

조혜수

오늘 훌륭하신 발표자들께서 ‘공정거래법 형사제재의 최근 동향과 발전방향’이라는 주제로 귀중하고 상세한 발표를 해 주셔서 많은 배움의 기회가 되었습니다.

훌륭하신 발표에 대하여 두 가지 사항만을 간략하게 첨언 드리봅니다.

1. 구성요건의 중첩과 형벌 보충성 원칙 준수 필요성

첫 번째 논제인 최난설헌 교수님의 ‘공정거래법상 형벌 규정 정비 방안’에 관해서, 교수님의 발표취지는 전체적으로 공정거래법 위반행위에 대하여 그 제재수단으로 형벌을 부과할 경우에도 죄형법정주의의 헌법원칙의 요청이 준수되어야 한다는 것과 일맥상통하는 것으로 이해됩니다.¹⁾

특히 교수님이 지적하신 바와 같이 공정거래법위반행위 중 시장지배적지위 남용행위의 경우 위반행위가 인정되기 위해서는 행위요건이 충족되는 것으로는 불충분하고, 일종의 불확정개념인 경쟁제한성 요건이 충족되어야 하며 그 과정에서 경제분석을 통하여 시장지배적 사업자의 행위가 관련시장에 미치는 경쟁제한적 효과가 종합적으로 평가하여야 합니다.

따라서 수범자인 사업자가 행위 사전적으로(ex-ante) 규제의 예측가능성을 확보하고 고의를 증명하기가 어려워 죄형법정주의의 요청상 각국의 입법례나 집행실무에 있어서 형벌을 통한 제재가 이루어지지 않고 있는 것으로 이해되기도 합니다.

1) 다음의 기본적인 법리는 다수의 판결에서 반복적으로 판시되고 있다.

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정하도록 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 않는다(대법원 2023. 1. 12. 선고 2019도16782 판결).

불확정개념과 관련해서는 특히 엄격해석의 원칙 및 최소침해의 원칙이 준수되어야 함을 판시하였다. 직권남용권리행사방해죄는 ‘직권’, ‘남용’, ‘의무’와 같이 광범위한 해석의 여지를 두고 있는 불확정개념을 그 구성요건으로 하고 있으므로 이를 해석·적용할 때에는 헌법 제13조에서 천명하고 있는 형사법의 대원칙인 죄형법정주의에 따라 엄격해석의 원칙 및 최소침해의 원칙이 준수되어야 한다(대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 판결)

불공정거래행위의 경우에도 이에 관하여 대법원 판례는 일찍이 이른바 상조회사 판결(대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두51365 판결)에서 불공정거래행위에서 ‘공정거래저해성’은 형벌의 객관적 구성요건에 해당하고, 이에 대해서도 행위자의 ‘고의’가 필요함을 분명히 했습니다.

여기에서 나아가 형사상 고의가 신중하게 인정되어야 하며, 형사재판절차에서 고의의 증명이 필요하다는 아래와 같은 입장을 제시한 바 있습니다.

■ **대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두51365 판결(이른바 ‘상조회사’ 판결)**
 그런데 불공정거래행위에서의 ‘공정거래저해성’ 역시 형벌의 객관적 구성요건에 해당하므로 행위자가 인식해야 할 대상으로서 ‘고의’의 내용을 구성한다. 따라서 불공정거래행위의 유형 중, 제반 사정의 형량과 분석을 거쳐 경쟁에 미치는 효과에 관한 판단까지도 요구되는 경우나 사용된 수단의 성격과 실질이 가격할인과 유사한 측면이 있어 경쟁질서 내지 거래질서 전반에 미치는 파급효과까지 종합적으로 고려해야 하는 경우 등 복잡한 규범적·경제적 분석과 판단이 필요한 경우에는, 행위자에게 범죄의 구성요건인 ‘공정거래저해성’에 관한 ‘고의’를 인정하는 데 신중해야 한다. 이처럼 고의의 증명이 제대로 되었는지 여부를 명확하게 심사함으로써 형사절차에서 수범자가 예측하기 어려운 처벌을 받을 우려를 제거할 수 있다.

