 경쟁사업자의 원고적격 중 가장 중요한 요건에 해당하는 “antitrust injury(반독점 피해)²⁰⁾”가 소명되었음을 인정하고²¹⁾ 이러한 판결이 당사자들의 기업결합 자진철회 원인 중 하나가 되면서 다시금 주목 받고 있는 것으로 보인다.²²⁾ 과연 이들 외국 법원은 어떤 근거에서 기업결합에 대한 경쟁사업자의 제소를 받아 주었는가? 그리고 이러한 논리는 우리 법제에 어떻게 참고가 될 수 있는가?

2. 미국의 경우

(1) 일반론

미국에서 제3자가 진행 중인 기업결합에 대해 제동을 걸 수 있는 근거는 클레이튼법의 금지명령(injunctive relief)이다.²³⁾ 클레이튼법 제16조²⁴⁾는 금지명령의

였고, 같은 해 3. 1. 집행위원회는 본건 합병이 유럽 공동시장에 합치하지 않을 심각한 우려가 있다는 판단 하에 2단계 절차(Phase II)로 진행하였지만, 결국 2007. 10. 3. 두 번째로 본건 합병에 대한 조건 없는 승인 결정을 하기에 이르렀다.

17) Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477 (1977).

18) Cargill v. Monfort of Colorado, 479 U.S. 104 (1986).

19) Sprint Nextel Corp. v. AT&T Inc. 821 F. Supp. 2d 308 (D.D.C. 2011).

20) 김용상·정진, 앞의 글 (주 5), 4면 참고.

21) 이는 원고의 청구에 대한 피고의 motion to dismiss에 대한 기각 판결로서, 미국 민사소송법상 원고가 주장하는 반독점 피해가 존재함을 최종적으로 인정한 것이 아니라 원고 주장에 따른 반독점 피해가 존재하는지 여부에 대한 증거조사를 개시하여야 한다는 취지의 결정이다. 이 판결에 대해서는 뒤에서 상세히 다룬다.

22) Law360, “The Evolving Role of Competitors In Merger Review”, 2014. 3. 12.자 기사 참조.

23) 앞의 판결 (주 17).

24) 15 U.S. Code § 26. Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue

요건에 대하여 단순히 “반독점법 위반에 의한 손실 또는 손해의 우려가 있는 경우(threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws)”만을 요구하고 있어 법문만으로는 이를 청구할 수 있는 원고의 범위가 다소 넓어 보이지만, 연방 대법원 판례상 이에 대한 원고적격을 인정받기 위해서는 무엇보다도 그 손실 또는 손해가 ‘반독점 피해(antitrust injury)’, 즉 원고에게 우려되는 피해가 “반독점법이 발생을 방지하고자 하는 것으로서 피고의 반독점법 위반행위로 인해 직접 발생하는 것²⁵⁾”에 해당하여야 한다. 1970년대 이후²⁶⁾ 미국 연방 대법원은 이러한 반독점 피해에 대하여 다양한 판례법을 발전시켜 왔다.

(2) Brunswick 판결(1977) – 반독점 피해의 개념을 정립

우선 미국에서 기업결합에 대한 경쟁사업자의 제소를 위한 반독점 피해(antitrust injury)의 요건을 처음으로 제시한 Brunswick 판결²⁷⁾을 보자. 이 사건에서는 일정한 지역에서 소규모 볼링장을 경영하고 있던 원고 Pueblo Bowl-O-Mat이, 볼링 시장의 불황으로 인해 파산 위기에 있던 여러 볼링장을 지속적으로 인수하여 몸집을 불리고 있던 피고 Brunswick Corp²⁸⁾에 대하여 클레이튼

for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue (후략).

25) Antitrust injury is injury “of the type the antitrust laws were designed to prevent and that flows from that which makes the defendants’ acts unlawful.” Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 489, 97 S.Ct. 690, 50 L.Ed.2d 701 (1977).

26) 1970-80년대 당시 미국 법무부는 ‘경쟁사업자는 경쟁제한적인 기업결합에는 이의를 제기하지 않을 것이지만, 경쟁촉진적인 기업결합은 막으려 할 것이다. 따라서 경쟁사업자가 제소하는 기업결합은 모두 경쟁 촉진적이고 좋은 것이다.’는 단순한 시각으로 기업결합에 대한 경쟁사업자의 제소를 모두 부정적으로 보기도 하였다. Eleanor M. Fox, U.S. Antitrust In Global Context, Third Edition, West, 448면.

27) Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477 (1977).

28) 피고는 당시 문제가 된 시장 이외에도 7년 동안 미국 전국적으로 222개의 볼링장을 인수하여 2위 업체보다 5배나 많은 볼링장을 경영하여 매출액이나 순자산가치는 2-12위 업체를 모두 합한 것보다 7-8배나 많은 압도적인 시장점유율 1위 업체가 되었다. 다만 미국 전국을 기준으로 한 시장 점유율은 2% 정도에 불과하였다. 이러한 낮은 전국 시장점유율은 당시 볼링 열풍으로 미국 전국적으로 수천 개의 볼링장이 있었기 때문으로 보인다.

법 제4조에 의한 3배 손해배상과 제16조에 의한 기업결합 금지명령을 신청하였다. 원고가 문제를 제기한 지역은 뉴욕주의 2개 지역(A, B)과 뉴저지주의 1개 지역(C)이었는데, 피고는 1965년 A지역 및 B지역에서 파산 위기에 있는 볼링장 1개씩을 인수한 후 그 중 B지역의 볼링장은 1969년까지 경영하다가 폐쇄하였고, C지역에서는 1965년 2개, 1969년에 3번째, 1970년에는 4번째 볼링장을 인수하였으나 이 중 4번째 볼링장은 1973년 폐쇄가 확정되었다.²⁹⁾ 이러한 상황에서 원고는 (i)위와 같은 피고의 6개 볼링장 기업결합은 해당 지역 볼링장의 경쟁을 현저히 저해하며 독점을 꾀하는 것이므로 클레이튼법 제7조를 위반한 것이고, (ii) 이로 인해 자신이 (이들 6개 볼링장이 인수되지 않고 파산하였다면) 합리적으로 얻을 수 있었던 수입을 얻지 못하였으므로 클레이튼법 제4조에 의해 배상 받아야 하는 손해가 발생하였다고 주장하였다.

이에 대하여 1심 법원은 피고의 반독점법 위반을 인정한 후, 약 236만 달러의 손해배상과 함께 문제가 된 볼링장을 처분(divest)하도록 하는 금지명령을 내렸다. 다만 위 손해배상액은 클레이튼법 제4조에 의한 3배 배상이 아닌 피고의 기업결합이 없었다면 원고가 얻었을 최소한의 수입액과 같은 금액이었다. 이후 항소심 법원은 3배 배상을 인정하여야 한다는 취지로 이를 파기, 환송하였다.³⁰⁾³¹⁾ 하지만 연방 대법원은 이러한 항소심 법원의 결론을 비판하며 이에 대하여 다음과 같이 분명한 반대 입장을 취하였다.

“항소심 법원은 피고가 클레이튼법 제7조를 위반하였다는 사실과 ‘인과관계가 있는 (causally linked)’ 손해라면 클레이튼법 제4조에 의한 3배 배상의 대상이 된다고 판시하였으나, 이는 문언상 명백한 법리를 외면하고 반독점법의 목적과 무관한 손해를 인정하는 것으로서 동의할 수 없다. 모든 기업결합은 경제적 구조의 변동을 야기하는데 이는 적법 여부를 불문하고 누구에게나 부정적인 영향을 미치는 것이다. 하지만 입법자의 의도는 단지 그러한 이유 때문에 기업결합을 비난하려는 것이 아니고, 다만 경쟁제한적인 기업만을 비난

29) 앞의 판결 (주 27), 480면.

30) 그 실제적인 이유는 거대 사업자는 신규 시설에 대한 투자를 통해 비용을 절감하고, 오랜 기간 동안 낮은 가격 또는 비용 이하의 가격으로 생존할 수 있으며, 또한 보다 유리한 금리를 적용 받을 수도 있기 때문에, 피고와 같은 거대 사업자가 군소 사업자들의 시장에 진입하는 것은 수평적 시장경쟁을 저해할 수 있는데, 배심원에게 이러한 점이 제대로 설명되지 않아 1심 배심원들이 (클레이튼법 제4조에 의한) 3배 배상을 인정하지 않았다는 것이었다. 앞의 판결 (주 27), 482면.

31) 다만, 항소심은 1심이 인정한 금지명령은 인정하지 않았다. 앞의 판결 (주 27), 483면.

하려는 것이다. 항소심 법원의 판시에 따르면 클레이튼법 제7조 위반이 있기만 하면 그에 따른 모든 변동이, 기업결합을 금지하려는 이유와 관련되어 있는지 여부와 상관없이, 모두 소송의 대상이 된다. 이는 클레이튼법 제4조 손해배상의 존재의의를 상실케 하는 것이며 (fortuitous), 반독점법과 아무런 관련성 없는 손해에 대해서 배상을 인정할 수도 있게 되는 것이다.³²⁾ (중략) 즉, 원고의 피해는 “(반독점)법이 방지하려고 한 유형의 것이 아니다³³⁾”. (중략) 원고가 주장하는 손해란 경쟁이 감소하였을 경우 원고가 누릴 수 있었을 이익이다. 하지만 반독점법은 “경쟁자의 보호가 아닌 경쟁의 보호”를 위해 제정된 것이다³⁴⁾.”

결국 연방 대법원은 이 사건에서, 클레이튼법 제4조의 3배 배상을 인정하기 위해서는, 반독점법 위반행위와 피해 사이에 단순한 조건적 인과관계가 있다는 점만으로는 부족하고, 반독점 피해(antitrust injury), 즉 반독점법이 방지하려는, 그리고 피고의 위법한 행위로부터 직접 발생하는 피해 (injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants' acts unlawful)가 증명되어야 함을 분명히 하였다. 이 사건의 원고는 경쟁 제한(restraint of competition)이 아닌 경쟁 그 자체 (competition itself)에 의해 피해를 본 것이기 때문에 손해배상을 청구할 자격이 없다고 본 것이다.³⁵⁾

(3) Cargill 판결(1986)³⁶⁾ - 반독점피해의 개념을 금지명령에도 확장

연방 대법원은 이후 Cargill 판결에서, Brunswick 판결에서 확립된 반독점피해의 요건이 클레이튼법 제4조의 손해배상뿐만 아니라 제16조의 금지명령에도 적용됨을 확실히 하였다. 이 사건에서는 미국 쇠고기 포장육 판매시장의 2위 업체이자 전 세계 35개국에 150개의 자회사를 둔 다국적 쇠고기 포장육 판매회사 Cargill Inc.의 미국 내 자회사인 Excel Corporation가 3위 업체인 Spencer Beef를 합병하는 것에 대해서 5위 업체인 원고 Monfort of Colorado, Inc.가 클

32) 앞의 판결 (주 27), 487면.

33) 앞의 판결 (주 27), 488면.

34) 앞의 판결 (주 27), 488면.

35) Eleanor M. Fox, 앞의 책 (주 26), 447면.

36) Cargill v. Monfort of Colorado, 479 U.S. 104 (1986).

레이튼법 제16조에 의한 금지명령을 신청하였다. 원고는 양사가 합병 이후 저가 전략을 통해 시장 점유율을 확대하려고 할 것이라고 주장하였는데, 1심 법원은 이러한 “가격-비용 압착(price-cost squeeze)” 주장이 반독점 피해에 해당한다는 점을 인정하였고, 항소심 법원 역시 이는 단순히 경쟁 격화에 의한 피해가 아니라 합병 후 회사가 다른 경쟁자들을 시장에서 축출하기 위해 시도할 수 있는 약탈적 가격정책에 의해 발생하는 피해에 관한 주장이라는 점에서 1심 법원의 결론을 지지하였다.³⁷⁾

이에 대하여 연방 대법원은, 우선 클레이튼법 제16조에 의한 금지명령의 신청인 역시 제4조의 손해배상청구의 원고와 같이 반독점 피해를 증명하여야 함을 분명히 하였다.³⁸⁾³⁹⁾ 이러한 일반론을 기초로 연방 대법원은, (i) 경쟁의 격화에 따른 피해는 주장 자체로 반독점 피해에 해당하지 않는다고 보았으나, (ii) 약탈적 가격정책에 의한 피해는 이론상 반독점 피해에 해당할 수 있다고 보았다. 그러나 이 사건에서 원고는 자신의 비용 수준과 거의 유사한 정도의 저가 정책에 따른 피해가 우려된다는 점을 주장하였을 뿐, 약탈적 가격정책을 인정하기 위해 필요한 “비용 이하의 가격”에 대한 주장을 하지는 않은 것으로 인정되었다.⁴⁰⁾ 즉, 이 사건에서는 결국 원고가 주장한 반독점 피해가 모두 인정되지 않았다.

