

〈특집〉

『서울대학교 法學』 50년: 경제법의 회고와 전망

李 奉 儀*

I. 머리말

1. 논의의 배경

‘서울대학교 법학’이 1959년 6월을 기점으로 탄생 50주년을 맞게 되었다. 서울대학교 법과대학의 역사만큼이나 법학관련 학술지로서는 오랜 궤적을 그려온 ‘서울대학교 법학’은 전후 한국의 정치·경제·사회변동을 그대로 투영하고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 특히 경제법 분야는 경제헌법을 토대로 우리나라의 경제질서를 구체화하는 법규범의 총체로서, 경제발전과 그에 따른 시장과 정부의 관계를 직·간접적으로 다루고 있는바, 우리나라에 고유한 기업과 규제 및 소비자의 문제를 폭넓게 다루어왔다.

그런데 ‘서울대학교 법학’의 50년 역사에 비추어보자면 경제법 게재논문이 모두 27편으로서 결코 많지 않은 숫자이다. 그런데 사정을 들여다보면 나름 이해하지 못할 바도 아닌 듯싶다. 독일에서는 경제법이라는 범영역이 19세기 말 처음 태동되었고, 그 후 제2차 세계대전이 끝나고 1957년에 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB)이 제정될 때까지도 경제법이라는 범영역의 독자성이 오랫동안 다투어졌고, 경제법을 연구하는 연구소가 여러 개 생겨났다.¹⁾ 그 후 경제법이라는 명칭을 붙인 전문학술지가 다수 발간되었고, 경제법의 여러 쟁점에 관한 논문과 단행본이 쏟아져 나왔다.

그에 비하면 우리나라의 경제법 연구를 위한 인적, 물적 인프라는 비교할 수 없을 만큼 취약하였고, 여타 분야에 비하여 이러한 사정은 현재까지도 마찬가지이다. 특히, 경제법을 전공한 인력이 절대적으로 부족한 상태에서 ‘서울대학교 법학’은 영미법계에서는 찾아볼 수 없는 경제법이라는 범영역을 독자적인 분야로

* 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수

1) 권오승, 경제법 제7판, 2009, 3면 이하.

체계화하고, 초기에 경제법을 정착·발전시키는 데에 지대한 공헌을 한 것으로 평가할 수 있다. 이러한 맥락에서 다른 전공분야에 비하여 비록 게재된 논문의 수는 많지 않으나, 지난 50년간 ‘서울대학교 법학’에 투영된 경제법의 쟁점과 논의의 변천과정을 살펴보는 것은 향후 경제법의 발전방향을 모색하는 데에도 매우 유익할 것으로 판단된다.

2. 개괄적 소개

‘서울대학교 법학’에 지금까지 경제법과 관련하여 게재된 것으로 분류된 논문은 모두 합쳐 27개에 불과하다. 어떤 논문이 경제법에 관한 것인지가 일부 모호할 수는 있으나, 아래에서는 경제법분야가 크게 독점규제법과 산업규제법, 소비자법으로 구성되어 있다는 입장에서 해당 논문들을 살펴보기로 한다. 다만, 법경제학 관련 논문은 전통적인 분류에 따르자면 기초법의 일 분야로 이해되기 때문에, 여기서는 다루지 않는다. 그간 ‘서울대학교 법학’에 실린 경제법 분야의 연구 성과를 경제법의 기본법이라 할 수 있는 1980년의 독점규제법 제정을 기준으로 도표를 통하여 시기적으로 개관하자면 다음과 같다.

구분(분야/시기)	경제법 일반	독점규제법	소비자법	산업규제법	계
독점규제법 제정 이전 (1959.6.~1980)	1	2	-	-	3
1981~1990	1	-	-	-	1
1991~2000	2	2	3	-	7
2001~2009.5.	1	9	3	3	16
계	5	13	6	3	27

먼저, 1980년 12월 우리나라에 비로소 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하 “독점규제법”이라 한다)이 제정되기 이전에 게재된 논문은 모두 3개이다. 경제법이나 독점금지법 자체가 생소하던 시기인 탓에, 주제는 대체로 경제법의 독자성에 관한 것이거나 세계 최초의 독점금지법인 1890년 미국의 셔먼법(Sherman Act)에 관한 소개였다. 1981년부터 1990년까지 근 10여년간 우리나라의 경제법에 관한 논문은 전혀 없었고, 1990년 서울대학교 법과대학을 방문하였던 독일의

Fritz Rittner 교수가 강연한 것을 번역한 것이 1편 있을 뿐이다.

