

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2023두32709 시정명령및과징금납부명령취소
원고, 상고인 ○○○ 주식회사
소송대리인 변호사 김소영 외 6인
피고, 피상고인 공정거래위원회
소송대리인 법무법인 지음 담당변호사 이호영 외 1인
원 심 판 결 서울고등법원 2022. 12. 14. 선고 2021누36129 판결
판 결 선 고 2025. 10. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

1. 사건의 개요

원심판결의 이유 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 따르면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 온라인 비교쇼핑서비스(이하 '비교쇼핑서비스'라고 한다)는 다양한 온라인 쇼핑물 사업자로부터 상품가격 등 상품에 대한 여러 정보(이하 간단히 '상품정보'라고 한다)를

제공받은 후, 특정 상품에 대한 정보를 검색하는 소비자에게 해당 정보를 제공하여 소비자가 원하는 상품을 최적의 조건으로 구매할 수 있도록 도와주는 서비스이다. 원고는 2003년경 '○○○ 지식쇼핑'이라는 비교쇼핑서비스를 제공하기 시작하였고, 이후 2015년 '○○○쇼핑'으로 그 명칭을 변경하였다(이하 그 명칭을 구별하지 않고 '○○○쇼핑'이라고 한다).

나. 오픈마켓이란 온라인을 통해 누구나 상품을 자유롭게 구매하고 판매할 수 있는 온라인상의 자유 시장공간 또는 그러한 시장의 운영형식을 의미한다. 원고는 2012. 3. 23. '△△'이라는 이름으로 입점사업자들을 모집하여 쇼핑몰 플랫폼 서비스를 시작하였고, 2014. 6. 2. △△을 '□□□'으로 전환하면서 수수료 부과 방식을 변경하였다. 이후 □□□은 2018. 2. 그 명칭을 '◇◇◇스토어'로 변경하여 현재까지 서비스를 제공하고 있다(이하 △△, □□□, ◇◇◇스토어를 구별하지 않고 모두 '◇◇◇스토어'라고 한다).

다. 피고는, 원고가 ○○○쇼핑을 운영하면서 ◇◇◇스토어 입점사업자의 상품이 상대적으로 검색결과 상위에 노출되도록 몇 차례에 걸쳐 검색 알고리즘을 조정·변경하였다(이하 이와 같은 원고의 행위를 '이 사건 행위'라고 한다)고 판단하고, 원고의 이러한 행위가 ① 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 하고, 현행 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」을 이하 '공정거래법'이라고 한다) 제3조의2 제1항 제3호, 구 공정거래법 시행령(2021. 12. 28. 대통령령 제32274호로 전부개정되기 전의 것, 이하 같다) 제5조 제3항 제4호, 구 시장지배적지위 남용행위 심사기준(2021. 12. 30. 공정거래위원회고시 제2021-18호로 개정되기 전의 것) IV. 3. 라. (2)의 거래조건을 부당하게 차별하는 행위(이하 이 부분 행위를 '시장지배적 지위 남용 차별행위'라고 한다), ② 구

공정거래법 제23조 제1항 제1호, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제2호 (나)목의 거래조건차별(이하 이 부분 행위를 '불공정거래 차별행위'라고 한다), ③ 구 공정거래법 제23조 제1항 제3호, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제4호 (나)목의 위계에 의한 고객유인(이하 이 부분 행위를 '부당한 고객유인행위'라고 한다)에 해당한다고 보아, 원고에게 시정명령 및 과징금납부명령을 하는 이 사건 처분을 하였다.

2. 시장지배적 지위 남용 차별행위 관련 상고이유에 대하여

가. 이 사건 행위가 거래상대방별로 거래조건을 차별한 행위인지

1) 원심은 다음과 같은 이유로 원고의 이 사건 행위가 거래상대방별로 거래조건을 차별한 행위라고 보았다.

가) 이 사건 행위로 거래조건이 차별된 거래상대방은 오픈마켓의 하나인 ◇◇◇스토어 입점사업자와 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자이다. 원고의 검색 알고리즘 조정 에 의하여 노출 순위에 직접적인 영향을 받는 것은 검색의 대상이 되는 개개 상품 및 이를 판매하는 사업자들이기 때문에 오픈마켓이 아닌 개개 입점사업자를 거래상대방으로 봄이 타당하다.

