



## 지난 3년간 공정거래법 운용에 관한 단상

이 상 승 | 서울대학교 경제학부 교수

참여정부가 출범한지 만 3년이 지났다. 그간 공정거래위원회는 경쟁법의 집행과 경쟁제한적 규제의 철폐에 많은 성과를 거두었다. 특히 공정거래법 집행의 철학(philosophy)으로 “타자위해의 원칙(harm principle)”을 정립하고, 담합행위 및 시장지배적지위 남용행위의 제재, 기업결합심사의 실질화 및 경쟁제한적 규제의 철폐에 적극적으로 나서는 한편, 피심인의 자기항변 기회를 충분히 보장하기 위한 적법 절차(due process)를 확충하였으며, 대규모기업집단 정책(“재벌” 정책)을 합리화하기 위하여 부단히 노력하였다.

필자는 이러한 성과를 매우 높이 평가한다. 그러나, 공정거래위원회가 선진국 수준의 준사법기관으로 자리매김하기 위해서는 아직 부족한 면이 많다. 이 글에서는 필자가 지난 3년간 공정거래법의 합리적 운용에 관심을 가지고 나름대로 적극적으로 연구·강의하고, 실제 현안의 경제적 분석(“시장개혁로드맵” 마련을 위한 태스크포스 참여 방송, 통신, 영화, 광고, 가스 산업의 경쟁활성화 방안 연구, 하이트·진로 등 주요 기업결합사건 및 마이크로소프트사의 시장지배적지위 남용행위에 관한 경제분석)에 깊이 관여하면서 느낀 점 몇 가지에 대해 정리해 보고자 한다.

물론, “지난 3년간의 공정거래법 운용”을 되돌아보는 일의 책임자는 정책당국자일 것이다. 또한 이 글은 지난 3년간 공정거래위원회의 성과에 대한 체계적인 평가는 더더욱

아니다. 하지만, 경쟁주장을 포함한 광범위한 의미의 경쟁정책이, 아직도 일부 정부부처 공무원, 언론 및 일반국민의 의식에 뿌리깊게 남아 있는 산업정책을 대신하여 21세기 우리나라 경제정책의 대원칙이 되어야 한다는 믿음을 가지고 있는 한 사람으로서, 공정거래위원회의 발전을 바라는 마음에서 이 글을 기고한다.

이 글의 주요 내용은 네 가지이다. 첫째, 공정거래법 운용의 철학으로서의 “타자위해의 원칙”은 “경쟁사업자위해의 원칙”이 아니라, “경쟁위해의 원칙” 또는 “소비자위해의 원칙”으로 정치화되어야 한다. 둘째, 공정거래법에서 소위 “경제력집중 억제” 조항(출자총액제한제도, 지주회사제도, 금융보험계열사의 의결권 제한, 채무보증금지제도, 내부거래 공시제도 등)을 “기업집단에 관한 회사법”으로 독립시키는 방향으로 재벌정책을 전면적으로 재고할 시점이 도달하였다. 셋째, 통신과 방송 등 이른바 “특수 규제기관”이 담당하고 있는 산업에 대한 경쟁법의 집행에 공정거래위원회가 적극적으로 나서야 한다. 넷째, 적법 절차의 확립과 사소의 확대는 공정거래위원회 전문성의 제고에 큰 도움이 될 것이다.

