논 단

공정거래법상 시정조치에 대한 검토

조 춘
법무법인 세종 변호사, 법학박사

시정조치는 구체적(具體的)인 사실에 대한 법집행으로서의 행정처분으로서 구체적인 성격을 가져야 하는 것이므로, 단순히 추상적(抽象的)인 법을 선언하는 내용의 시정조치는 시정조치로서의 적격(適格)을 가지고 있다고 할 수 없으며, 근거법규에서 "위반할 우려가 있는 경우"도 시정조치를 할 수 있도록 규정하고 있는 경우가 아닌 한, 공정위에게 예방적 목적의 시정조치를 할 권한은 없다고 할 것이다. 그러나 공정거래법상의 "기타 필요한 조치"란 공정위에게 재량적권이 주어진 것으로서, 구체적으로 어떠한 형태의 조치가 시정조치로서 허용될 것인가 여부는 국민의 기본권, 헌법상의 경제질서 등을 기초로 하여 적법·타당한 재량판단에 의하여 결정되어야 할 것이고, 궁극적으로는 법원과 헌법재판소에 의하여 그 한계가 결정될 성질의 것이다.

I. 시정조치의 의의

독점규제및공정거래에관한법률(이하 '공정거래법'이라 함)의 실효성을 확보하기 위한 수단 내지 제재유형으로서는 통상 행정적 제재, 형사적 제재, 민사적 제재를 든다. 이중 행정적 제재란 공정거래위원회(이하 '공정위'라 함)가 심사 및 심판절차를 통하여 공정거래법을 위반한 자에게 행정적인 제재를 가하는 것으로서, 현행 공정거래법상의 시정조치(위반행위의 중지, 가격인하, 주식처분, 계약조항 삭제, 법위반 사실 공표 등), 과징금

또는 이행강제금의 부과, 표시광고 사건에서의 긴급중지명령 등이 포함된다.

사업자가 시정조치를 준수하지 아니하는 경우에는 형벌이 부과될 뿐 아니라(공정거래법 제66조, 제67조),[1] 이행강제금이 부과되며(동 법 제17조의3 등), 시정조치가 확정된 후에는 공정거래법상 인정되고 있는 피해자에 대한 무과실 손해배상책임의 청구가 가능하게 된다(공정거래법 제56조, 제57조).

시정조치를 추상적으로 정의하자면, 「공정거래법에 위반되는 상태를 법에 합치하는 상태로 회복시키기 위한 직접적인 행정처분」이라고 할 수 있을 것이다.[2] 이와 같이 적법한 상태를 회복시키기 위한 직접적인 조치라는 점에서, 위반행위자에 대하여 경제적 고통이나 형벌을 부과함으로써 간접적으로 적접한 상태의 회복을 유도하는 과징금, 이행강제금, 무과실손해배상책임, 형벌 등과는 상이한 것이다.

그런데 시정조치라는 용어는 공정거래법에서 직접 사용되고 있는 용어로서, 공정거래법은 '법위반 사실의 공표', '기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한' 등을 포함하여 포괄적으로 '기타 시정을 위하여 필요한 조치'를 시정조치로 규정하고 있으므로, 위와 같은 추상적인 정의 개념에 포섭되기 어려운 내용까지도 포함하고 있다. 예를 들어 '법위반 사실의 공표'는 「법위반 사실을 일반 대중에게 알림으로써 위반행위자에게 어떤 불이익한 효과를 기대하고 이를 통하여 장래의 그러한 법위반 사실이 재발되지 않도록 간접적으로 강제하는 것」이 주된 목적이라고 할 것이므로, 간접적인 공정거래법의 실효성 확보수단의 하나라고 할 수는 있으나, 법위반 상태의 직접적인 시정을 위한 조치라고 할 수는 없다.

따라서 현행법의 규정에 따른 시정조치의 개념을 광의 내지 형식적 의미의 시정조치라고 한다면, 협의 내지 실질적 의미의 시정조치는 법위반 사실의 공표명령 등 시정조치의 추상적 정의에 포함되기 어려운 조치를 제외한 「공정거래법을 위반한 위법상태의 직접적 시정을 위한 조치」를 지칭한다고 할 수 있다.[3]

---

1) 이는 친고죄로서 공정위의 고발이 있어야 공소가 제기될 수 있다(공정거래법 제71조).

