



공정거래법상 형벌규정 정비 방안

연세대학교 법학전문대학원
최난설헌

머리말

- 2018년 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법') 전부개정을 논의하면서 공정거래법상의 형벌 정비 방안이 적극적으로 다뤄진 바 있음
 - 당시의 검토 배경은 구 공정거래법상 대부분의 법 위반 유형에 형벌이 존재하나 실제 집행되는 조항은 많지 않고, 글로벌 기준에 비추어도 형벌조항이 과다하다는 점에 있었음
 - 그 결과 2020년 공정거래법 개정으로 구법상 형벌 부과 대상이었던 기업결합행위, 불공정거래행위 중 일부(거래거절, 차별취급, 경쟁사업자 배제, 구속조건부거래), 사업자단체금지행위 중 일부(사업자 수 제한, 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위 교사 등), 재판매가격유지행위에 대한 벌칙조항이 삭제되어 부분적인 입법적 해결이 이루어졌음
- ❖ 당시 논의의 배경에는 전속고발제의 개편 상황이 존재하였고, 전속고발제 개편 전에 불필요한 형벌규정을 정비하는 것이 타당하다는 공감대가 있었기 때문에 각 규정에 대한 구체적인 검토가 가능하였으며, 그 결과 오랜 기간 지지부진했던 형벌규정 정비에 있어서 많은 개선이 있었음
- ❖ 2020년 공정거래법 전부개정에서 시도된 형벌조항의 삭제는 주요 해외 국가의 경쟁법제와 같이 경쟁규제가 행정 및 민사규제를 중심으로 나아가기 위한 논의가 시작되는 계기가 되었다는 측면에서도 의의를 찾을 수 있음

머리말

- 그러나 여전히 공정거래법을 포함한 공정거래 관련 법제가 규율하는 광범위한 영역에 있어서 형벌조항이 존치하고 있으며, 과잉범죄화 및 과잉처벌의 문제가 지적되고 있어서 경쟁질서 및 거래질서 위반행위에 대한 제재가 형벌에 의하여 이루어져야 할 이유가 무엇인지, 현재의 형벌 부과 범위나 수준이 적절한 것인지에 대한 논의의 필요성이 있음
- 아울러 2020년 공정거래법 전부개정 당시 국회 논의 과정에서 폐지가 무산된 전속고발권 제도의 보완책으로 고발요청제도가 부각되면서 실제 공정위가 이미 행위의 위법성을 심의하여 행정처분을 부과한 사례에 대해 타 부처가 재차 고발을 요청하는 사례가 발생하는 등, 전반적인 형사제재에 대한 부담이 증가하고 있는 상황에서 현행 공정거래법상 형사제재의 문제점과 제도적 개선방안을 검토할 필요가 있음

경쟁법과 형사제재

현행 공정거래법상 형벌규정의 현황

I. 우리나라 공정거래법상 형벌규정

- 공정거래법은 자본주의 시장경제의 경쟁질서를 유지하기 위한 법률로서 이를 위반하는 행위는 공익을 침해하는 행위임 - 따라서 위반행위를 하였거나 공정위의 시정조치에 응하지 아니한 사업자 또는 사업자단체 및 그 대표자, 대리인, 사용인 기타 종업원은 위반내용에 상응하여 형사적 제재를 받게 됨 → 이러한 형사제재의 주된 근거는 개인에 대한 제재를 통한 **억지력(deterrence)을 극대화** 하는데 있음
- 우리나라 공정거래법상 형벌제도는 법 제정 당시부터 존재해 왔는데, 실체법상 금지행위를 한 자에 대해서는 징역형과 벌금형을 내릴 수 있도록 하고 있음
 - 한편, 공정거래법상 행정제재와 형사처벌은 그 집행의 구조가 다른데, 행정제재의 기본적 수범자는 사업자 내지 사업자단체이고, 이들은 대부분 회사 등의 법인 형태를 취하고 있음
 - 일반적으로 시정조치나 과징금 등의 행정처분은 회사 등 법인에게 부과되며, 직접 행위자인 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원에게는 부과되지 않지만, 형사처벌은 행위를 한 자연인이 처벌의 대상이 되는 것이 원칙이므로 행위자를 1차적으로 처벌하고, 이들의 사용자(법인 또는 개인) 책임이 인정되는 경우에는 양벌규정에 따라 벌금형을 부과하되, 사업자가

경쟁법과 형사제재

현행 공정거래법상 형벌규정의 현황

위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의를 기울여 감독을 게을리하지 않은 경우에는 면책됨

- 현행 공정거래법은 '제15장 벌칙' 이하에서 법 위반에 대한 제재로서 형벌조항(법 제124조 제1항 제127조)과 양벌규정(제128조), 고발(법 제129조) 등에 관하여 규정하고 있으며, 그 처벌수준을 법 위반의 정도에 따라 3단계로 구분하고 있는데, 부당한 공동행위·시장지배적지위 남용행위·경제력집중의 억제 등의 중대한 위반행위에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금을 부과하고(법 제124조), 일부 불공정거래행위·일부 사업자단체의 금지행위 등의 법 위반행위에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금을 부과하며(법 제125조), 신고의무·보고의무·자료제출의무 등을 위반한 경우에 대해서는 1억 원 이하의 벌금을 부과하도록 규정(법 제126조)하고 있음
- 또한, 손해배상소송 관련 비밀유지명령을 위반한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금을 부과하고(법 제127조 제1항), 공무원 등이 비밀준수 의무를 위반하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금을 부과하도록 하고 있음(법 제127조 제3항)

