

經濟法制的 變遷

- 그 評價와 展望 -

孫 珠 瓚*

차 례

- I. 序 論
- II. 獨占規制및公正去來에관한法律의 立法背景
- III. 獨占規制및公正去來에관한法律의 改正經緯
- IV. 事項別 變遷過程
 1. 適用對象의 範圍
 2. 企業結合의 制限
 3. 經濟力集中의 抑制
 4. 持株會社에 관한 問題
 5. 부당한 共同行爲
 6. 不公正去來行爲의 금지
 7. 專擔機構
- V. 公正去來法の 變遷의 評價
- VI. 끝맺임(課題와 展望)

* 學士院 會員

I. 序 論

(i) 經濟法制的 변천을 논함에는 경제실정법의 범위를 먼저 정해야 하는데 이에 “經濟法”의 개념설정이 선행과제가 된다. “經濟法”의 개념에 관하여는 정설이 없으나 이곳에서 “經濟法”의 개념에 관한 여러 학설을 열거하고 논의하는 것은 이 논고의 성질에 맞지 않은 것 같다. 국가시험(사법시험 一次시험)과목에서는 獨占規制및公正去來에관한法律, 消費者保護法, 約款規制에관한法律, 割賦去來法 및 訪問販賣法을 실정 “經濟法”의 범위로 정하고 있으나 “소비자의보호에관한법률”만을 “經濟法”으로 보는 학설은 없다. 체계도 없고 자의적으로 나열된 이 法群(?)을 대상으로 경제법제의 변천을 논한다는 것은 무의미하다. 그렇다고 필자 나름대로 정한 經濟法의 개념에 따라서 그 모든 실정법의 변천을 논하고 평가한다는 것은 이 자리에서는 불가능하다.

(ii) 우리나라의 “經濟法”에 영향을 미친 것은 제2차대전후의 독일 經濟法(Wirtschaftsrecht)(경쟁제한금지법, GWB)과 日本法(獨占禁止法)이고 이 양국에 영향을 준 것은 미국의 反트러스트法이다. 물론 독일에서도 학자에 따라서 경제실정법의 범위나 체계가 같지 않지만 경쟁제한금지법(GWB)이 중심이 되어 있고,¹⁾ 일본에서도 經濟法의 체계에 관하여 여러입장이 있으나 獨占禁止法을 그 중심으로 하고 있는 점에서 공통되어 있다.²⁾

이리하여 이곳에서는 우리나라의 獨占規制및公正去來에관한法律의 변천과정을 분석검토의 대상으로 하기로 한다.

(iii) 순서는 法改正의 과정을 먼저 살펴보고 다음에 중요한 사항(문제)별로

1) 예컨대 Fritz Rittner, Wirtschaftsrecht, 2., Aufl. C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987. S. 209 ff.; Wolfgang Fikentscher, Wirtschaftsrecht Band II, Deutsches Wirtschaftsrecht, Verlag C. H. Beck 1983. S. 86 ff.; Rink Schwark, Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. Carl Heymanns Verlag, Berlin · Bonn, 1986, S. 65 ff.에서는 “일반독일경제법”으로서 “경쟁제한금지법”(GWB)에 관한 설명으로 채워져 있다.

2) 예컨대 丹宗·厚谷, 現代經濟法入門, 法律文化社, 東京, 1986, 83면 이하에서는 “現代經濟法의 中核으로서 獨占禁止法”을 서술하고 있으며, 宮坂·本間·高橋, 現代經濟法 - 日本經濟の法構造 -, 三省堂 - 東京, 1995, 59면 이하에서 “競爭秩序와 法”으로서 獨占禁止法에 관한 이론으로서 채워져 있고, 본서의 중심이 되어 있다. 이 밖에 木元·橫川·吉田·小原, 經濟法, 靑林書院, 東京, 1986, 75면 이하, 岩井·向田·和田·內田·裨貫, 經濟法 - 獨占禁止法と競爭政策, 有斐閣, 東京, 1996, 1면 이하 및 松下滿雄, 經濟法概說, 東京大學出版會, 東京, 1989, 27면 이하 등 모두 獨占禁止法을 대상으로 하고 있다.

그 변천과정을 분석하기로 한다,

II. 獨占規制및公正去來에 관한法律의 立法背景

(i) 獨占規制및公正去來에 관한法律(이하 “公正去來法” 또는 “法”이라 약칭하는 경우가 있다)의 성립과정은 다른 법률의 제정과정에서는 그 예를 찾기 어려울 만큼 복잡하다. 이 법률의 제정배경은 두가지 면에서 고찰할 수가 있다. 하나는 ① 1980년에 입법된 당시의 제안설명에서 입법배경을 찾는 것이고, 또 하나는 ② 1964년의 “公正去來法” 試案에서부터 1980년의 立法에 이르기까지의 과정을 살피는 방법이다.³⁾ ②는 立法의 연혁 내지 立法史라고 할 성질의 것이므로 이곳에서는 ①에 관하여 설명하기로 한다.⁴⁾ 이것은 오늘날의 經濟法의 존재의 일반적인 배경이기도 한다.

(ii) 우리나라는 1960년대와 1970년대 말까지는 경제운용의 기본방향을 정부주도하에서 정하여 왔으나 이것은 政府가 민간의 경제에 일일이 간섭하는 것이 되어 企業의 창의성을 저해하고 가격기능을 왜곡하며 국민경제의 능률적 운용을 저해하는 결과가 되었다.

(iii) 이리하여 경제운용의 기본방향을 민간주도로 바꾸어 나감으로써 경제운용의 효율화를 기할 필요가 생기게 되었으며, 그러기 위하여는 市場機能의 활성화와 競爭體制의 도입이 전제가 되어야 했다.

(iv) 그러나 당시의 우리 경제는 經濟力의 집중현상과 개별상품의 시장집중도가 점차 심화되고 있을 뿐만 아니라 비경쟁적인 시장행태가 관행화되고 있어 그러한 시장구조나 거래행태면에서 경쟁제한적인 요인을 제거하지 않고서는 시장기능의 정상적인 발휘가 어려운 실정이었다.

(v) 이러한 배경에서 성립된 “『獨占規制및公正去來에 관한法律』은 경제운용 방식의 민간주도 전환을 촉진하고자 하는 기본적인 法으로서 민간기업의 창의력과 자유경쟁원리를 바탕으로 하는 시장기능의 이점과 기능을 최대한 살려

3) 金贊鎭, 『韓國獨占規制法の 制定沿革』, 競爭法研究 第1號, 韓國競爭法學會, 서울, 1989. 9, 119면 이하; 權五乘, 『獨占規制法の 形成과 展開』, 朴秉濠教授還甲記念(II) 韓國法史學論叢, 1991, 博英社, 1991. 10, 587면 이하; 經濟企劃院, 公正去來白書, 1984. 6, 6면 이하; 孫珠瓊, 經濟法, 法經出版社, 1993. 5, 57면 이하.

4) 金贊鎭, 앞의 논문, 134~135면; 전계 公正去來白書, 1984. 6, 29면 이하; 韓國産業技術院(KITI), 『공정거래정책 및 기업대응전략 특별 세미나』 4면 이하; 전계 拙著 63면 이하.

競爭을 저해하거나 왜곡시키는 행위를 규제하는 것을 그 골자로 하여 모든 사업자가 능률적인 경제활동을 할 수 있는 행동규범을 새로이 정하는 법률로 되어 있다.

Ⅲ. 獨占規制및公正去來에 관한法律의 改正經緯

獨占規制및公正去來에 관한法律의 變遷과정은 그 성립과정 만큼이나 복잡하다. 그 중요한 개정사항은 다음과 같다.

(1) 제1차 改正(1986년)

① 經濟力集中을 억제하는 제도(제3장)를 신설한 것이 제1차 改正의 특색이며, 이 밖에 ② 기존제도의 보완 또는 개선한 것이 있다.

①에 속하는 것으로는 (a) 持株會社의 금지(동법 제7조의2), (b) 大規模企業集團에 속하는 회사의 출자제한(동법 제14조), (c) 동일한 大規模企業集團에 속하는 회사간의 相互出資의 금지(동법 제9조), (d) 大規模企業集團에 속하는 회사의 他會社에 대한 출자총액의 제한(동법 제11조), (e) 大規模企業集團에 속하는 금융, 보험회사가 취득하는 系列會社의 株式에 관한 의결권행사의 금지(동법 제11조), (f) 大規模企業集團에 속하는 회사가 他會社株式의 일정비율 이상을 취득하는 경우의 申告義務(동법 제12조) 및 (g) 株式의 처분명령을 받은 자의 의결권행사의 금지(동법 제18조) 등이 있다. 재벌기업에 대한 새로운 규제입법이다.

②에 속하는 것으로는 (a) 市場支配的 事業者의 지위남용행위의 관리(동법 제3조), (b) 企業結合의 신고기준의 상향조정(동법 제12조), (c) 共同行爲의 관리(동법 제19조) 및 (d) 課徵金제도의 신설(동법 제22조) 등을 들 수 있다.

(2) 제2차 改正(1990년)

제2차 改正도 규제를 강화하는 방향으로 되어 있으며 그 내용은 ① 經濟力集中에 대한 억제강화, ② 不公正去來行爲에 대한 규제의 보장, ③ 調査 및 제재조치의 보장 및 ④ 전담기구의 독립화 등으로 요약된다. ①은 (a) 大規模企業集團에 속하는 會社로서 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사 상호간의 出資의 금지(중전에는 허용)(동법 제9조제1항), (b) 大規模企業集團에 속하는 회사 상호간의 출자금지의 예외범위의 축소(동법 제9조제1항 단서) 및 (c) 大規模企業集團에 속하는 회사 상호간의 출자의 금지(동법 제9조), 출자총액의 제한(동법 제10

조)에 위반한 회사에 대한 과징금부과제도의 신설(동법 제17조) 등이 그 내용으로 되어 있다. ②는 종전에 경제기획원장관이 一般指定으로서 지정하였던 “不正去來行爲의 유형”이 法律로써 명문화된 것이다(동법 제23조제1항). ③은 (a) 각종 범위반행위에 대한 是正措置의 방법으로 “法違反事實의 公表”를 추가한 것(동법 제5조, 제16조 등) 및 (b) 罰則을 전반적으로 강화한 것(동법 제66조, 제69조)이다. ④는 종전에는 公正去來法의 운영기관이 경제기획원장관으로 되어 있었으나 公正去來委員會로 변경된 것이다(동법 제35조 이하). 이 전담기구의 설치는 큰 의미를 가지는 것이다.

