

공정거래위원회의 사건처리절차와 불복절차

- 공정거래법 위반사건을 중심으로

변호사 임영철(법무법인 바른)

공정거래위원회는 공정거래법이라 통칭되는 독점규제및공정거래에관한법률을 비롯하여 약관규제에관한법률, 하도급거래공정화에관한법률 등 모두 9개의 법률을 집행하고 있다. 공정거래위원회의 주된 기능은 이러한 소관 법률들에 위반되는 사안을 조사해서 범위반 여부를 확인하고 경우에 따라서는 적절한 제재를 부과하는 사건처리업무이다.

여기서 소개하는 사건처리절차는 공정거래법 위반사안에 관한 것이다. 예컨대 약관법 위반사안에 관하여는 약관심사자문위원회의 심의를 거치는 등으로 특별한 절차가 추가되어 있는 경우가 있으나, 기본적인 처리절차는 이 글에서 소개하는 것과 같다. 그리고 이러한 절차의 대부분은 공정위가 내부 규정으로 마련해 둔 '공정거래위원회회의운영및사건절차등에관한규칙'에 담겨져 있다.

1. 조사절차

가. 조사의 주체

공정거래위원회에는 9인의 위원들로 구성된 심판기구인 협의의 위원회가 있고, 사무처 소속으로 정책국, 독점국, 경쟁국, 소비자보호국, 하도급국, 조사국의 6개의 국이 있다. 이 6개의 국에 소속된 공무원들이 조사업무를 담당한다.(별지 1 조직도 참조)

나. 조사의 개시, 단서

사건의 조사는 이해관계인의 신고 또는 조사관의 직권발동에 의하여 개시된다. 공정위가 조사계획을 세워서 직권발동으로 개시하는 조사로서는 조사국의 대규모기업 집단 부당지원행위조사, 하도급국의 하도급거래 서면실태조사와 위의 6개 사건국이 각 국별로 매년 대상업종을 선정하여 수행하는 소위 CMP(clean market project)가

있고, 여타의 사건은 이해관계인의 신고에 의하여 개시된다. 공정위는 신고인의 편의와 사건처리의 효율성을 도모하기 위하여 지난해 말부터 9가지 유형에 관한 신고서양식을 홈페이지에서 다운받아 사용하도록 하고 있으나(별지 2는 그 중 불공정거래행위에 관한 양식임), 이는 권장사항일 뿐이므로 위반행위의 내용을 자유로운 형태로 기재하여 신고할 수 있다.

기업결합사건은 조사대상이 될 기업결합 당사회사의 신고에 의하여 개시되는 것으로 설명되기도 하지만, 이러한 신고는 범위반사실에 대한 신고가 아니라 기업결합이라는 사실관계에 대하여 법률이 부과한 신고의무의 이행, 즉 일정한 사실관계의 '보고'일 뿐이고, 이러한 신고를 접수한 조사관이 위법성의 존재가능성을 인정하여야 비로소 조사를 개시하는 것이므로 이는 직권발동에 의한 조사개시인 것으로 해석하여야 할 것이다.

신고사건과 관련하여 문제가 되는 것은 선별처리의 문제이다. 즉 공정위는 신고된 모든 사건을 처리하여야 할 의무가 있는 것인지, 아니면 그 중 중요하다고 생각되는 신고만 선별하여 처리할 수 있는 것인지 하는 점이다. 지금까지의 실무는 모든 신고를 처리하는 것이었으나, 그 결과 위원회가 연간 수천건의 사건을 처리하는 부담을 지게 됨으로써 경쟁법적으로 중요한 사건에 자원을 집중적으로 투입하는 것이 불가능해지고, 경쟁당국이 경쟁 자체의 보호보다는 경쟁자의 보호와 피해구제 수단으로 변질되는 경향이 나타나고 있다. 외국의 경쟁당국에서처럼, 신고는 경쟁당국이 필요로 하는 정보수집방법의 하나로만 취급되어야 할 것이다.

다. 조사권의 범위

공정위 조사관이 행사하는 조사권의 범위는 공정거래법(이하에서는 법이라고만 한다) 제50조에 규정되어 있다. 즉 공정위 조사관은 사업장 출입권, 진술요구권, 자료제출요구권, 영치권 등을 가지고, 이러한 권한은 법 제69조의 2에 의한 과태료에 의하여 간접적으로 강제된다.

공정위의 조사권과 관련하여 관심의 대상이 되는 것은, 우선 법 제50조 제5항에 규정된 금융거래정보요구권이 있다. 이는 법 제23조 제1항 제7호의 소위 부당지원행위의 조사에 필요한 경우로만 한정하여 행사할 수 있는 권한인데, 금융실명거래및비밀보장에관한법률이 정하는 금융거래비밀보장의 중요한 예외를 정한 것이고, 기업의 입장에서는 비록 문제가 된 부당지원행위를 저지르지는 않았더라도 그 조

사과정에서 자신의 금융거래내역이 낱낱이 드러나고, 경우에 따라서는 엉뚱한 시비 거리로 번지게 되는 것을 원하지 않기 때문에 이 제도의 존폐여부를 둘러싸고 법개정시마다 논쟁거리가 되고 있다.

그 다음으로 공정위의 조사권한은 과태료부과라는 간접적인 방법에 의하여서만 강제될 수 있기 때문에 **직접강제조사권**을 도입하려는 시도가 있어왔고, 구체적으로는 공정위가 법원에 직접 압수수색영장을 청구하는 방안과 공정위 직원을 특별사법경찰관리로 지정하여 검사를 통하여 법원에 영장을 청구하는 방안이 검토되어 왔다. 그러나 앞의 방안은 영장청구권을 검사에게만 전속시킨 헌법규정 때문에 그 실현이 어려울 것으로 보이고, 후자의 방안은 범죄의 수사를 위한 형사절차와 행정법규의 적용을 위한 행정절차를 구분하지 못한 것이기 때문에 도입하기가 어려울 것이다.

