

시장지배지위남용의 형법적 적정규제* **

이 상 돈

고려대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 시장지배지위남용죄의 상징형법화
- II. 시장지배지위남용죄의 보호법익과 불법의 순환구조
- III. 시장지배지위남용죄의 성립요건
- IV. 시장지배지위남용의 적정제재

I. 시장지배지위남용죄의 상징형법화

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘법’)은 시장지배자가 그 지위를 남용하는 행위(Abuse of market dominance)를 금지한다(제3조의2).

1. 시장지배지위남용죄의 구성요건

이 지배남용행위의 대표적인 유형으로는 가격남용(제3조의2 제1항 1호), 부당한 출고조절(2호), 부당한 사업활동방해(3호), 신규진입방해(4호), 기타 소비자이익의 현저한 저해(5호) 등이 있다. 동법시행령 제5조는 법 제3조의2 제2항의 위임에 의해 남용행위의 유형과 기준을 정하고 있다. 또한 법시행령 제5조 제6항의 위임에 의해 공정거래위원회가 고시한 각종 심사기준(예: 「시장지배적지위 남용행위 심사기준」)은 남용행위의 유형과 기준을 더 구체적으로 정하

* 심사위원 : 성낙현, 이정원, 김혜정

투고일자 : 2010. 8. 7 심사일자 : 2010. 8. 15 게재확정일자 : 2010. 9. 13

** 이 논문은 2009년도 “고려대학교 특별연구비에 의하여 수행되었음”

고 있다. 법 제66조 제1항 제1호는 시장지배지위남용행위에 대하여 “3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금”에 처하고 있다. 이로써 시장지배지위남용은 중범죄의 하나가 된다.

이러한 시장지배지위남용죄의 법정형은 형법상 강요죄(형법 제324조)의 “5년 이하의 징역”보다는 가볍지만 부당이득죄(제349조)의 “3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금”보다는 무겁다. 시장지배지위남용죄는 힘의 불균형 상태를 이용하여 경제적 이득을 취하는 범죄라는 점에서 부당이득죄와 그 '도덕적 구조'가 매우 유사하고, 공정한 경쟁행위를 하려는 자로 하여금 공정경쟁을 하지 못하도록 만든다는 점에서 강요죄의 불법유형과 부분적으로 유사성이 있다. 물론 시장지배지위남용죄는 실행행위로서 폭행 또는 협박을 사용하지 않으며, 개인적 법익을 침해하는 범죄가 아니라 공정경쟁질서라는 보편적 법익을 위태롭게 하는 추상적 위험범이라는 점에서 강요죄와는 큰 차이가 있다.

2. 시장지배지위남용죄의 집행결손

시장지배지위남용사건은 전체 공정거래법위반 사건에서 약 2% 비중을 차지하고 있다. 이에 대한 제재조치로는 시정명령이 연평균 2.21건(전체처리사건의 79.5%), 과징금이 연평균 1.21건(전체처리사건의 43.5%) 부과되고 있다. 이에 비해 형사고발조치는 연평균 0.1건이며 전체처리사건 가운데 3.8%의 미미한 비중을 차지하고 있지만, 이것마저도 1998년 3건이 고발조치된 것을 빼면 0%에 해당한다. 아래 표1)는 이를 보여준다.

| | 전체 공정거래법위반 사건 중 시장지배적 지위 남용 사건의 비중(2008년) | 시장지배적 지위 남용 사건에서 조치 유형별 건수 및 비율 (1981-2008) | | |
|----|---|---|--------------------|--------------------|
| | | 고발 | 과징금 (병과 포함) | 시정명령 |
| 건수 | 33건 /1646건 | 총 3건 ²⁾ 연평균 0.1건 | 총 34건 연평균 1.21건 | 총 62건 연평균 2.21건 |
| 비율 | 2% | 3.8% | 43.5% | 79.5% |

- 1) 이 표의 통계는 2008년 공정거래위원회 통계연보 (공정거래위원회, 2009)에 있는 자료를 갖고 만든 것이다.
- 2) 고발 3건은 모두 1997년 경제위기 직후인 1998년도 조치한 것이고, 그 이후는 없었음.

이런 집행결손은 공정거래위원회에 의해 시장지배지위남용행위가 탈규제정책의 수준을 넘어서 사실상 비범죄화되었다고 말할 수 있게 한다.³⁾ 사실상 비범죄화되었지만 형벌법규는 그대로 남아 있을 때, 그 형벌법규는 단지 형법이 공정거래질서를 지향한다는 상징성만을 갖게 된다. 그렇기에 시장지배지위남용죄는 사실상 상징형법(symbolisches Strafrecht)이 되었다고 말할 수 있다.

II. 시장지배지위남용죄의 보호법익과 불법의 순환구조

그러나 시장지배지위남용죄가 사실상 상징형법이 되어버린 현실은 반성될 필요가 있다. 이를 위해 먼저 시장지배지위남용죄의 불법의 실질이 유형적으로 무엇이며 어떤 특성이 있는 것인지를 살펴본다.

1. 보호법익

시장지배지위남용죄의 보호법익은 공정거래질서이다. 여기서 공정거래질서란 “공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전”(제1조)이라는 목적을 달성하기에 적합한 시장질서를 말한다.

1) 경영효율성과 소비자 후생의 조화

공정하고 자유로운 경쟁이란 ‘경쟁적 시장구조’의 달성(a), ‘기업활동의 조장’은 ‘경영의 효율성’(efficiency)(b) 그리고 ‘소비자보호’는 소비자의 ‘후생’(welfare)(c)으로 옮길 수 있다. 여기서 말하는 소비자보호는 후생경제학적

3) 이런 탈규제정책은 미국에서도 마찬가지이다. Joseph C. Gallo/Kenneth G. Dau-Schmidt/Joseph L. Craycraft/ Charles J. Parker, Criminal Penalties under The Sherman Act: A Study of Law and Economics, Research in Law and Economics Volume 16, 1994, pp25~71의 경험적 분석에 따르면 1955~1993년 사이에 셔먼법(Sherman Act)상 독점지위남용(Monopolization)을 형사사건으로 기소된 경우는 1961년 1건, 1964년 1건, 1973년 2건, 1974년 2건이다. 그러나 1975년 이후로는 독점지위남용을 형사사건으로 다루지 않음으로써 명확하게 탈규제적 형법정책의 경향을 보여준다.

의미, 즉 파레토최적상태에서 달성되는 자원배분의 효율성(allocative efficiency)이 소비자에게 가져다주는 이익의 총합을 의미한다.⁴⁾ 이와 같은 경영효율성(b)과 (소비자)후생(c)은 서로 긴장과 대립의 관계에 놓이기 쉽다.

(1) 경쟁적 시장구조에 의한 조화

이 두 법익을 조화시키는 제3의 기제가 '경쟁적 시장구조'(a)이다. 경쟁적 시장구조는 양면적이다. 첫째, 경쟁적 시장구조는 시장을 지배하는 기업의 이익을 견제하지만, 힘없는 기업의 이익을 촉진한다. 둘째, 경쟁적 시장구조는 독과점 시장보다는 소비자 후생을 촉진하지만, 복지국가의 기획과 비교하면 소비자 후생을 외면한다고 볼 수 있다. 이렇게 양면적인 기능을 하는 경쟁적 시장구조(a)는 경영효율성(b)과 소비자후생(c) 사이의 긴장과 대립 속에서 현실적으로 벌어지기 쉬운 불균형을 교정한다. 이런 교정을 제1조는 "국민경제의 균형있는 발전"(d)이라고 표현하고 있다.

(2) 공정성의 결과

여기서 경쟁적 시장구조는 단지 두 이익간의 불균형을 교정할 뿐만 아니라 그 둘 사이의 긴장과 대립을 상호수렴적인 관계로 변화시킨다. 즉, 한편으로 경영효율성은 경쟁적 시장구조의 틀 속에서 사회적 총효용을 극대화하여 궁극적으로 소비자에게 귀속될 재화의 크기를 증대시키면서, 다른 한편으로 소비자 후생은 경쟁적 시장구조의 틀 속에서 사회적 총비용을 최소화하여 궁극적으로 기업의 경영효율성을 증대시키는 것이다. 바로 이런 상태를 시장의 공정성(fairness)이라고 부를 수 있다.⁵⁾ 공정거래법의 "공정"은 바로 이런 의미이다.⁶⁾

4) 같은 취지로 김두진, 시장지배적 지위의 남용, *한국비교사법학회* 제14권 1호, 2007, 222쪽.

5) 미국의 법경제학자들이 후생(Welfare)과 대립항으로 설정되는 공정성 개념(대표적으로 Louis Kaplow/ Steven Shavell, Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice, Harvard Law and Economic Discussion Paper No. 411, 2003, pp1~23 참조)은 주로 자유주의적 시장경제를 지탱하는 대청성, 일관성, 책임원칙과 같은 황금률 등에 관계된 것이다. 따라서 내가 말하는 공정성은 후생과 대립항적인 공정성이 서로 변증된 상태를 가리킨다.

6) 우리나라 법의 규제이념은 자유시장과 효율성을 중시하는 시카고학파(the Chicago

2) 경쟁적 시장구조의 의미

형법은 공정거래법이 기업의 경영효율성과 소비자후생의 균형을 경쟁적 시장구조의 확립을 통해서 실현할 것을 요구함으로써 형법적 보호법익이 방만해지지 않게 한다. 그러나 경쟁적 시장구조의 의미는 매우 불확실하며, 통일적인 개념도 아니다.⁷⁾ 또한 경제학적 분석은 물론 유용하지만 어떤 경제학이론도 경쟁적 시장구조를 판단하는 기준을 법적 결정에 작동시킬 수 있는 형태로 마련해 주지는 못한다.

(1) 사안특수성

시장지배지위남용행위의 전형적인 유형에 속하는 끼워팔기(결합판매)의 예로 설명해보자. X시장의 지배자가 그 상품에 Y시장에 속하는 상품을 결합하여 판매하면, 일종의 ‘지렛대효과’(leverage effect)에 의해 Y시장에서의 자유 경쟁을 제약하기 쉽다고 판단할 수 있다.

