

〈논문〉

## 독점규제 및 공정거래관련법의 집행시스템\*

權 五 乘\*\*

### 요 약

우리나라는 시장경제를 경제질서의 기본으로 삼고 있는데, 시장경제가 정상적으로 기능하기 위해서는 시장에 자유롭고 공정한 경쟁이 유지되고 있어야 한다. 따라서 국가는 자유롭고 공정한 경쟁을 유지, 촉진하기 위하여 1980년에 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 제정하여 시장지배적 사업자의 지위남용행위, 기업결합, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 금지 또는 제한하고 있다. 그리고 사업자 상호간의 거래나 사업자와 소비자간의 거래에서 나타나는 불공정한 거래를 시정하여 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 국가는 하도급거래나 가맹점 거래는 물론이고 약관규제나 할부거래 등과 같은 특수한 거래에 대한 규제도 하고 있다.

그런데 현행법상 자유로운 경쟁과 공정한 거래 및 소비자보호를 규제들은 공정거래위원회에 의한 행정적 규제와 아울러 당사자들의 사적구제를 통하여 실현되게 되어 있지만, 실제로는 사적 구제는 활발하게 이루어지지 않고 주로 공정거래위원회의 행정적 규제에 의하여 실현되고 있다. 그러나 공정한 거래나 소비자보호를 위한 규제가 지나치게 행정적 규제에 의존하고 있는 것은 바람직하지 않다. 따라서 공정한 거래질서의 확립이나 소비자보호를 위한 제도의 실효성을 확보하기 위해서는 공정거래 및 소비자보호 관련법의 집행시스템을 개선할 필요가 있다. 그 구체적인 방안으로는 당사자간의 사적 분쟁의 성격이 강한 불공정거래행위나 소비자거래에 대하여는 행정적 규제를 완화하는 대신에 경쟁자나 소비자가 법원에 스스로 구제를 청구하는 사적구제를 활성화하기 위하여 금지청구권을 도입하는 동시에 징벌적 배상제도와 집단소송제도를 도입하는 것이 바람직할 것이다.

주제어: 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 독점규제법, 자유로운 경쟁, 공정거래, 소비자보호, 공정거래관련법, 공정거래위원회, 공법적 규제, 행정적 규제, 사법적 구제, 징벌적 배상제도, 집단소송제도

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2010학년도 학술지원비 지원을 받았음.

\*\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

## I. 머리말

대한민국은 시장경제를 경제질서의 기본으로 삼고 있다.<sup>1)</sup> 그런데 시장경제가 정상적인 기능을 수행하기 위해서는 시장에 자유롭고 공정한 경쟁이 유지되고 있어야 한다. 그러나 실제의 시장에는 독과점, 경쟁제한적인 기업결합, 부당한 공동행위 또는 불공정거래행위 등과 같이 경쟁을 제한하거나 공정한 거래를 저해하는 요소나 행위들이 많기 때문에, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘독점규제법’이라 한다)은 자유롭고 공정한 경쟁을 유지·촉진하기 위하여 이를 저해할 우려가 있는 시장지배적 사업자의 지위남용, 경쟁제한적인 기업결합, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위 등을 금지하고 있다(법 1조 참조).<sup>2)</sup>

그리고 하도급이나 가맹사업과 같은 거래관계에서 빈번하게 발생하고 있는 불공정한 거래행위를 효과적으로 규제하기 위하여 하도급공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다)이나 가맹사업공정화에 관한 법률(이하 ‘가맹사업법’이라 한다)과 같은 특별법이 제정, 시행되고 있으며, 약관에 의한 거래 또는 할부거래나 방문판매 등과 같은 특수한 거래에서 나타나는 불공정성을 효과적으로 시정하기 위하여 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’이라 한다), 할부거래에 관한 법률(이하 ‘할부거래법’이라 한다) 또는 방문판매에 관한 법률(이하 ‘방문판매법’이라 한다), 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래소비자보호법’이라 한다) 등과 같은 법률이 제정, 시행되고 있다. 이와 같이 자유롭고 공정한 경쟁을 유지·촉진하거나 공정한 거래질서를 확립하기 위한 목적으로 제정된 법률들을 통상 공정거래관련법이라고 부르고 있는데, 그 의미는 반드시 명확하지 않은 것 같다.<sup>3)</sup>

한편, 이러한 법률들의 집행에는 독점규제법에 의하여 설립된 독립규제기관인 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)가 깊이 간여하고 있다.<sup>4)</sup> 그런데 공정위는

---

1) 대한민국 헌법 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 규정하고 있다.

2) 이러한 의미에서 사람들은 독점규제법을 경제질서의 기본법 또는 경제헌법이라고 부르고 있다.

3) 한국에서는 ‘공정거래법’이라는 용어가 매우 다양한 의미로 사용되고 있다. 우선, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 공정거래법이라고 부르기도 하고, 그밖에 하도급법과 가맹사업법 등과 같이 공정한 거래질서를 유지하기 위한 목적으로 제정된 법률들을 모두 포함해서 공정거래법 또는 공정거래관련법이라고 부르기도 하며, 여기에 약관규제법이나 방문판매법 등과 같은 법률까지 포함해서 공정거래관련법이라고 부르기도 한다.

시장에서 자유로운 경쟁을 촉진하기 위하여 이를 제한하는 행위를 효과적으로 감독하기 위하여 설립된 독립규제기관이라는 점에 비추어 볼 때, 공정위가 이러한 법률의 집행에 깊이 간여하는 것이 과연 타당한지에 대하여는 의문이 제기되고 있다. 즉, 공정위가 시장지배적 사업자의 지위남용, 경쟁제한적인 기업결합, 부당한 공동행위 등과 같이 자유로운 경쟁을 제한하는 행위를 감독하는 것은 당연하다고 할 수 있지만,<sup>5)</sup> 그밖에 불공정거래행위, 표시·광고, 하도급 거래 및 가맹사업 등에 대한 규제와 더불어, 약관에 의한 거래와 할부거래, 방문판매 및 전자상거래 등과 같은 특수한 형태의 거래에 대한 규제까지 담당하고 있는 것에 대하여는 의문이 제기되고 있다.

