

통신사업 행정지도에 관한 소고

－ 법치행정 관점의 통신사업 행정지도 소송 및 의결 사례 검토 －

■ 김 봉 식*

방송통신위원회를 비롯한 행정주무부서 및 해당 관청들은 효율적인 행정수행과 성과의 달성을 위해 다양한 방식의 행정지도를 행하고 있다. 그러나 행정지도는 비권력적인 성질을 가지므로 위법한 행정지도의 경우, 권리구제수단이 불충분하고 사정에 따라 탄력적으로 이루어지므로 그 기준이 불명확하고, 실제 실행에 있어서는 행정주체가 주가 되므로 사실상의 강제성도 내포하게 된다. 이러한 행정지도의 특징은 법치주의와의 갈등을 유발하고 전 산업 분야에서 다양한 소송의 빌미를 제공하고 있다.

당 소고는 이러한 문제점에도 불구하고 행정의 효율성 제고에 효과적인 행정지도에 대해 검토해 보기 위해 행정지도 관련 법이론들과 통신사업 분야 사례들을 정리하고 이를 정부당국과 사업자 간 협의의 시 도출 가능한 바람직한 행정지도의 방향성과 개선방안을 생각해 보는 계기로 삼고자 한다.

목 차

I. 서 론 / 29

II. 행정법과 법치국가원리 / 30

1. 행정법의 기본원리 / 30
2. 법치국가원리 / 31
3. 법치행정의 의의 / 33

III. 행정지도의 개념 및 법적 근거와 한계 / 33

1. 개념 / 33
2. 존재이유와 문제점 / 34
3. 법적 근거 / 35
4. 법적 한계 및 구제 / 36

IV. 행정지도와 부당한 공동행위 / 37

1. 부당한 공동행위 금지규정 / 38
2. 행정지도에 따른 부당한 공동행위의
공정거래법 적용 제외 / 39
3. 구속력 있는 행정지도에 따른 사업자행위와
공정거래법 적용 여부 / 42

V. 통신사업 행정지도 관련 소송 및 의결 사례 / 44

1. 두 개 시내전화사업자의 부당한 공동행위 사례 / 44
2. 두 개 이동통신사업자의 부당한 공동행위 사례 / 47
3. 시외전화요금 및 PC방 인터넷전화선
이용요금 등 담합 사례 / 49

VI. 결 론 / 50

* 정보통신정책연구원 통신정책연구실 부연구위원, (02)570-4276, bskm@kisdi.re.kr

I. 서론

일반적으로 행정당국은 정부의 정책 효율성을 높이기 위해 법치주의의 근거 하에서 법과 제도를 수립하여 그 근간으로 삼는다. 그리고 관련 산업이 존재할 경우, 국민 개인의 생활 편의와 편익을 위해 법제도를 수립·보완하며, 공정성과 효율성 등을 높이기 위해 합리적이고 시의적절한 행정행위를 행하게 된다. 통신사업 분야도 이에 해당하며, 행정정책당국인 방송통신위원회가 관련 법에 근거하여 제도를 수립하고, 통신시장에서의 이용자 편익과 공정경쟁 환경 확립을 위해 행정수단들을 통한 관련 행정행위들을 행하고 있다. 이러한 행정행위들은 법치주의에 기초하여 이루어지고 있는데, 법치주의 원리는 행정법과 행정행위로 인해 파생되는 정책의 근간을 이룬다고 할 수 있을 것이다.

법치국가원리(법치주의)는 법이론에서 행정법의 기본원리로 인식되고 있다. 이는 법치국가원리의 행정에서 표현이 법치행정의 원리가 됨을 의미한다. 이는 결국 행정권도 법의 기속을 받고 법을 준수하여 행정의 적법성이나 타당성, 정당성 등이 확보되어야 함을 의미하는 것이고, 만약 법을 위반하여 국민에게 피해를 주는 경우에는 재판 등을 통한 구제도 가능해야 함을 의미한다고 볼 수 있다. 이러한 의미에서 법치행정은 기본적으로 법적 근거 하에서 행해지며, 이는 행정의 기능에서도 매우 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있다.

한편, 법치행정을 위한 매우 유효하고 중요한 제도의 하나로서 행정지도가 있다. 이는 행정기관의 사정상 정책의 효율성이나 개선정책의 시의성 등을 제고할 목적으로 행해지는 제도로서 행정절차법에 그 근거를 두고 있다. 그러나 법적 근거를 두고 있음에도 제도의 특성상 현실에서 행정지도의 합법성과 관련해서는 각 산업 분야에서 다양한 소송들이 발생하고 있다. 국내 통신산업 분야에서는 정책당국(방송통신위원회(구정보통신부))의 행정지도와 관련하여 관련 사업자 및 공정거래위원회 간 법정공방이 있었다. 해당 관련 소송들에서의 핵심 이슈는 행정당국 행정지도의 타당성 및 법적 합성 등에 대한 법적 근거에 관한 것이었다.

이에 당 소고에서는 이러한 일련의 상황이 발생하게 된 원인과 현재도 지속적으로 행해지고 있는 행정지도의 발전 방향 등에 대해 되짚어 보고자 한다. 이를 위해 그 근거가 되는 행정법과 법치국가의 기본원리 및 나아가 법치행정의 원리를 소개하는 차원에서 간략히 정리하고, 소송의 원인이 된 행정지도에 관해서도 기본 이론 및 쟁점 등을 정리해 법적 근거 및 문제점 등을 파악해 보고자 한다. 또한 근래 방송통신 정책 당국과 관련된 구체적인 소송 및 공정거래위원회의 의결 내용들을 정리하여 그 핵심 이슈를 살펴보고, 행정법과 법치국가원리의 이해 하에서 행정기관의 행정지도에 대한 법률적 한계와 개선방안 등을 생각해 보는 계기로 삼고자 한다.

Ⅱ. 행정법과 법치국가원리

1. 행정법의 기본원리

행정법은 헌법의 집행법이며, 구체화된 헌법으로서의 특성을 가진다. 헌법은 국가 및 국민의 사회생활에 관한 기본법이므로 모든 법이 그 최고법인 헌법의 집행법으로서의 성격과 내용을 가진다고 말할 수 있다. 특히, 행정법이 이러한 성격을 가장 많이 가진다. 그 이유는 헌법이 주로 국가의 조직과 작용, 과제에 관해 규정하고 있는데, 그것을 실천·구체화하는 일상적인 임무를 행정권이 가장 많이 담당하고 있기 때문이다.

일반적으로 행정법의 기본원리에서 행정법에 적용되는 기본적인 법원리에는 매우 다양한 학설¹⁾이 존재하고 있다. 구체적으로는 민주주의, 법치국가원리, 사회국가의 원리에 관하여 설명하는 설, 법치국가원리, 민주국가원리, 복리국가원리, 안전보장원리에 관하여 설명하는 설, 지방분권주의, 민주행정주의, 실질적 법치국가주의, 민주행정주의, 지방분권주의, 사법국가주의, 복리국가주의에 관하여 설명하는 설, 법치주의,

1) 각 설에 대한 구체적인 학자 및 학설의 출처에 대해서는 신보성(1990), “행정법의 기본원리”, 《고시연구》, p.67 참조

민주행정주의, 지방분권주의, 복리행정주의에 대하여 설명하는 설 등이 있다.

