「法과 政策」 第16輯 第2號 2010. 8. 30.
濟州大學校 法과政策硏究所

日本 競爭法上 刑罰制度에 관한 考察

A Study on the Punishment System under Japanese Competition Law

정 완*
Choung, Wan

목 차

I. 序言
II. 刑事節次法的 檢討
III. 刑事實體法的 檢討
IV. 刑罰制度와 過徵金制度 竝存의 問題點
V. 日本 獨禁法上 刑罰制度의 特徵
VI. 結語

국문초록

일본의 경쟁법, 즉 "사적 독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률"은 아시아에서 가장 먼저 제정되었지만, 태평양전쟁이 끝난 뒤 군수산업으로 돈을 번 일본재벌을 견제하기 위해 미국의 압력으로 탄생되었기 때문에 일본 정부의 경쟁법 집행의지는 그다지 강하지 못하였다. 반면에 한국은 1981년에 와서야 경쟁법, 즉 "독점규제 및 공정거래에 관한 법률"을 시행했지만 처음부터 강력한 집행의지를 갖고 시작했다. 아시아에서 한국의 공정거래위원회가 경쟁관련 정책과 집행에 있어 가장 앞섰다는 평가를 받는 배경이기도 하다.

우리나라의 독점규제법은 그 위반사업자에 대하여 공정거래위원회에 의해 시정명령과 과징금을 부과하는 것이 보통이나 경우에 따라 공정위의 전속고발권 행사에 따라 형사처벌을 위해 검찰에 고발될 수도 있다. 공정위의 전속고발권은 검찰의 수사권을 제

논문접수일 : 2010.6.29
심사완료일 : 2010.7.22
게재확정일 : 2010.7.23
* 법학박사 · 경희대학교 법학전문대학원 교수 · 경희법학연구소 연구위원

약하는 결과가 되어 법무부로부터 폐지의견이 나오고 있고 반대로 공정위는 전속고발제도에서 더 나아가 동의명령제도 도입까지 추진하는 등 이른바 경쟁법 위반사건에 대한 형벌제도의 문제점과 개선방안에 관한 논의가 계속되고 있다. 일본의 독점금지법도 그 위반행위에 대한 제재적 법집행으로서 과징금과 함께 형벌을 부과하고 있다. 일본에서는 과징금제도의 제재적 성격을 강화함으로써 형벌제도를 폐지하고 과징금제도로 일원화해야 한다는 입법론이 유력하게 주장되고 있지만, 형벌이 갖는 효과를 고려할 때 그 존재의의가 있다는 견해 또한 유력하다.

본문에서는 일본 독점금지법상 형벌제도에 대하여 체계적으로 고찰함으로써 우리 독점규제법상 형벌제도의 개선점을 발견하는데 도움을 주고자 한다. 우리나라 독점규제법은 입법 당시부터 일본법제를 크게 참고하였으므로 그 내용은 매우 유사성을 띠고 있지만 일부 조항에서 차이를 보이다. 최근 미국, 유럽, 중국, 인도 등 많은 국가들의 경쟁법은 자국기업에 대해서뿐 아니라 타국기업에 대해서도 경쟁법의 적용을 강화하는 추세에 있다. 일본 경쟁법도 크게 다르지 않다고 생각되는바, 일본 독금법, 특히 그 형벌제도의 상세한 분석과 전망이 우리나라 경쟁법제 개선에 도움이 되기를 기대한다.

주제어 : 일본 경쟁법, 형벌제도, 과징금, 공정취인위원회, 역외적용

I. 序 言

아시아에서 경쟁법이 가장 먼저 만들어진 나라는 일본이다. 그러나 일본 경쟁법, 즉 독점금지법은 태평양전쟁이 끝난 뒤인 1947년 미국 측이 군수산업으로 떼돈을 번 일본 재벌들을 견제하기 위해 압력을 가한 결과로 탄생된 것이었기 때문에 울며 겨자 먹기식으로 응한 일본 정부로서는 경쟁법에 대한 집행의지를 강하게 가질 수가 없었다. 반면에 한국은 일본보다 34년이나 늦은 1981년에 경쟁법에 해당하는 독점규제법을 처음 시행했지만 일본과 달리 처음부터 강력한 집행의지를 갖고 시작했다. 당시 정부는 정부 주도의 개발경제체제를 시장자율 경제체제로 전환시키기 위해서는 독점규제법이 제대로 작동해야 한다고 판단했다. 아시아에서 한국의 공정거래위원회가 경쟁관련 정책과 집행에 있어서 가장 앞섰다는 평가를 받는 배경이기도 하다.

우리나라 '獨占規制 및 公正去來에 관한 法律'(이하 '獨占規制法'이라 함)을 위반하는 사업자에 대하여는 公正去來委員會에 의하여 시정명령과 과징금이 부과되는 것이 보통이나 경우에 따라서는 공정거래위원회의 專屬告發權 행사에 따라 검찰고발을 전제

로 刑事處罰이 행해질 수도 있다. 공정거래위원회의 전속고발권은 검찰의 수사권을 제약하는 결과가 되어 법무부로부터 제도 폐지의견이 나오고 있고 반대로 공정거래위원회는 전속고발제도에서 더 나아가 동의명령[1]제도의 도입까지 추진하는 등 이른바 '競爭法' 위반사건에 대한 형벌제도의 문제점과 개선방안에 관한 논의가 계속되고 있다.[2]

일본에서도 '私的 獨占의 禁止 및 公正取引의 確保에 관한 法律'(이하 '獨禁法'이라 함) 위반행위에 대한 제재적 법집행으로서 과징금과 함께 형벌이 부과되고 있다.[3] 일본에서는 과징금제도의 제재적 성격을 강화함으로써 형벌제도를 폐지하고 과징금제도로 일원화해야 한다는 立法論도 유력하게 주장되고 있지만, 형벌이 갖는 효과를 고려할 때 그 존재의의를 찾아볼 수 있다는 견해 또한 유력하다.

이하에서는 일본 獨禁法上 刑罰制度에 대하여 체계적으로 분석, 고찰함으로써 우리 獨占規制法[4]상 형벌제도의 개선점을 발견하는데 도움을 주고자 한다.

