

〈논 문〉

韓國 獨占規制法の 改善*

權 五 乘**

I. 獨占規制法の 沿革과 目的

1. 獨占規制法の 沿革

우리나라에서는 정부가 1960년대 초부터 경제개발정책을 추진함에 있어서 자본과 자원이 절대적으로 부족한 상황에서 고도성장을 실현하기 위하여 소수의 능력있는 기업을 집중적으로 지원하는 이른바 不均衡成長政策을 추진해 왔다. 그 결과, 우리나라 경제는 놀라운 성장을 거듭하여 1980년대를 넘어서면서 신흥 공업국의 대열에 들어 서게 되었다. 그러나 그 이면에는 시장이 독과점화되고 경제력이 소수의 개인이나 기업에게 집중되는 등 여러가지의 폐해가 나타나기 시작하였으며, 1980년대 이후에는 이것이 심각한 사회문제의 하나로 등장하게 되었다.

우리나라에서 독과점의 폐해가 최초로 사회문제로 제기되기 시작한 것은 1963년이지만, 이를 규제할 수 있는 법적 기초를 마련하게 된 것은 1975년이다. 1975년에 정부는 물가안정을 실현하기 위한 수단으로 '물가안정 및 공정거래에 관한 법률'을 제정하여 독과점 사업자의 가격형성을 규제할 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 그리고 1980년 12월에는 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하기 위하여 '獨占規制 및 公正去來에 관한 法律'(이하 '獨占規制法'이라 한다)을 제정하였다. 이 법률은 그간 8차례의 개정(1986, 1990, 1992, 1994, 1996, 1998, 1999년 2월과 12월)을 거쳐 오늘에 이르고 있다.

2. 獨占規制法の 目的

독점규제법은 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여, 公正하고 自由로운 競爭을 촉진함으로써, 創意的인 企業活動을 조장하고 消費者를 보호함과 아울러 國民經濟

* 이 글은 2000년 6월 2일 早稻田大學 法科大學院에서 발표한 論文을 修正·補完한 것이다.

** 서울大學校 法科大學 副教授

의 均衡있는 發展을 도모함을 목적으로 한다(법 1조). 이 목적 규정의 구조는 크게 3 부분으로 나누어진다. 첫 번째 부분은 '사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여'인데, 이것은 동법의 규제내용을 규정한 것이다. 그리고 두 번째 부분은 '公正하고 自由로운 競爭을 촉진함으로써'인데, 이것은 동법의 직접적인 목적을 규정한 것이다. 마지막 부분은 '創意的인 企業活動을 조장하고 消費者를 보호함과 아울러 國民經濟의 均衡있는 發展을 도모함'인데, 이것은 동법의 궁극적인 목적을 규정한 것이다.

따라서 독점규제법은 직접적으로는 公正하고 自由로운 競爭의 促進을 목적으로 하고 있으며, 이를 통하여 궁극적으로 創意的인 企業活動의 助長, 消費者의 保護 및 國民經濟의 均衡있는 發展을 도모하려고 한다. 그리고 1986년부터는 經濟力集中의 抑制도 동법의 직접적 목적에 포함시켜 놓고 있다.

II. 獨占規制法の 主要內容

1. 實體法的 規制

(1) 獨寡占의 規制

1) 市場支配的 地位의 濫用禁止

(가) 市場支配的 事業者의 意義 및 推定

시장지배적 사업자라 함은 시장을 지배하는 사업자, 즉 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. 시장지배적 사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려해야 한다(법 2조 7호). 그런데 실제로는 이러한 판단이 대단히 어렵기 때문에, 독점규제법은 시장점유율을 기준으로 하여 일정한 거래분야에서 시장점유율이 다음 각호의 1에 해당하는 사업자를 시장지배적 사업자로 추정하고 있다(법 4조).¹⁾

- ① 1 사업자의 시장점유율이 100분의 50이상.
- ② 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75이상. 다만 이 경우에 시장점유율이 100분의 10미만인 자는 제외.

1) 독점규제법은 1985년 이래 공정거래위원회로 하여금 해마다 시장지배적 사업자를 지정하여 고시하도록 하고 있었으나, 1999년 2월에는 규제완화의 차원에서 지정·고시제도를 폐지하고 그 대신에 시장지배적 사업자를 추정하는 제도를 도입하였다.

(나) 地位濫用行爲의 禁止

독점규제법은 시장지배적 사업자의 지위남용행위를 금지하고 있다. 여기서 시장지배적 사업자의 지위남용행위란 시장지배적 사업자가 그 지위를 이용해서 하는 행위중에서 유효경쟁이 기능하고 있는 시장에서는 도저히 있을 수 없는 행위를 말한다. 독점규제법은 이러한 폐해의 유형을 부당한 가격결정, 부당한 출고조절, 부당한 사업활동방해, 부당한 시장진입방해 등으로 열거하고 있다(법 3조의2).

2) 獨寡占의 市場構造의 改善

공정거래위원회는 독과점적 시장구조가 장기간 유지되고 있는 시장에 대하여 경쟁을 촉진하기 위한 시책을 수립하여 시행하여야 한다(법 3조 1항). 그리고 이러한 시책의 추진을 위하여 필요한 경우에는 관계행정기관의 장에게 경쟁의 도입 기타 시장구조의 개선 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 수 있다(법 3조 2항).

독점규제법이 공정거래위원회에게 이러한 권한을 부여한 이유는, 우리나라에는 독과점적 시장구조가 고착화되어 있는 시장이 많이 있는데, 이러한 경우에는 시장지배적 사업자의 지위남용행위에 대한 규제만으로는 유효경쟁을 회복하기가 어렵기 때문이다.²⁾

(2) 企業結合의 制限

1) 企業結合의 意義 및 類型

기업결합이라 함은 기업간의 자본적·인적·조직적인 결부를 통하여 여러 기업의 활동을 단일한 관리체제하에 통합시킴으로써 개별기업의 경제적인 독립성을 소멸시키는 기업간의 결합의 과정이나 형태를 말한다. 기업결합은 그것이 시장에 미치는 효과를 기준으로 분류하면 수평결합, 수직결합, 혼합결합으로 나누어지고, 결합의 방법과 수단을 기준으로 분류하면 주식취득,³⁾ 임원겸임, 영업양수, 새로운 회사설립에의 참여 등으로 나누어진다. 그런데 독점규제법은 기업결합의 유형을 결합의 방법이나 수단을 기준으로 나누어 규정하고 있다.

2) 競爭制限的인 企業結合의 禁止

(가) 競爭制限性的의 判斷

독점규제법은 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합(법 7조

2) 공정거래위원회는 1981년부터 해마다 시장지배적 사업자를 지정·고시하여 그 지위남용행위를 규제하고 있는데, 1981년부터 지금까지 줄곧 시장지배적 사업자로 지정되고 있는 독과점품목이 무려 20개에 달하고 있을 정도로 우리나라 제조업부문의 독과점화 현상은 장기화, 고착화되어 있다.

3) 이 법의 규정에 의한 주식의 취득 또는 소유는 취득 또는 소유의 명목과 관계없이 실질적인 소유관계를 기준으로 한다(법 7조의2).

1항)과 불공정한 방법으로 하는 기업결합을 금지하고 있다(법 7조 3항).⁴⁾ 그런데 그 중에서 중심이 되는 것은 경쟁제한적인 기업결합의 금지이다.

