

# 새 정부의 공정거래정책; 공정거래법의 집행을 중심으로



중앙대학교 교수, 공정거래위원회 경쟁정책자문위원 | 서헌제

## 1. 들어가는 말

기업 규제 완화를 통한 투자 활성화와 일자리 창출, 이를 통한 선진국으로의 진입이 새 정부의 경제정책 기조로 알려지고 있다. 이는 10년에 걸친 좌파정부의 지나친 분배와 지역 균형 발전 실험의 결과로부터 초래된 경제 활력 저하와 소득 감소에 대한 국민의 실망과 염증을 반영한 것이라고 하겠다. 대기업 CEO 출신인 이명박 대통령은 자신의 기업경영 경험을 바탕으로 규제 완화의 필요성을 절감하였기 때문에, 과거 정부 출범 때마다 반복되는 '구호로서의 규제 완화'에 그치지 않을 것이라는 기대를 가지게 한다.

공정거래법에 의한 대기업 규제도 새 정부가 목표로 하는 개혁의 대상임은 분명하다. 신임 백용호 공정거래위원회 위원장이 취임 일성(一聲)으로 그동안 대기업을 옥죄는 대표적인 규제로 지목되었던 출자총액제한제도(출총제) 폐지를 내건 것만 보아도 이를 알 수 있다. 들리는 말에 의하면 공정위가 관장하는 거의 대부분의 법제를 “이번에 법을 새로 제정한다”는 각오로 대폭적인 손질을 할 것이라고 하니, 공정거래법의 운용에 있어서도 대대적인 변화가 있을 것으로 예상된다.

그런데 공정거래 규제는 다른 인허가 규제와는 본질이 다른 것임을 명심할 필요가 있다. 기업 규제 완화는 기업의 활동을 시장에 맡겨두고 정부는 되도록이면 간섭하지 않는다는 뜻이다. 그런데 이러한 규제 완화가 투자와 기업경영의 활성화라는 소기의 목표를 달성하려면 시장이 제대로 작동되고 있다는 전제가 성립되어야 한다. 잘 알려진 대로 공정거래법은 시장이 제대로 기능하도록 하기 위해 이를 왜곡하는 행위 등을 규제하는, 축구로 말하자면 '심판 규칙'인 셈이다. 그러므로 기업 규제를 완화할수록 오히려 공정거래정책은 엄격하게 집행해야 한다는 점에서 공정거래 규제의 양면성을 쉽게 들여다 볼 수 있는 것이다.

그러한 취지에서 이 글에서는 기업 규제 개혁에 따르는 공정거래법 집행의 방향과 그 문제점들을 짚어보기로 한다.

## 2. 현행 집행체계 개관

공정거래법의 집행은 그 대상인 기업의 입장에서 보면 규제인 셈이다. 이러한 공정거래 규제에는 특정 대기업집단 또는 일정 규모 이상의 대기업만을 대상으로 하는 규제와 모든 기업을 대상으로 하는 규제로 나누어 볼 수 있다. 또 공정거래법상의 유형별로는 시장지배적 사업자의 규제, 기업 결합과 경제력 집중 억제, 카르텔 규제, 불공정거래행위 규제 등으로 구분할 수 있다. 나아가 규제 수단별로는 시정명령 등의 행정적 규제와 사법당국에 대한 고발과 형사처벌로 이루어지는 형사적 제재가 있다. 이외에도 공정거래법의 집행은 민사소송을 통한 사적구제의 방식이 있으나, 그 활용 실적은 미미하다.

### 2.1. 시정조치

시정조치는 공정거래법령 위반상태를 해소하기 위해 특정 행위를 금지하거나 의무를 부과하는 행정적 제재수단이다. 시정조치의 유형에는 다양한 방식이 있는데 향후 동일한 행위를 금지하는 명령 또는 통지명령이 가장 전형적인 조치이고, 이외에도 보고명령, 합의파기명령 또는 정보교환 금지명령(카르텔의 경우) 등도 있다. 특이한 것으로는 시정명령을 받은 사실의 공표명령이 있는데, 이것은 이중(二重)제재라는 지적이 제기되고 있다.

