



시장지배적지위 남용금지제도의 시행에 대한 검토



김 득 현
변호사

우리나라에서 시장지배적지위 남용금지제도는 그 시행기간에 비추어 보면 아직도 초보적 단계라고 할 것이다. 따라서 완성된 제도로서 규제제도를 이해하기보다는 개선되어 가는 제도로서 이를 이해할 필요가 있다. 또한 본고에서는 구체적으로 규제제도의 시행 실적을 검토하고 그 오류들을 지적함으로써 향후의 개선방향에 대한 토대를 마련하고자 한다. 그 개선방향은 기본적으로 효율적인 규제제도를 시행하기 위하여 되도록 일관된 법체계를 제정·시행하자는 것으로 요약될 수 있을 것이다. 즉, 경제행위에 대한 규제 자체가 사회적 비용인 이상(즉 무효의 규제는 없다) 최소한의 비용으로 최대의 효과를 얻을 수 있는 효율적인 규제제도의 정비 및 시행이 사회적으로 바람직한 것임은 더 말할 나위도 없을 것이기 때문이다.

I. 서론

1. 시장지배적지위 남용금지제도의 의의

시장 지배적지위 남용금지제도는 기업들이 시장지배력을 남용함으로써 사회적으로 피해를 발생시키는 경우 이에 대하여 제재를 가하는 제도이다. 이처럼 우리나라는 시장지배력의 소유 자체는 원칙적으로 규제하지 않고, 단지 시장지배력을 남용함으로써 사회적으로 피해를 야기하는 행위만을 규제한다. 이와 같이 시장지배력에 의한 사회적 피해가 발생한 경우 이를 규제한다는 면에서 이를 사후적(ex post) 규제방식이라고 할 수 있다. 이러한 사후적 규제방식과 대비되는 규제방식으로는 시장지배력 남용행위로 인한 사회적 피해가 발생하기 전에 시장지배력을 규제하거나 또는 시장지배력을 형성하는 행위를 규제하

는 사전적(ex ante) 규제방식이 있다.¹⁾ 이와 같은 규제방식들의 차이는 시장지배력에 대한 사회, 경제적 가치관의 차이에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.

2. 시장지배적지위 남용금지제도의 시행에 대한 검토의 필요성

시장지배력 규제제도는 기업들의 경제활동에 대한 규제로서 사회적 비용을 동반하는 것이다. 특히, 우리나라 시장지배적지위 남용금지제도의 경우 그 행위자에 대하여는 행정적 제재 이상으로 형사적 제재²⁾까지 규정되어 있으므로 그것이 잘못 시행되는 경우 사회적인 손실은 막대한 것이라고 말할 수밖에 없다. 게다가 사후적인 규제 방식이라고 할 수 있는 시장지배적지위 남용금지제도의 경우에는 정확하고 효율적인 법집행을 통하여 시장지배적지위 남용행위를 억지한다고 하는 사고를 기본으로 하고 있는 것이어서 그 법집행의 시행에 대한 검토는 매우 중요한 것이다.

3. 시장지배적사업자의 불공정거래행위

시장지배적지위 남용금지제도의 시행과 관련하여 특이한 현상은 이른바 시장지배적사업자의 불공정거래행위에 대한 규제이다.³⁾ [표 1]은 1993년부터 1998년까지 시장지배적사업자에 의한 불공정거래행위의 규제실적을 나타내고 있는데, 같은 기간 시장지배적지위를 남용한 행위에 대한 규제실적보다 월등히 많았다.⁴⁾ 물론 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위는 시장지배력을 남용함으로써 시장에서의 경쟁을 침해한 행위인가? 아니면 단지 거래당사자들 사이에서 힘의 우열로 인하여 거래상의 공정함을 침해한 행위인가?로 구별되는 것이긴 하지만 실무상은 그 행위가 직접적인 경쟁상대방인 경우에는 시장지배적지위 남용행위로서 규제하는 경향이 있고, 그렇지 않은 경우에는 불공정거래행위로서 규제하는 경향이 있었다고 한다.⁵⁾ 그러나 이러한 실무경향이 어떠한 이론적 근거가 있었던 것은 아니므로, 만일 법률적용의 문제로만 따진다면 [표 1]의 불공정행위규제 중 시장지배적지위 남용행위로 규제될 사례들도 일부 있었을 것으로 보인다.⁶⁾

- 1) 독점화(monopolization)를 규제하는 미국 서면법의 경우 사전적 규제방식을 택하고 있다고 말할 수 있을 것이다.
- 2) 공정거래법은 시장지배적지위 남용행위를 한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(제66조제1항제1호).
- 3) 엄격하게 말한다면 시장지배적사업자로 사전지정된 사업자에 의한 불공정거래행위 규제실적이라고 할 것이다.
- 4) 1981년부터 2001년까지 시장지배적지위 남용행위로 공정거래위원회로부터 경고 이상의 시정조치를 받은 건수는 37건에 불과하였다. 이처럼 시장지배적지위 남용금지제도가 그 실적에 있어 저조하게 된 주요한 원인은 현재 공정거래위원회의 조사절차가 당사자들의 신고에 크게 의존하기 때문인 것으로 보인다. 즉, 1990년부터 1994년까지의 접수사건 10건 중 직권에 의한 사건건수는 6건이었으나, 그 후 1995년부터 2001년까지의 접수사건 49건 중 직권에 의한 사건건수는 8건에 불과하였고, 나머지는 모두 신고에 의한 것이었다. 공정거래위원회, 공정거래백서(2002) 참조.
- 5) 이규역·최희선, "시장지배적지위 남용금지제도의 운용방향", 법경제연구(Ⅱ), 한국개발연구원, 1995, pp. 45 참조.
- 6) 이규역·최희선, 전제논문, pp. 39에서는 이와 같은 현상이 발생한 이유 중 하나를 공정거래법 제5차 개정시 까지 시장지배적사업자 지위 남용행위에 대하여 과징금을 부과할 수 없었기 때문에 운용의 편의상(즉 과징금을 부과하기 위하여) 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위에 모두 해당되는 경우 불공정거래행위로 규제되는 경우가 있었다고 지적하고 있다.

