

제 3 판

경 제 법

양 명 조

신 조 사

제3판 머리말

이번에 제3판을 준비하면서 저자가 마음에 두었던 것은 면수를 증가시키지 않으면서도 독자들이 보다 쉽고 정확하게 이해할 수 있도록 서술내용을 바꿔보고자 하였다. 제2판 이후에 선고된 판결 중에서 중요한 의미를 가지는 판결을 새로 수록하고 같은 취지의 새로운 판결이 나온 논점에 대해서는 종전의 인용부분을 축약하는 방식으로 조정하였다. 이 책의 특징으로 생각해온 경쟁, 경쟁제한과 관련시장 획정, 시장지배력 등 경쟁법의 기초개념에 대한 설명 부분은 그대로 유지하였다.

독점규제법의 집행의 장에서는 기업인수·합병계약시의 주식양수도계약 체결과 관련하여 진술 및 보장책임과 과징금의 부담문제를 다룬 최근의 현대오일뱅크 사건의 대법원 판결을 분석하고 향후 같은 계약서 작성 시에 고려할 점을 지적하였다. 시장지배적지위 남용금지의 장에서는 주관적 요소에 대한 서술체계를 바꾸어 보았고, 판례의 완고한 입장에 좌절하지 않는 법집행을 권고하였다. 부당한 공동행위의 장에서는 정보교환행위에 대한 최근의 판결을 계기로 하여 합의의 증명에 관한 서술 부분을 보다 간결하게 정리하였다. 독점규제법 제19조 제1항과 제5항의 관계를 부각시켜 설명하고 제5항의 효율적 활용방안을 모색해보았다. 카르텔 사건의 불복의 소에서 원고 대 공정거래위원회가 가지는 소송수행 자원면에서의 불균형 문제를 고려할 때, 경성카르텔을 특별하게 취급하여야 할 필요성에 대한 법원의 인식변화나 입법의 개선이 필요하다고 생각한다. 시장지배적지위 남용행위 사건에서의 주관적 요소라는 트라우마가 오랫동안 해당 분야의 법집행을 위축시켜왔다. 정보교환행위의 이슈가 경성카르텔 사건에서 합의의 입증과 관련하여 심각한 장애사유로 남지 않기를 바란다.

이 책의 제2판 출간 이후 관련 법령의 개정사항 중 중요한 내용은 다음과 같다.

(1) 독점규제법의 2016년 개정법에서 부당한 공동행위를 자진신고하여 시정조치 또는 과징금을 감경 또는 면제받은 자가 새로운 위반행위를 한 경우, 새로운 담합을 자진신고하더라도 감면받은 날로부터 5년 이내에는 다시 리니언시의 혜택을 받지 못한다.

(2) 과거 오랫동안 집행실적이 없었던 독점규제법의 국제계약체결규제 관련 규정을 모두 삭제하였다.

(3) 독점규제법의 2016년 개정법에서는 공정거래분쟁조정협의회회의 분쟁 조정결과에 재판상 화해의 효력을 부여하였다.

(4) 소비자기본법 2016년 개정법에서는 소비자의 기본적 권리를 제한할 우려가 있는 법령 등에 대하여 개선권고를 할 권한을 소비자정책위원회에 부여하였고 소비자 자신도 집단분쟁조정을 신청할 수 있도록 하였다.

(5) 할부거래에 관한 법률의 2015년 개정법에서는 선불식 할부거래업의 등록요건과 결격사유를 강화하였고, 선불식 할부거래업자 간의 계약이전에 관한 절차를 마련하고 그 책임관계를 명확하게 하였다. 2016년 개정법에서는 공정거래위원회가 건전한 거래질서의 확립과 소비자보호를 위하여 할부거래업자의 자율준수용 지침을 제정할 수 있도록 하였다.

(6) 전자상거래소비자보호법의 2016년 개정법에서는 ① 포털사이트의 카페·블로그 등을 이용한 전자상거래까지 규제범위를 확대하였으며, ② 위조상품 판매사이트, 사기사이트 등을 운영하는 전자상거래 사업자에 대한 긴급조치를 할 수 있도록 근거규정을 신설하였다.

