

# 신고인의 심사보고서 수령 권리를 인정할 것인가?<sup>1)</sup>

김연장 법률사무소 변호사 | 정영진

## I. 서론

「공정거래위원회회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」(이하 “규칙”이라 한다) 제29조 제10항에 의하면 “심사관은 심사보고서를 각 회의에 제출함과 동시에 피심인에게 심사보고서와 첨부자료의 목록 및 첨부자료를 송부”하여 한다고 규정하고 있을 뿐, 신고인에게 심사보고서를 송부할지 여부에 대하여 명확한 규정을 두지 않고 있다. 따라서 공정거래위원회(이하 “공정위”라 한다)는 실무적으로 공정거래사건의 신고인에게 심사보고서를 송부하지 않는다.<sup>2)</sup> 그 결과, 신고인으로서 자신의 사실 및 법적 주장이 심사보고서에 구체적으로 어떻게 판단되었는지를 알 길이 없다.

공정거래법 제52조의2에 의하면 “당사자 또는 이해관계인은 공정거래위원회에 대하여 이 법의 규정에 의한 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 적어도 법문상으로는 당사자와 이해관계인을 구별하지 않고 있으므로 규칙이 심사보고서 송부에 있어서 피심인과 신고인을 차별적으로 취급하는 것은 규정의 취지 및 형평에 어긋난다고 볼 여지도 있다.

그러나 현재 공정위의 관행은, 규칙에 신고인에 대하여 심사보고서를 발송하여야 한 명문의 근거 규정이 없다는 이유로 신고인에게 심사보고서를 송부하지 않고 있다. 규칙 제33조 제5항에 의하면 “의장은 필요하다고 인정할 때에는 심사보고서(사건의 단서, 심사경위, 심사관의 조치의견 및 첨부자료는 제외)를 송부할 수 있다”고 규정하고 있지만, 공정위의 관행은 이 규정도 심의기일 이전에 피심인 이외의 자에게 심사보고서를 송부하거나 피심인 이외의 자의 심사보고서 열람 및 복사가 허용되는 근거규정으로 보고 있지 않다.

실무적으로 신고인은 전원회의에 출석하여 자신의 사실적, 법적 주장을 할 수 있는 기회가 부여되는 경우가 적지 않지만, 사전에 심사보고서를 검토할 기회가 박탈되어 있기 때문에 전원회의에서 의

1) 본고는 필자가 EU 경쟁당국의 사건청문회(Hearing) 및 일본 공정취인위원회 조사절차에 직접 참여한 경험과 미국, EU, 일본의 경쟁법 전문 변호사의 도움에 터잡아 작성되었다. 미국에 대해서는 과거 FTC General Counsel을 역임한 Covington & Burling의 John Graubert 변호사의 도움을, EU에 대해서는 과거 DG Comp의 Deputy Director-General을 역임한 Howrey의 Goetz Drauz 변호사의 도움을, 그리고 일본에 대해서는 Nishimura & Asahi의 Senior Partner인 川島弘造 변호사, 중국에 대해서는 King & Wood의 Susan Ning 변호사, 기타 서강대학교 법학전문대학원의 홍대식 교수로부터 코멘트(Comment)를 받았다. 그러나 이 글은 개인적인 경험에 기초한 필자의 개인적 사건에 불과하며, 김연장 법률사무소의 공식적 입장과는 아무런 관계가 없음을 밝힌다.

2) 여기에서 신고인은 카르텔 사건에서의 자진신고자(Leniency Applicant)가 아니라 시장지배적 지위 남용사건과 같이 공정거래법 위반행위로 인하여 피해를 입은 신고인을 의미한다. 카르텔 사건에서는 자진신고자도 전원회의에서 자진신고자의 지위로 최종 확정되기 때문에 심사보고서의 송부 당시에는 여전히 피심인의 지위를 갖고 있다. 따라서 자진신고자에게도 심사보고서가 송부되고 있다.

