

# 공정거래법상 동의의결제도의 문제점 고찰

## Study on the Problem of the Consent Order of Fair Trade Law

강 명 수\*  
Kang, Myung-Soo

### 목 차

- I. 서론
- II. 동의명령제도의 유용성 및 각국의 입법례
- III. 우리나라의 동의의결제 관련 문제
- IV. 결론

### 국문초록

법 위반 여부가 의심되는 행위에 대하여 담당기관(우리나라의 경우 공정거래위원회)과 당사자 상호간의 합의를 통해 시정방안을 마련하고 그 타당성이 인정되면 사건을 소송외적으로 종결하는 절차인 동의명령제는 미국에서 처음 도입된 이래, 일본, 독일, EU 등 대륙법계 국가에서도 받아들여진 제도이다. 우리나라에서도 동 제도를 도입할 것인지 여부에 대해 그 동안 논의가 있어 왔고 한미 FTA 합의사항 이행을 위한 법개정을 통해 2011년 12월 2일 개정법에서 도입되었다. 공법 영역에서 국가기관과 사업자가 서로 협의하여 사건을 종결짓는 것이 우리법 체계와는 맞지 않는 점이 있고 특히 우리나라 공정

논문접수일 : 2014.02.11

심사완료일 : 2014.03.03

게재확정일 : 2014.03.05

\* 변호사·제주대학교 법학전문대학원 교수

거래법에서는 공정거래위원회의 전속고발권을 인정하고 있어 동의의결제 도입에 대한 반대의견도 많았다. 다만 이제는 동 제도가 도입된 지 2년이 지났기 때문에 제도 도입 자체에 대한 논의는 실익이 높지 않고 이미 도입된 제도의 합리적인 운용방안을 모색할 시기라고 할 것이다. 그 동안 동의의결 제도가 전혀 활용되지 않고 있다가 최근 네이버와 다음의 시장지배적 지위남용 행위에 대해 동의의결 절차가 개시되어 현재 진행중에 있다. 동의의결제도에 부정적인 측면도 있으나 효율적인 법집행, 기업의 자율적인 시정조치를 통한 예측가능성 담보 등 그 유용성이 충분히 있음에도 제도가 도입된지 2년여만에 처음으로 동의의결 절차가 진행되고 있다는 점은 의문이기도 하나, 이를 시작으로 향후에는 동 제도의 이용이 보다 활성화될 것으로 기대된다. 따라서 지금의 시점에서 동의의결제에 대해 전반적으로 재검토해 보는 것이 필요하며, 그 중에서도 형사소추권의 침해문제, 공동행위를 제외시킨 것, 법원의 관여 여부, 이해관계인의 절차보장, 동의의결 취소 절차에서의 소명기회 제공 등에 나타난 문제점들을 지적하여 향후의 입법적 개정에 있어 시사점을 제시한다.

**주제어** : 동의명령, 동의판결, 전속고발권, 공동행위, 의무부담부화약제도, 유죄협상제도

## 1. 서론

공정거래법상 동의명령<sup>1)</sup>(consent order)은 법 위반 여부가 의심되는 행위에 대하여 담당기관(우리나라의 경우 공정거래위원회)과 당사자 상호간의 합의를 통해 시정방안을 마련하고 그 타당성이 인정되면 사건을 소송외적으로 종결하는 절차이다. 이는 미국 및 EU 등 주요 국가의 경쟁당국이나 법원이 법위반 행위자와의 합의를 통하여 법위반 상태를 자발적으로 시정하도록 함으로써 신

1) 우리나라의 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'에서는 '동의의결'이라는 표현을 사용하고 있다. '동의명령'과 '동의의결'이 동일한 의미라고 단정할 수는 없지만 위반사업자의 자발적인 시정조치로 사건을 종결한다는 점에서는 차이가 없다.

속하고 효율적인 시정이 가능하고, 소비자 등의 피해 역시 효과적으로 구제할 수 있어서 경쟁법 위반 사건에서 적극적으로 활용되고 있는 제도이다.<sup>2)</sup>

하지만 동 제도의 유용성에도 불구하고 동의명령제는 담당기관에게 준사법적 권한을 부여한다는 문제가 있으며, 우리나라는 1980년 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'(이하 '공정거래법'이라 함)을 제정한 이래로 동의명령제를 인정하지 않고 있었다. 그러나 공정거래법 위반사건이 많아지고 그 규모와 대상도 확대되면서 공정거래위원회의 업무부담이 가중되고 제재방향 및 수위 등을 예측하기 어려워 기업의 경제활동도 위축시켜 결과적으로 경쟁력을 저해하게 된다는 문제가 제기되어 오면서 2005년부터 우리나라에도 동의명령제를 도입해야 한다는 논의가 본격적으로 대두되었다. 그러면서 2011년 한미 FTA가 비준됨에 따라 2011년 12월 2일 개정법(공포한 날로부터 시행)에서 동의의결제를 도입하고, 동의의결의 절차, 동의의결의 취소사유, 이행확보 수단 등을 신설하였다. 그리고 공정거래위원회는 관련하여 '동의의결제도 운영 및 절차 등에 관한 규칙'(이하, '공정위 고시'라고 함)<sup>3)</sup>을 제정하여 동의의결 절차상 필요한 서면의 신청 방법, 의견조회 방법, 심의·의결 절차 등을 정하여 고시하고 있다. 개정법의 취지에 대해서는, 「대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 및 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정에 관한 서한교환」의 합의사항에 따라 동의의결제를 도입하고, 동의의결의 절차, 동의의결의 취소사유, 이행확보 수단 등을 규정함으로써 빠르게 변화하고 있는 시장상황에 신속히 대응하고, 소비자나 다른 사업자의 피해 구제 및 경쟁질서 회복이 신속하고 실질적으로 이루어질 수 있도록 하려는 것이라고 한다.

동의명령제가 입법되기 이전에 국내에서는 동의명령제 도입의 타당성 및 도입의 방향 등에 대한 논의가 많이 있었고, 그러한 논의 및 연구를 통해 합리적인 내용이 입법될 수 있었다고 생각된다. 하지만 현행 입법 중에도 의문이 생기는 점들이 있는바, 동의의결제가 우리법에 도입된지 2년이 지났고 최근에는 드디어 동의의결 절차를 이용한 첫 사례가 진행<sup>4)</sup>되고 있는 상황에서

2) 이호영, 「독점규제법 제4판」, 홍문사(2013), 450면.

3) 공정거래위원회 고시 제2012-7호, 2012. 3. 28. 제정.

4) 2011년 도입된 동의의결제에 대한 실무상의 사례는 최근에 처음으로 진행되고 있다. 즉, 시

그 동안의 논의 및 현행법의 내용을 재검토해 보는 것은 나름의 의미가 있다고 생각된다. 이하에서는 이러한 전제를 토대로 동의명령제에 대한 기존의 논의들 및 현행법의 내용을 살펴보면서 그 문제점들에 대해 고찰해 본다.

## II. 동의명령제도의 유용성 및 각국의 입법례

### 1. 동의명령제도의 유용성

공정거래법 위반행위는 그 성격상 위반행위에 대한 조사 및 최종 판단까지 많은 시간과 비용이 소요되고 이로 인한 집행당국의 행정력 소모 및 관련 기업들의 활동 위축 등을 고려해 볼 때, 해당 사업자와 집행당국이 서로 협의하여 위반사항을 시정하도록 하는 동의명령제도의 장점에 대해서는 의문이 있을 수 없다. 이러한 동의명령제도의 유용성을 요약해 보면 사건처리의 효율성 제고, 시정조치의 다양화, 기업의 부담 완화, 소비자 피해의 실질적 구제,<sup>5)</sup> 시장 및 기술변화가 빠른 분야에서의 독점 고착화 사전방지 및 행정력 절감<sup>6)</sup> 등을 들 수 있고, 따라서 제도 목적을 달성하기 위해서는 경쟁당국의 효율적 집행과 기업의 자율적 시정 회복 등을 조화시키는 것이 무엇보다 중요하다.<sup>7)</sup>

우리나라는 민사사건에서 당사자들의 합의나 조정 등에 의한 사건 종결이

---

장지배적 지위남용 행위로 공정거래위원회의 지적을 받은 네이버와 다음은 각각 지난해 11월 20일과 11월 21일 공정위에 동의의결을 신청하였고, 공정거래위원회는 11월 29일 동의의결 개시결정을 통보했으며, 두 회사는 공정위와 협의를 거쳐 12월 말 시정방안을 제출했다. 이번 잠정 동의의결안은 40일간의 의견수렴 절차를 거치며, 이후 14일 이내에 의견수렴내용 등을 종합해 다시 공정위의 심의의결을 거쳐 최종 확정하게 된다. 이번 잠정 동의의결안에는 이들 협의를 해소할 수 있는 경쟁질서 회복에 필요한 시정안과 1040억원 규모의 상생지원안이 포함돼 있다(2014. 1. 1. 네이버 기사 참고). 이와 같이 아직까지 우리나라에서는 동의의결제의 실무례가 거의 없기 때문에 이하에서는 일반적인 논의를 중심으로 살펴보기로 한다.

