

■ 권수진

한국형사정책연구원 전문연구원

■ 신영수

경북대학교 법학전문대학원 교수

■ 김호기

서울시립대학교 법학전문대학원 교수

■ 최문숙

한국형사정책연구원 인턴연구원

발간사

담합은 둘 이상의 사업자가 공동으로 상품 또는 용역의 가격 등의 거래조건, 거래량, 거래상대방 또는 거래지역 등을 제한하는 행위를 말합니다. 이러한 담합은 공정하고 자유로운 시장경제 질서를 왜곡·훼손하고, 소비자에게 피해를 입히는 행위로서 그 사회적 폐해성이 매우 큽니다. 따라서 담합은 시장지배적 지위의 남용금지, 경쟁제한적 기업결합의 제한과 더불어 각국의 입법례가 공통적으로 금지하고 있는 대표적인 것입니다.

우리나라도 담합행위를 규제하기 위하여 각종 대책을 마련하여 시행해 오고 있습니다. 현재 우리나라에서 담합행위에 대한 규제법규로는 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』이 대표적인 법률이며, 이를 공정거래위원회가 주관하고 있습니다. 그런데, 경제규모가 커짐에 따라서 담합은 주로 대기업에 의해 대규모로 그리고 지속적으로 발생하고 있습니다. 반면 현재 담합행위에 대한 제재는 공정거래위원회에 의한 시정조치, 과징금 부과 등 행정적 제재가 대부분이며 형사제재는 극히 미흡한 수준입니다. 이에 담합을 근절하여 공정한 경제질서의 확립과 소비자의 이익을 증진시키기 위하여 기존의 행정적 규제 중심에서 형사적 규제에 대한 필요성이 제기되고 있습니다.

본 연구는 담합행위에 대하여 종래 형사법적인 규제가 적절히 이루어져 왔는가를 검토하고, 그에 대한 개선방안을 제시하는 것을 그 목적으로 하였습니다. 이를 위해 우선 담합에 대한 이론적인 검토와 담합행위에 대한 규제현황을 살펴 보았습니다. 그리고 담합행위 규제에 대한 외국의 입법례와 그 규제현황에 대한 비교법적 검토를 통하여 궁극적으로 우리나라의 담합행위에 대한 바람직한 형사법적 대응방안을 제시하였습니다.

본 연구의 제안이 우리나라의 담합행위를 근절하여 공정하고 자유로운 시장경제 질서를 이루는데 일조할 것으로 기대합니다. 그리고 본 연구를 수행한 경북대

학교 법학전문대학원의 신영수 교수, 서울시립대학교 법학전문대학원의 김호기 교수, 한국형사정책연구원의 권수진 전문연구원, 그리고 자료 수집 등에 수고한 최문숙 인턴연구원의 노고에 감사하는 바입니다.

2011년 12월

한국형사정책연구원
원장 김 일 수

담합행위는 시장지배적 지위의 남용금지, 경쟁제한적 기업결합의 제한과 더불어 각국의 입법례가 공통적으로 금지하고 있는 대표적인 경쟁제한행위이다. 세계 각국은 담합행위로 인하여 사회적으로 발생하는 이익은 근소하거나 거의 없음에 반하여, 그로 인하여 발생하는 폐해가 막대하다는 점을 고려하여 이를 강력하게 규제하고 있다. 우리나라도 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 제1항에서 담합을 원칙적으로 금지하면서 그 위반행위가 있으면 사업자에게 행정제재처분을 부과함과 동시에 담합의 합의를 한 개인을 형사처벌하도록 하고 있다. 그리고 사업자인 법인에 대하여서는, 양벌규정을 통하여 개인이 위법행위를 행하지 아니하도록 상당한 주의의무를 이행하지 아니한 경우에 형벌을 부과할 수 있도록 하고 있다. 그런데 실무적으로는 주로 사업자에 대하여 부과하는 과징금이 담합행위를 방지하기 위한 주된 수단으로 사용되고 있으며, 형벌권의 행사는 지극히 제한적으로만 이루어지고 있는 것으로 보인다.

우리나라의 담합행위 및 이에 대한 제재현황에 대하여 자세히 살펴본 바에 의하면, 전체 공정거래법 위반행위 중 담합행위가 차지하는 비중은 그리 높지 않다. 그러나 공정거래위원회가 담합행위에 대하여 부과한 과징금은 전체 과징금 부과 액수의 66.6%로 절반 이상을 차지한다. 즉 공정거래위원회 담당 사건 중 담합행위는 큰 비중을 차지한다고 볼 수 있다. 그런데 담합행위에 대한 공정거래위원회의 심의결과 조치는 시정명령이 58.4%로 절반 이상을 차지하는 반면, 공정거래위원회의 전속권한인 형사고발은 5.6%로 매우 낮다.

이와 달리 담합행위 고발사건에 대한 검찰의 기소율은 매우 높은 편이고, 이러한 사건의 재판에서 법원은 대부분 벌금형을 부과하고 있다. 특히 담합행위에 대한 공정거래위원회의 과징금 부과 건수 및 금액, 법원의 벌금형의 선고 비율

을 보면, 담합행위에 대한 조치는 다른 기업범죄와 마찬가지로 금전적인 제재가 대부분이라고 할 수 있다. 그런데 이러한 금전적 제재로 담합행위가 효과적으로 규제되지 않는다면, 벌금형 이외의 다른 형사제재를 모색하여야 할 필요가 있다.

담합행위로 인한 소비자 피해를 살펴보면, 기업들이 담합으로 인해 부과 받은 과징금은 소비자 피해 추정액의 12%에 불과하다. 이는 기업이 지속적으로 담합을 하게 하는 요인으로 작용한다. 특히 30대 대기업집단에 부과된 과징금은 전체 과징금의 75%를 차지하고, 전체 소비자 피해 추정액의 65%에 이른다. 즉 대기업집단이 담합을 주도하며, 대기업집단의 담합으로 인한 소비자 피해 또한 매우 크다. 반면 담합을 한 대기업집단이 부과 받은 과징금은 소비자 피해 추정액의 14%에 불과하다. 따라서 대기업집단이 주도적으로, 그리고 반복적으로 담합을 행하는 요인으로 작용하고 있다.

한편 담합행위에 대한 제재와 동시에 감면하는 제도를 두고 있는데, 이를 이른바 ‘자진신고자 감면제도(Leniency Program)’라고 한다. 우리나라는 1996년 공정거래법을 개정하면서 담합행위에 참여한 사업자가 공정거래위원회의 조사 개시 전에 담합행위 사실을 자진신고하거나 조사 개시 후에 담합행위에 대한 조사에 협조하는 경우 시정조치 및 과징금을 감면해 줄 수 있도록 하는 ‘자진신고자 감면제도(Leniency Program)’를 도입하였다. 이는 은밀하게 행해지는 사업자간의 담합행위의 적발과 조사의 어려움을 극복하고, 사업자간의 담합행위의 근절과 중단을 유인하기 위하여 미국, EU 등에서 행하고 있는 프로그램을 도입한 것이다. 실제로 공정거래위원회는 담합행위 규제에 과징금 부과를 매우 적극적으로 활용함과 동시에 자진신고자 감면제도를 이용해 부과한 과징금의 감면도 많이 하고 있다. 실제로 공정거래위원회가 1999년부터 2011년 8월까지 담합행위 사업자에 부과한 과징금은 총 2조759억원이었으나, 자진신고자감면을 적용해 실제 받아낸 과징금은 1조3063억원으로 62.9%이었다. 즉 공정거래위원회에서 담합행위를 한 사업자에게 최초 부과한 과징금의 약 37%가 자진신고자 감면제도를 통하여 감면된다는 것인데, 이는 매우 높은 비율이라고 할 수 있다.

공정거래위원회의 부당한 공동행위에 대한 과징금의 부과는 부당이득 환수와 일종의 제재의 성격을 모두 가지는 것이다. 그런데 자진신고자 감면제도를 적용하여 부과된 과징금의 상당 부분을 감면한다면, 이는 과징금 부과 본래 목적

인 부당이득 환수와 제재 모두 만족시키지 못한다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 담합이라는 위법행위를 통해 부당이득을 취하였음에도 불구하고 최초로 자진신고를 하였다는 이유만으로 심지어 담합을 주도한 사업자도 과징금의 100%까지 감면받는 것은 문제라고 할 수 있다. 실제로 2005년 이후부터 담합행위사건에 있어서 자진신고를 통한 과징금 감면액의 비중이 높아져, 최근에는 거의 모든 담합행위 사건에 있어서 자진신고자 감면제도를 통해 과징금의 감면이 이루어지고 있다. 이는 담합을 주도한 기업들이 자진신고자 감면제도를 악용하고 있다고 볼 수 있다. 특히 대기업이 담합을 주도하면서 오히려 자진신고를 통해 감면의 혜택을 받고 있어 더욱 문제로 지적되고 있다. 또한 현재 자진신고자 감면제도를 통하여 과징금을 감면받은 경우 형사고발에서도 면제되고, 나아가 형사처벌도 받지 않게 된다. 즉 담합행위를 하고 자진신고한 사업자는 담합이라는 위법행위를 하였음에도 불구하고, 행정제재는 물론 형사제재도 면제된다는 문제점을 갖고 있다.

이와 같이 우리나라의 담합행위 및 이에 대한 제재현황을 통해서 나타난 문제점들을 개선하기 위해, 외국의 담합행위에 대한 입법례를 살펴보았다.

담합행위에 대한 외국의 제재형태를 살펴보면, 담합행위에 대하여 형사제재를 중심으로 집행하는 미국, 행정제재를 중심으로 하는 독일과 유럽연합, 그리고 행정제재를 중심으로 하되 형사적 집행을 비교적 적극적으로 활용하는 일본 등으로 구분할 수 있다. 우리의 경우 민사제재와 행정제재, 그리고 형사제재를 중심으로 한다는 점에서 일본과 유사하나 형사적 제재의 활용빈도가 그다지 크지 않다는 점에서 차이가 있다.

형사적 측면에서 이와 같은 편차가 목격되는 이유는 담합에 대한 각국의 시각과 그 폐단에 대한 역사적 경험이 동일하지 않기 때문으로 보인다. 즉 유럽을 비롯한 대륙법계 국가는 담합 등 기업의 위법행위에 대해 비교적 경제적 관점에서 접근하는 기초를 취해 왔으며, 개인이나 법인에 대한 형벌부과보다는 법인에 대한 행정제재로서의 금전적 제재금 등을 활발히 운용해 온 차이가 있다. 이에 비하여 미국은 단순히 담합의 경제적 효과 이외에 정치적 의도를 가지고 이를 제재하려는 시도를 법 집행의 초기부터 견지해 온 결과, 행위의 경제적 효과와 시장분석보다는 행위자의 내면적 악의에 대한 도덕적 비난을 중심으로 법적용의

기법을 발전시켜 왔음을 볼 수 있다. 한편 일본의 경우는 우리와 마찬가지로 경쟁문화보다는 상호협력을 중시하는 문화와 가치관이 자리잡고 있음에도 불구하고, 민관이 결탁한 입찰담합의 폐해가 고질적 사회병폐로 지목되어 온 독특한 경험 탓에 담합에 대한 형사제재와 그 집행이 비교적 활발한 성향을 보이고 있다. 일본은 특히 양벌규정에서 더 나아가 삼벌규정까지 도입하고 있는 등 담합에 대한 발본색원의 기초가 독점금지법제 전반에 강하게 표출되어 있다.

담합에 대한 형사적 제재의 활용 내지 그 수위를 결정함에 있어서는 이런 경쟁제한행위에 대한 형사제재의 사회적 공감대가 어느 정도 형성되어 있는지가 매우 중요한 전제가 된다고 할 수 있다. 또한 이 점에서 담합에 대한 우리 공정거래법의 집행이 적정 수위를 유지하고 있는지, 그 폐해와의 비교형량에 있어 균형을 유지하고 있는지가 검토되어야 한다. 생각건대 공정거래위원회의 과징금 중심의 행정제재가 가진 집행측면에서의 한계와 더불어 기업이 담합을 감행하는 과정에서 대개는 경영진의 의사에 직간접인 영향을 받는다는 점을 감안할 때, 법인에 대한 과징금 부과가 최적집행(optimal enforcement) 측면에서 적정 내지 충분한 수준에 달한다고 보기는 어렵다고 본다. 이 점에서 형사적 제재의 활용 빈도를 높이는 방안은 정당성을 가지고 있다고 할 수 있다. 다만 소위 감면제도(leniency) 등과 연계되어 공정거래위원회의 형사고발이 활발치 않다는 점이 한 원인으로 꼽히는 것이 현실이므로 이 점을 어떻게 정리할 것인지가 관건이라 하겠다. 이를테면 감면제도가 담합의 적발과 억제에 기여하는데 매우 효율적 제도라는 점은 분명한 만큼 형사처벌 활용가능성과의 연계점을 찾는 것이 필요하다.

또한 담합행위가 갖는 폐해를 고려할 때 담합행위를 규제함에 있어서 단순히 사업자에 대하여 과징금을 부과하는 것만으로는 부족하고, 형벌권이 보다 적극적으로 행사할 필요성이 있는 것으로 생각한다. 담합행위에 대하여 주로 사용되는 대응수단인 과징금은 우선 부당이익의 환수를 위한 기능을 수행하도록 형성된 것이기에 예방적 효과를 발생시키기는 부족하기 때문이다. 따라서 담합행위에 대한 형사처벌의 가능성을 넓히기 위하여 기존의 제도를 적극 활용하는 이외에, 다양한 제도적 개선이 함께 추진되어야 할 것이다.

대표적인 개선방안을 몇 가지 살펴본다면, 먼저 절차적으로는 공정거래위원회의 전속고발권이 제한되거나 폐지되어야 할 것이다. 현행 공정거래법에 의한다

면 공정거래법 위반행위에 대하여서는 공정거래위원회의 고발이 있어야만 공소 제기를 할 수 있는데, 실무상 공정거래위원회가 위반행위를 고발하는 경우가 거의 없어서 결국 형벌권의 행사가능성이 제한되고 있기 때문이다. 다만 이와 관련하여서는, 양벌규정에 의하여 법인을 형사처벌함에 있어서는 법문에 비추어 볼 때 공정거래위원회의 고발이 필요하지 아니하다는 점을 지적하여야만 할 것이다. 전속고발권을 규정한 공정거래법 제71조는 사업자(법인)의 형사처벌의 근거가 되는 제70조 범죄에 대하여서는 공정거래위원회의 전속고발권을 인정하지 않고 있기 때문이다. 만일 사업자(법인)를 양벌규정에 의하여 처벌함에 있어서도 공정거래위원회의 전속고발권을 인정하고자 한다면 제71조가 개정되어야만 할 것이다. 나아가 사업자(법인)에 대하여, 그 구성원의 형사책임으로부터 독립한, 자기책임으로서의 형사책임을 인정할 필요가 있다. 현재 공정거래법에 규정된 양벌규정은 사업자에 대하여 부당한 공동행위를 행하였음을 이유로 하여 형사책임을 묻도록 하는 것이 아니라, 개인이 위법행위를 행하지 아니하도록 적절히 주의감독하지 못한 데에 대하여 책임을 묻도록 하고 있기 때문이다. 이외에도 직접 담합의 합의를 수행한 자 이외에 대표이사나 임원 등과 같은 경영진을 형사처벌할 수 있는 제도를 도입하는 것도 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

또한 자진신고자 감면제도(Leniency Program)도 개선할 필요가 있다. 공정거래위원회는 자진신고자 감면제도의 세부 처리 절차를 위해 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」를 제정하여 시행하고 있다. 현재 공정거래위원회는 이러한 고시에 의해 담합행위를 한 기업에 대하여 형사고발을 면제하고 있다. 그런데 현재 공정거래위원회가 전속고발권을 갖고 있는 상황에서 담합행위를 한 기업이 형사고발을 면제받게 되면 해당 기업은 실질적으로 형사제재까지 면제받게 되는 것이다. 그러나 이와 같이 감면제도의 운용은 법률에 규정된 전속고발제도의 취지에 어긋날 뿐만 아니라, 명확성의 원칙과 평등원칙에도 반할 우려가 있다. 따라서 이러한 형사고발 면제에 관한 사항은 법률에 규정하는 것이 바람직하다. 그리고 담합을 주도한 사업자가 시장지배력을 이용하여 위법행위인 담합을 주도했음에도 불구하고, 이를 먼저 신고했다는 이유만으로 과징금의 전부를 면제받게 되는데, 이는 매우 부당하다고 할 수 있다. 따라서 담합을 강요한 사업자와 마찬가지로 담합을 주도한 사업자에 대한

감면을 배제하거나 감면의 비율을 낮추는 규정을 둘 필요가 있다. 또한 개인에 대한 감면제도를 법률에 명확히 규정하고, 그 규정에 근거해서 개인에 대한 감면제도를 운영하는 것이 담합을 규제하는데 더욱 효과적이고 바람직할 것이다.

이외에도 다양한 개선책이 논의되고 있는데, 예컨대 사업자에 대하여 부과 가능한 벌금액의 상향과 같은 부분은 사업자의 자기책임으로서의 형사책임을 인정 한 이후에 비로소 논의가 가능할 것이다. 현재와 같이 주의감독의무 위반을 근거로 하여 법인을 형사처벌함에 있어서는 벌금액을 매출금액에 상응하는 정도로 높이는 조치를 취할 수는 없을 것이기 때문이다.

공정거래법의 형벌규정을 보완하는 개선 이외에도, 공정거래법의 규정이 형벌 규정임을 고려하여 죄형법정주의 원칙 및 기타 형사법의 원칙에 부합하는 형태로 개정하는 작업이 진행되어야 할 것이다. 예를 들어, 부당성과 같은 요건은 형벌구성요건으로 사용하기에는 지나치게 추상적이어서 개선할 필요가 있다. 만일 담합행위를 효과적으로 규제하기 위하여 부당성과 같은 요건을 사용하는 것이 불가피하다면, 개인을 형사처벌하기 위한 별도의 구성요건을 마련하는 것이 바람직할 것이다. 또한 개인과 사업자(법인)가 서로 다른 법인격을 가진 주체라는 점을 고려할 때 아무런 명문의 규정이 없는 상태에서 개인의 행위를 사업자(법인)의 행위로 간주하거나, 사업자(법인)만이 행할 수 있도록 규정된 신분범죄를 개인이 범할 수 없다고 보는 것은 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다. 개인의 행위를 법인에 귀속시키기 위한 귀속규정을 마련하는 등, 개인과 사업자(법인) 사이의 관계를 규율하기 위한 규정이 제정될 필요가 있다.

주제어 : 공정거래법, 담합, 부당한 공동행위, 전속고발권, 자신신고자감면제도, 사업자 형사처벌, 셔먼법, 일본 독점금지법, 독일 경쟁제한금지법, 유럽연합기능에 관한 조약, 미국 연방형사절차, 거래의 제한, 연방양 형위원회

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제1장 서론

권 수 진

제1절 연구의 목적

최근 공정한 경쟁질서를 저해하는 행위로서 담합사건이 빈번하게 발생하고 있다. 담합은 법률상 부당한 공동행위라고 하는데, 이는 둘 이상의 사업자가 공동으로 상품 또는 용역의 가격 등의 거래조건, 거래량, 거래상대방 또는 거래지역 등을 제한하는 행위를 말한다. 자유로운 시장경제질서 하에서 거래당사자인 개인, 또는 사업자 간의 거래관계에서 이루어지는 행위는 사적자치에 의하는 것으로서, 이러한 경제활동에 국가가 적극적으로 개입하여 규제하는 것은 바람직하지 않다. 그러나 산업화를 거치면서 불공정한 계약, 독과점의 폐해, 심각한 빈부의 격차 등 심각한 사회문제가 발생하자 이러한 사적자치의 원칙은 수정이 불가피해졌고 국가의 개입을 요청하게 되었다. 담합도 그 중 하나이다. 담합은 결과적으로 공정하고 자유로운 자유시장 경제질서를 왜곡·훼손하고, 소비자에게 피해를 입히는 행위로서 그 사회적 폐해성이 매우 크다. 따라서 담합은 시장지배적 지위의 남용금지, 경쟁제한적 기업결합의 제한과 더불어 각국의 입법례가 공통적으로 금지하고 있는 대표적인 것이다. 우리나라도 담합행위를 규제하기 위하여 각종 대책을 마련하여 시행해 오고 있다. 현재 우리나라에서 담합행위에 대한 규제법규로는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「건설산업기본법」, 「형법」, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 등이 담합행위에 대한 제재규정

을 갖고 있다. 그러나 이러한 규제체계에도 불구하고 담합은 근절되지 않고 오히려 증가하고 있는 실정이다. 특히 경제규모가 커짐에 따라서 담합은 대기업에 의해 대규모로 지속적으로 발생하고 있다. 반면 담합행위에 대한 제재는 공정거래위원회에 의한 과징금 부과 등 행정적 제재가 대부분이며 형사제재는 극히 미흡한 수준이다. 이에 담합으로 인한 심각한 피해를 막고 공정한 경제질서의 확립과 소비자의 이익을 위하여 담합행위에 대하여 기존의 행정적 규제에 더하여 형사법적 규제가 요청되고 있다.

전통적으로 대륙법계 국가에서 형사법적 수단의 사용가능성을 제한하는 원리로 사용되어 오던 법익보호의 원칙에 의한다면 국가는 개인의 생명, 신체, 자유 내지 개인이 공동생활을 하기 위하여 반드시 준수하여야 하는 기본적 질서를 유지하기 위하여 필요한 경우에만 형벌을 사용할 수 있으며, 그 이외의 경우에는 형벌의 최후수단성 원칙에 따라 가능한 한 형벌의 사용이 억제되어야 한다. 이에 본 연구에서는 담합행위에 대하여 종래의 규제가 적절히 이루어져 왔는가를 검토하고, 그에 대한 개선방안을 모색하는 것을 그 목적으로 한다. 이를 위해 우선 담합에 대한 이해와 담합행위에 대한 현황을 살펴본다. 그리고 담합행위 규제에 대한 외국의 입법례와 규제현황을 비교법적으로 검토하여 궁극적으로 우리나라의 담합행위에 대한 바람직한 형사법적 대응방안을 모색하고자 한다.

본 연구보고서가 기존의 다른 연구와 비교하여 갖는 가장 큰 특징은 다음의 두 가지이다. 첫 번째는 검토대상을 담합(부당한 공동행위)이라는 하나의 유형으로 제한하였다는 것이며, 두 번째는 모든 검토를 형사법적인 시각에서 수행하려고 하였다는 것이다.

종래 「독점금지 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”이라 한다.)」에 규정되어 있는 형벌규정이 적절한가에 대하여서는 이미 많은 연구가 이루어진 바 있다. 그런데 종래의 연구에서는 대부분 공정거래법이 규정한 형벌규정이 전반적으로 검토되었기에 공정거래법이 규정하는 행위유형에 따른 특수성이 충분히 고려되지 못하였다. 본 보고서에서는 이와 같은 사정을 고려하여 공정거래법이 금지하고 있는 여러 행위유형 중에서도 특히 공정거래법 제19조 제1항이 금지하는 부당한 공동행위에 대하여 형사법적 규제가 적절히 이루어지고 있는가를 중점적으로 검토하려고 하였다.

다만 본 보고서에서는 부당한 공동행위와 관련하여서도 중대한 의미를 갖는 한도 내에서 기업의 형사제재에 대한 일반론을 살펴보고자 한다. 예컨대 사업자와 구성원은 각각 자신만의 법인격을 보유하는, 서로 다른 주체에 해당한다. 따라서 구성원 개인의 행위의 효과가 곧바로 사업자에게 귀속될 수는 없으며, 사업자만이 행위주체가 될 수 있도록 되어 있는 경우 구성원 개인이 행위주체가 될 수는 없다고 보아야 한다. 어느 경우이더라도 구성원 개인과 사업자를 연결해주는 법적인 연결고리가 마련되어야만 하는 것이다. 그러나 공정거래법에 이러한 법적인 연결고리에 해당하는 귀속규정이 마련되어 있지 아니함에도 불구하고 종래에는 아무런 근거 없이 양자가 서로 마치 단일체인 것처럼 취급하여 공정거래법을 적용해 왔다. 본 보고서에서는 이러한 종래의 해석관행의 문제점을 지적하고, 이를 개선하기 위한 방안을 제시한다.

나아가 본 보고서에서는 공정거래법 제19조 제1항이 형벌을 부과하기 위한 범죄구성요건으로서 기능한다는 점을 고려할 때 이를 어떻게 해석하는 것이 적절한 한가에 대한 사항을 중점적으로 검토한다. 이것은 공정거래법에 대한 지금까지의 연구가 거의 전적으로 경쟁법학자들에 의하여 이루어져 왔으며, 이로 인하여 공정거래법 제19조 제1항이 범죄구성요건으로서의 성격을 갖는다는 점이 해석과정에서 충분히 고려되지 않았음을 고려한 것이다.

부당한 공동행위에 대한 종래의 논의가 주로 경쟁법학자들에 의하여 진행되어 온 결과 형사법적인 관점에서 볼 때 충분히 검토되지 아니한 것으로 보이는 부분은 다양하게 존재한다. 예컨대 공정거래법 제19조 제1항이 죄형법정주의 원칙을 준수하는 형태로 규정되어 있는가에 대한 사항이 그 전형적인 예에 해당한다. 공정거래법 제19조 제1항은 한편으로는 사업자에 대하여 행정제재처분을 부과하는 근거규정이 되지만, 다른 한편으로는 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인을 형사처벌하는 근거규정이 되기도 한다. 그렇다면 공정거래법 제19조 제1항은 죄형법정주의 원칙에 따라 명확하게 규정되어야 하며, 범죄구성요소를 남김없이 담고 있어야만 할 것이다. 그러나 종래 공정거래법 제19조 제1항의 적용과정을 살펴본다면 동 규정이 이러한 요건을 충족시키고 있는가는 의문이다.

또 다른 예로서 합의의 의미를 어떻게 정의할 것인가의 여부도 문제될 수 있을 것이다. 부당한 공동행위의 합의는 사업자에 대한 관계에서 검토하는 경우와

그것을 수행한 개인에 대한 관계에서 검토하는 경우 법적으로 서로 다른 의미를 부여받게 되기 때문이다. 나아가 예컨대 공정거래법 제19조 제5항의 합의추정 규정이 형사법적으로 어떠한 의미를 갖는가에 대한 부분이나, 이를 개인을 형사 처벌함에 있어서 사용할 수 있는가에 대한 부분도 지금까지는 충분히 검토되지 아니한 것으로 보인다. 본 보고서에서는 담합(부당한 공동행위)에 대한 기존의 해석론을 형사법적인 시각에서 살펴보고, 종래 논의되지 아니하고 남아있는 부분을 하나하나 검토해 보고자 한다. 본 보고서에서는 이러한 연구결과를 바탕으로 하여 공정한 거래질서를 훼손하고 국민경제에 큰 피해를 야기하는 부당한 공동행위를 근절하고 이에 대한 바람직한 형사법적 대응방안을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 보고서에서는 먼저 제2장에서 담합행위에 대한 기존의 해석론을 검토한다. 정리 과정에서는 학자들의 견해나 비판론보다는 기존에 내려진 공정거래법에 대한 대법원의 판시나 공정거래위원회의 지침 등을 참조한다. 이는 본 보고서가 주로 담합행위에 대한 형사법적 규제의 타당성에 대한 검토를 목표로 하고 있다는 점을 고려한 것이다. 담합행위에 대하여 어떠한 해석론이 제시되고 있는가 내지 기존의 대법원의 해석론이 적절한가의 여부 등은 경쟁법학자들이 검토하는 것이 타당하다고 보아, 본 보고서에서는 필요한 한도 내에서만 단지 제한적으로 인용하기로 한다.

기존에 실무에서 사용하여 온 담합행위에 대한 해석론을 정리한 다음에는 제3장에서 오늘날 우리나라에서 담합행위에 대하여 실무적으로 어떠한 제재가 부과되고 있는지, 즉 우리나라에서의 담합행위에 대한 규제현황에 대하여 살펴본다. 공정거래위원회를 비롯하여 경제정의실천시민연합 등의 보도자료 등을 바탕으로 현재 우리나라에서의 담합의 발생현황, 규제현황 등을 자세히 검토한다.

그리고 제4장에서 미국, 독일, 일본의 경우 담합행위에 대하여 어떠한 방식으로 대응하고 있는가를 살펴본다. 미국은 주로 형사법적인 수단에 의하여 공정거래법 위반행위에 대하여 대처하고 있는바, 담합행위에 대한 형사법적 제재를 주

로 다루고자 하는 본 보고서의 취지에 비추어 입법례를 반드시 검토해보아야 한다. 독일은 대륙법계 국가로서 우리나라와 마찬가지로 법인의 범죄능력을 부인하고 있다. 독일은 경제법 위반행위를 주로 행정적인 수단을 통하여 규제하는 국가로서 우리의 실무경향과 일치하여 검토의 필요성이 있다. 20세기에 EU 공동체를 이루었고, 경제공동체로서 ‘유럽공동체조약’을 바탕으로 시장경제가 운영되고 있는 EU의 담합행위에 대한 규제에 대하여 살펴본다. 일본의 경우에는 공정거래법의 처벌규정이 우리나라와 매우 유사하여 비교법적으로 참고할 필요성이 있기에 입법례 검토대상 국가에 포함한다. 특히 일본은 우리나라와 동일하게 양벌규정에 의하여 법인을 형사처벌하도록 하고 있는바, 이러한 부분을 참고할 필요성이 있다.

마지막으로는 제5장에서는 우리나라의 담합행위 및 이에 대한 규제현황에서 나타난 담합행위 규제의 문제점, 그리고 외국의 담합행위에 대한 규제에서의 시사점을 바탕으로 우리나라의 담합행위에 대한 형사법적 대응방안에 대하여 제시한다.

이러한 모든 연구는 관련 문헌의 연구, 관련 기관의 통계자료, 사례, 대법원 및 헌법재판소의 판례를 검토함으로써 이루어진다.

제2장은 권수진 전문연구원, 김호기 교수가 검토·집필하고, 제3장은 권수진 전문연구원이 분석·집필하고, 제4장은 신영수 교수, 권수진 전문연구원이 검토·집필하고, 제5장은 김호기 교수, 권수진 전문연구원이 집필한다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제2장

담합행위에 대한 규제

권수진 · 김호기

담합행위에 대한 규제

제1절 담합의 의의 및 성립요건

1. 담합의 의의(법 제19조 제1항)

가. 담합의 의의

우리가 일반적으로 칭하는 ‘담합’이란 법률상 ‘부당한 공동행위’를 이르는 말이다. 부당한 공동행위란 둘 이상의 사업자가 공동으로 상품 또는 용역의 가격 등의 거래조건, 거래량, 거래상대방 또는 거래지역 등을 제한하는 행위를 말하며, 통상 ‘카르텔(cartel)’ 또는 ‘담합(談合)’이라고 한다.¹⁾ 즉 담합이란 “시장에서의 경쟁을 제한하는 사업자들 간의 공모”를 의미한다고 할 수 있다.

부당한 공동행위는 시장지배적 지위의 남용금지, 경쟁제한적 기업결합의 제한과 더불어 각국의 입법례가 공통적으로 금지하고 있는 대표적인 경쟁제한행위이다.²⁾ 우리나라도 「독점금지 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”이라 한다.)」 제19조 제1항에서 담합을 원칙적으로 규제하고 있다. 다만 공정거래법은

1) 권오승 외, 독점규제법, 법문사, 2010, 151면.

2) 홍대식, “카르텔 규제의 형사적 집행”, 법학실무연구회, 2009, 183면(대검찰청 <http://www.spo.go.kr>, 2009. 5. 29).

경쟁을 제한하는 공동행위라고 할지라도 산업합리화, 연구·기술개발, 불황의 극복, 산업구조의 조정, 거래조건의 합리화, 중소기업의 경쟁력 향상을 위한 목적으로 행해지고 대통령이 정하는 일정한 요건에 해당하여 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 예외적으로 허용된다고 규정한다(제19조 제2항).

시장에서 사업자들이 경쟁을 회피하기 위하여 상품이나 서비스의 가격이나 수량, 판매지역 등에 관하여 경쟁을 하지 않기로 합의하게 되면, 그들 간에는 경쟁이 사라지기 때문에 소비자들은 선택가능성을 잃게 된다. 담합 중에서 특히 가격이나 수량, 판매지역 등에 관한 합의나 입찰담합과 같은 공동행위는 경쟁을 제한하는 효과가 크기 때문에, 이를 ‘경성카르텔(hardcore cartel)’이라고 한다. 그러나 거래조건이나 상품의 종류나 규격, 기술개발 등에 관한 공동행위는 경쟁을 제한하는 효과와 아울러 효율성을 증대하는 효과를 가지기 때문에, 이를 ‘연성카르텔(softcore cartel)’이라고 한다.³⁾

각국은 일반적으로 경성카르텔은 당연위법으로 보아 엄격히 금지하는 반면, 연성카르텔은 경쟁제한적인 효과와 효율성 증대의 효과를 비교형량하여 전자가 후자보다 큰 경우에만 금지하는 태도를 취하고 있다. 우리나라 공정거래법은 명문으로 경성카르텔과 연성카르텔을 구별하지 않고 있지만, 공정거래위원회의 실무에서는 주로 경성카르텔의 규제에 중점을 두고 있다.⁴⁾

나. 담합에 대한 규제의 정당성

사적인 경제주체 사이의 합의의 일종인 담합을 국가가 개입하여 금지하거나 처벌하는 것이 정당한가에 대하여서는 견해가 대립한다. 담합의 참가사업자들은 담합에 대하여 다음과 같은 정당화 사유를 든다. 첫째, 동업자간의 경쟁이 과열되면 그로 인하여 원가 이하 수준의 가격경쟁이 초래될 수 있는데 담합은 이러한 파멸적 경쟁을 피할 수 있게 한다. 둘째, 산업합리화나 불황극복을 위한 담합과 같이 일정한 경우에는 담합을 통하여 기업의 도산을 방지하고 해고사태를 막을 수 있다. 셋째, 사업자간의 공동출연으로 기술개발, 품질개선을 위한 공동

3) 권오승 외, 독점규제법 8면

4) 권오승 외, 독점규제법 8면

연구, 개발이 가능해질 수 있다. 넷째, 사업자간의 과도한 가격인하 경쟁은 제품의 품질저하로 이어질 수밖에 없는데, 담합을 함으로써 가격의 적정수준을 유지할 수 있다. 다섯째, 수요나 공급이 독점되어 있는 경우에 독점적 수요자에 대하여 다수의 공급자 또는 독점적 공급자에 대하여 다수의 수요자는 담합을 통하여 거래상의 교섭력을 강화할 수 있고 독점기업의 횡포에 대항할 수 있다.⁵⁾

그러나 예외적으로 담합이 사회적인 이익을 가져올 수 있는 경우가 존재한다고 할지라도, 대부분의 경우 담합은 다음과 같은 다양한 폐해를 가져오게 된다. 무엇보다도 먼저 담합 참가사업자들은 마치 1개의 사업자인 것처럼 시장에서 활동하기 때문에 경쟁관계에 있는 사업자의 수가 시장기능에 의하지 않은 방법으로 실질적으로 감소하는 한편, 경제적으로 담합 참가사업자들은 독점 이윤을 얻고 그로 인하여 사회적 후생손실이 초래되는 독점효과가 발생한다.⁶⁾ 즉 담합에 참여하는 사업자들은 서로 합의하여 시장에서 경쟁을 제거함으로써 자신들의 이익을 제고하는 반면, 자원의 효율적인 배분을 저해하고 소비자의 이익을 희생시킨다.⁷⁾

나아가 담합은 주로 독점이윤을 목적으로 이루어지기 때문에 대부분의 경우에 상품의 가격상승을 초래한다. 또한 담합의 참가자들은 가격, 품질, 서비스 등의 면에서 경쟁의 위협을 느끼지 않게 되기 때문에 당해 산업 분야에서의 효율성 증, 원가 절감이나 경영 합리화를 기대할 수 없게 되고, 사업자들이 품질이나 서비스 개선에 노력을 기울이지 않게 되므로 결국 소비자만 피해를 입게 된다. 이외에도 담합의 참가자들은 자체 결속을 통하여 잠재적 경쟁자의 시장진입을 방해하거나 기존사업자를 축출하는 결과를 가져오게 된다.

이러한 사정을 고려한다면 결국 담합을 방임하는 경우 이는 궁극적으로 시장의 경직성과 불균형을 초래하게 될 것이라고 볼 수 있다.⁸⁾ 따라서 오늘날 각국에서는 법률을 통하여 담합을 엄격하게 규제하는 것이 일반적이다.

5) 양명조, “카르텔의 규제법리와 판례분석”, 『공정거래법과 규제산업』, 법문사, 2007, 256면.

6) 홍대식, “카르텔 규제의 형사적 집행”, 183면.

7) 임영철, 공정거래법 - 해설과 논점 -, 법문사, 2008, 216면.

8) 양명조, “카르텔의 규제법리와 판례분석”, 256면.

2. 담합행위의 규제 연혁

공정거래법은 1980년에 제정된 이후에 2011년 12월 현재까지 타법에 의한 개정을 제외하고 17차례 개정되었다. 이중에서 부당한 공동행위와 관련하여 중요한 개정은 1986년(제1차), 1992년(제3차), 1996년(제5차), 1999년 2월(제7차), 2007년 8월(제14차) 개정의 내용이라고 할 수 있다. 이하에서는 각 개정과정에서 부당한 공동행위와 관련된 주요내용을 살펴보고자 한다.

가. 부당한 공동행위의 규제입법 제정(1980년)

우리나라는 1960년대 중반부터 독과점의 폐해가 사회문제화할 때마다 공정거래법의 도입이 논의되어 왔으나, 재계의 반대와 경제성장을 중시하는 사회적 분위기로 인하여 번번히 무산되었다. 하지만 1972년 제1차 석유파동으로 물가가 급등함에 따라 상품가격 및 서비스요금의 최고가격지정 등 물가의 안정과 판매거절금지 등 공정한 거래질서를 확립하기 위한 「물가안정에관한법률」이 1973년에 제정되었고, 1975년에는 기존의 「물가안정에관한법률」을 탄력적인 가격통제와 동시에 경쟁제한행위 및 공정거래행위를 효과적으로 규율하여 물가안정을 도모하기 위하여 동법에 종래 논의에만 그친 ‘공정거래법안’⁹⁾들의 내용을 참고로 하여 1975년 12월 31일 「물가안정및공정거래에관한법률(이하 ‘물가안정법’)」을 제정·공포하였다.¹⁰⁾ 부당한 공동행위에 관하여는 동법 제8조 제1항에서 사업자는 계약, 체결, 협정, 결의, 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 금지하도록 규정하였고, 행위유형으로는 ① 가격을 결정·유지 또는 인하하는 행위, ② 상품의 판매조건, 용역의 제공조건 또는 그 대가의 지급조건을 정하는 행위, ③ 상품의 생산·판매나 출고의 제한 또는 용역의 제공을 제한하는 행위, ④ 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위 등이 금지되었다. 그러나 제2항에서는

9) 신영수, “독점규제법의 변천과 발전”, 독점규제법 30년, 법문사, 2010, 120-127면 참조

10) 자세한 내용은 김찬진, “한국 독점규제법의 제정연혁”, 경쟁법연구 제1권 한국경쟁법학회, 법문사, 1989, 129-134면 참조

사업자가 불황극복, 산업합리화 등 부득이한 사유로 경쟁제한행위를 하고자 할 때에는 대통령이 정하는 바에 따라 경쟁제한행위의 내용 및 그 행위를 하고자 하는 기간에 관하여 미리 정부의 승인을 얻은 부당한 공동행위는 인정하며, 제 21조에서는 특별한 법률에 의하여 특정한 사업자들이 행하는 경쟁제한행위는 동법의 적용에서 제외된다고 하였다.

이러한 「물가안정법」은 실제 운영면에서 공정거래보다는 물가안정에 역점을 두었고, 독점화 등 독과점의 형성에 대한 규제가 아니라 독과점의 폐해를 규제하는 입장이었으며, 사업자의 공동행위는 금지하면서도 규정미비를 이유로 사업자단체의 공동행위는 제대로 규제하는 못하는 문제점에 따라 동법의 시행 후에도 부당한 공동행위에 대한 시정명령은 극소수에 불과하였고, 오히려 사업자단체의 결정이 장려되기까지 했다.¹¹⁾ 또한 경제력집중 억제장치가 없어 경제력집중문제가 대두되는 등 많은 문제점이 나타나자 정부는 경제운용의 기본방향을 정부주도에서 민간주도로 전환하였고, 물가불안 요인의 근원적 해결과 경제효율의 증대를 위하여서는 경쟁촉진을 통해 시장기능을 활성화시켜야 한다는 주장이 대두되면서 공정거래법의 제정이 불가피하다는 여론이 형성이 형성되어 경제기획원이 새로운 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률안」을 마련하여, 1980년 11월에 세종문화회관에서 학계, 언론계, 업계, 경제주체, 법조계, 소비자보호단체를 초청하여 공청회를 개최하였고, 공청회의 토론내용을 종합·수정하여 1980년 11월 경제장관회의에서 동법률안이 수정 통과되었고, 국회가 아닌 국가보위입법회의에 상정되어 12월 23일 본회의에서 의결되었고, 1980년 12월 31일 법률 제 3320호 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 제정·공포되어, 1981년 4월 1일부터 시행되었다.¹²⁾

동법의 목적은 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위와 불공정거래행위를 규제해 공정하고 자유로운 경쟁 촉진, 창의적인 기업활동 조장, 소비자 보호를 통한 국민경제의 균형 있는 발전이다.

11) 신현윤, 공정거래위원회 30년사, 공정거래위원회, 2010.11, 130면; 양평조, “부당한 공동행위”, 경쟁법연구 제1권, 한국경쟁법학회, 법문사, 1989, 36면.

12) 입법과정에 대하여 자세한 내용은 신현윤, 공정거래위원회 30년사, 130-136면 참조.

이처럼 1975년의 『물가안정법』에서는 경쟁제한행위를 원칙적으로 금지하는 입장이었으나 1980년에 제정된 『공정거래법』에서는 ‘폐해규제주의’의 원칙에 입각하여 모든 공동행위에 대하여 등록주의를 채택하여 경제기획원에 공동행위의 내용을 등록하지 않고서는 행할 수 없도록 규정을 완화하였다(제11조 제1항). 그러나 불황극복, 산업합리화 등 부득이한 사유가 인정되는 경우에는 예외적으로 부당한 공동행위의 등록을 허용하였고(제12조 단서), 사업자단체는 설립일로부터 30일 이내에 경제기획원장관에게 그 설립내용을 신고해야 하고(제17조), 사업자단체의 부당한 공동행위를 금지하였다(제18조 제1항 제1호).

하지만 1980년 제정된 『공정거래법』에서의 부당한 공동행위의 규제는 그 부당성여부를 묻지 않고 모든 공동행위를 대상으로 등록의무를 부과하고 그러한 의무를 해태한 자를 벌금형으로 처벌할 수 있도록 하고, 부당하지 않은 공동행위까지 등록하지 않았다는 이유만으로 무효를 선언하는 것은 부당한 공동행위의 적발을 쉽게 한다는 행정편의에만 치중한 부당한 입법이었고,¹³⁾ 이는 불필요한 등록부담과 법 집행당국의 입증책임 등 많은 문제점을 내포하고 있었다.

나. 1986년 제1차 개정의 주요내용

1980년 공정거래법에서의 부당한 공동행위의 등록제는 위에서 지적한 바와 같이 여러 가지 문제점이 지적되었고, 당시 담당기관이었던 경제기획원에서도 경쟁제한적이 아닌 공동행위도 등록하지 않는 이상 고발해야 하는 모순점을 인식하고 있어¹⁴⁾ 1986년 12월 제1차 개정에서는 공동행위를 등록제에서 인가제로 개정하였다.¹⁵⁾

주요한 개정내용을 살펴보면 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 부당한 공동행위를 원칙적으로 금지하고(제11조 제1항), 부당한 공동행위의 유형에서 ‘영업의 주요 부분을 공동으로 수행, 관리하기 위한 회사설립행위(제11조 제1항 제7호)’와 ‘다른 사업자의 사업내용 또는 활동을 제한하는 행위(제11조

13) 양명조, “부당한 공동행위”, 37면

14) 경제기획원 공정거래제도의 확산과 발전 1986, 13면(양명조, “부당한 공동행위”, 37면에서 재인용).

15) 법률 제3875호, 일부개정 1986.12.31, 시행 1987.4.1.

제1항 제8호)’를 추가하였고, 부당한 공동행위 사업자에 대한 제재로서 과징금 제도를 신설하였다(제14조).

그리고 1980년 『공정거래법』에서는 불황극복, 산업합리화 등 부득이한 사유가 인정되는 경우에 예외적으로 공동행위 등록을 허용하였지만(제12조 단서), 제1차 개정에서는 공동행위 예외적인 허용을 인가제로 전환하고, 공동행위의 인가사유를 산업합리화, 불황극복, 산업구조의 조정, 중소기업의 경쟁력향상, 거래조건의 합리화를 위한 경우로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 경제기획원장관의 인가를 받은 경우로 확대하였다(제11조 제1항 단서).

한편, 부당한 공동행위 규제는 공동행위가 있었음을 입증하는데 어려움이 있는데, 이를 해소하기 위하여 제11조 제3항에 “2이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동사업자간에 부당한 공동행위의 수행을 약정한 명시적인 계약이 없는 경우에도 부당한 공동행위를 행하고 있는 것으로 추정한다.”는 부당한 공동행위에 대한 추정조항이 신설되었다.

다. 1990년 제2차 개정의 주요내용

1990년 제2차 개정¹⁶⁾은 경제정책을 종합적으로 수립·조정하는 경제기획원장관이 공정거래정책을 수행함으로써 여타 경제정책에 비해 공정거래정책의 우선순위가 떨어지고 기구의 전문성·독립성이 미흡하다는 지적에 따라 법의 전부개정으로서 법운영의 실효성을 확보하기 위한 공정거래기능강화와 공정거래운영기구의 독립성·전문성을 확충하기 위하여 공정거래기구가 개편되어 공정거래위원회가 공정거래제도 운영에 관한 모든 권한을 지니게 되었고, 독립적으로 그 기능을 수행할 수 있게 되었다. 그리고 부당한 공동행위와 관련해서는 범위반에 대한 제재의 실효성을 높이기 위하여 벌칙을 2년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금(제55조 제1항)에서 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금(제66조 제1항)으로 강화하였고, 부당한 공동행위의 시정조치수단으로 당해 행위의 중지,

16) 법률 제4198호, 전부개정 1990.1.13, 시행 1990.4.1.

범위반사실의 공표 등을 명시하였고(제21조), 사업자단체의 부당한 공동행위에 대한 과징금제도를 신설하였다(제28조).

라. 1992년 제3차 개정의 주요내용

1992년 제3차 공정거래법 개정¹⁷⁾은 부당한 공동행위의 본질 또는 성립요건을 변경하였다는 점에서 중요한 의미가 있다고 한다.¹⁸⁾ 개정 전의 공정거래법에서는 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떤 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.”라고 규정하여, 공동행위를 합의에 따른 ‘실행행위’가 있는 경우에 성립한다는 요건이 1992년 개정에서는 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떤 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의하여서는 아니된다.”로 개정하여, 부당한 공동행위의 본질을 ‘합의’ 그 자체로 규정하여 합의에 따른 실행행위가 없는 경우에도 부당한 공동행위가 성립되도록 요건을 완화하였다. 또한 부당한 공동행위의 예외적 인가사유로서 ‘연구·기술 개발’을 추가하였다(제19조 제1항 단서).

마. 1994년 제4차와 제1996년 제5차 개정의 주요내용

1994년 제4차 개정¹⁹⁾에서는 종전에는 상품판매 및 용역제공 등 공급측면에서의 공동행위만 규율대상으로 삼던 것을 구매관련 공동행위까지 규제할 수 있도록 제19조 제1항 각호의 문구를 ‘판매’에서 ‘거래’로 변경하였다.²⁰⁾ 또한 개정 전의 부당한 공동행위의 과징금은 매출액의 1%를 상한으로 하고 있어 경우에 따라서는 위반업체에게 적발시 받는 제재보다 담합행위로 인한 이익이 크다는 판단을 하게 할 수 있고, 현실적으로도 대형업체들의 가격담합인상 등 국민경제

17) 법률 제4513호, 일부개정 1992.12.8, 시행 1993.4.1.

18) 임영철, 공정거래법-해설과 논점, 216면.

19) 법률 제4790호, 일부개정, 1994.12.22, 시행 1995.4.1.

20) 신영수, 독점규제법의 변천과 발전, 143면.

에 파급영향이 큰 공동행위가 계속되고 있으므로²¹⁾ 과징금을 매출액의 5% 이내로 강화하였다(제22조 제1항). 또한 1996년 제5차 개정²²⁾에서는 부당한 공동행위의 과징금 부과에 있어서 매출액이 없는 경우에도 10억원을 초과하지 아니하는 범위 내에서 과징금을 부과하도록 개정하였다(제22조 단서).

그리고 1996년 제5차 개정에서는 부당한 공동행위의 예외적 인가사유를 제19조 제1항 단서에서 제19조 제2항으로 독립시키고, 인가의 절차에 관하여는 대통령령에 위임하는 규정을 신설하였다(제19조 제3항).

부당한 공동행위는 대부분 참여사업자간에 은밀하고 교묘하게 이루어져 조사에 한계가 있었다. 이에 부당한 공동행위를 효율적으로 규제하기 하기 위해 부당한 공동행위에 참여하였더라도 이를 최초로 신고한 자에 대하여는 시정조치, 과징금 등 행정제재를 완화 또는 면제해 줌으로써 공동행위의 단서나 증거를 용이하게 확보하는 방안인 자진신고자 감면(leniency program)규정을 제22조의2에 신설하였다.²³⁾

바. 1999년 2월 제7차 개정의 주요내용

1999년 2월 공정거래법의 제7차 개정²⁴⁾에서는 부당한 공동행위에 대한 규제를 한층 더 강화할 목적으로 소위 미국 판례법상 인정되고 있는 당연위법의 법리를 받아들여 실질적인 경쟁제한성에 대한 입증의 필요 없이 특정한 행위의 존재 자체만으로 위법성을 인정하고자 하는 취지²⁵⁾에서 제19조 제1항 본문의 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는”라는 문구를 “부당하게 경쟁을 제한하는”으로 개정하였다. 하지만 개정 후에도 ‘부당성’을 위법성 판단요건으로 함으로써 당연위법의 법리를 채택하려던 입법취지가 달성되지 못한 것으로 평가되고 있다.²⁶⁾

21) 신현윤, 공정거래위원회 30년사, 219면.

22) 법률 제5235호, 일부개정 1996.12.30, 시행 1997.4.1.

23) 신현윤, 공정거래위원회 30년사, 223면.

24) 법률 제5813호, 일부개정 1999.2.5, 시행 1999.4.1.

25) 임영철, 공정거래법-해설과 논점, 217면에서 재인용.

26) 임영철, 공정거래법-해설과 논점, 217면.

사. 2001년 제9차와 2004년 제11차 개정의 주요내용

1996년 제5차 개정에서 도입된 부당한 공동행위를 최초로 신고한 자에 대해서만 과징금 등을 감면해주는 자진신고감면제도(제22조의2)는 도입된 후 이용실적이 극히 저조하여 2001년 제9차 개정²⁷⁾에서 부당공동행위의 효과적 감시를 위하여 공동행위 사실을 신고한 자뿐만 아니라 증거제공 등의 방법으로 공정거래위원회의 조사에 협조한 자까지 포함되도록 확대하였다(제22조의2 제1항 제2호).

또한 2004년 제11차 「공정거래법」 개정²⁸⁾은 일반국민이 기업의 불공정행위를 감시하는 기능을 확대할 필요성의 제기와 외국에서 발생한 가격담합 등 불공정행위로 피해를 입게 되는 국내 시장과 소비자 보호를 위해 외국기업에도 공정거래법을 직접 적용할 수 있는 법적 근거를 마련할 필요성²⁹⁾에 따라 개정되었다. 이에 공정거래법의 위반행위를 신고 또는 제보하고 이를 입증할 수 있는 증거자료를 제출한 자에 대하여 포상할 수 있도록 하는 규정을 신설하였고(제64조의2), 「공정거래법」 제2조의2에 “국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다.”는 역외적용 규정을 신설하였다.

또한 부당한 공동행위의 교사자에 대하여 제19조 제1항 본문에 “다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.”는 내용을 추가하여 제재근거를 마련하였고, OECD는 카르텔로 인한 폐해규모를 관련 매출액의 15%에서 20%정도로 추정하고 있으며, OECD와 WTO는 우리 공정거래법상 과징금 부과한도인 관련 매출액의 5%로는 카르텔을 억제하기 부족하다는 권고를 하였다.³⁰⁾ 이에 따라 2004년 개정에서 부당한 공동행위에 대한 과징금 부과한도를 관련매출액의

27) 법률 제6371호, 일부개정 2001.16, 시행 2001.4.1.

28) 법률 제7315호, 일부개정 2004.12.31, 시행 2005.4.1.

29) 이는 2002년 6개 흑연전극봉(Graphite Electrodes) 생산업체의 부당공동행위로 우리나라 시장에 직접적으로 영향을 미친 사실을 인정해 우리나라 공정거래법상 최초로 역외적용(Extraterritorial Application)을 인정하여 6개 업체에 시정명령과 과징금을 부과하였다(공정거래위원회 2002.4.4. 의결 제2002-077호).

30) 2004년 발간된 OECD 한국경제검토보고서와 WTO 무역정책검토회의 보고서에서 한국의 과징금 부과한도가 상향조정될 필요가 있다고 지적하였다(신현운, 공정거래위원회 30년사, 568면에서 재인용).

5%에서 10%로 상향하고, 매출액이 없는 경우에도 10억원에서 20억원으로 상향 개정하였다(제22조).

아. 2007년 8월 제14차 개정의 주요내용

2007년 8월 제14차 개정³¹⁾에서는 부당한 공동행위의 유형의 하나인 입찰담합이 종전에는 제19조 제1항 제1호의 가격고정이나 제3호의 상품의 생산·출고·수송 또는 판매의 제한이나 용역의 제공을 제한하는 행위, 제4호의 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위, 제8호의 다른 사업자의 사업활동이나 사업내용을 방해하거나 제한하는 행위 중의 하나로 규율됨으로써 초래되는 법적용상의 혼란을 방지하기 위하여 2007년 개정에서 독립된 행위유형으로 제19조 제1항 제8호에 “입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자, 투찰가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위”로 규정하였고, 우리나라의 경우 공공기관이 발주하는 공사나 물자조달과 관련하여 이루어지는 입찰담합이 심각한 것으로 알려져 있어³²⁾ 공공부문의 입찰과 관련된 공동행위를 실효성 있게 방지할 수 있는 장치로서 관계부처, 발주기관 등에 입찰담합 방지를 위한 자료제출 요구 기타 협조 요청 근거 및 발주기관의 입찰관련 정보 제출 의무조항을 제19조의2에 신설하였다.

또한 1986년 제1차 개정에서 신설된 제19조 제5항 부당공동행위의 추정조항은 예컨대 의식적 병행행위(conscious parallelism)나 사업자들 간에 합의가 없이 독자적 경영판단에 의하여 행한 것이 우연히 일치된 행태를 보이는 경우 등에도 부당공동행위로 추정되어 버리고, 해당사업자가 추정을 복멸하기 위하여 합의의 부존재를 입증하여야 하는 가혹한 결과가 생기게 할 수 있다는 비판을 받아왔다.³³⁾ 이에 따라 2007년 개정에서 제19조 제5항을 “2이상의 사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래분야 또는 상품·용

31) 법률 제8631호, 일부개정 2007.8.3, 시행 2007.11.4.

32) 이호영, 독점규제법(개정판), 홍문사, 2010, 185면.

33) 권오승, 경제법(제9판), 법문사, 2011, 248면; 신현운, 경제법(제3판), 법문사, 2010, 240면; 이호영, 독점규제법, 191면; 정호열, 경제법(제3판), 박영사, 2010, 332면; 양명조, “카르텔 추정조항의 입법적 개선방안”, 기업구조의 재편과 상사법: 박길준교수화갑기념논문집 II, 정문사, 1998, 1181면.

역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다.”고 개정하여 단순히 외형상 부당한 공동행위에 해당하는 행위가 존재할 뿐만 아니라 다양한 정황증거와 제반사정을 고려하여 개연성이 있는 경우에 한하여 합의의 존재를 추정할 수 있도록 규정하였다.³⁴⁾

그 외에도 공정거래위원회가 부당한 공동행위에 관한 심사 기준을 제정할 수 있는 근거 규정이 제19조 제6항에 신설되었고, 자진신고자 등에 대한 신원 보호 등에 관한 규정이 제22조의2 제2항에 신설되었다.

3. 담합의 성립요건인 합의의 내용

가. 담합의 성립요건

공정거래법 제19조 제1항은 2이상의 사업자가 스스로 부당한 공동행위를 행하는 경우와 다른 사업자에게 이를 행하도록 하는 경우 모두가 부당한 공동행위에 해당하도록 규정하고 있다.

첫 번째 유형의 부당한 공동행위가 성립하기 위하여서는 복수의 사업자 사이에 공동행위를 행하기로 하는 합의가 있어야 하고, 함께 행하기로 합의한 공동행위가 제19조 제1항 각호에 열거된 행위로서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당하여야 한다. 공정거래법은 종전에는 담합의 성립요건으로서 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’가 있어야 한다고 규정하였으나, 1992년 법 개정을 통하여 경쟁을 제한하는 ‘합의’만 있으면 담합이 성립하는 것으로 규정하였다. 따라서 현행법상으로 둘 이상의 사업자 간에 경쟁제한적 합의만 있으면 실제로 실행행위가 있지 않더라도 담합이 성립하게 된다.

두 번째로 공정거래법은 사업자가 다른 사업자로 하여금 법률이 정한 공동행위를 행하도록 하는 경우에도 부당한 공동행위가 성립하도록 하고 있다. 다른

34) 이호영, 독점규제법, 192면.

사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위는 애초에는 그러한 의사가 없던 사업자에게 부당한 공동행위를 행하도록 교사하는 행위를 의미하며, 단순히 다른 사업자의 부당한 공동행위를 방조하는 행위는 이에 해당하지 아니한다. 대법원도 “법률조항의 입법 취지 및 개정경위, 관련 법률조항의 체계, 이 조항이 시정명령과 과징금 납부명령 등 침익적 행정행위의 근거가 되므로 가능한 한 이를 엄격하게 해석할 필요가 있는 점 등을 고려할 때에 이는 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위를 의미하고, 다른 사업자의 부당한 공동행위를 단순히 방조하는 행위는 여기에 포함되지 않는다.”고 판시한 바 있다.³⁵⁾

형사법적인 시각에서 본다면 공정거래법 제19조 제1항은 추상적 위험범 규정에 해당한다. 추상적 위험범이란 법익의 충실한 보호를 위하여 당해 법익을 침해하는 행위가 아니라, 당해 법익을 침해할 수 있는 전형적인 행위 그 자체를 금지하는 범죄형식을 의미한다. 제19조 제1항에서 부당한 공동행위를 금지하고 있는 것은 자유로운 시장질서를 보호하기 위한 것이다. 그런데 자유로운 시장질서가 침해되는 결과는 부당한 공동행위가 실제로 수행되는 경우에 비로소 야기될 수 있다. 그럼에도 불구하고 공정거래법은 부당한 공동행위를 수행하기로 합의를 하면 곧바로 제19조 제1항의 위반이 인정되도록 하고 있다. 그것은 사업자들이 부당한 공동행위의 합의를 하게 되면 그에 기초하여 실제로 부당한 공동행위로 나아갈 가능성이 높으므로, 합의가 행하여지는 것 자체를 원천적으로 방지하는 것이 보다 더 효율적이라고 판단하였기 때문이다. 견해에 따라서는 제19조 제1항을 구체적 위험범으로 해석할 수도 있지 아니한가라는 의문을 제기할 수도 있을 것이지만, 합의 그 자체만으로는 시장질서를 훼손할 위험도 발생할 수 없다는 점을 고려할 때 이를 부정하여야만 할 것이다.

나. 사업자

법률이 규정하는 부당한 공동행위의 합의는 사업자만이 할 수 있다. 사업자란

35) 대법원 2009.5.14. 선고 2009두1556 판결.

제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다(법 제2조 제1호). 사업자 여부를 판단함에 있어서는 영위하는 활동이 어떠한 종류에 해당하는가는 별다른 의미를 갖지 않으며, 다만 그러한 활동이 사업에 해당하여야 한다는 점만이 중요하게 다루어질 뿐이다. 어떠한 활동을 사업을 행하는 행위로 볼 것인가가 문제되는데, 일반적으로는 “자신의 계산으로 경제적 이익을 제공하고 반대급부를 받는 행위를 계속적, 반복적으로 행하는 주체”에 해당하여야 한다고 보고 있다.³⁶⁾ 따라서 자신이 아니라 타인의 계산에 따라 업무를 집행하거나, 경제적 이익을 제공하고 있더라도 그에 대한 반대급부를 수령하지 아니하는 경우에는 사업을 행한다고 볼 수 없게 된다.

합의는 사업자 사이에 이루어져야만 한다. 즉 합의의 주체인 사업자는 각각 독립된 의사결정권한을 가진 경제적 주체에 해당하여야 한다. 이와 관련하여 모회사와 자회사, 자회사 상호간과 같이 형식적으로는 법인격이 분리되어 있으나 실질적으로는 하나의 사업자에 해당하는 관계에 있는 사업자들이 부당한 공동행위의 합의를 한 경우에도 제19조 제1항의 합의로 볼 것인가가 문제된다.

공정거래위원회의 『공동행위심사기준』³⁷⁾에서는 다수의 사업자를 실질적·경제적 관점에서 “사실상 하나의 사업자”로 볼 수 있는 경우에는 그들 사이의 합의에 대하여 제19조 제1항을 적용하지 아니한다고 규정하고 있다(공동행위심사기준, V.). 사실상 하나의 사업자에 해당하는가를 판단하기 위한 기준으로서는 첫 번째로 사업자가 다른 사업자의 주식을 모두 소유한 경우, 두 번째로 사업자가 다른 사업자의 주식을 모두 소유하지 아니한 경우라도 제반사정을 고려할 때 사업자가 다른 사업자를 실질적으로 지배함으로써 이들이 상호 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우의 두 가지를 제시하고 있다. 다만 이와 같이 사실상 하나의 사업자에 해당하는가의 여부를 판단하기 위한 기준은 입찰담합의 경우에는 적용되지 않도록 하고 있다.

36) 권오승, 경제법, 122면

37) 2009.8.21. 공정거래위원회 예규 제71호

다. 합의의 의미와 방법

부당한 공동행위는 사업자가 ‘계약·협정·결의 기타 어떠한 방법’으로 법률이 규정하고 있는 ‘다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는’ 행위를 할 것을 ‘합의’하는 것을 의미한다. 이때 합의가 무엇을 의미하고 어떠한 형태로 이루어져야 하는가에 관하여 공정거래법은 아무런 명문의 규정을 마련해 놓고 있지 않다. 다만 합의가 계약, 협정, 결의의 형태로 이루어질 수도 있으나, 반드시 그러한 방법에 의할 것을 요하지 않는다고 규정하고 있을 뿐이다.

공정거래법이 별다른 규정을 마련해 놓고 있지 아니하다는 점을 고려한다면 합의의 의미와 방법은 법해석의 일반원칙에 따라 정의하여야 한다고 볼 수 있을 것이다. 문헌에서는 합의는 일반적으로 당사자 사이의 의사 합의치를 의미하는 것으로 해석할 수 있을 것이라고 설명하고 있다.³⁸⁾ 나아가 법해석의 일반원칙에 비추어, 법률이 특히 명시적으로 행하여져야 한다거나 또는 기타 특정한 형식에 의하여야 한다고 규정하지 아니하고 있으므로, 합의는 명시적으로는 물론 묵시적으로 이루어질 수도 있으며, 특정한 형식을 갖춰야 할 필요는 없다고 보고 있다.³⁹⁾ 법률이 “계약 기타 어떠한 방법으로” 합의할 수 있다고 명시하고 있음을 고려하여 제19조 제1항의 합의가 인정되기 위하여 반드시 청약 및 승낙으로 이루어지는 법률적으로 유효한 계약이 있어야 할 필요는 없다고 보고 있다. 즉 합의는 당사자들 사이에 일정한 내용에 대하여 의사가 일치되었다는 명시적이거나 묵시적인 의사의 연락을 의미하는 것으로 족하다고 보는 것이다.⁴⁰⁾ 어느 한 사업자가 합의에 따를 의사 없이 진의 아닌 의사표시에 의하여 합의한 경우에도, 다른 사업자가 당해 사업자가 합의에 따를 것으로 신뢰하였으며, 당해 사업자는 다른 사업자가 위와 같이 신뢰하고 행동할 것이라는 점을 이용하였다면 제19조 제1항이 의미하는 부당한 공동행위가 있게 된다(공동행위심사기준, II.).

38) 제19조 제1항의 합의의 의미에 관한 여러 견해의 소개는 박도하, “3개 이동통신사의 무제한요금 상품 담합사례 분석 - 합의의 의미와 입증증도에 대한 소고 -”, 경쟁저널 제127호, 한국공정경쟁 연합회, 2006.6, 101면 이하 참조

39) 권오승, 경제법, 251면 양명조, 경제법강의(제8판), 신조사, 2010, 155면

40) 권오승, 경제법, 251면 양명조, 경제법강의, 155면

이상에서 소개한 합의에 관한 일반적인 설명은 원칙적으로 타당하지만, 부당한 공동행위의 실행행위로서의 합의가 갖는 이중적 성격을 충분히 고려하지는 않고 있어서 충분히 정확한 설명이라고 할 수는 없다. 제19조 제1항의 합의는 한편으로 본다면 사업자에 대하여 부당한 공동행위가 성립하기 위한 요건에 해당하지만, 다른 한편으로 본다면 이것은 실제로 합의를 수행한 개인에 대하여서는 범죄의 실행행위에 해당한다. 후자의 합의는 전자의 합의가 성립하기 위한 요건에 해당할 뿐이어서 전자의 합의와 후자의 합의를 서로 동일한 것으로 볼 수는 없는 것이다. 후자의 의미에서의 합의는 일반적으로 특정한 시간, 특정한 장소에서 실제로 발생한 사건을 의미하지만, 전자의 의미에서의 합의는 그러한 일회적인 사건의 발생을 의미하는 것이 아니라 사업자 사이에 공동행위를 행하기로 하는 합의가 존속하는 상태를 의미한다.

양자의 합의를 구별하는 것은 특히 부당한 공동행위의 종료시점이 언제인가 내지 몇 개의 부당한 공동행위가 행하여졌는가와 관련하여 중요한 의미를 갖는다. 예컨대 사업자(법인) 사이에 기본적인 합의가 존속하는 상태에서 지속적으로 매회 서로 다른 구성원들이 연락하여 부당한 공동행위의 세부적인 사항을 조율한 경우에 몇 개의 합의가 존재하는가의 문제가 그러한 예에 해당한다. 이러한 사례에서는 사업자에 대한 관계에서는 단지 하나의 합의, 즉 하나의 제19조 제1항 위반행위만이 존재하지만, 의사연락을 담당한 구성원 개개인에 대하여서는 각각 제19조 제1항의 위반행위가 성립하는 것이다. 이에 관한 사항은 뒤에서 보다 상세히 검토하기로 하겠다.

라. 합의의 내용인 공동행위

사업자들이 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를하기로 합의하였다고 하여 언제나 제19조 제1항이 규정하는 부당한 공동행위를 행한 것으로 평가되는 것은 아니다. 제19조 제1항이 열거하고 있는 행위유형 중의 어느 하나에 해당하는 행위를 행하기로 합의한 때에만 부당한 공동행위의 합의가 존재하게 된다. 즉 제19조 제1항 위반이 있는가를 판단하기 위하여서는 합의한 행위가 제19조 제1항에서 열거한 행위유형 중의 어느 하나에 해당하는가를 검토해 보아야 하는 것이다.

1) 가격의 결정·유지·변경(가격협정, 제19조 제1항 제1호)

가격협정은 부당한 공동행위 중 가장 대표적인 예에 해당한다. ‘가격’이란 사업자가 거래의 상대방에게 상품 또는 용역을 제공하고 반대급부로 받는 일체의 경제적 대가를 의미하며, 권고가격, 기준가격, 표준가격, 수수료, 임대료, 이자 등 명칭 여하를 불문한다(공동행위심사기준, III. 1.). 가격을 ‘결정·유지 또는 변경’하는 행위에는 가격을 인상하는 행위뿐만 아니라 가격을 인하하거나 현행 가격을 유지하는 행위, 최고가격이나 최저가격을 설정하는 행위도 포함된다(공동행위심사기준, III. 1.). 예를 들면 LPG 판매가격 담합사건처럼 E1, SK가스, SK에너지, GS칼텍스, 현대오일뱅크, S-OIL 등 국내 6개 LPG 공급회사가 2003년부터 2008년까지 6년 동안 LPG(프로판, 부탄) 판매가격을 담합한 경우로서 공정거래위원회는 국내 6개 LPG 공급회사가 담합해 온 사실을 적발하고, 이들 6개사에 대하여 시정명령, 총 6,689억의 과징금 부과, 그리고 검찰에 고발하기로 결정하였다⁴¹⁾

이러한 가격협정은 확정가격의 설정, 인상률의 설정, 재판매가격의 설정, 그리고 리베이트율이나 마진율을 설정하는 방법으로 이루어진다. 가격협정은 참가사업자들이 이윤을 실감할 수 있어서 가장 쉽게 이루어지는 공동행위이다. 또한 가격협정은 경쟁에 대한 직접적이고 실질적인 제한이 되기 때문에 엄격히 규제된다.⁴²⁾

2) 상품의 거래 및 대금지급 조건 결정(거래조건협정, 제19조 제1항 제2호)

거래조건이란 상품 또는 용역의 품질, 거래의 장소, 거래의 방법, 운송조건 등과 같이 상품 또는 용역의 거래와 관련된 조건을 의미한다(공동행위심사기준, III. 2.). 대금 또는 대가의 지급 조건이란 지급 수단, 지급 방법, 지급 기간 등과 같이 대금 또는 대가의 지급과 관련된 조건을 뜻한다(공동행위심사기준, III. 2.).

예를 들면 패스트푸드 사업자들이 서비스 차원에서 실시하던 탄산음료 리필서비스를 일시에 중단하기로 합의하는 행위가 이에 해당한다.⁴³⁾ 거래조건협정은

41) 공정거래위원회 보도자료, 공정위, LPG 판매가격 담합에 엄중 제재, 2009.12.2자.

42) 양명조, 경제법강의, 211면.

대금지급방법의 제한, 상품인도일로부터 대금지급기일까지의 기간 제한, 상품의 인도장소 및 방법 제한 등이 있다.⁴⁴⁾

3) 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한(거래량 제한협정, 제19조 제1항 제3호)

거래량 제한협정은 사업자별로 상품의 생산·출고·운송·거래를 제한하거나 용역조건을 제한하기로 공동으로 합의하는 것을 말한다. 여기에는 상품 또는 용역의 거래에서 생산량, 판매량, 출고량, 거래량, 수송량 등을 일정한 수준 또는 비율로 제한하거나 사업자별로 할당하는 행위가 포함되며, 가동률, 가동시간, 원료구입 여부 또는 비율 등을 제한함으로써 실질적으로 생산·출고·수송을 제한하는 행위도 포함된다(공동행위심사기준, III. 3.).

예를 들면 설탕 담합사건은 국내 설탕 3사(CJ, 삼양사, 대한제당)가 1991년부터 15년간 협의를 통해 출고 물량과 가격을 조절해 부당이득을 챙겼다고 한다. 3사는 원당 수입 자유화(1991년) 이후 경쟁이 치열해질 것을 우려, 매년 영업본부장들이 회의를 열어 출고 물량을 자유화 이전 수준(CJ 48.1%, 삼양사 32.4%, 대한제당 19.5%)으로 유지하기로 담합하였고, 원당 가격 변화가 있을 때마다 설탕 출고가도 협의를 통해 조절한 경우가 이에 해당한다.⁴⁵⁾

거래량 제한 협정에 관하여 종전 규정에서는 ‘상품의 판매나 용역의 제공’이었으나 1994년 제4차 개정에서 ‘상품의 거래나 용역의 거래’로 개정하여 공급자 뿐만 아니라 구매자의 공동행위도 규제대상으로 하였다.

4) 거래지역 또는 거래상대방 제한(시장분할협정, 제19조 제1항 제4호)

시장분할협정은 사업자간에 거래지역 또는 거래상대방을 제한하기로 합의하는 행위이다. 예를 들면 정유회사의 주유소 나눠먹기 담합사건으로 정유 4사(SK, GS칼텍스, 현대오일뱅크, S-Oil)가 시장점유율을 안정적으로 유지하고자 원적관

43) 공정거래위원회(www.ftc.go.kr/policy/compet/collusionJoint.jsp)

44) 양명조, 경제법강의, 213면.

45) 한국경제, 설탕담합 3사에 과징금 511억원, 2007.7.22자.

리원칙⁴⁶⁾에 따라 주유소 확보경쟁을 제한하기로 담합한 행위에 대해 과징금 총 4,348억원을 부과하고, 담합에 적극 가담한 3개사(SK, GS, 현대오일뱅크)는 검찰에 고발하기로 하였다.⁴⁷⁾

시장분할협정은 판매지역할당, 신규거래처 확장금지, 거래처할당, 공동 판매기구 설치 등의 형태로 이루어진다. 시장분할협정은 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위로 사업자간의 판매경쟁을 제한하고 소비자의 선택권을 침해하는데, 이러한 시장분할협정은 가격에 직접적인 영향을 미치지 않는다고 경쟁제한적 효과가 약하여 가격협정의 보조수단으로 많이 사용된다.⁴⁸⁾

5) 설비의 신·증설 또는 장비도입 제한(설비제한협정, 제19조 제1항 제5호)

공동행위의 한 유형으로 사업자간에 생산·판매시설 등 설비의 규모를 합의하거나 신·증설을 방해 또는 제한하기로 합의하는 것도 포함된다.⁴⁹⁾ 생산설비의 확충을 제한하는 것은 공급제한협정과 달리 생산량·판매량을 직접 제한하는 것은 아니지만 간접적으로 가격에 영향을 미치게 된다. 따라서 설비를 제한하는 합의 그 자체만으로는 부당한 공동행위가 성립하기 어렵고 가격의 유지나 인상과 연결 지을 수 있을 경우에 부당한 공동행위를 인정할 수 있다. 그러므로 가까운 장래의 수요에 대하여 충분한 공급능력을 만족시키는 경우는 규제 대상이 되지 않으며 과잉설비 폐기의 경우에도 규제대상이 되지 않는다.⁵⁰⁾

6) 상품·용역의 종류·규격 제한(제19조 제1항 제6호)

사업자간에 상품 또는 용역의 생산과 거래시에 그 종류·규격을 제한하기로 합의하는 것으로서, 특정 종류 또는 규격의 상품 또는 용역을 생산 또는 거래하지 않도록 하는 행위, 사업자별로 상품 또는 용역의 종류 또는 규격을 할당하는

46) 정유사들이 자기 계열주유소 또는 과거 자기 계열주유소였던 무플주유소에 대해 기득권을 서로 인정하여, 경쟁사의 동의 없이 타사 원적주유소를 임의적으로 유치하지 않는 영업 관행이다.

47) 공정거래위원회 보도자료, 정유 4사 “주유소 나눠먹기 담합” 담합… 과징금 4,348억원 2011.5.26자.

48) 양명조, 경제법강의, 215면.

49) 공정거래위원회(www.ftc.go.kr/policy/compet/collusionJoint.jsp)

50) 양명조, 경제법강의, 215면.

행위, 새로운 종류 또는 규격의 상품 또는 용역의 생산 또는 공급을 제한하는 행위가 포함된다(공동행위심사기준, III. 6.).

예를 들면 온라인 음원서비스 담합사건으로 온라인음악서비스 업체들은 지난 2008년 2월부터 재생기거나 기간에 상관없는 음악파일, 즉 Non-DRM(Digital Rights Management) 음원유통이 허용되자 과열경쟁에 따른 가격하락을 막기 위해 담합을 주도했다. 이들 업체는 2008년 5월 멜론(SK텔레콤·로엔), 도시락(KT·KT뮤직), 엠넷(엠넷), 벅스(네오위즈벅스) 사이트를 통해 판매되는 상품을 40곡에 5,000원, 150곡에 9,000원으로 정하는 등 가격과 상품규격을 담합하고, 특히 무제한 다운로드 상품은 아예 출시하지 않았다. 또 음원유통 사업자들도 음원 가격 하락을 막기 위해 같은 해 6월 무제한 서비스 업체에 음원을 공급하지 않고 곡수 제한이 있는 업체에만 음원을 공급하도록 담합하였다.⁵¹⁾

상품 또는 용역의 종류·규격에 제한을 하면 참가 사업자간의 경쟁이 제한되고 새로운 상품·용역 또는 다른 규격의 상품이나 용역의 시장진입이 방해받는다. 이에 더하여 신제품·용역의 개발에도 영향을 주어 소비자의 선택권을 침해하게 된다.⁵²⁾

7) 영업의 주요부분 공동관리(회사 등의 설립, 제19조 제1항 제7호)

영업의 주요부분을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사 등을 설립하는 것 또한 공동행위의 한 형태이다. 예를 들면 정화조 회사들이 공동 판매회사를 설립, 판매창구를 단일화하여 생산·판매단계에서의 경쟁을 제한하는 행위가 이에 해당된다.⁵³⁾

영업의 주요부분을 공동으로 수행·관리하는 행위 또는 그러한 공동관리나 수행을 위한 회사의 설립은 가격이나 거래조건 등에서 경쟁을 배제하고 독점형성의 효과가 생길 수 있으므로 규제의 대상이 되는 것이다.⁵⁴⁾

51) 서울경제, 무제한 다운로드 서비스 왜 없나 했더니...온라인 음원업체들 담합 때문, 2011.3.1자.

52) 양명조, 경제법강의, 216면.

53) 공정거래위원회(www.ftc.go.kr/policy/compet/collusionJoint.jsp)

54) 양명조, 경제법강의, 215면.

8) 입찰담합(제19조 제1항 제8호)

입찰담합이란 입찰 또는 경매에 있어 사업자간에 낙찰자, 경락자 투찰가격, 낙찰가격 또는 경락가격 등을 합의하는 것이다. 여기에는 낙찰예정자 또는 경락예정자를 사전에 결정하고 그 사업자가 낙찰 또는 경락받을 수 있도록 투찰여부나 투찰가격 등을 결정하는 행위, 낙찰가격 또는 경락가격을 높이거나 낮추기 위하여 사전에 투찰여부나 투찰가격 등을 결정하는 행위, 다수의 입찰 또는 경매에서 사업자들이 낙찰 또는 경락받을 비율을 결정하는 행위, 입찰 또는 경매에서 사전에 설계·시공의 방법을 결정하는 행위, 그 밖에 입찰 또는 경매의 경쟁요소를 결정하는 행위가 포함된다(공동행위심사기준, Ⅲ 8.). 예를 들면 정유사들이 군납 유류 입찰 때 합의하여 순번을 정하여 낙찰자를 정하고 나머지 업체들은 들러리로 입찰에 참여하는 것을 말한다.⁵⁵⁾

입찰담합은 2007년 새로 규정된 부당공동행위 유형이다. 그 이전에 입찰관련 담합행위가 없었던 것은 아니고, 가격담합 등 다른 유형의 담합으로 규제하던 것을 하나의 유형으로 규제 근거를 마련한 것이다. 특히 공공부문에 있어서 입찰담합의 폐해가 심각하여 2007년 공정거래법을 개정하여 공정거래법 제19조의2에 공정거래위원회가 다른 정부부처 또는 관련기관의 입찰관련 자료의 제출과 협조를 받을 수 있도록 하는 규정도 신설하였다.