라. 사건처리실무

개별사건이 담당과장에 의하여 개별 조사관(통상 사무관)에게 배당이 되면, 조사관은 우선 당해사건이 공정거래법의 적용대상인지의 여부를 **사전심사**하여, 피신고인이 공정거래법상의 '사업자' 요건에 해당하지 않거나, 공정거래법이 정하는 적용제외 사항에 해당하거나, 5년의 기간이 지난 사안에 대하여는 **심사불개시** 결정을 한다.

이러한 사전심사를 통과한 사건에 대하여 조사관이 공정거래종합지식경영시스템이라는 내부 전산망을 사용하여 **사건착수보고**를 하면 심판관리관실에서 사건번호와 명칭(예컨대, 2005공동0112 4개 통신회사의 부당한 공동행위에 대한 건)을 부여함으로써 정식으로 하나의 조사사건이 된다.

조사관은 나름대로의 조사계획을 짜서 위에서 설명한 조사권한을 행사하여 현장조사를 하거나 피신고인 등으로부터 필요한 자료를 제출받고, 또 관계자를 출석시켜서 진술조서를 작성하는 등의 사실관계 확인작업을 한다. 이렇게 사실관계가 정리되면 관련 법규정과 내부지침(불공정거래행위심사지침 등 위반행위의 유형별로 내부심사기준이 만들어져 있는 경우가 많다), 선례 등을 조사하여 범위반의 혐의가 인정되면 **심사보고서**(형사사건의 공소장에 해당함)를 기안하여 상급자의 결재를 받아 위원회에의 상정절차를 밟는다.

마. 무혐의 등의 전결처리

그런데 조사결과 몇가지 경우에는 위원회에 상정하지 않고 심사관(국장)이 전결처리 한다. 즉 착수보고 이후에 비로소 앞서 설명한 심사불개시 사유가 발견된 경우, 재신고사건으로서 원결정과 같은 조치를 하는 경우 등에는 **심의절차종료**, 위반행위가 인정되지 않거나 위반행위로 인정할 증거가 없는 경우에는 **무혐의**, 피신고인이 사망, 해산, 파산 등으로 실체가 소멸된 경우에는 **종결처리**, 피신고인이 일시적으로 영업을 중단하고 있거나 소재가 불명하여 조사를 진행하기 어려운 경우에는 **조사중지처분**을 한다.

그리고 혐의사실이 인정되는 경우에도 그 위반의 정도가 경미한 경우이거나 당해 위반행위를 스스로 시정하여 시정조치의 실익이 없다고 인정되는 경우에는 심사관이 **경고조치**를 할 수 있고, 위원회의 심의, 의결절차를 거쳐서 위반행위를 시정할 시간적 여유가 없다고 인정되는 경우에는 심사관의 전결로서 **시정권고**를 할 수 있다. 시정권고를 피신고인이 10일 이내에 서면으로 수락하지 아니하는 경우에는 위원회의에 상정절차로 돌아간다.

바. 위원회 상정안건에 대한 심사보고서의 작성 등

심사보고서는 표지, 제안이유, 본문, 첨부자료로 구성되고, 본문은 다시 행위사실, 위법성 판단, 적용법조, 심사관조치의견으로 나누어지는데, 그 중 심사관조치의견과 첨부자료는 피심인에게는 송부되지 않는다. 심사관조치의견은 위원회가 열리는 날 심리가 종결되면 피심인에게 교부되고, 첨부자료는 피심인이 열람복사신청을 하는 경우에만 일정한 요건하에서 피심인에게 공개된다.

당해 사건이 뒤에서 보는 사회의 소관사항인 경우에는 심사관은 이를 상정하기 이전에 심사보고서에 기재된 행위사실을 인정하고 조치의견을 수락하는지의 여부를 피심인에게 물어서 피심인이 이를 수락하는 경우에는 **약식절차에 회부**한다. 다만 심사관조치의견에 고발이나 과징금납부명령이 포함된 경우이거나 피심인이 상호출자제한기업집단 등에 속하는 회사, 외국회사인 경우에는 약식절차의 대상에서 제외된다. 약식절차에 회부된 사건에 대하여는 심리기일이 열리지 아니하고 위원들의 서면결의에 의하여 처분이 내려진다.

사. 사건의 위원회 상정

심사관은 피심인에 대하여 시정조치, 과징금납부명령, 공표명령 등의 처분이나 고발 조치 등 위원회의 의결이 필요하다고 판단되는 경우에는 심사보고서를 작성하여 사무처장에게 제출하면 사무처장의 명의로 안건이 위원회에 상정된다. 이때 중요한 사안은 전원회의에, 나머지 경미한 사안은 소회의에, 그 중에서도 피심인이 조치의 견을 수락한 사안은 약식절차로 상정된다. 외국의 경쟁당국에서는 위원회의 안건상정 여부에 관하여도 위원회가 결정(예컨대 일본의 심판개시결정)을 하는데 비하여 우리의 경우에는 심사관이 일방적으로 상정하도록 되어있는 점이 특이하다.

심사관은 사안을 위원회에 상정함과 동시에 피심인에게도 심사보고서를 송부하면서, 상당한 기간(통상 일주일 정도) 이내에 이에 대한 의견서를 심판관리관에게 문서로 제출할 것을 고지한다. 실무상으로는 사전에 심판관리관과 협의하여 위원회 개최일자를 잠정적으로 정한 다음 그 일자의 약 2~3주 이전에 피심인에게 심사보고서를 송부하는 것이 통례이다.

아. 기업결합신고사건

일정규모 이상의 기업결합에 대하여는 결합의 당사자에게 신고의무가 부과되어 있고, 특히 합병, 영업양수, 회사설립참여, 대규모회사의 주식취득의 경우에는 미국의 HSR(Hart-Scott-Rodino)법에 기원한 사전신고제도와 그 실효성 확보를 위한 대기기간 제도가 있다.(법 제12조) 이러한 신고의무는 경쟁제한적인 기업결합을 하지 않을 의무와는 별개의 절차적인 의무이다.