## 1. 타자위해 원칙의 정치화

참여정부의 공정거래위원회는 이전과는 매우 긍정적으로 변모된 모습을 보여 왔다. 첫 번째 눈에 두드러지는 변화는 공정거래법 운용의 철학이 명시적으로 천명된 것이다. 즉, 2003년 3월 공정거래위원회의 수장으로 취임한 강철규 위원장은 2004년 3월 일련의 대외 강연에서 “판단력을 갖춘 성인이라면 자신의 생명, 신체, 재산에 관해서 타인에게 위해를 끼치지 않는 한 설령 그것이 본인에게 있어 불리한 것일지라도 자기가 결정할 권한을 갖는다”는 J.S. Mill의 자유론을 인용한 후, “자유주의의 기본원칙의 하나는 타자위해의 원칙(harm principle)이다. … 자유시장경제 원리도 ‘타자위해의 원칙’을 적용하여 경쟁사업자, 소비자 등 타인에게 위해를 끼치지 않는 한 자유경쟁을 보장해야 한다는 것으로 해석된다. … 경쟁정책은 harm principle이 훼손되지 않도록 하는 정책이라고도 할 수 있다”라고 하면서, 타자위해의 원칙을 공정거래법 운용의 철학으로 천명하였다.<sup>1)</sup>

1) 강철규 위원장이 타자위해의 원칙을 경쟁법 집행의 철학으로 처음 천명한 대외연설은 필자가 공동 주임교수를 맡았던 2004년 서울대학교 법과대학 공정거래법연구과정의 첫 강의(2004년 3월 8일 [http://ftc.go.kr/data/hwp/서울대법대공정거래법과정강연\(040308\).pdf](http://ftc.go.kr/data/hwp/서울대법대공정거래법과정강연(040308).pdf))에서였다. 강 위원장의 대외강연 원고는 공정거래위원회의 홈페이지(<http://ftc.go.kr>, “정보자료마당”의 “주요강연자료”)에서 다운로드 받을 수 있다.

Mill의 자유주의 원칙(libertarian principle)을 신봉하는 필자는, 시장경제체제의 바탕 이념이라고 할 수 있는 타자위해의 원칙을 공정거래위원회의 주장이 명시적으로 경쟁법 운용의 철학으로 천명한 것에 대해 높이 평가한다.

다만, 잘 알려진 바와 같이 “반독점법의 목적은 경쟁을 보호하는 것이지 경쟁사업자를 보호하는 것이 아니다(The antitrust laws, however, were enacted “to protect competition, not competitors,” *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S., at 320).”<sup>2)</sup> 물론, 필자는 공정거래위원회가 경쟁사업자 보호를 공정거래법 집행의 목적으로 삼고 있다고 주장하는 것은 아니다. 하지만 실제 사건의 심결에 있어서는 범위반의 기준이 경쟁사업자에 대한 위해인지 경쟁에 대한 위해인지가 애매모호한 경우가 많다. 실제로, 일부에서는 “경쟁자를 보호하지 않고 어떻게 경쟁을 보호할 수 있는가?”라는 질문을 던지는 경우도 흔하다.

이러한 혼란을 불식하기 위해서는 공정거래법 운용의 철학으로서의 타자위해 원칙이 무엇을 의미하는지를 명확히 할 필요가 있다. 이를 위해서는 “경쟁사업자에게는 위해가 되지만 정당한 경쟁의 수단인 행위”와 “정당하지 않은 방법으로 경쟁사업자에게 위해를 끼치는 행위”를 구별하는 것이 유용하다. 여기서 “정당한 경쟁(legitimate competition)”인지의 여부를 가리는 일차적인 기준은 소비자 복지(consumer welfare)이다.

즉, 가격 인하, 품질의 제고, 신상품의 개발 등은 누구나 “정당한 경쟁”의 일환으로 권장되어야 할 행위로 인식한다. 하지만 이러한 행위도 경쟁사업자에게는 당연히 위해가 된다. 이와 달리, 독점사업자의 배타적 계약행위나 필수설비의 제공 거부행위 등은 경쟁사업자에게 위해가 되면서 동시에 소비자에게도 손해를 끼치기 때문에, 위법성이 인정될 수 있다(아래 표 참조).<sup>3)</sup>

요약하자면, 공정거래법 규율의 대상이 되는 행위는 단순히 경쟁사업자에게 위해가 되는 행위가 아니라, 경쟁사업자에게 위해가 되면서 동시에 소비자에게도 위해가 되는 행위로 국한되어야 한다.<sup>4)</sup> 즉 공정거래법 운용의 철학으로서의 타자위해의 원칙은 경쟁사업자 위해의 원칙이 아니라, 경쟁 위해의 원칙 또는 소비자 위해의 원칙으로 정치화되어야 한다.<sup>5)</sup>

2) *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488(1977). <http://laws.findlaw.com/us/429/477.html>에서 다운로드 가능.