(3) 제3차 改正(1992년)

다음은 6개장의 개정으로 되어 있다. ① 通則에서는 (a) 법적용 대상 사업분류의 개정확대(동법 제2조제1호) (b) “與信”의 정의규정의 신설(동법 제2조제9호)이 그 내용이고, ② 제2장(市場支配의 地位의 남용금지)에서는 (a) 공정거래위원회의 자료제출요청권(동법 제4조제2항)이 신설되었으며 이 밖에 (b) 관련 벌칙(동법 제68조제1호)이 신설되었다. ③ 제3장(企業結合의 제한 및 經濟力集中의 억제)에서는 (a) 출자총액의 제한에 대한 예외 두가지를 추가하고 있다(동법 제10조제1항제4호)(그러나 이 조항은 1996년 개정에서 삭제되었다)(동법 제10조제1항제5호). (b) 이 밖에 신설회사의 경우의 순자산액의 산출에 관한 특례(동법 제10조제2항 단서 내용일부 추가), (c) 系列會社에 대한 債務保證의 제한(동법 제10조의2 신설) 및 (d) 기업결합신고사항의 추가(동법 제12조제1항제2호, 제3호)를 인정하는 규정을 두고 있다. ④ 제4장(부당한 共同行爲)에서는 (a) 부당한 共同行爲의 要件의 完化(동법 제19조제1항 본문), (b) 부당한 共同行爲의 예외의 추가(동법 제19조제1항 단서) 및 (c) 부당한 共同行爲의 추정(동법 제19조제3항, 現行法에서는 제19조제5항)에 관한 규정을 두고 있다.

⑤ 제5장(不公正行爲)에서는 불공정행위에 대하여 課徵金을 부과할 수 있는 규정을 신설하였고(동법 제24조의2), ⑥ 제8장(國際契約의 체결제한)에서는 금지되는 국제계약의 요건을 개정하였다(동법 제32조제1항 본문).

(4) 제4차 改正(1994년)

① 제2장(市場支配의 地位의 남용금지)에서는 (a) 시장지배적 사업자의 지위남용행위에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 하였으며(동법 제6조제3항 신설), (b) 課徵金을 납부한 사업자가 손해배상을 한 경우에는 배상액상당금액을 환급하도록 개정하였다(동법 제6조제7항).

② 제3장(企業結合의 제한 및 經濟力集中의 억제)에서는 (a) 출자총액에 대한 大規模企業集團에 속하는 회사의 출자총액의 한도액을 종전의 100분의 40에서 100분의 25로 변경하는 한편(동법 제10조제1항) (b) 대규모기업집단에 속하는 회사의 출자총액제한의 예외로서 두가지 경우를 추가하고 있다(동법 제10조제2항, 제3항). ③ 제4장(부당한 共同行爲)에서는 課徵金の 산출율을 100분의 1에서 5로 인상조정하였으며(동법 제22조제1항), ④ 제5장(不公正去來行爲)에서는 과징금의 한도액을 일정금액(3,000만원 이하)에서 일정을(매출액의 100분의 2)로 변경하였다(동법 제24조의2제1항). ⑤ 제6장(사업자단체)에서는 과징금의 최고액을 철폐하였고(동법 제28조제2항의 개정; 제22조제1항의 준용을 삭제), ⑥ 제7장(재판매가격유지의 제한)에서는 재판매가격유지행위자에 대한 과징금제도를 신설하였다(동법 제31조의2). ⑦ 제8장(국제계약의 체결제한)에서는 (a) 체결이 제한되는 國際契約의 범위를 대통령령(施行令 제47조)으로 정하고(동법 제33조제1항), (b) 國際契約의 심사에 관하여 申告主義에서 審査主義로 전환하였으며(동법 제33조), (c) 국제계약 체결제한위반자에 대한 과징금제도를 신설하였다(동법 제31조의2). ⑧ 제9장(전담기구)에서는 公正去來委員會가 종전의 경제기획원 소속에서 국무총리 소속으로 변경되었다(동법 제37조제2항).

(5) 제5차 改正(1996년)

① 제2장(市場支配的 地位의 남용)에서 독과점적 시장구조의 개선책을 공정거래위원회가 수립·시행하도록 하였고(동법 제3조), ② 제3장(企業結合의 제한 및 經濟力集中의 억제)에서는 (a) 종전에는 일정규모이상의 기업에 대하여서만 企業結合을 금지하였으나 1996년 개정에서는 기업의 규모에 관계없이 모든 경쟁제한적 企業結合을 금지하였으며(동법 제7조제1항), (b) 일정한 企業結合의 경우에는 경쟁제한을 推定하게 되었다(동법 제4조제4항). (c) 系列會社에 대한 채무보증한도를 200%에서 100%로 조절하였으며(동법 제10조의2), (d) 企業結合의 申告대상주식비율을 상장회사의 경우는 15%이상으로 하향조정하였고(동법 제12조제1항)(종전에는 上場의 여부에 관계없이 20%이상), (e) 탈법행위의 유형 및 기준을 시행령으로 정하기로 하였다(동법 제15조 신설). ③ 제4장(부당한 共同行爲)에서는 자진 신고자의 면책을 인정하고 있다(동법 제22조의2 신설). ④ 제5장(不公正去來行爲)에서는 (a) 불공정거래행위를 추가하였으며(자금·자산·人力부문의 부당내부거래행위도 포함), (b) 불공정거래행위의 유형 및 기준을 종전의 공정거래위원회의 指定告

示로부터 대통령령으로 정하기로 하였다(동법 제23조제2항). ⑤ 제9장(전담기구)에서는 (a) 공정거래위원회가 국무총리 소속하에서 정부조직법상의 中央行政기관으로서 소속사무를 수행하며(동법 제35조제2항), (b) 위원회의 회의를 “전원회의”와 “소회의”로 구분한다(동법 제37조의3). ⑥ 제10장(調査)에서는 是正措置에 대한 이의신청이 있는 경우에는 시정조치의 執行停止를 인정할 수 있도록 하였다(동법 제53조의2). ⑦ 제14장(罰則)에서는 (a) 중대한 범위반사실에 대하여는 공정거래위원회가 검찰총장에게 告發하도록 의무화하는 한편(동법 제70조제2항), (b) 중대한 범위반행위가 있는 경우에는 검찰총장은 공정거래위원회에 告發을 요청할 수 있도록 하였다(동법 제71조제3항). (위에서 인용한 公正去來法の 조문은 각 개정에 의하여 변경된 것이 적지 않으며 특히 1990년 1월 法の 조문은 1992년 12월의 개정에 의하여 전면적으로 바뀌어졌다).

(6) 제6차 改正(1998년 2월 24일)(법률 제5528호)
(1998. 4. 1. 시행)

① 제3장(企業結合의 제한 및 經濟力集中의 억제)에서는 (a) 대규모기업집단에 속하는 회사가 국내 다른 회사에 출자하는 경우의 출자총액제한(회사총자산의 100분의 25)을 폐지하였으며(동법 제10조 삭제)(동법 제18조제3항, 제4항 참조), (b) 系列會社에 대한 신규 채무보증을 금지하였다(동법 제10조의2제1항). (c) 종전에는 채무보증제한 대규모기업집단에 속하는 會社は 自己資本의 100분의 100을 곱한 금액(債務保證限度額)의 범위내에서는 국내 系列會社에 대한 채무보증을 할 수 있었으므로 이 채무보증이 이 개정법 시행당시에 남아 있는 회사는 소속 企業集團의 지정당시(동법 제14조제1항)의 채무보증잔액을 소정 기간내에 해소하도록 하였다(동법 제10조의3 신설). 또 (d) 대규모기업집단 또는 채무보증제한 대규모기업집단의 지정통지를 받은 회사가 그 지정통지 당시 相互出資의 금지(동법 제9조), 출자총액의 제한(동법 제10조) 또는 채무보증제한(동법 제10조의2)의 규정에 위반하고 있는 경우에는 그 지정통지가 있는 날부터 1년간은 동항의 규정을 적용하지 않는 것으로 하고 있다(동법 제14조제3항). (e) 대규모기업집단에 속하는 회사는 공인회계사의 감사를 받아야 하며(동법 제14조제5항), (f) 公正去來委員會는 상호출자의 금지 기타 일정한 규정(동법 제9조 내지 제11조, 제13조, 제14조의2)의 시행을 위하여 필요한 경우에는 관계기관에 대하여 소정사항의 자료의 확인 등을 요청할 수 있는바 그 관계기관의 일부가 변동되었다(동법 제14조의3). (g) 출자총액의 제한에 관한 제10조가 삭제됨에 따라 脫法行爲(동법 제15조제1

항) 및 是正措置(동법 제16조제1항)에 관한 규정등의 해당조문이 삭제되었으며, (h) 채무보증제한 대규모기업집단에 속하는 會社의 系列會社에 대한 기존 債務保證의 해소에 관한 규정(동법 제10조의3)이 신설됨에 따라 이에 위반한 경우에 課徵金을 부과하는 규정이 추가되었다(동법 제17조제2항).

② 제14장(罰則)에서는 (a) 제10조가 삭제됨에 따라서 동규정위반에 관한 조문도 삭제되었으며(동법 제66조제1항제5호, 제67조제5호), 過怠料에 관한 규정도 수정되었다(동법 제60조의2제1항제1호). (b) 또 系列會社에 대한 채무보증(동법 제10조의2)이 금지됨에 따라서 기존 채무보증의 해소의무(동법 제10조의3)에 위반한 경우의 벌칙이 추가되었다(동법 제66조제1항제5호).

이상에서 본바와 같이 1998년 2월의 改正은 大規模企業集團 소속회사의 系列會社에 대한 출자총액제한(동법 제10조)의 폐지와 債務保證制限 大規模企業集團 소속회사의 系列會社에 대한 債務保證의 금지 및 기존 保證의 해소의무에 관한 입법조치(동법 제10조의2) 및 그에 수반하는 일련의 개정조치이다.

IV. 事項別 變遷過程

1. 適用對象의 範圍

(1) 立法方式의 變遷

(i) 獨占規制및公正去來에관한法律의 제정이후의 變遷과정에서 가장 주목할만한 것의 하나가 그 적용을 받는 “事業者”의 범위의 변화이다. 이것은 ① 입법 방식과 ② 적용범위의 확대의 두가지 면에서 검토할 필요가 있다.