II. 刑事節次法的 檢討

獨禁法上 犯罪를 둘러싼 절차에 대하여는 당연히 刑事節次法의 一般規定이 원칙적으로 타당하지만, 독금법상 범죄는 公正取引委員會 고발을 소송조건으로 하고 있는 점에서 초래되는 獨禁法 특유의 문제가 존재한다.[5]

1. 公正取引委員會의 告發前

형사사건에 연계되는 公正取引委員會의 조사는 2005년 獨禁法 개정 전에는 오로지

1) 동의명령제도에 관한 상세는 정완, "독점규제법상 동의명령제 도입에 관한 고찰", 「형사정책연구」, 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.

2) 독점규제법 위반의 형사처벌에 관한 일반이론에 관하여는 이천현, 「독점규제법위반행위에 대한 형사법적 대응방안」, 한국형사정책연구원 연구총서 2003-17, 2003 참조.

3) 일본 獨禁法에 관한 상세에 대하여는 白石忠志, 「獨占禁止法(第2版)」, 有斐閣, 2009; 根岸哲·舟田正之, 「獨占禁止法概說」, 有斐閣, 2006; 谷原修信, 「現代獨占禁止法」, 中央經濟社, 2003; 和田健夫/稗貫俊文/向田直範/內田耕作, 「經濟法 - 獨占禁止法と競爭政策(第4版)」, 有斐閣, 2003 등 참조.

4) 우리나라 獨占規制法에 관한 상세에 대하여는 권오승, 「經濟法」, 법문사, 2009; 박상룡·엄기섭, 「경제법원론」, 박영사, 2006 등 참조.

5) 獨禁法 관련 형사절차의 전반적 수사 및 범칙조사에 대하여 다각적으로 논한 것으로서 木目田裕·藤井康次郎, "企業犯罪搜查, 犯則調查等の動向と企業の對應", NBL, 842号, 2006 참조.

行政調査權限에 의하여 행해졌지만 독금법 개정 후에는 주로 犯則調査權限[6]에 의하여 행해지게 되었다(제1010조 이하).

전속고발의 대상이 되는 獨禁法 제89조~제91조의 죄에 대하여 公正取引委員會에 의한 고발 전에 검찰관이 수사를 하는 것은 허용되는가 하는 문제가 있다. 이와 관련하여 고발을 소송조건으로 하는 관세법 위반 등에 대하여 수사가 허용된다고 한 판례가 있다.[7] 소송조건이 충족되는가의 여부와 수사착수의 요건이 충족되는가의 여부는 상호 별개의 문제라는 이유인데, 이는 獨禁法 제89조~제91조의 죄에 대하여도 마찬가지로 해당될 것이다.[8]

다만 수사가 허용된다고 해서 제한 없이 수사를 행해도 좋다는 것은 아니다. 전속고발 제도가 두어져 있는 취지가 公正取引委員會의 판단을 존중하는 데 있다면 公正取引委員會와의 협조체제를 중시하면서 행해져야 할 것이다.[9] 2005년 獨禁法 개정에 의하여 범죄수사와는 선을 그은 행정조사 외에 범칙조사제도가 공정취인위원회에 두어졌기 때문에 검찰관에 의한 형사고발 전 수사는 점차 활발해지고 있다.[10]

2. 公正取引委員會의 專屬告發

獨禁法 제89조~제91조의 죄에 대하여는 公正取引委員會에 의한 고발이 소송조건으로 되어 있다(제96조 제1항). 이른바 '公正取引委員會의 專屬告發'로 불린다.[11]

그 취지는 독금법 위반사건에 대하여 행정처분에 그칠 것인가 아니면 고발을 행할 것인가의 판단은 경제구조와 기업행동에 관한 전문적 식견을 갖는 公正取引委員會만이 행하는 것이 적절하기 때문이라고 한다.[12]

---

6) 獨禁法의 범칙사건에 대하여 이를 고발할 필요가 있는지의 여부를 공정취인위원회가 조사하는 것이 범칙조사이다. 범칙조사에 관한 상세에 대하여는 白石忠志, 「獨占禁止法(第2版)」, 有斐閣, 2009, 452~460面 참조.

7) 最決 昭和 35년 12월 23일 (昭和 34 (あ) 1049 刑集 14권 14호 2213面 [관세법등위반 고발전 수사].

8) 落合俊和 · 安達敏男, "獨禁法違反事件の刑事告發をめぐる諸問題", 「司法研修所論集」, 88号, 1992, 41~43面 참조.

9) 落合俊和 · 安達敏男, 전게서, 43面 참조.

10) 白石忠志, 전게서, 628面 참조.

11) 우리나라 獨占規制法에도 공정거래위원회의 전속고발제도가 규정되어 있다. 이에 관한 상세한 내용에 대하여는 정완, "공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 고찰", 「외법논집」, 30집, 2008 참조.

12) 2003년 獨禁研 報告書 28면 참조.

전속고발이기 때문에, 형사소송법 제238조 제2항이 준용하는 동조 제1항의, 이른바 '告訴不可分의 原則'을 적용하게 된다.[13] 즉, 공범의 1인 또는 수인에 대하여 행한 고발은 다른 공범에 대하여도 효력을 가지므로, 公正取引委員會가 공범의 1인 또는 수인에 대하여 고발하면 검찰관은 다른 공범에 대하여도 기소할 수 있다.[14] 대개 公正取引委員會는 그러한 경우 기소되려는 다른 공범에 대하여도 추가로 고발을 함으로써 고발의 대상과 기소의 대상이 가능한 한 일치하도록 하고 있다.

