

공정거래법, 이제 다듬을 때가 됐다



임영철

법무법인 바른법률 변호사 / 前 공정거래위원회 국장

필자는 국가간 국민소득의 차이는 국민 개개인의 자질보다도 그 국가가 보유하고 있는 제도의 품질 차에서 비롯된다고 믿고 있다. 그러므로 이러한 제도들은 정부가 생산하여 국민에게 공급하여야 하는 공공재이고 눈에 보이는 도로, 항만보다도 훨씬 더 중요한 사회간접자본이다. 그래서 지금쯤이면 25년 이전의 공정거래법의 골격을 지금의 발전된 우리 국가와 경제의 수준에 맞추어서 전반적으로 한 단계 업그레이드 할 것을 진지하게 검토할 때가 되었다고 생각하는 것이다.

I. 서론

우리나라에서 공정거래법이 시행된 지 어언 25년 가까운 세월이 지났다. 그 동안 우리 경쟁법 집행의 수준도 일취월장하여 우리의 경쟁당국이 국제무대에서도 상당한 영향력을 보유하게 되었고 어느덧 개발도상국에게 법집행의 노하우를 전수하는 입장에까지 서게 된 것은, 사명감과 열정을 잃지 않고 열심히 고민하면서 일하여 온 공정거래위원회 직원들의 노력이 결실을 맺어 가는 것이라 생각한다.

제정 당시의 공정거래법은 그 당시의 우리 입법관행대로 일본의 법을 적당히 번역한 것이었다. 그런데 법안을 준비하는 과정에서 전문가들에 의한 심층적인 검토가 없었던 때문인지 우

리의 법체계와 맞추어 수정하는 작업이 충분하지 않았고, 또 소위 국보위에서 통과된지라 국회에서 내용이 보완될 기회도 상실할 수밖에 없었다.

물론 그 이후 공정거래법은 시대의 변천에 따라 수없는 개정을 거듭하여 왔다. 그러나 그 개정내용은 경쟁법 본연의 분야에서 초반의 미비했던 조항들을 체계적으로 보완하고 시대의 흐름에 따른 발전의 요구를 수용해 나가는 내용이었다기보다는, 대부분이 경제력집중억제 분야에서 그때그때의 정책변경에 따른 것이었고, 또 공정위의 권한과 제재수단을 강화시켜 나가는 것들이었다.

필자는 국가간 국민소득의 차이는 국민 개개인의 자질보다도 그 국가가 보유하고 있는 제도의 품질 차에서 비롯된다고 믿고 있다. 그러므로 이러한 제도들은 정부가 생산하여 국민에게 공급하여야 하는 공공재이고 눈에 보이는 도로, 항만보다도 훨씬 더 중요한 사회간접자본이다. 지금쯤이면 25년 이전의 공정거래법의 골격을 지금의 발전된 우리 국가와 경제의 수준에 맞추어서 전반적으로 한 단계 업그레이드할 것을 진지하게 검토할 때가 되었다고 필자는 생각 하는 것이다.

II. 실체규정의 정비

1. 시장지배적지위 남용과 불공정거래행위의 중복문제 해소

우선 경쟁법의 일반이론상으로는 국적불명의 개념인 불공정거래행위 금지의 조항을 삭제하거나 그렇지 않더라도 여하한 방법으로든 시장지배적지위 남용 금지의 조항과 통합하여 그 내용이 중복되는 문제를 정리하여야 한다.

시장지배력의 남용에 해당하지 않는 단독행위는 애초부터 경쟁법의 관심대상이 아니다. 그러함에도 우리의 공정거래법은 시장지배력 남용에 대해서는 제3조의 2에 그 금지규정을 설정하여 두었으면서도, 다시 제23조에서 불공정거래행위 금지조항을 만들어서 그 남용의 구체적인 유형이라 할 수 있는 행위들을 열거해 두고 있어서 양자의 관계에 관하여 많은 의문을 야기하고 있다.

이러한 문제는 원래 일본이 미국의 경쟁법을 수계하는 과정에서 실수에서 비롯되었다. 즉 셔먼법 제1조, 제2조는 그 나름대로의 완결성을 갖되 DOJ가 집행하는 법이고, FTC법 제5조는 역시 그 자체로서의 완결성을 갖되 별도의 기관인 FTC가 집행하는 법일 뿐이지 서로 보완해서 비로소 하나의 경쟁법 체계가 완결되는 것이 아님에도, 일본은 공정취인위원회라는 하나의 집

행기관만을 설치하면서도 이 두 가지 법체계를 중복하여 자신의 법에 담아와 버린 것이다.

