

# 공정거래법상 시정조치의 문제점



**박 해 식**  
대법원 재판연구관(부장판사)

일반적으로 행정법 위반행위에 대하여는 고의나 과실을 요하지 않는다고 하지만, 공정거래법 위반행위에 대하여는 그 자체가 곧바로 형벌의 구성요건을 이루고 있다는 점에 비추어 특히 법위반 사실에 대한 고의요건을 배제하기는 어렵지 않을까 생각된다. 부당지원행위에 한정하여 본다면, 하나하나의 행위만으로는 부당성이 인정되기 어렵다 하더라도 수개의 행위를 포괄하여 부당성을 인정할 여지가 있다면 수개의 행위를 포괄하여 하나의 법위반 행위를 구성한다고 이론구성을 할 수 있다고도 생각해 볼 수 있지 않을까 생각된다. 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결이 자금지원행위는 자금을 지원할 의도로 자산이나 용역 등의 거래로 인한 대가인 자금을 변제기 이후에도 회수하지 아니하여 지원객체로 하여금 그 자금을 운용토록 함으로써 그 이자 상당의 수익을 얻게 하는 것과 같은 부작위행위도 포함한다고 해석함이 상당하다고 한 취지는 이러한 관점을 전제로 한 것이 아닌가 생각된다. 이 점에 관한 논의의 활성화가 기대된다.

## 1. 들어가는 말

독점규제및공정거래에관한법률(이하 공정거래법이라 한다)상의 시정조치는 그 위반행위의 내용과 태양에 따라 다양한 형태와 내용을 가지고 있으므로 보편적인 의미에 있어서의 시정조치의 정의를 내리는 것은 불가능에 가깝다<sup>1)</sup>. 이와 같은 시정조치 내용의 다양성

1) 다만 시정조치의 최소한은 공정거래위원회가 사업자의 과거의 법위반 행위에 대한 중지와 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지를 명하는 것을 내용으로 하는 행정처분이라고 할 수 있을 것이다.

은 공정거래위원회에게 있어서는 범위반 행위의 내용과 정도에 따라 사업자의 범위반 행위를 효율적으로 규율할 수 있는 수단이 될 수 있다는 측면이 있는 한편, 수범자인 사업자에게 있어서는 내용과 효력의 불명확으로 인한 피해를 초래할 수 있다는 측면이 있다는 점에서 그 법적 성질과 효력에 대하여 개별적·구체적 고찰이 필요하다고 본다. 특히 시정조치가 과징금 또는 형벌·과태료 등과의 관계에서 자칫 중복되거나 해석의 충돌을 가져올 우려도 없지 않다는 점에서도 이러한 필요성은 더욱 크다. 그러나 최근까지 이에 관한 심도 있는 글이 발표되지 아니하였는데, 이번에 경쟁저널에서 특집을 마련하여 사계의 권위자들로부터 시정조치에 관한 글을 게재한 것은 적절한 편집이라고 생각된다. 이 글에서는 시정조치와 관련한 일반론을 논하는 것이 아니라 특히 실무상 문제가 될 수 있는 몇 가지 쟁점에 대하여 문제를 제기하는 정도에 그치기로 한다.

## 2. 행정처분과 시정조치

### 가. 일반 행정처분과의 이동

시정조치는 공정거래위원회의 행정처분이다. 따라서 시정조치도 일반적인 의미에 있어서의 행정처분으로서의 성격이 배제되지는 않는다고 보인다. 그러나 한편 시정조치는 주로 의결로서 이루어진다는 점에서 일반적인 의미에 있어서의 행정처분과 그 법적 성격과 절차 또는 효력을 달리하는 측면도 있다. 일반 행정처분과 시정조치의 유사성과 차별성에 관한 심도 있는 연구는 시정조치의 특성을 좀더 분명하게 부각시킬 수 있다고 생각된다.

### 나. 시정조치의 불명확성

#### (1) 문제의 제기

시정조치 중 가격의 인하, 주식의 전부 또는 일부의 처분이나 임원의 사임, 영업의 양도, 채무보증의 취소 등의 경우에 있어서는 시정조치의 내용이 비교적 명확하여 처분 상대방에게 처분의 불명확으로 인한 불이익은 생기기 어렵다고 보이지만, '당해 위반행위의 중지명령'은 물론 '부당하게 거래를 거절함으로써 그 경쟁사업자의 사업활동을 방해하는 행위를 하여서는 아니 된다'라는 것과 같은 시정조치에 있어서 처분 상대방에게 위법이라고 선언한 범위와 내용을 확정하기 어렵다는 문제점이 있다.

