

온라인 유통사업자의 거래상 우월적 지위와 대규모유통업법의 적용제외 문제*

-서울고등법원 2024.2.1. 선고 2022누36102 판결을 중심으로-

고 인 혜**

《 목 차 》

- | | |
|---------------------------------------|--------------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 온라인 유통업자의 거래상 우월적 지위 |
| II. 사안의 개요 | V. 맺음말 |
| III. 공정거래법 및 대규모유통업법 상 거래상
지위 판단기준 | |

〈 국문초록 〉

쿠광의 대규모유통업법 위반행위 등에 관한 2024년 2월 서울고등법원 판결은 대규모유통업법 적용의 전제조건인 ‘거래상 우월적 지위’의 구체적 판단 기준을 제시한 유의미한 판결이다. 특히 대상판결은 동 개념이 공정거래법상 ‘거래상 지위’와 동일한 개념이라고 판단하면서, 법상 ‘대규모유통업자’ 요건을 충족한 사업자라도 각각의 납품업체에 대해 개별적으로 거래상 우월적 지위가 있다는 점을 공정위에서 증명하여야 법 적용이 가능하다고 판시하였다. 이는 대규모유통업법 상 소매업종 매출액, 매장면적 등 일정한 요건을 충족한 대규모유통업자라면 납품업체에 대한 거래상 우월적 지위를 비교적 폭넓게 인정해온 기존의 다수 판례 입장과 상반되는 내용이어서 향후 법 집행에 미치는 영향이 중대하다.

이에 대해 본 논문은 전형적인 사후규제에 해당하는 공정거래법상 거래상 지위 남용 규정과, 특별법 제정 방식으로 사전규제를 다수 편입시킨 대규모유

* 이하 내용은 필자의 개인적 견해이며 소속기관의 입장과는 무관함을 밝혀둡니다.

** 공정거래위원회 기업거래정책과장

통업법 규정을 동일한 기준에서 판단하고 입증하도록 하는 것이 타당한지 검토한다. 특히 ‘대규모유통업자’라는 법상 요건을 충족했음에도 추가로 불확정 개념인 ‘거래상 우월적 지위’를 수많은 납품업체 별로 개별적으로 검토하여, 사전규제 성격의 대규모유통업법 적용제의 여부를 판단하도록 하는 경우 나타나는 부작용을 설명한다. 시장환경 변화에 따라 대규모유통업법의 적용 범위를 합리적으로 재조정하는 것이 필요하다면, 이는 ‘거래상 우월적 지위’ 개념을 사안별로 달리 판단하는 방식 보다, 필요시 대규모유통업법상 적용제의 규정을 개정하는 등 입법적 해결방안을 모색하는 것이 바람직할 것이다.

한편, 대상판결은 일부 납품업체에 대한 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위를 부인한 핵심 근거로 원고가 오프라인이 아닌 온라인 유통사업자라는 점을 들고 있다. 그러나 온라인 유통업자는 오프라인 유통업자보다 거래상 열위에 처할 가능성이 높고 이에 따라 대규모유통업법 적용제외도 넓게 인정될 수 있다는 대상판결의 결론은, 쏠림현상을 심화시키는 디지털 시장의 주요 속성을 고려할 때 타당성이 부족하며, 오히려 온라인 중심으로 재편되는 유통환경에서 오프라인 사업자를 역차별하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 재고되어야 할 것이다.

I. 들어가는 말

지난 2024년 2월 서울고등법원은 쿠광의 대규모유통업법 위반행위 등에 대한 건 관련 판례¹⁾(이하 ‘대상판결’)에서 대규모유통업법 적용의 전제 조건인 ‘거래상 우월적 지위’의 판단기준을 구체화하였다. 대상판결은 그 간 학계에서 많이 논의되었던 주제인 공정거래법상 ‘거래상 지위’와 대규모유통법 상 ‘거래상 우월적 지위’가 동일한 것인지, 거래상 우월적 지위 존부에 관한 증명책임이 누구에게 있는지, 그 세부적인 판단기준이 무엇인지에 대한 법원의 견해를 제시한 유의미한 판결이라 하겠다.

중래 대규모유통업법 관련 다수의 법원 판례들은 법상 ‘대규모유통업

1) 서울고등법원 2024.2.1. 선고 2022누36102 판결

자' 요건을 일단 충족한 사업자에 대해서는 납품업자별로 거래상 우월적 지위가 있는지 일일이 판단하기보다, 대규모유통업 분야의 공통된 특성을 토대로 전체 납품업체에 대한 거래상 우월적 지위를 폭넓게 인정해왔다. 그런데 대상판결은 일부 납품업자에 대한 원고의 거래상 우월적 지위가 없다고 보아 이에 대한 대규모유통업법 적용이 제외된다고 판시한 최초의 판례여서, 향후 법 집행 실무에 미치는 영향이 중대하다.

또한, 주목해야 할 부분은 대상판결이 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위를 부인한 핵심 근거로 원고가 오프라인이 아닌 온라인 유통사업자라는 점을 제시하고 있다는 점이다. 법원은 “오프라인 종합소매유통에서는 설령 필수상품을 보유한 납품업자라 하더라도 유통업자가 그에 대하여 거래상 지위를 가질 개연성이 큰 반면, 온라인 종합소매유통에서는 대규모유통업자라 하더라도 필수상품을 보유한 납품업자에게 거래상 열위에 있을 가능성이 있다.”라고 판시함으로써, 오프라인과 달리 온라인 유통업자에 대해서는 대규모유통업법 적용이 제외될 여지가 크다는 취지의 결론을 내렸다. 이는 온라인 중심의 유통환경 변화와 이를 둘러싼 법체계 개선을 논의하는 현 상황에서 특히 파급효과가 큰 내용이 아닐 수 없다.

이하에서는 대규모유통업법 적용제외 요건과 관련하여 거래상 우월적 지위 판단기준, 특히 온라인 유통업자에 대해 적용제외 요건을 더 폭넓게 해석할 필요가 있는지에 관하여 대상판결의 주요 판시내용을 살펴보고 그 타당성을 논의하고자 한다.

II. 사안의 개요

1. 행위 사실

원고인 쿠팡은 2016년경부터 온라인 시장에서 경쟁 온라인몰이 판매가

격을 낮추면 곧바로 자신의 판매가격도 최저가에 맞추어 판매하는 일명 ‘최저가 매칭 시스템’을 운영하였다. 이 과정에서 원고는 2017년경부터 2020년 9월까지 총 101개 납품업자가 원고의 경쟁 온라인몰에서 판매하고 있는 총 360개 상품과 관련하여, 경쟁 온라인몰 판매가격을 인상하도록 요구했다. 이를 통해 원고의 판매가격이 다른 경쟁 온라인몰의 판매가격보다 높지 않도록 지속적으로 관리하고 유도하였으며, 원고의 요구를 납품업자가 수용하지 않을 경우, 발주 및 판매를 중단하거나 이를 암시하는 방법으로 납품업자들을 압박하였다. 주요 대상 상품은 출산 및 영유아 상품, 가정 생활용품, 애견용품 등이다.

