

공정거래법상 형벌규정에 관한 소고

-공정거래범죄의 실체법·절차법적 해석론을 중심으로

2022. 5. 27.

고려대학교 법학전문대학원 교수 강수진

문제의 제기

- 그동안의 논의
 - 과잉범죄화·비범죄화
 - 실질적 범죄개념 관련
 - 개정법에서 일부 비범죄화
 - 형벌규정 집행의 적정성에 대한 검토
 - 형벌규정의 실효성
 - 제도 개선: 전속고발권제도의 존속 여부, 특별사법경찰관제도의 도입

형식적 범죄 개념

- 공정거래법 위반행위를 “왜” 범죄화하는지 에서,
- 공정거래범죄가 “무엇 ” 인지에 관한 논의가 필요
 - 형식적 범죄개념, 실정법에 대한 해석론을 통해,
 - 개별범죄에서 구성요건과 아닌 것을 구별하고,
 - 공정거래범죄와 형법범의 차이를 분별하고,
 - 형벌의 정당성에 대한 의문을 해소하고 사업자에 대한 일반예방적 효과를 최대화 할 수 있음.

공정거래범죄의 개념과 보호법익

- 공정거래범죄와 공정거래형법
 - 공정거래법상 형벌의 대상이 되는 금지행위(공정거래범죄)
 - 공정거래법 중 공정거래범죄와 그에 대한 형벌을 규정한 부분(공정거래형법)
- 보호법익
 - 공정하고 자유로운 경쟁질서
 - 추상적이고 보편적인 가치 자체가 보호법익이 된다는 점에서 구체적이고 개별적인 이익을 주요 보호법익으로 하는 형법과 구별됨.
 - 법익침해의 위태화가 있으면 범죄가 성립되는 추상적 위험범

공정거래범죄의 특징

- 금지규정의 중첩적 사용

- 형벌과 행정질서벌의 부과요건이 되는 금지규정이 동일함.
- 형법상 보호법익에 비하여 보편화·추상화된 가치를 보호법익으로 함.
- 행정처분이 우선적으로 적용되고, 공정거래형법은 이중적 보충성을 가짐: 금지규정 위반에 대하여 행정기관의 우선적·주도적 판단권 인정

실체법적 해석-행위 주체

- 공정거래범죄의 행위주체 : 사업자(법인)
 - 형법상 범죄주체는 자연인으로 한정하고 법인은 형벌능력만 인정하는 것이 다수설.
 - 공정거래범죄의 행위주체는 "사업자"로, 법률상 법인이 구성요건적 행위 주체가 됨.
 - 인간의 행위만을 범죄로 보는 형법범의 해석론에 대한 중대한 예외이나,
 - 자연인의 부분적 행위를 범죄행위로 보거나 자연인을 행위자로 보면 기업범죄의 근본적 예방은 힘들게 됨.

실체법적 해석-행위 주체

- 공정거래범죄에서 법인의 범죄능력 인정 필요성
 - 현행 양벌규정의 기형적 형태: “양벌규정의 역적용”을 통하여 자연인에게 자유형을 부과하고, 원래의 수범자인 법인에 대하여는 자연인의 범죄행위에 대한 과실이 있는 경우 예외적으로 벌금형으로 처벌할 수 있는 것처럼 규정
 - 법인의 범죄능력을 정면으로 인정하고, 처벌규정에서 벌금형 외에 법인에게 부과 가능한 다양한 형사제재를 도입하고, 자연인에 대하여는 처벌확장사유를 명문으로 입법화함으로써 형벌규정을 정비할 필요가 있음.

실체법적 해석-행위 주체

- 책임주의 원칙과의 관계
 - 법인도 자신이 행한 반사회적 활동에 대하여 법적 의미에서의 책임을 부담할 수 있고, 법인의 의사결정에 대하여 사회윤리적으로 책임있다는 평가를 내릴 수 있을 것임.
 - 사회윤리적으로 책임질 수 있는 의사결정이 곧 준법경영 능력을 의미
 - 형법 제16조 법률의 착오 및 초법규적 책임조각사유로서의 기대불가능성을 공정거래 범죄의 행위 주체인 사업자, 법인에 대해서도 인정할 수 있음.
 - "자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다": "정당한 이유"의 구체화된 해석이 필요함.

실체법적 해석-합의

- 부당공동행위의 구성요건 요소로서의 합의의 실행행위성
 - 형법상 "음모"와 동일하게 이해하는 견해도 있으나,
 - 형법상 예비음모죄는 기본범죄의 존재를 전제로 하고, "~죄를 범할 목적으로"라는 획일적인 형식으로 규정되어 있는 목적범이며, 중대범죄에 대해 극히 예외적으로 인정되는 반면,
 - 부당공동행위죄의 합의에서는 그 대상이 되는 9개 항목의 행위가 그 자체로 범죄나 중대범죄가 되는 것이 아니고 목적이 되는 것도 아니며, 합의라는 실행행위를 특정할 수 있는 범위를 설정해주는 역할을 한다는 점에서,
 - 합의 자체가 실행행위성을 갖는다고 봄.

