

‘비즈니스 프렌들리’ 공정거래정책을 향하여



김·장법률사무소 고문 | 신광식

‘실용주의’와 ‘비즈니스 프렌들리’ (Business Friendly) 정책을 표방한 이명박 정부의 출범은 공정거래법·정책에 상당한 방향 전환이 있을 것이라는 기대를 낳았으며, 실제로 여러 가지 변화가 나타나고 있다. 정부의 정책 철학과 방향은 ‘사전규제의 최소화와 사후규제의 강화’로 요약될 수 있을 것이다.

대표적인 사전규제가 대규모기업집단에 대한 출자총액제한 등의 규제이다. 정부는 기업집단 규제의 완화·폐지를 주 내용으로 하는 공정거래법 개정을 추진하고 있다. 경제의 글로벌화와 기업활동의 세계화 등의 환경 변화를 고려할 때, 이는 바람직한 제도 개선이다.

그런데 이에 못지않게 중요한 문제가 바로 사후규제, 즉 기업활동에 대한 공정거래법 집행의 적정성이다. 공정거래법은 투자·생산·유통·판매·판촉·구매·연구개발 등 기업행위 전반에 걸쳐 공권력이 개입할 수 있는 법적 기반을 제공한다. 오늘날 공정거래당국의 감시와 법집행으로부터 자유로운 기업은 거의 없다. 실제로 공정위는 해마다 수천 건의 사건을 다루고 있는바, 이 법의 집행이 기업활동과 국민경제에 미치는 누적적인 영향은 지대하다.

그렇기 때문에 공정거래법이 실제로 어떻게 적용·집행되는지가 매우 중요한 문제이다. 공정거래법은 ‘금지적’ 성격의 법으로, 기업들이 하는 행위 중에서 국민후생을 감소시키는 경쟁제한행위는 잡히고 후생을 높이는 효율성 증대행위는 빠져나가는 ‘그물’ 구실을 하게 되어 있다. 공정거래당국이 이 역할을 잘 수행하면 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진해 국부(國富)를 증대할 것이지만, 그렇지 못하면 불필요하게 사업활동의 자유를 제약하고 국부의 저하를 초래하게 된다.

많은 사람들이 ‘비즈니스 프렌들리’ 정책이 공정거래법의 ‘느슨한 집행’을 의미하는 것으로 받아들이고 있다. 그러나 진정한 ‘비즈니스 프렌들리’ 공정거래정책은 경쟁법 본연의 역할을 충실히

수행하여 우월한 효율성을 달성하는 사업자가 시장에서 성공하도록 하는 것이다. 이는 공정거래법 집행의 이론적 토대, 즉 법원칙과 법리가 올바르게 확립되어야만 가능한 것이다. 이러한 관점에서 '비즈니스 프렌들리' 공정거래정책을 향한 몇 가지 과제를 제시하고자 한다.

1. 공정거래법의 역할과 목적 명확화

공정거래법이 어떤 목적 내지 가치를 추구해야 하는지는 가장 중요하고 기본적인 문제이다. 지향하는 목적에 따라 경쟁의 개념, 법이론과 위법성 기준, 법집행 양상 등이 달라진다. 경제적 효율성의 제고, 소비자 잉여의 증대, 산업의 경쟁력 강화, 중소기업의 보존, 산업 집중 방지, 경제력 분산 등 다양한 목적이 제시될 수 있다. 그렇다면 경쟁법이 정당하고 유익하게 추구할 수 있는 가치는 무엇인가? 경쟁법이 어떤 목적을 추구할 때 가장 유효하고 합리적인 정책이 될 수 있고 일관성, 예측 가능성, 집행의 용이성 등 법으로서의 장점들을 가질 수 있는가? 바로 이것이 목적 문제의 핵심이다.

