

## 개정 공정거래법에 관한 소고



이 봉 익  
경북대학교 법과대학 교수

지난해 12월 국회를 통과한 개정 공정거래법은 기업결합규제의 개선, 과징금의 상향을 통한 카르텔억지력의 강화, 역외적용의 근거규정 신설과 손해배상의 활성화 등 주요 내용을 담고 있다. 특히 경제력집중억제와 관련해서는 2003년 시장개혁 3개년 로드맵에 기초하여 공정위가 제시한 원안대로 출자총액제한의 존치, 금융계열사의 의결권제한 강화 등이 이루어졌다. 아쉬운 점은 경제력집중억제에 관한 이슈들이 객관적인 입장에서 심도 있게 다루어지기보다는 여야간, 당정간, 부처간, 정부와 재계간 이해관계의 차이만을 주로 반영하고 있다는 사실이다. 그간 이 문제에 관한 학계에서의 진지한 논의가 결여되어 있던 것도 이러한 난맥상을 더욱 심화시켰음은 물론이다. 법률의 개정으로 모든 쟁점이 해소된 것은 아니므로, 차제에 특히 경제력집중억제, 손해배상의 활성화 및 역외적용과 관련하여 남겨진 향후 과제를 살펴보는 것은 중요한 의미를 갖는다.

### I. 들어가며

지난 2004년 12월 9일 여야간 극심한 논란의 대상이 되었던 공정거래법 개정안이 국회를 통과하였다. 당시 가장 견해가 대립되던 경제력집중억제와 관련한 쟁점들, 예컨대 출자총액제한의 존폐, 금융계열사의 의결권제한 강화 등은 일단 2003년 시장개혁 3개년 로드맵<sup>1)</sup>에 기초하여 공정위가 제시한 원안대로 일단락되었다. 그러나 전 경련을 중심으로 재계는 여전히 기업투자의 과도한 제한, 외국기업과의 역차별 및 적대적 M&A

의 위험 등을 들어 개정법에 대한 비판을 제기하고 있으며, 시행령 개정과정에서 이에 관한 논쟁이 재연될 것으로 예견되고 있다.

이러한 논쟁의 배경에는 여러 가지가 있겠으나, 여기서 지적하고 싶은 부분은 개정법의 주요 쟁점들, 특히 경제력집중억제에 관련된 이슈들이 객관적인 입장에서 깊이 있게 다루어지기보다는 여야간, 당정간, 부처간, 정부와 재계간 이해관계의 차이만을 반영하고 있을 뿐이라는 점이다. 개별 이슈에 대한 학계에서의 진지한 사전논의가 결여되어 있던 것도 이러한 난맥상을 더욱 악화시켰음

1) 주요내용에 관하여는 공정위, 쉽게 풀어 쓴 시장개혁 3개년 로드맵 (2003.11) 참조.

은 물론이다. 본 고에서는 먼저 2004년 개정 공정거래법의 주요내용을 살펴보고, 특히 경제력집중억제 규정과 손해배상의 활성화 및 역외적용과 관련하여 남겨진 몇 가지 향후 과제를 제시하고자 한다.

## II. 개정 공정거래법의 주요내용

개정 공정거래법은 기업결합 및 경제력집중억제제도의 개선, 과징금의 상향조정을 통한 카르텔억지력의 강화, 역외적용의 근거규정 신설과 손해배상제도의 개선 등을 내용으로 하고 있다. 그밖에 종래 실무상 운영되던 신고포상금제도의 법적 근거를 마련한 점도 빼놓을 수 없다. 그 주요내용을 살펴보면 아래와 같다.

### 1. 기업결합심사제도의 개선

#### (1) 기업결합 신고의무의 면제 등

종래에는 자산총액 또는 매출액의 규모가 1천억원 이상인 회사 또는 그 특수관계인이 기업결합을 하는 경우에 신고의무가 인정되었다(법 제12조제1항, 령 제18조제1항). 그러나 일정 규모 이상인 회사에 의한 기업결합이라도 피취득회사(상대회사)가 소규모인 경우에는 일반적으로 경쟁제

한성이 없거나 미미하고, 따라서 이러한 경우 신고대상에서 제외할 필요가 있었다. 이에 2004년 개정법은 기업결합 당사회사 중 일방의 자산 또는 매출액이 대통령령이 정하는 기준 미만인 경우 신고의무를 면제하였고, 2005년 1월 25일부터 입법예고 된 시행령에 따르면 자산총액 및 매출액이 30억원 미만인 회사로 규정되어 있다. 이로써 경쟁제한의 우려가 미미한 기업결합 보다는 대규모 기업결합에 자원을 집중함으로써 보다 심도 있는 심사를 기대할 수 있게 되었다. 이와 동일한 맥락에서 경쟁제한의 우려가 있고 사안이 복잡한 기업결합의 경우 심사연장기간을 현행 60일에서 90일로 확대한 취지를 이해할 수 있다(법 제12조제7항 단서).

