

공정거래법 위반사건 심리절차의 절차적 적법성에 대하여

윤성운 ■ 변호사

1. 들어가는 글

공정거래위원회는 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”으로 약칭한다)에 관한 사무를 독립적으로 수행하는 합의제 중앙행정기관으로, 공정거래법에 따라 공정거래법 위반행위에 대한 심사, 심리, 의결 및 의결에 대한 재결 등을 할 권한을 가진다(공정거래법 제35조, 제36조). 공정거래위원회가 공정거래법에 따라 진행하는, 심사관이 공정거래법 위반행위로 제기한 사건에 대한 심리절차(이하 편의상 “공정거래법위반사건 심리절차”라고 약칭한다)는 공정거래위원으로 구성된 회의가 공정거래법 위반행위로 심의(심리와 의결을 포함)에 부의된 행위에 대하여 심사관과 피심인이 제기하는 주장을 듣고, 심사관과 피심인이 신청하는 증거에 대한 조사를 진행하는 절차이다. 따라서 심리절차는 공정거래위원회(구체적으로는 그 사무처)가 신고, 인지 등에 따라 공정거래법 위반 혐의가 있는 사업자의 행위를 조사하는 심사절차(공정거래위원회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙 제3장제1절 참고), 심리절차 종결 후 심리절차를 통해 얻어진 증거자료 등에 기초하여 심의에 부의된 행위에 대하여 공정거래법 위반 여부를 판단하고 해당 행위에 대하여 공정거래법에 따른 시정조치 등을 하는 의결절차, 피심인이 의결의 적법, 타당성에 대하여 다투는 이의신청절차와는 구분된다. 공정거래위원회의 심사절차는 일응 소추기관의 소추를 위한 조사절차에, 심리절차는 소추기관의 소추내용에 대한 재판절차에, 의결 및 재결은 판결에 해당하거나 이에 유사한 것으로 볼 수 있다.

공정거래위원회에 의한 심사절차는 공정거래법 위반 여부가 문제되는 행위에 대한 조사절차

로서 일반의 행정절차로서의 성격을 가진다. 반면 공정거래법 위반사건 심리절차는 비록 행정절차의 하나이지만 일반의 행정절차와 달리 대심구조의 준사법적 절차라는 특성을 가지고 있다. 공정거래법은 공정거래법에 의한 공정거래위원회의 처분에 대해서는 서울고등법원을 전속관할로 한다고 규정함으로써 행정상의 처분에 대한 3심제의 재판제도에 대한 예외를 인정하고 있는바, 이에 따라 사실상 공정거래위원회의 심판절차에는 1심 재판적인 기능이 부여되어 있다.¹⁾ 위 전속관할에 관한 법규정에 따라 공정거래위원회의 심판절차에 1심 재판적인 기능이 부여된 것에 더하여 판례는 공정거래위원회가 시정조치를 함에 있어 인정한 사실에 대하여 사실상의 추정력을 인정하고 있다(대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 판결).²⁾ 따라서 공정거래위원회의 심판절차는 일반 행정심판절차보다 준사법적 절차로서의 성격이 지극히 강한 것이라고 볼 수 있다. 공정거래위원회의 심판절차에 1심 재판적인 기능이 부여됨에 따라, 공정거래법 위반행위로 인해 처분을 받게 되는 국민은 사실의 인정을 정식 혹은 통상의 재판절차를 통해 다룰 기회를 상당 정도 상실하게 된다. 그러므로 공정거래위원회의 심리절차에 있어서는 심결내용의 공정성을 확보하기 위하여 피심인에 대하여 대심적 사법절차에 준하는 방어권을 보장해야 한다. 특히 헌법적인 가치인 적법절차의 원칙에 비추어 피심인의 방어권은 적절히 보장되어야 하므로, 피심인에 대한 적절한 방어권의 보장에 반하는 공정거래법령이나 실무는 국민의 재판청구권의 보장뿐 아니라 적법절차(due process)의 보장이라는 헌법원칙에도 위배되는 것이 될 수 있다.

2. 공정거래법 위반사건 심리절차의 절차적 적법성과 관련한 문제점

현행 공정거래법령의 규정이나 공정거래위원회의 실무상 공정거래법 위반사건 심리절차의 절차적 적법성과 관련하여서는 대심적 사법절차에 준하는 방어권이 피심인에게 보장되고 있는지가 특히 문제된다. 이 점을 검토하기 위해서는 먼저 공정거래법령상 공정거래법 위반사건 심리절차가 언제 개시되는지가 밝혀져야 한다.