(ii) ①에 관하여는 제정당시(1980. 12. 31.)의 法 제2조(定義)제1항 및 제1차 改正(1986. 12. 31.) 동조 동항에서는 제조업을 비롯한 5개 업종만을 나열하고 “기타 大統領令이 정하는 事業을 하는 자”(시행령 제2조)로 위임하는 방식이 취하여짐에 따라 施行令 제2조에서는 음식 및 숙박업 등 3종의 업종을 열거하였다(동조 제1항). 그러다가 제2차 개정(1990. 1. 13.)에서는 法 제2조제1호에 의하여 7개 업종으로 적용대상을 확장하면서 施行令에 위임하고는 있으나 그 시행령 제2조(사업의 분류)에서는 업종에 관하여는 아무런 언급이 없다. 완전히 法으로 고정시킨 상태에서 지금에 이르고 있는 것이다. 이것은 日本 獨占禁止法 제2조제1항과 같은 입법방식이다.⁵⁾ 법적용의 안전성을 기하기 위하

여는 시행령으로 위임하는 것 보다는 法으로 고정하는 편이 효과적임은 설명할 필요가 없다.

(2) 事業者 범위의 확대

(i) 다음에 ②에 관하여는 公正去來法의 적용을 받는 사업자의 범위가 점차 늘어가고 있다는 것인즉 구체적으로는 위에서 논급한 바와 같이 法制定 당시에는 法 제2조제1항이 5종의 업종을, 시행령 제2조제1항이 3종의 업종을 나열하였으나, 施行令 제1차 改正(1984. 7. 21.)에 의하여 6종의 업종이 적용대상사업으로 정하면서 그 내용에도 주목할 만한 진전을 볼 수 있었다. 통신업, 전기·가스 및 수도사업, 금융·保險業, 부동산 및 事業서비스業 등의 추가를 그 내용으로 되어 있다.

(ii) 公正去來法 제2차 改正(1990. 1. 13.)에서는 위의 施行令 제1차 개정(1984. 7. 21.) 제2조제1항의 6종의 업종이 그대로 法 제2조제1호 “事業者”에 포함되었다. “令”에서 “法”으로 승격된 셈이지만 “法”으로서는 적용범위를 확대한 셈이 된다.

(iii) 이 事業者의 범위는 그 후 公正去來法 제3차 改正(1992. 12. 8.)에서 다시 확대되었으며 教育서비스業과 保健 및 사회복지사업 등이 추가되었다(法 제2조제1호). 한편 施行令은 제4차 改正(1993. 2. 20.)에 의하여 令으로 위임된 업종(法 제2조제1항 附目)을 “연단제조업”으로 정하였다(令 제2조제2항). 그 후 이 事業者의 범위에 관한 法 및 令은 변동이 없다.

(iv) 의사·辯護士·公認會計士·稅務士 등의 자유업에 대하여는 그 적용의 여부가 명확하지 않으나 점차 확대되어 가는 추세에 있다. 상공업과 같은 企業性은 없으나 對價를 받고 하는 경제활동이라는 점에서 사업성을 인정할 수 있으며 또 그 경쟁제한적 행위의 폐해도 있을 수 있으므로 公正去來法이 적용되어야 한다.⁶⁾ 국내에서도 이러한 自由業에 대한 법적용의 방침을 정하고 있으며,⁷⁾ 1999년부터 변호사·회계사 등 각종 (10개) 전문직의 보수와 수수료

5) 日本 獨占禁止法(“私的獨占의금지및公正去來의確保에관한法律”) 제2조제1항은 구체적으로 세분하여 업종을 열거하는 것이 아니고 포괄적으로 규정하고 있다.

6) 日本에서는 이러한 自由業이 獨禁法의 적용대상이 되고 있다. 岩井外, 전거서 13면.

7) 公正去來委員會의 요청에 따른 韓國開發研究院(KDI)의 연구보고도(경쟁라운드에 대비한 國際카르텔협정 체결과 관련) 변호사나 공인회계사 등의 전문직 自由業에 대한 적용의 타당성을 주장하고 있으며, 이에 따라 이들 전문직의 보수의 자율화를 전망하고 있다. 公正去來委는 會計士, 稅務士 등의 31개 硬性카르텔을 1998년내에 폐지할 것이라

경쟁체계를 전면 자율화할 것이라 한다. 이에 따라 일부 카르텔을 폐지하기로 방침을 정한 것으로 보도되고 있으며 경제협력개발기구(OECD)에서도 1998년 4월 “핵심 카르텔금지에 관한 권고”를 채택한 것으로 전해지고 있다. 다만 10개 전문직의 보수와 수수료에 대한 상한선을 없애는 경우에 어느 쪽으로 가격을 유도할 것인가 또 관련 업계의 재편이 또 다른 독과점시장을 불러일으키는 않을까 하는 우려도 있으며 이러한 점들을 고려한 보완책의 강구가 요망되고 있다.⁸⁾ 법적용의 범위의 획기적인 확대에 따른 새로운 과제라 하겠다.

(3) 金融業 및 保險業에 관한 적용 및 公正去來法適用除外에 관한 문제

1) 特殊性과 적용의 타당성에 관한 문제

(i) 公正去來法の 적용대상으로 정하여진 “금융 및 保險業”에 관하여는 그 간 논란이 적지 않았다. 예컨대 “保險事業은 그 사업의 특수성과 기술적 요청에서 일면 카르텔行爲가 불가피한 점이 있기 때문에 미국·독일 등의 보험선진국의 입법에 따라 公正去來法の 직접적인 규제를 피하고 그 대신 公正去來法の 근본취지를 받아들여 문제가 되는 거래행위에 대하여 별도의 법률제정 또는 保險業法の 개정을 통하여 이를 규제하는 것이 바람직하다”고 하는 연구 결과의 보고를 볼 수 있다.⁹⁾

(ii) 한편 公正去來法은 제58조에서 동법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 法律 또는 그 법률에 의한 命令에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니함을 명규하고 있다. 현행 保險業法이 보험업자의 相互協定을 인정하고 있는 것은 公正去來法 제58조에 의하여 허용된 것이다. 즉 보험사업자는 그 사업에 관한 共同行爲를 하고자 할 때에는 金融監督委員會의 허가를 받아야 하며 이를 변경 또는 폐지하고자 할 때에도 같다(保險業法 제17조제1항). 그러나 금융감독위원회가 이 相互協定의 체결 또는 변경의 인가를 하거나 命令을 하고자 할 때에는 미리 公正去來委員會와 협의하여야 한다(동조 제3항). 이상은 共同行爲에 관한 것이므로 그 밖의 사항에 관하여는 보험업도 公正去來法の 적용대상이 됨은 물론이다.

한다. 每日經濟新聞 1998. 2. 9, 31면.

8) 每日經濟新聞 1998. 7. 25, 5면(社說).

9) 韓國保險學會, 共同研究(申守植, 柳浩善, 具河書, 朴恩會, 宋基徹) 『公正去來와 保險産業의 諸問題』 1982. 8, 97면.

2) 法適用除外에 관한 문제

(i) 이에 관하여는 日本의 獨禁法의 일반적인 적용배제의 경우가 참고될 것으로 본다. 日本 獨禁法의 적용제외의 유형은 다음의 세가지로 분류된다. ① 첫째는 獨禁法 자체에서 적용제외를 명백히 하고 있는 경우이며, 동법 제6장(適用除外)(제21조 내지 제24조의4)에서 구체적으로 명규하고 있다. 다음은 ② 獨禁法適用除外法(“私的獨占의 금지 및 公正去來의 확보에 관한 法律의 適用除外 등에 관한 法律”)에 의한 경우이며, 셋째는 ③ 개개의 法律에 의하여 獨禁法의 적용제외를 명문으로 규정하는 경우가 된다. ①은 우리 公正去來法 제58조가 이에 해당하나 그 범위에 차이가 크다. ②에 해당하는 立法은 우리나라에는 없고, ③의 예는 전술한 우리 保險業法 제17조에서 볼 수 있다.

(ii) 우리 公正去來法 제2조제1호의 “事業者”에는 電氣·가스 및 水道事業 등의 사업을 영위하는 자가 포함되어 있으나(法 제2조제1호 나目) 日本 獨禁法에는 철도, 전기, 가스 등의 자연독점적 사업에 대하여는 그 적용이 배제되어 있다(동법 제21조). 이러한 公益事業은 설비에 거액의 자금을 요하며 만일 복수의 기업이 경쟁을 하도록 하는 경우에는 자원의 낭비가 생길 것이 뻔하다는 것이다. 따라서 기업의 수를 제한하는 대신 獨占의 폐해를 방지하는 감독기능을 국가가 맡는다는 것이다.¹⁰⁾ 公益事業에 대한 적용문제는 검토를 요하는 사항이라고 본다.

(iii) 公正去來法 제2장은 市場支配的 地位의 남용을 금지하는 규정을 두고(法 제3조 이하) “市場支配的 事業者”의 정의를 규정하고 있으며(동법 제2조제7호) 公正去來委員會가 시행령 제4조의 市場支配的 事業者의 요건(최근 1년간의 국내 공급금액이 1,000억원 이상인 市場에서의 공급업자)에 따라서 市場支配的 事業者를 지정·고시한다(동법 제4조제1항). 法은 이 市場支配的 事業者의 정의에서 “금융업 또는 保險業을 영위하는 會社”를 제외하고 있다(法 제2조제7호 단서). 금융업 또는 保險業의 특수성을 고려한 입법조치이다. 그러나 이에 대하여는 최근 금융업 또는 保險業을 영위하는 회사도 법적용의 대상에 포함시켜야 한다고 하는 立法論(法 제2조제7호 但書의 삭제)이 대두되고 있다.¹¹⁾ 흥미할 문제라 생각된다.

10) 丹宗; 厚谷, 전게서 182~183면; 岩井외, 전게서, 264면 이하.

11) 『民官合同委員會 建議 公正去來法 改正勸告案』1998. 8, 3면.

3) 法適用의 特例(금융회사·보험회사가 취득한
계열회사주식의 효력)

제1차 公正去來法 改正(1986. 12. 31.)에서 大規模企業集團의 개념이 등장함에 따라 집단소속회사로서 금융업 및 保險業을 영위하는 회사는 국내 系列會社의 株式을 취득하되 의결권을 행사할 수 없게 하였다(法 제7조의5). 이 제도는 그 후 제2차 改正法(1990. 1. 13.) 제11조로 이어지고 제3차 改正法(1992. 12. 8.) 제11조에서는 원칙을 유지하면서 예외로서 금융 및 保險業을 영위하기 위하여 취득한 株式은 의결권을 인정하는 것으로 규제완화를 하고 있다. 이 원칙과 예외는 제4차 改正法(1994. 12. 22.) 제11조, 제5차 改正法(1996. 12. 30.) 제11조 및 제6차 改正法(1998. 2. 24.) 제11조에 이어지고 있다. 보험자산의 효율적인 운용·관리를 위하여 관계법령에 의한 승인등을 얻어 株式을 취득한 경우이므로 의결권을 인정하는 것은 당연한 것이다. 금융·보험회사의 系列會社 주식취득은 이러한 적법한 절차를 거쳐서 하여지는 것이므로 사실상 위의 의결권제한규정은 있으나마나한 것이 아닐까 생각된다.

