

## 經濟法制的 爭點과 展望

鄭浩烈\*

### 차 례

#### I. 머리말

#### II. 각종 경제법규의 헌법적 통제의 강화

1. 경제법규의 배경과 갈래
2. 경제조항과 소위 '사회적 시장경제질서'
3. 시장경제질서의 전거로서 기본권조항
4. 경제법규에 대한 위헌심사의 예
5. 한국형 시장경제질서의 모색

#### III. 산업법과 경쟁법의 교착과 조화

1. 경쟁법·경쟁정책의 비중증대
2. 각종 산업정책과 일반 경쟁정책의 입법적 조율
3. 주무관청과 경쟁당국의 업무협력협약 사례

#### IV. 전망과 제언 - 결론에 갈음하여

1. 새 정부의 산업정책 기초
2. 시장구조가 급변하는 산업들
3. 경제헌법으로서 공정거래 관련 입법정책
4. 시장경제의 성숙을 위한 두가지 제언

\* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사

## I. 머리말

1960년대 이래 우리나라의 시장경제의 발전은 괄목할 만한 것이었다. 일약 제3세계의 변경으로부터 국제교역질서의 주요 역할담당자로 부상한 한국의 경험을 일컬어 자본주의 혁명 혹은 사시장경제질서(free, private market economy)의 발전에서 새로운 전형을 이룩한 것으로 평가하기도 한다. 여하튼 산업화를 위한 물적 기초로서의 자본과 기술력의 흠결, 그리고 시장주도자로서 대규모 주식회사 운영이나 개방된 자유시장 운영 경험이 미비한 가운데, 소수의 선도기업집단에 제한된 금융자본을 집중시키고 영업기회를 제공한 정치적 리더십은 1960년대 이래의 정부주도형 불균형성장정책이 작용하기 위한 배경이 되었다.

그러나 1980년대 이후 한국의 시장경제는 새로운 단계로 변모하게 된다. 첫째, 정부주도형 경제로부터 민간주도형 경제로 경제운용철학이 바뀌었다. 그 결과 정부부문을 억제하고 시장기능을 창달하는 것이 국정운영의 지표가 되었고, 이와 더불어 공기업민영화와 각종 행정규제를 걷어내는 지속적 노력을 펼치게 된다. 둘째, 1980년에 들어 경제헌법이라고 불리우는 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’이 제정되는 바, 독점대기업을 표적으로 하는 이 법의 제정은 우리나라 입법사에서 매우 중요한 사건으로 생각된다. 정치적 맥락에서는 이 법의 제정이 권력장악의 정통성이 결여된 제5공화국 정권이 민심을 회유하는 차원에서 재벌규제를 염두에 둔 법이라고 평가하기도 하지만, 이 법이 제 모습을 갖추고 이후 활성화적으로 운영되는 것은 결국 한국사회의 고도화, 즉 분권화와 민주화의 큰 흐름을 반영하는 것이라고 평가되는 것이다. 특히 중요한 사실은 이 법이 시장경제의 철학적 기반이라고 할 자유주의 및 개인주의적 가치관을 반영하고 있다는 사실이다.

우리나라는 정부 혹은 공권력이 사경제의 운용에 깊숙하게 개입해 왔으며, 이는 수많은 경제통제법규와 개별 산업영역을 규제하는 사업법(business law) 혹은 산업법에서 확인된다. 이들 사업법은 시장실패(market failure)를 상정하는 소위 규제산업에 국한된 것이 아니며, 바로 여기에서 입법정책적 문제가 내포되고 있다. 또한 이들 법규가 공권력의 시장개입 혹은 공권력에 의한 경쟁제한의 법적 루트가 되어 왔다는 것도 분명한 사실이다. 이제 정보화와 글로벌 시장의 등장에 따라 한

국의 시장경제질서는 새로운 단계로 성숙되어야 하고, 이를 위해서는 기업활동 내지 경쟁과 관련되는 각종 법적환경, 대표적으로 경제관련 법제가 재정비될 필요가 있다. 특히 국민경제의 대외의존도가 70%를 상회하는 우리나라에서는 글로벌 마켓과 그 질서를 주어진 것으로 받아들이는 이외의 대안은 사실상 존재하기 어렵다. 여기에서 종래의 규제패러다임 등 내국법질서를 재편하면서 국제적 정합성이 결여된 부분은 이를 보완하고, 경쟁제한적 법규와 관행을 척결하여야 한다.

이 글의 제목은 ‘경제법제의 쟁점과 전망’이다. 경제법(Wirtschaftsrecht)이라는 용어 자체가 따지고 보면, 제1차 세계대전 수행을 위하여 그리고 패전후의 파괴된 경제를 복구하기 위해 공권력이 시장에 전면적으로 개입하던 독일 특유의 경험을 반영한 것이다. 그리고 경제법이라는 개념은 대단히 막연하거나 혼란된 것이어서 논자에 따라서 또 각국의 상황과 입법연혁에 따라서 매우 다양하게 사용되는 개념이다<sup>1)</sup>. 그렇지만 우리나라나 독일에서는 소위 기능설에 따른 경제법 개념을 추종하는 견해들이 많고, 또 이와 같은 개념구사가 경우에 따라서는 상당한 의미를 가질 수 있다. 이에 의하면, 경제법의 대상은 한 나라의 경제운동과정의 전반을 포괄하며, 경제질서의 정당성을 기초지우는 다양한 규범체계와 관련된다. 이 경우 경제법은 헌법의 경제질서, 독점규제법, 소비자법, 규제산업법 그리고 국제경제법을 망라하게 되며, 이 모두를 경제법이라는 개념 하에 포섭하게 된다<sup>2)</sup>.

이 글은 우리나라 경제법제 전반의 쟁점을 추스르면서 해법을 제시할 것으로 상정되어 있으나, 다양한 이슈를 이 한편의 글에서 모두 묶는다는 것은 지면의 제약이나 논의의 집중성이나 전문성 면에서 적절치 않다. 그리하여 경제법규 전반의 운용과 관련하여 필자가 가장 중요하게 생각하는 두가지 대목, 즉 입법적 숙려가 부족하거나 대중주의적 요소가 혼입된 각종 경제법규에 대한 헌법적 통제를 강화하는 문제와 각종 산업법에서 정하는 규제와 일반 경쟁법 간의 이중규제의 해소와 관련된 입법정책의 문제에 집중하면서 더불어 몇가지 제언을 행하고자 한다.

1) 정호열, 『경제법(제2판)』, 박영사, 2008, 8-9면.

2) 홍명수, 『경제법론 I』, 경인문화사, 2008, 서론.

## II. 각종 경제법규에 대한 헌법적 통제의 강화

### 1. 경제법규의 배경과 갈래

짧은 기간에 걸친 우리나라의 압축적 산업화는 소수의 선도재벌을 중심으로 한 불균형성장정책과 정부의 시장에 대한 개입, 즉 정부주도형 경제운용에 힘입은 바가 매우 크다. 자본축적이 미비하고 효율적으로 작동하는 시장이 부재한 상황에서, 정부는 주도적으로 자본을 모아 이 한정된 자본을 배분하면서 시장과 경쟁과정에 깊숙이 개입하였던 것이다. 이와 동시에 과당경쟁 혹은 중복과잉투자 방지 등의 명분하에 수많은 산업분야에 인허가제를 통한 진입장벽이 설정되었고, 지속적으로 양등하는 물가의 안정을 위해 시장의 가격메커니즘을 인위적으로 통제하기도 하며, 선단감독행정을 펼치면서 법정 사업자단체를 육성하여 당해 산업의 조직화를 기하고 행정을 매개하는 역할을 맡기기도 하였다.

이처럼 공권력이 국민경제의 운영에 보편적으로 또 깊숙하게 개입하는 법적환경을 구성하는 것이 바로 수많은 경제법규들이다. 2008년 4월 20일 현재 시행 중인 법률은 1246건, 각종 시행령이 3054건이며, 이 밖에 국민의 경제생활과 밀접한 행정규칙, 훈령, 고시가 1만 8건에 이르는 바, 이중 대다수가 소위 경제법규로 분류되거나 동법 내에 경제법의 속성을 지니는 규정들을 다수 포섭하고 있다<sup>3)</sup>.

이들 경제법규는 시장의 실패가 상정되는 전기, 가스 등 에너지산업, 방송통신분야, 도시공중여객운송, 금융보험분야<sup>4)</sup> 등의 사업법(business act) 혹은 영업감독법은 물론이고, 개별 산업분야의 육성을 목적으로 하는 수많은 개별 산업법들, 중소기업육성하고 보호하기 위한 법규들, 농수산물 등 주요 물자의 수급불균형의 조절이나 잉여생산을 규제하기 위한 물자규제법, 그리고 수급불균형에 의한 가격폭등을 막기 위하여 가격형성이나 가격수준을 통제하는 가격규제법(최고가가격의 지정이나 소위 공공요금을 규제하는 기능을 가진 ‘물가안정에 관한 법률’, 물자규제법의 양곡가격 규제, 가격표시에 관한 규제법 등), 토지나 수자원 그리고 에너지 등의

3) 조선일보, 2008. 4. 24, A6면.

4) 예컨대 은행법, 증권거래법, 증권업법, 보험업법, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률, 여신전문금융업법, 금융지주회사에 관한 법률, 자본시장육성에 관한 법률 등.

자원을 규제하는 자원규제법, 대외경제관계에 관한 규제를 내용으로 하는 대외경제법 등 경제법규의 갈래는 다양하고 그 수는 대단히 많다.