1) 일본 사적독점금지및공정거래확보에관한법률(이하 "일본 독점금지법"이라 함) 또한 공정취인위원회의 심결에 대한 취소소송은 동경고등법원의 전속관할로 하고 있다(제86조).

2) 일본 독점금지법 제80조는 제1항에서 심결에서 공정취인위원회가 인정한 사실은 이를 입증할 실질적인 증거가 있는 때에는 법원을 구속한다고, 제2항에서 전항에 규정하는 실질적인 증거의 유무는 법원이 이를 판단하는 것으로 한다고 규정하고 있고, 제82조에서 법원은 심결의 기초가 되었던 사실을 입증하는 실질적인 증거가 없는 경우와 심결이 헌법 기타의 법령에 위반하는 경우에는 이 심결을 취소할 수 있다고 규정하고 있다.

일본의 경우에는 공정취인위원회의 심판개시결정에 의해,³⁾ 미국의 경우에는 FTC 정위원회
 의 심판소장(administrative complaint)⁴⁾ 발부결정에 의해 심판절차가 개시되나, 공정거래법
 은 언제 심리절차가 개시되는지를 규정하고 있지 않다. 다만, 공정거래법 제48조, 제55조의2
 등에 근거하여 공정거래위원회가 공정거래법 위반행위 여부의 조사 및 심사, 심리, 의결 및 그
 처리절차에 관한 세부사항 등을 정할 목적으로 제정한 “공정거래위원회의 운영 및 사건절차 등
 에 관한 규칙”(이하 “절차규정”)⁵⁾은 제31조에서 ‘심사관으로부터 심사보고서를 제출받은 회의
 의 의장은 심사보고서에 대한 피심인의 의견서가 제출된 날(의견서가 제출되지 아니한 경우에
 는 그 정한 기간이 경과한 날)부터 30일 이내에 해당 사건을 심의에 부의하여야 한다’고만 규
 정하고 있을 뿐이다. 절차규정 제30조에 의거하여 공정거래법상 심리절차는 의견서 제출일로
 부터 30일이 경과한 날(혹은 해당 사건의 심의 부의일)부터 개시되는 것으로 보아야 한다는 견
 해도 있을 수 있다. 그러나 위 절차규정은 단순히 공정거래위원으로 구성되는 회의의 의장이
 심사보고서가 회의에 제출된 해당 사건을 심의에 부의하여야 하는 기간을 규정한 것에 불과하
 다고 보아야 한다. 오히려 ‘심사관은 심사보고서를 각 회의에 제출함과 동시에 피심인에게 심
 사보고서(신고인 명, 심사관의 조치의견 및 첨부자료는 제외)를 송부하고 상당한 기간을 정하
 여 심판관리관에게 이에 대한 의견을 문서로 제출할 것을 통지하여야 한다’고 규정하고 있는
 절차규정 제29조제8항상 피심인의 방어행위가 심사보고서를 송부받고 이에 대한 의견서를 작
 성, 제출하는 때부터 이루어지는 점, 심사보고서가 제출된 이후 당해 사건의 주심위원이 지정
 되고, 해당 주심위원이 당해 사건을 실질적으로 검토하기 시작하며(절차규정 제30조), 그 결과
 이 시점부터 공정거래위원회가 공정거래법 위반사건 심리절차의 주재자인 심판관으로서 당해

3) 일본 독점금지법은 제8장제2절(제45조부터 제70조의3)에서 심사 및 심판절차에 대하여 상세하게 규정하고 있다. 일본
 독점금지법 제50조는 심판개시결정은 문서에 의하여 이를 행하며, 심판절차는 심판개시결정서의 등본을 피심인에게
 송달함으로써 개시된다고 규정하고 있다.

4) 공정거래위원회 연구용역보고서, 미국 경쟁당국의 사건처리절차와 제도에 관한 연구, 66면; 공정거래위원회 심판관리
 관실 참고자료 2001-1, 독점금지법 해설-판례법을 중심으로-, 제284면(여기에서는 complaint를 개시결정서로 보고 있
 으나, complaint는 소장에 해당하는 것으로 보아야 한다).