따라서 기업결합의 규제에 있어서 가장 중요한 것은 그 기업결합이 일정한 거래 분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는지의 여부를 가리는 것이다. 이를 판단하기 위해서는 다음과 같은 심사를 거쳐야 한다. 우선, 그 기업결합이 영향을 미치게 될 일정한 거래분야, 즉 관련시장을 획정할 필요가 있으며, 그 다음에 그 기업결합이 당해 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는지의 여부를 판단하지 않으면 안된다. 그런데 여기서 일정한 거래분야라 함은 상호 경쟁관계에 있는 사업자들로 구성되는 시장을 의미한다. 그리고 경쟁을 실질적으로 제한한다는 것은 有效競爭(workable competition)을 기대하기가 곤란한 상태, 즉 시장지배의 상태를 초래하는 것을 말한다.⁵⁾

(나) 競爭制限性의 推定

기업결합의 규제 실제에 있어서는 당해 기업결합이 경쟁을 실질적으로 제한한다는 것을 입증하지 못하여 규제의 실효를 거두지 못하는 경우가 많다. 이러한 문제는 특히 수직결합이나 혼합결합의 경우에 두드러지게 나타난다. 따라서 1996년의 개정법은 이러한 어려움을 극복하기 위하여 기업결합이 다음과 같은 경우에 해당될 때에는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 추정하고 있다(법 7조 4항).

1) 수평결합의 경우

기업결합에 참여한 당사회사의 시장점유율(계열회사의 시장점유율을 합산한 점유율을 말한다)의 합계가 다음 각호의 요건을 갖춘 경우(제1호)

가. 시장점유율의 합계가 시장지배적 사업자의 추정요건에 해당할 것

나. 시장점유율의 합계가 당해 거래분야에서 제1위일 것

다. 시장점유율의 합계와 시장점유율이 제2위인 회사(당사회사를 제외한 회사 중 제1위인 회사를 말한다)의 시장점유율과의 차이가 그 시장점유율의 합계의 25%이상일 것

그런데 이 추정규정은 이를 문리적으로 해석하면 기업결합에 참여한 회사들의 시장점유율의 합계가 가,나,다의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 경쟁제한성이 추정

4) 종래에는 기업결합의 규제대상을 일정한 규모 이상의 기업으로 제한하였으나 1996년의 법 개정으로 모든 기업을 그 대상으로 하게 되었다.

5) 독점규제법은 '경쟁을 실질적으로 제한한다'는 것의 의미를 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격, 수량, 품질, 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말한다고 규정하고 있다(법 2조 8의 2호).

되는 것으로 이해된다. 그러나 이것은 타당하지 않다. 왜냐하면 어떤 시장에 시장지배적 사업자가 존재한다는 것은 그 시장에 이미 유효경쟁이 이루어지지 않고 있다는 것, 즉 경쟁이 실질적으로 제한되고 있다는 것을 의미하는데, 독점규제법은 경쟁의 실질적 제한을 추정하기 위한 요건으로서 시장점유율의 합계가 시장지배적 사업자의 요건에 해당되는 것만으로는 부족하고, 거기에 다시 시장점유율의 합계가 당해 거래분야에서 제1위이고 또 제2위와의 차이가 25% 이상일 것을 요구하고 있는 것은 무리한 요구이기 때문이다. 따라서 이 규정을 합리적으로 해석하려면, 이를 문리대로 해석할 것이 아니라 '가'와 '나·다'로 나누어서 '가'에 해당되면 그것만으로 경쟁제한성이 추정되고, '나와 다'의 경우에는 양자를 모두 충족되어야 비로소 경쟁제한성이 추정된다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

2) 수직 또는 혼합결합의 경우

대규모회사, 즉 자산총액 또는 매출액의 규모(계열회사의 자산총액 또는 매출액을 합산한 규모를 말한다)가 2조원 이상인 회사(영 12조의 2)가 직접 또는 특수관계인을 통하여 행한 기업결합이 다음 각호의 요건을 갖춘 경우.

- 가. 중소기업기본법에 의한 중소기업의 시장점유율이 3분의 2이상인 거래분야에서의 기업결합일 것
- 나. 당해 기업결합으로 5%이상의 시장점유율을 가지게 될 것

이 추정규정은 특히 수직결합이나 혼합결합을 효율적으로 규제하기 위하여 마련된 것이다. 수직결합이나 혼합결합의 경우에는 경쟁제한성을 입증하기가 특히 곤란하여 그 규제의 실효를 거두지 못하는 경우가 많았기 때문에, 독점규제법은 수직결합이나 혼합결합에 대한 규제의 실효성을 제고하기 위하여 이러한 추정규정을 도입하였다고 할 수 있다.

(다) 企業結合禁止의 例外

어떤 기업결합이 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하더라도, 다음 각호의 1에 해당한다고 공정거래위원회가 인정하는 경우에는 이를 금지하지 않는다(법 7조 2항 전문). 이 경우 해당 요건을 충족하는 것에 대한 입증은 당해 사업자가 하여야 한다(법 7조 2항 후문).

- ① 당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우
- ② 상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가한 회사와의 기업결합으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 경우

제 1호는 효율성 증대를 위한 기업결합에 대한 예외이고, 제 2호는 도산기업의

구제를 위한 기업결합에 대한 예외이다.

(3) 經濟力集中의 抑制

1) 經濟力集中의 問題

우리나라에서는 경제력이 특히 소수의 재벌에게 과도하게 집중되어 있는 것이 문제가 되고 있다. 우선 소수의 재벌이 여러 산업분야에 참여하고 있어서 국민경제 전체에서 차지하는 비중이 매우 높기 때문에 그 자체가 사적인 권력으로 작용할 우려가 있으며(一般集中), 재벌을 구성하고 있는 계열회사들 중에는 각 시장에서 독점 또는 과점적 지위를 차지하고 있는 경우가 많기 때문에 당해 시장의 기능을 저해할 우려가 있고(市場集中), 이러한 재벌이 특정한 개인이나 그 가족 또는 혈족에 의하여 사실상 소유·지배되고 있기 때문에 소득분배의 불평등을 심화시키는 동시에 합리적인 경영을 저해할 우려가 있다(所有集中).⁶⁾ 그런데 정부는 이러한 재벌문제가 오늘날의 경제위기를 초래한 주요원인 중의 하나라고 보고, 이를 조속히 해결하기 위하여 1998년 1월에 김대중 대통령 당선자와 재벌총수들간에 企業構造改革 5大 原則(經營透明性の 提高, 相互債務保證의 解消, 財務構造의 改善, 核心企業의 設定, 經營者의 責任強化)을 합의한 바 있으며, 이를 시행하기 위한 각종 제도적 장치들을 마련하였다. 이와 같은 5대 원칙 하에서 상당한 제도개선이 이루어지긴 했으나 그동안 국내외의 경제여건이 많이 변화되었을 뿐만 아니라 일부 제도상의 미비점들이 나타남에 따라, 김대중 대통령은 작년 8·15 경축사를 통하여 이러한 5대 원칙을 보완하는 수단으로 産業資本과 金融資本의 分離, 循環出資 및 不當內部去來의 抑制, 變則相續의 遮斷 등 3가지 원칙을 추가로 발표한 바 있다.