헌법의 기본원리에서 행정법의 기본원리를 설명하고 있는 독일의 경우처럼 우리나라도 행정법의 기본원리로서 나열되어 있는 법원리가 우리 헌법을 지배하는 법원리라고 할 수 있는데, 대부분의 학자들이 여기에 동의하고 있다. 따라서 우리나라 헌법의 기본원리는 바로 행정법의 기본원리가 된다고 말할 수 있다. 그러나 상기의 다양한 국내 학자들의 학설에서도 보았듯이 우리나라 헌법 및 행정법의 기본원리로서의 법원리와 이러한 법원리가 행정 및 행정법에 미치는 효과 등을 정확히 추출할 수는 없다. 다만, 상기의 다양한 학설에 의하더라도 민주국가원리(민주주의), 법치국가원리(법치주의), 사회국가원리(또는 복리국가원리) 등을 우리나라 행정법의 대표적인 기본원리로 볼 수는 있을 것이다.

2. 법치국가원리

법치국가원리라고 함은 국가작용, 그 중에서도 행정이 헌법과 법률에 의해 이루어지며 행정을 통해 불이익을 입은 사람의 구제제도가 정비되어 있어야 함을 의미한다. 법치국가는 국가권력이 법적인 통제의 대상이 아니며, 법적으로 제한을 받지 않고 군주의 자의에 의하여 행사되었던 절대적 권력국가의 반대 개념이다. 전제군주시대에서는 모든 국가권력이 군주의 자의에 의해 행사되었고, 이는 필연적으로 국민의 자유와 권리에 대한 침해를 가져왔다. 따라서 시민혁명을 통해 성립된 근대입헌국가에서는 행정의 자의를 방지하고 장래에 대한 예측성을 기함으로써, 국민의 기본권을 보장하기 위하여 법에 의한 행정을 제도화하기에 이르렀다. 그리고 헌법상의 권력분립에 관한 규정, 기본권보장, 사법심사에 관한 규정들을 통해 최소한의 공권력이 법에 의해 행사되고, 자의적으로는 행사될 수 없는 법치국가를 지향하고 있음을 명백하게 알 수 있다.

독일의 저명한 법학자인 Eberhard Schmidt-Assmann은 그의 논문에서 법치국가원리의 핵심이 법을 통해 인간의 자기결정권을 보장하는 것에 있다고 전제하고,

이러한 원리를 통한 개인 고유의 영역 승인과 한계 설정, 그리고 근본적인 정의의 요청에 의거하여 그들의 영역을 보장하고 상호간에 할당하는 것 및 법적으로 명백한 절차를 제시하고 합리성을 확보하는 것이 법치국가의 중심적 과제이기도 하다고 언급했다.²⁾

우리 헌법상의 법치국가원리가 영미적 법의 지배를 내용으로 하는 것인지, 독일식의 법률의 지배를 내용으로 하는 것인지에 대한 문제는 하나의 쟁점이 되어 왔다. 하지만 이는 어떻게 이해하는가에 따라 결론이 달라지므로 양자의 차이점은 시인되어야 한다. 영미적 법의 지배에서는 판례법이 중심을 이루고, 공법·사법의 구분이 원칙으로 부인되고 있으나, 독일적 법률의 지배에서는 법률은 국회의 의결을 거친 법 형식만을 의미하므로 공법과 사법의 구분을 전제하고 있다. 이러한 구분에서 볼 때 법치국가원리 또는 법치주의의 이름 아래 법률의 우위 및 법률의 유보를 논하게 되면, 이는 독일적 의미의 법률의 지배이론을 따르는 것이 됨을 부인하기는 어렵다. 대부분의 법학자들도 이러한 내용에 동의하는 것으로 보인다.

우리 헌법은 법치국가라는 명시적 규정을 두지 않고 영국에서 발전한 법 지배의 전통과 독일의 법치국가 사상에 기초한 원리를 간접적인 방법으로 수용하고 있지만, 행정의 집행에 있어서는 ‘법률에 의한 행정’의 모습을 띠고 있다. 법률에 의한 행정의 원리란 소극적 측면에서는 행정권에 의한 국민의 자유와 권리에 대한 침해를 방어하는 것이지만, 적극적 측면에서는 행정권에 대한 권한을 부여하여 새로운 질서를 형성하는 것을 의미한다. 즉, 법률에 의한 행정의 원리에 의하면 행정을 법에 귀속시키게 되는데, 행정작용에 대한 실체법적 규제뿐만 아니라 행정작용에 대한 절차법적 규제를 동시에 포함하게 된다.³⁾

2) Eberhard Schmidt-Assmann(2004), “Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee”, p.44 참조

3) 정극원(2006), “법치국가원리와 개인정보보호”, 《헌법학연구》, pp.195~196 참조

3. 법치행정의 의의⁴⁾

법치행정의 원리는 공법 중에서도 행정법의 기본적이고도 중요한 원리 중의 하나이다. 행정법 및 행정법학의 성립은 법치행정과 때를 같이한다고 볼 수 있다. 행정이 법에 의해 행해지지 않을 때 행정법이나 행정법학이 성립할 수 없음은 이론상 당연한 것이다. 이렇게 볼 때 행정법학에서 법치행정의 문제는 그 출발점인 동시에 그 궤를 같이한다고 할 수 있다. 그러나 막상 법치행정의 원칙이 무엇이냐고 물을 때, 이에 대한 설명은 구구한 것이 이론적 현실이다. 이것은 행정의 실상과 관련 제도 및 이론이 부단히 변화하고 발전하는 까닭일 것이다.

그럼에도 불구하고 독일법계 하의 행정법학에서 법치행정의 원리에 대해서는 Otto Mayer⁵⁾가 체계화한 법치행정의 원칙에 동의함이 일반적인 견해이며, 이러한 논리 하에서 법치국가의 원리에서 법치행정의 의의는 행정의 법률적합성에서 찾을 수 있다. 법치국가에서 특히 행정은 헌법과 법률에 의한 기속을 받게 된다. 따라서 법치국가원리는 우선적으로 행정의 법률적합성 원칙을 그 내용으로 한다. 그리고 행정의 법률적합성 원칙은 Otto Mayer가 체계화한 대로 법률의 법규창조력과 법률우위의 원칙 및 법률유보의 원칙 등으로 나눌 수 있다.

Ⅲ. 행정지도의 개념 및 법적 근거와 한계

1. 개념

행정지도는 통념적으로 ‘행정기관이 일정한 공적 목적을 달성하기 위하여 상대방의

4) 법치행정과 관련한 행정의 법률적합성의 내용은 김남진·김연태(2009. 2.), 『행정법 I』, 법문사, pp.31~37 참조. 법규창조력과 법률우위/유보의 원칙에 대한 구체적 내용은 류지태·박종수(2010. 4.), 『행정법신론』, pp.53~65 참조

5) 독일의 공법학자로 종래 행정학적 방법으로부터 해방되어 법학적 방법에 의한 행정법학을 확립함으로써 독일 행정법학의 기초를 닦았다. 독일행정법(Deutsches Verwaltungsrechts) 제3판 서문에 “헌법은 변하지만 행정법은 변하지 않는다.”는 그의 말이 잘 알려져 있다.

일정한 행위를 기대하여 행해지는 비강제적 사실행위’를 의미하며, 일본 행정실무상의 용어로 시작되었다. 예컨대 행정주체에 의한 비강제적인 권고·지도·요망 등이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 우리나라에서는 1996년 행정절차법 제정을 통해 행정지도가 법률용어로서 사용되었는데, 해당 법률은 ‘행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나, 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용’이라고 정의하고 있다.⁶⁾

이와 같이 행정지도는 상대방의 임의적인 협력을 전제로 하는 점에서 비권력적인 법적 성질을 갖는다. 따라서 이에 따르지 않는다고 해도 강제조치가 수반되는 것은 아니나, 사실상의 불이익조치가 수반된다는 점에서 특색을 갖는다.

