

공정위의 새로운 심결 유형, 동의명령제의 도입 모색

부경대학교 법학과 교수 | 김 두 진

I. 머리말

공정거래법 위반행위에 대하여 공정거래위원회는 조사를 마친 후 법 위반사실을 확인한 경우에는 대상 사업자, 사업자단체 또는 위반행위를 한 자연인¹⁾ 등에 대하여 법 위반상태를 교정하기 위하여 필요한 의결을 할 수 있다. 이러한 공정위의 결정에는 행정적 제재, 형사적 제재 및 민사적 제재가 포함되는데, 예컨대 공정위는 공정거래법 제19조 제1항에 위반하여 부당한 공동행위를 한 사업자에 대하여 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있고(법 제21조), 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익을 말한다. 이하 같다)에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있으며(제22조), 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처하도록(제66조 제1호) 하기 위하여 고발할 수 있다(제71조). 위반행위에 대한 행정적 제재 가운데 대표적인 것은 시정명령과 과징금 납부명령이다. 시정조치 가운데 법 제5조, 제21조, 제24조, 제27조, 제31조, 제34조에 모두 규정되어 있는 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’ 및 ‘기타 법 위반상태를 시정하기 위하여 필요한 조치’(법 제16조)의 법적 성질에 대해서는 법에 열거된 유형의 시정조치의 이행을 위한 절차적인 조치만을 규정한 것으로 해석할 여지도 있으나, 법에 열거된 유형의 시정조치와 무관하게 “공정위가 행정목적의 효과적인 달성에 필요한 다양한 시정조치를 독자적으로 강구하여 행사할 재량을 가지고 있고, 법에서 열거하고 있는 것 이외에도 위반상태를 배제하기에 적합한 것”이라면 시정조치로서 발동될 수 있다고 해석하여, 이를 그 외의 독립적인 시정조치를 말하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

공정위는 2005년 11월 “위반행위의 시정에 가장 적절하고 효율적인 시정조치를 발굴할 수 있도록 하여 시정조치의 실효성을 제고”하기 위한 목적으로 행정규칙으로서 「공정거래위원회의 시정조

1) 예컨대, 사업자단체의 구성사업자로 간주되는 임원·종업원·대리인 기타의 자(제23조제1호제2문), 회사 또는 사업자단체의 임원 또는 종업원 기타 이해관계인(제69조의2).

2) 김치환, “공정거래법에서 규정하고 있는 시정조치의 법적 의미”, 경쟁저널 제106호 (2004.6.), 8면, 13면.

치 운영지침」(최근 개정 2009.8.12.)을 제정, 그간 공정거래법 운영과정에서 부과되어 온 시정조치를 유형별로 범주화하고, 특히 작위명령에 대한 가이드라인을 마련하였다. 동 지침은 시정조치의 유형을 그 양태와 주된 내용에 따라 주된 명령인 작위명령과 부작위명령, 그리고 보조적 명령 등의 3가지의 유형으로 구분하고 있다. 이 가운데 작위명령은 주식 처분명령, 임원의 사임명령, 채무보증 취소명령, 계약조항 수정·삭제명령, 합의 파기명령, 거래 개시·재개명령 등을, 부작위명령은 당해 법 위반행위의 중지명령, 향후 위반행위 금지명령 등을, 그리고 보조적 명령은 관련 있는 자에게 시정명령을 받은 사실의 통지명령, 시정명령의 이행결과 보고명령, 일정 기간동안 가격 변동 사실의 보고명령, 공정거래법에 관한 교육 실시명령, 관련 자료 보관명령 등을 각각 말한다(동 지침 Ⅱ. 2). 동 지침에 규정된 시정명령의 유형은 한정열거적인 것이 아니라 예시적인 것이다. 동 지침은 그러한 사실을 “이 지침에 명시적으로 열거되지 않은 유형이라고 해서 반드시 그러한 시정조치를 명할 수 없는 것은 아니며”(동 지침 Ⅲ.1.) 동 지침이 규정한 작위명령이나 보조적 명령의 세부유형은 예시에 불과하며, 공정위는 이외에도 “당해 위반행위의 시정에 가장 적절하고 실효성 있는 시정조치라면 법 위반행위에 비례하여 합리적으로 필요한 범위 내에서 다른 작위명령도 명할 수 있”고(동 지침 Ⅳ.2.) “시정조치의 이행을 확실하게 확보하고, 위반행위의 재발을 방지하며 시장 개선의 효과를 충분히 확보하기 위하여 필요하다면 다른 보조적 명령도 명할 수 있다”(동 지침 Ⅳ.3.)고 여러 차례 명시하고 있다. 따라서 시정명령의 내용도 제한적으로 유연성이 보장되지만, 그것은 어디까지나 위반행위의 시정 및 방지를 목적으로 하는 것에 한하고, 거래상대방이나 소비자 피해의 구제를 위한 시정명령은 허용되지 않는다. 동의명령이 도입될 필요성은 여기에서 출발한다.