원고가 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자와 직접적인 계약관계를 맺는 것은 아니나, 시장지배적 지위 남용행위에서의 '거래'란 개별적인 계약보다 넓은 의미로서 사업 활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 하고(대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결, 대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15740 판결 등 참조), 시장지배적 지위 남용행위의 입법 목적을 고려할 때 공정하고 자유로운 경쟁이라는 목적이 달성될 필요가 있는 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서에 해당한다고 평가

할 수 있다면 직접적이고 개별적인 계약관계가 있지 않은 경우에도 거래관계의 존재를 인정할 수 있다.

특히, 입점사업자가 비교쇼핑서비스 이용 여부를 스스로 결정하고 그에 관한 수수료 전액도 사실상 부담하는 점 등에 비추어 보면, 실질적인 비교쇼핑서비스 거래관계는 이 사건 경쟁 오픈마켓이 아니라 그 입점사업자와 원고 사이에 있다.

나) 이 사건 행위를 이루는 검색 알고리즘의 수정은 원고의 ◇◇◇스토어에 입점한 상품을 이 사건 경쟁 오픈마켓에 입점한 상품에 비해 검색결과 노출 순위 면에서 우대하는 것으로 거래상대방별로 거래조건을 차별하는 행위에 해당한다.

2) 관련 법리 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 이 부분 원심의 판단에 상고이유 주장과 같은 거래상대방의 확정, 거래조건 차별 행위에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 없다.

나. 이 사건 행위에 부당성이 인정되는지

1) 관련 법리

구 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호가 정한 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 차별행위가 성립하기 위한 요건의 하나인 부당성은 '독과점적 시장에서의 경쟁촉진'이라는 입법 목적에 맞추어 해석하여야 한다. 그러므로 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 차별행위를 한 모든 경우 또는 그 차별행위로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하다. 이에 더하여 그중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함

으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 차별행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결 등 참조).

따라서 시장지배적 사업자의 차별행위가 그 지위남용행위에 해당한다고 주장하는 피고로서는 그 차별행위가 상품의 가격 상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수익 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 증명하여야 한다. 차별행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 증명된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있다. 그러나 그렇지 않은 경우에는 차별행위의 경위 및 동기, 차별행위의 태양, 관련시장의 특성, 차별행위로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 문제된 차별행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결 등 참조). 이처럼 경쟁제한의 의도와 목적은 그와 상당한 관련성이 있는 간접사실들을 통해 판단하여야 하고, 경쟁제한의 의도와 목적만으로 경쟁제한의 우려가 곧바로 인정되는 것도 아니므로, 위에서 본 여러 사정을 종합적으로 고려하여 문제된 차별행위가 경쟁제한을 초래할 구체적인 우려가 인정되는지 여부도 판단하여야 한다. 이는 온라인 플랫폼 사업자인 시장지배적 사업자가 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 상품

또는 서비스보다 유리하게 차별적으로 취급하는 행위가 문제된 경우에도 마찬가지이다.

나아가, 시장지배적 사업자의 차별행위로 인한 경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 시장지배적 사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결 등 참조). 이처럼 시장지배적 사업자의 행위가 지배적 지위를 보유하고 있는 시장 또는 행위가 이루어진 시장과는 다른 시장에서 경쟁제한의 효과가 문제되는 경우, 피고는 해당 행위로 인하여 그 다른 시장에서 현실적으로 경쟁제한의 효과가 발생하였거나 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었다는 점을 증명하여야 한다.

2) 원심의 판단

원심은 판시와 같은 이유로 다음과 같이 판단하면서, 원고가 ◇◇◇스토어 입점사업자와 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자의 거래조건을 부당하게 차별함으로써, 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자 및 이 사건 경쟁 오픈마켓의 사업활동을 방해하였다고 보았다.

가) 원고가 원고의 검색 알고리즘의 조정·변경이 ◇◇◇스토어 상품의 노출에 미치는 영향에 관하여 지속적으로 연구하였고, 여기에 이 사건 행위 전후로 작성된 원고 내부 문건 등의 내용에 비추어 원고에게는 경쟁제한의 의도와 목적이 인정된다. 원고에게 다양성 증진의 의도도 있었다고 하여 ◇◇◇스토어 지원의 의도가 없었다고 할 수는 없다.

