제2장 시장지배적 지위의 남용금지

제1절 독과점 규제의 근거

1. 독과점 규제의 근거

・긍정적인 측면 : 규모의 경제 economy of scale 실현 -> 효율성제고
=> 경제성장촉진 및 소비자복지증대

・부정적인 측면 : 시장지배력 market power 남용(가격인상, 경쟁사업자의 행동억제)
=> 소비자 권익 침해

2. 독과점 시장구조의 현황

- 우리나라의 경우 정부주도 경제개발 계획의 결과 모든 시장에서 독과점화가 진행되었으며, 그 후에도 독과점적 시장구조가 지속되고 있다.

cf) 시장지배적 사업자 기준에 의한 시장집중도 CR3 (2009년 공정위 자료)
- 광업・제조업 전체 평균 : 45.0 % (시장규모를 고려한 가중평균 : 55.4%)
- 43개 독과점 분야의 평균 : 93.6 % (정유, 승용차, 담배 화약, 위스키, 커피, 설탕 등)
- 10대 그룹의 계열사가 전체 상장사 매출맥의 50% 이상

제2절 시장지배적 지위의 남용금지

1. 시장지배적 사업자의 의의

・시장지배적 사업자란 시장지배력 market power을 가진 사업자를 의미. 즉 이들은 시장을 주어진 조건으로 받아들이는 아니라 시장의 행태나 성과에 영향을 미칠 수 있는 사업자를 말한다.

(1) 독규법상의 규정(법 제2조 제7호)

> **법 2조 7호** 시장지배적사업자"라 함은 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격・수량・품질 기타의 거래조건을 결정・유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모등을 종합적으로 고려한다.

・한편 일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 **40억원 미만인 사업자는 제외**하는데, 이는 국민경제에 큰 의미가 없는 사업자이기 때문이다.(법 §4 본문)
・당해 사업자와 그 계열회사는 하나의 사업자로 본다.(령 §4 ③)

(2) 요건

시장지배적 사업자는 ① '일정한 거래분야'에서 ② '시장지배력' 유무에 의해 판단.

1) 일정한 거래분야 (관련시장)

> **법 제2조 8.** "일정한 거래분야"라 함은 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다.

- 독점규제법상 경쟁제한적인 행위를 규제하기 위해서는 경쟁에 영향을 미치는 범위, 즉 일정한 거래분야가 전제되어야 한다.
- 관련시장이란 당해 상품이나 용역이 기능(효용)이나 가격 등에서 서로 대체가능성이 있는 것으로 인정될 수 있는 시장을 의미한다.
- 일정한 거래분야의 획정은 상품적 요소로 구성되는 상품시장과 지리적 요소로 구성되는 지역시장에 기초.
- **상품시장** 은 수요와 공급에 있어서 대체가능성(상품의 기능과 효용의 유사성 혹은 호환성)에 의해 결정 - 대체가능성에는 소비대체 뿐만 아니라 생산대체 (단기간의 생산이 가능하여야 하는 점에서 시장진입과 구별)를 함께 고려-
- **지역시장** 은 사업자에게 적용되는 경쟁조건의 동일성(대체구매지역)에 의하여 결정.
- **단계시장** 은 제조, 도매, 소매로 구별
- 일정한 거래분야의 범위가 확대됨에 따라 시장구조는 독점·과점·경쟁형으로 변모하며, 따라서 경쟁제한성에 대한 판단도 차이가 나게 된다.

2) 시장지배력의 존재

- 시장지배력이란 시장가격을 '경쟁적 시장가격' 이상으로 올릴 수 있는 힘을 의미하여, 이는 가격을 인상하여도 시장수요가 저하되지 않는 범위 내에서 의미를 가진다.
- 시장지배력의 존재를 판단하는 기준은 일반적으로 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등이 제시되고 있다.

(3) 시장지배적 사업자 추정제도

- 시장지배력 판단의 절차상 어려움을 덜어 줌으로써 규제의 실효성을 제고하려는 목적.

> **법 4조** 일정한 거래분야에서 시장점유율이 다음 각호의 1에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)는 제2조 제7호의 시장지배적 사업자로 추정한다.
>
> 1. 1사업자의 시장점유율이 100분의 50이상
> 2. 3이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75이상. 다만, 이 경우에 시장점유율이 100분의 10미만인 자를 제외한다.