### 2.2. 과징금 부과

시정조치와 함께 가장 강력한 공정거래법상의 규제는 과징금의 부과이다. 과징금은 범위반행위로 인해 취득한 부당이득을 환수한다는 취지와 함께 행정제재·벌적 성격을 공유하고 있다. 따라서 과징금은 위반행위의 내용이나 정도·기간·횟수와 함께 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작해서 부과한다. 과징금의 상한선은 국내 관련 매출의 10%이지만 현실적으로는 3~4% 정도에서 부과한다. 이는 미국이나 EU와 비교할 때는 아직 미흡한 수준이지만, 업계에서는 우리나라의 경제 규모에 비해 너무 과도하다는 불만이 제기되고 있다.

또 과징금 산정에서는 객관성과 투명성이 부족하다는 점이 문제로 제기된다. 특히 과징금액 산출의 기초가 되는 ‘관련 매출액’을 일본의 경우에는 ‘당해 상품’으로 한정하는데 비해, 우리는 ‘관련 상품’ 전체를 대상으로 하고 있다는 점에서 큰 차이가 있다는 지적이 제기되고 있다.

따라서 각 위반행위 유형별로 과징금 부과 수준을 적정화하고 형사벌의 일종으로 부과되는 벌금

과의 관계도 정립할 필요가 있다. 가령 카르텔과 같이 소비자 피해가 큰 유형은 과징금을 보다 강화하는 한편, 굳이 과징금을 부과할 필요가 없는 행위 유형에 대해서는 이를 삭제하는 방향으로 과징금제도가 재검토되어야 할 것이다.

### 2.3. 형사적 제재 - 전속고발제도

공정거래법은 모든 유형의 범위반행위에 대해 시정조치 및 과징금 부과와 함께 형벌규정을 두고 있다. 미국은 독점금지법 위반에 대해 엄격한 형사책임을 묻고 있지만, 이는 시정조치와 과징금을 부과하지 않기 때문이다. 우리와 같이 행정규제 위주의 EU에서는 별도의 형사책임을 묻지 않는다. 따라서 행정제재 이외에 다시 형사제재를 가하는 것은 중복제재라는 지적이 제기된다. 특히 과징금과 형사벌로서 부과되는 벌금과는 그 법적 기초는 다를지라도, 결과적으로는 범위반에 대한 금전적 부담을 지우는 것이라는 점에서는 동일하기 때문에 문제시 되는 것이다.

공정거래법 위반행위는 기업경영 활동과 밀접하게 결합되거나 그 영업활동 자체로서 행해지기 때문에 검찰이 직접 개입하는 형벌 부과가 무제한적으로 허용된다면 기업 활동이 위축될 우려가 있다. 따라서 보완적 규제수단인 형사제재의 과잉을 막기 위한 여과장치로 전속고발제도를 두고 있다.

이와 같이 형사제재에 대한 이니셔티브(Initiative)를 검찰이 아닌 공정위에 주는 것이 합헌적인가에 대한 논란이 끊임없이 제기되어 왔고, 소비자단체들은 '전속고발제도가 범위반 기업에 대한 형사처벌 면죄부를 주는 특권'이라고 공격하고 있다. 이리하여 전속고발제도가 부당하게 남용되지 않도록 하기 위해 공정위의 고발의무와 검찰의 고발요청권을 도입했고, 최근에는 행위요소별로 계량화하여 일정 점수 이상일 경우에는 원칙적으로 고발하는 등 고발지침을 개정하고 있다. 또한 공정위와 검찰 간에 공정거래사범협의회의 내실화나 정보 교환 등의 협력방안이 모색되고 있다.