2. 심판절차

가. 심판절차의 주체

주요 안건과 이의신청을 처리하는 전원회의는 위원장, 부위원장을 포함한 5인의 상임위원과 4인의 비상임위원으로 구성된다. 현재 비상임위원은 대학교수 3인과 변호사 1인으로 구성되어 있다. 소회의는 3개가 구성되어 있는데 상임위원 3인이 각 소회의의 의장이 되고 주심위원의 역할도 수행하고 있다.

나. 주심위원의 지정

종전에는 전원회의에 안건을 상정하는 국별로 전담 상임위원이 지정되어 있어서 주심위원이 되는 것을 원칙으로 하였으나, 최근에는 안건이 상정되는 순번대로 돌아가면서 주심위원으로 지정되는 것으로 원칙이 변경되었다.

주심위원은 법원의 주심법관에 대응하는 역할을 수행하는 것으로 생각할 수 있다. 해당 안건의 내용을 가장 꼼꼼하게 살피고 심결보좌기구의 집중적인 보좌를 받는다.

다. 심리일자 지정

각 회의의 의장은 상정된 안건의 심리일자를 지정하고, 지정된 일자의 5일 전까지는 피심인에게 이를 통지하는 것을 원칙으로 한다. 통상 전원회의는 매주 수요일 오후 2시에, 소회의는 금요일 오후 2시에 열리고 있다. 피심인은 불가피한 사유가 있을 때에는 심리일자의 변경을 신청할 수 있고 주심위원의 의견을 들어서 의장이 이를 허가할 수 있다.

심리장소는 4개 지방사무소에서의 순회심판을 하는 예외적인 경우를 제외하면 정부과천청사 5동 2층에 소재한 공정위 심판정으로 지정된다. 참석자는 정부과천청사의 후생동에 위치한 안내소에서 출입증을 교부받아서 5동으로 이동하여야 하므로 적어도 회의 개최 10분 전까지는 과천청사에 도착할 필요가 있다.

라. 심결보좌

심판관리관실의 3개 담당관은 3인의 상임위원과 일대일로 대응관계에서 심결보좌업무를 수행한다. 즉 이 담당관들은 업무분담에 따라 각 회의의 운영간사가 되고, 이 담당관들 소속의 직원들이 심사관이 제출한 심사보고서와 피심인이 제출한 의견서를 검토하여 종합적인 검토의견을 작성한 다음 회의일자 이전에 상임위원들에게 보고한다. 대법원 재판연구관의 역할을 생각하면 될 것이다.

마. 심리기일 개최

심리기일에 피심인의 출석을 요구하는 이유는 피심인에게 스스로 유리한 진술과 소명을 할 기회를 부여하려는 취지이므로 피심인이 반드시 출석하여야 하는 것은 아니다. 다만 각 회의의 의장은 피심인의 책임있는 답변이나 범위만 재발방지 등을 위한 의견청취가 필요한 때에는 피심인 본인(피심인이 법인인 경우에는 그 대표자)

에게 출석을 명할 수 있다.

변호사와 법인인 피심인의 등기임원은 당연히 피심인을 대리할 수 있다. 그러나 비등기 임원이나 직원은 각 회의의 허가를 받아서 피심인을 대리할 수 있다.

심판정의 구조는 민사법정의 그것과 대략 유사하다. 민사법정의 원고측에 심사관이, 피고측에 피심인이 위치한다. 심사관측에서는 심사관인 국장과 과장, 담당사무관이 착석하고, 피심인측에는 변호사인 대리인과 피심인이 착석한다. 피심인의 직원들은 심판정 뒷자리에서 회의를 참관할 수 있다. 심판정에서의 모든 발언은 녹음됨과 동시에 속기사에 의하여 속기되어 회의록으로 작성된다.

바. 심리순서와 내용

심리가 개시되면 의장이 피심인측에서 출석한 사람들에게 자격과 성명을 말하도록 하고, 심사관에게 심사보고서의 요지를 말하게 한다. 그 다음 피심인측에게 심사보고에 대한 의견을 진술하게 하는데 이미 의견서가 제출되어 있으므로 가급적 중복되지 않도록 간략하게 진술하도록 한다. 그 다음 심사관에게 반박의 기회를 주는데, 피심인에게 재반박의 기회는 원칙적으로 주지 않는다.

그다음 주심위원을 시작으로 상임위원들, 비상임위원들, 부위원장, 위원장의 순으로 심사관과 피심인에게 질문을 하도록 하는데 전원회의의 경우에는 위원이 9인이나 되고, 질문에 대한 답변을 하는 과정에서 피심인과 심사관 사이에서도 논쟁이 벌어지므로 이 단계에서 많은 시간이 소요된다.

질문과정이 끝나면 심사관이 조치의견을 제시하고, 피심인이 조치의견에 대한 의견을 진술하는데, 피심인 본인이 출석한 경우에는 의장의 허가를 받아서 본인의 의견도 따로 진술하게 하는 경우가 많다. 피심인 본인은 법리적인 이야기보다는 주로 회사의 어려운 현황 등을 피부에 와 닿게 호소하는 역할을 하게 된다.

사. 심리절차의 문제점

심사관은 피심인이 제출하였던 의견서를 사전에 검토하여 반박내용을 준비하였으므로 반박내용도 사전에 피심인에게 송부하는 것이 바람직하고, 적어도 심판정에서라도 피심인에게 **재반박의 기회**를 원칙적으로 주어야 할 것이다.

또 2004. 11. 1. 이후에 상정되는 사건에 대하여는 심사보고서 첨부자료를 피심인

에게 복사하도록 허용하고 있기는 하지만, 첨부자료가 중 제멋대로라는 식으로 변호에 의하여 특정되어 있지도 않고 피심인은 개별서류로서 복사를 하여 자료를 소지하고 있기 때문에, 심판정에서 심사관과 위원들이 동일하게 제본된 첨부서류를 갖고서 페이지를 뒤져서 서로 의논하면 피심인은 해당서류를 신속하게 찾아서 대응하기가 대단히 어렵다. 더구나 심사관이 반박내용을 입증하기 위하여 새로운 자료를 심판정에서 제시하면서는 그 서류를 피심인에게 교부하지 않기 때문에 피심인은 모르는 서류를 갖고서 심사관이 위원들을 설득하는 경우도 생긴다.

