

미국의 시장지배적 지위 남용행위 규제제도

이석준

공정거래위원회 조사기획과 서기관

우리 공정거래법상의 시장 지배적 사업자의 지정·관리 제도의 실효성 문제가 계속적으로 제기되고 있다. 시장지배적 지위의 남용행위 규제는 경쟁법의 고유영역에 속하는 분야로 경쟁법을 보유한 나라에서는 어느나라에서나 시장 지배적 지위의 남용행위를 규율하고 있다.

기업결합 규제가 시장집중(독과점시장의 발생)을 억제하는 전형적인 구조규제제도라면 시장지배적 지위 남용행위 규제는 이미 형성된 독과점시장에서 독과점사업자의 남용행위를 규제하는 대표적인 행위규제제도이기 때문이다.

시장지배적 사업자는 관련 시장에서 이미 시장지배력을 보유하고 있는 상태에 있기 때문에 경쟁압력을 받지 않고 소비자의 후생증대와는 배치되게 자기의 이익을 극대화하는 방향으로 제품이나 용역가격을 결정하고 출고를 조절함으로써(한계수입과 한계비용이 일치하는 점에서 가격과 생산량 결정) 자원배분을 왜곡하고 소비자로부터 독과점업자에게로 부(富)를 이전하는 등의 시장질서를 교란할 위험이 크기 때문이다.

이렇듯 경쟁법을 보유한 나라들은 한결같이 시장지배적 사업자의 남용행위에 대한 규제제도를 가지고 있고 동제도를

활발히 운용하고 있지만 우리나라의 경우 지금까지 동제도를 적극적으로 운용해 오고 있지 못한 것이 현실인 것 같다. 이는 시장지배적 지위에 있는 기업들은 주로 대규모 기업집단소속 기업들이고 이들에 대해서는 보다 강력한 수단인 경제력집중 억제제도가 시행되고 있기 때문인 것으로 생각된다.

본고에서는 논란의 대상이 되고 있는 시장지배적 사업자 지정·관리제도 개선에 참고가 될 수 있도록 미국의 시장 지배적 지위 남용행위에 대한 규율정책을 소개하고자 한다. 그럼으로써 우리나라의 동제도 운용에 대한 정책적 시사점

을 도출해 보고자 한다.

우리나라의 시장지배적 지위 남용행위 규제제도는 시장 분석과 사전지정 제도의 유무, 시장지배적 지위의 남용행위 요건, 규율하는 남용행위의 유형, 시정조치내용 등의 면에 있어서 미국의 제도와 구별된다고 생각된다. 따라서 본고에서는 관련시장의 확정과 사전지정 여부, 시장지배적 지위 남용행위의 요건, 시장지배적 지위의 남용행위의 유형(가격남용행위) 순으로 미국의 제도를 소개하면서 우리나라의 제도와 비교해 보고자 한다.

관련시장의 확정과 사전 지정 여부

어떤 사업자의 시장지배적 지위 남용행위를 규제하기 위해서는 먼저 관련시장의 확정이 선결되어야 한다. 기업결합 규제에 있어서와 마찬가지로 시장확정은 남용행위 규제의 전제조건으로 매우 중요하다. 시장을 좁게 확정하느냐 넓게 확정하느냐에 따라서 당해 사업자가 시장지배적 지위에 있을 수도 있고 없을 수도 있기 때문이다.

일반적으로 미국, 캐나다, 영국 등 선진 각국에서는 시장을 상품(용역)시장과 지리적 시장으로 구분하고 상품시장 분석에 있어서는 수요와 공급의 대체탄력성을 가장 중요한 요소로 하고 기타 매몰비용(Sunk Cost), 진입장벽의 존재여부 등을 감안하여 시장을 확정하고 있다. 관련시장의 확정에 있어서는 기본적으로 기업결합의 심사시 적용하는 시장정의 방법을 사용하고 있다.

EU의 경우도 관련시장의 확정에 있어서 미국과 대체로 비슷한 접근을 하고 있다. 즉, 관련시장의 동일성 여부를 판정하는 가장 중요한 요소로 수요와 공급의 대체가능성(substitutability)을 고려하고 있다. 즉, 기본적으로 어떤 제품의 수요와 공급에 있어서 조건의 변화가 다른 상품의 수요와 공급으로의 대체를 어느정도 초래하느냐에 따라 동일시장 여부가 결정되는 것이다.

