

## 일반논문

# 미국 연방거래위원회의 민사상 화해절차를 통한 제재처분의 공법적 검토<sup>†\*</sup>

## Administrative Law Analysis on Federal Trade Commission's Facebook Data Breach Settlement

정인영(Inyoung Cheong)\*\*

### 목차

- I. 들어가며
- II. 페이스북 관련 처분 경과
- III. 미국 헌법상 집행권 제한의 원리
- IV. 연방거래위원회의 처분 권한
- V. 행정법적 시사점
- VI. 나오며

### 〈국문초록〉

미국 연방거래위원회는 페이스북에 캠브리지 애널래티카 개인정보 침해 사건에 대해 50억 불이라는 사상 초유의 civil penalty를 부과했다. 다만, 이 때 우리나라의 행정청과 같이 일방적인 행정결정에 따라 금전적 제재를 과한 것이 아니라, 페이스북으로부터 금전을 납부하겠다는 합의를 이끌어낸 후 민사법원에서 화해를 통해 사안을 종결시켰다.

왜 연방거래위원회는 민사적인 방식을 통해 공법상 의무위반에 대한 제재를 해야했던 것일까?

이 글은 이 질문에 답하기 위해 미국의 헌법상 권력 분립의 원칙과 시장자유주의 원칙에 따라 연방거래위원회의 행정처분 기능이 한국과 매우 다른 모습으로 발전해왔다는 사실에 주목한다. 미국에서 공공 주체가 개인에게 불이익한 처분을 과하는 법적인 결정을 하는 것은, 전통적인 사법의 역할로 간주되었으며, 행정부가 단독으로 제재처분을 결정하는 것은 바람직하지 않게 여겨졌다. 현실적 필요에 의해 행정기관이 불이익 처분에 관여를 하는 사례가 늘게 되었지만, 이 경우에도 사법적 기능을 갖는 기관을 합의로 조직하고, 기관자의 통제를 받지 않는 행정법 판사를 두도록 하는 등 의사결정을 분권화하는 ‘안전장치’를 두었다.

이러한 절차적 신중함은 곧 양 당사자의 시간과 비용 부담의 증가로 이어지게 되었다. 이를 해소하기 위해 다소 독특하게 발전한 것이 행정기관과 처분 상대방이 법원의 판단을 기다리지 아니하고 신속하게 제재처분에 합의를 하는 것이다. 거센 사회적 비난에 직면해 있던 페이스북은 긴 소송 과정을 통해 증거 개시를 하며 여론을 악화시키보다, 벌금을 내고 빠르게 사안을 종결시키고자 하는 유인이 있었다. 한편, 연방거래위원회는 일반 소비자보호법 이외에 개인정보 침해를 규제할 수 있는 법적 권한이 미비하여 국민의 법 감정에 맞게 강력한 제재를 하기 어려운 상황이었다. 이에 양 당사자는 사상 유례가 없는 금액의 penalty를 부과하기로 ‘원만하게 합의’하게 된 것이다.

이렇게 신속하고 단련적인 합의절차는 양측 모두의 행정 부담을 줄이고 합의에 기반해 ‘패스트-트랙’으로 제재를 실

† 투고일자 2020.11.10, 심사일자 2020.11.26, 게재확정일자 2020.11.27.

\* 이 글은 ‘페이스북의 개인정보 침해에 대한 미국 내 입법, 사법, 행정적 대응현황(1)-캘리포니아 소비자 프라이버시 법률(CCPA)’을 중심으로(정인영, 경제규제와법 제12권 제2호, 2019. 11.)와 ‘페이스북의 개인정보 침해에 대한 미국 내 입법, 사법, 행정적 대응 현황(2)-연방법원에서의 집단소송’(정인영, 경제규제와법 제13권 제1호, 2020. 05.)에 이어 3편으로 기획된 글이다. 본 FTC의 제재를 촉발한 캠브리지 애널래티카 사건의 구체적인 사실관계는 (1)편에 소개되어 있다.

\*\* University of Washington School of Law 박사과정(Ph.D. in Law student), 문화체육관광부 행정사무관(Deputy Director, Ministry of Culture, Sports, and Tourism)

현할 수 있다는 장점이 있다. 하지만, 합의가 자유로운 의사에 따라 이루어지지 않은 경우 결론에 대해 불복하기 어렵다는 점에서 오히려 일방적인 행정처분보다도 침익적일 수 있다. 또한 법률에 명확히 규정된 처분에 비해 합의의 내용을 예측하기 어렵고, 해당 결정으로 인해 영향을 받는 제3자가 방어권을 행사할 수 있는 기회가 없다는 문제가 있다.

미국과 한국의 행정제재 절차는 행정의 권한 남용 방지, 당사자의 절차적 보장, 절차의 신속성과 비용 절감 등의 가치를 조화시키면서 서로 다른 모습으로 발전해왔다. 이 글에서는 페이스북 사건을 소재로 하여 미국의 고유한 행정제재 시스템이 발전한 역사적, 철학적 배경을 탐구하고자 하였다. 모든 고려사항을 충족시키는 최적의 답안은 존재하지 않겠지만, 상호 참조를 통해 행정제재 분야의 발전적인 대안을 모색할 수 있으리라 생각한다.

## I. 들어가며

“연방거래위원회는 민사 법집행기관(civil law enforcement agency)이지 규제기관(regulator)이 아닙니다. 우리는 소송에서 이기거나, 아니면 치열한 협상을 통해서만 원하는 바를 얻을 수 있습니다.”

- 조 사이먼스, 연방거래위원회 위원장 (2019.7.24.)<sup>1)</sup>

2019년 7월 24일 페이스북의 캠브리지 애널리티카 사태에 대해 페이스북과 연방거래위원회가 50억 달러(한화 약 6조 원)의 civil penalty<sup>2)</sup> 납부에

합의(settlement)<sup>3)</sup>했다는 것을 발표하면서 연방거래위원회 위원장이 남긴 발언이다. 연방거래위원회는 50억 불이 연방거래위원회 역사상 최대 금액이자 미국 연방정부 전체를 통틀어 두 번째로 큰 금액이고, 페이스북의 2018년 수입의 8%(순이익의 23%)에 달하며, 유럽연합의 개인정보보호규정(General Data Protection Regulation, “GDPR”) 위반에 대해 부과된 최대 벌금액의 20배에 이르는 점을 강조하였다. 조 사이먼스 위원장은 기자회견에서 여러 가지 법적인 난점을 고려할 때 이 정도 화해를 이끌어 낸 것은 ‘홈런’(a complete home run)이라는 자평을 하였다.<sup>4)</sup>

본 합의에 대해 상임위원 중 위원장을 포함한 공화당 추천 위원 3명이 찬성의견을, 민주당 추천 2명

많은 표현일 뿐더러 사인 간 ‘손해배상’과 혼동을 야기하고 ‘과징금’은 행정청이 단독으로 부과하는 제재금이어서 공식적으로 법원에 최종 판단권이 있는 civil penalty와는 성격이 다르다. 절차상으로는 행정청이 일단 부과하고 당사자가 이견을 제기하면 비송사건절차법에 따라 법원의 판단을 거치게 되는 ‘과태료’와 형식이 가장 흡사하다. 하지만 과태료는 위반사실에 따라 기계적으로 부과되는 반면, civil penalty는 정식 소송절차에 따라 3배 손해배상, 징벌적 손해배상 등 상당히 높은 금액이 책정되는 경우가 많다. 생각건대는 행정청이 원고가 되는 금전지급 청구가 가장 타당한 해석이라고 보이지만 지나치게 길기 때문에 이 글에서는 일단 civil penalty라는 원문을 그대로 사용하기로 한다.

3) 본 사건의 settlement는 당사자 간 의사의 합치가 있을 후 법원의 결정을 얻어 소 제기 전 다툼을 종결한다는 점에서, 민사소송법 제385조에 따른 ‘제소 전 화해’와 유사한 성격을 갖는 것으로 보인다. 다만, ‘제소 전 화해’의 경우 법원에 당사자 간 의사의 합치에 따라 화해를 신청하면 곧바로 화해가 성립되지만 본 사건의 settlement는 법원의 판사가 합의 내용의 공정성, 합리성, 공익성을 실질적으로 판단하여 화해성립을 긍정하는 명령(stipulated order)을 판결문과 유사한 형식으로 발급한다 법원의 명령이 발급되어야 비로소 settlement 절차가 최종 종결되며 ‘화해가 성립’된다. 따라서 이 글에서는, (1) 법원에 stipulated order를 신청하기 전에 당사자 간 의사의 합치를 이룬 settlement, 즉 실제법상 화해를 ‘합의’라고 명명하고, (2) stipulated order 발급 후 금전지급 의무 등이 발생하면서 settlement가 종결된 절차법상 화해성립 상태를 ‘화해’라고 부르기로 한다.

민사소송법[시행 2017. 10. 31.] [법률 제14966호, 2017. 10. 31. 일부개정] 제385조(화해신청의 방식) ① 민사상 다툼에 관하여 당사자는 청구의 취지 원인과 다툼은 사정을 밝혀 상대방의 보충제판적이 있는 곳의 지방법원에 화해를 신청할 수 있다. ② 당사자는 제1항의 화해를 위하여 대리인을 선임하는 권리를 상대방에게 위임할 수 없다. ③ 법원은 필요한 경우 대리권의 유무를 조사하기 위하여 당사자본인 또는 법정대리인의 출석을 명할 수 있다. ④ 화해신청에는 그 성질에 어긋나지 아니하면 소에 관한 규정을 준용한다.

4) 앞의 글, 6면.

1) Federal Communications Commission, Statement of Chairman Joe Simons and Commissioners Noah Joshua Phillips and Christine S. Wilson In re Facebook, Inc., 2019. 7. 24, 6면.