9) 다른 사업자의 활동방해(제19조 제1항 제9호)

공정거래법 제19조 제1항 제9호는 “제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위”를 부당공동행위의 한 유형으로써 규제하고 있다. 이는 부당공동행위의 유형에 대한 한정적 열거주의를 유지하되 경쟁제한의 개연성이 높은 가격정보의 교환이나 특허의 공동이용(patent pool)과 같은 유형의 공동행위도 규제대상으로 포괄하고자

55) 공정거래위원회(www.ftc.go.kr/policy/compet/collusionJoint.jsp)

하는 취지에서 입법된 것이다.

다른 사업자의 활동 방해행위에는 예컨대 영업장소의 수 또는 위치를 제한하는 행위, 특정한 원료의 사용비율을 정하거나 직원의 채용을 제한하는 행위, 자유로운 연구·기술개발을 제한하는 행위 등과 같이 다른 사업자의 사업 활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한하는 행위가 포함된다(공동행위심사기준, Ⅲ 9.). 예를 들면 교복 공동구매 입찰참여 방해 담합사건이 있다. 제일모직 등 학생복 3사는 학부모들이 추진하는 입찰방식의 학생복 공동 구매활동에 공동으로 대응하기로 하고 여러 차례 회의를 열어 위 공동구매 활동의 전국적인 확산을 방지하고 다른 학생복 제조·유통업체들의 입찰 참여 등을 방해하기로 합의하고, 나아가 입찰의 저지 및 공동구매의 확산방지를 위하여 지역별 협의회와 대리점들로 하여금 다른 일반 업체들과 함께 시위 등으로 실력을 행사하도록 하거나, 입찰을 무산·지연시키기 위하여 사전 합의하에 입찰에 참여하기도 하고 이로 인하여 입찰을 무산시키기도 한 점, SK글로벌의 주도로 교육부, 중소기업청에 대한 청원 및 서명운동 등을 추진하면서 업무연락 등을 통하여 위와 같은 행위를 지시하거나 지원하는 등 부당한 공동행위를 하였다.⁵⁶⁾

특히 2007년 개정에 의하면 ‘다른 사업자’에는 그 행위를 한 사업자가 포함되어 동 규정의 활용도가 높아지게 되었다고 평가된다.⁵⁷⁾ 나아가 공동행위 참여 사업자들이 공동행위에 참여하지 않은 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한하는 경우뿐만 아니라, 공동행위에 참여한 사업자 자신들의 사업활동 또는 사업내용을 제한하는 경우도 포함된다(공동행위심사기준, Ⅲ 9.).

마. 부당성 및 경쟁제한성

1) 독립한 구성요건표지로서의 부당한 경쟁제한성

공정거래법 제19조 제1항은 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하

56) 대법원 2006.11.9. 선고 2004두14564 판결.

57) 양명조, 경제법강의, 219면.

나에 해당하는 행위를 할 것을 합의”하는 것을 금지하고 있다. 동 조문을 해석함에 있어서는 제19조 제1항에 열거된 행위에 대한 합의가 있으면 곧 부당성과 경쟁제한성의 요건이 충족되는 것으로 보아야 하는지, 아니면 열거된 행위에 대한 합의가 있음이 확인된 이후 추가적으로 부당성과 경쟁제한성의 요건 충족 여부가 심사되어야 하는지가 문제될 수 있다.

공정거래위원회는 공정거래법 제19조 제1항이 부당한 공동행위의 세부유형을 열거하고 있다고 보고 있다(공동행위심사기준, III). 즉 제19조 제1항이 열거하는 행위 중의 어느 하나를 행하기로 합의하면 - 부당성에 대한 별도의 심사 없이 - 당연히 부당한 공동행위의 합의가 있는 것으로 보는 것이다. 그리고 공정거래위원회는 ‘경쟁제한성’을 부당한 공동행위의 위법성을 판단하기 위한 기준 중의 하나에 해당하는 것으로 보고 있다(공동행위심사기준, IV.). 다만 공정거래위원회는 공동행위의 위법성을 심사함에 있어서 경쟁제한성 이외에 효율성 증대 효과라는 기준을 추가적으로 사용하고 있다.

대법원도 경쟁제한성은 물론 부당성 요건에 대하여서도 독자적인 의의를 인정하고 있는 것으로 보인다. 경쟁제한성과 관련하여 대법원은 “어떠한 공동행위가 구 공정거래법 제19조 제1항이 정하고 있는 경쟁제한성을 가지는지 여부는 … 당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단하여야 한다.”고 판시하여, 부당한 공동행위의 성부 판단에서 당해 행위가 경쟁제한적인 것인지를 검토할 것을 요구하고 있다.⁵⁸⁾

그리고 대법원은 부당성 요건에 관하여 일단은 예컨대 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위의 경우 그러한 행위가 있으면 곧 “가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로, 그와 같은 사업자들의 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수밖에 없다.”고 하여 공정거래위원회와 마찬가지로 제19조 제1항이 열거하는 유형의 행위가 있으면 곧 부당성 요건이 충족되는 것으로 보고 있다.⁵⁹⁾ 그러나 여기에서 더 나아가 대법원은 “그 공동행

58) 대법원 2011.5.26. 선고 2008두20376 판결.

위가 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우라든지 또는 경제전반의 효율성 증대로 인하여 친경쟁적 효과가 매우 큰 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 부당하다고 할 수 없다.”고 하여 부당성의 해석과 정에서 다양한 관점이 고려될 수 있음을 밝히고 있다.⁶⁰⁾

2) 경성 공동행위와 연성 공동행위의 구별과 부당한 경쟁제한성의 심사

공정거래위원회는 부당한 공동행위를 경성 공동행위와 연성 공동행위로 나누어 공동행위의 위법성을 심사하고 있다. 경성 공동행위란 공동행위의 성격상 경쟁제한의 효과만을 가져오는 행위를 의미한다. 직접적으로 관련시장에서 가격을 인상하거나 산출량을 감소시키는 효과를 가져오는 행위, 예컨대 경쟁관계에 있는 사업자들이 공동으로 가격을 결정 혹은 변경하거나 산출량을 결정 혹은 조정하거나 거래지역 또는 거래상대방을 제한·할당하거나 입찰가격 또는 낙찰예정자를 사전에 결정하는 행위 등은 경성 공동행위에 해당한다(공동행위심사기준, IV.1.가.). 경성 공동행위는 행위 자체가 직접적으로 경쟁을 제한하여 가격상승·산출량 감소를 초래하기 때문에 구체적인 시장분석이 없더라도 위법한 공동행위로 판단하게 된다(공동행위심사기준, IV.1.가.). 즉 경성 공동행위로 분류되는 행위를 행하기로 합의한 경우에는 곧 당해 행위가 부당한 것으로 사실상 추정된다고 보고 있는 것이다. 다만 경성 공동행위로 분류되는 행위에 대한 합의가 있다고 하여도 그것이 효율성증대 효과의 목적을 달성하기 위해 합리적으로 필요하다고 인정되는 경우에는 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과 등을 종합적으로 고려하여 위법성 여부를 판단한다(공동행위심사기준, IV.1.가.).

연성 공동행위는 경성 공동행위를 제외한 행위로서 일반적으로 경쟁제한 효과 이외에 효율성 증대 효과를 함께 발생시키는 행위를 의미한다. 연성 공동행위의 경우에는 행위 자체만으로도 이미 경쟁제한적 효과를 발생시키지 아니하는 행위에 해당할 수 있으며, 설령 경쟁제한적 효과를 발생시키는 경우에도 이것과 그로 인하여 발생하는 효율성 증대 효과를 비교, 교량하여 공동행위의 위법성 여

59) 대법원 2011.5.26. 선고 2008두20376 판결.

60) 대법원 2009.7.9. 선고 2007두26117 판결.

부를 판단하게 된다(공동행위심사기준, IV.1. 나.).

공정거래위원회가 공정거래법 제19조 제1항을 적용함에 있어서 이와 같이 경쟁 공동행위와 연성 공동행위를 구별하고 각각에 대하여 서로 다른 요건을 적용하는 것에 대하여서는, 아무런 법적 근거가 없다는 비판도 제기되고 있다.⁶¹⁾ 공정거래법 제19조 제1항은 공동행위의 부당성과 경쟁제한성을 심사하도록 하고 있을 뿐이어서, 법률의 명문의 규정으로부터는 부당한 공동행위의 성립 여부를 행위 유형에 따라 다르게 판단하여야 하는 근거를 발견해낼 수 없기 때문이다. 그러나 공동행위의 부당성이라는 개념은 지극히 추상적이고 규범적인 개념이어서, 그것을 구체화함에 있어서 행위유형을 분류하고, 분류된 행위유형에 따라 서로 다른 기준을 적용하는 것에 대하여 법적 근거가 없는 것이라고 단정하기는 곤란할 것으로 보인다. 다만 후술하는 바와 같이 제19조 제1항이 형벌구성요건으로서도 기능한다는 점을 고려한다면 부당성과 같이 추상적이고 불명확한 개념을 형벌구성요건요소로 사용하는 것이 적절한가에 대하여서는 의문이 제기될 수 있을 것이다.

4. 합의의 추정

가. 합의추정의 취지

공정거래법 제19조 제1항의 합의는 명시적일 필요가 없으며, 특정한 형식에 의하여 이루어질 필요도 없다. 즉 부당한 공동행위의 합의는 사업자 사이에 부당한 공동행위를 행하겠다는 의사의 일치가 있는 것만으로도 성립하게 된다. 이러한 합의는 당연히 은밀하게 그리고 비밀리에 이루어질 것이다. 따라서 사업자들이 이러한 합의를 하였다는 사실을 입증하는 것은 매우 어려울 것이다. 이러한 사정을 고려하여 입법자는 합의추정 규정을 마련함으로써 공정거래위원회의 입증부담을 완화시켜 주고 있다. 공정거래법 제19조 제5항은 사업자가 동조 제1항이 규정하는 행위를 하는 경우로서 “제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자

61) 예컨대 이봉의, “공정거래법상 카르텔의 부당성 판단”, 사법 제2호, 사법연구지원재단 2007.12, 124면 이하.

들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때”에는 사업자 사이에 제1항이 규정하는 합의가 존재하는 것으로 추정된다고 규정하고 있다.

공정거래법 제19조 제5항의 합의추정의 규정은 2007년 8월 법개정 과정에서 문구가 상당부분 개정되었다. 2007년 법개정 이전에 제19조 제5항은 사업자들이 “경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 행한 경우 同 사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.”고 규정하고 있었다. 그런데 현행 제19조 제5항에서는 구법에서 규정하고 있던 경쟁의 실질적 제한 요건을 삭제하였고, 그 대신 “제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성”이 인정될 것을 추가하였다. 문헌에서는 합의추정 규정이 어떠한 의미를 갖고 있는가 내지 2007년 법개정으로 인하여 그것의 의미가 달라졌는가에 대하여 다양한 논의가 진행되고 있다.

나. 합의추정 규정의 법적 의의

1) 개정 이전 법률의 합의추정 규정의 의미에 관한 대법원의 해석론

대법원은 2007년 개정 이전의 舊공정거래법을 적용한 판결에서 제19조 제5항의 합의추정 규정은 공정거래위원회가 합의 대신 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성의 두 가지 간접사실만 입증하면 제19조 제1항이 적용될 수 있도록 하는 규정에 해당한다고 판시하였다.⁶²⁾ 그리고 제19조 제5항에 기하여 ‘사업자들의 합의’를 추정하기 위해서는 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘경쟁제한성’의 입증만으로써 족한 것이지, 이에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정케 할 정황사실이 입증되어야만 하는 것은 아니라고 판시하였다.⁶³⁾ 나아가 대법원은 제19조 제5항의 취지와 구조에 비추어 볼 때 행위의 외형상 일치 여부를 판단함에 있어서는 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추단하게 하는 데 그치는 정황사실은 고려하여서는 안 된다고 판시하였다.⁶⁴⁾

62) 대법원 2002.3.15. 선고 99두6514, 6521 판결.

63) 대법원 2002.3.15. 선고 99두6514, 6521 판결.

2007년 법개정 이전에는 제19조 제5항은 “사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 … 행위를 하고 있는 경우 … 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.”고 규정하고 있어서 행위의 외형상의 일치가 있는 것으로 판단된다면 곧 합의가 존재하는 것으로 추정되었다. 대법원은 이와 같은 명문의 규정에 따라 제19조 제5항을 적용함에 있어 합의를 추정하도록 하는 정황사실이 입증될 필요는 없다는 점을 강조하고 있었던 것이다.

그러나 이러한 대법원의 해석론은 현행 제19조 제5항을 해석함에 있어서 그대로 유지되기는 힘들 것으로 보인다. 그것은 현행 제19조 제5항은 “사업자가 … 행위를 하는 경우로서 … 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때 … 합의한 것으로 추정한다.”고 규정함으로써 행위의 외형상 일치 이외에 합의의 존재를 추단하도록 하는 제반사정이 입증될 것을 요구하고 있기 때문이다.

2) 개정된 합의추정 규정에 대한 학설의 해석

아직까지 개정된 공정거래법 제19조 제5항의 의미와 관련하여서는 대법원 판시가 내려진 바는 없는 것으로 보인다. 그런데 많은 문헌에서는 2007년 개정된 제19조 제5항이 사실상 별다른 의미를 갖지 않는다고 주장하고 있다. 예컨대 법개정 과정에서 새로 추가된 요건은 “정황사실에 의한 합의의 추정, 즉 사실상의 추정과 동일하고 일반적으로 법률의 규정이 없더라도 가능”하므로 개정된 “제19조 제5항은 단지 법집행상 합의의 입증곤란에 비추어 정황증거 등을 근거로 합의를 추정할 수 있다는 사실에 주의를 환기시키고 이를 입법적으로 확인하는 의미를 가질 뿐”이라고 설명하거나,⁶⁴⁾ “종래에도 제19조 제1항에 기초하여 행위의 일치를 토대로 의사의 연락을 보여주는 정황증거를 통하여 합의를 사실상 추정할 수 있었던 점을 고려할 때 개정법이 규정하고 있는 법률상 추정의 독자적인 의미가 무엇인지는 다분히 의문”이라는 지적이 제기되기도 했다.⁶⁵⁾

64) 대법원 2009.4.9. 선고 2007두6892 판결.

65) 예컨대 이호영, 독점규제법, 192면.

66) 예컨대 이봉의, “공정거래법상 카르텔의 부당성 판단”, 123면 이하.

또 다른 견해는 “현행 법규정은 합의를 입증할 직접증거가 없는 상태에서 … 여러 정황증거를 종합하여 합의를 사실상 추정하는 경우와 구조적인 차이가 별로 발견되지 않는다.”고 지적하면서, 현재의 해석론에 의한다면 “공정거래위원회가 동일한 사실관계를 두고 제19조 제1항과 제5항을 선택적으로 적용하도록 허용하면서, 법 제19조 제1항이 적용된 경우에는 사실상 추정에 그치는 대신에 형사처벌이 가능한데 반하여, 법 제19조 제5항이 적용될 경우에는 법률상 추정이 되어 사업자에게 그 추정을 반복하기 위한 입증책임이 전환되는 효과가 발생하는 대신에 형사처벌을 할 수 없는 실무적인 차이”가 있게 될 뿐이라고 주장하기도 한다.⁶⁷⁾

3) 제19조 제5항의 법적 의미

공정거래법 제19조 제1항의 부당한 공동행위의 합의는 이를 사업자에 대하여 적용하는 경우와 합의를 수행한 개인에 대하여 적용하는 경우 서로 다른 의미를 부여받게 된다는 점은 이미 살펴본 바와 같다. 그렇다면 제19조 제5항에 의하여 합의추정이 어떠한 법적 의미를 갖는가에 대한 검토 역시 동조를 사업자에 대하여 적용하는 경우와 개인에 대하여 적용하는 경우로 나뉘어 이루어져야 할 것이다.

가) 사업자에 대하여 적용되는 경우

2007년 법개정 이전에는 공정거래위원회는 사업자가 부당한 공동행위를 행하였음을 주장함에 있어서는 다음과 같은 방법 중의 하나를 선택할 수 있었다. 첫 번째는 사업자 사이에 합의가 있었음을 직접증거에 의하여 입증하는 것이다. 예컨대 합의내용이 문서화되었고, 그 문서가 증거로 제출된 경우가 그러한 전형적인 예에 해당할 것이다. 두 번째는 사업자 사이에 합의가 있었음을 간접증거나 정황증거에 의하여 입증하는 것이다. 예컨대 사업자들이 협의체를 구성한 이후

67) 홍대식, “공정거래법상 카르텔 규제의 쟁점 - 실체법적 쟁점을 중심으로 -”, 규제연구 제19권 제2호, 한국경제연구원, 2010.12, 121면 이하.

가격결정과 관련된 사항은 물론 사업의 추진방식과 진행상황 등에 대하여 지속적으로 정보를 교환하고 논의를 진행하여 왔다는 사정 등을 제시함으로써 합의의 존재를 입증할 수 있었을 것이다. 이상의 방법은 제19조 제1항을 곧바로 적용하는 방법에 해당하며, 현행 공정거래법 하에서도 동일하게 사용할 수 있는 방법에 해당한다.

법개정 이전에는 이외에도 외형상 부당한 공동행위가 행하여졌음을 입증함으로써 당해 사업자가 부당한 공동행위를 행한 것으로 보아야 한다고 주장할 수 있었다. 이 경우에는 합의가 존재한다는 사실에 관하여서는 직접증거는 물론 간접증거도 제시될 필요가 없었다. 이러한 주장이 가능하였던 것은 물론 개정 이전의 제19조 제5항이 행위의 외형상 일치가 있음이 입증되면 곧 합의가 법률상 추정되도록 규정하고 있었기 때문이다. 일단 합의가 추정되면 입증책임이 전환되어 사업자 측에서 행위의 외형상 일치가 합의에 의한 것이 아님을 입증하여야만 하였다. 그러나 2007년 법개정 이후 공정거래위원회는 더 이상 외형상 부당한 공동행위가 행하여졌음을 입증함으로써 합의가 존재하는 것으로 추정된다고 주장하는 세 번째의 방법을 사용할 수 없게 되었다. 이미 살펴본 바와 같이 현행 제19조 제5항은 - 행위의 외형상 일치 이외에 - 사업자간에 합의가 이루어졌을 상당한 개연성이 있음을 입증해주는 간접증거를 제시할 것을 요구하고 있기 때문이다.

제19조 제5항이 존재하지 아니하여도 합의의 존재를 추정하도록 하는 정황증거를 제시하는 방법으로 합의의 존재를 입증하는 것이 가능함은 물론이다. 종래 형사사건에서도 간접증거에 의하여 범죄사실을 입증하는 것이 허용되고 있어 왔음을 고려한다면,⁶⁸⁾ 보다 덜 침익적인 행정제재처분의 부과요건이 충족되었음을

68) 법원이 종래 피고인이 고의, 공모와 같은 주관적 구성요건표지의 존재를 부인하는 경우 간접증거에 의하여 이를 입증할 수밖에 없다고 판시하여 왔다. 예컨대 대법원 2000.7.7. 선고 2000도1899 판결에서 “피고인이 행위를 하였음은 인정하면서도 공모 내지 범의 등을 부인하는 경우 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접 사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이라”고 판시한 바 있다. 또한 대법원은 형량이 무거운 범죄에 대하여서도 직접증거 없이 간접증거에 의하여 범죄성립을 인정할 수 있다고 판시하고 있었다. 또한

간접증거에 의하여 입증하는 것은 당연히 허용된다고 보아야 하기 때문이다. 이러한 사정을 고려한다면 개정된 제19조 제5항이 정황증거에 의하여 합의추정이 가능하도록 규정하고 있는 것은 별다른 의미가 없다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이것만으로 제19조 제5항이 별다른 독자적 의미를 갖지 않는다고 단정하는 것은 지나치게 성급하게 결론을 내리는 것이다.

법개정 이전의 제19조 제5항은 종래 인정되어 온 바와 같이 합의의 存否에 대한 거증책임을 사업자에게로 전환시키는 기능을 수행하여 왔다. 공정거래위원회가 사업자들이 외형상 부당한 공동행위에 해당하는 행위를 하였음을 입증하게 되면, 이제 사업자들이 그러한 행위의 외형상의 일치가 합의에 의하여 발생한 것이 아님을 입증하여야만 했던 것이다. 그러나 법개정 이후에는 행위의 외형상의 일치 이외에 “제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성”이 있음을 입증하여야 비로소 제19조 제5항이 적용될 수 있게 되어서 법개정 이전에 인정되었던 것과 같은 의미에서의 입증책임의 전환은 더 이상 인정될 수 없게 되었다.

그러나 그렇다고 하여 제19조 제5항이 법적으로 아무런 독자적 의미를 갖지 아니하는 것은 결코 아니다. 개정된 제19조 제5항은 입증의 정도와 관련하여 의미를 가질 수 있을 것이다. 사업자들이 공정거래위원회의 판단에 불복하여 법원의 심판을 구하는 경우, 법원의 입장에서 볼 때 제19조 제1항의 요건이 충족되었다고 보기 위하여서는 심증형성이 어느 정도에 이르러야 하는지가 문제될 수 있다. 민사재판에서는 법원은 고도의 개연성의 확신을 얻은 때에만 사실을 인정할 수 있다.⁶⁹⁾ 형사재판에 있어서 요구되는 심증의 정도는 이보다 더 높다. 형

대법원은 2008.3.13. 선고 2007도10754 판결에서 “살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만에 의하여 유죄를 인정할 수 있고 피해자의 시체가 발견되지 아니하였더라도 간접증거를 상호 관련하여서 종합적으로 고찰하여 살인죄의 공소사실을 인정할 수 있다”고 판시한 바 있다.

69) 예컨대 대법원은 “민사소송에서 사실의 입증은 추호의 의혹도 있어서는 아니 되는 자연과학적 증명은 아니나, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이고, 그 판정은 통상인이라면 의심할 품지 않을 정도일 것을 필요로 한다.”고 판시하고 있다(대법원 2010.10.28. 선고 2008다6755 판결 참조). 동일한 내용을 설명하는 문헌으로는 이시윤, 민사소송법(제5판), 박영사, 2009, 469면

사소송법 제307조 제2항은 법원이 유죄판결을 하기 위하여서는 범죄사실이 존재한다는 데에 대하여 합리적인 의심의 여지가 없을 정도의 심증이 형성되어야 한다고 규정하고 있기 때문이다.⁷⁰⁾ 그러나 제19조 제5항은 합의를 하였을 상당한 개연성이 입증되면 족하도록 규정하고 있어서 공정거래위원회가 사업자에 대하여 과징금 등의 행정제재를 부과함에 있어서 요구되는 입증의 정도를 완화하고 있다. 공정거래위원회는 사업자들이 합의를 하였다는 점을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 입증하거나 합의를 하였을 고도의 개연성이 있음을 입증하여야 하는 것이 아니라, 단지 합의를 하였을 상당한 개연성이 있음을 입증하는 것으로 족하기 때문이다.

현행 공정거래법에 의할 때 공정거래위원회는 사업자들이 부당한 공동행위를 하였음을 주장함에 있어 다음의 두 가지 방법 중의 어느 하나를 선택할 수 있게 되었다. 하나는 사업자들이 부당한 공동행위의 합의를 하였음을 직접증거와 간접증거 등을 통하여 입증하는 것이다. 이것은 제19조 제1항의 성립을 주장하는 것이며, 이때에는 입증의 완화는 허용되지 않는다. 다른 하나는 사업자들이 외형상 부당한 공동행위에 해당하는 행위를 하였음을 입증하고, 나아가 사업자 사이에 합의를 하였을 상당한 개연성이 있음을 입증하는 것이다. 이것은 제19조 제5항에 의하여 제19조 제1항의 요건이 충족되었음을 주장하는 것이며, 이때에는 합의의 개연성과 관련하여 입증의 정도가 완화되게 된다.

입법론적으로 본다면 사업자에 대하여 부당한 공동행위를 행하였음을 근거로 하여 당해 사업자에게 곧바로 형벌을 부과할 수 있도록 법률을 정비하는 경우 제19조 제1항은 더욱 더 큰 의미를 갖게 될 것이다. 이에 관하여서는 뒤에서 별도로 검토하기로 하겠다.

참조

- 70) 예컨대 대법원은 2011.1.27. 선고 2010도12728 판결에서 “형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심의 할 여지가 없을 정도이어야 하고, 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리적 있는 의문을 의미하는 것으로서, 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다”고 판시하고 있다.

나) 개인에 대하여 적용되는 경우

제19조 제5항의 합의추정 규정이 직접 합의행위를 수행한 개인을 형사처벌함에 있어서도 적용할 수 있는가의 문제가 있다. 일부 견해는 제19조 제5항이 개인을 형사처벌함에 있어서도 의미를 가질 수 있는 것처럼 설명하고 있음은 이미 살펴본 바와 같다.

이와 관련하여 가장 먼저 지적하여야 하는 사항은 제19조 제1항은 합의행위를 금지하는 금지규범에 해당하지만, 제19조 제5항은 행위를 명령하거나 금지하는 내용을 담지 아니하여 이를 금지규범 내지 명령규범으로 볼 수 없다는 점이다. 제19조는 A사실관계가 존재하면 그로부터 B사실관계가 존재하는 것으로 추정한다고 규정하고 있을 뿐, 일정한 작위 내지 부작위를 명하지는 아니하고 있기 때문이다. 따라서 제19조를 위반하는 행위를 행하는 것은 문리적으로 불가능하고, 제19조 제5항 위반행위에 대하여 형벌을 부과할 수 있는가의 문제는 애초부터 논의할 필요성이 없다고 보아야 할 것이다.⁷¹⁾ 제19조 제5항을 개인에 대한 형사처벌 과정에서도 적용할 수 있는가의 문제는 “동 규정에 의하여 개인이 제19조 제1항의 위반행위를 행한 것으로 추정하여 형벌을 부과할 수 있는가?”의 문제로만 논의될 수 있는 것이다.

언뜻 본다면 제19조 제1항이 부당한 공동행위의 합의를 금지하고 있고, 제19조 제5항은 일정한 요건 하에서 합의가 추정되도록 하고 있으며, 제66조는 제19조 제1항의 위반행위를 행한 개인을 형사처벌 하도록 하고 있으므로 당연히 이를 긍정하여야 한다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 이 문제는 법개정 이전의 제19조 제5항과 법개정 이후의 제19조 제5항을 나누어 검토해 보아야 한다.

법개정 이전의 제19조 제5항은 객관적으로 부당한 공동행위에 해당하는 행위가 있는 경우, 예컨대 다수의 사업자들이 동시에 가격을 동일한 정도로 인상한 경우, 당해 사업자들 사이에 가격인상에 대한 양해 내지 동의를 존재함을 추정하도록 하는 규정에 해당하였다. 이때 가격을 인상하는 주체는 물론 공동으로 가격인상을 하는 것에 대한 양해 내지 동의를 주체도 언제나 개인이 아니라 사

71) 제19조 제5항 위반행위를 형사처벌할 수 있는가에 대한 논의는 박봉희, “공정거래법상 부당한 공동행위 관련 쟁점”, 형사법의 신동향 제13호, 대검찰청, 2008.4, 163면 참조

업자이다. 즉 사업자에 대하여, 객관적으로 그것이 일정한 행위를 행하였음을 근거로 하여 주관적으로 일정한 사정이 있음을 추정하도록 한 것이다. 그런데 이와 같은 논리구조를 개인을 형사처벌함에 있어서 그대로 적용하는 경우에는 도대체 사업자(법인)의 구성원 중에서 누구에게 합의가 추정되는 것으로 볼 것인지가 불분명하다는 문제가 발생하게 된다. 외부적으로 드러난 것은 사업자의 구성원 중에서 누가 어떠한 행위를 행하였다는 것이 아니라 단지 사업자가 공급하는 제품의 가격을 동시에 인상하였다는 등의 사정에 불과하다. 그렇다면 사업자의 구성원 중에서 누구에게 부당한 공동행위의 합의가 추정되는 것으로 보아야 하는가? 특히 사업자 내에서 특정한 개인에게 가격결정에 관한 전권이 부여되어 있는 것이 아니고, 가격결정이 일정한 절차에 따라 이루어지는 경우에는 더욱 더 누구에게 합의가 추정되는 것으로 보아야 하는지를 알 수 없게 될 것이다.

위와 같은 논리구조를 개인의 형사처벌을 위하여 사용하는 경우 등장하는 또 다른 문제점은 개인에 대한 관계에 있어서 상품의 가격이 인상되었다는 사정은 외부로 드러나는 객관적인 사실관계에 해당할 뿐이어서, 그것을 어느 특정한 개인의 행위로 파악할 수 없다는 데에 있다. 외부적으로 어떠한 사실이 발생하였다고 하여서 특정한 개인이 그것을 유발하였다고 추정할 수는 없기 때문이다. 예컨대 대학입학 합격자 발표에서 오류가 발견되었다고 하여서 특정한 입시담당자에 대하여 그가 오류를 임의로 발생시킨 것으로 추정하여야 한다고 말할 수는 없다. 외부에 존재하는 사실과 개인 사이의 연결고리가 존재하지 않기 때문이다. 어느 특정한 개인에 대하여, 그가 소속된 단체에 법률효과가 귀속되는 사실관계가 존재한다는 이유로, 그가 일정한 행위를 행한 것으로 추정할 수는 없는 것이다. 이렇게 본다면 대법원이 임원이나 기타 사업자의 구성원이 제19조 제1항의 위반행위를 하였는가를 판단함에 있어서 제19조 제5항을 적용하지 않은 것은 당연한 것으로 보아야 할 것이다.⁷²⁾

개정된 제19조 제5항의 경우, 법률의 문구에 비추어 볼 때에는 당해 규정을

72) 대법원 2008.5.29. 선고 2006도6625 판결. 이 판결에 대한 소개는 이호영, “2008년 공동행위관련 판례의 동향”, 경쟁법연구 제19권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2009.5, 333면 이하 참조.

개인을 형사처벌함에 있어서 사용하는 것을 예정하고 있지는 아니한 것으로 보인다. 개정된 제19조 제1항에서 합의추정의 근거로 보는 전형적인 사정은 “해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업 자간 접촉의 횟수·양태 등”이다. 상품이나 용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유, 그것의 파급효과 등은 모두 객관적으로 드러난 외부적 사실관계에 해당할 뿐이어서, 이를 어느 특정한 개인과 관련된 사항으로 평가할 수는 없다. 그렇다면 이와 같이 외부에 드러난 객관적 사실관계만을 기초로 하여 사업자(법인)의 구성원인 특정한 개인이 합의를 수행한 것으로 추정할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

다만 이와 같은 객관적인 사정이 아니라 개인 간에 합의가 있었음을 입증해줄 수 있는 전형적인 정황증거들, 예컨대 일정한 시점에 일정한 장소에서 회합하여 가격에 관한 정보를 교환하였다는 사정을 제시하는 경우에는 제19조 제5항을 적용할 수도 있을 것으로 보인다. 즉 검사가 행위의 외형상 일치가 있다는 사실과 개인 사이에 합의가 있었음을 정황증거에 의하여 상당한 개연성이 있을 정도로 입증하는 경우에는 제19조 제5항이 적용될 수도 있는 것이다.

다. 합의추정의 요건

1) 행위의 외형상 일치

제19조 제5항에 의한 합의의 추정이 가능하려면 먼저 사업자들이 외형상 부당한 공동행위에 해당하는 것으로 판단되는 행위를 하였음이 확인되어야만 한다. 행위의 외형상 일치가 인정되기 위하여서는 먼저 복수의 사업자들이 각각 개별적으로 제19조 제1항 각 호가 규정하는 유형의 행위를 하였다는 사실이 확인되고, 다음으로는 이러한 행위가 사업자들 사이에 부당하게 경쟁을 제한하고자 하는 합의가 있었을 때 그것을 실천하기 위하여 행하여지는 전형적인 행위에 상응하는 것이라는 사실이 인정되어야만 한다.

다수의 사업자가 제19조 제1항에 해당하는 행위를 하였으나 그러한 행위가 수행된 시기나 내용이 서로 약간씩 다른 경우 행위의 외형상 일치가 있는가의 여부를 어떠한 요건 하에서 판단할 것인가가 문제된다. 보다 효과적인 규제를 위

하여서는 외형상 일치 여부를 가능한 넓게 해석하여야 할 것이지만, 지나치게 이를 넓게 해석한다면 사적 주체의 경제활동의 자유를 지나치게 제한하는 결과를 가져오게 될 것이다. 일반적으로 말한다면 사업자들이 공급하는 상품이 서로 다른 개성을 갖고 있을수록, 행위의 태양 사이에 서로 차이가 있을수록 행위의 외형상의 일치를 인정하기는 힘들어질 것이다.

외형적으로 서로 다른 상품을 공급하는 사업자들의 행위 사이에 외형상의 일치가 인정된다고 볼 수 있으려면 먼저 당해 사업자들이 공급하는 상품이 하나의 시장에서 거래되는 재화에 해당한다는 점이 확인되어야 할 것이다. 서로 다른 시장에서 거래되는 재화라면 사업자들이 공동으로 일정한 행위를 행한다고 하여 경쟁이 제한되는 효과가 발생할 수 없을 것이기 때문이다. 공정거래법은 이에 관하여 아무런 규정을 마련해 놓고 있지 않지만, 공급하는 상품이 하나의 시장에서 거래되는 것이어야 한다는 점 내지 상호대체성이 인정되어야 한다는 점은 공동행위의 부당성 내지 경쟁제한성을 판단하기 위한 핵심적인 표지에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.

다음으로는 행위의 태양 사이에 존재하는 개별적인 차이를 배제하고 볼 때 행위가 실질적으로 일치하는가의 여부를 심사해 보아야 할 것이다. 대법원은 신규 분양되는 아파트의 평당 분양가를 근접하게 책정한 행위에 대하여 행위의 외형상 일치를 인정할 수 있는지와 관련하여 “객관적 외관이 엄밀히 일치할 것으로 기대하기 어려운 경우에 행위의 외형상 일치 여부를 판단함에 있어서는 그 개별 특성에 따른 외관상 차이를 배제한 다음 행위의 외형이 실질적으로 일치하는지 여부를 판단”하여야 한다고 판시한 바 있다.⁷³⁾

73) 대법원 2009.4.9. 선고 2007두6793 판결 등 참조. 공정거래위원회는 G건설이 2004년 7월 용인 죽전지구의 아파트를 분양하면서 5개 건설사와 함께 평당 분양가의 하한선은 650만원 이상으로 담합하였다고 보아 5억2천여만원의 과징금을 부과하였다. 서울고법은 “G건설을 포함한 건설사들이 2001년 5월 ‘용인죽전 택지개발지구 협의체’를 결성해 31차례나 회의를 개최했고, 평당 분양가 하한선을 650만원으로 책정해 담합한 것으로 보여진다”며 공정위의 손을 들어줬다. 이는 아파트별 평당 분양가 중 최고가와 최저가의 차이가 30평형대 8만7천원, 40평형대 17만8천원이고, 총분양가로 환산해도 최대 1천만원 차이밖에 안난다는 이유이다. 동 사건에 대해 대법원도 “죽전지구 신규분양 아파트 시장에서 6개 회사의 시장 점유율이 93%에 달해 이들 회사가 분양가 하한성을 동일·유사하게 책정한 행위는 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위”라며 원고 패소한 원심을 확정했다.

2) 합의의 개연성을 나타내는 정황증거 등의 존재

법률의 규정에 의할 때 부당한 공동행위에 대한 합의추정이 가능하기 위하여서는 행위의 외형상 일치가 있는 이외에 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 인정되어야만 한다(제19조 제5항). 공정거래위원회 공동행위심사기준은 정황증거의 전형적인 예로서 다음과 같은 사정을 들고 있다.

첫 번째로는 직·간접적인 의사연락이나 정보교환 등의 증거가 있는 경우이다(공동행위심사기준, Ⅱ.4.가.). 해당 사업자간 가격인상, 산출량 감축 등 비망록 기입내용이 일치하는 경우, 모임을 갖거나 연락 등을 하고 그 이후 행동이 통일된 경우, 사업자간 가격이나 산출량 등에 관한 정보를 교환하거나 교환하기로 합의하는 경우, 특정기업이 가격인상 또는 산출량 감축 의도를 밝히고 다른 경쟁기업들의 반응을 주시한 후 그 반응에 따라 가격인상 또는 산출량 감축을 단행한 경우 등이 그러한 예에 해당한다(공동행위심사기준, Ⅱ.4.가.).

두 번째로 공동으로 수행되어야만 당해 사업자들의 이익에 기여할 수 있고 개별적으로 수행되었다면 당해 사업자 각각의 이익에 반하리라고 인정되는 경우이다(공동행위심사기준, Ⅱ.4.나.). 원가상승 요인도 없고 공급과잉 또는 수요가 감소되고 있음에도 불구하고 가격을 동일하게 인상하는 경우, 재고가 누적되어 있음에도 불구하고 가격이 동시에 인상된 경우 등이 그러한 예에 해당한다(공동행위심사기준, Ⅱ.4.나.).

세 번째로 당해 사업자들의 행위의 일치를 시장상황의 결과로 설명할 수 없는 경우이다(공동행위심사기준, Ⅱ.4.다.). 수요공급조건의 변동, 원재료 공급원의 차이, 공급자와 수요자의 지리적 위치 등의 차이에도 불구하고 가격이 동일하고 경직되어 있는 경우, 원재료 구입가격, 제조과정, 임금인상률, 어음할인금리 등이 달라 제조원가가 각각 다른데도 가격변동 폭이 동일한 경우, 시장상황에 비추어 보아 공동행위가 없는 단기간에 높은 가격이 형성될 수 없는 경우 등이 그러한 예에 해당한다(공동행위심사기준, Ⅱ.4.다.).

네 번째로 당해 산업구조상 합의가 없는 행위의 일치가 어려운 경우이다(공

동행위심사기준, Ⅱ.4.라.). 제품차별화가 상당히 이루어진 경우에도 개별 사업자들의 가격이 일치하는 경우, 거래의 빈도가 낮은 시장, 수요자가 전문지식을 갖춘 시장 등 공급자의 행위 일치가 어려운 여건에서 행위의 일치가 이루어진 경우 등이 그러한 예에 해당한다(공동행위심사기준, Ⅱ.4.라.).

라. 가격선도 및 모방행위와 합의추정

합의추정과 관련하여서는 가격선도 및 모방행위의 문제가 논의되고 있다. 가격선도 및 모방행위란 소수의 사업자만이 존재하는 과점시장에서 각 사업자가 경쟁사업자의 행위를 의식하여, 상호간에 합의 없이, 외관상 부당한 공동행위에 해당하는 행위를 행하는 경우를 의미한다.⁷⁴⁾

행위의 외형상의 일치가 과점시장에서 발생하였다고 하여도 법 제19조 제5항의 적용요건이 달라지는 것은 아니다. 이때에도 공정거래위원회는 행위의 외형상 일치가 있다는 사실과 합의를 하였을 상당한 개연성이 있음을 입증해주는 간접사실이나 정황사실을 제시함으로써 제19조 제5항에 의하여 합의가 추정됨을 주장할 수 있을 것이다.

다만 경쟁시장에서와 달리 과점시장에서는 일부 업체가 다른 업체들이 자신들의 의도에 부합하는 방향으로 행동할 것을 기대하고 가격을 결정하고, 다른 업체가 - 명시적인 의사의 연락 없이 - 이를 추종하여 동일한 방향으로 가격을 결정하는 현상이 발생할 가능성이 일반 자유경쟁시장에서보다 더 높게 인정되기 때문에 사업자로서는 당해 행위가 합의 없이 행하여진 것이라고 주장하여 합의 추정을 복멸시킬 수 있는 여지가 더 커지게 될 것이다. 하지만 과점시장의 특성을 고려한다면 이러한 행위가 묵시적인 합의 하에 이루어지는 경우도 많을 것이어서, 명시적인 의사의 연락이 없었다고 하여 곧바로 합의추정이 복멸된다고 볼 수는 없을 것이다.

대법원은 법개정 이전의 제19조 제5항의 적용과 관련하여 “과점적 시장구조 하에서 시장점유율이 높은 선발업체가 독자적인 판단에 따라 가격을 결정한 뒤

74) 이호영, 독점규제법, 203면.

후발업체가 일방적으로 이를 모방하여 가격을 결정하는 경우에는, 선발업체가 종전의 관행 등 시장의 현황에 비추어 가격을 결정하면 후발업체들이 이에 동조하여 가격을 결정할 것으로 예견하고 가격 결정을 하였다는 등의 특별한 사정”이 없는 한 합의추정이 복멸된다고 판시한 바 있다.⁷⁵⁾ 이러한 경우 사업자들이 공동으로 가격을 인상한 것은 “시장구조하에서의 상호의존성에서 비롯된 병행적 가격책정에 해당”한다고 보았기 때문이다.⁷⁶⁾ 이 판결에서 대법원이 “선발 업체가 종전의 관행 등 시장의 현황에 비추어 가격을 결정하면 후발업체들이 이에 동조하여 가격을 결정할 것으로 예견하고 가격 결정을 하였다는 등의 특별한 사정”이 입증되는 경우에는 합의추정이 복멸되지 않는다고 본 것은 이러한 사정이 사업자 사이에 묵시적 합의가 존재함을 추단케 하는 사정에 해당하는 것으로 판단하였기 때문인 것으로 보아야 할 것이다.

마. 합의추정의 복멸

공정거래위원회가 외형상 부당한 공동행위에 해당하는 행위가 행하여졌다는 사실 및 합의를 하였을 상당한 개연성이 인정된다는 사실을 입증하면 곧 합의의 존재가 추정된다. 그런데 제19조 제5항은 합의가 있는 것으로 간주하도록 하는 것이 아니라 단지 합의가 존재하는 것으로 추정하도록 하고 있을 뿐이므로, 사업자로서는 행위의 외형상 일치가 발생한 것이 합의에 의한 것이 아님을 주장하여 이러한 추정을 복멸시킬 수 있음은 물론이다.

그런데 합의의 존재의 입증과는 달리 합의의 부존재를 입증하는 것은 현실적으로 거의 불가능하다. 사실관계의 부존재는 단지 사실관계의 존재라는 반대사실의 입증을 통하여 간접적으로만 입증될 수 있을 뿐이기 때문이다. 만일 사업자들에게 합의의 부존재를 입증할 것을 요구한다면 그들은 문제되는 기간 동안 그들이 어떠한 행위를 하였는지, 즉 해당 기간 동안 매 순간 그들이 어떠한 삶을 영위하였는지를 남김없이 입증하여야만 할 것인데, 이것은 사실상 불가능에 가깝다. 따라서 만일 제19조 제5항의 추정을 복멸시키기 위하여서는 당해 사업

75) 대법원 2008.9.25. 선고 2006두14247 판결.

76) 대법원 2008.9.25. 선고 2006두14247 판결.

자가 합의의 부존재 그 자체를 입증할 것이 요구된다고 본다면 이것은 곧 당해 사업자가 형사책임으로부터 벗어날 가능성을 완전히 배제시키는 결과가 될 것이다.

이러한 사정을 고려하여 대법원은 사업자들이 외형상의 부당한 공동행위가 사업자간의 합의에 의하여서가 아니라 경영판단이나 기타 사유에 의한 것임을 입증함으로써 제19조 제1항의 책임을 면할 수 있도록 하고 있다. 대법원은 “부당한 공동행위의 합의의 추정을 복멸시킬 수 있는 사정을 판단함에 있어서는 당해 상품 거래분야 시장의 특성과 현황, 상품의 속성과 태양, 유통구조, 가격결정 구조, 시장가격에 영향을 미치는 제반 내·외부적 영향, 각 개별업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격의 변화가 개별사업자의 영업이익, 시장점유율 등에 미치는 영향, 사업자의 개별적 사업여건에 비추어 본 경영판단의 정당성, 사업자 상호간의 회합 등 직접적 의사교환의 실태, 협의가 없었더라도 우연의 일치가 이루어질 수도 있는 개연성의 정도, 가격모방의 경험과 범위반 전력, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려하여 거래 통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.”고 하고 있다.⁷⁷⁾

당해 사업자로서는 예컨대, 외견상 부당한 공동행위에 해당하는 것으로 보이는 행위가 실제로는 합의 없이 독자적인 경영판단에 기초하여 행한 행위임을 입증하거나, 일방적인 모방행위임을 주장하거나, 또는 의사의 연락 없이 행정지도에 의하여 그러한 행위를 행하게 되었음을 입증하는 방법 등으로 합의추정을 복멸시킬 수 있을 것이다.⁷⁸⁾

바. 행정지도와 합의추정의 복멸

행정지도란 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용을 말한다(행정절차법 제2조 제3호). 사업자들이 외관상 부당

77) 대법원 2006.10.12. 선고 2004두9371 판결.

78) 합의추정의 복멸 방법에 관한 이상의 분류는 조성국, “독점규제법상 합의추정 관련 삼(판)결례 연구”, 중앙대학교 법학논문집 제31집 제1호, 2007, 406면 이하.

한 공동행위를 행한 것으로 인정되어 제19조 제5항에 의하여 합의가 추정되는 경우, 그러한 행위를 하게 되는 과정에서 행정기관이 지시, 경고 등 행정지도를 통하여 개입하였다면 사업자들이 행정지도가 있음을 이유로 하여 합의추정을 복멸할 수 있는지가 문제된다.

공정거래위원회의 『행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침』⁷⁹⁾에서는 행정지도가 부당한 공동행위의 원인이 되었다 하더라도 그 부당한 공동행위는 원칙적으로 위법하지만, 그 부당한 공동행위가 공정거래법 제58조의 법령에 따른 정당한 행위의 요건을 충족하는 경우에는 부당한 공동행위에 해당하지 아니하는 것으로 보도록 하고 있다(행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침, I.2.).

공정거래법 제58조는 “이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.”고 규정한다. 형사법적으로 본다면 법령에 의한 행위는 정당행위로서 원칙적으로 구성요건해당성을 배제하는 것이 아니라 위법성을 조각시킬 수 있을 뿐이다. 그러나 공정거래법 제58조는 법령에 의한 행위가 구성요건해당성을 배제할 수 있도록 하고 있다는 데에 그 특징이 있다. 공정거래법 제58조에 의하여 행정기관의 행정지도가 있을 때 동 규정에 의하여 공정거래법의 적용이 배제되기 위하여서는 첫 번째로 그 행정지도가 법률 내지 그 법률에 의한 명령에 따라 이루어져만 하고, 두 번째로 그에 따른 행위가 정당한 것이어야 한다.

첫 번째의 요건이 무엇을 의미하는가에 대하여서는 다양한 견해가 제시되고 있다. 일부 견해는 행정조직법상 근거가 있는 것으로 족하다고 보고 있지만, 행정조직법에 근거한 것으로서 그 내용이 구체적이며 사업자에게 사실상의 구속력이 있으면 요건이 충족된 것으로 보아야 한다는 견해, 행정작용법상 명확한 근거가 요구된다는 견해 등도 제시되고 있다.⁸⁰⁾ 공정거래위원회의 심사지침에서는 제58조가 다른 법령에서 사업자가 부당한 공동행위에 해당하는 행위를 하는 것

79) 2009.8.21. 공정거래위원회 예규 제75호.

80) 학설에 대한 소개는 최재준, “행정지도와 공정거래법의 적용제외”, 경쟁저널 제133호, 한국공정경제연합회, 2007.7, 21면 참조.

을 구체적으로 허용하고 있거나, 다른 법령에서 행정기관이 사업자로 하여금 부당한 공동행위에 해당하는 행위를 하는 것을 행정지도할 수 있도록 규정하고 있는 경우에만 예외적으로 적용될 수 있다고 하고 있다(행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침, Ⅲ.2.). 형사법의 해석에서는 일반적으로 어느 행위의 적법성 요건이 구성요건요소가 되는 경우 당해 행위가 행위자의 추상적인 직무권한 내에 속하여야 함은 물론, 당해 행위가 법령이 정한 구체적인 요건을 충족시켜야 한다고 해석하고 있다.⁸¹⁾ 이와 같은 형법의 해석론을 공정거래법의 해석에서도 그대로 사용하게 된다면 행정조직법상의 근거가 있는 것으로는 부족하며, 이외에 추가적으로 행정작용법상의 근거도 존재하여야 하고, 나아가 당해 행정지도가 이러한 법령이 정한 절차에 따라 이루어져야만 한다고 보게 될 것이다.

두 번째의 정당성 요건의 의미와 관련하여서는 행정지도가 실질적 경쟁제한성을 가지는가를 의미한다는 견해, 법률의 목적이나 이념에 의하여 판단하여야 한다는 견해, 공정거래법의 관점에서 경쟁을 제한하여야 할 합리적인 이유가 있는가에 의하여 판단하여야 한다는 견해 등이 제시되고 있다.⁸²⁾ 공정거래위원회의 지침에서는 그 행정지도의 목적, 수단, 내용, 방법 등이 근거법령에 부합하고 사업자들이 그 행정지도의 범위 내에서 행위를 한 경우에 그 정당성을 인정할 수 있다고 하고 있다(행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침, Ⅲ.2.).

위와 같은 요건을 충족시키지 아니하는 행정지도가 행하여졌고, 그에 근거하여 부당한 공동행위가 있게 되는 경우 이를 어떻게 처리할 것인가에 대하여, 공정거래위원회 지침은 사실상 구속력이 있는가를 기준으로 하여, 사실상 구속력이 있는 행정지도가 부당한 공동행위의 동인이 된 경우에 한하여 과징금 감경사유가 될 수 있다고 규정하고 있다(행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침, Ⅲ.3.).

81) 이재상, 형법각론(제7판), 박영사, 2010, 745면

82) 학설에 대한 소개는 최재준, “행정지도와 공정거래법의 적용제외”, 22면 참조

5. 부당한 공동행위의 시기와 종기

가. 공동행위의 시작 시점

부당한 공동행위가 있으면 공정거래위원회는 부당한 공동행위로 얻은 매출액의 일정 부분에 해당하는 과징금을 부과할 수 있다. 따라서 과징금을 부과하려고 하는 경우 부당한 공동행위가 행하여진 시점, 즉 부당한 공동행위가 어느 시기에 시작되었고 어느 시기에 종료되었는지를 확인하는 것은 절대적으로 중요한 의미를 지니게 된다.

공정거래법은 제19조 제1항이 열거하는 행위를 행하기로 합의하면 곧 부당한 공동행위가 인정되도록 규정하고 있으므로 합의의 시점에 부당한 공동행위가 시작되는 것으로 보아야 할 것이다. 대법원도 “제19조 제1항의 부당한 공동행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 같은 항 각 호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의함으로써 성립하는 것이어서 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것이 아니라는” 점, 과징금에는 “행정상의 제재적 성격에 부당이득 환수적 성격이 겸유되어 있다”는 점 등을 고려할 때 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위로 인한 과징금 산정에 있어 위반행위의 개시일은 합의일을 기준으로 함이 상당하다고 판시하여 이와 같은 입장을 택하고 있다.⁸³⁾ 다만 이에 대하여서는 과징금이 주로 부당이익의 환수기능을 수행한다는 점을 고려한다면, 적어도 과징금의 부과와 관련하여서는 합의시점이 아니라 합의를 실현하는 행위가 있는 때에 비로소 부당한 공동행위가 있는 것으로 보아야 한다는 반론도 제기될 수 있을 것이다.

문제가 되는 것은 제19조 제5항이 적용되는 경우 어느 시점에 합의가 있는 것으로 보아야 하는가이다. 공정거래위원회의 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」⁸⁴⁾에서는 제19조 제5항에 의한 합의추정의 경우는 합의일을 특정하기 어려운 경우로서, 사업자별로 실행개시일을 위반행위의 개시일로 보아야 하지만, 실행을 개시한 후에 경쟁을 실질적으로 제한하는 효과가 나타나는 경우에는 그 효

83) 대법원 2008.9.25. 선고 2007두3756 판결.

84) 2010.10.20. 공정거래위원회 고시 제2010-9호.

과 발생일을 위반행위의 개시일로 보아야 한다고 규정하고 있다(과징금 부과 세
부기준 등에 관한 고시, IV.1.다.(1).(다)).

나. 공동행위의 종료 시점

공동행위의 종료 시점을 정하는 것은 마찬가지로 과징금을 결정함에 있어서
중요한 의미를 갖고 있다. 그러나 공동행위의 종료 시점은 이외에도 공정거래위
원회가 시정조치를 명하거나 과징금 등의 부과를 명하기 위한 시효의 기산점으
로서의 의미를 갖고 있다. 법 제49조 제4항은 공정거래위원회는 법률위반행위가
종료한 날부터 5년을 경과한 경우에는 당해위반행위에 대하여 이 법에 의한 시
정조치를 명하지 아니하거나 과징금 등을 부과하지 못하도록 규정하고 있기 때
문이다. 공정거래법이 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인을 형사처벌하도록
하고 있는 점을 고려한다면 부당한 공동행위의 종료시점은 공소시효 만료 여부
를 판단하기 위한 기준으로서도 중요한 의미를 갖고 있다.

부당한 공동행위의 합의가 사업자에 대하여 적용되는 경우와 개인에 대하여
적용되는 경우 서로 각각 다른 의미를 갖는 것으로 보아야 한다는 점은 이미 지
적한 바 있다. 그렇다면 합의의 종료시점 역시 사업자에 대한 경우와 개인에 대
한 경우를 나눠서 검토해 보아야 할 것이다. 먼저 공정거래법 제66조 제9호에
의하여 개인을 형사처벌하기 위한 구성요건으로서의 합의는 특정한 시간, 장소
에서 개인이 수행한 구체적인 행위를 의미한다. 따라서 이러한 의미
에서의 합의는 합의를 이끌어내기 위한 구체적인 행위가 종료되는 즉시 함께 종
료되는 것으로 보아야 한다.

사업자에 대하여 부당한 공동행위를 성립시키는 요건으로서의 합의는 사업자
사이에 의사일치가 존속하는 상태 그 자체를 의미한다. 따라서 사업자 사이
의 합의는, 합의를 이끌어내기 위한 개인의 행위가 종료된 시점이 아니라, 의사
일치가 더 이상 존속하지 않게 되는 시점에 비로소 소멸하게 되는 것으로 보
아야 할 것이다.⁸⁵⁾ 견해에 따라서는 공정거래법이 규정하는 부당한 공동행위는

85) 만일 공정거래법이 부당한 공동행위의 합의가 있으면 곧바로 사업자에 대하여 그에 대한 형사책임
을 물을 수 있도록 하고 있었다면, 부당한 공동행위의 합의라는 범죄유형은 절도죄와 같은 상태

실행행위를 전제로 하는 것이고, 합의와 그 합의에 따른 실행행위를 별개의 범죄로 보는 것은 부당하므로 실행행위가 종료된 시점이 합의가 소멸된 시점에 해당하고 이와 동시에 부당한 공동행위가 종료된 시점에 해당한다고 주장하기도 한다.⁸⁶⁾ 그러나 이러한 해석론은 공정거래법 제19조 제1항이 부당한 공동행위와 이에 대한 합의를 서로 구별하고 있음을 충분히 고려하지 않는 부당한 해석으로 보아야 할 것이다.

사업자들이 명시적으로 더 이상 부당한 공동행위를 행하지 아니하기로 하는 경우에는 그러한 합의파기가 있는 날이 곧 부당한 공동행위의 종료시점에 해당한다고 보아야 할 것이다. 명시적인 합의파기 후에도 지속적으로 동일한 내용의 공동행위가 행하여진다면 합의파기가 무효이거나, 또는 묵시적인 합의가 여전히 존속하는 것으로 볼 여지가 많을 것이다. 경우에 따라서는 상당한 기간 동안 공동행위를 행하지 아니함으로써 묵시적으로 합의가 파기될 수도 있을 것이다. 이와 같이 합의한 공동행위의 실행을 중지하여 묵시적인 합의파기가 발생한 경우에는 일반적으로 공동행위의 실행이 중지된 시점이 공동행위의 종료시점에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.

『과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시』에서는 부당한 공동행위의 합의가 더 이상 존속하지 아니하게 된 날을 종료일로 보도록 하고 있으며, 참가사업자들이 여러 차례의 합의를 한 경우에는 합의의 구체적 내용과 사정 등을 종합적으로 고려하여 합의의 수와 그에 상응하는 종료일을 판단하도록 하고 있다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, IV.1.다.(1).(라)).⁸⁷⁾

범이 아니라 감금죄와 같은 계속범으로 이해하게 되었을 것이다. 그러나 현행 공정거래법은 개인에 대한 감독의무를 충실히 이행하지 아니하였던 경우에만 사업자를 양벌규정에 의하여 형사처벌하도록 하고 있을 뿐이어서 이와 같은 논의가 통용될 수 없다.

86) 박봉희, “공정거래법상 부당한 공동행위 관련 쟁점”, 165면

87) 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시에서는 다음과 같은 경우에는 특정일을 위반행위의 종료일로 보도록 하고 있다. 첫 번째로 위반행위가 과징금 부과처분을 명하는 공정거래위원회의 심의일까지 종료되지 아니한 경우에는 위 심의일을 위반행위의 종료일로 본다. 두 번째로 위반행위가 불연속적으로 이루어진 경우에는 제반 사정을 고려하여 경제적·사회적 사실관계가 동일하다고 인정되는 범위 내에서 이를 하나의 위반행위로 보아 마지막 위반행위의 종료일을 당해 위반행위의 종료일로 본다. 세 번째로 위반행위의 실행은 종료되었으나 사업자가 그 실행의 결과를 유지하면서 그로 인하여 지속적으로 이익을 취득하거나 손해를 발생시키고 있는 경우에는 이익의 취득 혹은 손해의

대법원은 “가격결정 등의 합의 및 그에 기한 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 그 합의가 있었던 날이 아니라 그 합의에 기한 실행행위가 종료한 날을 의미”한다고 판시하고 있다.⁸⁸⁾ 이와 같은 대법원 판시에 있어서 “합의가 있었던 날”은 개인이 합의를 도출해내는 행위를 실행한 날을 의미할 것이다. 이미 설명한 바와 같이 개인의 합의행위와 사업자의 부당한 공동행위의 합의는 서로 다른 의미로 이해하여야 한다는 점을 고려한다면 위 판결에서 대법원이 사업자에 대한 관계에서는 개인에 의한 합의의 실행행위가 종료되는 즉시 부당한 공동행위가 종료하는 것이 아니라고 판시한 것은 타당한 것으로 보아야 할 것이다.

다만 대법원이 합의에 기한 실행행위가 종료한 날 부당한 공동행위가 종료된다고 보는 것은 타당하지 않다. 제19조 제1항의 실행행위는 부당한 공동행위의 합의이지 합의한 공동행위의 실행이 아니기 때문이다. 대법원이 이와 같이 판시를 하는 것은 공정거래법 제19조 제1항의 궁극적인 목적은 합의한 바에 따라 부당한 공동행위가 실행됨으로써 자유로운 시장경제질서가 훼손되는 것을 방지하는 데에 있는데, 일단 부당한 공동행위가 실행된 경우 합의파기만으로는 그로 인하여 발생한 위법상태가 해소되지 않는다는 점을 고려한 때문인 것으로 보인다. 그러나 제19조 제1항이 부당한 공동행위의 합의와 부당한 공동행위를 서로 구별하고 있음을 고려한다면 대법원의 위와 같은 판시는 제19조 제1항의 명문의 규정에 반하는 해석이라고 보아야 할 것이다. 이와 같은 해석상의 문제는 제19조 제1항이 부당한 공동행위가 아니라 부당한 공동행위의 합의를 금지하고 있어서 발생하는 것으로서, 대법원의 판시와 같이 해석하기 위하여서는 제19조 제1항의 실행행위를 부당한 공동행위의 합의가 아니라 합의를 실현하는 행위로 개정하는 작업이 선행되어야만 할 것이다.

대법원은 일부 사업자에 대하여 부당한 공동행위가 종료되었음을 인정하기 위한 요건과 모든 사업자에 대하여 이를 인정하기 위한 요건을 나누어 검토하고 있다. 합의에 참가한 일부 사업자에 대하여서만 부당한 공동행위의 종료가 인정되기 위하여서는 당해 사업자가 다른 사업자에 대하여 합의탈퇴의 의사표시를

발생이 종료된 날을 위반행위의 종료일로 본다.

88) 대법원 2008.9.25. 선고 2007두3756 판결.

하고 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하는 등 합의에 반하는 행위를 하여야 한다.⁸⁹⁾ 합의에 참가한 사업자 전부에 대하여 부당한 공동행위가 종료되었다고 하기 위해서는 합의에 참가한 사업자들이 명시적으로 합의를 파기하고 각 사업자가 각자의 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하는 등 합의에 반하는 행위를 하거나 또는 합의에 참가한 사업자들 사이에 반복적인 가격 경쟁 등을 통하여 담합이 사실상 파기되었다고 인정되는 행위가 일정 기간 계속되는 등 합의가 파기되었다고 볼 만한 사정이 있어야 한다.⁹⁰⁾

대법원의 판시에 의할 때 합의가 소멸하였다고 보기 위하여서는 사업자들이 애초 합의를 하였던 것과는 다른, 합의에 반하는 행위를 하여야만 한다. 실무에서는 특히 도대체 어느 정도 합의에서 벗어나는 행위를 하여야 합의가 소멸하였다고 볼 것인가, 합의에 부합하는 행위와 합의에 어긋나는 행위가 동시에 행하여지고 있는 경우 이를 어떻게 판단할 것인가 등의 문제가 논의되고 있다.⁹¹⁾ 이 문제는 합의와 불일치하는 행위가 합의의 본질적인 내용에 반하는 행위에 해당하는가 내지 합의에 반하는 행위가 행하여짐으로 인하여 시장에 대한 경쟁제한적 효과가 완화되는 정도 등을 고려하여 해결하는 것이 적절할 것이다.

다. 부당한 공동행위의 개수

공동행위의 종료시점과 관련하여서는 사업자들이 여러 차례에 걸쳐 합의를 한 경우 부당한 공동행위의 개수를 어떻게 판단할 것인가, 그리고 부당한 공동행위가 시간적 간격을 두고 행하여진 경우 부당한 공동행위의 개수를 어떻게 판단할 것인가의 문제가 논의되고 있다.

1) 다수의 의사교환 내지 의사일치가 있는 경우

공정거래법 제19조 제1항이 금지하는 부당한 공동행위의 실행행위는 합의이

89) 대법원 2011.4.14. 선고 2009두4159 판결.

90) 대법원 2011.4.14. 선고 2009두4159 판결.

91) 예컨대 대법원 2009.6.23. 선고 2007두19416 판결 등 참조.

다. 그리고 이 합의의 의미는 그것을 실행한 개인에 대한 경우와 사업자에 대한 경우로 나누어 검토하여야 한다. 개인에 대하여 합의는 특정한 시간, 장소에서 행하여진 구체적인 행위를 의미한다. 따라서 다수의 시점에 다수의 의사교환이 있었던 경우에는 각각의 합의행위에 대하여 제66조 제9호 위반이 인정될 것이다. 다만 동일한 개인이 시간적 간격을 두고 다수의 합의행위를 수행한 때에는 모든 합의행위가 하나의 포괄일죄로 평가될 수도 있을 것이다.

사업자에 대하여 제19조 제1항의 합의는 부당한 공동행위를 수행하기로 하는 합의가 유지되고 있는 상태를 의미한다. 그렇다면 시간적 간격을 두고 다수의 의사교환이 있다고 하여 곧바로 사업자가 다수의 부당한 공동행위를 행한 것으로 볼 수는 없을 것이다. 다수의 의사교환이 있었다고 하여도 그것들이 모두 동일한 내용의 부당한 공동행위를 수행하기 위한 일련의 행위에 불과하다면 법적인 관점에서 볼 때에는 단지 하나의 합의만이 존재한다고 보아야 하기 때문이다. 그렇다면 사업자가 몇 개의 부당한 공동행위의 합의를 한 것으로 보아야 하는가를 판단함에 있어서 문제가 되는 것은 사업자간에 의사교환 내지 의사의 일치 사실상 몇 번 이루어졌는가의 여부가 아니라, 법적으로 볼 때 다수의 의사교환 내지 의견의 일치 사이에 서로 동일성이 인정되는가의 여부일 것이다.

공정거래위원회의 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」에서는 참가사업자들이 여러 차례의 합의를 한 경우에는 합의의 구체적 내용과 사정 등을 종합적으로 고려하여 합의의 수와 그에 상응하는 종료일을 판단하여야 한다고 정하고 있다. 그러나 이와 같이 모든 사정을 종합적으로 고려하여야 한다는 형태의 규정만으로는 그 구체적인 판단기준이 무엇인지가 명백하게 밝혀지지는 아니한 것으로 보아야 한다.

대법원은 보다 더 구체적인 기준을 제시하고 있다. 대법원은 “사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이를 실행하는 과정에서 수차례의 합의를 계속하여 온 경우는 물론, 그러한 기본적 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에 터잡아 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 끊임없이 계속 실행되어 왔다면, 그 각 합의의 구체적인 내용이나 구성원 등에 일부 변경이 있었다고 할지라도, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동

행위로 봄이 상당하다”고 판시하고 있다.⁹²⁾

이러한 판시에 의한다면 대법원은 다수의 의사교환 내지 의사일치가 있는 경우 부당한 공동행위의 개수를 판단하는 기준으로서 다음의 두 가지 원칙을 제시하고 있는 것으로 볼 수 있다. 첫 번째로 사업자들이 부당한 공동행위의 기본적인 원칙에 관한 합의를 하였고 이후에도 그것이 계속 유지되었다면 사실상의 의사교환이나 의사일치가 몇 차례에 걸쳐 있었는가에 상관없이 하나의 부당한 공동행위가 행하여진 것으로 보아야 한다는 것이다. 두 번째로 기본적인 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 사실상의 의사교환이나 의사일치가 있어 왔다면, 그러한 의사교환 내지 의사일치가 단일한 의사에 터잡아 동일한 목적을 수행하기 위한 것이었던 경우 하나의 부당한 공동행위의 합의가 존재하는 것으로 보아야 한다는 것이다.

대법원이 제시한 두 번째의 기준은 대법원이 형사재판에서 포괄일죄 여부를 판단함에 있어서 사용하는 기준을 거의 그대로 사용한 것으로 보인다. 대법원은 포괄일죄의 성부를 검토함에 있어서 흔히 범의의 동일성, 수단의 동일성, 보호법익의 동일성 등을 기준으로 사용하고 있기 때문이다. 그러나 개인이 아니라 개인의 결합체에 해당하는 사업자가 부당한 공동행위를 행하였는가를 판단함에 있어서 “단일한 의사” 내지 “동일한 목적”과 같은 기준을 사용하는 것이 적절한가에 대하여서는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 법인이나 단체는 어떠한 주관적인 의사나 목적을 가질 수는 없다고 보아야 하기 때문이다. 의사의 교환 내지 일치가 다수 존재하는 경우 그것들 사이에 동일성이 인정되는가를 판단함에 있어서는 주관적인 측면이 아니라, 그러한 의사교환의 대상이 되는 행위의 구체적인 내용이 어떠한가의 여부가 판단기준이 된다고 보는 것이 적절할 것이다.

2) 공동행위가 불연속적으로 행하여진 경우

공동행위가 불연속적으로 행하여진 경우 이들을 하나의 공동행위로 평가할 것인가 아니면 다수의 공동행위로 평가할 것인가의 문제는 일단 합의가 있고 그에

92) 대법원 2010.3.11. 선고 2008두15169 판결.

기초하여 공동행위가 행하여졌으나 공동행위와 공동행위 사이에 상당한 기간이 존재하는 경우에 등장하게 된다.

공정거래위원회의 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」에서는 위반행위가 불연속적으로 이루어진 경우 제반 사정을 고려하여 경제적·사회적 사실관계가 동일하다고 인정되는 범위 내에서 이를 하나의 위반행위로 보아 마지막 위반행위의 종료일을 당해 위반행위의 종료일로 보도록 규정하고 있다. 그러나 공정거래위원회가 제시한 경제적, 사회적 사실관계의 동일성 기준은 전자의 공동행위와 후자의 공동행위가 경제적, 사회적으로 서로 동일하거나 유사한 행위일 것을 요구하는 것이지만, 이와 같은 기준은 설령 이러한 동일성이 인정된다고 하여도 경우에 따라서는 양자의 공동행위를 하나로 평가하는 것이 부당한 경우도 존재할 수 있을 것이라는 점을 고려하지 않고 있다는 점에서 적절하지 않은 것으로 보인다. 예컨대 양자의 공동행위 사이에 상당한 시간적인 간격이 존재하여 애초의 합의가 묵시적으로라도 일단 소멸한 것으로 판단되는 경우에는 전자의 공동행위가 종료된 때 부당한 공동행위도 일단 종료된다고 보아야 할 여지가 있는 것이다.

제19조 제1항이 금지하는 행위는 합의이지 합의에 기초하여 행하여지는 공동행위인 것은 아니라는 점을 고려한다면, 이 경우 후자의 공동행위가 전자의 공동행위의 연속선상에서 이루어진 것인가의 문제는 양자의 공동행위가 하나의 합의에 기초하여 행하여진 것인가에 의하여 판단하는 것이 타당할 것이다.

6. 형법 제315조의 경매입찰방해죄와 입찰담합

공정거래법 제19조 제1항은 입찰담합이 부당한 공동행위의 한 유형에 해당함을 명시하고 있다. 그런데 형법은 제315조에서 위계 또는 위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자를 처벌하도록 규정하고 있다. 이하에서는 공정거래법상 입찰담합죄와 형법의 경매입찰방해죄 사이의 관계를 간략하게 검토해 보려고 한다.

가. 형법의 경매입찰방해죄의 해석

1) 위계·위력 기타의 방법

위계란 상대방에게 착오를 일으키거나 상대의 착오를 이용하는 일체의 행위로써 기망, 유혹 등을 불문한다. 위력은 사람의 자유의사를 제압, 혼란케 할 만한 일체의 유형적 또는 무형적 세력을 말하는 것으로서 폭행, 협박은 물론 사회적, 경제적, 정치적 지위와 권세에 의한 압력 등을 포함한다.⁹³⁾ 예컨대 입찰 장소의 주변을 에워싸고 사람들의 출입을 막아서 자유로이 입찰에 참가할 수 없도록 하였다면 이것은 위력에 의하여 입찰을 방해한 경우에 해당한다.⁹⁴⁾

그런데 위계나 위력은 경매, 입찰을 방해하기 위하여 사용될 수 있는 행위를 예시한 것에 불과하며, 여타의 방법으로 경매, 입찰의 공정을 해하는 행위를 한 경우에도 형법 제315조의 죄가 성립하게 된다. 형법 제315조는 “기타 방법”이라는 일반규정을 마련함으로써 경매, 입찰방해행위의 구체적인 행위유형을 정해놓고 있지 아니하기 때문이다. 예컨대 특정한 자를 낙찰자로 하기 위하여 일정한 가격 이하 또는 이상으로 입찰하지 않을 것을 협정하거나 입찰을 포기하게 하는 행위 등이 이러한 기타의 행위에 해당할 수 있을 것이다.⁹⁵⁾

대법원은 “입찰자들 상호간에 특정업체가 낙찰받기로 하는 담합이 이루어진 상태에서 그 특정업체를 포함한 다른 입찰자들은 당초의 합의에 따라 입찰에 참가하였으나 일부 입찰자는 자신이 낙찰받기 위하여 당초의 합의에 따르지 아니한 채 오히려 낙찰받기로 한 특정업체보다 저가로 입찰하여 낙찰을 받은 경우, 합의에 반하여 저가로 입찰한 입찰자에 대하여서도 담합을 이용하여 낙찰을 받은 것이므로 적법하고 공정한 경쟁방법을 해한 것이 되고, 따라서 이러한 일부 입찰자의 행위 역시 입찰방해죄에 해당한다.”고 판시하기도 하였다.⁹⁶⁾

93) 대법원 2000.7.6. 선고 99도4079 판결.

94) 대법원 1993.2.23. 선고 92도3395 판결.

95) 대법원 2006.6.9. 선고 2005도8498 판결.

96) 대법원 2010.10.14. 선고 2010도4940 판결.

2) “경매 또는 입찰”의 공정을 해한 자

형법 제315조가 적용되기 위하여서는 경매 또는 입찰의 공정을 방해한 경우에만 본 죄가 성립할 수 있다. 따라서 예컨대 경매, 입찰절차를 거치지 아니하고 계약을 하는 경우에는 마찬가지로 형법상 경매입찰방해죄는 성립할 여지가 없다.⁹⁷⁾ 다만 실질적으로 경매 또는 입찰절차를 거쳤다면 설령 경매 또는 입찰참가자 전원이 공모하여 특정인이 낙찰자로 선정될 수 있도록 하기로 하고 응찰한 경우에도 - 입찰의 실시 없이 서류상으로만 입찰의 근거를 조작한 경우와는 달리 - 현실로 실시된 입찰의 공정을 해하는 것으로 평가되어 입찰방해죄가 성립한다.⁹⁸⁾

나아가 형법상의 경매, 입찰방해죄가 성립하려면 현실적으로 경매 또는 입찰의 절차가 진행되어야만 한다고 본다. 그것은 법률이 “공정을 해한 자”라고 규정하고 있기 때문이다. 따라서 대법원은 실제로는 경매나 입찰이 이루어지지 아니하였음에도 불구하고 단지 형식적인 입찰서류만을 작성하여 입찰이 있었던 것처럼 조작한 경우에는 동조가 적용되지 않는다고 판시하였다.⁹⁹⁾

3) 공정을 해한 자

학설과 판례는 어떠한 경우에 경매 또는 입찰의 공정을 해하였다고 볼 것인지와 관련하여, 경매입찰방해죄를 추상적 위험범으로 파악하고 있다. 즉 전형적으로 경매, 입찰의 공정을 해할 수 있는 행위가 있으면 곧 본죄가 성립한다고 보는 것이다. 대법원도 입찰방해죄는 위계 또는 위력 기타의 방법으로 입찰의 공정을 해하는 경우에 성립하는 위태범으로서 결과의 불공정이 현실적으로 나타나는 것을 필요로 하지 않는다고 판시하여 형법상 경매입찰방해죄가 추상적 위험범이라는 사실을 확인하고 있다.¹⁰⁰⁾

따라서 예컨대 입찰참가자 전원과의 사이에 담합이 이루어지지 아니하고 입찰

97) 대법원 2008.12.24. 선고 2007도9287 판결.

98) 대법원 2007.5.31. 선고 2006도8070 판결.

99) 대법원 2001.2.9. 선고 2000도4700 판결.

100) 대법원 2006.6.9. 선고 2005도8498 판결.

참가자들 중 일부와의 사이에만 담합이 이루어진 경우라고 하더라도 그것이 입찰의 공정을 해하는 것으로 평가된다면 입찰방해죄가 성립한다.¹⁰¹⁾ 다만 공정한 자유경쟁을 방해할 염려가 있는 상태를 발생시킬 수 있는 행위는 있어야만 하므로 예컨대 응찰이나 투찰행위 자체가 없었다면 경매입찰방해죄가 성립할 수는 없다고 보아야 한다.

나. 공정거래법의 입찰담합죄와의 관계

공정거래법이 규정하는 입찰, 경매와 관련한 부당한 공동행위는 “입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자, 투찰가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위”이다. 그리고 형법 제315조가 금지하는 행위는 위계·위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해하는 행위이다. 따라서 형법상 경매입찰방해죄가 금지하는 행위와 공정거래법이 규정하는 부당한 공동행위로서의 입찰담합행위는 구성요건적으로 서로 일치하는 부분도 있으나 일치하지 아니하는 부분도 있다. 예컨대 위력으로 경매입찰의 공정을 해한 경우에는 형법상 경매입찰방해죄만이 성립한다. 공정거래법의 입찰담합행위에는 위력에 의한 경매입찰 방해행위가 포함되어 있지 않기 때문이다. 공정거래법이 사업자가 시장지배적 지위를 남용하는 것을 방지함으로써 자유로운 시장경제질서를 보호하는 것을 그 목적으로 하고 있다는 점을 고려한다면 입찰담합의 실행 수단으로 위력이 포함되지 아니한 것은 당연하다고 말할 수 있다.

그러나 양죄는 현실적으로 일정한 결과가 발생하지 아니하여도 성립하는 범죄라는 측면에서는 서로 동일하다. 형법상의 경매입찰방해죄는 위에서 이미 살펴본 바와 같이 추상적 위험범에 해당하며, 부당한 공동행위의 한 유형으로서의 입찰담합도 입찰이나 경매의 공정성이 현실로 침해되지 아니하여도 부당한 방법으로 응찰이나 투찰을 하기로 합의하는 순간 성립하기 때문에 이 역시 추상적 위험범으로 파악하여야 하기 때문이다. 다만 공정거래법이 금지하는 입찰담합은 입찰담합의 합의만으로도 곧바로 성립하기 때문에 형법의 경매입찰방해죄보다

101) 대법원 2009.5.14. 선고 2008도11361 판결.

성립시기가 훨씬 더 앞당겨져 있다. 따라서 낙찰가격이나 낙찰자 등을 상호 합의하는 정도에 그친다면 형법상 입찰방해죄는 성립할 수 없지만, 공정거래법상 입찰담합행위에는 해당하게 된다.

시장지배적 사업자의 구성원이 입찰담합의 합의를 하고 실제로 경매나 입찰에 참여하였던 경우에는 공정거래법 위반이 인정되는 동시에, 위계에 의하여 입찰의 공정을 해한 경우에 해당하여 형법상의 경매입찰방해죄의 구성요건도 실현하는 것이 되는바, 어느 범죄가 성립하는지가 문제된다.

입찰가격이나 낙찰자 등에 대한 합의가 위계에 의한 입찰방해의 전단계에 해당하는 행위이거나 입찰방해의 예비 내지 음모에 불과하다는 점을 강조한다면 이러한 경우에는 형법상 입찰담합죄가 성립하고 공정거래법 제66조의 죄는 여기에 흡수된다고 보게 될 것이다. 이와는 달리 형법상의 경매입찰방해죄가 경매나 입찰의 공정성 일반을 그 보호법익으로 함에 반하여, 공정거래법의 입찰담합죄는 자유로운 시장질서를 유지하기 위한 목적으로 입찰담합을 방지하고자 하는 것이므로 어느 하나의 죄가 다른 하나의 죄에 흡수된다고 볼 수는 없다고 주장할 수도 있을 것이다.

양죄 사이의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 양죄의 불법성을 비교하여 볼 때 어느 것이 보다 특별한 성격을 갖는가에 의하여 판단함이 타당할 것이다. 객관적으로 본다면 양자의 죄는 모두 경매, 입찰의 공정성을 보호하려고 하는 것으로서 공통적이다.

그러나 행위자의 입장에서 본다면 형법상의 경매입찰방해죄는 누구나 범할 수 있는 범죄임에 반하여, 공정거래법이 금지하는 입찰담합의 합의는 시장지배적 사업자의 구성원만이 범할 수 범죄이어서 후자의 범죄가 전자의 범죄에 대하여 특별규정의 지위에 서게 된다. 이러한 사정은 양자의 범죄가 규정하는 법정형에서도 드러난다. 형법상의 경매입찰방해죄는 2년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있음에 반하여 공정거래법의 입찰담합행위를 행한 개인은 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있기 때문이다. 그렇다면 양자의 죄가 경합하는 경우에는 공정거래법의 입찰담합죄가 우선적으로 적용된다고 보는 것이 타당할 것으로 보인다. 시장지배적 사업자의 구성원이 이러한 행위를 행하는 경우 그로 인하여 피해가 특히 크다는 점을 고

려하여 공정거래법이 형법상 경매입찰방해죄의 예비 단계에 불과한 경매, 입찰 등의 합의를 형사처벌하도록 하면서 법정형을 가중해 놓은 것으로 보아야 하는 것이다.