집행위는 관련시장을 정의하는데 있어서 단기개념에 기초를 두고 있다. 따라서 기술발전이나 소비자 기호변화 등은 장기적인 고려요소로 보고 있다.

이에 반해 우리나라에서는 관련시장을 “한국표준산업분류”상의 8단위 품목을 기본적으로 동일시장으로 보고 매출액, 시장점유율 등을 산정하여 시장지배적 사업자를 지정·관리하고 있다. 즉, 미국의 경우 관련시장 확정에 있어서 재화와 용역의 대체관계 등 경제분석이 중요한 비중을 차지하는데 반해, 우리나라의 경우 선형적으로 결정된 시장을 전제로 하고 있으며 시장확정에 있어서 수요·공급의 대체관계, 진입장벽 등이 거의 고려되지 않고 있다는 점에서 기본적으로 다르다.

또한 시장확정에 있어서 미국의 경우 시장지배적 지위 남용행위로 판단되는 구체적 행위가 발생한 후에 동행위가 시장지배적 지위 남용행위에 해당되는지 여부를 판단하는 반면에 우리나라의 경우 사전적으로 시장지배적 사업자를 정해놓고 그러한 사업자가 남용행위를 하는 경우 규제하는 시스템이다.

우리나라의 경우 미국과 달리 국내총공급액이 500억 이상인 시장만을 고려대상으로 하여 매년 막대한 행정력을 동원하여 시장지배적 사업자



와 시장지배적 품목을 지정하여 관리하고 있는데(96년의 경우 140개 품목, 326개 사업자를 지정), 지금까지 시장지배적 사업자에 대한 규제실적이 적어 이러한 지정제도의 실효성에 대한 비판이 제기되고 있다.

시장지배적 지위의 남용행위 요건

미국에서는 셔먼법 제2조 monopolization조항을 근거로 하여 독점화의 기도와 시장지배적 지위의 남용행위를 규율하고 있는데, 동법에서는 남용행위의 요건 등에 대해 구체적 내용을 담고 있지 않으며 판례를 통해 발전되어 오고 있다. 미국 대법원은 United States v. Grinnel Corp. 사건에서 독점적 지위의 남용행위가 구성되기 위한 조건으로 (1)관련시장에서 독점력(monopoly power)의 보유와 (2)기술혁신이나 경영합리화 등을 통한 결과가 아닌 독점력의 악의적인(willful) 취득 또는 유지 등 두 가지 요소를 제시하고 있다.

어떤 사업자가 독점력을 보유하고 있는지 여부는 가격통

제력을 보유하고 있다거나 경쟁사업자를 시장에서 몰아낼 수 있는 지위에 있는지에 의해 결정되는데 현실적으로 이를 증명할 직접적인 증거를 발견하기가 어렵기 때문에 미법원은 일반적으로 간접적인 증거인 시장점유율에 의해 독점력의 보유 여부를 판단하고 있다.

United States v. E.I. Du Pont Nemours & Co.사건에 대한 판결에서 미대법원은 독점력을 “관련시장에서 제품가격을 조절하고 부당하게 경쟁을 제한하는 힘”이라고 정의하고 그러한 힘의 존재여부는 우월한 시장점유율(predominant share of market)으로부터 추정된다고 판단하였다. 그리고 Aluminum Co.사건에서 미대법원은 90%의 시장점유율은 그러한 독점력의 보유를 충분히 증명하지만 60~64%의 점유율로는 독점력을 구축했다고 확신할 수 없고, 30%의 점유율은 명백히 부족하다고 판시했다.

독점력을 보유했다고 판단하려면 최소한 50~60%의 시장점유율이 있어야 된다는 것이 법원의 견해다. 하지만,

이와같은 시장점유율 기준의 접근방법은 관련시장의 확정이 100% 완벽하게 되어있는 것을 전제로 한다.

