

# 공정거래법 위반행위에 대한 형벌의 정당성과 정비방안 연구

전 찬 수\*

- I. 서론
- II. 공정거래법상 의무와 제재수단
- III. 공정거래법상 형벌에 대한 정당성 평가기준
- IV. 공정거래법상 형벌 정비방안
- V. 결론

## 국문초록

2018년부터 2020년 사이 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래위원회’라 한다)’ 전면개정 논의 과정에서, 가장 이목을 끌었던 이슈 중 하나는 전속고발권 폐지 여부였다. 이는 공정거래법 위반행위를 형사범죄와 같이 사법행정기관에서 직접 수사하여 기소할 수 있는 길을 열어주는 것이어서, 시장과 사업활동의 위축을 초래할 수 있다는 우려 속에서, 매우 중대한 사안으로 취급되었다. 전속고발권은 공정거래법에 형벌이 광범위하게 도입된 것에 대한 반작용이고, 형벌에 부수하는 통제장치이다. 따라서 전속고발권의 폐지 이전에 공정거래법상 형벌의 정당성 문제가 더 근본적이고 중요하며, 선행적으로 논의될 과제임에도 불구하고, 전속고발권 폐지 논의에 밀려 이에 대해서는 충분한 관심을 받지 못한 것이 사실이다. 2020.12월 공정거래법 전면개정 결과, 우여곡절 끝에 전속고발권이 존립하게 되었고, 나아가 고발요청권과 의무고발제를 통한 형벌집행 강화 분위기도 없지 않은 상황을 고려하면, 형벌의 정당성 논의는 여전히

\* 전) 공정거래위원회 디지털조사분석과장, 외국 변호사

히 중요한 이슈가 아닐 수 없다. 이러한 배경에서, 본고는 먼저, 공정거래법상 의무(또는 그 위반행위)를 그 내용과 성격에 따라 실체적 의무와 행정적 의무로 구분하여 각각의 특성을 살펴보고, 이어서 형벌의 정당성 평가기준인, 보호법익, 죄형법정주의, 최후수단성 기준의 내용을 살펴보고, 끝으로 공정거래법상 형벌을 이들 세 가지 기준에 비추어 정당성 여부를 검토하였다. 결론적으로, 공정거래법상 실체적 의무 위반행위 중에 이들 세 가지 기준을 모두 충족하는 경우는 찾을 수 없었다. 다만, 경성 공동행위가 이들 기준과의 부합도가 상대적으로 높게 나타났다. 한편, 공정거래위원회 업무 집행의 편의와 효율성과 관련되는 행정적 의무도 정당성을 인정하기 어려웠으며, 다만, 공정거래위원회의 현장조사에서의 조사거부나 방해와 관련된 행위에 대한 형벌의 필요성은 인정된다는 결론을 얻었다.

• **핵심어** 공정거래법, 형벌, 전속고발권, 법익, 죄형법정주의, 최후수단성

## I. 서론

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’ 또는 ‘법’이라 한다) 위반 행위에 대해 형벌이 도입된 것은 1980년 법제정 당시로 거슬러 올라간다. 당시 정치적 격변 상황에서 긴급하게 공정거래법을 제정하면서, 일본의 ‘사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률’의 영향을 많이 받은 것으로 알려져 있는데, 공정거래법상 광범위한 형벌과 전속고발권이 도입된 것도 일본 공정거래법<sup>1)</sup>이 영향을 미친 것으로 이해된다. 그 이후부터 30여 차례에 걸친 공정거래법 개정 과정에서,<sup>2)</sup> 새로운 규제들이 도입되었고, 그때마다 형벌도 함께 늘어나, 결과적으로 우리나라 공정거래법이 형벌을 가장 광범위하게 수용하고 있는 경쟁법이 되었다. 그러나 현실에서는 공정거래법 위반행위에 대한 과잉범죄화 보다는 형벌의 과소집행, 집행결

1) 일본 공정거래법 제96조 제1항은 “제89조에서 제91조까지의 죄는 공정취인위원회의 고발을 가지고 이를 논한다”라고 규정하고 있다.

2) 김형배, 『공정거래법의 이론과 실제』, 도서출판 삼일, 2022, 21면.

빚에 대한 문제의식이 더 크게<sup>3)</sup> 부각되었고, 나아가 전속고발권의 소극적 행사가 그 원인으로 지적되면서, 전속고발권 폐지가 공정거래법상 형벌제도의 중심 이슈로 자리잡게 되었다. 이러한 배경에서 1996년과 2013년 공정거래법 개정을 통해, 위반행위가 중대하고 명백하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우에는 의무적으로 고발하도록 하고,<sup>4)</sup> 또한 검찰총장, 감사원장, 중기벤처기업부장관, 조달청장에게 고발요청 권한을 부여하여, 고발요청이 있는 경우에는 의무적으로 고발해야 하는 의무고발제를 도입<sup>5)</sup>하는 등 고발여부에 대한 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)의 재량을 실질적으로 제한하였다. 2018년부터 2020년까지 공정거래법 전면개정에서도,<sup>6)</sup> 정부와 국회 차원에서 공정거래법상 형벌제도 개선에 대해 많은 논의가 있었지만, 주요 논의대상은 형벌의 축소보다는 전속고발권의 폐지였다. 전속고발권은 형벌의 과도한 집행을 견제하기 위한 부수적 통제장치에 불과하고, 따라서 단독으로는 존립할 수 없는 제도이므로, 그 폐지 여부는 결국, 공정거래법상 형벌의 정당성과 필요성에 대한 논의의 결과로부터 자연스럽게 도출되어야 했다는 점에서, 전면개정 과정에서 보여준 접근법은 공정거래법상 형벌제도의 본질적 문제에 접근하지 못한 것으로 이해된다. 2020.12월 공정거래법 전면개정 결과, 전속고발권은 존속하게 되었고 경쟁제한적 기업결합과 거래거절 등 불공정거래행위 일부 유형을 형벌의 대상에서 제외하는 것으로 마무리되었다. 따라서 형벌의 정당성과 전속고발권

3) 손수진, “공정거래법상 전속고발제도에 관한 연구”, 『법과 정책연구』 통권 제21호, 2011.3, 119면.

4) 이러한 배경으로, 공정위는 고발지침을 제정하여 운용하고 있는데, 행위의 내용과 효과 등 평가기준을 세분화하고 그 정도를 구분하여, 위반행위 점수를 산정하고, 그 점수가 일정 수준 이상인 경우 원칙적으로 고발하고 있다. 따라서, 고발 여부와 관련하여 공정위의 재량은 사실상 거의 없다고 볼 수도 있고, 오히려 면피성 고발이 아닌가 하는 의구심을 불러일으키는 경우도 없지 않다. 결국, 고발 여부는 위반행위의 내용과 효과 등 본질적인 요소에 의해 결정된다고 보아야 하며, 고발권이 과소집행된다고 한다면, 이는 재량권의 남용보다는 행위 자체가 고발이 필요한 정도에 이르지 않기 때문으로 이해할 수도 있다.

5) 실제로 고발요청은 2017년까지 5건 정도에 불과하였으나, 2020년에는 23건으로 늘었다. 특히 중기부가 중소기업 보호를 이유로 고발요청권을 적극적으로 행사한 결과이며, 다만 중기부가 고발요청한 건에 대해 사법당국이 기소한 사례가 없어 고발요청권 남용이라는 지적이 있다.

6) 이상현, “공정거래법상 형벌규정에 대한 형법이론적 분석과 개정법의 방향”, 『법학논총』 제47집, 숭실대 법학연구소, 2020.5, 833면.

폐지 문제는 여전히 살아있는 논쟁거리이다.

공정거래법 위반행위에 대한 형벌의 정당성에 대해 관심을 가져야 하는 이유는, 전속고발권이 폐지되거나 또는 사실상 유명무실화되어 사법행정기관이 공정거래법 위반행위를 직접 수사할 경우에 발생할 수 있는 문제 때문이다. 즉, 사업자의 시장 활동을 형사법적 시각과 수단 위주로 규제할 경우, 위반행위가 억제되는 효과는 거둘 수 있을지 모르지만, 공정하고 자유로운 경쟁이나 창의적인 기업활동이라는 공정거래법의 입법목적과 나아가 기업의 경제상 자유와 창의를 존중이라는 헌법의 기본적 경제질서관 등 위반행위의 억제를 통해 추구하는 궁극적 가치에는 부정적인 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 이러한 이유에서, 형벌을 통해 보호하는 법익이 무엇이고 공정거래법 입법목적의 관점에서 중요한 것인지, 위반행위의 성립과 위법성이 헌법과 형법이 요구하는 기본적 원리에 비추어 문제가 없는지, 형벌의 최후수단성의 관점에서 형벌 이외에 의무이행을 실효성 있게 확보할 수 있는 다른 제재수단이 있는지 등 공정거래법상 형벌의 정당성과 관련한 이슈를 먼저 살펴야 한다. 그리고 그 검토 결과 위에서, 공정거래법 위반행위에 대한 비범죄화나 전속고발권 폐지 여부 등에 대한 논의가 이루어져야 한다.<sup>7)</sup>

이러한 맥락에서, 먼저 공정거래법 위반행위의 특징과 공정거래법에 도입된 실효성 확보수단에 대해 살펴보고(II), 이를 토대로 공정거래법상 형벌의 정당성을 평가하기 위한 기준에 대해 검토한 후(III), 검토 결과를 바탕으로 바람직한 형벌 정비방안을 도출하고자 한다(IV).

7) 이상현도 앞의 논문에서, 보호법익, 죄형법정주의 및 보충성 원칙 등을 기준으로 공정거래법상 형벌의 정당성을 평가하여 정비방안을 제시하였다.

## II. 공정거래법상 의무와 제재수단

### 1. 공정거래법상 의무

#### (1) 유형

공정거래법상 의무는 공정거래법의 입법목적에 직접 영향을 미치는 행위와 관련된 것인지를 기준으로, 직접 영향을 미치는 실체적 의무와 실체적 의무에 부수하여 보호법익에 간접적으로 영향을 미치는 그 밖의 의무(이하 ‘행정적 의무’라 한다)로 구분할 수 있다.<sup>8)</sup> 실체적 의무에 속하는 행위 유형은 공정거래법 제1조(목적)에서 ‘공정하고 자유로운 경쟁의 촉진’을 위해 규제해야 할 위반행위로 열거한 행위가 대표적이다. 즉, 시장지배적지위 남용행위(법 제5조), 경쟁제한적 기업결합(법 제9조), 과도한 경제력집중(법 제18조 등)<sup>9)</sup>, 부당한 공동행위(법 제40조) 및 불공정거래행위(법 제45조)를 말한다. 한편, 재판매가격유지행위(법 제46조), 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위(법 제47조, 이하 ‘사익편취’라 한다)<sup>10)</sup> 및 사업자단체 금지행위(법 제51조)의 경우 공정거래법 목적 조항에서 직접 명시하지는 않았지만, 이들 위반행위의 부당성(위법성) 요건이 시장지배적지위의 남용행위 등 실체적 의무와 마찬가지로 경쟁제한성 또는 경제력집중이므로, 공정하고 자유로운 경쟁에 직접 영향을 미치는 행위라는 점에서 실체적 의무에 해당한다.<sup>11)</sup>

8) 공정거래법 위반행위를 실체적 규정 위반행위와 행정조치와 관련한 위반행위로 구분하는 견해(선중수, “공정거래법상 형사제재 규정의 정비방안”, 『형사법의 신동향』 통권 제46호, 대검찰청, 2015. 3, 299-300면)도 있다.

9) 지주회사 행위제한(제18조), 상호출자제한기업집단의 지주회사 설립제한(제19조), 일반지주회사의 기업형벤처캐피탈에 대한 행위 제한(제20조), 순환 및 상호출자 금지(제21조, 제22조), 의결권 제한(제23조, 제25조), 채무보증 금지(제24조), 탈법행위(제36조) 등이 여기에 해당한다.

10) 법 제47조 제4항의 사익편취 관련 지시 또는 관여한 행위도 여기에 포함된다.

11) 법 제48조(보복조치의 금지)는 법 제45조 제1항의 불공정거래행위 및 제46조의 재판매가격유지행위와 관련하여, 분쟁조정신청, 신고 또는 공정위 조사에 협조한 사업자에 대해, 그것을 이유로 거래의 정지, 물량의 축소, 그밖에 불이익을 주는 행위를 하여서는 아니된다고 규정하고 있는바, 이를 위반할 경우 시정조치(법 제49조)와 과징금(제50조)의 대상이 될 수 있다. 보복조치가 공정거래법의 보호법익과의 관련성에 있어서 다른 실체적 의무 위반행위와 차이는 있지만, 일반불

한편, 행정적 의무는 공정거래법의 입법목적에 직접 영향을 미치지 않지만, 실체적 의무에 부수되어 간접적으로 영향을 미치는 것으로, 시장지배적지위 남용행위 등 실체적 의무 위반행위에 대한 공정위의 시정조치(법 제7조, 제14조, 제15조, 제37조, 제39조, 제42조, 제49조, 제52조)를 이행할 의무, 기업집단 지정 등을 위해 공정위가 제출을 명령(제31조, 제32조)한 자료를 제출할 의무, 기업결합이나 지주회사 설립신고, 지주회사나 기업형벤처캐피탈(이하 'CVC'라 한다)의 사업활동 보고 등 법에서 부과하는 각종 신고 및 보고 의무(법 제17조, 제18조, 제20조, 제26조, 제27조, 제28조, 제29조, 제30조), 공정위 조사권 관련된 수인 의무(법 제81조, 제87조), 보복조치 금지 의무(제48조) 등으로 분류할 수 있다.<sup>12)</sup>

## (2) 특징

### 1) 수범자 요건

공정거래법상 의무의 가장 큰 특징은 사업자(단체)를 수범자로 한다는 점이다. 공정거래법 제1조(목적)를 보면 '사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여' 라고 규정하여, 금지의무의 수범자가 '사업자'라는 점을 명시하고 있으며, 또한 개별 의무조항에서는 사업자를 보다 특정하여, 시장지배적지위 남용행위에서는 '사업자' 중에 시장지배력이 인정되는 '시장지배적사업자', 경제력집중 억제 규제에서는 모든 기업집단이 대상이 되는 것이 아니라 일정한 자산 수준을 충족하는 기업집단, 즉 '공시대상(또는 상호출자제한)기업집단 소속 국내회사', 사익편취는 '동일인이 자연인인 공시대상기업집단 소속 국내회사', 부당한 공동행위<sup>13)</sup>와 불공정거래행위 그리고

공정거래행위와 재판매가격을 매개로 보호법익과 밀접한 관련성을 갖고 있고, 또한 다른 실체적 의무 위반행위와 동일한 제재수단이 예정된 점을 고려하여 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위에 포함되는 것으로 전제하여 논의하기로 한다.

12) 자세한 사항은 <표2 : 행정적 의무 위반행위별 제재>를 참고하기 바란다.

13) 공동행위에서도 사업자 중에 경제적동일체에 해당하는 사업자와의 공모관계는 부정하고 있다.

재판매가격유지행위는 ‘사업자’, 사업자단체 금지행위는 ‘사업자단체’를 수범자로 하고 있다. 한편, 경쟁제한적 기업결합 금지의무의 경우, 그 수범자를 ‘누구든지’라고 규정하고, 동시에 위반행위가 발생한 때에는 ‘해당 사업자’ 또는 ‘위반행위자’에게 시정조치를 명할 수 있다고 규정하고 있어서, 그 수범자는 사업자 이외에 자연인도 포함된다. 이는 동일인과 동일인이 지배하는 기업집단 소속회사가 공동으로, 다른 회사의 지분을 취득하는 경우가 얼마든지 가능하여 수범자를 사업자로만 제한할 수 없기 때문이다. 또한, 사업자가 아닌 자연인을 대상으로 하는 의무로는 사익편취를 지시하거나 관여하는 행위를 금지하는 의무를 들 수 있다. 해당 조항은 의무의 수범자를 ‘특수관계인’으로 규정하고 있어서, 동일인, 동일인의 배우자, 친족 등 자연인도 의무를 부담한다. 또한, 상호출자제한기업집단이 지주회사를 설립하는 경우 채무보증을 해소할 의무, 기업집단 지정자료 제출의무, 해외계열사 공시의무 등도 동일인을 대상으로 하고 있어서, 동일인이 자연인이면 그 의무의 수범자가 될 수 있다. 한편, 공정위 현장조사에 대한 수인의무(법 제81조 제2항)의 수범자에 임직원이 포함되는지가 문제가 되는데, 현장 행정조사 수인의무의 수범자를 사업자로 제한하면 임직원에 의해 조사권이 사실상 형해화될 수 있고, 관련 규정도 수범자를 특정하지 않은 점 등을 고려하면, 개인을 수범자로 하고, 양벌규정에 따라 사업자가 관리책임을 부담한다고 보는 것이 타당해 보인다.