5) 우리 공정거래법은 공정거래법 위반사건에 대한 심사 및 심판절차와 관련하여 이를 공정거래위원회가 정하도록 위임하
 고 있고(공정거래법 제48조제2항, 제55조의2), 이에 따라 공정거래위원회가 절차규정을 제정하고 있다. 일반 행정절차
 적 성격을 가지는 심사절차의 경우 그에 관한 구체적 사항을 전문성을 가지는 공정거래위원회로 하여금 정하도록 하는
 것은 그나마 어느 정도 수긍이 되지만 공정거래법 위반사건의 심판절차는 사법적 절차에 준하는 것이므로, 심판절차에
 관한 사항은 법률에서 직접 규정하는 것이 바람직한 것으로 생각된다. 심판관의 지위를 가지는 공정거래위원회가 심판
 절차에 관한 규정을 직접 정하는 것이 적절한 지는 절차적 적법성 확보나 법의 일반원칙에 비추어 의문이다. 일본 독점
 금지법의 경우, 공정거래법에서 심판절차와 관련한 자세한 규정들을 두고 있으며, 형사소송법이나 민사소송법의 일부
 규정에 대한 준용규정을 두고 있다(일본 독점금지법 제45조에서 제70조의3까지 참고).

사건에 직접 관여하게 되고, 심사보고서를 통해 해당 사건의 실체에 대한 심증을 형성하기 시작한다는 점, 일반 민·형사의 소송절차의 경우 원고가 소장을 법원에 접수하고 소장이 피고에 송달된 시점이나 검사가 공소장을 법원에 접수하고 공소장이 피고인에게 송달된 시점에 재판 절차가 개시된다는 점 등을 고려하면 공정거래법 위반사건 심리절차는 공정거래법 위반행위를 조사한 심사관이 심사보고서를 위원회에 제출하고 피심인에게 심사보고서를 송달한 때(실질적으로는 피심인에게 심사보고서가 송달된 때)부터 개시된다고 보아야 한다.

이렇게 보는 경우, 심사관이 피심인에게 심사보고서를 송부함에 있어 심사관의 심판청구취지에 해당하는 조치의견과 입증자료에 해당하는 첨부서류 등을 피심인에게 제공하지 아니하고 피심인으로 하여금 심사보고서에 대한 의견을 제출하도록 요구하고 있는 절차규정 제29조제8항이 피심인의 방어권을 본질적이고 중대하게 침해하는 위헌적인 법령에 해당하는 것은 아닌지가 문제된다⁶⁾. 이는 마치 기소된 피고인에 대한 형사소송절차에서 피고인의 수사기록에 대한 접근을 봉쇄한 채 공소사실에 대한 변론을 하도록 하고, 민사소송에서 원고의 청구원인만을 알려주고 원고가 제출한 증거자료는 피고에게 제공하지 아니한 채 피고로 하여금 청구원인에 대한 실질적인 답변을 하도록 강제하는 것과 마찬가지로 때문이다.

공정거래법은 제52조의2에서 “당사자 또는 이해관계인은 공정거래위원회에 대하여 이 법의 규정에 의한 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 자료를 제출한 자의 동의가 있거나 공익상 필요하다고 인정할 때에는 이에 응하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정은 종래 그 규정 문언에 비추어 공정거래위원회의 처분이 발하여진 이후 이루어지는 처분과 관련된 자료들에 대한 열람 및 복사에 관한 규정으로 이해되어 왔다. 기본적으로 처분과 관련된 자료에 대한 접근은 처분상대방의 방어권 행사나 신고자가 공정거래위원회가 행한 처분의 적법, 타당성에 대하여 다툴 수 있도록 하기 위하여 인정되는 것이므로, 제3자가 제출한 서류이더라도 처분에 기초가 된 사실인정의 자료는 의당 처분대상이 된 피심인 등에게 제공되어야 하고, 피심인이 제출한 자료에 대해서도 신고인 등 이해관계인의 접근이 허용되어야 한다. 다만 피심인이나 제3자가 제공한 자료 중 영업비밀 등에 속하는 비밀정보의 보호를 위한 일정한 방법을 강구하면 될 것이다. 그리고 공정거래위원회가 공익상 필요가 있다고 판단하는 경우에 처분과 관련된 자료의 열람 등을 허용한다는 위 규정의 후단 부분은

6) 일본 독점금지법 제69조는 이해관계인은 공정취인위원회에 대하여 심판개시결정 후 사건기록의 열람 및 등사를 요구할 수 있다고 규정하여, 피심인이 심판개시결정 후 사건기록에 자유롭게 접근할 수 있도록 하고 있다.