그러나 형사제재에 대해서는 근본적인 차원에서 재검토가 필요하다고 하겠다. 즉, 모든 범위반행위에 대해 예외 없이 형사처벌 규정을 두는 현행법은 재고되어야 한다. 헌법재판소도 "공정거래법 위반행위에 대한 형벌은 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자 일반에 미치는 영향이 특히 큰 경우에 제한적으로 활용되어야 한다"는 입장을 밝힌 바 있다. 따라서 악질적인 범위반행위, 가령 담합과 같은 경성카르텔의 경우를 제외하고는 불공정행위 등에 대한 형사처벌 규정을 폐지하고 경제벌로서 일원화해야 한다.

### 3. 공정거래법 집행의 방향

앞에서 언급한 대로 기업 규제가 완화 될수록 공정거래법의 집행은 강화되어야 한다. 그러나 공정거래법의 집행이 강화되어야 한다는 것이 반드시 현행과 같은 행정규제 위주의 집행 강화를 의미하는 것은 아니다. 오히려 규제당국의 타율적 집행보다는 규제대상인 기업들의 자율적 집행을 독려하는 방향으로 전개되어야 하고, 나아가 규제당국과 피규제자 간의 협력과 타협에 의한 집행 방식을 모색할 필요가 있다. 전자는 이른바 기업의 자율준수프로그램(CP)이고, 후자는 리니언시제도(Leniency Program)와 동의명령제도라고 할 수 있다. 나아가 현재까지 매우 미미한 수준에 머물러 있는 사적집행의 활성화를 꾀하는 방향으로 전개되어야 할 것이다.

#### 3.1. 동의명령제도의 도입

동의명령제도는 범위반 혐의가 있는 행위에 대해 규제기관이 일도양단(一刀兩斷)적으로 위법 판단을 내리고 행정제재를 가하기보다는, 당사자와 사전협의를 통해 시정방안을 마련하고 사건을 종결하는 절차를 말한다. 규제당국이 사건에 대한 범위반 여부를 추궁하지 않는 대신 기업은 문제된 행위를 중단하고 그와 관련된 일정한 조건을 이행하기로 합의함으로써 사건을 조기에 종결짓는, 규제자와 피규제자 간의 타협적 집행방식이다(홍준형·김정희, “공정거래법상 동의명령제의 도입 방안에 대한 연구”, 356).

동의명령제도는 미국에서 발전한 제도로서 최근에 와서는 EU 및 각국에서도 도입하기 시작했다. 그 명칭도 미국에서는 동의명령(Consent Order), 일본에서는 동의심결(同意審決), EU에서는 서약(Commitment), 합의해결 등 다양하다. 우리나라의 약식절차나 시정권고 등이 이와 유사한 기능을 하고 있지만, 피규제자인 사업자가 능동적으로 시정에 필요한 조치를 강구해서 규제당국과 문제를 해결하는 동의명령제도와는 근본 취지가 다르다고 하겠다. 아직 국내에서는 시행하고 있지 않은 동의명령제도는 한미 FTA의 합의사항이므로 FTA가 발효되면 바로 시행에 들어갈 것으로 보인다.

동의명령제도는 정식의 심판절차를 거치는데 소요되는 시간과 행정비용을 절감할 수 있다는데 그 도입 취지를 찾을 수 있다. 특히 M&A 사건과 같이 구조적인 시정조치가 필요한 경우, 당해 산업과 기업에 대한 충분한 정보를 가지지 못한 규제당국으로서 기업의 협력 없이는 적절한 시정 조치를 찾아내기가 쉽지 않는 상황이므로 동의명령제도가 큰 효용성을 발휘할 수 있다. 또 기업의 입장에서든 행위의 위법성을 시인하지 않으면서도 적절한 시정을 약속함으로써 소송 지연으로 인

한 시간과 비용을 절감할 수 있다는 점에서 매력적이라고 할 수 있다.