이와 같이 공정거래법상 수범자는 특별히 달리 규정하는 경우가 아닌 한, 사업자(단체)만이 의무의 대상이고, 또한 그 의무를 위반할 능력이 있는 것도 원칙적으로 사업자(단체)라고 보아야 것이다. 이는 법 제124조 이하의 벌칙 대상을 해석하는 기준이 될 것인바, 가령 동 조 제1항 제3호에서 벌칙대상으로 삼고 있는 ‘제5조(시장지배적지위 남용행위)를 위반하여 남용행위를 한 자’의 ‘자’는 원칙적으로 사업자로 해석하여야 한다는 것이다.<sup>14)</sup> 이것이 자연인인 개인이 시장지배적지위를 갖는

공정거래위원회의 ‘공동행위 심사기준(시행 2021. 12. 30, 공정거래위원회예규 제390호, 2021. 12. 28., 일부개정) II. 나.에서도 100% 모자관계인 경우 하나의 사업자로 보아 공동행위가 성립하지 않는다고 보고 있다.

다거나 나아가 그 지위를 남용한다는 개념이 성립할 수 없다는 사실과도 부합하는 해석이라고 할 것이다. 이는 마치 형법상 수뢰죄가 성립하기 위해서는 공무원 등 일정한 신분이 요구되는 신분범 개념과 유사한 구조라고 볼 수 있다.

## 2) 행위 요건

공정거래법의 의무 위반행위가 성립하기 위해서는, 특히 실체적 의무의 경우 행위의 성립 요건과 효과 요건이 모두 갖추어져야 하는데, 특히 행위 성립요건이란 위반행위가 성립하기 위한 개관적 사실과 관련한 요건, 즉, 행위 주체와 객체, 행위의 내용이나 태양 등과 관련하여 요구되는 사항으로, 형사범의 구성요건에 상응한다고 볼 수 있다. 공정거래법상 행위요건과 관련한 특징으로는, 실체적 의무와 관련하여 불확정개념이 폭넓게 사용된다는 점이다. 가령, 시장지배적지위 남용행위의 경우, 우선 사업자의 시장지배적지위 확정을 위해, SSNIP(Small but Significant Non-transitory Increase in Prices) 검증<sup>14)</sup> 등 경제분석을 통해 관련시장을 확정하고, 시장점유율, 진입장벽, 경쟁사업자 규모 등을 고려하여 가격결정력(pricing power) 정도를 평가해야 하는데, 분석방법에 따라 결과가 달라질 수 있어서, 안정적인 시장에서 압도적인 시장점유율을 가진 경우가 아닌 이상 시장지배적사업자 여부를 객관적으로 판단하기는 쉽지 않다. 또한, 예를 들어, 남용행위 유형 중, '가격의

14) 법인에 대해 의무위반시 형벌을 부과하는 규정과 양벌규정을 두고 있는 법령에서, 직접 행위를 한 개인은 처벌규정이 없으므로 처벌이 대상이 아니라는 주장과 관련하여, 대법원은, '양벌규정은 당해 업무를 실제로 집행하는 자가 있는 때에는 위 벌칙규정의 실효성을 확보하기 위하여 그 적용대상을 당해 업무를 실제로 집행하는 자에게까지 확장함으로써 그러한 자가 당해 업무집행과 관련하여 위 벌칙규정의 위반행위를 한 경우 위 양벌규정에 의하여 처벌할 수 있도록 한 행위자의 처벌규정과 동시에 그 위반행위의 이익귀속주체인 상호저축은행에 대한 처벌규정이라 할 것이다' 라고 판결(2010. 4. 29. 선고 2009도7017, 2013.3.14. 선고 2012도12582)하여 양벌규정을 통한 자연인의 처벌이 가능하다는 입장이다. 그러나, 이는 자연인이 직접 위반행위를 할 수 있는 경우(가령, 불법대출)에 한정하여야 할 것이며, 공정거래법상 위반행위와 같이 개인이 아닌 사업자의 의사결정 과정을 거쳐 행위가 이루어지고 시장에서도 사업자의 행위로 인식된다는 점에서 위 판례와는 차이가 있다고 보여진다.

15) 작지만, 일시적이지 않고, 의미있는 가격 인상이 발생할 경우, 수요와 공급의 대체 범위를 통해 관련시장(relevant market)을 확정하는 방법이다.

부당한 결정·유지·변경행위(법 제5조 제1항 제1호)’에 해당하는 ‘상품의 가격이 나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우(시행령 제9조 제1항)’는, 행위 성립요건의 불확실성을 해소하기 위해, ‘시장지배적지위 남용행위 심사기준(공정거래위원회고시 제2021-18호)’에서 ‘수급의 변동’, ‘공급에 필요한 비용’, ‘통상적인 수준의 비용’, ‘현저한 상승, 근소한 하락’ 등을 설명하는 규정을 두고 있다.<sup>16)</sup> 또 다른 대표적인 예로, 부당지원 및 사익편취의 ‘상당히 유리한 조건의 거래하는 행위(법 제45조 제1항 제9호 가목, 법 제47제 제1항 제1호)’에서 ‘상당히 유리한 조건’을 들 수 있다. 공정위는 이를 위해 ‘부당한 지원행위의 심사지침(공정거래위원회예규 제396호)’과 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침(공정거래위원회예규 제397호)’에서 ‘정상적인 거래조건(정상가격)’을 산정하는 방법을 세부적으로 규정<sup>17)</sup>하고 있다. 이처럼 공정거래법상 실제적 의무는 행위 성립 요건 대부분에 불확정적이고 추상적인 개념을 포함하고 있으며, 또한 이를 구체화하기 위해 시행령, 고시, 예규 등 하위법령<sup>18)</sup>을 빠짐없이 마련하고 있다. 그러나, 이러한 노력에도 불구하

16) 하위법령을 통한 구체화가 행위성립요건을 명확하게 하는 데에는 도움이 되지만, 모든 개별적인 사안에 동일하게 적용될 수는 없으므로, 해당 규정의 구체성이나 명확성은 개별 사안에 따라 달라진다는 한계가 있다고 본다.

17) 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침(시행 2021. 12. 30.) [공정거래위원회예규 제397호, 2021. 12. 30., 일부개정] IV. 1. 나. 3)에 따르면, 개별정상금리는 원칙적으로 아래의 방법으로 산출한 금리 중 순차적으로 우선 산출가능한 금리를 말한다. 즉, 가) 제공객체가 제공받은 방법과 동일한 수단을 통해 동일한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리 나) 제공객체가 제공을 받은 방법과 동일한 수단을 통해 유사한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리. 여기서 유사한 시점이란 사안별로 이익제공 규모, 제공시점의 금리변동의 속도 등을 종합적으로 고려하여 결정하되, 해당일 직전·직후 또는 전후의 3개월 이내의 기간을 말한다. 다만, 유사한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리는 없으나 그 이전에 변동금리 조건으로 차입한 자금이 있는 경우에는 제공받은 시점에 제공객체에게 적용되고 있는 그 변동금리를 유사한 시점에 차입한 금리로 본다. 다) 신용평가기관에 의한 신용등급 등에 비추어 신용상태가 제공객체와 유사하다고 인정할 수 있는 회사가 해당방법과 동일한 수단을 이용하여 동일한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리 라) 제공객체가 제공받은 방법과 유사한 수단을 통해 동일 또는 유사한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리. 여기서 유사한 수단이란 사안별로 차입기간, 금액, 장단기 금리수준 등을 종합적으로 고려하여 유사하다고 인정할 수 있는 수단을 말한다. 마) 제공객체가 동일 또는 유사한 시점에 다른 수단으로 차입한 경우에는 그 금리

18) 실제적 의무와 관련한 규범구체화 행정규칙으로는, ‘시장지배적지위 남용행위 심사기준(공정거래위원회고시 제2021-18호)’, 기업결합 심사기준(공정거래위원회고시 제2021-25호), 공동행위 심사

고, 여전히 현실에서 구체적인 행위에 적용하는 데에는 해석의 차이가 커서 수범자인 사업자와 규제당국 사이에 다툼이 발생하는 경우가 매우 빈번하다. 이처럼 행위 요건에 불확정적이고 포괄적인 개념이 사용되는 이유는 해석의 폭을 넓혀서 가능한 다양한 행위 유형과 새로 등장하는 행위 유형까지 유연하게 포섭하기 위한 것으로 이해할 수 있다. 시장의 다양성과 변동성 속에서 불공정한 행위에 대한 규범력을 확보하기 위해서는 불가피한 선택이라고 볼 수 있다. 한편, 행정적 의무의 경우, 그 내용이나 성격이 기술적이고 단순집행적이어서 대부분이어서 위반행위의 성립요건이 비교적 명확하다고 볼 수 있다.

### 3) 효과 요건<sup>19)</sup>

효과 요건이란, 공정거래법 의무 위반행위의 위법성이 인정되기 위해 요구되는 시장에 미친 영향이나 효과를 말한다. 행정적 의무의 경우 위법성 인정에서 이러한 효과를 요구하지 않지만, 실체적 의무의 경우 모두 요구하고 있다. 즉, 시장지배적 지위 남용행위, 불공정거래행위 및 사익편취의 경우 ‘부당한(하계)’, 경쟁제한적 기업결합의 경우 ‘경쟁을 실질적으로 제한’, 부당한 공동행위의 경우 ‘부당하게 경쟁을 제한’ 등<sup>20)</sup>으로 표현되어 있다. 한편 법원은, 시장지배적지위 남용행위 관련 포스코 사건<sup>21)</sup>에서는, ‘시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질

---

기준(공정거래위원회예규 제390호), 불공정거래행위 심사지침(공정거래위원회예규 제387호), 부당한 지원행위의 심사지침(공정거래위원회예규 제396호), 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침(공정거래위원회예규 제397호), 재판매가격유지행위 심사지침(공정거래위원회예규 제386호), 사업자단체활동지침(공정거래위원회고시 제2021-35호) 등이 있다.

19) 홍대식 교수는 행위자 요건, 행위 요건에 비하여 위법성 요건이 매우 포괄적·추상적인 불확정 개념으로 규정된 것이 공정거래법의 특징이라고 한다(홍대식, “공정거래법 집행자로서의 공정거래위원회의 역할과 과제”, 『서울대학교 법학』, 제52권 제2호, 2011.6, 제185면).

20) 경제력집중 규제의 경우, 효과 요건을 별도로 규정하지는 않지만, 규제 자체가 경제력집중을 막기 위한 것이므로, 위반행위가 성립하면, 경제력집중의 효과가 발생한 것으로 간주하는 것을 이해할 수 있다. 또한, 재판매가격유지행위의 경우, 경쟁촉진과 경쟁제한 효과를 이익형량(합리의 원칙)을 하도록 하고 있으므로 경쟁제한성이 효과(위법성) 요건이라고 볼 수 있다. 한편, 사업자단체 금지행위는 대체로 ‘부당성’을 효과 요건으로 하고 있다.

21) 대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 판결.

서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때에 부당성이 인정된다'고 판시하였고, 부당지원행위 관련 삼성 SDS 사건<sup>22)</sup>에서는 '여기서 말하는 '부당하게'는...지원객체가 직접 또는 간접적으로 속한 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 의미로 해석해야 할 것이며'라고 판시하였으며, 국민은행 등 6개사의 공동의 거래거절 사건<sup>23)</sup>에서는 '공동의 거래거절은 시장에서의 경쟁을 직접적으로 제한하는 행위로서 원칙적으로 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 점에서 위법성이 인정되고'라고 판시하였다.<sup>24)</sup> 결국, 법문과 판례를 종합해 보면, 실제적 의무 위반행위에서 '부당성'은 기본적으로 '경쟁제한성'을 의미하고, 부당성(경쟁제한성)이 인정되면 위법한 행위라고 볼 수 있다. 물론, 부당지원의 경우 경쟁제한성 외에 경제력집중도 부당성을 인정하는 근거가 될 수 있을 것이다. 한편, 공정거래법 제2조(정의)에서 '경쟁제한성'은 '일정한 거래분야에서 경쟁이 감소하여 특정 사업자(단체)의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격, 수량, 품질, 그밖의 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 것'이라고 규정하고 있다. 또한, 각 위반행위별로 하위법령에서, 경쟁제한성을 판단하는 데 있어서

22) 대법원 2004.9.24. 선고 2001두6364 판결.

23) 서울고법 2003.10.23. 선고 2002두1641 판결.

24) 부당한 공동행위의 경우, '부당하게 경쟁을 제한'으로 규정하고 있는데, '부당하게'의 의미를, '경쟁제한성'과 결부시켜 경쟁제한효과가 경쟁촉진보다 크거나 불합리하다는 등의 내용으로 이해하는 견해가 있는 반면, 경쟁제한성과 별도로 가담 사업자의 의도, 당해 산업의 특성, 관련 시장 및 국민경제에 미치는 효과 등의 관점에서 규범적 판단을 요구하는 것으로 이해하는 견해(이봉의, "공정거래법상 카르텔의 부당성 판단", 사법 제2호, 사법연구지원재단, 138-140면)도 있다. 한편, 판례(대법원 2005.9.9. 선고 2003두1184 판결)는 제주도관광협회 사건에서 '사단법인 제주도관광협회의 판매가격 송객수수료를 결정행위는 ... 경쟁제한행위에 해당하지만 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있어 부당한 가격제한행위라고 할 수 없다'라고 판시하여, '부당하게'를 경쟁제한성과 별도로 소비자 보호, 국민경제의 균형 있는 발전이라는 입법목적의 관점에서 판단한 것으로 이해할 수 있다. 다만, 대법원이 이러한 입장을 견지하고 있는지는 분명치 않다는 견해(이승택, "우리 공정거래법상의 부당성의 의미 및 그 법률상 지위", 법원도서관, 2009, 141-145면)가 있다.

고려사항 등을 규정하고 있는데, 가령, 가격이나 산출량 변동, 상품의 다양성, 혁신, 단독, 봉쇄 및 협조효과 등이 그것이다.

그러나, 공정거래법 위반행위의 효과 요건에서 문제는, 부당성의 내용을 명확히 하고, 하위법령 등을 통한 경쟁제한성의 판단에 있어서의 불확실성 해소하기 위해 노력했음에도 불구하고, 사업자의 입장에서는 자신의 행위가 경쟁제한성을 갖는지 또는 공정위에서 경쟁제한성을 인정할 것인지 등에 대해 사전적으로 명확히 알 수 없다는 점이다. 왜냐하면, 행위의 효과는 행위 그 자체로 결정되는 것이 아니라 거래상대방이나 경쟁사업자의 대응, 시장구조, 대체재 시장의 존재, 신규진입 등 다양한 변수가 결합하여 나타나므로, 사전적으로 자신의 행위가 경쟁제한성을 갖는지 판단하는 것은 현실적으로 곤란하다. 또한, 경쟁제한성은 계량적으로 측정할 수 있는 개념이 아니므로 객관성을 확보하기 어렵고, 따라서, 사업자와 공정위의 판단이 서로 다를 가능성이 매우 크다고 볼 수 있다. 요컨대, 공정거래법상 실체적 의무 위반행위의 경우, 그 효과 요건에 있어서 불확정성이 강한 특징이 있다.