[https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1536946/092\\_3184\\_facebook\\_majority\\_statement\\_7-24-19.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1536946/092_3184_facebook_majority_statement_7-24-19.pdf)

2) civil penalty는 민사제재금, 민사금전벌, 과태료, 과징금 등 다양한 명칭으로 번역이 되었다: 민사금전벌(권재열, 미국의 민사금전벌 제도에 관한 비교법적 소고. 법과기업연구 제6권 제3호, 2016); 민사제재금(김병연, 자본시장법상 불공정거래행위에 대한 과징금제도의 도입, 상사법연구 제32권 제4호, 2014); 민사제재벌(Jeong Ha Myoung, Global application of civil penalty and Korean administrative surcharge system, 공법학연구 제7권제5호, 2006); 민사벌칙금(한세론·조성국, 미국 연방거래위원회(FTC)의 법집행방식에 관한 연구, 법학논문집 제43집 제3호, 2019) 등이 있다. ‘민사금전벌,’ ‘민사제재금’ 등은 익숙하지

의 상임위원은 반대의견을 냈다. 반대의견을 낸 상임위원 두 명은 각기 발표한 반대성명에서 50억 불이 큰 금액이긴 하지만 거대기업인 페이스북에게는 그다지 타격이 되지 않으며, 이 화해로 인해 마크 주커버그 등 경영진의 개인 책임을 면하는 결과에 이르게 되었다는 점을 비판하였다. 두 상임위원은 설령 최종 결과가 만족스럽지 않더라도 연방 법무부(The U.S. Department of Justice)를 통해 민사소송을 제기해 더 많은 증거자료를 검토하고 법원의 종합적인 판단을 받는 것이 타당하다는 입장을 취하였다.<sup>5)</sup>

개인정보 침해에 대해 사상 최대의 금전적 제재를 부과했다는 점 이외에, 행정법적으로 특기할 만한 점은 연방거래위원회가 반복점과 소비자 보호정책을 집행하는 독립행정기관임에도 불구하고 이 사건에서 활용된 제재처분이 민사적인 방식(민사소송, 당사자 간 합의)을 따랐다는 것이다. 게다가 위원장은 스스로 ‘규제기관이 아니라 법집행기관’이라는 오묘한 표현을 사용하고 있다. 이 글에서는 왜 연방거래위원회가 스스로의 규제기관성을 부정하면서 ‘당사자 간 합의’라는 독특한 방식을 통해 제재금을 부과할 수밖에 없었는지를 살펴본다.

한국과 미국은 국민이 직접 선출한 대통령이 행정부의 수반이 되는 대통령제 국가로 일견 유사하게 설계된 것으로 보이지만, 실상은 행정부와 사법부의 역할론에 대해 매우 다른 시각을 지니고 있다. 이는 본질적으로 미국이 커먼로(Common Law) 전통에 따라 행정부의 역할을 상당히 소극적으로 규정해왔기 때문이다. 연방거래위원회는 우리나라의 행정기관과 달리 스스로 제재금을 부과할 수 있는 권한이 없으며, 대신 일방의 당사자로서 민사상 합의와 같은 탄력적인 방식을 폭넓게 활용하고 있다.

이하에서는 본 처분<sup>6)</sup>의 구체적 내용과 연방거래위원회의 행정권한의 범위를 이해하기 위한 철학적·역사적 배경, 그리고 탄력적인 형식의 처분의 긍정적 측면과 우려사항을 종합적으로 검토한다.

## II. 페이스북 관련 처분 경과

### 1. 2012년: 동의의결과 명령

2012년 7월, 연방거래위원회는 페이스북이 FTC 법 제5조<sup>7)</sup>를 위반하여 총 8가지의 “불공정하고 기만적인 행위”를 하였다는 점을 이유로 행정법판사(Administrative Law Judge)에게 시정명령의 발급을 청구(administrative complaint)하였다. 그 중에는 ① 프라이버시 설정과 프라이버시 정책의 변화 과정, ② 이용자의 개인정보를 제3자 어플리케이션 개발자 및 광고주와 얼마나 공유하고 있는지, ③ 페이스북이 제3자 어플리케이션 개발자의 프라이버시 보호 정도를 어떻게 확인하는지, ④ 사진과 비디오를 포함한 개인정보가 지워진 후에도 이를 얼마나 제3자와 공유하고 있는지 등을 소비자로 하여금 오인하게 하였다는 내용이 포함되어 있었다.<sup>8)</sup>

그 후, 2012년 8월 페이스북은 연방거래위원회의 시정명령을 받아들이기로 합의하였다. 여기에는 (1) 페이스북이 개인정보의 수집과 이용, 제3자 공유에 대해 소비자로 하여금 오인하게 하는 행위를 해서는 안되고, (2) 프라이버시 리스크를 줄이고 비밀을 보장하기 위해 지속적인 모니터링을 수행하는

5) Federal Trade Commission, Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the Matter of the FTC vs. Facebook, 2019. 7. 24. <https://www.ftc.gov/public-statements/2019/07/dissenting-statement-commissioner-rebecca-kelly-slaughter-regarding-matter>; Dissenting Statement of Commissioner Rohit Chopra Regarding the Matter of Facebook, Inc., 2019. 7. 24. <https://www.ftc.gov/public-statements/2019/07/dissenting-statement-commissioner-rohit-chopra-regarding-matter-facebook>

6) 엄밀한 의미에서 페이스북이 civil penalty를 납부하기로 합의한 것을 행정소송법에 따른 행정처분으로 보기는 어렵겠지만, 이 글에서는 그 실질이 우리나라의 행정법상 실효성 확보수단과 유사하다고 보아 '처분'이라는 용어를 사용하였다. 이 사건에서 FTC는 행정조사를 통해 법률위반 행위를 확인하고, 법원에 금전 제재를 청구하려는 절차를 개시한 후 이를 당사자와의 합의로 같음하였다. 또한, 페이스북은 셰브론 독트린 등으로 법원에서 행정청의 법 해석이 존중될 것이라는 부담 하에서 합의에 응하였으며, 화해 성립 후 납부된 금액은 국고로 귀속될 예정이다.

7) Section 5(a) of the Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 45(a).

8) In the Matter of Facebook, Inc., Dkt. No. C-4365, 2012 WL 3518628 (Federal Trade Commission) (July 27, 2012)

포괄적인 프라이버시 프로그램을 개발하고 유지해야 한다는 내용이 포함되어 있었다. 이 명령은 연방거래위원회가 청구를 접수한 날로부터 20년 후인 2032년 7월에 만료될 예정이었다.<sup>9)</sup>

## 2. 2019: 50억 불의 civil penalty와 개정 명령의 부과

### 가. 법률 및 명령 위반 내용<sup>10)</sup>

연방거래위원회는 페이스북이 이용자가 마치 자신의 개인정보 접근에 대한 통제권을 지니고 있는 것처럼 오인하게 만들었다고 판단하였다. 예를 들면, 페이스북은 “친구만” 포스팅을 볼 수 있도록 설정하였는데 실제로는 제3자 어플리케이션 개발자들도 그들의 친구 계정을 이용해 포스팅에 접근할 수 있었다. 또한 페이스북은 두 차례에 걸쳐 이용자의 개인정보를 제3자와 공유하지 않겠노라고 발표를 하고서도 제3자가 개인정보에 접근하는 것을 방치하였다. 아울러 약 6천만 명의 이용자에 대해 이용자가 모르는 상태에서 얼굴인식 기술이 자동 활성화되도록 설정하였다.

또한, 제3자가 개인정보에 접근하는 것을 가능케 하기 위해 이용자로 하여금 데스크탑과 모바일 인터넷의 프라이버시 보호 설정을 낮추도록 유도하였다. 페이스북이 이용자가 개인정보 접근을 통제할 수 있도록 고안한 서비스인 “Privacy Checkup”도 제대로 작동하지 않았다고 한다. 페이스북은 이용자로 하여금 계정에 2단계 보안 설정을 할 수 있도록 전화번호를 인증하도록 유도한 후, 이 전화번호를 광고 목적으로 활용하기까지 하였다. 연방거래위원회는 페이스북이 얼마나 많은 제3자 앱 개발자 및 광고주들에게 개인정보가 제공되었는지 정확히 알지 못하고 있었다고 한다.

이에 연방거래위원회는 전화번호를 광고에 활용한 행위는 FTC법 제5조를 새롭게 위반한 행위로 보았고,

나머지 행위는 2012년 명령을 위반했다고 판단하였다.

### 나. 합의 내용<sup>11)</sup>

연방거래위원회와 페이스북은 합의(settlement)에 이른 후 화해(stipulated order)를 신청하기로 하였다. 그 내용은 다음과 같다.

- ① 법원은 페이스북에 50억 불의 civil penalty를 부과한다.
- ② 법원은 페이스북에 연방거래위원회가 개정한 행정명령(administrative order)을 따를 것을 명(injunctive relief)한다. 개정 행정명령은 연방거래위원회가 행정법판사에게 청구를 제기한 날로부터 20년 후까지 효력을 발생한다.
  - 개인정보의 수집, 이용, 공유와 제3자가 접근 가능한 개인정보의 범위 등에 대해 이용자를 오인하게 만드는 행위를 중지한다.
  - 이용자가 설정한 프라이버시 제한을 넘어서 개인정보를 제3자와 공유하는 경우 이용자에게 사실을 고지하고 명시적인 동의를 받는다.
  - 이용자가 개인정보 또는 계정을 삭제한 경우 합리적인 기간 내에 개인정보를 삭제하거나 비식별화한다.
  - 보안 목적으로 수집한 전화번호를 광고 목적에 사용하는 것을 중지한다.
  - 얼굴인식 기술을 적용하기에 앞서 이용자의 구체적인 동의를 받는다.
  - 제3자가 이용자의 개인정보에 접근하는 것에 적용되는 안전장치를 포함해 강화된 프라이버시 프로그램을 집행한다.
  - 페이스북의 이사회 내에 프라이버시 업무를 관할하는 독립 위원회를 설립한다.
  - 프라이버시 프로그램이 효과적으로 작동하는 것을 관할하는 임원(corporate officer)을 지정한다. 이 임원은 새롭게 구성된 이사회에 다수가 찬성하는 경우에만 해임될 수 있다.
  - 정기적으로 독립적인 기관으로부터 프라이버시 관행을 평가받고 그 결과를 연방거래위원회에 제출한다.

