

한국 공정거래위원회의 조사절차와 통상법

강성진 미국 뉴욕주 변호사 (고려대학교 강사, 법학박사)

I. 문제의 소재

- 한국 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)는 GCR에서 미국, 프랑스, 독일의 경쟁당국과 나란히 최고 등급의 경쟁당국으로 평가받는 등 국제적으로 높은 위상을 차지하고 있음.
- 공정위는 2017년 GCR Awards에서 C사에 대한 제재로 ‘올해의 경쟁법 집행’을 수상했고, 2년 연속으로 아시아 · 태평양 · 아프리카 지역 ‘올해의 경쟁당국상’도 수상하였음.
- ※ GCR(Global Competition Review)은 영국의 경쟁법 · 정책 전문 국제저널임. 매년 전 세계 경쟁당국의 법 집행을 평가하여 올해의 경쟁법 집행, 올해의 경쟁당국, 올해의 사건, 올해의 로펌, 올해의 인물상 부문 등을 시상함.
- ※ 공정위는 아시아 · 태평양 · 아프리카 지역 경쟁당국 중 가장 우수하다고 평가되어, 2016년에 이어 2년 연속 아시아 · 태평양 · 아프리카 지역 ‘올해의 경쟁당국상’을 수상함.
- GCR은 C사에 대한 제재 건과 함께 공정위가 지난 1년간 주요 산업분야에서 다수의 담합을 적발 · 시정하고, 경쟁제한적인 인수합병(M&A)를 적극 차단한 점을 높이 평가하였음.
- 특히 GCR은 C사의 시장지배적 지위남용행위 건이 선도적 경쟁당국 거대 첨단 기술 기업을 조사하는데 있어 어떻게 해야 하는지를 잘 보여주었다고 평가했음.

- 한국 공정위 조사 절차에 대한 문제제기는 꾸준히 이루어져 왔으며, 2016년 2월에 공정위가 “조사절차에 관한 규칙” 및 “공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙”을 개정하는 등 국제 표준에 맞는 조사 절차를 도입하고자 노력하고 있으나, 일부에서는 여전히 미흡한 점을 지적하고 있음.
- 이에 2016년 12월 29일 발표된 C사에 대한 공정위 결정과 관련된 절차적 문제제기에 대해 한미 FTA 관점에서 검토해 보는 것이 의미가 있을 것으로 판단됨.

II. C사에 대한 공정위 결정과 이에 대한 문제제기

- 2016. 12. 29. 공정위는 C사와 2개 계열회사의 시장지배적 지위 남용행위에 대해 시정명령과 함께 과징금 1조 300억원 부과
- 공정위는 C사가 이동통신 표준기술 (CDMA, WCDMA, LTE 등)과 관련하여 표준필수 특허 (Standard Essential patents, SEP) 보유자이자 모뎀 칩셋 공급자로서 SEP 라이선스 제공 거절, 제한, 부당한 라이선스 계약 체결 및 이행강제, 부당계약 강요 등의 위법행위를 했다고 판정.
- C사는 공정위 결정에 불복하여 법원에 행정소송을 제기하는 한편, 언론을 통해서 공정위가 반론권을 보장하지 않아 절차적으로 공정하지 못했다며 문제제기를 제기.
- 일부에서는 통상마찰로 비화될 가능성에 대해 우려하고 있음.
- 미국은 2017년 통상장벽보고서에서 다수 미국 기업들이 한국의 공정위가 외국 기업을 표적으로 공격적으로 집행을 하고 있으며 공정위의 조사 규정과 관행이 조사과정에서 미국 기업들의 방어권을 박탈하고 있다고 우려하고 있음을 지적하였음.

A number of U.S. firms have raised the concern that the KFTC has targeted foreign companies with more aggressive enforcement efforts, and that KFTC procedures and practices have inhibited their ability to defend themselves during KFTC investigatory proceedings. In January 2017, the U.S. Government probed these issues in detail in discussions with officials from the Korean Ministry of Trade, Industry, and Energy and the KFTC as part of the annual KORUS Joint Committee meetings. Further bilateral meetings are scheduled to ensure Korea's full implementation of its competition-related KORUS obligations. (p. 292)

III. 한미 FTA의 경쟁 Chapter로 비취본 공정위 결정

- ☐ 우선 한미 FTA 제16.1조는 경쟁당국 조사 절차와 관련하여 다음과 같이 규정하고 있음.