3) 만약 해당 행위가 효율성증대효과를 낳는다면, 경쟁제한효과가 효율성증대효과를 상회한다는 점을 공정거래위원회가 입증해야 위법성이 인정될 것이다.

4) 물론, 담합행위나 공동의 거래거절행위와 같이 경쟁사업자에게는 이익이 되나 소비자(거래 대상인 사업자 포함)에게 더 큰 피해를 끼치며 시장경제체제의 근간을 흔드는 행위도 당연히 경쟁법의 규율 대상이다.

〈표〉 타자위해 원칙의 정치화를 위한 예시

	가격 인하, 품질 제고, 신상품 개발 등	독점사업자의 배타적 계약, 필수설비 제공 거부 등
경쟁사업자에의 영향	위해를 가함	위해를 가함
소비자에의 영향	위해가 되지 않음	위해를 가함
판단	정당한 경쟁	위법한 행위

## 2. 재벌정책의 전면적 개혁

1986년 공정거래법 제1차 개정시 도입된 출자총액제한제도 등 “재벌” 규제 조항은 끊임없는 논란의 대상이 되어 왔다. 소위 “경제력집중 억제”라는 정책 목표의 애매모호성,<sup>6)</sup> 전통적 경쟁법 목표와의 충돌 가능성,<sup>7)</sup> 기본적으로 회사법에서 다룰 조항을 공정거래위

5) 일부 독자는 “경쟁사업자에 대한 위해”와 “경쟁에 대한 위해”를 구별해야 한다는 필자의 주장이 매우 원론적인 것이라고 생각할 수 있다. 하지만 “경쟁자 위해”가 있느냐의 여부를 법위반의 척도로 삼으려는 것은 선진국에서도 사소한 원고들이 흔히 시도하는 주장이다. 미 법무성 반독점국의 수석 경제학자(chief economist)를 역임한 바 있는 Shapiro 교수가 미 의회의 “Antitrust Modernization Commission”에서 한 다음의 증언 참조. “Both legitimate competition and exclusionary conduct harm competitors, so observing that a given tactic harms competitors typically is not helpful in determining whether that tactic constitutes exclusionary conduct or legitimate business competition. In my experience as a government official, scholar, consultant and expert witness, there are a number of ill-defined yet loaded terms used in the area of exclusionary conduct. I urge the Commission to be very careful to define its terms carefully and to encourage others to do the same. Most notably, plaintiffs frequently refer to conduct that “excludes” competition or “forecloses” a competitor. However, a firm that offers high-quality products at a low price may well “exclude” competition or “foreclose” its competitors. Of course, antitrust law welcomes this behavior. Likewise, I have seen plaintiffs argue that the pricing terms offered by a dominant firm were “coercive” because they were so attractive that virtually all customers presented with these terms accepted them. Such language is misleading (because it suggests that customers were forced to do something adverse to their own interests) and unhelpful in assessing possible harm to customers.” Carl Shapiro (2005) “Exclusionary Conduct” Testimony Before the Antitrust Modernization Commission, September 25, 2005. p. 3. <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/>에서 다운로드 가능.

