현안분석 2014-06

시장구조개선에 대한 법제연구

성 승 제

Global KLRI,
Best Research, Better Legislation

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

현안분석 2014-06

시장구조개선에 대한 법제연구

성 승 제

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

시장구조개선에 대한 법제연구

Legal Systematic Study on Improvement of Market Structure

연구자 : 성승제(연구위원)
Seong, Seoung-Je

2014. 11. 28.

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

요 약 문

Ⅰ. 배경 및 목적

□ 연구의 배경

○ 세계화와 경제개방에 따른 시장구조의 복잡화

○ 유효경쟁을 조성하기 위한 경쟁당국의 정책수단이 종래와 같은 단순 경쟁법 조항만으로 관철되기 힘듦

○ 시장구조분석에 따른 독과점적 시장 진단과 그에 따른 시장경쟁 복원 방안이 제시되어야 할 필요 있음

□ 연구의 목적

○ 이 연구는 「독점규제 및 공정거래법」을 중심으로 시장구조조사에 대한 법적 검토 후에 법적 방안을 제시하고자 함

Ⅱ. 주요 내용

□ 현행 공정거래법상 도입된 시장구조조사의 입법 연혁과 시장구조 및 그 조사 내용 소개

□ 공정거래법 법제도상 시장분석 검토

○ 입법체계적 관점

- 우리나라 공정거래법상 시장구조조사 근거조항의 설치 연혁과 시대에 따른 동 조항 변천 과정에 대한 고찰

- 수차 개정에 의하여 시장구조조사 조문이 개선되어 왔고, 상당한 유효경쟁 조성을 위한 효과가 입증될만한 성과를 올렸음에도 불구하고, 시장구조조사 및 분석이 제도상 여전히 미흡함

○ 법제도적 개선 방안검토

- 주요 외국 시장구조조사 상황을 검토하고, 입법적 취급을 어떻게 하는지 검토함

Ⅲ. 기대효과

□ 공정거래 법제 개선 방안제시

○ 개정 관련 법제도적 입법 자료 제공

○ 기타 각 부처 등의 정책수립 및 법제도 개선 시에 정책 및 입법 자료로 활용

주제어 : 공정거래법, 시장구조조사, 경제분석, 시장구조 조사권, 시장구조 공표권

Abstract

Ⅰ. Background and Purpose

□ Background of this study

○ Complexification of market structure due to globalization and open economy

○ Hardship in accomplishing workable competition environment just by competition law clause as in the past

○ Needs to diagnose monopoly market by analyzing market structure and adduce methods to recover market competition

□ Purpose of this study

○ This paper will conduct legal examination of market structure research focused on 「Monopoly Regulation and Fair Trade Act」 and suggest legal methods

Ⅱ. Main Summary

□ Introduce legislation history of market structure research adopted by current Fair Trade Act and explain concept of market structure and its research

□ Examination of market analysis under Fair Trade Act

○ From Legislative Perspective

- History in adoption of market structure research by our Fair Trade Act and transition process of such clause by time period

- Market structure research clause has been improved through several amendments, and although it has obtained results that has proven to be effective in construction of workable competition, system regarding market structure research and analysis is not sufficient yet

○ Improvement Methods for Legal System

- Review on other main countries current standing of market structure research, and its adoption into legal system

Ⅲ. Expected Outcome

□ Suggest Improvement Scheme of Fair Trade Act

○ Supply legislative materials for amendment

○ Utilize in policy making and improving legal system

Key Words : Fair Trade Act, Market Structure Research, Economy Analysis, Right to Market Structure Research, Right to Declare Market Structure

목 차

요 약 문 ····· 3

Abstract ····· 5

Ⅰ. 서 론 ····· 9

1. 연구의 목적 ····· 9

2. 연구의 범위 및 방법 ····· 11

Ⅱ. 독과점적 시장구조 개선 입법 ····· 15

1. 시장구조 ····· 15

(1) 독과점 시장구조의 출현 ····· 15

(2) 경쟁정책 추진과 각종 시장 분석방법 발전 ····· 17

(3) 시장구조와 경쟁법운용 ····· 19

2. 독과점시장구조조사 입법과 운용 ····· 21

(1) 입 법 ····· 21

(2) 독과점시장구조개선시책의 출발 ····· 22

(3) 시장지배적사업자 추정제도 ····· 25

(4) 시장지배적사업자 추정제도 ····· 28

3. 시장구조 개선제도 ····· 30

(1) 필요성 ····· 30

(2) 독과점시장구조조사 ····· 33

4. 시장분석 ····· 34

Ⅲ. 주요국의 시장분석 법제 ····· 39
1. OECD 다국적기업 ····· 40
2. 영국의 시장분석 ····· 47
(1) 시장분석 또는 조사 기관 ····· 47
(2) OFT의 시장분석 ····· 50
(3) 경쟁위원회(CC)의 시장조사권・자료요청권 ····· 51
(4) 한・EU FTA 의 경쟁법 조항 ····· 52
3. 미국의 시장분석 ····· 53
(1) 경쟁법 시행청으로서의 연방거래위원회 ····· 53
(2) 연방거래위원회의 조사권과 공청회 등 ····· 56
4. 소 결 ····· 59

Ⅳ. 시장분석과 시장구조조사 등 ····· 61
1. 공정거래백서의 시장분석 ····· 61
(1) 제3조 운영상황 ····· 61
(2) 연도・산업별 시장개선방향 ····· 62
2. 시장구조조사 및 개별시장구조조사 ····· 66

Ⅴ. 결 론 ····· 69

참 고 문 헌 ····· 71

Ⅰ. 서 론

1. 연구의 목적

오늘날 한국의 경제가 선진국형 시장구조로 진입한 것으로 이해되는 경우가 적지 않다. 허다한 문헌에서 이러한 인식을 발견하는 것은 어렵지 않다. 예컨대

전후 60년 동안 한국은 압축적인 시장구조를 경제·사회발전을 이루고 자유민주주의를 실현하며 세계 경제 10대 강국의 반열에 오르게 되었으며, 전쟁의 폐허와 빈곤의 악순환 속에 원조를 받던 최빈국에서 공여국으로 탈바꿈한 한국의 사례는 많은 개발도상국들의 희망이 되고 있다.[1] 지난 반세기 동안 한국은 가난한 농업국에서 산업화된 국가로 변모하는 과정에서 급속한 경제성장을 경험하여, 한국은 산업화가 급속히 진전되었음에도 소득분배가 상대적으로 평등한 성장을 이룩하여 세계은행이 1993년 발간한 「동아시아의 기적(East Asian Miracle)」에서 한국은 산업화가 진행된 기간 중에도 소득분배가 양호한 수준을 기록한 국가로 평가하였다.[2] 우리 경제는 이제 본격적인 선진국형 시장경제체제로 진입하였으니, 이는 정부 주도의 개발경제에서 벗어나 민간의 창의와 자유로운 경쟁을 통해 경제가 동태적으로 성장하고 자원의 효율적 배분이 이루어지며 소비자의 이익이 증진되는 시대가 도래하였다는 것을 의미한다[3]고 서술하는 것 등을 예시할 수 있다.

---

1) 김주훈 작성 서문(김준경/김광성, 「2012 경제개발모듈화사업: 한국의 사금융 시장 양성화정책과 포용적 금융발전 경험」, 금융위원회/KDI국제정책대학원, 2013.5)

2) 위 김준경/김광성 책의 서론(14쪽). 그러나 1993년 분석한 것이 아직도 유효하다고 볼 수 없다.

3) 김준경 작성 서문(이재형, 「한국의 산업조직과 시장구조」, KDI, 2013.12)

일례로 1960년대 초기 한국의 국민소득이 아프리카 등과 유사하였다는 논의는, 미국 오바마 대통령이 언급하면서 유명해졌다. 필자도 그러한 줄 알았다. 사실을 확인하게 된다면 더 놀랄 일이다. 문제의 담론에서 비교 대상이던 당시 가나 공화국의 GDP는 그 때 한국의 2배 수준이었다.[4)]

4) 표: 1961～2012년 각국의 GDP 변동

단위: 달러(소수점 이하 사사오입)

	1961	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2012
Korea	93	107	282	602	1,646	2,311	6,149	11,428	10,837	16,347	22,590
Ghana	187	263	252	284	410	348	395	377	256	495	1,605
Thailand	107	138	192	352	677	735	1,489	2,800	1,938	2,630	5,480
Philiphines	276	193	183	360	683	546	711	1,094	1,032	1,251	2,587
Mexico	345	468	659	1,395	2,671	2,254	2,952	2,866	2,453	6,819	9,747
Japan	559	911	1,927	4,411	8,968	11,113	24,406	41,834	37,118	36,326	46,720
Singapore	453	528	923	2,529	4,662		12,422	24,521	22,834	27,243	51,709
HongKong	454	677	959	2,237	5,628	6,390	13,109	23,870	25,488	26,129	36,796
Malaysia	280	325	382	780	1,739	1,874	2,315	4,086	3,532	4,799	10,381
China	-	97	112	176	192	291	313	594	938	1,722	6,188
USA	2,927	3,666	4,994	7,498	12,154	17,642	22,938	27,328	35,196	42,124	49,965
France	1,463	2,074	2,866	6,579	12,549	9,644	21,276	26,423	22,101	33,835	39,772
Germany				6,009	11,719	9,106	21,704	30,658	22,897	33,947	41,514
영국				4,177	9,392	7,976	17,033	19,462	24,527	37,304	38,514
Italy	889	1,309	2,038	3,949	8,164	7,647	19,666	19,504	19,127	29,975	33,049
Sweden	2,157	3,021	4,421	9,472	15,838	12,450	27,911	27,722	27,039	39,512	55,245
Norway	1,571	2,132	3,246	8,004	15,101	15,053	26,564	33,504	36,800	64,271	99,558
Finland	1,322	1,867	2,412	6,090	10,903	11,013	27,047	24,775	23,058	36,777	46,179
Denmark				7,870	13,540	11,616	25,742	34,402	29,346	47,822	56,210
Austrailia	1,844	2,355	3,477	7,700	11,546	11,121	17,856	20,453	20,300	34,559	67,036
Argentina	-	1,304	1,267			2,758		7,275	7,497	4,579	11,452

출처: http://www.nationmaster.com/country-info/stats/Economy/GDP-per-capita에서, 필자가 데이터 구하여 도표 작성함

최근 성가를 떨친 토마 피케티의 21세기 자본[5] 또는 로버트 라이시[6]가 지적하는 성장률 둔화 또는 후퇴의 문제는 소득분배구조가 불평등화함에 따라 경제성장이 지체된다는 것이 주목받고 있다. 이 문제에 대하여 한국의 최근 경제성장률 정체는 다양한 각도에서 해석되어야 할 것으로 보인다. 한국에서 경제력집중이 심화되어 온 것은 후술과 같이 입증될 것이다. 그렇다면 경제 전반적으로 소득구조 분배가 불평등해졌다는 최근 추세 보고들을 겸하여 본다면, 시장에서 경쟁이 조성되지 못하고(경제력집중 때문에 독과점적 시장이 늘어났다는), 시장구조가 왜곡될 수 있다는 추측이 가능하게 한다. 본 보고서는 시장구조 개선을 위한 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법')」 제3조와 관련한 법적 분석을 하고자 한다. 그리고 본 조항이 정상 작동하기 위한 법적 방안을 제시하고자 한다.

2. 연구의 범위 및 방법

오늘날 시장분석 또는 경제분석의 법상 근거 조항은, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 함)」은 뒤에 적는 바와 같이 1996년 개정법에서 시장구조개선에 대한 근거를 마련함으로써 비로소 시작되었다. 이어서 1999년 개정법은 시장분석에 대한 조항을 추가로 마련하여 오늘에 이르고 있다.[7]

이는 독과점시장구조를 개선하려면 개별적인 기업들에게 경쟁법 적용을 하는 것으로 해결되기는 힘들고, 시장에서 경쟁이 저해되는 원

5) Thomas Piketty, CAPITAL in the Twenty-First Century (Translated by Arthur Goldhammer), The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

6) Robert B. Reich 저/ 안진환・박슬라 역, 「위기는 왜 반복되는가」(원저: "After Shock"), 김영사, 2010, Reich는 하버드대・(현)UC버클리대 교수이자, 미국 노동부장관(1993.1～1997.1) 역임.

7) 성승제, "독과점 시장구조 개선을 위한 공정거래법상 시장분석", 「경제법연구」(12권 2호), 한국경제법학회, 2013.12, 320쪽.('경제법연구의 시장분석 글' 로 인용함)

인을 찾는 것이 효과적인 경우가 적지 않기 때문에 시도된 것이며, 효율적인 경쟁시장 조성을 위하여 종래와 같이 개별적 대응에서 벗어나 독과점 문제가 발생하는 시장 전체를 파악하여 해결점을 찾으려는 것이다. 하지만 처음에는 법상 규정된 시장구조개선 등이 이루어지기 힘들었으니, 그 이유는 시장구조개선 또는 그것을 위한 시장분석에 대한 법령상의 근거 조항이 미약하였던 측면도 있고, 경쟁당국 스스로도 첫 10년간은, 도입된 법령에 대한 이해도도 높지 못하였던 것을 꼽을 수 있다.[8] 제도가 시작된 처음 10여년은 시장구조개선 제도운용을 위한 시작 단계로서, 경쟁당국은 단순히 이론 등을 종합 고찰하는 과정을 거치면서 시장분석 또는 경제분석을 운용하기 위한 준비작업을 거치게 되었으니, 가령 인텔 반도체 충성할인 사건[9] 등은, 사건 해결을 위한 심도있는 분석 끝에 경쟁법 운용 사상 높이 평가할 만한 결과를 도출해낸 사례라 할 것이다. 시장구조개선 등에 대한 공정거래법 제3조 운용이 궤도에 처음 오르는 것만도 대략 10여년의 시간이 소요되었는데, 아직도 시장구조개선을 위한 법제도 개선의 여지는 적지 않은데, 가령 외국 입법례는 일정 부분 강제성을 수반하는 조사권과 결과 공표권 등을 갖추고 있어서 시장구조조사의 실효성을 높이고 있다.[10] 물론 이 경우에도 사인 또는 법인 등 피조사대상자의 법적 권리가 침해되지 않는 행정 관행과 법적 보완이 필요하다.

본 보고서는 시장경쟁 조성을 위한 경쟁정책이 단편적인 조사나 법령 위반행위 여부를 판단한다는 것만으로는 미흡할 수 있다는 전제하에, 시장분석 또는 경제분석에 의한 도구를 통하여 시장경쟁조성의 정책적 목적을 원활하게 달성하는데 기여할 수 있다는 점을 관찰하고

8) 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 320쪽.
9) 상세는 성승제, “충성할인에 대한 경쟁법적 규제의 검토”, 「경제법연구(제11권 제1호)」, 한국경제법학회, 2012.6; 2009 공정거래백서 81～89쪽 참조.
10) 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 321쪽

자 하는 바, 시장분석 또는 경제분석은 오늘날 전세계 시장의 글로벌화와 더불어 경제개방도가 상당한 단계로 높아진 오늘날 복잡해진 시장상황에 따라, 경쟁당국이 유효시장 조성을 달성하는데 몇 안 되는 수단이 되고 있다.[11] 시장분석이 효율적으로 작동하고 그로 말미암아 경쟁정책이 효과를 거두면, 이는 한국의 시장을 개선함으로써 경제적 성취를 이루는데 보탬이 될 수 있다.

11) 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 321쪽

Ⅱ. 독과점적 시장구조 개선 입법

1. 시장구조

(1) 독과점 시장구조의 출현

산업혁명과 더불어 세계경제를 주도하면서 성장해온 유럽 국가나, 유럽적 문화와 전통에 바탕을 두고 20세기 들어 세계경제를 이끌어 온 미국, 그리고 20세기 후반 이후 새로운 경제대국으로 등장하였었고 여전히 주요한 경제주체인 일본 등 주요 선진국들은 정도의 차이는 있지만 오랫동안 시장경제체제의 발전과 함께 산업발전 및 경제성장을 이룩해 왔다. 그에 비해 한국은 일제 강점기의 경제적 피해와 그에 이은 전쟁의 상처 위에서 1960~1970년대 정부주도 경제개발, 그리고 1980년대 이후 지속적인 대외 지향적 발전전략을 통해 세계에서 유례를 찾기 어려운 경제적 성과를 달성하였는데, 이 때문인지 한국의 산업조직도 선진국과 다른 독특한 모습을 보이고 있다는 것이 통념적인 시각이다.[12] 구체적으로는, 개발전략이 본격 추진된 이후, 한국의 산업은 수많은 대기업이 탄생·발전하였으니 즉 대규모기업집단이 등장하여 우리 경제에서 중요한 위치를 차지하게 되었고, 특히 선도적 산업들은 대부분 대기업이 주도하고 있으며, 이들 대기업은 거의가 재벌그룹의 계열기업이라는 특징을 갖고 있다. 우리 경제는 시장경제 도입과 함께 이러한 대기업 및 재벌의 성장을 통해 높은 성과를 달성하였으나, 다른 한편 이들 대기업 및 재벌의 의하여 시장의 효율적인 작동이 방해받는 역설적 상황이 나타나고 있다는 시각이다.[13]

12) 이재형, 「한국의 산업조직과 시장구조」, 한국개발연구원, 2013.12, 11쪽.
13) 이재형 위 한국의 산업조직과 시장구조 책 11쪽.