2. 企業結合의 制限

(i) 公正去來法은 제정당시부터 企業結合을 제한하고 있다(동법 제7조). 복수의 기업이 株式의 소유, 任員의 겸임, 合併 등의 방법으로 계속적·조직적으로 통일적인 의사에 따르게 되는 경우에는 경제력이 집중되고 시장지배력을 가지게 되며 과점적인 시장구조로 될 우려가 있기 때문이다.¹²⁾

(ii) 企業結合은 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우에 일정한 예외의 경우를 제외하고 금지되고 있으나(동법 제7조제1항) 실질적인 경쟁제한상태의 여부에 관한 立證이 용이하지 않으므로 제5차 改正法(1996. 12. 30.)은 당사회사의 시장점유율 등을 기준으로 하여 실질적인 경쟁제한의 推定을 하는 규정을 신설하고 있다(동법 제7조제4항). 立證이 어려운 경우의 추정규정은 제도운용의 효율화를 위하여 필요한 것으로 본다.¹³⁾

12) 權五乘, 企業結合規制論, 1987, 法文社, 31면 이하.

13) 이러한 推定規定은 독일 경쟁제한금지법(GWB) 제22조(市場支配的 事業者의 남용규제) 제3항에 그 立法例를 볼 수 있으며, 그에 의하면 특정 商品의 시장점유율(3분의 1 이상)에 따라 시장지배적 사업자로 推定한다고 규정하고 있다. Wernhard Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Carl Heymanns Verlag KG. Köln.

(iii) 제5차 改正法에서는 또 企業結合의 방법의 하나인 타회사의 株式의 취득 또는 소유를 그 名義와 관계없이 실질적인 소유관계를 기준으로 한다는 취지의 규정을 신설하고 있다(法 제7조의2). 이러한 규정이 없으면 株式의 취득 또는 소유의 여부에 관하여 名義改書의 유무와 관련하여 견해의 대립이 생길 것이므로 필요한 입법조치라 하겠다.

(iv) 公正去來法은 強要 기타 不公正한 방법에 의한 企業結合을 금지하고 있으나(法 제7조제3항), 強要 기타 不公正한 방법에 의한 企業結合의 기준이 무엇인가 하는 것이 문제된다. 이리하여 제5차 改正法에서는 이에 관한 基準을 公正去來委員會가 정하여 告示할 수 있도록 한 것이다(法 제7조제5항).

(v) 이상과 같이 제5차 改正法은 企業結合에 대한 규제의 운용상 필요한 제도를 신설함으로써 그 이전에 비하여 법운용의 효율을 기할 수 있게 된 것이라 하겠다.

3. 經濟力集中의 抑制

(i) 公正去來法 가운데 직접 기업경제에 미치는 영향이 가장 큰 것이 “經濟力集中의 억제”에 관한 부분이며 구체적으로는 持株會社 및 大規模企業集團에 속하는 회사에 대한 규제이다. 그러면서 이 규제에 관한 제도는 법제정 이후 가장 중요한 改正을 거처온 것이다. 이른바 재벌정책의 구체적인 내용이 이 公正去來法에 나타나 있는 것이다.

(ii) 持株會社 및 大規模企業集團의 개념은 제1차 改正法(1986. 12. 31.)에서 도입되었다(法 제7조의2 이하). 전자에 관하여는 그 許否에 관한 논의가 가장 활발하게 계속되어 오고 있으며 후자에 대한 규제는 그 起伏이 가장 심한 편이다. 우선 大規模企業集團에 관한 규제부터 그 變遷과정을 훑어 보기로 한다.

(1) 大規模企業集團

1) 範圍

(i) 大規模企業集團의 개념은 제1차 改正法 제7조의3(이 조문은 제2차 改正法에서는 제9조로 바꾸어졌으나 內容은 변동이 없다)에 의하면 “一定規模 이상의 資産總

Berlin, 1983, S. 531(§11 b).

額 등 대통령령(施行令)으로 정하는 基準에 달하는 企業集團(이하 “大規模企業集團”이라 한다)”으로 되어 있으며, 이에 관한 施行令은 제2차 改正(1987. 4. 1.)의 제 15조에서 “당해 企業集團에 속하는 會社들의 대규모기업집단 지정 직전 사업 연도의 대차대조표상의 資產總額(금융업 또는 보험업을 영위하는 회사의 경우에는 資本總額 또는 資本金중 큰 금액)의 합계액이 4,000억원 이상인 企業集團을 이른다”라고 규정하고 있다. 다만 금융업 또는 保險業만을 영위하는 기업집단을 제외한다.

(ii) 대규모기업집단의 범위에 관한 기준은 그 후의 施行令의 제4차 改正(1993. 2. 20.)의 제17조에 의하여 “당해 企業集團에 속하는 會社들의 대규모기업집단 지정 직전 사업연도의 대차대조표상의 資產總額(금융업 또는 보험업을 영위하는 회사의 경우에는 資本總額 또는 資本金중 큰 금액으로 하며 새로 설립된 會社로서 직전 사업연도의 貸借對照表가 없는 경우에는 指定日 현재의 納入資本金으로 한다)의 합계액의 순위가 1位부터 30位까지인 企業集團으로 한다”라고 규정하게 되었다. 대규모기업집단의 범위에 관한 기준이 資產總額에서 합계액의 順位로 바뀌어진 것이다. 이 施行令 제17조는 그 후 부분적으로 개정되기는 하였으나 順位의 기준은 변동이 없다.

(iii) ① 대규모기업집단의 지정은 제1차 改正法(1986. 12. 31.)에서는 經濟企劃院長官이 하여 그 소속회사에 통지하고 그 때부터 각 규제를 적용하게 되어 있었다(法 제8조의3). 그러나 ② 제2차 改正法(1990. 1. 13.)에 의하여 경제기획원장관 소속하에 公正去來委員會를 설치함에 따라(法 제35조) 대규모기업집단의 지정을 이 위원회가 하게 되었다(法 제14조). ③ 그 후 제5차 改正法(1996. 12. 30.)에 의하여 公正去來委員會가 국무총리 소속하에 중앙행정기관으로 소관사무를 수행하게 된 뒤에도(法 제35조) 대규모기업집단의 지정·통지는 이 위원회가 하게 되어 있다(法 제14조제1항).

(iv) 대규모기업집단의 지정제도에 대하여는 최근 그 존속의 여부를 두고 부정적인 주장이 나오고 있다. 전국경제인연합회에 따르면 개방화시대를 맞아 대기업정책의 핵심인 經濟力集中의 억제에 대한 규제는 더 이상 실효성이 없어졌으므로 이 규제의 전면적인 철폐를 할 것을 주장한 바 있다. 또 기업규모가 크다는 이유로 가하여지고 있는 차별을 조기에 폐지하고 이를 위하여 大規模企業集團(30대 그룹)의 지정·관리의 제도도 없어져야 한다고 하였다. 그에 따르면 국내시장이 완전 개방되어 있어 大企業 經濟力集中 抑制政策은 오

히려 국내 기업이 외국기업에 비하여 불리해지는 逆差別만 초래하고 있다고 한다.¹⁴⁾

(v) 그러나 최근 한 입법건의에 따르면 公正去來法の 개편방향으로서 동법이 “市場經濟의 憲法”으로서의 역할을 충실히 수행할 수 있도록 法の 적용영역을 확대하고 그 집행력을 강화하는데 맞추어야 한다는 의견이 제시되고 있다. 또 이 法の 적용영역의 확대와 집행강화는 구조조정용자를 제공하는 世界銀行(IBRD)을 비롯한 국제경제사회의 한국투자자에 대한 요구조건이라는 점을 부연하기도 한다.¹⁵⁾

(vi) 이 建議案은 大規模企業集團에 관하여는 언급이 없다. 기업집단에 속하는 회사에 대한 규제의 구체적인 사항에 따라 그간의 法改正에 의하여 규제가 보다 강화된 것도 있고 그 반대로 풀린 것도 있으므로 각 해당 부분에서 검토하기로 한다.

2) 相互出資의 禁止

(i) 公正去來法은 大規模企業集團에 속하는 회사가 系列會社간에 相互出資를 하는 것을 금지하고 있다(法 제9조). 계열회사간의 이 相互出資의 금지는 제1차 改正法(1986. 12. 31.)에서 제7조의3을 신설함으로써 제도화된 것이다. 相互出資는 회사법상으로도 資本充實을 해친다는 이유에서 금지되고 있으나 그 요건에 차이가 있다. 이 금지에 대하여는 會社合併 등 일정한 경우의 예외가 인정되어 있다(公正去來法 제7조의3제1항)(現行法 제9조제1항 단서).

(ii) ① 제1차 改正法에서는 금융업 및 保險業을 영위하는 회사는 大規模企業集團에 속하더라도 예외가 인정되어 계열회사간의 相互出資가 허용되었다(法 제7조의3제1항). ② 그러나 제2차 改正法(1990. 1. 13.)에서는 금융업 및 保險業을 영위하는 회사도 相互出資 禁止의 대상으로 포함되었으며(法 제9조제1항) 그 후 제6차 改正法 제9조에 이르기까지 이 조문에는 변동이 없다. 금융업과 保險業에 대한 公正去來法の 적용은 입법당시의 적용제외에서 적용대상으로 확대되어 가는 추세에 있으며 대규모기업집단에 속하는 계열회사 상호간의 출자금지도 이러한 추세에 따른 것이다.

14) 每日經濟新聞 1998. 3. 20, 2면.

15) 公正去來法 改正을 위한 民官合同委員會, 『民官合同委員會 建議, 公正去來法 改正勸告案』 1998. 8, 序文.

