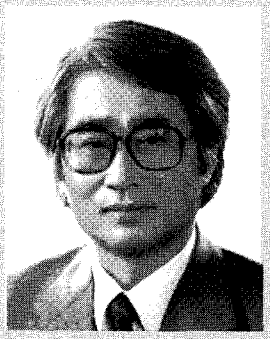
공정거래법의 세계화



박길준

연세대학교 법과대학 교수

글 머리에

독·과점규제의 뿌듯한 기대와 공정거래의 벅찬 희망이 솟구치는 한편 그 성과가 불투명하여 의구심이 엇갈리는 가운데 1981년 4월 1일부터 시행된「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(1980년 12월 31일, 법률제3320호)(본고에서는「공정거래법」으로 약칭함)이 시행된지도 어느덧 15년에 이르렀다.

제3공화국 수립 이래 수차에 걸친 경제개발5개년계획의 성공적인 수행으로 국민경제는 폭발적으로 성장하였고, 국민의 경제생활은 괄목할 정도로 윤택하여졌다.

그러나 이와 같이 급속한 경제발전의 와중에서 경제력이 일부 대기업에 과도하게 집중된 나머지 산업구조를 왜곡시키고 파행적인 거래행태를 유발하여 시장경제원리에 입각한 경제질서가 완전히 교란되기에까지 이르러 그동안 모처럼 이룩한 경제발전의 성과마저 사회적으로 감쇄되는 현상이 나타났다.

이에 정부는 1964년 이래 시도하여 온「공정거래법을 제5공화국의 출범과 시기를 같이 하여 제정·시행하게 되었던 것이다. 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써... 국민경제의 균형있는 발전...」을 목적으로 하는 공정거래법은 너무 늦게 제정되기는 하였으나, 15년에 걸친 시행기간중 네 차례의 법 개정과 다섯 차례의 새행령 개정을 단행하였으며, 21개 고시·3개 규칙·10개 지침을 제정하였다.

〈표 1〉에서 보는 바와 같이 16,181건의 신고와 142건의 인가(등록), 그리고 〈표 2〉에서 볼 수 있는 것처럼 경쟁제한법령 및 처분의 협의·시정실적은 1,476건에 달하였다.

또 〈표 3-1〉 내지 〈표 3-3〉에 나타난 바와 같이 공정거래위원회 등의 심결을 통한 위반사건 시정실적도 무려 8,266건에 달하고 있다(여기에서 인용한 자료는 1995년판 공정거래년보에 의하였으므로 1994년말까지의 통계임을 밝혀 둔다).

이 자리에서는 우리나라 공정거래법의 특성을 개관하여 보고, 지난 15년에 걸친 운용성과를 평가함으로써 앞으로의 해석론이나 입법론에 이바지하여 보고자 한다.

〈 표 1 〉 **신고 및 인가(등록)현황** (건)

구분	연도	81~86	87	88	89	90	91	92	93	94	계
신고	기업결합	1,254	216	183	193	157	154	149	123	195	2,624
	사업자단체설립	907	58	36	25	90	188	176	91	596	2,167
	국제계약체결	3,347	865	1,247	857	1,269	1,064	1,066	910	768	11,393
	소계	5,508	1,139	1,466	1,075	1,516	1,406	1,391	1,124	1,559	16,184
인가(등록)	사업자간공동행위	4	-	-	-	-	-	-	-	-	4
	사업자단체 경쟁제한행위	138	-	-	-	-	-	-	-	-	138
	소계	142	-	-	-	-	-	-	-	-	142

(자료 : 공정거래위원회)

〈 표 2 〉 **경쟁제한법령 및 처분 협의·시정 실적** (건)

구분	연도	81~86	87	88	89	90	91	92	93	94	계
법령	협의	196	58	65	51	36	75	129	181	323	1,114
	시정	72	16	5	6	7	21	7	11	5	150
행정처분	협의	57	22	-	1	-	3	18	5	55	161
	시정	44	1	-	1	-	1	1	3	-	51
계	협의	253	80	65	52	36	78	147	186	378	1,275
	시정	116	17	5	7	7	22	8	14	5	201

(자료 : 공정거래위원회)

〈 표 3-1 〉 **위반 사건 유형별 시정 실적** (경고 이상,건)