시장지배적 사업자의 구성원으로서 경매나 입찰담합의 합의를 한 자와 실제로 경매나 입찰에 참여하여 합의된 바에 따라 행위한 자가 서로 다른 경우, 전자에 대하여서는 공정거래법의 입찰담합죄가 성립하지만 후자에 대하여서는 형법상의 경매입찰방해죄만 성립할 수 있다. 전자의 구성원은 직접 공정을 해하는 행위를 하지 아니하였기에 형법상의 경매입찰방해죄가 성립한다고 볼 수 없고, 후자의 구성원은 입찰담합의 합의 과정에는 참여하지 아니하였기 때문에 공정거래법상의 입찰담합행위를 행한 것으로 볼 수 없기 때문이다. 입찰담합의 합의를 수행한 구성원은 경우에 따라서는 실제로 경매나 입찰에 참여한 자와 더불어 형법상 경매입찰방해죄의 공동정범이나 방조범이 된다고 볼 수도 있으나, 이미 살펴본 바와 같이 공정거래법의 입찰담합죄가 성립하면 형법상의 경매입찰방해죄는 별도로 성립하지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다.

다. 공정거래위원회가 고발을 하지 아니한 경우 형법상 경매입찰방해죄의 적용가능성

공정거래법 위반행위에 대하여서는 공정거래위원회에 대하여 전속고발권이 인정된다. 따라서 공정거래법에 위반하는 담합행위로서 입찰담합이 있는 경우에도 공정거래위원회의 고발이 있어야만 적법한 공소제기가 이루어질 수 있다. 문제가 되는 부분은 공정거래위원회가 고발을 하지 아니하였음에도 불구하고 형법상의 경매입찰방해죄를 적용하여 기소할 수 있는가의 여부이다. 형법상 경매입찰방해죄는 친고죄에 대하여서는 공정거래위원회의 전속고발권이 인정되지 않기 때문이다.

실제로 이와 같은 사건이 발생한 바 있는데, 피고인측에서는 검찰의 공소권 행사가 공소권의 남용에 해당한다는 주장을 하였으나 법원은 이를 받아들이지 아니하고 유죄판결을 하였다.¹⁰²⁾ 이에 대하여서는 법리적으로 아무런 문제가 없다는 견해나, 공정거래위원회의 전속고발권을 무색하게 할 수 있다는 견해 등이

제시된 바 있다.¹⁰³⁾

그러나 사업자(법인)의 입찰담합행위에 대하여 형사처벌을 함에 있어서 공정거래법 위반죄가 형법상의 입찰담합죄에 대한 특별규정의 지위에 서게 된다는 점을 고려한다면 위와 같은 사건에서는 공정거래법 위반죄만이 적용된다고 보는 것이 타당할 것이다.¹⁰⁴⁾ 그렇다면 위와 같이 공정거래법 대신 형법상의 경매입찰방해죄를 적용하여 기소가 된 경우에는 법원은 공정거래법 제71조를 유추적용하여 공소기각의 판결을 하는 것이 타당할 것이다.

제2절 담합행위에 대한 규제 방법

1. 민사적 규제

가. 당사자간 계약 무효화(제19조 제4항)

부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 계약 등은 사업자간에 있어서는 이를 무효로 한다(제19조 제4항). 법률은 이러한 계약 등이 사업자 당사자 사이에서만 무효가 되도록 규정하고 있으므로 이는 제3자에 대하여서는 효력이 없다. 예컨대 사업자가 제품의 가격을 인상하였고, 이러한 가격인상행위가 부당한 공동행위에 해당하는 것으로 판단되는 경우에도 인상된 가격으로 물건을 구입한 소비자는 손해배상청구가 가능함을 논외로 한다면, 물건구입계약이 무효임을 주장할 수는 없다.¹⁰⁵⁾

공정거래법이 다른 금지행위와 달리 부당한 공동행위의 경우에만 당사자간의

102) 대법원 2010.10.14. 선고 2010도4940 판결.

103) 이러한 견해에 대한 소개는 김형욱, “카르텔 자진신고 감면제도에 관한 연구 - 형사적 제재의 합리적 개선방안을 중심으로”, 형사법의 신동향 제21호, 대검찰청, 2009.8, 182면 이하.

104) 대법원은 이와는 동일한 사례는 아니지만 형법전의 범죄에 친족상도례 규정이 있으나 이를 가중 처벌하기 위하여 제정된 특별법이 친족상도례 규정이 없는 경우 특별법을 적용하면서 형법상의 친족상도례 규정을 유추적용하여야 한다는 판시를 한 바 있다(대법원 2010.7.29. 선고 2010도 5795 판결 참조).

105) 이호영, 독점규제법, 220면.

계약을 무효로 하도록 규정하는 것은 부당한 공동행위의 위법성이 공정거래법이 금지하는 다른 행위유형의 경우보다 더 높기 때문이라고 생각할 수도 있다. 그러나 다른 한편으로 본다면 공정거래법이 부당한 공동행위를 하기로 한 당사자 사이의 계약 등을 무효로 하는 규정을 둔 이유는 부당한 공동행위의 당사자가 부당한 공동행위로 나아가지 않고 합의를 파기할 수 있도록 하기 위한 것이기도 하다. 공정거래법이 부당한 공동행위의 합의를 무효로 하고 있어서 합의당사자인 사업자는 상대방에 대한 손해배상의 부담 없이 부당한 공동행위의 합의에서 벗어날 수 있기 때문이다.¹⁰⁶⁾

나. 손해배상(제56조, 제57조)

사업자 또는 사업자단체는 공정거래법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다(제56조 제1항). 민법 제750조에 손해배상에 관한 일반규정이 있음에도 불구하고 공정거래법에 손해배상에 관한 특별규정을 마련해 놓은 것은 고의, 과실에 대한 입증책임을 법률을 위반한 자에게 부담하도록 함으로써 입증책임을 전환해 놓은 데에 그 의미가 있다.

고의, 과실에 대한 입증책임이 전환된 이외에는 기타 손해배상청구의 요건은 민법상 불법행위의 경우와 동일하다.¹⁰⁷⁾ 따라서 손해배상을 청구하는 자는 자신이 손해를 입었으며, 그러한 손해가 부당한 공동행위로 인하여 발생한 것임을 입증하여야 한다. 다만 법률은 인과관계의 입증이 곤란할 수 있음을 고려하여, 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정하고 있다(제57조).

공정거래법 제56조에 의하여 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대하여 손해배

106) 양명조, 경제법강의, 180-181면.

107) 이호영, 독점규제법, 514면.

상을 청구하는 것과 이후 살펴보게 되는 공정거래위원회의 시정조치는 서로 별개의 제도로서, 부당한 공동행위로 손해를 입은 자는 공정거래위원회가 시정조치를 명하는가에 상관없이 손해배상청구를 할 수 있다. 2004년 이전에는 시정조치선확정주의에 의하여 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 이후에 비로소 손해배상을 청구할 수 있도록 하였으나, 이것은 2004년 법률 개정으로 폐지되었다.

공정거래위원회가 사업자에 대하여 과징금을 부과하였고 당해 사업자가 이미지를 납부한 경우 손해배상액을 산정함에 있어서 이러한 사실을 고려하여야 하는지가 문제될 수 있다. 이 문제는 과징금이 부당이득의 환수 기능을 수행하는 것인지 아니면 과거의 불법행위에 대한 제재수단으로서의 의미를 갖는 것인지에 따라 다르게 판단될 것인데, 이 문제는 이후 과징금과 관련하여 추가로 검토하기로 하겠다. 舊공정거래법은 사업자가 손해배상을 한 때에는 배상액에 상당하는 금액을 환급하여 주도록 규정하고 있었으나(제6조 제7항), 이 규정은 1996년 12월 공정거래법 개정 과정에서 폐지되었다.

2. 행정적 규제

가. 시정조치(제21조)

공정거래위원회는 부당한 공동행위가 있을 때에는 당해사업자에 대하여 당해행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다(공정거래법 제21조). “기타 시정을 위한 필요한 조치”의 구체적인 내용이 무엇인지가 문제되는데, 공정거래위원회의 『시정조치 운영지침』¹⁰⁸⁾은 시정조치를 작위명령, 부작위명령, 보조적 명령의 세 가지로 나누고 있다.

1) 작위명령

작위명령은 적극적인 행위를 요구하는 내용의 시정조치를 의미한다. 지침에서는 이를 이용강제·거래개시·거래재개명령, 합의파기명령, 계약조항의 수정 또는

108) 2009.8.21. 공정거래위원회의 시정조치 운영지침.

삭제명령, 독자적 가격재결정명령, 분리판매명령 등으로 나누고 있다(시정조치운영지침, VII 2.). 이들 중에서 부당한 공동행위가 인정되는 경우 가장 전형적으로 부과될 수 있는 작위명령은 합의파기 명령, 독자적 가격재결정명령 등이다.

합의파기명령이 부과되기 위하여서는 부당한 공동행위에 대한 “명백한 합의가 있고, 최종 심의일까지 그 합의가 종료되지 않아 부당한 공동행위가 유지되고 있으며, 공동행위가 관행화되어 있어 합의파기라는 외형적 행위를 통해 법 위반 행위를 효과적으로 종료시킬 필요가 있거나 법 위반행위를 억지할 필요”가 인정되어야 한다(시정조치운영지침, VII 2. 나.). 합의파기 방식과 관련하여서는 “피심인 각자가 이사회 등의 공식적인 최고 의결기구의 의결을 통해 ‘사업자간의 합의를 파기하며, 향후 독자적으로 의사결정을 하겠다’는 취지로 합의파기 의사를 확인하고 그 결과를 회의록에 기재하는 한편, 공동행위에 참가한 다른 피심인 및 관련 있는 자에게 이를 통지”하도록 규정하고 있다(시정조치운영지침, VII 2. 나.).

시정조치 운영지침은 독자적 가격재결정명령이 내려지기 위한 요건으로서 다섯 가지를 들고 있다. ① 제19조 제1항이 적용되는 명백한 합의가 있을 것, ② 최종 심의일까지 그 합의가 종료되지 않아 부당한 공동행위가 유지되고 있을 것, ③ 공동행위가 관행화되어 있거나 시장구조가 과점화되어 있어 향후 공동행위의 재발가능성이 클 것, ④ 가격공동행위의 기간이 장기간에 걸쳐 있을 것, ⑤ 합의에 의한 가격결정·유지·변경행위의 중지를 구체적인 작위명령으로 명할 필요가 있을 것 등의 요건이 그에 해당한다(시정조치운영지침, VII 2. 나.). 그 방식과 관련하여서는 “가격재결정명령 방식은 행위중지명령 또는 합의파기명령과 함께 피심인에게 합의에 의해 결정한 가격을 철회하고 새로이 독립적인 판단에 따라 각자 가격을 결정하여 공정거래위원회에 서면으로 보고”하도록 하고 있다(시정조치운영지침, VII 2. 나.).

2) 부작위명령

부작위명령은 소극적인 부작위를 요구하는 내용의 시정조치로서 법위반행위의 중지명령, 향후 위반행위 금지명령 등을 의미한다(시정조치운영지침, II.2.(2)).

공정거래위원회는 원칙적으로 법 위반행위가 최종 심의일에도 진행 중이거나 위반행위의 효과가 최종 심의일에도 지속되는 경우에 행위중지명령을 명할 수 있다(시정조치운영지침, Ⅶ1.가.). 행위중지명령은 관련 상품, 거래상대방, 위반행위의 내용 또는 방법 등 당해 위법사실을 최대한 반영하여 중지하여야 할 행위를 구체적으로 특정하고, 시정조치 기간을 명확하게 하여 명하여야 한다(시정조치운영지침, Ⅶ1.가.).

행위금지명령은 원칙적으로 법 위반행위가 최종 심의일에 이미 종료되었으나, 가까운 장래에 당해 법위반행위와 동일 또는 유사한 행위가 반복될 우려가 있는 경우에 명할 수 있다(시정조치운영지침, Ⅶ1.나.). 행위금지명령은 단순히 법령의 규정을 반복하여 추상적인 법을 선언하는 식으로 일반적·포괄적으로 명하여서는 아니된다(시정조치운영지침, Ⅶ1.나.). 행위금지명령은 법 위반행위를 최대한 반영하여 향후 이와 동일하거나 유사한 행위가 발생한 경우 새로운 위법행위가 아니라, 시정조치 불이행으로 판단할 수 있도록 금지대상이 되는 법 위반행위의 유형을 어느 정도 구체화하여 명하여야 한다(시정조치운영지침, Ⅶ1.나.). 다만, 행위금지명령의 내용이 지나치게 구체적이어서 장래에 동일 또는 유사한 법위반 행위가 발생할 가능성이 거의 없게 되지 않도록 한다(시정조치운영지침, Ⅶ1.나.).

3) 보조적 명령

보조적 명령은 시정조치의 이행을 실효성 있게 확보하고 당해 위반행위의 재발을 효과적으로 방지하기 위하여 주된 명령에 부가하여 명하는 시정조치로서, 위 지침은 이를 시정명령을 받은 사실의 통지명령 내지 교부명령, 시정명령 이행결과의 보고명령, 법위반행위 재발 방지를 위한 교육실시명령, 이행확인기구의 점검활동에 대한 보장명령, 관련자료 보관명령 등으로 분류하고 있다(시정조치운영지침, Ⅱ.2.(3)).

이와 같은 보고명령 중에는 전통적인 형벌과는 아주 다른 절차에 의하여 실현되도록 규정하고 있는 것들이 있어 주목된다. 예컨대 법위반행위 재발 방지를 위한 교육실시명령, 이행확인기구의 점검활동에 대한 보장명령이 그 예에 해당

한다. 교육실시명령은 법률에 대한 이해부족 내지 준수의지 미약 등으로 인하여 위반행위가 반복하여 발생하였음을 전제로 하여 사업자 소속 임·직원을 대상으로 법 위반 사항과 관련된 법령, 제도 등에 관하여 교육을 실시하도록 하는 명령을 의미한다(시정조치운영지침, Ⅷ.3.다.). 이행기구의 점검활동에 대한 보장명령은 예컨대 시정조치가 복잡하고 전문적이어서 전문적인 제3자로 하여금 이행 점검을 하게할 필요가 있거나, 또는 당해 시정조치가 지속적인 현장점검을 통해서만이 시정조치의 이행을 효과적으로 확보할 수 있는 경우에 공정거래위원회로 하여금 전문적인 제3자 또는 공정거래위원회의 직원을 이행확인(감시)기구로 임명할 수 있도록 하면서, 피심인으로 하여금 위 이행확인(감시)기구가 자신의 영업장소에서 일정기간 상주하면서 시정조치 이행과 관련된 자료 등을 점검하는 것을 보장하도록 하는 명령을 의미한다(시정조치운영지침, Ⅷ.3.라.).

시정조치를 명한 경우 당해인이 이를 수행하여야 하는 효력기간과 관련하여 공정거래위원회 시정조치 운용지침은 작위명령 또는 보조적 명령이 피심인의 계속된 이행 행위를 요구하는 경우에는 시정조치의 목적 달성과 피심인의 부담간의 비교 등을 고려하여 적절한 시정조치의 효력 기간을 정하여 명하도록 규정하고 있다(시정조치운영지침, Ⅵ.). 다만 시정조치의 효력 기간이 장기간인 경우에는 시정조치 후 시장경쟁 상황의 변화에 따른 시정조치의 계속적 필요 여부를 고려하여 피심인으로 하여금 시정조치 변경을 요청할 수 있다고 하고 있다(시정조치운영지침, Ⅵ.).

나. 시정명령을 받은 사실의 공포 명령

공정거래위원회는 부당한 공동행위의 금지를 위반한 사업자에 대하여 시정명령을 하는 경우, 시정명령을 받은 사실을 공포할 것을 명할 수 있다(법 제21조). 현행 공정거래법이 규정하는 시정명령을 받은 사실의 공포 제도는 당해 사업자에 대하여 사죄의 의사를 밝힐 것을 요구하고 있지 아니하고, 법률에 위반하는 행위를 하였음을 인정할 것을 요구하고 있지도 아니하면서, 다만 공정거래위원회가 시정명령을 하였다는 사실만을 밝힐 것을 요구하고 있다는 특징이 있다.

시정명령을 받은 사실을 공포하도록 함에 있어서 사죄의 의사를 표시할 것을

요구하지 아니하는 것은 종래 헌법재판소가 사죄광고가 위헌이라고 결정한 바 있음을 고려한 것이다. 우리 헌법재판소는 이미 오래 전에 사죄광고의 위헌성 여부를 심사하면서 “사죄광고 과정에서는 자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권이 무시되고 국가에 의한 인격의 외형적 변형이 초래되어 인격형성에 분열이 필연적으로 수반”하게 되는바, “사죄광고제도는 헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권에 큰 위해”가 된다고 판시한 바 있다.¹⁰⁹⁾ 현행 공정거래법은 이와 같은 헌법재판소 결정이 있었음을 고려하여 시정명령을 받은 사실의 공표 명령을 함에 있어서도 당해 사업자에 대하여 사죄의 의사를 밝힐 것을 요구하고 있지 아니하다.

2004년 법률 개정 이전에는 공정거래위원회의 자체조사 결과 사업자단체 등이 법위반행위의 혐의가 있다고 판단할 경우 공정거래위원회는 검찰 등 수사기관에 이를 고발함과 동시에 바로 당해 행위를 한 사업자단체에 대하여 이러한 법률위반사실이 있다는 내용을 일간지 등에 공표할 것을 명할 수 있었다. 그런데 이에 대하여서는 과잉금지의 원칙이나 무죄추정의 원칙, 진술거부권 등을 침해하여서 위헌이라는 주장이 제기되었다.

법위반사실의 공표의 위헌성을 판단하면서 헌법재판소는 일단 이로 인하여 양심의 자유의 침해 문제는 발생하지 않는다고 하였다. “법위반사실의 공표명령은 법규정의 문언상으로 보아도 단순히 법위반사실 자체를 공표하라는 것일 뿐, 사죄 내지 사과하라는 의미요소를 가지고 있지는 아니하다”고 하였고, 공정거래위원회의 실제 운용에 있어서도 “특정한 내용의 행위를 함으로써 공정거래법을 위반하였다는 사실을 일간지 등에 공표하라는 것이어서 단지 사실관계와 법을 위반하였다는 점을 공표하라는 것이지 행위자에게 사죄 내지 사과를 요구하고 있는 것”은 아니기 때문이다.¹¹⁰⁾ 그러나 헌법재판소는 법위반사실의 공표명령은 “공소제기조차 되지 아니하고 단지 고발만 이루어진 수사의 초기단계에서 아직 법원의 유무죄에 대한 판단이 가려지지 아니하였는데도 관련 행위자를 유죄로 추정하는 불이익한 처분”으로서 무죄추정의 원칙 및 진술거부권을 침해하는 것

109) 헌법재판소 1991.4.1. 선고 89헌마160 결정.

110) 헌법재판소 2002.1.31. 선고 2001헌바43 결정.

이라고 결정하였다.¹¹¹⁾

이러한 헌법재판소의 결정 취지에 따라 공정거래법은 공정거래위원회로 하여금 범위반사실 대신 시정명령을 받은 사실의 공표를 명할 수 있도록 개정되었다. 시정명령을 받은 사실을 공표하라는 명령의 위헌성 여부도 심사된 바 있는데, 헌법재판소는 “범위반사실을 인정하고 이를 공표하라는 취지가 아니고 단지 범위반을 이유로 시정명령을 받았다고 하는 객관적 사실을 공표하라는 취지”로서 공정거래위원회에 대하여 “기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치”를 명할 수 있도록 한 법률의 규정에 입각한 조치로서 합헌이라고 결정하였다.¹¹²⁾

현재 시행되고 있는 「공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 공표에 관한 운영지침」¹¹³⁾에서는 다음 중 어느 하나의 사유가 존재하는 경우로 ① 직접 피해를 입은 자가 불특정 다수인 경우, ② 공표를 함으로써 피해자가 자신의 권익구제를 위한 법적 조치를 취할 수 있도록 할 필요가 있다고 인정되는 경우, ③ 허위·과장 등 부당한 표시·광고행위로 인하여 소비자에게 남아있는 오인·기만적 효과를 제거할 필요가 있다고 인정되는 경우에만 공정거래위원회가 공표명령을 하도록 규정하고 있다.

다. 과징금

1) 법적 성격

공정거래위원회는 부당한 공동행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 20억 원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다(공정거래법 제22조).

과징금의 부과와 관련하여서는 과징금이 어떠한 법적 성격을 가지는지가 문제되고 있다. 과징금을 사업자들이 부당한 공동행위를 통하여 얻은 이익을 환수하

111) 헌법재판소 2002.1.31. 선고 2001헌바43 결정.

112) 헌법재판소 2004.2.26. 선고 2003헌바48 결정.

113) 2010.12.31. 공정거래위원회 예규 제84호.

는 장치로 보는 견해도 있으나,¹¹⁴⁾ 과징금이 일종의 제재수단에 해당한다고 보는 견해도 있으며, 양자의 성격을 모두 갖는다고 보는 견해도 있다.¹¹⁵⁾ 과징금의 법적 성격과 관련된 논의는 다음과 같은 문제와 관련하여 의미를 갖게 된다. 첫 번째로 형벌과 과징금을 병과하는 것이 이중처벌금지의 원칙에 반하는가와 관련한 것이다. 과징금이 일종의 제재수단에 해당한다면 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대하여 형벌과 과징금을 병과하는 경우 이중처벌금지의 원칙에 반하는 결과가 되기 때문이다. 두 번째로 과징금이 제재수단으로서의 성격을 갖는다면 행정기관인 공정거래위원회가 제재를 가할 수 있게 되어 삼권분립 원칙에 반하게 된다는 지적도 제기되고 있다.¹¹⁶⁾ 세 번째로 과징금을 부당이익의 환수장치로 파악하게 된다면 위반사업자가 피해자에 대하여 이미 민사상 손해배상을 한 경우에는 과징금을 부과함에 있어서 기존 손해배상액을 차감하여야 한다고 보게 될 것이다. 네 번째로 과징금이 부당이익의 환수기능만을 수행한다고 본다면 과징금을 부과함에 있어서 부당한 공동행위의 시작시점은 합의시점이 아니라 합의된 바를 실현하는 행위가 있는 시점이라고 보아야 할 것이다.

과징금의 법적 성질을 판단함에 있어서는 이를 어떠한 기준에 의하여 판단할 것인지가 문제되는데, 문헌에서는 실정법의 규정형식에 비추어 이를 판단하려고 하고 있다. 현행 공정거래법이 부당한 공동행위에 대하여 과징금을 부과하는 경우 매출액에 대하여 일정 비율을 곱한 금액에 해당하는 과징금을 부과하도록 하고 있는 것을 고려한다면 과징금이 부당이득 환수장치로서의 성격을 갖고 있음은 명확하다고 설명한다. 그러나 공정거래법이 법개정 과정에서 과징금 납부자가 피해자에게 손해배상을 한 경우 과징금을 환급해주도록 해주는 배상액환급조항을 삭제한 것을 고려한다면 과징금의 부당이득 환수기능은 후퇴한 것으로 보아야 한다는 것이다.¹¹⁷⁾ 공정거래법 제22조가 매출액이 없어도 과징금을 부과할

114) 대법원 2004.10.27. 선고 2002두6842 판결.

115) 권오승, 경제법, 374면 박해식, “과징금의 법적 성격”, 공정거래법강의II(권오승 편), 법문사, 2000, 597면 신현운, 경제법, 378면 손수일, “공동행위(카르텔)의 규제와 추정조항의 문제점”, 경제법의 제문제(재판자료 제87집), 대법원 법원행정처, 2000.7, 434면 홍대식, 공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2006.8, 28면.

116) 이호영, 독점규제법, 467면.

117) 이호영, 독점규제법, 467면.

수 있도록 규정한 것을 고려할 때에도 과징금을 순수하게 부당이익의 환수장치로 이해하여서는 안될 것이다. 대법원도 과징금이 행정상의 제재적 성격과 부당이득 환수적 성격을 함께 갖고 있다고 판시하고 있다.¹¹⁸⁾

헌법재판소는 공정거래법에 의한 과징금의 부과가 본질적으로 “제재를 통한 위반행위의 억지”에 있으나 “그렇다고 하여 부당이득환수적 성격이 전혀 없다고 단정하기도 어렵다”고 하면서, 공정거래법이 과징금과 형벌의 병과를 허용한다고 하여 그것이 이중처벌금지의 원칙에 반하는 것은 아니라고 결정한 바 있다.¹¹⁹⁾ 이러한 헌법재판소 논리의 바탕에는 행정청에게 독자적인 제재의 권한이 부여되어 있으며, 원활한 행정작용의 보장을 위하여서는 행정청이 부과하는 제재수단이 이중처벌금지원칙의 적용요건인 처벌에 해당하는 것으로 보아서는 안된다는 전제가 놓여 있다. 헌법재판소는 “행정법은 의무를 명하거나 금지를 설정함으로써 일정한 행정목적의 달성을하려고 하는데, 그 실효성을 확보하기 위하여는 의무의 위반이 있을 때에 행정형벌, 과태료, 영업허가의 취소·정지, 과징금 등과 같은 불이익을 가함으로써 의무위반 당사자나 다른 의무자로 하여금 더 이상 위반을 하지 않도록 유도하는 것이 필요”하고, 따라서 “이와 같은 제재를 통한 억지는 행정규제의 본원적 기능”에 해당한다고 판시한다.¹²⁰⁾ 나아가 헌법 제13조 제1항을 해석함에 있어서 “행정벌, 행정강제, 영업허가의 취소·정지와 같은 종래의 수단만으로는 행정기능의 확대와 질적 고도화에 따른 행정현상의 변화에 상응하는 실효성을 확보할 수 없어 이를 보완하는 여러 가지 새로운 의무행확보수단이 등장하게 되었는데, 제재적 성격의 유무를 기준으로 하여 이중처벌금지원칙을 폭넓게 적용하게 되면 오늘날의 행정현실에 탄력적으로 대응할 수 없게 될 우려가 있다.”는 점을 강조한다.¹²¹⁾

학설은 과징금의 부과가 사업자에 대하여 실제로 어떠한 의미를 갖는가를 기준으로 하여 과징금의 법적 성격을 판단하려고 하면서 과징금이 제재로서의 성격을 갖는다는 점을 인정한다. 그리고 이와 같이 과징금이 실제로 처벌로서의

118) 대법원 2008.9.25. 선고 2007두3756 판결.

119) 헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가25 결정.

120) 헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가25 결정.

121) 헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가25 결정.

의미를 갖는다는 점을 인정한다면 형벌과 과징금의 병과는 이중처벌금지의 원칙에 반한다고 볼 여지가 생기게 된다. 이에 반하여 헌법재판소는 과징금이 처벌로서의 성격을 갖고 있음에도 불구하고 그것이 행정기관에 의하여 부과되는 이상 설령 형벌과 함께 병과되어도 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는 것으로 보아야 한다는 점을 강조한다.

그러나 헌법재판소와 같이 과징금이 사실상 처벌로서 기능한다고 하여도 부과주체가 행정기관이라면 이중처벌금지의 원칙이 적용될 수 없다고 본다면 국가는 실질적으로 형벌에 해당하는 제재를 행정제재의 형식으로 부과함으로써 형벌부과와 관련된 여러 법적 제한들을 피해갈 수 있게 되는 부당한 결과가 발생할 것이다. 다만 현행 공정거래법에 의할 때 사업자에 대한 과징금의 부과근거와 벌금의 부과근거가 서로 다르다는 점에서 이중처벌의 문제는 발생하지 않는다고 보아야 할 것이다. 사업자에 대하여 과징금을 부과함에 있어서 근거가 되는 것은 당해 사업자가 부당한 공동행위를 행하였다는 사실임에 반하여, 사업자에 대하여 벌금을 부과하는 근거가 되는 것은 사업자가 구성원인 개인이 위법행위를 행하지 않도록 감독할 의무를 게을리 하였다는 사실이기 때문이다.

입법론적으로는 예컨대 독립모델에 의하여 사업자를 형사처벌하도록 하는 등의 방법으로 사업자에 대한 형사처벌의 가능성을 강화함과 동시에,¹²²⁾ 과징금은 순수하게 부당이익의 환수장치로서 기능하도록 정비하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

2) 부과요건

공정거래법은 과징금의 부과여부를 공정거래위원회의 재량에 의하여 결정할 수 있도록 하고 있다. 그런데 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」¹²³⁾에서는 과징금 부과여부를 판단하기 위한 기준으로서 일반적으로 적용되는 기준과 위반행위의 유형에 따라 적용되는 기준을 나누어 정해놓고 있다.

먼저 일반적으로 적용되는 기준으로서 위 고시에서는 “위반행위로 인한 자유

122) 독립모델에 의한 사업자의 형사처벌 방법에 대하여서는 뒤에서 검토하였다.

롭고 공정한 경쟁질서의 저해효과가 중대하거나 소비자 등에게 미치는 영향이 큰 것으로 판단되는 경우”에는 원칙적으로 과징금을 부과하도록 하면서, 이외에도 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 과징금을 부과하도록 하고 있다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, III.1.나.).

- ① 가격 또는 물량을 직접적으로 결정·유지·변경 또는 제한하거나 가격 또는 물량의 결정·유지·변경 또는 제한을 목적으로 하는 위반행위의 경우
- ② 가격·물량 외의 거래조건과 관련된 위반행위는 경쟁질서를 저해하는 효과가 크거나 다수의 사업자 또는 소비자에게 미치는 영향이 중대하다고 인정되는 경우
- ③ 위반행위에 의하여 위반사업자가 부당이득을 얻었거나 다른 사업자로 하여금 부당이득을 얻게 한 경우

위 고시는 부당한 공동행위가 있는 경우에는 원칙적으로 과징금을 부과하여야 하지만, “경쟁제한 효과와 효율성 증대 효과를 동시에 발생시킬 수 있는 공동행위의 경우로서 참가사업자들이 행위의 위법성을 인식하지 못하고 경쟁제한 효과와 그 파급효과가 크지 아니하다고 인정되는 경우에는 과징금을 부과하지 아니할 수 있다.”고 규정하고 있다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, III.2.다.(1)).

3) 부과절차 및 방법

가) 기본과징금의 결정

「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」는 4단계를 거쳐서 과징금을 결정하도록 하고 있다. 과징금 결정의 첫 번째 절차는 기본과징금을 결정하는 것이다. 부당한 공동행위에 대하여 과징금을 부과하는 경우에는 관련매출액에 위반행위의 중대성의 정도별 부과기준율을 곱하여 이를 산정하도록 하고 있다. 고시에 의한다면 매우 중대한 위반행위가 있는 때에는 7% 이상 10% 이하, 중대한 위반행위가 있는 때에는 3% 이상 7% 미만, 중대성이 약한 위반행위가 있는 때에는 0.5% 이상 3% 미만의 부과기준율이 적용된다(과징금 부과 세부기준 등에 관한

고시, IV.1.다.).

관련매출액이란 위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 의미한다. 다만, 위반행위가 상품이나 용역의 구매와 관련하여 이루어진 경우에는 관련 상품이나 용역의 매입액을 말하고, 입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우에는 계약금액을 말한다(공정거래법 시행령 제9조 제1항). 이와 같은 시행령에 의하여 관련매출액을 결정하기 위하여서는 ‘위반기간’이 무엇을 의미하는지, 그리고 ‘관련 상품’의 ‘매출액’을 구체적으로 어떻게 산정하는지가 추가적으로 확인되어야만 한다. 이와 같은 사항은 『과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시』에 보다 상세히 규정되어 있다.

① 위반기간

위반기간은 원칙적으로 위반행위의 개시일부터 종료일까지의 기간을 의미한다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, II.6.나).

② 관련상품

관련상품은 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다. 관련상품에는 당해 위반행위로 인하여 거래가 실제로 이루어지거나 이루어지지 아니한 상품이 포함된다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, II.5.나).

이러한 방법에 의하여 관련상품의 범위를 정하기 곤란한 경우에는 당해 위반행위로 인하여 직접 발생하였거나 발생할 우려가 현저하게 된 다른 사업자의 피해와 연관된 상품을, 다른 사업자의 직접적 피해가 없는 경우에는 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품을 관련상품으로 볼 수 있다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, II.5.나).

③ 매출액

매출액은 총매출액에서 부가가치세, 매출에누리, 매출환입, 매출할인 등을 제외한 순매출액으로 산정한다. 다만, 위반행위로 인하여 발생한 매출이 없는 경

우에는 과거 실적, 관련 사업자의 계획, 시장상황 등을 종합적으로 고려하여 매출액을 산정할 수 있다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, II.5.다). 위반행위가 상품의 구매와 관련하여 이루어진 경우에는 매입액을 기준으로 하고, 입찰 또는 특정 계약에 직접 관련되거나 한정된 경우에는 계약금액을 기준으로 한다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, II.5.다).

나) 의무적 조정과징금의 결정

기본과징금이 결정된 이후에는 위반행위의 기간 및 횟수와 부당이득의 규모를 고려하여 기본과징금을 조정하게 되고, 이러한 조정 결과 결정된 과징금을 의무적 조정과징금으로 지칭한다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, II.2.).

다) 임의적 조정과징금의 결정

그 다음에는 위반사업자의 고의·과실 등 행위자요소, 위반행위의 성격과 사정, 재정적 상황 및 시장여건 등의 사유를 고려하여 의무적 과징금을 가중 또는 감경하게 되고, 이를 통하여 결정된 과징금을 임의적 조정과징금으로 부른다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, II.3.). 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」는 과징금의 가중사유와 감경사유를 예시하고 있다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, IV.3.).

라) 부과과징금의 결정

마지막으로 임의적 조정과징금이 위반사업자의 현실적 부담능력, 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과, 기타 시장 또는 경제여건 등을 충분히 반영하지 못하여 현저히 과중하다고 판단되는 경우에 이를 감면하게 되는데, 그 결과 결정된 과징금이 부과과징금에 해당한다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, II.4., IV.4.).

4) 입찰담합과 과징금의 결정

입찰담합이 있을 때에는 참여사업자 중에서 일부 사업자만이 낙찰을 받아 계

약을 체결하는 경우가 많다. 이러한 경우에는 관련매출액에 일정한 부과기준율을 곱하는 방식으로 과징금액을 적절히 결정할 수 없다. 따라서 입찰담합이 있는 경우 부과하여야 하는 과징금에 관하여서는 별도의 기준이 제시되어야 한다.

『과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시』에서는 경락을 포함하여 낙찰이 되어 계약이 체결된 경우에는 계약금액을, 낙찰은 되었으나 계약이 체결되지 아니한 경우에는 낙찰금액을, 낙찰이 되지 아니한 경우에는 예정가격(예정가격이 없는 경우에는 응찰금액)을 당해 입찰담합에 참여한 각 사업자의 관련매출액으로 보도록 규정하고 있다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, IV.1.다.(1).(마).). 그리고 응찰하지 아니하였거나 탈락한 자에 대하여는 기본과징금을 2분의 1 범위 내에서 감액할 수 있도록 하고 있다(과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시, IV.1.다.(1).(마).).

위 기준에 따라 과징금을 결정함에 있어서 들러리로 입찰에 참여한 사업자에 대하여 계약이 체결된 것으로 보아야 하는지의 여부가 문제될 수 있다. 입찰담합을 하기로 한 모든 사업자를 기준으로 본다면 낙찰이 되어 참여사업자 중의 하나 내지 일부가 계약을 체결한 이상 계약이 체결된 경우에 해당하지만, 당해 사업자를 기준으로 한다면 계약이 체결되지 아니하였기 때문이다. 이에 대하여 대법원은 계약이 체결된 경우를 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자가 있는 경우를 의미하는 것으로 보아 들러리로 담합에 가담한 사업자에 대해서도 그 계약금액이 과징금 부과기준이 된다고 판시하였다.¹²³⁾

라. 자진신고자에 대한 감면 제도

공정거래법 제22조의2는 부당한 공동행위의 사실을 자진신고한 자, 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자(이하 “자진신고자”)에 대하여 시정조치 또는 과징금을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같은 자진신고자 감면제도는 부당한 공동행위가 은밀하게 행하여짐을 고려하여 내부자의 협조를 유인함으로써 공동행위에 대한 규제의 실효성을 제고하기 위하여 도입되었다고 설

123) 대법원 2004.10.27. 선고 2002두6842 판결.

명된다.¹²⁴⁾ 공정거래법 시행령은 감면대상자로 인정받기 위하여 요구되는 요건을 상세히 규정해 놓고 있다.

자진신고자에 대한 고발 면제와 관련하여서는 지적하고 싶은 부분은 현행 공정거래법 및 시행령에는 사업자와 개인 중에서 누구를 자진신고자로 보아야 하는지의 여부가 혼란스럽게 규정되어 있다는 점이다. 공정거래법 제22조의2 제1항은 자진신고자에 대하여 시정조치나 과징금을 면제할 수 있도록 하고 있는바, 과징금 등의 부과대상이 사업자라는 점을 고려한다면 사업자가 자진신고자의 지위를 가지는 자에 해당함을 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 그러나 같은 조 제2항에서는 자진신고자의 신원에 대하여 비밀을 보장하여야 한다고 규정함으로써 자진신고자가 정보를 제공한 개인임을 전제하고 있다. 이와 같은 혼란은 공정거래법 시행령에서도 동일하게 발견된다. 예컨대 시행령 제35조 제3항은 정보를 제공한 개인이 자진신고자에 해당할 수 있음을 전제로 하여 “공정거래위원회는 자진신고자나 조사에 협조한 자의 신청이 있으면 자진신고자 등의 신원이 공개되지 아니하도록 해당 사건을 분리 심리하거나 분리 의결할 수 있다.”고 규정하고 있기 때문이다.

이와 같은 명문의 규정을 고려한다면 현행 공정거래법을 해석함에 있어서는 자진신고자라는 표지는 경우에 따라서는 사업자를, 경우에 따라서는 정보를 제공한 개인을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 법률이나 시행령 전체의 취지를 고려한다면 일반적으로는 자진신고자의 지위를 갖는 자는 사업자이며, 정보를 제공한 개인은 신원정보의 보호의무와 관련되는 등의 예외적인 경우에만 자진신고자로서의 지위에 서게 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 그리고 개인에 대하여 자진신고자로서의 지위가 인정되는가를 판단함에 있어서는 시행령 제35조 제1항이 적용되지 아니한다고 보아야 할 것이다. 시행령 제35조 제1항은 사업자가 자진신고자가 되기 위하여 갖추어야 하는 요건을 설명해 놓은 규정에 해당하기 때문이다.

이러한 구별은 예컨대 사업자(법인)를 대표할 권한이 없는 구성원이 - 사업자의 의사 내지 이익에 반하여 - 부당한 공동행위에 대한 정보를 제공하는 경우

124) 권오승, 경제법, 269면.

그 의미를 가질 수 있을 것이다. 이 경우에는 사업자는 자진신고자로서의 지위를 인정받을 수 없지만, 개인은 자진신고자로서 지위를 획득할 수 있게 되기 때문이다.

입법론적으로 본다면 개인이 자진신고자로 인정받기 위하여 갖추어야 하는 요건을 규정해 놓을 필요가 있을 것으로 보인다. 현행 공정거래법이나 시행령은 단지 사업자가 자진신고자로서 인정받기 위하여 요구되는 조건만을 규정하고 있을 뿐이기 때문이다.

이 외의 자진신고자 감면제도에 관한 문제점 및 개선방안에 대하여는 뒤에서 다시 검토하기로 한다.

3. 형사적 규제

가. 행위자 및 법인에 대한 처벌규정

법률은 부당한 공동행위를 행한 자연인을 처벌하도록 하는 형벌규정을 마련해 놓으면서, 법인은 일정한 요건을 충족시키는 경우에만 처벌하도록 하는 양벌규정을 마련해 놓고 있다. 부당한 공동행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다(제66조 제1항). 부당한 공동행위를 하여 시정조치 또는 금지명령을 받았음에도 불구하고 이에 응하지 아니한 경우 당해인은 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처한다(제67조). 법인(법인격이 없는 단체를 포함한다)의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 위의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 그에 해당하는 벌금형을 부과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다(제70조).

공정거래법이 개인의 형사책임으로부터 분리된 사업자(법인)만의 독자적인 형사책임을 인정하지는 않고 있음을 고려한다면, 부당한 공동행위가 존재하여도 그것은 사업자에 대한 관계에서는 범죄를 성립시키지 않는다고 보아야 할 것이다. 부당한 공동행위는, 사업자에 대한 관계에서는, 다만 행정제재의 대상이 되는 행위에 해당할 뿐이다.

나. 공정거래위원회의 전속고발권

1) 전속고발권의 내용

부당한 공동행위를 행한 개인은 형사처벌의 대상이 된다. 즉 부당한 공동행위는 개인에 대한 관계에서는 범죄행위에 해당한다. 그렇다면 형사소송법의 일반 원칙에 의하여 그 피해자는 고소할 수 있으며(형사소송법 제223조), 누구나 부당한 공동행위를 행한 자를 처벌해줄 것을 요구하면서 고발할 수 있다고 보아야 할 것이다(형사소송법 제234조). 그러나 공정거래법은 예외적으로 공정거래법 위반행위에 대하여서는 공정거래위원회에 전속적인 고발권을 부여하고 있다. 공정거래법은 제66조 및 제67조의 죄에 대하여 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다(제71조 제1항). 다만 공정거래법은 공정거래위원회는 공소가 제기된 후에는 고발을 취소하지 못하도록 하고 있다(제71조 제4항).

이와 같은 법률의 규정에 의할 때 공정거래위원회는 원칙적으로 부당한 공동행위를 행한 개인을 고발할 것인가의 여부를 재량에 의하여 판단할 수 있게 되었다. 다만 공정거래법은 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다고 규정하고(제71조 제2항), 나아가 검찰총장이 이러한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있도록 함으로써(제71조 제3항) 공정거래위원회의 전속고발권의 행사가능성을 제한하려고 하고 있다.

『독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침』¹²⁵⁾에서는 고발권한의 공정한 행사를 위하여 어느 경우에 고발을 하여야 하는가를 규정해 놓고 있다. 이 지침에 의한다면 법위반점수가 법률위반 행위별로 정해 놓은 기준점수 이상일 경우, 특별한 사유 없이 공정거래위원회의 시정조치나 금지명령에 응하지 않은 경우 등에 해당하면 원칙적으로 고발하도록 하고 있다.

125) 2011.3.3. 공정거래위원회 예규 제87호

2) 전속고발권 조항의 합헌성 여부

이와 같이 공정거래위원회에 대하여 법률위반행위에 대한 전속고발권을 부여한 것이 정당한가에 대하여서는 논란이 있다. 공정거래법이 사적 자치의 원칙에 입각하여 이루어지는 기업활동을 제한하는 기능을 수행한다는 점을 고려한다면 설령 공정거래법 위반행위가 있다고 하더라도 국가기관이 이에 개입하는 것은 가능한 한 제한되어야만 하며, 이러한 관점에서 본다면 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 부여하고, 특히 중대한 위반행위가 있는 경우에만 고발의무를 인정한 것은 타당한 것이라고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 다른 한편으로 본다면 공정거래법이 “소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모”하기 위한 것이라는 점을 고려할 때 법률위반행위로 인하여 시장경제질서가 저해되고 소비자의 권익이 침해되었음에도 불구하고 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 부여함으로써 결국 형벌권의 행사 여부를 공정거래위원회의 재량에 맡기는 것은 타당하지 않다는 비판이 제기될 수도 있을 것이다.

우리 헌법재판소는 예외적인 고발의무에 관한 규정이 마련되지 아니한 채로 단순히 “제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.”고 규정하고 있었던 舊공정거래법 제71조에 대하여, 공정거래위원회에 전속고발권을 부여한 것은 합헌이라는 취지의 판시를 한 바 있다. 헌법재판소는 “공정거래법 위반행위는 기업의 영업활동과 밀접하게 결합되어 있거나 영업활동 그 자체로서 행하여지기 때문에, 그에 대하여 무분별하게 형벌을 선택한다면 관계자나 관계기업은 기업활동에 불안감을 느끼게 되고 자연히 기업활동이 위축될 우려”가 있으므로 “공정거래법 위반행위에 대한 형벌은 가능한 한 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우에 제한적으로 활용”되어야 하는바, 법률의 전속고발제도는 “이와 같은 제사정을 고려하여 독립적으로 구성된 공정거래위원회로 하여금 거래행위의 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있는 법집행기관으로서 상세한 시장분석을 통하여 위반행위의 경중을 판단하고 그때그때의 시장경제상황의 실상에 따라 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로 이를 규제함이 상당할 것인지 아니면 더 나아가 형벌까지 적용하여야 할 것인지의 여부를 결정하도록 함으로써 공정거래법의 목적

을 달성하고자 하는 데 그 취지가 있다”고 판시한 바 있다.¹²⁶⁾

그런데 헌법재판소의 판시에 나와 있는 바와 같이 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 부여하는 취지를 고발로 인한 경제활동의 위축 우려에서 찾는다면 부당한 공동행위가 있는 경우에도 공정거래위원회에 대한 전속고발권을 인정하는 것이 타당한가에 대하여서는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 특히 이른바 경성 공동행위의 경우 기업의 정상적인 영업활동과 무관하게 이루어지는 행위이기 때문에 그에 대한 고발이 있다고 하여도 기업활동이 위축될 우려는 별로 없다고 보아야 할 것이기 때문이다. 나아가 공정거래위원회의 전속고발권이 원칙적으로 사업자가 아니라 개인의 형사처벌을 요구하는 것이라는 점을 고려할 때에도, 공정거래위원회의 고발에 의하여 사경제주체의 경제활동에 얼마나 큰 영향을 주게 될 것인지는 의문이다. 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 인정하는 것이 타당한가에 대하여서는 뒤에서 다시 검토하기로 하겠다.

3) 전속고발권의 행사기준

공정거래위원회는 전속고발권의 적정한 행사를 위하여 지침(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침)을 만들어 공포하였다. 이 지침에서는 부당한 공동행위가 있는 때에는 위반행위에 대하여 산정한 범위반 점수가 기준 점수 이상이거나 특별한 사유 없이 공정거래위원회의 시정조치나 금지명령에 응하지 않는 등의 사유가 있을 때에는 고발함을 원칙으로 한다고 규정한다(위 지침 제2조 제1항). 이러한 기준에 해당하지 아니하더라도 과거 3년간 공정거래법 등 위반으로 경고 이상 조치를 3회 이상 받고 누적벌점이 일정 점수 이상이거나 4회 법 위반을 하여 조치를 하는 경우 고발함을 원칙으로 하도록 하고 있다(위 지침 제2조 제3항). 부당한 공동행위에 대한 범위반점수 산정기준은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침」에 상세히 규정되어 있다.

126) 헌법재판소 1995.7.21. 선고 94헌마136 결정.

4) 고소불가분의 원칙의 준용 여부

공정거래위원회의 전속고발권과 관련하여 논의되는 주제 중의 하나는 고소불가분의 원칙에 관한 형사소송법 제233조 규정을 준용할 수 있는가의 여부이다. 이 문제는 다음의 두 가지 측면을 나눠서 검토하여야 한다.

하나는 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인을 고발한 경우 그것의 효력이 당해 사업자에 대하여서도 미치는가의 여부이다. 이에 관하여서는, 공정거래법의 구조에 비추어 볼 때 사업자에 대하여서는 공정거래위원회의 전속고발권이 인정되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다. 공정거래법 제71조는 공정거래위원회의 전속고발권이 같은 법 제66조 내지 67조의 죄에 대하여서만 인정되도록 규정하고 있는데, 사업자를 처벌하는 근거규정이 되는 양벌규정은 제70조에 위치하고 있기 때문이다. 따라서 공정거래위원회가 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인을 형사고발하게 되면 제70조의 요건이 충족되는 경우 별도의 고발이 없어도 당연히 당해 사업자를 형사처벌할 수 있다고 보아야 할 것이다.

다른 하나는 공정거래위원회가 부당한 공동행위의 합의를 수행한 자의 일부에 대해서만 고발을 한 경우 그 고발의 효력이 고발을 하지 아니한 자(부당한 공동행위의 합의를 수행한 또 다른 개인)에 대하여서도 미치는가의 여부이다. 이에 대하여서는 다양한 견해가 제시된다. 자진신고자 고발 감면제도의 취지를 살리기 위하여서는 고소불가분의 원칙이 준용되지 않는다고 보아야 한다는 주장도 제기된다.¹²⁷⁾ 부당한 공동행위를 수행한 자 중의 일부에 대하여 고발이 있는 이상 다른 자에 대하여서도 고발이 있는 것으로 보게 된다면 내부자 고발을 유도하고자 하는 자진신고자 고발감면제도의 취지가 몰각될 수밖에 없다는 점을 근거로 한다. 일반적으로 고발은 수사의 단서로서의 의미를 가질 뿐이지만, 공정거래법이나 관세법, 조세범처벌법 등의 경우에는 소송조건이 되며, 범죄사실 자체보다 고발의 특별한 요건의 구비 여부를 범인 개개인에 대하여 개별적으로 검토해 보아야 할 필요가 있는 조세범이나 관세범의 경우에는 불가분의 원칙이 적용되지 않지만, 공정거래법 위반행위와 같이 범죄사실 그 자체가 고발의 대상이

127) 박순성/변동열/김유진, “공정위의 전속고발권과 검찰기소권의 범위”, 경쟁저널 제137호, 한국공정경쟁연합회, 2008.3, 37면.

되는 경우에는 고소불가분의 원칙이 준용된다고 보는 견해도 있다.¹²⁸⁾

그러나 대법원은 “공정거래위원회의 고발에 대하여 고소불가분의 원칙을 유추 적용할 수 없다”고 판시하였다.¹²⁹⁾ 형사소송법 제233조의 고소불가분의 원칙은 친고죄에 대하여 적용되는 것이고 고발에 관하여서는 이러한 원칙이 명문으로 규정되어 있지 아니하며, 공정거래법에 고발에 대하여 주관적 불가분 원칙이 적용된다는 명시적인 규정이 없고, 소추요건이라는 성질상의 공통점 외에 고소·고발의 주체와 제도적 취지 등이 상이하므로, 형사소송법 제233조를 공정거래위원회의 고발에 적용하는 것은 유추해석금지의 원칙에 비추어 허용될 수 없다는 것이다.

현행 공정거래법이 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 부여하고 있는 취지가 공정거래법 위반행위에 대하여 형사처벌을 요구할 것인가에 대하여 재량을 부여하려고 하는 데에 있다면 이를 부정하는 것이 타당하다고 보게 될 것이다. 나아가 고소불가분의 원칙을 준용하게 된다면 명문의 규정이 없음에도 불구하고 피고인에게 불이익을 주는 결과가 발생하게 된다는 점을 고려할 때에도 대법원과 같이 고소불가분의 원칙이 준용되지 아니한다고 보는 것이 타당할 것이다.

그러나 부당한 공동행위는 성질상 둘 이상의 사업자가 공동으로 수행하도록 되어 있어서 일종의 필요적 공범에 해당함에도 불구하고 현행 법률이 공정거래위원회의 고발이 있는 자에 대하여서만 형벌을 부과할 수 있도록 하고 있어서 결국 형벌권이 불공평하게 행사되는 결과가 발생할 수밖에 없게 되었다. 그리고 우리 형사소송법이 유죄협상제도(plea bargaining)를 마련해 놓고 있지 않음에도 불구하고 후술하는 바와 같이 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 인정해주는 것 자체에 대하여 그 타당성이 문제되고 있음을 고려한다면, 전속고발권이 인정해주어야 한다는 전제 위에서 자진신고자 감면제도의 실효성 확보를 위하여 고소불가분의 원칙을 적용하여서는 아니된다는 논지의 주장을 받아들이는 것은 곤란할 것이다. 이러한 사정을 고려한다면 입법론적으로는 공정거래법에 고발불가분의 원칙을 규정하는 것도 생각해볼 필요가 있을 것이다. 물론 부당한

128) 박봉희, “공정거래법상 부당한 공동행위 관련 쟁점”, 173면 이하.

129) 대법원 2010.9.30. 선고 2008도4762 판결.

공동행위를 효과적으로 금지하고자 한다면 입법과정에서 엄격한 조건을 정하여 일정한 자격을 갖춘 자에 대하여 형을 면제하도록 하는 등의 규정을 마련할 수도 있을 것이다. 다만 이때에도 그 요건은 매우 엄격하게 규정되어야 할 것이다.

5) 자진신고자에 대한 고발 면제

가) 의 의

법률이 금지하는 부당한 공동행위는 사업자간에 은밀하게 행하여지기 때문에 이를 발견해내거나 입증하는 것은 그다지 간단한 일이 아니다. 이러한 사정을 고려하여 공정거래법은 제22조의2에서 부당한 공동행위의 사실을 자진신고하거나 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자(이하 “자진신고자”)에 대하여 시정조치 내지 과징금을 감경 또는 면제할 수 있도록 하고 있다.

그런데 공정거래위원회는 「감면제도 운영고시」를 통하여 자진신고자에 대하여 과징금을 감면해주는 이외에, 일정한 요건을 충족시키는 경우 추가적으로 형사 고발을 하지 않도록 규정하고 있다. 위 고시 제20조는 공정거래위원회는 자진신고자로서 지위확인을 받은 사업자를 검찰에 고발하지 아니하지만, 다만 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우 내지 검찰총장이 고발 요청을 한 경우에는 그러하지 아니한다고 규정하고 있다.

나) 고발면제의 대상

자진신고자에 대한 고발 면제와 관련하여서 검토하여야 하는 것은 누구를 고발 면제의 대상이 되는 자진신고자로 보아야 하는가의 문제이다. 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」¹³⁰⁾ 제20조는 “지위확인을 받은 사업자”에 대하여 고발하지 않는다고 규정하고 있어서 고발면제의 대상이 개인이 아니라 사업자임을 명시하고 있다.

130) 2011.7.21. 공정거래위원회 고시 제2011-6호.

이와 같이 고시에서 고발면제의 대상을 사업자로 규정해 놓은 것은 공정거래위원회의 전속고발권이 사업자에 대한 관계에서도 인정됨을 전제로 한 것이다. 그러나 이러한 고시의 규정은 적절하지 않은 것으로 보아야 할 것이다. 뒤에서 상세히 검토하는 것처럼 공정거래법 제71조는 공정거래위원회가 제66조 및 제67조의 죄에 대하여 전속고발권을 갖고 있다고 규정하는데, 사업자를 형사처벌하기 위한 근거조항은 제70조에 규정되어 있어서 공정거래위원회의 전속고발권이 인정되지 않는다고 보아야 하기 때문이다.

이러한 사정을 고려한다면 위 고시 제20조가 고발면제의 대상으로서 “지위확인 받은 사업자”를 규정해 놓은 것은 오류이며, 고발면제의 대상이 되는 자진신고자는 사업자가 아니라 정보를 제공한 개인으로 보는 것이 타당할 것이다. 법령에 이와 같은 오류가 발생한 것은 종래 공정거래법의 해석과 관련하여 사업자(법인)와 사업자의 구성원의 지위를 서로 엄격하게 구별하지 않았기 때문이다. 그러나 양자는 서로 다른 법인격을 보유한 주체로서, 모든 논의과정에서 엄격하게 구별하는 것이 타당할 것이다.

다) 고발면제제도에 대한 찬반론

고발면제제도를 마련해 놓은 것인 바람직한가에 대하여서는 견해가 대립한다. 일부 문헌에서는 고시 제20조가 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우 또는 검찰총장이 고발 요청을 한 경우에는 고발을 면제하지 않도록 하고 있어서 자진신고자 감면제도의 취지가 훼손될 수 있다고 주장한다.¹³¹⁾ 이러한 입장에서는 사업자에게 자진신고자로서의 지위가 인정되어 과징금 등이 감면되어도 정보를 제공한 개인이 여전히 형사처벌 될 수 있다면 감면신청의 유인이 크게 감소할 것이므로, 정보를 제공한 개인에 대하여서는 공정거래법 제71조 제2항과 제3항의 적용을 배제하는 입법적 조치가 취해질 필요가 있다고 주장한다.¹³²⁾ 이러한 주장은 고발면제 제도를 마

131) 김두진 “공정거래법상 부당한 공동행위 자진신고자 감면제도”, 상사판례연구 제21집 제1권 한국상사판례학회, 2008.3, 94면.

132) 김두진 앞의 글, 94면.

련해 놓은 것이 바람직하며, 가능한 한 활성화되어야 한다는 전제에 입각한 것이다. 그러나 이외는 전혀 반대의 견해도 주장되고 있다. 법률에 고발 면제에 관한 근거조항이 존재하지 아니하다는 점을 고려할 때 고시에 고발면제 제도를 마련해 놓은 것은 부적절하다는 지적이다.¹³³⁾

전체 법질서의 균형이라는 측면에서 본다면 공정거래위원회가 고시에서 고발 면제제도를 마련해 놓은 것은 적절하지 않은 것으로 보인다. 공정거래법이 공정거래위원회의 고발을 공소제기의 요건으로 하고 있어서 고발이 면제되면 곧 형사처벌을 받지 않게 되는 효과가 발생하게 된다. 이러한 측면을 본다면 자진신고자에 대한 고발면제 제도는 커먼로 국가에서 흔히 사용되는 유죄사실 인정제도(plea bargaining)와 유사하다. 양자 모두 자신의 범죄를 인정함으로써 자신에게 돌아오는 불이익을 감소시키는 효과를 발생시키기 때문이다. 오히려 고발이 면제되면 곧바로 형사소추를 받지 않는 효과가 발생한다는 점에서 고발면제 제도가 유죄사실 인정제도보다 더 강력한 법적 효과를 발생시키게 된다고 보게 될 것이다. 그런데 우리 형사소송법상 유죄사실인정제도가 도입되어 있지 않다는 점을 고려한다면, 이보다 더 강력한 법적 효과를 발생시키는 고발면제 제도를 법률도 아닌 고시의 형태로 규정하는 것이 과연 타당한가는 의문이다.

그러나 일단 현행 공정거래법이 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 부여하면서 고발권의 행사 여부를 공정거래위원회의 재량에 맡기고 있음을 고려한다면, 공정거래위원회가 내부기준을 세워 일정한 요건이 충족되는 자에 대하여 고발을 하지 않기로 하는 것에 대하여 그것을 무조건 부적법하다고 볼 수는 없을 것이다. 하지만 고발면제가 갖는 법적인 효과를 고려한다면 법률에 근거규정을 마련하는 것이 타당할 것이다.

고발면제 제도를 입법화함에 있어서 고려하여야만 하는 것은 도대체 어떠한 요건 하에서 개인이 자진신고자로서의 지위를 얻게 되는지를 명시하여야 한다는 점이다. 현행 공정거래법이나 그 시행령에는 사업자에게 자진신고자로서의 지위를 인정하기 위하여 충족되어야 하는 요건만이 명시되어 있기 때문이다.

133) 김형욱, “카르텔 자진신고 감면제도에 관한 연구 - 형사적 제재의 합리적 개선방안을 중심으로”, 167면; 황태희, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 카르텔 자진신고자 감면제도의 법적 검토 - 당사자의 권리보호를 중심으로”, 인권과 정의 제374호, 대한변호사협회, 2007.10, 190면 등.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제3장

담합행위에 대한 규제현황과 문제점

권 수 진

담합행위에 대한 규제현황과 문제점

제1절 공정거래위원회의 사건처리 현황

1. 공정거래법 위반유형별 사건접수 현황

다음의 <표 1>과 <그림 1>은 1981년부터 2010년까지 최근 30년간 전체 공정거래법 위반유형별 사건접수 현황을 나타낸 것이다.

표 1 공정거래법 위반유형별 사건접수 현황

(단위: 건)

구분	시장지배적 지위남용	기업결합	경제력집중	부당공동행위 (담합)	사업자 단체	불공정 행위	합 계
'81 ~ '95	21	114	79	168	377	2,592	3,351
'96 ~ 2000	36	216	133	397	573	3,517	4,872
2001	10	57	15	81	154	421	738
2002	4	37	84	79	115	394	713
2003	6	46	35	89	138	455	769
2004	3	38	224	89	92	519	965
2005	6	26	36	79	89	942	1,178
2006	49	82	24	88	87	1,099	1,429
2007	25	35	56	118	135	927	1,296

담합행위에 대한 형사법적 대응방안

구분	시장지배적 지위남용	기업결합	경제력집중	부당공동행위(담합)	사업자단체	불공정 행위	합 계
2008	22	28	108	123	120	1,023	1,424
2009	20	21	38	117	136	827	1,159
2010	22	20	65	103	139	701	1,050
합 계 (구성비)	224 (1.2%)	720 (3.8%)	897 (4.7%)	1,531 (8.1%)	2,155 (11.4%)	13,417 (70.8%)	18,944 (100%)

출처: 공정거래위원회, 2010년도 통계연보(2011).

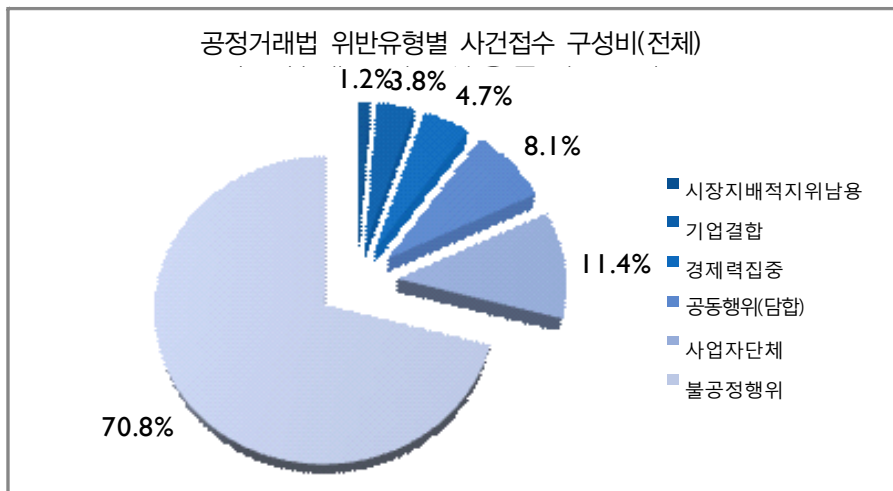


그림 1 공정거래법 위반유형별 사건접수 구성비(1981~2010년)

출처: 공정거래위원회, 2010년도 통계연보(2011).

〈표 1〉에서 보는 바와 같이 최근 30년간 전체 공정거래법 위반행위는 18,944건 접수되었다. 이를 유형별로 살펴보면, 불공정거래행위가 13,417건(70.8%), 사업자단체 금지행위가 2,155건(11.4%), 부당공동행위(담합)는 1,531건(8.1%), 경제력집중이 897건(4.7%), 기업결합이 720건(3.8%), 시장지배적 지위남용이 224건(1.2%) 접수되었다. 접수현황만 보면 전체 공정거래법 위반행위 중 부당공동행위(담합)가 차지하는 비율은 8.1%에 불과해 부당공동행위(담합)로 인한 피해가 그다지 심각하지 않은 것으로 보인다. 그러나 후술하는 과징금 부과 현황과 소비자후생 증대의 성과를 보면 부당공동행위(담합)의 피해가 적다고 할 수 없다. 이에 대해서는 후술한다.

2. 공정거래법 위반유형별 사건처리 현황

다음의 <표 2>는 1981년부터 2010년까지 최근 30년간 공정거래위원회에서 처리한 공정거래법 위반유형별 사건처리 현황을 나타낸 것이다.

표 2 공정거래법 위반유형별 사건처리 현황

(단위: 건)

구분	시장지배적 지위남용	기업결합	경제력집중	부당 공동행위	사업자단체	불공정행위	합 계
'81 ~ '95	20	114	79	162	371	2,964	3,710
'96 ~ 2000	33	210	129	382	556	3,393	4,703
2001	12	46	18	87	128	415	716
2002	2	47	81	78	134	430	772
2003	6	48	35	72	132	380	673
2004	3	37	151	81	106	570	948
2005	1	23	110	72	76	782	1,064
2006	9	62	26	80	84	775	1,036
2007	56	53	44	117	93	1,285	1,648
2008	33	31	116	154	152	1,060	1,546
2009	12	27	41	109	150	901	1,240
2010	19	21	38	104	113	728	1,023
합 계 (구성비)	206 (1.1%)	719 (3.8%)	868 (4.6%)	1,498 (7.9%)	2,095 (11.0%)	13,683 (71.8%)	19,069 (100%)

출처: 공정거래위원회, 2010년도 통계연보(2011).

1981년부터 2010년까지 최근 30년간 공정거래위원회의 사건처리 현황을 보면, 전체 19,069건 중 부당공동행위(담합) 사건은 1,498건으로 전체 사건의 7.9%를 차지하고 있다. 사건접수, 처리현황 모두 불공정 거래행위가 압도적으로 많고, 부당공동행위(담합)가 그 뒤를 잇고 있다.

3. 부당공동행위(담합)의 위반유형별 처리 현황

1981년부터 2010년까지 최근 30년간 부당한 공동행위의 위반행위를 다시 그 유형별로 분류하면 아래의 <표 3>과 같다.

표 3 부당공동행위의 위반유형별 처리 현황

(단위: 건(입찰담합은 2007. 1. 4.이후 시행))

구분	가격의 공동결정유지	판매 조건	생산출고 제한	거래지역상 대방제한	종류규격 제한	공동회사 설립	사업활동 제한	입찰 담합	합 계
'81 ~ '95	100	8	7	14	1	3	7	0	140
'96 ~ 2000	140	5	3	10	0	6	12	0	176
2001	32	3	0	4	0	2	2	0	43
2002	31	2	1	5	1	5	2	0	47
2003	16	2	1	1	0	0	3	0	23
2004	28	1	1	1	1	1	2	0	35
2005	38	0	0	5	0	2	1	0	46
2006	37	0	2	1	1	2	2	0	45
2007	33	1	1	4	0	0	5	0	44
2008	52	0	0	7	0	3	3	0	65
2009	29	3	1	4	0	2	1	21	61
2010	23	0	1	3	0	2	3	30	62
합 계 (구성비)	559 (71%)	25 (3.2%)	18 (2.3%)	59 (7.5%)	4 (0.5%)	28 (3.6%)	43 (5.5%)	51 (6.5%)	787 (100%)

출처: 공정거래위원회, 2010년도 통계연보(2011).

최근 30년간 적발된 부당한 공동행위(담합)를 유형별로 보면, 1981년부터 2010년까지 전체 위반행위 787건에서 가격의 공동결정·유지행위(가격담합)가 559건(71%)으로 가장 많고, 다음으로 거래지역·거래상대방 제한이 59건(7.5%), 입찰담합¹³⁴⁾이 51건(6.5%), 판매조건 등의 공동결정이 25건(3.2%)순으로 나타났다. 즉 최근 30년간 적발된 부당공동행위 중 경성카르텔의 비중이 높음을 알 수 있다. 이와 같이 경성카르텔의 비중이 높은 것은 우리나라 부당공동행위(담합)의 특징이라고 할 수 있다.

특히 최근 2년간의 부당한 공동행위(담합)의 위반행위를 유형별로 보면 가격의 공동결정·유지행위(가격담합)가 52건(42.3%), 입찰담합이 51건(41.4%)이다. 이는 최근 공정위가 경쟁제한성이 큰 카르텔(경성가르텔)의 적발·시정에 역점을 둔 결과라 할 수 있다.

134) 입찰담합은 종전에는 가격합의, 거래 상대방제한 등의 유형으로 처리되었으나 2007년 8월 이후 별도의 유형으로 처리되고 있다.

4. 부당공동행위(담합)의 조치유형별 처리 현황

아래의 <표 4>는 1981년부터 2010년까지 최근 30년간 부당공동행위(담합)에 대한 공정거래위원회의 심의결과 조치사항을 유형별로 분류한 것이다.

표 4 부당공동행위의 조치유형별 처리 현황

(단위: 건)

구 분	고 발 (과징금)	시정명령 (과징금)	시정권고	경 고	자진시정	합 계
'81 ~ '95	3	44(11)	32	61	-	140
'96 ~ 2000	4(3)	128(62)	16	28	-	176
2001	4(1)	29(6)	0	10	-	43
2002	0	34(14)	0	13	-	47
2003	5(3)	11(6)	0	7	-	23
2004	3(2)	21(10)	0	11	-	35
2005	4(2)	28(19)	0	14	-	46
2006	3(2)	31(25)	0	11	-	45
2007	7(6)	22(18)	0	15	-	44
2008	5(5)	45(38)	0	8	7	65
2009	5(5)	33(16)	0	10	13	61
2010	1(1)	34(25)	0	23	4	62
합 계 (구성비)	n44 (5.6%)	460 (58.4%)	48 (6.1%)	211 (26.8%)	24 (3.0%)	787 (100%)

출처: 공정거래위원회, 2010년도 통계연보(2011).

1981년부터 2010년까지 부당공동행위(담합)에 대한 공정거래위원회의 조치결과를 보면, 시정명령이 460건(58.4%), 경고가 211건(26.8%), 시정권고가 48건(6.1%), 고발이 44건(5.6%), 자진시정이 24건(3.0%)으로 공정거래위원회의 전체 처리결과 중 시정명령이 절반 이상을 차지한다.

여기서 한 가지 지적할 점은 공정거래위원회의 고발이 44건(5.6%)에 불과하다는 것이다. 현재 우리나라와 같이 공정거래위원회가 공정거래법 위반행위에 대한 전속고발권을 갖고 있는 상황에서 부당공동행위(담합)에 대한 공정거래위원회의 고발율이 이와 같이 낮은 것에 대해서는 재검토의 여지가 있다. 공정거래위원회의 전속고발권의 문제점 및 개선책에 대해서는 뒤에서 자세히 검토하기로 한다.

5. 공정거래법 위반유형별 과징금 부과 현황

아래의 <표 5>는 1988년부터 2010년까지 공정거래법 위반유형별 과징금 부과 현황을 나타낸 것이다.

표 5 공정거래법 위반유형별 과징금 부과 현황

(단위: 건, 백만 원)

구 분	시장지배적 남용행위		경쟁력집중 억제		부당공동행위 (담합)		사업자단체 금지행위		불공정거래 행위		합 계	
	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액
'88~'95	0	0	14	7,143	11	4,446	0	0	128	2,712	153	14,301
'96~2000	5	3,284	19	6,530	65	282,566	29	1,233	99	227,134	217	520,747
2001	2	5,663	2	302	7	27,704	25	6,384	45	121,601	81	161,654
2002	0	0	14	8,906	14	53,109	19	276	35	20,507	82	82,798
2003	0	0	4	1,612	9	109,838	10	1,028	8	37,141	31	149,619
2004	0	0	1	739	12	29,184	14	330	62	5,586	89	35,839
2005	0	0	4	3,671	21	249,329	10	947	229	4,979	264	258,926
2006	1	32,490	2	552	27	110,544	5	806	111	11,548	146	155,940
2007	25	24,176	0	0	24	307,042	7	273	260	89,221	316	420,712
2008	1	26,616	0	0	43	205,746	16	709	40	21,557	100	254,628
2009	2	288,225	2	303	21	52,903	9	492	27	24,247	61	366,170
2010	4	11,104	1	290	26	585,822	7	177	18	9,721	56	607,114
합 계 (구성비, %)	40 (2.5)	391,558 (12.9)	63 (3.9)	30,048 (1.0)	280 (17.5)	2,018,233 (66.6)	151 (9.5)	12,655 (0.4)	1,062 (66.5)	575,954 (19)	1,596 (100)	3,028,448 (100)

출처: 공정거래위원회, 2010년도 통계연보(2011).

<표 5> 공정거래법 위반유형별 과징금 부과 현황을 보면, 1988년부터 2010년까지 과징금이 부과된 총 1,596건의 사건 중 부당한 공동행위(담합)로 과징금이 부과된 사건은 280건, 17.5%으로 불공정거래행위 다음으로 공정거래법 위반의 과징금 부과비율이 높다. 또한 이를 과징금의 금액기준으로 보면, 1988년부터 2010년까지 총 과징금 부과 금액 3,028,448백만 원 중에서 부당한 공동행위(담합)에 부과된 과징금은 2,018,233백만 원으로 비율로는 66.6%로 총 과징금 부과 금액의 절반 이상을 차지하고 있다. 앞서 <표 1>, <표 2>에서 1981년부터 2010년까지 공정거래위원회에 접수된 전체 사건 중에서 부당공동행위(담합)는 전체

공정거래법 위반 행위 중 8.1%이고, 같은 기간 공정거래위원회에서 처리된 전체 사건 중에서 부당공동행위(담합)는 7.9%에 불과한 것을 고려하면, 부당공동행위(담합)에 대한 과징금 액수와 비율은 상당히 높은 것이다. 특히 2000년 이후 부당공동행위(담합)에 대한 과징금 부과 액수가 전체 금액의 96% 이상을 차지하고 있는데, 이는 최근 공정거래위원회가 부당한 공동행위 규제에 과징금 부과를 매우 적극적으로 활용하고 있음을 알 수 있다.

제2절 검찰 및 법원의 사건처리 현황

아래의 <표 6>는 2000년부터 2008년까지의 검찰과 법원의 고발사건 처리 현황을 나타낸 것이다.

표 6 부당공동행위 고발사건 처리 현황

	고발 건수	검찰 처분			법원 판결			
		기소	기소유예	수사중	벌금형	징역형	무죄	재판중
2000	3	3	0	0	3	0	0	0
2001	4	4	0	0	3	1	0	0
2002	0	0	0	0	0	0	0	0
2003	5	4	1	0	3	1	0	0
2004	3	3	0	0	3	0	0	0
2005	4	4	0	0	1	0	2	1
2006	3	3	0	0	2	1	0	1
2007	7	7	0	0	1	0	0	5
2008	5	2	0	3	0	0	0	2
합계	34	31	1	3	16	3	2	9

출처: 황철규, 카르텔에 대한 공적 집행의 개선 방안 연구, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2009, 109면(2008. 10. 31. 기준).

부당공동행위(담합)로 공정거래위원회에 의해 한 해에 고발되는 건수는 5건 안팎이다. 즉 2000년부터 2008년까지 최근 9년간 총 34건에 불과하여 그 수가 많지는 않다. 그러나 고발사건에 대한 검찰의 기소 건수는 2000년부터 2008년까지 최근 9년간 총 31건(91%)으로 검찰의 기소율은 매우 높은 편이다.

한편 같은 기간 법원의 처리 현황을 보면 재판 진행중인 사건을 제외하고, 벌금형이 16건, 징역형이 3건, 무죄가 2건으로 벌금형이 대부분이다. 이와 같이 벌금형이 차지하는 비율이 높은 것은 부당공동행위(담합) 뿐만 아니라 일반적인 기업범죄의 특징이기도 하다.

제3절 담합에 의한 소비자 피해 추정액

경제정의실천시민연합(이하 ‘경실련’이라 한다)은 2006년부터 2010년 7월까지 5년간 공정거래위원회가 적발하여 심의·의결한 담합 사건에 대한 현황을 분석하여 그 결과를 발표하였다. 경실련의 자료에 의하면 2006년부터 2010년 7월까지 공정거래위원회가 적발한 담합 사건은 총 79건이며, 적발된 사례는 밀가루, 휘발유, 설탕, 보험료, LPG, 소주 등 주로 서민생활에 직접적인 영향을 미치는 업종에서 담합이 이루어졌다. 또한 국내 대기업을 포함하여 관련 업종의 상위권 업체들이 대부분 연루된 것으로 드러나 큰 문제가 되고 있다.

표 7 최근 5년간 담합 사건 과징금 및 소비자피해 추정액

연도	담합건수	과징금(A)	관련매출액	소비자피해 추정액(B)	A/B(%)
2006	18	110,548	9,117,969	1,367,695	8.08%
2007	16	307,018	23,576,501	3,536,475	8.68%
2008	19	200,404	16,318,004	2,447,701	8.19%
2009	19	54,519	3,595,855	539,378	10.11%
2010	7	701,394	23,793,748	3,569,062	19.65%
총계	79	1,373,883	76,402,077	11,460,311	11.99%

출처: 경제정의실천시민연합 보도자료(2010년 10월 19일자), 단위: 백만원.

공정거래위원회 조사 결과 2006년부터 2010년 7월까지 약 5년간 소비자 피해 추정액은 11조 4,603억원으로 나타났다.¹³⁵⁾ 반면 이에 대해 공정거래위원회가 부과한 과징금 총액은 1조 3,739억원으로 나타났다. 즉 기업들이 담합으로 인해

135) 공정거래위원회의 소비자 추정액 산정기준은 OECD의 기준을 적용한 것이다. OECD 회원국 Survey 결과 담합으로 인한 피해액을 관련 매출액의 15~20%에 달하는 것으로 추정하고 있다.

부과 받은 과징금 총액은 소비자 피해 추정액의 12%에 불과한 수준이다. 공정거래위원회는 이와 같이 서민생활에 밀접하게 관련된 업종에서 담합이 반복적으로 발생하고 있는 것은 담합으로 인한 경제적 이득에 비해 담합의 과징금이 턱없이 적기 때문인 것으로 분석하고 있다.

또한 2006년부터 2010년 7월까지 총 79건의 담합 사건에 대한 공정거래위원회의 검찰고발은 15건에 불과하였으며, 담합에 가담한 회사 대표와 임직원에 대한 검찰 고발은 4건(11명)에 불과한 것으로 나타났다.

표 8 최근 5년간 담합 사건에 대한 공정거래위원회의 검찰고발 현황

연번	의결일	내용	가담회사	검찰고발	고발 현황
1	06.4.13	밀가루 공급물량 및 가격 담합	대한제분 등 8개사	대한제분, 동아제분, 한국제분, 대산제분, 삼화제분, 영남제분	대표자 5명 검찰 고발
2	06.12.26	세탁, 주방세제 가격 인상 담합	LG생활건강 등 5개사	LG생활건강, 애경산업, CJ, CJ라이온	임직원(CJ제외) 3명 검찰 고발
3	07.4.12	휘발유, 등유, 경유 판매가격 인상	SK 등 4개사	SK, GS칼텍스, 현대오일뱅크, S-Oil	법인 고발
4	07.6.5	합성수지(HDPE, PP) 제조판매사 담합	SK 등 10개사	SK, 대한유화공업, 엘지화학, 효성, 대림산업	법인 고발
5	07.7.25	서울지하철 7호선 공사 입찰 담합	삼성물산 등 6개사	삼성물산, 대림산업, 현대건설, 대우건설, GS건설, SK건설	법인 고발
6	07.8.2	아이스크림 가격 인상 담합	롯데제과 등 4개사	롯데제과, 해태제과식품, 빙그레, 롯데삼강	법인 고발
7	07.8.20	설탕 출고량 및 가격 담합	CJ 등 3개사	삼양사, 대한제당	법인 고발
8	08.3.5	합성수지(LDPE, LLDPE) 가격 담합	한화석유화학 등 7개사	한화석유화학, 삼성토탈, SK에너지	법인 고발
9	08.9.24	엘리베이터 제조판매시장 나눠먹기	현대엘리베이터 등 7개사	오티스엘리베이터, 현대엘리베이터, 신들라엘리베이터, 티센크루루엘리베이터코리아	법인 고발
10	09.1.9	공동주택 위탁관리업체 선정 입찰 담합	우리관리 등 10개사	우리관리 등 10개사	법인 고발
11	09.3.2	차약명절선물세트 가격 및 거래조건 담합	애경산업 등 5개사	애경산업	대표자 고발
12	09.9.11	의료폐기물 중간처리시장 경쟁 제한	메티코 등 7개사	메티코	법인 고발
13	09.11.9	청량음료 가격 공동 인상 담합	롯데칠성음료 등 5개사	롯데칠성음료, 해태음료	대표자 2명 검찰 고발
14	09.11.18	연질물리우레탄폼 판매가격 담합	세림티티시 등 8개사	진양산업, 금호화성, 진양폴리우레탄, 골든	법인 고발
15	10.4.23	LPG 판매가격 담합	E1 등 7개사	E1, SK가스	법인 고발

출처: 경제정의실천시민연합 보도자료(2010년 10월 19일자).