경쟁법과 형사제재

현행 공정거래법상 형벌규정의 현황

- 공정거래법상의 형벌규정도 실질적 의미의 형법에 해당하므로 이에 대해서는 당해 규정 이외에 형법총칙 규정들이 적용되므로 죄형법정주의 등 형법의 기본원리가 그대로 작동됨
- 한편, 우리나라 공정거래법상의 형사적 제재는 '자유롭고 공정한 경쟁' 그 자체가 일차적인 보호법익이 된다는 점이 특징적이라고 볼 수 있겠지만, 현실적으로 사업자의 시장활동을 형사법적 시각과 수단 위주로 규제할 경우 법 위반에 대한 억지효과는 거둘 수 있을지 모르겠으나 '자유롭고 공정한 경쟁', '창의적인 기업활동'이라는 공정거래법의 입법목적과 나아가 기업의 경제상 자유와 창의의 존중이라는 헌법의 기본적 경제질서관 등 궁극적인 가치 추구에는 부정적일 수 있음

경쟁법과 형사제재

전속고발제도

- 공정거래법의 벌칙조항 가운데 중대한 법익의 침해와 관련한 범죄에 대해서는 공정위의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있으며, 공정거래법 제129조 제1항은 “제124조 및 제125조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다”고 규정함으로써 공정위에 대하여 법 위반행위에 대한 소위 '**전속고발권**'을 부여하고 있음
 - 따라서 공정위의 고발이 없으면 검찰은 기소할 수 없으며, 공정위의 고발이 범죄수사의 단서에 불과한 일반적인 고발과는 달리 형사소추의 요건으로서, 고발이 없이 제기된 공소는 기각됨. 즉, 공정거래법상의 고발은 일반적인 고발과는 달리 단순히 수사의 단서에 불과한 것이 아니라 친고죄의 형사소추조건이 됨
- 공정위에 전속고발권을 부여한 것은 공정위가 거래행위의 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있는 법 집행기관으로서 경제여건과 시장구조에 대한 전문적인 식견과 시장성과에 관한 경험칙에 기초한 시장경제분석을 통하여 공정거래법 보호법익 침해의 중대성 여부를 판단할 수 있음을 전제로 하고 있음
- 또한, 공정위로 하여금 당시 시장경제 상황에 따라 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로 이를 규제할 것인지, 아니면 더 나아가 형벌까지 적용해야 할 것인지의 여부를 결정하도록 하는 것이 공정거래법의 목적달성을 위해 바람직하다고 보기 때문

경쟁법과 형사제재

전속고발제도

- 즉, 전속고발권의 입법취지는 공정거래법 위반행위에 대한 고소·고발의 남용 및 기업활동에 대한 수사기관의 과도한 개입을 방지하고, 형사처벌의 필요성 여부에 관하여 경쟁법 집행기관인 공정위의 전문적 판단을 존중하겠다는 것
- 그러나 공정거래법은 “법 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정되는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다”는 고발의무제도(법 제129조 제2항)를 두어 공정위의 전속고발권에 대한 재량의 한계를 설정하고 있음 ⇒ 이는 공정위의 고발권 행사가 무제한의 자유재량이 아니라 내재적 한계를 가지는 합목적적 재량에 속하고 있음을 반영하는 것
 - 실제로 공정위의 고발권 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것으로 보아야 한다는 헌법재판소의 결정이 내려져서 공정위 재량의 한계를 확인한 바 있음
 - 공정위는 고발의 대상이 되는 사건의 유형 및 기준을 제시하기 위하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침」(이하 '고발지침')을 1998년부터 제정하여 운용하고 있음 ⇒ 최근 사익편취행위 사업자 고발 시 이에 관여한 특수관계인도 원칙 고발 등의 내용을 담은 고발지침 개정안이 행정예고(23.10.19~ 23.11.08)

경쟁법과 형사제재

전속고발제도

- 한편, 공정위의 고발권 불행사에 대한 일종의 통제장치로서 검찰총장은 공정위의 고발의무 요건에 해당하는 사실이 있는 경우 이를 공정위에 통보하여 고발을 요청할 수 있음(법 제 129조 제3항). 그러나 검찰총장의 고발요청이 거의 이루어지지 않고 공정위의 전속고발권 행사가 소극적이고 미온적으로 이루어지고 있다는 비판이 일자 고발요청권이 관련 행정기관으로 확대되었는데, 공정위가 고발요건에 해당하지 않는다고 결정하더라도 감사원장, 중소벤처기업부장관, 조달청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해의 정도 등 다른 사정을 이유로 공정위에 고발을 요청할 수 있음(법 제129조 제4항)
 - ▶ 즉, 검찰총장은 위반행위가 경쟁질서를 현저히 해친 경우에 고발을 요청할 수 있다는 점에서 공정위와 동일한 기준을 적용받으나, 감사원장, 중소벤처기업부장관, 조달청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해의 정도 등 공정위의 고발의무와는 다른 기준에 따라 고발요청권을 행사할 수 있음
- 고발요청제도 확대는 소위 '이중 규제'로 활용될 수 있다는 위험이 지적되고 있는데, 즉 사업자들은 공정위 조사에 이어 타 부처의 심의와 검찰 수사를 연이어 받게 되는 상황 발생
 - ▶ 최근 5년 간(2018년 이후 2023년 6월까지) 고발요청 건수가 67건에 달하게 되면서 고발요청제도가 기업을 압박하는 수단화 되었다는 우려도 있음