Ⅱ. 미국에서의 동의명령제³⁾의 도입 및 활용 현황

미국법상 독점금지 동의명령⁴⁾은 수범자의 자발적인 협정을 표현하는 사법판결의 일종으로서, 특히 해당 사업자가 미국 연방법무부(DOJ)나 연방거래위원회(FTC)로부터 조사받고 있는 혐의의 종료에 대한 대가로, 당국이 위법하다고 주장하는 활동을 중단하기로 하는 협정이다. 1996년부터 2009년까지 미국 FTC의 법집행 사건 가운데 기업결합 관련 조치 319건의 약 60%인 194건, 기업결합 이외의 사건의 조치 건수 173건 중 약 51%인 89건은 동의명령(Consent Order)에 의하여 종결되었다.⁵⁾

3) 미국의 동의명령제의 내용과 절차. 이를 통하여 해결된 대표적 사례 등에 관해서는 김두진, “공정거래법상 동의명령제 도입방안 연구”, 비교사법 제16권 4호 (2009.12.) 311-370면 참조.

4) 연방거래위원회(FTC)는 동의명령(Consent Order), DOJ는 동의판결(Consent Decrees)이라는 용어를 각각 사용하는데, 양자 간의 효력상 중요한 차이는 없다.

5) <http://www.ftc.gov/bc/caselist/nonmerger/index.shtml>(Lastly visited on Jan. 25, 2010).

[표 1] 1996~2009년 기간 중 FTC의 기업결합사건에서의 동의명령 통계

연도	동의명령	유지명령	행정소송	철회 / 시정 / 조직 변경	기업결합규제 총 건수	과태료 부과	
						제7A조	명령 위반
2009	8	6	1	3	18	2	2
2008	13	1	1	6	21	1	-
2007	14	3	*	5	22	1	-
2006	9	-	-	7	16	-	-
2005	9	1	-	4	14	1	-
2004	10	1	1	3	15	1	1
2003	7	3	1	10	21	-	-
2002	10	5	2	7	24	1	-
2001	18	1	-	4	23	-	1
2000	18	5	-	9	32	-	-
1999	19	-	-	12	31	2	-
1998	22	3	1	6	32	1	3
1997	17	2	1	5	25	2	2
1996	20	3	*	2	25	4	-
Total	194	34	8	83	319	16	9

주 : 1. 2009년 데이터는 2009년 9월 말 현재의 수치임.
 2. 철회/시정/조직 변경 항목의 수치는 비공식적 집계분임.
 3. 2007년 및 1996년의 행정소송 항목은 연방법원에 유지명령 소구와 행정소송 제기가 병행된 것임.

[표 2] 1996~2009년 기간 중 FTC의 비기업결합사건에서의 동의명령 통계

연도	동의명령	유지명령	행정소송	비기업결합규제 총 건수	명령 위반
2009	6	1	-	7	-
2008	3	1	-	4	-
2007	9	-	2	11	-
2006	5	1	-	6	-
2005	4	-	-	4	-
2004	7	1	1	9	-
2003	16	-	7	23	-
2002	8	-	1	9	-
2001	1	-	2	3	-
2000	1	-	2	3	-
1999	4	1	-	5	-
1998	10	-	2	12	-
1997	2	1	1	4	-
1996	5	-	1	6	-
Total	89	6	18	173	-

Source: FTC Competition Enforcement Database
<http://www.ftc.gov/bc/caselist/merger/index.shtml>(Lastly visited on Jan. 25, 2010).

운용과정에서의 정치적 중립성 논란 때문에 연방의회가 「1974년 독점금지절차 및 제재법」(Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974, 통상 '튜니법' (Tunney Act)으로 지칭된다⁶⁾을 제정한 후에는 미국 DOJ의 동의판결에는 사법부의 공익심사가 필수요건이 되었다.⁷⁾ 튜니법이 통과되던 1974년 DOJ에 의하여 획득된 판결의 약 80%가 동의판결이었으며,⁸⁾ 1935년에서 1955년 사이에 DOJ의 민사사건 중에서 약 72%가 동의판결로 종결되었다.⁹⁾

[표 3] 1940~1958년 기간 중 DOJ의 동의판결 통계

연도	종결된 형평소송	동의명령	동의명령의 비율	판결
1940	23	21	91.3	2
1941	22	19	86.4	3
1942	36	29	83.3	7
1943	15	12	80.0	3
1944				
1945				
1946				
1947	16	7	45.0	9
1948	18	14	77.7	4
1949	23	10	43.4	13
1950	20	11	55.0	9
1951	31	19	61.2	12
1952	18	18	44.4	10
1953	23	16	69.6	7
1954	48	33	68.8	15
1955	24	20	83.3	4
1956	46	30	65.2	16
1957	27	22	81.4	5
1958	31	27	87.0	4

Source: Antitrust Division, Department of Justice, Comment, The 1982 AT&T Consent Decree—Strengthening The Antitrust Procedures and Penalties Act, 27 How. L.J. 1611 (1984) n. 14

6) Pub. L. No. 93-258, §2, 88 Stat. 1706 (1974) (codified at 15 U.S.C. §16).

7) FTC의 동의명령의 경우에는 그러하지 않다. DOJ는 FTC와 달리 법원의 판결을 거쳐야만 모든 처분을 할 수 있다는 차이에서 연원한다.

8) J. Noonan, Judicial Review of Antitrust Consent Decrees: Reconciling Judicial Responsibility with Executive Discretion, 35 Hastings L.J. 133, 143 (1983).

9) Report of the Attorney General's National Committee to Study Antitrust Laws 360 (1955).

미국에서 최초의 독점금지 동의판결은 1906년의 *Ortis Elevator* 사건¹⁰⁾이다. 동의명령으로 귀결된 미국의 독점금지사건 가운데 가장 중요한 것들의 개요를 살펴보면 다음과 같다.