다시 말하면, 일본의 독점금지법은 서면법 제1조에 대응하여 부당한 거래제한의 금지(3조 후단)를, 동 법 제2조에 대응하여 사적독점의 금지(3조 전단)를 규정하는데, 공정취인위원회라는 단일한 집행기관이 사용할 실체규정은 이것으로 완비된 것이고 EU의 로마조약도 이러한 태도를 취하고 있다. 그럼에도 불구하고 일본의 독점금지법은 연방거래위원회법 제5조에 해당하는 불공정한 경쟁방법의 금지(제19조) 규정을 중복하여 설치하였기 때문에 일본의 독점금지법은 단일한 기관에 의하여 시행됨에도 불구하고 중복된 실체규정을 갖게 되어 버린 것이다.

이처럼, 실체규정이 중복되기 때문에 이론상 규제유형, 행위유형마다 적용되는 실체규정이 중복된다. 예를 들면, 단독행위에 대해서 사적독점의 금지와 불공정한 경쟁방법의 금지가, 수직적 제한에 대해서는 부당한 거래제한의 금지와 불공정한 경쟁방법의 금지가 중복하여 적용되고 만다.

이러한 일본법의 수계상의 오류로 인하여 발생한 큰 문제는, 사적독점 또는 거래제한의 금지조항과 불공정한 경쟁방법 금지조항의 중복문제를 해결하기 위하여 양자에 적용되는 '경쟁의 실질적 제한'과 '공정경쟁저해성' 사이에는 위법성의 정도가 다르다는 무리한 해석을 하여야만 할 입장이 되어버린 것이고, 그래서 공정경쟁의 저해성에 대하여는 그 '우려'만 있어도 금지의 대상이 되는 것으로 입법해서 이러한 중복의 문제를 비껴가려고 시도하게 된 것이다.

우리 공정거래법은 일본의 경쟁법을 수계함으로써 일본이 저지른 동일한 오류를 그대로 이어받았다. 더구나 일본은 사적독점의 금지라는 포괄적인 일반조항으로 그쳤기 때문에 앞서 본 모순을 해석상으로 어느 정도 완화할 수 있는 여지를 남겨두었지만, 우리 공정거래법은 제3조의 2 제1항에서 그 구체적인 유형까지 설정하려고 시도함으로써 일부는 불공정거래행위의 유형과 직접으로 중복되게 되었고(제3호, 제4호, 제5호 전단), 일부는 시장에서의 가격결정원리에 정면으로 반하는 규정(제1호, 제2호, 제5호 후단)들이 생겨나게 되었다. 그리고 불공정거래행위와의 중복문제를 해결하는 방안으로서, 불공정거래행위에서 요구되는 경쟁제한성은 아주 미약하거나 조그마한 우려만 있어도 되는 것으로 해석함으로써 경쟁질서와 관계없는 사소한 사적분쟁에 경쟁법의 이름으로 정부가 개입하는 현상을 야기하였고, 이로 인하여 경쟁당국의 한정된 자원이 비효율적으로 사용되는 결과를 야기하였다.

2. 경쟁법으로의 순수화

다음으로 경쟁법의 순수혈통이 아닌 부분을 분리하여 별도의 법률로서 입법함으로써 경쟁

법의 순수성을 확보하는 작업이 필요할 것으로 생각한다.

즉 우리의 공정거래법에 포함되어 있는 경제력집중억제 부분은 그 합헌성과 필요성이 계속 인정된다고 하더라도 공정거래법과는 별개의 법으로 분리하는 것이 바람직할 것이고, 지금 불공정거래행위의 한 유형으로 편제되어 있는 부당지원행위 금지의 조항도 경제력집중억제의 한 유형으로서의 요건을 깔끔하게 재설정하여 이 법에 포함시켜야 할 것이며, 그렇게 함으로써 이 조항의 요건인 경쟁제한성을 둘러싼 명쾌하지 않은 논의를 정리하여야 할 것이다. 물론 이 제도 역시 먼저 경제력집중억제제도로서의 합리성과 합헌성을 먼저 이론적으로 재검증할 필요가 있을 것이다.