행정편의적인 규정으로, 입법과정에서 공정거래위원회의 심판절차의 법적 성격이 어떠한고, 공정거래법 위반사건의 심판절차가 어떻게 운영되어야 하는지 여부에 대한 별다른 고민이나 외국 입법례에 대한 자세한 검토를 거치지 않고 입법된 내용으로 보인다.

심사보고서를 피심인에게 송부하는 단계에서 심사보고서에 기재된 공정거래법 위반사실에 관한 증거자료를 피심인에게 제공하지 않도록 정하고 있는 위 절차규정의 입법취지는 불명확하다. 단지 증거자료의 많은 부분이 피심인이 제공한 자료이므로 피심인에게 제공할 필요가 없다거나 혹은 피심인에게 공정거래위원회가 확보한 증거자료를 제공하면 피심인이 이를 자신의 행위를 변명하기 위한 자료로 이용할 수 있다거나 혹은 증거자료 중 일부는 다른 사업자의 영업비밀 등에 해당할 수 있다는 이유 정도를 생각해 볼 수 있다. 그러나 이러한 사유가 피심인의 방어권 행사에 반드시 필요하고 공정거래법 위반사건에 대한 사실인정의 근거가 되는 증거자료를 피심인에게 제공하지 아니하는 행위를 정당화하는 적법한 사유가 될 수 없음은 너무도 명백하다. 예컨대, 부당한 공동행위가 문제되는 사안에서 심사관은 심사보고서에서 일부 피심인의 내부문서나 신고인이 제공한 자료의 일부 내용을 적시하며 합의와 같은 부당한 공동행위의 요건사실들이 직·간접적으로 입증되었음을 주장함이 일반적인데, 다른 피심인들로서는 심사보고서에서 적시된 일부 피심인의 문서나 제3자가 공정거래위원회에 제공한 자료가 진정하게 작성된 것인지 아니면 위조 혹은 조작된 것인지(문서의 진정성), 해당 문서나 자료의 전체적인 내용은 무엇인지, 심사보고서가 적시하고 있는 내용이 해당 문서나 자료의 전체적인 취지에 부합하는 것인지 아니면 일부 내용을 전체적인 내용으로 과장하는 것인지, 해당 내용이 문서나 자료에서 어떠한 취지로 사용된 것인지, 해당 문서나 자료가 작성주체라고 주장되는 당해 피심인이나 제3자의 내부적 의사결정과정을 모두 거친 공식적인 서류인지 아니면 일개 직원이 개인적 차원에서 작성한 것에 불과한지 여부 등 심사관이 주장하는 공정거래법 위반 혐의사실을 근거지우는 증거자료의 진정성, 신빙성, 증거가치 등을 다룰 방법이 전혀 없는 상태에서 자신을 방어해야 하는 상황에 처하게 된다. 그러나 법치국가의 사법절차에 준하는 절차적 적법성을 확보해야 하는 공정거래법 위반사건의 심리절차에서 이러한 심각한 권리침해가 규제편의를 위해 용인될 수는 없다고 할 것이다. 미국의 공정거래법 위반사건 심리절차에서 피심인에 대하여 강제증거요구권⁷⁾이 보장되고, 사전적인 증거개시절차(pretrial discovery) 등이 이루어지고 있

7) 피심인이 심판절차 개시후 FTC에 대하여 FTC가 보유하고 있는 제3자가 제공한 증거에 대하여 제출을 요구할 수 있는 권리이다. 미국의 공정거래법 위반사건 심리절차에 있어서는 제3자가 FTC의 조사관에 제공한 자료가 비밀정보라는 이유로 심판관에 대하여 비밀보호요청(motion for "in camera" treatment)을 하는 경우 심판관은 그 적정성을 평가하여

는 것이나 미국 공정거래법 위반사건의 심판절차가 심판관⁸⁾을 주재자로 하여 심사관과 피심인이 대립하는 대심적 3면구조로 진행되는 것은 공정거래법 위반사건 심판절차의 가장 근본적인 취지 중 하나는 피심인에게 공정한 절차상의 권리를 부여함으로써 자신을 변호할 수 있는 기회를 제공하는 것이라는 지극히 당연한 법치주의의 원칙에 충실하기 때문이다.