미 있는 법적·사실적 진술을 하기에는 사실상 매우 힘들다. 또한, 실제로 매우 드문 경우이기는 하지만 신고인이 신고서에 기재한 법 위반행위의 내용과 공정위의 조사결과(이에 대해서는 혐의가 인정되지 않아서) 심사보고서에 기재된 법 위반행위가 전혀 다른 경우도 있다. 이러한 경우에 신고인은 전원회의(또는 소회의)에서 어떤 법 위반행위를 대상으로 의견 진술을 하여야 하는지, 자신이 제기한 법 위반행위는 추후 추가적인 조사에 의하여 심사보고서가 나올 수 있는 가능성이 있는지 등과 관련하여 공정위 심결절차에서 상당한 법적 불확실성에 노출될 수 있다.

공정위는 그 동안 피조사대상기업 내지는 피심인의 방어권 보장에 많은 노력을 기울여 왔으며, 상당한 제도적 개선의 성과가 있었다. Microsoft 사건 이후 공정위의 사건처리절차 개선에 대한 많은 논의가 있었으며, 한·미 FTA 협정문에는 여타 FTA 협정문에 비하여 특이하게 피심인의 절차적 권리를 보장하기 위한 기술적인 조문(條文)을 두고 있으며, 한·EU FTA 협정문에도 피심인의 방어권 보장과 관련한 조문을 두고 있다.<sup>3)</sup> 동 협정들은 신고인의 절차적 지위에 대해서는 언급하지 않고 있지만, 후술하는 바와 같이 우리나라 공정위의 신고인에 대한 절차적 권리 보장의 정도와 미국과 EU의 그것과는 상당한 편차가 있다.

본고에서는 공정거래 사건처리절차에서의 신고인의 지위, 특히 심사보고서를 수령할 권리를 인정하지 않고 있는 공정위의 관행에 대하여 필자의 제한적인 경험에 비추어 단상(斷想)을 소개하고자 한다.

## II. 신고인의 절차적 권리

신고인은 공정거래법 위반행위로 인하여 영업활동에 방해를 입었다고 믿는 피해자가 대부분이다. 이러한 피해자들의 절차적 권리를 어느 정도 보장하여야 하는지에 대하여 헌법재판소는 “청구인은 청구의 회사와의 사이에 존재하였던 대리점계약의 일방당사자로서 청구의 회사의 이 사건 불공정거래행위라는 범죄로 인하여 위와 같은 대리점계약 상의 지위를 상실하는 법률 상의 불이익을 받고 있으므로, 청구인이 비록 공정거래법이라는 형사실체법 상의 보호법익(保護法益)의 주체는 아니라고 하더라도 헌법상 재판절차 진술권의 주체인 피해자에는 해당한다고 보아야 한다”면서 피해자의 절차적 권리를 명시적으로 인정하는 판시를 한 바 있다.<sup>4)</sup> 공정위 심사절차에서 공정거래법 상의 피해자인 신고인에게 가장 중요한 절차적 권리는 공정위의 심결절차에 참여하여 진술할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 동 심결절차에 실질적으로 참여하기 위해서는 전원회의(또는 소회의)에 참여하여 진술할 수 있어야 하는데, 그 진술의 대상이 바로 심사보고서이다. 따라서 심사보고서에 대한 접근이 이루어지지 않은 채 전원회의에서 발언하는 기회를 부여하는 것만으로는, 형식적인 참여는 이루어지고 있

3) Article 16-1 of KORUS FTA: “Each Party shall ensure that a respondent in an administrative hearing convened to determine whether conduct violates its competition laws or what administrative sanctions or remedies should be ordered for violation of such laws is afforded the opportunity to present evidence in its defense and to be heard in the hearing. In particular, each Party shall ensure that the respondent has a reasonable opportunity to cross-examine any witnesses or other persons who testify in the hearing and to review and rebut the evidence and any other collected information on which the determination may be based.” 또한, Article 11-3 of Korea EU FTA: “The Parties recognize the importance of applying their respective competition laws in a transparent, timely and non-discriminatory manner, respecting the principle of procedural fairness and rights of defense of the parties concerned.”