한미 FTA 제16.1조

3. 각 당사국은 행위가 자국의 경쟁법을 위반하는지 여부 또는 그러한 법 위반에 대하여 어떠한 행정적 제재 또는 구제를 명하여야 하는지를 판정하기 위하여 소집되는 행정 심리에서 피심인이 자신을 방어하는 증거를 제시하고 발언할 수 있는 기회를 부여받도록 보장한다. 특히, 각 당사국은 피심인이 모든 증인 또는 심리에서 증언하는 그 밖의 인을 반대신문하고 판정이 근거할 수 있는 증거와 그 밖의 수집된 정보를 검토하고 반박할 수 있는 합리적인 기회를 가지도록 보장한다.
4. 각 당사국은 자국의 경쟁법 위반에 대하여 제재 또는 구제의 부과 대상이 되는 인에게 그 당사국의 법원에서 그 제재 또는 구제의 재심을 구할 수 있는 기회를 제공한다.
5. 각 당사국은 자국의 국가 경쟁법의 집행을 담당하는 자국의 당국에게 그

집행조치의 대상자와 상호 합의에 의하여 자신의 행정적 또는 민사적 집행 조치를 해결할 수 있는 권한을 제공한다. 당사국은 그러한 합의가 사법적 승인의 대상이 되도록 규정할 수 있다.

6. 각 당사국은 행위가 자국의 경쟁법을 위반하는지 여부 또는 그러한 법 위반에 대하여 어떠한 행정적 제재 또는 구제를 명하여야 하는지를 판정하기 위하여 소집되는 행정 심리에 대한 절차규칙을 공표한다. 이러한 규칙은 그러한 절차에서 증거를 도입하는 절차를 포함하며, 이는 그 절차의 모든 당사자에게 평등하게 적용된다.

- 공정위는 현재 “조사절차에 관한 규칙” (공정위 고시 제2016-1호) 및 “공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙” (공정위 고시 제2016-2호)를 공표해서 공정위 조사절차 및 공정위 조사, 심의, 결정, 의결 및 처리절차에 관한 세부사항을 적용하고 있음.
- 공정위는 “시장지배적 지위 남용행위 심사기준” (공정위 고시 제2012-52호)를 공표해서 시장지배적 사업자의 행위가 시장지배적 행위에 해당되는지 여부에 대한 심사기준을 정하고 있는 바, 이는 한미 FTA 16.1.6조의 요건을 만족시키는 것으로 인정될 수 있음.
- 공정위의 “조사절차에 관한 규칙”은 공정위의 현장조사 방법과 절차, 디지털자료 수집 분석, 그 밖의 현장조사 관련 사항을 정함에 있어서 현장조사에서의 적법절차 원칙 (due process)에 관한 국제적 기준을 만족시키고자 노력한 것을 인정할 수 있음.
- 조사권 남용 금지(제3조), 비밀엄수 의무(제4조), 조사공문 교부(제6조), 변호인의 조사과정 참여 (제13조), 조사과정 및 사건 심사의 기록(제14조), 디지털포렌식 기본 원칙 (제18조), 수집된 디지털자료 복사본의 교부 (제23조), 관리 및 보존(제25조) 등을 규정.

* 구체적인 내용은 발표문 말미의 [별첨 1] 참조

- 공정위의 “공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙”(공정위 고시 제2016-2호)의 경우 사건심사착수보고 후 15일 이내 피조사인 서면 통지(제11조 4항), 조사진행 상황 통지(제11조 5항), 진술조서 작성 및 확인(제15조) 등을 보장하는 한편, 사법절차에 준해서 심의준비절차의 서면 제출, 준비기일 등의 규정을 도입했음(제30조~제30조의12).
- 피심인은 변호사 또는 공정위 회의의 허가를 얻은 자를 대리인으로 선임하여 조사에 대응하고(제36조), 영업비밀 보호 조치를 요청할 수 있으며 (제40조의 2), 피심인이 증거조사(제41조) 및 참고인신문(제41조의 2)을 신청할 수 있도록 규정하고 있음.