[표 1] 시장지배적사업자의 불공정거래행위

(경고이상, 건)

| 위반유형 \ 년도 | '93 | '94 | '95 | '96 | '97 | '98 | 계 |
|-----------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 거래거절 | 1 | 1 | 4 | 1 | 6 | 4 | 17 |
| 차별적취급 | - | - | - | - | - | - | - |
| 경쟁사업자배제 | - | - | - | - | - | 1 | 1 |
| 고객유인 | - | - | - | - | - | - | - |
| 거래강제 | - | - | - | - | 2 | - | 2 |
| 거래상지위 | 37 | 14 | 59 | 31 | 36 | 1 | 178 |
| 구속조건부 | 1 | - | 1 | 1 | 1 | 1 | 5 |
| 사업활동방해 | - | - | 1 | - | - | 1 | 2 |
| 부당표시·광고 | - | - | 2 | - | - | - | 2 |
| 재판매가격유지 | 2 | 1 | - | - | - | - | 3 |
| 계 | 41 | 16 | 67 | 33 | 45 | 8 | 210 |

4. 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제실적의 유형별 검토

시장지배적지위 남용금지제도의 실적이 미미하긴 하나, 그 규제가 어떤 유형의 행위들에 대하여 어떤 형태로 이루어졌는지를 간략히 살펴보기로 한다. [표 2]는 시장지배적지위 남용행위의

유형별 규제실적을, [표 3]은 조치유형별 실적을 나타내고 있다. 이 표들에서 알 수 있는 것처럼, 시장지배적지위 남용행위는 시장지배적사업자가 타사업자의 사업활동을 방해하는 유형을 중심으로 이루어졌고, 그 제재수단으로는 시정명령이 주로 사용되었다.

[표 2] 위반유형별 규제실적

(경고이상, 건)

| 위반유형 \ 년도 | '81~'95 | '96 | '97 | '98 | '99 | '00 | '01 | 계 |
|------------|---------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|----|
| 가격남용 | 3 | - | - | - | 1 | - | 1 | 5 |
| 출고조절 | - | - | - | 3 | - | - | - | 3 |
| 타사업자사업활동방해 | 16 | 1 | 2 | 1 | 1 | - | 2 | 23 |
| 신규진입제한 | 2 | - | - | - | - | - | - | 2 |
| 기타소비자이익저해 | 2 | - | - | 1 | - | - | 1 | 4 |
| 계 | 23 | 1 | 2 | 5 | 2 | - | 4 | 37 |

[표 3] 조치유형별 규제실적

(경고이상, 건)

| 위반유형 \ 년도 | '81~'93 | '94 | '95 | '96 | '97 | '98 | '99 | '00 | '01 | 계 |
|-----------|---------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 시 정 명 령 | 11 | 1 | 1 | 1 | 2 | 4 | 1 | - | 3 | 24 |
| (과 징 금) | (-) | (-) | (-) | (-) | (-) | (3) | - | - | (2) | (5) |
| 시 정 권 고 | 3 | - | 2 | - | - | - | - | - | - | 5 |
| 경 고 | 5 | - | - | - | - | 1 | 1 | - | 1 | 8 |
| 계 | 19 | 1 | 3 | 1 | 2 | 5 | 2 | - | 4 | 37 |

한편, 형사적 제재와 관련하여서 보면, 공정거래위원회가 시장지배적지위 남용행위로 사업자를 형사고발 한 것은 1998년 3건⁷⁾이 고작인데, 이 사건들은 모두 약식명령에 의한 벌금으로 처리되었다.

차 개정(1999. 2. 5.)전까지 유지되었다. 이와 같은 사전지정제도하에서 공정거래위원회의 시장지배적사업자에 대한 판단은 당해 사업자가 시장지배적사업자로 지정·고시되어 있다는 점을 확인하는 것으로 충분하였다. 그러나 공정거래위원회의 심결례들을 보면, 시장지배적사업자로 지정·고시된 것만을 확인한 사례(공정거래위원회 1997. 11. 3. 의결 제97-156호, 1998. 6. 9. 의결 제98-112호) 보다는 시장지배적사업자로 지정·고시된 것 외에 여타 사실을 종합하여 당해 시장에서 실질적으로 시장지배적지위를 행사할 수 있는 사업자라고 판단한 사례나(공정거래위원회 1996. 3. 5. 의결 제96-34호)⁸⁾ 거래상대방에게 시장지배력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 판단한 사례(공정거래위원회 1993. 7. 22. 의결 제93-106호⁹⁾, 1995. 4. 1. 의결 제95-42호

II. 공정거래위원회의 심결례 분석

1. 시장지배적지위의 판단과 관련하여

(1) 사전지정제도하에서

사전지정제도는 공정거래법의 적용대상이 되는 시장지배적사업자를 시장점유율에 기초하여 사전에 지정·고시하는 것으로서 공정거래법 7

7) 시장지배력 남용행위 중 출고조절행위를 하였음을 이유로 남양유업(주), 제일제당(주), (주)신동방을 형사고발 하였다. 자세한 내용은 심결례 부분에서 검토한다.

8) (주)한화는 국내 화약류 판매시장에 있어서 화약류 품목에 관하여 1985년도부터 1996년도까지 시장지배적사업자로 지정된 사업자로서, 당해 시장에 있어서 시장점유율이 86.4%(1995년 기준)에 달하는 사실상의 독점적 지위에 있을 뿐만 아니라, 위 회사가 국내 화약류 유통망을 장악(전국 유통망의 97%를 위 회사가 차지)하고 있음에 비하여, 화약판매소를 신설하는 것은 총포·도검·화약류 등 단속법령에 의하여 규제를 받고 있기 때문에 사실상 어렵다는 점 등을 감안할 때 위 회사는 국내 화약류 판매시장에서 화약류 품목에 대하여 시장지배력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 할 것이다.