- 5) 김범식, “동의명령제 도입에 대한 형사법적 고찰”, 성균관법학 제20권 제2호, 성균관대학교 법학연구소(2008. 8.), 267-268면.
- 6) 한철수, “한미 FTA 이후 공정거래법의 과제”, 저스티스 제98호, 한국법학원(2007. 6.), 28면.
- 7) Von Kalinowski, *Antitrust Laws and Trade Regulation: Desk Edition*(2nd ed), LexisNexis (2005), §9.15[2], p.9-10.

가능하도록 하고 있으나, 형사사건이나 행정사건에서는 이러한 제도를 인정하지 않고 있으며 공법 영역에서 국가기관이 다른 당사자와 분쟁 해결에 대해 협의를 한다는 것은 익숙치 않은 것임에 분명하다. 따라서 공정거래법 영역에서 동의명령제가 도입된다는 것은 그 동안의 분쟁해결 방법에 있어 특이한 전환점이 되고, 향후 다른 법영역에도 영향을 미칠 것으로 생각된다. 이하에서는 동의명령제도에 대한 각국의 입법을 간략히 살펴본 후 우리나라에서의 입법경위 등을 다루어보기로 한다.

## 2. 외국의 입법례

미국에서 공정거래법<sup>8)</sup> 위반행위에 대한 공적집행은 법무부(Department of Justice)와 연방거래위원회(Federal Trade Commission)가 상호 협력을 하면서도 독자적으로 수행하기 때문에 법무부가 민형사적 조치를 하기 위한 전제로 연방거래위원회의 고발조치 등은 문제되지 않는다.<sup>9)</sup> 이 중 법 위반 행위자와 이를 감독하는 행정기관의 자율적인 협의에 의해 사건을 종결하는 동의명령제는 미국의 동의명령(Consent order) 및 동의판결(Consent decree)<sup>10)</sup>에서 유래된 제도로서 미국식의 당사자주의적 분쟁해결시스템의 전형적인 모델이며 미국의 공정거래사건 처리에서 가장 활발히 운용되고 있다.<sup>11)</sup> 이러한 미국의 동의명령제도는 1915년에 최초로 도입되어 운영되어 오다가 1946년 연방행정절차법(Administrative Procedure Act, 제554조c)<sup>12)</sup>에 법적 근거를 마련하고

8) 미국의 1890년 셔먼법(Sherman Act), 1914년 클레이튼법(Clayton Act), 1914년 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)를 말한다. Thomas M. Jorde/Mark A. Lemley/Robert H. Mnookin, gilbert Law Summaries Antitrust(9nd ed), Harcourt Brace Legal and Professional Publications, Inc.(1996), pp.12-13.

9) Hovenkamp Herbert, Antitrust(2nd ed), West Publishing Co.(1993), pp.285-286; Lawrence A. Sullivan/Warren S. Grimes, The Law of Antitrust: AN Intergrated Handbook(2nd ed), Thomson/West(2006), p.932.

10) 미국법상 동의명령과 동의판결의 구체적인 절차에 대해서는 신영수, "미국 독점금지법상의 동의명령 제도에 관한 고찰", 기업법연구 제19권 제4호, 한국기업법학회(2005. 12.), 497-509면 참고.

11) 홍준형·김정희, "공정거래법상 동의명령제 도입방안에 대한 연구", 기업법연구 제21권 제4호, 한국기업법학회(2007. 12.), 357면.

세부적 절차는 U.S. Code of Federal Regulations(CFR)에서 규정하고 있다.<sup>13)</sup> 동의를판결은 법무부가 범위반행위에 대해 민사상 소 제기를 하면서 협의안을 마련한 후 법원의 확인을 받아 최종 확정되는 것이고,<sup>14)</sup> 동의명령은 연방거래 위원회가 조사를 하는 과정에서 해당 사업자와 자발적인 시정조치에 대해 협의하는 것으로서 우리나라가 받아들인 동의명령제는 후자에 해당한다. 미국의 동의명령에 대해서는 그 위반행위의 유형에 제한이 없으며 동의명령이 가장 많이 활용되는 분야는 기업결합(M&A)이다.<sup>15)</sup> 즉, 기업결합의 경우 담당기관의 거부 의견에 대해 당사자들이 위협을 감수하고 소송절차를 통해 다투기 보다는 담당기관과의 조율을 통해 그 불리합리한 점을 시정해 나가는 것이 정형적인 형태이다.<sup>16)</sup>

미국에서 유래된 동의명령제는 영미법계 뿐만 아니라 대륙법계인 일본, 독일 및 EU에서도 받아들여지고 있는데,<sup>17)</sup> 이와 같이 대륙법계 국가에서도 미국의 동의명령제를 도입·운영하고 있다는 점은 법계의 차이가 동의명령제 도입에 장애가 될 수 없음을 반증하는 것으로 이해되고 있다.<sup>18)</sup> 구체적으로 살펴보면 일본은 1959년 구 ‘私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律’(이하, ‘공정거래법’이라 함). 제53조의3에서 ‘동의심결제’를 규정해 두었다가 2006년 1월 시행된 일본 공정거래위원회의 심사절차 개편에 따라 일반적인 동의심결제도도 폐지되었으나, 독과점적 위법상태 배제를 위해 여전히 동의심결제도가 가능

12) 연방거래위원회의 동의명령과 관련한 법적 근거가 연방거래위원회법에는 존재하지 않는다. 최승재, “공동행위와 동의명령제의 활용”, 경쟁저널 제163호, 한국공정거래협회(2012. 6.), 54-55면.

13) 공정거래위원회의 2012. 4. 2.자 보도자료 “소비자 피해구제, 경쟁질서 회복 등을 위한 동의의결제 시행”, 6면.

14) 이러한 동의판결은 위법행위를 인정하는 것이 아니며 따라서 다른 소송에서 위법행위의 증거로 사용되지 않는다는 점이 형사절차에서의 유죄협상제도와 다르다. 한철수, 전제논문, 30면.

15) 정완, “독점규제법상 동의명령제 도입에 관한 고찰”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원(2009. 3.), 925면.

16) Lawrence A. Sullivan/Warren S. Grimes, op. cit., p.942.

17) 그 이외에도 동의명령제를 도입한 나라로 프랑스(2004년 도입)와 중국(2008년 8월 반독점법을 제정하면서 동의명령제 도입)이 있다.

18) 김두진, “공정거래법상 동의명령제 도입방안 연구”, 비교사법 제16권 제4호(통권47호), 한국비교사법학회(2009. 12.), 349면.