3) 總額出資制限

(i) 公正去來法の 변천과정에서 가장 굴곡이 심한 부분이 總額出資制限이다. ① 이것은 大規模企業集團에 속하는 회사가 국내 회사의 株式의 취득에 의한 出資를 제한하는 제도이므로 大規模企業集團의 개념이 없었던 公正去來法 제정 당시에는 이러한 규제는 없었다. ② 제1차 改正法(1986. 12. 31.)에서 제7조의4를 신설하여 大規模企業集團에 속하는 회사(中小企業創業投資會社를 제외)는 취득 또는 소유하는 國內會社株式의 장부가격의 100분의 40을 곱한 금액(“出資限度額”)을 초과하지 못하게 하였으며 다만 工業發展法 또는 조세감면규제법에 의한 합리화계획 등에 의하여 (株式을) 취득 또는 소유하는 株式에 대한 新株의 배정, 담보권의 실행 등에 의한 株式의 취득 또는 소유는 예외로 허용된다(제7조의4제1항). 大規模企業集團에 속하는 회사의 출자를 제한하지 않는 경우에는 경제력의 집중현상이 심화될 수 있기 때문이다. ③ 제2차 改正(1990. 1. 13.)에서는 조문수를 정리하여 제10조에서 총액출자의 한도액을 100분의 40으로 유지하고 있으며 다만, 순자산액이 변동하는 경우의 경과조치 및 외부감사에 관한 규정이 보완되어 있다(동조 제2항~제6항). ④ 제3차 改正(1992. 12. 8.)에서는 出資總額의 제한을 유지하면서 예외의 경우를 5개 사유로 늘리고 있다(法 제10조제1항 단서). 그만큼 제한이 완화된 셈이다. ⑤ 제4차 改正(1994. 12. 22.)에서는 출자한도액이 당해 회사의 순자산액의 100분의 25로 하향조정된 것이 주목된다(法 제10조제1항). 이 밖에 會社의 순자산액의 증감에 따른 경과조치의 규정이 보완되었다. ⑥ 제5차 改正(1996. 12. 30.)에서는 (a) 출자한도액은 100분의 25를 유지하면서 “금융업 또는 保險業을 영위하는 회사”에 대하여는 출자총액의 제한대상에서 제외하고 있다(法 제10조제1항 본문). 예금주 또는 보험계약자 등의 고객의 자금을 필요한 분야에 활용하는데 제한할 것까지는 없을 것이다. (b) 다음에는 “所有分散優良會社”의 개념을 도입한 것이 주목된다. 즉 大規模企業集團에 속하는 회사로서 “所有分散優良會社”의 경우에는 出資總額을 적용하지 않는다는 것이다(法 제10조제3항). “所有分散優良會社”의 요건은 시행령(1995. 4. 1.) 제17조의4에서 정하여져 있으며 自己資本이 자산총액의 100분의 20이상이거나 주력기업등 경제력집중에 영향을 미칠 우려가 있는 회사가 아닐 것, 상장법인으로서 일정한 요건을 갖춘 경우 등으로 정하여져 있었으나 이 施行令 제17조의4는 제6차 개정(1997. 3. 31.)에 의하여

수정되어 주권상장회사로서 自己資本이 자산총액의 100분의 25이상이거나 동일인 및 동일인관계자가 소유하고 있는 당해 회사의 株式의 합계가 당해 會社의 발행주식총수의 100분의 20미만인 경우 등으로 규정되었다(시행령 제6차 개정: 1997. 3. 31.). (c) 公正去來委員會는 대규모기업집단에 속하는 회사의 신청이 있는 경우에는 所有分散優良會社에 해당하는지의 여부를 확인하여 통지하도록 되어 있었다(제5차 改正法 제10조제9항).

⑦ 이상의 出資總額의 제한에 관한 法 제10조는 제6차 改正(1998. 2. 24.)에서 전문 삭제되었다. 이와 동시에 “所有分散優良會社”의 요건에 관한 시행령(1995. 4. 1.)(1997. 3. 31.) 제17조의4의 규정도 法 제10조의 관련 시행령인 제17조의2 및 제17조의3의 규정과 더불어 삭제되었다.

(ii) 이상과 같이 出資總額의 제한에 관한 法 제10조의 규정을 法 제6차 改正(1998. 2. 24.)에서 폐지한 것은 금융위기에서 시작한 경제불황을 타개하기 위하여 기업에 출자를 촉진시킬 필요가 있기 때문이다. 그 결과 생길 수 있는 經濟力의 集中에 따른 폐해에 대하여는 他會社株式의 취득에 의한 企業結合의 규제(法 제7조제1항제1호)에 의하여 대처할 수 있을 것이다.

(2) 債務保證制限 大規模企業集團

1) 債務保證制限의 변천

(i) 公正去來法은 제3차 改正(1992. 12. 8.)에서 제10조의2를 신설하여 “債務保證制限 大規模企業集團”의 개념을 도입하고 그 집단에 속하는 회사의 國內系列會社에 대한 채무보증한도액을 정하여 회사의 自己資本의 100분의 200을 초과하지 못하게 제한하게 되었다. 이 경우의 “債務保證制限 大規模企業集團”의 범위는 위의 “大規模企業集團”의 그것과 동일하다.

(ii) 그 후 法은 제5차 改正(1996. 12. 30.)에서 債務保證限度額을 당해 회사의 自己資本의 100분의 100을 초과하지 못하게 하향조정하였다(法 제10조의2제1항). 自己資本 이상의 채무보증이 금지된 것이다.

(iii) 한편 제3차 改正法에서는 “국내금융기관의 해외지점여신에 대한 保證”의 경우에는 채무보증총액에서 제외하였으나(法 제10조의2제1항제2호) 제5차 改正法은 이 부분(法 제10조의2제1항제2호)을 삭제함으로써 “국내금융기관의 해외지점여신에 대한 保證”도 債務保證總額에 포함하게 한 것이다(法 제10조의2제1항 참조).

2) 債務保證의 금지

公正去來法은 제6차 개정(1998. 2. 24.)에 의하여 신규로 하는 債務保證을 전면적으로 금지하게 되었다(法 제10조의2제1항). 즉 債務保證制限 大規模企業集團에 속하는 회사(금융업 또는 保險業을 영위하는 회사는 제외)는 국내 系列會社에 대하여 債務保證을 하지 못한다(法 제10조의2제1항).

3) 기존 債務保證의 해소

(i) 제6차 改正法은 이상과 같이 새로 하는 債務保證을 금지하는 한편, 기존 債務保證에 대하여는 소정의 기간내에 해소하도록 하고 있다(法 제10조의3).

(ii) 이상에서 본바와 같이 債務保證制限 大規模企業集團에 속하는 회사의 국내 系列會社에 대한 債務保證은 ① 법제정 당시에는 아무런 규제도 없다가 ② 債務保證制限 大規模企業集團의 개념이 등장한 제3차 改正에서는 채무보증 한도액을 회사의 自己資本의 100분의 200으로 정하고 ③ 제5차 改正에서는 100분의 100으로 하향조정되었다가 ④ 제6차 改正에서는 계열회사에 대한 債務保證을 금지하게 되었다.¹⁶⁾ 그 과정을 보면 債務保證에 대한 규제가 점차 엄격해져가고 있음을 알 수 있다.

(iii) 이에 관하여는 우리나라에서는 系列社間의 相互保證으로 인하여 상환 능력이 과대평가되고 결국 금융기관이 피해를 입는 예가 허다하다고 하는 지적이 있으며, 한편 相互保證으로 인하여 계열기업의 연쇄도산이 초래된다고 하는 문제의 지적도 있다.¹⁷⁾ 한편, 公正去來委員會가 30대 재벌그룹의 系列社間의 채무보증을 조사한 결과 1998. 3월말 현재 총 22개 기업이 保證限度(자기자본의 100%)를 1兆7,000억원이나 초과하고 있는 것으로 나타나 있다고 한다.¹⁸⁾ 이들 債務保證에 대하여는 각 소정의 기간내에 해소하지 않는 경우에는(法 제10조의3) 강한 벌칙이 적용된다(法 제66조제1항제5호).

16) 이에 관하여 李哲松, 『상호보증금지의 법리적 정당성』 季刊 “공정경쟁” 사단법인 한국 공정경쟁협회, 제6호 1996. 6. 25, 26면 이하 참조.

17) 李哲松, 전계논문, 29면. 국내 30대 系列社의 債務保證額중 自己資本을 초과하는 규모가 40조5,000억원이 넘는 것으로 보도되고 있다. 조선일보 1998. 2. 17, 10면.

18) 조선일보 1998. 8. 20, 3면.

4. 持株會社에 관한 問題

(1) 持株會社の 설립·전환의 금지

① 公正去來法은 제정당시에는 持株會社에 대한 규제가 없었으나 ② 제1차 改正(1986. 12. 31.)에서 제7조의2를 신설하여 持株會社の 설립 및 전환을 금지하게 되었으며(동조 제1항), 다만 법률에 의하여 설립하는 경우 및 外資導入法에 의한 외국인투자사업을 영위하기 위하여 설립하는 경우로서 경제기획원 장관의 승인을 얻은 경우에는 持株會社가 허용되었다(동조 제2항). ③ 이 持株會社の 금지는 제2차 改正法(1990. 1. 13.) 제8조에서 그대로 이어졌으며, 다만 제2항의 예외의 승인기관이 “경제기획원장관”으로부터 “公正去來委員會”로 바뀌어졌다. 그리고 이 제8조의 규정은 제6차 改正法(1998. 2. 14.)에 이르기 까지 변동없이 유지되고 있다.

(2) 持株會社 是非論 및 立法例

(i) 持株會社は 여러 가지 경제적 작용이 있으나 특히 小資本을 가지고 타 회사를 지배할 수 있으며 다수의 기업을 피라미트형으로 지배함으로써 통일적인 지휘가 가능하고 支配資本의 절감을 꾀할 수 있다. 또 持株會社에 의하여 콘 체른을 형성하는 경우에는 카르텔의 경우와는 달리, 외부에서는 이를 파악하기 어렵고 그 만큼 獨占에 대한 국민의 거부감을 둔화시킬 수 있다. 이리하여 2차大戰까지의 日本의 대재벌은 모두 持株會社인 각 재벌본부를 정점으로 하여 그 밑에 수많은 사업회사를 피라미트형으로 지배함으로써 企業結合을 형성하였다는 것이다.¹⁹⁾ 이상이 持株會社를 금지하는 이유로 이해되고 있다.

(ii) 持株會社를 금지하는 立法例는 1997년 改正前의 日本 獨占禁止法 제 9조에서 볼 수 있다. 순수 지주회사의 설립 및 전환을 금지하고 있었으며 그 내용은 “株式을 소유함으로써 國內의 會社の 사업활동을 지배하는 것을 사업으로 하는 회사”로 되어 있었으며 우리 公正去來法 제8조제1항과 동일한 것이다.²⁰⁾ 그 이유는 여러 가지 있었으나 재벌조직의 중추기관으로서의 기능을

19) 田中誠二外, コンメンタル獨占禁止法, 1981, 勁草書房, 東京, 524~525면; 拙著, 經濟法, 1993, 法經出版社, 119~120면.

