

공정거래법상 전속고발제도에 대한 비판적 검토와 개선방안*

金 倫 廷** · 李 湖 暎***

【 초 록 】

2013년 6월 25일 개정된 공정거래법에서는 제71조의 전속고발제도와 관련하여 기존에 공정거래위원회에 대한 고발요청권을 보유하고 있는 검찰총장 이외에 감사원장, 조달청장, 중소기업청장에게도 고발요청권을 추가적으로 부여하고 이들의 고발요청이 있는 경우 공정거래위원회가 고발의무를 지도록 하고 있는데, 이는 공정거래위원회의 전속고발권을 사실상 폐지하는 것과 마찬가지로의 결과가 되므로 타당하지 않다. 그러나 한편으로는 지금까지 공정거래위원회가 전속고발권을 제대로 행사하지 않은 것이 문제가 되어왔으므로, 그 대안의 모색이 시급하다. 따라서 전속고발권 폐지로 인한 무분별한 형사소추로 인해 활발한 기업활동이 억제될 우려를 막기 위해서는 공정거래법상 형사벌의 범위를 축소할 필요가 있고, 특히 판단의 전문성이 작으면서 비난가능성이 큰 행위유형에 한하여만 고발요청자의 범위를 확대시킬 필요가 있으며, 다만 판단의 전문성과 비난가능성이 동시에 큰 행위유형에 대해서는 고발심사위원회를 구성하여 공정거래위원회와 피해자 그리고 검찰 및 기타 전문가들이 형사소추절차 개시 여부를 결정하는 방안이 더욱 합리적이라 생각한다.

주제어 : 공정거래법, 전속고발제도, 대기업집단, 불공정거래행위, 형사처벌의 범위

* 이 논문은 2012년 장기은행재단의 지원을 받아 연구된 성과물을 수정·보완한 것입니다.

** 제1저자, 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사.

*** 제2저자, 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

목 차

- I. 서론
- II. 공정거래법상 전속고발제도의 개관 및 운영현황
- III. 외국의 경쟁법 위반행위에 대한 형사소추제도
- IV. 공정거래법상 전속고발제도의 재검토
- V. 공정거래법상 전속고발제도의 개선방안
- VI. 결론

I. 서론

최근 공정거래위원회의 전속고발권 폐지 관련 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’) 개정안이 국회 본회의를 통과하였다(2013년 6월 25일). 개정안의 원안은 새누리당 김종훈 의원 외 12인이 2013년 3월 5일에 발의한 것이다. 국회 본회의 통과에 앞서 국회 정무위원회 법안심사소위원회에서 수정된 개정안의 주요내용¹⁾은, 지금까지 공정거래법 위반행위들을 형사적으로 제재하는 데 걸림돌이 되었던 공정거래위원회의 전속고발제도를 보완하여, 기존의 검찰총장 이외에도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장에게 공정거래위원회에 대하여 고발을 요청할 수 있는 권리를 부여하고, 이들이 고발권을 행사한 경우 공정거래위원회는 반드시 고발하도록 하는 의무를 부과한 것이다. 이와 같이 개정된 공정거래법의 내용은 사실상 공정거래위원회의 전속고발권을 폐지하는 효과를 가짐으로써 무분별한 형사소추로 인해 기업활동이 위축되는 것을 막기 위한 전속고발제도의 원래 취지를 망각하고 경쟁제한성 판단 등과 같이 공정거래위원회의 전문적 판단이 필요한 영역에까지 감사원장, 조달청장, 중소기업청장이 개입할 수 있도록 함으로써 공정거래위원회의 존재 이유를 무색케 했다는 점에서 문제가 있다.

그러나, 한편으로 아직까지 근절되고 있지 못한 기업 간 담합의 관행이나 여전히 우리 사회에서 만연하고 있는 대기업집단의 시장지배적지위 남용행위 또는 불공정거래행위 그리고 대기업의 중소기업에 대한 불공정거래행위 등에 대해서는 강력한 제재수단으로서 형사처벌이 필요한 경우

1) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부를 다음과 같이 개정한다.

제71조제4항을 제5항으로 하고, 같은 조에 제4항을 다음과 같이 신설한다.

④ 공정거래위원회가 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하지 않는다고 결정하더라도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장은 사회적 과급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 검찰총장에게 고발하여야 한다. 다만 제22조의2제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 경우에는 예외로 한다.

가 있고 이때 형사소추 절차를 개시할 것인지의 판단을 오로지 공정거래위원회에게만 맡겨 두는 방식의 전속고발제도는 개선될 필요가 있다.²⁾ 공정거래위원회가 법 제71조에 의거하여 주요 공정거래법 위반행위에 대한 고발에 소극적인 태도를 취하는 경우에는 형사벌칙은 공정거래법 위반행위에 대한 제재 및 재발억제 수단으로서 별다른 역할을 수행하지 못하게 되기 때문이다.

이러한 배경 하에 담합을 근절하고 대기업집단에 대한 규제를 강화하기 위한 수단으로 형사처벌을 적극적으로 활용하는 동시에 애초 공정거래위원회에게 부여한 전속고발권의 취지를 존중하기 위해서는, 우선 공정거래법에서 공정거래위원회에게 전속고발권을 부여한 취지와 내용 및 실제의 운영현황을 분석할 필요가 있으며, 이를 바탕으로 전속고발제도에 대한 합리적인 개선방안을 검토할 필요가 있다. 따라서 아래에서는 먼저, 공정거래법상 전속고발제도의 취지와 연혁 및 내용과 운영현황을 살펴보고(II), 외국의 경쟁법 위반행위에 대한 형사소추제도를 특히 우리나라의 공정거래법상 전속고발제도의 모델이 되었다고 할 수 있는 일본의 경우를 중심으로 살펴본 후(III), 나아가 종래 공정거래법상 전속고발제도에 관하여 제기된 논의들을 살펴보기로 한다(IV). 이러한 논의를 바탕으로 특히 대기업집단의 공정거래법 위반행위에 대한 형사적 제재를 강화하기 위한 시각에서 전속고발제도의 개선방안을 모색해보고(V), 글을 맺기로 한다.

II. 공정거래법상 전속고발제도의 개관 및 운영현황

1. 전속고발제도의 취지 및 연혁

현행 공정거래법 제71조 제1항은 “제66조(벌칙) 및 제67조(벌칙)의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다”라고 규정함으로써 공정거래법상 대부분의 중요한 법 위반행위에 대하여 공정거래위원회의 전속고발권을 규정하고 있다. 공정거래위원회의 전속고발권은 1980년 12월 31일 공정거래법의 제정과 함께 도입되었다. 물가안정 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘물가안정법’)의 한계를 극복하기 위해 제정된 공정거래법은 물가안정법상 전속고발제를 형사벌의 절차적 범모델로 채택한 것이라고 추측된다.³⁾

2) 종래 우리나라에서 공정거래법 위반행위에 대한 제재 및 재발억제 수단으로서 가장 중요한 역할을 수행한 것은 공정거래위원회가 부과하는 과징금이라 할 수 있지만, 자력이 충분한 대기업의 입장에서 과징금은 실질적인 법 위반 억지력(deterrence)을 가지기 어려울 뿐만 아니라 거래상 우월적 지위를 바탕으로 거래상대방이나 소비자에게 과징금으로 인한 손실을 비교적 용이하게 전가할 수 있다는 문제점이 존재한다. 따라서 공정거래법 위반행위의 주체인 대기업에 대한 형사처벌, 특히 대기업의 지배주주나 임직원 등의 자연인에 대한 형사처벌을 통해 공정거래법 위반행위에 대한 실질적인 억지력을 강화할 필요성이 제기되고 있다.

3) 이상현, “공정거래법상 전속고발권에 대한 고소불가분 원칙의 적용가능성”, 『법조』, 제650권 (법조협회, 2010),

공정거래위원회는 공정거래법상 전속고발제도를 도입한 취지를 다음과 같이 설명하고 있다. ① 공정거래법 위반 범죄는 일반 형사범죄와는 달리 법 위반 여부가 행위 자체에 의해 결정되는 것이 아니라 행위가 시장에 미치는 경쟁제한의 효과에 따라 달라지는 특수성을 가지고 있기 때문에 곧바로 이를 형사사건화 하기에는 곤란하고, ② 공정거래법상 위법하다고 규정된 행위들은 절도·사기와 같은 반윤리적인 범죄가 아니기 때문에 법 위반 여부가 바로 확정되는 것은 아니며, ③ 법 위반으로 판단된 경우에도 행정조치로 충분한지 또는 형사제재가 필요한지의 여부는 전문성·기술성을 보유하고 있는 담당 행정기관이 일차적으로 판단하는 것이 합리적이기 때문이라고 한다.⁴⁾

한편, 우리나라 공정거래법은 법 제정 당시로부터 전세계적으로 유례가 없을 정도로 광범위한 법 위반행위에 대하여 형사처벌을 부과할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 점차 그 범위를 확대하였고, 이에 따라 전속고발권의 대상 역시 확대되었다. 즉, 공정거래법이 처음 제정될 당시부터 시장지배적 지위 남용행위, 경쟁제한적 기업결합, 탈법행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위, 사업자단체의 금지행위, 재판매가격유지행위, 시정조치 불이행 등 사실상 모든 실제 규정 위반행위에 대하여 형사처벌을 부과할 수 있도록 규정하면서 이들 행위에 대하여 공정거래위원회의 전속고발권을 규정하였다.⁵⁾

또한 법 제정 이후에도 점차 공정거래법상 형사벌의 대상이 되는 행위의 범위가 확대되면서 공정거래위원회의 전속고발권의 범위도 확대되었다. 예컨대, 1986년 제1차 공정거래법 개정으로 제3장에 ‘경제력집중 억제조치’가 신설되고 이에 대한 형벌조항이 마련되면서 이 역시 전속고발권에 포함되었고, 1992년 제3차 개정 및 2002년 제10차 개정에서도 형사처벌의 대상이 확대되면서 전속고발권의 범위 역시 더욱 확장되었다. 또한 공정거래위원회의 전속고발권 행사가 소극적이라는 지적에 따라 1996년 제5차 공정거래법 개정을 통하여 법 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우에 대한 공정거래위원회의 고발의무를 규정하였고(법 제71조 제2항), 그러한 경우에 검찰총장이 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있도록 규정하였으며(동 조 제3항), 나아가 일단 공소가 제기된 경우에는 공정거래회가 고발을 취소하지 못하도록 규정하였다(동 조 제4항).

243면.

4) 이근복·이정남, “불공정거래행위의 현황과 대책 - 전속고발권을 중심으로”, 『형사정책』, 제22권 제2호 (한국형사정책학회, 2010), 19-20면에서 재인용.

5) 독점규제및공정거래에관한법률(시행 1981.4.1 법률 제3320호, 1980.12.31, 제정) 제60조 참조.

2. 전속고발제도의 내용 및 합헌성

(1) 전속고발제도의 내용

전속고발제도란 행정기관의 고발을 전제로 공소제기와 형사처벌이 가능하도록 하는 제도를 말한다. 원래 형사소송법상 고발은 수사의 단서에 불과하므로 누구든지 할 수 있는 것이지만, 전속고발제도에서 행정기관의 고발은 형사소송법상 친고죄에 있어서 고소권자의 고소나 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 처벌을 희망하는 의사표시처럼 공소제기의 요건 즉 소추요건이 된다. 따라서, 전속고발제도가 적용되는 사건의 경우 검찰은 행정기관의 고발이 없는 법 위반행위에 관하여 공소를 제기할 수 없다. 그러므로 전속고발제도가 적용되는 죄에 대하여 행정기관의 고발 없이 공소가 제기된 경우에 법원은 형사소송법 제327조에 따라 공소기각의 판결을 하게 된다.