다만, 연방 대법원이 기업결합 후에 약탈적 가격의 우려가 있음을 주장하며 경쟁사업자가 기업결합에 대한 금지명령을 신청하는 것을 그 자체로 배척해 달라는 미국 정부(법무부)의 주장 역시 명시적으로 배척한 점은 주목할 만하다. 법무부는 약탈적 가격의 우려가 있다는 이유만으로 기업결합을 중단시키는 것의 폐해가 기업결합 후 잠재적 약탈적 가격에 의한 폐해보다 더 크다고 주장하였으나,

37) 앞의 판결 (주 36), 108면.

38) 15 U.S. Code § 15 (a) Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. (후략)

39) 이러한 연방 대법원의 이론은 “반독점법 위반에 의한 손실 또는 손해 발생의 우려 (threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws)”의 증명을 요구하는 클레이튼법 제16조의 문언이 “반독점법에 의해 금지된 행위를 원인으로 하는 피해 (injury by reason of anything forbidden in the antitrust laws)”의 증명을 요구하는 클레이튼법 제4조의 문언과 유사하다는 점에서 집행의 일관성을 추구한 것으로 생각된다. 앞의 판결 (주 36), 112면 참고.

40) 앞의 판결 (주 36), 109면.

연방 대법원은 클레이튼법에 의하여 반독점법 위반 행위에 대한 금지명령이 인정되는 이상 약탈적 가격과 같이 반독점법 위반이 명백한 행위의 가능성을 주장하는 경쟁사업자의 원고적격을 그 자체로 부정할 수는 없으며, 이는 결국 증거에 의하여 판단할 문제라고 본 것이다.⁴¹⁾

결론적으로, Cargill 사건 이후, 경쟁사업자가 기업결합으로 인한 경쟁 격화로 인해 피해가 우려됨을 주장하며 클레이튼법 제16조에 의한 금지명령을 신청하는 것은 주장 자체로 허용되지 않는다는 점이 분명해졌다. 그리고 기업결합 후 거대 사업자의 반독점법 위반행위에 대한 증거가 매우 어렵다는 사실 또한 알려지게 되었다. 물론 반독점법이 금지하는 어떤 유형의 위법행위가 발생할 우려가 있다는 점을 주장, 증명하면 금지명령이 가능하였지만, 증명의 어려움으로 인해 한동안 경쟁사업자의 기업결합에 대한 이의가 받아들여진 사건은 매우 드물었다.

(4) 최근 하급심 판결: Sprint 판결(2011)⁴²⁾ - 수요독점에 의한 피해가 반독점 피해에 해당할 수 있음을 인정

Cargill 사건이 경쟁사업자에 의한 기업결합 금지명령 신청에 대한 원칙적 가능성을 열어 두었지만, 이후 경쟁사업자의 금지명령 신청이 성공한 사건은 거의 없었다. 주장, 증명이 가장 쉽다고 할 수 있는 경쟁 격화에 따른 피해는 반독점 피해로 인정될 수 없음이 명백해졌고, 비용 이하의 가격을 증명하여야 하는 약탈적 가격정책 주장은 소송상 증명되기 매우 어려운 것이었기 때문이다. 따라서 한동안 경쟁사업자에 의한 기업결합 금지명령 사건을 찾아보기 어려웠다. 이러한 상황에서 Sprint 판결이 나왔다. 이는, 반독점법 위반행위로 인한 손해의 우려를 증명하여 클레이튼법 제16조의 금지명령을 신청할 수 있다는 Cargill 판결 법리의 연장선상에서, 새로운 위반행위의 유형 및 손해의 우려를 주장하여 반독점피해의 가능성을 인정받았다는 점에서 주목할 만하다.

이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 지난 2011년, 미국 무선통신서비스 시장에서 시장 점유율 약 32%를 차지하는 2위 업체 AT&T가 4위 업체인 T-Mobile (시장 점유율 약 12%)를 인수하려는 기업결합에 대하여, 시장 점유율 약 15%로

41) 앞의 판결 (주 36), 121면.

42) Sprint Nextel Corp. v. AT&T Inc. 821 F. Supp. 2d 308 (D.D.C. 2011).

서 3위 업체인 Sprint Nextel Corporation 및 미시시피주 등 남부 지역의 군소 지역 업체인 Cellular South가 클레이튼법 제16조에 근거하여 해당 거래를 금지하여 달라는 금지명령을 신청하였다. 이러한 사실관계 하에서 원고들은 크게 다음과 같은 두 가지 손해의 가능성을 주장하였다. 첫째는 당해 기업결합이 무선통신서비스 시장의 집중도를 높여 소비자 가격을 상승시킬 것이라는 것이었고, 둘째는 당해 기업결합 후 AT&T는 무선통신서비스의 가장 중요한 요소인 무선통신기기 시장에서의 구매력이 훨씬 강화될 것인데 이를 기초로 무선통신기기 공급자에게 최신 무선통신기기의 독점공급을 강요하거나 Sprint 등 소규모 경쟁자들과 거래하지 말도록 강요할 가능성이 있다는 것이었다.

이러한 두 번째 주장은 상당히 독특한 것으로서 조금 더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 원고들은, 이동통신기기가 이동통신서비스 회사를 선택하는데 가장 중요한 요소가 되어 가고 있기 때문에 이동통신서비스 회사들은 가장 선호도가 높은 이동통신기기를 조달하기 위해 치열하게 경쟁하고 있으며, 이를 위해 이동통신기기 제조사와 독점공급계약을 체결하는 때도 있는데, 해당 기업결합이 성사되면 현재 이동통신서비스 시장의 1위 사업자인 Verizon과 함께 복점 체제를 이뤄 다른 경쟁사업자들이 최신 이동통신기기를 공급 받지 못하도록 봉쇄할 수 있다고 주장하였다⁴³⁾. 이에 대하여 피고들은, 원고들의 주장은 이동통신기기 제조업자들이 치열하게 경쟁하고 있는 현실을 제대로 고려하지 않은 것이므로 실제 손해가 발생할 개연성(plausibility of their threat to injury-in-fact)이 없어 배척되어야 한다고 주장하였다.

그러나 법원은, 우선 수요 독점력(monopsony power)은 제조, 판매의 측면이 아닌 구매 측면에서의 시장 집중을 고려해야 하는 것임을 들어 위와 같은 피고들의 주장을 배척한 후, 여러 사정을 종합하여 AT&T가 이미 이동통신기기 시장에서 상당한 구매력을 보유하고 있고 T-Mobile 인수로 인해 원고들에게 해악이 미칠 수 있다는 사실이 소명되었다고 보았다.⁴⁴⁾

43) 앞의 판결 (주 42), 50면.

44) 구체적으로 (i) 이미 약 9,500만 명의 가입자가 있는 AT&T가 약 3,400만 명의 가입자를 확보하고 있는 T-Mobile을 인수한다면 전국적으로 40%가 넘는 시장 점유율을 보유하게 되는 점, (ii) 이동통신기기 제조업자들은 거액이 소요되는 신규 이동통신기기 개발 비용을 분산하기 위하여 이동통신서비스 사업자와 기기 구매량에 대한 확약을 요구하기 때문에 소규모 사업자들은 자신들의 통신망에 맞는 최신 기기나 기술 개발에 있어서 상당한 불리하게 될 수밖에 없다는

결국 법원은, 원고들의 첫 번째 주장에 대해서는, 기업결합으로 인해 발생할 수 있는 결합 후 회사의 가격 인상이 소비자에게 해악인 것은 맞지만 이는 경쟁사업자에게 오히려 이익이 될 수 있는 것이어서 경쟁사업자가 반독점 피해(antitrust injury)로 주장할 수는 없는 것이라는 이유로 이를 배척하였다. 하지만 두 번째 주장에 대해서는, “피고가 반경쟁적인 방법으로 경쟁사업자인 원고들에게 필요한 요소의 접근을 제한하거나 봉쇄하는 경우라면, 이에 따른 손실은 판례상 반독점법이 방지하려는 손해에 해당하는 것⁴⁵⁾”이라고 판시하며 이를 인정(이를 기각해 달라는 피고 AT&T의 motion to dismiss를 기각)하였다.

앞의 판결이 선고된 지 한 달 남짓 후, AT&T는 결국 T-Mobile 인수를 포기하였다. 이는 법무부와 연방통신위원회(Federal Communications Commission) 등 규제기관이 이에 대한 금지를 법원에 청구하거나 합병 승인을 거부할 의사를 표시하는 등 미국 정부가 일치하여 해당 기업결합에 반대하였기 때문이기도 하지만,⁴⁶⁾ 병행 심리 중이었던 법무부의 소송 진행에 앞서 경쟁사업자로서 더욱 치열하게 다툰 것이 예상되는 경쟁사업자들에 대한 원고적격을 인정한 앞의 판결의 영향도 적지 않았을 것임은 넉넉히 짐작할 수 있을 것이다.

(5) 소 결

요컨대, 미국에서는 단순한 경쟁관계 또는 경쟁격화에 따른 이익의 감소 등을

점, 그리고 (iii) AT&T가 2007년부터 2011년까지 애플의 iPhone을 독점적으로 공급 받고 이후에도 1위 사업자인 Verizon이 우선 판매권을 부여 받는 등 거대 이동통신서비스 회사들은 최신 스마트폰에 대한 접근이 용이한 반면, Sprint는 거의 5년 동안 가입자들이 가장 선호하는 애플의 iPhone 없이 경쟁해야 하는 등 원고들은 이러한 최신 기기에 제대로 접근하지 못하였는데, AT&T가 T-Mobile을 인수하면 그 규모의 격차는 이전보다 너무 커져서 Verizon과 AT&T가 이동통신기기에 대한 독점적 계약을 추진하기가 훨씬 쉬워지게 되지만 원고들과 같은 소규모 사업자들은 최신 기기에 대한 접근이 더욱 어려워지는 점 등을 종합하여 판단하였다. 앞의 판결 (주 42), 52-53면.

45) “Where a defendant, by means of anticompetitive conduct, restricts or forecloses a competitor plaintiff’s access to a necessary input, courts have found that the resulting loss is injury of the type that the antitrust laws were designed to prevent.” 앞의 판결 (주 42), 50면.

46) 앞의 판결은 2011. 11. 2. 선고되었고, AT&T는 같은 해 12. 19. T-Mobile 인수 포기를 선언하였다. New York Times, “AT&T Ends \$39 Billion Bid for T-Mobile”, 2012. 12. 19.자 기사 참조(http://dealbook.nytimes.com/2011/12/19/att-withdraws-39-bid-for-t-mobile/?_php=true&_type=blogs&_r=0).

주장하면서 경쟁 사업자가 기업결합에 대한 금지청구를 제기하는 것은 허용되지 않지만, 구체적으로 당해 기업결합으로 인해 경쟁법이 금지하는 행위가 발생할 우려가 있고 그러한 행위에 의해 이익이 침해될 가능성이 있는 경쟁사업자가 이를 사법적으로 다투는 것은 허용된다. 이는 대체로 “반독점법은 경쟁자가 아니라 경쟁을 보호하려는 것⁴⁷⁾”이라는 전통적인 명제가 반영된 것으로 이해할 수 있을 것이다.