따라서 이 글에서는 현재 공정위가 그 집행에 간여하고 있는 독점규제법과 공정거래관련법 및 소비자보호법의 내용을 간략하게 살펴 본 다음에(II), 그러한 법률이 어떻게 집행되고 있는지를 살펴보고(III), 그러한 집행시스템이 안고 있는 문제점을 해결할 수 있는 방안을 제시한 뒤에(IV), 글을 마무리하고자 한다(V).

## II. 독점규제 및 공정거래관련법의 주요내용

현재 공정위가 다루고 있는 법률은 모두 12개인데,<sup>6)</sup> 그 내용은 크게 세 가지로 나누어진다. 하나는 자유로운 경쟁을 유지·촉진하기 위한 제도로서, 독점규제법상 시장지배적 지위의 남용금지, 기업결합의 제한과 부당한 공동행위의 금지 등과 같은 제도가 여기에 해당된다.<sup>7)</sup> 둘은 공정한 거래질서를 유지하기 위한 제도로서,

4) 공정위는 1981년 독점규제법을 시행할 당시에는 경제기획원장관의 자문기관으로 출발하였으나, 1990년의 법개정으로 독자적인 처분권한을 가진 규제기관으로 발전하였으며, 1994년의 법개정에 의하여 정부조직법의 규정에 의한 중앙행정기관으로 승격되었다(법 35조).

5) 공정위가 과도한 경제력집중의 억제를 다루고 있는 것에 대하여는 의문이 제기되고 있다.

6) 현재 공정위가 다루고 있는 법률은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 카르텔 일괄정리법, 하도급거래의 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 소비자기본법, 제조물책임법, 소비자생활협동조합법, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 등이다. 이 중에서 제조물책임법은 민사특별법의 성격을 그대로 유지하고 있기 때문에 공정위가 그 집행에 직접 개입하지 않고 있다.

7) 경제력집중의 억제는 엄밀히 말하자면 개별시장에서 독과점이나 경쟁제한의 문제를 다

독점규제법상 불공정거래행위의 금지와 사업자단체의 금지행위를 비롯하여, 하도급법과 가맹사업법상의 규제가 여기에 해당된다. 셋은 소비자를 보호하기 위한 제도로서, 소비자기본법, 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 ‘표시·광고법’이라 한다), 약관규제법, 할부거래법, 방문판매법 및 전자상거래소비자보호법상의 규제가 여기에 해당된다.

### 1. 자유로운 경쟁의 유지·촉진

독점규제법은 자유로운 경쟁을 유지·촉진하고 공정한 경쟁 또는 거래질서를 확립하기 위하여 이를 제한하거나 저해할 우려가 있는 행위들을 금지 또는 제한하고 있다. 따라서 그 내용은 경쟁의 자유를 제한하는 행위들에 대한 규제와 경쟁 또는 거래의 공정성을 침해할 우려가 있는 행위들에 대한 규제로 나누어진다. 시장지배적 사업자의 지위남용금지, 경쟁제한적인 기업결합의 제한 및 부당한 공동행위의 금지 등과 같은 제도는 전자에 해당되지만, 불공정거래행위의 금지 또는 사업자단체의 금지행위는 후자에 해당된다. 다만, 불공정거래행위의 유형들 중에는 공동의 거래거절이나 배타조건부거래와 같이 경쟁의 공정성과 아울러 경쟁의 자유를 침해할 우려가 있는 행위들도 있기 때문에, 이러한 행위들은 경쟁의 자유를 제한하는 행위에 포함시켜도 무방할 것이다.

한편 독점규제법은 과도한 경제력의 집중을 억제하기 위하여 대규모기업집단에 소속된 계열회사의 상호출자나 채무보증행위 등을 금지하고 있는데, 이러한 행위에 대한 규제는 이른바 일반집중이나 소유집중과 같은 문제를 다루는 것으로서, 개별시장에서 자유로운 경쟁의 유지·촉진을 목적으로 하는 규제와는 차원이 다른 문제이기 때문에 여기서는 논의의 대상에서 제외하기로 한다.

### 2. 공정한 경쟁 또는 거래의 보호

독점규제법상의 규제들 중에서 불공정거래행위의 금지 또는 사업자단체의 금지행위와 같이 주로 경쟁 또는 거래의 공정성을 실현하기 위한 제도들이 여기에 해당된다. 그리고 하도급법이나 가맹사업법상의 규제도 거래의 공정성을 실현하기 위한 규제에 포함된다고 할 수 있다.

---

루고 있는 경쟁법의 문제와는 차원이 다른 사항이지만, 우리나라에서는 이를 독점규제법에서 함께 규율하고 있다.

그리고 이러한 규제들은 대체로 사업자들 상호간의 거래관계를 규율하기 위한 것이지만, 경우에 따라서는 사업자와 소비자 간의 거래관계를 규율하기 위한 경우도 있는데, 전자는 여기에 해당되지만, 후자는 소비자보호를 위한 규제에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

### 3. 소비자보호

소비자기본법은 소비자의 권익을 증진하기 위하여 소비자의 권리와 책무, 국가·지방자치단체 및 사업자의 책무, 소비자단체의 역할 및 소비자와 사업자의 관계 및 소비자정책의 종합적인 추진을 위한 기본적인 사항 등을 규정하고 있다(법 1 조). 그리고 약관규제법은 불공정한 약관으로부터 소비자를 보호하기 위하여 약관의 편입, 해석 및 효력에 관한 통제를 하고 있으며, 할부거래법, 방문판매법 및 전자상거래소비자보호법 등은 할부거래, 방문판매, 다단계판매 및 전자상거래 등과 같은 특수한 거래의 공정화를 통하여 소비자를 보호하기 위하여 그러한 거래의 내용이나 조건 등에 대한 규제를 하고 있다.