우리나라의 경제법에 관련된 논문은 1990년대에 들어오면서 비로소 ‘서울대학교 법학’에 게재되기 시작하였다. 1991년부터 2000년 사이에 ‘서울대학교 법학’에 게재된 논문 7편을 살펴보자면, 독점규제법에 관한 것은 2편에 불과하고 소비자보호법, 약관규제법 등에 관한 논문이 3편으로 가장 많았으며, 나머지 2편은 각각 중국 경제법과 우리나라의 전후 경제법에 관한 논문이었다. 즉, 적어도 ‘서울대학교 법학’에서는 2000년까지 독점규제법의 핵심 주제를 본격적으로 다룬 논문이 거의 없었던 것이다.

경제법의 세부 주제를 본격적으로 다룬 논문은 2001년 이후에 비로소 등장하기 시작하였고, 2009년 3월까지 모두 16편에 달하고 있다. 2001년과 2002년에도 재벌규제에 관한 논문 1편을 제외하면 여전히 소비자법이나 부정경쟁방지법 등 주로 사법적 성격이 상대적으로 강한 분야에서 논문이 게재된 반면, 2002년 9월 이후 현재까지는 소비자법에 관한 논문이 전혀 없는 반면, 경제법의 나머지 두 분야, 즉 독점규제법과 산업규제법에 관한 논문이 전부를 차지하고 있다.

II. 개별 논문에 대한 검토

1. 경제법 일반

지난 50년간 경제법 일반에 관하여 ‘서울대학교 법학’에 게재된 논문은 모두 5편이었고, 그 중 2편은 각각 독일 및 중국 경제법의 체계에 관한 것이었다.

먼저, ‘서울대학교 법학’ 발간 후 근 20여년만에 게재된 최초의 경제법 논문은 “경제법의 독자성에 관한 비교법적 고찰”(한정현, 1978)이었고, 최초라는 이름에 걸맞은 주제를 다루고 있다. 이 논문은 경제법의 독자성을 규명하기 위하여 독일, 오스트리아, 프랑스를 비롯하여 당시 사회주의국가이던 유고슬라비아와 루마니아의 경제법에 이르기까지 비교법적으로 폭넓게 검토한 후, 무엇보다 독일 괴팅겐 대학교의 경제법 교수였던 Gerd Rinck의 견해에 따라 경제법은 “경제규제에 관한 법”으로서 국가가 경제를 규제하는 목표에 의하여 경제법의 대상이 정해진다고 보았다. 그리고 우리나라 헌법의 제 규정을 통하여 사회적 복지국가원리를 도출한 후, 이러한 목표를 실현하기 위한 각종 경제관계 법률, 사적 소유권의 보장, 경쟁원리의 유지 등을 경제법의 원리로 설명하면서, 그로부터 우리나라 경제법의 헌법적 성격 및 독자성을 엿볼 수 있다고 하였다.

이어서 경제법 일반에 관한 두 번째 논문인 “6.25 전쟁과 경제법의 전개”(권대우, 2000)는 전쟁이라는 극한적인 경제·사회적 변화가 새로운 규범의 출현을 유도한다는 점을 제1차 세계대전 당시 독일의 전시경제법제와 6.25 당시 한국정부의 경제통제법제를 비교하는 방법으로 서술하고 있다. 전쟁을 위하여 국가자원의 조달에 총력이 모아지고, 이를 위하여 경제활동에 대한 공법적 개입이 광범위하게 이루어졌다는 점에서 양자의 공통점을 찾을 수 있는 반면, 이제 막 식민지에서 벗어나 자율적인 경제체제를 구축하는 초기 과정에 있던 한국의 경우에는 독일에 비하여 경제통제를 위한 실체법이나 절차법의 정비 등 규범화라는 측면에서 미진한 점이 많았다는 점이 지적되었다.

한편, “경제법의 이론과 체계”(F. Rittner, 1990)는 독일, 유럽 경제법의 이론과 체계 및 동구권국가의 경제발전과 경제법을 서술하고, 시장경제에서 기업법과 경쟁법의 의미를 설명하였다. 특히, 대륙법계의 나라에서 공사법 이분론이 그대로 유지되더라도, 체계적인 범주로서의 경제법은 향후 보다 확고한 지위를 차지하게 될 것이라는 전망과 함께 비록 법질서에 따라 경제법의 내용은 상당히 다를 것이지만 시장경제가 발전하기 위해서는 적어도 고권적인 규제가 점점 더 세련될 필요가 있다는 지적은 우리나라에도 시사하는 바가 적지 않다.

그리고 “중국 경제법의 체계와 현황”(김영춘, 1994)은 1992년 당시 중국이 사회주의 시장경제를 목표로 설정하여 개혁·개방을 추구하는 상황에서 중국 경제법의 역사적 전개과정을 개관하고, 중국의 다분히 특이한 경제법 체계를 소개하는 한편, 당시까지의 현황을 서술하고 있다. 특히, 중국이 시장경제체제로 전환한다는 것은 법치로의 전환을 의미하며, 그 결과 개혁·개방은 필연적으로 경제법의 발전에 끊임없이 새로운 도전과 자극이 될 것이라는 지적을 통하여, 체제전환국의 경제법이 어디로 나아갈지에 대한 방향을 제시하였다.