유형 \ 연도	81~84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	계
시장지배적사업자남용행위	3	1	1	4	-	-	2	-	6	2	1	20
기업결합	140	27	22	35	37	32	12	22	19	24	13	383
경제력집중억제위반	-	-	-	1	27	11	21	3	37	5	12	117
부당공동행위	7	10	4	6	15	11	12	20	9	16	20	130
사업자단체경쟁제한행위	30	8	37	16	41	24	23	31	45	50	52	357
불공정거래행위	269	138	264	240	275	320	177	336	292	397	430	3,138
(대규모기업집단내부거래)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	(26)	(50)	(76)
(시장지배적사업자)	(61)	(32)	(31)	(29)	(8)	(55)	(23)	(19)	(46)	(38)	(18)	(360)
불공정약관	-	-	-	2	8	7	10	8	8	34	83	160
불공정하도급거래행위	89	141	153	141	144	144	97	199	149	223	220	1,700
부당국제계약	703	234	273	242	70	39	288	235	57	65	55	2,261
계	1,241	559	754	687	617	588	642	854	622	816	886	8,266

(자료 : 공정거래위원회)

〈 표 3-2 〉 조치 유형별 시정 실적 (건수)

구분 \ 연도	81~86	87	88	89	90	91	92	93	94	계
고발	6	4	5	3	5	10	8	8	13	62
시정명령 (과징금납부명령)	358	76	114	103	84	173	159 (15)	277 (33)	261 (103)	1,605 (151)
시정요청	-	-	2	4	1	2	-	3	7	19
시정권고	234	109	85	125	68	78	39	70	102	910
경고	1,956	498	411	353	484	591	416	458	503	5,670
계	2,554	687	617	588	642	854	622	816	886	8,266

(자료 : 공정거래위원회)

〈 표 3-3 〉 사건 유형별 및 조치유형별 시정조치 (81~94 말 현재)

유형 \ 조치	고발	과징금부과	시정명령	시정요청	시정권고	경고	계
시장지배적사업자남용행위	-	-	12 (1)	-	3 (-)	5 (-)	20 (1)
기업결합	1 (-)	-	2 (-)	-	-	380 (13)	383 (13)
경제력집중억제위반	2 (-)	18 (3)	39 (5)	-	8 (-)	68 (7)	117 (12)
부당공동행위	3 (2)	12 (10)	34 (6)	-	28 (1)	65 (11)	130 (20)
사업자단체경쟁제한행위	9 (-)	-	138 (15)	-	32 (1)	178 (36)	357 (52)
불공정거래행위	17 (4)	123 (90)	916 (179)	-	607 (57)	1,598 (190)	3,138 (430)
불공정약관	-	-	41 (32)	19 (7)	98 (42)	2 (2)	160 (83)
불공정하도급거래행위	30 (7)	-	423 (23)	-	60 (1)	1,181 (189)	1,700 (220)
부당국제계약	-	-	-	-	68 (-)	2,193 (55)	2,261 (55)
계	62 (13)	153 (103)	1,605 (261)	19 (7)	910 (102)	5,670 (503)	8,266 (886)

(자료 : 공정거래위원회)

공정거래법의 특성

어느 나라에 있어서나 공정거래법의 특성이 그 나라 공정거래 제도의 운명과 향방을 결정하는 기본요인이 되고 있다. 그러므로 우리 공정거래법의 특성을 규명하는 것이 공정거래법의 운용 실적을 평가하는 기초가 될 것으로 본다.

우리나라의 공정거래법은 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적 기업활동의 조장과 소비자의 보호, 그리고 균형있는 국민경제의 발전을 도모하는데에 그 목적을 두고 있으며, 시장지배적지위의 남용 금지, 경제력의 집중 방지, 부당공동 행위의 제한, 불공정거래행위의 금지를 규제의 기준으로 삼고 있다(공정거래법 제1조).

공정거래법의 시행은 국무총리 소속 하에 설치된 공정거래위원회가 담당하고 있다(공정거래법 제9장, 제35조). 또 공정거래법 위반에 대하여는 행정 절차에 의한 제재뿐만 아니라 (공정거래법 제10장, 제49조 내지 제55조), 엄격한 형사처벌을 규정하고 있으며(공정거래법 제14장, 제66조 내지 제71조), 민사적구제방법으로서 손해배상청구권을 인정하고 있다(공정거래법 제11장, 제56 · 57조).