9) U.S. v. Facebook, Civil Action No. 19-2184 (TJK) (D.D.C. Apr. 23, 2020), 3면.

10) U.S. v. Facebook, Civil Action No. 19-2184 (TJK) (D.D.C. Apr. 23, 2020), 4-6면.

11) U.S. v. Facebook, Civil Action No. 19-2184 (TJK) (D.D.C. Apr. 23, 2020), 6-7면.

- 500명 이상의 이용자의 개인정보에 영향을 미치는 사건이 발생한 경우 연방거래위원회에 보고한다.
- ③ 연방거래위원회는 2019년 6월 12일 이전의 행위에 대해 현재 위원회가 인지한 사실관계에 대해 페이스북 북 법인, 임원, 그리고 이사가 FTC법 제5조에 따른 소비자 보호의무를 위반했다는 주장을 할 수 없다.

#### 다. 법원의 판단<sup>12)</sup>

연방지방법원은 합의 내용이 공정하고 합리적이며 공익에 부합하는지 여부를 검토한 후 연방거래위원회와 페이스북 간 화해 성립을 승인하였다. 법원은 일관되게 당사자 간에 의사의 합치가 있었던 만큼 그 판단의 적절성에 의문을 제기하기보다 이를 최대한 존중하되 현저하게 불합리하거나 불공정한 문제가 있는지를 검토하면 된다는 입장을 견지하였다.

법원에는 동 합의안에 대해 다양한 의견(amicus brief)이 제출되었는데, 예를 들어 Electronic Privacy Information Center (EPIC) 같은 경우는 50억 불의 penalty가 너무 낮으며 시정명령도 불충분하다고 주장하였다. EPIC은 세계적으로 적용되고 있는 프라이버시 법률을 페이스북으로 하여금 사내 지침으로 채택하도록 하고, 페이스북이 왓츠앱(WhatsApp)과 인스타그램(Instagram)을 인수한 것을 취소해야 한다는 의견을 제시하였다.

하지만 법원은 화해 성립을 판단함에 있어 법률을 구체적으로 어떻게 집행할지 정하는 행정부의 역할을 해서는 안되며(“the Court’s role is not to play the Executive’s part in deciding how to enforce the law”), 페이스북이 법률이나 명령을 실제로 위반했는지 여부에 대한 판단까지 나아가 필요도 없다(“the Court may not even assume that Facebook violated the FTC Act or the 2012 Order in the first place.”)고 하였다. 법원은 재판에서처럼 실제적인 판단을 하는 것이 아니라, 합의안이 스스로 제시한 목적에 부합하는, 합리적 수단을 마련했는지만을 제한적으로 검토해야 한다는 것이다.

### 3. 의문점

여기까지 진행된 절차를 보았을 때, 행정법적 관점에서 제기될 법한 질문은 다음과 같다. 왜 연방거래위원회는 스스로 시정명령과 금전적 제재처분을 부과하지 못했을까? 그리고 왜 민사소송의 일방 당사자처럼 화해를 했어야 했을까? 왜 페이스북은 50억 불이라는 천문학적인 금액을 납부하기로 동의한 것일까? 금전납부 의무를 제외한, 나머지 명령의 내용이 너무 추상적이지 않은가? 명령을 이행함에 있어 20년의 종기를 설정하는 것은 지나치게 길지 않은가? 20년이 도과하기 전에 명령 위반이 발견되면 언제든지 추가적인 제재를 하고 재차 새롭게 종기를 설정하는 것은 당사자에게 지나친 부담이 아닐까? 더 나아가 페이스북의 행위로 인해 영향을 받은 특정 사람들이 화해 성립의 내용에 불만을 갖는다면 이에 대해 불복할 수 있을까?

첫 번째 질문에 대한 답은 간단하다. 연방거래위원회는 시정명령을 부과할 수는 있지만 과징금을 부과할 권한이 없다. 미국 행정부는 소액의 과태료를 부과할 때도 법원의 판결을 받아야 하는 것이 보통이다. 그런데 FTC는 시장독점의 역기능을 시정하기 위해 설립되었던 강력한 규제기관이 아니던가? 왜 스스로 규제기관성을 부정하고, 더 나아가 한국의 행정기관보다 법적 권한이 위축되어 있는 것처럼 보일까? 이 질문에 답변을 하기 위해서는 미국과 한국 간의 공법적 철학의 차이에 관한 검토가 필요하다.

## Ⅲ. 미국 헌법상 집행권 제한의 원리

### 1. 헌법상 대통령의 권한

우리 헌법은 제66조 제4항에서 “행정권은 대통령이 수반으로 하는 정부에 속한다”고 규정하고, 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”고 규정하고 있다. 즉, 법 문언만을 통해서 행정권의 본질이 무엇인지 정확히 알기 어렵다.

12) U.S. v. Facebook, Civil Action No. 19-2184 (TJK) (D.D.C. Apr. 23, 2020), 8-13면.

우리 헌법은 국무회의에서 국정의 기본계획과 정부의 일반정책을 정하고 각부의 중요 정책을 조정한다는 것(제89조), 대통령은 법률의 위임을 받아 대통령령을 제정할 수 있고(제75조), 행정 각 부는 법률과 대통령령의 위임을 받아 총리령 또는 부령을 제정할 수 있다는 것(제95조) 등을 규정하고 있다.

미국 헌법은 우리 헌법보다도 간략하다. 미국 헌법은 의회가 할 수 있는 일과 하지 않아야 하는 일에 대해서는 비교적 상세하게 명시한 반면, 대통령 또는 행정부의 집행권한에 대해서는 매우 모호한 규정만을 두고 있다.<sup>13)</sup>

## 2. 집행권 제한의 근거

미국 헌법의 권력구조를 가장 잘 설명하는 표현은 ‘견제와 균형(check and balance)’이다. 연방의회를 상원과 하원으로 분리하고, 연방정부와 주 정부를 분리하며, 민·형사 소송에서 판사와 배심원이 의사결정 권한을 공유한다. 이런 미국에서 대통령으로부터 행정기관으로 이어지는 일원적이고 수직적인 집행권은 애초에 매끄럽게 받아들여지기 어려운 개념이었다고 보인다.

다음에서는 연방 행정기관의 권한행사 제한의 주된 논거가 되는 권력분립, 시장자유주의 등을 구체적으로 살펴본 후 이 원리가 어떻게 연방거래위원회의 의사결정 구조에 반영되어 있는지를 분석하도록 한다.

## 가. 권력 분립의 원리(Separation of Power)

사인의 권리나 이익에 영향을 미치는 법적인 판단을 하는 것은 사법부의 고유 권한이다. 법규범을 제정하는 행정기관이 스스로 중독적인 법 해석을 하는 것은 권력 분립의 원칙에 반한다. (닐 고르처지 대법관 등14)

미국과 유럽은 모두 입법-사법-행정의 3권 분립을 따르고 있지만, 그 시작은 매우 달랐다. 유럽은 전체적 군주의 완전한 행정권이 의회와 법원으로 이양된 반면, 군주가 없는 상태에서 시작한 미국은 의회와 법원에 부여되어 있던 권한이 행정부로 차츰차츰 이양되었다.<sup>15)</sup> 미국에서는 연방정부가 법률안을 직접 제출하는 것은 당연히 불가능한 일이었고 법률을 집행하기 위한 규칙을 제정할 수 있는 권한도 없었으며, 19세기 말에 이르기까지 건축허가, 영업허가, 및 취소 등 오늘날 전형적인 행정작용으로 간주되는 것이 대부분 법원의 사법권 아래에 있었다.<sup>16)</sup>

하지만, 사회의 복잡성이 높아짐에 따라 의회가 모든 사항을 다 일일이 법률로 규정하기도, 민·형사 사건을 담당하는 판사가 해당 산업의 발전과정을 쫓아가며 판단을 내리기도 어려워졌다. 이러한 현실적 필요에 따라 다수의 경력직 공무원이 근무하는 행정기관이 법률의 위임을 받아 하위규정을 만들거나, 행정절차를 거쳐 국민의 이해관계에 영향을 미치는 법적인 결정을 하게 되었다. 하지만

13) 미국헌법 제2장(Article II)에 따른 대통령의 권한은 다음과 같다.  
 ① 연방정부의 고위관료를 상원의 동의를 받아 임명할 수 있다.  
 하위관료는 법률이 정하는 바에 따라 대통령이 임명하거나, 법원이 임명하거나, 각 부의 장이 임명할 수도 있다.  
 ② 연방정부의 관료를 해임할 수 있다. 상원의 동의를 받아 임명한 자라 하더라도 상원의 동의 없이 해임할 수 있다.  
 - 의회는 합의제 독립규제기관에 대해서 대통령의 해임권을 제약하는 규정을 법률에 둘 수 있다.  
 ③ 의회에 법률 제정을 제안할 수 있다.  
 ④ 양원에서 통과된 법률에 대해 거부권을 행사할 수 있다.  
 ⑤ 법률이 충실하게 집행되는지를 관리할 수 있다(“Take Care that the Laws be faithfully executed”).  
 ⑥ 군 통수권자로 권한을 행사할 수 있다.  
 ⑦ 외국과 조약을 체결할 수 있다.