9) 동양맥주(주)는 국내 맥주시장에서 시장지배적사업자로 지정되어 있는 점과 국내 맥주시장에서의 시장점유율이 70%에 달하고

10) 등)들도 많이 보이고 있다. 이와 같이 시장지배적사업자로 지정된 사실 이외에 별도의 실질적인 판단을 부기한 것은 시장지배적사업자의 사전지정제도가 가진 오류¹¹⁾의 위험을 최소화하기 위한 것으로 보인다. 그러나 이와 같은 점으로 인하여 이 제도가 가진 장점이라고 할 수 있는 시장지배적사업자에 대한 판단의 편의성이 많이 감소되었던 것도 사실이다.¹²⁾

한편, 사전지정제도하에서 시장지배적사업자로 지정·고시된 것 이외에 공정거래위원회에서 판단요소들로 삼았던 것들을 살펴보면, ① 시장점유율의 크기(당해 사업자의 시장점유율의 크기, 다른 사업자와의 시장점유율 격차 등), ② 시장구조의 특징(시장규모, 변화과정 등), ③ 시장진입의 용이성, ④ 위반행위의 형태 등이다. 그러나 이러한 요소들이 엄밀하게 분석되었다기보다는 시장지배적사업자로 사전지정된 당해 사업자가 당해 사건에서 시장지배력을 가지고 있었음을 보조적으로 설명하는데 그쳤다고 할 수 있

다. 결국 위와 같은 심결례들을 종합하면, 시장지배적사업자 사전지정제도는 실질적으로 시장점유율이 일정규모 이상인 기업을 매년 사전에 지정하여 일정한 행위유형을 관리하는 제도로서 시장지배력 남용행위 규제제도와 논리필연적인 관계가 없었던 것인데 이러한 제도가 시장지배력 남용행위 규제제도와 결부됨으로써 불가피하게 오류의 위험성을 발생시켰을 뿐 아니라 사후적 규제인 시장지배력 남용행위 규제제도를 사전적 규제인 시장지배적사업자 지정·관리제도로 왜곡시키는 현상을 발생시켰다고 평가할 수 있을 것이다.¹³⁾

(2) 사전지정제도 폐지후

사전지정제도의 폐지는 원칙적으로 시장지배적지위 남용행위의 규제목적에 충실해지려는 시도라고 할 것이다. 즉 당해 사건에서 시장지배력 남용행위가 있었는지를 구체적으로 판단하고자 한다는 개정취지는 이런 점을 강조한 것이라 할

있는 점, 그리고 혼판도매장(동양맥주와 조선맥주를 함께 취급하는 주류도매장을 말한다)에서 판매되고 있는 제품 중에서 동양맥주의 제품이 차지하는 비중이 90%에 달하고 있는 점을 감안할 때, 위 회사는 혼판도매장에 대해서도 시장지배력을 행사할 수 있는 경제상 지위에 있다고 판단된다.

- 10) 코리아제록스(주)는 복사기 품목에 관하여 1995년도 시장지배적사업자로 지정된 사업자로서 당해 시장에서의 시장점유율이 27.9%(1994년도 기준, 순위 2위)에 달하고 있으며, 본 건이 복사기 판매와 관련되어 있음을 감안할 때 위 회사는 자기와 거래하고 있는 신고인 등의 2개 사업자에 대하여 시장지배력을 행사할 수 있는 경제상의 지위에 있다고 할 것이다.
- 11) 비록 시장지배적사업자로 사전지정 되었다 하더라도 당해 사건에서 시장지배력을 가진 사업자인지는 별개의 문제이므로 오류의 위험성이 있게 된다. 이규익·최희선, 전개논문, pp.35-36. 또 한편 황인학, 시장구조와 경쟁효율, 한국경제연구원, 1998, pp. 18-19에서는 매년 시장지배적사업자를 사전지정하기 위하여 다양한 산업에서 수백 여 개의 사업자에 대하여 시장점유율 등을 계산에 내는 비용에도 불구하고 실제 규제실적이 저조하다는 점을 지적하고 있다.
- 12) 그리하여 권오승 등, 공정거래법심결례100선, 법문서, 1996, pp. 50에서는 시장지배적사업자로 지정·고시된 것 이외의 다른 사항에 대한 판단은 불필요하다고 지적하고 있다. 즉 공정거래법은 시장지배적사업자로 지정·고시된 사업자가 공정거래법상 규정하고 있는 지위 남용행위를 하면 그의 시장점유율의 크기나 거래행태에 관계없이 바로 지위 남용행위에 해당하는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 이와 같은 비관에 따라 공정거래위원회에서는 사전지정제도하에서의 시장지배적사업자에 대한 실질적인 판단 부분을 부기하지 않게 되었다.
- 13) 이와 같이 시장지배력 남용행위 규제제도를 시장지배적사업자 사전지정제도로 운용하게 된 배경에는 공정거래법상의 시장지배적지위 남용행위 규제제도를 물가관리의 측면에서 이해했던 규제당국의 사고가 있었던 것으로 추측된다.

것이다. 그러나 시장지배적사업자에 관한 시장점유율에 근거한 법률상 추정제도를 둠으로 인하여 이와 같은 개정취지는 다소간 몰각되는 것 같다. 왜냐하면, 공정거래위원회가 조사개시의 일응의 기준 내지 최종적인 판단지침으로 시장구조적 요인인 시장점유율에 기초한 법률상 추정규정을 사용하는 한에 있어서는 사업자들로 하여금 규제의 초점을 시장점유율 기준으로 파악하도록 하는 측면이 있는데다가, 공정거래위원회로서도 일정한 규모의 시장점유율을 가진 사업자에 대하여는 쉽사리 시장지배력을 인정하는 판단을 할 경향이 존재하기 때문이다.¹⁴⁾

어쨌든 실무상 사전지정제도 폐지후에 두드러지게 나타나고 있는 변화는 공정거래위원회의 시장지배적사업자에 대한 판단이 과거에 비해 매우 구체적이고 다양한 요소들을 검토하는 방향으로 전환되고 있다는 것이다.¹⁵⁾ 이것은 시장지배적사업자 사전지정제도를 폐지한 공정거래법 개정취지와 부합되는 것이고, 사후적 규제로서의 시장지배적지위 남용금지제도라는 규제의 본질과도 일치하는 것이다. 또한 공정거래위원회가 시장지배적사업자를 판단하는 요소들로 ① 사업자들의 시장점유율, ② 진입장벽의 여부 및 그 특성, ③ 당해 시장의 구조 및 동태적 특성 등을 예시함으로써 더 이상 공정거래위원회의 판단이 시장구조적인 요소에 한정되지 않음을 명백히 하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

