

현안분석 2011-02

경제법제의 선진화 방안 연구

- 공정거래법 개선방향 검토를 중심으로 -

성 승 제

Korea Legislation
Research Institute



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

현안분석 2011-02

경제법제의 선진화 방안 연구

- 공정거래법 개선방향 검토를 중심으로 -

성 승 제

경제법제의 선진화 방안 연구

- 공정거래법 개선방향 검토를 중심으로 -

Study on Improvement of Economic Law

- Focused on Improvement of Fair Trade Act -

연구자 : 성승제(부연구위원)

Seong, Seung-Je

2011. 6. 10.

요약문

I. 배경 및 목적

- 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’)』은 1981년 시행 이후 30여년간 우리나라 시장경제질서 발전에 기여하여 왔음
- 공정거래법은 여전히 과제가 적지 않기에, 본 보고서는 실체법과 그리고 공정위 조직 구성 측면 등을 검토함

II. 주요 내용

- 실체법적 검토
 - 주요사항 한 가지만을 제시한다면, 공정거래법상 규제 개선 논의는 주로 시장지배적지위 남용행위 금지(법 제3조의2)와 불공정거래행위의 금지(법 제23조)의 관계에 대하여 이루어지고 있음
 - 동법은 사업자가 단독으로 행하는 불공정거래행위를 금지하는 규정을 갖고 있는데, 이에 대하여 행위자가 독과점적 지위를 가질 것을 요하지 않기 때문에, 시장지배적 지위의 남용행위들(법 제3조의2 제1항) 중 상당수가 법 제23조가 금지하는 불공정거래행위에도 해당하므로 종래 양 규정이 중복 적용된다는 의견이 제기됨

□ 절차법적 검토

- 공정거래위원회는 그 동안 발전적인 공정거래법 운영의 모습을 보여왔음
- 공정거래위원회는 준수법적 절차를 운영하고 있는데, 이는 피심인의 방어권 보장 뿐 아니라 경제의 헌법인 공정거래법 운용이 경제활동 전반에 큰 영향을 미치기 때문에 정치적 경제적 그리고 여론의 영향을 최소화하기 위한 것임. 더욱 그 취지를 고취하여야 함

Ⅲ. 기대효과

- 우리 공정거래법의 적정성 강화 및 글로벌 스탠다드 기준에 부합하는 경쟁법 체계 성립에 도움을 주는 자료 제공
- 공정거래위원회의 중립성을 강화함으로써 공정거래법의 공정성 담보 강화에 도움을 주는 자료 제공

▶ 주제어 : 경쟁법, 반독점법, 공정거래법, 독점규제법, 단독행위

Abstract

I . Background and Purposes

- Since the enforcement of 『Fair Trade Act』 in 1981, it has devoted in improving the discipline of our economy for last 30years.
- There are still remaining assignment on Fair Trade Act, and this paper will overlook on aspects of substantive law and organization of Fair Trade committee

II . Main Summary

- Germany
 - The debate on improvement of Fair Trade Act is mainly focused on the relations between abuse of authority of market dominance (Article 3-2) and prohibition of unfair trade(Artcle 23)
 - Fair Trade Act contains an article which prohibits the unfair trade, which does not require the dominance of the actor, an action of abuse of market dominance authority may also fall under unfair trade, prohibited by article 23, and question on this matter has been rasied.

England

- Fair Trade Committee has shown expansive management of Fair Trade Act
- Fair Trade Committee is managing quasijudicial procedure, this is to protect not only the defendant's rights, but also due to impact of Fair Trade Law on economic activity. Thus, it can be seen as to minimize the effect on economics, politics, and the public.

III. Expected Outcomes

- Providing material which may be helpful in strengthening the suitability of Fair Trade Act and establishment of competition legislative system which accord with global standard.
- Providence of material which strengthen the mutuality of Fair Trade Committee and fairness of Fair Trade Act.

► Key Words : Competition law, Anti-trust law, fair trade act, Act on prohibition of monopoly, individual action

목 차

요 약 문	3
Abstract	5
I. 서 론	9
II. 공정거래법상 규제체계에 대한 검토	15
1. 공정거래법상 규제체계의 특징	15
(1) 목적 조항(제1조)과 정의조항(제2조) 검토	15
(2) 이원적 단독행위 규제체계	19
(3) 재판매가격유지행위의 별도 규제	22
(4) 수직적 공동행위 규제의 공백	25
2. 공정거래법상 규제체계의 개편방향	26
III. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토	31
1. 공정거래위원회 구조의 연대별 변화	31
(1) 개 요	31
(2) 자문기관 시기(1980년대)	31
(3) 비독립 처분기관 시기(1990년대 초반까지)	33
(4) 독립 중앙행정기관(1994년 이후)	35
2. 개선 검토사항	36
(1) 제도적인 측면	36
(2) 문화적인 측면	42

IV. 공정거래법상 사건처리절차에 대한 검토	47
1. 개 요	47
2. 사건처리절차의 두 가지 모델	48
3. 공정거래위원회 사건처리절차의 변천	49
(1) 심사와 심판의 형식적 분리	49
(2) 심사와 심판의 실질적 분리를 위한 노력	51
4. 공정거래위원회 사건처리절차의 개선방안	53
V. 결 어	55
참 고 문 헌	57

I. 서론

우리나라 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)은 1981년 시행된 이후 지난 30년 동안 헌법이 우리나라의 기본적인 경제질서로 규정하고 있는 시장경제질서를 발전시키는데 크게 기여한 것이 사실이다. 이 공정거래법은 국제적으로는 소위 독점규제법(anti-trust law) 또는 경쟁법(competition law)로 불리우는 유형의 법률이라고 할 수 있다. 이러한 공정거래법은 시장경제의 기본적인 작동원리인 시장경쟁을 보호함으로써 기업과 시장의 효율 및 창의를 촉진하고 아울러 소비자 이익을 제고하는 것을 목적으로 한다. 따라서 국가마다 처한 경제적 상황이 다르고 기업들의 경제활동에 대한 인식이 다소 상이할 수는 있겠지만, 시장경제를 채택하고 있는 나라들 사이에는 공정거래법의 기본적인 규제철학과 정신 그리고 이에 바탕한 규제범위와 규제기준이 크게 다를 수는 없어야 할 것이다. 특히 최근에는 기업활동이 글로벌화하고 공정거래법의 역외적용이 보편적인 현상이 되고 있고 그에 따라 각국 공정거래법의 한 곳으로 수렴하는 현상도 불가피해졌다. 그럼에도 불구하고 우리 공정거래법은 시장경제를 채택하는 나라들의 일반적인 경쟁법과는 다소 괴리를 보여주고 있다. 이러한 괴리는 예컨대 소위 단독행위(unilateral conduct)로 규정된 시장 지배적지위 남용행위와 불공정거래 행위 규제에서 나타나고 있다. 이들에 대한 현행 규제는 규제기준이 너무 낮거나(시장지배적지위 남용행위의 경우) 규제기준이 ‘경쟁제한성’이 아닌 ‘불공정성’으로 되어 있거나(불공정거래행위의 경우) 하여 국제적 정합성이 다소 미흡하며 심하게는 공정거래법과 같은 경쟁법으로 규율하는 것이 적절하느냐에 대하여 의문을 제기하는 경우도 있다. 어떤 측면에서는 우리 기업들의 경제활동을 제약할 수 있는 소지도 있다.

I. 서론

아무튼 공정거래법 제정 당시 정부주도의 개입주의적 경제성장정책이 지배해온 상황에서 동법의 집행을 통하여 시장경제질서를 표방하였고, 공정거래위원회를 중심으로 실체법적 측면에서나 절차적 측면에서 지속적으로 법제도와 법집행 관행을 개선해왔다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 향후 공정거래법이 직면하여 해결해야 할 과제가 적지 않다고 할 수 있다. 그래서 실체법적 그리고 절차법적 측면 그리고 조직 구성 측면 모두에서 규제체계에 대한 재검토를 요하는 상황이 계속되고 있다.

첫 번째로 실체법적 검토이다. 이와 같은 공정거래법상 규제체계에 관한 논의는 주로 시장지배적지위의 남용행위 금지(법 제3조의2)와 불공정거래행위의 금지(법 제23조)의 관계와 관련하여 이루어지고 있다. 즉, 아래에서 살펴보는 바와 같이 우리나라 공정거래법은 입법 과정에서 일본의 ‘사적독점금지 및 공정거래확보에 관한 법률’(이하 ‘사적독점금지법’이라 한다)로부터 지대한 영향을 받았는데, 특히 단독행위 규제체계와 관련하여 후자와 마찬가지로 독과점적 지위를 가진 사업자에 대한 규제와는 별도로 행위자가 독과점적 지위를 가질 것을 요건으로 하지 않고 사업자가 단독으로 행하는 불공정거래행위를 금지하는 규정을 가지고 있다. 그런데 법 제3조의2 제1항이 금지하고 있는 시장지배적지위의 남용행위들 중 상당수는 법 제23조가 금지하고 있는 불공정거래행위에도 해당될 수 있는 것이어서 종래 양 규정의 적용상 중복이 발생할 여지가 많았고, 양자의 관계에 관한 논란이 있었다.

공정거래법상 단독행위의 규제체계에 관한 논의는 2007년 대법원의 POSCO 사건 판결¹⁾을 계기로 새로운 전기를 맞이하게 되었다. 아래에서 살펴보는 바와 같이 위 판결에서 대법원은 공정거래법상 단독행위 규제체계의 양대 축인 시장지배적지위의 남용행위와 불공정거래행위의 위법성 요건을 종전의 공정거래위원회 및 일반적 학설의 경향과는

1) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.

상이하게 파악함으로써 공정거래법상 단독행위 규제체계의 개편에 관한 논의를 촉발시켰다.

공정거래법상 단독행위의 규제체계를 전면적으로 개편해야 할 필요성을 제기한 또 다른 계기는 최근에 내려진 법 제29조의 재판매가격유지행위의 금지에 관한 대법원 판결들이다. 즉, 공정거래법은 법 제정 당시 일본 사적독점금지법의 예에 따라서 불공정거래행위 금지 조항을 두면서도 재판매가격유지행위를 불공정거래행위의 한 유형인 구속조건부거래의 일환으로 규제하는 일본의 경우와는 달리 재판매가격유지행위를 금지하는 조항을 별도로 두었다. 재판매가격유지행위에 관한 이와 같은 입법방식은 다른 나라의 입법례를 찾아볼 수 없는 독특한 것으로서 종래 공정거래위원회는 법집행상 관련 조항의 문언에 따라서 재판매가격유지행위를 당연위법으로 취급해왔다.²⁾

그런데 대법원은 최근 최저재판매가격유지행위가 문제로 된 2개의 사건에서 종래 공정거래위원회의 해석론과는 전혀 다른 법리를 제시하였다. 즉, 대법원은 법문상 명시적 근거가 없음에도 불구하고 최저재판매가격유지행위의 경우에도 정당한 이유가 인정되는 경우에는 허용된다고 판시하였는데,³⁾ 특히 ‘정당한 이유의 존재’를 판단하는 기준을 제시하면서 소위 ‘수직적 합의’(vertical agreements)에 관한 경쟁법 이론을 원용하였다.

재판매가격유지행위에 관한 위 대법원 판결은 공정거래법상 단독행위의 규제체계의 문제는 공동행위의 규제체계의 문제와 분리할 수 없는 문제임을 시사하고 있다. 즉, 종래 공정거래위원회의 법집행 관행 및 대체적인 학설은 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위의 금지는

2) 종전에는 모든 재판매가격유지행위를 당연위법으로 보았다가 최고재판매가격유지행위는 정당한 이유가 있는 경우에 허용되도록 한 2001년 법 개정 이후에는 최저재판매가격유지행위만 당연위법으로 보았다.

3) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9542 판결 및 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두9976 판결.

I. 서론

상호 경쟁관계에 있는 사업자들 사이에 이루어지는 ‘수평적 합의’(horizontal agreements)에 대해서만 적용된다는 태도를 취해왔는데, 이제 법상 불공정거래행위나 재판매가격유지행위에 대한 규제체계를 논의하기 위해서는 공동행위에 대한 종전의 접근방식 역시 함께 검토되어야 하고 이를 분리하여 따로 논의할 수 없음을 알 수 있다.

두 번째로 절차법적 논의로서 그 중 하나는 조직구성에 관한 논의이다. 공정거래위원회는 지난 30여년 기간 동안 눈부신 발전을 하여왔고 조직의 측면에서도 그동안 우리나라에서 생소하였던 합의제 조직을 비교적 성공적으로 운영하며 정착시켜왔다. 공정거래법은 경제활동의 규칙을 제시해 주는 경제의 기본법으로서 그 어떤 법보다도 독립적이고 중립적인 운영이 중요한데 이러한 운영에는 독임제도 조직보다는 합의제 조직의 장점이 훨씬 더 많다고 볼 수 있다. 절차적인 측면에서는 준사법기관이라는 위상에 걸맞게 피심인의 방어권을 보장해 주는 대심주의로 크게 변모하여 왔다.