경쟁법과 형사제재

해외 주요국의 경쟁법상 형벌규정

- 종래 우리나라를 비롯한 다수의 해외 경쟁당국은 경쟁법 위반행위에 대하여 행정적 제재, 즉 행태적 또는 구조적 시정조치나 과징금 부과를 통한 제재를 위주로 법 집행을 해왔음. 또한, 영미법계 국가를 중심으로 징벌적 손해배상제도가 발달하여 경쟁법 분야에서의 민사적 구제, 즉 사적 집행(private enforcement)도 이루어져 왔는데, 민사적 구제란 사인이 법원의 사법절차 등을 통하여 경쟁규범을 실현하는 것을 의미하며, 구체적으로는 손해배상청구, 금지청구, 공정거래분쟁조정을 통한 구제를 말함
 - 경쟁법 위반행위에 대한 행정제재와 민사제재는 유사점 및 각각의 특징이 있는데, 행정제재로서 공정위의 과징금 부과처분과 민사제재로서의 손해배상청구는 금전적 구제수단이라는 점에서 공통적이며, 행정제재로서 공정위의 시정조치는 민사제재인 금지청구와 비금전적 구제수단이라는 점에서 유사함
 - 다만, 공정위의 행정제재는 위반자에 대한 제재로서 기능을 하기 때문에 손해의 발생을 전제로 하지 않는 반면, 손해배상청구 제도는 피해자가 입은 손해의 배상에 그 주된 목적이 있음. 또한 경쟁당국의 시정조치는 경쟁질서 내지 거래질서의 침해를 방지한다는 공익적 관점을 추구하는 반면, 금지청구나 손해배상청구 제도는 사적 이익을 침해할 우려가 있는 위반행위를 중지하거나 그로 인한 피해를 배상한다는 사익 보호의 관점이 강조됨

경쟁법과 형사제재

해외 주요국의 경쟁법상 형벌규정

- 우리나라에서도 2018년 9월 18일 공정거래법 개정으로 법 제109조 제2항에서 징벌적 배상 제도가 도입 - 징벌적 배상의 대상인 법 위반행위 유형은 부당한 공동행위(담합)로서 법 제 40조 및 법 제51조 제1항 제1호 위반 및 보복조치(법 제48조) 위반이므로 사업자 또는 사업자단체가 법 제40조, 법 제51조 제1항 제1호 또는 법 제48조 위반으로 피해를 입힌 경우 피해자에게 피해액의 3배 범위에서 손해를 배상하여야 함(공정거래법 외에도 하도급법, 대리점법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 제조물책임법에 징벌적 배상제도가 규정)
- 비교법적으로 살펴볼 때 주요 국가의 경우, 담합 등 위법성이 높은 법 위반행위를 중심으로 형사제재가 이루어지고 있는 반면, 우리나라는 공정거래법 위반행위 전반에 대하여 형사적 제재를 부과할 수 있다는 점에서 형사벌의 범위가 가장 넓은 편
 - <표 1>과 같이, OECD 국가 중 독일, 스페인, 이탈리아 등 16개 국가는 경쟁법에 형벌규정이 없어 경쟁당국이 경쟁법 집행을 전담하고 있으며, 형사규제를 두고 있는 국가 중 다수는 담합에 한하여 형사처벌을 부과하고 있는 것으로 보임. 또한, 유럽연합(EU)을 대상으로 할 경우, 개인에 대한 형사처벌 조항이 없거나, 있다고 하더라도 담합에 한정하여 이루어지는 경향을 보이는데, 현재 27개 EU 회원국 중 16개 국가에 형사처벌 조항이 존재하며, 이 중 5개 국가에서 형사제재는 사실상 입찰담합에 한하여 적용되나, 형벌규정을 보유한 16개국 중 다수는 형사제재를 적극적으로 시행한 이력을 거의 찾아볼 수 없음

경쟁법과 형사제재

< 표 1 > OECD 국가 중 경쟁법상 형벌조항 보유 여부

분류		국가명
형벌규정 없음(16개)		독일, 스페인, 이탈리아, 오스트리아, 벨기에, 터키, 폴란드, 헝가리, 네덜란드, 스웨덴, 스위스, 포르투갈, 핀란드, 뉴질랜드, 룩셈부르크, 라트비아
형벌규정 있음	담합(10개)	영국 캐나다 호주, 노르웨이 아이슬란드, 멕시코, 칠레, 에스토니아, 슬로바키아, 체코
	담합, 시장지배적지위 남용	미국, 일본, 프랑스, 덴마크, 이스라엘, 아일랜드, 그리스, 슬로베니아
	담합, 시장지배적지위 남용, 불공정거래행위	한국

< 표 2 > 주요 국가의 형벌 제도 현황

행위유형	미국	일본	영국	독일	EU	한국
거래제한 행위(담합)	○	○	○	X	X	○
시장지배적지위 남용	○	○	X	X	X	○
기업결합	X	X	X	X	X	X
불공정거래행위	-	X	-	-	-	△
형벌의 범위	중간	중간	좁음	없음	없음	넓음

