

공정거래법상 기업결합 심사기간의 법률적 효력¹⁾

Legal Implication of Merger Review Period under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act

변호사 이상돈, 김태희, 추지원*

Lee Sang don, Kim Tae Hee, Chu Ji Won

논문요약

공정거래법은 공정거래위원회에 기업결합 심사기간(즉, 신고일로부터 30일, 공정거래위원회 재량에 의하여 90일을 연장할 수 있음) 내 심사·통지의무를 부과하고, 사전신고에 대하여는 위 기간 내에 시정조치를 하여야 한다고 명시하고 있다. 그럼에도 불구하고, 이러한 기업결합 심사기간 규정의 효력에 대해 논란이 있다. 그런데 현행 공정거래법에 의하면 사전신고 대상 기업결합 당사자는 공정거래위원회의 심사결과 통지 전에는 거래를 종결하지 못하여 심사통지를 무한정 기다려야 하는 불안정한 지위에 서게 되고, 사후신고의 경우에도 공정거래위원회의 시정조치 가능성을 계속 남겨두게 되어 M&A 거래의 불확실성을 제거하지 못하는 문제가 발생한다. 이처럼 수범자의 권리의무에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 기업결합 심사기간 관련 규정을 단순히 행정청 내부의 훈시규정에 불과하다고 보는 해석은 법치행정의 원리에 배치된다. 또한 기업결합 심사기간에 관한 공정거래법 규정체계 역시 훈시규정이라

1) 본고는 필자들의 개인적인 견해를 바탕으로 작성한 것이며, 소속 법무법인 또는 특정한 회사의 입장을 대변하는 것은 아니다.

* 법무법인 세종

면 적합하지 않을 구성을 갖추고 있다. 이러한 점들을 고려하면, 기업결합 심사기간 규정은 단순한 훈시규정으로 볼 수 없고, 이를 도과한 공정거래위원회의 시정조치는 위법하다고 할 것이다.

이와 같이 공정거래법은 기업결합 심사기간을 도과한 경우 공정거래위원회가 적법한 시정조치를 내릴 수 없도록 하면서도, 공정거래위원회의 심사결과 통지 없이는 기업결합 당사회사가 거래를 종결하지 못하도록 하고 있어, 모순적인 결과를 발생시킨다. OECD 및 ICN을 비롯하여 미국, EU, 일본, 독일, 중국 등의 대다수 경쟁당국은 법정 심사기간이 경과한 경우에는 기업결합이 승인된 것으로 간주하여 당사회사들이 기업결합을 실행할 수 있도록 제도를 운영하고 있다. 우리 공정거래법 역시 이러한 입법례를 참고하여 기업결합 심사기간 도과 시 승인을 간주하는 취지의 조항을 두는 것이 바람직할 것이다.

〈주제어〉

기업결합신고, 기업결합 심사기간, 기업결합 심사기간의 법률적 효력, 기업결합 심사기간 도과 이후 시정조치의 위법성, 기업결합 심사기간 도과시 거래종결 거부, 기업결합 심사기간 관련 외국 입법례, 기업결합 심사기간 규정의 개정안

논문접수 : 10월 13일 / 심사 : 12월 11일 / 게재확정 : 12월 11일

목 차

I. 서론

II. 공정거래법상 기업결합 심사기간 관련 규정

Ⅲ. 기업결합 심사기간의 법률적 효력 관련 문제점

1. 기업결합 심사기간 도과 이후의 시정조치 부과가 위법한지 여부
2. 사전신고의 경우 심사기간 도과 시 승인 없이 거래를 종결할 수 있는지 여부

Ⅳ. 기업결합 심사기간 규정의 입법적 개선방안

1. 현행 기업결합 심사기간 규정의 문제점
2. 외국의 입법례
3. 현행 기업결합 심사기간 규정의 개정안 제안

Ⅴ. 결어

[참고문헌]

I. 서론

M&A 거래를 진행함에 있어서 거의 항상 문제되는 것이 기업결합신고와 그에 대한 공정거래위원회의 심사기간이다. 해당 거래가 관련 시장의 경쟁을 제한한다고 판단되는 경우에 공정거래위원회가 불허를 포함한 시정조치를 부과할 수 있으므로 거래당사자에게 부담이 된다는 것은 명확하다. 특히, 이해당사자 간 신속한 의사결정이 구조조정의 성패에 큰 영향을 미치는바, 만일 시정조치의 내용도 예측할 수 없는 상황에서 심사기간이 장기화 되면 거래당사자가 부담하게 되는 구조조정 비용이 확대된다는 문제가 발생할 수 있다. 경쟁제한의 우려가 없음이 명백한 기업결합의 경우에도 기업결합신고를 하여야 한다는 점 자체가 거래당사자에게 상당한 부담이

된다. 왜냐하면 사전신고 대상 기업결합의 경우에는 공정거래위원회의 승인이 없는 경우에는 해당 거래를 종결할 수 없는데,²⁾ 거래당사자들로서는 공정거래위원회의 심사가 진행되는 기간 동안에는 거래가 외부적 사정으로 중단될 수 있다는 불확실성에 노출되어야 하고, 적시에 승인이 나지 않을 경우 금융조달비용의 부담이 커질 뿐만 아니라, M&A의 성패를 좌우할 종결 후 통합작업(post-merger integration)에 본격적으로 나설 수도 없기 때문이다. 사후신고 대상 기업결합의 경우에도 이와 크게 다르지 않는데, 해당 거래의 종결 이후 시정조치가 내려져 해당 거래의 목적을 훼손할 가능성을 장기간 남겨두는 것은 거래당사자에게 큰 부담이 된다.³⁾

이와 관련하여 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)은 공정거래위원회에 기업결합신고가 접수되면 공정거래위원회는 30일 안에 해당 기업결합이 경쟁을 제한하는지 여부를 심사하고 그 결과를 해당 신고자에게 통지할 의무를 부여하고 있다(공정거래법 제12조 제7항 본문). 공정거래위원회가 필요하다고 인정할 경우에 한하여 최대 120일까지 심사기간을 연장할 수 있다고 규정하고(동항 단서), 공정거래위원회가 신고서 또는 첨부서류의 보정을 요구한 경우 그 보정기간 동안에는 심사기간이 정지된다고 규정하는바(공정거래법 시행령 제18조 제5항), 공정거래법은 심사기간의 연장과 정지를 허용하면서도 그 기간과 사유를 한정하고 있는데 이는 심사기간의 무제한적인 장기화를 막기 위한 취지로 이해할 수 있다.