한편, 시장지배적사업자에 관한 법률상 추정에 대하여도 공정거래위원회는 주목할만한 판단을 하고 있다. 즉 비씨카드(주) 사건(공정거래위원회 2001. 3. 28. 의결 제2001-40호)에서 비씨카드(주)와 12개 회원은행은 자신들을 1개의 사업자로 볼 수 없고, 또한 시장지배적사업자로 추정할 수 있는 시장점유율 요건을 충족하지 못하고 있다고 주장하였는데, 이에 대하여 공정거래위원회는 "시장지배적사업자 여부는 반드시 1~3개의 사업자일 필요는 없고 해당품목의 시장(본건 신용카드업 시장)에서 가격 또는 거래조건의 결정·유지에 관한 실질적 지배력이 어떠한 형태로 행사되고 있는가, 즉 그 지배력의 행사주체의 실질적 성격에 따라 판단되어야 할 것으로 위 회사들이 각각의 법인격을 가지고 있다 하더라도 신용카드업 시장에서는 하나의 경제적 행위 동일체로서의 성격을 갖고 있으므로 마치 하나의 사업자처럼 신용카드업 시장에서 영향력을 행사하고 있다고 볼 것이다. 또한, 시장지배적사업자 여부의 판단에 있어 3이하의 사업자의 시장점유율의 합계 75%는 시장지배적사업자로 추정할 수 있다는 하나의 기준일 뿐 그 여부는 법 제2조제7호 및 '시장지배적지위남용행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제2000-6호)'의 규정 등에 따라 시장점유율 외의 여러 요소를 고려하여 판단하여야 할 것이다"라고 실시하였다. 이와 같은 공정거래위원회의 판단은 향후 공정거

14) 법률상 추정이 존재하는 경우 위반사실에 관한 증거수집 및 그 증명과정에서 도덕적 해이가 발생할 수 있다는 분석으로는 Antonio E. Bernardo, Eric Talley and Ivo Welch, "A Theory of Legal Presumption", The Journal of Law, Economics & Organization, v.16, 2000. 참조.
 15) 비록 영일케미칼 사건(공정거래위원회 2001. 1. 11. 의결 제2001-22호)에서 공정거래위원회는 시장점유율에 의하여 간단히 시장지배적사업자임을 인정하였지만, 그 사건은 영일케미칼이 위반행위의 내용을 인정하고, 공정거래위원회의 시정조치 내용을 수락한 것이어서 실질적인 판단이 이루어지지 않은 측면이 있다. 공정거래위원회의 시장지배적사업자 판단에 있어 주목할 만한의 결론은 공정거래위원회 2001. 3. 28. 의결 제2001-40호, 공정거래위원회 2001. 4. 12. 의결 제2001-68호 등이 있다.

래법의 시행과 관련하여 시사하는 바가 크다. 즉, 당해 사업자들의 시장점유율이 법률상 추정요건에 미치지 못하는 경우에도 실질적으로 시장지배력을 행사하는 경우라면 제재대상이 될 수 있다는 전망을 가능하게 하는 것으로서 앞으로의 공정거래법의 시행에 있어 중요한 이정표가 될 수 있는 것이다.

2. 시장지배력 남용행위의 유형과 관련하여

시장지배력을 시장에서 완전경쟁가격보다 높은 수준으로 가격을 설정할 수 있는 능력으로 본다면, 시장지배적지위 남용행위의 본질은 초과이윤을 얻기 위하여 가격(또는 부수적으로 수량)을 조절하는 행위라고 할 것이다. 그러나 경쟁법의 실무관행에서는 경쟁자를 배제하기 위한 일련의 행위들, 특히 인위적인 진입장벽을 수립하는 행위 역시 시장지배적지위 남용행위로서 이해하였다. 그러나 시장지배력 규제제도의 시행과 관련하여 염두에 두어야 할 것은 시장지배력을 남용한다는 것은 일반적인 시장조건에 대한 것이지, 개별적인 거래조건에 관한 것이 아니라는 점이다. 대부분의 경우에 있어서 시장지배력을 가진 사업자는 개별적인 거래에 있어서도 우월적 지위를 가지는 것이 일반적이다. 그러나 개별적 거래에서 우월적 지위를 이용하는 행위와 일반적인 시장조건을 변화시키는 시장지배력 남

용행위와는 엄연히 구별되는 것이다.¹⁶⁾

따라서 공정거래법 제3조의2 제1항의 각 호에서 규정하고 있는 시장지배적지위 남용행위를 파악함에 있어서는 이러한 개념을 반드시 염두에 두어야 한다. 그러나 시장지배력 규제제도의 실제 시행에 있어서는 이러한 개념이 명확하게 구별되지 않았던 것이 사실이다. 예를 들어 시장지배적사업자의 불공정행위라는 명칭에서 알 수 있듯이 시장지배력 남용행위와 거래상의 우월적지위 남용을 명확히 구별하지 않았던 것이다. 이하에서는 그 동안의 시장지배적지위 남용사례들을 유형별로 살펴봄으로써 이 제도의 시행에 있어 성과와 문제점을 살펴보고자 한다.

(1) 가격남용행위

시장지배적사업자는 상품이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위를 하여서는 아니 되는데(공정거래법 제3조의2 제1항 제1호), 여기서 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 경우를 말한다(공정거래법 시행령 제5조제1항).¹⁷⁾ 위와 같은 법령상의 규정은 가격남용을 정상적인 가격 수준보다 상승시키는 경우와 하락시키는 2가지 형태로 구분하고

16) 예를 들어 시장조건인 가격을 높게 설정하여 소비자 甲이 구입을 할 수 없도록 하는 행위는 시장지배력 남용행위일 것이지만, 甲이 일정한 가격에서 구입하겠다고 하였음에도 공급을 거절하는 행위는 불공정거래행위에 해당할 것이라는 점이다. 이 사례에서 명백하듯이 시장지배력 남용행위를 규제하는 목적은 시장지배력의 행사를 금지함으로써 경쟁적 상황과 같은 사회적 후생을 도모하자는 것이지만, 불공정행위를 규제하는 목적은 특정한 소비자의 거래상 자유를 보호하자는 것이다.

17) 한편, 공정거래위원회는 시장지배적지위 남용행위 심사기준을 고시하여 법령상의 시장지배적지위 남용행위 규제제도의 실무상 적용을 위한 구체적 기준을 제시하고 있다.

있는데, 가격상승의 경우가 독점이윤을 얻는 것을 규제하고자 하는 것이라고 한다면, 가격하락의 규제는 가격을 이용한 경쟁자배제행위를 규제하고자 하는 것이라고 할 것이다.