경쟁법과 형사제재

해외 주요국의 경쟁법상 형벌규정

- 우리나라를 포함하여 경쟁법상 형사제재 규정을 두고 있는 국가의 형사벌의 범위를 비교하면, '독일 < 영국 < 미국 = 일본 < 우리나라'의 순서로 형벌이 적용되는 법 위반유형이 넓다고 할 수 있음
- 우리나라와 우리나라가 사실상 형사처벌 제도를 계수한 일본을 제외하고는 미국의 형벌의 범위가 넓다고 볼 것인데, 먼저 미국에서 담합(카르텔)은 1890년 셔먼법 제정 당시부터 소위 '정교한 절도'로 간주되어 범죄로 분류되었음
 - 미국 반독점법의 형사 집행에 대한 책임은 전적으로 미국 법무부(DOJ)에 있으며, 미국은 법인과 개인 모두에게 형사책임을 부과할 수 있음. 수정 셔먼법 Sec, 1(15 USC §1)은 "여러 주 사이 또는 외국과의 무역 또는 상업을 제한하는 모든 계약, 신탁 또는 기타 형태의 결합 또는 음모는 위법"이라고 규정하고, 이에 따라 위법으로 선언된 계약을 체결하거나 결합 또는 음모에 참여하는 모든 사람은 중범죄(felony)를 저지른 것으로 간주함
 - 또한, 미국의 반독점법 위반에 대한 형사처벌은 2004년 「반독점 형사처벌 강화 및 개혁법 (Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004)」에 의해 강화되었는데, 법 위반자의 최대 징역형은 3년에서 10년으로 대폭 늘었으며, 기업의 최대 벌금은 미화 1억 달러 또는 범죄로 인한 손실 또는 이익의 두 배

경쟁법과 형사제재

해외 주요국의 경쟁법상 형벌규정

- 또한, 개인이 부담하는 최대 벌금은 미화 100만 달러(기존 미화 35만 달러) 또는 범죄로 인한 손실 또는 이익의 두 배 중 큰 금액 - 그러나 실제 현실에서 미국은 경성담합 중 파급 효과가 큰 사건을 중심으로 형사처벌을 하며, 셔먼법 제2조에서 규율하는 시장지배적지위 남용행위(독점화의 기도)에 대해서는 1975년 이후 형사처벌한 실적이 없음
- 독일은 경쟁법에 형벌조항이 없고, 영국이나 일본 등은 주로 입찰담합에 대해 회사를 제외하고 개인에게 연간 1~3건 정도 형사처벌을 하고 있음
- <표 2>에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 주요 국가들은 대부분 경쟁법상 불공정거래행위 조항이 없으며, 불공정거래행위를 규제하는 일본에서도 형벌조항은 존재하지 않음을 알 수 있음
- 그 밖에도 경쟁법에 기업집단 법제를 두고 있는 국가는 우리나라가 거의 유일하기 때문에 부당지원행위나 특수관계인에 대한 부당한 이익제공(사익편취)에 대한 형벌조항이 존재한다는 점을 고려하면, 우리나라 공정거래법 위반에 대한 형사적 제재의 규율 범위는 다른 국가와 비교하여 매우 광범위하다고 평가할 수 있음

경쟁법과 형사제재

공정위 고발실적과의 관련성

- 2022년 통계연보에 따르면, 공정위가 1981년 법 집행을 시작한 때부터 2022년까지 처리한 고발건수는 1,149건임을 알 수 있음
- 우리나라에서 실제 고발되어 형사절차가 진행된 공정거래 관련 법률의 위반행위 유형은 부당공동행위(담합)나 하도급법 위반 사건이 대부분을 차지
 - 1981년~2022년까지 총 고발건수 1,149건 중 부당공동행위 252건, 하도급법 위반 526건
 - 이는 경쟁제한성이라는 고도의 전문적인 판단보다는 사실관계 확정이 더 비중 있게 다루어지는 영역에서 주로 형사처벌이 이루어진다는 의미로 해석할 수 있음
- 공정위의 최근 5년간 고발실적을 살펴보면, 2022년 공정위의 시정명령 대비 고발비율은 2022년은 16%(29/182), 2021년은 20%(39/192), 2020년은 16.4%(37/225), 2019년은 35.3%(82/232), 2018년은 30.3%(84/277)
 - 공정위의 고발 추이를 살펴보면 2018년, 2019년 80건이 넘었던 고발 사건이 있었으나, 2020년 들어 코비드19 확산으로 인하여 현장조사가 어려워지고, 제재 수준을 결정하는 전원회의, 소회의가 잠시 중단되어 고발건수가 37건으로 감소한 후, 2021년, 2022년에는 대체로 고발비율과 사건 수가 높지 않은 상황임

경쟁법과 형사제재

공정위 고발실적과의 관련성

<표 3> 공정위 소관 법률 위반 조치유형별 시정실적

	'12	'13	'14	'15	'16	'17	'18	'19	'20	'21
고발 (과징금)	44 (7)	61 (17)	62 (45)	56 (22)	57 (30)	67 (40)	84 (60)	82 (56)	37 (15)	39 (21)
시정명령 (과징금)	388 (76)	314 (73)	267 (68)	450 (180)	252 (81)	287 (109)	277 (121)	232 (95)	225 (95)	194 (107)
시정권고 (시정요청)	51 (-)	46 (-)	27 (-)	44 (1)	16 (-)	12 (-)	19 (-)	10 (-)	2 (-)	28 (-)
경고등*	2,519	2,171	2,423	2,661	1,279	1,840	1,820	1,728	1,298	1,742
기타**	1,885	1,263	1,644	1,706	1,606	1,191	1,697	1,335	1,274	991
계	4,404	3,434	4,067	4,367	3,885	3,031	3,517	3,063	2,572	2,733