1980년 제정 공정거래법에서만 하더라도 공정거래위원회는 지금과 같이 독립된 중앙부처로서 독자적인 처분권이 없는 단순한 자문기관에 불과하였다. 그러나, 공정거래업무의 중요성이 커짐과 동시에 조직의 독립성과 독자적인 처분의 필요성이 대두되면서 1994년 법개정으로 인해 조직의 독립성과 독자적인 처분권을 부여받게 되었다. 그 이후에도 몇 차례 법률개정을 통하여 제도가 보완되어 왔고 지금은 조직의 독자적인 운영을 위한 필수적인 제도는 구비되었다. 동시에 사건처리절차도 크게 개선이 되었다.

다만, 아직도 선진경쟁당국과 비교할 때 개선해야 할 점이 적지 않지만 그 보다 더 큰 문제는 우리나라의 정치행정문화 수준이라 생각된다. 공정거래제도라는 것도 진공속에 있는 것이 아니기 때문에 그 나라의 정치행정문화에 커다란 영향을 받을 수밖에 없고 그 나라의 정치행정문화 수준과 같이 갈 수밖에 없다. 공정거래법의 선진화도

결국은 제도만의 문제는 아니고 정치행정문화의 문제이기도 하면서 동시에 제도를 운영하는 사람의 문제이기도 하다.

그리고 절차법적 논의 중에서 두 번째 사항과 관련하여 공정거래위원회는 흔히 준사법기관이라고 한다. 그 의미는 사법기관인 법원과 유사한 방식으로 사건을 처리하기 때문이다. 공정거래 사건처리 절차는 일반 행정절차법과는 차이가 나는 독특한 절차들이 다수 포함되어 있다. 일반 행정기관이 청문회 등 사전절차를 보장하고 있다 하더라도 그것은 행정절차의 적정성확보와 시민의 권익보호를 위해 처분 전에 상대방에게 의견진술의 기회를 부여한다는 측면이 강하다. 하지만 경쟁법 집행기관의 준사법적 절차는 피심인의 방어권 보장만을 위한 것이 아니다. 그뿐만 아니라 경쟁법이 경제에 관한 기본법으로서 그에 따른 결정이 한 사회의 경제활동 전반에 커다란 영향을 미치기 때문에 외부의 정치적·경제적 압력이나 수시로 변하는 여론에 영향 받지 않은 채 독립적이고 전문적인 판단을 보장하기 위한 것이다.

본 보고서는 크게 나누어 세가지로 전술한 사항을 검토하였는데, 본 과제를 위한 한국법제연구원 원내 워크숍에서의 김학현 공정거래위원회 상임위원, 이호영 한양대학교 법학전문대학원 교수, 조성국 중앙대학교 법학전문대학원 교수의 발표를 위주로 하여 구성하였다.

II. 공정거래법상 규제체계에 대한 검토

1. 공정거래법상 규제체계의 특징

(1) 목적 조항(제1조)과 정의조항(제2조) 검토

1) 목적조항

독점규제법은 동법의 목적을 “....공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 동 목적조항을 규범력이 없는 선언적인 규정으로 보면 구태여 개정여부를 검토할 필요가 없겠으나 최근 대법원은 동 목적조항을 각 실체적 규제조항이 규정하고 있는 위법성 요건을 보완하는 추가적인 위법성 요건으로 보는 판결을 계속해서 내리고 있다.⁴⁾ 이와 관련된 문제를 검토해보면 조항의 하단 부분 ‘국민경제의 균형있는 발전을 도모함’이라는 문구를 검토해볼 필요가 있다. 독점규제법은 오로지 경제적인 관점, 즉 효율성의 관점에서만 기업행위의 위법성을 판단하는 법률이고 국제적으로도 독점규제법의 목적은 ‘경쟁보호를 통한 효율성 증대와 소비자이익 증대’라고 보는 것에 이견이 없는데, ‘국민경제의 균형있는 발전을 도모함’이라는 문구는 이러한 경제적 관점이 아닌 사회적, 정치적 관점의 고려가 개입될 수 있는 가능성을 여는 문구로서 독점규제법의 본래 목적에 맞지 않는 방향으로 집행되는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 재검토를 요한다.

4) 대법원2005.9.9. 선고 2003두11841(제주도관광협회의 사업자단체금지행위 건), 대법원2010.12.23. 선고 2008두22815(제약회사의 재판매가격유지행위 건), 이밖에 하급심 판결로 서울고법 1996.12.6. 선고 96나2240(농수산물도매시장법인협회 등의 사업자단체금지행위관련 손해배상청구 민사건).

2) 정의조항

① 재판매가격유지행위(6호)

독점규제법은 재판매가격유지행위를 “...거래상대방인 사업자...에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 또는 구속조건을 붙여 거래하는 행위”로 규정하고 있다. 이러한 정의 규정 따라 공정위 ‘재판매가격유지행위 심사 지침’⁵⁾은 재판매가격유지행위가 성립하기 위해서는 강제성이 있어야 한다고 규정하고 있다.

그러나 재판매가격유지행위는 그것이 경쟁을 제한하는 위법한 행위인 경우는 제조업체가 주도하는 경우(제조업체가 담합을 하고 이의 실행을 확보하기 위해 행하는 경우는 예외임)보다는 유통업체의 요구에 따라 소극적으로 행하는 경우가 더욱 가능성이 높다는 것이 주요 국가 경제학자들의 일반적 견해이며 경쟁제한적인 효과, 즉 소비자이익을 저해하는 효과도 두 가지 경우, 즉 제조업체가 강제하는 경우와 유통업체 요구 등에 의해 자율적 합의를 통해 하는 경우가 동일하다. 따라서 동 정의는 당사자들의 합의에 의한 경우를 포함하도록 개정을 검토하는 것을 제언하고 싶다.

② 시장지배적사업자(7호)

독점규제법은 시장지배적사업자를 “...단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량...을 결정·유지 또는 변경할 수 있는...사업자”로 정의하고 있다.

이중 ‘다른 사업자와 함께’라는 표현은 일부 문제의 소지가 있다. 일부 학자들은 동 표현을 소위 ‘집합적 지배(collective dominance)’를 규제하기 위한 것이라고 주장하나 공동으로 가격을 올리면 합의가 없

5) 공정거래위원회 예규 제68호(2009.8.12.).

더라도 위법한 행위가 될 수 있다는 집합적 지배 개념은 국제적으로 인정받지 못하고 있으며 이는 우리의 경우도 마찬가지이다. 즉, BC카드 및 회원은행들의 시장지배적지위 남용행위를 다룬 사건에서 서울고법은 “부당한 공동행위를 제한하는 규정과 사업자단체의 금지행위를 두고 있는 공정거래법의 체계 및 제4조에서 시장지배적사업자의 추정을 규정하고 있는 이외에 복수의 사업자들이 공모한 경우 시장지배적사업자로 인정할 수 있다는 규정을 두고 있지 아니한 점 등에 비추어 볼 때, 시장을 독점의 형태로 지배하고 있거나 과점의 형태로 지배하고 있는 개별사업자를 의미하는 것이지 여러 사업자들이 집단적으로 공모하여 독과점적 지위를 형성한 경우 이들 사업자들도 시장지배적사업자에 포함된다는 취지로 볼 수 없다”고 판시하고 있으며⁶⁾ 동 판결 이후 현재 공정위 실무는 집합적 지배 개념을 인정하지 않고 있는 것 같다.

동 표현은 초기 독점규제법이 동조적 가격인상을 규제하는 별도 조항을 두고 있었을 때는 의미가 있었겠지만 현재는 실익이 없고 공동행위와의 관계에서 불필요한 오해를 유발하고 국제적 정합성도 떨어지므로 삭제하는 것이 바람직하다. 동 표현 삭제는 후술하는 시장지배적사업자 추정제도 개정과도 연관이 되어 있는 사안으로 동 추정제도를 후술하는바와 같이 개정하는 경우에는 반드시 함께 개정 검토를 요한다.

③ 기 타

기타 개정이 필요한 정의 규정으로는 8의2호의 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’를 ‘경쟁의 실질적 제한’으로 변경하여, 즉 행위가 아니라 효과를 정의하는 것으로 변경하여 법률규정 문구에 보다 부합하도록 하는 것⁷⁾, 9호의 ‘여신’은 독점규제법에서 중요한 개념이 아니고

6) 서울고법 2003.5.27. 선고 2001누15193.

7) 독점규제법은 합의인 공동행위에 대해서도 ‘경쟁을 제한하는’(제19조 제1항 본문) 또는 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는’(제19조 제1항 9호)이라는 문구를 사용하고 있음.

II. 공정거래법상 규제체계에 대한 검토

관련되는 조항도 ‘계열회사에 대한 채무보증 금지’(제10조의2)에 국한되므로 정의규정에서는 삭제하고 제10조의2로 이동하는 것 등이 있을 수 있다.

3) 시장지배적지위의 남용금지(제3조의2)

‘부당한 독점화 금지’로 변경하는 문제

독점규제법은 미국의 입법태도인 ‘부당한 독점화 금지’가 아니라 독일, EU의 입법태도인인 ‘시장지배력 남용금지’ 방식을 택하고 있다. 그 결과 행태적 시정조치만이 가능하고 구조적 시정조치는 불가하므로 미국식으로 전환해야 한다는 의견이 있지만 우리 경제의 현실 고려했을 때 구조적 시정조치는 아직 적절한 방식은 아니므로 미국식으로 전환하는 방안은 장기적으로 고려할 문제라고 생각된다.

착취적 남용행위 규제의 폐지 및 금지행위 유형 정비

독점규제법은 남용행위 유형으로 소위 배제적 행위 외에 착취적 행위⁸⁾도 규정하고 있다. 미국의 경우 후자에 대해서는 아래에 별도로 기재한 ‘미국의 착취적 남용행위 비 규제 논거’에 따라 규제하지 않고 있고 EU 경우도 법률에 규제조항은 있지만 사실상 집행하지 않고 있으며 우리 경우도 EU와 유사한 입장이라고 할 수 있다. 이와 같이 EU나 우리가 사실상 집행하지 않고 있는 것은 ‘미국의 착취적 행위 비 규제 논거’가 일리가 있기 때문이라고 할 수 있다. 이밖에 착취적 남용행위의 하나인 소비자이익 저해행위(제3조의2 제1항 5호 후단)는 과도하게 추상적이라는 문제도 있다.

8) 착취적 남용행위는 독점규제법 제3조의2 제1항 제1호의 가격남용행위, 제2호의 출고조절행위, 제5호 후단의 소비자이익저해행위 등을 말하며 배제적 남용행위는 기타의 행위를 말함. 전자는 시장지배력을 직접적으로 행사하는 것을, 후자는 부당한 방식으로 경쟁사업자를 배제하는 것을 말함.

따라서 착취적 남용행위는 삭제하는 것이 바람직하다. 아울러 배제적 남용행위인 ‘다른 사업자 사업활동의 부당한 방해’(3호), ‘새로운 경쟁 사업자 참가 방해’(4호), 부당한 경쟁사업자 배제(5호 전단) 등도 내용이 유사하여 차별적이지 못하므로 법률에서는 각 호를 모두 삭제하고 본문에서 ‘다른 경쟁사업자를 부당하게 배제하거나 다른 사업자의 사업 활동을 부당하게 제한하는 행위’를 금지하는 것으로 개정하고 구체적인 유형은 시행령으로 위임하는 것이 바람직하다고 본다. 생각합니다.

(2) 이원적 단독행위 규제체계

현행 공정거래법상 규제체계의 가장 큰 특징은 단독행위에 대한 규제체계가 시장지배적지위의 남용행위의 금지(법 제3조의2)와 재판매가 격유지행위를 포함한 불공정거래행위의 금지(법 제23조 및 제29조)로 이원화되어 있다는 점이다. 즉, 미국 및 EU 등 주요 국가의 경쟁법제는 기업결합 이외에 공동행위에 대한 규제로서 경쟁제한적 합의를 금지하고, 단독행위에 대한 규제로서 독과점사업자가 경쟁사업자를 배제하거나 소비자의 이익을 침해하는 행위를 금지하고 있을 뿐, 후자와 별도로 경쟁법 자체에서 불공정거래행위에 대한 규제를 두는 것은 이례적이다.