한편, 공정거래위원회의 실무는 심사보고서를 피심인에게 송부하면서 일반적으로 1주의 기간을 부여하고 의견서를 제출하도록 하고 있는바(예외적으로 2주 정도의 기간을 부여하는 경우도 있음), 이러한 기간은 제반 경제적 분석이 필요한 공정거래사건의 특수성에 비추어 볼 때 피심인이 적절한 방어권을 행사하기에는 너무 단기라고 보아야 할 것이다. 미국의 경우 피심인은 심판소장발부결정 즉, 심판개시결정을 받은 날부터 20일 이내에 응답서를 제출하도록 되어 있다. 피심인은 답변서에서 대부분 소추관이 심판소장에서 주장하는 사실이 시인되는 것을 막기 위하여 그 진위를 밝힐 정보가 있다는 점을 적시하고 아울러 강제증거요구권에 근거하여 소추관이 보유중인 증거를 피심인에게 제공하도록 요구한다. 이후 피심인과 소추관은 향후 자신들이 제출할 예정인 증거방법에 대해 상호간에 개시하는 절차와 심판관의 주재 하에 재판일정을 협의하는 절차를 진행한다. 이러한 절차가 완료되면 피심인은 수개월 동안 자신의 주장을 입증하는데 필요한 증거의 수집기간을 갖고 증거를 수집한다. 이러한 절차가 완료된 이후부터 수 차례에 걸쳐 증거조사를 위한 심리기일을 여는데, 보통 한번의 심리기일마다 5~6시간의 증거조사절차를 진행하며 이러한 심리기일진행에 2, 3개월이 소요된다. 심판관은 이러한 심리절차 종결 후 90일 이내에 가결정을 하여야 하며, 가결정은 발표 후 30일 후에 효력을 갖게 된다. 반면 우리 공정거래위원회의 실무는 심사보고서 송부 후 1주일 이내에 피심인으로 하여금 의견서를 제출하도록 하며, 그 이후 일방적으로 공정거래위원회의 회의 일자를 통지하고 별다른 증거조사절차 없이 단 1회의 심리를 한 후 바로 의결을 하는 방식으로 운영되고 있는바, 이러한 실무는 피심인에 대하여 적정한 방어권이 충분히 보장되는 법치주의에 충실한 대심적 준사법절차라기 보다는 행정기관이 어떠한 결정을 내림에 있어 처분대상자에게 형식적인 의견을 진술할 기회를 준다는 정도에 불과하다. 그런데 현재의 공정거래위원회의 실무와 같은 심리절

비밀정보성이 인정되면 피심인으로 하여금 공개된 재판정이 아닌 비공개된 심판관의 사무실에서 그 내용을 검토하도록 한다.

- 8) 미국에서는 심판이라고 하는 재판유사절차의 공정성을 확보하기 위해 심판절차의 주재자인 심판관에는 행정법판사(administrative law judge)인 전문가가 임명된다. 심판관은 편견과 예단을 가지는 경우 심판에 관여할 자격을 잃는데, 이때 당해 심사의 책임자 등 조사에 관여하여 증거를 인지하고 있는 자는 사건기록 이외의 증거에 접했던 경우에 해당하여 심판에 관여할 자격을 잃는다.

차를 통해 과연 적절한 경제적 분석, 충실하고 형평에 부합하는 증거조사, 이러한 증거조사결과와 합리적인 증거법칙에 기초한 사실인정, 합리적인 증거법칙에 의해 인정된 사실에 기초한 정확한 법률판단이 제대로 이루어질 수 있는지 의문이며, 이러한 형식적인 절차에서 과연 피심인의 방어권이 적절하게 보장될 수 있는지도 의문이다. 이러한 점에서 공정거래위원회로서는 미국의 공정거래규제 실례에 비추어 우리의 규제강도가 강한 것이 아니라는 점을 주장하기에 앞서 법치주의에 충실한 적절하고도 공정한 준수법적 심리절차를 수립하는 노력을 경주하여야 할 것이다.

앞에서 살펴본 공정거래법령 혹은 공정거래위원회의 실무와 관련하여 제기되는 공정거래법 위반사건 심리절차에서의 절차적 문제점들에 비추어, 현재의 공정거래법령 및 공정거래위원회의 실무는 심리절차에 있어 심결 내용의 공정성을 확보하기 위하여 피심인에게 대심적 사법절차에 준하는 방어권을 보장하여야 한다는 헌법상의 요청에 부합하지 못하거나 이에 반하는 것으로 보인다. 이는 아마도 규제비용의 축소나 규제편의주의적인 발상에 기인한 것으로 생각된다. 그러나 공정거래법 위반사건 심리절차에서 피심인에게 사법적 절차에 준하는 방어권을 보장하는 것은 적법절차(due process)나 국민의 재판청구권의 보장이라는 헌법상의 요청이다.