4) 1995. 7. 21. 선고 94헌마136결정

다고 할 수 있을지라도 실질적으로 의미 있는 절차적 참여가 이루어지고 있다고 보기는 힘들다.

우리나라와는 달리 미국과 유럽의 경우는 신고인으로 하여금 심사보고서에 접근할 수 있도록 하고 있다. 미국의 경우 연방거래위원회(FTC; Federal Trade Commission) 절차에서 우리나라 공정위의 심사보고서에 상응한다고 할 수 있는 것은, FTC의 조사결과 조사대상기업이 법 위반행위를 한 것으로 합리적으로 믿을 수 있는 경우에 발부하는 ‘이의제기서’(Complaint)이다. 유럽의 경우는 경쟁당국의 ‘이의제기서’(Statement Of Objections)가 이에 해당한다고 할 수 있다. 반면, 일본과 중국은 피심인의 방어권 보장이 보다 중요한 이슈(Issue)로 머물러 있으며, 아직 신고인의 절차적 권리의 보장이라는 문제를 치열하게 고민하고 있지는 못한 것으로 평가되고 있다.

## 1. 미국

미국의 경우, 5명의 FTC 위원들이 투표에 의하여 이의제기서를 발부하기로 결정하면, FTC 절차에서 소위 ‘Part 3’ 절차가 개시된다. 동 절차는 밀행주의(密行主意)가 적용되는 조사절차와 엄격하게 구별되며, 이의제기서를 포함한 동 절차에 제출된 모든 서류가 일반에게 공개된다. 따라서 미국에서는 ‘신고인의 절차적 권리의 보장’이라는 좁은 개념으로 접근하기 보다는, FTC의 공익적(公益적) 역할에 초점을 두어 FTC의 조사가 끝나고 집행절차(Enforcement Action)로 이행한 경우에는 생성되는 모든 자료나 절차를 일반인에게 투명하게 공개하고 있다. 동의명령(Consent Order)을 발하여 Part 3 절차로 이행하지 않는 경우에도, 준비하였던 이의제기서를 공개하여 이해관계자들이 FTC의 해당 사건에 대한 잠정적인 조사결과를 알 수 있도록 배려하고 있다.

일단, Part 3 절차로 이행한 이후에는 행정법판사(Administrative Law Judge; ALJ)가 주재하는 행정심판절차가 개시되며, 동 절차는 경우에 따라 Discovery 절차도 수반되는 준사법(準司法)적인 절차가 적용된다(ALJ의 결정에 대해서는 FTC 위원으로 구성된 위원회에 이의신청이 가능하다). 결국, FTC가 조사결과에 따라 제재 여부를 결정하는 집행절차(Enforcement Procedure)로 이행하기 위하여 이의제기서를 발부하는 경우는, 동 위원회에 법 위반신고를 한 신고인은 공개된 이의제기서를 통하여 자신이 제기하였던 사실적·법적 주장에 대하여 구체적으로 어떠한 판단을 하였는지를 상세하게 알 수 있다. 미국의 FTC 절차는 위와 같이, 일단 이의제기서가 발부된 경우는 공개절차로 이행하기 때문에 사실상 신고인에게 특별한 절차적 권리를 인정할 실익(實益)이 크지 않으며, 신고인은 ALJ 절차에 증인으로 참여하거나 문서증언(Affidavit)을 제출할 수도 있다.<sup>5)</sup>

5) § 3.14 Intervention.

(a) Any individual, partnership, unincorporated association, or corporation desiring to intervene in an adjudicative proceeding shall make written application in the form of a motion setting forth the basis therefor. Such application shall have attached to it a certificate showing service thereof upon each party to the proceeding in accordance with the provisions of §4.4(b) of this chapter. A similar certificate shall be attached to the answer filed by any party, other than counsel in support of the complaint, showing service of such answer upon the applicant. The Administrative Law Judge or the Commission may by order permit the intervention to such extent and upon such terms as are provided by law or as otherwise may be deemed proper.