이와 같이 기업결합 심사기간이 당사자의 경제적 이익에 직결되는 매우 중요한 요소이고 공정거래법도 이를 존중하는 취지의 규정 체계를 취하고 있음에도 불구하고, 그 법률적 효력이 무엇인지에 대한 논의는 충분히 이루어지지 않은 것으로 보인다. 심지어 최근 사회적으로 관심을 모은 기업결합의 심사와 관련하여 일각에서는 아무런 법률적 근거를 제시하지 않고 ‘공정거래

2) 대부분의 M&A 관련 계약에서는 신고의무자(주로 매수인)가 계약체결로부터 수일 내에 경쟁당국에 기업결합신고서를 제출할 것을 확약사항(covenant)의 하나로 두고, 경쟁당국으로부터 해당 기업결합에 대한 승인을 받는 것을 거래종결의 선행조건(condition precedent)의 하나로 두고 있다(예컨대 American Bar Association, Model Stock Purchase Agreement with Commentary 2nd Ed., ABA Book Publishing, 2011, 222면, 257면 참조).

3) 예컨대 삼익약기의 영창약기 인수외의 경우, 사후신고 대상으로 거래 종결 이후 공정거래위원회의 시정조치 명령에 따라 매입한 주식 전량과 매입한 주요영업자산을 모두 매각할 수밖에 없었다.

위원회의 심사기간 관련 규정이 단순한 훈시규정(권고규정)에 불과하므로 공정거래위원회는 공정거래법에 규정된 심사기간에 구애받지 않고 심사를 장기화할 수 있다'는 취지의 주장이 있기도 하였다.⁴⁾

이러한 배경에서 본고에서는 우선 공정거래법상 기업결합신고의 심사기간 규정의 일반적 내용에 대하여 살펴본 후, 이를 바탕으로 심사기간의 법률적 효력이 무엇인지를 검토하겠다. 심사기간의 법률적 효력과 관련하여 보다 구체적으로, 공정거래위원회가 심사기간을 도과한 이후에 시정조치를 부과할 경우 해당 시정조치의 효력이 인정되는지, 공정거래위원회가 승인 또는 시정조치 없이 심사기간을 도과할 경우 당사회사는 해당 기업결합을 종결할 수 있는지에 대하여 살펴본다. 그리고 이러한 검토를 바탕으로 입법론적 측면에서 공정거래법상 심사기간 관련 규정의 개선방안에 대하여 검토하겠다.

II. 공정거래법상 기업결합 심사기간 관련 규정

기업결합신고⁵⁾는 원칙적으로 당해 기업결합일로부터 30일 이내에 하여야 한다(사후신고, 공정거래법 제12조 제6항 본문). 다만 임원점임을 제외한 기업결합으로서 기업결합의 당사회사 중 1 이상의 회사가 대규모회사, 즉 특수관계인 합산 매출액 또는 자산총액이 2조 원을 넘는 회사인 경우에는 합병계약을 체결한 날 등⁶⁾부터 기업결합일 전까지 기업결합신고를 하여야 하

4) 2016. 5. 16.자 전자뉴스 “CJ헬로비전 인수건, 공정위 심사 신중해야”, 2016. 6. 13.자 베타뉴스 “SKT-CJHV 합병 심사 기한 독촉, 공정위 재량권 침해 우려” 등.

5) 자산총액 또는 매출액의 규모가 2,000억 원 이상인 회사 또는 동 회사의 특수관계인이, 자산총액 또는 매출액의 규모가 200억 원 이상인 회사와 주식취득, 임원점임, 합병, 영업양수, 새로운 회사 설립에의 참여 등으로 기업결합을 하는 경우 기업결합신고의무가 발생한다(공정거래법 제12조 제1항). 예컨대, 신고대상회사가 다른 회사의 의결권 있는 주식의 100분의 20 이상(상장법인의 경우 100분의 15 이상)을 소유하게 되는 경우 신고의무가 발생하는 것이다(주식취득에 의한 기업결합).

6) 다른 회사의 주식을 소유하게 되거나 최대출자자가 되는 경우에는 주식을 취득·소유하기로 계약·합의 등을 하거나 이사회 등을 통하여 결정된 날, 합병·영업양수가 있는 경우에는 합병계약을 체결한 날

고(사전신고, 공정거래법 제12조 제6항 단서), 공정거래위원회의 심사결과를 통지받기 전까지 주식소유 등 이행행위⁷⁾를 하여서는 아니 된다(공정거래법 제12조 제8항).

위와 같이 공정거래위원회에 기업결합신고가 접수되면 공정거래위원회는 30일 안에 해당 기업결합이 경쟁을 제한하는지 여부를 심사하고, 그 결과를 해당 신고자에게 통지하여야 한다(공정거래법 제12조 제7항 본문). 다만, 공정거래위원회가 필요하다고 인정할 경우에는 그 기간의 만료일 다음 날부터 계산하여 90일까지 그 기간을 연장할 수 있다(동항 단서). 즉 공정거래위원회의 재량에 따라 심사기간을 120일까지 연장할 수 있는 것이다.

또한 공정거래위원회는 제출된 신고서 또는 첨부서류가 미비된 경우에는 해당 서류의 보정을 명할 수 있고, 이 경우 보정에 소요되는 기간은 위의 심사기간에 산입되지 않는다(공정거래법 시행령 제18조 제5항). 말하자면 공정거래위원회의 기업결합 당사회사에 대한 자료요청은 심사기간을 사실상 연장하는 효과가 있다고 할 수 있다.

한편, 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하여 공정거래법 제7조를 위반하는 기업결합에 대하여 공정거래위원회는 기업결합 당사회사에 시정조치를 부과할 수 있는데(공정거래법 제16조 제1항 전문), 특히 공정거래법은 사전신고 대상 기업결합에 대하여 위에서 살펴본 심사기간 내에 시정조치를 하여야 한다고 명시하고 있다(공정거래법 제16조 제1항 후문).

참고로 기업결합을 하고자 하는 자는 신고기간 이전, 즉 합병계약을 체결한 날 등 이전이더라도 당해 행위가 경쟁을 실질적으로 제한하는지 여부에 대하여 공정거래위원회에 심사를 요청할 수 있다(공정거래법 제12조 제10항). 이러한 ‘임의적 사전심사요청’을 통하여, 기업결합 당사회사는 미리 경쟁제한 여부에 대한 공정거래위원회 심사를 받아 기업결합 여부 의사결정에 도움을 받을 수 있고, 임의적 사전심사요청에 대하여 공정거래위원회가 경쟁제한성이 없다고 회신

또는 영업양수계약을 체결한 날, 새로운 회사설립에 참여하는 경우에는 회사설립의 참여에 대한 주주총회 또는 이에 갈음하는 이사회 의결이 있는 날을 말한다(공정거래법 시행령 제18조 제10항).
7) 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위, 주식인수행위를 말한다(공정거래법 제12조 제8항).