그리고 독점규제법은 자유롭고 공정한 경쟁을 유지·촉진함으로써 소비자의 복지를 증진하는 것을 목적으로 하고 있기 때문에,<sup>8)</sup> 소비자보호를 동법의 직접적인 목적으로 보기는 어렵다.<sup>9)</sup> 그러나 시장지배적 사업자의 지위남용행위 중에서 소비자의 이익 저해행위(법 3조의21항 5호 후단)나 불공정거래행위 중에서 부당한 고객유인과 같이 직접 소비자를 보호대상으로 하는 경우도 있고, 또 경품류제공에 관한 불공정거래행위와 같이 소비자보호를 직접적인 목적으로 하는 경우도 있기 때문에 그러한 한도 내에서는 이러한 법률이 소비자보호에도 기여한다고 할 수 있다.<sup>10)</sup>

한편 표시·광고법은 소비자를 속이거나 소비자를 오인시키는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써, 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호하기 위한 법률이기 때문에 소비자보호를 위한 법률에 포함시킬 수 있을 것이다.

8) 영국 Molony보고서가 ‘소비자에게 가장 좋은 벗은 경쟁이다’라고 한 것은 바로 이러한 의미라고 할 수 있다.

9) 權五乘, **경제법** 제8판, 법문사, 2010, 76면 참조.

10) 權五乘, 위의 책, 77면; 동지, 申鉉允, “소비자보호를 위한 현행 독점규제법의 규정과 문제점”, **경쟁법연구** 5-6권, 2000, 77면 참조.

### III. 독점규제 및 공정거래관련법의 집행

독점이나 경쟁제한행위를 규율하는 독점금지법이나 경쟁법의 집행은 당사자들에게만 맡겨 놓을 수 없는 측면이 있기 때문에, 각국에서는 경쟁당국을 설립하여 동법의 집행을 담당하도록 하고 있다.<sup>11)</sup> 우리나라에서는 공정위가 독점규제법과 공정거래관련법 및 소비자보호관련법의 집행에 간여하고 있는데, 공정위가 집행에 간여하고 있는 법률들의 성격은 크게 두 가지로 나누어진다. 하나는 독점규제법과 같이 경제법적 성격을 띠고 있는 법률이고, 다른 하나는 약관규제법과 같이 민사특별법적 성격을 띠고 있는 법률이다. 그런데 공정위는 이와 같이 성격을 전혀 달리하는 법률의 집행에 간여하고 있을 뿐만 아니라, 그 집행에 간여하는 방식도 시정명령이나 과징금 부과 등과 같은 행정적 규제를 중심으로 하고 있다.

#### 1. 독점규제법의 집행

독점규제법은 경제법에서 핵심적인 지위를 차지하는 법률로서,<sup>12)</sup> 공법적 성격과 아울러 사법적 성격을 동시에 가지고 있다.<sup>13)</sup> 따라서 동법의 집행은 공정위에 의한 행정적 규제와 피해자에 의한 손해배상청구 및 형사적 제재를 통하여 이루어지고 있다.<sup>14)</sup>

독점규제법은 우선, 자유롭고 공정한 경쟁을 제한하거나 저해할 우려가 있는 행위들을 금지하고 있다(법 3조의2, 7조, 19조, 23조, 26조, 29조, 32조 등). 그리고 이러한 금지규정에 위반한 혐의가 있다고 인정할 때에는 공정위가 필요한 조사를 할 수 있으며(법 49조), 조사 결과 범위반행위를 한 사업자에 대하여는 그 시정에 필요한 조치를 명하거나(법 5조, 16조, 21조, 24조, 27조, 31조, 34조 등) 권고할 수 있고(법 51조), 또 과징금을 부과할 수도 있다(법 6조, 17조, 22조, 24조의2, 28조, 31조의2, 34조의2 등).

11) Rittner/Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., S. 337f.

12) 이러한 의미에서 사람들은 독점규제법을 경제질서의 기본법 또는 시장경제의 *Magna Carta*라고 한다.

13) 경제법의 성격에 대하여 종래에는 공법도 아니고 사법도 아닌 제3의 법역에 속한다고 하는 견해가 지배적이었으나, 최근에는 공법의 자기확산인 동시에 사법의 자기발전이라는 견해가 통설적 지위를 차지하고 있다(權五乘, 앞의 책, 16면 참조).

14) 독점규제법의 집행에 관하여 자세한 사항은 조성국, **독점규제법 집행론**, 경인문화사, 2010 참조.

한편 사업자 또는 사업자단체의 법 위반행위로 인하여 피해를 입은 자는 그 사업자 또는 사업자단체에게 손해의 배상을 청구할 수 있으며(법 56조 본문), 이 법의 규정에 위반한 행위를 한 사업자는 물론이고 공정위의 시정조치 또는 금지명령에 응하지 아니한 자에 대하여도 징역이나 벌금과 같은 형벌에 처할 수 있다(법 66조 내지 68조).

그런데 그동안의 법집행은 주로 공정위에 의한 행정적 규제에 의존해 왔으며, 손해배상의 청구나 형사적 제재는 그다지 활발하게 이루어지지 않았다.

### (1) 공정위에 의한 공적 집행

공정위는 독점규제법에 위반한 혐의가 있다고 인정할 때에는 필요한 조사를 하여(법 49조), 법위반행위가 있는 경우에는 당해 사업자 또는 사업자단체에게 그 시정에 필요한 조치를 명하거나 권고할 수 있으며, 과징금도 부과할 수 있다.