이는 주지하는 바와 같이 공정거래법 제정 과정에서 일본의 사적독점금지법의 영향을 받았기 때문이라고 할 수 있다. 즉, 일본 사적독점금지법상 단독행위의 규제는 한편으로 미국 셔먼법 제2조를 모델로 하여 사적독점을 금지하고(제3조), 다른 한편으로 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act) 제5조를 모델로 하되 이를 변형하여 광범위한 불공정거래방법을 금지하는 조항을 두고 있다. 미국 연방거래위원회법은 셔먼법 등의 독점금지법을 효율적으로 집행하기 위한 독립적 규제위원회를 설치하기 위해 1914년 제정되었는데, 동법 제5조는 독점금지법을 위반하는 경쟁제한행위 및 허위광고 등 기만적 행

II. 공정거래법상 규제체계에 대한 검토

위를 금지하고 있다.⁹⁾ 그런데 1947년 제정된 일본 사적독점금지법 제 19조는 이를 변형하여 불공정한 거래방법¹⁰⁾을 금지하면서, 동법 제2 조 제9항은 ‘불공정한 거래방법’으로서 차별적 취급, 부당염매, 부당한 고객유인·거래강제, 구속조건부 거래, 우월적 지위의 남용 및 경쟁회사 내부교란행위 등 6개의 유형¹¹⁾을 열거하고 있다.

일본 사적독점금지법상 단독행위에 대한 실제 법집행을 살펴보면 사적독점의 법집행실적은 매우 미미하고 후자가 사실상 단독행위 규제를 담당하고 있다고 할 수 있다. 또한 주목할 것은 일본의 경우 1953년 新聞販路協定 사건에서 동경고등재판소가 사적독점금지법상 ‘부당한 거래제한’(우리의 부당한 공동행위에 해당) 규정은 수평적 합의에만 적용된다고 판시한 이래 수직적 합의를 부당한 거래제한 규정으로 규제하지 않음으로써 수직적 관계에서 발생하는 경쟁제한 행위들 역시 불공정한 거래방법으로써 규제됨으로써 매우 비대한 단독행위 규제체계를 가지게 되었다는 점이다.

9) 위 조항은 당초에는 ‘불공정한 경쟁방법’(unfair methods of competition)만을 위법한 것으로 규정하고 있었는데, 연방거래위원회는 동 조항을 근거로 셔먼법 등의 독점금지법에 위배되는 경쟁제한행위 이외에 반드시 경쟁제한적 효과가 입증되지 않는 다양한 기만적인(deceptive) 영업행위도 경쟁자를 경쟁상 부당하게 불리한 위치에 처하게 한다는 이유로 동 조항의 규율대상에 포함되는 행위로 간주하였고, 실제로 초기에 각급 연방법원의 판결도 대체로 그와 같은 법해석을 승인하였다. 그러나 연방대법원은 *FTC v. Raladam Co.* 판결(283 U.S. 643 (1931))에서 연방거래위원회법 제5조에 따라 위법한 행위로 판단하기 위해서는 반드시 ‘경쟁에 대한 부정적인 영향’(adverse impact on competition)이 입증되어야 한다고 판시함으로써 경쟁에 대한 부정적인 영향이 입증되지 않는 기만적인 행위 등은 위 조항에 따라 위법한 것으로 규제할 수 없게 되었다. 그러자 연방의회는 1938년 *Wheeler-Lea* 개정법을 통하여 위 조항의 금지대상에 ‘불공정하거나 기만적인 행위 또는 거래관행’(unfair or deceptive acts or practices)을 포함시켰고, 그 후 연방거래위원회법 제5조는 반드시 경쟁에 대한 부정적인 영향이 입증되지 않더라도 소비자의 이익을 해치는 불공정하거나 기만적인 행위에 대해서 폭넓게 적용되어 왔다.

10) 법 제정 당시에는 ‘불공정한 경쟁방법’이었으나 1953년 개정을 통하여 변경하였다.

11) 법 제정 당시에는 5개 유형이었는데, 1953년 개정을 통하여 배타조건부 거래는 법률상 제외하여 공정거래위원회의 일반지정에 포함시키고, 대신 우월적 지위의 남용 및 경쟁회사에 대한 내부교란행위를 추가하였다.

그런데 우리나라 공정거래법상 단독행위의 규제체계는 한편으로 미국이나 일본의 경우에 비하여 상대적으로 적용범위가 넓은 독일이나 EU식의 시장지배적지위의 남용행위의 금지를 도입하면서도, 다른 한편으로 일본 사적독점금지법상 불공정한 거래방법의 금지의 예에 따라서 광범위한 불공정거래행위의 금지를 도입하였다. 따라서 양자의 적용대상에 속하는 행위 유형 중 상당수가 중복되고 법적용상 혼란을 초래하게 되어 양자의 관계에 관하여 논란이 있었다.¹²⁾

2007년 POSCO의 거래거절 사건에서 대법원은 공정거래법상 단독행위의 규제체계에 관하여 매우 중요한 사항을 판시하였다. 동 판결은 공정거래법상 시장지배적지위의 남용행위의 일 유형인 ‘부당한 사업활동 방해행위’(법 제3조의2 제1항 제3호)의 성립요건으로서의 ‘부당성’의 의미 및 판단기준에 대하여 판시하면서, 아울러 시장지배적지위의 남용행위와 불공정거래행위의 관계에 관하여 중요한 시사점을 제공하였다. 위 판결의 다수의견은 공정거래법이 시장지배적지위의 남용행위로서의 거래거절행위를 규제하면서 이와는 별도로, 법 제23조 제1항 제1호에서 부당하게 거래를 거절하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 한 경우에, 당해 사업자의 시장지배적지위 유무와 상관없이 이를 불공정거래행위로 보아 규제하고 있는데, 양자는 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 양자의 부당성의 의미는 별도로 독자적으로 평가·해석해야 한다고 하고, 나아가 시장지배적지위의 남용행위로서의 거래거절행위를 규제하면서도 불공정거래행위로서의

12) 이와 관련하여 종전 다수설은 시장지배적지위의 남용행위의 금지는 시장지배적 사업자에게만 적용된다는 점을 근거로 불공정거래행위의 금지에 대하여 특별법적 위치에 있다고 보아 전자가 우선적으로 적용되어야 한다고 주장한다(권오승, 경제법(제6판), 법문사, 2008, p. 283, 이기수·유진희, 경제법(제7판), 세창출판사, 2006, p. 204, 박병형·윤세리, 시장지배력평가 합리화 방안(공정거래위원회 연구용역보고서), 1998, pp. 35-37). 한편 양자를 중복하여 적용하는 것은 안 되지만 전형적인 특별법과 일반법의 관계는 아니라고 보는 견해도 있다(정호열, 경제법(제2판), 박영사, 2008, p. 162).

II. 공정거래법상 규제체계에 대한 검토

거래거절행위를 별도로 규제하는 이유에 관하여 거래거절행위가 시장 지배적지위의 남용에 해당하는지 여부를 떠나 ‘단지 그 상대방과의 관계에서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 평가되는 경우’에도 이를 규제할 필요가 있기 때문이고, 그 부당성은 당해 거래거절행위의 공정거래저해성 여부에 주목하여 ‘시장에 미치는 영향을 고려하지 아니하고 거래상대방인 특정 사업자가 당해 거래거절행위로 인하여 불이익을 입었는지 여부’에 따라 평가하여야 한다고 판시하였다.¹³⁾

공정거래법상 불공정거래행위의 부당성 및 그 규제이유에 대한 위와 같은 대법원의 설명은 종래 경쟁당국인 공정거래위원회나 학자들의 일반적인 접근방식과는 그 궤를 달리하는 것이었다. 즉, 종래 불공정거래행위에 대한 공정거래위원회의 법집행상 접근방식 및 많은 학자들의 일반적인 논의 경향은 가급적 불공정거래행위의 ‘부당성’(또는 ‘공정거래저해성’)을 경쟁법의 본령에 부합하게 ‘경쟁제한성’을 위주로 판단하려는 것이었다.¹⁴⁾ 따라서 위 대법원 판결에 대한 평가는 차치하더라도 이제 종래 공정거래법상 불공정거래행위의 금지가 수행해온 역할에 대한 전면적인 재검토를 바탕으로 동법상 단독행위의 규제체계에 대한 대대적인 개편이 필요한 상황이라고 할 수 있다.

(3) 재판매가격유지행위의 별도 규제

공정거래법상 단독행위의 규제체계가 가지는 또 다른 중요한 특징은 일본의 예에 따라서 미국이나 EU 등 주요 경쟁법제와는 달리 재판매가격유지행위를 단독행위의 일환으로 규제하고 있으면서도, 일본의 경우

13) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.

14) 불공정거래행위에 관한 공정거래행위의 법집행정책은 2004년 말에 제정한 ‘불공정거래행위 심사지침’(공정위 예규 제72호, 2009. 8. 12. 개정)에 잘 나타나 있는데, 이에 따르면 거래거절, 차별적 취급, 경쟁사업자배제, 거래강제 중 끼워팔기, 구속조건부거래 등은 주로 또는 선택적으로 ‘경쟁을 제한하는지 여부’를 기준으로 그 부당성을 판단하도록 규정하고 있다.

와도 달리 불공정거래행위의 금지 규정과 별도의 규정으로 규제하고 있다는 점이다. 미국이나 EU 등 주요 경쟁법제는 재판매가격유지행위(resale price maintenance)를 경쟁을 제한하는 수직적 합의(vertical agreements)로 다루고 있는데 반하여, 일본의 경우에는 공정거래위원회의 일반지정(一般指定)을 통하여 불공정한 거래방법의 한 유형인 ‘구속조건부거래’ 중 ‘재판매가격의 구속’으로 규율하고 있다. 즉, 일본의 경우에 재판매가격유지행위는 주로 상대방 판매업자의 사업활동의 자유의 보호에 초점을 맞춘 것으로서 기타의 불공정한 거래방법의 경우와 마찬가지로 ‘정당한 이유’가 존재하는 경우에는 위법하지 않은 것으로 보았다.

이에 비하여 공정거래법은 당초에 법문상 재판매가격유지행위를 정당한 이유의 유무를 묻지 않고 위법한 것으로 규정하였고, 2001년 법 개정 이후에도 최고재판매가격유지행위는 정당한 이유가 인정되는 경우에는 허용되는 것으로 규정하였지만 최저재판매가격유지행위에 대해서는 여전히 정당한 이유의 유무를 따지지 않고 위법한 것으로 규정하고 있다. 이에 따라 공정거래위원회 역시 종래 법문에 따라서 재판매가격유지행위(2001년 법 개정 이후에는 최저재판매가격유지행위)에 해당하기만 하면 위법한 것으로 간주해왔다. 또한 종래 공정거래위원회의 재판매가격유지행위에 대한 법적용실태를 살펴보면, 그 위법성의 근거로서 판매업자의 사업활동의 자유에 대한 구속을 제시한 사례, 관련시장에서의 경쟁제한성을 제시한 사례, 또는 양자를 모두 제시한 사례들을 찾아 볼 수 있다. 즉, 공정거래위원회의 법집행상 재판매가격유지행위는 일응 당연위법으로 간주되었지만, 그 위법성의 근거에 관해서는 사안에 따라서 미국 등의 경우에 준하여 경쟁제한성을 제시하거나 또는 일본의 경우에 준하여 판매업자의 사업활동의 구속을 제시하는 등 일관되지 못하였다고 할 수 있다.

그런데 최근 대법원은 최저재판매가격유지행위가 문제로 된 사건에서 법 제29조에 명시적 근거는 없지만 이를 반드시 당연위법으로 간

II. 공정거래법상 규제체계에 대한 검토

주해서는 안 되고 미국 등의 경쟁법 관례상 재판매가격유지행위 등의 수직적 합의(vertical agreements)에 관한 이론을 적용하여 평가하도록 판시하였다. 즉, 대법원은 제약업체들이 도매상들에 대하여 보험약가 수준으로 재판매가격을 유지하도록 한 행위가 문제로 된 사건에서 경쟁을 촉진하여 소비자후생을 증대하기 위한 공정거래법의 목적 및 동법이 재판매가격유지행위를 금지하는 취지가 사업자가 상품 또는 용역에 관한 거래가격을 미리 정하여 거래함으로써 유통단계에서의 가격쟁쟁을 제한하여 소비자후생을 저해함을 방지하기 위한 것임을 근거로 최저재판매가격유지행위가 당해 상표내의 경쟁(intrabrand competition)을 제한하는 것으로 보이는 경우라고 할지라도 시장의 구체적인 상황에 따라 그 행위가 관련 상품시장에서의 상표간 경쟁(interbrand competition)을 촉진하여 결과적으로 소비자후생을 증대하는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 이를 예외적으로 허용할 필요가 있다고 하고, 그와 같은 정당한 이유가 있는지 여부는 관련시장에서 상표간 경쟁이 활성화되어 있는지 여부, 그 행위로 인하여 유통업자들의 소비자에 대한 가격 이외의 서비스경쟁이 촉진되는지 여부, 소비자의 상품선택이 다양화되는지 여부, 신규사업자로 하여금 유통망을 원활하게 확보함으로써 관련 상품시장에 쉽게 진입할 수 있도록 하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 판시하였다.¹⁵⁾

재판매가격유지행위에 대한 위 대법원의 해석은 현행 공정거래법상 단독행위로 규율하고 있는 행위에 대하여 다른 경쟁법제상 공동행위에 대한 평가기준을 적용함으로써 한편으로 우리나라 공정거래법상 단독행위의 규제체계에 관한 또 다른 문제를 제기함과 동시에, 다른 한편으로 아래에서 보는 바와 같이 단독행위의 규제체계가 공동행위의 규제체계와 관련지어 논의될 수밖에 없음을 시사하고 있다.

15) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9542 판결. 또한 대법원은 정당한 이유의 입증 책임은 관련 규정의 취지상 사업자가 진다고 하였다. 동일한 취지의 판결로서 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두9976 판결 참고.

(4) 수직적 공동행위 규제의 공백

공정거래법상 단독행위의 규제에 대비되는 공동행위의 규제는 법 제19조의 부당한 공동행위의 금지를 통하여 이루어지고 있다. 법 제 19조 제1항 본문은 그 구성요건으로서 ‘계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로 다른 사업자와 공동으로... 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의하는 행위’ 및 ‘다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하는 행위’¹⁶⁾라고 규정하고 있다. 그런데 동 규정의 문언상 합의의 당사자들이 수평적 관계에 있는지, 아니면 수직적 관계에 있는지를 가리지 않음에도 불구하고 종래 공정거래위원회는 대부분 수평적 관계에 사업자들 사이에 이루어지는 수평적 합의를 부당한 공동행위로 인정해왔고, ‘공동행위심사기준’(공정거래위원회 예규 제71호, 2009. 8. 12 개정) 역시 수직적 관계에서 이루어진 공동행위를 염두에 둔 어떠한 사항도 규정하고 있지 않다. 다만, 공정거래위원회는 매우 드물게 수평적 합의가 존재하는 경우에 당해 합의의 당사자들과 수직적 관계에 있는 가담사업자에 대해서도 부당한 공동행위의 책임을 묻은 사례를 찾아 볼 수 있다.¹⁷⁾

위와 같은 법집행 관행은 공정거래법 시행 초기에 큰 영향을 미친 일본 사적독점금지법상 해당 조항의 해석론으로부터 영향을 받은 것으로 추정되는데,¹⁸⁾ 이로 인하여 성질상 경쟁제한적 수직적 합의에

16) 후자는 2004년 법 개정시 새롭게 규정된 것인데, 대법원은 ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위’를 의미하고, 다른 사업자의 부당한 공동행위를 단순히 방조하는 행위를 포함되지 않는다고 판시하였다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556).

17) 위에 해당하는 공정거래위원회의 의결 및 관련 판결례에 대해서는 이호영, 공정거래법상 수직적 공동행위 규제의 도입, 2010년 한국경쟁법학회 추계학술대회 발표자료집(2010. 11. 5), pp. 88-93 참고.

18) 일본 사적독점금지법상 수직적 합의에 대한 규제의 추이에 대해서는 전제 이호영 발표자료집(2010. 11. 5), pp. 101-103 참고.

II. 공정거래법상 규제체계에 대한 검토

해당하는 것을 불공정거래행위나 재판매가격유지행위로 규율하게 됨으로써 한편으로 부당한 공동행위 규정의 적용 범위가 부당하게 축소되고, 다른 한편으로 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준이 불명확하게 되는 결과를 초래하였다.

실제로 그 동안 공정거래위원회가 불공정거래행위 유형 중 주요 외국의 경쟁법제상 수직적 공동행위로 다루는 행위 유형인 거래강제 중 끼워팔기, 구속조건부거래에 해당하는 배타조건부거래 및 거래지역 또는 거래상대방의 제한, 그리고 재판매가격유지행위로 인정한 행위 중 일부는 생산·유통단계상 수직적 관계에 있는 사업자들 사이에 이루어진 경쟁제한적 합의에 해당할 것으로 판단된다.¹⁹⁾

2. 공정거래법상 규제체계의 개편방향

공정거래법상 규제체계를 속히 경쟁법에 관한 글로벌 기준에 부합하게 전면적으로 개편할 필요가 있다. 우선, 동법의 적용대상이 되는 위반행위를 그 위법성의 근거에 따라 경쟁제한성이 문제가 되는 행위

19) 실제로 그 동안 공정거래위원회가 재판매가격유지행위나 불공정거래행위 중 배타조건부거래, 거래지역 또는 거래상대방제한 등으로 인정한 사례 중 그 의결서에서 명시적으로 당해 행위가 수직적 관계에 있는 사업자들 간 합의에 의한 것으로서 관련 거래분야에서 경쟁을 제한하였음을 인정한 경우들을 찾아 볼 수 있다. 예컨대, ‘(주)오리온의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건’(공정위의결 제2010-24호, 2010. 2. 8)에서 공정거래위원회는 법 제2조 제6호에서 정의하고 있는 재판매가격유지행위는 일방당사자가 거래가격을 단독으로 정하는 경우 이외에 양당사자 간 계약·결합·공모·합의·협의를 통해 정하는 경우도 포함한다고 하면서, 위 사업자가 도매상 등에 대하여 약정서나 계약서를 통하여 최저재판매가격을 지정한 행위는 거래상대방인 도매점의 자유로운 의사에 반하여 자신이 정한 최저재판매가격을 준수하도록 강제함으로써 상표내 자유로운 가격경쟁을 저해하는 행위로서 법상 재판매가격유지행위에 해당한다고 판단하였다. 또한 ‘4개 정유사 등의 구속조건부거래행위에 대한 건’(공정위의결 제2009-50호, 2009. 2. 3)에서 공정거래위원회는 위 사업자들이 자영주유소들에게 소요제품 전량구매를 요구하는 내용의 석유제품공급계약을 체결한 행위는 동 사업자들간의 경쟁을 제한할 뿐만 아니라 수입사 등 잠재적 경쟁사업자들의 유통경로를 차단하는 효과가 크다는 점 등을 근거로 위법한 구속조건부거래에 해당한다고 판단하였다.

와 기타 거래의 공정성을 침해하는 행위로 나누고, 전자를 다시 단독행위와 공동행위로 나누어서 각각 시장지배적지위의 남용행위와 부당한 공동행위로서 규율한다. 이때 공동행위로서는 수평적 관계에 있는 사업자들 사이에 이루어지는 합의뿐만 아니라 수직적 관계에 있는 사업자들 사이에 이루어지는 합의를 규제대상에 포함시켜야 한다.

현행 공정거래법상 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위 조항은 일본 사적독점금지법상 관련 규정을 모델로 한 것으로서, POSCO 사건 대법원 판결의 다수의결이 명확하게 지적한 바와 같이 본디 당해행위의 경쟁제한적 효과에 초점을 맞춘 규제가 아니다. 즉, 이들 규정은 그 문언과 동 규정의 모델이 된 일본 사적독점금지법의 관련 규정에 대한 해석론에서 볼 수 있듯이 직접적으로 거래상대방의 선택의 자유 또는 사업활동의 자유를 직접적인 보호대상으로 하는 것으로서 수직적 관계에서 이루어지는 경쟁제한적 합의를 적절히 규제할 수 없다. 종래 공정거래위원회가 재판매가격유지행위 또는 불공정거래행위 규정을 통하여 경쟁제한적 수직적 합의를 규율하기 위해 시도한 사례들을 찾아 볼 수 있지만, 위법성의 근거가 상이한 행위들을 동일한 규제조항에 포괄함으로써 법해석·집행상 혼란을 초래하였음을 부인할 수 없다. 이는 결과적으로 일관된 위법성 판단기준을 제시하지 못함으로써 수범자의 예측가능성을 침해한 측면이 있고, 경우에 따라서 과도규제의 오류(false positive) 또는 과소규제의 오류(false negative)를 범할 우려가 큰 것이 사실이다.

더욱 근본적으로 종래와 같은 법집행 태도는 경쟁법 이론상 가장 본질적 구분이라고 할 수 있는 ‘공동행위’와 ‘단독행위’의 구분을 모호하게 함으로써 우리나라 경쟁법 체계의 발달을 저해할 뿐만 아니라, 실제 관련 법집행 실무에서도 여러 가지 부정적인 결과를 낳게 된다. 즉, 경쟁을 제한하는 수직적 합의를 공정거래법상 재판매가격유지행위 또는 불공정거래행위로 규율할 경우에, 수범자는 행위자 일방에 국한되

II. 공정거래법상 규제체계에 대한 검토

고 따라서 시정조치나 과징금 등의 행정적 제재²⁰⁾ 역시 당사자 일방에게만 내려지게 된다. 이러한 현상은 당해 경쟁제한행위의 본질에 부합하지 않는 도식적인 구분에 따라 법적용상 불균형을 초래하여 범위반행위에 대한 충분한 억제가 불가능하게 되는 결과를 초래하게 된다.

뿐만 아니라 공정거래법상 재판매가격유지행위의 제한 또는 불공정거래행위의 금지는 둘 이상의 사업자들 사이에 이루어지는 ‘합의’가 아닌 거래당사자 중 일방의 단독행위를 규제대상으로 삼는 것이고, 따라서 시정조치나 과징금 등의 행정적 제재 역시 일방 당사자에 대해서만 부과된다. 또한 공정거래법상 재판매가격유지행위 또는 수직적 관계에서 문제가 되는 각종 불공정거래행위는 일본 사적독점금지법의 영향을 받아서 그 성립요건으로서 상대방에 대한 높은 정도의 강제성이나 구속성을 요구하는 경우가 많다. 예컨대, 법 제2조 제6호는 재판매가격유지행위의 개념을 “거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위”라고 정의하고 있는데 반하여, 일반적인 수직적 공동행위는 그와 같은 정도의 강제성이나 구속성을 요구하지 않는다.

수직직적 관계에서 발생하는 다양한 거래제한행위 중 합의에 의한 것을 부당한 공동행위로 규율하게 되면, 단독행위에 대한 규제체계는 POSCO 사건에서 대법원이 판시한 대로 시장지배적사업자가 관련시장에서 자신의 지위를 유지·강화해 나가기 위하여 행하는 경쟁제한행위는 법상 시장지배적지위의 남용행위로 규율하고, 기타 거래의 공정성을 해치는 다양한 유형의 불공정한 거래행위들은 우선 재판매가

20) 실제로 종래 공정거래위원회는 다른 범위반행위의 경우와 비교하여 불공정거래행위(재판매가격유지행위 포함)가 문제가 된 사건에서 시정명령이나 과징금 납부명령보다는 시정권고나 경고를 상대적으로 많이 사용하였다(공정거래위원회, 2009년도 통계연보, 2010, 65면). 이는 재판매가격유지행위나 불공정거래행위가 부당한 공동행위 등에 비하여 관련시장에서 경쟁을 제한하는 효과가 작은 대신, 거래당사자 간 이해조정과 관련된 문제로 보았기 때문으로 해석된다.

격유지행위를 포함하는 불공정거래행위로 재편할 수 있다. 공정거래법상 단독행위의 규제체계를 위와 같이 재편한다면, 특히 법상 불공정거래행위의 금지는 이제 간명하고 독자적인 위법성 판단기준을 정립해나갈 수 있고, 이를 바탕으로 향후 민사법상 권리구제가 성숙되면 독일식 ‘부정경쟁방지법’(Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, 1909) 등과 같은 독자적인 ‘불공정거래법제’(unfair trade law) 또는 ‘불공정상거래법제’(unfair business practise law)로 발전시켜 나갈 수 있을 것이다.

위와 같은 규제체계를 도입하게 되면 공동행위의 규제와 관련해서도 많은 발전을 기대할 수 있다. 즉, 미국과 EU를 비롯하여 일본을 제외한 사실상 모든 외국의 경쟁법제가 오랫동안 발전시켜온 수직적 합의에 관한 법리를 참고하여 유통과정 등에서 발생하는 다양한 경쟁제한행위에 관한 세련된 경쟁법적 규제를 발전시켜나갈 수 있다.

Ⅲ. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토

1. 공정거래위원회 구조의 연대별 변화

(1) 개요

공정거래위원회 조직의 변천은 조직의 독립성과 독자적인 처분권한이라는 측면에서 살펴보면 크게 3기로 나누어 볼 수 있다. 공정거래위원회는 독립성과 처분권한이 없는 경제기획원 장관의 단순 자문기관으로 출발하여(1980년-1989년), 1990년 법개정에서 조직형태는 여전히 경제기획원 장관 소속이었으나 독자적인 처분권을 부여받았고(1990년-1994년), 1994년 법개정으로 인해 조직의 독립성까지 부여받아 독립적인 중앙부처로서의 지위를 갖게 되었다. 하지만, 이러한 독립성은 미국의 독립규제위원회와 같은 입법, 사법, 행정으로부터의 독립성이 아니라 독자적인 중앙부처가 되었다는 의미에서의 독립성을 의미한다.