[윈도우미디어플레이어 끼워팔기사건] MS사는 윈도우 98에 윈도우미디어플레이어(WMP)를, 2000년 윈도우미와 2001년 윈도우 XP에 MSN메신저를 결합하여 판매하였다. MS사는 PC운영체제시장(X시장)의 시장지배자이다. 공정거래위원회는 이와 같이 다른 시장(Y시장)에 속하는 미디어플레이어나 메신저를 끼워파는 것은 시장지배적지위남용행위(제66조, 제3조의2 제1항)에 해당한다고 보고, 시정명령과 과징금을 부과했다.⁸⁾

그러나 X 시장의 지배자(MS사)에 의한 Y 시장 상품의 끼워팔기(예: WMP)에도 불구하고 Y 시장(미디어플레이어시장)에서 자유로운 경쟁의 시장구조는

School)의 영향이 있기 이전, 즉 19세기 후반부터 1960년대까지 미국의 반독점정책의 이념적 좌표와 비슷하다고 보기도 한다. 이런 견해로 조성혜, 미국의 독점금지과 기업결합의 제한 -서면법 제2조와 클레이튼법 제7조를 중심으로, 비교사법 제9권 제2호, 2002, 445~446쪽.

7) 독일에서도 경쟁(Wettbewerb) 개념은 통일적 개념이 아니고, 개별 규범의 목적과 의미연관에 따라 다양하게 변화한다. 이에 관해 Christian Müller-Gugenberger, *Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage* Aschendorff Rechtsverlag, 2000, §57-5 참조.

8) 공정거래위원회는 시정명령으로 프로그램 분리명령, 윈도우-MSN 메신저간 상호연동금지명령 및 경쟁제품 탑재명령 등과 약 330억원의 과징금을 부과하였다. 자세한 공정은 공정거래위원회 2006.2.24. 2002경축0453(의결 제2006-042호) 참조.

깨지지 않을 수 있다. 오늘날 미디어플레이어시장에서 MS사의 결합상품보다 G사의 미디어플레이어가 지배하는 현실은 이를 보여준다.

여기서 두 가지 점이 주목된다. 첫째, 자유로운 경쟁을 제약하는 지 여부는 행위시점에서 미래를 향해 '사전적으로'(ex ante) 판단해서는 인식하기가 어렵고 대부분 재판시점, (또는 그보다도 더 늦은 시점에 가서야 비로소) '사후적으로'(ex post) 판단될 수밖에 없다. 둘째, 이 사후적 판단에 의하더라도 어떤 행위가 있을 때 경쟁적 시장구조를 깨뜨리게 되는 것인지에 관해 법적으로 사용 가능한 규칙(법칙성)을 세우기 어렵다는 것이다. 그런 점에서 여기서 경쟁적 시장구조의 법적 의미는 철저히 구체적 사안에서야 비로소 정해지는 것(fallimpragnant)임을 알 수 있다.⁹⁾

(2) 경쟁적 시장구조의 도덕적 차원

그렇기 때문에 자유로운 경쟁을 해치는지, 즉 경쟁제한성을 시장구조의 형태나 변형여부가 아니라 시장구조 밖에 놓여 있는, 특히 법적 결정의 기준으로 삼기 쉬운 도덕적 성격의 (시장)외재적 기준을 설정하게 된다. 즉, 법문의 "공정하고 자유로운 경쟁"(제1조)에서 공정하다는 것은 시장구조의 공정성이 아니라 사업자의 행위 차원에서 모종의 도덕적 요소를 가리키기 쉽다.

① 지배성과 서비스융합

예컨대 공정거래위원회가 MS사의 결합판매를 두고 Y시장에서 공정한 경쟁을 해친다고 본 것은 그 사업자가 X 시장(예: PC운영프로그램시장)의 지배자라는 점을 고려한 결과이기 쉽다. 지배자의 끼워팔기는 비지배자의 끼워팔기보다 비도덕적인 것이다. 이런 비도덕성을 상쇄시키는 도덕적 요소가 이른바 상품이나 서비스의 융합(convergence)이라는 토포스이다.

상품이나 서비스의 컨버전스는 — 비록 시장지배자에 의한 끼워팔기라 할지라도 — 시장지배자(예: MS사)의 경영효율성 뿐만 아니라 소비자의 편익도 함

9) 이를 "사안중심의 공정성"(situation-specific-fairness)라고 부를 수도 있다. 이 개념의 출처로 Steven Semeraro, The Efficiency and Fairness of Enforced sharing: An Examination of the Essence of Antitrust, Kansas Law Review Vol. 52, 2003, p47 참조.

께 높이기 때문에, 그 비도덕성을 상쇄시키게 된다. 이런 상쇄가 있는 한, 시장지배지위남용죄의 보호법익은 더 이상 침해(위태화)된다고 말할 수 없다. 따라서 위 MS사의 결합판매는 시장지배지위남용죄에 해당할 수 없게 된다.

[단일상품과 컨버전스의 구별] 상품들의 결합판매가 윈도우와 인터넷 웹브라우저나 IP-TV처럼 '기능적으로 통합된 상품'(단일상품)을 형성한다면 결합판매는 새로운 시장을 형성하는 행위가 되지 기존의 시장을 지배하는 사업자의 끼워팔기가 되지 않는다.¹⁰⁾ 단일상품(통합상품)이 되려면 구매자들이 따로 구입하고, 스스로 결합하여 사용할 경우에 구매자들에게 발생할 이익이 없어야 한다. 이에 비해 컨버전스는 비록 구매자가 따로 구입하고 스스로 결합하는데 구매자의 이익이 존재할지라도 결합하여 제공되면 따로 구입하여 얻을 수 있는 이익과 다른 별개의 이익이 구매자에게 추가로 제공되는 경우를 가리킨다는 점에서 단일상품과 구별되어야 한다.

② 시장을 넘나드는 경쟁

여기서 컨버전스의 사업행위는 (형)법적으로 합법화된다. 물론 다른 시장의 진출이 아무런 '산업연관성'도 없이 이루어지는 문어발식 사업확장(재벌)은 컨버전스가 아니어서 비도덕성을 상쇄시키는 효과도 인정되지 않는다. 여기서 보면 경쟁적 시장구조는 이제 단지 한 시장 안에서 사업자들이 자유로운 사업활동을 통해 시장을 점유해가는 기회를 균등하게 누릴 수 있는 시장구조를 의미하는 데에 그치지 않음을 알 수 있다. 자유로운 경쟁이란 기존의 시장활동을 통한 사업능력을 활용하여 다른 시장에 진출할 자유를 포함하는 경쟁을 의미한다.

이를테면 케이블방송시장(X 시장)의 지배자가 방송서비스와 인터넷망서비스를 결합하여 판매하여 인터넷망서비스 시장(Y 시장)에 진입할 가능성에 맞서 인터넷망서비스시장의 지배자가 방송서비스를 결합하여 판매함으로써 방송시장에 진입할 가능성이 있다면 X 시장과 Y 시장의 경쟁적 구조는 깨지는 것이

10) 예를 들어 MS사가 인터넷 브라우저와 Window95를 결합 판매한 것을 들 수 있다. 이 결합판매를 시장지배지위남용으로 보지 않은 Unites States v. Microsoft Corp, 147 F.3d 935(D.C. Cir. 1998) 참조; 또 다른 예로 IP-TV는 디지털케이블방송과 IP망을 통한 콘텐츠 서비스가 결합하여 하나의 단일상품이 된다. 이런 단일상품성에 관해 이춘·조영주·김도식, 디지털 TV에서의 컨버전스기술, 전자공학회지 제35권 제2호, 2008, 45쪽.

아니다. 물론 IP-TV처럼 결합상품이 새로운 단일한 상품시장을 형성하면 결합 판매는 시장지배지위남용에 속하는 끼워팔기에 해당하지 않게 된다.

그러므로 자유로운 시장 위에서 기업들 간의 경쟁은 “하나의 시장 안에 갇힌 경쟁이 아니라 오히려 시장을 넘나드는, 새로운 시장을 창출해가는 경쟁”¹¹⁾이 된다.

3) 소비자주권

형법이 합법화해야 하는 컨버전스의 사업행위는 비록 문어발식 사업확장에 의한 재벌의 형성을 포함하는 것은 아니지만, 대기업(집단)에 경제력이 집중되게 할 여지는 있다.

(1) 소비자주권의 의미

그러나 경제력 집중 자체가 경쟁적 시장구조의 왜곡이나 소비자후생의 감소를 가져오는 것은 아니다. 대기업의 경제체제에서도 시장은 여전히 경쟁성을 유지하고, 경영효율성과 소비자후생을 동시에 높일 수도 있기 때문이다. 그러나 대기업과 소비자가 힘의 관계에서 너무나 ‘비대칭적’(asymmetric)이라는 점은 문제이다. 일반소비자는 대기업이 계획 생산한 상품과 서비스의 수동적인 소비주체로만 자리 잡기 쉽다. 여기서 공정거래법은 개인을 수동적인 소비주체의 지위에서 능동적인 소비주체의 지위로 끌어올리는 과제를 수행해야 한다. 능동적인 소비주체란 적어도 ‘소비생활에서 자기결정의 일반적 가능성’을 잃어버리지 않은 주체이어야 한다. 이런 주체가 누리는 법적 지위를 소비자주권이라고 개념화할 수 있다. 그러므로 소비자주권은 무엇보다도 기업과 소비자 사이의 ‘비대칭성’을 교정하는 기능을 수행한다. 여기서 소비자주권을 대기업과 소비자 사이의 경쟁적 관계를 실현하는 권리로 재해석하고, 그런 경쟁적 관계도 경쟁적 시장구조의 도덕적 차원으로 편입시킬 수 있다. 이와 같은 정치경제학적 이해에 따르면 소비자주권에 대한 침해는 경쟁적 시장구조를 깨는 것이 되고 — 비록 경영효율성과 소비자후생의 균형이 달성되더라도 — 경쟁법과 형법에 의해 통

11) 이상돈·지유미·박혜림, 기업윤리와 법, 법문사, 2008, 96쪽.

제되어야 한다. 하지만 소비자주권 개념이 고도로 법감정에 의해 그때그때 구체화되는 불명확한 개념임을 고려해보면 소비자주권을 구성하는 권리들의 침해는 그것이 매우 '중대한 소비자권익을 명백하게 침해하는' 경우에만 형법적 통제의 대상으로 삼아야 한다. 여기서 중대하고 명백한 경우란 그 침해되는 권익의 주권성에 대해 대다수의 시민들이 공감(empathy)하는 경우라고 할 수 있다.

