

公正去來秩序와 刑法政策

李相噉*

차 례

- I. 公正거래형법의 현황
 - 1. 公正성 - 시장의 경제성과 도덕성의 수렴점
 - 2. 公正거래형법의 현실
 - 3. 公正거래형법의 개혁과제
- II. 불공정거래행위의 불법구조
 - 1. 불공정거래행위의 유형
 - 2. 불법구조
- III. 불공정거래의 제재수단 분석
 - 1. 제재수단의 유형화
 - 2. 제재수단의 법이론적 배열
- IV. 형법정책의 방향
 - 1. 형법체계초월적 전망
 - 2. 형법이론적 전망

* 高麗大 法大 教授, 法學博士

I. 공정거래형법의 현황

1. 공정성 - 시장의 경제성과 도덕성의 수렴점

자본주의체제가 발전할수록 시장과 거래의 공정성(fairness)은 더욱 더 중요해진다. 많은 사람들이 공정성은 자유로운 시장이 재화의 불평등 분배를 빚어내더라도 어느 정도까지는 사회적 통합을 이뤄내는 힘을 발휘한다고 믿기 때문이다. 그 믿음은 나름대로 근거를 갖고 있다. 왜냐하면 공정성은 생산의 측면에서는 증장기적으로 '경제적 효율성'을 증대시키고, 분배의 측면에서는 그렇게 증대된 효율성에 따라 각 개인에게 분배될 재화의 몫을 증대시키기 때문이다.¹⁾ 또한 공정성은 자원배분의 합리성이라는 후생경제학적 버전에서 이해될 경우에는 미약하나마 재화의 지나친 편중분배도 얼마간 지양시킬 수 있는 이념의 기초가 될 수도 있다. 더 나아가 공정성은 경제영역에서 사회적 약자나 소수자인 사람들(예 : 소비자, 노동자)의 비판적인 감시적 참여를 허용함으로써 얼마간 경제의 민주성을 실현할 수 있게 하기도 한다. 물론 공정성은 경제민주주의의 완전한 실현²⁾에 이르기에는 아직 거리가 멀다.

이런 시장과 거래의 공정성은 개도국에서 벗어나 OECD 회원국이 된 시점을 전후로 우리나라의 경제영역에서도 점차 가장 중요한 도덕적 정언명령이 되어가고 있다. 시장과 거래의 공정을 담보하는 대표적인 법은 <독점규제 및 공정거래에 관한 법률>³⁾이고, 이 법을 관장하는 국가기관은 공정거래위원회⁴⁾이다. 공정위는 세칭 '경제검찰'로 불리며 그 위상이 날로 높아간다. 경제검찰이라는 비유는 공정거래(형)법 위반에 대한 수사의 실질을 공정위가 하기 때문만이 아니다. 공정위는 검찰이 수사와 공소유지 및 형집행을 통해 생활세계를 도덕화하는 것처럼, 불공정거래행위를 통제함으로써 시장영역을 도덕화하기 때문이다. 하지만 공정위의 도덕화 기획은 근본적으로는 경제적 효율성과

1) 이는 롤즈(Rawls)의 최소극대화(maxmin)원칙(Rawls, A Theory of Justice, 1971)에 대한 나의 법경제학적 해석이라 할 수 있다.

2) 이를 테면 생산라인의 확대, 해외투자 등과 같은 개별적인 경영판단과 전략에 대해 노동자(노동조합)가 경영자와 공동으로 결정하는 제도를 들 수 있다. 국내에서는 2003년도 현대자동차의 단체협약에 포함된 내용의 일부가 이러한 경향에 있는 것으로 볼 수 있다.

3) 이하에서 공정거래법으로 약칭한다.

4) 이하에서 공정위로 약칭한다.