전속고발제도는 ‘행정제재 우선형 전속고발제도’와 ‘행정제재 재량형 전속고발제도’로 나누어진다. ‘행정제재 우선형 전속고발제도’의 경우 범위반 행위에 대하여 먼저 행정제재를 부과한 다음 그 불이행이 있을 때에만 형사처벌을 할 수 있도록 함으로써 행정기관이 행정제재와 전속고발을 동시에 활용할 수 없도록 한 제도이다.⁶⁾ 이에 반하여 ‘행정제재 재량형 전속고발제도’는 범위반행위에 대하여 행정제재를 부과할지 아니면 형사처벌을 부과할지 여부에 대한 재량권을 행정기관에게 부여하는 제도를 말한다. 이 경우 행정기관은 행정제재와 동시에 형사처벌을 할 수 있도록 전속고발을 선택적 또는 병과적으로 할 수 있다.⁷⁾ 공정거래법의 경우 공정거래위원회는 행정제재를 할지 형사처벌을 할지 선택할 수 있고 또한 양자를 병과할 수도 있으므로, 공정거래법상 전속고발제도는 이 중 후자에 속하는 행정제재 재량형 전속고발제도이다.

현재 전속고발제도를 두고 있는 법률로는 공정거래법 이외에도 관세법, 조세범처벌법, 지방세법, 출입국관리법, 물가안정에 관한 법률, 석탄관리법, 해운법, 항공법, 하도급거래정화에 관한 법률, 공업발전법, 표시광고의 공정화에 관한 법률 등이 있다.⁸⁾

공정거래법 제71조 제1항은 제66조 및 제67조가 형벌을 부과하도록 규정하고 있는 위반행위에 대하여 공정거래위원회가 전속고발권을 가지고 있음을 규정하고 있다.⁹⁾ 공정거래위원회의 전속고발권이 적용되는 ‘제66조의 죄’는 법 제33조의2(시장지배적지위의 남용금지) 위반행위, 제7조(기

6) 최병각, 「전속고발제도에 관한 연구」 (한국형사정책연구원, 1998), 38면.

7) 박찬걸, “공정거래법상 전속고발과 관련된 법리의 검토”, 『서울법학』, 제20권 제1호 (서울시립대학교 법학연구소, 2012), 378면.

8) 최병각, 전계서, 33-34면 참조.

9) 공정거래법상 형사벌칙은 1980년 법 제정 때부터 부분적으로 도입되어, 2010년 11월까지 16차례 개정을 거치면서 현재 제66조 내지 제69조의 형태를 갖추게 되었다.

업결합의 제한) 제1항 본문 위반행위, 경제력집중 관련 제8조의2, 제8조의3, 제9조, 제10조의2, 제11조 등 위반행위, 제15조(탈법행위의 금지) 위반행위, 제19조(부당한 공동행위의 금지) 제1항 위반행위, 제26조(사업자단체의 금지행위) 제1항 제1호 위반행위, 제50조 제2항에 따른 조사 거부행위 등이다.

또한 ‘제67조의 죄’는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 위반행위, 제26조(사업자단체의 금지행위) 제1항 제2호 내지 제5호 위반행위, 제29조(재판매가격유지행위의 제한) 제1항 위반행위, 제32조(부당한 국제계약의 체결제한) 제1항 위반행위, 제5조·제16조·제21조·제24조·제27조·제30조·제31조·제34조에 의한 시정조치 또는 금지명령 위반행위, 제14조에 위반하여 공인회계사의 회계감사를 받지 아니한 행위 등이다. 이러한 행위들은 사실상 주요한 공정거래법 위반행위 전부라고 할 수 있다. 따라서 사실상 모든 주요한 공정거래법 위반행위들은 공정거래위원회의 고발이 있는 경우에만 형사처벌이 가능하다.

이에 반하여 공정거래위원회의 전속고발권이 미치지 않는 위반행위는 공정거래법상 비교적 가벼운 제68조¹⁰⁾ 또는 제69조¹¹⁾의 벌칙이 적용받는 행위 유형에 불과하다. 즉, 경제력집중 관련 신고를 하지 않거나 허위의 신고를 한 자, 자료제출을 거부하거나 허위의 자료를 제출한 자, 그리고 비밀을 누설한 자 등에 대해서는 검사가 공정거래위원회의 고발을 기다리지 않고 자유롭게 공소를 제기할 수 있지만, 실제로 검찰권이 이와 같은 유형의 공정거래법 위반행위에 대하여 공정거래위원회의 고발 없이 개입할 유인은 거의 없다고 할 수 있다. 따라서 공정거래법상 광범위한 전속고발권의 범위로 인하여 공정거래법상 형벌조항의 집행은 심각하게 제한을 받고 있다고 할 수 있다.¹²⁾

한편, 공정거래위원회는 1997년 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침’(이하 ‘고발지침’)을 제정하고 수차례의 개정을 통하여 점차 상세한 전속고발권 행사의 기준을 마련하여 사용하고 있다.

10) 공정거래법 제68조의 벌칙이 적용되는 공정거래법 위반행위는 다음과 같다. 경제력집중 관련 제8조(지주회사 설립·전환의 신고)의 규정에 위반하여 지주회사의 설립 또는 전환의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 한 자, 제8조의2(지주회사 등의 행위제한 등) 제7항을 위반하여 당해 지주회사등의 사업내용에 관한 보고를 하지 아니하거나 허위의 보고를 한 자, 제13조(주식소유현황등의 신고) 제1항 및 제2항의 규정에 위반하여 주식소유현황 또는 채무보증현황의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 한 자, 제14조(상호출자 제한기업집단등의 지정 등) 제4항의 자료요청에 대하여 정당한 이유없이 자료제출을 거부하거나 허위의 자료를 제출한 자, 제50조(위반행위의 조사등) 제1항 제2호의 규정에 위반하여 허위의 감정을 한 자.

11) 공정거래법 제69조의 벌칙이 적용되는 공정거래법 위반행위는 다음과 같다. 제50조(위반행위의 조사등) 제5항의 요건에 해당하지 아니함에도 불구하고 그 직권을 남용하여 금융기관의 특정점포의 장에게 금융거래정보의 제출을 요구한 자 또는 동조 제9항의 규정을 위반한 자, 제62조(비밀업수의 의무)의 규정에 위반한 자.

12) 같은 의견으로는 손수진, “공정거래법상 전속고발제도에 관한 연구”, 『법과 정책 연구』, 제11집 제1호(통권 제21호) (한국법정책학회, 2011), 119면-120면.

‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침’ 제2조 제1항 <행위유형별 고발기준 점수표>

행위유형		기준점수
시장지배적 지위 남용행위(공정거래법 제3조의2)		2.5
경제력집중 억제규정 위반행위		2.7
부당한 공동행위, 사업자단체금지 행위	부당한 공동행위(공정거래법 제26조 【사업자단체의 금지행위】 제1항제1호 포함)	2.5
	사업자단체 금지행위(공정거래법 제26조 【사업자단체의 금지행위】 제1항제1호 제외)	2.7
불공정거래행위(부당한 지원행위 제외), 재판매가격유지행위, 부당한 국제계약 체결행위		2.7
부당한 지원행위		적극적인 지원의지를 갖고 능동적으로 지원한 경우로서 지원효과가 큰 경우
표시·광고법 위반행위		2.5
가맹사업법 위반행위(제9조제1항, 제33조제1항, 제6조의5제1항, 제7조제2항, 제15조의2제6항)		2.5

현재 사용되고 있는 지침¹³⁾ 제2조 제1항은 각 행위유형에 대한 전속고발권 행사의 기준점수를 규정한 뒤 이에 따라 산출한 범위반점수가 (행위유형별 기준점수를 규정하고 있는) 아래 표의 기준점수 이상일 경우, 특별한 사유 없이 공정거래위원회의 시정조치나 금지명령에 응하지 않은 경우, 탈법행위(공정거래법 제15조)를 한 업체로서 법 위반 정도가 중대하거나 법 위반 동기가 고의적인 경우에는 고발함을 원칙으로 한다고 규정하고 있다. 또한 동 지침의 [별표]에서는 공정거래위원회의 전속고발권 행사의 전제가 되는 기준점수를 산출하기 위한 각 행위유형별 세부평가기준을 규정하고 있다.

그런데 위 ‘고발지침’이 다시 규정하고 있는 행위유형별 세부평가기준을 살펴보면 전속고발권 행사의 요건인 기준점수를 충족하기가 쉽지 않음을 알 수 있다. 예컨대, 불공정거래행위에 대한

13) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침(개정 2012. 8.20. 공정거래위원회 예규 제140호).

형사처벌과 관련하여, ‘고발지침’ 제2조 제1항에서 규정하고 있는 행위유형별 고발기준 점수표에 따르면, 공정거래위원회가 불공정거래행위에 대하여 전속고발권을 행사하기 위해서는 기준점수가 2.7을 넘어야 한다. 그런데 아래 ‘고발지침’ [별표5]에서 규정하고 있는 <불공정거래행위 등의 고발을 위한 세부평가기준>을 살펴보면, 대부분의 항목에서 ‘상’의 점수(3점)를 받아야만 고발권 행사의 기준점수인 2.7에 해당할 수 있음을 알 수 있다.

또한 각 항목별로 ‘상’의 점수를 받기 위해서는 ‘위반행위의 내용’이 “경쟁제한성경쟁사업자 배제 및 봉쇄효과를 포함한다)이 큰 경우” 또는 “위반행위로 인해 경쟁사업자·거래상대방 또는 소비자에게 중대한 피해가 실제로 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우”인 것 이외에도, ‘매출액 기준’에서 행위 사업자의 “3개년 평균매출액이 1천억원 이상”이어야 하고, ‘위반행위의 효과가 미치는 지역적 범위’가 “관련시장이 전국적인 시장에서 위반행위 효과가 3개 이상 특별시·광역시·도에 미치는 경우” 또는 “관련시장이 특정지역시장에서 위반행위 효과가 그 지역 전체에 미치는 경우”이어야 하며, 또한 ‘위반기간’이 “2년 이상”이어야 한다는 엄격한 요건을 충족시켜야 한다. 특히 매출액 기준과 위반행위의 효과가 미치는 지역적 범위 및 위반기간의 측면에서 ‘상’의 요건을 충족시키는 것은 매우 제한적인 경우에 가능하다고 할 수 있다. 따라서 불공정거래행위와 관련된 실제 사건에서 공정거래위원회가 고발권을 행사하여야 할 기준점수에 해당하는 경우는 드물다고 할 수 있다.¹⁴⁾

‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침’ (별표 5)
 <불공정거래행위, 재판매가가격 유지행위 및 부당한 국제계약 체결행위 세부평가기준>

부과수준		상(3점)	중(2점)	하(1점)
참작사항	비중			
위반행위 내용	0.4	· 경쟁제한성(경쟁사업자 배제 및 봉쇄효과를 포함한다)이 큰 경우 · 위반행위로 인해 경쟁사업자·거래상대방 또는 소비자에게 중대한 피해가 실제로 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우	· 경쟁제한성(경쟁사업자 배제 및 봉쇄효과를 포함한다)이 상대적으로 작은 경우 · 위반행위로 인해 경쟁사업자·거래상대방 또는 소비자에게 상당한 피해가 실제로 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우	· 경쟁제한성(경쟁사업자 배제 및 봉쇄효과를 포함한다)이 경미한 경우 · 위반행위로 인해 경쟁사업자·거래상대방 또는 소비자에게 경미한 피해가 실제로 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우

14) 같은 의견으로는 이건목·이정남, 전계논문, 41면.