또한, 원고는 2017년 3월부터 2019년 7월까지 최저가 매칭 시스템 운영에 따른 손실을 보전하기 위해 총 128개 납품업자에게 총 213건의 광고 게재를 요구하였으며, 납품업자가 원고의 이러한 요구를 수용하지 않으면 마찬가지로 발주 및 판매를 중단하거나 이를 암시하였다. 추가로 원고는 2018년경부터 2019년 상반기까지 소비자들에게 다운로드 쿠폰 제공 등 할인 혜택을 주는 방식으로 영유아 용품 및 생필품 행사를 하였는데 이러한 판매행사 비용은 100% 납품업자가 부담하도록 하고 납품 대금에서 이를 상계하였다. 또한 원고는 2017년 1월부터 2019년 6월까지 직매입 거래를 통해 총 330개 납품업자로부터 판매장려금 지급에 관한 약정사항을 연간 거래 기본계약의 내용으로 약정하지 않고 성장장려금 약 104억 원을 수취하였다.²⁾

2. 공정거래위원회의 조치

이와 관련하여 공정위는 첫째, 납품업체에 경쟁 온라인몰 판매가격을 인상하도록 요구한 행위에 대해서는 구 공정거래법 제23조 제1항 제4호³⁾

2) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2021-237호 (2021.9.28.) 및 서울고등법원 2024.2.1. 선고 2022누36102 판결에 기재된 사항을 요약하였다.

거래상 지위 남용행위 금지 규정을, 둘째, 납품업체에 대한 광고 게재 요구는 대규모유통업법 제17조 불이익제공행위 금지 규정을, 셋째, 판매촉진 비용 관련 사안은 대규모유통업법 제11조 판매촉진비용의 부담 전가 행위 금지 규정을, 넷째, 판매장려금 수취행위에 대해서는 대규모유통업법 제15조 경제적 이익제공 요구 금지 규정을 적용하여 시정조치 및 과징금 총 3,297백만원을 부과하였다. 각 행위 사실별로 적용된 규정과 처분내용을 정리하면 아래 표와 같다.

<표 1> 행위사실 별 적용 규정 및 처분내용

행위 사실	적용 규정	시정조치	과징금
①판매가격 인상 요구	공정거래법 제23조 제1항 제4호	재발 방지 명령 및 통지 명령	1,360백만원
②광고게재 요구	대규모 유통업법 제17조 제6호		160백만원
③판매촉진비용 전가	대규모 유통업법 제11조 제4항		1,277백만원
④판매장려금 수취	대규모 유통업법 제15조 제2항		500백만원

3. 소송 경위 및 판결 요지

상기 공정위 처분에 대한 원고의 이의신청 사건에서 공정거래위원회는 전원회의를 통해 2022.1.21. 기각⁴⁾결정을 내렸고, 이후 제기된 행정소송에서 서울고등법원은 2024.2.1. 공정거래위원회의 처분을 모두 취소한다는 취지로 원고 승소 판결을 하였다. 판결 요지는 다음과 같다.

먼저, 총 101개의 납품업자 중 8개 납품업자에 대해서는 원고가 ‘거래

3) 현행 법률 기준으로는 공정거래법 제45조 제1항 제6호에 해당한다.

4) 공정거래위원회 전원회의 재결 제2022-001호 (2022.1.21.)

상 우월적 지위'에 있다는 사실을 공정위가 입증하지 못했으므로 이에 대한 처분이 위법하다고 보았다. 공정거래법상 거래상 지위 남용행위의 위법성 요건으로서 '거래상 지위'와 대규모유통업법 적용의 전제조건⁵⁾으로서 '거래상 우월적 지위'는 동일한 개념으로 보아야 하고, 따라서 어느 법이든 이에 대한 증명책임은 공정위가 부담하는데, 이를 충분히 입증하지 못했으므로 8개 납품업체에 대한 모든 처분을 취소해야 한다는 취지이다.

이후, 8개 사업자를 제외한 나머지 93개 납품업자에 대해서는 원고의 거래상 우월적 지위 존부를 명시적으로 판단하지 않았으나, 세부 행위 내용의 위법성 요건을 모두 부인함으로써 전체 처분에 대한 취소 판결을 내렸다. 특히 판매가격 인상 요구, 광고 게재 요구 등의 경우 정상적인 거래관행을 벗어난 최소한의 '강제성'이 입증되어야 하는데, 원고는 관련 거래에서 손실을 보고 있었고, 실제로 가격 인상이나 광고 게재 요구가 관철되지 않은 사례들도 있었다는 점을 주요한 근거로 들어 위법성을 부인

5) 대규모유통업법 제3조는 적용제의 요건으로 '거래상 우월적 지위'가 인정되지 않는 경우를 규정하고 있다. 상세 규정은 다음과 같다.

제3조(적용제외) ① 이 법은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 거래에는 적용하지 아니한다.

1. 대규모유통업자가 납품업자 또는 매장임차인(이하 "납품업자등"이라 한다)에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 아니하는 거래
2. 제2조의2에 따라 대규모유통업자로 의제되는 사업자가 자신과 거래하는 다수의 매장임차인 중 일부 매장임차인으로부터는 상품 매출액에 연동되는 임차료등을 수취하지 아니하는 경우 그 매장임차인과 대규모유통업자로 의제되는 사업자 간의 거래

② 거래상 우월적 지위에 있는지의 여부는 다음 각호의 사항을 종합적으로 고려하여 판단한다.

1. 유통시장의 구조
2. 소비자의 소비실태
3. 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 사업능력의 격차
4. 납품업자등의 대규모유통업자에 대한 거래 의존도
5. 거래의 대상이 되는 상품의 특성
6. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제2조 제11호의 기업집단이나 하나의 대규모유통업자가 운영하는 유통업체의 범위

하였다. 또한, 원고가 납품업자의 경쟁 온라인몰 납품가격 인상을 요구한 행위는 원고가 자사에 대한 납품가격을 인하해달라고 요구한 행위와 마치 '동전의 양면'과 같은 것이므로, 정상적인 가격협상의 일환이며, 마찬가지로 위법하지 않다고 판단하였다.

이외에도 대상판결은 원처분을 전체 취소하는 결정을 내리면서 기존의 대규모유통업법 사건의 판례 입장과 상반되는 내용의 여러 가지 새로운 법리들을 제시하고 있는데, 이하에서는 주요 쟁점으로 대상판결의 판시 내용을 상세히 살펴보고 그 타당성을 논의한다.

III. 공정거래법 및 대규모유통업법상 거래상 지위 판단기준

1. 대상판결의 내용

그 간 공정거래법상 '거래상 지위'와 대규모유통업법상 '거래상 우월적 지위'가 동일한 개념인지 양자를 달리할 필요가 있는지 학계를 중심으로 상당한 논의가 있었다.⁶⁾ 이에 대해 대상판결은 사건의 쟁점을 본격적으로 판단하기에 앞서, 양자를 같은 의미로 보아야 한다는 명시적 판단을 내리고 후속 논의를 이어간다. 법원은 공정거래법 및 대규모유통업법의 입법 연혁, 관련 판례의 취지, 양자를 달리 볼 경우 학계 및 실무계에 불필요한 혼란을 초래할 수 있다는 점 등을 그 근거로 제시하였다.

이러한 판단은 이후에 논의되는 본 사건의 핵심 쟁점들을 모두 관통하고 있다는 점에서 특히 주목할 필요가 있다. 즉 법원은 양자의 의미를 동

6) 이와 관련된 주요 논문으로는 신영수, 「대규모유통업법 적용의 전제로서 '거래상 우월적 지위'의 의미와 요건」, 경쟁법연구, 2023, 김정현·박종하·김규식·김영석·김윤수, 대규모유통업법의 적용 범위에 관한 고찰, 유통법연구, 2020, 이동원, 「대규모유통업법에 있어서의 위법성 판단과 개선방안」 유통법연구, 2017 등 참고

일하게 새겨야 함을 전제로, 이후에 전개되는 쟁점들, ①대규모유통업법상 거래상 우월적 지위의 존부에 관한 증명책임, ②대규모유통업자에 해당함을 입증한 경우 거래상 우월적 지위가 사실상 추정되는지 여부, ③다수의 거래상대방에 대한 거래상 우월적 지위의 증명방법 등을 공정거래법상 거래상 지위와 같은 기준으로 판단하고 있는 것이다.