1981년부터 2009년까지 독점규제법 위반행위에 대하여 공정위가 내린 조치는 모두 12,448건이었는데, 그 중에서 시정명령은 5,088건(40.8%)이었고, 시정권고는 891건, 경고 등은 4,926건이었으며, 과징금 부과는 1,543건(12.4%)이었다.<sup>15)</sup>

### (2) 손해배상의 청구

독점규제법 위반행위로 인하여 피해를 입은 자는 그 위반행위를 한 사업자 또는 사업자단체에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다(법 56조).

그런데 한국에서는 그동안 독점규제법 위반을 원인으로 한 손해배상청구 사건은 그다지 많지 않았다. 그러나 2004년의 법 개정으로 시정조치 전치주의가 폐지되고 손해액 인정제가 도입된 이후에는 손해배상을 청구하는 사건이 점차 증가하고 있다.<sup>16)</sup>

### (3) 형사적 제재

독점규제법상 금지규정에 위반한 사업자 또는 사업자단체에 대하여는 징역 또는 벌금과 같은 형벌에 처할 수 있다(법 66조 내지 68조). 그런데 이러한 죄는 공

15) 공정거래위원회, 2009년 통계연보, 6면 참조.

16) 독점규제법 위반을 원인으로 한 손해배상청구사건에 관한 대법원 판결은 모두 9건이었고, 군납유류 입찰담합사건이 현재 대법원에 계류 중인 것으로 알려져 있다.

정위의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다(법 71조). 그러나 공정위는 법 제66조와 제67조의 죄 중에서 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 하며, 검찰총장은 위의 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정위에 통보하여 고발을 요청할 수 있다(법 71조).

1981년부터 2009년까지 독점규제법 위반을 이유로 공정위가 검찰에 고발한 사건은 모두 161건에 불과했다. 이를 위반행위의 유형별로 나누어 보면, 불공정거래행위가 79건(49.06%)으로 가장 많고, 부당한 공동행위가 43건(26.7%), 사업자단체 금지행위가 29건(18.01%), 경제력집중억제가 6건(3.72%), 시장지배적 지위의 남용이 3건, 기업결합이 1건으로 나타나고 있다. 그러나 2000년 이후에는 부당한 공동행위에 대한 고발이 점차 증가하고 있는 반면에 불공정거래행위에 대한 고발은 크게 줄어들고 있다.<sup>17)</sup>

## 2. 공정거래법<sup>18)</sup>의 집행

독점규제법은 그 집행에 관하여 경쟁의 자유를 제한하는 행위와 경쟁 또는 거래의 공정성을 저해하는 행위 사이에 아무런 차이를 두지 않고 있다. 따라서 불공정거래행위의 금지 또는 사업자단체의 금지행위에 대하여도 공정위에 의한 행정적 규제를 중심으로 하면서 민사적 구제와 형사적 제재를 할 수 있게 되어 있으며, 이러한 태도는 하도급법이나 가맹사업법의 경우에도 그대로 유지되고 있다.

우선, 하도급법은 공정한 하도급질서를 확립하기 위하여, 한편으로는 원사업자로 하여금 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에 중요한 사항을 적은 서면을 제공하도록 하고(법 3조), 발주자로부터 선급금을 받은 경우에는 이를 수급업자에게 제공하도록 하는 등 적극적인 의무를 부과하고 있으며(법6조), 다른 한편으로는 공정한 하도급질서를 저해하는 부당한 하도급대금의 결정, 물품 등의 구매강제, 부당반품, 부당감액 등을 금지하고 있다(법 4조, 5조, 10조, 11조 등). 그리고 공정위는 동법에 위반되는 사실이 있다는 신고가 있거나 그러한 사실이 있다고 인

17) 위의 통계연보, 47-67면 참조.

18) 여기서 말하는 ‘공정거래법’은 좁은 의미의 공정거래법으로서, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 불공정거래행위의 금지 및 사업자단체의 금지행위를 비롯하여 하도급법과 가맹사업법 등의 규제와 같이 불공정한 거래행위를 규율하기 위한 법과 제도들을 가리킨다.



정할 때에는 필요한 조사를 할 수 있고(법 22조), 조사 결과 범위반행위를 한 사업자에 대하여는 하도급대금의 지급, 범위반행위의 중지, 그밖에 그 위반행위의 시정에 필요한 조치를 명령하거나 권고할 수 있고(법 25조), 과징금도 부과할 수 있다(법 25조의 3). 한편 동법의 금지규정에 위반한 사업자에 대하여는 하도급 대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처할 수 있는데(법 30조), 이 죄는 공정위의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다(법 32조). 또 원사업자와 수급사업자간의 분쟁을 원만하게 조정하기 위하여 하도급분쟁조정위원회를 설치하여 운영하고 있다(법 24조 이하).

한편, 가맹사업법은 공정한 가맹사업 공정한 거래질서를 확립하기 위하여, 한편으로는 가맹본부로 하여금 가맹희망자에게 제공할 정보공개서를 공정위에 등록하게 한 후에(법 6조의2) 가맹희망자에게 제공하도록 하고 있으며(법 7조), 또 가맹본부는 가맹사업자로 하여금 가맹금을 예치기관에 예치하도록 하는 등 적극적인 의무를 부과하고 있다(법 6조의5). 반면, 허위·과장된 정보제공 등의 금지(법 9조), 불공정거래행위의 금지(법 12조) 및 가맹계약해지의 제한(법 14조)등과 같이 일정한 행위를 금지 또는 제한하는 규정을 두고서, 이를 위반하는 사업자에 대하여는 공정위가 그 시정에 필요한 조치를 명령하거나(법 33조) 권고할 수 있고(법 34조), 또 과징금도 부과할 수 있게 하고 있다(법 35조). 그리고 동법 제9조에 위반하여 허위·과장된 정보를 제공하거나 중요한 사항을 누락한 자 또는 공정위의 시정명령에 따르지 아니한 자에 대하여는 형벌을 부과할 수 있는데(법 41조), 이 죄는 공정위의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다(법 44조). 한편 가맹사업법도 하도급법의 경우와 마찬가지로, 당사자간의 분쟁을 원만히 해결하기 위하여 가맹사업거래분쟁조정협의회를 설치, 운영하고 있다(법 16조 이하).