위 반 행 위 정 도	매출액	0.2	· 3개년 평균 매출액이 1천억 이상인 경우	· 3개년 평균 매출액이 1백억원 이상 1천억미만인 경우	· 3개년 평균 매출액이 1백억원 미만인 경우
	지역적 범위	0.2	· 관련시장이 전국적인 시장에서 위반행위 효과가 3개 이상 특별시·광역시·도에 미치는 경우 · 관련시장이 특정지역시장에서 위반행위 효과가 그 지역 전체에 미치는 경우	· 관련시장이 전국적인 시장에서 위반행위 효과가 2개 이상의 특별시·광역시·도에 미치거나 적어도 서울특별시에 미치는 경우 · 관련시장이 특정지역시장에서 위반행위 효과가 그 지역의 일부에 미치는 경우	· 관련시장이 전국적인 시장에서 위반행위 효과가 1개의 광역시·도 이내에만 미치는 경우
	위반 기간	0.2	2년이상	1년이상 2년미만	1년미만

(2) 전속고발제도의 합헌성

종래 공정거래위원회가 공정거래법 위반행위에 대하여 전속고발권을 소극적으로 행사하였음을 비판하는 주장이 지속적으로 제기되어 왔다. 특히, 공정거래법 위반행위에 대한 강력한 억지력을 확보하기 위해서 형사벌을 적극적으로 활용하여야 한다는 견해에 따르면, 우리나라의 경우 공정거래위원회의 소극적인 전속고발권 행사로 인하여 공정거래법을 위반한 행위에 대한 억지력은 거의 전적으로 공정거래위원회의 행정적 제재에 의존하고 있고, 따라서 동법의 위반행위에 대한 일반인 또는 법원의 인식 역시 단지 “행정법 위반행위”에 불과하다고 여기는 문제점이 있었다. 이로 인하여 사업자나 일반인에게 있어서 공정거래법 위반행위에 대한 죄의식이 희박하게 되었고, 결국 형벌의 위하효과도 떨어진다는 비판이 제기되었다.¹⁵⁾

위와 같은 맥락에서 1995년 ㈜에이스침대의 대리점 계약해지 사건¹⁶⁾에서 피해를 보았다고 주장하는 대리점주가 공정거래위원회의 이 사건 전속고발권 불행사가 위헌이라고 주장하면서 헌법소원을 제기하였으나, 헌법재판소 다수의견은 공정거래법상 전속고발권제도가 합헌이라는 전제

15) 이천현, “독점범죄의 의의와 특징”, 『교정의 이념과 현상 - 초당 김화수 교수 정년퇴임 기념논문』 (초당 김화수 교수 정년퇴임기념논문집 간행위원회, 2006), 424면.

16) 헌법재판소 1995.7.21. 결정 94헌마136 (고발권불행사 위헌확인).

에서 공정거래위원회의 고발권 불행사의 위헌성 여부를 판단한 바 있다. 이 사건의 사실관계를 간략히 살펴보면, 이 사건 헌법소원 신청인은 전국적인 가구공급업체와 대리점계약을 체결하여 가구소매업을 영위하고 있었는데, 동 공급업체가 청구인의 매출 부진을 이유로 대리점계약을 해지하자 공정거래위원회에 탄원서를 제출하였고, 이에 대하여 동 위원회가 이 사건 대리점계약 해지행위가 불공정거래행위에 해당한다고 판단하여 시정명령을 내리자, 청구인은 다시 형사고발을 촉구하는 서면을 제출하였으나, 동 위원회는 형사고발은 불가하다고 회신하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 특히 동 위원회의 전속고발권의 취지와 그에 관한 재량의 한계에 관하여 중요한 사항을 판시하였다. 먼저, 공정거래법이 공정거래위원회의 전속고발권을 규정한 것은 기업활동에 대한 무분별한 형벌권 행사는 기업활동을 위축시킬 수 있으므로 독점규제법 위반행위에 대한 형벌은 가능한 한 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자 일반에 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우에 제한적으로 활용되지 아니하면 안 되는 측면을 고려하여, 독립적으로 구성된 공정거래위원회로 하여금 거래행위 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있는 법집행기관으로서 상세한 시장분석을 통하여 위반행위의 경중을 판단하고 그때그때의 시장경제상황의 실상에 따라 행정조치만으로 이를 규제함이 상당할 것인지 아니면 나아가 형벌까지 적용하여야 할 것인지 여부를 결정하도록 하는데 그 취지가 있다고 하면서, 공정거래법상 전속고발권 규정의 해석상 공정거래위원회는 고발 여부를 결정할 재량권을 갖지만 이는 자의가 허용되는 무제한의 재량이 아니라 스스로 내재적 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해해야 하고, 특히 동법의 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 않으면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 당연히 고발을 해야 할 의무가 있음에도 이러한 의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것으로 보아야 한다고 판시하였다.¹⁷⁾

결국 헌법재판소는 이상과 같은 기준을 이 사건 사실관계에 적용하여, 문제가 된 대리점계약해지가 불공정거래행위로서 법상 형사처벌의 대상이 되는 것으로 규정되어 있지만, 동 행위가 개별적이고 구체적인 거래관계를 바탕으로 한 단 1회의 거래거절행위로서 가구시장의 경쟁질서에 끼친 해악의 정도가 그리 중하다고만 할 수 없을 뿐만 아니라, 그로 인한 청구인의 경제적 손실은 공정거래법상 손해배상청구권을 행사하거나 민법상의 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상청구를 통하여 충분히 전보될 수 있어서 객관적으로 형벌을 가할 정도로 중대한 법 위반행위로 보기 어려우므로, 공정거래위원회의 이 사건 고발권불행사는 고발권의 남용이나 고발권을 행

17) 위와 같은 다수의견에 대하여 헌법재판관 중 1인은 공정거래위원회의 전속고발권을 규정한 구 공정거래법 제71조는 위헌이라는 취지의 별도의견을 제시하였다.

사하여야 할 작위의무의 위반으로서 명백히 자의적 조치라고 단정할 수 없어서 청구인의 헌법상 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.¹⁸⁾

위 헌법재판소의 결정이 내려진 이후 위에서 소개한 바와 같이 제5차 공정거래법 개정을 통하여 전속고발권의 남용을 방지하기 위한 수단들을 도입하였다. 즉, 공정거래법 제71조 제2항은 “공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다”고 규정하였으며, 동 조 제3항은 “검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다”고 규정하였다.

3. 전속고발제도의 운영 현황

공정거래위원회 통계연보¹⁹⁾에 따르면, 공정거래법이 시행된 1981년부터 2011년 말까지 공정거래법 위반사건에 대한 총 시정실적 12,142건 중 공정거래위원회가 검찰에 고발한 사건은 187건으로서 1.54%에 불과하다. 이를 법 위반행위의 유형별로 살펴보면, 불공정거래행위에 대한 고발이 그 중에서 가장 큰 비중을 차지하는 80건으로 총 고발건수 187건 중 42.78%를 차지하고, 다음으로 부당한 공동행위에 대한 고발이 52건(27.80%), 사업자단체금지행위에 대한 고발이 42건(22.46%), 경제력집중 억제조치에 대한 고발이 7건(3.74%), 시장지배적 지위의 남용행위에 대한 고발이 5건(2.67%), 경쟁제한적 기업결합에 대한 고발이 1건(0.53%)을 차지하고 있다.

공정거래위원회가 공정거래법 위반행위에 대하여 고발을 자제하는 이유로는 공정거래법에 따른 형벌 부과가 진취적이고 창의적인 경영을 통해 성장하는 기업활동의 자유를 위축시킬 수 있다는 점과 기업에 상당한 법률비용의 부담을 초래할 가능성이 있다는 점을 고려한 것으로 판단된다.²⁰⁾

또한 공정거래위원회 통계연보²¹⁾에 따르면, 그 동안 공정거래위원회가 고발한 모든 법 위반행위에 대한 기소율은 73.7%로 나타났다. 따라서 공정거래위원회가 공정거래법 위반행위에 대하여 고발을 하면 대다수의 경우에 공소가 제기되어 형사처벌이 이루어진다고 할 수 있다.

18) 같은 판결.

19) 공정거래위원회, 『2011년도 통계연보』 (공정거래위원회, 2012), 9면.

20) 공정거래위원회, “열린우리당 이원영 의원에 대한 답변”, 『국회질의응답』 (공정거래위원회, 2006.10), 52면; 이상현, 전계논문, 245면에서 재인용.

21) 공정거래위원회, 2011년도 통계연보, 2012, 33면.

Ⅲ. 외국의 경쟁법 위반행위에 대한 형사소추제도

다음에서는 우리 공정거래법과 마찬가지로 전속고발제도를 두고 있는 일본의 사적독점금지법상 전속고발제도를 검토해 보고, 그 이외 다른 나라에서는 경쟁법 위반행위에 대해 어떠한 형사소추제도를 운영하고 있는지를 살펴보고자 한다. 이는 우리 공정거래법상 전속고발제도의 개선 방향에 참고가 될 수 있을 것이다.

1. 일본 사적독점금지법상 전속고발제도

(1) 일본 전속고발제도의 개관

공정거래법상 전속고발제도는 당초 일본의 사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律)(이하 ‘사적독점금지법’)상 전속고발권 제도를 계수한 것이라고 할 수 있다. 그런데 일본의 사적독점금지법 역시 광범위한 법 위반행위에 대하여 형사처벌 규정을 두고 있지만, 우리나라 공정거래법에 비해서는 상대적으로 좁은 범위의 법 위반행위에 대해서만 형사처벌을 부과할 수 있도록 규정하고 있어서 공정거래위원회의 전속고발권이 적용되는 행위 역시 상대적으로 좁다.

즉, 일본 사적독점금지법 제96조 제1항은 “제89조부터 제91조까지의 죄는 공정거래위원회의 고발을 기다려서 이를 논한다”라고 함으로써 공정거래위원회의 전속고발권을 규정하고 있다.²²⁾ 그런데 동법 제89조는 사적독점이나 부당한 거래제한,²³⁾ 또는 사업자단체의 사적독점 행위²⁴⁾에

22) 참고로 일본 사적독점금지법 제96조(第九十六條)의 규정을 살펴보면 다음과 같다.

제1항 제89조부터 제91조까지의 죄는 공정 거래위원회의 고발을 기다려서 이를 논한다(第八十九條から第九十一條までの罪は、公正取引委員會の告發を待つて、これを論ずる)。

제2항 전항의 고발은 문서로써 이를 행한다(前項の告發は、文書をもつてこれを行う)。

제3항 공정 거래위원회는 제1항의 고발을 함에 있어서 그 고발에 관한 범죄에 전조 제1항(사업자단체의 해산신고) 또는 제100조 제1항 제1호의 신고(특허권의 전용실시권 취소신고)를 하는 것이 상당하다고 인정하면, 그 취지를 항의 문서에 기재 할 수 있다(公正取引委員會は、第一項の告發をするに当たり、その告發に係る犯罪について、前條第一項又は第百條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)。

제4항 제1항의 고발은 공소의 제기가 있는 후에는 이를 취소 할 수 없다(第一項の告發は、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)。

23) 일본 사적독점금지법 제3조(第三條) 사업자는 사적독점 또는 부당한 거래제한을 해서는 아니 된다(事業者は、私的獨占又は不当な取引制限をしてはならない)。

제2조(第二條) 제5항 이 법에서 “사적 독점”은, 사업자가 단독으로 또는 다른 사업자와 결합하거나 또는 通謀하여 기타 어떤 방법을 사용하는가를 묻지 않고, 다른 사업자의 사업 활동을 배제하거나 지배함으로써

대한 벌칙을 규정하고 있고, 제90조는 사업자 또는 사업자단체가 부당한 거래제한을 내용으로 하는 국제협정이나 국제계약을 체결하는 행위,²⁵⁾ 또는 사업자단체가 사업자 수를 제한하거나 구성사업자의 기능 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위,²⁶⁾ 시정명령 등이 확정된 후에 이를 따르지 아니한 행위에 대한 벌칙을 규정하고 있으며, 제91조는 주식의 취득 또는 소유에 의한 경쟁제한적 기업결합,²⁷⁾ 의결권제한 규정을 위반하여 주식을 취득 또는 소유한 행위 또는 그 예외에 해당하지만 인가를 받지 않고 주식을 소유한 행위,²⁸⁾ 임원겸임을 통한 경쟁제한적 기업결합,²⁹⁾ 회사 이외의 자의 주식의 취득 또는 소유에 의한 경쟁제한적 기업결합,³⁰⁾ 또는 이러한 내용의 탈법행위를 한 자에 대한 벌칙을 규정하고 있다.