*Aluminum Company of America(Alcoa)*와 관련해서는 세 차례 동의명령이 발령되었는데, 1912년에는 캐나다 자회사의 지분을 처리하고 2개의 화학회사와의 계약을 종료하도록 요구되었고, 1945년에는 알루미늄괴를 판매하는 경쟁자인 사출기업에 대한 기업결합, 공동협정 및 차별에 참여하는 것이 금지되었으며, 2000년에는 알루미늄 제조시설의 분할이 요구되었다. 1920년의 *Swift & Co.* 사건에서는 포장육업자들에게 특정의 식품 종류에 대하여 지분을 보유하거나 통제하는 것을 금지하고, 육류소매시장에 참여하는 것을 금지하고, 정육소매시장, 목축장, 공용냉장저장 시설, 업계신문·잡지사, 터미널, 철도 등에서의 지분을 분할할 것을 요구하였다. *Eastman Kodak Co.* 사건에서는 1921년에는 카메라용 필름 제조사인 *Kodak*에 대하여 딜러(Dealer)가 경쟁자의 상품을 자유롭게 판매하는 것을 금지하지 말도록 명하였고, 1954년에는 다시 *Kodak*에게 컬러필름을 컬러필름 처리(Processing) 서비스와 끼워팔기(Tying-in)하지 말도록 명하고, 만일 *Kodak*이 업계 내의 충분한 경쟁을 입증하지 못하는 경우에는 7년 후에 컬러필름설비의 50%를 분할하는 조건을 부가하였다. 1938년 *Chrysler, Ford* 사건에서는 이들 자동차 제조업체들에 대하여 소비자금융회사(Consumer Financing Company)를 자회사화 하는 것을 금지하였다. *Paramount Pictures* 등 영화사 사건에서는 1940년에 영화사들의 영화의 라이선싱, 일괄예약(Block Booking) 및 무조건적 사전판매(Blind Selling) 규정 등에 대하여 규율하는 복수의 조항, 상영 및 청산(Run and Clearnace) 지정을 금지하는 조항, 그리고 계열 상영관의 확장을 억제하는 내용을 규정하는 동의명령이 발령되었고, 1949년에는 *MGM, 20th Fox* 등 5대 영화배급 메이저사들에게 영화관을 분할할 것을 명하였다. 음악저작권관리협회(PROs)인 *ASCAP*과 *BMI*에 대하여 음악 저작권 라이선스 규칙에 대하여 수정을 지시하는 1941년의 *ASCAP/BMI*에 대한 동의판결을 시작으로 1960년, 1994년 및 2000년에 이를 수정하는 동의판결들이 선고되었다. 전기통신사업자인 *AT&T*에 대해서는 1914년의 *Bell System*에 대한 동의판결(다른 경쟁 통신사업자들에 대하여 *Bell System*의 자회사들에 대하여 제공되는 것과 동일한 조건 하에서 연결을 부여하도록 요구함으로써 배타적 거래규정을 차단하는 내용), 1956년의 동의판결(*AT&T*에게 하드웨어업체인 *Western Electric*, 연구기관인 *Bell Labs* 등 일반통신사업자로서의 통신서비스 이외의 사업을 분할할 것을 명하였다. 다만, 군수사업은 예외로 하였다), 1982년의 동의판결(7개의 지역별 *Bell Operating Companies(BOCs)*와 장거리통신회사인 *AT&T*로 분할하였다. 나중에 *BOCs* 가운데 하나인 *Southwestern Bell*은 분할 후의 *AT&T*사를 인수하고, 자사의 상호를 *AT&T*로 개명하였다) 등이 발령되었다. 1953년의 *United Shoe Machinery* 사건에서는 신발을 제조하는 기계제조 회사인 *United Shoe*에게 자사 기계의 판매보다 리스(Lease)가 유리하도록 하는 리스 및 판매조건을 이용하지 못하게 금지하는 동의명령이 발령되었다. 1954년의 *Empro Corporation* 사건에서는 *Empro*의 상표권 하에서 또는 외국설비의 상호 하에서 제조된 변기를 수입하려고 하는 기업들에

10) *United States v. Otis Elevator Co.*, 1 Decrees & Judgments in Fed. Antitrust Cas. 107 (N.D. Cal. 1906).

