

규제연구 제11권 제1호 2002

공정거래위원회의 재량통제

이 봉 의

(경북대학교 법과대학 교수)

공정거래법은 시정조치, 과징금부과 등에 있어서 공정위에 폭넓은 재량을 인정하고 있으며, 공정위가 빈번하게 원용하고 있는 경제이론이나 동법상의 불확정개념으로 인하여 전통적인 행정법상의 재량통제에는 일정한 한계가 있다. 더구나 공정위가 사법기능에 국한되지 않고 정책기능을 아울러 수행함으로써 공정위의 독립성이나 사법심사에는 새로운 접근이 요구된다. 공정위의 재량을 적절히 통제하는 것은 사업자의 권리보호뿐만 아니라 경쟁촉진이라는 동법의 목적실현에 불가결한 요소이므로, 향후 이에 관한 지속적인 논의가 필요하다.

핵심용어 : 재량의 남용, 경제이론, 불확정개념, 직권규제주의, 사법심사

I. 문제제기

공정거래위원회(이하 '공정위'라 한다)의 재량은 우선 전통적인 행정법의 관점에서 행정청의 처분결정에 대한 법원의 사법적 통제와 관련하여 문제된다. 여기서 대전제는 법치주의 하에서 법률상의 구속으로부터 자유로운 행정행위는 존재할 수 없다는 점이다. 현행 독점규제및공정거래에관한법률(이하 '공정거래법'이라 한다)에 의하면 공정위의 처분이나 이의신청에 대한 재결에 대한 사법심사는 서울고등법원의 전속관할로 되어 있고(법 제55조), 이때 서울고등법원은 공정위가 내린 처분결정의 적법성을 심사하는 데 국한되지 않고, 나아가 공정위의 고유한 재량이나 구체적인 사실관계에 대한 판단에 대해서도 그 정당성 여부를 심사할 수 있다. 서울고등법원의 판결에 대하여 사업자가 대법원에 상고할 수 있음은 물론이다.¹⁾

그런데 문제는 공정위가 시정명령, 과징금부과 및 고발을 포함한 다양한 처분을 내림에 있어서 후술하는 여러 가지 요인에 의하여 공정거래법의 해석과 운용은 거의 전적으로 공정위의 재량판단에 맡겨져 있고, 사업자의 불복을 통한 법원의 사후심사에서도 공정위의 재량문제는 제대로 다루어지지 않고 있다는 점이다. 비교적 최근에 와서야, 특히 공정위가 시정조치와 함께 상당한 액수의 과징금을 적극적으로 부과하기 시작하면서부터 그 처분에 대하여 행정소송을 제기하는 사례가 증가하는 추세에 있으나,²⁾ 법원에서도 공정위가 법 적용·운용상 누리고 있는 재량에 대해서는 면밀히 판단하지 않고 있는 것으로 보인다.

그런데 현행법상 공정위의 결정내용에 의문이 제기되는 순간, 종래 우리나라에서 공정거래법 전반에 걸쳐서 나타나는 재량의 소지 및 그에 따른 문제점을 포괄적으로 접근하는 논의는 전혀 찾아볼 수 없다는 사실을 발견하게 된다. 즉 공정위의 재량권이 적절하게 행사되

1) 행정청의 처분이 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다(헌법 제107조 제2항).

2) 1998~2000 행정소송 현황(공정위, 공정거래백서, 2001, 35면 참조).

(건, %)

| 판결선고 연도 | 소송제기 | 승 소 | 패 소 | 일부승소 일부패소 | 기 타 | 소 계 |
|---------|------|----------|----------|--------------|----------|---------|
| 1998 | 31 | 3(27.3) | 3(27.3) | 3(27.3) | 2(18.1) | 11(100) |
| 1999 | 66 | 10(47.6) | 3(14.3) | 3(14.3) | 5(23.8) | 21(100) |
| 2000 | 40 | 10(43.5) | 2(8.7) | 4(17.4) | 7(30.4) | 23(100) |
| 합 계 | 137 | 23(41.8) | 10(18.2) | 8(14.5) | 14(25.5) | 55(100) |

주 1) 확정판결 기준

주 2) () 안은 백분율

지 않을 가능성은 구체적인 범위반사건에서 불합리하거나 그 근거가 불충분한 결정이 내려지는 것을 비롯하여, 이론적으로 정당화될 수 없거나 동법의 목적에 부합하지 않는 결정이 내려지는 것 등을 통해서 현실화된다.³⁾ 그런데 공정위의 재량이 적절히 통제되지 못할 경우 결국 경쟁질서를 보호하기 위한 규제의 정당성에 대한 의문이 제기될 수밖에 없다는 점에서 공정위가 내린 규제의 합목적성을 담보하고, 수범자인 사업자에게는 법적 안정성과 예측가능성을 제고하기 위하여 공정위가 갖는 재량의 원인·성격과 그 한계를 규명하고 재량권의 남용濫用 및 일탈逸脫에 대하여 적절한 통제수단을 모색하는 것은 매우 중요한 의미를 가질 수밖에 없다.

아래에서 공정위의 재량 및 그 한계에 관한 접근은 다분히 법도그마적인 방법에 의지하여 공정위의 폭넓은 재량을 가능하게 하는 공정거래법의 고유한 특성과 종래의 재량통제수단이 갖는 한계를 부각시키는 데 초점을 맞추고자 한다. 따라서 본 연구는 경제법, 특히 공정거래법 분야에서 나타나는 재량문제에 대한 체계적인 문제제기의 성격을 가지며, 바람직한 재량통제수단을 모색하는 구체적인 작업은 추후의 연구과제로 남아 있다는 점에서 다분히 시론적試論的 성격을 갖는다.

K C I

3) Rittner, Konzentrationskontrolle-aber wie?, DB 1970, 669면.

II. 헌법 및 일반행정법상 공정거래위원회의 재량통제

1. 개 관

종래 행정청의 재량은 여러 가지 측면에서, 특히 헌법 및 행정법상의 일반원칙에 의해서 제한을 받는 것으로 이해되고 있다. 그리고 공정거래법에 따라 공정위가 내리는 행정행위라고 해도 재량통제에 관한 한 원칙적으로 이러한 일반원칙을 특별히 제한 또는 수정할 이유는 존재하지 않는다. 이때 공정위의 의결·결정을 거쳐 행하는 사항에는 비록 행정절차법이 적용되지 않으나(행정절차법 제3조 제2항 9호, 령 제2조 6호), 이는 주로 공정위가 처분을 함에 있어서 거쳐야 할 형식적 절차에 한하며, 적법절차를 거친 공정위의 재량처분을 내용적으로 문제삼는 것과는 구별되어야 한다.

우선 이 글에서 다루는 공정위의 재량행위란 공정거래법이 시정조치 등의 요건판단이나 그 내용결정에 있어서 공정위에게 자기판단 내지 평가의 여지를 부여하고 있는 경우에 공정위가 내리는 행정행위로서, 예컨대 공정거래법이 시정조치의 요건에 불확정개념을 사용하거나, 범위반행위에 대한 법률효과로서 다양한 시정조치를 규정함으로써 광범위한 선택의 여지를 부여하고 있는 데 따른 것이다. 그밖에 이론적으로 재량Ermessen과 판단여지 Beurteilungsspielraum를 구별하는 견해가 있는 바, 그에 따르면 재량이란 행정처분의 요건이 충족되는 경우를 전제로 공정위가 처분을 내릴 것인지(결정재량), 내린다면 어떤 내용의 처분을 내릴 것인지(선택재량)에 국한되는 것으로서, 불확정 법개념을 포함하고 있는 금지요건을 판단함에 있어서 법원의 통제가 일정 정도 제한되는 결과 공정위가 누리게 되는 ‘판단의 여지’와는 다르다고 한다. 그러나 종래 판례는 처분요건의 판단에 존재하는 행정청의 고유한, 사법통제가 미치지 않는 영역도 모두 재량으로 보아 이들 양자를 구별하지 않고 있으며,⁴⁾ 이를 구별할 논의의 실익도 없으므로 아래에서는 판례의 입장에 따르기로 한다. 그렇다면 공정위의 재량이란 동법상 금지요건을 판단함에 있어서나 금지요건이 충족되는 경우에 구체적인 처분 등을 결정함에 있어서 공정위가 누리는 판단·결정영역으로 이해할 수 있을 것이다.

2. 공정위 재량의 개 관

공정거래법은 범위반행위가 확인된 후 공정위가 내릴 수 있는 시정조치의 유형과 그 정도에 대해서 범위반행위 중지, 범위반사실의 공표 등 이외에 언제나 “기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다”고 규정하고 있다(법 제5조, 제16조, 제21조 등). 뿐만 아니라 공정위는 경쟁제한적인 기업결합을 제외한 모든 범위반행위에 대하여 법률이 정한 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있고, 기업결합제한을 포함하여 일정한 경우에는 형사처벌을 구하는 고발을 할 수도 있다(법 제6조, 제17조, 제22조 및 제71조 제1항 등). 여기서 공정거래법 위반에 대한 법률효과와 관련하여 공정위에게 부여된 재량은 크게 시정조치를 명할지의 여부, 과징금을 부과할지의 여부 및 형사고발의 여부와 같은 결정재량에 해당하는 경우와, 시정조치의 내용을 선택하거나 과징금의 액수를 산정하는 과정에서 나타나는 선택재량에 해당하는 경우로 나눌 수 있을 것이다.

한편, 선택재량의 문제는 공정위가 범위반행위에 대하여 어떤 시정조치를 내릴 것인지와 관련하여 극명하게 드러난다. 즉 공정거래법은 시정조치의 내용결정에 관하여 공정위에 폭

4) 대법원 1994. 6. 24. 선고 94누1289판결; 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누11287판결.

넓은 재량을 인정하고 있다. 예컨대 동법은 위반행위마다 구체적인 시정조치의 유형을 규정하면서 당해 행위의 중지, 범위반사실의 공표를 공통적으로 규정하고, 위반행위의 특성에 따라 가격의 인하(시장지배적 지위남용), 주식의 처분이나 영업의 양도 등(기업결합 제한), 계약조항의 삭제(불공정거래행위 및 국제계약의 체결제한) 등의 시정조치를 규정하는 한편, 언제나 그 말미에는 ‘기타 시정에 필요한 조치’라는 매우 포괄적인 표현을 사용하고 있기 때문이다. 따라서 공정위는 시정에 필요하다고 판단될 경우 동법에서 열거하고 있는 시정조치 이외에도 그 밖의 조치를 강구하는 데 있어서 상당한 자유를 누리게 된다. 이때의 재량은 미국에서와 같이 시정조치의 내용이 법원에 의해서 결정되는 입법례와 달리⁵⁾ 우리나라에서는 공정위가 직접 시정조치를 내리고, 게다가 특히 동법이 예컨대 단지 당해 행위의 금지처분만을 내릴 수 있는 독일의 연방카르텔청과 달리 시정조치에 관한 한 매우 폭넓은 선택의 여지를 허용하고 있기 때문에 더욱 심각한 문제가 된다.⁶⁾

한편, 공정위는 범위반 여부가 확인된 이후라도 시정조치 또는 과징금 납부명령을 하기 전에 반드시 당사자 또는 이해관계인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(법 제52조 제1항). 이는 공정거래절차상 대표적으로 공정위의 재량이 부인되는 예로서, 의견진술기회를 부여하지 않고 시정조치 등을 내린 경우에는 절차상의 하자를 이유로 한 취소가 가능하다. 그런데 심의절차에서 당사자나 이해관계인이 공정위의 회의에 참석하여 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있고(법 제52조 제2항), 이때 동 조항의 해석론으로서 당사자 등의 절차참가권을 인정한 것인지, 아니면 이 경우에도 공정위가 재량으로 당사자 등의 절차참가 여부를 결정할 수 있는지가 문제된다. 진자의 견해를 따르더라도 이 문제는 특히 이해관계인의 범위를 어떻게 파악할 것인지와 관련하여 결국은 공정위의 재량으로 처리될 가능성이 매우 높다는 점에 유의할 필요가 있다. 그밖에 공정위는 범위반행위로 인정되는 경우에도 당해 행위의 중지 등을 명하는 시정조치 내지 과징금부과를 명할지의 여부에 대하여 결정재량권을 갖는다(절차규칙 제52조, 제53조).⁷⁾