3. 유럽의 경우

(1) 원고적격 일반론

유럽에서 집행위원회의 결정에 대한 사법적 쟁송, 즉 우리의 관점에서 행정소송에 관한 일반인(non-privileged applicant)⁴⁸⁾의 원고적격은 기본적으로 “직접적, 개별적 관련성(direct and individual concern)”의 존재 여부에 따라 결정된다(Treaty on the Functioning of the European Union(유럽연합 기능조약), 이하 “TFEU”, 제263조⁴⁹⁾ 제4항⁵⁰⁾). 이 때 “직접적 관련성(direct concern)”이란 유럽연합의 처분이 개인 또는 법인의 법적 지위에 영향을 미치는 것(effect a Union act has on the legal status of a person or business)을 의미하고⁵¹⁾,

47) Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 294 (1962). “[t]he legislative history illuminates congressional concern with the protection of competition, not competitors, and its desire to restrain mergers only to the extent that such combinations may tend to lessen competition.”

48) 유럽연합법에 관한 쟁송의 원고는 ‘privileged applicant’와 ‘non-privileged applicant’로 구별되는데, 전자는 가입국 정부(Member State), 유럽의회(European Parliament) 등 기관으로서의 원고를 의미하는 것으로서 이들은 아무런 제한 없이 유럽법원에 직접 소를 제기할 수 있지만, 그 밖에 대부분의 일반인은 후자에 해당하여 일반적으로 유럽법원에 직접 소를 제기할 수 없고 가입국 법원을 통해서 제소하거나, 제한적인 조건 하에만 직접적인 제소가 허용된다. Xavier Lewis, “Standing of Private Plaintiffs to Annul Generally Applicable European Community Measures: If the System is Broken, where Should it be Fixed?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, Issue 5 (2006), 1499-1501면.

49) 구 조약(Treaty establishing the European Community) 제230조.

50) Article 263(4) Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures.

51) Cases 41-44/70, *International Fruit Company v. Commission*, 1971 ECR 411.

“개별적 관련성(individual concern)”이란 원고가 시간적,⁵²⁾ 유형적 관점에서 볼 때 특정될 수 있는 어떤 집단의 일원일 것을 요구하는 요건이다(the plaintiff be a member of a closed class, as to time and type⁵³⁾).⁵⁴⁾

조금 더 구체적으로 보면, 제3자의 개별적 관련성이란 “해당 결정의 대상자는 아니지만 그 결정으로 인하여 발생한 다른 사람과 구별되는 상황에 의한 영향을 받아 개별적으로 그 결정의 대상자와 동일하게 취급할 수 있는 것”⁵⁵⁾을 의미하고, 직접적 관련성이란 “해당 결정이 어떤 사람의 법적 상태에 직접적으로 영향을 미치는 것으로서, 효력 발생 또는 집행 과정에서의 재량 여지가 없고 그 효력 또는 집행이 다른 법령을 거치지 않고 완전히 자동적으로 이루어지는 경우”⁵⁶⁾를 의미한다. 이러한 일반론 하에, ECJ는 기업결합신고의 제3자인 경쟁사업자에 관하여 일찍이 “기업결합신고에 대한 (승인)처분이 같은 시장의 경쟁관계에 영향을 미친다는 사실만으로는 원고적격을 위한 직접적, 개별적 관련성을 인정할 수 없다.”고 판시한 바 있다⁵⁷⁾. 그렇다면 구체적으로 어떤 사건에서 유럽법원이 기업결합에 관한 경쟁사업자의 “직접적, 개별적 관련성”을 인정하였을까?

52) 예를 들어, 감귤 수입업자가 관세 면제를 거부한 집행위원회의 처분을 다투는 사건에서, 해당 감귤 수입업자 집단은 유형적 관점에서는 특정될 수 있지만 신규 사업자가 언제든지 시장에 진입할 수 있으므로 시간적 관점에서는 특정될 수 없다는 법리이다 (Case 25/62, *Plaumann v. Commission*, 1963 ECR 95).

53) Case 25/62, *Plaumann v. Commission*, 1963 ECR 95.

54) Xavier Lewis, 앞의 글 (주 48), 1501면.

55) “Persons other than those to whom a decision is addressed may only claim to be individually concerned if that decision affects them by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in case of the person addressed.” (Case 25/62, *Plaumann v. Commission*, 1963 ECR 95)

56) “[d]irectly affects the legal situation of the individual and leaves no discretion to the addressees of that measure who are entrusted with the task of implementing it, such implementation being purely automatic and resulting from Community rules without the application of other intermediate rules.” Cases C-24/01, C-25/01, *Glencore Grain Ltd v. Commission*, para. 43.

57) Cases 10 & 18/68 *Societa Eridania Zuccherifici v Commission* (1969), para. 7. “[t]he mere fact that a measure may exercise an influence on the competitive relationships existing on the market in question is not enough to allow any trader in any competitive relationship with the addressee of the decision to be regarded as directly and individually concerned by that measure.”

(2) British Airways 사건 (1994)

1990년대 초반, 프랑스 항공운송사업자인 Air France(이하 “AF”)는 유럽 항공운송시장에서 경쟁관계에 있는 British Airways(이하 “BA”)이 추진하려던 소규모 항공사에 대한 기업결합 2건에 대하여 이의를 제기하였다. 첫 번째는 Dan Air(이하 “DA”)와의 기업결합에 대한 것이었고,⁵⁸⁾ 두 번째는 Touraine Air Transport(이하 “TAT”)에 관한 것이었다.

첫 번째 사건에서는, 집행위원회가 BA와 DA의 기업결합이 집행위원회의 관할에 속하지 않는다고 결정하고 이를 심사하지 않기로 한 것이 문제되었다. AF는 이러한 집행위원회의 결정이 부당하다고 주장하며 CFI에 제소하였는데, CFI는 만약 집행위원회가 위 기업결합이 자신의 관할에 속한다고 판단하였다면 AF는 유럽연합 기업결합규정(EC Merger Regulation)⁵⁹⁾ 제18조 제4항⁶⁰⁾에 의하여 절차적으로 자신의 의견을 진술할 기회를 부여 받았을 것이기 때문에 위와 같은 집행위원회의 결정이 AF에게 “직접적”인 관련성이 있다고 보았다.⁶¹⁾ 다만 이 사건에서 CFI는 개별적 관련성에 대하여서는 명시적으로 판시하지 않았다.

그러나 두 번째 사건에서는 개별적 관련성에 대한 명확한 판시가 나왔다. 이 사건에서는 집행위원회가 실제 판단을 하여 BA와 TAT가 유럽공동시장에 합치한다는 결정 - 즉, 기업결합 승인결정 - 을 하였다. 이에 대한 AF의 제소에 대하여 CFI는, (i) AF가 기업결합 조사 과정에서 집행위원회에 통계자료를 포함한 의견서를 제출하였으며 이러한 의견서를 집행위원회가 신중하게 검토하고 회신 하기도 하였다는 점, (ii) 관련 시장의 경쟁상황을 분석함에 있어서 AF의 지위를 구체적으로 고려하였다는 점, 그리고 (iii) AF가 위 기업결합 4개월 전에 TAT

58) Case T-3/93, Air France v Commission (1994).

59) Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings. 이에 대한 현행 규정은 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings이다.

60) Article 18 (Hearing of the parties and of third persons) 4. Insofar as the Commission and the competent authorities of the Member States deem it necessary, they may also hear other natural or legal persons. Natural or legal persons showing a legitimate interest and especially members of the administrative or management organs of the undertakings concerned or recognized workers' representatives of those undertakings shall be entitled, upon application, to be heard.

61) 앞의 판결 (주 58), para 51.

에 대한 관심을 포기하기로 집행위원회 및 프랑스 정부와 합의한 적이 있다는 점 등을 들어, AF가 위 기업결합에 대한 “개별적” 관련성이 있고, 따라서 원고 적격이 있다고 판시하였다.⁶²⁾

(3) SEB/Moulinex 사건 (2003)

이 사건에서는 현실적인 경쟁사업자가 아닌 잠재적 경쟁사업자의 제소도 허용되었다. 이는 주방용 소형 가전기기 생산업체인 SEB와 Moulinex의 기업결합을 조건부 승인한 집행위원회의 결정에 대하여 헤어 또는 수염 관리용 소형 가전기기 생산업체인 Babylliss가 제소할 수 있는지 여부가 문제되었다. 이에 대하여 CFI는, 브랜드에 대한 충성도가 강해 진입장벽이 높고 신규 소매 유통이 어려운 과점시장에서 이루어진 기업결합에 관하여 제3자가 잠재적 경쟁자임을 주장하며 기업결합심사 과정에 적극적으로 참여하였다면, 그러한 제3자는 직접적, 개별적 관련성이 있으므로 집행위원회의 결정을 다룰 수 있는 원고적격이 인정된다고 보았다.⁶³⁾

(4) 소 결 - 미국과의 차이점

정리하면, 유럽에서는 기업결합의 당사회사들과 동일한 시장에서 경쟁하는 사업자들은, 비록 제3자이지만, 집행위원회의 기업결합 심사과정에 참여하거나 집행위원회의 검토 과정에서 중요한 경쟁자로 고려되는 경우 - 즉, 직접적, 개별적 영향을 받는 제3자인 경우 - 에는 집행위원회의 결정에 대해 사법적으로 다룰 수 있다.⁶⁴⁾ 특히 직접적 관련성을 판단함에 있어 유럽법원은 관련 시장에서의 경제적 지위는 물론, 관련 절차에서의 제3자의 법적 지위에 해당 결정이 미치는 영향을 중시하여 왔는데,⁶⁵⁾ 기업결합심사에서도 유럽연합 기업결합규정상 제3자가 당해 기업결합과의 충분한 이해관계(sufficient interest)를 소명할 경우 심사 과

62) Case T-3/93, Air France v Commission (1994), paras 43-48.

63) Case T-114/02, Babylliss v. Commission (2003).

64) Eleanor M. Fox, 앞의 책 (주 26), 456면 참조.

65) Kekelekis, The EC Merger Control Regulation: Rights of Defence, 211면 (Liana Aleshkina, Third Party Right to Appeal Merger Decisions according to EC and Swedish Rules, Uppsala University Thesis in European Law, Autumn 2007, 18면에서 재인용).

정에서 의견을 진술할 수 있는 절차적 권리가 있다는 점⁶⁶⁾에서 직접적 관련성을 용이하게 인정받을 수 있는 것으로 보인다. 이러한 법리는 앞서 살핀 일련의 판례를 통해 확고하게 정착된 것으로 보이며, 참고로 앞서 본 Sony/BMG 사건에서는 법원이 IMPALA의 원고적격에 대해 별다른 판단도 하지 않고 실체적 판단으로 나아갔다. 이러한 점을 보면, 최근에는 이미 기업결합심사 절차에서 경쟁사업자는 원고적격 인정을 위한 직접적, 개별적 관련성이 인정된다는 점이 자명한 법리로 받아들여지고 있는 것으로 보인다.

4. 정 리

지금까지 살펴본 바와 같이 기업결합에 대한 경쟁사업자의 제소 가능성, 즉 원고적격에 대한 미국과 유럽의 법리는 사뭇 다르다. 미국에서는 반독점 피해(antitrust injury)의 개념을 통해 단순히 기업결합으로 인해 야기되는 경쟁의 격화에 따른 피해를 호소하는 경쟁사업자의 손해배상이나 금지명령 청구는 받아들여지지 않고 있지만, 유럽 법원은 집행위원회의 심사 과정에서 중요 이해관계인으로 고려되거나 스스로 심사 과정에서 의견을 진술할 수 있는 정도의 충분한 이해관계(sufficient interest)가 있는 경쟁사업자라면, 경쟁의 격화에 따른 어려움 호소 여부와 무관하게, 이에 대한 사법적 심사를 청구할 수 있는 것으로 보고 있는 것이다. 이러한 차이는 효율성과 시장의 자율을 중시하여 온 미국적 전통과 상대적으로 중소기업의 생존에 의한 시장 구조의 보호를 중시하여 온 유럽의 전통에서 발생한 것일 수도 있고, 행정소송에 대한 원고적격을 넓게 인정해 온 유럽연합 법제의 특징일 수도 있다.⁶⁷⁾ 이러한 미국과 유럽의 논리는 우리 법제에서 어떻게 참고가 될 수 있을까?