## 2. 경제조항과 소위 ‘사회적 시장경제질서’

우리나라의 경제질서가 자본주의 체제 혹은 사시장경제 체제를 채택함을 언급하는 명시적 헌법조항은 없다. 그러나 헌법 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”라고 정하는 바, 이 조항을 두고 우리 헌법은 사유재산제와 자유경쟁을 기반으로 한 자본주의적 시장경제질서를 선언하는 것으로 설명하고 있다.<sup>5)</sup> 그러나 동조 제2항은 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”라고 정하여, 공권력이 사경제에 간섭, 통제할 수 있는 광범한 헌법적 기초를 또한 마련하고 있다.

개인주의와 자유주의에 바탕을 두면서 공권력이 사경제현상에 일체 개입하지 않는 순수한 모형의 시장경제질서(libérale Marktwirtschaftsordnung)<sup>6)</sup>와 국가의 중앙집중적 계획이 시장기능을 전면적으로 대체하는 순수한 계획경제(sozialistische Planwirtschaft)를 양 극점으로 설정할 때, 이 양자를 잇는 연결선 위에 지구촌의 수많은 국민경제가 현실적으로 자리하고 있다<sup>7)</sup>. 다시 말해 1980년대 이래 사회주의권이 붕락한 이후 시장경제질서가 전지구적 경제운용 패러다임으로 정착되고 있지만, 각국의

5) 양명조, 『경제법강의(제5판)』, 신조사, 2007, 4면.

6) 물론 시장은 국가의 엄호 하에 있다. 즉 국가는 시장을 열고 또 이를 보호하며 시장에서 자율적으로 이루어지는 당사자의 합의가 집행될 수 있도록 규범질서를 정립하고 유지하게 된다. 규범적 차원에서 볼 때 국가는 명령과 금지의 체계 그 자체이며 이와 같은 법을 집행하기 위한 공권력을 의미하게 된다. 미세스 저/윤용준 역, 『경제적 자유와 간섭주의』, CFE, 1996, 71-73면.

7) 개인주의와 자유주의를 기초로 하는 정치적 대의민주주의와 자유사시장경제질서(free, private market economy)는 그 근본이 같고 보완적 관계에 놓여 있다. 그 결과 정치적 민주주의와 경제적 자본주의를 묶어 민주자본주의로 칭하기도 하는 것이다(마이클 노박 저/이화수 역, 『민주자본주의 정신』, 인간사랑, 1990, 10-12면). 그리고 마르크스주의적 표현에 의하면, 대의정부는 시장경제의 상부구조인 반면 독재정부(프롤레타리아 독재)는 사회주의의 상부구조를 구성한다. 미세스, 전계서, 75-76면.

국민경제가 서 있는 현실 시장경제질서의 구체적인 모습은 엄청난 편차를 보이고 있어<sup>8)</sup> 이를 일률적인 기준으로 재단하는 것은 매우 어렵다<sup>9)</sup>.

그렇다면 우리나라가 지향하는 시장경제질서의 구체적 모습은 어떠한 것일까. 헌법 제119조는 제1항에서 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 질서, 즉 시장경제질서를 지향함을 밝히면서<sup>10)</sup>, 이와 동시에 제2항에서 경제의 민주화라는 불확정개념 뿐만 아니라, 적정한 소득의 분배, 경제주체간의 조화, 균형성장 등의 취사를 사용하여 시장기능에 대한 공권력의 광범한 간섭과 통제에 대한 헌법적 근거를 제공하고 있다. 헌법 경제조항의 실천적 의의는 시장경제의 원칙을 선언하는 제1항 보다 이에 대한 공권력의 간섭에 대한 형식적 적법성을 제공하는 제2항에 오히려 실증적 의미가 더 실려 있는 것처럼 보인다<sup>11)</sup>. 게다가 헌법

8) Robin Paul Malroy, *Law in a Market Context*, Cambridge, 2004, 227면 참조.

9) 시장경제는 이를 평가하고 분석하는 잣대와 기준이 매우 다양하다. 시장기능과 중앙집중적 계획의 관계를 중심으로 순수시장경제, 중앙집중적 계획경제, 절충적 체제를 기본적으로 나눌 수 있고, 공권력의 개입과 그 정도를 기준으로 초기자본주의, 수정자본주의, 작지만 강한 정부를 지향하는 신자유주의 체제로 가를 수도 있다. 그리고 대자본의 소유 및 지배구조를 중심으로 법인형자본주의, 금융자본주의, 가족자본주의, 그리고 전문경영인자본주의 등의 구분도 유력하며, 종교적 이념을 투영하여 민주자본주의와 사회주의 그리고 기독교사회주의로 분류하기도 한다. 이러한 점에서 다양한 국민경제를 단일한 연장선 위에서 평가하는 것은 지나친 단순화의 위험을 당연히 내포하게 된다.

10) 마르크스주의에 따른 비판적 시각으로 보더라도 민주적 헌법국가의 뿌리는 바로 자본주의이며, 자본주의는 두가지 요소, 즉 생산수단의 사적 소유와 경쟁으로 특징지어지는 시장경제질서를 의미하게 된다. 마르틴 크릴레 저/ 홍성방 역, 『해방과 정치계몽주의』, 가톨릭 출판사, 1988, 149-150면.

11) 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계에 관하여 개인과 기업의 자유와 창의가 기본이 되고 공권력의 시장간섭을 보충적인 것으로 풀이하는 명료한 현재의 결정례가 있다. 즉 헌재 1989.12.22, 88헌가13은 “헌법헌법이 제23조 제1항, 제119조 제1항에서 추구하고 있는 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 최대한으로 존중, 보장하는 자본주의에 바탕을 둔 시장경제질서이므로, 국가적인 규제와 통제를 가하는 것도 보충의 원칙에 입각하여 어디까지나 자본주의 내지 시장경제질서의 기초라고 할 수 있는 사유재산제도와 아울러 경제행위에 대한 사적자치의 원칙이 존중되는 범위 내에서만 허용될 뿐이라고 할 것이다”고 보고 있다(헌재 1995.11.30, 94헌가2 동일 취지). 이와 더불어 동 결정은 “헌법 제119조 제2항은 헌법이 자본주의적 생산양식이라든가 시장메커니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도·조정, 실업자구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임있게 시행하는 국가, 즉 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 의미하는 것이다”라고 언급한다.

제119조의 경제조항에 대한 헌법학의 평가는 매우 막연한 것이 사실이다. 대체로 사시장경제체제를 전제로 하되 이로 인한 폐해를 수정하고 복지국가의 이념을 위해 국가가 경제에 개입하는 ‘사회적 시장경제질서(soziale Marktwirtschaftsordnung)’를 표방하는 것, 즉 자유시장경제질서를 기본으로 하면서 사회국가원리를 수용하는 것으로 본다<sup>12)</sup>.

그러나 사회적 시장경제질서로 요약되는 이러한 결론에 대해서는 근본적 의문을 제기할 수 있다<sup>13)</sup>. 유감스럽지만 ‘사회적 시장경제질서’를 운위하는 헌법학의 다수설은 대단히 피상적일 뿐만 아니라, 독일 헌법학의 논의를 한국의 국민경제나 시장기능의 실제에 대한 깊은 성찰없이 그대로 차용하고 있다는 점에서 문제가 있다<sup>14)</sup>. 기독교문화의 바탕위에<sup>15)</sup> 봉건분권사회를 거쳐 시민혁명, 그리고 고도자본주의의 경험을 거쳐 이룩된 독일이나 프랑스 혹은 북구제국의 시장경제, 즉 서구사회주의의 모형을 우리 헌법의 해석에서 맹목적으로 답습하는 것은 비판을 받아 마땅하다<sup>16)</sup>.

### 3. 시장경제질서의 전거로서 기본권조항

12) 권영성, 『헌법학원론(2004년판)』, 170면 이하. 헌법재판소도 “재산권보장에 관한 헌법 제23조, 경제질서에 관한 헌법 제119조의 각 규정에 미루어 볼 때, 우리 헌법의 경제체제는 사유재산제를 바탕으로 하면서 범치주의에 입각한 재산권의 사회적, 공공성을 강조하는 사회적 시장경제체제임을 알 수 있다”고 한다(1989.12.22, 88헌가13. 헌재 1998.5.28. 96헌가4 그리고 2001.6.28, 2001헌마132도 마찬가지로). 헌법 경제조항의 문언 구조상 이와 같은 평가가 자연스럽기도 하고, 또 헌법재판소의 판단 역시 독일헌법학의 영향하에 있음을 부인하기 어렵다.

13) 1993년 중국 헌법 제15조가 선언하는 ‘사회주의 시장경제(socialist market economy)’는 우리나라의 시장경제질서로 통설, 판례가 상정하는 ‘사회적 시장경제’와 문언상의 유사성을 가진다. 이를 통해 비근하게 통용되는 사회적 시장경제 혹은 사회국가의 원리가 반영된 시장질서라는 주장이 도무지 다른 경제구조를 포섭할 수 있으며 또 그것이 엄청난 불확정성과 가변성을 내포하고 있는지 쉽사리 알 수 있다. 우리나라의 현실 시장은 중국의 사회주의적 시장경제는 물론이고 서구사회주의의 모델과 이념과 뿌리, 그리고 실제의 작동모습에 있어 큰 편차를 보이고 있는 것이다.

14) 이 글의 논지 전개와는 그 경향이 전혀 다르나, 헌법학계에서도 전전 독일이나 전후 독일의 헌법이론을 일반이론으로 받아들이고 보편사적 의미를 부여하는 것에 대하여 강렬한 비판이 있다. 국순옥, 『자본주의와 헌법』, 까치, 1987. 참조.

15) 막스 베버 저/박종선 역, 『프로테스탄티즘의 윤리와 자본주의 정신』, 세계, 1987, 239-248면.

16) 1948년의 제헌헌법이 국유화와 사회화를 광범하게 규정하여 자유경제가 아니라 오히려 통제경제가 원칙으로 보이는 문언을 가졌던 것도 당시의 우리나라가 시장경제에 대한 본격적인 경험 그 자체를 가지지 못하였던 사정을 반영하는 것이다.