이와 같이 구성되 우리나라의 공정거래법은 대체로 폐해규제주의, 행정규제주의, 직권규제주의의 특성을 지니고 있다.

(1) 폐해규제주의

독점규제에 관한 입법례는 원인금지주의(Verbotsprinzip)와 폐해규제주의(Missbrauchsprinzip)로 대별할 수 있다. 전자는 독점을 원칙적으로 광범위하게 금지하고, 거래제한 행위는 당연위법으로 보는 입장이며, 따라서 이를 원칙금지주의라고도 한다.

후자는 독점이 당연히 위법시 되지 아니하고 공공 이익을 침해하여 폐해를 수반하는 경우에만 규제하는 입장이다. 미국, 독일, 캐나다 등이 전자에 속하며, 영국, 프랑스가 후자에 속한다.

우리나라의 공정거래법은 양자중 폐해규제주의를 취하고 있다. 이는 산업조직론(industrial organization)에 입각해 볼 때 우리 공정거래법이 시장구조규제력이 불충분하다는 점이다.

즉, 우리 공정거래법이 시장구조 규제조항을 부분적으로 도입하기는 하였으나, 이미 형성되어 있는 경제력 집중 상태 그 자체는 문제로 하지 않고 그 지배력의 행사만을 규제한다는 점이다(공정거래법 제3조). 우리나라의 현행 헌법에서도 「시장의 규제와 경제력의 남용을 방지」하는 것으로만 규정되어 있다(헌법 제119조 제2항).

(2) 행정규제주의

원칙금지주의의 입법에서는 위법적 경쟁 제한 행위의 판정권이 법원에 있으므로 사법절차가 그 중심을 이루고 있으나 폐해규제주의 입법에 있어서는 행정관료나 경제전문가가 주도적 역할을 담당하므로 행정처분에 의한 견제, 즉 행정절차가 중심이 된다.

우리나라의 공정거래법은 이미 지적한 바와 같이 폐해규제주의에 입각하므로 행정절차가 그 중심을 이루고 있음이 당연하다. 이러한 행정절차를 담당하는 공정거래위원회가 과거에는 일반행정관청인 경제기획원장관 소속으로 되어 있었으나 현재는 국무총리 직속으로 격상되어(공정거래법 제35조 제1항) 준입법적·준사법적 권한을 지닌 독립규제기구로서의 면모를 갖추게 되었다.

즉, 정부는 1994년말 기구 개편에 즈음하여 정부조직법을 개정하면서 공정거래위원회를 국무총리소속으로 옮기고, 「사무를 독립적으로 수행」하도록 규정하였다(정부조직법 부칙 제3조, 공정거래법 제35조).

이는 15년간의 공정거래법 시행기간중 가장 획기적이고 괄목할 만한 입법이었다고 생각한다. 또 최근에는 중소기업청의 발족과 함께 공정거래위원회의 위원장을 장관급으로 그 위상을 상향 조정한다는 발표가 있어 공정거래위원회의 실질적 독립성을 강화하는 데에 있어서 진일보하는 것으로 보고 있다.

그러나 공정거래위원회의 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하며(공정거래법 제37조 제2항), 7명의 위원중 5명이 국가공무원인 상임위원으로 되어 있다는 점에서(공정거래법 제37조 제3항) 공정거래위원회의 실질적 독립성에 의문을 제기하는 견해도 적지 않다.

(3) 직권규제주의

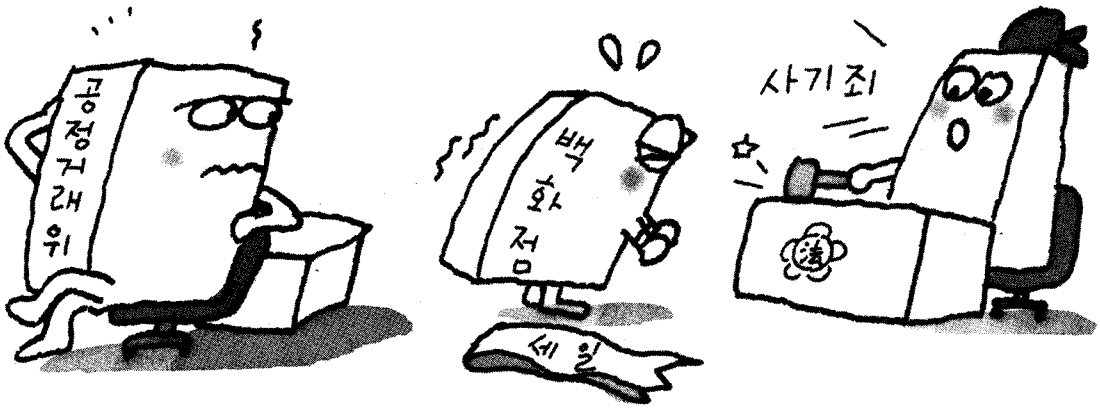
공정거래법 위반행위 및 이로 인한 손해에 대하여 당사자는 공정거래위원회에 신고할 수 있을 따름이며(공정거래법 제49조 제2항), 그 이상의 조치는 공정거래위원회의 재량에 달려 있다.