적법절차(due process)나 실질적 법치주의 혹은 국민의 재판청구권의 보장이라는 헌법상의 요청에 부합하지 못하거나 이에 반하는 것으로 판단되는 심판절차 관련규정에 기초한 처분의 효력은 어떠한가. 이러한 처분에는 취소사유가 있다고 보는 것이 일반적이다. 대법원은 2001. 5. 8. 선고 200두 10212판결에서 공정거래법상의 심판절차에 관한 제반 규정의 취지는 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금 납부명령으로 말미암아 불측의 피해를 받을 수 있는 당사자로 하여금 공정거래위원회의 심의에 출석하여 심사관의 심사결과에 대하여 방어권을 행사하는 것을 보장함으로써 심사절차의 적정을 기함과 아울러 공정거래위원회로 하여금 적법한 심사절차를 거쳐 사실관계를 보다 구체적으로 파악하게 하여 신중하게 처분을 하게 하는데 있다고 하여, 공정거래법 제49조제3항(조사결과나 처분내용의 통지 관련 조항임), 제52조제1항(의견진술기회의 부여 조항임)이 정하고 있는 절차적 요건을 갖추지 못한 공정거래위원회의 시정조치 등은 설령 실제법적 사유를 갖추고 있다고 하더라도 위법하여 취소를 면할 수 없다고 판시하고 있다. 또한 일본 동경고등법원은 1994. 2. 25. 심결에 참여한 위원 중 한 명이 피심인에 대한 조사과정에서 공정취인위원회의 사무국 심사부장의 직에 있었던 관계로 이러한 사람이 심결에 참여하는 것이 심결의 취소사유인 헌법이나 법률위반 등에 해당하는지 여부가 문제된 사건(1992행행제208호 심결취소 등 청구사건)에서 공정취인위원회의 심판구조는 대심구조형의

쟁송적 청문절차로서 강한 준수법절차적 성격을 가지고 있으므로 공정성의 확보가 필요불가결하다고 하면서 조사과정에서 공정취인위원회의 사무국 심사부장의 직에 있었던 사람이 위원으로 심결에 참여하는 것은 심판자의 공평을 확보한다라고 하는 준수법절차에 관한 법의 기본원칙에 위반하여 일본 공정거래법 제82조제2호의 법령 위반사유에 해당함을 이유로 심결을 취소하는 판결을 하였다.

나아가 적법절차(due process)나 실질적 법치주의 혹은 국민의 재판청구권의 보장이라는 헌법상의 요청에 부합하지 못하거나 이에 반하는 것으로 판단되는 심판절차 관련규정에 기초한 처분은 단순히 취소사유에 해당한다고 보기보다는 그 효력 자체가 없다(무효)고 판단될 여지는 없는가가 문제될 수 있다.⁹⁾ 대법원은 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결에서 “법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면, 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 하자있는 행정처분이 (당연)무효가 되기 위해서는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소에 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효 사유는 아니라고 봄이 상당하다”고 판시하였다. 그런데, 준수법적 절차로서의 성격이 지극히 강한 공정거래법 위반사건 심리절차에 있어 심결 내용의 공정성을 확보하기 위해 요청되는 사법절차에 준하는 방어권 보장에 반하는 공정거래법령은 헌법에 위반되는 다른 법령내용과는 다르게 헌법에 위반된다는 사정이 객관적으로 명백하다고 볼 여지는 없는가. 만약 심결내용의 공정성을 확보하기 위해 요청되는 사법절차에 준하는 방어권 보장에 반하는 공정거래법령은 헌법에 위반된다는 사정이 객관적으로 명백한 경우라고 판단되고 그 결과 위 판결이 적시하고 있는 특별한 사정이 있는 경우에 해당하게 된다면, 동 법령에 근거한 심리절차에 따른 공정거래위원회의 의결 혹은 처분은 애초부터 효력이 없는 것으로 될 것이다. 물론 이로 인해 지난 수년간 공정거래위원회의 처분에 따라 형성된 수많은 사법적 법률관계(예컨대 계약조항 변경 명령에 따른 사인 사이의 계약내용의 변경)의 효

9) 이와 유사한 주제로 법령에 규정된 청문절차를 실시하지 아니한 채 이루어진 처분이 당연 무효인가 취소사유가 있는 경우에 해당하는가와 같은 문제가 있으나, 판례나 다수설은 행정절차는 실제법상의 목적을 달성하기 위한 수단에 불과하다는 점에서 취소사유에 불과하다고 보고 있다. 그러나, 실질적 법치주의의 구현이라는 관점에서, 행정절차는 행정의 전단 혹은 경술로부터 국민을 보호하고 내용의 정당성을 실질적으로 담보하기 위한 필수불가결의 절차이므로, 이에 반하는 처분은 당연무효로 보아야 한다는 견해도 유력하다.