* 자진시정(약관법 위반의 경우 심의절차종료, 그 외의 경우는 경고), 조정 및 과태료 부과 건수 포함

** 무혐의, 심의절차종료, 조사중지, 종결처리, 재결, 과징금 재산정 등

경쟁법과 형사제재

<표 4> 2019년 ~ 2021년 공정거래법 위반 고발건수 현황

공정거래법 위반 유형	연도별 고발건수			
	2019	2020	2021	2022
시장지배적지위 남용	1	0	0	0
기업결합제한	0	0	0	0
경제력집중 억제	0	1	3	2
부당공동행위	19	5	14	10
사업자단체 금지행위	1	1	1	2
불공정거래행위	4	5	4	0
거래거절	0	0	0	0
차별적취급	0	0	0	0
경쟁사업자배제	0	0	0	0
부당고객유인	0	0	1	0
거래강제	0	0	0	0
거래상지위 남용	0	0	0	0
구속조건부 거래	0	0	0	0
사업활동 방해	0	0	0	0
부당지원	2	5	3	0
재판매가격유지	2	0	0	0
소계	25	12	22	14

경쟁법과 형사제재

공정위 고발실적과의 관련성

- 또한, 공정거래법 위반행위 유형별 고발건수를 위의 <표 4>에서 살펴보면, 부당공동행위(담합)와 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공(사익편취) 외에는 형사제재를 위한 공정위의 고발이 거의 이루어지고 있지 않음을 확인할 수 있음
- 아울러 시장지배적지위 남용과 부당지원행위 등을 제외한 일반불공정거래행위에 대한 고발은 아주 드물게 나타나고 있음을 알 수 있으며, 2020년 공정거래법 전부개정으로 형벌조항이 삭제된 경쟁제한적 기업결합 역시 최근 고발건수가 없음
- ❖ 공정위 고발실적을 살펴보는 것은 실제 고발이 이루어지지 않는 유형은 더 이상 형사제재를 부과하기에는 적합하지 않다고 평가할 수 있기 때문인데, 다만, 해당 규정이 갖는 억지력을 고려하여 중소기업에 대한 대기업집단의 불공정거래행위 등에 대한 형벌조항을 존치할 필요성이 있다는 견해도 있음

공정거래 형벌제도 정비 방안

시장지배적지위 남용행위 관련 형벌규정의 정비

- 시장지배적지위 남용행위의 유형은 경쟁제한의 정도가 현저히 큰 경우로서 국가경제 및 국민생활에 광범위한 영향을 미치므로 형사제재가 필요하다는 의견이 있을 수 있음
- 한편, 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제는 단계적으로 이루어져서 우선 특정 행위와 관련하여 사업자가 ① 시장지배적지위를 갖고 있는지 여부에 대하여 판단하고, ② 문제된 행위가 남용행위에 해당하는지에 대한 판단을 필요로 함 - 즉, 시장지배적지위 남용을 판단하기 위해서는 행위 외형상의 위반행위 해당성만으로는 부족하며, 시장획정과 배제적 효과 내지 착취 효과에 대한 증명 및 경제분석 등을 필요로 하고, 이를 통하여 경쟁제한효과 등이 입증된 경우에 위법성이 인정되는 구조여서 이러한 효과에 대한 고의를 인정할 수 없으므로, 고의범에게 적용되는 형벌 부과 대상으로 적절한지에 대한 의문이 있음
- 또한, 시장지배적지위 남용행위를 비롯한 공정거래법상의 각종 단독행위들은 주로 소비자후생이 훼손되는 사회적 법익에 관한 범죄에 해당하기 때문에 경우에 따라서는 '특정 피해자'라는 개념을 상정하기 어려워서 어느 정도로 어느 범위까지 행위자가 관여하여야 행위자가 입건되고 처벌되는지 알 수가 없어서 근본적으로 형벌에 친하지 않고, 수사권 남용의 여지가 커질 수 있음

공정거래 형벌제도 정비 방안

시장지배적지위 남용행위 관련 형벌규정의 정비

- 사업자의 시장지배적지위 남용행위(독점화의 기도)에 대하여 1890년 셔먼법 제정 당시부터 형사제재가 가능하도록 하고 있는 미국에서도 약 50년 이상 형사처벌한 예가 없음을 고려할 때 앞서 설명한 바와 같이 시장지배적지위 남용행위 자체가 가진 법 위반행위로서의 특성이 형사처벌과 부합하지 않는 측면이 큰 것으로 보임