조화되는 선에서만 이루어진다. 물론 주관적 권리의 체계로 재구성된 도덕을 제도화한 근대형법이 사적 복수의 악순환이라는 역사와 비교해볼 때 상대적으로 분쟁해결의 사회적 비용을 감소시킨다는 식의 법경제학적 해석에서⁵⁾ 보면 검찰의 도덕화 기획도 거시적인 경제적 효율성과 아주 무관하지는 않다. 하지만 공정위에 의한 시장의 도덕화 기획은 그런 미약한 경제적 효율성을 넘어서 적극적인 의미, 이를 테면 후생경제학적 관점에서 말하는 최적의 배분적 효율성, 바꿔 말해 파레토 최적(Pareto optimal)에 수렴될 수 있는 한에서만 추진된다. 그러니까 파레토가 말하는 '사회구성원 모두에게 가장 높은 효용을 가져다주는 자원배분'이 가능한 시장상태는 공정위가 좇는 도덕성이 수렴되는 경제성이라고 할 수 있다.

2. 공정거래형법의 현실

현행 공정거래법에는 중요한 불공정거래행위의 대부분에 벌칙조항을 마련하고 있다. 이 공정거래형법은 이와 같은 의미로 경제성과 도덕성이 균형 잡힌 시장상태를 구축하는데 필요한 인프라로 기능할 것으로 기대된다.

(1) 공정거래형법의 역할범위

그런데 현행 공정거래법은 ① 단지 시장을 경쟁적 구조로 짜는 데 그치지 않고 ② 개별거래행위의 공정성을 실현하는 과제를 함께 짊어지고 있다. 앞의 경우에 형법은 시장구조정책을 현실에 옮기는(Implementation der Politik) 도구가 되고, 뒤의 경우에 형법은 경제생활세계에 이미 문화적으로 전승된 도덕규범을 확인하고 관철하는 제도로 자리 잡는다. 또한 시장구조정책의 수단으로 작동하는 형법도 다시금 앞서 설명한 경제성과 도덕성이 수렴되는 시장상태, 즉 경쟁적 시장구조의 구축에 직접 기여하는 경우(①-1)와 단지 간접적으로만 기여하는 경우, 예컨대 반재벌정책(예 : 지주회사 설립금지, 대규모 기업집단 소속 계열회사 사이의 상호출자나 상호채무보증의 제한 등)처럼 경제력 집중을 억제하는 정책을 수행하는 경우(①-2)로 나뉠 수 있다. 공정거래법의 역할을 시장구조정책에 국한할지(②의 배제) 아니면 개별거래행위의 공정성 확보까지 포함할지, 또 그 중에서도 반재벌정책(①-2)은 제외하고 독점규

5) 이런 해석으로 Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, 1991, 202면; 이상돈, 「형법학」, 1999, 50면 참조.

제정책(①-1)에만⁶⁾ 국한할지가 경제법학에서는 큰 논란이 되고 있다.

이 논란은 경제체제에 대한 이데올로기적 대립의 냉전을 형성한다. 하지만 공정거래질서의 확립에서 형법이 어떤 역할을 해야 하는지는 그와 같은 경제법학적 논의에 들어가 어떤 입장을 취할 것인지를 먼저 결정해야만 하거나 또는 그렇게 함으로써만 비로소 정해질 수 있게 되는 것은 아니다. 어떤 역할이든 간에 형법규범으로서 정당성을 가질 수 있는지는 다양한 형법이론에 의해 독자적으로 검토될 수 있다. 다만 경제법학적 논란의 전개 자체는 적어도 경쟁적 시장구조의 형성과 유지가 공정거래법이 작동해야 하는 '중심영역'이고 재벌정책은 그 다음, 그리고 개별거래행위의 공정성 확보는 가장 '주변영역'에 속한다는 잠정적인 판단을 가능케 한다.

(2) 편향적 운영

공정거래형법의 정당성에 대한 검토에 들어가기에 앞서 공정위의 실무현실은 비판적 관점의 출발이 될 수 있고, 또한 그래야 한다. 공정위의 활동을 종합적으로 평가하면 경쟁적 시장구조의 확립보다는 개별거래행위의 공정성 확보에 상당히 편향된 모습⁷⁾을 보인다고 할 수 있다. 이처럼 시장의 구조적 불공정성보다 개별거래행위의 불공정을 시정하는데 집중하는 실무는 '부도덕한 시장 속의 도덕적 개인'이라는 모순적인 인간상을 전제할 수 있다. 공정하기 어려운 구조 속에서 그 구조는 그냥 놔둔 채 개별적인 거래행위만 공정할 것을 요구하는 것은 '집단지 책임의 개별적 귀속'이라는 비판을 면하기 어렵다.

