

공정거래법에서 규정하고 있는 시정조치의 법적 의미



김치환
한국법제연구원 부연구위원

어떠한 법이 규제적 수단을 주로 담고 있건 아니면 조성적 수단을 주로 담고 있건 간에 그러한 수단에 의하여 달성하고자 하는 법의 궁극적인 목적은 아마도 그 법이 지향하는 일정한 환경을 형성하고 보호·보전하는데 있을 것이라고 생각한다. 공정거래법도 마찬가지로 진실로 추구하는 것은 위반자 또는 위반행위에 대한 제재나 처벌이 아니라 공정한 경쟁이 가능한 환경을 조성하고 보호하는 것이다. 이와 같이 위법상황의 배제를 통한 적법상태의 회복이 무엇보다도 중요한 영역에 있어서는 위법상태를 배제하여 본래의 적법한 상태를 회복·유지하는 것이 무엇보다도 중요하다.

1. 공정거래법의 목적과 실효성확보 수단

독점규제및공정거래에관한법률(이하 '공정거래법'이라 함)은 시장에 있어서 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하는 것을 목적으로 한다(제1조). 이러한 목적을 달성하기 위하여 동 법은 공정하고 자유로운 경쟁을 저해한다고 생각되는 행위를 유형화하고 그 각각의 경우에 대한 규제조치를 마련하는 방식으로 경쟁이라는 가치의 보호와 촉진을 꾀하고 있다. 시정조치와 과징금은 그러한 행정적 규제에 대표적인 수단이다. 물론 이와 같은 행정적

규제와는 별도로 징역 및 벌금과 같은 형사적 제재장치도 마련되어 있다.

그런데 행정적 규제, 특히 그 가운데에서도 시정조치가 과연 처벌인가 하는 논란이 있다. 그와 같은 논쟁이 제기되는 가장 큰 이유는 헌법 제13조에 있다고 보여진다. 즉, 동 조 제1항 후단은 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 하는 이른바 이중처벌금지의 원칙을 선언하고 있으므로 만일 시정조치가 처벌에 해당한다고 하면 동일한 위반행위에 대하여 시정조치와 그 밖의 처벌을 병과하는 것은 헌법에 반하여 허용되지 않을 것이기 때문이다. 이 문제를 풀어나가기 위해서는 우선 처벌의 의미에 대한 이해가 선행되지 않으면 아니 된다. 그러나 처벌이라는 용어를 사용하고 있는 수많은 법령들도 그 개념에 관하여는 정의를 내리고 있지 않다. 이는 처벌이라는 용어를 일상생활에서의 통상적인 의미로 이해하고 있는 것이 아닐까 생각된다. 공정거래법이 실효성을 확보하기 위하여 마련하고 있는 행정적 규제조치와 형사제재의 두 경우에 있어서 징역형과 벌금형을 과하는 행정형벌의 경우에는 이를 처벌로 이해하는 데에 아무런 거부감이 없다. 그러나 그 외의 시정조치, 과징금 그리고 더 나아가서는 시정권고(제51조) 등 공정거래법이 실효성을 확보하기 위하여 마련하고 있는 수단들이 처벌로서의 성질을 가지는가에 관하여는 쉽게 결론을 내리기 어렵다. 이하에서는 처벌의 법적 의미를 되새겨보고, 특히 시정조치가 가지는 법적 의미를 여러 측면에서 검토해 보기로 한다. 과징금, 시정권고 등에 관하여는 관련되는 곳에서 필요한 한도의 검토를 행한다.

2. 처벌과 제재, 그리고 시정조치

판례는 헌법 제13조제1항이 규정하고 있는 처벌의 의미에 대하여 “원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권의 실행으로서의 과벌”이라고 정의한다(92헌바38). 따라서 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분이 모두 처벌인 것은 아니라고 덧붙인다. 이에 의하면 국가가 행하는 제재나 불이익처분이라고 하여 그 모두가 처벌이 되는 것은 아니므로 국가가 행하는 제재나 불이익처분 가운데에는 처벌로서의 제재와 그러하지 않은 제재가 공존하고 있음을 알 수 있다. 이중처벌금지의 원칙이 적용되는 것은 처벌로서의 제재에 한정된다. 따라서 처벌의 성격을 지니지 않는 불이익처분인 경우에는 설령 그것이 상대방에 대한 제재라고 하여도 처벌인 제재와 병과하는 것이 금지되지 않는다. 그렇다면 중요한 것은 처벌인 제재 내지 불이익처분과 처벌이 아닌 제재 내지 불이익처분의 구별에 있다. 그런데 처벌에 관

하여 판례가 내린 정의는 다분히 추상적이어서 처벌과 그러하지 않은 경우의 구체적인 구별기준을 제시해주고 있지는 않다. 뿐만 아니라 처벌의 개념을 설명하기 위하여 사용되는 제재라는 개념도 그 의미내용이 반드시 명확하지 않다.