이를테면, Du Pont사 사건의 경우 셀로판시장이 문제가 되었는데, 관련제품 시장을 “변형가능한 모든 포장용기(all flexible packaging materials)”라고 넓게 확정한다면 Du Pont사의 시장점유율은 20%에 불과하게 되고 관련시장을 단순히 셀로판에 국한하게 된다면 시장점유율이 75%까지 이르게 된다.

어느 정도의 시장점유율을 가질 때 시장지배적 지위에 있다고 볼 수 있느냐의 문제에 대해 미국이 일반적으로 80% 이상의 시장점유율을 가져야 시장지배적 지위에 있다고 보는데 반해, EU에서는 미국과 달리 어떤 기업이 40~45%의 시장점유율을 보유하고 있더라도 시장지배력(독점력)을 보유하고 있다고 보고 있으며 20~40%의 시장점유율을 가지는 경우라도 시장지배력이 없다고 단정할 수 없다고 판단하고 있다.

최근의 미국판례는 독점력의 보유여부 판단에 있어서 시장점유율뿐만 아니라 관련

제품의 수요의 교차탄력성 분석을 전제로 하는 경쟁저해효과(detrimental market effects)도 중요한 판단기준으로 고려하고 있다.

이에 따르면 독점력이란 “생산량을 줄이면서 경쟁적인 시장에서 결정되는 가격이상으로 가격을 올릴 수 있는 능력”이기 때문에 독점력의 보유여부는 수요의 교차탄력성, 진입장벽의 유무 및 정도, 비용감소를 초래하는 기술개발, 규모의 경제, 제품의 동질성 정도, 잠재적 경쟁 등을 고려해서 결정해야 한다는 것이다. 또한 어떤 시장에서 초과이윤을 계속적으로 얻고 있다면 독점력을 보유하고 있다고 간주하고 있다.

이와같은 기준에 의할 경우 어떤 기업이 제품의 시장점유율은 50%에 불과하지만 가격을 10% 이상 올렸는데도 상당기간동안 수요량의 감소가 없었다면 동시장에서 교차수요가 비탄력적이며 그만큼 독점력을 보유하고 있다고 볼 수 있는데 반해, 반대로 어떤 기업의 시장점유율이 60% 이상이라고 하더라도 국제간 교역장벽이 해소되어 있고 시장에 아무런 진입장벽이 없는

상태라면 가격의 미세한 인상이 수요의 대폭적인 감소를 초래할 수 있기 때문에 독점력이 있다고 단정하기는 곤란하다는 것이다.

미국법원은 최근에는 진입장벽의 존재여부를 시장점유율 다음으로 가장 중요한 판단요소로 보고 있다.

미국의 경쟁법 집행기관은 사업자가 이와같은 독점력을 보유하고나 취득하였다고 하여 바로 남용행위로 규제하지 않는다. 셔먼법 제2조에서 규정하는 독점력의 남용행위 구성요건에 해당하기 위해서는 그러한 독점력의 보유이외에 독점력을 획득·사용·유지하려는 고의나 악의 등의 주관적인 의도가 있어야 한다.

United States v. Grinnel 사건에서 미대법원은 독점력 남용의 요건으로 독점력 이외에 이러한 경쟁사업자를 배제하려는 제2의 주관적 요건을 제시하면서 기술개발이나 창조적 경영, 자연독점 등의 정상적이거나 자연적인 결과로 발생하는 독점력의 취득, 유지, 행사에는 동조항이 적용되지 않는다고 판시하였다.

위에서 살펴본 바와같이 미국의 경우 어떤 사업자가 시

장지배적 지위에 해당하기 위해서는 높은 시장점유율을 보유하고 있고 수요의 교차탄력성, 진입장벽, 대외시장 개방, 재화의 동질성 여부 등을 고려했을 때 독점력을 보유하고 있어야 한다. 그리고 남용행위에 해당하려면 여기에 제2의 요소로 경쟁사업자를 배제하려는 주관적 의도가 있어야 한다. 우리나라의 경우에도 시장지배적 사업자로 지정하려면 1사의 시장점유율이 50% 이상이거나 3사 이하의 시장점유율이 75% 이상에 해당되어야 하는 등의 시장점유율이 가장 중요한 선정기준이 되어야 한다는 점에서는 비슷하지만 수요의 교차탄력성, 진입장벽, 대외시장 개방, 재화의 동질성 여부 등의 질적인 요소가 많이 고려되지 않고 있는 점에서는 다르다고 할 수 있다.