이 밖에 행정지도의 개념 및 정의와 관련해서는 국내외 법학자들의 다양한 정의가 있다.⁷⁾

2. 존재이유와 문제점

(1) 존재이유

최근 사회의 복잡화와 다양화로 인해 새로운 행정수요가 발생하고 있다. 그러나 행정작용을 위한 법령의 근거가 없는 경우, 법률에 의한 행정과 행정현실 변화에 상응한 적극적인 행정수행에 대한 요청 간 괴리를 극복하기 위해 행정지도의 필요성이 인정되고 있다. 이러한 행정지도를 통해 법령의 부족한 부분들을 보충하는 임기응변적인 행정작용이 가능하다.

또한 상대방의 임의적인 협력에 근거하여 행정작용을 행함으로써 불필요한 마찰이나 분쟁을 사전에 회피할 수 있으며, 행정주체에 의해 적극적으로 새로운 과학기술적인 지식이나 경제영역의 정보를 제공하는 기능을 갖는 것도 가능하다. 그 예로 중소기업

6) 행정절차법 제2조제3호 정의(시행 2008. 2. 29, 법률 제8852호, 2008. 2. 29, 타법개정)

7) 손승기(1990), “행정지도에 관한 소고”, 수원대학논문집, pp.120~121 및 정동근(1997), “행정지도의 행정학적 접근과 한국행정지도의 합리적 유형탐색에 관한 연구”, 한국행정학보, pp.204~205 참조

업 경영개선지도나 영농기술지도 등이 여기에 해당한다.⁸⁾

(2) 문제점⁹⁾

행정지도는 그 개념과 존재이유로 인해 다양한 문제점들을 내포하고 있다. 그 중 가장 큰 문제점은 법치주의와의 갈등인데, 위법한 행정지도라 하더라도 비권력적인 성질을 가지므로 통상적으로 행정쟁송이 인정되지 않고 있다. 그리고 행정상 손해배상에서도 상대방의 동의가 있었다는 사실상태로 인해 그 인정이 용이하지 않는 문제점이 발생할 수 있어 권리구제수단이 불충분하게 된다.

한편, 행정지도가 비권력적인 행위이나, 이를 거부하는 경우에는 여러 가지 억제적 조치가 가해짐으로써 불이익을 받게 된다. 따라서 사실상의 효과에 있어서 권력적 행위가 행해지는 것과 같은 효과가 발생함에도 불구하고, 권력적 행위와는 달리 법령의 근거가 강하게 요구되고 있지 않다는 문제가 발생한다. 다음 장의 통신 관련 사례에서도 살펴보겠지만, 이러한 사실상의 강제성에 대한 사업자와 관련 기관 간의 입장 차이는 다양한 문제를 파생하는 근거가 되기도 한다.

또한 행정지도는 개별적인 사정에 따라 탄력적으로 행해지는 것이므로 기준이 불명확하고, 그 일관성과 안정성이 보장될 수 없다. 따라서 행정기관의 책임소재가 명확하지 않다는 문제도 발생하고 있다.

3. 법적 근거

우리의 현행법 가운데에는 명칭은 일정치 않으나, 행정지도에 관한 명시적 근거가 여러 법률에 산재하고 있다. 또한 대집행 같은 법률에 근거가 있는 행정작용을 갈음하는 행정지도가 널리 행해지고 있는 것도 사실이다.¹⁰⁾ 문제는 법령에 직접·간접의 근

8) 일부 학자의 경우 통상적인 존재이유 외에 행정지도가 일본에서 가능하게 된 특유한 이유로서 일본국민들의 정부에 대한 맹목적인 복종태도나 일본 공무원들의 높은 자질을 들고 있다. 류지태·박종수(2010. 4.), 『행정법신론』, p.335 참조

9) 류지태·박종수(2010. 4.), 『행정법신론』, pp.335~336 참조

10) 김남진·김연태(2009), 『행정법 I』, 법문사, p.361 참조

거가 있는 행정지도만 가능하고, 법령에 근거를 두지 않은 행정지도는 허용하지 않을 것인가 하는 것이며, 이러한 문제에는 의문이 남는다.

비공식 행정작용의 단점과 위험성의 입장에서 보면, 적어도 ‘규제적·억제적 행정지도’에 대해서는 법률유보원칙이 적용되어야 한다는 주장이 설득력이 있다. 그러나 ‘비공식 행정작용의 이점과 효과’를 행정지도에 의하여 거둘 수 있다는 점을 고려할 때에는 법률유보원칙의 적용에 찬성하기 어려운 면도 있다고 할 수 있다. 다만, 현재 행정절차법이 제정, 시행되고 있으므로 행정지도가 동법에 정해진 방식과 절차에 의하도록 요구하는 것이 현실적인 법적 근거가 됨은 명백하다고 할 수 있다.

4. 법적 한계 및 구제

현대국가의 환경적 요인과 국가의 주도적 운영자인 행정권이 보다 능률적으로 그 목적을 달성할 수 있게 하기 위해서는 행정지도가 필요하다. 그러나 전통적으로 개인의 권익보장과 관계에서 볼 때에는 많은 문제점들과 법적인 한계가 있다. 행정지도는 본래적 의미에서 상대방의 임의적 동의나 협력 하에 행하여져야 하는 것이나, 실제 수행에서는 행정지도의 주체인 행정권이 국민에 대하여 우월 내지는 지배적인 지위에 있는 것으로 인식되기 쉽다는 문제가 있다. 그리고 행정지도에 명확한 기준이 제시되지 않는 경우가 많기 때문에 행정주체가 필요한 한계를 넘어서 후견적인 역할을 하려고 할 때 불필요한 간섭을 가져올 가능성도 있다. 또한 행정지도에는 행정상의 구제제도가 확립되어 있지 않고, 그 통제가 주로 상급 행정기관의 내부적 감독에 의존하게 되므로 개인의 권익보장이 불완전하다는 문제를 가지고 있다. 이러한 문제점으로 인해 행정지도의 효율성을 살리면서 그 근거와 한계를 명시할 뿐만 아니라, 개인의 권익이 침해되었을 때 완전한 구제가 가능한 입법조치와 특별 구제제도의 마련이 필요하다.¹¹⁾

물론, 행정기관 상호간의 의무·권한 등이 분할되어 있는 당연한 결과로서, 행정기관은 직법상 주어진 권한의 범위 내에서만 행정지도를 할 수 있다. 개별 법규에 형식,

11) 김원주(1997. 7.), 『우리나라 행정절차법상 행정지도의 쟁점』, 《고시계》, pp.83~84 참조

절차, 내용 등에 관한 규정이 있으면, 그에 따르고 해당 규정이 없으면 행정절차법 소정의 규정을 따라야 하며, 행정법의 일반원칙을 준수하여야 한다. 행정절차법도 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다고 규정하여 그 법적인 한계를 보여주고 있다.

한편, 행정지도의 한계와 문제점들을 극복하기 위한 행정구제에는 손해배상청구와 손실보상청구, 행정쟁송이 있다. 손해배상청구를 통해서도 공무원이 법령에 위반하여 행한 행정지도로 인하여 손해를 받은 자는 법이 정한 요건이 충족되는 한 국가 또는 지방자치단체에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다. 또한 행정주체의 적법한 행정지도로 인한 재산상 손실을 입은 자는 국가 또는 지방자치단체를 상대로 손실보상청구를 할 수 있도록 규정하고 있다. 하지만 행정청의 권고와 같은 행정지도는 일반적으로 ‘처분’의 성질을 가지지 않는다고 보아야 하므로 위법 또는 부당한 처분의 취소 등을 구하는 행정쟁송은 행정지도에 대해 유효한 구제방법이 되기는 어렵다.