제재는 잘못에 대하여 질책하고 추궁하는 행위이다. 잘못을 행한 자에 대하여 잘못을 행하였다는 사실에 대하여 응보하는 것이라 이해된다. 이러한 목적은 자유를 제한하거나 재산권을 제한·박탈하는 등의 방식으로 달성된다. 따라서 제재는 위반자에 대하여 그의 의사를 묻지 않고 응분의 고통을 가하는 모든 조치라고 할 수 있다. 그렇다면 현실적으로 불이익을 가하는 것이 아닌 경고와 같은 것은 제재가 아니라고 할 것이다. 만일 어떠한 수단이 불이익 내지 고통을 가할 목적으로 행사되었지만 결과적으로 상대방에게 불이익한 효과를 주지 못했다고 한다면 제재는 있되 제재적 효과는 없는 것이 될 것이다. 이러한 제재의 불이익효과는 확보된 효과이지만 제재의 위하적(威工) 효력에 의하여 장래에 있어서 재발방지 등을 꾀하는 억지적 효과는 제재의 상대방의 수용여부에 의하여 좌우되는 유동적 효과이고 부수적 효과에 불과하다.

이에 대하여 처벌은 법에서 정하는 형벌을 부과하는 것으로 범법행위를 한 자에 대하여 그에 상응하는 고통을 과하는 것이 목적이라 할 수 있다. 응분의 불이익 내지 고통을 가한다는 점, 그리고 그러한 고통을 회피하려거든 이후 범법행위를 자행하지 말라고 하는 간접적이기는 하여도 위하적 의도도 내포하고 있는 점 등에서 양자는 공통점이 있다고 생각된다.

시정조치는 범위반 상태를 법에 합치하는 상태로 회복시키기 위한 수단이다. 그렇다면 시정조치란 법을 위반한 자를 질책하는 것 또는 법을 위반한 자에 대하여 고통을 가하는 것을 주된 목적으로 하는 것이 아니므로 제재나 처벌과는 이질적인 성격이라 하지 않을 수 없다. 그러나 범위반 상태를 회복하는데 있어 아무런 도움이 되지 않는 적절하지 못한 시정조치는 제재가 될 수 있다. 상대방에게 고통만을 줄 것이기 때문이다. 또한 시정조치는 법에 합치하는 상태를 조성하는 것이 최대의 목적이므로 이러한 목적을 지니지 않는 행정처분은 시정조치로 인정될 수 없다. 다만, 시정조치는 한편으로 해당 시정조치의 수명자에게 있어서는 부담으로 작용하는 것이므로 고통이 된다고 하지 않을 수 없다. 즉, 고통을 수반하지 않는다고 하기 곤란하다. 그러나 그러한 고통은 어디까지나 주된 목적에 수반하여 발생하는 부수적인 효과에 불과하며 그것이 주된 목적이 되지는 못한다. 만일 제재를 응분의 고통을 가하기 위한다거나 또는 잘못에 대하여 추궁하기 위한다거나 하는 목적적인 개념으로 이해하지 않고 가치중립적으로 그 목적적 요소를 떠나 단순히 어떠한

잘못이 있고 그에 대하여 고통을 가하는 것 또는 불이익을 가하는 것이라고 이해한다고 한다면, 시정조치에도 그러한 요소가 전혀 없다고 할 수 없으므로 제재라는 개념범주에 포함될 여지도 존재한다고 생각된다.

3. 처벌과 시정조치의 구체적인 차이

(1) 목적상의 차이

앞서 언급하였듯이 시정조치는 상대방에 대하여 고통을 가하는 것보다도 법에 합치하는 상황을 실현하는 것에 보다 주안이 있다. 처벌은 상대방에게 위반사실에 상응한 고통(경제적, 정신적)을 가하는 것이 주된 목적이다. 따라서 처벌은 그것이 부과됨으로써 완결되는 성격을 가진다. 처벌이 위하적 효력을 발휘하여 상대방을 심리적으로 강제하고 그로 인하여 법에 합치하는 상황이 실현된다고 하더라도 그것은 처벌의 반사적 효과인 것에 불과하고 처벌 그 자체의 효력이라고는 볼 수 없다. 처벌은 법에 합치하는 결과의 실현여부에는 아무런 관심이 없다. 오로지 이미 행하여진 위법사항에 대하여 정신적인 또는 경제적인 고통을 가하는 것으로서 완결된다. 따라서 당초에 위반이 발생하였다가 후에 위반사항을 시정하여 법에 합치하는 상황을 조성하였다 하더라도 이미 발생한 위반사실에 대한 처벌을 회피할 방법은 없다. 이 점이 처벌과 시정조치의 커다란 차이점이라 할 수 있을 것이다.

