

공정거래법과 형사처벌 : 형사고발 결정요인의 실증분석*

김일중**, 전수민***

국 | 문 | 요 | 약

공정거래법상 거의 모든 위반행위에 대하여 형사벌칙을 부과할 수 있다. 하지만 형벌은 국가의 가장 강력한 통제수단이므로, 그 사용의 정당성 여부는 미국과 유럽연합 등에서도 줄곧 논란의 대상이 되어 왔다. 해당 위반행위에 대한 억지수단으로서의 비교우위를 갖는 경우에 선별사용되어야 한다는 것이 경제학적 시각의 기본이다. 본고의 목적은 현행법제, 형벌의 경제이론, 및 외국선행연구를 바탕으로 현재 형사고발의 8할 이상을 차지하는 부당공동행위에 대한 고발확률의 결정요인들을 실증적으로 검토해보는 것이다. 이 분야의 위반행위 및 법집행활동이 국내에서 증가하고 있지만 형사처벌의 ‘실제 법집행’에 관한 실증분석은 아직 없기 때문이다. 7년간의 공정거래위원회 심결자료로써 분석한 결과, 법제와 이론의 두 근간을 이루는 ‘피해규모’와 ‘고의성(범의)’은 체계적으로 형사고발확률을 높인다는 사실이 확인되었다. 가령 위반기간이 1년 증가할수록 15% 포인트, 담합에 적극적으로 관여하게 되면 16% 포인트씩 각각 고발확률을 높였다. 그밖에도 피해파급의 범위나 특정지역, 세부위반유형, 산업분포, 법률대리인선임 여부 등도 고발확률의 주요 결정요인으로 판명되었다. 선행연구의 부재로 다방면에서 본고는 극히 실험적 성격을 띠며, 자료제약상 기소 및 유죄판결까지의 분석을 확장시키지도 못하였다. 다만 최초의 시도일 뿐만 아니라 전속고발권으로 인하여 경쟁정책당국이 형사처벌에서의 핵심역할을 하므로, 본고의 분석결과로부터 유익한 정책함의를 도출할 수 있을 것으로 기대한다.

❖ 주제어 : 공정거래법, 부당공동행위, 형사벌칙, 행정제재, 전속고발권, 고발지침, 피해규모, 고의성, 위반기간

* (감사의 글) 본 연구의 초기단계부터 건설적 논평과 조언을 해주신 송병건 교수, 김호연 교수, 권순건 판사께 감사드린다. 건설적인 논평을 해주신 익명의 심사자분들, 실증분석의 자료와 관련하여 많은 도움을 주신 공정거래위원회의 『통계연보』 및 카르텔총괄과 담당자들과 대검찰청의 『검찰연보』 담당자께도 감사드린다. 마지막으로 오랜 기간 자료수집과 분석 단계에서 성실히 도움을 준 김현석 군, 변재욱 군, 김진호 군에게 고마움을 표한다.

** (교신저자) 성균관대학교 경제학과, 교수

*** 한국형사정책연구원, 인턴연구원

I. 서론

공정거래법상 ‘형사처벌(criminal punishment)’을 부과하는 추세가 전 세계적으로 증가해왔다 (Hammond, 2010). 위반행위로 인한 피해 나아가 시장의 비효율성을 막기 위해 가장 강력한 형태의 제재가 필요하다는 취지에 기인했다. 한국도 예외는 아니며 지난 수 년 동안 형사벌칙의 사용이 과거에 비해 증가했다. 현재 공정거래법상 형사벌칙은 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하 ‘공정거래법’) 제14장 ‘벌칙’에 법제화되어 있다. 주지하듯 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)는 전속고발권([71조 ①])을 행사한다.¹⁾ 하지만 형사벌칙 사용의 정당성이나 적절성은 미국과 유럽연합에서도 여전히 논란의 대상이다.

가령 그간 축적된 경제이론에 의하면 형사벌칙은 통제수단으로서의 비교우위를 갖는 경우에만 ‘선별적으로’ 사용되어야 한다. 그런 맥락에서 외국에서는 단순한 통계검토나 본격적인 실증분석을 통하여 다양한 정책함의를 찾고 있다. 반면 국내에서는 형사처벌과 관련하여 외국법 소개 및 비교법적 분석이 주를 이루고 있으며, 특히 법집행에 관한 실증분석은 전무하다. 공정거래법은 거의 모든 위반행위에 대하여 형사벌칙을 규정하고 있기 때문에 이를 ‘어떻게 부과해야하는지’를 논하기 위해 우선 ‘어떻게 부과하고 있는지’를 검증해보는 것은 필수적인 선행작업으로 보인다.

본고에서는 공정거래법상의 형사벌칙을 공정위가 어떻게 집행하고 있는지를 실증적으로 탐구해보려고 한다. 여기서의 ‘집행’은 ‘고발’을 의미한다.²⁾ 이를 위해 먼저 형사벌칙부과에 관하여 비교적 활발히 논의하고 있는 외국법제들과 상응하는 한국법제의 골자를 파악한 후, 주로 경제학적 논리에 근거한 형사벌칙이론도 간략히 검토한다. 이어 외국 실증분석들의 방법론과 결과를 개관한다. 이렇게 법제, 이론, 선행연구에 기초를 두고 공정위 심결자료로써 형사고발의 결정요인들을 확인하는

1) 1981년에 공정거래법이 제정된 이후로 약 20년 동안 공정위에서는 형사고발을 거의 하지 않았다. 비로소 2000년대에 들어와 고발비율은 점차 높아지고 있는 추세이다.

2) 고발이 아닌 기소나 유죄선고 여부 등을 검토할 수도 있을 것이다. 그러나 전속고발제도 하에서 공정위의 고발은 여타 국가와는 다른 큰 비중을 갖는다. 물론 기소여부 자료도 확보하여 연구를 좀더 확장하고 싶었으나, 여러 자료제약이 심했다. 이에 관해서는 후술된다.

작업을 수행할 것이다.

자료제약과 국내기존연구의 부재로 본고는 여러 면에서 다분히 실험적 성격을 띤다. 대표적 예로서, 연구 초기에는 공정거래위반 전체에 대한 분석을 의도했다. 그러나 이하 상술되는대로 고발은 ‘부당한 공동행위’에서 거의 압도적으로 이루어진다는 사실을 확인한 후, 분석대상을 부당공동행위에 국한시킬 수밖에 없었다. 따라서 분석결과를 일반화시키기에는 한계가 있는 것이 사실이다. 다만 형사벌칙을 가장 빈번히 부과한다는 미국에서도 부당공동행위가 형사기소에서 큰 비중을 차지한다. EU법에는 형사벌칙 법조항을 별개로 명시하지 않으나 유독 부당공동행위에 대해서는 국내법적으로 형사벌칙규정을 마련한 국가들이 존재한다. 그러므로 형사벌칙 집행의 현황과악 및 향후 개선을 위한 정책함의를 도출하려는 본고의 궁극적인 목적을 달성하는데는 본고의 실증분석이 일조할 것으로 기대한다.

이상의 목적을 위해서 본고는 다음과 같이 구성된다. 제Ⅱ절에서는 미국 및 유럽의 공정거래법상 형사벌칙제도를 개관한다. 이 두 지역을 대상으로 한 비교법적 분석은 국내에 많이 소개되었으므로 가장 축약된 핵심내용과 연구수행 중 파악한 상대적으로 생소한 법제·집행현황 등에만 지면을 할애한다. 제Ⅲ절에서는 본고의 분석대상인 한국 관련 제도를 정리하되, 이후의 실증분석에 긴요한 사실·주장, 비교적 덜 알려진 고발 관련 법리와 고발지침, 및 집행현황을 검토한다. 제Ⅳ절에서는 역시 실증분석에 유익할 것이라는 판단에서 형사벌칙에 관한 경제이론을 짧게 살펴본다. 나아가 외국에서 이루어진 실증분석들의 분석기법과 주요결과들을 정리함으로써 본고의 추정작업을 위한 유익한 참조를 하고자 한다.

실증분석이 시작되는 제Ⅴ절에서는 심결자료를 통해 한국 부당공동행위의 기초 특성들을 파악한다. 자료수집과정의 소개에 이어 그간의 법제, 이론, 선행연구에 관한 논의를 통하여 설정한 설명변수들을 정의한다. 기초통계치들을 검토하면서 추정계수들의 부호를 예측해본다. 제Ⅵ절에서는 실증분석의 결과를 소개한다. 가장 기초 경제논리인 ‘피해규모 대리변수’들로(예: 위반기간)만 구성된 기본모형부터 시작하여 고의성, 세부행위유형, 산업분포, 법률대리인특성 등의 설명변수들을 추가하는 모형들을 추정함으로써 여러 흥미로운 발견들을 얻는다. 특히 피해규모와 고의성이 고발확률에 상당수준 영향을 주었다는 사실을 확인한다. 마지막으로 제Ⅶ절에서는

논의를 종합하며 주요 함의를 제시하고, 향후 개선된 연구를 겨냥하여 본 실증분석이 갖는 한계점들을 구체적으로 요약한다.

II. 미국과 유럽의 공정거래법상 형사벌칙제도

1. 미국

가. 집행기관과 형사벌칙 관련 주요법제

미국 및 유럽연합의 법제는 세계 각국 공정거래법의 ‘본보기(template)’라 표현되고 있다 (Bolotova and Connor, 2008, p. 5). 먼저 미국의 경우, ‘연방법무부’(이하 ‘DOJ’)에서는 셔먼법 및 클레이튼법에 근거하여 민·형사사건을 모두 집행한다. 반면 ‘연방거래위원회’(이하 ‘FTC’)에서는 클레이튼법 및 연방거래위원회법에 근거 민사사건과 소비자보호업무만을 다룬다. 즉 형사사건의 단독집행권을 가진 DOJ는 각각 담합과 독점을 다루는 셔먼법 [1조]와 [2조]에 근거하여 형사벌칙을 부과한다. 하지만 FTC가 다루는 사안 중 형사처벌이 적절하다고 여겨지는 경우 FTC가 이를 DOJ에 통고하고 DOJ의 판단에 따라 소추여부를 결정한다.

<표 1>에는 두 기관이 담당하고 있는 세 가지 주요법률의 핵심내용을 요약하고 있다. 지면제약상 형사벌칙이 포함된 셔먼법에 대해서만 잠시 검토한다. U.S. Code 제15편의³⁾ 셔먼법 [1조]는 주간 또는 타국과의 거래를 제한하는 모든 계약, 협정, 및 공모를 금지한다. [1조] 위반행위들은 ‘당연위법(per se illegal)’으로 취급되어 형사처벌의 대상이 되며, <표 1>에서와 같이 벌금과 징역형을 선고받을 수 있다. 셔먼법 [2조]는 거래를 독점하거나, 독점의 기도, 및 독점을 목적으로 타인과의 공모를 금지하며, [1조]와 동일한 정도의 형사벌칙을 규정한다. 이들 조항의 위반행위는 중죄로 분류되어 기소된다 (홍대식, 2006a, p. 81). 그 중에서도 [1조]가 가장 많

3) 50개의 편(title) 중 제15편은 거래 및 무역(Commerce and Trade)에 관련된 조항들을 규정하며, 주요 공정거래법인 셔먼법, 클레이튼법, 연방거래위원회법 등이 포함되어있다. 참고로 일반형사법은 제18편에 해당된다.

이 집행되고 있다. 가령 Gallo *et al.*(1994, p. 28)은 전통적으로 DOJ 형사기소의 98% 이상을 수평적 위반행위가 차지하고 있다는 사실을 밝혔다.⁴⁾

〈표 1〉 미국 공정거래분야의 주요 법조항, 규제위반행위, 민사 및 형사제재

번호	공정거래법조항	규제위반행위 및 조항내용	민사제재	형사제재
1	Sherman Act[1조]	거래제한행위의 금지	시정조치 및 3배 손해배상 ^{a)}	법인은 1억 달러, 개인은 100만 달러 이하의 벌금 ^{b)} 또는 10년 이하의 징역 및 병과
2	Sherman Act[2조]	독점 및 독점화기도 혹은 독점할 목적으로의 공모 금지		
3	Clayton Act[2조] ^{c)}	가격차별 금지	시정조치 및 3배 손해배상	Clayton Act 및 FTC Act는 형벌에 관한 규정을 별개로 두고 있지 않음.
4	Clayton Act[3조]	끼워팔기 및 배타적 거래행위 금지		
5	Clayton Act[7조] ^{d)}	기업결합의 금지		
6	Clayton Act[8조]	경쟁기업간의 상호 임원겸직 금지		
7	FTC Act[5조]	불공정한 경쟁방법 금지	중지명령 및 1만 달러 이하의 금액	

· 주: 이 표는 Posner(1970), Gallo *et al.*(1994), DOJ 사이트(www.justice.gov/), 정세훈(1999), 및 임원혁(2002)을 참고하여 작성하였음. 음영 부분은 형벌부과조항임.

a) Sherman Act [1조]와 [2조]는 범죄로 구분되어 형사제재를 부과함. 민사제재는 [1조]와 [2조]를 제외한 나머지 [3조]부터 [7조]를 위반한 경우에 부과함.

b) 양형기준표 §2R1.1(d)에 의해 부과되고 있음.

c) Clayton Act [2조]를 수정보완하기 위해 1936년에 Robinson-Patman Act가 제정되었음.

d) Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act(1976년 개정) 등 10개기량의 법률들이 Clayton Act [7조]를 보강하기 위해 제정되었음.