한편 사시장경제체제의 헌법적 기초를 헌법 제9장의 경제조항에서만 찾는 것은 적절하지 않을 뿐만 아니라, 헌법전문이나 각종 기본권조항에서 시장경제의 헌법적 근거를 적극적으로 찾을 필요가 있다. 사시장경제를 채택하는 국가들 중 성문헌법이 없거나 성문헌법에 경제조항이 없는 경우도 있고, 사회주의를 지향하는 북한과 이데올로기적으로 대립되는 정치상황에서 제헌헌법이 제정된 만큼, 사시장경제는 다수의 기본권과 여러모로 연결되는 대한민국이라는 국민국가의 핵심적 원리로 보이기 때문이다<sup>17)</sup>.

사시장경제와 관련되는 기본권조항들은 여러 가지다. 헌법 제10조의 일반적 행복추구권, 제23조의 재산권보장조항, 제15조의 직업선택의 자유(영업의 자유), 제21조의 결사의 자유, 제14조의 거주이전의 자유 등의 조항이 자본주의 체제 내지 시장경제질서와 직결되는 조항들이다. 따라서 사시장경제체제는 헌법 전문의 자유민주적 기본질서의 핵심 구성요소로서, 기본권적 가치를 지니는 분명하다. 헌법의 경제조항이 공권력의 경제개입에 관한 근거를 제공하는 것 자체가 자유로운 사시장체제가 헌법이 상정한 경제적 근본질서임을 반증한다고 할 것이며, 이러한 정신은 사영기업의 국공유화에 대한 엄격한 통제를 가하는 헌법 제126조에서도 나타난다<sup>18)</sup>.

여기에서 시장기능 자체를 제약하는 결과를 수반하는 입법이나 각종 조치들의 헌법적합성과 관련해서는 단순히 헌법 제119조 제2항의 기술적, 형식적 해석에 그칠 것이 아니라, 기본권제한의 법리에 따른 심사가 다방면에서 이루어져야 한다. 다시 말해 헌법 제119조 제2항이 독과점

17) 권영성 교수는 한국헌법의 기본질서를 정치적, 경제적, 국제적 측면의 셋으로 나눈 뒤, 경제적 기본질서에 관하여는 이를 사회적 시장경제질서로 칭하고 있다. 그리고 현행헌법상 경제질서와 직접 관련이 있는 조항으로는 제9장의 경제조항, 재산권보장에 관한 제23조 제1항, 직업선택의 자유에 관한 제15조, 그리고 지적재산권에 관한 제22조 제항 등을 들고, 경제질서와 간접적으로 관련된 규정으로는 각인의 기회균등과 국민생활의 균등한 향상을 선언하는 헌법전문, 근로의 권리에 관한 제32조 제1항, 근로자의 근로3권에 관한 제33조, 대통령의 긴급재정경제처분, 명령권에 관한 제76조 제1항을 든다(권영성, 전거서, 163-170면).

18) 필자는 헌법의 경제조항이 과연 필요한가 하는 의문을 가진다. 특히 사경제에 공권력이 개입하는 여러 명분을 다양한 불확정문언으로 제공하는 헌법 제119조 제2항은 개별 경제법규에 대해 거의 무한의 형식적 적법성을 제공할 수 있다. 여기에서 규범적 의미내용이 정밀한 각종 기본권조항, 특히 재산권보장과 직업선택의 자유에 관한 기본권조항에 의거하여 우리나라 시장경제질서의 모형을 국회의 입법과 이에 대한 헌법재판소의 판례를 통하여 형성해 나가는 것이 보다 실증적이며 법논리적 정합성을 가질 수 있다고 생각된다.



규제나 각종 경제통제와 관련하여 위해 공권력이 사경제에 개입할 수 있는 헌법적 기초, 즉 형식적 적법성을 제공하지만, 각종 경제통제와 관련된 국회의 입법이나 기타 행정상의 입법은 비례평등의 원칙이나 재산권이나 직업선택의 자유에 대한 본질적 가치 훼손금지<sup>19)</sup>, 보충성의 원리<sup>20)</sup> 등 기본권보장에 관한 헌법적 원리의 통제하에 놓이는 것을 의미한다.

여기에서 공정거래법을 비롯한 각종 경제법규가 정하는 여러 제도에 대한 헌법재판소의 적헌성(適憲性) 심사는 한국 시장경제의 구체적 모습을 결정하는 전향적인 의미를 내포하게 된다. 이미 우리나라의 헌법재판제도는 한국법제와 법문화에서 중요한 특징으로 인식되고 있으나, 앞으로 헌법재판제도가 더욱 활성화되어 각종 경제제도의 규범적 틀이 적절하게 제시되어 한국형 시장경제질서의 모형이 실증적으로 제시되기를 기대한다.

#### 4. 각종 경제법규에 대한 위헌심사의 예

경제법규의 실제규정 혹은 정책적 규정과 관련하여 지금까지 헌법재판소의 적헌성심사가 적극적으로 작용한 케이스는 매우 드물다<sup>21)</sup>. 그나마 수범자들이 민감하게 반응하는 이중처벌이나 적법절차위반, 비교형량의 원칙 등이 논란된 사례에서 나타난 헌법재판소의 태도는 적극적이라고 보기 어렵다. 예컨대 국민의 인신의 자유를 거둬서 제한하거나 재산적인 불이익을 거둬서 직접적으로 부과하여 국민이나 수범자가 이중처벌적 인식을 대표적으로 보이는 사례, 예컨대 형벌과 보호감호의 중과, 벌

19) 국회도 헌법이 수권한 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 없으며, 사유재산권의 본질적 내용을 침해하는 입법을 할 수 없음은 물론이다. 헌재 1989.12.22, 88헌가13.

20) 헌재 1989.12.22, 88헌가13 결정은 국가적 규제와 통제를 사유재산제도와 사적자치에 대한 보충적 원리로 보아 이것이 헌법적합성 통제의 대상이 됨을 분명히 하고 있다.

21) 토지공개념의 일환으로 도입된 토지거래허가제에 대하여 이는 재산권제한의 한 형태로서 사유재산권에 대한 본질적 침해가 아니며(헌재 1989.12.22, 88헌가13), 정화초청소업에 대한 시장·군수·구청장의 영업허가제는 직업선택의 자유에 대한 합리적 제한에 속하며 그것이 과잉금지의 원칙에 위배되어 허가신청권자의 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것도 아니며 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률이 정한 허가제한사유는 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다(헌재 2007.4.26, 2004헌바56). 또 화장품법 제14조 제1항이 화장품의 다양한 보관행위에 대하여 가격표시의무를 지우고 그 위반행위에 대하여 형사처벌을 가할 수 있도록 한 것은 죄형법정주의 관련 명확성 원칙에 위배되지 않고 또 화장품판매업자의 직업행사의 자유를 필요 이상으로 제한하여 과잉금지의 원칙에 위배되는 것도 아니다(헌재 2007.4.26, 2006헌가2. 소수의견 있음).

금과 과징금 혹은 벌금과 과태료의 이중부과 등에 대해서도 현재는 기본적으로 헌법적합성을 인정하는 태도를 유지하고 있다<sup>22)</sup>.

그러나 시장경제질서의 모습과 직접적으로 관련된 사안에서 헌법재판소가 위헌판단을 행한 소수의 사례가 있다. 우선 공권력의 폭력적 시장개입을 위헌으로 본 바 있다. 즉 재무부장관의 국제그룹해체명령 사건에서 헌법재판소는 “은행의 자율적 처리과정에서 공권력의 의견제시는 별론, 그렇지 않고 법치국가적 절차에 따르지 않는 공권력의 발동개입은 기업의 경제상의 자유와 창의의 존중을 기본으로 하는 헌법 제119조 제1항의 규정과 합치될 수 없다”고 보았다(헌재 1993.7.29, 89헌마35). 이 사건에 대해서는 보충성 원리에 기한 위헌판단으로 평가하는 견해가 있다. 그러나 주세법에 의한 반경쟁적인 자도소주(自道燒酒) 구입명령제도에 대하여 헌법 제119조 제2항에 의한 독과점규제의 목적이 경쟁의 회복에 있다면 이 목적을 실현하는 수단 또한 자유롭고 공정한 경쟁을 가능하게 하는 방법이어야 한다고 보아 위헌성을 인정하였고(헌재 1996.12.26, 96헌가18), 의료법에 의한 의료광고의 금지와 관련하여 ‘새로운 의료인들에게 자신의 기능이나 기술 혹은 진단 및 치료방법에 관한 광고와 선전을 행할 기회를 배제하여 기존의 의료인과의 경쟁에서 불리한 결과를 초래할 수 있는데, 이는 자유롭고 공정한 경쟁을 추구하는 헌법상의 시장경제질서에 부합하지 않는다’고 판단하였다(헌재 2005.10.27, 2003헌가3). 그리고 공정거래법 위반사업자에 대하여 공정거래위원회가 ‘법위반사실공표’를 명할 수 있도록 한 공정거래법 규정의 헌법적합성과 관련하여 현재는 양심의 자유와는 관련이 없으나 과잉금지의 원칙에는 배치되는 것으로 보아(헌재 2002.1.31, 2001헌마43), 동 제도는 ‘시정 명령을 받은 사실에 대한 공표’ 제도로 개편되었다.

그러나 한국영화를 연간 상영일수의 5분의 2 이상 의무적으로 상영하도

22) 공정거래법에서 최초로 도입된 이래 그 강력한 제재효과로 인하여 금융법 등 다른 법규로 과징되고 있는 과징금제도와 관련하여 우리나라의 법제는 과징금과 벌금을 병과할 수 있도록 하는 것이 보통이다. 그러나 벌금과 과징금은 금전적 제재라는 점에서 같고, 양자를 이중부과하는 법제는 다른 나라에서 찾기 어렵다. 우리나라 법제에서도 형사처벌과 과징금, 과징금과 벌금, 그리고 비형벌적 제재의 중복부과를 억제하는 입법례가 산견된다. 예컨대 해운법 제60조, 환경범죄의 단속에 관한 특별조치법 제12조, 식품위생법 제80조, 그리고 전기통신사업법 제37조의 3 등이 그러하다.