2) 일본에서는 법상 '배제조치(排除措置)'라는 용어가 사용되고 있고, 이는 "공정취인위원회가 위반상태의 제거를 위하여 심판수속를 거쳐 발하는 행정처분"이라고 정의되고 있다(丹宗曉信, 伊從寬著, 경제법총론,1999, 284면).

3) 이와 같은 시정조치 개념 정의는 특정 행위가 공정위가 행할 수 있는 조치인지 여부 등에 대한 판단기준으로 작용할 수 있는 것으로 생각된다.

2. 시정조치의 종류

이러한 위법상태의 직접적 시정을 위한 조치는 공정거래법에 위반되는 법적 상태라는 것이 매우 다양하기 때문에 이 역시 다양한 형태를 가질 수밖에 없다. 관념적으로 보더라도 법위반 상태의 태양에 따라 단순히 더 이상의 법위반 행위를 중지하면 그것으로 법위반 상태가 해소되는 경우도 있을 수 있으나, 단순히 법위반 행위를 중지하는 것만으로는 법위반 상태가 해소되지 않거나 해소되었다고 평가될 수 없는 경우가 있는 것이다.

예를 들어, 기업결합의 경우 당해 행위의 중지명령은 사전신고의 대상으로서 아직 실현되지 아니한 기업결합계획에 대하여는 이에 의하여 그 실현이 금지됨으로써 시정조치로서의 목적을 달성할 수 있다. 그러나 이미 실현된 기업결합에 대하여는 단순히 당해 행위의 중지명령을 넘어 종래 상태의 회복을 위한 조치가 필요하고, 그러한 조치로서 법에 규정되어 있는 것이 주식의 전부 또는 일부의 처분, 임원의 사임, 영업의 양도를 명하는 것과 같은 시정조치이다(공정거래법 16조).

현행 공정거래법상 거의 모든 경우에 규정되어 있는 '당해 행위의 중지', '법위반 사실의 공표', '기타 시정을 위하여 필요한 조치' 외에 구체적 유형으로서 규정되어 있는 내용들을 살펴보면, 1) 시장지배적사업자의 지위 남용행위와 관련하여 가격의 인하(공정거래법 제5조), 2) 기업결합 규제 · 경제력집중의 억제와 관련하여 주식의 전부 또는 일부의 처분, 임원의 사임, 영업의 양도, 채무보증의 취소, 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한(공정거래법 제16조), 회사의 합병 또는 설립무효의 소(공정거래법 제16조제2항),[4] 3) 불공정거래행위의 규제와 관련하여 계약조항 삭제(공정거래법 제24조), 4) 국제계약체결에 대한 규제와 관련하여 계약의 취소, 계약내용의 수정 · 변경(공정거래법 제34조) 등이 있다.

3. 시정조치의 법적 성격

시정조치의 법적 성격은 행정법 이론상 행정행위 내지 행정처분이라고 할 수 있으며, 통상적으로는 명령적 행정행위의 하나인 하명(下命)에 해당한다. 하명은 행정관청이 행

4) 이는 엄밀한 의미에서 행정처분으로서의 시정조치라고 할 수는 없는 것이고, 공정위에게 소를 제기할 수 있는 당사자로서의 적격을 부여한 것이다(상법 제328조, 제529조 참조).

정의 상대방에게 작위(作爲), 부작위(不作爲), 급부(給付) 또는 수인(受忍) 등을 명하는 행위이다. 그러나 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 시정할 수 있는 보완조치로서 일정한 조건을 붙여 승인하는 의결을 하는 경우는 행정법상 하명으로서의 성격을 가진 것이 아니라, 조건부 승인 또는 승인의 부관으로서의 성격을 가지게 된다. 그리고 시정조치는 구체적(具體的)인 사실에 대한 법집행으로서의 행정처분으로서 구체적인 성격을 가져야 하는 것이므로,[5] 단순히 추상적(抽象的)인 법을 선언하는 내용만을 담은 시정조치는 시정조치로서의 적격(適格)을 가지고 있다고 보기 어렵다고 생각된다.