하도록 하고 있다(일본 공정거래법 제65조).<sup>19)</sup> EU에서는 위원회의 공식적인 조치 없이 위원회와 당해 사업자 사이의 절충을 통하여 사안을 해결하고 위원회가 필요하다고 판단하는 경우 그 해결수단(settlement)이 공표되기도 하는 등 비공식적인 화해절차가 인정되다가,<sup>20)</sup> 2004년 이사회규칙(No.1/2003) 제9조에서 동의명령제와 유사한 확약결정제도(commitment decision)를 정식으로 도입하였다. EU의 경우 미국과 달리 경성카르텔과 같이 명백하게 위법성 및 경쟁제한성이 인정되는 행위에 대해서는 그 적용대상에서 제외하고 있으며, 사정변경 등 일정한 사유가 있는 경우에는 직권 또는 신청에 의하여 확약결정을 취소하고 절차를 재개할 수 있도록 하고 있다.<sup>21)</sup> 한편 독일은 2005년 경쟁제한방지법 개정에 의해 미국의 동의명령과 유사한 의무부담부확약제도(제32b조, Verpflichtungszusagen)를 신설하였다. 동 규정에 의하면 사업자는 미국법의 동의명령합의안과 유사한 확약서를 제출할 수 있고, 카르텔청은 그러한 의무부담부 확약을 구속력 있는 것으로 확정할 수 있으며,<sup>22)</sup> 피심인이 이를 불이행할 경우 연방카르텔청이 과태료(fine)를 부과하고 별도의 시정조치를 하게 된다.<sup>23)</sup> 이러한 확약제도의 적용대상에 제한이 없다는 점은 미국의 경우와 같고,<sup>24)</sup> 일정한 사유가 있는 경우 연방카르텔청이 의무확약을 취소하고 절차를 재개할 수 있도록 규정하고 있는 점(제32b(2)조)은 EU와 같다.<sup>25)</sup>

### 3. 우리나라 공정거래법상 동의의결제도

#### 가. 도입의 필요성

19) 고동수, "동의명령제 도입과 기업환경의 개선", e-KiET 산업경제정보 제335호, KiET 산업연구원(2007. 8.), 6면. 일본 공정거래위원회의 심결에는 그 이외에도 권고심결과 심판심결이 있다. 村上政博, 「獨占禁止法」, 弘文堂(2006), 453頁.

20) 정호열, "공정거래법의 최근 동향과 동의명령제에 관한 검토", 성균관법학 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소(2009. 4.), 887면.

21) 김두진, 전계논문, 346면.

22) 김범식, 전계논문, 273면.

23) 한철수, 전계논문, 30면.

24) 정완, 전계논문, 925면.

25) 김두진, 전계논문, 347-348면.

사인간의 분쟁해결에 초점을 두고 있는 민사소송이 아닌 공법영역에서 국가기관이 법위반 당사자(또는 법위반이 의심되는 당사자)와 서로 의견 조율을 하여 사안을 종결짓는 것은 우리나라의 법운영 경험상 어색한 점이 있을 뿐만 아니라 우리나라의 법체계와도 맞지 않다는 법리적인 문제도 있다.<sup>26)</sup> 이러한 이유로 동의명령제도의 도입에 대해서는 부정적인 견해<sup>27)</sup>와 긍정적인 견해<sup>28)</sup>의 견해대립이 있었는데, 이제는 동 제도가 입법되었기 때문에 기존의 논의가 큰 실익은 없게 되었다. 하지만 동 제도가 가지고 있는 본질적인 문제점을 이해하고 향후의 제도운영 및 개선방향을 연구하는데 있어 기존의 논의는 여전히 그 중요성이 있다고 할 것이다.

우리나라 공정거래법에는 법위반 행위에 대한 형사처벌의 전제로 공정거래위원회의 전속고발권을 인정하고 있다. 이러한 전속고발권 인정의 타당성에 대해서는 지속적으로 문제제기가 있어 왔고,<sup>29)</sup> 비록 2013년 개정법 제71조 제4항에 공정거래위원회가 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있고, 동조 제5항에서는 이 경우 공정거래위원회 위원장이 검찰총장에게 고발해야 한다는 규정을 신설하여 전속고발권의 남용을 일부 통제할 수 있도록 하였으나 여전히 그 재량권의 범위가 넓기 때문에 형사처벌의 가능성

26) 정중원, “공정거래법상 동의명령제도 도입에 관한 법적 고찰”, 고려법학 제54호, 고려대학교 법학연구원(2009. 9.), 288-291면에서는 법치주의의 문제, 적법절차원리의 문제, 제3자 보호의 문제를 들고 있다.

27) 김범식, 전개논문, 281-282면: 윤세리, “세계화시대의 공정거래법의 전개 방향”, 저스티스 제98호, 한국법학원(2007. 6.), 8면. 다만, 동 견해는 이러한 문제점을 인정하면서도 동의명령제를 경쟁법과 같은 특수분야에 먼저 도입하여 그 실효성을 검증해 보는 것은 반대할 이유가 없다고 한다.

28) 정중원, 전개논문, 307-308면: 홍준형·김정희, 전개논문, 370면: 김두진, “공정거래위원회의 결정유형의 개선방안에 관한 고찰”, 상사판례연구 제23집 제2권, 한국상사판례학회(2010. 6.), 348면에서도 이와 유사한 취지에서 ‘공정거래법상 도입될 동의명령제는 그 작용면이 형사처벌보다는 행정적 조치에 관련된 것이 그 본질을 이룬다는 점에서 그 도입이 형사처벌의 실제진실주의의 잠식을 가져오지 않으므로 반대론은 충분히 극복될 수 있는 것’이라고 한다.

29) 강명수, “공정거래위원회의 전속고발권”, 형사법의 신동향 제41호, 대검찰청 검찰미래기획단(2013. 12.), 240-241면 참고.

을 행정기관에 일임하고 있는 것의 근본적인 문제는 해결되지 않고 있다. 이런 상황에서 동의명령제를 도입하게 되면 명백히 위법한 행위에 대해서도 공정거래위원회가 동의명령의 방법으로 사안을 종결할 수 있게 되어 형사소추권에 적지 않은 지장을 준다는 점을 부인하기는 어렵다. 이런 점에서 동의명령제도가 도입되면 공정거래위원회의 전속고발권을 폐지하여 형사처벌 여부는 검찰에 맡겨야 한다는 법무부의 입장<sup>30)</sup>도 충분히 수긍할 바가 있으며, 이에 대한 보다 심도있는 논의가 필요할 것으로 생각된다.

#### 나. 도입의 정당성 및 그 경위

동의명령제 도입에 대한 우려와 반대 견해도 불구하고 우리나라 공정거래법에 동의의결제를 도입하게 된 배경은 두 가지로 설명되고 있다. 첫째는 대내적 요인으로 공정거래위원회에 의한 일방적 행정조치 이외에 다양한 사건처리 절차를 도입하여 시장기능의 제한이나 경쟁제한 상태를 신속하게 구제할 필요가 있었다는 점이고, 둘째는 대외적 요인으로 2007년 타결된 한미 FTA에서 우리나라가 경쟁질서가 신속하게 회복될 수 있는 제도적 기반을 정비하는 취지에서 동의명령제 도입을 합의하였다는 점이다.<sup>31)</sup>

공정거래법 집행에 있어 절차적 효율성이 강조되고 기업 환경 개선 등을 위해서라도 제외국의 입법례를 고려하여 동의명령제도를 도입해야 한다는 논의는 이미 2005년부터 있어 왔는데, 그 과정에서 T/F의 운영, 전문가회의 등을 거쳐 공정거래법 개정안을 마련하여 2006년부터 수차례 개정안을 입법예고 하였으나 관련부처의 협의가 이루어지지 않아 도입이 유보되었다.<sup>32)</sup> 그 이후 2007년 6월 30일 한미 양국이 FTA 협정문에 서명하였고 그 합의사항으로 동의명령제 도입이 포함됨에 따라 이에 대한 본격적인 입법절차가 다시 진행되었다.<sup>33)</sup> 별다른 문제 없이 입법이 되었다면 2009년 개정법에서 동의명령제도

30) 정중원, 전계논문, 306면 참고.

31) 정호열, 「경제법 제4판」, 박영사(2013), 151면.

32) 김범식, 전계논문, 266면 주3).

33) 정중원, 전계논문, 284면.