* 구체적인 내용은 발표문 말미의 [별첨 2] 참조

- 물론 이러한 규정은 Federal Rules of Civil Procedure 및 Federal Rules of Criminal Procedure를 준용해서 절차를 진행하는 미국 법무부 (DOJ) 및 연방 거래위원회 (Federal Trade Commission, FTC)와 비교했을 때 일부 미흡한 점이 있다고 할 수도 있으나, 최소한 한미 FTA 16.1.3조 규정에 비추어 보았을 때 공정위는 피심인의 반론권 및 방어권을 보장하기 위한 최소한의 장치를 갖추고 있다고 볼 수 있음.
- 또한 공정위의 결정에 불복할 경우 피심인은 공정위 결정을 행정법원에 항소할 수 있으며, 법원에서 공정위 결정이 무효화된 사례도 많음. 이는 한국의 제도가 한미 FTA 16.1.4조 기준을 만족하고 있다고 주장할 여지가 충분함.
- 또한 공정위는 동의명령제(Consent Decree) 제도를 최근 도입하면서 미국과 유사하게 경쟁당국과 피심인이 상호 합의에 의해서 사안을 해결할 수 있는 제도도 도입했음. 특히 동의명령제는 한미 FTA 이행을 위해 도입한 제도임.
- 또한 공정위가 2016년 12월 28일 배포한 보도참고자료와 같이 공정위가 관련 법령 및 한미 FTA 규정에 따른 절차적 방어권을 제공해 왔음을 참조하건대, C사에 대한 공정위의 결정이 특별히 한미 FTA 16.1조의 요건을 위반했다고 보기는 힘들 것임.

- 특히 DOJ와 FTC가 형사 및 민사 소송의 원고로 기능해서 궁극적으로 법원의 판결을 받아내는 것을 목적으로 하는 미국의 antitrust 조사 제도와 준사법적 행정 심의 제도로 기능하는 공정위 심의 제도를 수평적으로 비교하는 것은 부적절함.
- 오히려 한국 공정위 조사 및 심의 제도는 EU 집행위 경쟁총국 (DG Competition)의 조사 절차와 비교했을 때 적법절차 원칙 및 피심인의 방어권 보장에 있어서 크게 뒤지지 않는다는 것이 합리적인 평가로 보임.

IV. 미국 경쟁당국의 영업비밀정보 취급 관련 규정

- 미국 경쟁당국 중 미국 법무부(Department of Justice)의 반독점국 (Antitrust Division)은 기본적으로 검찰과 같은 입장에서 경쟁법 위반 행위에 대해 연방법원의 민·형사 소송 절차를 진행하게 됨.
- 따라서 미국 법무부의 반독점국의 절차는 기본적으로 민사소송의 경우 미국 연방 민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)에 따라야 하고, 형사소송의 경우 연방 형사소송 규칙(Federal Rules of Criminal Procedure)를 따라야 함. 또한 증거법의 경우 연방 증거규칙(Federal Rules of Evidence)를 준수해야 함.
- 미국의 경우 위의 규칙들에는 영업비밀 정보의 취급에 대한 규정은 주로 개인정보의 비밀을 보장해야 한다는 취지로 규정하고 있음.
- 미국 경쟁당국 및 당사자들은 법원에 Protective Order를 신청해서 제3자의 영업비밀 정보 접근을 제한시킬 수 있음.
- 미국 법무부 반독점국 사건 Manual에 따르면 Protective Order는 일반적으로 다음 내용을 포함한다고 함.
 - 법원 절차 당사자 및 제3자들이 비밀 정보를 지정할 기회 제공

- 당사자들이 현재 진행 중인 절차에서 취득한 비밀 정보를 소송 준비 및 소송 절차 진행시 제한적으로 활용 가능
- 비밀정보의 접근은 경쟁 당국, 당사자들의 변호인 및 일부 컨설턴트로 제한됨. 조사 당사자의 사업부 인원이 경쟁적으로 민감한 정보에 접근하는 것은 차단됨.
- 법원에 제출하는 모든 영업비밀 문서들은 봉인되며, 공개를 위한 non-confidential/redacted version을 같이 제출해야 함.
- 영업비밀 정보 제공 당사자가 재판 진행시 비밀 정보나 자료 공개를 법정 안으로 제한(in camera treatment) 요청을 할 수 있음.
- 단, 반독점국은 구두심문(Deposition) 녹취록의 경우 제3자가 discovery를 통해 취득할 수 있음을 당사자에게 안내해야 함.
- 또한 경쟁 당국은 사안에 따라 Protective order 없이도 공판 단계에서 당사자와 영업비밀 문서의 민감한 부분을 공개하지 않거나, 일부 문서를 제3자에게 공개하는데 합의 할 수 있음.

V. 결론

- 공정위 조사절차 규칙 및 사건처리절차 규칙은 한미 FTA 16.1.6조 규정에 따라 적절히 공표되었으며, 이에 대해 통상법적으로 문제 삼기는 어려울 것으로 보임.
- C사에 대한 공정위 결정의 경우 공정위 보도 자료에 따르면 한미 FTA 규정 위반으로 보기 어려우며, C사 측도 공정위 결정에 불복해서 행정소송을 제기했고, 그 이후 별다른 보도가 없는 것으로 보아 통상법적 측면에서의 문제제기는 자제하는 것으로 보임.
- 물론 공정위 조사 및 사건처리 실무에 있어서 아직도 발전과제가 있고, 절차적 공정성과 투명성에 대한 문제제기는 계속되어야 하겠으나, 최소한

C사 건에 대해서는 한미 FTA에 의한 문제제기는 방향이 적절치 않은 것으로 보임.