록 하고 인구 30만 이상의 지역에서는 한국영화와 외국영화의 교호상영제를 도입하여 사업자의 영업활동의 자유를 직접적으로 제약하는 영화법 제 26조는 헌법의 시장경제질서에 어긋나지 아니하며(헌재 1995.7.21, 94헌마125), 부동산중개수수료의 요율을 법률로 정하고 이를 초과하여 수령할 때 행정제재와 형사처벌을 가하는 것, 즉 가격기능에 대한 정면통제도 헌법의 경제질서에 어긋나지 아니한다(헌재 2002.6.27, 2000헌마642). 또한 신문업자가 무가지와 경품을 유료신문판매대금의 20% 이하로 제한하는 공정위의 신문고시는 헌법 제119조 제1항의 경제조항에 위반되지 아니하며(헌재 2002.7.18, 2001헌마605), 계열사에 대한 부당지원행위에 관련하여 지원사의 매출액을 기준으로 과징금을 부과하도록 한 공정거래법 소정의 과징금제도는 이중처벌금지, 적법절차원칙, 비례성원칙에 위배되는 것이 아니다(헌재 2003.7.24, 2001헌가25. 두 개의 소수의견이 개진됨)<sup>23)</sup>.

또한 1997년 외환위기 이후 IMF와의 양해각서에 의거하여 입법된 이자제한법폐지법률이 경제적 약자를 보호하여야 하는 국가의 책무를 방기하여 복지국가 혹은 사회적 시장경제질서를 지향하는 헌법질서에 위반되는지 여부가 다투어진 사안에서, 현재는 “입법자가 사인간의 약정이자를 제한함으로써 경제적 약자를 보호하려는 직접적인 방법을 선택할 것인지, 아니면 이를 완화하거나 폐지함으로써 자금시장의 왜곡을 바로잡아 경제를 회복시키는 자유와 창의에 기한 경제발전을 꾀하는 한편 경제적 약자의 보호문제는 민법상의 일반원칙에 맡길 것인가는 입법자의 위와 같은 재량에 속하는 것이고, --- 입법재량권을 남용하였거나 입법형성권의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다”고 보았다(헌재 2001.1.18, 2000헌바7).

23) 공정위가 12개 SK계열사의 행위를 부당지원행위로 판단하고 이에 대하여 시정명령, 범위반사실 공표, 과징금납부명령을 의결하자, 이들 회사가 공정위의 시정조치 등이 위법하다는 이유로 서울고등법원에 그 취소를 구하는 소송을 제기하였다(98누13159). 서울고등법원은 과징금 부과처분의 근거인 공정거래법 조항이 위헌이라고 인정할 상당한 이유가 있다고 보아 직권으로 2001년 9월 11일 위헌 여부를 심판을 제청하여 2003년 7월 24일 헌법재판소가 5대 4로 동 제도의 합헌성을 인정한 사건이다.

## 5. 한국형 시장경제질서의 모형 창출

우리나라는 일본의 군국주의적 식민지배에서 벗어나면서 또 북한의 중앙 집중적 계획경제와 정치적으로 대립하는 상황에서 헌법을 제정하였고, 또 한국의 시장경제는 1980년대 이후 사실상 개화되었다고 할 수 있다. 보이지 않는 소프트 로(soft law)가 광범하게 작동하는 독일이나 일본과 달리<sup>24)</sup>, 한국의 시장경제는 하드 로(hard law)에 대한 의존도가 높고 시장 참가자들은 가격 기타 거래조건에 매우 민감하며 매우 경쟁지향적이며 변화에 대한 반응이 매우 빠르다. 그리고 국민경제의 운용과 관련하여 정부 주도형 모델에서 민간주도형 모델로 이전하였으며, 또 규제완화와 공적부문의 시장화에 대한 집중적 노력을 기울이고 있으며, 국민경제의 국제시장에 대한 의존도가 매우 높다. 여기에서 한국형 시장경제는 북구제국은 물론 독일이나 일본의 시장경제 모형 보다 훨씬 더 시장기능이 강조되는 것으로 평가될 소지가 있다.

우리나라 헌법이 소위 ‘사회적 시장경제질서’에 관한 다수설과 현재의 논의를 그대로 받아들여더라도 그 실제적 구조와 내용은 여전히 공소(空疎)한 것이 사실이다. 헌법재판소 또한 한국의 시장경제의 모형을 적극적으로 펼치면서 그 정신에 배치되는 개별 경제통제법규를 적극적으로 통제하고 있지도 않다.

그러나 한국이 지향하는 시장경제의 모형에 관한 논의와 그 내용부여는 이제부터라고 할 수 있으며, 특히 각종 산업정책에 관한 국회의 입법과 헌법재판소의 이들 경제통제법규에 대한 헌법적합성 심사를 통하여 한국형 시장경제의 모형을 창출되어야 할 것이다. 이 논의는 헌법학이나 법관의 전유물이 아니며, 경쟁법과 경쟁정책적 관건은 물론이요 정보기술혁명을 통하여 더욱 가속화되는 국제경제 혹은 지구촌경제의 구성단위로서 우리나라 국민경제의 현실에 따른 국민여론과 동행하여야 한다고 본다.

24) Eric A. Posner, Soft Law in Domestic and International Settings, I. C & D(東京大學 21世紀 COE Program, 國家と市場の相互關係についてSoft Law 第5回 Symposium, 2005.7.1-2. 자료집).

### Ⅲ. 각종 산업법과 경쟁법의 교차과 조화

#### 1. 경쟁법·경쟁정책의 비중 증대

우리나라는 정부주도형 경제운용 하에서 적극적 산업정책을 시현한 결과, 에너지, 통신방송, 금융 등의 소위 규제산업은 물론이고 기계, 자동차, 중화학, 조선 등 개별산업을 대상으로 한 산업정책은 물론, 여러 산업분야를 포괄하는 통상과 물류, 시장과 경쟁, 조세 및 소득재분배, 정부조달과 고용, 과학기술 내지 R&D, 중소기업보호 등과 관련된 산업정책을 펼쳐왔다<sup>25)</sup>. 이 과정에서 법치주의 혹은 법치행정의 원칙에 따라 각종 산업정책을 뒷받침하는 경제통제법규, 즉 개별 산업에 관한 수많은 사업법(business act) 혹은 규제법 내지 감독법(regulatory statute)을 제정, 운용하여 왔다.

다양한 산업정책을 시현하기 위한 경제통제법규들은 제일차적으로 당해 산업의 발전과 국민의 경제적, 사회적 후생을 증진시키기 위한 것이다. 그러나 이 와중에 필연적으로 공권력이 시장에 깊숙하게 개입하게 되는 바, 일부는 행정조직법 혹은 행정작용법의 근거 하에서 그리고 선단감독행정의 잔재의 하나로서 수범자인 사업자를 사실상 구속하는 각종 행정지도의 형태로 이루어지게 된다. 이와 같은 공권력의 개입이 시장의 자연스러운 흐름을 교란하는 것은 물론, 심한 경우 반경쟁적 효과를 낳는 경우도 적지 않다. 특히 1960년대 이래 압축적인 산업화과정에서 정부주도의 개발전략 추진에 따른 다양한 산업의 보호, 육성시책의 결과 많은 행정규제가 시행되었던 것은 주지하는 바와 같다.

그러나 국민경제의 규모가 비약적으로 커지고, IT와 정보통신 기술의 급격한 발전, 글로벌화, 개방화로 요약되는 사회경제적 여건의 변화 속에서 민간주도형 경제로 이행할 수밖에 없고, 규제완화 그리고 국제적 정

25) 산업정책(industrial policy)이란 생산장려 혹은 궁극적 소비를 위해 수요와 공급에 영향을 미치는 정부의 정책이나 조치의 집합체를 뜻하는 막연한 개념으로서, Philip Areeda는 보통법질서(common law system) 그 자체가 중요한 산업정책에 속한다고 한다. Philip Areeda, "Antitrust Law as Industrial Policy", pp.29-30(Jorde/Teece ed., *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, Oxford University Press, 1992).

합성이 있는 경쟁질서의 확보 등이 주요 정책과제로 부상하게 된다. 경제운용에 있어 정부가 차지하였던 자리는 시장기능이 대체하게 되고, 규제개혁 내지 행정규제의 척결은 일반 경쟁법과 경쟁정책의 강화, 즉 ‘더 넓게, 더 강하게, 전방위적으로’라는 흐름과 맞물리게 된다<sup>26)</sup>.

독일의 질서자유주의자(Ordo-liberalist)들은 개별 산업정책에 대한 경쟁정책의 우위를 논하기도 하나, 우리나라의 현행 실정법질서에서는 공정거래법 등에서 나타난 경쟁정책과 개별 산업법 혹은 중소기업보호법이나 지적재산권법 등에서 담고 있는 산업정책의 우열관계를 일반적으로 논란하는 것은 실익이 없다. 공정거래법이나 금융법 혹은 중소기업관련 법률 등은 모두 국회에서 제정하는 대등한 법률로서, 상충하는 실정법 사이의 우열에 관한 일반 법이론이 적용되기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 개별 산업의 보호육성과 관련하여 개별 사업법 혹은 규제법에서 도입하였던 각종 시장진입에 대한 장벽, 가격형성이나 사업활동 등에 대한 각종 행정규제들의 척결은 결과적으로 일반 경쟁정책의 강화로 이어지고 이는 공정거래법 내지 경쟁법의 경제헌법으로서의 위상강화로 귀착하게 된다<sup>27)</sup>. 그리고 개방된 국민경제에서 보다 국제적으로 정합성이 있는 시장질서를 형성하는 규범적 환경의 조성이 필요함은 당연한 일이기도 하다. 이러한 점에서 일반 경쟁법과 경쟁정책의 중요성은 상대적으로 더 큰 의미와 기능을 가지게 되는 것이며, 개별 산업법이나 규제법 내의 반시장적 조항에 대한 사전적 그리고 사후적 통제도 중요한 이슈로 제기되는 것이다<sup>28)</sup>.