2. 남용행위의 금지(법 제3조의 2)

(1) 제도의 취지

· 우리 독점규제법이 폐해규제주의를 채택하고 있는 이상 시장지배적 지위의 형성에 대한 일률적인 비난이 가능성이 없음.
· 남용행위란 시장지배적 사업자가 유효한 경쟁이 이루어지고 있는 시장에서는 있을 수 없는 행위를 함으로써 경쟁사업자 또는 거래상대방에게 피해를 입히는 행위.
· 남용행위의 유형과 기준을 위해 시행령과 시장지배적 지위남용행위 심사기준 이 있다.
· 규제실적은 미비한 편이다.

(2) 남용행위의 유형

① 부당한 가격결정

· 시장지배적 사업자의 가격결정 자체가 아니라, 수요공급의 원칙에 반하는 가격결정의 부당성이 존재하는 경우(가격형성의 부당성)와 시장지배적 지위의 유지와 강화를 목적으로 행해지는 가격결정.

· 부당성 판단 : 유효경쟁이 이루어지고 있는 시장에서의 가격 형성과 비교해서 판단. 우리의 경우는 지경학적 조건으로 인해 마땅히 비교할만한 시장이 존재하지 않기 때문에 판단의 구체적 기준을 시행령에 규정하고 있다.

> **영 5조 1항** 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)제1항제1호의 규정에 의한 가격의 부당한 결정·유지 또는 변경은 정당한 이유없이 상품의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사업종의 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우로 한다.

<규제사례>

> **공정위 1992. 1. 15, 921 의결, 9111 독 759**에서 공정거래위원회는 해태제과(주)가 제품의 용량을 감소시켜서 가격을 인상한 것과 동일한 결과를 초래한 행위에 대하여 비스켓류 시장에서 자기의 시장지배적 지위를 남용하여 가격을 인상한 행위로 보고 있다.
>
> **공정위 2001. 3. 28 의결, 2001독점0280**에서 현금서비스 수수료율, 할부수수료율 및 연체이자율을 인상한 후, 자금조달금리, 연체율 및 대손율이 상당기간 하락하였음에도 불구하고 시장지배적 지위를 남용하여 더 높거나 거의 같은 수준에서 유지하고 있는 것을 남용행위에 해당한다고 판단하였다.

② 부당한 출고조절

· 출고조절이란 상품의 생산 또는 용역의 제공을 중단·감축하거나 출고를 조절하는 행위로서, 부당한 조절행위가 규제대상이다.
· 부당성 판단 : 조절행위가 통상적 수준에서 이루어지는 경우에는 문제가 되지 않으며, 통상적인 수준을 현저하게 벗어나 가격의 인상이나 하락의 방지에 중대한 영향을 미치거나

수급의 차질을 초래할 우려가 있는 경우에는 부당한 출고조절행위에 해당한다.

<규제사례>

공정위 1998년 외환위기 당시 제일제당이 대두유의 출고량을 감소시키고 재고량을 증가시킨 후, 1월 설 특수시에 인상된 가격으로 판매하여 큰 이득을 취한 사건에서 남용행위로 판단(**대법원**은 가격에 중대한 영향 내지 수급차질의 영향을 미치지 않았다는 이유로 **부정**). 유사사례) 1998년 남양유업 조제분유 사례

=> 가격결정과 출고조절은 경영사항에 대한 직접적인 규제로서 부적절 하며, 가격정책의 수단으로 이용된 측면이 있음.

③ 부당한 사업활동방해

· 시장지배적 사업자가 시장지배적 지위를 이용하여 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위를 말한다.

· 다른 사업자는 당해 시장지배적 사업자와 경쟁관계에 있는 사업자 또는 거래상대방을 의미한다.

<규제사례>

공정위 1993. 7. 22 의결, 9306독343에서 공정거래위원회는 동양맥주주식회사가 인천지역 혼판도매장에 조선맥주(주)의 신제품이 출하되자, 자사의 제품 공급을 중단하고 조선맥주(주)의 신제품의 반품을 요구한 것에 대하여 조선맥주(주)와 혼판도매장의 사업활동을 방해한 것으로 판단.

