



이슈와 논점



이슈와 논점 | 제1518호 | 2018년 11월 13일 | 발행처 국회입법조사처 | 발행인 이내영 | www.nars.go.kr

공정거래법 전면개편안의 주요 논점 I

강 지 원 *

1. 들어가며

자유시장경제를 표방하는 우리나라에서 경쟁질서의 기본법으로 지난 38년간 그 기능을 충실히 수행해 온 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”)이 제정 이래 최초로 전면적인 수술대에 오르게 되었다. 공정거래위원회(이하 “공정위”)는 공정거래법 전부개정법률안 마련을 위해 공정거래법제 전면개선 특별위원회(이하 “전면개편 TF”)의 논의 및 입법예고 (2018.8.24.~10.4.)를 통한 외부의견 수렴을 마쳤으며, 11월 중에 정부안을 국회에 제출할 예정이다.

우리나라 산업의 고도성장기인 1980년에 제정된 공정거래법은 빠르게 변화하는 시장 환경에 따라 유연성 있게 해석·적용되어야 하는 경쟁법의 특성을 충분히 반영하지 못하고 있다는 비판에서 자유롭지 못했다. 공정거래법은 또한, 그간 27회나 되는 부분 개정을 거치는 과정에서 법 전반의 체계적 일관성이 다소 부족한 모습으로 변모한 것이 사실이다. 이번에 입법예고 된 전부개정안(이하 “(전면)개편안”)은 이러한 문제의식을 종합적으로 반영하여 경쟁

법제, 절차법제, 기업집단 법제 등을 포괄적으로 아우르는 개편안을 담고 있다.

이하에서는 이번 전면개편안 중 경쟁법제 분야의 주요 쟁점인 형벌규정 정비 및 전속고발권의 폐지, 그리고 적법절차(due process) 강화를 핵심으로 하는 절차법제 중에서도 피심인 방어권 강화의 핵심이라 할 수 있는 변호인 조력권 법제화와 관련한 쟁점을 소개¹⁾하도록 한다.

2. 형벌규정의 정비

(1) 개편안의 내용

현행 공정거래법은 대부분의 실체법 위반행위에 대해 폭넓은 형벌규정을 두고 있기 때문에, 담합 등 공정하고 자유로운 경쟁질서를 저해하는 법 위반행위에 대해서만 형벌을 부과²⁾하거나 경쟁법 위반행위에 대해 형벌규

- 1) ‘공정거래법 전면개편안의 주요 논점 II’에서는 기업집단 법제(사익편취 규제대상 확대 및 벤처지주회사 활성화) 및 법 집행체계 개선(자료제출명령제 도입) 관련 주제에 대해 다룰 예정이다
- 2) 미국의 경우 실무상 연방 독점금지법인 「셔먼법(Sherman Act)」 제1조상 가격담합, 공급제한, 시장분할, 입찰담합 등 경쟁제한효과만 나타내는 것이 명백한 경성 담합(hardcore cartels)에 대해서만 형사적 제재가 이루어지고 있음. American Bar

정을 두고 있지 않은³⁾ 주요국의 경쟁법제보다 기업들의 거래활동을 불필요하게 제약할 우려가 있다는 지적이 있어왔다. 이번 개편안은 실질적 집행실적은 저조하면서도 글로벌 기준에 비추어 형식적으로 과도하게 많은 형벌규정을 합리적으로 정비하는 방안(안 제 124~125조)을 담고 있다⁴⁾.

개편안에서 형벌규정이 폐지된 유형은 행위 자체만으로는 위법성 여부가 불명확해서 공정위의 전문적인 경제분석을 요하는 유형⁵⁾, 그리고 시장에 미치는 파급효과가 크지 않아 가벌성이 약한 유형⁶⁾ 등 2가지로 분류될 수 있다.