6) 이와 더불어, 시대 상황의 변화에 따른 세부 목표의 일관성 없는 변화도 지적된다. 예를 들어, 1990년대에는 “소유 집중”을 억제하기 위해 상장 회사에 대한 지배 주주의 지분을 축소하는 것을 권장하다가, 최근 들어서는 소유와 지배의 괴리를 문제시 삼는 것이다. 다만, 이 구체적인 비판에 대해서는 필자는 과거의 “소유 분산” 정책이 “경제력집중 억제”라는 애매모호한 목표를 추구하는 과정에서 비롯된 잘못된 정책이었으며, 소유와 지배의 괴리를 문제시하는 현재의 접근법이 올바른 것이라고 생각한다.

원회가 규율하는 것의 적절성 등에 대해 아직도 많은 논란이 있다.

참여정부의 공정거래위원회는 민관합동 태스크포스의 논의를 거쳐 2003년 말 마련한 “시장개혁 3개년 로드맵”에 따라 공정거래법 및 시행령을 개정, 2005년부터 다양한 “졸업제도”(소유·지배 괴리도가 작은 기업집단과 내부 견제 장치를 도입한 개별 기업 등에 대한 출자총액제한제도 면제 등)를 도입하여 출자총액제한제도를 보다 합리적으로 운용하고 있다.<sup>8)</sup> 필자는 이러한 출자총액제한제도의 개정 방향에 대해 바람직하다고 평가한다.<sup>9)</sup>

하지만 위의 개정안은 출자총액제한제도를 포함한 현행 재벌 규제정책의 골격을 수용하고, 그 틀 안에서 합리적인 개선방향을 모색한 것이다. 이제 이러한 부분적 개정에서 벗어나, 대규모기업집단 정책에 대해 근본적인 개편에 본격적으로 나설 때이다. 그 핵심적 내용은 “경제력집중 억제”라는 애매모호한 목표를 전면 폐기하고, 경쟁법이 다룰 사항(대규모기업집단간의 담합, 소비자 및 신참 기업에 대한 단독 또는 공동의 시장지배적 지위 남용, 혼합 기업결합심사)은 공정거래법으로 다스리며, 회사법이 다룰 사항(소액 투자자 및 채권자 보호)은 “기업집단에 관한 회사법”으로 독립시키는 것이다. 이를 위해서는 대규모 기업집단이 우리나라 경제의 중추적 역할을 담당하고 있다는 것을 현실로 인식하고, 선진국의 경쟁법과 회사법을 우리나라의 실정에 맞게 수정·운용하는 것이 필요하다.

우선, 경쟁법의 3대 규율 대상(담합, 시장지배적 지위 남용, 기업결합심사)은 대규모 기업집단이 주도하고 있는 우리나라에도 적용되므로, 경쟁법 자체를 수정할 필요는 없다고 판단된다. 중요한 것은 경쟁법 운용에 있어 우리나라의 특수성을 감안하는 것이다. 예를 들어, 다각화된 기업집단이 여러 중첩되는 시장에서 경쟁하면 개별 기업끼리 경쟁할 때보다 담합이 더 용이해 진다는 것이 이론적·실증적 연구를 통해 입증된 바 있다.<sup>10)</sup> 특히 우리나라는 개발 연대의 잔재로 명시적, 암묵적 ‘행정 지도’를 통한 담합행위가 만연

7) 예를 들어, 출자총액제한제도는 규제 대상인 대규모기업집단 소속회사의 출자를 통한 신규사업 진출을 억제하여, 오히려 해당 산업의 경쟁을 저해할 가능성이 있다.

8) 위에서 언급한 것처럼, 필자는 민간위원으로 태스크포스에 참여하였다.

9) 다만, 필자가 속한 서울대학교 기업경쟁력연구센터의 보고서는, 지배 주주의 실질 소유권과 의결권의 괴리를 비율로 측정한 “의결권 승수”가 낮은 개별 회사를 졸업 대상으로 할 것을 권고하였는데, 개정된 공정거래법 시행령은 기업 집단을 대상으로 하였으며, 실질 소유권의 계산이 어렵다는 이유로 실질 소유권을 직접 지분으로 대체하였다. 의결권 승수를 이용한 개별 회사의 졸업 기준에 대한 자세한 논의는 김선구, 류근판, 빈기범, 이상승 (2003) “출자총액제한제도의 바람직한 개선방향” 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터 연구보고서 03-03, 2003년 9월 참조. <http://ccc.snu.ac.kr>에서 다운로드 가능.