다만 동의명령제도는 “규제당국과 피규제자가 밀실에서 야합해서 적당히 사건을 얼버무리는 것이 아닌가” 하는 의혹을 받을 소지가 다분히 있다. 따라서 공정성을 어떻게 확보할 것인가 하는 점이 동의명령제도 활성화에 있어서 가장 큰 관건이 되고 있다. 미국이나 EU에서는 이해관계인들로부터 의견수렴절차를 두고 있는데, 우리 실정에서 보면 이러한 절차는 정식 심결절차보다 더 많은 시간을 소요할 가능성이 크다고 하겠다. 따라서 우리나라에서는 관련 전문가 풀(Pool)을 확보해서 이들의 의견을 듣게 하는 방안이 고려될 수 있다(조성국, “독점규제법사건의 합의해결에 대한 국제동향과 시사점”, 19).

동의명령제도를 도입할 경우 그 범위도 문제가 되는데, 일반적으로 위법성이 강한 경성카르텔의 경우는 제외되어야 한다고 본다. 카르텔의 경우에는 동의명령보다는, 다음에 서술할 리니언시제도에 의해 해결하는 것이 적법성과 효율성을 도모할 수 있다고 보기 때문이다. 그리고 기업이 동의명령을 이행하지 않을 경우 그 구속력을 담보할 방법도 강구해야 하는데, 우리나라는 시정명령의 불이행에 대해서는 형사처벌을 할 수 있기 때문에 이에 준해서 처리하면 될 것이다.

### 3.2. 리니언시제도의 강화

리니언시제도는 카르텔 관련 사실을 자진신고한 기업에 대해 과징금이나 형사고발 등의 제재조치를 면제해주거나 감경함으로써 카르텔 적발율을 높이기 위한 제도이다. 카르텔은 그 속성상 은밀하게 이루어지는 경우가 많아 이를 적발하고 시정하기가 실제로 어렵다. 미국과 같이 규제당국의 정보수집체계가 잘 구축되어 있는 경우에도 적발될 확률은 13~17%에 불과하다고 하는데, 우리나라는 공정위의 강제조사권이 뒷받침되지 않아 그 확률은 더욱 낮을 것으로 생각된다. 따라서 카르텔에 가담한 기업들의 자진신고를 유발하기 위한 리니언시제도는 카르텔 규제 강화를 위해서는 반드시 필요한 제도라고 하겠다.

우리나라는 이 제도를 1996년에 최초로 도입했으나 그 실적이 미미하다가, 2005년에 카르텔에 대한 과징금이 매출액의 10%로 강화되고, 리니언시고시(「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치등 감면제도운영고시」)의 제정을 통해 제도의 투명성과 예측가능성이 개선되자 그 활용 실적이 현저히 늘어나고 있다. 리니언시제도의 활성화를 통해 효과적으로 카르텔에 대처하기 위해서는 무엇보다도 카르텔 신고자에 대한 확실한 인센티브가 부여되어야 하는데, 종래에는 감면요건에 해당돼도 공정위에 재량에 따라 감면 여부가 결정되는 등 불확실성이 컸기 때문에 카르텔 가담자들이 자진신고를 기피할 수밖에 없었던 것이다.

리니언시고시(2007년 12월 31일 개정)는 카르텔 참여자로서 공정위의 조사 개시 이전에 카르텔을 입증하는데 필요한 증거를 제공한 '자진신고자'와 조사 개시 이후에 증거를 제공한 '조사협조자'로 구분하고 있다. 최초의 자진신고자의 경우 ① 공정위가 카르텔에 대한 정보를 입수하지 못하였거나 카르텔을 입증하는데 필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태에서 자진신고 하였고 ② 카르텔과 관련된 사실을 모두 진술하고 관련 자료를 제출하는 등 조사가 끝날 때까지 성실하게 협조하였고 ③ 카르텔을 중단하였으면 과징금과 시정조치를 면제한다. 최초의 조사협조자의 경우에는 과징금을 면제하고 시정조치를 감경하거나 면제한다. 그리고 두 번째 자진신고자와 협조자의 경우에는 과징금을 50% 경감하고 시정조치를 감경할 수 있도록 하였다. 이와 같이 일정한 요건에 해당하면 자동적으로 과징금과 시정조치 등을 감면할 수 있도록 함으로써 규제당국의 재량적 판단 여지를 축소하는 것이 제도 개선의 초점이다.