가 도입되었겠지만, 이 또한 당시 시급한 문제였던 출자총액제한제도의 폐지만 반영되고 동의명령제에 대해서는 일부 반대의견이 있어 다음으로 논의가 미뤄졌고,<sup>34)</sup> 최종적으로는 2011년 12월 2일 개정법에 동의의결제가 도입되었다. 이 과정에서 법무부와 공정거래위원회는 동의의결의 대상에서 '중대·명백한 위법행위와 카르텔을 동의의결의 대상에서 제외하는 것'과 '동의의결시 검찰총장과 사전협의를 거치도록 하는 점'에 대해 상호 합의를 하여 동 내용을 입법에 반영하였다.<sup>35)</sup>

#### 다. 현행법 규정의 특징

현행 공정거래법은 제51조의2(동의의결), 제51조의3(동의의결의 절차), 제51조의4(동의의결의 취소), 제51조의5(이행강제금)<sup>36)</sup> 등 4개의 조문에서 동의의결에 대해 규정하고 있는데, 우리나라 공정거래법상 동의의결은 시정조치와 비교해 볼 때 다음과 같은 특징이 있다. 첫째, 공정거래위원회의 동의의결은 피심인 행위의 위법성을 인정한 것이 아니라는 것이다. 공정거래법 제51조의2 제4항에서는 이러한 취지에서 '공정거래위원회의 동의의결은 해당 행위가 이 법에 위반된다고 인정한 것을 의미하지 아니하며, 누구든지 신청인이 동의의결을 받은 사실을 들어 해당 행위가 이 법에 위반된다고 주장할 수 없다'고 규정하고 있다. 둘째, 현저한 사정변경 등이 있는 경우에는 동의의결을 취소한 후 다시 동의의결을 하거나 시정명령을 위한 절차개시가 가능하다는 것이다(제51조의4②,③ 참고). 셋째, 동의의결에 위반한 경우 형사벌이 아닌 이행강제금이 부과된다는 점이다. 자율적인 시정방안의 확약이라는 점에서 그 위반행위에 대해서는 형사처벌보다 이행강제금의 부과를 통해 동의의결의 이행을

34) 정호열, 전제논문, 883면.

35) 공정거래위원회의 2012. 4. 2.자 보도자료 2면.

36) 공정거래위원회의 동의의결은 신청인의 자발적 시정조치를 공정거래위원회가 승인해 주는 것으로서 그 법적 성격은 행정청과 사인간의 계약이 아니라 행정처분의 성질을 갖는다(손인욱, "동의명령제 도입은 왜 필요한가?", 경쟁저널 제131호, 한국공정거래협회(2007. 3.), 33-34면), 따라서 동의의결을 이행하지 않는 경우에는 단순한 계약 위반에 그치지 않고 별도의 행정조치를 받게 되는데 우리나라 공정거래법에서는 이행강제금을 부과하도록 하고 있다.

강제하는 것이 타당한 측면이 있고, 이에 공정거래법에서도 정당한 이유 없이 상당한 기한 내에 동의의결을 이행하지 아니한 자에게 이행강제금을 부과할 수 있도록 하고 있다(제51조의5).

### Ⅲ. 우리나라의 동의의결제 관련 문제

#### 1. 형사소추권 행사와의 저촉 문제

##### 가. 문제의 소재

동의의결제 도입에 대한 논의 중에는 공정거래위원회의 전속고발권을 폐지하는 것을 전제로 해야 한다는 주장<sup>37)</sup>이 있었음은 앞에서 본 바와 같다. 그러나 우리나라 공정거래법에서는 공정거래위원회의 전속고발권을 존치시키면서 동의의결제를 입법하였고, 따라서 전속고발권과 동의의결제의 상존이 검찰의 형사소추권을 침해하는 것이 아니라는 견해<sup>38)</sup>가 더 설득력있게 받아들여진 것으로 생각된다. 다만 공정거래법 제51조의2 제1항 제2호에서는 '제71조(고발) 제2항에 따른 고발요건에 해당하는 경우에는 동의의결을 할 수 없다'고 규정하여 일정한 한계를 두고 있다.

동의의결은 위법성이 확인되지 않은 상황에서도 가능한 반면, 명백한 범위 밖 행위에 대해서도 적용된다는 점을 고려해 볼 때 동의의결은 형사소추권을 침해하는 측면이 있다. 비록 제71조 제2항에 해당하는 경우에는 동의의결이 허용되지 않는 것으로 하고 있지만 제71조 제2항은 '제66조 및 제67조의 죄중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우'<sup>39)</sup>라고 하여 그 기준이 모호할 뿐만 아니라 그 판단주체

37) 김범식, 전계논문, 281-282면.

38) 정중원, 전계논문, 307-308면; 홍준형·김정희, 전계논문, 370면; 김두진, 전계논문(주18), 348면.

39) 시정조치 등 행정조치만으로는 시정효과를 거두기 어려운 경우거나 행위의 위법성 및 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법목적의 실현이 불가능

도 공정거래위원회라는 점에서 형사소추권 침해 문제를 근본적으로 해결하지는 못하고 있다. 그리고 제51조의3 제3항에서는 동의를결을 위해 검찰총장과 협의하도록 하고 있으나 검찰총장이 '동의를결 불가' 의견을 표명하는 경우 공정거래위원회가 이러한 의견에 구속되어야 한다고 볼 규정도 없기 때문에 이 또한 한계가 있다.

#### 나. 검토

동의를결에 의한 사건 해결은 기본적으로 행정처분에 근거한 것으로서 원칙적으로 형벌권 또는 형사소추권과 관련이 없다고 볼 수 있으나,<sup>40)</sup> 우리나라 공정거래법에는 공정거래위원회의 전속고발권이라는 특유한 제도가 있음을 상기할 필요가 있다. 미국의 경우 형사사건은 법무부가 관할하기 때문에 연방거래위원회의 고발권은 필요 없고, 독일의 경우 공정거래위반 사건에 대해 연방카르텔청이 행사하는 권한은 행정제재에 한하기 때문에 형사소추권에 영향을 주지 못하며, 우리나라와 같이 공정거래위원회의 전속고발권을 규정하고 있는 일본의 경우 원칙적으로 공정거래위원회가 관련자들에 대해 형사고발할 것을 의무로 하고 있고 일본의 검찰총장은 공정거래위원회에 대해 공정거래사범에 대한 조사과 결과보고를 요구할 수 있는 등 전속고발권에 대한 통제를 할 수 있도록 하고 있다.<sup>41)</sup> 이와 달리 공정거래위원회의 전속고발권 행사에 대한 통제가 약화되어 있는 우리나라의 경우에는 동의를결제 인정에 있어 전속고발권의 문제를 신중히 검토할 필요가 있으며, 사건으로는 형사적 규제가능성을 행정기관에 일임하고 있는 공정거래법상의 전속고발권을 폐지함이 타당하다고 생각된다.

---

하다고 볼이 객관적으로 상당한 경우 등을 말하는 것으로 해석되고 있다. 박미숙, "공정거래법상 전속고발제도에 대한 소고", 정은이영란교수화갑기념논문집, 정은이영란교수화갑기념논문집 간행위원회(2008), 757면.

40) 정중원, 전게논문, 315면.

41) 김법식, 전게논문, 280-281면.

## 2. 동의의결제의 적용제의 범위

### 가. 일반

공정거래법 제51조의2 제1항에서는 동의의결이 허용되지 않는 경우를 제1호 내지 제3호에서 규정하고 있는데, 제71조 제2항의 고발요건에 해당하는 경우(2호)와 동의의결이 있기 전 신청인이 신청을 취소하는 경우(3호)가 적용제의 대상이라는 점에 대해서는 별다른 문제가 없어 보인다. 특히 2호의 경우 동의의결이 공정거래법의 신속한 공적집행 수단을 확보하기 위한 제도라는 효용을 감안할 때 정식조사를 거치거나 다른 경로로 그 위반의 정도가 명백하고 중대하게 밝혀진 경우에는 동의의결이 아닌 정식의 행정조치 및 형사적 제재의 대상으로 함이 타당한 것이다.<sup>42)</sup>

이와 달리 제1호에서 규정하고 있는 '공동행위(카르텔)'에 대해서는 동의의결의 제외대상으로 함이 타당한지 의문의 여지가 있다. 미국과 독일은 동의의결의 대상을 제한하지 않고 있고, EU는 중대·명백한 위법행위(경성카르텔 등)만을 적용제의 대상으로 하는데,<sup>43)</sup> 우리나라의 공정거래법과 같이 모든 공동행위에 대해 동의의결의 적용을 부정하는 입법례는 찾아보기 어렵다.<sup>44)</sup>

### 나. 공동행위에 대한 적용제외의 근거 및 그 타당성

입법연혁과 관련하여 정부가 2005년에 입법예고한 공정거래법 개정안에는 이러한 제한 규정이 없었다가 2007년 다시 상정한 공정거래법 개정안에서 공동행위에 대한 적용제외 규정이 신설되었고, 이것이 2011년 입법에 그대로 반영되었다.<sup>45)</sup>

이러한 입법의 배경에 대해서는 일차적으로는 동의의결의 대상이 되는 사

42) 김두진, 전계논문(주18), 357면.