IV. 행정지도와 부당한 공동행위

상기의 내용에서 보았듯이 행정지도는 성격상 기본적으로 법적 행위가 아니라 사실 행위이며, 국민의 임의적 동의 내지 협력을 필요로 하는 비권력적 성질을 가지는 행정작용이다. 그러나 행정지도를 행하는 행정기관이 공권력 주체의 지위에 있다는 점과 국민에 대한 경제적 이익의 제공(보조금 교부, 조세감면 등)이나 시정권고를 받은 사실의 공표, 기타 비공식적인 억제수단을 가지고 있다는 점을 고려할 때, 대다수의 경우 실질적으로 권력적인 규제행정에 못지않은 강제적 효과를 거둘 수 있다. 이러한 이유로 행정지도가 부당한 공동행위를 유발할 경우 많은 문제점들을 발생시킬 수 있다.

행정지도에 따른 부당한 공동행위의 문제는 사업자들의 행태가 카르텔행위나 불공정거래행위를 구성할 경우에 나타난다. 만약, 이러한 행위들이 법령에 따른 정당한 행위가 아니라면 부당한 공동행위의 문제가 발생하게 된다. 이하에서는 행정지도의 적법성 여부의 검토를 위하여 부당한 공동행위와 관련한 독점규제 및 공정거래에 관한

법률(이하 공정거래법)의 내용과 적용 배제 등의 내용을 정리하고, 구체적인 소송 사례를 살펴보기로 한다.

1. 부당한 공동행위 금지규정

행정지도에 따른 집행 시의 문제에서 부당한 공동행위는 그 핵심 쟁점이 된다. 이러한 부당한 공동행위는 국내외적으로 당연히 금지되고 있는데, 우리나라는 공정거래법 제19조¹²⁾에서 이를 명시하고 있다. 동법 제19조 제1항의 내용은 사업자가 계약·협정·

12) 제19조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 ‘부당한 공동행위’라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
2. 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위
3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위
4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위
5. 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위
6. 상품 또는 용역의 생산·거래 시에 그 상품 또는 용역의 종류·규격을 제한하는 행위
7. 영업의 주요 부문을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위
8. 입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자(競落者), 투찰(投札)가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위
9. 제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위

②제1항의 규정은 부당한 공동행위가 다음 각 호의 1에 해당하는 목적을 위하여 행하여지는 경우로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하고 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

1. 산업합리화
2. 연구·기술개발
3. 불황의 극복
4. 산업구조의 조정
5. 거래조건의 합리화
6. 중소기업의 경쟁력 향상

③제2항의 규정에 의한 인가의 기준·방법·절차 및 인가사항변경 등에 관하여 필요한 사항은 대

결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 금지하는 내용으로 각 호의 규정에서 가격 협정, 거래조건 협정, 공급제한 협정, 시장분할 협정, 설비제한·투자조정 협정, 상품종류·규격제한 협정, 회사설립 협정, 입찰 협정, 사업활동방해 협정을 규제하고 있다.

부당한 공동행위의 성립 요건¹³⁾으로는 사업자 사이의 공동행위(합의)와 경쟁제한성 등을 들 수 있다. 합의란 반드시 청약·승낙으로 이루어지는 법률적으로 유효한 계약일 필요는 없고, 의사일치가 있었다는 상호인식이나 이해 또는 암묵의 요해, 즉 묵시적 합의까지 포함하는 넓은 개념으로 이해할 수 있다. 이와 관련하여 동법 제19조 제5항에서는 입증곤란을 구제하고 규제의 실효성을 거두기 위하여 합의의 추정을 인정하고 있다. 또한 둘 이상의 사업자가 일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하는 경우, 동 사업자 간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 동항에서 추정하고 있다. 한편, 경쟁제한성의 요건이 충족되기 위해서는 사업자들 사이의 합의가 부당하게 경쟁을 제한하거나 제한할 개연성이 있어야 한다.

2. 행정지도에 따른 부당한 공동행위의 공정거래법 적용 제외

공정거래법은 제12장에서 3개 조항에 걸쳐 적용 제외 규정을 두고 동법의 적용을

통령령으로 정한다.

④제1항에 규정된 부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 계약 등은 사업자 간에 있어서는 이를 무효로 한다.

⑤2 이상의 사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래 분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다.

⑥부당한 공동행위에 관한 심사의 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다.

13) 김정현 외(2007. 12.), “융합시대의 행위규제 틀 개선방안 연구”, 정보통신정책연구원, pp.324~325 참조

유보하고 있다.¹⁴⁾ 이 중에서 행정지도에 따른 공동행위의 위법성 여부가 문제되는 것은 제58조의 법령에 따른 정당한 행위이다. 법리적으로는 동 조의 취지가 처음부터 공정거래법상 경쟁제한행위에 해당하지 않는 것으로 본다는 의미인지, 아니면 일단 공정거래법 위반행위에는 해당하나 법령에 따른 정당한 행위로 위법성을 조각한다는 의미인지가 문제가 되고 있다. 행정지도가 활성화된 우리나라 및 일본에서는 행정지도와 독점금지법의 적용 제외가 위법성의 조각사유로 보는 것이 일반적인 견해이다. 즉, 현행 공정거래법상 적용 제외 규정은 사업자의 어떠한 행위가 공정거래법에 해당되어 그것이 일정 부분 위법하다고 판단되는 경우에도 다른 법령에서 그러한 행위를 구체적·명시적으로 허용할 때에는 그 위법성을 조각하여 결과적으로 공정거래법에 반하지 아니하는 것으로 평가한다는 취지로 해석해야 할 것으로 보인다.

한편, 제58조의 법령(법률 또는 법률에 의한 명령)에 따른 정당한 행위라는 용어의 의미에 대해서도 정리가 필요하다. 국내 학설들은 행정작용법상 명확한 법적 근거를 필요로 한다는 견해와 행정조직법적 근거 하에 이루어진 행정지도라 할지라도 그 내용이 구체적이며 사업자에게 사실상의 구속력을 미치는 경우라면 공정거래법상 적용 제외를 인정해야 한다는 견해와 함께, 행정지도는 그 본질상 행정작용법적 근거를 요하는 것이 아니므로 행정조직법상의 근거만 있으면 경쟁제한행위의 예외로 인정해야 한다는 견해 등이 대립하고 있다.¹⁵⁾

14) 제12장 적용 제외

제58조(법령에 따른 정당한 행위) 이 법의 규정은 사업자 또는 사업자 단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

제59조(무체재산권의 행사행위) 이 법의 규정은 「저작권법」, 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.

제60조(일정한 조합의 행위) 이 법의 규정은 다음 각 호의 요건을 갖추어 설립된 조합(조합의 연합회를 포함한다)의 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다. 다만, 불공정거래행위 또는 부당하게 경쟁을 제한하여 가격을 인상하게 되는 경우에는 그러하지 아니한다.

1. 소규모의 사업자 또는 소비자의 상호부조를 목적으로 할 것
2. 임의로 설립되고, 조합원이 임의로 가입 또는 탈퇴할 수 있을 것
3. 각 조합원이 평등한 의결권을 가질 것
4. 조합원에 대하여 이익배분을 행하는 경우에는 그 한도가 정관에 정해져 있을 것

공정거래위원회는 행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침¹⁶⁾을 제정하여 공정위의 입장을 밝히고 있다. 해당 심사지침에서는 다른 법령에서 사업자가 법 제19조 제1항 각 호의 행위를 하는 것을 구체적으로 허용하고 있는 경우와 다른 법령에서 행정기관이 사업자로 하여금 법 제19조 제1항 각 호의 행위를 하는 것을 행정지도 할 수 있도록 규정하고 있는 경우로서, 그 행정지도의 목적, 수단, 내용, 방법 등이 근거 법령에 부합하고 사업자들이 그 행정지도의 범위 내에서 행위를 한 경우라고 밝히고 있다. 이는 행정작용법상 명확한 법적 근거를 필요로 한다는 입장으로 대한법무사협회의 사업자단체금지행위 사건¹⁷⁾ 사례에서 법원이 취하고 있는 입장과 유사하다. 이는 원칙에 대한 예외는 엄격하게 해석해야 하기 때문에 산업 규제정책상 필요에 따라 행해지는 행정지도라 할지라도 관련 행정작용법에 그 구체적인 근거가 있는 경우에 한하여 공정거래법상 적용 제외를 인정할 수 있다는 입장이다.