나) 원고의 ○○○쇼핑은 오픈마켓의 유입경로로 매우 중요한 역할을 하고 있고, 원

고는 비교쇼핑서비스 시장에서 압도적인 시장지배적 지위를 차지하고 있다. 특히 원고는 본래 일반검색서비스 시장에서 지배적 지위를 차지하고 있던 사업자인데, 이를 통해 확보한 다량의 트래픽을 바탕으로 비교쇼핑서비스 시장에서도 지배적 사업자로 자리 잡을 수 있었고, 다시 이를 토대로 오픈마켓 시장에서도 점유율을 확대하였다. 이처럼 한 시장의 시장지배력을 이용하여 다른 시장에서 시장지배적 지위를 점하거나 후발 주자임에도 용이하게 점유율을 확대하는 행위는 경쟁제한적 성격이 강해 그만큼 규제 의 필요성도 크다.

다) 이 사건 행위로 인하여 원고가 시장점유율이나 거래액, 입점사업자 수 등에서 이 사건 경쟁 오픈마켓에 비해 상대적으로 높은 증가율을 보였다면, 경쟁제한 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다고 충분히 인정할 수 있다. 단순히 이 사건 경쟁 오픈마켓 거래액의 절대량이 증가하였다거나, 오픈마켓의 전체 규모가 성장하고 신규 사업자가 계속해서 등장하고 있다고 하여 그러한 경쟁제한 효과 발생의 우려가 없었다고 할 수 없다.

3) 대법원의 판단

그러나 이와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

가) 원심이 인정한 바와 같이 이 사건 행위의 거래상대방을 ◇◇◇스토어 입점사업자와 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자로 보더라도, 이 사건 행위로 인한 실질적인 효과는 ◇◇◇스토어와 이 사건 경쟁 오픈마켓에 미치므로, 결국 이 사건 행위는 원고가 제공하는 용역을 이 사건 경쟁 오픈마켓이 제공하는 용역보다 우대한 행위에 해당한다고 평가할 수 있다. 다만 원고가 온라인 플랫폼 사업자로서 시장지배적 사업자라는 이유만으로 타사와의 거래조건을 설정할 때 원고가 제공하는 상품 또는 용역과 동

등하게 대우하도록 원고에게 요구할 법령상 근거가 있는 것은 아니므로, 원고의 이 사건 행위가 시장지배적 지위 남용 차별행위에 해당하기 위해서는 앞서 살펴본 법리에 따라 부당성이 인정되어야 한다.

나) 먼저 '경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려' 부분에 관하여 살펴본다.

(1) 원고의 ○○○쇼핑이 오픈마켓의 유입경로로서 중요한 역할을 하였다는 점에 더하여 이 사건 행위의 부당성을 주장하는 피고로서는 원고의 이 사건 행위로 인하여 경쟁제한 효과의 발생이 문제되는 오픈마켓 시장에서 경쟁제한의 효과가 생길 만한 구체적인 우려가 있었다는 점을 증명하여야 한다. 마찬가지로 피고는 원고가 비교쇼핑서비스 시장에서의 지배적 지위를 이용하여 오픈마켓 시장에서 경쟁제한을 초래할 개연성이 있음을 증명하여야 한다. 시장지배적 사업자의 행위가 지배적 지위를 보유하고 있는 시장 또는 행위가 이루어진 시장이 아닌 다른 시장에 영향을 미친다는 이유만으로 경쟁제한적 성격이 강하다고 볼 수는 없다.

(2) 이 사건 행위가 일어나는 기간 동안 원고의 ◇◇◇스토어는 시장점유율이나 거래액, 입점사업자수에서 이 사건 경쟁 오픈마켓에 비해 상대적으로 높은 증가율을 보인 사실은 원심이 인정한 바와 같다.

그러나 한편 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 경쟁 오픈마켓의 전체 거래액과 거래건수 중 ○○○쇼핑을 통한 거래액과 거래건수의 비중은 상대적으로 낮은 수준이고, ○○○쇼핑 등 비교쇼핑서비스를 통하지 않은 채 직접 이 사건 경쟁 오픈마켓을 방문하여 이루어진 거래액과 거래건수의 비중이 상대적으로 높은 수준으로 나타나고 있다. 또한 이 사건 행위가 이루어진 기간 동안 이 사건 경쟁 오픈마켓의 거래액은 꾸준히 증가하였고, 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자의 수도 유지되었으며, 이 사건

행위로 인하여 이 사건 경쟁 오픈마켓의 비용이 상승하였다고 볼 근거도 없다. 오히려 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 따르면, 이 사건 행위에도 불구하고 유력한 신규사업자들이 오픈마켓 시장에 진입하여 안착하기도 하는 등 오픈마켓 시장에서는 유효한 경쟁이 계속되고 있었던 사실을 알 수 있다.