10) Bernheim and Whinston “Multimarket Contact and Collusive Behavior” Rand Journal of Economics, 1990.

해 있다. 이런 점에서 담합행위의 적발 및 제재와 각종 경쟁제한적 규제의 철폐를 위해 앞장서 온 공정거래위원회의 노력을 높이 평가한다. 대규모 기업집단 소속회사를 포함한 기업간의 담합행위를 보다 효과적으로 차단하기 위해서는 담합행위에 대한 강제 수사권(압수, 수색 등)의 확보가 필수적이다.<sup>11)</sup> 또한 소비자들의 자발적인 피해 구제가 가능하도록 담합행위가 집단 소송의 대상이 되도록 해야 한다.<sup>12)</sup>

즉, 대규모기업집단에 의한 경쟁제한행위는 기존 공정거래법체계하에서 법집행을 엄정하게 할 수 있는 제도적 장치를 마련하고, 개별 사안별로 엄밀한 경제적 분석을 통해 경쟁제한효과와 효율성제고효과를 비교형량한 후, 경쟁을 촉진할 수 있는 실질적인 시정 조치를 내리는 방향으로 규율할 수 있다.

이와 달리, 기존 재벌규제 조항 중 “회사법”으로 다루어야 할 사항들은 전면적인 개편이 필요하다. 그 출발점은 대규모기업집단에 대한 회사법적 관점에서의 본질 파악에서 시작되어야 한다. 주지하다시피, 우리나라의 “재벌”은 계열사간의 복잡한 순환출자 및 교차피라미드식 출자로 인해 그 지분관계가 매우 복잡하다. 그 결과 한 계열사의 소액주주는 보통 다른 많은 계열사의 사실상의 소액주주가 된다. 그런데, 영미에서 발달한 전통적인 회사법은 개별회사를 대상으로 하고 있어, “기업집단”의 이해관계자간의 복잡한 이해상충 문제에 대해 잘 다루지 못하고 있다. 중요한 예외는 지주회사의 “법인격 부인(piercing the corporate veil)” 판례로, 지주회사의 소액주주는 자회사의 사실상의 소액주주이며, 그에 따른 회사법적 권리(예: 이중대표소송 제기권)를 갖는다는 내용이다.

회사법 관점에서의 재벌규제 조항의 전면개편의 출발점은 우리나라의 기업집단이 “사실상 상호공동 지주회사(de facto mutual joint holding companies)”<sup>13)</sup>라는 점을 인식하고, 영미에서 판례법을 통해 확립된 지주회사의 소액 주주가 자회사에 대해 가지는 권리를 전체 기업집단에 확장하여 입법화하는데 있다. 구체적으로, 다중대표소송의 도입,<sup>14)</sup> (특히 비상장계열사에 대한) 공시의무 및 회계장부 열람권의 강화, 집단소송의

11) 이와 병행하여, 상황적 증거에 기반한 추정 조항(제19조제 5항)은 마땅히 폐지되어야 한다.

12) 대규모기업집단 소속사에 대한 기업결합심사의 실질화 방향에 대해서는 신광식 (2005) “대기업과 시장 및 정부, 무엇이 문제인가? 경쟁정책의 관점에서” 국가경쟁전략포럼 발표자료, 2005년 9월 29일, 참조. <http://www.nsi.or.kr>의 “자료실”에서 다운로드 가능.