[끼워팔기에 의한 소비자주권의 침해와 형사불법] 예를 들면 MS사의 윈도우미디어플레이어(WMP) 끼워팔기 사건에서 소비자의 권익을 실현하는 조치는 대략 아래 표와 같은 ③ 단계로 나눌 수 있다.

| 경쟁법 | 형법 | 보호 단계 | 보호내용 |
|-----|----|-------|---|
| 합법 | 합법 | ③ | 윈도우가 WMP이외에 타사제품을 반드시 함께 제공하여(must carry) 소비자가 선택하게 함 |
| | | ② - 2 | 윈도우가 WMP 이외의 타사 미디어 플레이어 사용할 수 있는 호환성 (및 타사제품 다운로드 아이콘 메뉴설정) 등의 보장 |
| 불법 | 불법 | ② - 1 | 마이너스 옵션, 즉 WMP를 빼고 윈도우를 구입할 가능성 보장 |
| | | ① | 소비자는 윈도우와 WMP를 패키지로 구입할지 여부만을 선택할 수 있음 |

① 단계는 소비자보호 수준이 가장 낮고 ③ 단계는 가장 높다. 한국의 공정거래위원회는 ②-1,2 단계의 소비자보호조치를 취했다.¹²⁾ 같은 사건을 두고 EU에서는 끼워팔기의 지렛대효과를 중시하여¹³⁾ WMP가 (컴퓨터제조단계에서) 제거된 윈도우의 판매의무를 인정하는 (시장)간섭적 조치를 취한 반면, 미국(의 동의명령)에서는 단지 소비자에게 WMP가 보이지 않게 설치하고 호환성만 확보하게 하는 조치만을 취했다.¹⁴⁾ 이런 비교법적 고찰을 함께 고려해보면, 가령 — 경쟁법상으로는 ②-1,2 단계에 이르는 보호조치를 해야만 비로소 합

12) 자세한 것은 공정거래위원회 2006.2.24, 2002경축0453(의결 제2006-042호); 2006.6.16, 2006심이11639(재결 제2006-027호) 참조.

13) 미국은 끼워팔기의 지렛대효과를 간과하여 더욱 시장친화적인 해결방안을 취했다고 보는 Rudolph J.R. Peritz, 'Re-thinking U.S. v. Microsoft in Light of the E.C. Case, NYLS Legal Studies Research Paper 04/05 No.4., 2004, pp3~5 참조.

14) 이런 비교는 Randal C. Picker, Unbundling Scope-of-Permission Goods: When Should We Invest in Reducing Entry Barriers?, The University of Chicago Law Review Vol. 72, No. 1, 2005, pp189~208.

법이 된다고 볼지라도 — 형법적으로는 ②-1 또는 ②-2 단계 이상의 소비자 보호조치를 취하지 않는 끼워팔기만 소비자주권을 침해한다는 폭넓은 공감대를 얻을 수 있다. 그러므로 이런 경우에 시장지배지위남용죄의 다른 요건들을 충족한다면 MS사의 WMP끼워팔기는 설령 미디어플레이어시장의 경쟁을 제한하지 않는다고 판단하더라도 시장지배지위남용죄에 해당하게 된다. 물론 형사처벌은 공정거래위원회의 정책적인 고발결정이나 동의명령에 의한 해결 여부에 따라 좌우될 수 있음을 간과해서는 안된다.

2. 불법의 불명확성

시장지배지위남용에 대한 형법적 통제는 언제나 불명확하다는 비판이 뒤따른다. 이 불명확성의 근원은 불법의 실질이 순환적 구조로 이루어진 데서 비롯된다. 이를 설명해보자.

1) 불법판단의 기호화와 불확실성

시장지배지위남용죄의 구성요건해당성은 크게 세 가지 단계, <시장획정(T_1) → 시장지배지위의 판단(T_2) → 남용행위의 판단(T_3)>으로 판단된다.¹⁵⁾ 순차적 판단으로 이 세 가지 요건들이 모두 충족되면 법적 효과(OR)가 귀속된다. 이를 기호로 나타내면 시장지배지위남용죄는 $\wedge x ([T_{1x} \wedge T_{2x} \wedge T_{3x}] \rightarrow OR_x)$ 가 된다.¹⁶⁾

시장지배지위남용죄의 기호화: $\wedge x ([T_{1x} \wedge T_{2x} \wedge T_{3x}] \rightarrow OR_x)$

논리적 체계적 판단순서: $T_{1x} \rightarrow T_{2x} \rightarrow T_{3x}$

현실적 판단순서: $T_{3x} \rightarrow T_{2x} \rightarrow T_{1x}$

15) 이런 논리적 체계적 순서를 명확하게 서술순서로 삼고 있는 유진희, 시장지배적 지위의 남용금지, 경영법률연구총서 제15권, 2004, 123~153쪽.

16) x 는 불특정한 개인(인적 변수)을 가리키며, \wedge 는 모든 불특정한 개인에 대하여 타당하다는 뜻이다. 즉 $\wedge x ([T_{1x} \wedge T_{2x} \wedge T_{3x}] \rightarrow OR_x)$ 란 누구든지 $(T_1 \wedge T_2 \wedge T_3)$ 의 요건을 충족하는 행위를 하면 OR의 법적 효과를 받게 된다는 뜻이다.

하지만 이런 순서는 단지 체계적 순서일 뿐이다. 현실에서는 각 요건(T1~T3)의 판단이 언제나 일정한 불확실성을 겪을 수밖에 없고, 그 불확실성의 틈새로 해당 기업이나 사업분야에 대한 정치경제적 가치판단이나 규제정책적 목표설정과 같은 '실천적 규제기획'이 작용할 수 있다. 그럴 경우에는 이 순서는 얼마든지 흐트러질 수 있다. 이를테면 시장지배지위(T2)나 기업활동의 남용성(T3) 판단이 먼저 행해지고, 시장획정(T1)은 그에 맞춰서 이루어질 수 있다.

[셀로판 가격남용] 1950년대 중반 듀폰은 미국의 셀로판(cellophane) 판매량의 75%를 점유했다. 그러나 당시 셀로판은 같은 용도로 사용하는 유동성포장재(flexible packaging materials) 전체매출의 18%를 구성하였다. 따라서 셀로판과 다른 유동성포장재를 하나의 시장으로 보면 듀폰의 시장점유율은 약 13.5%가 된다. 듀폰사는 셀로판의 가격을 한계비용을 훨씬 초과하는 높은 수준으로 유지하였다. 여기서 셀로판시장과 유동성포장재시장을 별개의 시장으로 보면 듀폰사는 미국 서면법 제2조 독점화위반죄에 해당하고 같은 시장으로 보면 해당하지 않게 된다. 연방대법원은 소비자들은 셀로판이 비싸면 다른 유동성포장재를 구입한다는 대체구입가능성(interchangeability)을 이유로 그 둘을 하나의 시장으로 획정했다.¹⁷⁾ 이에 반해 비록 용도는 동일하지만 제품자체의 특성(예: 파열강도, 가스침투성, 투명성, 방습성 등)에서 명확한 차이를 고려하면 그들은 별개의 시장이 된다. 따라서 시장획정에서 소비자의 대체구입가능성과 제품의 물리적 특성차이가 가운데 어느 것을 중요시할 것인지가 관건이 된다. 미국 정부가 제시한 논리를 재구성해보면, 듀폰사는 셀로판의 가격을 매우 높게 유지하는 행위(T3x)를 하고 그 가격유지행위를 통해 높은 마진율(수익률)을 얻은 점을 고려하여 시장지배지위를 인정하고(T2x), 이런 지위를 인정할 수 있게 하기 위해 셀로판과 유동성포장재를 — 제품의 물리적 특성차이를 중시하여 — 다른 시장에 분류시킨다(T1x). 여기서 시장지배지위남용의 판단순서는 T3x→T2x→T1x가 된다.

2) 선결문제의 오류

이와 같이 먼저 판단된 기업활동의 남용성은 시장지배지위남용죄의 보호범의

17) U.S. v. E.I. duPont De Nemours and Co., 351 U.S. 377 (1956) 참조.

인 경쟁적 시장구조를 깨뜨리는 효과(경쟁제한효과)가 있는 행위에 대해서만 인정될 수 있는 것이다. 그러나 기업활동의 경쟁제한효과는 어디까지나 그 기업이 시장지배자임을 전제로 할 때에만 인정될 수 있다. 즉, 여기서 말하는 기업활동의 남용성 판단은 시장지배지위남용죄의 핵심적인 표지인 “부당하게”에 의해 좌우되는 판단이다. 그런데 이 부당성은 실질적으로는 바로 그 행위의 경쟁제한성을 의미하고, 이는 다시금 그 행위자가 시장지배자일 때에만 인정될 수 있다. 이로써 시장지배지위남용죄의 판단은 결론적으로 주장하는 바를 그 주장의 근거(전제)로 제시하는 순환논증(‘선결문제요구’ *petitio principii*)의 오류에 빠지게 됨을 알 수 있다.

3) 경쟁제한의 부도덕한 적성범

이런 오류는 부당성을 경쟁적 시장구조의 위태화와 무관한 기준, 예컨대 특정한 소비자권익의 보호가치성 여부에 의하여 판단할 때에만 완전하게 극복될 수 있다. 하지만 그렇게 되면 시장지배지위남용죄는 공정거래질서를 보호하는 형법이 아니라 소비자보호법이 되기 쉽다.

(1) 경쟁제한의 적성

여기서 이런 순환구조의 문제를 해결하는 방법은 아마도 경쟁적 시장구조의 유지와 간접적으로 연관되는 기준을 설립하는 것일 듯하다. 이를 테면 시장의 더 많은 행위자들이 반복적으로 행할수록, 그 행위의 누적적 효과로서 경쟁적 시장구조가 깨질 개연성이 발생하게 되는 그런 행위의 유형들을 설정하는 것이다. 그런 행위들은 경쟁적 시장구조를 직접 인과적으로 깨뜨리는 것은 아니지만, 깨뜨리기에 적합한 특성을 가진 행위, 즉 적성범(Eignungsdelikt)이 된다. 시장지배지위남용죄가 적성범의 성격을 띤다는 점은 판례가 경쟁제한행위를 “경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위”¹⁸⁾로 개념화하는 점에서도 확인된다. 이 개념정의는 경쟁제한행위가 경쟁제한효과를 인과적으로 초래할 적합성이 있다는 평가를 받을 만한 행위라고 보는 것이다.