대상판결은 ① 먼저 대규모유통업법이 공정거래법상 거래상 지위 남용의 특칙이므로 거래상 우월적 지위가 없는 대규모유통업자에게 법을 적용할 수 없는 것이 당연하다고 하면서 공정거래법상 거래상 지위와 마찬가지로 대규모유통업법상 거래상 우월적 지위에 대한 증명책임도 공정위가 부담해야 한다고 판시하였다. ② ‘원고가 대규모유통업자에 해당한다는 점을 증명하였으므로 거래상 우월적 지위는 사실상 추정된다’라는 피고의 주장 또한 앞선 증명책임 소재 판단의 연장선에서 동일하게 배척하였다.

③ 더 나아가 대상판결은 수백·수천 개의 납품업자가 존재하는 대규모유통업 분야에서도, 공정거래법상 거래상 지위를 판단하는 것과 마찬가지로, 대규모유통업자의 각 납품업체 별 거래상 지위를 공정위가 개별적 구체적으로 입증해야 한다고 판단하였다. 특히 이전의 판례들은 대규모유통업자와 다수의 납품업자 사이에 공통되는 사정이 존재하고 그러한 사정으로 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위를 인정할 수 있다면, 각 납품업자별로 개별적인 사정을 따져 거래상 우월적 지위를 판단할 필요가 없다는 일관된 입장을 취해왔다⁷⁾는 점에서 이러한 판결이 이후 대규모유통업법 집행에 미치는 파급효과가 매우 중대하다. 이하에서는 특히 대규모유통업 분야에서 다수의 납품업자에 대한 거래상 우월적 지위 증명방법과 관련된 세 번째 쟁점을 상세히 살펴본다.

7) 서울고등법원 2019.2.13. 선고 2017누86226 판결(서원유통 판결, 대법원, 2019.7.11.자 2019두37202 판결로 확정), 서울고등법원 2021.8.12. 선고 2020누38791판결(BGF리테일 판결, 대법원 2021.12.10.자 2021두49697 판결로 확정) 등

2. 기존 판례의 입장

다양한 품목을 다수의 납품업체와 동시에 거래하는 특성상, 대규모 유통업자로부터 공통된 판매정책을 적용받는 거래상대방이라 하더라도, 납품업체별로 사업 규모, 시장점유율, 협상력 등에 상당한 편차가 존재한다. 이에 과거 사례에서도 최소한 대규모유통업자의 거래상대방이 대기업인 경우, 핵심 품목을 판매하는 경우 등에는 거래상 지위가 인정되지 않으므로 대규모유통업법 적용을 제외해야 한다는 주장이 제기되어 왔다.

그러나 대상판결 이전에는 납품업체에 대한 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위가 존재하지 않는다는 이유로 법 적용이 제외된 사례를 찾아 보기 어렵다. 대부분의 판결은 대규모유통업법의 입법 취지, 수요독점력을 바탕으로 한 대규모유통업자의 공통된 특성을 바탕으로 대규모유통업자로서 요건을 충족한다면, 거래상 우월적 지위를 폭넓게 인정하였으며, 이는 납품업체가 대기업인 경우, 필수 품목을 거래하는 경우에도 예외가 없었다.⁸⁾

특히 대규모유통업자의 시장점유율이나 사업 규모는 상대적으로 낮은데, 거래상대방이 시장지배적 사업자이거나 상호출자제한기업집단 소속회사여서 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위 존부를 치열하게 논의했던 대표적 사건으로 서원유통의 대규모유통업법 위반행위 건이 있다. 이 판결에서 법원이 제시한 구체적 판단기준은 이후 다수의 후속 판결에서 반복적으로 인용되면서 상당한 영향을 미쳤다. 특히 동 사안은 특정 지역에 지리적 기반을 둔 오프라인 유통업자의 대규모유통업법 위반행위를 다룬 사건인데, 대상판결에서 온라인 및 오프라인 대규모유통업자의 특성을 비교 설명한 후속 논의 부분이 서원유통 사건의 사실관계를 연상시키는 부

8) 서울고등법원 2018.4.19. 선고 2017누60071판결(신세계 판결, 대법원 2018.8.30.자 2018두42573 판결로 확정), 서울고등법원 2023.7.12. 선고 2021누33090 판결(롯데하이마트 판결, 대법원 2023.11.16.자 2023두49339 판결로 확정) 외 다수

분이 있어 이하에서 구체적으로 살펴보고자 한다.

서원유통은 탑마트(Top Mart)라는 브랜드로 기업형 슈퍼마켓 사업을 영위하는 자다. 2016년 기준 기업형 슈퍼마켓은 전체 소매업체 중 약 9.79% 비중을 차지하고 있으며, 원고는 기업형 슈퍼마켓 분야에서도 점포 수 기준 약 5.2%⁹⁾의 점유율을 차지하는 비교적 후발사업자에 해당하였다. 또한, 해당 업종에서는 이마트 에브리데이, 지에스 슈퍼마켓, 롯데슈퍼 등 대기업집단 소속 사업자의 시장점유율이 증가하는 추세였는데 당시 탑마트는 영남지역을 중심으로 상당한 영향력을 행사하고 있었다. 이러한 시장 상황에서 원고는 정당한 사유 없이 납품받은 상품을 반품하고, 납품업자로부터 종업원을 파견받아 사용한 행위를 하여 대규모유통업법을 위반했다는 사유로 2017.11.1. 공정위로부터 시정조치 및 과징금을 부과받았다.¹⁰⁾

본 건 행정소송¹¹⁾에서 원고 서원유통은 특히 38개 납품업자를 특정하여, 해당 납품업자들이 강력한 브랜드 파워를 가지고 있다거나, 상호출자 제한기업집단 소속이라거나, 해당 납품업자 전체 매출액에서 원고에 대한 매출액 비중이 작다는 이유 등을 적시하면서, 거래상 우월적 지위를 인정할 수 없고 대규모유통업법 적용 또한 제외되어야 한다고 주장하였다. 특히 이러한 내용은 대상판결에서 원고의 핵심 주장과 사실상 동일하다.

이에 대해 법원은 세부적인 판단에 앞서, 대규모유통업법 입법 취지와 규정을 살펴면서, 대규모유통업법이 일정 요건을 충족하는 대규모유통업자(제2조 제1호)와 납품업자 간 공정거래질서 확립을 목적(제1조)으로 하고, 다만 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 않는 거래에 대해서는 예외적으로 적용을 제외(제3조)하도록 규정하는 방식을 취하고 있는바, 그 규

9) 당시 국내 기업형 슈퍼마켓 매장 수는 총 1446개, 원고의 매장 수는 76개로 확인된다.

10) 공정거래위원회 제2소회의 의결 제2017-333호 (2017.11.1.)

11) 서울고등법원 2019.2.13. 선고 2017누86226 판결

정 취지를 살펴보면 대규모유통업법상 대규모유통업자로 인정되는 경우 일단 납품업자에 대해 거래상 우월적 지위가 인정될 개연성이 높다는 점을 서두에 명시하였다.