### 3. 소비자보호관련법의 집행

소비자보호관련법 중에서 소비자기본법을 비롯하여 독점규제법에서 분리되어 나온 표시·광고법은 경제법적 성격을 가지는 것이 분명하지만, 약관규제법, 방문판매법 및 전자상거래소비자보호법 등은 민사특별법적인 성격을 가지는 것으로 볼 수 있다. 그런데 후자는 실체법적인 측면에서는 사업자와 소비자간의 거래관계를 규율하는 민사특별법에 해당하지만, 공정위가 그 집행에 개입하고 있기 때문에 그러한 한도 내에서는 경제법적 성격도 가지고 있다고 할 수 있다.<sup>19)</sup>

우선, 약관규제법은 총 6장 34개조로 구성되어 있는데, 제1장과 제2장(제1조에

서 제16조까지)은 실체법적인 내용을 규정하고 있는 반면, 제3장 이하(제17조에서 제34조까지)는 절차법적인 내용을 규정하고 있는데, 전자는 민사특별법에 해당하지만 후자는 경제법적 성격을 드러내고 있다. 즉, 동법은 사업자가 동법 제6조 내지 14조의 규정에 해당하는 불공정한 약관조항(이하 ‘불공정약관조항’이라 함)을 계약내용으로 하지 못하도록 규정한 다음에, 그 금지규정에 위반한 사업자에 대하여는 공정위가 당해 약관조항의 삭제·수정 등 시정에 필요한 조치를 권고하거나(법 17조의 21항) 명령할 수 있으며(법 17조의 22항), 그러한 시정명령에 위반한 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(법 32조).

그리고 방문판매법은 방문판매자, 다단계판매자 및 계속거래업자 등이 하지 말아야 할 행위를 규정해 놓고 있으며(법 11조, 23조 및 32조), 공정위, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 이 법의 규정에 위반한 사실이 있다고 인정할 때에는 필요한 조사를 할 수 있으며(법 37조), 조사 결과 동법의 규정에 위반한 사업자에 대하여는 당해 행위를 중지하거나 그 시정에 필요한 방안을 정하여 이에 따를 것을 권고하거나(법 41조), 그 시정을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있도록 하고 있다(법 42조). 그런데 이러한 시정조치에도 불구하고 범위반행위가 계속되거나 시정 조치만으로는 소비자피해의 방지가 곤란하다고 판단되는 경우에는 공정위가 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나 이에 갈음하여 과징금을 부과할 수도 있다(법 44조). 그리고 이러한 시정명령에 따르지 아니한 사업자에 대하여는 7년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(법 51조).

한편, 전자상거래소비자보호법은 전자상거래를 행하는 사업자 또는 통신판매업자가 하지 말아야 할 행위를 규정해 놓고 있으며(법 21조), 공정위 또는 시·도지사는 이 법의 규정에 위반한 사실이 있다고 인정할 때에는 필요한 조사를 할 수 있고(법 26조), 조사 결과 이 법의 규정에 위반한 행위를 하거나 이 법에 규정된 의무를 이행하지 아니한 사업자가 있는 경우에는 그 사업자에 대하여는 당해 행위를 중지하거나 그 시정에 필요한 조치를 권고하거나(법 31조) 명령할 수 있으며(법 32조), 과징금도 부과할 수 있다(법 34조).

또한 표시·광고법은 사업자와 사업자단체의 부당한 표시·광고행위를 금지하는 규정을 마련해 놓고 있으며(법 3조, 6조 1항), 이 규정에 위반하는 행위가 있는 경우에는 공정위가 그 사업자 또는 사업자단체에게 당해 행위의 중지 또는 그 시

19) 權五乘, 앞의 책, 448면 참조.

정에 필요한 조치를 명령할 수 있고(법 7조, 법 6조 3항), 과징금도 부과할 수 있다(법 9조). 이 경우에 피해자는 그 사업자 또는 사업자단체에게 손해의 배상을 청구할 수도 있다(법 10조).

#### 4. 법집행의 실적에 대한 평가

독점규제법은 1981년 4월 1일부터 시행되고 있기 때문에 2011년 4월 1일이 되면 시행 30주년을 맞이하게 된다. 동법의 시행은 자유로운 경쟁의 촉진과 공정한 거래질서의 확립에 상당한 기여를 하였으며, 국제적으로도 상당히 높은 평가를 받고 있다.<sup>20)</sup> 그동안 동법의 집행은 주로 공정위에 의한 행정적 규제에 의존해 왔기 때문에, 법집행의 실적은 공정위의 행정적 규제의 결과라고 할 수 있다. 그런데 여기서 문제가 되는 것은 이러한 성과에도 불구하고 주요 산업분야는 여전히 소수의 독과점기업에 의하여 지배되고 있는데다가<sup>21)</sup> 카르텔과 같은 경쟁제한행위는 쉽게 근절되지 않고 있다는 점이다.

그동안 공정위가 동법을 집행해 온 과정을 돌이켜 보면, 초기에는 주로 불공정 거래행위의 금지를 통한 공정한 거래질서의 확립에 초점을 맞추어 왔으며, 1980년대 후반부터는 부당한 공동행위의 금지<sup>22)</sup>와 아울러 하도급거래의 공정화에 역점을 두기 시작하였다. 그리고 1987년부터는 과도한 경제력집중을 억제하기 위하여 대규모기업집단에 대한 규제와 아울러 독과점적 시장구조를 개선하기 위한 시책도 강구하기 시작하였으며, 1998년 외환위기로 인하여 IMF의 관리체제 하에 들어간 뒤에는 기업의 구조조정을 촉진하기 위한 기업결합이 활발하게 진행됨에 따라 기업결합에 대한 규제도 적극적으로 실시하게 되었다. 한편, 2000년대 후반에 들어와서는 독과점적 시장구조에서 나타나는 폐해를 시정하기 위하여 시장지배적 사업

20) 영국의 경쟁법 전문지인 GCR (Global Competition Review)은 매년 각국의 경쟁당국을 평가해서 순위를 부여하고 있는데, 한국 공정위는 2007년 이후 세계 7위권으로 평가받고 있다.