특히 부당성의 판단이 하나의 요소에 의하여 결정되는 것이 아니고, 예컨대, 거래상지

위의 남용행위에 있어서는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 하고<sup>2)</sup>, 부당지원행위에 있어서 지원행위에 있어서는 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력집중의 효과 등은 물론 중소기업 및 여타 경쟁사업자의 경쟁능력과 경쟁여건의 변화 정도, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율 추이, 시장개방의 정도 등을 종합적으로 고려하여 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 하므로<sup>3)</sup>, 그 요소 중 하나만이라도 변경된다면 부당성이 부정될 여지가 있게 되는 것이지만, 처분 상대방으로서는 당해 행위 자체를 그만두어야 한다는 것인지 아니면 부당성 판단의 기초가 되는 내용의 일부를 변경하여 당해 행위를 계속할 수 있다는 것인지 명백하지 않다는 문제점이 있다.

## (2) 검토

최근 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결은 공정거래법에 의한 시정명령이 지나치게 구체적인 경우 매일 매일 다소간의 변형을 거치면서 행해지는 수 많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 띠 수밖에 없다고 하면서, 구체적으로 이 사건 처분에서는 “구성사업자들로 하여금 휴업 또는 휴진을 하도록 함으로써”라고 하여 행위유형을 명시하였을 뿐만 아니라, 반복금지를 명한 행위의 상대방과 내용이 “원고의 구성사업자들인 의사들로 하여금, 그들의 의사에 반하여, 진찰, 투약, 시술 등 의료행위 전반에 걸친 휴업 또는 휴진”임은 이 사건 처분에 명시된 법령의 규정이나 이유 등에 비추어 분명하므로, 결국 이 사건 처분은 그 행위유형, 상대방, 품목 등에 있어서 관계인들이 인식할 수 있는 정도로 명확한 것이어서, 이 사건 처분이 아무런 의미가 없는 것이라거나 불명확하다고 할 수 없다고 하고<sup>4)</sup>, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결이 이 사건 각 시정명령에서 지원주체와 지원상대방을 명시하여 앞으로 “무보증사모전환사채를 발행사들에게 현저히 유리한 조건으로 인

2) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1444 판결.

3) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결, 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결.

4) 동지 부당지원행위에 관한 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결.

수하여”, “선급금 명목으로 자금을 무상으로 제공하여”, “기업어음을 발행사들에게 현저히 유리한 조건으로 인수하여” 과도한 경제상 이익을 제공함으로써 지원행위를 하여서는 안 된다고 하여 처분상대방인 지원주체와 지원객체, 지원행위의 종류와 유형을 구체적으로 명시하였을 뿐만 아니라, 반복금지를 명한 지원행위의 내용 또한 위 각 시정명령의 근거로 명시된 법령의 규정과 이유 등에 비추어 구체적이고 명확하여 무보증사모전환사채 인수행위나 선급금미회수행위 및 기업어음인수행위를 일반적으로 금지하는 것으로서 해석되지 아니하므로 결국, 위 각 시정명령은 지원주체와 지원객체, 반복금지를 명한 지원행위의 종류와 유형 및 그 내용 등에 있어서 관계인들이 인식할 수 있는 정도로 구체적이고 명확하다고 할 것이어서, 위 각 시정명령이 불특정·불명확하여 위법하다고 할 수 없다고 판시하였다.

그러나 이 판결들에도 불구하고 앞에서 본 바와 같은 의문은 여전히 남는다. 이 점에 대한 충분한 논의가 기대된다.

## 다. 장래에 대한 시정조치

### (1) 문제의 제기

시정조치로서 장래에 대한 시정조치가 가능한가. 가능하다면 그 의미가 무엇인가 하는 점이 문제된다.