14) Kisor v. Wilkie, 588 U.S. (2019)  
 15) 박정훈, 제3장 행정법과 법철학, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005, 101면.  
 16) 박정훈, 위의 책.  
 이 책의 저자에 따르면 프랑스와 독일의 권력분립은 군주의 포괄적 국가권력에서 법규제정권이 분리되어 의회로 넘어가고 다른 한편으로 민사형사재판권이 분리되어 법원으로 넘어감으로써 나머지 대부분의 법적응작용(국민의 권리의무관계에 법적 변동을 초래하는 행정행위 및 이에 대한 불복심사)이 행정의 고유한 영역으로 남게 되었다고 한다. 반면, 미국은 전혀 반대방향으로 발전하였다. 군주의 국가권력이 없는 상태에서 법제정작용은 의회의 권한으로, 법적응작용은 법원의 권한으로 각각 배정되었다가(19세기말에 이르기까지 건축허가, 영업허가 및 그 취소 등 오늘날 전형적인 행정작용으로 간주되는 것이 모두 법원의 사법권에 의해 이루어졌다) 사회경제적 규제의 필요성이 높아지고 법원의 업무부담이 증가함에 따라 행정기관에 일정한 준입법, 준사법권을 부여하게 되었다.

여기에는 행정기관이 입법, 사법의 영역을 부당하게 침해한다는 의구심이 항상 뒤따랐다.

이 논의는 여전히 진행 중이다. 보수성향이 강해지고 있는 연방대법원은 독립규제기관의 입법, 사법기능을 비판적으로 보고 있으며, 사법부의 행정 재량 존중에 대한 대표적인 법리인 ‘쉐브론 독트린’을 무효화해야 한다는 주장도 강하게 제기되고 있다. 트럼프 행정부에서 임명된 닐 고르서치(Neil Gorsuch) 대법관은 연방항소법원 판사로 재직하던 당시 “우리 헌법 입안자들은, 행정기관이 입법부와 사법부의 결정을 집행하는 것에 그치지 않고 법률의 위임을 받아 스스로 준사법적인 재판절차를 개시하고 사법부로부터 그 결정의 내용을 존중까지 받게 되는 상황을 상상하지도 않았을 것이다”라고 하면서 쉐브론 독트린이 헌법상 권력 분립에 위반된다는 의견을 남겼다.<sup>17)</sup>

#### 나. 시장자유주의(Libertarianism)

정부의 시장 개입은, 비효율적인 자원배분을 초래하므로 최소화되어야 한다.  
(로크너 시대의 루퍼스 페컴 등 대법관 등)

로크너 시대라 함은, 보수 성향의 연방대법원이 1890년대부터 1937년까지 연방과 주 의회의 사회경제적 입법을 무효화하던 시기를 말한다. 연방과 주 의회는 각기 자본주의의 역기능을 시정하기 위해 최저임금, 아동 노동 금지, 반독점 등의 규제를 입법하였다. 연방대법원은 연방의회가 이러한 법률을 제정할 경우에는 주 정부의 경찰권을 침해한다는 이유로 위헌 선언을 하였고, 주 의회에서 주 법률을 제정한 경우 “개인의 계약의 자유를 침해(unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract)”하여 수정헌법 제14조에 따른 적법절차 원리(Due Process Clause)에 위반된다는 이유로 무효화하였다.<sup>18)</sup>

17) De Niz Robles v. Lynch, 803 F. 3d 1165, 1171 (10<sup>th</sup> Cir. 2015).

이러한 연방대법원의 입장은 루즈벨트 대통령의 뉴딜 정책에 중대한 위협이 되었다. 특히 1935년 5월 27일 월요일(이른바 ‘검은 월요일’), 연방대법원은 FTC 상임위원 해임사건을 포함해 루즈벨트 대통령에게 불리한 결론을 내리는 3개의 판결문을 동시에 발표하였다. 하지만 루즈벨트 대통령은 1937년 90%가 넘는 압도적인 지지율로 재선에 성공하였다. 1937년 봄 뉴딜정책의 핵심인 사회보장법(Social Security Act)과 노동관계법(National Labor Relations Act)에 대해서도 보수적인 대법관들이 위헌 선언을 할 조짐이 보이자, 루즈벨트 대통령은 법원 개혁법안을 국회에 제출한다.<sup>19)</sup>

법원 개혁법안은, 대법관을 9인에서 15인으로 늘리고 70세가 초과했음에도 은퇴를 하지 않으면 새로운 법관으로 대체하는 것이 주된 내용이었다. 이 법안은 상원에서 통과되지 않았지만, 대법원이 입장을 철회하게 하는 데에는 성공하였다. 대법원은 West Coast Hostel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) 판결에서 수정헌법 제14조가 개인의 계약의 자유를 절대적으로 보장하므로 정부는 최저임금이나 아동노동에 관여할 수 없다는 기존의 논리를 공식적으로 포기하고, 워싱턴 주의 최저임금법이 합헌이라고 판단하였다.<sup>20)</sup>

#### 다. 연방주의 (Federalism)

시장경제에 대한 개입은 원칙적으로 주 정부의 ‘경찰권(police power)에 속한다. 연방 의회가 연방 행정기관에 수권을 하려면 ‘과세’에 관한 것이거나(taxation power) 주의 경계를 넘나드는 통상(interstate commerce)을 규제하는 것이라는 명확한 입증이어야 한다.  
(안토닌 스칼리아 대법관 등<sup>21)</sup>)

18) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905), Adkins v. Children’s Hospital, 261 U.S. 525 (1923) 등  
19) Barry Cushman, Court-Packing and Compromise, 29 Const. Comment. 1, 2013, 1면.  
20) William E. Leuchtenburg, The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt. New York, NY: Oxford University Press, 1995, 26면. 오웬 로버츠(Owen Roberts) 대법관은 대통령 재선 전에 상고허가의 신청(certiorari)이 있었을 때 법률의 위헌 주장이 이유 있다고 보아 허가에 표결을 하였으나, 차후 입장을 선회하여 법률이 합헌이라는 5:4 다수의견에 동참하였다.

본 사안에서 크게 문제가 되는 내용은 아니지만, 미국의 연방주의는 연방 행정기관의 권한 행사를 제한하는 가장 중요한 논리 중 하나였다. 행정기관은 법률상 수권이 있어야 업무를 할 수 있는데, 연방 사무라고 인정되지 않으면 연방 의회가 이에 관해 입법을 할 수 있는 권한이 없기 때문이었다.

국민의 안전을 보호하고 복리를 증진하는 것은 일반적으로 주 정부의 ‘경찰권’에 속하며 연방의회는 특별한 사유가 없는 한 마음대로 입법을 할 수 없다. 연방의회가 국민의 생활에 관여하는 입법을 하기 위해 가장 많이 기대는 헌법상의 근거는 “주간 통상”을 규제할 수 있는 권한인데, 환경, 안전, 노동 분야는 이 조항을 통해서 연방의회의 사무로 정당화되기가 어려웠다. 예를 들어 연방의회가 아동노동의 금지를 입법하면서 어린이의 교육 받을 권리를 이유로 할 경우 교육받을 권리는 헌법상 보호되는 기본권이 아니고<sup>22)</sup> “주간 통상” 조항이 보호하는 이익도 아니기 때문에 주의 소관 사무를 침해한다고 보아 위헌이 된다. 따라서 최저임금, 환경 규제, 직장 내 차별금지과 같은 법률들은 연방 차원의 경제활동에 미치는 부정적인 영향을 입증함으로써 연방 사무로 인정될 수 있었다.

#### IV. 연방거래위원회의 처분 권한

##### 1. 행정과 사법의 관계

우리나라에서는 시정명령, 과징금 등 불이익 처분을 할 때 행정부가 단독으로 법률·사실관계를 확정 후, 법원을 통하지 않고 일방적으로 처분을 통보하는 경우가 많다. 이 때 당사자가 원고가 되어 행정소송을 제기해 집행정지 결정을 받지 않는

한 처분의 효력이 발생한다. 반면 앞서 살펴본 바와 같이 미국에서는 선출되지 않은 공무원이, 재판 절차를 거치지 아니하고 개인의 자유를 제한하는 법적인 결정을 하는 것이 쉽사리 받아들여지지 않았다. 그럼에도 불구하고 미국 연방 행정기관은 여러 가지 현실적 필요에 의해 사법적 기능(행정처분 기능)<sup>23)</sup>을 확대해 왔는데 위헌성 논란을 피하기 위해 크게 두 가지 방향으로 대처해온 것으로 보인다.

첫 번째로, 불이익 처분의 경우 최대한 행정기관에게 중국적인 판단 권한을 부여하지 않는다. 검찰이 피고인을 상대로 형사소송을 하듯이, 행정기관도 행정조사를 통해 법률·사실관계를 확정 후 피고를 상대로 민사소송을 제기한다. 즉, 행정이 아닌 사법의 영역에서 당사자주의에 따라 최종 판단을 하는 것이다. 연방거래위원회의 경우 금전적인 제재가 필요하다고 판단하거나 서면법 위반에 따라 형사소추를 하려면 법무부를 통해 민·형사소송을 제기하여야 한다.

두 번째로, 행정기관 내에서 의사결정 지점을 다원화하고 절차적 보장을 강화한다. 독임제 기관보다는 합의제 기관이 준사법적 기능을 수행할 수 있는 정당성이 크다.<sup>24)</sup> 행정기관 내에서도 기관장의 지휘를 받지 아니하는 행정법판사(Administrative Law Judge)가 행정조사를 수행한 공무원과 조사를 받은 사인 양측의 주장을 들은 후 처분내용을 결정한다. 연방거래위원회가 스스로 중국적인 판단을 할 수 있는 시정명령(금전적인 제재를 포함하지 않

21) National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012).

22) San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973). 교육받을 권리가 수정헌법 제14조의 적법절차 원리에 따른 기본권이 아니므로, 주 정부가 일정한 수준 이상의 공교육을 제공할 의무를 부담하지 않는다고 한 판결이다.