한 경우⁸⁾ 공정거래위원회는 정식 기업결합신고를 간이심사 대상으로 보아 사실관계나 시장상황 등에 중대한 변경이 없는 이상 원칙적으로 신고서 접수일로부터 15일 이내에 신속하게 회신하고 있어(기업결합 심사기준 III. 5.) 사실상 공정거래위원회 심사기간을 단축하는 효과를 볼 수 있다. 임의적 사전심사요청의 경우에도 앞에서 살펴본 일반적인 기업결합신고와 동일한 심사기간이 적용된다(공정거래법 제12조 제10항).

위와 같은 심사기간 관련 규정 체계가 완비된 것은 2012. 3. 21. 개정 공정거래법을 통하여서이다. 2012. 3. 21. 개정 전후 심사기간 관련 규정의 내용은 다음 <표 1>과 같다.

<표 1> 2012. 3. 21. 개정 전 구 공정거래법 및 개정 후 공정거래법상 심사기간 관련 규정 비교

2012. 3. 21. 개정 전 구 공정거래법	2012. 3. 21. 개정 후 공정거래법
제12조 ⑦ 제6항 단서의 규정에 따라 신고를 하여야 하는 자는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 신고 후 30일이 경과할 때까지 각각 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수행위를 하여서는 아니된다. 다만, 공정거래위원회가 필요하다고 인정하는 때에는 그 기간을 단축하거나 그 기간의 만료일 다음 날부터 기산하여 90일의 범위 안에서 그 기간을 연장할 수 있다.	제12조 ⑦ 공정거래위원회는 제6항에 따라 신고를 받으면 신고일부터 30일 안에 제7조에 해당하는지를 <u>심사하고, 그 결과를 해당 신고자에게 통지하여야 한다.</u> 다만, 공정거래위원회가 필요하다고 인정할 경우에는 그 기간의 만료일 다음 날부터 계산하여 90일까지 그 기간을 연장할 수 있다. ⑧ 제6항 단서의 규정에 따라 신고를 하여야 하는 자는 제7항에 따른 <u>공정거래위원회의 심사결과를 통지받기 전까지</u> 각각 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수행위를 하여서는 아니된다.

8) 공정거래위원회는 실무상 “임의적 사전심사 결과 경쟁제한성이 없다는 통보를 받았더라도 실제로 기업결합을 추진하는 경우에는 관련 규정에 정해진 형식 및 절차에 따라 별도로 정식신고를 해야 하고, 다만 정식신고 후 그 내용이 이미 사전심사를 받은 내용과 다르지 않는 경우 빠른 시일 내에 신속히 그 최종결과를 통보”한다는 입장이다(공정거래위원회, 『기업결합신고 가이드라인』, 공정거래위원회, 2012. 3., 71면 참조).

2012. 3. 21. 개정 전 구 공정거래법은 사전신고에 대해서만 현행과 같이 규정하고 있었을 뿐 사후신고에 대해서는 침묵하고 있었고 이에 대해서는 심사기간에 대한 예측가능성이 저해된다는 비판이 있었는데, 공정거래법 제12조 제7항은 이를 고려하여 사전신고 및 사후신고를 불문하여 적용되도록 신설되었다. 한편 2012. 3. 21. 개정 공정거래법은 심사기간 규정의 법률적 효력에 관한 의미도 한층 명확히 하였다. 즉, 공정거래법 제12조 제7항은 공정거래위원회로 하여금 심사기간 내에 “심사하고, 그 결과를 신고자에게 통지하여야 한다”라고 규정하여 공정거래위원회에 ‘심사기간 내 심사통지의무’가 있음을 명확히 하였다. 그리고 주식소유 등 기업결합의 이행행위가 금지되는 기간이 ‘심사기간이 경과한 때까지’에서 ‘공정거래위원회의 심사결과를 통지받기 전까지’로 개정되었다.

III. 기업결합 심사기간의 법률적 효력 관련 문제점

1. 기업결합 심사기간 도과 이후의 시정조치 부과가 위법한지 여부

가. 기업결합 심사기간의 법률적 성격

앞에서 살펴본 바와 같이 현행 공정거래법 제12조 제7항은 공정거래위원회에 심사기간 내 심사통지의무를 명시적으로 부과하고 있고, 공정거래법 제18조 제6항은 사전신고 대상에 대하여서는 심사기간 내에 시정조치를 하여야 한다고 명시하고 있는바, 그럼에도 불구하고 위 조항의 효력을 혼시적인 것에 그친다고 보려는 주장이 있다는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다. 대법원이 행정청 및 사법기관의 처분기간과 관련하여 혼시규정으로 본 사례가 다수 있다는 점을 근거로⁹⁾

9) 예컨대 대법원은 “형사소송법 제262조 제1항이 20일 이내에 재정결정을 하도록 규정한 것은 혼시적 규정에 불과”하고(대법원 1990. 12. 13.자 90모58 결정), “형사소송법 제377조의 소송기록 송부기간은 혼시적 규정이니 동조위반은 적법한 상고이유가 될 수 없”으며(대법원 1961. 4. 28. 선고 61도85 판결), “소송촉진등에관한특례법 제15조 제2항의 ‘7일 이내에 결정으로 각하하여야 한다’는 것은 소위 혼시규정”이고(대법원 1982. 1. 15.자 81그19 결정), “주택건설사업계획의 승인 여부는 정당한 사유가 없는

만연히 그러한 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

사전신고 대상 기업결합을 신고한 거래당사자로서는 공정거래위원회의 심사결과 통지가 있기 전에는 거래를 종결하지 못하고 공정거래위원회의 심사결과만 기다려야 하는 불안정한 지위에 있게 된다. M&A 거래의 신속한 종결은 거래의 성부만큼 M&A의 성패를 좌우하는바, 공정거래위원회의 기업결합 심사는 결과와 내용에 관한 것 외에도 절차의 면에서도 거래당사자의 기본권 실현에 중대한 영향을 미친다. 설사 사후신고 대상 기업결합이라고 하더라도 이미 종결된 기업결합에 대하여 공정거래위원회의 시정조치 가능성을 무한정 남겨두는 것은 거래당사자를 매우 불안정한 지위에 놓게 한다는 점에서 사전신고와 차이가 없다. 이와 같이 기업결합신고에 대한 심사통지가 수범자의 권리의무에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 행정행위임에도, 그 심사기간을 단순히 행정청 내부의 업무처리 기간에 불과하다고 보는 것은 기본권의 최대한 보장을 추구하는 법치행정의 원리에도 배치되는 해석이다.