이어서 공정위는 과징금의 부과여부뿐만 아니라 부과시에도 구체적인 액수산정에 대해서 폭넓은 재량을 누리고 있다. 우선 공정거래법상 과징금부과의 요건으로는 단지 범위반행위가 있다는 사실만으로 족할 뿐 다툼의 여지가 있는 법해석의 문제로서 범위반사업자의 고의·과실을 요하지 않을 뿐만 아니라, 행정제재벌이라는 성격상 법원이 과징금부과과정에 전혀 관여하지 못하고, 과징금 부과근거를 규정하면서도 그 부과기준으로는 대체로 매출액의 몇 % 이내라고만 규정하고 있고(경제력집중의 억제를 위한 금지를 위반한 경우에는 범위반에 해당되는 주식의 취득가액, 채무보증액 등의 10% 범위 이내임; 법 제17조 참조), 그 범위 내에서 범위반행위의 정도, 범위반 횟수, 범위반으로 취득한 이익의 규모 등을 고려하도록 함으로써 일종의 양형기준量刑基準을 제시하고 있을 뿐이다(법 제55조의3 제1항 각호

5) 따라서 미국과 같이 이른바 ‘사법심사주의’를 취하는 나라에서는 경쟁당국의 재량문제가 심각하게 제기될 여지가 없다.

6) 참고로 독일 경쟁제한방지법 제32조는 동법 위반행위에 대하여 연방카르텔청은 ‘금지처분’만을 내릴 수 있게 되어 있고, 따라서 가격남용의 경우에 일정한 상한선만을 정해주거나 거래거절의 경우 공급을 명하는 등의 경우를 제외하고는 원칙적으로 특정한 행위를 적극적으로 명하는 처분을 내릴 수 없고, 그 만큼 연방카르텔청이 시정조치를 내림에 있어서 재량을 제한하고 있다.

7) 독일에서는 연방카르텔청이 금지처분을 내릴지의 여부와 관련하여 누리는 재량을 형사소송에서의 ‘기소편의주의’(Opportunitätsprinzip)에 해당하는 것으로 설명하고 있으며, 우리나라와 마찬가지로 제3자가 연방카르텔청에 대하여 금지처분을 구하는 청구권은 인정되지 않는다. Emmerich, Kartellrecht(2001), 366면; Klusmann, in : Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts(1999), 1644면 이하 참조.

.8) 이러한 태도는 과징금의 성격이 부당이득환수에 그치지 않고, 일응 범위반행위의 제재를 통하여 장래의 범위반을 억지하고 이를 통하여 궁극적으로 시장에서 유효경쟁을 보호하는 데에 있다는 점에서, 공정위에게 동법의 목적 실현에 필요하다고 판단되는 수준으로 과징금액수를 탄력적으로 정할 수 있는 장점이 있는 반면, 일단 재량에 따라 과징금이 결정된 이후에는 그 부당성을 다투기가 사실상 지극히 어렵다는 문제점을 안고 있다. 참고로, 독일 경쟁제한방지법상 일정한 범위반행위에 대해서 금지처분을 내리는 것은 연방카르텔청의 기속재량에 속하고,⁹⁾ 미국 독점금지법의 경우에는 벌금을 포함한 형사벌 및 금지처분의 여부 및 그 내용은 법원의 판단에 맡겨져 있고, 법무부 독점금지국獨占禁止局이나 연방거래위원회(FTC)는 원칙적으로 금지처분을 내릴 수 없게 되어 있다는 점에서 우리나라와 다분히 차이가 있다.

3. 과잉금지 및 비례의 원칙

그런데 이처럼 공정위가 시정조치의 유형 및 내용을 선택함에 있어서 누리고 있는 재량은 크게 행정법의 일반원칙과 위반된 공정거래법 관련조항의 목적에 의하여 제한을 받게 된다. 시정조치란 그 상대방인 사업자에게는 권리의 제한을 비롯하여 작위·부작위의무 등 갖가지 불이익을 가하는 처분이고 특히 다른 행정처분에 비하여 그 내용이 추상적인 경우가 많기 때문에,¹⁰⁾ 여기서 원칙적으로 행정법상 불이익처분에 관한 일반원칙, 예컨대 보충성의 원칙이나 비례의 원칙 등이 원용될 수 있다. 그에 따르면 공정위가 취하는 시정조치 등은 동법의 목적을 실현하는 데 필요한 최소한도의 범위 안에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 보장되어야 하는 것이다(행정규제기본법 제5조 제3항 참조).

구체적인 사례에서 이들 원칙은 공정위가 시정조치의 유형을 정하거나 과징금의 액수를 산정함에 있어서 그 목적과의 비례관계를 고려해야 한다는 것을 의미하며, 이 과정에서 공정위에 일정한 정도의 재량이 인정된다고 하더라도 그것은 단지 공정위의 편의를 위한 것이 아니라 동법의 전문적이고 탄력적인 적용을 통하여 법집행의 효율성을 제고하는 데에 있음을 간과해서는 안된다.¹¹⁾ 그리고 전술한 공정위의 과징금부과기준은 행정절차법 제20조 소정의 처분기준으로서, 과징금산정에 있어서 공정위가 준수하여야 할 ‘재량기준’으로서의 성격을 갖는다. 그러나 이때 공정위의 재량의 위법성은 문제의 과징금부과행위가 형식적으로 이러한 처분기준에 따른 것인지의 여부가 아니라, 법규정 및 동 규정의 취지에 적합한 것인지의 여부에 따라 좌우된다.¹²⁾ 그밖에 과징금부과와 관련하여 판례¹³⁾는 일단 범위반

8) 과징금 액수산정에 있어서 공정위의 재량은 주로 가중감경의 방법으로 행사되고 있다(과징금부과세부기준등에관한고시, 공정위 고시 제2001-06호 III 참조).

9) 독일 경쟁제한방지법상 과징금에 유사한 벌금(Bußgeld)을 부과할 수 있는 행위는 범위반행위 중에서도 일부에 국한되어 있으며, 사업자의 고의나 과실 등 귀책사유를 요한다는 점에서 벌금절차에서도 법해석의 문제가 등장하며(동법 제81조 제1항), 연방카르텔청으로서 금지절차나 벌금절차 중에서 어느 하나를 선택할 수 있으나 일단 벌금절차가 개시되는 경우에 벌금의 부과여부는 기속재량에 속한다는 점에서 공정위에 비하여 재량의 범위가 제한적이다(질서위반법 제47조 제1항).

10) 황보운, 공정위의 사전처리절차, 공정거래법강의 II(2000), 577~578면.

11) Köhler, Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung im Kartellrecht, NJW 1971, 1538면 참조.

12) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97누12952 판결.

13) 서울고법 1999. 4. 28. 선고 98누10686; 98누11214(병합). 부당한 공동행위가 문제된 본 사건에서 법원은 공정위가 각 제품에 대하여 동일한 가격이 형성된 시점 및 그에 따른 품목별 가격과 매출액규모를 고려하지

행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지, 과징금을 부과기로 한다면 그 금액은 얼마로 할 것인지에 대하여 공정위에 재량권이 부여되어 있기는 하나, 공정위는 제반 사정을 고려하여 비례·형평의 원칙에 적합하게 과징금을 부과하여야 하고, 그것이 재량의 범위를 일탈하는 경우에는 과징금부과처분의 ‘진부’를 취소할 수밖에 없다고 한다.

이어서 공정위의 재량결정에 대한 사법심사에서 중요한 의미를 갖는 재량통제기준으로는 ‘목적적합성(目的適合性)’을 들 수 있다(이른바 Zweckmäßigkeitsskontrolle).¹⁴⁾ 공정거래법은 후술하는 여러 불확정개념에 대한 공정위의 해석에 대하여 법원의 사후심사를 보장하고 있으며, 이때 법원은 법적으로 가능한 복수의 재량행사 가능성 중에서 어느 것이 동법의 목적, 즉 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진에 가장 부합할 것인지를 고려하지 않으면 안되는 것이다. 시정조치란 공정거래법의 목적을 실현하기 위한 수단으로서 문제된 범위위반행위의 경쟁제한효과를 제거하기에 적합한 것이어야 하기 때문이다. 이와 관련하여 먼저 공정거래법상 ‘구조규제’와 ‘행위규제’의 목적을 구분하지 않으면 안된다. 이를테면 기업결합규제는 유효경쟁이 기능할 수 있는 시장구조를 보호하기 위한 것인 반면, 불공정거래행위의 금지는 ‘성과에 의하지 아니한 방법으로 경쟁하는 것’을 문제삼는 것이다. 따라서 후자의 경우에는 원칙적으로 당해 행위의 중지로 범목적 달성을 할 수 있는 반면, 전자의 경우에는 시장구조를 다시 경쟁적으로 환원할 수 있는, 그러한 목적에 적합한 내용의 시정조치가 내려지지 않으면 안된다.

이와 관련하여 선택재량의 적법성 여부가 더욱 까다로워지는 것은 바로 경쟁제한적인 기업결합에 대한 시정조치로서, 예컨대 공정위가 경쟁제한적인 기업결합에 대하여 구조규제의 취지에 맞지 않는, 이른바 폐해규제주의에나 적합한 시정조치를 내리는 경우에도 선택재량의 남용이 문제될 수 있는지의 여부이다. 공정위는 동법이 시행된 이후 지난 2002년 4월말 현재 경쟁제한적인 기업결합에 대하여 모두 13건의 시정조치를 내렸는데, 특히 IMF 이후에 내려진 시정조치의 대부분은 가격인상률, 매출액 또는 시장점유율을 제한하는 내용으로서 시장구조의 개선과는 무관한 것이었다.¹⁵⁾ 예컨대 지난 2000년 5월에 문제되었던 SK텔레콤의 신세기통신에 대한 주식취득의 건¹⁶⁾에서 공정위는 문제의 기업결합으로 경쟁이 실질적으로 제한되고, 효율성 증대효과 등 예외요건이 충족되지 않는다고 판단하였음에도 불구하고, 시정조치로는 주식처분명령이 아니라 사실상 취득을 허용한다는 전제에서 이들 양사의 점유율을 향후 1년 이내에 50% 미만으로 낮추라는 명령을 내렸다. 그 결과 비록 2001년 6월말 현재 이들 회사의 점유율이 50%에 못미침으로써 시정조치를 이행하였다고는 하나, 2002년 1월 1일 양사의 완전합병이 이루어지고 최근 시장점유율이 다시 50%를 상회하고 있음을 감안할 때 결국은 당해 기업결합을 허용한 것과 다름없게 되었다는 점에서 과연 동 시정조치가 기업결합규제의 본래 목적에 부합하는 것이었는지는 의문이다.¹⁷⁾ 어떤 기업결합이 경쟁제한적인 경우에 이를 시정하는 방법은 그러한

않았음을 이유로 비례원칙에 반하는 재량권남용에 해당된다고 보았다. 그밖에 최근 판례로는 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결 참조.