### (3) 공정거래법상 의무위반행위와 형사범죄와 차이

공정거래법<sup>25)</sup>상 의무 위반행위는 그 성격에 있어서 형사범죄와 본질적으로 다르고, 이러한 차이는 입법 기술적 측면에서도 서로 구분된다.<sup>26)</sup> 먼저, 형사범죄의 경우, 문제가 되는 행위의 성격이 반윤리적, 반사회적이며, 따라서 국가가 그 행위를 법으로 범죄화하기 이전에 이미 사회, 도덕적으로 용인되지 않는 자연범과 관련된다. 반면에, 공정거래법 위반행위는 그 행위의 성질 자체가 반윤리성이나 반사회성

25) 공정거래법은, 자본주의 경제체제에서 발생하는 독과점 등 폐해를 치유하고 시장의 기능을 건전하게 유지하기 위해 국가가 시장을 규제하기 위한 경제법의 일종이다. 한편, 그 법적 성격에 대해서는, 국가와 사업자의 공법적 관계를 규율하는 공법(행정법)이라는 견해와 사업자간 또는 사업자와 소비자간 관계를 규율하는 사법이라는 견해도 있으나, 통설은 노동법, 사회보장법 등과 함께 자본주의 경제체제의 폐해를 극복하기 위해 정부가 사법 영역에 개입하여 사인의 행위를 규제함으로써 공법적 관계를 형성하는 제3의 법 영역인 사회법이라고 한다.

26) 최환용, “행정형벌 정비방안 연구”, 『연구보고 2015-09』, 한국법제연구원, 2015, 제22면.

을 갖는 것이 아니라, 시장의 경쟁질서 등 특정한 공익적 목적을 위해 국가가 법에서 특정된 수범자에게 일정한 의무를 부과함으로써 비로소 위반행위가 성립하고, 그 행위에 형벌을 예정함으로써 비로소 범죄화되는 행정법(법정법)에 해당한다는 것이다. 이러한 성격의 차이로 인해, 형사범죄의 경우, 별도의 의무규정을 두지 않고, 범죄의 구성요건과 법정형을 하나의 조문에 규정하게 된다. 가령, 형법 제250조 제1항에서, ‘사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다’에서와 같이, 구성요건인 ‘사람을 살해’와 법정형인 ‘사형, 무기 또는 5년 이상의 징역’이 하나의 조문에 나타난다. 그러나, 공정거래법 위반행위의 경우, 법적 의무를 부과하는 규정이 전제되어야 하는바, 의무 규정을 먼저 두고 이를 위반하는 경우 제재를 부과할 수 있는 처벌 규정을 별도로 두는 방식을 취한다. 가령, 가령, 법 제5조에서 시장지배적사업자에 대해 남용행위를 금지하고 있고, 이와 별도로 법 제124조에서 이를 위반할 경우 형벌을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

## 2. 공정거래법상 제재수단

공정거래법상 의무이행 확보수단에는 시정조치, 과징금, 과태료, 이행강제금, 형벌(징역, 벌금) 등이 있는데, 여기에서는 금전적 제재로서의 성격을 공유하고 있는 과징금, 형벌(벌금), 과태료, 이행강제금에 대해 살펴본다.

### (1) 과징금

과징금은 행정법상 의무를 위반하여 경제상 부당한 이익을 취한 경우 그 이익을 박탈하기 위하여 그 이익액에 따라 행정청이 부과하는 행정상 금전적 제재라고 정의된다.<sup>27)</sup> 한편, 헌법재판소<sup>28)</sup>는 과징금의 법적 성격에 대해 ‘행정상의 제재금으로

27) 박균성, 『행정법강의』, 박영사, 2018, 402면.

28) 헌법재판소 99헌가18(2001.5.31. 선고), 헌법재판소 2001헌가25(2003.7.24)

서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것'이라고 하여, 제재적 성격이 과징금의 본질<sup>29)</sup>이라고 보았다. 이러한 개념 정의로부터, 과징금의 부과 주체는 행정청이고, 부당한 이익을 유발하는 위반행위와 관련되며, 금전적 제재이고, 침익적 처분이라는 성격과 특징을 알 수 있다.

공정거래법상 과징금은 공정위가 심결의 통해 처분의 형태로 부과하며, 부당이득을 발생시키는 위반행위에 모두 예정되어 있다. 따라서, 부당이득과 관련성이 약한 기업결합과 행정적 의무 위반행위의 경우, 과징금이 제재수단으로 포함하고 있지 않다. 또한, 공정위의 과징금 부과처분은 금전적 제재를 가하는 침익적 처분에 해당하므로 법률유보 원칙에 따라 위반행위 유형별로 법적 근거를 두고 있으며, '과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(공정거래위원회고시 제2021-50호)'를 통해 위반행위 중대성, 부과기준을, 관련매출액 산정, 가중 및 감경 등 과징금 부과를 위한 전반적인 사항을 규정하고 있다. 한편, 공정거래법상 과징금 근거 규정을 보면, 모두 '과징금을 부과할 수 있다'는 재량 규정으로 되어 있다. 따라서, 과징금 부과처분이 행정심판(재결심판)이나 행정소송의 대상<sup>30)</sup>이 될 경우, 재량권의 일탈 및 남용 여부가 위법성 판단기준이 된다고 볼 수 있다. 한편, 대법원<sup>31)</sup>도 과징금 부과처분의 위법성 판단과 관련하여, '법 제55조의3 제1항에서 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 과징금 액수는 당해 불공정거래행위의 위법성 정도뿐만 아니라 그로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있다.'고 판시하여, 부당이득과 과징금액의 비례성이 과징금 부과처분의 일탈·남용을 판단하는 기준이라고 밝힌 바 있다.

29) 조성규, “과징금의 법적 성격에 대한 이론적 고찰”, 『행정법연구』 제55호, 행정법이론실무학회, 2018.11, 61면.

30) 이준서/양태건, “행정의 실효성 확보 수단에 관한 법제 정비방안 연구”, 『연구보고(2017-11)』, 한국법제연구원, 2017, 43면.

31) 대법원 2000두6206(2001.2.9. 선고)

## (2) 행정형벌

행정형벌은 행정상 중요한 의무 위반행위에 부과되는 제재로서, 형법전에서 정하고 있는 형벌을 의미한다.<sup>32)</sup> 행정형벌은 형법 제8조에 따라 개별 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 형법 총칙이 그대로 적용된다. 따라서, 행정 목적을 위한 제재이지만 죄형법정주의 등 형법의 기본원리가 그대로 적용되고, 형사적 제재이므로 형사소송법의 적용을 받으며, 법원의 판결에 따라 부과된다.<sup>33)</sup> 한편, 행정형벌과 형사벌의 대상은 구분되는데,<sup>34)</sup> 앞서 살핀 바와 같이 후자는 반윤리적이고 반도덕적인 행위를 대상으로 하고, 전자는 반윤리·반도덕적 행위와 무관하게 국가가 행정적 목적을 위해 법에서 정한 의무를 위반한 행위를 대상으로 한다는 점에서 근본적으로 차이가 있다. 다만, 시대적 상황의 변화에 따라 반사회성, 반도덕성에 대한 인식이 달라질 수 있어서, 행정형벌(법)과 형사벌(법)의 구분은 절대적인 것이 아니라 상대적이고 유동적인 구분이라고 볼 수 있다.<sup>35)</sup>

공정거래법상 형벌의 경우, 경쟁제한적 기업결합을 포함한 일부 실체적 의무와 과태료 부과 대상을 제외하고 대부분 공정거래법 위반행위에 도입되어 있다. 다만, 전속고발제를 통해 공정위가 위반행위의 내용과 정도를 심의하여 고발 여부를 결정하도록 하고 있다. 한편, 공정거래법 위반행위에는 징역형과 벌금형만 규정되어 있으며, 금지의무의 수범자가 대부분 사업자이므로 성질상 징역형이 부과되는 경우는 거의 없으며, 대부분 벌금형이 부과된다고 볼 수 있다.<sup>36)</sup> 다만, 사익편취 지시 또는 관여, 고의적 조사방해 등 자연인을 수범자로 하는 위반행위의 경우 징역형의 가능성도 배제할 수는 없다고 할 것이다.

32) 홍정선, 『행정법원론(상)(제23판)』, 박영사, 2015, 627면.

33) 최환용, 앞의 연구, 21면.

34) 홍정선, 앞의 책, 628-629면, 최환용, 앞의 연구, 22면.

35) 홍정선, 앞의 책, 628-629면, 최봉석, 행정법총론, 법령정보관리원, 2015, 275면.

36) 시멘트 담합 건에서 담합에 주도적으로 참여한 임원들에게 실형을 부과한 사례가 있다(서울중앙지법, 2018.6.19. 선고, 2018고단1371)

### (3) 과태료

과태료는 국가나 지방자치단체가 행정상 질서위반행위에 대하여 부과하는 금전적 제재로서, 위반행위가 직접 행정목적이나 사회공익을 침해하는 것이 아니라, 신고·보고·자료제출 등 간접적으로 행정목적 달성에 장애를 줄 수 있는 정도의 상대적으로 경미하고 단순한 의무태만을 대상으로 한다는 특징이 있다.<sup>37)</sup> 과태료와 행정형벌은 모두 행정질서벌에 해당하지만, 과태료 부과 주체가 법원이 아닌 행정청이고, 처벌의 원인이 되는 행정법상 의무의 내용이 행정형벌의 경우 일반적으로 사회적 법익에 영향을 미치는 중요한 사항인 반면, 과태료는 사회적 이익에 직접 영향을 미치지 않는 경미한 의무 위반에 대해 해당한다는 점, 그리고 과태료는 형벌이 아니므로 형법 총칙의 규정이 원칙적으로는 적용되지 않고, 과태료를 부과받더라도 전과로 되지 않으며 다른 형벌과 누범 관계가 생기지 않는다는 점에서도 서로 구분된다.<sup>38)</sup> 다만, 전통적으로 고의·과실 여부를 기준으로 양자를 구분하기도 하였지만, 행정질서벌의 일반법으로 2007년 제정된 「질서위반행위규제법(법률 제8725)」 제7조에서, ‘고의·과실이 없는 의무 위반행위에 대해서는 과태료를 부과하지 아니한다’고 규정하면서, 고의·과실은 양자를 구분하는 기준이 될 수 없게 되었다. 다만, 과태료는 행정법규 위반이라는 객관적 사실을 전제로 제재를 가하는 것이므로 형벌과 같은 정도의 고의나 과실을 요구한다고 볼 수는 없다는 반론도 있다.<sup>39)</sup> 한편, 과태료도 금전적 제재를 가하는 처분이므로 법률유보의 원칙에 따라 법적 근거가 필요하며, 공정거래법도 제130조에서 근거 규정을 마련하고 있다.<sup>40)</sup>

37) 박윤훈/정형근, 『최신행정법강의(상)』, 박영사, 2009, 558면

38) 김현희 외, “과태료 제도의 합리적인 정비를 위한 입법모델 연구”, 『연구보고(2017-12)』, 한국법제연구원, 2017, 31-34면.

39) 최환용, 앞의 연구, 2425면. 한편, 헌법재판소(91바12, 1994.4.28. 선고)는 행정형벌과 행정질서벌 중에 어떤 제제수단을 택할 것인가는 기본적으로 국회의 입법재량에 해당한다고 보고 있다.

40) 「질서위반행위규제법」은 과태료 부과와 법적 근거가 될 수 없고, 단지 그 성립요건과 과태료의 부과 및 징수절차 등에 관하여 적용되는 일반법으로서 기능을 가질 뿐이다(최환용, 앞의 연구, 24면).

즉, 공정위에 과태료 부과 및 징수의 권한을 부여하고 있고, 과징금 규정을 준용하도록 하고 있고, 과태료 부과 대상으로는 비교적 경미한 위반행위에 해당하는 기업결합 신고의무 위반, 공시의무 위반, 일반지주회사 소유 금융회사의 사업활동 보고 의무 위반, 계열편입 등 관련 자료 제출 명령 불이행 등을 규정하고 있다.

#### (4) 이행강제금

이행강제금은 통상 비대체적 작위의무, 부작위의무, 수인의무의 불이행시에 일정한 액의 금전적 부담이 부과될 것임을 의무자에게 미리 계고함으로써 의무 이행의 확보를 도모하는 강제수단으로 정의되어 왔다. 한편, 우리 헌법재판소는 ‘행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단, 이행강제금은 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단이라고 이해되어 왔으나, 이는 이행강제제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다’<sup>41)</sup>고 하여 이행강제금의 대상을 더 넓게 보고 있다. 이행강제금은 장래에 행위의 이행을 확보하기 위한 강제수단이라는 점에서, 과거 위반행위에 대한 제재로서의 형벌과는 구분된다.<sup>42)</sup> 또한, 과태료와 그 성격을 달리한다는 것이 대법원의 판단이다.<sup>43)</sup> 따라서 이행강제금은 행정처분을 불이행하는 경우 여러 차례에 걸쳐 부과될 수 있고, 과태료나 형벌과 병과될 수도 있다.<sup>44)</sup>

한편, 현행 공정거래법상 이행강제금은, 경쟁제한적 기업결합에 대한 시정조치를 이행하지 않는 경우(법 제16조), 공정거래위원회의 보고 및 자료제출 명령을 이행하지 않는 경우(법 제86조), 동의의결을 이행하지 않는 경우(제92조) 등에 도입되어 있다.

41) 헌재 2004.2.26. 선고 2001헌바80 판결.

42) 최정일, “이행강제금제도의 몇가지 쟁점사항에 관한 연구”, 『법제』, 법제처, 2011.5, 20-21면.

43) 대법원, 2006.1.28. 선고 2006마470, 대법우너 20028.16 선고 2002마1022 판결.

44) 홍정성, 앞의 책, 609면.

### (5) 소결

공정거래법상 과징금, 벌금, 과태료 및 이행강제금의 특징을 비교하면 다음과 같다. 먼저, 과징금 과태료 및 이행강제금의 부과 주체는 행정청인 공정위이지만, 벌금은 공정위의 고발을 통한 검찰의 기소에 따라 법원이 최종적으로 부과한다. 둘째, 과징금은 공정거래법상 의무를 위반하여 부당한 이득이 발생시킨 실체적 의무 위반행위를 대상으로 하고, 벌금과 과태료는 부당이득과 직접적인 관련 없으며, 이행강제금의 경우 부당이득과는 직접적인 관련은 없지만, 헌법상 비례의 원칙 하에서 의무 불이행으로 인한 경제적 이익과의 균형이 필요하다고 볼 수 있다.<sup>45)</sup> 셋째, 현행법상 1억원 이하 벌금의 대상이 되는 행위는 과태료 대상행위와 실질적으로 어떤 차이가 있는지 명확하지 않다. 즉, 양자 모두 신고나 보고, 자료제출 등 단순한 행정적 의무를 대상으로 하고 있다. 넷째, 벌금과 과태료는 행정 ‘처벌’에 해당하므로 고의·과실에 대한 입증의 필요하지만, 과징금과 이행강제금은 행정 ‘처분’이므로 이들이 필요하지 않다는 점에서 구분된다. 다섯째, 과징금, 벌금, 과태료 및 이행강제금은 모두 공정거래법상 의무이행을 확보하기 위한 수단이고 금전적 제재라는 점에서 이들의 기능적 공통점이 있다.<sup>46)</sup>

## 3. 공정거래법상 의무 위반행위별 제제수단

공정거래법상 의무 이행 확보수단은, 공정위가 처분 권한을 갖는 시정조치, 과징금 및 과태료, 그리고 사법당국의 기소를 통해 법원에 의해 처벌이 이루어지는 형벌형벌로 구분될 수 있다. 과징금과 시정조치는 실체적 의무 위반행위와 관련하여서만 규정되어 있고, 형벌의 경우, 대부분의 실체적 의무 위반행위와 행정적 의무 위반행위에 예정되어 있다. 또한, 과태료는 행정적 의무 위반행위 중 비교적 경미

45) 최정일, 앞의 논문, 제27면

46) 조성규, 앞의 논문, 60-62면.

한 위반행위를 대상으로 하고 있다. 위반행위 내용별로 제재수단을 정리하면 아래 <표1>과 같다.