더욱이 공정거래법은 기업결합 심사기간 규정이 단순히 훈시규정이라면 설명하기 어려운 규정체계를 갖고 있다. 공정거래법은 공정거래위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 심사기간을 최장 90일까지 연장할 수 있다고 정하고 있고(공정거래법 제12조 제7항 단서), 공정거래위원회의 보정자료 요청으로 당사자가 이를 준비하는 데에 소요되는 기간은 심사기간에 산입되지 않는다고 규정하고 있다(공정거래법 시행령 제18조 제5항 단서). 이와 같은 심사기간의 연장 및 단축에 관한 면밀한 규정체계는 심사기간 조항의 성격을 훈시적으로 볼 경우에는 오히려 불필요한 것이 된다.¹⁰⁾

한 신청수리 후 60일(관계 기관의 장과의 협의기간 30일을 포함) 내에 결정하도록 되어 있지만, 그 규정은 가능한 한 조속히 그 승인 사무를 처리하도록 정한 훈시규정에 불과할 뿐 강행규정이나 효력규정이라고 할 수” 없다는 등의 입장을 취하였다(대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결).

- 10) 공정거래위원회 고시인 「기업결합 심사기준」은 공정거래법 제12조 제9항에 따라 임의적 사전심사를 요청하여 공정거래위원회로부터 경쟁제한성이 없는 것으로 통지받은 기업결합에 대하여 정식으로 신고하는 경우에는 이를 간이심사대상 기업결합으로 보고, 적법한 신고서류 접수 후 15일 이내에 심사결과를 신고인에게 통보할 것을 규정하여 공정거래법상 기업결합 심사기간을 더욱 단축하고 있다(기업결합 심사기준 Ⅲ. 5.).

이러한 점들을 종합하면, 기업결합 심사기간 규정은 단순한 훈시규정으로 볼 수는 없고, 기업결합 심사기간을 초과한 공정거래위원회의 시정조치는 위법하다고 보는 것이 타당하다고 생각되고, 이것이 다수적인 견해로 보인다.¹¹⁾

나. 사전신고의 경우 심사기간 초과 이후의 시정조치 부과의 위법 여부

사전신고 대상 기업결합의 경우 심사기간을 초과한 이후에 부과한 시정조치가 위법한지에 대하여 명확하게 판단한 판례는 없으나, 아래에서 살펴보는 바와 같이 법원은 위법하다는 입장을 간접적으로 취하고 있는 것으로 보인다.

우선 대법원은 동양제철화학의 콜럼비안 케미컬즈 컴퍼니(Columbian Chemicals Company) 주식 취득의 건¹²⁾에서 사후신고 대상 기업결합에 대한 공정거래위원회의 시정조치 처분은 구 공정거래법 제16조 제1항 후문, 제12조 제7항의 규정에 의한 처분기간의 제한을 받지 않는다고 판시한 바 있다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두9744 판결). 그러나 해당 기업결합은 사후신고 대상으로 해석되었고, 당시는 현행 공정거래법 제12조 제7항이 신설되기 전으로서 사후신고 대상 기업결합의 심사기간 규정이 별도로 존재하지 않았기 때문에, 이 판결을 들어 대법원이 기업결합 심사기간 규정을 훈시규정으로 보았다는 근거로 보기는 어렵다. 오히려 적어도 사전신고 대상 기업결합에 대한 심사기간이 초과한 경우에는 해당 시정조치가 위법하다는 전제에 서 있는 것으로 보인다.

11) 권오승·서정, 『독점규제법-이론과 실무』, 법문사, 2016, 231면, 권오승 외, 『독점규제법 30년』, 법문사, 2011 중 이민호, “기업결합에 대한 규제”, 226면 등.

12) 국내 고무용 카본블랙 시장의 1위 사업자이자, 약 40%의 시장점유율을 점하던 동양제철화학이 시장점유율 24%의 3위 사업자 콜럼비안케미컬즈코리아를 인수하는 거래로서 공정거래위원회가 구조적 시정조치를 부과한 건이다. 특히 해당 기업결합의 절차적 측면에 대한 상세한 평가에 대해서는 김규현, 「기업결합신고의 대상 행위의 판단기준 및 시정조치의 처분기한」, 경제법판례연구회, 『경제법판례연구』 제7권, 2011, 98~120면을 참조하기 바란다.

또한 서울고등법원은 신세계의 월마트코리아 주식취득의 건에서 공정거래위원회의 시정조치가 기업결합 심사기간을 초과하여 위법하다는 취지의 원고 주장에 대하여, 공정거래위원회가 요청한 보정자료를 제출하는 데 소요된 기간은 구 공정거래법 시행령 제18조 제4항(현행 공정거래법 시행령 제18조 제5항)에 따라 심사기간에 산입되지 아니하므로 이 기간을 제외하면 공정거래위원회의 시정조치가 심사기간 이내에 이루어졌다고 보아 원고의 주장을 배척한 바 있다(서울고등법원 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결). 만약 기업결합 심사기간 규정의 법률적 성격이 훈시적인 것이었다면, 이와 같은 논리전개와 판단은 불필요하였다. 즉 서울고등법원 역시 기업결합에 대한 심사기간이 초과한 경우에는 해당 처분이 위법하다는 전제에 서 있는 것으로 보인다.

다. 사후신고의 경우 심사기간 초과 이후의 시정조치 부과의 위법 여부

반면 사후신고 대상 기업결합의 경우에는 여전히 논란의 여지가 있다. 전술한 바와 같이 사후신고 대상 기업결합에 대한 심사기간을 규정한 공정거래법 제12조 제7항이 신설되었으나, 정작 기업결합에 대한 시정조치 부과 기한을 규정한 공정거래법 제16조 제1항 후문의 적용범위를 사후신고까지 넓히지 않았기 때문이다.

생각건대 앞에서 살펴본 바와 같이 공정거래법 제12조 제7항은 사후신고 대상에 대해서도 공정거래위원회에게 소정의 심사기간 내에 심사결과를 통지할 의무를 부여하고 있다는 점을 고려하면, 설사 공정거래법 제16조 제1항 후문이 명시적으로는 사후신고까지 적용대상으로 하지 않고 있다고 하더라도, 사후신고 대상 기업결합에 대한 시정조치는 제12조 제7항의 심사기간 내에 이루어져야 한다고 보는 것이 타당하다. 즉 제16조 제1항 후문은 제12조 제7항에 따라 이미 정하여진 것을 주의적으로 다시 규정한 것으로서 그 존재 여부에 따라 시정조치 기한의 존재 여부가 달리 해석되는 것은 아니라고 생각된다.

