

공정거래법상 자진신고자 등에 대한 제재 및 감면처분의 행정소송상 취급

— 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결에 대한 비판적 검토 —

이 승 민*

국문초록

대상판결에서는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 제1항에 따라 금지되는 부당한 공동행위를 하였음을 이유로 공정거래위원회(이하 “공정위”)로부터 과징금납부를 명하는 제재처분을 부과 받고 이후 2순위 조사협조자 지위를 인정받아 과징금을 감액하는 감면처분을 받은 피심인이 제재처분과 감면처분 모두에 대해 취소소송을 제기한 경우, 위와 같은 제재처분은 이후의 감면처분을 예정한 “일종의 중간적 처분”으로서 감면처분이 내려지면 여기에 흡수되어 소멸하므로 이를 다룰 별도의 소의 이익을 인정할 수 없다고 판시하고 있다.

그러나 공정위의 자진신고자 또는 조사협조자에 대한 제재처분은 그 형식, 내용, 효과 등에 비추어 볼 때 중간처분이나 잠정적 행정행위가 아닌 중국처분에 해당하고, 감면처분은 제재처분의 일부취소에 해당하는 것으로 생각되며, 게다가 공정위가 제재처분을 명하는 본의결과 별도의 의결(분리의결)로 감면처분을 해야 할 의무는 없고 이는 당사자의 신청에 따라 공정위가 재량으로 결정하는 것이므로, 대상판결의 위와 같은 판시는 수긍하기 어렵다. 또한, 대상판결은 행정행위의 법적 성격, 재송취소의 대상, 소의 이익 등에 관한 종래의 판례나 이론에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 처분 상대방의 권리구제나 소송경제의 관점에서도 바람직하지 않다는 점에서도 그 결론에 동의하기 어렵다. 그리고 대법원이 어떤 행정행위의 법적 성격을 명확히 밝히지 않고 “일종의”와 같은 표현을 사용하는 것도 타당하지 않다.

대상판결 이후에 선고된 판결들을 보면, 대상판결에서처럼 공정위의 자진신고자 또는 조사협조자에 대한 제재처분과 감면처분 모두의 취소를 구하는 사안에서는 대상판결이 적용되고 있지만, 그렇지 않은 경우에 대해서까지 대상판결이 전면적으로 적용될 수 있을 것인지는 명확하지 않다. 이는 특히 대상판결과 내용상 배치되는 대법원 판결들도 선고되고 있다는 점에서 그러하다. 다만, 어떠한 경우든 대상판결의 판시가 그 선고 이전에 제기되어 소송 계속 중인 사건에 불리한 영향을 미쳐서는 안 될 것인데, 여기서는 특히 공정위가 자진신고자 등에 대해 별도의 의결로 감면처분을 하는 경우에는 조

* 법학박사(행정법), 법무법인(유한) 율촌 변호사.

세 감액경정처분의 경우와 동일하게 청구취지를 특정하는 방식에 대해 상당한 신뢰가 형성되어 있었다는 점이 고려되어야 한다. 궁극적으로 대상판결과 다른 판결들 사이의 모순·저축을 방지하기 위해서는, 대상판결의 판시를 공정위의 제재처분과 감면처분 모두의 취소를 구하고 있는 사안에 한정하여 적용할 필요가 있을 것이다.

주제어: 자진신고, 자진신고 감면, 분리의결, 중간처분, 잠정적 처분, 취소의 대상, 소의 이익

목 차

- I. 문제의 소재
- II. 대상판결(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결)의 판단 요지
- III. 공정거래법상 자진신고자 등에 대한 제재 감면제도
- IV. 자진신고자 등에 대한 제재처분과 감면처분의 법적 성격
- V. 자진신고자 등에 대한 제재 및 감면에 있어 취소의 대상과 소의 이익
- VI. 대상판결 이전에 소송 계속 중이던 사건들에 대한 처리
- VII. 결론

I. 문제의 소재

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”) 제22조의2 제1항은 부당한 공동행위 사실을 자진신고한 자(이하 “자진신고자”) 및 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자(이하 “조사협조자”. “자진신고자”와 통틀어 “자진신고자 등”)에 대해 시정조치 및 과징금을 감면하고, 형사고발을 면제할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 제재 감면에 대해서는 공정거래위원회(이하 “공정위”)가 과징금납부명령 등 제재를 부과하는 의결(이하 “본의결”)과 동시에 정할 수도 있지만, 공정거래법 시행령 제35조 제3항에 따라 자진신고자 등의 신청이 있으면 제재 감면에 관한 사건을 분리하여 별도의 의결(이하 “분리의결”)을 통해 정할 수도 있다. 과거에는 본의결에서 제재처분 및 감면처분이 동시에 이루어지는 경우가 종종 있었는데,¹⁾ 최근에는 많

1) 예컨대, 공정위 2009. 3. 2.자 의결 제2009-070호(3개 치약 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건) 참조. 물론, 감면처분은 감면요건을 갖추었음을 전제로 한다.

은 사안에서 분리의결이 이루어지고 있다. 이에 따라 본의결에서는 제재처분이, 분리의결에서는 제재 감면처분 또는 감면신청 거부처분이 내려지는 것이 보통이다. 다만, 이러한 분리의결은 본의결과 같은 날 이루어질 수도 있다.²⁾ 한편, 본의결에서 제재처분과 감면처분이 동시에 이루어졌는데 나중에 별도의 의결을 통해 감면처분이 취소되는 경우가 있는데,³⁾ 이는 공정거래법 시행령 제35조 제3항에 따른 분리의결과는 무관하고 행정행위의 직권취소가 이루어진 것일 뿐이다.

자진신고자 등에 대한 감면처분이 본의결에 따른 제재처분과 별도로 이루어지기 때문에, 이 두 가지 처분의 행정소송상 취급이 문제된다. 이와 관련하여 주목할 만한 판결이 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결(이하 “대상판결”)이다.⁴⁾ 이 판결에서 대법원은 공정위의 과징금납부명령(제재처분)은 일종의 잠정적인 처분으로서 이후 제재 감면처분이 있을 경우 이러한 감면처분에 흡수되어 소멸하므로 당초처분인 과징금납부명령의 취소를 구하는 소송은 소의 이익이 없어 각하된다는 취지로 판시하였다.⁵⁾ 즉, 후속처분인 감면처분만이 취소의 대상이라는 것이다.

그러나 대상판결에 대해서는 다음과 같은 의문들이 제기된다.

첫째, 대상판결에서 과징금납부명령과 같은 제재처분을 “일종의 잠정적 처분”이라고 본 것이 어떤 의미인지, 그리고 이렇게 파악하는 것이 이론적·실무적 관점에서 타당한지 의문이다. 또한, 감면처분의 경우에도 그 형식이나 내용상 이것이 과연 제재처분을 흡수하는 성질의 것인지 검토가 필요하다.

둘째, 대상판결은 후속처분인 감면처분만이 취소의 대상이 되고, 당초처분인 제재처분은 소의 이익이 없다고 판시하고 있는데, 이러한 결론이 복수의 처분이 연속적 혹은 단계적으로 행하여진 경우에 관한 다른 대법원 판결들⁶⁾과 어떻게 조화될 수 있는지 문제된다.

2) 예컨대, 공정위 2012. 4. 30.자 의결 제2012-058호(13개 비료 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건) 및 제2012-060호(자진신고 등에 대한 분리의결은 공정위가 공개하지 않는 경우가 대부분이어서 구체적인 사건명을 알기 어렵다) 참조. 위 각 의결에 대해서는 취소소송이 제기되었는데, 서울고등법원 2013. 10. 18. 선고 2012누15632 판결 및 그 상고심인 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결이 이에 관한 것이다.

3) 예컨대, 공정위 2015. 11. 18.자 의결 제2015-386호(K사 및 T사의 부당한 공동행위에 대한 건 관련 감면지위 취소 등에 대한 건) 참조.

4) 같은 날 선고된 대법원 2013두6169 판결에서도 동일한 취지의 판시를 하였다.

5) 대상판결의 결론에 대해서는 찬반이 엇갈리고 있다. 이에 대해 긍정적인 견해로는 김철, “부당한 공동행위의 자진신고자에 관한 실무상 몇 가지 쟁점”, 『판례연구(서울지방변호사회)』, 제29집 1호(2015. 10); 최승재, “2015년 경제법 중요 판례”, 『인권과 정의』, 제456호(2016. 3) 각 참조. 부정적인 견해로는 정재훈, “부당한 공동행위의 중단 및 중지, 소송의 대상 등의 문제(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결의 쟁점)”, 『인권과 정의』, 제455호(2016. 2) 참조. 김남철, “‘잠정적 처분’의 법적 성질에 관한 검토(대상판례: 대법원 2015.2.12, 2013두987 과징금납부명령등취소)”, 『행정법학』, 제10호(2016. 3), 76면에서는 대상판결의 결론에 대해 명시적인 찬반 입장을 밝히지 않은 채, 대상판결이 잠정적 행정행위를 인정한 첫 번째 판례로서 의의가 있다고 서술하고 있다.

셋째, 대상판결에 따라 감면처분만이 취소의 대상이라면, 대상판결 이전에 제재처분을 취소의 대상으로 하여 제기되어 소송 계속 중인 사건(특히, 감면처분에 대한 제소기간까지 이미 도과한 상태인 경우)에서 청구취지 및 제소기간 등과 관련한 문제를 어떻게 해결해야 할 것인지 문제된다.

이하에서는 공정거래법상 자진신고자 등에 대한 분리의결을 통해 제재 감면처분이 이루어진 경우, 그에 관한 행정소송 과정에서 발생할 수 있는 다양한 쟁점들을 대상판결을 중심으로 살펴보고자 한다. 이를 위해 먼저 대상판결의 사실관계 및 판단 요지를 파악해 보고(아래 II.), 공정거래법상 자진신고자 등에 대한 제재 감면제도에 대해 개략적으로 살펴본 다음(아래 III.), 대상판결과 관련하여 상기한 여러 쟁점들에 대해 검토하고(아래 IV. 내지 VI.),⁷⁾ 이후 결론을 내려 보고자 한다(아래 VII.).

II. 대상판결(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결)의 판단 요지

1. 사실관계

두유를 제조·판매하는 사업자인 원고는 다른 2개 사업자와 함께 2008. 상반기와 하반기에 두유제품의 출고가격을 인상하기로 하는 합의(이하 “이 사건 공동행위”)를 하였고, 공정위는 2011. 6. 9. 원고에 대해 과징금납부명령을 하였다.⁸⁾ 이후, 공정위는 2011. 7. 18. 별도의 의결을 통해 원고의 2순위 조사협조자 지위를 인정하고 당초의 과징금을 50% 감액하는 처분을 하였다. 이에 원고는 당초의 과징금납부명령(이하 “제1처분”) 및 과징금 감액처분(이하 “제2처분”) 모두의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

2. 원심(서울고등법원 2012. 11. 28. 선고 2011누46387 판결)의 판단(일부 각하, 일부 기각)

(1) 소의 적법 여부에 대한 판단

원심인 서울고등법원(이하 “원심”)은, “제2처분은 자진신고 감면까지 포함하여 처분 상대방

6) 여기에는 자진신고자 등에 대한 분리의결에 따른 감면처분과 관련하여 대상판결 전후에 선고된 것으로서 대상판결과 결론을 달리하는 다른 대법원 판결들이 포함된다. 자세한 내용은 아래 V. 2. 및 3. 참조.

7) 대상판결의 경우 그 원심에서 대상판결의 결론을 뒷받침하는 다양한 논거를 제시하고 있으므로, 이하에서는 대상판결 외에도 그와 관련된 원심의 판단까지 포함하여 분석 및 검토를 진행하고자 한다.

8) 판결문에는 구체적인 과징금액이 기재되어 있지 않다.

인 원고가 실제로 납부하여야 할 최종과징금을 결정하는 중구적 처분이고, 제1처분은 이러한 중구적 처분을 예정하고 있는 중간적 처분”이라고 판시하면서, “제2처분이 있을 경우 제1처분은 제2처분에 흡수되어 소멸한다고 보아야 하는 것이어서 제1처분의 취소를 구하는 소는 이미 효력을 잃은 처분의 취소를 구하는 것으로 부적법”하다고 판시하고 있는데, 후술하겠지만 이는 대상판결에 의해서도 그대로 받아들여졌다. 이러한 결론과 관련하여 서울고등법원은 상당히 자세한 이유를 설시하고 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

① 공정거래법 시행령 제35조에 의할 때, 1순위 자진신고자에 대한 시정조치 및 과징금 면제, 1순위 조사협조자에 대한 시정조치 감면 및 과징금 면제, 2순위 조사협조자에 대한 과징금 감경은 기속행위로 규정하고 있고,⁹⁾ 2순위 조사협조자에 시정조치 감면만을 재량행위로 규정하고 있다.¹⁰⁾

② 공정거래법 제22조의2 제1항, 같은 법 시행령 제35조 제1항, 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시(2011. 7. 20. 공정위 고시 제2011-6호로 개정되기 전의 것)」 제7조, 제11조, 제12조에 의하면, 자진신고자 등은 공정위에 과징금과 시정명령의 감면을 요구할 법규상 신청권이 있고, 공정위는 이에 대하여 응답할 의무가 있다고 보아야 한다.

③ 공정거래법 제22조의2 제2항, 같은 법 시행령 제35조 제3항에 따라, 공정위는 실무상 우선 자진신고 등이 없음을 전제로 하여 심의·의결(이하 “선행의결”)을 한 이후 자진신고자 등에 대해서만 따로 다시 자진신고 등에 의한 감면의결(이하 “후행의결”)이라 한다)을 하고 그에 따라 의결서도 각각 작성하여 송달한다.

④ 공정위의 감면신청에 대한 응답의무, 자진신고자 등에 대한 감면은 대부분 기속행위에 해당한다는 점, 자진신고자 등 감면신청에 따른 순위확인이 있을 경우 선행의결과 후행의결을 분리하는 것이 공정위의 실무상 관행인 점에 비추어 보면, 자진신고자 등에 대한 선행의결은 애초부터 후행의결을 예정하고 있는 것으로서 중구적인 의결이 아니라고 보는 것이 공정위의 의사에 부합하고, 또 선행의결에서 자진신고 감면에 관하여는 아무런 의결을 하지 않음으로써 이러한 의사를 묵시적으로나마 표시한 것이라고 봄이 옳다(만약 이와 같이 보지 않으면 선행의결은 자진신고 등에 의한 감면 부분을 빠뜨린 것이어서 순위확인을 받은 사업자에 대해서는 그 자체로 언제나 위법한 것이 된다).

9) 이 중 과징금 감면의 법적 성격에 대해서는 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두12699 판결을 인용하고 있는데, 위 2007두12699 판결에서는 “원고의 조사협조 행위는 법 시행령 제35조 제2항 제2호에 규정된 50% 이상의 감경요건을 충족한 것으로 볼 수 있어, 피고가 굴삭기에 관한 과징금을 45% 감경하는 데 그친 이 사건 처분은 더 나아가 살필 필요 없이 위법”하다고 판시하고 있다. 위 인용 부분에서 말하는 “법 시행령”은 공정거래법 시행령 중 2005. 3. 31. 대통령령 제18768호로 개정되기 전의 것을 의미하며, 당시 공정거래법 시행령 제35조 제2항 제2호는 제1순위 조사협조자에 대해 과징금의 50% 이상을 감경하도록 규정하고 있었다.

10) 판결문에서 2순위 자진신고자에 대한 과징금 및 시정조치 감경에 대해서는 언급하고 있지 않지만, 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제3호의 문언에 의할 때 2순위 자진신고자에 대한 과징금 감경은 기속행위, 시정조치 감경은 재량행위인 것으로 파악된다. 즉, 2순위 조사협조자의 경우와 동일하다.

이러한 점과 후행의결에 의해 결정된 과징금 및 시정명령이 처분 상대방이 실제 이행하여야 할 최종적인 것인 점까지 아울러 고려하여 보면, 자신신고 감면신청에 따라 순위확인을 받은 사업자에 대하여 선행의결은 잠정적·중간적 처분에 불과하고 후행의결이 최종적·종국적 처분으로서의 성격을 가진다고 봄이 타당하다. 따라서 후행의결을 단순히 선행의결에 대한 감액 처분으로만 보는 것은 그 본질에 맞지 않는다.

⑤ 만약 후행의결을 선행의결에 대한 단순한 감액처분으로 보아 후행의결이 있더라도 그 하자에 관하여는 선행의결을 다투어야 한다고 본다면, 다음과 같은 매우 불합리한 결과를 가져온다. 즉 감면신청 당시 공정위 측으로부터 1순위 자신신고자로 확인받음으로써 선행의결이 있더라도 이후 후행의결에서 과징금과 시정조치가 면제될 것을 믿는 사업자로서는 설령 선행의결에 하자가 있더라도 이를 다투지 않을 가능성이 매우 높는데, 공정거래법 제54조 제1항에 따른 30일의 제소기간이 경과한 후 이루어진 후행의결에서 공정위가 1순위로 인정하지 않는 결정을 할 경우 후행의결의 하자뿐 아니라 선행의결의 하자도 다룰 수 없게 된다.