- 무역과 경쟁 이슈는 현재 WTO 차원의 논의는 수그러들었다고 하나 TPP나 RCEP 등의 메가 Regional 협정에서 계속 논의될 것으로 보임. 따라서 논의 동향을 계속 주시할 필요가 있음.

[별첨 1]

공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙 [시행 2016.2.4.] [공정거래위원회고시 제2016-1호, 2016.2.4., 제정]	
제3조 (조사권의 남용금지)	조사공무원은 공정거래위원회 소관 법률의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 조사를 행하여야 하며, 다른 목적을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.
제4조 (비밀엄수의 의무)	조사공무원은 직무상 알게 된 피조사업체의 비밀을 누설하거나 공정거래위원회 소관 법률의 시행을 위한 목적 외에 이를 이용하여서는 아니 된다
제6조 (조사공문 등의 교부)	① 조사공무원은 현장조사를 개시하기 이전에 피조사업체의 임직원에게 다음 각 호의 사항을 기재한 조사공문을 교부하여야 하며, 이와 함께 조사 공문의 내용 및 피조사업체의 권리에 대하여 상세히 설명하여야 한다. 1. 조사기간 2. 조사목적 3. 조사대상 4. 조사방법 5. 조사를 거부·방해 또는 기피하는 경우 공정거래위원회 소관 법률상의 제재내용 6. 제1호 내지 제4호의 범위를 벗어난 조사에 대해서는 거부할 수 있다는 내용 7. 조사단계에서 피조사업체가 공정거래위원회 또는 그 소속 공무원에게 조사와 관련된 의견을 제시하거나 진술할 수 있다는 내용 ② 제1항에 따라 조사공문에 기재되는 조사목적에는 관련 법 조항과 범위반협의를 함께 기재하여야 하고 조사대상에는 피조사업체의 명칭과 소재지를 특정하여 구체적으로 기재하여야 한다. 다만, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조에 규정한 부당한 공동행위 조사의 경우에는 범위반협의를 기재 및 설명을 생략할 수 있다. ③ 조사공무원은 피조사업체의 조사대상 부서 책임자 또는 이에 준하는 임직원에게 별지 제1호 서식에 따른 전산 및 비전산 자료 보존요청서를 교부하고, 피조사업체 직원들이 그 내용을 준수할 수 있도록 적절한 지시를 해

	줄 것을 요청할 수 있다.
제13조 (변호인의 조사과정 참여)	① 조사공무원은 피조사업체의 신청이 있는 경우 원칙적으로 피조사업체가 선임(피조사업체 소속변호사 포함)한 변호사 등 변호인을 조사 전 과정(진술조서나 확인서 작성 포함)에 참여하게 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 피조사업체의 변호인 참여요청이 조사의 개시 및 진행을 지연시키거나 방해하는 것으로 판단되는 경우 2. 조사공무원의 승인 없이 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우 3. 피조사업체를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우 4. 신문내용을 촬영, 녹음, 기록하는 경우. 다만, 기록의 경우 피조사업체에 대한 법적 조언을 위해 변호인이 기억환기용으로 간략히 메모를 하는 것은 제외한다. 5. 기타 제1호 내지 제4호 이외의 경우로서 조사목적 달성을 현저하게 어렵게 하는 경우 ② 제1항의 규정에도 불구하고, 증거인멸 우려 등의 사유로 조사의 시급을 요하는 부당한 공동행위 조사와 관련하여서는 피조사업체의 변호인 참여요청과 관계없이 조사의 개시 및 진행을 할 수 있다.
제14조 (조사과정 및 사건심사의 기록)	① 조사공무원은 조사를 종료하는 경우 피조사업체 조사과정에 대해 별지 제3호 서식에 따른 조사과정확인서를 작성하고, 피조사업체의 조사대상 부서 책임자 또는 이에 준하는 임직원에게 확인을 받아야 한다. ② 조사공무원은 피조사업체로부터 직접 수집하거나 제출 받은 자료에 대해 별지 제4호 서식에 따라 수집·제출 자료목록을 작성하여 현장조사 종료 후 7일 이내에 피조사업체에게 교부하여야 한다. ③ 조사공무원은 진술조서 또는 확인서 등을 작성하거나 피조사업체로부터 자료를 수집·접수하는 경우 별지 제5호 서식에 따른 사건심사기록(위원회 소관 사건의 조사 및 심사과정에서 피조사업체가 제출한 자료, 조사 및 사건담당 공무원 등이 작성한 자료 등 사건의 조사 및 심사와 관련된 일체의 자료를 말한다. 이하 같다.) 목록

