

시정조치 실효성 제고를 위한 '시정조치 운영지침' 제정에 관하여

이 순 미 | 공정거래위원회 심판관리과 사무관

1. 제정 배경

공정거래위원회가 법 위반사업자에게 명하는 조치는 크게 “시정조치”와 “과징금 부과명령” 두 가지이다. 이 중 과징금 부과명령에 대해서는 2004. 4. 1. 이후 시행령과 과징금 고시의 대폭 개정¹⁾을 통해 투명성과 객관성을 높였다. 그러나 개별 건에 대한 시정조치의 적정성에 있어서의 논의는 별론으로 하더라도, 정책적 측면에서 경쟁당국의 시정조치의 원칙과 방향, 방법, 그 범위와 한계에 대해 본격적으로 검토한 적은 없었다.

시장경쟁의 반칙자에게 효과적인 패널티를 적절하게 잘 부과하는 것은 경기 규칙을 잘 만들어 경기 내용의 합리성과 공정성을 확보하는 것 못지않게 선진 시장경제로 가기 위한 중요한 과제이다. 따라서 그동안의 시정조치를 분석하여 개선방향을 모색하는 것은 시정조치의 실효성 제고를 위한 출발점이라는데 의미가 있다.

일회적인 금전적 제재인 과징금 부과명령과 달리, 시정조치는 당해 위반행위를 시정시켜 시장경제 질서를 회복시키기 위한 지속적 조치이므로 시장변화에 적절하게 대응하여 설계될 필요가 있다. 그런데 법 위반행위가 갈수록 복잡·다양해짐에 따라 일관된 기준에 따라 위반행위 시정에 적절한 형태의 시정조치를 적극적으로 발굴하여 명할 필요성은 더욱 커지고 있다.

그러나 그동안 위원회는 현행 시정조치 규정상으로는 ‘시정명령을 받은 사실의 공표명령’이나 기업결합 제한 규정 위반행위 건에서의 주식처분 명령 등 법에 명시되어 있는 일부 작위명령 외에는 부작위명령만 가능하다고 인식해온 측면이 있다. 그래서 시정조치의 대부분을 주로 “~하여서는 아니된다”거나 “~를 다시 하여서는 아니된다”는 단순 부작위명령에 지나치게 의존하여 명하여 온 경향이 컸다. 이처럼 시정조치가 획일화·형식화됨에 따라 법 위반행위에 대해 실효성 있게 대처하지 못하여 손상된 경쟁질서를 충분히 회복

1) 2004. 4. 1. 공정거래법 시행령과 ‘과징금부과세부기준등에관한고시’를 개정하여 (이후 '05. 4. 1, '05. 7. 13. 소폭 개정) 구체적 기준에 따라 과징금 부과여부를 결정할 수 있도록 하고, 위반행위의 내용과 정도, 위반기간, 횟수, 부당이득 정도, 조사협조 여부, 부담능력 등을 반영하여 기본과징금, 임의적 조정과징금, 의무적 조정과징금, 부과과징금의 4단계를 거쳐 과징금이 단계적·순차적으로 산출되도록 과징금 부과체계를 객관화·계량화하였으며, 가중·감경사유와 한도를 명확히 하였다.

시키지 못하고, 위반행위의 재발을 방지하지도 못한다는 문제점이 그동안 지속적으로 제기되어 왔다.²⁾

이에 공정위는 외국의 시정조치 원칙과 사례 및 국내의 시정조치 현황, 관련된 판례, 논문 등을 바탕으로 시정조치의 원칙과 목적, 방법을 명확히 하고, 시정조치의 주요 유형별로 구체적인 기준과 사례를 세분화한 '공정거래위원회의 시정조치 운영지침'을 제정하였고, 이를 2005. 11. 1.부터 시행하게 된 것이다.