그밖에 개정법은 신고대상 기업결합의 유형을 개선하였다. 먼저, 다른 회사의 발행주식의 20% (주권상장법인 또는 협회등록법인의 경우 15%) 이상을 소유하여 신고를 한 후에 당해 회사의 주식을 추가로 취득하여 최대출자자가 되는 경우 재신고의무를 부과함으로써, 다른 회사의 주식을 순차적으로 취득하여 실질적 지배력을 얻게 되는 경우에 대한 심사 및 규제근거를 마련하였다(법 제12조제1항제2호).<sup>2)</sup> 끝으로 이미 지배관계가 형성된 계열회사간 임원겸임의 경우 심사의 실익이 없으므로, 개정법은 처음부터 이를 신고대상에서 제외하였다(동 조 제1항제3호).

2) 기업결합심사기준 (공정위 고시 제1999-2호, 1999.4.15)에 의하면 먼저 당사회사 사이에 지배관계가 형성되어야 하며, 지분율이 50% 이상이거나 50% 미만이라도 최대출자자에 해당하는 등의 요건을 갖춘 경우에 지배관계가 형성되는 것으로 본다. 피취득 회사에 대한 지배관계가 형성되지 않는 기업결합은 간이심사대상 기업결합으로서 경쟁제한성이 없는 것으로 추정된다. 따라서 과거에 일단 20% 정도의 지분소유를 신고하여 지배관계가 없음을 이유로 간이심사를 거친 후, 추가 지분취득을 통하여 비로소 지배력을 가지면서도 재신고의무가 없기 때문에 규제를 피할 소지가 있었다.

## (2) 대규모 기업결합에 대한 사전신고제의 강화

종래 기업결합은 사후신고주의를 원칙으로 하고, 예외적으로 자산총액 또는 매출액이 2조원 이상인 대규모회사에 의한 합병, 영업양수, 신회사 설립에의 참여에 한하여 사전신고의무와 그에 따른 이행금지의무가 부과되어 있었다(법 제12조제5항 단서 및 제6항). 대규모회사에 의한 기업결합은 경쟁제한의 우려 및 그에 따른 시정조치가 가능성이 그만큼 크고, 합병이나 영업양수의 경우 사후 원상회복을 위한 시정조치가 매우 곤란하다는 점을 고려한 것이다.

그에 따라 대규모회사의 주식취득에 의한 기업결합의 경우 여전히 사후신고주의를 취하고 있었고, 당사회사는 주식대금납입 이후 30일 이내에 신고하면 족하였다. 그 결과 대규모회사에 의한 주식취득으로서 경쟁제한의 우려가 큰 경우에도 사후에 이를 금지할 경우 원상회복이 어렵다는 등의 문제로 인하여 사실상 주식처분명령을 내리기 곤란하였고, 대규모회사가 오히려 이를 이용하여 궁극적으로 합병을 하고자 하는 경우에도 일단 주식취득에 의한 기업결합의 외관을 갖추어 사후신고 할 우려도 있다는 지적이 제기되었다.<sup>3)</sup>

이에 개정 공정거래법은 대규모회사에 의한 기업결합 중 주식취득에 의한 기업결합도 주식양도 계약체결일로부터 30일 이내에 공정위에 신고하도록 하는 내용의 사전신고의무로 전환하였다(법 제12조제5항 단서). 그 결과 적어도 대규모회사

에 의한 기업결합은 임원겸임을 제외하고는 모두 사전신고주의가 적용되고, 주식취득이나 합병 등 여타의 기업결합 유형과 무관하게 임원겸임만이 따로 이루어지는 경우란 생각하기 어렵다는 점에서 사실상 대규모회사의 기업결합은 원칙적으로 사전신고의무를 부담하는 것이 된다.

## 2. 경제력집중억제제도의 개선

### (1) 지주회사제도의 개선

공정거래법상 지주회사에 대한 규제는 1986년 제1차 개정시 경제력집중의 억제차원에서 도입되었다. 지주회사는 그 개념상 다른 회사의 지배를 목적으로 하고, 피라미드식 출자구조를 통하여 소액의 자본으로 다수를 소유할 수 있기 때문이다. 따라서 1986년 개정법은 일정규모 이상의 기업 집단에만 적용되는 출자규제와 달리 지주회사의 설립이나 지주회사로의 전환을 일체 금지하였다.<sup>4)</sup> 그러다가 1999년 2월 법개정을 통하여 IMF 이후의 기업구조조정의 촉진 등을 위하여 지주회사의 설립 또는 전환을 제한적으로 허용하게 되었다. 이와 함께 동 개정법은 지주회사의 설립허용에 따른 경제력집중의 폐해를 방지하기 위하여 지주회사 및 자회사의 일정 행위에 대한 금지조항을 신설하였다(법 제8조의2).<sup>5)</sup>

한편, 2004년 개정법은 지주회사의 소유·지배구조를 현재의 기업집단체제보다 진화된 형태

3) 예컨대, 2000년 SKT가 신세기통신을 주식취득의 방법으로 결합한데 대하여 사후신고가 이루어졌고, 신고 후 무려 1년여가 흐른 뒤에 시정조치를 내리게 되었으나 사실상 주식처분을 명하지는 못하였던 것도 이러한 이유가 적지 않았을 것으로 보인다.