그렇다면 원심으로서 원고의 시장점유율이나 거래액, 입점사업자 수의 증가가 이 사건 행위로 인한 것인지, 아니면 원고의 시장성장에 기초한 경쟁, 이른바 '성과경쟁'의 산물이거나 관련 시장의 전반적인 확대에 의한 것인지 등을 심리하고, 오픈마켓 시장에서의 경쟁상황을 종합적으로 고려하여 이 사건 행위가 경쟁제한의 효과를 일으킬 만한 우려가 있는 행위인지를 판단하였어야 할 것이다.

다) 다음으로 '경쟁제한의 의도'에 관하여 살펴본다.

(1) 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 원고가 제공하는 비교쇼핑서비스의 품질은 검색결과로 노출된 상품의 적합도, 인기도, 신뢰도, 상품의 다양성 등 다양한 요소의 영향을 받는다. 원고가 이러한 요소들이 반영된 검색 알고리즘을 조정·변경하면서 그와 같은 검색 알고리즘의 조정·변경이 검색결과의 노출에 미치는 영향을 연구하는 것은 기본적으로 정상적인 원고의 영업활동에 속하고, 이러한 원고의 노력이 그 자체로서 경쟁제한의 의도나 목적을 추단하는 요소가 될 수는 없다. 한편 원심이 원고의 의도 중 하나로 인정한 바 있는 다양성의 증진은 비교쇼핑서비스의 품질 향상을 위한 중요 요소로서, 이러한 의도의 존재는 이 사건 행위가 성과경쟁을 위한 행위였을 가능성이 있음을 시사한다.

(2) 또한 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 따르면, 원고가 이 사건 행위가 문제되는 기간 동안 수십 차례에 걸쳐 검색 알고리즘을 조정·변경해왔는데, 피고는

이 중에서 원고에게 유리한 노출 결과를 가져온 5건의 검색 알고리즘 조정·변경만을 선별하여 이 사건 처분사유로 삼은 사실을 알 수 있다. 그러나 검색 알고리즘은 시행착오를 거치며 점진적으로 개선되는 것이 일반적이고, 그 개선 과정에는 다소간의 편향이 나타날 수밖에 없다는 점을 고려할 때, 일련의 검색 알고리즘 개선 과정에서 이루어진 행위 중 일부만을 선별하여 이를 근거로 경쟁제한적 의도나 목적을 인정하는 것은 원고의 실제 의도나 목적을 왜곡할 우려가 있다.

(3) 그렇다면, 원심으로서의 검색 알고리즘의 조정·변경이 가지는 속성과 그동안 이루어진 검색 알고리즘의 조정·변경의 이력에 비추어 인정되는 원고의 의도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 원고에게 경쟁제한의 의도가 인정되는지를 판단하였어야 할 것이다.

라) 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 행위에 부당성이 인정된다고 판단하였다. 이 같은 원심의 판단에는 시장지배적 지위 남용 차별행위에 관한 경쟁제한의 효과 및 경쟁제한의 의도와 목적에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 원고의 제2, 3 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 부당한 고객유인행위 관련 상고이유에 대하여

가. 관련 법리

구 공정거래법 제23조 제1항 제3호는 '부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위'를 불공정거래행위 중 하나의 유형으로 규정하고 있고, 제2항은 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 그 위임에 따른 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제4호 (나)목 '부당한 표

시·광고 외의 방법으로 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 내용이나 거래조건 기타 거래에 관한 사항에 관하여 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 고객을 오인시키거나 경쟁사업자의 것이 실제보다 또는 자기의 것보다 현저히 불량 또는 불리한 것으로 고객을 오인시켜 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위'를 위계에 의한 고객유인으로 규정하고 있다.

한편 위계에 의한 고객유인행위가 성립하기 위해서는 위계 또는 기만적인 유인행위로 인하여 고객이 오인될 우려가 있음으로 충분하고, 반드시 고객에게 오인의 결과가 발생하여야 하는 것은 아니다. 그리고 여기에서 오인이라고 함은 고객의 상품 또는 용역에 대한 선택 및 결정에 영향을 미치는 것을 말하고, 오인의 우려라고 함은 고객의 상품 또는 용역의 선택에 영향을 미칠 가능성 또는 위험성을 말한다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결, 대법원 2019. 10. 18. 선고 2015두370 판결 등 참조).