[표 1] 전면개편안에 따른 형벌규정의 존치·폐지

존치	폐지
시장지배적지위 남용행위	기업결합
불공정거래행위 (갑을관계 유형)	불공정거래행위 (경쟁제한성 위주 유형)
부당 공동행위	재판매가격유지행위
사업자단체금지행위 (1·3호)	사업자단체금지행위 (2·4호)
경제력집중/ 사익편취행위	-

주: 주요 실체법 위반행위에 한정

Association, *Antitrust Litigation Handbook*(2d ed.), Section of Antitrust Law, 2006, p.3

- 3) 독일은 「연방 형법(StGB)」 제298조에서 입찰담합에 대해 형사규정을 두고 있을 뿐, 「경쟁제한방지법(GWB)」 위반행위에 대한 벌칙규정을 두고 있지 않음
- 4) 공정거래위원회, 「공정거래법제 개선 특별위원회 최종 보고서」, 2018.7, 11면.
- 5) 시장확정과 위법성 판단에 있어 고도의 경제분석을 요하는 기업결합 및 경쟁제한·촉진효과를 비교·형량 해야 하는 재판매가격유지행위가 이에 해당함
- 6) 불공정거래행위 중 경쟁제한성 위주로 심사하는 유형인 거래거절, 차별취급, 경쟁사업자 배제, 끼워팔기, 구속조건부거래 등은 시장과 소비자에 미치는 영향이 적어 상대적으로 가벌성이 약하다고 볼 수 있음. 유사한 논리로 사업자단체금지행위 중 사업자 수의 제한 및 사업자에게 불공정거래행위를 하게 하는 행위 등에 대해서도 전면개편안에서는 형벌규정이 삭제되었음

(2) 입법적 쟁점사항

형벌규정 폐지와 관련하여 특히 심도 있는 입법적 논의가 필요한 분야의 하나로는, 불공정거래행위(현행법 제23조) 중 형벌규정을 폐지하는 유형의 선별기준을 들 수 있다. 개편안은 불공정거래행위를 경쟁제한성 위주로 판단하는 유형 및 거래수단내용의 불공정성 위주(주로 갑을관계 관련)로 판단하는 유형⁷⁾으로 구분⁸⁾하고, 시장지배적지위 남용행위와 중복 소지가 있으면서도 그보다 경쟁제한성이 적은⁹⁾ 전자에 대해서는 형벌부과의 필요성이 약하다는 점을 논거로 하고 있다.

그러나 거래거절 행위 등 이른바 ‘경쟁제한성 위주 심사유형’의 경우라도, 시장 전반에 미치는 경쟁제한성은 적지만 부당하게 거래를 거절한 상대방의 사업상 곤란을 야기하는 등 여전히 거래의 불공정성 문제를 유발할 수 있다¹⁰⁾. 더욱이 시장지배력을 보유하지 않았더라도 일정 수준의 우월적 지위를 가진 사업자라면 거래중단을 빌미로 지나친 경제상 불이익을 강요할 우려 역시 배제하기 어려운 측면이 있다.

개편안의 형벌규정 폐지 방안은 이러한 목적으로 이루어지는 거래거절과 다른 ‘갑을관계’ 유형이 명확하게 구분된다는 점을 전제로 하고 있다.

- 7) 거래당사자 간 경제적지위의 격차에 따른 갑을관계 문제인 거래상지위 남용행위와 거래강제(끼워팔기 제외) 등을 포함함
- 8) 이러한 구분은 「불공정거래행위 심사지침」(공정위 예규 제241호, 2015.12.31. 개정)과 대체로 유사함
- 9) 거래거절, 끼워팔기, 구속조건부거래 등은 시장지배적지위를 갖춘 사업자가 행할 경우 시장지배적지위 남용행위가 될 수 있으며, 그러한 지배력을 보유하지 않은 일반 사업자가 행위주체일 경우 불공정거래행위가 됨. 일반적으로 동일한 행위라도 시장지배적사업자가 행할 경우 더 큰 파급효과를 야기할 수 있음
- 10) 이봉익, 「한국형 시장경제의 심화와 경제법의 역할」, 『서울대학교 법학』 제58권 제1호, 2017.1, 124면

그러나 불공정거래행위의 유형 구분은 학계에서도 아직 명확한 입장이 정리되지 않은 만큼 향후 보다 심도 있는 논의를 요하는 사안인 것으로 보인다.