26) 이동규, “규제산업과 경쟁법·정책 이슈”, 공정경쟁연구회 발제자료(2007.5), 6-10면.

27) 이러한 논의가 산업정책에 대한 경쟁정책의 일반적 우위를 의미하는 것은 물론 아니다. 생산비 절감, 효율성 제고, 기술혁신에 대한 직접적 관심을 드러내는 산업정책에 비해, 경쟁정책 혹은 반독점정책은 행정 혹은 정책전문가가 아니라 보수적인 사법부에서 최종 판단하는 것이어서 R&D나 효율성에 대한 배려가 모자라는 것이 사실이다. 그러나 행정부의 판단이 정파적, 지역적 이해에 오염될 위험성이 높다. 그리고 법원의 정책판단상의 오류는 민의를 대변하는 국회가 입법을 통해 시정될 수 있고, 그 결과 이 시스템이 장기적으로 보다 안정적이라고 할 수 있으며 100여년에 걸친 미국의 연방독점금지정책이 성공한 이유가 바로 여기에 있다고 한다. Philip Areeda, *Ibid.*, pp.29-37.

28) 1997년 OECD는 우리나라에 대하여 7대 정책권고를 행하면서, 공익달성에 가장 효과적인 방법이라는 명백한 증거가 없는 한 경쟁정책의 효율성과 집행력을 강화하도록 권고한 바 있다.

## 2. 각종 산업정책과 일반 경쟁정책의 입법적 조율

### (1) 규제개혁 혹은 입법과제로서 중복규제의 해소

이와 관련하여 각종 산업법, 대표적으로 각종 규제산업에 관한 사업법에 의한 전문규제와 일반 경쟁정책의 상호관계를 재검토할 때, 가장 중요하게 부상하는 문제는 역시 중복규제의 문제이다. 예컨대 방송통신위원회 등 산업별 규제당국과 일반적 경쟁당국인 공정거래위원회 사이의 중복규제는 수범자인 사업자들에게 혼란을 조장하고 경제적, 절차적 부담을 가중시킨다. 실제적 규제 차원에서의 이중규제의 척결은 물론이고 각종 신고나 보고 등과 관련된 이중절차의 해소와 재정비를 통하여 사업자의 혼란과 부담을 최소화하고 산업별 규제당국과 공정거래위원회 사이의 역할분담의 기준과 중복절차 해소를 제도화하는 것은 최근 들어 경제법 영역에서 부상한 가장 중요한 입법과제라고 할 수 있다<sup>29)</sup>.

특히 에너지, 통신, 금융 등 규제산업에 대한 공적규제를 그 내용과 성질에 미루어 분류하면 크게 네가지다. 첫째는 기술적 규제로서 기술정보의 관리, 설비의 기술기준의 설정, 각종 기자재의 형식승인 등 기술적 호환성을 확보하기 위한 규제와 각종 안전규제와 정보보호도 여기에 포섭될 수 있다. 둘째는 경제적 규제로서 사업에 대한 허인가, 업무영역의 제한과 겸업의 승인, 합병이나 회사분할 그리고 영업양수도 등에 대한 인가, 해산 기타 휴폐업에 대한 인가, 경제력집중의 억제와 관련된 규제가 포함된다. 셋째 소위 필수설비(essential facility)의 이용과 관련되는 각종의 규제가 있는 바, 여기에는 필수설비접근에 대한 협정의 체결, 변경 또는 폐지에 대한 인가, 공정경쟁저해행위의 단속, 타사업자의 사업활동방해 금지, 신규진입방해의 금지 등이 포함된다. 넷째는 경쟁사항에 대한 규제로서 기존의 독점사업자의 독점화행위의 금지, 경쟁제한적 M&A의 금지, 부당공동행위의 금지, 불공정거래행위 기타 이용자의 이익을 저해하는 행위의 금지 등이 있다.

29) 구체적 경제법규에 대한 헌법적 통제가 비실효적이고 오히려 당해 제도의 형식적 적법성을 인증하는 결과로 귀착되는 일이 많았음은 주지하는 바와 같다. 여기에서 산업정책과 경쟁정책의 이중규제를 해소하는 작업이 규제개혁 차원에서 요구될 뿐만 아니라 산업정책의 시행과 관련하여 반시장적 혹은 반경쟁적 입법을 미연에 방지하는 것이 더욱 큰 의미를 지니게 된다.

기술적 규제는 물론 전문규제당국의 소관이 되지만, 경제적 규제와 경쟁적 규제 그리고 필수설비와 관련된 규제에 있어서는 전문규제당국과 공정거래위원회의 규제가 내용적으로 중복되는 상황이 흔히 발생한다. 예를 들어, 통신분야의 경우 전기통신사업법 제13조의 기업결합 관련조항, 제36조의3의 불공정거래행위 조항, 제29조의 약관통제조항, 그리고 인터넷 멀티미디어 방송사업법 제17조의 불공정거래행위에 관한 조항 등과 방송분야의 방송법 제32조와 방송광고 심의규정 등이 그러한다. 금융분야의 경우에는 금융산업 구조개선에 관한 법률 제4조와 제24조의 기업결합에 관한 제24조, 지주회사에 관한 금융지주회사법, 은행법 중 표시광고에 관한 제14조와 은행약관에 관한 제52조, 보험업법 중 겸영금지(동법 제11조), 보험약관(동법 제127조), 상호협정(동법 제125조), 보험모집과 관련된 불공정행위의 금지(동법 제96조에서 제100조) 등과 같다.

한편 개별 산업법에서 공정거래법의 적용면제를 도입하거나 혹은 공정거래법 소정의 적용면제(예컨대 동법 제58조)에 해당되지 않는 한, 규제산업의 사업자 역시 공정거래법의 일반적 수범자로서 동법이 정하는 제도들의 일반적 적용을 받는다. 그 결과 경쟁정책의 기본을 정하는 법제면에 있어서는 고유의 규제법과 공정거래법의 두 갈래 법이, 그리고 정책시행 면에서는 전문규제당국, 예컨대 지식경제부장관(전기위원회)과 공정거래위원회의 두 갈래 규제기관이 서로 경합하는 양상을 빚어낸다.

양 기관이 중복하여 개입하는 구조는 이중규제의 논란을 낳을 뿐만 아니라 예민한 정책사항에 대해 두 기관의 판단이 서로 충돌될 가능성도 있다. 예컨대 합병이나 회사분할 혹은 영업양수에 대한 주무관청의 심의와 인가와 관련하여 주무관청의 판단과 공정위의 경쟁제한성 판단이 충돌할 수 있고, 주무관청의 심의와 인가가 당해 기업결합의 합법성을 인정하는 것도 아니다.

## (2) 규제권 배분에 관한 입법정책

각종 규제산업의 개편과 경쟁촉진은 범세계적 관심사라고 할 수 있다. 전문규제에 속하는 기술적 규제를 제외하고, 경제적 규제, 필수설비규제, 경쟁적 규제 등의 배분과 관련하여 주요국의 산업정책은 크게 네가지로 유형화된다.



첫째는 경쟁당국 주도형으로서, 경쟁당국이 경제적 규제, 필수설비규제, 경쟁적 규제를 관장하는 유형이다. 이 유형의 장점은 관할권분쟁의 여지가 없고, 피규제자에 의한 포획(capture)의 개연성이 낮으며, 특히 경제적 규제와 경쟁적 규제의 일관성을 유지할 수 있다는 것이다. 통신이나 전력분야에서 호주와 뉴질랜드, 네덜란드 등이 취하는 정책이 이 유형에 속한다.

두 번째는 분장형이다. 여기에는 전문규제당국이 기술적 규제와 경제적 규제를 담당하고, 경쟁당국은 필수시설에 대한 접근과 반경쟁적 행위에 대한 규제 그리고 시장력의 측정 등을 담당하는 경우와 전문규제당국이 기술적 규제, 경제적 규제, 필수설비규제를 그리고 경쟁당국이 경쟁적 규제와 시장력측정을 전담하는 세부유형으로 다시 나눌 수 있다. 이 분장형이 가장 일반적이며, 산업정책적 혹은 사회정치적 정책목표를 가진 경우가 많은 경제적 규제사항은 경제적 효율성을 이념으로 하는 일반 경쟁당국이 관장하기에 적절하지 않은 면이 있다.<sup>30)</sup> 세 번째는 전문규제당국 주도형이다. 이는 전문규제기관이 기술적 규제, 경제적 규제, 필수설비규제, 경쟁적 규제를 관장하고, 경쟁당국은 경쟁적 규제의 일부 그리고 시장지배력의 측정만을 담당하는 방식이다. 이는 에너지 및 통신산업 분야에서 영국이 채택하는 규제정책으로서, 전문규제자인 OFGEM(Office of Gas & Electricity Markets)이 경쟁제한성의 심사와 집행에 개입하고 결과적으로 OFT(Office of Fair Trade)의 기능이 한정되는 의미가 있다.<sup>31)</sup>

### (3) 정 리

규제권의 분장이나 재조정은 물론 매우 어렵다. 규제당국의 전통적 권한을 재조정하는 일이 쉽지 않을 뿐만 아니라 다양한 이해관계가 누적되어 있기 때문이다. 특히 중단기적 효율성 분석, 사회정치적 요인, 노사정책 혹은 고용정책적 함의 등의 제반사항이 고려되어야 하고, 특히 효율

30) 일본은 1999년 전기사업법을 개정하여 소매분야까지 부분자유화를 도입한 후 전문 규제기관인 통상산업성이 공정거래위원회와 공동으로 작성한 지침을 발표한 바 있다. 通商産業省・公正取引委員會, “適正な電力取引についての指針,” 1999. 12.20.