즉, 시정권고·시정명령 등의 행정조치는 물론 공정거래법상의 대부분의 범죄는 공정거래위원회의 고발이 없이는 공소하지 못하도록 하였다(공정거래법 제71조).

뿐만 아니라 공정거래법 위반으로 인한 피해당사자의 손해배상청구권도 공정거래법에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없도록 하고 있다(공정거래법 제57조).

이는 결국 공정거래위원회의 행정조치를 거치지 않는 한 사법절차에 의한 손해배상청구권도 사실상 행사할 수 없음을 의미한다.

따라서 우리나라는 공정거래법 위반행위에 대한 행정절차는 말할 것도 없고, 형사·민사 절차에 있어서까지 공정거래위원회의 직권규제에 입각하여 당사자 중심주의를 배제하고 있다. 이러한 직권규제주의는 피해당사자의 구제에 충분한



효과를 거둘수 없으므로 입법론적 검토의 여지가 있다고 본다.

실제적으로 얼마 전 백화점사기세일 사건에 있어서 공정거래위원회가 공정거래법상의 고발권을 행사하지 않자 피해자가 백화점을 형법상의 사기죄로 고발하여 공정거래법상의 허위·과장 광고가 형법상의 사기권에 해당된다는 법원의 판례를 남겨놓는 촌극을 빚기도 하였다(대판 1994. 12. 2., 93도323).

또 최근 공정거래위원회 고발권불행사위헌확인사건에서 헌법재판소는 직권규제주의를 제한적으로 해석하여 주의를 환기시킨 바 있다.

즉, 헌법재판소의 결정에 의하면 전속고발제도에 따른 공정거래위원회의 고발재량권은 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적 재량이라고 한다.

따라서 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저한 사안에 있어서는 공정거래위원회가 당연히 고발할 의무를 부담하며, 이러한 작위의무에 위반하여 고발권을 행사하지 않은 것은 위헌이라고 하였다(헌재결 1995. 7. 21. 선고, 94헌마136).

중요한 규제제도

위에서 우리 공정거래법의 특성을 중심으로 한 문제점을 몇 가지 살펴 보았다. 다음에는 15년에 걸친 공정거래법의 시행과정에서 나타난 중요한 제도상의 문제점을 몇 가지 검토하고자 한다.

(1) 기업결합 및 경제력 집중

우선 경제력의 집중억제에 있어서 대규모기업집단의 과도한 소유집중을 방지하기 위하여 타회사출자한도는 40퍼센트에서 25퍼센트로 인하하는 법개정을 1994년에 단행하였다(공정거래법 제10조 제1항 본문).

이는 당시로서는 전국 경제인연합회등 기업계의 집요한 반대에도 불구하고 과감하게 이룩한 입법이었다고 본다. 그러나 1987년부터 시행된 대규모기업집단출자규제제도로 말미암아 타회사출자비율이 1987년의 44.8퍼센트에서 1994년에는 이미 26.8퍼센트까지 인하되어 있었으므로 무리없는 입법이었다고 판단한다. 오히려 경제력의 집중 문제는 우리 공정거래법이 기업결합에 있어서 혼합결합(conglomerate)을 방치하는 데에 있다고 본다.

우리나라의 공정거래법은 「일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한」하는 기업결합만 금지하므로(공정거래법 제7조 본문) 경쟁관계가 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는, 다시 말하여, 동종기업간의 수평적·수직적 결합만이 제한되며, 경쟁관계가 전혀 없는 이종(異種) 기업간의 혼합결합은 규제되지 아니한다. 이는 물론 혼합기업결합이 경쟁원리와 직접적 관련이 없다는 점을 그 이유로 한다.