더욱이 사후신고의 경우에 거래당사자들이 거래의 종결 이후 기업결합 승인 시점까지 불안정한 지위에 있어야 한다는 것은 사전신고와 특별한 차이가 없고, 사전신고와 사후신고의 구별은

오로지 당사회사들의 규모에 따른 것일 뿐이므로 사후신고 대상 기업결합에 관해 공정거래위원회에 더 장기의 심사기간을 부여할 이유도 찾기 어렵다.¹³⁾

따라서 사후신고 대상 기업결합의 경우에도 공정거래위원회가 공정거래법 제12조 제7항 소정의 심사기간을 초과하여 시정조치를 부과할 경우 이것이 위법하다고 보는 것이 더 타당하다. 나아가 제16조 제1항을 개정하여 사후신고 대상 기업결합에 대해서도 시정조치 기한이 적용됨을 명확히 하여 입법적으로 논란의 여지를 제거하는 것이 바람직하다고 본다.¹⁴⁾

라. 임의적 사전심사 요청의 경우 심사기간 초과 이후 시정조치 부과 위법 여부

한편 전술한 바와 같이, 공정거래법은 임의적 사전심사 요청에 대하여서도 일반 기업결합신고와 동일한 심사기간 규정을 두고 있는데, 사전신고 대상 기업결합에 대하여만 기업결합에 대한 시정조치 부과 기한을 명시하고 있는바, 임의적 사전심사 요청의 경우 공정거래위원회가 공정거래법 제12조 제10항 소정의 심사기간을 초과하여 시정조치를 부과할 경우에 해당 처분이 위법한지 논란의 여지가 있다.

위 동양제철화학의 콜럼비안 케미컬즈 컴퍼니(Columbian Chemicals Company) 주식 취득의 건의 서울고등법원 단계에서 공정거래위원회는 임의적 사전심사의 심사기간을 정한 공정거래법 제12조 제9항은 훈시규정에 불과하므로 이를 초과하여 시정조치를 하였다고 하더라도 그 시정조치가 위법하다고 볼 수 없다고 주장하였으나, 이에 대해 서울고등법원과 대법원은 명시적으로 판단하지 않았다.¹⁵⁾

13) 김규현, 전제논문, 117면.

14) 권오승·서정, 전제서, 232면은 사후신고 대상 기업결합의 경우 시정조치 기간에 대해 아무런 정함이 없다고 해석하면서, 개정의 필요가 있다고 언급하고 있다.

15) 이 사건에서 원고들은 2006. 1. 18. 임의적 사전심사 요청을 한 이후 2006. 3. 16. 정식 기업결합신고서를 제출하였다. 공정거래위원회는 2006. 8. 7.자로 시정조치 처분을 위한 의결을 하고, 해당 의결서는 2007. 8. 11.경 원고들에게 도달하였다. 이에 대해 원고들은 2006. 1. 18. 임의적 사전신고를 하였음에도 공정거래위원회 공정거래법에 정한 처분기간을 초과하여 2006. 8. 11. 이 사건 처분이 담긴 의결서를 원고에게

생각건대 공정거래법 제12조 제10항에서 임의적 사전심사 요청에 대해서도 공정거래위원회에 게 소정의 심사기간 내에 심사결과를 통지할 의무를 부여하고 있다는 점을 고려할 때, 이론상 이에 대한 시정조치¹⁶⁾ 또한 제12조 제7항의 심사기간 내에 이루어져야 한다고 보는 것이 타당하다고 여겨진다. 이는 기업이 기업결합신고의무가 발생하기 이전이라도 공정거래위원회에 기업결합에 관한 구체적 계획을 제출하여 당해 행위가 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합인지에 관한 판단을 사전에 받아 대응할 수 있도록 한 임의적 사전심사제도의 취지¹⁷⁾에도 부합한다.

다만, 실무상으로는 신고회사는 공정거래위원회의 임의적 사전심사 요청에 따른 심사에서 해당 기업결합이 경쟁을 제한하지 않는다는 취지의 통지를 받거나, 그 심사 도중에 정식 기업결합 신고서를 제출하는 것이 일반적이나, 정식 기업결합신고서 제출일로부터 심사기간이 새롭게 갱신된다는 점을 고려하면¹⁸⁾ 임의적 사전심사 요청에 따른 심사기간을 도과하여 시정조치를 부

통지한 것은 위법하다고 주장한 반면, 공정거래위원회는 임의적 사전심사 요청에 대한 심사기간은 훈시규정이므로 그 기간을 도과하여 시정조치를 하였던ら도 위법하지 않다고 주장하였다. 서울고등법원과 대법원이 이 부분에 대해 명시적으로 판단을 하지 않았다. 다만 이러한 법원의 입장에 대해 공정거래위원회의 처분이 적법하다고 결정함으로써 우회적으로 훈시규정을 주장하는 공정거래위원회의 입장을 지지하였다고 해석한 견해가 있는바(김규현, 전제논문, 116면), 이러한 해석은 임의적 사전심사 요청에 따른 심사기간이 정식 기업결합신고 심사기간에 산입되어야 한다는 것을 전제한 것으로 보인다. 그런데 이에 대해서는 원고들이 2006. 3. 16. 정식 기업결합신고서를 제출함으로써 종전 임의적 사전심사 요청의 심사기간이 실효된 것이라고 해석될 수도 있는바, 이러한 점에서 법원이 공정거래위원회의 훈시규정 주장을 받아들였다고 단정하기는 어렵다.

16) 기업결합 당사회사는 임의적 사전심사 요청 단계에서 공정거래위원회가 해당 기업결합이 범위반에 해당한다는 의견을 표시할 경우 거래구조를 변경하거나 포기하는 등의 의사결정을 할 것인바, 현실적으로 임의적 사전심사 요청에 대하여 공정거래위원회가 불승인 또는 시정조치라는 종국적인 판단을 할 가능성은 거의 없는 것으로 보인다. 그러나 임의적 사전심사 요청에 따라 공정거래위원회는 정식 기업결합신고와 마찬가지로 해당 거래의 경쟁제한성 여부를 심사하고 법 위반 여부를 판단하는바, 이론상으로 이에 대하여도 시정조치가 가능하다고 해석하는 것이 타당하다.

17) 임영철, 『공정거래법-해설과 논점』, 법문사, 2010, 86면.

18) 상계서, 86면. 생각건대 공정거래법은 임의적 사전심사 요청에 따른 심사기간이 정식 기업결합신고에 따른 심사기간에 산입 또는 계속된다고 정하고 있지 않으며, 정식 기업결합신고가 임의적 사전심사 요청의 내용이 일치하지 않아 공정거래위원회가 새롭게 심사할 필요성을 배제할 수 없으므로, 임의적

과하게 되는 경우는 현실적으로 발생하기 어려운 것으로 보인다.

마. 결론: 시정조치의 하자

요컨대 사전신고 대상인지 사후신고 대상인지를 불문하고 공정거래법이 정한 기업결합 심사기간이 도과한 후에 이루어진 시정조치는 공정거래법을 위반한 것이다.

해당 시정조치의 하자가 무효사유인지 취소사유인지 문제될 수 있다. 대법원은 절차상 하자의 위법성 정도에 따라 무효와 취소를 구별하고 있는 것으로 이해되는바,¹⁹⁾ 이에 따라 기업결합 심사기간이 도과한 이후에 이루어진 시정조치도 그 위법성의 정도에 따라 당연무효이거나 취소사유에 해당한다고 할 것이다. 그런데 실무적으로는 위에서 살펴본 신세계의 월마트코리아 주식취득 건과 같이 심사기간의 종료일이 정확히 언제인가에 관하여 다툼의 여지가 있을 가능성이 높다는 점에서 취소사유에 해당하는 경우가 많을 것이다.