끝으로 “경제적 경쟁에 있어서 국가의 역할”(권오승, 2004)에서는 시장경제에서 국가의 역할을 시장감시자, 시장참여자 또는 시장형성자, 시장보완자로서의 역할로 세분하고, 이들 각각의 역할을 위한 법제도를 독점규제, 공적급부, 규제완화 및 민영화, 중소기업·소비자의 보호 등으로 나누어 설명함으로써 향후 우리나라의 시장경제가 발전하고 경제적 경쟁이 제대로 기능하기 위한 독점규제법의 정체성과 역할을 명확히 하였다. 뿐만 아니라 이 논문에서 제시된 것과 같이 국가의 역할에 대한 차별화된 접근은 그 후 우리나라에서 공기업의 민영화 및 규제산업의 경쟁원리 도입과정에 적지 않은 영향을 미치고 있다.

2. 독점규제법

법학에서 다루어진 독점규제법 관련 논문은 세계에서 처음으로 독점금지법제를 마련한 미국의 예를 소개하는 것에서 시작되었다. 먼저, “독점기도 및 독점행위의 연구”(한정현, 1979)는 서면법 제2조에서 금지하고 있는 독점행위(monopolization)와 독점기도(attempt to monopolize)를 소개하고, 다분히 모호한 ‘기도’ 요건의 확대적용에 대한 이론적 비판을 다루는 한편, 향후 우리나라에서도 독점규제법을 입법하여 운용함에 있어서 어떤 기업이 독점력을 획득하고자 하는 경우에 사전규제를 어떻게 해야 할 것인가에 관하여 이러한 논의가 많은 시사점을 줄 수 있다고 한다. 실제로 이 문제는 우리나라에서도 독점규제법 제3조의2가 규정하는 시장지배적 지위남용을 인정함에 있어서 사업자의 의도가 필요한지, 그 의도는 어떤 내용이어야 하며, 어떻게 입증할 수 있는지 등을 둘러싸고 한창 논의가 진행되기 시작하였다.

이어서 “샤먼법 제2조의 섭외판례 연구”(한정현, 1980)는 오늘날 독점금지법의 역외적용(extraterritorial application)으로 널리 알려진 주제에 관한 것이다. 이 논문에서는 주로 역외거래에 대하여 서면법 제2조를 적용한 미국의 판례를 소개하면서, 수입독점과 수출독점의 차이를 설명하는 한편, 국내산업이 고도로 집중되어 있는 경우 국내기업에 대한 비용 및 가격 인하의 압력은 상당부분 대외 또는 다국적기업들에 의한 실질적 또는 잠재적 경쟁에서 비롯된 것임을 상기시키고 있다. 즉, 수입 또는 수출거래를 구별하지 않고 독점금지법을 적용함으로써 국내 독과점산업의 경쟁부재에 따른 폐해를 다소 완화할 수 있을 것이라는 것이다.

한편, “프랜차이즈계약의 법적 문제점”(정상조, 1997)은 국내에서 빠르게 확산되고 있는 프랜차이즈계약을 규율하고 있는 민법, 상법, 상표법, 독점규제법의 관련 규정을 중심으로 프랜차이즈의 대내외적 법률관계를 다루고 있다. 이 논문에서는 프랜차이즈의 내부관계에서 가맹본부와 가맹점사업자의 법률관계 중 상당부분이 독점규제법이나 공정거래위원회가 1997년 제정한 고시인 (구) ‘가맹사업의 불공정거래행위의 기준’²⁾ 등을 통해서 어떻게 규율되고 있는지, 대외관계는 결국 상법 제24조에 따른 명의대여자의 책임이나 민법 제756조에 따른 사용자의 불법행위책임 등을 통해서 어떻게 규명될 수 있는지, 이들 법규정으로 가맹계약의 문제를 해결하기엔 어떠한 한계가 있는지를 구체적인 사례를 적시하면서 분석함으로써 그 후 2002년 ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’이 제정·운영되

2) 동 고시는 그 후 2002년 ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’로 승격되었다.

는 과정에서 많은 시사점을 제공하였다.

그 후 독점규제법이 시행된 지 19년이 경과한 즈음 “한국 독점규제법의 개선” (권오승, 2000)이 우리나라 독점규제법에 관한 논문으로는 처음으로 ‘서울대학교 법학’에 게재되었다. 여기서는 당시 이미 시행 후 8차례나 개정이 이루어진 독점규제법 시행에 대한 평가와 개선방안이 주로 다루어지고 있는바, 시장지배적 사업자 추정기준의 인하, 기업결합의 경쟁제한성 추정요건의 완화, 장기적으로 재벌의 경제력집중 규제를 위한 특별법 제정, 공정거래위원회의 심결기능 강화, 절차상 당사자참여의 확대 등을 제시하였다. 특히, 대규모회사 상호간의 기업결합이나 대규모기업집단에 속하는 계열회사가 다른 기업을 결합하는 경우에도 경쟁제한성을 추정할 필요가 있다는 지적과 공정거래위원회의 사법기능 강화를 위하여 기능별 심결파트를 운영하자는 제안은 지금도 여전히 주목할 만한 대목이다.