재벌이 출현하게 된 것은 한국정부가 수출우선 정책을 펼치면서, 초창기 수출 경쟁력이 부족한 기업들로 하여금 수출에 매진하게끔 하는 정책적 수단을 사용하면서 나타난 측면이 관찰된다. 인플레이션을 유발하면서 수출 실적이 있는 기업들에게 특혜적인 금융대출 우선권을 준 것인지, 특혜적인 금융대출을 해 주다 보니 화폐발행이 과다하여 인플레이션이 유발된 것인지 선후관계는 불명료하다.[14)]

민주주의라 함은 요컨대 국민이 주인 또는 주체라는 용어라 할 것인데, 이 어휘의 의미를 경제적으로 파악한다면, 정부가 자의적으로 화폐를 발행해서 국민의 재산을 편취하지 못한다는 의미가 될 수 있는 것인데, 정부가 화폐가 필요하다 하여 화폐를 발행한다면 그 초과된 수량만큼은 인플레이션을 피할 수 없고, 그만큼 국민의 재산은 더 화폐를 취득하게 된 다른 경제주체에게 이전된다.[15)] 위대한 경제학자 중 한 명인 Irving Fisher가 Money Illusion에서 설파한 대로 인플레이션 상황에서는 동일한 화폐수량을 가지고 있다면 실제 화폐가치는 축소되는 것이기 때문이다.[16)] 일찍이 존 메이나드 케인즈는 '경제위기'라는 것의 본질은 '부의 이전'에 대한 계층간 투쟁이라고 언급한 바 있으며, 또한 케인즈는, '지속적인 인플레이션은 다수를 가난하게 만들지만, 소수를 부유하게 만들며 그 소수에게 힘이 있기에 인플레이션이 지속되는 것'이라고도 하였다.[17)]

---

14) 성승제・윤계형, 「경제민주화의 효율적 구현을 위한 법제연구」, 한국법제연구원, 2014.10, 96쪽.

15) 세일러, 「착각의 경제학」, 위즈덤하우스 2013.1, 53～54쪽,, 수정가필하여 인용(위 성승제・윤계형 책 96쪽 전거).

16) 반대로 오늘날 한국이 진입하고 있는 디플레이션 상황 하에서는 동일 수량의 화폐를 가지고 있다면 실제 화폐가치는 팽창한다. Irivng Fisher, The Money Illusion, Adelphi Company(New York), 1928.(위 성승제・윤계형 책 96～97쪽 전거)

17) Keynes, J. M., Essays in persuaion, London: St. Martin's Press, 1973(1931)의 저자 서문, (원 출처는 위 세일러 책 17쪽, 동시에 성승제・윤계형 책 97쪽 재인용).

(2) 경쟁정책 추진과 각종 시장 분석방법 발전

1980년 제정된 공정거래법은 시장경제를 회복하고 시장에 유효경쟁을 수호하고자 마련된 법제도이다.

경쟁정책은 시장기능을 활성화하기 위한 제도적 기반이 되며 공정거래 정책은 시장기능이 원활하게 작동하도록 시장 전박적인 경쟁여건을 제고하면서, 경쟁을 억제하거나 방해하는 행위를 제거하는데 초점을 맞추고자 하는 바, 공정거래법이 원활하게 작동하고 경쟁정책이 휴요하게 추진되려면 산업 전반의 경제상태에 대한 객관적인 평가가 필요하다. 산업집중, 시장구조통계나 대규모기업집단에 대한 통계는 이러한 점에서 경쟁정책의 개발과 집행에서 중요한 역할을 수행하고 정책의 기초자료로 활용될 수 있기 때문에, 주요 선진국들은 이미 오래전부터 경쟁 정도의 측정지표로서 시장구조 통계를 작성해 왔다.[18] 우리나라도 주요 선진국보다는 다소 늦었지만 경쟁정책의 지표로서 시장구조통계 및 재벌관련 통계를 작성하고 분석하여 왔으며, 산업전반에 걸친 산업집중 및 재벌에 의한 경제력집중 억제에 대한 계량적 연구가 1970년대 처음 시작된 이후 지금까지 이루어져 왔다. 이에 대하여 특정 국가가 산업조직 전반에 걸쳐서 통계적으로 접근한 연구가 연면히 지속된 것은 선진국들에서도 흔치 않다는 시각이 있다.[19]

정리하자면 첫째 허핀달-허쉬만 지수 등 시장구조지표를 소개(정병휴, 1970)한 것으로부터 시작되어서, 둘째 산업조직이론과 경쟁정책을 산업조직 및 시장구조 통계(시장집중도, 재벌에 의한 경제력집중 현상 등)와 함께 제시하면서 시장구조(market structure) 혹은 산업집중(industrial concentration) 분야 그리고 재벌관련통계(경제력집중 통계)를 포괄한 연구(이규억, 1977), 셋째 기초데이터 없이는 불가능하다는 특성

18) 이재형, 위 한국의 산업조직과 시장구조 12쪽.
19) 이재형 윗 책 12쪽. 이규억의 1977년 연구에서 비롯하였다고 한다.

탓에 1980년대 중반까지는 KDI 연구진만이 수행하게 되었던 동 연구의 흐름은 재벌의 산업적 특성에 관한 통계분석적 연구로서 재벌이 경제 정책에서 차지하는 비중, 각 산업 및 시장에서 재벌계열기업의 비중, 재벌계열기업간 경쟁, 재벌의 다각화 등 재벌의 산업활동을 분석한 연구들은 「광공업통계조사」의 마이크로 데이터를 토대로 이루어져서 통계의 일관성이나 정합성, 분석의 정교함 등의 장점을 갖고 있다고 한다.[20] 넷째 동 조사의 한계를 극복하기 위한 각종의 조사들이 나타났으니, ① 증권거래소 등에 등재된 기업재무제표를 이용하여 재벌계열기업의 부가가치를 계산하여 GDP와 비교하여 국민경제상 재벌비중을 추정하는 방법, ② 국세청의 법인세 마이크로 데이터를 이용하여 전체 법인기업중 30대 재벌이 차지하는 매출액, 자산, 영업이익 등의 비중을 계산하는 방법, ③ 1990년대 이후 기업 회계자료 DB가 민간부문에 구축(한국신용평가㈜, 한국신용정보㈜ 등)된 것들이 체계적으로 기업재무제표 자료를 정리하고 재벌계열기업 현황 정보가 상세한 탓에 재벌비중측정이 용이하게 되었던 탓에 이를 이용하여 재벌의 비중을 계산하였던 방법, ④ 공정거래위원회의 대규모기업집단 신고자료를 이용하여 30대 재벌의 계열기업간 출자구조 및 출자자 특성별 지분 비중을 계산하여 재벌의 소유구조를 연구하는 방법, ⑤ 2000년대 들어 공정거래위원회의 기업DB(기업집단 공개시스템(http://groupopni.ftc.go.kr/index.jsp))을 이용하여 재벌별・계열기업별 출자구조를 분석하고, 내부지분율을 계산하고 경영지배력과 내부지분율의 차이를 개별 재벌단위로 계산하는 방법 등이 발전하여 왔다고 한다.[21]

---

20) 이재형 위 한국의 산업조직과 시장구조 15~17쪽 요약. 그러나 「광공업통계조사」 자료를 기초로 한 때문에 분석대상이 광업 및 제조업 분야에 국한된다는 한계를 갖고 있었다고 함.

21) 이재형 위 한국의 산업조직과 시장구조 19쪽.

(3) 시장구조와 경쟁법운용

공정거래법은 유효경쟁이 작동하는 시장구조를 조성하고자 시장지배적 사업자를 규율하고 있다.

시장지배적사업자는 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(법 제2조 제7호).

여기서 시장점유율은 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반한 혐의가 있는 행위의 종료일이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년동안에 국내에서 공급 또는 구매된 상품 또는 용역의 금액중에서 당해사업자가 국내에서 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액이 점하는 비율을 말한다. 다만, 시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량기준 또는 생산능력기준으로 이를 산정할 수 있다(동 시행령 제4조 제2항). 동 규정을 적용함에 있어서 당해사업자와 그 계열회사는 이를 하나의 사업자로 본다(동 시행령 제4조 제3항). 그리고 동 시행령 제4조 제4항에 따라 구체적 기준은 공정거래위원회가 고시한다(동 시행령 제4조 제4항).

구체적으로는 한 개 사업자가 50% 이상의 점유율을 가질 때, 그리고 세 개 사업자가 75% 이상의 점유율을 가질 때 그 사업자는 시장지배적 사업자로 본다.

시장경제하에서는 경쟁이 활성화될수록 배분적 효율성(allocrative efficiency)가 높아지는데, 이론상 완전경쟁에 이르면 기업이윤은 '제로'가 되고, 국가 전체 의 자원은 가장 효율적으로 배분된다는 점에서, 경쟁

적 시장성과는 시장구조가 추구하는 궁극적 목적이라 할 수 있다.[22] 이러한 맥락은 공정거래법의 목적을 이해하는 방향과도 관련성을 갖고 있는 바, 경쟁법의 효시로 알려진 1890년 미국의 셔먼법의 보호목적을 둘러싸고 시행당시부터 오늘에 이르기까지 논쟁이 지속되는 것이, 1970년대 시카고 학파를 중심으로 한 효율성 일원주의가 전세계에 걸쳐 득세한 이후에도 경제력집중억제나 중소기업의 보호와 같은 공정거래법의 非경제적 목적(non-economic goals)이나 가치를 강조하는 견해 또한 여전히 영향을 미치고 있다. 가령 1945년 Alcoa 판결에서 Learned Hand 판사가 하였던, '반독점법이 추구하는 목적의 하나는 어떤 비용을 치르더라도 효과적으로 경쟁할 수 있는 산업조직 그 자체를 유지하는데 있다'는 판시는 경쟁이론의 변천에도 불구하고 여전히 중요하게 취급되고 있다고 한다.[23] 그만큼 유효 경쟁의 보호는 공정거래법의 주요 목적이라 할 것이다.

전술한 중요한 기능을 수호하고자 공정거래법은 시장지배적 사업자를 규율하고 있다.

시장지배적 지위의 남용을 규제하기 위해서는 사업자가 시장에서 지배적 지위를 가지는지 여부를 명료히 할 필요가 있다. 이 시장지배적지위란 사업자과 관련시장에서 상품 가격이나 수량 또는 다른 거래조건을 지배할 수 있고, 혹 다른 관련 사업자의 관련시장 진입을 방해하거나 영향을 줄 수 있는 지위, 즉 사업자가 경쟁자・고객・소비자들로부터 독립하여 행동함으로써 관련시장의 유효경쟁을 저지할 수 있는 경제력을 갖는 지위(시장지배력, market power)를 갖는 상태일 것이다.[24]

---

22) 이재형, 위 한국의 산업조직과 시장구조 40쪽.

23) 이봉의, "대・중소기업 공생발전을 위한 법의 역할", 「저스티스」(134-2호(2013.2. 특집호 I), 222쪽.

24) 손영화, "시장지배적 지위의 남용금지", 「법학연구」(15집 3호), 2012.11.30., 인하대학교 법학연구소, 790～791쪽.

2. 독과점시장구조조사 입법과 운용

(1) 입 법

공정거래법은 1996년 개정법에 처음으로 시장구조개선의 근거 조항을 설치하였으니,

첫째「독과점적 시장구조가 장기간 유지되고 있는 상품이나 용역의 공급 또는 수요시장에 대하여 경쟁을 촉진하기 위한 시책을 수립·시행(공정거래법 제3조)」할 수 있는 권한을 설정(공정거래법 1996.12.30 개정법 제3조 제1항(1997.4.1. 시행))하고, 동시에. 독과점적 시장구조 개선을 위한 1996년 개정법 제3조는 공정거래위원회로 하여금 그에 따른「시책을 추진하기 위하여 필요한 경우에는 관계행정기관의 장에게 경쟁의 도입 기타 시장구조의 개선등에 관하여 필요한 의견을 제시」(1996년 개정법 제3조 제2항) 할 수 있다는 것 까지 2개 항의 근거 조항을 두었었고, 둘째 1999년 개정법(1999.2.5 개정법 제3조 제3항 (1999.4.1. 시행))은 다시 3개 항을 추가하여, ① 공표권,「제1항의 규정에 의한 시책을 수립·추진하기 위하여 시장구조를 조사하여 공표」(제3조 제3항)한다는 것, ② 자료제출요청권으로서,「사업자에 대하여 제3항에 의한 시장구조의 조사·공표를 위하여 필요한 자료의 제출을 요청」(제3조 제4항)할 수 있다는 것, ③ 위탁권으로서,「제3항 및 제4항의 사무를 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 기관에 위탁」(제3조 제5항) 할 수 있다고 하였고, 동 1999년 개정법 이후 공정거래법 제3조의 표제어는 “독과점 시장구조의 개선등”으로서 현재까지 동일하였으며, 셋째 1999년 개정법에 따른 공정거래법 시행령 정비도 같이 이루어졌는데, 이 역시 현재까지 동일하여, 법 제3조 제5항을 받아, 시행령은「독과점적 시장구조의 조사 또는 공표 및 이와 관련된 자료제출요청에 관한 사무를 관계행정기관의 장이나 정부출연연구기관의 장

에게 위탁」(동 시행령 제4조의2 제1항)할 수 있으며, 「시장구조의 조사 또는 공표사무를 위탁받은 기관의 장은 위탁사무의 처리내용을 공정거래위원회에 통보」(동조 제2항) 할 수 있다는 것 등으로 정리된다.[25]

이처럼 과거 1996년 개정법이 독과점시장구조 자체를 경쟁시장화하기 위한 소위 "개선시책"을 규정하게 된 것은, 종전에 시장집중현상이 개선되지 못하였을 뿐 아니라 오히려 독과점구조가 심화되고 있다는 문제를 인식한 때문일 것이다. 기왕의 독과점규제정책이 주로 시장지배적 사업자의 법위반행위에 대한 개별적 사건처리에만 치중하였던 탓에 독과점 시장구조 자체를 분석하고 근본적인 독과점구조 개선이 이루어지지 못하고 미흡하였던 탓이다.[26]

(2) 독과점시장구조개선시책의 출발

1) 개별 사업자 대응에서 문제시장 선정방법으로

1999년 2월 공정거래법 제7차 개정 전에는 공정거래위원회가 매년 말 시장지배적 품목과 시장지배적 사업자를 사전에 지정·고시하여 지정된 사업자에 한해서만 시장지배적 지위 남용 금지 규정을 적용하고 있었다. 이러한 시장지배적 사업자의 사전지정제도는 법집행의 편리성과 명확성이라는 점에서 장점을 갖고 있었다.[27]

독과점시장구조 개선시책이 기존의 독과점규제정책과 구분되는 몇 가지 특징이 있음을 거론하고 있는데, 그것은 첫 번째 그 이전에 독과점지위 남용행위에 대한 해결이 주로 신고에 의존하였으나 독과점

25) 성승제, 위 경제법연구의 시장분석 글, 321~322쪽.

26) 공정거래위원회, 「공정거래위원회 30년사(시장경제 창달의 발자취(1981~2010)」, 2011.3.31, 206쪽(이하 '30년사' 라 함). 같은 페이지 각주31은 1996년 12월 30일 시장지배적사업자 지정·고시 당시 시장지배적 품목으로 지정된 166개 중 5년 이상 장기지정된 품목이 79개로서 무려 47.6%에 달한 것으로 나타났다는 것을 독과점규제책 추진에도 시장집중현상이 개선되지 못하고 있다는 것에 대한 근거로 예시하고 있다. 성승제 윗 글 322쪽 전거.

27) 손영화 윗 글 798쪽.

시장구조 개선시책은 경쟁당국이 시장에 경쟁이 조성되지 않는 시장을 찾아서 조사를 거친 후 구조적인 문제를 해결하고자 한다는 것이며, 두 번째 종래 독과점 시장에 대한 정책이 기존에 형성된 독과점 시장형태를 시인하면서 그 상황 아래에서 문제의 소지가 있는 기업의 행동을 교정하고자 하는 것이었으나, 동 시책은 독과점 시장구조를 개선하고자 하는 것이며, 세 번째 독과점시장구조 개선시책은 문제가 발견된 시장에 대하여 원재료 조달단계부터 최종소비단계까지 다차원의 행태를 검토 및 분석함으로써 시장구조 전반이 개선될 수 있도록 노력하여 독과점시장의 잠재적 경쟁압력을 경쟁시장 수준으로 높여서 시장의 경쟁에 따른 효율성이 발현될 수 있도록 하려는 목적을 갖고 있다는 것이다.[28)]

경쟁당국은 독과점시장구조를 개선하는 방향을 두 가지로 꼽는 것 같은데, 첫 번째 진입규제를 제거함으로써 시장에 참가할 잠재적 경쟁사업자의 수를 늘리려는 것으로서, 기왕에도 진입관련 규제들을 규제 완화 등의 방편으로 해소하고자 노력하였으나 여전히 시설, 품질, 안전, 환경기준 등 여러 가지 모습으로 자리하고 있다는 점에서, 이러한 진입규제를 가능하면 해소하여 독과점 시장의 모습을 벗어나 경쟁이 촉진되도록 하려는 것이며, 두 번째 시장에 참가하는 사업자 사이에 자유롭고 공정한 경쟁이 이루어질 수 있도록 개선하려는 것인데, 이는 독과점 사업자들의 불공정한 거래관행을 가능한 한 감소시킬 목적을 갖고 있다.[29)]

2) 우선개선대상품목 선정제도와 폐지

경쟁당국은 위와 같은 의도였었는지 1996년 말부터 독과점시장을 대상으로 '우선개선대상품목'을 선정하기 시작하였으니, 우선 1996년

28) 30년사 206쪽. 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 322~323쪽.
29) 30년사 206쪽. 성승제 윗 글 323쪽.