⑥ 이러한 문제를 해결하기 위해 공정위가 선행의결서와 후행의결서를 함께 송달하는 방법을 생각할 수 있으나 선행의결과 후행의결을 분리하는 한 위와 같은 문제는 언제나 내재되어 있으며, 또 선행의결에 대한 취소소송 제소기간 기산점을 후행의결서 송달일로 보는 것은 명문의 규정이 없는 현행법 하에서 받아들이기 어렵다. 그리고 후행의결에서 감면하지 않기로 한 의결을 거부처분취소소송의 대상으로 삼을 수는 있으나, 이 경우 감면하지 않은 하자만 다룰 수 있을 뿐 선행의결의 하자를 다룰 수는 없다.

⑦ 후행의결에서 과징금 등이 전부 면제될 것이 예정되어 있고 실제로 이후 면제결정이 있게 되면 선행의결의 취소를 구하는 소는 결과적으로 부적법한 소로서 각하될 것이므로, 선행의결과 관계없이 제소기간 내에 선행의결의 취소를 구하는 소를 제기하도록 하는 것은 소송비용 부담 등 소송 경제적으로 매우 비효율적이며 불필요한 낭비를 초래한다.

⑧ 오히려 공정위의 실무관행 등에 비추어 볼 때 자신신고 순위확인을 받은 사업자에게는 후행의결을 기다렸다가 이를 다투도록 하는 것이 간명하고 취소소송의 대상을 인식하는 데에도 용이하다.

⑨ 이처럼 선행의결은 중간적 처분이고 후행의결을 종국적 처분으로 본다면, 후행의결이 있으면 선행의결은 후행의결에 흡수되어 그 효력을 잃는다고 봄이 옳다(특히 후행의결이 일부 감액의결일 경우에는 선행의결과 논리적으로 양립할 수 없어 더욱 그러하다).

(2) 본안에 대한 판단¹¹⁾

원고는 본안에서, 자신이 1순위 조사협조자에 해당한다는 점, 이 사건 공동행위는 피고 공정

11) 이 부분은 이 논문의 검토 대상이 아니지만, 사건의 이해를 위해 필요한 범위 내에서 간략히 설명하기로 한다. 대상판결의 본안판단에 대해서도 마찬가지이다.

위가 원고에 대해 현장조사를 한 날 또는 원고가 자진신고 감면신청을 한 날에 종료된 것으로 보아야 한다는 점, 2008년 상반기 합의의 대상에 유아용 두유는 제외되어 있으므로 위 기간과 관련한 유아용 두유에 대한 매출액은 관련매출액에서 제외해야 한다는 점, 공정위의 과징금 산정은 비례원칙과 평등원칙에 반하여 위법하다는 점을 주장하였으나 모두 배척되었다.

3. 대상판결의 판단(파기환송)

(1) 소의 적법 여부에 대한 판단

대법원은, 공정위가 공정거래법 제22조의2에서 정한 자진신고자나 조사협조자에 대하여 과징금 부과처분(이하 “선행처분”)을 한 뒤, 같은 법 시행령 제35조 제3항에 따라 다시 그 자진신고자 등에 대한 사건을 분리하여 자진신고 등을 이유로 과징금 감면처분(이하 “후행처분”)을 하였다면, “후행처분은 자진신고 감면까지 포함하여 그 처분 상대방이 실제로 납부하여야 할 최종적인 과징금액을 결정하는 종국적 처분이고, 선행처분은 이러한 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행처분이 있을 경우 선행처분은 후행처분에 흡수되어 소멸”한다면서, 이러한 경우 “선행처분의 취소를 구하는 소는 이미 효력을 잃은 처분의 취소를 구하는 것으로 부적법”하다고 판시하였다.

(2) 본안에 대한 판단

대법원은 원고의 상고이유 중 공동행위 중기 산정의 오류를 지적하는 부분을 인정하여 사건을 파기하고 원심인 서울고등법원으로 환송하였다.

Ⅲ. 공정거래법상 자진신고자 등에 대한 제재 감면제도¹²⁾

1. 의의

공정거래법 제22조의2에 따른 자진신고자 등에 대한 제재 감면제도는 “부당한 공동행위 사실을 자진신고”하거나(자진신고자), “증거제공 등의 방법으로 조사에 협조”한 자(조사협조자)에

12) 이에 관해서는 박혜식/이승민, “자진신고자등에 대한 감면불인정통지의 처분성에 관한 법적 쟁점(대상판결: 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두3541 판결)”, 『행정판례연구』, 제18-2집(2013), 133-136면 참조. 다만, 위 논문 발표 이후, 자진신고자 등에 대한 제재 감면제도의 구체적인 내용을 정하고 있는 공정위의 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」가 2차례에 걸쳐 개정되었고, 이에 따라 특히 감면 절차에 상당한 변경이 있었음에 주의할 필요가 있다.

대해 시정조치 및 과징금을 감면하고 형사고발을 면제해주는 제도를 말한다. 이 제도는 본래 미국 및 EU에서 시행되던 제도로써, 부당한 공동행위에 가담한 사업자의 자발적 신고 또는 조사협조를 유도하기 위한 취지로¹³⁾ 공정거래법이 1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되면서 도입되어 1997. 4. 1.부터 시행되었다.

이와 같은 감면제도는 1999년에 처음 적용되었는데, 1999년부터 2013년 사이에 부당한 공동행위를 이유로 과징금이 부과된 총 325건 중에서 감면제도가 적용된 과징금 부과사건은 141건에 달하며, 2005년부터는 자진신고가 급증하기 시작함에 따라 2005년부터 2013년 사이에 과징금이 부과된 총 248건 중 137건에서 감면제도가 적용되기에 이르렀다.¹⁴⁾

2. 감면대상, 요건 및 내용

(1) 감면대상

자진신고자 등에 대한 제재 감면제도는 자진신고자와 조사협조자를 그 대상으로 한다. 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제1호의 “조사를 시작하기 전에 자진신고한 자” 및 같은 항 제2호의 “조사를 시작한 후에 조사에 협조한 자”라고 표현하고 있는데, 이러한 문언을 통해 자진신고자와 조사협조자의 구별은 공정위의 ‘조사 개시 시점’을 기준으로 함을 알 수 있다. 공정위의 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시(2016. 4. 15. 공정위 고시 제2016-3호)」(이하 “감면고시” 또는 “현행 감면고시”) 제2조 제1호 및 제2호에서는 이를 더욱 분명히 정하고 있는데, 위 감면고시 조항에 따르면 자진신고자는 조사 개시 전에 필요한 증거를 제공한 사업자를 의미하고, 조사협조자는 조사 개시 후에 필요한 증거를 제공한 사업자를 의미한다.

이러한 자진신고 또는 조사협조는 ‘당해 공동행위’, 즉 공동행위에 가담한 사업자의 자진신고 또는 조사협조 당시 그 대상이 되는 공동행위,¹⁵⁾ 달리 말하면 현재 조사 중인 공동행위에 관한 것이어야 함이 원칙이다. 그리고 1순위 또는 2순위로 신고하거나 협조한 자에 대해서만 혜택이 부여되며, 다만 감면내용에는 차이가 있다. 그러나 어떤 사업자가 현재 조사 중인 공동행위(당해 공동행위)에 대해 감면요건을 충족하지 못한 경우라도 하더라도 다른 공동행위에 대하여 1순위로 자진신고 또는 조사협조를 하는 경우에는 그러한 다른 공동행위에 대해 제재 감면이 이루어짐은 물론, 현재 조사 중인 공동행위(당해 공동행위)에 대해서도 추가로 제재 감면 혜택이 부여된다.¹⁶⁾ 이를 흔히 ‘앰네스티 플러스(Amnesty Plus)’ 제도라고 하며, 공정거래법 시

13) 권오승, 『독점규제법』, 제4판, 법문사, 2015, 158면, 202면.

14) 공정거래위원회, 『공정거래백서』, 공정거래위원회, 2014, 170-171면.

15) 감면고시 제2조 제3호.

16) 권오승, 앞의 책, 204면 참조.

행령 제35조 제1항 제4호에서 이 제도를 명문화하고 있다.

(2) 감면요건

자진신고 또는 조사협조를 이유로 제재를 감면받기 위해서는, ① 부당한 공동행위 입증에 필요한 증거를 단독으로 제공해야 하고, ② 공정위가 정보를 입수하지 못하였거나 필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태에서 자진신고 또는 조사협조가 이루어져야 하며, ③ 부당한 공동행위와 관련된 사실을 모드 진술하고 관련 자료를 제출하는 등 조사가 끝날 때까지 성실히 협조해야 하고, ④ 해당 부당한 공동행위를 중단해야 한다.¹⁷⁾

(3) 감면내용

감면되는 제재의 내용은 자진신고자인지 아니면 조사협조자인지 여부에 따라 달라지고, 또 1순위자인지 아니면 2순위자인지에 따라 달라진다. 아울러 자진신고나 조사협조가 당해 공동행위에 대한 것인지 아니면 다른 공동행위에 대한 것인지에 따라서도 달라진다. 이와 관련하여 과징금 및 시정조치의 감면에 대해서는 공정거래법 시행령 제35조 제1항 각 호에서 상세히 규정하고 있다. 반면, 형사고발의 면제에 대해서는 공정거래법 제22조의2 제1항에서 “고발을 면제할 수 있다”라고만 규정하고 있을 뿐, 공정거래법 시행령에는 별도의 규정을 두고 있지 않은데, 다만 감면고시 제16조에서 그 순위를 불문하고 자진신고자 등에 대해서는 원칙적으로 형사고발을 면제하되 위반의 정도가 객관적으로 명백·중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정되는 경우이거나 검찰총장이 공정위에 고발을 요청하는 경우에는 예외로 하도록 규정하고 있다.¹⁸⁾

공정거래법 시행령 제35조 제1항 각 호에 규정된 감면내용은 다음과 같다.

- ① 1순위 자진신고자: 과징금 및 시정조치가 면제되며, 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제1호의 문언상 위와 같은 면제는 기속행위로 해석된다.
- ② 1순위 조사협조자: 과징금이 면제되고 시정조치가 감면된다. 공정거래법 시행령 제35조

17) 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제1호 내지 제4호.

18) 감면고시는 공정거래법 제22조의2 제3항, 같은 법 시행령 제35조 제4항의 위임에 따라 상위법령의 내용을 보충하기 위해 제정된 것으로서 대외적 구속력이 인정되는 소위 법령보충규칙에 가까운 것으로 보인다(박해식/이승민, 앞의 글, 140-141면 참조). 다만, 과징금 및 시정조치의 경우와는 달리 형사고발의 면제에 관해서는 명확한 위임규정이 없다. 공정거래법 제22조의2 제3항은 시정조치, 과징금 및 형사고발 감면의 대상, 기준, 정도 등에 관한 사항을 시행령에 위임하고 있지만, 정작 같은 법 시행령 제35조 제1항은 법 제22조의2 제3항의 내용을 구체화하면서 과징금 및 시정조치의 감면에 대해서만 언급하고 있을 뿐 형사고발의 면제에 대해서는 아무런 언급이 없기 때문이다. 따라서 형사고발의 면제에 관해 규정하고 있는 감면고시 제16조에 대해서는 상위법령의 위임근거가 없다고 할 것이고, 그러므로 감면고시 중 제16조 부분에 대해서는 그 대외적 구속력을 인정하기는 어려울 것으로 생각된다.

제1항 제2호의 문언상 과징금의 면제는 기속행위로 해석되며, 시정조치의 경우 감경 또는 면제 중 어느 하나는 반드시 이루어져야 할 것이지만¹⁹⁾ 공정위는 시정조치의 감경 또는 면제 중 어느 한 가지를 선택할 수 있는 선택재량 또는 효과재량이 인정되므로 시정조치 감면의 법적 성격을 기속행위로 단정하기는 어렵다. 이러한 관점에서 볼 때 대상판결의 원심이 1순위 조사협조자에 대한 시정조치 감면을 기속행위라고 판시한 것은 부정확한 면이 있으며, 위와 같은 판시는 시정조치 감경 또는 면제 중 어느 하나는 이루어져야 한다는 점을 강조한 것으로 선택될 수 있을 것이다.

- ③ 2순위 자진신고자 및 조사협조자: 과징금의 50%가 감경되고 시정조치가 감경될 수 있다. 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제3호의 문언상 과징금 감경은 기속행위, 시정조치 감경은 재량행위로 해석된다.
- ④ 다른 공동행위에 대한 1순위 자진신고자 및 조사협조자: 과징금이 감면되고, 시정조치가 감경될 수 있다. 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제4호의 문언상 과징금의 감경 또는 면제 중 어느 하나는 반드시 이루어져야 하며, 공정위는 이에 대한 선택재량 내지는 효과재량을 갖는다. 이러한 과징금 감면에 대해서는 감면고시 제13조 제2항에서 보다 세부적인 규정을 두고 있는데, 이에 따르면 다른 공동행위의 규모와 당해 공동행위의 규모를 비교하여 최소 20% 감면에서 최대 면제까지 가능하도록 규정하고 있다. 이처럼 ‘엠네스티 플러스’가 적용되는 경우에는 공정위는 과징금 감경 또는 면제에 대한 선택재량뿐만 아니라 감경의 정도에 대해서도 일정한 선택재량을 갖는다는 점에서 당해 공동행위에 대한 1순위 조사협조자에 대한 제재 감면의 경우와 차이가 있다.

3. 감면절차²⁰⁾

자진신고자 등에 대한 제재 감면절차는 2015. 1. 2. 공정위 고시 제2014-19호로 감면고시(이하 “2015년 감면고시”)가 개정되면서 상당히 큰 변화를 겪었다. 위 개정 전에 시행되던 감면고시(2012. 1. 3. 공정위 고시 제2011-11호, 이하 “2012년 감면고시”)에서는 자진신고자 등이 필요한 자료를 갖추어 조사공무원 등에게 감면신청을 하면 조사공무원 등은 신청서 부분에 접수 일시와 접수 순위를 기재하고 서명·날인한 후 신청인에게 교부하며,²¹⁾ 이후 사무처장은 제출된 자료가 공정거래법 시행령 제35조의 감면요건에 해당된다고 판단할 경우 신청 접수일로부터 15일 이내에 신청인이 자진신고자 등에 해당함을 확인하는 서면을 교부하는 ‘자진신고자

19) 주 9)의 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두12699 판결 참조.

20) 이 논문의 성격상 자진신고자 등에 대한 제재 감면절차 전반에 대해 설명할 필요는 없어 보이므로, 이하에서는 대상판결의 분석에 있어 필요한 범위 내에서 자진신고자 등의 지위가 부여되는 기본적인 절차에 대해서만 간략히 살펴보고자 한다.

21) 2012년 감면고시 제10조 제1항.

등 지위확인' 절차가 있었다.²²⁾ 만약 사무처장이 감면요건에 해당되지 않는다고 판단할 경우 사무처장인 신청인에게 감면불인정통지를 하며,²³⁾ 사무처장은 지위확인을 한 후에도 신청인이 성실하게 협조하지 않거나 공동행위를 중단하지 않아 감면요건을 유지하지 못하거나 제출 자료가 허위여서 신청 자체에 하자가 있었음이 발견된 경우에는 지위확인을 취소할 수 있었다.²⁴⁾ 다만, 사무처장의 지위확인 은 최종적인 것은 아니고 자진신고자 등 지위에 대한 최종적인 확인 은 공정위의 심의·의결을 통해서 이루어졌다.²⁵⁾

이러한 사무처장의 지위확인 제도는 2015년 감면고시에 의해 폐지되었으며, 이는 현재도 마찬가지이다. 현행 감면고서에 의할 때, 자진신고자 등이 필요한 자료와 함께 감면신청을 하면 조사공무원 등은 신청서 부분에 접수 일시와 접수 순위를 기재하고 서명·날인한 후 신청인에게 교부하며,²⁶⁾ 이후 심사관 등은 감면신청 및 자진신고자 등 지위결정을 위한 심사보고서를 별도로 작성하여 위원회에 제출해야 하고,²⁷⁾ 이후 공정위는 감면에 관한 사항을 심의·의결한다.²⁸⁾ 사무처장의 지위확인 제도가 폐지되었기 때문에 사무처장의 감면불인정통지나 지위확인의 취소 제도 역시 폐지되었으며, 공정위 심의·의결 단계에서 자진신고자 등에 대한 감면요건 충족 여부 및 자진신고자 지위결정에 대한 확정적 판단이 이루어진다.²⁹⁾

한편, 감면고시 제11조의 문언상 심사관 등이 감면신청 및 자진신고자 등 지위결정을 위한 심사보고서를 별도로 작성할 의무가 있다고 하더라도, 이에 대한 심의·의결이 반드시 본의결과 분리되어야 하는 것은 아니라고 해석해야 한다.³⁰⁾ 감면고시의 상위법령인 공정거래법 시행령 제35조 제3항이 감면신청에 대한 분리의결을 당사자의 신청에 따른 임의적인 것으로 명확히 규정하고 있기 때문이다. 또한, 하위법령의 의미는 상위법령에 합치되는 것으로 해석해야 한다는 것이 대법원의 입장이기도 하다.³¹⁾ 요컨대, 감면신청과 관련한 심사보고서의 별도 작성 여부와 상관없이, 감면신청과 관련한 심의·의결은 본의결과 동시에 이루어질 수도 있고 분리하여 이루어질 수도 있다.