한편, 가격남용행위의 적용과 관련하여 이규억·최희선(1995)은 공정거래법이 규제하고자 하는 것은 시장지배적지위를 남용하는 행위이지 시장지배적지위 그 자체가 아닌 이상 시장지배적사업자가 자신의 독점적 이윤을 극대화할 수 있는 수준에서 판매가격을 설정하는 것은 이 규정의 적용대상이 아닌 것이고, 따라서 가격남용행위의 규제는 시장지배적사업자가 현재적, 잠재적 사업자를 배제하기 위하여 가격을 부당하게 변경시키는 경우로 한정되어야 한다고 주장한다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 주장은 법령의 명문규정에 반하는 해석일 뿐 아니라 사후적 규제로서 시장지배적지위 남용금지제도를 도입한 입법목적에 비추어보면 현행제도의 해석론상으로는 받아들이기 힘든 것이 아닌가 생각된다. 즉 사후적 규제로서의 시장지배적지위 남용금지제도의 근간은 시장지배력의 행사에 의하여 얻는 초과이윤

의 박탈에 있는 이상 시장지배적사업자가 그 시장지배력을 이용하여 독점적 초과이윤을 얻는 행위를 규제하는 것으로 이해해야 한다.¹⁹⁾ 우리나라 공정거래위원회의 심결례 역시 그러한 입장으로 보인다. 즉 시장지배적지위 남용행위로 규제된 5건²⁰⁾ 모두가 가격상승의 경우였다.

따라서 공정거래위원회의 심결례는 시장지배적사업자의 가격남용행위 규제가 부당한 가격인상으로 인한 초과이윤을 얻으려고 하는 행위를 규제하는 기본적인 목적에 맞추어져 있음을 알 수 있다. 그러나 공정거래위원회로서는 위 심결례들에 있어서 단지 일정기간 동안 비용상승을 초과하는 가격상승이 있는지 여부만을 검토함으로써 실제 그 가격이 초과이윤을 얻고자 하는 독점가격인지를 판단하는데 있어서는 상대적으로 소홀하였다고 할 것이다. 특히, 과거 우리나라에서는 물가관리정책 등으로 인하여 시장에서의 자유로운 가격형성이 이루어지지 않았다는 점²¹⁾을 고려하면 비용상승을 외에 더욱 적극적으로 경쟁가격과의 차이가 발생하는 부분에 대한 검토를 필요로 한다고 할 것이다.

18) 이규억·최희선, 전제논문, pp. 41-42 참조.

19) 그런 측면에서 공정거래법 시행령이 시행상의 편의를 위하여 공정거래법의 규정 중 가격의 결정·유지의 측면을 무시하면서 가격의 변동만을 수급의 변동율, 공급비용의 변동율의 차원에서 접근하고 있는 것은 문제가 있다. 이것은 공정거래법 제정 당시 이미 시장지배력에 의하여 얻고 있는 초과이윤 부분은 문제삼지 않겠다는 의미로 이해할 수 있을 것인데, 그런 점으로 인하여 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제는 일정한 한계를 노정할 수밖에 없게 되었다.

20) 공정거래위원회 1992. 1. 15. 의결 제92-1, 2, 3호, 공정거래위원회 1999. 9. 3. 의결 제99-130호, 공정거래위원회, 2001. 3. 28. 의결 제2001-40호, 다만 공정거래위원회 의결 제92-1, 2, 3호는 비스킷류 제품에 대하여 3개 사업자를 규제한 동일한 사안이므로 실제로는 3건이라고 할 수 있다.

21) 현대자동차(주), 기아자동차(주) 사건에서 위 회사들은 문제가 된 차량들에 대하여 과거 가격인상요인을 가격에 제대로 반영하지 못함에 따라 적자가 누적되어 가격인상이 불가피하였다고 주장하였다. 이에 대하여 공정거래위원회는 경쟁상황에서는 가격인상요인을 가격에 모두 반영할 수는 없다고 볼 수 있는 점, 과잉설비, 수요감소 등에 따른 적자상황이 남용행위를 허용하는 것이 아닌 점을 고려할 때 위 회사들의 주장은 이유 없다고 판단하였다(공정거래위원회 1999. 9. 3. 의결 제99-130호). 이와 같은 공정거래위원회의 판단은 과거 가격이 경쟁적 가격이라는 점을 전제로 하고 있는 듯한데 실제로 과거 가격이 경쟁적 가격이었는지, 정부에 의하여 사실상 규제된 가격이었는지는 의문의 여지가 있다.

(2) 출고조절행위

시장지배적사업자는 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위를 하여서는 아니 되는데(공정거래법 제3조의2 제1항제2호), 여기서 부당하게 조절하는 행위라는 것은 ① 정당한 이유없이 최근의 추세에 비추어 상품 또는 용역의 공급량을 현저히 감소시키는 경우이거나, ② 정당한 이유없이 유통단계에서 공급부족이 있음에도 불구하고 상품 또는 용역의 공급량을 감소시키는 경우를 말한다(공정거래법 시행령 제5조제2항). 이러한 출고조절행위는 가격변동과 같은 시장여건의 변화에 따라 부수적으로 발생하는 수량변화를 의미하는 것이 아니라 시장여건의 변화가 없음에도 불구하고 특정한 의도(가격인상의 준비 등)로서 독립적으로 이루어지는 행위를 의미하는 것이다.

그러나 출고조절행위가 과연 시장지배력 규제제도와 어떤 관련성이 있는지는 의문이다.²²⁾ 이와 같은 행위를 규제하는 목적은 부당한 출고조절행위를 통하여 소비자의 이익을 해하였다는 점에 있는 것처럼 보이는데 그렇다면 이는 소비자보호법 내지 형사법의 측면에서 규정될 것이지 시장지배력을 규제하고자 하는 공정거래법의 적용대상은 아닌 것으로 보인다.²³⁾ 왜냐하면, 출고조절행위 이후에 이루어진 가격인상을 가격남

용규제로 규제할 수 있는 것이 아닌 한 이러한 내용의 출고조절은 시장지배력의 행사에 의한 것이 아니라 사업자의 영업전략 범위내의 행위라고 볼 수 있는 측면이 강하기 때문이다.²⁴⁾

(3) 타사업자의 사업활동방해행위

시장지배적사업자는 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위를 하여서는 아니 되는데(공정거래법 제3조의2 제1항제3호), 여기서 부당하게 방해하는 행위라는 것은 직접 또는 간접으로 다음과 같은 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우를 말한다 : ① 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위, ② 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위, ③ 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위, ④ 위 ① 내지 ③ 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위(공정거래법 시행령 제5조제3항).