공정거래 형벌제도 정비 방안

경제력집중 관련 형벌규정의 정비

I. 지주회사 및 대기업집단 규제 관련

- 결국 우리나라 형벌규정 정비에 있어서의 쟁점은 경쟁법 분야에서 시장과 소비자, 나아가 국민경제에 미치는 영향이 크다고 평가되는 시장지배적지위 남용행위 및 부당한 공동행위(카르텔)와 위법성이 크다고 평가되는 일부 탈법행위에 관한 것이 아니라, '경제력집중 억제 관련 법 위반행위'에 대한 부분일 것
- 경제력집중 억제 관련 규제는 기업집단 형성을 통한 과도한 경제력집중을 억제하기 위하여 통상 기업집단 형성의 구심점 역할을 하는 지주회사의 설립 및 전환을 제한적으로 허용하고, 이미 형성된 대기업집단에 대해서는 규제대상에 따라 자산총액을 기준으로 경제력집중의 원인이 되는 일정한 행위를 금지 또는 제한하거나 지배구조의 왜곡을 방지하기 위한 규정으로 구성되는데, 여기에 형사적 제재가 부가되는 이유는 기업집단의 부정적 측면, 즉 시장기능의 왜곡, 정경유착 심화, 도덕적 해이 문제로 인한 사회적 갈등을 유발한 점을 고려하여 국가경제적·사회적 비난가능성이 크다고 여겨지기 때문 → 그 결과 경제력집중 억제 규정이 법에 들어온 후 형벌조항이 계속적으로 존재하였음은 물론 기업집단에 대한 규제는 다른 공정거래법상의 규율과 비교하여 시대에 따라서 많은 변화가 있었음

공정거래 형벌제도 정비 방안

경제력집중 관련 형벌규정의 정비

- 그러나 사회적 비난가능성이 크다고 하여 경제력집중 억제 규제 전반에 있어서 형벌조항을 두는 것이 바람직한 것인지에 대해서는 신중하게 생각할 필요가 있음
 - 예컨대, 지주회사 규제 관련 벌칙을 보면 “지주회사 등의 행위제한, 상호출자제한, 기업집단의 지주회사 설립제한, CVC를 자회사로 둔 일반지주회사 또는 CVC의 행위제한 또는 탈법행위 금지 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다(법 제124조 제1항)”고 규정되어 있으며, “지주회사 설립·전환의 신고 규정에 위반하여 지주회사의 설립 또는 전환의 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 자 또는 지주회사 등의 행위제한 규정에 위반하여 해당 지주회사 등의 사업내용에 관한 보고서를 제출하지 아니하거나 거짓으로 보고서를 제출한 자는 1억 원 이하의 벌금에 처한다(법 제126조)”고 규정하고 있음
 - 그러나 지주회사 등의 행위제한 규정의 내용을 살펴보면 (단순과실이 아닌 고의·중과실에 의한 거짓 신고 및 허위 보고서 제출의 경우를 제외하고는) 과연 해당 행위가 행위자의 고의·악의가 명백하거나 도덕적·윤리적으로 비난가능성이 큰 행위인지 선뜻 가늠하기 어려움

공정거래 형벌제도 정비 방안

경제력집중 관련 형벌규정의 정비

- ▶ 뿐만 아니라 상호출자금지, 순환출자금지, 계열회사에 대한 채무보증의 금지 규정의 경우에도 행정적 제재 외의 형사제재가 가지는 효과는 형벌조항의 실제 적용 여부를 고려한 직접적인 효력보다는 형벌조항이 가지는 억지력에 더 무게가 실리는 것으로 보임
- 그러나 공정거래법상 대기업집단 규제를 담당하는 경제력집중 억제 규율의 경우는 정책 법적 성격이 큰 영역이며, 사회적인 요구를 반영한 규제인 만큼 형벌의 부과가 적절한지 다시 한번 생각해볼 필요가 있음. 즉 현행 규정의 내용을 검토하여 '행위자의 고의·악의가 명백하거나 도덕적·윤리적으로 비난가능성이 큰 행위'를 분별하고 형벌조항 유지의 적정성을 판단하는 것이 바람직할 것으로 보인다.
 - ▶ 예컨대 사익편취 규정 등 소유집중 관련 규제는 상대적으로 행위자의 고의·악의가 개입되고 도덕적·윤리적으로 비난가능성이 높을 것으로 보이지만, 지주회사의 규제나 그 밖의 사전규제적 규제는 행위의 고의나 악의를 찾기 어려울 가능성이 큼. 나아가 '기업지배구조의 건전성'이나 대기업집단의 '준법경영 유도' 차원에서 살펴보더라도, 만약 준법경영의 이해에 있어서 규제가 많고 엄격할수록 준법 노력이 더해진다는 의미로 해석한다면 형벌규정의 존치에 더 무게를 둘 수 있겠으나, 불필요한 규제라고 판단되는 경우에는 규제를 효율화하고 법 위반상태를 해소하는데 적합한 규제를 선별 운용하는 것이 더욱 바람직할 것

공정거래 형벌제도 정비 방안

경제력집중 관련 형벌규정의 정비

II. 기업집단 관련 신고 및 자료제출 의무 위반 관련

- 공정위는 2020년 9월 2일 대기업집단 지정자료 제출의무 위반 등 기업집단 관련 신고 및 자료제출 의무 위반행위에 대한 법 집행의 일관성과 투명성을 높이기 위하여 고발 여부에 대한 구체적 기준을 마련하는 내용으로 「기업집단 관련 신고 및 자료제출 의무 위반행위에 대한 고발지침」(이하 '고발지침')을 제정
- 동 고발지침은 법 제8조의 규정에 위반하여 지주회사의 설립 또는 전환의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 하는 행위(지주회사 설립·전환의 신고의무 위반), 법 제8조의2 제7항을 위반하여 당해 지주회사 등의 사업내용에 관한 보고를 하지 아니하거나 허위의 보고를 하는 행위(지주회사 사업내용 보고의무 위반), 법 제13조 제1항의 규정에 위반하여 주식소유현황을 신고하지 아니하거나 허위의 신고를 하는 행위(주식소유현황 신고의무 위반), 법 제13조 제2항의 규정에 위반하여 채무보증현황의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 하는 행위(채무보증현황 신고의무 위반), 법 제14조 제4항의 자료제출요청에 대하여 정당한 이유없이 자료제출을 거부하거나 허위의 자료를 제출하는 행위(지정자료 제출의무 위반)를 대상으로 고발기준을 정하고 있음