22) 2012년 감면고시 제11조 제1항.

23) 2012년 감면고시 제14조 제1항.

24) 2012년 감면고시 제12조 제2항.

25) 2012년 감면고시 제12조 제1항 참조.

26) 현행 감면고시 제10조 제1항.

27) 현행 감면고시 제11조.

28) 현행 감면고시 제12조 제1항.

29) 현행 감면고시 제12조 제2항 참조.

30) 반면, 「공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙(2016. 2. 4. 공정위 고시 제2016-2호)」 제11조 제2항에 의할 때, 심사관이 사건심사 착수보고를 할 때에는 자진신고 등으로 인한 감면신청 건을 부당한 공동행위 건과 별도로 할 수도 있고, 한꺼번에 할 수도 있다.

31) 대법원 2016. 6. 10. 선고 2016두33186 판결.

IV. 자진신고자 등에 대한 제재처분과 감면처분의 법적 성격

1. 쟁점

대상판결은 자진신고 등으로 인하여 분리의결을 통해 과징금 감면처분이 내려지는 경우, 이러한 감면처분이 중구적 처분이고 그에 선행하여 이루어진 과징금납부명령과 같은 제재처분은 “일종의 잠정적 처분”이라고 판시하고 있다. 그런데 여기서 “잠정적 처분”, 나아가 “일종의 잠정적 처분”이 과연 무엇을 의미하는 것인지 의문이 발생한다. 이하에서는 자진신고자 등에 대한 과징금납부명령을 포함한 제재처분과 감면처분의 법적 성격이 무엇이고, 양자는 어떤 관계에 있는 것인지 살펴보기로 한다.

2. 제재처분의 법적 성격

(1) 중간처분에 해당하는지 여부

1) 중간처분의 의의

먼저 대상판결이 말하는 “잠정적 처분”이 항고소송의 대상적격과 관련하여 논의되는 ‘중간처분’을 의미하는 것인지 문제된다.³²⁾ 일반적으로 중간처분은 최종적인 행정처분의 선행적 절차로 이루어지는 것으로서, 상대방인 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니라는 이유로 처분성이 부정된다.³³⁾ 이와 관련하여 대법원은 과세처분의 선행적 절차로서 세무서장이 내부적으로 행하는 과세표준결정,³⁴⁾ 제2차 납세의무자 지정통지,³⁵⁾ 근로복지공단이 산업재해보상보험료 부과처분에 앞서 행한 보험료산정기준 사업변경처분,³⁶⁾ 해양안전심판원 재결 중 사고원인 규명의 재결³⁷⁾ 등은 납세의무나 보험료납부의무, 징계 등 불이익을 직접 발생시키는 것이 아니어서 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 보고 있다.³⁸⁾ 반면, 중간처분이라고 하더라도 그것이 국민의 권리의무에 직접적인 영향을 미치는 것인 경우에는 처분성이 인정되는 데,³⁹⁾ 표준지공시지가결정⁴⁰⁾이나 개별공시지가결정⁴¹⁾을 예로 들 수 있다. 이 외에 친일반민족

32) 뒤에서 살펴보겠지만, 대상판결의 원심에서는 과징금납부명령이 “잠정적·중간적 처분”에 해당한다고 판시하였다.

33) 편집대표 김철용/최광울, 『주석 행정소송법』, 박영사, 2004, 544-546면; 서울행정법원 실무연구회, 『행정소송의 이론과 실무』, 사법발전재단, 2014, 51-53면 각 참조.

34) 대법원 1986. 1. 21. 선고 82누236 판결.

35) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95누6632 판결.

36) 대법원 1995. 7. 28. 선고 94누8853 판결.

37) 대법원 1994. 6. 24. 선고 93추182 판결, 대법원 2000. 6. 9. 선고 99추16 판결.

38) 편집대표 김철용/최광울, 앞의 책, 544-545면.

행위자재산조사위원회의 재산조사개시결정⁴²⁾이나 과세관청의 세무조사결정⁴³⁾도 중간처분이지만 예외적으로 항고소송의 대상적격이 인정되는 사례로 제시되는데,⁴⁴⁾ 다만 이들에 대해서는 다른 권리구제수단의 불충분성, 분쟁의 조기 해결과 같은 쟁송법적 요소들이 아울러 고려되었다는 점에서 공시지가결정의 경우와는 차이가 있다.⁴⁵⁾

2) 중간처분 개념의 실익 및 판단기준

중간처분 개념은 항고소송의 대상적격을 인정하기 위한 기준, 즉 ‘처분성’ 개념과 밀접하게 연관되어 있다. 행정소송법 제2조 제1항 제1호는 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용 및 행정심판에 대한 재결”에 대해 항고소송의 대상적격을 인정하고 있는데, 이에 관하여 대법원은 종래 “행정청의 공권력행사로써 행하는 처분 중 국민의 권리의무에 직접적으로 법률적 영향을 미치는 행위”를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아 왔다.⁴⁶⁾ 여기서 중간처분은 행정기관의 의사결정 과정의 한 단계에 불과한 것으로서 그 자체만으로는 국민의 권리의무에 대한 직접적인 법률적 영향이 발생한다고 볼 수 없기 때문에 처분성이 부정된다. 즉, 국민의 권리의무에 대해 직접적인 영향을 주는 것은 최종 결정이므로 이를 항고소송의 대상으로 삼는 것이 원칙이며, 별도로 중간처분에 대해 처분성을 인정할 실익은 크지 않다.

행정기관의 모든 행위를 항고소송의 대상으로 볼 수는 없기 때문에, 중간처분의 개념은 행정기관이 어떠한 행정결정을 내리기 위해 거치는 일련의 단계에서 어떤 부분을 쟁송취소의 대상으로 하고, 어떤 부분을 배제할 것인지를 구별하기 위해 필요하다. 그런데 일련의 단계적 처분 가운데 어떠한 것을 중간적인 것으로 보고 어떤 것을 최종적 혹은 종국적인 것으로 보아야 하는지는 경우에 따라 상대적일 수 있어서 이를 일률적으로 정하기 어려운 측면이 있다. 그러나 이는 기본적으로는 행정을 통하여 달성하려는 목적 및 그에 따라 발생하는 법적 효과를 기준으로 판단해야 할 것이다. 예컨대, 건축허가와 사용승인은 ‘건축물의 완성’이라는 하나의 목적을 위한 것이지만, 행정규제의 관점에서 양자에 대한 규율은 엄연히 다른 목적을 지니고 있으며 그 법적 효과도 다르기 때문에 건축허가를 사용승인의 중간처분으로 보기는 어렵다. 즉, 건축허가는 향후 건축될 건물이 도시계획 및 건축경찰법적 관점에서 문제가 없는지 여부를 살

39) 편집대표 김철용/최광을, 위의 책, 545면.

40) 대법원 1994. 3. 8. 선고 93누10828 판결, 대법원 1995. 3. 28. 선고 94누12920 판결.

41) 대법원 1993. 1. 15. 선고92누12407 판결, 대법원 1993. 6. 11. 선고 92누16706 판결.

42) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두6513 판결.

43) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617, 23624 판결.

44) 서울행정법원 실무연구회, 앞의 책, 53면.

45) 이는 항고소송의 대상적격이 확대되어 가는 최근의 경향과 일치한다. 박해식/이승민, 앞의 글, 136-139면 참조.

46) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82누161 판결. 김동희, 『행정법(I)』, 제22판, 박영사, 2016, 761면.

퍼 발급되는 것인 반면, 사용승인은 완성된 건축물이 건축허가 발급 당시 제출된 도면에 맞게 이루어졌는지, 허가조건은 제대로 이행되었는지 등을 검토하여 해당 건축물의 사용가능성을 열어주는 것이므로 그 법적 효과가 다르다.

이러한 행정목적이나 법률효과는 처분의 법적 근거, 행정청의 심사대상, 처분의 내용 등과 밀접하게 연결되어 나타나기 마련이다. 건축허가와 사용승인의 경우를 다시 예로 들어보면, 건축허가는 행정청이 건축법 제11조에 규정된 요건의 충족 여부를 판단하여 신청인이 실제 건축행위로 나아갈 수 있도록 해 주는 것이고, 사용승인은 행정청이 건축법 제22조의 요건에 대한 충족 여부를 심사한 다음, 건축물의 실제 사용이 가능함을 공적으로 인정해 주는 것이다.

이와 더불어 처분의 외형, 처분절차 등도 같이 고려할 필요가 있다. 어떤 처분이 갖는 행정목적이나 법률효과는 궁극적으로 그 상대방인 국민에 대한 것일 뿐만 아니라, 항고소송에서 쟁송의 대상을 정함에 있어 처분절차에서 국민이 갖게 되는 신뢰를 적극적으로 고려할 필요가 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 그리고 어떤 처분을 중간처분으로 보는 것은 처분성에 대한 의문을 남기고 결과적으로 국민의 권리구제 범위가 좁아질 수 있기 때문에 신중해야 한다는 점도 고려대상이다. 반면, 어떤 처분을 최종처분 또는 종국처분으로 보더라도 나중에 그와 연관된 다른 처분이 내려지면 청구취지를 변경하거나 소의 이익을 부정하는 등의 방법으로 취소의 대상을 정리할 수 있기 때문에 굳이 중간처분의 범위를 넓혀 제소 가능성을 사전에 차단할 이유가 없다. 따라서 중간처분과 최종처분을 구별하기 위한 기준은 하자의 승계론에서 일반적으로 논의되는 '선행처분과 후행처분이 결합하여 하나의 법적 효과를 완성하는 것인지 여부'⁴⁸⁾보다 더 엄격한 관점에서 바라보는 것이 바람직하다. 즉, 어떤 두 개의 처분 사이에 하자의 승계가 인정되더라도, 이들은 각자 최종처분 또는 종국처분에 해당한다고 보아야 할 경우가 있다.

한편, "행정청 내부의 중간처분"이라는 표현이 사용되는 경우가 있는데,⁴⁹⁾ 이에 대해서는 주의가 필요하다. 엄밀히 말하면 행정기관의 최종 결정 이전에 이루어지는 중간 단계의 행위들 중에는 대외적으로 공표되지 않고 행정기관의 내부에서만 이루어지는 것도 있고, 대외적으로 공표되는 것도 있다. 전자의 경우에는 상대방인 국민을 상대로 외부적으로 공표되지 않아 해당 결정이 대외적 효력을 갖기 위한 요건을 갖추지 못하여 당연히 처분성이 부정된다. 반면, 후자

47) 행정소송법 제13조 제1항에서 행정청에 대해 항고소송의 피고적격을 인정하고 있는 것이나, 이러한 행정청 개념에 따라 인정되는 피고적격은 '처분서에 나타난 명의자'를 기준으로 판단하는 대법원 판례(대법원 1995. 3. 14. 선고 94누9962 판결, 대법원 1997. 6. 19. 선고 95누8669 판결 등), 나아가 "내부위임이나 대리권을 수여받은 데 불과하여 원행정청 명의나 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분등을 할 권한이 없음에도 불구하고 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고"가 된다는 대법원의 입장(대법원 1989. 11. 14. 선고 89누4765 판결, 대법원 1994. 6. 14. 선고 94누1197 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누14688 판결 등)도 이러한 사고에 기반을 둔 것으로 볼 수 있다.

48) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92누4567 판결, 대법원 1993. 11. 9. 선고 93누14271 판결; 김동희, 앞의 책, 348면 참조.

49) 예컨대, 편집대표 김철용/최광율, 앞의 책, 544면; 서울행정법원 실무연구회, 앞의 책, 51면 등.

의 경우에는 국민의 권리의무에 보다 직접적으로 법률적 영향을 미치는 최종적인 처분이 남아 있다는 점에서 처분성이 부정되는 경우가 많다. 앞에서 열거한 대법원 판례들 중 과세표준결정은 행정기관 내부의 행위이기 때문에 처분성이 부정된다고 볼 수 있는 반면, 제2차 납세의무자 지정통지나 해양안전심판원 재결 중 사고원인 규명의 재결의 경우에는 그 상대방인 국민에 대해 고지가 이루어지지만 국민의 권리의무에 직접적으로 법률적 영향을 미치는 것으로 보기 어렵기 때문에 처분성이 부정되는 것으로 볼 수 있다. 그리고 중간처분으로 보이지만 처분성이 인정된다고 본 공시지가결정이나 조사개시결정 등은 그 당연한 전제로서 모두 대외적으로 유효하게 성립하였다고 보기에 충분할 정도로 행정결정으로서의 외형을 갖추고 있는 것들이다.

이상의 내용을 정리해보면 다음과 같다. 첫째, 중간처분과 최종처분 혹은 중국처분의 구별은 처분의 행정목적 및 법률효과를 기준으로 하여 결정하되(이는 특히 처분의 법적 근거, 행정청의 심사대상, 처분의 내용 등을 통해 파악할 수 있다) 처분의 외형이나 처분절차 등도 고려되어야 하고, 가급적이면 중간처분보다는 최종처분 또는 중국처분으로 인정할 필요가 있다. 둘째, 중간처분이든 최종처분(중국처분)이든 그 상대방에게 고지되어 대외적 효력을 발생한 경우에만 처분성이 논의될 수 있고, 이러한 요건을 갖추지 못한 순수한 행정기관 내부행위는 처분성이 논의될 여지가 없다. 셋째, 중간처분의 처분성은 국민의 권리의무에 직접적인 영향을 미치거나, 다른 권리구제수단이나 분쟁의 조기 해결 등 쟁송법적 관점에서 처분성을 인정할 필요가 있는지에 따라 결정된다.

3) 제재처분의 성격 - 최종처분 또는 중국처분

이러한 관점에서 공정위의 제재처분의 법적 성격에 대해 살펴보면, 이는 자진신고 등으로 인한 감면처분의 중간처분으로 보기 어려운 측면이 많다는 결론에 이르게 된다.

우선, 공정위의 제재처분이 행정청의 내부행위가 아님은 분명하다. 그리고 이러한 제재처분은 법 위반행위자의 위반행위를 처벌하기 위한 것이고, 감면처분은 자발적 신고나 조사협조로 인하여 공정위의 카르텔 적발 및 제재를 원활하게 한 것에 대한 보상적 성격으로 이루어지는 것이기 때문에 그 행정목적이 같지 않다. 법률효과 또한 제재를 부과하는 것과 제재를 감면하는 것으로서 서로 명확히 구별된다. 특히, 선행의결을 통한 제재처분과 후행의결에 따른 감면처분은 그 법적 근거, 심사대상 및 성격을 달리한다. 즉, 선행의결은 공정거래법 제21조 제22조에 따른 시정명령과 과징금납부명령의 요건 충족 여부 및 부과 정도를 판단하여 내려지는 제재부과처분이고, 후행의결은 같은 법 제22조의2에 따른 감면요건 충족 여부 및 감면 정도를 판단하여 내려지는 처분으로서, 실제로도 후행의결의 의결서에는 감면요건 충족 여부 및 감면 정도에 대해서만 기재되어 있을 뿐, 기 부과된 제재에 대해서는 아무런 언급이 없다. 즉, 선행의결과 후행의결에서의 공정위의 심사대상은 서로 다르고, 그에 따라 내려지는 결론 및 법적 효과도 다르다.

다음으로, 처분의 형식이나 절차적인 측면에서도 공정위의 제재처분은 최종처분으로 보는 것

이 타당해 보인다. 제재처분은 자진신고자 등에 대한 것이나 자진신고자 등이 아닌 피심인에 대한 것이나 그 외형에 있어 아무런 차이가 없고, 자진신고자 등에 대한 제재처분이라고 하더라도 그러한 명령을 수령하는 상대방의 입장에서 볼 때 그 처분절차나 형식은 여전히 완결적이다.⁵⁰⁾ 즉, 자진신고자 등에 대한 제재처분도 공정위의 정식 심의·의결을 거쳐 정해지며, 또한 이를 부과하는 공정위의 의결서는 그 상대방에게 공문의 형식으로 송달되는데 해당 공문에는 제재처분과 관련하여 공정거래법 제54조 제1항에 따른 30일의 제소기간이 적용된다는 점이 안내되어 있다.⁵¹⁾ 그리고 이러한 제재처분은 공정력과 자력집행력이 있기 때문에, 별도로 집행정지 결정이 내려지지 않는 이상 그 상대방에게는 시정명령의 이행 및 과징금액의 납부의무가 발생하는데, 과징금납부명령에 대해서는 과징금액 외에 납부기한과 납부장소까지 같이 안내되는 것이 보통이다.⁵²⁾

4) 대상판결 및 그 원심에 대한 검토

이처럼 과징금납부명령은 그 실질이 최종처분 또는 중국처분에 해당하며, 설령 이를 중간처분으로 보더라도 쟁송법적인 관점에서 처분성이 인정되기에 충분하다. 대상판결에도 과징금납부명령에 대해 “잠정적 처분”이라는 표현을 사용하기는 했지만, 이를 일반적인 중간처분으로 명시하거나 처분성을 부정하는 판시를 하지 않았다. 오히려 과징금납부명령의 소의 이익을 부정했다는 측면에서 과징금납부명령의 처분성 자체는 인정하고 있는 것 아닌가 하는 생각이 든다. 처분성이 부정된다면 소의 이익을 검토할 필요 없이 곧바로 대상적격을 부정하면 될 것이기 때문이다.