게 공정한 조건 하에서 계약을 하기로 합의하였다. 1956년의 IBM 사건에서는 IBM에게 컴퓨터의 리스만을 하지 말고 판매용 컴퓨터를 제공하고, 특허권을 실시허락하며, 사후 서비스 사업을 위한 독립된 자회사를 설립하고 천공기에 사용하는 카드의 원료에 대한 배타적 거래를 종료하도록 하는 규정들이 포함되고, 조건부 자산분할조항이 포함된 동의명령이 발령되었다. 1957년의 Torrington 사건에서는 재봉용 바늘 생산회사의 자산 인수를 금지하고, 배타적 거래를 통한 재봉용 바늘시장에서의 경쟁을 제한하는 것을 금지하는 동의명령이 발령되었으며, 같은 해의 Safeway 사건에서는 대상 사업자에 대하여 일정한 가격 인하가 경쟁에 심각한 영향을 미칠 경우, 그러한 가격 인하를 할 능력을 제한하는 동의명령이 발령되었다. 1958년의 United Fruit 사건에서는 과일 수입업체인 United Fruit에 대하여 약탈적 및 독점적 관행 등에 포함되는 배타적 거래협정을 체결하거나 미국으로의 바나나 수입업을 영위하는 경쟁자들의 사업을 인수하거나 동업하는 것을 금지하였다. 1959년의 Northern Pacific Co. & Northwestern Improvement Co. 사건에서는 차주(Lessees)들에게 계열사인 Northern Pacific Railway나 기타의 특정 철도회사를 통하여 화물을 운송하라고 강요하는 것을 금지하였다. 1965년의 General Motors 사건에서는 버스 제조업자나 운영회사들과 배타적 공급계약을 체결하는 것을 금지하고, 버스와 버스 엔진 및 트랜스미션을 어떤 운영자나 제조업자에게나 차별 없이 판매할 것을 요구하고, 합리적인 로열티 라이선싱(Loyalty Licensing)을 규율하는 일정한 조항들이 포함된 동의명령이 발령되었다. 1966년의 Bank of Virginia 사건에서는 당해 사업자의 회원들에게 다른 여신 서비스 거래를 하는 것을 제한하는 계약 중의 배타적 조항을 금지하였다. 1967년의 Blue Chip Trading Stamps 사건에서는 Blue Chip의 소유구조를 재조정하고, Blue Chip이 여러 가지 이유에서 소매상들에게 서비스를 거절하는 것을, 그것이 Blue Chip이 거래하는 스탬프사업을 독점화 하는 결과를 가져오는 것으로 보아서 금지하는 동의명령이 발령되었다. 1970년의 Northern Natural Gas Co. 사건에서는 Northern Natural Gas에 대하여 처음에 고객과의 계약상 규정되었던 최대량을 넘는 천연가스를 공급하는 것에 대하여 선택권을 부여하는 계약을 체결하는 것을 금지하는 동의명령이 발령되었다. 같은 해의 Bunge Corporation 사건에서는 Bunge의 소요인력 선택에 따라 고객들의 협정 상의 곡물 엘리베이터의 조건부 사용을 금지하고, 자사가 아닌 특정 하역회사를 사용하는 자들에게 엘리베이터의 사용을 제한하는 것을 금지하는 동의명령이 발령되었다. 1981년의 Hercules Inc. 사건에서는 동 회사에 대하여 산업용 나이트로셀룰로스(Nitrocellulose)를 제조하는 해외의 경쟁자들과의 공모를 금지하는 동의명령이 발령되었다. 1994년의 Electronic Payment Systems(EPS) 사건에서는 EPS에게 수탁기관의 브랜드 ATM 네트워크망(網)을 획득할 능력을 제한하는 것을 금지하고, 은행들에 대하여 MAC ATM 네트워크를 이용하기 위한 전제조건으로서 데이터 처리 서비스를 구매하도록 강요하는 것을 금지하는 복수의 조항들이 포함된 동의명령이 발령되었다.

1995년에 Microsoft는 대해서 컴퓨터 제조업자가 제조, 판매하는 컴퓨터가 Microsoft의 운영체제를 사용하였는지 여부와 무관하게 모든 각 판매된 프로세서에 대하여 로열티를 지급하여야 한다는 이른바 프로세서(Processor)당 라이선스(Per-Processor License)를 강제하고, 개별계약이 아

나라 묶음으로 대금 지급을 요구하고, 다른 Microsoft의 상품들과 일정한 운영체제(OS)의 라이선싱을 끼워팔기(Tying-in)하고, 운영체제의 일정 수 이상의 구매를 강요하고, 다른 소프트웨어 응용프로그램 개발자에 대하여 전유적(專有的) 운영체제 데이터에 관하여 정보비공시협정의 체결을 요구하고, 한 번에 1년 이상의 라이선스 협정을 강요하는 등의 제한적인 라이선스 협정을 체결하는 것을 금지하는 동의명령이 발령되었다. 1996년의 Waste Management of Georgia Inc., Waste Management of Savannah, Waste Management of Louisiana, & Waste Management Inc. 사건과 Browning-Ferris Industries of Iowa Inc., Browning-Ferris Industries of Tennessee Inc., and Browning-Ferris Industries Inc. 사건에서는 소규모 쓰레기운송인(Trash Hauler)을 해치고, 계약기간, 갱신제도, '경쟁할 권리' 등을 제한하는 조항들을 포함하는 Waste Management의 계약을 규율하는 동의명령이 발령되었다. 1999년의 Intel 사건에서는 컴퓨터 반도체 제조회사인 Intel에 대하여 고객들에 대하여 지적재산권 분쟁에 대하여 규제하는 행위를 금지하는 동의명령이 발령되었다. 2000년의 AOL/Time Warner 사건에서는 AOL/Time Warner에 대하여 경쟁 인터넷 서비스 공급자들(ISPs)에 대하여 자사의 케이블 시스템에 접근(Access)할 수 있게 할 것을 명하는 동의명령이 발령되었다.

III. EU의 서약결정제(Commitment Decision)

미국의 동의명령제는 다른 나라로 확산되어 EU의 서약결정(Commitment Decision, 이사회규칙 제1/2003호 제9조), 독일의 의무화 협약(Verpflichtungszusagen, 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 제32b조), 일본의 동의심결(사적독점금지법 제65조), 프랑스의 서약결정(Commitment Decision, 상법 제464-2조), 호주의 협약(Undertakings, 거래관행법(Trade Practices Act) 제87b조) 등의 원조가 되었다. 대륙법계인 독일, 프랑스나 일본의 경우에도 미국의 동의명령제를 도입하여 운용하고 있다는 사실은, 법계의 차이가 동의명령제 도입에 걸림돌이 될 수 없다는 점을 반증한다고 하겠다.