앞으로 심사관측의 증거자료가 지금처럼 심사보고서의 첨부자료의 형태로 제출되는 것이 아니라 서류별로 명칭과 번호가 부여된 서증으로 제출되고, 공정위가 지금 검토하고 있는 준비절차가 향후 도입되어서, 피심인의 의견서에 대하여 심사관이 다시 반박서면을 제출하여 피심인에게도 송달하고, 피심인이 이에 대하여 다시 반박하는 과정을 충분히 거쳐서 심리가 개최되게 되면 이러한 비합리성이 보완될 수 있을 것이다.

간혹 심사관측의 참고인이 심리기일에 출석해서 위원들이나 심사관의 질문에 답변하는 경우가 있다. 그러나 지금의 방식은 심사관측의 참고인이 출석하는 경우 참고인에게 물어볼 내용은 차치하고 참고인의 출석사실 자체를 피심인에게 미리 통지하지 않고 있어서 피심인의 방어권보장의 측면에서 적절한 대심구조의 요소가 결여되어 있다.

아. 합의

심판정에서의 심리가 종결되면 위원들이 자리를 옮겨서 비공개로 합의를 한다. 종래에는 합의장소에 심사관이 배석하여 의견을 제시하였으나 2004년부터는 심사관이 합의과정에서 배제됨으로써 위원회 심리절차의 대심구조에 있어서 큰 진전을 이루게 되었다.

전원회의는 규정상으로는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결하게 되어 있으나 합의과정에서 통상 다수의 뜻에 소수가 따라가므로 재적위원의 과반수가 출석만 하면 출석의원 전원의 찬성으로 의결되는 외양을 띠게 되고, 소회의는 3인 모두의 찬성으로 의결하게 되어 있으므로 만장일치가 되지 않는 경우에는 전원회의에 회부된다.

위법성의 인정에 대하여 합의가 이루어지는 경우에는 나아가 시정조치, 과징금부과,

법위반사실 공표명령, 고발 등의 제재수단의 종류와 수준을 결정한다. 종전에는 과징금을 부과하면서 사후에 과징금 산정의 기초자료가 잘못된 것이 밝혀지는 경우에는 재산정을 할 수 있다는 내용의 주문을 부가하였으나 법원에서 이러한 주문은 행정처분의 명확성의 요건을 결한 것이라 하여 취소된 이후에는 이러한 주문을 사용하지 않는다. 또 종전의 공표명령은 '공정거래법을 위반하였다'는 사실을 공표의 내용으로 하였었지만 헌법재판소에서 과잉금지의 원칙과 무죄추정의 원칙에 반한다는 이유로 위헌결정(2002.01.31. 선고, 2001헌바43)을 받은 다음에는 '공정거래법을 위반하였다는 이유로 공정위로부터 시정명령을 받았다'는 사실을 공표의 내용으로 하게 되었다.

심리가 밤늦게까지 속행되고 이어지는 합의가 난항을 겪는 경우라 하더라도 가급적이면 당일에 합의를 마치는 것을 원칙으로 하지만, 아주 예외적인 경우에는 합의를 유보하고 다음주 전원회의일로 미루기도 한다.

자. 의결서 작성

위원들의 합의가 이루어지면 의결서가 작성되는데, 종전에는 심사관이 의결서 초안을 작성하였으나 최근에는 심사관의 원안대로 의결된 경우에는 **심사관**이, 원안에서 변경된 내용이 있는 경우에는 **심판관리관실**에서 작성하는 것으로 변경되었다. 물론 주심위원의 지시를 받아서 작성하고 위원들 전원의 서명을 받는데, 비상임위원들도 위원회의 전자결재시스템에 접속하여 전자적인 방법으로 서명을 할 수 있다. 의결서는 합의된 날로부터 14일 이내에 작성해서 20일 이내에 피심인에게 송달하는 것을 원칙으로 하는 내부규정이 있다.

공정거래위원회의 절차규칙에는 의결서에 **소수의견**을 부기할 수 있도록 규정되어 있으나 지금까지는 그러한 사례가 전혀 없다. 사안의 경쟁저해성은 대단히 애매모호하고 다의적인 개념이어서 시각의 차이가 발생할 수밖에 없는 것일뿐더러, 소수의 진보적인 의견이 향후 경쟁이론발전의 디딤돌이 될 수 있다는 측면에서도 이는 아주 아쉬운 점이라 하겠다.

참고로 위원회가 회의를 열더라도 법원의 소송기록과 같은 **위원회 심리기록**은 존재하지 않는다. 심사관이 제출한 심사보고서와 그 첨부서류를 갖고 심리를 하고 속기사에 의하여 작성된 회의록이 남을 뿐이다. 앞으로는 위원회 고유의 심리기록이 작성되고 보존되어야 할 것이다.

차. 약식명령과 시정권고

공정거래법 제51조는, 공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반하는 행위가 있는 경우에 당해 사업자 또는 사업자단체에 대하여 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있고, 이러한 권고를 받은 자는 시정권고를 통지받은 날부터 10일 이내에 당해 권고를 수락하면 이 법의 규정에 의한 시정조치가 명하여 진 것으로 본다고 규정하고, 동법 시행령 제58조는 범위반내용, 권고사항, 시정기한, 수락여부통지기한, 수락거부시의 조치를 명시한 서면으로 시정권고를 하도록 정하고 있다.

그런데 이렇게 공정거래법에 규정된 시정권고제도는 1998년 상반기까지는 활발하게 사용되었으나, 그 무렵부터는 법을 위반한 자에게 엄정하게 법을 집행하는 '처분'을 하여야지 '권고'만을 하는 것은 온당하지 않다는 논리가 대두하면서 공정거래법 위반의 사안에 한해서는 사문화되어버리고, 대신 법률에 근거가 없는 약식명령제도를 공정거래위원회회의운영및사건절차등에관한규칙(이하 절차규칙이라 함)으로 도입하여 시행하고 있다. 양자의 차이는, 전자의 본질은 경쟁당국과 피심인 사이의 타협이고 범위반 여부를 확정하지 않는 것인 반면에 후자의 본질은 경쟁당국에 의한 행정처분이고 범위반 행위임을 확정하는 것이라는 점에 있다.