기 간	조직의 독립성	독자적 처분권
1980년-1989년	X	X
1990년-1994년	X	○
1994년-현재	○	○

(2) 자문기관 시기(1980년대)

1) 조직의 형태 및 권한

1980년에 공정거래법 제정당시 공정거래위원회의 위상은 경제기획원 장관의 자문기관에 불과하였다.²¹⁾ 공정거래위원회는 위원 5인으로

21) 공정거래법(1980.12.31 제정, 법률 제3320호) 제26조(공정거래위원회의 설치) 경제

III. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토

구성하도록 되어 있었고 그 중 3인은 상임위원, 2인은 비상임위원으로 구성되도록 되어있었는데, 위원들의 임명은 일정한 요건을 갖춘 자 중에서 경제기획원장관의 제청으로 대통령이 행하였다. 따라서, 이 당시만 하더라도 공정거래위원회는 의사를 대외적으로 표시할 수 있는 권한이 있는 행정청이 아니라 심사관의 조사 및 피심인의 의견을 청취한 후 심의하고 재적위원 3인 이상의 찬성으로 의결할 수 있는 기관에 불과하였다. 실제 처분은 경제기획원 장관이 행하였다.²²⁾

다만, 당시 공정거래법의 규정에 위반된 사항의 조사 및 사전심사 등을 전담하기 위하여 경제기획원에 심사관을 두도록 하고, 심사관은 독점규제 및 공정거래에 관한 실무경험이 있는 일반직 국가공무원으로 보하도록 하여 합의제 기구를 보좌할 수 있도록 제도적인 기틀을 마련해 두었다. 이들 심사관은 경제기획원 직제에 의해 공정거래실 소속으로 되어 있었다. 그리고, 공정거래위원회는 위반사건을 조사하고 시정조치를 의결할 뿐만 아니라, 적용제외법률의 제정, 불공정거래행위 등의 범위 및 기준을 정하는 점에서 준입법적 기능을 담당하고 있었다.

한편, 1986년에 제정된 약관규제법에서는 법에 규정된 중요사항을 심의·의결하게 하기 위하여 경제기획원에 위원장 1인을 포함한 위원 7인으로 구성된 약관심사위원회를 두도록 하고, 이 위원회는 시정권고, 시정요청, 과태료부과 및 경제기획원장관이 중요하다고 인정하여 위원회에 부의한 사항에 대하여 심의·의결하도록 하고 있었다.

2) 문제점

이 시기의 조직형태에서 가장 문제가 되는 것은 위원들의 독립성 보장과 위원회의 권한이 대단히 취약하다는 점이다. 제청권자가 경제기

기획원장관이 이 법에 규정된 중요사항과 이 법에 위반되는 사항에 대한 결정·처분을 하기에 앞서, 이를 심의·의결하기 위하여 경제기획원에 공정거래위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

22) 상동 제5조, 제6조, 제16조 등.

획원 장관이라는 점에서 독립성이 취약할 수밖에 없고 독자적인 처분 권한이 없는 자문기관으로서의 한계도 분명하였다.

그리고, 처분권한이 없는 기관의 경우 가장 문제가 되는 것은 심의·의결한 내용이 처분권한이 있는 기관장의 판단과 다른 경우 어떻게 하여야 하는가 하는 점이다. 경제기획원 장관이 공정거래위원회의 결정에도 불구하고 그 내용과 다른 처분을 할 수 있다고 보는 견해와 경제기획원 장관은 공정거래위원회의 결정에 구속되며 대외적인 표시행위의 편의상 경제기획원 장관이 명의를 빌려 줄 뿐이라는 견해가 있었다. 위원임명을 위한 제청권자가 경제기획원 장관임을 감안할 때 경제기획원 장관의 의사를 무시한 결정이 쉽지 않았을 것이다.

(3) 비독립 처분기관 시기(1990년대 초반까지)

1) 조직의 형태 및 권한

1990년 공정거래법 개정으로 인해 공정거래위원회는 처분권이 없는 경제기획원 장관의 자문기관이 아니라 독자적인 처분권한이 있는 기관으로 발전하게 되었다. 이처럼 공정거래위원회가 심의·의결권뿐만 아니라 독자적인 처분권을 가지게 되면서 위원의 숫자도 5명에서 7명으로 늘어나게 되었고 비상임위원제도를 채택하여 그 중 2인은 비상임위원으로 하였다.²³⁾ 위원장과 부위원장은 경제기획원장관의 제청으로 대통령이 임명하고 기타 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하도록 하였다.²⁴⁾ 하지만, 공정거래위원회는 여전히 독립성이 없이 경제기획원 장관 소속으로 되어 있었는데, 처분권은 부여받았지만 조직의 독립성이 부여되지 않았다.

그럼에도 불구하고 동 개정으로 인해 공정거래위원회의 독립성과 전문성을 확충하고 공정거래위원회가 독립적으로 법을 운영할 수 있

23) 상동 제37조 제1항.

24) 상동, 제37조 제2항

III. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토

는 기초가 마련되게 되었다.²⁵⁾ 동 법개정으로 인해 공정거래위원회의 기구와 기능이 확대되면서 기존의 공정거래실이 공정거래위원회 사무처로 확대개편 되었고 사무처장 직제가 신설되었으며 이후에도 사무처 조직은 계속 확대되어 오늘에 이르게 되었다.

한편, 1992년에는 약관규제법을 개정하여 약관심사업무의 책임성과 전문성 제고를 위하여 약관심사위원회는 폐지하고 시정조치의 주체를 경제기획원에서 공정거래위원회로 변경하였다. 이로서 공정거래위원회의 법집행범위는 이전보다 더 넓어지게 되었다. 약관심사위원회가 폐지되고 모든 권한이 공정거래위원회로 일원화됨으로써 공정거래위원회는 공정거래법집행뿐만 아니라 약관법도 집행할 수 있는 기관으로 발전하게 되었다. 대신 약관법의 전문성을 감안하여 약관자문위원회를 설치하여 전문적인 자문을 받게 되었다. 이러한 약관법 집행방식은 지금도 큰 변화 없이 이어져 오고 있는데, 이러한 연혁적인 이유로 인해 공정거래위원회에는 다수의 자문위원회가 있지만 약관자문위원회가 가장 역사가 길고 권위 있는 자문위원회로 인정받고 있다.

2) 문제점

공정거래위원회가 단순한 장관 자문기관이 아니라 독자적인 처분권을 가지게 되었다는 점에서 큰 의의가 있다. 대외적으로 공정거래위원회 명의로 의사결정을 할 수 있게 되었다는 것은 공정거래위원회 발전과정에서 중요한 의미를 지닌다. 그리고, 독자적인 처분권한이 없는 경우 공정거래위원회 의결과 처분권자의 판단이 상이한 경우의 문제점이 최소한 이론적으로는 해소될 수 있었다는 점에서 의미가 있는 시기였다. 하지만 동 개정에서는 공정거래위원회 업무의 독립성에 대한 명시 없이 단지 법의 목적을 달성하기 위하여 경제기획원장관 소

25) 공정거래법(1990.1.13 개정, 법률 제4198호), 제5조, 제6조, 제16조 등 참조

속하에 공정거래위원회를 둔다고만 규정하고 있어 독자적인 처분권의 부여에도 불구하고 조직의 독립성뿐만 아니라 업무의 독립성에서도 한계가 있을 수밖에 없었다.

결국, 공정거래위원회가 독립된 기관이 아니라 경제기획원에 부속된 기관에 불과하였고 위원장과 부위원장은 경제기획원장관의 제청으로 대통령이 임명하였다는 점에서 독립성이 대단히 취약하였다. 조직과 업무의 독립성이 마련되지 않은 상태에서는 독자적인 법집행에 애로가 있을 수밖에 없었다.

(4) 독립 중앙행정기관(1994년 이후)

1994년 법 개정법 개정법을 통하여 공정거래위원회는 경제기획원 장관 소속에서 벗어나 독립적인 중앙행정기관으로서의 위상을 갖게 되었다. 공정거래위원회는 1995년 종래 경제기획원 장관 소속의 기관에서 국무총리 소속의 독립적인 중앙행정기관으로 재출발하게 되었다.²⁶⁾ 또한, 개정법에서는 “이 법에 의한 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 국무총리 소속하에 공정거래위원회를 둔다”라고 규정함으로써 공정거래위원회 업무의 독립성을 명문으로 규정하였다. 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고 기타 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하도록 하였다.

1996년 법 개정에서는 조직 및 절차적인 면에서 더 많은 정비가 이루어 졌다. 위원의 숫자가 7명에서 9명으로 늘어났고 이 중 5인은 상임위원, 4인은 비상임위원으로 하였는데 지금까지 이 체제가 유지되고 있다. 공정거래위원회 위원장의 직급이 이전에는 차관급이었는데 동 개정으로 인해 장관급으로 격상됨으로써 다른 행정부처와 외형상 동급의 기관으로 발전하게 되었다.

26) 1995년에는 정부조직의 개편으로 경제개발계획을 추진해 오던 경제기획원이 해체되었다.

Ⅲ. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토

또한, 법 제정 당시에는 사건 심의를 위한 회의가 위원 전원이 참석하는 전원회의 하나밖에 없었다. 그러나, 사건의 숫자가 늘어나면서 모든 사건을 전원회의가 담당할 수 없다는 현실적인 문제와 함께 선례가 있거나 사실관계나 법률관계가 분명하여 심의과정에서 별다른 쟁점이 없는 사건까지 전원회의가 모두 담당하는 것은 비효율적이라는 정책적 판단을 하게 되었다. 이에 따라 1996년 법 개정 때 소회의를 추가로 설치하여 회의를 두 개로 분화시켰다.

1996. 11. 19 국회에 제출된 정부제안문(의안번호 150310)에서는 “공정거래위원회의 회의를 효율적으로 운영하기 위하여 법령등의 해석적용에 관한 종전의 의견을 변경할 필요가 있거나 이의신청에 대한 재결을 하는 경우 등은 위원전원으로 구성하는 전원회의에서 심의·의결하도록 하고, 그 외에 일상적으로 발생하는 경미한 사건에 대하여는 위원 3인으로 구성하는 소회의에서 심의·의결하도록 함”이라고 하여 소회의 신설의 필요성을 밝히고 있다. 한편으로는 미국식의 행정법판사(ALJ) 제도의 취지를 우리 식으로 수용한 측면도 없지 아니하다.

이후에도 공정거래위원회 조직의 모습은 여러 차례 변천이 있었으나 기본적인 형태는 큰 변동 없이 오늘에 이르고 있다. 드디어 공정거래위원회가 경제기획원으로부터 독립하였고 위원장의 직급도 장관급으로 상향되면서 일단 제도적인 측면에서의 정비는 어느 정도 마무리되었다고 볼 수 있다.

2. 개선 검토사항

(1) 제도적인 측면

1) 위원회 소속

공정거래위원회가 명실상부하게 독립적으로 업무를 처리하기 위해서는 조직의 독립성을 강화할 필요도 있다. 현재 공정거래위원회의 소

속은 국무총리 소속으로 되어 있으며 위원장은 장관급이어서 형식적인 측면에서 본다면 조직의 독립성이 부족한 편이라 할 수 있다. 공정거래위원회가 국무총리의 지시를 무시하기 어렵고 타 부처와의 관계에서도 타 부처의 산업정책적 고려에 의해 영향을 받기 쉽다. 예컨대, 국무총리실에서는 규제개혁 심사를 통하여 공정거래위원회의 정책적 업무에 관여할 수 있고, 재정기획부는 경제정책총괄조정기능을 활용하여 공정거래위원회의 업무에 관여할 수 있다. 이러한 문제점을 개선하기 위한 방안으로는 크게 다음의 두 가지를 들 수 있다.

① 미국식 모델

미국의 경우 FTC를 비롯한 독립규제위원회(independent regulatory commission)들은 입법, 행정, 사법의 어디에도 속하지 않는 ‘제4부’로서의 위상이 정립되어 있다. 우리나라도 미국의 FTC와 비슷하게 삼권으로부터 독립된 형태로 개편하는 방안을 검토해 볼 수 있다.

하지만, 미국과 같은 독립규제위원회는 다른 선진국들에서는 그 사례를 찾아보기 어렵다. 그리고, 헌법적인 관점에서 헌법재판소와 중앙선거관리위원회처럼 헌법적 근거가 있는 기관이 아닌 이상 입법, 행정, 사법의 어느 것에도 소속되지 않는 독립된 국가기관을 법률로 창설하는 것은 헌법위반이 될 수 있다는 지적이 있다.²⁷⁾ 또한, 공정거래위원회가 행정부로부터 독립이 되었을 때 독립성의 차원에서는 장점이 있다고 하더라도 예산이나 인력지원으로, 타 부처와의 정보 공유 애로 등 단점도 적지 않을 것으로 생각이 된다.

② 대통령 소속기관 모델

1997년의 부즈·알렌 해밀턴 보고서에서는 공정거래위원장이 대통령에게 직접 보고할 수 있도록 조직을 개편할 것을 건의한 바 있

27) 박정훈, “公正去來法の 공적 집행”, 「공정거래와 법치」, 권오승 편, 법문사, 2004, 1005면.