### (2) 검토

시정조치라는 용어 자체는 과거지향적인데 이 문언 자체에 충실할 경우 결국 시정의 대상은 과거의 행위로 한정되는바, 이렇게 되면 시장에 있어서의 현재 및 장래의 경쟁질서의 유지·확보를 목적으로 하는 공정거래법의 특성상 시정의 실익이 없게 되고 사실상 시정의 대상도 없는 경우가 대부분일 것이다. 현재 행해지고 있는 행위에 대해서는 중지명령 내지 금지명령을 하지만 일단 공정거래위원회가 문제를 삼으면 대부분 당해 행위를 시정 내지 종료하게 되므로 결국 시정조치 당시에는 시정의 대상이 없이 시정조치를 하는 셈이 된다. 이 경우 경고조치를 내릴 수는 있으나 당해 위반행위가 중할 경우 단순히 경고만으로 그칠 수도 없을 뿐만 아니라 통상 사업자들은 동종의 사업을 시장에서 수많은 거래업체와 지속적으로 영위해 나가므로 과거 위반실적에 비추어 비록 현출되지는 아니하였으나 현재 다른 업체와의 사이에서 행해지고 있을 가능성이 많고 가까운 장래에 같은 유형의 행위가 반복될 우려를 배제할 수 없으므로 시정조치는 이를 염두에 두고 발해지는 경우가 많다.

공정거래위원회가 “법위반 상태가 이미 소멸된 경우에도 법위반 행위의 재발방지에 필요하다고 한정하는 경우에는 시정에 필요한 조치 등을 의결할 수 있다”고 규정하고 있는 공정거래위원회회의운영및사건절차등에관한규칙 제52조제2항에 기한 시정조치는 공정거래위원회의 기능이 단순히 처분 상대방의 법위반 행위를 시정하는데 그치는 것이 아니라 적극적으로 경쟁질서의 확립을 지향하는 조치도 취할 수 있다는 것을 의미한다고 보아야 할 것이다. 그러나 이러한 시정조치도 위법성 판단과 무관할 수 없기 때문에, 과거의 위반 행위에 대한 위법성 판단이 전제되어야 함은 물론이다.

이러한 관점에서 위에서 본 대법원 2001두5347 전원합의체 판결은 시정조치제도를 둔 취지에 비추어 시정조치의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이 상당하다고 하였다.

### 3. 시정조치의 집행정지

#### 가. 문제의 제기

공정거래위원회는 시정조치에 대하여 이의신청을 제기한 경우 시정조치의 이행 또는 절차의 속행으로 인해 발생할 수 있는 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 시정조치의 이행 또는 절차의 속행에 대한 정지를 명할 수 있다고 규정(공정거래법 제53조의2 제1항)하는 한편, 처분 상대방이 공정거래위원회의 시정조치에 대하여 불복하는 행정소송을 제기하면서 행정소송법 제23조제2항에 의하여 집행정지를 신청할 수 있다.

그런데 공정거래법 제53조의2 시정조치에 대하여 효력정지가 아닌 협의의 집행정지나 절차의 속행정지라는 개념을 관념할 수 있는지 여부가 문제된다.

#### 나. 검토

- (1) 시정조치의 대부분은 처분 상대방에게 일정한 행위의무를 부과하는 것으로서 처분의 목적이 시정조치의 발령과 동시에 완성되어 별도의 집행행위를 필요로 하지 않으므로 ‘처분의 집행’이란 관념하기 어렵고, 또한 처분에 기한 후속적인 절차가 없으므로 ‘절차의 속행’이란 것도 관념할 수 없다고 보이는 점에 비추어 보면, 우선 공정거

래법 제53조의2 제1항의 규정이 시정조치의 이행 또는 절차의 속행에 대한 정지를 명할 수 있다고 규정한 것은 의문이 있다. 시정조치의 “효력”이라는 문구도 필요했을 것으로 생각된다.

- (2) 시정조치의 대부분은 처분 상대방에게 일정한 행위의 부작위를 명하는 소극적 형태의 처분과 일정한 행위를 하도록 명하는 적극적 형태의 처분이 있을 수 있고, 전자의 경우에는 대개 현상변경 자체를 초래하지 아니하는 경우가 많겠지만, 후자의 경우에는 대개 현상변경이 초래되는 경우가 많을 것이다. 행정소송법 제23조제2항에서 행정처분에 대한 집행정지의 요건으로 들고 있는 ‘회복하기 어려운 손해’라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 배상할 수 없는 손해로서, 이는 금전배상이 불가능한 경우뿐만 아니라 금전배상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 가리키는 것으로 보는 대법원 판례의 태도에 의하면(대법원 2001. 2. 28.자 2000무45 결정, 1999. 12. 20.자 99무42 결정, 1998. 8. 23.자 99무15 결정 등 참조) 후자의 경우는 물론이지만 전자의 경우에도 회복하기 어려운 손해에 해당한다고 해석할 여지가 많지 않을까 생각된다.