20) 상세한 내용은 獨占禁止法講座 II 獨占, 1976, 商事法務研究會, 東京, 83면 이하(宮坂富之助); 田中誠二外, コンメンタル 獨占禁止法,, 1981, 勁草書房, 東京, 533면 이하. 今村成和, 獨占禁止法(法律學全集)[新版], 1978, 東京, 166면 이하.

우려하여 그 부활을 막기 위한 것이 그 하나로 지적되고 있다.²¹⁾

(iii) 日本을 제외하고는 持株會社를 직접 금지하거나 규제하는 立法例는 보기 어렵다. 기업지배에 의한 독점형성을 위한 수단으로서의 持株會社의 제도는 美國에서 그 효시를 볼 수 있으나 미국에서는 우리나라와는 달리 持株會社 자체를 反트라스트法으로서 금지하는 것은 아니고 다만 持株會社의 활동이 일정한 경쟁제한적 영향을 미치게 되는 경우(去來制限, 독점)에는 反트라스트法의 엄격한 규제를 받는 것으로 되어 있다.²²⁾

이리하여 미국에서는 대기업의 기업형태가 持株會社가 아니고 事業部制를 취하는 사업회사의 형태가 압도적으로 많은 것으로 나타나 있다.²³⁾ 英國이나 독일에서는 대기업으로서 持株會社의 형태를 취하는 것이 많으나 이러한 持株會社는 이전처럼 100% 이하의 所有株式으로서 기업그룹을 지배하는 것이 아니며 영국에서는 持株會社가 M&A를 통하여 기업그룹을 구성하기 때문에 持株會社의 밑에 복잡한 企業그룹이 존재하고 있다.²⁴⁾ 독일에서도 현재의 持株會社는 실질적으로는 事業部制이며 持株會社가 子會社의 株式를 100% 소유하고 있는 것으로 되어 있다.²⁵⁾ 이상과 같이 미국, 영국 및 독일에서는 持株會社를 피라미드 형태의 企業支配의 수단으로 이용하는 일은 없는 것으로 알려

21) 日本 獨占禁止法이 원래 제9조에서 持株會社의 설립을 금지하였던 것은 재벌의 부활을 저지하기 위한 것이며, 이 밖에 과도한 一般集中의 방지 및 특정 商品(用役을 포함) 市場의 경쟁에 미치게 될 악영향을 막기 위한 것으로 인식되어 있다. 『持株會社の法的諸問題』 - 資本市場法制研究會報告 -, 1996, 財團法人 資本市場研究會, 東京, 4~5면(根岸哲); 田中誠二外, 전계 獨占禁止法, 528면.

22) 田中誠二外, 전계서 523면. 企業所有의 특수한 형태를 이용함으로써 Sherman Act 위반이 된 사례로서 New Jersey의 Standard Oil Company 事件이 있다(Rockefeller가 새만법을 위반). Richard A. Posner, Antitrust, Cases, Economic Notes, And Other Materials, 1974, West Publishing Co. pp.364~365. ; Standard Oil Co. v. United Syayes, 221 U. S. 1. 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619(1911).

23) (日)經濟法學會編, 『持株會社と獨占禁止法』, 經濟法學會年報 第17號, 1996, 有斐閣, 99면(古城 誠, “持株會社禁止の根據と合理性”).

24) 古城 誠, 전계논문(經濟法學會年報 第17號) 100면(Hadden, The Controll of Corporate Group, 1983.을 인용)(注 23).; 이 밖에 영국 회사법상의 持株會社에 관하여 J. H. Farrar, /N. E. Furey /B. M. Hannigan, Company Law, 3rd. edition, 1991, Butterworths, London, pp.538.

25) 古城, 전계논문, 101면(Chandler, Scale and Scope; The Dynamics of Industrial Capitalism, 73~78, 1990.에서 인용)(注 27).; 이 밖에 독일 콘체른法상의 持株會社에 관하여 Emmerich · Sonnenschein, Konzernrecht, 3. Aufl. 1977, Verlag C · H · Beck, München, S. 48~S. 49)(Holdingsgesellschaften).

지고 있다.²⁶⁾

(3) 최근의 동향(持株會社 解禁論)

(i) 우리 公正去來法 제8조와 같은 입법을 하고 있었던 日本 獨占禁止法 제9조에 관하여는 1966년부터 1967년에 걸쳐서 경제계를 중심으로 持株會社 제도의 부활이 거론되었으며 그 배후에는 자본자유화에 따른 外資, 즉 미국 자본의 진출로부터 일본 기업을 보호하여야 한다고 하는 기업방어적 견지에서 필요하다는 것이었다.²⁷⁾ 그러나 이에 대하여는 持株會社는 독과점형성의 가장 유력한 수단이라는 점에서 그 부활은 무모하다는 反對論이 강하였다.²⁸⁾

(ii) 그러나 최근 일본에서는 持株會社의 해금론이 다시 대두되어 그 논의가 활발하게 계속되었으며,²⁹⁾ 그 배경에는 재벌이 부활할 우려가 없다는 것, OECD 가맹에 따라 무역과 資本의 自由化를 추진하여야 할 처지에 놓이게 되었다는 것과 규제의 방법이 예방적 규제로부터 폐해적 규제에 이행하여야 한다고 하는 정책전환 및 持株會社를 금지하는 立法例가 한국과 일본을 제외하고는 없다고 하는 것 등이 그 이유로 되어 있다.³⁰⁾

(iii) 이리하여 일본에서는 獨占禁止法 제정후 50년이 지난 1997년 6월 18일에 持株會社의 解禁등을 내용으로 하는 獨禁法(“私的獨占의 금지 및 公正去來의 확보에 관한 法律”)의 改正法이 공포되었다. 이 개정에 의하여 獨禁法 제9조는 사업지배력이 과도하게 집중하게 되는 持株會社의 설립·전환이 금지되며(제1항, 제2항) 따라서 그것은 部分解禁으로 해석되어 있다.

개정법이 전면해금을 피한 것은 현재 일본에서는 사업자의 市場에의 자유로운 진입이나 거래선의 선택, 거래조건의 설정등에 관한 자주적인 판단이 제약을 받거나 공정한 경쟁이 저해되기 때문이라 한다.³¹⁾ 또 이 규정의 운영에

26) 古城, 전계논문 101면; 別冊商事法務 No. 197, 『新しい持株會社規制』, 1997, 商事法務研究會, 249면 이하(“歐美における持株會社の實態調査”) 참조.

27) 田中誠二外, 전계서 526면.

28) 田中誠二外, 전계서 527면.

29) 예컨대 전계 『持株會社の法的諸問題』 6면 이하(根岸); 전계 『持株會社と獨占禁止法』 1면 이하(本間重紀, “企業集中原則としての 株式保有規制 - 總論 - 持株會社解禁論を中心に-”). 武藤泰明, 『持ち株會社のすべて』, 1997, 日本經濟新聞社, 東京, 58면; 泉水文雄, 『純粹持株會社と獨禁法上の問題』, 『ジュリスト』, No. 1104, 1997. 1. 15, 74면 이하.

30) 厚谷襄兒, 『獨占禁止法入門<新版>』 1997. 4, 日本經濟新聞社, 東京, 199면; 武藤泰明, 전계서 58면 이하.

31) 전계 『新しい持株會社規制』, 7~8면. 日本에서는 事業會社나 金融會社에 의한 他會社의

관하여 사업자의 예측가능성을 높이기 위하여 금지되는 持株會社의 해석을 보다 명확하게 하고 운용의 투명성을 확보하기 위하여 동법 제9조의 가이드라인이 마련되어 있다.³²⁾

(4) 公正去來法 改正案

1) 國內의 最近동향

(i) 持株會社에 관하여는 국내에서도 찬반양론이 있어 왔다. 예컨대 반대하는 입장으로는 이것을 도입하면 우리 기업의 구조조정 일정이 늦어질 수 있기 때문이며 특히 持株會社가 투자자로서의 기능을 하는지 아니면 경영주체인지 판단을 흐리게 한다고 한다.³³⁾ 또 1998년 2월초에는 비상경제대책위원회가 재계에서 강력히 주장하고 있는 持株會社의 도입에 관하여 당분간 유보하기로 한 바 있다.³⁴⁾ 최근의 반대의견으로는 “持株會社의 허용은 經濟力集中의 폐해로 이어져 재벌개혁에 역행하는 대표적인 조치가 된다”고 하는 것이 있다.³⁵⁾

(ii) 이에 대하여는 “기업들의 구조조정 노력에 도움을 주고 외국인들의 투자를 용이하게 하기 위하여 持株會社의 허용시기를 앞당겨야 한다”고 하는 입장이 있는가 하면(公正委 김학현), “持株會社가 허용될 경우 이를 통해 기업의 구조조정이 훨씬 용이해진다”고 하는 주장도 같은 입장이다(KDI, 구본원).³⁶⁾ 앞서 인용한 국민회의의 의견수렴에서도 위와 같은 허용의견이 나오고 있으며, 전경련에서는 “持株會社는 모회사와 자회사간의 출자 및 소유구조를 단순화하여 系列社의 확장이 오히려 억제되고 선단식 경영을 어렵게 할 것”이라는 견해를

株式保有를 통한 6大企業集團이나 대기업을 정점으로 한 다수의 子會社·관련회사를 지배하는 大規模企業集團이나 “系列”이 존재하고 있으며, 기업에 의한 株式保有가 일반화되어 海外로부터 株式의 상호보유 등의 진입의 장벽·투자장벽으로서 지적되고 있으므로 이러한 경제현황하에서는 持株會社의 전면적인 해금에는 문제가 있다고 한다. 전게서 7면.

32) 상계서 125면 이하. 『事業支配力が過度に集中することとなる持株會社の考え方』(原案)及び『金融會社の株式保有の認可に關する事務處理基準』(改正案)(平成9年7月9日).

33) 매일경제 주체의 세미나(“대기업 구조조정 이렇게 하라”)에서의 李憲宰 금융감독위원장의 주장. 每日經濟新聞 1998. 3. 7, 3면. 그에 따르면 持株會社를 도입하면 기업뿐 아니라 국가경제도 불행해질 수 있다고 한다.

34) 朝鮮日報 1998. 2. 3, 1면.

