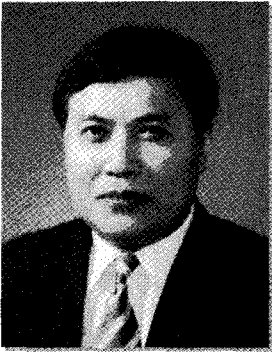


21세기 한국적 현실과 경쟁정책 및 경쟁법



신 창 선
전남대 법학과 교수

1. 개관

우리 나라의 경우, 1981년 4월부터 시행되고 현재까지 8차에 걸쳐 개정된 공정거래법은 그때 그때의 경제상황과 정치경제논리에 따라 유연하게 운영되어 왔다고 볼 수

있다. 특히 우리의 경쟁정책은 그간 경제성장을 도모하는 산업정책과 긴장관계에 놓여져 있었을 때 산업정책이 경쟁정책보다 어느 정도 우선적 지위에 있었다고 볼 수 있다. 따라서 불공정거래행위의 규제 등 부정경쟁의 방지 등에는 상당한 성과를 거두었으나, 경쟁제한적 구조의 개선은 그다지 큰 성과를 보이지 못했던 것으로 평가된다. 무엇보다 우리 독점규제법의 중요한 목적중의 하나인 경제력집중의 억제도 소기의 성과를 거두었다고 볼 수 없다.

그러나 행정부의 집권, 특히 IMF체제의 돌입 이후 기업 및 산업의 구조조정, 시장경제체제의 확립, 개방경제시대의 본격적 도래 등과 관련하여 경쟁정책의 역할이 중요시되고 있는데, 이때 공정거래정책이 어떠한 입장에서 서 있어야 하느냐를 둘러싸고 문제가 제기되고 있다.

최근 신산업조직론에 입각한 경쟁이론가는 공정거래위원회의 정책을 비판하고 현재의 공정거래정책 및 법의 문제점을 다음과 같이 지적하고 있다. 즉 ① 세계 각국의 경쟁법의 모태가 되는 미국의 경쟁법의 경우에 80년대 이후 독점구조보다는 소비자후생 중심의 규제로 개혁되고 있는데 우리 나라는 구조주의 이론에 입각하여 공정성 여부를 시장구조에서 찾고 있다는 점, ② 공정거래정책이 경쟁의 촉진보다는 산업정책이나 기업구조정책에 치중하여, 다른 나라의 입법례에서는 찾아 볼 수 없는 내부거래규제, 부채비율, 지급보증, 출자총액제한 등의 제도를 설치하고 있다는 점, ③ 공정거래법이 효율보다는 분배를 위하여 집행되고 있다는 점 등을 지적이다. 그리고 이들 이론가들은 경쟁정책과 상충되는 산업정책 내지 기업정책은 관련법체계에 맡기고 경쟁정책 및 법은 소비자후생, 생산효율의 극대화를 도모하는 방향으로 운영되어야 할 것이라 한다. 그리고 경쟁정책과 법의 목적이 경제효율의 추구하는 데 있으므로 방법론상으로도 경쟁제한행위의 경제적 효과, 효율에 미치는 영향을 분석하여 그 위법성 여부를 판단하여야 할 것이라 한다.¹⁾

물론 오늘날 단순한 인과관계에 바탕을 둔 구조-행태-성과방법이 복잡한 경제현상을 충분히 규율할 수 없다는 의견도 강력하게 제기되고 있다.

그러나 새로운 산업조직론 및 그것에 기초한 경쟁모델은 경쟁정책적인 방법론으로 채택하기에

1) 이승철, "공정거래경제학", 1999, 8; 신광식, "한국의 경제위기 극복을 위한 경쟁법·정책의 역할", 1998, 9.

는 부적합함을 보여주고 있다. 무엇보다 실증적 방법으로 무장된 경제학자들의 중요한 경쟁정책적 과제를 분석함에 있어 상호간 다툼이 없는 논증을 제시하는 데에는 한계가 있음을 보여주고 있기 때문이다. 실제로 경제학자들은 수직계열화나 사업다변화의 동기 및 효과 등 중요한 쟁점에 대하여 의견을 달리하고 있으며, 경제이론이 분명한 답을 제시한다할 지라도 기업행위의 효과를 확실히 결정하기 어려운 경우가 많다. 또한 시장 지배력을 가진 대기업의 전략적 행동이 결과적으로 경제후생을 감소시키는가 증대시키는가는 그때 그때 사안에 따라 결과를 달리 할 수 있는데, 이는 법집행의 안정성을 결여할 우려가 크다. 당해 기업으로서는 자기 행위의 정당성 여부를 예측하기 어렵기 때문이다.