미국의 consent order, 일본의 권고심결, 동의심결이 우리 공정거래법의 시정권고에 해당하는 제도들이다. 이들 나라에서의 경쟁당국은 신고된 사건 모두가 아니라 그 당시의 행정자원으로 처리할 수 있는 한도 내에서 우선순위를 정하여 선정된 사건만을 처리할 뿐만 아니라, 심사가 개시된 사건의 대부분을 이렇게 제도화된 타협의 절차를 공식적으로 활용하여 종결한다. 그 이유는, 위반행위의 내용이 사실적인 형사사건의 경우와 달리 공정거래법 위반여부는 그 경쟁저해성이라는 가치판단을 위하여는 정교하고도 심도있는 경제적, 법률적인 검토가 필요하고 이러한 작업에는 방대한 행정자원이 투입되어야 하기 때문이다. 거기다가 피심인이 불복하여 당해 사안이 법원으로 넘어갈 경우 대법원의 최종판단이 나오기까지 몇 년의 시간이 소요될지 모를 뿐더러 그 기간동안 법원에서 소송을 유지하기 위하여 경쟁당국의 추가적인 행정자원이 소요되기 때문이기도 하다.

따라서 위반행위자의 처벌이 주목적이 아니라 손상된 경쟁질서의 신속한 회복을 제일의 목적으로 하는 경쟁당국으로서는 행정자원을 절감하면서도 신속하게 이러한 목적을 달성할 수가 있는 타협의 절차를 적극 활용하지 않을 이유가 없는 것이다.

또한 외국에서는 이러한 타협의 절차가 공식적이란 점을 주목할 필요가 있다. 미국에서는 경쟁당국 내부에서도 조사가 종결되면 먼저 consent negotiation으로 들어가

도록 절차가 되어있을 뿐 아니라, 경쟁당국이 일용 승인한 합의안을 관보에 실어서 일정기간 이해당사자나 소비자들의 의견을 접수한 다음 이를 참작하여 위원회가 합의안의 내용을 최종 결정한다.

카. 고발

모든 유형의 공정거래법 실질규정의 위반행위에 대하여 형사벌이 규정되어 있다. 특히 우리나라에서는 공정거래법 제23조의 불공정거래행위에 대하여도 형사벌이 규정되어 있어서(법 제67조 제2호) 기업활동을 과도하게 위축시킬 우려가 크고, 그래서 공정위가 사안의 중요성을 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하도록 하고, 이를 소추요건으로 하고 있다.(법 제71조)

공정위는 고발여부 판단의 내부기준으로 삼기 위하여 지침을 제정하여 운영하고 있는데, 통상 경성카르텔 사건, 시정명령 불이행에 대하여 고발이 행하여지고 있고, 점차로 적극적으로 고발권을 행사하는 경향이다.

그리고 실제의 고발조치는 공정위의 의결서를 첨부하여 공정거래위원장의 명의로 행하여지고 있고, 검찰총장에게 고발하지만 서울중앙지검 형사 6부에서 수사를 전담하고 있다. 공정위 자체의 조사자료는 검찰에 제출하지 않는다. 가끔씩은 검찰이 먼저 사건을 수사해서 공정위에게 고발을 요청하는 경우도 있다. 특히 회사만이 고발된 경우, 대표이사 또는 책임있는 임원에 대한 고발을 검찰이 요청하는 경우가 종종 있다.

타. 카르텔 자진신고자 제재감면제도(leniency program)

소위 경성 카르텔은 경쟁저해효과가 가장 크면서도 그 속성상 증거를 확보하기가 어렵다. 그래서 우리나라에서는 담합의 추정이라는 무리한 법조항을 두고 있을 뿐만 아니라 강제조사권의 도입필요성이 주로 카르텔의 조사와 관련하여 거론되고 있으나, 외국에서는 조사의 한계를 받아들이는 입장에서 주로 자진 신고자에 대한 제재감면제도를 통하여 대형 카르텔을 적발해 내고 있다.

우리 공정거래법에도 이런 제도가 도입된 지 수년이 경과하였지만(법 제22조의 2) 제재의 면제여부와 그 정도를 사전에 예측하기 어려운 정도로 공정위의 광범위한 재량에 맡겨져 있었던 것을, 2005. 4. 1.부터는 이를 상당히 객관화하여 예측가능성을 높이고 감면신청일로부터 15일 이내에 감면해당여부에 관한 판단을 하도록 했으며, 또 신고순위의 보전에 관한 규정까지도 마련하여 제도의 수준을 높였다. 그러나 자진 신고 당시에 공정위가 아직 충분한 증거를 확보하지 못하고 있었는지의 여

부에 관한 불확실성은 불가피하게 남아있다.

그리고 공정위는 소위 amnesty plus제도라 하여, 어떠한 공동행위에 대한 조사 과정에서 다른 공동행위에 대한 증거자료를 제공한 경우에는 지금 조사중인 공동행위에 대하여도 제재를 감면받는 제도도 도입하였다.

파. 사전심사제도

사업자가 어떠한 행위를 하기 전에 미리 공정거래법 등 위반여부 심사를 공정위에 청구하면, 공정위가 이를 사전심사하여 서면 회답해주는 제도를 말한다. 회답은 공정위의 공식입장으로서, 적법하다고 인정한 행위에 대해서는 사후에 법적조치를 취하지 않는다는 점에서 사후 기속력이 없는 기존의 일반상담(공정거래법 등에 대한 설명이나 해석, 법 적용에 관한 사적의견 제시 등)과 다르다고 공정위는 설명하고 있다.

그러나 회답이 개별 상임위원의 검토만을 거쳐서 행하여진다면 이러한 운영에는 문제가 있고, 사업자의 입장에서는 어설피게 불가회신을 받게 되는 경우에는 오히려 사업추진에 부담을 지게 될 뿐 아니라, 자신의 새로운 영업방식이나 경영의도가 외부에 알려지게 되기 때문에 이러한 제도가 활성화되기에는 많은 제약이 있을 것이다.