나. 형사벌칙의 산정절차

DOJ는 ‘연방양형기준표’(US Federal Sentencing Guidelines; 이하 ‘US FSG’)를 기준으로 벌금을 부과한다. 최근 2010년 11월에 개정된 US FSG에 따르면, 산정은 ‘기본벌금액의 산정 → 비난가능성점수 책정 → 징벌승수범위의 결정 → 일정 범위 내에서 최종 벌금액을 결정’의 순서로 진행된다. 우선 벌금액 산정단계와 관련하여, §2R1.1(d)(1)을 보면 기본벌금액은 ‘관련매출액’의 20%로 산정한다. 부당이득 10% 뿐만 아니라 그로 인한 사중손실 10%까지 고려하여 부과한다는 의미이다 (Bolotova

4) 그러나 셔먼법 [1조]와 [2조]가 적용되는 위반행위들이라고 해서 무조건 형사사건으로 진행되는 것은 아니다. 이에 대해서는 정세훈(1999, pp. 132-133)을 참조할 수 있다.

and Connor, 2008, p. 5). 하지만 입찰담합의 경우에는 관련매출액을 측정하기 힘들므로 규제위반자가 체결한 계약 중에서 가장 큰 금액을 관련매출액으로 추정한다(홍대식, 2006a, pp. 85-86).

다음 US FSG §8C2.5(b)(1)-(5)에 규정된 비난가능성 요소들을 판단하여 기본벌금액을 가중 또는 감면할 것인지를 결정한다. 즉, 위반기업규모, 범위반경력, 자진신고, 조사협력 등의 비난가능성 요소들을 적용시켜 징벌승수의 범위를 정한다. 결국 최종벌금액은 관련매출액의 15%와 80%사이에서 결정된다.⁵⁾ 한편 부당이득 혹은 피해가 서면법의 상한선을 웃도는 경우가 발생하면 1984년 벌금집행법의 제정으로 신설된 벌금양형 일반규정인 18 U.S.C. §3571(d)에 근거하여 법정벌금 대신 ‘이익 또는 피해의 2배’를 상한으로 벌금을 부과할 수 있다(Hammond, 2010, pp. 4-5). 서면법의 상한선을 상회하는 벌금을 부과할 수 있다는 점에서 더욱 강력한 형사벌칙의 부과가 가능해졌음을 알 수 있다.⁶⁾

다. 형사벌칙 집행현황

<표 2>는 2000년~2010년 자연인 및 법인에 대한 DOJ의 형사기소 숫자 및 징역형을 받은 피고비율을 나타낸 것이다. 2010년만 보면, 자연인 63명과 21개 기업이 연루되었으며, 자연인의 78%가 징역형을 받았다. 징역형의 절대숫자와 비율 모두 증가추세에 있다.⁷⁾ 한편 부과된 벌금의 규모도 만만치 않다. DOJ(www.justice.gov/)의 *Statistics and Trends*를 보면 2006년 4억 7,000만 달러로 급상승하여 최근 10억 달러에 육박한 바 있다.⁸⁾ <표 2>와 관련하여 주목할 점은 거듭 형사기소가

5) 후술되는대로 비난가능성점수, 징벌승수범위 결정 등은 한국 공정거래법상 ‘고발지침’과 유사하다.

6) US FSG의 상세한 벌금산정절차와는 달리 징역형의 산정절차에 대해서는 구체적으로 나와 있는 바가 없었다. 다만 [1조] 및 [2조]에 “법원의 재량 안에서(*in the discretion of the court*)”라고 나와 있다.

7) 더불어 Hammond(2010, pp. 9-10)에 따르면, 담합에 대한 징역형량 또한 증가추체이다. 1990년대에는 평균 8개월이었던데 반해 2000년대에는 계속 증가추세를 보이며 2010년에는 30개월에 도달했다.

8) 이렇게 된 데에는 1955년 이후 서면법 형사벌칙조항의 상한이 계속해서 증가해왔기 때문이다(Harrison and Bell, 2006, p. 211; Hammond, 2010, pp. 4-5). 특히 담합의 경우 전술한 18 U.S.C. § 3571(d)에 근거하여 서면법에 규정된 상한을 초과하는 벌금을 부과할 수 있었던 것도 큰 이유로 보인다.

서면법 [1조]에 대부분 집중되어 있다는 사실이다.⁹⁾

〈표 2〉 미국 독점금지국의 형사기소 현황

Criminal Cases Filed	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Total Cases Filed	63	44	33	41	42	32	34	40	54	72	60
Individuals Charged	60	39	32	28	39	47	37	47	59	65	63
Corporations Charged	40	22	14	16	20	27	24	10	25	22	21
% of Defendants Sentenced to Jail ^{a)}	38% (23)	46% (18)	53% (17)	50% (14)	71% (28)	67% (31)	68% (25)	87% (41)	61% (36)	80% (52)	78% (49)

· 주: 미국 독점금지국(USDOJ) 홈페이지 *Statistics and Trends*를 참고하였음 (www.justice.gov/).

a) 징역형을 부과받은 피고들의 비율을 나타냄. () 안에는 실제 명수를 나타낸 것임.

2. 유럽연합

가. EU법 및 EU경쟁법의 권한과 효력

‘유럽연합’(European Union, 이하 ‘EU’)¹⁰⁾ 주된 법은 유럽공동체와 유럽연합을 설립한 조약들로서, 2009년 하나로 통합되어 ‘EU기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union; TFEU)’이라 불린다. 그 외에 설립조약들을 보충하기 위해 제정된 37개의 의정서(protocols)와 65개의 선언서(declarations)가 있다. 또한 EU기능조약 [288조]에는 EU의 권한을 행사하기 위해 규칙, 지침, 결정, 권고 및 의견과 같은 입법행위들을 나열하고 있다 (이주윤, 2010, pp. 69-70).

EU경쟁법은 EU집행위원회, EU법원, 회원국의 국내 법원 및 경쟁당국에서 집행

9) 전통적으로도 그러했으나 최근에도 큰 변화가 없다 (Harrison and Bell, 2006, p. 211; Hammond, 2010, p. 4; Ginsburg and Wright, 2010, p. 12 등). Wils(2005, p. 12)와 Werden(2009, pp. 6-8; pp. 10-13)은 담합의 사회피해가 크므로 이렇게 제재강도를 높여 온 점을 옹호하고 있다. Hammond(2010, pp. 9-10)는 담합에 대하여 특히 징역형을 더 많이 부과하고 있는 추세라고 했으며, Varney(2011)는 DOJ의 독점금지국이 근래에는 국제카르텔을 가장 우선적으로 조사하고 있다고 최근 밝힌 바 있다.

10) 1992년에 제정된 마스트리히트조약(Treaty of Maastricht)에 의해 EU가 창설되었고, 2009년 12월 공포된 리스본조약(Treaty of Lisbon)으로 인해 EU는 국제법인격의 성격을 부여받아 EU 단일체제로 변경되었다.

한다. EU경쟁법은 통화정책, 어업정책 및 통상정책과 함께 EU에서 배타적 권한을 갖는다. 가령 EU법과 회원국 국내법과의 관계에 있어서 기본적으로는 ‘EU법 우위의 원칙’을 사용한다 (강병근, 2010, pp. 100-104; 김정환, 2010, p. 500). ‘EU법 우위의 원칙’은 다음 세 가지의 형태로 발현된다. 첫째, ‘직접적용(direct application)’은 EU법이 바로 회원국법 질서의 일부로 되어 회원국전체에 일률적으로 적용된다. 둘째, ‘직접효력(direct effect)’으로서 EU법이 개인에게 직접적으로 권리와 의무를 부여하여 개인이 자국 법원에서 원용할 수 있다. 셋째, ‘간접효력(indirect effect)’은 국내법을 EU법 지침의 입장에서 해석하도록 요구한다.

나. 공정거래분야 위반행위를 규제하는 유럽연합의 주요법제

<표 3>은 EU경쟁법의 주요 조항 및 제재금 산정근거를 나타낸 것이다. EU경쟁법은 EU기능조약 [101조]부터 [109조]로 구성되어 있다. 주요법제는 <표 3>의 음영부분으로서, 먼저 [101조]와 [102조]는 각각 서면법 [1조]와 [2조]의 영향을 받아 제정된 것이다 (이호선, 2006, p. 189; 이봉의, 2003, p. 88). 구체적으로 [101조 ①]은 수평적 위반행위, 수직적 제한행위, 주류판매행위와 공동사업체에 대하여 규정하고 있다. 모든 독점행위의 ‘남용’과 관련된 경우는 [102조]를 적용시켜 규제하고 있다.

〈표 3〉 EU경쟁법상 주요조항 및 제재금 산정근거

번호	EU법조항 ^{a)}	조항 내용	제재금 산정근거 ^{b)}	비고 ^{c)}
1	[101조]	경쟁제한 및 회원국 간 통상에 영향을 미치는 행위 금지 - 담합	직전 사업연도 관련매출액 30% 이하	직접효력
2	[102조]	지배적 지위의 남용이 회원국 간 통상에 영향을 미치는 경우 금지 - 독점	직전 사업연도 관련매출액 30% 이하	직접효력
3	[103조]	각료이사회, 집행위원회, EU법원의 기능 규정		
4	[104조]	과도기적 규정으로 항공분야에만 적용		
5	[105조]	집행위원회 임무부여 (자료요청권, 조사권, 제재금부과권 등)		
6	[106조]	회원국의 독점 공공기업에 대한 특별한 권리 부여 금지		

7	[107-109조]	국가보조는 다른 회원국의 경쟁자들에게는 불이익이 되기 때문에 금지	보조금액 상한	[108조] 직접효력
8	[139/2004호] ^{d)}	합병 등의 기업결합에 대해 금지	연간매출액 10% 이하	

· 주: 이 표는 ‘EU기능조약’에 근거하여 작성되었음. 표에서 음영부분은 경쟁법의 주요법제로서, [101조], [102조], 합병규칙 [139/2004호], [107조] 4가지임. 그 중 대부분의 경쟁법 위반행위들은 (서면법 [1조], [2조]의 영향을 받아 제정된) [101조]와 [102조]임.

a) EU조약 [81조] 내지 [89조]는 EU기능조약 [101조] 내지 [109조]로 변경되었음.

b) 제재금(fine)은 이사회규칙 1/2003호 [23조]에 의거하여 산정함.

c) EU법원의 판결문에서 특정 조항들에는 직접효력이 존재한다고 판시함.

d) 이전에는 EU조약 [81조]와 [82조]를 확대해석하여 적용하였으나, 1989년 합병규칙을 제정 후(2004년 개정) 합병규칙 [139/2004호]에 의하여 따로 적용되고 있음.

[101조]와 [102조]를 위반한 경우에는 <표 3>에서와 같이 직전 사업연도 관련매출액 30%이하의 제재금을 부과할 수 있다. 반경쟁적 기업결합에 대해서는 1989년 이후 합병통합규칙 [139/2004조]를 별도로 적용하는데, 연간 총매출액 10% 내에서 제재금을 부과할 수 있다. 국가보조 조항은 경쟁을 왜곡하거나 그 우려가 있는 경우에 한하여 적용된다 (이종원·황기식, 2008, p. 121). 이 조항에는 ‘직접효력’이 적용되며, EU(/europa.eu/)에서 밝힌 바와 같이 이탈리아가 그 예이다.

<표 3>의 주요조항 네 가지를 검토했지만, EU 역시 [101조]와 [102조]를 중심으로 규제하고 있다 (Carree *et al.*, 2010). 특히 Veljanovski(2007, p. 2)는 EU에서 가격고정의 제재를 근래 더욱 강화하고 있다고 주장한 바 있다. 이는 전술한 미국은 물론 후술될 한국의 법제 및 그 집행 추세와 맥을 같이 한다.

다. 제재금의 산정절차

‘2006년 제재금기준표(2006 Penalty Guidelines)’의 개정 이후, [101조]·[102조] 위반에는 관련매출액의 30%까지 부과할 수 있다. 특히 가격고정에는 15%~25%를 가중할 수 있다 (Bolotova and Connor, 2008, p. 6). EU집행위원회 및 국가별 집행기관은 이 범위에서 ‘위반행위중대성’과 ‘위반기간’을 고려하여 제재금을 결정할 수 있다. Veljanovski(2007)와 Bolotova *et al.*(2008)에 의하면, 우선 위반행위중대성을 세 단계로 구분하여 기본제재금을 결정한다. 이들은 ‘경미한’(1만 유로까지), ‘심각한’(20만 유로까지), 마지막으로 ‘매우 심각한’(20만 유로 이상) 위반행위이다. 그

다음 위반기간을 고려하여 조정하는데, 위반기간도 세 단계로 구분했다.¹¹⁾ 최종제재금은 다시 여러 가중 또는 감경요소들을 검토하여 결정되지만,¹²⁾ 제재금기준표는 최대상한액을 위반행위자 ‘총매출액’의 10%로 정했다.

EU경쟁법에도 불구하고 회원국들은 자국 경쟁법을 별도로 만들 수 있는데, 전반적으로는 EU경쟁법을 많이 준용하고 있다 (Niels and Andiaan, 2004, p. 2). 회원국들은 ‘자국 내 거래에만 영향이 국한되는’ 사안에 대해서는 별도의 경쟁법을 독자적으로 적용할 수 있으며, 이때에도 간접효력으로서 EU법을 원용할 수 있다. 그러나 회원국 간 영향을 미치는 사안에는 원칙적으로 EU법을 우선적으로 적용해야 한다 (신현윤, 2010, p. 449).

라. EU회원국의 경쟁법상 형사벌칙의 부과

이제 본고의 주제인 형사벌칙을 검토하자. 이사회규칙 제1/2003호 [23조 ⑤]에서는 제재금이 형사벌칙의 성격을 갖지 않는다는 점을 명시하고 있다. 따라서 EU경쟁법 차원에서 형사벌칙은 없다는 것이 일반론이다 (홍대식, 2006b, pp. 219-220).¹³⁾ 일례로 Microsoft v. European Commission(2004) 사건에서, EU집행위원회가 [102조](당시 [82조])에 의거하여 Microsoft에게 일차적으로 4억 7400만 유로, 그 후 이행거부에 대하여 약 9억 유로를 추가로 부과하였으나 이는 어디까지나 민사제재금이었다.