2) 財閥에 대한 規制

독점규제법은 재벌에 의한 과도한 경제력집중을 막기 위하여, 1986년의 제 1차 개정을 통하여 지주회사의 설립·전환을 금지하는 동시에, 대규모기업집단에 속하는 계열회사의 상호출자를 금지하고 출자총액을 제한하는 등 출자규제제도를 도입하였으며, 1992년에는 계열회사의 상호채무보증을 제한하는 제도를 도입하였다. 그리고 1998년에는 대규모기업집단에 대한 구조조정을 촉진하기 위하여 출자총액제한제도를 폐지하는 대신에, 신규 상호채무보증을 원칙적으로 금지하고 기존의 채무보증은 2000년 3월 31일까지 완전히 해소하도록 하였다. 한편, 1999년 2월에는 기업의 구조조정을 조속한 시일내에 마무리하기 위하여 지주회사의 설립·전환을 제한적으로 허용하고, 동년 12월에는 대규모기업집단의 계열회사간 순환출자를 억제하기 위하

6) 權五乘, 財閥의 問題點과 그 對策, *Fides* Vol.XXXII(통권 35호), 서울대 법대 학생회, 1992, 7면 이하 참조.

여 출자총액의 제한제도를 다시 도입하고,⁷⁾ 부당한 내부거래를 예방하기 위하여 일정한 규모 이상의 내부거래는 이를 이사회의 의결 및 공시의 대상으로 하였다.

(가) 持株會社의 制限的 許容

지주회사는 1986년 독점규제법 제 1차 개정 이래 그 설립이 원칙적으로 금지되어 왔으나, 1999년 2월 제 7차 개정을 통하여 그 설립이 제한적으로 허용되고 있다(법 8조). 그러나 지주회사가 경제력집중의 수단으로 활용될 우려가 있기 때문에, 이를 막기 위하여 그 설립요건을 엄격히 제한하고 있다.

우선 지주회사가 과도한 외부차입으로 자회사를 확장해 나가는 것을 막기 위하여 지주회사의 부채비율을 순자산액의 100% 이내로 제한하고, 개별 자회사에 대한 지분율을 50% 이상으로 유지하도록 하며, 자회사 이외의 회사의 주식을 지배목적으로 소유하지 못하게 하였다. 그리고 대기업이 금융기관을 사금고화하는 것을 막기 위하여 하나의 지주회사에 금융회사와 비금융회사를 동시에 두는 것을 금지하고 있다. 또 지주회사가 다단계에 걸친 출자방식으로 많은 회사를 거느리는 것을 막기 위하여 원칙적으로 손자회사를 두지 못하도록 하고 있다(법 8조의2). 한편 채무보증제한 대규모기업집단에 속하는 회사를 지배하는 동일인 또는 그 동일인의 특수관계인이 지주회사를 설립하고자 하거나 지주회사로 전환하고자 하는 경우에는 기존의 채무보증을 해소하도록 하고 있다(법 8조의3).

(나) 大規模企業集團에 대한 規制

독점규제법은 공정거래위원회로 하여금 해마다 동법의 적용을 받는 대규모기업집단을 지정하도록 한 뒤에(법 14조), 대규모기업집단에 속하는 계열회사의 상호출자와 출자총액 및 상호채무보증을 금지 또는 제한하고 있다.

a) 相互出資의 規制

독점규제법은 대규모기업집단에 속하는 회사의 상호출자를 원칙적으로 금지하고 있다. 그러나 그것이 회사의 합병 또는 영업전부의 양수로 인한 경우이거나, 담보권의 실행 또는 대물변제의 수령으로 인한 경우에는 예외적으로 인정된다(법 9조).

b) 出資總額의 制限

독점규제법은 대규모기업집단에 속하는 회사는 취득 또는 소유하고 있는 다른 국내회사의 주식의 합계액(출자총액)이 당해 회사의 순자산액의 25%를 초과해서는 안된다고 규정하고 있다(법 10조 1항). 그러나 ① 취득 또는 소유하고 있는 주식에 대한 신주배정 또는 주식배당으로 신주를 취득 또는 소유하는 경우, ② 담보권의

7) 출자총액제한제도는 2001년 4월 1일부터 시행하게 된다.

실행 또는 대물변제의 수령에 의해 주식을 취득 또는 소유하는 경우, ③ 사회간접 자본시설에 의한 민간투자법에 의한 민간투자사업을 영위하는 회사의 주식을 취득 또는 소유하는 경우, ④ 기업의 경쟁력 강화를 위한 구조개선, 외국인 투자의 유치 또는 중소기업과의 기술협력을 위하여 주식을 취득 또는 소유하는 경우에는 출자총액의 제한이 적용되지 않는다(법 10조 1항 단서).

c) 相互債務保證의 禁止

독점규제법은 1992년의 개정을 통하여 대규모기업집단에 속하는 회사가 국내 계열회사에 대하여 채무를 보증할 수 있는 한도를 자기 자본의 200%로 제한하였으며, 1996년에는 그 한도를 100%로 인하하였고, 1998년에는 신규채무보증은 원칙적으로 금지하면서 기존의 채무보증은 2000년 3월 31일까지 완전히 해소하도록 하였다.

d) 不當한 資金·資産·人力의 支援禁止

독점규제법은 계열회사 상호간의 부당한 지원행위를 금지하고 있다. 부당한 지원행위는 그 수단에 따라 상품·용역의 거래를 통한 지원행위와 자금·자산·인력의 거래를 통한 지원행위로 나누어지는데, 공정거래위원회는 1992년 7월부터 “대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준”을 제정하여 상품·용역의 거래를 통한 지원행위에 대한 감시를 강화하였으나, 자금·자산·인력의 지원행위에 대하여는 1997년 7월부터 규제하게 되었다.⁸⁾

그리고 1999년 2월에는 대규모기업집단에 소속된 계열회사의 부당한 지원행위를 효과적으로 조사할 수 있도록 하기 위하여 공정거래위원회에 金融去來情報要求權을 부여하고 있다.⁹⁾

e) 金融 및 保險會社의 議決權 制限

대규모기업집단에 속하는 회사로서 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사는 취득 또는 소유하고 있는 국내 계열회사의 주식에 대하여 의결권을 행사할 수 없다. 그러나 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사가 금융업 또는 보험업을 영위하기 위해서 또는 보험자산의 효율적인 운용·관리를 위하여 관계법령에 의한 승인을 얻어 주식을 취득 또는 소유하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다(법 11조).

(4) 不當한 共同行爲의 制限

독점규제법은 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 하는 것을 원칙적으로 금지하고 있다(법 19조 1항). 그러나 그 공동행위가 산업

8) 公正去來委員會, 1998년판 公正去來白書, 147-148면 참조.

9) 權五乘, 經濟法 第二版, 法文社, 1999, 259면 참조.

합리화, 연구·기술개발, 불황의 극복, 산업구조의 조정, 거래조건의 합리화 또는 중소기업의 경쟁력 향상을 위한 경우로서 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 예외적으로 허용된다(법 19조 2항).

1) 不當한 共同行爲의 要件

부당한 공동행위가 성립하기 위해서는 사업자가 다른 사업자와 공동으로(共同性), 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 하여야 한다(競爭制限性).

(가) 共同性

공동행위가 성립하기 위해서는 우선, 어떤 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 행위를 하여야 한다. 공동행위는 어떤 사업자가 다른 사업자와 공동으로 하는 행위라는 점에서, 사업자가 단독으로 하는 시장지배적 지위의 남용이나 기업결합 또는 불공정거래행위 등과 구별된다. 여기서 「공동으로」라고 함은 둘 이상의 사업자가 그들의 사업활동의 제한에 대한 意思의 連絡이 있고, 이에 기하여 行動의 一致가 이루어지는 것을 말한다.