특히 납품업자가 다수인 경우에는 납품업자와 대규모유통업자 간 관계 및 구조의 특수성에서 오는 공통된 사정이 존재하고, 대규모유통업자의 규모, 시장에서 차지하는 위치, 위와 같은 공통되는 사정들로 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위를 인정할 수 있다면 개별적인 납품업자별로 대규모유통업자와의 사이의 개별적 사정을 따져서 그 지위를 판단할 필요는 없다고 밝혔다.

이러한 기준에 따라 법원은 전체 납품업자에 대한 원고의 거래상 우월적 지위를 하나하나 규명하지 않고 유통업 분야의 공통된 특성을 토대로 판단하였다. 특히 법원은 원고가 영남이라는 특정 지리적 범위 내에서 상당한 영향력을 보유하는 사업자라는 점, 소비자는 기업형 슈퍼마켓에서 원스톱 쇼핑 방식으로 구매하기를 선호하므로 강력한 브랜드파워가 있는 상품이라도 그 자리에서 다른 상품으로 대체될 가능성이 있다는 점 등을 구체적 사유로 명시하였다. 이 부분은 이후 대상판결이 온라인 및 오프라인 유통업체의 거래상 우월적 지위 인정가능성을 비교하면서 전형적인 오프라인 유통업체의 특징으로 그대로 설명하고 있는 내용이어서 특히 주목해 볼 필요가 있다.

결국, 법원은 38개 납품업자에 대한 원고의 거래상 우월적 지위가 인정되지 않는다는 주장을 하나씩 언급하며 모두 배척하는 판단을 내렸다. 주요 상품을 납품한다는 이유로 그 납품업자에 대한 우월적 지위가 부정되지 않음은 앞서 살펴본 바와 같고, 납품업자가 상호출자제한기업집단 소속이면 관련 인프라 구축에 유리한 것은 사실이나 그것만으로 대규모유통업법상의 우월적 지위를 부인하기는 어렵고, 납품업자의 거래의존도가 낮다 하더라도 매출액을 증대시켜야 하는 납품업자 입장에서 원고 매장에서

의 매출액은 상당한 영향이 있다는 취지이다.

요컨대, 수요독점력을 바탕으로 납품업자에게 상당한 영향력을 행사할 수 있다는 대규모 유통업 분야의 공통된 특성을 반영한 대규모유통업법의 입법 취지, 일정한 대규모유통업자의 요건을 갖춘 사업자를 법 적용대상으로 하되, 거래상 우월적 지위가 없는 경우에 예외적으로 법 적용을 제외하도록 한 규정체계 등을 종합적으로 살펴볼 때, '대규모유통업자'의 요건을 충족한다면 일용 거래상 우월적 지위가 인정되는 것으로 판단할 개연성이 높고, 납품업체 중 상당한 영향력이 있는 거래상대방이 포함되어 있더라도 이러한 공통된 특성이 적용되는 한, 개별적으로 달리 볼 것은 아니라고 판시하였다.

3. 대규모유통업법의 사전규제적 요소와 법 집행의 예측 가능성

서원유통과 일부 납품업체의 관계는 일반적인 대규모유통업법 사건이 상정하는 전형적인 힘의 불균형 관계, 소위 갑을관계로 단정하기 어려운 부분도 포함되어 있어서, 이러한 사안에 공권력을 통한 개입이 필요한지 논란이 있었던 것도 사실이다. 그럼에도 불구하고 이전의 대규모유통업법 관련 판례들이 법상 대규모유통업자 요건을 충족하는 한, 납품업자별로 일일이 거래상 지위를 입증하도록 하는 엄격한 증명책임을 요구하지 않은 것은 공정거래법과는 차별화되는 특별법의 규정체계, 대규모유통업법의 사전규제적 요소, 실제 법 집행 가능성과 수범자의 예측 가능성 측면을 더욱 중요하게 고려했기 때문일 것이다.

먼저 입법 연혁을 살펴보면 대규모유통업법은 하도급법, 가맹사업법, 대리점법과 마찬가지로 공정거래법상 불공정거래행위 규제 특히 거래상 지위 남용 규정으로부터 분화되어 왔음을 알 수 있다. 그 간 공정거래법

상 불공정거래행위 규정 집행이 누적되면서, 공정위는 특정한 산업 분야, 혹은 특정한 거래 양태에서 불공정거래행위가 반복되거나, 향후 법 위반행위 발생 가능성이 크다고 판단되는 경우, 관련 피해를 예방하기 위하여 해당 분야의 특정 불공정거래행위를 지정하여 고시해왔는데, 위 4개 법률은 모두 이러한 고시 형태로 운영되어 오다가¹²⁾, 별도의 특별법으로 제정되는 수순을 거쳐왔다.

여기서 4개 분야에 고시를 적용하는 데에 그치지 않고, 공정거래법 체계를 넘어서는 별도의 특별법을 만들어 규율하기로 한 이유가 무엇인지, 그 입법 취지를 다시 새겨볼 필요가 있다. 고시에서 별도 법률로 그 체계가 변화하면서 해당 4개 법률이 내용상 가장 크게 바뀐 부분은 사후규제인 공정거래법 상 불공정거래행위 규정에 담기 어려운 사전규제적 요소들을 대거 포함했다는 것이다. 즉 해당 분야는 사후규제만으로 충분히 규율하기 어렵다고 보아, 사전규제를 포함한 특별법을 제정해 그 피해를 예방하고, 거래상 열위에 있는 상대방을 더욱 두텁게 보호하고자 했던 입법 의도가 있는 것이다.

실제로 4개 법률은 서면계약서의 교부 및 서류보존 의무, 대금 지급 기한이나 절차에 관한 의무, 기타 거래당사자 간 정보 비대칭을 완화하기 위한 정보제공 의무 등을 포함하여, 사전규제 성격의 여러 작위의무를 공통적으로 규정하고 있다. 이러한 사전규제를 적용하기 위해서는 수범자가 누구인지 법 적용대상이 되는 거래의 범위는 어디까지인지 비교적 명확하게 예측할 수 있어야 함은 물론이다. 이에 4개 법률은 법 적용 대상 거래의 특성, 수범자를 일정한 범위로 제한하기 위한 정량적 요건 등도 법에 함께 규정하고 있다.

12) 하도급법은 경제기획원 당시 '하도급 거래상의 불공정거래유형 고시'를, 가맹사업법은 '가맹사업의 특수 불공정거래행위 유형 및 기준 고시'를, 대규모유통업법은 '대규모소매업에 있어서의 특정 불공정거래행위 유형 및 기준 지정 고시'를, 대리점법은 '계속적 재판매거래 등에 있어서의 거래상 지위 남용행위 세부 유형 지정 고시'를 각각 모태로 하고 있다.

반면, 공정거래법상 거래상 지위 남용 규제는 전형적인 사후규제에 해당한다. 당사자 간 거래 관계가 이미 존재하고, 그 과정에서 힘의 불균형으로 인한 불공정성이 비로소 드러나면 공정위가 사후적으로 개입하여 규율하는 구조이다. 이러한 체계 하에서는 행위자에게 ‘거래상 지위’가 있었는가 하는 주요 위법성 요건을 사후에 개별적·구체적으로 따져 판단하여도 큰 무리가 발생하지는 않는다.

그러나 사전규제를 다수 포함하는 대규모유통업법의 적용 범위를 판단하면서, 다분히 불확정적 개념인 ‘거래상 우월적 지위’를 수많은 납품업체 별로 일일이 따져보도록 한다면, 이는 법 집행의 예측 가능성 측면에서 큰 혼란을 초래할 수밖에 없다. 따라서 공정거래법상 거래상 지위 남용행위의 위법성 요건과 대규모유통업법 적용제외 요건을 동일한 기준 및 방법으로 판단해야 한다는 대상판결의 취지에는 우려되는 부분이 있다.