문제는 이에 관한 대상판결의 원심의 판단이다. 위에서 살펴본 것처럼, 서울고등법원은 과징금납부명령 등 제재를 명하는 선행의결은 잠정적·중간적 처분에 불과하고 과징금을 감면하는 내용의 후행의결이 최종적·종국적 처분으로서의 성격을 가진다고 판시하고 있다. 반면 대상판결은 원심의 결론을 지지하면서도 “중간적 처분”이라는 표현은 사용하고 있지 않은데, 그 취지가 명확하지는 않지만 최소한 과징금납부명령을 중간처분으로 볼 수는 없다는 입장으로 생각된다. 실제로 원심이 과징금납부명령을 중간처분으로 보면서 제시한 근거들은 받아들이기 어려

50) 일반적인 제재처분의 의결 주문 형식은 다음과 같으며, 이는 자진신고자 등에 대해서도 동일하다.

1. 피심인 000주식회사는 ... 방법으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
2. 피심인 000주식회사는 다음 각 호에 따라 과징금을 국고에 납부하여야 한다.
 - 가. 과징금액: 000,000,000원
 - 나. 납부기한: 과징금 납부고지서에 명시된 납부기한(60일) 이내
 - 다. 납부장소: 한국은행 국고수납대리점 또는 우체국

51) 보통 해당 공문에는 “이 처분에 불복하는 경우에는 법 제53조 제1항 및 제54조의 규정에 의거하여 이 처분의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 그 사유를 갖추어 공정위(심판총괄담당관실)에 이의신청을 하거나, 서울고등법원에 행정소송을 제기할 수 있음을 알려드립니다.”라고 기재되어 있다.

52) 주 50) 참조.

운 부분이 많은데, 이하에서 하나씩 살펴보기로 한다.

대상판결의 원심이 제시하는 첫 번째 근거는 과징금납부명령을 잠정적·중간적인 것으로 보는 것이 공정위의 의사에 부합한다는 것이다. 그러면서 ① 공정위는 감면신청에 대한 응답의무가 있고, ② 자진신고자 등에 대한 감면은 대부분 기속행위에 해당하며, ③ 자진신고자 등 감면신청에 따른 순위확인이 있을 경우 선행의결과 후행의결을 분리하는 것이 공정위의 실무상 관행인 점을 구체적인 논거로 들고 있다. 특히 원심은, 선행의결에서 자진신고 감면에 관하여는 아무런 의결을 하지 않음으로써 선행의결이 잠정적·중간적인 것이라는 의사를 묵시적으로나마 표시한 것이라고 보아야 한다면서, 만약 이와 같이 보지 않으면 선행의결은 자진신고 등에 의한 감면 부분을 빠뜨린 것이어서 순위확인을 받은 사업자에 대해서는 그 자체로 언제나 위법한 것이 된다고 판시하고 있다.

그런데 어떤 처분이 최종 혹은 중국처분인지 여부와 중간처분인지 여부를 판단함에 있어 행정청의 의사가 최우선적으로 고려되어야 하는 것인지는 의문이다. 특정 행정행위를 통해 달성하려는 행정목적이나 그에 관한 법률효과가 무엇인지 파악하기 위하여 행정청의 의사가 일부 고려될 수는 있겠지만, 이러한 행정청의 의사를 중심으로 해당 처분의 법적 성격을 판단하는 것에는 동의하기 어렵다. 특히, 공정위의 제재처분은 처분절차나 외형의 측면에서 누가 보더라도 중국적인 처분의 형식을 취하고 있다는 점에서 더욱 그러하다. 게다가 원심이 말하는 공정위의 의사는 공정위가 밝힌 진정한 의사가 아니라 원심이 여러 근거들을 고려하여 추단한 것에 불과하므로, 여기에 과도한 가치를 부여하는 것은 곤란하다. 나아가 상대방인 국민이 쉽게 파악하기 어려운 행정청의 의사가 처분성을 결정하는 주된 기준이 되는 것은 쟁송법적 관점에서 보더라도 타당하지 않으며, 쟁송법적 처분 개념을 받아들이면서 항고소송의 대상을 확대하고 있는 대법원의 최근 경향에도 부합하지 않는다.

또한, 공정거래법 시행령 제35조 제3항의 문언상 자진신고자 등에 대한 분리의결은 임의적인 것이고, 실제로 자진신고자 등에 대해 분리의결이 이루어지지 않은 사례도 존재하며,⁵³⁾ 나아가 공정위가 감면신청에 대한 응답의무를 지니고 감면처분이 주로 기속행위에 해당한다고 하더라도 공정위가 후행의결에서 반드시 과징금 및 시정명령을 감면해야 하는 것은 아니다. 즉, 공정위는 기속행위 또는 재량행위인지 여부에 상관없이 감면요건 충족 여부에 대한 판단권을 지니며,⁵⁴⁾ 2순위 자진신고자 및 조사협조자에 대한 시정조치 감경이나 ‘엠네스티 플러스’에 따른 감면처분에 대해서는 공정위가 여전히 일정한 선택재량 내지는 효과재량을 갖는다. 실제로 공정위가 감면신청을 기각한 사례는 찾아보기 어렵지 않다.⁵⁵⁾

53) 주 1) 참조.

54) 감면고시 제12조 제2항도 이 점을 분명히 하고 있다. 물론, 이러한 조항이 없더라도 행정청은 당연히 처분의 발령요건에 대해 심사권을 지닌다.

55) 서울고등법원 2015. 1. 13. 선고 2015누433 판결, 서울고등법원 2015. 4. 3. 선고 2014누49189 판결, 서울고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누39370 판결, 서울고등법원 2015. 12. 10. 선고 2015누53192 판결, 서울고등법원 2016. 1. 28. 선고 2014누65819 판결 등 참조.

그리고 감면신청에 대해 응답의무를 후행의결을 통해 이행하게 된다고 하여, 제재를 부과하는 선행의결이 논리 필연적으로 후행의결의 중간처분이 되는 것은 아니다. 자진신고자 등이 분리의결을 신청하게 되면 선행의결에서는 당연히 감면요건 충족 여부 및 감면의 정도에 대해서는 판단하지 않고 이에 대해서는 후행의결을 통해 응답하게 되는데, 이때 선행의결과 후행의결은 그 내용과 대상, 성격을 달리하는 별개의 처분이다. 즉, 선행의결은 과징금납부명령과 시정명령의 요건 충족 여부 및 부과 정도를 판단하여 내려지는 제재부과처분이고, 후행의결은 감면요건 충족 여부 및 감면 정도를 판단하여 내려지는 감면처분 또는 감면거부처분이다. 결국, 선행의결과 후행의결은 흡수관계에 있는 것이 아니라, 각각 독립적인 중국처분으로서의 지위를 갖는다고 보아야 한다. 따라서 제재처분이 그 요건을 갖추지 못하였다거나 비례원칙 등에 위반되었다는 등의 하자를 주장할 때는 선행의결을 다투게 하고, 감면이 이루어졌지만 그 정도가 부족하거나⁵⁶⁾ 감면신청 자체가 거부된 경우에는 후행의결을 다투게 하는 것이 자연스럽다. 그리고 신청에 따른 감면이 그대로 인정되었을 때에는 감면과 관련하여서는 어떠한 하자도 없는 것이므로 감면처분을 취소의 대상으로 할 이유가 없다. 신청 내용대로 감면이 이루어진 경우에는 선행의결에 따른 제재처분에 대해서만 하자가 존재하는 것이기 때문에 선행의결을 취소의 대상으로 하고, 다만 그 불복 범위를 감면된 부분을 제외한 나머지 부분으로 한정하면 족하다. 이러한 점들을 고려할 때, 공정위가 선행의결에서 감면 여부에 대해 언급하지 않음으로써 선행의결이 잠정적·중간적인 것임을 표시하였다거나, 이렇게 해석하지 않으면 선행의결은 자진신고 등에 의한 감면 부분을 빠뜨린 것이어서 순위확인을 받은 사업자에 대해서는 그 자체로 언제나 위법한 것이 된다는 원심의 해석에는 찬성하기 어렵다.

특기할 만한 것은 대상판결 이후에 선고된 대법원 2015. 9. 24. 선고 2012두13962 판결이다. 이 판결에서는 2순위 조사협력자 지위를 인정받은 원고가 ‘선행의결에 따른 제재처분 중 후행의결에 의하여 감액되고 남은 부분’의 취소와 후행의결 중 ‘1순위 조사협력자 지위 인정 거부 및 1순위 조사협력자 지위에 따른 감면신청에 대한 거부처분’의 취소를 구한 것이 문제가 되었다. 이에 대해 위 대법원 판결의 원심인 서울고등법원은 “항고소송의 대상은 처음의 납부명령 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이지 감액처분 자체가 항고소송의 대상이 되는 것은 아니다”라면서, 다만 “이 사건에서는 자신이 공동 1순위 조사협력자임을 주장하는 원고의 감면신청에 대하여 피고가 그 중 일부만 받아들여 2순위 조사협력자라는 점만 인정하였으므로, 감면신청이 받아들여지지 않은 부분에 해당하는 이 사건 거부처분은 잔존 시정명령 및 과징금납부명령인 이 사건 처분과는 그 처분의 근거를 달리하는 것으로서 별도 항고소송의 대상이 된다.”고 보고 본안판단을 하였다.⁵⁷⁾ 이에 대해 대법원은 소의 적법 여부에 대한 별도의 판단 없이 원고의 상고를 기각하고 원심판결을 확정하였다. 이러한 판결은 대상판결 이후에 대상판결의 판시와 배치되는 판시를 하였다든 점에서도 주목할 만하며, 위와 같은 판단이 선행

56) 1순위 자진신고자 등 지위에 따른 감면을 신청했으나 2순위만 인정되는 경우를 예로 들 수 있다.

57) 서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2010누32091 판결(본안에 대해서는 청구기각).

의결에 따른 제재처분과 후행의결에 따른 감면처분 또는 감면거부처분의 관계에 대한 합리적인 결론이라고 생각된다.

한편, 대상판결의 원심이 제시하는 두 번째 근거는 후행의결에 의해 결정된 과징금 및 시정 명령이 처분 상대방이 실제 이행하여야 할 최종적인 것이라는 점이다. 그러나 위에서 설명한 것처럼, 시정명령이나 과징금납부명령의 발령요건 및 정도에 대해서는 선행의결 단계에서 확정 되는 것이고, 후행의결에서는 감면요건 충족 여부 및 감면 정도에 대해서만 판단이 이루어져 선행의결에 따른 제재 내용 일부가 취소되는 것에 불과하다. 따라서 위와 같은 점이 선행의결을 중간처분으로 보아야 할 결정적인 근거가 된다고 보기 어렵다.

(2) 잠정적 행정행위에 해당하는지 여부

한편, 대상판결에서 말하는 “잠정적 처분”이 이른바 ‘가행정행위’ 또는 ‘잠정적 행정행위’를 의미하는 것인지 살펴볼 필요가 있다. 여기서 잠정적 행정행위란, “확정적 결정 이전에 잠정적으로 행하여지는 규율”,⁵⁸⁾ 또는 “종국적인 행정행위를 하기에 앞서 잠정적으로 결정하여야 할 필요성 때문에 이에 대한 사후심사의 유보 하에 잠정적으로 행정법관계를 규율하는 행위”를 의미하는데,⁵⁹⁾ 주로 독일법을 중심으로 논의가 이루어지고 있다. 이러한 잠정적 행정행위는 특히 급부행정의 영역에서 확정 결정이 내려지기 전에 일정한 가(假)급부가 이루어질 수 있다는 점에서 의미를 가지며,⁶⁰⁾ 그 성질상 확정 결정이 내려질 때까지 효력을 지닌다.⁶¹⁾

그런데 자진신고 등에 따른 분리의결이 있는 경우라 하더라도, 제재를 부과하는 내용의 공정위 의결이 과연 위와 같은 잠정적 행정행위에 해당하는 것인지는 상당히 의문이다. 대상판결이 위와 같은 ‘잠정적 행정행위’ 개념을 염두에 두고 “잠정적 처분”이라는 표현을 사용한 것인지는 명확하지 않지만,⁶²⁾ 만약 잠정적 행정행위의 개념을 차용하고 있는 것이라면 여기에는 상당한 문제가 있다. 앞서 설명한 것처럼 자진신고자 등에 대한 감면처분이 후속처분으로 내려지는 경우라고 하여 당초처분인 제재처분의 법적 성격이 달라진다고 볼 수 없으며, 이는 여전히 종국적 규율로 보아야 한다. 또한, 공정위의 분리의결이 임의적인 것일 뿐만 아니라, 공정위는 감면신청의 전부 또는 일부를 거부할 수 있기 때문에, 자진신고가 있는 경우라도 감면처분이 당연히 예정되었다고 보기 어렵다.

게다가 본래 공정위의 제재처분과 같은 침익적 행정처분은 대개 잠정적 행정행위의 개념과 어울리지 않는다. 국민의 권익을 제한하는 처분을 하면서 이를 잠정적인 규율로 할 경우, 그

58) 김동희, 앞의 책, 236-237면.

59) 김남철, 앞의 글, 75면

60) 김동희, 앞의 책, 237면.

61) 김동희, 위의 책, 237면; 김남철, 앞의 글, 75면.

62) 대상판결이 말하는 “잠정적 처분”은 강학상 잠정적 행정행위를 의미하는 것으로 판단된다는 견해로는 김남철, 위의 글, 76면.

상대방인 국민으로서는 상당 기간 동안 법적으로 불안한 상태에 놓이게 되어 부당하게 추가적인 손해를 감내해야 하기 때문이다. 즉, 처분 상대방으로서는 침익적 처분을 받았음에도 불구하고 그 잠정성으로 인하여 법적 불이익의 내용과 종류가 확정되지 않고 불복 여부나 불복방법도 쉽게 결정할 수 없는 상태에 놓이게 되는데, 법률유보원칙상 이처럼 상당 기간 동안 법적 불안 상태를 수인하도록 하기 위해서는 그러한 상태를 용인할 것을 명하는 별도의 법적 근거가 요구된다. 그리고 침익적 행정행위의 근거법령에 대한 엄격해석원칙을 고려할 때,⁶³⁾ 침익적 행정행위 자체에 대한 법적 근거에서 위와 같은 법적 불안 상태를 수인할 것을 명하는 권한까지 도출할 수도 없다. 부당한 공동행위에 대한 제재 및 감면에 대해 규정하고 있는 공정거래법 제21조 내지 제22조의2의 경우에도, 그 문언상 제재처분의 상대방이 잠정적 규율로 인한 법적 불안 상태를 수인할 의무를 도출하기에는 무리가 있다.

요컨대, 대상판결이 공정위의 제재처분을 잠정적 행정행위로 파악한 것이라면, 위와 같은 점들을 고려할 때 대상판결의 견해에는 동의하기 어렵다.

3. 감면처분의 법적 성격

공정위가 자진신고자 등에 대한 감면처분을 함에 있어, 감면신청이 감면요건을 충족하는지 여부에 대해서만 심사할 뿐, 제재처분의 적법성이나 적정성에 대해서는 심사하지 않는다는 점은 앞서 설명한 바와 같다. 이러한 감면처분은 당초의 제재처분 전부를 취소하고 감면 이후의 잔존 금액에 대하여 새로운 처분을 부과하여 구체적 납부의무를 확정시키는 것이 아니라⁶⁴⁾ 당초처분의 일부를 변경하는 방식으로 이루어지며,⁶⁵⁾ 당초처분인 제재처분에서는 불복방법 및 취소기간이 안내되는 것과는 달리 이러한 안내가 전혀 이루어지지 않는다.⁶⁶⁾ 내용적으로는 대개 감면신청을 그대로 인용하는 것이지만, 일부 인용, 일부 거부에 해당하는 경우도 있다. 1순위 자진신고자 지위를 전제로 한 감면신청에 대해 2순위 자진신고자 지위만을 인정하고 그에 따른 감면만을 인정해 주는 경우가 그 예이다.⁶⁷⁾

63) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791, 13807 판결, 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두3388 판결 등 참조.

64) 윤인성, “당초의 과징금 부과처분에 대한 감액처분이 이루어진 경우의 항고소송 대상”, 『공정거래법 판례선집』, 2011. 12., 385면에서는 공정위의 과징금 직권감액처분이 있는 경우 당초의 과징금납부명령(다만 금액은 감액되고 남은 금액)이 여전히 징송취소의 대상이 되는 이유 중 하나로 바로 이러한 점을 들고 있다.

65) 자진신고자 등에 대한 감면처분의 일반적인 의결 주문 형식은 다음과 같다.