<표 1> 실제적 의무 위반행위별 제재

	행정제재			형사제재
	시정조치	과징금	기타	행정형벌
시장지배적지위 남용행위	가격인하, 행위중지, 공표 명령 등(제7조)	관련매출액 <sup>47)</sup> 6% or 20억원 이하(제8조)	-	3년下 징역 or 2억원下 벌금
경쟁제한적 기업결합	행위중지, 주식처분, 임원사임, 영업양도, 공표, 영업제한 명령 등(제14조)	-	의결권 제한(제15조) 이행강제금 (제16조) <sup>48)</sup>	- * 탈법행위(제13조) : 3년下 징역 or 2억원下 벌금
경제력집중 억제 규제 <sup>49)</sup>	행위중지, 주식처분, 임원사임, 영업양도, 채무보증취소, 공표, 공시이행·수정 명령 등(제37조)	주식 취득가액 등(채무보증액, 부채초과액) 20%(제38조)	의결권 제한(제39조) <sup>50)</sup>	3년下 징역 or 2억원下 벌금
부당한 공동행위	행위중지, 공표 등(제42조)	관련매출액 20% or 40억원 이하(제43조)	-	3년下 징역 or 2억원下 벌금
일반불공정 거래행위, 재판가 및 사익편취	행위중지, 재발방지 조치, 보복금지, 계약조항 삭제, 공표 명령 등(제49조)	(불공정/재판가) 관련매출액의 4% or 10억원 이하 (제50조 제1항)	-	2년下 징역 or 1.5억원下 벌금(제45조 제1항 4,5,6,8호만 해당)
		(부당지원/사익편취) 관련매출액 10% or 40억원 이하(제50조 제2항)	-	3년下 징역 or 2억원下 벌금 <sup>51)</sup>
사업자단체	행위중지, 공표	사업자단체 :	-	제51조 제1항

금지행위	명령 등(52조)	10억 사업자 : - 관련매출액 20% or 40억 이하(제1호) - 관련매출액 10% or 20억 이하(제2호~4호) (제53조)		제1호(공동행위) : 3년下 징역 or 2억원下 벌금
				제51조 제1항 제3호(사업활동 제한) : 2년下 징역 or 1.5억원下 벌금

위 <표1>에서 보는 바와 같이, 실체적 의무 위반행위의 경우, 경쟁제한적 기업결합을 제외하고는 모두 시정조치와 과징금의 대상이다. 경쟁제한적 기업결합의 경우, 시정조치, 처분명령을 받은 주식의 의결권 제한, 그리고 이행강제금 제도를 통해 제재하고 있는데, 이는 기업결합과 부당이득의 발생 사이에 인과성이 크지 않기 때문으로 이해된다. 한편, 대부분의 실체적 의무 위반행위가 형벌의 대상이나, 경쟁제한적 기업결합, 불공정거래행위 중 일부(거래거절, 차별취급, 경쟁사업자 배제, 구속조건부 거래), 재판매가격 유지행위 그리고 사업자단체 금지행위 중 일부 행위 등은 2020.12월 공정거래법이 전면개정시 형벌의 대상에서 제외하였다.

한편, 행정적 의무 위반행위별 제재는 아래 <표2>와 같다.

- 47) 위반사업자가 위반기간동안 일정 거래분야에서 판매한 관련상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 말한다(「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(공정거래위원회고시 제2021-50호) II. 5.).
- 48) 시정조치 불이행시, 이행기한이 지난 날부터 1일당 1만분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위(임원겸임의 경우에는 1일당 200만원)에서 부과할 수 있다.
- 49) 경제력집중 억제 규제 중 법 제20조(일반지주회사의 금융회사 주식 소유 제한에 관한 특례) 제3항 제2호(중소기업창업투자회사인 경우 「벤처투자 촉진에 관한 법률」 제37조 제1항 각 호 이외의 금융업 또는 보험업을 영위하는 행위) 및 제3호(신기술사업금융전문회사인 경우 「여성전문금융업법」 제41조 제1항 제1호, 제3호부터 제5호까지의 규정 이외의 금융업 또는 보험업을 영위하는 행위)에 대해서는 형벌과 함께 과태료도 부과할 수 있도록 규정하고 있다.
- 50) 법 제21조 상호출자와 법 제22조 순환출자 위반에 대해 시정조치를 부과받은 날부터 위반행위가 해소될 때까지 의결권 행사를 금지하고 있다.
- 51) 사익편취의 경우, 지시 및 관여 행위도 형벌 대상에 포함된다.

〈표 2〉 행정적 의무 위반행위별 제재

위반행위		행정형벌			과태료	시정조치 /과징금
		3년下 징역 or 2억원下 벌금	2년下 징역 or 1.5억下 벌금	1억下 벌금		
시장지배적 지위 남용행위	시정조치 불이행(제7조) <sup>52)</sup>	-	○	-	-	-
경쟁제한적 기업결합	의결권 불행사의무 위반(제15조) <sup>53)</sup>	○	-	-	-	-
	시정조치 불이행(제14조)	-	○	-	-	-
	기업결합 미신고(제11조)	-	-	-	○	-
경제력집중 억제 규제	상호/순환출자 위반 주식 의결권 불행사의무 위반(제39조)	○	-	-	-	-
	지정자료 허위제출(제31조)	-	○	-	-	-
	회계감사 의무불이행 (제31조)	-	○	-	-	-
	시정조치 불이행(제37조)	-	○	-	-	-
	지주회사 설립 미신고(제17조)	-	-	○	-	-
	지주회사 사업내용 미보고(제18조)	-	-	○	-	-
	주식소유, 채무보증 현황 미신고(제30조)	-	-	○	-	-
	CVC 사업활동 미보고(제20조)	-	-	-	○	-
	공시의무 위반(제26~29조)	-	-	-	○	-

	제열편입/제외 자료요청 거부(제32조)	-	-	-	○	-
부당한 공동행위	시정조치 불이행(제42조)	-	○	-	-	-
불공정 거래행위 등	보복조치 (제48조)	○	-	-	-	-
	시정조치 불이행(제49조)	-	○	-	-	-
사업자단체 금지행위	시정조치 불이행(제52조)	-	○	-	-	-
조사권 관련	불출석(제81조 제1항 제1호)	-	-	-	○	-
	거짓감정(제81조 제1항 제2호)	-	-	○	-	-
	보고, 자료 등 제출 거부 (제81조 제1항 제3호, 제6항) <sup>54)</sup>	-	○	-	-	-
	폭언, 폭행, 현장진입 저지(제81조 제2항)	○	-	-	-	-
	자료은닉, 위변조(제81조 제2항)	-	○	-	-	-
	서면실태조사 불응(제87조)	-	-	-	○	-

52) 시정조치 불이행에 대해서는, 시장지배적지위 남용행위(제7조), 경쟁제한적 기업결합(제14조), 경 제력집중억제 규제(제37조), 부당한 공동행위(제42조), 불공정거래행위·사관매가격유지행위·사 익편취·보복행위(제49조), 사업자단체 금지행위(제52조) 모두 2년 이하 징역 또는 1.5억원 이하 벌금 대상이다.

53) 법 제124조 제1항 제3호는, '법 제15조, 제23조, 제25조, 제39조를 위반하여 의결권을 행사한 자'를 대상으로 하고 있는바, 법 제15조와 제39조는 법상 의무를 위반한 주식에 대한 의결권 행사를 금지한 조치를 위반한 행위에 대한 행정적 의무와 관련된 것이고, 제23조와 제25조는 경 제력집중을 억제하기 위한 실체적 의무와 관련된 것이라는 점에서 차이가 있다.

54) 법 제86조에서 법제 81조 제1항 제3호 및 같은 조 제6항에 따른 보고, 자료나 물건의 제출 명 령을 이행하지 않은 경우, 소회의에서 이행기간을 정하여 이행명령을 할 수 있도록 하면서, 이 행기간이 지난 날부터 1일 평균 매출액의 1천분의 3의 범위에서 이행강제금을 부과(매출액이 없

위 <표2>에서 보는 바와 같이, 행정적 의무 위반행위의 경우, 기본적으로 위반행위의 성격과 정도를 고려하여, 형벌과 과태료가 예정되어 있다. 즉, 경쟁제한적 기업결합으로 처분명령을 받은 주식 또는 상호출자 및 순환출자를 위반한 주식에 대해 의결권을 행사하는 경우, 보복조치, 폭언이나 폭행 등으로 공정위의 조사권을 침해하는 행위 등은 처벌 강화의 필요성을 고려하여 3년 이하 징역 또는 2억 원 이하 벌금 대상으로 하고 있고, 시정조치 불이행, 지정자료 허위제출, 자료제출 거부, 자료 위변조 등 상대적으로 경미한 조사거부나 방해 등은 2년 이하 징역 또는 1.5억 원 이하 벌금 대상이며, 각종 신고의무 위반에 대해서는 1억 원 이하의 벌금 또는 과태료의 대상으로 삼고 있다. 한편, 행정적 의무 위반행위는 그로 인해 부당이득의 발생이 없고, 시정조치의 실익이 없다는 점을 고려하여 시정명령이나 과징금의 대상에서 제외하고 있는 것으로 이해된다.

### III. 공정거래법상 형벌에 대한 정당성 평가기준

#### 1. 보호법익 기준

##### (1) 법익론 일반

형벌의 목적이 법익의 보호라고 보는 데에는 큰 이견이 없는 것으로 이해된다. 형법에서 법익이란 형벌을 통해 보호하고자 하는 법률상 이익이나 가치<sup>55)</sup>를 의미하는바, 현대 산업사회에서 발생하는 경제, 환경 분야에서의 여러 위험을 형벌을 통해 해결하려는 기능주의적 접근이 확장되면서, 경제법 분야에 도입된 이른바 경제형벌의 정당성과 과잉범죄화에 대한 우려의 시각에서, 경제형벌의 보호법익에 대한 논의가 이어지고 있다. 우선, 경제형벌의 보호법익을 보편적 법익으로 접근하는

거나 산정이 어려운 경우는 1일단 200만 원의 범위)할 수 있도록 하고 있다.

55) 임웅, 『형법총론』, 박문사, 2003, 8면.

견해로는, 보호법익을 경제체제 또는 그와 관련한 중요 제도라고 보는 견해와 경제체제와 제도에 대한 신뢰라고 보는 견해<sup>56)</sup> 등이 있다. 특히 후자와 관련하여서는 신뢰란 단지 사회에 대한 추상적 신뢰에 불과하여 그 내용이 불명치 않다거나 경제법 위반행위 중에는 신뢰 또는 그 침해와 무관한 경우가 많다는 지적이 있으나, 이에 대해 형법이 보호할 법익에는 사회질서 유지, 개인이 아닌 사회전체의 공존을 위한 제도적 기능이 포함되고, 탈개인적인 보편적 법익으로 인한 형벌의 과도한 확대는 당벌성과 필벌성에 따라 형벌권을 제한하면 된다는 반론도 있다.<sup>57)</sup> 다만, 이들은 모두 개인적 법익과는 독립적인 탈개인적, 보편적 법익을 받아들이고 있다는 점과 여기에서의 경제체제나 중요 제도의 범위가 모호하여 형벌의 과도하게 개입을 초래할 우려가 크다고 볼 수 있으며, 더구나 제도나 기능에 대한 신뢰를 보호법익으로 한다면, 그 개념적 모호성으로 인해 그러한 문제는 더욱 커질 수 있을 것이다. 한편, 법익의 보편화와 형벌의 기능주의화와 상반된 시각으로 인격적 법익론<sup>58)</sup>이 있다. 이는 보편적 법익으로 인해 초래되는 형벌의 과잉화를 견제하고 형벌이 꼭 필요한 분야로 그 범위를 제한하도록 하는 체계비판적 기능을 한다는 데에 의의가 있다.<sup>59)</sup> 즉, 형법의 법익은 개인적 법익에 제한되어야 한다는 것으로 요약할 수 있다. 이에 따르면, 인간의 생존과 직접 관련되는 이익이나 가치만이 형법의 보호법익이 될 수 있으며, 경제 제도나 기능, 신뢰와 같은 보편적 가치는 형법의 법익이 될 수 없다고 한다.<sup>60)</sup> 다만, 보편적 법익 중에서도 인간의 생존조건과 관련되는,

56) 장영민/조영관, “경제범죄의 유형과 대처방안”, 『형사정책연구(통권 제13호)』, 한국형사법무정책연구원, 1999.3, 35-36면.

57) 장영민/조영관, 앞의 논문, 25면.

58) 법익의 본질을 개인적 법익으로 이해하면서 경제질서 등과 같은 보편적 법익을 부정하지 않지만, 인간의 인격 발현과 밀접하게 관련된 법익만을 형법상 보호될 수 있는 법익으로 인정하고, 이를 통해 인간의 인격 발현과 무관한 조건들을 형법상 보편적 법익에서 제외하여 법익의 범위가 무비판적으로 확장되는 것을 차단하게 된다(이상현, 앞의 논문, 835면, 윤영철, “형법의 자유보장원칙으로서의 체계비판적 법익론에 관한 고찰”, 『홍익법학』 제18권 1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017, 410-411면).

59) 윤영철, “형사입법론으로서 형법의 최후수단성에 대한 고찰”, 『형사정책』 제13권 제2호, 2001, 175면.

60) 배종대/이상돈 편역, 『법치국가와 형법』, 세창출판사, 347-348면.

가령, 거래의 자유, 영업을 통한 이윤추구, 생활에 필요한 물품을 경쟁가격으로 구입할 권리 등은 예외적으로 보호법익으로 인정될 수 있다고 한다.<sup>61)</sup>

현대 산업사회에서 경제, 환경 등 행정법 분야에서의 추상적 위험범과 상징형벌의 확대는, 형벌의 보호법익에 대한 의문을 갖게 하고, 특히, 이와 같은 분야에서 인정되는 보편적 법익은 사람의 생명이나 신체, 재산과 같은 형사범죄에서의 개인적 법익과 달리, 그 내용과 범위가 일의적으로 규정되기 어렵다는 점에서 형벌의 과도한 개입에 대한 통제원리보다는 오히려 형벌 도입의 배경이 되었다. 더구나, 보편적 법익은 개인적 법익에 비하여 그 침해 여부가 외부세계에서 가시적으로 드러나지 않을 수도 있고, 그 보호법익의 추상성으로 인해 구성요건 등에 있어서 입법자의 자의가 개입될 위험이 있다.<sup>62)</sup> 즉, 권리침해를 확인할 수 없고 위험이 불확실하게 추측되는 곳에서도 형벌의 보호법익을 인정하게 되었고, 사회의 다양한 위험요소를 규범에 포섭하기 위하여 형벌의 명확성이 후퇴<sup>63)</sup>한 것으로 평가할 수 있다. 다만, 형벌에 대한 기능적 접근의 결과로 초래된 상징형벌, 과잉범죄화, 추상적 위험범의 양산 또는 집행결핍 등 여러 문제에도 불구하고, 경제, 환경 분야 등과 같이 불확실성과 불안정성이 높고, 사회적 파급력이 큰 분야에서, 사회경제질서 유지와 관련한 형벌의 역할이 경시되어서는 안될 것이다. 따라서, 특히, 경제법 분야에서 형벌의 보호법익에 대한 논의는, 형벌이 경제분야에 과도하게 확대되지 않도록 보편적 법익을 비판적으로 검토하는 동시에, 당벌성과 필벌성이 인정되는 사항에 대해서는 형벌의 개입을 용인할 수 있는 방향으로 보호법익을 구체화하고 발전시킬 필요가 있다.

61) 이상현, 앞의 논문, 835-836면.

62) 박강우, “위험사회와 형벌의 변화”, 『형사정책연구』 제8권 제4호, 1997, 297면.

63) 이상돈, “법익보호원칙-근대형벌의 신화인가 이성인가”, 『형사정책연구』 제5권 제1호, 1994, 174면.