66) 현행 유럽연합 기업결합규정의 내용은 다음과 같다. Article 18. 4. In so far as the Commission or the competent authorities of the Member States deem it necessary, they may also hear other natural or legal persons. Natural or legal persons showing a sufficient interest and especially members of the administrative or management bodies of the undertakings concerned or the recognised representatives of their employees shall be entitled, upon application, to be heard.

67) 류상현, “유럽연합(EU) 행정쟁송제도의 특징”, 『법제』, 법제처, 1998. 12, III. 이하; 이원우, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 『행정법연구』, 제8호 (2002년 상반기), 220-245면 등 참조.

Ⅲ. 기업결합 승인에 대한 취소소송에 있어서 경쟁사업자의 원고적격 인정 가능성

1. 처분 상대방이 아닌 제3자의 취소소송 원고적격 일반론

(1) 도 입

우리나라에서 행정청의 처분을 받은 직접 상대방이 아닌 제3자가 해당 처분에 대한 취소소송을 제기할 수 있는지 여부는 소위 ‘인지주인 소송’ 또는 ‘경업자 소송’의 문제로 오랫동안 논의되어 왔다. 이는 구체적으로는 취소소송의 원고적격을 규정하고 있는 행정소송법 제12조의 “법률상 이익”에 대한 해석 문제였고, 보다 거시적으로는 행정청의 처분에 대한 취소소송을 객관소송적으로 운영할 것인지 여부, 그리고 이에 따라 위와 같은 행정소송법 제12조를 개정할 것인지, 개정한다면 어떻게 개정할 것인지의 문제와도 함께 언급되어 왔다.⁶⁸⁾ 이러한 일반론은 기존 수많은 문헌에서 상세히 논의된 바 있으므로⁶⁹⁾ 아래에서는 이에 대하여 상세히 기술하지는 않고, 다만 이 글의 목적에 필요한 정도로 간략히 요약하였다.

(2) 학설의 대립

우선 행정소송법 제12조에 규정된 “법률상 이익”의 해석에 관하여서는, 기존에 (i) 권리가 침해된 자만이 원고적격을 갖는다는 권리구제설(권리회복설), (ii) 법률의 목적 및 취지가 일반적 공익뿐만 아니라 개인의 이익도 보호하고자 하는 경우에는 그러한 이익이 침해된 자 역시 원고적격을 갖는다는 법률상 보호이익

68) 최선웅, “행정소송에서의 원고적격 - 기존 4개 학설의 의의를 중심으로”, 『행정법연구』, 제22호 (2008), 행정법이론실무학회, 31면.

69) 진광진, “항고소송에 있어 처분의 상대방이 아닌 자의 원고적격 - 경업자 및 경원자의 경우를 중심으로”, 『행정법연구』 (1997년 상반기), 행정법이론실무학회, 246면; 함인선, “행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제 - 취소소송을 중심으로 한 韓·日 비교법적 검토”, 『공법연구』, 제33집 제5호 (2005), 509면; 조홍식, “원고적격의 정치경제학 - 한일 양국의 행정(사건)소송법 개정안에 대한 비교·분석을 중심으로”, 『법학』, 제46권 제2호 (2005. 3.), 70면 등 다수.

구제설(법적 이익구제설), (iii) 사법적으로 보호할 가치가 있거나, 재판상 보호할 가치가 있는 이익 또는 소송법상의 이익이 침해된 경우에는 원고적격이 인정되어야 한다는 보호가치 이익구제설(소송상 보호가치 있는 이익구제설), (iv) 취소소송은 객관적 소송으로서 누구나 제기할 수 있으나 남소 방지를 위해 소송수행에 가장 적합한 이해관계를 가지는 자에게 원고적격을 인정하여야 한다는 적법성 보장설 등이 주장되어 왔다. (i)로부터 (iv)로 갈수록 원고적격의 인정범위가 넓어지는 것인데, 다만 해석론상 현재의 다수설은 법률상 보호이익 구제설이라고 한다.⁷⁰⁾ 다만, 이러한 원고적격의 해석론을 넘어 그 범위를 확대시키기 위한 입법론적 시도는 계속되어 왔으며, 일본에서는 치열한 논의 끝에 2004년 원고적격의 확대를 위한 행정사건소송법(行政事件訴訟法) 개정이 이루어진 바 있다.⁷¹⁾

(3) 판례의 변동

대법원 판례 역시 과거 취소소송의 원고적격을 좁게 인정하던 태도였으나, 1990년대 후반 환경소송 등을 중심으로 제3자의 원고적격을 인정하기 시작한 이래⁷²⁾, 2000년대 중반 이후에는 일정한 요건 하에 경업자의 원고적격도 인정하기에 이르렀다. 즉, 대법원은 일반론으로 “행정소송법 제12조에서 말하는 법률상 이익이란 당해 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하고 당해 행정처분과 관련하여 간접적이거나 사실적·경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우는 여기에 포함되지 아니한다 할 것이나, 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해 당한 경우에는 취소소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다.”고 판시하였는데,⁷³⁾ 이는 앞서 검토한 법률상 보호이익 구제설의 영향을 받은 것으로 보인다.

70) 김동희, 행정법 1, 제14판, 박영사, 686-696면; 홍정선, 행정법특강, 제7판, 박영사, 86-93, 674-680면.

71) 김현준, “일본 행정사건소송법 개정과 환경행정소송의 원고적격”, 『공법학연구』 제8권 제2호(2007), 466-470면.

72) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누3286 판결; 대법원 1998. 9. 22. 선고 97누19571 판결 등.

73) 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004두6716 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007두23811 판결 등.

2. 현행법 및 판례에 따른 검토 - 기업결합 승인과 관련하여 경쟁사업자는 공정거래법에 의하여 보호되는 개별적, 직접적, 구체적 이익을 침해 받은 것인가?

(1) 문제의 소재

앞서 살핀 제3자 취소소송에 관한 현재의 판례에 따르면, 경쟁사업자가 공정위의 기업결합승인에 대한 취소소송을 제기하기 위한 원고적격을 갖추려면 당해 행정처분의 근거 법률 - 즉 기업결합 승인의 근거인 공정거래법 제7조 및 제12조 - 에 의하여 보호되는 개별적, 직접적, 구체적인 이익의 침해가 인정되어야 한다.⁷⁴⁾ 그렇다면, 공정거래법의 위 규정은 경쟁사업자의 개별적 이익을 직접적이고 구체적으로 보호하고 있다고 볼 수 있는가? 이에 대한 답변은 공정거래법의 보호법익에 대한 근본적인 논의로부터 찾을 수 있을 것으로 생각된다.

(2) 개별적, 직접적, 구체적 이익의 의미

우선 유사한 사안에서 대법원이 어떠한 이익을 원고적격이 인정되는 개별적, 직접적, 구체적 이익이라고 보았는지 살펴보자. “법률상 이익”이라는 법문 하에서, 대법원은 처분의 환경상 영향권 등이 근거 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 해당 지역 주민들의 원고 적격을 인정하는 등 대체로 구체적인 법령의 해석을 통해 원고적격을 판단하고 있다.⁷⁵⁾ 예를 들어, 대법원은 (i) 지방자치단체의 납골당 설치신고 수리에 대해 인근 주민들이 그 취소를 청구한 사안에서는 구체적 법령을 근거로 원고적격을 인정한 반면,⁷⁶⁾ (ii) 환경부장관이 생태·자연도 1

74) “행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라 하더라도 당해 행정처분으로 인하여 법률상 보호되는 이익을 침해 당한 경우에는 그 처분의 취소나 무효확인을 구하는 행정소송을 제기하여 그 당부의 판단을 받을 자격이 있다 할 것이며, 여기에서 말하는 법률상 보호되는 이익이라 함은 당해 처분의 근거 법규 및 관련 법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이 있는 경우를 말하고 (후략)” (대법원 2006. 7. 28. 선고 2004두6716 판결 등)

75) 대법원 2010. 4. 15 선고 2007두16127 판결 등.

76) “관련 법령이 시설납골시설의 설치장소에 제한을 둔 것은 이러한 시설납골시설을 인가가 밀집한 지역 인근에 설치하지 못하게 함으로써 주민들의 쾌적한 주거, 경관, 보건위생 등 생활환경상의 개별적 이익을 직접적·구체적으로 보호하려는 데 취지가 있으므로, (중략) 납골당 설치장소에서 500m 내에 20호 이상의 인가가 밀집한 지역에 거주하는 주민들에게는 납골당이 누구에 의

등급으로 지정되었던 지역을 2등급 또는 3등급으로 변경하는 내용의 생태·자연도 수정·보완이유로 원고적격을 부정하였다.⁷⁷⁾ 즉, 처분의 근거 법률 및 하위규정에 구체적인 사익 보호가 명시된 경우에는 처분 상대방이 아니라도 원고적격을 인정하지만 그러한 내용이 없는 경우에는 제3자의 개별적, 직접적, 구체적 이익을 인정하지 않는 것이 현행법 하에서 대법원 판례의 대체적인 경향으로 보인다.

(3) 공정거래법 상 기업결합 제한규정의 보호법익

그렇다면 이제 기업결합 승인의 근거 법률인 공정거래법의 보호법익에 대하여 보자. 법률상으로 공정거래법의 목적은 “공정하고 자유로운 경쟁의 촉진”이며 그로 인해 달성하려는 궁극적인 목표는 “창의적인 기업활동 조장, 소비자 보호 및 국민경제의 균형 있는 발전”이다.⁷⁸⁾ 간단히, 공정거래법의 가장 중요한 보호법익은 당연히 ‘경쟁’이다. 다만, 공정거래법이 경쟁과 함께 경쟁자도 보호하는 것인지에 대하여 논의가 계속되어 왔는데,⁷⁹⁾ 대법원은 지난 2007년 시장지배적 지위 남용행위가 문제된 소위 포스코 판결⁸⁰⁾에서 “경쟁제한적인 의도나 목적이 전혀 없거나 불분명한 전략적 사업활동에 관하여도 다른 사업자를 다소 불리하게 한다는 이유만으로 경쟁 제한을 규제 대상으로 삼는 법률에 위반된 것으로 처분한

하여 설치되는지를 따질 필요 없이 납골당 설치에 대하여 환경 이익 침해 또는 침해 우려가 있는 것으로 사실상 추정되어 원고적격이 인정된다.” (대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결)

77) “관련 법령에 의하면 생태·자연도는 토지이용 및 개발계획의 수립이나 시행에 활용하여 자연환경을 체계적으로 보전·관리하기 위한 것일 뿐, 1등급 권역의 인근 주민들이 가지는 생활상 이익을 직접적이고 구체적으로 보호하기 위한 것이 아님이 명백하고, 1등급 권역의 인근 주민들이 가지는 이익은 환경보호라는 공공의 이익이 달성됨에 따라 반사적으로 얻게 되는 이익에 불과하다.” (대법원 2014. 2. 21. 선고 2011두29052 판결)

78) 공정거래법 제1조.

79) 물론 경쟁자도 경쟁의 구성요소 중 하나로 볼 수 있는 것인지, 경쟁자 중 게으른 경쟁자와 동등 효율적인 경쟁자를 적확히 구별해낼 수 있는 것인지, 경쟁제한성이 당장 현실화되지 않는 경우 그 잠재적 우려를 어떻게 밝혀낼 수 있을지 등 ‘경쟁의 보호’와 ‘경쟁자의 보호’를 뚜렷하게 구분하기 어려운 것도 사실이다. 미국 법무부는 지난 2009년 자신의 서면법 제2조의 해석에 관한 단독행위 심사지침을 철회하면서 “이는 대부분의 단독행위가 효율성 제고를 위해 이루어지고 독점시장은 대체로 자정능력을 가지고 있다는 인식을 전제로 했지만, 최근 시장상황을 보면 더 이상 경쟁과 소비자 보호를 시장에게만 맡겨두어서는 안 된다는 것이 분명해졌다”고 선언한 바도 있다 (강수진, “경쟁보호와 경쟁자 보호”, 『법률신문』, 2009. 8. 20. 자 칼럼). 그러나 이 글에서는 이에 대한 깊은 논의는 생략한다.

80) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

다면 이는 그 규제를 경쟁의 보호가 아닌 경쟁자의 보호를 위한 규제로 만들 우려가 있을 뿐 아니라, 기업의 사업활동을 부당하게 위축시켜 결과적으로는 경쟁력 있는 사업자 위주로 시장이 재편되는 시장경제의 본래적 효율성을 저해하게 될 위험성이 있다.”고 판시하였다. 이는 공정거래법의 입법 목적이 ‘경쟁자가 아닌 경쟁의 보호’라는 점에 대한 대법원의 견해를 간접적으로 밝힌 것으로 이해된다. 한편, 헌법재판소도 최근 입찰담합으로 인해 낙찰 받지 못한 사업자가 입찰담합 사건에 대한 공정위의 고발권 불행사에 대한 헌법소원을 제기한 사건에서 “부당한 공동행위로 인한 공정거래법 위반죄의 보호법익은 자유경쟁질서 또는 소비자의 경제적·재산상의 이익이지, 경쟁사업자의 경제적 이익이 아니다.”라고 밝힌바 있다.⁸¹⁾

요컨대, 일반적으로 공정거래법이 보호하는 법익은 경쟁사업자의 개인적 이익이 아니라 객관적인 경쟁질서라는 점에 대해서는 대체로 견해가 일치하는 것으로 보인다. 경쟁제한적인 기업결합을 금지하는 공정거래법 제7조 역시 마찬가지로 보아야 할 것이다. ‘경쟁제한적’ 기업결합이란 “당해 기업결합으로 인해 특정 기업이 어느 정도 자유롭게 상품의 가격, 수량, 품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하거나 그러한 상태를 상당히 강화하는 것”⁸²⁾으로 정의되는데, 이는 대체로 공정거래법에서 금지하는 시장지배적 지위 남용행위, 부당한 공동행위, 불공정 거래행위 등이 우려되는 상태를 의미하는 것⁸³⁾이기 때문이다.

(4) 소결 - 현행법 및 판례 하에서의 원고적격 인정 가능성

정리하면, 공정거래법 상 기업결합 제한규정의 목적은 시장지배적 지위 남용행위, 부당한 공동행위 등 관련 시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위가 일어날 가능성 사전에 방지함으로써 객관적인 경쟁질서를 유지하려는 것임이 분명

81) 헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2010헌마83 결정. 이는 청구인의 자기관련성에 관한 판시였는데, 다만 헌법재판소는 헌법상 보장된 재판절차진술권 침해를 이유로 청구인의 자기관련성을 인정하였다.

82) 기업결합 심사규정 II. 6.

83) 다만, 기업결합 심사규정 VI. 2-4에서 검토하는 단독효과, 협조효과 또는 시장봉쇄효과 등은 반드시 시장지배적 지위 남용행위, 부당한 공동행위 등 공정거래법 위반행위에 국한되는 것이 아니라 그보다 넓은 개념으로 이해된다.

하다. 그러나 이러한 규정이 경쟁사업자의 개별적 이익도 직접적으로 보호하는 것으로 정면으로 해석하는 견해는 찾아보기 어렵다⁸⁴⁾. 나아가, 공정거래법 및 하위 규정을 통틀어 관련 시장에 있는 경쟁자의 사익을 보호하려는 취지의 구체적 내용 역시 찾기 어렵다. 따라서 이러한 공정거래법의 목적 및 보호법익에 대한 해석론으로는, “법률상 이익”을 원고적격의 요건으로 규정하고 있는 현행 행정소송법 및 이에 기초하여 처분의 기초가 되는 법령에 구체적으로 사익을 보호하는 내용이 있어야 비로소 “개별적, 직접적, 구체적” 이익이 있다고 보아 원고적격을 인정하는 현재의 대법원 판례 하에서, 기업결합 승인의 제3자인 경쟁사업자의 원고적격이 인정되기 어려워 보인다.

3. 개정 행정소송법에 의한 검토 - 원고적격의 확대 이후

(1) 도 입

그렇다면, 원고적격에 관한 행정소송법 규정이 개정된 이후에는 어떤가? 행정소송법 개정안 입법예고⁸⁵⁾에 따르면 행정소송법 제12조는 현행 “법률상 이익”에서 “법적 이익”으로 개정되며, 개정의 이유는 현행 규정이 원고적격 범위를 제한하고 있기 때문에 국민의 실질적 권익구제 가능성을 높이기 위한 것이라고 한다. 그렇다면 이러한 개정이 이루어진 후에는 기업결합 승인에 대한 경쟁사업자의 쟁송의 길이 열리는 것인가?

(2) 개정의 내용 및 취지 - “법률상 이익”과 “법적 이익”의 구별

전술한 바와 같이, 현행 행정소송법 제12조는 취소소송의 원고적격을 “처분등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자”로 규정하고 있는데 반하여, 개정안은 “처분등의 취소를 구할 법적 이익이 있는 자”로 이를 변경하였다. 이는 입법예고에서의 기술과 같이 대체로 원고적격을 확대하려는 취지로 보이는데, 구체적으로 그 취지에 대해서는 (i) 원고적격에 대하여 헌법과 관계 법령 등 법질서 전체

84) 물론 외국에서는 경쟁의 보호에 경쟁자의 보호도 포함되는 것인지, 양자의 조화를 어떻게 이룰 것인지에 대한 논의도 있는 것으로 보이지만, 이 글에서는 이러한 내용은 다루지 않는다.

85) 법무부 공고 제2013-44호. (관보 2013. 3. 20. 제17975호 76-79면)

의 관점에서의 객관적 판단이 가능하게 된 것,⁸⁶⁾ 또는 (ii) 취소소송의 원고적격을 상당한 정도로 확대하고자 하는 의지의 표현⁸⁷⁾ 등으로 평가되고 있다.

물론 구체적인 “법적 이익”의 의미에 대해서는 앞으로 학설과 판례에 의한 보충이 이루어지겠지만, 개정법 하에서는 적어도 처분의 근거가 된 당해 법령에서만 원고적격을 인정할 수 있는 이익의 근거를 찾았던 현재의 대법원 판례가 어떠한 형태로든 변경될 가능성이 큰 것만은 확실해 보인다. 그리고 위와 같은 입법 취지와 학계의 평가가 충실히 반영된다면, 처분의 근거 법령뿐만 아니라 당해 처분과 관련하여 헌법 등 법질서 전체의 차원에서 법적으로 보호되는 이익을 침해 받은 자, 바꾸어 말하면 ‘당해 처분이 취소되면 어떠한 법적 이익이 회복될 수 있는 자’는 당해 처분의 취소를 구할 수 있는 원고적격을 인정받을 수 있을 것으로 보인다. 이는, 기존에 사실상 ‘처분이 취소될 경우 당해 처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 이익이 회복될 수 있는 자’만 원고적격이 인정되었던 것과 비교하여 상당한 확대라고 생각된다.

(3) 기업결합 이후 발생이 우려되는 경쟁사업자의 피해가 “법적 이익”에 해당하는가?

1) 기업결합 이후 발생 가능한 다양한 상황과 이해관계

그렇다면 이와 같은 개정 행정소송법 상 원고적격 규정에 따르면 경쟁사업자는 기업결합 승인에 대해 취소소송을 제기할 수 있는 원고적격을 인정받을 수 있을까? 즉, 기업결합으로 인해 경쟁사업자가 받는 피해가 개정 행정소송법 제12조의 “법적 이익”으로 인정받을 수 있을까? 아직 이에 대한 구체적인 학설이나 판례가 나온 상황이 아니므로, 기업결합 이후 발생할 수 있는 다양한 상황을

86) 이 견해는, 현행법의 “법률상 이익”은, 개별 법률의 차원을 넘어 기본권과 헌법을 포함한 법질서 전체에서 정당화될 수 있는 이익으로 해석하는 것이 학설상 다수설이었으나, 실무상으로는 “법률상” 이익이라고 하는 문구에 얽매어 원고적격 판단에 있어 수많은 법령들 - 심지어 다른 지방자치단체의 조례·규칙까지 - 의 조항들이 조사되고 판단되고 인용되는 불편을 겪어야 했는데, 방법론의 관점에서 이러한 불편을 해소하고, 원고적격에서 법률과의 연결고리를 끊음으로써 (원고적격에 대하여) 헌법과 관계 법령 등 법질서 전체의 관점에서의 객관적 판단이 가능하게 된 것이라고 한다. 박정훈, 앞의 글 (주 9), 17-18면.

87) 정호경, “2012년 행정소송법 개정안에 대한 평가와 전망 - 개정방향과 주요 쟁점을 중심으로”, 『법학논총』, 제29집 제4호, 229면.

예상하여 하나하나 개별적으로 검토해 보기로 한다.⁸⁸⁾ 앞서 검토한 바와 같이, 기업결합 승인이 취소될 경우 경쟁사업자가 얻는 이익이 “법적 이익”으로 인정받을 수 있는지 여부로 바꾸어 생각하면 조금 더 쉽게 파악될 것 같다. 우선 아래 사례들을 보자. 이는 앞서 검토한 미국의 Sprint 사건과 한국에서 있었던 한 기업결합 건의 사실관계를 간략하게 정리한 것이다.

〈사례 1〉

이동통신시장의 시장 점유율 32%인 2위 사업자 B사가 시장 점유율 12%인 4위 사업자 D를 인수하기 위한 계약을 체결한 후 기업결합신고를 하였다. 기업결합 후 회사는 기존의 1위 사업자를 넘어 시장 점유율 40% 이상의 새로운 1위 사업자(A)가 될 것으로 예측되었고, 같은 시장에는 시장 점유율 약 15% 내외인 3위 사업자 C가 있었다.

〈사례 2〉

특정 전자상거래 시장에서 시장 점유율 약 39%인 2위 사업자 B사는 시장 점유율 48%의 1위 사업자인 A사의 주식 50% 이상을 인수하는 계약을 체결한 후 기업결합신고를 하였다. 거래 이후 A사와 B사를 합한 시장점유율은 85%를 넘는 압도적 1위가 될 것이 예상되었는데, 같은 시장에는 시장점유율 10%에 미달하는 C사가 있었다.

사례 2는 특히 최근 우리나라에서 업계 1, 2위 업체가 관련된 기업결합으로 주목 받은 거래였다. 당시 기업결합 후 시장 점유율이 거의 90%에 육박하게 되는 거래였기 때문에 공정위가 이 기업결합신고를 수리하지 않을 것이라는 전망도 상당히 있었다. 그러나 공정위는, 일정한 행태적 시정조치를 붙이긴 하였지만, 당해 기업결합신고를 수리하였고,⁸⁹⁾ 결국 A, B는 결합 후 해당 전자상거래 시장에

서 압도적인 시장지배적 사업자가 될 수 있었다. 그렇다면, 사례와 같은 경우 A는 기업결합 후 어떠한 행태를 보이고 관련 시장은 어떻게 변동할까? 그리고 이러한 기업결합 이후 상황에 대한 C의 이해관계는 어떤 것이 있을까?

- ① 우선 규모가 커진 A는 여러 생산요소의 구매에 있어서 규모의 경제를 실현할 수 있을 것이다. 많은 수평적 기업결합이 이러한 규모의 경제를 위해 시도되어 왔다. 즉, C는 기업결합 이후 규모의 경제를 달성한 보다 ‘효율적이고 강력한’ 경쟁자 A에 직면하게 된 것이다. A가 가격을 인하할 경우 C는 A에 맞춰 가격을 내리든지, 그렇지 않으면 판매량이 감소할 위험에 처하게 된다.
- ② 하지만 위와 같은 측면만 있는 것은 아니다. 강력한 시장지배력을 보유하게 된 A는 관련 시장에서 가격 추종자(price-taker)가 아닌 가격 설정자(price-maker)로 행동할 수 있는 능력을 보유할 수 있고, 따라서 오히려 가격을 인상할 수도 있다. 만약 A가 가격을 인상한다면, C는 이를 추종하여 함께 가격을 인상하거나, 가격을 인상하지 않고 판매량을 늘릴 수도 있을 것이다.
- ③ A는 강력한 지위를 이용해서 자신의 상품 또는 서비스를 판매하는 유통업자 또는 생산 요소의 공급자에게 자신하고만 거래하거나 자신의 경쟁사업자와는 거래하지 말도록 요구할 수도 있다. 사례 2에서의 실제 A는 기업결합 후 거래 상대방이 경쟁사업자인 C와 거래하지 못하도록 강요하거나 불이익을 가하는 등의 행위로 공정위로부터 과징금을 부과 받고 검찰 조사를 받기도 하였다.⁹⁰⁾
- ④ A는 C와 가격 인상 등에 관하여 공모를 시도할 수도 있다. 공모하여야 하는 경쟁자의 수가 줄어들었기 때문에, 담합의 성공 가능성이 더 높아졌다고 볼 수 있기 때문이다. 공모의 위반자를 제거하기 위해 기업결합을 시도하는 경우도 있고, 규모가 커진 A는 C가 공모를 위반할 경우 이를 보다 효과적으로 제재할 수 있기 때문에 담합이 유지될 가능성이 더 높아질 수 있다.