제74조 제1항과 제2항은 獨禁法상의 범죄에 관하여 公正取引委員會에 고발의무가 있음을 규정하고 있다. 고발의 상대방은 檢事總長(이하 '檢察總長'이라 함)이다. 동조 제1항은 犯則調査 대상이 되는 제89조~제91조의 죄에 대하여,[15] 제2항은 주로 제91조의2 및 제92조의2~제94조의2의 죄에 대하여 각각 규정하고 있다. 이 규정은 제89조 이하에 열거된 獨禁法의 위반법조에 해당하는 사건 모두를 고발해야 함을 규정한 것이 아니라, 범죄로서 형사책임을 물어야 하는 것은 고발해야 한다는 것을 규정한 것이라고 이해하는 것이 현실적이다. 즉, 조문상은 예컨대 제74조 제1항의 '犯則'에 대하여는 부당한 거래제한 등의 위반요건을 충족한다는 것보다 좁게, 부당한 거래제한 등 중 범죄로서 형사책임을 물어야 하는 것만을 가리키는 것으로 이해하게 된다.[16]

公正取引委員會는 어떠한 사건에 대하여 告發하는가에 관하여 기준을 공표하고 있다.[17]

고발대상이 되는 위반행위로는 다음 두 가지가 열거되고 있다. 첫째는 "일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격카르텔, 공급제한카르텔, 시장분할협정, 입찰담합, 공동보이코트 기타 위반행위로서, 국민생활에 광범한 영향을 미친다고 생각되는 악질 및 중대한 사안"이며, 둘째는 "위반을 반복하여 행하고 있는 사업자·업계, 배제조치에 따르지 않는 사업자 등에 관계되는 위반행위 중, 公正取引委員會가 행하는 행정처분에 의해서는 獨占禁止法의 목적달성이 불가능하다고 생각되는 사안"이다.[18]

---

13) 고소불가분의 원칙에 대하여는 白石忠志, 전게서, 581~582面 참조.

14) 고소불가분의 원칙과 감면제도의 관계에 대하여 白石忠志, 상게서, 581~582面 참조.

15) 犯則調査는 제89조~제91조의 죄만을 대상으로 행해진다. 제101조 제1항.

16) 白石忠志, 전게서, 629~630面 참조.

17) 東京高判 平成 5年 5月 21日 (平成 3 (の) 1) 高刑集 46卷 2号 108面 [業務用스토리지필름]은 이러한 기준의 배경을 이루는 공정취인위원회의 재량권에 대하여 상세히 논하고 있다. 高刑集 128~132面 참조.

18) 이들은 모두 1990년의 '告發方針'을 답습한 것이다. 公正取引委員會 '獨占禁止法 위반에 대한 형사고발에 관한 公正取引委員會 方針' (1990년 6월 20일). 2005년 고발방침을 공표하는 2005년 10월 6일의 공취위보도발표의 참고7에 게재되어 있다.

그러나 고발대상 사건에서 범죄행위를 한 사업자나 그 자연인종업자라도 감면제도와의 병합으로 고발을 행하지 않는 경우가 있다.[19]

고발에 있어서 公正取引委員會와 검찰당국은 公正取引委員會의 범칙심사부장 이하 담당관 및 최고검찰청 재정경제계 검사 이하 검사로 구성되는 '告發問題協議會'를 개최하고, 당해 개별사건에 관계되는 구체적 문제점 등에 대하여 의견이나 정보 교환을 행하도록 되어 있다.[20]

고발과, 배제조치명령이나 과징금납부명령 내지 그 사전절차 사이의 선후에 대하여는 규정이 없다. 실제로 고발을 행한 후 처음 공정취인위원회 내부에서 범칙조사부문에서 행정조사부문으로 인계를 하고, 그로부터 행정조사부문이 배제조치명령이나 과징금납부명령에 관한 조사를 행하는 것이 관례로 보인다.[21]

고발은 문서로써 행하며(제96조 2항), 고발장에는 위원장의 서명날인이 필요하다.

3. 搜査와 起訴

公正取引委員會의 고발에 수반하여 公正取引委員會는 검찰당국에 관련 정보와 자료를 인계하여야 한다.[22]

제89조~제91조의 죄인가, 아니면 제91조의2 및 제92조의2~제94조의2의 죄인가에 관계없이 公正取引委員會로부터 고발을 받았으나 검찰관의 기소재량 하에 불기소로 결정한 때에는 검찰총장은 법무대신을 경유하여 내각총리대신에 대해 불기소의 취지와 이유를 보고해야 한다(제74조 제3항). 告發人에 대한 기소·불기소 통지에 대하여는 형사소송법 제260조에 일반적 규정이 있는바, 獨禁法 제74조 제3항은 불기소의 경우에 대하여 다시 규정을 두고 있다. 이 규정에 대하여는 運用論이나 立法論 등 다양한 관점에서 지적이 행해지고 있다.[23] 아무튼 제74조 제3항이 검찰관의 자의적 재량에 대한 견제력으로 충분하다고 생각되기 때문에 불기소의 경우에도 檢察審査會에 심사신청을 할 수 없도록 되어 있다.[24]

---

19) 白石忠志, 전게서, 581~582面 참조.

20) 2005년 告發方針 3 참조.

21) 白石忠志, 전게서, 458~459面 참조.

22) 이에 대하여는 白石忠志, 상게서, 455面 참조.

23) 예컨대, 岩村修二, "獨占禁止法の抑止力强化の動向について", 「判例タイムズ」, 737号, 1990, 38~39面 및 落合俊和·安達敏男, 전게논문, 44~46面 참조.

24) 일본 檢察審査會法 제30조.

4. 管轄法院

제89조~제91조의 죄에 대하여는 제1심 재판권이 地方裁判所(이하 '地方法院'이라 함)에 속하고(제84조의3), 나아가 특정 地方法院이 刑事訴訟法 제2조의 일반원칙에 의하여 관할권을 갖는 경우에는 그 지역 高等裁判所(이하 '高等法院'이라 함) 소재지인 地方法院과 東京地裁(이하 '東京地法'이라 함)도 관할할 수 있다(제84조의4).[25]

그 취지로 다음 사항이 언급되고 있다.[26] 첫째, 도쿄에서 지리적으로 멀어진 사건에 대하여도 東京高法을 제1심으로 하는 것은 피고인의 권리보장이나 심리의 효율성 관점에서 문제가 있다. 둘째, 제1심을 東京高法으로 하는 다른 例인 심결에 관한 소송이나 제25조의 손해배상에 관한 소송이 公正取引委員會의 배제조치명령이나 심결을 전치시키는 것과 달리, 公正取引委員會에 의한 형사고발이나 배제조치명령 또는 심결을 전치시키는 것이 아니라 심급을 생략하는 것의 합리성을 충분히 설명할 수 없다. 셋째, 다만 2005년 獨禁法 개정 전에 東京高法에 집중시키던 때 열거되던 판단의 통일성을 갖는다는 취지에 비추면, 당해 지역의 고등법원 소재지 지방법원이나 東京地法도 관할할 수 있게 하는 것이 적당하다.