이 가운데 EU의 서약결정제의 내용에 관하여 살펴본다. 현재 EU의 경우, 2002년 조약 제81조 및 제82조에서 정해진 경쟁규칙의 시행에 관한 EU 이사회규칙 제1-2003호상¹¹⁾에 근거규정을 마련하여 도입한 서약결정제(Commitment Decision)가 동의명령제에 상응하는 제도이다. 동 규칙 제9(1)조는 "유럽위원회가 위반이 중지되어야 한다고 요구하는 결정을 채택하고 문제된 사업자가 위원회가 임시평가(Preliminary Assessment)에서 그 사업자에 대하여 표시한 우려를 해결하기 위하여 약속을 제의하는 경우에는, 위원회는 결정으로써(By Decision) 그 약속이 사업자에게 구속력을 갖도록 할 수 있다. 그러한 결정은 특정 기간 동안 채택되어야 하고 위원회에 의한 더 이상의 조치의 사유가 존재하지 않는다고 결론을 내려야 한다"고 규정하고 있다. 위원회는 "일정한 협정이

11) Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

나 관행의 금지로 귀결될 절차의 과정에서 사업자가 위원회에 그 우려를 종식시킬 수 있는 서약을 제출하는 때¹²⁾에는 그 서약에 구속력을 주는 결정을 채택할 수 있다. 제9조 하에서 서약결정을 채택할 권한은 위원회가 일정한 협정이나 관행이 종료되어야 한다고 요구하는 결정을 채택할 의도이고, 관련 사업자가 위원회가 예비평가에서 표시한 우려를 종식할 서약을 제안하는 경우에 행사될 수 있다. 주의할 것은 서약결정이 내려지는 대상 행위에 제한은 없으나, 위의 규정대로 서약결정은 유럽위원회가 유럽경쟁법 위반행위의 중지명령을 내리려는 결정을 하는 경우에 적용되는 것이고, 벌금을 부과하고자 하는 사안에는 부적합하다는 점이다. 또한, 규칙 제1-2003호는 “(서약) 결정은 특정 기간 동안 채택되어야 한다”고 규정하고 있으며, 그간 채택된 유럽위원회의 모든 서약결정들은 효력을 갖는 특정기간을 명시하였다. 그러나 유럽 제1심법원(CFI)은 서약은 무기한으로 구속력을 가질 수도 있다고 판시하였다.¹³⁾ 유럽위원회는 서약절차의 사용조건은 유연할 것이며 조사대상 기업이 위원회가 예비평가에서 표시한 당초의 경쟁상 우려를 제거할 수 있는 서약을 제안할 의도가 있고, 사건이 벌금이 부과되기에 적합한 것이 아니며, 동시에 위원회가 정식의 금지결정을 발하지 아니하고 서약에 구속력을 부여하는 결정으로 자제하는 것이 효율성 차원에서 정당화 되는 경우에 서약을 받아들이는 것을 고려할 수 있을 것이라고 표명하였다.¹⁴⁾

만일, 서약결정이 내려진 사건에서 위반사업자가 서약에 위반한 경우는 위원회는 당해 사업자의 직전 사업년도 매출액의 10%까지 질서위반벌금(Fine)을 부과하거나 1일당 전년도 1일 평균 매출액의 5%까지 이행강제금(Periodic Penalty)을 부과할 수 있다(동 규칙 제23(2)(c)조). 서약결정에 대하여 공적 의견수렴절차는 규정되어 있지 않지만 실무상 1개월 이상의 기간에 걸쳐 공표하고 있다.

유럽위원회는 사정 변경 등 일정한 사유¹⁵⁾가 있는 경우에는 직권 또는 신청에 의하여 서약결정을 취소하고 절차를 재개할 수 있다(동 규칙 제9(2)).

회원국 국내 경쟁당국이나 국내 법원이 위원회의 서약결정을 집행할 수 있다는 명시적 규정은 없으며, 서약결정 위반이 제3자에 의한 손해배상청구권을 발생시키지는 논란이 있다. 그러나 유럽위원회는 내국 법원은 가처분(Interim Measures)을 포함하여 내국법에 의하여 규정된 모든 수단에 의하여 서약결정을 집행할 의무가 있다고 보고 있다.¹⁶⁾

한편, 1962년부터 2004년 5월 1일에 규칙 1/2003이 발효될 때까지 유효하였던 EU의 경쟁법 집행 규칙 제17/62호¹⁷⁾에는 유럽위원회가 EU 경쟁법을 집행하면서 수범자와 위반결정이 없이 진행하는 화해에 관한 규정을 포함하고 있지 않았지만, 실무상 다수의 사건들은 유럽위원회와 관련 사업자 간의 교섭에 의하여 비정형적으로 해결되었다. 즉, 이 기간에도 위원회가 다른 사건의 90% 이상이 정형적인 결정을 통하지 않고 해결되었다고 평가되고 있다.¹⁸⁾

12) Council Regulation (EC) No 1/2003, Recital 13.

13) Case T-170/06 Alrosa v. Commission, judgment of 11 July 2007, para. 91.

14) European Commission, MEMO/04/217 (Sep. 17, 2004).

15) (a) 그 결정이 근거한 사실에 실질적인 변화(Material Change)가 있는 경우

(b) 문제가 된 사업자가 약속에 반하여 행위를 한 경우, 또는

(c) 결정이 당사자가 제공한 불완전한, 부정확한 또는 오인을 유발하는 정보(Incomplete, Incorrect or Misleading Information)에 기초한 경우

16) European Commission, MEMO/04/217 (Sep. 17, 2004).