한편, 시정조치는 법에 합치하는 상황의 실현이 그 목적이라는 점에서 법에 합치하는 상황이 만들어지지 않는 한은 시정조치는 그 목적을 달성하지 못하는 것이 된다. 이 때의 시정조치는 행정법상으로는 일정한 작위 또는 부작위를 명하는 하명으로서의 성질을 가진다고 이해된다. 그리고 이와 같은 하명이 상대방에 의하여 준수되지 아니한 경우에는 하명에 위반하는 것이 되고, 이러한 위반사실에 대하여 벌칙(처벌)이 마련되어 있기 마련이다. 이와 같이 보면 처벌은 시간적으로 시정조치에 뒤이어 예비되어 있는 조치라고 할 수 있다(물론 시정조치와는 무관하게 마련되어 있는 처벌도 있으므로 이 경우에는 시정조치와의 선후에 관계없이 행사될 수 있다). 처벌이 시정조치에 뒤이어 예비되어 있다는 사실은, 시정조치에 순응하는 상대방의 의무이행이 있으면 시정조치는 목적을 달성하여 소멸되고 시정조치에 근거하여 예비되어 있는 처벌도 역시 발동의 기회를 상실함을 의미한다.

(2) 이행과 집행

시정조치는 이행의 문제를 남긴다. 시정조치는 시정조치의 내용에 따른 상대방의 이행이라고 하는 실질을 가지는 것인데 반하여, 처벌은 그 내용이라는 것이 특별히 존재하지 않는 내용상 무가치한 성질을 지닌다고 할 수 있다. 처벌의 상대방이 처벌에 불응한다고 하여 처벌이 집행되지 않는 것이 아니다. 이와 같이 처벌에는 집행의 문제만이 있으며 이행의 문제를 남기지 않는다. 집행은 처벌을 발령한 측에 의한 처벌의 실현을 의미한다. 처벌이 내려지면 처벌내용에 따른 처벌권자의 집행만이 있을 뿐이다. 이행은 시정의무를 부과 받은 측에 의한 시정조치의 실현을 의미한다.

시정조치는 상대방에 의한 이행을 강제하는 장치이지 행정 스스로가 상대방의 재산이나 신체 등에 대하여 실력을 행사하여 법에 합치하는 상황을 실현하고자 하는 것이 아니다. 다른 말로 표현하면, 시정조치는 행정이 대신해서 이행할 수 없는 사항 또는 대신해서 이행하기가 매우 어렵거나 적절하지 아니한 사항에 대하여 상대방에 의한 자발적인 이행을 강제하는 장치라고 할 수 있다. 즉 비대체적 작위의무나 부작위의무에 대하여 작위나 부작위를 강제하기 위하여 행사되는 장치라고 이해할 수 있을 것이다. 이 점에서 종래 행정법상의 의무이행확보수단의 대표적인 것으로서의 대집행이나 강제징수의 경우와 구별된다. 이들 양대 행정상의 의무이행확보수단은 상대방의 재산 등에 직접 실력을 행사하여 법의 실효성을 관철하고자 하는 제도이기 때문이다. 대집행이나 강제징수에 있어서 장차 대집행이나 강제징수를 행할 것이라는 대집행의 계고나 독촉의 경우에도 시정조치와는 그 성격이 명확히 구별된다. 대집행의 계고 속에는 '소정의 기간 동안 스스로 이행하지 아니하면' 행정청이 대신 법에 합치하는 상황을 실현하겠다고 하는 점에서 상대방 스스로에 의한 이행을 강제하는 시정조치의 경우와 유사한 점이 있으나 시정조치는 명백한 행정행위로서의 하명인 데 반하여, 대집행의 계고나 독촉 등은 단순한 통지(준법률행위적 행정행위)에 불과하다고 하는 차이점을 지적할 수 있다.

(3) 시정조치의 회수(回數)와 개수(個數)

그런데 시정조치에 따르지 아니하여 그에 대하여 벌칙이 가해지는 경우에도 역시 시정조치가 목적으로 하는 법에 합치하는 상황은 형성되어 있지 않은 것이 된다. 벌칙은 시정조치의 불응에 대한 제재일 뿐이지 그것에는 법에 합치하는 상황을 직접 실현할 수 있는 힘이 없기 때문이다. 여기에 처벌의 한계가 있다. 이러한 한계를 메워주는 것이 바로 시정

조치이다.