●●●●➡ 2. 시정조치 운영지침의 주요내용

가. 지침의 적용범위와 성격

(1) 적용 범위

이 지침은 원칙적으로 공정거래법을 위반한 행위에 대한 시정조치시에 적용된다. 공정위가 운영하고 있는 모든 법을 포괄하는 시정조치 지침을 마련하기 위해서는 개별법의 특성이나 각 시정조치 사례에 대한 연구가 더 필요하다. 따라서 우선 이 지침을 공정거래법상의 각 시정조치에 적용하되, 다만 표시·광고법 등 다른 법률에 의한 각 시정조치시에는 필요한 범위 내에서 이 지침을 준용할 수 있도록 하였다(부칙 제2조). 또한 공표명령조치에는 이미 운영되고 있는 '공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 공표에 관한 운영지침'이 적용된다.

(2) 지침의 성격

지침을 통해 예상되는 모든 시정조치의 유형을 포괄하는 것은 현실적으로 불가능하므로 지침의 성격과 한계를 명확히 하였다. 즉, 이 지침은 시정조치의 주요 유형별 기준과 예시를 제시한 것에 불과하므로 구체적인 사안에서 여기에 합당하게 부합하지 않은 경우에까지 반드시 이 지침에 따라야 하는 것은 아니며, 이 지침에 명시적으로 열거되지 않은 유형이라고 해서 반드시 그러한 시정조치를 명할 수 없는 것은 아니다. 당해 위반행위의 시정에 적절하다면 이 지침에 없는 다른 시정조치도 가능하다.

나. 시정조치의 목적과 원칙

(1) 시정조치의 목적

지침은 당해 위반행위의 시정에 가장 적절하고 실효성 있는 시정조치가 발굴될 수 있도록 하기 위하여

2) 홍대식 변호사도 한국경쟁법학회 춘계학술대회(2004. 5. 15.)에서 발표한 '카르텔 규제의 효과적 집행'이라는 논제에서 '부작위명령은 그 형식상 그 이행확보가 곤란하고 위반행위로 이미 야기된 반경쟁적 상태의 시정도 기대하기 어렵고 내용상으로도 처분 상대방에게 위법이라고 선언한 범위와 내용을 확정하기 어렵다는 문제점이 지적되고 있다'고 부작위명령의 한계를 언급한 바 있다.

개별 시정조치가 달성하고자 하는 직접적 목적을 다음과 같이 4가지로 정하였다.

시정조치는 ① 현재의 법 위반행위를 중단하고, ② 향후 유사한 행위의 재발을 방지·억지하며, ③ 왜곡된 경쟁질서를 회복시키고, ④ 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진시키는 것을 목적으로 한다.

(2) 시정조치의 원칙

지침은 시정조치를 명함에 있어 고려해야 하는 원칙 5가지를 정하였다. 구체적으로 살펴보면, ① 시정조치는 당해 위반행위를 효과적으로 시정할 수 있도록 실효성 있게 명하여져야 한다는 “실효성의 원칙”, ② 시정조치는 당해 위반행위의 위법성 판단과 연관되게 명하여져야 한다는 “연관성의 원칙”, ③ 시정조치는 시정조치를 받은 피심인이 이행해야 될 시정조치의 내용이 무엇이고, 공정거래위원회가 이행을 확보하고 점검하여야 할 내용이 무엇인지 알 수 있도록 명확하고 구체적으로 명하여져야 한다는 “명확성과 구체성의 원칙”, ④ 시정조치는 피심인이 당해 시정조치를 법률상·사실상 이행 가능할 수 있도록 명하여져야 한다는 “이행가능성의 원칙”, ⑤ 시정조치는 당해 위반행위의 내용과 정도에 비례하여 명하여져야 한다는 “비례의 원칙”이다.

다. 시정조치의 방법

(1) 지침은 시정조치는 위반행위를 효과적으로 시정할 수 있다면 부작위명령에 국한하지 않고, 작위명령 또는 보조적 명령도 위반행위에 따라 적절하게 선택하여 명할 수 있음을 명확히 하였다. 이는 경쟁법 위반행위에 대하여 행태적 시정조치만 할 수 있다거나 부작위명령만을 할 수 있다는 원칙은 없으며, 위반행위를 효과적으로 치유할 수 있고 경쟁질서의 회복을 위하여 효과적이고 적절한 시정조치라면 구조적 조치와 적극적 작위명령도 다양하게 하고 있는 미국과 EU³⁾, 일본의 시정조치 규정과 사례를 고려한 것이다. 물론 그렇다고 어떠한 작위명령도 가능하다는 것은 아니며, 개별 사안에서 법 위반행위에 비례하여 합리적으로 필요한 범위 내에서 가능하다는 시정조치의 한계는 당연히 있는 것이다.