18) 대법원 2007.11.22.선고, 2002두8626 판결.

(2) 부도덕한 행위

그러나 보편적 법익(예: 경쟁적 시장구조)을 훼손할 적성만으로 그 법익의 훼손(위대화)을 한 개인의 행위에 귀속시킬 수는 없고, 그런 행위를 하는 모든 사람들에게 집단적으로만 귀속시킬 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 그런 법익침해의 적성만으로 형사불법이 최종적으로 인정될 수는 없다. 형법의 과잉이 우려되기 때문이다. 여기서 개인적 귀속의 새로운 거점이 필요하다. 이 거점은 경쟁적 시장구조를 깨뜨릴 적성이 있는 행위가 사업행위자들에게 행위규범으로 내면화할 수 있는 가능성이 있는 행위들일 것을 요구함으로써 확보될 수 있다. 그런 행위들은 시장 위의 '부도덕적 행위'로서 표제화할 수 있어야 한다. 매우 불명확한 개념인 소비자주권을 침해하는 행위를 시장지배지위남용죄로 처벌할 가능성은 그 행위에 의해 침해된 소비자의 권익이 크고 명백하다는 점 그 자체가 아니라, 소비자주권 침해행위로 표제화되는 행위들이 경쟁적 시장구조를 깨기 쉬운 적성을 가진 부도덕한 행위라는 점에 대한 사람들의 폭넓은 공감에 기초하는 것이다.

III. 시장지배지위남용죄의 성립요건

시장지배지위남용죄의 성립요건은 크게 1. 시장지배성, 2. 부당성, 3. 유형성, 4. 의도성으로 체계화할 수 있다.

1. 시장지배성

시장지배지위남용죄는 신분범이다. 벌칙조항인 제66조 제1항 1호는 “제3조의 2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반하여 남용행위를 한 자”라고 규정하여 일반범인 듯 한 문언을 취한다. 그러나 여기서 “남용행위를 한 자”는 시장지배적 사업자의 업무를 수행할 권한을 가진 자이므로 이중의 신분관계, 즉 행위자는 사업자의 업무를 수행할 권한을 가진 자(예: 대표이사)이고, 그 사업자는 시장지배적 사업자이어야 한다. 아래서는 시장지배적 사업자란 신분적 요소

19) 이상돈, 형법강의, 법문사, 2010, §4-48 참조.

만 다루기로 한다.

1) 시장의 확정

시장지배적 사업자란 시장지배력(market power)을 지닌 자이다. 여기서 시장지배력은 특정한 시장에서의 지배력을 의미한다. 그런데 시장지배력은 해당 시장의 구체적인 외연을 어떻게 확정하느냐에 그 인정여부가 완전히 달라진다. 시장의 외연을 넓게 확정하면 지배력은 그 만큼 약화되고, 반대로 좁게 확정하면 지배력은 그 만큼 강화된다.

(1) 관련시장

시장의 외연은 어떤 상품의 구입조건이 변화함에 따라 다른 상품이나, 다른 지역 또는 다른 생산판매단계(예: 제조→도매→소매)의 상품으로 대체구입이 이루어지는 모든 상품들을 포괄하여 확정된다. 이를 관련시장(법 제2조 8호)(=관련상품시장, 관련지역시장, 관련시적시장)이라 부른다. 이때 대체가능성은 주로 '수요대체성'으로 이해되고, 이 대체성의 판단에서는 특히 소비자의 경제적 가치 설정, 집단적 선호경향에 대한 고려가 중시되기도 한다.²⁰⁾

(2) 범죄신분구성적 시장의 외연

그러나 행정법적 제재가 아니라 형벌을 부과하기 위한 요건으로서 관련시장을 확정할 때에는 그 대체가능성의 판단에서 단지 수요자 입장에서 (가격, 기능, 디자인 등 다양한 측면의) 유사한 상품가치성 뿐만 아니라 공급자(기업)의 판매전략적 의사결정이나 전문가집단의 상품시장이해 그리고 대체구매시 발생하는 (법적, 경제적, 문화적, 시간적) 거래비용의 증감 등을 다양한 요소를 종합적으로 고려하여, 관련시장의 확정에 관한 여러 대안들 가운데 가장 넓은 관련시장을 선택해야 한다. 이로써 시장지배지위남용죄의 신분성에서 불명확성이 최

20) 사항적 관련시장을 고객의 입장에서 대체가능성이 있는가, 그리고 공간적 관련시장을 수요자의 입장에서 대체가능성이 있는가를 기준으로 판단하는 유진희, 앞의 논문 각주 15, 126쪽, 141쪽.

소화될 수 있다.

2) 지배력 현행법상 시장에 대한 지배력(market power)

“상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위”(제2조 7호)를 말한다.

(1) 지배력의 추정

현행법은 단독 점유율이 50%이상(독점 monopol), 3개 이하의 사업자를 시장 점유율 합계가 75% 이상(과점 oligopol)일 때²¹⁾ 그 사업자들을 시장지배적 사업자로 추정하지만(제4조), 법원은 실질적인 시장지배(력)에 대한 판단에 따라서는 점유율에 의한 추정을 깨고 시장지배지위를 인정하지 않을 수 있고, 점유율에 의해 추정되지 않는 사업자도 시장지배지위를 인정받을 수 있다. 따라서 시장점유율은 어떤 사업자가 시장지배력이 있는지를 결정하는 필요조건도 충분조건도 아니다.²²⁾

(2) 실질경쟁의 배제력

시장지배성의 판단에서 중요한 점은 실질적 경쟁²³⁾을 배제시킬 수 있는 힘을

- 21) 이는 단독점유율이 30%이상, 3개 이하의 사업자 점유율 합계는 50%이상, 5개 이하의 사업자 점유율 합계는 66%이상일 때 시장지배지위를 인정하는 독일의 경우(GWB §19(3) 참조)에 비해 낮은 편이다. 미국의 법원은 전통적으로는 시장점유율이 90%이상이면 확실하게 시장지배력을 인정하고, 33% 이하이면 확실히 인정하지 않으며, 60~64% 정도에서 인정여부의 경계선을 설정한다. 이에 관해 United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945) (Hand, J.) 참조. 이렇게 볼 때 시장점유율에 의한 시장지배력 인정에서는 우리나라 법이 독일보다는 완화된 기준이지만(이 점을 비판하는 김두진, 앞의 논문 각주4, 226쪽 참조) 미국 판례보다는 다소 엄격한 기준이라고 볼 수 있다.
- 22) 시장점유율은 경쟁제한효과를 발생시킬 만큼의 가격을 상승시킬 수 있는 많은 능력이 있음을 나타내는 지시자가 되는 것은 아니라고 보는 Einer Elhauge, Defining better monopolization standards, Stanford Law Journal Review Vol.56, 2003, p259.
- 23) 여기서 말하는 실질적 경쟁은 오늘날 독일 경쟁제한방지법(GWB)이 사실상 목표로 삼는 비록 완전경쟁은 아니지만 ‘기능은 하는 경쟁’(funktionsfähiger Wettbewerb)으로도 표현할 수 있다. 이 개념을 흔히 “유효경쟁”이라고 번역한다. 예를 들면 신동권, 독일

가지고 있는지 여부이다. 이때 경쟁이란 가격, 품질, 조건, 서비스 등 다양한 차원에서 가능하다. 공정거래위원회의 규제는 이 다양한 차원 가운데 어느 하나, 예컨대 가격경쟁을 배제시킬 수 있는 힘(power of price)만으로도 시장지배적 지위를 인정할 수 있을 것이다. 경제학적 공식으로 유명한 러너지수(Lerner index)²⁴⁾도 가격을 중심으로 시장지배력을 측정한다.

$$L = \frac{(P - MC)}{P}$$

러너지수는 기업이 이윤을 최대화하는 방향으로 설정한 가격(P)에서 이윤을 최대화하는 생산수준에서의 한계비용(MC)을 빼고 이를 다시 이윤을 최대화하는 가격으로 나눈 값(L)이다. 러너지수(L)가 커지면 시장지배력이 커지며, 지수가 작아지면 시장지배력은 약화된다. 이는 수요의 가격탄력성(Ed : Elasticity of demand)과 역비례적인 부(마이너스)의 관계(L=-1/Ed)에 놓인다.

(3) 범죄신분구성적 지배력

그러나 시장지배지위남용죄로 형사처벌되기 위한 요건으로는 경쟁의 다양한 차원들에서 실질적 경쟁을 배제하는 힘(전 방위의 경쟁배제)을 가져야 한다. 이는 법이 열거하고 있는 “상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건”이나 시장지배력판단에서 고려해야 할 요소들 “시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등”의 구문론적 관계를 모두 ‘또는’(∨)이 아니라 ‘그리고’(∧)의 관계로 이해하는 것이다. 즉, 경쟁사업자의 규모²⁵⁾가 상대적으로 매우 작고, 진입장벽도 존재하며, 아울러 시장지배력을 추정하는 점유율 이상인 사업자로서²⁶⁾ 가격·수량·품질 기타의 거래조건에서 실질경쟁의 배제력²⁷⁾

경쟁제한방지법(GWB)상의 시장지배 개념, 경쟁저널 통권 제110호, 2004, 14쪽 참조.

24) Abba Lerner, The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, The Review of Economic Studies 1 (3), 1934, pp157-175.

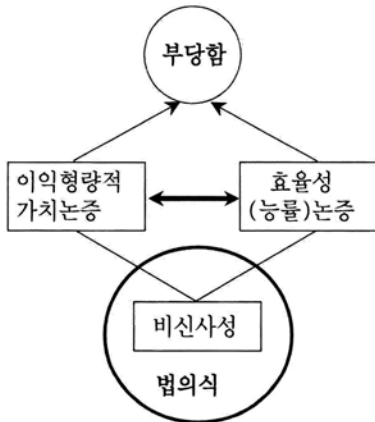
25) 이를 판단함에는 “(1) 경쟁사업자의 시장점유율 (2) 경쟁사업자의 생산능력 (3) 경쟁사업자의 원재료 구매비중 또는 공급비중 (4) 경쟁사업자의 자금력”을 고려한다(「시장지배적지위 남용행위 심사기준」(2009) III.3.나 참조)

26) 시장점유율(market share)만으로는 시장지배력을 파악할 수 없지만, 시장점유율은 수요의 가격탄력성, 공급의 가격탄력성에 대해 상관관계가 있는 효과를 미친다고 본 William M. Landes/ Richard A. Posner, Market Power in Antitrust Case, Harvard Law Review Vol. 94, No.5, 1981, pp937~996, 특히 p946 아래 참조.