특히 이러한 것이 두드러진 경우가 시정조치 중 공포명령의 경우인 바, 처분 상대방의 행위가 범위반 행위에 해당되는지 여부에 관하여 확정판결을 받기도 전에 공포명령을 이행하여야 한다면, 그 처분의 취소를 구하는 실익이 전혀 없어질 뿐만 아니라, 대외적으로 처분 상대방이 범위반 행위를 하였다는 것으로 인식되어 처분 상대방의 명예와 신용에 치명적인 손해를 입게 되고, 이러한 손해는 ‘회복하기 어려운 손해’에 해당한다고 할 여지가 있을 것이다.

다만 최근 대법원은 행정소송법 제23조제2항 소정의 ‘회복하기 어려운 손해’인지 여부는 처분의 성질과 태양 및 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용 및 정도, 원상회복·금전배상의 방법 및 난이, 본안청구의 승소가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 하고 있음에 비추어(대법원 2004. 5. 12.자 2003무41 결정 참조), 특히 본안청구의 승소가능성과 같은 요소도 집행정지의 필요성을 판단하는 중요한 판단요소가 될 수 있을 것으로 보인다.

## 4. 시정조치의 이행의 확보와 강제

### 가. 문제의 제기

시정조치의 내용이 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명한 경우 이러한 시정조치의 이행의 강제가 보장되지 않으면 안 된다.

시정조치는 처분 상대방의 의사에 강제하여 소극적으로 일정한 행위의 중지 내지 금지를 명하거나 적극적으로 일정한 행위를 할 것을 내용으로 하는 것이므로 상대방의 임의의 이행이 전제되는 것이다. 만약 상대방의 임의의 이행이 이루어지지 아니하는 경우 시정조치의 실효성을 확보할 수 있는 방안이 마련되어야 한다.

### 나. 검토

공정거래법은 시정조치의 이행을 확보하기 위한 제도로서 관계기관의 장에 대한 협조요청권을 인정하는 한편(제64조제3항), 시정조치 또는 금지명령에 응하지 아니하는 자에 대하여 형벌을 가할 수 있도록 하거나(제66조제1항제5호, 제7호, 제67조제6호) 과태료에 처할 수 있도록 하고 있다(제69조의2 제1항제4호). 따라서 위와 같은 시정조치는 단순히 경고로서의 의미만을 가지는 것으로 볼 수는 없고 형벌이나 과태료의 구성요건을 이루고 있음을 알 수 있다.

시정조치나 금지명령에 응하지 아니하는 경우 형벌을 가할 수 있도록 하는 규정이 비례의 원칙상 적정한 것인지 여부에 대한 검토가 필요하리라고 본다.

## 5. 위반행위의 개수와 시정조치

### 가. 문제의 제기

예컨대 대규모기업집단의 계열회사 사이에 수 차례의 금융거래가 이루어진 것 중 수개의 행위에 대하여는 지원행위성이 인정되고 수개의 행위에 대해서는 지원행위성이 인정되지 아니하는 경우 지원행위성이 인정되는 수개의 행위 개개의 행위는 부당성이 인정된다고 보기 어렵지만 수개의 행위를 모두 포괄하면 부당성이 인정된다고 보일 때 과연 수개의 부

당지원행위가 포괄하여 하나의 부당지원행위가 되는가, 아니면 수개의 부당지원행위가 되는가, 아니면 아예 부당지원행위가 성립되지 않는가 하는 점이 문제된다.

## 나. 검토

일반적으로 행정법 위반행위에 대하여는 고의나 과실을 요하지 않는다고 하지만, 공정거래법 위반행위에 대하여는 그 자체가 곧바로 형벌의 구성요건을 이루고 있다는 점에 비추어 특히 범위반 사실에 대한 고의요건을 배제하기는 어렵지 않을까 생각된다.

부당지원행위에 한정하여 본다면, 하나하나의 행위만으로는 부당성이 인정되기 어렵다 하더라도 수개의 행위를 포괄하여 부당성을 인정할 여지가 있다면 수개의 행위를 포괄하여 하나의 범위반 행위를 구성한다고 이론구성을 할 수 있다고도 생각해 볼 수 있지 않을까 생각된다.