하지만 EU 내에서 형사벌칙이 전혀 부과되지 못한다고 단정할 수는 없다. EU는 이사회규칙 1/2003호 [5조]에 근거 EU경쟁법 [101조]와 [102조] 위반에 대하여 회원국의 자체적 형벌부과를 ‘허용(allow)’해준다 (Wils, 2005, pp. 124-126). 필자들의 제한된 서베이에 의하면, 여러 회원국에서 형벌을 부과하고 있었다. 아일랜드와

11) 흥미롭게도 한국 역시 부당공동행위의 고발지침 세부평가기준 중 위반기간을 상·중·하 세 단계로 분류하여 적용한다. 후술 되는대로 이 위반기간은 실증분석에서 중요한 역할을 할 것이다.

12) 다섯 가지 가중요소 및 여섯 가지 감경요소들은 신현윤(2010, pp. 445-447)을 참조할 수 있다.

13) 대표적으로 EU법에는 ‘범죄적(criminal)’에 대한 정의가 존재하지 않는다는 Wils(2005, pp. 117-118)의 지적을 꼽을 수 있다. “유럽공동체는 자신이 직접 형법규범을 제정할 권한이 없다는 것이 통설”(전지연, 2001, p. 309) 또는 “EU의 입법권한은 형사법영역에서는 여전히 매우 제한적”(김정환, 2010, p. 485) 등이 국내 법학자들의 일반적 이해로 보인다.

에스토니아는 법인과 자연인에 대하여 오로지 형사벌칙만을 부과하고 있다.¹⁴⁾ Wils(2005, p. 126)에 의하면 프랑스, 슬로바키아, 사이프러스에서는 거의 대부분 행정제재만을 부과하지만 법제상으로는 형사벌칙이 명시되어 있다.¹⁵⁾ 특히 독일의 독점규제법률로는 ‘경쟁제한금지법(GWB)’과 ‘형법규정(StGB)’이 있다. 전자는 위반행위에 대해 과징금을 부과하며, 후자는 입찰담합에 대한 형벌적용 필요성 관련 논의 후 1997년에 [298조]로 도입되었다 (이천현, 2003, pp. 118-121).¹⁶⁾

III. 한국 공정거래법상의 형사벌칙법제 및 집행현황

1. 형사벌칙의 목적 및 개관

본고의 주요 분석대상인 부당공동행위 관련 형사고발을 검토하기에 앞서, 공정위가 운용하는 행정형벌제도의 전반을 축약해보자. 공정거래법은 거의 모든 위반행위에 대하여 형벌을 부과할 수 있다.¹⁷⁾ 근거로서 가령 권오승 외(2010, p. 366)는 “*공정한 경쟁을 침해하여 경쟁자 또는 소비자의 이익을 침해할 뿐만 아니라 나아가 국민경제질서를 교란시키는 행위*”이기 때문에, 김홍석·한경수(2010, p. 459)는 “*법위반내용이 중대하고 명백한 경우 ... 등 사안에 따라서는 심리적 억제효과를 위해 제재의 강도가 큰 행정형벌의 활용이 필요*”하다고 밝히고 있다. 요컨대 행정제재만으

14) 에스토니아에서는 경쟁법을 위반하는 즉시 형사범으로 취급되며, 형법 [399조]부터 [402]조까지를 근거로 최대 250만 크룬(Kroons) 또는 3년 이하의 징역형을 부과할 수 있다 (Antitrust encyclopedia: Estonia, 2007). 아일랜드 경쟁법 [6조](담합) 및 [7조](독점)를 위반하면 최대 400만 유로(또는 관련매출액 10%)의 벌금과 5년 이하의 징역형을 부과받을 수 있다 (Irish Competition Act, 2002).

15) 기타 OECD 국가 전반에 관한 간략한 서베이는 최승재(2011, p. 157)를 참조할 수 있다.

16) 반면에 이사회규칙 [1/2003호]는 회원국 단독의 형사벌칙 부과를 제한하는 역할도 한다. 회원국의 국내법 적용을 제한하는 세 가지 상황에 관하여 Wils(2005, pp. 126-128)를 참조할 수 있다.

17) 공정거래법(2010)을 기준으로 분류한 8가지 위반유형 중 기업결합의 ‘기업결합의 신고위반([12조의2])’과 경제력집중억제행위의 ‘공시규정([11조의2]부터 [11조의4])’를 제외한 나머지 모든 행위에 대해 형사벌칙을 부과할 수 있다. 하지만 기업결합의신고위반과 공시규정은 [69조의2]에 의거 과태료만 부과할 수 있다.

로는 충분한 억제효과를 줄 수 없다는 논리로 해석된다.¹⁸⁾

〈표 4〉 공정거래법상 형사벌칙조항, 규제위반행위유형, 및 벌칙내용

일련 번호	형사벌칙조항	벌칙부과 규제위반행위의 유형	공정거래법 제14장 벌칙내용
1	[66조 ①] ^{a)}	시장지배적 지위 남용행위 ([3조의2])	$ I \leq 3\text{년 or } F \leq 2\text{억}^b)$
2	[66조 ①]	기업결합의 제한 ([7조 ①])	$ I \leq 3\text{년 or } F \leq 2\text{억}$
3	[66조 ①]	경제력집중억제행위 ^{c)}	$ I \leq 3\text{년 or } F \leq 2\text{억}$
4	[66조 ①]	부당한 공동행위의 금지 ([19조 ①])	$ I \leq 3\text{년 or } F \leq 2\text{억}$
5	[66조 ①]	사업자단체의 금지행위 ^{d)} ([26조 ①])	$ I \leq 3\text{년 or } F \leq 2\text{억}$
6	[67조]	불공정거래행위의 금지 ([23조 ①])	$ I \leq 2\text{년 or } F \leq 1.5\text{억}$
7	[67조]	재판매가격유지행위의 제한 ([29조 ①])	$ I \leq 2\text{년 or } F \leq 1.5\text{억}$
8	[67조]	부당한 국제계약의 체결제한 ([32조 ①])	$ I \leq 2\text{년 or } F \leq 1.5\text{억}$

· 주: 이 표는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2010.11 개정)을 바탕으로 작성되었음.

a) [66조 ②]에 근거하여 [66조 ①]의 징역형과 벌금형은 병과할 수 있음.

b) 3년 이하의 징역(I) 또는 2억 원 이하의 벌금(F)을 의미함.

c) 지주회사 등의 행위제한([8조의2 ②, ⑤]), 상호출자의 금지 등([9조]), 출자총액제한위반([10조 ①]), 채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한([8조의3]), 계열회사에 대한 채무보증의 금지([10조의2 ①]), 금융회사 또는 보험회사의 의결권제한([11조]) 등이 포함되어 있음.

d) [26조 ①]의 1호의 규정을 위반한 자는 [66조 ①]에 근거하여 벌칙을 부과하며, 2호 내지 5호의 규정에 위반한 자는 [67조]에 근거하여 벌칙을 부과함.

e) 8가지 위반행위에 대한 시정조치를 불이행했을 시 [67조] 6호에 근거하여 형사벌칙을 부과함.

형사벌칙은 1980년 법 제정 때부터 부분적으로 도입되어, 2010년 11월까지 16차례 개정을 거치면서 현재 14장의 [66조] 내지 [69조]형태를 갖추게 되었다. 현행 실체적 형사벌칙조항과 해당 규제위반행위를 정리한 것이 <표 4>이다.¹⁹⁾ 『통계연보』에서는 위반행위들을 (<표 4>의 일련번호 7과 8을 제외한) 총 6가지로 분류하

18) 한편 최승재(2011)는 부당공동행위를 제외한 나머지는 고의성이 낮아 가벌성이 높지 않는 등의 이유로 형사처벌이 타당하지 않으며, 특히 불공정거래행위에 대해서는 형벌규정을 삭제하고 행정적으로 규제하는 것이 옳다고 주장했다. 조항별 형사벌칙의 정당성은 본고의 범위를 넘어가므로 더 이상의 논의를 생략한다.

19) [68조]는 기업결합위반행위에 대한 허위적 신고, 보고, 및 자료제출을 한 자, [69조]는 위반행위조사 또는 비밀업수의 의무 위반에 대한 벌칙규정이다. 이 두 조항은 ‘절차적 조항’으로서 실체적 조항을 위반하는 행위에 대한 벌칙을 규정하고 있는 [66조] 내지 [67조]와는 차별된다. 이는 후술될 전속고발과도 연계된다.

지만, 법에는 제2장 ‘시장지배적지위의 남용금지’ 행위부터 제8장 ‘국제계약의 체결 제한’까지 8개(‘기업결합제한’과 ‘경제력집중억제’는 제3장에서 함께 규정) 유형으로 구분한다. 한 마디로 이 8가지 유형 모두에 형사벌칙을 부과할 수 있다.

2. 전속고발제도

한국법제가 갖는 특이성이자 그동안 꽤 많은 논쟁의 대상이었던 것이 전속고발제도였다. [71조 ①]은 “[66조] 및 [67조]의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다”고 규정함으로써 공정위에게 ‘전속고발권’을 부여하고 있다. 고발납용과 수사기관의 과도개입을 방지하고 형벌필요성 여부를 전문기관이 판단하도록 하는데 있다는 입법취지(권오승 외, 2010, p. 369)에도 불구하고 이에 대해서는 많은 논란이 있어 왔다.

우선 비판적 견해들 중의 하나는 고발에 대한 ‘재량권’을 공정위가 독점함으로써 야기될 수 있는 과다·과소 권한남용의 문제점들이다 (예: 박미숙, 2002, p. 4; 정완, 2008, p. 296; 김홍석·한경수, 2010, p. 462; 사법연수원, 2010, p. 282). 부정적 견해는 종종 위헌론으로까지 이어진다. 가령 권오승 외(2010, p. 369)는 고발을 ‘지나치게 제한적으로 행사’하는 경우를 발생시켜 피해자의 재판받을 권리 또는 절차상 진술권을 침해하거나, 평등 또는 권력분립의 원칙에 반하는 결과를 초래할 수 있다고 주장했다. 반면 정완(2008, pp. 297-298)이나 최승재(2011, pp. 171-172)에 요약된 합헌론들은 위반사실을 시정하도록 권고·유도해야 하며 그것만으로 효과를 거두기 어렵다고 판단되는 때에만 비로소 형벌을 부과해야 하므로 전문성을 가진 규제기관에 맡기는 것이 옳다고 주장한다.²⁰⁾ 실제로 공정위의 과소고발 사유에 근거하여 헌법소원도 제기된 바 있으나 아직까지 전속고발권을 인정하고 있는 상태이다.²¹⁾

20) 반면 최승재(2011)는 전속고발권의 문제가 형벌규정의 존폐와 밀접한 연관성이 있으므로 형벌규정의 대폭 개정(축소)을 통하여 전속고발권의 존부와 운용이 달라져야 된다고 주장한다.

21) 가령 ‘1955.7.21. 선고, 94헌마136 결정’ 사건에서 경제적 효과, 반윤리적 범죄 여부의 불확정성, 전문성의 세 가지 인정이유를 제시했다 (정완, 2008, p. 297). 또한 대법원도 2010년 공정위의 전속고발권이 정당하다는 판결을 최근 다시 내렸다 (2008도4762).

한편 과소고발을 억제하기 위해서 1996년 [71조 ②]가 신설되어 [66조]·[67조]가 적용되는 행위들 중 그 위반정도가 객관적으로 명백중대한 경우에는 검찰총장에게 고발하도록 하는 ‘의무적 고발사유’를 규정했다. 또한 검찰총장은 [71조 ③]에 근거 [71조 ②]의 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정위에 통보하여 ‘고발요청’을 할 수 있다. 하지만 제Ⅲ.4절에서의 통계치들을 볼 때 과소고발 현상의 개선성은 있어 보인다. 지면관계상 더 이상의 논의는 생략하나, 향후 이 조항에 대하여 심층적 검토가 계속 필요할 듯하다.²²⁾

3. 공정거래위원회의 고발지침

공정위의 ‘사건절차규칙’에 의하면 소관사건의 처리는 ‘사건 적발·신고 → 조사·심사 → 위원회 상정 → 위원회 심의·의결(심결) → 시정조치(시정명령, 과징금, 고발)’로 이루어진다. 범위반정도가 중대한 사안의 경우 동 규칙 [53조]에 근거하여 고발조치를 취할 수 있다. 구체적으로 공정위는 심결과정에서 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침’(이하 ‘고발지침’)을 따라 고발의 대상 및 기준을 결정한다.

고발지침은 1997년 6월에 제정된 후 6차 개정(2010년 6월)을 통하여 현재 형태를 갖추게 되었다. 초기 조항들은 추상적이고 포괄적이었으나 2006년 개정으로 좀 더 구체화되었다. [1조]는 목적을 규정한 것으로서, 공정거래법 [71조], (약칭) 표시·광고법 [16조 ③] 또는 (약칭) 가맹사업법 [44조]에 의하여 고발사건의 유형기준을 제시한다. [2조]는 고발의 대상 기준을 규정한 것으로서, 산출한 범위반점수가 행위별 기준점수 이상일 경우 또는 특별한 사유 없이 시정조치 또는 금지명령에 응하지 않은 경우 고발하는 것을 원칙으로 한다.