또한 배제조치명령 위반에 대한 과태료(제97조) 및 긴급정지명령위반에 대한 과태료(제98조) 사건은 東京高法 전속관할이다(제86조).

III. 刑事實體法的 檢討

1. 總論的 檢討

(1) 刑法總則의 適用

獨禁法 위반죄에 대하여는 독금법에 특별규정이 없는 한, 형법 제1편 總則이 적용된다(형법 제8조). 이제까지의 형사판결에서 적용되어 온바, 눈길을 끄는 것으로 위법성의식을 결한 것에 상당한 이유가 있다고 하여 무죄로 판결한 사례,[27] 입찰담합사건에

25) 2005년 獨禁法 改正 전에는 제1심 재판권이 東京高法에 속하던 것을(개정전 제85조 제3호) 개정한 것이다. 고등법원 소재지의 지방법원과 東京地法에도 관할권이 있음은 유지청구소송의 경우와 동일하다. 白石忠志, 전게서, 662面 참조.

26) 2003년 독금연보고서 29면 참조.

27) 白石忠志, 전게서, 400面 각주 20 참조.

서 발주측 관공서 등 자연인종업자의 행위를 幇助로 유죄로 한 사례 등이 있다.[28]

(2) 自然人을 出發點으로 하는 發想

비형사적 법집행을 사실상 중심에 두는 獨禁法에 대하여, 刑事法 관점에서 고찰하게 되면, 여러가지 차이가 발생되는데, 그 최고의 것은 적용대상으로서 제1차적으로 보는 것이 다르고, 그 논리적 귀결로 동종 문제에의 몰두에도 발상의 차이가 보인다.

첫째로 제1차적 적용대상으로 보는 것이 사업자나 사업자단체인가, 아니면 자연인인가 하는 차이가 있다. 獨禁法의 비형사적 법집행에 있어서는 기본적으로 사업자나 사업자단체가 스스로 행위를 하고 있다는 관념을 당연한 전제로 하여, 사업자나 사업자단체를 대상으로 명령을 하고, 배제조치를 취하거나 과징금을 납부케 한다. 그에 반하여 刑事法은 행위는 自然人에게만 보인다는 관념을 전제로 하는 사고가 강하여, 제1차적으로는 자연인을 적용대상으로 한다. 양벌규정이 없는 한, 비자연인에게는 형벌이 적용되지 않는다.

둘째로 이와 같이 보면, 동일하게 사업자나 사업자단체를 적용대상으로 하는 경우에도 발상이 달라지므로, 구체적 해석문제에 차이가 발생할 수 있다. 비형사적 법집행에서는 위와 같이 사업자나 사업자단체 자체가 獨禁法에 위반하였으므로 명령을 한다는 발상을 한다. 그에 대하여 兩罰規定에 의하여 사업자나 사업자단체를 적용대상으로 하는 경우에는 제1차적 적용대상인 자연인의 선임감독 기타 위반행위 방지에 필요한 주의를 다하지 않은 데 문제가 있다고 하는 발상이 깊다.[29] 따라서 예컨대 비형사적 법집행과의 관계에서는 사업자의 위반행위는 계속되고 있지만, 형벌과 관련하여 사업자의 범죄는 자연인의 범죄와 일응 동체로 되어 과거에 종료한 경우가 있을 수 있다.[30] 이러한 해석은 동일한 법률 내에서 다른 해석을 취하는 것이 아니라 한쪽에서는 직접 행위의 독금법 위반 성부가 문제되고, 다른 한쪽에서는 자연인의 행위의 독금법 위반 성부에 연동된 형태로 범죄의 성부가 문제된다는 것이므로 논리적으로 모순되지 않는다.[31]

(3) 兩罰規正

제95조는 소위 兩罰規定으로 되어 있고, 제89조부터 제91조의2의 죄 및 제94조의 죄를 대상으로 하고 있다. 獨禁法의 범죄규정의 다수는 사업자나 사업자단체 등이 행하

28) 국내범 · 국외범 문제에 관하여는 白石忠志, 상게서, 638~639面 참조.
29) 白石忠志, 전게서, 635面 참조.
30) 白石忠志, 상게서, 147面 참조.
31) 白石忠志, 상게서, 634面 참조.

는 위반유형을 인용하여 만들어졌으나 제1차적으로는 자연인을 적용대상으로 하는 것이므로, 거기에는 이미 왜곡이 있고 그 왜곡을 보정하기 위하여 제95조의 양벌규정이 두어졌다. 이하에서는 제95조의 문언에 따라 대상으로 된 범죄를 정한 제89조 등의 규정을 '本條'라 부른다.

제95조의 기능을 확인함에 있어 먼저 本條의 죄에 대하여 제95조가 없는 상태에서는 이 경우 자연인이고 또 本條가 요구하는 사업자나 사업자단체 등의 신분을 충족하는 자가 아니면 처벌할 수 없다. 전형적으로 자연인사업자이다.

여기서 제95조의 다음과 같은 기능이 발휘된다.

첫째, 本條의 신분은 충족하지만 비자연인인 자에 대하여 처벌할 수 있음을 인정하고 있다. 그 처벌 근거는 선임, 감독 기타 위반행위를 방지하기 위하여 필요한 주의를 다하지 않은 점에서 구한다.

둘째, 자연인이기는 하지만 本條의 신분을 갖지 않는 自然人從業者도 구성요건을 충족하는 것으로 확장하였다. 즉, 그들이 법인, 자연인 또는 법인 아닌 단체의 '업무 또는 재산에 관하여' 위반행위를 한 경우에는 '행위자를 처벌한다'고 하였다. 따라서 예컨대 부당한 거래제한의 죄에 의하여 자연인종업자를 처벌하려면 제89조뿐 아니라 제95조도 적용법조로 하여야 한다.

셋째, 自然人事業者에 대하여 직접 행위를 한 경우 本條로 처벌가능할 뿐 아니라 자연인종업자의 업무주로서도 처벌할 수 있음을 인정하고 있다.