4) 여기서 지주회사란 다른 회사의 사업지배를 주된 목적으로 하는 '순수지주회사'를 말하며, 그밖에 공정거래법은 지금도 사업지주회사에 대해서는 아무런 규제를 하지 않고 있다.

로 보아, 지주회사의 설립·전환은 보다 용이하게 하는 한편, 소유·지배구조는 보다 투명하게 한다는 취지에서 몇 가지 행위제한을 강화하였다. 먼저, 설립·전환을 용이하게 하기 위한 규제완화 내용으로는 실무상 지주회사로의 전환에 따른 막대한 자금부담을 덜어주기 위하여 부채비율을 충족하기 위한 유예기간을 1년에서 2년으로 늘리는 한편, 회사분할·현물출자 등에만 인정되던 2년의 유예기간을 모든 형태의 지주회사 전환에 대해서 인정하였다(법 제8조의2 제2항제1호 단서). 아울러 금융(일반)지주회사가 될 당시 소유하고 있던 비금융(금융)회사의 주식 및 손자회사가 보유한 다른 회사주식에 대하여 2년의 처분유예기간을 신설하였다(동 조 제2항제4호 및 제5호, 제4항). 또한 비상장 합작회사(공동출자법인)의 자회사에 대해서도 지분을 요건을 종래의 50%에서 30%로 완화하였다(동 조 제2항제2호).

지주회사의 지배구조 투명성을 위한 규제강화로 개정법은 자회사의 손자회사에 대한 지분을 50%(상장회사 또는 협회등록회사의 경우 30%) 이상 보유의무를 새로이 명시하고, 지주회사의 자회사간 출자를 원칙적으로 금지하였다(동 조 제3항제1호 및 제2호). 나아가 비계열회사의 주식소유를 통한 지배력 확장을 막기 위하여 지주회사가 비계열회사의 주식을 5% 초과하여 소유하는 것을 금지하였다(동 조 제2항제3호).

## (2) 출자총액제한제도의 보완

출자총액제한은 기업집단이 계열회사간 순환출자를 통하여 경제력을 유지·확대하는 폐해를 막기 위한 것으로서 경제력집중억제의 핵심사항이다.<sup>6)</sup> 출자총액제한은 줄곧 재계에서 투자를 막는 대표적 규제로서 폐지를 주장해왔으며, 법개정 과정에서 가장 첨예한 대립을 가져온 사안이었다. 재계는 동 규제를 아예 폐지하거나, 그렇지 못할 경우 현재 5조원인 규제대상 기업집단의 규모 기준 및 순자산의 25%로 되어 있는 출자한도를 상향조정해 줄 것을 요구하였다. 그러나 결론적으로 2004년 개정법은 재벌 기업집단의 소유·지배구조가 여전히 상당수준 왜곡되어 있다는 이유로 동 제도를 나름대로 개선하는데 그쳤다. 개정사항은 크게 출자총액제한의 적용제의 확대와 예외인정의 보완으로 대별할 수 있다.

먼저, 일정 요건을 갖춘 회사에 대해서 이른바 졸업기준을 확대하였다(법 제10조제7항제2호). 종래 지주회사에만 적용제외를 인정하던 것을 지주회사·자회사 및 사업관련 손자회사에까지 확대하였다. 이들 회사의 출자관계에 대해서는 개정법상 행위제한규정의 보완을 통하여 충분히 규제할 수 있기 때문이다. 아울러 회사의 투명한 의사결정 및 경영활동을 보장하기 위하여 이사와 이사회, 주주총회 등에 관하여 이른바 내부감시·견제 시스템을 갖춘 회사에 대해서도 출자총액제한이

- 5) 규제내용으로는 지주회사의 부채비율 100% 초과금지, 자회사 지분을 50% (자회사가 주권상장법인이나 협회등록법인 등인 경우 30%, 벤처자회사는 20%) 이상 보유의무, 금융지주회사와 일반지주회사의 엄격한 소유구분 및 자회사의 손자회사 보유 금지가 있다.
- 6) 공정거래법상 상호출자금지는 직접적 상호주 보유에만 적용되기 때문에, 출자총액제한은 간접적 내지 순환적 출자를 통한 상호주 보유를 금지하는 성격을 갖는다.