13) 우리나라 대규모기업집단은 “공동 지주회사(joint holding companies)”의 성격을 가지고 있는데, 특정 회사가 다른 계열사의 지분의 상당 부분을 보유(본연의 의미의 지주회사의 경우가 그러함)하는 것이 아니라, 교차 피라미드식 출자의 결과로 몇 개의 기업들이 공동으로 다른 계열사의 지분을 소유하기 때문에 나타난다. 또한 재벌은 “상호 지주회사(mutual holding companies)”의 성격도 띄는데, 순환출자의 결과 우회적으로 서로 지주회사의 역할(실질 소유권을 넘어서는 의견권의 행사를 가능하게 하는 기능)을 하기 때문이다. 자세한 내용은 김선구, 류근관, 빈기범, 이상승 (2003) “출자총액제한제도의 바람직한 개선 방향” 서울대학교 기업경쟁력연구센터, p.27 참조.

구제수단으로서의 실효성 확보 등이 주 내용이 될 수 있다. 특히 이러한 소액주주의 권리 강화는 상위 기업집단 뿐 아니라 하위 기업집단에 더욱 필요한 조치이므로, 모든 기업집단에게 적용되어야 한다.

### 3. 통신, 방송, 광고, 영화 산업 등에 대한 경쟁법의 엄정한 집행

공정거래위원회는 경쟁제한적 가격·진입 규제의 철폐를 위해 부단히 노력해 왔다. 참여정부에 들어서서도 법인약국의 설립 허용 등 50여건의 법령에 근거한 경쟁제한적 규제를 폐지 또는 개선한 바 있다. 이와 더불어, 2005년에는 KT와 하나로텔레콤의 시내전화요금 담합에 대해 1,151억원의 막대한 과징금을 부과하였다. 또한 공정거래위원회의 고위간부는 이동통신산업의 단말기 보조금을 전면 허용하고 1위 기업에 대한 요금 인가제를 철폐할 것을 공개적으로 주장한 바 있다.<sup>15)</sup> 필자는 경쟁법의 엄정한 집행과 경쟁주창을 위한 공정거래위원회의 노력을 높이 평가하며, 통신, 방송, 광고, 영화 산업 등의 경쟁제한적 제도 및 관행의 혁파에 공정거래위원회가 보다 적극적이며 과감하게 나서기를 희망한다.

이러한 관점에서 한 가지 아쉬운 점을 지적하고자 한다. 2005년 5월 지상파 4사는 위성 DMB업체인 TU미디어에 지상파 프로그램을 재전송하지 않기로 문서로 합의한 바 있으며,<sup>16)</sup> 8개월이 지난 지금에도 아직 재전송은 이루어지지 않고 있다. 이는 방송산업의 시장지배적 사업자들에 의한 명백한 “공동의 거래거절(group boycott)”로, 그 어떠한 효율성증대효과도 없어 보이는 노골적인 경쟁제한행위이다. 포스코의 하이스코에 대한 열연코일 공급거절을 공정거래법 위반으로 심결한 공정거래위원회가, 단독의 거래거절(unilateral refusal to deal)보다 그 경쟁제한성이 훨씬 심각한 공동의 거래거절에

14) 예를 들어, “기업집단의 계열사의 소액 주주는 해당 계열사가 직접적·간접적으로 지분을 가지고 있는 타 계열사에 대해 대표 소송을 제기할 수 있다”는 조항 등을 신설하는 것이다. 2003년8월 서울고등법원은 모회사 주주의 자회사 이사에 대한 이종대표소송을 인정하는 판결(2002나13746 손해배상(기), 제1민사부, 2003년 8월 22일)을 하였으나, “지배회사와 종속회사는 상법상 별개의 법인격을 가진 회사”라는 형식논리로 대법원에서 파기되었다(대법원 2004.9.23 선고 2003다49221 판결 손해배상(기)), 따라서, 다중대표소송의 도입은 입법화가 필요하다.