그런데 실제로는 의사의 연락을 입증하기가 대단히 어렵다. 따라서 독점규제법은 이러한 입증의 곤란을 해결하기 위하여 2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하고 있는 경우에는 동사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정하고 있다(법 19조 5항).

(나) 競爭制限性

독점규제법은 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위를 금지하고 있다. 따라서 어떠한 공동행위가 금지되는지의 여부를 가리기 위해서는 그것이 부당하게 경쟁을 제한하는지에 대하여 심사하지 않으면 안된다.

그런데 공동행위는 기업결합과는 달리, 관련시장에서 상당한 점유율(share)을 차지하고 있는 사업자들 간에서 이루어지는 것이 보통이고, 그 내용이 가격이나 거래조건, 판매량이나 거래처 등과 같이 사업자들간의 경쟁에 직접적인 영향을 미치는 사항들인 경우가 대부분이기 때문에, 경쟁을 제한하는 것이 보통이고 그렇지 않은 경우는 오히려 예외이다. 따라서 입법자가 1999년 2월 독점규제법 제 7차 개정을 통하여 공동행위의 위법성 판단기준을 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는”에서 “부당하게 경쟁을 제한하는”으로 개정된 것은 매우 잘한 일이라고 생각된다.

2) 不當한 共同行爲의 類型

부당한 공동행위는 사업자들간의 合意의 內容에 따라 다음과 같은 유형으로 나누

어진다(법 19조 1항).

- (가) 가격협정(1호)
- (나) 거래조건협정(2호)
- (다) 공급제한협정(3호)
- (라) 시장분할협정(4호)
- (마) 설비제한협정(5호)
- (바) 상품의 종류·규격제한협정(6호)
- (사) 회사의 설립(7호)
- (아) 다른 사업자의 사업활동제한(8호)

3) 不當한 共同行爲의 禁止와 例外

(가) 不當한 共同行爲의 禁止

독점규제법은 부당한 공동행위를 원칙적으로 금지하고 있다(법 19조 1항 본문). 따라서 사업자들은 부당한 공동행위를 해서는 안되며, 부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 계약 등은 사업자간에 있어서 무효이다(법 19조 4항).

(나) 共同行爲의 認可

공동행위가 산업합리화, 불황극복, 연구·기술개발, 산업구조의 조정, 중소기업의 경쟁력향상 또는 거래조건의 합리화를 위한 것으로서, 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 예외적으로 허용된다(법 19조 2항).

(5) 不公正去來行爲의 禁止

독점규제법은 사업자가 직접 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하는 것을 금지하고 있다(법 23조).

1) 不公正去來行爲의 意義

불공정거래행위란 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 가리킨다. 여기서 '공정한 거래'란 공정한 경쟁보다 넓은 개념으로서 경쟁의 수단이나 방법의 공정성 뿐만 아니라 거래조건의 공정성까지 포함하는 개념이다. 따라서 불공정거래행위에는 사업자들 상호간에 경쟁을 하는 수단이나 방법이 불공정한 경우는 물론이고, 거래의 내용이나 조건이 부당한 경우 또는 일반 소비자의 이익을 침해할 우려가 있는 경우도 포함된다.

2) 不公正去來行爲의 類型

독점규제법은 불공정거래행위의 유형을 7가지¹⁰⁾로 나누어 규정한 뒤에(법 23조 1항), 그 구체적인 유형과 기준은 대통령령으로 정하도록 하고 있다(법 23조 2항). 그리고 동법 시행령은 일반불공정거래행위의 유형 및 기준은 이를 별표로 제시하고(영 36조 1항), 이 유형 및 기준을 특정분야 또는 특정행위에 적용하기 위하여 세부기준이 필요한 경우에는 공정거래위원회가 이를 정하여 고시하도록 하고 있다(영 36조 2항).

(가) 一般不公正去來行爲

a) 거래거절

거래거절에는 ① 공동의 거래거절과 ② 기타의 거래거절이 있다.

b) 차별적 취급

차별적취급에는 ① 가격차별, ② 거래조건차별, ③ 계열회사를 위한 차별취급, ④ 집단적 차별취급이 있다.

c) 경쟁사업자의 배제

경쟁사업자 배제에는 ① 부당염매와 ② 부당고가매입이 있다.

d) 부당한 고객유인

부당한 고객유인에는 ① 부당한 이익에 의한 고객유인과 ② 위계에 의한 고객유인, ③ 기타 부당한 고객유인이 있다.

e) 거래강제

거래강제에는 ① 끼워팔기, ② 사원판매, ③ 기타의 거래강제가 있다.

f) 우월적 지위의 남용

우월적 지위의 남용에는 ① 구입강제, ② 이익제공강요, ③ 판매목표강제, ④ 불이익제공, ⑤ 경영간섭 등이 있다.

g) 구속조건부 거래

구속조건부 거래에는 ① 배타조건부 거래와 ② 거래지역·상대방제한이 있다.

h) 사업활동방해

사업활동의 방해의 유형에는 ① 기술의 부당이용, ② 인력의 부당유인·채용, ③ 거래처 이전 방해, ④ 기타의 사업활동 방해가 있다.

i) 부당한 자금·자산·인력의 지원

부당한 자금·자산·인력의 지원에는 ① 부당한 자금지원, ② 부당한 자산지

10) 불공정거래행위의 유형을 종래에는 6가지만 규정해 놓고 있었는데, 1996년의 개정법에서는 1가지(부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금, 대여금, 인력, 부동산, 유가증권, 무채재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위)를 추가하여 7가지로 늘어났다.

원, ③ 부당한 인력지원이 있다.

(나) 特殊不公正去來行爲

공정거래위원회는 특수한 사업분야 또는 특수한 행위와 관련하여 발생하는 불공정거래행위를 효과적으로 규제하기 위하여, ① 경품류제공에 관한 불공정거래행위, ② 병행수입에 있어서의 불공정거래행위, ③ 국제계약상의 불공정거래행위, ④ 대규모소매점업에 있어서의 불공정거래행위, ⑤ 가맹사업(프랜차이즈)에 있어서의 불공정거래행위 등 5가지의 특수불공정거래행위를 지정·고시하고 있다.

(6) 事業者團體 등

1) 事業者團體

독점규제법은 사업자단체가 부당한 공동행위, 일정한 거래분야에 있어서 현재 또는 장래의 사업자수를 제한하는 행위, 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위, 또는 사업자에게 불공정거래행위나 재판매가격유지행위를 하게 하거나 이를 방조하는 행위를 하는 것을 금지하고 있다(법 26조 1항).

공정거래위원회는 동법에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자단체에 대하여 당해 행위의 중지, 범위반사실의 공표 기타 시정을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다(법 27조). 한편 공정거래위원회는 당해 사업자단체에 대하여는 5억원의 범위내에서, 그리고 당해 행위에 참가한 사업자에 대하여는 매출액의 5%를 초과하지 않는 범위내(매출액이 없는 경우에는 5억원을 초과하지 않는 범위내)에서 과징금을 부과할 수 있다(법 28조).

2) 再販賣價格維持行爲의 制限

독점규제법은 상품을 생산 또는 판매하는 사업자의 재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하면서, 특정한 저작물과 특별한 요건을 갖춘 상품에 대해서는 이를 예외적으로 허용하고 있다(법 29조).