표 9 30대 대기업집단 담합 현황

(단위: 백만 원)

연번	기업집단	담합건수	회사수	과징금(A)	관련매출액	소비자피해 추정액(B)	A/B
1	삼성	9	6	53,527	3,544,832	531,725	10.07%
2	SK	9	5	421,679	14,012,788	2,101,918	20.06%
3	LG	10	6	48,421	4,529,725	679,459	7.13%
4	롯데	8	6	27,507	3,664,582	549,687	5.00%
5	포스코	1	1	5,798	75,300	11,295	51.33%
6	GS	8	4	89,621	4,685,902	702,885	12.75%
7	금호아시아나	6	4	16,002	776,315	116,447	13.74%
8	현대중공업	2	1	1,737	112,230	16,835	10.32%
9	한진	1	1	0	32	5	0.00%
10	두산	1	1	39	1,745	262	14.90%
11	한화	3	3	30,735	22,362,409	354,361	8.67%
12	LS	4	4	190,245	4,955,596	743,339	25.59%
13	CJ	5	3	42,838	4,732,689	709,903	6.03%
14	대림	5	3	15,255	1,097,430	164,615	9.27%
15	동부	3	2	35	18,241	2,736	1.28%
16	현대	1	1	19,686	1,441,578	216,237	9.10%
17	현대건설	1	1	3,925	157,000	23,550	16.67%
18	효성	3	1	13,221	823,580	123,537	10.70%
19	S-Oil	2	1	46,348	2,519,811	377,972	12.26%
20	KCC	1	1	3,338	516,177	77,427	4.31%
	총계	83	55	1,029,957	50,027,962	7,504,195	13.73%

출처: 경제정의실천시민연합 보도자료(2010년 10월 19일자).

한편 경실련이 자산총액 기준 30대 기업집단(2010년 4월 현재, 공기업 제외)이 담합에 연루된 사례를 분석한 결과를 보면, 20개 기업집단이 한 차례 이상 담합에 가담했으며, 담합에 가담한 계열사 수는 55개(중복제외)인 것으로 나타났다. 또한 담합에 가담한 대기업집단이 부과 받은 과징금의 총액은 1조 230억원으로 전체 담합사건 과징금의 75%, 소비자 피해 추정액은 7조 5,042억원으로 전체 소비자 피해 추정액의 65%에 이른다. 반면 담합에 가담한 대기업집단의 과징금은 소비자 피해 추정액의 약 14%에 불과한 것으로 조사되었다. 즉 대기업집단이 가담한 담합 사건과 소비자 피해 추정액은 상당한 반면 과징금 부과액은 매우 저조한 것으로 나타났다. 이는 대기업집단이 주도적이고 반복적으로 담합을 유발하는 요인으로 작용하는 것으로 볼 수 있다.

제4절 자진신고자 감면 현황

우리 공정거래법은 1996년 법을 개정하면서 담합행위에 참여한 사업자가 공정거래위원회의 조사 개시 전에 담합행위 사실을 자진 신고하거나 조사 개시 후에 담합행위에 대한 조사에 협조하는 경우 시정조치 및 과징금을 감면해 줄 수 있도록 하는 ‘자진신고자 감면제도(Leniency Program)’를 도입하였다.¹³⁶⁾

다음의 <표 10> 이하는 1999년 자진신고자 감면제도가 시행된 이후부터 2011년 8월까지의 동 제도의 활용도, 과징금 부과 및 감면 현황을 나타낸 것이다.

표 10 자진신고자 감면제도가 활용된 부당공동행위 사건 현황

(단위: 건)

연 도	부당공동행위사건 과징금 부과건수	자진신고자 감면제도 적용건수 (과징금 부과건수)	비 율(%)
1999	15	1(1)	6.7
2000	15	1(1)	6.7
2001	8	-	-
2002	14	2(1)	7.1
2003	11	1(1)	9.1
2004	14	2(0)	0
2005	21	7(6)	28.6
2006	27	7(6)	22.2
2007	24	10(10)	41.7
2008	43	21(20)	46.5
2009	21	17(13)	61.9
2010	26	18(18)	69.2
2011.8	21	22(19)	90.4*
합 계	260	109(96)	36.9

* [자진신고자 감면제도 적용사건 중 과징금이 부과된 사건수/과징금이 부과된 부당공동행위 사건수]×100

출처: 김 정 국회의원 보도자료(2011.9.22자).

136) (구) 독점규제및공정거래에관한법률(법률 제5235호, 1996.12.30, 일부개정, 시행 1997. 4. 1) 제22조의2 (신고자에 대한 면책) ① 부당한 공동행위를 한 사업자가 그 사실을 공정거래위원회에 신고한 경우에는 당해 신고자에 대하여는 제21조(시정조치)의 규정에 의한 시정조치, 제22조(과징금)의 규정에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 신고자에 대한 감경 또는 면제의 기준·정도등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

〈표 10〉을 보면, 처음 자진신고자 감면제도를 시행했던 1999년부터 2011년 8월까지 과징금이 부과된 전체 담합사건 260건 중 자진신고자 감면제도가 적용된 담합사건은 109건, 자진신고자 감면제도를 통해 과징금을 부과한 담합사건은 96건으로 과징금이 부과된 전체 담합사건의 36.9%를 차지하고 있다. 이를 자세히 살펴보면, 2005년 이전에는 자진신고자 감면제도를 통하여 적발한 담합행위가 한 해 1건 내지 2건에 불과했다. 그러나 2005년 이후에는 자진신고자 감면제도의 적용이 급격히 증가하여 2011년에는 22건으로 전체 과징금 부과 담합사건의 90.4%에 이르고 있다. 이는 2005년에 예측가능성과 투명성이 높이는 방향으로 제도를 개선한 때문인 것으로 보인다.

특히 자진신고자 감면제도를 개선하여 자진신고가 급증하기 시작한 2005년부터 2011년 8월까지의 기간 동안의 과징금 부과현황을 보면, 과징금이 부과된 전체 담합사건 183건 중 자진신고자 감면제도를 적용한 사건은 2005년에 6건(28.6%), 2006년에 6건(22.2%), 2007년에 10건(41.7%), 2008년에 20건(46.5%),

표 11 부당공동행위 자진신고자 감면제도가 적용된 과징금액 현황

(단위: 억원)

연 도	부당공동행위 전체 과징금액	자진신고적용사건 과징금액	비 율(%)
1999	361	3	0.8
2000	1,988	0.4	0.0
2001	277	-	-
2002	531	13	2.4
2003	1,098	34	3.1
2004	291	-	-
2005	2,493	1,615	64.8
2006	1,105	550	49.8
2007	3,070	2,263	73.7
2008	2,057	1,506	73.2
2009	529	424	80.2
2010	5,858	5,571	95.1
2011.8	1,101	1,084	98.4
합 계	20,759	13,063.4	62.9

출처: 김 정 국회의원 보도자료(2011.9.22자).

2009년에 13건(61.9%), 2010년에 18건(69.2%), 그리고 2011년에는 8월 현재까지 이미 19건(90.4%)으로, 자진신고자 감면제도를 적용하여 과징금을 부과하는 비율이 해마다 증가하고 있다.

또한 <표 11>의 자진신고자 감면제도가 적용된 과징금액의 현황을 살펴보면, 제도시행 첫 해인 1999년에는 3억원(0.8%) 2000년에 4천만원(0%), 2001년에는 적용 과징금액이 없고, 2002년에 13억원(2.4%), 2003년에 34억원(3.1%), 그리고 2004년에는 적용 과징금액이 없었다. 그런데, 2005년에는 1,615억원(64.8%), 2006년에는 550억원(49.8%), 2007년에는 2,263억원(73.7%), 2008년에는 1,506억원(73.2%), 2009년에는 424억원(80.2%), 2010년에는 5,571억원(95.1%), 그리고 2011년에는 8월 현재까지 1,084억원(98.4%)으로 증가하였다. 즉 자진신고자 감면제도를 개선한 2005년을 기점으로 하여 자진신고자 감면제도를 적용하여 부과된 과징금액이 대폭 상승하여 전체 담합행위에 부과된 과징금액의 대부분을 차지하고 있다.

표 12 부당공동행위 과징금과 자진신고자 감면금액 현황

(단위: 억원)

연 도	자진신고적용사건 최초 과징금 부과액(①=②+③)	자진신고적용사건 실제 과징금 부과액(②)	자진신고 감면금액(③)
2005	1,679.8	1,615	64.8
2006	1,388.8	550	838.8
2007	4,263	2,263	2,000
2008	3,269	1,506	1,763
2009	740.7	424	316.7
2010	9,317.8	5,571	3,746.8
2011.8	1,982.3	1,084	898.3
합 계	22,641.4	13,013	9,628.4

출처: 김 정 국회의원 보도자료(2011.9.22자).

특히 <표 12>를 살펴보면, 2005년부터 2011년 8월까지 자진신고감면을 통해 감면된 이후 실제로 부과된 과징금액은 1조 3,013억원이고, 자진신고감면을 통한 과징금 감면액은 9,628억4천만원에 이른다. 즉 최초 부과된 과징금에서 거의 42.5%에 달하는 과징금이 자진신고감면액으로 제외되었다는 것을 보여준다. 이는 담합행위를 하고도, 심지어 담합행위를 주도하고도 담합행위자가 자진신고를

하면 부과된 과징금을 감면을 받을 수 있다는 것을 의미한다.

표 13 대기업의 부당공동행위 자진신고감면액 현황

(단위: 건, 천원)

기업집단	담합 횟수	과징금부과 총액(A)	자진감면 총액(B)	실과징금 부과총액	관련매출액 (C)	부과율 (A/C)	실부과율 (B/C)
삼성	21(11)	93,146,000	40,160,000	52,986,000	4,212,078,408	2.21%	1.26%
SK	11(5)	383,231,000	265,881,000	117,350,000	12,026,322,082	3.19%	0.98%
LG	20(6)	106,389,898	5,359,000	101,030,898	3,202,061,234	3.32%	3.16%
GS	5(1)	6,104,000	1,231,000	4,873,000	3,496,076,913	0.17%	0.14%
한진	1(1)	25,035,000	12,517,500	12,517,500	291,583,536	0.86%	0.43%
한화	5(4)	47,204,000	20,665,000	26,539,000	2,358,256,000	2.00%	1.13%
엘에스	15(8)	43,155,643	38,721,000	4,434,643	934,908,429	4.62%	0.47%
씨제이	4(3)	4,011,000	3,577,000	434,000	97,734,939	4.10%	0.44%
동부	3(1)	1,004,000	118,000	886,000	109,500,607	0.92%	0.81%
대림	4(1)	3,708,000	508,000	3,200,000	294,912,000	1.26%	1.09%
대한전선	6(1)	4,596,000	357,000	4,239,000	315,238,251	1.46%	1.34%
합계	95(42)	717,584,541	389,094,500	328,490,041	29,962,924,199	2.39%	1.10%

출처: 유원일 국회의원 보도자료(2011.9.21자).

〈표 13〉는 2008년 이후 2011년 8월까지 대기업이 담합행위 이후 자진신고를 통해 과징금을 면제받은 현황을 타나낸 것이다. 이를 보면, 대기업이 담합행위에 가담한 사건은 총 95건이고, 그 중 자진신고감면을 받은 사건은 42건이다. 그리고, 〈표 13〉에서 2008년 이후 2011년 8월까지 담합행위를 한 대기업에 부과된 과징금 총액은 717,584,541천원인데, 자진신고로 감면된 과징금액은 389,094,500천원(54.2%)이다. 즉 대기업은 담합행위에 대해 부과된 과징금의 절반이상을 자진신고로 감면받고 있다. 또한 2008년 이후 담합행위에 대한 전체 자진신고감면액은 앞서 〈표 12〉에서 보는 바와 같이 총 6,724억 8천만원인데, 동 기간에 대기업이 자진신고감면을 통해 감면받은 과징금액은 〈표 13〉에서 보는 바와 같이, 3,890억 94,500원이다. 즉 담합행위에 대한 전체 자진신고감면액의 57.8%를 대기업이 차지하고 있다. 이러한 자진신고감면 현황 결과를 〈표 9〉의 30대 대기업 집단 담합 현황과 비교하여 살펴보면, 결과적으로 대기업이 담합을 주도하면서 오히려 자진신고를 통해 감면의 혜택을 받고 있는 것이라고 할 수 있다.

제5절 문제점

지금까지 담합행위에 대한 규제현황을 살펴보았다. 전체 공정거래법 위반행위 중 담합행위가 차지하는 비중은 8.1%로 그리 높지 않아 보인다. 그러나 공정거래위원회가 담합행위에 대하여 부과한 과징금은 전체 과징금 부과 사건 수의 17.5%에 해당하고, 그 금액은 전체 과징금 부과 액수의 66.6%로 절반 이상을 차지한다. 즉 공정거래위원회 담당 사건 중 담합행위는 큰 비중을 차지한다고 볼 수 있다.

그런데 담합행위에 대한 공정거래위원회의 심의결과 조치는 시정명령이 58.4%로 절반 이상을 차지하는 반면, 공정거래위원회의 전속권한인 고발은 5.6%에 불과해 공정거래위원회의 전속고발권에 대해 문제가 있음을 보여준다. 이에 공정거래위원회의 전속고발권에 대한 재검토가 필요하다.

담합행위에 대하여 전속고발권을 갖고 있는 공정거래위원회의 고발율은 매우 낮다. 이와 달리 담합행위 고발사건에 대한 검찰의 기소율은 매우 높은 편이고, 이러한 사건의 재판에서 법원은 대부분 벌금형을 부과하고 있다. 특히 담합행위에 대한 공정거래위원회의 과징금 부과 건수 및 금액, 법원의 벌금형의 선고 비율을 보면, 담합행위에 대한 조치는 다른 기업범죄와 마찬가지로 금전적인 제재가 대부분이라고 할 수 있다. 그런데 이러한 금전적 제재로 담합행위가 효과적으로 규제되지 않는다면, 벌금형 이외의 다른 형사제재를 모색하여야 할 필요가 있다.

한편 담합에 의한 소비자 피해 추정액을 보면, 기업들이 담합으로 인해 부과 받은 과징금은 소비자 피해 추정액의 12%에 불과하다. 이는 기업이 지속적으로 담합을 하게 하는 요인으로 작용한다. 특히 30대 대기업집단에 부과된 과징금은 전체 과징금의 75%를 차지하고, 전체 소비자 피해 추정액의 65%에 이른다. 즉 대기업집단이 담합을 주도하며, 대기업집단에 의한 담합의 피해가 매우 심각함을 알 수 있다. 반면 대기업집단이 부과받은 과징금은 소비자 피해 추정액의 14%에 불과하다. 이는 대기업집단이 주도적으로, 그리고 반복적으로 담합을 행하는 요인으로 작용하고 있음을 의미한다.

또한 우리나라의 전체 공정거래법 위반의 과징금 부과비율을 앞의 <표 5>에

서 살펴본 바와 같이, 담합행위의 과징금 부과비율은 총 과징금 부과금액의 66.6%로 절반 이상을 차지하고 있다. 이는 공정거래위원회가 담합행위 규제에 과징금 부과를 매우 적극적으로 활용하고 있다고 볼 수 있다. 그런데 1999년부터 2011년 8월까지 2조 759억원의 과징금이 부과됐으나 자진신고감면을 적용해 실제 받아낸 과징금은 1조 3,063억원으로 62.9%에 불과하고, 자진신고 감면제도를 통한 과징금 감면액이 총 부과 과징금의 37%를 차지하고 있음은 자진신고감면제도를 통해 감면되는 과징금액의 비율 매우 높다고 할 수 있다.

공정거래위원회의 부당한 공동행위에 대한 과징금의 부과는 부당이득 환수와 일종의 제재의 성격을 모두 가지는 것이다. 그런데도 자진신고자 감면제도를 적용하여 부과된 과징금을 감면하는 것은 부당이득 환수의 목적과 제재의 성격을 모두 만족시키지 못할 뿐만 아니라 담합이라는 위법행위를 통해 부당이득을 취하였음에도 불구하고 자진신고를 하였다는 이유만으로 심지어 과징금의 100%를 감면하는 것은 문제라고 할 수 있다. 또한 2005년 이후부터 담합행위사건에 있어서 자진신고를 통한 과징금 감면액의 비중이 높아지고 있고, 심지어 2011년 8월에는 90.4%에 이르렀다. 이는 거의 모든 담합행위 사건에 있어서 자진신고자 감면제도를 통해 과징금이 감면되고 있는 것이며, 이는 담합을 주도한 기업들이 리니언시 제도를 악용하고 있다고 볼 수 있다. 특히 대기업이 담합을 주도하면서 오히려 자진신고를 통해 감면의 혜택을 받고 있어 더욱 문제로 지적되고 있다. 또한 현재 자진신고자 감면제도를 통하여 과징금을 감면받은 경우 형사고발에서도 면제되고 있다. 즉 담합행위를 하고 자진신고한 사업자는 담합이라는 위법행위를 하였음에도 불구하고, 과징금이라는 행정적 제재는 물론 형사적 제재도 면제된다는 문제점을 갖고 있다. 그러므로 담합행위에 있어서 자진신고자 감면제도의 개선이 필요하다고 하겠다.

이러한 담합행위 관련 현황을 통해 나타난 문제점을 중심으로 담합행위에 대한 바람직한 형사법적 규제방안에 대하여 제5장에서 연구한다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제4장

주요국가의 관련 법제에 관한 비교법적 연구

신 영 수 · 권 수 진

주요국가의 관련 법제에 관한 비교법적 연구

제1절 일본 독점금지법상 담합에 대한 형사적 제재

1. 일본의 독점금지법상 담합규제의 실체법적 근거

가. 관련 규정의 개관

일본법상 담합행위를 규율하는 기본 규범은 경쟁법(Competition Law)으로서 1947년에 제정된 『사적독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률』(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律, 이하 “독점금지법”)이다. 일본 독점금지법은 특히 입법의 형식과 내용면에서 우리 공정거래법 및 정책에 많은 영향을 끼쳐왔는데, 이 점에서 동법에 대한 비교법적 분석의 필요성과 실익은 매우 크다고 할 수 있다. 일본 독점금지법에서 담합관련 실체규정은 제3조 후단, 제8조 제1항~제4항, 제6조이며, 담합에 대한 형사처벌을 정한 규정은 제89조 등이다. 부당한 거래제한의 금지(및 제2조 제6항에서의 부당한 거래제한의 정의규정)가 실질적인 의미에서 우리 공정거래법 제19조 및 뒷부분에서 살펴보게 될 미국 독점금지법상 셔먼법(Sherman Act) 제1조, 독일 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB) 제1조, 유럽연합의 경쟁법인 Treaty on the Functioning of the European

Union(TFEU) 제101조에 대비되는 규정이라 하겠다.

일본 독점금지법이 설정한 담합의 유형과 규제의 접근방식은 우리 공정거래법과 유사하다. 이를테면 사업자간에 이루어지는 담합(우리 공정거래법 제19조 소정의 부당한 공동행위, 일본법상으로는 ‘부당한 거래제한’으로 표기되고 있음) 규제와 사업자단체에 의한 담합(우리 공정거래법 제26조 제1항 1호)으로 나누어 규율하고 있다.¹³⁷⁾ 일본의 경우도 담합에 대한 제재(remedies)는 독립행정위원회인 공정거래위원회에 의해 행해지는 행정적 조치가 중심이 되지만, 검찰에 의한 기소에 따른 형사처벌도 상당히 활발히 전개되고 있다는 점에서 특히 주목되는 입법례라 할 수 있다.

나. 일본 독점금지법상 담합규제의 특징

일본의 담합에 대한 규제대상은 주로 사업자(회사나 개인사업자)나 사업자단체를 중심으로 형성되어 있다. 이는 후술하는 미국 셔먼법이 형사법의 수범자를 “인(자연인)” 중심으로 설정하되 이에 더하여 회사·사업자단체를 포함시키는 방식을 취한 것과 구별되는 점이다.

1) 사업자간의 담합 규제

일본법상 ‘부당한 거래제한’의 의미는 독점금지법 제2조 제6항에서 규정되어 있는데, 이에 따르면 “사업자가 계약, 협정 그 밖에 어떠한 명의로도 다른 사업자와 공동으로 대가를 결정, 유지 또는 인상하거나 수량, 기술, 제품, 설비 또는 거래의 상대방을 제한하는 등 상호 그 사업활동을 구속하고 또는 수행함으로써 공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것”으로 정의된다. 이처럼 담합의 정의를 법에 명시하고 있는 것은 다른 입법례에서 흔히 나타나는 것은 아닌데, 이 점을 입법기술상의 특징의 하나로 볼 수도

137) 행위의 성립요건을 살펴보면 제2조 제5항의 부당한 거래제한의 정의 규정에서는 계약·협정 기타에 의해, 다른 사업자와 공동으로 대가 등을 결정하는 행위(공동행위)에 의해 사업활동의 상호 구속을 하는 것이라고 하여, “상호구속”이라는 문구가 부가되어 있어서 문구의 해석상 상호구속에는 “수직”의 거래제한은 제외되고 “수평”의 공동행위만을 해당된다는 견해가 지배적이다.

있겠다. 동 조문의 구조상 담합의 성립요건은 크게 ‘공동성’과 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한할 것’, 그리고 ‘공공의 이익에 반할 것’으로 구성된다. 이와 같은 요건은 형사처벌에 있어서 구성요건에 해당된다고 할 수 있는데, 이에 관한 보다 상세한 설명은 구성요건의 해석 부분에서 상세히 분석해 보기로 한다.¹³⁸⁾

2) 사업자단체에 의한 담합의 금지

담합을 금지하는 독점금지법 제3조의 규정은 행위주체가 독립성을 가진 복수의 사업자인 경우에 적용된다. 이에 비해 행위주체가 사업자단체가 되는 경우에는 법률적으로 별개의 규정을 두고 이를 보완할 필요가 있으므로 일본 독점금지법에서도 한국 공정거래법 제26조와 마찬가지로 사업자단체의 담합금지 규정을 제8조 제1항에 별도로 두고 있다. 제8조 제1항 가운데 사업자단체의 담합에 대한 금지규정은 기본적으로 제1호의 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라 할 수 있으며, 제2호에서 제6조에 규정하는 국제적 협정 또는 국제적 계약을 체결하는 행위도 담합으로 문제될 여지가 있다.

2. 일본 독점금지법상 형사제재의 근거

가. 부당한 거래제한의 실체적 규정 위반죄

일본 독점금지법상 담합에 해당하는 ‘부당한 거래제한’은 사적 독점과 사업자단체에 의한 금지행위 위반과 함께 일본 독점금지법의 3대 법위반 행위로 꼽히

138) 다만, 뒷부분에서 추가로 설명하지 않는 요건으로서 ‘일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제한성’이라는 요건은 한국의 舊 공정거래법의 경우에도 1999년 법 개정 이전에 제19조 제1항에 규정된 바가 있었는데, 이 또한 담합 규제에 있어서 사실상 위법성 판단기준으로 작용하였으나, 현재는 이 표현은 삭제된 상태이다. 이에 비해 일본의 경우는 여전히 담합의 위법성 판단기준으로서 일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제한성을 폐기하지 않은 채 유지하고 있는데, 그 의미는 ‘경쟁 자체가 감소하여 특정의 사업자 또는 사업자단체가 그의 의사로 어느 정도 자유롭게 가격, 품질, 수량, 기타 여러 조건을 좌우하는 것에 의하여 시장을 지배할 수 있는 상태를 초래하는 것’ 정도로 해석하고 있다.

며, 그 결과 독점금지법상 형사처벌에 있어서도 가장 무거운 형벌의 부과 대상으로 자리 잡아 왔다. 동법상 형사처벌의 근거 규정은 제89조에서 제3조의 규정에 위반해서 사적 독점 또는 부당한 거래제한을 행한 자와 제8조 제1항 제1호 소정의 사업자단체에 의한 담합금지 규정에 위반해서 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한한 자에게 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제89조 제1항). 아울러 이들 행위의 미수범도 처벌토록 하는 등 매우 엄격한 입장을 견지하고 있다(동조 제2항).

여기서 ‘제3조의 규정에 위반해서 사적 독점 또는 부당한 거래제한을 한 자’ 및 ‘제8조 제1항 제1호의 규정에 위반해서 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한한 자’의 의미, 즉 처벌대상의 범위가 문제될 수 있는데,¹³⁹⁾ 법 제3조는 ‘사업자는 사적 독점 또는 부당한 거래제한을 해서는 아니된다’고 규정하고 있고, 제8조 제1항 제1호도 ‘사업자단체는 아래 각호의 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다’라고 하고 있는 만큼, 이때 제3조 위반은 ‘사업자’, 제8조 위반은 ‘사업자단체’의 신분범을 의미하게 된다. 따라서 자연인 사업자가 제3조에 위반하게 되면 제89조 제1항 제1호에 따라 처벌되는 반면에, 법인 또는 자연인 사업자의 종업원 혹은 법인 아닌 단체의 종업원이 위반행위를 한 경우¹⁴⁰⁾에는 이러한 종업원에게는 ‘사업자’ 또는 ‘사업자단체’로서의 신분을 결하기 때문에 제89조 제1항만 가지고는 처벌되지 않는다.

이 점은 제95조의 양벌규정과 관련해서도 해석상 문제될 수 있다. 제95조는 ‘법인의 대표자 또는 법인 혹은 人の 대리인, 사용인 및 기타 종업원’ 또는 ‘법인 아닌 단체의 대표자, 관리인, 대리인, 사용인 및 기타 종업원’(이하 ‘종업원 등’이라 한다)이 법인 또는 人 혹은 법인 아닌 단체의 의무 또는 재산에 관해 제89조 등의 위반행위를 한 때에는 ‘행위자를 벌하는 외에’ 그 법인 또는 人 혹은 법인 아닌 단체까지도 벌하는 내용을 정하고 있다. 동 제95조 규정에 의해서 제89조에서 정하는 형벌은 자연인인 행위자에 대해 부과하는 것이라고 해석된다.

139) 제89조 이외에도 자연인 이외의 독점금지법 위반행위자의 행위에 대한 벌칙이 정해져 있는 경우에는 동일한 문제가 발생한다.

140) 현실적으로는 종업원이 위반행위를 하는 경우가 대부분이다.

독점금지법 제3조 또는 제8조 제1항의 취지에서 보더라도 종업원이라고는 하나 그 사업자 또는 사업자단체가 동조에 위반한 것으로 볼 수 있는 행위를 하는 경우도 동조에 의해 금지되고 있다고 보며, 따라서 이러한 경우 제89조 제1항은 이러한 행위를 하는 자연인을 처벌하려는 취지로 해석된다.

요컨대, 법인사업자·사업자단체 또는 자연인 사업자의 종업원 혹은 법인 아닌 사업자단체의 종업원이 제3조 또는 제8조 제1항 제1호 위반행위를 한 때에는 법인사업자·사업자단체, 자연인사업자, 법인 아닌 사업자단체는 제95조에 따라서, 또한 그 종업원은 제95조 및 제89조에 따라서 처벌된다. ‘종업원’이란 ‘법인 혹은 人の 대리인, 사용인 및 기타 종업원’ 또는 ‘법인 아닌 단체의 관리인, 대리인, 사용인 및 기타 종업원’(제95조)을 말하며, 적어도 각각의 의사결정에 대해 책임이 있어야 한다. 따라서 상급자의 지휘명령에 따라서 위반행위에 관여하게 된 자는 이에 포함되지 않으며 지휘명령을 내린 상급자가 처벌대상이 될 것이다.¹⁴¹⁾ 한편 부당한 거래제한에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제적 협정 또는 국제적 계약을 한 사업자(제6조 제1항) 또는 사업자단체(제8조 제1항 제2호)는 2년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처해진다(제90조 제1호). 또한 사업자단체에 의한 사업자 수의 제한금지규정(제8조 제1항 제3호)위반 또는 구성사업자의 기능 또는 활동의 제한(동항 제4호) 위반에 대해서도 동일한 형벌이 부과된다.

나. 확정심결위반죄

확정심결(권고심결, 동의심결, 제54조 제1항·제2항의 심판심결)에 따르지 않는 자는 2년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처해진다(제90조 제3호). 이는 공정거래위원회가 내리는 심결의 실효성을 담보하기 위한 규정이라 할 수 있겠다. 심결의 확정시점은 심결이 그 효력을 발생한 날¹⁴²⁾로부터 30일 이내에 심결취소소송이 제기(제71조)되지 않는 때, 또는 심결취소소송이 제기된 때에는 동 소송에서 심결이 취소되지 않고 재판이 확정된 때이다.

141) 正田彬, 『全訂独占禁止法Ⅱ』, 日本評論社, (1980), 660頁.

142) 심결은 피심인에게 심결서의 등본이 도달한 시점에 그 효력을 발생한다(동법 제58조 제1항 참조).

불공정한 거래방법의 금지위반에 대한 죄는 없지만, 동 위반행위를 배제하기 위한 확정심결에 위반한 경우에 본죄가 성립함은 당연하다. 또한 확정전의 심결 위반에 대해서는 질서벌인 과태료(제97조)가 있다.

다. 양벌규정

원칙적으로 일본 형법상으로는 법인의 범죄능력이 부정된다고 보는 것이 일본 내의 통설로 알려져 있지만, 예외적으로 법률에서 법인의 처벌을 규정하는 경우에는 법인에 대한 처벌도 가능하다.¹⁴³⁾ 일본 독점금지법의 경우도 법인의 대표자 또는 법인이나 자연인의 대리인, 사용인 및 기타 종업원이 그 법인 또는 자연인의 업무 또는 재산에 관해서 제89조·제90조 등의 위반행위를 범하였을 때에는 행위자 외에 그 법인 또는 자연인 역시 처벌토록 하고 있다.¹⁴⁴⁾ 이 경우, 법인 또는 자연인이 제89조의 위반행위를 하였을 때에는 1억엔 이하의 벌금형에 처해지고, 제90조 등의 위반행위를 하였을 때에는 각 본조의 벌금형에 처해진다(제95조 제1항). 법인 아닌 단체의 대표자, 관리인, 대리인 및 기타 종업원이 단체의 업무 또는 재산과 관련해서 제89조·제90조 등의 위반행위를 하였을 때에도 행위자 외에 단체 역시 처벌된다. 이 경우에는 제89조를 위반한 단체에 대해서는 1억엔 이하의 벌금형에 처해지고, 제90조 등의 위반행위를 한 단체는 각 본조의 벌금형에 처해진다(제95조 제2항). 법인은 법률에 의해 인격적 존재를 부여받는 것으로서, 또한 법인 아닌 단체 역시 물론 자연적 의미의 범죄행위를 할 수 없기 때문에 그 종업원 등이 당해 법인 등의 업무와 관련해서 부당한 거래에 해당하는 행위를 행한 경우, 당해 법인 등이 처벌되려면 이를 처벌한다는 사실을 명시하는 양벌규정에 의할 필요가 있다고 해석된다.¹⁴⁵⁾

법인 등에 대한 처벌의 법적 성질은 ‘감독책임’(대표자를 제외한 종업원의 위반행위에 대해서 법인 등으로서 그 종업원의 선임·감독 및 기타 위반행위를 방

143) 久保成史, 田中裕明, 獨占禁止法講義, 中央經濟社, (2008), 54頁.

144) 根岸 哲(編), 『註釋 獨占禁止法』, 有斐閣, (2009), 813頁.

145) 有斐閣 編, 『獨占禁止法に関する刑事罰研究会報告書(平成 3年[1991] 12月18日)』, 『ジュリスト』 999号, 1992. 4, 143頁 참조.

지하기 위해서 필요한 주의를 다하지 않은데 따른 책임)이나 ‘행위책임’(종업원 중 일정범위의 자의 행위를 법인 등의 행위로 파악하는데 따른 법인 등의 책임)으로 해석되지만, 일본 법원은 전통적으로 ‘감독책임’으로 보는 판결을 내려 왔다. 이를테면 “양벌규정은 종업원의 위반행위에 대해 사업자로서 종업원의 선임·감독 및 기타 위반행위를 방지하기 위해 필요한 주의를 다하지 않은 과실의 존재를 추정한 규정으로서, 고의·과실이 없는 사업자에게 타인의 행위에 대한 형사책임을 부과하려는 것이 아니다”라는 것이다.¹⁴⁶⁾ 따라서 사업자가 위 내용에 관한 주의를 다하였음을 증명하지 않는 한 형사책임을 피할 수 없게 된다.

그런데 전술한 바와 같이 제95조가 “종업원 등이 그 법인 등의 업무 또는 재산과 관련해서 제89조 등의 위반행위를 하였을 때에는, ……”이라고 규정하고 있는 점에 비추어 보면 법인의 처벌에는 종업원 등이 위반했어야 한다는 점이 요건이라 할 수 있다. 즉 “대표자, 종업원 등이 개인적으로 업무와 관련해서 적어도 구성요건에 해당하는 위반행위를 하였을 것이 사업주 처벌의 요건이므로, 기업체 전반적으로서 사회적으로 용납되기 어려운 위법한 활동을 하고 있는 것으로 인정되는 경우에도 조직활동을 분담하는 행위자 상호 간에 신뢰의 원칙이 적용되는 경우라든가, 전반적으로는 위반이더라도 행위자를 특정할 수 없는 경우에는 사업주인 기업체를 처벌하지 못하는 결과가 된다”고 한다.¹⁴⁷⁾

하지만 종업원 등의 위반이 분명한 단계에서도 사업자 및 종업원 등을 제소할지, 사업자만 기소하고 종업원 등은 기소유예로 할지에 대한 재량은 허용된다.¹⁴⁸⁾ 다만, 후자의 경우에는 종업원 등에게 당해 범죄가 성립한다는 사실을 입증하여야 한다.

한편 종전(平成4(1992)·12·10. 개정 이전)의 제95조는 법인, 人 또는 법인 아닌 단체의 종업원 등이 그 업무 또는 재산에 관해서 제89조 등의 위반행위를 하였을 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 등에 대해서도 “각 본조의 벌금형을 부과한다”라고 규정함으로써, 종업원 등에 대한 벌금형의 상한과 법인 등에 대

146) 最高裁 昭和32(1957)·11·27 刑集11卷12号, 3113頁, 最高裁 昭和40(1965)·3·26 刑集19卷2号, 83頁.

147) 飯原英男, 『法人処罰に関する立法上の問題点』, 『ジュリスト』, 672号, 1978. 9, 82頁.

148) 일본 刑事訴訟法 제248조.

한 벌금형의 상한이 연동된 바 있었다. 따라서 법인 등의 종업원 등이 제89조의 위반행위를 하였을 경우, 종업원 등은 ‘3년 이하의 징역 또는 500만엔 이하의 벌금’에 처해지지만, 법인 등은 연동의 결과 ‘500만엔 이하의 벌금’ 밖에 처해지지 않도록 되었다. 그런데 독점금지법 위반행위는 직접적인 행위자가 종업원 등이라 할지라도 법인 등의 사업활동 그 자체로서 행해지는 것이 실상일 뿐 아니라 그에 따른 이득 역시 당해 법인 등에게 귀속하는 것이므로, 법인 등에 대한 독점금지법 위반행위의 억지력을 높이기 위해서는 제95조상의 연동을 분리시켜 법인 등에 대한 벌금형의 상한을 끌어올릴 필요가 있었다.

이에 따라 일본의 ‘독점금지법에 관한 형사법연구회’는 그 같은 문제를 해결하기 위한 방안으로서 다음과 같은 입장을 제시하였다. ① 양벌규정의 연혁으로 볼 때, 사업자 처벌은 종업원 처벌과 불가피하게 연동되어야 할 것은 아니므로 사업자 및 종업원에 대한 각 형벌은 각 법령의 취지, 목적을 감안하는 한편, 위반행위를 억지한다는 정책목적을 달성함에 있어서 각각 어떤 방식이 타당한지는 독자적으로 정할 수 있고, ② 사업자와 종업원은 제각기 별도의 법적 근거에 기해 처벌되는 것이므로, 이러한 점을 전제로 한다면 사업자에 대한 벌금형의 상한을 종업원에 대한 벌금형의 상한과 연동시킬 필요는 없다는 것이다.¹⁴⁹⁾ 그 결과 제95조가 개정되었고 현행과 같이 제89조의 위반행위를 행한 경우에 대해서만 법인 등에 대한 벌금형의 상한을 1억엔으로 인상하는 법제정비가 이루어지게 되었다.¹⁵⁰⁾

라. 3벌규정

부당한 거래제한의 금지위반(제89조 제1항 제1호), 확정심결위반(제90조 제3호) 등이 있었던 경우에 그러한 위반에 대한 계획을 알고 있었음에도 불구하고

149) 有斐閣 編, 『独占禁止法に関する刑事罰研究会報告書(平成 3年[1991] 12月18日)』, 『ジュリスト』 999号, 1992. 4, 145頁 참조.

150) 平成3(1991)・12・2 법제심의회 형사법부회재산형검토 소위원회 보고 역시 양벌규정상의 법인 등 사업주에 대한 벌금형의 다액과 종업원 등 행위자에 대한 벌금형의 다액과의 연동의 분리는 가능하다고 한 바 있다.

그에 대한 방지나 시정에 필요한 조치를 강구하지 않은 경우, 법인(사업자단체 제외)에 대해서는 그 대표자(제95조의2), 사업자단체에 대해서는 그 임원·관리인·구성사업자(제95조의3)가 제각기 각 본조의 벌금형에 처해지게 된다. 본조에 따른 책임벌의 대상이 되는 자는 ‘기업 또는 그 임원대표권을 갖는 이사들 중 기업 또는 최고책임자(사장) 및 담당 대표이사’이다.¹⁵¹⁾ 이 죄는 진정부작위범으로서 고의가 있는 경우에 적용된다. 따라서 대표자 등이 위 위반에 대한 계획을 알고 있었을 것이 요구되며, 고의로 그러한 방지나 시정에 필요한 조치를 강구하지 않은 경우에 비로소 처벌대상이 된다고 하겠다.

다만 위반에 대한 계획을 알고 있었을 것을 계속범으로 보느냐 상태범으로 보느냐에 따라 법 적용이 달라질 수 있다. 예컨대, 영업부장이 담합협정을 체결한 후에 사장에게 보고함으로써 사장이 그 사실 전반을 인지하고 있었던 경우에는 협정은 체결에 의해 기수가 되므로, 계속범으로 볼 경우에는 공동정범이 되어 제89조 제1항 제1호에 의해서 처벌할 수 있게 된다. 이 경우 동법 제95조의2가 적용되려면 명시, 묵시적 공모가 입증 불가능하거나 대표자를 이른바 부작위에 대한 편면적 방조로서 처벌하는 등의 경우로 한정될 것이다.¹⁵²⁾

본조의 죄가 성립하는 것은 제89조 제1항 제1호 등의 위반이 있었던 경우이다. 따라서 본조에서 법인의 대표자 등이 처벌되는 것은 그 종업원 등 또는 법인 등이 처벌되거나 이들에 대해 범죄가 성립한다는 사실이 입증되는 경우이다.

3. 독점금지법 위반죄의 특징

가. 보호법익

독점금지법 위반죄의 기수시기, 시효 등은 동법의 보호법익이 무엇인지에 따라 결정된다고 할 수 있다. 이 점에 대해서 석유가격담합형사건 동경고등법원 판결¹⁵³⁾은 독점금지법은 사적 독점, 부당한 거래제한 및 불공정한 거래방법을

151) 公取委官房企画課『独占禁止法改正の要点』, 『公正取引』 320号, 1977, 28頁.

152) 西田典之, 『独占禁止法における刑事罰の強化について』, 『経済法学会年報』 13号, 1992, 83-84頁.

153) 昭和55・9・26公集28卷別冊, 392頁、高刑集33卷, 511頁.

금지하고, 사업지배력의 과도한 집중을 방지함으로써 직접적으로는 ‘공정하고도 자유로운 경쟁을 촉진하는’ 것, 즉 ‘자유경쟁 경제질서’를 유지하는 것(독점금지정책)을 목적으로 하고, 독점금지정책의 실현은 그것이 ‘일반소비자의 이익을 확보하는’ 동시에 ‘국민경제의 민주적이고도 건전한 발달을 촉진하는 것’이 될 것이라는 전제 하에 이를 궁극적인 목적으로 하고 있는 것으로 해석된다고 하였다. 또한 본 사건의 최고재판소 판결¹⁵⁴⁾ 역시 독점금지법의 직접적인 보호법익은 ‘자유경쟁 경제질서’라고 판시한 바 있다.

이에 대해 판결은 법익침해라는 결과를 야기하였음을 근거로 처벌하지 아니하고, 독점금지법의 규범에 위반하였다는 규범위반성=행위무가치성만을 근거로 처벌한다는 것이나, 형법의 법익은 그러한 침해의 확인이 가능한 이익으로 구성될 필요가 있으므로 ‘경쟁제도의 기능’이라고 이해하여야 한다는 견해¹⁵⁵⁾와, ‘소비자의 이익’으로 해석해야 한다는 견해¹⁵⁶⁾가 제기되고 있기도 한다.

나. 구성요건상의 법해석

한국과 마찬가지로 일본에서도 종래 경쟁당국(공정거래위원회)으로부터 형사고발당한 사건의 대다수는 담합과 관련된 사건이었기 때문에, 이하에서는 부당한 거래제한죄의 구성요건 해석에 대한 주요 논점을 판례 해석을 통해 살펴보기로 한다.

1) 공동성 요건

부당한 거래제한은 사업자가 다른 사업자와 ‘공동으로’ 가격·수량 등을 결정하는 행위라는 점에서 ‘공동성’을 요건으로 한다. 이때 ‘공동으로’란, 참가사업자 간에 ‘합의’ 또는 ‘의사의 연락(meeting of minds)’이 있어야 함을 의미하는 것으

154) 昭和59(1984)・2・24公集30卷, 257頁, 刑集38卷4-5号, 1287頁.

155) 經濟法学会 編, 『独占禁止法講座 VII』(京藤哲久・独占禁止法違反と刑事責任), 商事法務研究会, 1989, 111-117頁.

156) 神山敏雄, 「最高裁の石油価格カルテル刑事事件判決の検討」, 『經濟法学会年報』 6号, 1985, 49頁; 森幹人, 「石油カルテルの刑事責任」, 『ジュリスト』 813号, 1984. 5, 14頁.

로서 ‘합의’ 또는 ‘의사의 연락’은 명시적인 경우는 물론이고 묵시적인 경우(신사협정)까지를 포함한다.¹⁵⁷⁾ 이에 관한 일본의 사례를 살펴보면 東芝(도시바)케미컬에 의한 심결취소 청구사건¹⁵⁸⁾에서 동경고등재판소 판결¹⁵⁹⁾은 다음과 같이 판시하고 있다.

이에 따르면 “부당한 거래제한의 ‘공동으로’에 해당한다고 하려면 복수사업자들이 대가를 인상함에 있어서 상호 간에 ‘의사의 연락’이 있었다고 인정될 필요가 있을 것으로 해석되는데, 여기서 말하는 ‘의사의 연락’이란 복수사업자 간에 상호 동일한 내용 또는 동종의 대가에 대한 인상을 실시한다는 점을 인식 내지 예측하고, 그와 보조를 맞추어 의사가 있음을 의미하는 것으로서, 일방의 대가의 인상을 타방이 단지 인식, 인용한 것만으로는 충분하지 않지만 사업자 상호간에 구속하려는 내용을 명시적으로 합의하였을 것까지는 필요 없고, 상호 다른 사업자의 대가의 인상행위를 인식하고 암묵적으로 인용하는 것으로서 충분하다고 해석하는 것이 타당하다.¹⁶⁰⁾ 하지만 ‘부당한 거래제한’이라 볼 수 있는 합의와 관련해서는, 이것이 외부에 알려지는 형태로 형성하는 것을 피하려는 배려가 작용함이 오히려 통상적이라 할 것이므로, 외부적으로도 명시적인 형태의 합의가 인정되어야 한다는 식으로 해석하게 되면, 법의 규제를 용이하게 참탈하는 행위를 허용하는 결과가 될 것임은 명확한 이치라 할 것이므로, 이러한 해석에 의해서는 실정에 대응할 수 없을 것임이 분명하다”는 것이다. 그 결과 “원고는 본 업종 7개사를 따를 의사로 위와 같은 가격인상을 행하였으며, 본 업종 7개사 역시

157) 어떠한 행위가 있었을 경우에 합의의 존재를 인정할 수 있는지는 일률적으로 정의할 수 없다. 설령 합의의 존재 근거로 되는 행위가 무엇인지를 특정할 수 있더라도 그 행위의 존재를 확인하는 것 자체가 용이치 않은 경우도 적지 않다. 답합 가답자들이 합의를 외부로 노출시키지 않는 것이 일반적이기 때문이다. 이 때문에 답합 규제가 보다 실효성을 가지게 하기 위해 공동행위의 인정에 있어서 사업자의 합의가 반드시 명시적일 필요는 없으며, 상호간의 정보교환에 의하여 사업자끼리 상대방의 의사를 간파하고 협조적 행동을 취하는 경우에도 포함되는 것으로 넓게 해석하고 있다. 아울러 합의의 존재 인정은 정황증거라는 간접적 근거에 의해서도 가능하다고 본다.

158) 합판메이커 8개사의 가격담합사건으로서, 권고가 행해진 가운데 東芝케미컬을 제외한 7개사는 권고를 받아들였으나, 東芝케미컬은 권고를 받아들이지 않았으므로 심판절차가 개시됨에 따라, 본 사건의 심판심결의 취소를 청구한 사건이다.

159) 平成7(1995)・9・25公集42卷393頁、判タ906号136頁.

160) 묵시에 의한 ‘의사의 연락’이 이에 해당한다.

원고가 따를 것임을 예측하고 있었다고 추인할 수 있으므로, 본건 상품가격의 협조적 인상에 있어서 ‘의사의 연락’에 따른 공동행위는 존재하였다고 해석해야 할 것”이라고 판결하였다.

2) 상호 구속성

부당한 거래제한의 성립을 위한 또 하나의 요건은 합의가 ‘상호 그 사업활동을 구속하거나 또는 수행’하는 것이어야 한다는 점이다. 여기서 ‘구속’이란, 상호 해당 사업활동에 일정한 제약을 가하는 것을 의미하는데, 이 때 다시 ‘제약’은 담합 참가사업자 각각이 당해 내용의 실시를 위해서 노력한다는 의사를 가지고 있고, 다른 사업자도 그에 따를 것이라는 생각을 하면서 실행에 옮기기로 하는 협정을 체결하는 정도면 충족되는 것으로 보고 있다. 따라서 협정을 통해 각 사업자의 사업활동이 사실상 상호 구속되는 것으로 족하며 그 실효성을 담보하기 위한 제재 등을 정할 것까지 요구하지는 않는다. 이와 관련하여 석유가격담합 형사사건에서 일본 최고재판소는 “피고인들은 각각 소속된 피고회사의 업무와 관련해서 해당 내용의 실시를 위해 노력할 의사를 가지고, 또한 다른 피고회사 역시 이에 따를 것으로 생각하여 석유제품가격을 각사가 일제히 일정한 폭으로 인상한다는 내용의 협정을 체결한 것으로서 …; 이러한 협정을 체결하는 경우 각 피고회사의 사업활동이 이에 의해 사실상 상호 구속되는 결과가 된다는 점은 분명하므로, 위 협정은 독점금지법 제2조 제6항에서 말하는 “상호 그 사업활동을 구속하여”라는 요건을 충족하여 …… 그 실효성을 담보하기 위한 제재 등에 관한 정함이 없었던 점 등의 사정은 위 결론을 좌우하지는 못한다”라고 하였다. 또한, ‘수행함으로써’ 부분과 관련해서는 ‘수행’은 구속 후의 실시단계의 행위로서 상호 구속이 전제되어 있는 것이므로, 이것은 ‘구속’에 대립되는 독립된 범주를 파악한 것이라기보다는 오히려 구속의 의미를 보완하고 파악대상을 간과하지 않기 위해서 부과된 종속적인 관념 정도로 해석되고 있다.¹⁶¹⁾

161) 今村成和, 『独占禁止法新編』, 有斐閣, 1978, 78頁.

3) ‘공공의 이익’ 요건

한편 일본의 독점금지법은 한국 공정거래법과는 달리 ‘공공의 이익에 반할 것’을 담합 성립 요건의 하나로 설정해 놓고 있다. 즉 부당한 거래제한으로 보기 위해서는, 당해 행위가 ‘공공의 이익에 반하는’ 것이어야 한다. 문제는 여기서 말하는 ‘공공의 이익’이 과연 무엇인가 하는 점인데, 이에 관해서는 일본내에서도 견해가 나뉘고 있다. 먼저 이를 좁게 해석해서 공공의 이익이란 자유경쟁을 기반으로 하는 경제질서 그 자체를 가리키고, 이를 저해하는 행위는 곧바로 공공의 이익에 반한다고 보는 견해가 있는 반면, 이를 보다 넓게 해석하여 원칙적으로 자유경쟁원리는 승인하면서도 이를 뛰어넘는 고차원적인 단계에서의 국민 일반의 이익을 곧 공공의 이익으로 이해하는 시각도 존재한다.

첫 번째 견해는 ‘공공의 이익에 반해서’라는 문언은 훈시적 혹은 선언적 규정이라고 해석하는데, 그 근거는 ① 독점금지법 제1조(목적)가 ‘일체의 사업활동의 부당한 구속을 배제하는 것’을 규정하고 있는 점, ② 사업자단체의 부당한 거래제한행위를 금지하는 제8조 제1항 제1호는 ‘일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것’이라고만 규정할 뿐 ‘공공의 이익에 반할 것’이 그 요건으로 되어 있지 않으므로, 동일한 담합행위인 사업자에 의한 것과 사업자단체에 의한 것 간에 규제상의 차이를 둘 것은 아니라는 점 등이 제시된다. 그리고, 이는 일본 내의 통설이라 할 수 있다.

그러나 석유가격담합 형사사건 최고재판소 판결은 본 사건의 동경고법판결을 긍정하면서 첫 번째 및 두 번째 견해와 다른 제3의 견해라 할 수 있는 판단을 내린 바 있어서 주목된다. 즉, “공공의 이익에 반하여”란, 원칙적으로는 본 법의 직접적 보호법익이라 할 수 있는 자유경쟁 경제질서에 반하는 것을 가리키는데, 현실적으로 행한 행위가 형식적으로 위에 해당하는 경우라 할지라도 위 법익과 당해 행위로 보호되는 이익을 비교衡量하여 “소비자의 이익을 확보하는 동시에 국민 경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진한다”고 하는 본법의 궁극적 목적(본법 제1조 참조)에 실질적으로 반하지 않는다고 인정되는 예외적인 경우에는 여기서 말하는 “부당한 거래제한” 행위로부터 제외시키는 취지로 해석하여야 할 것이라고 하였다. 그러나 이러한 견해에 의한 경우에도 가벌적 위법성을 상실케 할 정도의 일반 소비자의 이익 혹은 국민경제적인 이익은 양적으로 상당히 클

필요가 있을 것이므로, 부당한 거래제한 행위로부터 제외되는 행위는 매우 한정될 것이다.

4) 일정한 거래분야

일정한 거래분야란, 흔히 ‘관련시장(relevant market)’으로 불리는 경쟁의 장을 의미하는 것으로서 간단히는 일정한 시장가격이 성립하는 범위로 정의할 수 있다. 일본의 독점금지법상 담합과 관련된 일정한 거래분야는 ① 거래 대상, ② 거래 지역, ③ 거래 단계, ④ 거래 상대방에 따라 별도로 분석된다.¹⁶²⁾ 먼저 거래 대상은 상품·서비스를 의미하는데 이에 따라 각각의 상품·서비스별로 일정한 거래분야가 성립한다.¹⁶³⁾ 또한 거래지역에는 공급자군과 수요자군이 존재하며 이에 따라 서로 다른 시장가격이 형성될 수 있다. 즉 일정한 거래분야의 지역적 범위는 곧 일정한 시장가격이 형성되는 지리적(geographical) 범위가 된다.¹⁶⁴⁾ 한편 거래는 제조업자, 도매업자, 소매업자라는 단계를 통해서 이루어지지만, 일정한 거래분야는 거래 단계별로 각각 경쟁자들 사이에서도 성립된다. 이에 관해 공정거래위원회의 초기심결인 朝日(아사히)신문사 외 26명 사건심결¹⁶⁵⁾이 신문판매점의 판매지역협정에 있어서 아사히신문사를 포함하여 구독점금지법 제4조 제1항 제3호(부당한 거래제한의 전단계의 공동행위를 금지한다)를 적용한 것과 관련하여, 본 사건 심결취소소송에서 동경고등법원은 부당한 거래제한이란 상호 경쟁관계에 있는 사업자간에 성립하는 것이라고 판시¹⁶⁶⁾한 이래, 부당한 거래제

162) 根岸 哲(編), 前掲書, 196頁.

163) 그러나 다른 종류라도 기능·효용이 동종의 것 즉 대체성이 있는 것은 그것들이 합쳐 일정한 거래분야를 형성하는 일이 있다. 예컨대, A상품의 가격이 급속하게 인상되었을 때 상당수의 고객들이 B상품으로 이동해 버리는 경우에는 A상품뿐 아니라 A상품과 B상품을 합친 것이 일정한 거래분야를 형성하게 된다고 본다.

164) 지역적인 거래분야(최소의 거래분야, 즉 일정한 시장가격이 형성되는 범위)는 이를 좁게 인정하느냐 넓게 인정하느냐에 따라서 위반이 성립할 것인가가 문제되게 된다. 좁게 인정하는 경우에는 당해 지역에 유력한 경쟁자가 존재하지 않아 위반을 구성하겠지만 넓게 인정하는 경우에는 유력한 경쟁자가 존재하지 않아서 범위반으로 인정되지 않을 수 있기 때문이다.

165) 昭和26(1951)・4・7公集3卷, 4頁.

166) 昭和28(1953)・3・9公集4卷, 145頁、高民集6卷, 435頁.

한은 경쟁관계에 있는 사업자간에 성립하는 것으로서 운용되어 왔다. 또한 거래 상대방이 달라지는 때에도 그 거래 상대방별로 일정한 거래분야가 형성되는 경우가 있다. 그것은 거래 상대방이 달라짐으로써 거래가격, 기타 거래조건, 거래방법 등이 달라지는 경우가 있기 때문이다.

다. 기수시기

범죄의 기수는 법익침해의 구성요건에 해당하는 행위를 완수하는 것으로서 일본의 판례는 부당한 거래제한죄의 법익을 ‘자유경쟁 경제질서’라고 하였으므로 그러한 침해행위가 있는 경우 기수에 도달하는 것으로 보고 있다. 이에 관해 동경고등재판소는 “공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 내용의 구속력 있는 공동행위가 행해졌다면 그 즉시 부당한 거래제한이 성립한다”라고 판시함으로써 합의시점에 범죄가 성립함을 분명히 하면서, 공동행위에 의해서 초래되는 경쟁에 대한 실질적 제한의 외부적 표현인 공동행위 내용의 실시를 그 성립요건으로 하는 것은 아니라고 하였다. 최고재판소 역시 “사업자가 다른 사업자와 공동으로 대가를 협의·결정하는 등 상호 그 사업 활동을 구속하는 합의를 한 경우에 있어서, 위 합의를 통해 공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 실질적으로 제한되었다고 인정되는 때에는 독점금지법 제89조 제1항 제1호의 죄는 그 즉시 기수에 도달하고, 위 결정된 내용이 각 사업자에 의해서 실시되어야 한다거나 결정된 실시시기가 현실적으로 도래할 것 등은 본죄의 성립에 필요치 않다”라고 보고 있다.

부당한 거래제한죄의 법익을 ‘경쟁제도의 기능’이라고 해석하는 입장에서는 본죄의 기수시기를 공동행위를 실시함으로써 그러한 법익이 침해된 시기라 할 수 있으며, 또한 법익을 ‘소비자의 이익’으로 해석하는 입장은 공동행위의 실시로 구체적으로 소비자의 이익이 침해된 시기를 기수로 보게 된다.

라. 계속범 내지 상태범 여부

일본에서 부당한 거래제한의 죄는 합의의 성립으로 기수에 도달하는 동시에

범죄행위가 종료한다고 보는 상태범설과, 합의 성립 후 가격인상 실시행위가 행해지고 있는 한 법익침해는 계속되고, 범죄행위 역시 계속된다고 하는 계속범설로 나누어 분석되고 있다.

부당한 거래제한은 복수의 사업자에 의한 경쟁제한적인 합의에 의해서 성립하고 기수에 도달하게 되지만, 협정이 파기되지 않는 한 상호구속성 있는 공동행위는 계속되고 있는 것이므로 ‘자유경쟁 경제질서’의 침해는 계속되고 있다고 할 수 있다. 이는 부당한 거래제한죄에 한정되지 아니하고, 독점금지법의 실제적 규정에 위반하는 범죄행위 전부에 공통된다. 예컨대, 사적 독점은 사업자가 다른 사업자를 배제 또는 지배함으로써 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것인데, 배제·지배행위에 의해 시장지배가 이루어지는 한 ‘자유경쟁 경제질서’는 계속 침해되고 있는 것이므로 이들 행위가 배제될 때 비로소 침해가 멈춘다는 사실은 용이하게 이해할 수 있는 것으로서 독점금지법위반죄는 계속범이라고 취급된다는 것이다.

범죄를 상태범으로 생각할 것인지 계속범으로 생각할 것인지에 따라 공범의 성립여부, 공소시효, 신법의 적용 유무에도 영향을 미치게 된다. 예컨대, 사장이 사후에 수락한 경우나 다른 사원들이 실행행위에만 관여한 경우, 이를 상태범으로 볼 때에는 사장은 3벌규정(제95조의2)에 의해서 처벌되지만(다른 사원은 범죄 불성립), 계속범으로 볼 때는 사장 및 다른 사원 모두 공동정범이 된다. 또한, 부당한 거래제한죄의 공소시효는 3년¹⁶⁷⁾이므로 입찰담합에서 3년도 훨씬 이전에 담합의 물을 정하여 담합을 반복하고 있는 등의 경우에는 죄를 물을 수 없게 되는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 기본 룰이 파기됨으로써 그에 기한 담합행위가 행해지지 않게 된 후 3년이 경과한 경우에는 죄를 물을 수 없을 것이고, 위 경우처럼 3년의 훨씬 이전에 작성된 기본 룰에 기하여 담합이 행해지는 등의 경우에는 일련의 개개 담합행위 전체를 부당한 거래제한으로 인정하는 것도 가능한 것으로 해석되고 있다.¹⁶⁸⁾

167) 일본 刑事訴訟法 제250조 제5호.

168) 平成9(1997)년 12월 24일에 행해진 동경도 발주 수도미터입찰담합 형사사건에서 동경고등법원 판결은 부당한 거래제한죄는 ‘서로를 구속하는 담합이 행해져 경쟁이 실질적으로 제한됨으로써 기수가 되지만 그 시점에 종료하는 것이 아니라 경쟁이 실질적으로 제한되었다는 행위의 결과가

4. 공정거래위원회에 의한 형사고발

가. 전속고발

독점금지법 제74조는 “공정거래위원회는 본 법률의 규정에 위반하는 범죄가 존재한다고 여겨지는 때에는 검찰총장에게 고발하여야 한다”라고 규정하고 있다. 그러나 본 규정은 일반적으로 훈시규정이라고 해석되며,¹⁶⁹⁾ 동경고등법원 판결¹⁷⁰⁾ 역시 “공정거래위원회는 행정목적적 견지에서 그 재량에 따라 사안별로 고발할지 여부를 결정하는 것으로 해석된다”라고 하여 동 규정의 훈시규정성을 확인하였다.

이에 비해 독점금지법 제96조는 동법 제89조에서 제91조의 죄는 공정거래위원회의 전속고발의 대상으로 함으로써 고발을 소송요건으로 하고 있다. 이는 독점금지법의 실체적 규정위반죄 및 심결위반죄는 동법의 집행을 저해하는 중대한 범죄이므로 법 운용에 관한 책임을 지고 있으면서 경쟁법 집행의 전문성을 갖춘 공정거래위원회의 판단을 가급적 존중하려는 취지라는 것이 일반적인 이해이다.¹⁷¹⁾ 따라서 이는 한국 공정거래법의 경우와 크게 다르지 않다.

한편, 일본에서 공정거래위원회에 의한 고발건수는 그리 빈번하지 않은 것으로 알려지는데, 일례로 1990년부터 2007년까지의 기간 동안 공정거래위원회의 고발건수는 13건 정도에 그치고 있는 것으로 파악된 바 있다. 이 때문에 실상 형사제재의 강도나 빈도 면에는 후술하는 미국에 비해서는 매우 미약한 수준이라 할 수 있다.

법에 의하면 일본 공정거래위원회는 독점금지법의 규정에 위반하는 범죄가 존재한다고 여겨지는 때에는 검찰총장에게 고발할 수 있는데, 여기서 ‘범죄가 존재한다고 여겨지는 때’란 종업원 등의 행위자에게 범죄의 구성요건 해

소멸할 때까지 계속해서 성립하는’ 계속범이라는 취지의 판시를 한 바 있다.

169) 今村成和, 『独占禁止法[新版]』, 有斐閣, 1990, 233頁.

170) 昭和50(1975)・9・29公集22卷220頁、東高民時報26卷, 183頁.

171) 根岸 哲(編), 前掲書, 842頁.

당성, 위법성, 책임이 존재한다고 여겨지는 시점을 의미하는 것으로 해석된다. 법인 등의 형사책임을 묻는 경우(제95조) 및 법인 등의 대표자의 형사책임을 묻는 경우(제95조의2·제95조의3)에도 종업원 등의 범죄를 입증 가능한 경우라야 한다.

또한 고발이 가능한 것은 미수죄(독점금지법 제89조 제2항) 및 범죄행위에 대한 형법상의 신분 없는 자의 공범, 공동정범, 방조범, 교사범 등을 포함한다. 아울러 공정거래위원회가 고발하는 경우에는 당해 범죄에 대해서 공소시효(형사소송법 제250조)가 완성되지 않았을 것이 요구된다는 점에도 유의할 필요가 있다.

공정거래위원회에 의한 고발은 검찰총장의 범죄에 대한 통지에 의해서 이루어질 수도 있다. 독점금지법 제74조는 “검찰총장은 본 법률의 규정에 위반하는 범죄가 있다고 사료되는 때에는 공정거래위원회에 대해 그러한 취지를 통지하여, 조사 및 그 결과보고를 요구할 수 있다”라고 규정하고 있다. 검찰청의 일반사건에 대한 수사에 의해서 독점금지법 위반사실이 판명된 경우나 고발 후 이루어진 수사를 통해 고발사실과는 다른 독점금지법 위반의 사실이 판명된 경우에는 동조의 규정에 의해서 이들 사실이 공정거래위원회에 통지될 것이다.

사회보험청탈주 썰 입찰담합사건¹⁷²⁾은 담합을 하였던 4개사의 형사책임이 문제되었는데(고발 平成5(1993)·2·2) 당해 4개사의 종업원 10명은 平成4(1992)년 10월에 형법상의 담합행위죄로 동경지방법원에 기소되었으나(유죄판결 平成6(1994)·3·7), 본죄로는 법인의 형사책임을 물을 수 없기 때문에 독점금지법 제74조에 의한 검찰청 통지를 받아 공정거래위원회가 고발하였었다. 또한 전술한 일본하수도사업단 발주공사 입찰담합사건에서는 平成7(1995)년에 두 차례의 고발이 있었는데, 방조범에 대해서는 2회째에 고발하였던 점에서 본 범죄에 있어서도 검찰청의 통지를 받아 고발이 행해졌었다.

한편 이와 관련하여 일본 독점금지법 제46조 제4항은 “제1항(조사를 위한 강제처분)의 권한은 범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석해서는 아니된다”라고 규정하고 있는데, 본 규정의 해석이 문제된다. 독점금지법 위반에 대해서 행정처

172) 東京高判 平成5(1993)·12·14 公集40卷, 776頁、高刑集46卷, 322頁。

분을 하는 것이 공정거래위원회의 책무이며 동법 제73조 제1항에 기한 고발 역시 그 하나라 할 것이므로, 행정조사에 의해서 얻어진 자료에 기해 고발하는 것은 동법 제46조 제4항에 위반하는 것이 아니다. 그러나 동 조항의 취지를 존중한다면 행정조사를 통해 얻은 진술증거를 형사절차에서 이용하는 경우에는 그 증거능력에 대한 검토가 필요하며, 따라서 수사단계상의 조사자료로 이용하는 데에 있어서도 신중을 기하여야 할 것으로 지적되고 있다.¹⁷³⁾ 독점금지법 제89조에서 제91조의 죄에 관한 소송의 제1심 재판권은 동경고등재판소의 전속관할에 속한다(제85조 제3호). 동경고등재판소에는 동 사건을 취급하기 위해 5명의 법관으로 구성된 특별합의체가 설치되어 있다(제87조).

나. 형사고발에 관한 방침

공정거래위원회는 平成2(1990)년 6월 20일 ‘독점금지법 위반행위에 대한 형사고발에 관한 공정거래위원회의 방침’(独占禁止法違反行為に対する刑事告発に関する公正取引委員会の方針)을 공표하였다. 이에 따르면 공정거래위원회는 향후 ① 일정한 거래 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격담합, 공급제한담합, 시장분할협정, 입찰담합, 공동보이콧 기타 위반행위로서 국민생활에 광범위한 영향을 미친다고 생각되는 악질적이고도 중대한 사안, ② 위반을 반복해서 행하는 사업자·업계, 배제조치에 따르지 않는 사업자와 관련된 위반행위 중, 공정거래위원회가 행하는 행정처분에 의할 경우 독점금지법의 목적을 달성할 수 없다고 생각되는 사안에 대해서 적극적으로 형사처분을 요구하고 고발할 방침이라고 되어 있다. 아울러 平成3(1991)년 1월부터는 검찰당국과 공정거래위원회 간에 ‘고발문제협의회’가 설치되어, 공정거래위원회가 독점금지법 위반사건을 고발함에 있어서 그 원할·적정을 기하기 위해 개별사건과 관련된 구체적 문제점 등에 대해서는 의견·정보를 교환하도록 하고 있다.

173) 西田典之, 「独占禁止法における刑事罰の強化について」, 『経済法学会年報』 13号, 1992, 83頁.

5. 일본의 담합 관련 형사처벌 사례 분석

가. 석유생산조정사건¹⁷⁴⁾

1) 개 요

본건은 석유연맹이 昭和47(1972)년 10월 31일 및 昭和48(1973)년 4월 9일에 개최한 수급상임위원회에서 정제회사 및 그룹별 昭和47(1972)년 하반기분 및 昭和48(1973)년 상반기분의 일반 내수용 수입원유 처리량을 결정하였다는 이유로 본 연맹 그리고 연맹회장 및 수급위원장 3명이 독점금지법 제95조 제2항 제1호·제89조 제1항 제2호·제8조 제1항 제1호의 죄로 昭和49(1974)년 2월 15일 공정거래위원회로부터 고발당한 데 대해, 동경고등법원이 昭和55(1980)년 9월 26일 전원 무죄판결을 내린 사건이다.¹⁷⁵⁾

2) 사실관계

가) 경 위

본건의 당사자인 석유연맹은 일본 석유산업의 건전한 발달을 도모한다는 목적으로 설립된 단체로서 석유정제업자 및 석유생산업자를 회원으로 하고 있었으며, 당시 회원수 31개사 중 24개사가 석유정제업자(이 중 8개사가 생산업자를 겸함)이었다. 동 연맹은 총회, 이사회, 정책위원회 및 각종 위원회를 두고 있었고, 상설위원회로서 수급위원회 등 10개 위원회도 설치되어 있었다.

한편 일본 석유업법은 昭和37(1962)년 5월에 공포되어 같은 해 7월부터 시행되어 왔는데, 석유의 수급조정을 꾀하기 위한 수단으로서 석유공급계획, 석유정제업의 허가, 특정설비의 신증설 등에 관한 허가, 석유제품 생산계획의 신고 등의 규정을 두고 있다. 석유공급계획은 통산대신이 매년 당해년도 이후의 5년간에 대해 수급사정 및 기타 경제사정을 감안하여 정하는 것으로서 석유업자는 이

174) 芝原邦爾, 『經濟刑法研究(下)』, 有斐閣, 2005, 732-733頁.

175) 公集28卷 別冊, 187頁、高刑集33卷, 359頁.

를 사업활동의 지침으로 삼을 것이 법률상 요구되었다. 또한 석유정제업자는 공급계획고시 후 1개월 이내에 석유제품 생산계획을 통산대신에게 신고할 의무가 부과되었는데, 계획의 작성과 관련해서는 공급계획이 나타내는 당해년도의 생산수량이 지침이 되었다. 아울러 일본 통상산업성(통산성)은 석유제품 생산계획을 조사하여 그 생산계획에 따라 생산이 행해질 때에는 수급사정 및 기타 사정에 따라 공급계획의 실시예 중대한 지장이 발생하거나 또는 발생할 우려가 있다고 인정되는 때에는 통산대신으로 하여금 석유심의회에 자문을 구한 후 석유정제업자에 대해서 생산계획을 변경할 것을 권고할 수 있도록 하고 있었다.

석유업법제정후 통산성은 昭和37(1962)년도 하반기와 관련하여, 정제업자가 본법에 따른 생산계획신고를 하기 전에 계획안을 제출하도록 하였는데, 그 계획의 합계가 공급계획을 대폭 상회하였기 때문에 석유연맹을 통해 행정지도하기로 결정하였고, 이에 석유연맹은 통산성의 행정지도에 따라서 해당 기간의 생산조정을 실시하였다. 통산성의 석유연맹을 통한 행정지도는 昭和38(1963)년도 상반기 및 동년도 하반기에도 실시되었는데, 동년도 하반기의 조정이 난항을 거듭하였기 때문에 이러한 방식은 昭和38(1963)년 12월로 중단되었고, 이후 통산성이 새로운 기준으로 직접 생산조정을 실시하게 됨에 따라 해당 방식이 昭和41(1966)년도 상반기까지 계속되게 되었다.

昭和41(1966)년이 되자 정제설비 가동률이 상당히 향상됨에 따라 석유제품시장 역시 회복되기 시작했다. 이에 통산성은 昭和41(1966)년도 하반기부터는 생산조정을 철폐하기로 결정했고, 이후 일부 정제업자들에게 생산계획검토에 대한 행정지도를 하는 경우는 있었지만 미리 각사로부터 제출받은 생산계획안은 수요의 증가가 현저하여 공급계획과 거의 일치하였기 때문에 昭和43(1968)년도 상반기까지 생산조정은 실시되지 않았다.

昭和43(1968)년도 하반기는 신규정제회사의 신증설설비가 가동을 개시하였던 점 및 수요의 증가가 둔화됨에 따라 생산계획안은 공급계획을 대폭 상회하게 되었다. 그래서 통산성은 다시 석유연맹을 통해 행정지도로 나아가기로 하였다. 이를 받아, 석유연맹수급위원장은 통산성이 과거 행하였던 생산조정과 거의 동일한 방식으로 석유처리량을 배분하기로 하였고, 그 배분은 각 정제회사 및 각 그룹을 대표하는 회사의 수요위원만이 출석하는 수요상임위원회에서 결정하게

되었다. 昭和44(1969)년도 상반기에도 석유연맹은 통산성의 의뢰로 미리 각 정제 회사로부터 석유연맹 앞으로 생산계획을 제출케 하였는데, 그 집계결과가 공급 계획을 대폭 상회하였기 때문에 전기와 동일한 방식으로 수급상임위원회에서 원유처리량의 배분을 실시하였다. 따라서 석유연맹은 昭和43(1968)년도 하반기 이후 각 정제회사가 신고하는 생산계획 또는 그 변경계획의 합계를 공급계획과 합치시키기 위해 원유처리량에 관해서 다시금 생산조정을 하게 되었는데, 이것은 수급상임위원회에서 심의, 결정되었으며 이것은 점차 관행화되어 갔다. 통산성 담당관은 이러한 생산조정을 이용해서 석유의 수급조정의 임무를 수행하였는데, 이것은 해를 거듭할수록 점차 일상 사무화되어 갔다.

나) 본건 생산조정

석유연맹은 통산성이 昭和47(1972)년도 하반기 수급균형을 제시하자, 그 기간의 석유처리량에 관한 조정을 실시하고자 하였는데, 정제 각사의 생산능력이 향상된 점 등을 감안하여 각사에 대한 배분기준을 재검토하기로 함으로써, 전년도 판매실적 비율 50%, 전년도 처리실적화율 25%, 昭和47(1972)년 10월 1일 현재의 설비능력비율 25%를 그 기준으로 하기로 결정하였다. 그러나 그러한 배분기준에 반대하는 회사도 있었기 때문에 조정이 난항하게 되자, 수급위원장은 통산성의 지지 하에 각사의 설득을 계속해 갔다. 그 후, 수정안이 제출되고 사장모임 개최 등을 통해 결국은 양쪽 안의 절충안으로 합의를 보게 되었다. 이에 기해 수급상임위원회는 昭和47(1972)년 10월 31일, 석유사무소회의실에서 개최한 회합에서 同期의 각사 및 각 그룹별 배분량을 결정하였다.

昭和48(1973)년도부터 昭和52(1977)년까지 석유공급계획이 책정된 것에 수반하여, 수급위원장은 昭和48(1973)년도 상반기 생산조정을 전기에 결정한 배분비율로 실시하고자 한다는 취지의 제안을 수급상임위원회 및 다른 회합에서 하게 되었다. 각 회합에서 양해를 얻게 되어 수급상임위원회는 昭和48(1973)년 4월 9일에 석유사무소회의실에서 개최된 회합에서 동기의 각사·그룹별 원유처리 배분량을 결정하였다.

3) 구성요건 해당성

본건 석유처리량의 조정행위는 부당한 거래제한행위의 수량제한에 해당하는 것인데, 이는 ‘우리나라의 원유처리에 관한 거래분야’에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로서, 독점금지법 제8조 제1항 제1호에서 금지하는 ‘일정한 거래 분야에서의 경쟁의 실질적 제한’의 구성요건에 해당한다.

4) 위법성

통산성은 각 정제회사가 신고하는 생산계획이 석유공급계획과 일치될 수 있는 석유업법에 기한 권고권을 가지며, 그 발동을 전제로 하는 행정지도를 할 수 있다(행정지도는 개개의 사업자에 대해서 개별적으로 이루어지는 한 공동행위 등 독점금지법의 금지규정에 형식적으로 위반하는 행위로는 불가능하다). 이러한 상황 하에서 본건 생산조정은 통산성이 수급조정에 목적적이고도 원활하게 할 수 있도록 하는 데 기여할 뿐 아니라, 협력조치로서의 역할에 조치하였다고 할 수가 있다. 그러나 석유연맹이 전반적으로 통산성의 용인 하에 행동하면서도 그 자주적인 판단에 따라 내용, 방법을 결정하였던 면이 있다는 점에서 이를 곧바로 사회적으로 타당하다고 보아 정당한 행위로 인정할 수는 없다.

5) 책 입

昭和37(1962)년 7월의 석유업법 시행 당시부터 昭和41(1966)년도까지 통산성은 업계의 협의에 의한 조정을 기본으로 하되, 협의가 성사되지 않는 경우에는 행정지도한다는 형태로 원유처리량의 조정을 행하여 왔는데, 이에 대해 공정거래 위원회는 아무런 조치도 취하지 않았다. 昭和42(1967)년도 및 昭和43(1968)년도 상반기에는 수급사정이 호전되었던 관계로 생산조정은 이루어지지 않았다가, 昭和43(1968)년도 하반기에 석유연맹이 통산성의 의뢰로 각사에 대해 생산계획을 제출하게 한 바, 공급계획을 대폭 상회하여 수급상임위원회는 통산성의 지도로 생산조정을 실시하였다. 이후에 석유연맹에 의한 생산조정은 통산성의 담당관이 이를 용인하였고, 이를 이용해서 석유수급조정임무를 수행하였으며, 이것이 점차

관행화되었다.

이처럼 통산성이 이전부터 생산제한적인 지도를 하여 왔던 점 등으로 인해서, 정제업자들 간에는 석유연맹의 생산조정 역시 통산성의 지도로, 혹은 통산성에 협력하여 행하는 것이라는 관념이 생겨났으며, 대다수에게는 그것이 위법이라는 의식이 없었던 듯 보인다. 피고인들에게는 본건과 같은 생산조정을 업계가 통산성에 대해 무단으로 할 경우 독점금지법 위반이 되지만, 통산성에 보고한 후 그 의향에 따라서 실시하였을 뿐 아니라 통산성의 행정에 협력하였기 때문에 본법에는 위반되지 않는다고 생각하였고, 자신들의 행위에 대해서는 위법성이 조각된다고 오신하였기 때문에 위법성에 관한 의식을 결여하고 있었다.

나. 석유가격담합사건

1) 개 요

본건은 석유생산 12개사가 昭和48(1973)년도 중에 5번의 가격인상담합을 행하였다는 이유로 12개사 및 이들 회사의 영업담당이사 14명(모두 석유연맹영업위원회의 멤버들이었다)이 독점금지법 제95조 제1항 제1호·제89조 제1항 제1호·제3조의 죄로 고발당한 사건이다. 고발은 昭和49(1974)년 12월 15일에 있었는데, 동경고법은 昭和55(1980)년 9월 26일 피고회사 12개사를 200만엔~250만엔의 벌금, 피고인 14명을 징역 4월~10월(피고인들은 모두 집행유예 2년)에 처한다는 판결을 내렸다.¹⁷⁶⁾

피고회사 11개사 및 피고인 11명은 상고하였지만, 최고재판소는 昭和59(1984)년 2월 24일, 피고회사 2개사 및 피고인 1명에 관한 부분을 파기·무죄, 그 나머지 상고인들에 대해서는 상고를 기각하는 판결을 내렸다.¹⁷⁷⁾

2) 사실관계

[제1회 담합] 업계에서의 석유제품 가격인상에 관한 협의는 昭和46(1971)년 4

176) 公集28卷 別冊, 309頁、高刑集33卷, 511頁.

177) 公集30卷, 244頁、刑集38卷4-5号, 1287頁.

월 인상 시에는 석유연맹영업위원회(위원은 모두 각사의 이사들)에서 실시되었는데, 그 협의와 관련하여 공정거래위원회로부터 심사를 받았기 때문에, 昭和47(1972)년 4월 인상부터는 영업위원장 주재 하에 12개사의 영업위원 각사의 대표들이 모여 실시하게 되었다(석유연맹사무국이 추천한 영업위원 및 그 사무국 직원들은 출석하지 않았으며, 의사록도 작성되지 않았다).