* 공정위는 2001년 포스코가 현대하이스코에게 냉연강판 제조원료인 열연코일의 공급을 거절한 것을 남용행위에 해당한다고 판단. => 대법원은 시장지배적 지위남용 금지규정의 입법취지에 따라 단순히 상대방에게 사업상의 곤란을 준 것만으로는 부족하고, 시장에서의 독점의 유지·강화의 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한효과가 발생할 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위의 경우에 **부당성**을 인정(대법원 2007. 11. 22, 2002두8626)

④ 신규진입방해

· 시장지배적 사업자가 시장지배적 지위를 유지하기 위해서 새로운 경쟁사업자가 시장에 참가하는 것을 부당하게 방해하는 행위를 말한다. 새로운 경쟁사업자란 시장지배적 사업자가 참여하고 있는 상품이나 용역시장 및 유사상품 및 유사용역시장에 새로이 참가하거나 참가하려는 사업자를 말한다.

· 부당성 판단 :

영 5조 4항 법 제3조의2 제1항 제4호의 규정에 의한 새로운 경쟁사업자의 참가에 대한 부당한 방해는 직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 경우로 한다.

1. 정당한 이유없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위
2. 정당한 이유없이 기존사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 권리(지적재산권/ 인허가권)등을 매입하는 행위
3. 정당한 이유없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위
4. 제1호 내지 제3호외의 부당한 방법으로 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위(신규사업자와 거래관계에 있는 사업자에 대한 거래거절, 신규진입 절차방해)

⑤ 부당한 경쟁사업자 배제 또는 소비자이익의 현저한 저해

- 앞의 네가지 유형 외에 지위남용행위에 해당하는 행위를 포괄적으로 규정한 것으로서 동법의 적용에 있어 보충적인 역할.
- 시장지배적 사업자가 시장지배적 지위를 이용하여 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위해서 거래하거나, 다른 시장에 진입하여 그 시장의 경쟁질서를 교란하는 행위를 할 수 있고, 거래조건 등을 일방적으로 자신에게 유리하도록 설정하여 소비자의 이익을 침해하는 경우를 말한다.

- 규제사례

공정위 1994. 10. 5 의결, 9404 독점 241에서 공정거래위원회는 한국방송광고공사가 ① 계열사 신탁분과 비계열사신탁분에 따라 광고업무대행서비스에 대한 대가를 차등지급한 것과 ② 광고주가 광고회사와 광고대행계약을 체결함에 있어 2개 회사 이하로 상대방을 제한한 것에 대하여 방송광고시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 보았다.

3. 지위남용에 대한 제재

(1) 행정적 제재

1) 시정조치(§5)

- 사업자의 고의·과실을 묻지 않는다.

① 가격인하명령 : 공정거래위원회는 시장지배적 사업자의 부당한 가격결정에 대해서 가격인하를 명령할 수 있는데, 가격인하명령에서 가격은 시장에서 결정되어야 하기 때문에 공정거래위원회가 구체적인 가격을 정하여 시정조치를 하지 않는다.

② 시정명령을 받은 사실의 공표 : 헌법재판소는 2002년 **'법위반사실의 공표'**에 대하여 헌법상 과잉금지 위반, 무죄추정의 원칙에도 반한다는 이유로 위헌결정 이후 시정명령을 받은 사실의 공표로 변경.