- 14) ‘목적적합성’에 기초한 재량통제는 독일 경쟁제한방지법 제71조 제5항 1문에서도 명시적으로 규정하고 있다. 자세한 내용은 Werner, 앞의 글, 1582면 이하 참조.
- 15) 델피니엄 엔터프라이즈의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정위 의결 제98-269호, 1998. 11. 20); 현대자동차(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정위 의결 제99-43호, 1999. 4. 7); (주)호텔롯데 등 5개사의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정위 의결 제2000-70호, 2000. 4. 26) 등 참조.
- 16) 공정위 의결 제2000-76호(2000. 5. 16) 참조.
- 17) 그 결과 공정위의 시정조치 중에서 이른바 ‘조건부 승인’이 내려졌다는 오해가 발생하게 되었다. 그러나 현행 법상 경쟁제한적인 기업결합에 대해서는 금지 또는 예외적 허용이 가능할 뿐, ‘조건부 승인’제도란 존재하지

결합관계를 해소하는 것이며, 이는 원칙적으로 당사회사간의 지배관계를 제거하는 방법으로 실현될 수 있는 것이다. 이 방법이 구조규제라는 기업결합제한의 본질에도 가장 부합하는 것임은 물론이다.

그밖에 예컨대 甲이 경쟁사업자인 乙의 주식을 51% 취득함으로써 의결권행사만을 통해서도 乙을 지배할 수 있고, 甲과 乙의 결합이 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한할 우려가 있는 경우에, 공정위는 위의 51% 주식을 ‘전부’ 처분하라는 명령을 내릴 수도 있고, 그 중 일부 주식의 처분만을 명할 수도 있으며, 이 중 어느 조치를 선택할 것인지는 법문法文상 어디까지나 공정위의 재량에 맡겨져 있다. 그러나 만약 乙의 주식분산도를 고려할 때 그 중 21%만을 남기고 나머지 30%의 주식만을 처분하더라도 甲과 乙간의 지배관계가 형성되지 않고, 따라서 21%의 주식취득만으로는 경쟁제한적인 기업결합으로서 문제되지 않는다면 과연 이 경우에도 주식의 전부처분을 내리는 것이 재량권의 적절한 행사로 볼 수 있는지가 문제된다.¹⁸⁾ 그리고 이 같은 선택재량의 행사에 있어서 과잉금지나 비례의 원칙이라는 잣대를 적용하게 되면 위의 예들에서 공정위가 기업결합 자체는 그대로 방치한 상태에서 가격인상이나 시장점유율만을 제한하거나 불필요하게 주식전부처분을 명하는 것은 다분히 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다고 판단될 소지가 있는 것이다.

4. 재량수축이론 및 신뢰보호의 원칙

공정위는 신고에 의해서 사건을 인지하는 경우가 대부분이지만, 직권조사의 원칙에 따라 조사절차의 개시여부를 기속재량에 따라 결정하게 된다. 따라서 공정위는 범위반의 혐의가 있다고 인정할 때에는 원칙적으로 필요한 조사를 개시하지 않으면 안된다. 이와 관련하여 판례¹⁹⁾는 신고는 공정위의 범위반사실에 대한 직권발동을 촉구하는 단서의 제공에 불과한 것으로서 그로부터 신고인이 일정한 조치를 청구할 수 있는 구체적인 청구권을 갖게 되는 것은 아니라고 보고 있으나, 동 판결은 신고인의 법적 지위에 관하여 언급하고 있는 것으로서, 범위반행위의 혐의가 있는 경우에도 공정위가 아무런 조사를 하지 않을 수 있다는 의미로 해석할 수는 없다.

한편, 공정거래법 위반행위에 관하여 민사소송이 제기되고, 그 청구내용이 공정위의 범위반사건 조사절차의 경우와 중첩되는 경우에 공정위로서는 절차의 개시 및 시정조치 등을 보류할 수 있는지는 의문이다. 공정위는 사인의 이익을 관철하기 위하여 조사를 개시해서는 안되며, 이미 민사소송이 제기된 경우에 공정위의 개입은 언제나 보충적인 성격을 갖는데 그쳐야 한다고 볼 수도 있다.²⁰⁾ 그러나 어떤 사업자가 민사소송 등의 방법으로 범위반에 따른 피해를 스스로 방어할 수 있는 경우라고 해서 공정위가 언제나 조사절차의 개시를 거절할 수 있는지는 의문이다. 왜냐하면 공정위의 일차적인 임무는 특정 피해자를 보호하

않는다.

18) 동양화학공업(주)의 주식취득에 관한 건(공정위 의결 제82-1호, 1982. 1. 13). 이 사례에서 공정위는 동양화학공업(주)가 한국과산화공업(주)의 주식을 50% 취득한 행위에 대하여 당해 주식 전부의 처분을 명하였다.

19) 대법원 1989. 5. 9. 선고 88누4515 판결. 이 사건은 ‘하도급거래공정화에 관한 법률’ 제22조 제1항에서 규정하고 있는 ‘신고’에 관한 것이나, 마찬가지로 신고를 절차개시의 요건으로 삼지 않고 있는 공정거래법의 경우에도 원용할 수 있을 것이다. 권오승, 경제법(2002), 414면 이하.

20) 이미 민사소송이 제기된 경우에 한하여 조사를 하지 않을 수도 있다는 견해로는 Werner, in : Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts(1999), 1506면; WuW/E BGH 2058, 2059 “Internord”; KG WuW/E OLG 1813, 1815 “Medizinischer Badebetrieb” 참조.

는 것이 아니라 객관적인 경쟁질서의 보호에 있기 때문이다. 다만, 공정거래법이 금지하는 행위 중에는 다른 (중소)사업자나 소비자의 이익을 보호하기 위한 것이 있고, 이러한 경우에 한하여 당해 피해자가 민사소송을 제기한 때에 공정위로서는 법원과의 판단충돌을 피한다는 의미에서 조사절차 등을 중지할 필요가 있을 것이다.

한편, 다른 방법으로는 피할 수 없는 중대한 손해의 우려가 있고, 법률상 또는 사실상의 이유로 민사소송을 제기할 수 없는 경우에 공정위의 조사절차개시에 이해관계를 가진 자는 '재량의 영췁으로의 수췁'에 따라 예외적으로 공정위에 조사를 청구할 권리가 인정될 수 있을지도 의문이다. 그런데 공정거래법상 사인私人은 공정거래법 위반을 이유로 법원에 금지청구를 할 수 없고,²¹⁾ 민법 제750조(불법행위)의 손해배상청구와는 상관없이 공정거래법 위반을 이유로 무과실의 손해배상청구를 하기 위해서도 공정위의 시정조치가 확정되어야 한다(법 제57조 제1항)는 점에서, 경우에 따라서는 공정위의 재량이 부인되고 그 결과 조사에 착수할 의무를 인정할 수도 있을 것이다.

그밖에 '법적인 구속으로부터의 자유'라는 의미에서 공정위의 폭넓은 재량이 인정된다고 해서 공정위가 무제한의 자유를 누리는 것은 아니며, 경우에 따라서는 일정한 시정조치를 내려야 할 의무를 부담하는 경우도 생각할 수 있다. 종래 행정법상 재량권을 행사할 수 있는 방법이 단 한 가지밖에 없고, 다른 방법으로 재량권을 행사하는 것 자체가 바로 하자 있는 재량권행사로 간주될 수 있는 상황이 존재하며, 바로 이러한 경우에는 무하자재량행사 청구권無瑕疵裁量行使請求權 내지 행정개입청구권을 인정할 수 있다고 한다.²²⁾ 여기서 예컨대 공정거래법상 "기타 시정에 필요한 조치를 내릴 수 있다"고 규정된 경우에도 언제나 공정위가 시정조치를 내릴지의 여부에 관하여 전적으로 재량권을 갖는 것은 아니어서, 공정위가 범위반의 정도가 명백하고 중대한 행위사실을 확인하고도 아무런 시정조치를 내리지 않는 것은 동법상 경쟁을 보호해야 할 책무를 스스로 외면하는 것으로서, 하자 있는 재량권의 불행사에 해당될 소지가 있다.

끝으로 공정위는 신뢰보호의 원칙에 따라서 그의 재량이 일정 정도 제한될 수 있다. 행정규제는 법률에 근거하여야 하고, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정하는 것이 원칙이나(법치행정의 원리; 규제법정주의), 공정거래법과 같이 법령이 전문적인 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 경우에는 구체적으로 범위를 정하여 위임한 한도에서 고시 등으로 정할 수도 있다(행정규제기본법 제4조). 그에 따라 공정위는 법률이 위임한 범위 안에서 시행령이나 고시 등을 통하여 재량권행사의 기준을 명확하게 제시하게 되는데, 그간 이들 시행령이나 고시 등이 지나치게 자주 변경됨으로써 전술한 재량권행사의 기준으로서 제 기능을 다하고 있는지가 다소 의심스럽다.²³⁾ 공정위가 처분이 비록 선례에 구속되지는 않지만, 장기간에 걸친 심결의 축적으로 형성될 수 있는 신뢰가 고시 등의 빈번한 개정으로 전혀 기대할 수 없게 되기 때문이다. 이는 곧 재량기준의 빈번한 변경을 의미하는 바, 결국 법적 안정성을 저해하고 일반행정법상 요구되는 신뢰보호의 원칙에도 반하게 된다.

21) 입법론으로서 사인의 금지청구를 허용하지는 견해로는 장승화, 독점금지법상 금지청구와 손해배상청구, 인권과 정의, 2001. 7, 51면 이하 참조.

22) 김철용, 행정법 I(2001), 166면; Köhler, 앞의 글, 1537면 이하.

23) 시행령의 경우 1981년 4월에 처음 제정된 이후 지난 2002년 3월 30일자 개정예에 이르기까지 크고 작게 모두 13차례에 걸쳐 개정되었다.

5. 헌법상의 권리보호와 공정거래위원회의 재량

그밖에 공정위가 공정거래법상 부여된 규제권한을 행사함에 있어서 고려하여야 할 것은 첫째로 헌법상 보장되는 재산권보장 및 영업의 자유를 본질적으로 침해해서는 안된다는 점이며, 둘째로 시장에서의 경쟁을 보호하기 위하여 사업자의 사적자치의自治를 제한하는 경우에도 그러한 규제결정에 대해서는 법원에 의한 사후심사가 철저히 보장되지 않으면 안된다는 점이다.

전자와 관련해서는 무엇보다 공정거래법상의 규제는 사적자치에 대한 고권적 개입을 내용으로 하는 반면, 사적자치에 대한 개입의 목적은 어디까지나 사적자치의 기능적 전제조건인 ‘경쟁’을 보호하는 데에 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서 공정위의 처분이 외관상 사적자치를 제한하는 모습을 띠는 경우에도 그것은 경쟁과 이를 가능하게 하는 사적자치를 실질적으로 보호하기 위한 수단적 성격을 가지기 때문에, 공정거래법이 허용하고 있는 공정위의 재량권행사라도 그것이 사적자치의 본질을 침해해서는 안된다. 이를 위해서는 공정위의 법 적용이 합리적인 기준에 의해서 투명하게 이루어질 것이 요구되며, 다분히 재량에 맡겨진 부분에 대해서도 스스로 법 적용의 일관성과 예측가능성을 담보하기 위한 수단을 마련하여야 한다.

후자와 관련해서는 공정위가 처분결정을 내리는 경우에 비록 그것이 재량판단에 좌우되는 부분이라도 그 근거와 이유를 명확하게 공개하여야 한다는 점을 지적할 수 있다(행정절차법 제23조 참조). 왜냐하면 법원이 공정위의 사실인정 및 법 적용상의 위법 내지 재량남용 여부를 판단하기 위해서는 공정위가 처분을 내림에 있어서 판단의 기준으로 삼은 것이 무엇인지가 밝혀지지 않으면 안되고, 공정위가 그 처분의 근거를 명확하게 제시하지 않는 것 자체를 재량권의 남용으로 보지 않는 한 공정위가 내린 불이익처분의 정당성을 심사하는 법원으로서 불가피하게 공정위의 판단에 따를 수밖에 없을 것이기 때문이다.