35) 국민회의가 持株會社제도의 도입에 관한 법률개정을 앞두고 재계와 시민단체 등의 의견을 수렴하는 자리에서의 市民團體 및 김기원교수(방송대) 등의 주장이다. 매일경제신문 1998. 9. 18, 6면.

36) 朝鮮日報 1998. 4. 28, 3면.

피력하기도 한다.³⁷⁾ 한편 학계에서도 “세계적 입법추세에 맞추어 法 제8조의 持株會社의 설립· 전환금지규정을 삭제하는 것이 타당하다”고 한 연구결과보고가 있다.³⁸⁾ 다만 허용하는 데 따르는 條件에 대하여는 찬반양론이 있다.³⁹⁾

2) 改正案

(i) 이상과 같이 持株會社의 허용여부에 관하여 찬반양론이 맞서고 있는 가운데 정부는 持株會社를 허용하는 公正去來法 改正案을 국회에 제출한 바 있다(입법예고; 1998. 6. 2.~ 6. 21.). 그 이유는 ① 최근 持株會社의 장점을 이용하여 사업의 분리·매각, 외자유치 등 기업구조조정을 보다 원활히 추진할 수 있도록 이를 제한적으로라도 허용해줄 필요가 있다는 것, ② 국제기준과는 달리 持株會社를 금지하는 우리 제도가 외국인투자의 장애요인이라는 내외국인의 불만이 있다는 것, ③ OECD, IBRD에서도 持株會社의 도입을 권고하고 있다는 것 등으로 되어 있다.

(ii) 法案의 주요골자는 다음과 같다. ① 持株會社의 요건은 회사의 자산총액이 일정규모이상으로 되어 있으며(案 제2조제1호의2)(자산총액은 대통령령으로 정한다), ② 持株會社의 설립이나 전환은 공정거래위원회에 申告事項으로 되어 있다(案 제8조). ③ 持株會社에는 일정한 행위가 금지된다(案 제8조의2). 즉 (a) 순자산액을 초과하는 부채액을 보유하는 행위, (b) 子會社의 株式을 당해 子會社의 발행주식총수의 100분의 50미만으로 소유하는 행위, (c) 子會社外의 국내 회사의 株式을 대통령령이 정하는 지배목적으로 소유하는 행위, (d) 금융업 또는 保險業을 영위하는 子會社의 株式을 소유하는 지주회사(“金融持株會社”)인 경우 금융업 또는 保險業을 영위하는 회사의 株式을 소유하는 행위, (e) 金融持株會社外의 지주회사(“一般持株會社”)인 경우 금융업 또는 保險業을 영위하는 회사의 株式을 소유하는 행위가 금지된다. ④ 一般持株會社의 子會社는 다른 국내회사의 株式을 대통령령이 정하는 지배목적으로 소유하지 못한다(案 제8조의2제2항). ⑤ 持株會社는 당해 지주회사 및 子會社의 주식소유현황 등에 관한 보고서를 공정거래위원회에 제출하여야 한다(案 제8조의2제3항). ⑥ 債務保證制限 大規模企業集團에 속하는 회사(法 제14조제1항)를 지배하는 同一人

37) 每日經濟新聞 1998. 9. 18, 6면.

38) 朴吉俊·洪復基·林雄基, 『持株會社制度에 관한 研究』 1997. 9. 韓國上場會社協議會, 103면.

39) 每日經濟新聞 1998. 9. 18, 6면.

또는 당해 同一人의 특수관계인이 持株會社를 설립하거나 전환하는 경우에는 소정의 기존 채무를 해소(法 제10조의3)하여야 한다(案 제8조의3). ⑦ 持株會社의 설립 또는 전환의 脫法行爲가 금지된다(法 제15조). ⑧ 기타 시정조치(案 제16조), 과징금(案 제17조, 제55조의3) 및 罰則(案 제66조 이하) 등에 관한 규정이 있다.

(iii) 제1차 改正法(1986. 12. 31.)에서 도입된 지주회사금지제도는 12년의 시행의 역사를 가지게 된 이 시점에서 그 존재 또는 개정을 두고 큰 전환점에 와있는 것이다. 재계와 온 국민의 많은 관심속에 재벌정책의 핵이라고도 할 수 있는 持株會社에 관한 이번 改正法案이 가지는 의미와 중요성은 더 말할 나위가 없다. 그러기에 改正法案이 국회에 제출된 후에도 여당에서는 여론수렴을 위한 행사를 펼치고 있는 점에서 현정부의 재벌정책과도 관련된 입법과제인 만큼 신중한 모습을 볼 수 있다.

(iv) 우리나라를 제외하고는 사전예방주의를 취한 입법예가 없는 지금, 폐해규제주의로 전환한다는 것은 국내외의 제반상황에 비추어 피할 수 없는 길이 아닌가 싶다. 이 점에서 위의 改正法案은 持株會社를 허용하는 경우의 폐해에 대한 보완책이 상당히 고려된 것으로 보인다.

5. 부당한 共同行爲

(i) 共同行爲에 관하여 公正去來法은 제정 이후 중요한 변천을 하고 있다. 즉 ① (a) 1980년 제정 당시에는 등록주의를 취하여 사업자가 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 價格의 결정·상품의 판매조건 기타 소정의 “共同行爲”(정당한 共同行爲)를 하고자 할 때에는 그 내용을 경제기획원에 등록하여야 하며 등록한 사항을 변경하는 경우에도 동일한 것으로 규정하였다(法 제11조제1항). (b) 이 등록없이 한 共同行爲는 무효가 되었으며(동조제3항), (c) 경제기획원장관은 共同行爲의 등록부를 비치하고 공중이 열람할 수 있도록 하였다(法 제13조). (d) 한편 경제기획원장관은 “부당한 共同行爲”(公共의 이익에 반하여 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하게 되는 경우)에 대하여는 등록을 거부하거나 신청인의 동의를 얻어 그 신청사항에 변경을 가하여 등록을 하게 할 수 있었다(法 제12조). 이상의 특색은 “정당한 共同行爲”와 “부당한 共同行爲”(실질적인 경쟁제한)로 2분하여 전자는 등록주의이고, 후자는 금지대상(불황극복, 산업합리화 등 부득이한 경우의 예외를 인정)이라는 것이다.

② 그러나 公正去來法은 제1차 改正(1986. 12. 31.)에 의하여 (a) 등록제도를 폐지하는 대신에 “부당한 共同行爲”(실질적인 경쟁제한)의 금지(法 제11조제1항)를 원칙으로 하고(共同行爲의 유형이 6종에서 8종으로 증가), (b) 예외로 産業合理化, 不況克服, 산업구조의 조정, 중소기업의 경쟁력의 향상 또는 거래조건의 합리화를 위한 경우에는 認可主義(경제기획원장관의 認可)를 취하였다(法 제11조제1항 단서)(이것을 “정당한 共同行爲”라 할 수도 있다). (c) 한편 위의 “부당한 共同行爲”(法 제11조제1항)의 수행을 약정하는 계약등은 무효가 되었다(法 제11조제2항). (d) 이 밖에 제1차 개정에서 주목할 만한 것은 共同行爲의 추정규정을 둔 것(法 제11조제3항)과 (e) 부당한 共同行爲를 한 자에 대한 課徵金を 부과할 수 있게 한 점(法 제14조)이다.

③ 제2차 改正(1990. 1. 13.)에서는 제11조 이하가 제19조 이하로 조문의 숫자가 밀려나간 것 외에는 內容의 변경은 없으나 전담기구로서 公正去來委員會가 신설됨에 따라 산업합리화 등의 경우로서 共同行爲를 허용하는 인가기관이 종전의 경제기획원장관으로부터 公正去來委員會로 바뀌어진 것이다(法 제19조제1항 단서, 제20조). 전담기구로서 公正去來委員會가 신설된 것에 관하여는 후술한다.

④ 제3차 改正(1992. 12. 8.)에 의하여는 (a) 예외적으로 共同行爲가 허용되는 경우에 “研究·기술개발”이 추가되었다는 점에서(法 제19조제1항 단서) 共同行爲가 허용되는 범위가 그만큼 넓어진 셈이다. 그 밖에는, (b) 제19조제3항 및 (c) 과징금에 관한 제22조제1항에 간단한 자구수정이 있는데 그치고 있다.

⑤ 제4차 改正(1994. 12. 24.)으로는 (a) 부당한 共同行爲의 유형에 부분적인 자구수정이 있었고(法 제19조제1항), (b) 과징금부과의 한도액이 종전의 賣出額의 100분의 1에서 100분의 5로 대폭 인상조정된 것이 주목된다(法 제22조제1항).

⑥ 제5차 改正(1996. 12. 30.)에서는 (a) 첫째 共同行爲가 허용되는 경우(公正委의 인가)에 관한 규정이 제19조제1항 但書에서 동조 제2항으로 그 체제를 바꾸었으나 허용되는 사유는 변동이 없다. (b) 부당한 共同行爲의 유형가운데(法 제19조제1항) 제8호의 행위에서 “일정한 거래분야에서 去來를 실질적으로 제한하는 행위”를 추가하고 있으나 동조 제1항 본문의 규정과 중복된 표현이다. 물론 내용에는 개정이 없다. (c) 다음은 公正去來委員會의 인가절차에 관한 제20조의 조문이 삭제되었으나 施行令(1995. 4. 1.) 제30조 이하에서 그 절차에 관한 상세한 규정이 있다. (d) 이번 개정에서는 課徵金の 한도액에 관하여 매

출액의 100분의 5를 유지하면서 “賣出額이 없는 경우에는 10억원”을 한도액으로 한다는 法 제22조 但書가 신설되었으며 제도의 미비를 보완한 셈이다. (e) 제5차 改正에서 가장 두드러진 부분은 共同行爲 신고자에 대한 免責에 관한 제22조의2의 규정의 신설이라 하겠다. 이것은 정책입법으로서 앞으로 운용의 결과가 주목된다. (f) 제6차 改正(1998. 2. 24.)에서는 “제4장 부당한 共同行爲의 制限”에 관하여는 개정된 것이 없다.

6. 不公正去來行爲의 금지

不公正去來行爲에 관한 법제의 변천도 심한 편이다. (i) 公正去來法 제정 당시에는 不公正去來行爲의 유형을 6개로 법정하고 구체적인 不公正去來行爲의 내용은 경제기획원장관이 지정·고시하도록 되어 있었다(法 제15조). 公正去來法만으로는 불공정거래행위가 될 수 없고 주무장관에게 구체적인 내용에 관한 立法權이 주어진 것이며, 이것은 특수한 입법방식이다. 수시로 변동하는 경제사정에 따른 유연한 규제가 가능하도록 하려는 취지로 이해된다.