이와 관련하여 공정위의 시정조치는 당연히 구체적인 특정 행위가 공정거래법에 위반되는 것이라는 판단을 전제로 하여 이루어지는 것인바, 공정위가 시정조치의 일환으로서 그 특정행위가 공정거래법에 위반되는 것으로 판단한다는 사실을 의결 주문에서 선언할 수 있는가, 있다면 그것은 시정조치에 해당되는 것인가 하는 의문이 있을 수 있다고 생각된다. 이러한 판단을 선언하는 것은 합의제 준사법기관이라는 공정위의 법적 성격에 비추어 볼 때, 당연히 허용되는 것임은 물론 오히려 공정위의 의결 주문에 포함됨이 타당한 것이라 생각된다. 그리고 이러한 판단은 시정조치로서의 성격을 가지는 것이 아니라, 공정위의 기본적인 권한인 판단기능의 일부로서 재결과 마찬가지로 행정법상 확인적 행정행위의 성격을 가진다고 할 것이다.[6]

그런데 문제는 현재 실무상 공정위는 일반적으로 의결 주문의 제1항에서 단지 "…… 행위를 하여서는 아니된다"라는 장래를 향한 추상적인 명령적 주문만을 사용하고 있고, 통상 그 금지를 명하는 행위라는 것도 극히 추상적인 내용으로 표시되는 경우가 많아서, 공정거래법의 관련 법규를 기재하는 것에 불과하다고 하여도 과언이 아닌 경우가 매우 많다는 점이다. 공정위의 기본적 기능은 이미 발생한 또는 계속되고 있는 특정 행위가 공정거래법에 위반되는 것인지 여부를 판단하는 것이므로, 공정위는 그 의결 주문에서 구체적인 특정 행위가 공정거래법에 위반된다는 사실을 선언하고 이어서 그에 대한 중지 등의 시정조치 주문을 기재함이 타당한 것이 아닌가 한다.

5) 행정소송법 제2조제1호, 행정심판법 제2조제1호, 행정절차법 제2조제2호 참조.

6) 이러한 확인적 행위에 대해서는 어떤 불응행위가 개념적으로 있다고 할 수 없으므로, 현행법상의 시정조치로서의 성격은 갖는다고 할 수 없을 것이나, 행정행위 내지 행정처분으로서 당연히 행정쟁송의 대상이 된다.

4. 시정조치의 한계

가. 현재의 위법상태의 제거

시정조치는 원칙적으로 법의 위반행위가 발생하였다는 과거의 사실 자체를 대상으로 하는 것이 아니라, 그러한 「법위반의 사실로 인한 현재의 위법상태 내지 결과가 현재에도 계속되고 있다는 사실」이 그 발동요건이라고 할 수 있다. 따라서 법위반 사실이 과거에 있었다고 하더라도, 그 위반상태 내지 결과가 현존하지 않는다면 법위반 사실 공표명령과 같은 광의의 시정조치는 가능하다고 하더라도, 원칙적으로 협의의 시정조치는 그 발동의 요건을 갖추지 못한 것이 된다.

이와 관련하여 대법원은 "독점규제및공정거래에관한법률에 의한 시정명령이 지나치게 구체적인 경우 매일매일 다소간의 변형을 거치면서 행해지는 수많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성 · 추상성을 띨 수밖에 없다 할 것이고, 한편 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있는 것으로 해석함이 상당하다 할 것이다"라는 고등법원의 판단을 정당하다고 판시한 바 있으나,[7] 위에서 살펴본 바와 같은 시정조치의 구체적 행정처분성과 무엇보다도 시정명령에 대한 불응 내지 위반은 형벌의 대상이 되고 있으므로 죄형법정주의 원칙이 당연히 적용되어야 한다는 점에 비추어 볼 때 위 판결의 타당성에는 의문이 있다.

시정조치는 과거 위법행위와 그로 인한 현재의 위법상태를 배제하기 위한 구체적인 조치인 것이지 포괄성 · 추상성을 가지는 조치라고 할 수 없으며, 추상적인 개념에 의하여 포섭되는 장래에 발생할 위법행위에 대해서는 공정거래법 자체가 위법을 선언하고 그에 대한 행정적, 형사적, 민사적 제재를 가하고 있는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 현재 공정위의 많은 심결례에서의 주문들은 그 타당성에 의문이 있으며,[8] 장래의 추상적인 위법행위의 금지를 명하는 주문들은 당해 사건에서 문제가 된 구체적인 위법한 행위를 중지하여야 한다는 취지의 형태로 변경됨이 타당한 것으로 생각된다. 부연하자면, 기존의 위법행위의 결과로서의 위법상태의 계속이 아닌 새로운 위법행위는, 새로운 위법행위 자체로서 공정거래법에 저촉되는 것이지 시정명령에 의하여 위법한 것으로 평가되는 것이 아니

7) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 판결(의약분업 관련 대한의사협의에 대한 시정명령 취소청구 사건).
8) 홍대식, 경제법의 제문제, 재판자료 제87집, 제343면, 주19도 同旨.