을 갖는 경우만을 시장지배지위남용죄의 신분자로 인정하는 것이다. 예컨대 시장점유율이 매우 낮지만 정보의 비대칭 등에 터 잡아 소비자보호를 외면함으로써 얻을 수 있는 시장지배력²⁷⁾만으로는 시장지배지위남용죄의 신분성을 인정하지 않는다.

2. 부당성

시장지배지위남용죄는 시장지배적 사업자가 그 지위를 이용하는 행위가 부당한 것이어야 한다. 부당성은 가장 불명확하면서도 가장 핵심적인 표지이다. 이 “부당하게”의 표지를 제외하면 시장지배지위남용행위는 외형상 통상적인 사업활동의 형태와 같기 때문이다. 먼저 부당성은 두 가지 논증에 의해 판단된다.



즉, 시장지배자가 경쟁자를 시장에서 축출하기 위해 하는 가격덤핑(약탈적인 가격설정 predatory pricing)의 부당성 판단에서 두 논증, 이를 테면 당사자들의 이익을 비교형량하여,²⁹⁾ 시장지배자의 이익이 우월적 이익이라는 점에서 부당하지 않다는 가치논증과 그런 행위는 시장지배자의 경영효율성(능률)을 높이는 것과 무관한 행위이므로 부당한 행위라고 논증(효율성논증)이 있다. 이들은 서로 충돌한다. 그러나 출혈경쟁을 부당한 행위로 규정하는 실질적인 힘은 가치

논증이나 효율성논증 가운데 어떤 것을 선택하게 만드는 더 높은 차원, 즉 시민들의 법의식이다.

27) 이런 실질경쟁의 배제력을 판단함에는 시장봉쇄력(원재료의 구매비율이나 공급비율이 시장지배자 추정 시장점유율 이상일 때), 자금력, 신기술개발능력, 산업재산권 보유량, 거래선변경의 가능성 등을 고려해야 한다.

28) 이에 관해 Robert H. Lande, Market Power Without A Large Market Share: The Role of Imperfect Information and other ‘ConsumerProtection’ Market Failures, American Antitrust Institute Working Paper No. 07-06, 2007, p5 아래 참조.

29) 이런 입장으로 유진희, 앞의 논문 각주15, 134쪽.

1) 공통된 도덕적 직관으로서 비신사성

즉, 출혈경쟁이라는 경쟁행위³⁰⁾는 ‘비신사적’이라는 ‘공통된 도덕적 직관’³¹⁾으로부터 그 행위의 부당성이 판단된다. 이와 같이 시장에서 경쟁의 부당성을 구성하는 도덕적 직관으로서 비신사성은 게임에서 비신사적 행위에 비유될 수 있다. 공정거래위원회가 제정·운영하고 있는 「시장지배적지위 남용행위 심사지침」이 목록화한 남용행위의 세부 유형 및 기준행위들은 이런 의미의 비신사적 행위³²⁾들을 목록화한 것이라 할 수 있다. 예를 들어상품의 가격을 높게 결정하는 행위는, 예컨대 원자재 구입을 현저히 증가시켜 신규사업자가 필요한 원자재 구입을 어렵게 만드는 행위가 부당한 행위가 되는 것(제3조의2 제1항 4호)도 그런 행위의 비신사성 때문이다.

물론 비신사성의 기준이 시장과 완전히 무관한 도덕관련적 법의식으로 이해 되서는 안된다. 왜냐하면 부르주아들, 서구의 자유자본주의 체제에서 재산과 교양을 갖춘 시민들은 자유시장의 조정기능에 대한 신뢰 속에서 새로운 질서를 형성했는데, 이때 시장의 조정기능을 훼손하는 것은 부르주아들이 도덕적 품성으로서 신사성을 저버리는 것이기 때문이다. 또한 시민의 도덕적 품성으로 신사성은 시장에 참여할 때 다양한 모습으로 전개될 수 있다. 시장지배지위남용금지 는 주로 시장의 강자가 약자들에게 해야 할 배려의 요청이라는 도덕적 품성에 관계한다. 여기서 주의할 점은 비신사성은 논증언어가 아니며, 결정의 차원에서 작동하는 공통된 도덕적 직관 형성의 구심점이 되는 법의식이라는 점이다. 그러므로 비신사성에 따른 결정은 합리적 논거에 의해 그 타당성이 설명되어야 하

30) 출혈가격경쟁은 독일에서도 부당성이라는 일반조항적 개념의 불명확성을 극복하고 명확하게 적용할 수 있는 사례군으로 예시 정립된 예이다. 이에 관해 Christian Müller-Gugenberger, a.a.o., S.7, §57-42 참조.

31) 이는 ‘원인규제주의’가 아니라 ‘폐해규제주의’를 채택하고 있는 우리나라 법에서 마치 미국의 반독점법이 미국 헌법상의 이념인 ‘견제와 균형’에 따라 사적 경제적 권력에 대한 법적 견제에 대한 미국시민들의 신뢰(이에 관해 자세히는 A. D. Neale/D.C. Goyder, *The Antitrust Laws of the United States*. Cambridge University Press, 1980 참조)에 기초한다는 설명(윤보옥, *서면법에 관한 연구*, 서울대학교 박사학위논문 (1985), 147~150쪽 참조)과 일맥상통한다. 한국시민들의 신뢰는 법이 비신사적이라고 말할 수 있는 부도덕한 사업행위를 시장지배적 사업자들이 하지 못하게 한다는 점에 향해 있는 것이다.

32) 이처럼 신사성(과 숙녀성)은 법의 규범적 기획을 실현하는 인간행위의 특성으로 파악하는 이상돈·민윤영, *법정신분석학입문*, 법문사, 2010, 236쪽 참조.

며, 이 설명은 가치논증이나 효율성논증의 형태를 띠게 된다.

2) 형사불법으로서 현저한 비신사성

시장지배자의 비신사적인 사업행위가 시장지배지위남용죄에 해당하려면 그 비신사성은 현저한 것이어야 한다. 출고조절행위의 예로 설명해보자. 상품의 수급을 조절하는 기능은 시장의 조정기능 가운데 가장 대표적인 기능이다. 경쟁시장에서는 사업자들의 출고조절에 따라 시장의 수급변화가 일어나지만, 사업자들은 인식가능한 시장의 수급변화를 고려하고 자신의 수익을 극대화하는 방향으로 출고를 조절하려고 한다. 그렇기에 출고조절은 수익을 극대화하려는 사업자들의 정상적인 경영행위이다. 그러나 출고조절이 수요와 공급을 조절하는 시장의 조정기능을 위태롭게 하는 정도로 비신사적 성격을 띠게 될 수 있다. 이럴 경우 그 행위는 경쟁법적 제재의 대상이 될 수 있다. 이에 비해 출고조절행위가 형사불법을 띠려면 중단기적으로 일반소비자들에게 예컨대 매점매석에 대한 도덕적 반감과 유사한 법감정을 불러일으키고, ‘정말 해도 너무한다’, ‘정말 치사하다’와 같은 언어로 서술될 수 있을 정도로 현저히 인위적인 것이어야 한다.

3) 형사불법적 부당성의 소극적 요소로서 적정수익률

형사불법의 요소가 되는 부당성은 경쟁제한행위가 단지 경쟁제한효과의 적성을 가졌다는 ‘행위반가치’(Handlungsunwert)만으로는 충분하지 않고, ‘결과반가치’(Erfolgsumwert)도 구비한 것이어야 한다. 이 점은 부당성 이외의 행위표지들(예: 출고조절행위)은 이익극대화를 추구하는 통상적인 사업활동과 경계 짓기가 매우 어렵다는 점을 고려할 때 더욱 그러하다. 부당성의 결과반가치적 요소란 부당한 사업활동을 통해 ‘폭리’, 즉 “현저하게 부당한 이익”(형법 제349조 제1항)까지는 아니더라도 ‘폭리를 향해가는 수익률’을 거두어들이는 것을 말한다. 예컨대 사업자의 높은 가격설정이 형사불법의 질을 갖는 착취행위가 되려면 그 가격설정의 비신사성 이외에 그 가격설정을 통해 기업이 얻은 이익이 적정수익률을 현저히 넘어서는 것이어야 한다.³³⁾ 적정수익율의 유지는 그 기업과 해당

33) 이와 비슷한 판단기준으로 유럽공동체법원(EuGH)도 Chiquita사건(이에 관해 자세히는 Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union - Rechtsordnung und

산업의 건정성을 유지하는 데 필요하고, 장기적으로 보면 이는 다시금 소비자의 후생으로 이어질 수 있기 때문이다.

[대두유 출고조절사건] H 회사는 S 주식회사가 100% 출자한 회사이며, 원료를 수입해서 대두유를 제조·판매하는 회사이며, 대두유시장에서 시장지배적 사업자이다. 1997.12. 환율급등으로 대두유원료의 수입비용은 급등했고, 가격인상에 대한 불안심리에 대두유의 수요가 증가하는 상황에서 H 회사의 대표 甲은 대두유의 출고량을 오히려 줄이기로 하였다. 이에 따라 1997.12.8.~12.16.까지 H 회사의 대두유제품출고량은 그 직전기간인 12.1.부터 12.6.까지의 일일평균판매량(229톤) 기준으로 38.3%, 그 직후인 12.17.~12.31.까지의 일일평균판매량(545.9톤)의 16%에 불과한 약 87톤으로 현저히 낮추었고, 재고량은 2배 이상 증가(894톤에서 2202톤)시켰다. 또한 12.18.에는 대두유 1.8L당 가격을 16.9% 인상하였고, 1998.1.12. 다시 13.7% 인상하였다. 이에 따라 대두유 판매의 경상이익률이 1997.11월에 -0.09%이었던 것이 12월에는 3.1%로 올랐으며, 1998.1월에는 8.9%로 올랐다. ① 공정거래위원회는 H 회사의 이런 “부당한 출고조절행위는 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한 것”으로 판단하였다.³⁴⁾ ② 그러나 적자를 탈출하기 위한 전략의 일환으로 이루어진 출고조절행위는 형사불법을 근거지를 정도로 부당한 사업활동이라고 보기는 어렵다.