3) 國際契約의 締結制限

독점규제법은 사업자 또는 사업자단체가 부당한 공동행위, 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제적 협정이나 계약(이하 "국제계약"이라 한다)을 체결하는 것을 원칙적으로 금지하고 있다(법 32조 1항 본문). 그러나 공정거래위원회가 당해 국제계약의 내용이 일정한 거래분야에 있어서 경쟁에 미치는 영향이 경미하거나 기타 부득이한 사유가 있다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다(법 32조 1항 단서).

2. 公正去來委員會

(1) 公正去來委員會의 設置

독점규제법은 동법에 의한 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 국무총리 소속하에 공정거래위원회를 두고 있다(법 35조). 공정거래위원회는 독점규제법의 시행에 관하여 필요한 기준을 제정하고, 동법에 의한 신고를 받으며, 동법의 위반 여부를 심사하여 위반행위에 대하여는 그 시정에 필요한 조치를 내리고, 과징금을 부과하며, 동법상 인정되는 예외를 허용하고, 나아가 동법 위반자를 고발하는 등 여러가지의 권한을 가지고 있다.

(2) 公正去來委員會의 構成 및 會議

공정거래위원회는 위원장 1인 및 부위원장 1인을 포함한 9인의 위원으로 구성되며, 그 중 4인은 비상임위원으로 한다(법 37조 1항). 그리고 공정거래위원회의 위원은 일정한 자격을 갖춘 자 중에서 대통령이 임명한다(법 37조 2항). 그리고 공정거래위원회의 회의는 위원 전원으로 구성되는 전원회의와 상임위원 1인을 포함한 위원 3인으로 구성하는 소회의로 구분된다(법 37조의2).

(3) 事務處의 設置

공정거래위원회의 사무를 처리하기 위하여 공정거래위원회에 사무처를 둔다(법 47조). 사무처에는 총무과, 심판행정과, 정책국, 독점국, 경쟁국 및 조사1국과 조사2국을 두며, 위원장실에 공보담당관 1인을 두고, 사무처장 밑에 법무심의관 및 기획예산담당관 각 1인을 둔다(공정거래위원회 직제 5조 참조). 그리고 지방에 있어서 공정거래에 관한 사무를 처리하기 위하여 부산, 광주, 대전 및 대구에 지방공정거래사무소를 둔다(영 52조, 공정거래위원회 직제 12조).

3. 節次法的 規制

(1) 調査 등의 節次

1) 위반행위의 조사 등

독점규제법에 위반되는 사실이 있다고 인정할 때에는 공정거래위원회는 직권으로 필요한 조사를 할 수 있고(법 49조 1항), 누구든지 그 사실을 공정거래위원회에 신고¹¹⁾할 수 있다(법 49조 2항). 그런데 공정거래위원회가 위의 조사를 한 경우에는 그 결과를 서면으로 당해 사건의 당사자에게 통지하여야 한다(법 49조 3항).

11) 신고는 서면신고가 원칙이지만, 긴급을 요하거나 부득이한 경우에는 전화나 구두로도 신고할 수 있다(영 54조).

그리고 공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는, 대통령령이 정하는 바에 따라 이해관계인 또는 참가인의 의견을 들을 수 있고, 감정인을 지정하여 감정을 위촉할 수도 있으며, 사업자·사업자단체 또는 이들의 임직원에게 대하여 원가 및 경영상황에 관한 보고, 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치를 할 수 있다. 그리고 그 소속공무원으로 하여금 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에서 업무 및 경영상황, 장부·서류 기타의 자료나 물건을 조사하게 할 수 있다(법 50조).

한편 이상의 보고 또는 필요한 자료나 물건의 제출을 하지 아니하거나, 허위의 보고 또는 자료나 물건을 제출한 자, 혹은 관계공무원의 조사를 거부·방해 또는 기피하거나 허위의 진술을 한 자에 대하여는 과태료에 처한다. 과태료의 금액은 사업자나 사업자단체에 대하여는 1억원 이하, 회사 또는 사업자단체의 임원 또는 종업원 기타 이해관계인에 대하여는 1천만원 이하로 한다(법 69조의 2).

2) 違反行爲에 대한 是正措置

(가) 是正命令

공정거래위원회는 독점규제법에 위반하는 행위가 있는 때에는 당해 사업자 또는 위반행위자에 대하여 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다. 우선 시장지배적 지위의 남용행위가 있는 때에는 가격의 인하, 당해행위의 중지, 범위반사실의 공표 등의 조치를 명할 수 있고(법 5조), 기업결합의 금지 또는 경제력집중의 억제에 위반하거나 위반할 우려가 있는 행위가 있는 때에는 당해 행위의 중지, 주식의 전부 또는 일부의 처분, 임원의 사임, 영업의 양도, 채무보증의 취소, 범위반사실의 공표, 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한 등의 조치를 명할 수 있으며(법 16조 1항), 회사의 합병 또는 설립무효의 소를 제기할 수도 있다(법 16조 2항). 한편 부당한 공동행위가 있을 때에는 당해 행위의 중지, 범위반사실의 공표 등의 조치를 명할 수 있고(법 21조), 불공정거래행위가 있을 때에는 당해 행위의 중지, 계약조항의 삭제, 범위반사실의 공표 등의 조치를 명할 수 있다(법 24조).¹²⁾

(나) 是正勸告

공정거래위원회는 독점규제법에 위반하는 행위가 있는 경우에 당해 사업자 또는 사업자단체에 대하여 그 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있는데, 이 권고를 받은 자는 그 권고를 받은 날로부터 10일 이내에 당해 권고를 수락하는지의 여부에 대하여 공정거래위원회에 통지하여야 한다. 이 경우 시정권고를 받은 자가 당해

12) 정정광고는 표시·광고법 부칙 제 4조 제 1항에 의거하여 1999년 7월 1일에 삭제되었다.

권고를 수락한 때에는 이 법에 의한 시정조치가 명하여진 것으로 본다(법 51조).

3) 異議申請 등

독점규제법에 의한 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날로부터 30일 이내에 그 사유를 갖추어 공정거래위원회에 이의신청을 할 수 있다. 그리고 공정거래위원회는 이러한 이의신청에 대하여 30일 이내에 재결하여야 한다. 다만 부득이한 사정으로 그 기간내에 재결할 수 없을 때에는 30일의 범위안에서 그 기간을 연장할 수 있다(법 53조). 그리고 공정거래위원회는 이 법에 의한 시정명령을 받은 자가 이의신청을 제기한 경우에 그 명령의 이행 또는 절차의 속행으로 인하여 발생할 수 있는 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 당사자의 신청이나 직권에 의하여 그 명령의 이행 또는 절차의 속행에 대한 정지를 결정할 수 있다. 공정거래위원회가 집행정지의 결정을 한 후에 집행정지의 사유가 없어진 경우에는 집행정지의 결정을 취소할 수 있다(법 53조의2).

한편 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때에는 이의신청에 대한 재결의 고지를 받은 날로부터 30일 이내에 이를 제기하여야 한다. 이 기간은 불변기간이다(법 54조). 이 불복의 소는 공정거래위원회의 소재지를 관할하는 서울고등법원을 전속관할로 한다(법 55조).

(2) 課徵金の 賦課 및 徵收

1) 課徵金の 賦課

공정거래위원회는 시장지배적 지위를 남용한 사업자에 대하여 매출액의 3%를 초과하지 않는 범위(매출액이 없거나 매출액을 산정하기가 곤란한 경우 10억원을 초과하지 않는 범위)안에서 과징금을 부과할 수 있다(법 6조).