하나의 시정조치의 위반에 대하여는 원칙적으로 한 개의 벌칙만을 가할 수 있다. 하나의 시정조치의 위반에 대하여 수 개의 벌칙(처벌)을 가할 수는 없다. 이중처벌금지의 원칙에 따라 동일한 위반사항에 대한 처벌은 하나만 존재할 수 있기 때문이다. 또 다시 벌칙을 가하기 위하여는 새로이 시정조치를 발한 후에 그 위반에 대하여만 재차 벌칙을 가할 수 있을 뿐이다.

이에 대하여 시정조치는 동일한 위반사항에 대하여 동일한 시정조치를 수 차례 가할 수도 있고, 상이한 복수의 시정조치를 조합하여 동시에 1회 이상 가할 수도 있다고 생각된다.

(4) 장래에 대한 시정조치의 가부

시정조치는 장래의 범위반을 사전에 방지하기 위한 예방적 목적으로도 발동된다고 이해되고 있다. 이 점을 중시한다면 이는 처벌과의 중대한 차이점이 된다. 처벌은 장래의 범위반을 예상하여 부과할 수 있는 것이 아니다. 성립하지도 아니한 범죄에 대하여 처벌한다는 것은 있을 수 없기 때문이다. 처벌이 그 위하력에 의하여 장래의 위반행위를 억지하는 기능은 처벌의 효과이지 처벌의 과별요건은 아니다.

그러나 시정조치는 본래라면 위반사실이 현실로 존재하는 경우에 그 배제를 통하여 적법상태를 회복하기 위한 처분이다. 그런 점에서 시정조치는 이론상 필연적으로 과거 및 현재의 범위반 상태에 대하여서만 발할 수 있는 것이며, 장래에 범위반을 예상하여 그 방지를 위한 목적으로는 발동할 수 없다고 하는 것이 옳다. 왜냐하면 시정의 대상으로서의 위반상태가 아직 존재하지 않기 때문이다(따라서 시정조치에는 본래 예방적 기능은 없다고 보아야 한다. 시정조치의 예방적 기능을 인정하는 것은 시정조치의 영역을 확대·강화하려는 편의적인 해석이라 생각된다). 장래의 범위반을 경계하여 법을 위반하지 않도록 행하는 조치는 시정조치라기보다는 경고로 이해해야 할 것이다. 경고는 과거의 위반에 대하여 장래의 재발을 저지하려는 의도를 담고 있다고 생각되기 때문이다.

그런데 시정조치는 법을 위반하는 행위보다도 법을 위반한 상태를 그 대상으로 염두에 둔다. 즉, 범위반의 완성보다도 범위반의 상태에 주목한다. 완료 내지 종결이 아닌 계속성, 현재완료가 아닌 현재진행형을 염두에 두고 있다고 할 수 있다. 시정조치에 있어서는 법을 위반했다는 한 순간의 사실(행위)이 중요한 것이 아니라 법을 위반한 상태 내지 결과가 현재에도 계속되고 있다는 점이 시정조치의 발동을 요구하는 상황적 요건인 것이다. 따라서 한 때 법을 위반하였다고 하여도 현재에 그 위반상태가 존재하지 않는다면 시정조치는 발

동의 요건을 갖추지 못한다. 이 경우에는 처벌만이 유일한 제재수단이 될 것이다.

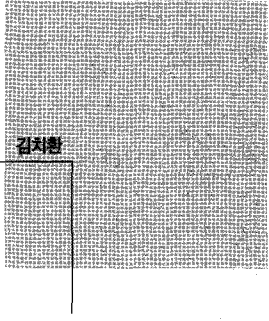
다만 위반의 태양에 따라서는 위반상태의 계속성은 도중에 시정조치가 개입되어 중단 되는 경우에도 그것이 일시적인 중단에 그치고 재차 계속될 가능성을 가지고 있다. 마치 옆길로 흐르는 물을 막았을 때에 당분간은 바른 길로 흐르다가 막은 손을 떼면 다시 옆길로 흐르는 것과 같을 것이다. 이러한 경우에는 시정조치에도 계속성이 부여되지 않으면 시정조치의 실효성확보가 곤란하게 될 것이다. 따라서 시정조치가 시간적으로 현재를 넘어 장래에 걸쳐서까지도 그 효력을 발휘하지 않으면 아니 되는 상황에 있게 될 것이다. 그러나 현재에 터잡지 아니하고 독립해서 장래에 향하여 예방적 의미에서 시정조치를 발하는 것이 가능한지는 의문이다. 통상 설명하는 장래에 대하여도 시정조치를 발할 수 있다고 하는 것은 현재의 연장선상에 있는 장래의 사항을 상정하는 것이라 생각되고, 그 경우에도 장래를 대상으로 하여 새로운 시정조치가 발해진다고 보다는 현재에 발해지는 시정조치의 효과가 장래에까지 미치는 것이라고 이해해야 하지 않을까 생각한다.