따라서 일본 사적독점금지법은 우리나라 공정거래법상 형사처벌의 대상이 되는 ‘불공정거래 행위’,³¹⁾ 경제력집중 억제조치에 해당하는 ‘사업지배력의 과도집중 규제위반’,³²⁾ ‘경쟁제한적 기업결합’ 중 위에서 열거한 경우를 제외한 것³³⁾ 등은 형사처벌의 대상에서 제외하고 있고, 따라서 전속고발권이 문제되지도 않는다. 그러므로, 우리 공정거래법상 전속고발권이 적용되는 범위는 일본보다 더 광범위하다고 할 수 있다.

또한 일본 공정거래위원회는 1990년(平成 2년)에 고발과 관련된 내부지침 ‘사적독점금지법 위반행위에 대한 형사고발 및 범칙사건의 조사에 관한 공정거래위원회의 방침’(獨占禁止法違反に對する刑事告發及び犯則事件の調査に關する公正取引委員會の方針(이하 ‘고발기준’)³⁴⁾을 제정하였고, 2005년(平成 17년)에 이를 개정하여 일정한 경우에는 ‘고발을 하겠다는 의지’를 표명하고

공공의 이익에 반하여 일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것을 말한다(この法律において「私的獨占」とは、事業者が、單獨に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を實質的に制限することをいう)。

24) 일본 사적독점금지법 제8조 제1호.

25) 일본 사적독점금지법 제6조 또는 제8조 제2호.

26) 일본 사적독점금지법 제8조 제1항 제3호 또는 제4호.

27) 일본 사적독점금지법 제10조 제1항 전단.

28) 일본 사적독점금지법 제11조 제1항 및 제2항.

29) 일본 사적독점금지법 제13조 제1항.

30) 일본 사적독점금지법 제14조 전단.

31) 일본 사적독점금지법 제19조 불공정한 거래방법(不公正な取引方法)의 금지.

32) 일본 사적독점금지법 제9조.

33) 일본 사적독점금지법 제10조 내지 제16조는 기업결합의 수단별로 경쟁제한적 기업결합을 금지하고 있다.

34) 公正取引委員會, 『獨占禁止法違反に對する刑事告發及び犯則事件の調査に關する公正取引委員會の方針』, 1990年(平成 2年) 6月 20日 制定.

있다.

즉, 위 ‘고발기준’에서 일본 공정거래위원회는 1) 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격담합, 공급량제한담합, 시장분할협정, 입찰담합, 공동의 보이콧, 사적독점 및 기타 위반행위로서 국민생활에 광범위한 영향을 미칠 것으로 생각되는 악질적이고 중대한 사안, 2) 위반을 반복하여 행하는 사업자·업계, 시정조치를 따르지 않는 사업자 등의 위반행위 중 공정거래위원회의 행정처분에 의하여서는 사적독점금지법의 목적을 달성할 수 없을 것으로 생각되는 사안의 경우에는 적극적으로 형사처벌을 위하여 고발할 것임을 선언하고 있다.³⁵⁾ 다만, 이 기준은 어디까지나 일본 공정거래위원회가 앞으로 적극적으로 일정한 사안에 대하여 고발을 할 것임을 나타내는 것이므로, 이 기준에 해당하지 않았다고 해서 고발을 무효로 한다거나 고발권의 남용에 해당되는 것은 아니다.³⁶⁾

위와 같은 ‘고발기준’상 적극적인 고발의 대상이 되는 행위의 기준은 결국 ‘사건이 형사절차를 진행하기에 충분할 정도로 심각하고 중대한 경우’ 또는 ‘행정적 제재가 작동하지 않는 경우’로 요약할 수 있다. 일본 공정거래위원회의 이러한 ‘고발기준’의 취지는 우리나라 헌법재판소가 판시한 것과 유사하다고 할 수 있으며,³⁷⁾ 이후 신설된 우리 공정거래법 제71조 제2항의 의무고발 규정³⁸⁾ 및 위에서 살펴본 우리나라 공정거래위원회의 고발지침³⁹⁾의 취지와도 상통한다고 볼 수 있다.

35) (ア) 一定の取引分野における競争を實質的に制限する価格カルテル、供給量制限カルテル、市場分割協定、入札談合、共同ボイコット、私的獨占その他の違反行爲であつて、國民生活に廣範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案、(イ) 違反を反復して行つてゐる事業者・業界、排除措置に従わない事業者等に係る違反行爲のうち、公正取引委員會の行つた行政處分によっては獨占禁止法の目的が達成できないと考えられる事案について、積極的に刑事處分を求めて告發を行う方針である。

36) 西田典之, “獨占禁止法と刑事罰”, 『現代の法』, 1998, 213면; 박미숙, “공정거래법상 전속고발제도”, 『형사정책연구소식』, 제74호 (한국형사정책연구원, 2002), 9면에서 재인용.

37) 우리 헌법재판소는 1995년 에이스침대 사건에서 “그 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자 일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우로서 공정거래법의 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 경우”에 공정거래위원회는 검찰에 고발할 의무를 가지고 있다고 판시함으로써, 전속고발권 불행사에 대한 내재적 한계를 설정한 바 있다(헌법재판소 1995.7.21. 결정 94헌마136). 또한, 헌법재판소는 1995년 백화점 시기세일 사건에서도 “시정조치가 있었음에도 불구하고 이에 불응하는 경우나 위반행위가 거듭되거나 지극히 중대하여 시정조치 등의 행정조치만으로는 시정효과를 거두기 어렵다고 판단되는 경우”에 공정거래위원회는 고발권을 행사할 수 있을 것이라고 판시하였다(헌법재판소 1995.7.21. 결정 94헌마191).

38) 공정거래법 제71조 제2항은 “공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다”고 규정하고 있다.

39) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회의 지침(개정 2012. 8.20. 공정거래위원회 예규 제140호).

(2) 일본 전속고발제도의 운영현황

우리 독점규제법상 전속고발권에 영향을 준 일본의 경우, 2005년 범칙조사권⁴⁰⁾을 도입하여 독점금지법상 위반행위에 대하여 이원적 절차를 운영하고 있다.⁴¹⁾ 따라서 일본 독점금지법상 사건 조사는 과징금 등 행정조치를 위한 행정조사 절차와 형벌부과를 위한 범칙조사 절차로 구분된다. 이러한 이원적 절차에 따르면, 「고발기준」이 정하는 중대한 사건의 경우 범칙조사 절차를 통해 일본 공정거래위원회의 조사관이 사법경찰관의 지위에서 검문·수색·압수권 등을 가지고 독점금지법 위반의 범죄수사를 담당한 후 위원회가 범죄의 심증을 얻었을 때는 해당 사건을 고발하여 검찰에 송치하고, 일반적인 사건의 경우에는 통상의 행정조사 절차를 거쳐 일본 공정거래위원회에서 직접 독점금지법상 시정조치 또는 과징금을 부과한다. 범칙조사절차가 종료하면 조사관은 그 결과를 일본 공정거래위원회에게 보고하고, 이에 의하여 위원회가 범죄의 심증을 얻었을 때는 검찰총장에게 고발하게 된다.⁴²⁾

만일 행정조사 절차에서 심사관이 심사를 진행하다가 형벌부과를 위한 범칙사건의 단서를 발견한 경우에는, 「공정거래위원회의 범칙사건 조사에 관한 규칙(公正取引委員會の犯則事件の調査に關する規則)」(獨占禁止法 제76조 제1항의 위임에 기초함)⁴³⁾ 제4조 (라)에 따라 심사관은 즉시 심사국장에게 보고하고 심사국장이 위원회에 보고하여 위원회에서 범칙조사를 개시할지 여부를 판단하는 절차를 거친다.

한편, 일본 독점금지법상 범칙조사 절차의 결과로 이루어지고 있는 전속고발권의 행사 실적을 살펴보면, 독점금지법이 제정된 1947년부터 2008년까지 일본 공정거래위원회의 고발건수는 총 18건에 불과하며, 앞에서 살펴본 일본 공정거래위원회의 「고발기준」의 지침에 따라서 대체로 ‘담합사건’, 그중에서도 입찰담합 사건에 고발이 집중되어 있다는 사실을 알 수 있다.

구체적으로 살펴보면, 1970년대 이후의 고발사건 15건 중에서 가격담합이 4건, 공급량제한담합이 1건, 시장분할협정이 1건을 차지하고 있으며, 나머지 9건은 모두 입찰담합 사건이 차지하고 있다. 자세히 살펴보면, 일본 공정거래위원회가 검찰에 고발한 사건 중 1970년대 이후의 사건은

40) 일본 독점금지법 제101조 내지 제118조.

41) 2005년에 개정된 일본 독점금지법상 범칙조사권에 관한 개략적인 내용은 일본 공정거래위원회 사이트 <http://www.jftc.go.jp/dk/hansoku.html> 참조.

42) 이러한 범칙조사는 법령상 형사처벌의 대상이 되는 행위에 대해 통상의 형사소송법에 근거하는 수사절차에 의하지 아니 하고 일본 공정거래위원회가 고발을 목표로 하여 증거를 조사·수집하기 위한 절차로서 형식적으로는 행정절차이지만 실질적으로는 형사절차에 가까운 성격의 것이다. 김두진, “공정거래법 위반행위의 현황과 대책 - 전속고발권을 중심으로”, 『형사정책』 제22권 제2호 (한국형사정책학회, 2010), 134면.

43) 公正取引委員會, 「公正取引委員會の犯則事件の調査に關する規則」, 平成十七年(2005年)十月十九日 公正取引委員會規則 第六号. 「범칙사건 조사 규칙」의 내용은 일본 공정거래위원회 사이트 <http://www.jftc.go.jp/dk/kaisei/hansokukisoku.html> 참조.