17) Council Reg 17 OJ 1962 13/204.

18) Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, 4th ed., 2005, p. 1136.

EU의 경우에 1984년의 IBM 사건,¹⁹⁾ 1997년의 Electrabel 사건, Swift & Co. 사건²⁰⁾ 등에서 EU 위원회의 공식 기관지인 OJ에 ‘화해’(Settlements)라는 용어가 공간(公刊)되었다. 또한, 적극적 예양(Positive Comity)에 관한 미국과의 협정에서도 ‘화해’라는 용어가 사용되어 있다. 1994년의 Microsoft 사건에서는 Microsoft와 EC 및 미국 경쟁당국이 합동교섭을 한 후에 부여된 협약(Undertaking)에 의하여 조사가 종결되었다.²¹⁾

EU 경쟁규칙의 집행절차의 목적의 하나는 ‘관련 사업자들에게 문제가 된 관행을 조약의 원칙에 맞게 수정할 기회’를 제공하는 것이기 때문에,²²⁾ 위원회는 선량한 관리의 원칙에 따라 사업자들에게 의하여 제안된 것에 대하여 적절한 고려를 하여야 한다는 것이 확립되어 있다. 이러한 방식으로 해결된 사건들은 위원회에 의하여 보도자료나 연례 경쟁정책보고서에 인용되어 공표된다. 그러나 사업자에 의한 약속은 법적으로 집행 가능하지 않고, 이를 위반할 경우에 유럽위원회가 제시할 수 있는 유일한 카드는 제81조나 제82조의 위반에 대한 조사를 개시하는 것 뿐이다. 규칙 제1-2003호에 마련된 서약결정은 보다 정형적인 것으로, 새 제도가 마련된 후에도 유럽위원회는 필요한 경우에 계속해서 종전과 같이 비정형적 화해방식으로 사건들을 해결하고 있다.²³⁾

EU에서의 서약결정을 활용한 사례로는 경쟁당국인 유럽위원회가 Coca Cola와 2005년 6월에 화해한 사건²⁴⁾이 대표적이다. 이 사건의 중심적 주제는 진열비(Slotting Allowances) 및 그 밖의 관련 관행²⁵⁾이었다. 유럽위원회는 Coca Cola가 구매할 수 있는 진열공간의 양을 제한하고,²⁶⁾ 배타적 거래협정의 체결, 과거보다 다량의 Coca Cola를 구매하는 소매상에 대한 보상인 리베이트(Rebate)의 지급, Coca Cola의 강력한 브랜드를 비인기상품의 판매를 위하여 사용하는 것, 음료공급기와 자동판매기 등을 제공하는 대가로 경쟁사 음료를 이용하지 않도록 하는 약정 등을 모두 금지하고, Coca Cola가 배타적 계약을 통하여 다른 상점에서 다른 음료를 소비자의 선택으로부터 배제하는 일을 방지하기 위한 결정을 내렸으며, 이 서약결정의 유효기간은 2010년까지로 하였다. 이외에도 2005년의 독일의 프로축구연맹 사건²⁷⁾, 2006년의 영국의 Premier League 사건²⁸⁾, 다이아몬드 판매사인 De Beers 사건²⁹⁾, 스페인의 정유사인 Repsol 사건³⁰⁾, 2006년의 Warner, EMI,

19) IBM [1984] 3 CMLR 147.

20) Swift, OJ 1997 C335/3.

21) European Commission, 24th Report on Competition Policy (1994), p.364.

22) Cases 96/82, etc. IAZ v. Commission [1983] ECR 3369, [1984] 3 CMLR 276, para 15; Cases 43 & 63/82 VBVB and VBBB [1984] ECR 19, [1985] 1 CMLR 27, para 52. cf. Case 226/84 British Leyland v. Commission [1986] ECR 3263, [1987] 1 CMLR 185.

23) 예컨대, OMV/Gazprom and E.on Ruhrgas/Gazprom, 2005 Report on Competition Policy, points 48-49; Philips CD-Recordable Disc Patent Licensing, IP/06/139 (Feb. 9, 2006).

24) COMP/39.116 Coca Cola, 22 Jun. 2005, [2006] 4 CMLR 1680; Press Release, Competition: Commission makes commitments from Coca-Cola legally binding, increasing consumer choice, IP/05/775 Case Comp/39.116. available at <http://europa.eu/rapid/pressReleases>.

25) 김두진, “대규모 유통점의 불공정거래행위의 규제”, 법제연구 제30호 (2006.6), 147-176면 참조.

26) CocaCola가 무상으로 제공하는 냉장고 내부의 20%에 대하여 소매상의 임의진열이 가능하도록 하였다.

27) German Bundesliga, OJ 2005 L134/46, [2005] 5 CMLR 1715.

28) Case COMP/38.173 Premier League, 22 Mar. 2006, [2006] 5 CMLR 1396.

29) Case COMP/38.381 De Beers, 22 Feb. 2006 [2006] 5 CMLR 1426 (decision annulled, Case T-170/06 Alrosa v. Commission, judgment of 11 July 2007).

30) COMP/38.348 Repsol, Press Release IP/06/495 (12 April 2006).