## (2) 공정거래법상 보호법익에 대한 기존 논의

공정거래법상 형벌의 보호법익에 대한 논의는 결국, 공정거래법의 목적 또는 보호법익에 대한 논의와 직접적인 관련이 있다. 왜냐하면, 공정거래법상 형벌은 결국 공정거래법의 입법목적, 보호법익을 실효성 있게 달성하기 위한 수단이기 때문이다. 따라서, 공정거래법의 보호법익에 대한 기존 논의를 살펴볼 필요가 있다. 공정거래법상 보호법익에 대한 논의는 공정거래법 목적 조항을 중심으로 이루어져 왔다. 즉, 공정거래법 제1조는, ‘이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조성하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.’라고 규정하고 있다. 해당 조항으로부터 공정거래법의 보호법익에 대한 다양한 해석론이 제시되고 있는데 주요한 견해를 중심으로 간략히 살펴보면 다음과 같다. 즉, 공정거래법의 직접적 목적에 해당하는 ‘공정하고 자유로운 경쟁’이 공정거래법의 보호법익이라는 견해<sup>64)</sup>, 공정거래법의 직접적 목적 외에 궁극적 목적에 해당하는 ‘창의적인 기업활동 조성’, ‘소비자 보호’, ‘국민경제의 균형 있는 발전’ 등도 보호법익이라는 견해,<sup>65)</sup> 공정거래법의 목적과 관련한 보호법익은 보편적이고 추상적인 성격이어서 침해 가능한 법익이 무엇인지 이해하기 어렵고 또한 형벌의 광범위한 확장 우려가 있다는 점을 지적하면서 ‘소비자와 기업의 경제적 이익 또는 재산상 이익’이라고 보아야 한다는 견해,<sup>66)</sup> 자유롭고 공정한 경쟁질서를 통해 궁극적으로 실현하고자 하는 것을 보호법익으로 보아야 하므로 ‘소비자 후생’이라는 견해<sup>67)</sup>, 인격적 법익론

64) 강동범, 『경제형법에 관한 연구-형법총론의 범죄론과 관련하여』, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1994, 47면.

65) 홍대식, “사법적 관점에서 본 불공정거래행위”, 『경쟁법연구』, 제18권, 한국경제법학회, 2008, 206면.

66) 이상돈, 『공정거래형법』, 박영사, 2010, 19-20면; 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두11841 및 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결(부당한 공동행위 규정의 보호법익으로 사업자들의 자유로운 경쟁이 아니라, 궁극적인 소비자 보호라는 견해), 선종수, 앞의 논문, 294면.

의 관점에서 공정거래법의 이해관계자인 사업자와 소비자의 주관적 권리가 보호법익이어야 한다고 하면서, ‘기업의 자유로운 영업활동’과 ‘소비자 후생’을 보호법익으로 보는 견해<sup>67)</sup> 등이 있다.

### (3) 소결

공정거래법 또는 그 형벌의 보호법익을 규명하는 것은, 형벌의 정당성과 관련된다는 점에서 의의가 있다. 즉, 특정 위반행위에 예정된 형벌의 정당성은 그 형벌이 보호하는 법익과 공정거래법이 보호하고자 하는 법익과 직접 관련되는 경우에만 인정된다는 것이다. 따라서, 기본적으로 공정거래법의 보호법익에 따라서 형벌의 정당성 여부도 달라진다고 볼 수 있다.

생각건대, 인격적 법인론 관점에서 ‘소비자 그리고 기업의 경제적 또는 재산상 이익’을 보호법익으로 보는 견해의 경우, 보호법익이 구체화 또는 명확화되어, 형벌의 손쉬운 정당화를 경계하고 과도한 집행의 문제를 차단할 수 있을 것으로 볼 수도 있다. 그러나, 공정거래법은 시장원리의 정상적 작동을 위한 법률<sup>68)</sup>이지 개별 사업자(경쟁자)나 개별 소비자를 위한 법률이 아닌 점, 공정거래법 위반행위의 경우 결과적으로 불특정 소비자와 사업자에게 직간접적인 영향을 미치게 되므로 이 견해에 따르면 오히려 형벌이 쉽게 개입할 수도 있는 점, 이 기준에 따르면 공정거래법 위반행위 중 시장에 미치는 영향이 작고, 사인간 분쟁의 성격이 강한 불공정 거래가 형벌의 주요 대상이 될 수 있는 점 등을 고려하면 타당성이 약한 것으로 이해된다. 또한, ‘소비자 후생’의 경우, 경쟁법의 궁극적인 목적으로 인정되는 개념이지만, 이는 공정거래법의 직접적 그리고 궁극적 목적을 통해서 달성되는 관계이고, 이들 목적보다 더 추상적인 개념이어서, 소비자 후생을 보호법익으로 도입할 실익

67) 이상현, 앞의 논문, 835면.

68) 박혜림, 『공정거래법령의 불법과 형법정책』, 박사학위논문, 고려대학교대학원, 2013, 15면.

69) 신현윤, 『경제법(제8판)』, 법문사, 2020, 12면.

이 크지 않고, 또한 소비자 후생의 내용을 명확히 규정하기 어려워<sup>70)</sup> 보호법익으로서 소비자 후생에 영향을 미치는 행위나 형벌의 정당성 여부를 판단하는 기준으로는 적합하지 않다고 이해된다.

결국, 공정거래법의 직접적 목적인 ‘공정하고 자유로운 경쟁’과 궁극적인 목적인 ‘창의적인 기업활동 조성’, ‘소비자 보호’, ‘국민경제의 균형 있는 발전’이 모두 공정거래법이 추구하는 보호법익이라고 보는 견해가 타당해 보인다. 또한, 공정거래법의 직접적 목적만 보호법익으로 보는 견해는 보호법익의 보편화, 추상화를 막는 데에는 도움이 될 수 있지만, 직접적 목적만 보호법익이고 간접적 목적은 보호법익이 아니라고 보는 것은 타당치 않은 것으로 이해된다. 보호법익을 ‘공정하고 자유로운 경쟁’ 등으로 볼 경우, 보호법익의 추상성이나 포괄성으로 인한 과잉 범죄화를 우려하는 견해<sup>71)</sup>도 있을 수 있지만, 오히려 ‘공정하고 자유로운 경쟁’ 등 기준이 ‘소비자와 기업의 경제적 또는 재산상 이익’과 같은 구체적이고 개별적인 기준보다 그 기준에 충족하기가 어려워 형벌의 정당성에 대한 보다 엄격한 기준이라고 이해된다.

## 2. 죄형법정주의 기준

앞서 살핀 바와 같이, 공정거래법상 행정형벌도 형벌이므로 헌법과 형법총칙의 기본원리, 특히, 죄형법정주의(법률주의, 소급효금지, 과잉금지 원칙 등), 행위주의, 책임주의 등 형법의 3대 기본원칙이 모두 적용된다<sup>72)</sup>고 할 것이다. 따라서 이들 원칙에 부합하지 못하는 형벌조항은 합헌성에는 문제가 없더라도 정당성에 대한 의문이 제기될 수도 있다고 본다. 여기에서는 공정거래법상 형벌조항의 정당성 판단을 위한 평가기준으로서, 법률주의에서 파생되는 성문법 원칙, 명확성 원칙 및 엄격해

70) 소비자 후생을 소비자잉여로 보는 견해, 소비자잉여와 생산자잉여의 합으로 보는 견해, 사회적 후생(social welfare)로 보는 견해 등 다양하다.

71) 선종수, 앞의 논문, 294면.

72) 최환용, 앞의 연구, 21면. 선종수, 앞의 논문, 296면.

석(유추해석금지) 원칙을 살펴보기로 한다.

먼저, 죄형법정주의란 범죄와 형벌은 법으로 정해야 한다는 것으로, 이때 법은 반드시 법률이어야 한다는 것이 법률주의이다. 또한, 법률주의에서 파생되는 성문법 원칙이란 그 법률은 국민이 구성한 국회에서 제정하고 대통령이 공포한 형식적 의미의 법률이어야 한다는 의미<sup>73)</sup>인데, 성문법 원칙의 효과로부터, 법률에서 죄의 구성요건과 그에 대한 형벌을 정하지 않는 이상, 어떤 행위에 대해서도 형벌 책임을 부담하지 않게 된다. 또한, 관습법이나 판례법, 조리 등은 성문법이 아니므로 형법의 법원(法源)이 될 수 없고, 따라서 이를 근거로 처벌하는 것은 성문법 원칙에 저촉된다고 할 것이다. 결국, 성문법 원칙은 국가의 자의적인 형벌권 행사를 통제하여, 국민의 자유와 자율을 보장하는 기능을 한다는 점에서, 형벌의 정당성을 위한 당연한 요건이라고 볼 수 있다.

한편, 명확성 원칙은 법률에서 정한 범죄의 구성요건과 그 제재의 내용이 구체적이고 명확하게 기술되어야 한다는 원칙이다.<sup>74)</sup> 헌법재판소<sup>75)</sup>도, ‘죄형법정주의에서 파생된 명확성 원칙이란 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이고, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있으며, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미하고, 수범자에게 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지, 당해 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미와 내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부에 따라 그 위반 여부를 판단할 수 있는 것이다. 이를 통해 범죄자의 인권과 국민의 인권을 함께 보호한다.’고 명확성의 원칙을 확인한 바 있다. 그러나, 모든 범죄와 제재에 대해 구체적이고 상세하게 규정하는 것은 현실적으로 불가능하다고 할 것이다. 특히 행정형법의 경우, 행정의 대상이 되는 사실은 매우 다양하므로 구체적인 상황에 맞는 합목적적이고 구체적 타당성이 있는 행정권의 행사가 가능하도록

73) 주호노, “형법에 있어서 기본원칙”, 『경회법학』 제51권 제3호, 2016.5, 118면.

74) 주호노, 앞의 논문, 122면.

75) 헌재 2012.3.29. 선고 2010헌바83.

하기 위해서는 포괄적, 추상적, 불확정적 개념의 사용이 불가피하고, 따라서, 명확성 원칙은 ‘규율 내용의 성격’이나 ‘기본권 제한의 정도’ 등에 따라 그 정도가 달라질 수 있으며, 특히 의무 부과나 형벌과 같은 침익적 성격을 법령에서는 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구된다고 할 것이다.<sup>76)</sup>

헌법재판소<sup>77)</sup>는 명확성의 정도 및 해석과 관련하여, ‘법규범의 문언은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없는 것이기 때문에 명확성 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서, 법 문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미와 내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성 원칙에 반한다고 할 수 없다.’고 하면서, ‘형벌규정에 대한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만으로 판단할 것이 아니라, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하고, 그것도 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하며, 일반적이거나 불확정된 개념이 사용된 경우에는 당해 법률의 입법목적과 당해 법률의 다른 규정들을 원용하거나 다른 규정과의 상호관계를 고려하여 합리적으로 해석할 수 있는지 여부에 따라 가려야 한다.’고 판시한 바 있다. 결국, 범죄구성요건에 일반적, 규범적 개념을 사용하더라도 관련 다른 조항과 하위법령을 통해 종합적인 관점에서 해석할 수 있고, 또한 일반인이 금지된 행위와 허용된 행위를 구분하여 인식할 수 있다면 죄형법정주의에 위반한 것은 아니라고 본다는 취지로 이해할 수 있다.

끝으로, 엄격해석 원칙이란 법문언의 의미에 충실하게 구성요건 등 해당 조문을 해석해야 한다는 원칙이다. 가령, 법문언의 언어적 개념을 확대하여 해석하거나 어떤 행위에 대해 직접적으로 적용할 조문이 없는 경우에 이와 가장 유사한 행위에 적용되는 조항을 차용하는 것은 용인되지 않는다는 것이다.<sup>78)</sup> 대법원<sup>79)</sup>도 이에 대

76) 법령입안심사기준(법제처, 2021년) 42면.

77) 헌재 2011헌바225(2012.12.27.)

78) 주호노, 앞의 논문, 125면.

해, ‘형벌법규의 해석에 있어서 법규정 문언의 가능한 의미를 벗어나는 경우에는 유추해석으로서 죄형법정주의에 위반하게 된다. 그리고 유추해석 금지 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되는데, 위법성 및 책임의 조각 사유나 소추조건에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는바, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석 금지 원칙에 위반하여 허용될 수 없다.’<sup>79)</sup>고 판시하여 엄격해석 원칙의 내용을 명확히 하였다.

공정거래법 위반행위의 경우, 행위요건과 효과요건에 포함된 추상적, 포괄적 개념으로 인해 특히 명확성 원칙이 문제가 될 수 있다. 비록 하위법령을 통해 법률의 추상성을 보완하고 있지만, 공정거래법 위반행위의 특징으로 인해 여전히 예측가능성이 매우 낮고, 행위와 효과요건의 성립을 판단하는 데에 있어서 재량이 개입할 여지가 넓기 때문이다.

### 3. 형벌의 최후수단성 기준

국가는 사회질서 유지와 법익 보호를 위해 다양한 규제를 마련하는 한편, 이에 대한 실효성 확보수단을 도입하고 있다. 형벌도 그 수단중 하나이며, 특히 국민의 권리와 자유에 가장 강력한 영향을 미치는 제재수단이라는 특징이 있다. 형벌의 최후수단성 원칙은, 강력한 통제수단의 필요에 대한 현실적 요구와 국민의 자유와 권리의 제한이나 침해에 대한 우려를 동시에 고려한 형벌 운영원리라고 볼 수 있다. 다시 말해서, 사회질서 유지 또는 법익 보호를 위한 여러 사회통제수단 가운데 다른 제재수단으로 문제를 해결하지 못하는 경우에만 비로소 형벌이 최후 수단으로 투입될 수 있으며, 투입되더라도 필요한 최소의 범위에 그쳐야 한다는 원칙이다.<sup>80)</sup>

79) 대법원 96도1167(1997.3.20)

80) 김일수, 『형법총론(제8판)』, 박영사, 2000, 41면.

이 원칙은 형벌의 개입을 국가 질서유지에 중대하고, 명확하며, 구체적인 법익의 보호에 제한하여, 개인의 자유와 권리를 최대한 보장해 주기 위한 형벌 운영원리 또는 통제원리라는 점에 의의가 있다. 한편, 최후수단성은 헌법의 기본원리인 법치주의 이념으로부터 도출될 수 있다.<sup>81)</sup> 즉, 법치주의란 국가권력의 자의적인 집행으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하기 위한 헌법의 기본원리로서, 국민의 자유와 권리를 제한하기 위해서는 반드시 국민의 대표가 제정한 법률로만 가능하고, 나아가 그 법률은 헌법의 기본권 보호 정신에 저촉되지 않아야 한다는 것이다.<sup>82)</sup> 따라서, 형벌의 최후수단성을 충족하지 못하는 형벌은 국민의 자유와 권리를 최대한 보호하려는 법치주의 정신에 부합하지 않는 것이 되고, 결국 형벌의 정당성이 인정되지 못하는 이유로 작용할 수 있다. 한편, 형벌의 최후수단성은 사회적으로 중대하고, 구체적인 법익의 보호에만 투입될 것을 요구한다는 점에서, 추상적이거나 보편적 법익의 보호를 옹호하는 기능주의적 접근으로부터 형벌이 과도하게 확장되는 것에 반대하는 인격적 법익론과도 일맥상통한다고 볼 수 있다. 즉, 인격적 법익론은 형벌의 보호법익을 개인의 구체적 법익으로 엄격하게 제한함으로써 결과적으로 형벌이 환경이나 경제 분야 등에 행정영역에 무분별하게 입법화되는 것을 통제한다는 점에서, 형벌의 자제와 중대한 법익에만 형벌 개입을 인정하는 최후수단성과 공통적이다.<sup>83)</sup> 한편, 최후수단성은 헌법상 과잉금지 원칙, 특히, 그 내용 중, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 등이 최후수단성과 밀접하게 관련된다. 즉, 형벌이라는 제재수단은 그 수단을 통해 규율하려는 대상행위를 통제할 수 있는 관련성이 있어야 하며, 또한, 형벌의 가혹성을 고려할 때 다른 제재수단이 투입될 여지가 없는 때에만 비로소 최후수단으로 사용될 수 있다는 것이므로, 덜 침해적인 대체적 제재수단을 통해 통제될 수 있거나 보호될 수 있는 상황이라면, 형벌의 개입

81) 윤영철, 앞의 논문, 160-161면

82) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 『안암법학』, 제2집, 고려대학교, 1994, 139면.

83) 인격적 법익론은 인간을 최고의 가치로 그리고 자유로운 인격발현을 위한 주체로 인정하는 인격적 국가 및 법개념에 근거를 두고 있고, 이는 우리 헌법 제10조 인간의 존엄성 규정으로 이어진다고 한다(윤영철, 앞의 논문, 175-179면).

