

“공정거래법 형사제재의 최근 동향과 발전 방향”에 관한 토론문

신 영 수 (경북대)

1. 공정거래 관련 형사절차에 관한 여러 논점과 쟁점들을 생각해 볼 수 있었음. 먼저 공정위에 대한 고발요청의 시점과 공정위 고발의 시점이 중요하다는 점이 새삼 느끼게 됨.

공정위 의결이 있는 후 1년여가 지난 시점에 뒤늦은 고발요청이 이루어지기도 하는 현실에 대해 인식하게 되었고, 이 점에 대한 제기하신 이봉의 교수님의 지적과 문제 의식에 매우 공감하였음. 제도 보완은 물론이고 관련 고발요청권을 가진 기관의 인식도 변화될 필요가 있다고 생각함.

고발 시점에 관해서는 종전에 공정위가 자체 조사와 심리, 의결이 종료된 이후에 형사고발이 이루어지고, 그 결과 공소시효에 임박한 상태에서 검찰의 형사절차, 즉 수사 개시되기도 하여서 공소 제기 및 유지가 쉽지 않다는 문제들이 지적되었음.

이 문제는 최근 공정위와 검찰간의 업무협조를 통해 상당부분 해소된 것으로 보임. 예컨대 공정위는 심의를 개최하는 대신 심사관 전결로 고발결정을 하여 신속한 고발이 이루어도록 한 점도(「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」 제 61조 제3항 제5호) 형사 사건의 신속처리에 도움이 될 것으로 생각함.

다만, 공정위의 조사가 진행 중인 상태에서 검찰이 고발요청권을 행사한다거나, 공정위는 조사가 끝나지 않은 상황에서 고발을 하는 경우를 생각하기는 여전히 어려워 보임. 공정위 조사가 끝나고, 공정위 고발이 접수되기를 기다린 후 검찰이 수사를 시작하는 것이 실무 경향이였기 때문임. 다만 최근 들어 공정위 조사가 종료되기 이전이라도 검찰이 먼저 수사를 진행하고 공정위가 사후적으로 고발하는 경우가 나타나고 있는 점이 주목됨.

이런 현상에는 형사리니언시도 일조한 것으로 보임. 즉 사업자들이 형사리니언시를 한 경우 검찰은 직접 수사를 통해 수사를 어느 정도 완료한 시점에 이르러 공정위와의 협의를 거쳐 고발요청 범위에 대해 논의하고 고발장을 접수하는 방식으로 진행됨. 다만 이런 경우는 입찰담합사건과 같이 공정거래법 위반 외에 형법상 입찰방해죄, 건

설산업기본법 위반죄가 문제되는 사례에서 발생하므로 공정거래법 전반으로 이런 기조를 확대하기는 어려울 것으로 생각되나, 일반 공정거래 사건에서도 형사리니언시로 인해 검찰의 사건인지 및 수사의 시점은 훨씬 당겨지는 효과가 있을 것으로 추측됨.

아울러 공정거래법 위반행위와 구성요건이 유사한 형사처벌 규정을 두고 있는 법역의 경우 검찰이 공정위 고발과 무관하게 공소를 제기하여 수범자의 법적 안정성을 해칠 수 있는 점도 고발요청 범위의 조정 과정을 통해 어느 정도 해소될 수 있을 것으로 보임.

다만, 홍석범 변호사님께서 지적해 주신 공정위 리니언시와의 상충이나 혼선 문제가 잠복될 수 가능성이 있으므로 향후 양 기관의 협업을 통해 이 부분에 대한 정리의 기준이 제시될 수 있기를 기대함.

2. 공정거래 사건의 소송은 행정소송과 형사소송이 같은 시기에 동시에 진행되는 경우들이 많음. 이 경우 2심제인 공정거래 행정소송과 달리 형사사건은 3심제에서는 사건이 지방법원 심급부터 다루어지고 형사단독에 배당되기도 함. 심급이나 법원의 소재지에 따른 전문성의 차이가 없다고 전제되어야 하지만, 공정거래사건의 특성상 현실적으로 이점에 대한 차이를 간과할 수만은 없어 보임.

검찰의 고발요청이 앞당겨 질수록 형사사건의 판결이 서울고법의 행정사건 보다 먼저 내려지는 경우들이 발생할 가능성이 커지는데, 구성요건의 해당여부를 판단함에 있어서 법원마다 공정거래사건의 경험과 전문성이 동일하지 않은 현실이 판결의 결과에 상당한 영향을 미칠 수 있다고 봄. 예컨대, 카르텔 사건에서 합의로 인한 부당한 경쟁제한성이나 부당지원행위, 사익편취 사건에서 정상가격의 판단과 같이 고도의 전문성과 경제분석이 필요한 영역에서 행정소송과 형사소송간의 관점 및 결론의 차이가 발생할 가능성이 있음. 일면 불가피한 현상이기는 하지만, 전담재판부가 있는 행정사건에서 사실관계에 대한 판단이 이루어지고 나서 이를 토대로 형사사건이 진행되는 것이 현실적으로는 법원간의 판단에 차이가 발생하는 혼선을 줄이는데 도움이 되지 않나 싶기도 함.

