

강제조사권의 한계와 대안



이 인 권
한국경제연구원
법경제연구센터 소장

실익이 없는 무리한 강제조사권의 도입보다는 혐의가 드러난 담합의 경우 직접 검찰에 고발하거나 내부밀고자 보호 및 보상 강화를 통하여 절차적 정당성 및 정책 실효성을 동시에 확보할 필요가 있다. 각국의 경쟁당국이 압수·수색권을 행사하여 부당한 공동행위를 적발한 경우는 극히 일부분이기 때문이다. 그리고, 유사사례에 대해 향후 엄격하게 공정거래법을 집행함으로써 부당한 공동행위에 대한 사전적인 억제력을 제고해야 한다. 한편으로는 공정위의 시정조치가 있기 전에도 부당한 공동행위의 결과 피해를 본 사적당사자가 법원에 직접 손해배상을 청구할 수 있도록 하고, 전문가들을 활용하여 담합으로 인한 손해발생 입증과 손해배상액을 추정하여 부당이득을 환수할 수 있어야 한다.

I. 서론

공정위 는 1986년 공정거래법 개정을 통하여 전속 고발권과 범위반 사항에 대한 직권조사 권한 보유 이후 1999년 금융거래에 대한 계좌추적권 확보, 2001년 직권조사 발동 요건을 위반 사실에서 위반 혐의로 강화한 바 있다. 공정위는 2002년 부당내부거래에 대해 강제조사권 도입을 무리하게 추진하였고, 재계 및 전문가들의 반대 여론에 밀려 중도 포기한 바 있다. 뒤이어 공정위는 2003년중 카르텔 근절을 위해 법무부에 “사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무 범위에 관한 법률”(이하 “사법경찰관법”)의 개정을 요청하여 공정위 조사요원에게 특별사법경찰관의 지위를 부여한다는 방침을 밝혔다.

〈표 1〉 공정위의 조사권 강화 추이

연도	조사권의 내용
1986	<ul style="list-style-type: none"> • 전속고발권 <ul style="list-style-type: none"> - 공정거래법 위반 사건은 공정위만 검찰에 고발 • 범위반에 대한 공정위의 직권조사 <ul style="list-style-type: none"> - 조사를 위한 출석요구권과 자료 영치권 - 조사에 비협조시 과태료(직원 1천만원, 법인 1억원) • 금융감독위원회 등 다른 행정기관이나 단체장에게 조사를 의뢰하거나 관련 자료를 요청할 수 있음
1999	<ul style="list-style-type: none"> • 금융거래에 대한 계좌추적권(2년간 한시적 운영) <ul style="list-style-type: none"> - 검찰의 지휘나 법원의 영장 발부 불필요
2001	<ul style="list-style-type: none"> • 조사발동 요건 완화 : 위반 사실 → 위반 혐의 • 조사 불응시 과태료 인상 : 직원은 1천만원 → 5천만원, 법인은 1억 → 2억원 • 현장 출입권 : 기업의 사무소와 사업장에 출입하여 조사 • 금융거래 계좌추적권의 시한을 3년 연장 • 부당한 공동행위의 사실을 신고한 자에게는 시정조치, 과징금 등을 감경 또는 면제
2002	<ul style="list-style-type: none"> • 부당내부거래에 강제조사권 도입 추진 및 중도 포기
2003	<ul style="list-style-type: none"> • 금융거래 계좌추적권 상설화 추진¹⁾ • 카르텔 근절을 위한 강제조사권 도입 추진

〈표 2〉 공정위의 조사권한

구분	주요 내용	근거
직권조사권	• 범위반 혐의만 있어도 직권으로 조사에 착수	법 § 49①
위법행위 신고	• 누구든지 범위반 혐의를 공정위에 신고 가능 - 서면신고 원칙, 긴급을 요하거나 부득이한 경우 전화·구두로도 가능	법 § 49② 령 § 54
조사수단	• 계좌추적권, 현장조사권, 자료제출 명령권 및 영치권, 출석 및 진술요구권 등 - 계좌추적권은 법원의 영장없이도 행사	법 § 50
카르텔신고자에 대한 감면	• 담합의 신고자 또는 조사협조자에 대해 과징금, 시정조치 등의 감면 또는 면제 제도 시행 • '02. 9. "공동행위신고자등에대한감면제도운영지침" 제정	법 § 22의2
관계기관(장)에게 조사 의뢰	• 금감위 등 다른 행정기관이나 단체장에게 조사를 의뢰하거나 관련자료를 요청할 수 있음	법 § 64
전속고발권	• 경쟁질서 위반행위에 대한 검찰에 전속고발	법 § 71
조사거부시 제재	• 조사의 거부, 방해, 기피행위에 대해 과태료 부과 - 법인 : 2억원, 임직원 : 5천만원 - 과태료 부과건수 2건에 불과, 기업이 조사에 순응	법 § 69의2