‘OO개 OOOO사업자의 부당한 공동행위에 대한 건’의 의결내용(공정거래위원회 20**.*.*. 전원회의[소회의] 의결 제20**.*.*호) 중 신청인에 대한 과징금액을 OOO,OOO,OOO원에서 OOO,OOO,OOO원으로 변경한다.

66) 당초처분과 감액처분 중 불복대상을 정함에 있어 불복방법의 고지를 통해 국민에게 부여한 신뢰를 고려해야 한다는 견해로는 류광해, “일반 행정법상 당초처분과 감액처분의 법리 검토”, 『홍익법학』, 제14권 제3호(2013. 9), 749면 참조.

이처럼 감면처분이 자진신고자 등의 지위에 대한 심사만을 바탕으로 이루어지고, 그 형식상으로도 당초처분의 일부를 사후적으로 변경하는 것임을 감안하면 이는 행정처분의 일부취소에 해당한다고 볼 수 있으며,⁶⁸⁾ 따라서 이를 당초처분인 제재처분을 흡수하는 성질의 것으로 보기는 어렵다. 그리고 제재의 내용을 축소하는 처분을 두고 종전 처분의 내용을 대체 또는 흡수한다고 보는 것은 그 자체만으로도 이해하기 어려운 부분이 있다.

이와 같이 공정위의 자진신고자 등에 대한 감면처분을 그에 선행하는 제재처분의 일부취소로 본다면, 그에 대한 소송상 취급은 조세 감액경정처분의 경우와 달리 볼 이유는 없다고 본다. 그러므로 감면처분은 원칙적으로 쟁송취소의 대상이 되지 못하며, 다만 감면처분 고유의 하자가 있는 경우에만 그 취소를 구할 수 있다고 볼 것이다.⁶⁹⁾

4. 소결론

이상에서 살펴본 것처럼 제재처분은 어디까지나 최종적이고 종국적인 처분으로 보아야 하고, 감면처분은 이의 일부취소에 해당하는 것으로 생각된다. 그리고 제재처분이 감면처분에 흡수되어야 한다고 보는 것은 각 처분의 내용이나 형식에 비추어 볼 때 무리가 있다. 따라서 제재처분과 감면처분의 법적 성격에 대한 대상판결의 결론에는 동의하기 어렵다.

V. 자진신고자 등에 대한 제재 및 감면에 있어 취소의 대상과 소의 이익

1. 쟁점

대상판결은 자진신고자 등에 대한 감면처분이 있게 되면 이러한 감면처분만이 취소의 대상이 되고, 당초처분인 제재처분은 소의 이익을 상실하게 된다는 입장을 취하고 있다. 이하에서는 연속된 처분이 있는 경우 취소의 대상 및 소의 이익에 관한 종래의 판례와 자진신고자 등에 대한 제재 및 감면이 있을 경우 취소의 대상과 소의 이익을 어떻게 판단해야 하는지 살펴

67) 주 57)의 서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2010누32091 판결 및 그 상고심인 대법원 2015. 9. 24. 선고 2012두13962 판결 참조.

68) ‘당초처분의 일부를 취소 또는 철회한다’는 내용의 처분, 예컨대 ‘당초에 고지한 1천만원의 부과처분 중 3백만원 부분을 취소한다’라는 처분은 당초처분의 일부취소에 해당하고, ‘당초처분보다 감액된 내용의 금액을 납부하라’는 내용의 처분, 예컨대 ‘당초 고지한 1천만원의 부과처분 중 3백만원 부분을 취소하였으나, 나머지 7백만원을 모 기일까지 납부하라’라는 처분은 당초처분의 전부취소 및 재처분에 해당한다는 견해로는, 류광해, 앞의 글, 746-747면 참조.

69) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누6328 판결 참조.

본 다음, 대상판결 및 그 원심의 결론이 쟁송법적 관점에서 합리성을 인정받을 수 있는 것인지 검토해 보기로 한다.

2. 판례의 입장

(1) 후속처분을 취소의 대상으로 본 경우⁷⁰⁾

대상판결에서 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 대상판결은 당초처분이 후속처분에 흡수되어 소멸하거나 효력을 잃게 되는 경우 당초처분에 대한 소의 이익을 부정하던 몇몇 대법원 판결들과 같은 맥락에 있는 것으로 보인다. 이와 관련하여 대법원은 원자로부터사전승인처분의 경우 건설허가처분에 흡수되어 독립된 존재가치를 상실한다고 판시한 바 있고,⁷¹⁾ 구 토지구획정리사업법⁷²⁾에 의한 환지예정지정처분은 환지처분 공고일까지 당해 환지예정지를 사용·수익할 수 있게 하는 한편 종전 토지의 사용·수익을 금지하는 것에 불과하므로 환지처분이 있게 되면 효력을 잃는다고 판시하기도 하였다.⁷³⁾

한편, 대법원은 구 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 조합설립추진위원회 구성승인처분에 대한 취소소송이 계속 중에 조합설립인가처분이 내려진 경우 전자의 처분을 다툼 소의 이익이 없다는 취지로 판시하고 있지만, 그 근거는 상당히 다르다. 위 판결에서는 “추진위원회 구성승인처분은 … 조합설립이라는 종국적 목적을 달성하기 위한 중간단계의 처분에 해당”하지만, 그 “법률요건이나 효과가 조합설립인가처분의 그것과는 다른 독립적인 처분이기 때문에 추진위원회 구성승인처분에 대한 취소 또는 무효확인 판결의 확정만으로는 이미 조합설립인가를 받은 조합에 의한 정비사업의 진행을 저지할 수 없”고, 따라서 조합설립인가처분이 이루어진 경우에는 이와 별도로 추진위원회 구성승인처분에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익은 없다고 판시하고 있다.⁷⁴⁾

이러한 대법원의 판례들을 보면, 당초처분이 후속처분의 일부를 구성하는 것임이 명확하거나, 당초처분의 성격이 잠정적인 것에 불과한 경우, 그리고 쟁송법적 관점에서 당초처분에 대한 다툼을 지속시킬 실익이 없는 경우에 당초처분에 대한 소의이익을 부정하는 입장을 취하는 것으로 판단된다.

70) 서울행정법원, 앞의 책, 129-130면 참조.

71) 대법원 1998. 9. 4. 선고 97누19588 판결.

72) 도시개발법 제정으로 인하여 2000. 1. 28. 폐지.

73) 대법원 1999. 10. 8. 선고 99두6873 판결. 반면, 토지초과이득세 예정과세처분의 경우, 정기과세처분이 내려지더라도 예정과세처분과 관련한 가산금을 환급받기 위해 여전히 예정과세처분의 취소를 구할 소의 이익이 있다(대법원 1996. 9. 10. 선고 94누13978 판결).

74) 대법원 2013. 1. 31. 선고 2011두11112, 11129 판결.

(2) 당초처분을 취소의 대상으로 본 경우

대법원은 조세 감액경정처분이나 행정제재의 일부취소와 같이, 당초처분인 침익적 행정행위가 후속처분을 통해 그 상대방에게 유리하게 변경된 경우 당초처분을 취소의 대상으로 보면서, 다만 취소의 범위를 후속처분을 통해 감축되고 남은 잔존 부분에 국한하는 입장을 취하고 있다.

즉, 대법원은 오래 전부터 감액경정처분을 당초처분의 일부취소로 보면서 당초처분 중 감액경정처분에 의해 감액되고 남은 부분을 재송취소의 대상으로 판시하였고,⁷⁵⁾ 행정청이 영업정지와 같은 행정제재처분을 한 후, 당초처분을 영업자에게 유리하게 변경하는 처분을 한 경우, 취소소송의 대상 및 제소기간 판단기준이 되는 처분은 당초처분이라고 판시한 바 있다.⁷⁶⁾ 최근에는 대형마트에 대한 의무휴업일 지정 부분은 그대로 유지된 채 영업시간 제한 부분만 일부 변경된 사안에서, 전원합의체 판결을 통해 “기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나, 그 주요부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부를 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다”고 판단하여,⁷⁷⁾ 복수의 처분이 연속된 경우 취소의 대상이 무엇인지에 대한 일반적인 기준을 제시하기도 하였다.

(3) 자진신고자 등에 대한 제재 및 감면의 경우

종래 대법원은 공정위가 부과한 과징금의 일부가 감액(직권취소)된 사안에서, 조세 감액경정처분에 관한 판례를 원용하면서 그와 동일하게 당초 부과된 과징금 중 직권취소되고 남은 잔존 부분이 취소의 대상이라고 판시하였다.⁷⁸⁾ 이러한 입장의 연장선상에서 서울고등법원은 자진신고자 등에 대한 감면처분을 취소의 대상으로 기재한 청구취지를 제재처분 중 감면처분에 의해 감액되고 남은 부분으로 직권정정 한 적도 있고,⁷⁹⁾ 대법원은 이에 대해 별다른 의문을 제

75) 대법원 1991. 9. 13. 선고 91누391 판결, 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3585 판결 등 참조. 이러한 대법원의 입장은 국제기본법 제22조의2 제2항에 의해 입법을 통해서도 확인되었다. 임순순, 『조세법』, 박영사, 2010, 312면 참조.

76) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2004두9302 판결.

77) 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결.

78) 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결, 같은 날 선고된 2006두4226 판결 등 참조. 대법원 2006두3957 판결에 대한 평석으로는 이선희, “공정위의 과징금감액처분에 대한 취소소송의 대상적격(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결)”, 법률신문, 2008. 6. 2.자; 윤인성, 앞의 글; 류광혜, 앞의 글 각 참조.

79) 서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누2483 판결.

기함이 없이 본안판단을 하였다.⁸⁰⁾ 이 밖에도, 서울고등법원은 2순위 자진신고자에 대한 과징금 감액처분은 당초 과징금부과처분의 변경에 불과할 뿐 별개의 독립된 과징금납부명령이 아니므로 항고소송의 대상이 될 수 없다고 판시한 바 있는데,⁸¹⁾ 대법원은 이에 대해서도 다른 입장을 취하지 않고 본안판단을 하였다.⁸²⁾

이러한 상황에서 대상판결이 내려졌는데, 다만 대상판결은 기존의 다른 판결들을 명시적으로 변경하지 않았을 뿐만 아니라 대상판결 이후 대상판결의 결론과 배치되는 것으로 보이는 판결들이 계속 등장하고 있기 때문에, 대상판결의 적용범위 또는 효력에 의문이 제기되고 있다.

그 대표적인 사례가 자진신고자 등의 감면신청이 공정위의 기각의결을 통해 거부된 경우이다. 법원은 제재처분을 다투는 것 외에 공정위의 기각의결(거부처분)에 대해서는 소의 이익을 부정하여 왔는데,⁸³⁾ 이러한 입장은 대상판결 이후에도 여전히 유지되고 있다.⁸⁴⁾ 대법원이 감면 거부처분의 소의 이익을 부정하는 이유는 이를 다투어 승소하더라도 제재처분에 대해 별도로 다투지 않으면 제재처분의 효력의 부인될 수 없다는 것인데,⁸⁵⁾ 감면신청에 대한 거부사유(감면요건 미충족)는 감면거부처분을 통해 드러나고, 이러한 감면거부와 관련한 하자는 제재처분이 아닌 감면거부처분에 고유한 하자로 볼 수 있으므로 감면거부처분에 대해 별도의 소의 이익을 인정하는 것도 가능하다고 본다.⁸⁶⁾ 여하튼 처분 상대방에게 더 불리한 결과를 가져오는 감면거부처분의 소의 이익을 인정하지 않으면서 정작 감면처분은 제재처분을 흡수한다고 보는 것은 선뜻 이해하기 어렵다.

반면, 감면신청의 일부만이 거부된 경우에는 감면거부처분에 대해 제재처분과 별도로 소의 이익이 인정된다. 앞서 IV. 2. (1). 4.)에서 살펴본 서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2010누32091 판결은 이러한 점을 확인하였고, 대법원에서도 소의 적법 여부에 대해서는 별도의 판단 없이

80) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두15012 판결.

81) 주 2)의 서울고등법원 2013. 10. 18. 선고 2012누15632 판결.

82) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결.

83) 서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2010누32091 판결(대법원 2015. 9. 24. 선고 2012두13962 판결에서 소의 적법요건에 대한 별도의 검토 없이 그대로 확정).

84) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두13252 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두13815 판결, 서울고등법원 2015. 1. 13. 선고 2015누433 판결(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016두34516 판결로 심리불속행 기각), 서울고등법원 2015. 9. 11. 선고 2014누49189 판결(대법원 2015두55042 판결로 계속 중), 서울고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누39370 판결(상고 포기로 확정), 서울고등법원 2015. 12. 10. 선고 2015누53192 판결(상고심 계속 중 소 취하로 확정) 등 참조. 한편, 서울고등법원 2015누433 판결에서는 공정위의 감면신청에 대한 기각의결은 사무처장이 이미 한 감면불인정 통지를 재확인하는 피고의 내부의결에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 판시하고 있는데, 감면불인정 통지의 처분성이 인정되는 것 자체가 문제인 데다가(박해식/이승민, 앞의 글, 143-148면 참조), 쟁송법적 처분설의 관점에서도 위와 같은 판시는 문제가 있어 보인다.

85) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두13252 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두13815 판결 등.

86) 주 69)의 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누6328 판결 참조. 공정위가 과징금을 직권감액한 경우에는 당초의 과징금납부명령이 쟁송취소의 대상이지만(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결 참조), 해당 감액처분에 대해 별도로 다투어야 할 특별한 사정을 인정해야 한다는 견해로는, 이선희, 앞의 글 참조.

판결이 확정되었는데,⁸⁷⁾ 특기할 만한 것은 이러한 대법원 판결이 대상판결 이후에 선고된 것이라는 점이다.⁸⁸⁾

3. 대상판결 및 그 원심에 대한 검토

(1) 처분의 법적 성격과 관련한 문제점

앞서 살펴본 바와 같이, 공정위의 선행의결에 따른 제재처분은 제재 부과요건 충족 여부를 검토하여 내려진 중국적 처분이고, 후행의결에 따른 감면처분은 감면요건 충족 여부를 검토하여 내려진 별도의 처분이다. 이와 같은 법적 성격을 고려할 때, 제재와 관련하여서는 제재처분을 취소의 대상으로 보고, 최소한 감면신청에 대한 일부 거부에 대해서는 감면처분을 취소의 대상으로 삼는 것이 바람직하다. 그러므로 제재처분이 감면처분에 흡수되어 소의 이익이 소멸하게 될 여지는 없다.

특히, 대상판결 이후에 선고된 대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결⁸⁹⁾의 법리를 그대로 적용한다면, 자진신고자 등에 대해서는 감면처분이 아닌 제재처분이 취소의 대상이 되는 것이 옳다. 후속처분인 감면처분은 그 내용이나 형식상 당초처분의 내용적 일부를 변경하는 것에 불과할 뿐, 당초처분인 제재처분을 취소하거나 대체하는 것으로 보기 어렵고, 당초처분과 모순·저촉이 있는 것도 아니기 때문이다.

(2) 처분 상대방의 권리구제 및 소송경제와 관련한 문제점

대상판결의 원심은 후속처분인 감면처분을 취소의 대상으로 볼 경우 제소기간이 연장되어 국민의 권리구제에 더 유리하게 된다면, 선행의결에 대한 제소기간이 도과한 후 후행의결이 내려진 경우에 더욱 그러하다고 한다. 이는 대상판결에서 문제된 사안에서 공정위의 선행의결 후 30일이 지난 다음에 후행의결이 내려졌음을 고려하였기 때문인데,⁹⁰⁾ 구체적으로 대상판결의 원심은, 자진신고자 등의 경우 후행의결에서 제재 감면이 있을 것을 신뢰하여 선행의결을 다투지 않을 가능성이 높는데, 만약 선행의결에 다투지 않은 상태에서 제소기간이 도과한 후 후행의결이 내려지면 선행의결과 후행의결 모두에 대해 그 취소를 구할 수 없게 된다고 지적하고 있다. 그리고 이러한 문제를 해결하기 위해 후행의결이 선행의결과 동시에 내려지도록 하는 방

87) 대법원 2015. 9. 24. 선고 2012두13962 판결.

88) 이 판결이 갖는 의미에 대해서는 아래 VI. 5. 참조.

89) 주 77) 참조.

90) 이러한 경우가 있음을 감안하여, 원칙적으로 공정위의 제재처분을 취소의 대상으로 하되 제소기간 도과의 문제가 생기는 경우에만 후행처분도 함께 다룰 수 있도록 하자는 견해로는, 정재훈, 앞의 글, 157면 참조.

안을 생각해 볼 수 있으나 이를 강제할 법적 근거가 없고, 또한 선행의결에 대한 취소청구는 후행의결이 내려진 다음에는 각하될 운명의 것이므로 이러한 취소청구를 하도록 하는 것은 소송경제에 맞지 않다고도 지적한다. 그러나 위와 같은 결론은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.⁹¹⁾

첫째, 대상판결의 원심의 판단은 그 전제부터 수긍하기 어렵다. 선행의결이 내려지더라도 후행의결에서 감면처분과 감면거부처분 중 어떠한 처분이 내려질 것인지 알 수 없고, 선행의결에는 불복방법과 제소기간까지 안내되어 있으며, 대부분의 공정위 사건은 그 규모나 처분 상대방인 피심인들에게 미치는 영향이 크기 때문에, 피심인들로서는 일단 선행의결에 대한 취소소송을 제기할 수밖에 없다. 그러므로 감면처분이 취소의 대상이라고 하더라도 당사자의 제소 부담이 줄어들지 않는다.