그러나 혼합기업결합에 있어서도 경쟁제한적 효과가 충분히 나타난다고 보는 것이 학계의 동

향이다. 뿐만 아니라 최근에는 동종기업간의 결합보다는 이종기업간의 혼합결합이 세계적으로 성행되는 추세이며, 각국의 공정거래법도 이러한 혼합기업결합을 규제하는 방향으로 나아가고 있다.

〈 표 4 〉 유형별 기업결합 (건,%)

유형 \ 연도	81~86	87	88	89	90	91	92	93	94	계
수평	358	37	47	49	41	43	39	36	40	690
	(28.6)	(17.0)	(25.7)	(25.4)	(26.1)	(27.9)	(26.2)	(29.3)	(20.5)	(26.3)
수직	226	42	32	49	20	45	38	34	24	510
	(18.0)	(19.5)	(17.5)	(25.4)	(12.7)	(29.2)	(25.5)	(27.6)	(12.3)	(19.4)
혼합	670	137	104	95	96	66	72	53	131	1,424
	(53.4)	(63.5)	(56.8)	(49.2)	(61.2)	(42.9)	(48.3)	(43.1)	(67.2)	(54.3)
계	1,254	216	183	193	157	154	149	123	195	2,624
	(100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)	(100.0)

(자료 : 공정거래위원회)

우리나라에서도 〈표 4〉에 나타난 바와 같이 2,624건의 기업결합가운데 54.3퍼센트에 달하는 1,424건이 혼합기업결합이다. 그러므로 우리나라에 있어서도 혼합기업결합을 규제하도록 하여야 할 것이다.

(2) 공동 행위

일반적으로 카르텔(cartel)이라 불리우는 기업연합은 기업간의 경쟁으로 발생하는 불이익을 제거하여 시장을 통제하려는 독립기업간의 협약으로서 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하므로 공정거래법은 이를 공동행위로 규제하고 있다(공정거래법 제19조 제1항).

공동행위에 관하여 1980년의 공정거래법은 원래 폐해규제주의에 입각하였었다. 즉, 모든 공동행위를 등록하도록 하여 경제기획원이 이를 관리하도록 하고(1980년 공정거래법 제11조 제1항), 경쟁을 실질적으로 제한하는 등의 부당공동행위는 등록을 거부하여(1980년 공정거래법 제12조) 이를 무효로 하였다(1980년 공정거래법 제11조 제3항).

그러므로 경쟁을 실질적으로 제한하지 않는 정당한 공동행위까지 등록해야 하는 모순이 나타나고 부담만 가중시키는 결과가 나타났다.

이에 1986년의 개정에서는 폐해규제주의를 지양하고 원칙금지주의를 채택하여 경쟁을 실질적으로 제한하는 부당공동 행위를 일체 금지하고 (공정거래법 제19조 제1항), 산업합리화 등의 필요에 의하여 공정거래위원회가 공동행위를 예외적으로 허용할 수 있는 인가제를 규정하였다(공정거래법 제19조 제1항 단서).

이러한 공동행위에 있어서의 원칙금지주의입법은 우리나라 공정거래법 사상 코페르니쿠스(Copernicus)적 전환을 이룩한 획기적 변혁으로서 이러한 원리가 앞으로 공정거래법의 다른 분야에까지 크게 확산되기를 바란다.

뿐만 아니라 공정거래법에서는 부당공동 행위로 취득한 이익을 환수할 수 있는 과징금 제도를 두어(공정거래법 제22조) 시정조치의 실효성을 확보하고, 공동행위 인가시에는 공시 제도를 도입하여(공정거래법 제20조 제2항) 공동행위인가의 공시성을 도모하였다.

또 공동행위의 최대 난제인 입증의 곤란성을 완화하기 위하여 사업자간의 공동행위가 있는 경우에는 명시적인 합의가 없더라도 공동행위를 추정하는 규정을 두었다(공정거래법 제19조 제3항).

즉, 담합등 대부분의 공동행위에 있어서는 개연성은 있으나 명백한 증거를 포착할 수 없는 것이 일반적이므로 공동행위의 추정규정을 두어

입증책임의 전환을 도모하였다.