이 문제는 실무상 공정위가 금지처분을 내리는 과정에서 경쟁제한성과 기타 국민경제상의 긍정적인 효과를 비교·형량하여야 하는 경우에 전형적으로 나타난다. 예컨대, 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합이라도 그것이 효율성 증대효과를 수반하는 경우에 공정위는 당해 기업결합을 예외적으로 허용할 수 있는데, 이때 예외사유를 주장·입증할 책임은 당해 사업자가 부담하게 되어 있다(법 제7조 제2항). 그런데 종래 공정위는 사업자가 어떤 예외사유를 어떻게 주장하였는지, 그리고 어떤 이유로 예외인정을 할 수 없는지에 대하여 구체적인 근거를 제시하지 않고 있는 경우가 적지 않은데, 결과적으로 예외가 인정되지 않을 경우에 이를 다투고자 하는 사업자로서는 자신이 계획한 기업결합을 공정위가 금지하였다는 사실 자체를 다투는 이외에 공정위의 판단결정 중 어떤 부분이 문제되는지를 구체적으로 문제삼을 수 없고, 따라서 법원에서도 공정위의 법해석에 중대한 결함이 없는 한 재량판단의 당부에 대해서 제대로 통제할 수 없게 되는 것이다. 요컨대 불확정개념을 이용한 원칙·예외규정 및 그 근거를 명시하지 않은 금지처분은 헌법상의 권리보호에 충분히 부합하기 어렵다.

6. 소 결

앞에서는 주로 공정위의 처분 등에서 나타나는 결정재량 및 선택재량에 대해서 살펴보았으며, 그것이 재량권의 일탈·남용에 해당되는 경우에는 위법한 것으로서 허용되지 않는다. 종래 행정청의 재량통제이론은 행정법 분야의 전통적인 관심사였으나, 경제현상을 다루는 경제법의 특성, 특히

경제상황의 변화에 신속하게 대응할 필요가 있다는 명분하에 법제정 및 운용과정에서 폭넓은 탄력성이 부여될 수밖에 없는 사정이 제대로 반영되지 못하고 있다는 점에서 그 한계를 찾을 수 있다. 이 문제는 주로 공정거래법상 금지요건이 사용하고 있는 불확정개념의 해석과 공정위의 운영·조직원리에서 비롯되며, 여기서 법원의 재량통제는 후술하는 바와 같이 일정한 한계에 봉착하게 된다.

Ⅲ. 공정거래위원회의 재량이 갖는 특성

1. 공정거래위원회의 재량통제와 경쟁보호

“재량은 행정당국에게 자유를 부여한다.”²⁴⁾ Forsthoff의 행정법에서 비롯된 이러한 고전적인 명제는 경제법, 특히 공정거래법상 공정위가 누리는 재량에 대해서 여전히 유효한가? 종래에는 행정청의 재량권행사에 대한 사법심사의 범위를 어떻게 확대할 것인지에 관심이 모아졌으며, 현행 행정소송법 제27조는 결정재량과 선택재량, 기속재량과 자유재량을 묻지 않고 모든 재량처분을 취소소송의 대상으로 삼고 있다는 점에서 법원의 사법적 통제로부터 자유로운 공정위의 재량이란 존재할 여지가 없게 되어 있다. 그런데 공정위가 누리는 재량은 후술하는 경제법의 제반 특성상 사법통제에 일정한 한계가 있는 것으로 보이며, 개별 경제규제법의 영역에서 통상 행정청에게 부여된 재량과 관련해서 재량의 한계, 즉 재량권의 일탈·남용여부에 대해서는 독일에서는 물론이고 우리나라에서도 아직까지 명확한 기준을 찾지 못하고 있을 뿐만 아니라,²⁵⁾ 국내에서는 거의 논의조차 없는 형편이다.

그런데 공정거래법은 공정위에 폭넓은 판단의 여지 내지 재량을 인정하고 있는 반면, 그 한계를 적절히 정하지 못하고 있다. 공정위가 적용하고 있는 법원칙의 불명확성을 포함하여 수많은 불확정개념을 내포하고 있는 동법의 규정들은 재량통제를 어렵게 하는 원인이기도 하다. 여기서 비롯되는 문제는 공정위에 부여된 폭넓은 재량은 경제법의 특성상 법적용의 탄력성 및 구체적 타당성을 담보하기 위한 것이기는 하지만, 다른 한편으로 재량이 제대로 행사되지 못할 경우에는 오히려 그로 인하여 공정거래법의 목적인 자유롭고 공정한 경쟁의 촉진 내지 시장원리의 효과적인 작동이 제대로 실현되기 어려워질 수 있다는 데에 있다. 공정거래법이 시장에 참여하고 있는 모든 사업자들이 준수하여야 할 룰rule이라면 그러한 룰은 단지 이를 위반한 사업자에 대한 사후적 제재에 그쳐서는 안되며, 사업자들이 사전에 그 룰을 위반하지 않도록 하는 예방적 기능을 담당하게 된다.

그 결과 만약 그 룰이 다수의 불확정개념에 의해서 그 내용을 정확하게 파악하기 어렵고, 그 룰을 적용하는 기관이 그 재량을 적절히 행사하지 않음으로써 시장참가자들이 당해 룰이 어떻게 적용될 것인지를 미리 예측할 수 없다면 그 룰은 경쟁제한행위를 막는 일반예방적 기능을 제대로 수행할 수 없을 뿐만 아니라, 오히려 사업자들간의 공정한 경쟁여건을 위태롭게 할 수 있는 것이다. 즉 공정위의 재량이 자칫 법적 안정성과 예측가능성을 저해하는 경우에는 공정거래법이 사업자의 자유로운 활동을 보장하는 “마그나 카르타magna

24) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Aufl.(1988), 77면.

25) Ossenbühl, Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff(1970), 84면 이하; Rupp, Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 1969, 1273면 이하.

charta”로서의 의미를 가지기보다는 오히려 그 반대로 자유·공정을 기초로 한 경쟁을 저해하는 또 하나의 장애가 될 수도 있다.²⁶⁾ 공정거래법이 직권규제주의職權規制主義를 취하고 있는 취지 역시 법률상 위법성이 추정되지 않는 한 원칙적으로 경쟁제한성을 입증할 책임을 공정위가 부담하도록 함으로써 경쟁법을 통한 경쟁제한의 위험을 막고 경제활동의 자유를 최대한 보장하기 위한 것으로 이해할 수 있고, 이러한 맥락에서 공정위의 재량통제는 헌법이 보장하는 사법질서 내지 경제질서의 기본인 자유시장경제의 기본적인 틀을 유지하는 데 반드시 필요하게 된다.

아래에서는 공정거래법 그 자체가 갖는 특성으로부터 재량의 원인을 살펴보고, 그로부터 전통적인 재량통제방식, 즉 재량에 대한 사법심사의 난점 내지 그 한계를 밝히고, 나아가 향후 공정위의 재량을 적절히 통제함에 있어서 몇 가지 고려할 점을 살펴보기로 한다.²⁷⁾

2. 경제이론과 구성요건의 해석

경제법의 다른 영역에서와 마찬가지로 공정거래법에서는 경제이론 그리고 여기서 유래한 많은 개념들이 사용되고 있으며, 동법상 명시적인 근거가 전혀 없는 경우에도 공정위는 법위반여부를 심사하는 과정에서 다양한 경제이론의 틀tool을 이용하기도 한다.²⁸⁾ 물론 공정위가 동법상의 법률효과, 즉 시정조치나 과징금부과의 요건이 되는 사실관계(시장, 경쟁제한성 등)를 확인함에 있어서—암묵적으로나마— 경제이론의 도움을 받는 것은 어느 정도 불가피한 것이기도 하다. 그리고 많은 사람들은 경제학 내지 경제이론은 매우 객관적인 것이어서, 경제이론에 따라서 법적용을 할 경우에 공정위의 재량남용을 상당부분 억지할 수 있다고 믿고 있는 듯하다. 왜냐하면 공정위가 경쟁제한행위를 규제하기 위해서는 어떤 행위가 ‘시장’에서의 ‘경쟁’에 미치는 효과를 분석하지 않으면 안되고, 이때의 시장분석 내지 경쟁분석은 원래 경제학의 영역에 속하는 것이기 때문이다.

그러나 경제이론은 결코 절대불변의 것이 아니다. 미국에서 전개된 독점금지에 관한 경제이론의 변천사에서도 알 수 있듯이 절대불변의 패러다임은 존재하지 않고,²⁹⁾ 수많은 경제이론 중에서 어느 하나가 지배적인 패러다임으로 자리잡는 것은 그 당시의 시장상황과 경제이론의 발전에 좌우되며, 특히 독점금지법의 영역에서 어떤 경제이론을 선택할 것인지는 결국 법관이나 기타 법을 적용하는 사람의 주관적 가치판단에 영향을 받게 마련인 것이다. 그 결과 특정 경제이론을 근거로 삼았다고 해서 공정거래법의 올바른 적용을 담보되는 것은 아니다.³⁰⁾

26) Rittner, Das Kartellgesetz als die magna charta des Unternehmers, in: FS Raisch 1995, 483면 이하. 그밖에 계약과 경쟁질서와의 관계에 대해서는 Rittner, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 1988, 101면 이하 참조.

27) 일반적으로 현대 행정에 있어서 재량의 실체적 통제의 난점에 대해서는 김철용, 앞의 책, 168면 이하 참조.

28) 그 대표적인 예가 바로 기업결합의 경쟁제한성을 판단함에 있어서 공정위가 특별한 법적 근거도 없이 미국에서 개발된 이른바 허핀달-허쉬만지수(Herfindahl-Hirschman Index : HHI)를 명시적으로 참고하는 경우이다(텔피니엄 엔터프라이즈의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정위 의결 제98-269호, 1998. 11. 20); (주)호텔롯데 등 5개사의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정위 의결 제2000-70호, 2000. 4. 26); SK텔레콤의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정위 의결 제2000-76호, 2000. 5. 16) 등 참조). 그러나 미국과 달리 국내시장의 규모가 작고, 그 결과 상당수의 시장에서 독과점이 지배하고 있는 우리나라의 경우 미국식의 HHI를 적어도 그대로 원용하기에는 전혀 적합하지 않은 것으로 보인다.

29) Baker/Blumenthal, Ideological Cycles and Unstable Antitrust Rules, 31 Antitrust Bulletin 323(1986).

여기서 경제학과 경제법에서 나타나는 방법론상의 차이에 유의하지 않으면 안된다.³¹⁾ 경제이론은 그 성질상 경제상의 경험칙으로서 경쟁과 관련된 사실관계를 판단하는 데 기여하고, 나아가 ‘경쟁제한성’을 입증하기 위한 중요한 간접증거로서의 의미를 갖는다.³²⁾ 또한 경제이론은 공정거래법이 적용될 특정한 경제현상을 ‘설명’하기 위한 것으로서, 금지요건이 어떤 형태로든 ‘경쟁’과 관련되어 있는 경우에 경쟁에 대한 법적 개념정의가 존재하지 않는 이상 경쟁제한성 등을 판단함에 있어서 경제이론에 의지하지 않을 수 없는 측면이 있는 것도 사실이다. 이러한 맥락에서 구체적인 시장분석 내지 경쟁과정에 대한 분석결과에 기초한 경제학적인 지식이 경쟁과 관련된 금지요건이나 기타 불확정개념을 해석하는 기준으로 작용하고 있는 모습을 이해할 수 있다. 예컨대 시장지배적 지위남용을 규제함에 있어서 비록 동법 제4조에서 시장점유율을 기준으로 시장지배적 사업자를 추정하고 있고, 공정위가 그밖에 여러 상황을 종합적으로 고려하여 경쟁이 제대로 기능하고 있는 시장과 이미 구조적으로 경쟁이 제한되어 있는 시장을 가리는 과정에서는 경제학에서 경쟁시장, 과점 및 독점시장을 구분하기 위하여 개발된 시장모델을 고려하게 마련인 것이다.