적용되지 않게 되었다(동 조 제7항제4호).

또한 개정법은 외국인투자기업에 대한 예외인 정요건을 강화하여 모든 외국인투자기업이 아니라 외국인 1인이 10% 이상의 주식을 보유하고 있는 회사의 주식취득에 한하여 예외를 인정하고 있다(동 조 제1항제3호). 한편, 예외인정사유 또한 확대되었다. 즉, 먼저 기업구조조정·중소기업과의 기술협력 신산업 등에의 출자인 경우 종래 최장 8년의 예외인정기간을 폐지하여 무기한 예외를 인정하였다(동 조 제1항제4호). 또한 2003년 3월 31일로 만료된 기업구조조정을 위한 출자에 대한 예외를 부활하고(동 조 제1항제4호), 민간이 소유권을 갖는 방식, 즉 사회간접자본시설의 준공과 동시에 사업시행자에게 당해 시설의 소유권이 인정되는 방식의 SOC 사업자에 대한 출자에 대해서도 새로이 예외를 인정하였다(동 조 제6항제1호).

### (3) 계열금융사 의결권의 축소

1986년 제1차 개정법은 대규모기업집단 소속 금융·보험회사는 자신이 보유하고 있는 국내계열 회사의 주식에 대하여 의결권을 금지하고 있었다. 그 취지는 단지 산업자본에 의한 금융지배를 방지<sup>7)</sup> 하는 데에 있는 것이 아니라, 경제력집중억제의 취지에서 이미 제2금융권을 장악한 기업집단이 고객이 맡겨놓은 자산을 계열회사의 유지·확대

에 이용하는 것을 막는 데에 있다. 그 후 1992년 개정법으로 예외가 인정되어, 금융·보험업을 영위하기 위하여 필요하거나 보험자산의 효율적인 운용·관리를 위하여 보험업법 등에 의한 승인을 받은 경우에는 의결권행사가 허용되었다(법 제11조제1호, 제2호). 그리고 2002년 1월의 법개정으로 외국인의 적대적 인수·합병에 대한 경영권 보호를 위하여 임원의 선임·해임, 정관변경 또는 합병·영업양도의 경우 당해 계열회사 주식의 30%까지 의결권을 행사할 수 있게 되었다(동 조 제3호). 그러나 의결권제한을 완화한 이후 적대적 인수·합병을 방어하기보다는 계열회사의 유지·확대수단으로 활용되는 사례가 적지 않다는 지적에 따라 제3호의 의결권 행사범위를 매년 5%씩 3년 동안 30%에서 15%로 축소하도록 하였다.<sup>8)</sup>

### (4) 기타

종래 공정거래법은 기업집단의 경영투명성 제고를 위하여 자산규모 2조원 이상 기업집단 소속 회사에 대하여 대규모내부거래에 대한 이사회 의결 및 공시의무를 규정하고 있었다(법 제11조의 2). 그런데 2004년 4월 현재 공시대상 기업집단 51개 소속 884개 회사 중 비공개법인(금융·보험회사 제외)이 639개사로 72.3%를 차지함에도 불구하고, 비상장·비등록회사와의 복잡한 소

7) 이러한 관점에서 의결권제한을 비판하는 견해로는 이동원, 경제력집중에 관한 법적 규제, 「공정거래법 개정안 검토」, 한국경제법학회·한국경제법학회 공동학술대회 발표집 (2004.11), 35~37면 참조. 특히 예금자, 보험계약자, 투자자 등의 보호를 위하여 금융기관에 대해서 이루어지는 건전성감독이나 자산취득·운용상의 규제는 경제력집중과는 전혀 그 목적과 내용을 달리한다.

8) 유진희, 위 발표자료 토론문, 45면은 지배주주의 경영권방어에 고객의 예탁금을 사용하게 하는 것은 의결권제한규정의 취지에 정면으로 반한다는 점을 들어, 3호의 예외를 아예 삭제하는 것이 옳다고 하며, 원칙적으로 타당하다고 본다.

유지배구조나 거래관계는 공시되지 않음으로써 기업집단 전체의 소유지배구조와 경영행태가 여전히 투명하지 못하다는 문제가 있었다. 이에 2004년 개정법은 자산규모 2조원 이상 기업집단 소속 비상장·비등록회사에 대해서도 폭넓은 공시의무를 규정하게 되었다(법 제11조의3).

또한 부당지원행위가 여전히 남아 있고, 대부분의 부당지원행위가 금융기관을 통하여 이루어지고 있는 점을 고려하여 2004년 1월에 시한이 만료된 금융거래정보요구권을 3년 시한으로 재도입하였다. 다만, 금융거래정보요구권의 남용을 방지하기 위하여 요구대상을 금융기관의 특정점포로 한정하고, 사전에 공정위의 의결을 의무화하며, 요건을 위반하여 정보를 요구한 자에 대하여 형사처벌을 가능케 하였다(법 제50조제5항 내지 제10항, 제69조제1항).