문제는 형사고발이다. 리니언시고시 제20조에 의하면 자진신고자와 조사협조자의 지위를 확인 받은 경우에는 고발이 면제되지만 중대한 경쟁질서 위반의 경우, 가령 경성카르텔에 대해서는 고발을 면제하지 않고 있다는 점이다. 검찰은 이른바 고소·고발불가분의 원칙에 따라 자진신고자에 대해서도 고발요청권을 발동하여 다른 카르텔 가담자와 함께 기소하고 있는 실정이다. 이는 기소 독점주의를 취하고 있는 우리나라에서 검찰과의 협상(Plea Bargaining)이 허용되지 않는다는 입장을 고수하기 때문이라고 보이는데, 리니언시제도 활성화를 가로막는 최대의 장애가 되고 있다. 따라서 이 점에 대해서는 양 기관의 협의 하에 해결책을 마련해야 할 것이다.

### 3.3. 사적집행제도의 활성화

사적집행이란 공정거래법 위반으로 피해를 입은 당사자가 법원에 위법행위를 한 기업을 상대로 손해배상을 청구하거나 당해 위법행위의 금지를 청구하는 제도로, 이를 통해 공정거래법의 집행을 간접적으로 담보하는 제도이다. 잘 알려진 대로 미국은 주로 이러한 사적집행을 통해 세계에서 가장 엄격하고 효율적으로 독점금지법을 시행하고 있다. 우리나라의 경우는 소송에 친숙하지 않은 국민정서 때문인지 손해배상청구를 통한 법집행은 매우 미미한 실정임을 감안해, 이를 활성화하기 위한 제도 개선이 꾸준히 이루어져 왔다. 특히 2004년 법 개정을 통해 무과실책임원칙 대신 고의 과실에 대한 입증책임을 사업자에게 전환시켰으며, 시정조치 선회정주의와 단기소멸제도에 관한 규정을 삭제하는 대신 손해액의 인정에 관한 규정을 새로 신설하였다.

그리고 손해배상청구를 활성화하기 위해 입찰담합, 가격담합과 같이 위법행위의 피해자가 정부 기관이거나 공기업인 경우에는 손해배상소송 제기를 의무화하는 방안이 강구되고 있다. 한 예로

2002년에는 군납유류 입찰담합에 대해 국방부가 소송을 제기하여 1심에서 810억 원의 배상판결을 받은 바 있다. 또한 가격담합에 관해서 공정위가 조치를 내린 사안에 대해 소비자 또는 소비자단체가 소송을 제기할 경우, 이를 지원하는 방안도 강구되고 있다.

그러나 사소(私訴, 손해배상청구)의 활성화를 위해서는 소제기에 따르는 인센티브를 어떻게 부여할 것인가, 또 소비자소송이 가지고 있는 집단적 구조를 현행 민사소송제도와 어떻게 접목시킬 것인가 하는 점이 해결되어야 할 것이다. 이를 위해서는 현재 증거거래법에 일부 도입되어 있는 집단소송제를 활용하는 방안과 소제기자가 상대방 또는 제3자가 가지고 있는 정보를 취득할 수 있도록 하는 증거개시절차(Discovery), 실손해배상원칙의 예외를 허용하는 3배 배상제도(Treble Damages)의 도입 등이 필요하다.