다. 이와 달리 장래 위반행위의 재발을 금지하는 추상적인 주문을 일반적으로 유효한 것으로 본다면, 장래에 동일한 형태의 위반행위가 발생하는 경우 이는 형사처벌규정인 공정거래법 제66조 위반과 제67조 위반이 동시에 성립된다는 불합리한 결과가 될 것이고, 이론적으로는 경합범으로 가중처벌하여야 한다는 부당한 결과가 된다.

공정거래법 제67조제6호는 시정조치에 응하지 아니한 자를 형사처벌의 대상으로 규정하고 있는바, 시정조치의 내용이 추상적인 내용에 불과하다면 이는 공정거래법을 준수하여야 할 법적 의무를 확인한 것에 불과하므로, 공정거래법 위반으로 처벌할 수 있을 뿐이지, 시정조치 위반으로 처벌하는 것은 법적으로 불가능하다고 해석되어야 할 것이다. 예를 들어, 경쟁저널 제106호(2004. 6.) 제15~16면에서 예로 들고 있는 "피심인은 부당하게 조제분유제품의 출고량을 조절하는 행위를 하여서는 아니 된다",[9] "피심인들은 공동으로 시멘트 판매가격을 결정 · 유지 또는 변경하는 등의 부당한 공동행위를 함으로써 시멘트 판매시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니 된다",[10] "피심인은 부당하게 계속적 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하는 행위를 하여서는 아니 된다"[11]라는 등과 같은 법위반 행위 중지명령들은 단순히 추상적인 공정거래법의 내용을 선언한 것에 불과하여 시정조치의 주문으로서의 타당성을 가진 것으로 볼 수 없다고 할 것이다.[12]

공정거래법의 규정을 살펴보면, 공정거래법 제66조는 일정한 공정거래법 위반행위에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 아울러 위 징역형과 벌금형을 병과할 수 있도록 규정하고 있는 반면, 제67조는 다시 일정한 공정거래법 위반행위에 대하여 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으나 이를 병과할 수 있는 규정은 두고 있지 않은바, 이러한 법규정은 제66조 위반행위

9) 공정의 의결 제98-112호(1998. 6. 9.): 남양유업의 시장지배적지위의 남용행위 관련.
10) 공정위 의결 제98-284호(1998. 12. 31.): 시멘트제조 7개사의 부당한 공동행위 관련.
11) 공정위 의결 제97-133호(1997. 8. 27): 한국코카콜라의 거래거절행위 관련.
12) "피심인은 앞으로 0000컨트리클럽의 주말 및 공휴일 시설이용과 관련하여 정당한 절차에 의하여 구성된 회원대표기구와의 사전협의 없이 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 비회원에게 회원에 우선하여 예약을 배정함으로써 회원에게 불이익을 주는 행위를 다시 하여서는 아니된다"(공정위 의결 제2004-097호 등 골프장들과 관련한 다수 의결의 주문), "피심인은 부당하게 계속적인 거래관계에 있던 특정사업자가 운영하는 인터넷쇼핑몰에 화장품의 공급을 일방적으로 중단하거나 거래수량을 현저히 제한하는 행위를 하여서는 아니 된다"(공정위 의결 제2004-105호), "피심인은 서로 다른 석유정제업자의 석유제품을 교체 또는 혼합하여 판매하면서 자신의 영업장소에 특정 석유정제업자의 상표를 표시 · 광고함으로써 자신이 판매하는 석유제품의 공급자에 관하여 소비자를 오인시킬 우려가 있는 부당한 표시 · 광고행위를 다시 하여서는 아니 된다"(공정위 의결 제2004-111호) 등 근자의 심결례들도 대동소이하다.