이러한 구조적 편향의 원인에 대한 분석은 다양할 수 있지만, 개별거래행위에서 불공정성이 좀더 명확하고 승소가능성이 높다는 분석⁸⁾은 주목할 만하다. 비록 형사처벌에까지 이르는 경우는 적다고 해도, 형사고발권을 쉽게 행사할 가능성을 가지고 있을 때 공정위는 자신이 내리는 시정명령이나 각종 의무 이행확보수단(예 : 부당이득세, 과징금, 가산세, 공급거부, 관허사업의 제한

6) 예컨대 반재벌정책을 공정거래법의 과제로 보는 권오승, 「경제법」, 1999, 93~94면, 238~240면; 이에 반해 독점규제에 국한하자는 견해로 이문지, "한국 독점규제법 비판", 자유와 개혁, 59~60면 참조.

7) 예를 들어 공정위가 발간한 2000년도 공정거래백서를 보면 1981년부터 2002년 말까지 20년간 공정거래법위반사건은 15,511 사건이고 이중 5,521건이 불공정거래행위이며 불공정거래행위의 하나로 볼 수 있는 불공정하도급거래행위가 4,881건으로 이 둘의 합계는 전체 사건의 67%에 이른다.

8) 서정, "독점규제법 집행에 관한 연구", 서울대 석사학위논문, 1998, 24면.

등)도 실효성을 가질 수 있다는 관점에 서기 쉽다.⁹⁾ 그런데 형사고발권은 어떤 행위가 공정거래형법에 위반되는 지를 분명하게 판단할 수 있을 때 자유로운 활용이 가능하다. 헌법적으로 높은 명확성이 요구되는 형사불법이고 보면 공정위가 고발권을 자유로이 활용할 수 있는 가능성을 확보하는 범죄유형은 공정거래형법 가운데에서도 개별적인 불공정거래행위라고 볼 수 있다. 바로 이런 점에서 공정위의 통제대상에서 제외되어야 한다는 비판을 받으면서도 개별적 불공정거래행위에 공정위의 통제가 집중되는 이유를 이해할 수 있다.

(3) 집행결핍

하지만 이런 편향성에도 불구하고 개별적인 불공정거래행위를 범죄화하는 규정은 다른 공정거래형법규정과 마찬가지로 범위반행위에 대해 실제로 적용되는 확률이 현저하게 낮은 현상을 보이고 있다.¹⁰⁾ 그러니까 공정거래형법은 다른 어떤 전문형법에 비해서도 집행의 흠결(Vollzugsdefizit)¹¹⁾이라는 현대형법의 특징을 매우 두드러지게 보이고 있는 셈이다. 이런 집행의 흠결은 물론 공정위가 형벌권 발동의 전제인 전속고발을 일반적으로 다른 통제수단이 효과를 충분히 발휘할 수 없는 경우에만 보충적으로 사용하는 경향, 그리고 경제영역에다 사법의 칼날을 지나치게 휘둘러 경제를 그르치지 않으려는 절제의 미덕¹²⁾에서도 비롯된다.

하지만 여기에다 간과할 수 없는 또 다른 중요한 이유가 있다. 그것은 공정위가 제제한 사건의 다수를 차지하는 개별적인 불공정거래행위의 불법이 갖는 특징이다. 즉 개별적인 불공정거래행위는 공정거래법 이외에 소비자보호법이나 광고사기 등을 규제하는 광고의 공정화에 관한 법률 등과 같은 다른 법률들이 규제하는 행위와 그 불법의 실질이 많은 경우에 중첩되고, 더 나아가 기존 민법상의 불법행위나 형법전의 재산범죄(예 : 사기죄)와도 중첩된다는 점이

9) 이 점은 공정위가 계좌추적권 같은 강제수사권을 확보하려는 강한 경향을 보이는 데에서도 잘 드러난다.

10) 공정위가 발간한 2000년도 공정거래백서, 480면 아래를 보면 1981년에서 2000년 말까지 총 제재건수는 15,511건이며 이중 공정위가 형사처벌을 위해 전속고발권을 행사한 경우는 213건으로 전체의 약 1.4%에 불과하다.