그리고 공정거래위원회는 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대하여 과징금을 부과할 수 있는데, 이 과징금은 부당이득의 환수와 행정제재벌의 성격을 겸비하고 있으며, 그 금액은 당해 사업자의 매출액의 5%를 초과하지 못한다. 만약 매출액이 없는 경우 등에는 10억원을 초과하지 않는 범위내에서 과징금을 부과할 수 있다(법 22조). 다만 부당한 공동행위를 한 자가 그 사실을 공정거래위원회에 신고한 경우에는 당해 신고자에 대하여 시정조치나 과징금의 부과를 감경 또는 면제할 수 있다(법 22조의2).

한편 공정거래위원회는 동법에 위반하는 불공정거래행위를 하고 있는 사업자에 대하여 매출액의 2%를 초과하지 않는 범위내(매출액이 없는 경우에는 5억원을 초과하지 않는 범위내)에서 과징금을 부과할 수 있다(법 24조의2).

공정거래위원회는 이 법의 규정에 의한 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내

용 및 정도, 기간 및 회수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하여야 한다(법 55조의3).

2) 課徵金の 徵收

공정거래위원회는 과징금의 금액이 일정한 기준을 초과하는 경우에 과징금을 부과받은 자가 그 전액을 일시에 납부하기가 어렵다고 인정되는 때에는 그 납부기한을 연장하거나 분할 납부하게 할 수 있다. 이 경우에 필요하다고 인정하는 때에는 담보를 제공하게 할 수 있다(법 55조의4 1항). 그러나 납부기한이 연장되거나 분할 납부가 허용된 과징금 납부의무자가 일정한 요건에 해당하게 된 때에는 그 납부기한의 연장 또는 분할납부결정을 취소하고 일시에 징수할 수 있다(법 55조의4 3항).

공정거래위원회는 과징금 납부의무자가 납부기한내에 과징금을 납부하지 아니한 경우에는 가산금을 징수하며, 공정거래위원회의 독촉에도 불구하고 과징금 또는 가산금을 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다(법 55조의5).

(3) 損害賠償과 刑事的 制裁

사업자 또는 사업자단체는 독점규제법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 그 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 이 경우 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다(법 56조). 이 손해배상청구권은 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다. 다만 이 경우에도 민법 제 750조에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지는 않는다(법 57조 1항). 독점규제법상의 손해배상청구권은 이를 행사할 수 있는 날로부터 3년을 경과한 때에는 시효에 의하여 소멸된다(법 57조).

그리고 독점규제법은 동법에 위반한 자와 공정거래위원회의 시정조치에 응하지 아니한 자에 대하여 형사적 제재를 과하고 있다. 형벌은 죄의 경중에 따라 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금(법 66조)에서 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금(법 67조), 1억원 이하의 벌금(법 68조) 또는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(법 69조 1항), 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금(법 69조 2항) 등 다양하게 부과되고 있다. 그런데 법 제66조와 법 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다(법 71조 1항). 다만 1996년의 법개정으로, 공정거래위원회는 이들 죄 중에서 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 반드시 검찰청장에게 고발하여야 하며(법 71조 2항), 검찰청장은 이러한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있게 되었다(법 71조 3항).

(4) 適用除外

독점규제법은 경제질서의 기본법이기 때문에 모든 경제분야에 적용되는 것이 원칙이다. 그러나 동법은 특수한 분야에 대하여는 동법의 적용을 제외하고 있다. 적용 제외에는 두 가지가 있다. 하나는 전력, 가스, 수도, 전신·전화, 철도운수, 에너지 등과 같이 사업 그 자체의 성질상 당연히 독점이 인정되는 경우(이른바 自然獨占)이고, 다른 하나는 산업정책이나 지역정책 등과 같은 다른 정책을 실현하기 위하여 경쟁을 유보하는 경우이다.

1) 법령에 따른 정당한 행위

법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 독점규제법이 적용되지 아니한다(법 58조). 예컨대 공업발전법 제6조의 업종별합리화계획에 의하여 실시되는 합병, 기업의 전부 또는 주요부분의 양도·양수와 같은 기업결합이나 공동행위에 대하여는 동법이 적용되지 않는다(공업발전법 26조).

2) 무체재산권의 행사행위

저작권법·특허법·실용신안법·의장법 또는 상표법에 의한 권리의 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 독점규제법이 적용되지 않는다(법 59조).

3) 일정한 조합의 행위

소규모의 사업자 또는 소비자의 상호부조를 목적으로 하여 임의로 설립되고, 조합원이 임의로 가입 또는 탈퇴할 수 있으며, 각 조합원이 평등한 의결권을 가지며, 조합원에 대하여 이익분배를 행하는 경우에는 그 한도가 정관에 정해져 있는 조합(조합의 연합회를 포함한다)의 행위에 대하여는 독점규제법을 적용하지 아니한다(법 60조). 여기서 조합이라 함은 농업협동조합, 축산업협동조합, 중소기업협동조합, 수산업협동조합, 신용협동조합, 소비자협동조합 또는 그 연합체를 말한다. 그러나 이들 조합이 불공정거래행위를 하거나, 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한함으로써 부당하게 가격을 인상하게 하는 경우에는 독점규제법의 적용을 받게 된다(법 60조 단서).

Ⅲ. 獨占規制法 施行의 評價와 改善

1. 獨占規制法 施行의 評價

독점규제법은 시행된 지 19년이 지났으며, 내년 4월이면 성년을 맞이하게 된다. 이 법의 시행에 대한 평가는 각자의 입장에 따라 서로 다를 수 있지만, 대체로 공

정거래제도의 중요성을 국민 일반에게 널리 인식시키고, 경쟁제한적이거나 불공정한 거래관행을 시정하는 데에는 상당한 기여를 한 것으로 평가된다. 그러나 이 법은 독과점화되어 있는 시장구조를 개선하거나 각 산업분야에 널리 관행되고 있는 카르텔을 파기하는 데에는 별다른 기여를 하지 못하였다는 비판을 받고 있다.¹³⁾ 이에 공정거래위원회는 1996년이래 독과점화된 시장구조의 개선과 재벌에 의한 경제력집중의 억제에 주력하고 있으나, 아직도 시장구조의 개선이나 경제력집중의 억제에는 큰 성과를 거두지 못하고 있는 것으로 평가된다.

2. 獨占規制法の 改善

독점규제법은 그간 수차례의 개정을 통하여 그 내용과 절차가 상당히 개선되었고, 특히 1999년에는 시장경제 창달의 기본법으로서 제 역할을 충실히 수행할 수 있도록 하기 위해서 두 차례(2월과 12월)에 걸친 개정을 통하여 제도적인 미비점이 많이 보완되었다. 그럼에도 불구하고 동법에는 아직도 다음과 같은 문제점이 내포되어 있기 때문에 그 실효성을 제고하기 위해서는 이를 조속히 개선할 필요가 있다.

(1) 實體法的 側面

1) 獨寡占의 規制

우선 독점규제법은 시장지배적 지위의 남용을 금지하면서, 구체적인 경우에 있어서 어떤 사업자가 시장지배적 지위를 가지고 있는지의 여부를 판단하기가 쉽지 않기 때문에, 이러한 곤란을 극복 내지 완화하기 위하여 시장점유율을 기준으로 시장지배적 사업자를 추정하는 제도를 두고 있다. 그런데 그 기준이 지나치게 높아서 실제로는 시장지배적 지위를 차지하고 있음에도 불구하고 추정기준에 해당되지 않아서 동법상의 규제를 받지 않는 경우도 있다. 따라서 독과점규제의 실효성을 높이기 위해서는 시장지배적 사업자의 추정기준을 독일법의 수준¹⁴⁾으로 인하하는 것이 바람직할 것이다.