1974년(昭和 49년)의 出光興産(株) 등의 가격담합 사건과 石油連盟 공급량제한담합 사건, 1991년(平成 3년)의 三井東壓化學(株) 등의 가격담합사건, 1993년(平成 5년)의 トッパン・ムーア(株) 등의 가격담합사건, 1995년(平成 7년)의 (株)日立製作所 등의 입찰담합 사건, 1997년(平成 9년)의 (株)金門製作所 등의 입찰담합 사건, 1999년(平成 11년)의 (株)クボタ 등의 시장분할협정 사건과 코스모石油(株) 등의 입찰담합 사건, 2003년(平成 15년)의 愛知時計電機株式會社 등의 입찰담합 사건, 2005년(平成 17년)의 (株)横河ブリッジ 등의 입찰담합 사건 2건, 2006년(平成 18년)의 (株)クボタ 등의 입찰담합 사건, 2007년(平成 19년)의 (株)大林組 등의 입찰담합 사건과 (財)林業土木コンサルタンツ 등의 입찰담합 사건, 2008년(平成 20년)의 日鐵住金鋼板(株) 등의 가격담합 사건을 들 수 있다.⁴⁴⁾

또한 고발권 행사 및 이에 따른 형사소추와 관련하여 의미 있는 사례를 찾아 볼 수 있다. 즉, 일본 공정거래위원회는 1974년 石油連盟 공급량제한 담합과 관련하여 고발권을 행사하였는데, 위원회가 수집한 증거와 형사재판을 유지하기 위해서 필요한 증거의 사이에 큰 격차가 있었으므로, 이를 계기로 이러한 격차를 없애고 원활한 고발절차를 진행하기 위해 일본 공정거래위원회와 검찰당국 사이에 의견이나 정보의 교환을 실시하기 위한 「고발문제협의회」가 설치된 바 있다.⁴⁵⁾

2. 기타 국가의 경쟁법 위반행위에 대한 형사소추제도

우리나라와 일본을 제외하고는 전속고발제도를 채택하고 있는 외국의 입법례를 찾아보기 어렵다. 그 이유는 우선, 대부분의 경쟁법제가 법 위반행위에 대하여 형사벌을 규정하고 있지 않기 때문이다. 실제로 독일, 스페인, 룩셈부르크, 벨기에, 이탈리아, 스위스, 핀란드, 헝가리, 슬로바키아 등 대부분의 OECD 국가는 경쟁법에 형벌규정을 가지고 있지 않으므로 전속고발권이 아예 존재되지 않는다. 다만, 영국, 프랑스, 캐나다, 아일랜드 등은 경쟁법에 형벌규정을 두고 있지만, 대부분 카르텔 등 일부 행위에 국한하여 형벌규정을 두고 있고 이에 대해서는 형사처벌 여부를 경쟁당국에서 1차적으로 판단하고 있으며, 형사처벌이 필요하다고 판단되면 경쟁당국이 직접 법원에 기소하거나 검찰에 고발하는 제도를 운영하고 있다.⁴⁶⁾

그리고 미국의 경우 대표적인 반독점법(antitrust law)인 셔먼법(Sherman Act) 제1조(담합) 및 제2조(독점화)에 형벌규정이 존재하지만 셔먼법의 집행은 법무부(DOJ)가 직접 담당하므로 전속고발제도가 존립할 근거가 없다고 할 수 있다. 또한, 클레이튼법(Clayton Act)의 경우 법무부(DOJ)와

44) 일본 공정거래위원회의 고발사건 일람표와 자세한 내용은 일본 公正取引委員會 사이트 <http://www.jftc.go.jp/dk/qa/kokuhatsu.pdf> 참조.

45) 김두진, 전계논문, 133면.

46) 박영동, “전속고발제도에 대한 소고 - 공정거래위원회가 고발하지 않은 자에 대한 기소 문제를 중심으로”, 『경쟁법연구』, 제21권 (한국경쟁법학회, 2010), 165-166면 참조.

연방거래위원회(FTC)가 함께 집행을 담당하고, 연방거래위원회법(FTC법)은 연방거래위원회가 집행을 담당하지만, 이 두 법에는 형벌규정이 없으므로 역시 전속고발권이 문제되지 않는다.

그런데, 미국에서는 서면법의 집행과 관련하여 단순히 개인 또는 회사에 대한 벌금형에 그치는 것이 아니라 회사 대표자의 징역형이 상당수를 차지하고 있다는 점을 눈여겨 볼 필요가 있다. 그 이유는 법무부 독점금지국(Antitrust Division)이 개인에 대한 징역형 선고(jail sentence)야말로 반독점법 위반행위를 억제할 수 있는 가장 효과적인 방법이라고 믿고 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 따라서, 독점금지국은 최근 들어 카르텔 사건에 가담한 회사의 책임 있는 개인들을 더욱 많이 기소하고 있는 추세이다.⁴⁸⁾ 아래의 표에서 나타내고 있는 미국 법무부 독점금지국의 최근 10년간 형사기소 현황을 살펴보면, 징역형의 비율이 상당히 높다는 사실을 알 수 있다. 특히 2000년 이후 미국의 서면법 관련 형사적 집행에서는 징역형의 비율이 점차 증가하고 있으며 징역형의 기간도 증가하고 있다는 점이 특징적이다.⁴⁹⁾

미국 법무부(DOJ) 독점금지국(Antitrust Division)의 형사기소 현황(www.justice.gov)⁵⁰⁾

Criminal Cases Filed	Total Cases Filed (총 기소수)	Individuals Charged (벌금형-개인)	Corporation Charged (벌금형-회사)	% of Defendants Sentenced to Jail(징역형 비율) 【징역형 선고받은 피고수】
2000	63	60	40	38% 【23】
2001	44	39	22	46% 【18】
2002	33	32	14	53% 【17】
2003	41	28	16	50% 【14】
2004	42	39	20	71% 【28】
2005	32	47	27	67% 【31】
2006	34	37	24	68% 【25】
2007	40	47	10	87% 【41】
2008	54	59	25	61% 【36】
2009	72	65	22	80% 【52】
2010	60	63	21	78% 【49】

47) Baird, Ludwin, & Mendez, “Reexamining the Market-Based Approach to Criminal Antitrust Enforcement Against Individuals”, *Antitrust*, Vol. 23, No. 3, Summer 2009, p.93; Stoll & Goldfein, “Another Record-Breaking Year In Antitrust Criminal Enforcement”, *New York Law Journal*, Vol. 249, No. 5, 2013.

48) Hammond, “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades,” *Department of Justice*, 2010, p.7.

49) *Ibid*, p.6.

50) 김일중·전수민, “공정거래법과 형사처벌 : 형사고발 결정요인의 실증분석”, 『형사정책연구』, 제22권 제3호 (한국형사정책연구원, 2011), 181면.

경쟁법을 위반한 개인에 대한 징역형의 부과는 미국뿐만 아니라 영국에서도 활발히 이루어지고 있다.⁵¹⁾ 또한, 호주, 칠레, 체코, 그리스, 멕시코, 네덜란드, 뉴질랜드, 러시아, 남아프리카에서도 경쟁법 위반행위에 대한 형사처벌 규정이 최근에 도입되었거나 도입을 고려하고 있는 중이다.⁵²⁾

IV. 공정거래법상 전속고발제도의 재검토

공정거래법상 전속고발제도에 대하여 공정거래위원회와 헌법재판소는 존치론을 취하고 있으며, 이에 반해 시민단체와 최근 발의된 국회의원 입법안 및 다수 학자들의 태도는 전속고발권 폐지론의 입장에서 서 있다고 할 수 있다. 특히, 전속고발권 폐지론과 관련하여서는 전면폐지론과 부분폐지론 중 다양한 방식의 개선방안들이 제시되고 있는데, 다음에서 자세히 검토한 후 적절한 대안을 설계하고자 한다.

1. 전속고발제도 존치론

공정거래위원회는 전속고발제도의 존폐에 대한 논란이 있을 때마다 현행 법체계 하에서 전속고발권이 존치될 필요성이 있다는 입장을 유지하고 있다. 공정거래위원회의 주장에 따르면, ① 형사처벌의 필요성 여부에 대하여 경쟁법 집행기관인 공정거래위원회의 전문적 판단을 존중할 필요가 있고, ② 전속고발권의 폐지로 검찰의 수사가 확대될 경우 기업활동이 위축될 우려가 있으며, ③ 기업활동에 대해서 검찰과 공정거래위원회가 이중적으로 규제함으로써 업무상의 중복 및 처리결과와 상충 등 혼선을 야기할 수 있고, ④ 현재 카르텔 사건에 대한 세계적 추세는 일반 사법기관이 아닌 전담기관인 경쟁당국에서 1차적으로 심판하고 있으므로 단독관청보다는 여러 전문가들이 모인 합의제 조직인 위원회의 판단을 통해 심결절차가 진행된다는 점 등을 그 이유로 들고 있다.⁵³⁾

위에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소 역시 일련의 결정례에서 공정거래법상 전속고발제도가 합헌이라고 전제하고 있다. 즉, 위에서 소개한 (주)에이스침대의 대리점계약해지 사건에서 “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 우려가 있고, 그렇게 되어서는 공정거래법 제1조에

51) Hammond, *op. cit.*, p.8.

52) *Ibid.*

53) 이진목·이정남, 전제논문, 22면에서 재인용.

서 말하는 ‘공정하고 자유로운 경쟁을 촉진’하는 것도 ‘기업활동을 조장’한다는 것도 불가능하게 될 것이므로, 공정거래법 위반행위에 대한 형벌은 가능한 한 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자 일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우에 제한적으로 활용되지 아니하면 아니 된다는 측면도 이를 간과할 수는 없다. 따라서 공정거래법 위반행위에 대해 형벌까지 적용하여야 할 것인지의 여부는 소관기관의 전문적 판단에 맡기는 것이 상당하다”고 판시하였다.⁵⁴⁾

2. 전속고발제도 폐지론

종래 형사소추기관인 검찰과 일부 시민단체는 공정거래법상 전속고발제도의 폐지를 지속적으로 주장하였고 최근에는 중소기업계와 이에 영향을 받은 일부 정치권에서도 전속고발제도의 전면적 개편을 주장하고 있다. 예컨대, 참여연대는 공정거래위원회가 전속고발권을 보유함으로써 실제 피해를 입은 당사자가 배제된 채 자의적인 판단에 따라 검찰에의 고발 여부를 결정할 수 있게 되는 점에 주목하고 있다. 즉, 공정거래위원회가 특정 기업들에 대한 형사고발을 좌우할 수 있는 막강한 권한을 잃지 않겠다는 의도에서 전속고발권의 유지 입장을 견지하고 있는 것이라고 주장하고 있다.⁵⁵⁾

그리고 대기업과의 거래에서 피해를 입은 소비자와 거래상대방인 소규모사업자들 역시 위에서 살펴본 헌법소원을 제기하면서, 전속고발권을 규정하고 있는 공정거래법 제71조가 ① 형사피해자의 형사재판을 받을 권리 또는 재판절차진술권을 침해하였고, ② 일반 범죄피해자와의 불합리한 차별을 통해 평등원칙을 침해하였으며, ③ 기소독점주의를 채택하고 있는 형사소송법제에서 검찰의 기소권한을 제한함으로써 권력분립 원칙을 침해하였고, ④ 소비자의 고발권 제약으로 인한 소비자 기본권을 침해하였다는 등의 주장을 한 바 있고,⁵⁶⁾ 실제로 (주)에이스침대 대리점계약 해지 관련 헌법소원 사건에서 소수의견을 제시한 조승형 재판관은 공정거래법상 전속고발제도가 합헌이라는 다수의견과는 달리, 공정거래법 제71조는 “헌법 제124조가 예정하고 있는 소비자 기본권과 행복추구권, 평등권, 소비자인 피해자의 재판절차진술권을 침해하는 규정”이라고 설시한 바 있다.⁵⁷⁾

한편, 공정거래법상 전속고발제도를 개정 내지 폐지하자는 취지의 국회의원 입법안들도 최근

54) 헌법재판소 1995.7.21. 결정 94헌마136.

55) 참여연대, “공정거래위원회 전속고발권 폐지와 강제조사권 도입 환영 논평” (2007); 김두진, 전계논문, 23면에서 재인용.

56) 헌법재판소 1995.7.21. 결정 94헌마191.

57) 헌법재판소 1995.7.21. 결정 94헌마136.