당시 과거부터 10년 이상 시장지배적 품목으로 지정되어온 장기 독과점 품목 중에서 26개 품목을 우선개선대상품목으로 지정하기 시작하였던 바, 그 지정은 4가지 기준에 따랐다고 하는 즉, 첫 번째는 산업정책·수입다변화 등 정부정책에 의하여 신규 사업자의 시장 진입이 규제되었던 경우, 두 번째 어떤 재화의 국내가격이 외국가격보다 높은 것으로 보아, 수입재화의 경쟁압력이 나타나지 않은 경우, 세 번째 직전 2년간 사업자간 가격인상율이 동일하여 사업자간 유효경쟁이 보이지 않는 경우, 네 번째 수익률(경상이익율, 영업이익율)이 제조업 평균보다 높아 독과점이윤이 발생하는 것으로 추정되는 경우 등이다.[30]

우선개선대상품목 선정에 의한 경쟁당국의 독과점시장구조 개선시책은 1997년부터 매년 3～4개 품목을 선정하여 시장구조를 개선하고자 시도되었으니, 1997년에는 자동차(3개 품목), 타이어, 판유리 등 5개 품목을 분석하여, 거래단계별로 기존의 독과점 사업자가 우월적 지위를 계속 유지하고자 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위, 신규진입을 저해하는 행위, 독점 제조업자가 국내유통구조를 독점함으로써 수입물품의 유통을 어렵게 하는 행위, 원재료 독점사업자가 독점품목의 공급조절을 통해 다음 단계 제품시장을 독점하는 행위 등 경쟁제한 행위를 찾아내어 개선하고자 하였다.[31] 1998년, 1999년에도 우선개선대상품목에 대한 독과점시장구조 개선정책이 이루어

30) 30년사 207쪽.(성승제 위 경제법연구 시장분석 글 323쪽)
26개 품목은 아래와 같다.
정백당, 커피, 맥주, 중질지, 내의류, 탄산나트륨, 화약류, 합성세제, 자동차용타이어, 고로시멘트, 석면슬레이트, 판유리, 열연광폭대강, 석도강판, 선재, 주철관, 아연도강판, 굴삭기, 룸에어컨, 엘리베이터, 전기세탁기, 승용차, 버스, 화물자동차, 모터싸이클, 카메라 등이다. 같은 쪽 각주 32는 밑줄 친 위 다섯 가지 품목은 독과점품목 지정에서 제외되어 시책이 추진되지 않았다고 한다.

31) 30년사 208쪽, 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 323～324쪽)
30년사의 같은 쪽 표2-2-6은 공정거래위원회의 독과점시장구조 개선시책의 추진실적을 도표로 제시하고 있다. ① 제도개선과 ② 행태개선과 ③ 제재내용으로 나누었다.

졌으며, 철강, 에어콘, 세탁기, 엘리베이터 등에 대하여 사업자들의 원재료 수급단계에서부터 최종소비단계까지 거래단계별로 각종 경쟁제한요소를 분석하여, 경쟁을 제한하거나 신규사업자진입을 가로막는 정책·제도를 개선하고 개별 시장에서의 불공정거래행위 시정 조치 등을 부과하였다.[32] 이 조치들은 1999년 시장지배적사업자를 사전에 지정하는 제도가 사라지기 전까지 계속되었다.

(3) 시장지배적사업자 추정제도

1) 사전지정제도와「물가안정 및 공정거래에 관한 법률」

전술한 시장지배적사업자의 사전 지정·고시하는 제도는 법집행의 편리성과 명확성을 갖는 장점이 있었지만, 사전지정의 문제점들[33]로

32) 30년사 354-355쪽, 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 324쪽.
30년사 같은 쪽 표2-3-7은 공정거래위원회의 독과점시장구조 개선시책의 추진실적을 도표로 제시하고 있다. 역시 ① 제도개선과 ② 행태개선과 ③ 제재내용으로 나누어 각 분야에 대한 과징금 부과 기타 조치 내용들을 정리하고 있다.

33) 시장지배적사업자 사전지정제도의 문제점은 다음과 같다.
종전의 지정제도는 지정·고시된 시장지배적사업자들이 관련시장에서 시장지배력을 남용하는 공정거래법 제3조에 위반되는 행위를 하면 제재하는 방식이었다. 여기서 당해 상품 또는 용역의 국내총공급액은 최근 1년간의 동종 또는 유사한 상품이나 용역의 국내총공급액을 의마하며, 그 최근 1년간이란 시장지배적사업자를 고시하는 직전년도가 아니라 정부 통계 등의 자료에 의해 시장점유율과 국내총공급액이 명백히 파악가능한 최근 1년간을 뜻한다. 당시 업종별 시장지배적사업자로 지정된 현황을 보면 1981년 42품목에 102개 사업자, 1991년에 136개 품목에 320개 사업자, 1999년에 129개 품목에 324개 사업자로서 해당 도표상 11개로 분류된 업종 중에서 조립금속 및 기계(40품목, 115개 사업자), 화합물·석유·석탄·고무 및 플라스틱(27개 품목, 68개 사업자), 음식료품(20개 품목, 53개 사업자) 등 3개 분야가 압도적으로 다수를 점하고 있다(30년사 351쪽). 이와 같은 시장지배적사업자 사전지정제도는 지정된 사업자들에게 주의를 환기시켜 남용행위를 사전예방한다는 장점도 있지만, 지정과정에서 행정비용이 소요되고, 실질적 지배력에 따라 시장지배적사업자를 규율하지 못한다는 한계를 보였다. 사전지정을 위해 평균 7,000여개에 사업자를 조사하여야 했다는 점에서 실질적으로 조사가 가능한지도 의문이었다고 하겠다. 게다가 과거의 자료를 기준으로 시장지배력 여부를 판단하므로 지정당시에는 시장지배력을 갖지 않았는데도 시장지배적사업자로 지정될 가능성이나 반면, 미지정된 사업자가 실제로는 시장지배력을 갖는 경우도 배제할 수 없는 등 문제점이

인하여 폐지되고, 현재와 같이 개별 사안마다 시장지배적 사업자 여부를 판단하여 법을 집행하기에 이르렀다. 하지만 현실적으로 개별 사건마다 어떤 사업자가 시장지배적 사업자인지 판단하는 것은 어렵기 때문에 공정거래법은 시장지배적사업자 추정제도를 두게 되었다.[34]

일정한 거래분야에서 시장점유율이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)는 제2조(定義)제7호의 시장지배적 사업자로 추정한다(공정거래법 제4조 본문). 즉 1사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상(동조 제1호)인 경우와 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상. 다만, 이 경우에 시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외한다(동조 제2호)는 것이다.

1975년 제정된 「물가안정 및 공정거래에 관한 법률(1975.12.31 제정 1976.3.15. 시행)」은 독과점사업자의 가격신고에 대한 그 법 제5조 동 시행령 제7조를 받아, 별도의 시행령인 「물가안정 및 공정거래에 관한 법률 제5조 제4항의 규정에 의한 독과점사업 및 독과점사업자의 범위와 기준에 관한 규정」 제2조에 의하여 구체적인 독과점사업자의 범위와 기준 등을 정의하고 있었으니, 대략 한 사업자의 시장점유율이 30% 이상(동 규정 제2조 제1항 제1호), 세 사업자 점유율이 60% 이상일 때 그 중 점유율이 20% 이상인 사업자(제2호), 그 밖에도 가격형성을 주도하는 등 실질적으로 시장을 지배하는 사업자(제3호)를 독과점사업자로 지정고시하는 한편, 동 규정 제2조 제2항은 동일인으로 보는 사업자 확장 기준을 제시하였었던 바, 즉 한 사업자가 다른 사업자 발행주식 총액의 30%이상 또는 출자총액 50% 이상 소유하는 경우(동 규정 제2조 제2항 제1호), 사업자가 30%를 소유한 자와 함께 다른 사업자를 제1호의 모습처럼 소유한 경우(제2호), 둘 이상 사업자

제기된다(30년사 351쪽). 이상 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 326쪽.

34) 손영화, 윗 글 798쪽.

발행주식 총액의 30% 이상 또는 출자총액 50% 이상을 동일인이 소유한 경우(제3호), 그 밖에 대여 또는 채무보증에 따른 실질적 경영지배의 경우(제4호) 등이었지만, 이는 공정거래법 제정과 함께 제5조는 삭제되고 그 규정은 폐지되었다.[35]

2) 공정거래법으로의 이관

새로이 공정거래법은 그 시행령에서, 일정한 기준에 해당하는 사업자를 매년 시장지배적사업자로 지정하였으니, 해당상품 또는 용역의 연간 국내총공급액 300억원 이상의 시장에서 한 사업자가 50/100 이상의 시장점유율을 가지고 있거나 셋 이하의 사업자가 75/100 이상의 시장점유율을 가지고 있는 경우(단 이 때 시장점유율이 10/100 미만인 사업자는 제외)에 이들 사업자를 매년 4월 1일에 당해 관련시장의 시장지배적사업자로 지정하는 방법이었다. 이 규정은 당초 제정되었던 1981년 시행령(1981.4.1 제정 및 시행)부터는 제3조와 제5조였으나, 1990년 개정 공정거래법은 그 시장점유율 기준을, 한 사업자 50%(당시 법 제2조 제7호 가목), 셋 이하 사업자 점유율 75% 이상 조항으로 바꾸어 법률로 위치를 옮겼다.[36]

1993년 동법 시행령은 국내총공급액의 기준을 500억원 이상으로 상향하였고, 다시 1997년 동법 시행령은 다시 그 대상 시장 규모를 1천억원 이상인 시장에 법 제2조 제7호 규정된 시장점유율을 가진 자라고 조문 내용을 상향 또는 변경하였으며, 이어서 1999년 개정 공정거래법은 법 제2조 제7호의 시장지배적사업자 정의규정에서 점유율 기준을 삭제하였다.[37]

---

35) 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 324～325쪽.

36) 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 325쪽.

37) 1999년 개정법에 따라 변경되어 현재에 이르고 있는 2조 7호의 내용은, “일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장

후속하는 1999년 동법 시행령은 위와 같은 시장지배적사업자에 대한 '지정' 형태의 제도를 바꾸어 당시 시행령 제7조를 삭제하였고, 1999년 개정법상 동 조항은 공정거래법 제4조로 자리를 옮기고 한 사업자 시장점유율이 50% 이상인 경우와 3 이하의 사업자일 때에는 시장점유율의 합계가 75% 이상인 경우(단 시장점유율이 10% 미만인 자를 제외한다)에는 시장지배적사업자로 '추정'(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외) 하는 제도로 바꾸게 된 것이다.[38]

(4) 시장지배적사업자 추정제도

시장지배적사업자 추정제도를 둔 결과, 한국의 공정거래법은 시장지배적 지위 추정에 있어서 폐해규제주의인 독일법의 태도나 원인규제주의인 일본법의 태도 어느 하나만을 따른 것이 아닌 혼합규제주의를 취한 것으로 평가되고 있다.[39] 독일의 경쟁제한방지법(Wettbewerbsbeschraenkungen(GWB))에 의하면 ① 단독의 사업자가 3분의 1이상의 시장점유율을 가지고 있는 경우에는 그 사업자는 시장지배적이라고 추정되며 또한 ② 복수의 사업자가 ⓐ 3이하의 사업자 시장점유율의 합계가 2분의1에 이르거나 ⓑ 5이하의 사업자의 합계 시장점유율이 3분의 2에 이르는 경우 전체적으로 시장지배적이라고 추정(제19조 제3항)되는 반면, 일본의 사적독점금지법은 국내 총공급액이 1천억엔을 초과하는 시장에서 시장점유율이 1사 50% 이상 초과, 2사 75% 초과하는 경우

지위를 가진 사업자를 말한다. 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모등을 종합적으로 고려한다. 다만, 일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 10억원 미만인 사업자를 제외한다" 는 것이다. 위 성승제 경제법연구 시장분석 글 325쪽 및 그 각주 11.

38) 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 325쪽.

39) 권기훈,『독점규제·공정거래법』경상대학교 출판부, 2012, 61쪽. 손영화 윗 글 798~799쪽 전거.

독점적 상태에 있는 것으로 보는 태도(동법 제2조 제7항)를 취한다.[40]

한편 1999년 개정법은 시장지배적사업자를 사전에 지정·고시하지 아니하고, 어떤 사업자의 공정거래법 위반 여부가 문제되면 당해 사업자에 대하여 시장지배력을 가지고 있는가 하는 실체적 기준에 의하여 판단하게 되었고, 종래 시장지배적사업자의 지정기준으로 법정되어 있던 것과 동일한 수준의 시장점유율을 구비하면 일단 시장지배적사업자로 추정하도록 하여 시장지배력의 존재에 대한 입증책임을 전환하는 방향으로 그 제도가 변경되었다. 해당거래분야에서 연간매출액 또는 구매액 10억원 이상의 사업자로서 한 사업자가 50/100 이상의 시장점유율을 갖거나 셋 이하 사업자가 75/100 이상의 시장점유율을 갖는 경우(단, 10/100 미만 사업자는 제외)에는 시장지배적사업자로 추정하게 되었고, 이러한 변화로써 수요독과점, 지역독과점을 포함한 시장지배적사업자의 구체적인 남용행위를 인식하기 위한 방편이 될 수 있었던 것으로 보인다.[41]

요컨대 한국의 공정거래법은 사업자의 시장점유율이 일정한 비율을 넘는 경우 시장지배적사업자라고 법률상 추정하며(연간 매출액 또는 구매액이 40억 미안 사업자 제외)(제4조), ① 1사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상인 경우), ② 3이하 사업자의 시장점유율 합계가 100분의 75 이상인 경우가 그것이지만, 다만 시장점유율이 10% 미만 사업자는 제외(제4조 제2호 단서)하는 바, 이와 같은 법률상 추정에 해당하면 당해 사업자는 시장지배적 사업자가 아니란 점을 입증할 책임이 있다.[42]

40) 손영화 윗 글 799쪽.
41) 30년사 352쪽. 성승제 윗 글 326~327쪽.
42) 손영화 윗 글 799~800쪽).

3. 시장구조 개선제도

(1) 필요성

1999년 시장지배적사업자에 대한 사전지정제도가 폐지되면서 독과점시장구조 개선시책은 사건처리 위주의 사후적 행태개선의 방법에서 독과점 문제가 야기되는 시장 자체를 선정하고 시장구조 자체를 개선하기 위한 노력을 시도하게 되었다. 1999년 독과점시장구조조사, 2001년 포괄적 시장개선대책, 2008년 시장분석 등과 같은 정책적 수단들을 새로이 채택 또는 활용하는 것들이 나타났다.[43]

시장지배적사업자에 대한 규제는 우리나라 뿐 아니라 미국과 EU의 경쟁법제 등이 담고자 하는 중추적인 규율 내용이라 할 수 있음에도 불구하고 종래 공정거래법상 시장지배적사업자에 대한 규제는 경쟁정책적 중요성에도 불구하고 살아있는 법으로서 활발하게 기능하지 못하였다는 반성에서 시장지배적사업자 지정제도를 시장지배적사업자 추정제도로 전환하지 않을 수 없었을 것이다.[44]

경쟁법에 관해서는 100년이 넘는 집행의 역사를 갖고 있어서 경쟁법 발전의 정도가 최상위 수준이라고 할 수 있는 미국이 한미 FTA 협상에서 요구한 사항을 보면 시장구조상 우리나라의 향방을 짐작하는데 도움이 될 수 있다.[45]

가령 한국 공정거래법을 포함한 경쟁법제는 구체적인 명칭 및 규제의 내용은 조금씩 다를지라도 공통적으로 cartel 이라 부르는 부당한 공동행위의 규제, 시장지배적사업자에 대한 규제 및 인수·합병(M&A) 등의 기업결합의 규제 등 세가지를 핵심적 규제수단으로 하고 있는

43) 성승제 위 경제법연구 시장분석 글 327쪽.

44) 시장지배적사업자 규제에 대한 반석 부분은, 이호영, “공정거래법상 시장지배적사업자 규제의 쟁점과 과제”, 「저스티스」 2008.6, 75쪽.. 성승제 윗 글 327쪽 전거.

45) 윤세리, “세계화시대의 공정거래법의 전개 방향”, 「저스티스」(제98호), 7쪽.

데, ① 둘 이상의 사업자가 계약 등을 통하여 공동으로 경쟁을 제한하는 행위를 원칙적으로 금지하고, ② 시장지배적사업자가 자신의 독과점적 시장지위를 유지·강화하기 위하여 실제적·잠재적 경쟁자를 배제하는 행위 또는 자신의 시장지위를 이용하여 거래상대방이나 소비자의 이익을 침해하는 행위('착취적 남용행위(exploitative abuse)로서 현행 우리 공정거래법과 EU 경쟁법상 금지하지만 미국연방독점금지법상 금지되지 않음)를 금지하고, ③ 경쟁사업자나 기타 밀접하게 관련있는 사업자에 대하여 행하는 인수·합병이나 주식취득 등을 통한 지배관계 형성행위로서 시장구조를 악화시키는 행위를 금지하거나 제한하는 것이다.[46]

이 점 미국이 한미FTA에서 요구했던 주요 사항 중 하나가, 기업집단체제를 경계한 것이었으니, 미국은 FTA협상시, '재벌에 대한 경쟁법 적용 보장'을 합의문구에 넣자고 주장하였으나 제8차 협상에서 이를 삭제하기로 합의하였다고 한다(공정거래위원회 보도자료, 한미 자유무역협정 관련 현안보고 2007.4.6. 2쪽)는 것을 보면, 본래 공정거래법은 당연히 재벌 즉 기업집단 소속회사에도 적용되며, 나아가 상호출자제한제도, 출자총액제한제도, 부당지원행위 금지 등 각종 제도를 통하여 기업집단을 역차별할 정도로 규제하고 있다는 것이 국내 시각인데도, 미국은 오히려 기업집단에 대한 경쟁법 적용을 요구한 것이다.[47] 이를 협상전략의 측면이 아니라 법적 측면에서 본다면 미국은 출자총액제한제도와 같은 사전적 규제 제도에는 큰 관심이 없고, 한국 공정거래법이 기업집단의 시장지배적지위 남용행위나 불공정거래행위에 실효적으로 적용되지 못하고 있다는 인식을 보이고 있음을 알 수 있다.[48] 물론 이는 미국이 우리나라 시장구조를 염려해서 그러한

46) 이호영 윗 글 76쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 327쪽 전거.
47) 윤세리 윗 글 7쪽.
48) 윤세리 윗 글 7쪽.

것은 아닐 것이다. 한국 공정거래법이 대규모 기업집단들에 대하여 실효적으로 적용되지 못하고 있어서 그로 인하여 미국 기업이 한국 시장의 소비자에게 접근할 기회가 줄어들고 있다는 인식을 가진 것을 알 수 있다.[49]

요컨대 미국도 한국 시장구조상 대규모기업집단 즉 재벌의 폐해가 크다는 인식을 명료히 하고 있다는 것을 알 수 있다.