반면, 공정위는 공정거래법을 구체적인 사례에 ‘적용’하는 기관으로서 언제나 법의 목적을 고려하지 않으면 안되며, 여기서 경제이론은 규범적으로 타당한 법해석을 찾아내기 위한 수단적 성격을 가진다는 점을 알 수 있다.³³⁾ 그 결과 예컨대 경제학상의 ‘독과점사업자’와 공정거래법상 ‘시장지배적 사업자’는 반드시 그 범위가 일치하지 않으며, 남용규제를 받는 사업자를 정함에 있어서도 동법의 목적과 규제의 필요성이 고려되지 않으면 안된다. 그밖에 경제이론과 경제법의 차이는 여러 가지 점에서 확인할 수 있는데, 예컨대 경제학은 가격에 대한 수요의 대체탄력성을 통해서 어떤 시장에서 경쟁이 이루어지는 정도를 측정할 수 있는 기준을 제시하여 주지만, 구체적인 사례에서 대체탄력성을 정확하게 산정한다는 것은 거의 불가능하고, 설사 그것이 가능하다 하더라도 과연 어느 정도의 대체탄력성이 존재하면 경쟁이 ‘실질적으로’ 제한되는 정도에 이르게 되는지의 여부에 대해서는 아무런 기준을 제시하지 못한다는 점에서 대체탄력성이론은 공정거래법의 적용에 있어서 결정적인 의미를 갖지 못한다.³⁴⁾ 마찬가지로 이른바 ‘지렛대이론’(leverage theory)은 끼워팔기의 경제적 동기나 효과 등을 일정한 전제하에 설명하기 위한 것으로서, 그것이 공정거래법상 불공정거래행위의 일유형인 끼워팔기를 금지함에 있어서 ‘부당성’을 판단하는 절대적인 기준이 될 수 있는 것은 아니다.³⁵⁾ 이는 특정한 경제현상을 설명하기 위한 모델이 상정하고 있는

30) Brunn, Über falsche Vorstellungen von der Wirtschaft als Ausgangspunkt unrichtiger Anwendung des GWB, in : FS Hartmann(1976), 87면 이하.

31) Börner, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, in : FS Hartmann(1976), 77면, 81면 이하.

32) WuW/E BGH 486, 491 “SPAR”; WuW/E BGH 588, 593 “Fensterglas IV”; WuW/E BGH 704, 711 “SABA”; WuW/E BGH 990, 992 “Melitta”; WuW/E BGH 1045. 1046 “Baupreis”.

33) “목적은 모든 법의 창조자이다”(der Zweck ist der Schöpfer des gesamten Rechts). Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I(1893), 8면. 마찬가지로 Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. II 2(1954), 322면 참조.

34) Börner, 앞의 글, 83면. 다른 한편으로 대체탄력성은 시장획정의 기준이기도 한데, 이때에도 어떤 두 제품이 하나의 관련시장으로 포섭될 수 있는지의 여부는 단순히 대체탄력성이 ‘1’보다 크다는 사실로부터 기계적으로 도출되는 것이 아니라, 그밖에 제품의 특성이나 소비자의 기호 등을 종합적으로 고려한 가치판단을 기초로 하여 공정위가 결정하게 된다.

35) 경제이론이나 이를 토대로 한 미국 독점금지법에서와 달리 공정거래법상 끼워팔기의 행위주체인 사업자는 반드시 독점력이 있어야 하는 것도 아니고, 위법성 판단에 있어서도 주된 상품(tying product)에서의 지배력

제한 조건이 다분히 공정거래법이 적용될 현실의 시장관계와 맞지 않는 데에서 비롯되는 것이기도 하다. 그 결과 경제이론은 경쟁제한 등의 불확정개념을 해석하기 위한 몇 가지 가능한 해석론이 존재하는 경우에, 그 중에서 어느 해석론이 당해 사안을 설명하는 데 보다 적합하고 그 결과 경쟁질서의 보호에 더욱 효과적일 것인지를 판단하는 데에 기여할 수 있을 뿐이다. 이 경우 공정위가 최종적으로 그 중 어떤 경제이론을 택하여 경쟁제한 여부를 판단할 것인지는 공정위의 규범적 가치판단에 좌우되게 마련이고, 이는 결국 재량의 문제로 귀착되는 것이다.³⁶⁾ 지금까지 공정위의 실무를 살펴보다도 경제이론에 기초한 법 적용이 공정위의 재량에 대한 적절한 한계를 정하기보다는 오히려 재량의 여지를 제공하는 측면이 적지 않았던 것으로 보이며, 이 경우에도 어떤 형태로든 재량통제를 위한 기준이 마련되지 않으면 안될 것이다. 이때 일반론으로서 지적하자면, 공정위는 법령이나 재량기준에도 없는 경제이론을 금지요건의 판단에 원용하는 것을 가급한 자제하고, 반드시 필요한 경우에 경제분석을 시도하되 그로부터 도출된 법적용기준을 특별한 사유 없이 변경하지 말아야 할 것이다. 아울러 경제이론에서 비롯된 개념을 법령이나 재량기준에 도입할 때에는 그것이 향후 법개념으로서의 실질을 갖출 수 있도록 세심한 주의를 기울여야 할 것이다.

3. 불확정개념

공정거래법은 사업자가 누리는 사적자치가 경쟁제한의 수단으로 남용되는 것을 규제하고 있다. 그 과정에서 동법이 사용하고 있는 추상적인 개념들은 공정위에 광범위한 규제권을 부여하고 있다. 이들 개념 중에서 일부는 민법이나 상법에서 유래한 것이거나(예컨대 고의 또는 과실, 부당, 계약이나 결의, 무효, 자회사, 영업양수나 합병, 신주인수권, 상호출자 등), 또 일부는 공법에서 온 것도 있다(예컨대 시정조치, 신고 내지 인가, 공공의 이익 등). 그리고 특히 법해석 및 공정위의 재량과 관련하여 어려운 문제를 야기하는 것으로서 사업자나 경쟁 내지 경쟁제한, 시장점유율, 시장지배력이나 진입장벽 등과 같이 경제학에서 비롯된 개념들이나 기업결합, 공동행위, 특수관계인 등과 같이 공정거래법에 고유한 개념들도 적지 않다. 우선 타법에서 유래한 개념 중에서 ‘자회사’나 ‘지주회사’ 등과 같이 공정거래법에 별도의 개념정의가 있는 경우에는 당해 정의에 따르면 족하고,³⁷⁾ 그밖에 동법에 별도의 개념정의가 없는 경우에는 일용 타법에서의 정의를 원용할 수 있을 것이다.³⁸⁾ 그런데 경제학에서 유래된 개념을 보면 경제학에서조차 명확한 정의가 없거나 다투어지고 있는 경우가 많아서, 그것이 공정거래법에서 사용되는 경우에 이를 그대로 수용할 수는 없다.³⁹⁾ 따라서 경제학에서 흔히 사용되는 개념이라도 공정거래법상 금지요건과 관련하여

을 종된 상품(tied product)에 확대하는 측면보다는 거래상대방의 거래처선택의 자유를 침해하는 측면이 강조된다. 권오승, 앞의 책, 327면 이하; 이남기/이승우, 경제법(2001), 253면 이하. 미국법상 기워팔기에 대해서는 Sullivan/Grimes, The Law of Antitrust : An Integrated Handbook(2000), 402면 이하 참조.

36) Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (1931; Neudruck 1966), 32면; “가치의 문제로 소급하는 것 그 자체가 바로 일종의 재량이다”(Rückgriff auf den Wert ist ein Art des Ermessens).

37) 예컨대 상법상 자회사란 다른 회사가 발행주식총수의 50%를 초과하여 주식을 소유하고 있는 회사(동법 제342조의2), 공정거래법상 자회사란 지주회사에 의하여 그 사업내용을 지배받는 회사를 말한다(동법 제2조 1의3호).

38) 타법에서의 정의가 언제나 공정거래법에도 타당한 것은 아니며, 예컨대 ‘불공정’거래행위에서의 ‘불공정성’ 판단은 민법 제104조의 ‘불공정’한 법률행위와 달리 언제나 ‘경쟁관련성’이 고려되지 않으면 안된다.

이를 해석함에 있어서는 동법에 별도의 개념정의가 존재하는 경우에도 공정위의 해석을 통한 구체화과정을 거치지 않을 수 없고,⁴⁰⁾ 그 한도에서 공정위는 마찬가지로 판단재량을 누리게 된다. 예컨대 공정거래법상 ‘사업자’란 ‘제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자’로서 다소 포괄적으로 정의되고 있으나(법 제2조 1호), 동법의 목적인 경쟁촉진을 위하여 그 법적 형태를 묻지 않고 사실상 경쟁에 영향을 미칠 수 있는 자 또는 경제주체로서 거래에 참여하고 있는 자로 해석되고 있다.⁴¹⁾ 그리고 동법상 일정한 거래분야란 ‘거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야’로 정의되어 있으나(법 제2조 8호), 구체적인 사안에서 관련시장의 범위를 획정함에 있어서 경쟁관계의 성립여부 내지 성립가능성을 판단하는 ‘합리적 대체가능성’을 고려함에 있어서는 다분히 공정위의 재량판단에 좌우되지 않을 수 없게 되어 있다. 그밖에 동법이 전혀 정의하지 않고 있는 개념으로서, 예컨대 독과점이나 국제경쟁력과 같은 경우에도 전적으로 공정위의 가치판단에 맡겨져 있다.

이처럼 다수의 불확정개념을 동법에 규정한 것은 무엇보다도 우선 경제법의 특성상 공정위에 그 해석상의 재량을 폭넓게 부여하고, 그 결과 가치판단과 관련된 개념의 해석을 통하여 공정위에 규범형성적 내지 질서형성적 권한을 부여하려는 것이 입법자의 취지라고 볼 수도 있다.⁴²⁾ 다른 한편으로 경쟁과 관련된 금지요건의 경우 그러한 불확정개념을 제외하고는 실제 경제계에서 일어나는 복잡·다양한 경쟁관련성을 종래의 법개념에 포섭시키기가 마땅치 않다는 점도 작용했을 것이다. 그러나 예컨대 효율성 증대효과 등을 이유로 경쟁제한적인 기업결합을 예외적으로 허용하는 경우에, 공정위의 자의적인 판단을 막기 위해서는 예외인정에 있어서 이들 개념을 매우 객관적으로 해석하지 않으면 안된다. 그런데 효율성 분석이란 원래 경제학의 영역에 속하는 것으로서, 공정위가 공정거래법을 해석·적용함에 있어서 경제이론에 따른 효율성이 공정위의 규범적 판단을 위한 직접적인 근거를 제공해줄 수는 없다는 데에 근본적인 문제가 있다. 왜냐하면 경쟁의 가치를 마찬가지로 경제적 효율성의 관점에서 평가할 때에만 – 그것도 수많은 변수에서 비롯되는 불확실성을 유보한 상태에서 – 효율성과 경쟁은 서로 비교가능한 것이며,⁴³⁾ 경쟁이 그 자체로서 ‘자유’라는 규범적 보호가치와 결부되는 한도에서는 계량화를 전제로 한 양자의 비교란 처음부터 불가능하기 때문이다. 뿐만 아니라 예컨대 ‘경쟁제한성’ 판단에는 장래의 시장상황에 대한 예측이 요구되는 바, 그 예측이란 언제나 불확실성을 내포할 수밖에 없고, 예측과정 그 자체에 공정위의 경쟁관념이 불가피하게 개입될 수밖에 없으며, 이 부분에 관한 한 법원의 사법심사

39) 다소 극단적으로 경제학상의 개념이 독점금지법의 적용에 있어서 전혀 의미를 가질 수 없다는 견해로는 Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in : FS Böhm(1975), 199, 213면 이하; Klaue, Die bisherige Rechtsprechung zum GWB, in : Zehn Jahre Bundeskartellamt(1968), 249, 250면 참조.

40) Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht(1999), §5 Rdnr.75; Schmidt, Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht- Bürgerliches Recht(1977), 132면 이하.

41) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카3659 판결.

42) 여기서 경쟁당국이 불확정개념의 해석을 통한 범형성이라는 임무를 제대로 수행하기 위해서는 경제학뿐만 아니라 사회학 일반에 대한 학제적 연구성과를 충분히 고려할 필요가 있다는 주장에 대해서는 Günther, 앞의 글, 132면.

43) 전술한 SK텔레콤의 신세기통신에 대한 주식취득의 건<각주 28>에서 SK측은 동 기업결합에 따른 시너지효과가 향후 10년간 약 17조원에 달한다고 주장하였으나, 공정위는 현시점에서 그 실현여부가 불투명한 부분이 많으므로 전체적인 시너지효과와의 계량화는 어렵다는 이유로 SK측의 효율성 증대효과 주장을 받아들이지 않았다.

는 처음부터 거의 불가능한 것이다.⁴⁴⁾

4. 경쟁정책 및 산업정책의 추구

공정위는 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 행위에 대하여 공정거래법을 해석·적용하는 외에 독과점적 시장구조의 개선을 위한 시책을 수립·시행하거나(법 제3조), 경쟁제한적인 법령 및 행정처분에 관하여 관계행정기관의 장과 협의·조정을 하는 등(법 제63조) 단순히 동법을 해석·적용하는 데에 그치지 않고, 일정한 범위 내에서는 경쟁정책을 형성할 수 있는 권한을 위임받고 있다.⁴⁵⁾ 아울러 공정위는 예컨대 경쟁제한적인 기업결합에 대한 예외판단이나 부당한 공동행위에 대한 인가여부 등 일정한 경우에는 국민경제적 차원에서의 효과, 즉 고용증대나 지방경제발전에 대한 기여, 전·후방 연관산업의 발전에 대한 기여 또는 산업합리화, 산업구조조정, 불황극복 등 경제정책적, 산업정책적 요소를 고려하여 처분결정을 내릴 수 있는 권한도 부여받고 있다(법 제7조 제2항, 제19조 제2항 등). 이는 공정위가 소극적으로 공정하고 자유로운 경쟁의 왜곡을 예방 또는 제거하는 데에 국한하지 않고, 동법의 적용을 통하여 적극적으로 경제(법)질서의 형성에 참가하고 있음을 의미한다.

그런데 공정위가 갖는 이러한 성격은 비단 여기에 국한되는 것이 아니라, 일반조항적 성격을 갖는, 즉 가치판단을 요하는 개념을 금지요건으로 정하고 있는 것 자체가 공정위에게 규범형성적이면서 동시에 법정정책적인 임무를 부여함으로써 더욱 현저히 드러나게 된다. 따라서 공정위가 불확정개념의 내용을 채워나가는 작업을 단순히 ‘법령의 해석’으로만 보기는 어려우며, 오히려 헌법 제119조의 경제질서와 공정거래법 제1조의 경쟁질서를 형성하기 위한 법정정책적 가치판단을 내포한 행위로 이해하여야 한다. 그 결과 공정거래법상 정책판단을 위한 명시적인 근거의 유무와 상관없이 공정위는 동법의 목적이 갖는 다분히 정책적인 요소에 의하여 경쟁정책적, 산업정책적 고려를 하게 되고, 그만큼 공정위의 재량은 폭넓게 인정될 수밖에 없다. 그 결과 공정위의 다분히 법정정책적 성격을 갖는 처분결정에 대하여 법원의 무제한적인 사후심사를 인정하기는 어렵고, 여기서 공정위에 고유한 순수재량의 여지를 발견할 수 있게 된다. 이러한 모습은 특히 경쟁정책과 산업정책이 서로 모순·충돌되는 경우에 이를 어떻게 법해석과정에서 조화시킬 것인지와 관련하여 더욱 두드러지게 나타나며, 여기서 충돌되는 두 정책요소를 어떻게 비교·형량할 것인지 또한 공정위의 재량판단에 맡겨져 있는 것이다.

그렇다면 공정위가 특히 산업정책적인 고려를 통하여 경쟁제한행위를 용인하는 식으로 공정거래법을 운용하는 경우에 그 재량통제가 과연 가능한가? 예컨대 경쟁제한적인 기업결합이라도 효율성 증대효과가 더욱 큰 경우에는 문제의 기업결합을 예외적으로 허용할 수 있는데, 이때 공정위가 효율성을 고려한다는 자체는 문제되지 않으나, 그러한 고려가 합리적인 근거 없이 자의적인 기준에 의해 이루어진 경우라면 다분히 재량권남용이 문제될 수 있을 것이다. 이때 재량통제의 기준으로 생각할 수 있는 것이 바로 공정거래법의 목적인데, 문제는 공정거래법 제1조는 직접적인 목적으로서 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진을 규정하고 있는 반면, 나아가 궁극적인 목적으로서 국민경제의 균형 있는 발전을 명시하고 있고, 이들 양자가 충돌하는 경우에 이를 어떻게 해결할 것인지와 관련된다. 관례에 의하면 직접적인 목적과 궁극적인 목적이 충돌하는 경우에 궁극적인 목적을 우선하고, 따라서 비록 형

44) 그밖에 공정위가 그 판단의 기초로 삼은 국민경제 내지 시장의 향후전망이 잘못된 것인지의 여부는 법원의 사법심사에 포섭되기도 어렵다. 독일 경쟁제한방지법 제71조 제1항 2문 참조.

45) 권오승, 앞의 책, 178~179면.

식적으로 경쟁을 제한하는 행위라도 그것이 국민경제의 균형 있는 발전에 기여하는 경우에는 그 행위의 실질적 위법성이 인정되지 않는다고 한다.⁴⁶⁾ 그에 따르자면 공정위는 국민경제의 균형 있는 발전이라는 다분히 추상적인 요건판단을 통하여 경쟁제한행위의 금지여부를 좌우할 수 있게 되고, 그만큼 공정위의 경제정책적 가치판단을 둘러싼 재량의 폭은 넓어지며, 이 부분에 대해서는 법원의 사법심사가 지극히 제한될 수밖에 없게 된다는 점에서 다분히 문제의 소지가 있다.⁴⁷⁾

5. 소 결

공정거래법에서 사용되고 있는 수많은 불확정개념이나 경제이론은 한편으로 공정위에게 적지 않은 재량의 여지를 제공하며, 다른 한편으로는 공정위에게 동법을 해석·적용하는 과정에서 꾸준히 그 내용을 구체화할 과제를 부여하고 있다. 특히 후자는 공정위의 주된 기능을 공정거래법의 해석·적용이라는 ‘사법적 기능’에서 찾을 수 있다는 데에서도 확인할 수 있다. 따라서 공정위에 부여된 폭넓은 재량 또한 법원에 의해 적절히 통제되지 않으면 안되는데, 다만 공정위가 경제정책 및 산업정책적 요소를 적극적으로 고려할 경우에는 종래의 재량통제수단이 일정한 한계에 부딪치게 된다.

IV. 공정거래위원회의 운영 · 조직원리와 재량

1. 직권규제주의와 재량

공정거래법은 공정위가 직권으로 동법을 시행하는 것을 원칙으로 하고 있으며, 이해관계자의 요청과 상관없이 조사절차를 개시하고, 범위반사실이 있을 경우에도 어느 일방 당사자의 이해와 상관없이 시정조치 등을 의결하게 된다. 공정하고 자유로운 경쟁보호를 제1차적인 목적으로 하는 공정거래법은 그 성질상 자칫하면 사업자의 계약자유 내지 경제활동의 자유를 지나치게 제한할 위험을 내포하고 있으므로,⁴⁸⁾ 원칙적으로 공정위가 경쟁제한성을 객관적으로 명백하게 입증할 수 없는 한 규제권을 발동해서는 안된다. 이러한 맥락에서 공정거래법의 특징 중 하나로 받아들여지고 있는 ‘직권규제주의’⁴⁹⁾의 취지는 한편으로 경쟁이라는 공익적 가치를 당사자의 처분에 맡기지 않고 제3기관인 공정위로 하여금 철저히 보호하도록 하기 위한 것이고, 다른 한편으로는 법률상 위법성이 추정되지 않는 한 원칙적으로 경쟁제한성을 입증할 책임을 공정위가 부담하도록 함으로써 경쟁법을 통한 경쟁제한의 위험을 막고 경제활동의 자유를 최대한 보장하기 위한 것으로 이해할 수 있다.

공정위에서 진행되는 절차는 통상 세 개의 절차, 즉 심사절차, 심의절차 및 의결절차로 구분할 수 있는데, 공정거래법은 공정위가 내린 시정조치 등에 대하여만 사업자에게 법원을

46) 서울고법 1996. 12. 6. 선고 96나2240 판결.

47) 경쟁당국의 적극적인 경쟁정책형성에 대하여 조심스러운 입장으로는 Rittner, Das Ermessen der Kartellbehörde, in : FS Kaufmann(1972), 307면 이하 참조.

48) Dreher, Konglomerate Zusammenschlüsse und Widerlegungsgründe(1992), 164면.

49) 공정거래법상 직권규제주의를 보여주는 특징에 대해서는 권오승, 앞의 책, 96면 이하 참조.

통한 불복절차를 명문화하는 방법으로 공정위의 재량통제를 규정하고 있을 뿐, 그 밖의 절차에서 나타나는 재량은 일반행정법에 맡기고 있다(법 제53조, 제54조, 제55조).