공정거래 형벌제도 정비 방안

경제력집중 관련 형벌규정의 정비

- 동 고발지침은 고려사항으로서 “조치수준은 행위자의 의무위반에 대한 인식가능성 및 의무위반의 중대성을 종합적으로 고려하여 판단한다”고 하면서 ‘인식가능성’의 정도를 ① 현저한 경우, ② 상당한 경우, ③ 경미한 경우로 구분하고, 각각의 예시를 들고 있으며, ‘중대성’의 정도를 a 현저한 경우, b 상당한 경우, c 경미한 경우로 나누고 있음
- 위 분류에 따라 위반행위에 대한 고발 여부가 결정되는 기준은 : “㉠ 인식가능성이 현저한 경우에는 고발하고, ㉡ 인식가능성이 상당한 경우로서 중대성이 현저한 경우에는 고발하며, ㉢ 인식가능성이 상당한 경우로서 중대성이 상당하거나 경미한 경우에는 고발하지 않고, 다만, 인식가능성과 중대성이 모두 상당한 경우로서 대상기업집단의 자산총액 규모 및 공시대상기업집단 해당여부, 행위자의 의무위반 자진신고 여부, 자료제출 경험의 정도, 조사에의 협조 여부 등을 고려하여 고발하는 것이 타당하다고 판단되는 경우에는 고발할 수 있다고 정하고 있으며, 한편, ㉣ 인식가능성이 경미한 경우에는 고발하지 않으나 다만, 행위자의 의무위반 인식가능성 유무에 대한 사실 확인이 곤란한 경우로서 중대성이 현저한 경우에는 수사기관에 통보할 수 있다고 규정하고 있음

공정거래 형벌제도 정비 방안

경제력집중 관련 형벌규정의 정비

- 이와 같은 고발지침의 내용은 결국 인식가능성이 어떠하든지(현저/상당/경미) 상관없이 중대성이 현저하거나 상당한 경우에는 고발한다는 의미로 이해되며, 이는 '책임주의 원칙'과의 관계에 있어서 문제가 될 소지가 있음
 - ▶ 전통적인 형법에서의 책임주의 원칙은 자유의사와 도덕적 성찰능력을 가진 자연인을 전제로 한 도의적·규범적 책임론에 입각하고 있으며, 법인에 대한 형벌의 정당성은 법인이 향후 사회·윤리적으로 책임질 수 있는 의사결정을 할 수 있다는 기대를 통하여 확보될 수 있는 만큼 위법성의 인식 등 책임주의 원칙과 관련된 부분에 대하여 고려하여야 할 것이며, 구성요건적 행위에 대한 명확한 해석을 통하여 죄형법정주의의 관점에서 수범자에 대하여 행동지침을 제공해줄 수 있어야 할 것임
- 따라서 기업집단 관련 신고 및 자료제출 의무 위반으로 고발의 대상이 되려면 최소한 인식가능성의 정도가 현저하거나 상당한 정도에 이르고, 행위의 중대성도 현저하거나 상당하여야 한다고 보는 것이 타당할 것

공정거래 형벌제도 정비 방안

일반불공정거래행위 관련 형벌규정의 정비

- 공정거래 관련 사건은 사업자의 사업활동 과정에서 발생하는 문제이므로 일반 형사사건과는 다양한 측면에서 구별됨 - 즉, 일반 형사사건과는 달리 행위의 태양만으로 법 위반 여부가 결정되지 않으며, 문제된 행위의 경쟁제한성 및 친경쟁적 효과 등, 해당 행위의 효과에 대한 경제학적 분석이 필요한 경우가 많고, 이 과정에서 해당 산업의 특성 및 시장상황을 고려한 판단이 필요한 영역
 - ▶ 이를 고려하여 지난 법 전부개정시에 불공정거래행위 중 경쟁제한성 위주로 판단하는 유형에 있어서는 형벌을 폐지하고, 거래내용의 불공정성이나 행위수단의 불공정성 위주로 평가하는 불공정거래행위 유형에만 형벌조항을 존치시킨 것으로 이해됨
- 한편, 거래내용의 불공정성이나 행위수단의 불공정성 위주로 평가하는 불공정거래행위 유형에 대하여도 형벌조항의 존치가 반드시 필요한 것인지에 대해서는 침해법익의 규모나 경쟁질서 관련성 측면에서 다시 한번 살펴보아야 할 것 - 주요 국가의 경우, 경쟁법에서 불공정거래행위에 대한 규율 체제를 가지고 있지 않거나, 아니면 일본처럼 불공정거래행위를 규율하고 있다고 하더라도 민사적 분쟁으로서의 특징이 강하고 시장이나 소비자에게 미치는 영향이 상대적으로 적은 불공정거래행위에 대해서는 형벌조항을 두고 있지 않음