3. 불복절차

가. 이의신청

심사관은 위원회의 원 결정에 대하여 이의신청을 할 수 없지만, 피심인은 의결서를 송달받은 날로부터 30일 이내에 공정위에 이의신청을 할 수 있고 제3의 심판기구가 아니라 공정위가 다시 판단을 한다.(법 제53조) 이는 시장분석에 관하여 고도의 전문성을 보유한 합의제행정기관인 공정위가 1차적으로 내린 결론에 대하여 제3의 행정기관에서 다시 심사판단하는 것이 사실상 불가능하거나 적어도 타당하지 않다는 점을 고려한 입법적 배려인 것으로 사료된다.

이의신청서는 13부를 작성하여 심판관리1담당관실에 제출하는데, 일과시간이 지나고 심판관리관실 직원들이 모두 퇴근한 다음에는 공정위 당직실에 제출할 수 있다. 이의신청사건은 심판관리관실에서 검토하고 심판관리관이 심사관이 된다. 그리고

모든 이의신청사건이 전원회의의 소관이다.

공정거래법상의 이의신청은 특수한 형태의 행정심판이라고 통상 설명되고 있지만, 불복대상인 의결을 심판할 제3의 기구가 존재하지 않고 원래의 의결을 한 바로 그 위원회가 자신의 결정을 다시 검토하여 결론을 낸다는 점에서 심판구조의 본질적 구성부분을 결하고 있으므로, 공정위의 이의신청절차를 행정심판의 일종으로 파악하기는 어렵고, 강학상의 소위 '再度の 考案'에 해당하는 것으로 평가하여야 할 것이다. 그래서 필자의 견해로서는, 이의신청사건은 지금처럼 '심사보고서'를 작성하고 전원회의를 열어서 심리할 것이 아니라, 심판관리관이 원심결에 혹시 이의신청에서 지적된 오류가 있었는지에 관한 '검토의견서'를 작성하여 제출하면 위원회가 서면으로 심리하는 것이 바람직할 것으로 본다.

종래에는 이의신청절차가 행정소송의 전심절차였다가 지금은 바로 행정소송을 제기할 수 있게 되었으나, 그래도 법원은 위법성여부의 판단에만 중점으로 검토할 뿐 제재의 수준에는 지극히 예외적으로만 개입하므로 통상은 과징금 경감의 마지막 기회라고 생각하고 이의신청절차를 밝게 된다.

고발조치는 피심인에 대한 공권력의 행사가 아니라 다른 국가기관에 대한 일종의 협조요청 또는 직권발동의 촉구의 성격을 가지므로 이의신청 등 불복의 대상이 아니라고 해석되고 있다. 물론 형식적으로는 맞는 이야기이지만, 고발조치가 피심인에게 미치는 실제의 영향이 크고, 또 이론적으로 보더라도 통상의 고발과는 달리 공정거래법에 추상적으로 규정되어 있던 형벌조항이 전속고발권의 행사에 의하여 비로소 피심인에게 적용되도록 완성되는 '구체적 입법' 처분의 성격을 가진다고 보아서 이에 대한 불복을 인정하는 방향으로 나아갈 필요가 있다고 본다.

그리고 경고조치에 대하여는 종전에는 공권력의 행사가 아니라 하여 이의신청을 각하하여 왔으나, 수년전부터는 경고조치가 범위반의 혐의는 인정되는 것임을 전제로 할 뿐만 아니라 공정위의 별점부과로 인한 사실상의 불이익이 수반되는 효과를 중시하여, 심사관이 전결로 처리한 경고에 대하여 불복이 있는 경우에는 소회의에서 범위반여부를 판단하도록 하고 있다.

사건의 다른 이해관계인, 즉 신고인은 이의신청을 할 수 없다. 공정위의 무혐의결정에 대하여는 그래서 뒤에서 보는 바와 같이 헌법소원으로 무혐의 결정의 부당성을 다룰 수 있다는 헌법재판소의 결정이 있었다.

공정위에 이의신청을 제기하는 경우에는 통상 과징금부과처분과 범위반사실공표명령에 대하여 집행정지신청을 함께 하게 된다. 범위반사실은 한번 공표되면 사실상 원상회복이 불가능하므로 모두 인용되어 왔으나, 과징금부과처분에 대하여는 집행정지가 원칙적으로 허용되지 않는다.(법 제53조의 2)

그래서 거액의 과징금에 대해서는 연기분납허가제도를 통하여 사실상의 집행정지의 효과를 일부 달성할 수도 있다. 즉 피심인 매출액의 1% 또는 10억원을 초과하는 과징금에 대하여는 그 납부로 인하여 피심인의 사업 자체가 중대한 영향을 받게 된다는 점을 소명하여 최장 1년의 범위까지 과징금 전액 또는 일부에 대한 납기를 연장할 수 있다.(법 제55조의 4)

나. 행정소송

공정위의 원결정 또는 이의신청에 대한 재결이 송달되면 30일 이내에 서울고등법원에 행정소송을 제기할 수 있다.(법 제54조, 제55조) 서울고등법원 특별 6부, 특별 7부가 전담재판부이다.

행정소송은 법원에서 이루어지는 절차이므로 통상의 행정소송 절차와 다를 바가 없다. 한가지 설명할 것은, 법원이 가끔 위원회가 시정조치의 일부를 철회하고 대신 원고는 소를 취하하는 내용으로 '사실상의 조정'을 시도하는 경우가 있는데, 이러한 경우 공정위는 이에 불응하고 있다는 점이다. 재판부의 조정내용이 특히 제재의 수준에 대한 타협안인 경우에는 공정위의 제재양정에 관한 재량권이 개별 재판부의 판단에 따라서 사후적으로 통제를 받게 되는 것이 바람직하지 않다는 점과, 더구나 그러한 타협의도가 검찰의 소송지휘에 의하여 다시 간섭을 받게 된다는 문제점이 이러한 입장의 실질적인 배경이다.