	을 작성하고, 매 장마다 면수를 기재하여야 한다. 다만, 범위반행위 사실과 직접 관련이 없거나 중복하여 작성 또는 접수된 자료는 사건심사기록에서 분리하여 별도로 편철할 수 있다. ④ 조사공무원은 별지 제6호 서식에 따라 사건심사기록 표지를 작성하여 사건심사기록 목록 앞에 편철하여야 한다. 이 경우, 피조사인이 다수여서 표지에 기재가 어려울 경우에는 별지를 작성하여 사건심사기록 표지 바로 뒷면에 편철할 수 있다. ⑤ 조사공무원은 조사과정에서 영치한 모든 물건 및 자료의 내역과 반환 여부, 반환일자 등에 관한 영치물 목록을 별지 제7호 서식에 따라 작성하여 사건심사기록 목록 바로 뒷면에 편철하여야 한다.
--	--

[별첨 2]

공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙 [시행 2017.4.14.] [공정거래위원회고시 제2017-2호, 2017.4.14., 일부개정]	
제40조의2 (영업비밀 등의 보호를 위한 조치)	① 피심인, 참고인 또는 이해관계인(이하 동조에서 ‘피심인 등’이라 한다)이 심판정에서 자신의 사업상의 비밀이 포함된 사항에 대하여 발언하고자 하는 경우에는 회의 개최 5일 전까지 공개가 곤란한 사업상 비밀의 내용과 필요한 조치의 내용을 기재한 서면을 심판관리관에게 제출함으로써 주심위원 또는 소회의 의장에게 분리 심리 또는 다른 피심인 등의 일시 퇴정 기타 필요한 조치를 요청할 수 있다. ② 제1항의 사업상의 비밀이란 공개될 경우 피심인 등의 정당한 이익을 해할 우려가 있는 사업상 정보를 말하며 이에겐 생산방법, 판매방법, 거래처, 고객 명단, 원가, 외부에 공개되기 어려운 사업전략 등이 포함된다. ③ 제1항에 의한 피심인 등의 요청이 있는 경우 주심위원 혹은 소회의 의장은 심의 개최 1일 전까지 그 허용 여부를 피심인 등에게 통지하여야 한다. ④ 의결서 등에 제2항에 의하여 주심위원 혹은 소회의 의장이 사업상의 비밀로 인정한 사항이 있는 경우 등 필요한 경우에는 공정거래위원회의 결정으로 사업상의 비밀이 포함된 의결서를 공개하지 않거나 그 사업상의 비밀을 삭제하여 의결서를 공개할 수 있다.
제41조 (증거조사의 신청 등)	① 피심인 또는 심사관은 각 회의에 증거조사를 신청할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 증거조사를 신청함에 있어서는 증거방법 및 그에 의하여 증명하려고 하는 사항을 명백히 밝혀 이를 행하고, 참고인신문을 신청하고자 하는 경우에는 참고인의 성명·주소·직업 및 신문사항을 명백히 하여 이를 행하여야 한다. ③ 의장은 피심인 또는 심사관의 증거조사신청을 채택하지 아니할 때에는 그 이유를 고지하여야 한다. ④ 각 회의는 필요하다고 인정하는 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

제41조의2 (참고인신문 방식)	① 참고인신문은 이를 신청한 심사관 또는 피심인이 먼저 하고, 다음에 다른 당사자가 한다. ② 각 회의의 의장 및 위원은 제1항의 신문이 끝난 뒤에 신문할 수 있다. ③ 각 회의의 의장은 필요한 경우 제1항과 제2항에 따른 신문의 순서를 바꿀 수 있다. ④ 심사관 또는 피심인의 신문이 중복되거나 쟁점과 관계가 없는 때, 그 밖에 필요한 사정이 있는 때에 각 회의의 의장은 심사관 또는 피심인의 신문을 제한할 수 있다. ⑤ 신문은 개별적이고 구체적으로 하여야 한다. ⑥ 각 회의가 직권으로 참고인을 신문할 경우 신문방식은 각 회의 의장이 정하는 바에 의한다.
------------------------------	---