22) 2011년 4월 국회에서 공정위의 ‘전속고발권 폐지’ 법률안이 발의되었다. 도입 후 29년간 적발된 위반행위 중 형사고발된 것은 0.9%에 불과하다면서 전속고발권의 실효성 부재가 주요 논거였다. 이에 공정위는 OECD 국가들 중 상당수가 공정거래법에 형벌 규정을 갖지 않으며 나머지 대부분도 경쟁당국이 형사처벌 여부를 판단한다는 등의 주장을 했다 (헤럴드경제, 2011.4.12). 나아가 최근 개정된 고발지침이 2011년 8월 1일부터 시행될 것이고, 피해가 많은 법 위반 행위에 대해 적극적으로 고발함으로써 법 집행의 실효성을 높이는 한편 예방 효과도 기대할 수 있을 것이라고 주장했다.

예를 들어 본고 분석대상인 부당공동행위의 경우 기준점수는 2.5점이다. 법위반 점수는 공정거래법 위반의 경우 (‘별표1’부터 ‘별표5’에 의거) 위반행위유형마다 각 참작사항별 ‘비중치’에 ‘부과수준의 등급점수’를 곱하여 참작사항별 점수들의 총계로 산출된다. 그 중 부당공동행위의 참작사항은 크게 ‘위반행위내용’과 ‘위반행위정도’의 두 가지이다. 후자인 위반행위정도는 다시 시장점유율, 경쟁제한성, 지역적 범위, 이행정도, 적극관여여부, 위반기간의 6개로 세분되어 검토된다.²³⁾ 모든 참작사항의 부여점수는 상(3점), 중(2점), 하(1점)로 결정된다. 비중치는 위반행위내용이 0.4로 가장 높고 위반행위정도는 각 0.1씩이다.

23) 제V절 이하 실증분석에서는 가능한 한 이들 참작사항들의 대리변수를 찾으려고 노력할 것이다.

〈표 5〉 공정거래법상 위반행위유형별 심결수, 고발수, 및 고발비중 (2003년 ~ 2009년)

단위: 건수, %

연도 및 구분 위반행위유형 ^{a)}	2003			2004			2005			2006			2007			2008			2009			합계		
	심결 수 ^{a)}	고발 수 ^{a)}	고발 비중 ^{e)}	심결 수 ^{a)}	고발 수 ^{a)}	고발 비중 ^{e)}	심결 수 ^{a)}	고발 수 ^{a)}	고발 비중 ^{e)}	심결 수 ^{a)}	고발 수 ^{a)}	고발 비중 ^{e)}	심결 수 ^{a)}	고발 수 ^{a)}	고발 비중 ^{e)}	심결 수 ^{a)}	고발 수 ^{a)}	고발 비중 ^{e)}	심결 수 ^{a)}	고발 수 ^{a)}	고발 비중 ^{e)}	심결 수 ^{a)}	고발 수 ^{a)}	고발 비중 ^{e)}
시장 지배적 지위의 남용 금지 ^{b)} (3조의2)	1	0	0.0	0	0	0.0	0	0	0.0	2	0	0.0	37	0	0.0	3	0	0.0	2	0	0.0	45	0	0.0
경제력 집중 억제 행위 ^{c)}	17	0	0.0	9	0	0.0	8	0	0.0	3	0	0.0	0	0	0.0	0	0	0.0	4	1	25.0	41	1	2.4
부당 공동행위의 금지 ^{d)} (19조 ①)	16	5	31.3	24	3	12.5	32	4	12.5	34	3	8.8	29	7	24.1	50	5	10.0	40	5	12.5	225	32	14.2
사업자 단체 금지 행위 ^{e)} (26조 ①)	38	1	2.6	35	0	0.0	33	0	0.0	23	0	0.0	28	0	0.0	43	0	0.0	56	0	0.0	256	1	0.4
불공정 거래 행위 ^{f)}	54	0	0.0	161	0	0.0	341	0	0.0	243	0	0.0	595	5	0.8	312	0	0.0	114	0	0.0	1,820	5	0.3
기업결합의 제한 (7조 ①)	7	0	0.0	6	0	0.0	1	0	0.0	7	0	0.0	3	0	0.0	4	0	0.0	3	0	0.0	31	0	0.0
합계	133	6	4.5	235	3	1.3	415	4	1.0	312	3	1.0	692	12	1.7	412	5	1.2	219	6	2.7	2,418	39	1.6

· 주: 이 표는 『통계연보』(2010)를 바탕으로 정리하였음.

- 6개 위반행위유형은 『통계연보』 기준을 따름. 전술한대로 공정거래법상 실제적 규제유빈에 대한 형사벌칙을 규정한 [66조]와 [67조]는 총 8개의 위반행위가 존재함.
- 『통계연보』는 ‘경제력집중억제행위’를 다음과 같이 분류: 지주회사 등의 행위제한(8조의2 ②~⑤), 채무보증제한(기업집단의 지주회사 설립제한(8조의3)), 상호출자의 금지 등(9조), 계열회사에 대한 채무보증의 금지([10조의2 ①]), 금융회사 또는 보험회사의 의결권제한([11조]), 공시규정([11조의2]부터 [11조의4]), 기타 등.
- 『통계연보』는 ‘불공정거래행위’를 다음과 같이 분류함: 불공정거래행위의 금지([23조 ①]), 재판매거격유지행위의 제한([29조 ①]), 부당한 국제계약의 체결제한([32조 ①]).
- 심결수는 시정명령 이상의 조치를 대상으로 함. 과태료는 형사벌칙대상이 아니기 때문에 제외하였음.
- 고발비중은 고발수를 심결수로 나눈 값의 퍼센트임. 소수점 둘째자리에서 반올림하였음.

4. 공정거래법 위반에 대한 고발의 빈도 및 주제

<표 4>에서 보았듯이 공정거래법상 실제적 위반행위 대부분은 형사벌칙의 대상이다. 『통계연보』(2010)의 ‘조치유형별 사건처리 실적’을 보면, 1981년부터 2009년까지 처리한 전체 사건 53,031건 중 단 0.9%인 472건만이 고발되었다.²⁴⁾ 그 중 ‘공정거래법’의 위반은 161건에 국한된다. 제V절 실증분석의 표본기간인 2003년~2009년만 추출한 것이 <표 5>에 나와 있다. 7년 동안 시장지배적지위남용행위 0건, 경제력집중억제행위 1건, 부당공동행위 32건, 사업자단체금지행위 1건, 불공정거래행위 5건, 그리고 기업결합제한에서 0건으로서 총 39건이다. 이는 동 기간 ‘시정명령 이상의’ 조치를 한 심결수의 1.6%에 지나지 않는다.

한편 이천현·이승현(2006, pp. 1-2), 권오승 외(2010, p. 371) 등은 대부분의 ‘공정거래법’ 위반행위들은 시정조치나 과징금과 같은 행정제재로써 처리될 뿐 형벌규정들의 실효성은 낮다고 주장한 바 있다. 위 『통계연보』의 낮은 고발비중을 볼 때 이 주장이 옳을 가능성이 높아 보인다. 나아가 전술했듯이, 형사벌칙은 [68조]와 [69조]에도 규정되어 있는데, [66조] 및 [67조]와는 달리 이들은 공정위가 전속고발권을 가지지 못한다. 따라서 원칙적으로 검찰의 인지 및 일반인에 의한 소추가 가능하다. 하지만 이러한 비전속고발은 거의 일어나지 않고 있다. 실제로 제V절 실증분석에서 사용될 표본기간인 2003년부터 7년간의 총 고발건수 39건 중 단 1건만이 전속고발의 예외였다.²⁵⁾ 따라서 공정거래법 위반에 대하여 1) “고발은 극히 드물게 이루어져 왔다”와, 2) “그나마 고발은 전속고발권이 적용되는 규제위반 사건에서 거의 모두 이루어졌다”는 해석이 가능하다. 따라서 공정거래법 위반에 대한 형사처벌 여부는 공정위에 의해 집행초기 거의 전적으로 결정된다는 실증적 결론이 가능해 보인다.

24) 공정위 『통계연보』(2010, p. 34)에 의하면 검찰은 약 77%의 높은 기소율을 보였다. 한편, 『통계연보』에서는 ‘건수’로 명시한 것과는 달리, 검찰의 『검찰연보』에서는 ‘명수’로 표기한다. 후술되는 실증분석에서 사용된 심결자료상 고발된 특정 사건들의 최종기소 여부도 파악하고자 정보공개청구를 통하여 세부자료를 얻었으나, 피심인 이름의 공개없이 단순히 접수일자별로 분류하여 사건별 기소유무를 파악할 수 없었다. 해당 심결사건의 모든 피심인들이 같은 날짜에 접수하지 않은 경우가 대부분이라 접수일자가 달랐기 때문이었다.

25) 『통계연보』 담당자에게 일일이 확인한 결과, 이는 심결과정에서 상호출자제한기업집단의 허위자료제출을 규정한 [68조]에 의거하여 고발된 경우였다 (의결 제2009-075).

IV. 실증분석을 위한 기초이론 및 선행연구

1. 형사벌칙 부과에 대한 정당성에 관한 경제적 시각: 개관

실증분석에 앞서 형사벌칙의 정당성에 대한 기존 경제이론들을 개관해본다. 대부분의 나라에서 사회적으로 바람직하지 않은 행위들, 즉 살인 등 중범죄부터 단순절도와 같은 상대적 경범죄는 형사법으로써 통제하고 있다. 형사벌칙은 사회후생 극대화를 목표로 해야 한다는 것이 초기 경제이론의 골자이다 (대표적 예: Becker, 1968; Posner, 1985; Shavell, 1985). 이는 ‘사회최적 수준의 범죄수준 유지’가 형사정책의 목적이라는 가설과 같은 맥락이다.

공정거래법에는 거의 모든 위반에 대하여 과징금 등 행정제재 외에 형사벌칙도 병과하고 있다. 집행비용이 덜 들어가기 때문에 가급적 행정제재를 부과하는 것이 더 효율적이라는 명제는 이미 오래 전 정립되었다 (Becker, 1968; Polinsky and Shavell, 1984; Shavell, 1985 등). 하지만 (민사적 구제수단은 물론) 행정제재만으로는 효율적 억지효과를 확보할 수 없어 형사벌칙이 더 큰 정당성을 갖는다고 보는 경제학적 시각이 존재한다. 이 경제논리들을 이하 조금만 더 요약한다. 이후 실증분석의 설명변수를 발굴하는데 일정 수준 활용하려고 한다.²⁶⁾

가. 자산불충분성(asset insufficiency)

형사벌칙의 부과근거로서 위반자의 ‘자산불충분성’이 가장 많이 거론되어 왔다. 규제위반으로 초래된 ‘피해규모’에 상응하는 행정제재금이 너무 많다면 위반자가 이를 지불하지 못하는 ‘자산불충분성’ 혹은 ‘지불능력부족(judgement-proof)’ 문제를 야기할 수 있다 (Shavell, 1984, p. 360; Shavell, 2004, p. 544; Posner, 1985, pp. 1209-1214; Bowles *et al.*, 2008, p. 405 등).²⁷⁾ 이러한 경우 예를 들어 과징금

26) 이하 논의는 김일중(2010, pp. 41-51)의 일부분을 발췌하여 보충설명한 것이다. 물론 공정거래법상 각 형사처벌조항들의 정당성 여부에 관한 논의는 본고의 범위를 벗어나는 향후 중요한 주제이다.

27) 이른바 ‘범죄’의 피해규모가 일반적으로 크다고 보는 이유는 여러 가지이다. 강제이전에 해당하는 가령 강도로 인하여 희생자가 감수해야 하는 물질 피해가 일단 클 수 있다. 안전함에 대한 그의 기대상실로 인한 정신적 손실이 피해의 또 한 부분을 구성한다. 나아가 옆 주민이 강도를 당할

만으로는 과소억지가 야기되므로 금고형과 같은 형사벌칙이 추가로 필요하게 된다.²⁸⁾ 이와 관련하여, 형사제재를 부과함으로써 다른 제재수단에 비하여 잠재적 규제위반자의 평판에 더 큰 ‘불명예(stigma)’도 줄 수 있게 된다 (Posner, 1985, p. 1207; Rasmusen, 1996, p. 534; Shavell, 2004, p. 543 등). 이런 측면에서는 화이트 칼라 직종과 같이 평판에 많이 의존할수록 형사제재로 인한 억지효과가 더 효율적일 것이다. 직업, 명예, 미래의 부까지 잃을 수 있기 때문이다.

나. 법집행기관의 상대적 우위: 규제기관 대 사법부

행정기관의 우월한 전문성에도 불구하고 그 조직구성이나 법집행절차상 법원이 더 높은 중립성을 담보할 가능성이 있다. 대표적으로 Garoupa and Gomez-Pomar(2004, p. 416, pp. 425-428)는 예컨대 규제기관이 위반자와 공모할 확률이 높을 때 형사벌칙을 사용해야 한다고 주장했다. 뇌물수취 등의 개연성이 높다면 (과징금과 같은 행정제재에 더하여) 법원의 개입이 정당화 된다는 논리이다. Fenn and Veljanovski(1988, p. 1055)는 비록 탈법수준에는 가지 않더라도 재량권을 남용할 수 있으므로²⁹⁾ 중립성확보를 위해 종종 형사제재를 병과해야한다는 점을 강조했다. 한편 Bowles *et al.*(2008, pp. 405-406)은 과징금액수가 커질수록 산정의 ‘오류비용’이 커질 수 있다고 보았다. 이는 행정부의 법집행(예: 과징금산정)비용이 더 낮지만 정확성은 사법부에서 더 높다는 전제에 기초한다. 위반자를 처벌하는 것뿐만 아니라 결백한 사람에게 유죄판결을 내리는 오류의 최소화도 중요한 사안이기 때문이다. 따라서 사법부가 관여함으로써 규제기관의 부정확성을 줄일 수 있다는 논리이다.