### 3. 카르텔에 대한 과징금의 상향 등

부당한 공동행위 내지 카르텔은 경쟁을 제한하여 창의적인 기업활동 및 소비자후생을 저해하는 대표적인 행위로서, 경쟁법을 두고 있는 모든 나라에서 중점적으로 규제하고 있다. 우리나라에서는 특히 가격카르텔과 관련하여 그로 인한 부당이득이 현저하여 종래의 과징금 수준으로는 이를 적절히 제거하기 어렵다는 지적이 있었다. 그에 따라 개정법은 카르텔의 억지력을 강화하기 위하여

과징금의 부과한도를 관련매출액의 5%에서 10%로, 매출액이 없는 경우 등에는 정액한도 10억원이던 것을 20억원으로 상향조정하였다(법 제22조).

이와 함께 내부지침으로 운영되던 공동행위 제보자에 대한 보상금지급을 모든 법 위반행위로 확대하여 그 근거를 법률에 규정하였다(법 제64조의2).

### 4. 역외적용의 근거조항 신설

시장개방과 그에 따른 기업활동의 국제화로 인하여 외국에서 외국사업자에 의한 경쟁제한행위가 국내시장의 경쟁을 저해하거나 소비자피해를 야기하는 경우가 늘어가고 있다. 우리나라에서도 오래전부터 공정거래법의 역외적용 가능성을 둘러싼 논의가 분분하였으나, 긍정설이 지배적이었고,<sup>9)</sup> 2002년과 2003년 공정위가 2건의 국제카르텔에 대하여 처음으로 공정거래법을 역외적용<sup>10)</sup> 하기도 하였다.

공정거래법의 직접적인 보호목적은 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁질서를 보호하는데 있고(동 법 제1조), 이때 국내시장에서의 경쟁을 저해하는 행위라면 외국사업자가 외국에서 행한 경쟁제한행위라도 우리나라의 공정거래법을 적용하는 것은 공정위의 당연한 책무이다. 그러나 차제에 역외적용의 법적 근거와 절차를 명확하게 규정하

9) 서헌재, 공정거래법의 역외적용: 실제규정의 역외적용을 중심으로, 통상법률 제23호(1998.10), 17면 이하; 이봉의, 독점규제법의 역외적용, 경쟁법연구 제4권(1992), 76~79면.

10) 공정위, 의결 제2002-077호, "6개 흑연전극봉 생산업체들의 부당한 공동행위에 대한 건"(2002.4.4); 의결 제2003-098호, "비타민 생산 6개 업체들의 부당한 공동행위에 대한 건"(2003.4.29).

여 불필요한 분쟁의 소지를 없애고, 외국사업자의 경쟁제한행위를 사전에 예방하기 위하여 개정법은 몇 가지 조항을 신설하였다.

먼저, 동 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에 적용되고(법 제2조의2), 문서송달은 행정절차법에 따르되 다만 국외에 주소를 두고 있는 외국사업자의 경우 국내에 대리인을 지정토록 하고, 이를 통해서 송달하며, 대리인을 지정하지 않은 경우에는 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상과 인터넷에 공고하도록 하였다(법 제53조의3).

한편, 공정거래법의 역외집행을 효율적으로 수행하기 위한 수단으로 국제협력을 빼놓을 수 없다. 경쟁법 집행상의 공조협정은 일방적인 역외적용에 따른 국가간 분쟁을 최소화하고, 경쟁법의 국제적 조화에 기여하는 장점이 있다. 이에 개정법은 공정위의 국제협력과 이를 위한 협정체결의 근거를 마련하고, “적극적 예양”(positive comity)에 입각하여 외국정부의 경쟁법 집행을 지원할 수 있도록 하였다(법 제36조의2 제1항, 제2항). 외국정부의 경쟁법 집행에 대한 지원은 그 나라와 체결한 협정 또는 별도의 협정이 없더라도 상호주의에 입각하여 이루어질 수 있다(동 조 제3항).

## 5. 손해배상제도의 개선

공정거래법 위반행위로 피해를 입은 자는 동 법을 위반한 사업자 또는 사업자단체에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다(법 제56조제1항). 손해배상은 금지청구(injunction)와 함께 경쟁법의 사적집행을 위한 대표적인 수단이며, 미국의 경우 대부분의 경쟁사건이 사적집행으로 해결되고 있다. 그러나 우리나라에서는 금지청구가 인정되지 않고, 손해배상 또한 거의 활용되지 않고 있었다. 이에 손해배상제도의 활성화를 위하여 개정법은 상당한 방향전환을 시도하였다.