23) 박정훈, 제35장 공정거래법의 공적 집행, 『공정거래와 법치』, 법문사, 2004, 1004면 (“행정과 사법이 본질적으로 구분되는 별개의 영역이 아니라 국가의 법작용작용이라는 점에서는 - 기관의 구성과 절차의 신중성에 있어 상대적 차이는 있지만 - 동일하다”); Bernard Schwartz, 『Administrative Law』, Little, Brown and Company, 1991, 10면(“How is the agency that exercises these powers to be distinguished from the legislature and the courts? The answer is easy with regard to the legislature. . . . The dividing line is not so clear-cut between agencies and courts.”).

24) Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau, 591 U.S. (2020). 독임제 기관인 금융소비자보호청이 준입법, 사법적 기능을 수행하도록 하면서 대통령이 법정사유가 충족되지 않는 한 기관장을 해임할 수 없도록 한 법률이 헌법상 권력분립 원칙에 반해 위헌이라고 본 판결이다.



〈표 1〉 법집행기관과 규제기관의 특성 비교

행정기관의 정체성	철학적 배경	판단 주체	법원의 재량 존중	행정부 역할
“법집행기관”	커먼로 전통	법원 중심	행정재량 불인정 (de novo)	사법기능 (형사소추, 소극적)
“규제기관”	행정국가	행정부 중심	행정재량 존중 (deference)	입법기능 (질서형성, 적극적)

는다)의 경우에도, 행정법 판사의 1차 결정이 반드시 있어야 한다. 상대방이 이의신청을 하지 않으면 행정법판사의 결정이 그대로 확정되고, 이의신청을 하는 경우 위원회 전체회의 표결 절차를 거쳐 최종 결정을 하게 된다. 최종결정에 불복하는 사람은 연방항소법원에 불복의 소를 제기할 수 있다.<sup>25)</sup>

## 2. 법집행기관이지 규제기관이 아니다?

조 사이먼스 위원장이 FTC의 정체성을 규제기관(regulator)이 아니라 민사 법집행기관(civil law enforcement agency)이라고 규정한 것은, FTC를 대표적인 독립규제기관이라고 이해해 온 사람들에게는 매우 생경한 발언이 아닐 수 없다. 하지만 사실 FTC 직원들이 FTC의 규제기관성을 부정하는 것은 뿌리 깊은 전통이라고 한다.<sup>26)</sup>

1930년대 시카고 경제학파가 정부의 시장개입 행위의 효용성에 대해 의문을 제기했을 때, 반독점법의 정당성을 옹호하고자 했던 학자들은 ‘전통적

인 규제(classical regulations)’와 반독점법의 차별성을 강조하였다.<sup>27)</sup> 전통적인 규제는 시장의 결과를 시정하는 것을 목표로 기업들에게 특정한 행위를 하도록 의무를 부과하는 적극적 행위(a detailed web of affirmative legal obligations)라면, 반독점법집행은 최소한의 일탈행위만을 일반적으로 금지하여 시장경쟁의 조건을 마련한다는 것이다.<sup>28)</sup> 따라서 ‘법집행 기구’임을 강조하는 것에는 행정기관의 소극주의가 내포되어 있다. 행정부의 재량보다는 법원의 판단을, 행정절차의 독자성 보다는 커먼로 상의 일반 민사절차를 강조하는 입장에서 서는 것이다.

한편 학계에서는 연방거래위원회의 ‘규제기관성’을 부정하기 어렵다는 견해가 꾸준히 제기되어 왔다. 예를 들어 프레드 맥체스니 교수는 “반독점법은 경제적 규제로, 수평적 담합이나 경쟁자 간의 인수합병을 소재로 할 뿐 다른 산업에서의 규제정책과 크게 다르지 않다.”라고 하였고,<sup>29)</sup> 이스터브룩 판사는 “대부분의 반독점 소송은, 법무부가 보기에 유효 경쟁이 이루어지지 않고 있지만 의회가 입법적으로 개입하지 않고 있는 산업에 대해 법무

25) Federal Trade Commission, A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative, Law Enforcement, and Rulemaking Authority, 2019년 10월 업데이트, (<https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do/enforcement-authority>); 조성국, 『독점규제법 집행론』, 경인문화사, 2008, 184면.

26) Spencer Weber Waller, Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement, 77 OR. L. REV. 1383, 1384면 (1998) (“[T]he Federal Trade Commission routinely describe their mission as “law enforcement” and deny that they are acting as regulators. For all the changes wrought by the Chicago school of antitrust, the law and economic scholars also cling to a model of antitrust that is distinct from regulation.”); Herbert A. Bergson, Current Problems in the Enforcement of the Antitrust Law, 4 Rec., 1949, 115면(“The Antitrust Division of the Department of Justice is primarily a law enforcement agency.”)

27) Kenneth M. Parzych, 『Public Policy And the Regulatory Environment』, University Press of America, 1993, 147면. (“The objective of government antitrust policy within the private sector of the economy is to preserve a competitive market environment.... In sharp contrast, government policy within the regulated sector of the economy seeks to eliminate competition....”)

28) Stephen Breyer, 『Regulation and Its Reform』, Harvard University Press, 1984, 156-157면.

29) Fred S. McChesney, Be True to Your School: Chicago’s Contradictory Views of Antitrust and Regulation, 『The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective』, The University of Chicago Press, 1995, 328면.

부가 ‘법원을 규제기관으로 이용’하기 위해 제기된다. 1979년에만 이런 규제적 성격을 지닌 소송이 약 53개 제기되었다.”고 하였다.<sup>30)</sup>

하지만 이러한 논의는 규제의 개념을 지나치게 협소하게 정의하여 촉발된, 다소 불필요한 혼란이 아닐까 생각한다. 규제를 “공공주체가 생산이나 급부의 주체가 아닌 제3자로서 경제과정에 개입하여 경제주체들의 행위를 규율·유도·조성·금지·통제하는 작용 전체”<sup>31)</sup>라고 정의한다면, 연방거래위원회와 법무부의 반독점 규제는 당연히 규제에 해당한다. 규제를 시장경쟁을 저해하는 위협이나 장해를 제거하는 경찰행정규제인 “일반경쟁규제”와 시장실패의 교정, 보편적인 역무 제공 등 산업의 특성에 따른 공익목적의 “전문규제”로 분류한다면<sup>32)</sup> “법집행”은 단지 “일반경쟁규제”를 달리 표현한 것일 뿐이다.

하지만 여전히 연방거래위원회는 ‘규제’라는 용어를 사용하지를 꺼리는 것으로 보인다. 2020년 6월 법무부와 연방거래위원회가 합동으로 발표한 “수직결합 가이드라인”에서도 자신들의 행위를 집행정책(enforcement policy) 또는 집행행위(enforcement action)라고 칭할 뿐 규제(regulation)라는 단어는 한 번도 사용하지 않았다.<sup>33)</sup> 조 사이먼스 위원장의 발언 또한 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 연방거래위원회는 법원의 판단에 기대지 않고는 취할 수 있는 행정수단이 제한적이고, 법원이 본 사안의 위법성을 심각하게 판단하리라 기대하기도 어렵기 때문에, 페이스북과 합의를 통해 금전적 제재를 과하는 것이 가장 현실적인 방안이었다는 것이다.

하지만 조 사이먼스 위원장은 행정소극주의를 지향하는 입장은 아닌 것으로 보인다. 민주당 추천 상임위원들이 요구하는 바와 같이 FTC가 개인정보 보호 감독기구로서 적극적인 역할을 수행하려면, 유럽의 GDPR과 같이 연방 차원의 개인정보 보호 관련 일반법을 제정하여 FTC의 권한을 강화해야 한다는 의견을 여러 기자회견과 국회 청문회에서 제시하였다.<sup>34)</sup>

### 3. 주 정부와의 협업

연방거래위원회는 ‘주간 통상’(interstate commerce) 질서에 영향을 미치는 반독점행위를 제재하기 위해 설립된 기관이므로, 환경보호나 고용평등과 관련된 사회적 성격의 기관들에 비해 손쉽게 연방주의에 따른 제한을 피해갈 수 있었다. 다만 연방거래위원회는 연방 법무부 뿐 아니라 각 주 정부의 법무부(State Attorney General)와도 권한을 공유하고 있다. 주의 법무부는 주의 반독점법, 소비자보호법에 따라 조사를 수행하여 민·형사소송을 제기한다. 대형 기업이 피고가 되는 경우 연방정부와 주 정부 간, 또는 주 정부 간 협업이 활발하게 일어난다. 예를 들어 최근 연방 법무부에서 구글을 대상으로 제기한 반독점 소송에는 총 11개 공화당 성향 주(텍사스, 미주리, 몬타나, 미시시피, 켄터키, 인디애나, 조지아, 플로리다, 아칸소, 사우스 캐롤라이나, 루이지애나)가 원고로 이름을 올렸다.<sup>35)</sup>

30) Frank H. Easterbrook, The Limits of Antitrust, 63 Tex. L. Rev. 1, 1984, 35면. 각주 72번. 이스터브룩 판사는 Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 22 (1945), United States v. Terminal R.R. Ass'n, 224 U.S. 383 (1912) 판결이 이러한 사례에 해당한다고 하였다.

31) 이원우, 제2절 경제규제법의 목적과 범위, 『경제규제법론』, 홍문사, 2010, 45면.

32) 같은 책, 53-57면.

33) U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, 『Vertical Merger Guidelines』, 2020. 6. 30. ([https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-d-epartment-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical\\_merger\\_guidelines\\_6-30-20.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-d-epartment-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf))

34) “위원회가 소비자의 프라이버시를 보호하는 정책 목적에 충실하기를 바란다면, 우리는 의회가 프라이버시와 데이터 보안에 대한 법률을 제정하고, 이를 통해 FTC에게 civil penalty 부과와 행정 절차법에 따른 규칙제정권 등의 집행권한을 부여하며, 현재 FTC 법 제5조의 적용범위에서 배제되어 있는 비영리법인과 보편적 역무 제공자(common carriers)도 소관 내에 포함하여 주기를 촉구합니다.”