실제로 시장지배적지위 남용행위 같은 경우 최근에 와서야 집행이 시작된 분야이므로 전반적으로 법적 논의나 집행이 확실하게 이루어지고 있다고 평가하기 어렵고 따라서 당시 미국의 요구는 공정거래법의 시장지배적지위 남용이 개선이 필요하다는 점을 시사한 것이다.[50]

그 밖에도 훗날 채택된 동의명령제(consent order) 즉 피심인과 경쟁당국이 시정방안에 합의하여 사건을 종결하는 제도, 를 채택할 것이 요구되었던 바, 동의명령제도는 어떤 피심인의 경쟁제한의 존재 및 그 위법성을 입증하기 위한 장기간의 고비용 절차를 취하지 않고, 피심의 행위가 '위법한지 여부를 결정하지는 않은 상태'에서 시정조치에만 합의한다느 점이 핵심이었다.[51] 이에 대하여 법무부가 도입에 반대하였으나, 나중에 반대입장을 철회하였던 것으로 알려지고 있는데, 이는 현행 법체계상 형사범죄에 대하여 유죄협상(Plea Bargaining)이 허용되지 않은 점에 따라 형사처벌의 대상이 될 수도 있는 공정거래법 위반의 경우에 대해서만 유죄협상과 비슷한 효과를 지니는 동의명령을 도입하는 것이 법체계상 적합하지 않다는 점에서 반대하였던 것으로 보인다.[52] 그와 아울러서 요구된 사건처리 절차의 정비 등 이 모든 것들이 결국은 공정거래위원회의 사건처리 절차가 투명하지 않다는 인식을 저변에 깔고 있기 때문에 나타난 요구사항이라고 볼 수 있다.

49) 윤세리 윗 글 7쪽.
50) 윤세리 윗 글 8쪽.
51) 윤세리 윗 글 8쪽.
52) 윤세리 윗 글 8쪽.

(2) 독과점시장구조조사

1999년 개정법은, 전술한 1999년 시장지배적사업자 사전지정제도를 폐지하고 나서 독과점구조가 장기간 고착되고 있는 산업을 판별하고 시장의 경쟁상태를 객관적으로 측정하는 지표를 개발하여야 할 필요성을 인식하지 않을 수 없었다. 공정거래법상 시장구조조사를 실시할 수 있는 근거(공정거래법 제3조 제3·4·5항)를 마련하고 1999년부터 시장집중도를 산출하여 독과점 고착화 산업 분석을 통한 시장구조조사를 실시 또는 공표하였다.[53]

경쟁당국은, 장기간 독과점시장 구조가 유지되는 것을 개선하기 위한 경쟁촉진 시책의 수립(공정거래법 제3조 제1항)에 더하여 1999년 개정법상 시장구조 조사·공표권(공정거래법 제3조 제3항)을 위한 관계행정기관의 장이나 정부출연연구기관에 대한 사무의 위임·위탁권(공정거래법 제3조 제5항, 동 시행령 제4조의2 제1항)등을 갖게 되었다. 시간은 뒤늦었지만 경쟁당국은 점차 시장구조조사 기법을 활용할 수 있게 되었다. 이에 따라 통계청의 '광업·제조업 통계조사' 결과를 바탕으로 한국개발연구원(KDI) 등에 의뢰하는 시장분석 사업이 시작될 수 있었던 것으로 보인다. 대개 일반집중도, 산업집중도, 품목별집중도를 산출하는 것을 시작으로 2005년에는 5년 연속 시장지배적사업자 추정기준에 해당하는 42개 산업을 대상으로 시장규모, 시장성과, 시장성장, 연구개발 측면에서의 독과점고착화요인을 분석하는 등 점차 연례적으로 시장구조조사를 독과점시장의 경쟁상태를 객관적으로 측정하는 기본적 인프라로 삼아 독과점개선 시책 수립·추진을 위한 기초자료로 활용하고자 하는 것이다.[54]

---

53) 30년사 355쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 328쪽.

54) 30년사 355~356쪽. 같은 책 356쪽을 보면 1999, 2001, 2003,년은 KDI에서 2005, 2006년은 시장경제연구원에서 시장집중도 조사를 한 것으로 표시되어 있다.

4. 시장분석

본래 시장분석 또는 시장구조조사는 재벌기업에 대한 것만은 아니지만, 한미 FTA에서도 미국의 입장이 한국의 경제력집중에 대한 심각한 우려를 하고 있음을 고려한다면, 우리나라에서는 실상 경제력집중 내지는 기업집단의 문제와 무관할 수 없고, 깊이 관련될 수 있다.

우리 경제에서 기업집단 문제만큼 뜨거운 쟁점이 되어 온 과제도 흔치 않다. 1990년대 후반 경제위기 과정에서 격렬한 구조조정을 거친 이후에도 기업집단은 여전히 우리 경제에서 압도적인 비중을 차지하고 있으며, 우리 경제가 안고 있는 여러 문제들의 근원은 기업집단 문제로 귀결된다는 인식도 적지 않다.[55]

우리나라에서 기업집단 문제를 보는 시각에는 다양한 스펙트럼이 존재하고 있으니, 우선 기업집단에 경제력이 집중된다고 하더라도 그것은 시장원리에 의한 것이므로 특별한 문제가 될 것이 없다는 시각에서부터 이를 경제적 효율성의 문제(=국가자원의 효율적 재분)로 접근한다던가 아니면 분매문제(=형평성)를 포함하는 좀 더 넓은 경제영역의 문제로 인식하는 등 다양한 시각이 있고, 나아가 이 문제를 사회적 의사결정의 과점화(즉 권력의 독과점화) 라는 정치·사회적 문제로까지 포괄하는 문제로 인식하는 시각도 존재한다.[56]

2008년 시장구조조사는 기존의 산업집중도 산출 및 독과점 고착화 산업에 대한 조사 외에 대규모기업집단의 시장점유율을 산출하고 대규모기업집단의 시장진출과 시장집중도간의 상관관계를 분석하였고,

---

시장경제연구원은 정부출연연구기관이 아닌 것으로 보인다. 시행령 4조의2 1항 규정을 본다면 시장경제연구원에 의한 용역보고서는 참고자료로 활용할 수는 있으나 정책수립과 직결되는 자료로 이용되어서는 안 될 것으로 보인다. 성승제 위 경제법 연구의 시장분석 글 329쪽 및 그 각주 20.

55) 이재형, “기업집단의 경제적 비중과 시장지배력”, KDI정책포럼, 2014.9.29., 2쪽.

56) 이재형 윗 글 2쪽.

2010년에는 독과점 고착화산업을 보다 깊이 조사하고자 5년간 계속하여 시장지배적사업자 추정기준에 해당하는 46개 산업을 대상으로 영업이익율, R&D 비율, 해외개방도, 내수시장집중도 등 다양한 시장지표를 활용하여 해당 시장의 특징 및 독과점고착화 요인을 분석하고 있다. 아울러 2008년부터는 경쟁 및 시장원리가 제대로 작동하지 않은 개별 독과점 산업을 분석하고 그 대책을 마련하기 위한 시장분석(market study)을 하고 있다. 시장분석은 특정시장에서 발생하고 있는 경쟁제한 또는 시장왜곡의 근본원인이 되는 규제와 행태를 파악하고 개선책을 마련하고자 하는 목적을 갖고 있다. 경쟁촉진 및 소비자 보호를 목적으로 공정거래법의 최적 집행방법을 모색할 수 있는 방안을 찾고자 하는 것이다.[57]

그런데 기업집단 문제가 시장구조조사 내지 시장분석과 연결되는 문제일 수 있는데, 기업집단 문제의 실태에 대한 정보는 의외로 취약하다고 하는데, 가령 KDI 연구진이 1990년대 중반까지 통계청의 협조를 얻어 기업집단의 실태에 대한 통계분석을 하여 왔지만 그 후에는 기초자료의 부족으로 중단되었던 바 있다.[58] 그것은 기업집단에 대한 통계작성을 위해서는 조사대상 사업체 및 기업의 기업집단 포함 여부를 파악할 수 있어야 하는데 1990년대 중반부터 상당기간 통계청의 「사업체·기업 모집단DB」의 개편으로 인해 그 사용이 불가능해졌다고 한다.[59]

57) 30년사 551-552쪽. 같은 책 552쪽의 표2-4-4는 경쟁정책보고서 발간내역을 정리해 놓았다. 항공운송산업과 경쟁정책(2008.12), 인터넷포탈산업과 경쟁정책(2008.12), 손해보험산업과 경쟁정책(2009.1), 영화산업 구조분석 및 경쟁정책적 평가(2009.1), 석유산업 경쟁정책(2009.9), 제약산업 구조분석 및 경쟁이슈(2009.9), 가스산업과 경쟁정책(2009.11), 주류산업과 경쟁정책(2010.8) 등 8건이다. 위 성승제 경제법연구의 시장분석 글 329쪽 및 그 각주 21.

58) 이재형 위 KDI포럼 글 2쪽.

59) 위 이재형 글의 각주1.

공정거래위원회는 시장분석을 위한 시장분석(market study) 매뉴얼을 마련하고 있다. 이 매뉴얼은 시장분석을 경쟁 및 시장원리가 제대로 작동하지 않는 개별 산업분야를 찾아내어 그 원인을 분석하고 대책을 마련하는 활동이라고 한다. 시장분석은 시장실패의 원인을 분석하고 그러한 상황을 개선하기 위하여 경쟁촉진방안을 마련하여 시장 경쟁기능을 촉진하고 소비자후생이 증진시킬 방안을 찾고 있다. 동 매뉴얼은 시장분석의 내용으로써 4가지를 열거하고 있으니, 첫째 특정 시장에서 경쟁이 재대로 작동하지 않을 경우 경쟁을 제한하거나 시장경쟁을 왜곡하는 원인에 대한 분석, 둘째 특정상품 또는 서비스 시장에서 공급자들의 경쟁이 어떻게 작동하고 있는지에 대한 분석, 셋째 경쟁제한 또는 경쟁의 왜곡이 공급자와 소비자에게 미치는 효과에 대한 분석, 넷째 경쟁제한 또는 시장 왜곡의 원인을 교정하는 방법에 대한 모색 등이라 할 수 있는데, 이에 대하여 경쟁당국의 목적은 시장의 기능을 원활하게 하여 기업간의 경쟁을 촉진하는데 있으므로 이를 위하여 불공정행위의 적발과 시정에 그치지 않고 근본적으로 시장구조를 개선하기 위한 시장분석을 할 수 있다고 한다.[60]

시장분석의 목적은 다음과 같다. 첫 번째로 특정 시장에서 발생하고 있는 경쟁제한 또는 시장왜곡의 근본 원인을 분석하고 그 대책을 마련하려는 것, 두 번째 시장경쟁 촉진 및 소비자보호를 목적으로 하는 공정거래법의 최적집행방법을 모색하려는 것, 세 번째 각종 경쟁제한적 규제를 발굴하거나 기초자료를 구하는 것 등이다.[61] 동 시장분석 매뉴얼은 시장분석 절차를 총 9개로 구분하고 있다. 이 9가지 절차는 시장분석 실시 전의 3가지 절차, 본 절차, 그리고 시장분석 실시 후의 5가지 등이다. 먼저 시장분석의 사전절차는 첫 번째 시장분석 후보산

60) 공정거래위원회, 시장분석 매뉴얼 1쪽. 위 성승제 경제법연구의 시장분석 글 330쪽.
61) 시장분석 매뉴얼 2쪽. 위 위 성승제 경제법연구의 시장분석 글 330쪽.

업 선정,[62] 두 번째 후보산업에 대한 예비·기초조사 실시,[63] 세 번째 시장분석 대상산업 선정[64] 이 그것에 해당한다.

시장분석과 유관한 기업집단 분석과 관련해서 기초자료 문제가 제기된다. 가령 우리나라의 경제력집중-국민경제에서 차지하는 기업집단 비중-에 대한 통계분석은 그간 여러 연구들이 있었지만 상당부분이 적지 않은 통계적 오류 가능성을 안고 있다.[65] 경제력집중 통계는 기업집단의 사업실적(분자)과 우리 경제 전체의 실적(분모)를 비교하는

62) 시장분석 매뉴얼 4쪽. 그 선정 기준으로 다음을 예시하고 있다. 첫째 경쟁제한 또는 왜곡될 우려가 있는 시장이나, 시장기능이 잘 작동하지 않는 것으로 인지한 분야, 둘째 관계부처/국회/언론/소비자단체 등에서 소비자피해나 공정거래법 위반 문제가 제기된 분야, 셋째 사업자 및 사업자단체 등 이해관계자가 시장분석이 필요하다고 제안한 분야, 넷째 주요선진국이나 OECD 등 국제기구에서의 경쟁법/경쟁정책 분야의 주요 이슈, 다섯째 새롭게 등장한 거래분야 또는 시장경쟁 환경이 급변한 기존거래분야 등을 제시하고 있다. 위 성승제 경제법연구의 시장분석 글 330쪽 및 그 각주 24.

63) 시장분석 매뉴얼 5~8쪽 참조. 예컨대 시장규모, 시장집중도, 수익성비율, 규제현황, 소비자 피해·불만사항 등을 파악하는 방법이 제안된다. 첫 번째 후보산업 규모 및 구조를 파악으로서 내수시장의 규모, 해외시장규모 등 현황, 시장집중도 등 시장구조와 시장구조 변동상황 검토, 진입 및 퇴출현황, 대규모기업집단 소속 회사의 비중, 그리고 생산 및 유통단계 등의 검토 등이다. 두 번째로 후보산업 수익률과 그 변동추이 등 검토이다. 세 번째 후보산업에 대한 정부규제 및 사업자 자율규제현황 조사, 네 번째 후보산업 유관한 공정거래위원회 심결례 및 민원사항, 다섯 번째 후보산업에 대한 소비자 피해와 불만사항 등 파악이 제시되고 있다. 위 성승제 경제법연구의 시장분석 글 330쪽 및 그 각주 25.

64) 시장분석 매뉴얼 8~9쪽. 주로 시장규모, 시장집중도, 수익성 비율 등으로 검토되는 것 같다. 첫째 해당 산업의 매출액 등 시장규모에 따라 정할 수 있다. 동 매뉴얼은 제조업 출하액(또는 매출액) 1조원 이상, 서비스업 매출액 5천억원 이상을 예시한다. 둘째 높은 시장집중도의 지속이다. 본고가 소개하는 3번의 시장구조조사 모두 법 제4조의 시장지배적사업자 추정기준을 5년간 충족하는 것이 기준이었던 점이 실무상 실질적 기준이었던 것으로 추정할 수 있다. 셋째 대규모기업집단의 참여 여부, 넷째 이유없이 높은 수익성비율이 장기간 지속, 다섯째 사업자간 가격인상율/거래행태 등이 동일하여 시장에 유효경쟁이 존재하는지 의문스러운 경우, 여섯째 현저한 진입·퇴출장벽, 사업활동 제한 등 경쟁제한적 정부규제 존재, 일곱째 해당시장 규모·생산성·기술혁신 등이 정체된 것으로 판단되는지, 여덟째 기타 경쟁법/소비자보호 차원에서 분석 필요성이 제기되는 경우 등이 예시되고 있다. 위 성승제 경제법연구의 시장분석 글 330쪽 및 그 각주 26.

65) 이재형 위 KDI정책포럼 글 3쪽.

것인데, 문제는 그 비교가 일관성 있는 기준 하에 이루어져야 하기 때문이다.[66] 두 가지 문제가 지적되는데, 첫째 기초자료의 한계 문제인데, 경제력집중 측정에서 가장 많이 채택되는 방법론이 기업집단 부가가치(분자)를 계산하여 이를 GDP(분모)와 비교하는 것인데, GDP는 경제 전체 부가가치의 합이므로 이론상 문제없어 보이지만, GDP 통계는 추계통계로서 실적통계인 기업집단의 부가가치와 추계통계인 GDP를 비교하는데 적지 않은 통계상 문제가 있다고 한다.[67] 둘째는 기초통계에 대한 연구자의 이해부족 문제인데, 분자와 분모가 개념적으로 혹은 포괄범위가 달라 서로 비교할 수 없는 것임에도, 억지로 비교하여 현실과 괴리된 통계가 나타날 수 있는 바, 예컨대 대규모기업집단들은 실질상 다국적기업인 경우가 많은데, 국제비교를 함에 있어서 특정 기업의 세계 전체에 걸친 사업실적을 모국의 경제실적과 비교한 경우 등이 있다.[68]

66) 이재형 윗 글 3쪽.
67) 이재형 윗 글 3쪽.
68) 이재형 윗 글 3쪽.
한편 이 표현은, http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/657642.html 동 기사의 같은 필자의 인터뷰를 보면, 연구자의 능력부족이 아니라, 주로 친기업 연구자가 국내 재벌기업 독과점도를 낮추는 의도적 실수인 것으로 보인다.

Ⅲ. 주요국의 시장분석 법제

주요국의 시장분석을 분석검토(study)와 불공정행위 위반조사로 구분한다면 영국 공정거래청(Office of Fair Trade: OFT)의 시장분석은 전자에 가깝고, 독일 또는 유럽위원회의 시장조사는 불공정행위 위반조사에 근접하는데, 각각 자료 요청권 등 조사에 따른 법적 강제력도 그에 비례하는 모습을 보인다.[69] 후술하는 영국의 공정거래청(OFT)은 기업법(Enterprise Act 2002)에 따라 시장분석을 수행하면서 법집행, 또 다른 경쟁당국인 경쟁위원회(Competition Commission; CC)에 대한 시장조사 요청, 규제개선을 위한 권고, 소비자교육을 위한 캠페인 등에 활용하고 있으며, 미국의 연방거래위원회(FTC)는 경쟁 및 소비자보호를 위한 법집행에 주요 이슈들, 규제의 경제적효과 분석 등에 대한 다양한 시장분석을 수행하고 수행보고서를 작성하고 있음을 확인할 수 있다.[70] 영국 뿐 아니라 가령 European Commission(EC)도 활발하게 활용하고 있음을 알 수 있으니, 즉 2008년 제약산업 분야의 전반적인 경쟁상황을 심층 분석하여, 그 시장에 대한 보다 깊은 이해를 바탕으로 해당 시장의 경쟁이 저해되거나 왜곡되었을 가능성을 살펴보기 위하여 제약산업에 대한 시장분석(Sector Inquiry)을 실시한 바 있는 바, 이러한 유형의 시장분석은 산업 전반의 경쟁왜곡 요소를 파악하려는 것으로, 특정 기업의 경쟁법 위반을 심사하는 것은 아니다.[71]

---

69) 남재현/이강오, 「주요 선진국의 시장분석 연구 및 시사점」, 산업조직학회, 2009.6 41쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 331쪽.