새 책을 발간함에 있어서도 광주대학교에서 교수로 봉직하고 있는 남윤경 변호사의 도움을 많이 받았다. 자신의 일도 바쁜 중에 시간을 할애해준 데 대하여 항상 고마운 마음을 지울 수 없다. 적절한 시기에 개정판이 출간될 수 있도록 지원해주시는 이명재 사장님과 보다 훌륭한 모습의 새 책을 만들어주신 송일근 주간님, 기획과 진행을 맡아주신 이종은 부장님께 감사드린다.

2016년 8월
양 명 조

머 리 말

이번에 출간하는 저자의 「경제법」[이론·판례·사례]는 법학전문대학원과 법과대학에서 경제법 교재로 사용될 수 있도록 만들었다. 아울러 법조 실무에서도 공정거래법의 기본틀과 주요 쟁점을 익히는데 활용될 수 있도록 집필하였다. 지난 6년 동안 공정거래위원회의 비상임위원으로 재임하면서 저자가 관찰하고 경험한 공정거래위원회의 사건처리과정에 대한 객관적 이해와 대법원 판결에 대한 논평도 이 책의 필요한 부분에 적당한 분량으로 포함시켰다.

‘경제법’ 교과서이면서도 그 집필범위를 변호사시험, 사법시험과 같은 국가시험의 시험범위로 한정시키게 되면서 경제법의 의의와 범위에 대하여 다시 한번 생각해보았다. 경제법의 집행의 장에서는 경제법의 집행기구로서의 공정거래위원회의 위상과 사건처리과정을 살펴보고 심판과정에서의 진정한 대심구조(adversarial procedure)에 대한 희망을 개진하였다.

과징금 산정의 기초를 이루는 ‘관련매출액’이라는 개념이 그 ‘관련’이라는 수식어 때문에 혼선을 빚고 있는 점과 그 개선방향을 생각해보았다. 시장지배적지위 남용행위에 포함되어 있는 행위유형의 스펙트럼이 너무 광범위하기 때문에 이러한 제도로 규율하고자 했던 독점 또는 독점행위의 폐해가 적절하게 규제되지 못하고 있는 것이 아닌가 하는 반성도 필요하다.

부당한 공동행위의 규제에 있어서 인가제도가 제도만 있을 뿐, 전혀 활용되지 못하고 있다. 이 때문에 국민경제 또는 사회적 필요에 따른 위법성조각사유가 판례에 의해 형성되고 있는데 이러한 현상에 대한 우려도 표명하였다. 공동행위의 부당성을 판단함에 있어서 ‘경쟁의 실질적 제한’과 ‘부당한 경쟁제한’에 대한 구별의 중요성을 외면하는 판례의 입장 역시 합리적으로 이해하기 어렵다는 점을 지적하였다.

최저재판매가격유지행위에 대해서 법조문에서 엄격하게 금지하고 있음에도 불구하고 판례에서는 합리성심사의 대상으로 실시하였다. 이는 우리나라에서 판례에 의한 제정 법률의 수정·변경이 가능한가에 대한 중요한 질문

을 던지고 있다.

사업자의 행위가 시장지배적지위 남용행위의 행위유형에도 해당하고 동시에 불공정거래행위의 행위유형에도 해당하는 경우, 이론상 두 가지 규정을 모두 적용할 수 있다. 공정거래위원회 실무에서는 보다 높은 제재수단이 법에 정해져 있는 시장지배적지위 남용행위로 의의해왔다. 시장지배적지위 남용행위로 처분된 사건에 대하여 대법원에서 위원회의 시정조치나 과징금 부과처분이 취소확정된 후, 위원회는 불공정거래행위의 요건이 충족된 행위라고 확신하더라도 다시 사건화하여 처분하려고 시도하지 않는다. 독점규제법의 처분시효규정에서는 이러한 경우의 재처분을 장려하고 있는데 법의 취지를 살려야 할 것이다.