경우 그에 대한 공포 및 방어비용이 확산된다는 차원에서 발생하는 공적피해(public harm) 역시 피해규모의 증가요인으로 자주 언급된다.

28) 또한 초기문헌에서도 ‘희생자없는(victimless) 범죄’ 등과 같이 적발확률이 낮을 때 이 문제가 심화될 수 있다는 논리는 제시되었지만, 최적억지력 확보를 위해 그에 반비례하여 처벌강도를 높여야 한다는 주장이 Bowles *et al.*(2008, p. 400), Svatikova(2009, p. 7) 등 여러 학자들에 의하여 최근 더욱 강조되고 있다.

29) 가령 이인권(2010a, p. 50; 2010b, pp. 50-51)은 LPG업체와 11개 소주업체를 예로 들어, 처음 공개된 과징금 부과액과 실제부과액이 큰 차이를 보이고 공정위의 재량적 판단의 소지가 상당하여 법집행의 안정성이 훼손될 수 있다고 주장하였다. 그리고 안정성을 제고하기 위한 적절한 통제수단의 필요성을 밝혔다.

다. 범의의 현저성

경제분석이 본격적으로 시작되기 이전은 물론 현재에도 자주 거론되는 ‘범의(*Mens rea*; guilty mind)’가 또다른 주요 요소이다 (Posner, 1970; Shavell, 1984; Bowles *et al.*, 2008 등). 이는 피해자와의 시장거래를 할 의도가 애초부터 없었으므로 응징한다는 의미이다. ‘고의성’은 형사벌칙의 필요조건이며, 처벌의 강도에도 영향을 미친다. 예를 들어 Cooter and Ulen(2008, p. 487)은 행위자의도를 ‘경미한 실수를 한(careless)’, ‘태만한(negligence)’, ‘부주의한(reckless)’, ‘의도적인(intentional)’ 그리고 ‘잔학성을 띤(cruel)’의 5단계로 구분하고, ‘의도적인’을 포함하여 ‘잔학성’을 띤 행위일수록 형사처벌의 필요조건이 만족된다고 개념화했다.³⁰⁾ 가령 요금담합의 예를 보자. 높은 수준의 과징금을 부과할 자산이 있더라도 피심인에게 형사벌칙을 부과하는 이유는 담합행위가 대체로 현저한 고의성을 띠기 때문이다. 종합하면, 공정거래법제 및 그 집행에 이상의 세 가지 경제이론들이 얼마나 반영되었는지 확인할 수는 없으나, 추후 실증분석에서 이를 일정 수준 검증하고자 한다.

2. 공정거래법상의 형사벌칙에 관한 선행 실증연구

국내에서 공정거래법 위반자에 부과되는 형사벌칙에 관한 실증분석은 전무했다. 그러나 한국법제는 제Ⅱ절 미국과 유럽의 법제와 많은 유사성을 갖고 있으므로, 그들 지역에 관한 몇몇 선행연구를 먼저 살펴보는 것이 유익할 것이다. <표 6>은 Posner(1970)를 필두로 시작된 연구들에서 사용되었던 주요변수들 및 그 추정계수들의 전반적인 예상부호를 요약한 것이다. 각각을 매우 간략히 설명하면 다음과 같다.

Posner(1970)는 (실증방정식을 공식적으로 추정하지는 않았으나) 기술통계치에 근거하여 형사기소의 주요 결정요인들로서 위반행위유형, 위반기간, 매출액 및, 공모자수 등을 언급했다. 위반행위로는 수평적 위반행위가 약 64%로 가장 큰 비중을

30) 이와 유사하게 Bowles *et al.*(2008, p. 392, p. 399) 역시 범죄자의도에는 단계적 ‘변화(gradation)’가 있다고 말하며, 의도성 정도를 설정한 후 행정제재와 형사제재를 부과받는 행위를 구분했다. 비슷한 맥락에서 Svatikova(2009, p. 5)는 이를 ‘고의성의 범위(range)’로 표현하며 논의했다.

차지했으며, 그 중에서도 특히 가격고정이 많았다. 위반기간이 길수록 시장가격에 지대한 영향을 미칠 수 있어 기소의 결정적 요인이 된다고 주장했다. 매출액에 대해서도 같은 논리를 적용했다. 또한 공모자수가 많을수록 기소확률이 커지며, 집권정당도 영향을 미친다는 점을 보여주었다.

Cohen(1992)은 법원에서의 형사벌칙부와 결정요인을 추정했다. 위반행위심각성의 대리변수로서 위반기간, 위반횟수, 위반경력, 공모자수를 사용하였으며 (+) 부호를 예측했다. 더불어 위반행위유형으로서 가격고정 더미를 사용하여 (+) 추정치를 얻은 후, ‘상대적으로 더욱 심각한 범죄’라는 인식의 결과라고 해석했다. Gallo *et al.*(1994)은 40년 동안의 기소 관련 자료를 분석했다. DOJ의 형사기소비용, 위반행위, 피심인상태(법인 혹은 자연인), 벌금 및 징역형의 부과정도 등을 검토했다. 특히 위반행위를 수평결합, 독점, 배타적 행위, 수직제한의 네 가지로 구분했다. 그 중 가격고정과 입찰담합 등이 포함된 수평결합이 전체 형사기소 1,522건의 약 98%를 차지했고 배타적 행위가 1.5%로 뒤를 이었다.

2000년대 연구의 예로서, 먼저 Ghosal(2005)은 55년 동안 공정거래위반 연간 형사기소 수를 <표 6>에 표시된 변수들 및 집행예산, 행정제재건수 등을 사용하여 설명하고자 했다. Bolotova and Connor(2008)는 (본고와 같이) 담합사건들로만 구성된 자료로써 부과된 벌금의 결정요인을 좀 더 구체적으로 발견하려고 시도했다. 가령 위반기간이 1년 증가할 때마다 벌금액수가 약 150만 달러 증가함을 보였다. 피해규모의 대리변수로서 피심인의 초과이득을 사용하였는데, 예상과는 달리 100만 달러 증가할 때마다 3만 달러 감소한다는 결과를 얻었다. (저자들은 이에 대해 유죄 인정 및 자진감면신고 제도들의 역효과라고 추측했다.) 한편 Bolotova *et al.*(2008)에서는 담합피해규모를 설명해보려는 추정작업도 수행했다. 대표적으로 위반기간과 시장점유율은 10% 내에서 유의한 (+)의 추정치를 얻었고, 12개의 산업분포변수들은 추정방정식의 설명력을 높였다.

〈표 6〉 공정거래법 위반에 대한 형사벌칙 관련 기존연구들의 설명변수 및 예상부호

변수 \ 연구자	Posner (1970)	Cohen (1992)	Gallo <i>et al.</i> (1994)	Ghosal (2005)	Bolotova & Connor (2008)	Bolotova <i>et al.</i> (2008)	Carree <i>et al.</i> (2010)	Veljanovski (2007)	예상 부호
Duration (위반기간)	o	o			o	o	o	o	+
Type of Violations (위반행위)	o	o				o	o	o	+
Previous Violations (위반횟수)		o	o	o					+
Market Share (시장점유율)						o			+
Annual Sales (매출액)	o	o		o	o				+
Leniency (자진신고)	o								-
Conspiracies (공모자수)	o	o					o		+
Political Party (집권정당)	o	o	o	o					?
Industries (산업분포)						o	o	o	?

· 주: 기존연구들의 종속변수는 전체사건 중 형사기소(처벌)의 비중, 그 절대숫자, 부과벌금액 등이었음.

이상 미국의 법집행 관련 연구들과 달리, Carree *et al.*(2010)은 EU 공정거래법상 제재금의 결정요인들을 분석했다. 위반기간의 추정계수는 (-) 부호를 가지며 10% 내에서 유의했으나 위반행위유형은 그러하지 못했다. 특히 제재금은 산업분포와 큰 연관성을 보였는데 그 중에서도 제조업이 (+) 부호에 1% 내에서 유의했다. Veljanovski(2007)는 본고처럼 담합에 국한하여 제재금부과가 적절한지의 여부를 분석했다. 설명변수로서 위반기간, 중대성의 대리변수, 및 산업분포를 사용했다. 그리고 담합으로 인한 피해정도가 제재금에 많이 반영되지 않으며, 전반적으로 현행 법제의 집행이 적절하지 못하고 향후 더욱 강력한 제재금을 부과해야 한다는 결론을 내렸다.

V. 자료수집 및 기초통계

1. 사용자료 및 수집과정

본고에서는 공정위 심결자료를 사용하여 형사고발에 관한 실증분석을 시도한다.³¹⁾ 고발사건의 압도적 비중을 차지하는 부당공동행위([19조 ①])를 분석대상으로 삼았다. 표본추출기간은 법제정 이후 20여 년 동안 한 해 평균 0.5건도 채 되지 않다가 갑자기 5건으로 급증했던 2003년부터 (자료수집이 가능했던 최근연도인) 2009년까지 총 7년이다. 그 기간 동안 부당공동행위에 대한 고발은 전체의 약 82%나 차지했다.

2008년~2009년의 약 100건 심결자료로써 pilot 분석을 2010년에 우선 시도한 후, 2003년까지의 5년을 표본기간에 최근 추가했다. 심결자료는 공정위 웹사이트(www.ftc.go.kr/심결·법령/의결서/)에서 ‘의결일자’, ‘위반행위유형’, ‘조치유형’으로 검색 가능하다. 확인을 거듭한 결과 확보한 (시정명령 이상의 조치를 받은) 심결자료는 238건이었다.³²⁾ 분석의 정확성을 제고하기 위하여 사건번호가 달라 복수 사건들이더라도 실제 내용상 동일한 사건이나 병합 처리한 사건이면 1건으로 처리했다. 또 동일사건에 대해 (불복소송 등을 통하여 과징금액수 등이 변경되는 식으로) 한번 이상의 심결이 존재할 때 고발이유를 파악할 수 있는 원심결을 사용했다. 이상의 추출기준으로써 213건을 최종 수집했다.

2. 한국의 부당공동행위: 주요특성 및 형사고발의 잠재적 요인

고발사건은 32건(15%)으로서 그 이전 20여 년간에 비해 무척 높은 고발율이다.

31) 이미 언급한대로 고발을 선택하게 된 첫째 이유는 형사처벌의 가장 중요한 출발점인 전속고발제도 때문이다. 둘째, 기소 또는 판결자료는 관찰치가 작으며 전체집합 및 풍부한 사건정보를 파악하기도 힘들기 때문이다.

32) 이렇게 전수조사한 숫자가 『통계연보』의 것과 일치하지 않은 연도에 대해서는 공정위 『통계연보』 담당관과 모든 사건을 대조하는 확인과정을 거쳤다. 따라서 본고의 심결을 전수라고 간주해도 무방하다.

이제 법제, 경제이론, 선행연구에 근거하여 고발확률에 영향을 줄 수 있다고 예측되는 변수들을 <표 7>과 함께 검토해보자. 종속변수 *Accusation*은 심결당 고발된 피심인 수가 하나 이상일 때는 1, 아무도 고발하지 않은 경우에는 0을 취하는 더미이다. 대부분의 설명변수는 법집행을 위한 공정위의 조사결과에 바탕을 두고 있다. 여러 자료제약으로 특히 ‘피해규모’ 등에 관해서 필자들 스스로의 대체 변수들을 포함시키지 못한 점이 아쉽다. 그러나 각 변수들이 고발확률에 ‘실제 미친 영향’을 계량화해보는 기초작업은 여전히 유익한 함의를 제공할 것이다.

가. 위반기간(*Duration*)

고발지침 ‘별표3’에서는 위반기간을 세 단계로 구분하고 있다. 전술한 여러 연구에서 처벌의 여부 및 강도의 결정요인으로서 (+) 부호를 예측했는데, 위반기간이 길수록 ‘피해규모’는 커질 것이기 때문이다. 즉 위반기간은 법제뿐 아니라 경제논리에 근거한 대리변수로서 사용될 수 있다. 규제위반행위 개시일부터 종료일까지의 기간을 *Duration*라고 정의한 후 계산해보니 평균은 24개월이었다.³³⁾ 고발당한 경우의 평균이 48개월이었던 반면 고발당하지 않은 경우는 20개월이었다. 산업별로는 제조업(C)이 57개월로 가장 길었다.

나. 피해범위(*Territorial_Scope*) 및 서울 피해범위(*Seoul_Harm*)

다른 조건이 일정할 때 피해범위가 넓을수록 피해는 커질 것이다 (Hay and Kelley, 1974). ‘별표3’은 위반행위의 효과가 1개 지역, 2개 지역, 아니면 3개 이상 지역에 미치는지의 세 가지로 나누어 피해범위를 고려한다. <표 7>을 보면 피해지역이 3개 이상일 때가 전체의 44%를 차지했다. 그 중 고발건수는 32건 중 23건이었다. 흥미롭게도, 법제상 어느 광역시 또는 도와 달리 서울특별시에는 예외적으로 2개의 지역으로 정의된다. 이것은 서울의 시장규모가 상대적으로 커서 피해범위가 더 넓다고 판단하기 때문인 듯하다. <표 7>을 보면 피해지역이 서울인 사건

33) 15일 이상이면 1개월로 간주했다. 입찰담합의 경우에는 종료일을 명확하게 구하기 어려운 경우가 많으므로 과징금부과고시(II.6.나.(3))처럼 이익의 취득 혹은 손해발생이 종료된 날을 기준으로 계산했다.

(*Seoul_Harm* = 1)이 26건으로 전체의 12%를 차지했다. 그 중 고발당한 사건은 6건으로 23%를 차지하여 그렇지 않을 때보다 고발비율이 2배가량 높았다.