이와 같은 법령상의 규정을 살펴보면 타사업자

22) 출고조절행위로 시정조치를 받았던 사건들은 1998. 6. 9. 의결 제98-112호, 공정거래위원회 1998. 11. 4. 의결 제98-251호, 공정거래위원회 1998. 11. 4. 의결 제98-252호가 있다.
 23) 공정거래위원회가 시장지배적지위 남용행위를 하였음을 이유로 형사고발을 한 3건이 출고조절행위 3건이었다는 것은 시사하는 바가 크다. 즉 이와 같은 행위를 여타의 시장지배적지위 남용행위보다 더욱 위법성이 큰 것으로 보는 공정거래위원회의 사고에는 이러한 행위를 일종의 매점매석행위로 이해하는 견해가 깔려있는 것으로 보인다.
 24) 그러나 공정거래위원회는 당사자들의 이의신청을 모두 기각하였다. 한편 남양유업(주)과 (주)신동방은 행정소송을 제기하였는 바, 법원은 남양유업(주)에 대하여는 의도적인 출고조절행위를 하였음을 인정할 수 없다는 이유로 공정거래위원회에 의한 시정명령 등을 취소하였으나(서울고등법원 1999. 10. 7. 선고 99누13 판결), (주)신동방에 대하여는 부당한 출고조절행위를 인정하였다(서울고등법원 1999. 10. 6. 선고 99누3524 판결).

의 사업활동방해행위가 시장지배력의 남용에 의한 것이라기보다는 개별적인 거래에 있어 우월적지위에 의한 것이 아닌가 하는 의문을 갖게 한다. 앞에서 본 바와 같이 공정거래위원회는 시장지배적사업자에 대한 판단을 함에 있어 당해 사업자가 시장지배적사업자로 지정·고시된 것이 외에 거래상대방에게 시장지배력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 판단한 사례들(공정거래위원회 1993. 7. 22. 의결 제93-106호, 1995. 4. 1. 의결 제95-42호) 등이 있다고 하였는데, 이 사례들 역시 타사업자의 사업활동방해행위였다는 것은 이러한 점을 시사하고 있다. 따라서 이 행위유형은 사실상 불공정행위와 중첩되는 것이라는 점에서(아니 오히려 그 본질상 불공정거래 행위라는 점에서) 불공정행위로서만 다루면 충분한 것이 아닌가라는 생각을 갖게 한다.²⁵⁾ 만일 시장지배적사업자의 불공정행위를 시장지배적사업자가 아닌 여타 사업자의 불공정행위와 구별하여 특별히 규제한다고 한다면 이는 시장지배력의 소유 자체를 문제삼아 그의 행위 전체를 문제삼는 태도에 불과하다고 할 것이어서 시장지배력의 남용행위만을 규제하는 우리나라 규제제도와 부합되지 않을 것이다. 즉 우리나라의 시장지배력의 규제제도는 행사되지 않는 힘의 존재를 문제삼지는 않는 것이다. 따라서 시장지배적사업자라고 하더라도 그가 시장지배력을 행사

한 것이 아니라면 그것은 일반불공정행위와 다를 것이 없는 것이다.

어쨌든 타사업자 사업활동방해행위는 타사업자의 영업상 이익을 직접적으로 침해하는 것이어서 그 규제실적도 시장지배적지위 남용행위 중 가장 많은 부분을 차지하고 있다.²⁶⁾ 이와 같은 심결례들은 누구의 사업활동을 방해한 것인가에 따라 ① 대리점,²⁷⁾ ② 경쟁사업자,²⁸⁾ ③ 그 외의 사업자²⁹⁾로 구분할 수 있는데, 보통의 경우는 위반행위에 의하여 대리점과 경쟁사업자, 대리점과 그 외의 사업자 등 중첩적으로 타사업자의 사업활동을 방해하는 것이라고 할 수 있다.

그런데 공정거래위원회의 심결례들을 검토해 보면 타사업자의 사업활동방해 규제는 기본적으로 거래상의 우월한 지위를 이용하여 대리점 또는 그 외의 사업자로 하여금 특정한 행위를 하거나, 하지 못하도록 함으로써 경쟁사업자의 사업활동을 방해하는 사례들이 그 주된 것이다. 이러한 사례들이 규제되어야 하는 이유를 포괄종합 제철 사건의 심결(공정거래위원회 2001. 4. 2. 의결 제2001-68호)은 비교적 솔직하게 설하고 있는바, 즉 경쟁사업자의 사업활동방해 결과로 결국 국민경제적으로 악영향을 가져왔다는 것이다. 그러나 시장지배력 남용행위 규제는 시장지배력을 규제하는 것이지 거래의 공정성을 보호하는 것이 아니다.²⁹⁾ 따라서 이러한 행위유

25) 이런 점을 감안한다면, 이른바 시장지배적사업자의 불공정행위라는 것은 시장지배적사업자가 거래상의 지위를 가지고 불공정거래행위를 하였다는 의미가 있을 뿐 시장지배력의 규제와 관련하여서는 아무런 의미를 가질 수 없는 것이다.

26) 불공정거래행위의 규제실적이 전체 공정거래법 규제실적 중 많은 비중을 차지하고 있는 것과 같은 이유이다.

27) 공정거래위원회 1995. 4. 1. 의결 제95-42호.

28) 공정거래위원회 1989. 7. 27. 의결 제87-47호, 공정거래위원회 2001. 4. 2. 의결 제2001-68호 등.

29) 공정거래위원회 2001. 1. 11. 의결 제2001-22호 등.

29) 즉, 다른 말로 한다면 시장지배력 규제제도의 목적은 경쟁을 보호하는 것이지 경쟁자를 보호하는 것이 아니라는 점이다. 이와 같은 관점에서 그 동인의 공정거래법 시행을 비판하는 견해로는 이승철, *공정거래경제학*, 한국경제연구원, 1999, pp. 482 참조.

행이 시장지배적지위 남용금지라는 규제제도하에서 규제될 필요성이 있는지는 여전히 의문이 있다.

(4) 신규진입제한행위

시장지배적사업자는 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위를 하여서는 아니 되는데(공정거래법 제3조의2 제1항제4호), 새로운 경쟁사업자의 참가에 대한 부당한 방해라 함은 직접 또는 간접으로 다음과 같은 행위를 함으로써 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 경우를 말한다 : ① 정당한 이유없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위, ② 정당한 이유없이 기존사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 권리 등을 매입하는 행위, ③ 정당한 이유없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위, ④ 위 ① 내지 ③ 외의 부당한 방법으로 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위.