다만 공정거래위원회가 공동행위의 추정 규정을 원용하는 데에 있어서는 지금까지 매우 소극적인 자세를 견지하여 왔으나 최근 이에 대한 법원의 지지판결(고법 94구36751)로 말미암아 앞으로는 그 활용도가 높아 지리라고 본다. 다만 가격의 동조적 인상이라던가 의식적 병행행위에 있어서까지 추정규정을 원용할 수 있는가는 검토해 보아야 할 것이다.

(3) 불공정거래 행위

불공정거래 행위에 대한 규제는 우리 공정거래법상 가장 광범위하며, 또 15년간의 규제효과도 가장 크게 나타나 〈표 3-1〉에서 볼 수 있는 바와 같이 8,266건의 시정실적중 3,138건에 달한다.

여기에 불공정약관·불공정하도급거래 행위·부당국제계약까지 합하면 7,259건이나 되어 총 시정실적의 88퍼센트를 차지하게 된다.

이러한 불공정거래 행위에 대한 규제방법으로서 우리 공정거래법은 기본적으로 제한적 열거주의를 채택하고 있다. 다시 말하여, 우리나라의 공정거래법은 불공정거래 행위를 부당차별 행위 등 여섯 가지의 종류로 구분하여 제한적으로 열거하고 있다(공정거래법 제23조 제1항).

이러한 우리나라의 제한적 열거주의는 위법행위의 유형을 명확히하고 행정절차에 의한 기동적 법운용을 도모할 수 있다는 데에 그 특색이 있으며, 그 내용에 있어서도 대체로 미국의 클레이톤법(Clayton Act)과 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)의 운용 결과 분명히 된 불공정경쟁방법을 거의 빠짐없이 유형화하여 규정하고 있다.

그러나 불공정거래 행위는 그 행위 유형이 개별적으로 열거되기에는 그 종류가 너무 다양하고, 열거주의를 취하는 경우 새로운 형태의 불공정거래 행위가 적발될 때마다 법을 개정하여야 한다는 어려움이 있다.

1986년 개정시 공정거래법에 새로이 규정된 기업집단에 의한 불공정거래 행위가 그 대표적인 예라고 할 수 있다(공정거래법 제23조 제1항 본문). 그러므로 우리나라의 공정거래법도 미국의 독점금지법과 같이 포괄적인 금지규정을 두거나 예시적 열거주의로 규정하는 것이 오히려 타당할 것이다.

글을 맺으며

우리나라에서 공정거래법이 시행된 지도 어느덧 15년이 되었다. 그 동안의 운용 실적을 한 마디로 요약하면 경제력집중억제에 있어서는 큰 성과를 거두지 못하였으나, 부당공동 행위와 불공정거래 행위의 규제에 있어서는 괄목할만한 실적을 남겼다고 본다.

그리고 공정거래법의 운용을 담당하는 공정거래위원회의 위상도 바람직한 방향으로 발전하여 왔다. 다만 당사자 중심주의를 완전히 배제하고 있는 직권규제주의라던가 기업결합규제에 있어서의 혼합결합의 방치, 그리고 불공정거래 행위에 대한 제한적 열거주의의 입법등은 하루 빨리 시정하여야 할 사항들이다.

세계에서 가장 강력한 독점금지법을 자랑하는 미국은 얼마 전 시행 100주년의 기념비를 세웠다. 우리 공정거래법이 지나온 15년의 역사는 미국에 비하여 너무도 일천하고 미약하다. 세계는 바야흐로 지구촌으로 좁아지고 있으며, 우리 기업의 활동도 세계인을 대상으로 하고 있다. 또 우리가 신청한 OECD등 국제기구에의 가입이 머지 않아 실현될 것으로 보이며, UR 이후 경쟁라운드(Competition Round)의 대두가 눈앞에 닥쳐왔다.

여기에서 우리 공정거래법의 미래지향적인 과제는 불을 보듯이 명확해 진다. 한 마디로 말하여 우리 공정거래법의 세계화이다. 학계와 경제계와 실무계와 법조계가 혼연일체가 되어 추구하여야 할 과업으로 생각한다.

그리하여 우리 기업이 국내적으로나 국제적으로나 어떠한 도전에도 대처할 수 있는 경쟁력을 갖추도록 그 체질을 개선하고 강화하는 경제헌법으로서의 위상을 차지하도록 다같이 노력하여야 할 것이다. ■