(FTC의 서면답변, 연방의원 에너지통상위원회 소비자보호 소위원회(2019.5.9.)Prepared Statement of the Federal Trade Commission: Oversight of the Federal Trade Commission before the Committee on Energy and Commerce Subcommittee on Consumer Protection and Commerce United States House of Representatives, 2019. 5. 8. 5면, [https://energycommerce.house.gov/sites/democrats.energycommerce.house.gov/files/documents/FTC%20Commissioners%20Testimony\\_05.08.19%2028002%29\\_0.pdf](https://energycommerce.house.gov/sites/democrats.energycommerce.house.gov/files/documents/FTC%20Commissioners%20Testimony_05.08.19%2028002%29_0.pdf).)

#### 4. civil penalty란?

연방거래위원회는 셔먼법(Sherman Act), 클레이튼법(Clayton Act), FTC법(Federal Trade Commission Act) 등에 따라 반독점, 소비자보호 분야에서 다양한 처분권한을 행사할 수 있다. 시정명령만 발급하는 경우에는 연방거래위원회에서 처분절차(adjudication)가 종결되지만, 법 위반에 따른 이익을 환수하고자 하는 경우에는 법무부를 통해 국가의 이름으로 피고를 상대로 하여 민사소송을 제기하여야 한다. 셔먼법의 경우에는 징역형까지 규정하고 있는데, 마찬가지로 법무부를 통해 형사소송을 제기하여야 한다. 형사처벌의 대상이 되려면 고의(mens rea)가 입증되어야 하기 때문에 법무부는 셔먼법 제1조 위반 중에서도 카르텔 등 수평적 가격담합의 증거가 명백한 경우에만 형사소송을 진행한다.<sup>35)</sup>

미국에서 civil penalty를 제기할 수 있는 사람은 법률에 따라 정해진다. 예를 들어 셔먼법 위반의 경우에는 국가와 사인이 모두 원고가 될 수 있고, FTC법 제5조 위반의 경우에는 국가만 원고가 될 수 있다. 국가가 과거의 법률 위반을 이유로 한 부당이득을 환수하기 위해 civil penalty를 청구하면서 형사기소를 하는 경우 이중처벌의 문제가 제기될 수 있다. 이에 대해 미국 연방대법원은 헌법상 이중처벌 금지조항(Double Jeopardy Clause)은 하나의 위반행위에 ‘다수의 형사처벌’을 과하는 것을 금지하고 있을 뿐이라고 하면서 civil penalty의 근거법률을 해석했을 때 형사처벌의 실질을 갖지 않는다면, civil penalty와 형사처벌은 병과될 수 있다고 하였다.<sup>37)</sup>

35) Department of Justice, Case 1:20-cv-03010, Complaints in the United States District Court for the District of Columbia, Filed 2020/10/10 (<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>)

36) United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978). 이 사건에서 연방대법원은 반독점법 위반을 이유로 형사처벌을 과하려면 피고인의 고의가 입증되어야 하고 단순한 법적인 추정에서 그쳐서는 안된다고 결정하였다.

37) Hudson v. U.S., 522 U.S. 93 (1997). 이 사건에서 연방 통화감독청(US Office of the Comptroller of the Currency)은 John

#### 5. 연방거래위원회와 처분 상대방의 화해

연방거래위원회가 본 사안에서 검토했던 두 가지 시나리오는 다음과 같다.<sup>38)</sup>

- ① FTC 소비자보호국의 행정조사 → 행정처분 청구(administrative complaint) → FTC 행정법판사의 1차 결정 → (페이스북이 이의를 제기할 경우) FTC 위원회 최종 결정 → civil penalty 부분은 법무부에 사건이관 → 법무부가 소송제기 필요성 판단<sup>39)</sup> → 연방지방법원에 civil penalty 부과 청구소송 제기 → 연방지방법원 판결 또는 화해 성립
- ② FTC 소비자보호국의 행정조사 → 행정처분 청구 → 합의안 마련 → FTC 위원회와 페이스북 합의 → 연방지방법원에서 화해 성립

어떠한 경우에 따르든 최종 결정은 연방지방법원에서 이루어지게 된다. 다만, 앞서 살펴본 바와

Hudson을 비롯한 은행직원들이 자신의 지위를 이용해 제3자에게 대출을 알선하였다는 이유로, 금전적 제재와 은행에서 일할 수 있는 자격을 박탈하는 한편, 별도로 법무부를 통해 형사기소를 하였다. 이 판결에서 연방대법원은 Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144 (1963)에서 제시된 기준에 따라 civil penalty를 부과한 법률의 문언을 해석해 형사처벌의 실질을 갖는지를 판단해야 한다고 하였다. 그 기준은 다음과 같다. (1) 구속 등 명시적인 제한이 수반되는지, (2) 역사적으로 형사처벌로 간주되었는지, (3) 고의·과실을 요하는지, (4) 과거의 잘못을 응징하고 억지하고자 하는 것인지, (5) 범죄로 간주되는 행동을 제재하기 위한인지, (6) 제재를 통해 이루고자 하는 다른 목적이 있는지, (7) 다른 목적에 비추어볼 때 제재가 과한지. 이 사건에서 법원은 은행직원의 자격을 박탈한 것이 원고의 행위를 제약하는 것이긴 하지만 형사처벌의 실질을 갖지 않는다고 보았고, 대부분의 civil penalty는 위의 7가지 조건을 만족하지 않는다고 실시하였다.

38) FTC 위원장의 성명(Statement of Chairman Joe Simons and Commissioners Noah Joshua Phillips and Christine S. Wilson In re Facebook, Inc., 2019/7/24), 반대의견(Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the Matter of the FTC vs. Facebook, 2019. 7. 24), FTC 집행권한 설명자료(A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative, Law Enforcement, and Rulemaking Authority, <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do/enforcement-authority>)를 종합하여 정리한 것이다.

39) 법무부는 증권거래위원회, 연방거래위원회 등 수많은 행정기관의 소송 제기를 대리하고 물리적인 한계가 있기 때문에 스스로 법적인 판단을 통해 행정기관의 청구가 이유 없다고 생각하면 소송을 진행하지 않는다고 한다. (Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the Matter of the FTC vs. Facebook, 2019. 7. 24, 6면)

같이 당사자 간 합의가 이미 있는 경우에는 법원이 실제적인 법률 판단을 대신하지 않고 최소한의 합리성 심사만 한다. 따라서 결론에 있어서는 처분의 상대방의 협력 의사가 있다면 행정청이 단독으로 재량에 따라 과징금을 일방적으로 부과하는 것과 유사한 양상을 띠게 된다.

## V. 행정법적 시사점

### 1. 미국의 civil penalty와 한국의 과징금

연방거래위원회는 직접 civil penalty를 부과할 수 없지만, 증권거래위원회(U.S. Security and Exchange Commission) 등은 법원에 소송을 제기해야만 부과가 가능한 사법형 civil penalty와 직접 civil penalty를 일단 부과하고 이의가 있으면 법원에서 제한적 사법심사(limited judicial review)를 통해 다투도록 하는 행정형 civil penalty를 운용하고 있다.<sup>40)</sup> 행정형 civil penalty는 사법형에 비해 법률 해석상 재량이 적고 기계적 집행이 가능한 영역으로 보여진다.

이러한 행정형 civil penalty를 우리의 행정처분에, 법원의 제한적 사법심사를 우리의 행정소송에 대응하는 것으로 이해하여 과징금과 유사하게 볼 수도 있겠으나, 행정형 civil penalty도 자력집행력이 없어 당사자가 임의납부하지 않으면 행정기관이 납부청구소송을 제기하여 집행할 수 있다는 점에서 우리의 과징금과는 차이가 있다.<sup>41)</sup>

한국의 과징금은 “행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재”<sup>42)</sup>이다. 미국 civil penalty와의 가장 큰 차이는 행정기관 내에서 모든 절차가 종결된다는 것이며,

행정처분으로서 공정력이 인정되기 때문에 법원에 의해 취소되지 않는 한 효력이 발생한다. 과징금은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 전기통신사업법, 개인정보보호법, 농수산물 원산물 표시법 등 매우 광범위하게 도입되어 왔다. 통상 과태료에 비해 금액이 크고 의무 위반으로 인한 부당하게 발생한 이득을 환수하려는 목적과 제재적 성격이 혼재되어 있다.

이러한 과징금에 대해 행정벌에 관한 법치주의적 안전장치를 회피하기 위한 위헌적인 제도라는 비판이 제기되어 왔는데,<sup>43)</sup> 헌법재판소에서는 합의제 행정기관이 절차적 참여권을 보장하는 가운데 사법심사가 가능하기 때문에 권력분립의 원칙이나 적법절차 원칙에 반하지 않는다고 보았다.<sup>44)</sup> 또한 미국의 civil penalty와 마찬가지로 형벌과 병과하더라도 이중처벌 금지 원칙에 반하지 않는다고 한다.<sup>45)</sup>

한편, 한국의 과징금 제도에 징벌적 손해배상의 기능을 접목해 더욱 입체적으로 발전시켜야 한다는 견해도 있다.<sup>46)</sup> 사법 분야에서 논의되는 징벌적 손해배상 제도의 본질이 ‘불법행위에 대한 단순전보적 의미를 넘는 제재적 배상의 실현’으로, 이는 본래 공법에서 실현하고자 하는 공익적인 고려에 해당한다는 것이다. 이 경우 최종 판단주체만 다를 뿐 미국의 civil penalty와 운용 양상이 유사해질 것으로 보인다. 다만, 미국의 엄격한 권력분립의 원칙에 따를 때에는 징벌적 손해배상과 같이 재량적 요소가 큰 금전적 제재를 행정기관이 단독으로 부과하는 것은(합의제 행정기관이라 하더라도) 정당화되기 어려울 것이다.