즉 대규모유통업법은 그 사전규제적 성격을 반영하여, 소매업종 매출액, 매장면적의 합계 등 정량적 요건을 충족한 사업자를 ‘대규모유통업자’로 우선 정하고 이에 해당하면 납품업체에 대한 거래상 우월적 지위를 일응 추정하여 관련 법률을 준수하도록 하되, 예외적으로 거래상 우월적 지위가 없다는 것을 증명한 경우에는 그 적용을 제외할 수 있도록 하는 규정체계를 택한 것이라 보아야 한다.

물론 대규모유통업법의 적용 범위와 관련하여 개선의 여지가 없는 것은 아니다. 특히 대규모유통업법은 법이 보호하는 거래상대방을 영세한 중소기업자 등으로 제한하지 않고 있으므로, 당사자 간 협상력의 불균형이 비교적 명확하지 않은 사안들도 발생할 가능성이 있다. 대규모유통업법 제정 당시의 유통시장 특성과 비교할 때, 현시점의 유통환경 변화가 적지 않은 만큼, 당초에 의도한 대규모유통업법 적용 범위가 현재도 타당한지 그 방향성을 재점검해 볼 필요도 있을 것이다.

이러한 맥락을 고려하면, 대규모유통업법상 ‘거래상 우월적 지위’의 개념을 좁게 해석함으로써 실질적으로 법 적용 범위를 제한하고자 했던 대상판결의 문제의식에는 일견 타당한 부분¹³⁾이 있다. 그러나 앞서 살펴본 대로 이러한 접근 방식은 대규모유통업법의 입법 취지 및 규정체계에 부합하지 않고 무엇보다 사전규제를 준수해야 할 수범자에게 예측 가능한 기준을 제시하지 못하여 법 집행상 큰 혼선을 초래할 수 있는 등 부작용이 더욱 크다. 대상판결의 문제의식은 사전규제 요소를 포함한 대규모유통업법 체계에 맞게, 필요시 적용제의 규정을 개정하는 등 입법적인 개선 방안을 모색함으로써 해결하는 것이 바람직하다.

IV. 온라인 유통업체의 거래상 우월적 지위

1. 대상판결의 내용

대상판결이 거래상 우월적 지위를 폭넓게 인정해온 기존 판례의 입장과 상반되는 판결을 내린 핵심 근거, 즉 본 사건을 이전 사건과 달리 보아야 할 주된 이유로 제시한 사실관계를 주목하여 살펴본다. 대상판결은 원고의 거래상 우월적 지위가 인정된다는 피고의 주장에 대하여 “전통적인 오프라인 종합소매유통을 전제로 한다면 원고의 위와 같은 논증을 받아들일 가능성이 있다”고 명시하면서 “그러나 최근 급격히 성장하고 있는 온라인 종합소매유통의 경우는 다소 상황이 다르다”면서 “...오프라인 종합소매유통에서는 설령 필수상품을 보유한 납품업자라 하더라도 유통업자가 그에 대하여 거래상 지위를 가질 개연성이 큰 반면, 온라인 종합소매유통에서는 대규모유통업자라 하더라도 필수상품을 보유한 납품업자에게 거래

13) 단, 경우에 따라서 대규모유통업법의 적용 범위를 제한할 필요성을 인정한다고 하더라도, 대상판결에서 문제된 사건은 후술하는 사유로 대규모유통업법 적용을 제외해야 할 대표적 사안이라 보기 어렵다.

상 열위에 있을 가능성이 있다”고 판시하였다.

즉 대상판결은 과거 유력한 납품업체를 상대로 대규모유통업자의 거래상 우월적 지위를 일관되게 인정해온 기존 판매들과 차별화되는 핵심 논거로 원고가 오프라인이 아닌 온라인 유통업체라는 점을 지적하고 있다. 오프라인과 달리 온라인 유통의 경우 지리적 제약이 크고 구매방식에 차이가 있어 소비자가 거래처를 전환하기 더욱 쉽다는 것이다. 따라서 필수 품목을 갖추지 못할 경우 고객이 이탈할 가능성도 크므로 유통업자의 지위는 약화되고 필수 품목 납품업자의 지위는 강화된다는 내용이다. 납품업자 측면에서 보더라도 오프라인 유통 분야는 특정 지역 내 상당한 영향력을 행사하는 유통업자와의 거래가 필수적인 측면이 있으나, 온라인 유통 분야는 신규진입이 용이하고 거래처 전환도 쉬워 유통업자의 우월적 지위를 인정할 여지가 적다고 보았다. 오프라인과 온라인 분야의 특징을 대조적으로 서술한 법원의 판시내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

<표 2> 오프라인 및 온라인 분야의 특성에 관한 대상판결의 판시내용¹⁴⁾

구분	오프라인 종합소매유통 (대형마트, 백화점, 편의점 등)	온라인 종합소매유통 (원고)
지리적 제약	-지리적 한계로 소비자가 접근이 편리한 인근의 매장을 방문하고 그곳에서 취급하는 상품을 구매하는 경향 -정보의 한계와 다른 매장을 방문하는데 소요되는 비용을 고려할 때, 다른 매장으로 구매를 전환하기 어려움	-지리적 한계가 없고 언제든지 타 온라인 쇼핑몰에서 특정 소량의 상품을 구매할 수 있음 -가격 및 품질의 비교도 용이하여 손쉽게 다른 온라인 쇼핑몰을 방문하는 등 구매를 전환할 수 있음
구매방식	-‘윈스톱 쇼핑’이 통상적으로 기왕에 방문한 매장에서 자신이 원하던 상품이 아니라도 유사 상품이 있으면 일괄적으로 구매함	-특정 온라인 쇼핑몰을 선호하더라도 반드시 그곳에서 필요 물품을 일괄하여 구매하지 않음

구분	오프라인 종합소매유통 (대형마트, 백화점, 편의점 등)	온라인 종합소매유통 (원고)
사업상 영향	-유통업자가 어떤 브랜드의 상품을 취급하는지, 다수의 브랜드를 취급하더라도 이를 어떻게 진열, 노출, 홍보하는지에 따라 납품업자에 큰 영향을 미침	-소비자들의 선호와 방문을 유지하기 위해 온라인 유통사업자는 필수 상품을 반드시 구비하고 있어야 하며, 만일 원하는 상품을 구매하지 못하는 경험이 반복되면, 고객이 다른 쇼핑몰로 전환할 수 있음
대체 거래 선	-해당 유통업자의 지리적 위치와 점유율 등에 따라 적어도 그 지역 내에서 다른 유통업자를 찾기도 쉽지 않아 해당 유통업자와의 거래관계 형성·유지가 필수적	-시장진입이 비교적 용이하고 실제로 보다 많은 사업자들이 존재하고 있으며, 사업자별 지역적 분할이 없어 대체거래선을 찾기 쉬움
결 론	-납품업자보다 규모나 경제력이 작은 유통업자가 오히려 납품업자에 대해 거래상 우월적 지위를 가질 수 있음	-유통업자가 납품업자에 대하여 거래상 우월적 지위를 가질 개연성은 상대적으로 적고, 오히려 납품업자가 필수상품을 보유하고 있다면 거래상 열위에 처할 수 있음

2. 디지털 시장의 특성과 경쟁당국의 논의 동향

한편, 각국의 경쟁당국들 간에는 디지털 시장 고유의 특성으로 인해, 시장을 선점한 핵심 플랫폼으로 쏠림현상이 발생하고 힘의 불균형이 심화될 수 있으므로 이에 대해 보다 효과적인 규율체계를 갖추어야 한다는 취지의 논의가 지속되고 있다. EU의 「디지털 시장법(Digital Markets Act)」 및 「디지털 서비스법(Digital Services Act)」 제정, 독일의 「경쟁제한 방지법」 개정(GWB 19a), 일본의 「특정 디지털 플랫폼의 투명성 및 공정성 향상에 관한 법률」 제정 등 새로운 규율체계를 이미 도입한 경우도 존재하며, 우리나라를 포함한 영국, 미국 등 상당수 경쟁당국 등은 이를

14) 판결문 41p~44p, 라)필수상품과 거래상 지위를 요약하였다.