2) 企業結合의 制限

독점규제법은 기업결합규제의 실효성을 제고하기 위하여 1996년의 제 5차 개정을 통하여 일정한 요건을 갖춘 경우에 대하여는 경쟁의 실질적 제한을 추정하는 제도를 도입하였다. 그러나 그 추정기준이 지나치게 높고 까다롭기 때문에 실제로는

13) 金柱永, “과연 현행 공정거래법으로 독점기업을 잡을 수 있을까?”, **인권과 정의** 234호 (1996.2), 대한변호사협회, 54면; 申昌善, “21세기 경쟁정책과 경쟁법의 발전방향”, 21세기를 향한 학문의 신조류(1999. 10. 29. 전남대 국제학술대회 발표 자료), 9면 참조.

14) 독일 경쟁제한방지법은 1 사업자의 시장점유율이 1/3이상이거나 3 이하 사업자의 시장점유율의 합계가 50% 이상 또는 5 이하 사업자의 시장점유율의 합계가 2/3 이상인 경우에 시장지배적인 것으로 추정하고 있다(법 19조 3항 참조).

별다른 도움이 되지 않고 있다. 따라서 이 추정제도가 기업결합의 규제에 실제로 도움이 되도록 하기 위해서는 동법 제 7조 4항 1호의 요건을 다음과 같이 개정할 필요가 있다.

1. 기업결합의 당사회사의 시장점유율(계열회사의 시장점유율을 합산한 점유율을 말한다)의 합계가 다음 각목의 하나에 해당하는 경우
 - 가. 시장점유율의 합계가 시장지배적 사업자의 추정요건에 해당할 것
 - 나. 시장점유율의 합계가 당해 거래분야에서 제1위이며 제2위인 회사의 시장점유율과의 차이가 그 시장점유율의 합계의 100분의 25이상일 것

그리고 우리나라에서는 혼합결합이 가장 많은 비중을 차지하고 있는데, 이 경우에는 그것이 경쟁에 미치는 영향을 예측하기가 매우 어렵기 때문에, 이를 효과적으로 규제하기 위해서는 일정한 경우에는 경쟁제한성을 추정하는 제도를 마련할 필요가 있다. 그런데 독점규제법은 대규모회사가 중소기업시장에 진입하는 경우에 대해서만 추정제도를 두고 있고, 그밖의 경우 예컨대 대규모회사 상호간의 결합이나 대규모기업집단에 속하는 계열회사가 다른 기업을 결합하는 경우에 대하여는 추정제도를 두지 않고 있어서 이러한 혼합결합을 규제하기가 매우 곤란하다. 따라서 혼합결합에 대한 규제의 실효성을 제고하기 위해서는 이러한 경우에 대하여도 추정제도를 도입할 필요가 있다.¹⁵⁾

3) 經濟力集中의 抑制

독점규제법상 경제력집중의 억제제도는 지주회사의 설립제한과 대규모기업집단에 대한 규제로 나누어지는데, 전자의 경우에는 지주회사가 경제력집중의 수단으로 악용될 우려가 있기 때문에 이를 방지할 수 있는 방안을 마련할 필요가 있다. 그리고 후자는 다시 출자규제와 채무보증의 제한 및 부당한 지원행위의 금지로 나누어지는데, 출자규제는 원래 기업의 재무구조상의 불합리성을 제거하기 위한 제도이지 경제력집중을 억제하기 위한 제도가 아니고, 계열회사 상호간의 부당한 지원행위는 재벌이라는 구조가 유지되는 한 이를 근본적으로 제거할 수 없는 것이기 때문에, 이를 금지하는 제도의 실효성을 확보하기가 매우 어려울 것으로 생각된다. 따라서 장기적인 관점에서는 독점규제법에서는 개별시장에서 경쟁을 제한하는 경쟁제한행위들만 규제하고, 그 밖의 사항에 대하여는 이를 규제하기 위한 특별법을 마련하든지, 아니면 상법이나 세법 등과 같은 관련법의 규제에 맡기는 것이 바람직 할 것이다.¹⁶⁾

15) 權五乘, 經濟法, 229면 참조.

16) 同旨: 이승철, 공정거래경제학, 한국경제연구원, 1999, 515-517면 참조.

4) 不當한 共同行爲의 禁止

부당한 공동행위를 금지하고 있는 독점규제법 제 19조 1항은 다음과 같은 문제점을 안고 있다. 하나는 “부당하게 경쟁을 제한하는” 행위를 금지하고 있는 공동행위의 위법성 판단기준에 관한 문제이고, 둘은 부당한 공동행위의 유형을 8가지로 열거하고 있는 규정방식의 문제이며, 셋은 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 “합의를 해서는 안된다”고 하는 표현방식의 문제이다.

우선 독점규제법은 공동행위에 대한 위법성 판단기준을 1999년 제 7차 개정을 통하여 위와 같이 개정하였다. 그런데 부당한 공동행위를 효과적으로 규제하기 위해서는 동법 제 19조 1항의 문언을 “사업자가 다른 사업자와 공동으로 경쟁관계에 나쁜 영향을 미치는 행위를 해서는 안된다”로 개정하는 것이 바람직할 것이다.

그리고 부단히 변화·발전하고 있는 경제사정에 부응하여 다양한 모습으로 나타나고 있는 공동행위를 적절히 규제할 수 있도록 하기 위해서는 공동행위의 유형을 법률에 한정적으로 열거할 것이 아니라, 이를 포괄적으로 금지하는 규정을 마련하는 것이 바람직할 것이다.¹⁷⁾

한편, 법 제 19조 1항에 “... 합의를 하여서는 안된다”라고 되어 있는 부분을 “행위를 하여서는 안된다”고 개정하는 것이 바람직할 것이다.¹⁸⁾ 그리고 공동성에 대한 입증근단을 완화하기 위하여 마련한 법 제 19조 5항의 추정제도는 공동성만을 추정하는 방향으로 개정할 필요가 있다.

4) 不公正去來行爲와 再販賣價格維持行爲의 禁止

불공정거래행위의 금지는 다양한 형태의 불공정거래행위를 효과적으로 규제할 수 있도록 하기 위해서, 법률에는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 금지한다고 하는 일반조항만을 두고, 그 구체적인 유형은 공정거래위원회의 심결례나 법원의 판결에 맡기는 것이 바람직할 것이다. 그리고 재판매가격유지행위의 금지를 따로 규율할 것이 아니라 이를 불공정거래행위의 한 유형으로 규율하는 것이 바람직할 것이다.

한편, 사업자단체는 이를 사업자와 달리 취급해야 할 이유가 없으며, 국제계약도 다른 계약과 달리 취급해야 할 이유가 없다.

5) 適用除外

독점규제법이 경제질서의 기본법으로서 제 기능을 다 하도록 하기 위해서는, 우

17) 權五乘, 經濟法, 282면 참조.

18) 법 제 19조 1항은 결국 다음과 같은 내용으로 개정하는 것이 바람직할 것이다. 즉 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 경쟁관계에 나쁜 영향을 미치는 행위를 하여서는 안된다.”