이와 같은 신규진입제한행위 규제제도는 각국의 경쟁법 시행경험에서 알 수 있듯이 시장지배적사업자의 가격남용행위의 규제제도와 함께 시장지배력 규제제도의 중요한 축이라고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 신규진입제한행위로 규제된 건수는 1992년의 2건뿐이고, 그 규제내용도 경고에 불과하였다. 그 중 공정거래위원회가 1992. 7. 31. 기아자동차(주)에 대하여 경고를 한 사건을 보면, 기아자동차(주)가 삼성중공업(주)의 화물차제조업 진출과 관련하여 신문에 이

를 반대하는 성명서를 게재하고 정부기관에 건의하는 등의 형식으로 그 사업진출을 방해하였다는 것이었다. 이와 같은 내용은 과연 시장지배력을 남용하여 신규진입제한행위를 한 것인지에 대하여 의문이 들게 한다. 그러나 이와 같은 규제실적이 시장진입제한행위의 규제실적 전부라고 속단하기는 어렵다. 왜냐하면, 시장지배적사업자의 불공정행위 규제실적 중 신규진입제한행위와 중첩되는 부분이 존재할 가능성이 있기 때문이다. 그러나, 그런 점을 감안하는 경우에도 그동안 이러한 행위에 대한 규제실적은 저조했다고 평가할 수 있을 것이다.

(5) 기타 소비자이익저해행위

시장지배적사업자는 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위를 하여서는 아니 되는데(공정거래법 제3조의2 제1항제5호), 특히 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래라 함은 다음의 경우를 말한다 : ① 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우, ② 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(공정거래법 시행령 제5조제5항). 이와 같은 소비자이익저해행위는 시장지배력 남용행위의 결과로 발생하는 행위이기 때문에 다른 위반행위의 판단에 있어 그 요소가 되기도 하지만,³¹⁾ 그 자체로서 시장지배적지위 남용행위로서도 금지되는 것이다. 다만, 이 규정이 포괄적인 성격을 가지고

31) 앞에서 본 현대자동차(주), 기아자동차(주)의 가격남용사건인 공정거래위원회 1999. 9. 3. 의결 제99-130호의 경우이다.

있는 이상 우선 다른 행위의 해당 여부를 적극 검토한 후 최종적으로 이 규정의 해당 여부를 결정해야 할 것이다.

한편 기타 소비자이익저해행위로서 시정조치를 받은 한국전력공사 사건(공정거래위원회 1995. 4. 4. 의결 제95-15호)을 보면, 위 행위유형은 시장지배적사업자가 자신의 시장지배력을 이용하여 가격 이외의 거래조건을 부당하게 변경하는 경우에 적용되고 있음을 알 수 있다. 특히, 이것이 단순한 불공정거래행위와 명확하게 구별되는 것은 시장에서의 거래조건을 모든 소비자들에게 일반적으로 변경하였다는 점이다. 현재 시장경쟁적 조건으로 비가격적 요인이 증가하고 있다는 점을 고려한다면 이러한 종류의 심결례는 앞으로의 규제방향에 있어서 중요한 역할을 할 것으로 보인다.

3. 제재수단과 관련하여

시장지배적지위 남용행위에 대한 제재수단은 크게 형사적 제재와 행정적 제재로 구분할 수 있다. 형사적 제재는 공정거래위원회의 고발에 의하여서만 개시될 수 있는 것인데, 공정거래위원회는 그 동안 시장지배적지위 남용행위와 관련하여 3건의 출고조절행위를 형사고발 하였다. 그러나 공정거래위원회가 형사고발하는 건수가 전체 규제건수에서 차지하는 비중이 적고, 또 대

부분의 형사고발 사건이 불기소처분 내지 벌금형으로 종료³²⁾되는 것이 현실이기 때문에 실제 시행에 있어서는 공정거래위원회에 의한 행정적 제재가 더 큰 의미를 가지고 있다고 할 것이다.

그런데 시장지배적지위 남용행위에 대하여 억지력을 발휘할 수 있는 제재수단이 되기 위해서는 무엇보다도 위와 같은 위법행위에 의하여 얻은 이익을 박탈할 수 있어야 한다는 것이 기본적인 조건이다. 그런데 우리나라 공정거래법은 제정 당시 시장지배적지위 남용행위에 대하여 가격인하명령, 행위중지, 기타 시정조치를 명할 수 있는 것으로 하면서 다만, 예외적으로 시장점유율이 50/100 이상에 해당하는 사업자가 가격남용행위를 함으로써 경제기획원장관으로부터 가격인하명령을 받았음에도 이에 응하지 않은 경우에 가격명령인하일로부터 실제 가격을 인하한 날까지 가격인상의 차액으로 얻은 수익액 상당을 과징금으로 부과하는 것으로 규정하였다(공정거래법 제6조제1항, 제2항).³³⁾ 그 후 제1차 개정시에 시장점유율 50/100 이상에 해당하여야 한다는 요건이 삭제됨으로써 위 과징금은 가격남용행위를 하는 시장지배적사업자 전체에게 적용될 수 있게 되었다. 그러나 위 규정에 따른 과징금이 부과된 적은 없다. 그것은 무엇보다도 시장지배적사업자의 가격남용행위 규제실적이 저조하였기 때문이다.³⁴⁾

한편, 공정거래법의 제4차 개정(1995. 4. 1.

32) 1981년부터 2001년까지 공정거래위원회의 전체 규제건수(경고 이상) 19,480건 중 형사고발된 건수는 235건인데, 그 중 벌금이 선고된 건은 169건, 징역형이 선고된 건은 1건, 징역형과 벌금형이 병과된 것은 6건이었다. 공정거래위원회, 공정거래백서(2002), 2003, pp. 575, 576 참조.

33) 제정당시의 공정거래법은 행정적 제재수단으로 시정조치만을 규정하였고, 과징금에 관한 규정은 가격남용에 대한 이 규정이 유일한 것이었다.

34) 앞에서 본 해태제과(주), 롯데제과(주), (주)크라운제과의 경우(공정거래위원회 1992. 1. 15. 의결 제92-1, 2, 3호)에 가격을 인하하거나, 가격의 인하에 상응하는 수준으로 제품의 용량을 증가시키라는 내용의 시정명령이 내려졌는데, 이 가격명령 불이행에 따른 과징금은 부과되지 않았다.