(32 FR 8449, June 13, 1967)

## 2. EU

유럽의 경우, 신고인은 일반 이해관계인에 비하여 더 두텁게 보호되고 있다. EU 집행위원회 규칙 제773/2004(이하 “절차운영규칙”이라 한다)<sup>6)</sup>의 제6조 1항에 의하면 “위원회는 신고인에게 심사보고서의 공개본(Non-Confidential Version)을 제공하여야 하고, 동 심사보고서에 대하여 신고인이 문서로 의견을 제출할 수 있는 기한을 설정하여야 한다”고 규정하고 있다.<sup>7)</sup> 위원회고시 2004/C 101/05에 의하면 “D. The Commission’s Procedures With Dealing With Complaints”에서 별도로 “(c) Procedural Rights Of The Complainant”를 두어 위에서 언급한 이의제기서를 받아 볼 수 있는 신고인의 절차적 권리에 대하여 규정하고 있다. 신고인이 아닌 일반적인 제3자에게는 위와 같은 권리가 인정되지 않지만, 충분한 이해관계를 표시하여 신청하는 경우에 위원회는 문서로 자신의 견해를 표시할 수 기회를 부여하도록 규정하고 있다.<sup>8)</sup> 위원회의 사건조사절차를 개선하기 위하여 올해 1월에 발표한 현재의 위원회 관행에 대한 정리보고서에는 “신고인은 위원회의 절차와 밀접한 관련이 있다 (Complainants are closely associated with the proceedings)”<sup>9)</sup>는 점을 분명히 함으로써 신고인이 위원회의 절차에서 중요한 ‘이해당사자’ (Stakeholder)임을 인정하고 있다.

실제로 신고인은 심사보고서를 송부 받고, 이에 대하여 상세한 의견서를 제출하여 자신의 사실적·법적 주장에 대하여 적극적으로 의견을 제시할 수 있고, 이후에 개최되는 청문회(Hearing)에도 참석하여 별도로 준비한 자료에 기초하여 의견 진술을 하는 등 신고인의 절차적 권리가 잘 정비되어 있다. 청문회는 우리나라 공정위의 전원회의(또는 소회의)와는 달리 피심인이 서면으로 구두 진술의 기회를 요구할 때 열리고, 이를 청문주재관(Hearing Officer)이 주재한다(절차운영규칙 제12조). 청문주재관의 역할은 공정위 전원회의(또는 소회의)에서의 의장 역할과는 매우 다르다. 청문회 주재관은 공정위 전원회의(또는 소회의) 위원과는 달리 사건을 결정하는 결정자(決定者)가 아니라, 피심인의 방어권이 충분히 보장되었는지와 같은 사건처리의 절차적 공정성을 확보하는 것을 주된 목적으로 한다. 따라서 청문회에 참석하는 신고인 등에게 비교적 신속성 있게 발언 기회를 부여하며, 드물기는 하지만 피심인과 신고인은 청문회 주재관의 허락을 얻어 타방(他方)에 대하여 직접적인 질문을 던지기도 한다. 따라서 EU의 경쟁법 사건처리절차에 있어서 신고인은 상당히 두텁게 그 절차적 권리를 보장받고 있다고 할 수 있다.

6) Commission Regulation 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty [now Articles 101 and 102 of the TFEU. Also See 16 C.F.R. section 2.2(c) (“The person making the request [a complainant] is not regarded as a party to any proceeding which might result from the investigation.”)

7) “Where the Commission issues a statement of objections relating to a matter in respect of which it has received a complaint, it shall provide the complainant with a copy of the non-confidential version of the statement of objections and set a time-limit within which the complainant may make known its views in writing”

8) “If natural or legal persons other than those referred to in Articles 5 [complainants] and 11 [defendants] apply to be heard and show a sufficient interest, the Commission shall inform them in writing of the nature and subject matter of the procedure and shall set a time-limit within which they may make known their views in writing.”