다. 세부위반행위(*Type*)

부당공동행위[19조 ①]에는 총 9가지 세부유형이 있다. 유형별로 그 심각성이 다를 것이며, ‘별표3’도 이를 반영하고 있다. 선행연구들에서도 기소의 주요 결정요인 중 하나로서 주로 가격고정(1호) 및 입찰담합(8호)을 언급하고 있다 (Posner, 1970; Cohen, 1992; Gallo *et al.*, 1994; Bolotova *et al.*, 2008 등).³⁴⁾ 따라서 1호 및 8호일 때의 추정계수는 (+)를 가질 것으로 기대할 수 있다. 심결자료를 살펴보니 복수로 위반한 경우가 많았다. 중복계상을 한 결과 *Type_1*에 해당하는 사건이 무려 184건으로서 압도적 비중을 차지했다. (바로 이 자료특성 때문에 9가지 중 가격고정의 차별적 영향을 파악하는데 어려움이 있었다.)

34) 한국 및 외국의 대표적 사례들을 잘 종합하여 정리한 논문으로는 이인권(2008)을 참조할 수 있다.

〈표 7〉 담합사건의 형사고발 관련 주요변수들의 정의 및 기초통계량 (n=213)

변수명	정의 및 설명	관측치	평균	최대	최소
<i>Accusation</i>	공정위의 고발여부 더미변수. 사건 당 피심인들 중 최소한 한 명 이상 고발당했으면 1, 아니면 0	213	0,150	1	0
<i>Type_x^{a)}</i>	담합사건의 규제위반행위별 더미변수. 해당 규제위반 행위이면 1, 아니면 0	213			
	$x = 1$: 가격 결정·유지 또는 변경	184	0,864	1	0
	$x = 2$: 상품·용역의 거래조건, 지급조건 정함	16	0,075	1	0
	$x = 3$: 생산·출고·수송 제한	25	0,117	1	0
	$x = 4$: 거래지역 또는 거래상대방 제한	44	0,207	1	0
	$x = 5$: 설비의 신설 또는 증설 방해 또는 제한	1	0,005	1	0
	$x = 6$: 종류 규격 제한	6	0,028	1	0
	$x = 7$: 공동회사 설립	7	0,033	1	0
	$x = 8$: 입찰담합	15	0,070	1	0
	$x = 9$: 1~8호 외의 경쟁제한	4	0,019	1	0
<i>Duration</i>	위반행위 개시일부터 의결일까지의 기간 (개월)	188	23,9 (30,2) ⁺	177	0
<i>Territorial Scope_r</i>	위반행위 효과가 피해를 끼친 지역적 범위의 더미변수. 해당 지역적 범위이면 1, 아니면 0	213			
	$r = 1$: 1개의 광역시·도 이내에만 미치는 경우	93	0,437	1	0
	$r = 2$: 2개의 특별시·광역시·도에 미치거나 적어도 서울특별시에 미치는 경우	28	0,131	1	0
	$r = 3$: 3개 이상의 특별시·광역시·도에 미치는 경우	92	0,432	1	0
<i>Seoul_Harm</i>	위반행위 효과가 서울특별시에 미치는 경우의 더미변수	213	0,122	1	0
<i>No_Def</i>	사건 당 담합에 참가한 전체 피심인의 수	213	6,4 (5,5) ⁺	32	1
<i>Initiative</i>	해당 사건 피심인들 중 최소한 한 명 이상이 위반행위를 주도한 경우 1, 아니면 0	213	0,131	1	0
<i>Ind_y</i>	담합사건 당 피심인이 속한 산업별 더미변수. 해당산업이면 1, 아니면 0.	213			
	$y = A$: 농업, 임업 및 어업	4	0,019	1	0
	$y = B$: 광업	1	0,005	1	0
	$y = C$: 제조업	93	0,437	1	0
	$y = D$: 전기, 가스, 증기 및 수도사업	3	0,014	1	0
	$y = E$: 하수폐기물처리·원료재생·환경복원업	3	0,014	1	0
	$y = F$: 건설업	25	0,117	1	0
	$y = G$: 도매·소매업	15	0,070	1	0
	$y = H$: 운수업	5	0,023	1	0
	$y = I$: 숙박·음식점업	3	0,014	1	0
	$y = J$: 출판·영상·방송통신·정보서비스업	23	0,108	1	0
	$y = K$: 금융·보험업	10	0,047	1	0

	$y = L$: 부동산 및 임대업	6	0,028	1	0
	$y = M$: 전문, 과학 및 기술 서비스업	13	0,061	1	0
	$y = N$: 사업시설 및 사업지원 서비스업	3	0,014	1	0
	$y = P$: 교육 서비스업	2	0,009	1	0
	$y = S$: 협회 및 단체, 수리 및 개인 서비스업	4	0,019	1	0
<i>Six_Lawfirm</i>	피심인들이 6대 로펌을 대리인으로 선임 1, 아니면 0	213	0,404	1	0
<i>Year_z</i>	공정위가 최종심결한 연도별 더미변수. 해당연도이면 1, 아니면 0	213			
	$z = 2003$: 2003년에 의결된 사건이면 1	16	0,075	1	0
	$z = 2004$: 2004년에 의결된 사건이면 1	24	0,113	1	0
	$z = 2005$: 2005년에 의결된 사건이면 1	32	0,150	1	0
	$z = 2006$: 2006년에 의결된 사건이면 1	32	0,150	1	0
	$z = 2007$: 2007년에 의결된 사건이면 1	27	0,127	1	0
	$z = 2008$: 2008년에 의결된 사건이면 1	44	0,207	1	0
	$z = 2009$: 2009년에 의결된 사건이면 1	38	0,178	1	0

· 주: 2003.1.1부터 2009.12.31까지 추출된 최종표본건수는 213건임. +는 표준편차를 나타냄.

*Duration*과 *No_Def*의 평균은 소수점 둘째자리, 나머지는 넷째 자리에서 반올림했음.

a) 부당한 공동행위(19조 ①)의 1호부터 9호까지 세부 위반행위를 나타냄.

라. 피심인 수(*No_Def*)

위반행위에 참가한 피심인 수가 많을수록 고발확률이 커질 수 있다. 왜냐하면 각 피심인들은 기대비용보다 기대편익이 더 클 때에만 담합에 참가하고자 할 것인데, 그때의 기대편익은 피해와 비례할 것이기 때문이다 (김일중 외, 2010, p. 172). <표 6>에서 보았듯이 이미 해외 학자들 역시 (+) 상관관계를 밝힌 바 있다. 더불어 필자들 판단으로는 피심인 수가 많을수록 위반행위가 고의적이었을 가능성이 크다. 왜냐하면 피심인 수가 많으면 그만큼 담합행위의 유지가 힘든데도 불구하고 그것을 인위적으로 유지하고 있었기 때문이다. <표 7>에서 보듯 사건 당 평균 피심인 수는 6.4, 최대치는 32였다.

마. 적극관여여부(*Initiative*)

제Ⅳ절에서도 지적했듯이 ‘범의’는 전통적으로 형사벌칙의 주요 근거였다. 제Ⅱ절 미국 및 유럽연합의 법제는 고의성여부를 반영하여 최종 벌금액을 결정한다. 제

III절에서 확인한 것처럼 한국법제에서는 고발지침 ‘별표3’의 세부평가기준에서 적극관여여부를 고려하도록 명시하고 있다. 심결자료에서 ‘행위주도상황’, ‘단순가담’, 및 ‘주도자판명불가상황’의 세 가지로 구분하고 있는 것으로 보아, 공정위는 고의성의 단계적 차이를 반영하고 있는 것으로 짐작된다. <표 7>을 보면 한 사건에서 적어도 하나 이상의 피심인이 위반행위를 주도한 경우는 28건으로 전체 사건에서 13%를 차지했다.

바. 산업분포(*Ind*)

<표 6>의 여러 연구들은 처벌강도와 산업분포의 연관성을 따진 바 있다. 대체로 제조업이 높은 연관성을 보여주었다. 한국에서도 산업분포에 따른 형사고발비중을 비교하니 많은 차이가 존재했다. 한국표준산업분류(통계청 고시 제207-53호)는 크게 총 21개의 산업으로 분류하지만, <표 7>에서 보듯 부당공동행위로 시정명령 이상을 부과받은 산업은 16개였다. 고발사건들만 보면 제조업(*C*) 23건과 건설업(*F*) 6건이 거의 대부분이었다.

사. 법률대리인선임: 6대 로펌(*Six_Lawfirm*)

다른 조건이 일정할 때 피심인이 법률전문가의 도움을 받을수록 제재정도가 감소할 것이다. 심결자료를 검토해보니 105건의 사건에서 대리인을 선임한 것으로 나타났다. 본고에서는 특히 ‘6대 로펌’ 변수를 만들어 해당 심결 사건에서 최소한 하나 이상의 6대 로펌을 선임하면 1을 주었다.³⁵⁾ 이는 비싼 수임료에도 대형로펌들을 선임하는 이유가 (다양한 경로로 발휘되는) 그들의 성과에 대한 피심인의 높은 기대 때문일 것이라는 필자들의 추측에 바탕을 두었다. <표 7>을 보면 대리인을 선임한 105건 중 86건은 6대 로펌을 선임했다.

35) 대리인선임이 의무조항은 아니다. 심결자료를 검토하던 중 대리인이 명시되어있지 않은 경우 선임하지 않은 것인지 아니면 정보가 누락된 것인지에 대한 의문이 들었다. 전자에 해당한다는 사실을 공정위 담당자로부터 확인했다. 그 중 ‘6대 로펌’은 세계적인 법률전문지 ‘Chambers Global 2010’이 매긴 한국 내 공정거래분야 법무법인의 순위를 따랐다. 공정거래 1위 그룹의 로펌은 김앤장, 율촌, 광장이며, 2위 그룹은 태평양, 세종, 화우이다. 한편 변호사 숫자를 기준으로 한 규모별 순위에서도 1~6위까지 위의 로펌들이 차지하고 있다.

VI. 실증분석: 부당공동행위 형사고발의 결정요인

1. 실증방정식의 기본구조

이제 부당공동행위에 대한 고발 결정과정에 법제와 경제논리 등이 반영되고 있는지 검토한다. 따라서 기본실증방정식($Y_i = \beta_0 + \beta_i X_i + \epsilon_i$)의 X 벡터는 제V절에서 논의한 다양한 변수들을 포함할 것이다. 선행연구에서 사용된 설명변수들을 가급적 포함시키려고 할 것이다.

먼저 이론적 측면으로서, 형사벌칙과 관련하여 가장 기본이 되는 경제논리인 ‘피해규모’의 대리변수로 위반기간(*Duration*)과 피해범위(*Territorial_Scope*)를 사용할 수 있을 것이다. 한편 적극관여여부(*Initiative*)를 통하여 ‘고의성’ 논리도 확인할 수 있을 것이다. 물론 이미 언급되었던 추론에 의하면, 세부위반행위(*Type*) 및 피심인 수(*No_Def*)를 통해서 피해 또는 고의성 정도를 추가적으로 포착할 수 있을 것으로 사료된다.

그런데 이들 대리변수들은 상당부분 현행 법제들도 동시에 반영한다. 전술했듯 ‘별표 3’에서 부당공동행위에 대한 참작사항은 크게 위반행위의 ‘내용’과 ‘정도’ 두 가지이다. 전자는 *Type*을 통해 곧바로 확인된다. 후자의 6가지 세부기준 중 절반에 대해 *Territorial_Scope*, *Duration*, 및 *Initiative*가 각각 직접적인 대리변수이다.³⁶⁾ 마지막으로, 선행연구에서 사용되었거나 추정모형에 추가설명력을 부여할 것으로 예상되는 통제변수들을 포함한다. 산업분포, 연도더미, 및 6대 로펌 변수가 여기에 해당한다. <표 8>은 종속변수(*Accusation*)에 대한 프로빗 모형의 추정 결과를 나타낸다.³⁷⁾ 편의상 피해수준을 반영하는 ‘기본모형’으로부터 시작하여 추가변수들의 설명력을 검토해본다.

36) 이런 맥락에서 경제이론적 측면의 결정요인들이 현행 법제에 일정수준 반영되어 있는 것이 보인다. 한편 ‘위반행위정도’의 법제상 나머지 세 가지 기준인 경쟁제한성, 이행정도, 시장점유율을 포함시키지 못한 점이 아쉽다. 첫 두 가지는 필자들 스스로의 객관적 지표계산이 불가능했다. 시장점유율은 심결자료에서 구할 수 있었으나, 1/4 정도 결측치를 보였다. 더욱이 제시된 수치들 분포는 사건정황 및 필자들의 보편적 상식과 일치하지 않았다. 절대 다수가 70% 이상이며 100%에 가까운 사건들도 무려 89건에 이르렀다. 더불어 편차가 매우 작아 추정 시 다중공선성을 야기하였다.

37) 모든 추정결과는 다중공선성테스트(VIF)를 거친 것들이다.

2. 실증분석의 결과

가. 기본모형

기본모형에는 선행연구에서 최우선으로 고려하였던 ‘피해규모’의 대리변수인 *Duration*, *Territorial_Scope_3*, 및 (전술한대로 서울지역의 특수성 반응을 위한) *Seoul_Harm*을 포함시켰다.³⁸⁾ <표 8>의 **M-(1)**을 보면, 모든 변수들의 추정계수는 1% 내에서 유의한 (+) 값을 가졌으며, R^2 값은 18%로 꽤 강한 설명력을 보였다. 이어 설명변수가 한 단위 변할 때, 종속변수에 미치는 (설명변수의 평균값 기준) 한계효과를 계산해보았다. *Duration*의 ‘한계효과추정치’는 0.064로서, 이는 위반기간이 한 달 길어질수록 고발당할 확률이 6.4% 포인트 증가했다는 의미이다. 또한 *Seoul_Harm*의 한계효과추정치는 0.304로 나타났다.