또 경쟁법의 순수성 확보와 관련하여, 불공정한 거래행위의 유형들 중 '거래상지위의 남용'은 경쟁이 아니라 경쟁자의 보호를 위하여 일본에서만 도입된 유형인데, 이렇게 개별사안의 구제에 관련된 항목을 계속 유지하여야 할 것인지의 여부도 깊이 검토되어야 할 것이다.

3. 형법 등 제재조항의 정비

마지막으로 공정거래법의 제재규정인 형벌조항과 과징금 조항들을 정비하는 것이 필요하다고 본다.

이러한 제재조항들은 공정거래법이 개정될 기회마다 법의 실효성을 제고한다는 명분으로 계속적으로 강화되어 왔다. 그러나 경쟁당국은 기본적으로 규제기관이 아니라 전문적인 판단 기관이다. 개별사업자들로서는 자신의 이익을 극대화하기 위하여 모든 방법을 모색하는 것이 당연한 것이고 이러한 이윤추구 동기를 곧바로 비난할 수는 없다. 그런데 그러한 이윤추구행위들 중에서 개인의 이익확보에는 도움이 되더라도 시장 전체의 효율을 저해하는 행위가 있다면 이는 공익의 이름으로 제지되어야 한다. 그런데 이러한 효율성 판단을 하기 위하여서는 고도의 전문적인 법적, 경제적 분석이 필요하므로 경쟁당국의 전문가들이 모여서 심도있는 분석을 한 결과, 그것이 시장의 전체적인 효율성을 저해한다는 판단을 하는 경우에는 먼저 이러한 결론이 내려졌다는 사실을 당해 사업자에게 알려주는 것으로 그쳐야 한다. 그리고 사업자가 이러한 결론에 수긍하지 않는 경우에는 사법부의 판단으로 그러한 판단의 정당성을 확보받은 다음에 그 이후에도 이러한 결론에 따르지 않는 경우에는 비로소 제재에 들어가는 것이 일반적인 법집행의 단계가 되어야 할 것이다. 그렇기 때문에 미국에서는 FTC의 명령이 확정된 다음에도 이를 불이행하는 경우에 비로소 법원에 청구하여 민사벌의 제재를 가하는 것이 기본구조로 되어 있고, 일본에서도 배제조치를 명한 심결절차가 종결된 이후에야 과징금부과절차로 들어가게 되어 있다.

그리고 특히 불공정거래행위에 대하여서도 전면적으로 설치되어 있는 형벌규정은 시급히 정비할 필요가 있다.

물론 미국의 서민법도 형사법이고 그 위반행위에 대하여는 형벌이 규정되어 있다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이 우리의 불공정거래행위는 시장지배력의 행사가 아닌 경우에도, 또 지극히 미약한 '우려'에 대하여도 그 위반이 성립한다. 사업자들로서는 일반 형법의 구성요건과 같은 단순일의적인 행위가 아니라 경쟁당국이 사후적으로 수행하는 경쟁제한성의 평가에 의하여 그 위법성이 좌우되는 행위에 대하여, 예측할 수 없고 광범위한 형사제재의 위협에 무제한적으로 노출되게 되는 것이다. 그렇기 때문에 우리 법의 원형인 일본의 독점금지법에도 불공정한 경쟁방법에 대하여는 형벌규정이 존재하지 않는다.

그리고 이러한 상황에서는 공정위의 전속고발권이 그나마 꼭 필요한 보호장치로 기능한다. 그럼에도 불구하고 공정거래법 개정시마다 공정위의 전속고발권의 기능을 오해하는 폐지론자들로부터 불필요한 공격을 당하고 있는데, 이러한 소모적인 논쟁을 피하기 위하여서도 원천적인 문제인 형벌법규의 정비가 필요한 것이다.

III. 절차규정의 정비

1. 적법절차의 보장

사실 우리의 공정거래법에서 가장 미흡한 부분은 절차규정이다. 사법부가 아니면서 이에 준하는 권한을 행사하는 독특한 기관인 공정위의 사건처리절차에서 가장 긴요한 것은, 헌법이 보장하는 적법절차를 법률차원에서 구체화하는 것이다. 그래서 미국의 FTC법이나 일본의 독점금지법은 많은 조문을 할애하여 대심적인 심리구조, 증거원칙, 경쟁당국의 자기구속성 등에 관한 규정을 설치하여 두고 있다.