31) 영국의 경우 OFGEM(Office of Gas & Electricity Markets)은 전기사업에 대한 허가에서 공정경쟁의 조건을 붙여 조건부 허가를 한 후 이 조건의 충족 여부를 심사함으로써 경쟁법규를 적용해 왔고, 2000년부터는 OFGEM이 전력시장에서 경쟁법(Competition Act 1998) 집행상의 권한을 일반 경쟁당국과 공유하게 되었다.

성 차원에서는 당해 시장의 구조, 경쟁정책 추구의 강도, 시장자유화의 상태 등도 고려될 필요가 있다.

당해 산업분야의 성숙과 규제연혁이 다른 관계로 비교법적 검토 또한 결정적인 시사를 주기 어렵다. 예컨대 경쟁당국주도형이 되기 위해서는 경쟁정책의 다른 산업정책에 대한 우월성에 대한 인식 위에 경쟁당국이 강력한 규제권한과 전문적 역량을 축적하고 있어야 하며, 당해 시장이 유효경쟁에 가까운 상태로 전이될 것을 전제로 한다. 반면에 주무관청 주도형은 종전의 독점적 시장구조에서 취하던 규제형태이고, 시장의 집중상황을 개선하고 특정 사업자의 지배적 지위를 걷어내어 규제를 경쟁으로 대체한다는 구조개편에 관한 기본적 정책의지에 부합하지 않는다.

게다가 규제의 관점과 목표가 다른 전문규제와 일반 경쟁정책이 교착하는 국면을 이중규제로 논단하는 것이 항상 바람직한 것만도 아니다. 예컨대 한국전력이 독점하는 전력산업의 경우 발전과 송전, 배전과 전기 판매 등으로 거래분야를 구분하면서, 발전 부분을 6개 자회사체제로 개편한 바 있다. 가상의 예이지만, 발전자회사 상호간의 합병이나 한전과 자회사 사이의 합병이나 기업결합은 반경쟁성 심사를 위주로 하는 공정위의 규제대상이 되지 못한다. 이미 기업결합상태에 있기 때문이다<sup>32)</sup>. 그러나 전력산업의 구조개편을 통해 효율화를 기하고 당해 산업에 시장 기능을 강화하고자 하는 주무관청이 문제의 기업결합에 개입하여야 함은 당연한 일이다. 또한 국민경제적으로 파장이 큰 사안에 대해 복수의 규제자가 개입하여 신중한 정책을 도모하는 것은 부정적인 처사가 아니다. 예컨대 SKT와 신세기 통신의 기업결합<sup>33)</sup>에서 주무관청과 공정거래위원회 모두 기업결합 당시 800 MHz대 주파수를 단일한 기업집단에 독점시키는 의미를 제대로 파악하지 못하였던 사실을 여기서 되새길 수 있다.

결국 경쟁정책적 함의를 가진 사항에 대해서는 결국 전문규제당국과 경쟁당국이 동시에 개입하는 방안과 경쟁당국이 이를 전담하는 방안이 남는다<sup>34)</sup>. 현실적으로도 각종 산업법의 경쟁관련조항과 공정거래법규의 이중적 규율상태가 존재하고 있다. 즉 전문규제당국과 공정거래위원회 양 기

32) 기업결합심사기준(공정위 고시 제2007-12호) II. 1. (1) 참조.

33) 공정위의결 2000.5.16, 2000-76.

34) 정호열, “보험산업과 공정거래법 IV - 종결적 논의”, 『경쟁저널』 제37호(2008.3), 17-18면.

관의 관할권 충돌이나 중복절차의 조율과 관련하여 일반적 조정장치는 제도화되어 있지 않다. 그러나 기업결합신고절차와 관련하여 전기통신사업법, 방송법 등에 의거하여 주무관청에 승인 등을 신청할 때, 공정거래법 소정의 신고서류를 함께 제출할 수 있도록 하는 절차상의 특례조항을 2007년에 8월에 도입한 것은 상당한 진전으로 평가된다(공정거래법 제12조의2).

각종 규제산업법이 정하는 경쟁관련 규정의 집행과 공정거래법의 중복적 적용은 이를 피하는 것이 형평성이나 수범자의 법감정 그리고 이중처벌의 금지에 관한 헌법정신에 부합한다고 할 수 있다. 그러나 전문규제당국의 시정조치는 그 내용이나 법적 성질, 제재의 강도 등이 공정거래법의 그것과 대응한다고 하더라도, 이는 주무감독관청에 의한 단속법위반에 대한 규제로서 이것이 일반경쟁법의 적용을 일반적으로 배척하는 것으로 입론하는 것은 법리적으로 곤란한 일이다.

한편 경쟁적 규제에 관한 한, 특정한 규제산업 분야에서 유효경쟁상태 혹은 이에 가까운 상태가 이루어졌을 때, 경쟁당국이 이를 궁극적으로 전담하는 것이 경제적 효율성을 제고할 것이다. 그러나 중장기적 입법정책 차원에서는 주무관청과 경쟁당국의 협조를 전제로 입법정책적인 조율을 통해 규제의 이중성을 조절할 필요가 있고, 이는 결국 경쟁사항과 관련된 개별 규제법과 하위법령의 입법론으로 귀착하게 될 것이다.

이와 같은 입법정책적 판단에서는 일정한 기간을 둔 동적 분석이 매우 중요하게 작용되어야 한다. 현시점을 기준으로 한 정적분석에서는 주무관청의 개입이 경제적 규제는 물론 반경쟁적 행위에 대한 단속과 규제에서 보다 효과적이며 전문성을 가질 수 있다. 그러나 일정한 기간을 놓고 유효경쟁 또는 이에 가까운 시장상태로 변모할 것이라면 경쟁적 규제는 물론 경제적 규제도 이를 경쟁당국의 관할에 두는 것이 수범자의 계산가능성을 높이고 효율성을 제고할 것이다. 최근 미국의 Antitrust Modernization Committee는 최근 규제산업의 기업결합 관할권을 FTC와 DOJ로 집중시키고 있으며, 독일의 경우 에너지산업에 대한 경쟁정책 시행권을 2007년부터 연방카르텔청이 담당하도록 되었으며, 캐나다와 유럽연합의 경우 통신분야에 대한 경쟁법적 규제를 강화하는 경향을 보이고 있다.

### 3. 주무관청과 경쟁당국의 업무협력협약의 사례

전문규제당국과 일반적 경쟁당국의 중복적 개입은 불가피한 측면이 많다. 그러나 수범자의 범감정, 옥상옥의 규제, 관할권의 다툼, 이중처벌금지의 헌법정신상 이것이 일반적으로 바람직한 상황은 아니다<sup>35)</sup>. 따라서 법운용면에서 주무관청이 단속규정을 적용하거나 경쟁당국이 일반 경쟁법을 적용하는 두가지 선택 중 하나에 가능한 한 머물도록 하되, 법집행면에서 두 기관의 공식적, 비공식적 협조가 전제될 필요가 있다.

이러한 차원에서 2007. 11. 27. 공정거래위원회와 금융감독위원회 사이에 업무협약이 체결되었다는 소식은 환영할 충분한 가치가 있다.<sup>36)</sup> 공정위와 금감위가 소관법령에 따라 금융회사에 대한 규제를 수행한 결과 두 기관이 규제집행과정에서 중복적으로 조사·제재하는 사례, 예컨대 변동금리부 대출에 고정금리를 적용한 씨티은행에 대하여 금감원에서 2006.6. 기관경고 등의 제재를 가하고 다시 같은 시기에 공정위가 과징금을 부과한 일이 있었다. 이와 같은 중복조사와 제재로 금융회사의 부담이 가중되고 있다는 의견이 제기되어 협의채널을 통한 협력방안을 논의한 결과 공정위와 금감위 두 기관의 장이 협력협약에 서명하기에 이르렀다.

협약의 내용을 주요 항목별로 정리하면 다음과 같다.

첫째, 기업결합에 대해서는 금감위(현재의 금융위)는 금융관련 법령에 따라 공정위와의 사전협의를 거쳐, 금융회사간 합병 등을 인가하고 있는 바, 공정위는 합병 등의 경쟁제한성 심사에서 금융산업의 특수성에 대한 금감위의 의견을 최대한 고려한다. 둘째, 부당공동행위에 대하여는 금감위, 금감원의 행정지도에 따른 공동행위의 위법성이 논란되어 온 바, 금융회사가 금융감독 당국의 행정지도의 범위 내에서 개별적으로 행한 행위에 대해서는 공정위의 시정조치 대상에서 이를 배제하고, 또 공정위는 행정지도의 존부, 범위, 내용에 대해 금감위, 금감원의 의견을 최대한 고려하며, 금감위와 금감원은 행정지도시에 금융회사가 부당공동행위를 하지 않도록 주지시킨다. 셋째, 불공정거래행위에 대하여는 금감위(원)와 공정위가 일부 불공정 거래행위를 중복적으로 규제한

35) 현재 2003.7.24, 2001헌가25의 소수의견 참조.

36) 공정위, 금융회사에 대한 규제 효율화 방안, 2007.11.28.