불공정거래행위의 경우 행위 유형별로 형벌 구성요건 해당성 판단시 ‘고의’의 내용이나 증명 대상, 위법성 인식과의 체계적인 관계 등을 면밀히 검토할 필요가 있어 보입니다. 이러한 견지에서 입법자는 2020. 12. 29. 공정거래법 전부 개정(법률 제17799호, 2021. 12. 30.)시 기업결합행위, 일부 불공정거래행위, 사업자단체금지행위, 재판매가격유지행위 등에 대해서 형벌규정이 삭제되는 것으로 개정하였던 것이라고 할 것입니다.²⁾

즉, 교수님의 논지는 형벌의 최후수단성이나 보충성의 원칙, 법체계적 해석에 부합하도록 공정거래법위반 행위에 대한 규제수단의 선택과 해석·적용 및 집행에 있

2) 아래 개정이유 참조

- 1) 현행 법률에서 대부분의 위반행위에 형벌이 규정되어 있으나, 경쟁제한성 등에 대한 경제분석을 통해 그 위반여부가 결정되는 행위유형의 경우에는 명확성이 요구되는 형벌의 부과 대상으로는 적합하지 아니한 측면이 있고, 경쟁제한효과가 상대적으로 작은 행위유형의 경우에는 시정조치·과징금 등으로도 규제효과를 거둘 수 있어 **형벌의 보충성 원칙**에도 반할 우려가 있음
- 2) 이에 따라 그 동안 형벌을 부과한 사례가 거의 없고, 앞으로도 부과할 가능성이 크지 아니한 기업결합행위, 일부 불공정거래행위, 일부 사업자단체금지행위, 재판매가격유지행위에 대해서는 형벌 규정을 삭제함.

어서 행정규제를 우선적으로 검토하여야 한다는 취지로서 일응 타당하다고 생각됩니다.

입법태도에 비추어 보면, 독일과 일본 등 대륙법계의 공정거래법은 기본적으로 공정거래법을 형사법이 아닌 행정법 영역으로 규율하고 있습니다. 이는 어쩌면 단순히 법 형식상의 문제일 뿐만 아니라 근본적으로 시장에서의 경제주체들에 대한 사적자치의 보장과 국가의 시장개입에 대한 균형점과 방식에 대한 입법적 결단과 연관되어 있는 문제라고도 생각되기도 합니다.

공정거래법은 제130조에서 행정질서벌인 과태료에 관한 규정을 별도로 두고 있는바, 입법론으로 행정형벌규정의 정비가 논의된다면 자료제출의무위반에 관한 행정형벌과 행정질서벌의 대상행위의 준별기준에 대해서도 연구해 볼 필요가 있어 보입니다.

2. 양벌규정의 문언 형식에 대한 의문점

공정거래법의 형벌 규정의 정비가 논의되므로, 제15장 이하의 행정형벌 규정 형식에 대해서 평소 의문이 있습니다. 공정거래법 제124조 내지 제128조는 소정의 금지규정 위반 행위에 대해서 형벌규정을 두면서, 다시 제128조에서 양벌규정을 두고 있습니다.

그런데 공정거래법 위반행위 금지규정의 수범자는 원칙적으로 대부분 사업자임에도, 양벌규정인 공정거래법 제128조의 문언은 아래와 같이 일단 자연인을 행위주체로 상정한 다음, 다시 그 법인과 행위자 개인에게 벌금형을 과하는 것으로 규정하고 있습니다.

제128조(양벌규정) <u>법인(법인격이 없는 단체를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 대표</u> 자나 <u>법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이</u> 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제124조부터 제126조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 <u>그 법인 또는 개인에게도</u> 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, <u>법인 또는 개인이</u> 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

그러면서도 제128조 단서에서는 책임주의의 요청에 따라 개별 자연인이 금지규정의 수범자로서 행위주체가 되는 일반적인 양벌규정 형식에 부가되는 ‘법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다’는 규정을 두고 있습니다.

이러한 양벌규정의 문언 형식상 일응 금지 규정의 수범자인 사업자와 양벌규정에서 규정한 범죄의 행위주체가 일치하지 않는 것으로 읽히고, 본문과 단서를 어떻게 체계정합으로 해석할 것인지도 의문이 드는 측면이 있습니다.

이러한 문언 형식의 미비점은 판례의 해석론을 통하여 보완되고 있는 것으로 보이나, 공정거래법상 형벌규정을 정비할 경우 공정거래법상 금지규정이 원칙적으로 수범자를 사업자로 하고 있는 것과 체계정합성을 구비하도록 문언의 명확성을 확보하는 것이 바람직하다고 할 것입니다.