그 이듬해에 게재된 “일본의 재벌해체와 그것이 한국재벌정책에 주는 의미”(권오승, 2001)는 특히 당시의 정치·경제상황의 맥락에서 빼놓을 수 없는 경제법적 고민을 담고 있다. 그 즈음 우리나라에서는 1997년 말 외환위기를 겪으면서 1998년의 법개정으로 대기업집단의 구조조정을 촉진하기 위하여 출자총액제한을 폐지하는 한편 계열사간 채무보증을 전면 금지하였다가 1999년에 다시 출자총액 제한을 부활시키는 등 경제력집중규제에 커다란 부침을 겪고 있었다. 반면, 1986년 경제력집중 규제가 독점규제법에 도입된 후 15년이 경과하였음에도 불구하고 재벌중심의 경제구조에는 근본적인 개선이 이루어지지 못하였다는 평가를 받고 있었다. 이러한 상황에서 위 논문은 전후 일본의 재벌해체의 구체적인 내용, 특히 국내에 잘 소개되지 않았던 재벌가족의 기업지배력 배제, 지주회사 등의 유가증권 처분, 재벌의 상호·상표 사용 금지 등을 상세히 검토한 후, 재벌의 소유집중과 그로 인한 기업지배구조의 왜곡을 해결하는 것이 재벌개혁 및 우리나라 시장경제의 선진화에 반드시 필요하다는 점을 지적하고 있다.

한편, “Recht des unlauteren Wettbewerbs in Japan und Korea”(황적인, 2001)는 당초 1993년 일본과 한국의 부정경쟁방지법을 독일에 소개하기 위하여 작성된 것이었고, 그 후 2000년 독한법률학회에서 발표된 내용을 일부 수정한 것이다. 이 논문은 부정경쟁방지법에 관한 것으로는 ‘서울대학교 법학’에 유일한 것으로서, 우리나라와 일본 모두 독일의 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; UWG)을 계수하였으나 그 후 영업비밀 보호규정이 추가되고 법률적이 변경되는 등 독자적인 발전을 하고 있는 과정을 비교법적으로 분석하고 있다.

독점규제법이 금지하는 세부 금지행위에 관한 논문으로는 “공정거래법상 컴퓨터

터 소프트웨어의 끼워팔기 규제 - 윈도우XP와 윈도우 메신저의 통합이 경쟁에 미치는 효과에 관한 법경제적 분석”(이상승·장승화, 2002)이 게재되었다. MS 사건은 2001년 다음커뮤니케이션의 신고로 촉발되어 2007년 10월 MS의 소 취하로 사건이 종료될 때까지 수년에 걸쳐 국내에서 뜨거운 이슈가 되었다. 이 논문에서는 운영체제인 윈도우XP와 응용프로그램인 메신저의 결합을 전통적인 끼워팔기가 아닌 ‘기술적 통합’(technological integration)으로 보고, 기존의 판례와 법경제학적 분석을 토대로 당연위법이 아닌 합리성의 원칙에 따라 판단하여야 한다고 지적하고 있다. 그리고 위 통합은 그로 인한 경쟁제한효과는 미미한 반면, 소비자효용 증대효과는 상당하기 때문에 위법한 끼워팔기가 아니라고 결론짓고 있다. ‘서울대학교 법학’에 게재된 논문 중 독점규제법상 남용이나 불공정거래행위 등 세부 쟁점을 다룬 최초의 논문이라는 점 외에 위 논문이 갖는 또 다른 의미는 바로 독점규제법상 위법성 판단에 있어서 전통적인 도그마틱 외에 경제적 분석을 결부시키려는 시도에서 찾을 수 있으며, 그 후 여러 공정거래사건에서 경제법 학자와 산업조직론을 전공한 경제학자의 학제간 연구와 토론이 이어지는 중요한 계기가 되었다.

그 후 2004년 2월 불공정거래행위로서 끼워팔기에 관한 최초의 고등법원 판결³⁾이 내려졌고, ‘서울대학교 법학’에 게재된 최초의 경제법 분야 “판례평석”이라 할 수 있는 “공정거래법상 끼워팔기의 위법성 판단기준”(장승화, 2004)에서는 동 판결상 끼워팔기의 부당성은 부상품 시장에서의 경쟁제한성을 주된 요소로 한다는 언급이 기술적 통합의 위법성 판단에 주는 의미는 곧 합리성의 원칙에 기초하여 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과를 비교형량하여야 한다는 점이라고 지적하였다. 참고로, 이들 논문이 발표되고도 몇 년이 지난 2006년 2월 공정거래위원회는 MS의 위 소프트웨어 결합을 시장지배적 사업자의 부당한 방해 및 불공정거래행위의 하나인 끼워팔기에 해당된다고 보아 시정조치와 과징금을 부과하였고, MS가 이에 불복하여 제기한 소를 2007년 10월 취하함으로써 공정거래위원회의 심결이 확정되었다.