금지청구제도가 미국에서 가장 보편적인 독점금지법 집행방법이지만 우리나라의 공정거래법에는 아직 도입되어 있지 않다. 그러나 최근 일본이 이를 도입했고, 우리나라에서도 지적재산권법 분야에서는 많이 이용되고 있다. 다만 금지청구제도는 경쟁법 집행의 주도권을 공정위가 아닌 일반 법원에 맡긴다는 점에서, 시장구조에 대한 이해와 경제 분석이 필요한 공정거래법사건의 해결에 대한 전문성을 담보할 수 있는가에 대한 의문은 여전히 남아있다.

### 3.4. 자율준수프로그램(CP)

공정거래법은 자율적 규제가 아닌 자발적 준수를 통해 집행되는 것이 가장 이상적이다. 즉, 기업의 경쟁문화를 통한 공정거래제도의 확산이 필요하며, 이를 위해 자율준수프로그램(Compliance Program; CP)의 정착이 요구된다. 2001년 「공정거래준수자율규범」의 제정으로 시작된 CP는 짧은 기간 동안 괄목할 만한 성장세를 보이고 있으며, 현재는 대기업은 물론이고 웬만한 중견기업도 이를 앞 다퉈 시행하고 있다.

CP가 성공적으로 뿌리내리려면 기업들의 자발적인 참여와 각오도 필요하지만, CP에 대한 평가를 통한 인센티브의 제공이 큰 역할을 담당하게 될 것이다. 공정위는 「공정거래위원회의 회의운영 및 사건처리절차 등에 관한 규칙」에 'CP의 모범적 설계·운영에 관한 기준'을 정하여 CP를 성실히 운영하는 사업자에게 인센티브를 제공하고 있다. 이 규칙에 의하면 인센티브 제공을 단계별로 구분하여 CP를 실질적으로 도입·운영하는 경우를 제1단계로 하고, 제1단계의 요건을 충족하고 당해 위반행위를 사전에 시정한 경우를 제2단계로 정하고 있다. 다만 인센티브 적용의 제외 사유로 CP 담당자가 위반행위에 개입한 경우와 부당공동행위 등을 들고 있다.

이와 같이 CP 활성화를 위한 상시평가제도 등이 모색되고 있지만, 이는 어디까지나 기업의 자발적인 참여를 전제로 하고 있다는 점에서 그 효과에 일정한 한계가 있다고 할 것이다. 보다 본격적으로 CP를 뿌리내리게 하기 위해서는 각 기업 내에서 CP를 운용하고 관리하는 책임자를 법정(法定)할 필요가 있다. 이러한 의미에서 금융권에서 시행되고 있는 '준법감시인' 과 유사한 '공정감시인(Fair Officer)' 제도를 도입하는 방안을 모색해야 할 것이다.

#### 4. 맺는말

이 글을 통해서 공정거래 규제의 현황과 향후 중점적 개선방향을 간단하게 모색해 보았다. 공정거래 규제는 일반적인 인허가 규제와는 달리 시장에 의한 자율적 규제가 이루어지도록 하는 울타리가 되어야 한다는 점에서, 새 정부가 강하게 드라이브를 걸고 있는 규제 완화와 병행하여 강화되어야 할 것이다.

공정거래 규제도 종래의 행정집행 일변도의 규제방식에서 과감하게 탈피할 필요가 있다. 즉, 공정거래법의 집행을 공정위가 독점해서는 안 된다는 것이다. 따라서 법원의 협력을 전제로 하는 사적집행을 강화하고, 기업의 자율준수를 활성화하는 방향으로 무게의 중심이 이동되어야 한다.

그리고 행정적 집행의 경우에도 과거와 같이 규제당국의 일방적인 지시와 사업자의 순종이 아니고, 양자 간 협력을 통해 보다 타당하고 효율적인 집행방안을 모색해야 할 것이다. 그러한 관점에서 동의명령제도를 조속히 도입하고 리니언시제도의 활성화를 꾀해야 할 것이다.