요컨대 지난 몇 해 동안 미국 경쟁법에서 뿐만 아니라 다른 경쟁법에서도 법적용의 경제화를 확인할 수 있다. 신산업조직론을 비롯하여 보다 새로운 경쟁이론들은 최소한 개별적인 경쟁제한유형에 대한 상이한 판단을 불가피하게 하고 있다. 따라서 새로운 경쟁이론들은 경쟁제한의 개별적 종류에 대한 판단을 하고 있고 종전의 Workability(기능성) 관념과 같이 일반적으로 적용되는 테스트는 행하고 있지 않다.

그러나 이러한 신이론들은 정당성과 부당성 내지 위법성을 “효율”의 유무를 기준으로 판단하기 때문에 전통적인 법감정에 맞지 않을 뿐 아니라, 사법적 심사의 대상이 된 경우 계량 분석을 통한 실증적 자료를 법관이 제시하기 쉽지 않을 것으로 보이며, 무엇보다 사안에 따라 결론이 달라지기 때문에 법적안전성을 결할 우려가 있다.

2. 경쟁정책 및 경쟁법의 발전방향

신산업조직론을 비롯하여 보다 새로운 경쟁이론들은 정당성과 부당성 내지 위법성을 “효율”의 유무를 기준으로 판단하기 때문에 전통적인 법감정에 맞지 않을 뿐 아니라, 사법적 심사의 대상이 된 경우 계량 분석을 통한 실증적 자료를 법관이 제시하기 쉽지 않을 것으로 보이며, 무엇보다 사안에 따라 결론이 달라지기 때문에 법적안전성을 결할 우려가 있다.

합리적인 경쟁관념은 그것이 지향하는 목적과 관련하여서만 발전될 수 있는데, 그렇다면 경쟁정책 및 경쟁법의 목적을 어디에 두어야 할 것인가? 경쟁정책의 목표는 경쟁자유의 확립에 두어야 할 것이다. 경쟁의 자유는 행위의 자유를 전제로 한다.

경제주체의 행위의 자유를 보장하자는 것에 대하여는 법학자들뿐만 아니라 경제학자에 의하여도 마찬가지로 주장되고 있다. 행위의 자유는 헌법상 인정되고 있는 자유권 및 평등권의 보장에 그 근거를 두고 있다. 따라서 어떤 경제법학자는 독금법의 종국적 목적이 경제적 효율의 달성에 있는 것이 아니라 “평등에 기초를 두고 있는 자유의 실현”에 있다고 까지 하고 있다(Biedenkopf).

다만 경제주체의 행위의 자유의 보호와 관련하여 형식적인 “행위의 자유(Handlungsfreiheit)”와 실질적인 “결의의 자유(Entschliessungsfreiheit)”를 구별할 필요가 있다. 여기서 형식적 행위의 자유란 법 앞에 평등하고 국가의 자의적 권력행사

**경쟁정책의 목표는 경쟁자유의 확립에
 두어야 할 것이다. 경쟁의 자유는
 행위의 자유를 전제로 한다.
 다만 경제주체의 행위의 자유의 보호와
 관련하여 형식적인 "행위의 자유"와
 실질적인 "결의의 자유"를
 구별할 필요가 있는데,
 이러한 구별을 통하여 방해적 경쟁제한
 행위나 기업집중에 대한 경쟁정책적인
 판단이 가능해지기 때문이다.**

로부터 보호받을 수 있는 것과 마찬가지로의 뜻이며, 실질적 결의의 자유란 형식적 자유의 범위내에서 자기가 설정한 목표를 실현시킬 수 있는 힘을 말한다. 힘을 가진 자만이 형식적 자유가 부여한 기회를 이용할 수 있기 때문이다(Giersch). 이와 같은 형식적 및 실질적 자유의 구별은 경제력의 파악에 커다란 의미를 갖는데, 그것은 이러한 구별을 통하여 방해적 경쟁제한행위나 기업집중에 대한 경쟁정책적인 판단이 가능해지기 때문이다. 이에 상응하여 경쟁법적으로도 계약자유에 관한 행위의 자유를 보호하거나 차별적 경쟁제한행위에 대한 결의의 자유를 보호하게 된다. 미미한 경제적 및 재정적 능력을 가진 중소기업들이 협력이나 기업집중을 통하여 경쟁을 왜곡하는 것을 허용하는 것도 형식적 행위의 자유와 실질적 결의의 자유와의 갈등을 극복하기 위한 하나의 예라 할 수 있다.