OPEC 제5차 인상에 수반된 원유가격인상 등에 대처하기 위해서 12개사의 영업위원들이 昭和47(1972)년 12월 7일 및 같은 달 18일에 전체 유종 가격인상에 대해서 협의하였으며, 가솔린에 대해서만은 昭和48(1973)년 1월 16일, 그 외 유종에 대해서는 같은 달 1월부터 각각 가격인상을 한다는 데 합의하였다.

[제2회 답합] 사업참가협정에 수반된 원유의 가격인상 등에 대처하기 위해서 12개사 영업위원들이 昭和48(1973)년 1월 10일 및 같은 달 18일에 회합을 가지고, 민생용 등유를 제외한 전체 유종의 가격인상에 대해 협의를 하였는데, 가솔린에 대해서만은 같은 해 2월 16일, 그 밖의 유종에 대해서는 같은 달 1일부터 각각 가격인상을 한다는 데 합의하였다.

[제3회 답합] 제네바협정의 개정에 따른 원유가격 인상, 중간유분¹⁷⁸⁾(등유, 경유 및 A중유) 수급의 타이트화에 대응하기 위해서 증질원유에서 가격이 높은 경질원유로 변경할 필요가 있었기 때문에 12개사의 영업위원들은 昭和48(1973)년 5월 14일에 회합하여 등유, 경유, A중유 및 B중유의 가격인상에 대해 협의하였고, 이들에 대해 같은 해 7월 1일부터 각각 인상한다는 데 합의하였다. 다만, 그 인상에 대해서는 통산성 담당관이 1개월 연기할 것을 요청하였던 바, 1개사는 7월 1일부터 가격인상을 하였으나 그 외 다른 회사들은 7월 2일 및 같은 달 23일에 회합하여, 같은 해 5월 14일의 합의를 8월 1일부터 실시한다는 데 재차 합의하였다.

[제4회 답합] 昭和48(1973)년 8월의 원유 가격인상 및 같은 해 10월 이후 예측한 원유가격인상에 대처하기 위해서 12개사의 영업위원들은 같은 해 9월 3일 및 같은 해 10월 8일에 회합하여 전체 유종의 가격인상에 대해서 협의하였으며, 가솔린에 대해서만은 같은 해 11월 1일부터, 그 밖의 유종에 대해서는 같은 해 10월 1일부터 각각 가격인상을 한다는 데 합의하였다.

178) 유분이란 혼합액체를 분리증유한 때에 생기는 각 성분을 말한다.

[제5회 담합]昭和48(1973)년 10월 17일에 OPEC 각국들이 원유의 생산 삭감 및 이스라엘을 지지한다고 하는 이른바 비우호국에 대한 석유공급의 삭감을 선언하게 되자, 한층 대폭적인 가격상승에 당면하게 될 것이 예상되었기 때문에 12개사 영업위원들은 같은 달 29일에 회합함으로써 같은 해 11월 이후의 석유제품을 인상한다는 내용을 결정하였는데, 이번에는 영업위원회 임원 4명이 가격인상에 관한 원안을 작성하되 다른 영업위원들에게는 이를 개별적으로 연락하여 협의한 후 합의한다는 식의 방법을 취하기로 하였다. 따라서 임원 4명은 같은 해 11월 6일에 회합, 원유삭감율을 20%로 예측하는 등 민생용 등유를 제외한 전체 유종에 대해서 가격인상하기로 하였으며, C중유에 대해서만은 같은 해 1일부터, 그 밖의 유종에 대해서는 같은 해 중반 무렵부터 각각 가격인상하기로 하고 그 내용을 분담하여 각사에 연락한 후 승낙을 얻어 12개사가 합의하게 되었다.

3) 주요 쟁점

가) 상호 구속성에 대해서

변호인들은 각 공동행위의 내용을 준수하게 하기 위해서 피고회사들 간에 이를 준수한다는 내용의 서약서의 교환이나 이에 반하는 행위에 대한 위약금 등의 반칙벌에 대한 정함이 없었다는 주장을 하였다.

이에 대해 최고재판소 판결은 동경고법판결을 전면적으로 지지하면서 “피고인들 각각은 그 소속된 피고회사의 업무와 관련하여 그 내용의 실시를 위해 노력할 의사를 가지고서, 동시에 다른 피고 회사들 역시 그에 따를 것이라고 생각하면서 석유제품가격을 각사가 일제히 일정한 폭으로 인상한다는 내용의 협정을 체결하였던 것으로서, …… 이러한 협정을 체결한 때에는 각 피고회사의 사업활동이 이로써 사실상 상호 구속되는 결과가 발생한다는 점은 분명하므로, 위 협정은 독점금지법 제2조 제6항에서 말하는 “부당한 거래제한” 행위에 해당한다고 해석해야 할 것이고, 그 실효성을 담보하기 위한 제한 등에 관한 정함이 없었다는 등의 소론이 지적하는 바와 같은 사정은 위의 결론을 좌우하지 못한다”라고 판시하였다.

나) ‘공공의 이익에 반하여’라는 구성요건에 관한 주장

변호인들은 부당한 거래제한에 관한 벌칙 중 ‘공공의 이익에 반하여’란, 범죄 구성요건인데 그 의미는 생산자, 소비자 쌍방을 포함한 국민경제 전반의 이익에 반하는 것을 가리키는 것으로서, 경쟁의 실질적 제한이 있다 하더라도 공공의 이익에 반하지 않는다고 보아 부당한 거래제한에 해당하지 않는다고 해석하여야 할 경우가 있기 때문에, 본법의 목적을 소비자의 이익 확보만이라고 해석해서 공공의 이익은 자유경쟁을 기반으로 하는 경제질서 그 자체를 지향한다고 보아 경쟁의 실질적 제한이 곧바로 공공의 이익에 반한다고 해석함으로써 ‘공공의 이익에 반하여’는 선언적 문언이라고 해석할 수는 없다는 주장을 하였다.

이에 대해 최고재판소는 “독점금지법의 입법취지·목적 및 그 개정경위 등에 비추어 볼 때, 본법 제2조 제6항에서 말하는 “공공의 이익에 반하여”라는 것은 원칙적으로는 동법의 직접적인 보호법익인 자유경쟁 경제질서에 반하는 것을 가리키지만, 실제로 행해진 행위가 형식적으로 위에 해당하는 경우라 할지라도 위 법익과 당해 행위로 보호되는 이익을 비교형량해서 “일반소비자의 이익을 확보하는 동시에 국민경제의 민주적이고도 건전한 발달을 촉진한다”는 본법의 궁극적인 목적(본법 제1조 참조) 등에 실질적으로 반하지 않는다고 인정되는 예외적인 경우를 위 규정에서 말하는 “부당한 거래제한”행위로부터 제외하려는 취지라고 해석하여야 할 것이어서, 이와 동지의 원심판결은 정당하여 수긍할 수 있다.”라고 판시하였다.

다) 기수시기에 관한 주장

변호인들은 부당한 거래제한죄는 공동행위에 따라서 그 내용이 실시되었을 때 비로소 기수에 도달하는 것으로서, 본건에 관해서는 공동행위의 내용인 대가 인상의 실시에 관한 사실이 입증되지 않았기 때문에 본건에 대해서 기수를 논하는 것은 불가능하다고 주장하였다.

이에 반해 최고재판소는 다음과 같이 판시하였다(동경고등법원판결도 같은 취지이다). “사업자가 다른 사업자와 공동으로 대가를 협의·결정하는 등 상호 그 사업활동을 구속하는 내용의 합의를 한 경우, 위 합의에 의해서 공공의 이익에

반해 일정한 거래분야에서의 경쟁이 실질적으로 제한되었다고 인정되는 때에는 독점금지법 제89조 제1항 제1호의 죄는 즉시 기수에 달하게 되고, 위 결정된 내용이 각 사업자에 의해서 실시로 옮겨져야 한다거나 결정된 실시시기가 현실적으로 도래하여야 하는 등은 본죄의 성립에 필요하지 아니하다고 해석하여야 한다”고 하였다.

다. 업무용 스트레치필름가격 담합사건

1) 개 요

본건은 생선·정육·야채 등과 같은 상품의 내장용으로 사용하는 업무용 스트레치 필름에 관해서 전국 점유율 약 98%를 점하고 있던 메이커 8개사가 두 번의 가격담합을 행하였다는 이유로 8개사 및 각 회사의 영업담당임원 15명이 제95조 제1항 제1호·제9조 제1항 제1호·제3조의 죄로 공정거래위원회로부터 고발당하여 전원 유죄판결을 받은 사건이다. 고발은 平成3(1991)년 11월 6일 및 같은 해 12월 19일에 이루어졌는데, 동경고법은 平成5(1993)년 5월 21일, 피고 회사를 600만엔~800만엔의 벌금, 피고인을 6개월~1년의 징역(피고인은 모두 집행유예 2년)에 처한다는 판결을 내렸다.¹⁷⁹⁾

8개사는 平成3(1991)년 12월 6일 공정거래위원회로부터 배제권고를 받았으며, 권고를 응낙함에 따라 平成4(1992)년 1월 8일 권고심결을 받았고, 나아가 같은 해 3월 26일 총액 4억 978만엔의 과징금 납부명령을 받았다.

2) 사실관계

8개사는 업무용 스트레치 필름의 가격인상에 대해서 昭和62(1987)년 7월경에도 검토를 하였으나, 신규사업자의 업계진입 및 사용자 측의 강력한 가격교섭력으로 인해 실패로 끝났다. 8개사는 平成2(1990)년 3월 이후 일본 비닐공업회 스트레치 필름부회 본부회(영업담당부장급 회합)에서 제품가격의 인상에 대해 검

179) 公集40卷, 741頁, 高刑集46卷1-3号, 108頁

토를 거둬들인 후, 같은 해 7월 3일 간부회(영업담당임원급 회합) 및 본부회 합동 회의에서 ① 각사의 점유율을 동결하는 한편, ② 같은 해 9월 1일부터 제품의 판매가격을 표준제품 한 개당 가격인상폭을 150엔으로 하여 전 제품에 대해 가격을 인상하며, ③ 최저가격 및 표준가격을 설정하고, ④ 출하수량을 제한하며, ⑤ 점유율 쟁탈 등과 같은 트러블이 발생한 경우에 대처하기 위해 裁定者團을 설치하고, ⑥ 가격상황에 응해 지급하는 보증금제도를 마련한다는 내용을 결정하였다.

8개사는 제1차 협조가격인상협정에 기해서 즉시 사용자측과 가격인상 교섭에 들어갔으나, 그 직후인 그 해 8월 2일에 이라크 쿠웨이트침공에 따른 걸프위기가 발발함에 따라서 제품의 원료인 석유화학제품의 양등이 예상되었기 때문에 그 대응책을 검토하게 되었다. 그리고 그해 10월 2일의 본부회에서 그해 11월 1일부터 제품 판매가격을 표준품 한 개당 가격인상폭을 원료가격인상분 120엔, 불채산(不採算)시정분 130엔, 합계 250엔을 전 제품에 대해 인상한다는 것을 축으로 하는 한편, 그 외 최저가격 및 표준가격의 설정 등 제1차 가격인상과 동일한 제2차 가격인상을 결정하였다.

3) 주요 쟁점

가) 이중처벌금지규정 위반의 주장

변호인들은 독점금지법에 의한 과징금납부명령에 따라 과징금을 납부한 사업자들에 대해서 다시 독점금지법에 의한 형사벌을 부과하는 것은 이중처벌의 금지를 규정한 헌법 제39조에 위반된다고 주장하였다.

이에 반해 판결은 “독점금지법에 따른 과징금은 일정한 담합에 의한 경제적 이득을 국가가 징수하는 한편, 위반행위자가 그것을 유지할 수 없도록 함으로써 사회적 공정을 확보하는 동시에 위반행위의 억지를 도모하고, 담합금지규정의 실효성을 확보하기 위해서 행해지는 행정상의 조치로서, 담합의 반사회성 내지 반도덕성에 주목하여 그에 대한 제재로서 부과되는 형사벌과는 그 취지, 목적, 절차 등을 달리하는 것이므로, 과징금과 형사벌을 병과하는 것이 이중처벌을 금지한 헌법 제39조에 위반하는 것이 아님은 분명하다”라고 판시하였다.

나) 공소기각의 주장

변호인들은 공정거래위원회의 고발은 다음의 이유로 합리적인 재량의 범위를 이탈한 자의적, 차별적인 것으로서 유효한 고발에 기한 것이 아니므로 공소제기 절차규정에 위반하여 형사소송법 제338조 제4호에 따라 기각되어야 한다고 주장하였다. ① 공정거래위원회 고발방침에서 말하는 ‘국민생활에 광범위한 영향을 미친다고 볼 수 있는 악질적이고도 중대한 사안’도 아닐 뿐더러, ‘위반전력’ 역시 없었다. ② 공정거래위원회는 석유담합사건 이후 17년 동안 고발당한 적이 없을 뿐 아니라, 또한 본건과 거의 동일한 시기에 적발된 시멘트담합사건이나 인쇄잉크담합사건은 본건보다 중대함에도 이들에 대해서는 고발하지 않았다.

이에 대해 판결은 공정거래위원회에 고발에 대한 재량권이 있음을 인정한 후, 다음의 점을 들어 본건 고발이 공정거래위원회의 고발방침에 비추어 문제가 없음을 지적하였다. ① 업무용 스트레치 필름은 우리나라의 슈퍼마켓, 컨비니언스 스토어를 비롯한 일반 소매점 등지에서 각종 생선식품의 포장에 널리 사용되고 있으며 일반소비자들의 생활에 밀접한 상품으로 그 시장규모는 전국적인 규모라 할 것인데, 연간 매출액 역시 平成2(1990)년도에는 300억엔을 넘었으며 거기에 본건 각 협조 가격인상협정은 그 점유율 합계가 거의 98%에나 이르는 피고회사 8개사가 행한 것으로서 국민생활에 대한 영향이 결코 작지 않다. ② 본건 각 협정 가격인상협정은 각사들 간의 이에 기한 분쟁이 발생한 경우에 대비해서 당해 회사의 상권을 박탈하는 것을 포함한 각종 결정권을 가지고 있는데다, 당해 회사가 무조건적으로 따르도록 되어 있는 재정자단을 설치한다는 내용 외에도 전국 지부회, 사무연락위원회의 협의 등을 포함해 주도면밀한 준비 및 협의를 거듭한 후 상호 의사를 충분히 확인하여 이루어진 상호 구속성이 강한 담합이다. ③ 본건 협조 인상가격협정이 독점금지법에 위반한다는 사실을 충분히 인식하고 있었을 뿐 아니라, 협의시의 서류파기 등 공정거래위원회에 대한 대책에 대해서도 협의되었다. ④ 본건 각 협조가격인상협정은 공정거래위원회가 平成2(1990)년 6월 20일에 향후 독점금지법 위반사건에 대해 적극적으로 고발한다는 고발방침이 공표된 후 성립, 실시된 것일 뿐 아니라, 단 수개월 동안에 두 번이나 행해졌다. ⑤ 피고회사 대부분은 독점금지법을 위반한 전력이 있다.

다) 구성요건 불해당, 위법성조각 등에 대한 주장

변호인들은 매수인의 경제력이 탄탄하다는 점 등에서 원가파괴판매가 강제되는 상황 하에서는 협조가격인상을 하더라도 가격협정이 위법이라고는 할 수 없으므로 범죄를 구성하지 않는다고 주장하였다.

이에 대해 판결은 업계의 생산능력이 판매실적에 비해 현저히 과잉생산 상황에 있었던 점에서 판매가격의 하락은 스스로 초래한 면이 컸던 점, 협조 가격인상을 하는 이외에는 각사가 기업유지 내지 제품공급의 안정을 확보하기 어려웠다는 점은 인정되지 않는 점, 피고 회사의 채산시정에는 재고할 여지가 있었던 점 등을 지적함으로써 변호인들의 주장을 받아들이지 않았다.

6. 입찰담합에 대한 형사처벌

가. 구성요건상의 법해석

1) 총 설

입찰담합은 담합의 한 유형으로서 일본 독점금지법상 부당한 거래제한¹⁸⁰⁾의 일종으로 포섭되어 있다. 따라서 독점금지법상 형사처벌의 대상이 되기도 한다. 이때 보호법익은 ‘자유경쟁 경제질서’이고, 기수시기는 담합의 합의시이며, 그 죄는 계속범이다. 이 죄의 구성요건에 대한 해석은 부당한 거래제한의 일반적인 해석과 크게 다르지 않으나, 입찰담합이라는 행위의 특수성에 따라 몇 가지 특징이 나타나기도 한다.

우선 입찰담합에 대해서도 법률 소정의 ‘공공의 이익’ 요건에 대한 해석이 문제될 수 있다. ‘공공의 이익에 반하여’의 의미는, 앞서 살펴 본 바와 같이 법 제1조에서 규정하는 직접적인 보호법익으로서 자유경쟁 경제질서에 반하는 것을 가리키지만, 형식적으로는 그러한 경우에 해당하더라도 위 법익과 당해 행위에 의해서 보호되는 이익을 비교衡量하여 본법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하

180) 우리 공정거래법상으로는 법 제19조에서 규정하고 있는 부당한 공동행위에 해당한다.

지 않는다고 인정되는 예외적인 경우를 부당한 거래제한행위에서 제외하려는 취지로 해석된다.

그런데 입찰담합에 대해서는 소위 ‘출혈수주를 저지하여 날림공사 등과 같은 폐해를 방지하기 위해 이루어지는 담합의 경우 이러한 요건에 해당하지 않는 것 아닌가’라는 주장이 제기되기도 한다. 하지만 담합을 하지 않는 경우 덤핑수주가 되고 이것이 곧 날림공사로 이어진다고만 볼 수도 없으므로 이 점만으로 위법성이 부인되지는 않는다. 다만 일반적으로 담합을 인정할 경우에는 과잉예방으로 될 우려가 있고, 또한 개별 사건별로 날림공사 등의 방지를 위한 것과 그렇지 않은 것을 준별하기란 쉽지 않은 것이 사실이다. 결국, 판례의 입장에서 보더라도 부당한 거래제한에서 제외할 수 있는 입찰담합이란 거의 존재하지 않는다는 것이 일본 내의 대체적 시각인 것으로 보인다. 또한 회계법이 경쟁입찰에 부칠 것을 요구하고 있는 것은 경쟁입찰이 공공의 이익에 합치한다는 사고에 기한 것인데, 이를 부정하는 담합은 기본적으로 공공의 이익에 반한다고 해야 할 것이다.

2) 일정한 거래분야

부당한 거래제한에서의 일정한 거래분야, 즉 관련시장은 거래의 대상·지역·단계·상대방이 달라지게 된다. 그러나 입찰담합의 경우에는 특정한 관공서 등이 발주하는 공사나 물품 등의 납품처럼 상당히 좁은 범위에서 일정한 거래분야가 인정되는 경우가 있다는 점에 특징이 있다.

물론, 입찰담합이 시장을 좁게 한정하지 않고 일반시장을 거래분야로 하여 행해지는 경우도 있다. 예컨대, 石川島播磨(이시카와지마하리마)중공업 외 36명사건은 그 예이다.¹⁸¹⁾ 본건은 수문(通門(樋門), 통관(樋管), 갑문(閘門), 가동언(可動堰) 및 밸브를 포함) 및 그 부대설비공사에 관한 입찰담합으로, 다음과 같다. 일본의 수문 등에 관한 공사는 국가, 지방공공단체, 공단(관공서) 등이 대부분을 맡아 하고 전력회사 등이 그 일부를 발주하고 있는데, 발주에 있어서는 관공서의 경

181) 昭和54(1979)·12·4 公集26卷, 66頁.

우는 주로 지명경쟁입찰방식이고 일부가 견적서에 따르고 있으며, 전력회사의 경우에는 1개사를 지명해서 계약하는 경우가 있으나 그 외에는 견적서에 따르고 있다. 37개사는 수문 등의 공사와 관련하여, 입찰의 지명 또는 견적서에 대한 참가의뢰(의뢰)를 받은 경우 37개사가 결성한 睦水會라는 모임에 신고하도록 하 되, 37개사 중 2개사 이상에 의뢰가 있었던 경우에는 의뢰받은 자들끼리 협의해서 당해 공사에 대한 수주예정자를 결정하는 방식을 취하고 있었다.

또한 콘크리트 파일 담합사건에서도 특별히 시장은 한정되어 있지 않았다. 旭(아사히)화성공업 외 20명 사건¹⁸²⁾에서 21개사는 콘크리트 파일에 대한 의뢰가 통상 복수의 콘크리트 파일제조업자들에 대해 이루어지고, 의뢰를 받은 자의 견적 가격에 따라서 수주자가 결정되게 되어 있었기 때문에 콘크리트 파일 품질별로 각사의 영업담당 과장급들의 회합을 매주 정기적으로 개최함으로써 콘크리트 파일의 전체 의뢰에 대해 상호 그 내용을 보고하고, 의뢰 물건별로 납품수량 및 납품장소를 감안하여 수주예정자 및 그 납품수량을 결정하기로 하였다.

한편 대량수요자에 대한 판매 등에 관해서만 담합한 사건도 있다. 예컨대, 일본석유 외 10명 사건¹⁸³⁾에서는 대량수요자가 행하는 입찰 또는 견적서에 대해 담합함으로써 수주예정자를 결정하였다. 또한, 睦水會사건¹⁸⁴⁾에서는 ① 회원은 수요자로부터 40만엔 이상의 콘크리트제품에 대한 의뢰가 있을 경우, 각각의 지구에서 매주 정기적으로 개최되는 의뢰회의에 이를 신고할 것, ② 의뢰회의에서 전술한 신고에 기해서 의뢰를 받은 자의 협의를 통해 수주예정자를 결정하되, 당해 예정자는 계약이 성립한 경우 신속히 그 결과를 의뢰회의에 보고할 것 등을 결정하여 실시한 바 있다.

관공서 일반이 발주하는 공하나 물품 등의 납품에 대해서 일정한 거래분야가 인정된 사례도 다수 발견된다. 宮城県(미야기현) 석유상업조합 仙臺(센다이)지부 사건¹⁸⁵⁾에서는 관공서에 대한 석유제품의 판매가격을 결정한 후 조합원들이 관공서로부터 석유제품의 납품과 관련해서 의뢰를 받은 때에는 위 지부에 제출하

182) 昭和50(1975)・1・10 公集21卷, 195頁.

183) 昭和30(1955)・12・1 公集7卷, 70頁.

184) 昭和46(1971)・12・3 公集18卷, 119頁.

185) 昭和47(1972)・7・20 公集19卷, 34頁.

게 하되, 그때마다 당해 관공서별로 의뢰모임을 개최하여 납품예정자, 견적가격 등을 결정하였다. 또한, 香川県(카가와현)조경협회 高松(타카마쓰)지부사건¹⁸⁶⁾에서는 관공서가 지명경쟁입찰의 방법으로 발주하는 高松지구의 조경공사와 관련하여 입찰참가 지명업자들이 연구회라는 이름의 회합을 개최, 협의를 통해 수주 예정자를 공동결정 하였다. 특정 관공서가 발주하는 공사나 물품 등의 납품에 대해서 일정한 거래분야가 인정된 사례는 근래 들어 다수 발생하였다.¹⁸⁷⁾

이상과 같이 관공서 일반, 혹은 특정 관공서가 발주하는 관급공사나 물품 등의 납품 등과 같은 거래분야상의 입찰담합에 따른 수주예정자의 결정은 모두 일정한 규칙(성문화한 것 및 성문화되지 않은 것이 관행화된 것)에 기해서 계속적으로 이루어지는 특징을 보인다. 이러한 좁은 범위의 행위에 대해 ‘일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제한’이 인정되기 위해서는 계속적으로 담합행위가 행해지고 또한 당해 관공서와의 거래가 관계사업자에게 상당한 무게를 점하고 있다는 등의 사정이 존재할 것이 요구된다.

따라서 관공서 일반 혹은 특정 관공서와의 거래와 같은 거래분야에서의 부당한 거래제한은 일정한 원칙에 기해서 계속적으로 수주예정자를 결정하고 있는 행위 전체를 가지고 파악해야 할 것으로 생각된다. 하지만 일정한 담합의 룰 작성 자체로 부당한 거래제한은 성립하게 되는 것이지, 그에 기한 개개의 담합행

186) 平成4(1992)·6·4 公集39卷, 93頁.

187) 弘前(히로사키)대학이 발주한 昭和58(1983)년도의 B중유 납품(弘善堂회 외 14명 사건=昭和59(1984)·8·20 公集31卷, 22頁), 일본 도로공단이 발주한 자기카드 등의 납품(大日本 인쇄 외 13명 사건=平成4(1992)·5·15公集39卷, 59頁), 埼玉県(사이타마현) 발주의 토목 일체공사(鹿島(카시마)건설 외 65명 사건=平成4(1992)·6·3 公集39卷, 69頁), 埼玉県(사이타마현)경찰이 발주한 도로표식공사(교통산업 외 24명 사건=平成4(1992)·12·21 公集39卷, 192頁), 川崎(카와사키)시가 발주한 토목공사(浅川(아사카와)건설공업 외 123명 사건=平成5(1993)·11·12 公集40卷, 136頁), 香川県(카가와현) 토목부가 발주한 특정측량 등 업무(五星 외 24명 사건=平成6(1994)·3·14 公集40卷, 208頁), 仙台(센다이)시 세 部局이 발주한 도장공사(旭(아사히)화성공업 외 39명 사건=平成6(1994)·3·31公集40卷, 219頁), 山梨県(야마나시현)이 발주한 甲府(코후)지구 특정토목공사(山梨県(야마나시현)건설업협회 甲府(코후)지부사건=平成6(1994)·5·16 公集41卷, 151頁), 大津(오다와라)시가 발주한 특정전기공사(靑井전기상회 외 28명 사건=平成6(1994)·10·28 公集41卷, 214頁), 小田原(오다와라)시가 발주한 상수도배관공사(田中組 외 22명 사건=平成7(1995)·8·30 公集42卷, 152頁) 등과 관련하여, 각각 일정한 거래분야가 설정되었다.

위가 실행에 옮겨질 것까지 요건으로 요구되지는 않는다. 또한 물을 떠나서 그에 기한 개개의 담합행위 자체는 부당한 거래제한에는 해당하지 않는다고 생각해야 할 것이다. 공소시효(장기 5년 미만의 징역, 혹은 금고 또는 벌금에 해당하는 죄에 대해서는 3년=형사소송법 제250조 제5호)와의 관련에서는, 기본 물이 이미 파기됨으로써 그에 기한 담합행위가 3년 이상 행해지지 않은 경우에는 시효가 완성되겠지만, 물이 3년 이전에 작성된 경우라 할지라도 그에 기한 담합행위가 행해지고 있는 경우에는 기본 물에 기한 일련의 행위로 보아 개개의 담합행위 전체를 부당한 거래제한으로 인정할 수 있을 것으로 생각된다. 그렇게 해석하지 않는다면 담합행위의 규제목적은 달성할 수 없을 것이다.

한편, 1회에 국한한 입찰담합이 부당한 거래제한을 구성할 여지가 있는지가 문제될 수 있다. 1회에 한한 거래에 있어서의 입찰담합이라도 대규모 거래이고 당해 거래가 당해 지역 내의 다른 거래가격에 영향을 미치는 등의 경우에는 부당한 거래제한이 성립할 수 있다고 보고 있다.¹⁸⁸⁾¹⁸⁹⁾

또한 특정 민간기업만을 대상으로 하는 입찰담합이 일정한 거래분야를 형성할 것이냐 하는 문제가 있다. 민간기업에 대한 입찰담합은 일반시장에 대한 거래의 일환으로서 행해지는 경우가 많을 것(전술한 石川島播磨(이시카와지마하리마)중공업 외 36명 사건 등이 이에 해당한다)으로 생각되기 때문에, 사건화 된 경우가 많지는 않다. 그러나 특정 민간기업만을 대상으로 하여 입찰담합이 이루어졌다고 하더라도 독점금지법의 취지상 이를 문제 삼아야 할 것은 아니라고 생각된다

188) 이와 관련한 일본 공정거래위원회의의 심결례로는, 湯淺목재공업 외 64명사건(昭和24(1949)·8·30 公集1卷, 63頁)에서 특별조달청이 발주한 합판 약 94만매에 대한 조달을 함에 있어서 입찰가격을 담합한 사실을 위반으로 판단한 사례가 있고, 해상매립토사협회사건(平成 원년(1988)·9·12 公集36卷, 26頁)에서는 関西국제공항이 大阪만의 泉州 근해를 매립하여 칸사이국제공항 공항섬을 건설함에 있어서 외주 둘레 부분 약 11Km에 걸친 독을 축조하는 공사와 관련하여, 6개 대상공구별로 수주처별 수주량 및 수주단가를 결정한 사례 등이 있다.

189) 한편, 昭和57(1982)년 3월 13일 참의원예산위원회에서 당시 橋口 공정거래위원장은 ‘일정한 거래 분야란 어느 정도 지역적, 시간적 범위를 가진 담합 물이 그에 가장 전형적으로 해당한다는 의견을 첫 번째로 들곤 하지만, 개개 공사에 관한 담합이 독점금지법 위반에 해당하지 않는 것은 아니다. 개개 공사의 담합에 있어서도 그 배후에 물이 존재하는 경우가 있을 뿐 아니라, 또한 개개 공사에서도 상당 정도에 이르는 규모라든가 지역경제에 대한 영향이 지대하다는 등의 여러 요건들이 있으므로, 사안별로 판단하여야 할 것’이라는 입장을 천명하기도 하였다.

다. 일반시장을 대상으로 하는 담합은 자유경쟁 경제질서의 침해를 통해서 일반 소비자의 이익을 침해하게 되는데, 특정 민간기업을 대상으로 하는 입찰담합은 일반소비자의 이익과는 관련이 없기 때문이다. 한편, 관공서(국가, 지방공공단체, 공사·공단 등을 포함)를 대상으로 하는 입찰담합은 이로써 세금의 낭비를 하게 만들고, 공적 기관이 제공하는 물품·서비스는 달리 대체하지 못한다는 등의 이유에서 간접적으로 일반 소비자의 이익을 해치게 된다.

나. 입찰담합 사례 개관

주지하다시피, 일본은 그 고유의 사회적, 문화적 특수성에 따라 입찰담합이 매우 빈번히 발생하는 나라로 알려져 있다. 각종 통계상으로도 이런 실태는 쉽게 확인되는데, 공정거래사건 가운데 입찰담합사건은 전체 사건 중 50%를 넘고, 담합 사건 중에는 70%에 육박하는 것으로 나타난다.¹⁹⁰⁾ 즉, 공정거래위원회가 입찰담합에 대해서 엄격한 태도를 견지하고 있음을 표출한 것이라 할 수 있겠다.

최근의 입찰담합사건에서 발견되는 특징으로는 일정한 거래분야가 상품·서비스별로 상당히 세분화되어 인정되고 있다는 점을 들 수 있다.¹⁹¹⁾ 또한 사건의

190) 최근의 자료는 아니지만, 平成4(1992)년도에서 平成8(1996)년도까지 5년간의 기간을 토대로 분석한 자료에 따르면 전체 공정거래사건은 141건(담합사건은 114건)이었는데, 그 중 입찰담합사건은 78건이었던 것으로 나타난다.

191) 일본도로공단이 발주한 자카카드 등의 납품, 수도고속도로공단이 발주한 회수권 등의 납품(대일본 인쇄 외 4명사건=平成4(1992)·5·15 公集39卷, 65頁), 愛知県(아이치현)이 발주한 건설건설턴트업무(葵(아오이)엔지니어링 외 72명 사건=平成4(1992)·8·7 公集39卷, 121頁), 埼玉県(사이타마현) 경찰이 발주한 도로표지공사(전계), 埼玉県(사이타마현) 경찰이 발주한 도로변식 도로표지공사(永盛(나가모리)산업 외 17명사건=平成4(1992)·12·21 公集39卷, 179頁), 埼玉県(사이타마현) 경찰이 발주한 대형반식 도로표지공사(라인기획공사 외 12명 사건=平成4(1992)·12·21 公集39卷, 186頁), 埼玉県(사이타마현) 경찰이 발주한 대형등화식 도로표지공사(교통산업 외 6명 사건=平成4(1992)·12·21 公集39卷, 192頁), 川崎市(카와사키시)가 발주한 토목공사(전계), 川崎市(카와사키시)가 발주한 하수관 공사(浅川(아사카와)건설공업 외 68명 사건=平成5(1993)·11·12 公集40卷, 146頁), 川崎市(카와사키시)가 발주한 포장공사(浅川(아사카와)건설공업 외 101명사건=平成5(1993)·11·12 公集40卷, 154頁), 川崎市(카와사키시)가 발주한 상수도공사(浅川(아사카와)건설공업 외 65명사건=平成5(1993)·11·12 公集40卷, 163頁), 山梨県(야마나시현)이 발주한 甲府(코후)지구 특정토목공사(전계), 塩山(엔잔)지구 특정토목공사·石和(이사와)지구 특정토목공

유형이 여러 분야에 걸쳐 나타나는데 그 가운데 특히 건설공사 관련 사건들이 가장 빈번히 발생하고 있고, 그 이외에 측량·건설컨설팅, 인쇄 등의 입찰담합도 적발되고 있다. 일본 공정거래위원회가 천명한 平成2(1990)년 6월 20일 ‘독점금지법 위반행위에 대한 형사고발에 관한 공정거래위원회의 방침’에서는 입찰담합에 대하여 적극적으로 형사처벌을 요구하여 고발한다는 방침을 명확히 하고 있는데, 이러한 방침표명 이후 ① 회사보험청이 발주한 쌀 입찰담합사건, ② 일본하수도사업단이 발주한 공사입찰담합사건, ③ 동경도가 발주한 수도미터입찰담합사건이 형사고발된 바 있다.

다. 형법상 입찰담합행위의 죄

1) 담합행위죄의 보호법익

형법 제96조의6에서는 담합관련 범죄를 규율하고 있는데, 이 가운데 제1항이 ‘경매입찰방해죄’, 제2항이 ‘담합행위죄’에 해당한다. 먼저 형법 제96조의6 제1항에서는 “위계 또는 위력을 사용하여 공적인 경매 또는 입찰의 공정을 해하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 250만엔 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 “공정한 가격을 해하거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적으로 담합한 자 역시 전항과 동일하게 처벌한다”고 하고 있다.

동조의 죄는 공무집행방해죄에 관한 장 속에 편성되어 있기 때문에 공적 기관이 행하는 경매 등 방해죄에 국한되며, 그 보호법익도 공적 기관의 경제적 이익으로 해석되고 있다. 여기서 공적 기관이란, 국가 또는 지방공공단체 및 이에 준하는 기관(공사·공단)을 의미한다. 담합행위죄는 공적 경매 또는 입찰에서

사·市川(이찌가와)지구 특정토목공사·身延(미노부)지구 특정토목공사·葦崎(아사카지)지구 특정토목공사·都窪(쓰루)지구 특정토목공사·大月(오오쓰끼)지구 특정토목공사(모두 平成6(1994)·5·16 公集41卷, 155頁~182頁), 豊橋市(토요하시시) 등이 발주한 특정토목공사(愛豊(아이호우)토건자갈 외 72명 사건=平成7(1995)·8·8 公集42卷, 126頁), 豊橋市(토요하시시) 등이 발주한 특정건설공사(愛知県(아이치현) 동부건설업협동조합 외 69명사건=平成7(1995)·8·8 公集42卷, 136頁), 豊橋市(토요하시시) 등이 발주한 특정포장공사(靑山(아오야마)건설 외 8명사건=平成7(1995)·8·8 公集42卷, 142頁), 豊橋(토요하시)토목사무소가 발주한 특정토목공사(靑山(아오야마)건설 외 26명사건=平成7(1995)·8·8 公集42卷, 146頁) 등이 그 예이다.

‘공정한 가격을 해하거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적’으로 담합을 하는 목적 범으로서, 본죄는 그러한 목적으로 경쟁자 등이 서로 통모하여 어떤 특정한 자를 계약자가 되도록 하기 위해 다른 자가 일정한 가격 이하 또는 이상으로는 입찰하지 않음으로써 성립하게 된다. 이 때 목적은 담합에 따른 협정가격이 객관적으로 존재하는 공정한 가격(자유경쟁가격)보다 그 이상 또는 이하라는 사실을 인식하거나 또는 부정한 이익을 얻는다는 것 및 그러한 이익이 사회통념상의 대가의 정도를 넘는 것이라는 데 대한 인식이 있으면 충분하고, 그 인식이 규명될 경우 고의가 있다고 보게 된다.

본죄가 추상적 위험범인지 구체적 위험범인지에 대해서는 ‘공정한 가격을 해칠 목적으로 담합하는 죄가 성립하려면 공정한 가격을 해치는 구체적인 위험이 존재할 필요가 있으나, 부정한 이익을 얻을 목적으로 담합하는 죄는 입찰의 공정을 해칠 만한 추상적 위험이 있으면 성립’하는 것으로 보기도 하고, ‘담합은 공무의 집행을 방해하는 추상적 위험범임을 본질로 하므로, 적어도 그 위험이 있을 만한 담합인 인상 …… 담합죄를 구성한다’고 판시한 사례도 발견된다.¹⁹²⁾ 일견 상호 모순되는 판례들로 보이기도 하지만, 담합행위죄는 담합에 의해서 기수에 도달하게 되는 것이므로 본죄는 추상적 위험범이라고 볼 수 있다. 본죄에는 반드시 상대방이 필요한 필요적 공범이다. 한편 본죄의 벌금형의 상한은 일미구조협약에 의해 平成3(1991)년 5월 7일부터 종래의 100만엔에서 259만엔(형법상의 죄 중에서 최고 벌금형의 상한)으로 인상되었다.

2) 구성요건상의 법해석

가) 행위주체

담합행위죄는 처음부터 공사를 시공할 의사 없이 금전적 보상을 취득할 목적으로 담합에 가담한 자와, 처음에는 공사시공에 대한 의사가 있었더라도 나중에 금전적 보상을 제공받아 공사시공에 관한 의사를 포기하는 등의 방법으로 담합에 가담한 자에 대해서도 적용된다.¹⁹³⁾ 본죄는 신분범이 아니기 때문에 그 주체

192) 最高裁 昭和32(1957)・12・13 刑集11卷13号, 3207頁.

에 특별한 제한은 없으므로 경매·입찰에 참가하지 않은 자에게도 담합행위죄가 성립할 수 있다. 예컨대, 스스로 입찰을 희망하지 않은 자라도 자신과 특별한 관계에 있는 자에 의해서 입찰이 이루어질 것이라는 사실을 전제로 담합에 가담한 때에는 본죄가 성립할 수 있다.¹⁹⁴⁾ 이 경우 피고인은, 처음에는 입찰의사를 가지고 있지 않았지만 입찰을 희망하는 자가 입찰에 무지하여 입찰가격 및 그 밖의 절차에서 그 자에게 지시를 하기 위해 그 자와 동반하여 공매경쟁입찰에 출석하는 방법으로 담합에 가담한 자가 된다. 아울러 경쟁입찰에 지명된 자뿐 아니라 경쟁입찰자의 실질을 가지고서 다른 입찰자에게 압력을 가해 사실상 담합을 지배한 자 역시 담합의 주체가 될 수 있다.¹⁹⁵⁾

나) ‘공정한 가격을 해할 목적’에 대한 해석

‘공정한 가격’은 객관적으로 측정되는 가격을 말하는 것이 아니라, 당해 입찰에서 공정한 자유경쟁에 의해 형성되게 될 낙찰가격을 의미하는 것으로 해석되고 있다. 이러한 해석은 종래 대심원¹⁹⁶⁾ 시절부터 제시되어 온 것으로서 그 후 최고재판소의 판시¹⁹⁷⁾ 역시 이 같은 태도를 답습하여 왔다. 나아가 최고재판소는 이를 부연하면서 “공정한 가격이란, 당해 입찰에서 공정한 자유경쟁에 의해 형성되었을 낙찰가격을 말하는 것으로서, 입찰이라는 관념을 떠나 객관적으로 측정되는 공정가격 또는 ‘공정한 자유경쟁에 의해서 가장 유리한 조건을 갖는 자가 실비에 적정한 이윤을 가산한 액수로 낙찰하였을 가격’을 말하는 것이 아니라는 것이다.”라고 판시하였다.¹⁹⁸⁾ 따라서 공사도급에 관한 입찰실정은 이를 자유경쟁에 맡기는 경우 언제나 공정한 자유경쟁이 이루어진다고는 할 수 없고, 오히려 열악한 조건을 갖는 자까지 낙찰을 희망함으로써 때로는 이익을 무시하

193) 最高裁 昭和32(1957)・1・22 刑集11卷1号, 50頁.

194) 最高裁 昭和39(1964)・10・13 刑集合18卷8号, 507頁.

195) 仙台高判 昭和33(1958)・11・7 高刑特報5卷11号, 446頁.

196) 大判 昭和19(1944)・4・28 刑集23卷, 97頁.

197) 最高裁 昭和28(1953)・12・10 刑集7卷12号, 2418頁; 最高裁 昭和32(1957)・1・22 刑集11卷1号, 50頁; 最高裁 昭和32(1957)・1・31 刑集11卷1号, 435頁.

198) 最高裁 昭和32(1957)・7・19 刑集11卷7号, 1966頁.

면서까지 낮은 가격으로 입찰하여 자신이 낙찰 받는 경우 또한 적지 않다.

한편, ‘공정한 가격을 해할 목적’이란, 공정한 자유경쟁이 이루어졌다면 형성되었을 가격을 고의로 인하(경매의 경우), 또는 인상(입찰의 경우)하는 데 대한 인식을 말한다. 다만, 담합행위가 덤핑을 회피함으로써 사업자의 생활을 보호하고, 공사의 완전한 실시를 기할 목적으로 행해지는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 공정한 가격을 해할 목적이 있었다고 볼 수 없다고 판단할 여지가 있다.¹⁹⁹⁾ 그러나 그 경우, 자유경쟁의 결과를 공정한 가격으로 판단하는 판례의 입장에서 본다면, 덤핑이 확실히 예상되고, 그 가격이 너무나 정상적이지 않을 뿐더러, 담합의 결과 결정된 가격이 덤핑이 없었다면 예상되었을 가격, 즉 통상적인 자유경쟁의 결과 결정될 가격이라는 등의 특별한 사정에 대한 증명이 그 요건으로 될 것이다.²⁰⁰⁾

다) ‘부정한 이익을 얻을 목적’에 대한 해석

‘부정한 이익’이란 담합행위에 따른 담합자의 이익이 사회통념상 이른바 대가의 정도를 넘는 보상 내지 그 밖의 경제적 이익을 의미한다.²⁰¹⁾ 또한 ‘부정한 이익을 얻을 목적’은 경락인, 낙찰자가 그러한 경제적 이익을 그것을 얻을 목적을 가진 경쟁자 등에게 제공하고 다른 경쟁자 등은 그로부터 일정한 분배를 취득하려는 의도라 할 수 있다.

부정한 이익을 얻을 목적은 담합행위죄의 구성요건을 이루지만, ‘부정한 이익’이 ‘공정한 가격’을 해치는 것일 필요는 없다. 따라서 담합에 따른 낙찰가격이 공정한 가격의 범위 내였다고 하더라도 담합금의 액수가 사회통념상의 대가의 정도를 넘는다면 부정한 이익이라 할 수 있다. 낙찰가격이 공정한 가격의 범위 내였더라도 보상금을 지불함으로써 적정한 공사를 하지 못하게 되어 날림이나, 품질저하 상태의 공사시공을 할 우려가 크고 보호법익인 공공 경매나 입찰의 공

199) 大阪高判 昭和29(1954)・5・29 特報28号, 133頁; 大阪高判 昭和29(1954)・10・30裁特1卷追録, 759頁.

200) 大塚仁他編, 『大コンメンタール刑法』4巻(河上和雄・公務ノ執行ヲ妨害スル罪), 1999, 206頁.

201) 最高裁 昭和32(1957)・1・22 刑集11卷1号, 50頁; 最高裁 昭和32(1957)・7・19刑集11卷7号, 1976頁.

정이 부당한 담합금의 지급약속에 의해 침해될 것이기 때문이다.²⁰²⁾

부정한 이익을 얻을 목적에서의 담합이라고 할 수 있으려면, 담합에 참가한 입찰참가자간에 부정한 이익의 수수가 협정될 것을 요한다. 구체적으로는 ① 낙찰을 희망하는 자가 낙찰액의 일정 비율(예컨대, 3%) 또는 일정한 고액의 보상금을 다른 입찰참가자에게 지불할 것을 내용으로 하는 협정을 체결하는 경우, ② 낙찰자를 미리 결정하기 위해 보상액수를 제시하게 만들어 최고액의 지급제안을 한 자를 낙찰자로 결정하는 협정을 체결하는 경우, ③ 자신의 경매신청을 포기하는 대신 다른 경매인으로부터 금품의 교부를 받는 협정을 체결하는 경우 등은 부정한 이익을 얻을 목적에서의 담합이 있었던 것으로 인정된다. 또한 공정한 가격을 해할 목적과 부정한 이익을 얻을 목적이라는 두 가지 모두를 가진 담합은 담합행위죄 일죄가 성립하는 데 그치는 것으로 해석된다.²⁰³⁾

담합행위자들 중 보상금을 제공하는 자는 직접 담합에 의해서 부정한 이익을 얻는 것은 아니지만, 본죄가 부정한 이익을 얻을 목적을 가진 자라고 협정함으로써 성립하는 필요적 공범인 결과, 담합금의 제공자 역시 이러한 목적을 가진 자로 본다.

3) 형사법적 측면에서 본 입찰담합의 의미와 요건

입찰사건에서 담합이란 입찰희망자가 서로 통모하여 어느 특정의 입찰희망자로 하여금 계약자가 되도록 하기 위해 다른 자들은 일정한 가격 이하(입찰의 경우) 또는 이상(경매의 경우)으로는 입찰하지 않을 것을 합의하는 행위를 말한다.²⁰⁴⁾ 최고재판소 역시 이러한 견해를 답습하고 있다. 즉, 담합행위죄가 성립하려면, 공적 경매 또는 입찰에서 ‘공정한 가격을 해하거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적’으로 서로 통모하여, 어느 특정의 자로 하여금 계약자로 만들기 위해 다른 자들은 일정한 가격 이하 또는 이상으로는 입찰하지 않을 것을 협정하는 것이라고 하였다.²⁰⁵⁾

202) 大塚仁他編 前掲書, 209頁.

203) 広島高判 昭和37(1962)・12・26 高集5卷13号, 2614頁.

204) 昭和19(1944)・4・28 刑集23卷, 97頁.

이처럼 담합은 2인 이상의 자가 협정하는 것이므로 담합행위죄는 필요적 공범이다. 다만, 다수의 경매신청인이나 입찰희망자들 중 일부의 자가 담합한 경우에도 공적 경매 또는 입찰의 공정을 해칠 위험이 있는 한, 담합행위죄는 성립한다. 이점에 관해 일본의 판례는 “담합은 공무집행을 방해하는 추상적 위험범이라는 점을 본질로 하므로, 적어도 그러한 위험이 있는 담합인 이상 입찰참가자 일부의 자들에 의해서 행해졌든지, 혹은 전부의 자들에 의해서 행해졌든지 불문하고 담합죄를 구성한다”라고 판시한 바 있다.²⁰⁵⁾

담합행위죄의 보호법익은 공적 경쟁·입찰의 공정이므로, 본죄가 성립하려면 담합이 적법한 공적 경매·입찰에 관해서 행해질 필요가 있다. 공적 입찰은 권한이 있는 기관에 의해서 적법하게 입찰에 부쳐졌다는 내용의 결정이 있었음이 필요하고, 또한 그로써 충분하며,²⁰⁷⁾ 입찰시행자가 담합이 있었다는 점을 알고 있었더라도 입찰의 적법성은 상실되지 않는다. 즉, 공적 입찰이 있었는지 여부는 외형적·객관적으로 관찰해서 결정해야 하고, 입찰시행자측은 관계공무원이 담합이 있었음을 인지했더라도 객관적으로 입찰절차가 그러한 성질을 상실하는 것은 아니다.²⁰⁸⁾ 그러나 공적 경매·입찰의 절차 자체가 공정하지 않은 경우에는 담합행위죄는 성립하지 않는다. 예컨대, 매각조건이 변경되었음에도 그러한 사실이 입찰희망자들 일부에게만 고지되었을 뿐, 다른 자들에게 고지되지 않은 등의 중대한 하자가 있는 경우에는 담합이 있더라도 본죄는 성립하지 않는

205) 最高裁 昭和28(1953)・12・10 刑集7卷12号, 2418頁; 最高裁 昭和33(1958)・4・25 刑集12卷6号, 1180頁.

206) 最高裁 昭和32(1957)・12・13 刑集11卷13号, 3207頁. 같은 취지로 広島高判 昭和28(1953)・1・29 高刑特報31号, 3頁. 神戸(고베)지방법원은 “담합은 입찰자 전원 간에 행해지는 것이 통례일 것이고, 또한 그렇게 하는 것이 담합의 목적달성을 용이하게 할 것이다. 그러나 그렇다고 하여 담합죄가 성립하기 위해 반드시 입찰자 전원이 그에 가담할 필요는 없으며, 그 일부의 자들 간에(예컨대, 자신보다 낮은 액수로 입찰할 우려가 있는 자 간에)도 성립한다고 해석하여야 한다”라고 판시하였고, 히로시마고등법원은 “협정에 참가하지 않은 자는 경쟁입찰에 대해 관심이 적은 자이거나 혹은 거의 입찰을 단념한 것으로 보이는 자로서, 실제로 경쟁입찰의 의사가 있었던 자는 전부 회합에 참가하였던 사실이 인정되므로, 위 회합에 참가한 자들 간에 미리 공사낙찰자를 협정한 때에는 입찰지정자 전원 간에 협정하였던 것과 하등 차이가 없으며, 사실상 유효하게 자유경쟁의 의미를 상실케 할 만한 협정을 할 수 있을 것으로 인정된다”고 하였다.

207) 最高裁 昭和41(1966)・9・16 刑集20卷7号, 790頁.

208) 東京高判 昭和40(1965)・5・28 高刑集18卷4号, 273頁.

다.²⁰⁹⁾ 또한 국가 또는 지방공공단체가 실제로는 특정 사업자와 수의계약을 하는 것이면서 입찰절차를 위장할 목적으로 입찰에 부치는 결정을 한 경우에는 그러한 입찰은 공적 입찰에 해당하지 않는다.²¹⁰⁾ 뿐만 아니라 등기부상으로는 존재하고 있으나 현실적으로는 존재하지 않는 경매물건에 대해서 담합이 이루어진 사례에 대해, 그 부분에 관한 경매개시결정은 “목적물을 결하여 무효이고, 그에 대해 담합하였더라도 본 경매의 공정을 해칠 위험을 발생시키지 않는다고 하지 않을 수 없다”라고 하였다.²¹¹⁾

4) 기수시기

한편 입찰담합행위죄는 공정한 가격을 해치거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적으로 담합함으로써 기수에 달하고, 담합에 따라서 입찰한다거나 경제적 보상을 배분하는 단계에 나갈 필요까지는 없다고 보고 있다.²¹²⁾ 판례도 “담합죄가 성립하려면 공적 경매 또는 입찰에서 ‘공정한 가격을 해치거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적’으로 경쟁자가 서로 통모하여 어느 특정의 자가 계약자가 되도록 하기 위해서 다른 자들은 일정한 가격 이하 또는 이상으로 입찰하지 않을 것을 협정하는 것만으로 충분하고, 그 이상으로 그러한 협정에 따라 행동하였을 것을 요건으로 하지는 않는다”는 입장이다.²¹³⁾

담합행위죄는 입찰희망자 등이 담합한 사실만으로 기수에 달하므로, 담합행위자가 담합한 대로 행동하지 않았어도 죄가 성립되며, 설령 입찰의 실시를 단념하였더라도 일단 성립한 형사책임은 소멸하지 않지만 양형상 참작사유는 될 수

209) 高松高判 昭和33(1958)・12・10 高刑集11卷10号, 618頁.

210) 東京高判 昭和36(1961)・5・4 東高刑時報12卷5号, 59頁.

211) 名古屋高判 昭和48(1973)・7・16 高刑集26卷3号, 308頁.

212) 最高裁 昭和28(1953)・12・10 刑集7卷12号, 2418頁.

213) 동 사안에서 피고인 측은 ‘경매입찰에서의 담합죄는 담합하는 것만으로 가벌성을 띠는 것이 아니라, 담합의 결과 낙찰자로 되는 자가 낮은 액수의 입찰을 하고 다른 자들이 그보다 적은 액수의 입찰을 하거나 입찰을 단념하였다는 사실, 혹은 전원이 입찰을 하지 않음으로써 공적 입찰의 집행을 해치는 등으로 담합의 결과 공적 입찰에 대해 일정한 행위를 하거나 또는 하지 않았을 필요가 있는 것으로서, 이른바 담합은 이러한 공적 입찰에 대한 행위·불행위를 포함하는 일련의 행위를 지칭하는 것에 다름 아니다’라고 주장하였었다.

있다. 또한 담합에 대한 경제적 보상이 현실적으로 분배되지 않았더라도 형사책임은 발생한다. 아울러 담합이 있었던 탓에 입찰시행자가 낙찰을 인정하지 않고 재입찰에 부친다거나 특정 사업자와 수의계약을 체결하는 등 입찰시행자의 입찰 후의 행위는 담합행위죄의 성립과는 관계가 없다는 점에도 유의할 필요가 있다.²¹⁴⁾

제2절 미국 독점금지법상 담합에 대한 형사적 제재

1. 미국의 독점금지법상 담합규제의 실체법적 근거

가. 관련규정 개관

미국은 독점금지법을 집행하는 국가 가운데 형사적 제재의 활용도가 가장 높은 나라라고 할 수 있다. 미국의 연방 독점금지법은 크게 1891년에 제정된 셔먼법(Sherman Act), 1914년에 제정된 클레이튼법(Clayton Act), 1914년에 제정된 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)의 3대 축으로 구성된다. 이 가운데 담합, 즉 카르텔의 규제는 셔먼법 제1조(15 U.S.C. §1)를 통해 이루어지며, 독점금지법 위반행위에 대한 형사처벌 또한 셔먼법을 근거로 집행되고 있다.

한편, 연방차원의 독점금지법 및 경쟁정책을 집행하는 행정관청은 연방 법무부(Department of Justice; DOJ) 독점금지국(Antitrust Division)과 연방거래위원회(Federal Trade Commission; FTC)가 나누어 담당하고 있는데, 이 중 법무부 독점금지국은 셔먼법과 클레이튼법을, 연방거래위원회는 클레이튼법과 연방거래위원회법을 주로 집행하게 된다. 요컨대 담합에 대한 형사처벌은 연방법무부의 개입이 보장된 셔먼법 제1조를 토대로 한다고 하겠다.

담합규제 및 형사처벌의 근거로서 셔먼법 제1조는 “각 주(州)간 또는 외국과의 거래 또는 통상(trade or commerce among the several States, or with foreign nations)을 제한하는(in restraint of) 모든 계약, 트러스트 기타 형태에 의한 결함

214) 仙台高判 昭和29(1954)・9・7 高刑特報1卷6号, 221頁.

또는 공모(every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy)를 위법(is declared to be illegal)으로 선언하는 한편, 그 같은 위반행위를 하는 모든 자(every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal)는 중죄를 범한 것으로 간주(shall be deemed guilty of a felony)되도록” 하고 있다.²¹⁵⁾

서면법 제1조에서 규정한 ‘거래를 제한하는 행위’의 범주는 매우 광범위한데 담합행위(가격담합·시장분할담합·입찰담합·국제담합)가 가장 대표적인 규제대상이라 할 수 있으며 이외에도 공동의 거래거절(group boycott) 및 수직거래제한행위인 재판매가격유지행위·판매지역과 고객제한행위 등이 서면법 제1조에 따라 형사처벌의 대상이 되기도 한다.²¹⁶⁾ 담합을 포함한 이들 행위를 감행하여 유죄로 판명받게 될 경우, 서면법 제1조에 따라 법인의 경우 1,000만불 이하의 벌금, 자연인의 경우 35만불 이하의 벌금 혹은 3년 이하의 징역에 처해지거나 양 벌칙이 병과될 수 있다. 이와 함께 1987년 형사벌금개선법(The Criminal Fines Improvements Act of 1987), 18 U.S.C. §571에서는, 법원이 개인 및 법인에 대한 범죄에 의해 야기된 이익이나 손실의 두 배에 해당하는 larger alternative fine을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 양 규정이 경합할 경우에는 위 금액과 독점금지손해규정(antitrust damages provisions)에 의한 것 중 더 큰 금액에 상응하는 금액이 벌금으로 부과된다.

한편 담합을 규율하는 법률이 서면법이므로 일차적으로 법무부 독점금지국에 의해 조사 및 형사소추되거나 민사적 금지청구소송이 제기되고 그에 따라 민사 제재 및 형사처벌이 행해지게 된다. 반면 연방거래위원회는 형사처벌에 개입하지 않으며, 주로 시정조치나 금지청구와 같은 행정제재 및 민사소송에 관여하게 된다.²¹⁷⁾ 따라서 담합에 대하여 FTC법 제5조가 적용되는 경우에는 FTC도 관할

215) 중죄를 의미하는 felony는 통상 1년 초과 of 자유형 또는 그 보다 중한 죄를 의미하며, 이보다 경한 죄를 의미하는 misdemeanor의 경우는 5일 초과 1년 이하의 자유형 또는 5천 달러(단체는 1만 달러) 초과 10만 달러(단체 20만 달러) 이하의 벌금을 부과하게 된다.

216) 반면 거래처와의 수직(vertical) 합의 등에 의한 거래제한, 즉 수직적 담합도 서면법 제1조의 규제대상이 된다고 본다. 또한 배타적거래 끼워팔기와 같은 수직적 거래제한에는 클레이튼법 제3조가 적용된다. 요컨대 서면법 제1조의 적용영역은, 동 제2조의 단독기업에 의한 독점행위의 규제와는 달리, “복수약” 당사자에 의한 거래제한행위라 할 수 있다.

권을 가질 수 있다. 다만, DOJ는 형식상 행정제재수단을 보유하고 있지 아니한다. 따라서 과징금부과의 권한도 가지고 있지 않으며, 벌금을 구형할 수 있을 뿐이다.²¹⁸⁾

미국에서는 서면법상 담합의 합의에 대해 형벌규정은 두고 있지만 서면법 집행을 연방 법무부가 단독으로 담당하므로 우리 공정거래법(제71조)이나 일본의 독점금지법이 인정하고 있는 전속고발권은 전혀 문제되지 않는다.

한편, 공모에 의한 독점행위의 규제에 대해서는 서면법 제2조도 적용될 수 있는데, 현실적으로 이 조항이 적용되는 경우는 극히 드문 형편이어서 이를 별도로 분석할 만한 필요성은 크지 않다. 이하에서는 담합에 대한 규제의 일반적 근거규정인 서면법 제1조 및 동조에 따른 형사처벌의 내용을 살펴보기로 한다.

나. 미국 독점금지법상 담합규제의 특징

1) 담합의 유형에 따른 이분법적 접근

미국 독점금지법상 담합에 대한 위법성을 인정하기 위한 요건으로는 i) 행위요건의 충족, 즉 그 형태가 어떠한 협정행위에 해당하고, 그것이 ii) 위법요건을 충족하는 경우, 즉, 경쟁을 감소시키는 경우로서, iii) 그 행위에 아무런 정당한 이유도 발견되지 않아야 한다는 점 등이 제시되어 왔다. 이 가운데 i)의 행위요건이 충족되면, ii) 위법평가와 iii) 정당화 사유의 유무에 대한 판단도 함께

217) 독립행정위원회로서 연방거래위원회(FTC)는 독점금지법의 집행 및 소비자보호의 실시라는 양대 기능을 동시에 부여받고 있으나, FTC는 서면법에 관한 집행권은 보유하지 않지만, 연방 독점금지법의 실제적 내용의 전부 뿐만 아니라 이에 누락되는 반경쟁적 행위에 대해서도 FTC법 제5조 전단의 ‘불공정한 경쟁방법’으로 집행할 수 있는 권한을 가진다.

218) DOJ와는 달리 FTC에는 준사법적인 심사권 등 광범위한 권한을 부여받고(제6조), 동법의 목적달성을 위한 규제규칙(실질적으로는 소비자보호에 관한 규칙이 다수 제정되어 있음)의 제정권(제6조(g)항)도 보유하는 한편, 행정적 제재수단도 가지고 있다. 독점금지법 위반심사(investigation)에 관해 권한을 위임받은 FTC 사무국의 심사관(examiners)이 현장검사나 소환장(Subpoena)을 발부하는 등의 절차에 따라(제9조 등) 법위반으로 인정되면 FTC에 의해 ‘행위중지명령(cease and desist order)’을 발할 수 있기 때문이다(제5조(b)항). H.Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, West, 2005, p. 587-589.; E.T.Sullivan & H.Hovenkamp, *Antitrust Law-Policy and Procedure*(4th ed., Lexis law Pub. 2003, pp. 73-74.

이루어지게 된다. 이 같은 독점금지법 위반을 입증·평가하는 과정에서, 미국 법원들이 소위 ‘당연위법(per se illegal)’과 ‘합리의 원칙(rule of reason)’이라는 이분법적 법리를 발달시켜 왔는데, 그 중 당연위법은 경쟁제한의 해악이 명백한 경우이어서, i)의 행위요건이 증거상 충족되면, ii) 위법요건의 충족판단이 즉시 가능하며, iii)의 정당한 이유는 존재하지 않으므로 고려하지 않는다는 것을 요체로 한다. 특히 시장획정 등 경제분석과 피심인의 정당성 항변을 허용치 않는 특징을 보이고 있다.

이에 비해 합리의 원칙은, 사안의 유형에 따라 위법에 대한 입증·평가를 내리는 것이 적합하지 않아서 사안별로 경제분석을 수행하는 한편, ii)의 위법요소와 iii)의 합리적 요소와의 사이에서의 비교형량판단을 하는 방법이다. 반경쟁적 효과가 명확치 않은 경우에는 반경쟁적 효과와 경쟁촉진효과는 물론 각종 경제효과를 입증하여 이를 비교형량평가에 따라 당부가 판단되는 구조라 할 수 있다.

이중 당연위법 원칙은 ‘노골적인 수평적 거래제한(naked horizontal restraints)’ 내지는 ‘경성담합(hardcore cartel)’에 집중적으로 적용되어 왔는데,²¹⁹⁾ 그 구체적인 유형은 i) 가격협정(price fixing),²²⁰⁾ ii) 수량제한(restraint of output, 다만 실제 사례는 많지 않으며, i)이나 iii)으로 환원될 수 있음), iii) 시장분할(market division),²²¹⁾ iv) 수수조정 내지는 입찰담합(bid rigging, 즉 i) 내지 iii)의 한 변종)으로 집약되고 있다. 연방 법무부(DOJ)에 의한 형사소추의 대상 또한 이러한 유형에 국한된다. 반면에 사업자단체의 활동이나 조인트벤처 활동 등 연성담합의 경우에는 합리의 원칙에 따라 위법성이 판단되고 있고, 행위의 성질에 따라 합리의 원칙의 내용도 다양화 되는 양상을 보인다. 근래 들어서는 종래 당연위법 원칙을 적용하던 담합에 대해서도 소송경제상 상세한 분석은 요구되지 않으나, 피소추자가 주장하는 바람직한 상쇄가치(redeeming virtue)의 유무를 검증토록 하는 소위

219) 형식상 수평의 거래제한의 외연을 띄고 있지만 수직적 요소도 얹혀있는 공동 거래거절(group boycott)의 경우도 당연위법에 따라 처리되곤 했다. 단, 최근 들어 합리의 원칙이 적용되는 사례도 발견된다.

220) 1927년 *Trenton Potteries 사건*(United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927)); *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

221) *United States v. Topco Association.*, 405 U.S. 596 (1972); *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967).

‘단축화된 합의 원칙’(quick look rule of reason; ‘일별합리의 원칙’이라고도 한다)에 따라 판단하는 사례가 늘어나고 있다.

2) 형사처벌의 비중이 높은 제재방식

독점금지법이 본질적으로 경제규범임에도 불구하고 노골적인 담합유형에 대해 아무런 경제분석과 당사자의 항변을 허용치 않은 채 형사처벌에 상당부분 의존하는 접근법을 채용한 것은 보기에 따라 매우 이례적인 접근방식을 취한 것으로 볼 수 있다. 특히 당연위법의 출현 및 도입배경에 그 사회공동체 특유의 인식과 시대적 배경이 반영되어 있음을 암시하는 것으로도 비쳐지는데, 그 점에서 이런 접근방식의 원칙을 오로지 독점금지법의 집행 기법과 법리의 틀 안에서만 조망해서는 그 의미와 기능상 외연을 포착해 내는데 한계가 있을 수 있음에 유의할 필요가 있다.

요컨대 이 원칙의 수립 배경에는 행위가 초래할 경제적 효과보다는 행위의 부당성 내지 행위자의 가벌성을 중시하는 사고가 자리 잡고 있는데, 행위자의 의도나 악의성이 명백한 행위는 곧 부당 내지 불합리한 것이라는 전제가 이로부터 도출된다고 할 수 있다. 이 같은 접근방식이 어떻게 가능한지에 대한 규명은 먼저 범형식에 대한 분석을 통해서 확인해 볼 수 있다.

앞서 살펴보았듯이 셔먼법(Sherman Act) 제1조는 주간(州間, inter-state) 혹은 외국과의 거래(trade) 또는 통상(commerce)을 제한하는 모든 계약(contract), 트러스트나 기타 형태에 의한 결합(combination) 또는 공모(conspiracy)를 위법으로 선언하는 한편, 위법으로 선언된 계약을 체결하거나 결합 또는 공모에 참가하는 모든 자를 중죄(felony)를 범한 것으로 간주하며, 유죄로 결정되면 법인이나 자연인에 대해 상당한 형량의 형벌²²²⁾에 처할 수 있도록 하고 있다.²²³⁾ 주목할 것은 동조가 ‘경쟁의 제한’이 아닌 restraint of trade, 즉 ‘거래의 제한’을 언급하고 있다는

222) 법인의 경우 1,000만불 이하의 벌금, 자연인의 경우 35만불 이하의 벌금 혹은 3년 이하의 징역에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 하고 있다.

223) 1987년 형사벌금개선법(The Criminal Fines Improvements Act of 1987), 18 U.S.C. §3571에 서는 법원이 개인 및 법인에 대한 범죄에 의해 야기된 이익이나 손실의 두 배에 해당하는 larger alternative fine을 부과할 수 있다고 규정하고 있다.

점인데, 그 결과 부당성만을 위법요건으로 포섭하는 것이 가능해지는 구조이다. 즉 보통법(common law)상 거래의 자유 보호측면에서 접근한 것으로 이해될 수 있으며, 우리 공정거래법상 공동행위의 금지 형식이 경쟁질서라는 시스템 보호를 염두에 두고 형성되어 있는 것과는 사뭇 대비되는 측면이 있다.²²⁴⁾ 의도의 악의성, 행위 자체의 부당성에 주안점을 두고 시장효과와 관계없이 행위자를 응징하는 것이 가능한데다, 경제사범 내지 경제관련 법령의 위반행위로서 보다 일반 형사사건으로 접근하는 경향이 강한 이유도 이와 무관치 않아 보인다.

물론 이 같은 경직적 법 적용이 가능한 이유를 조문의 구조나 기술방식에서만 찾을 수 있는 것은 아니다. 경제적 효과에 대한 분석 없이 위법성을 도출할 수 있는 외형적 구조를 가지고 있더라도 실제 운용에 있어서 해석을 통한 시장분석 기법의 도입은 얼마든지 실현할 수도 있기 때문이다. 이 점에서 당연위법 원칙 출현의 배경에는 입법형식 이외에 담합에 대한 사회구성원들의 인식이 더 많은 영향을 끼친 것으로 추측되는바, 이와 관련하여 담합에 대한 미국식의 접근방식을 법사회학적 측면에서 조망하는 한편 타 지역의 접근방식과의 차이점을 비교한 지적²²⁵⁾은 주목할 만한 점이 있다.

이에 따르면 유럽을 위시한 대륙법계 지역이 담합 등 기업의 범법행위에 대해 비교적 경제적 관점에서 접근하는 기초를 취해 온 것에 비하여, 미국은 단순히 담합의 경제적 효과 이외에 정치적 의도를 가지고 이를 제재하려는 시도를 법 집행 초기부터 견지해 왔었고, 그 결과 행위의 경제적 효과와 시장분석보다는 행위자의 내면적 악의에 대한 도덕적 비난을 중심으로 법적용의 기법을 발전시켜 왔다는 것이다. 당연위법의 법리 또한 이런 배경 속에서 이해되어야 한다는 주장이다.²²⁶⁾

한편 미국의 독점금지법(Sherman Act) 형성 당시 경제력의 집중현상에 대한 시민사회의 저항의식이 규범에 반영되어²²⁷⁾ 담합이나 독과점화와 같은 범법행위

224) 이에 관해서는 양명조, 경제법강의, 186면에서도 언급되어 있다.

225) Christopher Harding & Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe - A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford University Press, 2003, pp. 46-60.

226) *Id.* pp. 55.

227) 미국의 경쟁법을 일컫는 용어로서 Antitrust law 라는 표현 자체에 기업의 범법행위에 대한 극도의 거부감과 비난의식이 내재되어 있는 것으로서 형사처벌에 대한 사회적 공감대가 어느 나라 보

를 일종의 형사범죄(crime model)로 취급하는 한편, 그 행위의 처벌과정에서 어떠한 시장행태나, 경제적 정당화 요소에 대한 고려를 용납하지 않는 이른바 당연위법(per se) 법리가 도출되었다는 분석도 제시된다.²²⁸⁾ 그 결과 개별 행위가지는 경제적 효과 여하 보다는 행위 유형 자체가 위법성판단의 관건이 되어 버린 측면도 없지 않다.²²⁹⁾ 이상을 정리해 보자면 담합에 대한 독점금지법의 접근방식은 다음과 같이 유형화할 수 있다.

표 14 담합에 대한 규범적 접근방식의 유형

- A. 시장구조에 착안 → 결과에 대한 규제 → 경험적 분석기법 채용 → 행정적 통제방식 채용
 B. 행위자의 내면적 특성에 착안 → 행위 내지 행태에 대한 규제 → 도덕적 비난 → 법위반에 대한 사법적 통제방식 채용

출처: Christopher Harding & Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe – A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, 2003.²³⁰⁾

즉, 담합 규제 방식에 대한 법사회학적 분류는 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 그 중 하나가 형사벌의 일종인 공모(conspiracy)행위로서의 담합에 대한 행태중심(conduct-oriented)의 규제방식이며, 다른 하나가 피해유발 수단(instrument of damage)으로서의 담합 행위에 대한 결과중심(outcome-oriented)의 규제 방식이다.²³¹⁾ 미국 독점금지법은 이 가운데 전자를 취한 것으로서 미국 특유의 규범

다 강하게 형성되어 있다고 주장한다.

228) A. D. Neale, *The Antitrust Laws of the USA*(2nd. edn.), Cambridge University Press, (1970); Richard Hofstadter, *What Happened to the Antitrust Movement?*, in E. Thomas Sullivan(ed.), *The Political Economy of the Sherman Act*, Oxford University Press, (1991), pp. 26. 이런 기조는 초창기로부터 연방대법원에 의해 지지되었으며, 1970년대 이후 소위 시카고학파(chicago school)의 등장 이후에도 완전한 변화는 이루어지고 있지 않다고 지적한다.

229) 예컨대 1940년 Socony 사건 판결(United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940))에서 연방대법원은 가격구조에 영향을 주는 어떤 공동행위에 대해서도 당연위법 원칙을 관철시켜야 한다고 선언함으로써, 가격구조에 영향을 줄 수 있는 경쟁자간의 광고제한행위나, 공동구매, 공동판매 등에 대해서까지 당연위법 원칙의 적용범위가 확장되는 결과가 초래되기도 하였다.

230) 이는 위의 책 55면에서 제시한 표를 재구성 한 것이며, 이 문헌에서는 A가 유럽지역을 B가 미국(보다 정확히는 캐나다를 포함한 북미지역)을 대변한다고 주장한다.

231) Christopher Harding & Julian Joshua, *id.* pp. 57-59.

적, 역사적, 정치적 경험을 토대로 형성된 기업범죄의 형사적 대응기조의 연장선 상에서 이해될 수 있다. 이 점이 미국법의 내면에 태생적으로 자리 잡은 가장 큰 특징이라 할 수 있는데, 이를테면 담합은 강도나 절도와 같은 재산범죄이고, 경쟁법의 전제인 경쟁자간 무제한의 상호작용에 반하는 행위이므로 담합을 금지하는 것은 경쟁법의 임무에 비추어 당연한 것이라는 인식이다. 따라서 이를 저지하기 위해서는 참가한 회사에 대한 상당한 벌금부과와 함께 책임있는 임원에 대한 징역형이 필요하다는 것이 보편적 인식이라 하겠다.²³²⁾

다. 담합에 대한 형사처벌 현황

미국 연방 법무부(DOJ)의 통계에 따를 때 독점금지법 위반사건에 대한 형사처벌의 비중은 여전히 높은 것으로 분석된다. 비록 이 통계가 담합에만 국한된 것은 아니지만 형사처벌 사건의 대부분이 실질적으로 담합에 집중되어 있는 현실을 감안할 때, 아래의 분포는 담합에도 유사하게 나타날 것으로 추정된다.

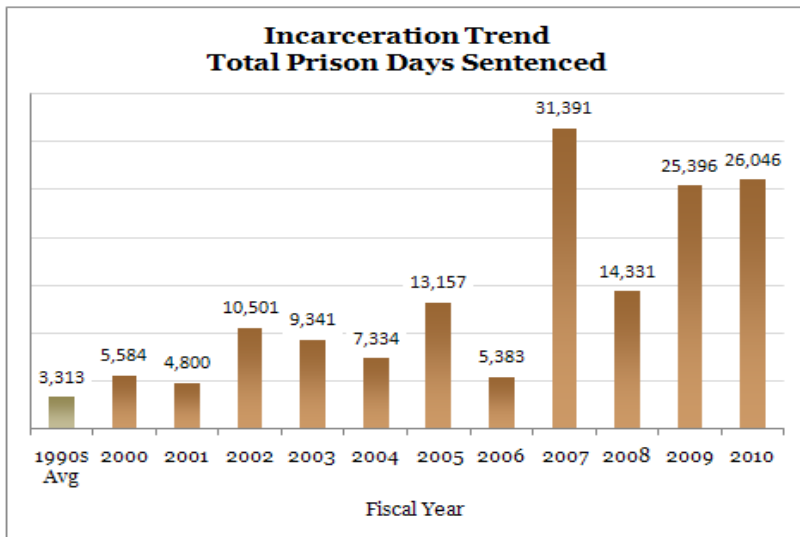


그림 2 미국의 독점금지법 위반사건에 대한 자유형 부과 추이

출처: 미국 연방법무부(DOJ) 홈페이지, 숫자: 징역 또는 금고일수.

232) Gregory J. Werden, *Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime*, *European Competition Journal*, 2009.4, pp. 23.

DOJ에 따르면 2010년의 경우 형사소추까지 이어진 사건의 수는 총 60건이었고, 이 중 형사소추에 연루된 개인의 수가 63명, 법인의 수가 21개이었다. 이 중 징역형의 선고비중 역시 지속적으로 증가하고 있는데, 일수를 기준으로 할 때 2010년의 경우 26,046일로서 DOJ 독점금지국 역사상 두 번째로 높은 수준으로 나타났다.

반면에 벌금형의 경우, 2003년 이후 지속적인 증가세를 보이다가 2010년 들어서는 다소 감소하는 양상이 나타나고 있어서 징역과 벌금의 균형은 유지되는 것으로 분석되고 있다.²³³⁾

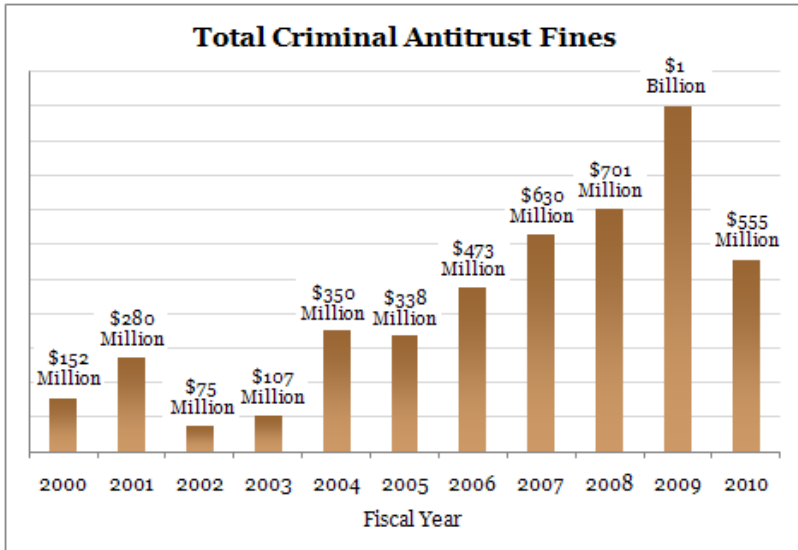
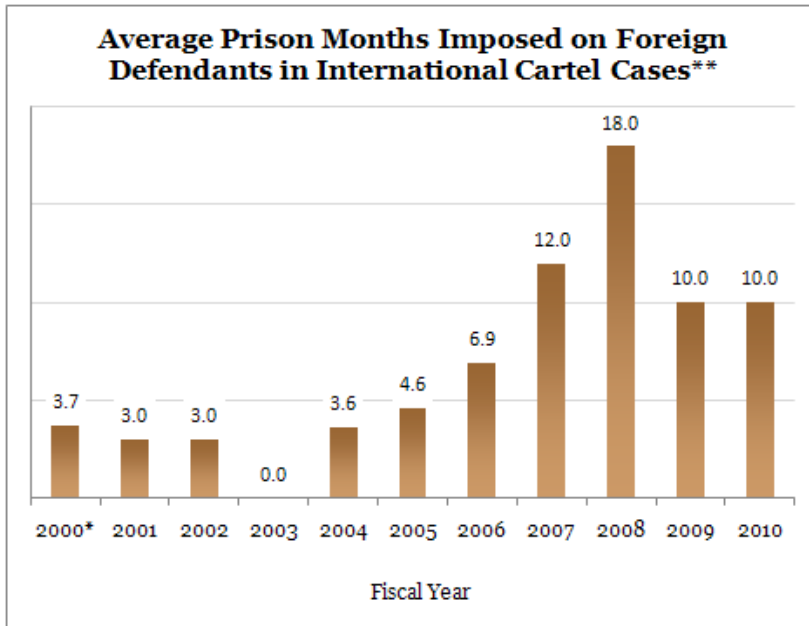


그림 3 미국의 독점금지법 위반사건에 대한 벌금 추과 추이

출처: 미국 연방법무부(DOJ) 홈페이지.

한편 담합의 발생건수에 비해 실제 형사처벌되는 경우는 미국에서도 그리 많지 않은 것은 아니며 국제카르텔 사건을 위시하여 가격담합이나 입찰담합 등 명백한 당연위법의 대상이 되는 행위에 집중되어 있는 것으로 알려진다.²³⁴⁾

233) 최승재, “형사벌에 의한 공정거래법 집행”, 2011 상반기 법경제분석그룹 연구보고서, 한국공정거래조정원 2011.7, 153면



*The first foreign national incarcerated for engaging in international cartel activity targeting U.S. consumers was sentenced in 1999.

**Includes defendants charged with 15 U.S.C. § 1 and/or obstruction offenses.

그림 4 국제카르텔 사건에서 외국인 피고인에 대한 평균 구금 월수

출처: 미국 연방법무부(DOJ) 홈페이지.