논의하고 있다.¹⁵⁾

방법과 정도에 차이는 있지만, 시장에 상당한 파급효과를 미치는 핵심 디지털 플랫폼을 규율하기 위해 새로운 법체계를 도입하거나 기존의 규율체계를 보다 효과적으로 활용하여 대응력을 높여야 한다는 데에는 각국 경쟁당국이 문제의식을 공유하고 있는 것으로 보인다.¹⁶⁾ 이러한 상황에서 오프라인 유통업자와 달리 온라인 유통업자의 경우 거래상대방에 미치는 영향력이 크지 않고, 오히려 거래상 열위에 처할 가능성이 크다는 대상판결의 내용은 일견 최근의 논의 동향과 배치되는 측면이 있다.

물론 직매입 방식으로 상품을 구매하여 판매하는 대상판결의 온라인 유통업자를 디지털 시장의 ‘플랫폼’으로 볼 수 있을지는 검토해 보아야 할 문제이다. 그러나 상당수의 온라인 유통업자가 직매입 방식은 물론 오픈마켓 형태의 중개 거래를 병행하면서 운영하고 있다는 점, 쏠림현상을 발생시킬 수 있는 디지털 시장의 이하 주요 특징들이 온라인 유통 분야에서도 공통적으로 나타날 수 있다는 점 등을 고려하면, 최근 디지털 시장의 논의 동향은 대상판결에도 시사하는 바가 크다고 하겠다.

한편, 경쟁정책적 함의가 큰 디지털 시장의 주요 특성과 관련하여, OECD 경쟁위원회는 「OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age」에서 <표 3>과 같은 내용으로 정리하고 있다. 이를 토대로 다음 장에서는 온라인 유통업자의 거래상 우월적 지위 인정에 관한 대상판결의 판시내용이 타당한지 하나씩 살펴보고자 한다.

15) 디지털 시장에 대한 각국 경쟁당국의 규제현황 및 논의 동향 등 관련 세부내용은 OECD, Analytical note on the G7 inventory of new rules for digital markets, 2023 등 참고

16) OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age, 2022, 13p. Introduction, “mounting concerns about conduct in digital markets and indicators of growing market power have led to calls for new competition policy tool and more active use of existing ones.”

<표 3> 디지털 시장의 주요 특성(OECD, 2022)¹⁷⁾

양면시장 (multi-sided markets)	디지털 상품이 플랫폼으로 기능하면서 서로 다른 이용자 집단을 연결한다. 예를 들어 디지털 콘텐츠 플랫폼은 콘텐츠 제작자와 콘텐츠 시청자, 광고주 등을 연결한다.
강한 네트워크 효과 (strong networks effects)	이용자 수가 증가할수록 상품의 가치가 증가한다. 심한 경우 독점시장으로 전환될 수 있다.
규모의 경제 및 범위의 경제 (substantial economies of scale and scope)	높은 고정비용 및 낮은 가변비용 구조로 일정 수준이 지나면 빠르게 규모를 성장시킬 수 있고(rapidly scale up), 지리적 범위를 확장할 수 있으며, 특정 시장의 자산을 활용해 다른 시장으로 진입할 수 있다.
이용자 데이터에 대한 의존도 (reliance on large amounts of user data)	대규모 이용자 데이터에 의존도가 높는데 이는 복제하기 어렵고(difficult to replicate) 분석하는데 상당한 비용이 든다(costly to analyse).
전환비용 (switching costs)	이용자들이 사회관계망에서 프로필을 형성하거나, 공급자들이 거래플랫폼에서 평판을 형성하기 위해 상당한 시간과 노력을 투자할 수 있는데 이는 전환비용으로 작용한다.
지식재산권의 중요성 (often important intellectual property rights)	기술 등에 일정 기간 독점적 사용권을 부여하는 특허권 등 지식재산권이 중요할 수 있다.
저가 또는 무료 가격설정 (low or zero prices)	소비자의 데이터를 수집하여 수익을 창출하는 새로운 사업 모델과 관련하여 저가 또는 무료 서비스가 존재한다. * 상위 10개 글로벌 사업자 중 7개 사업자가 무료상품 및 서비스를 디지털 시장에 공급하고 있다.
파괴적 혁신 (disruptive innovations)	규제프레임 밖에서 거래비용 및 증개비용을 대폭 절감시키는 파괴적 혁신이 나타날 수 있다.

17) 앞의 글, 13p “What’s different about competition in digital market?”, 가능한 원문의 취지를 살리려고 노력하면서 국문으로 정리하였다.

<p>수직통합 또는 대기업집단 사업모델 (vertically integrated and conglomerate business models)</p>	<p>연관 사업분야로 확장해나가는 사업모델이 반경쟁적 행위에 대한 우려를 가증시킬 수 있다. * 특히 gatekeeper 플랫폼이 하방시장에서 자사우대를 하거나, 결 합 및 기워팔기를 통해 시장지배력을 전이시킬 경우</p>
--	--

3. 거래상 우월적 지위 부존재의 논거와 반론

(1) 지리적 한계와 소비자의 구매전환 가능성

먼저 대상판결은 오프라인 분야의 경우 소비자가 지리적 한계에 영향을 받아 특정 매장에서 다른 매장으로 이동해 구매를 전환하는 것이 어렵기 때문에 소비자에 대한 유통업자의 영향력이 더 크다고 설명했다. 반면 온라인 유통분야의 경우 지리적 한계가 없어 소비자가 쉽게 타 온라인 쇼핑몰로 거래를 전환할 수 있으므로, 온라인 유통업자의 영향력이 상대적으로 약하다는 것이다.

그러나 강한 네트워크 효과, 규모의 경제 및 범위의 경제, 데이터 집중 등 쏠림현상을 가속화시키는 디지털 시장의 위 특성들을 고려해보면, 오프라인보다 온라인에서 구매전환이 쉽다고 단정하는 것은성급한 결론이다. 특히 이제 막 시장에 진입한 온라인 유통업자를 염두에 두고 살펴보면 대상판결의 내용에 설득력이 있을 수 있으나, 시장을 선점하고 일정한 임계점을 지나서 디지털 시장의 쏠림효과를 누리고 있는 온라인 유통업자라면, 오히려 이용자들이 이탈하는 것이 어려워질 수 있다.

물론 오프라인 유통업계에도 네트워크 효과, 규모의 경제 등이 존재하므로 시장을 선점한 사업자가 경쟁 우위를 확보할 수 있다. 그런데 온라인 유통업계의 경우 대상판결이 지적한 것처럼 지리적 제약이 적으므로 그 쏠림효과의 정도가 더욱 강력하게 나타날 수 있다. 특정 오프라인 매장을 이용하는 소비자는 일정한 지리적 한계 범위 내에 있지만, 온라인

유통업자는 전국 또는 전 세계 이용자들이 동시 접속하여 이용하는 구조이므로 사업자 간의 격차가 더욱 현저할 수 있기 때문이다. 이점은 다수의 경쟁당국이 디지털 시장을 선점한 핵심 사업자에 대해 더 효과적인 규율 수단을 고민하는 이유가 되기도 한다.