그리고 정당한 행위에 대한 용어의 의미와 관련해서도 학설이 대립하고 있다. 제58조의 정당성은 관련된 개별 법률 자체의 목적이나 이념에 따라 판단해야 한다는 견해와 우리 경제질서의 기본법인 공정거래법의 실효성을 담보하기 위하여 공정거래법의 관점에서 경쟁을 제한하여야 할 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 인정하여야 한다는 견해와 함께, 행정기관의 행정지도가 실질적 경쟁제한성을 가지는지 여부에 의해 좌우되어야 한다는 견해 등이 대립하고 있다. 이와 관련해서 공정거래위원회는 관련 행정기관이 사업자로 하여금 부당공동행위에 해당하는 행위를 하는 것을 행정지도 할 수 있도록 규정하고 있는 다른 법령이 있는 경우에도 그 행정지도의 목적, 수단, 내용, 방법 등이 근거 법령에 부합하고 사업자들이 그 행정지도의 범위 내에서 행위를

15) 김정현 외(2007. 12), “융합시대의 행위규제 틀 개선방안 연구”, 정보통신정책연구원, pp.330~331에서 인용한 각주 문헌 참조, 정당한 행위의 의미에 대한 학설은 p.332 각주 문헌 참조

16) 공정거래위원회 예규 제75호, 2009. 8. 21, III. 2 참조

17) 대법원 1997. 5. 16. 선고, 96누150 판결로서 법원은 제58조에서 말하는 법률은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면, 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 말하는 것이라고 판시했다.

한 경우에만 법 제58조의 법령에 따른 정당한 행위에 해당한다는 입장을 견지하고 있다.

3. 구속력 있는 행정지도에 따른 사업자행위와 공정거래법 적용 여부

지금까지 행정지도와 관련하여 부당한 공동행위 및 부당한 공동해위의 공정거래법 적용 제외의 내용을 살펴보았다. 이와 함께 행정관청의 구속력 있는 행정지도에 따른 사업자의 행위와 관련하여 공정거래법 제58조의 적용 여부는 어떠한지를 검토해 볼 필요가 있을 것으로 판단된다.

우리나라에서 행정지도는 사실상 정책의 효율성 및 시의성 제고를 위해 지속적으로 행해지고 있다. 따라서 행정지도에 대한 개선된 방향성을 정립하기 위해서 법령에 따른 정당한 행위의 유무를 파악하는 것이 매우 중요하다. 이를 확인하기 위해 이제까지 도출된 학설의 견해와 공정거래위원회 및 관련 사업에서의 법원의 판단을 정리해 보기로 한다.

학설 중 다수설은 대체로 구체적인 사정을 감안하여 사실상의 행정지도에 따른 사업자의 행위에 대해서는 과징금의 산정과정에서 정상을 참작하는 자료로 삼거나, 형사절차상 위법성 조각이나 책임감정 사유로 고려해야 한다는 입장이다. 소수 의견으로는 행정지도의 유형에 따라 차별화해야 한다는 견해¹⁸⁾와 행정지도의 유형화는 현실적인 기준이 될 수 없다는 견해¹⁹⁾가 있다. 전자는 행정작용법상의 근거 하에 주무관청이 행한 구체적 행정지도에 따른 부당 공동행위의 경우에는 법령에 따른 정당한 행위로서 위법성 자체를 부인한다는 것이다. 즉, 행정조직법적 근거 하에 이루어진 행정지도라고 할지라도 그 내용이 구체적이며 사업자에 대해 사실상의 구속력이 있는 경우는 공정거래법 제58조의 정당한 행위에 해당한다고 보지만, 행정관청이 법적 근거 없이 행한 행정지도에 따른 행위에 대하여는 공정거래법을 적용해야 한다고 보는 것이다. 이는 그 본질이 사실행위인 행정지도의 경우 법적 근거가 전혀 없다면, 이를 법령

18) 정호열(2006), 『경제법』, 박영사, pp.79~80.

19) 이호영(2006), 『독점규제법의 이론과 실무』, 홍문사, pp.386~387.

에 따른 정당한 행위로 볼 수 없기 때문에 행정지도의 사실상의 구속력과 당해 산업의 상황, 법 위반행위의 정도와 반경쟁성의 정도를 감안하여 공정위가 그 책임을 경감하는 것만이 가능하다고 본다. 후자는 조직법상의 일반적 감독권한에 근거를 둔 행정지도에 따른 행위에 대해서도 공정거래법의 적용 제외를 인정한다면, 사실상 모든 산업별 주무관청 소속 공무원은 해당 산업에 속한 사업자의 행위에 대하여 조직법상의 일반적 감독권한을 근거로 공정거래법의 적용을 배제시킬 수 있다는 의미가 된다는 것이다.

한편, 공정거래위원회는 이 문제와 관련하여 앞서 인용한 예규에서 행정지도가 부당한 공동행위의 원인이 된 경우에도 그 부당한 공동행위는 원칙적으로 위법하다고 전제한다. 다만, 그 부당한 공동행위가 공정거래법 제58조의 요건을 충족하는 경우에 한하여 동법의 적용이 제외된다고 규정하고 있다. 즉, 법령에 구체적인 근거를 가지는 정당한 행정지도에 따른 행위는 동법 제58조의 법령에 따른 정당한 행위로 보아 적용제외를 인정하지만, 법령에 근거가 없거나 간접적인 근거만 가지는 행정지도에 따른 행위는 원칙적으로 법위반행위로 판단한다는 것이다.

예규의 내용에 근거해서 다시 정리하자면 행정기관이 법령상 구체적 근거 없이 사업자들의 합의를 유도하는 행정지도를 한 결과 부당한 공동행위가 이루어졌다면, 이는 원칙적으로는 위법이다. 다만, 다른 법령에서 사업자가 동법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하는 것을 구체적으로 허용하고 있거나, 다른 법령에서 행정기관이 사업자로 하여금 동법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하는 것을 행정지도 할 수 있도록 규정하고 있는 경우에는 그 행정지도의 목적, 수단, 내용, 방법 등이 근거 법령에 부합하고 사업자들이 그 행정지도의 범위 내에서 행위를 한 경우에는 동법 제58조(법령에 따른 정당한 행위)에 해당하는 것으로 보아 공정거래법을 적용하지 않는다는 것이다. 그 외에는 사실상 구속력이 있는 행정지도가 부당한 공동행위의 동인이 된 경우에 한하여 과징금 감경사유가 될 수 있을 뿐이다. 또한 기타 행정지도가 개입된 경우로서 행정기관이 사업자들에게 개별적으로 행정지도를 한 경우에는 사업자들이 이를 이유로 동법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사항에 관하여

별도의 합의를 할 때에는 부당한 공동행위에 해당하지만, 행정지도에 사업자들이 개별적으로 따른 경우라면 부당한 공동행위에 해당하지 않는다고 보는 것이다.