추가적으로, 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」 등 하도급·유통·가맹·대리점거래 등에 적용되는 민사특별법의 경우, 공정거래법상 불공정거래행위와 유사한 유형의 갑을관계 문제를 규율하고 있지만 각 법률별로 형벌규정이 적용되는 법위반행위의 범위는 적지 않은 차이를 보이고 있다. 불공정거래행위에 대한 형벌규정의 정비를 추진함에 있어, 다른 공정위 소관 법률과의 정합성 역시 함께 고려되는 것이 바람직하다.

3. 전속고발권의 폐지

(1) 개편안의 내용

개편안은 공정거래법 제19조제1항의 부당 공동행위 중 가격담합(제1호), 공급제한(제3호), 시장분할(제4호), 입찰담합(제8호) 등의 경성 담합에 대해 공정위의 전속고발권을 폐지하는 내용(안 제130조1제1항 단서)을 담고 있다. 경성 담합은 경쟁당국의 전문적인 경쟁제한성 분석을 요하지 않을 뿐 아니라, 음지에서 이루어지는 특성이 있다. 따라서 검찰의 강제 조사권을 통한 증거확보가 더욱 중요할 수 있기에, 전속고발권의 제한적 폐지는 그 타당성이 충분히 인정될 수 있을 것으로 보인다.

한편 공정위가 확보한 리니언시 자료를 검찰 수사를 위해 제공할 수 있도록 하는 근거규정을 마련(안 제43조제4항)하여, 전속고발권 폐지 이후 검찰이 담합 행위를 보다 효과적으로 적발¹¹⁾할 수 있도록 하였다.

11) 현행법상으로도 검찰이 직접 담합 혐의를 포착하여

개편안은 또한, 전속고발제 폐지 이후 공정위 자진신고자에 대해 검찰이 다시 수사에 착수하여 자진신고자 감면제도(리니언시 제도)의 취지가 물각되지 않도록 하는 보완책을 포함하고 있다. 이를 위해 자진신고자(암·직원 포함)에 대해 공정위의 시정조치·과징금뿐 아니라 형사면책이 이루어질 수 있음을 명문화하였다(안 제43조제1항).

(2) 입법적 쟁점사항

이번 전면개편안은 전속고발권 폐지에 따른 리니언시 제도의 불확실성 문제를 법률에서 명확히 규정하기보다는 시행령 및 법무부와 공정위 간 실무적 합의¹²⁾에 맡기는 방식을 취하고 있다. 그에 따라, 개정안은 형사책임의 감경·면제 범위 및 그 판단기준 등을 시행령에 위임하고 있으나(안 제43조제5항), 자진신고자에 대한 양 기관의 중복조사 문제는 양 기관 간 합의에 일임되어 있어 운용상의 불확실성을 배제할 수 없다.

법무부와 검찰의 합의문에서는 사안의 중대성·시급성 등을 고려하여 가격·입찰담합 등 “국민경제에 심대한 피해를 초래할 가능성”이 있거나, “국민적 관심 또는 사회적 비난 가능성이 큰”

인지수사를 하는 것이 불가능하지는 않지만, 공정위의 비밀유지 의무로 인해 검찰의 리니언시 자료 접근이 원천적으로 차단되어 있음. 현실적으로 리니언시 자료 없이 검찰이 자체적으로 단서를 확보하여 독자적인 수사를 하는 것은 매우 어렵다고 할 수 있음. 이봉의, 「전속고발제 개편방안」, 『공정거래법 전면개정, 방향을 논하다: 전속고발권 폐지 논의를 중심으로』, 국회의원 유의동·최운열·김종석·정재호·채이배 주최 세미나 자료집, 2018.8.29., 11면

12) 법무부와 공정위는 2018.8.21. 경성 담합에 대해 전속고발권을 폐지하기로 하는 합의문을 발표하면서, 형벌감면의 기본 원칙, 리니언시 정보 공유방식, 공정위·검찰 간 중복조사 회피 방안 등 리니언시 제도의 실무 운용방안을 함께 공개한 바 있음. 법무부 공정거래위원회, 「중대한 담합행위에 대한 공정위 전속고발제 폐지」, 보도자료, 2018.8.21.