70) 시장분석 매뉴얼 2쪽. 여기서 다루지 않는 독일에 대해서도 동 매뉴얼은 경쟁제한방지법에 따라 시장구조, 기업집중 상황, 기업결합규제의 운용 및 기타 경쟁정책 이슈에 대해 정기적인 조사 실시와 그에 따른 보고서 작성을 한다는 점을 지목하고 있다. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 331쪽 및 그 각주 28.

71) 권창환/남재현, "유럽 경쟁정책당국의 제약산업 시장조사와 그 시사점", 『경쟁저널』, 2011, 36쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 331쪽.

1. OECD 다국적기업

시장분석이 필요하게 된 원인 중 하나는 기업의 대규모화, 국경의 사라짐에 의한 어느 일국 경쟁당국의 경쟁법 조사가 불확실하거나 곤란해질 수 있는 측면도 포함된다.

OECD 다국적기업의 가이드라인을 살펴본다. 경쟁(Competition)에 대한 OECD 다국적기업 가이드라인[72]은 다음과 같이 정하고 있다. OECD 다국적기업 가이드라인(OECD Guidelines for Multinational Enterprises)은 글로벌 환경하에서 사회책임경영을 위한 권고(Recommendation for responsible business conduct in a global context)라는 부제를 달고 있다.

구체적인 내용은 우선 그 제1부 10장 「경쟁」의 장에서, '기업은 다음을 이행하여야 한다'고 시작하고 있다.

> 제10장 제1조 기업의 활동이 반경쟁적 영향을 미칠 수 있는 모든 관할권 내의 경쟁에 관한 법률을 고려하여, 경쟁에 관련된 모든 법규를 준수하여 기업활동을 수행한다.[73]
>
> 제10장 제2조 다음 계약을 포함하여 경쟁자간 반경쟁적 계약의 체결 또는 이행을 삼간다.
> (a) 가격의 고정
> (b) 담합 입찰

72) OECD *Guidelines for Multinational Enterprises*, -recommendation for responsible business conduct in a global context-, 2011.5.25. 이것은 OECD 다국적기업 가이드라인에 대한 대한민국 연락사무소 사무국(NCP) 의 번역판이지만 아래에서 원문도 각주로 처리하여 소개함.

73) 1. Carry out their activities in a manner consistent with all applicable competition laws and regulations, taking account the competition laws of all jurisdictions in which the activities may have anti-competitive effects.

(c) 생산량의 제한 또는 쿼터의 설정
(d) 고객, 납품업체, 지역, 거래처의 할당을 통한 시장의 분배 또는 분할[74]

제10장 제3조 기업은 적용가능한 법률 및 적절한 안전장치에 따라서 경쟁에 관련된 조사당국에 협조한다. 즉, 조사당국이 정보 요청시 실행가능한 최대한 신속하고 완전하게 대응하고, 관련 조사당국간의 효과적이고 효율적인 협력을 제고하기 위해 경우에 따라서는 비밀준수 포기 등 이용 가능한 수단의 사용을 고려한다.[75]

제10장 제4조 모든 적용가능한 경쟁법규 준수의 중요성에 대한 종업원의 인식을 주기적으로 향상시켜야 한다. 그리고 특히, 경쟁문제에 대하여 기업의 최고경영진을 훈련시켜야 한다.[76]

경쟁에 대한 해설:

본 권고사항은 국내 및 국제시장 모두의 효율적 운영에 대한 경쟁법규의 중요성을 강조하고 국내기업 및 다국

74) 2. Refrain from entering into or carrying out anti-competitive agreements among competitors, including agreements to:
a) fix prises;
b) make rigged bids (collusive tenders);
c) establish output restirctions or quotas; or
d) share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce.

75) 3. Co-operate with investigating competition authorities by, among other things and subject to applicable law and appropriate safeguards, providing response as promptly and completely as practicable to requests for information, and consideration the use of available instruments, such as waviers of confidentiality where appropriate to promote effective and efficient co-operation among investigating authorities.

76) 4. Regularly promote employeee awareness of the importance of compliance with all applicable competition laws and regulations, and, in particular, train senior management of the enterprise in relation to competition issues.

적기업에 의한 경쟁법규 준수의 중요성을 재확인하고 있다. 또한 모든 기업이 경쟁법의 범위, 구제책, 처벌에 관한 변경사항 및 경쟁당국 간 협력범위를 인식하도록 보장하고자 한다. “경쟁”법이라는 용어는 “반트러스트법” 및 “독점금지법”을 포함하여, ① 반경쟁 합의, ②시장지배력의 남용, ③ 효율성 성과 외에 다른 수단을 통한 시장지배력의 획득, ④ 인수합병을 통한 경쟁의 상당한 감소 또는 효과적 경쟁의 상당한 저해를 금지하는 법률을 가리킨다.[77]

일반적으로 경쟁법 및 정책은 a) 경성 카르텔, b) 기타 반경쟁적 합의, c) 시장지배력을 남용 또는 확대하는 반경쟁적 행위, d) 반경쟁적 인수합병을 금지한다. ‘경성 카르텔 방지를 위한 효과적 조치에 관한 OECD이사회의 1998년 권고〔C(98)35/Final〕에 따르면 a)호에 언급된 반경쟁적 합의는 경성 카르텔에 해당하나 1998 권고사항은 회원국 법률간 차이점을 반영하고 있으며, 구체적 예로서 금지대상이 될 수 있는 활동을 예외로 인정하거나 이 활동을 허가하는 법률의 예외조항/규정을 들 수

77) Commentary on Competition
These recommendations emphasise the importance of competition laws and regulations to the efficient operation of both domestic and international markets and reaffirm the importance of compliance with those laws and regulations by domestic and multinational enterprises. They also seek to ensure that all enterprises are aware of developments concerning the scope, remedies and sanctions of competition laws and the extent of co-operaton among competition authorities. The term “competition” law is used to refer to laws, including both “antitrust” and “antimonopoly” laws, that variously prohibit: a) anti-competitive agreements; b) the abuse of market power or of dominance; c) the acquisition of market power or dominance by means other than efficient performance; or d) the substantial lessening of competition or the significant imeding of effective competition through mergers or acquisitions.

있다. 본 가이드라인의 권고사항은 기업이 합법적으로 이용가능한 예외조항이나 규정을 사용할 수 없다고 제안하는 것은 아니다. b)호 및 c) 호의 범주는 보다 일반적인데 그 이유는 다른 유형의 합의 및 일방적 행위에 의한 영향이 더 모호하고 반 경쟁적이란 무엇인가에 대한 합의가 부족하기 때문이다.[78]

경쟁정책의 목표는 제품과 서비스의 성적, 품질, 가격이 시장경쟁에 의하여 결정되도록 시장 조건의 개선을 촉진하여 전반적인 복지와 경제성장에 기여하는 것이다. 경쟁적 환경은 소비자와 관혈영역내의 경제 전반에 혜택을 줄 뿐 아니라 소비자 수요에 효과적으로 대응하는 기업에도 보상을 가져다준다. 정부가 시장효율이나 시장의 경쟁을 감소시킬 수 있는 법이나 정책을 고려하고 있는 경우 기업은 정보와 충고를 제공함으로써 이러한 과정에 기여할 수 있다.[79]

---

78) In general, competition laws and policies prohibit: a) hard core cartels; b) other anti-competitive agreements; c) anti-competitive conduct that exploits or extends market dominance or market power; and d) anti-competitive mergers and acquisitions. Under the 1998 Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, C(98)35/Final, the anticompetitive agreements referred to in sub a) constitute hard core cartels, but the Recommendation incorporates differences in member countrie's law, including differences in the law's exemptions or provisions allowing for an exception or authorisation for activity that might otherwise be prohibitied. The recommendations in these Guidelines do not suggest that enterprises should forego availing themselves of such legally available exemptions or provisions. The categories sub b) and c) are more general because the feects of other kinds of agreements and of unilateral conduct are more ambiguous, and there is less consensus on what should be considered anti-competitive.

79) The goal of competition policy is to contribute to overall welfare and economic growth by promoting market conditions in which the nature, quality, and price of goods and services are determined by competitive market forces. In addition to benefiting consumers and a jurisdiction's economy as a whole, such a competitive environment rewards

기업은 경쟁법이 계속 제정되고 있고, 이러한 법에서 반경쟁적 활동이 해외에서 발생했어도 국내 소비자에게 부정적 영향을 미치는 경우 이를 금지하는 경우가 점차 일반화되고 있다는 점을 인식하여야 한다. 나아가 국가간 무역 및 투자로 인해 특정 관할권 내에서 발생한 반경쟁적 행위가 다른 관할권에서도 부정적 영향을 미칠 수 있게 되었다. 그러므로 기업은 진출국의 법률 및 자신의 활동이 영향을 미칠 수 있는 모든 국가의 법률을 고려하여야 한다.[80]

끝으로 기업은 경쟁당국들이 반경쟁 활동 조사 및 심문에 있어 보다 광범위하고 긴밀하게 협력하고 있음을 인식하여야 한다. 이에 관해 '국제 무역에 영향을 미치는 반경쟁 관행에 관한 회원국간 협력에 대한 이사회 권고〔C(95)130/Fianl〕', '합병 검토에 대한 이사회 권고〔C(2005)34〕' 등을 일반적으로 참조하기 바란다. 여러 관할권의 경쟁당국이 동일한 행위를 조사할 경우, 기업과 당국간의 협력 촉진은 일관되고 건전한 의사결정 및 경쟁에 관한 구제책을 촉진하고, 아울러 정부와 기업 모두가 비용을 절감할 수 있게 한다.[81]

---

enterprises that respond efficiently to consumer demand. Enterprises can contribute to this process by providing information and advice when governments are considering laws and policies that might reduce efficiency or otherwise reduce the competitiveness of markets.

80) Enterprises should be aware that competiton laws continue to be enacted, and that it is increasingly commn for those laws to prohibit anti-competitive activities that occur abroad if they have a harmful impact on domestic consumers. Moreover, cross-border tradfe and investment makes it more likely that anti-competitive conduct taking place in one jurisdiction will have harmful effects in other jurisdictions. Enterprises should therefore take into account both the law of the country in which they are operating and the laws of all countries in which the effects of their conduct are likely to be felt.

81) Finally, entrprises should recognise that competition authorities are engaging in more and deeper co-operation in investigation and challenging anti-competitive activity. See

한편 OECD 시장지배적 지위에 대한 인식을 보면, 2009년 프랑스 파리에서 열린 OECD 경쟁정책위원회가 단독기업의 행위인 시장지배적 사업자의 지위 남용에 대한 round table 회의의 사례를 볼 수 있다. 여기서는 시장지배력의 정의 및 입증에 대해서 그리고 시장지배력의 남용행위에 대한 제재수단에 대하여 논의가 이루어졌다고 한다.[82]

시장지배력을 '당해 사업자가 상당기간 동안 경쟁의 압력을 받지 않고 경쟁수준 이상의 가격을 행사할 수 있는 힘'으로 정의하는데 많은 나라가 동의하였다고 하며, 시장점유율은 시장지배력의 보유 여부를 판단함에 있어서 하나의 추정요소에 불과하다는 점, 그 밖에도 진입장벽의 존재 여부 및 정도, 구매자의 Buying Power, 비용이상의 가격여부, 수익성(ROCE 등), 수요의 가격탄력성 및 수요자 전환비용 등 여러 가지 요소를 종합 고려하여 결정하는 것이란 점, 시장점유율은 초기단계에서 필터링 기능만 수행하여야 한다는 점 등이 지지받았다.[83]

구체적으로는 첫째 진입장벽이 존재하는 가운데 장기간 높은 시장점유율을 시현하거나 시장점유율이 증가하는 추세를 보이는 경우 시장지배력을 보유한다고 볼 가능성이 높다는 점, 둘째 사업자가 특정 남용행위를 한 의도와 효과 또한 시장지배력 보유 여부가 중요한 증거가 될 수 있다는 점, 셋째 시장지배력을 보유한다고 볼 수 있는 지표로 대부분의 나라가 장기간 높은 수익률을 지적하였던 바, 수익성 분석결과 장기간 시장진입이나 기술혁신이 없이 높은 수익률을 유지하는 경우 시장지배력을 보유한다고 볼 수 있다는 것 특히 산업내 비

---

generally: Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade, C(95)130/Final; Recommendation of the Council on Merger Review, C(2005)34. When the competition authorities of various jurisdictions are reviewing the same conduct, enterprises facilitation of co-operation among the authorities promotes consistent and sound decision-making and competitive remedies while also permitting cost savings for governments and enterprises.

82) 이석준, "시장지배적 지위 남용에 대한 OECD 논의동향 및 시사점", 「경쟁저널」, 2009, 20쪽.

83) 이석준 윗 글 20쪽.

효율이 존재하는데도 시장의 평균자본비용(Cost of Capital)을 상회하는 자본수익율(Return on capital employed)을 누리는 등 장기간 잉여이윤이 존재하는 경우 시장지배력을 보유한다고 추정할 수 있다는 것, 다만 진입장벽이 낮고 시장점유율이 낮으면 가격이 높더라도 시장지배력을 보유한다고 볼 수 없다.[84]

이상 요소 중에서 장기간의 높은 잉여이익이라는 기준은 우리나라 공정거래위원회의 시장분석 매뉴얼에서도 유용하게 사용되는 tool이다.

넷째 시장지배력을 보유한다고 볼 수 있는 또 다른 지표는 동일한 사업자가 서로 다른 지역에서 가격차별을 하는 경우로서, 두 지역간에 가격차별이 존재하고, 그 중 한 지역에서 상당한 정도의 잉여이윤(significant amount of margin)을 누리는 경우 시장지배력을 보유하는 때문이라는 것이다. 한편 그 밖에 독점 내지 준독점기업과 같이 시장지배력이 큰 기업이 남용행위를 하는 경우 시장경쟁제한 및 소비자후생저해효과가 크므로 무거운 특별책임을 지울 수 있다는 super-dominance 개념도 제기되었는데, 이에 대해서는 시장지배력이란 절대적 기준으로 정의될 수 없고 연속선상에 있는 정도의 개념이기 때문에 어느 선을 넘어야 dominance가 super-dominance가 되는지에 대한 기준은 없다거나 시장점유율이 높다고만 해서 super-dominance가 되는 것은 아니라는 점은 전술하였듯이 시장점유율이 시장지배력을 판단하는 한 고려요소에 불과하다고 한다.[85]

이 super-dominace개념은 오늘날 한국에서 경제력집중이 심각한 상황에서 대규모기업집단의 영향력이 정치적·사회적으로까지 확장되고 있다는 것 그 폐해가 크다는 것을 인정한다면 매우 진지하게 고려될 만하다고 생각되며 향후 깊이 논의되어야 할 개념이라고 생각된다.

84) 이석준 윗 글 21쪽.
85) 이석준 윗 글 21쪽.

한편 주목할 만한 점으로 시장지배적 지위 남용에 대한 접근에 있어서, 미국과 EU가 상이한 입장 즉 미국은 단독기업행위(Unilateral conduct)는 경쟁제한효과만 초래하는 카르텔과 달리 경쟁촉진효과(공격적 경쟁; robust competition)도 관찰되므로 경쟁당국은 단독기업인 시장지배적지위 사업자의 남용행위를 처벌하는데 조심하여야 한다고 주장한 반면, EU는 시장지배적 기업 남용행위가 바로 카르텔이 달성하고자 하는 독과점기업의 행위 바로 그것이므로 카르텔보다 폐해가 적다고 볼 수 없으며 강력하게 규제하여야 한다고 주장하였다.[86]

이러한 입장 차이는 시장지배적 사업자가 될 수 있는 시장점유율이 EU는 50% 이상이면 시장지배적 사업자가 될 수 있다고 보는 반면, 미국은 셔먼법 제2조의 독점화행위가 성립하려면 당해 사업자의 시장점유율이 최소한 70%를 넘을 것을 요하는데에서 간접적으로 비롯되며 양 경쟁당국의 견해차이는 2000년대 중반 마이크로소프트 사건이나 퀄컴 사건 등 경쟁당국의 법집행 태도에서 나타나는 바, 세계적 다국적 기업의 지위 남용 혐의에 대하여 EU는 적극적으로 조사하고, 미국은 소극적으로 대처하였다.[87]

이상과 같은 점에 따라 OECD 경쟁당국의 시장분석과 미국의 그것과 구별되는 점이 있을 수 있다.

2. 영국의 시장분석

(1) 시장분석 또는 조사 기관

영국 공정거래청(OFT)은 기업법(Enterprise Act)에 따라 정보수집(information gathering) 및 연구를 시행할 수 있는 권한을 갖고 있어서, 공정거래청(OFT)는 전체 경제 일부에 대한 특정 시장을 관찰하는 것은 물

86) 이석준 윗 글 21～22쪽.
87) 이석준 윗 글 22쪽.

론이고 전체 경제를 대상으로 한 다양한 재화와 서비스의 실태를 종합하여 연구하고 있으며, 공정거래청(OFT)은 시장분석에 대한 재량권을 갖고 시장분석을 위한 시장의 선택과 시장분석의 구체적인 방법에 대한 자율성을 가지고, 다양한 시장분석을 수행하고 있다는 조사가 있다.[88]

그러나 공정거래법(Fair Traing Act)에도 조사를 할 권한이 부여된 것으로 보인다. 다만 포괄적으로 규정한 형태를 취하고 있어서 명료하지 않다.