2. 사전신고의 경우 심사기간 도과 시 승인 없이 거래를 종결할 수 있는지 여부

앞서 논의에서는 기업결합 심사기간의 법률적 성격이 효력규정에 해당하므로, 공정거래위원회는 적법한 처분을 위해 공정거래법 소정의 심사기간 내에 심사를 마쳐야 함을 살펴보았다. 한

사전심사에 소요된 기간을 정식 기업결합신고 심사에 산입하도록 해석하는 것은 공정거래위원회의 실질적인 심사기간을 제한할 우려가 있다. 공정거래위원회 실무 역시 같은 입장으로 보인다(공정거래위원회, 전게서, 71면).

- 19) 예컨대 공정거래위원회가 입찰담합에 있어 우선협상대상자 선정일 내지 계약체결일을 위법행위의 종료일로 보아 구 공정거래법 제49조 제4항이 정한 5년 처분시효가 도과하기 전에 과징금 처분을 한 사안에서, 법원은 구 공정거래법 제49조 제4항은 위 처분시효 기간을 제척기간에 해당한다고 판단하면서, 처분시효가 경과한 후에 이루어진 공정거래위원회의 시정명령 및 과징금 처분은 하자의 정도가 중대하기는 하나 공동행위 종료일과 관련하여 해석의 다툼의 여지가 있다는 점을 고려하여 명백하다고 보기 어려우므로 이를 당연무효라고 할 수 없고 취소사유에 해당한다고 판단하였다(서울고등법원 2015. 1. 9. 선고 2013누52430 판결, 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두37396 판결 확정).

편 더 나아가 사전신고 대상 기업결합의 경우 심사기간이 도과할 경우에 당사자가 공정거래위원회의 승인 없이 거래를 종결할 수 있다면, 즉 심사기간이 도과할 경우 공정거래위원회가 해당 기업결합에 대하여 승인한 것으로 간주된다면 심사기간을 도과한 시정조치의 위법 여부를 다투는 상황은 원천적으로 발생하지 않을 것이다.

그러나 결론적으로 공정거래법은 거래의 종결을 위해서 공정거래위원회의 심사결과 통지가 사전에 있어야 한다는 입장이다. 구 공정거래법 제12조 제7항은 “제6항 단서의 규정에 따라 신고를 하여야 하는 자는 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 신고 후 30일이 경과할 때까지 각각 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수행위를 하여서는 아니된다”라고 규정하여 신고 후 30일(동항 후단에 따라 90일의 기간이 더 연장될 수 있음)이 경과한 시점에서는 거래를 종결할 수 있다는 취지로 규정하고 있었으나, 현행 공정거래법 제12조 제8항은 “제6항 단서의 규정에 따라 신고를 하여야 하는 자는 제7항에 따른 공정거래위원회의 심사결과를 통지받기 전까지 각각 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수행위를 하여서는 아니된다”라고 정하여 거래 종결을 위해서는 공정거래위원회의 사전 심사결과 통지가 필요함을 명확히 한 것이다.

그러나 위 규정은 심사기간 내에 시정조치를 하여야 한다는 규정과 충돌을 일으킨다. 즉 앞에서 살펴본 바와 같이 심사기간 종료 이후에는 공정거래위원회가 적법한 시정조치를 할 수 없음에도 불구하고, 공정거래위원회가 심사결과(승인) 통지를 하지 않으면 거래당사자는 거래를 종결할 수 없는 모순적인 결과가 발생하는 것이다. 따라서 입법론적으로 이 부분은 심사기간이 경과하는 시점에 이행행위를 할 수 있는 구 공정거래법의 입장이 오히려 더 타당하다고 할 수 있다.

그런데 구 공정거래법 제12조 제7항의 문언에도 불구하고, 공정거래위원회는 심사결과(승인) 통지가 없이는 거래당사자가 거래를 종결할 수 없다고 해석하였던 것으로 보인다. 국제경쟁네트워크(International Competition Network, 이하 ‘ICN’이라 한다)가 2006. 3.경 회원국별로 ‘법이 정한 심사기간 내에 승인이 없는 경우 당사자는 거래를 종결할 수 있는지’에 관하여 질의하였는데, 공정거래위원회는 ‘현재로서는 거래를 종결할 수 없다’고 답변하고, 더 나아가 ‘법이

정한 기간 내에 승인이 없더라도 거래를 종결할 수 있도록 하는 규정을 법 개정 시 제안할 계획'이라고 설명하였다.²⁰⁾ 그럼에도 불구하고 현행 공정거래법 제12조 제7항이 신설될 때에는, 이와 반대로 공정거래위원회의 심사결과 통지 전에는 후속 이행행위를 할 수 없다고 명시함으로써, 공정거래위원회의 심사결과 통지 없이는 거래를 종결할 수 없다는 기존의 공정거래위원회 실무 해석을 법제화하기에 이르렀다. 이는 입법론적으로 다소 납득하기 어려운 개정이라고 할 것이다.

IV. 기업결합 심사기간 규정의 입법적 개선방안

1. 현행 기업결합 심사기간 규정의 문제점

위에서 검토한 바와 같이 현행 공정거래법은 사전 기업결합신고에 있어서 기업결합 심사기간이 도과하더라도 이행행위를 금지하고 있으므로, 당사회사는 공정거래위원회의 승인이 있기 전까지는 기업결합에 나아갈 수 없다. 또한 현행 공정거래법은 사전신고, 사후신고, 임의적 사전신고를 구분하지 않고 공정거래위원회가 일정한 심사기간 내에 심사결과를 통지하도록 규정하면서도 사전신고 대상 기업결합에 대하여만 시정조치 부과 기한을 명시하고 있는바, 사후신고 및 임의적 사전심사 요청의 경우 법정 심사기간을 도과하여 시정조치를 부과할 경우에 해당 처분이 위법한지 논란의 여지가 있다. 이러한 현행 심사기간 규정은 기업결합 당사회사뿐만 아니라 다른 이해관계인들의 지위를 불안정하게 할 뿐만 아니라, 경제적 손실을 야기할 수 있으며, 다른 시장 참여자들에게 예측가능성을 부여하지 못한다는 점에서 정책적인 문제점이 있다.

20) "Are parties allowed to close the transaction if no decision is issued within the statutory period?"라는 ICN의 질의사항에 대하여 공정거래위원회는 "Currently, no. But the KFTC is planning to propose amendment of the MRFTA to include such provision."라고 답변하였다(아래에서 다운로드 가능 (2017. 10. 9. 확인): <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/templates/merger/korea%20revised%20template%20march%202006.pdf>).