그리고 법원은 사안의 위법성이 인정되는지의 여부에 관하여는 원점에서 다시 심리를 하는 적극적인 태도를 보이고 있지만, 일단 위법성이 인정되면 제재의 수준에 대하여는 거의 손을 대지 않으므로써 공정위의 재량을 광범위하게 존중하고 있다. 몇가지 특별한 경우, 즉 회사의 문제가 된 매출액보다도 많은 과징금을 부과한 사안, 위법성을 아주 미약하게 평가하여야 할 사유들이 있는데도 최고의 과징금률을 적용한 사안, 입찰담합에서 낙찰자와 들러리 선 자를 구별하지 아니하고 동일한 과징금률을 적용한 사안 등 객관적인 기준을 세울 수 있는 경우에만 법원이 개입하고 있는 것이다.

원고는 소송을 제기하면서 보통은 과징금과 공표명령에 대한 효력정지신청을 동시에 하게 된다.

과징금부과처분은 금전의 납부를 명하는 것이므로 '회복할 수 없는 손해'에 해당하지 않는 것으로 보는 것이 원칙이다. 그러나 그 규모가 너무 커서 기업의 명운을 좌우할 수 있는 정도에 이르는 것으로까지 볼 수 있는 경우에는 예외적으로 정지결정을 하고 있다. 종래 과징금의 효력정지결정이 있으면 가산금의 발생도 정지되고, 집행정지결정이 있으면 가산금은 여전히 발생하는 것으로 해석하여 왔으나, 최근의 사례에서 대법원은 집행정지결정의 경우에도 가산금의 발생이 정지된다고 해석하였다.(2003. 7. 11. 선고, 2002다48023 판결) 그 이후 서울고등법원에서는 드물기는 하지만 효력정지결정을 하면서도 그러나 가산금은 계속 발생한다는 취지를 주문에 기재하는 사례도 있었다.

참고로, 과징금의 납기는 부과처분의 송달일로부터 60일 이후로 정하여 주는데, 납부를 지연하는 경우에는 연 14.6%에 달하는 가산금을 지급하도록 되어있다.(체납과징금에대한가산금요율고시) 한편 일단 과징금을 납부했다가 소송에서 승소하여 환급받는 경우에는 연 6.5%의 가산금이 환급되므로(환급과징금에대한가산금요율고시), 재무구조가 튼튼한 기업이라면 결론에 불만이 있더라도 일단 납부하는 것이 유리할 수도 있다.

공표명령의 경우에는 그것이 일단 행하여지면 원상회복이 불가능한 성질을 가지므로 원칙적으로 정지결정을 해주고 있으나, 최근에는 원고의 승소가능성을 고려해서 예외적으로 기각하는 경우도 생기고 있다. 그러나 이러한 결정은 지극히 신중하게 할 필요가 있고, 또 공표명령이 범위반상태의 회복을 위한 수단이라기보다는 단순히 제재의 수단으로만 사용된 사안에서는 더욱 신중하게 판단하여야 할 것이다.

다. 감사원법상의 심사청구

감사원의 감사를 받는 자의 직무에 관한 처분에 관하여 이해관계가 있는 자는 90일 이내에 **감사원법** 제43조 제1항의 규정에 의하여 감사원에 심사청구를 할 수 있다. 그리고 심사청구가 기각된 경우에는 동법 제46조의 2에 의하여 다시 90일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다. 그러므로 공정위의 시정조치에 대하여도 감사원법의 조항들이 적용되는지의 문제가 제기된다. 만일 위 조항들이 적용된다면 실수로 공정거래법 상의 불복기간을 놓친 경우에도 90일 이내에는 별도의 불복방법을 사용할 수 있게 되고, 또 공정위가 아닌 제3의 행정기관의 판단을 받아들일 수 있는 기회가

되기도 할 것이다. 또 심사청구의 대상이 공정위의 원심결인지, 이의신청에 대한 재결인지의 등의 문제도 뒤따르게 된다.

공정위는 감사원법상 감사원의 감사를 받는 자에 해당하므로 일용은 공정위의 의결도 위 심사청구의 대상이 되는 것으로 볼 여지가 있다. 실제로 수년전에 이와 같은 취지에서 공정거래법상의 이의신청기간을 도과하는 바람에 심사청구를 거쳐서 한 제소를 적법한 것으로 보고서 본안에 대하여 판단한 고등법원판결도 있었다.

그러나 이러한 해석이 공정위의 위상이나 공정거래법상의 불복체계에 많은 혼선을 야기하게 되는 점을 고려하여야 하고, 그래도 해석상의 논란이 계속된다면 입법적으로라도 해결을 할 필요가 있을 것이다. 즉 경쟁저해성에 관하여 전문적인 판단을 할 수 있게 하기 위하여 법률이 공정거래위원회라는 특례적인 조직을 설치하여 그 권한을 부여하였고, 그 판단에 대하여는 행정부 내에서는 달리 그 당부를 판단할 수 있는 기구가 없기 때문에 이의신청에 대하여서도 스스로가 다시 판단하도록 하고 있는 구조에 비추어 볼 때 감사원 역시도 공정위의 판단에 대한 상급의 판단기관으로 보기 어렵다는 점 등을 고려하여야 할 것이다.

그런가 하면 다른 한편에서는, 공정위의 판단에 대하여 아무런 견제방법이 없는 사안들, 예컨대 치유할 수 없는 경쟁제한성 때문에 기업결합 자체를 금지하여야 할 정도로 위법한 기업결합에 대하여 공정위가 실효성이 없는 내용의 제한조건만을 부과하면서 기업결합 자체를 승인하는 경우에 대하여는 경쟁사업자에게 우리의 법제상 실효성있는 구제수단이 정착되어 있지 아니하므로, 이러한 판단에 대한 최소한의 사후심사제도로써 감사원의 심사청구제도의 실질적인 역할이 있다는 점은 그 반대의 측면에서 고려될 필요가 있다고 본다.