이와 관련하여 행정지도가 개입된 공정거래법 위반행위를 다룬 하급심 판결 중에는 이를 위법성 조각사유의 문제로 접근하여 행정지도를 이유로 문제된 행위의 위법성이 조각될 수 있는지 여부를 검토한 사례²⁰⁾가 있다. 하지만 동법 제58조의 법령에 따른 정당한 행위 여부로 접근한 경우에는 법원에서 직접적으로 행정지도에 따른 행위라는 이유로 법 제58조의 적용 제외에 해당한다고 본 사례는 찾아볼 수 없다. 다만, 실제로 행정지도에 따른 것이 아니라거나 혹은 설령 행정지도에 따른 것이라고 할지라도 당해 행정지도가 동조의 법령에 따른 정당한 행위에 해당하기 위한 요건을 구비하지 못하고 있다고 판시²¹⁾한 경우는 존재한다.

V. 통신사업 행정지도 관련 소송 및 의결 사례

행정지도와 관련된 사례 중 최근 소송 및 공정경쟁위원회 의결 사례 등을 중심으로 간략히 정리한다.

1. 두 개 시내전화사업자의 부당한 공동행위 사례²²⁾

(1) 사실관계

해당 소송은 공정거래위원회가 2005년 주식회사 케이티와 하나로텔레콤 주식회사의 두 개 시내전화사업자가 행한 시내전화요금 담합을 부당한 공동행위 및 위법한 행위로 보고 경쟁을 제한하는 부당한 행위라고 판단하여 시정명령과 함께 총 1,354억 원의 과징금을 추징한 사건이다. 그러나 원고인 케이티와 하나로텔레콤은 당시 정보

20) 서울고법 1992. 1. 29. 91구2030 판결(한국비철금속공업협동조합연합회 사업자 단체금지행위 사건)

21) 서울고법 2004. 6. 10. 2002누17752, 대법원 2006. 11. 23. 2004두8323 판결(손해보험사들의 부당한 공동행위 사건)

22) 공정거래위원회(2005), “2개 시내전화사업자의 부당한 공동행위에 대한 건”, 의결 2005-130.

통신부의 행정지도에 따른 행위였다고 주장하면서 시정명령 등 취소 청구소송을 제기하였다. 이러한 원고의 주장에 대해 공정거래위원회는 명확한 법적 근거가 없다면 행정지도에 따른 가격합의도 위법한 담합이라고 주장하였다.

원고 양사 간 합의의 내용은 ‘시내전화번호 이동성제도²³⁾ 시행을 앞두고 시내전화 시장에서의 가격경쟁을 회피하며 원고 간 기존 시내전화요금 격차를 줄이기 위해’ 하나로가 시내전화요금을 인상·조정하면, 케이티가 2007년까지 매년 시내전화 시장점유율 순증 1.2%씩을 하나로텔레콤에게 이관(이관 부족분은 정산보상)해주기로 하고, 이를 위해 케이티는 신규 가입자 확보를 위한 마케팅 및 탈환 마케팅 등을 지양할 것이며, 대신 하나로는 공격적인 마케팅 활동을 자제하고 유통망에 대한 수수료를 인하기로 한 것 등이다.

정보통신부의 행정지도와 관련해서 원고인 케이티는 당시 경영악화 상태에 빠져 있던 원고 하나로의 퇴출을 막기 위해 정보통신부가 전기통신사업법 제33조의4에 근거하여 ‘정당한 유효경쟁정책’의 일환으로 2002년 10월 16일~11월 12일까지의 기간 동안 원고들에게 사실상 구속력이 있는 ‘구체적인 행정지도’를 하였다. 이에 따라 원고들은 이 사건 합의내용과 유사한 내용을 담고 있는 합의서에 서명하게 되었으며, 이후 2003년 6월 23일의 합의는 정보통신부의 위 행정지도를 세부적으로 이행하고자 하는 취지에서 부득이하게 체결된 것이므로, 이는 법 제58조에서 규정한 ‘법령에 따른 정당한 행위’에 해당하거나 최소한 책임이 감면되는 경우에 해당한다고 주장하였다.

(2) 판시내용

서울고등법원은 케이티가 제기한 소송의 판결²⁴⁾에서 정보통신부가 행정지도의 근거로 내세운 전기통신사업법이 정보통신부로 하여금 업체 간의 가격결정이나 지시를 할 수 있다고 볼 수는 없다고 판시했다. 전기통신사업법 제33조의4²⁵⁾는 “정보통신부장관

23) 시내전화가입자가 다른 시내전화사업자로 사업자를 변경하더라도 자신이 사용하던 기존 시내전화번호(예. 02-750-XXXX)를 그대로 유지하는 제도

24) 서울고법 2007. 7. 11. 선고 2005누20230 판결

25) 이해의 편의를 위하여 2004. 5. 10 일부 개정 법률로 제시

은 전기통신사업의 효율적인 경쟁체제의 구축과 공정한 경쟁환경의 조성을 위해 노력해야 한다.”는 내용을 담고 있으며, 공정거래법 제58조²⁶⁾는 “사업자 또는 사업자 단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대해 이를 적용하지 않는다.”고 규정하고 있다. 재판부는 여기서 말하는 ‘법률’에 전기통신사업법 제33조의4는 포함되지 않는다고 보고, 이를 근거로 이루어진 행정지도를 따라서 가격합의를 했다면 부당한 공동행위로 봐야 한다고 판단한 것이다.

재판부는 공정거래법 제58조가 말하는 법률은 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의해 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면, 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 및 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 최소한의 행위를 말하는 것이라며, 원고가 행정지도의 근거로 들고 있는 법은 이에 해당하지 않아 원고의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 판시했다.

또한 재판부는 행정지도의 법적 근거가 정당하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 행정지도가 있는 후 7개월이 지나서야 합의가 체결됐고 행정지도에 강제성도 없어 보이는 점 등에 비춰볼 때 자발적인 합의로 봄이 적합하다고 판단했다. 이처럼 법규정에 근거해 가격결정 등을 지시할 수 있다고 명확하게 볼 수 없을 뿐 아니라, 행정지도 때문에 부득이하게 합의를 했다고도 볼 수 없으므로 공정거래위원회의 처분은 정당하다고 판결 내렸다. 다만, 정보통신부의 행정지도가 어느 정도 영향을 미쳤다고 볼 수는 있으므로 과징금액을 결정함에 있어 참작돼야 한다고 덧붙였다.

하나로텔레콤이 공정거래위원회를 상대로 낸 소송에서도 서울고등법원²⁷⁾은 정보통신부가 선언적인 규정에 불과한 규정을 근거로 사업자 간 요금합의 또는 시장점유율

제33조의4(경쟁의 촉진) 정보통신부장관은 전기통신사업의 효율적인 경쟁체제의 구축과 공정한 경쟁환경의 조성을 위하여 노력하여야 한다.

26) 제58조(법령에 따른 정당한 행위)

이 법의 규정은 사업자 또는 사업자 단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

27) 서울고법 2007. 7. 11. 선고 2005누20230 판결

이관을 명령할 수 있는 권한이 있다고 보기는 어렵고, 또 합의가 전적으로 정보통신부의 행정지도에 따른 것이라고 보기 어려우므로 공정거래법상 정당행위라고 볼 수 없다고 판결했다.

2. 두 개 이동통신사업자의 부당한 공동행위 사례²⁸⁾

(1) 사실관계

KTF, LGT, HSP(2001년 5월에 KTF에 합병)의 PCS 3사는 정보통신부의 음성통화 요금 인하방침에 대응하여 요금인하폭을 최소화하고자, 2000년 2월 17일 및 2000년 2월 29일에 각각 PCS 3사 요금담당자 회의, 마케팅 임원회의 등을 개최하여 음성통화요금 인하 수준에 대해 논의하였다. 이후 PCS 3사는 2000년 3월 24일에 각 사의 표준요금 및 선택요금 인하안에 대해 합의하고, 각 사의 상품별 요금조정안을 교환하였다. 그리고 2000년 3월 30일에 합의안을 정보통신부와 협의하여 일부 수정한 후, 2000년 3월 31일에 요금인하안을 신고하여 2000년 4월 1일부터 이를 시행하였다.