2) 개별 상황에 따른 검토 - 경쟁사업자는 승인 취소에 따른 ‘법적 이익’이 있는가?

그렇다면 위와 같은 여러 상황을 정리해 보자. ①은 경쟁의 격화, ②와 ③은 A의 시장지배적 지위 남용행위, ④는 A와 C의 부당한 공동행위가 예상되는 경우라고 할 수 있다. 그러면, 각각의 경우 C의 피해가 있는지, 승인이 취소된다면 C

88) 한편, 이 글에서는 일단 경쟁사업자의 개념을 쉽게 떠올릴 수 있는 수평결합의 경우로 논의의 폭을 좁히기로 한다. 미국을 비롯한 세계 각국에서 이루어지는 기업결합 거래의 다수는 같은 시장에서 경쟁하는 사업자들 사이의 결합, 즉 소위 ‘수평결합’이다. 최근 미국에서는 업계 3위인 American Airlines과 5위인 US Airways가 합병하여 세계에서 가장 큰 항공사가 탄생하였고, 국제적으로는 해운업계 1-3위 업체들이 공동으로 노선을 운항하기 위한 합작법인을 세우려는 소위 ‘P3 네트워크’ 건이 초미의 관심사가 되고 있다. 1990년대 후반 이후 기업결합 거래가 활발해진 우리나라에서는 혼합결합의 비중이 상대적으로 높으나 1999년 현대자동차가 기아자동차를 인수하는 등 동종업계 사이의 결합도 상당히 이루어졌으며, 특히 최근에는 이러한 수평결합의 비중이 높아지는 추세이다(공정거래위원회, 2013년 기업결합신고 및 심사동향).

89) 공정거래위원회 2008. 9. 24. 의결 (2008지식2222).

90) 공정거래위원회 2010. 10. 22. 의결(2009서경3168).

의 이익이 회복될 수 있는지, 그러한 이익은 “법적 이익”에 해당하는지 차례로 보자. 물론 이는 기업결합 이후 발생할 상황에 대한 ‘가정적’ 검토이므로, C의 피해나 이익 역시 피해 또는 이익 상실에 대한 ‘우려’를 의미한다. 먼저 ①은 보다 효율적인 경쟁자의 등장으로 가격이 인하되는 경우이다. 이 때 C는 가격 인하 또는 매출액 감소에 따른 수입 감소의 피해를 입을 것이다. 하지만 C가 잃은 이익은 공정거래법 위반에 따른 것이 아니다. 이러한 이익 감소는 경쟁의 격화에 따른 것인데, 경쟁의 증가는 일반적으로 공정거래법이 바람직하게 평가하는 것이기 때문이다. 이 경우 헌법 기타 다른 법령상 어떤 이익이 침해되었다고 하기도 어려워 보인다. 다만, A가 약탈적으로 낮은 가격을 설정하여 C를 배제시킨 후 시장을 장악하려는 경우에는 C의 피해가 법적으로 평가될 여지가 있을 것이다. 이는 아래에서 다시 상세히 검토한다. ②는 A의 시장지배적 지위 남용행위로서 공정거래법 위반행위에 해당한다.⁹¹⁾ 하지만 C의 피해는 없다. A가 가격을 인상할 경우, C는 이를 추종하여 가격을 인상하여도 이에 따른 이익을 얻고, 가격을 인상하지 않아도 상대적으로 판매량이 증가하는 이익을 얻게 될 것이기 때문이다. ③의 경우는 조금 다르다. C의 시장지배적 지위 남용행위(배제적 행위)에 의하여 C는 경쟁에서 부당하게 배제되는 피해를 입을 우려가 있다. 만약 기업결합 승인이 취소되어 원상회복이 이루어진다면 이러한 피해의 우려는 사라질 수 있다. 이 때 C가 상실하거나 회복하는 이익을 법적 이익으로 평가할 수 있을지 여부 역시 아래에서 다시 검토한다. ④는 역시 A의 공정거래법 위반행위에 해당하지만, C가 이에 응하여 공모에 참여할 경우 위법행위자에 해당할 뿐 어떠한 피해를 입은 것으로 볼 수는 없다. 따라서 C가 법적 이익의 회복을 위해 기업결합 승인의 취소를 주장할 수는 없을 것이다. 이러한 다양한 상황은 다음과 같이 표로 정리할 수 있다.

〈표 1. 기업결합 후 상황에 따른 경쟁사업자의 피해〉

기업결합 후 A의 행위	공정거래법 위반 여부	C의 피해 존재 여부 (승인 취소시 이익회복여부)	법적 이익 여부 (원고적격)
① 가격 인하	×	○	×
↳ 약탈적 가격의 경우	○	○	?
② (부당한) 가격 인상	○	×	×
③ 배제적 행위	○	○	?
④ 담합	○	×	×

즉, 기업결합이 성사된 이후 A가 경쟁제한적 행위를 할 우려가 있다고 하여도 모든 경우에 경쟁사업자인 C가 피해를 입는 것은 아니다. 그리고 C가 피해를 입는다고 하여 언제나 기업결합의 취소를 주장할 수 있는 법적 이익이 있는 것도 아니다. 결국 위와 같은 5가지 경우 중 원고적격 인정 가능성이 있는 것, 즉 “법적 이익” 여부가 검토되어야 하는 것은 (i) A가 약탈적으로 저가 정책을 계속하여 C를 축출시키려는 경우, 그리고 (ii) A가 C를 배제하기 위하여 상대방에게 거래조건을 강요하는 두 가지 경우이다(위 표의 물음표로 표시된 부분).

이와 같은 A의 행위에 의한 C의 손실은 “법적으로 보호되는 이익”이라고 볼 수 있을까? 이에 대해서는 다음과 같은 헌법재판소 결정을 참고할 수 있을 것으로 생각된다. 헌법재판소는, (i) 본사와의 대리점 계약을 부당하게 해지당한 대리점주가 제기한 헌법소원 사건에서, 본사의 불공정거래행위라는 범죄로 인하여 대리점 계약상의 지위를 상실한 것은 “법률상의 불이익”에 해당한다고 판시한바 있고⁹²⁾, (ii) 입찰의 제1, 2순위 적격심사 대상자가 담합한 사건의 제3순위 대상자가 제기한 헌법소원 사건에서 제1순위로 적격심사를 받아 낙찰자가 될 수 있었음에도 불구하고 제1, 2 순위자들의 부당한 공동행위라는 범죄로 인하여 낙찰자가 되지 못한 것 역시 “법률상의 불이익”에 해당한다고 판시하였다⁹³⁾. 전자는 공정거래법 위반행위의 직접 상대방이 피해자인 경우이고, 후자는 행위의 직접 상대방은 아니지만 해당 행위로 인해 불이익을 받은 경우인데, 헌법재판소는 양자 모두 법(률)적인 이익으로 보았다. 계약상의 당사자 지위나 낙찰자로서의 지

91) 공정거래법 제3조의2 제1항 제1호의 ‘부당성’이 인정되는 것으로 전제한다.

92) 헌법재판소, 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 결정.

93) 헌법재판소, 앞의 결정 (주 81).

위가 있음을 근거로 이를 법적 이익으로 본 것으로 이해된다.

그렇다면 이에 비추어, 먼저 두 번째 경우(배제적 행위)를 보자. 이는 A가 자신의 거래 상대방으로 하여금 C와 거래하지 말도록 강요하거나, 자신과 독점적 계약을 체결하려고 하는 경우이다. 그로 인해 A, C와 동시에 거래하는 사업자는 C와의 계약을 중단하게 되고, 따라서 C는 해당 사업자와의 기존 또는 장래의 계약상 지위를 상실할 위험에 처하게 된다. 적어도 이러한 계약상 지위의 상실은 - 공정거래법의 보호법익을 공적인 경쟁 그 자체로, 즉 개인적 법익을 직접 보호하는 것으로는 이해하지 않는다고 하여도 - 헌법상 계약의 자유 침해 또는 법질서 전체적으로 보아 불법행위에 의한 피해로 이해하는데 무리가 없을 것으로 생각된다.

다만, 두 번째 경우(약탈적 가격)는 조금 다를 수 있다. A의 행위가 위법한 약탈적 가격정책일 경우, C의 피해란 이를 견디지 못하여 시장에서 퇴출되는 것이 된다. 그 과정에서 비용 이하 가격에 의한 판매에 따르는 손실이 있을 수도 있다. 그렇다면 이러한 시장 참여자의 지위 상실이나 비용 이하 판매에 의한 손실은 어떤가? ‘법(률)적 지위’라는 문언에만 의존하면, 어떤 시장에 신규로 진입하거나 퇴출되는 것 또는 특정한 가격으로 상품 또는 서비스를 판매하는 것을 법적 이익이라고 보기는 어려울 것 같다. 이를 위해 계약 기타 법적 행위가 필요한 것은 사실이나, 그러한 행위가 전체적으로 법적 지위의 취득과 관련된 것으로 보기는 힘들기 때문이다. 하지만, 개인적으로는 이러한 경우도 역시 처분 취소에 따르는 법적 이익이 있다고 보아야 하지 않을까 하는 생각이다. A의 부당한 저가 판매에 의해 C가 고객을 잃는 것은 부당한 계약의 해지 또는 연장거부와 유사하고, 따라서 이러한 피해를 당하지 않을 C의 이익 역시 법질서 전체적으로 보아 보호받아야 할 법적 이익이라고 볼 수 있기 때문이다.

3) 소 결

지금까지의 논의를 정리하면 다음과 같다. 원고적격을 확대한 개정 행정소송법 하에서는, 적어도 기업결합 후 시장지배적 사업자의 지위 남용행위, 특히 배제적 행위가 예상되는 경우라면, 그와 같은 행위에 의하여 배제될 우려가 있는 경쟁사업자가 해당 기업결합 승인에 대한 취소소송에 관한 원고적격을 인정받을

가능성이 있다고 생각된다. 약탈적 가격의 피해가 예상되는 경우에도 법적 이익을 넓게 인정할 경우 원고적격 인정이 가능할 것으로 생각된다. 이러한 결론을 표로 다시 정리하면 아래와 같다.

〈표 2. 기업결합 후 우려되는 상황에 따른 경쟁사업자의 원고적격 인정 가부〉

기업결합 후 A의 행위	공정거래법 위반 여부	피해 존재 여부 (승인 취소시 이익회복여부)	법적 이익 여부 (원고적격)
① 가격 인하	×	○	×
↳ 약탈적 가격의 경우	○	○	△
② (부당한) 가격 인상	○	×	×
③ 배제적 행위	○	○	○
④ 담합	○	×	×

(4) 정리 - 외국 사례와의 비교

지금까지 원고적격을 확대한 개정 행정소송법이 시행될 경우 경쟁사업자가 기업결합 승인에 대한 취소소송을 제기할 원고적격을 인정받을 수 있을지에 대하여 간단히 검토하였다. 아직 개정 행정소송법 상 원고적격의 핵심 개념이 될 “법적 이익”의 의미에 대하여 많은 논의가 이루어지지 않은 상황이어서 보다 깊은 검토는 어려웠지만, 적어도 개정법 이후에는 기업결합 후 회사의 시장지배적 지위 남용행위에 의하여 경쟁사업자가 시장에서 배제될 위험이 증가하는 경우에는 “법적 이익”을 인정하게 될 가능성이 상당하다고 생각된다. 만약 앞서 검토한 유럽 법원의 논리와 같이 절차적 권리의 보장이나 기업결합 심사과정에서의 참여까지도 고려한다면 그보다 더 넓게 인정될 여지도 없지 않을 것이다.