자진신고 사건에 대해서는 공정위가 아닌 검찰이 우선수사 할 수 있도록 하고 있다. 검찰 우선수사 사건을 판단하는 기준의 본질적 모호성에 비추어 볼 때, 사전에 양 기관의 협의를 거친다 하여도 사회적 이슈가 될 수 있는 대형 담합 사건의 경우 검찰과 공정위 간의 우선순위 조율이 원만하게 이루어지기 어려울 수도 있을 것이다. 국회 입법과정에서는 검찰 우선수사 판단의 고려요소인 ‘중대성’ 및 ‘시급성’의 판단기준을 법령에 명시하는 방안이 보다 적절한지 여부에 대한 논의가 병행되는 것이 바람직할 것으로 보인다.

4. 변호인 조력권의 법제화

(1) 개편안의 내용

피조사자·피심인이 공정위의 조사심의 과정에서 변호인의 조력을 받을 권리는 방어권 보장 및 적법절차 준수에 있어 핵심적인 권리¹³⁾임에도 불구하고, 그동안 공정위 고시인 「조사절차 규칙」¹⁴⁾에만 규정되어 있었다. 개편안 제 81조는 세무조사과정에서 변호사·세무사 등의 참여권한을 명시하고 있는 「국세기본법」 제 81조의5와 유사하게 변호인 조력권을 법률로 명시하여 조사심의 과정에서 변호인의 참여권 및 의견진술권을 부여하고 있다.

(2) 입법적 쟁점사항

개편안은 「국세기본법」과 달리 “조사 방해, 비밀 누설 등 조사에 상당한 지장을 초래할 우려”가 있는 경우 변호인 조력권이 제한될 수 있음을 법률에 명시하고 있다. 그러나 공정거래법

상 조사방해죄, 또는 「조사절차 규칙」 제13조상 “변호인 참여요청이 조사의 개시·진행을 지연·방해”하는지 여부에 대한 판단기준이 명확하지 않고, 조사공무원의 적법절차 준수 여부는 개인별로 적지 않은 편차를 나타낼 수 있다. 공정위의 자의적인 판단에 따라 변호인 조력권이 부당하게 침해¹⁵⁾되지 않도록 실무상 문제될 수 있는 예외 인정사유 등을 하위 법령을 통해 구체화할 필요가 있을 것이다.

5. 나가며

공정거래법 전면개편안은 기업의 경영활동에 대한 과도한 제약과 조사권 남용으로 인한 침해를 방지하기 위해 과다한 형벌규정을 합리적으로 정비하고, 변호인 조력권 근거규정을 신설하였다. 전속고발권의 부분 폐지방안 역시 검찰의 강제조사권을 조기에 활용해 소비자 피해를 방지하는 긍정적 측면이 기대된다.

향후 국회 논의과정에서는 형벌규정 폐지기준의 논거를 보다 명확히 하고, 리니언시 제도의 운용상 불확실성을 해소하여 제도 활용이 위축되지 않도록 하며, 변호인 조력권의 실질적 보장을 위해 예외인정 기준을 구체적으로 설정하는 문제를 심도 있게 논의할 필요가 있을 것으로 보인다.

□ 「이슈와 논점」은 국회의원의 입법활동을 지원하기 위해 최신 국내외 동향 및 현안에 대해 수시로 발간하는 정보 소식지입니다.

13) 공정거래위원회, 「공정거래법 전부개정안 설명자료」, 2018.10, 18면

14) 공정거래위원회 고시 제2016-1호, 2016.2.4. 제정

15) 특히 공정위 조사의 성격이 피조사자의 동의를 요하는 임의조사임을 감안할 때, 피조사자가 현장조사 진행에 대한 내부승인을 득하고 외부변호인이 참여할 수 있도록 하는데 소요되는 합리적인 시간이 조사방해로 간주되지 않도록 하는 것이 바람직할 것으로 보임. 대법원은 이러한 사유로 공정위 출입이 48분 지연된 사안에 대해 조사방해에 해당되지 않는다는 판단을 내렸음. 대법원 2013.4.16. 선고 2013마271 결정