경쟁이 기능적(workable)이나 유효적(effec-

tive)이나 본질적(substantial)이나를 판단하는 것은 쉽지 않다. 이는 경쟁의 개념을 적극적으로 정의할 수 없기 때문이다. 경쟁은 시장과정에서 나타나는 것인데, 자유로운 경쟁이 이루어지고 있다는 것은 경쟁제한적인 행동이 없는 상황이다. 경쟁정책의 목적을 효율, 즉 효율적인 시장구조, 효율적인 기업규모, 후생증진 등에 두고 있는 경우 그 파악이 과연 가능한가 의문이다. 이러한 것들은 경쟁이 이루어지는 경우에 발생하는 경제적 기능이자 효과라 할 것이며, 그 자체가 경쟁테스트의 기준이라 할 수는 없을 것이다. 진화적이고 복잡한 현상을 보이는 시장시스템에서 효율성의 구체적 기준을 개발하기가 가능한 것인지가 의문이기 때문이다.

물론 자유를 강조한다 할지라도 그 자유가 어떠한 내용이던 언제나 보장받는 것은 아니다. 국가와 다른 개인으로부터 침해받지 않아야 하며 공공이익이나 타인의 이익을 침해해서는 안될 것이다. 자유로운 경쟁을 확립하기 위한 일반적인 행동규율을 사전에 완벽하게 마련할 수는 없을 것이다. 입법상의 한계가 있기 때문이다. 이러한 규율은 법의 적용, 구체적으로 법관의 판결을 통한 법의 발견과정을 거쳐 발견된다. 경쟁법도 법의 하나인데 법은 법원의 사법적 심사를 통하여 발전되어 간다고 본다.

이러한 목적을 위한 경쟁정책 및 경쟁법의 구체적인 운용방안은 다음과 같다.

첫째, 개방화에 대비한 정책이 마련되어야 할 것이다. 산업 및 서비스분야에 있어서 국제화, 개방화가 진전되고, 경쟁력을 갖춘 새로운 공급자가 세계시장에 등장하며 관세 및 비관세 장벽이 점차 철폐됨에 따라 많은 분야에서 경쟁압력이 강해지고 있다. 특히 국경을 넘어 활동하고 있는 다국적기업들이 그들 특유의 경쟁력을 점점 더 강

화하여 활동하기 때문에 이러한 변화는 점점 더 가속화되고 있다. 우리 나라 역시 이러한 경쟁의 압력에 직면해 있으나, 우리 나라 특유의 여러 가지 요소들이 외국 경쟁자의 진입을 방해하고 있기 때문에, 분야에 따라 차이가 있을 수 있으나, 특정한 제조 및 용역분야에 있어 국제적 경쟁에 직면해 있는 기업조차도 국내에 있어서는 적은 경쟁압력을 받고 있다. 만약 국내의 카르텔사업자나 시장지배적 사업자에게 과도한 독점가격의 형성을 가능케 하거나 국제적 혁신의 필요성을 느끼지 못하게 한다면 우리 기업의 국제적 경쟁력은 계속 약화될 것이다.

둘째, 기업결합에 대한 규제는 외국 경쟁기업에 대하여 높은 진입장벽이 형성된 시장에 대하여만 이루어져야 할 것이다. 외국시장에서의 경쟁을 위해 기업의 외형이 커질 필요가 있는 경우에는 어떠한 경우라도 그것을 막아서는 안될 것이다. 국가에 의한 대외경제적 장벽이 점차 축소되어감에 따라 기업결합에 대한 규제는 그 실제적 의미를 상실하게 될지도 모른다.

그러나 기업집중만이 능사는 아니다. 규모의 경제나 대규모 기업이 갖고 있는 장점도 있겠지만 “규모의 비경제(diseconomies of scale)”도 있다. 기술적 발전으로 인하여 최적규모가 점차 적어지는 쪽으로 진행될 수도 있는 것이다. 최근의 정보화추세의 관점에서 볼 때 단지 대기업만이 창조적 개혁을 할 수 있다는 슈페터의 주장은 극복되었다. 중소기업 역시 창조적 개혁자로서 중요한 역할을 할 수 있으며 이에 따라 대기업만으로 구성된 산업구조에 있어서보다 경제적 발전을 더욱 보장할 수 있는 것이다. 즉 대기업화를 이루는 기업결합을 예외적으로 허용하는 경우에 신중한 검토가 요망된다.

또한 유효한 경쟁을 위하여는 시장의 개방이

경쟁정책 및 경쟁법의 구체적인 운용 방안은 첫째, 개방화에 대비한 정책이 마련되어야 할 것이다. 둘째, 기업결합에 대한 규제는 외국 경쟁기업에 대하여 높은 진입장벽이 형성된 시장에 대하여만 이루어져야 할 것이다. 셋째, 공동행위에 대한 강력한 제재가 가해져야 할 것이다. 넷째, 경쟁제한행위가 쉽게 일어날 수 있는 거래분야에 대한 법집행을 강화할 필요가 있다.

절대적으로 요구되기 때문에 경쟁당국은 외국 경쟁자를 겨냥한 일체의 방해적 행위에 대하여 각별한 주의를 기울여야 할 것이다.