21) 제조업 분야의 평균 CR3는 지속적으로 하락하는 추세를 보이고 있으나, 아직도 상당히 높은 수준을 유지하고 있다(2006년 가중평균 CR3는 49.2). 그리고 2002~2006년간 CR1 ≥ 50 또는 CR3 ≥ 75인 분야는 54개로 나타나고 있다.

22) 부당한 공동행위를 한 사업자에 대하여 공정위는 1987년까지는 주로 시정권고를 해 오다가 1988년부터 비로소 시정명령과 아울러 과징금을 부과하기 시작하였다. 한편 과징금부과의 추이를 살펴보면, 1981년부터 1991년까지는 2건에 24억원에 불과했으나, 1992년부터 2000년까지는 74건에 2,852건으로 증가하였으며, 2001년부터 2009년까지는 158건에 1조 1,407억원으로 크게 증가하였다.

자의 지위남용에 대한 감독을 강화하기 시작하였으며,<sup>23)</sup> 최근에는 일반국민의 생활에 직접적인 영향을 미치는 카르텔과 국제 카르텔에 대한 규제를 강화하는 동시에 대기업과 중소기업의 동반성장을 실현하기 위하여 하도급거래의 공정화에 역점을 두고 있다.<sup>24)</sup>

그런데 1981년부터 2009년까지 공정위가 처리한 사건을 위반행위의 유형별로 나누어 보면, 시장지배적 지위의 남용이 1.0%, 기업결합이 3.9%, 경제력집중이 4.6%, 카르텔이 7.7%, 사업자단체의 금지행위가 11.0%, 불공정거래행위가 71.8%로 나타나고 있다. 따라서 경쟁의 자유를 제한하는 행위에 대한 제재는 12.6%에 불과하고, 경쟁 또는 거래의 공정성을 저해하는 행위에 대한 제재가 82.8%를 차지하고 있다는 것을 알 수 있다.<sup>25)</sup>

한편 공정위의 소비자보호기능도 점차 확대되어 왔다. 우선, 공정위는 1981년부터 부당한 표시·광고를 규제함으로써 잘못된 정보로부터 소비자를 보호하는 동시에 위계나 경품류의 제공 등과 같은 부당한 유인으로부터 소비자를 보호하고 기타 불공정한 거래조건으로부터 소비자를 보호하는 업무를 수행해 왔다. 그리고 1992년 12월에는 약관규제법의 개정으로 약관에 대한 심사업무가 경제기획원에서 공정위로 이관됨에 따라 소비자보호에 관한 공정위의 업무가 더욱 확대되었다. 한편 2005년에는 방문판매와 전자상거래에 관한 감독권이 공정위로 이관됨에 따라 공정위가 소비자거래의 일반에 관한 감독권을 가지게 되었고, 2007년에는 새로운 소비자기본법의 시행으로 정부의 소비자정책의 총괄기능과 한국소비자원의 감독기능이 공정위로 이관됨에 따라 공정위가 본격적인 소비자보호기관의 역할을 수행하게 되었다.

#### IV. 법집행 시스템의 개선방안

우리나라 공정거래관련법의 집행시스템이 가지는 특징은, 제도적으로는 공정위에 의한 행정적 규제와 피해자의 사적 구제 및 형사적 제재를 동시에 할 수 있다

23) 시장지배적 사업자에 대한 과징금의 부과는 1981년부터 2000년까지는 5,380억원에 불과하였으나, 최근 5년간에는 1조 5,015억원으로 증가하였다.

24) 공정거래위원회, 2010년판 공정거래백서, 2010, 3면 이하 참조.

25) 孫寅玉, 공정거래정책의 과제와 전망, 서울대 공정거래법연구과정 발표자료(2010.9.6.), 27면 참조.

록 되어 있지만, 실제로는 주로 공정위에 의한 행정적 규제에 의존해 왔기 때문에 피해자의 사적구제나 형사적 제재는 활발하게 이루어지지 않고 있다는 점이다.<sup>26)</sup> 그리고 이러한 특징은 하도급거래나 가맹사업거래와 같은 기업 상호간의 거래는 물론이고 기업과 소비자의 거래에도 그대로 나타나고 있다.

우선, 독점규제법의 집행은 주로 공정위에 의한 시정명령이나 과징금 부과에 의존해 왔으며 피해자가 법원에 손해배상을 청구하는 사법적 구제나 형사적 제재는 활발하게 이루어지지 않고 있다. 따라서 동법의 실효성을 확보하기 위해서는 먼저 공정위에 의한 행정적 규제의 실효성을 제고하기 위하여 공정위의 전문성과 독립성을 강화할 필요가 있으며, 행정적 규제가 갖는 한계를 극복하기 위하여 사법적 구제를 활성화할 필요가 있다. 그런데 사법적 구제의 활성화를 위한 구체적인 방안으로서는 삼배배상제도와 같은 징벌적 배상제도와 집단소송제도는 물론이고 사인간의 금지청구권도 조속히 도입할 필요가 있다. 그리고 형사적 제재에 관해서는 거의 모든 범위반행위에 대하여 형사적 제재를 할 수 있도록 규정되어 있는 현행법의 태도를 근본적으로 재고할 필요가 있으며, 공정위의 전속고발권도 적절히 조정할 필요가 있다. 우선, 형사적 제재의 경우에는 그 대상을 시장지배적 지위의 남용이나 부당한 공동행위와 같이 자유로운 경쟁을 실질적으로 제한하거나 공정한 거래질서를 현저히 저해할 우려가 있는 행위로 제한하고, 일반 불공정거래행위에 대하여는 형사적 제재를 면제하는 것이 타당할 것이다. 그리고 전속고발권은 어떤 행위의 위법성을 판단함에 있어서 공정위와 같은 전문규제기관이 시장의 구조나 행태 및 성과를 전문적으로 분석, 검토할 필요가 있는 행위, 예컨대 시장지배적 지위의 남용이나 기업결합 등과 같은 경우로 제한하고, 경성카르텔<sup>27)</sup>과 같이 경쟁제한적 효과를 초래하는 것이 명백하거나 전문적인 분석이 없이도 위법성을 판단할 수 있는 행위에 대하여는 이를 폐지함으로써, 시장경제의 최대의 적이라고 할 수 있는 부당한 공동행위, 그 중에서도 특히 경성카르텔을 근절하기 위하여 공정위와 검찰이 적극 공조할 수 있는 여건을 마련하는 것이 바람직할 것이다.