다. 공정위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(예: 거래상 지위남용 등)에 초점을 두는 반면, 금융관련법령은 금융수요자 보호를 위해 다양한 형태의 불공정 거래행위(예: 구속성 예금 강요 등)를 금지하고 있다. 여기에서 금감위와 공정위는 소관 법령에 따라 사업과 소비자 사이의 불공정거래행위에 대해 조사, 조치를 하되, 중복조사와 중복제재의 문제점을 개선하여 금융회사의 부담을 최소화한다. 구체적으로는 특정 금융회사에 대하여 타 기관의 조사가 진행 중이거나 이에 준하는 사정(예: 임박한 구체적 조사계획 등)이 있는 경우 당해 사안에 대한 조사절차를 중지하고 조사주체 등에 대하여 실무협의를 행한다. 그리고 중복제재에 대해서는 타 기관에 의한 조치가 관련된 경우에는 원칙적으로 중복제재를 가하지 않지만 법령의 취지가 달성되지 않았다고 판단되는 경우에는 실무협의를 통하여 추가제재가 가능하다. 넷째, 부당표시광고에 대해서는 현재 공정위가 직권으로 조사할 사유가 있는 경우 금감위 혹은 금감원에 통보하여 처리하되(표시광고법) 공정위는 표시광고에 대한 신고사건을 접수하여 처리하고 있다. 부당표시광고에 대해서는 불공정거래행위에 관한 협조방안을 준용한다. 다섯째, 금융거래약관에 대해서는 현재 금감위(원)가 금융관련 법령에 따라 금융회사가 신고 또는 보고한 약관(여신전문금융업법에는 약관 관련 조항이 없어 법개정이 추진 중임)을 심사하고, 공정위는 약관법상 금융약관에 대하여 금감위에 시정조치를 요청하거나 시정조치를 하는 것이 가능하다. 이에 대해 협약은 현행 제도를 유지하되 자본시장통합법의 약관조항(2009년에 시행되는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’에 의하면 금감위는 금융회사가 신고 또는 보고한 약관을 공정위에 통보하고 공정위는 금감위 혹은 금감원에 시정조치를 요청하게 됨)의 운영실태를 고려하여 제도 개선 방안을 공동으로 연구하도록 하였다.

#### IV. 전망과 제언 - 결론에 갈음하여

##### 1. 새 정부의 산업정책 기조

지난 10년간의 정부에 비해 새 정부는 시장친화적 혹은 기업친화적 산업정책을 펼칠 것을 공언하여 왔다. 산업정책, 특히 경쟁정책은 중장기적

인 안목 하에 정파적 혹은 지역적 이해로부터 독립하는 것이 바람직하며, 경쟁정책과 관련하여 위법성판단을 사법부에 맡기는 미국식 사법구제주의의 장점은 바로 정책판단의 독립성 및 가치중립성과 결부되는 것이다<sup>37)</sup>.

그러나 대의민주국가에서 정권의 교체에 따라 각종 산업정책과 사회정책의 강도가 교착하는 것은 너무나 당연한 일이며, 이는 국민의 정치적 선택의 결과이기도 하다. 미국의 경우에도 연방독점금지정책은 집권정당이 친기업적인 공화당인가 혹은 상대적으로 진보적인 민주당정권인가 그리고 그때 그때의 경제상황에 따라 진퇴를 거듭하면서 중장기적으로 안정된 파동을 그리고 발전하고 있는 것을 참조할 수 있다. 여기에서 각종 효율성을 강조하거나 국가챔피언(national champion)을 육성하려는 정부의 각종 산업정책은 강화되는 반면, 규제는 대폭 완화되고 경쟁정책, 특히 출자총액규제를 비롯한 경제력집중억제 정책은 상당히 후퇴할 가능성이 있다.

## 2. 시장구조가 급변하는 산업들

우선 금융보험, 방송통신, 그리고 전력산업 등의 분야와 같이 당해 시장의 구조 자체가 급변하는 거래분야들이 있다. 금융보험의 경우에는 소위 금융 빅뱅 현상에 의하여 은행, 증권, 보험 등으로 세분되어 할거주의가 지배하던 구조에 근본적 변화가 야기되고 있다<sup>38)</sup>. 금융지주회사가 도입되고, 특정 금융 점포나 대리점에서 다양한 금융상품을 취급하는 방카슈랑스, 교차판매와 유니버설 बैं킹이 도입되며<sup>39)</sup>, 금융상품 자체가 통합되거나 은행, 증권, 보험 등이 결합한 상품이 출현하며, 궁극적으로는 세분된 시장 자체가 통합될 조짐을 보이고 있다. 이와 같은 변화는 은행법, 증권업법, 보험업법 등의 각종 금융법의 진입규제나 건전성 규제 등 실

37) Philip Areeda, Ibid., pp.32-34.

38) 전통적인 규제법제가 상품별 규제방식(product based approach)에 의하고 있고, 이는 전업주의와 금융기관별 규제로 이어지게 된다. 이에 비해 상품의 경제적 기능에 중점을 두는 기능별 규제방식(function based approach)에 의할 경우 모든 금융기관의 업무행위에 대해 공통된 기준의 설정을 가능케 하고 이는 보다 경쟁친화적인 속성을 지닌다. 후자의 예로는 호주의 금융서비스개혁법(Financial Services Reform Act 2001)과 영국의 금융서비스 및 시장법(Financial Services and Markets Act 2000)이 대표적이다.

39) 줄고, “일본의 금융시장개혁과 방카슈랑스에 관한 법적연구”, 『상사법연구』 제25권 제3호, 2006. 11, 165-167면.

제조항의 변화나 규제기구의 통합은 물론이고, 경쟁정책적 함의를 가진 변화를 몰아 오고 있다.

두 번째는 방송과 통신분야의 융합 현상이다. 방송과 통신은 서로 다른 이념하에 상이한 규제를 받아오던 별개의 분야로서 종래의 통신법이나 방송법 등도 양자의 준별을 전제하고 있다. 그러나 정보통신기술의 발전이 이들 시장에 새로운 서비스나 기존서비스의 결합서비스를 창출케 하여 규제체계의 재정비를 요구할 뿐만 아니라, 최근에는 이동전화방송서비스나 인터넷방송, IP-TV, VOD방송 등의 출현에서 보듯이 통신과 방송 그 자체가 융합되는 양상이 가속화되고 있다<sup>40)</sup>. 시장 자체가 하나로 통합된다면, 방송법과 통신법의 이원적인 규율체계와 상이한 주무관청의 궁극적 통합이 필연적 결과로 귀착하게 된다. 따라서 정책의 기본방향을 통신이나 방송산업에 대한 규제완화 및 경쟁촉진으로 설정하고, 관련 부처간 관할권 및 주도권 다툼에 의한 이중·차별적 규제를 완화할 필요가 있다. 그리고 규제합리화를 통한 공정경쟁을 유도하는 법적환경의 대폭적 정비가 필요하며, 종래의 통신과 방송이라는 이분법적 논리에서 벗어나서 교차진입의 허용 등 단일한 융합서비스 시장의 대두라는 시장구조의 변화를 인식한 위에 매체간의 자유롭고 공정한 경쟁을 유도하는 것이 바람직하다<sup>41)</sup>.

세 번째는 전력산업의 구조변화이다. 규제산업의 개편을 요구하는 전통적인 논거는 규제산업 그 자체에 내재하는 비효율과 경쟁제한적 요인으로 인한 소비자후생의 제약이며, 전력산업의 구조조정 내지 경쟁기능의 도입 역시 범세계적 현상이다. 우리나라에서도 약 10년 전부터 전력산업의 시장분할과 민영화, 경쟁기능의 도입이 제도적으로 추진되었다. 즉 전력산업에서 종래 수직적으로 통합되었던 시장을 전기사업법 등 법령의 개입을 통하여 전력생산, 송전, 배전, 전기판매 등으로 시장을 나누고 각 단계에서 경쟁체제를 도입하면서 사업자를 민영화하려는 정책을 펼쳤다. 그 결과 2001년 발전분야는 6개의 자회사 체제로 이행하였으나, 노조의 반대 등에 부딪혀서 민영화 작업과 배전과 전기판매 분야의

40) 이원우, “통방융합 환경하에서 공정경쟁여건 조성을 위한 규제체계의 정비”, 『경쟁법연구』 제13권, 2006, 3-7면.

41) 방송통신위원회의 설립 및 운영에 관한 법률이 제정되어 동 위원회가 통신방송분야의 주무관청이 되었음은 주지하는 바와 같다.

분할이 진행되지 못한 상황에 머무르고 있다. 구조개편의 비용만 투입되고 그 효익은 누리지 못하는 상황으로 볼 수 있고, 앞으로 전력산업의 분할과 경쟁촉진적 법제 개편이 예상된다.<sup>42)</sup> 여하튼 전력산업의 경우는 금융이나 방송통신 분야와는 달리, 시장분할을 통한 경쟁촉진의 방향으로 산업정책이 펼쳐지는 점이 특색이다.

### 3. 경제헌법으로서 공정거래 관련 입법정책

새 정부의 경쟁정책은 규제완화와 관련하여 상당한 주목을 받고 있고, 공정거래위원회는 법령선진화추진단을 대규모로 구성하여 공정거래관련 정책에 대한 대규모적 개편을 추진하고 있다.

우선 주목되는 것은 일반집중 혹은 경제력집중억제 정책에 대한 재평가부분이다. 제도의 실제와 상관없이 투자여력이 있는 국내대기업의 투자를 가로막고 고용창출을 저해한 대표적 제도로서 출자총액규제가 지목되어 왔고 이미 그 존폐와 관련하여 많은 논란의 대상이 되어 온 것은 주지하는 바와 같다. 그리하여 경제력집중억제 제도 중 출자총액제도의 폐지와 상호출자 규제의 완화를 담은 법안이 입법예고 되었으며, 기업집단 소속 기업들이 가장 부담스러워하는 부당지원행위에 대한 규제도 실질적으로 후퇴될 것으로 예측되기도 한다. 그러나 경제력집중억제 제도는 재벌에 대한 국민들의 교착하는 정서에 그 뿌리를 두고 있다는 점에서 이에 관한 입법정책의 현실화가 자못 주목된다.