나. 세부위반행위

부당공동행위 9가지 세부유형이 표본에 모두 포함된 것을 <표 7>에서 확인했다. 우선 *Type_5*, *Type_6*, *Type_7*과 *Type_9*는 관찰치 수가 너무 작아 제외했다. *Type_2*, *Type_3*과 *Type_4*는 (+) 부호이지만 시종일관 비유의하여 제외하고, 선행연구상 중요한 *Type_1*과 *Type_8*의 효과를 추정하고자 했다. 하지만, 교호변수 등 다양한 방식들을 시도했음에도 불구하고 *Type_1*을 포함한 이상 다중공선성을 극복할 수 없었다.³⁹⁾ 결국 *Type_8*만을 포함시킨 결과가 <표 8>의 **M-(2)**이다.

38) 처음에는 첫 두 변수만 포함시켰으나 *Seoul_Harm*을 포함시킴으로써 추정계수의 유의도가 향상되고 R^2 값도 5% 포인트 증가했다. 범제상 피해범위는 세 단계이지만 다중공선성의 문제로 *Territorial_Scope_2*는 추정에서 제외했다. 나아가 애초 피해규모의 또다른 대리변수라고 볼 수 있었던 매출액도 포함시키고자 로그치환 등 다각도로 노력했으나, *Duration* 및 *Territorial_Scope_3*과의 다중공선성을 계속 야기하여 제외시켰다.

39) 213건 중 *Type_1*=1인 경우가 184건이었는데 추정에서는 전체 188건 중 169건이 되어 더욱 큰 비중을 차지했다. 실제로 상수와의 상관계수는 0.9 이상의 값이 나왔다. ‘*Type_1*=0’의 터미도 시도했으나 계속 비유의했다. 그러나 이는 추정상의 자료제약 특성이 강하므로, 공정거래법상 형사처벌에서 가격고정이라는 행위유형이 별 영향을 주지 못한다는 결론을 선불리 내려서는 안 될 듯하다. 공정거래법상 위반행위들 ‘전체’를 분석대상으로 한 <표 6>의 여러 연구에서 가격고정은 대체

추정계수는 (+) 부호에 5% 내에서 유의했고, R^2 값도 3% 포인트 향상했다. 한편 이제 위반기간의 한계효과추정치는 0.056으로 다소 줄어들었다.

다. 피심인 수

전 소절에서 피심인의 수는 피해규모 또는 고의성, 혹은 둘 모두의 대리변수가 될 수 있다고 추론했다. <표 8>의 **M-(3)**에서 *No_Def*의 추정계수는 (+)이었으나 비유의했다.

라. 고의성여부

M-(4)에 고의성 정도를 포착할 것으로 기대된 *Initiative*를 추가했다. 추정계수는 (+) 부호에 매우 유의했고 R^2 값도 14% 포인트 향상되었다. *Initiative*는 <표 8>의 모든 모형에서 매우 유의했던 사실로 미루어 공정위의 의사결정에 고의성 부분이 큰 영향을 주는 듯하며, 이는 바람직한 현상으로 사료된다. 또한 0.3을 넘는 매우 높은 한계효과추정치를 보였다.

마. 산업분포 및 심결연도

두 가지 통제변수를 시도했다. 표본에 포함된 산업은 16개였으나, *C*, *F*, *J* 산업을 제외한 나머지 13개 산업은 관측치의 수가 작아 제외할 수밖에 없었다. 이어 다중공선성 문제로 *J*까지 제외하고 최종적으로 제조업(*Ind_C*)과 건설업(*Ind_F*)만을 포함했다. **M-(5)**의 결과를 보면, 부호는 둘 다 (+)이지만 *Ind_C*는 1% 내에서 *Ind_F*는 5% 내에서 유의했다. 이는 Bolotova et al.(2008)과 Carree et al.(2010)에서 보여주었던 미국 및 유럽의 결과와 유사하다. R^2 값은 약 8% 포인트 향상되었다. 다음으로 연도별 더미변수이다. 여러 조합을 시도했으나 대부분 비유의했으므로, 독립적으로 *Year_2003*만을 포함시켜도 추정의 정확성에 영향을 주지 않는다고 판단했다. **M-(6)**을 보면 추정계수는 1% 내에서 유의했다.

로 유의미한 영향을 주고 있었기 때문이다.

〈표 8〉 부당공동행위에 대한 형사고발확률 결정요인 (2003년 ~ 2009년)

일련 번호	Duration	Territorial _Scope_3	Scul _Harm	Type_8	No_Def	Initiative	Ind_C	Ind_F	Year_2003	Siv_ Law_firm	Scul_ Siv_ Law_firm	Constant	R ²
M-(1)	0.3184*** (0.1191)	0.9549*** (0.3319)	1.1520*** (0.3929)									-2.6861*** (0.4388)	17.9%
M-(2)	0.3079** (0.1220)	1.2760*** (0.4015)	1.3932*** (0.4462)	1.2809** (0.5580)								-2.9989*** (0.5097)	21.2%
M-(3)	0.2995** (0.1229)	1.2737*** (0.4029)	1.3128*** (0.4515)	1.3297** (0.5602)	0.0342 (0.0230)							-3.1997*** (0.5365)	22.5%
M-(4)	0.2911** (0.1367)	1.4010*** (0.4753)	1.5788*** (0.5471)	1.8088*** (0.6179)	0.0250 (0.0259)	1.5598*** (0.3381)						-3.6435*** (0.6379)	36.7%
M-(5)	0.3306** (0.1471)	1.4559*** (0.5175)	1.6297*** (0.5492)	2.2152*** (0.6795)	0.0484 (0.0311)	1.5131*** (0.3548)	1.4558*** (0.5047)	1.5029** (0.6912)				-5.1854*** (0.9472)	44.4%
M-(6)	0.4195*** (0.1580)	1.6830*** (0.5499)	1.8189*** (0.5805)	2.1754*** (0.7204)	0.0370 (0.0328)	1.7567*** (0.3797)	1.3498** (0.5343)	1.6787** (0.7277)	1.4120*** (0.5044)			-5.7737*** (1.0407)	49.3%
M-(7)	0.3950** (0.1729)	1.6306*** (0.6043)	2.6938*** (0.7506)	2.2960*** (0.7913)	0.0387 (0.0366)	1.7081*** (0.3907)	1.5024*** (0.5755)	1.8823** (0.7952)	1.3581** (0.5449)	0.6052 (0.4556)	-2.0588** (1.0164)	-6.2329*** (1.1489)	52.4%

· 주: 괄호 안은 표준오차를 나타낸다. ***는 1%, **는 5%, *는 10% 내의 유의수준을 나타냄.

바. 소송대리인특성

M-(7)에 6대 로펌 선임과 관련 두 변수가 추가되어 있다. 우선 *Six_Lawfirm*의 추정치가 비유의하다. 물론 애초 심각한 수준의 위반행위일수록 대형로펌을 선임했다면 비유의한 결과가 나올 수도 있다.⁴⁰⁾ 그러나 특히 위반행위의 심각성을 통제하는 여러 대리변수들이 비교적 공고한 결과를 보여주고 있고 다중공선성 등 변수들 간 간섭징후도 없었으므로 ‘다른 조건이 일정할 때’ (‘대형 = 성과’의 관계를 상정한다면) (-) 부호를 기대했던 것이 사실이다.

결국 많은 시행착오를 겪은 후, 기존 설명변수(주로 피해규모의 대리변수)들과의 교호변수를 통하여 소송대리인의 속성을 포착하고자 했다. 그 중 지속적으로 1% 내에서 형사고발에 매우 강한 설명력을 지니고 있던 *Seoul_Harm*과의 교호변수가 매우 흥미로운 것이라고 생각하여 ‘서울 6대 로펌(*Seoul_Six_Lawfirm*)’이라는 변수를 고안했다. 추정계수 부호는 (-)이었으며, 5% 내에서 유의했다. R^2 값도 3% 가량 향상되었다. *Seoul_Six_Lawfirm*의 한계효과 추정치는 -0.009로 다른 조건이 일정할 때 피해지역이 서울이면서 6대 로펌을 대리인으로 선임한다면 고발확률이 평균적으로 0.9% 포인트씩 감소한다고 해석할 수 있다.⁴¹⁾ 현재로서는 그리 크지 않은 수치이지만, 로펌속성을 더욱 정교하게 반영한다면 좀 더 좋은 결과가 나올 듯하다.

40) 분석 초기에는 6개 로펌의 개별 더미들을 포함했으나 결과가 유의하지 않아 *Six_Lawfirm*이라는 변수를 고안했다. 실증방식에 이 변수 하나만을 포함하니 본문에서와 같이 역시 추정계수는 비유의했고 R^2 값에도 큰 변화가 없었다. 사실 M-(7)은 대형로펌의 영향력이 가질 수 있는 내생성을 *Seoul_Harm*으로써 통제하려는 일종의 이중차감방법(difference-in-difference approach)으로 해석할 수 있다. 그러나 *Seoul_Six_Lawfirm*가 (-) 영향을 미치는 구체적 경위를 더욱 명쾌하게 규명해야 할 숙제를 필자들에게 남겼다.

41) M-(7)을 현재 자료 하에서는 최종 실증모형이라고 상정한 후 주요 변수들의 한계효과를 재추정해 보았다. 가령 시종일관 공고한 결과를 보여주던 *Duration*, *Seoul_Harm*, *Type_8* 및 *Initiative*의 한계효과 추정치는 각각 0.013, 0.462, 0.370, 0.162로 다소 재조정되었다,

VII. 결론 및 함의

한국에서는 공정거래법상 거의 모든 위반행위에 대하여 행정형벌을 부과할 수 있다. 하지만 형사벌칙은 국가의 가장 강력한 통제수단이므로, 공정거래 분야에서의 행정형벌 사용에 대한 정당성 여부는 미국과 유럽연합 등에서도 줄곧 논란의 대상이 되어 왔다. 따라서 해당 위법행위에 대한 억지수단으로서의 비교우위를 갖는 경우에만 ‘선별적으로’ 사용되어야 한다. 물론 이 주장에는 정당화되는 상황에서는 반드시 형사처벌해야 한다는 사실도 포함된다.

공정거래분야의 위반행위 및 법집행활동이 급증하고 있지만 정작 국내에서는 형사처벌의 ‘실제 법집행’에 관한 실증분석은 전무해 보인다는 문제인식으로부터 본고를 시작하였다. 공정거래위원회의 형사고발이 ‘향후 어떻게 더 훌륭히 이루어져야하는지’를 논하기 위해서 우선 ‘실제로 어떻게 집행되고 있는지’를 검증해보는 것은 필수 선행작업이기 때문이다. 따라서 현행 법제, 형사벌칙 관련 주요이론, 그리고 외국 분석결과 등을 바탕으로 형사고발의 주요 결정요인들을 실증적으로 검토해보는 것이 본고의 주요목적이었다.

구체적으로, 형사벌칙사용의 정당성과 관련하여 핵심 경제논리인 ‘피해규모’의 대리변수들로 구성된 기초모형부터 시작하였다. 이후 이론 및 법제상 설명력을 가질 것으로 기대되는 변수들을 추가하여 실증모형을 확대하였는데, R^2 값이 18%부터 지속적으로 증가하여 최종모형에서는 52% 이상에 이르렀다. 주요 실증적 발견을 간략히 요약하면 다음과 같다.

형사벌칙 사용의 핵심논리인 ‘피해규모’ 대리변수들(‘위반기간’, ‘피해범위’, 및 ‘서울피해지역’)의 추정계수들은 모두 (+) 예측부호와 높은 유의도를 나타냈다. 특히 위반기간 변수는 선행연구에서도 널리 사용된 것으로서, 최종모형에 따르면 1년 증가할수록 고발확률을 약 15% 포인트 높였다. 피해범위 변수는 선행연구에서 없던 새로운 시도라는 의미를 갖는다. 형벌의 또 다른 주요 기준은 ‘범의’ 또는 ‘고의성’이며, 사실 이를 정확히 반영하는 객관적 지수의 발굴은 난제임에 틀림없다. 하지만 피심인의 해당 담합에 대한 ‘적극관여여부’를 하나의 대안으로 보고 포함시킨 결과, 시종일관 매우 유의한 추정결과를 제공했다. 적극적으로 관여하게 되면 고소

당할 확률은 약 16% 포인트 높아지고 있었다.

한편 ‘위반행위유형’ 및 ‘피심인 숫자’도 선행연구에서 종종 사용된 바 있다. 둘 다 피해규모 또는 고의성의 대리변수가 될 수 있다는 추론 하에서, 먼저 부당공동행위에 포함되는 9가지 세부유형들을 검토해보니 입찰담합행위는 고발확률을 3% 포인트 이상 높인다는 결과를 도출할 수 있었다. 자료제약상 가격고정행위의 개별 효과를 파악하지 못한 아쉬움을 남겼으나, 위반행위유형이 주요 결정요인이 된다는 사실은 명백해 보인다. 반면 피심인 숫자에 대해서는 유의한 결과를 얻을 수 없었다. 실증방정식의 설명력을 제고하기 위한 기타 통제변수들에 대한 검토결과로서, 우선 외국문헌들에서처럼 제조업(및 건설업)에서 고발확률은 현저하게 증가했다. 더불어 대리인선임의 효과에 관해서도 다각적인 시도를 한 결과 서울지역에 피해를 끼친 피심인이 소위 6대 로펌을 선임했을 때 고발확률이 감소한다는 사실을 발견할 수 있었는데, 그러한 현상의 구체적 원인에 대해서는 향후 추가연구가 필요하다.