사례연습 중 많은 부분은 저자가 종래 출제하였던 문제 중에서 중요한 것을 선별하여 분야별로 안내한 것이다. 아울러 변호사시험 기출문제와 법전협 모의고사문제를 샘플답안과 함께 수록하였다.

이번에 새 책을 발간함에 있어서 이화여자대학교 대학원에서 박사과정을 이수하고 있는 남윤경 변호사가 많은 노력을 기울여 주었다. 특히 사례연습 부분의 샘플답안의 정리를 맡아주어 이 책이 저자의 실용주의적 마인드에 전적으로 부합할 수 있게 해주었다. 학문적 성과와 실무에서의 발전을 기대한다.

저자와의 오랜 인연으로 항상 격려를 아끼지 않으시는 이명재 사장님과 훌륭한 편집으로 도와주시는 송일근 주간님, 이종은 부장님의 지원에 감사드린다.

2013년 8월

양 명 조

차 례

제 1 장 경제법 총설

제 1 절	경제법 강의와 경제법의 역사	1
	I. 경제법 강의의 대상 / 1	
	II. 경제법의 역사 / 1	
제 2 절	경제법의 의의	3
	I. 집행기관 위주의 경제법 / 3	
	II. 실질적 의의의 경제법 / 4	
	III. 경제법의 지위 / 5	
제 3 절	경제법에서의 규제	8
	I. 의 의 / 8	
	II. 규제의 목적 / 8	
	III. 규제의 모습과 수단 / 8	
	IV. 규제완화의 흐름 / 10	

제 2 장 경제법의 집행

제 1 절	집행기관(공정거래위원회)	11
	I. 개 요 / 11	
	II. 공정거래위원회의 조직 / 12	
	III. 공정거래위원회의 회의 / 13	
제 2 절	집행절차	16
	I. 사건처리절차 개관 / 16	
	II. 인지절차 / 17	
	III. 심사절차 / 20	
	IV. 전원회의와 소회의의 심결절차 / 23	
	V. 동의를결제도 / 27	
	VI. 불복절차 / 30	
	VII. 진정한 대심구조의 지향 / 33	
제 3 절	과징금제도	35
	I. 과징금제도의 의의 및 성질 / 35	

- II. 과징금부과 / 37
- III. 과징금산정과 관련매출액/관련상품 / 38
- IV. 현대자동차 사건에서의 과징금 이슈 / 44
- V. 회사분할·영업양도와 피심인의 결정, 과징금의 부과 / 49
- VI. 과징금의 납부기한의 연장 및 분할납부 / 59
- VII. 부과된 과징금의 연대납부의무 / 60
- VIII. 과징금의 징수 및 체납처분 / 60
- IX. 과징금 환급가산금 / 61
- X. 결손처분 / 61
- 제 4 절 사적(私的)집행 62
 - I. 의의 및 성질 / 62
 - II. 고의·과실의 입증과 손해액 인정 / 64
 - III. 손해배상액 / 64
 - IV. 민법상 불법행위책임과의 관계 / 68
 - V. 기록의 송부 요구 / 69

제 3 장 독점규제법

- 제 1 절 서 론 71
 - I. 독점규제법의 입법 / 71
 - II. 독점규제법의 목적 / 74
 - III. 독점규제법의 연혁 / 74
 - IV. 독점규제법의 성격 / 88
 - V. 독점규제법의 적용대상 / 89
 - VI. 적용제외 / 90
 - VII. 독점규제법의 주요내용 개관 / 98
 - VIII. 주요국가의 독점금지법 / 99
 - IX. 당연위법의 원칙과 합리성의 원칙 / 103
- 제 2 절 독점규제법상의 경쟁, 경쟁제한과 시장지배력 114
 - I. 독점규제법의 중심개념 / 114
 - II. 일정한 거래분야 / 115
 - III. 경쟁의 의미 / 139
 - IV. 시장지배력 / 142
 - V. 기업결합에 있어서의 경쟁제한 / 152
 - VI. 공동행위에 있어서의 경쟁제한 / 155