시행)시에 시장지배적지위 남용행위에 대한 행정적 제재와 관련하여서 변화가 이루어졌는데, 그것은 시장지배적사업자의 가격남용행위에 대하여는 기존의 내용을 유지하면서, 가격남용행위 이외의 행위에 대하여도 당해 위반행위가 있는 날부터 그 행위가 없어진 날까지의 기간에 있어서의 매출액에 3%를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다고 규정한 것이다(공정거래법 제6조제3항). 그러나 이러한 시정조치 및 과징금에 관한 규정은 모두 장래에 관한 것에 불과한 것으로서 제재로서의 성격보다는 교정의 성격이 강한 것이었다. 즉 위법행위가 적발되는 경우 앞으로 시정하라는 내용 이상의 것이 아니다. 따라서 이것은 제재로서의 성격이 없을 뿐 아니라 시장지배적사업자의 지위 남용행위를 억지할 수도 없는 것이었다. 이런 면에서 공정거래법 제5차 개정(1997. 4. 1. 시행)시에 시장지배적지위 남용행위에 대하여 그 행위구별 없이 대통령령이 정하는 매출액의 3%를 초과하지 않는 범위에서 과징금을 부과할 수 있도록 하고, 다만, 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있는 것으로 규정한 것은 과징금의 성격을 변화시키는 획기적인 일이었다고 할 것이다.³⁵⁾ 그 후 과징금에 관한 규정은 현재까지 이 골격을 유지하고 있다.

공정거래위원회에 의한 시장지배적지위 남용

행위 규제는 주로 시정명령을 통하여 이루어졌는데, 앞서의 [표 3]에서처럼 1981년부터 2000년까지 총 37건의 규제건수 중 5건만이 과징금이 부과되었다. 그러나 이와 같은 전체 시행기간 동안의 저조한 과징금 부과실적에도 불구하고 최근에는 원칙적으로 과징금이 부과되는 방향으로 규제가 변화되고 있음은 주목할만한 현상이다. 즉 1998년을 기준으로 정하는 경우 1981년부터 1997년까지는 전체 26건의 규제건수 중 과징금이 부과된 것이 없었으나, 1998년부터 2001년까지 11건의 규제건수(그 중 3건은 경고였고, 8건만이 시정명령을 받았다)에 대해서는 5건에 대하여 과징금이 부과되었으므로 최근에는 과징금을 부과하는 것이 원칙적인 경우라고도 말할 수 있을 것이다.

이와 같이 행정적 제재가 단순한 시정조치의 수준을 벗어나서 과징금제도를 적극 이용하는 것은 위법행위의 억지력이라는 측면에서 바람직한 것이라 할 것이지만, 그 과징금 산정과 관련하여서는 사업자가 취득하는 이익을 더욱 정밀하게 산출해 낼 필요가 있다고 본다.³⁶⁾ 왜냐하면 현재 시장지배적사업자에 대한 유일한 실질적 규제가 과징금이므로 그 산정은 규제목적에 부합되도록 당해 위법행위를 가장 효율적으로 억지할 수 있는 수준에서 정해지는 것이 타당하기 때문이다.

35) 공정거래법상 과징금의 성격에 대하여는 박해식, “공정거래법상 과징금의 법적 성격”, 공정거래법강의 II, 법문사, 2000, pp. 593 이하 참조.

36) 그럼에도 불구하고 2000. 6. 1.자 과징금부과세부기준등에관한고시(제2001-6호)에서는 사업자가 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 합리적으로 산정할 수 있는 경우에는 이를 감안할 수 있다고만 규정하고 있다.

III. 결론

지금까지 시장지배적지위 남용금지제도의 시행을 그 통계 및 구체적인 심결례 등을 통하여 살펴 보았다. 이와 같은 검토를 통하여 시장지배적지위의 남용행위를 금지하고자 하는 위 제도가 실제로는 그다지 활성화되지 못하였을 뿐 아니라 그 규제목적과 달리 규제의 현실적 측면에서는 규제목적에 대한 오인, 부적절한 규제수단의 선택 등으로 인하여 올바르게 시행되지 못하였음을 알 수 있었다.

특히, 사후적 규제방식으로서의 시장지배적지위 남용금지제도의 올바른 시행을 가로막고 있는 대표적인 오류들은 위와 같은 규제제도를 시장지배적사업자의 시장지배력 자체에 대한 규제체도로서 오인하거나, 시장지배적지위를 남용하는 행위를 거래상의 지위를 남용하는 행위와 오인하는 것이었다. 이미 살펴본 바와 같이 그와 같은 오류들은 위 제도의 시행과정에서 그대로 나타났고 이로 인하여 위 제도의 시행은 일관성 없는 부정확한 것이 되고 말았다.

사후적 규제의 이상적인 형태는 금지되는 행위에 대하여 정확한 제재를 가하는 것이다. 또한, 그와 같이 올바른 시행실적을 통하여 사후적 규제제도는 규제당사자들에게 대하여 금지행위를 하는 경우 일정한 제재를 받을 수 있다는 시그널로서의 기능을 다할 수 있는 것이다. 반면, 일관성 없고 부정확한 규제의 시행은 시그널로서의 기

능을 다할 수 없을 뿐 아니라 규제에 대한 정책적 신뢰도를 상실시킴으로써 규제 자체의 기능을 다할 수 없게 되는 결과를 낳게 된다. 따라서 시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁을 확보하고자 하는 공정거래법상의 근간이라고 할 수 있는 시장지배적지위 남용금지제도의 경우 그 제도의 본질에 부합될 수 있는 정확하고 올바른 규제의 시행이야말로 당해 규제제도의 성과를 좌우하는 관건이라고 할 수 있다.

우리나라에서 시장지배적지위 남용금지제도는 그 시행기간에 비추어 보면 아직도 초보적 단계라고 할 것이다. 따라서 완성된 제도로서 위 규제제도를 이해하기보다는 개선되어 가는 제도로서 이를 이해할 필요가 있고, 그런 측면에서 위에서 언급한 오류들을 바라보아야 할 것이다. 그러나 오류에 대한 정확한 평가는 개선을 위하여 반드시 필요한 것이다. 그리하여 본고에서는 구체적으로 규제제도의 시행실적을 검토하고 그 오류들을 지적함으로써 향후의 개선방향에 대한 토대를 마련하고자 하였던 것이다. 그 개선방향은 기본적으로 효율적인 규제제도를 시행하기 위하여 되도록 일관된 법체계를 제정·시행하는 것으로 요약될 수 있을 것이다. 즉, 경제행위에 대한 규제 자체가 사회적 비용인 이상(즉 무료의 규제는 없다) 최소한의 비용으로 최대의 효과를 얻을 수 있는 효율적인 규제제도의 정비 및 시행이 사회적으로 바람직한 것임은 더 말할 나위도 없을 것이기 때문이다. 