들어 다수 제출된 바 있다. 앞에서 언급하였듯이 2013년 6월에는 기존에 공정거래위원회에 대해 고발요청권을 보유하고 있는 검찰총장 이외에 감사원장, 조달청장, 중소기업청장에게도 공정거래위원회에 대한 고발요청권을 부여함으로써 이들이 고발요청을 한 경우 공정거래위원회가 반드시 고발하도록 하는 새누리당 김종훈의원(안)⁵⁸⁾이 국회 본회의를 통과하였다. 그리고 조금 더 앞서 2012년 6월에는 전속고발제도의 전면적 폐지를 내용으로 하는 새누리당 김재원의원(안)⁵⁹⁾이 발의된 바 있고, 2012년 7월에도 시장지배적 지위남용행위(제3조의2)와 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 불공정거래행위(제23조 제1항 제7호)를 공정거래위원회의 전속고발권에서 제외하는 내용의 민주당통합당 이용섭의원(안)⁶⁰⁾이 발의되었다.

58) 김종훈의원(안)의 전속고발제도 개정취지는 다음과 같다. “공정거래법 제66조 및 제67조에 규정된 죄에 대해서는 제71조 제1항에서 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있어 형사적 제재에 필요한 공소제기의 요건으로 공정거래위원회의 고발을 요구하고 있는데 … (중략) … 제71조 제2항에 따른 고발의무에 대한 판단이 공정거래위원회에 전속적으로 부여되어 있어 공정거래위원회가 고발하지 않을 경우 형벌이 전혀 부과될 수 없고 … (중략) … 이에 대해 검찰총장에게 고발요청권한을 부여하여 고발 여부를 공정거래위원회만이 판단하는 것을 통제하도록 하고 있으나, 실제 검찰총장의 고발요청이 거의 이루어지지 않고 있다. 이에 따라 공정거래위원회의 고발에 대한 재량을 실질적으로 통제하여 고발이 최대한 객관적이고 타당하게 이루어질 수 있도록, 공정거래위원회가 제71조 제2항에 해당하지 않는다고 결정을 하더라도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 피해정도, 중소기업에 미친 영향 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있도록 하는 한편, 공정거래위원회로 하여금 이들의 고발요청이 있을 경우 담합의 자진신고자 또는 조사협조자에 해당하지 않는 한 고발조치하도록 하고자 한다.”

59) 공정거래법상 전속고발제도의 전면적 폐지를 주장하고 있는 김재원의원(안)의 경우, 다음과 같은 논거를 들고 있다. “현행 공정거래법 제71조 제1항은 공정거래법의 집행기관인 공정거래위원회만이 고발할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 2006년부터 2010년까지 5년간 공정거래위원회가 매우 소극적으로 고발권을 행사하여 소비자나 국가 재정에 막대한 피해를 입히는 위법행위 등을 매우 미온적으로 처분한다는 비판을 받아왔고, 공정거래위원회의 자의적 판단으로 고발 여부를 결정하거나 혹은 고발하지 않을 경우 위법행위에 대한 면책효과를 부여하는 제도의 한계를 드러내고 있다. 이에 전속고발권 폐지조 비사법기관의 과도한 형벌권 행사를 견제하고 법 위반행위를 신속하고 강력하게 제재하도록 하며, 공정거래위원회가 행정조사 초기 단계에서 직권 또는 검찰의 요청에 의해 위법행위에 대한 의견제시나 수사의뢰를 할 수 있도록 하여 초기부터 공정거래위원회와 검찰이 공동 증거수집 등 협력할 수 있는 방안을 마련하려고 한다.”

이러한 논거에서 김재원의원(안)은 현행 공정거래법상 전속고발제도 자체를 전면적으로 폐지하는 입법안을 제시하고 있다.

제71조제1항을 삭제한다.

제71조제2항 중 “第66條 및 第67條의 罪중”을 “이 법을 위반하는 행위가 제66조부터 제69조까지의 죄에 해당하고”로 한다.

제71조제3항 중 “第2項의 規定에 의한 告發要件에 해당하는 사실이 있음을 公正去來委員會에 통보하여 告發을 요청할 수 있다”를 “제66조부터 제69조까지의 규정에 해당하는 범죄를 발견한 때에는 공정거래위원회에 대하여 그 취지를 통지하고 조사 및 그 결과의 통보를 요구할 수 있다”로 한다.

제71조제4항을 삭제한다.

60) 이용섭의원(안)이 공정거래법상 전속고발제도에 대한 폐지론을 주장하는 논거는 다음과 같다. “전속고발제도는 공정위의 자의적 판단으로 위법행위에 대한 책임을 면하게 함으로써 소비자의 권리를 침해하고, 해당

또한, 2010년 한나라당 김영선의원이 발의한 공정거래법 개정안 중 전속고발제도 폐지의 제안 이유에 따르면, ① 공정거래법상 전속고발제도는 경쟁정책적이고 아울러 형사정책적인 기능을 담당하고 있지만 그 고발기준, 절차, 방식, 법적 효과 등에 대한 세부적인 규정을 두고 있지 않으므로 인한 위헌적 적용이 있을 수 있다는 위험이 상존하고 있고, ② 전속고발권을 공정거래위원회에만 인정할 경우 헌법상 피해당사자의 형사재판을 받을 권리 또는 재판절차상 진술권의 내용을 침해할 여지가 있으며, ③ 공정거래법 위반행위의 피해자와 일반범죄 피해자 간의 차별대우로 인해 국민의 평등권이 침해될 수 있고, ④ 의도적으로 공정거래위원회가 고발하지 않을 경우 위반행위에 대한 면책효과를 부여하는 결과를 발생시킬 수 있을 뿐만 아니라, 고발권의 자의적인 행사를 통해 범죄가담 정도가 가장 중한 법인 내지 개인이 형사처벌을 면하는 불합리한 결과가 발생할 수 있으며, ⑤ 공정거래위원회의 전속고발권 행사가 합리적이고 공익적인 차원에서 행사되는 것인지가 불분명하다.⁶¹⁾

마지막으로, 다수의 학자들도 공정거래법상 전속고발제도가 위헌이라는 주장을 펼치고 있다.⁶²⁾ 공정거래위원회의 전속고발권에 대하여 부정적 시각을 가진 견해들 중 주목할 만한 것은 의도적으로 공정거래위원회가 고발권을 행사하지 않을 경우 위반행위에 대한 면책효과를 부여하는 결과를 발생시킬 수 있다는 지적이다.⁶³⁾ 이와 같은 취지에서 법무부는 공정거래위원회가 공정거

사업자에게 형사처벌을 면제함으로써 담합 등 위법행위에 대한 유혹을 상존시켜서 불법행위 예방을 하지 못하는 문제가 있다. 특히, 최근에 공정위는 수십조원의 재정이 투입된 4대강사업과 관련하여 1단계 턴키사업에서 건설사들이 담합을 통해 1조원 이상의 부당이득을 보았음을 확인하고도, 불과 1,100억원대의 과징금만 부과하고 검찰에 형사고발하지는 않았다. 이에 담합과 시장지배적지위의 남용 등 중대한 위반행위에 대해서는 공정위의 고발이 없이도 누구나 고발이 가능하도록 함으로써 시장 감시기능을 대폭 강화하고자 한다.” 이러한 논거에 따라, 이용섭의원(안)은 시장지배적지위 남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위 중 부당지원행위 등을 전속고발권의 대상에서 제외하는 취지의 다음과 같은 공정거래법 개정안을 제시하고 있다.

제71조제1항 중 “第66條(罰則) 및 第67條(罰則)의”를 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는”으로 하고, 같은 항에 각 호를 다음과 같이 신설하며, 같은 조 제2항 중 “第66條 및 第67條의 罪중”을 “제1항 각 호의 죄 중”으로 한다.

1. 제66조제1항제2호부터 제8호까지에 해당하는 경우
2. 제67조제2호(제23조제1항제7호를 위반한 경우는 제외한다), 제3호, 제5호부터 제7호까지에 해당하는 경우

61) 김두진, 전계논문, 27면에서 재인용.

62) 권민용, “공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 연구”, 『저스티스』, 제34권 제1호 (한국법학원, 2001), 215면; 권오승 외, 『독점규제법』 (법문사, 2010), 369면; 김홍석·한경수, 『알기쉬운 공정거래법』 (화산미디어, 2010), 282면; 장승화, “공정거래법 집행에 관한 법개정 연구”, 『공정거래법 전면 개편방안(상) - 경쟁이론과 공정거래법』 (한국경제연구원, 2004), 458면; 정완, “공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 고찰”, 『외법논집』, 제3집 (한국외국어대학교 법학연구소, 2008), 296면; 김두진, 전계논문, 216면; 손수진, 전계논문, 124면.

63) 이진목·이정남, 전계논문, 27면.

대법 제51조의2에 따른 동의의결을 행사하여 고발 없이 자의적으로 사건을 마무리할 경우 검찰의 권한이 크게 제한될 수 있다고 우려를 나타낸 바 있다.⁶⁴⁾

3. 소결

최근 공정거래위원회의 전속고발권 불행사로 인하여, 앞에서 살펴본 헌법소원 사건에서와 같이 대기업의 불공정거래행위의 상대방인 소비자나 중소기업 사업자가 피해자로서 반발하는 사례들이 빈번하게 나타나고 있다. 특히 ‘대기업집단의 경제력집중 관련 위반행위’ 또는 ‘중소기업에 대한 대기업집단의 불공정거래행위’ 등에 관하여 공정거래위원회가 행정처분에 불과한 시정조치 또는 과징금을 부과하는 데 그친다면, 이러한 조치만으로는 자금력이 풍부한 대기업집단이 향후 같은 행위를 반복하지 않도록 하는 억제력 및 예방적 효과는 기대하기 어렵다고 할 수 있다. 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진이라는 목적을 달성하기 위한 수단으로서 공정거래법은 일정한 위반행위의 경우 시정조치 또는 과징금 이외에도 형벌규정을 두고 있으므로, 행정처분보다 강력한 위하효과를 가진 형벌규정은 공정거래법의 목적을 달성하기 위한 중요한 수단 중 하나이다. 그러나, 공정거래법 제71조의 전속고발제도는 효과적인 수단인 형벌규정을 집행하는 데 있어서 걸림돌이 되고 있으므로, 이러한 전속고발제가 공정거래법의 목적달성에 장애가 된다면 폐지하거나 적어도 일부 법 위반행위에 대하여 적극적인 형사소추가 이루어지도록 그 내용을 보완하는 방안이 검토되어야 할 것이다.⁶⁵⁾

그런데 현행 공정거래법상 전속고발제도는 위에서 살펴본 바와 같이, 그 적용범위가 광범위할 뿐만 아니라 실제로 공정거래위원회가 고발권을 행사하는 건수는 극히 미미하고 특히 대기업집단과 관련된 거의 모든 중대한 범죄는 전속고발권의 대상이 되고 있으므로, 공정거래위원회가 검찰에 고발하지 않는 한 대기업집단의 공정거래법상 범죄에 대해서는 사실상 형사처벌이 불가능해지는 문제가 있다. 게다가, 공정거래위원회의 「고발지침」을 살펴보면, ‘위반행위의 효과가 미치는 지역적 범위’ 또는 ‘위반기간’의 측면에서 과도하게 엄격한 요건을 요구하고 있으므로,⁶⁶⁾ 이러한 요건을 충족시키기란 여간 어려운 일이 아니어서 공정거래위원회가 고발의무를 가지는

64) 이진목·이정남, 전계논문, 27면의 각주 24 참고.

65) 같은 의견으로, 김두진, 전계논문, 148면.