영국 공정거래법 제44조에 따르면 (공정거래)위원장은 그 제1항에 의하여 독점 현상을 발견하게 되면 정보요구권을 갖으며, 그 제2항 a)호에 따라, 동법 제3조가 지정한 자를 통하여 일정한 시간과 장소에 특정한 서류들의 제출을 요구할 수 있다. 그리고 독점 보고서에 대한 같은 법 제56조에 따른 권한들이 규정되어 있음을 볼 수 있다.[89]

공정거래청(OFT)은 소비자의 경제에 최대의 이익이 될 수 있는 법률과 강제적 집행업무 분야에 집중할 것을 선언하고 있다. 그것을 위하여 연례보고서(annual report)에는 소비자에게 얼마나 많은 직접적인 경제적 이익이 전달되었는지를 알릴 것, 공정거래청(OFT)의 업무로 생산된 이익을 알릴 것, 통계와 정보를 비교한 수치를 포함하여 알릴 것, 공정거래청(OFT)나 소비자부서에 직접 제기된 불평에 대한 정보나 사전대책 시장모니터링과 프로젝트 평가업무 등을 알릴 것을 정하고 있다.[90] 구체적 실행방법의 하나로, 기업들과 학계 다른 파트너 기관들에 있는 전문가의 도움을 받아 소비자 행동과 의사결정에 관한 이해를 높일 것을 선언하고 있다. 공정거래청(OFT)은 주로 경쟁이 제한되거나 왜곡되었다고 판단되는 시장 또는 산업분야에 대하여 시장

88) 남재현/이강오, 36쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 337쪽 전거.

89) 김봉철, “영국 공정거래법(2)”, 「외법논집」(제20집), 2005, 287～288쪽의 번역 참조.

90) 송순영, “영국 OFT ’10～11년 업무계획이 소비자정책계획에 주는 시사점 분석”, 「소비자정책동향」(제18호), 2010.11, 6쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 337～338쪽 전거.

분석을 실시하여 해당 분야의 시장상황, 경쟁을 제한하거나 왜곡시키는 원인 그리고 경쟁촉진방안 등을 파악하려고 한다.[91]

영국에서 시장분석에 대한 법적인 정의(statutory definition of a market study)는 없지만 “세계수준의 경쟁체제; 생산과 기업(Productivity and Enterprise, a world class competition regime)” 백서를 통해 영국정부는 공정거래청(OFT)이 정부의 경쟁 관련 법률과 규제에 대한 전문적인 조언을 담당하는 역할(high profile advocacy role)을 맡을 수 있도록 하고 있다.

시장분석 또는 조사는 공정거래청(OFT)의 시장분석(market studies)과 경쟁위원회(competition commission)의 시장조사(market investigation)로 아래와 같이 구분된다.[92] 전자(시장분석)의 경우 축약조사에서 정규조사까지 다양한 형태로 진행하여 교복・인터넷 쇼핑・공항・식품(grocery) 시장 등에까지 다양한 규모의 시장을 분석하면서 시장의 작동을 이해하고 소비자보호와 정부규제 평가 등의 목적에 따라 시장기능을 점검한다. 그 분석에서 해당 시장에서 경쟁이 왜곡・제한되고 있다는 우려가 있으면 경쟁위원회(CC)에 시장조사를 요청할 수 있다. 한편 후자(시장조사)는 보다 강력한 조사권한을 가지고 시장경쟁제한 요인을 분석하는데, 이러한 경쟁위원회(CC)의 시장조사가 시행되기 위해서는 그 시장구조와 시장행동 등에 있어서 경쟁이 제한되거나 왜곡되었다는 근거가 있어야 한다. 이와같이 해당 시장의 작동을 확인하기 위하여 경쟁당국(OFT)이 시장분석을 수행함에 있어서 OFT는 그 시장의 경쟁이 제한되거나 왜곡되었다는 근거가 없이도 시장분석을 수행할 수 있지만 더 구체적인 법적자료 요청권을 가진 경쟁위원회(CC)의 시장조사를 위해서는 해당 시장의 경쟁이 제한되거나 왜곡되었다는 근거가 있어야 한다.

---

91) 권장환/남재현 앞 글 36쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 338쪽 전거.
92) 남재현/이강오 38・40쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 338쪽 전거.

(2) OFT의 시장분석

1) 기초심사 단계

공정거래청(OFT)은 시장분석을 수행할 시장을 선정하기 위하여 법집행 중에 얻어지는 여러 정보, 공정거래청(OFT)에 접수되는 문의 또는 고소에 따른 증거, 기업, 거래조합 또는 소비자 단체 등 이익단체들의 제안, 다른 정부부처, 규제단체(regulatory bodies)의 제안 등 다양한 출처의 정보들을 사용하게 되는데, 시장기능이 원활히 작동하지 않고 시장조사의 적합한 대상이 될 수 있는 시장을 식별하고자 영국 공정위는 체계적인 수량적 지표자료들의 사용방법에 대한 연구를 의뢰하기도 한다. 이러한 기초심사는 1개월 정도 진행되는데, 관련된 시장의 단체 등과 접촉하지 않으며 공개적으로 이용가능한 정보(기업보고서, 웹사이트, 시장연구보고서 등) 또는 내부에 축적된 정보만을 사용하며 여러 가지 지표 등을 통해 해당 시장의 특성을 파악하거나 다른 나라 시장정보와 비교분석도 한다.[93]

앞서 본 공정거래청(OFT)의 연례보고도 이에 대하여, OFT의 시장분석에 대한 업무영역도 선언하고 있다. 즉 사전예방을 위해 시장을 '관찰'하고 공정거래청(OFT)의 모든 기능에서 수행되는 일에 필요한 지식정보력을 보유하면서, 공정거래청(OFT)은 과거에 소비자문제와 경쟁문제가 있었다고 확인된 시장에 대한 '정밀조사'를 계속할 것이라고 하였다.[94]

---

93) 남재현/이강오 42～43쪽. OFT가 고려하는 지표로서, 시장의 집중도, 시간에 따른 시장점유율 변화, 시장진입・퇴출 장벽이나 비용, 서비스나 상품 공급자가 바뀔 경우 소비자의 공급자 전환비용(switching cost), 소비자의 다른 공급자에 대한 정보취득 용이성, 소비자에게 제공되는 정보와 거래조건들에 대한 정확한 이해가능성, 소수인종 또는 장애자, 노인 등 특정집단에 대한 잠재적 영향, 시장내 지속적인 기술혁신 여부, 가격의 다양성, 시장가격 안정성 및 일관성, 총수익률과 생산성 등을 43쪽에서 열거하고 있다. 이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 338～339쪽 및 그 각주 60 전거.

94) 송순영 윗 글 9쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 339쪽.

2) 분석과 공표권

공정거래청은 단기분석(short studies)은 3～6개월, 정규분석(full studies)은 1년 정도 이내에 시장분석을 완료하는 것을 목표로 하며, OFT는 '그 역할을 수행하기 위하여 관련된 정보들을 수집・취합・보관한다(기업법(Enterprise Act 2002 section 5(1))'에 따라 정보요청권을 갖지만 강제권은 보유하지 않는데, 경쟁위원회(CC)에 시장조사를 권유함으로써 강제할 수 있어서 경쟁위원회(CC)의 시장조사가 필요한지 여부를 판단하기 위하여 공정거래청(OFT)은 기업법(Enterprise Act) §174에 따른 조사권한을 사용할 수 있으며 불응할 경우 경쟁위원회(CC)에 처벌권한을 주기도 한다. 공정거래청(OFT)은 '그 역할과 관련된 문제에 대한 여러 종류의 보고서들을 준비하고 공표를 준비할 수(기업법(Enterprise Act section 4(4)))'있어서, 소위 시장분석보고서 공표권이 부여된다. 사업체・개인과 관련된 정보공개는 일반적으로 금지하고 있으며 그 시장분석팀은 시장분석 결과 발표 전에 조사결과와 권유내용에 대한 OFT 위원회의 승인을 얻도록 되어 있다.[95]

(3) 경쟁위원회(CC)의 시장조사권・자료요청권

공정거래청(OFT)이 경쟁위원회(Competition Commission))에 대하여, 시장조사(market investigation)를 요청할 수 있는 것은 1973년 공정거래법

95) 남재현/이강오, 46～49쪽. 기업법 174조 3～5항의 내용은 세가지 정도이다(① 증거를 제시할 수 있는 관계자의 출석을 요구할 권리, ② 지정된 문건의 제공을 요구할 권리, ③ 지정된 정보(추정・예측 포함)을 제공하도록 요구할 수 있는 권리) 뿐 아니라 기업법 175조는 정보제공에 불응할 경우에 대한 경쟁위원회(CC)로 하여금 처벌할 수 있는 근거가 된다)(47쪽).
정보공개가 개인이나 사업체에 피해를 주는 것을 금지하고 있어서, 예외적 허용은 동의가 있는 경우(consent), 공적의무가 있는 경우(community obligation), 법집행시(statutory function), 범죄(criminal proceeding), 해외공시(overseas disclosure)만으로 제한한다(48쪽).
이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 339쪽 및 그 각주 62 전거.

(Fair Trading Act: FTA)이 경쟁위원회(CC)로 하여금 시장전반에 걸친 조사를 할 수 있는 권리를 부여한데서 연원한다. 영국내 또는 영국과 관련된 거래에서 기업법 제131조에 따라 경쟁을 저해하거나 제한하는 특징이 의심될 경우 공정거래청(OFT)은 경쟁위원회(CC)에 조사를 위탁할 수 있다. 경쟁위원회(CC)의 시장조사는 공정거래청(OFT)이나 다른 조직의 시장연구에 비하여 광범위하며 그 밖에도 특정한 불공정행위가 아닌 시장 전반적인 경쟁조성 여부를 살펴보는 것이며, 조사 그 자체는 2년 안에 마쳐야 하며 자료를 강제로 요청할 권리를 가지며, 경쟁에 대한 조사절차 관련 규정・개선방법을 공표하여야 한다.[96]

(4) 한・EU FTA 의 경쟁법 조항

한국은 EU와 2007년부터 진행하였던 협상을 마무리하고 2011년 발효하였고, 역시 경쟁분야의 조항들을 포함하고 있는데, 제11장 '경쟁' 조항은 경쟁부문에 관한 조항들(Section A. competition)과 보조금에 관한 조항들(Section 13, Subsidies)로 구분되며, 경쟁분야에 관한 Section A의 8개 조항들이 상대적으로 세밀한 사항들을 담고 있다.[97]

우선 Section A의 제11.1조와 제11.3조는 시장경쟁원칙의 중요성을 확인하고 경쟁제한적 행위를 효과적으로 다루기 위한 포괄적 경쟁법

---

96) 남재현/이강오 55～57쪽. ① 시장내에 경쟁이 제한되거나 저해되었다는 합당한 근거가 있는지, ② 경쟁제한이 시장의 특성으로 인한 것인지, ③ 경쟁위원회에 조사를 위탁하는 것이 최선의 해결방법인지를 고려하여야 한다고 한다.
기업법(Enterprise Act) 제131조 제2항은 시장조사 권유를 위해 필요한 경쟁제한 또는 왜곡 사항을 ① 시장의 구조(structure) 또는 그러한 구조의 일부측면, ② 관련 시장에서 거래하는 사업자 또는 사업자들의 행위, ③ 관련시장 구매자가 해당시장과 관련하여 행하는 행위(any conduct relating to ther market concerned of customers of any person who supplies or acquires goods or services)의 3가지로 기술한다고 한다(57쪽).
이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 340쪽 및 그 각주 63.

97) 김봉철, "한-EU FTA 발효와 법적 과제", 「유럽연구」(제31권 3호, 2013년 겨울), 한국유럽학회, 16쪽.

및 경쟁법 집행을 책임지는 경쟁당국 유지의무를 선언하며, 제11.6조는 양자간의 '반경쟁적 행위에 관한 협력협정'에 기초한 여러 가지 사항들 즉 집행협력·통보·협의·정보교환 등의 사항들을 협력할 것을 규정하는 바, 이 규정은 한-EU FTA 경쟁조항들과 이미 체결된 반경쟁적 행위에 관한 협력협정 사이의 관계를 설정하는 조항들이 될 수 있고, 아울러 FTA와 구별되는 '반경쟁적 행위에 관한 협력협정(Agreement between the EU 뭉 the Republic of Korea concerning cooperation on anti-competitive activities)을 체결하였다.[98]

위 반경쟁적 행위에 관한 협력협정은 FTA와는 별개의 협정이지만, 양국 경쟁당국간 실질적이고 체계적인 협력기반이 마련되었음을 알 수 있게 하며, 경쟁정책의 조화와 협조가 가능하게 한다.[99] 이러한 협정의 체결은 시장분석의 어려움을 구제받는 중요한 기반이 될 수 있기 때문에 소개한다.

3. 미국의 시장분석

(1) 경쟁법 시행청으로서의 연방거래위원회

미국에서 경쟁법은 경제적 자유의 헌장(a comprehensive charter of economic liberty)로서 입안되어, 공개시장에서 경쟁을 증진하여 경제적 자원의 분배를 효율화하여 좋은 품질을 낮은 가격에 얻을 수 있게 하며 그럼으로써 민주주의 환경조성에 이바지한다고 받아들여진다.[100]

98) 김봉철 윗 글 17쪽.

99) 김봉철 위 글 18쪽.

100) 1955년 법무부 경쟁법연구위원회 보고서는, "독점금지법(Anittrust law)의 일반적인 목적은 공개시장에서 경쟁을 증진시키는 것이다. 시장참여에 대한 기회와 시장경쟁을 북돋는 것은 경제를 구조적으로 정치적 및 사회적 자유가 의존하고 있는 경쟁적인 경제시스템을 보장하려는 미국의 특별한 수단이다"(The Department of Jusitce, The Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws (1955) pp.1-2.)

미국의 경쟁법의 주요 법원으로는 셔먼법(Sherman Act)[101], 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)[102]과 클레이튼법(Calyton Act)[103]이 꼽힌다.[104]

그 중 연방거래위원회법은 소위 Standard Oil Company 사건[105]에 대한 법원의 판결이 셔먼법 제정의 의의를 망각한 것이며, 법의 적용이 기업에 관대하다는 지적들을 수용하여 1914년 제정되었다. 동법에 의하여 연방거래위원회는 독립행정기관(independent administrative agency)으로 설립되었으며, 경쟁법 시행을 위한 광범위한 권한을 부여받았다. 연방거래위원회는 반독점법의 사실상「모든 것을 포함하는」동법 제5조[106]를 시행할 배타적인 권한을 갖으며, 클레이튼법 제2조, 제3조[107],

---

한편 Anittrust law의 목적에 대한 leading case에서 연방대법원판사 Black은, "셔먼법은 자유로운 경쟁을 지탱하고자 하는 거래 규제법적인 목적을 가진 경제적 자유의 헌장으로 제정되었다. 셔먼법은 경쟁력에 따라 경제적 자원이 잘 분배할 수 있도록 하고, 민주주의를 위한 정치적·사회적 제도를 도와줄 환경을 만들어준다"고 하였다(Northern Pac. Ry. Co. v. United States. 365 U.S. 1. 4. 78 S. Ct. 514. 517. 2 L. Ed. 2d 545, 549(1959)).

이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 331쪽 및 그 각주 30 전거.

101) 26 Stat. 209: 15 U.S.C. §§ 1～7(1890).

102) 15 U.S.C. §§41～51.

103) 15 U.S.C. §§12～27.

104) 이는 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 332쪽.

105) Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1(1911). 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 332쪽 및 그 각주 34 전거.

106) 연방거래위원회 법 제5조의 표제어는「위원회에 의한 불공정 경쟁방법의 위법한 사용금지」(법제처,『해외 주요국가 법령 번역집』(Vol. 1), 2009, 327쪽.). 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 332쪽 및 그 각주 35 전거.

107) 어떤 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 감소시키거나 독점을 증대시키는 경향을 갖는 경우 구매자가 판매자의 경쟁자와 거래하지 않는다는 조건의 판매를 금지한다.

Section 3. That it shall be unlawful for any person engaged in commerce in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption or resale within the United States or any place under the jurisdiction of the United States, of fix a price charged herefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinary, supplies, or other commodities of a sale, or contract for sale or or such condition, agreement or

제7조[108] 등을 시행할 권한을 법원과 법무부와 함께 가지고 있다.

연방거래위원회는 소위 독립규제위원회(independent regulatory commission)로서 행정의 효율성과 사법의 공정성이라는 양대 목표를 접점으로 하여 작동하고 있는 바, 주지하다시피 단순한 자문위원회가 아닌 일반 행정부처 또는 그 이상의 권한과 책임을 행사하고 있다.[109]

연방거래위원회는 임기가 7년인 5명의 위원(commissioner)으로 구성되며, 이러한 장기간 임기는 4년을 임기로 하는 대통령보다 길게 함으로써 독립성을 보장하게 한 것이다. 같은 목적으로 최초 위원이 임기가 각각 3년, 4년, 5년, 6년, 7년으로 1년씩 차이가 나게 함으로써 위원 전체 임기가 동시에 종료하는 것을 막는 한편 임명권자인 대통령이 서로 다른 시기에 다른 대통령에 의하여 위원이 임명될 가능성을 높여서 독립성을 높이려는 목적을 갖고 있었다고 한다.[110] 그리고 한 위원이 5년 근무 후 사임하면 그 후임자의 임기는 2년 즉 잔여임기만 보장함으로써 위와 같은 순환 선출이 영속될 수 있도록 하였으며, 위원 임명은 상원의 인준에 따라 대통령이 임명하고, 정치적 중립성 확보를 위하여 위원 3명까지만 같은 정당 소속이 될 수 있도록 하

---

understanding may be substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.

이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 332쪽 및 그 각주36 전거.

108) 모든 지역과 거래분야에서 실질적으로 거래를 경쟁을 감소시키거나 독점을 초래하는 결과를 가져오는 합병 또는 취득을 금지한다.

Section 7. That no person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lesson competition, or to tend to create a monopoly.

이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 332쪽 및 그 각주 37 전거.