력이 부인될 가능성이 있고, 국가가 과징금으로 징수한 엄청난 금액을 부당이득으로 모두 반환해야 하는 등 엄청난 법적 혼란이 초래될 수 있으므로, 법원이 공정거래위원회의 종전 처분을 무효로 판단할 가능성은 크지 않을 것이다. 그러나 실질적 법치주의나 절차적 적법성 혹은 국민의 기본권 보호를 강조하는 입장에서는, 준수법적 절차로서의 성격이 지극히 강한 공정거래위원회의 심리절차에 있어 심결내용의 공정성을 확보하기 위해 요구되는 사법절차에 준하는 방어권 보장이라는 헌법적인 요청에 상반되는 법령에 근거한 공정거래위원회의 의결 혹은 처분은 무효라고 판단할 수도 있을 것이다. 사견으로도 피고의 방어권을 인정하지 않는 민사재판 절차에 따른 판결이나 피고인의 방어권을 인정하지 않는 형사재판절차에 따른 판결 등은 현대 민주국가의 최고 이념 내지 가치 중 하나인 실질적 법치주의나 적법절차(due process)의 실질적 구현이라는 관점에서 사실상 혹은 실질적으로¹⁰⁾ 무효라고 보는 것이 타당하지 않을까 한다.

3. 여 론

위에서 살펴본 바와 같이, 우리의 공정거래법령 및 공정거래위원회의 실무에 따른 공정거래법 위반사건 심리절차에는 헌법의 핵심적 원칙에 반하는 것으로 판단될 수 있는 다수의 규정이 나 실무 운영상의 문제점이 있으므로, 이에 대한 신속한 개선이 요구된다고 할 것이다.

이외 절차규정에는 적정절차라고 보기 어려운 다수의 다른 규정들도 존재한다. 또한 여타 공정거래위원회의 공정거래법 위반사건 처리실무에도 조속히 개선해야 할 많은 문제점이 있다.

예컨대, 다음과 같은 규정들은 절차규정에서 삭제되어야 할 것으로 보인다.

먼저, 절차규정 제33조제2항은 '의장은 공정거래위원회의 각 위원에게 회의의 개최를 통지할 경우 당해 회의에 상정할 회의안건을 송부하되 대외적으로 기밀을 요하는 사항이나 기타 부득이한 사유가 있는 경우 그 요지를 전신, 전화 혹은 구두로 미리 알리는 것으로 이를 갈음할

10) 여기서 사실상 혹은 실질적이라는 것은 실질적 법치주의와 국민의 기본적 보호라는 규범적 관점에서 볼 때, 방어권이 보장되지 않는 재판절차나 심판절차를 통해 이루어지는 국민의 기본권에 대한 제한은 그러한 과정에서 적절한 실제적 판단이 이루어졌다고 하더라도 적어도 규범의 수범자로부터는 그에 대한 정당성을 인정받기 어렵다는 취지이므로, 법률적인 판단을 전제로 한 법률적 용어는 아니다.

수 있다'고 규정하고 있다. 이 조항에 의하면 공정거래법 위반사건을 심리, 의결하는 위원들이 심리 당시 해당 사건의 내용과 그 입증자료 및 변소 내용 등에 대하여 정확히 알지 못한 채 회의에 참여하여 심판을 하는 방향으로 실무가 운영될 수도 있는 것으로 되는데, 이러한 실무 운영은 피심인의 재판을 받을 권리를 실질적으로 침해하는 문제를 발생시킨다. 따라서 이 조항은 삭제되어야 할 것이다. 현재 공정거래위원회의 실무는 단 1회의 심리로 심리를 종결하고 바로 의결을 하는 경우가 일반적인 바, 이 조항에 의하여 해당 사건의 내용과 그 입증자료 및 변소 내용이 위원들에게 제대로 알려지지도 아니한 채로 심리가 개최되고 종결되는 경우, 의장과 주심위원 이외에는 해당 사건의 내용이나 입증자료 및 변소 내용을 알지도 못하는 상황에서 의결이 이루어진다는 의구심을 자아낼 수 있다. 또한 이 조항에 근거한 실무 운영으로 인해 공정거래위원회를 합의제기관으로 하여 독립성과 객관성을 담보한다는 입법취지가 사실상 하위규정에 의해 무시되는 상황이 발생할 수 있다.