은 정당하지 않고, 나아가, 만약 형벌이 최후수단으로 사용되어 그로 인해 제한되는 법익이 형벌 부과를 통해 얻을 수 있는 이익보다 더 큰 경우에도 형벌은 자제되어야 한다는 것이다. 이것은 결국, 형벌이 마지막 제재수단으로, 최소한의 정도에서 개입되어야 한다는 최후수단성 원칙의 지향점과 일치한다고 볼 수 있다. 형벌의 최후수단성은, 이처럼 경제분야 등에서의 과잉범죄화에 대한 비판 논리와 과 비범죄화의 기준으로서 중요할 뿐만 아니라<sup>84)</sup>, 개인과 사회의 자율성과 같은 법익 보호를 위해 국가가 다른 통제수단이나 정책수단을 이용할 수 있도록 기회를 제공함으로써 개인의 실질적 자유와 자율성 보장한다는 적극적 관점<sup>85)</sup>에서도 중요성을 찾을 수 있다. 결론적으로, 형벌의 최후수단성은, 다른 헌법적 원리와 달리, 입법권에 대해 직접 통제원리로 작동하기는 어려울 수 있지만, 헌법의 기본원리인 법치국가 원리와 과잉금지의 원칙 등과 맥락을 같이 하는 원칙이라는 점에서, 형벌의 정당성을 판단하기에 충분하다고 할 것이다.

끝으로, 공정거래법 위반행위에서 최후수단성이 문제가 되는 것은, 공정거래법이 기본적으로 사업자를 수범자로 하는 규제법이므로 징역 등 인신구속형이 불가능하여 결국 벌금을 부과할 수밖에 없는 상황에서, 공정거래법상 제재수단 중에는 과징금과 과태료 등 다른 금전적 제재가 도입되어 있어서, 이들 제재수단이 벌금을 대체할 가능성이 논해질 수 있기 때문이다. 이에 대해서는 후술하는 정비방안에서 검토하기로 한다.

84) 박윤흔, “행정질서벌-경미범죄의 탈범죄화와 관련하여”, 『고시연구』, 고시연구사, 1990.5, 41면.

85) 윤영철, 앞의 논문, 167-168면.

## IV. 공정거래법상 형벌 정비방안

### 1. 정비기준

앞서, 공정거래법에 도입된 형벌의 정당성을 평가하는 기준으로, 보호법익 기준, 죄형법정주의 기준, 최후수단성 기준에 대해 살펴보았다. 공정거래법상 형벌의 정비는 기본적으로 이들 세 가지 기준을 모두 충족하는 경우에는 정당성이 인정되므로 존속하되, 이를 기준에서 하나라도 충족하지 않는다면 원칙적으로 삭제되어야 한다는 것이다. 먼저, 보호법익 기준은 공정거래법의 보호법익을 기준으로, 공정거래법상 형벌이 그 보호법익에 직접 보호하는 것이면 정당성이 인정되고, 부수적이거나 간접적인 경우에는 정당성이나 필벌성을 인정할 수 없다는 기준이다. 다음으로, 죄형법정주의 기준은 헌법의 기본원리인 죄형법정주의에서 파생되는, 성문법 원칙, 명확성 원칙, 엄격해석의 원칙 등에 비추어 현행 형벌조항이 문제가 없는지를 살펴, 이들 원칙에 부합하는 경우에만 정당성을 인정하는 기준이다. 끝으로, 형벌의 최후수단성 기준은, 앞의 두 기준에 모두 충족되더라도 형벌을 대체할 다른 제재수단이 존재한다면 그 형벌은 정당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다. 이 원칙은 특히 헌법의 법치주의 정신과 과잉금지의 원칙에 맥락을 같이 할 뿐만 아니라, 공정거래법 위반행위에 대한 형벌은 사업자의 경제활동을 위축시키는 효과가 커서, 결국 공정거래법의 보호법익 중 ‘창의적인 기업활동의 조성’에 부정적인 영향을 미칠 수 있다는 점에서 형벌의 정당성을 평가하는 기준으로 매우 중요하다고 할 것이다.

### 2. 정비방안에 대한 기존 논의

공정거래법에 도입된 형벌을 정비해야 한다는 주장과 그 세부적 정비방안에 대해 많은 논의가 있었다. 이들 논의는 대부분 실체적 의무 위반행위와 관련된 것이

며, 주요한 견해를 소개하면 다음과 같다.<sup>86)</sup> 즉, 첫째, 경쟁질서를 크게 저해하는 유형으로, 비윤리성이 중대하여 형벌에 의하여 처벌할 가치가 있는 위반행위에 해당하는, 시장지배적지위 남용행위, 부당한 공동행위, 부당 내부거래행위, 경쟁제한적 기업결합 등에 대해서는 형사적 집행을 활성화하고, 그 이외의 경미한 공정거래법 위반행위에 대하여는 비범죄화하여 행정적 처분으로 규제해야 한다는 견해<sup>87)</sup>, 둘째, 불공정거래행위 유형과 경제력집중 억제 규제 관련 위반행위는 비범죄화 대상이라는 견해,<sup>88)</sup> 셋째, 부당한 공동행위를 제외한 시장지배적지위 남용행위 경쟁제한적 기업결합 등은 모두 비범죄화 대상이라는 견해,<sup>89)</sup> 넷째, 실체적 의무 위반행위를 공정거래법의 보호법익과의 관계를 기준으로, 직접적·간접적·인과적으로 보호법익을 해치는 행위는 형사적 제재, 직접적·인과적·집단적으로 해치는 행위는 형사불법에 미치지 못하지만 보호법익을 침해하는 것이 현저히 명백하고 행위자의 구체적이고 고의적인 의도가 명확한 경우에는 형사제재, 타사업자 방해나 배제를 통해 간접적으로 해치는 행위는 형사불법성에 미치지 않는 유형으로 비범죄화, 시정명령을 위반한 경우의 형사제재, 간접적, 비인과적 행위는 원칙적으로 비범죄화하고 예외적으로 총괄(경제력)집중이 시장에서 경쟁을 제한하고 소비자의 후생을 악화시킨다는 인과관계가 명확한 경우에는 형사제재가 필요하다는 견해,<sup>90)</sup> 다섯째, 중대성의 원칙, 명확성의 원칙 및 보충성의 원칙 등 형법의 정당화 원칙들을 기준으로 하여 형사처벌의 범위를 정하지는 견해<sup>91)</sup>, 여섯째, 위반행위로 인한 피해규모와 고의성 정도를 기준으로, 부당한 공동행위와 시장지배적지위 남용행위 이외는 비범죄화 대상이라는 견해,<sup>92)</sup> 끝으로, 침해된 법익의 중대성과 보충성의 원칙을 고

86) 선종수, 앞의 논문, 300-303면.

87) 김두진, “한국 독점규제법의 집행”, 『경쟁법연구』 제12권, 한국경쟁법학회, 2005, 159면.

88) 이천현/이승현, “공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구”, 『형사정책연구』, 한국형사정책연구원, 2006, 86-88면.

89) 선종수 앞의 논문, 301면.

90) 박혜림, 앞의 논문, 31-33면.

91) 박은재, 앞의 책, 215-230면.

92) 김일중, “과잉범죄화의 범경제학적 분석-공정거래분야를 중심으로-”, 『연구보고(2013-05)』, 한국경제연구원, 2013, 415면.

려하여, 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위는 비범죄화해야 한다는 견해 등이 있다. 한편, 행정적 의무의 경우, 형벌을 통해 보호할 가치와 필요성이 없고, 행정적 편의나 공정위 활동을 담보하기 위한 것이므로 과잉입법에 해당하여 모두 삭제해야 한다는 의견이 있다.<sup>93)</sup>

### 3. 실체적 의무 위반행위 관련 형벌 정비방안

시장지배적지위 남용행위 등 실체적 의무를 대상으로, 보호법익, 죄형법정주의 및 형벌의 최후수단성 기준을 적용하여, 형벌의 정당성을 평가하고, 그 결과를 기준으로 형벌 정비방안을 살펴본다.

#### (1) 보호법익 기준에 따른 검토

앞서, 공정거래법의 보호이익은, ‘공정하고 자유로운 경쟁’, ‘창의적인 기업활동 조성’, ‘소비자 보호’ 및 ‘국민경제의 균형 있는 발전’이라고 규정하였다. 그리고, 공정거래법 제1조(목적)의 규정을 통해, 시장지배적지위 남용행위 등 실체적 의무 위반행위를 규제하는 것이 공정거래법의 보호법익에 직접적인 영향을 미친다는 사실을 확인할 수 있다. 따라서, 실체적 의무의 이행을 강제하기 위한 형벌의 보호법익도 공정거래법의 보호법익에 직접 영향을 주는 것으로 볼 수 있다. 즉, 부당한 공동행위를 규제함으로써 ‘공정하고 자유로운 경쟁’ 등의 공정거래법상 법익을 보호할 수 있으므로, 부당한 공동행위를 규제하는 형벌도 역시 공정거래법상 보호법익과 직결된다는 것이다. 결국, 실체적 의무 위반행위에 예정된 형벌은, 이와 같이 공정거래법의 목적 또는 보호법익에 직접 영향을 미치므로, 모두 정당성이 인정된다고 볼 수 있다. 그러나, 불공정거래행위의 경우 다른 실체적 의무 위반행위와 달리, 공정거래법의 보호법익에 미치는 효과가 상대적으로 미약하다고 볼 수 있다.

93) 선종수, 앞의 논문, 303-304면.

즉, 형벌이 예정된 불공정거래행위 대부분은 시장의 경쟁에 직간접적으로 또는 중대한 영향을 미친다기보다는 개별적인 거래 또는 경쟁관계에서 관련 사업자들 사이에 거래내용이나 경쟁수단의 부적절성이 문제가 되는 민사적 성격<sup>94)</sup>의 분쟁이다. 가령, ‘거래상 지위남용행위’에 해당하는 위반행위로, 일방적인 계약해지가 가능하도록 관련 조항을 삽입한 행위, 합리적인 조정절차 없이 일반적으로 수수료율을 인하한 행위, 물류대행수수료 등 거래조건에 관한 사항을 서면계약서에 포함시키지 않은 행위, 화주들에게 특정운송업체를 이용하도록 요구한 행위 등이 있는바, 이들 행위는 거래상지위가 우월한 사업자가 자신에게 유리하게 거래상대방과의 거래관계를 설정하는 행위로서, 시장의 경쟁질서에는 별다른 영향을 주지 못하는 행위들이다. 실제로 불공정거래행위는 다른 나라의 경쟁법에서는 규율하지 않는데, 이는 해당 분쟁이 민사적 문제라고 보기 때문으로 이해할 수 있다. 결국, 불공정거래행위의 경우, 비록 실체적 의무에 해당하는 것은 사실이지만, 위반행위의 효과가 공정거래법의 보호법익에 미치는 영향이 미미하므로 이에 예정된 형벌은 삭제되는 것이 타당하다고 할 것이다.<sup>95)</sup>

## (2) 죄형법정주의 기준에 따른 검토

앞서 살핀 바와 같이, 실체적 의무의 경우, 행위의 성립과 효과 요건 대부분에 추상적, 불확정적 개념이 포함되어 있다는 특징이 있다. 공정위는 수범자의 예측가능성과 법적 안정성을 높이기 위해, 법 시행령과 고시 등 하위법령을 마련하여,

94) 불공정거래행위 경우 부당성은 시장에서의 경쟁을 제한하는 효과는 문제되지 않고 거래상 상대방과의 관계에서 거래상대방에게 현저한 사업상의 곤란함을 초래하거나 행위 유형 자체로 경쟁을 제한할 잠재적 우려를 가지고 있거나 경쟁수단으로서의 불공정성이 인정되는 것으로 충분하다는 견해도 있다(황창식, “공정거래법상 시장지배력 남용 규제의 해석 집행상의 문제점-불공정거래행위 규제와의 법적용 관계를 중심으로”, 『경쟁저널』 통권 139권, 2008.7, 한국공정경쟁연학회, 2008.7, 21면).

95) 2020.12월 공정거래법 전면개정에서, 거래거절, 가격차별, 경쟁사업자 배제, 구속조건부 거래 등 위반행위에 대한 형벌이 삭제되었다. 이들 위반행위는 경쟁제한성을 위주로 공정거래저해성(부당성)을 판단하던 행위 유형이라는 점에서 특징이 있다. 결국, 형벌이 남아 있는 불공정거래행위 유형의 경우 시장의 경쟁과는 상대적으로 거리가 있다고 볼 수 있다.

행위 유형을 세분화하고 행위 성립요건을 구체화하는 한편, 부당성(위법성) 판단기준이나 고려요소 등을 마련하고 있으나, 그러함에도 불구하고, 죄형법정주의에서 요구하는 명확성 원칙에 충족된다고 볼 수 있을지는 여전히 의문이다. 왜냐하면, 현실에서 벌어지는 사업자의 행위는 매우 다양한 방식과 모습을 띠게 되고, 특히 행위의 효과는 행위자가 통제할 수 없는 여러 변수가 결합하여 사후적으로 나타나기 때문에, 미리 하위법령에서 행위 성립 및 효과 요건의 추상성과 불명확성을 해소하는 데에는 한계가 있기 때문이다.<sup>96)</sup> 실체적 의무별로 행위와 효과 요건을 명확성 원칙에 비추어 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 시장지배적지위 남용행위의 경우, 시장지배적사업자만 수범자가 되므로, 법규정에 따라 일정한 거래분야(관련시장)를 확정하여, 행위자가 해당 시장에서 거래가격, 수량, 품질 등을 결정하거나 변경할 수 있는 지위를 가진 사업자로 인정되어야 하는데, 관련시장이나 시장지배적지위는 상품의 기능이나 효용의 유사성, 대체가능성, 진입장벽의 정도, 인접시장이 존재 등 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 결정할 대상이어서, 일의적이고 객관적으로 결정될 수 있는 성질이 아니며, 따라서 행위자는 규제당국이 사후적으로 판단한 관련시장과 시장지배적지위와 달리 판단할 수 있고, 자신을 시장지배적사업자로 인식하지 못할 수도 있다. 또한, 행위의 성립과 관련하여서도 추상적, 상대적 개념으로 인해 불명확성이 존재한다. 가령, ‘부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위한 거래(법 제5조 제1항 제5호)’의 경우, 법 시행령에서 ‘부당하게 통상적인 거래가격에 비하여 낮은 가격으로 공급하거나 높은 가격으로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위’라고 규정하고 있고, 하위규정(시장지배적지위 남용행위 심사기준)에서는 ‘낮은 대가의 공급 또는 높은 대가의 구입’ 여부는 통상거래가격과의 차이 정도, 공급이나 구입의 수량 및 기간, 품목의 특성 및 수급상황 등을, ‘경쟁사업자를 배제시킬 우려’는 행위의 목적, 유사품 및 인접시장의 존재여부, 당해 사업자와 경쟁사업자의 시장지위 및 자금력 등을 중

96) 박은재, 『공정거래와 형사법』, 박영사, 2014, 215-216면, 선종수, 앞의 논문, 297면.

합적으로 고려한다고 규정하고 있다. 여기에서 상품의 거래가격은 수급상황 등 여러 변수에 영향을 받는 것이므로 ‘통상적인’ 거래가격에 대해 서로 달리 판단할 가능성이 크고, 또한, 여러 변수를 종합적으로 고려해야 하므로 그 결과가 서로 다를 가능성이 더 커진다고 볼 수 있다. 즉, 수범자로서는 의무 위반에 해당되는 행위인지 그렇지 않은지 예측하기 곤란하다고 이해된다. 끝으로, 부당성 판단과 관련하여, 하위규정에서 가격상승 또는 산출량 감소, 다양성의 제한, 혁신 저해, 봉쇄효과, 경쟁사업자의 비용상승 효과를 종합적으로 고려하여 판단하도록 규정하고 있어서, 경쟁제한성 여부를 객관적, 일의적으로 판단하기는 사실상 불가능하다. 즉, 행위 사업자와 경쟁사업자 또는 규제당국의 판단은 서로 다를 가능성이 크고, 이는 규정의 불명확성에 기인한다고 볼 수 있다.