가 제67조 위반행위에 비하여 가벌성이 더 높다는 전제하에서 규정된 것이다.[13] 그런데 제67조제6호의 내용은 「공정거래법 제66조에 규정된 위반행위에 대한 공정위의 시정조치 또는 금지명령에 응하지 않은 경우」와 「공정거래법 제67조제1호 내지 제5호에 규정된 위반행위에 대한 공정위의 시정조치 또는 금지명령에 응하지 아니한 경우」이므로, 결국 공정거래법 제67조제6호는 공정거래법 위반행위에 대하여 위반행위 자체를 벌하는 외에 그러한 위반행위에 대하여 발하여진 공정위의 시정조치 또는 금지명령에 응하지 않은 경우를 다시 별개의 범죄로 벌하고 있는 것이다. 따라서 이는 구체적인 작위, 부작위, 급부, 수인 등의 의무를 명하는 시정조치를 전제로 하는 것이며, 시정조치가 단순히 추상적인 공정거래법에 규정된 법적 의무의 선언만을 내용으로 하고 있다면, 이는 공정거래법 자체에 위반되는 경우라고 해석될 수 있을 뿐이지, 시정조치 또는 금지명령을 위반하였다고 해석될 수 없는 것이다.

한 가지 추가로 지적할 점은, 공정거래법에 위반되는 행위인지 여부에 대해서는 그 판단이 객관적으로 명백한 경우도 있으나, 경우에 따라서는 판단이 상당히 어려운 경우들이 있으므로 이러한 판단이 어려운 경우들에 대해서 즉각적인 고발조치 및 이에 따른 형사처벌은 죄형법정주의 원칙상 적정하지 못한 것이고, 이러한 경우에는 공정위의 구체적인 시정조치에 불응하는 경우에 한하여 고발 및 이에 따른 처벌이 이루어짐이 바람직하다는 점에서 현행 제67조의 존재의의가 있을 것으로 생각된다.

나. 예방적 목적의 시정조치의 가부

장래의 법위반을 사전에 방지하지 위한 예방적 목적으로 시정조치가 발동될 수 있는가에 대하여 논란이 있는바, 공정거래법에 위반되는 구체적이고 특정된 행위가 가까운 장래에 발생할 개연성이 높은 상태에서는 시정조치가 발동될 수 있다고 해석하는 견해가 있을 수 있으나,[14] 이를 일률적으로 현행 공정거래법상의 시정조치로서 가능하다고 할 수는 없

13) 제66조의 경우를 살펴보면, 제1호는 시장지배적지위의 남용금지에 위반된 경우이고, 제2호 내지 제8호는 기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제에 위반된 경우이며, 제9호는 부당한 공동행위의 제한에 위반된 경우이며, 제10호는 사업자단체의 금지행위로서 공정거래법 제26조제1항에 규정된 내용 중 제1호에 위반된 경우이다. 제67조의 경우를 살펴보면(제1호는 1996. 12. 30. 법개정으로 삭제되었다), 제2호는 불공정거래행위의 금지에 위반된 경우이며, 제3호는 사업자단체의 금지행위로서 공정거래법 제26조제1항에 규정된 내용 중 제1호를 제외한 제2호 내지 제5호에 위반된 경우이고, 제4호는 재판매가격유지행위의 제한에 위반된 경우이며, 제5호는 부당한 국제계약의 체결제한에 위반된 경우이며, 제6호는 공정거래법 제66조에 규정된 위반행위에 대한 공정위의 시정조치 또는 금지명령에 응하지 않은 경우와 공정거래법 제67조제1호 내지 제5호에 규정된 위반행위에 대한 공정위의 시정조치 또는 금지명령에 응하지 아니한 경우이며, 제7호는 상호출자제한기업집단 등에 속하는 회사가 공인회계사의 회계감사를 받지 않은 경우이다.

는 것으로 판단된다. 왜냐하면, 첫째, 법을 해석함에 있어서는 원칙적으로 법문의 문언적인 의미를 존중하여야 할 것인바, '시정'이라는 용어는 '잘못된 것을 바로잡음'을 의미하는 것이므로 과거지향적인 개념이라고 할 수 있고,[15] 둘째, 공정거래법상 시정조치에 관한 규정들은 "행위가 있을 때에는" 또는 "행위가 있는 때에는"이라는 형태로 규정하고 있는 경우[16]와 "위반하거나 위반할 우려가 있는 때에는"이라고 형태로 규정하고 있는 경우[17]가 나뉘어 있으므로 양 규정을 동일하게 평가할 수는 없는 것으로 판단되기 때문이다.