오늘날 이에 대한 일반적인 견해는 경제적 효율성 내지 소비자후생의 증대가 경쟁법의 유일한 목적, 혹은 적어도 지배적인 목적이 되어야 한다는 것이다. 그런데 우리 경제에서는 대기업들의 힘의 행사로 인한 거래·경쟁의 불공정성이 심한 것으로 인식되고 있기 때문에, 거래·경쟁관계의 공정화를 중요한 목적으로 추구하고 있다. 문제는 거래·경쟁의 (불)공정성 개념을 기업행위가 거래상대방 사업자나 경쟁사업자에게 주는 불이익에 초점을 맞추고 있다는 것이다. 그 결과 공정성 추구가 소비자후생의 증대라는 목적과 충돌하는 경우가 많으며, 대규모로 인한 장점이 쉽게 불공정한 것으로 간주된다는 것이다. 공정거래정책은 합리적인 이론체계에 기초해야 하는데, 이러한 공정성 개념은 주관적일 뿐만 아니라 합리적인 이론체계도 없기 때문에 정책의 개념적 기반이 되기 어렵다. 공정거래정책은 소비자후생의 증대라는 목적에 충실할 때 정책의 일체성, 일관성, 신뢰성, 그리고 예측 가능성을 확보할 수 있다.

2. 경제이론에 부합하는 공정거래법 원칙과 이론 확립

미국은 경쟁법의 원조로서 가장 오랫동안 활발하게 경쟁법을 집행해오고 있는 나라이다. 그래서

미국의 반트러스트법 집행과정에서 생성된 기업행위에 대한 법원칙과 위법성 이론들이 우리나라를 위시한 경쟁법 후발국들로 전수되어 확고한 법리로 자리 잡고 있다.

우리의 공정거래법 원칙과 법리는 상당부분 1960년대 미국의 반트러스트 사고(思考)와 원칙 및 이론을 수용한 것이다. 1960년대의 반트러스트 법원칙과 이론들은 경제이론이 반트러스트법 집행에 별 영향을 미치지 못했던 시기에 미국 법원과 법집행당국 등이 가졌던 경쟁에 대한 관념과 이들이 만들어낸 '어떤 행위가 어떻게 경쟁을 손상할 수 있는지'에 관한 주장들을 반영한 것이다. 지렛대(Leverage) 이론, 발단의 법리(Incipiency Doctrine), 수직적 가격고정(Vertical Price Fixing), 복합력(Conglomerate Power), 참호(Entrenchment)효과, 상호자제(Mutual Forbearance) 등이 그런 예들이다.

그러나 1960년대의 반트러스트 법리는 대부분 기업행위의 경제적 동기와 효과에 대한 몰이해에서 비롯된 것이다. 1960년대까지의 지배적인 법원칙과 이론들은 이후 기업행위에 대한 경제학적 이해가 확산되고, 경제분석이 법집행의 주요 요소로 부상하면서 경제학적 근거와 타당성을 결여한 것으로 판명되어 거의 모두 파기되었다. 특히, 수직적 거래관계에 대한 법원칙과 이론에 획기적인 변화가 있었다. 판매지역과 상대방 제한에 대한 당연위법 원칙을 파기한 1977년 GTE Sylvania 판결을 필두로 합리원칙으로의 전환이 진행되었고, 2007년에 최저재판매가격유지에 대한 당연위법 원칙도 파기되었다.

우리의 공정거래법 원칙과 법리도 경제이론과 지식의 진보에 맞춰 적극적으로 변화·발전해나 가야 한다. 그간 공정거래법 원칙과 법리는 계속 진화해왔지만 경제학 지식의 발전에 비추어볼 때 그 변화는 '한계적'인 것이며, 여전히 경제이론과 실제 증거에 부합하지 못하는 부분이 적지 않다. 대표적인 것이 경쟁을 속박·제한의 부재 내지 거래결정의 자주성과 동일시하는 경향, 경제학적 지식이 거의 없던 20세기 초의 Dr. Miles 판결에서 나온 최저재판매가격유지의 당연위법 원칙을 고수하는 것 등이다. 경제학적 개념과 이론에 배치되는 법원칙과 위법성 이론은 유용한 사업구조와 행위를 금지하고 처벌하게 된다. 이러한 법원칙과 이론을 경제이론과 부합하도록 개선하는 것이 '비즈니스 프렌들리' 정책으로 향해 나가는 핵심 단계일 것이다.