9) DG COMPETITION, Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, recital 90.

### 3. 일본

일본 공정취인위원회(이하 “공취위”라 한다)의 절차에서는, 신고인에게 심사보고서를 수령할 권리는 인정되지 않는다는 점에서 우리나라 공정위의 절차와 유사한 측면이 있다. 그러나 공취위는 우리나라 공정위의 전원회의(또는 소회의)나 미국 FTC의 소위 ‘Part 3’ 절차, 그리고 EU에서의 청문절차를 거치지 않고 최종결정에 이른다는 점에서 피심인의 방어권조차도 충분히 지켜지지 않고 있다고 볼 수 있다. 공취위는 현재의 제도 하에서 조사가 마무리되면 의결서 초안을 작성하여 피조사기업에게 송부하고, 동 기업이 의결서 초안에 대하여 의견이 있는 경우는 조사를 담당할 부서에 의견서를 제출하거나, 필요에 따라 관련 증거서류를 열람하는 것 이외에는 최종의결서가 나올 때까지 특별하게 방어권을 행사할 수 있는 여지가 거의 없다. 이러한 상황에서 최종의결서가 나오기 이전까지의 신고인의 절차적 참여권은 특별한 관심의 대상이 되지 않고 있다.

최종의결서가 나온 이후에 제재를 받은 기업은, 공취위 내에 마련되어 있는 행정심판절차를 필요적으로 거쳐서 동경고등재판소에 항고소송을 제기할 수 있다. 그러나 동 행정심판절차가 미국식의 ALJ 절차를 모델로 한 것이기는 하지만, 심판관의 구성 등을 볼 때 신고인의 입장에서 큰 기대를 하기 어렵다. 실제로 공취위의 의결을 취소하는 비율이 극히 낮아서 실효성이 없다는 비판이 적지 않았다.

이에 올해 초 법 개정을 통하여 내년 중에 행정심판절차를 없애고, 공취위의 의결에 대하여 바로 동경지방법원을 1심으로 하여 이의를 제기할 수 있도록 이의제도가 획기적으로 바뀌게 되었다. 기술한 바와 같이 공취위는 어떠한 형태의 공식적인 청문절차를 두고 있지 않기 때문에 1심의 기능을 수행한다고 볼 수 있는 심판절차가 존재하지 않는다. 따라서 의결에 대한 이의를 고등법원이 아닌 지방법원에 위치시키는 것은 당연한 논리적 귀결이라고 할 수 있다. 또한, 피조사대상기업의 방어권을 보장하기 위하여 공취위 내에 제한적인 의미에서, 피조사기업들이 최종결정에 이르기 전에 의견제시를 할 수 있는 제도를 마련하여 시행할 예정이다.

### 4. 중국

중국의 반독점법상 기업결합사건을 처리하는 상무부 반독점국은, 현재 일정한 경우 최종결정을 내리기 이전에 청문회를 개최하기도 하지만 이해관계자들의 의견을 청취하는 회의로서의 성격이 강하며, 다른 국가들과 같이 심사관과 피심인이 대심구조(對審構造) 하에서 논박(論駁)하는 성격은 아니다. 카르텔 및 (가격 관련) 시장지배적 지위 남용사건을 담당하고 있는 국가발전개혁위원회(NDRC)나 기타 사건을 담당하는 공상총국(SAIC)의 경우에도 2008년에 제정·시행된 반독점법 사건처리에 대한 경험이 아직까지 없거나 매우 일천(日淺)하기 때문에 청문회 절차를 마련할 것인지, 마련한다면 어떻게 운영할 것인지에 대하여 알려진 바가 없다. 피심인의 방어권 보장에 대한 논의수준이 아직 일천한 수준이기 때문에 아직까지는 신고인의 절차적 권리에 대해서는 특별한 관심이 없는 것으로 보인다.