(2) 또한, 지침은 각 시정조치 규정에 명시되어 있지 않더라도 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’를 근거로 작위명령과 보조적 명령을 내릴 수 있음을 명확히 하였다. 판례(고법 2002아115, 2001누7499)도 법 위반행위의 중지 등 앞에 열거된 시정조치는 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’의 예시에 불과하며, ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’는 별개의 독립한 시정조치를 할 수 있는 재량권을 부여한 것이라고 판시하고 있음을 고려한 것이다. 다만, ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’를 근거로 하여 명하는 시정조치는 명시적으

3) EU는 EC조약 제81조 및 제82조에 대한 “위반행위를 종료”(termination of infringements)시키기 위하여 적당한 어떠한 행태적 또는 구조적 조치(any behavioural or structural remedies)도 부과할 수 있다고 규정하고 있다(Council Regulation(EC) No1/2003) 제7조).

로 규정되어 있는 시정조치의 유형인 '당해 행위의 중지'와 동일시 할 수 있을 정도로 법 위반행위를 한 사업자로 하여금 그와 같은 위반행위를 종료하게 하는 것을 목적으로 하는 조치에 한정되어야 할 것이다.

(3) 또한, 지침은 당해 위반행위를 효과적이고 실질적으로 시정하기 위하여 필요하다면 각 시정조치 규정상의 '당해 행위의 중지'를 근거로 당해 위반행위의 중지 또는 종료에 관한 실질적 내용을 작위명령으로 명할 수 있음을 명확히 하였다. 그동안 '당해 행위의 중지'를 소극적으로 해석하여 단순 부작위명령만 할 수 있는 것으로 인식하여 온 경향도 있다. 그러나, 각 시정조치 규정에 '당해 행위의 중지'를 명할 수 있도록 한 것은 위 규정의 의미가 단순 부작위명령만 할 수 있다는 것이 아니라, 위반행위를 중지시킬 수 있다면 형식에 제한 없이 중지의 내용을 실질적으로 반영할 수 있도록 특정한 행위를 하도록 명령할 수 있다는 점을 고려한 것이다.⁴⁾

라. 시정조치 주요 유형별 기준 및 예시

(1) 부작위명령

지침은 현재 대부분의 시정조치에 항상 포함되어 있는 부작위명령인 “~하여서는 아니된다”는 행위중지명령과 “~향후 다시는 하여서는 아니된다”는 행위금지명령의 요건과 방식을 구체화하고 명확히 하였다.

이에 행위중지명령은 법 위반행위가 최종 심의일에도 진행중이거나 위반행위의 효과가 최종 심의일에도 지속되는 경우에 명할 수 있으며, 행위금지명령은 최종 심의일에 이미 종료했으나 가까운 장래에 당해 위반행위와 동일 또는 유사한 행위가 반복될 우려가 있는 경우에 명할 수 있다.

또한, 행위중지명령은 관련 상품, 거래상대방, 위반행위의 내용 또는 방법 등 당해 위법 사실을 최대한 반영하여 구체적이고 명확하게 명하여야 하며, 행위금지명령은 향후 시정조치 불이행으로 판단할 수 있도록 금지대상이 되는 법 위반행위의 유형을 어느 정도 구체화하여 명하여야 한다. 다만, 행위금지명령의 경우 지나치게 구체적이어서 장래에 동일 또는 유사한 법 위반행위가 발생할 가능성이 거의 없게 되지 않도록 하여야 함을 명확히 하였다.