둘째로, 독점규제법은 경쟁의 자유를 제한하는 시장지배적 사업자의 지위남용, 경쟁제한적인 기업결합 및 부당한 공동행위에 대해서는 물론이고, 경쟁 또는 거래

26) 미국에서는 독점금지법 위반사건의 90% 이상이 사적 집행에 의하여 처리되고 있지만, 그 밖의 나라에서는 사적 집행이 차지하는 비중이 그다지 크지 않다고 한다.

27) 경성카르텔이라 함은 가격제한, 산출량 제한, 시장분할 및 입찰담합과 같이 그 성격상 경쟁제한적 효과를 발생시키는 것이 명백한 카르텔을 말한다(權五乘, 위의 책, 252면 참조).

의 공정성을 저해하는 불공정거래행위나 사업자단체의 금지행위에 대해서도 공정위가 행정적 규제를 할 수 있도록 하고 있다. 그런데 이러한 태도는 단기적으로는 불공정거래행위를 효과적으로 차단하는 데에 도움이 될 수 있을지 모르지만, 장기적인 관점에서 보면 당사자간의 사적 분쟁의 성격이 강한 불공정거래행위를 금지하는 데에 공정위와 같은 규제기관이 깊이 개입하는 것이 사적 자치의 원칙에 비추어 과연 타당한지 그리고 그것이 과연 효율적인지도 의문이다. 따라서 불공정거래행위나 사업자단체의 금지행위 중에서 공동의 거래거절과 같은 수직적 공동행위<sup>28)</sup>나 배타조건부거래와 같이 경쟁제한적인 효과를 초래하는 것이 명백한 경우, 또는 대기업과 중소기업 간의 하도급거래나 가맹점거래 또는 대규모유통업자의 불공정거래행위처럼 독과점적인 시장구조와 깊은 관련이 있는 행위들에 대하여는 공정위가 개입하는 것이 불가피하지만, 그밖에 일반불공정거래행위나 소비자거래와 같이 당사자간의 사적 분쟁의 성격이 강한 행위들에 대하여는 공정위가 개입하지 말고, 당사자들이 자율적으로 법원에서 금지청구나 손해배상의 청구를 통하여 문제를 해결하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이를 위하여 독점규제법상 불공정거래행위의 금지나 사업자단체의 금지행위 중에서 경쟁제한적인 효과를 초래하거나 공정한 거래질서를 저해할 우려가 없는 행위는 물론이고 하도급법이나 가맹사업법 또는 표시·광고법의 경우에도 공정위에 의한 행정적 규제를 폐지하거나 필요한 최소한으로 제한할 필요가 있다. 다만 이러한 사적 구제가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위해서는 금지청구권의 도입은 물론이고 삼배배상제도와 집단소송제도와 같은 제도를 도입하여 사적 구제를 활성화할 필요가 있을 것이다.

셋째로, 약관규제법<sup>29)</sup>이나 방문판매법 또는 전자상거래소비자보호법 등과 같이 소비자보호를 목적으로 하는 법률들은 원래 민사특별법적 성격을 띠고 있기 때문에, 이러한 법률의 집행에는 공정위가 개입하지 말고 피해자가 자기 책임 하에 스스로 피해의 예방이나 구제를 청구할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다. 그런데 우리나라에서는 이러한 법률의 집행에도 공정위가 깊숙이 개입하도록 되어 있

28) 李湖暎, 공정거래법상 수직적 공동행위규제의 도입, 최근 경쟁법의 주요쟁점과 과제 (2010 한국경쟁법학회 추계학술대회 자료), 104면 이하 참조.

29) 우리나라 약관규제법은 독일 ‘보통거래약관의 규제에 관한 법률’(Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen)을 모델로 한 것이다. 그런데 독일에서는 이 법률이 2002년 1월 1일부터 발효된 ‘채권법의 현대화를 위한 법률’(Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts)에 의하여 채권법 제305조 이하에 편입되었기 때문에 현재는 약관의 규제를 위한 특별법이 존재하지 않는다.

는데, 이는 사적 자치의 원칙을 지나치게 침해하는 것으로서 비교법적으로 그 유례를 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 정부규제의 완화라고 하는 시대정신에도 부합하지 않는다고 할 수 있다. 이러한 제도는 지나치게 불공정하거나 현저히 불합리한 약관이나 방문판매 또는 다단계판매가 만연하고 있던 시대에는 그 타당성을 인정할 수 있었을지 모르지만, 그러한 거래조건이나 관행이 어느 정도 시정된 오늘날에는 공권력의 개입으로 인한 폐해가 그로 인한 긍정적인 효과보다 훨씬 더 클 가능성이 있다. 즉 이는 당사자들이 그들 자신의 문제를 스스로 해결할 수 있는 능력을 위축시킬 뿐만 아니라 경쟁질서의 확립을 위하여 설립된 공정위라고 하는 전문규제기관의 조직과 인력 및 예산을 사적 분쟁의 해결에 투입함으로써, 공정위가 본연의 임무에 충실하지 못하도록 할 우려도 있다. 따라서 약관규제법<sup>30)</sup>이나 방문판매법 또는 전자상거래소비자보호법 등과 같이 민사특별법적 성격이 강한 법률의 집행에는 공정위나 검찰의 개입을 최소한으로 제한할 필요가 있으며, 그 대신에 사적구제를 활성화할 수 있는 방안을 강구하는 것이 바람직할 것이다.