3. 유형성

경쟁법의 이상에서 보면 시장지배적 사업자의 모든 부당한 행위를 규제해야 하지만 그 행위의 경쟁제한효과에 대한 판단의 불확실성으로 인해 자칫 과잉규제가 행해지기 쉽다. 과잉규제를 예방하는 방법은 시장지배지위남용죄의 실행행위를 공문을 통하여 합의 가능한 범위에서 최대한 유형화하여 그것을 실행행위로 미리 정해 놓는 것이다.

Politik, 5. Auflage Baden-Baden, 2001, pp343~345 참조)에서 실제의 생산비용 이외에 그 기업의 다른 사업, 특히 다른 투자에 필요한 재정을 조달하는 정도의 수익률을 달성케 하는 판매가격도 여전히 ‘적절한 가격’이 되고, 남용행위도 인정하지 않는다 (Sammlung der Rechtsprechung des EuGH 1978, p207, p305 참조).

34) 공정거래위원회 1998.11.4, 9808독관1302(전원회의 의결 제98-252호) 참조.

1) 실행행위의 유형설정

현행 법률은 그런 유형으로 5가지를 규정하고 위임입법(제3조의2 제2항)에 의해 법시행령에 의해 13가지로 더 구체화하고 있다.

| 행위 | 법률 제3조의2 제1항 | 법시행령 제5조 |
|---------|---|---|
| ★ 착취 | ★ 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위(제1호) | ★ 정당한 이유 없이 상품의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사업종의 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우(제1항) |
| ● 방해 | ● 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위(제2호) | ● 정당한 이유 없이 최근의 추세에 비추어 상품 또는 용역의 공급량을 현저히 감소시키는 경우(제2항 제1호) ● 정당한 이유 없이 유통단계에서 공급부족이 있음에도 불구하고 상품 또는 용역의 공급량을 감소시키는 경우(제2항 제2호) |
| ● 방해 | ● 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위(제3호) | ● 정당한 이유 없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위(제3항 제1호) ● 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위(제3항 제2호) ● 정당한 이유 없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위(제3항 제3호) ● 제1호 내지 제3호외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위(제3항 제4호) |
| ● 방해 | ● 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위(제4호) | ● 정당한 이유 없이 거래하는 유통사업자와 배타적 거래계약을 체결하는 행위(제4항 제1호) ● 정당한 이유 없이 기존사업자의 계속적인 사업활동에 필요한 권리 등을 매입하는 행위(제4항 제2호) ● 정당한 이유 없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위(제4항 제3호) ● 제1호 내지 제3호외의 부당한 방법으로 |

| | | |
|--------------|--------------------------------------|---|
| | | 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위(제4항 제4호) |
| ● 방해 (전단) | ● 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나(제5호 전단) | ● 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우(제5항 제1호) ● 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(제5항 제2호) |
| ★ 착취 (후단) | ★ 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위(제5호 후단) | |

(1) 법다원주의적 형성

그런데 시장지배지위남용행위의 유형을 정하는 위임입법은 다른 위임입법과는 좀 다른 특성을 갖는다. 법률의 5가지 유형은 대체로 시장지배지위남용죄의 불법유형(Unrechtstypus)의 대강만을 서술하고 있다. 이 대강의 서술은 그 자체로서 명확성원칙에 위반하는 것은 아니다. 입법자의 형법적 규율기획³⁵⁾은 입력이 되어 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 법률의 5가지 불법유형은 시장지배지위남용죄의 ‘실행행위’유형을 설정하고 있다고 보기는 어렵다. 넓은 의미에서³⁶⁾ 백지형법(Blankettnorm)이라고 부를 수 있다. 시장지배지위남용죄의 ‘실행행위’의 유형은 행정부가 법시행령에 의해 설정하고, 법률의 5가지 불법유형은 이 유형화에 있어 단지 안내기능을 수행할 뿐이기 때문이다. 이런 점에서 시장지배지위남용죄(의 실행행위)의 위임입법은 법률이 규정한 실행행위의 의미를 해석하는 행위라는 차원을 넘어 실행행위유형을 실질적으로 입법하는 차원에 도달해 있다. 이로써 범규범의 민주성이 약화되고, 전문성이 강화된다. 그러나 이와 같은 법생산권한의 분권화는 법이란 과정으로서 법(law as process),

35) 형벌법규의 명확성원칙 위배여부를 판단하는 기준으로 입법자의 규율기획을 제안하는 이상돈, 앞의 책 각주19, §2-47; 입법자의 규율기획은 결정프로그램(Entscheidungsprogramm)으로 표현되기도 하고(Winfried bHassmer, *Alternativkommentar zum StGB*, Bd.1, Luchterhand 1990, §1, Rn.20), 규범프로그램(Normprogramm)으로 표현되기도 (Müller, *Juristische Methodik*, Berlin, 1976), p116 아래) 참조.

36) 이런 Klaus Tiedemann의 입장에 대해서는 Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hg), *GWB - Kommentar zum Kartellrecht*, 2.Auflage 1992, vor §38, 방주 p18 아래 참조.

즉 다원적인 주체들 사이의 소통적인 ‘과정’ 속에서 비로소 형성되는 것이라는 법다원주의의 흐름³⁷⁾에 부합한다.

이를 증명이라도 하듯 시장지배지위남용죄의 실행행위의 유형은 위임입법에 의해서 뿐만 아니라 행정에이전시인 공정거래위원회의 심사지침에 의해서도 정립된다. 심사지침은 주로 시행령이 정립한 실행행위유형의 해석기준을 마련하는 것이지만, 때때로 더 구체적인 실행행위의 유형을 설정하기도 한다. 예를 들어 “다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위”(법시행령 제5조 제3항 제4호)은 심사지침에 의해 “부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위”나 “거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래 조건을 부당하게 차별하는 행위”(심사지침IV.3.라) 등으로 구체화된다.

(2) 법다원주의적 이해와 죄형법정주의

법다원주의의 이해에서 보면 공정거래위원회도 의회, 정부와 함께 공정거래(형)법을 형성하는 주체가 된다. 이렇게 보면 가령 심사기준이 더 구체적인 실행행위의 유형을 설정하고 있는 경우에 시장지배지위남용죄는 그 유형들에 한정되어 적용되어야 한다. 사법기관도 이를 존중해야 한다. 이런 존중은 공정거래위원회의 전문성을 존중하지 않고는 형법을 통한 공정거래질서의 확립이 경제적으로는 시장의 자유와 조정기능을 해치게 되는 부작용이 발생할 수 있다는 통찰에서 비롯된다. 또한 이런 존중은 형법이 전문화되고, 그 전문형법의 생산 권한이 다원화되는 현대사회에 요구되는 죄형법정주의의 새로운 모습이라고 할 수 있다. 즉, ‘법률 없이는 범죄도 없고 형벌도 없다’는 ‘공정거래위원회의 고시(에 특정된 시장지배지위남용행위) 없이는 범죄(시장지배지위남용죄)도 없고 형벌도 없다’로 확장되는 것이다.

4. 의도성

37) 이에 관해서 이상돈, 기초법학 제2판, 법문사, 2010, 586~593쪽; Gunther. Teubner, Globale Bukowina zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, Rechtshistorisches Journal 1996, p255 참조.

시장지배지위남용죄의 불법은 사업자가 경쟁제한효과의 적성이 있는 경쟁제한행위를 하고 있다는 점을 인식하고 의욕했어야 한다. 이때의 고의는 최강도의 고의, 즉 의도(intent, Absicht)를 가리킨다.

1) 시장지배지위남용의 악의

미국에서 시장지배지위남용죄의 고의를 표현하는 개념으로 사용되는 악의(wrongful intent)도 이런 의도성을 전제한다. 그러나 악의의 개념에는 도덕적·정서적 요소로서 '나쁜'(wrongful)이란 의미소(意味素)가 부가되어 있다. 이 개념은 시장지배지위남용죄의 고의를 더욱 좁게 설정한다. 물론 '나쁜', '악한'이란 가치충전을 필요로 하는 개념이다. 그러므로 경쟁제한효과를 발생시킬 적성이 있는 행위를 의도하는 내면의식의 '어떤' 상태가 '나쁜' 내면의식인지는 구체적 사안의 특성을 고려하여 결정될 수밖에 없다.

(1) 나쁜 의도의 사용규칙례

하지만 어떤 사례군에서는 나쁜 의도라는 개념의 사용규칙을 세워볼 수도 있다. 예를 들어 현존(경쟁)상태의 유지(status quo)를 목적으로 하는 의사는 단순한 '의도'로 개념화할 수 있는 반면, 현존상태를 깨고, 더욱 경쟁을 제한하는 것을 목적으로 하는 의사는 '나쁜 의도'라고 개념화할 수 있다.

[열연코일 거래거절사건] P(회사)는 우리나라에서는 유일의 일관제철 회사로서 시장지배적 사업자이다. 국내 자동차시장의 독점적 사업자의 계열사인 H(회사)는 냉연강판공장을 완료하여 냉연강판시장에 새롭게 진입함으로써 P와 경쟁관계에 들어서게 되었다. H는 공장 완공 전후로 시험가동이나 제품생산을 위하여 P에게 수차례에 걸쳐 냉연용 열연코일의 공급을 요청하였으나 P는 이를 받아들이면, 최종제품인 자동차냉연강판의 판매에서 H의 원료공급업체가 될 것을 우려하여 거절하였다. 하지만 P는 H가 냉연강판시장에 진입하기 이전의 기존 냉연강판 제조업체에게는 계속 냉연용 열연코일을 공급하였다. H는 할 수 없이 일본에서 열연코일을 수입하여 냉연강판을 생산·판매하였고, 정상조업을 개시한 이후 수년간 지속적으로 순이익을 올렸다. 또한 P의 거절 이후에도 생산량이 감소되거나 가격이 상승되지 않았으며, 乙의 진입으로 냉연강판시장의

규모가 확대되었을 뿐이다. ① 대법원은 P에게 남용의 의도나 목적을 인정하지 않았다³⁸⁾ ② 그러나 P는 냉면코일을 공급한다고 해서 H의 원료공급업체가 되는 것이 아니라 자동차용 냉면강판시장의 경쟁관계에 본격적으로 들어가게 되는 것을 막기 위한 것이므로 경쟁제한의도(독점유지의도)는 있는 것이며, 또한 P와 H가 자동차용 냉면강판에서 경쟁을 펼쳤으면 자동차용 냉면강판의 가격하락(과 아울러 자동차의 가격하락)이 발생했을 가능성도 있기 때문에 P의 거래거절은 경쟁제한효과를 발생시키는 적성도 있는 행위이다. 따라서 P의 행위는 경쟁법적 제재의 대상은 된다.³⁹⁾ ③ 다만 P는 기존의 경쟁상태를 더욱 악화시키려는 악의가 없었기 때문에 시장지배지위남용죄가 성립하지 않을 뿐이다.