5) 시정조치와 비례의 원칙 등

공정거래법에 의하면 시정조치의 유형에는 원칙적으로 제한이 없다. 법에서 열거하고 있는 것 외에도 위반상태를 배제하기에 적합한 것이라면 시정조치로서 발동될 수 있다. 그러나 이러한 사실이 시정조치를 발동함에 있어서 전혀 아무런 제한이 없다는 것을 의미하지는 않는다. 시정조치는 처분(행정행위)이므로 시정조치를 발함에 있어서는 행정법의 일반원칙의 적용을 받아야 하기 때문이다. 특히 그 준수가 강도있게 예상되는 것은 비례의 원칙이라 할 수 있다. 따라서 목적을 달성함에 적합한 수단이어야 하고 또한 최소한의 침해를 가하는 수단이어야 하며 마지막으로 시정조치라는 침익적 행정행위로 인하여 상대방이 부담하는 사익의 손실에 비하여 시정조치에 의하여 달성하고자 하는 경쟁 등의 공익적 가치가 보다 우월한 것이어야 할 것이다.

복수의 시정조치가 발하여지는 경우에는 그들 복수의 시정조치의 총합이 위반상태의 회복을 추구함에 있어서 적합하고 상대방에게 최소한의 침해를 가하는 것이어야 하며, 그러한 시정조치의 결합에 의하여 달성하고자 하는 공익이 그에 의하여 침해되는 사익에 우월하는 경우에 비로소 비례의 원칙을 일탈하지 않게 될 것이다.

처벌은 원칙적으로 예시할 수가 없으며, 따라서 죄형법정주의에 따라 그 종류에 관하여도 법에서 엄격히 명시하는 경우에만 해당 처벌을 가할 수가 있다. 그러나 행정처분으로서의 시정조치의 경우에는 구체적인 위임의 범위내에서 행정청에게 재량이 주어질 수 있



으며 행정청은 행정목적의 효과적인 달성에 필요한 다양한 시정조치를 독자적으로 강구하여 행사할 수가 있다.

4. 그 밖의 시정조치의 특징과 관련논점

(1) 시정조치와 그 보완

공정거래법에는 시정조치에 바로 이어 예외 없이 과징금을 규정하고 있는 것을 발견할 수 있다. 과징금은 본래 법을 위반하게 되는 유인(법의 위반으로 얻는 이익)을 사후적으로 상쇄시킴으로써 범위반이 위반자에게 아무런 이익을 가져다 줄 수 없음을 자각하게 하는데 있어 매우 실효적이다. 뿐만 아니라 법의 의사를 관철하면서도 경제활동상의 혼란이나 커다란 변화의 발생을 최소화할 수 있게 한다는 점에서 매우 기교적인 수단으로 이해된다. 이와 같이 범위반에의 유인을 차단하여 범위반을 억지한다는 관점에서 보면 과징금은 시정조치와 더불어 법에 합치하는 경쟁환경을 조성하는데 중요한 몫을 담당한다고 할 수 있다.

한편 시정조치가 범위반자 자신의 손에 의한 적법한 경쟁질서에서의 회복을 강제하는 것이고 행정기관이 직접 위반자의 재산 등에 실력을 행사하여 법에 합치하는 상황을 실현하고자 하는 것이 아니므로 상대방이 시정조치에 응하지 않는 경우가 다수 발생할 수 있다. 여기에 시정조치의 실효성확보의 문제가 제기된다. 시정조치는 법에 합치하는 상황을 회복하는 데에 궁극적인 가치를 두는 것이므로 위반행위에 대하여 위반자에게 제재로서의 고통을 가하는 것보다도 시정조치에 따른 이행이 있기를 무엇보다도 절실히 갈구하게 된다. 시정조치에 대하여 이행강제금(제17조의2)이라든지 추가적인 이행확보장치(제18조)를 마련하고 있는 것은 그러한 이유가 있다. 여기서 이행강제금은 행정행위로서의 시정명령(시정조치)을 이행하지 아니하는데 대한 제재로서 행하여지는 것이고 직접 위반사항의 시정 내지 회복을 목적으로 하는 것이 아니므로 처벌에 가까운 성질을 지닌다고 생각된다. 이 때의 처벌은 경쟁질서를 침해하였다는 사실에 대한 제재가 아니라 시정조치를 따르지 않았다고 하는 사실에 대한 제재라는 점이 주의되어야 한다. 이에 대하여 주식의 의결권의 행사를 제한하여 시정조치의 이행을 확보하려고 하는 행위(제18조)는 어떠한 성질을 가지는 것인지 문제된다. 이는 재산권의 행사를 제한하는 행위이므로 상대방에게 불이익 내지 고통을 주는 행위이며, 따라서 제재로서의 측면을 가진다고도 볼 수 있다. 그러나 이 경우에 의결권의 행사를 제한하지 않는다면 관련 시정조치(주식의 처분)가 무용한 것이 될 수