[헌법재판소 전원재판부 2002.1.31. 2001헌바43 위헌] 소비자보호를 위한 보호적, 경고적, 예방적 형태의 공표조치를 넘어서 형사재판이 개시되기도 전에 공정거래위원회의 행정처분에 의하여 무조건적으로 법위반을 단정, 그 피의사실을 널리 공표토록 한다면 이는 지나치게 광범위한 조치로서 앞서 본 입법목적에 반드시 부합하는 적합한 수단이라고 하기 어렵다. '법위반으로 인한 시정명령을 받은 사실의 공표'에 의할 경우, 입법목적을 달성하면서도 행위자에 대한 기본권 침해의 정도를 현저히 감소시키고 재판 후 발생가능한 무죄로 인한 혼란과 같은 부정적 효과를 최소화할 수 있는 것이므로, 법위반사실을 인정케 하고 이를 공표시키는 이 사건과 같은 명령형태는 앞서 본 기본권을 과도하게 제한하는 것이 된다.
공정거래위원회의 고발조치 등으로 장차 형사절차내에서 진술을 해야할 행위자에게 사전에 이와 같은 법위반사실의 공표를 하게 하는 것은 형사절차내에서 법위반사실을 부인하고자 하는 행위자의 입장을 모순에 빠뜨려 소송수행을 심리적으로 위축시키거나, 법원으로 하여금 공정거래위원회 조사결과의 신뢰성 여부에 대한 불합리한 예단을 촉발할 소지가 있고 이는 장차 진행될 형사절차에도 영향을 미칠 수 있다. 결국 법위반사실의 공표명령은 공소제기조차 되지 아니하고 단지 고발만 이루어진 수사의 초기단계에서 아직 법원의 유무죄에 대한 판단이 가려지지 아니하였는데도 관련 행위자를 유죄로 추정하는 불이익한 처분이라고 아니할 수 없다.

2) 과징금(§6)

① 의의 : 행정상의 의무를 위반하거나 이행하지 않는 자에 대하여 행정청이 부과는 금전적인 제재이다.
② 법적 성질 : ⅰ) 부당이득의 환수목적, ⅱ) 행정제재목적으로 나뉘며, 독점규제법상으로는 이 두 가지 성격이 모두 있는 것으로 본다.(-> 과잉금지 위반의 문제점 내포)
③ 부과기준
- 매출액의 100분의 3 또는 10억원을 초과하지 아니하는 범위

(2) 사법적 제재 : 손해배상(§56)

① 독점규제법상 손해배상의 의의
독점규제법상의 손해배상은 기본적으로 동법 위반행위로 인하여 손해를 본 자가 가해자로부터 그 **손해의 전보**를 받는 것을 의미하며, 간접적으로는 동법 **위반행위를 억제**함으로써 경쟁정책의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서의 의미도 갖는다. 특히 미국의 경우 독점금지법 위반사건의 90%가 손해배상제도를 통하여 구제되고 있어 후자의 중요성이 강조되고 있다.

② 규정의 내용

・독점규제법은 사업자 또는 사업자단체가 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자에게 손해배상책임을 인정. 다만 사업자 등은 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 책임을 부담하지 않는다.

=> 법률에 의한 **'입증책임의 전환'**(가해자의 입증책임)

・ 법원은 소제기후 공정거래위원회에 관계서류의 송부를 요구할 수 있다(법 제56조의 2).

③ 손해액 인정제(§57)

・독점규제법상의 손해배상책임도 불법행위책임의 일종이기 때문에 사업자 등의 위법행위가 있고(위법성과 귀책성), 손해의 발생, 위법행위와 손해 사이의 인과관계를 요한다. 다만 손해의 발생은 인정되나 구체적인 손해액의 입증이 곤란한 경우 법원은 변론의 취지와 증거조사의 결과를 기초로 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

(3) 형사적 제재 : 벌칙

① 지위남용행위(법 제66조 제1호): 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하 벌금(병과가능)

② 시정조치불응(법 제67조 제6호): 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하 벌금

=> 이상의 벌칙은 공정위의 고발이 있어야 가능(법 제71조 제6항 : 전속고발권)

③ 양벌규정(법 제70조)

- 법인의 대표자가 그 법인의 업무에 관하여 제66조부터 제68조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

제3절 독과점적 시장구조의 개선(법 제3조)

・ 시장구조의 개선을 위한 시책의 수립과 시행

・기존의 시장지배적 지위남용의 규제에 의해서도 독과점적 시장구조의 개선이 여의치 않았다는 점에 주목하여 경쟁적 시장구조로의 전환을 모색. 1996년 개정에 의하여 도입된 법 3조는 이러한 의지의 반영.

・다만 각종 산업분야에 대한 경쟁정책의 수립・시행은 당해 영업분야에 대한 주무관청의 감독권 및 입법관련 권한과 충돌할 개연성이 높다.