“기업집단 부당내부거래 규제의 법정책적 이해”(송옥렬, 2005)는 1996년 독점규제법 개정을 통하여 불공정거래행위의 하나로 규제되기 시작한 부당한 내부거

3) 이른바 “한국토지공사” 판결로서 건설업체에 택지를 분양하면서 인기택지와 비인기택지를 끼워판 것이 문제되었다. 서울고등법원은 이를 위법한 끼워팔기로 판시하였고, 대법원이 한국토지공사의 상고를 기각하여 원심이 확정되었다(대법원 2006.5.26. 선고 2004두3014 판결).

래 내지 지원행위를 다루었다. 이 논문은 2000년대 들어오면서 공정거래위원회가 매우 적극적으로 규제하였던 부당내부거래의 문제를 전통적인 도그마틱 보다는 다분히 이론적, 정책적으로 접근하였다. 즉, 계열회사간 내부거래가 독점규제법상 경쟁을 제한할 우려가 있는지, 아니면 회사법의 관점에서 소액주주의 이익을 침해할 우려가 있는지를 분석한 후, 내부거래는 경쟁과는 특별한 연관성을 찾기 어렵고 규제를 하더라도 행정적 규제보다는 이해관계인의 사적 책임추궁방식에 의하는 것이 이론적으로는 더 바람직하다는 결론을 내리고 있다. 부당내부거래 규제가 비록 이론적, 법정정책적 관점에서는 차선의 규제일 수 있으나, 우리나라에서는 현실적으로 대기업집단의 유지·강화에 이용되고 있는 점을 감안할 때, 결국 독점규제법상 고유한 ‘부당성’ 요건을 정립하는 것은 여전히 경제법학계의 향후 과제로 남아 있다.

그리고 “동아시아 공동시장의 형성과 경쟁법의 과제”(권오승, 2005)는 세계경제의 블록화 현상 속에서 경제체제나 경제발전의 단계 등 여러 가지 면에서 매우 다양한 국가들로 이루어진 동아시아가 하나의 공동시장으로 발전해 나가기 위한 선결과제, 그 중에서도 경쟁법적 과제라는 담대한 주제를 다루고 있다. 즉, 동아시아 공동시장을 위해서는 일부 체제전환국들의 시장경제체제로의 편입, 신뢰관계의 형성, 정치적 안정의 확보도 중요하지만, 특히 시장경제가 정상적으로 기능하기 위해서는 무엇보다 자유롭고 공정한 경쟁조건이 갖추어져야 하며, 장기적으로 이를 위한 각국 경쟁법제의 정비와 수렴 내지 동화 및 동아시아 차원의 경쟁법 제정이 이루어질 필요가 있음을 지적함으로써 그 후 동아시아 경쟁법 전문가들간의 교류를 더욱 촉발시키는 계기를 제공하였다.

한편, “경쟁법에서 경제적 패러다임”(Wolfgang B. Schünemann, 2006)은 세계화에 대한 각국 국민경제의 대응과정에 있어서 경쟁법의 역할과 방법론을 다루었다. 여기서는 경쟁의 본질을 시장주체들의 자유에서 찾고, 이를 기초로 시장에서의 결과를 그때그때 얻을 수 있는 최선의 결과로 간주함으로써, 중국적으로 경제정책과 사회정책의 엄격한 분리와 그에 따른 역할의 구분을 제시하고 있다. 특히, 필자는 이와 같은 다분히 신자유주의적인 패러다임이 얼핏 서구적 사고에 뿌리를 두고 있는 듯 보이기 는 하나, 그 정신사적 기원은 도교 정치철학인 無爲의 원리에도 존재하며, 결국 윤리적인 가치와도 무관하지 않다는 흥미로운 지적을 하고 있다.

“독점규제법상 재판매가격유지행위의 성격과 규제체제에 관한 소고”(이봉의, 2007)에서는 동법 제2조 제6호에 따른 재판매가격유지행위(RPM)가 도그마틱한

접근에 의할 경우 다분히 불공정거래행위의 성격을 갖고 있음을 규명하는 한편, 이를 전제로 미국 등 외국의 입법례에서 경쟁제한효과를 근거로 한 ‘합리성의 원칙’(rule of reason)으로 나아가는 추세를 그대로 국내법에 원용할 수 없음을 지적하고 있다. 특히, RPM에 의한 경쟁제한효과로서 ‘브랜드 내 경쟁’(intra-brand competition)이 과연 독점규제법이 그 자체로서 보호할 가치가 있는 경쟁인지에 대한 근본적인 의문을 제기하면서, 필요하다면 입법론으로서 관련시장에서의 경쟁제한효과를 요건으로 하는 법개정을 하여야 한다는 견해를 제시하였다.