이러한 음성통화요금 인하 배경에는 1999년 국정감사 시 ‘이동전화 과다요금’ 지적이 나온 이후 시민단체, 국회, 소비자단체 등에서 이동전화요금 인하 요구가 거세지자, 1999년 말 정보통신부는 이동전화 사업자들에게 음성통화요금 인하를 요청한 사례가 있다. 2000년 1월 정보통신부는 먼저 인가사업자인 SKT의 음성통화요금 인하를 추진함으로써, 신고사업자인 PCS 3사의 요금인하를 유도하였다.

(2) 의결내용

공정거래위원회는 의결에서 합의의 대상인 음성통화요금은 이동통신사업자가 이동통신 서비스를 제공하고 고객으로부터 반대급부로 받는 경제상 이익이므로 공정거래법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당한다고 보았다. 따라서 PCS 3사가 2000년 3월 24일에 이동통신요금 인하안을 합의하고 2000년 4월 1일 이를 시행한 행위는 법 제19조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 사업자들이 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행

28) 공정거래위원회, 의결 제2006-253호, 2006. 11. 2.

위를 한 것에 해당한다고 판단하였다.

합의의 존재 여부와 관련해서는 2000년 초 정통부가 이동전화요금 인하를 추진하자 PCS 3사들은 이에 대응하여 인하폭을 최소화하기 위해 2000년 2월 17일 및 2000년 2월 29일에 회의를 개최하여 대응방안 등을 논의하였고, 2000년 3월 24일에는 각 사 요금인하안을 상호합의하고 서로 교환하였으며, 2000년 4월 1일에 이를 시행한 사실을 인정하였다. 따라서 이는 법 제19조 제1항에서 규정하고 있는 사업자들이 공동으로 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 할 것을 합의한 것에 해당된다고 보았다.

정보통신부의 행정지도와 관련해서 PCS 3사는 직접적인 증거는 없지만 정보통신부는 명시적으로 PCS 3사에게 별도 협의를 통하여 조율된 인하안을 제출할 것을 요구한 사실이 있으며, 정보통신부는 PCS 3사와의 여러 차례 합동회의를 통해 요금인하율을 공동협의하였고, 두 차례(2000. 3. 21 및 2000. 3. 27)의 요금인하 권고안까지 제시한 점으로 볼 때, PCS 3사의 별도 협의는 정보통신부의 행정지도와 관련된 협의 과정의 당연한 결과로서 적법한 행위라고 주장하였다. 또한 PCS 3사의 합의는 PCS 3사들이 정보통신부의 가격결정권행사라는 정책에 공동의 의견을 제출하였으므로 노어면제이론(Noerr Immunity)²⁹⁾이 적용되어야 한다고 주장했다. 이에 대해 공정거래위원회는 11개 손해보험사 공동행위 건에 대한 대법원 판례의 취지에 비추어 볼 때, 행정지도를 전후하여 별도의 협의를 한 이상, 공동대응이라 하더라도 부당한 공동행위에 해당된다고 봄이 타당하다고 보았다. 그리고 정보통신부가 단체적 협상 방식으로 협의를 진행하였더라도 이로 인해 사업자 간의 별도 합의가 정당화되거나 담합의

29) 의회, 행정기관, 법원 등의 국가기관에 영향을 미쳐서 자신에게 유리한 정책을 유도하기 위한 청원행위는 설령 그 의도가 경쟁제한적이고 그 결과로서 경쟁제한적인 내용의 정책이 초래되더라도 독점금지법의 적용이 배제된다는 미국 판례법상의 법리이다. 이는 연방대법원의 Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc. 사건 판결(1961, 365 U.S. 127)에서 비롯된 것으로, 당시 철도회사들이 트럭 운송회사들과의 경쟁에서 우위를 차지하기 위하여 사업자 조합을 통하여 트럭운송회사에게 불리한 법제정을 위하여 기만적이고 비윤리적인 방법을 통하여 광범위한 로비활동을 행한 것이 문제되었는데, 연방대법원은 단지 법제정이나 법집행에 영향을 미치려는 행위는 그 동기가 경쟁제한적이라 할지라도 독점금지법의 적용이 면제된다고 판시하였다.

불법성이 조각된다고 볼 법적 근거는 없다고 의결했다. 노어면제이론과 관련해서는 동 이론이 경쟁제한적 결과를 가져오는 정부정책의 결정을 공동으로 촉구하는 경우에 적용되는 이론이라고 전제하고, 당 사건은 PCS 3사가 정부에 공동의 의견을 제출하는 것이 아니라 각자 정통부에 제출할 요금인하안을 합의로 정한 것이기 때문에 사안의 본질이 전혀 다르다고 보았다. 결국, 공정거래위원회는 PCS 3사가 음성통화요금 인하안에 대해 합의한 것은 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 ‘사업자들이 공동으로 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 할 것을 합의’한 것에 해당한다고 의결했다.

3. 시외전화요금 및 PC방 인터넷전용회선 이용요금 등 담합 사례³⁰⁾

시외전화요금 담합 사례에는 2004년 6월 24일에 시외전화 4개 사업자는(케이티, 하나로텔레콤, 데이콤, 온세통신 등) 시외전화요금 수준, 사업자별 사전선택제 가입자 수 분할 및 협력방안, 번들상품(결합상품)출시 금지 등에 합의하고, 이를 실행한 사건이 있다. 이와 관련해서 대법원³¹⁾은 판결에서 4개 시외전화사업자의 시외전화요금 등과 관련한 합의가 정당한 행정지도에 따른 행위에 해당되지 않는다고 판단하였다. 법원은 그 근거로 4개 시외전화사업자가 행정지도의 근거로 들고 있는 전기통신사업법 제34조 제2항³²⁾은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되기는 하지만, 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이 아니라는 점을 들었다. 그리고 정보통신부의 ‘맞춤형 정액요금제’

30) 서울고등법원 판례 및 공정거래위원회 의결서 미공개로 파악된 내용만 약술

31) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결, 원심은 서울고등법원 2007. 8. 22. 선고 2006누1960 판결

32) 제34조의2(상호접속의 대가)

②기간통신사업자는 상호접속의 방법·접속통화의 품질 또는 상호접속에 필요한 정보의 제공 등에 있어 자신의 책임 없는 사유로 불이익을 받은 경우에는 제34조 제2항의 규정에 의한 기준이 정하는 바에 의하여 접속대가를 감하여 상호정산할 수 있다.

출시와 관련한 행정지도는 후발사업자들의 상품 출시가 가능하도록 원고가 접속료 감면 등으로 그 부담을 해소해 주라는 것일 뿐, 동일한 상품을 출시하라는 행정지도는 아니라는 점을 명확히 하였다.

한편, PC방 인터넷전용회선 이용요금 담합 사례는 3개의 PC방 인터넷전용회선사업자들이 이용요금 관련 PC 대수별 요금제를 폐지하고, 속도별 요금제만 적용하기로 하면서 속도별 요금제의 구체적인 요금 수준을 공동으로 결정하여 실행한 사건이다. 이와 관련하여 서울고등법원³³⁾은 상기의 행위에 있어 경쟁제한성이 인정된다고 판단하였다. 그 근거로는 PC방 인터넷전용회선 시장에서 시장점유율 합계가 86%에 달하는 경쟁사업자들 사이의 가격결정 등에 관한 합의인 점, 가격결정은 사업자들이 독자적으로 결정할 사항이며, 이와 같이 가격경쟁을 제한하는 합의를 통하여 다른 불법행위나 피해를 시정한다는 것이 정당화될 수 없다는 점, 통신위원회의 시정조치 취지는 사업자들의 개별적인 약관위반행위에 대한 시정이지 사업자 간의 합의에 의한 요금제 변경 및 요금 수준 결정 요구가 아니라는 점, 그리고 시장지배적 사업자의 주도 또는 주무관청과의 협의에 따른 불가피한 것이라는 관련 사업자들의 주장은 이를 인정할 근거가 없고, 이러한 점만으로는 사업자들의 행위가 정당화될 수도 없다는 점 등을 들었다.