한편 카르텔규제나 시지남용행위나 불공정거래행위에 대한 규제는 더욱 폭넓게 그리고 더욱 강화될 것으로 예측된다. 비교법적으로 경쟁법의 역외적용이 강화되는 반면, 적용면제 범리는 더욱 축소되고 있으며<sup>43)</sup>, 경쟁법 위반행위에 대한 처벌은 더욱 강화되고 있다<sup>44)</sup>.

42) 손양훈, 『전력산업 경쟁도입과 민영화』, CFE Report No.32, 2008.2.

43) 예컨대 유럽연합의 경우 2006년 해운동맹에 대한 일괄적용면제를 폐지하고, 2008년 부터 적용면제 여부를 개별적으로 판단하도록 정책을 선회하였다.

44) 미국은 2004년 6월 Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act를 제정하여 처벌금수준을 대폭 상향하였고 카르텔억지를 위하여 개인에 대한 징역형을 적극적으로 부과하고 있고, 유럽연합의 경우에도 경쟁법위반행위에 대한 과징금 상한을 전세계 매출액의 10%로 설정하고 있다.



그리고 공정거래법은 집행법 차원의 보완은 법기술적 차원에서 가장 중요한 대목으로 보인다. 우리나라의 경우에는 미국과 같은 3배손해배상 소송(treble damage)나 집단소송(class action)이 도입되어 있지 않으나, 사법적 금지청구제도의 도입이나 공정거래법 관련 소송에서 원고적격의 확대문제가 논란되고 있다. 또 미국식 동의명령(consent decree) 제도의 도입은 이미 작년에 공정거래법 개정안에서 반영된 바 있으며, 증거제시(discovery) 제도도 논란되고 있다.

경쟁법 집행과 관련하여 주목되는 동향은 WTO와 같은 다자간협상을 통한 무역자유화의 진행이 지연됨에 따라서 양자협정이나 FTA를 통한 경쟁법 집행강화 현상이 부상되고 있다는 사실이며, OECD와 같은 국제기구를 통한 경쟁법의 수렴 혹은 국제적 정합성의 확보를 위한 노력이 진전되고 있다는 사실이다. 예컨대 OECD는 기업결합심사에 관한 이사회권고를 2005년 4월에 행한 바 있고 카르텔 조사시 경쟁당국간 정보교환에 관한 모범관행을 2005년 10월 공포하였으며, 시지남용행위에 관한 라운드 테이블을 진행하고 있다.

#### 4. 시장경제의 성숙을 위한 두가지 제언

우선 정부가 각종 산업을 적극적으로 지원하고, 육성하고, 또 진흥한다는 강박관념으로부터 해방될 필요가 있다. 각종 경제법규들은 정부가 기업을 돕고 기업활동을 지원한다는 명분으로 제정한 것이 많고, 이러한 법규들은 지원법, 조성법, 육성법, 진흥법 등의 명칭을 가진 예가 많다. 그러나 구체적으로는 지원을 빌미로 당해 시장에 대한 정부개입의 근거나 교두보를 마련하고 이와 관련된 정부기능을 확대하는 결과를 가져오는 경우가 적지 않다. 무엇보다 이러한 법규는 우리 헌법이 시민사회 구성의 원리로 설정하는 자유주의와 개인주의 그리고 이에 기초한 자유사 시장경제의 이념에 배치되는 면이 적지 않고, 결국 큰 정부 그리고 시장메커니즘이 아니라 정부의 통제와 간섭으로 이어지는 결과를 빚어 낸다. 이러한 상황은 작고 효율적인 정부, 민간과 기업의 창의와 자율을 기본으로 하는 새정부의 경제운용철학과도 배치되는 것이다.

그 다음으로 반시장적 의원입법이나 대중주의적 입법(populist legislation)에 대한 사전적 통제장치를 보완하는 문제이다. 소위 한건주의에 따른 의원입법이란 국회의원들이 지역구민 혹은 직능단체들의 요구에 영합하여 발의하는 법안들이다. 이 경우 국회의원들이 자신의 입법실적을 겨냥한 한건주의의 동기 위에 각종 이익단체나 사업자단체 혹은 직능단체가 지역구위원을 통해 입법을 관철하는 ‘청부입법’의 모습을 지니는 경우가 흔하고 경우에 따라서는 정부부처가 소관 법률의 제정이나 개정을 위해 의원입법의 형식을 빌리는 경우도 있다. 시장기능이나 국가이익에 대한 충분한 숙려와 균형감각이 없이 이루어지는 이들 입법이 특정한 단체나 직능의 이익을 위해 공권력이 시장에 간섭하고 시장기능을 제한하거나 경쟁제한적 결과를 빚어낼 뿐만 아니라 공권력이 시장에 간섭하는 통로가 되는 경우가 적지 않다. 이들 법규는 재정에 대한 숙려가 없는 경우가 많아 법집행이 어려울 뿐만 아니라, 기본적으로 헌법이 지향하는 자유시장경제의 이념에 부합하지 않는 경우가 많다. 그 결과 헌법재판소의 위헌결정으로 이어지는 사례가 많고, 현재의 위헌결정의 8, 9할이 의원입법이라고 주장되기도 한다<sup>45)</sup>.

지역주민의 정서나 특정한 이익단체의 이익을 대변하기 위한 이들 입법은 포퓰리즘적 입법으로 지목되기도 한다. 물론 이러한 입법은 자유주의와 대립되는 의미에서 사용되는 대중주의 혹은 민중주의, 즉 엄밀한 의미의 포퓰리즘과는 거리가 있다. 그러나 일단 이와 같은 입법이 출현할 경우 당해 산업의 왜곡과 그로 인하여 국민경제가 치르는 대가는 엄청나게 큰 것이다. 행정부가 발의하는 입법의 경우에는 관계부처 회의라는 필터과정을 거치지만, 국회에서 의원들이 산발적으로 제기하는 의원입법에 대한 헌법적합성 그리고 시장경제의 창달의 관점에서 이루어지는 사전적 필터장치를 확보하는 것은 국회 고유의 입법권에 대한 보장과는 별도로 매우 중대하고 시급한 과제가 아닐 수 없다.

**주제어** 사시장경제질서의 헌법적 기초, 사회적 시장경제질서, 경제법규에 대한 헌법적 통제, 산업정책과 경쟁정책의 조화, 경쟁법의 비중증대

45) 조선일보 2008. 4. 24, A6면.

## 參考文獻

- 공정위, 금융회사에 대한 규제 효율화 방안, 2007. 11. 28.
- 국순옥, 『자본주의와 헌법』, 까치, 1987.
- 권영성, 『헌법학원론』, 2004.
- 마르틴 크릴레 저/ 홍성방 역, 『해방과 정치계몽주의』, 가톨릭 출판사, 1988.
- 막스 베버 저/박종선 역, 『프로테스탄티즘의 윤리와 자본주의 정신』, 세계, 1987.
- 미제스 저/윤용준 역, 『경제적 자유와 간섭주의』, CFE, 1996.
- 손양훈, 『전력산업 경쟁도입과 민영화』, CFE Report No.32, 2008.2.
- 양명조, 『경제법강의(제5판)』, 신조사. 2007.
- 이동규, “규제산업과 경쟁법·정책 이슈”, 공정경쟁연구회 발제자료, 2007.5.
- 이원우, “통방융합 환경하에서 공정경쟁여건 조성을 위한 규제체계의 정비”, 『경쟁법연구』 제13권, 2006.
- 정호열, 『경제법(제2판)』, 박영사, 2008.
- \_\_\_\_\_, “보험산업과 공정거래법 IV - 종결적 논의”, 『경쟁저널』 제37호, 2008. 3.
- \_\_\_\_\_, “일본의 금융시장개혁과 방카슈랑스에 관한 법적연구”, 『상사법연구』 제25권 제3호, 2006. 11,
- 홍명수, 『경제법론 I』, 경인문화사, 2008.
- Eric A. Posner, Soft Law in Domestic and International Settings, I. C & D(東京大學 21世紀 COE Program, 國家と市場の相互關係 についてSoft Law 第5回 Symposium, 2005.7.1-2. 자료집).
- Philip Areeda, “Antitrust Law as Industrial Policy”, Jorde/Teece ed., 『Antitrust, Innovation, and Competitiveness』, Oxford University Press, 1992.

## Legislative Issues and Prospects of the Korean Regulatory Statutes

Chung, Ho-Yul\*

After 10 years rule of so-called leftists, newly inaugurated government is devoted to reform the national economy into a more market oriented one. Reforming the legal environments of businesses including antitrust into a more business friendly ways has become one of the major agenda for the new government.

Firstly, this paper is designed to develop a theory for constitutional test over statutes that are presumed to be anti-competitive or hampering market functioning in each industry. In these context, this paper also explores constitutional foundation of private market economy in Korea, and stresses that economic order of Republic of Korea must be given the implications of basic human rights. It is expected that a korean model of private market economy would be developed through active decisions of Constitutional Court on undue limitations on market function in each industry.

Another issue covered in this paper is the relationship between industrial policies and competition policy. Reforming the overlapping jurisdictions both by various professional regulatory bodies and fair trade commission has become one of the hot issues of regulatory reforms amid norm addressee's hostility against enforcement of competition law. In the legislative efforts, anti-competitive provisions in various business acts should be confirmed and restated and a more efficient system of procedural remedies must be ascertained amid cooperation between competition bureau and regulatory bodies.

**KEY WORDS** constitutional foundation of private market economy, social market economy, constitutional control over industrial policy, harmonization of industrial policy and competition policy, strengthening antitrust as industrial policy

---

\* Sungkyunkwan University, Professor of Law