한편, 지금까지 검토한 예시적 상황은 이미 앞서 검토한 미국의 사안에서 유사하게 볼 수 있었던 것들이다. (i) Brunswick 사건⁹⁴⁾에서는 기업결합으로 인해 보다 효율적이고 강력해진 경쟁자의 등장으로 피해를 입은 원고에게 반독점 피해(antitrust injury)가 부정되었고, (ii) Cargill 사건⁹⁵⁾에서는 약탈적 가격에 의한 피해가 개념상 반독점 피해에 해당할 수는 있다는 점이 인정되었지만 원고가

94) 앞의 판결 (주 27).

95) 앞의 판결 (주 36).

그에 대한 적절한 주장과 증명을 하지 못하였다. Sprint 사건⁹⁶⁾의 원고는 기업결합 후 (iii) 가격 인상의 우려와 (iv) 수요독점에 의한 배제의 우려 두 가지를 주장하였는데, 전자는 원고의 피해가 없다는 이유로 주장 자체로 배척되고 후자는 개념상 반독점 피해에 해당할 수 있다는 점이 인정되었다. 이는 순서대로 표 2의 가격 인하, 약탈적 가격, (부당한) 가격 인상, 배제적 행위와 유사하고, 반독점 피해에 관한 미국 법원의 결론은 개정 행정소송법 하의 원고적격 인정 가능성과 비슷하다. 앞으로 우리 법원이 기업결합 승인과 관련한 경쟁사업자의 원고적격을 판단하게 된다면 어떤 결론이 나올지 주목되는 부분이다.⁹⁷⁾

(5) 보 론 - 행정소송의 실무적 운용방안

검토한 바와 같이, 개정 행정소송법 하에서는 기업결합 후 일정한 경쟁제한적 행위 및 그에 따른 경쟁사업자의 피해가 우려될 경우 그러한 경쟁사업자는 취소소송을 제기할 원고적격을 인정받을 가능성이 상당해 보인다. 다만, 경쟁제한적인 기업결합에 대하여 경쟁사업자가 이를 법원에서 다투기 위해서는 다른 실무적 문제도 있다. 특히, 기업결합심사 및 수리의 실무를 고려할 때, 제3자인 경쟁사업자가 취소소송을 제기할 수 있는 현실적 가능성 또는 시간적 여유가 매우 부족할 가능성이 높다. 공정위는 시정명령 없이 기업결합신고를 수리할 때 일반적으로 신고인에게 “해당 기업결합이 공정거래법 제7조에 위반하지 않음”을 알리는 공문을 보내는 것으로 업무를 종결하고 이를 이해관계인에게 통지하거나 발표하지 않기 때문이다.⁹⁸⁾ 그리고 이러한 공문을 받은 기업결합 당사자들은 미리 체결된 계약에 의하여 3-7일 정도의 짧은 기간 내에 대금 지급과 주식 인도

등 기업결합에 필요한 종결행위를 마무리하는 경우가 많으므로, 제3자인 경쟁사업자가 이 기간 내에 법원에 취소소송을 접수하기도 어려울 뿐만 아니라, 소송이 제기되더라도 당사자가 종결행위를 하는데 아무런 제한이 없기 때문에 경쟁사업자가 이를 다룰 실익이 없게 될 수도 있다.

이러한 현실적 어려움은 개정 행정소송법에서 요건이 크게 완화될 집행정지(안 제24조)와 새로 도입될 가처분(안 제26조) 제도를 활용하여 해결을 시도할 수 있을 것으로 생각된다. 행정소송법 개정안에 따르면, 현행법상 집행정지의 요건인 “회복하기 어려운 손해”가 “중대한 손해”로 개정되고(안 제24조 제2항), 처분 상대방이 아닌 제3자가 집행정지를 신청할 때에는 일정한 담보를 제공하도록 할 수 있도록 하였다(안 제24조 제5항). 그리고 민사소송에서와 같은 가처분을 새로 규정하였다(안 제26조)⁹⁹⁾. 따라서 기업결합에 대한 승인이 있는 이후에도 경쟁사업자가 빠르게 집행정지를 신청하던지, 취소소송의 본안을 제기하면서 가처분을 함께 신청하는 것이 가능할 것으로 생각된다. 새로 도입된 의무이행소송(안 제44조)¹⁰⁰⁾은, 집행정지 또는 가처분 결정이 고지되기 전에 주식 명의개서 등 거래의 종결행위가 이루어져 주식 처분 등을 통해 이를 원상회복하도록 하는 시정조치를 명할 필요가 있을 때 이용될 수 있을 것으로 보인다.¹⁰¹⁾

4. 공정거래법 상 사인의 금지청구권이 도입될 경우

한편, 최근 들어 2000년대 중반부터 꾸준히 도입이 검토되어 온 미국 클레이튼법 상 금지명령(injunctive relief)의 도입이 본격적으로 추진되고 있는 것으로

96) 앞의 판결(주 42).

97) 개념적으로는 미국의 반독점 피해보다 개정 행정소송법의 “법적 이익”이 더 넓을 수 있다. 미국의 반독점 피해는 원고에게 우려되는 피해가 “반독점법이 발생을 방지하고자 하는 것으로서 피고의 반독점법 위반행위로 인해 직접 발생하는 것 (Antitrust injury is injury “of the type the antitrust laws were designed to prevent and that flows from that which makes the defendants’ acts unlawful.” Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477)” 이어야 하지만, 개정 행정소송법의 “법적 이익”은 반드시 처분의 근거법령이 아닌 다른 법령에 의해 보호되는 이익도 포함하는 것으로 해석될 가능성이 높기 때문이다. 이 글의 범위를 벗어나므로 더 이상 논의하지 않는다.

98) 사회적 관심이 높은 사건인 경우에는 예외적으로 보도자료를 배포하는 경우도 있으나, 공정위가 이러한 발표를 하여야 할 법적 의무는 없다.

99) 김중권, “권리구제확대를 위한 획기적인 전환의 마련 - 잠정적 권리구제방도의 확대와 개선 및 당사자소송의 활성화와 관련해서 -”, 「행정소송법 개정 공청회 자료집」, 법무부, 2012. 5. 24., 47-57면 참조.

100) 박정훈, 앞의 글(주 9), 20-29면 참조.

101) 물론 의무이행소송을 이용하기 위해서는 몇 가지 해결하여야 할 점이 보인다. 우선 행정소송법 개정안 제44조는 의무이행소송의 원고적격을 “처분을 신청한 자”로 한정하고 있는데, 공정거래법 상 경쟁제한적인 기업결합에 대한 시정조치에 관하여 경쟁사업자가 신청권이 있는지 문제될 수 있을 것이다. 이는 법위반행위에 대한 신고(공정거래법 제49조 제2항) 조항으로 해결될 수 있을 것으로 보이나, 연구가 필요한 부분이다. 한편 공정거래법 제16조 제1항 2문은 “이 경우 제12조(기업결합의 신고) 제6항 단서의 규정에 의한 신고를 받아 행하는 때에는 동조 제7항의 규정에 의한 기간 내에 이를 하여야 한다.”라고 규정하고 있으나, 법원의 판결에 의한 시정조치에는 적용되지 않을 것으로 생각된다. 이러한 의무이행소송의 구체적 활용방안은 후속 연구를 위해 남겨두도록 한다.

보인다. 기존에도 (i) 공정거래위원회가 일정한 기업결합에 대하여 조사를 불개시하거나 조사 후 규제조치까지 이르지 않기로 결정한 것에 대하여는 기업결합으로 인한 경쟁상 피해자 입장에서 실질적으로 법원에서 그 소극적 결정 자체를 행정법적으로 다룰 수 있는 방법이 없으므로 이에 대한 보완/ 대체수단으로 사인의 금지청구를 인정함이 바람직하다¹⁰²⁾고 보거나, (ii) 공정거래법 위반행위로 인한 피해는 사후적인 손해배상만으로 적절치 못한 경우가 대단히 많고, 사후적으로 손해배상이 보장되어 있다고 하더라도 범위반행위가 진행되고 있을 때부터 적극적으로 금지시킬 방도가 없다면 권리구제에 만전을 기한다고 할 수 없다¹⁰³⁾는 이유 등으로 금지명령제도의 도입에 찬성하는 견해가 많았다. 이러한 긍정적인 흐름에서 최근의 소위 ‘경제 민주화’의 정치적 분위기를 타고 도입이 본격적으로 논의되는 모습이다. 공정위의 조사 및 시정조치와의 상충관계, 법원의 전문성 문제 등 해결하여야 할 이론적, 현실적 문제가 적지 않기 때문에 공정거래법에 특유한 금지청구권이 실제 도입이 될는지, 도입이 된다면 언제 될는지 아직 불투명한 것으로 보이지만, 만약 도입된다면 앞서 검토했던 행정소송의 방법이 갖고 있는 원고적격 문제나 집행정지 및 가처분의 활용 등에 있어서의 현실적인 불확실성을 상당 부분 줄일 수 있을 것으로 기대된다. 그리고 현재 나와 있는 어떤 의안에서도 적용 범위에서 기업결합을 제외하고 있지 않아, 금지청구권이 기업결합 제한규정 위반행위에도 적용될 가능성이 높아 보인다.

그렇다면, 현재 나와 있는 의안¹⁰⁴⁾을 기초로 기업결합 금지청구에 관한 경쟁사업자의 원고적격의 문제를 간단히 살펴보자. 우선 세 의안 모두 기본적으로 미국 클레이튼법 제16조의 금지명령(injunctive relief)를 모체로 한 것으로 보인다. 단순히 원고를 “이 법의 규정을 위반하여 피해를 입었거나 피해의 우려가 있는 자(이상민 의원안)” 또는 “이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 이익을 침해 당하고 있는 자(김세연 의원안)”로 규정한 다른 두 의안과 달리 “이 법의 규정을

102) 장승화, 앞의 글 (주 7), 36면.

103) 김차동, “금지(유지)청구권에 대한 비교법적 고찰 - 대한민국과 미국을 중심으로 -”, 『법학논총』 제26집 제4호, 227-228면.

104) 공정거래법상 사인의 금지청구권과 관련하여 현재 발의되어 있는 법안만 이상민 의원안 (2012. 9. 11. 발의), 김세연 의원안 (2012. 9. 28. 발의), 이종훈 의원안 (2013. 5. 28. 발의) 등 3개이다. 각 의안의 핵심 내용은 다음과 같다.

위반한 행위가 중요하고 직접적인 원인이 되어 회복할 수 없는 손해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 해당한 자”를 원고로 규정하고 있는 이종훈 의원안은 보다 충실하게 클레이튼법 제16조의 내용 및 앞서 살핀 미국 연방 대법원 판례상의 반독점 피해(antitrust injury)의 개념¹⁰⁵⁾을 도입하고자 한 것으로 이해된다. 이러한 의안들에 따르면 적어도 모두 행정소송법 개정안보다 원고적격의 범위를 더 넓게 볼 수 있을 것으로 생각된다. 앞의 2개 의안과 같이 원고적격을 단순히 “피해” 또는 “이익”이라고만 규정할 경우, 행정소송법 개정안의 “법적 이익”보다 광범위한 경제적, 사실상 피해 또는 이익까지 모두 포함하게 될 가능성이 높을 것이고, 이종훈 의원안과 같이 ‘(공정거래법)을 위반한 행위가 중요하고 직접적인 원인이 된 손해’로 규정한다고 하여도 어떠한 법적 지위나 보호 범익의 문제로 원고 적격이 제한되는 것은 아닐 것으로 보이기 때문이다. 즉, 현재의 의안과 같은 내용으로 공정거래법에 사인의 금지청구권이 도입되면, 공정거래법 제7조를 위반하여 관련 시장에서 실질적으로 경쟁을 제한하는 기업결합을 추진하는 경우, 경쟁사업자가 이에 따른 피해 우려를 근거로 법원에 금지 또는 예방을 청구하는데 별다른 원고적격상의 장애는 없을 것으로 생각된다.