(2) 작위명령

작위명령⁵⁾은 피심인의 적극적인 행위를 요구하는 것으로서 이행해야 할 내용을 명확히 하여 시정조치의 효과를 단기간에 직접적으로 확보하는 효과가 있다. 지침에서 예시한 주요 작위명령의 기준과 사례를

4) “작위명령의 경우에는 법에 명시적인 규정이 없으나 ‘행위유형별 금지규정’에 대한 해석을 통하여 예외적으로 허용될 수 있다고 판단된다. 예컨대, 시장지배적사업자에 대하여는 법에서 남용행위를 금지하고 그 행위를 종료하기 위한 시정조치를 허용하고 있으므로, 시장지배적사업자의 남용행위를 종료시키고 재발을 방지하여 이미 왜곡된 경쟁질서를 회복시키기 위해서는 그 목적을 달성하기에 합리적으로 필요한 범위 내에서 특정한 행위를 하도록 명할 수 있어야 할 것이다”(홍대식 변호사의 카르텔 규제의 효과적 집행).

5) 현행 공정거래법상의 각 시정조치 규정에서 작위명령이 명문화 된 예는 시장지배적지위 남용행위에서의 가격인하(제5조), 기업결합

보면 다음과 같다.

① 이용강제 · 거래개시 · 거래재개명령

지침은 예를 들어 시장지배적사업자가 사업수행상 필수불가결한 설비나 원료 등을 경쟁사업자에 대하여 이용거절 하거나, 사업자가 신규진입 저지를 위하여 공동으로 거래거절을 하는 경우에는 단순히 거래거절을 하지 말라는 부작위명령만으로는 당해 시장의 경쟁을 실질적으로 회복하기 어려우므로 이용강제 · 거래개시 · 거래재개명령을 부과할 수 있도록 하였다. 이는 미국과 EU⁶⁾ 등 외국의 주요 경쟁당국도 공동의 거래거절이나 필수설비이론이 적용되는 경우 적극적으로 거래재개, 공급명령을 명하고 있음을 고려한 것이다.

② 합의파기명령

지침은 예를 들어 제19조제1항이 적용되는 명백한 합의가 있고, 최종 심의일까지 그 합의가 유지되고 있으며, 공동행위가 관행화되어 합의파기라는 외형적 행위가 필요한 경우에는 피심인 각 사는 이사회 등 공식적인 최고 의결기구를 통해 해당 합의를 파기하고, 그 파기의사를 관련자에게 통지하며, 그 결과를 공정위에 보고하게 하도록 하는 “합의파기명령”을 명할 수 있도록 하였다.

이는 과거에 합의파기명령을 한 심결례가 있고, 우리 시정조치 규정과 유사한 일본⁷⁾에서도 카르텔에 대한 배제조치로 “합의파기명령”을 일반적으로 하고 있으며, 다수의 전문가⁸⁾들도 부당한 공동행위의 시정조치시 합의파기명령이 가능하다고 보고 있음을 고려한 것이다.

③ 계약조항의 수정 또는 삭제명령

지침은 예를 들어 부당한 계약조항에 기초하여 불공정거래행위나 재판매가격유지행위가 이루어지고, 당해 위반행위의 시정에 부당한 계약조항의 수정 또는 삭제가 필요한 경우 “계약조항의 수정 또는 삭제명령”을 명할 수 있도록 하였다. 이는 불공정거래행위의 시정조치 규정에 계약조항 삭제가 가능한 것으로 명시되어 있으며, 재판매가격유지행위에 대한 공정위의 심결례도 해당 계약조항의 수정 또는 삭제를 해오고 있음을 고려한 것이다.

④ 독자적 가격재결정명령

지침은 예를 들어 첫째, 제19조제1항이 적용되는 명백한 합의가 있고, 둘째, 최종 심의일까지 그 합의가 종료되지 않아 부당한 공동행위가 유지되고 있으며, 셋째, 부당한 공동행위에 있어 공동행위가 관행화되어 있거나 시장구조가 과점화되어 있어 향후 공동행위의 재발가능성이 크며, 넷째, 가격공동행위의 기

제한 및 경제력집중 억제규정 위반행위에서의 주식의 처분, 임원의 사임, 영업의 양도, 채무보증 취소 등(제16조), 불공정거래행위나 부당한 국제계약체결행위에서 계약조항 삭제(제24조 및 제34조)가 있다.