라. 헌법소원

헌법소원은 공정위의 무혐의 등의 처분에 대하여 불만을 가진 신고인측의 불복수단이다.

헌법재판소는 2002. 6. 27. 선고된 2001헌마381사건에서는 공정위의 무혐의처분이 헌법소원의 대상이라고 인정하면서도 당해사안에서는 공정위의 무혐의처분이 정당하다고 판시하였으나, 2004. 6. 24. 선고된 2002헌마496사건에서는 문제된 사안의 내용에 대하여 직접 경쟁저해성을 인정하고 공정위의 무혐의처분을 취소하는 결정

을 하였다.(피청구인이 이 사건 거래거절을 불공정거래행위에 해당하지 아니한다고 판단하여 내린 이 사건 무혐의결정은 현저히 정의와 형평에 반하는 조사 또는 잘못된 법률의 적용이나 증거판단에 따른 자의적 처분으로서, 청구인의 평등권과 재판절차상의 진술권을 침해한 공권력 행사라고 할 것이다.)

헌법재판소는 일찍이 1995. 7. 21. 선고한 94헌마136사건에서 공정위의 **고발권불행사**가 헌법소원의 대상이라고 판시한 바가 있다.(공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법위반행위에 대하여 일용 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이나, 공정거래법이 추구하는 법목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이라고 보아야 한다.) 그러나 당해 사건에서는 고발권의 자의적인 불행사에 해당하지 않는다고 판단하여 헌법소원을 기각하였다.

4. 맺으며

공정거래위원회는 한개의 기관 속에 조사 및 소추기구(심사관)와 심판기구(위원들로 구성된 협의의 위원회)가 공존할 뿐만 아니라 양자 모두가 위원장이라는 공통의 정점을 갖고 있는 특이한 구조를 갖고 있기 때문에 사건처리절차의 전반에서 준사법기능의 핵심요소인 **대심구조**에 미흡한 점이 있는데, 이 양자의 기능이 엄격히 분리되어 작동하지 않으면 미국의 FTC에 대하여 1950년대에 있었던 것처럼 치열한 위헌론에 휩싸일 위험이 있고, 실제로 우리나라의 헌법재판소의 결정에서도 적법절차의 차원에서 이러한 점이 지적된 바도 있었다.

또 세부적인 면에서 한가지 예를 들자면, 위원장의 권한과 위원회의 권한에 대한 개념정립이 필요하다. 원칙적으로 위원회의 모든 의사결정은 위원회에 귀속되어야 하고, 위원장은 그렇게 결정된 내용을 집행하는 기구로 분화하여 기능하여야 한다. 예컨대, 부당지원행위조사계획을 사무처에서 수립하였으면 그러한 계획을 위원장에게 보고하여 승인받을 것이 아니라 공식적으로(공개적으로는 아니더라도) 위원회에

상정하여 승인을 받아야 할 것이다.

미국에서의 위헌논쟁은 조사기능과 심판기능의 엄격한 분리작동, 심판관의 전문성과 독립성 보장, 증거조사와 변론기회의 충분한 보장, 심판관 신분의 철저한 보장 등의 절차적 보완조치로 봉합되었고, 우리나라에서도 최근 공정위의 수뇌부가 사건 처리절차에 대하여 관심을 기울이면서 이러한 부분이 급속히 보완되고 있다.

또 공정위의 처분에 대한 불복은 통상의 행정처분과 달리 서울고등법원이 전속관할하도록 특수한 절차가 마련되어 있는데, 그것은 공정위에게 거의 1심 특별법원으로서의 위상을 부여한 것이고, 이는 앞서 설명한 대심구조가 위원회 절차에서 실현되어 있음을 전제로 하는 것이다. 그러나 아직은 외국에서처럼 공정위의 사실인정이 실질적증거에 의하여 뒷받침되기만 하면 고등법원이 공정위의 사실인정에 관여하지 못하도록 하는 원칙이나, 불복절차에서 공정위의 기록 자체를 고등법원에 송부하고 고등법원이 공정위에 파기환송하여 다시 심리하도록 하는 제도까지는 도입되어 있지 않다. 물론 이러한 요소는 항소심의 성격이 속심인지 사후심인지 하는 문제와도 직결되어 있지만, 우리 공정위의 대심구조가 더욱 정비되어 있어야만 우리의 항소심제도가 사후심으로 바뀌는 경우에 공정위의 불복절차에서도 무리없이 이러한 원칙들이 받아들여질 수 있을 것이다.

공정거래위원회 조직도



불공정거래·시장지배적지위남용·재판매가격유지행위 신고서				
☞ * 표시항목은 필수사항이니 반드시 기재하여 주시고, 나머지 사항은 효율적인 심사를 위하여 가능한 기재해 주시기 바랍니다.				
신고인	성명(*)			주민등록번호(*)
	사업자인 경우	사업자명		사업자등록번호
		대표자성명		
	주소(*)			
	연락처	전화번호(*)		휴대폰
팩스번호			이메일	
피신고인과의 관계				
피신고인	사업자명(*)			대표자성명
	주소 또는			
	전화번호(*)		관련부서 및 담당자	
	사업내용 또는 영위업종			
	피신고인의 연간 매출액			
	피신고인의 시장점유율			
신고내용(*)	☞ 신고서와 함께 제공되는 「불공정거래·시장지배적지위남용·재판매가격유지행위신고서 작성안내」에 따라, 신고하고자 하는 내용을 가급적 6하 원칙에 맞게 기재하시고, 쓸 공간이 부족하면 별지에 작성하여 첨부해 주시기 바랍니다.			
증거자료	<input type="checkbox"/> 있음 (☞ 신고내용을 증명하는데 도움이 되는 증거 자료가 있으면 첨부하여 주십시오.) <input type="checkbox"/> 없음			
독점규제및공정거래에관한법률 제49조 제2항, 동법 시행령 제54조 및 공정거래위원회회의 운영및사건절차등에관한규칙 제10조 제2항에 의하여 위와 같이 신고합니다. <div style="text-align: right;"> 년 월 일 신고인 : (서명 또는 날인) </div>				