다음으로, 절차규정 제33조제1항은 본문에서 피심인에게 공정거래위원회의 회의개최사실을 서면 통지하도록 규정하는 한편 동조 단서에서는 긴급을 요하는 등 기타 부득이한 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하여 구두통지가 가능한 것으로 규정하고 있으나, 동조 단서 또한 삭제하여야 할 것으로 생각된다. 절차규정 제34조제2항은 피심인이 제33조제1항의 규정에 의한 통지를 받고도 정당한 이유없이 출석하지 아니한 경우에는 피심인의 출석없이 개의할 수 있다고 규정하고 있는데, 구두통지의 경우 통지사실에 대한 입증 여부가 문제될 수 있는 반면 피심인에게 회의일 5일전에 서면통지를 하지 못하고 회의개최를 구두로 해야 할만한 긴급을 요하는 사유 기타 부득이한 사유는 실질적으로 없다고 보이기 때문이다.

한편, 절차규정 제41조는 피심인 등은 공정거래위원회의 회의에 증거조사를 신청할 수 있다고 규정하고 있으나, 증거조사의 범위나 증거조사를 신청하고 진행하는데 필요한 자세한 사항들에 대한 규정이 없어 그 실효성이 의심된다. 따라서 이에 관한 사항을 절차규정 등에 구체적으로 규정하여야 할 것이다¹¹⁾.

공정거래위원회의 공정거래사건 처리실무와 관련하여 조속한 개선이 필요한 사항으로서는 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

11) 앞서 살펴본 바와 같이 일본 독점금지법의 경우 심판절차에 관한 자세한 규정을 두고 있고, 민사소송법이나 형사소송법의 규정들을 준용하고 있다. 미국의 경우에도 공정거래법 위반사건의 심판절차는 증거법칙이 통상의 민·형사소송의 증거법칙에 비해 완화(일본의 민사소송에서의 증거법칙과 근사한 정도)된 이외에는 철저하게 대립적 방식으로 진행된다.

절차규정은 피심인에게 송부된 심사보고서에 대한 피심인의 의견서가 제출된 이후에 의장이 당해 사건을 심의에 부의하고, 주심위원이 당해 사건의 부의여부를 사전 검토하는 것으로 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 공정거래위원회의 실무에 있어서는 스스로 정한 이러한 절차규정에 반하여, 의견제출 요구에 따라 피심인이 의견서를 제출하기도 전에 공정거래위원회의 회의 일정을 피심인에게 통보하는 경우도 있다. 이러한 실무로 인해 규범의 수범자인 피심인은 심사보고서에 대한 피심인의 반박의견서 제출이나 피심인이 신청하는 증거에 대한 조사가 이루어지기도 전에 사실상 심판관인 공정거래위원회가 당해 사건에 대하여 위법 여부 판단을 한 것이거나 이미 예단을 가지고 있다는 의구심을 가지게 되고, 이로 인해 준수법적 절차로서의 공정거래법 위반사건 심리절차의 절차적 정당성이 심각하게 훼손되고 있다.

한편, 미국의 공정거래법 위반사건 심판절차상 심판관은 소추관 역할을 담당하는 자는 물론 피심인과의 개별접촉이 허용되지 아니하며 양측이 동시에 참가했을 때에만 당사자와의 접촉이 허용된다. 이는 심판관의 예단을 금지하고자 하는 제도적 장치이고 피심인의 방어권을 실질적으로 보장하는 절차적 방법이다. 이러한 선진외국의 예에 비추어 보면, 사실상 주심위원과 심사관과의 개별접촉에 대한 통제가 실질적으로 이루어지지 않고 있는 공정거래위원회의 운영 실무는 규범의 수범자로부터 절차적 정당성을 인정받기 힘든 면이 있고, 그 결과 심결내용의 타당성과 공정성에 대해서도 불필요한 의심을 받을 여지가 있다고 보인다. 따라서 이에 대한 합리적이고 조속한 개선이 이루어져야 할 것이다.