넷째, 自然人從業者의 벌금형과 달리, 業務主에 대하여 벌금을 다액으로 한 것이 있다. 이른바 '業務主 重科'이다. 구체적으로는 제89조의 죄에 관한 5억 엔,[32] 제90조 제3호의 죄의 일부에 관한 3억 엔 등이다.[33] 이렇게 할 수 있는 근거는 위 첫째에서 본 바와 같이 자연인종업자로서의 형사책임과 업무주로서의 형사책임은 그 근거가 다르다는 점에서 구하여진다.[34] 여기서 억지력 관점에서 별개로 형을 규정하게 되고, 책임을 묻는 業務主는 규모가 상당히 큰 경우가 많다는 인식을 배경으로 벌금의 다액이 설정되어 있다. 자연인사업자가 업무주로 처벌되는 경우도 조문상 구별하고 있지 않다. 資力이 비자연인 위반자와 동일한 정도인 例가 적지 않기 때문이고, 다만 실제 양형에 있어서 개별 사안의 타당한 해결이 도모될 것이라고 한다.

제95조에 의한 회사의 형사책임은 회사가 合併으로 소멸한 경우에는 묻지 않는다.[35]

---

32) 獨禁法 제95조 제1항 제1호, 제2항 제1호.

33) 獨禁法 제95조 제1항 제2호, 제2항 제2호.

34) 西田典之, "獨占禁止法における刑事罰の强化について", 「經濟法學會年報」, 13号, 1990, 78~82面 참조.

(4) 三罰規定

제95조의2와 제95조의3은 직접 위반행위를 한 것이 아닌 일정범위의 自然人에 대한 벌금형을 규정하고 있는데, 이른바 '三罰規定'이다.

처벌대상이 될 수 있는 자연인은 법인의 대표자(95조의2)와, 사업자단체의 임원, 관리인 또는 구성사업자(제95조의3 제1항)이다. 임원·관리인·구성사업자가 단체인 경우는 당해 단체의 임원이나 관리인을 처벌대상으로 하며(제95조의3 제2항), 위반계획 또는 위반행위를 알고 있는 것이 요건이라는 의미에서 고의범이다.

(5) 域外適用

외국에 소재하는 자에 대하여 형벌을 과하는 경우에도 실체법상 문제와 절차법상 문제, 기타 그들을 둘러싼 실무상 문제 등이 교착되는바, 실체법상 문제에 한정하여 서술하기로 한다.[36]

獨禁法 위반죄는 國外犯을 처벌하는 죄로 법정되어 있지 않으므로 國內犯의 경우에만 범죄가 성립한다.[37] 國內犯이란 구성요건의 일부를 구성하는 행위가 일본에서 행해지거나 또는 구성요건 일부인 결과가 일본에서 발생하는 것을 말한다. 結果發生이 범죄성립요건으로 되어 있지 않은 危險犯의 경우에도 그 취지를 감안하면 예정된 위험이 일본에서 현실화한 경우 구성요건의 일부인 결과가 일본에서 발생한 경우와 동일하게 취급해도 좋다는 견해가 유력하다. 국제사건에서 국내범 해당여부가 자주 논의대상이 된 몇 가지 범죄에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 제89조의 부당한 去來制限이나 私的 獨占 등 범죄[38]의 경우에는 경쟁의 실질적 제한이라는 결과의 발생이 구성요건으로 되어 있으므로 국내범으로 보아도 좋을 것이다. 공급자가 모두 외국에 있는 경우 결과는 국외에서 발생한 것으로 보는 경우도 있지만 市場이란 공급자와 수요자로 구성된다는 것이 獨禁法의 기본중의 기본이고, 영향 받는 수요자가 국내에 있으면 국내에서 결과가 발생하였다고 해도 충분할 것이다.

둘째, 제90조 제3호의 確定排除措置命令 위반죄[39]와 관련하여, 배제조치명령에서는 특정행위를 할 것과 하지 말 것을 명령하는 일이 많으며, 대상자가 외국에 있는 경우

35) 最判 昭和59년 2월 24일 (昭和 55 (あ) 2153) 刑集 38권 4호 1287面 [석유제품 가격협정 형사] (刑集 1323~1327面).

36) 역외적용의 문제와 관련하여 川合弘造, "域外企業の企業結合に對する日本の獨占禁止法の適用", 「NBL」, 905호, 2009, 54面 참조.

37) 일본 刑法 제1조, 제8조.

38) 이들 범죄에 대한 설명은 白石忠志, 전게서, 639~642面 참조.

39) 이에 대하여는 白石忠志, 상게서, 642~644面 참조.

에는 국내범이라고 할 수 없을 것이다. 대개 危險犯이라도 위험이 일본에서 현실화한 경우에는 국내범으로 볼 수 있다는 견해에 따르면 통상의 배제조치명령에 위반하는 행위도 국내범으로 볼 수 있을 것이다. 나아가 배제조치명령의 주문에 있어서 행위에 의하여 국내에서의 결과를 초래하는 것을 금지한다는 형태로 명령을 계획하면 국내범에 관한 원칙적 견해로 국내범으로 볼 수 있을 것이다.

셋째, 제91조의2의 신고의무 위반이나 제94조 제1호의 보고명령 위반의 경우에는 이것에 의하여 발생하는 일본에서의 위험이라는 것을 관념하는 것이 간단치 않으므로 국내범으로 보는 것도 간단치 않다.[40]

2. 各論的 檢討

獨禁法上의 犯罪는 제89조~제91조의2 및 제92조의2~제94조의2에 규정되어 있다. 이하에서는 주로 제89조와 제90조 제3호에 대하여 서술한다. 모두 양벌규정에서 業務主 重科가 행해지고 있다.[41]

(1) 不當한 去來制限罪(제89조)

獨禁法상의 죄에 관한 기존의 거의 모든 사례와 논의는 제89조 제1항 제1호 후단의 不當한 去來制限罪를 염두에 두고 행해져 왔다. 논의된 論點의 다수는 형벌에 특유한 것이라기 보다는 獨禁法의 違反要件論에 관한 것이 많다.[42] 부당한 거래제한죄는 형법 제96조의3의 談合罪로 가중되는 경우가 많다. 가령 '1회 한도의 담합'이라도 부당한 거래제한에 해당될 수 있다고 해석하면, 兩罪는 대개 완전히 가중된다. 양죄는 관념적 경합의 관계에 선다. 대체로 어느 범죄나 특색이 있다. 부당한 거래제한죄는 담합죄와 달리 법정형이 약간 높고 양벌규정도 준비되어 있다. 그에 대하여 담합죄는 부당한 거래제한과 달리 公正取引委員會에 의한 고발을 소송조건으로 하고 있지 않다.