둘째, 경쟁제한적 기업결합의 경우, 행위 유형이 주식취득, 합병, 임원겸임, 영업양수도과 같이 특정되어 있어 행위 성립의 불명확성은 없다고 이해된다. 다만, 단독효과, 협조효과, 구매력증대효과, 혁신저해, 봉쇄효과, 잠재적 진입저지 효과 등 대부분 기업결합 이후 미래의 효과에 대한 예측에 기반하여 경쟁제한성을 판단하게 되므로 자의성의 개입이 불가피하다는 점에서 예측 가능성이 낮다고 이해된다.<sup>97)</sup>

셋째, 불공정거래행위의 경우, 다수의 행위 유형에서, 행위 성립요건에 추상적, 일반적 개념이 포함되어 있고, 특히 부당성 판단과 관련하여, 관련법령(불공정거래 행위 심사지침)에서는, 경쟁제한성, 경쟁수단 및 거래내용의 불공정성을 위주로 판단한다고 하면서, ‘경쟁제한성’은 당해 행위로 인해 경쟁의 정도 또는 경쟁사업자의 수가 유의미한 수준으로 줄어들거나 줄어들 우려가 있음을 의미하고, ‘경쟁수단의 불공정성’은 상품 등의 가격과 품질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용하여 정당한 경쟁을 저해(우려)하는 행위, ‘거래내용의 불공정성’은 거래상대방의 자유로

97) 재판매가격유지행위와 사업자단체 금지행위 중 ‘일정한 거래분야에서 현재 또는 장래의 사업자수를 제한하는 행위(제51조 제1항 제2호)’는 경쟁제한적 기업결합과 같이 행위 성립 요건은 비교적 명확하고, 다만 부당성과 관련하여 불명확성이 존재한다고 본다. 즉, 경쟁촉진효과와 제한효과를 비교형량해야 하기 때문이다.

운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해(우려)되는 것을 의미한다고 한다. 그러나, 불공정거래에는 사인간의 분쟁의 성격이 강한 행위 유형이 다수 포함되어 있어서 경쟁제한성이 인정될 수 있을지 명확하지 않고, 또한 경쟁수단(고객유인 등)이나 거래내용(거래상지위남용 등)의 불공정성을 위주로 위법성을 판단하는 행위의 경우, 그 불공정성은 보는 입장에 따라 달라질 수 있어서 객관적인 판단은 쉽지 않다고 볼 수 있다.

넷째, 부당지원과 사익편취 금지의무 중, 가령, ‘가지급금 등을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위(법 제45조 제1항 제9호 가목)’ 또는 ‘정상적인 거래에서 적용되는 조건이나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위(법 제47조 제1항 제1호)’의 경우, 행위의 성립 여부를 판단하기 위해서는 ‘상당히 유리한 조건’ 여부를 판단할 기준가격, 즉 ‘정상가격’이 필요한데, 현실적으로 정상가격을 산출하는 것은 매우 난해하며,<sup>98)</sup> 산출한 정상가격도 자의적 성격을 내포하기 쉬워서 예측 가능성이 매우 낮다고 볼 수 있다.<sup>99)</sup> 또한, 부당성(위법성) 판단에 대해서는, 행위의 목적과 의도, 기간, 시장의 구조와 특성, 시장개방 정도 등 다양한 변수를 종합적으로 고려하여 경쟁제한성과 경제력집중 여부를 기준으로 판단하게 되는데, 원론적으로 고려할 변수가 많고, 결정에 이르는 과정에서 자의성

98) 왕상한, “부당지원행위와 정상가격”, 『통상법률』 통권 제145호, 법무부, 2019.11, 9면.

99) 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침(공정거래위원회예규 제397호) IV. 1. 나. 3)에 따르면, 개별정상금리는 원칙적으로 아래의 방법으로 산출한 금리 중 순차적으로 우선 산출가능한 금리를 말한다. 즉, 가) 제공객체가 제공받은 방법과 동일한 수단을 통해 동일한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리 나) 제공객체가 제공을 받은 방법과 동일한 수단을 통해 유사한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리. 여기서 유사한 시점이란 사안별로 이익제공 규모, 제공시점의 금리변동의 속도 등을 종합적으로 고려하여 결정하되, 해당일 직전·직후 또는 전후의 3개월 이내의 기간을 말한다. 다만, 유사한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리는 없으나 그 이전에 변동금리 조건으로 차입한 자금이 있는 경우에는 제공받은 시점에 제공객체에게 적용되고 있는 그 변동금리를 유사한 시점에 차입한 금리로 본다. 다) 신용평가기관에 의한 신용등급 등에 비추어 신용상태가 제공객체와 유사하다고 인정할 수 있는 회사가 해당방법과 동일한 수단을 이용하여 동일한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리 라) 제공객체가 제공받은 방법과 유사한 수단을 통해 동일 또는 유사한 시점에 독립적인 방법으로 차입한 금리. 여기서 유사한 수단이란 사안별로 차입기간, 금액, 장단기 금리수준 등을 종합적으로 고려하여 유사하다고 인정할 수 있는 수단을 말한다. 마) 제공객체가 동일 또는 유사한 시점에 다른 수단으로 차입한 경우에는 그 금리

이 개입할 여지가 크다는 점에서, 누가 판단하더라도 그 판단의 객관성을 주장하는 데에는 한계가 있다고 할 것이다.

다섯째, 부당한 공동행위의 경우, 가격, 출고량 등 거래 관련 요소에 대한 ‘합의’만으로 행위가 성립하고, ‘합의’의 개념도 명확하여 행위 성립 요건상 불명확성은 없는 것으로 이해된다. 다만, 부당성(위법성) 판단과 관련하여, 합리의 원칙(rule of reason)에 따라 경쟁제한성과 경쟁촉진성을 비교형량하여 위법성을 판단하는 연성 공동행위의 경우는 불명확성이 불가피하다고 보이지만, 당연위법(per se illegal)의 법리가 적용될 수 있는 가격, 산출량 등을 대상으로 하는 경성 공동행위의 경우 경쟁제한성을 별도로 다루지 않고 행위의 성립만으로 위법성이 인정되므로, 행위의 효과와 관련한 불명확성도 없다고 볼 수 있다.<sup>100)</sup>

여섯째, 경제력집중 억제 관련 의무의 경우, 사전적 규제의 성격상 금지하는 행위가 명확하고, 또한 법령에서 부당성이나 경쟁제한성 등 별도의 효과 요건을 요구하지도 않는다는 점에서 불명확성은 없다고 이해된다.

결국, 실제적 의무 위반행위 중, 시장지배적지위 남용행위, 불공정거래행위, 경쟁제한적 기업결합, 부당지원과 사익편취 행위, 부당한 공동행위 중 연성 공동행위는 위반행위의 성립 또는 위법성 요건과 관련하여 명확성의 원칙에 충족한다고 보기 어렵고, 따라서 예측가능성이 떨어지는 위반행위에 대해 수범자에게 형벌 책임을 묻는 것은 정당성을 인정하기 어렵다고 본다. 다만, 경제력집중 위반행위의 경우, 사전규제적 성격으로 인해 행위 성립요건이 매우 구체적이고 객관적인 용어로 기술되어 있으며, 또한 행위의 효과 요건(부당성, 경쟁제한성)을 필요로 하지 않기 때문에 죄형법정주의 관점에서 문제가 될 것이 없다. 또한, 부당한 공동행위 중, 가격, 생산량, 시장분할, 입찰 등 경성 공동행위도 별다른 문제가 없을 것으로 보인다. 왜냐하면, 위반행위의 성립요건인 ‘합의’는 개념에 불명확성이 없고, 또한, 당연위법

100) 사업자단체 금지행위(법 제51조 제1항)에서, 제1호의 부당한 공동행위, 제3호와 제4호는 불공정 거래행위와 논의의 내용이 같다고 볼 수 있다.

의 법리에 따라 위법성이 인정될 경우<sup>101)</sup>, 효과 요건과 관련한 불명확성도 문제가 되지 않기 때문이다.<sup>102)</sup>

### (3) 형벌의 최후수단성 기준에 따른 검토

형벌의 최후수단성 원칙은 형벌 이외에 다른 대체적 수단이 존재하는 경우 개입하지 않아야 한다는 원칙이므로, 형벌 이외의 문제를 해결할 다른 대체적 수단이 있는지 여부 또는 형벌의 개입으로 위반행위에 대한 억지력이 얼마나 강화되었는지 등을 통해 판단해 볼 수 있다. 즉, 다른 대체가능한 수단이 있거나 억지력에 상당한 변화가 없다면 형벌의 최후수단성 및 형벌의 정당성은 인정되기 어려울 것이다. 실제적 의무 위반행위에는, 예외없이 시정조치, 과징금과 함께 형벌을 예정하고 있다. 시장지배적지위 남용행위의 경우 관련매출액의 6%(정액과징금 20억원), 부당한 공동행위는 20%(정액과징금 40억원), 불공정거래행위는 4%(정액과징금 10억원), 부당지원과 사익편취는 10%(정액과징금 40억원), 사업자단체금지행위는 행위 유형에 따라 20% 또는 10%(정액과징금 40억원 또는 20억원), 경제력집중 억제 규제<sup>103)</sup>의 경우 행위 유형에 따라 과징금 산정의 모수가 달라지는데, 가령, 순환출자나 상호출자를 위반한 경우 보유한 주식의 취득가액 합계의 20%의 범위에서 과징금을 부

101) 현행 공정거래법 문언을 보면 ‘부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에; 해당하는 행위를 할 것을 합의’라고 규정하고 있어서, 가격 담합(공동행위) 등 경성 담합도 경쟁제한성을 입증해야 한다는 주장이 가능하다. 또한, 공정위가 내부적으로 운영하고 있는 공동행위 심사지침(공정거래위원회예규 제390호)도 경성 담합에 대해서도 경쟁제한 효과와 효율성 증대효과를 비교형량하도록 규정하고 있다. 따라서, 규정으로만 보면 경성 담합에 대해서도 합리의 원칙이 적용되는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 실제로는 경성 담합에서 엄밀하게 관련시장을 확정하여 경쟁제한효과와 효율성 증대효과를, 합리원칙에서와 같이 세밀하게 심사하지는 않고 있는 것이 현실이어서, 합리원칙의 외형으로 보이지만 실질적으로는 당연위법의 범리가 적용되고 있다고 평가할 수 있다. 따라서, 이와 관련한 불명확성의 문제는 없다고 이해된다.

102) 출자관계가 있는 두 사업자 사이에 공모관계가 성립할 수 있는지와 관련하여 일부 불확실성이 있다고 본다. 가령, 100% 친자관계인 경우에는 담합이 성립할 수 없지만, 어느 수준이 경계가 될지는 명확하지 않기 때문이다.

103) 실제적 의무에 해당하는 경제력집중 억제규제에는, 상호출자(제21조) 및 순환출자(제22조) 금지, 신규 상호출자제한기업집단의 순환출자 지분의 의결권 제한(제23조), 채무보증금지(제24조), 금보사 및 공익법인 의결권제한(제25조), 지주회사 행위제한(제18조), 지주회사 설립제한(제19조), CVC 행위 제한 등이다.

과한다. 한편, 이들 위반행위에 대한 형벌의 법정형을 보면, 대부분 공정거래법 목적과 직접 관련되는 중요한 위반행위이므로 3년 이하 징역 또는 2억원 이하 벌금의 대상으로 하고 있고, 다만, 불공정거래행위와 일부 사업자단체 금지행위에 대해서는 2년 이하 징역 또는 1.5억원 이하의 벌금의 대상으로 규정하고 있다. 한편, 실제적 의무의 거의 대부분 사업자를 수범자로 하므로, 벌금을 부과할 수밖에 없다고 할 것인데, 과징금과 벌금은 금전적 제재라는 점에서 본질적으로 차이가 없고, 또한 대부분은 과징금 규모가 벌금보다 월등히 높은 수준이어서, 금전적 부담이라는 관점에서만 본다면, 형벌을 통해 추가로 얻을 수 있는 억지력은 없다고 볼 수도 있다. 즉, 필요한 경우, 과징금을 상향하는 방법 등으로 얼마든지 형벌을 대체할 수 있다는 결론에도 도달할 수 있다. 물론, 현실적으로 형벌이나 형사절차에서 오는 두려움과 사회적 비난 등 유무형의 부담까지 고려하지 않을 수 없으며, 이것은 다른 제재수단에서는 확보하기 어려운 것이므로, 결국, 형벌의 최후수단성이 충족된다고 볼 여지도 없지 않다. 다만, 형벌의 최후수단성을 논의하는 데에 있어서 형벌만이 가지고 있는, 비공식적인 효과까지 고려한다면, 사실상 모든 경우에 형벌의 최후수단성이 충족되는 것으로 인정될 것이어서, 오히려 최후수단성을 논의할 이유가 없어진다는 점도 감안할 필요가 있다. 한편, 상호출자제한 기업집단의 지주회사 설립 제한 의무, 사익편취 지시·관여 금지 의무의 경우, 그 수범자가 자연인이어서 징역형의 대상이 될 수 있으므로, 형벌의 위하력이 상대적으로 강할 것으로 예상할 수 있다.

#### 4. 행정적 의무 위반행위 관련 형벌 정비방안

행정적 의무를 내용에 따라 구분해 보면, 공정위의 시정조치에 대한 이행의무, 공정위의 자료 제출명령에 대한 이행의무, 공정거래법상 신고 및 보고 의무, 공정위 조사권 관련된 수인의무 등으로 분류할 수 있다. 이들 의무에 대한 위반행위에

예정된 형벌을 대상으로, 보호법익 기준, 죄형법정주의 기준, 최후수단성 기준에 비추어, 그 정당성을 평가하여, 그 결과를 바탕으로 정비방안을 살펴보기로 한다.

### (1) 보호법익 기준에 따른 검토

‘공정하고 자유로운 경쟁’, 등 공정거래법의 보호법익을 기준으로 행정상 의무의 정당성을 살펴보면, 우선, 시정조치 불이행에 대한 형벌은 시정조치의 실효성을 확보하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 공정거래법 보호법익과 직접적으로 관련된다 고 보기는 어렵다. 다만, 실체적 의무 위반행위에 대한 중지 또는 금지명령과 같은 시정조치를 위반한 경우라면, 이는 곧 실체적 의무 위반상태의 존속을 의미하게 되므로, 그 형벌은 시정조치의 실효성 확보를 넘어 공정거래법의 보호법익과도 밀접하게 관련된다고 볼 수 있다. 또한, 기업집단 지정 자료제출 의무, 지주사 설립·전환 신고 및 사업내용 보고 의무 등도 경제력집중 관련 실체적 의무를 효율적으로 규제 또는 업무집행의 편의를 위한 부수적 의무에 해당하는 것으로, 공정거래법의 보호법익에 간접적으로만 영향을 미치는 것에 불과하다는 점에서, 그와 관련된 형벌은 공정거래법의 보호법익과 관련성은 미약하다고 할 것이다. 끝으로, 공정위 조사권과 관련한 의무도 공정위 조사의 효과적 수행을 위한 것이므로 원칙적으로 공정거래법의 입법목적에 직접 영향을 미친다고 볼 수는 없다. 다만, 공정위 조사권을 형해화하는 강력한 형태의 조사방해나 거부 의 경우, 실체적 의무 위반이 존속할 수 있는 여건으로 이어진다는 점에서 공정거래법 보호법익에 미치는 부정적인 영향이 매우 중대하다고 볼 수 있고, 이러한 범위에서 형벌의 정당성이 인정될 여지가 있다.

### (2) 죄형법정주의 기준에 따른 검토

행정적 의무는 의무의 성격상 그 내용이 구체적이고 명확하다는 특징이 있다. 우

선, 시정조치 불이행의 경우, 공정위의 시정조치 운영지침(예규 제380호)에 따르면, 시정조치의 내용은 법 위반행위와 관련되어야 하고, 구체적이고 명확하며, 이행가 능해야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 원칙이 준수되는 한 명확성 원칙 등 죄형 법정주의 관점에서는 문제가 될 것이 없다. 또한, 경제력집중 억제와 관련하여 사 전적으로 부과되는 각종 신고나 보고 의무, 그리고 자료제출 의무의 경우, 그 내용 과 방법 등 세부적인 사항이 법령 및 하위규범에 명확하게 규정되어 있어 문제가 될 소지가 없다. 또한, 공정위의 조사와 관련한 의무와 관련하여서도, 자료제출 미 제출이나 허위제출, 보고의무 미이행, 허위감정, 자료은닉이나 폐기, 위변조, 폭언이 나 폭행 등 대부분 위반행위의 성립에 대해 명확하게 규정하고 있어서 다른 행정적 의무와 마찬가지로 명확성 원칙 등 죄형법정주의 관점에서 문제가 되지 않는 것 으로 이해된다.