따라서 각 시정조치의 근거조문에서 위반할 우려가 있는 경우도 시정조치를 할 수 있도록 규정하고 있는 경우가 아닌 한, 공정위가 장래의 법위반을 경계하여 법을 위반하지 않도록 시정명령과 유사한 행위를 행한다면, 이는 현행 공정거래법상의 시정조치라고 할 수는 없는 것이고, 이와는 성격이 다른 행정처분으로서의 '하명' 또는 '경고'라고 보아야 할 것이다. 그렇다면, 공정위가 그러한 하명 내지 경고를 발할 수 있는가 하는 법적 근거의 문제와 이에 위반한 경우의 효과의 문제가 발생하게 되는 바, 법률유보의 원칙 및 위와 같은 공정거래법의 규정형식에 비추어 볼 때, 이에 대해 행정법상 명령적 행정행위인 '하명'으로서의 효력을 인정할 수는 없다고 할 것이고, 다만 공정위의 권한에서 허용되는 행정법 이론상의 '경고' 내지 '행정지도'로서의 성격을 가지는 것으로 해석되어야 할 것이다.

다. 법령상 명시적 근거가 없는 적극적인 작위의무의 가능 여부

(1) 시정조치로써 단순한 부작위의무 이외에 적극적인 작위의무까지 부과할 수 있는가에 대하여 논란이 있다. 이는 공정거래법의 실효성 확보와 관련하여 중요한 의미를 가진다고 할 수 있으며, 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위를 한 사업자에 대한 가격의 원상회복명령의 가능 여부, 공정거래법 제23조제1항제1호의 부당한 거래거절행위를 한 사업자에 대한 공급재개명령의 가능 여부, 그리고 현행 공정거래법상

14) 이러한 시정조치는 현재의 상황에서 그와 같은 가까운 장래의 구체적인 위법행위를 예상할 수 있는 사정이 존재하는 것을 요건으로 한다고 할 것이므로, 현재의 구체적 상태와 무관하게 장래의 법위반만을 예상한 처분이라고 할 수는 없다는 점에서, 구체적인 사실에 대한 법집행으로서의 처분성의 요건은 갖추고 있다고 할 수 있을 것이다. 반면에 이러한 구체적인 상황을 전제로 하지 않은 예방적 의미에서의 시정조치는 추상적인 법을 선언하는 것으로서 공정거래법의 존재와 동일하여 시정조치로서의 적격이 결여되어 있다고 할 것이다. 시정조치와 법의 차이는 구체성와 추상성의 차이이며, 이는 행정처분과 법의 차이이다. 따라서 시정조치는 구체적인 사안에 대한 구체적인 명령이어야 한다는 것이 그 본질적 속성이라고 할 수 있다.

15) 앞에서 지적한 바와 같이 일본의 경우 "배제조치"라는 용어가 사용되고 있는바, 이러한 배제라는 개념은 과거지향적인 것이라고 보기 어려우므로 예방적 목적의 조치가 가능한 것으로 해석될 여지도 있는 것으로 생각된다.

16) 공정거래법 제5조, 제21조, 제24조, 제27조, 제31조 참조.

17) 공정거래법 제16조, 제34조 참조.

명문의 규정이 없는 기업분할명령 등의 가능 여부 등과 관련된다.

(2) 이와 관련하여서는 공정거래법에서 명문의 규정을 두고 있는 경우들이 있으므로(가격인하명령, 주식처분명령 등) 반대로 명문의 규정이 없는 경우에는 가능하지 않는 것으로 해석하여야 할 것이라는 점, 공정거래법의 목적은 경쟁의 촉진이지 경쟁자 또는 피해자의 보호는 아니며 원상회복은 별도의 민사소송을 통하여도 목적을 달성할 수 있다는 점, 공권력이 사법적인 법률관계에 지나치게 개입하는 것은 바람직하지 않다는 점, 법규정상 '행위중지'와 기타 '필요한 조치'를 명할 수 있도록 되어 있으므로 여기서의 '필요한 조치'라는 것은 '행위중지'의 정도를 넘는 조치는 불가능하며, 이를 위해서는 입법적 조치가 요구된다는 점 등을 근거로 부정적인 견해가 있을 수 있다. 이러한 견해는 가격이나 거래상대방의 결정 등은 사업자의 경제적 자유의 중요한 부분이라는 관점에서 법률상 근거 없이 이를 제한하는 것이 허용될 수 없다는 관점(예를 들어 가격인상요인이 발생하였음에도 담합에 의한 가격인상이라는 이유만으로 가격인상을 제한하는 것이 경제적 자유에 대한 중대한 침해라는 점)을 강조하는 것이다.