6) EU법원은 Commercial Solvents 사건(1974년)에서 후방시장에서의 경쟁기업이 제품생산을 위해 필요한 원료를 독점보유하고 있는 Commercial Solvents사가 경쟁기업에게 동 원료공급을 거부한 것에 대해 제82조를 위반한 시장지배적 남용행위라고 판단하고 제품원료를 공급하도록 명령함
7) 피심인 주식회사 대택조는 ... 발주예정자를 결정하고, 수주예정자가 수주할 수 있도록 하는 행위를 중지하겠다는 취지를 확인하는 것을 이사회에서 결의하고, 그것을 ... 별지 표4 기재의 사업자에게 통지하여야 한다(2005. 1. 7. 니이가타시 입찰담합 건).
8) 양명조 교수(경제법 강의), 이남기, 이승수 공저(경제법), 이호형 교수(독점규제법).

간이 장기간에 걸쳐 있지만 공동행위를 한 시점과 시정조치의 시점 간에 상당한 간격이 있어 적정한 가격 수준을 결정하기 어렵고, 기타 가격인상 요인의 존재 여부에 대한 구체적이고 명확한 판단이 어려우나, 다섯째, 합의에 의한 가격결정·유지·변경행위의 증지를 구체적인 작위명령으로 명할 필요가 있는 경우에 “독자적 가격재결정명령”⁹⁾을 명할 수 있도록 하였다.

이는 합의에 의한 가격을 철회하고 가격인상요인을 감안하여 각자 독자적으로 가격을 재결정하여 공정 위에 보고하게 하는 것으로서 가격인하명령에 비해 경쟁당국의 시장에서의 개입은 적게 하면서도 간접적으로 합의를 파기하게 하여 시장에서의 가격경쟁의 효과가 나타나게 할 수 있는 시정조치의 일환이라는 점을 고려한 것이다.

⑤ 분리판매명령

지침은 예를 들어 사업자가 끼워팔기를 통하여 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하거나, 주된 상품에서 시장지배적지위에 있는 사업자가 주된 상품의 지배적지위를 지렛대로 이용하여 종된 상품에까지 그 지위를 확대하기 위하여 끼워팔기를 하는 경우 ‘분리판매명령’을 명할 수 있도록 하였다. 이는 분리판매명령이 끼워팔기의 증지를 위해 주된 상품과 종된 상품을 분리하여 판매하도록 하는 것으로서 시정조치의 내용을 명확히 하고 당해 끼워팔기를 효과적이고 실질적으로 시정하기 위한 조치이기 때문이다.

(3) 보조적 명령

보조적 명령은 부작위명령, 작위명령 등 주된 시정명령에 부가하여 명하는 것으로 시정조치의 이행을 효과적으로 확보하고, 시장감시체계를 확보하여 위반행위의 재발을 방지하는 효과가 있다. 따라서 주된 시정명령에 부가하여 보조적 명령을 적극적으로 활용할 필요가 있는 바, 지침에서 제시한 보조적 명령의 예는 다음과 같다.

① 통지명령 또는 교부명령

지침은 위반행위의 재발을 방지하고 피해의 계속을 방지하기 위하여 위반행위에 영향을 받은 자에게 피심인이 시정명령을 받은 사실 또는 합의파기 사실 등을 통지하게 하거나, 의결서를 교부하게 하는 명령을 명할 수 있도록 하였다.

② 보고명령

지침은 시정조치의 이행을 효과적으로 확보하고 시장감시체계를 확보하여 시장개선의 효과를 확실하게 하기 위하여 시정명령의 이행결과를 보고하게 하거나, 공동행위가 고착화된 시장인 경우 일정기간 동안 담합대상 제품의 가격변동 추이를 보고¹⁰⁾하게 하는 등의 보고명령을 명할 수 있도록 하였다.