2. 서면법상 담합에 대한 형사제재의 실체와 절차

미국은 독점금지법을 집행하는 나라 가운데 형사적 집행의 비중이 가장 높은 나라로서, 소위 “당연위법(per se illegal)”이라고 하는 서면법의 중대한 위반행위, 즉 가격협정(price fixing)·입찰담합(bid rigging) 등의 담합사건에 대해서는, 형사절차에 의한 조사와 소제기가 활발히 이루어지고 있다. 특히 최근 들어서는 경쟁당국인 법무부가 경성 카르텔에 대한 형사적 집행 방침을 엄격히 견지하고 있고, 국제 가격고정 카르텔을 집중적으로 수사하여 다국적기업 피고인들에게 막대한 액수의 벌금형을 부과해 오고 있다.

234) 이호영, 독점규제법, 520면.

가. 담합에 대한 벌금형의 부과

1) 형사제재의 수단으로서 벌금의 산정

전술한 바와 같이 셔먼법 제1조(거래제한 행위)와 제2조(독점화 행위)를 위반한 행위는 연방 차원의 형사 범죄로 취급되고, 중죄(felony)로 분류되어 대배심(grand jury)을 거쳐 기소된다. 동법 위반행위를 행한 법인에 대한 셔먼법상 벌금형의 상한은 종전에는 1천만 달러였으나, 2004년의 법 개정으로 1억 달러로 인상되었다.²³⁵⁾

미국에서도 연방차원의 범죄에 대한 형사재판에 있어서의 구체적인 선고형의 결정, 즉 양형은 1987년까지는 우리나라에서와 마찬가지로 법관의 광범위한 재량 하에 있었던 것으로 알려진다.

하지만 「1984년 양형개혁법」(Sentencing Reform Act of 1984)의 제정으로 연방 법전 U.S.C. 제18장에 벌금 양형의 일반규정²³⁶⁾이 신설되면서 큰 변화가 이루어졌다. 동 규정에 따르면 중죄에 대하여 벌금형의 상한을 50만 달러와 법에 정해진 상한 중에 큰 금액으로 정하도록 되어 있었다. 한편 셔먼법 위반행위의 벌금형의 상한에는 영향이 없었으나, 1984년 제정된 「형사벌금집행법」(Criminal Fine Enforcement Act of 1984)에서는 위반자가 위반행위로 인하여 금전적 이익을 얻거나 다른 사람에게 금전적 피해를 입힌 경우에는 위반자에 대하여 법에 정해진 벌금 대신 이익의 2배 또는 피해의 2배 중 큰 금액을 상한으로 한 벌금을 부과할 수 있도록 하였다.²³⁷⁾ 동 조항은 금전적 이익이 수반된 범죄행위에 대하여

235) The Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004. 셔먼법상의 형사벌은 1890년 법 제정 이후 최근의 법 개정을 포함한 4번의 개정을 통하여 계속하여 인상되었다. 최근의 개정은 1990년 상한을 1천만 달러로 인상한 것이다. 셔먼법 위반행위에 대한 역제의 적정성 여부는 1974년 법 위반행위를 중죄로 한 단계 격상시키면서 논란이 되어 왔다. 셔먼법 위반행위에 대한 형사 벌금의 입법 역사에 관하여는 American Bar Association(ABA), “Response to the Request for Comments by the Advisory Group on Organizational Guidelines to the United States Sentencing Commission”, 2002. 6.

236) 18 U.S.C. §3571.

237) 원문은 다음과 같다. 18 U.S.C. §3571(d) “If any person derives pecuniary gain from the offense, or if the offense results in pecuniary loss to a person other than the defendant, the defendant may be fined not more than the great of twice the gross gain or twice the

모두 적용되는 것으로서 개별법에 대한 대체적인 형벌 조항으로 기능하게 되었다. 실무상으로도 이 조항은 서면법에 규정된 벌금 상한액을 초과하는 정도의 벌금을 부과할 수 있는 근거로 작용해 왔다.²³⁸⁾

또한 양형을 합리화하고 일관성을 유지하기 위하여 1987년에 소위 연방양형위원회(US Sentencing Commission)가 설치된 점도 주목할 만한 변화였다. 동 위원회에 의한 연방 양형기준표가 발표된 이후 2005년에 연방대법원의 *United States v. Booker* 판결²³⁹⁾이 나오기까지 법관의 양형재량은 연방 양형기준표(Federal Sentencing Guideline)에 의하여 산출된 범위 내로 축소되어 지속적인 것으로 인정되어 왔다.²⁴⁰⁾ 서면법 위반행위의 경우에도 양형기준표에 의하여 구체적인 형의 범위가 결정된다. 다만 실무상으로는 입찰담합, 가격고정이나 고객 또는 시장 분할 협정과 같이 ‘당연위법’의 원칙이 적용되는 경성 카르텔에 대하여만 형사제재가 가동되어 왔고, 양형기준표도 이러한 실무를 반영하여 그 적용범위를 정하고 있다. 즉, 종래의 실무는 서면법의 벌금상한액인 1억 달러의 범위 내에서 연방 양형기준표상의 벌금 산정방식에 따른 기계적인 양형의 결과 도출된 금액(15 U.S.C. §1, 18 U.S.C. §2) 또는 위반행위로 얻은 이익 또는 피해의 2배 중 큰 금액의 두 가지 산정 방식 중의 하나를 채택하여 벌금을 부과하여 왔다.²⁴¹⁾ 그러나 종래 후자의 조항에 근거하여 벌금을 부과하는 경우에도 실제적인 손해나 이익을 측정하여 이루어진 것이 아니라 양형기준표에 의한 산정을 기초로 하고 있다.

연방 양형기준표는 서면법 위반행위를 포함한 조직범죄에 대한 벌금형의 양형기준을 정하고 있다. 특히 연방 양형기준표 제2장 제R절에서 입찰담합, 가격고

gross loss, unless imposition of a fine under this subsection would unduly complicate or prolong the sentencing process.”

238) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, (2006. 8), 81-82면.

239) 543 U.S., 125 S. Ct. 738 (2005).

240) Hammond, Scott D., “Antitrust Sentencing In The Post-Booker Era: Risks Remain High for Non-Cooperating Defendants”, Department of Justice, 2005.3; 박홍우, “미국 연방양형기준제도의 실제 적용방법”, 외국의 양형제도 연구, 법원행정처, 2003, 97면 이하.

241) 18 U.S.C. §3571(d).

정 또는 시장분할 합의와 같은 경성 카르텔에 대하여 별도의 기본범죄등급과 특별범죄특성(Specific Offense Characteristics)에 따른 조정에 관하여 규정하고 있다. 이에 따르면 셔먼법 위반행위에 있어서 구체적인 벌금액의 산정은 기본벌금액(Base Fine)의 산정, 비난가능성, 비난가능성 점수에 기초한 징벌승수, 정해진 범위 내에서 최종 벌금액을 결정하는 순서로 진행된다. 셔먼법 위반행위의 기본범죄등급은 10등급이었으나, 2005. 11. 1.부터 시행된 개정 양형기준표에서는 12등급으로 상승되었다.²⁴²⁾

2) 양형기준

먼저 기본벌금액은 i) 위반행위의 특별한 특성에 의해 결정되는 범죄등급에 상응하는 액수로서 양형기준표상에서 정하는 기준, ii) 위반행위로 획득한 금전적 이익, iii) 위반행위에 의해 의도적으로, 인식한 상태에서 혹은 부주의하게 유발된 금전적 손해 중 가장 큰 금액으로 정해진다.²⁴³⁾

이상의 요소 가운데 i) 셔먼법 위반의 경우에는 양형기준표에 행위의 경제적 영향에 대한 대리변수(proxy)에 관한 특별한 규정이 존재하고,²⁴⁴⁾ 양형기준표상에서 정하는 금액의 절대금액 자체가 낮아서 사실상 셔먼법 위반행위에 대한 벌금액의 산정에 있어서는 거의 적용되지 않으며, 실질적으로는 ii) 또는 iii)의 기준이 중요하다.

iii)의 금전적 손해는 매출액을 기준(turnover-based method)으로 산정된다. 즉, “위반행위에 의하여 영향을 받은 상품 또는 용역에 있어서 위반자 또는 그의 본인에 의해 행해진 매출액의 규모로서 ‘영향을 받은 거래량’(volume of affected commerce)이 벌금 산정의 기초가 된다. 이는 주로 국내에서 발생한 매출총액을 의미하게 된다. 가격담합의 경우에 평균적인 부당이득은 판매 가격의 10%로 추정되고,²⁴⁵⁾ 가격담합으로 인한 피해는 높은 가격에 상품을 구매할 수 없거나 다

242) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 83면

243) USSG §8C2.4(a).

244) USSG §2R1.1.

245) Werden, G.J. & Simon, M.J., “Why Price Fixers should go to Prison?”, Antitrust Bulletin

른 이유로 구매하지 않는 소비자가 입는 피해 때문에 부당이득을 초과하게 된다. 즉, 법원이 실제적인 이득 또는 손실을 결정하는 데 필요한 시간과 비용을 피하기 위하여 관련 매출액의 일정 비율, 즉 20%를 금전적 피해의 대리변수(proxy)로 사용하는 것인데, 이는 결국 가격담합에 따르는 부당이득을 10%로, 사중손실을 10%로 추정하는 것으로 볼 수 있다. 가격담합에 있어서는 사중손실의 존재로 인하여 금전적 손해(pecuniary loss)가 금전적 이익(pecuniary gain)보다 클 수밖에 없게 되므로, 기본벌금액 산정의 세 가지 기준 중 가장 큰 금액인 iii)에 의하게 되는 것이다.

한편 입찰담합의 경우에는 1) 위반행위에 의하여 영향을 받은 상품이나 용역에 대한 사업자의 관련 매출액, 또는 2) 입찰담합과 관련하여 보완적으로 응찰한(complimentary bid) 사업자가 체결한 가장 큰 규모의 계약 중 금액이 큰 것을 관련 매출액의 기준으로 삼고 있다.²⁴⁶⁾

나. 담합사건에 대한 형사처벌 절차

1) 기소절차

담합행위가 발생할 경우 법무부 독점금지국(Antitrust Division)에 의한 조사가 진행된다. 형사절차를 밟는 경우에는 통상적으로 사업자에게 반경쟁적인 효과에 대한 “의도(intent)”가 있었음을 입증할 것을 법무부에게 요구하므로, 법무부의 조사는 서면법 위반에 대한 중대한 범죄행위로서 담합행위가 존재하는지를 규명하고, 일정한 장소에 범죄행위를 입증하는 합리적 증거(reasonable cause)를 발견하는데 집중된다. 이를 위하여 필요시에는 독점금지국이 조사대상이 위치한 법정구역을 관할하는 법원의 영장전담판사로부터 수색영장을 발부받아 강제수사를 수행할 수 있다.

조사 결과 행위의 위법성이 확인되면, 법무부는 서면법 제4조에 의한 재판 관할에 따라 해당 연방지방법원에 소송을 제기하게 된다. 그 결과 당해 연방지방

917, 1987, pp. 925.

246) USSG §2R1.1.(d)(3).

법원에는 기소배심인 대배심(grand jury)이 설치되고, 여기서 일차적으로 기소·불기소가 결정된다. 구체적으로는, 예비조사(preliminary inquiry)의 결과 입건조사를 하게 되면, 벌칙부의 조사영장인 서피나(subpoenas)에 의해, 증거문서의 제출명령·증인으로서의 출두 환문명령이 발생되어 조사가 실시되고, 조사완료 후에 전술한 대배심이 설치되어 기소할 것인지 여부를 결정한다. 이에 대해서는 소추기한이 존재하는데, 소추원인이 발생한 시점에서 5년 이내의 소를 제기하여야 한다.²⁴⁷⁾

한편, 대배심 심리 절차는 법무부의 검사가 대배심을 구성할 수 있는 관할 연방법원에 대배심 심리를 요청함으로써 개시되는데, 심리가 개시되면 법무부는 대배심으로부터 서류 제출을 명하는 강제서류요청서와 구두 진술을 명하는 강제 구두진술요청서 또는 수색영장을 발부받아 강제수사를 실시한다. 법무부의 검사가 대배심 절차를 통하여 입수한 정보를 토대로 기소를 하기로 결정한 경우 대배심에 정식 기소장(indictment) 또는 약식 기소장(information)을 제출함으로써 기소를 권고한다. 현실적으로 대배심은 검사가 기소를 권고하면 특별한 흠이 없는 한 그에 따라 기소 결정을 하는 것이 보통이다.

중죄 기소가 있는 경우 『연방형사절차법』(Federal Rules of Criminal Procedure) 제4조에 의해 피고인에게 구속영장을 발부하거나 소환장을 발부할 수 있다. 연방형사절차법 제10조와 제43조는 ‘혐의사실 인부절차’에 관하여 규정한다. 이후의 절차는 재판전 요청, 증거수집, 재판의 순서로 진행되며, 민사소송 절차와 유사하나 형사재판의 특성상 헌법이 보장하는 증인의 묵비권, 면책특권 등 절차적 보장이 더 엄격하게 요구된다.²⁴⁸⁾

한편, 연방 법무부와 담합협의를 받는 피조사인은 소위 Plea Bargaining이라 일컬어지는 사전교섭의 협상을 진행할 수 있다.²⁴⁹⁾ 사전교섭은 민사상의 화해 절차와 비슷하나 피조사인이 자신의 범죄를 인정하는 유죄의 답변(plea of

247) 18 U.S.C. §3282.

248) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 90-91면

249) Plea Bargaining은 피고인이 유죄의 답변을 한 경우에는 책임을 인정한 것이 되어 양형기준표상의 감경요소가 되는데다 조사나 기소절차에의 협력이 있었을 경우에는 감경이탈의 대상이 되기 때문에 미국 내에서는 피고인의 협조를 이끌어 내는데 효과적인 수단으로 알려져 왔다.

guilty)을 하는 점에 차이가 있다. 형사사건 사전교섭 절차는 연방형사절차법 제 11조와 제43(a)조에서 규정한다.

사전교섭의 협상 결과 피조사인이 일정한 범위반 혐의를 시인하고 일정 금액의 벌금을 지급하기로 합의하는 경우, 법무부는 이러한 사전교섭 결과를 법원에 제출하여 승인을 요청한다. 법원은 사전교섭 협상에 참여할 수 없으며, 단지 합의 내용을 승인하거나 기각할 수 있다. 비록 사전교섭 협상에 참여할 수는 없지만 법원은 사전교섭에 사용된 절차와 합의 내용을 세심하게 검토한 후 판결을 선고한다.²⁵⁰⁾

2) 판결의 선고 및 형 집행 절차

유죄판결을 받은 사업자 법인은 벌금형을 선고받게 되며, 자연인인 피고인은 금고형과 함께 벌금형의 병과를 선고받게 된다. 다만 당국에의 협력행위가 이루어질 때에는, 법인·개인에의 소추 면제, 형의 면제를 실시하는 감면정책(leniency policy)도 채용되어 있다. 특히 담합사실을 신고하거나 조사에 협조한 자에 대해 형사소추를 면제토록 한 점이 주목된다.

한편 심리가 계속되어 결과적으로 유죄가 되거나 또는 부쟁의 신청에 따라 유죄가 되면 벌금형이나 금고형이 부과된다.²⁵¹⁾ 벌금에 관해서는 1994년의 포괄형벌조정법(Comprehensive Crime Control Act)에 따라, 위반행위자의 이익 혹은 피해자 피해의 2배의 금액 또는 독점금지법 조항에 의한 금액 중 하나의 큰 금액 이하라는 대체(代替)적인 금액이 정해져 있다.

양형기준표 §8C3.2.에 의하면, 피고인이 주로 범죄 목적(criminal purpose)을 위하여 활동하는 법인인 경우에는 선고 즉시 벌금을 납부하여야 하나, 그렇지 않은 경우에는 법원의 재량에 의하여 납부기간을 지정할 수 있으며, 금액이 큰 경우에는 분납도 허용된다. 단, 벌금 납부의 기한연장은 5년 이내로 제한된다.²⁵²⁾

250) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 91면

251) 양형에 관해서는, 1987년의 양형 가이드라인(Federal Sentencing Guidelines)이 마련되어 있다.

252) §8C3.2. 적용해설 및 18 U.S.C. §3572(d) 참조

벌금 납부의 실효성 확보를 위하여 법원은 피고인으로 하여금 일정한 기간 동안 어떠한 주, 연방 또는 지방 차원의 범죄를 저지르지 못하게 하는 보호관찰(probation)을 부과할 수 있다. 중죄에 따르는 보호관찰에 대하여는 i) 피해자에 대한 배상명령 restitution)의 부과, ii) 피해자에 대한 범위반 사실의 고지, iii) 법인 소재지의 제한 중 한 가지의 조건을 부과하여야 한다. 또한 법원은 위반행위의 성질과 특별한 상황에서 합리적인 관련이 있거나 법인의 특징과 관련된 조건을 부과할 수 있고 선고의 목적을 달성하기 위한 범위 내에도 자유나 재산의 박탈과 같은 조건을 부과할 수 있다. 이외에도 법원이 부과할 수 있는 보호관찰의 조건으로는 범위반 사실의 언론매체를 통한 공표, 주기적인 재정현황 및 법 준수 상황의 보고와 같은 것들이 있는데, 양형기준표는 우리 법상의 시정명령과 유사한 형태의 다양한 조건들을 보호관찰의 조건으로 부과할 수 있도록 권고하고 있다.²⁵³⁾

법인이 보호관찰 조건을 위반한 경우에는 법원은 보호관찰 기간을 연장하거나 보다 더 제한적인 조건을 부가할 수 있으며, 심한 경우에는 기존의 보호관찰을 파기하고 새로운 양형절차를 개시할 수도 있다.²⁵⁴⁾ 그 밖에 피고인인 법인은 범죄 피해자에 대한 보상금에 충당하기 위하여 일정액(중죄의 경우에는 400달러)의 특별부가금(Special assessment)을 납부²⁵⁵⁾하여야 한다.²⁵⁶⁾

3. 담합에 대한 형사처벌 사례 검토

양형에 관한 구체적인 사례로서 Mitsbishi의 흑연전극봉 카르텔 사건에서의 Mitsbishi의 양형 사례와 DRAM 반도체 가격담합 사건에서의 삼성전자의 양형 사례를 예로 들 수 있다.²⁵⁷⁾ 먼저 U. S. v. Mitsbishi Corporation 사건은 흑연전극봉 카르텔 참가 사업자 중 하나였던 Mitsbishi사가 미국 DOJ와의 양형 합의

253) USSG §8D.1.3.

254) USSG §8F.1.1.

255) USSG §8E.1.1.

256) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 92면.

257) 이하의 사례는, 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 92-94면의 내용을 요약 정리한 것이다.

(Sentence Agreement) 절차를 통하여 양형에 합의하였던 사안인데, 구체적인 선고형의 결정 과정을 살펴보면 다음과 같다. 당초 이 사건에 대해 양형기준표에 의하여 도출된 기본벌금액은 35,090,000달러이었다. 이 금액은 Mitsubishi사가 공모 기간 동안 미국시장에서 판매한 흑연전극봉 관련 매출액(7,300,000달러)과 Mitsubishi사가 주식의 50%를 소유하고 있었던 UCAR사가 공모 기간 동안 미국시장에서 판매한 흑연전극봉 관련 매출액의 50%인 168,150,000달러를 합산한 금액인 175,450,000달러에 20%를 곱하여 산출되었다. 양형기준표 §C.2.5.와 §C.2.6.에 따른 가중 요소로는 200명 이상의 종업원이 있고, 고위직 인사가 관여한 점(3점)과 과거 위반 전력(2점)이 인정되었고, 기본 비난가능성 점수 5점을 합산한 비난가능성 점수의 합계는 10점이다. 이에 대응되는 징벌승수는 최소 2.0에서 최대 4.0이었다. 따라서 Mitsubishi사는 기본벌금액에 징벌승수를 곱한 최소 70,180,000달러에서 최대 140,360,000달러 사이의 벌금형을 선고받을 수 있게 되었다.²⁵⁸⁾

한편, 2005년에 이루어진 삼성전자의 DRAM 반도체 가격담합에 대한 양형에서는 먼저 관련 매출액으로서 DRAM 반도체의 매출액만이 포함되었다. 1991년 4월 1일부터 2002년 6월 15일까지 삼성전자가 미국 내의 OEM 사업자들에 대하여 판매한 DRAM 반도체 판매액의 합계는 12억 달러였으며, 양형기준표 §R.1.1.과 §C2.4에 의하여 도출된 기본벌금액은 관련 매출액 12억 달러의 20%인 2억 4,000만 달러이었다. 비난가능성 점수의 합계는 기본 비난가능성 점수(5점)에 형사범죄에 개입 또는 용인한 점에 의한 가중 점수 5점을 가산하고, 자진 신고, 협조, 책임 인정에 따른 감경 점수 2점을 감액하여 8점이 되고, 이에 대응한 징벌승수는 최소 1.6부터 최대 3.2이다. 따라서 벌금형의 범위는 384백만 달러에서 768백만 달러 사이로 산정되었다. 하지만 조사과정에서 삼성전자가 실질적 협조를 하였다는 점을 감안하여 양형기준표 §C.4.1.에 의거하여 양형기준표 이하의 벌금형 선고가 가능하도록 한 양형이탈(departure) 규정을 적용하여 양형기준표의 하한보다 낮은 금액의 벌금형이 선고되었다.²⁵⁹⁾

258) 위 벌금액은 서면법상의 벌금액 상한을 상회하므로 위와 같은 벌금 부과는 18 U.S.C. §3571(d)를 근거로 하여 이루어졌다.

제3절 독일 경쟁법상 담합에 대한 형사적 제재

1. 독일법상 담합규제의 실체법적 근거

가. 관련 규정의 개관

독일의 담합 규제는 미국의 서먼법 제1조나 후술하는 EU경쟁법 TFEU 제101조와 같은 형식으로 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 이하 “GWB”) 제1조에서 규율되고 있다. 경쟁제한금지법 제1조의 내용은 ‘경쟁의 방지, 제한 또는 왜곡을 목적으로 하거나 그러한 효과를 낳는 사업자간의 협약, 사업자단체의 결정 및 공조적 행위’를 금지한다는 것으로서, 동조에 따라 경쟁사업자간 가격협정, 출량조절, 공급처 및 고객, 시장의 분할행위, 입찰담합, 집단보이코트 또는 민감한 시장정보의 교류 등 행위가 담합의 유형으로 포섭된다.

독일 경쟁제한금지법상 담합 규제의 인적 적용대상은 사업자(undertakings)이며, 이때의 사업자는 법인은 물론 자연인까지 확장된다. 그 결과 경제적 상업적 활동(영리성, 비영리성을 불문)에 참여하는 회사, 조합, 사업자단체, 자영업 상인, 국영기업, 비영리단체 등도 담합 규제를 받을 수 있다. 담합 규제 뿐 아니라 경쟁제한금지법 전체의 수범자 역시 사업자이다. 다만 개인(임직원)이 사업자를 대표하여 행동하는 경우에는 개인도 과징금 등 제재 대상이 된다.

독일 경쟁제한금지법상의 담합 규정들은 2005년 제7차 개정을 통해 당시 EC 조약 제81조(현재는 TFEU 제101조)와의 조화 및 통일성을 한층 제고시킨 것으로 평가받고 있다. 현행 법 제1조는 EC 조약을 반영한 법률용어를 선택하는 한편, 제1조의 해석과 적용에 있어서도 EC조약에 따라 형성된 유럽법원의 판결과 EU 집행위원회(EU Commission)의 결정과 밀접한 관련을 가지게 되었다. 사업자 및 사업자단체의 개념, 구성요건, 경쟁방해, 제한 왜곡의 개념표지에 대해서 뿐만 아니라 경쟁제한의 지각가능성과 같은 명문화되지 않은 구성요건 표지에 대해서도 EU 경쟁법상의 법원칙이 적용되고 있다.

259) U.S. v Samsung Electronics Company, LTD. and Samsung Semiconductor, INC. U.S District Court Northern District of California San Francisco Division Case No. CR05-0643 PJH.

나. 독일 경쟁법상 담합규제의 특징

1) 수직적 담합규제

현행 독일의 경쟁제한금지법은 구법 제1조의 ‘상호 경쟁관계에 있는(miteinander im Wettbewerb stehenden)’이라는 문언을 삭제함으로써 담합 참가기업들이 상호 경쟁관계에 있을 것을 요건으로 하지 않게 되었다. 이에 따라 EU 경쟁법과 같이 수평적 담합뿐만 아니라 수직적 담합의 경우에도 법 제1조를 적용할 수 있게 되었다. 아울러 가격, 거래조건에 관한 합의 금지와 배타적 구속에 관한 남용행위 감독 규정은 법 개정 때 모두 삭제되었다.

2) 적용제의 카르텔의 인정

한편 경쟁제한금지법은 EC조약 제101조 제3항²⁶⁰⁾을 답습하여 동법 제2조에서 일반적 적용면제 조항을 도입하였다. 아울러 특별한 적용제의 사유로는 법 제3조에서 중소기업간의 카르텔의 경우를 규정하고 있다. 중소기업카르텔(Mittelstandskartelle)에 관한 법 제3조 제1항은 ‘시장에서의 경쟁에 중요한 침해를 가져오지 않고 합의 또는 결의가 중소기업의 경쟁력을 향상시키는데 기여하는 경우에는 기업간 협력을 통한 경제활동의 합리화를 대상으로 하는 상호경쟁관계에 있는 기업의 합의 그리고 사업자단체의 결의는 제2조 제1항의 요건에 해당한다’고 규정하고 있다. 동 규정은 중소기업의 경쟁력을 제고하고 중소기업에게 법적 안정성과 대기업과의 관계에서 경쟁상 이익을 가지고 오는 협동의 유인을 보장하기 위한 목

260) EC조약 제101조 제3항은 다음과 같이 규정하고 있다.

3. 다만, 제1항의 규정은 다음의 경우에 적용하지 아니한다.

- 사업자간의 합의 또는 합의와 유사한 행태
- 사업자 단체에 의한 결정 또는 결정과 유사한 행태
- 공동행위 또는 공동행위와 유사한 행태로서

상품의 생산 또는 유통을 향상시키거나 기술 또는 경제적 진보를 촉진하는데 기여하면서, 소비자에게 그 결과적 이익의 공평한 몫을 부여하되,

(a) 관련 사업자에게 이들 목적의 달성에 필수불가결하지 않은 제한을 부과하지 않고;

(b) 이러한 사업자에게 당해 상품의 상당 부분에 관하여 경쟁을 제한할 가능성을 유발하지 아니하는 경우

적을 가지고 있다. 동조는 국내거래와 관련된 중소기업의 협동행위와 국제적 거래에 관한 중소기업의 협동행위에 모두 적용된다. 국제적 파급효과를 가지는 담합의 경우에는 EU 경쟁법의 우위가 인정되고, 중소기업담합이 국제거래와 관련성이 없는 한 EU 경쟁법의 우위가 적용되지 않게 된다.

법 제3조 제2항에 따라 중소기업이나 사업자단체는 카르텔청의 결정에 중대한 법적 또는 경제적 이해관계가 있음을 소명하면 관할 카르텔청에게 제32조c에 근거한 결정을 신청할 수 있다. 이 규정은 법적 안정성 보장에 따른 중소기업의 이익을 고려한 것이다. 제32조c에 근거한 결정은 카르텔청의 제3조 제1항의 적용제외요건 심사를 사전요건으로 하고, EC조약 제101조 제1항의 요건에 해당하지 않을 때에만 신청권이 인정된다. 제3조 제2항은 2009년 6월 30일에 효력을 상실하였다.

3) 행정제재 중심의 집행체계

독일 경쟁제한금지법은 우리나라나 앞서 살펴 본 미국, 일본과는 달리 담합에 대한 형사처벌 규정을 두고 있지 않다. 독일 경쟁제한방지법이 제정되었던 1957년 당시에는 일반 국민이나 산업계에서 경쟁을 제한하는 계약과 사업관행이 부당하거나 도덕적으로 잘못된 것이라는 사회적 공감대 형성이 충분히 이루어지지 못했던 데다 다분히 경제사범으로서의 성격을 지닌 담합가담자에 대해 법관이 선불리 형벌을 부과하는 것이 적절한지에 대한 의문이 있었던 것으로 알려지는데 그 결과 경쟁제한금지법안(Jonsten drats)에 형벌조항을 입법화하는 시도가 행해지지 못하였다.

2. 독일법상 담합에 대한 제재

가. 경쟁제한금지법상 금전적 제재

1) 형벌을 대신한 제재금 부과 배경

독일의 헌법재판소는 특정 법 영역에 위법행위에 대한 제재수단으로서 형벌을 도입할 것인지를 세 가지 경우로 나누어 판시한 바가 있다. 이에 따르면 i) 살

인처럼 순수하게 도덕적 기준을 위반한 행위에 대해서는 형벌을 부과하는 것이 타당한 반면, ii) 단순히 기술적 기준을 위반한 행위는 행정청에 의한 제재중심으로 제재가 이루어져야 한다고 보았고, iii) 도덕과 기술의 중간 영역에 해당하는 경우에는 입법자가 재량에 따라 형벌을 도입할 것인지를 판단할 수 있다는 것이 그것이다.²⁶¹⁾ 담합 등 경쟁제한금지법 위반행위는 적어도 첫 번째의 유형에는 해당하지 않는다는 것이 당시 독일의 입법자들이 가졌던 판단이라 할 수 있다. 단, 현 시점에서도 경쟁제한금지법에 형벌을 배제시키는 것이 타당한지에 대해서는 독일 내에서도 적지 않은 논란이 제기되고 있다.²⁶²⁾ 한편, 경쟁제한금지법상에 형벌규정이 존재하지 않기 때문에 전속고발권 역시 독일에서는 전혀 인정되지 않고 있다. 전속고발권은 형사처벌을 위한 공소제기의 요건으로서 고발권을 특정기관에 인정할 것인지의 문제이기 때문이다.

요컨대, 독일 경쟁제한금지법은 형벌을 대신하여 담합행위 등에 대해서는 제81조 제2항 제1호에 따라 질서위반법(das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 이하 “OWiG”)에서 정한 절차에 의해 금전적 제재금을 부과토록 하고 있다. 법원이 아닌 행정관청으로서 연방카르텔청(Bundeskartellamt)이 부과 주체가 된다는 점에서 벌금과 다른 행정적 제재금, 혹은 일종의 과징금 내지 과태료와 유사한 성격으로 볼 수 있겠다. 단, 실체법 위반적 성격과 질서벌 성격이 혼재되어 있다는 점에서 이를 과징금이나 과태료로 일원화하기는 어려우므로 일응 제재금이란 용어를 사용키로 한다.

2) 제재금의 부과기준

독일 연방카르텔청에 의한 금전제재에 대해 상세히 살펴보면 경쟁제한금지법 제81조 제4항은 담합행위에 대해 개인의 경우는 100만 유로 이하,²⁶³⁾ 기업의 경우는 영업이익의 10% 이하의 제재금을 부과할 수 있도록 하고 있다.²⁶⁴⁾ 2005년

261) Bundesverfassungsgericht-BVerfGE 22, 49 (78ff); E 27, 18 (28 ff.).

262) Katalin J. Cseres etc., *Criminalization of Competition Law Enforcement-Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Edward Elgar, 2006, pp. 262.

263) GWB 제81조(4)(1), OWiG 제9조.

7월의 제7차 법 개정 전에는 위반행위를 계속하여 초과이익이 발생한 경우 그 3배까지 과태료를 부과할 수 있도록 하는 규정이 있었으나, 법 개정으로 EU 조약과 같은 총매출액의 10% 상한 기준으로 변경되었다. 개정 전 상한 규정에 의하면 위반사업자가 위반행위로 인하여 초과이익이 발생하였다고 볼 수 있을 경우에만 정액 상한을 초과하는 과태료를 부과할 수 있었으나, 총매출액의 10% 상한 기준이 도입됨으로써 연방카르텔청의 재량 범위가 확대되었다. 그 밖의 다른 규정 위반의 경우에는 과태료의 한도가 10만 유로이다(제81조 제4항 제3문). 제재금 부과에 관하여는 연방카르텔청에 폭넓은 재량이 인정되어 있기 때문에 그 범위 내에서 연방카르텔청은 질서위반법(OWiG) 제17조 제2항, 제3항에 따라 결정을 내려야 한다.

경쟁제한금지법상 금전제재의 목적은 담합 가담사업자를 제재하고 부당한 경제적 이익을 환수하기 위한 것이라 할 수 있다. EU 경쟁법(TFEU)의 태도와는 대조적으로 과징금에 대한 제재별적 성격과 부당이득의 환수간의 구분이 명확히 이루어지고 있다. 즉 경쟁제한금지법 제34조에 부당이득 환수 규정에 따라 카르텔청은 부과되는 제재금의 산정에 있어서, 부당이득을 전혀 환수하지 않을 선택권을 가지고 있고, 그 일부로서 부당이득을 환수할 수도 있으며, 별도의 절차를 통해 부당이득을 환수할 수도 있다.

한편 연방카르텔청은 경쟁제한금지법(GWB) 제81조(4)(2)에 따라 사업자나 사업자에 대하여 부과할 수 있는 과징금에 관한 지침을 2006년 9월 15일에 제정하여 운영해 오고 있다.²⁶⁵⁾ 동 지침은 제재금의 성격 가운데 행정제재별적 요소에 대해서만 규정을 하고 있다. 제재적인 요소만을 규정하고 있으므로 환수되어야 할 경제적 이익이 존재한다면 고시에 근거하여 산정된 제재금에 그러한 경제적 이익을 합산하여 부과하는 것이 가능하다.

동 지침에 의한 과징금의 산정은 다음의 두 단계로 이루어진다. 첫 번째 단계로서 먼저 기본액(basic amount)을 책정하게 되는데, 이 금액은 행위의 중대성

264) GWB 제81조(4)(2), OWiG 제30조

265) Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach §81 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (Bußgeldleitlinien), Bundesanzeiger nr. 182/2006, 6499ff.

(즉 범위반행위의 성질, 시장에 미치는 효과, 참가기업의 시장지위, 당해 시장의 규모와 중요성) 및 범위반의 기간을 토대로 산정된다. 아울러 기업집단 전체의 총매출액을 고려하게 되며(GWB 제38조(1)), 신용회사나 보험회사의 매출액산정은 별도의 규정이 적용되고(GWB 제38조(4)), 범 위반이 단순한 부주의로 발생한 것일 경우에는 기본금액이 일반적인 경우의 절반까지로 하향된다.

우선 제재금의 부과를 결정함에 있어서는 위반행위의 중대성과 기간을 고려하여야 한다.²⁶⁶⁾ 만일 카르텔 관청이 경쟁제한방지법 위반행위에 대하여 제재금 부과결정을 내릴 경우 질서위반법 제47조에 따른 의무합치적 재량을 가진다.²⁶⁷⁾ 또한 경제적 이득이 제재금으로서 환수될 수도 있는데(제81조 제5항), 경제적 이득 환수는 뒤에서 보듯이 부당이득 환수절차에 의하여 이루어질 수도 있으므로 제재금 부과절차에 의할 것인지 여부는 연방카르텔청의 재량에 속한다.²⁶⁸⁾ 최근 연방카르텔청은 일반적으로 사업자에게 부과되는 제재금 금액의 수준을 상당한 수준으로 인상해 왔다.

한편, 다음으로 카르텔청은 일차로 기본금액으로 산정된 제재금을 조정하는 단계를 거치는데 조정요소(adjustment factors)를 고려할 경우 기본금액의 산정시에 고려되었던 요소들은 이 과정에서 배제된다. i) 억제: 억제의 목적에서 기본금액은 100%까지 인상될 수 있으며, 구체적으로 얼마까지 조정할 것인지는 당해 사업자의 규모 등을 감안하여 카르텔청이 재량에 따라 결정하게 된다. ii) 증액: 범위반이 계획적으로 이루어졌거나 부주의의 정도가 심하거나, 범위반이 반복되었거나, 당해 담합에 있어서 특별히 적극적인 역할을 했거나, 특별히 잘 조직된 담합이고 보복의 위협이나 기만적 수법들이 동원된 경우 등을 총체적으로 감안하여 조정을 하게 된다. iii) 감액: 담합 참여 사업자가 제3자(피해자)에 대하여 보상을 한 경우, 강압에 의해 담합에 참여했거나 소극적 역할만 수행한 경우, 국내 혹은 국제기관들에 의해 범위반이 승인되었거나 독려된 경우에는 제재수위가 감액조정 된다.

266) 동법 제81조 제4항 4문.

267) Emmerich, V., Kartellrecht(9. Aufl.), München: C. H. Beck, 2002, 360-361ff.

268) Langen & Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1 Deutsches Kartellrecht (10. Aufl.), München: Lucherhand, 2006, 1227ff.

이 점에서는 후술하는 EU의 기준과 다르지 않다. 다만 독일 고시에서는 기본액 산정에서 이미 참작되었던 요소는 조정 요소로서 다시 고려되지 않는다는 점을 명시하고 있다. 또한 관련 매출액을 위반행위기간 전체에 상응하여 산정하는 점, 진입비용을 규정하지 않는 대신 기본액의 최소한을 규정하고 있는 점, 과실의 경우에 기본액을 절반으로 규정한 점, 억제 요소에 의한 제재금 증가의 한도를 100%로 규정하고 있는 점 등이 EU 고시와 차이가 있는 부분이다.²⁶⁹⁾

3) 제재금 부과 절차

독일에서 담합에 대한 제재금의 부과절차는 1975년에 제정된 질서위반법(OWiG)에 따른다. 이에 대해 경쟁제한방지법(GWB)은 제81조 내지 제85조에서 몇몇 보충적인 규정을 두는데 그치고 있다. 행위자로서는 형법이나 질서위반법과 마찬가지로 원칙적으로 자연인만 문제되는데, 사업자에 대한 금지나 명령을 포함하는 요건에서 일차적으로 기업의 소유주와 인적회사의 대표사원, 그리고 법인의 임원 또는 이사가 행위자가 된다.²⁷⁰⁾ 1986년 이후로는 사업자(정확히 법인이나 인적단체)에 대해서도 제재금이 부과될 수 있도록 규정되었다.

제재금 결정에 대한 불복의 소는 해당 카르텔 관청을 관할하는 고등법원(Oberlandesgericht, OLG)에 제기할 수 있다.²⁷¹⁾ 고등법원의 판결에 대한 상고심은 연방법원(Bundesgerichtshof)에서 관할한다.²⁷²⁾ 이미 제재금 부과 결정이 내려진 경우에는 동일 사안에 대해서는 또 다시 제재금이 부과되지 않고, 또한 이전의 결정례를 고려하여 제재금 결정을 면제할 수 있다.²⁷³⁾ 그 밖에 법률의 변화로 더 이상 위반행위가 되지 않을 때, 혹은 시효가 지났을 때 제재금은 면제된다.

269) Vollmer, Christof, "German Guidelines on the setting of fines", *EU Cartel Law Enforcement: Practice and Policy*, Brussels, 2006. 10.

270) OWiG 제30조.

271) GWB 제83조 제1항.

272) GWB 제84조.

273) Göhler, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (11. Aufl.), München: C. H. Beck, 1995, 618ff.

제재금의 시효와 관련하여 경쟁제한방지법 제81조 제3항 제2문은 제1항의 위반 행위에 대하여 5년간의 시효를 규정하고 있다.²⁷⁴⁾

4) 부당이득 환수 제도

개정 전 경쟁제한방지법 제81조 제2항에서는, 위반행위를 계속하여 초과이득이 발생한 경우 그 3배까지 제재금을 부과할 수 있도록 하는 규정을 두고 있었으나, 앞서 본 바와 같이 제7차 법 개정으로 종전의 제81조 제2항에 의해 제재금을 초과이득의 3배까지 부과할 수 있도록 하는 근거 규정은 삭제되었다.

한편, 종전의 경쟁제한방지법은 제34조에서 제재금 제도와는 별도로 초과이득 환수(Mehrerlösabschöpfung) 제도를 두고 있었다. 이는 경쟁제한방지법 제32조에 따라 위반행위의 중지명령을 받은 사업자가 그 행위를 계속하여 초과이득을 취득하고 그 시정명령이 확정되었을 때 그 사업자에게 적용된다.²⁷⁵⁾ 초과이득은 위반행위로 획득한 실제적인 수입과 위반행위가 없었을 경우 같은 기간에 획득하였을 수입과의 차액을 의미하고, 이때의 수입은 영업비용이나 세금을 공제하지 않는 총수입이다. 그러나 이 규정은 경쟁제한방지법 규정의 위반을 충족시키는 경우가 매우 드물었기 때문에 실제로 거의 활용되지 못했다.

현행법은 초과이득 환수 제도 대신에 부당이득 환수(Vorteilsabschöpfung) 제도를 규정하고 실제로 어느 정도 의미가 있는 적용범위를 부여하였다.²⁷⁶⁾ 제7차 법 개정으로 제34조가 개정됨에 따라 연방카르텔청이 부당이득을 환수할 수 있도록 하는 규정의 적용범위는 확대되었다. 이에 따라 종전에 연방카르텔청은 시정명령에 위반하는 행위가 있는 경우에만 그 행위를 계속함으로 인한 초과이득의 환수명령을 할 수 있었으나, 법 개정으로 EU 조약 제81조와 제82조 및 경쟁제한방지법 위반행위에 대하여 부당이득 환수를 명하여 사업자로 하여금 그에 상당한 금액 납부를 요구할 수 있게 되었다. 다만 부당이득이 손해배상액의

274) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 118면.

275) Rittner, F., Wettbewerbs-und Kartellrecht(6.Auflage), Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999, 389-394ff.

276) Langen & Bunte, id, 840ff.

지급이나 제재금의 부과 또는 몰수명령²⁷⁷⁾에 의하여 환수된 경우에는 적용되지 않고, 만일 사업자가 경제적 이득이 환수된 후에서야 손해배상액의 지급 또는 금전적인 벌칙의 부과가 이루어진 경우에 사업자는 환수된 금액을 환급받을 수 있다.

부당이득의 환수가 당사자에게 가혹한 결과를 초래하게 되는 경우에는 부당이득 환수명령은 적절한 수준으로 감액되거나 또는 완전히 면제될 수 있다. 또한 부당이득 액수는 추정될 수 있으나, 특정되어야 한다. 부당이득 환수명령은 위 반행위가 종료된 지 5년 이내에 행사되어야 한다.²⁷⁸⁾

나. 형법상 담합에 대한 형사적 제재(자유형)

1) 경쟁제한금지법상 담합에 대한 행정벌 중심의 제재 취지

경쟁제한금지법에 형사처벌의 근거를 두지 않은 이유로는 i) 범죄는 통상 독일 형사소송법상 기소법정주의(Legalitätsprinzip)의 적용을 받아 검사의 재량(discretion) 여지가 협소하지만 질서위반행위는 기소편의주의가 적용되어 경제사건(특히 경쟁법 위반사건)에 대한 탄력적 소추가 가능하고,²⁷⁹⁾ ii) 경제사건에 대한 검사의 전문성 부족과 검찰에 의한 범죄조사나 소추가 행정청의 질서위반 행위 조사나 소추보다 시간과 비용면에서 비효율적이며, iii) “동조적 행위”, “공공목적을 위한 경쟁제한”, “시장지배력의 남용”, “반경쟁적 고려” 등 경쟁제한 금지법상 법률용어에는 명확성이 부족하고, 법관들은 같은 법을 헌법상 명확성 원칙에 합치되도록 엄격히 해석하고자 하여 형사처벌을 꺼리게 되며, iv) 민사상 또는 행정상 제재와는 달리 형사소추는 행위자에 대한 사회적 비난을 정당화하는 사회, 윤리적 근거에 대한 사회구성원들의 동의를 필요로 한다는 점 등이 거론된다.²⁸⁰⁾

277) OWiG 제30조 제29조의a.

278) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 118-119면

279) OWiG 제47조

280) John O. Haley, Antitrust Sanctions and Remedies: a comparative study of German and Japanese law, 59 *Washington Law Review*, (1984), pp. 475.

2) 형법 제263조 위반행위(사기)로서의 입찰담합

독일에서 담합에 대한 모든 제재는 카르텔청에 의한 행정적 금전납부의무 부과에만 의존하는 것은 아니며, 질서위반법으로 제재하는 것만으로는 응분의 제재수준이나 억제효과를 도모하기에 미흡한 일부 행위에 대해서는 독일 형법 제263조의 경쟁질서에 대한 범죄로 형사처벌토록 하고 있다.

독일 형법상 담합의 형사처벌 대상으로 포섭되어 있는 유형은 동법 제263조 소정의 경쟁제한적 입찰담합죄(Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen)이다. 형법상 경쟁제한적 입찰담합죄는 기망(deceit)이나 재산상 손해발생(causation of damage)을 요건으로 하지 않으며, 추상적 위험범으로 입법되어 있다. 이에 따르면 상품 또는 상업상의 용역에 대한 입찰시 발주자로 하여금 특정한 입찰자를 낙찰시키게 할 목적으로 위법한 담합에 의해 입찰을 하는 자에 대해서는 5년 이하의 징역이나 벌금형에 처하게 된다.

3) 형법 제298조 위반행위(부패)로서의 입찰담합

형법 제263조와 함께 1997년 8월 20일 시행된 형법 제298조에서는 반부패법의 일환으로서 상품 또는 상업상의 용역에 대한 입찰에 관한 경쟁을 제한함으로써 특정인이 낙찰받을 수 있도록 하는 불법적인 합의를 행한 자에 대해서는 5년 이하의 징역에 처할 수 있도록 하였다. 또한 그러한 합의에 가담하여 사후에 일정한 보상을 받는 경우에도 동일하게 처벌되도록 하였다. 기존의 형법 제263조가 있음에도 불구하고 동조를 신설한 이유는 당시 독일 내에 건설산업 분야 특히 공공조달 부문의 입찰담합 관행이 만연해 있었는데, 사업자들이 입찰담합을 감행하지 못하도록 억제할 만한 적절한 수단이 형법이나 여타 규범에 마련되어 있지 못하다고 판단되었기 때문이었다. 이로써 독일 형법 내에 경쟁질서 침해효과가 가장 심각한 행위에 대하여 새로운 형사처벌 근거규정이 마련되었다.²⁸¹⁾ 단, 입찰담합행위에 대해 제263조는 제298조에 추가하여 적용될 수 있음에 유의할 필요가 있다. 즉 제263조는 보충적 규범이 아니며 제298조는 제263조에 대해 특별법(*lex speciali*)의 관계에 있지도 아니하다.

281) Katalin J. Cseres etc., *id.*, pp. 263.

다. 입찰담합의 제재에 있어서 경쟁당국 및 검찰의 상호협력관계

입찰담합의 경우 개인이나 법인의 기소에 있어서 경쟁당국과 검찰 간에는 긴밀한 협조가 이루어질 것이 요구된다.²⁸²⁾ 이와 관련하여 독일 형사소송법 제161조 제1항은 관련 당국간에 제반정보(비밀정보를 포함한다)가 조사 초기단계부터 교환될 수 있음을 규정하고 있다. 아울러 독일의 ‘형사 및 행정 위반행위에 대한 절차 가이드라인(Guidelines of Criminal and Administrative Offence Procedures)’에서도 검찰과 경쟁당국 간에 각각의 절차진행과정에서의 긴밀한 협력을 취할 것을 요구하고 있다. 동 가이드라인 No.242에서는 양 기관이 입찰담합 혐의사실을 인지했을 경우 가능한 한 신속히 이를 상대 기관에 통지토록 하고 있다. 특히 양 기관은 조사단계에서도 상호 협력을 유지하여야 한다. 이 과정에서 개인에 대한 형사소추나, 사업자에 대한 행정제재금 부과에 대해 의견을 제시할 수 있다.²⁸³⁾

요컨대, 독일의 경우 개인에 대한 형사처벌은 형법에서 사업자에 대한 금전제재는 경쟁제한금지법에 의한 행정벌적 성격의 제재금을 통해 집행되며, 이 점에서 특정 담합사건(특히 입찰담합)의 완결적 집행은 경쟁당국과 검찰의 역할을 총합하는 방식으로 정리할 수 있겠다.

제4절 EU경쟁법상 담합에 대한 형사적 제재

1. EU의 경쟁법상 담합규제의 실체법적 근거

가. 관련 규정의 개관

EU 경쟁법은 유럽연합의 기능에 관한 조약(유럽공동체조약(Treaty on the Functioning of the European Union, 이하 “TFEU”) 중 제101조 이하의 규정을 토대로 형성되어 있다. 이 가운데 TFEU상 담합 규제의 근거가 되는 규정은 제

282) Bundeskartellamt, Activity Report 1997/98, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, Bonn, 1999.

283) Katalin J. Cseres etc., *id*, p, p.264.

101조이다.²⁸⁴⁾ 동 조항은 “회원국간의 거래에 영향을 미칠 수 있고 그 목적 또는 효과로서 공동시장 내에서 경쟁을 방해, 제한 또는 왜곡할 목적 또는 효과를 갖는 사업자간의 모든 합의, 사업자 단체에 의한 결정 및 공조적 행위”를 공동체와 양립할 수 없는 것으로서 금지시키고 있다.

경쟁자간의 가격고정, 출고량 제한, 시장분할 및 공급선 및 고객의 분할을 야기하는 행위는 대개의 경우 제101조의 금지규정을 위반하는 담합으로 취급된다. 특히 이 같은 담합은 소위 경성담합으로 분류되며 시장에 부정적인 영향을 미치는 것으로 추정된다. 전통적으로 이 같은 위반행위에 대해서는 TFEU 제101조 제(3)항 소정의 적용제외 담합을 인정하지 않게 된다.

나. 적용대상

TFEU 제101조는 사업자(undertakings)에 대해서만 적용이 되며, 사업자의 임직원이나 개별 근로자는 원칙적으로 적용대상이 아니다. 여기서 말하는 사업자는 경제활동이나 상업활동에 가담하는 자연인과 법인이라는 광범위한 개념으로 사용된다. 반드시 영리성을 추구하여야 하는 것도 아니어서 비영리단체도 사업자가 될 수 있다고 본다. 따라서 일반적인 회사는 물론이고 조합이나 사업자단체, 자영업 상인, 국영기업, 비영리단체 등도 담합에 가담할 경우 법 위반에 해당할 것이다.

284) 舊 EC공동체 설립조약(Treaty establishing the European Community) 제81조에 해당하며, 그 내용은 다음과 같다. TFEU 제101조

1. 다음의 행위들은 공동체 시장과 양립할 수 없는 것으로서 금지된다.
회원국간의 거래에 영향을 미칠 수 있고 그 목적 또는 효과로서 공동시장 내에서 경쟁을 방해, 제한 또는 왜곡할 목적 또는 효과를 갖는 사업자간의 모든 합의, 사업자 단체에 의한 결정 및 공동행위
- (a) 직접 또는 간접적으로 구입이나 판매가격 또는 여타 거래조건을 고정하는 행위;
- (b) 생산, 시장판로, 기술개발 또는 투자를 제한하거나 통제하는 행위;
- (c) 시장 또는 공급원을 분할하는 행위
- (d) 다른 거래당사자와의 동등한 거래에 상이한 조건(거래조건 차별)을 적용함으로써 동 거래당사자를 경쟁적으로 불이익에 처하게 하는 행위
- (e) 계약의 특질 또는 상관습에 비추어 계약의 목적과 관계가 없는 부가적 의무를 타방 당사자가 수락하는 것을 조건으로 계약을 체결하는 행위

다. 담합 사건의 처리절차

EU에서 담합 규제의 집행절차는 이사회규칙 1/2003에 그 구체적인 집행규칙이 수록되어 있다. 이 규칙은 EU위원회에 대해 담합의 조사권한을 다양하게 부여하는 한편, 실제적·절차적 규칙의 위반에 대해 부과할 수 있는 제재수단을 규정하고 있다.

일반적으로 담합 사건은 i) 담합에 가담한 사업자가 감면(leniency)을 받기 위한 목적으로 EU위원회(Commission)에 신고를 해오거나, ii) 제3자가 담합을 고발하는 경우, 혹은 iii) EU위원회가 직권으로 담합 혐의를 조사하는 경우에 개시된다. 이 때 위원회는 규칙 1/2003에 따라 사업자나 사업자단체에 대하여 담합의 조사를 위해 필요한 정보의 제출을 요청하거나 현장조사 등을 할 수 있는 권리를 보유한다. 구체적으로는 위원회 직원들이 특정 사업자의 토지, 사업장 구내, 교통수단에 출입하거나, 장부 및 기타 영업관련 서류를 열람하거나, 장부 및 기록을 복사하고, 사실관계나 서류에 대한 구두심문을 할 수가 있으며, 필요시 일정 기간 동안 조사를 위해 당해 영업시설이나 장부, 기록을 봉쇄할 수도 있다(동 규칙 제20조 제(2)항).

만일 조사결과 특정행위에 대하여 TFEU 제101조 위반혐의가 발견되는 경우에는 위원회가 공개심리절차를 열게 되며, 당사자의 변론을 거쳐 최종적으로 범위반 여부에 대한 판단을 내리게 된다. 아울러 위원회는 범위반 사업자에 대하여는 행정벌로서 당해행위의 중지명령과 함께 제재금(fine)을 부과할 수가 있다. 반면에, 유럽연합이 단일국가와 같은 완전한 형벌집행의 체계를 갖추고 있지 못하다는 점에서 TFEU상의 경쟁법 자체에 형벌규정을 두고 있지는 않다. 하지만, 현실적으로 사업자에 대한 금전적 제재라는 점에서 형벌과 유사한 억제력 내지 응보의 기능을 수행하는 것으로 여겨지고 있다.²⁸⁵⁾

285) 滝川敏明, 『日米EUの競争法と競争政策第3版』, 青林書院, 2006, 138頁.

2. EU의 경쟁법상 담합에 대한 금전제재

가. 제재금의 규범적 근거와 형사벌적 성질

EU 경쟁법에서는 담합을 포함한 실체적인 위반행위에 대하여 부과되는 금전적 제재뿐만 아니라 절차적인 위반행위에 대하여 부과되는 금전적 제재도 제재금(fine)이라고 부르면서, 동일한 부과절차와 불복절차에 따르도록 하고 있다. 현재 유럽집행위원회(EU Commission)가 역내 사업자의 경쟁법 위반에 대해 금전적 제재를 부과할 수 있도록 한 법적 근거는 「EU조약 제81조 및 제82조에 규정된 경쟁규범의 시행에 관한 규칙(Regulation No. 1/2003)」²⁸⁶⁾ 제23조이다. Regulation No. 1/2003 제23조는 금전적 제재에 관한 포괄적인 규정으로서, 제1항에서 허위 자료 제출, 조사방해 등 절차적인 위반행위에 대하여, 제2항에서는 TFEU 제101조와 제102조에 위반하는 행위 등 실체적인 위반행위에 대한 금전적 제재를 할 수 있도록 하고 있다. 이 가운데 절차적인 위반행위에 대하여 부과되는 전자의 경우는 우리법상 과태료에 해당하고, 실체적인 위반행위에 대하여 부과되는 후자의 경우가 우리법상 과징금에 상응하는 것으로 볼 수 있다. 단, 유럽연합의 Regulation에서는 전통적으로 유럽집행위원회로 하여금 제재금의 산정 및 부과 방법에 대한 별도의 가이드라인 혹은 고시의 제정의무를 부과해 오고 있지 않다. 그 결과 유럽에서 제재금이 최초로 부과된 1969년²⁸⁷⁾ 이후로 약 30년간은 아무런 가이드라인 없이 사건별로 재량에 따라 제재금이 부과되어 왔다.

그러다가 제재금 부과 투명성과 객관성을 담보하여야 한다는 요청에 따라 유럽집행위원회에 의해 1998년에 제재금 부과방법에 관한 고시²⁸⁸⁾를 제정하여

286) 동 규칙은 유럽집행위원회가 1999년에 ‘제81조 및 제82조 집행 규칙의 현대화 백서(White Paper on the Modernisation of the rules implementing Arts 81 and 82 of the Treaty. COM (1999) 101 final)’의 발표를 통해 제안한 내용에 대한 검토와 토론을 거쳐 종전의 절차규칙인 「규칙 제17호」(Regulation 17/62)를 대체하여 제정된 것으로서, 2004. 5. 1.부터 시행되고 있다. Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 Dec. 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty; [2003] O.J. L 1/1.

287) Commission Decisions of 16 July 1969 Quinine [1969] OJ L192/5 and of 24 July 1969 Dyestuffs [1969] OJ L195/11.

288) Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation

구체적인 제재금 산정기준 및 부과방법을 제시하였고, 이후 2006년에 동 고시²⁸⁹⁾를 개정하여 현재에 이르고 있다.

EU 경쟁법상 제재금은 우리 공정거래법상 과징금의 경우가 그렇듯이 제재적 성격과 부당이득 환수적 성격을 동시에 갖는다고 할 수 있다. 1998년 EU 제재금 고시가 제정되기 전 위원회는 제재금 산정에 있어 위반행위의 결과 사업자가 취득한 이익이나 재정적 혜택을 고려한다는 입장을 취하여²⁹⁰⁾ 부당이득 환수적 성격을 강조하는 것으로 보여졌으나, 실무적으로는 제재금 액수를 관련 매출액의 일정 비율로 산정하는 방식에 의존하였다.²⁹¹⁾ 그런데 제재금 부과기준 고시 제정 후에는 위원회 실무가 반드시 관련 매출액과 비례한다고 볼 수 없는 일정한 정액 범위를 기준으로 기본금액을 산정하는 방식으로 바뀌고 부당이득 환수의 요소는 기본금액의 조정사유로 취급되어 상대적으로 제재적 성격이 더 강해진 것으로 보인다.

EU에서 제재금은 절차적으로 법원에서 부과되지 않기 때문에 행정벌의 성격을 가질 뿐 형벌의 성격은 없으며, 형벌과 병과되지는 않다. 규칙 제1/2003호 제23조 제5항은 제재금이 형벌의 성격을 갖지 않는다는 점을 분명히 하고 있다.

그러나 유럽 인권위원회에서는 금전벌이 형사적인 것인지 행정적인 것인지를 실질적으로 파악하는 입장을 취하고 있어 제재금의 성격에 관하여도 논란의 대상이 되고 있다.²⁹²⁾ 유럽 인권협약 제6조 제1항은 ‘형사처벌’의 경우에 절차의

No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty, [1998] OJ C9/3.

289) Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2) of Regulation No 1/2003, [2006] OJ C210/2.

290) Twentieth-first Report on Competition Policy, 1991, at para.139.

291) Geradin, Damien & Henry, David, “The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts’ judgments”, Paper prepared for the conference Remedies and Sanctions in Competition Policy, University of Amsterdam, 2005. 2., pp. 5.

292) 예컨대, 유럽 인권위원회는 EU 경쟁법과 유사하게 경쟁법에 위반한 사업자에게 매출액의 5%을 한도로 하여 행정벌을 부과하는 프랑스 경쟁법상의 절차가 형사처벌의 적법절차를 규정한 유럽 인권협약(ECHR, 1950) 제6조 제1항의 목적에서 ‘형사처벌’에 해당한다고 분류한 바 있다(Société Stenuit v France (1992) 14 E.H.R.R. 509). Kerse & Kahn, *EC Antitrust Procedure*(5th Ed.), Sweet&Maxwell, (2005), pp. 128-129에서 재인용.

공정성을 더 엄격하게 요구하므로, 유럽 인권위원회가 EU 경쟁법상의 절차에 대하여도 관할권을 갖게 될 경우 사업자의 절차적인 권리의 보장 여부와 정도가 더 문제가 될 수 있다는 지적이 제기된다.²⁹³⁾

나. 실체법적 측면

1) 부과대상

제재금은 담합에 가담한 사업자 또는 사업자단체에 대해 부과되며, 사업자가 아닌 임직원으로서의 개인은 제재금 부과대상이 될 수 없다. 단 개인이라고 하더라도 사업자로서의 능력을 갖고 있을 경우에는 EU 경쟁법의 적용을 받게 되므로 제재금이 부과될 수 있다.

제재금 부과대상이 되는 실체적 위반행위는 TFEU 제101조와 제102조 위반행위, 그리고 규칙 제1/2003호 제8조에 의한 ‘예비적 금지’ 결정 위반행위 및 위 규칙 제9조에 의한 결정에 의하여 구속력 있는 ‘이행약속’ 위반행위이다. 이 중 예비적 금지 결정과 이행약속 결정은 EU 경쟁법에 특유한 제도이므로 우리 법에서 이에 대한 제재금 부과에 대응하는 것을 찾을 수 없으나, 공정거래법에 실체적 규정 및 절차적 규정을 모두 두고 있는 우리나라와 달리 EU 경쟁법은 조약에서 실체적 규정을 두고 절차적 규정은 규칙 제1/2003호에 두고 있으므로, 제재금 규정이 별도의 규칙에 포괄적인 조항으로 규정되어 있는 점이 특징이다. 한편 절차적인 위반행위에 대한 제재금은 규칙 제1/2003호에 규정된 조사절차와 관련하여 행해지는 부정확한 정보의 제공, 위원회의 조사방해, 질문에 대한 부정확한 진술, 봉인의 손괴에 대하여 부과될 수 있다.²⁹⁴⁾

2) 제재금의 산정

규칙 제1/2003호 제23조 제3항에는 제재금 부과기준으로 위반행위의 중대성(gravity)과 기간(duration)만을 규정하고 있으나, 판례에 의하여 중대성과 기간을

293) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 70면

294) 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 71면

판단하는 요소가 구체화되었고, 법정되지 않은 가중, 감경요소가 특정되어 왔다. 이러한 판례의 발전을 토대로 하여 제재금 부과기준 고시에서는 제재금 산정의 기본적인 구조를 중대성과 기간에 의하여 기본액을 설정한 후 임의적 가중 또는 감경사유가 적용되는 경우 그에 의한 일정 비율로 임의적인 가중 또는 감경이 이루어지는 단계와 제재금 감면 고시의 적용과 최종적인 조정 단계로 구성하고 있다.

이하에서는 2006년 제재금 고시 개정 전후의 EU의 제재금 산정 구조를 비교하여 살펴보기로 한다. 다만 제재금 산정 구조를 중대성과 기간에 따른 기본액의 산정 단계(제1단계), 임의적 가중 또는 감경 단계(제2단계), 최종 제재금의 결정 단계(제3단계)로 구분하는 방식은 개정 전후에 걸쳐 큰 차이가 없으므로, 2006년 개정 전 고시에 대하여 설명하는 부분에서 주로 설명하고 2006년 개정 고시에 대하여 설명하는 부분에서는 달라진 점을 위주로 설명하기로 한다.

다. 제재금 부과방법에 관한 고시상의 부과 기준

1) 2006년 이전의 고시에 따른 제재금 부과기준²⁹⁵⁾

가) 제1단계: 기본액(Basic Amount)의 산정

EU 집행위원회는 위 규칙 제23조 제3항에서 제재금 액수의 결정 요소로 규정된 위반행위의 중대성의 정도에 따라 경미한(minor) 위반행위, 중대한(serious) 위반행위, 매우 중대한(very serious) 위반행위로 구분한다. 위반행위의 중대성을 결정할 때 주된 고려 요소는 위반행위의 성질, 관련 시장과 사업자의 시장점유율에 실제로 미친 영향, 관련 지역시장의 규모이고, 그밖에도 관련 사업자의 수, 관련 사업자의 규모와 경제력, 사업자들의 상대적인 시장 지위와 공동체 시장 내의 관련 시장의 상황, 위반자가 위반행위로 취득한 이익, 위반행위와 관련된 상품 또는 용역의 범위와 가치, 위반행위 유형이 EU의 목적에 주는 위협, 제재금의 억제 효과, 사건의 정황과 구체적인 상황 등이 고려될 수 있다. 구 제재금

295) 신영수, “경쟁법 위반 사업자에 대한 EU집행위원회의 과징금 운용 동향”, 경쟁저널 제153호, 한국 공정경쟁연합회, (2010.11), 6-17면.

고시에서는 경미한 위반행위에 대하여는 1,000유로에서 1백만 유로 이내의 금액을, 중대한 위반행위에 대하여는 1백만 유로에서 2천만 유로 이내의 금액을, 매우 중대한 위반행위에 대하여는 2천만 유로 이상의 금액을 적정한 제재금액으로 예시하고 있었다.

다음으로, 규칙 제1/2003호 제23조 제3항에서는 위반행위의 기간에 관하여 특별히 규정하고 있기 때문에 위원회는 당사자들에게 위반행위가 지속된 기간을 특정해야 하는데, 구 제재금 고시는 위반행위를 단기, 중기, 장기로 나누어 위반기간에 비례하여 기본액이 증가하도록 하고 있었다. 즉, 일반적으로 1년 미만인 단기 위반행위에 대하여는 기본액의 금액에 변동이 없으나, 1년 이상 5년 이하인 중기 위반행위의 경우에는 기본액을 50%까지 증가할 수 있고, 5년 초과인 장기 위반행위의 경우에는 기본액을 연도별로 10%까지 증가할 수 있다. 고시에서는 위반기간에 비례하여 기본액을 증가시키는 새로운 접근방법에 의하여 사업자들은 위반기간에 비례하여 보다 많은 제재금을 부과받게 될 위험을 부담하게 되므로 사업자들이 위반행위를 중지하거나 위원회에 협력할 유인을 증가시키는 장점이 있다는 점을 밝히고 있다. 이는 또한 제재금 감면 고시의 기대효과와 부합한다고 설명한다.

제1단계에서 중대성에 따라 결정된 금액과 기간에 따라 추가된 금액이 확정되면, 이 두 금액을 합산한 금액이 기본액이 된다.

나) 제2단계: 기본액의 조정(Adjustment)

제2단계는 제1단계에서 정해진 시작점에 대하여 가중사유와 감경사유를 적용하여 산술적으로 조정하는 단계이다. 가중사유(aggravating circumstances)는 동일한 사업자에 의한 동종의 반복적인 위반행위(repeated infringement), 위원회와의 협력 거절 또는 위원회의 조사방해, 위반행위를 지휘하거나 선동하는 역할, 위반행위를 구성하는 관행을 시행할 목적의 다른 사업자에 대한 보복 조치, 위반행위의 결과로 부당하게 얻은 이익액의 추정이 객관적으로 가능한 경우 그 이익액을 초과하기 위하여 벌금을 인상시킬 필요가 제재금을 가중하는 사유로서 열거되어 있었다. 임의적 가중사유는 열거된 사유에 제한되지 않고 그 밖의 사

유도 고려될 수 있는데, 가장 자주 고려되는 요소는 위원회의 개입 후에도 위반 행위를 계속하거나 심지어 제3자에게 영향을 주는 경우이다.

한편, 감경사유(mitigating circumstances)로는 과실로 인한 행위, 위반행위의 실제적인 불이행 또는 종료, 소극적이거나 추종적인(follow-my-leader) 역할, 위원회가 관여한(특히 조사를 실행할 경우) 이후 즉각적인 위반 행위의 종료, 제한적인 행위가 실제로 위반행위에 해당하는지에 관하여 사업자 쪽에서 합리적인 의심이 존재하는 경우, 제재금 감면 고시의 적용범위에 해당되지 않는 조사에의 협력, 기타 요소 등이 구 제재금 고시에 열거되어 있었다.

다) 제3단계: 제재금의 최종 결정

EU 집행위원회는 기본액에 기간에 의한 조정을 하고 위와 같은 임의적 가중, 감경사유를 적용하여 조정된 금액을 기초로 하여 최종적인 조정 단계를 거쳐 제재금을 결정한다. 최종 제재금의 결정 단계에서는 제재금 감면 고시에 의한 감면사유가 있는 경우 그 사유가 적용되는 한편, 직전 사업연도의 전세계적인 매출액의 10%라는 법정 상한액을 넘지 않도록 하는 조정이 이루어진다. 또한 구체적인 경제적 상황, 위반자들이 유발한 경제적 또는 재정적 이익, 사업자의 구체적인 특징 및 특정한 사회적 상황에서의 실제적인 지급능력 등과 같은 객관적 요소가 최종적인 제재금 결정 단계에서 제재금을 상향 또는 하향조정하는 요소로 작용한다.

2) 2006년 고시에 따른 제재금 부과 기준

가) 고시 개정의 취지 및 특징

EU는 제재금 산정 과정의 투명성, 일관성과 법적 안정성을 보장하고 제재금이 법위반행위에 대한 충분한 억제력을 갖도록 하기 위하여, 2006년에 기존의 제재금 관련 고시를 개정하였다. 개정 고시의 특징은 첫째, 중대성의 정도에 따른 위반행위의 분류를 폐지한 점, 둘째, 제재금 수준에 대한 기간의 영향을 증대한 점, 셋째, 특히 대규모 시장과 그러한 시장에서 높은 시장점유율을 갖고 있는

회사의 경우에 위반행위의 경제적 중요성에 대한 반응을 강화한 점, 넷째, 반복 행위자에 대한 억제력을 강화한 점 등이다.

나) 제1단계: 기본액의 산정

2006년 개정 고시에 의하면, 기본액은 두 가지 구성요소로 이루어진다. 첫째는 판매액의 가치(value of sales)와 기간에 따라 가변적인 금액이고, 둘째는 기간과 관계없이 판매액의 가치에 따라 가변적인 금액이다. 후자는 이른바 진입비용(entry fee)이다.

기본액의 산정 방식은 위반행위에 의하여 영향을 받는 개별 사업자의 ‘판매액의 가치’를 기준으로 30%까지 판매액의 가치의 일정한 비율에 따라 정해지는 방식으로 변경되었다. 판매액의 가치는 위반행위에 참가한 직전 회계연도에 유럽 경제공동체(European Economic Area, 이하 “EEA”) 내의 지역시장에서의 개별 사업자의 영향을 받은(affected) 매출액으로 산정되고, 이 판매액의 가치의 일정 비율로 산정된 기본액은 위반행위 기간의 연수에 의하여 가중된다.

기본액의 첫 번째 구성요소인 판매액의 가치와 기간에 따라 가변적인 금액을 결정하는 요소는 판매액의 가치에 적용되는 부과기준율과 위반행위의 중대성, 그리고 기간이다. 부과기준율은 판매액의 가치에 대하여 30% 범위 내에서 정해지고 구체적인 비율은 위반행위의 중대성의 정도에 따라 달라진다. 개정 고시에서는 중대성의 정도에 따라 경미한 위반행위, 중대한 위반행위, 매우 중대한 위반행위로 분류하는 방식을 폐지한 대신 중대성 판단의 고려요소로서 위반행위의 성질, 관련된 모든 사업자들의 시장점유율 합계, 위반행위의 지리적 범위, 그리고 위반행위의 실행 여부를 열거하고 있다. 위원회는 부과기준율을 어떻게 선택할 것인지에 관한 재량을 행사함에 있어 이러한 요소와의 비례성(proportionality)을 고려하여야 한다. 판매액의 가치에 부과기준율을 적용하여 산정된 금액은 위반행위에 참가한 연수만큼 배가(multiply)된다. 즉 위반연도가 1년 증가할 때마다 기본액은 100%씩 증가한다. 6개월 미만의 기간은 반년으로, 6개월 이상의 기간은 1년으로 계산한다.

기본액의 두 번째 구성요소인 기간과 관계없이 판매액의 가치에 따라 가변적

인 금액, 즉 진입비용은 판매액의 가치의 15 내지 25% 범위 내의 일정한 비율로 정해진다. 이는 기간이 얼마이든지 간에 단 한번 적용되고 진입비용의 실제 수준은 위반행위의 중대성의 정도에 달려 있다. 개정 고시에서는 수평적 가격협정, 시장분할 및 생산량 제한 협정의 경우에는 그 억제력을 위하여 진입비용이 기본액에 포함될 것이고, 다른 위반행위의 경우에는 진입비용이 적용될 수 있다고 규정하고 있다.

다) 제2단계: 기본액의 조정

제2단계에서의 의미 있는 변화는 부당이득의 규모와 지급능력에 관한 항목, 그리고 반복행위자에 대한 항목의 변화이다. 부당이득의 규모와 관련한 변화는 1998년 고시에서 임의적 가중사유로 되어 있던, 위반행위의 결과로 부당하게 얻은 이익액의 추정이 객관적으로 가능한 경우 그 이익액을 초과하기 위하여 제재금을 인상시킬 필요가 개정 고시에서는 임의적 가중사유와 구별되는 별도의 사유인 억제를 위한 특정 증가(specific increase for deterrence)를 위한 참작 사유로서 규정된 점이다.

지급능력에 관하여 1998년 고시에서는 위원회가 최종적인 제재금 결정 단계에서 사업자의 특정한 상황에서의 실제적인 지급능력을 고려해야 한다고 규정하고 있었으나, 개정 고시에서는 이를 기본액에 대한 임의적 조정사유로 하면서 단지 예외적인 상황에서만 지급능력을 고려할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 개정 고시에 의하면, 제재금을 지급하는 것이 관련 사업자의 경제적 생존능력을 회복할 수 없을 정도로 위협에 처하게 하고 사업자의 자산이 모든 가치를 상실하게 할 경우에만 감액 대상이 된다.

반복행위자에 대하여는 1998년 고시에서도 이를 임의적 가중사유로 규정하고 있었으나, 개정 고시에서는 그 가중비율이 100%에 이를 수 있다는 점을 명시하여 반복행위자에 대한 보다 강력한 제재 의지를 가능케 하였다.

라) 제3단계: 제재금의 최종 결정

최종적인 고려 단계에서 문제된 사건의 특수성이나 억제의 목적을 달성할 필

요라는 관점에서 일반적인 방법에서 이탈(departure)할 가능성을 열어 두고 있으나, 개정 고시에서 부당이득의 규모가 역제의 목적과 관계없이 제재금을 하향 조정하는 사유로 작용할 수 있을 것인지는 명백하지 않다.

라. 절차법적 측면

1) EU 집행위원회의 부과절차

EU 집행위원회는 고의 또는 과실로 TFEU 제101조를 위반하여 담합에 가담한 사업자 또는 사업자단체에 대하여 결정으로 제재금을 부과할 수 있다. EU 경쟁법 집행체제는 위원회가 위반행위의 조사와 제재 부과 권한을 모두 갖고 있다는 점에서 우리나라의 공정거래법 집행체제와 유사하다. 이러한 집행체제에 의하여 위원회가 제재금 부과 권한을 갖는 것은 무제한적인 관할권을 갖고 있는 ‘독립적이고 공평한 심판기관(tribunal)’인 유럽 제1심 법원에 대한 제소 절차가 마련되어 있다는 점에서 형사처벌의 적법절차를 규정한 유럽 인권협약 제6조의 요건을 충족한다고 할 수 있다.²⁹⁶⁾ 또한 위원회의 제재금 부과 결정은 법원의 집행정지 결정이 없는 한 집행력을 갖는다. 이에 대해 제재금 결정의 자력집행력이 유럽 인권협약이나 「EU 인권장전」(EU Charter of Fundamental Rights)에 정한 재판받을 권리 또는 무죄추정(presumption of innocence)의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 논란이 있다.²⁹⁷⁾

2) EU 법원의 사법심사

위원회의 결정에 대한 권리구제는 EU 법원에 대한 불복소송에 의한다. 다만, 우리 법원이 취소 권한을 갖고 있는 데 반하여 EU 법원은 취소는 물론 증액, 감액을 포함한 무제한적인 권한을 갖고 있는 차이가 있다. 위원회의 제재금 부과는 규칙 제1/2003호의 규정에도 불구하고 형사처벌의 성질을 갖는 것으로 볼 여지가 있는데, 형사처벌의 성질이라는 관점에서 볼 때 사법심사를 담당하는 EU

296) Kerse & Kahn, *id.*, pp. 328.

297) Kerse & Kahn, *id.*, pp. 328-331.

법원이 무제한적 권한을 갖고 있다는 점이 그 절차의 적법성을 담보하는 요체라고 할 수 있다.

EU 법원의 사법심사는 위원회 결정에 대한 제1심을 관할하는 유럽 제1심 법원(Court of First Instance, 이하 “CFI”)에서의 심사와 제1심 법원의 판결에 대한 상고심을 관할하는 유럽 사법법원(European Court of Justice, ECJ)에서의 심사의 2단계로 이루어진다. CFI는 위원회의 제재금 결정에서의 사실인정 및 법률 판단에 대한 심사 권한을 모두 보유하고, ECJ는 법률심으로서의 기능만을 갖는다. EU 조약 제229조와 규칙 제1/2003호 제31조에 의하여 EU 법원은 위원회의 벌칙에 관하여 무제한적인 관할권을 갖고 있으므로, EU 법원은 위원회가 부과한 제재금을 취소할 수도 있고 증액 또는 감액할 수도 있다. 그러나, CFI는 위원회가 부과한 제재금이 중대성의 평가에 영향을 줄 수 있는 다양한 요소와 기간에 비례적인지를 확인하는 데 그 임무를 한정하는 입장을 취하고 있다. 실무적으로도 EU 법원은 위원회가 인정한 사실에 대한 입증이 부족하거나 전부 취소를 정당화하기에 충분하지 않은 위원회의 결정에 이유 제시의 흠이 일부 있는 경우를 제외하고는 감액을 하지 않는 경향이 있고 증액하는 경우는 더욱 드물다.²⁹⁸⁾

위원회의 결정은 자력집행력이 있으므로 불복소송이 진행되더라도 납부의무를 면하려면 법원의 집행정지 결정을 받아야 한다. 집행정지의 근거 규정인 EU 조약 제242조와 제243조는 요건에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 판례는 일응 다툼의 여지가 있는 사건(*prima facie case*)일 것, 긴급성이 있을 것, 관련되는 이익을 형량할 것을 요건으로 한다.²⁹⁹⁾ 앞의 두 가지 요건을 갖추더라도 실무적으로 법원은 관련되는 이익의 균형을 유지하기 위한 방법으로 은행의 보증을 집행정지의 조건으로 하는 경우가 보통이다.³⁰⁰⁾ 무조건적인 집행정지 결정을 받기 위해서는 보증의 제공이 사업자의 존립을 위태롭게 하거나 본안에서 제기된 주장의 근거가 결정의 적법성에 관하여 특별히 중대한 의문을 나타내는 것과 같은 특별한 사정이 있어야 한다는 것이 판례의 입장이다.³⁰¹⁾

298) Kerse & Kahn, *id.*, pp. 461-467.

299) *Id.*, pp. 498-501.

300) *Id.*, pp. 330.

301) Cartonboard 사건에 대한 CFI의 집행정지 결정. Case T-295/94 R Buchmann v. Commission

3. 구체적 사례 검토

여기서는 EU 집행위원회의 제재금 산정절차가 구체적인 사건에서 어떻게 적용되는지를 라이신 카르텔 사건³⁰²⁾을 사례로 들어 살펴보기로 한다.

먼저 제1단계로 중대성과 기간에 따른 기본액의 산정 과정은 다음과 같다. EU 집행위원회는 위반행위의 중대성을 결정할 때, 위반행위의 성질, 공동체 시장에 위반행위가 실제로 미친 영향, 관련 지역시장의 규모 등을 고려하여 매우 중대한 위반행위 유형에 해당한다고 결정하였다. 중대한 위반행위의 기본액 범위는 2천만 유로 이상인데, 위원회는 그 범위 내에서 참가 사업자 중 ADM과 Ajinomoto에 대하여는 최저금액을 상회하는 3천만 유로를 기본액으로 특정하였다. 그러나 기본액이 특정된 계산식이나 구체적인 이유를 제시하고 있지는 않다. 특기할 것은 EU 제재금 고시에서 2천만 유로를 기본액의 최저한으로 제시하였음에도 불구하고 사업자간 경제규모 차이가 크다는 이유로 다른 사업자들에게는 최저한을 밑도는 1,500만 유로를 기본액으로 설정하였다는 점이다. EU 제재금 고시는 위원회가 취하는 산정방식에 대한 정당한 기대를 형성한다는 점에서 위원회를 기속하기는 하지만, 고시는 어디까지나 산정기준을 제시한 것이므로 실무상 필요한 경우에는 위원회가 구체적 타당성을 위하여 개별적인 사정을 고려하는 재량권을 허용하는 것으로 보인다. 고시에서도 기본액의 중대성 항목에서 사건의 개별적인 사정을 고려하여 제재금이 조정될 수 있다는 점을 밝히고 있다.