즉, 대부분의 거래는 계약의 체결일로부터 종결일까지의 기간이 한정되어 있으면서도, 거래 종결의 선행조건으로 규제당국의 기업결합 승인을 충족하도록 한다. 따라서 결합 당사회사들은 당해 기업결합의 난이도, 법정 기업결합 심사기간, 규제당국의 기업결합 심사 실무 등을 고려한 기업결합 승인일정을 포함하여 거래일정을 수립하는데, 만일 적시에 기업결합 승인이 이루어지지 않는다면 다른 주요 거래 일정에 영향을 미치며(대표적으로 인수금융 거래 시점), 이로 인하여 최악의 상황에서는 계약이 파기될 수 있다. 또한, 심사의 지연은 당사회사뿐만 아니라 다른 시장참여자들의 장래 사업의 불확실성을 높여 시장에서의 비효율을 야기하는 문제점이 있다.

물론 법률적·경제적으로 쟁점이 많고 복잡한 사건의 경우 공정거래위원회가 충분한 정보에 입각한 결정을 내릴 수 있도록 정보의 수집 및 취합, 정보의 분석 및 검토를 위해 필요한 시간이 확보되어야 할 것이다. 그러나 보정자료 요청 등을 통해 필요한 심사기간을 충분히 확보할 수 있는 현행 공정거래법 제도하에서는 기업결합 심사기간이 도과하였을 때의 효력 및 절차에 미치는 영향에 대하여 구체적으로 정하여 결합회사들의 예측가능성을 제고하는 것이 바람직할 것이다.

2. 외국의 입법례

기업결합신고제도의 표준화를 위한 활동을 지속적으로 하고 있는 OECD 및 ICN은 공통적으로 확정적인 기간 내에 기업결합 심사 및 결정이 이루어지도록 할 것을 권고하고 있다.²¹⁾ 특히 ICN은 법정 기업결합 심사기간이 경과하면 당사회사들이 법적으로 적법하게 기업결합을 실행할 수 있도록 규정하여야 할 것을 권고하고 있는바,²²⁾ 실제로 대다수의 국가들에서도 경쟁당국의 특별한 조치가 없이 법정 심사기간이 경과한 경우에는 승인된 것으로 간주하여 당사회사들이 기업결합을 실행할 수 있도록 제도를 운용하고 있다. 이와 같은 외국 입법례에 비추어 볼

21) OECD, Recommendation of the Council on Merger Review, I. A. 3. 참조. 아래에서 다운로드 가능(2017. 10. 9. 확인): <https://www.oecd.org/competition/mergers/40537528.pdf>

22) ICN, Recommended Practice For Merger Notification Procedures, 2005, IV. C. Comment 4. 참조. 아래에서 다운로드 가능(2017. 10. 9. 확인): <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>

때, 우리 공정거래법에서 기업결합 심사기간이 경과한 후에 승인 여부에 관하여 명시적으로 정하고 있지 않은 것은 국제적 기업결합 규제 기준에도 부합하지 않음을 확인할 수 있다. 주요 국가의 기업결합 심사기간 경과의 효력에 관한 규정은 아래 <표 2>와 같다.

<표 2> 주요 국가의 기업결합 심사기간 경과 효력에 관한 규정 비교

미국	하트-스코트-로디노법(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act)상 신고서를 제출한 회사들은 30일(현금 공개매수 제안이나 파산의 경우에는 15일) 동안의 유예기간(waiting period)이 경과하면 심사기관의 승인 조치가 없더라도 신고인들은 기업결합을 실행할 수 있다(15 U.S. Code § 18a (a) (b) (1)).
유럽연합(EU)	유럽연합위원회(European Commission)의 기업결합심사는 1단계 심사(Phase I Investigation, 심사기간 영업일 기준 25일~35일)과 2단계 심사(Phase II Investigation, 심사기간 영업일 기준 90일~125일)로 이루어지는데, 유럽연합위원회가 각각의 심사기간 이내에 심사를 종결하지 못하면 그 신고된 거래는 승인된 것으로 간주된다(유럽합병규칙 제10조 제6항)
일본	일본의 독점규제법(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律)은 공정취인위원회(公正取引委員会)의 특별한 결정없이 1단계 심사기간(30일) 또는 2단계 심사기간(90일) 기간이 도과할 경우에는 신고인이 거래를 진행할 수 있는 것으로 해석된다.
독일	독일의 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)에 따르면, 본안심사절차 진행 여부에 대한 결정 없이 신고일로부터 1개월을 도과할 경우 기업결합을 금지하는 것이 불가하며(GWB 제40조 제1항 1문), 본안심사절차가 개시된 경우에는 금지 결정 없이 신고일로부터 4개월을 도과할 경우 기업결합이 승인된 것으로 간주된다(GWB 제40조 제2항 2문).
중국	중국의 반독점법(反獨占法)에 따르면, 국무원 반독점집행기관의 중점심사 여부에 대한 결정 없이 초보심사기간(30일)을 경과할 경우 당사회사들은 거래를 진행할 수 있으며(반독점법 제25조 제2항), 금지 결정 없이 중점심사기간(90~150일)을 경과할 경우 마찬가지로 당사회사들은 거래를 진행할 수 있다(반독점법 제26조 제3항).

3. 현행 기업결합 심사기간 규정의 개정안 제안

전술한 바와 같이, 공정거래위원회가 자료제출기간의 유예 조항을 통해 실질적 심사기간을 확보할 수 있는 현행 공정거래법상²³⁾ 당사회사의 예측가능성을 제고하기 위하여 기업결합 심

사기간 도과시의 효력을 명시하는 것이 바람직하다고 할 것인바, 이러한 측면에서 구체적 개정안을 제시해 보면 다음과 같다.

〈표 3〉 공정거래법 제12조 제8항에 대한 개정안 예시

현행 규정	개정안 제안
법 제12조(기업결합의 신고) ⑧ 제6항 단서의 규정에 따라 신고를 하여야 하는 자는 제7항에 따른 공정거래위원회의 심사결과를 통지받기 전까지 각각 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수행위를 하여서는 아니된다.	법 제12조(기업결합의 신고) ⑧ 제6항 단서의 규정에 따라 신고를 하여야 하는 자는 제7항에 따른 공정거래위원회의 심사결과를 통지받기 전까지 각각 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수행위를 하여서는 아니된다. 다만, 제7항의 기간 이내에 공정거래위원회의 심사결과 통지가 도달하지 않는 때는 위 각 행위를 할 수 있다.

더 나아가, 기업결합 심사기간이 도과하면 당사회사들이 기업결합을 이행할 수 있을 뿐만 아니라 해당 거래가 시정조치 대상에도 해당하지 않음을 더욱 명확히 하기 위하여, 다음과 같이 심사기간의 도과 시에 승인이 간주된다는 조항을 두는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다.