109) 상세는, 조성국, "독립규제기관의 사건처리절차의 개선방안", 「행정법연구」, 2006, 참조.

110) 조성국 윗 글 108쪽.

였다. 아울러 연방거래위원회 직원은 변호사가 가장 많으며 특히 사건처리 담당부서는 대부분 변호사로 충원되고 이들을 보조하기 위한 법률보조인(paralegal)이 있다.[111]

미국의 연방 반경쟁법 시스템은 2개의 정부기관과 사적당사자에 의한 소송 즉 3원적인 구조를 갖고 있는데, 즉 ① 연방 법무성 독점금지국에 의한 형사소송과 민사소송, ② 연방거래위원회의 배제조치명령(cease and desist orders), ③ 사적당사자에 의한 3배손해배상(treble damages)과 중지명령(injunctions)을 위한 소송으로 구분된다.[112] 연방거래위원회법(Federal Trade Commsission Act)은 27개조로 구성되어 있는데, 제1조에 따라 미국의 연방거래위원회(Federal Trade Commission; FTC)는 상원의 제청과 동의에 따라 대통령이 임명한 5인 위원으로 구성되고, 대통령이 그 위원 중에서 위원장을 선정한다. 같은 정당 소속인 자는 5인 중 3인 이하이어야 하며, 임기는 7년이지만 결원을 채우고저 선임된 자는 전임자의 남은 임기에 한해서 임기가 인정된다.[113]

(2) 연방거래위원회의 조사권과 공청회 등

미국의 연방거래위원회는 연방거래위원회법 제6조에서 「위원회의 추가적 권한」(Additional powers of Commission)이라는 표제어하에 광범위하고 포괄적인 조사권을 갖는다.[114]

---

111) 조성국 윗 글 108쪽.

112) 윤보옥, 『미국독점금지법(Ⅰ)』, 삼지원, 2004.12, 171쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 338쪽 전거.

113) 앞의 법제처, 법령 번역집 326쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 333쪽 전거.

114) ⓐ 1인 이상의 자, 조합, 회사에 대한 조사권, ⓑ 1인 또는 1개 이상의 자·조합·회사로부터 보고서 또는 답변서를 위원회에 제출하도록 요구할 권한, ⓒ 독점금지 결정의 준수여부 조사를 할 의무와 그 공개에 대한 재량권한, ⓓ 독점금지법 위반의 조사권한, ⓔ 독점금지법 위반 회사 영업의 재조정을 위한 조사권한, ⓕ 위원회가 취득한 공익을 위한 정보를 공개할 권한 등, ⓖ 규칙과 규정 제정권한, ⓗ 외국의 거래조건의 조사 및 의회에 보고할 권한, ⓘ 외국 반경쟁법 위반에 대한 조사권

미국의 경쟁당국은 시장경쟁촉진을 위하여 시장분석을 수행하며, 소비자에게 중요한 산업의 경쟁상황을 시장분석을 통하여 깊이 있게 분석하고 그 결과를 경쟁촉진을 위해 활용하고자 내부제안이나 정부 또는 국회 요청 등으로 시장분석을 수행하며, 그 과정에서 법적 절차를 준수하고 시장분석 대상 산업을 공개발표하여 이해당사자들의 의견을 구하기 위하여 워크숍과 청문회 등을 활용하는 형태를 통하여 외부 전문가들의 의견을 얻고 있다. 예컨대 2003년 경쟁정책당국은 의료산업에 대한 27일간의 공동청문회를 열어 공급자단체(provider groups), 보험회사, 고용주, 법률가, 환자전문변호사 및 학계 등 250여인의 토론자들로부터 증언을 모을 뿐 아니라 경쟁당국은 관련단체로부터 62개의 서면의견을 받아 이들을 수렴한 최종보고서를 발간하고 있다.[115] 종래 이러한 것들은 시장구조에 영향을 미치는 규모의 경제, 광고, 연구개발 등을 기반으로 하여 시장구조의 결정요인이 산업구조에 따라 성과에 어떻게 작용하는지를 파악하려는 경제학적 방법론으로부터 출발하고 있다. 그러나 공정거래법 조항상 규정된 것을 운용하려면 거쳐야 하는 방법론이라는 점에서 그러한 조사의 결과물이 법제도적 과정으로 편입되어야 한다.[116]

구체적으로 연방거래위원회법은 연방거래위원회(FTC)로 하여금 조사를 목적으로 자료를 수집할 때, 여러 가지 방식의 강제절차를 이용할 수 있다. 강제절차의 대상자는 전술한 연방거래위원회법에 따라 FTC가 요구하는 형식의 자료를 제공할 의무를 지니며, FTC는 그 조사대상의 “조직, 사업, 행위, 관행, 관리 및 타기업, 파트너쉽 그리고

한, (j) 외국법집행기관을 위한 조사지원권한, (k) 형사절차를 위한 증거의 송부권한, (l) 협력적 협정에 관한 기금사용권한 등이다.

한편 각 항목별 구체적 내용은 앞의 법제처 법령집 333～337쪽 참조.

이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 333쪽 및 그 각주 40 전거.

115) 남재현/이강오, 61쪽.. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 333쪽 전거.

116) 박일수, “시장구조의 결정요인과 시장성과에 관한 실증분석”, 『국제지역연구』(제16권 제4호), 2012.2, 237쪽. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 333～334쪽 전거.

개인과의 관계"에 대한 자료취득을 목적으로 하는 보고서 또는 특정 질의에 대한 서면응답을 요구할 권한(Section 6(b) of the FTC Act)을 행사하고, 독점금지법 및 소비자보호법 위반여부를 조사하기 위해 소환장과 유사한 civil investigation demands를 발행할 수 있는데 강제절차 대상자는 이러한 자료요청을 거부할 수 있으며 이에 대한 판단은 FTC 전체위원회가 결정하고 그 결정을 법원에 제소할 수 있는 등 FTC는 연방관할법원에 집행을 요구할 수 있다.[117]

FTC는 사무총장(the executive director)에 의해 통할되는 사무국 그리고 몇 개의 실(Office)과 국(Bureau)이 있다.[118] 경제국(Bureau of Economics)은 산업과 경제를 분석하고 기업들을 조사하여 불공정한 경쟁방법을 검토하는 전문적인 조사기관(in expert fact-finding body)으로서 연방거래위원회의 경제 및 통계전문가들(economists and statisticisans)은 세 개의 과(경제증거과(Division of Economic Evidence), 산업분석과(Division of Industry Analysis)와 금융통계과(Division of Financial Statistics)로 구분 배치되어 있다.[119]

FTC는 조사 대상인 업계에 대하여 자발적 문서를 요청하여 자료를 수집하기도 하며 시장분석이 시행되는 산업들의 종사자나 개인기업들

117) 남재현/이강오, 62~63쪽. 한편 62쪽의 각주는 미국 법무부의 반독점국(Antitrust Division)은 이러한 강제적 자료요청권이 없기 때문에 다른 수단으로 자료를 수집한다고 설명하고 있다. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 334쪽 및 그 각주 43.

118) 상세는 윤보옥 앞의 책 176쪽 참조. 실은 staff의, 역할을 국은 line적 역할을 부여받고 있다. 실은 법무관실(Office of General Consel), 비서관실(Office of the Secretary), 심판관실(Office of Administrative Law Judges), 정책기획실(Office of Policy Planning) 등이 있고, 국은 경쟁국(Bureau of Competition), 소비자보호국(Bureau of Consumer Protection)과 경제국(Bureau of Economics)이 있다.
이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 334쪽 및 그 각주 44 전거.

119) 윤보옥 앞의 책 179쪽, 가령 산업분석과는 독점금지정책과 시행에 관련되는 여러 가지의 산업조직상의 문제점에 관하여 경제학 조사 및 연구를 수행하는데 1977년 처방약, M&A, 경쟁과 시장점유율의 상관관계 등에 대한 보고서를 발표하였다. 이미 예전부터 시장분석이 행해졌음을 알 수 있다.
이상은 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 334쪽 및 그 각주 45 전거

이 겪을 수 있는 불필요한 노고를 회피하기 위하여 여러 가지 자료수집 절차, 예컨대 사무처리간소화법(Paperwork Reduction Act) 등이 있는데, 물론 대통령실(Executive office of the President) 산하의 예산관리청(Office of Management and Budget: OMB) 등에 의한 허가·제한 등을 비롯한 법정 제한요건을 준수함으로써 수집할 수 있다.[120]

4. 소 결

영국과 미국 경쟁당국의 시장분석 권한에 대한 검토 끝에 도출한 내용 중에 부연하고 싶은 사항들은 다음과 같다. 첫 번째 시장분석을 통하여 유용한 결과를 얻기 위해서는 상당한 인적자원의 투입이 전제되어야 한다는 점을 인정할 수 있다는 것이다. 이는 2장에서 적었던 바와 일치하는 맥락이다. 두 번째 공정거래위원회로 하여금 시장분석 대상 시장을 주도적으로 선정하고 그 결과를 공표할 수 있도록 할 권한을 요한다는 것이다. 세 번째는 시장분석과 공표권한이 공정거래위원회 내부 소위원회에 의한 결정이 이루어지는 것이 바람직하다.[121]

현재 시장분석은 시장구조개선과가 담당하고 있는데, 이는 시장분석 권한과 공표권을 부여하기 위해서는 공정거래위원회 산하 소위원회 또는 담당국에 의한 결정이 설득력이 있다는 점에서 바람직하다고 보이지만, 전술한 세 가지 사항 첫 번째 즉 인원 등 대폭적인 조직확대가 수반된다면, 두 번째 사항 즉 담당국에 의한 시장분석 권한과 공표권 등이 자연스럽게 행사될 수 있을 것인데, 한편 그렇지 않다면 세 번째 사항과 같이 공정거래위원회 산하 소위원회에 의한 시장분석 및 공표권한의 행사가 바람직해 보인다. 이는 시장분석 권한 및 그 공표권한이라는 정책집행상 설득력을 제고하기 위해서이며, 이는 공

120) 남재현/이강오, 63~65쪽 참조하여 작성. 성승제 위 경제법연구의 시장분석 334쪽 글 전거.

121) 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 340쪽.

정거래위원회 산하에 소위원회를 설치하는 경우, 여타 사전규제당국과 민간위원 등을 포함한 형태로써의 소위원회를 구성하는 수정제안이 가능하다.[122]

한편 미국과 영국 이외에도 주요 경제주체로서 EU 가 그 경쟁국을 통하여 시장분석을 실시하는 것은 알려져 있다. 논의의 편의상 양국 정도만 다루더라도 어렵지 않게 결론이 도출될 수 있다고 보아 EU는 조사 대상에서 제외하였다. 중요한 것은 시장분석 또는 경제분석은 오늘날 경쟁당국의 업무집행상 빼놓을 수 없는 주요한 정책수단이 되고 있다는 것이다. 시장분석은 어떤 혐의점을 잡는다던가 하는 것이 아니고, 그로 인하여 높은 수준의 인력과 높은 수준의 분석이 필요하게 된다. 한국 경쟁당국도 대외개방의 정도를 보거나, 상당한 규모의 다국적 기업 수준의 대규모 기업 내지 대규모 기업집단의 활동영역이 되었다. 따라서 과거와 같은 단순 조항을 설치하고 법 위반 사실을 포착하여 조사하거나 처벌을 하는 것이 기대하기 어려운 경우가 상당히 많고 아마도 알려지지 아니한 수많은 반경쟁적 행위나 사건들이 분석을 기다리고 있을 수 있다. 이 점 구체적으로 제안하자면 시장분석 인력 고도화 추진이나 인력 규모 확대 방안은 검토가 선행될 만한 사안이다.

122) 성승제 위 경제법연구의 시장분석 글 340~341쪽

Ⅳ. 시장분석과 시장구조조사 등

1. 공정거래백서의 시장분석

(1) 제3조 운영상황

2001년부터 2012년까지의 공정거래백서 중(2001년 조사대상에서 빠짐)에서 2003년, 2004년, 2006년, 2009년, 2011년의 5 건에서 찾아볼 수 있는 시장분석에 대한 업무내용을 소개한다. 2003년 공정거래백서는 “제2편 경쟁촉진적 시장환경의 조성” 중 그 제1장에서 ”산업별 시장개선 사업의 추진(clean market project)“을 소개하고 있다.[123] 2004년 공정거래백서는 “제3편 시장경쟁의 촉진”의 “제6장 산업별 시장개선 대책의 추진”을 요약하고 있다.[124] 2006년 공정거래백서도 다시 “제2편 시장경쟁의 촉진”의 “제1장 독과점시장의 경쟁촉진”을 기술하고 있다. 2007년과 2008년 공정거래백서에서 시장분석 관련된 사항은 서술되지 않은 것으로 보인다. 2009년 공정거래백서는 “제2편 시장경쟁의 촉진”에서 “제1장 독과점시장의 경쟁촉진”의 “제2절 시장지배적 지위의 남용행위의 시정”에서 비로소 시장분석에 따른 ‘인텔의 시장지배적지위 남용행위에 대한 시정’ 사건(2008.6.4)을 기술[125]하고 “제7장 경제분석 강화”를 마련[126]하는 등 본격적으로 시장구조개선에 대한 인식과 성과가 폭발하는 전기를 맞이한 것으로 평가된다. 이어서 2011년 공정거래백서를 개관하면 시장구조개선 또는 시장분석 등에 대한

123) 2003 공정거래백서, 2003.11, 87～96쪽으로서 제도개선과가 집필자. 이하 문구를 수정하거나 요약하여 인용함

124) 2004 공정거래백서, 2004.11, 186～194쪽으로서 제도법무과 집필. 이하 문구를 수정하거나 요약함.

125) 상세는 성승제, “충성할인에 대한 경쟁법적 규제의 검토”, 「경제법연구(제11권 제1호)」, 한국경제법학회, 2012.6; 2009 공정거래백서 81～89쪽 참조.

126) 2009 공정거래백서, 2009.8.

인식이 널리 전체 위원회에 확산된 것으로 보일 정도로 곳곳에 그와 관련된 업무운용 현황이 분포되어 있는 모습이다. 즉 “제2편 시장경쟁의 촉진”은 “제1장 진입규제 개선”, “제2장 시장지배적지위 남용행위 감시・시정”, “제7장 경쟁제한적 규제의 개선 노력” 그리고 “제8장 경제분석 강화” 등을 시장구조개선 및 시장분석과 관련된 업무현황을 서술한 것으로 꼽을 수 있다.[127]

해당 사항에서 후술하다시피 각 연도별 공정거래백서는 비록 제3조는 1996년 개정법으로부터 비롯되었으나 공정거래위원회도 시장구조개선에 대한 인식이 뒤늦게 출발하였으며 추정하기로는 2001년부터 제목만 시장구조개선이라고 이름하고 실질적으로는 종래의 개별적 법집행을 하는 형태의 업무를 추진하여 왔다가 2006년 백서이후 시장분석에 따른 종합적 시장대책을 요한다는 것이 발견되기 시작하여 점점 그 업무현황이 질적・양적으로 팽창함을 보여준다. 하지만 여전히 현실적으로 시장구조개선을 위한 법적・제도적 방책이 미흡함을 알 수 있는데, 이는 공정거래위원회가 시장분석에 대한 조사권과 공표권 등을 갖추어야 효율적인 시장분석이 가능하기 때문이다. 법적・제도적 대책과 아울러, 후술과 같이 2009 백서에 담겨있는 선진 주요국 경쟁당국의 시장분석・경제분석 등 시장구조개선을 위한 방대한 인력을 보면, 한국의 시장구조개선을 위한 인력도 현재로서는 상당히 미흡함을 느낄 수 있다.

(2) 연도・산업별 시장개선방향

2003년 공정거래백서에서 처음으로 발견되고 있다. 종래 신고 또는 직권조사를 통하여 이루어진 법 적용을 보다 효율적인 법집행 방식을 모색하고 아울러 법위반행위의 시정과 경쟁제한적인 제도개선이 별개

127) 2011 공정거래백서, 2011.7.

로 추진되었던 탓에 경쟁법 집행의 목적인 '경쟁적인 시장' 구현에 효과적이지 못하였다는 지적에 따라 기존의 개별 사건위주의 접근방법에서 산업별로 종합적인 접근 방식을 시도하고자, 위법행위가 빈발하거나 소비자불만이 많은 업종 또는 독과점적 시장구조가 고착화된 업종을 대상으로 불공정행태 시정과 아울러 관련 경쟁제한적 제도에 대한 종합 개선을 위한 '산업별 시장개선사업'을 2001년부터 추진하게 되었다고 한다.[128] 산업별 접근으로 산업별 이해도를 개선하여 문제포착 가능성을 높이고 위반행위 외에 제도까지 개선하는 바 경쟁정책의 실효성과 공정거래위원회 인력을 효율적으로 활용할 수도 있어서 2001년 최초 추진하였던 것을 2002년에도 계속 추진하였다고 한다.[129]

2004년 공정거래백서도 또한 종래의 개별적·단편적인 사건처리의 문제점을 개선하고자 공정거래위원회의 기능별 직제를 산업별 직제로 바꾸는 방안이 검토되었으나 그 대신 각 국이 기능별 직제에 따라 업무를 추진하면서 별도로 특정산업 1개씩을 맡아서 담당산업의 동향과 구조,경쟁제한적인 제도 등을 종합적이고 체계적으로 파악하여 행태시정과 제도개선을 함께 추진하자는 목적으로 2001년부터 산업별시장개선대책(clean market project)이 추진되어 왔다고 한다.[130] 하지만 2004 백서가 당시 검토되었다고 소개한, 공정거래위원회 조직을 산업별 직제로 바꾸자는 것은 시장개선을 요한다는 인식은 좋으나 법적 구조 측면에서 바람직하기 힘들다고 생각되는데 이는 오늘날 갈수록 방대해지고 있는 경쟁법 체계를 전체 공정거래위원회 인력이 파악한다는 것은 가능하지 않은 등 법적 체계를 혼란시킬 수 있기 때문이다. 다만 전체 또는 산업별에 대한 시장구조개선 대책 수립이 종합적인 경쟁법 운용에 필요하고 그리고 그 검토에 방대한 인력과 조직이 필요

128) 2003 백서 87쪽.
129) 2003 백서 87～88쪽
130) 2004 공정거래백서, 2004.11, 186～187쪽.