### (3) 형벌의 최후수단성 기준에 따른 검토

행정적 의무 위반행위의 경우, 부당이득이 발생하고, 공정거래법의 보호법익을 직접 침해하지 않는 점 등을 고려하면, 과징금이나 시정조치의 대상으로 삼는 것은 적절치 않다. 이러한 이유로 공정거래법은 행정적 의무 위반에 대해서는 과징금이 나 시정조치 등 행정적 제재 없이 형벌, 과태료 및 이행강제금을 제재수단으로 삼 고 있다. 따라서 행정적 의무 위반행위에 예정된 형벌의 최후수단성 충족 여부는, 해당 위반행위가 공정거래법 보호법익에 영향을 미치는 정도, 해당 형벌을 과태료 나 이행강제금 등 대체적 제재수단으로 전환하는 경우, 범위만 억지력에 미치는 효 과의 정동 등을 기준으로 판단할 수 있을 것이다.

먼저, 시정조치 이행의무 위반의 경우, 공정거래법의 보호법익과도 밀접한 관련 성을 갖는 것인 만큼, 상대적으로 경미한 의무 위반에 부과되는 과태료로의 전환은 적절치 않다고 볼 수 있다. 다만, 시정조치 불이행에 대한 형벌은 사업자에 대한 벌금이 될 것이므로, 행정적·금전적 제재인 이행강제금으로의 대체는 가능하다고

보여진다. 또한 이행강제금은 의무이행까지 반복적으로 부과할 수 있어서 형벌보다 실효성 확보에도 효과적일 것으로 예상된다.<sup>104)</sup> 한편, 지정자료 제출 의무, 신고 및 보고 의무 등은 공정위의 법집행 편의나 효율성을 위한 것이고, 상대적으로 경미한 성격의 의무 위반이 대부분이며, 공정위가 조사를 통해서도 확보할 수 있는 성격의 의무라는 점, 법령상 형벌의 대상인 신고 및 보고 의무(지주회사 설립 미신고 등)와 과태료 대상인 경우(기업결합 미신고 등)가 실질적으로 차이가 없는 점 등을 고려할 때, 이와 관련된 형벌은 과태료로 전환해야 하는 것이 타당하다.<sup>105)</sup> 끝으로, 공정위 조사권 관련 수인의무 위반의 경우, 특히 폭언, 폭해, 자료 은닉이나 위변조 등은 고의를 기반으로 이루어지는 행위로, 과태료의 대상이 될 수 있는 단순한 의무 위반으로 보기 곤란하고, 이행강제금 등을 통해서도 조사방해를 효과적으로 대응하거나 실제적 의무 위반행위를 적시에 차단하기 어려우며, 형법상 공무집행방해죄<sup>106)</sup>와 관계를 고려할 때, 형벌의 부과가 불가피한 것으로 이해된다.

## V. 결론

공정거래법상 형벌의 정당성에 대한 논의가 중요한 이유는, 전속고발권의 폐지 또는 실질적 통제기능을 기대하기 어려운 상황에서, 형벌의 정당성에 대한 충분한

104) 시정조치 불이행에 대해, 양벌규정을 통해 사업자의 대표이사 등 특정 개인을 처벌하는 경우에는, 형벌은 이행강제금으로는 확보할 수 없는 위하력을 가질 것으로 예상된다. 즉, 시정조치의 대상이 사업자이므로 시정조치 불이행의 책임도 사업자에게 물어야 할 것이므로, 형벌은 벌금 형태가 될 것이어서 이행강제금으로 대체가 가능할 수 있으나, 양벌규정을 통해 시정조치 불이행 사업자 외에 특정 자연인까지 처벌할 수 있다고 해석될 경우, 이행강제금은 형벌의 위하력을 대체하기 어렵다는 것이다.

105) 지정자료 제출 의무는 동일인에게 부과되어 있어, 벌금 이외에 징역형의 가능성을 고려하면, 다른 제재수단으로는 형벌의 위하력을 대체하기 어렵다고 볼 수 있다. 그러나, 지정자료 제출 그 자체는 수단적 성격이 강하며 공정거래법 보호법익에 미치는 영향은 경미한 점, 지정자료 허위제출로 인해 기업집단 지정 여부에는 영향을 미치는 경우가 현실적으로 발생할 가능성은 매우 희박한 점 등을 되는 점 등을 고려하면, 지정자료 누락에 대해 형벌을 부과하는 것은 과도한 처벌이라고 볼 수도 있다.

106) 형법 제136조(공무집행방해)는 '직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.'고 규정하고 있다.

검토와 정비과정 없이, 사법행정당국이 광범위하게 도입된 공정거래법상 형벌규정을 근거로, 시장에 직접 개입하게 될 경우, 기업의 자유와 창의, 창의적인 기업활동 등 헌법과 공정거래법이 추구하는 경제질서를 저해할 우려 때문이다. 이러한 맥락에서, 공정거래법상 의무를 실체적 의무와 행정적 의무로 구분하여, 보호법익, 죄형법정주의, 최후수단성 기준에 비추어, 이들 의무에 대한 위반행위에 예정된 형벌의 정당성을 살펴보았으며, 그 결과는 다음과 같다.

먼저, 실체적 의무와 관련하여, 공정거래법상 형벌의 보호법익과 공정거래법의 입법목적(보호법익)의 관련성을 기준으로 볼 때, 시장지배적지위 남용행위 등 실체적 의무 위반행위에 대한 형벌을 통해 보호되는 법익은 공정거래법의 입법목적(보호법익)에 직접적인 영향을 미친다는 점에서 형벌의 정당성이 인정된다고 보았다. 다만, 불공정거래행위의 경우, 위반행위가 대체로 사인간의 분쟁 성격이 강하고 관련시장 전체에 미치는 영향은 경미하다는 점에서 공정거래법 목적과의 관련성이 상대적으로 미약하여 형벌로 규율하는 것은 정당성이 약하다고 보았다. 또한, 죄형법정주의(명확성 원칙)에 비추어 보면, 실체적 의무 위반행위는 행위 성립요건과 위법성 요건에 불확정적이고 추상적인 개념들이 대부분 포함되어 있어서, 이를 구체화하기 위한 하위법령에도 불구하고, 수범자의 입장에서 범위반 요건에 대한 예측가능성이 매우 낮은 수준이어서 최소한의 명확성을 요구한다고 보는 현재의 판단<sup>107)</sup>을 감안하더라도, 명확성 원칙을 충족하기는 곤란하다고 보았다. 다만, 경성 공동행위와 경제력집중 위반행위의 경우, 행위 성립요건에 불확정개념이 없거나 구체적으로 규정되어 있고, 경쟁제한성이나 경제력집중과 같은 위법성 요건에 대한 입증을 별도로 요구하지 않고 있어서 명확성 원칙에는 부합할 수 있다고 보았다. 끝으로, 공정거래법상 형벌을 과징금 또는 과태료 등의 금전적 제재로 전환할 수 있는지를 기준으로 형벌의 최후수단성 충족 여부를 살펴본 결과, 사업자에 대한 벌금 규모와 과징금의 규모를 비교할 때 형벌로 인한 억지력 효과가 크다고 보기 어

107) 현재 2012.3.29. 선고 2010헌바83

럽고, 또한 과징금 부과기준율이나 상한율을 높이는 방법으로도 형벌의 금전적 부담을 모두 흡수할 수 있다는 점에서 최후수단성을 기준으로 형벌의 정당성을 인정하기 어렵다고 보았다. 다만, 사업자 외에 행위자 처벌을 통한 범위만 억지력까지 고려한다면 과징금 등 행정적 제재는 형벌을 대체할 수 없다는 점에서 형벌의 최후수단성이 인정될 여지도 없지 않다. 요컨대, 형벌의 최후수단성을 완화<sup>108)</sup>한다면 경성 공동행위와 경제력집중 억제 규제에 대한 형벌은 정당성이 인정될 수도 있다. 그러나 경제력집중 억제 규제의 경우, 국내의 일부 기업집단 소속회사에만 적용되는 선별적 규제이고, 출자, 의결권, 행태 등 사업활동 전반에 대한 강력한 사전규제라는 점에서 형벌까지 부과하는 것은 가혹한 측면이 있고, 또한, 공정거래법상 각종 보고나 공시의무 등 행정적 의무를 통해 자체적인 통제 기능도 작동하고 있다는 점을 추가로 고려할 경우, 경제력집중 억제 규제에 대한 형벌은 과도한 것으로 보인다.<sup>109)</sup>

한편, 행정적 의무와 관련하여, 보호법익과 관점에서 볼 때, 시정조치 이행의무 위반, 공정위 조사 수인의무 위반 등은 실체적 의무와 같이 공정거래법 보호법익과 직접적 관련성은 없지만, 간접적인 영향을 미칠 수 있다는 점에서, 어느 정도 형벌의 정당성도 인정될 여지가 있다고 보았다. 또한, 죄형법정주의 관점에서는 행정적 의무는 모두 별다른 문제가 없었고, 끝으로, 최후수단성 관점에서는 공정위 조사권을 형해화하는 조사방해에 대한 형벌만이 정당하다고 보았고, 시정조치 이행의무 위반의 경우 이행강제금 등 대체적 수단으로의 전환에 대한 논의가 가능하다는 점에서 최후수단성 충족을 인정하기 어렵다고 보았다. 요컨대, 보호법익 기준을 완화할 경우, 공정위 조사권에 대한 적극적 방해행위에 대한 형벌은 정당하다고 보았다.

▶ 논문투고일: 2022. 05. 09. 논문심사일: 2022. 05. 16. 게재확정일: 2022. 05. 27.

108) 사업자 외에 자연인에 대한 적극적 처벌 가능성까지 고려한다면 최후수단성이 인정될 여지가 크다.

109) 이상현(앞의 논문, 849면)는 경제력집중 억제 규제 위반행위의 경우 결과불법을 충족시키기에 불충분한 법익침해 전단계의 일탈행위로 평가하여, 형벌 부과가 정당하지 않다고 한다.

## ■ 참고문헌

- 김일수, 『형법총론(제8판)』, 박영사, 2000.
- 박균성, 『행정법강의』, 박영사, 2018.
- 박윤훈·정형근, 『최신행정법강의(상)』, 박영사, 2009.
- 박은재, 『공정거래와 형사법』, 박영사, 2014.
- 신현윤, 『경제법(제8판)』, 법문사, 2020.
- 이상돈, 『공정거래형법』, 박영사, 2010.
- 임 우, 『형법총론』, 박문사, 2003.
- 최봉석, 『행정법총론』, 법령정보관리원, 2015.
- 홍정선, 『행정법원론(상)(제23판)』, 박영사, 2015.
- 강동범, 『경제형법에 관한 연구-형법총론의 범죄론과 관련하여』, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1994.
- 김두진, “한국 독점규제법의 집행”, 『경쟁법연구』 제12권, 한국경제법학회, 2005.
- 김일중, “과잉범죄화의 범경제학적 분석-공정거래분야를 중심으로-”, 『연구보고(2013-05)』, 한국경제연구원, 2013.
- 김차동, “공정거래법상 형벌 양벌규정 개선방안에 관한 검토”, 『경제법 연구』 제9권 제1호, 2010.6.
- 김현희·강문수·나채준, “과태료 제도의 합리적인 정비를 위한 입법모델 연구”, 『연구보고(2017-12)』, 한국법제연구원, 2017.
- 박강우, “위험사회와 형법의 변화”, 『형사정책연구』 제8권 제4호, 1997.
- 박윤훈, “행정질서벌-경미범죄의 탈범죄화와 관련하여”, 『고시연구』, 고시연구사, 1990.5.
- 박혜림, 『공정거래형법의 불법과 형법정책』, 박사학위논문, 고려대학교대학원, 2013.
- 선종수, “공정거래법상 형사제재 규정의 정비방안”, 『형사법의 신통향』 통권 제46호, 대검찰청, 2015.3.
- 왕상한, “부당지원행위와 정상가격”, 『통상법률』 통권 제145호, 법무부, 2019.11.
- 윤영철, “형법의 자유보장원칙으로서의 체계비판적 법익론에 관한 고찰”, 『홍익법학』 제18권 1호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 윤영철, “형사입법론으로서 형법의 최후수단성에 대한 고찰”, 『형사정책』 제13권 제2호, 2001.
- 이봉의, “공정거래법상 카르텔의 부당성 판단”, 『사법』 제2호, 사법연구지원재단, 2007.
- 이상돈, “법익보호원칙-근대형법의 신화인가 이성인가”, 『형사정책연구』 제5권 제1호, 1994, 174면.
- 이상현, “공정거래법상 형벌규정에 대한 형법이론적 분석과 개정법의 방향”, 『법학논총』 제47

- 집, 숭실대 법학연구소, 2020.5.
- 이승택, “우리 공정거래법상의 부당성의 의미 및 그 법률상 지위”, 법원도서관, 2009.
- 이준서·양태건, “행정의 실효성 확보 수단에 관한 법제 정비방안 연구”, 『연구보고(2017-11)』, 한국법제연구원, 2017.
- 이천현·이승현, “공정거래법상 형사적 제재에 대한 개선방안 연구”, 『형사정책연구』, 한국형사정책연구원, 2006.
- 장영민·조영관, “경제범죄의 유형과 대처방안”, 『형사정책연구(통권 제13호)』, 한국형사법무정책연구원, 1999.3, 35-36면.
- 장영수, “헌법의 기본원리로서의 법치주의”, 『안암법학』, 제2집, 고려대학교, 1994.
- 조성규, “과징금의 법적 성격에 대한 시론적 고찰”, 『행정법연구』 제55호, 행정법이론실무학회, 2018.11.
- 주호노, “형법에 있어서 기본원칙”, 『경희법학』 제51권 제3호, 2016.5.
- 최정일, “이행강제금제도의 몇가지 쟁점사항에 관한 연구”, 『법제』, 법제처, 2011.5.
- 최환용, “행정형벌 정비방안 연구”, 『연구보고(2015-09)』, 한국법제연구원, 2015.
- 황창식, “공정거래법상 시장지배력 남용 규제의 해석 집행상의 문제점-불공정거래행위 규제와의 법적용 관계를 중심으로”, 『경쟁저널』 통권 139권, 2008.7, 한국공정경제연합회, 2008.7.
- 홍대식, “공정거래법 집행자로서의 공정거래위원회의 역할과 과제”, 『서울대학교 법학』, 제52권 제2호, 2011.6.
- 홍대식, “사법적 관점에서 본 불공정거래행위”, 『경쟁법연구』, 제18권, 한국경쟁법학회, 2008.

## ■ Abstract

# A Study on the Justification and Improvement of Penalties for Violations of the Korean Fair Trade Act

Chan-su Jeon \*

During the discussion on the full revision of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act between 2018 and 2020, one of the most notable issues was whether to abolish the exclusive right to file complaints. This opened the way for judicial administrative agency(prosecutor) to directly investigate and prosecute violations of the Fair Trade Act, such as a criminal, and so was treated as a very serious issue amid concerns that it could lead to a contraction in the market and business activities. The exclusive right to file a complaint is a reaction to the widespread introduction of punishment in the Fair Trade Act, and is a control device incidental to the punishment. Although the issue of the legitimacy of punishment under the Fair Trade Act is more fundamental, important, and pre-discussed before the abolition of the exclusive complaint right, it is true that they did not pay enough attention to it. As a result of the full revision of the Fair Trade Act in December 2020, the right to file a complaint survived, and considering the atmosphere of strengthening the enforcement of punishment through the right to file a complaint and mandatory complaint system, discussion on the legitimacy of punishment is still an important issue. On this background, this paper first examined the characteristics of obligations under the Fair Trade Act divided into substantive obligations and administrative obligations according to their content and nature, followed by the contents of the justification criteria. In conclusion, there was no case in which all three criteria were met among substantive violations of obligations under the Fair Trade Act. However, the degree of conformity with these standards was relatively high for hard joint actions. On the other hand, it was concluded that administrative obligations related to the convenience and efficiency of the KFTC's law enforcement were also not justified, but the necessity of punishment for acts related to refusal or obstruction of investigation was recognized.

• **Key Words** Competition law, Administrative punishment, legal interest theory, principle of legality, Exclusive right to file a complaint

---

\* A former head of forensic department of KFTC