우선 공정위는 심사절차의 개시여부를 자유롭게 결정할 수 있으며, 사건의 인지수단이 직권 또는 신고인지와 상관없이 조사의무란 인정되지 않는다(법 제49조). 즉 공정위는 신고 또는 직권으로 조사에 착수할 수 있는 바, 신고는 누구라도 서면이나 구두로 할 수 있는데, 이때 신고는 단지 공정위의 직권발동을 촉구하는 의미를 가질 뿐이라고 해석되기 때문에,⁵⁰⁾ 공정위가 신고를 어떻게 처리할 것인지는 완전히 재량에 속한다.⁵¹⁾ 그리고 범위반행위에 대한 조사를 개시한 경우에도 구체적인 조사수단은 법이 정한 범위 내에서 자료조사, 자료제출명령, 제출된 자료 등의 영치여부, 감정위촉여부 등을 필요에 따라 탄력적으로 결정할 수 있다(법 제50조). 다만, 공정위는 조사절차에서도 ‘비례의 원칙’을 준수하여야 하며, 위반된 법조항의 금지목적이나 범위반행위의 강도 등을 고려하여 그에 적합한 수준의 조사수단을 선택하지 않으면 안된다.⁵²⁾

심사절차에서도 예컨대 사업자는 기업결합에 대한 심사를 요청할 수 있고 공정위는 그 결과를 30일 이내에 심사를 요청한 자에게 통지하여야 하나(법 제12조 제7항, 제8항), 그 심사를 어떻게 진행할 것인지, 당해 심사결과에 통지에 대하여 요청한 자는 어떠한 방법으로 의견을 진술할 수 있는지에 대해서는 아무런 규정이 없고, 이 또한 공정위의 재량에 속해 있다. 끝으로 심의절차에서는 시정조치와 과징금의 부과여부 및 그 내용에 관하여 공정위에게 광범위한 재량이 인정된다는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다. 다만, 공정위가 범위반사항에 대하여 시정조치 또는 과징금납부명령을 내리기 전에는 반드시 당사자 또는 이해관계인에게 의견을 진술할 기회를 제공하지 않으면 안된다는 점에서 의견진술기회의 제공에는 공정위의 재량이 인정되지 않는다(법 제52조 제1항 참조). 따라서 의견진술기회를 부여하지 않은 상태에서 시정조치나 과징금납부를 명하는 경우에는 당해 시정조치 등의 취소사유가 된다.⁵³⁾

형사고발절차와 관련해서 공정위의 재량문제는 다소 달라진다. 공정거래법은 법 제66조 및 제67조의 죄에 한하여 공정위에게 전속고발권을 인정하는 한편, 고발권의 행사여부는 원칙적으로 공정위의 재량사항으로 되어 있다(법 제71조 제1항). 다만, 법 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에 공정위는 검찰총장에게 고발하여야 하고, 이 경우에는 예외적으로 공정위에게는 일종의 “기속재량羈束裁量”만이 인정되고 있는 것으로 보인다. 그러나 고발의무의 요건판단은 여전히 공정위의 재량판단에 맡겨져 있고, 그 판단을 위한 객관적인 기준이 전혀 마련되어 있지 않기 때문에, 법원에 의한 재량통제는 사실상 매우 어려울 것으로 보인다. 반면, 공정위가 적극적으로 고발을 의결한 경우에 피심인인 사업자가 이를 취소소송을 통하여 다툴 수 있는가? 이 문제에 관하여 판례⁵⁴⁾는 소극적인 태도를 취하고 있다. 그에 의하면 공정위의 고발 자

50) 앞의 각주 <19> 참조.

51) 공정거래법상 심사관은 심사에 착수한 경우나 심사절차불개시사유에 해당하는 경우에 이를 신고인에게 통지하여야 할 뿐이며, 어떤 경우에도 적극적 또는 소극적인 처분을 내려야 할 의무는 없다. 공정거래위원회 운영및사건절차등에관한규칙(공정위 고시 제2001-5호, 2001. 6. 1; 이하 ‘절차규칙’이라 한다) 제10조 제4항; 제12조 제2항 참조.

52) Klusmann, in : Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts(1999), 1646면.

53) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결 참조.

54) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결.

체는 수사의 단서에 불과할 뿐 그 자체가 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치는 것이 아니고, 특히 공정거래법 제71조는 공정위의 고발을 동법 위반죄의 소추요건으로 규정하고 있어서 공정위의 고발조치는 사직당국에 형벌권의 행사를 요구하는 행정기관 상호간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되지 않고, 따라서 고발조치에 대한 불복의 소는 처음부터 부적법한 것으로서 각하하여야 한다고 판시하고 있다.

끝으로 공정거래절차는 공정거래법과 시행규칙 및 절차규칙에서 정하고 있는 공식절차와 그밖에 공정위와 피심인간에 공식절차의 진행 이전 또는 그와 병행하여 이루어지는 비공식절차로 나누어지는데, 비공식절차의 진행은 전적으로 공정위의 재량에 맡겨져 있다.

2. 공정위의 조직원리와 재량

공정위가 차지하는 조직법상의 지위는 공정위가 누리고 있는 재량의 성질 및 그에 대한 사법통제의 한계를 이해함에 있어서 매우 중요한 의미를 갖는다. 현행법상 공정위는 공정거래위원장과 합의체로서의 위원회(전원회의와 소회의)라는 이원적인 모습을 갖고 있다. 후자와 관련하여 공정거래법은 실제적인 판단권한이 법무부나 연방거래위원회가 아니라 실질적으로 법원에 맡겨져 있는 미국법과 달리, 독일법상 연방카르텔청과 마찬가지로 공정위의 절차를 사법절차와 유사하게 마련하는 방법을 채용하였고, 그에 따라 공정위는 독립규제위원회로서 전원회의나 소회의 모두 합의체를 통하여 법원과 유사한 절차에 따라 심결을 내리게 된다. 따라서 위원장은 법률상 위원회의 일반적인 지휘·감독과 전원회의의 진행 이외에는 구체적인 사건에서 법위반행위의 판단 및 처리에 관하여 법률상 아무런 권한이 없다. 이것이 법치국가원리를 고도로 보장함과 아울러 공정위가 법률에 따라 독립적으로 결정을 내릴 수 있도록 보장하고자 한 데서 비롯된 것임은 물론이다.⁵⁵⁾

여기서 우선 전원회의나 소회의의 기능이 무엇인지를 생각해볼 필요가 있다. 이 문제는 전원회의나 소회의가 법원과 마찬가지로 순수하게 공정거래법을 적용하는 데 국한되는지, 아니면 그의 재량범위 내에서 목적적합성을 고려하여 경제정책적인 결정을 내릴 수 있는지의 여부와 관련된 것이다. 그런데 이 문제를 밝히기 위해서는 전원회의나 소회의의 실질적인 독립성에 대한 공정거래법의 태도를 살펴보지 않으면 안된다.

통상 합의제 행정기관에게 어느 정도 독립성이 보장되고 있는지는 일차적으로 관련법의 목적과 그 내용 및 성격에 따라 좌우된다. 일반적으로 상급관청이 합의제 행정기관에 대하여 지시권을 행사하는 것은 매우 예외적인 경우에만 생각할 수 있는데, 왜냐하면 합의제 그 자체가 일종의 분권화를 의미하기 때문이다. 이러한 맥락에서 공정거래법상 공정위는 비록 국무총리소속하에 있으나(법 제35조 제1항), 그 취지는 공정위가 동법에 의한 사무를 독립적으로 수행하도록 보장하기 위한 것으로서 상급관청인 국무총리로부터 아무런 지휘·감독을 받지 않는다는 점에서 대외적으로 공정거래법의 적용 및 시행에 관한 한 최상급 독립관청의 지위를 누린다. 대내적으로도 시정조치 등의 의결은 전원회의의 경우 과반수의 찬성으로, 소회의의 경우 구성위원 전원의 출석과 출석위원 전원의 찬성으로 의결하며(법 제42조), 법률상 위원장은 회의를 주재하고 표결에 참가할 뿐(법 제38조, 제2조 제1항), 그밖에 심결의 구체적인 내용에 아무런 영향을 미치지 못하게 되어 있다. 그 결과 위원장은 물론

55) Rittner, Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 1969, 65면 이하; Rittner, 앞의 책, §5 Rdnr.82 참조. 헌법상 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있고, 이때 행정심판의 절차에는 사법절차가 준용되어야 한다(헌법 제107조 제3항).

전원회의나 소회의에 속한 개별 위원은 문제의 결정에 대해서 아무런 법적·정치적 책임을 지지 않으며,⁵⁶⁾ 이러한 의미에서 전원회의나 소회의는 공정거래사건절차의 진행에 있어서 오로지 법률, 시행령 및 절차규칙에만 구속되는 것으로 이해할 수 있다.

이처럼 공정거래법상 시정조치, 과징금, 고발 등의 결정은 위원장이 아니라, 그의 지시로부터 전혀 자유로운 합의제기관으로서의 전원회의 또는 소회의의 결의에 의해서 이루어지며, 여기서 공정위의 의결에 대한 사법심사를 일반 행정처분의 경우와 다르게 취급하는 것이 정당성을 가질 수도 있다. 즉 공정위의 처분에서는 물적으로 독립된 합의제기관에 의한 법적인 결정만이 문제되기 때문에 법원이라고 해도 스스로 처분을 내리는 형태로 공정위의 재량을 자신의 재량으로 대체할 수는 없는 것이다.

그러나 전원회의나 소회의의 결정이라도 전적으로 법원의 통제를 벗어날 수는 없다. 왜냐하면 전원회의나 소회의가 공정거래법의 해석·적용과정에서 상당한 재량을 갖고 있음에도 불구하고 어느 위원도 개별적으로 법적·정치적인 책임을 지지 않으며, 이때 공정위의 재량은 법치국가원리에 따른 법원의 사후심사를 통해서만 최종적으로 견제될 수 있기 때문이다. 여기서 문제는 미국과 같이 범위반여부의 판단과 그에 대한 제재조치가 원칙적으로 법원에 의한 사법절차에서 진행되는 경우는 말할 것도 없고, 독일과 같이 연방카르텔청의 심결부審決部는 경제법의 특성상 경제전문가와 법률가의 조화로운 구성을 통해서 경제현실에 맞는 법의 해석·적용을 담보하고 이를 통해서 절차의 초기단계에서부터 법치국가의 이념이 제대로 실현될 수 있는 장치를 마련하고 있는 경우⁵⁷⁾와 달리 전원회의나 소회의의 인적 구성이 법률의 해석과 적용에 그다지 적합하지 않다는 데에 있다.

물론 우리나라에서도 법적으로는 전원회의나 소회의가 나름대로 독립성을 확보하고 있기는 하다. 그러나 공정위, 특히 심결을 담당하는 전원회의의 경우 9인의 위원 중 5인은 상임 위원으로서 사실상 공정위 내의 고위공무원이 맡는 것이 상례이고, 나머지 4인은 비상임 위원으로서 그 중 공정거래법 전문가는 변호사 한두명에 불과한 실정이다. 그 결과 전원회의가 법원과 유사한 기능과 절차를 마련하고 있다는 사실에 대해서는 다툼이 없음에도 불구하고, 그로부터 공정위의 완전한 독립성을 얘기하기가 어려운 것이 사실이다. 법원과 비교할 때 '인적 독립성'이라는 측면에서도 양자간의 차이는 매우 크다. 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고, 기타 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하게 되어 있기 때문에(법 제37조 제2항), 비록 3년의 임기가 보장되더라도 정부나 국회로부터의 독립성이 충분히 담보되어 있다고 보기 어렵다. 더구나 법적으로는 합의체조직인 위원회가 동법의 집행에 관한 한 최고의사결정기관으로 되어 있으나, 실제로는 사무처 및 그 산하의 개별 국·과나 과課가 조사절차나 기타 정책수립 및 법적용과정에서 결정적인 역할을 담당하고 있고 이들은 법적용이라는 사법적 기능에는 적합지 않은 전형적인 상명하복上命下服의 행정조직형태를 띠고 있다는 점에서 이들에게 외부의 압력으로부터 자유로운 판단을 기대하기가 쉽지 않다.⁵⁸⁾ 예컨대 어떤 사건이 심의절차종료, 무혐의, 경고, 시정권고로 종결처리되는 경우에 그 판단 및 결정은 담당국장 내지 심사관이 전결할 수 있는데, 이

56) 독일의 경우 일정한 예외결정에 대해서는 전적으로 연방경제성장관이 결정권한과 함께 그에 대한 정치적 책임을 지게 되어 있으며, 그 한도에서 장관의 폭넓은 재량권이 인정된다(동법 제8조, 제42조 참조). 그러나 장관의 재량권 행사에 대해서는 정치적 책임은 차치하고라도, 예외 없이 법원의 사법심사가 가능하게 되어 있음은 물론이다.

57) Werner, 앞의 글, 1543면 이하.

58) 공정위의 조직을 사법적 기능과 정책적 기능으로 분리하는 방안에 대해서는 권오승, 앞의 책, 410면 이하 참조.