### Ⅲ. 맺음말

신고인에게 어느 정도 절차적인 권리를 보호하여야 하느냐 하는 문제는 간단한 문제가 아니다. 우리나라가 일본이나 중국이 아니라, 경쟁법 집행의 선진국이라고 할 수 있는 미국이나 EU에 비견할 정도의 절차적 권리를 보장하는 것이 소망(所望)스럽다고 하더라도, 전원회의(또는 소회의)의 개최빈도가 매우 높은 우리나라 공정위의 경우, 신고인에게 이들 국가(또는 지역)와 동등한 정도의 절차적 권리를 인정하는 것은 현실적으로 어렵다는 현실론이 반론으로 제기될 수 있으며, 이는 어느 정도 수긍할 수 있는 측면이 없지 않다.

이념적으로 볼 때, 공정거래법의 목적을 포스코 사건에서 우리나라 대법원도 재확인하고 있듯이 “경쟁의 보호이지 경쟁자의 보호가 아니다”는 명제와 관련하여 볼 수도 있다. 따라서 공정거래법의 목적을 ‘경쟁의 보호’에 국한하여 보면, 논리적으로 볼 때 신고인인 경쟁사업자 또는 거래상대방의 영업 방해 내지 영업 중단의 피해 방지는 공정거래법에 의하여 보호되는 법적 이익이 아니라고 할 수 있고, 따라서 신고인에 대하여 특별하게 절차적 참여권을 인정할 필요는 없다고 주장할 여지도 있다. 환언(換言)하면, 경쟁당국이 경쟁의 보호를 목적으로 법 위반행위에 대하여 조사하고 처벌하는 절차에 있어서 대부분 경쟁사업자인 경우가 많은 신고인이 자신의 권리를 보호하여 달라고 하는 것은 ‘경쟁사업자를 보호’해 달라는 것이라는 주장이다.

최근 시장지배적 지위 남용사건에서 법원이 신고인에게 보조참가를 허용하지 않는 결정에서도 보조참가에 대한 여러 가지 법적 요건에 대한 판단이 있었다. 이 또한 넓게 보면, 이러한 논리에 터잡아 신고인의 보조참가를 허용하지 않았다고 볼 여지도 있다. 즉, 법정책(法政策)적인 관점에서 신고인의 절차적 권리를 보호하는 것은 별론(別論)으로 하더라도, 공정거래법의 목적에 비추어 볼 때 신고인의 절차적 권리를 보호하는 것이 반드시 필요한 것은 아니라는 것이다.

이상에서 보는 바와 같이, 현재 공정위가 신고인에게 심사보고서를 송부하지 않는 관행은 미국과 EU의 관행에 상응하는 것은 아니지만, 나름대로의 논리가 있을 수 있다. 다만, 우리나라는 영업자의 유지청구(Injunction)소송도 인정되지 않기 때문에, 사실상 경쟁사업자가 법 위반행위자에 대하여 대처할 수 있는 수단이 극히 제한적이다. 공정위에 대한 신고 또는 직접 법 위반행위자에 대한 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이지만, 미국식의 Discovery가 인정되지 않는 상황에서 공정위의 조사를 기다리지 않고 직접 손해배상을 청구하여 승소하기는 현실적으로 극히 힘들다.

따라서 공정위의 조사가 공정거래법 위반행위를 억제하는데 가장 중요하고 효과적인 기능을 하는 우리나라와 같은 법제 하에서는, 공정위 절차에서 신고인의 지위를 두텁게 보호하여야 할 현실적인 필요성을 어떻게 구현할 것인지를 화두(話頭)로 던지면서 글을 마무리한다.

10) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결. 미국법에 관해서는 Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578; Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 320, 82 S.Ct. 1502, 1521, 8 L.Ed.2d 510 (1962), EU법에 관해서는 Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 [now 102] EC Treaty to Abuse Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, ¶6 참조.

11) 서울고등법원 2008누35462호 시정명령등취소(보조참가신청 부분)에 관한 2009.8.26.자 결정.