둘째, 공정위 사건의 피심인들은 공정위 심결절차에서 법 위반 여부에 대해 치열하게 다투기 때문에, 비록 30일이라는 단기의 제소기간이 정해져 있다고 하더라도 선행의결에 대한 항쟁의 준비가 부족하거나 이를 간과하여 제소기간을 준수하지 못하는 경우는 거의 발생하지 않고 있다.⁹²⁾ 그러므로 설령 후행의결이 선행의결의 제소기간 도과 후에 내려지더라도 권리구제에 흠결이 발생할 가능성은 매우 낮으며, 오히려 위에서 설명한 것처럼 후행의결을 취소의 대상으로 보는 경우에 권리구제에 문제가 생길 수 있다.

셋째, 선행의결에 대한 취소소송 계속 중 후행의결에 따른 감면처분이 내려지면 청구를 감축하여 감면된 부분을 취소의 대상에서 제외시키면 된다. 이러한 청구 감축은 청구취지의 변경(소의 변경)에 해당하지 않는다.⁹³⁾ 설령 청구취지의 변경에 해당한다고 보더라도 이는 행정소송법 제22조 제1항 또는 행정소송법 제8조 제2항에 의해 준용되는 민사소송법 제262조를 근거로 가능하다고 볼 것이다. 이러한 청구취지 감축 내지 변경은 청구원인의 변경 없이 간편하게 이루어질 수 있으므로 당사자에게 부담스럽지 않을 뿐만 아니라, 필요하다면 법원이 직권정정을 하거나⁹⁴⁾ 석명권을 행사하여 취소의 대상을 명확히 할 수도 있을 것이다. 만약 법원의 석

91) 김철, 앞의 글, 302면에서는 대상판결의 원심과 유사한 논거를 들어 대상판결의 결론을 지지하고 있는데, 아래에서 살펴보는 것과 같은 이유로 위 견해에는 동의하기 어렵다.

92) 공정위 사건에 대해 위와 같이 단기의 제소기간을 둔 것은 공정위 의결이 1심 판결을 대체한다는 점을 고려한 것으로 보인다. 그러나 공정위는 그 구조상 준사법기관보다는 일반행정기관에 유사한 측면이 많아서 위와 같이 공정위 의결로 1심 판결에 갈음하도록 하는 것은 의문이며(박해식/이승민/오지석, “실무에서 본 현행 행정소송 제도의 문제점 및 개정방향”, 『행정법학』, 제3호(2012. 9.), 137-139면 참조), 설령 공정위 의결에 대한 서울고등법원의 전속관할을 유지하더라도 30일의 제소기간은 경우에 따라 항고소송을 제기하려는 당사자에게 상당한 부담이 될 수 있으므로 공정거래법 제54조 제1항을 개정하여 제소기간을 연장하거나 위 조항을 폐지하는 것이 바람직하다고 생각된다. 참고로 지난 2016. 8. 1. 공정위 사건을 서울고등법원이 아닌 서울행정법원에서 전속적으로 관할하도록 하는 공정거래법 제55조 개정안이 발의되었다(손금주의원 대표발의).

93) 편집대표 민일영/김능환, 『주석 민사소송법(IV)』, 한국사법행정학회, 2012, 305면; 안철상, “행정소송에서의 소의 변경과 새로운 소의 제소기간”, 『행정판례연구』, 제11집(2006), 285면.

94) 주 79)의 서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누2483 판결 참조.

명권 행사가 처분권주의에 위반된다고 본다면, 선행의결 중 후행의결에 의해 감면된 부분에 대해서는 소를 각하하는 것으로 처리하면 된다.⁹⁵⁾ 이처럼 어느 모로 보나 선행의결을 취소의 대상으로 보는 것이 소송경제상으로도 더 간명한 해결책임을 알 수 있다.

넷째, 분리의결이 있는 경우와 없는 경우에 취소의 대상이 각각 달라지는 문제가 발생한다. 자진신고자 등에 대한 제재처분과 감면처분이 분리되어 이루어지지 '않고 동시에 이루어지는 경우에는 감면이 이루어진 후의 최종적인 결과(제재)만이 의결 주문에 표시되는데,⁹⁶⁾ 따라서 이를 다투고자 하는 피심인은 제재처분의 취소를 구하는 형식을 취하게 된다. 그런데 분리의결이 있는 경우 감면처분을 취소의 대상으로 해야 한다면 분리의결 유무에 따라 취소의 대상이 달라지는 결과가 되므로 피심인의 입장에서 더 혼란스러울 수 있다.

다섯째, 후행의결에서 감면신청이 거부된 경우에는 오히려 국민의 권리구제를 저해하는 결과가 발생한다. 자진신고자 등이 제재처분에 대해 항고소송을 제기하지 않고 있다가 제소기간이 도과한 다음 감면신청이 기각된 경우에는 제재처분과 감면처분 모두에 대해 그 취소를 구할 수 없게 되기 때문이다. 게다가 일반적인 행정소송과 달리, 공정위 처분에 대한 취소소송에서는 공정거래법 제54조 제1항에서 30일이라는 단기의 제소기간을 정하고 있기 때문에 위와 같은 문제가 발생할 가능성이 더 높다. 물론 실무상으로는 감면처분 내지는 감면거부처분에 관한 후행의결이 제재처분을 명하는 선행의결의 제소기간 도과 전에 내려지는 것이 보통이기는 하지만 그렇지 않은 경우도 존재할 뿐만 아니라, 후행의결이 선행의결로부터 30일 내에 내려지도록 규정한 법령도 존재하지 않는다.⁹⁷⁾ 물론, 선행의결에 대한 제소기간을 후행의결이 내려진 시점부터 기산하거나⁹⁸⁾ 소송행위의 추후보완 등을 인정하는 방법으로 당사자를 구제하는 방안을 생각해 볼 수 있겠지만, 논리가 복잡하고 절차가 번거로워지는 것을 피하기 어렵다.

여섯째, 대상판결의 결론에 의할 경우, 시정명령에 대한 불복방법과 과징금납부명령에 대한 불복방법이 달라지는 문제도 발생한다.⁹⁹⁾ 예컨대, 2순위 자진신고자 또는 조사협조자에 대해서는 과징금에 대해서만 감경이 가능하기 때문에, 이들이 시정명령의 취소를 구하기 위해서는 선

95) 이는, 공정위가 직권으로 과징금 일부를 감액한 사안에서 피심인이 소를 통해 과징금 전부의 취소를 구하는 사안에서 대법원이 채택하고 있는 방식이다(주 78의) 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두4226 판결, 서울고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누785 판결, 서울고등법원 2016. 3. 17. 선고 2015누48763 판결 등 참조).

96) 주 1)의 공정위 2009. 3. 2.자 의결 제2009-070호 참조. 위 의결의 경우, 1순위 자진신고자 L사에 대해서는 과징금이 전액 면제되어 의결주문에 L사에 대한 과징금납부명령은 존재하지 않고, 2순위 자진신고자 T사에 대해서는 의결주문에 50% 감면된 과징금액만이 표시되어 있다.

97) 그러한 규정이 존재한다고 하더라도 혼시규정에 불과한 것으로 해석될 수 있다. 대법원 2005. 7. 14. 선고 2003다35635 판결, 대법원 1999. 9. 21. 선고 97누1211 판결, 대법원 1982. 1. 15. 선고 81그19 결정 등 참조.

98) 대법원은 조세부과처분의 증액경정처분이 있을 경우 그 제소기간의 준수 여부를 당초의 소 제기 시점을 기준으로 판단한 바 있지만(대법원 1982. 2. 29. 선고 80누522 판결 참조), 이것이 공정위의 과징금 감면 처분에도 그대로 적용될 수 있을 것인지는 확인하기 어렵다.

99) 같은 취지로, 정재훈, 앞의 글, 156면.

행의결 중 시정명령 부분의 취소를 구하는 소를 제기해야 한다. 결국 처분 상대방으로서는 과징금납부명령을 다투기 위해 후행의결의 취소를 구해야 하고, 그에 앞서 시정명령을 다투기 위해 선행의결 중 일부의 취소를 구해야 하는 상황에 처하게 되는데, 이처럼 처분의 종류에 따라 취소의 대상이 달라지는 것은 당사자에게 혼란을 가중시키는 것일 뿐만 아니라, 소송경제의 관점에서도 바람직하지 않다. 그리고 대상판결에서는 과징금납부명령 외에 시정명령의 경우에도 후행의결에 따른 감면처분에 흡수되는 것인지 판단하지 않았는데, 만약 시정명령이 감면처분에 흡수될 경우에는 1순위 자진신고자 등에 대해서는 감면처분이 취소의 대상이고 2순위 자진신고자 등에 대해서는 여전히 제재처분(시정명령)이 취소의 대상이 되는 결과가 발생할 수 있다. 이러한 구별 역시 합리적 근거가 없을 뿐만 아니라 당사자에게 혼란만 야기하는 것이어서 받아들이기 어렵다.

일곱째, 제재처분을 취소의 대상으로 보는 것은 집행정지의 관점에서도 장점이 있다. 공정위의 제재처분을 잠정적 행정행위로 보더라도 이러한 잠정적 행정행위 역시 행정행위성이 인정된다는 것이 통설이며,¹⁰⁰⁾ 따라서 행정행위의 공정력과 자력집행력으로 인하여 공정위의 제재처분은 그 상대방에게 도달하는 즉시 효력이 발생하게 된다. 그런데 만약 후행의결에 따른 감면처분만이 취소의 대상이라면 집행정지 또한 그러한 후행의결이 내려지기를 기다려 신청할 수밖에 없고,¹⁰¹⁾ 따라서 처분 상대방은 제재처분 이후 감면처분 사이의 기간 동안 제재처분을 이행할 의무를 부담하게 되며, 현실적으로 이의 집행을 저지할 방법이 없게 된다. 특히 시정명령이나 법 위반사실의 공표명령은 일단 집행이 이루어지면 향후 그 손해를 회복하기 매우 어려운 경우가 많기 때문에¹⁰²⁾ 즉시 집행정지를 구할 필요가 상당하다. 물론, 공정위의 제재처분을 철저히 중간적인 처분으로 보아 최종적인 감면처분이 내려지기 전에는 공정력이나 자력집행력도 발생하지 않는다고 보면 이러한 문제들이 발생하지 않을 수 있으나, 대상판결이 과연 여기까지 의도한 것인지는 알 수 없을 뿐만 아니라, 공정위가 제재를 부과하는 선행의결의 내용이나 형식에 비추어 볼 때 위와 같이 해석하는 것에는 무리가 있다.

100) 김동희, 앞의 책, 237면; 김남철, 앞의 글, 76면 각 참조.

101) 민사 가처분이 제소 전에 이루어질 수 있는 것과는 달리, 항고소송에서 집행정지는 본안소송의 계속을 요건으로 한다(행정소송법 제23조 제2항 참조).

102) 법원은 공정위의 과징금납부명령과 같은 금전납부명령에 대해서는 극히 예외적인 경우(예컨대, 대법원 1999. 4. 27.자 98무57 결정, 대법원 2001. 10. 10.자 2001무29 결정 등)를 제외하고는 집행정지를 불허하는 반면, 시정명령에 대한 집행정지에 대해서는 보다 관대한 입장을 취하고 있으며(대법원 2008. 5. 6.자 2007무147 결정, 대법원 2008. 8. 29. 선고 2007무176 결정 등 참조), 특히 공표명령에 대해서는 상당히 완화된 심사기준을 적용하여 집행정지를 폭넓게 인정하고 있다(대법원 2008. 6. 26.자 2008무23 결정, 서울고등법원 2005. 2. 28.자 2005아25 결정, 서울고등법원 2005. 7. 20.자 2005아127 결정, 서울고등법원 2005. 8. 22.자 2005아147 결정, 서울고등법원 2005. 8. 30.자 2005아161 결정, 서울고등법원 2005. 10. 5.자 2005아188 결정, 서울고등법원 2006. 1. 6.자 2005아276 결정, 서울고등법원 2006. 1. 19.자 2006아15 결정, 서울고등법원 2006. 1. 25.자 2006아19 결정, 서울고등법원 2006. 2. 1.자 2006아20 결정, 서울고등법원 2008. 2. 26.자 2008아33 결정 등 다수).

4. 소결론

요컨대, 자진신고자 등에 대한 분리의결이 있는 경우 후속처분인 감면처분을 취소의 대상으로 보는 대상판결의 결론에는 동의하기 어렵다. 이는 당초처분인 제재처분과 후속처분인 감면처분의 법적 성격에도 부합하지 않을 뿐만 아니라, 처분 상대방의 권리구제나 소송경제의 관점에서도 바람직하지 않다.¹⁰³⁾ 또한, 대상판결 이후 선고된 것들로서 대상판결의 내용에 배치되는 것으로 보이는 대법원의 다른 판결들에 비추어 볼 때, 대상판결이 자진신고자 등에 대한 분리의결에 따라 감면처분이 내려지는 모든 사안에 일반적으로 적용될 수 있을 것인지는 의문이다. 주의할 것은, 대상판결 및 그 원심이 그 판시 내용과 같은 판단을 한 것은 해당 사건의 원고가 제재처분과 감면처분 모두의 취소를 구하였기 때문에 설령 제재처분의 소의 이익을 부정한다고 하더라도 원고의 권리구제에 지장이 없다는 점도 고려되었을 것이라는 점이다.¹⁰⁴⁾ 대상판결이 명시적으로 폐기된 것은 아니기 때문에 유효한 대법원의 선례 중 하나로서 기능한다고 본다면, 이는 당사자인 원고가 제재처분과 감면처분 모두의 취소를 구한 특수한 사안에 한정되어야 할 것이다.

VI. 대상판결 이전에 소송 계속 중이던 사건들에 대한 처리

1. 쟁점

대상판결 이전에 일부 하급심에서는 과징금과 관련하여 직권으로 청구취지를 정정하거나,¹⁰⁵⁾ 판결을 통해 ‘과징금납부명령 중 감면처분에 의해 감액된 부분’ 및 과징금 감면처분에 대한 취소청구 부분을 각하함으로써¹⁰⁶⁾ ‘과징금납부명령 중 감면처분에 따라 감액되고 남은 부분’, 즉 ‘당초처분 중 후속처분에 의해 감액되고 남은 부분’을 취소의 대상으로 취급하여 왔고, 이러한 판결들은 상고심에서 소의 적법 여부가 다투어지지 않고 그대로 확정되었다. 그리고 사안은 다르지만, 과징금납부명령 자체의 하자를 이유로 과징금 일부를 감액(직권취소)한 사안에서도 대

103) 최승재, 앞의 글, 250면에서는 자세한 분석 없이 ‘취소의 대상이 되는 처분은 소송법상 최종적인 과징금 액을 결정하는 처분이어야 할 것’이므로 대상판결의 결론이 옳다고 하고 있지만, 위에서 살펴본 법리에 비추어 볼 때 동의하기 어렵다.

104) 정재훈, 앞의 글, 156면.

105) 주 79)의 서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누2483 판결(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두15012 판결로 확정).

106) 주 2), 81)의 서울고등법원 2013. 10. 18. 선고 2012누15632 판결(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결로 확정).

법원은 동일한 취지로 판시하였다.¹⁰⁷⁾

이러한 판례들에 따라 당초의 제재처분(다만, 과징금액은 감액되고 남은 금액)만이 취소의 대상이라는 신뢰가 어느 정도 형성되어 있었고,¹⁰⁸⁾ 이에 따라 상당 수 사건에서 조세 감액정정 처분의 경우와 동일한 방식으로 청구취지를 특정하였는데,¹⁰⁹⁾ 문제는 대상판결이 이러한 사건들이 법원에 계속 중인 상태에서 선고되었다는 점이다. 만약 대상판결이 당초의 제재처분과 후속 감면처분 모두를 취소의 대상으로 특정한 사안에 한정하여서만 적용된다면 별 문제가 없겠지만, 그렇지 않고 대상판결이 자진신고자 등에 대한 분리의결을 통해 감면처분이 내려진 모든 사안에 적용된다고 본다면 청구취지, 제소기간 및 수소법원의 조치와 관련하여 다음과 같은 여러 문제들이 제기된다.