따라서 온라인 분야에서 소비자의 구매전환 가능성은 해당 온라인 유통업자의 시장 지위와 관련 상품의 특성, 연관 상품의 통합 제공 여부, 이용자 데이터를 활용한 차별화 서비스, 멤버십 등 구독경제를 통한 고착효과 유도 등 다양한 요소를 종합적으로 고려하여 판단해야 하며, 지리적 한계를 들어 전환비용이 적다고 단정할 경우 그릇된 결론에 이를 수도 있다.

(2) 소비자의 구매방식 - '원스톱 쇼핑'

대상판결은 오프라인의 경우 기왕에 방문한 매장에서 자신이 원하는 상품이 아니더라도 유사상품을 일괄적으로 구매하는 경향이 있으므로 '원스톱 쇼핑'이 나타나기 쉽다고 설명한다. 반면, 온라인 분야의 경우 특정 온라인 쇼핑몰을 선호하더라도 타 온라인 쇼핑몰로 전환이 용이하기 때문에 그곳에서 필요한 물품을 일괄 구매하는 경향이 덜하다고 보았다.

그러나 소비자가 원스톱 쇼핑을 할 것인지 추가적으로 시간과 비용을 들여 구매를 전환할 것인지 판단함에 있어, 온라인이나 오프라인이냐는 결정적 요인이라 보기 어렵다. 합리적 소비자는 구매전환을 통해 얻을 수 있는 이익(예: 추가 탐색을 통해 더 저렴한 상품을 구매함으로써 얻을 수 있는 차익)과 구매전환 과정에 소요되는 비용(예: 탐색에 소요되는 시간 및 비용, 추가 배송료 등)을 비교하여 원스톱 쇼핑 여부를 결정할 것이다.

만약 구매하는 상품의 가격이 높고 구매빈도는 적은 고가의 내구재라면, 통상 구매전환을 통해 얻을 수 있는 이익이 그 비용보다 크기 때문에 가격 비교를 거쳐 보다 저렴한 제품을 구매하는 것이 합리적이다. 반대로

구매하는 제품의 가격이 비교적 저렴하고 구매빈도가 높은 생필품인 경우에는 상품 간 가격 차이는 상대적으로 줄어들고, 자주 구매하는 만큼 탐색 시간과 비용이 증가하는 한편, 여러 온라인 쇼핑몰 거래 시 배송비 등 부대비용까지 추가될 수 있으므로 한 곳에서 일괄 구매하는 것이 더 효과적일 수 있다. 예컨대 오프라인 유통업체에서 한 번 사면 오래 두고 사용하는 고가의 가전제품을 구매한다면 여러 유통업체별로 가격비교를 충분히 거쳐 구매할 가능성이 크지만, 일상생활에서 자주 사용하는 생필품을 빈번하게 구매하는 경우라면 온라인이라도 ‘원스톱 쇼핑’ 하는 경향이 나타날 수 있다.

롯데하이마트의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건¹⁸⁾에서 법원은 고가의 가전제품을 제조하는 납품업체에 대하여 오프라인 매장을 운영하는 롯데하이마트의 거래상 우월적 지위를 인정한 바 있다. 이와 대조적으로 대상판결은 세제, 기저귀 등 구매주기가 비교적 짧은 생필품을 주로 공급하던 납품업체에 대하여 온라인 유통업자의 거래상 우월적 지위를 부인하고 있다. 기존의 선례와 비교할 때, 후자의 사안에서 소비자의 ‘원스톱 쇼핑’ 가능성이 적다는 이유를 제시하는 것은 설득력이 부족해 보인다.

(3) 상품 노출방식이 납품업자 매출에 미치는 영향

대상판결은 오프라인 매장에서 유통업자가 어떤 브랜드의 상품을 취급하는지, 다수의 브랜드를 취급하더라도 이를 어떻게 진열, 노출, 홍보하는지에 따라 납품업체에 큰 영향을 미친다고 보았다. 반면, 온라인 유통의 경우 구매전환이 쉽기 때문에 유통업자가 소비자의 선호와 방문을 유지하기 위해 필수상품을 반드시 구비하고 있어야 한다고 설명하면서, 온라인 쇼핑몰에서의 상품 노출, 홍보 방식이 납품업체의 매출에 어떠한 영향을

18) 서울고등법원 2023.7.12. 선고 2021누33090 판결(롯데하이마트 판결, 대법원 2023.11.16.자 2023두49339 판결로 확정)

미치는지에 대해서는 추가적인 설명이 없었다.

그러나 오히려 모바일을 중심으로 한 온라인 쇼핑환경에서는 쇼핑몰 운영자의 상품노출 기준이 납품업자의 매출에 더욱 큰 영향을 미칠 가능성이 있다. 오프라인 유통점의 경우 넓은 면적에 많은 상품들이 곳곳에 진열되어 있어 시선이 분산되는 구조라면, 모바일 쇼핑에서는 손바닥 크기의 스마트폰 화면에서 제한된 수의 상품들이 집중적으로 노출되기 때문에 소비자의 주목도에 큰 차이가 있다. 유사한 맥락에서 네이버(주)의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건 관련 서울고등법원 판결¹⁹⁾ 또한 “비교쇼핑서비스 검색결과에서 노출 순위는 매우 중요하며, 특히 첫 페이지에 노출되는지 여부는 페이지뷰나 클릭수에 있어서 결정적”이라고 판시하면서 검색알고리즘 조정을 통해 스마트스토어 상품을 상위에 노출시킨 행위의 위법성을 인정한 바 있다.

더욱이 모든 고객에게 동일한 방식으로 제품이 진열되는 오프라인과 달리, 온라인의 경우 개별 고객의 성향, 기존의 구매이력 등 이용자 데이터를 기반으로 맞춤형 노출이 가능하다는 것이 큰 장점인데, 실제 해당 상품을 구매할 가능성이 높은 소비자를 타겟팅하여 집중적으로 홍보할 수 있다는 점에서 납품업자의 매출 증대 효과가 더욱 클 수 있다.

(4) 납품업체의 대체거래선 확보

마지막으로 대상판결은 오프라인 유통업자의 경우 적어도 그 지역 내에서 상당한 영향력을 보유하기 때문에 납품업자가 해당 거래관계를 유지하는 것이 필요하다고 설명하면서, 반면 온라인 분야의 경우 사업자별로 지역적 분할이 없고 시장진입도 용이하므로 납품업자가 대체거래선을 확보하기 쉽다고 보았다.

19) 서울고등법원 2022.12.14. 선고 2021누36129 판결

그런데 온라인 유통사업자에게는 지역적 분할이 없어 전국단위의 경쟁이 주로 이루어진다고 한다면, 그러한 경쟁에서 우위를 점한 유통업자는 납품업자에게 더욱 큰 판로를 열어줄 수 있는 결정적 거래상대방이 될 수 있다. 즉 오프라인 기반으로 특정 지역 내에서 지배적 지위를 보유한 대규모유통업자와 온라인 기반으로 전국 시장에서 지배적 지위를 보유한 대규모유통업자가 있다면, 후자야말로 납품업체의 사업성과에 큰 영향을 미치는 대체하기 어려운 거래상대방일 것이다.