선 독점규제법의 적용이 제외되는 분야와 행위를 명확히 밝힌 다음에, 그러한 적용 제외가 과연 정당한 것인지, 또 그것을 계속 유지할 필요가 있는지에 대하여 근본적으로 재검토해 볼 필요가 있다. 그리고 적용제외를 해야 할 합리적인 이유가 있다고 판단되는 경우에 대하여는 공정거래위원회가 그러한 행위가 과연 본래의 목적에 부합되게 이루어지고 있는지에 대하여 계속적으로 감독할 필요가 있다.¹⁹⁾

(2) 組織法的 側面

공정거래위원회는 독립규제기관으로서 독점규제법을 해석하여 적용하는 사법기관의 성격과 아울러 경쟁정책을 수립하여 시행하는 정책집행기관의 성격도 가지고 있다. 그런데 위원 9인의 회의체 조직으로 구성되어 있는 공정거래위원회의 조직은 그 중심기능인 사법적 기능을 수행하기에 적합하지 않기 때문에, 그 운용이 아주 비효율적이다. 그리고 공정거래위원회는 그 사무를 처리하기 위하여 사무처를 두고 있는데, 조직상으로는 회의체의 구성원인 각 위원들과 위원회의 보좌기구인 사무처 사이에 유기적인 관련이 없는 것처럼 보인다. 그러나 실제로는 회의체인 공정거래위원회의 장이 위원회를 대표하고, 또 인사상 사무처장과 상임위원간에 상호교류가 있을 뿐만 아니라 국장이 승진하여 상임위원이 되는 경우도 있기 때문에, 실제로는 위원회와 사무처가 상명하복의 관계에 있는 1원적인 조직처럼 운영되고 있다.

그리고 위원회의 주된 기능이 심결기능임에도 불구하고, 그 인적 구성에 있어서는 법률가보다 경제관료가 중심이 되고 있기 때문에,²⁰⁾ 동법 위반행위를 조사하고 시정명령을 내리는 과정에서 법리적인 검토보다는 정책적내지 행정편의적인 고려가 더 중시되는 경향이 있다. 그리고 동법의 집행과 관련하여 제도적으로는 합의체인 위원회가 중요사항에 대하여 최종적인 결정권을 갖고 있지만, 실제로는 사무처가 그 핵심적인 역할을 담당하고 있기 때문에, 현행 제도하에서는 공정거래위원회의 무게 중심이 자칫 위원회로부터 사무처로 이전될 우려도 있다.²¹⁾

따라서 공정거래위원회가 이러한 문제점을 극복하고, 그 주된 기능인 사법기능과 아울러 정책집행기능을 원만히 수행할 수 있도록 하기 위해서는, 현재 위원회와 사무처로 이원화되어 있는 조직을 일원적인 조직으로 통합한 뒤에, 이를 그 기능에 따라 개별사건을 조사하여 심결하는 심결파트와 정책을 수립하여 시행하는 정책파트로 나누어 운영할 필요가 있다. 그리고 심결파트는 독일처럼²²⁾ 각 경제분야별로

19) 權五乘, 經濟法, 159면 참조.

20) 현재 공정거래위원회에 소속되어 있는 법률가의 수는 8명인데, 그 중에서 비상임위원으로 있는 정명택, 이임성변호사를 제외하면, 판사출신 1명, 검사출신 1명, 사법연수원출신 4명 등 6명뿐이다.

21) 同旨: 金永甲, “經濟法學의 現況과 發展方向”, 經濟法의 諸問題(전문분야법관계미나 자료), 사법연수원, 1999, 74면 참조.

22) 獨逸 연방카르텔청의 조직에 관한 자세한 사항은 權五乘, 企業結合規制法論, 法文社, 1987,

7-8개 파트로 나누어서 각 위원이 1개 분야씩 담당하게 하고, 각 위원에게 2-3명의 심사관(현재의 국장이나 과장)들을 배치하여 개별적인 사건을 그들이 합의하여 심결하도록 하고, 정책파트는 장기적인 관점에서 경쟁정책을 수립하여 시행하고 경쟁제한적인 법령을 개폐하며 국내외의 관련부서와 협력하는 등의 업무를 담당하게 하는 것이 바람직할 것이다.²³⁾ 그리고 위원회의 주된 기능인 심결기능을 제대로 수행할 수 있도록 하기 위해서는 위원회에 법률전문가를 대거 충원할 필요가 있다.

(3) 節次法的 側面

독점규제법은 공정거래위원회의 위반행위에 대한 조사, 시정조치와 과징금, 피해자의 손해배상청구, 형사적 제재 등에 의하여 실현되는데, 그 중에서 핵심이 되는 절차는 공정거래위원회의 시정조치와 과징금의 부과이다. 그리고 손해배상의 청구는 공정거래위원회의 시정조치를 전제로 하고 있으며, 형사적 제재는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

이와 같이 독점규제법이 동법의 시행에 관하여 공정거래위원회 중심주의를 채택하고 있는 이유는 동법 위반행위에 대한 판단에는 시장의 구조와 행태 및 성과의 분석 등과 같은 전문적인 심사가 필요하기 때문이다. 그런데 동법 위반행위 중에서 시장지배적 지위의 남용행위나 경쟁제한적인 기업결합 및 부당한 공동행위 중에서 합리의 원칙이 적용되는 연성 카르텔의 위법성을 판단하는 데에는 전문적인 심사가 필수적이지만, 경성 카르텔이나 불공정거래행위의 경우에는 반드시 그렇다고 할 수 없다. 따라서 후자에 대하여는 공정거래위원회 중심주의를 더 이상 유지할 필요가 없으며, 다른 경우에도 전문적인 심사가 긴요하지 않은 때에는 공정거래위원회 중심주의를 완화하여 동법의 집행과정에 검찰이나 당사자들이 적극적으로 참여할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

85면 참조.

23) 權五乘, 經濟法, 393-394면 참조.

<Abstract>

Suggestion to Amend Korean Antitrust Law

Ohseung Kwon*

The Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereafter “Korean Antitrust Act” or “the Act”) has been amended 8 times since its enactment in 1981. Despite the continual efforts of Korean Fair Trade Commission(hereafter “KFTC” or “the Commission”) to implement the Act for past 19 years, the principles of a market economy have not been realized and the unfair business practices have not been eliminated in Korea. This paper aims to analyse the key problems of Korean Antitrust Act and to suggest its comprehensive solutions.

First, although many industries have been monopolised or oligopolised even before the adoption of the Act, the Commission has focused primarily on controlling cartels and unfair business practices until 1996. Such limited focus has undermined the effectiveness of this Act, which strives to promote free and fair competition through the conversion of a monopolised or oligopolised market structure into a competitive one.

Second, the Act has adopted the presumption of acquiring market dominant position and of the substantial restraint of competition to enhance the effectiveness of control against the abuse of market dominant position and against the concentration of market power by merger. But this presumptions have not contributed to enhance the effectiveness of the control, because the standards are reasonably high and complicated. To enhance the effectiveness of these control, the standards of presumption should be modified as the level of former German law.

Third, in implementing the Act, the Commission has exercised unbridled discretion and has chosen to pursue cases an ad hoc basis instead of developing a coherent and comprehensive approach to protecting competi-

* Associate Professor of Law, Seoul National University

tion. To enhance the transparency of the act, its implementation by the Commission should emphasize the development of a consistent and reasonable standard through transforming the structure of Commission to an adequate one for its judicial function and through adopting more legal and economic professionals into the Commission.

Fourth, the opportunities to contribute to the enforcement of the Act by the Department of Justice and by individual undertakings and consumers through private litigation are very limited. To enhance the effectiveness of the Act, the opportunities of criminal prosecution and private litigation should be extended.