그러나 공정거래법상의 "기타 필요한 조치"를 해석함에 있어 "행위 중지"의 정도를 넘는 조치는 불가능하다는 해석론의 타당성에는 의문이 있다고 생각된다. 기타 필요한 조치라는 것은 「위법사실의 시정을 위하여 필요한 합리적인 조치」를 할 수 있다는 것이고, 이러한 재량적 조치권한이 공정거래위원회에 주어진 것으로 보아야 할 것이며, 구체적으로 어떠한 형태의 조치가 시정조치로서 허용될 것인가 여부는 국민의 기본권, 헌법상의 경제질서 등을 기초로 하여 적법 · 타당한 재량판단에 의하여 결정되어야 할 것이고, 궁극적으로는 법원과 헌법재판소에 의하여 결정될 성질의 것이라 할 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 공정위는 사업자에게 합의에 의한 가격인상을 철회하고 새로이 독립적인 사업적 판단에 따른 가격을 책정하도록 하는 내용의 '가격재결정명령(價格再決定命令)'을 내릴 수 있다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 이러한 형태의 시정조치는 가격인상요인이 존재함에도 가격인하를 강제함으로써 사업자의 경제적 자유를 부당하게 침해하는 것이 아니라, 「위법한 행위에 의한 가격을 철회하고 사업자로서 가격인상요인을 감안하여 독립적으로 가격을 재결정하라는 명령」을 하는 것으로서, 적법상태의 회복을 목적으로 하는 시정조치의 일환으로 허용된다고 할 것이다. 한편 경쟁회복의 실효성확보 차원에서 기타 필요한 조치의 하나로서 담합에 의한 가격인상 이전의 가격으로 원상회복을 명하는 원상회복명령 내

지 가격인하명령이 가능하다는 견해도 있는바,[18] 이러한 견해도 적법상태의 회복을 위한 조치라는 점에서 가능한 것으로 해석됨이 타당하다고 생각되나, 다만 이러한 명령의 경우에는 사업자가 가격을 인하하였다가 다시 담합에 의한 가격이 아닌 다른 가격으로 인상결정을 하더라도 이는 시정조치에 대한 위반으로 평가되어서는 안될 것이다.[19] 담합에 의하지 않은 가격인상은, 달리 특별히 법규에 의하여 규제대상이 되지 않는 한, 사업자의 경제적 자유의 영역이라고 할 것이기 때문이다. 그리고 공급재개명령의 경우에도 이는 위법한 것으로 판단된 사유에 근거한 공급거절을 금지시키는 것이지, 달리 정당한 사유에 근거한 공급거절조차도 금지되는 것은 아니라고 해석되어야 할 것이므로, 그러한 범위내에서는 허용되는 시정명령이라고 해석함이 타당할 것이다.

(3) 현행 공정거래법상 기업결합의 제한 등과 관련하여 공정위가 회사의 합병 또는 설립무효의 소를 제기할 수 있도록 하고 있으나, 이와 별도로 공정위가 시정조치의 일환으로서 기업분할을 명할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 법 자체에서 위와 같이 소를 제기할 수 있도록 명문의 규정을 둔 것은 그와 같은 명령이 가능하지 않다는 전제에 선 것이고, 또한 기업분할을 명하는 것은 중대한 경제적 자유에 대한 침해행위로서 구체적인 법률의 근거가 있어야 한다는 부정적인 견해가 있을 수 있다. 그러나 공정위가 기업분할을 명하더라도 사업자는 이에 대한 쟁송을 할 수 있는 것이고, 또한 이러한 방법의 쟁송이 사업자에게 반드시 불리하다고 하기는 어려운 것으로 생각되므로, 가능한 것으로 해석하여도 큰 무리는 없는 것으로 생각된다.[20]

5. 시정권고의 법적 성격

이에 관하여는, 시정권고도 법위반 상태의 시정을 위한 것이고, 상대방이 이를 수락하였

18) 손수일, 공동행위(카르텔)의 규제와 추정조항의 문제점, 재판자료 87집, 경제법의 제문제, 제433면; 일본의 경우에도 과거 반대의 견해도 있었으나, 가격원상회복명령이 가능한 것으로 해석되고 있는 것으로 보여진다(丹宗曉信, 伊從寬著, 經濟法總論, 1999, 286면).