1) 금융거래정보제출요구권은 1999년 한시적으로 2년간 공정거래위원회에 부여되었다가 부당지원행위의 원활한 조사를 목적으로

현행 공정위의 조사권한 내용을 살펴보면 실질적으로 압수, 수색 등 사법수사권과 다를 바 없는 조사와 이행 수단을 확보하고 있다. 공정위는 부당한 공동행위 관련 사안에 대하여 충분한 행정적 제재와 형사적 제재 수단을 갖추고 있다.

II. 쟁점 사항들

첫 번째 쟁점은 특별사법경찰관의 지위 부여로 과연 담합의 적발이 더 늘어나느냐 하는 것이다. 미국의 예를 들어보자. 미국의 1960년대 전기장비 산업, 1970~80년대 고속도로건설 산업, 1990년대의 학교우유급식 시장에서 광범위한 명시적 혹은 암묵적 가격공모가 이루어졌으나 미국의 연방거래위원회(FTC)의 직권조사와 법무부(DOJ) 독점금지국(Antitrust Division)의 압수·수색에 의해 담합의 존재가 포착된 것은 일부에 불과하다. DOJ는 압수·수색 대상이 위치한 법정구역에 관할하는 법원의 영장판사로부터 수색영장을 발부 받아 카르텔 자료에 대한 강제수사를 수행할 수 있었으나 담합을 실제로 포착하지 못한 것은 실질적인 담합 증거물을 찾아 내기가 사실상 불가능하기 때문이다. 대부분의 담합 적발은 합법적인 감청과 카르텔 내부의 이윤배분에 불만을 품은 카르텔 회원의 밀고에 의해 이루어진다. 일본의 경우도 마찬가지다. 일본 관급공사의 담합조직인 Dango 시스템은 주로

사전에 예정가격에 대한 정보를 입수하고, 해당 공사에 대한 경쟁사의 입찰가와 입찰자를 결정하는 협의 과정을 포함한다. 이 방법은 공공공사 물량을 카르텔 회원사간 배분하는 대표적 방법으로 공공공사 발주시 간사가 선정되어 서로의 의견을 팩스(Fax)로 교환하며 카르텔 내부의 이윤을 극대화한다. 팩스를 이용하는 주요 이유는 감청이 되지 않기 때문이다. 검찰청의 압수·수색으로 담합의 실체를 파악한 것은 일부다. 물론 한국과 일본에서 담합의 실체가 많이 드러나지 않은 것은 사회적인 관행과 무관치 않다고 생각한다. 최근 명시적 담합보다 암묵적 담합이 크게 증가하고 있다. 미국의 국지적 주요소 시장, 학교 우유급식 시장에서 암묵적 담합이 통계적인 분석을 통해 확인된 바 있고, 국내 일부 산업에서도 암묵적 담합의 발생 가능성이 있다. 이러한 암묵적 담합의 경우 공정위의 사법경찰관은 무력화될 수 있다.

두 번째 쟁점은 공정위는 현재 사법수사권에 준하는 조사 수단과 조사의 이행확보 수단을 보유하고 있는데 굳이 강제조사권까지 보유해야 하는냐는 것이다. 카르텔에 대한 입법례는 대부분의 나라가 유사하며 우리나라의 공정위가 가진 권한은 외국에 비해 미흡하지 않다. <표 3>의 각국 공정거래위원회의 카르텔 규제 국제비교에서 이를 확인할 수 있다. 무엇보다도 카르텔에 대해서는 공정위의 검찰고발의무와 검찰의 고발요청권이 있다.

2001년 독점규제법의 개정으로 5년간 부여되는 것으로 개정되어 2004년 2월 4일까지 허용되었다(독점규제법 2001. 1. 16차 부칙 제1항 및 1999. 2. 5차 부칙 제2항). 금융거래정보의 제출을 요구받은 금융기관의 장이 금융거래정보의 제출을 거부하게 되면 공정위는 당해 금융기관에 1억원 이하의 과태료를 부과하거나 금융거래정보의 제공을 거부하는 임원 또는 종업원 기타 이해관계인에 대하여 1,000만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(독점규제법 제69조의2 제1항 제8호). 공정위는 2004년 2월 4일 만료되는 금융거래정보요구권 상설화를 위해 2003년 하반기에 공정거래법 개정을 추진하고 있다.