### 2. 화해를 통한 제재처분이 필요한 이유

미국의 연방 행정기관은 확고한 입법·사법·행정 기능 분리 원칙에 따라 우리 행정기관에 비해 훨씬

40) 권재열, 미국의 민사금전벌 제도에 관한 비교법적 소고, 법과기 업연구 제6권 제3호, 2016, 104-106면.

41) 박정훈, 제8장 협의의 행정벌과 광의의 행정벌, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005, 374면. 각주 60번.

42) 대법원 2002. 5. 28. 선고, 2000두6121 판결

43) 박정훈, 위의 글, 372-373면.

44) 헌법재판소 2003. 7. 23. 선고, 2001헌가25 결정

45) 조성규, 과징금의 법적 성격에 대한 시론적 고찰, 행정법연구 제 55호, 2018, 60면.

46) 조성규, 위의 글, 73면.

신 운신의 폭이 좁은 채로 출발하였다. 개인의 권리의무를 제한하는 처분은 전통적인 사법 기능에 해당하였기 때문에, 행정기관이 이러한 기능을 담당하기 위해서는 잘 설계된 정당화 논거가 필요했다.

신체나 재산에 영향을 미치는 처분의 경우에는 여전히 사법부가 종국적인 판단 권한을 지니고 있으며, 행정부가 권한을 지니고 있더라도 독립적인 행정법판사에 의한 준재판절차의 진행, 행정조사 과정의 행정영장주의(administrative warrant) 등에 따라야 한다. 이러한 미국의 제도는 여러 사람의 손을 거치게 함으로써 소수의 관료가 재량을 남용하는 것을 방지하고, 처분의 상대방이 충분한 숙고의 과정을 거친 판단을 받을 수 있도록 한다는 장점이 있다.

하지만, 그만큼 중국적인 제재처분에 이르기까지 오랜 기간이 소요되며 불확실성이 크다는 문제가 있다. 예를 들어 본 페이스북 사건에서 연방거래위원회가 1번 시나리오를 따랐을 경우 ① 행정법판사가 청구를 기각하거나, ② 법무부에서 소송 제기를 포기하거나, ③ 판사가 청구를 기각하거나 또는 기존 합의안에 현저히 못미치는 판결을 내릴 위험이 있었다. 특히 연방거래위원회가 대부분의 혐의에 대해 근거로 삼은 것이 동의의결에 기한 ‘행정 명령’이었기 때문에, 법률이 아닌 명령 위반에 대해 높은 금액의 penalty가 인정될 개연성이 낮았다.

반면, 2번 시나리오를 따르게 되면 엄격한 법률 위반을 입증하지 않고도 천문학적인 penalty를 부과하고 회사의 거버넌스 구조와 임원의 해임방식까지 세부적으로 정하는 등 탄력적으로 제재처분을 설계할 수 있다는 장점이 있다. 게다가 상임위원 5인 중 3인 이상의 표만 확보하면 되므로 매우 신속하게 중국적인 결론에 이르게 된다.

페이스북의 캠브리지 애널래티카 사태는 페이스북이 이용자의 신뢰를 배반해 제3자가 이용자의 개인정보를 타겟 정치광고에 활용하는 것을 방치한 사건으로 매우 큰 사회적 반향을 일으켰으며 페이스북도 파격적인 수준의 행정 제재가 있을 것이라는 점을 예상하고 있었다. 따라서 긴 소송과정을

통해 내부자료를 강제로 공개하면서 부정적 이슈를 오래 끄는 것보다는 금전적인 부담이 따르더라도 빠르게 사안을 종결시키고자 하는 입장이었다.

연방거래위원회도 페이스북 사태에 빠르게 대응해야 한다는 전방위적 압력을 받고 있었던 반면, 근거법률로 삼을 수 있는 것은 FTC법 제5조에 따른 소비자 보호규범 밖에 없어 강력한 법적인 논거를 구성하기가 어려운 상황이었다. FTC법 제5조 위반의 경우 1회 위반에 대해 바로 civil penalty를 청구할 수가 없다. FTC법 제5조 위반에 대한 명령이 발급된 후, 그 명령을 위반한 경우에만 civil penalty를 청구할 수 있다. 따라서 본 사안의 대부분의 혐의는 ‘2012년 명령’ 위반이었고, 통상 법원에서 ‘명령 위반’은 서면법 등 ‘법률 위반’에 대해 가벼운 penalty가 발급되어 왔다.<sup>47)</sup>

이에 연방거래위원회는 기업 임원 등의 개인책임을 면해주되 penalty의 규모를 파격적으로 늘리기로 협상한 것이다. 이러한 고뇌는 조 사이먼스 위원장의 기자회견 발언에서도 잘 나타난다.

“우리에게는 유럽의 GDPR과 같은 포괄적인 프라이버시 규제 권한이 없습니다. 위원회는 100년도 더 된 법률을 적용해서 개인정보 침해에 대한 제재방안을 마련해야 했습니다. 우리에게 두 가지 선택지밖에 없었습니다. 사상 최대규모의 penalty를 납부하겠다는 합의에 응하거나, 이기리라는 확신 없이 수년간 소송을 하는 것이었습니다.”

- 조 사이먼스, 연방거래위원회 위원장, 기자회견 (2019.7.24.)

### 3. 화해를 통한 제재처분의 위험성

민사상 화해 절차를 통한 제재처분은 양 당사자의 의사를 존중하는 가운데 절차를 빠르게 진행해 분쟁을 조속히 종결짓고 법적 안정성을 기할 수 있다는 장점이 있다. 2020년 연방거래위원회와 페이

47) 연방법원에서 FTC법 제5조에 따른 소비자보호 명령에 위반한 행위에 대해 소송까지 간 사례 자체가 극히 드물다고 한다. (Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the Matter of the FTC vs. Facebook, 2019. 7. 24, 5면, 각주 13번)

스북 간 화해결정문에서 인용된 *Citizens for a Better Environment v. Gorsuch* 판결<sup>48)</sup>에 따르면 법원이 당사자 간 이미 합의된 사항에 대해 재차 판단(second guess)하기를 경계하는 것은, 단지 양 당사자만을 위한 것이 아니라 소송에서의 자발적인 합의를 독려해 시간과 비용을 절감함으로써 공익에 기여하기 위함이라고 한다. 하지만 이러한 패스트 트랙에는 법적인 우려사항도 존재한다.

### 가. '강요된 합의'의 가능성

행정기관은 통상 정보나 권한에 있어 사인보다 우위를 갖는다. 페이스북의 경우 캠브리지 애널래티카 사태 당시 극심한 사회적 비난여론에 직면하였고, 연방거래위원회로부터 개인정보 침해 외에 반독점법 위반에 대해서도 조사를 받고 있는 상황이었다. 이 때 페이스북이 완전한 선택권을 지니고 합의에 응했다고 보기는 어려울 것이다. 더군다나 소규모 기업의 경우 대기업과 다르게 소송에 따르는 시간과 비용을 감내하기 어렵고 법률 전문가의 상시 조력을 받지 못하는 경우가 많기 때문에 '강요된 합의'의 문제는 더욱 커진다.

또한 행정처분의 경우에는 행정처분이 한 번 발급되었다라든 불가쟁력이 발생하기 전 취소소송을 통해 처분의 적법성을 다툴 수 있다. 반면 자신의 의사에 기해 민사법원에서 화해절차가 개시된 경우 당사자는 추후 그 내용의 적합성을 다투는 것이 거의 불가능하다.

### 나. 상대방의 예측 가능성이 떨어짐

만약 행정청의 우월적 지위와 사회적 압력 하에서 합의를 하였는데, 그 합의의 내용이 매우 추상적이고 향후 20년 간 구속력을 지니며, 그 내용을 위반하면 거의 상한이 없는 civil penalty 합의 요구에 재차 직면하게 된다고 가정해보자. 상대방은 단 한 번의 합의의사를 제공한 것을 이유로 해 무려

20년에 걸쳐(본 사안에서는 중간에 20년이 더 연장되었다), 그 정도를 예측하기 어려운 무제한적 감독 상태에 놓이게 된다고 볼 수 있다.

게다가 행정청은 양 당사자 간 의사의 합치를 근거로 하여 '법인 임원의 임기 보장과 해임권 제한'과 같은 창의적인 내용을 고안해내기도 한다. 이는 행정청이 수익적 처분을 발급하면서 광범위하고 미래 지향적인 부관을 첨부하는 사례와 유사한 위법성 문제를 야기한다.

### 다. 영향을 받는 제3자가 구제받을 기회가 없음

미국의 행정절차법(Administrative Procedure Act)은 행정기관이 법집행 과정을 화해로 종결시킬 수 있는지에 대해 명시적 규정을 두고 있지 않으나, 실무적으로는 행정절차법에 따른 adjudication이든 civil penalty이든 민사소송법에 따라 화해로 종결시키는 경우가 많다.<sup>49)</sup> 이러한 화해 실무는 그간 미국 행정법의 “보이지 않는 영역”(blind spot)으로 간주되어 왔다.<sup>50)</sup>

미국의 행정절차법은 '행정기관의 행위에 의해 위법한 침해를 당하거나 관계 법령의 의미에서 불이익을 입거나 이익이 침해된 자'는 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하면서, 다음 두 가지의 예외를 정하고 있다. ① 법률에 의하여 해당 행위가 사법심사의 대상에서 제외된 경우(Congress has passed a statute precluding judicial review), ② 법률에 의해 행정기관의 재량에 놓인 결정인 경우(committed to agency discretion by law)는 사법심사의 대상이 되지 않는다. 이 때 연방대법원은 당사자 간 합의로 인해 행정기관이 아무런 행위도 하지 않기로 결정한 것은 두 번째 사유에 따라 사법

48) *Citizens for a Better Environment v. Gorsuch*, 718 F.2d 1117, 1126 (D.C. Cir. 1983)

49) Dustin Plotnick, *Agency Settlement Reviewability*, 82 FORDHAM L. REV. 1367, 2013, 1375면.