이와 같이 위계에 의한 고객유인행위를 금지하는 취지는 위계 또는 기만행위로 소비자의 합리적인 상품선택을 침해하는 것을 방지하는 한편, 해당 업계 사업자 간의 가격 등에 관한 경쟁을 통하여 공정한 경쟁질서 또는 거래질서를 유지하기 위한 데에 있다. 따라서 사업자의 행위가 불공정거래행위로서 위계에 의한 고객유인행위에 해당하는지를 판단할 때에는, 그 행위로 인하여 보통의 거래 경험과 주의력을 가진 일반 소비자의 거래 여부에 관한 합리적인 선택이 저해되거나 다수 소비자들이 궁극적으로 피해를 볼 우려가 있게 되는 등 널리 업계 전체의 공정한 경쟁질서나 거래질서에 미치게 될 영향, 파급효과의 유무 및 정도, 문제 된 행위를 영업전략으로 채택한 사업자의 수나 규모, 경쟁사업자들이 모방할 우려가 있는지, 관련되는 거래의 규모, 통상적 거래의 형태, 사업자가 사용한 경쟁수단의 구체적 태양, 사업자가 해당 경쟁수단을 사용한 의도,

그와 같은 경쟁수단이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 허용되는 정도를 넘는지, 계속적·반복적인지 등을 종합적으로 살펴보아야 한다(대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047 판결, 대법원 2019. 10. 18. 선고 2015두370 판결 등 참조).

나. 자기가 공급하는 상품 또는 용역에 관한 것인지 여부

원심은, 그 판시와 같은 이유로 이 사건 행위는 원고의 ◇◇◇스토어를 통해 판매되는 상품에 관한 행위로서 원고가 공급하는 상품 등에 관한 행위라고 판단하였다.

관련 법리에 비추어 살펴보면, 원심 판단에 상고이유 주장과 같은 '자기가 공급하는 상품 또는 용역'에 관한 법리오해 및 이유모순의 잘못이 없다.

다. 위계로 거래에 관한 사항에 관하여 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 고객을 오인시켰는지 여부

1) 원심의 판단

원심은, 비교쇼핑서비스의 성격상 원고는 원고에게 유리하게 검색 알고리즘을 임의로 조정하여서는 안 되고, 노출 순위는 검색 질의에 대한 해당 상품의 적합도와 밀접하게 관련되어 있어 소비자에게 우량의 또는 유리한 상품으로 인식된다는 것을 전제로, 원고가 노출 순위와 첫 페이지에의 노출 여부를 인위적으로 변경한 행위는 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 내용이나 거래조건 기타 거래에 관한 사항에 관하여 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 고객을 오인시킨 행위에 해당한다고 보았다.

또한 원심은, 원고가 소비자에게 최적의 상품 검색결과를 제공한다는 비교쇼핑서비스의 본래의 목적과 용도에 맞게 검색 알고리즘을 설계하여야 하는데, 이용자의 필요가 아니라 ◇◇◇스토어 입점상품인지 여부를 기준으로 ○○○쇼핑 검색결과에의 노출

순위를 조정 한 것은 위계에 해당하고, 고객을 오인시킬 우려가 있는 행위에 해당한다고 판단하였다.

2) 대법원의 판단

그러나 이와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

가) 원고가 자기가 공급하는 상품 또는 용역을 경쟁사업자가 공급하는 상품 또는 용역과 동등하게 대우할 의무가 비교쇼핑서비스의 성격에서 직접 도출된다고 보기 어렵다.

결국, 사업자는 자신의 가치판단과 영업전략을 반영하여 상품정보의 노출 여부 및 노출 순위를 결정하는 검색 알고리즘을 설계할 수 있고, 원고가 이러한 구체적 가치판단이나 영업전략까지 소비자나 외부에 공지해야 한다고 볼 수 없다. 다만 그 검색 알고리즘이 위계 또는 기만행위에 해당하여 소비자의 합리적인 상품선택을 침해할 우려가 있거나 공정한 경쟁질서 또는 거래질서를 훼손할 우려가 있는 경우에는 그 범위에서 위법성이 인정될 수 있다.

이러한 점을 고려할 때, 원고가 ◇◇◇스토어 입점상품인지 여부에 따라 ○○○쇼핑 검색결과 노출 순위가 조정되도록 검색 알고리즘을 설계하였다는 이유만으로 곧바로 위계에 해당한다고 볼 수는 없다.

나) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 따르면, 원고가 문제되는 검색 알고리즘에 따른 검색결과를 '○○○쇼핑 랭킹순'이라 표시하면서 그 정렬 기준에 대하여 '적합도 지수, 상품의 인기도/신뢰도 지수 등을 점수화하여 정렬'한다는 점과 이들 각 지수의 산정 시 고려되는 여러 요소를 소비자들에게 안내한 사실, 원고가 '낮은 가격순', '높은 가격순', '등록일순', '리뷰 많은 순'과 같은 다른 기준에 따른 검색결과도 별도로 제공한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 안내를 통하여 보통의 거래 경험과 주의력을 가진 일반 소비자들은 '○○○쇼핑 랭킹순' 정렬이 단순히 상품 자체의 속성만을 기준으로 삼아 상품 간 우량 또는 유리함이 비교되어 노출된 것이 아님을 알 수 있었을 것으로 보인다. 한편 별도 검색결과와 제공행위는 소비자의 선택을 보조하기 위한 것으로 보인다. 이러한 점 등을 감안할 때, 이 사건 행위가 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 허용되는 정도를 넘어, 소비자의 상품 또는 용역의 선택에 영향을 미칠 가능성 또는 위험성이 인정된다고 단정하기 어렵다.

결국, 이 사건 행위로 인하여 ◇◇◇스토어 입점상품의 노출 순위가 상대적으로 상승하였다고 하더라도, 일반 소비자들이 ◇◇◇스토어 입점상품이 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 오인하였거나 오인할 우려가 있었다고 보기는 어렵다.

다) 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 행위가 위계로 고객을 오인시킬 우려가 있었다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 위계에 의한 고객유인행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 원고의 제4 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 불공정거래 차별행위 관련 상고이유에 대하여

가. 관련 법리

구 공정거래법 제23조 제1항 제1호 후단 및 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제2호 (나)목의 '거래조건차별'에 해당하기 위해서는 특정사업자에 대한 거래조건이나 거래내용이 다른 사업자에 대한 것보다 유리 또는 불리하여야 할 뿐만 아니라 그 유리 또는 불리한 정도가 현저하여야 하고, 또 그렇게 차별취급하는 것이 부당한 것이

어야 한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결 참조).

나. 판단

1) 원심은 그 판시와 같은 이유로, 원고가 이 사건 행위로 검색 알고리즘을 ◇◇◇스토어 상품에 유리하게 조정함으로써 ◇◇◇스토어 입점사업자와 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자를 차별취급하였고, 이 사건 행위로 인한 ◇◇◇스토어 상품과 기타 오픈마켓 상품의 노출점유율의 차이 등에 비추어 그 차별의 정도가 현저하다고 보았다.

나아가 원심은, 원고가 의도적으로 자사의 ◇◇◇스토어 상품의 우선 노출을 유도한 이상 이는 비교쇼핑서비스의 존재 의의에 반하는 것으로서 부당하고, 그 결과 ◇◇◇스토어의 점유율이 증가하였으므로 오픈마켓 시장에서의 공정한 경쟁이 저해되어 이 사건 행위에 부당성이 인정된다고 판단하였다.

2) 그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 원고에게 원고가 제공하는 상품 또는 용역과 타사가 제공하는 상품 또는 용역을 동등하게 대우하도록 요구할 법령상 근거는 없다. 이러한 사정에 앞서 2. 나. 3)의 나)항에서 살핀 내용을 아울러 감안하면, 이 사건 행위로 인하여 피고가 주장하는 '경쟁제한의 효과가 생길 만한 구체적인 우려'가 충분히 증명되었다고 보기 어렵다. 이는 시장지배적 지위 남용 차별행위의 성립요건으로 요구되는 부당성의 정도와 불공정거래 차별행위의 성립요건으로 요구되는 부당성의 정도에 차이가 있을 수 있다는 점을 감안하더라도 마찬가지이다.

한편 앞서 살핀 바와 같이 원고가 '○○○스토어 랭킹순'에 따른 검색결과 외에 '낮은 가격순', '높은 가격순', '등록일순', '리뷰 많은 순'과 같은 다른 기준에 따른 검색결과도 별도로 제공하고 있는 점을 감안하면, 원심이 판시한 사정만을 들어 차별의 현저성을 인정하기도 어렵다.

3) 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 행위가 불공정거래 차별 행위에 해당한다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 불공정거래 차별행위의 현저성 및 부당성에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 원고의 제2, 3 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 결론

그러므로 원고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	엄상필
-----	-----	-----

주 심	대법관	오경미
-----	-----	-----

대법관	권영준
-----	-----

대법관	박영재
-----	-----