	VII. 경쟁의 실질적 제한과 부당한 경쟁제한 / 160	
제 3 절	시장지배적지위의 남용금지	162
	I. 서 설 / 162	
	II. 시장지배적사업자와 시장의 획정 / 164	
	III. 시장지배적지위 남용행위의 부당성 판단 / 172	
	IV. 남용행위의 유형 / 174	
	V. 위반행위에 대한 제재 / 196	
	VI. 중요논점 / 197	
제 4 절	기업결합의 제한	199
	I. 기업결합의 의의와 동기 / 199	
	II. 기업결합이 경쟁에 미치는 영향 / 199	
	III. 기업결합의 유형 / 201	
	IV. 경쟁제한적 기업결합의 제한 / 203	
	V. 기업결합의 신고의무 / 228	
	VI. 위반행위에 대한 제재 / 232	
	VII. 중요논점 / 239	
제 5 절	경제력집중의 억제	240
	I. 서 설 / 240	
	II. 지주회사의 행위제한 / 243	
	III. 상호출자금지 / 252	
	IV. 계열회사를 위한 채무보증제한 / 257	
	V. 금융 및 보험회사의 의결권 제한 / 259	
	VI. 대규모내부거래의 이사회 의결 및 공시 / 261	
	VII. 비상장회사의 중요사항 공시 / 263	
	VIII. 기업집단 현황의 공시 / 264	
	IX. 상호출자제한기업집단 등의 지정과 관리 / 266	
	X. 위반행위에 대한 제재 / 272	
	XI. 중요논점 / 274	
제 6 절	부당한 공동행위의 제한	275
	I. 서 설 / 275	
	II. 부당한 공동행위의 요건 / 283	
	III. 부당한 공동행위의 수와 기간 / 323	
	IV. 부당한 공동행위의 유형 / 331	
	V. 공동행위의 인가 / 345	
	VI. 공동행위협정의 무효 / 349	

	VII. 위반행위에 대한 제재 / 352	
	VIII. 중요논점 / 370	
제 7 절	불공정거래행위의 금지	372
	I. 서 설 / 372	
	II. 일반불공정거래행위 / 381	
	III. 부당한 지원행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 / 423	
	IV. 특수불공정거래행위 / 434	
	V. 공정경쟁규약 및 불공정거래행위에 대한 제재 / 442	
	VI. 중요논점 / 444	
제 8 절	사업자단체의 경쟁제한행위의 금지	446
	I. 서 설 / 446	
	II. 사업자단체의 금지행위 / 448	
	III. 위반행위 시 제재 / 462	
	IV. 중요논점 / 463	
제 9 절	재판매가격유지행위의 제한	465
	I. 재판매가격유지행위의 의의 / 465	
	II. 재판매가격유지행위의 성립요건 / 469	
	III. 재판매가격유지행위에 대한 규제 / 471	
	IV. 위반행위에 대한 제재 / 476	
	V. 재판매가격유지행위금지의 한계 / 476	
	VI. 중요논점 / 477	
제10절	독점규제법의 역외적용과 국제협력	479
	I. 서 설 / 479	
	II. 독점규제법의 역외적용 / 479	
	III. 국제협력 / 482	
제11절	한국공정거래조정원의 설립 및 분쟁조정	485
	I. 개 요 / 485	
	II. 공정거래분쟁조정협의회의 조직 / 485	
	III. 공정거래분쟁조정협의회의 회의 / 487	
	IV. 공정거래분쟁조정협의회의 분쟁조정 / 488	
제12절	형사적 제재와 보칙	491
	I. 형사적 제재 / 491	
	II. 보 칙 / 495	
	III. 독점규제법 위반행위의 사법적 효력 / 498	