실체법적 해석-합의

- 합의의 추정

- 공정거래법 제40조 제5항은 법률상 추정 규정에 해당하나,
- 형법상 구성요건적 행위를 추정 또는 의제한다는 것은 무죄추정 원칙에 반하므로, 증명책임 전환 규정으로 이해하여야 함.
 - 외형상 일치나 정보교환 행위가 있는 경우 피고인은 합의의 부존재를 증명하여야 함.

실체법적 해석-경쟁제한성의 법적 성격

- 합의가 구성요건적 실행행위라면 합의의 경쟁제한성은 범죄체계론에서 어떠한 지위를 갖는가?
 - 사업자 간의 합의가 우리 사회의 전체 법질서에서 허용되지 않는 성질이나 평가로서의 개념, 즉 위법성의 요소가 됨.
 - 형법범의 경우 구성요건해당성이 있는 행위는 위법성이 있는 것으로 사실상 추정되지만,
 - 공정거래범죄에서의 경쟁제한성은 구성요건적 행위만으로 징표된다고 보기 어려움.
 - 소극적 배제사유가 아니라 적극적 입증사유로서,
 - 사법적 판단에는 한계가 있을 수밖에 없고 전문행정기관인 공정거래위원회의 판단이 필요함.

절차법적 해석-적법절차의 원칙

- 증거의 공통사용 문제
 - 공정거래위원회가 수집한 자료는 행정처분 단계뿐만 아니라 형벌부과를 위한 형사재판 절차에서도 증거로 사용될 수 있음.
 - 영장주의와 같은 헌법과 형사소송법의 적용을 받지 않는 공정거래위원회의 자료수집 절차에 하자가 있는 증거가 임의제출 또는 압수의 방식을 통하여 수사기관을 거쳐 형사재판에 증거로 제출되는 경우 문제됨.

절차법적 해석-적법절차의 원칙

- 자료수집 관련 법령 정비를 통한 적법절차 원칙의 보장
 - 공정거래법과 조사절차 규칙의 개정 필요성
 - 당사자의 참여권과 의견진술 기회의 보장, 자료나 물건의 일시보관 및 반환에 관한 절차의 정비, 조사권 남용 금지의 명문화 등.

절차법적 해석-적법절차의 원칙

- 위법수집증거배제법칙의 확대 적용
 - 국가기관의 공권력에 의한 기본권 침해에 관한 것으로서 형사절차 뿐만 아니라 행정기관의 공권력 행사절차에도 적용할 수 있음.
 - 구체적인 기준으로서 비례의 원칙이 요구됨: 조사범위의 특정과 별건자료 수집금지
 - 위반시 형사재판에서 증거능력 부정
 - 최근 판례도 피의자 소유 휴대폰을 피의자 아닌 피해자 등 제3자가 임의제출하는 경우, 그 임의제출 및 수사기관의 압수가 적법하더라도 임의제출의 동기가 된 범죄 혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 된다고 해석(대판 2021. 11. 18. 2016도 348 전합)

절차법적 해석-특별사법경찰관제도의 도입 여부

- 도입 주장의 근거

- 행정조사 권한의 강화 또는 담합행위 등 대표적인 공정거래범죄에 대한 엄격한 형벌집행의 필요성
- 공정거래위원회의 조사는 법위반사실에 대한 조사이고 제재수단으로 형벌도 규정되어 있으므로, 이를 전체로서 '행정수사' 라고 하고, 조사 담당공무원에 대하여 특별사법경찰관의 신분을 부여, 검사의 지휘를 받게 함으로써 피조사자에게 절차적 권리를 보장할 필요성

절차법적 해석-특별사법경찰관제도의 도입 여부

- 공정거래범죄의 구성요건은 동시에 행정처분의 요건이 됨.
- 공정거래범죄에서는 형벌의 이중적 보충성이 필요함.
 - 공정거래"처벌 " 법이 아닌 공정거래 " 경제"법으로서, 공정거래위원회가 행정처분 부과를 위한 구성요건 및 (적극적 요소로서의) 위법성(경쟁제한성)에 대하여 우선적으로 판단하여야 함.
 - 특별사법경찰관제도가 도입되는 경우 공정거래 " 처벌 " 법이 공정거래 " 경제"법을 압도할 가능성이 매우 높음.

절차법적 해석-특별사법경찰관제도의 도입 여부

- 공정거래범죄에 대하여 형벌을 우선하는 것이 높은 일반예방효과를 갖는지 의문임.
 - 황금알을 낳는 오리의 배를 성급하게 가름으로써 더 이상 황금을 얻지 못하는 결과가 초래될 수 있음.
 - 강제수사라는 편리한 방법의 성급한 사용을 통하여 수사를 통하여는 확인할 수 없는 암묵적 범죄들만 양산하고,
 - 기업의 준법경영이라는 예방적 효과와 공정한 경쟁질서 확립이라는 공정거래법 본래의 목표 달성이 어려워질 수 있음.

절차법적 해석-특별사법경찰관제도의 도입 여부

- 형법범으로 처벌 가능한 영역에 대하여 공정거래범죄가 특별형법의 역할 또는 지렛대의 역할을 하여서는 안 됨.
 - 공정거래법상 부당지원행위에 대한 형벌규정과 형법상 배임·횡령죄의 관계
- 조사과정에서의 적법절차 준수를 위해 행정조사를 수사화해야 한다는 주장 역시 수사 자체의 기본권 침해성을 고려하여 신중하게 판단해야 함.

감사합니다.