이상민 의원안	김세연 의원안	이종훈 의원안
제57조의2(사인의 금지청구) 사업자 또는 사업자단체가 이 법의 규정을 위반하여 피해를 입었거나 피해의 우려가 있는 자는 이 법의 규정을 위반하거나 위반하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지·중지를 구하는 소송을 제기할 수 있다.	제57조의2(침해행위금지청구) ① 이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 이익을 침해 당하고 있는 자는 이에 의하여 회복할 수 없는 손해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 때에는 그 이익을 침해하고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대하여 그 침해행위의 중지를 청구할 수 있다.	제56조의3(위법행위의 금지청구) ① 이 법의 규정을 위반한 행위가 중요하고 직접적인 원인이 되어 회복할 수 없는 손해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 해당한 자는 그 위반행위를 하거나 하려는 사업자 또는 사업자 단체에 대하여 그 행위의 금지 또는 예방에 필요한 조치를 청구할 수 있다.

105) Antitrust injury is injury “of the type the antitrust laws were designed to prevent and that flows from that which makes the defendants’ acts unlawful.” Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 489, 97 S.Ct. 690, 50 L.Ed.2d 701 (1977).

IV. 결어 - 경쟁으로부터의 경쟁자 보호가 아닌 경쟁제한행위로부터의 경쟁자 보호는 필요

어떤 시장에서의 수평적 기업결합으로 인해 더욱 강하고 효율적인 사업자가 등장하고, 이로 인해 해당 시장에서의 경쟁이 더욱 치열해진다면, 그러한 경쟁 하에서 기업결합 당사자 이외의 다른 경쟁 사업자가 겪는 어려움, 예를 들어 이윤의 감소 등을 공정거래법이 보호하여야 할 필요는 없을 것이다. 이러한 치열한 경쟁으로 인한 소비자 후생의 증가는 오히려 경쟁법이 목표하는 바이기 때문이다. 하지만, 만약 당해 결합으로 등장한 거대한 사업자 때문에 경쟁 사업자가 스스로의 품질과 가격 등에 기초한 정당한 경쟁을 할 수 없게 될 우려, 즉 자신의 효율성과 무관하게 기업결합 후 거대 사업자의 독점력 남용으로 인해 시장에서 배제될 구체적인 위험이 합리적으로 예견되는 경우는 어떤가? 이와 같이 당해 기업결합(및 승인)으로 초래되는 '독점력의 남용' 내지 '경쟁의 제한'으로 인하여 침해되는 이익, 다시 말해 경쟁의 과열이나 경쟁 촉진으로 인한 경쟁압력의 증가나 이익의 감소, 생존의 위험 등과 구별되는 정당한 이익이 있는 경우에는 제3자인 경쟁사업자라고 하여도 당해 기업결합에 대해 사법적으로 다룰 수 있는 자격이 인정되어야 한다고 생각한다. 이러한 소송은 기존의 행정소송법 하에서도 전혀 가능성이 없는 것은 아니었다고 생각되지만, 개정 행정소송법 하에서 현실적으로 가능성이 상당히 높아질 것으로 예상되고, 공정거래법에 사인의 금지청구권이 도입되면 더욱 활발히 이루어질 것으로 생각된다.

“경쟁자가 아닌 경쟁의 보호”라는 명제도 이러한 경쟁사업자의 제소와 상충하는 것은 아니라고 생각된다. 이 명제는, 풀어 쓰면, “‘경쟁으로부터의’ 경쟁자 보호가 아닌 ‘경쟁 자체’의 보호”라는 의미이기 때문이다. ‘경쟁제한행위로부터의’ 경쟁자 보호는 공정거래법이 당연히 목표로 하여야 할 명제이고, 따라서 경쟁제한적인 기업결합으로 인해 정당한 경쟁을 하지 못하여 피해를 입을 우려가 있는 경쟁사업자는 이에 대한 법원의 판단을 받을 헌법상의 권리를 보장 받아야 한다고 생각한다.

물론, 기업결합에 대한 사법적 판단이 시작될 경우 시장의 혼란 또는 남용 가

능성 등에 대한 우려가 있을 수 있다. 미국에서도 기업결합에 대한 클레이튼법상 금지청구는 주로 경쟁사업자들에 의하여 이루어지는데 그에 대한 부작용도 상당히 논의되고 있는 것으로 보인다.¹⁰⁶⁾ 우리나라에서도 동일 시장에서의 기업결합 승인에 대하여 더욱 강력한 경쟁자가 등장하게 될 것을 우려하는 경쟁사업자가 해당 기업결합을 방해하거나 지연시키기 위하여 그에 대한 집행정지 또는 가처분을 신청하는 경우를 상상해 볼 수 있다. 그리고 경쟁사업자들의 의견은 사실상 공정위의 기업결합 심사과정에서 모두 수렴되므로 이에 대한 사법심사는 불필요하다는 의견도 있을 수 있다. 그러나 이러한 우려 중 상당 부분은 기업결합에 특유한 것이라기보다는 제3자 취소소송 또는 잠정처분제도 자체에 대한 것으로 생각되고, 시장의 혼란도 경쟁제한적인 기업결합이 승인되었다가 나중에 원상회복되는 경우보다는 기업결합 이전에 잠시 최종 결합을 보류한 상태에서 최종 판단을 받는 경우가 더 적을 것이다.

한편, 나아가 법원에서 경쟁사업자에 의하여 다른 경쟁사업자의 기업결합이 다투어진다면, 기업결합을 반대하는 경쟁사업자가 원고가 되어 공정위의 처분을 다투고 형식적인 피고인 공정위 뒤에 기업결합 신고회사 등 당사회사가 보조참가 등의 방법으로 실질적으로 관여하게 될 것이므로, 중립적인 법원에서 경쟁 당사자가 대등한 입장에서 경쟁 상황에 대한 사실관계와 법리에 대한 치열한 토론을 할 수 있을 것으로 기대된다. 그리고 이러한 결과는 법원의 판례로 축적되어 우리나라의 경쟁정책 및 법제도의 발전에도 큰 도움을 줄 수 있을 것이다. 이러한 토양을 가능케 할 관련 법률의 조속한 개정 및 시행을 기대해 본다.

106) 김용상·정진, 앞의 글 (주 5), 9-11면.

참고문헌

- 김동희, 행정법 1, 제14판, 박영사, 2008.
- 임영철, 공정거래법 - 해설과 논점 -, 개정판, 법문사, 2008.
- 장승화, 공정거래법상 사인의 금지청구제도 도입방안 연구, 공정거래위원회, 2005. 6. 27.
- 홍정선, 행정법특강, 제7판, 박영사, 2008.
- 김용상·정진, “미국 경쟁법상 사인의 금지청구제도 (Injunctive Relief by Private Parties)”, 『경쟁저널』 제168호 (2013. 5).
- 김차동, “금지(유지)청구권에 대한 비교법적 고찰 - 대한민국과 미국을 중심으로 -”, 『법학논총』 제26집 제4호 (2009).
- 김현준, “일본 행정사건소송법 개정과 환경행정소송의 원고적격”, 『공법학연구』 제8권 제2호(2007).
- 류상현, “유럽연합(EU) 행정쟁송제도의 특징”, 『법제』, 법제처, 1998. 12.
- 박정훈, “원고적격·의무이행소송·화해권고결정”, 『행정소송법 개정 공청회 자료집』, 법무부, 2012. 5. 24.
- 이원우, “항고소송의 원고적격과 협의의 소의 이익 확대를 위한 행정소송법 개정방안”, 『행정법연구』 제8호 (2002년 상반기).
- 정호경, “2012년 행정소송법 개정안에 대한 평가와 전망 - 개정방향과 주요 쟁점을 중심으로”, 『법학논총』 제29집 제4호 (2012).
- 조홍식, “원고적격의 정치경제학 - 한일 양국의 행정(사건)소송법 개정안에 대한 비교·분석을 중심으로”, 『법학』 제46권 제2호 (2005. 3).
- 진광진, “항고소송에 있어 처분의 상대방이 아닌 자의 원고적격 - 경업자 및 정원자의 경우를 중심으로”, 『행정법연구』 제1호 (1997), 행정법이론실무학회.
- 최선웅, “행정소송에서의 원고적격 - 기존 4개 학설의 의의를 중심으로”, 『행정법연구』 제22호 (2008), 행정법이론실무학회.
- 함인선, “행정소송법 개정에 있어서의 원고적격의 확대문제 - 취소소송을 중심으로 한 韓·日 비교법적 검토”, 『공법연구』 제33집 제5호 (2005).

Eleanor M. Fox, U.S. Antitrust In Global Context, Third Edition, West, 2012.

Liana Aleshkina, “Third Party Right to Appeal Merger Decisions according to

EC and Swedish Rules”, Uppsala University Thesis in European Law, Autumn 2007.

Xavier Lewis, “Standing of Private Plaintiffs to Annul Generally Applicable European Community Measures: If the System is Broken, where Should it be Fixed?”, 『Fordham International Law Journal』, Vol. 30, Issue 5 (2006).

Abstract

Can Competitors Challenge the KFTC's Decision Approving Mergers in Court?

- At Dawn of the Amendment to the Administrative Litigation Act and Introduction of Injunctive Relief in the MRFTA -

Joonbum Cheon*

In South Korea, competitors could not challenge the decisions of the Korea Fair Trade Commission ("KFTC") approving mergers in court because the Administrative Litigation Act ("ALA") and the Supreme Court's precedents had a very narrow definition on the standing of third parties for any claims against governmental decisions. In the foreign jurisdictions, however, competitors have standing to claim against mergers which would damage them after closing. In the United States, *Brunswick* and *Cargill* introduced a concept of "antitrust injury" to determine the standing of the Clayton Act §4 and §16 claims, which is injury of the type the antitrust laws were designed to prevent and that flows from that which makes the defendants' acts unlawful. In a recent case, *Sprint*, a US district court sustained the plaintiffs' antitrust injury in a motion to dismiss context on the ground that foreclosing a competitor's access to a necessary input with a monopsony power acquired by the proposed transaction is the type of injury the antitrust laws were designed to prevent. The court also held that, where private plaintiffs have successfully pleaded antitrust injury, the fact that they are defendants' competitors is no bar. In the European Union, competitors, as non-privileged plaintiffs, can claim against the European Commission ("Commission")'s decision to approve mergers only in case they have direct and individual concern with the decision. Although the European Court of Justice ("ECJ") had held that the mere fact that a measure may exercise an influence on the competitive relationships existing on the market in question is not enough to allow any trader in any competitive relationship with the addressee of the

decision to be regarded as directly and individually concerned by that measure, recent EU court precedents show that many competitors with sufficient interest can file lawsuits against the Commission's decision in favor of proposed mergers. Under the current jurisprudence of South Korea which requires individual, direct and specific interest for third parties to have standing to claim any government agency's decisions, competitors may not challenge approvals to mergers in their relevant market. But under the proposed bill of the ALA which broadens the standing, competitors are more likely to successfully file lawsuits or apply for court orders to cease the proposed mergers. Especially, competitors would have more chance to have the standing for challenging the regulator's authorization in court in case that a proposed merger would raise the concern about exclusionary conducts or predatory pricing after closing. It would be desirable for sound discussion on mergers and competition law in South Korea. If the injunctive relief of the Clayton Act were to be introduced into the Monopoly Regulation and Fair Trade Act ("MRFTA"), Korea's main antitrust statute, such discussion would be more vigorous.

■ 주제어: 기업결합, 경쟁사업자, 행정소송법 개정, 취소소송의 원고적격, 사인의 금지청구권

■ key words: merger, competitor, standing, Clayton Act, injunctive relief, antitrust injury

논문투고일자: 2014.04.15.
심사의뢰일자: 2014.04.17.
게재확정일자: 2014.05.02.

* Attorney at law, Shin & Kim.