끝으로, “독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 ‘소비자이익 저해행위’ 금지의 위헌성 판단”(이봉익·전종익, 2008)은 경제법과 헌법의 공동연구로서 경제법이 앞서 살펴본 경제학뿐만 아니라 여타 인접 법분야와의 상호작용 속에서 더욱 풍부하게 발전할 수 있음을 보여주고 있는 좋은 선례이다. 이 논문에서는 시장지배적 지위남용의 일 유형으로 열거되어 있는 ‘소비자이익 저해행위’의 금지가 헌법상 명확성의 원칙과 죄형법정주의에 위배되는 것인지 여부를 다루었으며, 위행위의 요건이 관련 조항의 체계적 해석, 심결과 판례를 통하여 충분히 구체화되고 있고, 착취남용에 대한 보완적 역할을 수행하고 있다는 점 등을 들어 헌법에 반하지 않는다는 결론을 도출하고 있다.

3. 소비자법

우리나라에서는 60년대 정부주도의 경제성장을 이룩하면서 등장하기 시작한 소비자문제를 해결하기 위하여 1979년 ‘소비자보호법’⁴⁾이 제정되었고, 이듬해인 1980년의 개정 헌법 제125조에서 소비자보호운동의 보장을 규정하면서 소비자법이 본격적으로 형성되기 시작하였다.

‘서울대학교 법학’에 게재된 이 분야의 첫 번째 논문인 “약관규제법의 실효성 제고방법”(권오승, 1994)은 1986년 12월 제정되어 아직 시행 초기에 있던 약관규제법이 아직 우리나라의 사법질서에 제대로 편입되지 못하고 있는 원인을 규명하는 한편, 공정거래위원회의 추상적 통제와 더불어 법원에 의한 구체적 통제를 활성화하기 위하여 불공정약관을 사용하는 사업자에 대한 효과적인 시정조치, 시정조치의 이행확보수단, 여타 약관인가관청과의 협력 등 다양한 방안을 제시하였다.

4) 2006년 9월 중전의 소비자보호법은 소비자주권의 강화와 한국소비자원의 공정거래위원회로의 이관, 집단분쟁조정 및 단체소송을 주된 내용으로 하는 ‘소비자기본법’으로 전면 개정되었다.

그리고 “의료분쟁조정법안의 문제점과 개선방안”(권오승, 1995)에서는 당시의 보건복지부가 의료사고로 인한 분쟁을 신속하고 공정하게 해결하기 위하여 의료분쟁조정제도를 도입하는 내용의 법안을 발표한 배경 하에, 동 법안이 안고 있는 제반 문제를 분석한 뒤, 예컨대 중앙조정위원회와 지방조정위원회의 적절한 역할 분담, 전문적인 상설 조정부의 설치·운영, 조정전치주의의 폐지 및 공제조합 가입자격의 완화 등의 방안을 제시하였다.

그 후 2000년부터 2002년까지 소비자보호를 본격적으로 다룬 4편의 논문이 잇달아 ‘서울대학교 법학’에 게재되었다. 먼저, “한국에 있어서 소비자보호를 위한 법과 정책”(권오승, 2000)은 그간 마련된 소비자보호법제를, 특히 약관규제법과 당시 막 제정된 제조물책임법을 중심으로 체계적으로 설명한 뒤, 이들 법제의 개선방안과 함께 소비자보호를 위한 정책목표와 세부 정책과제를 제시하고 있다. 이어서 “계약자유와 소비자보호”(권오승, 2001)에서는 시장경제의 사법적 기초로서 사적자치와 계약자유를 설명하면서, 사업자와 소비자간의 계약, 즉 소비자계약의 공정화를 위한 계약자유 의 규범적 한계를 다루었다. 구체적으로 소비자계약도 계약이기 때문에 민법총칙이나 채권법 각칙의 계약법에 관한 규정을 받는바, 특히 소비자피해를 야기할 수 있는 할부거래나 약관거래, 방문판매 등에 관한 특별법적 규율을 체계적으로 분석하고 있다. 이러한 분석을 토대로 우리나라에서 소비자계약의 공정성을 담보하기 위한 법제가 거래방법이나 판매방식 등에 따라 복잡하여 그 실효성을 저해하고 있을 뿐만 아니라 소비자계약관련 특별법들이 사법절서에 조화롭게 편입되지 못하고 있는 문제를 지적하고, 이러한 괴리와 불균형을 해소하기 위하여 무엇보다 특별법상의 규제는 가급적 시장보완적으로 이루어져야 한다는 점을 지적하였다. 그 후 친시장주의적 소비자법제로의 방향전환은 우리나라 소비자정책의 패러다임을 단순한 소비자보호에서 소비자주권으로 변화시키는 계기가 되었고, 2006년 소비자보호법이 소비자기본법으로 명칭을 바꾸는 배경으로 작용하였다.⁵⁾