하다는 것에 대한 인식이 이 때부터 시작되었고 때문에 현재와 같은 시장구조개선 에 대한 전담부서가 마련되는 초석이 될 수 있지 않았나 추측된다. 향후 시장구조개선에 대한 전담부서가 인력 및 조직이 확충되는 것이 효율적인 시장분석을 위하여 긴요하다는 전술한 필자의 인식을 뒷받침한다.

2005년 공정거래백서는 기왕의 독과점의 폐해를 시정하기 위한 시책으로 1996년 이후 독과점이 장기간 유지되는 시장을 종합 분석·조사하여 독과점산업의 불공정거래관행 뿐 아니라 각종 경쟁 제한 제도까지 개선하여 시장구조를 근본적으로 개선하는 것을 목표로 하는 독과점 시장구조개선시책으로 시책의 중점을 전환하였다고 하면서 그 각주에서 1996년 제3조 개정을 근거로 제시하고 있다.[131] 그러나 이는 역사적 인식의 착오이다. 이 글이 여기서 공정거래백서로 시장구조개선을 위한 업무의 전개상황을 파악한 내용에 입각하여 관찰한 바, 시장구조개선이 경쟁법의 종합운용에 필요하다는 인식 자체가 형성된 것은, 1996년 제3조 개정 이후인 것으로 보인다. 가령 전술한 2003년 공정거래백서 내용상 2001년부터 일부 시행된 내용이 관찰되고 있다. 사실상 전술 또는 후술하다시피 2006 백서 이전의 공정거래백서로부터 파악할 수 있는 시장구조개선과 관련된 업무 내용은 종전과 유사한 개별적 법집행 위반사건에 치중하고 있는 것 같다. 2006 백서 이전까지는 공정거래백서는 시장구조개선이란 추상적 표현은 사용하고 있으나, 실질적인 면에서 공정거래위원회도 당시로서는 명확한 관념을 확립하지 못 하고 있었던 것으로 보인다. 2006년 백서에 와서야 시장구조변화 중 일반집중도·산업집중도·품목시장집중도(2006년 백서 115~121쪽)라는 용어도 처음 등장하고 있는데, 이는 당시 시작한 시장구조조사 용역보고서로부터 차용한 관념인 것으로 추정된다.

131) 2006 공정거래백서, 2006.10, 114쪽.

2011년 공정거래백서는 제2편 제1장에서 진입규제 개선 항목을 다루고 있다. 공정거래위원회는 각 산업분야 경쟁을 활성화시켜 경쟁촉진적인 시장구조로 전환하는 것이 선진시장경제로 도약을 위하여 필수적이라는 인식하에 2009년부터 3단계에 걸친 개선작업을 추진하였으니, 1단계로 2009년 9월부터 공적 독점 또는 장기간 독점이 지속되는 분야를 중심으로 26개 과제에 대한 개선방안을 마련하였으며 2단계로 2009년 11월 35개 과제를 선정하여 2010년 4월 그 중 20개 과제 개선방안을 확정하며 3단계로 2010년 하반기에 보건·의료, 문화·관광·통신 등 국민생활과 밀접한 분야를 중심으로 과제선정작업을 시작하여 2011년 상반기에 방안을 확정하였다.[132] 한편 2011 공정거래백서는 제2편 제8장 경제분석 강화를 다루고 있다.[133] 경제분석은 경제적 사고를 바탕으로 법률적 결론을 도출(Economic inputs, Legal outputs)하는 논리적 추론 작업으로서 최근 미국, EU 등 주요국 경쟁당국의 경쟁법 접근방향이 형식주의적 접근방법(Form-based approach)에서 효과주의적 접근방법(Effect-based approach)로 전환하는 추세에 따라 주목받는 것이다.[134] 공정거래위원회는 이를 2005년 12월 경제분석과를

132) 2011 백서 106·113쪽. "제2편 제1장 진입규제 개선" 부분은 시장구조개선과가 집필. 백서 집필 당시 확정 및 진행하던 2단계 진입규제개선작업의 내용은 첫 번째 일자리 창출효과가 큰 서비스산업의 진입장벽 완화를 위한 것으로서 ① LPG 및 석유 수입업 등록요건 완화, ② LPG를 용기로 판매하는 경우의 지역제한 폐지, ③ 항공기 슬롯조정 참여사업자 확대, ④ 휴양콘도미니엄업 등록기준 완화, ⑤ 외항해상여객운송사업 면허기준 완화, 두 번째 공적 독점영역을 축소하고 민간 사업영역을 확대하기 위한 것으로서 ① 한국시설안전공단 독점의 주요 1종 시설물 정밀안전진단 실시기관 확대, ② 진단용 방사선 발생장치 검사기관 확대, ③ 환경성적표지 검증업무 민간개방, ④ 재활용사업공제조합 경쟁체제 도입, ⑤ 농협이 독점하던 군납우유시장 개방 등을 하였다(2011 백서 107~110쪽).

133) 2011 백서 242쪽 이하. 경제분석은 시장분석의 인접한 영역으로서 역시 시장구조개선 차원에서 접근하는 경쟁법 운용노력의 새로운 시도에 해당하는 것이어서 소개한다.

134) 2011 백서 242쪽. 같은 쪽 각주 1은 형식주의적 접근방법에 대하여, '행위가 법조문상 위반유형에 해당하더라도 바로 위법으로 판단하는 것이 아니라 행위가 경쟁 및 소비자후생에 미치는 효과를 종합적으로 고려하여 위법여부를 판단하는 방

두면서 활용하여 2009년 퀄컴의 시장지배적지위 남용행위 건에서 사상최대의 과징금을 부과하면서 각광받을 수 있었다. 2011 백서는 2005년 경제분석 전담 조직 설치후 기왕의 경제분석 추진실적을 사건관련 총 23건, 제도관련 총 15건으로 집계하면서, 과거 주로 피심인이 제출한 경제분석 보고서에 대한 수세적·비판적 검토에 치중하던 것을 점차 선제적·적극적으로 피심인 행위의 위법성을 입증해 나가는데 경제분석이 역할을 하게 되었으며 향후 대부분 경쟁법 위반사건에서 경제분석이 쟁점으로 부각될 것이어서 인력의 양적·질적 확대를 요한다는 점을 제시하고 있다.[135] 2011 백서 같은 페이지에서 소개하는 주요국 경쟁당국의 경제분석 전담조직 방대한 규모임을 소개하는 것은 후술하는 2009 백서와 동일한 내용이다. 주요국 경쟁당국의 조직 현황 소개한 것을 보면 경제분석 뿐 아니라 시장분석 등을 포함하는 시장구조개선 관련 인력임을 알 수 있어서, 시장분석·경제분석 공히 주요국 경쟁당국에서 중요한 취급을 받고 있고 시장구조개선을 위한 원활한 업무추진을 위해서는 역시 큰 규모의 인력을 요한다는 점을 충분히 이해할 수 있다.

2. 시장구조조사 및 개별시장구조조사

공정거래위원회 30년사 등은 공정거래법 제3조 운용을 위한 구체적 실례로서 몇 가지 사례를 탑재하고 있다.

첫 번째가 1999년 한국개발연구원이 수행한 것으로서 ② 1996년과 1997년을 대상으로 ③ 일반, 산업 품목의 CRI, CR3, HHI 등(총출하액 기준), ⑤ 정보통신산업의 시장분석, 두 번째가 2001년 한국개발연구

법론'이라 하고 다시 각주 2는 효과주의적 접근방법에 대하여 '행위가 법조문에 규정된 위반유형에 해당하는 경우 기계적으로 위법으로 판단하는 방법론'이라 설명하고 있다. 이 각주는 반대로 붙여야 할 것을 잘 못 붙인 것으로 보인다.

135) 2011 백서 247~248쪽

원이 수행한 것으로서 ② 1998년과 1999년을 대상으로 ③ 일반, 산업 품목의 CRI, CR3, HHI 등(총출하액기준), ④ 내수시장집중도 도출, 세 번째가 2003년 한국개발연구원이 수행한 것으로서 ② 2000년과 2001년, ③ 일반, 산업 품목의 CRI, CR3, HHI 등(총출하액기준), ④ 내수시장집중도 도출, 네 번째가 2005년 시장경제연구원이 수행한 것으로서 ② 2002년과 2003년, ③ 일반·산업품목의 CR1, CR3, HHI등(제품출하액 기준), ④ 내수시장집중도 도출, ⑤ 독과점구조 고착화요인 분석, 다섯 번째가 2006년 시장경제연구원이 수행한 것으로서 ② 2004년을 대상으로, ③ 일반·산업품목의 CR1, CR3, HHI등(제품출하액 기준), ⑤ 중간규모 출하액 등 보조지표 도출 등으로 구분되는 다섯 건이다.

그 밖에도 공정거래위원회는 개별시장구조 조사를 다양하게 수행한 바 있다.

동 조사들은 많은 성과를 거두었지만, 그 구체적 사례를 전부 기록하기에는 본 보고서 논의 전개와는 반드시 일치하지는 않는다.

V. 결 론

시장분석 또는 경제분석이라는 경제학적 도구를 통하여 시장에 경쟁을 조성하는 방편으로 삼는 것은 1996년 이후 법적 제도화의 길을 걸어왔던 바, 1999년 한 번 개정된 이후 그 방향이 유지되고 있다. 한국의 성장에도 힘입은 바 있는 무역 국제화 그리고 그에 따른 국내 시장에서 대규모 다국적기업 등의 기업활동이 증대하면서 종래와 달리, 경쟁당국은 손쉽게 경쟁법 위반행위를 파악하기 힘들게 되었다.[136]

공정거래법은 그 조문에 시장분석을 규정하고 있다. 정밀한 운영을 꾀한다면 밀도 있는 분석을 통하여, 시장경쟁 저해 원인을 파악함으로써 그러한 현상을 개선하는데 유익할 수 있다. 다만 주요국 입법례에서 나타난 바와 같이 어느 정도 강제적인 조사권 그리고 공표권이 미흡하다는 점에서 법적 도구를 활용하는데 어느 정도 제약받을 수 있다는 점을 지적할 수 있을 것 같다.[137] 물론 경쟁당국의 시장분석 결과에 대한 조사 및 공표는 국민의 기본권을 해치지 않고 기타 각종 법령을 침해하지 않는 범위 내에서 이루어져야만 정당성을 가질 수 있다는 것은 재언의 여지가 없을 것이다. 범위를 더 넓힌다면 기업결합이나 불공정거래행위 등 구체적인 경쟁법 위반행위에 대해서도 그 법적 효과를 측정하는 수단으로도 사용될 수도 있을 것이로 생각되지만, 그것을 입증할 분석 자료의 유효성 문제 등은 아직은 확립되지 않았다고 보이며, 경쟁당국의 규정을 운용하는 기법도 조금 더 정련을 거쳐야 할 것은 물론일 것이다.[138]

몇 번 의견을 개진하였지만, 시장분석은 경쟁당국의 힘써 나가야 할 길 중의 하나가 될 수 있다. 종전과 달리 경쟁법 위반을 점검하기도

136) 성승제, 위 경제법연구 시장분석 글 348쪽.
137) 윗 글 348쪽.
138) 윗 글 348쪽.

곤란하고 다국적기업 활동이 증가하였다. 물론 국내 기업들도 대규모 기업집단 소속 계열회사 의 경우 그 자체가 다국적기업이기도 하다. 그러나 이러한 대규모기업을 잘 활용하여 실질적이고 그러나 은밀하게 경쟁법 위반을 하는 정도의 대규모다국적기업들도 있다. 본문 중에 진술한 인텔사건 같은 경우가 그 예가 될 수 있다. 이러한 경우 국외에 위치한 기업들을 상대로 경쟁법 위반을 입증하는 증거를 수집하는 자체가 불가능에 가까운 경우가 적지 않다. 시장분석은 치밀한 분석과 함께 경쟁법침해 그리고 유효한 시장경쟁이 침해되었음을 입증함으로써, 전술한 시장경쟁 침해를 시정할 수 있는 많지 않은 수단이 될 수 있다. 다만 그러려면 고도의 조사·분석을 행할 인력 그리고 그러한 인력을 다수 확보할 필요성이 제기된다. 본 보고서는 전술한 사항에 대한 법제연구도 의도하였으나, 구체적 방안을 진술하기에는 약간 무리한 점도 있을 수 있다는 점에서 여운을 남기는 것으로서 마감하고자 한다.

참 고 문 헌

공정거래위원회, 「공정거래위원회 30년사(시장경제 창달의 발자취(1981～2010)」, 2011.3.31.

공정거래위원회 보도자료, 한미 자유무역협정 관련 현안보고 2007.4.6. 2쪽.

공정거래위원회, 시장분석 매뉴얼.

공정거래위원회 시장분석과, 「손해보험산업과 경쟁정책」(주요산업 경쟁정책보고서 시리즈 2008-3), 2008.11.

권기훈, 『독점규제・공정거래법』 경상대학교 출판부, 2012.

권창환/남재현, "유럽 경쟁정책당국의 제약산업 시장조사와 그 시사점", 『경쟁저널』, 2011.

김봉철, "영국 공정거래법(2)", 「외법논집」(제20집), 2005.

김봉철, "한-EU FTA 발효와 법적 과제", 「유럽연구」(제31권 3호, 2013년 겨울), 한국유럽학회.

남재현/이강오, 「주요 선진국의 시장분석 연구 및 시사점」, 산업조직학회, 2009.6.

박일수, "시장구조의 결정요인과 시장성과에 관한 실증분석", 『국제지역연구』(제16권 제4호), 2012.2.

법제처, 『해외주요국가 법령번역집』(Vol. 1.), 2009.10.

성승제, "독과점 시장구조 개선을 위한 공정거래법상 시장분석", 「경제법연구」(12권 2호), 한국경제법학회, 2013.12.

성승제・윤계형, 「경제민주화의 효율적 구현을 위한 법제연구」, 한국법제연구원, 2014.10.

_____, “충성할인에 대한 경쟁법적 규제의 검토”, 「경제법연구(제11권 제1호)」, 한국경제법학회, 2012.6.

_____, “주세법에 대한 비교법적 고찰”, 「재정법연구」, 한국재정법학회, 2008.8.

세일러, 「착각의 경제학」, 위즈덤하우스 2013.1.

손영화, “시장지배적 지위의 남용금지”, 「법학연구」(15집 3호), 인하대학교 법학연구소, 2012.11.30.

송순영, “영국 OFT‘ 10～11년 업무계획이 소비자정책계획에 주는 시사점 분석”, 「소비자정책동향」(제18호), 2010.11.

시장경제연구원, 「시장구조조사」, 2008.10.

시장경제연구원, 「의약품 시장 공동마케팅에 대한 경쟁법적 분석 및 시사점 도출」, 2007.12.

신현윤 집필부분(제14장 EU경쟁법), 『EU법 강의』(제2판), 박영사, 2012.10.

윤세리, “세계화시대의 공정거래법의 전개 방향”, 「저스티스」(제98호).

유진희, “공정거래제도 30년의 운영성과와 향후 정책방향”, 「공정거래 30주년 공동학술심포지엄」 공정거래위원회 주최 자료집, 2011.4.4.

윤보옥, 『미국독점금지법(Ⅰ)』, 삼지원, 2004.12.

이봉의, “대・중소기업 공생발전을 위한 법의 역할”, 「저스티스」(134-2호(2013.2. 특집호Ⅰ).

이석준, “시장지배적 지위 남용에 대한 OECD 논의동향 및 시사점”, 「경쟁저널」, 2009.

이재형, 「한국의 산업조직과 시장구조」, 한국개발연구원, 2013.12.

이재형, “기업집단의 경제적 비중과 시장지배력”, KDI정책포럼, 2014.9.29.

이한식/전성훈/정진화, “The Effect of Mergers on Efficiencies: An Emperical Evidence on Stock Market Data”, 『산업조직연구』(제20집 제2호), 산업조직학회, 2012.6.

이호영, “공정거래법상 시장지배적사업자 규제의 쟁점과 과제”, 「저스티스」 2008.6.

조성국, “독립규제기관의 사건처리절차의 개선방안”, 「행정법연구」, 2006.

조혜신, “시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위에 관한 미국의 판례에 대한 분석”, 『경쟁법연구』(제25권), 2012.

최난설헌, “제약산업에서의 공정거래법에 의한 지식재산권 남용행위 규제-EU 사례분석- 지적재산권과 경쟁정책간의 긴장관계 및 제약회사의 지적재산권 남용에 대한 경쟁법의 적용가능성 검토”, 「2012년 하반기 법·경제연구 발표회」, 한국공정거래조정원 주최 세미나 자료집, 2012.12.7.

한국개발연구원, 「시장구조조사」, 2011.10.

2003 공정거래백서, 2003.11.

2004 공정거래백서, 2004.11.

2006 공정거래백서, 2006.10.

2009 공정거래백서, 2009.8.

2011 공정거래백서, 2011.7.

2012 공정거래백서, 공정거래위원회, 2012.7.

European Commission, Competiton Dvision Group, “Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report, July, 2009.

Irivng Fisher, The Money Illusion, Adelphi Company(New York), 1928.

Keynes, J. M., Essays in persuaion, London: St. Martin’s Press, 1973 (1931).

OECD Guidelines for Multinational Enterprises, -recommendation for responsible business conduct in a global context-, 2011.5.25.

The Department of Jusice, The Report of the Attorney General’s National Committee to Study the Antitrust Laws, 1955.

Thomas Piketty, CAPITAL in the Twenty-First Century (Translated by Arthur Goldhammer), The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

Northern Pac. Ry. Co. v. United States. 365 U.S. 1. 4. 78 S. Ct. 514. 517. 2 L. Ed. 2d 545, 549(1959).

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2012/11/27/2012112702396.html

http://www.pressian.com/article/article.asp?article_num=10121129101644

http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=123&aid=0002007581&sid1=001