Ⅲ. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토

다.²⁸⁾ 현행 방송통신위원회가 대통령 소속으로 되어 있는 것과 비슷한 구조를 건의한 것으로 보인다. 대통령 소속기관이 되면 최소한 총리실이나 일반행정부처로부터의 간섭은 줄어 들 수 있을 것이고 업무 추진에 힘이 실릴 수 있는 장점이 있다.

하지만, 대통령 소속으로 한다고 하여 특별히 독립성이 더 제고된다는 보장은 없다고 할 것이다. 조직의 위상이 강화되어 다른 부처의 간섭은 적을 소지가 있지만 오히려 대통령이나 정치권으로부터의 독립성이 저해될 가능성도 없지 아니하다. 미국에서 독립규제기관들이 삼부로부터 독립하게 된 여러 가지 이유가 있지만 가장 중요한 이유는 대통령의 간섭으로부터 벗어나고자 한 것이다. FTC 위원장의 임기를 7년으로 한 것도 대통령의 임기인 4년보다 길게 하여 독립성을 보장하고자 한 것이다.

2) 소 결

현재로서는 공정거래위원회 소속을 변경하여 독립성을 강화할 수 있는 마땅한 대안을 찾기는 어려워 보인다. 그보다는 다른 방면에서 제도적 개선을 하거나 정치문화적인 방면에서 개선책을 찾아보는 것이 보다 현실적이라 생각된다.

① 위 원

공정거래위원회의 독립성에 중대한 영향을 미치는 것은 위원의 독립성이다. 합의제 기구의 구성원인 위원의 독립성은 곧 그 기관의 독립성을 의미한다고 하여도 과언이 아니다. 주요 선진경쟁당국 간 위원제도를 비교해 보면 다음의 표와 같다. 여기서는 많은 쟁점들 중 위원선임시 국회의 간여문제와 위원의 임기문제에 대해 검토해 본다.

28) 부즈·알렌 해밀턴, 21세기를 향한 한국경제의 재도약, 1997, 125-127면.

주요 경쟁법집행당국의 위원제도 비교

구분	미국 FTC	일본 公正取引委員會	EC 위원회	우리나라 公正去來委員會
선임시 의회의 간여여부	간여	간여	간여	미 간여
위원의 숫자	5인	5인	27인	9인
위원의 임기	7년	5년	5년	3년
임기의 시차제	채택	비채택	비채택	비채택
비상임위원	없음	없음	없음	있음
위원의 선임자격	법에서 미규정	법에서 규정	조약에서 규정	법에서 규정
위원의 해임등	법정 사유	법정 사유	조약규정 사유	법정 사유
위원의 독립성	법에서 미규정	법에서 규정	조약에서 규정	법에서 미규정

첫째, 공정거래위원회의 선임방식을 살펴보면 미국이나 일본, EU의 경쟁당국 등과 비교할 때 국회의 간여가 생략되어 있는 점이 특징이다. 비교의 대상이 되는 주요 선진국들은 정치적 중립성 보장을 위해 위원회 선임 시 국회의 간여하도록 하고 있다. 그래서, 우리나라도 방송통신위원회처럼 국회의 추천하도록 하는 것이 필요하지 않느냐 하는 논의가 있다.

공정거래법에 의하면 공정거래위원회 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고 기타 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하도록 되어있다. 위원장 및 부위원장의 임명에서 국무총리의 제청이 형식적이기 때문에 사실상 대통령의 의중이 절대적으로

III. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토

중요하다. 위원의 임명에서도 위원장은 대통령의 의향을 무시할 수 없다. 선진외국의 경우 위원임명 시에 의회의 동의를 받도록 하고 있어 대통령이나 내각총리대신 등의 영향력이 상대적으로 축소된다. 하지만, 공정거래위원회는 국회의 관여 없이 대통령이 그 구성원의 임명에 절대적인 영향력을 행사할 수 있기 때문에 구조적으로 임명절차에서 대통령의 역할이 크고 그렇게 되면 대통령으로부터의 독립성이 문제가 될 수 있다.

하지만, 이러한 문제는 좀 더 신중하게 접근할 필요가 있다. 결국은 우리나라의 정치문화를 고려하여 접근하여야 하는데 여야 간 협상과 타협의 전통이 성숙된 선진국과는 달리 사소한 사안에서도 여야가 극한적으로 대립하여 국회가 마비되어 버리는 일이 비일비재한 우리나라 풍토에서 이러한 영향에서 배제되기 위해선 차라리 위원선임 시에 국회가 간여하지 않는 것이 더 바람직 할 수도 있다. 만약 국회가 위원선임 시에 간여하고자 한다면 여당, 야당 추천제가 아니라 선진국 등과 같이 대통령이나 총리대신이 추천하고 국회가 표결하여 승인하는 방식이 더 바람직할 것이다. 결국 위원선임 시 국회가 간여하는 문제는 결국 정치수준의 선진화 정도를 감안하여 결정하는 것이 타당하다고 생각한다.

둘째, 1980년 제정법에서는 위원의 임기는 3년으로 하되 1차에 한하여 연임할 수 있다고 규정이 되어 있었기 때문에 위원은 최대한 6년까지 재임할 수 있었다. 현행법 제39조에서는 공정거래위원회의 위원장, 부위원장 및 다른 위원의 임기는 3년으로 하고, 1차에 한하여 연임할 수 있다고 규정하고 있다.²⁹⁾ 외국의 위원은 임기가 있으나 위

29) 원래 이 규정은 2001.1.16 법률 제6371호로 개정된 것이다. 개정 전 법률 제29조에 의하면 “위원의 임기는 3년으로 하고, 1차에 한하여 연임할 수 있다.”고 되어 있었다. 즉 당해 개정 전 법률에서는 위원장, 부위원장, 기타 위원 구분 없이 그냥 위원의 임기는 3년이라고 되어 있어 만약 일반위원이 부위원장이나 위원장이 되는 경우 임기가 문제될 수 있었다. 개정 법률은 이러한 문제를 입법적으로 해결한 것이라 할 수 있다.

원장의 임기가 없는 것과는 달리 위원장, 부위원장, 위원의 임기가 각각 3년인 것으로 해석될 수 있다.³⁰⁾ 그래서 미국과 달리 대통령이 교체되었다 하더라도 위원장이나 부위원장을 3년 임기 이전에 교체할 수는 없다.

하지만, 이러한 규정이 우리나라의 현실에 부합하는지는 한번 더 재고해볼 필요가 있다. 공정거래위원회가 행정부에 소속이 되어 있고 공정거래위원장이 국무회의에 참석하여 발언하면서 타 부처와 업무협조를 하고 있는 현실을 감안한다면 대통령이 교체되는 경우 위원장이나 부위원장의 임기를 존중해 주기 쉽지 않은 것이 현실이다. 그럼에도 불구하고 이러한 규정의 의미는 적지 않다고 생각된다. 금융통화위원회의 경우 대통령이 교체되더라도 금융통화위원장의 임기가 존중된다. 규정을 정치현실에 맞추기보다는 정치현실이 규정의 취지에 맞게 개선되는 것이 바람직하다고 생각된다.

한편, 위원의 임기를 비교해 보면 우리나라가 3년으로 가장 짧고 일본과 EU는 5년, 미국은 7년이다. 형식적으로만 본다면 위원의 임기가 길수록 독립성은 높아진다고 볼 수 있다. 하지만, 지금단계에서 위원의 임기를 더 연장하자고 제안하는 것은 특별한 실익이 없다고 생각된다. 위원장의 경우 공정거래위원회 30년 역사상 3년의 임기를 모두 채운 경우는 단 한 차례밖에 없는 실정이다. 우리나라의 경우 위원장과 부위원장은 단지 직급이 장, 차관급일뿐만 아니라 실제로 타 부처의 장, 차관처럼 인사의 대상이 되고 있는 것이 현실이다. 그뿐만 아니라 공정거래위원회의 인사적체가 심할 때에는 임기를 채우지 않고 용퇴하는 것이 미덕으로 간주되기도 한다. 이러한 현실을 종합적으로 감안해 본다면 최소한 현단계에서는 위원의 임기를 연장하는 것이 더 바람직하다고 결론내리기는 어렵다.

30) 해석에 따라서는 위원 3년, 부위원장 3년, 위원장 3년 및 각각 연임이 가능하므로 총 18년까지 근무할 수 있는 것으로 된다.

Ⅲ. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토

② 감사제도

공정거래위원회는 일반행정업무뿐만 아니라 사건처리 심지어는 소송수행에 대해서도 감사원의 감사를 받고 있다. 이러한 감사제도는 공정거래위원회의 독립성에 영향을 미칠 뿐만 아니라 업무처리의 비효율성과 강경일변도의 사건처리에 적지 않은 영향을 미치고 있다.

우선 독립성의 측면에서 살펴볼 때 사건에 대한 조사착수부터 소송에 이르기까지 모든 것이 감사의 대상이 되고 있어 국민의 세금을 재원으로 일을 하는 행정부서가 당사자 간의 단순한 분쟁에 불과한 사건까지 추후에 있을지도 모르는 감사를 의식하여 형식적으로나마 처리하지 않을 수 없고, 감사에 지적당하지 않기 위해 일단 가장 강한 수준의 제재를 내리고자 하며 소송에 있어서도 승소가능성에 대한 충분한 고려없이 대법원까지 상고하고자 하는 유혹이 따르게 된다. 이러한 감사제도하에서는 공정거래위원회의 소신에 맞는 독립적인 사건처리보다는 감사를 의식한 다분히 형식적인 사건처리에 매달리게 될 우려가 있다. 또한 고분고분한 신고인의 사건에 비해 감사원에 제보할 가능성이 있는 까다로운 신고인에 대하여는 더 많은 인적, 물적 자원을 배분하여 정작 중요한 사건에 역량을 충분히 투입하지 못하게 될 우려도 있다.

인사나 예산과 같은 일반행정적인 업무는 당연히 감사의 대상이 되어야 하겠지만 최소한 사건처리와 관련된 사안은 감사의 대상에서 제외하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 문화적인 측면

1) 정치문화

공정거래법 집행의 선진화를 위해서는 제도적인 보완 못지않게 공정거래위원회를 둘러싼 정치문화가 선진화되어야 한다. 공정거래법에서 위원장, 부위원장 및 위원의 임기가 명문화되어 있음에도 불구하고 이들

의 임기가 제대로 지켜지지 않는 경우가 적지 않다. 특히 정권교체가 있게 되면 언론에서는 위원장이나 부위원장의 교체를 당연히 하여 보도하는 데서 볼 수 있듯이 우리나라 정치문화는 아직 합의제 기구 구성원의 임기를 존중하고자 하는 합의가 부족한 상태이다. 공정거래위원회의 출발이 경제기획원이고 현재도 행정부인 국무총리실 소속인데도 위원장은 장관, 부위원장은 차관이라는 인식이 강하여 정무직의 임기는 큰 의미가 없다고 생각하는 것이 사회의 일반적인 인식이다. 무엇보다 중요한 것은 공정거래법이 경제의 기본적인 틀을 형성하고 있는 경제기본법이라는 인식이 우리사회에 뿌리내려야 한다.

2) 조직문화

공정거래위원회는 합의제기구임에도 불구하고 위원들 간의 대등한 협의보다는 위원장-부위원장-사무처장으로 이어지는 결재라인을 통해 일반 행정 및 사건처리가 이루어지는 조직문화가 형성되었다. 우리나라와 행정문화가 비슷한 일본에서도 公正取引委員會의 의사결정이 위원장-사무총장 라인에서 독임제와 비슷하게 이루어져 왔다고 한다.³¹⁾ 이러한 문화 속에서 위원들 각자가 전문성을 바탕으로 위원장이나 부위원장의 눈치를 보지 않고 소신 있게 의사결정에 참여하는 것은 쉽지 않다는 지적이 있다. 또한, 그 동안 공정거래위원회의 상임위원은 관례적으로 주로 공정거래위원회 내부에서 임명이 되어 왔고 위원들은 오랜 공직생활의 상하직급관계에서 일하여 왔다는 점을 감안한다면 법적인 측면을 떠나 이러한 인간관계 속에서 위원의 대등성을 논하기가 쉽지 않은게 현실이다.

당초 1980년 공정거래법 제27조 제1항에서는 “위원장 1인을 포함한 위원 5인”이라는 표현을 쓰고 있는데서 알 수 있듯이 위원장은 위원

31) 村上政博, 公正取引委員會の組織と權限, 獨禁法の理論と展開[2], 日本經濟法學會編, 2002, 三省堂, 254-255면.

III. 공정거래법상 조직체계에 대한 검토

중 1인의 지위를 지니고 있었고 부위원장제도는 두지 않았다. 원래 위원회 제도라는 것은 위원들 간의 평등을 전제로 한다. 위원장도 위원 중의 한 명일 뿐 조직 대표로서의 기능을 제외한다면 대부분의 점에서 다른 위원들과 대등하다.