그리고 “일본에 있어서 소비자계약에 대한 법적 규율의 전개”(安永 正昭, 2001)는 그 직전 해인 2000년 5월 일본에서 소비자계약에 관하여 이루어진 두 개의 입법, 즉 ‘소비자계약법’과 ‘금융상품판매 등에 관한 법률’의 입법배경과 주요 내용 및 의의를 소개하는 것이다. 종래 일본에서도 우리나라와 마찬가지로 소

5) 그밖에 소비자기본법에서는 종래의 한국소비자보호원을 ‘한국소비자원’으로 그 명칭을 변경하였다.

비자계약은 민법의 여러 규정을 활용하거나 ‘특정 상거래에 관한 법률’ 등 거래 형태에 따라 제정된 여러 특별법에 근거하여 규율되었다. 그러나 이러한 개별법적, 행정규제적 접근방법이 갖는 문제점은 우리나라와 마찬가지로였고, 동시에 규제완화의 흐름 속에서 소비자계약 일반에 적용되는 민사특별법이 제정되었던 것이다. 동법은 종래의 민·상법과 달리 당사자의 불평등을 소비자계약의 전제로 하여 그 법률관계를 규율하도록 한데에 의미가 있으며, 사업자가 준수하여야 할 최소한의 물로서 그 역할이 클 것으로 기대되었다.

끝으로 “소비자보호의 계약법적 구성과 한계 - 독일 민법 개정과 일본 소비자계약법 제정을 중심으로”(권오승·홍명수, 2002)는 2000년과 2001년에 독일과 일본에서 소비자계약과 관련하여 이루어진 중대한 변화를 소개하고 있는바, 이들은 모두 소비자보호를 계약법의 틀 속에서 해결하고자 한 점에서 공통적이다. 즉, 독일에서는 2001년 채권법 개혁의 일환으로 주요한 소비자보호법률, 예컨대 소비자신용법과 방문판매법, 통신판매법 및 약관규제법 등이 민법의 일부로 편입되었고, 일본의 소비자계약법 제정은 위에서 살펴본 바와 같다. 이러한 배경 하에서 위 논문은 위와 같은 변화가 사법질서의 순수성을 깨뜨리는 측면 보다는 소비자법에 관한 한 전통적인 사법의 틀을 극복할 촉매제가 될 수 있음을 강조하는 한편, 사법의 한계를 직시하여 여전히 공법적 접근이나 경쟁질서적 사고가 유효함을 지적하였다.

4. 산업규제법

우리나라에서 산업규제법에 관한 연구는 그 역사가 오래되지 못하였고, 경제법 분야에서는 2000년대 초반에 들어오면서 에너지산업과 통신산업을 중심으로 논의가 시작되었다. 그에 따라 현재까지 모두 3편의 논문이 ‘서울대학교 법학’에 게재되었다.

먼저, “전력산업과 공정거래법”(권오승, 2005)은 네트워크산업으로서 국민의 생존배려 차원에서 필수적인 재화인 전력의 공급을 국가가 독점적으로 제공하는 이념적 배경과 함께, 규제 패러다임이 경쟁대체적 규제에서 경쟁체제로 전환되어 가는 세계적 추세를 설명하고 있다. 아울러 종래 전력산업의 독점사업자인 한국전력이 관련된 독점규제법 위반행위, 주로 거래상 지위남용이나 부당지원행위 및 하도급법 위반행위를 상술하는 한편, 향후 전력산업의 경쟁구조로의 구조개편과 전력시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁질서 확립이 필요함을 역설하고 있다.

이어서 “정보통신산업과 독과점규제”(권오승, 2005)에서는 1990년대 후반 이후 민영화와 규제완화를 통하여 경쟁원리가 도입되기 시작한 정보통신산업에 있어서 산업적 규제와 경쟁법적 규제의 관계를 조망하였다. 공기업 독점체제가 경쟁체제로 순조롭게 전환되기 위해서는 종래의 산업적 규제 역시 효과적인 경쟁여건 조성에 기여하여야 하고, 이를 위해서 독점규제법상 각종 규제, 특히 필수설비의 접근 거절에 대한 규제가 중요한 의미를 갖게 된다는 점을 규명함으로써 패러다임 전환을 위한 독점규제법의 역할을 제시하였다. 아울러 여전히 경쟁대체적 사전규제가 지배하고 있는 정보통신산업에서 광범위하게 이루어지고 있는 행정지도와 그로 인한 경쟁제한의 문제를 독점규제법의 적용에 있어서 적절히 고려할 필요가 있음을 지적하고 있다.