BMG, Sony 등 5대 음반 메이저(Major)사들과 군소사(群小社)들 간에 체결된 음반배급 관련 협정인 Cannes Extension Agreement 사건³¹⁾ 등 6개의 사건에서 위원회는 서약결정을 내렸다. 또한, 최근에 항공사들 간의 제휴(Alliance) 협정이 경쟁제한적인지 여부에 관하여 몇 개의 사건에서 유럽위원회의 조사가 진행 중인데, 이 가운데 British Airways, American Airlines 및 Iberia 간의 협력협정에 대한 조사는 위원회의 반대의견(Statement of Objections) 제시에 대하여 관련 항공사들이 서약을 제안하였고, 현재 유럽위원회가 그 유효성에 대하여 평가하고 있는 상황이다.³²⁾

IV. 동의명령제의 효능 및 공정거래법 도입시의 기대이익

1. 동의명령제의 효능

미국에서 동의명령제는 다음과 같은 이점(利點)을 가진다고 지적되고 있다.³³⁾

첫째, 장기간 교섭과 심판 및 소송 이전의 준비에 따른 불확실성과 비용을 제거한다. 둘째, 동의명령은 후속 쟁점이 된 실무가 포함된 사소(私訟)에서 법 위반에 대한 일응 추정되는 증거(Prima Facie Evidence)를 구성하지 아니하고, 사안의 일정한 면(面)의 비밀성을 보전할 수 있다. 셋째, 위원회와 그 직원은 위반의 심각성과 기관과 법원의 선례에 의존하여 '화해가 제공할 공익적인 시간, 경비 및 불확실성의 절감' 때문에 소송 후에 적용될 조항보다 덜 엄격한 조항으로 화해할 수 있다. 그밖에 기업결합 심사절차에서는 사전신고제도 때문에 경쟁당국의 승인을 받기 위한 일부 자산의 처분 등의 조건에 관하여 협의하는 과정에서 자연스럽게 동의명령에 관하여 협의가 도출될 수도 있다. 그러나 위의 첫째 이점은 경우에 따라 반감될 수도 있다. 즉, 특히 복잡한 사건에서는 동의명령의 교섭에 장기간이 소요될 수 있고 FTC는 동의명령이 서명된 후 몇 달 간 명령의 접수(Accept)를 하지 않는 경우도 있다.³⁴⁾ 다른 한편, 동의명령절차에서 피심인은 FTC가 지방법원에 제소해서 위반당 10,000달러의 벌금 부과와 함께 집행 가능하거나 또는 위반이 지속적으로 범해지는 경우에는 위반일당 10,000달러의 벌금 부과와 함께 집행 가능하게 되는 FTC와의 구속력 있는 계약을 체결할 수도 있다.³⁵⁾ 이 협정은 그와 다르게 정해지지 않으면 영구적인 것일 수 있고, 피심인인 개인·법인기업의 승계인 및 양수인을 구속한다.

동의명령은 또한, 보도자료의 형식으로 피심인에 관한 불명예사실을 공표되게 한다. 동의명령이 화해만을 위한 것이고 법 위반을 인정하는 것이 아니라고 동의명령상 기술되어 있지만, 대기업이

31) COMP/38.772 Cannes Extension Agreement, Press Release IP/06/1311 (4 October 2006).

32) European Commission, MEMO/10/25 (Feb. 1, 2010) 문제의 협정은 관련 항공사들이 북미와 유럽 간의 대서양노선의 운항수익의 공유, 운항 스케줄, 수용능력 및 가격 책정 등을 공동으로 관리하려는 것이었다. 그 외에 Lufthansa, Continental, United, Air Canada 등 4개의 Star Alliance 회원사들 및 SkyTeam 회원사들의 협력협정에 대한 유럽위원회의 조사는 별도로 진행 중이다.

33) Stephanie W. Kanwit, op. cit., § 12:4 (2004).

34) 예컨대, Nelson Bros Furniture Corp 3 Trade Reg Rep (CCH) ¶ 21,433 (1978)에서는 동의와 선언 사이에 14개월이 걸렸다.

35) 15 U.S.C.A. § 45(1); Clayton Act § 11(1), 15 U.S.C.A. § 21(1). DOJ의 동의판결의 경우, 불이행시 법정모독죄로 벌금이 부과된다.

나 뉴스의 가치가 있는 위반사건인 경우에는 언론과 공중(公衆)에 미치는 효과에서 차이가 없는 경향이 있다.³⁶⁾ 동의명령 관련 사실의 공표는 일반적으로 FTC 사무국 책임자들과 공공정보사무소에 의하여 정해지고, 피심인은 특정 사안에서 기자회견이 개최되지 않거나 보도자료가 배부되지 않도록 보장하는 것을 교섭할 수는 없다.³⁷⁾

2. 공정거래법 도입시의 기대이익

우리 공정거래법에 동의명령제를 도입하는 경우 첫째, 공정거래법의 신속한 공적 집행수단의 확보 둘째, 공정거래법의 공적 집행내용의 유연성 확보 등 두 가지의 이점을 기대할 수 있다.

(1) 공정거래법의 신속한 공적 집행수단의 확보

사업자 등이 공정거래법상 실체규정을 위반하여 시장지배적 지위의 남용행위·부당한 공동행위·불공정 거래행위를 하는 때에 현행법상 공정위가 명할 수 있는 조치로는 당해 사업자 등에 대한 당해 위반행위의 중지, 법 위반사실의 공표 기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치 등으로 이루어진 시정조치의 명령(공정거래법 제5조, 제16조, 제21조, 제24조, 제27조, 제31조, 제34조)과 과징금 부과(같은 법 제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2) 등이 있다. 이러한 위반행위에 대한 조치를 취하기 위해서는 공정위에 의한 위반사실의 조사와 증거 수집 등이 선행되어야 하며, 대상 사업자가 서울고등법원에 불복의 소(訴)를 제기하는 경우에는 행정소송을 통하여 대법원으로의 상고를 포함하여 오랜 시간이 지나야 확정되게 된다.