Ⅵ. 결 론

지금까지 행정지도와 이를 파생한 법치국가의 원리, 그리고 구체적인 행정지도와 부당한 공동행위의 관계 등에 대한 관련 법과 구체적인 소송 및 의결 사례 등을 살펴 보았다. 사실 이러한 관련 내용들의 파악은 행정당국의 행정지도에 대한 법적 근거와 그 실효성의 제고를 위해 필요한 것이라고 판단된다. 앞 장의 통신사업 관련 소송 및 의결 사례들에서 보았듯이 행정지도가 개입된 사업자의 부당한 공동행위의 문제는 행정지도의 본질에 비추어 일반적인 적용 제외 사유로 인정하기는 곤란한 것으로 여겨

33) 서울고등법원 2007. 1. 31. 선고 2005누18305 판결

진다.

행정지도는 본질적으로 행정 객체의 자발적인 협조에 의하여 이루어지는 비권력적 행정작용이므로, 행정지도에 근거하여 사업자나 사업자 단체가 공동으로 한 행위에 대해서는 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다. 그러므로 행정지도의 명목으로 이루어 지면서도 사실상의 강제력을 수반하는 경우라면 이는 더 이상 행정지도로 볼 수 없으며, 오히려 행정청의 행정행위로 전환된다고 봐야 할 것이다. 따라서 이 경우에는 공정거래법의 적용 제외에 해당하는 것으로 해석될 수 있을 것으로 보이며, 기타의 경우에는 공정거래위원회의 예규에서 제시되었듯이 과징금 기타 책임감경 사유로 고려할 수 있을 것이다. 이러한 입장은 위 사례 중 첫 번째와 세 번째 사례에서 최근 사업자들이 공정거래위원회를 대상으로 낸 상고소송에서 대법원이 상고 기각한 결과에서도 확인할 수 있다.³⁴⁾ 그러나 현실적으로 애매한 사례들이 많고, 향후 이에 관한 개선 방향의 도출이 필요한 상황으로 판단되므로 최근에 제기되어 논의 중인 묵시적 적용 제외(Implied Exemption)³⁵⁾ 이론이나 노어면제이론의 도입을 검토하여, 사실상의 강제력을 가진 행정지도에 따른 사업자의 구제방안을 모색할 필요도 있을 것으로 판단된다.

본문에서는 통신사업과 관련한 사례와 그 내용만을 정리하였다. 그러나 타 산업에서도 행정지도와 관련한 유사한 사례로 소위 ‘맥주가격 담합사건’ 및 ‘자동차보험료 담합사건’ 등의 대법원 판례³⁶⁾가 다수 존재하고 있다. 이러한 각 사례들에서도 대법원은 해당 행정기관에게 사업자의 가격에 관한 사전협의나 사전승인 등을 허용한 법령상 명문 규정은 없으나, 행정기관이 사업자의 가격결정 과정에 사실상 직접적이고도 구체적인 관여 또는 통제를 한 사실이 있고, 그 영향으로 사업자들의 가격결정 수준이

34) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두19416 판결(시내전화요금 담합 관련), 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결(시외전화요금 담합 관련)

35) 법령상 명시적인 적용 제외 조항이 없더라도 연방정부의 광범위한 규제권한을 근거로 독점금지법의 적용 제외를 인정하는 이론으로, 그 근거는 의회가 설정한 규제체계의 완결성(integrity) 유지에 있다. 김정현 외(2007. 12.), “융합시대의 행위규제 틀 개선방안 연구”, 정보통신정책연구원, p.328 참조

36) 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946, 2001두1239 판결, 대법원 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결, 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결

동일·유사하게 되었다는 사정 등을 감안할 때 공정거래법 제19조 제5항에 의한 소위 합의추정이 복멸³⁷⁾ 된다는 것을 인정하였을 뿐, 이를 두고 동법 제58조의 법령에 따른 정당한 행위로는 인정하지 않은 점은 통신사업 관련 사례와 거의 동일한 입장을 취하고 있는 것으로 판단할 수 있다.

행정기관의 행정지도에 단순한 합의나 내용의 확정뿐 아니라 행정기관의 직접적이고 구체적인 관여에도 불구하고, 법령에 따른 정당한 행위로 인정할 수 없다면 향후 행정지도는 매우 신중하게 행해져야 할 것으로 판단된다. 현재 행정절차법이 제정·시행되고 있으므로 행정지도가 동법에 정해진 방식과 절차에 의하도록 요구하는 것이 현실적이긴 하지만, 비공식 행정작용의 이점과 효과를 행정지도를 통해 거둘 수 있다는 점을 고려한다면 행정지도의 실행에 많은 고려와 현실적인 어려움이 내포될지라도 이를 포기하기 어려운 측면 또한 존재한다. 행정지도는 국민의 공익성 제고 및 불편 제거와 다양한 정책들에서의 행정의 효율성 달성이라는 목적에 실질적으로 효과적이고 필요한 제도이기 때문일 것이다. 따라서 향후 행정지도의 법적합성 제고를 위한 지속적인 제도적 보완과 이의 효율화를 위한 방안의 검토 및 연구가 필요할 것으로 사료된다.

참고자료

공정거래위원회 (2005), “두 개 시내전화사업자의 부당한 공동행위에 대한 건”, 의결 2005-130.

_____, “(주)데이콤의 피씨방 인터넷전용회선 이용요금 담합 건”, 판례요지.

_____, “케이티(주)의 부당공동행위 건”, 판례요지.

_____, “(주)케이티의 시외전화요금등 관련 담합 건”, 판례요지.

김남진 (1975), “법치행정의 원리에 관한 연구”, 단국대학교논문집.

37) 기본적으로 판례에서는 감독기관의 행정지도에 따른 사업자들의 행위가 부당 공동행위의 외관(행위의 일치)을 구성하는 경우, 공정거래법 제19조 제5항의 합의의 추정이 복멸된다는 입장을 보이고 있다.

- 김남진·김연태 (2009), 『행정법 I』, 법문사.
- 김원주 (1997. 7.), “우리나라 행정절차법상 행정지도의 쟁점”, 《고시계》.
- 김정현 외 (2007), “융합시대의 행위규제 틀 개선방안 연구”, 정보통신정책연구원.
- 류지태·박종수 (2010), 『행정법신론』, 박영사.
- 손승기 (1990), “행정지도에 관한 소고”, 수원대학논문집,
- 신보성 (1990), “행정법의 기본원리”, 《고시연구》.
- 이호영 (2006), 『독점규제법의 이론과 실무』, 홍문사.
- 정극원 (2006), “법치국가원리와 개인정보보호”, 《헌법학연구》.
- 정동근 (1997), “행정지도의 행정학적 접근과 한국행정지도의 합리적 유형탐색에 관한 연구”, 《한국행정학보》.
- 정호열 (2006), 『경제법』, 박영사.
- Eberhard Schmidt-Assmann (2004), “Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee”.
- 관련법령 및 참조 사이트.
- 공정거래위원회 예규 제75호, 2009.
- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률.
- 전기통신사업법.
- <http://glaw.scourt.go.kr>
- <http://slgodung.scourt.go.kr>
- <http://www.ftc.go.kr>
- <http://www.kcc.go.kr>
- <http://www.law.go.kr>