제 1 장 경제법 총설

제 1 절 경제법 강의와 경제법의 역사

I. 경제법 강의의 대상

경제법을 국가가 경제를 규율(개입)하기 위하여 제정한 법규범의 총체라고 정의한다면 우리나라의 제정법률 중 많은 부분이 여기에 포함된다. 경제법을 크게 경제조직에 관한 법과 경제활동에 관한 법으로 구분한다 하더라도 각각에 속하는 개별 법률의 수는 막대하다. 이렇게 범위가 넓은 다수의 법률을 ‘경제법’ 강의에서 어떤 기준과 틀에 맞추어 간추려서 강의할 것인가는 어려운 문제였다. 국내의 경제법 강의 초기에는 협동조합법, 금융법, 중소기업법, 개별 산업법 등도 강의 대상에 포함시키기도 하였다. 1980년 독점규제법의 입법을 계기로 경제법 강의의 중심은 경쟁법으로 모아졌으며 하나의 강좌에서 독점규제법과 소비자관련법을 모아서 강의하기도 하였고, 이들 두 분야를 각각 독립한 강좌로 강의하기도 하였다. 국가시험의 선택과목으로서 경제법의 출제 범위가 독점규제법, 소비자기본법, 약관규제법 등 6개 법률로 한정지워지면서 대학과 법학전문대학원의 경제법 강의도 6개 법률을 대상으로 범위가 조정되어 현재에 이르고 있다. 이러한 강의 대상 법률은 모두 공정거래위원회에서 집행을 담당하고 있는데 그러한 관할(jurisdiction)에 따라 경제법 강의의 중심점이 공정거래위원회의 법집행에 모아져 있다.

II. 경제법의 역사

1. 경제법의 형성

1) 경제법은 자본주의의 고도화에 따라 발생한 것이다. 자본주의는 자본과 생산수단의 사적소유를 기반으로 하며, 사기업이 생산의 중요한 담당자가 된다. 그러한 사기업의 활동의 장으로서 시장이 있고, 시장에서 사기업 간의 경쟁이 전개된다.

2) 고전적 자본주의에 있어서는 국가의 경제에 대한 간섭은 최소한에 그

치고 사기업의 활동에는 최대한의 자유가 인정된다. 그러한 자유방임주의 하에서는 경제운용에 대한 국가의 역할은 작을수록 좋고 국가가 경제정책이나 산업정책을 수립·집행할 여지는 별로 없다. 고전적 자본주의에 있어서는 경제에 자율적 조정기능이 존재하고 불황이 도래하더라도 경제의 균형은 국가의 개입을 기다리지 않고 자연히 회복되는 것으로 생각되었다. 그러나 자본주의의 성숙·고도화에 따라 독과점이 형성되고, 빈부격차의 심화, 생산과 소비의 불균형 등 각종의 문제가 등장하였다. 이들 문제의 해결을 위하여는 국가의 간섭이 불가피하게 되었다.

3) ‘시민법’은 자유방임주의 체제에 맞추어 형성된 법체계였다. 그 중에서도 민법과 상법은 개인주의의 기반 위에 사적자치의 원칙을 최대한 존중하는 입장을 취하고 있다. 시민법 체제에 있어서는 사유재산의 보장과 함께 사기업의 존재가 보장되고 영업의 자유, 계약의 자유를 통하여 사기업의 활동의 자유가 보장되었다. 그러나 자본주의에 대한 수정이 시도되면서 사기업의 활동에 대한 국가의 관여가 활발해졌고, 이에 따라 시민법 원리 역시 수정을 받게 되었다. 사기업의 활동에 대한 국가의 관여는 직접적 또는 간접적 관여, 부분적 또는 포괄적 관여 등 다양한 형태를 취할 수 있으며, 그 내용도 통제하는 것이 될 수도 있고 조성하는 것이 될 수도 있다. 시장메커니즘과의 관계에 있어서도 경우에 따라 시장메커니즘에 대한 예외를 설정하기도 하고, 시장메커니즘의 유지·보존을 위한 관여를 하기도 한다. 전자의 입법으로는 가격통제법이 있고, 후자의 예로는 독점규제법이 있다.

4) 결국 경제법은 자본주의가 고도화됨에 따라 국가의 경제에 대한 관여가 늘어나고 그것을 뒷받침하기 위한 입법의 필요에서 형성된 것이다. 시민법을 수정하는 일련의 경제관련 법규들을 경제법이라고 부를 수 있다. 시민법을 수정하는 법이라고 하는 데서 볼 수 있는 것과 같이 경제법은 시민법을 부정하는 것이 아니며, 시민법의 결함을 시정하고 시민법 본래의 기능을 회복시키기 위한 법이라고 할 수 있다.