- ① 제재처분에 대한 취소를 구하는 청구취지를 감면처분에 대한 취소도 포함하는 것으로 해석하여 감면처분에 대한 취소를 구하는 것으로 청구취지를 정정하면 족한 것인가 아니면 청구취지 변경이 필요한가?
- ② 청구취지 변경이 필요하다면,
 - (i) 감면처분에 대한 제소기간은 제재처분에 대한 취소소송 제기시점에 충족된 것인가 아니면 감면처분시점을 기준으로 하여 공정거래법 제54조 제1항에 따른 30일의 제소기간을 준수하여야 하는가?
 - (ii) 만약 감면처분시점을 기준으로 제소기간을 판단해야 한다면,
 - (a) 대상판결 이전에 계속 중인 사건들 중 감면처분에 대한 제소기간이 이미 도과한 경우에는 곧바로 소를 각하해야 하는가 아니면 소송행위의 추후보완을 인정하거나 소송 진행 경과 등을 살펴 다른 판단을 할 수 있는가? 제소기간 도과를 이유로 소를 각하해야 한다면, 그러한 판결이 허용될 수 있는 것인가?
 - (b) 감면처분에 대한 제소기간이 남아 있는 경우라면 법원은 어떤 조치를 취해야 하는가?

이하에서 차례대로 살펴본다.

¹⁰⁷⁾ 주 74), 95)의 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결, 같은 날 선고된 2006두4226 판결 등 참조. 주 2), 81), 106)의 서울고등법원 2013. 10. 18. 선고 2012누15632 판결에서도 위 두 판결을 직접 인용하고 있으며, 위 두 판결의 판시는 대상판결 이후에도 유지되고 있는 것으로 보인다(주 95)의 서울고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누785 판결(대상판결의 파기환송심. 재상고 포기로 확정), 주 95)의 서울고등법원 2016. 3. 17. 선고 2015누48763 판결(상고심 계속 중 상고 취하로 확정) 등 참조). 즉, 대상판결은 공정위가 직권으로 제재처분의 일부를 취소한 사안에 대해서는 적용되지 않고 있다.

¹⁰⁸⁾ 정재훈, 앞의 글, 156면.

¹⁰⁹⁾ 정재훈, 위의 글, 156면.

2. 청구취지 정정 가능성

쟁송취소의 대상은 청구취지를 통해 확정된다. 문제는 처분성 개념을 바탕으로 정해지는 항고소송의 대상은 전문가로서도 취소의 대상이 무엇인지 파악하기 어려운 경우가 종종 있다는 점이다. 이러한 어려움을 고려하여 대법원은 청구취지의 엄격성을 다소 완화하는 경우가 있는데, 예컨대 대법원은 “청구취지의 기재 자체만으로는 당사자가 주장하는 소송물인지 분명하지 않으나 청구원인으로서 당사자가 소송물인 점을 주장하고 있고, 뒤에 청구취지를 청구원인사실대로 변경하여 명확히 한 때에는 이를 새로운 청구라고 볼 수 없다”고 판시한 바 있고,¹¹⁰⁾ 청구취지에서 처분성이 없는 농지처분의무 확정통지의 취소를 구한 경우에도 농지처분의무통지 처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 정정하는 것이나¹¹¹⁾ 청구취지에서 처분성이 없는 주택건설사업계획승인 취소통지의 취소를 구한 경우에도 주택건설사업계획승인 취소처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 정정하는 것을 허용한 바 있다.¹¹²⁾ 이처럼 청구취지를 정정하는 경우 제소기간의 준수 여부는 최초의 제소시점을 기준으로 판단하게 된다.¹¹³⁾ 이와 같이 청구취지 정정의 범위를 넓게 보아 제소기간 준수의 소급효를 인정하는 것은 국민의 권리구제를 위한 것인데,¹¹⁴⁾ 다만 이와 같은 청구취지의 정정이 언제나 가능한 것은 아니고 청구원인의 내용, 당사자인 원고의 진정한 의사 등을 고려할 때 법원이 석명권을 행사하여 취소의 대상이 무엇인지 확정할 필요가 있는 경우에 한정되는 것으로 보인다.¹¹⁵⁾

그런데 기존에 공정위의 제재처분을 취소의 대상으로 삼아 소송 계속 중인 사건에서는 당사

110) 대법원 1989. 8. 8. 선고 88누10251 판결.

111) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001두8742 판결.

112) 대법원 2000. 9. 26. 선고 99두646 판결.

113) 편집대표 김철용/최광율, 앞의 책, 610면.

114) 안철상, 앞의 글, 294-295면.

115) 주 112)의 대법원 2000. 9. 26. 선고 99두646 판결에서는 “한편 기록에 의하면 이 사건 제소 당시 이미 소의 회사에 대한 이 사건 취소처분과 원고에 대한 이 사건 통지라는 같은 피고의 두 가지 행위가 있었고, 원고가 청구취지에 처분성이 결여된 이 사건 통지를 소송의 대상으로 기재하고 있기는 하지만 청구원인에는 내용상 위 두 가지 행위 모두의 경과를 기재한 다음 피고가 당초 소의 회사에 대하여 내어 주었던 사업계획승인을 취소함은 위법하다는 취지를 기재하였으며, 굳이 항고소송의 대상이 되지 아니하는 이 사건 통지만을 소송의 대상으로 삼겠다고 고집한 바 없으므로, 비록 청구취지의 기재만으로 보면 이 사건 통지를 소송의 대상으로 삼은 것이라고 하더라도, 원고가 처분성이 결여된 이 사건 통지만을 소송의 대상으로 한 것이라고 단정하는 것은 부당하고, 어느 쪽이든 이 사건 사업계획승인을 취소시키는 법률효과를 발생시키는 피고의 행위를 소송의 대상으로 삼으려 하였다고 봄이 보다 합리적”이라면서, “원심으로서서는 마땅히 원고에게 석명을 구하여 과연 원고가 그 취소를 구하는 피고의 행위가 어느 것인지를 확정된 후 심리를 하였어야 할 것임에도, 이러한 조치를 취하지 아니한 채 만연히 원고가 이 사건 통지만을 소송의 대상으로 삼았고 소의 회사에 대한 이 사건 취소처분이 확정되었음을 전제로 원고에게 이 사건 취소 및 반려처분의 취소를 구할 법률상 이익이 없다는 이유로 이 사건 소를 부적법하다 하여 각 하한 것은 석명권불행사 및 심리미진의 위법을 범한 것이라고 할 것이다(대법원 1998. 4. 24. 선고 97누17131 판결, 1994. 2. 22. 선고 93누21156 판결 등 참조)”라고 판시하고 있다.

자인 원고가 취소의 대상이 제재처분임을 (법원의 기존 판결들을 통해) 신뢰 내지 확신하고 이루어진 것이고, 또한 대상판결에 의할 때 제재처분은 처분성이 부정되는 것이 아니라 나중에 감면처분이 내려지면 소의 이익이 상실되는 것이기 때문에, 엄밀히 보자면 위와 같이 대법원이 예외적으로 청구취지를 넓게 해석하여 청구취지 정정의 기회를 준 사안들과 같다고 보기는 어렵다. 반면, 제재처분을 취소의 대상으로 삼더라도 취소의 범위는 후속 감면처분에 의해 감액되고 남은 부분에 한정되기 때문에 청구취지에 후속처분의 존재가 드러날 수밖에 없고,¹¹⁶⁾ 과징금납부명령의 일부를 감액하는 것은 청구취지의 변경이라고 볼 수 없음¹¹⁷⁾을 고려하면, 청구취지 정정을 마냥 부정할 것만도 아니다. 특히, 당사자인 원고로서는 어떤 처분이 취소의 대상인지 여부가 중요한 것이 아니라 궁극적으로 자신에게 부과된 불이익을 제거하는 것이 중요하므로, 만약 제재처분이 감면처분에 흡수되어 소멸하는 것으로 본다면 그에 맞게 청구취지를 정정할 기회를 주는 것이 바람직해 보인다.

하지만 아직까지 법원이 대상판결의 적용과 관련한 문제를 청구취지의 정정을 통하여 해결하려는 모습은 관측되지 않고 있다. 오히려 서울고등법원은 대상판결 이전에 소 제기되어 계속 중이다가 대상판결의 적용 여부가 논란이 되자 원고가 후속처분인 과징금 감면처분이 취소의 대상이라면서 청구취지 정정을 주장한 사안에서, 원고의 청구취지 정정은 청구취지 변경에 해당하는데 이러한 청구취지 변경이 제소기간을 초과하여 이루어졌다는 이유로 소를 각하한 바 있다.¹¹⁸⁾ 다만 이 사례는 그 사안이 다소 특수하기 때문에 다른 사건들에서도 위와 동일한 결론이 내려질 것인지 확신하기 어려운데, 자세한 내용은 아래 4.항에서 후술한다.

3. 청구취지 변경과 제소기간

(1) 제소기간 준수 여부에 대한 판단

대상판결 선고 전에 이미 소송 계속 중인 사건들의 경우, 대상판결이 선고되어 취소의 대상이 제재처분이 아닌 감면처분으로 변경된 것은 실질적으로 소송 계속 중 처분이 변경된 것이나 마찬가지로의 효과가 발생하게 된다. 이에 대해 청구취지 정정의 방법을 택하지 못하고 청구취지 변경을 해야 한다면, 특히 제소기간과 관련한 문제가 발생할 수 있다. 본래 청구취지의

116) 예를 들면, 공정위가 2014. 1. 1.자 의결 제2014-1호로 100억원의 과징금을 부과하고, 2014. 1. 15.자 의결 제2014-2호로 이를 50억원으로 감면할 경우, 대상판결 이전 판례들에 따른 청구취지는 “피고가 2014. 1. 1. 의결 제2014-1호로 원고에 대하여 한 50억원의 과징금납부명령을 취소한다.”라는 형태가 된다. 그리고 거의 모든 사안에서 선행의결서와 후행의결서 모두가 증거로 제출되기 때문에 후행의결에 따른 감면처분의 존재는 법원에 현출될 수밖에 없다.

117) 주 93) 참조.

118) 서울고등법원 2015. 6. 10. 선고 2013누45876 판결. 다만, 이 판결은 원고의 상고 포기로 그대로 확정되는 바람에 대법원에서 판단될 기회를 얻지 못하였다. 이에 대한 비판적 견해로는 정재훈, 앞의 글, 157면 참조.

변경은 신소 제기의 실질을 가지므로 청구취지 변경시점에 제소기간이 준수되어야 함이 원칙인데,¹¹⁹⁾ 대상판결 이전에 이미 소송 계속 중이었던 사건들의 경우에는 감면처분일로부터 이미 공정거래법 제54조 제1항의 30일의 기간이 도과한 경우가 많을 것이기 때문이다.

그런데, 소 제기 후 처분이 변경되었다라도 변경된 처분이 당초의 처분과 동일성을 유지하는 경우에는 제소기간이 문제되지 않는다. 예컨대, 조세 감액경정처분은 당초처분의 일부취소에 불과하고 양자의 소송물이 동일하다는 점을 고려하여, 제소기간 준수 여부는 당초처분을 기준으로 판단한다.¹²⁰⁾ 또한, 변경 전·후의 청구가 소송물이 실질적으로 동일하거나 밀접한 관계에 있어 변경 전 청구에 변경 후 청구까지 포함되어 있다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에도 제소기간은 당초의 제소시점을 기준으로 판단한다는 것이 대법원의 입장이다.¹²¹⁾ 그리하여 대상판결과 흡사하게 흡수설이 적용되었던 조세 증액경정처분의 경우, 당초처분과 증액경정처분에서 주장되는 위법사유가 동일하므로 당초처분에 대한 제소가 제소기간 내에 이루어 졌다면 증액경정처분으로의 청구취지 변경은 적법하고,¹²²⁾ 개발부담금이 증액된 경우 제소기간과 상관없이 증액부분에 대한 청구취지 확장을 인정할 수 있으며,¹²³⁾ 환지예정지지정처분의 취소를 구하는 소가 계속되던 중 환지예정지의 내용대로 환지처분이 이루어진 경우에는 환지처분에 대한 제소기간 도과 후에도 적법하게 환지처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 변경할 수 있다고 보게 된다.¹²⁴⁾ 여기서 공정위의 자진신고자 등에 대한 제재처분과 감면처분의 경우를 살펴보면, 양 처분은 공정거래법 제19조 제1항의 부당한 공동행위를 기초로 내려진 것이므로 그 청구 기초가 공통되고 당사자가 주장하는 위법사유가 동일하므로, 당초의 제재처분을 기준으로 제소기간 준수 여부를 판단할 수 있을 것으로 생각된다. 따라서 당사자인 원고로서는 사실심 변론 종결 전까지는 언제든 감면처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 변경할 수 있을 것이다.

119) 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004두7023 판결. 편집대표 김철용/최광율, 앞의 책, 610면.

120) 대법원 1990. 12. 26. 선고 90누6279 판결. 박해식, “단계적처분과 제소기간준수의 기준시(2004. 12. 10. 선고 2003두12557 판결: 공보불게재)”, 『대법원판례해설』, 통권 제52호(2004년 하반기), 249면 참조.

121) 편집대표 김철용/최광율, 앞의 책, 612면.

122) 주 98)의 대법원 1982. 2. 9. 선고 80누522 판결. 편집대표 김철용/최광율, 위의 책, 610면 참조. 다만, 2002. 12. 18.자로 신설된 국세기본법 제22조의2 제1항은 “세법에 따라 당초 확정된 세액을 증가시키는 경정(更正)은 당초 확정된 세액에 관한 이 법 또는 세법에서 규정하는 권리·의무관계에 영향을 미치지 아니한다.”라고 규정하고 있는데, 이에 따라 증액경정처분의 경우에도 종래의 흡수설에서와는 다르게 취급되고 있다. 현재 대법원의 입장에 의하면, 증액경정처분을 다투는 행정소송에서 당초처분의 위법사유를 주장할 수는 있지만 당초처분의 세액 자체는 다룰 수 없고, 당초처분에 대해 별도의 소를 제기해야만 세액 자체를 다룰 수 있게 된다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2006두17390 판결 참조). 위 국세기본법 조항 신설 이후, 실무상 당초처분에 대해 일단 취소소송을 제기한 다음 증액경정처분이 내려지면 청구취지를 확장하는 형태로 소송이 진행되는 것이 일반적이다.

123) 서울고등법원 2010. 5. 4. 선고 2009누28683 판결 및 그 원심인 수원지방법원 2009. 8. 19. 선고 2008구합7398 판결 참조.

124) 편집대표 김철용/최광율, 앞의 책, 613면.

한편, 일반적인 제재처분에 대한 취소소송의 소송물을 ‘당초처분 및 당초처분의 처분이유와 기본적 사실관계가 동일한 처분사유에 의거한 처분의 위법성 일반’으로 보아야 한다는 견해가 있는데,¹²⁵⁾ 이 견해에서는 처분이유와 기본적 사실관계의 동일성이 유지되는 경우에는 청구취지 변경에 따른 제소기간의 제한을 받지 않는다고 한다.¹²⁶⁾ 이 견해에 따르면이라도, 대상판결 선고 이후 감면처분의 취소를 구하는 것으로의 청구취지 변경은 허용될 수 있을 것으로 보인다.

만약 제소기간의 준수 효과가 소급하지 않는다고 보더라도, 공정거래법 제54조 제1항의 30일이 아닌 행정소송법 제22조 제2항의 60일의 제소기간을 적용하는 것이 타당하다. 공정위의 제재처분에 대해 이미 취소소송이 제기된 상태에서 감면처분이 내려졌다면 이는 실질적으로 소송 계속 중 처분이 변경된 경우로 볼 수 있기 때문이다.¹²⁷⁾ 이 경우에는 그러한 변경을 안 날로부터 60일 내에 청구취지 변경 신청을 하면 되는데, 다만 문제는 과연 어떤 시점에 ‘처분의 변경’을 알게 된 것으로 보아야 하는가 하는 점이다. 이미 계속 중인 소송의 원고들이 대상판결의 내용 및 그 선고 사실을 당연히 알 것으로 기대할 수는 없으므로 대상판결의 선고시점을 기준으로 할 수는 없으므로, 최소한 피고인 공정위가 본안전 항변 등을 통해 대상판결의 적용을 적극적으로 주장한 시점 이후를 기준으로 해야 할 것이다. 그러나 본안전 항변을 통해 분명해지는 것은 대상판결이 존재한다는 점이지, 그러한 대상판결이 소송 계속 중인 다른 사건에 곧바로 적용된다는 점까지 분명해지는 것은 아니라는 점에서 피고의 본안전 항변시점을 기준으로 하는 것은 만족스럽지 못하다. 앞서 설명한 것처럼 대상판결 이후에도 대상판결과 배치되는 듯한 판시들이 나오고 있고,¹²⁸⁾ 대상판결이 그 선고시점에 계속 중이던 다른 사건에 그대로 적용될 수 있는 것인지도 명확하지 않다. 그러므로 이러한 경우에는 법원이 적극적으로 석명권을 행사하여 청구취지 변경 여부를 명확히 하도록 하고, 이러한 석명권 행사시점을 기준으로 제소기간을 판단함으로써 당사자의 권리구제에 관한 법적 불안을 해소하도록 하며, 그러한 석명 없이 소 각하판결을 하는 것은 위법하다고 보는 것이 합리적일 것으로 생각된다.¹²⁹⁾

(2) 소송행위의 추후보완 가능성

위와 같은 논의에도 불구하고 감면처분에 대한 취소를 구하는 청구취지의 변경에 있어 그

125) 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 제10장(취소소송의 소송물 - 처분사유의 추가·변경, 소변경 및 취소판결의 효력과 관련하여), 박영사, 2006, 412-413면.