한편 제89조 제1항 제1호 전단의 私的 獨占의 罪에 대하여는 이제까지 사례도 없고 논의도 되고 있지 않으나, 부당한 거래제한과 동일하게 경쟁이 정지된 사건에 관계하는 경쟁자간의 힘 관계가 대등하지 않기 때문에 사적 독점이라는 구성이 취해지지 않

40) 白石忠志, 상게서, 639面 참조.

41) 제93조의 비밀누설 등에 대하여는 白石忠志, 전게서, 429面, 제94조의 행정조사 거부 등에 대하여는 白石忠志, 전게서, 448面 등 참조.

42) 예컨대, '일정한 거래분야'의 해석, '공공의 이익에 반하여'의 해석, 부당한 거래제한의 성립시기, '계속범 · 상태범' 논쟁과 '상호구속 · 수행' 논쟁 등이 그것이다. 각각 白石忠志, 상게서, 15~17面, 92~94面, 138~139面, 142~147面 등 참조.

을 수 없는 사건 등에 있어서는 악성의 부당한 거래제한 사건과 격차가 없으므로, 고발사건이 나타나도 이상하지 않다.

제89조 제2호는 제8조 제1호 위반죄를 규정하며,[43] 제89조의 죄는 동조 제2항에 의하여 미수죄도 처벌된다. 法定刑으로서는 징역과 벌금이 정해져 있고, 제92조에 의하여 징역과 벌금을 병과하는 것도 인정된다. 또한 실제 量刑에서 실형이 부과되는 일은 없다. 이 밖에 특허 등 취소와 정부와의 계약의 정지(제100조), 사업자단체의 해산(제95조의4) 등을 선고할 수 있게 되어 있으나, 실제 선고사례는 없다. 제89조의 죄는 양벌규정의 대상이고, 더구나 벌금의 다액에 대하여 업무주 중과가 규정되어 다액이 5억엔으로 되어 있다.[44]

제89조의 죄와 형법 제96조의3의 談合罪와는 관념적 경합의 관계에 있다. 대개 양벌규정이 없는 담합죄의 요건을 법인이 충족하는 일은 없으므로 관념적 경합을 논할 수 있는 것은 자연인사업자나 자연인종업자에 한정된다. 또한 입찰담합의 기본합의와 그에 기인하는 수주조정이 어느 것이나 실행행위로 된 경우에는 包括的 一罪로 된다.

일정한 경우에는 벌금 상한액이 커지는 竝合罪로 처리된다.[45] 즉, 복수년도에 걸쳐 연속하여 기본합의·受注調整이 행해진 경우에는 병합죄로 되는 것이 통례로 되어 있다.[46] 기타 복수의 발주자마다 복수의 기본합의가 동일한 기회에 발생되고 있지만, 각각의 수주조정의 주체, 일시, 장소가 다른 것을 이유로 개개 발주자를 둘러싼 사건이 병합죄의 관계에 선다고 한 사례가 있다. 法定刑에 따라 제89조의 죄의 공소시효기간은 3년이다.[47]

(2) 確定排除措置命令 違反罪(제90조 제3호)

제90조 제3호는 확정 배제조치명령에 위반하는 죄를 규정한다. 배제조치명령의 실효성을 높이려는 것이다. 확정 배제조치명령위반에 대하여 형사책임을 묻기 위해서는 배제조치명령의 내용이 구체성을 갖고 있을 것 등 조건이 구비되어야 한다. 과징금납부

43) 특정사건에서 부당한 거래제한과 제8조 제1호 위반 중 어느 것을 선택할 것인가, 중첩적 적용이 있을 수 있는가 하는 문제 등에 대하여는 白石忠志, 상게서, 111~112面 참조.

44) 獨禁法 제95조 제1항 제1호·제2항 제1호.

45) 일본 刑法 제45조, 제48조 제2항.

46) 물론 그것에 필요한 사실인정이 행해지면 그 처리는 당연하다고 할 수 있지만, 대국적으로 보아 기본합의를 연도마다 세밀히 인정하는 관행이 상태범설에의 대책으로 생겨난 것이라면, 가령 계속범설을 취하는 것을 검토해도 좋을 것이다. 白石忠志, 전게서, 632面 참조.

47) 刑事訴訟法 제250조 제6호, 국제적 색채를 갖는 부당한 거래제한 죄가 국내범이라고 할 수 있는가의 문제에 대하여는 白石忠志, 상게서, 638~639面 참조.

명령에 위반하는 행위는 제90조 제3호의 적용대상 밖이며, 제70조의9에 의해 집행된다.

法定刑으로 징역과 벌금이 규정되어 있고 제92조에 의하여 징역과 벌금의 병과를 하는 것도 인정된다. 이밖에 특허 등 취소나 정부와의 계약 정지(제100조), 사업자단체의 해산(제95조의4)을 선고할 수 있다. 제90조 제3호의 죄는 양벌규정 대상이다.[48]

2005년 獨禁法 개정에 의하여 제90조 제3호의 죄의 일부에 대하여는 벌금의 다액에 대하여 업무주 중과가 규정되고, 다액이 3억 엔으로 되었는데.[49] 이는 배제조치명령의 실효성을 더 높이려는 것이다.

불공정한 거래방법이나 제8조 제2호 이하의 위반행위에 관한 확정 배제조치명령위반행위에 대하여는 불공정한 거래방법이나 제8조 제2호 이하의 위반행위 자체에 대한 벌금이 존재하지 않거나 혹은 업무주에 대하여 중과되고 있지 않으므로 이하와 같은 문제는 발생하지 않으며 모든 경우에 대하여 벌금의 다액은 3억 엔이 된다.

그에 대하여 사적독점 · 부당한 거래제한 · 제8조 제1호 위반행위에 대한 배제조치명령 중, 배제조치명령 시점까지 발생된 "위반행위의 금지를 명하는 부분"에 위반한 경우는 종전대로 제89조에 규정된 벌금형만 부과된다.[50] 악성이 강한 것만큼 벌금의 다액이 적다는 약간 부자연스런 규정으로 보이지만, 그러한 배제조치명령위반행위는 오히려 그 자체를 새로운 사적독점 · 부당한 거래제한 · 제8조 제1호 위반행위로서 제95조 제1항 제1호, 제2항 제1호에 의하여 벌금의 다액을 5억 엔으로 하는 방향으로 소추해야 한다는 생각에 기인하는 것과 같다.