있다고 하는 경우, 의결권의 행사를 제한하는 조치는 관련 시정조치의 효과를 달성하기 위하여 불가결한 조치라고 하지 않을 수 없을 것이다. 즉, 이 경우의 시정조치의 이행을 확보하기 위한 조치는 당초의 시정조치(주식의 처분)와 불가분의 일체적 관계에 있는 것이라 생각할 수 있고, 사정이 그러하다면 공정거래법 제18조의 시정조치의 이행확보를 위한 재산권행사의 제한은 제재나 처벌이라기보다는 시정조치 그 자체인 것이라고 보아야 할 것이다.

(2) 시정조치와 시정권고

시정조치는 상대방에게 시정의무를 부과하는 것이므로 상대방에 의한 의무의 이행을 기대하는 조치이다. 여기서 단순히 기대하는데 그친다고 하면 이는 시정조치 가운데에서도 강제성을 띠지 않는 시정권고에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 앞서 보았듯이 대개의 경우 시정조치의 불이행에 대하여는 벌칙이 마련되어 있다. 시정조치의 실효성을 확보하여야 하기 때문이다. 따라서 시정조치는 상대방에 의한 의무의 이행을 단순히 기대하는데 그치는 것이 아니라 강제하는 조치라고 하게 된다. 이에 대하여 시정권고도 범위만 상태의 시정을 위한 것으로 상대방이 그것을 수락하였을 때에는 시정조치가 명하여진 것으로 보게 되어 있으므로(제51조) 시정권고와 시정조치는 구속력의 강도에 있어서 별반 차이가 없어 광의의 시정조치 관념속에 포섭시킬 수 있다고 하는 견해가 있다. 타당한 지적이라고 보나, 시정권고는 행정지도에 불과하므로 법에 근거함이 없어도 그 행사가 가능한 것임에 반하여 강제력을 수반하는 것만이 엄격한 의미에서의 시정조치라고 한다면 법에 근거하여서만 그 행사가 가능한 행정처분으로서의 시정조치와 행정지도로서의 시정권고를 같이 볼 수는 없다.

시정권고가 상대방에 의하여 받아들여진 경우에 시정조치가 된다고 하는 것은, 마치 공법상의 계약에 유사한 법률관계가 형성되는 것으로 보인다. 다시 말하면, 본래적 의미에서의 행정처분으로서의 시정조치는 행정청에 의하여 일방적으로 행하여지며 상대방의 동의 등과 같은 협력을 필요로 하지 아니하는 행정행위이다(일방적 행정행위). 따라서 상대방이 동의하지 않는다고 하여도 시정조치를 발할 수 있다. 그러나 시정권고에서 출발하여 시정조치로 전환되는 시정조치는 그 성립과정에서 상대방의 동의에 기초하여 행하여지는 것이며, 이것은 마치 행정청의 시정요청을 상대방이 승낙하는 형태의 공법상 계약의 모습을 띠는 것으로 이해하여야 할 것이다. 이와 같이 본다면, 본래적 의미에서의 엄격한 행정처분으로서의 시정조치의 경우에는 그 강제력이 시정조치의 행정행위로서의 성질상

내지 본질상 당연히 발생하는 것임에 반하여, 시정권고로부터 전화(轉化)한 시정조치의 경우에는 시정조치 그 자체의 성질에 기초한 구속력 내지 강제력이 발생하는 것이라기보다 행정청과 사업자 상호간의 공법상의 계약에 기초한 계약상의 의무로서의 이행의무가 발생하는 것이라고 이해하지 않으면 안 되게 될 것이다. 이와 같이 본다면, 만일 상대방이 시정조치대로의 이행을 하지 아니한 경우에 본래적 시정조치의 경우에는 위반에 대한 행정형벌 등의 벌칙이 가해져야 하는 것임에 반하여, 시정권고로부터 전화한 시정조치의 경우에는 계약위반책임을 부담하는 것에 불과하다고 할 것이다.