대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결이 자금지원행위는 자금을 지원할 의도로 자산이나 용역 등의 거래로 인한 대가인 자금을 변제기 이후에도 회수하지 아니하여 지원객체로 하여금 그 자금을 운용토록 함으로써 그 이자 상당의 수익을 얻게 하는 것과 같은 부작위행위도 포함한다고 해석함이 상당하다고 한 취지는 이러한 관점을 전제로 한 것이 아닌가 생각된다. 이 점에 관한 논의의 활성화가 기대된다.

## 6. 시정조치와 비례 및 평등의 원칙과의 관계

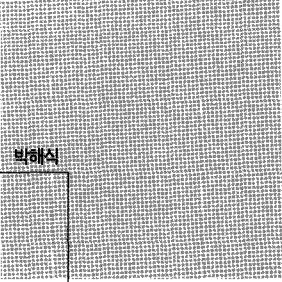
### 가. 문제의 제기

과징금부과 처분과 달리 시정조치의 재량권남용에 대한 주장과 그에 대한 판단은 거의 없는 실정이다. 시정조치에는 당해 조항에서 규정된 구체적인 시정조치의 내용과 태양 외에도 “기타 범위반 상태의 시정을 위한 필요한 조치”를 할 수도 있으므로 특히 이러한 경우 비례나 형평의 원칙과의 관계에서 재량권남용이 문제될 소지가 없지 않다.

### 나. 검토

공정거래위원회는 지금까지 주로 당해 조항에 규정되어 있는 구체적인 시정조치만을 하고 “기타 범위반 상태의 시정을 위한 필요한 조치”를 한 적이 거의 없다. 비례원칙 위배 여부는 당해 처분으로 실현하고자 하는 행정목적이 공익에 부합하는 것인지(목적의





정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절한 것인지(방법의 적정성), 상대방의 피해를 최소화할 만한 다른 방법은 없었는지(피해의 최소화성), 공익과 침해되는 사익을 비교·교량 할 때 보호되는 공익이 사익을 압도할 만한 것인지(법익의 균형성) 여부 등을 기준으로 하여 판단하게 됨으로 “기타 범위반 상태의 시정을 위한 필요한 조치”가 비례의 원칙에 위배되는가 여부는 앞에서 본 바와 같은 기준에 따라 판단되어야 할 것으로 보인다.

다만 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결은 헌법재판소에 의하여 위헌이 선언된 독점규제및공정거래에관한법률 제27조 중 ‘범위반 사실의 공표’ 부분과 동일한 위헌요인이 표시·광고의공정화에관한법률 제7조제1항제2호 소정의 ‘범위반 사실의 공표’ 부분에도 있어 그에 근거한 ‘범위반 사실의 공표’ 명령을 그와는 법적 성질이 다른 같은 항 제4호 소정의 ‘기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치’에 근거한 ‘법을 위반하였다’는 이유로 공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실’의 공표명령으로 변경할 수 있다고 함으로써 일응 “기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치”의 확장가능성을 열어 두기는 하였다<sup>5)</sup>. 이 점에 관한 논의의 활성화가 기대된다고 할 것이다.

## 7. 마치는 말

시정조치와 관련된 제기되는 몇 가지 문제점에 대하여 짚어보았지만, 예컨대 공정거래법 제16조제1항제5호 소정의 채무보증의 취소를 명하였는데, 피심인이 이에 응하지 아니하는 경우 공정거래위원회가 속하는 국가가 원고가 되어 채무보증의 취소를 구하는 공법상 당사자소송이나 민사소송이 가능한 것인지 여부 등과 같은 문제점들에 대하여는 아직 특별히 논의되고 있지 아니한 것 같다. 비록 현실적으로 문제가 되지 아니하였으나 앞으로 제기될 수 있는 여러 가지 문제점들을 미리 연구하고 검토함으로써 시정조치의 불명확성 등을 미연에 방지하게 된다면 공정거래위원회는 물론 수범자인 사업자에게도 법적 안정성과 예측가능성을 주어 효율적인 법집행이 될 수 있다는 측면에서 공정거래법상 시정조치에 대한 논의가 활성화되기를 희망한다.

5) 동지 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002두6170 판결.