기간에 관하여는 중기 위반행위로 실시하면서도 연도별로 기본액을 10%씩 증가하는 방식을 사용하고 있다. 그와 같은 방식을 선택한 이유는 설명되고 있지 않다. 이에 반하여 중기 위반행위에 대하여 50% 범위 내에서 가중비율을 25%로 결정한 사건³⁰³⁾도 있다. 다만 그 사건에서 가중비율이 왜 25%인지에 관하여 계

[1994] E.C.R. II-1265; Case T-295/94 R Laakmann Karton v. Commission [1994] E.C.R. II-1279 and Case T-308/94 R Cascades SA v. Commission [1995] E.C.R. II-265.

302) Commission Decision of 7 June 2000 [2001] O.J. L152/24 Case COMP/36.545/F3-Amino Acid.

303) Commission Decision of 18 July 2001 [2001] O.J. L265/15 Case COMP/D.2/37.444-SAS Maersk Air. 이 사건의 위반기간은 2년 5개월이었다.

산식이나 구체적인 이유가 제시되어 있지는 않으나, 대체로 1년에 10%씩 가중하고 1년 미만이지만 6개월 이상의 기간에 대하여는 5%를 가중하는 것으로 보인다.³⁰⁴⁾ 위와 같은 점을 보면, EU 집행위원회는 중기 위반행위의 경우에는 50% 범위 내에서 실제적인 기간을 고려하여 재량으로 가중비율을 정하는 경우도 있고, 연도별로 10%씩 가중하는 방식도 선택적으로 사용하고 있는 것으로 보인다.

제2단계에서 임의적 가중 또는 감경사유가 적용된 과정은 다음과 같다. 라이신 카르텔 사건에서는 위반행위에서의 적극적 역할을 가중사유로 인정하여 해당 사업자의 기본액을 50% 가중하였다. 그리고 감경사유로는 위반행위에서의 소극적 참여, 합의의 불이행, 조사가 시작된 즉시 합의 이행의 종료가 고려되었다. 감경률은 10%였다. 그러나 위 가중 및 감경비율을 50% 또는 10%로 특정한 이유는 명시적으로 설명하고 있지 않으며, 비율 자체의 선택은 EU 집행위원회의 재량인 것으로 보인다.

이에 대하여 CFI는 위원회 결정의 기본적인 제재금 산정 구조나 EU 제재금 고시가 기초하고 있는 원칙에 관하여는 의문을 제기하지 않고 비례의 원칙에 부합하는지에 관한 검토를 행한 후 위원회의 시작점 산정이 적절하다는 판단을 내렸다. 다만 CFI는 위원회의 산술적인 계산 방식의 오류를 지적하였다. 즉 위 사건에서 위원회는 기본액이 아니라 가중사유에 의하여 이미 증가된 금액에 감경비율을 적용하였으나, CFI는 가중과 감경은 모두 중대성과 기간에 의하여 결정된 기본액을 기준으로 하여야 하며, 가중된 금액에 대하여 감경을 하는 것은 위법하다고 판시³⁰⁵⁾하였다.

제5절 시사점

이상에서 담합행위에 대한 외국의 제재형태를 비교해 본 결과, 담합행위에 대하여 형사제재를 중심으로 집행하는 미국, 행정제재를 중심으로 하는 독일과 유

304) Kerse & Kahn, *id.*, pp. 393.

305) Case T-220/00 Cheil Jedang v Commssion [2003] E.C.R. II-2473, at para.229.

렵연합, 그리고 행정제재를 중심으로 하되 형사적 집행을 비교적 적극적으로 활용하는 일본 등으로 구분할 수 있다. 우리의 경우 민사제재와 행정제재, 그리고 형사제재를 중심으로 한다는 점에서 일본과 유사하나 형사적 제재의 활용빈도가 그다지 크지 않다는 점에서 차이가 있다.

형사적 측면에서 이 같은 편차가 목격되는 이유는 담합에 대한 각국의 시각과 그 폐단에 대한 역사적 경험이 동일하지 않기 때문으로 보인다. 즉 유럽을 비롯한 대륙법계 국가는 담합 등 기업의 위법행위에 대해 비교적 경제적 관점에서 접근하는 기조를 취해 왔으며, 개인이나 법인에 대한 형벌부과보다는 법인에 대한 행정제재로서의 금전적 제재금 등을 활발히 운용하는 특징을 보인다.

이에 비하여 미국은 단순히 담합의 경제적 효과 이외에 정치적 의도를 가지고 이를 제재하려는 시도를 법 집행의 초기부터 견지해 온 결과, 행위의 경제적 효과와 시장분석보다는 행위자의 내면적 악의에 대한 도덕적 비난을 중심으로 법 적용의 기법을 발전시켜 왔음을 볼 수 있다. 당연위법의 법리 또한 이런 배경 속에서 이해될 수 있다.³⁰⁶⁾ 특히 미국은 독점금지법(Sherman Act) 형성 당시 경제력의 집중현상에 대한 시민사회의 저항의식이 규범에 반영되어 담합이나 독과점화와 같은 위법행위를 일종의 형사범죄(crime model)로 취급하는 한편, 그 행위의 처벌과정에서 어떠한 시장행태나, 경제적 정당화 요소에 대한 고려를 용납하지 않는 이른바 당연위법의 법리(per se)가 도출되었다.

요컨대 담합의 규제 방식에 대한 법사회학적 분류는 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 그 중 하나는 공모(conspiracy)행위로서의 담합에 대한 행태중심(conduct-oriented)의 규제방식이며, 다른 하나는 피해유발 수단(instrument of damage)으로서의 담합 행위에 대한 결과중심(outcome-oriented)의 규제 방식이다.³⁰⁷⁾ 전자를 취한 것이 미국으로서 담합행위를 형사법적 범죄행위의 연장선상에서 취급해 온 측면이 강하다. 즉 담합은 강도나 절도와 같은 재산범죄이고, 경쟁법의 전제인 경쟁자간 무제한의 상호작용에 반하는 행위이므로 담합을 금지하는 것은 경쟁법의 기본으로서 당연하며, 이를 저지하기 위해서는 담합에 참가한 기업에 대

306) Christopher Harding & Julian Joshua, *id.* pp. 55.

307) Christopher Harding & Julian Joshua, *id.* pp. 57-59.

한 상당한 벌금부과와 함께 책임있는 임원에 대한 징역형이 필요하다는 것이 보편적 인식으로 자리 잡고 있다.³⁰⁸⁾

일본의 경우는 우리와 마찬가지로 경쟁문화 보다는 상호협력을 중시하는 문화와 가치관이 자리잡고 있음에 불구하고, 민관이 결탁한 입찰담합의 폐해가 고질적 사회병폐로 지목되어 온 독특한 경험 탓에 담합에 대한 형사제재와 그 집행이 비교적 활발한 성향을 보이고 있다. 일본은 특히 양벌규정에서 더 나아가 삼벌규정까지 도입하고 있는 등 담합에 대한 발본색원의 기초가 독점금지법제 전반에 강하게 표출되어 있다.

담합에 대한 형사적 제재의 활용 내지 그 수위를 결정함에 있어서는 이런 경쟁제한 행위에 대한 형사제재의 사회적 공감대가 어느 정도 형성되어 있는지가 매우 중요한 전제가 된다고 할 수 있다. 또한 이 점에서 담합에 대한 우리 공정거래법의 집행이 적정 수위를 유지하고 있는지, 그 폐해와의 비교형량에 있어 균형을 유지하고 있는지가 검토되어야 한다.

생각건대 공정거래위원회의 과징금 중심의 행정제재가 가진 집행측면에서의 한계와 더불어 기업이 담합을 감행하는 과정에서 대개는 경영진의 의사에 직간접적인 영향을 받는다는 점을 감안할 때, 법인에 대한 과징금 부과가 최적집행(optimal enforcement) 측면에서 적정 내지 충분한 수준에 달한다고 보기는 어렵다고 본다. 이 점에서 형사적 제재의 활용빈도를 높이는 방안은 정당성을 가지고 있다고 할 수 있다. 다만 소위 감면제도(leniency) 등과 연계되어 공정거래위원회의 형사고발이 활발치 않다는 점이 한 원인으로 꼽히는 것이 현실이므로 이 점을 어떻게 정리할 것인가가 관건이라 하겠다. 이를테면 감면제도가 담합의 적발과 억제에 기여하는데 매우 효율적 제도라는 점은 분명한 만큼 형사처벌 활용가능성과의 연계점을 찾는 것이 필요하다.

308) 이에 관한 상세한 내용은 신영수, “경성카르텔의 위법성판단과 관련시장의 획정”, 법조 제60권 제10호, 법조협회, 2011.10, 189-124면 참조

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제5장

담합행위에 대한 형사법적 대응

김 호 기 · 권 수 진

담합행위에 대한 형사법적 대응

제1절 공정거래법의 형벌규정의 구조

공정거래법의 형벌규정은 형벌규정을 마련해 놓고 있는 여타 개별 법률과 동일한 형식으로 규정되어 있다. 즉 먼저 본문에서 사업자 등에 대하여 일정한 의무를 부과하는 규정을 마련한 후, 법률의 뒷부분에 의무위반행위가 있는 경우 형벌을 부과하도록 하는 형벌규정을 마련해 놓은 것이다.

공정거래법은 제66조 이하에 형벌규정을 마련하여 공정거래법 본문의 위반행위를 행한 행위자 개인을 처벌할 수 있도록 하고 있음과 동시에, 제70조에 양벌규정을 둬으로써 일정한 요건이 충족된 경우 당해 사업자를 처벌할 수 있도록 하고 있다. 개인을 처벌함에 있어서는 제66조 이하의 벌칙규정은 그것만으로는 형벌을 부과하는 근거로 작동할 수 없다. 제66조가 적용되기 위하여서는 본문의 위반행위가 있음이 확인되어야만 하기 때문이다. 제66조 제1항 제9호를 적용하여 부당한 공동행위를 행한 개인을 형사처벌하려고 하는 경우, 제19조 제1항이 함께 범죄구성요건으로 기능하게 된다. 그리고 사업자(법인)를 형사처벌함에 있어서는 위 두 조항 이외에 추가적으로 제70조의 양벌규정이 적용된다. 나아가 절차적인 측면과 관련하여 제71조의 공정거래위원회의 고발이 있어야 한다는 요

건이 충족되어야 한다.

그렇다면 공정거래법이 마련해 놓은 형벌규정이 적절한가를 검토하기 위하여서는 개인의 형사처벌과 관련된 사항, 사업자(법인)의 형사처벌과 관련된 사항, 그리고 개인이나 법인을 형사처벌하기 위하여 요구되는 절차적인 요건으로서의 공정거래위원회의 전속고발권에 대한 사항을 분리하여 검토해야 할 것이다. 이하에서는 이러한 사항들을 하나하나 검토해보려고 한다.

제2절 개인의 형사처벌과 관련된 사항

1. 제19조 제1항의 규정형식의 개선

스스로 부당한 공동행위의 합의를 수행하거나 타인으로 하여금 이를 행하도록 한 개인은 제66조 제1항 제9호에 의하여 형사처벌을 받게 된다. 이때 부당한 공동행위를 행하였는가의 여부는 제19조 제1항에 의하여 판단한다. 즉 제19조 제1항이 제66조 제1항 제9호의 범죄구성요건에 해당한다. 따라서 직접 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인에 대한 형사처벌 가능성이 적절히 확보되어 있는가를 검토함에 있어서는 제66조 제1항 제9호와 더불어 제19조 제1항을 검토대상으로 하여야 한다. 또한 제19조 제5항은 일정한 요건 하에서 동조 제1항의 실행행위인 합의가 추정되도록 규정하고 있는바, 제19조 제5항을 개인을 형사처벌함에 있어서도 적용할 수 있는가의 여부도 함께 검토하여야 한다.

가. 공동행위의 부당성 요건의 명확화 및 구체화의 필요성

공정거래법이 마련해 놓은 개인의 형사책임을 인정하기 위한 규정을 검토함에 있어서 가장 먼저 지적하여야 하는 부분은, 제19조 제1항이 범죄구성요건으로 기능하기에는 매우 불완전하게 규정되어 있다는 점이다.

공정거래법 제19조 제1항은 복수의 사업자들이 “공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 … 행위를 할 것을 합의”하는 것을 금지하고 있다. 따라서 제19조 제1

함에 의하여 개인을 형사처벌함에 있어서는 먼저 당해 행위자 사이에 합의가 존재하였는가를 검토한 후, 그러한 합의가 부당하게 경쟁을 제한하는가의 여부를 검토해 보아야 한다. 즉 제19조 제1항의 구성요건이 실현되기 위하여서는 합의, 합의의 경쟁제한성, 합의의 부당성이라는 세 가지 요건이 모두 충족되어야만 하는 것이다. 제19조 제1항에 의하여 형벌을 부과함에 있어서 특히 문제가 되는 표지는 부당성 요건이다.³⁰⁹⁾

본문에서 살펴본 바와 같이 종래 대법원이나 공정거래위원회의 해석론에서는 제19조 제1항의 공동행위의 부당성 요건에 별다른 의미를 부여하지 않고 있어 왔다. 문헌에서는 부당성 요건을 별도로 검토할 필요는 없다고 보는 견해는 물론,³¹⁰⁾ 부당성에 별다른 의미를 부여하지 않고 특히 경성 공동행위의 경우 당연히 위법성을 인정하는 취지에서 부당성이라는 개념이 사용된 것이라고 보는 견해, 동 규정의 목적과 이념 등을 종합적으로 고려하여 부당성에 대한 규범적 평가를 하여야 한다는 견해, 부당성 요건은 카르텔이 가지는 긍정적인 측면을 포괄적으로 고려하도록 하는 법적 통로로서의 의미를 가진다는 견해 등이 주장되고 있다.³¹¹⁾

형사법적인 시각에서 본다면, 공정거래법 제19조 제1항의 문헌에 비추어 볼 때 공동행위의 부당성은 가벌적인 공동행위의 성립범위를 제한하는 기능을 수행하고 있다고 보아야 할 것이다. 모든 유형의 경쟁제한적인 공동행위의 합의가 아니라 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위에 대한 합의만이 제19조 제1항이 금지하는 합의에 해당할 수 있기 때문이다. 그렇다면 부당성이 별다른 의미를 갖

309) 경쟁법 문헌에서는 부당성을 위법성조각사유로 보는 것이 타당하다는 주장도 제기되고 있다(양명조, “독점규제법위반 공동행위 사건에 있어서의 부당성 판단과 행위일치의 쟁점: 2009년 대법원 판결 평석”, 경쟁법연구 제21권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2010.5, 17면 이하). 경쟁법에서의 용어사용법과 형사법에서의 용어사용법 사이에 차이가 있을 수 있다는 점을 논외로 하고 형법적인 관점에서 본다면 제19조 제1항은 범죄구성요건이며, 부당성은 당연히 위법성조각사유가 아니라 구성요건요소에 해당하는 것으로 보아야 한다.

310) 허선이황, “가격담합 등 경성카르텔의 위법성 판단 요건 - 경쟁제한성에 대한 공정위 심의를 중심으로 -”, 경쟁저널 제117호, 한국공정경쟁연학회, 2005.5, 31면.

311) 이러한 견해에 대한 소개는 이봉의, “공정거래법상 카르텔의 부당성 판단”, 125면 이하 및 143면 이하 참조.

지 않는다고 보는 경우 이는 곧 행위자에 대하여서는 부당한 가벌성의 확장을 의미하는 것이 되어 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다.

부당성 요건이 별다른 의미를 갖고 있지 않다는 일부 견해의 지적과는 달리 해석론적으로 볼 때에도 부당성 요건에 일정한 의미를 부여하여야만 하는 경우도 존재한다. 예컨대, 연성 공동행위에서 효율성 증대효과가 경쟁제한적 효과보다 월등히 큰 경우, 이러한 행위는 경쟁을 제한하는 공동행위에는 해당하지만 부당한 공동행위는 아니라고 보아야 할 것이다.³¹²⁾ 즉 당해 행위로 인하여 효율성이 증대되는 효과가 발생하는가의 여부는 부당성 요건의 충족 여부를 판단함에 있어서 고려되어야 하는 요소가 된다. 그러나 부당성 개념이 반드시 효율성 증대 효과가 경쟁제한적 효과를 초과하는 경우만을 의미하는 것으로 한정하여 해석할 수는 없을 것이다. 부당성은 그 개념의 추상성으로 인하여 이외에도 다양한 의미를 담을 수 있을 것으로 보인다.

이와 같이 부당성 요건의 의미가 불확정적이어서 공정거래위원회가 법률을 적용함에 있어서 “탄력적 해석의 여지 및 집행의 여지”³¹³⁾가 마련되고, 공정거래법이 복잡다기한 현실에서 유연하게 적용될 수 있게 해 주는 장점이 있다고도 볼 수 있다. 그러나 제19조 제1항이 범죄구성요건으로서의 기능도 수행한다는 점을 고려한다면, 이와 같이 추상적이고 불명확한 개념을 형벌부과요건으로 사용하고 있는 것은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 비추어 바람직하지 않다고 보아야 할 것이다.

입법론적으로 본다면 제19조 제1항을 형벌구성요건으로 사용할 수 있기 위하여서는 부당성 요건을 삭제하고 보다 명확한 의미를 지니는 행위표지를 이용하여 금지되는 행위가 무엇인지를 명확하게 하는 것이 바람직할 것이다. 만일 담합행위에 대한 효과적인 제재를 위하여 부당성이라는 요건을 그대로 사용하여야 할 필요성이 있다면, 그때에는 제19조 제1항과는 별도로 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인을 처벌하기 위한 규정을 마련하는 것이 바람직할 것이다.

312) 양명조, “독점규제법위반 공동행위 사건에 있어서의 부당성 판단과 행위일치의 쟁점”, 14면.

313) 허선이황, 가격담합 등 경성카르텔의 위법성 판단 요건”, 31면 이하.

나. 구성요건의 보완 필요성 - 관련시장 개념의 명문화 필요성

범죄구성요건은 범죄성립을 위하여 검토하여야 하는 모든 요소를 남김없이 열거하고 있어야만 한다. 그런데 공정거래법 제19조 제1항은 부당한 공동행위의 합의를 수행하는 개인을 형사처벌하기 위한 범죄구성요건으로서의 의미를 갖고 있음에도 불구하고, 범죄의 표지를 모두 열거하고 있지 아니한 문제점이 있다. 그 대표적인 예로는 관련시장을 들 수 있다.

복수의 사업자들이 공동으로 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 한다고 하여 그러한 행위가 곧바로 경쟁제한적이거나 부당한 행위에 해당한다고 말할 수는 없다. 상품 가격의 결정, 유지, 변경행위가 경쟁제한적 효과를 가져 오려면 당해 사업자들이 모두 하나의 시장에서 활동하고 있어야만 하기 때문이다. 서로 완전히 동일한 상품이나 서비스를 제공하는 사업자들 사이에서 경쟁제한적 공동행위가 행하여진 경우에는 동일한 시장에서 활동하는가의 여부가 부당한 공동행위 여부 판단과정에서 별다른 문제가 되지 아니할 것이다. 그러나 사업자가 제공하는 상품이나 서비스 등이 서로 다른 성질을 갖고 있는 경우에는 그것이 하나의 시장에서 거래되는가의 여부 내지 사업자들이 당해 상품의 공급과 관련하여 하나의 시장에서 활동하고 있는가의 여부가 핵심적인 판단기준으로 등장하게 될 것이다. 요컨대 공동행위를 하기로 합의한 사업자들이 모두 하나의 동일한 시장에서 활동하여야 한다는 것은 부당한 공동행위가 성립하기 위한 구성요건에 해당한다고 보아야 하는 것이다. 그런데 문제가 되는 것은 제19조 제1항에는 사업자들이 모두 하나의 동일한 시장에서 활동하는가를 판단할 것을 요구하는 명시적인 표지가 존재하지 아니한다는 점이다.

이러한 제19조 제1항의 입법적 미비로 인하여 부당한 공동행위에 해당하는가에 대한 판단이 공정거래위원회의 자의에 의하여 행하여질 수 있다는 점을 지적하면서, 심의절차에 시장을 명확하게 확정하는 절차가 포함되어야 하고, 시장을 정확하게 확정하기 위한 공정거래위원회 나름의 세부기준이 마련되고 공개될 필요성이 있음을 지적하는 견해도 있다.³¹⁴⁾ 그런데 제19조 제1항 규정이 곧 범죄

314) 김상택 등, “우리나라의 주요 카르텔 사례 연구”, 경쟁법연구 제22권, 한국경쟁법학회, 2010.11, 249면 이하.

구성요건으로서도 기능한다는 점을 고려한다면, 시장의 의미 내지 그것을 확정하기 위한 기준을 공정거래위원회의 내부규칙으로 정하는 것만으로는 부족하다고 보아야 할 것이다.

대법원은 강학상 사용되는 관련 시장(relevant market)이라는 개념을 도입하여, 부당한 공동행위가 있는가를 판단하기 위하여서는 그 전제로서 사업자들이 하나의 동일한 시장에서 활동하고 있는가를 확인하여야 한다고 판시하고 있다. 그리고 관련 시장은 거래대상인 상품의 기능 및 용도, 이에 대한 구매자들의 인식 및 그와 관련한 경영의사결정형태 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 판시한다.³¹⁵⁾ 즉 대법원도 부당한 공동행위가 성립하기 위하여서는 사업자들이 하나의 시장에서 활동하고 있음이 선결문제로서 판단되어야만 한다고 보고 있는 것이다.

다만 대법원은 “관련 시장”이 “부당공동행위의 판단의 전제”에 해당한다고 판시하여, 관련 시장 표지가 일종의 법 제19조 제1항의 부당한 공동행위가 성립하기 위하여 요구되는 기술되지 아니한 구성요건에 해당한다고 보고 있는 듯하다.³¹⁶⁾ 그러나 제19조 제1항이 단순히 사업자에게 행정적 제재를 부과하기 위한 근거규정으로서의 의미만을 지니는 것이 아니라, 합의를 수행한 개인을 처벌하기 위한 형벌구성요건으로서의 의미도 지니고 있다는 점을 고려한다면 이러한 해석론은 타당하지 않다고 보아야 한다. 죄형법정주의 원칙에 의할 때 범죄를 구성하는 모든 표지는 당해 구성요건에 열거되어 있어야만 하기 때문이다.

다. 제19조 제1항 제9호를 대상으로 하는 합의를 형사처벌의 대상에서 배제할 필요성

제19조 제1항의 실행행위는 둘 이상의 사업자 사이의 합의이다. 그러나 모든 합의가 동 규정이 금지하는 합의에 해당하는 것은 아니다. 제19조 제1항이 열거하고 있는 행위유형을 함께 수행하기로 하는 합의만이 제19조 제1항의 합의에 해당할 수 있기 때문이다. 즉 제19조 제1항이 열거하는 행위유형은 가별적인 합

315) 대법원 2006.11.9. 선고 2004두14564 판결

316) 대법원 2006.11.9. 선고 2004두14564 판결; 대법원 2009.4.9. 선고 2007두6885 판결 등.

의와 불가별적인 합의 사이의 경계를 긋는 기준이 되는바, 그 내용은 가능한 한 명확하게 규정되어야만 할 것이다.

그런데 제19조 제1항에 열거된 행위유형 중의 일부는 그 의미가 너무도 불명확하여 형벌부과의 판단기준으로 사용하기에는 곤란한 것으로 보인다. 특히 문제가 되는 것은 제19조 제1항 제9호이다. 동조 제9호는 ‘제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’를 부당한 공동행위의 한 유형으로 규정하고 있는데, 이것만으로는 어느 행위가 금지되는 행위에 해당하는지가 너무도 불명확하기 때문이다.

죄형법정주의 원칙은 형벌구성요건이 사회일반인에 대하여 행위지침으로 작동할 수 있을 정도로 명확하게 규정될 것을 요구한다. 그렇다면 단지 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라고 규정한 제19조 제1항 제9호는 그 의미가 너무도 불명확하여 형벌부과의 근거로 사용되기 곤란하다고 보아야 할 것이다. 이러한 문제는 제19조 제1항 제9조를 삭제하거나, 제66조의 벌칙 규정에서 ‘제19조 제1항 위반행위에 대하여 형벌을 부과함에 있어서는 동조 제9호 위반행위에 대한 합의는 배제한다.’는 형식의 규정을 추가함으로써 해결할 수 있을 것이다.

2. 제19조 제5항 합의추정 규정의 보완

공정거래법 제19조 제5항은 행위의 외형상의 일치가 있고 합의가 존재할 것이라는 상당한 개연성만 입증되면 동조 제1항의 합의가 존재하는 것으로 추정하도록 함으로써 합의의 존재 인정에 필요한 심증의 정도를 낮추고 있다. 이 규정은 본문에서 이미 살펴본 바와 같이 현재의 형태로도 의미가 있지만, 특히 독립모델에 의하여 사업자를 형사처벌하려고 하는 경우에 그 의미가 극대화될 수 있을 것으로 보인다.³¹⁷⁾

317) 형사소송에서 피의자 내지 피고인은 무죄추정의 원칙에 따라 유죄판결이 있기까지 무죄로 추정된다. 따라서 검사가 피고인이 범죄행위를 행하였다는 사실을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 입증해야 한다. 그런데 공정거래법 제19조 제5항은 단지 합의가 존재하였을 상당한 개연성만 입

문제가 될 수 있는 부분은 공정거래법 제66조에 의하여 개인을 형사처벌 함에 있어서 제19조 제5항의 합의추정 규정을 적용할 수 있는가의 여부이다. 공정거래법이 제19조 제5항을 마련해 놓은 것은 공동행위의 합의가 은밀하고 비밀스럽게 행하여지는 것을 고려하여, 입증곤란으로 인하여 제19조 제1항이 사문화되는 것을 방지하기 위한 것이다. 그런데 합의의 입증이 곤란하여 제19조 제1항이 무력화될 수 있다는 우려는 동조 위반으로 사업자에게 과징금 등 행정제재를 부과하는 경우만이 아니라, 합의를 수행한 개인을 형사처벌하려고 하는 경우에도 동일하게 등장한다. 나아가 부당한 공동행위가 행하여지는 것을 방지하기 위하여서는 직접 합의를 수행한 개인을 형사처벌할 필요성이 높다는 점을 고려할 때에도 개인을 형사처벌 함에 있어 제19조 제5항을 적용하는 것이 타당하다는 주장이 제기될 수도 있을 것이다.

법개정으로 인하여 제19조 제5항의 규정형식이 바뀌었음을 고려한다면, 이 규정을 개인의 형사책임 여부 검토과정에서도 적용할 수 있는가의 문제는 법개정 전후로 나누어서 살펴보아야 할 것이다. 법개정 이전의 제19조 제5항은 예컨대, 다수의 사업자들이 동시에 가격을 동일한 정도 인상한 경우와 같이 객관적으로 부당한 공동행위에 해당하는 행위가 행하여진 경우 당해 사업자들 사이에 가격인상에 대한 양해 내지 동의를 존재함을 추정하도록 규정하고 있었다. 이때 추정의 근거가 되는 것은 서로 다른 사업자가 공급하는 상품의 가격이 동시에 인상되었다는 외부적으로 드러난 객관적 사실관계이며, 추정되는 것은 당해 상품의 공급자 사이에 가격인상에 대한 합의가 있을 것이라는 사실이다. 즉, 말하자면 사업자라는 주체가 행한 외부적 행위를 근거로 하여 사업자의 내부적 의사를 추정하도록 하는 것이다.

그런데 이와 같은 논리구조를 개인을 형사처벌함에 있어서 그대로 적용하는 경우에는 도대체 사업자(법인)의 구성원 중에서 누구에게 합의가 추정되는 것으로 볼 것인가가 불분명하다는 문제가 발생하게 된다. 외부로 드러난 것은 사업자의 구성원 중에서 누가 어떠한 행위를 행하였다는 것이 아니라 단지 복수의

증하는 것으로 족하다고 규정하고 있어서, 사업자에게 부당한 공동행위의 합의를 하였음을 이유로 하여 형벌을 부과하려고 하는 경우 검사에 대하여 입증의 부담을 상당부분 경감시켜주는 효과가 발생하게 될 것이다.

사업자들이 제품의 가격을 동시에 인상하였다는 등의 사정에 불과하다. 그렇다면 사업자의 구성원 중에서 누구에게 부당한 공동행위의 합의가 추정되는 것으로 보아야 하는가? 특히 사업자 내에서 가격결정이 일정한 절차에 따라 다수인의 관여 하에 이루어지는 경우에는 더욱 더 누구에게 합의가 추정되는 것으로 보아야 하는지를 알 수 없게 될 것이다.

제19조 제5항을 사업자에 대한 관계에서 적절히 사용할 수 있는 것은, 외형상 부당한 공동행위가 행하여졌다는 객관적인 사정이나 그 바탕에 의사의 일치가 존재할 것이라는 주관적인 사정이 모두 하나의 주체, 즉 하나의 사업자에 대하여 귀속될 수 있는 것이기 때문이다. 이와는 달리 상품의 가격이 인상되었다는 사정은 어느 특정한 개인이 아니라 당해 사업자에 대하여 귀속되는 객관적인 사실관계에 해당할 뿐이어서 이것을 어느 특정한 개인의 내부의사를 추정하는 요소로 사용할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 어느 특정한 개인에 대하여, 그가 소속된 단체에 법률효과가 귀속되는 사실관계가 발견되었다는 이유로, 그가 일정한 행위를 행한 것으로 추정할 수는 없는 것이다.

제19조 제5항을 개인의 형사책임을 묻기 위한 근거로 사용하기 곤란하다는 사정은 공정거래위원회의 관련 지침을 볼 때에도 비교적 명확하게 드러나게 된다. 공정거래위원회의 지침에 의한다면, 예컨대 원가상승 요인도 없고, 공급과잉 또는 수요가 감소되고 있다는 사정이나 재고가 누적되어 있다는 사정은 물론, 수요공급조건의 변동, 원재료 공급원의 차이, 공급자와 수요자의 지리적 위치 등의 차이에도 불구하고 가격이 동일하고 경직되어 있다는 사정 등이 제19조 제5항의 적용을 가능하게 하는 제반사정에 해당한다(공동행위심사기준, Ⅱ.4.다.). 그러나 외부적으로 이러한 사정이 존재함이 밝혀졌을 때에도 도대체 사업자의 구성원 중에서 누가 실제로 의사의 연락을 행한 것으로 추정하여야 하는지는 여전히 전혀 알 수 없다. 위와 같은 사정은 어느 특정한 개인에게 귀속시킬 수는 없는 객관적인 사정에 불과하여서, 이를 근거로 하여 특정한 개인이 일정한 행위를 하였다고 추정할 수는 없는 것이다.

다만 이와 같은 객관적인 사정이 아니라 개인 간에 합의가 있었음을 입증해줄 수 있는 전형적인 정황증거들, 예컨대 특정한 개인들이 일정한 시점에 일정한 장소에서 회합하여 가격에 관한 정보를 교환하였다거나 이메일, 서신 등으로 의

사의 연락을 하였다는 사정 등을 제시하는 경우에는 제19조 제5항을 적용할 수도 있을 것으로 보인다. 즉, 검사가 개인을 기소한 후 행위의 외형상 일치가 있다는 사실과 개인 사이에 합의가 있었음을 정황증거에 의하여 상당한 개연성이 있을 정도로 입증하는 경우에는 제19조 제5항이 적용될 수도 있는 것이다. 하지만 이러한 해석론은 제19조 제5항이 합의추정을 가능하게 하는 전형적인 정황증거로서 “해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횟수·양태 등”을 들고 있는 것에 부합하지는 않는다. 즉 제19조 제5항을 개인에 대하여 적용하는 것은 동 규정의 취지에는 반하는 것으로 보인다.

제19조 제5항이 사업자(법인)의 구성원 개인에 대하여 형사책임을 묻는 과정에서 사용될 수 있는가와 관련된 논란이 발생하는 것을 방지하고자 한다면 명문으로 동 규정이 개인의 형사처벌과 관련하여서는 적용된다거나 또는 적용되지 아니한다는 사정을 밝히는 것이 적절할 것으로 생각된다.

3. 입법론적 개선방안

가. 비신분자인 개인에 대한 적용가능성을 확보하기 위한 귀속규정의 마련

공정거래법 제66조 제1항 제9호는 개인이 “제19조 제1항의 규정을 위반하여 부당한 공동행위”를 하였을 때 형벌을 부과하도록 하고 있다. 즉 개인에 대한 형사처벌이 가능하기 위해서는 그가 공정거래법 제19조 제1항을 위반하였어야만 한다. 그런데 해석론상 문제가 될 수 있는 부분은 명문의 규정만을 고려한다면 개인이 제19조 제1항의 위반행위를 행할 수는 없도록 되어 있다는 점이다.

제19조 제1항은 “사업자는 … 합의하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.”고 규정한다. 즉 제19조 제1항의 위반행위를 행할 수 있는 주체는 사업자이다. “사업자”라 함은 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다(공정거래법 제2조 제1호). 사업자가 자연인인 사업자만을 의미하는 것인지 법인인 사업자를 포함하는 것인지는 정의만으로는 알 수 없다. 그러나 공정거래법의 여러 규정을 살펴본다면 법인이 사업자에 당연히 포함되는 것을

전제로 하고 있음을 알 수 있다(예컨대 공정거래법 제7조 제2항). 다만 법인만이 사업자에 해당할 수 있는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 공정거래법은 경우에 따라 조합의 형태를 가진 사업자도 존재할 수 있음을 인정하고 있기 때문이다(공정거래법 제60조 참조). 그러므로 경우에 따라서는 물론 개인사업자도 인정될 수 있을 것이다. 어느 경우이든 간에 사업자의 구성원은 사업자가 아니어서 제19조 제1항의 위반행위를 행할 수 없다. 즉 제19조 제1항은 사업자만이 범할 수 있는 신분범이지만 실제 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인에게는 사업자라는 신분이 결여되어서 결국 개인은 제19조 제1항의 구성요건을 실현할 수 없고, 따라서 당해 행위자를 제66조에 의하여 형사처벌하는 것은 불가능하게 되는 것이다.

이와 같이 법인이나 단체가 구성요건실현의 주체로 규정되어 있는 경우, 실제로 행위를 수행한 자를 형사처벌 할 수 있는가는 양벌규정의 해석과 관련하여서는 물론 형법의 배임죄 해석과 관련하여서도 이미 많은 논의가 이루어진 바 있다. 먼저 형법의 해석에 있어서는 법인이 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 서는 경우 직접 배임행위를 수행한 당해 법인의 대표자를 배임죄로 처벌할 수 있는가와 관련하여서 동일한 문제가 논의된 바 있다. 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배되는 행위를 하는 경우에 성립한다. 그런데 법인이 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 되는 경우, 법인은 사법상의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없어서 배임죄가 예정하는 행위인 ‘임무에 위배되는 행위’를 행할 수 없다. 따라서 당해 법인을 배임죄로 처벌할 수는 없다. 나아가 실제로 법인의 사무를 집행하는 대표기관인 자연인 역시 배임죄로 처벌할 수는 없다고 보아야 한다.

왜냐하면 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’는 당해 법인이지 대표기관이 아니기 때문이다. 즉 당해 법인은 배임행위를 실제로 수행할 수 없어서, 법인의 대표기관인 자연인은 타인의 사무를 처리하는 자라는 신분이 결여되어 그 누구도 처벌되지 아니하는 결과가 발생하는 것이다. 그런데 우리 대법원은 명문의 규정이 없음에도 불구하고 이러한 경우 실제로 행위를 행한 대표기관이 당해 범죄를 범한 것으로 보아야 한다고 판시한 바 있다.³¹⁸⁾

공정거래법과 동일한 형식으로 규정된 다른 개별 법률의 양벌규정의 해석과

관련하여서도 유사한 논의가 진행된 바 있다. 일부 견해는 “위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다.”고 규정한 양벌규정의 규정형식을 근거로 하여 신분자의 구성원인 개인이 위반행위의 주체가 될 수 있다고 보고 있다.³¹⁹⁾ 즉 양벌규정에 규정된 “그 행위자를 벌하는 외에”라는 문구가 개인의 형사책임을 창설하는 근거로 사용될 수 있다고 보는 것이다. 그러나 이에 반대하는 입장에서는 법률이 행위주체로 신분자를 예정하고 있는 경우 비신분자는 위반행위의 주체가 될 수 없다고 주장한다.³²⁰⁾ 또 다른 견해는 양벌규정의 문구를 실제 행위자를 처벌하기 위한 창설적 규정으로 이해하는 것은 법률의 구조에 비추어 적절하지 않으며, 다만 이른바 사실적인 고찰방법에 의하여 본인을 위하여 실제 행위를 한 자도 실질적으로는 본인을 위한 행위자로서 의무를 부담하여 행위주체가 될 수 있다고 해석하여야 한다고 주장하기도 한다.³²¹⁾ 대법원은 다수의 판결에서 실제 행위한 개인을 형사처벌하는 것이 가능하다고 판시한 바 있다.³²²⁾

공정거래법 제70조는 “제66조부터 제68조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다.”고 규정하고 있다. 즉 공정거래법 제70조에도 “행위자를 벌하는 외에”라는 문구가 삽입되어 있어서 이 규정이 비신분자인 개인의 형사책임을 창설하는 규정에 해당한다고 주장할 수 있는 여지가 있는 것이다. 그러나 제70조의 규정을 보다 엄밀하게 살펴본다면 이러한 논리전개는 문언에 비추어 불가능하다고 보아야 할 것이다. 공정거래법 제70조가 규정하고 있는 “그 행위자를 벌하는 외에”라는 문구가 의미를 가질 수 있기 위하여서는 먼저 개인이 “제66조부

318) 대법원 1984.10.10. 선고 82도2595 판결.

319) 서희중, “행정형벌에서의 양벌규정과 위반행위의 주체”, 대법원 판례해설 제16권 1992, 727면.

320) 예컨대 박기석, “양벌규정에 관한 판례 분석”, 강의중교수정년기념논문집, 교학연구사, 2002, 433면 이하.

321) 김대휘, “양벌규정의 해석”, 형사판례연구 제10권, 한국형사판례연구회, 박영사, 2002, 29면.

322) 박기석, “양벌규정에 관한 판례 분석”, 432면 이하 참조. 산업안전보건법의 양벌규정 해석과 관련하여 진행된 법원의 판시내용을 상세히 소개한 글로는 손동권, “이중기능적 양벌규정-산업안전보건법의 적용사례를 중심으로-”, 민주사회를위한변론 제5호, 역사비평사, 1995.12, 131면 이하 참조.

터 제68조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위”를 행하였음이 확인되어야만 한다. 따라서 개인에게 신분이 결여되어서 결국 제66조부터 제68조까지의 어느 하나의 행위에 해당하는 위반행위를 행할 수 없는 경우에는 “행위자를 별하는 외에”라는 문구는 아무런 의미를 가질 수 없는 것이다.

법률이 신분자만을 행위주체가 될 수 있도록 규정하고 있는 경우, 이를 비신분자에게도 확대 적용하는 경우 죄형법정주의에 반하여 형벌권의 행사범위를 부당하게 확장시키는 결과가 발생하게 되어 이를 허용할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 또한 사실적 고찰방법이라는 것은 법문에 의하지 아니하고 형사처벌의 범위를 넓히는 결과를 가져오게 되어 형법의 해석방법으로 사용하기 곤란하다고 보아야 할 것이다. 만일 사실적 고찰방법을 일반화하게 된다면 우리 형법상 신분범 규정은 실질적으로 무의미하게 될 것이기 때문이다. 나아가 우리 형법이 제33조에서 비신분자가 신분자와 더불어 공범이 될 수 있도록 규정해 놓은 취지를 고려할 때에도 사실적 고찰방법은 우리 형법의 해석론으로 받아들이기 곤란하다고 보아야 할 것이다. 사실적 고찰방법에 의한다면 신분이 없는 자도 사실상 신분범죄를 주도적으로 수행한 이상 언제나 신분범죄의 정범 또는 공범이 될 수 있다고 보게 될 것이기 때문이다.

그렇다면 이 문제는 이미 여러 차례 다른 글들에서 지적한 바와 같이 명문의 규정을 마련하여 해결하는 것이 타당할 것이다. 예컨대 독일의 질서위반법 제9조 내지 형법 제14조와 같이 일정한 신분자만이 범할 수 있는 범죄의 성부가 문제되고 있는데 개인이 아니라 법인이 신분자인 경우, 직접 업무를 수행한 자에 대하여서도 당해 범죄가 성립할 수 있도록 하는 특별규정을 마련함으로써 해결하는 것이 타당할 것이다. 독일의 질서위반법 제9조 등은 법인이 신분자인 경우 직접 행위를 행한 법인의 대표권 있는 기관 등에 대하여서도 신분자를 처벌하도록 하는 형벌규정을 적용할 수 있도록 하고 있다.³²³⁾

323) 질서위반법 제9조는 과태료를 부과하는 경우에, 형법 제14조는 형벌을 부과하는 경우에 각각 적용되는 차이가 있을 뿐 그 규정 방식은 동일하다. 독일 형법 제14조 내지 질서위반법 제9조는 다음과 같이 규정되어 있다. “처벌규정이 특별한 인적 성질, 관계 또는 상황(특별한 인적 표지)을 처벌요건으로 하고 있는 경우, 다음 각호의 1에 해당하는 자격으로 행위한 자에 대하여서는, 설령 그러한 표지가 본인에게만 충족되고 행위자에게는 충족되지 아니한 경우에도 당해 처벌규정을

공정거래법의 규정 내용을 살펴볼 때에도 명문의 규정을 마련함으로써 행위자에 대한 처벌가능성을 확보하는 방법이 타당하다는 주장이 보다 힘을 얻게 될 것이다. 공정거래법은 이미 유사한 문제를 해결하기 위하여 명문의 규정을 마련해놓고 있기 때문이다. 공정거래법 제2조 제1호는 사업자의 이익을 위한 행위를 하는 임원·종업원·대리인 기타의 자는 사업자단체에 관한 규정의 적용에 있어서는 이를 사업자로 보도록 하고 있기 때문이다(제2조 제1호). 물론 이 규정은 사업자단체가 주체로 되어 있는 경우에만 적용될 수 있고, 사업자단체는 ‘그 형태 여하를 불문하고 2이상의 사업자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 그 연합체’를 의미하는 것으로 정의되고 있어서(제2조 제4호) 사업자를 주체로 하고 있는 제19조 제1항에 대하여서까지 적용될 수는 없을 것이다.

나. 합의의 내용인 부당한 공동행위의 수행을 형사처벌의 대상으로 할 필요성

공정거래법 제19조 제1항에 위반하여 부당한 공동행위의 합의를 한 자는 3년 이하의 징역이나 2억 원 이하의 벌금에 해당하는 형을 받게 된다. 즉 형벌 부과 여부를 판단하는 기준이 되는 것은 부당한 공동행위의 합의를 하였는가의 여부이지, 합의한 내용에 해당하는 행위가 실제로 행하여졌는가의 여부가 아니다. 형사법적 시각에서 본다면 이와 같이 단순히 일정한 행위를 행하기로 합의하는 것만으로 형사처벌을 하도록 한 것은 지극히 이례적인 사례에 해당한다.

형사법에서는 불법을 주관과 객관의 결합으로 정의한다. 즉 사회적으로 비난 받는 행위가 성립하기 위하여서는 주관적으로 행위자가 사회적으로 용인되지 아니한 행위를 행할 것을 의도하거나, 그러한 행위를 행하는 것을 감수 내지 용인하거나, 또는 과실로 그러한 행위가 행하여지는 것을 방지하지 못하였어야만 하고, 객관적으로 비난가능한 행위를 행하였음이 확인되어야만 한다고 보는 것이다. 형사법에서 불법이 성립하기 위하여서는 주관적인 요소 이외에 객관적인 요소도 존재하여야 한다고 보는 것은 형사법이 채택한 법익보호의 원칙에 입각한다. 법

적용한다. 1. 법인의 대표권 있는 기관 또는 그러한 기관의 구성원 2. 권리능력 있는 인적 회사의 대표권이 있는 사원 3. 타인의 법정대리인”

익보호의 원칙에 비추어 볼 때 국가의 공형벌권은 법익을 침해하거나 법익을 위태화시킬 수 있는 행위에 대하여서만 행사되어야 한다. 행위자가 주관적으로 어떠한 행위를 행할 것을 의도하거나, 이를 감수 내지 묵인하거나 또는 과실로 특정한 행위가 행하여지는 것을 방지하지 못하였다는 사실만으로는 법익이 침해될 수 없음은 물론, 법익에 대한 별다른 위험도 발생하지 아니한다. 범죄를 범하려는 의사도 그것이 행위자의 머릿속에 머물러 있는 한에 있어서는 법익에 대하여 아무런 위험을 발생시키지 아니하는 것이다. 그렇다면 객관적으로 보아 법익에 대하여 아무런 위험이 발생하지 아니하였음에도 불구하고 형벌을 부과하게 된다면 이것은 법익보호의 원칙에 비추어 형벌권의 남용에 해당한다고 보게 될 것이다. 이러한 사정을 고려한다면 합의만으로 형벌을 부과할 수 있도록 한 공정거래법 제19조 제1항이 적절한가에 대하여서는 논란이 발생할 수 있을 것이다. 합의나 합의에 대한 교사만으로는 어떠한 형태의 시장지배적 지위의 남용도 발생하지 아니하였음은 물론 자유로운 경쟁이 저해되거나 소비자의 이익이 침해되는 결과가 발생하지 아니하기 때문이다.

공정거래법의 보호법익이 자유로운 시장질서의 확립에 있다면 공정거래법에 의하여 제재를 부과하여야 하는 행위는 원칙적으로 자유로운 시장질서를 침해하거나 침해할 위험성을 가진 행위에 한정된다고 보아야 할 것이다. 즉, 제19조 제1항과 관련하여서는, 합의에 의하여 부당한 공동행위를 수행한 경우에만 제재가 가해져야 하는 것이다. 그러나 공정거래법은 합의에 따라 공동행위를 실행한 경우만을 처벌하는 것이 아니라, 그러한 행위를 행하기로 하는 합의를 한 자는 물론 다른 사업자로 하여금 공동행위를 하도록 교사한 자를 합의한 바에 따라 공동행위를 실행한 자와 동일하게 처벌하도록 함으로써 부당하게 형벌권의 행사범위를 확장시키고 있다.³²⁴⁾

다만 실제로 제19조 제1항의 적용여부가 문제되는 사건들은 명시적으로 합의를 한 후 공동행위를 한 경우이거나, 외형상 부당한 공동행위에 해당하는 행위를 하여 합의가 추정되는 경우라는 점을 고려한다면, 현실에서는 위에서 지적한

324) 이외에도 제19조 제1항이 정범과 교사범을 동일하게 처벌하도록 하는 것 역시 형사처벌에 있어서 정범과 공범을 구별하는 형법의 태도에 반하는 것이라고 보아야 할 것이다.

문제점은 그다지 발생하지 아니하는 것으로 보인다. 그러나 공정거래법 제19조 제1항 규정이 형사법의 원칙에 비추어 지극히 이례적인 규정에 해당하고, 부당하게 형벌권 행사의 범위를 확장시킬 수 있는 위험성을 내포하고 있다는 점을 고려한다면, 이를 전통적인 형사법의 원칙에 부합하는 형태로 개정하는 것이 바람직할 것이다.

다. 담합행위에 참여한 개인에 대한 형사처벌의 강화 가능성

문헌에서는 담합을 효과적으로 방지하기 위하여서는 담합에 참여한 임원 기타 개인에게 자유형을 부과할 필요성이 크다는 주장도 제기하고 있다. 사업자에 대하여 벌금을 부과하는 것만으로는 담합행위로 인하여 얻을 수 있는 이익이 막대한 경우 별다른 억지력을 발휘할 수 없고, 개인에 대하여 벌금을 부과하여도 사업자가 이를 대납하여 주는 경우 마찬가지로 별다른 위하적 효과를 발생시킬 수 없으므로, 보다 강력한 위하적 효과를 얻기 위하여서는 자유형을 부과할 필요성이 인정된다고 주장한다.³²⁵⁾

담합행위에 참여한 개인에 대하여 자유형을 부과하는 문제는 직접 담합행위의 합의를 수행한 자의 형사책임에 대한 부분과 사업자의 경영진에 해당하는 자의 형사책임에 대한 부분을 나누어 검토할 수 있다. 현행 공정거래법은 원칙적으로 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인만을 형사처벌의 대상으로 하면서, 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금을 부과하도록 하고 있다.³²⁶⁾ 따라서 현재에도 직접 합의를 수행한 자에 대하여 자유형을 부과할 수 있는 가능성은 제도적으로 마련되어 있다.

문제가 되는 부분은 사업자(법인)의 경영진에 대하여 형사책임을 묻거나 자유형을 부과할 수 있도록 하여야 하는가에 대한 부분이다. 현재의 체계에 의한다면 사업자(법인)의 임원 등의 경영진은 그들이 직접 합의를 도출해내는 데에 관여하지 아니하는 이상 경우에 따라 공동정범이나 방조범으로 처벌할 수 있을 뿐

325) 이호영, “경성카르텔, 누구를 제재하는가? : 공정거래법상 경성카르텔 제재 체계와 관련하여”, 경쟁법연구 제15권 한국경쟁법학회, 법문사, 2007.5, 142면

326) 이에 관하여서는 홍대식, “카르텔 규제의 형사적 집행”, 200면 참조

이다. 그런데 특히 담합행위를 추인하거나 이에 대한 사후보고를 받는데 그친 경우, 경영진을 방조범으로 가볍게 벌하는 것이 타당한가에 대하여서는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 담합행위의 실질적인 주체가 직접 담합행위의 합의를 수행한 개인이 아니라 사업자이며, 사업자의 활동방향을 결정할 권한과 책임은 원칙적으로 경영진이 부담하여야 한다는 점을 고려한다면, 담합행위가 있는 경우 당해 경영진을 정범으로 처벌할 수 있는 가능성을 마련하여야 한다는 주장이 제기될 수 있는 것이다. 이러한 주장을 받아들인다면 사업자의 경영진을 정범으로 형사처벌하기 위한 규정을 새로 마련하는 것이 타당하다고 보게 될 것이다. 다만 경영진이 직접 부당한 공동행위의 합의에 가담하지 않는 이상 그를 작위범의 정범으로 처벌할 수는 없을 것이기에, 이러한 규정은 부작위범의 형태로 마련될 수밖에 없을 것이다.

담합행위를 사후추인하거나 그에 대한 사후보고를 받는 데에 그친 경영진을 부작위범으로 처벌하기 위하여서는 경영진에 대하여 담합행위가 행하여지지 아니하도록 구성원을 관리감독할 주의의무를 부과하여야 할 것이다. 일본에서는 본문에서 살펴본 바와 같이 경영진을 부작위범의 정범으로 처벌할 수 있는 형벌 규정을 마련해 놓고 있다. 대표이사나 임원 등이 부당한 공동행위에 대한 계획을 알고 있었음에도 불구하고 이를 방지하거나 시정하기 위하여 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 이들에 대하여 정범과 동일한 형벌을 부과하도록 하고 있는 것이다. 부당한 공동행위에 대한 보다 효과적인 규제를 위하여서는 이와 같은 형식의 규정을 우리 공정거래법에 규정하는 것도 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

제3절 사업자의 형사처벌과 관련된 사항

1. 공정거래법의 사업자 처벌규정의 구조

부당한 공동행위가 행하여지게 되면 사업자에 대하여서는 과징금, 범위반사실의 공표 등 행정제재처분이 부과되는 이외에 양벌규정에 의하여 형벌도 부과될 수 있다. 그런데 공정거래법은 사업자에 대하여 행정제재처분을 부과하는 경우

와 형벌을 부과하는 경우 각각 서로 전혀 다른 요건이 충족될 것이 요구되고 있다. 아래에서 상세히 살펴보는 바와 같이 사업자에게 행정제재처분을 부과하는 경우에는 독립모델을 사용하고 있음에 반하여 형벌을 부과하는 경우에는 종속모델을 사용하고 있기 때문이다. 법인의 처벌규정이 적절히 마련되어 있는가에 대한 본격적인 검토에 앞서 먼저 법인이나 단체를 처벌함에 있어 사용되는 모델을 개관해 보려고 한다.³²⁷⁾

가. 단체를 처벌하는 입법모델

법인이나 단체 등(이하 “법인” 등)을 처벌함에 있어서 사용되는 모델은 독립적 모델과 종속적 모델로 나누어 볼 수 있다. 종속적 모델은 개인이 범죄행위나 행정제재처분의 대상인 행위(이하 “범죄행위 등”으로 표시)를 행하였다는 사실이 인정됨을 전제로 하여 비로소 법인 등에 대하여서도 형벌을 부과하도록 하는 법제도를 의미함에 반하여, 독립적 모델은 개인에 대한 형사처벌 가능성과 무관하게 법인에 대하여 스스로 일정한 범죄행위 등을 행하였음을 이유로 하여 처벌을 가하는 입법례를 의미한다.³²⁸⁾

종속적 모델의 대표적인 예로는 흔히 커먼로 국가에서 사용하고 있는 동일성 이론이나 대위책임 이론이 거론되고 있다. 동일성 이론은 법인을 하나의 단일한 생명체에, 그 구성원을 생명체를 구성하는 기관에 해당하는 것으로 비유한다.³²⁹⁾ 그리고 법인 등의 구성원을 두뇌에 해당하는 자와 기타의 기관에 해당하는 자로 나눈다. 동일성 이론에 의한다면 타인의 지시를 받지 않고 독자적인 판단에 따라 행동하는 법인의 경영진(directing mind)의 행위는 곧 당해 법인 등의 행위에

327) 아래에서 살펴보는 독립모델과 종속모델은 주로 법인을 형사처벌하는 입법례를 대상으로 하여 이를 분류한 것이다. 그러나 부과되는 대상이 행정적인 제재인가 형사적인 제재인가에 관계없이 개인 이외에 그가 소속한 법인을 처벌하려고 하는 입법례는 언제나 독립모델과 종속모델로 나눌 수 있다.

328) 동일성 이론에 대하여서는 김호기/김택수/최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II): 주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 2010, 35면 이하 및 96면 이하 참조.

329) 김호기/김택수/최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II): 주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구, 35면 이하 및 96면 이하 참조.

해당하는 것으로 간주된다. 따라서 경영진의 범죄행위가 있으면 법인도 곧 그에 대하여 형사책임을 부담하여야 한다고 본다.³³⁰⁾

대위책임 이론은 민사법 분야에서 발전한 대위책임 이론을 형사법 분야로 받아들인 것으로서, 민사법 분야에서 고용인이 피고용인의 행위에 대하여 책임을 부담하여야 한다는 대위책임 이론이 확립되자 고용인을 법인으로, 피고용인을 법인의 구성원으로 대체함으로써 이를 형사처벌의 수단으로 이용할 수 있게 된 것이다.³³¹⁾ 대위책임 이론에 의한다면 법인 등이 그 구성원의 행위에 대하여 책임을 부담하기 위하여서는 구성원이 그에게 부여된 권한의 범위 내에서 행위하였고, 구성원의 행위가 오로지 법인 등의 이익을 위한 것이거나 적어도 당해 구성원과 법인 등 양자의 이익을 위한 것이어야 하며, 행위자에게 성립하는 범죄에서 요구하는 주관적 요소가 존재하여야 하는 등의 요건이 충족되어야 한다.³³²⁾ 동일성 이론과는 달리 대위책임 이론에서는 구성원의 행위가 곧바로 당해 법인 등의 행위로 간주되는 것은 아니다. 따라서 경우에 따라서는 법인 등이 구성원이 위법행위를 행하지 아니하도록 충분한 주의를 기울였던 경우에는 형사책임을 부담시키지 않도록 하는 입법례도 있다.

성문법 국가인 독일에서는 법인의 형사책임을 부인하고 있다. 그러나 질서위반법에 의하여 법인 등에 대하여 과태료를 부과하도록 하고 있는데, 질서위반법 제30조는 구성원의 행위에 대한 효과를 법인 등에 대하여 귀속시키기 위한 규정을 마련해 놓고 있다. 독일의 질서위반법 제30조 제1항은 법인의 대표권 있는 기관 등이 범죄행위나 질서위반행위를 하였고, 이로 인하여 법인 등에 대하여 부과된 의무가 침해되었거나, 당해 법인 등이 이익을 얻었거나, 그러한 행위가 법인 등에 이익을 부여하기 위한 목적으로 행하여진 경우에는, 당해 법인 등에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다.³³³⁾

330) 대위책임 이론에 대하여서는 김호기/김택수/최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II): 주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구, 26면 이하 및 86면 이하 참조.

331) Celia Wells, Corporations and Criminal Responsibility, Oxford University Press, 2th. ed., 2001, pp.88 이하 참조.

332) 김호기/김택수/최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II): 주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구, 26면 이하 및 86면 이하 참조.

333) 독일의 질서위반법 제30조 제1항에 대한 소개는 김호기/김택수/최준혁, 기업의 경제활동에 관한

종속모델에서는 자연인만이 범죄행위를 행할 수 있다는 전제가 유지된다. 따라서 종속모델에 의하는 경우에는 구성원인 자연인이 범죄를 범하였다고 하여도 곧바로 이로부터 법인이 범죄행위를 행한 것으로 간주하여야 한다는 결론을 도출해낼 수는 없다. 법인 등에 대하여 제재를 가하기 위하여서는 일정한 경우 자연인의 행위를 법인 등의 행위로 간주하도록 하는 규정(귀속규정) 내지 법적 근거가 존재하여야만 하는 것이다.³³⁴⁾ 커먼로 국가에서는 동일성 이론이나 대위책임 이론과 같이 선판례에 의하여 형성된 이론을 그 법적 근거로 제시하고 있음에 반하여, 성문법 국가인 독일에서는 명문의 규정을 마련함으로써 이 문제를 해결하고 있는 것이다.

나. 공정거래법의 형벌규정의 구조

공정거래법은 부당한 공동행위가 행하여진 경우 그에 대하여 행정제재는 물론 형벌도 부과될 수 있도록 하고 있다. 특이한 점은 공정거래법은 사업자에 대하여 행정제재를 가하는 경우와 사업자에 대하여 형벌을 부과하는 경우, 각각 다른 모델을 채택하고 있다는 점이다.

사업자에 대하여 형벌을 부과하기 위하여서는 먼저 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인에 대하여 제66조 등이 규정하는 형벌을 부과할 수 있는가의 여부를 검토해 보아야 한다. 이것이 긍정되면 다음으로는 당해 사업자에게 주의의무 내지 감독의무 위반이 인정되어 제70조의 양벌규정을 적용하는 것이 가능한가를 검토해 보아야 한다. 즉 양벌규정은 직접 행위를 수행한 자연인의 행위가 법률

형사법제 연구(II)): 주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구, 157면 이하 참조

334) 귀속규정은 타인이 행위의 법적 효과를 본인에 대하여 귀속시키기 위한 규정을 의미한다. 귀속규정이 형사법의 법인처벌과 관련하여서만 존재할 수 있는 것은 결코 아니다. 예컨대 민법 제114조는 “대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다.”고 함으로써 타인의 의사표시의 효과가 본인에 대하여서 귀속될 수 있도록 하고 있다. 또 다른 예로서 예컨대 사업자가 주식회사인 경우 회사의 구성원이 행한 행위의 법적인 효과가 언제나 당해 회사에 귀속되는 것은 아니다. 원칙적으로는 이사회 또는 주주총회의 결의를 통하여 대표이사로 선임된 자의 행위의 법적 효과만이 회사에 귀속될 수 있을 뿐이다. 그리고 이와 같이 보는 이유는 상법이 제389조에 “회사를 대표하는 사원은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다.”는 명문의 규정을 마련해 놓고 있기 때문이다.

위반행위에 해당하는 경우에만 사업자에 대하여 형벌을 부과할 수 있도록 하고 있다. 사업자의 형사처벌 가능성을 자연인인 행위자의 형사처벌 가능성에 종속시키고 있는 것이다.

그러나 이와는 달리 사업자에게 공정거래법 제19조 제1항 위반을 이유로 하여 행정제재처분을 부과함에 있어서는 직접 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인의 처벌가능성이 확인되어야 할 필요가 없다. 오히려 공정거래법 제22조는 과징금의 부과대상이 개인이 아니라 사업자임을 명시하고 있으며, 개인에게 어떠한 행정제재처분이 부과될 수 있는가에 상관없이 당해 법인에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다. 나아가 공정거래법 제19조 제5항은 부당한 공동행위에 해당하는 행위가 있으면 제1항의 합의가 추정되도록 하고 있어서, 설령 누가 그러한 합의를 하였는지가 밝혀지지 아니하여도 제19조 제1항과 제5항을 결합하여 사업자에게 행정제재처분을 부과할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 사업자에 대한 행정적 제재처분의 부과 가능성이 개인에 대한 제재가능성과 무관하게 결정된다는 점을 고려한다면, 부당한 공동행위를 하였음을 이유로 하여 사업자에 대하여 행정제재처분을 함에 있어서는 독립적 모델이 사용되고 있다고 말할 수 있을 것이다.

다만 행정제재처분이 순수하게 독립모델에 의하여 이루어지고 있다고 볼 수는 없다는 점도 지적하여야 할 것이다. 독립모델에서는 법인의 처벌 근거를 안전관리제도의 부재와 같은 - 구성원 개인과 분리된 - 당해 법인 내부의 구조적 흠결에서 찾으려고 하는 것이 일반적이지만, 공정거래법은 구성원 개인이 합의행위를 하였음을 근거로 하여 당해 법인에 대하여 행정적 제재를 부과하도록 하고 있기 때문이다. 구성원 개인의 합의가 있으면 별다른 추가적인 검토 없이 당연히 사업자가 그러한 합의를 한 것으로 간주하도록 하고 있다는 점에서는 종속모델의 한 유형인 동일성 이론의 논리구조를 채택하고 있는 것이라고도 볼 수 있을 것이다. 다만 동일성 이론에서는 법인과 동일시할 수 있는 자를 당해 법인의 고위경영진으로 한정하고 있음에 반하여, 우리 공정거래법은 이러한 제한을 두고 있지 않다는 점에서는 양자 사이에 차이가 있다.

2. 개인의 행위를 사업자에게 귀속시키기 위한 귀속규정 마련의 필요성

공정거래법 제19조 제1항은 당해 사업자에 대하여 행정제재를 가할 수 있도록 하는 근거조항인 동시에 그러한 행위를 한 자를 형사처벌할 수 있는 근거조항이기도 하다. 그런데 이 규정은 행정적, 형사적 제재를 부과하기 위한 근거조항으로 작동하기에는 입법 기술적으로는 매우 불완전하여, 실제 적용과정에서는 다양한 해석론적 문제점을 야기할 수 있을 것으로 보인다.³³⁵⁾ 제19조 제1항이 갖고 있는 가장 큰 문제점은 규범의 수범주체와 행위주체가 서로 일치하지 아니한다는 점이다.

제19조 제1항의 부당한 공동행위를 행하는 주체는 사업자이다. “사업자”라 함은 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다(공정거래법 제2조 제1호). 그런데 제19조 제1항의 구성요건적 실행행위인 합의는 종래의 해석론에 의할 때 자연인만이 실행할 수 있다. 합의는 일반적으로 의사의 일치로 정의되기 때문이다. 즉 공정거래법은 부당한 공동행위를 행하는 주체를 사업자로 규정하면서도, 부당한 공동행위의 실행행위인 합의는 당해 사업자의 구성원인 자연인만이 할 수 있도록 하고 있는 것이다. 따라서 결국 부당한 공동행위를 행하였음을 이유로 하여 당해 사업자(법인)에게 행정제재처분을 부과하는 것은, 실무상으로 부당한 공동행위에 대한 행정적 제재처분이 별다른 논의 없이 부과되고 있음을 논외로 한다면, 적어도 법적으로는 불가능하게 되었다. 사업자(법인)가 스스로 위반행위를 행할 수는 없기 때문이다. 공정거래법 제19조 제1항에 의하여 사업자에 대하여 과징금 등 행정제재처분을 부과할 수 있기 위하여서는 구성원의 행위를 사업자에 대하여 귀속시킬 수 있는 귀속규정이 마련되어야만 한다. 오로지 개인만이 부당한 공동행위의 합의를 수행할 수 있다고 보면서도 아무런 귀속규정이 마련되어 있지 아니한 상태에서 공정거래법 제19조 제1항에 의하여 사업자에게 행정제재처분을 부과하는 것은 죄형법정주의 원칙에 정면으로 위배되는 것으로

335) 아래에서 검토하는 부분은 현행 공정거래법의 해석, 적용과 관련하여서는 사업자에 대하여 형벌이 아니라 과징금 기타 행정처분을 부과할 때에만 문제되는 부분이지만, 만일 형벌을 부과함에 있어 사업자의 자기책임임을 인정하는 형태로 법을 개정하려고 하는 경우에도 동일하게 문제될 수 있는 부분에 해당한다.

보아야만 할 것이다.

공정거래법 내에 귀속규정을 마련하여야 한다는 것은 곧 사업자가 어떠한 요건이 충족되는 때에 구성원의 행위에 대하여 책임을 부담하는지를 명확히 하여야 한다는 것을 의미하기도 한다. 현재는 공정거래법에 이에 관하여 아무런 규정이 마련되어 있지 아니하여 다양한 해석상의 논란이 발생할 여지가 있다. 다음과 같은 사례에서 사업자에 대하여 행정제재 처분을 부과할 수 있는가에 대한 문제가 발생할 수 있을 것이다. 예컨대 가격결정에 전혀 관여할 권한을 보유하지 못한 하위구성원이 다른 사업자의 구성원과 가격결정에 관한 합의를 한 경우, 당해 사업자가 부당한 공동행위의 합의를 한 것으로 볼 수 있는가의 여부이다. 공정거래법 제19조 제1항의 취지가 실질적으로 경쟁제한적 효과를 발생시킬 수 있는 공동행위에 대한 합의가 이루어지는 것을 방지하는 데에 있음을 고려한다면, 이러한 경우에는 사업자에게 제재를 가할 필요는 없을 것이다. 하지만 제19조 제1항은 부당한 공동행위의 합의가 있으면 곧 사업자에게 행정제재를 부과할 수 있도록 되어 있어서 이러한 사례에서도 사업자를 처벌하여야 한다는 주장을 하는 것도 가능할 것이다.

또 다른 예로서 부당한 공동행위가 오로지 합의를 한 구성원의 이익에만 기여하고 사업자의 이익에 기여하지 아니하거나 오히려 사업자의 이익을 해하는 경우에도 제19조 제1항을 적용하여 사업자를 처벌할 수 있는가의 문제도 등장할 수 있을 것이다. 현행 공정거래법 제19조 제1항은 이러한 경우 사업자의 책임을 배제하는 장치를 전혀 마련해 놓고 있지 아니하지만, 과연 이와 같은 경우에도 사업자에게 행정제재처분을 부과하여야 하는지에 대하여서는 논란이 발생할 수 있을 것이다. 이미 살펴본 바와 같이 비교법적으로 볼 때에도 당해 법인을 처벌할 수 있으려면 일반적으로 구성원의 행위가 당해 법인에 대하여 이익이 될 것을 요구하고 있다는 점을 고려할 때에도 그러하다.

이외에도 법적으로 볼 때 사업자의 구성원이 아니지만 현실적으로 사업자의 업무집행에 관여하는 자가 공동행위의 합의를 한 경우에도 사업자가 그에 대하여 책임을 부담하여야 하는가도 문제될 수 있을 것이다. 표현대표이사의 행위에 대하여서도 일정한 요건이 충족되는 경우 예외적으로 당해 회사가 책임을 부담하도록 하는 명문의 규정을 마련해 놓고 있는 상법(제395조)이나, 표현대리행위

에 대하여서도 일정한 경우 본인에게 법적 효과가 귀속됨을 규정해 놓고 있는 민법(제125조 이하)과는 달리 공정거래법은 이에 관하여 아무런 규정을 마련해 놓고 있지 않기 때문이다. 물론 명문의 규정은 없지만 상법 제395조 등의 규정을 유추하여 이러한 경우에도 사업자가 공정거래법 제19조 제1항의 책임을 부담하여야 한다고 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 제19조 제1항은 벌칙을 부과하기 위한 근거조항으로서, 그 해석을 함에 있어서 유추해석이 원칙적으로 금지되어야 한다고 본다면 이러한 주장을 받아들이기는 곤란하다는 반론도 가능할 것이다.

이상에서 예시한 바와 같은 문제가 발생하는 것을 방지하고자 한다면 공정거래법에 귀속규정을 마련하여 어떠한 요건 하에서 개인의 행위를 사업자인 법인에 대하여 귀속시킬 것인가를 명확히 하는 것이 바람직할 것이다. 공정거래법 제2조 제1호는 사업자의 이익을 위한 행위를 하는 임원·종업원·대리인 기타의 자는 사업자단체에 관한 규정의 적용에 있어서는 이를 사업자로 보도록 하고 있다는 점도 참고할 만 할 것이다.

3. 사업자에 대하여 부과되는 벌금의 상한을 높일 필요성에 관하여

가. 벌금의 상한액과 관련된 논의

공정거래법은 사업자가 부당한 공동행위의 합의를 수행한 개인에 대하여 상당한 주의의무를 이행하지 아니한 경우에는 벌금을 부과하도록 하고 있다. 형벌부과와 관련하여 공정거래법이 종속적 모델을 채택한 것은 우리 형사법에서 법인의 범죄능력을 부인하고 있어서 불가피한 결과였을 것이다. 그러나 사업자의 형사책임을 종속적 모델에 의하여 입법화한 결과 사업자에 대하여 위반행위의 중대성에 상응하는 형벌을 부과할 수 없는 난점이 발생하게 되었다.

일부 견해는 공정거래법 위반행위가 있는 경우 위반행위를 행한 사업자를 보다 강력하게 처벌할 수 있도록 공정거래법 제70조 양벌규정에 규정된 벌금의 상한액을 보다 높게 하여야 한다고 주장한다. 공정거래법 위반행위는 법인의 사업활동으로 행하여지는 것이 현실이고, 이로 인한 이득도 당해 법인에 대하여 귀

속된다는 점을 근거로 한다.³³⁶⁾ 이러한 주장의 타당성을 뒷받침하기 위하여 미국의 서면법에서 예컨대, 법인에 대하여 1억 달러 이하의 벌금을 부과할 수 있도록 하고 있음을 인용하기도 한다.³³⁷⁾ 또 다른 견해는 범위반 사업자의 자산규모를 고려하여 부과되는 벌금제도의 도입을 고려해볼 것을 제안한다.³³⁸⁾ 공정거래법 위반 사업자에게 금전의 지불을 명하는 것은 위반행위를 억제하기 위한 것인데 현행 공정거래법에 의하여 부과되는 형사벌금액은 범위반 사업자의 능력에 비하여 너무 적은 액수라서 억제효과가 없다는 점을 근거로 한다.³³⁹⁾ 법인 등 사업자와 그 종업원 등과의 현저한 경제력의 차이를 고려할 때 법인과 종업원 등에 대한 벌금형의 상한을 동일하게 규정하고 있는 현행법의 태도는 신중하게 재검토되어야 한다는 주장도 있다.³⁴⁰⁾

부당한 공동행위가 어느 한 개인의 행위가 아니라 당해 사업자의 행위에 해당한다는 지적이나, 그 위반행위로 인한 경제적 효과가 자연인인 행위자가 아니라 법인인 사업자에게 귀속된다는 지적은 물론 타당하다. 나아가 현재 공정거래법의 양벌규정이 정하고 있는 벌금의 상한액이 위반행위가 가지는 중대성에 비추어 지나치게 낮다는 주장에 대하여서도 원칙적으로는 그 타당성을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 현재 공정거래법이 사업자를 처벌하기 위하여 독립적 모델이 아니라 종속적 모델을 택하고 있음을 고려한다면, 종속적 모델을 그대로 유지하는 한에 있어서는, 위 주장에서 예시한 바와 같은 정도로 벌금의 상한액을 높이거나 사업자의 자산규모를 고려하여 벌금액을 산정하는 방법 등을 채택하는 것은 적절하지 않다고 보아야 할 것이다. 사업자에 대하여 보다 무거운 벌금을 부과하여야 한다는 주장은 사업자가 스스로 부당한 공동행위를 행하였고 그에 대한 법적 효과도 사업자에게 귀속되므로 사업자에게 그러한 행위의 불법성에 상응하는 형벌이 부과되어야 한다는 점을 전제로 하지만, 공정거래법의 양벌규정

336) 이천현/이승현, 공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구, 공정거래위원회, 2006, 101면 이하.

337) 이천현/이승현, 공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구, 102면.

338) 김두진 “공정거래위원회의 제재 내용의 방향성에 관한 연구 - 시정명령을 중심으로 -”, 경쟁법 연구 제21권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2010.5, 287면.

339) 김두진 앞의 글, 290면.

340) 김학의, “독점규제법 위반과 형사적 제재”, 공정거래법강의Ⅲ(권오승 편), 법문사, 2000, 656면.

은 사업자에게 벌금을 부과하는 근거를 사업자가 스스로 부당한 공동행위를 행하였다는 데에서가 아니라 사업자가 위법행위를 행한 개인에 대하여 충분히 감독을 행하지 아니하였다는 데에서 찾고 있기 때문이다.³⁴¹⁾

공정거래법 제70조의 양벌규정의 취지가 사업자에게 감독의무 미이행에 대한 책임을 묻는 데에 있다면, 부과되는 벌금의 상한은 감독의무의 이행을 담보하기 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다고 보아야 할 것이다. 우리 헌법이 규정하는 과잉금지의 원칙에 비추어 형벌의 부과는 목적 달성을 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서만 허용된다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 공정거래법의 양벌규정에 정해져 있는 부과 가능한 벌금의 한도를 위반행위의 중대성에 상응하는 정도로 높이는 것은 사업자 처벌을 종속적 모델에 의하도록 하는 양벌규정 형식을 그대로 유지하는 한에 있어서는 가능하지 않다고 보아야 할 것이다. 양벌규정에 의하여 당해 법인을 처벌하는 현재의 처벌형식을 유지하는 한에 있어서는 어느 정도로 벌금의 상한을 높여야 하는가의 문제는 “어느 정도의 벌금을 부과할 때 당해 위반행위가 행하여지는 것을 효과적으로 억제할 수 있을 것인가?”에 의하여서가 아니라, “어느 정도의 벌금을 부과할 때 사업자로 하여금 감독의무를 충실히 이행하도록 할 수 있을 것인가?”에 의하여 판단되어야만 하는 것이다. 이와 같은 사정을 고려한다면 사업자에 대하여 부과될 수 있는 벌금의 상한액을 높이려고 하는 경우 우선적으로 당해 사업자에 대하여 자기책임을 인정할 수 있는 근거가 마련되어야 할 것이다.

나. 과징금 제도의 정비

공정거래법은 부당한 공동행위가 있는 경우 공정거래위원회가 사업자에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 부당한 공동행위가 있고 그에 대한 공소제기가 있는 경우 법원은 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의

341) 이러한 논리는 위반행위의 주체가 대표이사인 경우에도 마찬가지로 적용된다. 설령 대표이사가 사실상 사업자의 업무집행 전반을 독자적으로 결정하고 집행한다고 하여도, 공정거래법이 개인과 사업자를 구별하고 사업자에게 대하여서는 주의감독의무 위반에 대한 책임만을 묻도록 하고 있는 이상 사업자에게 자기책임으로서의 책임을 부담시킬 수는 없기 때문이다.

벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있다. 과징금 부과처분은 행정처분이고, 징역이나 벌금은 형벌이어서 제도적으로 양자가 병과되는 것도 물론 가능하다.

이와 관련하여서는 과징금과 형벌을 동시에 부과하는 경우 이것이 이중처벌금지의 원칙에 반하지는 아니하는지가 논의되고 있다. 일부 견해는 과징금이 부당이득 환수장치로서의 의미를 갖는 동시에 법률위반행위에 대한 행정제재벌로서의 성격을 갖고 있으므로 과징금과 벌금을 동시에 부과하는 경우에는 실질적으로 동일한 위반행위에 대하여 이중처벌을 하는 결과가 된다고 지적하고 있다.³⁴²⁾ 이 견해는 양자를 병과하는 경우에는 벌금액의 일정 부분을 과징금으로부터 공제해주는 방식을 채택할 것을 제안한다.

그러나 현재 공정거래법의 규정형식에 비추어 본다면 사업자에 대하여 과징금과 벌금을 동시에 부과하여도 이것이 이중처벌금지의 원칙에 반한다고는 볼 수 없을 것이다. 과징금은 사업자에 대하여 법률이 금지한 부당한 공동행위를 행하였고(행정제재수단으로서의 기능) 그로 인하여 부당하게 이익을 얻었음을 이유로 하여 부과되는 것임에 반하여(부당이득환수 기능), 양벌규정에 의하여 벌금을 부과하는 것은 당해 사업자가 주의의무 내지 감독의무를 성실히 이행하지 못하여 개인이 부당한 공동행위라는 법률이 금지한 행위를 행하는 것을 방지하지 못하였다는 데에 대하여 비난을 가하는 것에 해당하기 때문이다.

하나의 위반행위에 대하여 벌금과 과징금을 동시에 부과하는 것이 이중처벌금지의 원칙에 반하지 아니하는가의 문제는 사업자의 형사책임을 자기책임의 형태로 규정하는 경우에 비로소 등장하게 될 것이다. 입법론적으로는 부당한 공동행위가 행하여지는 경우 곧바로 사업자에게 자기책임으로서의 형벌을 부과할 수 있도록 하면서 부과 가능한 벌금의 상한액을 높게 정한 후, 과징금을 순수하게 부당이득의 환수장치로서 기능하도록 하는 것이 보다 바람직할 것으로 생각된다.

342) 이천현/이승현, 공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구, 102면 이하 등.

4. 입법론적 검토

가. 형벌부과에 있어서 사업자의 자기책임의 인정 가능성

이미 살펴본 바와 같이 공정거래법은 사업자에 대하여 과징금 등 행정제재를 부과함에 있어서는 독립적 모델을 채택하면서도 형벌을 부과함에 있어서는 종속적 모델을 채택하고 있다. 그런데 행정제재처분과 형벌이 실질적으로는 동일한 위반행위를 근거로 하여 부과되는 것이라는 점을 고려한다면 이와 같이 하나의 행위에 대하여 제재를 가함에 있어서 제재수단이 행정처분의 성격을 갖는가 아니면 형벌의 성격을 갖는가에 따라 서로 다른 모델을 적용하는 것이 적절한가에 대하여서는 의문이 제기될 수도 있을 것이다. 오늘날 형벌과 행정제재 처분 사이에 본질적 차이가 있는 것은 아니라고 보는 시각이 널리 받아들여지고 있음을 고려한다면 어떠한 제재를 부과하는가에 따라 법률의 구조가 달라져야 한다는 주장이 지지를 얻기는 힘들 것으로 생각한다.