(ii) 제1차 改正(1986. 12. 31.)은 위의 체제를 유지하면서 (a) 경제기획원장관이 필요에 따라 표시·광고에 관한 基準을 제정·운용할 수 있도록 하는 동시에(法 제15조제2항), (b) 系列會社 또는 다른 사업자로 하여금 불공정거래행위를 하도록 하는 것도 금지하였다(法 제15조제1항). (c) 또 사업자 또는 사업자단체가 자율적인 “공정경쟁규약”을 정할 수 있도록 하는(동조 제3항) 등의 운용상의 보완조치를 취하였다. 이상은 그간의 법운영의 경험의 소산이라 볼 수 있으며, (b)는 규제의 대상의 확대를 의미하는 것이다.

(iii) 제2차 改正(1990. 1. 13.)에서는 (a) 종전의 제15조 이하가 제23조 이하로 조문숫자가 밀려나가는 것 이외에, (b) 公正去來委員會가 신설됨으로써 不公正去來行爲의 유형과 기준의 지정권이 종전의 경제기획원장관으로부터 이 委員會로 옮겨진 것 등 그 운영 전담기구의 변동(法 제23조제2항·제3항·제5항, 제24조) 이외에는 내용의 변동은 없다.

(iv) 제3차 改正(1992. 12. 6.)에서는 不公正去來行爲(法 제23조제1항)를 한 사업자에 대하여 과징금(3,000만원 이하)을 부과할 수 있게 한 것(法 제24조의2 신설)이 유일한 변동사항이며, 규제의 효율을 기하기 위한 조치라 할 수 있다.

(v) 제4차 改正(1994. 12. 22.)은 (a) 과징금의 부과기준을 매출액의 100분의 2로 바꾸었으며(法 제24조의2제1항), 이것은 부과한도액을 금액으로 정한 경

우에는 경제사정의 변동에 따라서 수시로 개정할 필요가 생기게 되기 때문이다. (b) 이 밖에 과징금의 징수에 관하여 국세청장에게 위탁할 수 있는 등의 강력한 조치가 마련된 것도 주목의 대상이 된다(동조 제3항).

(vi) 제5차 改正(1996. 12. 30.)에서는 (a) 不公正去來行爲의 유형이 추가되었고(法 제23조제1항제7호 신설), (b) 과징금부과의 한도액 산출의 기준인 賣出額의 계산을 대통령령으로 정하기로 하고 기간에 관한 종전의 조항을 삭제하였다(法 제24조의2제1항). 전자는 거래계의 실정에서 생긴 새로운 규제의 필요에 따른 입법의 예가 되고 후자에 대하여는 경제사정의 변동에 따른 규제의 유연성을 유지하는 방법으로는 施行令이 보다 효과적이라는 점에서 그 타당성을 인정할 수 있다.

7. 專擔機構

公正去來法の 운영의 전담기구는 법제정 이후 몇 차례의 변천을 거쳐왔다. ① 법제정당시(1980. 12. 31.)에는 경제기획원장관이 공정거래법의 집행기관이었으나(法 제4조 이하, 제39조 이하 등), ② 제1차 改正(1986. 12. 31.)에 의하여 전담기구로서 經濟企劃院에 公正去來委員會를 두게 된 것이다(法 제26조 이하). ③ 제2차 改正(1990. 1. 13.)에서는 公正去來委員會는 경제기획원장관의 소속하에 있었으며(法 제35조 이하), 종전의 경제기획원장관의 기능을 이어받은 것이다(法 제4조~제6조). ④ 그러나 제4차 改正法(1994. 12. 22.)에서는 公正去來委員會가 국무총리 소속하에 설치되었으며 이것은 公正去來法에 의한 사무를 독립적으로 수행하기 위한 것이다(法 제35조제1항). 그리고 公正委는 정부조직법 제2조 제2항의 규정에 의한 중앙행정기관으로서의 지위를 가진다(동조 제2항). 법제정당시부터 독립기구로서의 公正去來委員會의 설치가 소망스러웠지만 당시는 재계 내지 기업계의 영향을 완전히 배제할 정도의 행정력을 기대하기 어려운 처지여서 강력한 경제관청을 배경으로 삼지 않을 수 없었다고 하는 시각도 있다. 그러나 이상과 같은 단계를 거쳐서 현재로는 중앙 독립행정기구로서 그 기능을 기대할 수 있는 公正去來委員會의 위상을 제도상 갖추게 된 셈이다.

V. 公正去來法の 변천의 評價

(i) 위에서 獨占規制및公正去來에관한法律중 주요한 부분의 개정과정을 사

항별로 개정연도순서에 따라서 검토하였으며 1980년에 제정된 후 1998년까지 6차례 개정되어 왔다. 그 변천과정을 분석하면 첫째는 公正去來法の 전담 기구가 경제기획원장관으로부터 公正去來委員會로 바뀌어졌다는 것, 그리고 公正委의 소속이 경제기획원으로부터 국무총리로 이관되고 중앙행정기관으로서 독립적으로 그 기능을 수행할 수 있게 되었다는 점을 기본적인 문제로 들지 않을 수 없다. 기구가 정상화되는데 1980년 법제정 이후 14년이 소요된 셈이다.

(ii) 公正去來法の 변천과정에서 가장 기복이 심하고 경제계에 미친 영향이 큰 부분이 大規模企業集團에 속하는 회사에 대한 규제 및 債務保證制限 大規模企業集團에 속하는 회사의 系列會社에 대한 채무보증에 관한 문제이다. 이해관계가 엇갈리는 가운데 規制의 강화(債務保證)와 완화(출자총액의 제한)의 상반되는 정책에 따른 法の 변천은 아직도 그칠 단계에 이르지 못하고 있는 것 같다. 특히 경제위기에 대처할 각종의 경제관계법령의 제·개정과 관련하여 생길 문제의 변수는 예측하기 어려운 것이 있다. 그러나 이제까지의 법운영의 실적은 法の 원만한 기능을 반영해 주는 것이라 평가되며, 企業結合 및 持株會社에 대한 규제도 그러하다.⁴⁰⁾

(iii) 전체적으로는 규제의 실효를 거두기 위하여 法改正에 따라서 구체적인 방안을 강구해온 것을 볼 수 있으며, 예컨대 罰則의 강화(法 제66조 이하), 과징금부과대상의 확대(예, 1차 개정법 제14조등) 및 과징금한도액의 인상(예, 4차 개정법 제22조제1항등), 시정조치의 종류의 다양화(예, 1차 개정법 제16조등) 등이 그것이다. 벌칙의 적용에 있어서는 公正委의 고발의무와 검찰당국(검찰총장)의 고발요청(예, 6차 개정법 제71조등)도 법운영의 강직화를 지향하는 현상이라 할 수 있다.

(iv) 법적용대상인 사업자의 범위가 점차 증대하는 추세에 있으므로 사업의 열거주의를 취할 것이 아니라(法 제2조제1항) 포괄방식을 취하는 것이 어떨까 생각한다.⁴¹⁾

(v) 이 밖에 법제정 당시의 법조항의 표현 또는 위치 등의 부적절한 점등이 개정과정을 통하여 보다 적절하게 개선된 것을 지적할 수 있다(예, 1차 改正法の 제3조의 개정, 제4조의 삭제등).

40) 公正去來委員會, 統計年報 1998, 32면~33면.

41) 이 점 民官合同委員會의 『公正去來法 改正勸告案』의 改善方案이 음미해볼 만하다고 본다.

VI. 끝맺임(課題와 展望)

(i) 독점규제및공정거래에관한법률은 예컨대 “金融産業의構造改善에관한法律” 기타 다른 經濟法습과도 관련이 있으므로 상호간의 유기적인 검토가 필요하다. 다른 法습에서는 중복투자를 피하기 위하여 合併을 장려하는 경우에도 公正去來法상으로는 企業結合이 되어 범위반으로서 벌칙의 적용 기타의 제재를 받는다. 우리나라는 지금 경제위기를 맞이하여 갖가지 法습의 제·개정을 준비중에 있으므로 이러한 것과의 관련성을 검토할 필요가 있다. 검토의 결과 경우에 따라서는 公正去來法의 적용의 예외가 늘어나게 되는 사항도 있을 것이다.

(ii) 현행 公正去來法은 운영상 의문을 가지게 하는 대목이 더러 있다. 예를 들면 持株會社의 설립금지 또는 企業結合(會社合併, 新會社의 設立)(法 제7조제1항, 제8조)금지에 위반한 경우에는 公正委가 會社合併 또는 設立無效의 訴를 제기할 수 있도록 규정하고 있다(法 제16조제2항). 이 경우의 관할법원·제소기간·판결의 효력 등은 어느 法에 의하여 정할 것인가라는 문제에 관한 언급이 없다. 또 부당한 共同行爲를 할 것을 약정하는 계약 등은 당사자간에서는 무효로 한다(法 제19조제4항)라고 규정되어 있다. 그러면 이러한 규정이 없는 不公正去來行爲는 法에 의하여 금지되어 있어도(法 제23조) (私法上) 유효한 것일까. 학설이 분분한 대목이므로 명문으로 분명히 하여야 할 문제가 아닐까 한다.

(iii) 근자에 와서 法改正이 너무 급하게 이루어지는 듯한 인상을 받게 된다. 1998년 2월 24일에 개정되었는데 또 持株會社의 조건부 허용을 내용으로 하는 法案이 국회에 나가 있는데다 다시 民官合同委員會의 대폭 개정을 위한 권고안이 마련되어 있다. 그러다보니 1998년 改正法에서는 제19조의2(系列會社에 대한 新規債務保證의 금지)제1항 但書와 같은 이상한 조문이 생기게 된다.

(iv) 公正去來法은 經濟憲法으로서의 위상을 갖추어야 한다고 하는 입장이 있다. 종전직후의 일본 獨禁法을 그렇게들 취급했던 모양이지만 우리 公正去來法도 국민경제에 적지 않은 영향을 미치는 經濟基本法으로서의 기능은 앞으로 계속될 것이며 그에 따라 이 법제도는 더욱 보강될 것으로 본다.⁴²⁾ (1998. 9. 29.).

42) 獨占禁止法을 제정한 당시 일본에서는 이 法을 經濟憲法이라 부르기로 하였으며 그것은 經濟民主化를 위한 基本法으로서 국가경제를 자유경제원리에 따라서 재건하기 위한 것이라 하였다. 今村成和, 獨占禁止法[新版](法律學全集), 1978, 11면.