11) 환경, 경제 형법 등의 영역에서 집행의 흠결을 구조적으로 분석 비판한 Albrecht, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, 182~209면 참조.

12) 이런 관점에서 전속고발권의 합헌성을 근거지운 헌재결 1995.7.21, 94헌마191 참조.

다. 다시 말해 개별적인 불공정거래행위는 검찰의 수사와 통제가 직접 미칠 수 있는 반경 안에 있는 범죄행위로도 해석될 수 있는 것이다. 여기서 공정위는 재산범죄적인 요건을 충족할 가능성이 보이는 개별적인 불공정거래행위에 대해서는 행정법적 제재만을 가하고, 형벌권의 행사는 검찰의 판단에 내맡기는 권한준중의 태도를 가질 수밖에 없다.¹³⁾ 이런 태도는 공정거래형법을 동원하는 비율의 현저한 저하를 가져온다.

3. 공정거래형법의 개혁과제

이상과 같은 공정거래형법의 현실은 이중적인 개혁의 과제를 던져준다. 첫째 개혁과제는 공정거래법의 중심영역(시장구조정책영역)은 놔두고 주변영역(개별적 거래행위)에서 형법이 주로 기능하는 현실을 어떻게 바꿀 것인가 하는 문제이다. 이 문제를 두고 두 가지 방안, 즉 형법을 실제로 '시장구조정책을 현실화'하는 수단으로 기능하게 하는 방안(형법의 정책도구화)과 정반대로 그런 수단의 자리를 다른 법에 내주고 형법은 철수하는 방안(비범죄화)이 대립전선을 펼칠 수 있다. 어떤 방안이 어떤 불공정거래행위에 대해 적절한 것인지는 시장구조정책의 대상이 되는 불공정거래행위들의 불법이 형사불법이 될 수 있는지, 만약 그렇지 못하다면 형법 이외에 다른 어떤 법적 통제가 적절한 제재수단이 될 수 있는지에 대한 법이론적 성찰을 거친 후에야 비로소 대답할 수 있다.

둘째, 공정거래형법은 자신이 주로 기능¹⁴⁾하는 공정거래법의 주변영역에 들어가서도 막상 집행되지 않는다는 모순, 그러니까 형법이론적 용어로 '상징형법'(symbolisches Strafrecht)¹⁵⁾의 상태를 어떻게 극복할 것인가 하는 과

13) 이런 절제와 권한의 상호준중은 법사회학적으로는 경제체제와 사법체제 사이의 통합(Systemintegration)의 의미를 지닌다. 전속고발권의 주체인 공정위와 검찰권의 주체인 검찰 사이의 상호준중은 체계통합의 매개점이 된다. 제71조는 이를 제도화하고 있다. 여기서 제71조 3항은 검찰이 고발이전에도 수사를 할 수 있다는 것(박미숙, 공정거래법상 전속고발제도, 형사정책연구소식, 2002, 11/12, 7면)이 아니라 - 특히 고발가능성에 대한 예측이 어려운 점을 고려하면 - 원칙적으로 수사를 자제하고, 설령 하더라도 임의수사만을 허용하는 것으로 해석되어야 한다. 반면 공정위는 고발에 관해 재량을 가지지만, 명백하고 중대한 위반에 대해서는 반드시 고발함으로써(제71조 2항), 사법체제를 존중하여야 한다.

14) 여기서 기능함이란 실제 처벌됨이 아니라 전속고발권의 행사를 통해 형사 처벌될 수 있다는 위협의 도구로 기능함을 말한다.

15) 이에 관해선 Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 553면 아래(배종대·이상돈 편역, 『형법정책』, 1999, 318면 아래 참조).

제가 있다. 이 과제를 해결하려면 개별적인 불공정거래행위의 불법이 형사불법에 속하는지를 형법이론적으로 성찰할 필요가 있다. 또한 핵심형법을 이루는 형법전의 재산범죄규정들과는 별개로 전문화된 형법이 개별적인 불공정거래행위가 일어나는 경제영역에서도 필요하고 또 정당한가도 성찰해 보아야 한다.