(2) 경쟁법적 일탈행위와 범죄고의의 차등화

이로써 시장지배지위남용죄의 주관적 요건은 가장 엄격하게 설정된다. 이 요건에 의해 시장지배지위남용행위의 객관적 요건들만으로는 경쟁법적 제재만으로 충분한 행위와 형사처벌이 필요한 행위 사이의 경계를 명확하게 긋기 어렵다는 문제가 해결될 수 있다.

[독점화의도의 거래거절] Aspen 회사는 자신보다 적은 스키 슬로프를 가진 경쟁사업자인 Highlands 사와 4개의 산을 공동 이용하는 티켓을 발행·판매하고 그 수익을 분배하는 관계를 계속해오다 이 거래를 중단·거절하였다. Aspen 회사는 이 거절로 단기간 이익은 희생되지만 미래 독점적 이익을 얻으려고 하였다. 연방대법원⁴⁰⁾은 나쁜 의도가 있다는 점을 중시하여 셔먼법 제2조 위반을 인정하였다. Aspen사건은 흔히 이런 나쁜 의도가 없었다고 대법원이 인정한 사건인 Verizon v. Trinko사건⁴¹⁾과 구별된다. Trinko사건은 뉴욕지역 전화시장을 지배하던 Verizon회사가 자신의 회선을 빌려 지역전화서비스를 하는 AT&T사의 고객들에게 — 이에는 Trink로펌도 속하는데 — 자기 회사의 고객의 전화를 회선에 넣어 연결하고 남은 부분이 있을 때에만 전화를 연결해준 불완전한 거래거절사건이다. 대법원은 Trinko사건에서 셔먼법 제2조 위반도 인정하지 않았

38) 대법원 2007.11.22. 선고, 2002두8626 판결<전원합의제>.

39) 이를 인정한 원심판결인 서울고등법원 2002.8.27.선고, 2001누5370 판결 참조.

40) 472 U.S. 585 (1985).

41) 540 U.S. 398 (2004).

지만, 나쁜 의도는 인정되지 않아도 경쟁법적 제재는 필요하다고 볼⁴²⁾ 여지도 있다.⁴³⁾

2) 의도의 입증문제

남용 의도는 입증이 어렵다. 그래서 판례는 경쟁제한효과가 입증되지 않고 경쟁제한효과에 대한 우려만 인정되는 경우와 경쟁제한효과가 입증된 경우를 구별하여, 후자의 경우에는 그에 대한 의도나 목적은 사실상 추정한다. 그러나 형사소송법의 증거법원칙에 따라 경쟁제한효과가 확인되었어도 남용의도를 사실상 추정해서는 안 된다. 왜냐하면 그런 사실상의 추정은 고의를 시장지배지위남용죄의 성립요건에서 사실상 제거해버리기 때문이다. 미국 연방대법원도 이런 추정은 서면법상의 반독점범죄(criminal antitrust offense)를 엄정책임(strict liability)의 법리로 재구성하는 결과를 가져온다는 점에서 허용하지 않고 있다.⁴⁴⁾

IV. 시장지배지위남용의 적정제재

시장지배자의 사업행위가 시장지배지위남용죄의 형사불법을 모두 충족하는 경우에도 형벌의 목적을 (때로는 더) 효과적으로 달성하면서도 형벌을 최후의 수단으로 사용하는 형법정책이 요구된다.

1. 합리적인 제재법의 구축

42) Aspen사는 거래거절 직전 년도에 Highlands사의 슬로프 이용자가 13.2%였고, 점차 감소하는 추세임을 고려하여 12.5%를 제안하였지만 Highlands사가 이를 거절하여 계약을 지속하지 못하게 된 점에 비추어 경쟁사업자를 축출할 의도가 없었다고 보는 반면, Trinko사건이 경쟁법적 제재가 필요한 사건으로 해석하는 Eleanor M. Fox, Is there Life in ASPEN after Trinko? The silent revolution of section 2 of the Sherman Act, *Antitrust Law Journal* No. 73, 2005/2006, p165 아래 참조.

43) 미국의 해석론을 우리나라 법에 도입하는 자세한 논의로는 이기준, 공정거래법상 단독의 거래거절의 위법성 판단기준: 미국 서면법 제2조의 해석론의 도입가능성을 중심으로, *상사판례연구* 제14집, 2003, 107~160쪽 참조.

44) U.S. v. Gymsum Co. 438, 438 U.S. 422 이하 특히 438 (1978) 참조.

먼저 현행 시장지배지위남용죄는 한편으로는 최대한 행정법적 제재(예: 과태료, 시정명령)나 중간법(middle law)의 제재(예: 과징금)로 대체될 필요는 있지만, 다른 한편으로는 결코 전면적으로 폐지되어서도 안 된다.

1) 불법차등의 계량화와 형법적 과소규제

이런 법정책적 입장의 의미를 이해하기 위해 시장지배지위남용행위의 불법을 계량적으로 차등화해보기로 한다. 현재 공정거래위원회의 실무는 각종 제재의 수준을 벌점(조치수준별 벌점)에 비례하여 산정한다. 경고는 0.5점, 시정권고는 1.0점, 시정명령은 2점, 과징금은 2.5점, 고발은 3.0점의 벌점을 매긴다.⁴⁵⁾ 이런 벌점체계는 고발조치를 받을 시장지배지위남용행위의 불법이 과징금이 부과될 시장지배지위남용행위의 불법에 비해 $3 \div 2.5 = 1.2$ (배), 시정명령을 받을 시장지배지위남용행위의 불법에 비해 $3 \div 2 = 1.5$ (배), 시정권고를 받을 행위의 불법에 비해 $3 \div 1 = 3$ (배), 그리고 경고를 받을 행위의 불법에 비해 6(배)임을 보여 준다.

2) 불법의 차등화와 제재의 차별화

여기서 시장지배지위남용행위에 대한 제재의 형태는 남용행위의 행위반가치 측면, 특히 주관적 요건(의도)과 부당성 요건의 충족여부 그리고 그 강도의 측면에서 단계적으로 차등화되는 불법의 강약에 비례하여 결정될 수 있다.

(1) 형사불법

시장지배지위남용죄의 형사불법은 최대한 넓은 범위로 확정된 시장에서 일정 수준 이상의 시장점유율과 실질적 경쟁의 배제력을 모두 가지고 있는 사업자가 법시행령이나 고시에 이미 정립된 유형에 해당하면서도, 현저히 비신사적인 사업활동을 그것도 나쁜 의도를 갖고 행한 경우에만 인정되어야 한다.

[주식매수권유에 의한 사업활동방해] P(주)의 회장 甲은 체육복권의 독점사업자로 선정되고 정치적 영향력이 큰 국회의원 丁의 거둬들인 부탁으로 그

45) 공정거래위원회, 2009년판 공정거래백서, 28쪽.

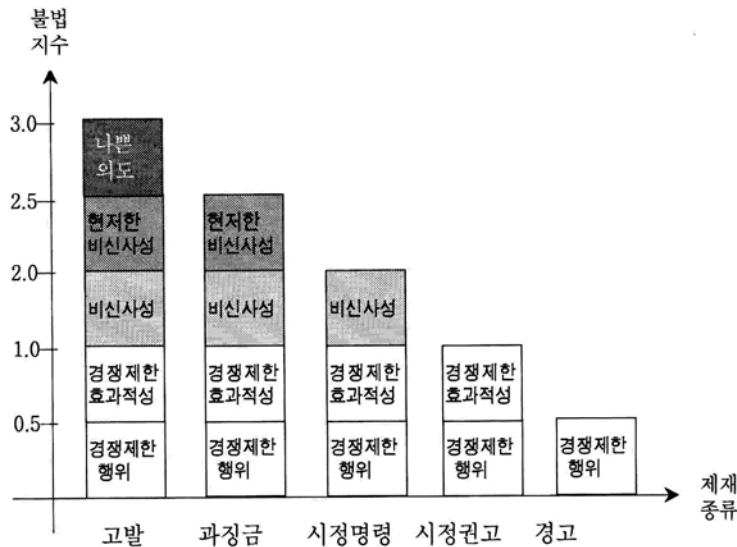
의 지역구를 연고지로 둔 구단 HT를 인수하게 된 T 인터내셔널(주)의 유상증자에 참여하기로 결심하고, P(주)의 자회사 PK의 대표 乙과 협력회사 S(주)의 대표 丙에게 T(주)의 주식을 매입할 것을 권유하였다. 乙과 丙은 T(주)의 사업내용과 전망 등을 다각도로 검토한 후, (투기적) 주식거래가 회사의 영업목적에 속하지 않음에도 각 이사회를 거쳐 각각 10만주씩 주당 35000원에 매입하였다. 그러나 이후 <丁 게이트>가 발생하였고, T(주)의 주식은 폭락하였으며, 그에 따라 PK(주)와 S(주)도 큰 손실을 입었다. T(주)는 비상장·비등록기업으로서 객관적인 가격은 정해지지 않았지만,⁴⁶⁾ 매입시점 전후로 15000원에서 30000원 사이에 거래된 바 있었다. 법원 甲에게 공정거래법상 PK와 S(주)의 사업을 방해한 것도 아니라고 보았다.⁴⁷⁾ 그러나 甲의 주식매입권유는 시장지배지위를 이용하여 乙과 丙이 영업목적 외의 거래를 하도록 한 점에서 현저히 비신사적인, 즉 부당한 사업활동의 방해이며, 정경유착을 유지하려는 나쁜 의도가 사업활동방해의 의사에 포함되어 있다는 점에서 형사불법의 성격을 띠는 시장지배지위남용행위가 된다.