그렇게 보면, '위반하는 행위의 금지를 명하는 부분'에 違反한다란 즉, 배제조치명령 당시 현실로 발생된 위반행위를 중지할 것을 명하는 부분만을 가리키는 것이고, 장래의 동종의 행위를 금지하는 명령은 포함되지 않는다고 해석된다. 그렇게 해석하지 않으면 기왕의 위반행위에 대한 排除措置命令[51]에 위반한 자가 장래의 동종의 행위를 금지당하고 그에 위반한 경우에는 문리상 당연히 벌금의 다액이 3억 엔이 되는 것과의 整合性이 상실된다. 대체로 이와 같이 장래의 동종의 행위를 금지하는 명령에 위반하는 행위에 대하여는 어떻든 벌금의 다액이 3억엔이 된다는 것이면, 이상과 같은 복잡한 구분을 하는 것 자체의 입법론상의 의미를 다시 묻지 않을 수 없다. 이상의 법정형에 따라 제90조 제3호 죄의 공소시효기간은 3년이다.[52]

48) 獨禁法 제95조 제1항 제2호, 제3호, 제2항 제2호, 제3호.
49) 獨禁法 제95조 제1항 제2호, 제2항 제2호.
50) 獨禁法 제95조 제1항 제3호, 제2항 제3호.
51) 獨禁法 제7조 제2항, 제8조의2 제2항.
52) 일본 刑事訴訟法 제250조 제6호.

배제조치명령위반에 대하여는 過怠料 규정이 있다(제97조). 과태료는 行政罰이므로 배제조치명령 대상자가 비자연인인 경우에도 비자연인에 대하여 과태료를 부과하게 된다.[53] 배제조치명령위반행위가 있더라도 위반행위의 태양, 정도 기타 제반 사정을 고려하여, 처벌을 요하지 않는다고 인정할 때는 처벌하지 않는다는 취지의 결정을 할 수도 있다는 최고재판소의 결정이 있다.

이 過怠料는 배제조치명령위반에 대하여 형을 과할 때는 부과되지 않는다(제97조 단서). 이를 근거로 제97조는 미확정 배제조치명령만을 대상으로 하는 규정이라는 도쿄고법 결정이 있고, 그와 동일한 취지를 서술한 문헌이 다수 있는데, 이는 의문이다. 왜냐하면, 모든 부당한 거래제한이 죄를 부과받는 것으로는 생각되지 않으며 그 일부만이 범칙사건으로 판단되어 고발대상이 되는 것과 마찬가지로, 모든 확정배제조치명령이 죄를 부과받는 것은 아니기 때문이다. 오히려, 확정배제조치명령의 실효성을 확보하기 위한 간이수단으로, 과태료 제도의 활용을 하나의 선택지로 하는 쪽이 자연스럽다.[54]

제97조의 過怠料 제도는 배제조치명령에 대하여 제70조의6에 기초하여 東京高法의 결정으로 집행정지를 받았지만 결국은 당해 배제조치명령이 취소되지 않고 확정된 경우의 보증금 등 沒取制度(제70조의7)와 표리일체의 관계에 있는바, 沒取額과 제97조의 과태료 상한액 사이에 괴리가 발생하여도 모순은 아니라고 본다.[55]

Ⅳ. 刑罰制度와 過徵金制度 竝存의 問題點

형벌제도와 과징금제도가 병존하는 것은 헌법상 二重處罰禁止의 原則에 반하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기되고 있다.[56]

이 문제와 관련하여, 법인세법상 추징세가 포탈범에 대한 형벌과 병존하는 것을 둘러싸고 日本 最高裁判所 판결이 존재한다. 이 판결의 해당부분을 보면, 피고인의 반사회성과 반도덕성에 착안하는 형벌과는 달리, 과징금은 위반이 있으면 원칙적으로 부과되며, 위반행위의 억지를 목적으로 하는 조건을 충족하면 제재적 의의를 갖는 것을 부

53) 과태료 부과절차는 非訟事件節次法 제161조 이하에 따라 진행되는데, 東京高法의 전속관할로 되어 있고, 다섯 명의 法官의 특별한 합의체가 취급한다. 獨禁法 제86조, 제87조 참조.

54) 과태료가 확정배제조치명령 위반으로도 부과될 수 있음을 암묵의 전제로 하면서도 90조 3호에 의한 형벌과 97조에 의한 과태료와의 성격의 차이를 논하는 것으로서 京藤·丹宗岸井 編, 308쪽 참조.

55) 白石忠志, 전게서, 489面 각주 252 참조.

56) 양 제도의 병존에 대한 헌법적 평가에 관한 상세 내용은 白石忠志, 전게서, 496~499面 참조.

정할 수 없더라도 '行政上 措置'로 되어 형벌과 병존해도 憲法에 違反되지 않는다.

이와 같이, 公正取引委員會를 포함한 독금법 분야에서의 논의의 대세는 독금법의 과징금제도에 위의 고려요소 외에 말하자면 과징금은 위반행위에 의하여 얻은 부당이득의 금액을 넘지 않으며 부당이득을 박탈하기 위한 제도로서 제재가 아니므로 이중처벌금지의 원칙에 저촉되지 않는다는 점을 추가하여 강조해 왔다. 이러한 소위 '不當利得剝奪論'은 헌법 취지에 반한다는 근본적 비판을 받아, 구체적 사례에서 문제를 보이면서도 입법론이 제기되기 전에는 크게 지지를 받았다.

그 후 不當利得剝奪論은 합헌론의 근거로서는 포기되었으며, 일본 대법원 판결에서 위반이 있으면 원칙적으로 부과되는 것이고 위반행위의 억지를 목적으로 하고만 있다면 헌법에 위반되지는 않는다는 점만이 강조되게 되었다.[57]

V. 日本 獨禁法上 刑罰制度의 特徵

위에서 살펴본 바와 같이, 일본 독금법상 형벌제도는 우리 獨占規制法상의 형벌제도와 많이 유사하다. 이는 우리 법제의 성립시기에 일본 獨禁法이 많이 참조된 까닭일 것이다. 그럼에도 불구하고 일본 독금법상 형벌제도가 갖고 있는 몇 가지 특징이 있다.