종합하면, 실증분석을 통하여 현행 법집행과정에는 피해규모가 상당히 반영되고 있다는 긍정적 사실을 확인할 수 있었다. 반면 여러 통계로 미루어 전속고발권을 갖는 공정위가 이 분야 형사처벌에 있어서 막강한 권한을 갖는다는 점은 명백하므로, 본 연구의 과정과 결과가 주는 정책함의를 크게 두 가지만 제시한다. 첫째, 공정위의 ‘고발지침’에 피해규모를 더욱 정확히 반영하려는 노력이 필요해 보인다.⁴²⁾ 둘째, 좀 더 원론적으로 볼 때, 형사벌칙 관련 또 다른 핵심 경제이론인 ‘자산불충분성’ 가설의 더욱 유익한 활용이 촉구된다.⁴³⁾

거듭 본고는 여러 면에서 초보적 실험의 성격을 띤다. 이는 주로 법집행행태 및

42) 쉬운 예로 입찰담합은 다른 세부유형들과는 달리 단기간에 발생된다. 따라서 현행 법제로만 본다면, 위반기간에 대한 가산점이 전혀 부여되지 않는다. 또한 고발지침의 ‘별표1’부터 ‘별표5’에 행위유형별로 정해진 ‘비중치’가 범위반점수 계산에 중요한데 이에 대한 실증적 근거를 마련하는 노력도 필요하다고 판단된다.

43) 가령 지나치게 큰 피해규모 및 낮은 적발확률에 상응하여 산정된 고액의 과징금을 감당할 수 없다면, 피심인에게는 형사제재가 효과적인 억지기능을 발휘할 수 있다. 따라서 중대한 위반을 범했으나 지불능력이 부족하다면 비금전적 형사벌칙을 반드시 부과해야 한다. 자료제약상 피심인의 자산정도를 본 실증방정식에서 정확히 포착하지는 못했으나, 일부 심결내용 및 법제를 보면 오히려 논리가 반대로 전개되기도 한다. 예를 들어 지불능력이 부족하면 정상잠작이라는 취지하에서 과징금을 경감해주는 규정도 있었는데, 이는 효율적인 공정거래 및 형사 정책방향에 상반되는 법제이다.

다양한 자료제약에서 기인한다. 첫째, 통상 여덟 유형으로 구분되는 공정거래법 위반 전체에 관한 분석을 애초 의도하였으나, 고발건수가 전체의 80%를 훨씬 초과하는 상황에서 ‘부당공동행위’만을 분석대상에 국한하였다. 이로써 위반행위들간 존재할 법집행의 차별성을 파악하지 못했고, 따라서 본 추정결과를 ‘공정거래 전반으로 일반화’하는데도 한계가 있을 것이다. 둘째, 고발의 후속과정인 기소 및 법원판결에 관한 정보까지 연계시키지 못하여 ‘형사벌칙 최종집행에 관한 결론의 일반화’ 역시 무리이다.⁴⁴⁾ 셋째, 이론을 충실히 반영하고 선행연구와의 비교를 위해 긴요한 설명변수가 부족했다는 점 또한 향후 극복되어야 한다.⁴⁵⁾

44) 그러나 전속고발제도 때문에 다른 국가의 경쟁정책당국에서 취해지는 고발과는 비교할 수 없을 정도의 무게를 가질 것이다. 나아가 이 전속고발권 때문이라도 공정위는 형사기소 및 최종판결까지 연계하여 자료를 구축해야 한다. 정확한 학술적 평가는 물론 향후 정책수립을 위해서도 유익할 것이다. 아울러 고발지침의 세부평가기준들 중에는 심결례에서 정확한 정보를 제공하지 않는 기준들(경쟁제한성, 이행정도)이 규정되어 있다. 미사용되고 있다면 폐지가 마땅하지만, 단순누락의 경우에는 좀 더 충실한 정보제공을 위한 배려가 필요하다.

45) 일부 누락된 항목들이 있었을 것이라는 추측에도 불구하고 사용된 심결자료는 비교적 다양한 정보를 제공했다. 그러나 위반횟수, 정확한 부당이득규모, 피심인 자산정도, 당시 위원회구성의 세부특성 등을 자세히 파악할 수 있었다라면 좀 더 정확한 추정작업이 가능했을 것이다. 나아가 전술한대로, 이론핵심인 ‘피해규모’ 인덱스를 필자들 나름대로 개발할 수 있었다면 법집행은 물론 ‘법제 자체’에 대한 평가도 가능했을 것이다.

참고문헌

- 강병근, “EU법과 회원국 국내법의 관계” (박덕영 편), 『EU법 강의』, 박영사, 2010.
- 권오승 외, 『독점규제법』, 법문사, 2010.
- 공정거래위원회, 『통계연보』, 2010.
- 김정환, “EU형사법 통일” (박덕영 편), 『EU법 강의』, 박영사, 2010.
- 김일중, “과징금제도에 관한 법경제학적 고찰: 현재결정(2001헌가25)의 이중처벌과 재량권 논쟁을 중심으로”, 한국법경제학회 하계학술대회 발표논문, 2010.
- 김일중·김진호·변재욱, “규제위반에 대한 행정부의 금전적 제재: 공정거래법상 과징금 수준의 결정요인에 관한 실증분석”, 서울법학 제51권 제1호: 147-189, 서울대학교 법학연구소, 2010.
- 김홍석·한경수, 『알기쉬운 공정거래법』, 화산미디어, 2010.
- 박미숙, “공정거래법상 전속고발제도”, 형사정책연구소식 제74호: 2-9, 한국형사정책연구원, 2002.
- 사법연수원, 『공정거래법』, 사법연수원, 2010.
- 신현운, “EU경쟁법” (박덕영 편), 『EU법 강의』, 박영사, 2010.
- 이인권, “입찰담합의 통계적 추정연구에 대한 고찰”, 한국경제의 분석 제14권 제3호: 119-168, 한국금융연구원, 2008.
- 이인권, “카르텔 과징금 제도에 관한 연구-판례 분석 및 실무 개선방안을 중심으로-”, 응용경제 제12권 제2호: 49-86, 한국응용경제학회, 2010a.
- 이인권, “카르텔 과징금 제도 개편방안”, 『카르텔 종합연구(하)』, 한국경제연구원, 2010b.
- 이종원·황기식, 『EU27 유럽통합의 이해』, 해남출판사, 2008.
- 이주윤, “EU법의 연원과 입법절차” (박덕영 편), 『EU법 강의』, 박영사, 2010.
- 이천현, 『독점규제법 위반행위에 대한 형사법적 대응방안』, 한국형사정책연구원, 2003.
- 이천현·이승현, 『공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2006.

- 이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』, 세창출판사, 2006.
- 임원혁, 『불공정행위에 대한 연구』, 한국개발연구원, 2002.
- 이봉의, “유럽경쟁법의 개혁논의와 시사점”, 법학논고 제19집: 87-103, 경북대학교 법학연구소, 2003.
- 전지연, “유럽연합에서의 형사법체계에 관한 연구”, 형사법연구 제15호: 309-326, 한국형사법학회, 2001.
- 정세훈, 『미국 FTC제도 및 사건처리절차 연구』, 공정거래위원회, 1999.
- 정완, “공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 고찰”, 외법논집 제30집: 289-314, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008.
- 정호열, “공정거래법의 최근 변화와 법집행의 실제-사법적 통제의 분석을 중심으로-”, 저스티스 통권 제88호: 92-106, 한국법학원, 2005.
- 최승재, “형사벌에 의한 공정거래법 집행(30년의 조망과 과제)”, LEG Working Paper Series 연구보고서 No. 2011-04: 145-211, Law and Economics Analysis Group, 2011.
- 홍대식, 『공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2006a.
- 홍대식, “공정거래법상 과징금 제도의 비교법적 고찰: EU, 독일의 개정 내용을 중심으로”, 경쟁법연구 제14권: 216-246, 한국경쟁법학회, 2006b.
- Becker, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” *Journal of Political Economy*, 1968, 76: 169-217.
- Bolotova, Yuliya and John Connor, “Cartel Sanctions: An Empirical Analysis,” International Education, Working Paper, 2008.
- Bolotova, Yuliya, John Connor and Douglas Miller, “Factors Influencing the Magnitude of Cartel Overcharges: An Empirical Analysis of the U.S. Market,” *Journal of Competition Law and Economics*, 2008, 5: 361-381.
- Bowles, Roger, Michael Faure and Nuno Garoupa, “The Scope of Criminal Law and Criminal Sanctions: An Economic View and Policy Implications,” *Journal of Law and Society*, 2008, 35: 389-416.

- Carree, Martin, Andrea Gunster and Maarten Schinker, "European Antitrust Policy 1957-2004: An Analysis of Commission Decisions," *Review of Industrial Organization*, 2010, 36: 97-131.
- Cohen, Mark, "The Motives of Judges: Empirical Evidence from Antitrust Sentencing," *International Review of Law and Economics*, 1992, 12: 13-30.
- Cooter, Robert and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 5th. edition, Boston: Pearson Addison Wesley, 2008.
- Fenn, Paul and Cento Veljanovski, "A Positive Economic Theory of Regulatory Enforcement," *Economic Journal*, 1988, 98: 1055-1070.
- Gallo, Joseph, Kenneth Dau-Schmidt, Joseph Craycraft and Charles Parker, "Criminal Penalties Under the Sherman Act: A Study of Law and Economics," *Research in Law and Economics*, 1994, 16: 25-71.
- Garoupa, Nuno and Fernando Gomez-Polar, "Punish Once and Punish Twice: A Theory of the Use of Criminal Sanctions in Addition to Regulatory Penalties," *American Law and Economics Review*, 2004, 6: 410-433.
- Ghosal, Vivek, "The Intertemporal Path of U.S. Criminal Antitrust Enforcement," Conference Paper Presentations in EARIE (Porto), 2005.
- Ginsburg, Douglas and Joshua Wright, "Antitrust Sanction," *Competition Policy International*, 2010, 6: 3-39.
- Hay, George and Daniel Kelly, "An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies," *Journal of Law and Economics*, 1974, 17: 13-38.
- Hammond, Scott, "The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades," Department of Justice, 2010.
- Harrison, Glenn and Matthew Bell, "Recent Enhancements in Antitrust Criminal Enforcement: Bigger Sticks and Sweeter Carrots," *Houston Business and Tax Law Journal*, 2006, 6: 207-240.
- Niels, Gunnar and Kate Adriaan, "Introduction: Antitrust in the U.S. and the EU - Converging or Diverging Paths," *Antitrust Bulletin*, 2004, 49: 1-27.

- Polinsky, Mitchell and Steven Shavell, "The Optimal Use of Fines and Imprisonment," *Journal of Public Economics*, 1984, 24: 89-99.
- Posner, Richard, "The Statistical Study of Antitrust Enforcement," *Journal of Law and Economics*, 1970, 13: 365-419.
- Posner, Richard, "An Economic Theory of the Criminal Law," *Columbia Law Review*, 1985, 85: 1193-1231.
- Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 6th. edition, New York: ASPEN Publishes, 2003.
- Rasmusen, Eric, "Stigma and Self-Fulfilling Expectations of Criminality," *Journal of Law and Economics*, 1996, 39: 519-544.
- Shavell, Steven, "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent," *Columbia Law Review*, 1985, 85: 1232-1262.
- Shavell, Steven, *Economic Analysis of Law*, Boston: Foundation Press, 2004.
- Svatikova, Katarina, "Economic Criteria for Criminalization: Why Do We Need the Criminal Law?" Rotterdam Institute of Law and Economics, Working Paper No. 2008/12, 2008.
- Veljanovski, Cento, "Cartel Fines in Europe," *World Competition*, 2007, 30: 65-86.
- Werden, Gregory, "Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime," *European Competition Journal*, 2009, 5: 19-36.
- Wils, Wouter, "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?" *World Competition: Law and Economics Review*, 2005, 28: 117-159.

Fair Trade Law and Criminal Punishment : An Empirical Investigation on the Determinants of Criminal Accusation in Korea

Iljoong Kim and Soomin Chun

In spite of the rapid increase in the frequency of imposing criminal sanction against antitrust violations, the theory stemming from the field of law and economics dictates that criminal sanction has to be used restrictively and selectively. In fact, this issue has provoked controversies regarding the justification of using criminal sanction in many countries throughout the world.

The main goal of this paper is to empirically examine the major determinants of the probability of imposing criminal sanction in Korea, based on relevant legal clauses, economic theory, and, if limited, the extant literature. This first-run empirical attempt is expected to help understand accurately the current state of criminal enforcement against antitrust violations of the Korea Fair Trade Law. Since the imposition of criminal sanction has overwhelmingly concentrated on cartel cases in Korea just as in foreign countries, our analysis is also confined to a sample of the cartel violations that were investigated by the Korean Fair Trade Commission for seven years.

Our analysis confirms, most of all, that the proxies of the two driving vehicles in legal clauses and economic theory, the ‘level of harm’ and ‘criminal intention (or mens rea)’ systematically increased the probability of criminal accusation in a fairly robust manner. For instance, the probability rises by 15% point as the duration of violation increases by a year. Also, the judgment of ‘active involvement’ in cartels adds 16% point to the accusation probability. Other proxies believed ex ante to be relevant, such as the regional scope of harm, violation type, or the decision to hire legal representatives of the accused, have

turned out to be making statistically significant impacts on the criminal sanction. To be sure, these results will become much more useful if the data set is extended to the convictions and the final court's judgments in the ensuing future. However, the current study alone is expected to shed important insights to academics and policy makers especially as the Commission virtually has the exclusive authority regarding criminal accusation in the area of antitrust violations in Korea.

❖ Key Words: The Korea Fair Trade Law, Cartel, Criminal Sanction, Asset Insufficiency, Guilty Mind (Mens Rea), Harm Level, System of Exclusive Accusation, Duration of Violation, Law and Economics