126) 박정훈, 앞의 책, 428-429면.

127) 공정거래법 제54조 제1항은 행정소송법 제20조 제1항의 특례규정이지만, 공정거래법상 처분변경으로 인한 소의 변경과 관련한 제소기간 규정은 없으므로 공정위 사건에 행정소송법 제22조 제2항의 적용까지 배제되는 것은 아니라고 생각된다.

128) V. 2. (3). 참조.

129) 주 112), 115의 대법원 2000. 9. 26. 선고 99두646 판결 참조.

제소기간이 엄격하게 준수되어야 한다면, 이에 대해서는 소송행위의 추후보완을 생각해 볼 여지가 있다. 여기서는 공정거래법 제54조 제2항은 같은 조 제1항의 제소기간을 불변기간으로 정하고 있는데, 대상판결에 따라 취소의 대상이 변경된 것을 민사소송법 제173조 제1항에서 말하는 “당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우”로 보아 그러한 사유가 없어진 날부터 2주 이내에 소송행위를 보완하는 것을 허용할 수 있는지가 문제된다.

이때 “당사자가 책임질 수 없는 사유”의 의미가 문제되는데, 이에 대해 대법원은 “당사자가 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 사유”를 지칭한다고 판시한 바 있고,¹³⁰⁾ 이론적으로는 “일반인에게 통상 기대하는 정도의 주의를 가지고서도 피할 수 없다고 인정되는 사유”로서, “당사자가 과실 없이 기간의 진행 그 자체를 알지 못하는 경우” 및 “기간의 진행을 알 수 있었으나 어찌할 수 없는 사유에 의하여 제 때에 소송행위를 할 수 없었던 경우”가 포함될 수 있다.¹³¹⁾

대상판결 이전에 비록 하급심이기는 하지만 서울고등법원에서 조세 감액경정처분과 동일한 방식으로 청구취지를 특정하도록 직권정정한 적도 있었고,¹³²⁾ 이러한 방식의 청구취지가 대법원에서 문제된 적이 없었으며, 공정위 사건은 서울고등법원 내의 3개 재판부에서만 이를 전담하여 처리하기 때문에 서울고등법원의 판례는 일반적인 하급심의 경우와는 달리 공정위의 처분을 다투고자 하는 다른 원고들에게 상당히 유의미한 선례로 취급되는 점 등을 고려하면, 감면처분에 대한 제소기간을 준수하지 못한 것에 대해 당사자가 책임이 있다고 볼 수는 없을 것이다.

다만 그렇게 보더라도 ‘그러한 사유가 없어진 날’을 언제로 볼 것인지 문제된다. 이는 앞서 (1)에서 논의한 ‘처분의 변경이 있었음을 안 날’을 언제로 볼 것인지의 문제와 일맥상통하는데, 따라서 법원의 석명시점을 기준으로 2주의 기간을 기산하는 것이 바람직하다고 생각된다.

4. 사실심 변론이 종결된 사건에 대한 처리

한편, 감면처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지 변경이 필요하다고 보는 경우, 대상판결 선고 당시 사실심에 계속 중이지만 변론이 종결된 사건들에 대해서는 변론을 재개하여 청구취지 변경의 기회를 부여해야 할 것이다. 다만, 사실심이 이미 종료하여 상고심에 계속 중인 경우에는 본안판단을 해야 할 것으로 본다. 공정위의 제재처분과 감면처분 중 어떤 것이 취소의 대상인지 여부는 형식적인 측면의 것에 불과하여 본안판단에 영향을 미칠 가능성이 없으므로,

¹³⁰⁾ 대법원 2006. 3. 10. 선고 2006다3844 판결, 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012다44730 판결 등.

¹³¹⁾ 편집대표 김철용/최광을, 앞의 책, 602면.

¹³²⁾ 주 79), 94)의 서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누2483 판결.

군이 청구취지의 변경을 요구하기 위하여 원심을 파기하고 당사자에게 번거로운 절차를 반복하게 할 이유가 없기 때문이다.

5. 대상판결 이후 판례 동향

대상판결이 선고된 이후 주목할 만한 판례들이 몇 건 선고되었다. 우선, 서울고등법원은 2016. 1. 14. 선고 2014누3459 판결, 2016. 1. 15. 선고 2015누39486 판결에서 대상판결의 취지에 따라 당초의 제재처분의 취소를 구하는 부분을 각하하였는데, 다만 위 두 판결에서는 원고가 제재처분과 후속 감면처분 모두의 취소를 구하고 있었기 때문에 대상판결의 결론이 그대로 관철되더라도 당사자의 권리구제에 흠결이 발생하지 않았다.

주목할 만한 것은 앞서 VI. 2.에서 언급한 바 있는 서울고등법원 2015. 6. 10. 선고 2013누45876 판결이다. 위 사건에서는 원고가 당초처분인 과징금납부명령의 취소만을 구하였다가 변론 종결 후 재개된 변론기일(제8차 변론기일)에 이르러서야 후속 감면처분의 취소를 구하는 것으로 청구취지를 변경하면서 이를 청구취지의 정정이라고 주장한 것이 문제되었다. 그리고 법원은 이는 청구취지 변경에 해당한다고 판단하면서 감면처분에 대한 취소청구 부분은 제소기간이 도과하여 부적법하다고 보았고, 아울러 당초처분에 대한 취소청구 부분은 대상판결의 취지에 따라 후속 감면처분에 흡수된다는 이유로 각하하였다.¹³³⁾ 다만, 위 판결은 원고가 ‘당초처분 전체’만의 취소를 구하였다는 점에서 ‘당초처분 중 후속처분에 의해 감액되고 남은 잔존 부분’의 취소만을 구하는 다른 일반적인 사안과는 구별된다. 게다가, 위 판결에서 서울고등법원은 대상판결을 그대로 적용하여 원고의 소를 각하한 것이 아니라, 자진신고 감면에 따라 감액된 부분이 있는데도 원고가 이를 간과한 채 재판을 진행하다가 뒤늦게 청구취지를 변경한 점¹³⁴⁾ 등 소송진행 경과를 상세히 설명하면서 이를 소 각하 판단의 고려요소로 삼고 있다. 이는 대상판결 선고 이전에 당초처분 중 후속처분에 의해 감면된 나머지 부분의 취소를 구하는 소가 제기되어 계속 중이던 사건들을 어떻게 취급해야 하는지가 그리 간단하지 않고, 재판의 경과나 원고의 청구취지 특정 내용 등에 따라 얼마든지 달리 취급될 여지가 있음을 보여주는 것이다.

또 하나 특기할 만한 것이 앞서 IV. 2. (1). 4.)에서 살펴본 대법원 2015. 9. 24. 선고 2012두13962 판결 및 그 원심인 서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2010누32091 판결이다. 이 사건에서

¹³³⁾ 결국, 소 전부가 각하되었다.

¹³⁴⁾ 위 사건의 원고는 선행의결서만 증거로 제출하였고, 소송 과정에서 후행처분에 관해 언급한 적이 없었으며, 오히려 피고가 후행처분의 존재를 밝히고 후행의결서를 을호증으로 제출하면서 분안전 항변을 하였다. 감면처분이 내려진 후에 취소소송이 제기되는 경우에는 최초부터 청구취지에 감면처분에 의해 감액된 부분을 제외한 나머지 부분만을 기재하고 아울러 후행의결서도 증거로 같이 제출하는 것이 통상적이며, 감면처분이 내려지기 전에 취소소송이 제기된 경우라도 감면처분이 내려지면 청구취지를 일부 감축하면서 후행의결서를 제출하는 것이 보통이므로, 위 판결의 사안은 상당히 이례적인 것이다.

원고는 감면신청을 했다가 일부만 인정되자, ‘당초처분 중 후속처분에 의해 감액되고 남은 잔존 부분’과 감면신청에 대한 (일부)거부처분의 취소를 각각 구하였다. 이때 대상판결의 결론이 그대로 적용되면, 당초처분은 후속처분에 의해 흡수되어 소멸하므로 당초처분에 대한 청구는 각하되어야 하고, 후속처분만이 다툼의 대상이 되어야 한다. 위 사안에서 후속처분은 일부 감면처분 및 일부 거부처분의 실질을 모두 지니기 때문에, 일부 감면처분으로서 당초처분을 흡수하고, 또 일부 거부처분으로서 별도로 다툼의 대상이 된다고 보아야 할 것이기 때문이다. 그런데 대법원은 대상판결 이전에 내려진 서울고등법원의 결론을 그대로 수용하여 당초처분의 취소를 구하는 부분의 적법성에 대해 아무런 문제도 제기하지 않았다. 하지만, 소의 이익 유무는 직권조사사항이기 때문에, 대법원이 대상판결의 취지를 관철하고자 했다면 위와 같은 서울고등법원의 결론을 파기했어야 한다. 여하튼 분명한 것은 대상판결 이후 선고된 판결들이 대상판결과 다른 입장을 취하고 있다는 점이며, 향후 대상판결의 선례로서의 가치에 의문이 제기될 여지가 많아 보인다.¹³⁵⁾

VII. 결론

대상판결은 공정위의 자진신고자 등에 대한 과징금납부명령 등 제재처분을 “일종의 잠정적 처분”이고 후속 감면처분에 흡수되어 소멸한다고 판시하고 있다. 그런데 “잠정적 처분”이 중간 처분이나 잠정적 행정행위를 의미하는 것이라면 찬성하기 어렵다. 공정위의 위와 같은 제재처분은 그 형식, 내용, 효과 등 어떤 측면에서도 보더라도 최종적인 중국처분에 해당하고, 감면처분의 이러한 제재처분의 내용적 일부를 취소하는 것에 불과하기 때문이다. 따라서 감면처분이 그에 선행하는 제재처분(특히, 과징금납부명령)을 흡수한다고 볼 근거도 없으며, 쟁송취소의 대상을 감면처분으로 한정하는 대상판결의 결론은 행정행위의 법적 성격에 관한 종래의 판례나 이론에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 처분 상대방의 권리구제나 소송경제의 관점에서도 바람직하지 않다. 또한, 대법원이 어떤 행정행위의 법적 성격을 명확히 밝히지 않고 “일종의”와 같은 표현을 사용하는 것도 바람직하다고 보기 어렵다.

대상판결의 경우 그 이후에 선고된 대법원 판결들과 내용상 배치되는 측면이 있어 향후 그 적용범위가 어떠할지 주목된다. 현재까지 한 개의 이례적인 판결을 제외하면 대상판결에서처럼 공정위의 제재처분과 감면처분 모두의 취소를 구한 경우에만 대상판결이 적용되고 있는데, 이와 달리 제재처분 중 감면처분에 의해 감액된 나머지 부분만을 취소의 대상으로 한 사안에서는 어떠한 판단이 이루어질 것인지 지켜볼 필요가 있다. 다만, 어떠한 이유로든 대상판결이 그 선고 이전에 제기되어 소송 계속 중인 사건에 불리한 영향을 미쳐서는 안 된다. 이는 다른 사

¹³⁵⁾ 대법원의 태도가 일관성이 없다는 점을 지적하는 견해로는, 정재훈, 앞의 글, 156면 참조.

건에서 전례가 없던 판결이 내려졌다는 이유로 이미 적법하게 계속 중인 소송에서 당사자의 권리구제의 기회가 제한되거나 박탈되는 것은 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 것일 뿐만 아니라, 사법의 본질과도 부합하지 않기 때문이다.¹³⁶⁾ 특히 자진신고 등에 따라 분리의결이 있는 경우에는 조세 감액경정처분의 경우와 동일하게 청구취지를 특정하는 방식에 대해 상당한 신뢰가 형성되어 있었다는 점을 고려하지 않을 수 없다. 그러므로 이미 소송 계속 중인 사건에 대해 대상판결을 적용하려면 청구취지의 정정, 제소기간의 제약 없는 청구취지의 변경 또는 소송행위의 추후보완 등의 방법으로 소의 적법요건을 유지하는 데 어려움이 없도록 해야 할 것이다. 그러나 위에서 지적한 대상판결의 판시 내용이 지니는 문제점 등을 고려할 때, 대상판결은 공정위의 제재처분과 감면처분 모두의 취소를 구하고 있는 사안에 한정하여 적용하거나, 아니면 다른 판결에서 그 적용범위를 한정하는 것이 보다 근본적인 해결책일 것으로 생각한다.

(투고일: 2016. 8. 8. 심사완료일: 2016. 8. 17. 게재확정일: 2016. 8. 18.)

¹³⁶⁾ 필자는 재판에 대한 헌법소원심판의 허용에 대해 부정적인 입장이지만, 만약 대상판결의 적용범위가 부당하게 확장되어 기존에 소송 계속 중인 사건에 대해 소 각하 판결이 내려진다면 이러한 판결은 재판에 대한 헌법소원심판을 허용해야 한다는 논거가 될 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 공정거래위원회, 『공정거래백서』, 공정거래위원회, 2014.
- 권오승, 『독점규제법』, 제4판, 법문사, 2015.
- 김동희, 『행정법(I)』, 제22판, 박영사, 2016.
- 박정훈, 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, 2006.
- 서울행정법원 실무연구회, 『행정소송의 이론과 실무』, 사법발전재단, 2014.
- 임승순, 『조세법』, 박영사, 2010.
- 편집대표 김철용/최광율, 『주석 행정소송법』, 박영사, 2004.
- 편집대표 민일영/김능환, 『주석 민사소송법(IV)』, 한국사법행정학회, 2012.

2. 논문

- 김남철, “‘잠정적 처분’의 법적 성질에 관한 검토(대상판례: 대법원 2015. 2. 12, 2013두987 과징금납부명령등취소)”, 『행정법학』, 제10호(2016. 3).
- 김 철, “부당한 공동행위의 자진신고자에 관한 실무상 몇 가지 쟁점”, 『판례연구(서울지방변호사회)』, 제29집 1호(2015. 1).
- 류광해, “일반 행정법상 당초처분과 감액처분의 법리 검토”, 『홍익법학』, 제14권 제3호(2013. 9).
- 박해식, “단계적처분과 제소기간준수의 기준시(2004. 12. 10. 선고 2003두12557 판결: 공보불게재)”, 『대법원판례해설』, 통권 제52호(2004년 하반기).
- 박해식/이승민, “자진신고자등에 대한 감면불인정통지의 처분성에 관한 법적 쟁점(대상판결: 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010두3541 판결)”, 『행정판례연구』, 제18-2집(2013).
- 박해식/이승민/오지석, “실무에서 본 현행 행정소송 제도의 문제점 및 개정방향”, 『행정법학』, 제3호(2012. 9).
- 안철상, “행정소송에서의 소의 변경과 새로운 소의 제소기간”, 『행정판례연구』, 제11집(2006).
- 이선희, “공정위의 과징금감액처분에 대한 취소소송의 대상적격(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결)”, 법률신문, 2008. 6. 2.자.
- 윤인성, “당초의 과징금 부과처분에 대한 감액처분이 이루어진 경우의 항고소송 대상”, 『공정거래법 판례선집』, 2011. 12.
- 정재훈, “부당한 공동행위의 중단 및 중지, 소송의 대상 등의 문제(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결의 쟁점)”, 『인권과 정의』, 제455호(2016. 2).
- 최승재, “2015년 경제법 중요 판례”, 『인권과 정의』, 제456호(2016. 3).

<Abstract>

A Critique of the Supreme Court's Decision Requiring Leniency Applicants to Challenge the KFTC's Penalty-Exemption Decision, Rather than the Preceding Penalty-Imposition Decision

Decision: Korean Supreme Court, 2013Du987 (February 2, 2015)

Seung-Min Lee*

In a February 2015 decision (the "Decision"), the Korean Supreme Court held that a plaintiff who has applied to the Korea Fair Trade Commission (the "KFTC") for leniency and seeks to challenge the KFTC's imposition of civil penalties for membership in a cartel, cannot directly challenge the order determining the penalties. Instead, the plaintiff must seek to annul the subsequent decision of the KFTC on whether to grant an exemption under the leniency program. This is because, according to the Supreme Court, the earlier penalty decision is an interim decision, which is merged into the later decision on whether to exempt the cartel member from penalties.

This article argues that the reasoning supporting this holding is questionable. The form, content, and legal effect of the KFTC's decision on imposition of civil penalties are those of a final, not interim, order; the Supreme Court's discussion of the legal nature of these two separate KFTC decisions for leniency applicants does not adhere to its own precedents as well as established doctrines of administrative law; and adopting the holding of the Decision in other litigation may lead to unjust consequences for plaintiffs in terms of their right to defend themselves and interest in less cumbersome proceedings.

Since the Decision was issued, its holding has been applied in cases where the factual background is highly analogous. But whether or to what extent the holding of the Decision will be applied elsewhere currently remains unclear, particularly because the holdings in some other Supreme Court cases appear hard to reconcile with that of the Decision. In any case, it would be unacceptable for the Decision to adversely affect pending cases which were raised before the Decision was issued.

* Ph. D. in Law; Yulchon, LLC.

Key Words: leniency, leniency exemption from penalties, separation between penalty-imposition decision and penalty-exemption decision, interim administrative decision, subject matter for an administrative litigation for nullity