넷째로 2007년 소비자기본법의 시행으로 공정위가 본격적인 소비자보호기관의 역할을 담당하고 있는데, 소비자보호업무는 자유로운 경쟁의 촉진과 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 시장을 감시·감독하는 업무와는 그 성격이 크게 다르기 때문에, 공정위가 이러한 두 가지 업무를 원만하게 수행할 수 있도록 하기 위해서는 양 조직을 분리하여 인력과 예산 등을 그 조직과 업무의 성격에 맞게 적절히 조정하는 것이 바람직할 것이다.

## V. 맺는 말

우리나라에서는 자유롭고 공정한 경쟁의 촉진을 목적으로 하는 독점규제법은 물론이고, 공정한 거래질서를 확립하기 위한 공정거래관련법과 소비자보호를 목적으로 하는 소비자보호법도 공정위에 의한 행정적 규제와 피해자의 손해배상청구 및 형사적 제재를 통하여 집행되도록 되어 있다. 그러나 실제로는 이러한 법률의 집행이 주로 공정위에 의한 행정적 규제에 의존해 왔기 때문에 피해자의 손해배상청구나 형사적 제재는 활발하게 이용되지 않고 있다.

30) 약관규제법 집행시스템의 개선에 관한 구체적인 사항은 權五乘, “약관규제법 집행의 개선”, **아세아여성법학** 제12호(2009.9), 아세아여성법학연구소, 9면 이하 참조.

그런데 독점규제, 공정거래 및 소비자보호관련법의 실효성을 제고하기 위해서는 각 법률의 집행방식을 그 법률의 성격에 맞게 적절히 조정할 필요가 있다. 우선 자유로운 경쟁을 유지·촉진하기 위한 법률이나 제도의 집행은 공정위에 의한 행정적 규제와 피해자의 사적 구제 및 형사적 제재를 중심으로 하는 현행 집행시스템을 그대로 유지하되, 사적 구제를 더욱 활성화할 수 있는 방안을 마련하고 형사적 제재를 적극 활용함으로써 이러한 제도들이 상호보완적인 기능을 발휘할 수 있도록 배려할 필요가 있다. 그리고 공정한 거래질서를 확립하거나 소비자보호를 실현하기 위한 제도의 경우에는 행정적 규제와 형사적 제재는 최소한으로 줄이는 대신에, 피해자의 사적 구제를 활성화할 수 있는 방안을 마련함으로써 당사자들이 손해배상의 청구나 금지청구와 같은 사적 구제를 통하여 그들의 분쟁을 자율적으로 해결할 수 있도록 유도하는 것이 바람직할 것이다.

투고일 2010. 11. 11

심사완료일 2010. 12. 3

게재확정일 2010. 12. 7



## 참고문헌

- 權五乘, **經濟法** 제 8판, 법문사, 2010.
- 權五乘 외, **독점규제법**, 법문사, 2010.
- 李湖暎, **독점규제법**, 홍문사, 2010.
- 조성국, **독점규제법 집행론**, 경인문화사, 2010.
- 공정거래위원회, **2009년판 공정거래백서** 2009.
- 공정거래위원회, **2010년판 공정거래백서**, 2010.
- 공정거래위원회, **2009년 통계연보**.
- Elhauge/Garadin, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, 2007.
- Rittner/Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, C.F. Müller, 2008.
- 權五乘, “약관규제법 집행의 개선”, **아세아여성법학** 제12호(2009.9), 아세아여성법학연구소.
- 孫寅玉, “공정거래정책의 과제와 전망”, 서울대 공정거래법연구과정 발표자료(2010. 9. 6.).
- 申鉉允, “소비자보호를 위한 현행 독점규제법의 규정과 문제점”, **경쟁법연구** 5-6 권, 2000.
- 李湖暎, 공정거래법상 수직적 공동행위규제의 도입, 최근 경쟁법의 주요쟁점과 과제(2010 한국경쟁법학회 추계학술대회 자료).

<Abstract>

## Enforcement System of Competition and Fair Trade Law in Korea

Oh Seung Kwon\*

Competition law is regarded as the Magna Carta of market economy. The competition law is generally enforced through administrative procedures by competition agency and through private litigation by competitors or consumers and criminal sanction. However in Korea, the enforcement of competition law has depended mainly on the public enforcement by Korea Fair Trade Commission (KFTC) since 1981. As a result, the private enforcement of competition law is not well developed as in other developed countries. More special feature is that KFTC has also engaged in the enforcement of consumer protection laws which are characterized as special private law. This enforcement system of competition and fair trade laws and consumer protection laws in Korea had some merits and weakness.

In order to ensure free and fair competition in market and to protect consumer more efficiently, it is necessary to improve the current enforcement system. As for public enforcement, the KFTC should focus its activity on the prohibition of anti-competitive behaviors such as abuse control of market dominant position, merger control and cartel prohibition. And for the effective investigation of cartels, it is desirable for KFTC to cooperate with public prosecutor more closely. The administrative enforcement by KFTC on unfair trade practices and unfair contract terms should be substituted by private litigation. Since unfair trade practices and unfair contract terms can be more effectively prohibited by private litigation than by public enforcement, if some institutions to stimulate private litigation such as treble damages claim and class action will be introduced.

Key words : Competition law, fair trade law, consumer protection, enforcement system,  
public enforcement, private litigation, Korea Fair Trade Commission

---

\* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.