〈표 3〉 각국 공정거래위원회의 카르텔 규제 국제 비교

기준	입법태도	조사권한	압수·수색권
한 국	원칙금지	출석 및 진술요구, 현장조사, 자료 영치권 등	전속고발권을 활용하면 검찰이 강제수사 행사
미 국	원칙금지	FTC에 의한 자료 강제요청권(강제구두진술요청서, 강제자료제출요청서)과 질문에 대한 서면응답요구 등	DOJ는 영장을 발부 받아 강제수사 가능 ²⁾
독 일	원칙금지	기업정보 요구, 사업장부 조사 등	수색영장에 의해 압수·수색 가능 ³⁾
일 본	원칙금지	참고인 출두명령, 물건 영치, 영업소 기타 필요한 장소에 입회하여 업무 및 재산상황, 장부서류 기타 물건을 검사	형사적 범죄가 있는 경우 검찰총장에 고발
프랑스	원칙금지	직권에 의한 심사개시권, 서면조사, 진술요청권	형사벌 구성요건에 해당되면 검찰에 이송

세 번째 지적할 수 있는 것은 경쟁당국에 강제 조사권을 부여한 나라는 엄격한 통제장치를 마련하여 운영하고 있으나 우리나라 공정위의 조사에 대한 통제장치는 매우 미흡하다는 것이다. 우리나라 공정위는 사무처장이 조사를 실시하도록 하며, 사건심사를 착수할 경우 심사관이 공정위 위원장에게 '사건심사 착수보고'를 할 뿐이다 ("공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙" 제10조~12조). 공정위의 조사는 사무처장이 지정한 심사관에 의해 이루어지며 사건 착수보고만 하면 되기 때문에 위원회에 의한 엄격한 내부통제가 이루어지지 못한다. 조사요건이나 적법한 절차(due process of law)가 선진국

에 비해 크게 미흡하여 조사권이 강화될 경우 남용의 소지가 크다. 상시 모니터링의 강화 등 조사 기법이 낙후한 상태에서 기업에 대한 부처간의 중복적인 조사로 기업의 조사부담이 크게 증대할 수 있다. 미국은 probable cause에 대한 입증, 독일은 중요한 결과에 대한 현장 작성의무 등 구체적 통제장치를 마련하고 있다. FTC의 조사권은 기업에 출두와 자료제출을 명령하는 소환장(subpoena)이며, 이 같은 소환권을 발동하려면 위원회 위원 1인으로부터의 서명을 받아야 한다. 특히 소환장에는 조사범위를 한정하여 기업의 부담을 최소화하여야 하며, 기업은 FTC에 소환장의 기각이나 수정을 요청할 수 있고 위원회가

2) 미 법무부(DOJ)는 연방거래위원회(FTC) 강제절차권 뿐만 아니라 수색대상이 위치한 법정구역에 관장하는 법원의 영장판사(magistrate)로부터 수색영장을 발부 받아 카르텔 자료에 대한 강제수사를 수행할 수 있다. 수색영장을 발부 받으려면 범죄행위가 있었으며 일정한 장소에 범죄행위를 입증하는 증거가 있을 거라는 근거가(probable cause)가 있어야 한다.

3) 조사를 위한 증거로서 중요성을 가질 수 있는 대상물을 압수할 수 있으며 압수에 의해 영향을 받는 자에게 지체 없이 압수의 통지를 하여야 한다. 관할 시·군 법원 판사의 명령에 의해 수색이 가능하며, 명령의 취소에 관해서는 규정을 준용한다. 강제수색하는 경우 현장에서 수색에 관한 조서와 그 중요한 결과를 작성하여야 하고, 지체하면 위험한 경우에 사전 수색이 가능하지만 합리적인 이유를 입증해야 한다.