규제대상 남용행위의 유형 - 가격규제를 중심으로

독점력을 보유하고 있는 기업이 경쟁사업자를 배제하려는 경쟁제한적인 행위(exclusionary)를 하는 경우 규제대상이 된다. 그러한 행위유형

으로는 배타적 거래, 거래저절, 핵심필수생산요소의 제공 거부 등 여러 행위양태가 이에 해당되지만 주목할 만한 사항은 독점력의 취득행위가 규제대상이 되는지 여부와 가격 남용행위에 대한 규제여부이다.

미국의 경우 독점력의 취득 자체까지도 남용행위의 하나의 유형으로 규제하는데 반해 우리의 경우 독점력의 취득보다는 시장지배적 위치에 있는 사업자의 남용행위를 규율하는데 중점을 두고 있다.

남용행위 유형중 가격 남용행위의 규제문제가 OECD 등에서 논란의 대상이 되고 있으며 우리나라에서도 제도개선이 논의되고 있다. 독점사업자가 한계비용 이상으로 가격을 부과하는 경우 그러한 독점가격설정행위는 최적생산량을 하회하는 생산결정으로 자원배분의 비효율을 초래하고 바람직스럽지 못한 방향으로 부를 이전시키는 결과를 초래하기 때문에 규제를 해야 한다는 주장이 설득력을 가질 수도 있지만 미국법하에서는 독점사업자가 높은 가격을 부과한다는 사실만으로 처벌하지는 않는다.

높은 가격의 부과는 시장에 신규사업자의 진입을 촉진시킬 수 있기 때문에 독점사업자로 하여금 신규진입을 봉쇄할 수 있을 정도의 가격을 설정하도록 유도하는 정책은 최선의 정책이 아니라고 보기 때문이다. 또한 정책당국에서 적정가격을 판단하는 것이 어렵고 자칫하면 오히려 시장질서를 교란할 우려가 있기 때문이다. 따라서 미국에서는 정상이윤 이상의 초과이윤을 누리고 있는 경우 독점력을 보유하고 있다는 하나의 징표로 의미를 부여하고 있다.

EU의 경우에는 서면법 제2조와는 달리 로마조약 제86조에서 가격 남용행위를 규제한다고 규정하고 있는 점에서 미국과 다르다. 하지만 실제로는 동조항을 근거로 가격 남용행위를 규제한 예가 거의 없다. 따라서 가격 남용행위 규제에 대해서는 실제로는 미국과 EU가 같은 입장이라고 볼 수 있으며 영국의 경우도 EU와 마찬가지로이다.

약탈가격행위에 대해서도 미국의 법원은 신중한 입장을 보이고 있다. 법원은 단순히 독점사업자의 가격이 너무 낮다는 경쟁사업자의 주장을 잘

받아들이지 않고 있다.

우리나라의 경우 공정거래법 제3조에서 가격 남용행위를 남용행위 유형의 하나로 규정하고 있지만 실제로는 동조항을 운용한 사례는 거의 없다. 이는 가격 남용여부를 판단하는 것 자체가 어렵기 때문일 것으로 판단된다. 가격 남용행위의 규제문제에 있어서 우리의 경우 미국과는 조금 다른 각도에서 볼 필요가 있다. 그것은 미국의 경우 시장에 진입장벽이 거의 없기 때문에 초과이윤이 발생하게 되면 신규사업자의 시장진출이 자유롭게 이루어지는데 반해 우리나라의 경우 대내외 시장개방의 폭이 좁고 진입장벽이 존재하고 있어 지속적인 초과이윤을 누릴 수 있는 여지가 있기 때문이다.

따라서 우리의 경우 시장개방과 진입장벽이 상당 수준까지 해소될 때까지는 상징적이고 예방적 기능을 하고 있다고 판단되는 가격 남용행위 규제조항을 존치시킬 필요가 있다고 생각된다. 하지만 가격 남용행위가 누가 보아도 명백한 경우 이외에는 동조항의 적용에 신중을 기할 필요가 있다고 생각된다. ■