43) 우리나라 공정거래법상 제51조의 제1항 제2호에 대응된다고 볼 수 있다.

44) 최승재, 전계논문, 48면.

45) 김두진, 전계논문(주18), 357면.

건에 대해서는 위법성을 확인하지 않고 종결하게 되며 따라서 시정명령이나 과징금의 부과도 하지 않게 되는 결과가 되는 점에서 '기존제도와 의 형평성 측면에서 또한 소비자나 피해 사업자의 반발 등의 가능성'<sup>46)</sup>을 고려한 정책적 판단으로 보는 견해가 있다.<sup>47)</sup> 즉 공정거래법 위반 사업자의 행위에 의하여 피해를 입은 소비자나 피해 사업자가 행위자에 대한 정식절차에 의한 시정과 제재를 구하는 법 감정과 관련하여 카르텔과 같이 사회 일반의 위법성의 인식이 큰 행위유형에 대해서는 동의의결의 대상에서 제외하는 것이라고 한다. 한편 이러한 공정거래법의 입법적 타당성에 대해서는 우리나라와 미국 간에 형사적인 제재에 대한 관념의 차이, 다시 말해 정의에 대한 관념의 차이가 있다는 점을 감안하면 타당하다는 견해도 있다.<sup>48)</sup>

#### 다. 견해의 대립

비록 현행 공정거래법에서는 명시적으로 공동행위에 대한 동의의결 배제를 입법하였지만, 이러한 입법의 타당성에 대해서는 견해대립이 존재한다.<sup>49)</sup> 공동행위도 동의의결의 대상에 포함시키지는 견해로는 카르텔 전체를 법률에서 동의의결의 대상에서 배제하지 말고 경쟁당국이 사안에 따라 판단하여 동의의결의 대상으로 하거나 하지 않도록 처리하는 방식이 더 적절하다는 견해,<sup>50)</sup> 합의 해결에 적합하지 않다고 사전에 입법으로 배제하는 것보다는 법집행에 맡겨서 자연스럽게 활용도가 낮아지도록 하는게 타당하다는 견해,<sup>51)</sup> 피해자의

46) 신영수, 전계논문, 510-511면에서는 '동의명령제도를 도입했을 경우 합의의 대상이 된 사건에 대해 위법성을 확인하지 않는 방식을 취한다면 제재별적 성격의 과징금을 부과할 수 없는 만큼, 사업자들로서는 적지 않은 유인이 될 것으로 보이긴 한다. 하지만, 이 역시 기존제도와 의 형평성 측면에서 또한 소비자나 피해사업자의 반발 등의 잠재적 문제의 소지도 없지 않을 것으로 생각된다'고 한다.

47) 김두진, 전계논문(주18), 357면.

48) 최승재, 전계논문, 60면에서는 이러한 주장에 대한 예로 '경성카르텔의 경우도 공정거래위원회가 합의의 상대방이 되어 중도반단적인 결론을 내는 것은 우리나라 형사법 체계의 기본적인 정의의 관념에 부합하지 않는다'고 한다.

49) 각 견해들은 '동의명령'이라는 용어를 사용하기도 하는데, 편의상 '동의의결'로 표현을 통일하여 인용하는 것으로 한다.

50) 김두진, 전계논문(주18), 358면.

구제라는 측면에서의 의문점을 제기하면서 공동행위의 경우도 피해자의 구제에 적절한 수단을 제시할 수 있다면 오히려 동의의결을 인정하는 것이 바람직하다고 볼 여지가 있다는 견해,<sup>52)</sup> 부당한 공동행위의 추정제도에서 추정이 인정되는 경우에는 사업자가 합의의 부존재를 입증해야 하나 그 입증은 거의 어려운 것이 현실이므로 동의의결을 도입하여 간접증거, 즉 정황사실에 대한 입증노력을 완화할 필요가 있다는 견해<sup>53)</sup>가 있다. 이에 반해 공동행위에 대해서는 자진신고자 감면제도가 시행되고 있으므로 공동행위에 대하여 동의의결제를 활용할 필요성이 높지 않고 공정거래법에서 경성공동행위와 연성공동행위를 구별하고 있지 않아서 법률상 경성공동행위만을 동의의결의 대상에서 제외시킬 수는 없다는 반대 견해도 있다.<sup>54)</sup>

#### 라. 검토

동의의결제가 공정거래법에 입법되는 경과를 살펴보면 검찰총장과의 협의(제51조의3 제3항)나 적용제외 대상의 범위(제51조의2 제1항 단서 각호)는 법무부 측의 주장이 반영된 합의의 산물로 보여진다.<sup>55)</sup> 그리고 법무부가 이 부분에 대해 강하게 주장하는 것은 공정거래위원회의 전속고발권이라는 근본적인 문제가 내포되어 있기 때문으로 생각된다.<sup>56)</sup> 우선 모든 공동행위를 일률적으로 동의의결제의 적용대상에서 제외하는 입법례는 찾아보기 어렵고,<sup>57)</sup> 우리나라에서만 공동행위에 대한 예외를 두어야 할 정도로 제외국과 다른 특수성

51) 조성국, “독점규제법 사건의 합의해결에 대한 국제동향과 시사점”, 중앙법학 제8집 제2호, 중앙법학회(2006. 8.), 371면.

52) 최승재, 전계논문, 60-61면.

53) 정완, 전계논문, 934면.

54) 유진희·최지필, “공정거래법상 동의의결 제도의 내용과 문제점 검토”, 고려법학 제64호, 고려대학교 법학연구원(2012. 3.), 375면.

55) 공정거래위원회의 2012. 4. 2.자 보도자료 2면 참고.

56) 김두진, 전계논문(주18), 357-358면에서는 이와 유사한 취지에서 공동행위를 동의의결의 제외대상으로 한 것은 ‘공정거래법 위반행위의 형사처벌에 대한 공정위의 전속고발제도와 관련하여 문제되는 행정기관간의 법집행 권한의 충돌 문제를 해결하기 위한 고려의 산물로도 볼 여지가 있다’고 한다.

57) 최승재, 전계논문, 48면.

이 있는 것도 아니다. 공동행위에 대해서는 자진신고자 감면제도가 시행되고 있으므로 공동행위에 대하여 동의의결제를 활용할 필요성이 높지 않다는 견해<sup>58)</sup>는 자진신고자에 대해 행정적 제재를 감면해 주는 것과 위반 행위의 자발적 시정을 허용하는 것은 차원이 다른 문제라는 점에서 수긍하기 어렵고, 공정거래위원회는 2013년 7월 16일 개정되기 전의 공정거래법 제22조의2 제1항<sup>59)</sup>에서 자진신고자에 대한 형사고발 면제 규정이 없었음에도 “부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시”를 근거로 고발을 면제해 주는 등<sup>60)</sup> 제도운영에 문제점을 보여 왔다. 비록 2013년 개정법에서 자진신고자에 대해 고발을 면제할 수 있다는 규정이 신설되긴 하였으나, 이 또한 재량규정의 형식으로 입법되었기 때문에 자진신고자 중 누구에 대해서 고발을 면제해 줄 것인지는 전적으로 공정거래위원회의 판단에 의존하게 될 것이다.

이와 같이 자진신고자에 대한 고발면제의 범위가 불명확한 상황에서 공동행위에 대해서는 자진신고자 감면제도가 있기 때문에 동의의결의 대상에서 배제하는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 외국의 입법례 및 동의의결제도의 취

58) 유진희·최지필, 전계논문, 375면.

59) 제22조의2(자진신고자 등에 대한 감면 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 제21조(是正措置)의 규정에 의한 시정조치 또는 제22조(課徵金)의 규정에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있다.