앞서 살펴본 서원유통의 대규모유통업법 위반사건에서 서울고등법원은 영남지역 내 유력한 기업형 슈퍼마켓 탑마트를 운영하는 대규모유통업자가 대기업집단 소속 거래상대방에 대해서도 거래상 우월적 지위에 있다고 판시하였다. 한편, 대상판결은 전국단위의 촘촘한 배송시스템을 갖춘 대규모유통업자가 온라인 유통업자이기 때문에 그 거래상 우월적 지위를 제한적으로 인정해야 한다고 판시하였는데, 이 또한 기존의 판례에 비추어보면 그 형평성에 의문이 들 수밖에 없다.

V. 맺음말

최근 디지털 중심의 시장환경 변화를 둘러싸고 각국 경쟁당국들이 새로운 규율체계를 논의하는 과정에서, 디지털 분야 고유의 혁신동력이 저해되지 않도록 세심한 제도 설계가 필요하다는 의견이 제시되고 있다. 이러한 문제의식에 깊이 공감한다. 디지털 시장의 승자독식 구도를 심화시키는 여러 요인들이 있으나, 이는 관련 상품 및 서비스의 특성과 시장의 경쟁상황 등 개별 사안에 따라 다양한 양상으로 전개될 수 있으므로 디지털 시장 전체를 강도 높게 규제해야 한다는 선부른 판단은 경계해야 할 것이다.

그런데 대상판결은 반대의 경우도 마찬가지라는 점을 상기시킨다. 온라인 유통환경의 혁신성, 역동성을 과도하게 강조하여, 대규모유통업 분야에 공통적으로 적용되고 있는 법체계를 온라인 유통사업자라는 이유로 느슨하게 적용한다면 오프라인 유통사업자에 대한 역차별을 초래할 가능성이 있어 이 또한 경계해야 한다.

대상판결은 대규모유통업법 및 공정거래법상 거래상 우월적 지위 남용 행위 규율체계에 대한 중요 쟁점을 모두 아우르고 있을 뿐만 아니라, 특히 온라인과 오프라인 유통업자의 거래상 우월적 지위를 달리 볼 필요가 있다는 점을 명시하고 있어, 그 파급효과가 매우 클 것으로 예상된다. 대상판결의 판시내용에 기존의 법원의 판례와 상반되는 새로운 법리가 제시되었고, 디지털 시장에 대한 최근 논의 동향과 배치되는 측면도 있으므로, 향후 대법원 판결을 통해 법리적 판단 및 심층적인 논의를 이어갈 수 있기 바란다.

한편, 대규모유통업법이 보호 대상인 거래상대방을 중소기업자 등으로 제한하고 있지 않아, 그 적용 범위가 과도해질 가능성이 있다는 대상판결의 문제의식은 유효한 측면이 있는데, 이를 반영할 수 있는 가장 바람직한 제도설계 방안을 고민하는 것은 경쟁당국에 남겨진 과제이다. 대규모 유통업법 제정 이후 유통시장 환경의 변화가 적지 않은 만큼, 현 상황에 맞는 최적의 균형점을 모색하기 위한 논의가 지속되어야 할 것이다.

〈참고문헌〉

[국내문헌]

- 권오승·서정 독점규제법, 법문사, 2018
- 김정현·박종하·김규식·김영석·김윤수, 대규모유통업법의 적용 범위에 관한 고찰, 유통법연구, 2020
- 나가사와 테쓰야(최재원 역), 거래상 지위남용 규제와 하도급법: 해설과 분석, 박영사, 2018
- 박성진, 공정거래법상 거래상지위 판단기준 개선 방안에 관한 소고, 경쟁법연구, 2020
- 법무법인 태평양, 대규모유통업법 이론과 실무, 박영사, 2017
- 신영수, 대규모유통업법 적용의 전제로서 '거래상 우월적 지위'의 의미와 요건, 경쟁법연구, 2023
- 신영수, 판례에 비추어 본 거래상 지위남용 규제의 법리, 상사판례연구, 2015
- 심재한, 온라인 쇼핑 사업자의 불공정거래행위에 대한 법 적용, 유통법 연구, 2023
- 이기중, 대규모유통업법상 적용제외 규정의 재검토, 상사판례연구, 2020
- 이동원, 대규모유통업법에 있어서의 위법성 판단과 개선방안, 유통법연구, 2017
- 이동원, 대규모유통업법에 있어서의 거래상지위의 판단기준, 경쟁법연구, 2016
- 이황, 공정거래법에서 '거래상지위'의 개념과 판단기준, 한국법제연구원, 2016
- 정신동, 온라인 플랫폼에서의 검색순위 투명성 확보와 그 한계, 유통법연구, 2021
- 조성국, 거래상지위남용 규제 집행의 효율성 제고방안, 경쟁법연구, 2018
- 정재훈, 플랫폼 규제와 경쟁법의 대응: 입법과제와 고려사항, 경쟁저널, 2023
- 최난설현, EU 디지털 시장법의 함의와 경쟁법의 역할, 선진상사법률연구, 2022

고인혜 : 온라인 유통사업자의 거래상 우월적 지위와 대규모유통업법의 적용제외 문제 125

황태희, 공정거래법 상 거래상 지위남용행위의 법리, 선진상사법률연구, 2018

[해외문헌]

Competition Policy International, Cooperation on Digital Competition: Principles and Practice, 2022

J. Crémer, Y. de Montjoye, and H. Schweitzer, Competition Policy for the Digital Era, 2019

OECD, Analytical note on the G7 inventory of new rules for digital markets, 2023

OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age, 2022

UK Government, Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019

주제어: 거래상 우월적 지위, 대규모유통업법, 공정거래법, 적용제외, 온라인 유통업자, 납품업자

접 수 일 : 2024년 6월 07일

수 정 일 : 2024년 6월 10일

게재확정일 : 2024년 6월 26일

〈Abstract〉

Online Retailers' Superior Bargaining Position and Exemption from Application of the Act on Fair Transactions in Large Retail Business

*Ko, In Hea**

The Seoul High Court's ruling in February 2024 regarding Coupang's alleged violation of the Act on Fair Transactions in Large Retail Business (hereinafter referred to as "the Law") is pivotal, as it establishes specific criteria for determining a "superior bargaining position." According to the ruling, despite meeting the criteria as "large-scale distributors," the Korea Fair Trade Commission is required to individually prove the large-scale distributors' superior bargaining position in transactions with each supplier to qualify for the law's application. This contradicts many precedents that broadly recognize the superior bargaining position of large-scale distributors based on criteria such as retail sales revenue and store area. Consequently, the ruling significantly impacts future law enforcement.

This paper argues that subjecting businesses meeting the legal requirements as "large-scale distributors" to additional individual assessments for the ambiguous concept of "superior bargaining position" with numerous suppliers would lead to significant confusion in enforcing the pre-regulatory nature of the Law. It suggests exploring legislative solutions, such as revising the provisions for exemption from application, if

* Director, Business Trade Policy Division, Korea Fair Trade Commission.

necessary, instead of relying on case-by-case assessments.

Furthermore, this paper examines the decision's argument, which denies the superior bargaining position of large-scale distributors over certain suppliers based on the plaintiff being an online retailer. It contends that implying broader exemption from the Law for online retailers perpetuates discrimination against offline businesses in the evolving retail landscape centered around online platforms, particularly considering the concentration in the digital market.

Keywords: Superior Bargaining Position, the Act on Fair Transactions in Large Retail Business, Exemption, Online Large Retailer, Supplier