66) 앞에서 살펴본 바와 같이, 공정거래위원회의 「고발지침」에 따르면, 공정거래위원회가 예컨대 불공정거래행위를 고발하기 위해서는 ‘위반행위의 내용’ 및 ‘매출액 기준’ 이외에도, ‘위반행위의 효과가 미치는 지역적 범위’가 “관련시장이 전국적인 시장에서 위반행위 효과가 3개 이상 특별시·광역시·도에 미치는 경우” 또는 “관련시장이 특정지역시장에서 위반행위 효과가 그 지역 전체에 미치는 경우”이어야 하며 또한 ‘위반기간’이 “2년 이상”이어야 한다는 엄격한 요건을 충족시켜야 한다.

경우는 극히 드물다고 할 것이다. 그리고 상대적으로 위법성이 중한 공정거래법 제66조 또는 제67조의 범죄를 형사처벌하기 위해서는 검찰은 공정거래위원회의 고발을 기다려야 하지만, 그보다 위법성이 가벼운 제68조나 제69조의 범죄에 대해서는 공정거래위원회의 고발이 없더라도 검찰이 바로 기소할 수 있다는 사실은 매우 불합리한 결과를 초래한다.⁶⁷⁾

한편, 비교법적으로 살펴보았을 때 전속고발제도는 우리나라 공정거래법과 일본 사적독점금지법에서만 찾아볼 수 있는데, 두 나라 경쟁법의 특징은 기타의 경쟁법제에서는 유례를 찾아볼 수 없는 광범위한 행위에 대한 형사처벌 규정을 가지고 있다는 점이다. 즉, 지나치게 광범위한 행위에 대하여 형사처벌 규정을 가지고 있어서 어떤 식으로든지 실제 운영상 그 적용범위를 제한할 필요가 있고 이를 위해 경쟁당국에게 전속고발권한을 부여한 것으로 이해된다. 일본의 경우에도 일본 공정거래위원회의 「고발기준」 및 실무에 따르면 실제로 가격담합, 공급량제한카르텔, 시장 분할협정, 입찰담합 등 소위 ‘경성카르텔’(Hardcore Cartel)을 중심으로 고발권이 행사되고 있으며 그 실적은 오히려 우리나라보다도 미미한 수준으로서 일본에서도 전속고발권 폐지에 대한 논의가 이루어진 바 있다.⁶⁸⁾

그러나, 2013년 6월 25일에 개정된 공정거래법의 내용에 따르면, 검찰총장 이외에 감사원장, 조달청장, 중소기업청장에게 추가적으로 고발요청권을 부여하고 공정거래위원회에게 이에 응할 의무를 부과함으로써 사실상 전속고발제도가 폐지되는 것과 같은 효과를 내고 있는데, 이러한 방안은 당초 공정거래위원회에게 전속고발권을 부여한 법의 취지를 무색케 하는 문제가 존재한다. 따라서, 아래에서는 전속고발제도가 가지는 당초의 취지와 긍정적인 기능을 살리면서도 그 집행과정에서 제기되는 문제점을 해결하기 위해 공정거래위원회의 전속고발권을 개선하는 방안을 모색해보고자 한다.

V. 공정거래법상 전속고발제도의 개선방안

1. 전속고발제도 개선 논의의 전제

공정거래법상 전속고발제도를 폐지 또는 개선하자는 논의를 검토하기 위한 전제로서 우선, 현행 공정거래법상 형사처벌의 대상이 되는 행위의 범위는 지나치게 광범위하므로 이 범위를 대폭 축소하여야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 전속고발제도를 가지고 있는 우리나라와 일본을 제외한 대부분의 경쟁법제는 형사처벌 규정이 아예 존재하지 않거나, 위법성이 현저하고 강력한 억지

67) 같은 취지의 견해로는, 정호열, 『경제법』, (박영사, 2006), 154면; 손수진, 전계논문, 124면.

68) 정호열, 전계서, 27면-28면.

력이 필요한 유형의 경쟁법 위반행위에 한하여 형사처벌 규정을 두고 있다.

이에 반하여 우리나라 공정거래법은 아마도 전세계적으로 가장 광범위한 법 위반행위에 대하여 형사처벌 규정을 가지고 있다고 할 수 있다. 심지어 우리나라와 마찬가지로 전속고발제도를 가지고 있는 일본조차도 형사처벌의 대상으로 삼고 있지 않는 일부 유형의 경쟁제한적 기업결합 행위(법 제7조 제1항)와 불공정거래행위(법 제23조 제1항)에 대해서도 우리 공정거래법은 형사처벌을 규정함으로써 사실상 모든 실체법 위반행위에 대하여 형사처벌이 가능하도록 규정하고 있다. 이는 매우 이례적인 입법례로서 입법정책적 타당성이 의문시 될 뿐만 아니라 전속고발제도가 존재할 수밖에 없도록 하는 근거가 되고 있으며 결국은 공정거래위원회가 고발권한을 소극적으로 행사하게 된 주요 원인이라고 할 수 있다.

따라서 아래에서 공정거래법상 전속고발제도의 개선을 논의하기 위한 전제로서 현행 공정거래법상 형사처벌의 대상이 되는 법 위반행위의 범위를 재검토하여 합리적인 기준을 설정하여 대폭적으로 축소할 필요가 있다. 즉, 비난가능성이 현저하고 억지의 필요성이 매우 커서 과징금 등의 행정적 제재만으로는 충분한 억지력을 기대하기 어려운 유형의 법 위반행위에 대해서만 형사처벌의 대상으로 규정하는 것이 바람직하고 그와 같은 경우에도 사전적으로 범위반 여부를 명확하게 판단하기 어렵다면 형사처벌의 대상으로 규정하는 것은 신중하여야 한다.

따라서 공정거래법상 전속고발제도의 개선을 논의하기 위한 전제로서 예컨대, 경쟁제한적 기업결합행위(법 제7조 제1항)나 부당한 공동행위(법 제19조 제1항) 중 경쟁제한성이 명백하지 않고 이를 상쇄할 수 있는 경쟁촉진적 효과 역시 기대할 수 있을 뿐만 아니라 사전적으로 그 위법성을 쉽게 판단하기 어려운 소위 ‘연성공동행위’, 시장지배적 지위의 남용행위(법 제3조의2 제1항) 중 경쟁자배제 효과나 소비자 이익침해의 정도가 크지 않은 행위, 불공정거래행위(법 제23조 제1항), 사업자단체의 금지행위(법 제26조 제1항) 및 재판매가격유지행위(법 제29조 제1항) 중 부당성이나 공정거래저해성이 현저하지 않은 유형과 사전에 위법성을 쉽게 판단할 수 없는 행위에 대해서는 형사처벌 규정을 삭제하는 것을 적극적으로 고려할 필요가 있다.

2. 전속고발제도의 개선방안

2013년 6월 25일에 개정된 공정거래법에서는, 기존의 검찰총장 이외에도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장에게 공정거래법상 위반행위에 대하여 고발을 요청할 수 있는 권리를 부여하고, 이들이 고발권을 행사한 경우 공정거래위원회가 반드시 고발하도록 하는 의무를 부과하고 있다. 이는 공정거래위원회의 전속고발권을 사실상 폐지하는 것과 마찬가지로의 효과를 갖는 것이다. 이와 같이 전속고발제도를 전면적으로 폐지하는 식의 대안은 설령 위에서 제안한 바와 같이 공정거래

법상 형사처벌 대상이 되는 법 위반행위의 범위를 대폭 축소한다고 할지라도 당초에 전속고발제도를 도입할 당시에 고려되었던 동 제도의 취지와 우려에 비추어 볼 때 타당하지 않을 뿐만 아니라 오히려 큰 부작용을 낳을 우려가 있다고 할 것이다.

즉, 우리나라 헌법재판소가 설명한 것과 마찬가지로 법 위반 여부를 쉽게 판단하기 어려운 경쟁법 사건에 형사소추기관이 아무런 제약 없이 개입할 수 있다면 이는 창의적이고 자유로운 기업 활동을 위축시킬 우려가 매우 크다고 할 수 있고, 이는 단지 대기업에 대해서만 적용되는 것이 아니라 중소기업에 대해서도 똑같이 적용되는 우려라고 할 수 있다. 실제로 중소기업의 경우에는 실제로 대기업에 비해 공정거래법에 관한 지식과 경험이 상대적으로 부족해서 전속고발제도가 폐지될 경우에 오히려 전면적으로 형사처벌의 위협에 노출될 우려가 크다고 할 수 있다. 따라서 공정거래법상 전속고발제도를 도입할 당시에 고려되었던 취지와 우려를 존중하면서도 공정거래위원회의 고발권 행사가 지나치게 소극적으로 이루어지거나 피해자의 평등권이나 재판절차진술권의 부당한 침해가 발생하지 않도록 그 개선방안을 마련하는 것이 타당할 것이다.

전속고발제도의 개선방안을 마련함에 있어서는 특히, 문제가 된 공정거래법 위반행위가 (1) 위법 여부 또는 경쟁정책적 관점에서 형사적 제재가 필요한 것인지를 판단하기 위하여 경쟁당국인 공정거래위원회의 전문적 판단이 필요한지 여부, (2) 비난가능성이나 가벌성이 현저하여 형사적 제재의 필요성이 큰 경우인지 여부, (3) 피해자의 평등권이나 재판절차진술권을 보호할 필요가 큰 경우인지 여부 등을 중요하게 고려하여야 하는데, 아래 표에서 보는 바와 같이 이들 고려요소의 조합에 따라 전속고발의 대상에 포함시킬지 여부를 결정하고 신고인에 대하여 고발 여부 결정에 참여시키는 등 절차적 권리를 부여할 것인지 여부를 결정하는 방안을 고려할 필요가 있다.

구분	판단의 전문성 작음	판단의 필요성 큼
비난가능성 현저	I	II
비난가능성 작음	III	IV

먼저, I 영역은 위법 여부 또는 경쟁정책적 관점에서 형사적 제재가 필요한 것인지를 판단함에 있어서 경쟁당국인 공정거래위원회의 전문적 판단의 필요성이 작고, 비난가능성이나 가벌성이 현저하여 형사적 제재의 필요성이 큰 경우로서, 공정거래법 제19조 제1항이 금지하고 있는 부당한 공동행위 중 가격담합(제1호)이나 물량조절담합(제3호), 시장분할담합(제4호), 입찰담합(제8호) 등 소위 ‘경성카르텔’이 이에 해당할 것이다. 이러한 행위들은 전속고발의 대상에서 제외하거나 전속고발의 적용대상으로 유지하되 공정거래위원회에 고발의무를 부과하는 방안을 고려할

수 있을 것이다. 다만, 사안에 따라서는 위와 같은 유형의 경성카르텔에 해당하는지 여부를 사전적으로 판단하는 것 역시 쉽지 않다는 점을 고려할 필요가 있고, 전속고발제도를 전면적으로 폐지하지 않는다면 법체계적 일관성을 유지하는 것이 바람직하므로 전속고발의 적용대상에 포함시키되, 고발요청권자(현재는 검찰총장)의 공정거래위원회에 대한 고발요청이 있는 경우 공정거래위원회에 고발의무를 부과하는 것이 더 바람직할 것이다. 그리고 실제 검찰총장이 이러한 고발요청권을 거의 행사하지 않는 문제점을 해결하기 위해, 판단의 전문성이 필요하지 않은 I 영역의 경우 최근 개정된 공정거래법의 취지와 같이 고발요청권자를 감사원장, 조달청장, 중소기업청장에게까지 확대하는 방안도 생각해볼 수 있다. 만일 전속고발권 전면폐지론에 따라 이러한 행위들을 전속고발의 대상에서 처음부터 제외할 경우에는 형사소추기관과 경쟁당국의 업무상 혼란이나 판단의 불일치의 문제가 예상되므로 반드시 이를 합리적으로 조정할 메커니즘을 마련하여야 하는 어려운 문제가 제기될 것이다.