1. 부당한 공동행위의 사실을 자진신고한 자
2. 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자

60) 예컨대 공정거래위원회는 2006년 4월 8개 회사의 밀가루 담합사건에서 6개 업체를 형사고발하면서 시장점유율 1위 업체인 CJ(주)와 4위인 (주)삼양사는 고발대상에서 제외하였고, 2007년 7월에는 CJ(주), (주)삼양사, 대한제당(주) 등 국내 3개 제당 업체들의 담합행위에 대하여 총 511억원의 과징금을 부과하고 (주)삼양사, 대한제당(주) 등 2개 회사를 고발하면서 1위 업체인 CJ(주)는 고발대상에서 제외하였다. 이에 대해 공정거래위원회는 보도자료를 통하여 이러한 선별고발은 공정거래위원회의 “부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시”에 의해 자진신고 또는 조사협조를 하여 공정거래위원회로부터 지위확인을 받은 자는 고발하지 않아왔기 때문이라고 밝히고 있다. 그러나 당시의 공정거래법 제22조의2에 의하면 자진신고자에 대하여 제21조(시정조치)의 규정에 의한 시정조치 또는 제22조(과징금)의 규정에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있을 뿐이지 형사소추의 전제가 되는 고발을 면제할 수 있다는 규정은 없었다. 따라서 공정거래위원회가 내부고시를 통하여 자진신고자에게 형사고발을 면제하는 것은 공정거래법 제71조 제2항을 훈시규정으로 파악한 것으로 해석된다. 김법식, 전계논문, 281면 주45).

지를 고려해 볼 때 경성카르텔과 같이 그 위반의 정도가 중대·명백한 행위에 대해서만 동의를결의 적용제의 대상으로 함이 타당하다고 생각되고, 따라서 모든 공동행위를 일률적으로 동의를결의 대상에서 배제하고 있는 현행법 규정은 향후 시정되어야 할 것이다.

### 3. 법원의 관여 여부

#### 가. 견해의 대립

미국의 경우 동의명령절차에서 법원 내지 중립적인 행정관사의 개입이 전제되어 있으며 또한 공중의 의견수렴제도를 반드시 거치도록 함으로써 행정기관과 당사자간의 부적절한 동의명령 채택가능성을 방지할 수 있는 제도가 수립되어 있고, 따라서 법리적 정당성이나 집행상의 강제력을 확보하기 위해서는 객관적인 기관 특히 법원이나 이에 준하는 행정심판관제도를 병행도입하여 절차적 정당성을 확보할 수 있는 메커니즘도 모색할 필요가 있다는 견해(편의상 '긍정설'이라 함)가 있다.<sup>61)</sup> 이에 반해 미국의 경우 법무부의 동의판결 절차에서는 법원의 공익성 심사를 받지만 연방거래위원회의 경우에는 그렇지 않고, 우리나라의 공정거래위원회는 준사법기관으로서 공정거래법 위반사건에 대하여 사실상 1심법원과 같은 역할을 하며 공정거래법에 의한 시정명령절차에도 사업자가 불복하지 아니하는 한 법원의 관여가 없는데 동의를결이라 하여 그와 달리 정할 이유가 없는 점, 동의를결의 경우에는 불복하지 않기로 사업자가 합의하는 것이 포함되므로 불복의 소 제기에 의한 법원의 관여도 없는 점, 동의를결제가 신속한 사건해결을 위하여 이용되는 제도라는 점 등을 이유로 법원의 관여는 필요하지 않다는 견해(편의상 '부정설'이라 함)도 있다.<sup>62)</sup>

61) 신영수, 전계논문, 511면.

62) 김두진, 전계논문(주18), 360-361면. 그 이외에도 동 견해는 '우리의 경우 공정위가 정부조직법상 대통령과 국무총리의 지휘를 받는 행정각부의 하나인 합의제 행정기관인 점에서 미국의 FTC가 의회에 대해서만 보고하고 책임을 지는 독립규제위원회인 점과 차이가 있는

## 나. 검토

앞에서 살펴 본 부정설의 논거들은 일응 수공이 되고 또 별다른 문제가 없어 보인다. 하지만 무엇보다도 공정거래법 집행의 역사가 미국에 비할바 못되고 특히 동의의결제는 우리법 체계에 익숙치 않은 새로운 제도를 최근에만 도입한 것인 점, 공정거래위원회의 전속고발권 문제가 계속해서 지적되어 오고 있는데 이를 존치시킨 상황에서 형사소추를 불가능하게 하는 제도를 도입한 점 등을 고려해 볼 때 단순히 부정설이 제시하는 이유들만으로 법원의 관여가 불필요하다고 단정하기는 어렵다고 생각한다. 우리나라에서는 동의의결제도에 대한 인식이 좋다고 볼 수 없는 점<sup>63)</sup>도 고려해야 할 것이다.

공정거래법 제51조의3 제3항에서는 동의의결을 하거나 이를 취소하는 경우 제37조의3(전원회의 및 소회의 관장사항)의 구분에 따른 회의의 심의·의결을 거치도록 하고 있으나, 전원회의의 심의·의결사항에 대한 기준도 명확하지 않고 가사 전원회의에서 심의·의결한다고 하더라도 위원장 1인 및 부위원장 1인을 포함한 9인의 위원으로 구성(그 중 4인은 비상임위원임)되는 전원회의(제37조 제1항)에서 재적의원 과반수로 결정(제42조 제1항)하는 것이 충분한 정당성 내지 합리성을 갖는 것인지는 여전히 의문이다. 따라서 궁극적으로는 법원의 확인절차를 거치도록 하는 방향으로 개정될 필요가 있으며, 지금의 상황에서 그러한 개정이 어렵다면 동의의결에 대한 특별위원회 규정을 신설하고 그 구성원을 보다 다양화하면서 가중된 정족수로 결정하도록 하는 내용의 개정도 생각해 볼 수 있을 것이다.

---

것은 사실이다. 그러나 공정위의 위원장에 대해서는 임기가 보장되고, 공정위는 준입법기관으로서 공정거래법의 해석을 위한 법규명령과 지침을 발하는 점, 그리고 일반경쟁기관으로서 소관직무의 독립성·전문성이 최대한 보장되어야 하는 점 등에서는 각부장관과 같은 행정기관에 비하여 다른 본질을 갖고 있다고 인정할 수 있으며, 공정위의 독립성의 확보는 그 소관업무의 수행을 위하여 앞으로도 최대한 보장되어야 할 가치의 하나이다. 미국에서 튜니법상의 공익심사가 도입된 것이 연방 법무부의 정치적 의존이라는 역사적 사실 때문이었지만 공정위의 동의의결제에 법원의 승인 절차를 거치게 할 필요는 없다고 한다.

63) 손인욱, 전제논문, 35-36면.

#### 4. 이해관계인의 절차보장

동의의결제와 같은 대체적 분쟁해결방식은 그 과정에 참여하지 않는 이해관계인들의 의사를 배제한 채 사건을 종결시킬 위험성이 내포되어 있으며, 따라서 제3자의 절차보장이 중요한 문제가 된다. 공정거래법에 동의의결제가 도입되면 이해관계인의 의견수렴 절차가 필요하다는 지적은 이전부터 있어 왔고,<sup>64)</sup> 실제 입법에도 반영되어 있다. 즉, 공정거래법 제51조의3 제1항에서는 동의의결 절차의 개시 여부를 결정하는데 고려해야 할 사항의 하나로 '소비자 피해의 직접 보상 필요성'을 규정하고 있고, 제2항에서는 동의의결을 하기 전 30일 이상의 기간을 정하여 관련 사항을 이해관계인에게 통지하거나 공고하는 등의 방법으로 의결을 제출할 기회를 주도록 하고 있다.

이러한 이해관계인의 절차보장 규정이 있기 때문에 이해관계인 보호에는 문제가 없다는 견해가 있는 반면,<sup>65)</sup> 동의의결의 운용과정에서 보다 확실한 운용의 투명성과 객관성 확보를 위하여 구체적인 집행에 있어서의 각종 보완장치, 예컨대 의견수렴기간 연장 등의 각종 절차가 보완되어야 한다는 견해도 있다.<sup>66)</sup>

비록 이해관계인의 의견제출기간(30일)이 미국(60일)에 비해 짧기는 하나 '30일 이상의 기간'이라고 되어 있으므로, 제도 운영 과정에서 충분히 합리적인 기간을 부여할 수 있을 것이다. 그리고 제도의 취지를 고려해 볼 때 공정

64) 손인옥, 전계논문 33면; 정중원, 전계논문, 311-312면; 김두진, 전계논문(주18), 361면.