II. 불공정거래행위의 불법구조

이 성찰은 먼저 불공정거래행위의 중요유형을 개관하고 각 유형들이 갖는 불법의 구조를 전형적인 형사 불법의 그것과 비교할 것을 요구한다.

1. 불공정거래행위의 유형

현행 공정거래법이 규정하는 대표적인 불공정거래행위는 범죄행위로 통제되기도 하고 과태료가 부과되는 일탈행위로 제재되기도 한다.

(1) 불공정거래행위

범죄화되는 중요 불공정거래행위(법 제66조~제67조)는 다음 5가지로 분류할 수 있다.

- 유형 ① 시장 지배적 사업자의 지위남용행위 시장지배력을 이용하여 상품의 부당한 가격결정, 부당한 출고조절, 부당한 사업활동방해, 경쟁사업자의 부당한 시장진입방해, 경쟁사업자의 부당배제나 소비자 이익을 현저히 저해하는 행위(제3조의2)는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금(제66조 1항, 1호)
- 유형 ② 경쟁 제한적 기업결합 경쟁을 제한하는 다른 회사의 주식의 취득·소유, 다른 회사의 임원겸임, 다른 회사와의 합병, 다른 회사의 영업양수, 새로운 회사의 설립 그리고 강요 기타 불공정한 방법으로 기업결합을 하는 행위(제7조)는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금(제66조 1항, 2호)
- 유형 ③ 경제력집중의 억제 동일인이 지배하는 기업집단(대규모기업집단)의 경우에 지주회사의 (자회사[간]와 또는 계열회사와의 채무보증 등의) 행위제한(제8조의2, 제8조의3), (계열회사간의) 상호출자의 제한(제9조), 타 회사에 대한 출자의 총액제한(제10조), 계열회사에 대한 채무보증

금지(제10조의2), 금융 또는 보험회사의 의결권 제한(제11조)을 위반하는 행위는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금(제66조 1항 3호~7호)

- 유형 ④ 부당한 공동행위 다른 사업자와 공동으로 상품·용역의 가격, 거래조건, 거래량, 거래상대방 및 거래지역 등을 부당하게 제한하거나 영업의 공동수행 및 관리를 위한 회사의 설립 등의 행위¹⁶⁾(제19조)는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금(제66조 1항 9호)
- 유형 ⑤ 개별적 불공정거래행위 거래의 거절이나 차별취급, 경쟁자 배제, 고객유인·거래강제 등(상대방의 합리적 선택 방해), 자신의 거래상 지위를 이용한 거래, 상대방의 사업 활동을 구속 또는 다른 사업자의 사업 활동 방해, 특수 관계인이나 회사에 대한 현저히 유리한 조건의 제공 등이 부당한 경우의 행위(제23조), 재판매가격유지행위금지(제29조) 위반, 부당한 국제적 협정·계약금지(제32조) 등을 위반하는 행위는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원이하의 벌금(제67조)

(2) 행정법적 일탈행위

범죄화되어 있는 이들 주요 불공정거래행위에 대한 공정위의 행정법적 통제의 실효성을 위태롭게 하는 행위들도 범죄화되거나 과태료의 제재를 받는다.

- 유형 ⑥-1 시정조치·금지명령위반 공정위의 각종(앞의 유형 ①~⑤에 관련한) 시정조치나 금지명령에 응하지 아니하는 행위(제67조 6호: 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원이하의 벌금)
- 유형 ⑥-2 범죄화된 행정법적 의무 위반 각종 허위의 보고(또는 신고)나 보고(또는 신고)의무의 위반, 상호출자제한기업집단의 지정에 관련한 자료제출의 거부나 허위 자료제출, 기타 통지의무의 위반(제68조: 1억원 이하의 벌금)
- 유형 ⑦ 과태료의 제재를 받는 행정법적 의무 위반 대규모 내부거래의 이사회 의결의무 및 공시의무위반, 기업결합의 미신고, 계열회사편입·제외에 관련한 자료제출의 거부나 허위자료제출, 위반행위조사를 위한 공정위의 출석요구에 불응하거나 필요 자료의 제출거부, 허위보고 및 허위자료제출(제69조의2 1항), 공정위 심판정에서의 질서유지명령에 대한 불복종(2항) 등의 행위(사안에 따라 1천만, 5천만, 1억 또는 2억원 이하의 과태료)

16) 흔히 카르텔이라고 불리는 공동행위에 대한 이러한 개념정의는 대판 1993.2.23. 92도616 참조.