특히, 급격한 기술 변화 등 시장상황이 급격한 분야의 경우에서 사건 처리가 지나치게 지연되거나 소송 등으로 그 확정이 장기화 될 경우, 시정조치의 실효성 및 적시성(適時性)이 떨어질 가능성이 있음이 지적되고 있다.³⁸⁾ 동의명령을 도입한다면 이러한 단점을 해소하여 공정거래법 위반행위의 종료와 위반행위의 재발 방지를 통하여 소비자 후생을 극대화하기 위하여 관련 시장의 사업기간 경쟁을 유지·촉진한다는 공정거래법의 목적에도 부합되며, 조사와 증거의 수집 등에 소요되는 행정자원의 절약이 가능하고 사건처리에 필요한 시간을 단축할 수 있다.

(2) 공정거래법의 공적 집행내용의 유연성 확보

동의명령제를 도입하는 경우에는 보다 비정형적이고 탄력적인 내용의 명령이 채택될 수 있다. 또한, 수범자의 제안에 의하여 채택되는 것이므로 합의에 의하여 거래상대방이나 소비자 피해의 구제도 가능하다. 머리말에서 언급한 대로 현행 공정거래법 상의 시정명령의 내용도 제한적으로

36) Stephanie W. Kanwit, op. cit., § 12:4 (2004).

37) Id.

38) 공정거래위원회, 동의명령제도 도입 관련 검토 (2006).

유연성이 보장되지만, 그것은 어디까지나 위반행위의 시정 및 방지를 목적으로 하는 것에 한하고, 거래상대방이나 소비자 피해의 구제를 위한 시정명령은 허용되지 않는다. 당사자의 합의에 의하여 채택되는 동의명령은 이러한 한계를 뛰어 넘게 할 수 있다.

V. 제도 도입의 방향

본래 독점금지 동의명령제는 미국에서 처음 사용하기 시작하였지만 EU, 독일, 일본, 프랑스, 호주 등 주요 법 영역에서도 널리 이를 자국법제에 맞게 도입·운용하고 있는 현실에서, 이제 우리 공정거래법에도 신속한 공적 집행수단을 확보하고, 집행내용의 유연성을 확보하기 위하여 동의명령제를 도입할 필요가 있다. 또한, 2007년 4월 타결된 한·미 FTA 협상에서 한국과 미국 양국 정부는 우리나라에 경쟁법 집행수단의 일종으로서 동의명령제를 도입하기로 공식 합의한 바도 있다 (KORUS FTA 제16.1(5)조).³⁹⁾

공정거래법에 동의명령제를 도입하는 구체적 방안에 관해서는 2007년에 정부의 개정안이 제출된 바 있으며, 필자의 관견(管見)으로는 이를 기본으로 하면서 그것에 덧붙여서 다음과 같은 내용들이 보완되어야 하지 않을까 생각한다. 첫째, 부당한 공동행위를 동의명령의 대상에서 원칙적으로 제외하지 말고 경쟁당국이 사안에 따라 판단하여 처리하도록 하고 둘째, 동의명령의 내용은 대상 행위에 대한 실효성 있는 시정방안과 거래상대방이나 소비자 피해의 구제방안이 전부 포함되는 것이 바람직하지만, 이 기준을 법규로 정하기는 어려우므로 공정위에 맡기는 것이 부득이하고 셋째, 동의명령의 외부통제장치로서 검찰을 포함한 관계 부처의 의견 수렴을 거치는 것은 필요하지만, 이미 고발요청제도가 존재하며 동의명령제의 활발한 이용에 걸림돌이 될 우려가 있으므로 검찰총장과의 협의제도는 설치하지 말아야 하며 넷째, 공정위가 갖는 독립성과 전문성 등의 기능 및 위상을 고려하면 법원의 승인절차 역시 불필요하고 다섯째, 신고인 등 이해관계인의 의견 수렴을 위하여 필요한 범위에서 동의명령의 내용을 공시하여야 하며 여섯째, 동의명령의 기초사실이나 수범자의 동의에 하자(瑕疵)가 있는 경우에는 예외적으로 직권 또는 당사자의 신청과 사법심사에 의하여 동의명령의 취소가 가능하도록 규정하여야 하며, 기초가 된 법이나 사실이 변경되었거나 공익상 요구가 있는 경우에는 동의명령의 수정이 가능하도록 명시되어야 한다. 이러한 요소들은 동의명령제의 절차 운영의 투명성 및 시정방안 등의 타당성을 확보하면서, 동시에 제도 도입의 이점이 발휘되기 위해서 반드시 필요할 것으로 보이기 때문이다.

39) 양국 정부의 협상대표단은 한미 FTA의 제16장 '경쟁' 장 내에 여러 가지 경쟁법 집행 및 협력 관련 내용, 지정독점·공기업 관련 내용, 소비자보호 관련 협력 강화 등을 포함하기로 합의하였다. 외교통상부, 한·미 FTA 분야별 최종 협상 결과, 70~73면(2007.4.).