15) “보조금 규제요금 인가제 모두 풀어야” 전자신문 2005년 12월 5일자 인터넷 기사. [http://news.naver.com/news/read.php?mode=LSD&office\\_id=030&article\\_id=0000126008&section\\_id=105&menu\\_id=105](http://news.naver.com/news/read.php?mode=LSD&office_id=030&article_id=0000126008&section_id=105&menu_id=105)에서 다운로드 가능.

16) 방송4사 “위성DMB 지상파 재전송 안한다” 미디어오늘 2005년 5월 19일자 인터넷 기사 [http://news.naver.com/news/read.php?mode=LSD&office\\_id=006&article\\_id=0000010295&section\\_id=102&menu\\_id=102](http://news.naver.com/news/read.php?mode=LSD&office_id=006&article_id=0000010295&section_id=102&menu_id=102)에서 다운로드 가능.

대해 8개월이 지나도록 아무런 조치도 취하지 않고 있다는 사실은 경쟁당국으로서의 본연의 임무를 소홀히 하고 있는 것이다.

#### 4. 적법 절차의 확립을 통한 심결의 전문성 제고

참여정부의 공정거래위원회는 적법 절차의 확립을 통한 심결의 정당성 확보에도 큰 발전을 이루었다. 2004년 10월 “공정거래위원회 회의운영 및 사건절차에 등에 관한 규칙”을 개정하여, 심사보고서에 첨부된 증거자료의 열람 및 복사를 허용하고, 복잡한 사건의 경우 몇 차례에 걸친 심도깊은 심의가 가능하도록 한 심의속개제를 도입하여 피심인의 방어권을 대폭 확대하였다. 이어 2005년 10월에는 “심의준비절차” 제도를 시범적으로 도입하여, 정식 심의 전에 심사관과 피심인이 서면을 통해 서로 공방할 기회를 충분히 제공하기로 하였다. 또한 범위반 여부를 가리지 않고 피심인이 시정조치를 수용하여 경쟁회복을 신속하게 하는 동의명령제도와 심사관과 완전히 독립된 지위에서 사실관계의 확립과 쟁점정리를 담당하는 심판관제도의 도입을 검토하고 있다. 나아가 공정거래법 사건에서의 경제분석의 중요성을 인식하여, 2005년 12월 조직개편시 시장감시본부하에 경제분석팀을 신설하는 등 전문성 제고에 박차를 가하고 있다.

필자는 공정거래위원회의 심의·의결의 절차적 정당성과 전문성을 확립하기 위한 이러한 노력을 매우 높이 평가하며, 동의명령제도, 심판관제도 및 경제분석팀이 하루속히 도입·정착되기를 희망한다.

이러한 관점에서, 마이크로소프트사의 시장지배적지위 남용행위 여부에 대한 심리과정에 필자가 “경제전문가 증인(economics expert witness)”으로 참여하면서 느낀 바를 간단히 언급하고자 한다.

정부행정기관으로서 조직 및 예산에 한계가 있는 공정거래위원회가 심결의 전문성을 높이는 데에는 자체 직원의 역량 제고와 전문가의 확보와 함께, 민간전문가를 적극적으로 활용하는 것이 매우 효율적이다. 구체적으로, 경쟁법 사건에는 이해 당사자 쌍방이 있는 경우(예를 들어, 기업결합을 추진하는 당사자와 이에 반대하는 이해관계자)가 대부분이므로, 이해당사자들에게 경제분석을 제출하도록 하고, 서로 쟁점에 대해 다투도록 한 후, 공정거래위원회는 양측 주장 중 더 설득력이 있는 쪽을 선택하는 것이다. 즉 피심인에 대한 방어권의 확대는 심결의 공정성 뿐 아니라, 전문성의 제고에도 큰 도움이 될 것이다.