5) 경제법은 국가가 경제정책의 실현을 위하여 경제과정에 관여하는 법과 개입할 수 있도록 근거를 부여하는 법의 총체라고 할 수 있다. 이러한 법의 집행을 통하여 자본주의가 수정되고 다시 활성화됨으로써 자본주의가 유지·발전해 나갈 수 있게 되는 것이다.

통제를 가하는 것이다. 그러나 이러한 지원과 통제는 결국 국민경제 전체의 관점에서 보면 국민경제의 균형있는 발전을 달성하기 위한 것이다.

2. 규제의 수단

(1) 권력적·강제적 규제

규제는 권력적 규제와 비권력적 규제로 나누어진다. 권력적 규제에는 법률에 의한 규제와 행정행위에 의한 규제(행정권에 의한 규제)가 있다.

법률에 의한 직접적 규제는 일정한 행위를 일률적으로 금지하거나 명령하고, 그 효과를 확보하기 위하여 이를 위반하는 자에 대하여 일정한 형벌 등을 가하는 것을 말한다. 법률에 의한 이와 같은 직접적 규제는 주로 일정한 행위를 일률적으로 제한하기 위하여 사용되나, 오늘날의 경제현상은 대단히 복잡하고 다양하여 이를 일률적으로 규제하는 것이 쉽지 않다. 따라서 오늘날에 있어서는 주로 행정권에 의한 규제와 결합되어 있는 경우가 많다.

행정행위에 의한 규제는 법률에 근거를 두고 일정한 형식으로 행정권을 발동하는 것이다. 오늘날의 경제법적 규제는 이러한 행정행위에 의한 규제가 가장 많다. 행정청에 의한 처분의 형식을 취할 경우 구체적인 사정에 따라 탄력적 규제가 가능할 뿐만 아니라 그 목적이 개별화될 수 있다.

경제법은 경우에 따라 입법을 통하여 사법상(私法上)의 법률관계 그 자체에 대하여 직접적인 변경이나 수정을 가하기도 하고, 혹은 일반사법(민법, 상법)의 원칙에 수정을 가하는 경우도 있다. 이를 사법관계에 대한 입법적 규제라고 부르기도 한다.

(2) 비권력적 규제

국가가 권력적 수단 대신에 비권력적 수단을 동원하여 규제목적을 달성하려는 경우가 있다. 비권력적 규제의 예로는 국가나 지방자치단체가 적극적으로 경제활동의 주체가 되는 경우(예: 수도·지하철사업, 체신보험사업)가 있고, 소극적으로는 사경제에 대하여 경제적 지원을 하는 각종의 보조금제도·기금제도 등이 있다.

행정지도 역시 끊임없이 변동하는 경제현상에 보다 탄력적이고 효율적으로 대처하는 수단이 될 수 있다. 행정지도는 공권력에 의한 강제를 수반할 수 없음에도 불구하고 행정기관의 사실상의 힘에 의한 준수 강요를 부정하기 어렵다.

IV. 규제완화의 흐름

규제는 원래 민간주체의 자발적 경제활동에 대하여 통제나 간섭을 하는 것이기 때문에 경우에 따라서는 민간의 자율적 또는 창의적 활동을 방해하여 시장의 기능을 저해하거나 자원의 배분을 왜곡시킬 우려가 있다. 미국의 레이건 행정부시대를 시작으로 각국은 규제완화(規制緩和) 내지 규제철폐(deregulation) 정책을 시행하고 있으며 우리 정부 또한 규제완화의 강력한 의지를 가지고 이를 추진하고 있다. 정부규제가 만연해 있는 상황에서는 경쟁법의 입법만으로 바람직한 경쟁체제가 확립될 수 없음은 우리나라의 독점규제법의 집행 역사를 보아도 잘 알 수 있다.