50) Jim Rossi, *Bargaining in the Shadow of Administrative Procedure: The Public Interest in Rulemaking Settlement*, 51 DUKE L.J. 1015, 1016 (2001) (quoting Elizabeth Fisher & Patrick Schmidt, *Seeing the "Blind Spots" in Administrative Law: Theory, Practice, and Rulemaking Settlements in the United States*, 37 COMMON L. WORLD REV. 272, 2001, 273면)

심사의 대상이 되지 않는다고 결정한 바 있다.<sup>51)</sup>

또한 앞서 살펴본 바와 같이 민사법원은 제3자가 반대 의견을 제시하더라도 양 당사자 간의 의사에 기초해 현저히 합리성에 반하지 않는 한 화해를 성립시킨다. 따라서 화해의 대상이 된 행정처분이 제3자효 행정처분이어서 상대방 이외의 제3자에게 영향을 미친다 하더라도 제3자는 합의가 있는 후에 이를 다룰 수 있는 방법이 사실상 없다.

## VI. 나오며

연방거래위원회가 페이스북에 대해 민사절차에 따라 civil penalty를 부과해야 했던 이유는 복합적이다. 첫째, 조직법적으로 civil penalty 부과처분의 판단 권한이 법원에 있었다. 둘째, 절차법적으로 법원의 소송절차까지 진입하기 위해서는 행정법판사의 준재판절차와 법무부의 소송제기 검토를 거쳐야 했다. 셋째, 실체법적으로 본 사안의 개인정보 침해는 일반적인 소비자 보호 법규에 따를 수밖에 없어 엄격한 법률적 판단에 따른다면 강력한 제재처분을 과하는 것이 불가능한 상황이었다. 따라서 페이스북이 거센 사회적 비난에 직면해 빠르게 사안을 종결짓고자 하는 유인이 있었던 만큼, 연방거래위원회는 오랜기간 불확실성을 감내하기보다 위원회 사상 최대 civil penalty인 50억 불의 합의를 신속하게 이끌어낸 것이다.

미국의 복잡한 civil penalty 부과처분 절차는 헌법상 권력분립의 원칙과 시장 불개입 전통에 뿌리를 두고 있다. ‘견제와 균형’의 원리에 따라 소수 관료의 재량에 따라 국민의 재산이 좌우되는 상황을 피하기 위해 권한을 분산시키고 국민이 법원에서 절차적 보장을 받을 수 있게 한 것이다. 하지만 이러한 복잡한 절차는 결국 행정기관 뿐 아니라 처분의 상대방에게도 부담을 야기하게 되면서, 당사자 간 ‘합의’에 따라 절차를 간소화하고 처분의 내용을

다양하고 창의적으로 구성하는 방식으로 발전하게 되었다.

이를 긍정적으로 본다면 제재처분의 협력적 거버넌스라고 할 수도 있겠지만, 공법적 관점에서 볼 때 우려가 되는 점도 상당히 많다. 행정기관의 우월적 지위, 사회적 압력, 또는 소송 비용 때문에 상대방이 합의를 강요당하는 경우도 있을 수 있고, 제3자효 행정처분의 경우 당사자와의 합의만으로 절차가 종결될 경우 제3자는 다툼의 기회를 상실하게 된다. 아울러 합의의 내용은 매우 탄력적이고 형성적이어서 담당자의 관심사에 따라 결정되기가 쉽고 이는 당사자의 예측 불가능성으로 이어지게 된다.

미국과 한국은 모두 행정의 권한 남용 방지, 당사자의 절차적 보장, 절차의 신속성과 비용 절감 등의 가치를 조화시키면서 서로 다른 모습으로 발전해왔다. 한국식의 일방적인 금전적 행정제재 처분(예: 과징금)과 그에 따른 항고소송은 미국의 관점에서는 권력분립 원칙 위반일 수 있으나, 행정청의 우월적 지위를 인정한 상태에서 처분의 상대방의 방어권을 보장할 수 있도록 설계되어 있으며, 제3자도 원고적격이 인정되는 경우 절차에 참여할 수 있다는 점에서 오히려 범치주의적 관점에서 장점이 있을 수 있다. 모든 고려사항을 충족시키는 최적의 답안은 존재하지 않겠지만, 상호 참조를 통해 행정제재 분야의 발전적인 대안을 모색할 수 있으리라 생각한다.

## <참고문헌>

### 국내문헌

권재열, 미국의 민사금전벌 제도에 관한 비교법적 소고, 법과기업연구 제6권 제3호, 2016.

김병연, 자본시장법상 불공정거래행위에 대한 과징금제도의 도입, 상사법연구 제32권 제4호, 2014.

박정훈, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005.

51) Heckler v. Chaney, 470 U.S. 821, 831 (1985).

- \_\_\_\_\_, 『공정거래와 법치』, 법문사, 2004.
- 이원우, 제2절 경제규제법의 목적과 범위, 『경제규제법론』, 홍문사, 2010.
- 조성국, 『독점규제법 집행론』, 경인문화사, 2008.
- 조성국, 과징금의 법적 성격에 대한 이론적 고찰, 행정법연구 제55호, 2018.
- 한세론·조성국, 미국 연방거래위원회(FTC)의 법 집행방식에 관한 연구, 법학논문집 제43집 제3호, 2019.
- 외국문헌**
- William E. Leuchtenburg, The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt. New York, NY: Oxford University Press, 1995.
- Barry Cushman, Court-Packing and Compromise, 29 Const. Comment. 1, 2013.
- Kenneth M. Parzych, 『Public Policy And the Regulatory Environment』, University Press of America, 1993.
- Spencer Weber Waller, Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement, 77 Or. L. Rev. 1383, 1998.
- Herbert A. Bergson, Current Problems in the Enforcement of the Antitrust Law, 4 Rec., 1949.
- Stephen Breyer, 『Regulation and Its Reform』, Harvard University Press, 1984.
- Fred S. McChesney, 『The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective』, The University of Chicago Press, 1995.
- Frank H. Easterbrook, The Limits of Antitrust, 63 Tex. L. Rev. 1, 1984.
- Jeong Ha Myoung, Global application of civil penalty and Korean administrative surcharge system, 공법학연구 제7권제5호, 2006.
- Jim Rossi, Bargaining in the Shadow of Administrative Procedure: The Public Interest in Rulemaking Settlement, 51 Duke L.J. 1015, 2001.
- Dustin Plotnick, Agency Settlement Reviewability, 82 Fordham L. Rev. 1367, 2013.
- [정부 발표문]
- Federal Communications Commission, Statement of Chairman Joe Simons and Commissioners Noah Joshua Phillips and Christine S. Wilson In re Facebook, Inc., 2019. 7. 24.
- Federal Trade Commission, Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter Regarding the Matter of the FTC vs. Facebook, 2019. 7. 24.
- Dissenting Statement of Commissioner Rohit Chopra Regarding the Matter of Facebook, Inc., 2019. 7. 24.
- U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, 『Vertical Merger Guidelines』, 2020. 6. 30.
- Statement of the Federal Trade Commission: Oversight of the Federal Trade Commission before the Committee on Energy and Commerce Subcommittee on Consumer Protection and Commerce United States House of Representatives, 2019. 5. 8.



<ABSTRACT>

## Administrative Law Analysis on Federal Trade Commission's Facebook Data Breach Settlement

Inyoung Cheong

The U.S. Federal Trade Commission settled with Facebook for unprecedented 5-billion dollars of a civil penalty in the Cambridge Analytica data breach case. In South Korea, the administrative agencies are generally authorized to impose a monetary sanction based on their decision without going through a lawsuit. On the contrary, the Federal Trade Commission obtained the consent of Facebook to pay civil penalty and sought the federal court's stipulated order. Why was the Federal Trade Commission supposed to initiate a complicated civil procedure to address Facebook's violations of consumer protection obligations?

This paper examines deep-rooted U.S. Constitution principles—the separations of power and free-market libertarianism—to explain the limited adjudicative authorities of federal agencies compared to South Korea. American legal system regarded imposing individual sanctions as a typical judicial decision and has been reluctant to enable administrative agencies to make those decisions unilaterally. Even if an administrative agency has a “quasi-judicial” function, the decisions are supposed to be made by an independent Administrative Law Judge and multiple commissioners of an collegiate organization in light of “check-and-balance” principle.

However, procedural prudence turned out to be costly and time-consuming for both an administrative agency and a potential defendant. To address this issue, two parties occasionally settle. In this case, Facebook had an incentive to close its case as soon as possible and the FTC hardly managed to elaborate persuasive legal claims to impose a harsh financial penalty to the extent of relieving public resentment towards Facebook's data breach. Accordingly, two parties were able to reach a consensus about an unprecedented amount of civil penalty rather than moving forward with an official administrative procedure including a lawsuit.

Throughout comparative historical research, this paper shows that the U.S. and South Korea developed their own administrative procedure stemming from their different historical and philosophical background, considering the administrative costs, flexibility, and due process rights. Although the settlement can be an attractive fast-track, if both parties did not have full freedom of choice, a coerced settlement might be more harmful than unilateral administrative actions. Besides, settlements are less predictable than administrative actions prescribed in law and the judicial proceeding after the settlement does not provide the affected third parties to defend their rights in the court. By analyzing each system's strengths and weaknesses, we may come up with the better administrative procedure system.

**Keywords** : 연방거래위원회(Federal Trade Commission, FTC), 민사금전벌(Civil Penalty), 민사상 화해 (Settlement), 개인정보 침해(Data Breach), 데이터 프라이버시(Data Privacy, Information Privacy), 행정절차법 (Administrative Procedure Law)