첫째, 형사사건에 연계되는 公正取引委員會의 조사는 2005년 獨禁法 改正 후에는 이른바 犯則調査 권한에 의하여 행해지고 있다. 이와 관련하여 전속고발 대상이 되는 獨禁法 제89조 ~ 제91조의 죄에 대하여 公正取引委員會에 의한 고발 전에 검찰관이 수사하는 것이 허용된다는 견해가 일반적이다. 소송조건 충족 여부와 수사착수 요건 충족 여부는 별개라는 것이 그 근거이다. 獨禁法상 이와 같은 범칙조사제도가 마련된 후 검찰관에 의한 형사고발 전 搜査가 점점 활발해지고 있다고 한다.

둘째, 三罰規定이다. 일본 獨禁法 제95조의2와 제95조의3은 직접 위반행위를 한 것이 아닌 일정범위의 自然人에 대한 벌금형을 규정하고 있는데, 이른바 '三罰規定'으로 불리는 것이 그것이다. 이에 따라 獨禁法 위반에 의하여 처벌대상이 될 수 있는 자연인은 법인 대표자와, 사업자단체 임원, 관리인 또는 구성사업자 등이다.

셋째, 일본 獨禁法은 우리나라 독점규제법의 '域外適用' 규정이 없다. 그에 따라 국외에서 행해진 독금법 위반행위에 대하여 이를 解釋에 의하여 역외적용을 시도하고 있는바, 이 부분에서 우리 독점규제법은 확실한 법적 근거를 두고 있는 만큼 입법적 해결이 앞서 시도된 부분이라 하겠다.

57) 白石忠志, 상게서, 496~499面 참조.

Ⅵ. 結 語

이상 일본 獨禁法상의 형벌제도에 관하여 전반적으로 고찰하였다. 우리나라 獨占規制法의 입법 당시부터 일본법제는 크게 참고가 되었으므로 그 입법의 내용은 매우 유사성을 띠고 있다. 하지만 일부 조항에서 약간의 차이를 보이고 있고 어떤 부분에서는 우리 법에만 있는 사항도 보인다.

최근 미국, 유럽, 중국, 인도 등 많은 주요 국가들의 競爭法[58]을 분석해 보면 국내기업에 대한 경쟁법 적용의 강화뿐 아니라 외국기업에 대한 경쟁법 위반행위의 철저한 단속에 힘쓰고 있는 것이 대세라 할 수 있다. 일본 경쟁법의 경우도 이와 크게 다를 것이 없다고 생각되는바, 일본 독금법상의 형벌제도 및 그 집행의 상세한 분석 및 일본 독금법제 개선 전망 등의 고찰을 통하여 우리 독점규제법제 개선에 도움이 될 수 있기를 기대한다.

참고문헌

권오승, 「경제법」, 법문사, 2009.

박상룡 · 엄기섭, 「경제법원론」, 박영사, 2006.

이천현, 「독점규제법위반행위에 대한 형사법적 대응방안」, 한국형사정책연구원 연구총서 2003-17, 2003.

정 완, "EU 경쟁법상 규제강화와 대응에 관한 고찰", 「경희법학」, 제45권 제1호, 경희법학연구소, 2010.

_____, "미국 법무부의 반트러스트법 집행에 관한 고찰", 「KHU 글로벌기업법무리뷰」, 제3권 제1호, 경희법학연구소, 2010.

_____, "인도의 경쟁법과 경쟁정책", 「법과정책연구」, 제10집 제1호, 한국법정책학회, 2010.

58) 유럽의 경쟁법 동향에 대하여는 정완, "EU 경쟁법상 규제강화와 대응에 관한 고찰", 「경희법학」, 제45권 제1호, 경희법학연구소, 2010; 미국의 경쟁법 동향에 대하여는 정완, "미국 법무부의 반트러스트법 집행에 관한 고찰", 「KHU 글로벌기업법뮤리뷰」, 제3권 제1호, 경희법학연구소, 2010; 인도의 경쟁법 동향에 대하여는 정완, "인도의 경쟁법과 경쟁정책", 「법과정책연구」, 제10집 제1호, 한국법정책학회, 2010 등 참조.

_____, "독점규제법상 동의명령제 도입에 관한 고찰", 「형사정책연구」, 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.
_____, "공정거래위원회의 전속고발제도에 관한 고찰", 「외법논집」, 30집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008.

白石忠志, 「獨占禁止法(第2版)」, 有斐閣, 2009.
根岸哲 · 舟田正之, 「獨占禁止法概說」, 有斐閣, 2006.
谷原修信, 「現代獨占禁止法」, 中央經濟社, 2003.
和田健夫/稗貫俊文/向田直範/內田耕作, 「經濟法-獨占禁止法と競爭政策(第4版)」, 有斐閣, 2003.

川合弘造, "域外企業の企業結合に對する日本の獨占禁止法の適用", 「NBL」, 905号, 2009.
木目田裕 · 藤井康次郎, "企業犯罪搜査, 犯則調査等の動向と企業の對應", 「NBL」, 842号, 2006.
落合俊和 · 安達敏男, "獨禁法違反事件の刑事告發をめぐる諸問題", 「司法研修所論集」, 88号, 1992.
岩村修二, "獨占禁止法の抑止力强化の動向について", 「判例タイムズ」, 737号, 1990.
西田典之, "獨占禁止法における刑事罰の强化について", 「經濟法學會年報」, 1990.

[Abstract]

A Study on the Punishment System under Japanese Competition Law

Choung, Wan
Professor, Kyung Hee University Law School

Japanese Competition Law stems from the virtually verbatim adoption of United States antitrust law during the occupation years following World War II. However, distinctive Japanese elements have emerged with major amendments to the original Japanese Antimonopoly Act (JAA) in 1953, 1977, and 2005, with the result that Japanese antitrust law stands today as a uniquely important body of legislation and

case law playing a significant role in international trade

However, the existence of cartels are still legalized with the following notes. Cartels calculate penalties beforehand and include such penalties as costs of business. Penalty calculations, which do not correlate with profits, present insufficient financial disincentives for businesses to collude. Courts in Japan lack contempt powers to ensure compliance with the JFTC's cease and desist orders.

This article has focused about the punishment system under Japanese Competition Law.

Key Words : Japanese Competition Law, Exclusive Accusation, Punishment System, Fair Trade Commission, Extraterritorial Application