II 영역은 위법 여부 또는 경쟁정책적 관점에서 형사적 제재가 필요한 것인지를 판단함에 있어서 경쟁당국인 공정거래위원회의 전문적 판단의 필요성이 크지만, 비난가능성이나 가벌성이 현저하여 형사적 제재의 필요성 역시 큰 경우로서, 예컨대, 시장지배적 지위의 남용행위(법 제3조의2 제1항) 중 경쟁자 배제효과가 크거나 소비자이익 침해의 정도가 직접적이고 현저한 경우, 불공정거래행위(법 제23조 제1항) 중 공동의 거래거절이나 부당한 지원행위 등 경쟁제한성이나 불공정성이 큰 경우 또는 거래상 지위남용이나 구속조건부 거래 등 소비자나 거래상대방에 대하여 중대한 피해를 초래한 경우 등이 이에 해당할 것이다. 이러한 행위들은 전속고발제도의 적용대상으로 유지하되, 공정거래위원회의 고발권한이 지나치게 소극적으로 운영되어 역지력이 감소하거나 피해자의 평등권이나 재판절차진술권이 침해되지 않도록 절차적 보완이 필요할 것이다. 예컨대, 공정거래위원회의 법집행담당자와 형사소추기관인 검찰의 대표 및 신고인이나 피해자의 대표가 참여하는 가칭 ‘고발심사위원회’를 구성하여 문제가 된 법 위반행위의 고발 여부를 결정하도록 하는 방안을 고려할 수 있다. 또한, 문제된 공정거래법 위반행위의 사회적 파급효과, 국가재정에 미친 피해의 정도, 중소기업에 미친 영향 등을 판단하기 위하여 최근 개정된 공정거래법의 취지와 유사하게 이러한 ‘고발심사위원회’에 감사원장, 조달청장, 중소기업청장을 포함시키는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 다만, 위와 같은 유형에 속하는 모든 행위에 대하여 이러한 절차를 거치도록 한다면 불필요한 집행비용이 과도하게 발생할 것이므로 1차적으로 공정거래위원회의 심사관이 고발 여부를 결정하도록 하고, 이를 형사소추기관과 신고인에게 통보하여 이의가 제기되면 위와 같은 고발심사절차가 개시되도록 하는 것이 바람직할 것이다.

III 및 IV 영역의 경우는 이미 설명한 바와 마찬가지로 애초에 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 타당하고 실제로 대부분의 국가에서 형사처벌의 대상으로 삼지 않을 뿐만 아니라 거래상대

방이나 소비자의 권리구제는 민사법의 영역에 맡기는 것이 타당할 것이다. 다만, 현재 우리나라의 경우 경쟁법 위반행위자에 대한 손해배상청구 등 민사적 권리구제가 매우 미흡한 것이 사실이고 여러 가지 제도적 미비로 인하여 가까운 장래에 활성화되기를 기대하기도 어려운 실정이다. 따라서 이러한 법 위반행위에 대해서는 공정거래위원회가 거래상대방이나 소비자의 민사적 권리구제를 지원하는 제도적 장치를 마련하는데 초점을 맞추어야 할 것이다. 예컨대, 광범위한 소비자피해를 초래한 행위에 대한 소비자나 소비자단체의 소송을 지원하거나 현격한 지위의 격차가 존재하는 거래로 인하여 심각한 피해를 입은 중소기업에 대한 공정거래법 법률지원 등을 고려할 수 있을 것이다.

VI. 결론

종래 경쟁법 위반행위에 대한 형사적 제재의 정당성과 관련하여 많은 논란이 이루어졌다. 먼저, 법 위반행위에 대한 강력한 억지력을 강조하고 피해자의 권리를 강조하는 입장에서는 가급적 넓은 범위의 행위에 대해서 무거운 형벌을 부과할 것을 주장하고 그에 대한 소추 역시 경쟁당국의 개입 없이 자유롭게 할 수 있도록 할 것을 주장한다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 미국을 포함한 세계 대부분의 경쟁법제는 경성카르텔 등 매우 제한된 범위의 행위에 대해서만 형사처벌을 부과하고 있거나 우리나라와 일본의 경우처럼 형사처벌의 대상을 광범위하게 규정하되, 경쟁당국의 고발을 형사소추의 전제로 규정함으로써 형사적 제재 여부를 경쟁당국의 전문적 판단에 맡기고 있다. 그 취지는 경쟁법 위반행위 중 많은 유형은 위법 여부를 판단하는데 상당한 전문성이 요구되므로 사전적으로 법 위반 여부를 판단하기 어려울 뿐만 아니라, 자칫 과도한 형사처벌이 이루어질 경우에는 경쟁법의 집행이 오히려 활발한 기업활동을 위축시켜서 경쟁법의 목적을 달성하는데 장애물이 될 수 있기 때문이라고 할 수 있다.

한편, 최근 우리나라에서도 기업간 담합이나 대기업집단의 공정거래법 위반행위가 소비자나 중소기업 또는 국민경제 전반에 미치는 폐해가 커서 강력한 억지력을 확보하기 위해서는 형사적 제재를 적극적으로 활용할 필요가 있다는 논의가 설득력 있게 제기됨에 따라 전속고발제도 역시 전면적으로 재검토하여야 한다는 주장이 제기되었다. 특히 2013년 6월 25일에 개정된 공정거래법에서는 기존의 검찰총장 이외에도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장에게 공정거래위원회에 대한 고발요청권을 부여하여 이들의 고발요청이 있는 경우 공정거래위원회가 고발의무를 지도하도록 하고 있는데, 이에 따르면 공정거래위원회의 전속고발권은 사실상 폐지되는 것과 마찬가지로의 효과를 가지게 된다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 공정거래법 위반행위에 대하여 형사처벌을

확대하는 방안이 초래하는 여러 가지 부작용을 고려할 때, 공정거래법상 모든 위반행위에 대해 전속고발제도를 전면적으로 폐지하는 것은 타당하지 않고, 당초 전속고발제도를 마련한 취지와 그 근거가 된 우려를 고려하면서도 형사적 제재가 가지는 억지력을 충분히 활용할 수 있는 제도적 개선을 모색하는 것이 바람직하다.

참고문헌

1. 단행본

- 공정거래위원회, 『2011년도 통계연보』 (공정거래위원회, 2012).
- _____, “열린우리당 이원영 의원에 대한 답변”, 『국회질의응답』 (공정거래위원회, 2006.10).
- 권오승 외, 『독점규제법』 (법문사, 2010).
- 김홍석·한경수, 『알기쉬운 공정거래법』 (화산미디어, 2010).
- 정호열, 『경제법』 (박영사, 2006).
- 최병각, 『전속고발제도에 관한 연구』 (한국형사정책연구원, 1998).

2. 논문

- 권민용, “공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 연구”, 『저스티스』, 제34권 제1호 (한국법학원, 2001).
- 김두진, “공정거래법 위반행위의 현황과 대책 - 전속고발권을 중심으로”, 『형사정책』 제22권 제2호 (한국형사정책학회, 2010).
- 김일중·전수민, “공정거래법과 형사처벌 : 형사고발 결정요인의 실증분석”, 『형사정책연구』, 제22권 제3호 (한국형사정책연구원, 2011).
- 박미숙, “공정거래법상 전속고발제도”, 『형사정책연구소식』, 제74호 (한국형사정책연구원, 2002).
- 박영동, “전속고발제도에 대한 소고 - 공정거래위원회가 고발하지 않은 자에 대한 기소 문제를 중심으로”, 『경쟁법연구』, 제21권 (한국경쟁법학회, 2010).
- 박찬걸, “공정거래법상 전속고발과 관련된 법리의 검토”, 『서울법학』, 제20권 제1호 (서울시립대학교 법학연구소, 2012).
- 손수진, “공정거래법상 전속고발제도에 관한 연구”, 『법과 정책 연구』, 제11집 제1호(통권 제21호) (한국법정책학회, 2011).
- 이건목·이정년, “불공정거래행위의 현황과 대책 - 전속고발권을 중심으로”, 『형사정책』, 제22권 제2호 (한국형사정책학회, 2010).
- 이상현, “공정거래법상 전속고발권에 대한 고소불가분 원칙의 적용가능성”, 『법조』, 제650권 (법조협회, 2010).
- 이천현, “독점범죄의 의의와 특징”, 『교정의 이념과 현상 - 초당 김화수 교수 정년퇴임 기념논문』,

(초당 김화수 교수 정년퇴임기념논문집 간행위원회, 2006).

장승화, “공정거래법 집행에 관한 법개정 연구”, 『공정거래법 전면 개편방안(상) - 경쟁이론과 공정거래법』 (한국경제연구원, 2004).

정 완, “공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 고찰”, 『외법논집』, 제3집 (한국외국어대학교 법학연구소, 2008).

참여연대, “공정거래위원회 전속고발권 폐지와 강제조사권 도입 환영 논평” (2007).

3. 외국문헌

西田典之, “獨占禁止法と刑事罰”, 『現代の法』, 1998.

公正取引委員會, 『公正取引委員會の犯則事件の調査に關する規則』, 平成十七年(2005年) 十月十九日 公正取引委員會規則 第六号.

일본 공정거래위원회 사이트 <http://www.jftc.go.jp/dk/hansoku.html>(2005년에 개정된 일본 독점금지법상 범칙조사권에 관한 개략적인 내용)

일본 公正取引委員會 사이트 <http://www.jftc.go.jp/dk/qa/kokuhatsu.pdf>(일본 공정거래위원회의 고발사건 일람표)

Baird, Ludwin, & Mendez, “Reexamining the Market-Based Approach to Criminal Antitrust Enforcement Against Individuals”, *Antitrust*, Vol. 23, No. 3, Summer 2009.

Hammond, “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades,” *Department of Justice*, 2010.

Stoll & Goldfein, “Another Record-Breaking Year In Antitrust Criminal Enforcement”, *New York Law Journal*, Vol. 249, No. 5, 2013.

<Abstract>

The Ideas to Improve the Exclusive Accusing System Under Fair Trade Act

Kim, Yun Jeong * · Lee, Ho Young **

According to Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereinafter ‘Fair Trade Ac’) §71, the Korean Fair Trade Commission has the exclusive right of accusing the major criminal offenses under the Act. But the Korean Fair Trade Commission has accused few cases so that the criminal provisions under Fair Trade Act has not worked effectively to deter the offenses. Therefore, We have to consider the ideas to improve the exclusive accusing system in order to make effective the criminal provisions under Fair Trade Act as the way of strengthening the regulation on unfair practices of large business groups. In the first place, it is desirable to make more narrow the categories of criminal offenses under Fair Trade Act only to criminalize some significant offenses which cannot be deterred by the administrative punishment. In this case, it is necessary that the Korean Fair Trade Commission should have the exclusive right of accusing limited to only the significant criminal offenses to be determined professionally. Moreover, it is necessary to complement the accusing proceedings to prevent forbearance of the Korean Fair Trade Commission.

Key words : Monopoly Regulation and Fair Trade Act, exclusive complaint-filing system, large business groups, unfair trade practices, the scope of criminal punishment.

▶ 투고일 : 2013년 5월 30일 ▶ 수정일: 2013년 6월 18일 ▶ 게재확정일: 2013년 6월 21일.

* Research Fellow, Korea Legislation Research Institute.

** Professor, School of Law, Hanyang University.