9) 가격재결정명령은 가격인상 요인이 존재함에도 가격인하를 강제함으로써 사업자의 경제적 자유를 부당하게 침해하는 것이 아니라, 「위법한 행위에 의한 가격을 철회하고 사업자로서 가격인상 요인을 감안하여 독립적으로 가격을 재결정하라는 명령」을 하는 것으로서 적법상태의 회복을 목적으로 하는 시정조치의 일환으로 허용된다고 할 것이다(조춘 변호사, 「공정거래법상 시정조치에 대한 검토」, 경쟁저널 2004. 8.).

③ 교육실시명령

지침은 공정거래법에 대한 이해부족 또는 준수 의지 미약 등에 의하여 유사한 범위반행위가 반복하여 발생하는 경우, 위반행위와 관련된 임·직원을 대상으로 관련된 법령, 제도 등에 관해 일정기간 동안 교육을 실시하고, 그 결과를 보고하도록 하는 “교육실시명령”을 명할 수 있도록 하였다. 이미 방문판매법 위반 사업자에 대해 교육실시명령을 명한 심결례가 다수 있다.

④ 점검활동 보장명령

지침은 당해 시정조치가 복잡하고 전문적이어서 전문적인 제3자의 이행점검이 필요하거나, 또는 지속적인 현장점검을 통해서만이 시정조치의 이행을 효과적으로 확보할 수 있는 경우에 공정위가 이행감시팀을 임명할 수 있고, 피심인은 위 이행감시팀의 점검활동을 보장하도록 하는(보수 또는 관련 장소 제공 등) 점검활동 보장명령을 명할 수 있도록 하였다¹¹⁾.

⑤ 자료보관명령

지침은 시정조치의 이행점검을 용이하게 하여 시정조치의 이행을 확보하고 위반행위의 우려가 있는 시장에 대한 감시를 충분히 할 수 있는 여건을 마련하기 위하여 피심인으로 하여금 일정기간 동안 시정조치 이행과 관련된 자료를 보관하도록 하고, 상당한 통지에 의하여 공정위가 관련 자료를 점검하고 복사할 수 있도록 하는 “자료보관명령”을 명할 수 있도록 하였다.

●●●●●➡ 3. 기대효과

가. 다양하고 적극적인 시정조치 발굴로 시정조치 내용에 대한 논의 확대

시정조치 운영지침이 시행됨으로써 부작위명령, 작위명령, 보조적 명령 등 위반행위에 따라 가장 적절한 시정조치에 대한 논의가 확산되어 공정위가 이전보다 더 다양하고 적극적인 시정조치의 방법과 내용을 선택하여 명할 수 있을 것으로 기대된다. 따라서 이제 과징금액이나 공표크기 못지않게 당해 위반행위를 효과적으로 시정하기 위하여 어떤 시정조치를 명할 것인가라는 시정조치의 내용이 경쟁당국의 주요한 논의 대상이 될 것으로 보인다.

10) 기업결합 사건뿐만 아니라 공동행위 사건에서도 최근 가격보고명령의 심결례는 나타나고 있다. 예를 들어 굴삭기 및 휠로더 제조 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(2004공동2083, 2005. 6. 24)에서 “피심인은 향후 3년간 굴삭기 및 휠로더의 가격을 인상할때마다 가격인상 실행후 30일 이내에 인상된 가격의 인상률, 인상시기, 인상사유를 공정거래위원회에 보고하여야 한다”고 시정조치 한 바 있다.

11) 미국의 연방항소법원은 Microsoft 사건에서 시정조치를 효과적으로 이행토록 하기 위하여 독립적인 현장 이행점검팀을 구성하여 MS에 상주하며, 모든 자료에 대한 상시감시체제를 갖추도록 한 바 있다.

나. 위반행위에 적절한 시정조치 발굴로 시정조치의 실효성 제고

적절한 시정조치에 대한 심도 있는 논의를 바탕으로 법 위반행위에 비례하여 필요한 범위 내에서 당해 위반행위에 적절한 시정조치를 명하게 됨으로써 시정조치의 실효성이 한층 제고될 것으로 기대된다.

다. 시정조치의 일관성과 적정성 제고

시정조치의 목적과 원칙, 방법이 제시된 지침을 고려하여 시정조치를 명함으로써 시정조치의 일관성과 적정성이 제고될 것으로 기대된다. **경쟁저널**