셋째, 시장집중도가 높고 사업자단체가 활발하게 조직되어 있는 우리 경제구조하에서는 공동행위가 만연되어 있다. 카르텔이 갖는 문제점, 즉 고물가의 요인, 한계기업의 존속, 구조조정 지연 등에 비추어 볼 때 이에 대한 강력한 제재가 가해져야 할 것이다.

넷째, 유통업체의 대형화, 유통업체 및 방식의 다양화 등 최근 유통업계에 나타나고 있는 현상은 선진제국의 전례를 볼 때 불가피한 현상이다. 이 경우 소비자보호가 문제된다. 경쟁정책과 소비자보호정책은 밀접한 관계가 있는데, 그것은 소비자의 이익은 경쟁촉진을 통해 가장 잘 보호되기 때문이다. 따라서 경쟁제한행위가 쉽게 일어날 수 있는 거래분야에 대한 법집행을 강화할 필요가 있다.

정부와 시장력이 있는 사업자의 간섭이나 지배를 벗어나 각각의 자율적 판단과 규범에 따른 경쟁체제가 구축되어야 하고, 불공정한 방법으로 경쟁하는 자에 대한 엄격한 규제가 요망되며, 최근의 국제적 마찰의 특징중의 하나가 국내의 경제제도와 관행이 국제적 감시와 비판의 대상이 되고 있는 점을 고려하여 우리의 경쟁정책과 법이 국제적인 조화를 이루도록 노력하여야 할 것이다.

3. 결론

우선 우리의 경제위기가 완전히 극복되었다고는 볼 수 없는 상황에서 위기의 근원이 되었던 정부주도·규제위주의 관치경제체제를 청산하고 “시장기구가 원활하게 작동하는 경제의 틀”, “자유롭고 공정한 경쟁적 시장경제체제”의 확립을 목적으로 하여야 할 것이다. 그렇게 함으로써 국민에게 우리 사회가 다수의 경쟁자가 공정한 경쟁을 할 수 있는 질서를 갖추고 있다는 신뢰감을 주게 되고, 그것이 사회 전반에 걸쳐 경쟁이 촉진되는 동인이 될 것이기 때문이다.

“자유로운 경쟁”이 되기 위해서는 기업이 정부와의 관계에서는 정부의 규제로부터 자유로워 하고, 다른 기업과의 관계에서는 경쟁사업자간에 시장에서 실질적인 경쟁이 자유롭게 이루어져야 하는데, 이는 그 전제로서 시장에 참가하려는 의사를 가진 모든 (경쟁)사업자에게 시장이 개방되어

그 참가가 자유로워야 한다. 따라서 정부는 정부 차원에서 시장의 진입을 억제하는 각종 규제를 철폐 내지 완화하여야 하며, 특정 사업자가 새로운 경쟁자의 참가를 방해하거나 배제하는 행위는 엄격히 단속하여야 할 것이다. 요컨대 정부와 시장력이 있는 사업자의 간섭이나 지배를 벗어나 각각의 자율적 판단과 규범에 따른 경쟁체제가 구축되어야 한다.

“공정한 경쟁”이란 경제주체간의 평등한 지위와 균등한 기회를 전제로 창의적 방법으로 경쟁하는 것을 말한다. 이에 따라 이를 저해하는 불공정한 방법으로 경쟁하는 자에 대한 엄격한 규제가 요망된다.

또한 최근의 국제적 마찰의 특징중의 하나가 국내의 경제제도와 관행이 국제적 감시와 비판의 대상이 되고 있는 점을 고려하여 우리의 경쟁정책과 법이 국제적인 조화를 이루도록 노력하여야 할 것이다.

우리 나라는 현재 기업과 금융의 구조조정, 특히 재벌의 개혁이 추진되고 있다. 이러한 구조조정 내지 개혁이 자율적으로 이루어지는 경우도 있으나, 많은 경우에 정부의 개입에 의하여 이루어지고 있다. 이 경우, 시장의 기능과 경쟁이 강화되는 방향으로 이루어지도록 하여야 할 것이다.

자유롭고 공정한 경쟁은 효율을 극대화시키는 구체적인 경제적 기능을 수행할 뿐만 아니라, 예컨대 경제성장, 기술의 진보, 지식의 산출 등 일반적인 경제적 기능과, 사회적 형평의 제고, 경제력의 정치적 행사 방지 등 사회적·정치적 기능도 수행할 수 있는 것이다.

또한 경쟁정책이 경제외적인 목적을 가져서는 안된다는 이론도 그 나라의 현실이 “경쟁법”을 통하여 경제외적 문제를 더욱 효과적으로 해결할 수 있다면 받아들일 수 있는 것이다. **공정**