사업자를 처벌함에 있어서 어떠한 모델을 사용하는 것이 적절한가의 문제는 부과되는 제재가 행정처분의 성격을 가지는가 아니면 형벌의 성격을 가지는가에 의하여서가 아니라, 어떠한 목적을 달성하기 위하여 제재를 가하는가에 의하여 판단하는 것이 타당할 것이다. 과징금이나 벌금 등이 사업자가 위반행위로 인하여 부당한 이익을 얻었음을 이유로 하여 이를 환수하기 위하여 부과되는 것이라면, 이때에는 독립적 모델을 채택하는 것이 보다 더 적합할 것이다. 부당하게 취득한 이익을 환수할 필요성은 실제 위반행위를 수행한 개인의 처벌가능성과 무관하게 당해 사업자가 부당이익을 얻은 경우 언제나 인정되는 것이기 때문이다. 따라서 공정거래법이 과징금을 부과함에 있어서 당해 사업자에게 독립모델에 따라 자기책임을 묻는 것은 적절한 입법례에 해당하는 것으로 평가할 수 있을 것이다.

그리고 벌금 등을 부과하는 목적이 동일한 유형의 행위가 재발하는 것을 방지하는 데에 있다면, 특히 부당한 공동행위의 경우에는 독립모델에 따라 직접 사업자를 처벌하는 것이 적절할 것으로 생각된다. 개인이 자신의 이익을 위하여 공정거래법 제19조 제1항의 부당한 공동행위의 합의를 행하는 경우는 드물 것이

며, 개인은 - 직접 합의행위를 행할 수 없는 사업자를 대신하여 - 부당한 공동행위의 합의를 수행하는 역할을 담당하는 데에 그치는 경우가 대부분일 것이기 때문이다.³⁴³⁾

이와 같이 본다면 공정거래법이 사업자에게 형벌을 부과함에 있어서 자기책임이 아니라 감독책임을 부담하도록 하고 있는 것은 합목적적이지 않은 입법에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 공정거래법이 사업자에게 형벌을 부과함에 있어서 종속모델을 채택하고 있는 것이 법인의 범죄능력을 부인하는 우리 형사법의 태도에 비추어 불가피한 것이라는 점을 고려한다면, 공정거래법에 독립모델에 입각한 사업자 처벌규정을 마련하기 위하여서는 법인의 범죄능력을 부인하는 형사법의 원칙의 변화가 선행되어야만 할 것이다.

공정거래법에 사업자의 자기책임을 인정하는 형벌규정이 도입된다면 이것은 제19조 제5항의 합의추정 규정과 결합하여 당해 사업자에 대하여 부당한 공동행위를 행하지 아니하도록 하는 보다 강력한 위하력을 발휘할 것으로 예상된다.

나. 자기책임을 인정에 따른 새로운 유형의 처벌방법의 도입 필요성

사업자의 자기책임으로서의 형사책임을 인정하는 경우에는 사업자에 대하여 어떠한 형벌을 부과하는 것이 법익보호라는 측면에서 보았을 때 합목적적인가를 추가로 검토해 보아야 한다. 널리 알려진 바와 같이 벌금은 사업자에 대하여 의무행위를 강제하는 데에 효과적이지 못하다. 사업자가 벌금을 일종의 비용으로 간주하는 경우 벌금의 위하적 효과가 발생하기 힘들 것이기 때문이다. 물론 부과되는 벌금의 상한을 대폭 인상함으로써 이러한 문제를 해결할 수도 있을 것이다. 그러나 벌금이나 자유형과 같은 종래 사용되어 왔던 형벌이 행위자가 자연인임을 전제로 하여 마련된 것임을 고려한다면, 법인에 대하여 자기책임으로서의 형사책임을 인정하는 경우에는 법인에 대하여 사용될 수 있는 적절한 수단이

343) 사업자의 구성원이 자신의 이익을 위하여 자신의 지위를 이용하여 위법행위를 행하는 경우에는 독립모델에 따라 사업자를 처벌하여도 예방적 효과가 발생할 것으로 기대할 수 없다. 이러한 경우에는 사업자(법인)는 감독의무를 충분히 이행함으로써 단지 간접적으로만 구성원이 그러한 행위로 나아가는 것을 방지할 수 있을 뿐이기 때문이다.

무엇인지를 새롭게 논의해보는 것이 바람직할 것이다.

기업을 형사처벌함에 있어서 어떠한 수단을 사용하여야 하는가에 대하여서는 이미 많은 논의가 이루어지고 있다.³⁴⁴⁾ 그러나 특히 공정거래법 위반에 대하여 사업자의 독자적인 형사책임을 인정함에 있어서 어떠한 수단을 이용할 것인가에 관하여서는 이미 공정거래위원회의 지침에 상세한 관련 규정이 마련되어 있어서 이를 참고로 할 수 있을 것으로 생각된다. 공정거래위원회의 시정조치운영지침에는 부당한 공동행위에 대하여 시정조치가 부과된 경우 그 이행의 실효성을 확보하고 위반행위의 재발을 효과적으로 방지하기 위하여 주된 명령에 부가하여 명하는 시정조치로서 보조적 명령을 내릴 수 있도록 하고 있다. 예컨대 시정명령을 받은 사실의 통지명령 내지 교부명령, 시정명령 이행결과의 보고명령, 법위반행위 재발 방지를 위한 교육실시명령, 이행확인기구의 점검활동에 대한 보장명령, 관련자료 보관명령 등이 보조적 명령으로 부과할 수 있는 명령에 해당한다(시정조치운영지침, II.2.(3)).

이들 중에서 특히 법위반행위 재발 방지를 위한 교육실시명령, 이행확인기구의 점검활동에 대한 보장명령 등은 당해 위반행위의 재발방지를 위하여 부과되는 것으로, 기존의 형사법적 수단과는 전혀 다르지만 사업자에 대하여 자기책임으로서의 형사책임을 인정하는 경우 부과할 수 있는 새로운 형벌수단으로서 고려될 수 있을 것이다.

제4절 공정거래위원회의 전속고발권

1. 사업자에 대한 전속고발권 인정여부의 명확화 필요성

공정거래법이 법률위반행위에 대한 형사처벌과 관련하여 공정거래위원회에 전속고발권을 부여하고 있는 것이 입법론적, 해석론적으로 타당한가와 관련하여서는 다음과 같은 부분이 논의될 수 있을 것이다.

344) 기업에 대한 제재수단 일반에 대하여서는 이정민, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II) : 기업범죄에 대한 새로운 제재 도입방안 연구, 한국형사정책연구원, 2010을 참조할 것.

첫 번째는 제70조에 의하여 양벌규정을 적용하여 사업자를 형사처벌하기 위하여서도 공정거래위원회의 고발이 있어야만 하는가의 여부이다. 현실에서는 공정거래위원회가 위법행위를 행한 개인에 대하여서만이 아니라 당해 사업자에 대하여서도 전속고발권을 보유하고 있다는 데에 대하여 별다른 이의가 제기되고 있지 아니한 것으로 보인다. 예컨대 공정거래위원회가 사업자를 고발하지 아니하여 검찰이 사업자를 공정거래법 위반죄로 형사처벌할 수 없게 되자 피해자들이 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 부여한 공정거래법 제71조가 자신들의 기본권을 침해하였다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 사건에서도 사업자 처벌을 위하여서는 공정거래위원회의 고발이 반드시 필요하다는 데에 대하여서는 아무런 이의가 제기되지 아니하고 있다.³⁴⁵⁾ 그러나 공정거래법 제70조 내지 제71조의 명문의 규정에 비추어 본다면 과연 공정거래위원회가 제70조에 의한 사업자 처벌과 관련하여서도 전속고발권을 갖고 있다고 보아야 하는지는 의문이다.

공정거래법은 제66조, 제67조, 제68조, 제69조에서 형벌규정을 마련해 놓고 있으나, 제71조는 제66조 및 제67조의 죄에 대하여서만 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 부여하고 있다. 따라서 명문의 규정에 의한다면 제70조의 양벌규정에 의한 사업자 처벌과 관련하여서는 공정거래위원회의 고발이 없어도 공소제기가 가능하다고 볼 여지가 있다. 제70조가 사업자를 처벌함에 있어서 개인이 “제66조부터 제68조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위”를 행하였을 것을 요구하고 있을 뿐, 그로 인하여 개인이 실제로 공소제기가 되거나 형사처벌을 받아야 함을 명시하고 있지 아니하다는 점을 고려할 때에도 공정거래위원회의 전속고발권이 제70조의 양벌규정에는 적용되지 않는다고 보아야 한다는 주장이 설득력을 얻을 수 있을 것이다. 고발은 위반행위 성립 여부, 즉 실제법상 범죄성립 여부와 무관하며 단지 적법한 공소제기가 있기 위한 소송법적인 조건에 불과하기 때문이다. 대다수의 경쟁법 문헌에서는 제71조를 근거로 하여 공정거래위원회가 모든 공정거래법 위반사건에 대하여 전속고발권을 보유하고 있는 것처럼 설명하고 있으나, 이는 명문의 규정에 반하는 것이다.

345) 헌법재판소 1995.7.21. 선고 94헌마191 결정. 이 사건이 발생하였던 1994. 7. 5. 현재 공정거래법의 처벌규정 및 전속고발권 관련 규정은 현재와 거의 동일하다.

실질적인 측면에서 볼 때에도 제71조의 양벌규정에 의하여 사업자(법인)를 형사처벌하는 이유가 당해 사업자가 부당한 공동행위를 행하였다는 데에 있는 것이 아니라, 개인이 부당한 공동행위의 합의를 수행하지 아니하도록 적절히 관리감독할 의무를 오히려 이행하지 아니하였다는 데에 있는 것이라면, 굳이 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 인정해주어야 할 이유는 없다고 보아야 할 것이다. 사업자(법인)가 구성원인 개인에 대한 감독의무 내지 주의의무를 오히려 이행하지 아니한 데에 대하여 형벌을 부과할 것인가의 문제는 올바른 경제질서의 확립과 무관한 문제여서 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 인정할 필요가 없기 때문이다.

다만 이에 대하여서는, 제71조의 취지가 “독립적으로 구성된 공정거래위원회로 하여금 거래행위의 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있는 법집행기관으로서 상세한 시장분석을 통하여 위반행위의 경중을 판단하고 그때그때의 시장경제상황의 실상에 따라 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로 이를 규제함이 상당할 것인지 아니면 더 나아가 형벌까지 적용하여야 할 것인지를 여부를 결정하도록 함으로써 공정거래법의 목적을 달성”하는 데에 있다면 제70조에 대하여서도 당연히 공정거래위원회에 대하여 전속고발권이 인정되는 것으로 보아야 한다고 주장할 수도 있을 것이다.³⁴⁶⁾ 그러나 법률의 취지 내지 입법목적이 실정법의 명문의 규정보다 더 강한 규범력을 가질 수는 없다는 점을 고려한다면 이러한 주장을 받아들일 수는 없을 것이다. 게다가 공정거래법 제71조가 전속고발권이 인정되는 범죄유형으로서 제68조나 제69조를 열거하고 있지 않음을 고려하여 이러한 범죄에 대하여서는 공정거래위원회의 전속고발권이 인정되지 않는다고 본다면, 마찬가지로 제71조에 열거되지 아니하였음에도 불구하고 굳이 제70조에 대하여서는 전속고발권이 인정된다고 보는 것은 부당하다고 할 것이다.

만일 공정거래위원회의 전속고발권이 위반행위를 행한 개인에 대하여서만 인정되고 사업자를 양벌규정에 의하여 처벌함에 있어서는 인정되지 아니한다고 본다면 공정거래법이 중속모델에 따라 사업자를 형사처벌하고 있는 취지에 반하는 결과가 발생한다는 비판도 제기될 수 있을 것이다. 그러나 양벌규정이 의도하는

346) 인용부분은 헌법재판소 1995.7.21. 선고 94헌마136 결정 참조

바는 법인인 사업자의 형사책임은 개인의 행위가 범죄행위에 해당하는 것을 전제로 하여서만 인정하겠다는 것일 뿐, 반드시 현실적으로 개인이 형사처벌을 받을 것을 요구하지는 않는 것이라고 본다면 이와 같은 주장은 설득력을 가질 수 없을 것이다.

위와 같은 해석상의 문제가 발생하는 것은 공정거래법 제71조가 그 적용범위와 관련하여 제70조를 포함시키지 아니하였다는 사실에 기인하는 것이다. 따라서 위와 같은 해석론적 문제를 제거하고자 한다면 제71조를 개정하는 작업이 필요할 것이다.

자유로운 시장질서 보호를 위하여서는 사경제주체의 활동에 대한 국가의 간섭을 최소화하여야 하고, 이를 위하여서는 공정거래위원회에 사업자의 위반행위에 대한 전속고발권을 부여해야 한다는 형태의 논거가 설득력을 가질 수 있으려면 공정거래법이 사업자에 대하여 자기책임으로서의 형사책임을 인정하여야만 한다. 그러나 현행 공정거래법이 사업자에 대하여 주의의무 위반을 근거로 하여 형사책임을 묻고 있음을 고려한다면 이러한 논거는 통용되기 힘든 것이다. 후술하는 바와 같이 사업자에게 자기책임으로서의 형사책임을 인정하게 된다면, 그때 비로소 공정거래위원회에 대하여 사업자의 위반행위에 대한 전속고발권을 부여하여야 하는가의 논의가 본격적으로 진행될 수 있을 것이다.

2. 개인에 대한 전속고발권의 인정 필요성 여부의 검토

두 번째로 검토하여야 하는 부분은 공정거래위원회가 법률위반행위를 행한 개인에 대하여서까지 전속고발권을 갖는 것이 입법론적으로 타당한가에 대한 부분이다. 이와 관련하여서는 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 인정하는 것이 형사처벌 여부에 관하여 행정적 집행기관인 공정거래위원회의 전문적 판단을 존중하겠다는 취지라면, 공정거래위원회에게 집행권한이 부여되지 아니한 행위자 개인에 대하여서까지 형사처벌 여부를 공정거래위원회가 판단하도록 할 근거는 없다는 주장도 제기되고 있다.³⁴⁷⁾

347) 홍대식, “카르텔 규제의 형사적 집행”, 200면.

공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 부여한 취지가 원칙적으로 사적 자치가 인정되는 시장활동에 국가가 공형벌권을 행사하여 개입하는 것을 가능한 한 억제하는 데에 있다면 공정거래위원회의 전속고발권은 부당한 공동행위를 행하는 주체인 당해 사업자에 대하여서만 인정되는 것이 타당할 것이다. 개인이 부당한 공동행위의 합의를 하였다고 하여도 사업자가 합의에 상응하는 후속조치를 행하지 아니한다면 개인이 단독으로 자유로운 시장질서를 교란하는 것은 불가능하다. 따라서 합의를 수행한 개인을 고발하거나 고발하지 않는다고 하여 그것만으로 자유로운 시장질서가 보장된다거나 침해된다고 말할 수는 없다. 그렇다면 직접 법률위반행위를 수행한 개인에 대하여서는 공정거래위원회의 전속고발권을 부인하는 것이 타당할 것이다.

3. 공정거래위원회 전속고발권의 제한

세 번째로 검토하여야 하는 것은 공정거래위원회의 전속고발권을 제한하는 제71조 제2항과 제3항의 실효성과 관련된 부분이다. 공정거래법은 법률위반행위에 대하여 공정거래위원회의 고발 없이는 공소제기를 할 수 없도록 함으로써 공정거래위원회에 대하여 전속적인 고발권을 부여함과 동시에, 고발을 소송조건으로 하도록 함으로써 고발에 대하여 친고죄의 고소와 동일한 효력을 부여하고 있다. 다만 공정거래위원회의 고소재량을 제한하기 위하여 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다고 규정하고(제71조 제2항), 검찰총장이 이러한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있도록 하고 있다(제71조 제3항).

형사소송법은 누구나 범죄를 고발할 수 있으며(형사소송법 제234조), 범죄의 피해자는 고소를 할 수 있다고 규정한다(형사소송법 제223조). 즉 범죄에 대하여 직접적인 이해관계를 갖지 아니한 일반인에게는 고발권을 부여하고, 범죄에 대하여 직접적인 이해관계가 있는 자에 대하여서는 고소권을 부여하고 있는 것이다. 공정거래법 위반행위에 대하여서도 이러한 일반원칙을 적용한다면 이해관계 없는 일반인은 누구나 고발할 수 있으며, 피해자는 고소할 수 있다고 보아야

한다. 그러나 공정거래법은 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 인정함으로써 일반인에 대하여 고발권을, 그리고 피해자에 대하여서는 고소권을 박탈하고 있다.

독과점 사업자가 그의 시장지배적 지위를 남용하는 것을 방지하면서도 이와 동시에 사경제주체의 경제활동에 대한 국가의 개입을 최소화한다는 측면에서는 공정거래위원회에 전속고발권을 인정하는 것에 대하여 어느 정도는 그 정당성을 인정할 수 있을 것이다.³⁴⁸⁾ 그러나 공정거래법이 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 인정한 것이 형사소송법상 인정된 고소, 고발에 대한 원칙의 예외에 해당한다는 점을 고려한다면, 전속고발권을 무제한적으로 인정하는 것은 적절하지 않다고 볼 여지가 많다. 특히 공정거래법 제71조 제2항에서 규정하는 것처럼 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 행위가 행하여진 경우에도 공정거래위원회에 대하여 전속고발권을 인정하는 것이 타당한가에 대하여서는 의문이 제기될 수 있을 것이다. 물론 이러한 경우 공정거래법은 공정거래위원회에 대하여 고발의무를 부여하고 있으나, 실제로 공정거래위원회가 고발권을 행사하지 아니한 경우 이를 통제할 적절한 방법이 없다는 점에서 이 규정이 어느 정도 실효성을 가질 수 있는지에 대하여서는 의문이 제기될 수밖에 없을 것이다.

제71조 제2항의 취지를 살리고자 한다면 중대한 법률위반에 해당하고 경쟁질서를 현저히 저해하는 행위에 대하여서는 전속고발권을 인정하지 아니하는 형태로 법률을 개정하는 것이 타당할 것이다. 이를 실현하기 위하여서는 예컨대 중대한 위반행위에 대하여서는 적어도 공정거래위원회에 고발권을 부여하는 동시에 피해자에 대하여서도 고소 내지 고발을 할 수 있는 권한을 부여하고, 어느 하나가 충족되면 기소가 가능하도록 하는 방안도 생각해볼 수 있을 것이다. 이외에도 고발의무가 인정되는 경우를 열거하는 것도 고려가능한 대안에 해당할 것이다. 경성 공동행위에 해당하는 경우 고발의무를 인정하는 것이 그러한 예에 해당한다.

348) 공정거래위원회에 전속고발권을 부여하는 것이 적절한가 내지 합헌인가에 대한 논의는 김학의, “독점규제법 위반과 형사적 제재”, 646면 이하 참조

제5절 자진신고자 감면제도의 보완

우리나라는 1996년 공정거래법을 개정하면서 담합행위에 참여한 사업자가 공정거래위원회의 조사 개시 전에 담합행위 사실을 자진 신고하거나 조사 개시 후에 담합행위에 대한 조사에 협조하는 경우 시정조치 및 과징금을 감면해 줄 수 있도록 하는 ‘자진신고자 감면제도(Leniency Program)’를 도입하였다.³⁴⁹⁾ 이는 은밀하게 행해지는 사업자간의 담합행위의 적발과 조사의 어려움을 극복하고, 사업자간의 담합행위의 근절과 중단을 유인하기 위하여 미국, EU 등에서 행하고 있는 프로그램을 도입한 것이다. 공정거래위원회는 자진신고자 감면제도의 세부 처리 절차를 위해 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」를 제정하여 시행하고 있다.

1. 자진신고자 감면제도의 운용의 개선

우리나라의 담합행위에 대한 과징금 부과비율은 전체 공정거래법 위반행위에 대한 과징금의 66.6%로 절반 이상을 차지하고 있다. 이는 공정거래위원회가 담합행위의 규제에 과징금 부과를 매우 적극적으로 활용하고 있다고 볼 수 있다. 그런데 공정거래위원회는 1999년부터 2011년 8월까지 담합행위에 대하여 2조759억원의 과징금을 부과했으나 자진신고감면을 적용해 실제 받아낸 과징금은 1조 3063억원(62.9%)에 불과하다. 즉 자진신고자 감면제도를 통하여 감면된 과징금 액이 최초 부과된 과징금의 37%로 그 비율이 매우 크다고 할 수 있다.

담합행위에 대한 과징금의 부과는 부당이득 환수와 일종의 제재의 성격을 모두 가지는 것이다. 그러나 현재 자진신고자 감면제도를 적용해 부과되는 과징금은 부당이득 환수의 목적과 제재의 성격을 모두 만족시키지 못하고 있다. 뿐만

349) (구) 독점규제및공정거래에관한법률(법률 제5235호, 1996.12.30, 일부개정, 시행 1997. 4. 1] 제22조의2 (신고자에 대한 면책) ① 부당한 공동행위를 한 사업자가 그 사실을 공정거래위원회에 신고한 경우에는 당해 신고자에 대하여는 제21조(시정조치)의 규정에 의한 시정조치, 제22조(과징금)의 규정에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 신고자에 대한 감경 또는 면제의 기준·정도에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

아니라 사업자가 담합이라는 위법행위를 통해 부당이득을 취하였음에도 불구하고 자진신고를 하였다는 이유만으로 과징금의 100%까지 감면받는다는 것은 문제라고 할 수 있다. 특히 2005년 이후 담합행위 사건에 있어서 자진신고를 통한 과징금 감면액의 비중이 매우 높아져, 2011년 8월에는 90.4%에 이르고 있다. 즉 담합행위를 한 기업들이 실질적으로 자진신고 감면제도를 통해 과징금이라는 행정제재를 면제받고 있다고 할 수 있다. 기업들에 의해 은밀하게 행해지는 담합행위를 적발하기 위해서 자진신고자 감면제도는 불가피하다고 하겠으나, 현행과 같은 자진신고자 감면제도의 운용에 있어서 그 적용비율과 감면비율에 대한 재검토가 필요하다.

2. 형사고발 · 형사제재 면제규정의 정비

공정거래법에서는 담합행위 자진신고자에 대하여 시정조치 또는 과징금을 감면할 수 있도록 하는 규정은 두고 있으나(법 제22조의2 제1항), 형사고발까지 면제하는 규정은 두고 있지 않다. 그러나 현재 공정거래위원회는 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」에 의하여 자진신고자에게 시정조치 또는 과징금의 감면에 더하여 형사고발까지 면제하고 있다(고시 제20조).³⁵⁰⁾ 그런데, 공정거래위원회가 전속고발권을 갖고 가지고 있는 상황에서, 공정거래위원회가 담합행위를 한 기업에 대한 형사고발을 면제하면 해당 기업은 당연히 형사제재까지도 면제받는 결과가 된다. 이는 공정거래위원회가 법률이 아닌 고시에 근거해서 담합행위를 한 기업에 대하여 형사고발 및 형사제재까지 면제하고 있는 것이다. 원래 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」는 자진신고자 또는 조사협조자에 대한 감면제도의 세부 처리절차 등을 규정하고, 이와 관련된 범위 내에서 시정조치 또는 과징금 감면기준을 정함을 목적으로 규정된 것이다(고시 제1조). 그런데 공정거래위원회는 이러한 고시에 의해 담합행위를 한 기업에 대하여 형사고발을 면제하여 실질

350) 고시 제20조(고발여부)위원회는 이 고시에 의한 지위확인을 받은 사업자에 대해서는 검찰에 고발하지 아니한다. 다만, 당해 공동행위가 법 제71조(고발) 제2항에 해당하거나 동 제3항에 의하여 검찰총장이 위원회에 고발 요청을 한 경우에는 그러하지 아니하다.

적으로 형사제재까지 면제하고 있는 것이다. 그러나 이러한 감면제도의 운용은 법률에 규정된 전속고발제도의 취지에 어긋날 뿐만 아니라, 명확성의 원칙과 평등원칙에도 반할 우려가 있다. 따라서 이러한 형사고발 면제에 관한 사항은 법률에 규정하는 것이 바람직하다.³⁵¹⁾

3. 담합 주도자의 감면배제

현행 공정거래법은 담합행위 자진신고자에 대하여 그 신고순위에 따라 시정조치 또는 과징금을 감면해 줄 수 있도록 하고 있다. 그러나, 앞서 담합행위의 현황에서도 살펴본 바와 같이 담합은 주로 대기업에 의해서 주도적으로 이루어지고 있다. 다시 말하면 담합을 주도한 사업자들은 대개 관련시장에서 상당한 지배력을 가지고 절대적인 영향력을 행사하는 경우가 대부분이다. 따라서 이들에 의해 담합이 주도되었을 경우 다른 사업자들은 담합을 주도한 사업자들과의 관계, 압력 등이 두려워 마지못해 담합에 가담하거나 담합에서 이탈하지 못하는 경우가 많다. 그런데, 담합이 이루어진 후에 담합을 주도한 대기업이 담합의 수사가 시작될 것을 미리 알고, 공정거래위원회에 자신이 주도한 담합행위를 1순위로 자진신고 한 경우에는 과징금의 100%, 2순위로 자진신고 한 경우에는 과징금의 50%를 면제받게 된다(시행령 제35조). 즉 담합을 주도한 사업자가 시장지배력을 이용하여 위법행위인 담합을 주도했음에도 불구하고, 이를 먼저 신고했다는 이유만으로 과징금의 전부를 면제받게 되는데, 이는 매우 부당하다고 할 수 있다. 따라서 담합을 강요한 사업자와 마찬가지로 담합을 주도한 사업자에 대한 감면을 배제하거나 감면의 비율을 낮추는 규정을 둘 필요가 있다.³⁵²⁾

351) 황태희, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 카르텔 자진신고자 감면제도의 법적 검토”, 190-191면.

352) 1997년에는 담합을 강요한 사업자와 마찬가지로 주도한 사업자에 대하여 자진신고자 감면의 혜택을 배제하였었다((구)독점규제및공정거래에관한법률시행령(대통령령 제15328호, 제35조 제3호). 그러나 2007년에는 담합을 강요한 사업자에 대해서만 자진신고자 감면의 혜택을 배제하는 것으로 개정되었고((구)독점규제및공정거래에관한법률시행령(대통령령 제20360호, 제35조 제1항 제5호), 현재도 담합을 강요한 사업자에 대해서만 자진신고자 감면의 혜택을 배제할 수 있도록 하고 있다(고시 제12조 제2항 제4호).

4. 행위자 감면규정의 신설

우리 공정거래법은 담합을 한 사업자가 담합행위를 자진신고한 경우에 시정조치 또는 과징금에 대한 감면을 하고 있다. 이와 달리 담합행위를 실제로 행한 개인에 대해서는 그러한 감면규정을 두고 있지 않다. 다만 전속고발권을 갖고 있는 공정거래위원회는 사업자와 그 임직원에 대하여 형사고발을 자제함으로써 사실상 개인에 대하여 형사제재를 면하도록 실무상 운용하고 있다. 그러나 이는 법적인 근거가 없는 것으로, 미국의 입법례와 같이 개인에 대한 감면제도를 법률에 명확히 규정하고, 그 규정에 근거해서 개인에 대한 감면제도를 운영하는 것이 담합을 규제하는데 더욱 효과적이고 바람직할 것이다.³⁵³⁾

353) 황철규, “카르텔에 대한 공적 집행의 개선방안 연구”, 한양대 대학원 박사학위논문, 2009, 123면 이하.

제6장 결론

권 수 진

본 연구에서는 자유시장 경제질서를 훼손하고, 국민경제에 큰 피해를 입히는 담합행위에 대한 형사법적 대응방안을 모색하고자 하였다. 이를 위해 우선 담합행위에 대한 형사제재의 필요성을 검토하고, 담합의 성립요건 및 그에 대한 제재, 그리고 우리나라 담합행위의 현황에 대하여 살펴보았다. 또한 바람직한 형사법적 대응방안을 마련하고자 외국의 입법례의 비교법적 검토를 통하여 그 시사점을 도출하고, 이를 바탕으로 우리나라의 담합행위에 대한 바람직한 형사법적 대응방안을 제시하였다.

사적 자치에 입각하여 이루어지고 있는 기업활동을 형사법적인 수단을 이용하여 규제하는 것이 과연 적절한가를 검토함에 있어서는 다음과 같은 두 가지의 질문이 제기된다. 첫 번째는 사적 경제주체의 활동을 국가가 개입하여 조정하거나 규제하는 것이 정당한가이며, 두 번째는 국가가 여타 다른 수단에 의하여 이를 규제할 수 있음에도 불구하고 형사법적인 수단을 사용할 필요성이 인정되는가이다.

시장에 대한 국가의 개입이 정당하다는 데에 대하여서는 오늘날 별다른 이의가 제기되지 않고 있으며, 우리 헌법도 제119조 제2항에서 국가에 대하여 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지할 의무를 부과하고 있다. 그러나 국가가 사적 주체의 경제활동을 형사법적인 수단으로 규제하는 것이 타당한가에 대하여서는 국가에 따라 서로 다른 입장을 택하고 있으며, 현재 우리나라의 실무에서는 상

당히 소극적인 입장을 채택하고 있는 것으로 보인다. 그것은 사적인 경제활동에 대하여 국가가 적극적으로 개입하여 형벌을 부과하는 경우 “관계자나 관계기업은 기업활동에 불안감을 느끼게 되고 자연히 기업활동이 위축될 우려”가 있다는 점을 고려한 때문인 것으로 보인다.³⁵⁴⁾

그러나 올바른 경제질서의 확립을 위하여 형사법적 수단을 사용함에 있어서 이러한 우려를 할 필요는 없을 것으로 보인다. 이러한 목적으로 이루어지는 국가의 형벌권 행사는 모든 시장참가자에 대하여 규칙을 준수할 것을 요구하는 것일 뿐 특정한 경제주체의 활동을 제한하려는 것이 아니기 때문이다. 오히려 기업들이 주어진 규칙이 준수될 것임을 신뢰하면서 경제활동을 할 수 있게 되어서 기업활동이 활발해지는 효과가 발생할 것이라고 기대할 수 있을 것이다. 나아가 우리나라에서는 이미 오래전부터 양벌규정에 의하여 법인을 형사처벌하여 왔으며, 이로 인하여 자연인만이 아니라 법인도 형사처벌의 대상이 된다는 데에 익숙해져 있다는 점을 고려한다면, 문제가 되는 것은 형사법적인 규제를 하여야 하는가의 여부가 아니라 이를 어떠한 방법으로 관철시킬 것인가의 여부인 것으로 보는 것이 타당할 것으로 생각한다.

법적인 측면에서 본다면 특히 문제가 되는 부분은 우리나라의 형사법이 경제질서 확립을 위한 수단으로 사용되기에 적합한가의 여부이다. 현재 우리나라의 형사법은, 양벌규정을 논외로 한다면, 자연인이 법익침해의 결과를 발생시키는 경우를 상정하여 형성되어 있다. 직접 법익침해를 야기한 행위자 내지 그와 공모하고 함께 법익침해행위를 수행한 자를 정범으로 보아 가장 무겁게 처벌하고, 자유형과 벌금형을 주된 형벌로 사용하도록 하고 있는 것이 이를 반증한다. 그러나 이러한 처벌방식은 기업활동으로 인하여 야기되는 법익침해에 대하여 대처하기에는 적합하지 않다. 기업활동의 일환으로 위법행위가 행하여지는 경우에는 직접 업무를 집행하는 행위자가 아니라 대표자, 임원 기타 경영진을 처벌하는 것이 보다 더 위반행위의 재발방지에 효과적일 수 있으며, 경우에 따라서는 기업 자체를 형사처벌할 필요성이 인정될 수도 있다. 나아가 위반행위가 행하여지게 된 원인이 어느 개인의 귀책사유에 있는 것이 아니라 기업 내부의 위험관리

354) 헌법재판소 1995.7.21. 선고 94헌마136 결정.

시스템의 결함에 있다면 개인이나 기업에 대하여 벌금을 부과하기 보다는 기업 내부에 적절한 시스템을 갖추도록 강제하는 것이 당해 행위의 재발을 방지하는데 보다 더 효과적일 수 있다. 오늘날 주요한 경제활동이 대부분 기업에 의하여 수행되고 있음을 고려한다면, 자연인이 행위자임을 전제로 하고 있는 우리 형사법은 아직까지는 경제질서를 확립하기 위한 수단으로 사용하기에 적합하게 형성되어 있다고 보기는 곤란할 것이다. 비교법적으로 볼 때에도 우리나라의 형사법체계는 법인을 적극적으로 형사처벌하는 미국의 입법례보다는 자연인만이 범죄행위의 주체가 될 수 있다고 보는 독일의 입법례와 더 유사한 형태를 갖고 있다.

담합행위를 형사법으로 어떻게 규율할 것인가를 검토함에 있어서도, 그것이 주로 기업인 사업자에 의하여 행하여진다는 점을 고려한다면, 기업활동에 대한 형사법적 규제가 어떻게 이루어져야 하는가의 일반적인 논의가 함께 진행되어야 할 것이다. 오늘날 기업 내지 법인의 형사처벌과 관련하여 다양한 이론적 틀과 처벌수단이 고안되고 있음을 고려한다면, 우리나라에서도 양벌규정과 벌금형에 대한 논의에서 벗어나 기업을 형사처벌하기 위하여 제시된 다양한 이론적 틀을 비교·검토하고, 이를 현실에서 사용하려는 노력을 하는 것이 바람직할 것이다.

참고문헌

- 공정거래위원회, 2010년도 통계연보, 공정거래위원회 심판관실, 2011.4.
- 공정거래위원회, 2011 공정거래백서, 공정거래위원회, 2011.7.
- 권오승 외, 독점규제법, 법문사, 2010.
- 권오승(편), 공정거래법강의Ⅱ, 법문사, 2000.
- 권오승, “독일 경쟁법의 집행체제”, 경쟁법연구 제9권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2003.4.
- 권오승, 경제법(제9판), 법문사, 2011.
- 권오승·이원우, (공정거래강의Ⅴ) 공정거래법과 규제산업, 법문사, 2007.
- 김대휘, “양벌규정의 해석”, 형사판례연구 제10권, 한국형사판례연구회, 박영사, 2002.
- 김두진, “공정거래법 위반행위에 대한 형사처벌에서 공정거래위원회의 역할 - 전속고발제도를 중심으로 -”, 경제법판례연구 제2권, 법문사, 2005.
- 김두진, “공정거래법상 부당한 공동행위 자진신고자 감면제도”, 상사판례연구 제21집 제1권, 한국상사판례학회, 2008.3.
- 김두진, “공정거래위원회의 제재 내용의 방향성에 관한 연구 - 시정명령을 중심으로 -”, 경쟁법연구 제21권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2010.5.
- 김상택·송효진·장수아·최운정, “우리나라의 주요 카르텔 사례연구, 2007-2010년 사례를 중심으로”, 경쟁법연구 제22권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2010.11.
- 김찬진, “한국 독점규제법의 제정연혁”, 경쟁법연구 제1권, 한국경쟁법학회, 법문사, 1989.
- 김학익, “독점규제법 위반과 형사적 제재”, 공정거래법강의 Ⅱ(권오승 편), 법문사, 2000.
- 김형욱, “카르텔 자진신고 감면제도에 관한 연구 - 형사적 제재의 합리적 개선

- 방안을 중심으로”, 형사법의 신동향 제21호, 대검찰청, 2009.8.
- 김호기, “커먼로 국가의 기업살인죄의 검토 - 기업 고유의 형사책임 인정을 위한 기업문화론적 접근방법”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010.
- 김호기·김택수·최준혁, 기업의 경제활동에 관한 형사법제 연구(II): 주요 국가의 기업의 형사처벌 방법에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 2010.
- 박기석, “양벌규정에 관한 판례 분석”, 강의중교수정년기념논문집, 교학연구사, 2002.
- 박도하, “3개 이동통신사의 무제한요금 상품 담합사례 분석 - 합의의 의미와 입증 정도에 대한 소고 -”, 경쟁저널 제127호, 한국공정경제연합회, 2006. 6·7.
- 박미숙, “공정거래법상 전속고발제도에 대한 소고”, 한국형사법학의 오늘: 貞穩李榮蘭教授華甲記念論文集, 2008.
- 박봉희, “공정거래법상 부당한 공동행위 관련 쟁점”, 형사법의 신동향 제13호, 대검찰청, 2008.4.
- 박순성·변동열·김유진, “공정위의 전속고발권과 검찰기소권의 범위”, 경쟁저널 제137호, 한국공정경제연합회, 2008.3.
- 박영동, “전속고발제도에 대한 소고 - 공정거래위원회가 고발하지 않은 자에 대한 기소 문제를 중심으로 -”, 경쟁법연구 제21권, 한국경제법학회, 법문사, 2010.5.
- 박익수, “공정거래법상의 전속고발제도와 고소불가분의 원칙”, 경제판례연구 제6권, 법문사, 2010.
- 박해식, “과징금의 법적 성격”, 공정거래법강의II(권오승 편), 법문사, 2000.
- 박해식, “부당한 공동행위의 추정과 실질적 경쟁제한의 의미”, 경제법판례연구 제1권, 법문사, 2004.
- 박홍우, “미국 연방양형기준제도의 실제 적용방법”, 외국의 양형제도 연구, 법원행정처, 2003.
- 서희중, “행정형벌에서의 양벌규정과 위반행위의 주체”, 대법원 판례해설 제16권, 법원행정처, 1992.

- 손동권, “이중기능적 양벌규정 - 산업안전보건법의 적용사례를 중심으로 -”, 민주 사회를위한변론 제5호, 역사비평사, 1995.12.
- 손수일, “공동행위(카르텔)의 규제와 추정조항의 문제점”, 경제법의 제문제(재판 자료 제87집), 대법원 법원행정처, 2000.7.
- 신영수, “경성 카르텔의 위법성 판단과 관련시장의 획정”, 법조 제60권 10호, 법 조협회, 2011.10.
- 신영수, “경쟁법 위반 사업자에 대한 EU집행위원회의 과징금 운용 동향”, 경쟁 저널 제153호, 한국공정경쟁연합회, 2010.11.
- 신영수, “공정거래법상 입찰담합규제의 활성화 방안에 관한 고찰 - 건설시장을 중심으로 -”, 상사법연구 제27권 제1호, 한국상사법연구, 2008.
- 신영수, “의식적 병립행위의 규제논거”, 경쟁법연구 제11권, 한국경쟁법학회, 법 문사, 2005.4.
- 신영수, 독점규제법의 변천과 발전, 독점규제법 30년, 법문사, 2010.
- 신현운, 경제법(제3판), 법문사, 2010.
- 신현운, 공정거래위원회 30년사, 공정거래위원회, 2010.11.
- 양명조, “대법원의 부당한 공동행위에 대한 이해: 2005년 판결 평석”, 경쟁법연구 제14권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2006.11.
- 양명조, “독점규제법위반 공동행위 사건에 있어서의 부당성 판단과 행위일치의 쟁점: 2009년 대법원 판결 평석”, 경쟁법연구 제21권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2010.5.
- 양명조, “부당한 공동행위 추정사건의 재조명”, 이화여자대학교 법학논집 제9권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2004.9.
- 양명조, “카르텔 추정조항의 입법적 개선방안”, 기업구조의 재편과 상사법: 박길 준교수화갑기념논문집Ⅱ, 회명박길준교수 회갑기념논문집 간행위원회, 정문사, 1998.
- 양명조, “카르텔의 규제법리와 판례분석”, (공정거래강의V)공정거래법과 규제산업, 법문사, 2007.
- 양명조, 경제법강의(제8판), 신조사, 2010.
- 윤성운·송준현, “부당한 공동행위 자진신고자 감면제도의 실무운용상 제문제”, 경쟁법연구 제20권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2009.11.

- 윤인성, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 관련 2008년 대법원 판례의 개관”,
경쟁법연구 제19권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2009.5.
- 이 황, “부당공동행위 관련 2007년 공정거래법 개정에 대한 평가와 전망 - 법
률상 추정조항을 중심으로 -”, 경제법연구 제6권 제2호, 삼성출판사,
2007.12.
- 이기수·유진희, 경제법(제8판), 세창출판사, 2009.
- 이봉의, “공정거래법상 카르텔의 부당성 판단”, 사법 제2호, 사법연구지원재단,
2007.12.
- 이봉의, “부당한 공동행위와 합의도그마의 문제점”, 경제법판례연구 제2권, 법문사,
2005.
- 이시윤, 민사소송법(제5판), 박영사, 2009.
- 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010.
- 이재상, 형법각론(제7판), 박영사, 2010.
- 이천현·이승현, 공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구, 공정거래위원회,
2006.
- 이호선, “공정거래법 제19조상의 부당공동행위심사기준에 대한 비교법적 해석보
완을 위한 연구”, 저스티스 제105호, 한국법학원, 2008.8.
- 이호영, “2008년 공동행위관련 판례의 동향”, 경쟁법연구 제19권, 한국경쟁법학
회, 법문사, 2009.5.
- 이호영, “경성카르텔, 누구를 제재하는가? : 공정거래법상 경성카르텔 제재 체계
와 관련하여”, 경쟁법연구 제15권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2007.5.
- 이호영, 독점규제법(개정판), 홍문사, 2010.
- 임영철, 공정거래법 - 해설과 논점 - , 법문사, 2008.
- 정 완, “공정거래법상 부당한 공동행위 규제의 합리적 개선방안”, 경희법학 제
42권 제3호 , 경희법학연구소, 2007.12.
- 정 완, “공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 고찰”, 외법논집 제30집, 한국
외국어대학교 전문분야 연구센터 법학연구소, 2008.5.
- 정 완, 경쟁법연구, 법원사, 2010.
- 정호열, 경제법(제3판), 박영사, 2010.

- 조성국, “독점규제법상 합의추정 관련 심(판)결례 연구”, 중앙대학교 법학논문집 제31집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2007.
- 최승재, 형사벌에 의한 공정거래법 집행, 2011 상반기 법경제분석그룹 연구보고서, 한국공정거래조정원, 2011.7.
- 최재준, “행정지도와 공정거래법의 적용제외”, 경쟁저널 제133호, 한국공정경쟁연합회, 2007.7.
- 허선·이항, “가격담합 등 경성카르텔의 위법성 판단 요건 - 경쟁제한성에 대한 공정위 심의를 중심으로 -”, 경쟁저널 제117호, 한국공정경쟁연합회, 2005.5.
- 홍대식, “공정거래법상 과징금제도에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2006.8.
- 홍대식, “공정거래법상 카르텔 규제의 쟁점 - 실체법적 쟁점을 중심으로 -”, 규제연구 제19권 제2호, 한국경제연구원, 2010.12.
- 홍대식, “카르텔 규제의 형사적 집행”, 법학실무연구회, 2009.
- 황철규, 카르텔에 대한 공적 집행의 개선 방안 연구, 한양대학교 박사학위논문, 2009.
- 황태희, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 카르텔 자진신고자 감면제도의 법적 검토 - 당사자의 권리보호를 중심으로”, 인권과 정의 제374호, 대한변호사협회, 2007.10.
- 황태희, “독점규제법 집행시스템의 개선방안 - 공적 집행절차와 제재의 개선방안을 중심으로”, 저스티스 제123호, 한국법학원, 2011.4.
- 황태희, “현행 카르텔 자진신고자 감면제도의 문제점과 개선방안”, 경쟁법연구 제16권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2007.11.
- 經濟法学会 編, 『独占禁止法講座 VII』(京藤哲久・独占禁止法違反と刑事責任), 商事法務研究会, 1989.
- 公取委官房企画課『独占禁止法改正の要点』, 『公正取引』 320号, 2009. 11.
- 久保成史, 田中裕明, 『獨占禁止法講義』, 中央經濟社, 2008.

- 根岸 哲(編), 『註釋 獨占禁止法』, 有斐閣, 2009.
- 今村成和, 『獨占禁止法新版』, 有斐閣, 1978.
- 大塚仁他編, 『大コンメンタール刑法』 4卷(河上和雄・公務ノ執行ヲ妨害スル罪), 1999.
- 飯原英男, 「法人処罰に関する立法上の問題点」, 『ジュリスト』, 672号, 1978. 9.
- 森幹人, 「石油カルテルの刑事責任」, 『ジュリスト』 813号, 1984. 5.
- 西田典之, 「獨占禁止法における刑事罰の強化について」, 『經濟法学会年報』 13号, 1992.
- 神山敏雄, 「最高裁の石油価格カルテル刑事事件判決の検討」, 『經濟法学会年報』 6号, 1985.
- 滝川敏明, 「日米EUの競争法と競争政策第3版」, 青林書院, 2006.
- 有斐閣 編, 「獨占禁止法に関する刑事罰研究会報告書(平成 3年[1991] 12月18日)」, 『ジュリスト』 999号, 1992. 4.
- 日本弁護士連合会編, 「法制審議會刑事法部会財産刑検討小委員会報告-「財産刑をめぐる基本問題について」の審議検討経過及び結果について(平成5年3月16日)(資料) (財産刑改正問題(特集))」, 『自由と正義』, 45卷 1号, 1994. 1.
- 正田彬, 『全訂獨占禁止法Ⅱ』, 日本評論社, 1981.
- 芝原邦爾, 『經濟刑法研究(下)』, 有斐閣, 2005.

A. D. Neale, The Antitrust Laws of the USA(2nd. edn.), Cambridge University Press, 1970.

American Bar Association(ABA), “Comments of the ABA SECTION OF ANTITRUST LAW In Response To The Antitrust Modernization Commission's Request For Public Comment On Criminal Remedies”, 2005.11.

American Bar Association(ABA), “Response to the Request for Comments by the Advisory Group on Organizational Guidelines to the United States Sentencing Commission”, 2002.6.

Bundeskartellamt, Activity Report 1997/98, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, Bonn, 1999.

Celia Wells, Corporations and Criminal Responsibility, 2th. ed., Oxford University Press, 2001.

- Christopher Harding & Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe - A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford University Press, 2003.
- E.T.Sullivan & H.Hovenkamp, *Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*(4th ed), Lexis Law Publishing Co., 1999.
- Emmerich, V., *Kartellrecht*(9. Aufl.), München: C. H. Beck, 2002.
- Geradin, Damien & Henry, David, "The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments", Paper prepared for the conference Remedies and Sanctions in Competition Policy, University of Amsterdam, 2005. 2.
- Göhler, E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (11. Aufl.), München: C. H. Beck, 1995.
- Gregory J Werden, *Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime*, *European Competition Journal*, 2009.4.
- H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, West, 2005.
- Hammond, Scott D., "Antitrust Sentencing In The Post-Booker Era: Risks Remain High for Non-Cooperating Defendants", Department of Justice, 2005.3.
- John O. Haley, *Antitrust Sanctions and Remedies: a comparative study of German and Japanese law*, 59 *Washington Law Review*, 1984.
- Katalin J. Cseres etc., *Criminalization of Competition Law Enforcement-Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Edward Elgar, 2006.
- Kerse, C. S. & Kahn, N, *EC Antitrust Procedure*(5th Ed.), Sweet & Maxwell, 2005.
- Langen & Bunte, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1 *Deutsches Kartellrecht* (10. Aufl.), München: Lucherhand, 2006.
- Pate, R. Hewitt, "Vigorous and Principled Antitrust Enforcement: Priorities and

- Goals", Department of Justice, 2003. 8.
- Reynolds, M., "EC Competition Policy on Fines"(European Business Law Review 263, 1992.
- Richard Hofstadter, What Happened to the Antitrust Movement?, in E. Thomas Sullivan(ed.), The Political Economy of the Sherman Act, Oxford University Press, 1991.
- Rittner, F., Wettbewerbs-und Kartellrecht(6.Auflage), Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999.
- Vollmer, Christof, "German Guidelines on the setting of fines", *EU Cartel Law Enforcement: Practice and Policy*, Brussels, 2006.10.
- Werden, G.J. & Simon, M.J., "Why Price Fixers should go to Prison?", Antitrust Bulletin 917, 1987.

경제정의실천시민연합 보도자료, 지난 5년간 기업담합 현황에 대한 경실련 분석 결과 발표, 2010.10.19.

공정거래위원회 보도자료, 공정위, LPG 판매가격 담합에 엄중 제재, 2009.12.2.

공정거래위원회 보도자료, 정유 4사 "주유소 나눠먹기 담합" 담합 ... 과징금 4,348억원, 2011.5.26.

국회의원 김 정 보도자료, 카르텔 사건은 대부분 리니언시 적용, 2011.9.22.

국회의원 유원일 보도자료, '08년이후 대기업의 담합 자진감면액 전체 57.8% 차지, 2011.9.21.

서울경제, 무제한 다운로드 서비스 왜 없나 했더니 ... 온라인 음원업체들 담합 때문, 2011.3.1.

한국경제, 설탕담합 3社에 과징금 511억원, 2007.7.22.

경제정의실천시민연합 <http://www.ccej.or.kr/>

공정거래위원회 <http://www.ftc.go.kr/>

대검찰청 <http://www.spo.go.kr/>

대법원 <http://www.scourt.go.kr/>

독일 연방카르텔청(Bundeskartellamt) <http://www.bundeskartellamt.de/>

미국 변호사 협회(American Bar Association) <http://www.americanbar.org/aba.html>

미국 연방 법무부(Department of Justice) <http://www.justice.gov/>

Abstract

Criminal Sanctions Against Cartels

Soo Jin Kwon · Youngsu Shin · Ho-Ki Kim

Cartels harm consumers, businesses and economies by increasing prices, reducing choice and distorting innovation processes. The Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA) prohibits all kinds of agreements of cartel activities such as price fixing, supply restriction and market division. In South Korea, administrative sanctions can be imposed on a legal body who makes any contract or arrangement, or arrives at any understanding which includes cartel activities prescribed by the Korean MRFTA. Even though an individual who personally engages in cartel agreements can be convicted of an offence. Not only the legal body but also the agent would be able to be punished by the fine when an agent of a legal body commits a violation of the Korean MRFTA.

Only a few of the cartel cases which have been handled by the Korea Fair Trade Commission (KFTC) are prosecuted in South Korea because the KFTC prefers administrative directives to criminal sanctions. As a result, there will be very little likelihood that a corporation or its agents face a criminal sanction for cartel behavior. However, the administrative sanctions have failed to provide adequate deterrence. We need more severe punishments for cartels.

To find desirable sanctions against the cartels, we perform an comparative

analysis on criminal remedies against cartel of Japanese Antitrust Law, U.S. Sherman Act, German Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen(GWB), and Treaty on the Functioning of the European Union(TFEU) from jurisdictional and legislative viewpoints.

Among these legislations, the current Korean Competition Law seems to follow Japanese examples especially in the area of criminal enforcement on cartel. Thus, we particularly focus on an examination in the Japanese Antitrust Law and some provisions regarding cartel sanctions in the criminal law through introducing important judicial precedents related to the criminal enforcement on cartels in Japan. We extensively review federal sentencing guidelines and its application to cartel cases in the section of the analysis on US legislations.

German and E.U. don't have any criminal law provisions in their Competition Laws and stipulate any articles concerned with cartels(except bid-rigging) in criminal law unlike Japanese and US approaches. Therefore, we analyze in detail the fine which is a kind of monetary sanction by German and European competition authorities.

Throughout the comparative analysis, we draw some implications on the way of cooperation between leniency program and criminal enforcement on cartel, and the penalty against employer and employee as well. We also suggest that each nation's unique social, economic and even cultural environments should be considered as the optimal combination of criminal remedies on cartel and competition law enforcement.

According to the Korean MRFTA, a corporation can be prosecuted only if the KFTC files a criminal accusation or criminal referral to prosecutors. The KFTC has the power of discretion whether to make a referral or not. Namely, in South Korea, prosecutors cannot initiate a criminal investigation on their own. The authority of the KFTC exclusively obstructs the punishment of a company and its employees when we file a criminal referral. Therefore, its

power of discretion should be limited or abolished.

A leniency program is implemented to expose the cartel which is formed in secret in South Korea. However, the leniency program should be expanded, and the cartel leader should be excluded from amnesty. In addition, the reduction rate should be adjusted, and the related regulations are prescribed not in the notice but in the article.

In the Korean MRFTA, the traditional view of the criminal law that only an individual can commit a crime is still acknowledged: a corporation can be held criminally liable, not because it commits a criminal offence by itself, but because it does not take necessary measures to prevent its agents from committing a crime. Considering the fact that most of the revenues generated by the cartel behavior is attributed to the corporation itself rather than to its agents who make an cartel agreement personally, the Korean MRFTA should be amended so that a corporation be prosecuted on its behalf if it contravenes any section of the Korean MRFTA. If directors and members of senior management who participated in unlawful cartel activities or failed to prevent them could be prosecuted separately, it would contribute to the effectiveness of the struggle against the cartels.

The provisions of the Korean MRFTA relating to the individual criminal responsibility should be amended so that they are in accordance with the principle of “*nulla poena sine lege*”. For example, the article 19 of the Korean MRFTA proscribes any contract, agreement, resolution to engage in such kinds of activities unfairly restricting competition. But the word “unfairly” is so vague that a reasonable person who has average intelligence cannot determine its meaning or application. Moreover, the meaning of the term “unfairly restricting competition” varies from time to time, and depends on the types of cartel activities and the influence of effective enhancement in the activities. There is the result that the application of the law depends not on the statutory provisions but on the discretion of the KFTC. In addition, the

constitutional principle “nulla poena sine lege” cannot be guaranteed. The terms of a criminal statute must be sufficiently explicit to inform those who are subject to it what conduct is punishable. Therefore, a provision that defines cartel activities as “unfairly restricting competition” should be amended in the Korean MRFTA, or it should be substituted by another term that has a definite meaning.

The article 19 (1) of the Korean MRFTA prohibits enterprisers from agreeing with other enterprisers to engage in unfair collaborative practices, and any person who violates this provision is punished under the article 66 of the Korean MRFTA. There is a problem that the term “enterpriser” in the provision of Article 19 (1) especially has private characteristics that form the basis of criminal liability, and any individual who is merely an agent of an enterpriser does not have such legal characteristics. Namely, according to legal speaking, the article 66 of the Korean MRFTA that penalizes a person who engages in cartel activities has inappropriate meanings because the provision of article 19 (1) of the Korean MRFTA cannot be applied to an individual who is just an agent of an enterpriser and lacks such legal characteristics. If the specially personal characteristics do not pertain to a person, even though it exists for the person represented, it is necessary to amend the Korean MRFTA in order to make a person act as the representative of an enterpriser who has criminal responsibility for a crime of the constituent elements which include the specially personal characteristics.

Keywords: Cartel, competition law, Exclusive Complaint Right, The Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act(MRFTA), Leniency Program, Sherman Act, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen(GWB), Treaty on the Functioning of the European Union(TFEU), Federal Rules of Criminal Procedure, restraint of trade, U.S. Sentencing Commission

〈부록 1〉

주요국의 담합 관련 규정

1. 일본 담합규제 관련 규정

(1) 독점금지법상 담합규제에 관한 실체규정

원 문	번역문
私的独占の禁止及び公正取引の確保に 関する法律 (定義) 第二条 ... ⑥この法律において「不当な取引制限」とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。	사적독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률 (정의) 제2조 ... ⑥ 이 법률에 있어서 ‘부당한 거래제한’이라 함은, 사업자가 계약, 협정 그 밖에 어떠한 명의로도 다른 사업자와 공동으로 대가를 결정, 유지 또는 인상하거나 수량, 기술, 제품, 설비 또는 거래의 상대방을 제한하는 등 상호 그 사업활동을 구속하고 또는 수행함으로써 공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것을 말한다.

원 문	번역문
第二章 私的独占及び不当な取引制限 (私的独占又は不当な取引制限の禁止) 第三条 事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。 (特定の国際的協定又は契約の禁止) 第六条 事業者は、不当な取引制限又は不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定又は国際的契約をしてはならない。 第三章 事業者団体 (事業者団体の禁止行為、届出義務) 第八条 事業者団体は、次の各号の一に該当する行為をしてはならない。 一、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること。 二、第六条に規定する国際的協定又は国際的契約をすること。 三、一定の事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限すること。 四、構成事業者(事業者団体の構成員である事業者をいう。以下同じ。)の機能又は活動を不当に制限すること。 五、事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること。	제2장 사적독점 및 부당한 거래제한 (사적독점 또는 부당한 거래제한의 금지) 제3조 사업자는 사적독점 또는 부당한 거래제한을 하여서는 아니된다. (특정의 국제적 협정 또는 계약의 금지) 제6조 사업자는 부당한 거래제한 또는 불공정한 거래방법에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제적 협정 또는 국제적 계약을 하여서는 아니된다. 제3장 사업자단체 (사업자단체의 금지행위, 신고의무) 제8조 사업자단체는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다. 1. 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것 2. 제6조에 규정하는 국제적 협정 또는 국제적 계약을 체결하는 행위 3. 일정한 거래분야에 있어서 현재 또는 장래의 사업자의 수를 제한하는 행위 4. 구성사업자(사업자단체의 구성원인 사업자를 말함. 이하 같음)의 기능 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위 5. 사업자에게 불공정한 거래방법에 해당하는 행위를 하도록 시키는 행위.

(2) 독점금지법상 담합에 대한 형사처벌 규정

원 문	번역문
第十一章 罰則 (私的独占、不当な取引制限、事業者団体による競争の実質的制限の罪) 第八十九条 次の各号のいずれかに該当するものは、三年以下の懲役又は五百万円以下の罰金に処する。 一、 第三条の規定に違反して私的独占又は不当な取引制限をした者 二、 第八条第一項第一号の規定に違反して一定の取引分野における競争を実質的に制限したもの ② 前項の未遂罪は、罰する。 (国際的協定等、事業者団体の禁止行為、確定排除措置命令・審決違反の罪) 第九十条 次の各号のいずれかに該当するものは、二年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。 一、 第六条又は第八条第一項第二号の規定に違反して不当な取引制限に該当する事項を内容とする国際的協定又は国際的契約をしたもの 二、 第八条第一項第三号又は第四号の規定に違反したもの 三、 排除措置命令又は第六十五条若しくは第六十七条第一項の審決が確定した後においてこれに従わないもの ...	제11장 벌칙 (사적독점, 부당한 거래제한, 사업자단체에 의한 경쟁의 실질적 제한의 죄) 제89조 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 5백만엔 이하의 벌금에 처한다. 1. 제3조의 규정에 위반하여 사적 독점 또는 부당거래제한을 행한 자 2. 제8조 제1항 제1호의 규정에 위반하여 일정한 거래 분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한한 자 ② 전항의 미수죄는 벌한다. (국제적 협정 등, 사업자단체의 금지행위, 확정배제조치명령·심결위반의 죄) 제90조 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 3백만엔 이하의 벌금에 처한다. 1. 제6조 또는 제8조 제1항 제2호의 규정에 위반하여 부당한 거래제한에 해당하는 사항을 내용으로 한 국제협약 또는 국제적 계약을 하는 것 2. 제8조 제1항 제3호 또는 제4호의 규정에 위반하는 것 3. 배제조치 명령 또는 제65조 또는 제67조 제1항의 심결이 확정된 후에 있어서 이에 따르지 않는 것 ...

원 문	번역문
(懲役及び罰金の併科) 第九十二条 第八十九条から第九十一条までの罪を犯した者には、情状により、懲役及び罰金を併科することができる。 (両罰規定) 第九十五条 法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務又は財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、当該各号に定める罰金刑を科する。 一、 第八十九条 五億円以下の罰金刑 二、 第九十条第三号（第七条第一項又は第八条の二第一項若しくは第三項の規定による命令（第三条又は第八条第一項第一号の規定に違反する行為の差止めを命ずる部分に限る。）に違反した場合を除く。）三億円以下の罰金刑 三、 第九十条第一号、第二号若しくは第三号第七条第一項又は第八条の二第一項若しくは第三項の規定による命令（第三条又は第八条第一項第一号の規定に違反する行為の差止めを命ずる部分に限る。）に違反した場合に限る。）、第九十一条（第三号を除く。）、第九十一条の二又は第九十四条 各本条の罰金刑 ② 法人でない団体の代表者、管理人、代理人、使用人その他の従業者がその団	(징역 및 벌금의 병과) 제92조 제89조로부터 제91조까지의 죄를 범한 자에게는 정상에 의하여 징역 및 벌금을 병과할 수 있다. (양벌규정) 제95조 법인의 대표자 또는 법인 또는 사람의 대리인, 사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 사람의 업무 또는 재산에 관하여 다음 각호의 규정에 위반 행위를 하는 경우에는 행위자를 처벌하는 이외에 그 법인 또는 사람에 대해서도 해당 각호에 정한 벌금형을 부과한다. 1. 제89조 5억엔 이하의 벌금형 2. 제90조 제3호 (제7조 제1항 또는 제8조의2 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 명령(제3조 또는 제8조 제1항 제1호의 규정에 위반한 행위의 금지를 명한 부분에 한한다)에 위반한 경우를 제외한다) 3억엔 이하의 벌금형 3. 제90조 제1호, 제2호 또는 제3호 (제7조 제1항 또는 제8조의2 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 명령(제3조 또는 제8조 제1항 제1호의 규정에 위반한 행위의 금지를 명한 부분에 한한다)에 위반한 경우에 한한다) 제91조 (제3호를 제외한다) 제91조의2 또는 제94조 각 본조의 벌금형 ② 법인이 아닌 단체의 대표자, 관리

원 문	번역문
体の業務又は財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その団体に対しても、当該各号に定める罰金刑を科する。 一、 第八十九条 五億円以下の罰金刑 二、 第九十条第三号（第七条第一項又は第八条の二第一項若しくは第三項の規定による命令（第三条又は第八条第一項第一号の規定に違反する行為の差止めを命ずる部分に限る。）に違反した場合を除く。）三億円以下の罰金刑 三、 第九十条第一号、第二号若しくは第三号（第七条第一項又は第八条の二第一項若しくは第三項の規定による命令（第三条又は第八条第一項第一号の規定に違反する行為の差止めを命ずる部分に限る。）に違反した場合に限る。）、第九十一条第四号若しくは第五号（第四号に係る部分に限る。）、第九十一条の二第一号又は第九十四条 各本条の罰金刑 ③前項の場合においては、代表者又は管理人が、その訴訟行為につきその団体を代表するほか、法人を被告人又は被疑者とする場合の訴訟行為に関する刑事訴訟法の規定を準用する。	인, 대리인, 사용인 그 밖의 종업원이 그 단체의 업무 또는 재산에 관하여 다음 각호의 규정에 위반하는 행위를 때에는 행위자를 처벌하는 이외에 그 단체에 대해서도 해당 각호에 정한 벌금형을 부과한다. 1. 제89조 5억엔 이하의 벌금형 2. 제90조 제3호(제7조 제1항 또는 제8조의2 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 명령(제3조 또는 제8조 제1항 제1호의 규정에 위반한 행위의 금지를 명한 부분에 한한다.)에 위반한 경우를 제외한다) 3억엔 이하의 벌금형 3. 제90조 제1호, 제2호 또는 제3호(제7조 제1항 또는 제8조의2 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 명령(제3조 또는 제8조 제1항 제1호의 규정에 위반한 행위의 금지를 명한 부분에 한한다)에 위반한 경우에 한한다), 제91조 제4호 또는 제5호(제4호에 관계된 부분에 한한다), 제91조의2 제1호 또는 제94조 각 본조의 벌금형 ③ 전항의 경우에는 대표자 또는 관리인이 그 소송행위에 대해 그 단체를 대표하는 한편 법인을 피고인 또는 피의자로 하는 경우의 소송행위에 관한 형사소송법의 규정을 준용한다.

원 문	번역문
(違反行為の防止等をしない法人の代表者への罰則) 第九十五条の二 第八十九条第一項第一号、第九十条第一号若しくは第三号又は第九十一条(第三号を除く。)の違反があつた場合においては、その違反の計画を知り、その防止に必要な措置を講ぜず、又はその違反行為を知り、その是正に必要な措置を講じなかつた当該法人(第九十条第一号又は第三号の違反があつた場合における当該法人で事業者団体に該当するものを除く。)の代表者に対しても、各本条の罰金刑を科する。	(위반행위의 방지 등을 하지 않은 대표자에 대한 처벌) 제95조의2 제89조 제1항 제1호, 제90조 제1호 또는 제3호 또는 제91조(제3호를 제외한다)의 위반이 있었던 경우에 그 위반의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 강구하거나, 그 위반 행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 강구하지 않았던 해당 법인(제90조 제1호 또는 제3호의 위반이 있던 경우에 있어서 해당 법인으로 사업자 단체에 해당한 것을 제외한다)의 대표자에 대해서도 각 본조의 벌금형을 부과한다.
(違反行為の防止等をしない事業者団体の理事等への罰則) 第九十五条の三 第八十九条第一項第二号又は第九十条の違反があつた場合においては、その違反の計画を知り、その防止に必要な措置を講ぜず、又はその違反行為を知り、その是正に必要な措置を講じなかつた当該事業者団体の理事その他の役員若しくは管理人又はその構成事業者(事業者の利益のためにする行為を行う役員、従業員、代理人その他の者が構成事業者である場合には、当該事業者を含む。)に対しても、それぞれ各本条の罰金刑を科する。 ② 前項の規定は、同項に掲げる事業者団体の理事その他の役員若しくは管理人又はその構成事業者が法人その他の団	(위반행위의 방지 등을 하지 않은 사업자단체의 이사 등에 대한 처벌) 제95조의3 제89조제1항 제2호 또는 제90조의 위반이 있던 경우에는 그 위반의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 강구하거나 그 위반 행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 강구하지 않았던 해당 사업자 단체의 이사 그 밖의 임원 또는 관리인 또는 그 구성 사업자(사업자의 이익을 위한 행위를 행한 임원, 종업원, 대리인 그 밖의 자가 구성 사업자인 경우에는 해당 사업자를 포함한다)에 대해서도 각각 각 본조의 벌금형을 부과한다. ② 전항의 규정은 동항에 언급한 사업자 단체의 이사 그 밖의 임원 또는

원 문	번역문
体である場合においては、当該団体の理事その他の役員又は管理人に、これを適用する。 (事業者団体解散の宣告) 第九十五条の四 裁判所は、十分な理由があると認めるときは、第八十九条第一項第二号又は第九十条に規定する刑の言渡しと同時に、事業者団体の解散を宣告することができる。 ② 前項の規定により解散が宣告された場合には、他の法令の規定又は定款その他の定めにかかわらず、事業者団体は、その宣告により解散する。 (専属告発) 第九十六条 第八十九条から第九十一条までの罪は、公正取引委員会の告発を待つて、これを論ずる。 ② 前項の告発は、文書をもつてこれを行う。 ③ 公正取引委員会は、第一項の告発をするに当たり、その告発に係る犯罪について、前条第一項又は第百条第一項第一号の宣告をすることを相当と認めるときは、その旨を前項の文書に記載することができる。 ④ 第一項の告発は、公訴の提起があつた後は、これを取り消すことができない。	관리인 또는 그 구성 사업자가 법인 그 밖의 단체인 경우에 있어서는 해당 단체의 이사 그 밖의 임원 또는 관리인에 이를 적용한다. (사업자단체해산의 선고) 제95조의4 법원은 충분한 이유가 있다고 인정할 때에는 제89조 제1항 제2호 또는 제90조에 규정한 형의 선고와 함께 사업자 단체의 해산을 선고할 수 있다. ② 전항의 규정에 의하여 해산이 선고된 경우에는 다른 법령의 규정 또는 정관 그 밖의 정함에 관계없이 사업자 단체는 그 선고에 의하여 해산한다. (전속고발) 제90조 제89조로부터 제91조까지의 죄는 공정거래위원회의 고발을 기다려서 이를 논한다. ② 전항의 고발은 문서로써 이를 행한다. ③ 공정거래위원회는 제1항의 고발에 함에 있어서 그 고발에 관계된 범죄에 관하여 전조 제1항 또는 제100조 제1항 제1호의 선고를 하는 것을 상당하다고 인정할 때에는 그 취지를 전항의 문서에 기재할 수 있다. ④ 제1항의 고발은 공소의 제기가 있는 후에는 이를 취소할 수 없다.

(3) 일본 형법상 담합행위의 처벌 관련 규정

원 문	번역문
第九十六條の六 1. 偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為をした者は、三年以下の懲役若しくは二百五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。 2. 公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的で、談合した者も、前項と同様とする。	제96조의6 ① 위계 또는 위력을 사용하여 공적인 경매 또는 입찰의 공정을 해하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 250만엔 이하의 벌금에 처한다. ② 공정한 가격을 해하거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적으로 담합한 자 역시 전항과 동일하게 처벌한다.

2. 미국 독점금지법(Sherman Act)상 담합 규제 관련 규정

원 문	번역문
Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation,	제1조 거래를 제한하는 트러스트 등은 위법; 벌칙 주간 혹은 외국과의 거래(trade) 또는 통상(commerce)을 제한하는 모든 계약(contract), 트러스트나 기타 형태에 의한 결합(combination) 또는 공모(conspiracy)는 위법이다. 여기서 위법으로 선언된 계약을 체결하거나 결합 또는 공모에 참가하는 모든 자는 중죄(felony)를 범한 것으로 간주되며, 유죄로 결정되면 법인의 경우 1,000만불 이하의 벌금, 자연인의 경우 35만불 이하의 벌금 혹은 3년 이하의 징역에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

원 문	번역문
or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.	

3. 독일 경쟁제한금지법(GWB)상 담합 금지 관련 규정

(1) 경쟁제한금지법(GWB)상 담합규제의 실체규정

원 문	번역문
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Erster Teil Wettbewerbsbeschränkungen Erster Abschnitt Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen §1 Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.	경쟁제한금지법 제1장 경쟁제한 제1절 경쟁을 제한하는 협정, 결의 및 공조적 관행 제1조 경쟁제한적 협정의 금지 경쟁의 방지, 제한 또는 왜곡을 목적으로 하거나 그러한 효과를 낳는 사업자 간의 협약, 사업자단체의 결정 및 공조적 행위는 금지된다.

원 문	번역문
§ 2 Freigestellte Vereinbarungen (1) Vom Verbot des § 1 freigestellt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder-Verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen 1. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder 2. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. (2) Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. Dies gilt auch, soweit die dort genannten	제2조 적용제외 협정 (1) 사업자간의 협정, 사업자단체에 의한 결의 또는 공조적 관행 소비자들에게 결과적 이익을 공정하게 배분하면서, 상품의 생산 또는 유통을 증진시키거나 기술 또는 경제적 진보를 촉진하는데 기여하는 것으로서 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에 대해서는 제1조의 규정을 적용하지 아니한다. 1. 관련 사업자에게 이들 목적의 달성에 필수불가결하지 않은 제한을 부과하지 않는 경우, 혹은 2. 이러한 사업자에게 당해 상품의 상당 부분에 관하여 경쟁을 제한할 가능성을 유발하지 아니하는 경우 (2) (1)항을 적용하기 위하여, 사업자간의 합의, 사업자 단체에 의한 결정, 또는 공조적 관행이나 그러한 것들과 유사한 행태에 대하여 EC 경제공동체 설립조약 제81조 (3)항을 적용하는 것을 내용으로 하는 EC 이사회나 위원회 규칙들은 필요한 변경을 가하여 준용한다.

원 문	번역문
Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu beeinträchtigen. §3 Mittelstandskartelle (1) Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, erfüllen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1, wenn 1. dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und 2. die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern. (2) Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen haben, sofern nicht die Voraussetzungen nach Artikel 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erfüllt sind, auf Antrag einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c, wenn sie ein erhebliches rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an einer	제3조 중소기업카르텔 (1) 기업간의 협조를 통한 경제적 활동의 합리화를 내용으로 하는 경쟁사업자간의 협정 및 사업자단체에 의한 결의들은 다음 각호에 해당하는 경우에는 제2조 (1)항의 요건을 충족한다. 1. 그와 같은 행위로 인하여 시장의 경쟁에 미치는 영향이 미미하고, 2. 합의 또는 결정이 중소기업의 경쟁력 향상을 위한 것인 경우 (2) EC조약 제81조 (1)항의 요건이 충족되지 아니하는 한, 사업자단체는 신청에 의하여 제32c에 따른 결의를 할 권리가 있다. 단, 그와 같은 결의에 상당한 법적 혹은 경제적 이익이 있음이 입증되어야 한다. 본 조항은 2009년 6월 30일까지 효력을 가진다.

원 문	번역문
solchen Entscheidung darlegen. Diese Regelung tritt am 30. Juni 2009 außer Kraft.	

(2) 경쟁제한금지법(GWB)상 금전적 제재 관련 규정

원 문	번역문
§ 81 Bußgeldvorschriften (1) Ordnungswidrig handelt, wer gegen den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47) verstößt, indem er vorsätzlich oder fahrlässig 1. entgegen Artikel 101 Absatz 1 eine Vereinbarung trifft, einen Beschluss fasst oder Verhaltensweisen aufeinander abstimmt oder 2. entgegen Artikel 102 Satz 1 eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt. (2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig 1. einer Vorschrift der §§ 1, 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1, auch in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1, § 20 Abs. 3 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2, §	제81조 제재금 (1) 2002. 12. 24.에 공표된 EC 조약을 고의 또는 과실로 위반한 자는 질서위반으로 다룬다. 1. 제81조 제1항에 반하여 협정에 이르거나, 결의 또는 협조행위를 행한 경우 2. 제82조 제1문에 반하여 시장지배적 지위를 남용한 경우 (2) 다음 각 호의 행위를 고의 또는 과실로 행한 자는 질서위반으로 다룬다. 1. 제1조, 제19조 제1항, 제20조 제1항, 그와 결합하여 같은 조 제2항 제1문, 제20조 제3항 제1문, 그와 결합하여 같은 항 제2문, 제20조 제4항 제1문 또는

원 문	번역문
20 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 6, § 21 Abs. 3 oder 4, § 29 Satz 1 oder § 41 Abs. 1 Satz 1 über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt, 2. einer vollziehbaren Anordnung nach a) § 30 Abs. 3, § 32 Abs. 1, § 32a Abs. 1, § 32b Abs. 1 Satz 1 oder § 41 Abs. 4 Nr. 2, auch in Verbindung mit § 40 Abs. 3a Satz 2, auch in Verbindung mit § 41 Abs. 2 Satz 3 oder § 42 Abs. 2 Satz 2, oder § 60 oder b) § 39 Abs. 5 zuwiderhandelt, 3. entgegen § 39 Abs. 1 einen Zusammen- schluss nicht richtig oder nicht vollständig anmeldet, 4. entgegen § 39 Abs. 6 eine Anzeige nicht, nicht richtig, nicht	제6항, 제21조 제3항 또는 제4항 또는 제41조 제1항 제1문에 위반하여 이들 조항에 언급한 협정, 결의, 협조행위, 시장지배적 지위(marktbeherrschende Stellung), 시장우월적 지위(Marktstellung), 우월한 시장력(überlegene Marktmacht)의 남용, 부당한 방해 또는 차별적 취급, 사업자의 수용 거절, 강제의 행사, 경제적 불이익의 제공 또는 집중의 실행의 금지에 해당하는 행위, 2. 다음 각 목에 따른 이행가능한 명령에 따르지 않은 행위, a) 제30조 제3항, 제32조 제1항, 제32조의a 제1항, 제32조의b 제1항 제1문 또는 제41조 제4항 제2호, 그와 결합하여 제41조 제2항 제3문 또는 제42조 제2항 제2문 또는 제60조 또는 b) 제39조 제5항, 3. 제39조 제1항에 반하여 협정이나 결의를 정확하거나 완전하게 신고하지 아니한 행위, 4. 제39조 제6항에 반하여 신고하지 않거나, 적절하거나 완전하거나 적절한 시기에 신고하지 아니한 행위,

원 문	번역문
vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet, 5. einer vollziehbaren Auflage nach § 40 Abs. 3 Satz 1 oder § 42 Abs. 2 Satz 1 zuwiderhandelt oder 6. entgegen § 59 Abs. 2 eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt, Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt, geschäftliche Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zur Einsichtnahme und Prüfung vorlegt oder die Prüfung dieser geschäftlichen Unterlagen sowie das Betreten von Geschäftsräumen und -grundstücken nicht duldet, (3) Ordnungswidrig handelt, wer 1. entgegen § 21 Abs. 1 zu einer Liefersperre oder Bezugssperre auffordert, 2. entgegen § 21 Abs. 2 einen Nachteil androht oder zufügt oder einen Vorteil verspricht oder gewährt oder 3. entgegen § 24 Abs. 4 Satz 3 oder § 39 Abs. 3 Satz 5 eine Angabe macht oder benutzt,	5. 제40조 제3항 제1문 또는 제42조 제2항 제1문에 의한 이행가능한 부담에 위반하는 행위, 6. 제59조 제2항에 위반하여 통지를 하지 않거나, 적절하거나, 완전하거나 적절한 시기에 통지하지 아니한 행위, 자료를 제출하지 않거나 이를 완전하거나 적절한 시기에 제출하지 아니한 행위, 조사나 검사를 위한 영업자료를 제출하지 않거나 이를 완전하거나 적절한 시기에 제출하지 아니한 행위, 위와 같은 영업자료의 열람을 위한 영업장소와 부동산에 대한 접근을 거부한 행위, (3) 다음 각 호의 행위를 행한 자는 질서위반으로 다룬다. 1. 제21조 제1항에 위반하여 판매 또는 구매를 거절할 것을 요구하는 행위, 2. 제21조 제2항에 위반하여 손해를 위협하거나 야기하는 행위 또는 이익을 약속 또는 제공하는 행위, 3. 제24조 제4항 제3문 또는 제39조

4. EU경쟁법상 담합 금지 관련 규정

원 문	번역문
Article 101 of the TFEU 1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to	TFEU 제101조 1. 다음의 행위들은 공동체 시장과 양립할 수 없는 것으로서 금지된다. 회원국간의 거래에 영향을 미칠 수 있고 그 목적 또는 효과로서 공동시장 내에서 경쟁을 방해, 제한 또는 왜곡할 목적 또는 효과를 갖는 사업자간의 모든 합의, 사업자 단체에 의한 결정 및 공동행위 (a) 직접 또는 간접적으로 구입이나 판매가격 또는 여타 거래조건을 고정하는 행위; (b) 생산, 시장판로, 기술개발 또는 투자를 제한하거나 통제하는 행위; (c) 시장 또는 공급원을 분할하는 행위; (d) 다른 거래당사자와의 동등한 거래에 상이한 조건(거래조건 차별)을 적용함으로써 동 거래당사자를 경쟁적으로 불이익에 처하게 하는 행위; (e) 계약의 특질 또는 상관습에 비추어 계약의 목적과 관계가 없는 부가적 의무를 타방 당사자가 수락하는 것을 조건으로 계약을 체결하는 행위

원 문	번역문
commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.	
2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.	2. 본 조에 따라 금지되는 합의 또는 결의는 자동적으로 무효이다.
3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:	3. 다만, 제1항의 규정은 다음의 경우에 적용하지 아니한다.
- any agreement or category of agreements between undertakings; - any decision or category of decisions by associations of undertakings; - any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:	- 사업자간의 합의 또는 합의와 유사한 행태; - 사업자 단체에 의한 결정 또는 결정과 유사한 행태; - 공조적 관행 또는 공조적 관행과 유사한 행태로서 상품의 생산 또는 유통을 향상시키거나 기술 또는 경제적 진보를 촉진하는데 기여하면서, 소비자에게 그 결과적 이익을 공평하게 한 몫을 부여하되,
(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;	(a) 관련 사업자에게 이들 목적의 달성에 필수불가결하지 않은 제한을 부과하지 않는 경우, 혹은;
(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.	(b) 이러한 사업자에게 당해 상품의 상당 부분에 관하여 경쟁을 제한할 가능성을 유발하지 아니하는 경우

연구총서 11-03

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

담합행위에 대한 형사법적 대응방안

Criminal Sanctions Against Cartels

권수진 · 신영수 · 김호기