그런데, 1990년 법 개정에서 공정거래위원회의 기능이 확대되면서 부위원장직과 사무처장 직이 신설됨으로써 공정거래위원회의 조직구조가 일반 행정조직과 유사하게 피라미드형으로 변했다는 점이다. 부위원장 직제는 필요시 위원장 직무대행이라는 측면과 더불어 공정거래위원회가 행정부 소속으로 되어 있어 타 부처와의 업무협조가 필요하기 때문에 생긴 것이다.³²⁾ 하지만, 미국이나 일본의 경쟁법 집행기관과 달리 부위원장 제도가 생기게 됨으로써 위원 간에도 직급구분이 분명하게 되었다.

현행법에 의하면 위원장과 부위원장은 국무총리가 제청권자인 반면 일반 위원들은 제청권자가 위원장인데, 하나의 조직 속에서 제청권자와 피제청권자가 대등하다는 것은 기대하기 어렵다. 또한, 위원들 간의 직급에서도 차이가 있는데 위원장은 장관급, 부위원장은 차관급으로서 정무직 공무원인 반면 일반 위원은 고위공무원단에 속하는 별정직 1급 공무원에 불과하다.³³⁾

같은 연장선 상에서 우리나라의 공정거래위원회는 합의제를 채택하고 있으면서도 실제로는 사무처를 중심으로 독립제와 유사하게 운영이 되어 왔다. 즉 공정거래위원회의 운영이 일반 부처의 장관-차관-기획관리실장-국장으로 이어지는 지휘라인처럼 위원장-부위원장-사무처장-국장으로 이어지는 결재라인을 통해 독립제 조직과 유사하게 운영

32) 대법원에는 부대법관 제도가 없기 때문에 법원장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 선임대법관이 그 권한을 대행한다(법원조직법 제13조 제3항).

33) 방송통신위원회는 「방송통신위원회 설치 및 운영에 관한 법률」 제4조 제2항에 따라 위원장, 부위원장, 일반 위원 모두 정무직으로 되어 있고 위원장은 장관급, 부위원장 및 일반 위원은 차관급이다.

이 되고 의사결정 과정에서 일반 위원들의 역할이 크지 않았던 것이 사실이다. 그러다 보니 위원들 간의 합의보다는 위원장 및 부위원장의 지시를 받는 사무처가 조직의 핵심이 되어 왔고 학계에서도 그 동안 공정거래위원회의 무게 중심이 위원회보다는 사무처에 놓여 있는 듯하다는 지적이 있어 왔다.

이러한 문제점은 공정거래위원회가 국무총리 소속의 기관이어서 타 행정부처와 인사적인 측면에서 균형을 맞출 필요가 있고 타 행정부처와 긴밀히 업무협조를 하여야 하는 불가피한 측면이 있다. 그래서, 위원장은 할 수 없다 하더라도 부위원장제도라도 폐지하여 위원 간 직급에서 균형을 맞추자는 지적도 그다지 현실성이 있다고 생각하지는 않는다. 오히려 최근에는 정통관료 출신이 아닌 외부전문가가 위원장으로 임명되면서 종전과 달리 위원들이 사건처리에 있어서 위원장의 의사에 크게 구애받지 않고 독자적으로 판단하는 분위기가 형성되어 가고 있다. 비상임위원들도 단순한 거수기가 아니라 전문성을 바탕으로 독자적인 의견을 제시하는 경우가 늘고 있다. 이러한 현상들은 공정거래제도 도입 초기만 하더라도 합의제에 대한 인식이 부족하고 우리나라에서 합의제를 운영해본 전통이 짧아 무늬만 합의제이고 실체는 독임제와 유사하게 운영되던 관행들이 최근에 와서는 많이 개선되었다고 생각된다.

IV. 공정거래법상 사건처리절차에 대한 검토

1. 개 요

공정거래위원회는 흔히 준사법기관이라고 하는데, 그 의미는 사법기관인 법원과 유사한 방식으로 사건을 처리하기 때문이다. 공정거래 사건처리 절차는 일반 행정절차법과는 차이가 나는 독특한 절차들이 다수 포함되어 있다. 일반 행정기관이 청문회 등 사전절차를 보장하고 있다 하더라도 그것은 행정절차의 적정성확보와 시민의 권익보호를 위해 처분 전에 상대방에게 의견진술의 기회를 부여한다는 측면이 강하다. 하지만 경쟁법 집행기관의 준사법적 절차는 피심인의 방어권 보장만을 위한 것이 아니다. 그뿐만 아니라 경쟁법이 경제에 관한 기본법으로서 그에 따른 결정이 한 사회의 경제활동 전반에 커다란 영향을 미치기 때문에 외부의 정치적·경제적 압력이나 수시로 변하는 여론에 영향 받지 않은 채 중립적이고 전문적인 판단을 보장하기 위한 것이다.

법원의 사건처리는 무엇보다 공정성을 중요시하는데 공정거래위원회는 행정기관으로서 전통적인 삼권분립체제의 단점을 보완하고자 한 것이 출발의 계기인 점을 감안한다면 사법기관인 법원보다는 공정성 못지않게 효율성이 대단히 중요하다. 그러나, 우리나라 공정거래위원회는 사건처리건수나 사건처리 기간 면에서 세계 어느 나라의 경쟁당국보다도 더 효율적인 사건처리를 해왔다. 그 동안 공정거래위원회가 비판받았던 내용들은 효율성에 대한 것보다는 공정성에 대한 것이 압도적으로 많았다. 공정거래위원회 사건처리절차에 대해 살펴 볼 수 있는 방법 중 하나는 전통적인 규문주의 절차와 대심주의 절차라는 두 가지 모델을 두고서 어떻게 변천하여 왔는가 검토해 보는 것이다.

2. 사건처리절차의 두 가지 모델

행정사건을 처리하는 두 가지 모델을 든다면 하나는 규문주의이고 다른 하나는 대심주의이다. 규문주의는 행정기관이 의사결정을 내리기 이전에 상대방의 의견을 청취해 주는 것인데 반해, 대심주의는 심사관과 사업자가 대등하게 공격과 방어를 하고 심판자는 어느 한쪽에 치우치지 않고 중립적으로 의사결정을 하도록 요구된다. 현대사회에서는 많은 국가들이 행정절차법을 제정하여 전통적인 규문주의에 비해 상대방의 방어권행사를 대폭 보완하고 있어 양자의 구분이 분명한 것은 아니다. 그래서 양자의 구분이 질적인 구분에서 양적인 구분으로 변해가는 추세에 있다. 처음부터 대심주의가 확립된 미국의 FTC를 제외한다면 대부분의 나라에서 경쟁당국의의 사건처리절차는 종래 규문주의적인 사건처리절차에서 대심주의적인 사건처리절차로 크게 변모하여 왔다.

일본의 경우 公正取引委員會 심판절차의 기본적인 성격에 대해 일본 법원은 처음에는 규문적인 것으로 이해를 하였다. 1953년의 新聞販路協定事件³⁴⁾에서 문제가 된 것은 당초 조사에 관여하지 않은 자(入江一郎)가 심판관으로 임명되었는데 심판계속 중 심사관을 지휘·감독하는 심사부장으로 임명되었다. 동 심판관은 그대로 심판을 계속하여 심결안을 작성하였는데 이러한 것은 심판관의 결격사유가 있어 위법한 것이 아닌가 하는 점이 쟁점이었다. 그런데, 동경고등재판소는 公正取引委員會 사건처리절차의 성격을 대심구조 즉 3면 구조로 이해하지 않고 규문소송구조 즉 2면 구조로 이해하여 심판관이 심사관을 지휘할 수 있는 지위에 있다고 하여 위법이라고 할 수는 없다고 판결하였다. 즉, 公正取引委員會의 구조는 원고와 피고의 분쟁을 위원회가

34) 昭和 28년3월9일 東京高裁 (行 ㉮) 10호.

판단하는 형태가 아니라 위원회가 심판청구자이자 심판자인 동시에 사업자는 방어자라고 하는 규문소송적 구조라는 것이었다.

1990년 대 들어 두 차례의 東芝 케미칼 판결이 있었는데 동경고등재판소는 기존의 입장을 변경하여 公正取引委員會의 심판절차가 대심주의에 준하는 것임을 분명히 해 주었다. 동경고등재판소는 公正取引委員會의 심판절차가 규문주의적 절차가 아니라 사법절차와 동일하진 않다 하더라도 사법절차의 기본원칙이 지켜지는 절차 즉 준사법적 절차임을 밝혀 주었다.

EU의 경우도 절차적인 측면에서 본다면, 처음에는 대륙법식 행정절차가 강하게 반영되어 대심주의보다는 규문주의에 가깝게 설계되어 있었고 피심인의 방어권이 제대로 보장되지 못하였다. 그러나, 1973년 영국이 회원국으로 가입하면서 영미법계의 적법절차에 대한 논의가 많이 이루어지고 경제단체 및 법조인들의 비판을 수용하여 지금은 대심주의를 강화하는 방향으로 많이 이동하였다. 특히 조사에 전혀 관여하지 않은 청문주재관에 의한 독립적이고 공정한 심리는 사건처리절차에서 가장 큰 변화이다. 타 경쟁법 집행기관과 마찬가지로 심판기능과 심사기능의 융합구조가 비판의 대상이 되어 왔고 그에 대한 보완책으로 사건에 관여하지 않고 경쟁총국에 소속하지 않는 경쟁담당위원 직속인 청문주재관(hearing officer) 제도를 1982년에 마련하여 심의의 공정성을 기하고 있다.

3. 공정거래위원회 사건처리절차의 변천

(1) 심사와 심판의 형식적 분리

공정거래법 집행 초기부터 사건을 조사하여 기소의 역할을 하는 심사관과 법위반 여부를 판단하는 위원이 분리되어 있었다. 당시 심사관은 경제기획원 공정거래실 소속이었고 위원들은 경제기획원 장관의

IV. 공정거래법상 사건처리절차에 대한 검토

자문기구였다. 공정거래실은 직제에서 공정거위원회 소속이 아니라 경제기획원 내의 일반 조직 중 하나였고 공정거래위원회의 서무업무만 담당해 주었다. 그래서, 공정거래위원회는 공정거래실을 지시감독하는 구조가 아니었다. 이런측면에서 일단 형식적으로는 심사와 심판이 구분되어 있었다고 할 수 있었다. 하지만, 위원들의 인적 구성이나 실제 사건처리방식을 살펴보면 법원과 같이 대심구조 하에서 심사관과 피심인이 대등하게 논박하는 방식이 아니라 심사관의 조사결과에 대해 피심인의 의견을 한번 청취해 보는 수준에 불과하였다.

우선 인적 구성에서 볼 때 상임위원들은 모두 경제기획원 소속 공무원으로서 심사관과의 관계에서 선배공무원이었다. 그리고, 경제기획원 직제 상 상임위원 중 한 명은 공정거래실장이 맡도록 되어 있었다. 비록 비상임위원으로 교수나 변호사가 있었지만 상임위원 주도로 사건이 처리될 수밖에 없는 구조였다고 볼 수 있다. 이런 구조 하에서 심사기능과 심판기능이 제대로 분리되기란 애당초 기대하기 어려웠다. 그래서, 심사와 심판이 분리는 되어 있었으나 형식적인 것에 불과하였다. 오늘날 청문형 행정절차와 별차이가 없었다고 볼 수 있다.

공정거래위원회가 단순 자문기관이 아니라 독자적 처분권이 있는 기관으로 발전하고 경제기획원에서 독립하여 독자적이 중앙행정기관으로 변모된 이후에도 이러한 사건처리절차가 근본적으로 변화하지는 않았다. 물론 사건처리절차가 다소 세련되어 왔고 피심인의 방어권이 지속적으로 향상되었다고 평가할 수는 있겠지만 전통적인 규문주의의 틀에서 크게 벗어나지는 못했다.

다만, 위원회를 보좌해 줄 수 있는 기구는 크게 확대되었다. 1990년 법개정으로 인해 공정거래위원회의 기구와 기능이 확대되면서 기존의 공정거래실이 공정거래위원회 사무처로 확대개편 되었고 사무처장 직제가 신설되었으며 사무처에는 총괄정책국, 독점관리국, 거래국 등 3개의 국을 두게 되었다.

(2) 심사와 심판의 실질적 분리를 위한 노력

공정거래위원회의 사건처리절차가 기존과 크게 달라지게 된 것은 1996년 법 개정 이후이다. 동법개정으로 공정거래위원회는 독립된 준사법기관으로서의 위상이 마련되기 시작하였다.