들은 처음부터 사법기능을 위한 기관이 아닌 것이다.⁵⁹⁾

그렇다면 공정위를 외부의 간섭으로부터 완전히 독립시키는 방안은 매우 진지한 검토를 요한다. 공정위의 기능을 면밀히 살펴보면, 예컨대 중앙은행과 유사한 독립적인 지위를 보장하는 것이 적절치 못하다는 사실을 알 수 있다(한국은행법 제3조 참조). 중앙은행의 독립성 내지 자주성은 중앙은행이 정부의 경제정책과 조화를 이루도록 통화신용정책을 수립·시행할 의무만 질 뿐 정부의 지시에 따를 의무가 없는 경우에만 통화가치의 안정과 물가안정이라는 과제를 제대로 실현할 수 있다는 사고에 기초한 것이다(동법 제4조, 제6조 제2항). 반면, 공정위의 독립성은 그에 상응하는 경쟁정책상의 권한에 기초하는 것이 아니라, 전원회의나 소회의를 통해서 개개의 사건에서 법적인 결론을 도출해내야 한다는 데에서 비롯되는 것이다. 그리고 법적인 판단을 내리는 작업이 독립적으로 이루어지기 위해서는 형식적인 독립성 못지 않게 개개의 위원이 규범적 판단을 내리기에 적합한 자질을 갖추고 있는지, 이들이 오로지 법률과 양심에 따라 공정거래법을 적용할 수 있을 정도의 제도적 장치가 마련되어 있는지가 중요한 의미를 가지며, 이 부분에 관한 한 추후 개선의 여지가 적지 않은 것으로 보인다.

3. 소 결

공정위가 단지 법의 해석·적용기관이 아니라 다분히 ‘정책기관’으로서의 성격을 아울러 갖고, 공정위의 운영 및 조직이 사법기능에도 충분히 부합하지 못하고 있다면, 공정위가 내린 처분결정에 대한 법원의 사후심사가 어디까지 허용될 수 있는가? 우선, 입법자의 의도가 공정위에게 규범형성적이고 법정책적인 권한을 부여하려는 것이라면, 법원은 자신의 판단으로 공정위가 내린 판단의 당부를 따질 수 없으며, 공정위가 불확정개념의 해석과정에서 내린 판단이 법원의 가치관념에 의해서 대체될 수는 없을 것이다. 더구나 공정위가 내린 처분이 동법의 규정에 반하거나 자의적인 것으로서 문제되는 경우에 법원이 최후의 수단으로 통제할 수 있다고는 하나, 그 위법성은 이를 다루는 피심인被審人이자 취소소송의 원고가 되는 사업자가 주장·입증하지 않으면 안되는데,⁶⁰⁾ 공정거래사건이 갖는 고도의 전문성을 고려할 때 그 입증에 성공하기란 지극히 어렵다는 점에서 사법심사의 또 다른 한계를 찾을 수 있다. 여기서 과연 법원에 의한 사법심사의 한계를 어떻게 극복할 것인가 향후의 과제로서 남겨지게 된다.⁶¹⁾

V. 맺는 말

공정거래법은 공정위에 시정조치 등에 관한 한 폭넓은 판단재량을 인정하고 있는 반면, 그 한계를 적절히 규정하지 못하고 있다. 공정위가 적용하고 있는 법원칙의 불명확성과 불확정개념을 내포하고 있는 동법의 여러 규정들, 그리고 공정위에 부여된 정책적 판단의 여지 등은 이러한 재량문제를 야기하는 주요 원인이 된다. 그런데 공정위에 부여된 폭넓은 재량

59) 절차규칙 제51조의 2 참조.

60) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87누861 판결.

61) 김철용, 앞의 책, 168~169면.

은 급변하는 경제상황 속에서 동법의 목적 실현, 즉 자유롭고 공정한 경쟁질서를 보호하기 위해서 어느 정도 법적용상의 탄력성을 부여할 필요가 있다는 점에서 그 정당성을 찾을 수 있지만, 그 결과 시정조치 등에 대한 법원의 통제를 상당히 제한하고 경우에 따라서는 오히려 경쟁질서를 저해하는 부작용을 가져올 수도 있다는 데에 문제가 있다. 따라서 사법심사로부터 완전히 자유로운 공정위의 재량이 인정될 여지는 없으며, 시정조치 등을 둘러싼 중요한 과제의 하나는 이러한 공정위의 재량에 적절한 한계를 설정하는 것이다.

공정위의 재량권행사에 대해서는 원칙적으로 전통적인 행정법상의 재량통제기준, 즉 과잉금지나 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등이 그대로 원용될 수 있다. 문제는 공정위가 공정거래법을 적용함에 있어서 동법의 규정을 위반하지는 않았으나, 그 결론이 공정거래법의 목적에 부합하지 않는 경우에 이를 재량통제의 범주에 포함시킬 수 있는지의 여부이다. 이는 다분히 경제법에서 공통적으로 나타나는 '목적적합성'의 요구로서, 경제정책상의 목적적합성이 언제나 재량판단의 정당성을 담보할 수 있는지의 문제와 관련된다. 그런데 공정거래법은 법적인 질서원리를 그 내용으로 하고 있으며,⁶²⁾ 나아가 우리의 전체 경제법질서를 통합하는 하나의 구성요소로서 자리잡고 있다는 점에서 '목적적합성'은 공정위의 재량통제에 있어서 매우 중요한 기준이 될 수밖에 없을 것으로 보인다.

공정위가 법률상의 금지요건을 판단하거나 적절한 시정조치 등을 선택하는 과정에서 법이 허용하는 한도 내에서 상당히 폭넓은 정책적 결정을 내리는 것이 경쟁질서의 확립에 필요한 것이더라도, 그것이 법치국가의 원리에 부합하기 위해서는 몇 가지 간과해서는 안될 점이 있다. 첫째로, 공정위는 재량행사의 기준을 명확하게 제시함은 물론, 심결의 축적을 통한 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 있도록 일관된 기준에 따라 공정거래법을 적용하여야 한다. 이를 위해서는 공정위 스스로 법적용기관이라는 인식을 가지고, 유행에 다소 민감한 경제이론을 무분별하게 차용하기보다는 신중한 규범적 가치판단을 통하여 불확정개념에 대한 나름의 해석기준을 확립해나갈 필요가 있다. 둘째로, 공정위는 자신의 판단이 비록 재량의 영역에 속하는 것이더라도 언제나 그 근거를 명확하게 제시하지 않으면 안된다. 이를 현행법이 취하고 있는 직권규제주의와 결부시켜 설명하자면, 공정위는 어떤 행위를 금지함에 있어서 그 요건인 경쟁제한성이나 부당성을 객관적으로 입증할 수 있어야 하고, 아울러 처분의 내용과 그 근거를 명확하게 공시함으로써 피심인은 물론이고 경쟁사업자나 기타 이해관계인이 이를 정확하게 이해하고 비판할 수 있는 기회를 제공하지 않으면 안된다.

법률상 다분히 형식적으로 보장된 위원회의 인적·물적 독립성과 무관하게 공정위는 전체적으로는 일정한 위계질서하에 놓여 있으며, 개개의 심결을 내림에 있어서 위원장이나 위원은 비공식적으로 영향을 미칠 수 있게 되어 있다. 그런데 공정위가 법률을 적용함에 있어서 법원에 상응하는 정도의 법치국가원리가 보장되지 않는 한, 공정위가 내린 모든 결정에 대하여 법원의 사후통제를 제한할 이유는 전혀 없다. 즉 공정위의 조직상 발견되는 법적용기관으로서의 하자는 법원에 의한 권리보호에 의해 상쇄될 필요가 있는 것이다. 전원회의나 소회의가 내린 모든 결정이 원칙적으로 법원의 사후적 사법심사를 받는다는 결론은 얼핏 공정위의 지위를 약화시키는 것으로 보일 수 있으나, 장기적으로는 위원회가 오로지 법률과 양심에 따라서 결정을 내리도록 함으로써 정치적인 이해관계나 압력 등에 좌우되지 않을 독립성의 강화로 이어진다는 점에서 오히려 그 지위가 더욱 제고될 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 공정위의 독립성은 무엇보다도 공정거래법이 보호하고자 하는 경쟁질서

62) Rittner, 앞의 책, §5 Rdnr.41 이하.

를 철저히 보호하기 위해서 특히 필요한데, 실효성 있는 경쟁정책은 외부의 입김에 좌우되지 않고 오로지 법률에만 구속되는 독립적인 기관을 통해서만 실현될 수 있기 때문이다.

K C I

참 고 문 헌

- 김철용, 『행정법 I』, 박영사, 2001.
- 권오승, 『경제법』, 법문사, 2002.
- 공정거래위원회, 『공정거래백서』, 2001.
- 이남기·이승우, 『경제법』, 2001.
- 장승화, 「독점금지법상 금지청구와 손해배상청구」, 『인권과 정의』 2001. 7.
- 황보윤, 「공정위의 사건처리절차」, 『공정거래법강의 II』, 법문사, 2000.
- Baker, D. I. and Blumenthal, H. M., “Ideological Cycles and Unstable Antitrust Rules,” *Antitrust Bulletin* 31, 1986, pp.323.
- Börner, B., “Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?,” *Festschrift für Hartmann*, 1976, pp.81.
- von Brunn, J. H., “Über falsche Vorstellungen von der Wirtschaft als Ausgangspunkt unrichtiger Anwendung des GWB,” *Festschrift für Hartmann*, 1976, pp.87.
- Dreher, M., *Konglomerate Zusammenschlüsse und Widerlegungsgründe*, 1992.
- Emmerich, V., *Kartellrecht*, 2001.
- Forsthoff, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Band I, 1973.
- Günther, E., “Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des GWB,” *Festschrift für Hartmann*, 1976, pp.123.
- Jellinek, W., *Verwaltungsrecht*, 1931.
- von Jhering, R., *Der Zweck im Recht*, Band I, 1983.
- von Jhering, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Band II, 1954.
- Klaue, S., “Die bisherige Rechtsprechung zum GWB,” *Zehn Jahre Bundeskartellrecht*, 1968, pp.249.
- von Köhler, K. H., *Reicht der Hinweis auf die Forderung nach freiem Wettbewerb aus, um das Kartellverbot zu rechtfertigen?*, 1961.
- von Köhler, K. H., “Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung im Kartellrecht,” *NJW* 1971, pp.1537.
- Lukes, R., “Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts,” *Festschrift für Böhm*, 1975, pp.199.
- Ossenbühl, F., *Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff*, 1970.
- Rittner, F., “Rechtssicherheit im Kartellrecht,” *WuW* 1969, pp.65.
- Rittner, F., “Konzentrationskontrolle-aber wie?,” *Der Betrieb* 1970, pp.669.
- Rittner, F., “Das Ermessen der Kartellbehörde,” *Festschrift für Kaufmann*, 1972, pp.307.


- Rittner, F., “Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb,” *AcP* 1988, pp.101.
- Rittner, F., “Das Kartellgesetz als die magna charta des Unternehmers,” *Festschrift für Raisch*, 1995, pp.483.
- Rittner, F., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 1999.
- Rupp, H. H., “Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit,” *NJW* 1969, pp.1273.
- Schmidt, K., *Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht*, 1977.
- Sullivan, L. A. and Grimes, W. S., *The Law of Antitrust : An Integrated Handbook*, 2000.
- Wiedemann, G., *Handbuch des Kartellrechts*, 1999.

K C I

Discretion of the Korean Fair Trade Commission and Judicial Review

Bong-Eui Lee

Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereinafter “the Act”) leaves to the discretion of the Korean Fair Trade Commission(hereinafter “the Commission”) ordering injunctions, and/or imposing fines, etc. But a judicial control of the Commission's discretionary powers confronts critical limit as the Commission applies economic theories or its own principles interpreting unclear definitions used in the Act. Furthermore since the Commission carries out not only judicial function but also political one, alternative approach has to be found, which could protect the freedom of undertakings and achieve the goal of the Act, namely “promotion of competition” more effectively.

Key Words : discretionary power of KFTC, abuse of discretion, injunctions & fines, unstable economic theories, unclear legal definitions,  judicial review.