65) 정중원, 전계논문, 312면. 이 견해는 공정거래법에 동의의결제가 도입되기 이전의 논의이나, 해당 논문이 다루고 있는 개정안의 내용이 현행법에 그대로 반영되었기 때문에 현행법의 해석론으로 보아도 무방할 것이다. 참고로 동 견해는 본문에서 언급한 제51조의3 제1항 및 제2항 뿐만 아니라 제3항에서 '공정거래위원회는 제2항 각호의 사항을 관계 행정기관의 장 및 검찰총장에게 통보하고 그 의견을 들어야 한다'고 규정하여 다른 관계행정기관과의 협조 의무를 규정하였고, 제4항에 의하여 공정거래위원회가 동의명령을 명할 때에는 제37조의3(전원회의 및 소회의의 관장사항)에 규정된 회의의 의결을 거쳐야 하는데, 이와 같이 구체적인 제3자 보호방안을 갖추었다면 이해관계인 보호에는 큰 문제가 없을 것이라고 한다.

66) 정완, 전계논문, 935면. 동 견해는 그 근거로 '동의의결제도는 공정거래위원회와 기업이 합의하여 당해 행위를 중지하고 시정조치를 받도록 하는 선에서 더 이상 형사책임을 묻지 않도록 하는 제도이므로 공정거래위원회의 재량의 여지나 너무 큰 것이 사실이고 이 때문에 검찰과의 의견대립이 심화되고 있는 것'인 점을 들고 있다.

거래위원회가 위 기간 이후에 제출된 이해관계인의 의견을 단지 기간을 도과했다는 이유만으로 배척하지는 않을 것으로 생각된다. 따라서 의견제출 기간 자체의 문제보다는 어떻게 하면 이해관계인이 해당 내용을 제때 인지하여 대응할 수 있는지의 관점에서 고민해야 할 것으로 생각되며, 이에 의할 때 현행 법에서 이해관계인에게 통지하거나 관보 또는 공정거래위원회의 인터넷 홈페이지에 공고하는 등의 방법으로 의견을 제출할 수 있는 기회를 주도록 한 것은 합리적인 입법이라 생각된다. 다만 2014. 2. 7. 현재 공정거래위원회의 홈페이지를 확인해 보면 '공정위뉴스 -> 공정위소식 -> 공지/공고'에서 여러가지 공지/공고 사항 중 하나에 동의의결에 대한 의견수렴을 공고하고 있는데,<sup>67)</sup> 그 중요성을 고려해 볼 때 일반적인 공지사항이 아닌 별도의 공지/공고 페이지를 마련하는 것이 좋지 않을까 생각한다.

## 5. 동의의결의 취소절차

### 가. 문제의 소재

공정거래법 제51조의4 제1항에서는 사정변경 등의 사유가 발생한 경우 공정거래위원회가 동의의결을 취소할 수 있다는 규정을 두고 있다. 동의의결의 중요성을 감안할 때 동의의결의 취소 역시 당사자 및 이해관계인에게 매우 중요한 사안인데, 그러한 취소절차에서 당사자의 소명기회가 전혀 보장되지 않고 있는 것은 문제가 있다고 생각된다. 이러한 취지에서 동의의결 발령 절차에서는 사업자 등이 시정방안을 제출한 후 공정거래위원회와 수정 및 합의과정을 거쳐 동의의결이 확정되도록 하는 구조를 취하면서 동의의결의 취소절차에서는 동의의결 발령 절차와는 달리 동의의결을 받은 사업자의 의견제출 또는 소명기회의 제공에 관한 규정을 두지 않은 것은 문제가 있다는 견해의

67) 우리나라에서 처음으로 동의의결 절차가 진행되고 있는 네이버와 다음에 대한 공지/공고를 보면, 현재까지 총 순번 984까지 공지/공고가 되어 있는데 그 중 순번 974에서 해당 동의의결에 대한 의견수렴 등을 공지/공고하고 있는데, 보다 쉽게 찾아 볼 수 있도록 해야 하지 않을까 생각된다.

타당성을 인정할 수 있다.<sup>68)</sup>

#### 나. 검토

미국은 동의명령의 변경절차에서 이해관계인의 의견 수렴을 위하여 30일간 동의명령 변경과 관련된 사항을 이해관계인 등에게 공개<sup>69)</sup>하는 등의 절차보장 규정을 두고 있는데, 우리법에도 참고가 될 수 있을 것이다. 현행법의 운용과 관련하여서는 적법절차의 원칙에 따라 사업자에게 이러한 의견제출의 기회를 보장하기 위해 공정거래위원회가 제정하는 동의를결 고시에서 동의를결 취소시 피심인의 소명기회를 보장하는 조항을 명시적으로 두는 것이 바람직하다는 견해가 있는데,<sup>70)</sup> 공정위 고시 제15조 제2항에서는 "각 회의는 동의를결 취소·변경 여부를 심의하기 전에 신고인 등 당해 사건의 이해관계인에게 그 사유를 명시하여 의견 제출의 기회를 부여하여야 한다"는 규정이 마련되어 있다.

이런 상황에서 우선적으로는 공정거래위원회의 규칙에 의견제출 기간을 보다 구체적으로 명시할 필요가 있고, 향후에는 법률 또는 시행령에서 절차보장에 대한 규정을 마련함이 타당할 것이다.

### 6. 기타

동의를결제의 논의과정에서 과징금을 부과할 사안(즉, 명백히 위법성이 밝혀진 사안)에 대해서도 동의를결이 가능한지 문제가 제기된 바 있다. 하지만 공정거래법 위반에 대해 전체적인 과징금 부과규정이 있다는 점을 고려해 볼 때 과징금을 부과할 사안을 동의를결의 예외로 본다면 제도 자체가 무의미해질 수 있고 따라서 이 경우에도 동의를결이 가능하다고 볼 것이다. 한편, 2009년의 개정안 제51조의2 제2항에서는 과징금을 부과할 수 있는 사안은 동의를

68) 정환, "동의명령제", 경쟁법연구 제18권, 한국경쟁법학회(2008. 11.), 160-161면.

69) 16 C.F.R. §251(d).

70) 정환, 전계논문, 161면.

결의 내용이 과징금 등과 균형을 이루도록 보완하는 규정을 두기도 했으나,71) 동의의결에 의한 시정방안의 다양성 및 자율성 등을 고려해 볼 때 그러한 제한이 필요하다고 보기는 어렵고 결국 최종 입법에는 반영되지 않았는데 타당한 결과라 생각한다.

그 이외에도 동의의결의 기준이 모호하다는 점에서 형평성의 논란이 제기될 수 있고, 신청인에게 동의의결의 취소 또는 변경을 청구할 권리를 인정하지 않는 점은 동 제도의 활용을 기피할 사유로 작용할 수 있다.72) 또한 공정거래위원회의 동의의결은 해당 행위가 이 법에 위반된다고 인정한 것을 의미하지 아니하며 누구든지 신청인이 동의의결을 받은 사실을 들어 해당 행위가 이 법에 위반된다고 주장할 수 없다는 규정(제51조의2④)은 일반인의 법감정과 배치되는 측면이 있음을 부인하기 어렵다.

#### IV. 결론

미국에서 동의명령제도의 활용이 널리 활성화된 것에 대한 이유를 단지 절차집행상의 효율성에 있다고 단정하기는 어렵다. 무엇보다 미국의 공정거래법 집행 사건의 상당수가 기업결합이고 이러한 기업결합은 성질상 공정거래위원회와의 협의 과정을 통해 그 위법성을 시정해 나가는 등 쌍방간의 원활한 의견조율을 통해 사건을 해결해 나가는 특징에 잘 맞는다.73) 이에 반해 우리나라

71) 정중원, 전게논문, 313면.