공정위의 사건처리절차에서도, 적어도 심사보고서가 작성된 이후에는 피심인에 의해서 견제될 기회가 없이는(ex parte) 심사관과 위원 사이에서 어떠한 의사교환도 있어서는 아니 되고, 심사관이 위원회에 제출하는 증거들의 증거가치는 피심인에 의하여 탄핵될 기회가 반드시 부여되도록 제도적인 보장이 되어야 한다. 특히나 우리 법체계상 공정위는 그 처분에 대한 불복을 고등법원에 제기하도록 되어 있어서 일종의 특별법원으로 취급되고 있다고 할 수 있기 때문에 이러한 대심구조의 제도적 구현은 더욱 절실한 형편이다.

현재 공정위도 이러한 절차정비의 필요성을 느끼고 외부전문가들을 모아서 사건처리절차

변화 선도팀이라는 Task Force를 운영하고 있는데 이는 참으로 시의적절한 조치라고 생각되고, 그 성과가 공정위 내부의 사건절차규칙의 수준이 아니라 궁극적으로는 법률개정에 원용되어야 할 것으로 생각된다.

2. 효율적인 타협절차의 활성화

절차규정 중 중요한 것으로서는, 위에서 본 적법절차의 확보를 위한 부분 이외에 위원회 사건처리의 효율성과 관련된 부분이 있다. 바로 현행법상의 시정권고제도이고 미국의 consent order, 일본의 권고심결, 동의심결에 해당하는 제도이다.

이들 나라에서의 경쟁당국은 신고 된 사건 모두가 아니라 그 당시의 행정자원으로 처리할 수 있는 한도 내에서 우선순위를 정하여 선정된 사건만을 처리할 뿐만 아니라, 심사가 개시된 사건의 대부분을 제도화된 타협의 절차를 공식적으로 활용하여 종결한다. 그 이유는, 위반행위의 내용이 사실적인 형사사건의 경우와 달리 공정거래법 위반여부는 그 경쟁저해성이라는 가치판단을 위하여 심도있는 경제적, 법률적인 검토가 필요하고 이러한 작업에는 방대한 행정 자원이 투입되어야 하기 때문이다. 거기다가 당해 사안이 법원으로 넘어갈 경우 대법원의 최종판단이 나오기까지 몇 년의 시간이 소요될 지 모를 뿐더러 그 기간 동안 법원에서 소송을 유지하기 위하여 추가적인 행정자원이 소요되기 때문이다.

따라서 위반행위자의 처벌이 주목적이 아니라 손상된 경쟁질서의 신속한 회복을 제일의 목적으로 하는 경쟁당국으로서는 행정자원을 절감하면서도 신속하게 이러한 목적을 달성할 수 있는 타협의 절차를 적극 활용하지 않을 이유가 없는 것이다.

또한 이러한 타협의 절차가 공식적이란 점을 주목할 필요가 있다. 미국에서는 경쟁당국 내부에서도 조사가 종결되면 먼저 consent negotiation으로 들어가도록 절차가 되어있을 뿐 아니라, 경쟁당국이 일응 승인한 합의안을 관보에 실어서 일정기간 이해당사자나 소비자들의 의견을 접수한 다음 이를 참작하여 합의안의 내용을 최종 결정한다. 이렇게 함으로써 가장 적절한 조치수준을 확보할 수 있을 뿐만 아니라, 공개된 절차에 의하여 유착의 시비를 줄일 수 있고 유사한 사안에 대한 선례로서도 기능한다는 점에서 담당공무원의 비공식적인 의견제시에 의하여 사안을 해결하는 일반적인 행정기관의 행정지도와 구별된다.

그런데 언제부터인가 우리 현행법상의 시정권고제도는 사문화되어 버리고, 이와 유사한 목적을 위해서 소위 약식절차가 사용되고 있다. 그러나 약식절차는 어디까지나 공권력을 행사하여 범위만 사실을 인정하는 행정처분이지 양자간의 타협절차가 아니라는 점에서 본질적인 차이가 있다. 그러므로 앞으로 법개정의 기회가 있다면 시정권고제도를 앞서 본 외국의 공식

적인 타협절차와 같은 형태로 정비하여 이를 활성화한다면 경쟁당국의 한정된 자원을 중요한 사건에 효율적으로 집중하여 심도있고 선례로서의 가치가 있는 사건처리를 할 수 있게 될 것이다.