그러나 시정권고가 상대방의 동의를 얻게 되면 전혀 새로운 하나의 시정조치가 발하여지는 것으로 이론구성 하는 것도 불가능하지는 않을 것이다. 이 때의 시정조치는 비록 시정권고에서 출발한 것이기는 하여도 그것과는 전혀 별개의 독립된 새로운 행정처분으로 탈바꿈하는 것이라고 이해된다. 공정거래법은 오히려 이러한 입장에 있는 것으로 생각된다. 이 경우에는 시정권고에서 출발한 시정조치도 처음부터 시정조치로 시작한 시정조치와 아무런 차이가 없다고 하게 될 것이다. 시정권고이기는 하나 그 권고에 대하여는 소정의 기일 내에 권고의 수락여부에 대한 응답을 행할 것이 강제되고 있는 점(제51조제2항)과 권고를 통지하는 서면에는 권고를 수락거부 하는 경우의 후속조치에 대하여도 명시하도록 되어 있는 점(시행령 제58조제5호) 등으로 보아 강학상의 순수한 의미에서의 행정지도와는 다소 상이한 특징이 발견된다. 다시 말하면 시정권고에 응하지 아니하는 경우에는 정식의 처분으로서의 시정조치, 기타의 불이익처분이 필연적으로 뒤따를 것이 암시되고 있다. 그 점에서 간접적이기는 하나 강력한 강제력이 인정될 수 있고, 따라서 시정권고라고는 하나 시정조치와 그 무게에 있어서 그다지 떨어지지 않는다.

③ 시정조치의 하나로서의 위반사실의 공표

공정거래법은 시정조치의 한 수단으로서 거의 예외없이 위반사실의 공표를 예시하고 있다. 이 때 위반사실을 공표하라고 하는 작위의무를 범위반자에 대하여 부과하는 점에서는 행정처분으로서의 하명에 해당하며 시정조치의 범주에 포함되게 되지만 공표의 함의와 효력은 보다 복잡하고 심오하다.

위반사실의 공표는 그것에 의하여 곧바로 법에 합치되는 상황이 조성된다고 볼 수 없으므로 현실의 범위반 상태를 바로잡는다고 하는 시정조치의 본래의 취지와는 거리가 있는 수단이라고 하지 않을 수 없다. 다만, 장래에 향하여 위반사실에 대하여 불특정 다수인에게 주지시키는 경우, 일반인에 대하여는 해당 사업자 등과의 거래에 있어서는 신중을 기하게

할 것이고, 사업자에 대하여는 불특정 다수인에게 공개됨으로 인하여 초래될 신뢰실추를 우려하여 공정거래법 위반행위를 삼가도록 유도할 것이므로 이러한 점에서 예방적 성격을 띠고 있다.

위반사실의 공표가 현실적으로 범위반 상태를 바로잡는 직접적인 시정기능이 존재하지 않는다고 하면 다른 시정조치가 행하여짐이 없이 위반사실의 공표만이 독자적인 시정조치로서 발동되는 경우란 생각하기 어렵다. 즉, 위반사실의 공표는 다른 시정조치에 부수하여 시정조치의 기능을 보강하는 역할을 지니고 있다고 생각된다.