3. 생산적 효율성 중시

공정거래법의 목적은 경쟁의 보전과 촉진을 통해 국민후생을 증대하는 것이다. 기업행위가 후생에 미치는 영향은 배분적 효율성과 생산적 효율성, 두 관점에서 파악될 수 있다. 배분적 효율성(Allocative Efficiency)은 소비자후생의 관점에서 가용자원들의 산업간 배분이 적정한지의 문제이고, 생산적 효율성(Productive Efficiency)은 생산활동에서 자원들이 얼마나 효과적으로 조직되도록 활용되는지의 문제이다.

생산적 효율성은 사용된 자원과 생산된 산출물의 가치 간의 관계를 말하는 것이다. 사람들에게 가치를 창출해주는 생산활동은 생산적 효율성을 실현하는 것이며, 동일 재화를 더 낮은 비용으로 생산하거나 동일 비용으로 더 큰 가치의 재화를 생산하는 것이 생산적 효율성의 증대이다. 소비자 욕구를 충족시키는 기업의 능력에 기여하는 요소들, 즉 기업의 경영기법, 자본 획득 능력, 규모의 경제, 기능 전문화 등이 생산적 효율성의 원천이며, 기업의 우월한 생산적 효율성은 시장에서의 성공으로 표출된다.

공정거래법은 독점력이 배분적 비효율성을 초래한다는 전제 위에서 있으며, 배분적 효율성을 저해할 행위를 문제시한다. 기업행위가 배분적 효율성을 저해하지만(경쟁제한효과) 생산적 효율성을 창출·증대한다면(효율성 증대효과) 양 효과의 비교형량에 의해 위법성이 결정되게 된다. 당연 위법으로 취급되는 경쟁카르텔 이외의 거의 모든 기업행위가 이런 부류에 속한다.

그런데 문제는 생산적 효율성 내지 'Business Efficiency' 라는 개념이 제대로 이해되거나 고려되지 못하고 있다는 것이다. 공정거래 법리는 대부분 기업행위가 어떻게 경쟁을 저해할 수 있는지에 집중하면서 생산적 효율성을 적절하게 반영하지 않고 있으며, 법집행 활동도 시장점유율과 집중도 산정 등 문제의 행위가 경쟁저해의 법적 요건을 충족함을 보이는데 주력하면서, 기업의 효율성 주장을 의례적인 항변 내지 변명 정도로 취급하는 경향이 있다. 1960년대 미국 반트러스트 법리의 핵심 결함이 바로 'Business Efficiency' 를 도외시한 것이었다.

이러한 경향은 경쟁·거래의 '공정성' 을 추구하는 경우에 더욱 강하게 나타난다. 생산적 효율성을 실현하는 기업행위는 경쟁자들에게 피해를 주게 되며, 흔히 거래상대방 사업자에 대한 제약을

수반한다. 소비자가 아니라 타 사업자들에게 주는 불이익에 주안점을 둔 불공정성 개념 하에서는 이러한 경쟁적 행위들은 불공정한 행위로 간주되기 쉽다.

문제의 원천은 경제학의 완전경쟁모형과 완전독점모형의 비교에서 나온 ‘시장집중독트린’(Market Concentration Doctrine), 즉 시장집중도가 높아질수록 완전경쟁에서 멀어지고 독점에 가까워져 가격이 높아지고 독점이윤이 커진다는 생각의 단순 추종이다. 그 결과, 높은 점유율이나 이윤율은 그 원천이 무엇이든, 독점력과 그로 인한 배분적 비효율성을 나타내는 것으로 간주될 뿐이다.

그러나 완전경쟁모형은 경제학자들이 상정한 이상세계에서 효율적 생산자들 간의 자원 재배분으로 생기는 이익만을 보여줄 뿐이다. 모형 자체에서 거래·계약상의 문제와 경제활동조직의 문제 등은 사상(死狀)되어 있으며, 기업의 내부적 효율성 향상에 따른 후생 증가도 배제되어 있다. 가상적 이상세계에서의 균형을 분석한 이 모형으로는 불확실성과 거래비용 등이 존재하는 불완전한 현실세계에서의 복잡한 경제적 문제와 이에 대응한 기업행위와 실제 경쟁과정을 이해할 수 없다. 그 결과, 기업행위가 가격이나 품질과 직접적 관련성이 없어 보이면 불공정한 경쟁방법으로 간주하고, 수직적 제한을 부당하게 거래상대방의 사업활동을 구속하는 불공정행위로 보는 것이다. 특히 대기업이 이런 행위를 하면 시장지배력 남용부터 의심하게 되는 것이다.