먼저, 개정법은 공정거래법 위반으로 인한 손해배상책임의 성격을 보다 분명히 하였다. 종래에도 이를 불법행위책임으로 보는 견해가 통설<sup>11)</sup>이었으나, 이 경우 민법상의 불법행위책임과 어떠한 관계를 가지는지가 문제되었다. 그리고 구법은 이 문제를 입법적으로 해결하고 있었다. 즉, 구법 제57조제1항 단서는 동 법상의 손해배상청구는 민법 제750조의 규정에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지 아니한다고 규정함으로써 양자의 선택적 청구를 인정하고 있었다. 그러나 개정법은 무과실책임주의를 별도로 규정하던 법 제56조제2항을 삭제함으로써 불법행위책임으로서의 성격을 분명히 하였다. 그에 따라 양자의 관계를 규정하던 특칙이었던 구법 제57조제1항 단서와 동 법 위반에 따른 손해배상청구권의 소멸시효에 관한 특칙이었던 구법 제57조제2항이 모두 삭제되었

11) 이선희, 독점규제법상 손해배상청구, 「자유경쟁과 공정거래」(2002), 599면; 오창수, 공정거래법상의 손해배상제도의 활성화, 「기업과 법」, 도암 김교창 환갑기념 논문집 (1997), 783면.

다.<sup>12)</sup> 다만, 개정법은 사업자가 자신의 고의·과실이 없음을 입증할 경우 손해배상책임을 면할 수 있도록 하였고(법 제56조제1항 단서), 그 결과 고의·과실에 대한 피해자의 입증책임이 가해자인 사업자에게 전환되게 되었다(입증책임전환부과실책임주의).

그리고 손해배상의 활성화와 관련하여 그간 손해액의 입증곤란으로 피해를 구제받기 어려웠던 점을 고려하여 손해액의 인정제도를 도입하였다. 그에 따르면 동 법 위반행위로 인하여 손해가 발생한 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기가 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우 법원이 변론의 전 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다(법 제57조). 이때에도 손해액 입증을 위한 상당한 증거가 제출되어야 함은 물론이다. 끝으로 절차와 관련하여 개정법은 종전의 시정조치 전치주의를 폐지하여, 피해자가 공정위의 시정조치 유무 및 그 확정여부와 무관하게 바로 법원에 손해배상청구를 할 수 있게 되었다.

### III. 개정 공정거래법에 남겨진 과제

#### 1. 경제력집중억제의 향방 - Quo Vadis

금번 공정거래법 개정 과정에서 주로 논란이 되었던 쟁점은 경제력집중억제에 관한 것으로, 그 중에서도 출자총액제한의 존치여부가 가장 큰 화두였다. 그런데 눈에 띄는 것은 출자총액제한을 둘러싼 논의가 전적으로 동 제도의 본래 취지와는 다른 방향에서 이루어졌다는 점이다. 출자와 투자 개념을 둘러싼 불필요한 논쟁에서부터, 동 제도를 오로지 기업(집단)의 지배구조라는 틀에서 다루는 접근방법<sup>13)</sup>까지 모두 공정거래법이 경제력집중, 특히 일반집중을 규제하게 된 근거와는 동떨어진 것이기 때문이다.

경제력집중억제는 헌법 제119조가 지향하는 경제질서의 기본인 시장경제를 실현하는 기본법으로서의 공정거래법이 갖는 이념과 동 조 제2항에서 국민경제의 균형 있는 발전, 경제력남용의 방지 및 경제주체간의 조화를 통한 경제민주화라는 가치를 기반으로 한다. 따라서 경제력집중억제책의 필요성은 비단 특정 기업 내지 기업집단의 내부적인 소유·지배구조나 경영활동의 투명성 여부에 따라 좌우되는 것이 아니라, 과연 우리나라에서 소수의 기업집단에 어느 정도의 경제력이 집중되어 있는지, 그에 따라 대기업과 중소기업간

12) 따라서 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권도 민법 제766조의 일반원칙에 따라, 즉 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 않으면 시효로 소멸한다.

13) 김선구·류근관·빈기범·이상승, 출자총액제한제도의 바람직한 개선방안, 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터 (2003.10) 참조. 공정위가 2003년 11월 발표한 시장개혁 3개년 로드맵 또한 기본적으로 경제적, 실증적 논거만을 토대로 하고 있다는 점에서 그 맥락을 같이 한다.