72) 강지원, "공정거래법상 동의의결제의 활성화를 위한 입법 과제", 이슈와논점 제789호, 국회입법조사처(2014. 2. 7.), 4면에서는 이와 같이 동의의결제의 활용이 저조한 이유에 대해 '현행법상 동의의결 절차의 승인 요건이 구체화되어 있지 않다는 점과 사업자에게 동의의결 취소 권한이 부여되어 있지 않다는 점'을 들고 있다. 한편, 정환, 전게논문, 161면에서는 '동의의결 발령 당시에 아무런 하자가 없었고, 그 후 동의의결의 기초가 된 시장 상황 등 사실관계가 뚜렷하게 변한 경우에는 공정위가 직권으로 동의의결을 취소(철회) 여부를 결정할 수 있도록 할 뿐만 아니라 당해 사업자가 동의의결의 구속으로부터 벗어날 수 있도록 공정위에 취소(철회) 여부를 결정하여 줄 것을 신청할 수 있는 권한을 가지도록 할 필요성이 있다. 또한 이미 발령된 동의의결이 변화된 사실관계에 보다 적절하게 변경될 수 있도록 하여, 시장상황 등의 변동에 유연하게 대처하는 것이 공정위는 물론 사업자에게도 불필요한 시간과 노력을 절감하는 방안일 것'이라고 한다.

라에서는 동의의결제도에 대한 인식이 좋다고 볼 수 없는데, 일부에서는 경쟁 당국이 범법자인 사업자와 합의하여 공익에 반하는 결정을 할 가능성을 제거하기도 하고, 경쟁법 위반사업자에 대한 조치의 완화를 문제삼기도 한다.<sup>74)</sup>

지금의 상황에서 동의의결제를 다시 폐지하자는 주장이 설득력을 갖기는 어렵고, 그렇다면 결국 기왕에 도입된 제도를 그 취지에 부합하도록 충실히 이행하는 것이 최선일 것이다. 이는 결국 이론적인 연구와 실무상의 경험이 함께 어우러져 추구해야 할 방향이며, 특히 미국과는 다른 우리나라의 제도 및 법감정을 충분히 반영할 수 있어야 한다. 동의의결제의 도입을 긍정한다는 입장에서 볼 때 현행 공정거래법에 근본적인 문제가 있다고 보여지지는 않지만, 앞에서 지적한 일부의 점들에 대해서는 보다 개선된 방향으로의 논의가 계속 있어야 할 것이다. 제도가 도입된지 2년이 지난 최근에는 첫 실무사례가 진행되고 있는 상황이어서 동의의결제에 대한 보다 폭넓고 다양한 문제를 다루지는 못했지만 향후의 연구를 통해 이를 보완해 나갈 것이다. 최근 네이버와 다음에 대한 동의의결 절차가 진행되고 있고 이를 시작으로 동 제도의 활용이 보다 활성화될 것으로 기대되는바, 이러한 시점에서 동의의결제에 대한 관심을 증폭시키는데 이 글이 작은 기여를 할 수 있었으면 하는 기대를 가져 본다.

## 참고문헌

- 강명수, “공정거래위원회의 전속고발권”, 형사법의 신동향 제41호, 대검찰청 검찰미래기획단(2013. 12.)
- 강지원, “공정거래법상 동의의결제의 활성화를 위한 입법 과제”, 이슈와논점 제789호, 국회입법조사처(2014. 2. 7.)
- 고동수, “동의명령제 도입과 기업환경의 개선”, e-KiET 산업경제정보 제335

73) 신영수, 전계논문, 512면.

74) 손인옥, 전계논문, 35-36면.

- 호, KiET 산업연구원(2007. 8.)
- 김두진, “공정거래법상 동의명령제 도입방안 연구”, 비교사법 제16권 제4호(통권47호), 한국비교사법학회(2009. 12.)
- 김두진, “공정거래위원회의 결정유형의 개선방안에 관한 고찰”, 상사판례연구 제23집 제2권, 한국상사판례학회(2010. 6.)
- 김범식, “동의명령제 도입에 대한 형사법적 고찰”, 성균관법학 제20권 제2호, 성균관대학교 법학연구소(2008. 8.)
- 박미숙, “공정거래법상 전속고발제도에 대한 소고”, 정은이영란교수화갑기념논문집, 정은이영란교수화갑기념논문집 간행위원회(2008)
- 손인옥, “동의명령제 도입은 왜 필요한가?”, 경쟁저널 제131호, 한국공정거래협회(2007. 3.)
- 신영수, “미국 독점금지법상의 동의명령 제도에 관한 고찰”, 기업법연구 제19권 제4호, 한국기업법학회(2005. 12.)
- 유진희·최지필, “공정거래법상 동의의결 제도의 내용과 문제점 검토”, 고려법학 제64호, 고려대학교 법학연구원(2012. 3.)
- 윤세리, “세계화시대의 공정거래법의 전개 방향”, 저스티스 제98호, 한국법학원(2007. 6.)
- 정완, “독점규제법상 동의명령제 도입에 관한 고찰”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원(2009. 3.)
- 정환, “동의명령제”, 경쟁법연구 제18권, 한국경쟁법학회(2008. 11.)
- 정중원, “공정거래법상 동의명령제도 도입에 관한 법적 고찰”, 고려법학 제54호, 고려대학교 법학연구원(2009. 9.)
- 정호열, “공정거래법의 최근 동향과 동의명령제에 관한 검토”, 성균관법학 제21권 제1호, 성균관대학교 법학연구소(2009. 4.)
- 조성국, “독점규제법 사건의 합의해결에 대한 국제동향과 시사점”, 중앙법학 제8집 제2호, 중앙법학회(2006. 8.)
- 최승재, “공동행위와 동의명령제의 활용”, 경쟁저널 제163호, 한국공정거래협회(2012. 6.)
- 한철수, “한미 FTA 이후 공정거래법의 과제”, 저스티스 제98호, 한국법학원

(2007. 6.)

홍준형·김정희, "공정거래법상 동의명령제 도입방안에 대한 연구", 기업법연구  
제21권 제4호, 한국기업법학회(2007. 12.)

村上政博, 「獨占禁止法」, 弘文堂(2006)

Hovenkamp Herbert, Antitrust(2nd ed), West Publishing Co.(1993)

Lawrence A. Sullivan/Warren S. Grimes, The Law of Antitrust:AN  
Intergrated Handbook(2nd ed), Thomson/West(2006)

Thomas M. Jorde/Mark A. Lemley/Robert H. Mnookin, gilbert Law  
Summaries Antitrust(9nd ed), Harcourt Brace Legal and Professional  
Publications. Inc.(1996)

Von Kalinowski, Antitrust Laws and Trade Regulation: Desk Edition(2nd  
ed), LexisNexis(2005)

[Abstract]

## Study on the Problem of the Consent Order of Fair Trade Law

Kang, Myung-Soo

*Professor, Jeju National University Law School*

For an action which is suspected as a violation of law, the agency (in case of Korea, Korean Fair Trade Commission) and parties involved in such action agreed to corrective measure by mutual agreement, if the measure is regarded as adequate measure, the case would be closed without litigation under the system of consent order which was introduced to the United States first, then it was introduced to Japan, Germany, European Union,

and other countries with the continental law system. In Korea, it had been discussed whether it would be adapted or not. Then, it was introduced in December 2<sup>nd</sup> 2011 as revision of law for execution of Free Trade Agreement between Korea and the United States.

There had been strong opposition to adapt consent order since it is not acceptable for Korean public law system to close the case with agreement between public agency and parties and there is the exclusive right to accuse of Korean Fair Trade Commission. However, there is no practical mean of discussion whether it should be adapted since it has been two years after adapting by law. Therefore, it is time to discuss how to manage consent order reasonably.

Even though there has been no practical use of consent order, consent order was began after Naver and Daum agreed to follow procedures of consent order.

There are some worries since the case of Naver and Daum is the first time after two years of introduction, it seems consent order would be vitalized after all since there are some benefits such as effective law enforcement and voluntary corrective measure conducted by companies.

Now, it is a proper time to reexamine consent order by and large. Therefore, I would like to point out problems such as a violation of criminal prosecutions, an exception of joint action, a problem whether the court participates, a participation assurance of person interested, giving opportunity to excuse during the cancellation of consent order. In addition, I would like to suggest the future direction of legislative revision in law based on problems I mentioned just above.

**Key words** : consent order, consent decree, the exclusive right to accuse, cartel, Verpflichtungszusagen, plea bargaining