〈표 4〉 공정위와 미국 FTC의 조사권 관련 장치 비교


	공정위	FTC
조사권 발동요건	<ul style="list-style-type: none"> • 포괄적·구체적 기준 없음 - 법 시행을 위해 필요 - 범위반 혐의가 있을 때 	<ul style="list-style-type: none"> • 구체적 기준 있음 - 범위반 혐의가 충분 - 거래질서에 상당한 영향 초래 - 타기관 조사와 중복되지 않음
조사권 행사절차	<ul style="list-style-type: none"> • 사건심사 착수 보고 - 사건명, 사건의 단서, 관계법조 등 보고사항 개략적 	<ul style="list-style-type: none"> • 평가위원회의 강제조사권 사용 결의 → 강제 조사권 신청 → 위원회 승인 (투표로 결정)
조사의 거부수단	<ul style="list-style-type: none"> • 부당한 조사와 거부수단 없음 • 조사거부시 과태료 부과 	<ul style="list-style-type: none"> • 위원회에 기각·수정 요구 • 행정제재 불가, 법원에 집행소송 제기
조사 수단	<ul style="list-style-type: none"> • 현장출입(조사)권 • 출석 및 진술요구권 • 자료제출명령권 • 보고 요구 • 자료·물건의 영치권 • 계좌추적권 • 전속고발권 	<ul style="list-style-type: none"> • Subpoena : 구두진술 요청, 자료제출 요청 • CID : 서면답변 요구, 자료제출 요구 • Access Order : 사업장 출입, 자료열람·복사

받아들이지 않으면 재고도 신청할 수 있다. FTC는 소환이 거부당할 경우 법원에 집행소송을 제기하여야 한다. 법무성의 독점국이 이용하는 조사요청권(civil investigation demand: CID)은 서면답변, 현장출입, 자료열람 등을 요청하는 것이며, 기업은 이러한 명령에 거부하거나 법원에 기각을 요청할 수 있다. CID를 강제집행하려면 법원에 소를 제기하여야 한다. FTC나 법무성은 예비조사 단계에서 강제조사권을 사용하지 못한다. 예비조사를 하려면 범위반에 대한 혐의가 충분하고, 경제나 거래질서에 상당한 영향을 주고, 다른 부처의 조사와 중복되지 않아야 하는 등의 요건을 갖추어야 한다.

Ⅲ. 대안

실익이 없는 무리한 강제조사권의 도입보다는 혐의가 드러난 담합의 경우 직접 검찰에 고발하거나 내부밀고자 보호 및 보상 강화를 통하여 질차적 정당성 및 정책 실효성을 동시에 확보할 필요가 있다. 각국의 경쟁당국이 압수·수색권을 행사하여 부당한 공동행위를 적발한 경우는 극히 일부분이기 때문이다. 공정위는 2002년 부당 공동행위를 행한 학생복 제조업체 및 정유사를 검찰에 고발한 바와 같이 유사사례에 대해 향후 엄격하게 공정거래법을 집행함으로써 부당한 공동행위에 대한 사전적인 억제력을 제고해야 한다. 한편으로는 공정위의 시정조치가 있기 전에도 부당한 공동행위의 결과 피해를 본 사적 당사

자가 법원에 직접 손해배상을 청구할 수 있도록 하고, 전문가들을 활용하여 담합으로 인한 손해 발생 입증과 손해배상액을 추정하여 부당이득을 환수할 수 있어야 한다. 이 경우 담합행위에 한하여 징벌적 배상제도를 검토할 필요가 있다. 더불어 담합의 정확적 증거 확보와 합리적인 피해액 추정을 위한 통계 프로그램 개발 및 상시정보 수집체계를 강화해야 한다. 공정위는 물리적 강제 조사보다는 암묵적 담합의 감지와 정확한 손해 배상액을 추정할 수 있는 통계분석 프로그램 개

발 및 인력보강에 힘써야 한다. 미국의 경우 공동행위에 대한 규제가 강화되면서 사업자간의 합의가 암묵적으로 이루어지는 사례가 많기 때문에 '합의의 존재'를 입증하기 위한 정치한 추정 방법이 개발되고 있다. 그리고 부당한 공동행위를 예방하고 억제하기 위해 시행하고 있는 공공건설공사 입찰분야에 대한 『상시정보수집체계』의 적용분야를 부당한 공동행위의 가능성이 상대적으로 높은 다른 업종 및 사업자단체에 대폭 확대할 필요가 있다. 

〈부표 1〉 담합 및 부당한 공동행위 관련 법제

법령	규제내용	처벌기준
건설업법 (법 제59조제1호)	공모하여 미리 조작한 가격으로 입찰하는 행위	· 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금
국가계약법 (시행령 제76조 제1항제7호)	서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하거나, 특정인의 낙찰을 위하여 담합하는 행위	· 모든 공공공사 입찰참가 제한 - 주도자: 6개월~1년 - 가담자: 1~6개월
공정거래법 (제19조제1항)	공동으로 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격결정 등의 행위	· 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금 · 과징금: 매출액의 5%
형법 (제315조)	위계 또는 위력, 기타의 방법으로 입찰의 공정을 해하는 행위	· 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금
축산법 (제39조)	공정한 가격의 성립을 저해하거나 부당한 이익을 얻은 목적으로 담합하는 행위	· 100만원 이하의 과태료