IV. 조직규정의 정비

위원회라는 조직의 본질적 구성요소는 전문성의 확보와 그 보장을 위한 대외적, 대내적 독립성이다. 매크로한 정책의 입안과 시행을 담당하는 기구는, 판단에 필요한 보다 폭넓은 시야를 확보하기 위하여 외부의 직·간접적인 영향을 받을 수 있다. 그러나 증거에 의하여 구체적인 사실관계를 확정하고 그렇게 확정된 사실에 법률을 적용하여 그 위반여부를 판단하는 준사법 기구는 대내외적으로 어느 누구의 영향도 받으면 아니 되는 것이며, 이것이 바로 우리의 경쟁당국을 위원회 조직으로 설치한 이유이다.

대외적 독립성은 주로 대통령과 그 보좌기구로부터의 독립을 말한다. 대내적 독립은 다시 위원회 구성원인 위원간의 독립과 심판기구인 협의의 위원회와 소추기구인 심사관 사이의 독립을 말하는데, 전자의 독립성은 위원 상호간의 평등성에 의하여 구현되고 후자의 독립성은 위원회의 대심구조 확보의 문제와 표리관계에 있다.

이러한 경쟁당국의 조직, 운영상의 문제에 관하여는 필자가 수년전 서울대학교 법과대학의 공정거래법 연구과정 특강의 자리에서 문제제기를 한 이후 이미 논의가 활성화되고 있기 때문에 여기서는 지면의 제한상 자세한 내용은 생략하기로 한다.

V. 결론

우리나라에서는 형사법의 과잉집행이 이미 심각한 수준에 이르고 있다. 개인간에 민사적으로 처리되어야 할 분쟁들을 해결하기 위하여 국민들이 형사고소라는 방법을 즐겨 선택하는 결과 우리나라의 1인당 고소율은 일본의 그것보다 무려 120여배에 달하고 있다. 남של된 처벌법규에다가 수사과정에서의 공권력 남용을 막지 못하는 절차규정의 미비 때문에, 국민의 입장에서는 상대방을 형사고소만 해놓으면 수사기관이 나서서 상대방에게 인신을 구속하는 등의 위협적인 방법으로 합의를 강요해 주고, 겁을 먹은 상대방은 빚을 내어서라도 합의를 모색하게 되므로, 국민은 이러한 방법을 선호할 수밖에 없기 때문이다.

그런데 지금까지 필자가 설명한 공정거래법의 실체규정, 절차규정, 조직규정들의 미비점들이 종합되어 우리나라에서 경쟁법의 과잉집행을 초래하고 있다고 볼 수 있고, 그 부작용을 한마디로 요약하면 경쟁법이 '경쟁'의 보호수단이 아니라 '경쟁자'의 보호수단으로 변질되고 있다는 것이다.

외국의 경우와 비교하기 위하여 유명한 Microsoft 사건에 관하여 미국 연방법원이 내린 판결을 보면, Microsoft의 행위가 배타적 거래에 해당하여 셔먼법 제1조에 위반하였다는 DOJ의 주장을 법원이 기각한 부분을 주목할 수 있다. Microsoft가 브라우저 시장의 점유율을 확보하는 데에 가장 효율적인 통로들을 모두 봉쇄해 버렸다 하더라도 Netscape에게 아직 대체적인 (덜 효율적이더라도) 수단들이 그나마 남아 있어서 경쟁자가 관련시장에서 살아남을 수 있다면 이런 경우에는 '거래제한'의 책임을 물을 수가 없다고 판단한 것이다.

앞서 설명한 바와 같은 여러 가지 관점에서 뿐만 아니라, 예컨대 기업결합 심사절차 등 전반적인 차원에서 우리 공정거래법이 가진 제도의 세부적인 내용들이 국제규격의 수준으로 정비되어야만 궁극적으로는 시장경쟁 자체의 보호라는 경쟁법 본연의 목적에 충실히 이바지하도록 우리 경쟁법의 집행수준이 크게 향상될 것으로 필자는 믿고 있다.

그리고 그 정비과정에 소요될 작업량과 검토기간이 결코 만만치 않을 것이므로, 시작을 지금 당장 서둘러야만 결론을 줄속으로 서두르지 않을 수 있게 될 것이다. 