그런데 공표 그 자체는 아무런 법률효과를 수반하지 않는다. 따라서 공표는 사실행위에 불과하고 법률행위는 아니라고 생각된다. 공표는 단지 사실적으로 상대방에게 심리적 압박을 가하여 간접적으로 의무의 이행을 강제하거나 위반행위의 재발을 방지하는 등의 억지효과를 가질 뿐이다. 이 점에서 공정거래법은 위반사실의 공표를 시정조치의 한 예로서 명시하고 있지만 직접 법에 합치하는 상황을 피하는 다른 시정조치들과는 그 성질이 매우 다른 이질적인 수단이라고 할 수 있다. 다시 말하면, 공표의 경우 그에 의하여 달성하고자 하는 시정관련 목적은 수면하의 음성적인 것이고(비공식적), 공식적인 외부에 드러나는 목적은 단지 사실을 알리는 것일 뿐이지 시정조치의 의미는 없다고 생각된다. 그러나 의무행확보수단의 일환으로서 행사되는 공표에 있어서는 이들 관계의 역전이 발생한다. 즉, 단지 불특정 다수인에게 일정한 사실을 알린다고 하는 측면은 중으로 전락하고 위반을 억지하거나 시정하게 하고자 하는 측면이 주된 지위로 부상하게 된다. 시정의 강제나 재발의 억지 그 자체가 공표의 목적이라고 인정하지 않을 수 없게 된다. 이와 같이 보면 공표는 안과 밖이 다른 이중성을 지니고 있다고 할 수 있다. 여기서 예를 들어 위반사실의 공표가 시정의 간접강제나 재발의 억지력을 넘어서 상대방의 인격에 대한 침해를 초래하는 경우의 문제가 있다. 이 때에 공표는 비례원칙에 반하여 범위반 상황의 시정에 한정된 성격을 넘어 상대방에게 고통만을 주는 처벌에 유사한 성격을 띠게 된다고 할 수 있을 것이다. 그리고 이 때 발생하는 공표의 처벌에 유사한 효력은 그 상한을 가늠할 수 없고, 국가의 통제력을 벗어나는 과급력을 지니는 경우가 있다. 이는 공표가 국가의 형벌권에 기한 처벌이 아닌 사회적 처벌의 양상을 띠게 되는 것을 의미한다. 공표라는 수단이 지닌 가공할 만한 측면이다.

5. 맺는 말

어떠한 법이 규제적 수단을 주로 담고 있진 아니면 조성적 수단을 주로 담고 있진 간에 그러한 수단에 의하여 달성하고자 하는 법의 궁극적인 목적은 아마도 그 법이 지향하는 일정한 환경을 형성하고 보호·보전하는데 있을 것이라고 생각한다. 공정거래법도 이와 같다. 공정거래법이 진실로 추구하는 것은 위반자 또는 위반행위에 대한 제재나 처벌이 아니라 공정한 경쟁이 가능한 환경을 조성하고 보호하는 것이다. 이와 같이 위법상황의 배제를 통한 적법상태의 회복이 무엇보다도 중요한 영역에 있어서는 처벌은 위화에 의한 예방적 효과 외에는 별다른 의미를 가지지 못한다. 이러한 영역에 있어서는 위법상태를 배제하여 본래의 적법한 상태를 회복·유지하는 것이 무엇보다도 중요하기 때문이다. 공정거래의 영역은 그야말로 이러한 영역에 해당한다. 그리고 위법상태를 배제하고 적법상태를 회복하기 위한 수단으로서 시정조치 만한 것이 없다고 할 수 있다.

그러나 시정조치라는 명목하에서의 무분별한 시정수단의 선택과 행사가 시정조치의 본래적 의미를 확대·변질시키고 있으며 그로 인하여 처벌과의 경계가 모호해지는 경향을 초래하는 면도 있을 것으로 생각된다. 위반상태를 배제하고 시정함에 있어서 적합하고 필요한 조치라면 법이 규정하는 '기타 범위반 상태를 시정하기 위하여 필요한 조치'에 해당할 것이므로 그것이 어떠한 유형이든 간에 기본적으로 금지되어 있지 않다. 즉, 시정조치의 유형에 관하여 법적인 제한은 존재하지 않는다. 이러한 점이 시정조치의 외연을 확대시키고 그와 동시에 시정조치의 본래의 의미도 다소 변질시키고 있는 것이 아닐까 하는 것이다. 그러나 본문에서 지적한 바와 같이 시정조치의 유형에 관하여 법상 명문의 제한이 존재하지 않는다고 하여도 비례의 원칙이나 평등의 원칙과 같은 행정법의 일반원칙에 따른 제한마저도 존재하지 않는 것은 아니다. 이 경우에 이들 일반원칙에 반하는 시정조치는 더 이상 시정조치의 성격을 지니지 못하고 제재나 처벌에 가까운 것으로 전략해 버릴 가능성이 높다. 즉 시정조치의 외관을 가지고 있어도 그 실질은 제재나 처벌에 해당하는 것이 있을 수 있다고 생각된다. 이 경우에 시정조치의 법적 의미는 그것이 내포하고 있는 실질적인 성격에 따라 판단해야 하고 시정조치라고 하는 형식적인 외관에 의하여 평가될 것은 아니라고 본다.

시정조치이든 처벌이든 그것이 상대방이 의도하지 않는 것을 강제하고 있다는 점에서는 큰 차이를 인정할 수 없을 것이다. 그 구별은 상대방에 대하여 응분의 제재를 가하고자 하는 것이 주된 목적인지 아니면 위반상태를 배제하는 것이 주된 목적인지에 의하여 기본적으로 판가름되어야 할 것이다. 