절차적인 측면에서는 이전에는 사건절차규칙을 운영할 수 있는 법적인 근거가 없었는데 이 개정으로 인해 직접적인 위임근거가 법률에 마련되었다. 1996년 법개정에서 사건절차규칙의 근거규정을 법률(제55조의2)에 삽입하여 위임의 근거를 분명히 하였다. 동시에 위원회가 조사한 사건의 처리절차를 세부적인 측면까지 대폭 정비하였다. 예컨대, 사건의 처리결과를 당사자에게 서면통지하게 하는 조항(제49조제3항)을 신설, 시정권고절차에 있어서, 종전에는 권고받은 상대방이 그 수락여부를 지체없이 통보하도록 하던 것을 10일 이내 통보하도록 개정(제51조제2항), 이의신청을 제기한 경우로서 그 명령의 이행 또는 절차의 속행으로 인해 발생할 수 있는 회복하기 어려운 손해를 예방할 수 있도록 하는 집행정지신청제도 도입(제53조의2) 등이 이루어졌다.

또한, 조직적인 측면에서 1997년에 심사관과는 독립적으로 위원들을 보좌하고 심판행정을 담당하는 심판관리관실이 신설되었다. 심판관리관실의 신설은 공정거래위원회의 심판기능과 심사기능을 분리하여 준사법기관으로서의 위상을 정립하고 사건처리절차를 공정하게 운영하기 위한 것이었다. 물론 종래에도 심판행정담당관실이 있었으나 그것은 단순한 심판행정기능에 머물렀었다. 새롭게 설치된 심판관리관실은 심판행정뿐만 아니라 위원들의 두뇌로서 사건국과 독립적으로 사건을 분석하고 위원들을 보좌하게 됨으로써 향후 본격적인 대심구조 형성의 중요한 계기를 마련하게 되었다.

1999년 2월 공정거래법 제7차 개정에서는 절차적인 측면에서 많은 개정이 이루어졌다. 첫째, 심결 후에 참여 위원들이 의결서에 기명·날

IV. 공정거래법상 사건처리절차에 대한 검토

인하도록 그동안 규정되어 있었으나, 실제 관행을 받아들여 서명·날인하도록 개정(제45조)하였다. 둘째, 위원회 처분에 대하여 행정소송을 제기하기 위하여 종래 필요적 이의신청 전치주의였던 것을, 행정소송법에서 행정심판전치주의가 폐지된 것과 부응하도록 임의적 이의신청 전치주의로 개정하였다(제54조제1항). 즉 원처분에 대해 곧바로 행정소송을 제기할 수도 있고, 이의신청을 거쳐서 행정소송을 제기할 수도 있도록 하였다. 셋째, 피심인의 방어권을 보장해 주기 위해 당사자 또는 이해관계인에게 처분과 관련된 자료열람 또는 복사요구권을 신설하였다(제52조의2). 다섯째, 합의제 행정기관으로서의 공정거래위원회 사건처리업무의 독립성을 보장하기 위하여 사건에 관한 의결의 합의는 공개하지 않는다는 합의비공개원칙을 명문화시켰다(제43조제2항).

2001년 6월에는 소회의와 기능이 유사하거나 중복되고 심판정에서 정식으로 심의를 하기 이전에 사실상 사건처리의 방향을 결정해버림으로써 공정한 사건처리에 저해된다는 지적이 있어왔던 심사조정회의를 폐지하여 사건의 처리단계를 간소화함과 동시에 사건처리의 공정성을 제고하였다. 이어 과징금관련 제도가 개정되었다. 「과징금부과세부기준고시」를 개정하여 범위반 정도·내용 등에 상응한 과징금 부과 가능하도록 가중·감경 조항을 보완하였다.

그리고 법 위반방지에 도움이 되는 자율준수프로그램의 도입·확산을 위해 효율적인 운영기업에 대해 법 위반시 과징금 감경 등 제재수준 완화 방안을 마련하였다. 2001년 6월 「과징금부과세부기준고시」의 개정시 임의적 감경사유에 자율준수프로그램(Compliance Program)의 효율적 운영 등 법위반의 방지 및 해소노력의 정도를 추가하였다.

2004년에는 사건처리상의 투명성·공정성과 효율성을 제고하기 위하여 공정위 내부 전문가와 변호사, 법경제학자 등 외부전문가로 구성된 「사건처리절차개선 T/F」를 구성·운영하여 그 결과를 바탕으로

하여 2004년 11월에 사건절차규칙을 개정하였는데 특히 피심인 등의 방어권 보장을 위한 방안들이 강화되었다.

첫째, 한차례의 심의에서 결론을 도출하는 것은 무리가 있다고 판단되는 안건의 경우 심의를 신중하게 하고 충분한 의견진술 기회를 보장하기 위하여 다음 기일에 심의를 속행할 수 있는 ‘심의속개제’를 도입하였다. 둘째, 심사보고서 첨부자료의 열람·복사 허용을 현실화 한 점을 들 수 있다. 종전 규칙은 심의기일 통지를 받은 후 피심인이 첨부자료 제공을 요청하는 경우 피심인 제출자료에 한해 의장 승인으로 제공하도록 규정되어 있으나, 원칙적으로 심사보고서에 첨부된 자료는 열람·복사를 허용하는 것으로 개선되었다. 이밖에 사건처리의 책임성 제고 등을 위하여 의결서에 ‘주심위원’ 표기를 의무화하는 실명제를 도입했으며 진술조서의 진정성립을 확보하기 위하여 간인의무규정을 도입하였다.

2005년 11월에 피심인의 절차상 권리보장, 변론권을 보장하고 사건처리의 효율성을 제고하기 위하여 공정위 내부 전문가와 변호사 등 외부전문가로 구성된 「사건처리절차개선연구회」를 구성·운영하여 그 결과를 바탕으로 하여 사건처리절차 규칙을 개정하여 심의준비절차를 도입하였다. 심의준비절차를 통해 심결의 타당성·정확성이 크게 제고되고 또한 효율적인 심의 진행으로 심의 시간도 단축되었다. 2004년 11월 쟁점이 많고 복잡한 사건에 대해다.

4. 공정거래위원회 사건처리절차의 개선방안

이상에서 살펴본 바와 같이 지난 30년간 공정거래위원회 사건처리절차의 변천과정을 살펴보면 초기에 비해 피심인의 방어권을 대폭 강화하여 사건처리의 공정성을 제고하는데 많은 기여를 하였다. 무엇보다 사건처리절차 규칙을 정비하여 심판정에서 심사관과 피심인이 대

IV. 공정거래법상 사건처리절차에 대한 검토

등하게 다룰 수 있는 구조를 마련하기 위해 노력하였다. 하지만, 일본의 村上政博 교수가 비교적 최근인 2009년의 저서에서도 우리나라 공정거래위원회 사건처리절차가 대심제라기보다는 청문형에 가깝다고 평가하는데서 알 수 있듯이³⁵⁾, 심사관과 피심인이 대등하게 공방하고 증거에 의해 판단을 내리는 구조라기보다는 행정부가 처분을 내리기에 앞서 피심인의 의견을 들어보는 수준에 머물러 있는 것은 아닌지 반성해 볼 필요가 있다.

앞으로의 과제는 심사기능과 심판기능이 융합되어 있는 이러한 조직구조 상의 한계를 잘 인식하여 이를 극복할 수 있는 제도적 장치를 구비하고 절차적 정당성을 확보하는 것이라 할 수 있다. 기능융합이라는 문제점이 있다고 하여 행정법원이 1차적 판단을 맡도록 한다거나 심사관과 심판관리관실을 구조적으로 분리하는 것은 바람직한 대안이 될 수 없다고 생각한다.

1차적인 판단은 전문성이 있는 공정거래위원회 내부에서 이루어지는 것이 맞고 심판관리관실의 전문성은 조사부서에 근무한 경험에서 나온다. 오히려 중요한 것은 일단 사건이 심판에 계류 중일 때에는 심판의 역할을 담당하는 위원과 위원보좌관(심판관리관실 직원)을 심사관으로부터 분리시키는 것이다. 일방적 접촉(ex parte communication) 금지와 같은 원칙만 제대로 지켜지더라도 사건처리의 공정성은 크게 제고될 수 있으리라 생각한다.

35) 村上政博, 独占禁止法における判審決分析の役割, 商事法務, 2009, 325면.

V. 결 어

우선 실체법적 개선점에 대한 검토를 II에서 하였다시피 1981년 공정거래법이 시행된 이래 비교적 짧은 기간 동안 법제적인 측면에서나 법집행의 측면에서 괄목할 만한 발전이 이루어졌다. 그러나 최근 POSCO 사건 판결과 최저재판매가격유지행위 관련 대법원 판결을 계기로 논의가 촉발된 것처럼 공정거래법상 규제체계 개편에 관한 논의는 계속되고 있다.

특히 종래 공정거래법상 규제체계는 경쟁법 이론상 가장 본질적인 구분이라고 할 수 있는 ‘공동행위’와 ‘단독행위’의 분화가 제대로 이루어지지 않았다고 할 수 있다. 이러한 현상은 한편으로 법집행상 단독행위의 규제와 관련하여 재판매가격유지행위나 불공정거래행위에 관한 위법성 판단기준의 혼란을 초래하고, 다른 한편으로 수직적 관계에서 발생하는 다양한 유형의 경쟁제한행위에 대한 규제가 불충분한 결과를 낳게 되었다. 오히려 늦은 감이 있지만 우리나라 경쟁법제의 선진화를 위해 하루 속히 공정거래법상 경쟁제한행위의 규제체계 전반을 정비하기 위한 논의가 이루어져야 할 것이다.

다음으로 절차법적 개선을 위한 검토를 각각 III과 IV에서 아래와 같이 하였다. 공정거래법이 경제의 가장 기본적인 법이라는 점을 감안한다면 현행의 합의제 조직형태를 갖춘 것은 당연하다고 할 수 있다. 합의제의 가장 큰 장점으로서는 집단적인 의사결정으로 인해 특정 개인의 자의적이고 독단적인 의사결정을 막을 수 있다는 점을 들 수 있다. 한 사람의 의견보다는 다수의 합의에 의한 의견이 더 무게가 실리게 되기 때문에 실행에 있어서 유리하며 구성원들이 일시에 바뀌지 않도록 제도를 설계한다면 조직의 의사결정이 비교적 일관성 있고 계속성이 있다는 장점이 있다. 정치적으로 중립적이고 독립적인 의사

V. 결 어

결정이 요구되는 분야에서는 합의제가 전문성을 발휘하고 외부의 압력에 저항하는데 유리하다.

하지만, 공정거래위원회가 이러한 합의제의 장점을 충분히 살리고 있는지에 대해서는 의문이 제기된다. 이러한 문제는 제도적인 문제와 함께 정치행정문화적인 문제가 복합적으로 얽혀 있다. 제도적인 문제는 제도의 개선으로 해결될 수 있겠지만 정치행정문화적인 문제는 제도만으로 해결하기 어렵기 때문이다. 경쟁법집행의 선진화를 위해서는 조직적인 측면에서 양자를 균형있게 고려하면서 개선방안을 마련하여야 할 것이다.

그리고, 사건처리절차에 있어서는 사법부에 의한 대심절차의 장점을 가능한 한 많이 도입하여야 하겠지만 행정기관으로서의 효율성을 놓쳐서는 안될 것이다. 미국에서 독점규제법을 처음 집행할 때 법무부와 법원에서 그 역할을 담당하였으나 대단히 비효율적인 것으로 드러나 사법부와 행정부의 장점을 조화시키고자 한 것이 FTC의 사건처리절차였음을 상기할 필요가 있다. 사건처리의 공정성을 도모한다고 하여 지나치게 사법절차를 도입하게 되면 행정부 내에 공정거래위원회를 설치하도록 한 취지가 손상될 수 있다고 생각한다.

참 고 문 헌

- 공정거래위원회, 2009년도 통계연보, 2010.
- 권오승, 경제법(제6판), 법문사, 2008.
- 박병형·윤세리, 시장지배력평가 합리화 방안(공정거래위원회 연구
용역보고서), 1998.
- 박정훈, “公正去來法の 공적 집행”, 「공정거래와 법치」, 권오승 편, 법
문사, 2004.
- 부즈·알렌 해밀턴, 21세기를 향한 한국경제의 재도약, 1997.
- 이기수·유진희, 경제법(제7판), 세창출판사, 2006.
- 이호영, 공정거래법상 수직적 공동행위 규제의 도입, 2010년 한국경
쟁법학회 추계학술대회 발표자료집(2010. 11. 5).
- 정호열, 경제법(제2판), 박영사, 2008.
- 村上政博, 公正取引委員會の組織と權限, 獨禁法の理論と展開[2], 日本
經濟法學會 編, 2002, 三省堂
- 村上政博, 独占禁止法における判審決分析の役割, 商事法務, 2009
- 공정위 의결 제2010-24호, 2010. 2. 8.
- 공정위 의결 제2009-50호, 2009. 2. 3.
- 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.
- 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9542 판결
- 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두9976 판결.

참 고 문 헌

대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.

대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9542 판결.

대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두9976 판결.

대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556.