(2) 중간법적 제재

과징금은 시장지배지위남용죄의 주관적 요건으로서 ‘나쁜 의도’가 없고, 단순 의도만 있는 반면, 부당성의 요건으로서 시정명령과는 달리 ‘현저하게’ 비신사적인 시장지배지위남용행위에 대해 부과될 수 있다. 과징금은 형벌보다는 약하지만 그와 유사한 사회윤리적 비난의 기능을 수행한다. 이 점에서 과징금은 시정 조치들과 차별화된다. 또한 사회윤리적 비난의 기능을 수행함으로써 과징금은 형벌을 대체하는 제재로서 자리 잡을 수 있다.

46) 다만 판례는 증권거래소에 상장되지 않거나 증권협회에 등록되지 않은 법인이 발행한 주식의 경우에도 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이라고 본다(대법원 2001.9.28.선고, 2001도3191 판결).

47) 서울고등법원 2004.8.18.선고, 2003노3054 판결; 다만 위 사례 ㉠은 이 판결사안을 단순화하고 다소 변형한 것임. 그러나 판결이유의 분석비판으로는 여전히 유효한 변형임.



그렇기에 과징금에 대한 불복은 비송사건절차가 아니라 소송절차로 다루어진다. 그럼에도 불구하고 과징금은 실무에서는 형벌과 병과되고 있다. 이는 헌법 제13조 제1항을 이중위험금지원칙으로 해석⁴⁸⁾할 경우에는 위헌적인 제재법의 현실이 된다. 물론 과징금은 위반한 행정법규가 지향하는 행정목적의 달성을 재원으로 사용되므로 행정법적 제재의 성격도 띈다. 그러므로 과징금은 중간법(middle law)에 속하는 제재가 된다.

(3) 행정법적 제재

시장지배지위남용행위가 과징금 부과대상 행위보다 부당성요건에서 ‘현저한’ 비신사성이 없고, 보통의 비신사성만 있는 경우에는 시정명령이 부과될 수 있다. 이보다 더 약한 제재인 시정권고는 비신사성도 없고, 다만 경쟁제한효과의 적성이 있는 행위를 한 경우에 그리고 경고는 경쟁제한효과의 적성이 없으나 전형적인 경쟁제한행위를 한 경우에 취해질 수 있다. 시정명령은 형벌이나 과징금과 병과될 수 있다. 하지만 권고나 경고는 과징금이나 형벌과 병과할만한 행위가 아니므로 병과할 가능성은 전혀 없다.

48) 이런 입장으로 이상돈, 조세형법론, 법문사, 2009, 77쪽 아래 참조.

2. 합리적인 형사처벌을 위한 절차법적 기제

1) 체계통합의 기제

시장지배지위남용행위에 대한 처벌절차의 실제 진행 속에서는 입증의 어려움 때문에 형사불법과 비형사불법 사이의 경계가 명확하게 구분되기가 쉽지 않다. 공정거래위원회와 피심인 사이의 상호작용의 전개양상에 따라 피심인의 행위는 형사불법에 해당한다고 구성될 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 게다가 경쟁적 시장을 구축하는데 필요한 제재와 형사사법의 정의를 굴절 없이 관철하는데 필요한 제재 사이에는 언제나 간극이 존재한다. 이처럼 형사불법적 시장지배지위남용행위의 입증에서 불확실성을 제거하고 경제체계와 법체계 사이의 간극을 메우고 체계통합을 달성하는 절차적 기제가 마련될 필요가 있다. 그 대표적인 기제가 전속고발제와 동의명령(consent order)이라고 할 수 있다.

2) 전속고발제

시장지배지위남용죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야만 검사가 공소를 제기할 수 있게 하는 것(제71조 제1항)을 전속고발제라고 한다. 고발결정에서 공정거래위원회는 형사정의의 실현이란 목적이 아니라 경쟁적 시장구조의 실효적인 구축이라는 목적을 좇는다.

3) 동의명령제

한미 FTA의 협정체결에 따라 도입이 논의되어 온 동의명령제도 같은 목적을 좇는다. 동의명령제란 공정거래법 위반사건의 피심인이 혐의 사실을 인정하고 시정방안을 제안할 경우 공정거래위원회가 그 타당성 여부를 검토한 후 피심인과의 합의를 통해 조치방안을 결정하는 제도이다.⁴⁹⁾ 이에 의하면 형벌권이 위축된다는 우려가 높으나 피심인이 경쟁제한 상태를 자발적으로 해소하게 함으

49) 미국의 연방거래위원회(FTC)가 관할하는 동의명령(consent order)에 관해서는 E. Thomas Sullivan/Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW, POLICY AND PROCEDURE: CASES, MATERIALS, PROBLEMS, LexisNexis, 2003, pp147~152

로써 경쟁적 시장구조를 효과적으로 구축할 수도 있고, 소비자 등에 대한 피해의 구제나 예방을 위한 조치도 효율적으로 취해질 수 있는 장점이 있다.

주제어: 시장지배적지위남용죄, 소비자후생, 부당성, 의도성, 유형성

참 고 문 헌

- 김두진, 시장지배적 지위의 남용, 한국비교사법학회 제14권 1호, 2007, 219~260쪽
- 신동권, 독일 경쟁제한방지법(GWB)상의 시장지배개념, 경쟁저널 제110호, 004, 14~42쪽.
- 유진희, 시장지배적 지위의 남용금지, 경영법률연구총서 제15권, 2004, 123~153쪽.
- 윤보옥, 서면법에 대한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 1985.
- 이기준, 공정거래법상 단독의 거래거절의 위법성 판단기준: 미국 서면법 제2조의 해석론의 도입가능성을 중심으로, 상사판례연구 제14집, 2003, 107~160쪽
- 이상돈, 형법강의, 법문사, 2010
- 이상돈, 조세형법론, 법문사, 2009
- 이상돈, 기초법학, 법문사, 2010
- 이상돈·지유미·박혜림, 기업윤리와 법, 법문사, 2008
- 이상돈·민윤영, 법정신분석학입문, 법문사, 2010
- 이춘·조영주·김도식, 디지털 TV에서의 컨버전스기술, 전자공학회지 제35권 제2호, 2008, 40~48쪽.
- 조성혜, 미국의 독점금지과 기업결합의 제한 -서면법 제2조와 클레이튼법 제7조를 중심으로, 비교사법 제9권 제2호, 2002, 413~454쪽.
- Abba Ptachya Lerner, The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, The Review of Economic Studies 1 (3), 1934, pp157-175.
- A. D. Neale/ D.C. Goyder, The Antitrust Laws of the United States.: A Study of Competition Enforced by Law, 3rd edition, Cambridge University Press, 1981.
- Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union - Rechtsordnung und Politik, 5. Auflage (Baden-Baden), 2001.
- Christian Müller-Gugenberger, Wirtschaftstrafrecht, 3. Auflage Aschendorff

- Rechtsverlag, 2000.
- Einer Elhauge, Defining better monopolization standards, *Stanford Law Journal Review* Vol.56, 2003, pp253~344.
- Eleanor M Fox, Is there Life in ASPEN after Trinko? The silent revolution of section 2 of the Sherman Act, *Antitrust Law Journal* Vol. 73, 2005/2006, pp153~170.
- E. Thomas Sullivan/Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW, POLICY AND PROCEDURE: CASES, MATERIALS, PROBLEMS, LexisNexis, 2003, pp147~152
- Gunther Teubner, Globale Bukowina zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* Bd. 15, 1996, pp255~290.
- Joseph C. Gallo/ Kenneth G. Dau-Schmidt/Joseph L. Craycraft /Charles J. Parker, Criminal Penalties under The Sherman Act: A Study of Law and Economics, *Research in Law and Economics* Volume 16, 1994, pp25~72.
- Louis Kaplow/Steven Shavell, Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice, *Harvard Law and Economic Discussion Paper* No. 411, 2003, pp1~23.
- Randal C. Picker, Unbundling Scope-of-Permission Goods: When Should We Invest in Reducing Entry Barriers?, *The University of Chicago Law Review* Vol. 72, No. 1, 2005, pp189~208.
- Robert H. Lande, Market Power Without A Large Market Share: The Role of Imperfect Information and other 'ConsumerProtection' Market Failures, *American Antitrust Institute Working Paper* No. 07-06, 2007, pp1~17 .
- Rudolph J.R. Peritz, Re-thinking U.S. v. Microsoft in Light of the E.C. Case, *NYLS Legal Studies Research Paper* (04/05 No.4., 2004), pp1~10.
- Steven Semeraro, The Efficiency and Fairness of Enforced sharing: An Examination of the Essence of Antitrust, *Kansas Law Review* Vol.

52, 2003), pp1~48.

Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hg), *GWB – Kommentar zum Kartellrecht*, 2.Auflage, 1992.

William M. Landes/Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Case*, *Harvard Law Review* Vol. 94, No.5, 1981, pp937~996.

Winfried Hassemer, *Alternativkommentar zum StGB*, Bd.1 Luchterhand 1990.

<Abstract>

Optimal regulation on abuse of market-dominant position and criminal liability

Yi, Sang-Don

Professor, Law school, Korea University

Abuse of market-dominant position crime has in fact become symbolic-criminal law due to lack of enforcement. However, it needs to remain in order to establish competitive market structure that reconciles business-efficiency with consumer welfare and to rectify asymmetry between consumer and major companies. The issue is that the abuse of market-dominant position crime has extreme vagueness that comes from the circular reasoning of market-dominant power and competition restriction. This article attempts to eliminate the vagueness by systematizing the four factors of abuse of market-Dominant position crime as market-dominance, injustice, type and intention. The injustice especially is recognized by the sharing of moral intuition in civil society, that it is immoral behavior which could result in the inclination to break competitive market structure. The range of illegality of abuse of market-dominant position should be differential by the level of intention and injustice, then the punishment should be given in proportion to the level. Lastly, the exclusive accusation and consent decree should function as a procedural mechanism that accomplishes to combine economic system and criminal legal system.

Key words : Abuse of market-dominant position, consumer welfare, injustice, intention, categorizing