의 괴리가 어느 정도 심각한 수준인지 등을 기준으로 판단되어야 하는 것이다.<sup>14)</sup> 반면, 소유·지배권리도나 의결권승수 등의 계량적 도구가 실질 소유권을 초과하는 지배력행사의 상태나 그 정도를 적절히 분석할 수는 있으나, 그로 인한 경제력 집중의 문제를 헌법상 경제질서의 관점에서 규범적으로 판단하는 데에는 별다른 도움이 되지 않는다.<sup>15)</sup>

이러한 관점에서 몇 가지 향후 과제를 지적하자면 다음과 같다. 하나는 경제력집중억제라는 가치가 여전히 타당한 정책목표인지에 대하여 진지한 논의가 필요하다는 점이다. 그러한 목표의 정당성이 확인될 경우, 기존의 정책수단의 적합성이 다시 논의되어야 할 것이다.<sup>16)</sup> 또한 자산규모 5조원 기준의 현실적 타당성뿐만 아니라 출자총액한도인 순자산의 25% 여부를 판단하는 절차 면에서 투명성제고가 이루어져야 한다. 동 제도가 1999년 12월 법개정으로 재도입된 이후에도 예외사유는 더욱 복잡다양해지고,<sup>17)</sup> 개개의 출자마다 그것이 한도에 포함되는지 여부를 담당사무관이 case by case로 판단함으로써 규제의 예측가능성이 높

지 않은 점도 개선할 필요가 있다.<sup>18)</sup>

다른 하나는 지주회사에 대한 접근방법이다. 먼저 지주회사란 기업집단을 형성하는 한 유형으로서, 각 기업의 사정에 맞게 탄력적으로 운영하되, 소액주주나 채권자 보호를 위한 구제수단을 회사법이나 증권거래법 등에 마련해 두는 것이 원칙이다. 즉, 기업의 조직형태나 운영방식을 스스로 결정하는 것은 “단체자치”(Verbandsautonomie)의 핵심요소인 것이다. 다만, 지주회사가 총수중심의 열관계를 유지·확대하는 수단으로 남용될 경우 회사형태의 가치중립성은 경제력집중억제라는 헌법적 가치와 충돌하게 되고, 그러한 한도에서 일정한 규제를 요하게 된다. 이러한 맥락에서 공정거래법이 지주회사에 관심을 갖는 것은 오로지 그것이 경제력집중을 유지·강화하는 수단으로 이용되는 폐해를 막는 데에서 그 정당성을 찾을 수 있다. 따라서 지주회사가 갖는 효율성을 최대한 발휘하게 하되, 그로 인한 경제력집중의 폐해만을 제거할 수 있는 합리적 규제수단이 강구될 필요가 있으며, 기존의 순환출자로 이루어진 기업집단에 비하여 지주회사를 이용한 기업집단이 본

14) 일반집중의 폐해와 규제필요성에 대해서는 홍명수, 출자총액제한제도의 정당성 검토, 법과 사회 제27호 (2004.12), 385~392면 참조.

15) 홍명수, 위의 글, 384~385면 역시 이와 같은 맥락으로 이해할 수 있다.

16) 이러한 논의 없이 도입된 대표적인 규제수단이 1986년 개정법의 지주회사에 대한 금지이다. 이러한 태도는 재벌체제 과정에서 다분히 미군정의 타의로 도입된 일본 독점금지법 제9조의 내용을 그대로 옮겨 놓았을 뿐, 그 당시나 IMF 이후 지주회사가 활용되기까지 우리나라에서는 경제력집중 내지 재벌형성의 수단과는 전혀 무관한 것이었기 때문이다.

17) 현재 출자총액제한에 대한 예외사유(법 제10조제1항 각호)가 6가지, 출자대상인 다른 국내회사의 주식에서 제외되는 경우(동 조 제6항 각호)가 4가지, 그리고 출자총액제한에 대한 적용제외사유(동 조 제7항 각호)가 4가지에 이르며, 시행령은 이를 더욱 세분화하여 규정하고 있다. 뿐만 아니라 1항·6항·7항의 판계도 지극히 모호하다.

18) 여타의 법 위반행위에 대한 시정조치가 공개되는 것에 반해서, 개별 출자에 대한 한도인정여부는 외부에서 전혀 알 수 없기 때문이다.

질적으로 경제력집중이라는 관점에서 보다 바람직한지는 의문이다.<sup>19)</sup>

## 2. 손해배상과 법집행의 효율화 - More Private Enforcement

손해배상제도의 활성화는 크게 피해구제의 원활화 및 공정거래법의 실효적 집행이라는 관점에서 일응 긍정적으로 평가할 수 있다. 다만, 개정법이 피해자의 손해배상청구를 실질적으로 용이하게 할 것인지는 의문이다. 왜냐하면 손해액 인정 제도를 통하여 손해액의 입증이 용이해진 반면, 무과실책임주의가 폐지되어 사업자의 면책가능성이 인정되었고, 원고적격이나 인과관계의 문제는 여전히 미해결의 상태로 남아 있기 때문이다. 더구나 손해액 인정을 위해서는 손해발생 사실 및 손해액 입증이 매우 곤란한 점만큼은 확실히 입증되어야 하는데, 이 또한 언제나 쉬운 문제는 아니다. 따라서 추후 손해배상을 실질적으로 용이하게 하기 위한 방안을 강구할 필요가 있다.