생산적 효율성은 소비자후생 수준을 결정하는 핵심 요소로서 배분적 효율성만큼 중시되어야 한다. 경쟁적 기업이든 독점적 기업이든 생산적 효율성의 증대는 생산비용을 낮추거나 산출물의 가치를 높임으로써 소비자들에게 이익을 주게 된다. 만약 기업행위의 생산적 효율성이 무시되거나 진지하게 고려되지 못한다면, 어떤 기업의 행위도 사회적 이익을 창출하지 않는 것으로 보이게 되어 배분적 효율성 저하의 막연한 우려만 있어도 부당한 것으로 간주될 것이다. 이로 인한 국부의 파괴는 배분적 비효율성을 초래하는 경쟁제한행위들을 방지했을 때보다 더 심각할 수 있다.

또한, 경쟁은 가격 및 그에 따른 산출량 결정 이외에 여러가지 다양한 차원을 포괄하고 있는 과정으로 이해되어야 한다. 슈페터(Joseph A. Schumpeter)는 비용 및 품질의 우위에 기초한 경쟁이 배분적 효율성보다 더 중요한 기업의 내부 효율성을 가져오며, 이러한 경쟁이 가격경쟁보다 더 중요하고 유용하다고 보고 있다.

4. 경제분석 역량 강화

거의 모든 기업행위는 구체적인 상황과 맥락에 따라 경쟁을 촉진하고 효율성을 높이는 행위일 수도 있고, 부당한 경쟁제한행위일 수도 있다. 예를 들어, 가격인하는 낮은 생산비용에 의거한 것일 수도 있고, 자금력을 이용해 경쟁자를 몰아내려는 행위일 수도 있다. 또 기존의 별개제품들을 단일제품으로 통합하는 행위는 이용자후생을 높이는 제품 향상일 수도 있고, 부당하게 시장지배력을 남용하는 끼워팔기일 수도 있다. 외형상 같은 행위가 정당한 경쟁행위가 될 수도 있고, 부당한 경쟁제한과 독점화의 수단이 될 수도 있는 것이다.

경쟁법의 임무는 생산적 효율성을 가능한 손상하지 않으면서 배분적 효율성을 높임으로써 사회 후생을 증대시키는 것이다. 이 임무를 잘 수행하려면 무엇보다도 기업행위의 경제적 효과를 올바르게 파악해야 하는데, 이 임무는 불가피하게 경제이론에 의해 인도되고 경제분석에 기초해야만 한다. 이 때문에 미국은 1970년대 초부터 FTC와 법무부에 경제학자들을 영입해 경제분석의 전문성을 확보하고 있으며, EU경쟁당국도 'Chief Competition Economist'가 이끄는 경제분석조직을 설치·운영하고 있다.

공정거래당국의 사건처리과정에서 빈번히 피심인들의 경제분석 결과가 제시·주장되고 있으며, 행정소송과 손해배상소송에서도 경제분석이 상당한 영향을 미치고 있다. 특히, 정보의 수집·처리·가공기술의 획기적 발전으로 상세한 거래관련 자료들이 가용해짐에 따라 계량경제분석을 통해 관련시장, 경쟁효과, 담합 여부, 손해액 등 실제 이슈에 대한 경제적 증거가 생산·활용되는 경우가 많아지고 있다. 이러한 추세는 앞으로 더욱 강화될 것이다.

기업행위의 경제적 효과를 올바르게 분석하여 위법성 여부를 판단하는 것이 '비즈니스 프렌들리' 법집행의 요체이다. 공정거래당국이 충분한 경제분석 역량을 갖추고 있을 때, 부단히 발전하는 경제이론과 분석방식을 흡수해 공정거래 법제와 이론을 개선해갈 수 있으며, 법집행의 품질과 실효성을 높일 수 있는 것이다.