이해관계자의 의뢰를 받은 전문가의 객관성에 대해 의문이 들 수 있으나, 이는 경제분



석보고서(또는 기타 전문가보고서)를 대외적으로 공개하여, 제3의 전문가들에 의한 검증을 통해, 즉 평판효과(reputation effects)에 의한 시장규율로서 충분히 해결할 수 있다고 본다. 예를 들어, 마이크로소프트사의 셔먼법 위반 여부에 관한 미국 재판에서는 양측의 모든 주장이 기업 기밀에 해당하는 일부 계약조건 등을 제외하고는 모두 공개되었으며, 이를 제3의 전문가들이 철저히 검증하였다. 특히 마이크로소프트와 법무성의 합의안에 대한 Tunney Act 절차시 수많은 전문가들이 자신의 의견을 공개적으로 제시한 바 있다.

마지막으로, 마이크로소프트사 사건 심의는 2004년 10월 도입된 심의속개제가 첫 적용된 사례로, 변론서를 작성할 상당한 시간의 제공과 총 7회에 걸친 전원회의의 개최 등을 통해 심도 있는 심의가 이루어진 것은 의미가 크다. 다만, 여기서도 한 가지 지적할 것이 있다. 2005년 10월 심의준비절차의 도입 배경을 설명하는 공정거래위원회의 자료<sup>17)</sup>에도 잘 나와 있듯이, 현행 심의제도는 피심인에게 불리한 구조로 되어 있다. 즉, 심사관의 심사보고서가 피심인에게 전달된 후 피심인이 이에 대한 반론 의견서를 제출하면, 심사관은 심의개최 전에 피심인 의견서에 대해 재반론을 준비할 시간적 여유가 있는 반면, 피심인은 심판정에서 바로 재재반론을 해야 하는 불리함이 있다.

마이크로소프트 사건의 경우, 2004년 11월 6일 심사관들의 예비적 의견서가 피심인에게 전달된 후, 2005년 1월 6일 마이크로소프트사의 예비적 답변서가 제출되었으며, 이를 검토한 심사보고서가 2005년 3월 31일 피심인에게 전달되었다. 이어 경제분석보고서 및 컴퓨터공학전문가의 분석보고서를 포함한 마이크로소프트사의 답변서가 2005년 7월 8일 공정거래위원회에 제출되었으며, 7월 13일(심사관의 요약 보고 및 마이크로소프트사의 간단한 답변), 8월 23-24일(심사관의 간단한 답변 및 마이크로소프트사의 발표), 9월 21일(리얼, 다음, 디디오넷, SK 커뮤니케이션즈의 발표), 10월 12일, 14일(리얼 등에 대한 마이크로소프트사의 간단한 반론, 심사관의 마이크로소프트사에 대한 재반론 및 위원들의 질의에 대한 양측의 응답)에 사건의 위법성 여부에 대한 심의가, 10월 26일에는 시정 조치에 대한 심의가 이루어졌다.

이 일정에서 알 수 있듯이, 마이크로소프트사의 답변서가 제출된 7월 8일부터 10월 12일까지 심사관측은 3개월 간의 추가 조사기간을 통해 마이크로소프트사의 반론에 대해 재반론의 자료를 수집한 후, 10월 12일과 14일 그 결과를 발표하였다. 하지만 마이크로소프트사 측은 이에 대해 전혀 재재반론을 펼칠 기회가 없었다. 심사보고서와 신고인들의 주장에 대해서는 반박할 기회가 나름대로 충분히 주어졌으나, 3개월간의 추가 준비

17) “[정례 브리핑] 심의준비절차제도의 도입” 공정거래위원회의 홈페이지의 “알림마당”의 2005년 10월 31일자 “보도자료” 참조. <http://ftc.go.kr/data/hwp/20051101am.hwp>에서 다운로드 가능.

를 거친 심사관측의 추가의견서에 대해서는 반론의 기회가 주어지지 않은 것은, 심사속 개제가 적용되는 등 선진국 수준의 적법 절차를 적용하려 했던 본래의 취지를 살리지 못한 큰 아쉬움이 남는다. **경쟁저널**