한편, 공정거래법은 짧은 역사에도 불구하고 우리나라에서 사업자의 시장행위를 규율하는 준칙으로 자리 잡고 있으며, 적용제의 산업의 점차적 폐지와 카르텔일괄정비법 등을 통해서 종래 정부 규제에 의해 경쟁이 상당히 제한되던 영역에도 시장 및 경쟁원리가 지배하게 되었다. 그리고 우리

나라의 사법시스템을 고려할 때 이러한 성과가 무엇보다도 공정위를 중심으로 한 공적집행에서 비롯된 것임에는 의문이 없다. 그리고 높은 수임료와 거래관계의 단절 우려 등으로 인하여 피해자가 손해배상을 활용하는 데에는 앞으로도 한계가 있다는 점에서, 공정거래법의 실효적 집행을 위해서는 공적집행을 개선하는 것도 매우 중요하다. 이를 위하여 합리적이고 투명한 절차운영과 이해관계인의 절차상 권리강화, 경쟁보호라는 목적에 충실하기 위한 공정위의 독립성과 전문성 확보, 그리고 사법심사를 통한 공정위의 재량권 통제강화 등이 이루어질 필요가 있다.<sup>20)</sup>

## 3. 역외적용 및 국제협력의 강화 - New Heaven and Earth

공정위는 지난 2건의 국제카르텔에 대한 역외적용과 그에 뒤이어 2003년 5월 개정된 '기업결합 신고요령'<sup>21)</sup>에 따라 국내기업의 외국기업 결합을 포함하여 외국기업간 기업결합에 대한 신고의 무규정을 통하여 역외적용에 대한 적극적 의지를 보이고 있다. 이를 토대로 개정법은 국내시장에 영향을 미치는 모든 법 위반행위에 대하여 역외적용의 근거와 송달 등의 기본적 절차를 명시함으로써 공정위의 개입영역을 대폭 확대하였다. 종래 국내에 소재한 사업자에 국한되던 실무가 명실상

19) 이러한 맥락에서 순환출자관계보다 지주회사의 소유·지배구조가 보다 단순하고 투명하다는 논거는 공정거래법이 지주회사를 규제하는 취지와는 거리가 있으며, 지배구조의 단순화를 통한 규제의 편의에만 기여할 뿐이라는 반론이 가능하다.

20) 상세한 내용은 이봉의, 공정거래법의 실효적 집행, 경쟁법연구 제10권 (2004), 1면 이하 참조.

21) 공정위 고시 제3002-1호 (2003.5.2). 외국기업간 기업결합에 대한 신고의무는 2003년 7월 1일 이후의 기업결합에 대해서만 적용된다.

부하게 외국에서 외국기업의 행위로 그 외연을 넓히게 된 것이다. 공정위가 국내시장에서의 경쟁보호를 주된 책무로 한다는 점에서 이러한 변화는 오히려 늦은 감이 있을 정도로 당연한 것이다.

다만, 시장의 국제화추세와 다국적기업의 영향력 증대에 따라 공정거래법을 역외적용 할 필요성은 인정되더라도, 국제적으로 이루어지는 경쟁제한행위에 대해서 어느 한 나라의 독점금지법만으로는 적절히 대처하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 이와 관련해서 최근 집중하고 있는 경쟁당국간의 협력에 주목할 필요가 있다. 외국 경쟁당국과의 협력은 무엇보다 그 집행상의 효율성은 물론이고 실체법의 적용 면에서도 보다 많은 예측가능성과 일관성을 가능케 하기 때문이다. 이러한 이점은 비단 공정거래위원회의 법집행 절차에서

뿐만 아니라 국내외 기업에게도 돌아가게 되는데, 기업으로서는 둘 이상의 관할권을 갖는 나라에 따라 상이한 법규범과 중복되는 시정조치로부터 벗어날 수 있을 뿐만 아니라, 증거수집에 어려움이 있거나 시정조치의 집행에 어려움이 있는 경우에도 동 법의 역외적 집행을 가능케 하기 때문이다. 개정법이 국제협력 및 협정체결의 근거를 명시적으로 규정한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 다만, 국내에서 역외적용을 위한 실체법적, 절차법적 장치를 충분히 마련한 이후에야 미국이나 유럽연합 등과 대등한 지위에서 쌍무협정의 체결을 비롯한 국제협력을 합리적으로 추진할 수 있다는 점에서 공정거래법의 역외적용 기준과 절차를 법 위반행위의 유형별로 보다 명확히 정비할 필요가 있다. **경쟁저널**