19) 가격원상회복명령의 경우에는 어느 정도의 기간 동안 원상회복된 가격을 유지하여야 할 것인지 논란이 있을 수 있는 반면, 가격재결정명령의 경우는 이러한 문제점이 없을 것으로 생각된다.

20) 일본의 경우, 배제조치의 일환으로서 주식의 처분, 단체의 해산 등과 같은 구조규제조치(構造規制措置)가 가능한가 여부에 대하여 논의되고 있는바, 기업분할을 포함한 구조규제조치가 가능한 것으로 해석되고 있다(丹宗曉信, 伊從寬著, 경제법총론,1999, 285-6면),

을 때에는 시정조치가 명하여진 것으로 보게 되므로(법 제51조)[21] 시정권고와 시정조치는 구속력의 강도에 있어서 별반 차이가 없어 광의의 시정조치의 관념 속에 포섭시킬 수 있다거나, 법에 근거하여서만 그 행사가 가능한 행정처분으로서의 시정조치와 행정지도로서의 시정권고를 같이 볼 수는 없으며 시정권고를 수락하는 것은 공법상의 계약의 성격을 가지고 계약위반 책임을 부담하는 것이라는 견해 등이 있다.

그러나 현행 공정거래법상의 시정권고는 위법행위에 대한 시정조치에 앞서 시정명령의 전단계로서 공정위가 법위반 행위에 대한 시정방안을 제시하여 이에 따를 것을 사업자에게 일방적으로 권고하는 것이고 그 수락 여부에 따라 공정위가 다시 시정조치의 발령 여부를 결정하게 되는 것이므로, 이를 시정조치와 분리하여 단순히 행정지도의 성격을 가진다고 평가하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 공정거래법상의 시정권고는 시정조치와 관련된 사업자의 반발 등을 감소시켜 공정위 기능의 원활한 수행을 위한 시정조치권의 행사절차의 일 형태로 해석하는 것이 적절한 것으로 생각된다.[22] 그리고 국민의 권리구제의 관점에서 볼 때, 시정권고에 대해서는 당연히 행정쟁송이 가능한 것으로 해석되어야 할 것이다.

공정위는 시정권고 권한을 남용하여 사업자 등으로 하여금 공정위의 적법한 권한을 넘어서는 부당한 내용의 시정권고를 수용하도록 강요하는 사례가 없어야 할 것이다. 그리고 현행법상 시정권고의 경우 통지받은 날로부터 10일 이내에 사업자 또는 사업자단체가 이를 수락하는지 여부를 공정위에 통지하도록 되어 있으나, 이는 사업자 등이 권고의 수락 여부를 결정하기에는 너무나 짧은 기간이라고 할 것이므로 최소한 1개월 이상의 적정한 기간을 허여하는 것으로 변경됨이 바람직하다고 생각된다.

21) 제51조 (위반행위의 시정권고) ① 공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반하는 행위가 있는 경우에 당해사업자 또는 사업자단체에 대하여 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 자는 시정권고를 받은 날부터 10일 이내에 당해 권고를 수락하는지의 여부에 관하여 공정거래위원회에 통지하여야 한다. ③ 제1항의 규정에 의하여 시정권고를 받은 자가 당해 권고를 수락한 때에는 이 법의 규정에 의한 시정조치가 명하여진 것으로 본다.

22) 미국의 경우 법무부 독점금지국(The Justice Departme's Antitrust Division)과 공정거래위원회(FTC)는 공정거래 사건을 해결함에 있어 "합의에 기한 명령(consent decrees and orders)"에 크게 의존하고 있는 바, 이는 일정한 절차를 거쳐 확정되는 당사자 쌍방이 동의하는 계약의 형태로서, 조사대상자의 수용에 의하여 사건이 해결된다는 점에서는 우리의 시정권고와 유사한 측면이 있다고 할 수 있으나, 조사대상인도 언제든지 이를 제안할 수 있다는 점, 일정한 기간 동안 일반의 의견청취절차를 거쳐서 이루어지는 점 등 여러 면에서 우리 공정거래법상의 시정권고와 동일하게 보기는 어려운 것이다.