〈표 4〉 공정거래법 제12조 제8항에 대한 개정안 예시

현행 규정	개정안 제안
법 제12조(기업결합의 신고) ⑧ 제6항 단서의 규정에 따라 신고를 하여야 하는 자는 제7항에 따른 공정거래위원회의 심사결과를 통지받기 전까지	법 제12조(기업결합의 신고) ⑧ 제6항 단서의 규정에 따라 신고를 하여야 하는 자는 제7항에 따른 공정거래위원회의 심사결과를 통지받기 전까지

23) ICN은 기업결합 심사를 위해 필요한 합리적인 기간을 1단계 심사의 경우 최대 6주, 2단계 심사의 경우를 포함하더라도 최대 6개월로 정하고 있으며, OECD의 조사결과에 따르면 31개의 OECD 가입국들 대부분은 위와 같은 기업결합 심사기간을 준수하고 있으며, 대부분의 OECD 가입국들은 1단계 심사에서 25~30일의 기간을 부여하고 있는 것으로 나타난다(OECD, Report on Country Experience with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review, 2013, 3.3. Timing and review periods 참조). 이에 비추어 보면, 현행 공정거래법이 30일의 심사기간과 90일의 범위에서의 연장 가능성을 규정한 것은 합리적인 심사기간을 정한 것으로 평가할 수 있다.

각각 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수행위를 하여서는 아니된다.	각각 주식소유, 합병등기, 영업양수계약의 이행행위 또는 주식인수행위를 하여서는 아니된다. 다만, 제7항의 기간 이내에 공정거래위원회의 심사결과 통지가 도달하지 않는 때는 공정거래위원회의 기업결합의 승인이 있는 것으로 본다.
---	--

아울러, 심사기간 내에 시정조치가 이루어져야 한다고 보는 것이 타당하나, 현행 공정거래법은 사전신고에 대하여만 시정조치 규정을 정하고 있어 불필요한 오해를 야기할 수 있는바 공정거래위원회가 심사기간 이내에 시정조치를 하여야 함을 명시하는 것이 바람직하다고 할 것인바, 이러한 측면에서 구체적 개정안을 제시해 보면 다음과 같다.

〈표 5〉 공정거래법 제16조 제1항에 대한 개정안 예시

현행 규정	개정안 제안
법 제16조(시정조치 등) ① (전략) 이 경우 제12조(기업결합의 신고) 제6항 단서의 규정에 의한 신고를 받아 행하는 때에는 동조 제7항의 규정에 의한 기간내에 이를 하여야 한다.	법 제16조(시정조치 등) ① (전략) 이 경우 제12조(기업결합의 신고) 제6항 및 제9항의 규정에 의한 신고를 받아 행하는 때에는 동조 제7항 및 제10항의 규정에 의한 기간내에 이를 하여야 한다.

V. 결어

기업결합 심사기간이 M&A 거래의 당사자들의 이해관계에 중요한 부분이라고 하여 심사기간을 무조건 단축하는 것이 능사는 아니다. 공정거래위원회가 당사자들로부터 충분한 정보를 제공받고 이를 바탕으로 검토를 진행하는 것에 필요한 만큼의 심사기간은 보장되어야 하고, 이러한 필요성과의 조화로운 해석이 필요하다. 다만 공정거래법 시행령 제18조 제5항은 공정거래위원회의 보정자료 요청을 통한 심사기간의 연장을 규정하고 있고, 이러한 연장의 횟수나 사유에 특별한 제한이 없는바, 공정거래법은 공정거래위원회에 심사기간을 충분히 보장하고 있다고 보인다.

이러한 점을 고려하면, 기업결합 심사기간 규정을 효력규정으로 보아 그 기간을 도과한 후의 시정조치는 위법한 것으로 보는 것은 거래당사자들의 이익을 보호하기 위한 최소한의 균형적 해석이라 할 것이다. 그리고 이에 보조를 맞추어 심사기간이 도과되면 해당 기업결합을 즉시 종결할 수 있도록 공정거래법 제12조 제8항을 개정하는 것이 필요하고, 사후신고의 경우 시정조치 기한이 존재하지 않는 것으로 오해될 여지가 있는 공정거래법 제16조 제1항 후문을 개정하는 것이 필요하다.

[참고문헌]

공정거래위원회, 『기업결합신고 가이드라인』, 공정거래위원회, 2012.

권오승·서정, 『독점규제법-이론과 실무』, 법문사, 2016

김규현, “기업결합신고의 대상 행위의 판단기준 및 시정조치의 처분기한”, 경제법판례연구회, 『경제법판례연구 제7권』, 2011

이민호, “기업결합에 대한 규제”, 『독점규제법 30년』, 법문사, 2011

임영철, 『공정거래법-해설과 논점』, 법문사, 2010

American Bar Association, Model Stock Purchase Agreement with Commentary 2nd Ed., ABA Book Publishing, 2011

OECD, Recommendation of the Council on Merger Review, 2005

ICN, Recommended Practice For Merger Notification Procedures, 2005

OECD, Report on Country Experience with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review, 2013

Abstract

The Monopoly Regulation and Fair Trade Act (“MRFTA”) imposes an obligation on the Korea Fair Trade Commission (“KFTC”) to review and provide notice within the statutory merger review period, which is 30 days from the date of filing. The KFTC may extend the merger review period by an additional 90 days at its discretion. The MRFTA also states that, in the case of a pre-closing notification, remedial measures should be imposed within the merger review period. However, there is controversy over the effect of expiration of the statutory merger review period. According to the current MRFTA, parties to a merger that is subject to a pre-closing notification may not implement the merger until it has been approved by the KFTC and are placed in an unstable position where they must wait for the clearance without fixed time frames. In the case of a post-closing notification as well, the possibility that remedial measures might be implemented will likely create an additional problem of uncertainty in the M&A transaction. An interpretation that the merger review period clause, which has a direct and substantial effect on the rights and obligations of merger parties, is simply a directory provision within a governmental agency goes against the principle of administration under the rule of law. The system of the MRFTA provisions regarding such a merger review period also has a structure that is not appropriate if it is a directory provision. When considering these points, the merger review period clause cannot be read as a simple directory provision, and the KFTC’s remedial measures that exceed the review period should be considered unlawful.

As the MRFTA prohibits the KFTC from imposing remedial measures after the merger review period has expired but prohibits merging parties from closing the

transaction without the KFTC's clearance, it leads to a contradictory result. In addition to the OECD and ICN, competition authorities in many countries, including the United States, EU, Japan, Germany, and China, have a system where a merger is considered as having been granted approval if the statutory merger review period has expired.. We should consider such legislation and have a provision in the MRFTA that clearly states that a notified transaction is considered to have been approved if the merger review period has expired.

〈Keywords〉

Merger filing, merger review period, legal implication of merger review period, unlawfulness of remedial measures after the merger review period has expired, appropriateness of closing a transaction in case the merger review period has expired, foreign legislation related to merger review period, proposal to amend the merger review period provision