끝으로, “통신산업에서의 네트워크 중립성 논의와 적용에 대한 연구”(최승재, 2008)는 방송·통신의 융합이 전개되면서 부각되기 시작한 네트워크, 특히 기간망의 개방 내지 망에 대한 접근권 보장의 문제를 다루고 있다. 여기에서는 주로 최근 미국에서 전개되고 있는 망중립성을 둘러싼 찬반 논의를 소개하고, 우리나라에서 네트워크 중립성을 강제하는 입법을 검토함에 있어서 고려하여야 할 사항을 분석하였다. 특히, 네트워크 중립성은 필연적으로 사유재산권에 대한 제한을 수반할 수밖에 없다는 점에서 헌법적 정합성을 다룬 점과 중립성 의무가 정당화될 수 있는 망의 특성을 연혁적으로 살펴본 점이 눈에 띈다.

III. 전망과 과제

‘서울대학교 법학’은 경제법 분야에서도 일찍이 선도적이고 시의적절한 연구를 통하여 우리나라에서 시장경제의 정착과 공정하고 자유로운 경쟁질서의 실현에 이념적, 실천적 기초를 제공해왔다. 독립된 법영역에 걸맞게 ‘서울대학교 법학’에 나타난 경제법의 연구성과는 전통적인 독점금지법의 영역에 머무르지 않고, 특히 산업화가 빠르게 진행되는 과정에서 부각된 소비자보호의 문제, 민영화와 규제완화를 요체로 하는 규제산업의 자유화에 따른 경쟁법과의 조화문제를 널리 포섭함으로써 향후 50년간 나아가야 할 방향을 확실히 제시한 것으로 평가할 수 있다.

한편, ‘서울대학교 법학’에 경제법 분야와 관련하여 게재된 논문을 살펴보면 몇 가지 특징을 발견할 수 있다. 첫째는 경제법 분야를 크게 독점규제법, 소비자법, 산업규제법으로 나누어보았을 때, 시기별로 특정 분야에 관한 논문이 다소

집중되었다는 점이다. 지금까지의 추세를 보자면, 경제법 및 독점규제법 일반, 소비자(보호)법, 독점규제법과 산업규제법의 순으로 주된 관심이 변천해왔다. 둘째, 동일 또는 유사한 주제에 관하여 집중적으로 논의한 다양한 논문들을 찾기가 어렵다는 점이다. 다시 말해서 특정 주제에 관한 논문이 게재된 후에도 그에 관한 후속연구가 적어도 ‘서울대학교 법학’에서는 다루어지지 않았다는 점이다. 셋째, 전체적으로 경제법의 세부 이슈나 쟁점에 대한 연구보다는 다소 포괄적인 주제의 논문이 주종을 이루고 있고, 그 결과 심결 내지 판례평석은 1개에 불과하였다. 끝으로, 지금까지 주로 외국의 입법례를 다루거나 우리나라와의 비교법적 연구가 일부 이루어졌으나, 아시아의 경제법에 대해서는 적어도 논문의 양적인 측면에서는 관심이 적었던 것으로 보인다.

이러한 특징으로부터 몇 가지 과제를 생각할 수 있다. 먼저, 시장경제의 선진화를 위해서 독점규제법의 개선·발전은 물론이고 규제산업에 대한 경쟁원리의 보급·확산은 매우 중요한 의미를 갖는다. 시장경제가 발전하면서 파생되는 소비자문제 또한 가급적 시장친화적으로 접근할 필요가 있고, 이를 위하여 기존의 소비자보호를 위한 각종 규제를 재검토할 필요 또한 크다. 이러한 점에서 위에서 언급한 경제법의 3개 분과는 상호보완적인 것으로 이해할 수 있고, 향후 양적으로나 질적으로 균형 있는 연구가 이루어질 필요가 있다. 또한 ‘서울대학교 법학’이 경제법 분야의 연구를 선도하고 시장경제 선진화에 요구되는 여러 가지 쟁점을 다양한 관점에서 시의적절하게 포섭할 수 있도록 관련 논문의 보다 활발한 게재가 요구된다. 아울러 서울대학교 법학대학원의 출범을 계기로 경제법 분야의 연구와 교육에 있어서도 적지 않은 변화가 예상되고 있는바, 철저한 이론적 토대 위에 공정거래위원회의 심결이나 법원의 판결에 대한 분석 또한 더욱 적극적으로 이루어질 것이 요구된다. 끝으로, 시장경제를 먼저 경험하여 경제법 분야에서도 우리보다 발전된 외국의 입법례를 분석하는 것도 중요하나, 아시아적 가치를 공유하고 있는 나라들의 경제법을 이해하고 이들과 보다 폭넓은 공감대를 형성하는 것은 미국, 유럽에 이어 아시아 공동시장의 탄생뿐만 아니라 이를 통한 우리나라 시장경제의 발전을 위해서도 더욱 관심을 가져야 할 과제일 것이다.