공정거래 형벌제도 정비 방안

일반불공정거래행위 관련 형벌규정의 정비

- 또한, 불공정거래행위 사건에서는 '공정거래저해성'이라는 행위의 효과가 객관적 구성요건이므로 이에 대한 '고의'를 실질적으로 인정할 수 없어 사실상 행위자에 대한 처벌이 불가능할 수 있으며, 경쟁수단(부당한 고객유인 등)이나 거래내용(거래상지위의 남용 등)의 불공정성을 위주로 위법성을 판단하는 불공정거래행위의 경우 그 불공정성을 보는 주관적인 입장에 따라 다른 평가를 할 수 있어서 객관적인 판단이 쉽지 않음. 이와 같은 현실적 문제점을 고려할 때, 형사제재보다는 "불공정거래행위의 중지, 재발방지를 위한 조치, 해당 보복조치의 금지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표, 그 밖에 필요한 시정조치"를 명하는 방식의 행정제재를 부과하고, 해당 행위로 인한 피해구제는 민사적 제재를 통하여 회복하는 방향으로 가는 것이 바람직할 것
- 앞의 <표 4>에서 살펴보았듯이 최근 3년간 불공정거래행위로 인한 공정위의 고발은 2020년 5건, 2021년 4건, 2022년 0건 에 불과하였으며, 고발대상이 된 불공정거래행위의 세부 유형은 사익편취를 포함한 부당지원행위가 대부분을 차지하고, 2019년 2건의 고발이 있었던 재판매가격유지행위도 2020년 법 개정으로 이제 형벌조항의 적용이 없으므로 현실적으로도 불공정거래행위에 계속 형벌조항을 존치시킬 뚜렷한 이유가 없다고 볼 수 있음

맺음말

- 우리나라는 해외 주요 국가와는 달리 공정거래법 위반행위 대부분에 형벌규정이 마련되어 있음. 지난 2020년 공정거래법 전부개정으로 경쟁제한적 기업결합 등 몇 가지 유형에 대해서는 형사제재가 삭제되었다고는 하나 법 개정 당시 공정거래법을 비롯한 경제규제에 있어서의 형사제재가 가지는 의미나 역할에 대해서 충분히 고려하지 못하여 그 변화가 소극적이었고, 그 결과 아직 다수의 공정거래법 위반행위 유형에 있어서 형벌조항이 존치하고 있으며 그 범위가 지나치게 넓다고 할 수 있음
- 행정제재나 민사적 구제와 비교하여 형벌은 행위자에 대하여 징역이나 벌금 등의 강력한 제재를 통하여 법 집행의 실효성을 담보하고자 하는 목적을 지니고 있음. 따라서 반드시 형벌을 통하여 법 집행의 실효성을 담보해야 할 만한 필요성이 인정되는 경쟁질서나 거래질서 유지와 보호에 중요한 법 위반 유형을 선별할 필요성이 있으며, 그 선별의 과정에서 공정거래법 사건의 특징, 공정거래법 형벌규정의 체계, 법 위반행위 유형별 위법성 판단기준, 최근 법 집행 현황 등도 함께 고려할 필요가 있음
- 또한, 형벌이 가장 무거운 제재라는 점을 고려하여 공정위가 고발을 의결할 때는 행정제재나 민사제재만으로는 달성하기 어려운 억지효과를 발휘하기 위한 최후의 수단으로 사용하여야 함

맺음말

- 형벌조항의 유지를 주장하는 입장에서는 형사제재로 인한 자유의 박탈, 금전적 제재 등이 법 위반행위에 대한 중요한 억지 효과가 있다고 주장하나, 경쟁법 영역에서 이러한 주장을 정량적으로 뒷받침하는 연구를 찾기 어려움
- 경제범죄에 대하여 엄격한 제재를 바라는 사회적 인식이나 요구를 반영하여 실제 적용 여부와는 상관없이 형벌조항을 존치시키는 것은 형벌의 최후수단성에 반하며, 과잉범죄화의 부작용을 낳게 될뿐더러 하나의 법 위반행위에 대하여 과징금을 부과하고, 이에 더하여 벌금이나 징역형을 부과하는 것은 과잉처벌로서 행정상 비례의 원칙에 반할 우려가 있음
- 따라서 향후 법 개정이나 공정거래법상의 형벌조항에 대한 논의 과정에서는 공정거래 관련 사건의 특성을 고려한 검토가 더욱 적극적으로 이루어져야 할 것이며, 입법론적으로는 부당공동행위(담합)와 같이 강제수사를 통한 증거확보의 필요성이 크고, 경쟁제한성이 비교적 명백하여 사실관계 확정이 주로 문제되는 유형에 대하여는 형사제재를 유지하되, 나머지 유형에 대해서는 형사제재 대상으로서의 적합성 및 법 위반의 중대성 등을 고려하여 형벌조항을 폐지하고 행정제재를 통하여 규율하는 것이 바람직할 것
- 아울러 법 위반 유형에 따라서는 벌칙 부과에 적절한 방법 및 순서를 검토할 때, 행정제재인 시정명령을 먼저 부과하고, 이에 응하지 않는 경우 형사제재를 부과할 수 있다는 내용으로 구성하는 방안도 고려할 수 있을 것

감사합니다



연세대학교
YONSEI UNIVERSITY