3. 수년 전 전속고발제 폐지 논의가 진행될 때 대기업 못지않게 폐지에 반대했던 것이 중소기업들이었던 기억이 있음.

공정거래 사건의 형사화는 주로 하도급, 카르텔, 부당지원 또는 사익편취 행위에 집중되는 양상을 보이고, 이들 행위별로 고발대상 사업자가 대, 중소기업으로 나뉘는 점이

두드러짐. 예컨대 하도급사건이나 부당지원 사건에서는 주로 대기업이나 대기업집단 소속 계열회사들이 고발대상이 되는데 비해 공동행위 사건에서는 주로 중소기업들이 상당수 고발과 처벌에 연루되고 있음. 실제로 지난 2020년 중소기업중앙회에 의해 집계되었는데, 이에 따르면 2014 ~ 2019간 경성카르텔 사건으로 고발된 사례는 127건이고 고발된 기업 수는 총 717(중복 포함)개이었으며, 이 가운데 대기업이 134개, 중견기업이 176개, 협동조합이 2개, 중소기업이 405개로 전체 고발된 기업에서 중소기업이 차지하는 비중은 56.5%로 집계된 바 있음.

이런 결과는 대기업이 주도한 카르텔에서 중소기업이 수동적으로 카르텔에 가담하는 경우가 적지 않은데다, 카르텔 인지 감수성 자체가 낮은 경우가 많으며, 중소기업이 자진신고를 통해 형사고발에서 배제되는 경우도 거의 없기 때문에 발생하는 것으로 추측됨.

중소기업들이 전속고발제 폐지를 반대한 것은 공정위의 전속고발권이 부분별한 형사기소 리스크를 방지하는데 상당한 효과가 있음을 반증한 것으로 볼 수 있는데, 이 점에서 검찰에 의한 카르텔사건에의 개입 공간이 커질수록 행위사업자별 처벌의 불가필성이나 비난가능성에 대한 섬세한 준별이 더 필요할 것으로 생각됨.

4. 공정거래법 전반에 걸쳐 강구되어 있는 형사처벌의 가능성을 최소화해야 한다는 최난설헌 교수님의 지적에 공감함. 특히 형사제재가 점차 활성화되고 있는 상황에서 제재의 총량에 대한 고려도 필요할 것으로 보임.

형벌과 과징금이 중복제재가 아니라는 결정이 지난 2003년에 헌법재판소에서 내려진 바가 있기는 하지만 당시에 5:4의 팽팽한 이견 대립이 있었던 점이나, 소위 징벌적 내지 3배 손해배상제도가 공정거래법과 하도급법 등에 도입된 이래 행정, 민사적 제재에 징계적 요소가 강화된 상황을 감안하더라도 형벌의 범위와 수위를 재고할 필요가 있음.

이와 관련하여 i> 일본 독점금지법의 경우 법인에 대하여 형사벌(벌금형)이 부과되는 경우에는 벌금액의 2분의 1에 상당하는 금액을 과징금액에서 공제하는 제도를 두고 있고(제7조의2 제19항). 이 경우 과징금을 먼저 납부한 경우에는 벌금액 확정 후에 환급토록 하고 있는 점, ii> 독일 경쟁제한금지법 제34조에 따른 부당이득의 환수는 벌금(Geldbuße)나 손해배상(Schadensersatzleistungen) 등을 통해서 경제상 이익이 모두 회수되지 않은 경우에만 가능하며, 따라서 벌금이나 손해배상이 부과된 경우에는 부당이득환수를 할 수 없도록 한 점(GWB 제34조 제2항 1문)도

시사하는 바가 큼.

아울러, 비록 부당지원행위나 사익편취에 대한 형사적 제재의 필요성을 부정하지는 않지만, 20년 전에 이미, “과징금이 비록 형벌은 아니라고 하더라도 부당지원행위에 대한 응징 내지 처벌로서의 의미를 가지고 있으므로 위법행위와 그에 대한 처벌 내지 제재 사이에는 정당한 상관관계가 있어야 한다는 헌법상의 자기책임의 원리는 지켜져야 한다”는 지적(재판관 한대현, 권성, 주선회), “과징금은 부당이득환수적 요소는 전혀 없이 순수하게 응보와 억지의 목적만을 가지고 있는 실질적 형사제재로서 절차상으로 형사소송절차와 전혀 다른 별도의 과징금 부과절차에 의하여 부과되므로 행정형벌과는 별도로 거듭 처벌된다고 하지 않을 수 없어 이중처벌금지의 원칙에 위반된다”는 지적(재판관 한대현, 권성, 주선회)의 의미에는 다시 한번 주의를 기울일 필요가 있다고 봄.