(3) 기능적 범죄목록

이상의 공정거래법상 일탈행위의 유형에서 보면 공정거래법은 그 본래의 관할영역인 시장구조정책영역에서 중요한 일탈행위들(유형 ①~④)을 가장 무겁게 처벌하고 있고, 주변영역이라고 할 수 있는 개별적 불공정거래행위(유형 ⑤)는 한 단계 가볍게 처벌하고 있다. 이러한 형벌의 차등은 공정거래법의 목적에 비추어 보면 타당하게 보이지만, 뒤에서 자세히 고찰하겠지만 그 행위들의 불법이 실질적으로 그런 법정형으로 상쇄시켜야 할 형사불법(Strafbarkeit)을 갖고 있는가 하는 관점에서 보면 회의적일 수 있다. 어쨌든 공정거래법의 목적 관점에서 보면 시장구조와 관련한 중요한 불공정행위(유형 ①~④)들을 시정하기 위한 공정위의 조치나 명령에 불응하는 행위(유형 ⑥-1)들을 개별적 불공정거래행위(유형 ⑤)와 동일한 법정형을 적용하는 것은 논리적이다. 왜냐하면 그런 일탈행위는 시장구조관련 불공정행위 그 자체는 아니고 그것을 시정하기 위한 공정위의 기능을 직접 위태롭게 하는 행위라는 점에서 불법은 약화되었지만 그러한 약화를 상쇄할 만큼 그 행위에 의해 위태화되는 법익은 개별적 불공정거래행위보다 더 중대하기 때문이다.

이처럼 정책적 목적달성의 관점에 의한 제재의 차등화는 과태료부과의 대상 행위에까지 이어진다. 목적달성의 관점에서 보면 이미 발생한 불공정행위를 신속하게 시정하는 것과 미래에 발생할 불공정행위를 철저히 예방하는 것은 똑같이 중요하다. 그러므로 앞의 시정조치 또는 금지명령의 불복종행위(유형 ⑥-1)와 공정거래체계의 유지·형성을 위한 공정위의 중요한 예방적 활동(예 : 상호출자제한기업집단의 지정)을 위태롭게 하는 행위들(유형 ⑥-2)은 동일한 법정형에 의해 제재될 수 있다. 다만 앞의 경우(⑥-1)가 '사후적 처벌'이라면 뒤의 경우(⑥-2)는 '예방적 처벌'이라고 할 수 있다. 예방적 처벌은 행정법적 의무, 그러니까 공정거래체계의 기능을 관리하는 공정위의 예방적 활동을 위태롭게 하는 행위의 금지를 내용으로 한다는 점에서 형법이 행정법의 영역으로 앞당겨지고, 형벌이 과태료의 영역으로 앞당겨진 것이라고 할 수 있다. 이를 두고 독일 형법학의 용어를 빌리면 (형법이 본래 관할하는 영역의) '앞마당에서의 범죄화'(Vorverlegung)¹⁷⁾라고 부를 수 있다. 여기서 시정조치

17) 이에 관해 자세한 것은 이상돈, 「형법학」, 1999, 28~35면 참조. 이를 형사처벌의 '전단계화'라고 표현하기도 한다.

나 금지명령의 불복중행위의 범죄화는 이미 발생한 불공정행위의 사후적 교정을 위해, 그것도 행정법적 의무위반의 행위에 대한 형사처벌이라는 점에서 - 불공정행위에 대한 형법의 관할을 정당한 것으로 가정한다면 - 형법의 '뒷마당에서의 범죄화'라고 부를 수 있을 법하다. 그러나 앞마당에서의 형사처벌이든 뒷마당에서의 형사처벌이든 공정거래체계의 형성·유지라는 목적의 달성을 위해 범죄화되고 있는 것임에는 차이가 없다.

이러한 목적관점에서 형벌을 기능화 하는 사고는 행정법적 의무의 위반에 대한 제재에서도 관찰된다. 범죄화된 행정법적 의무위반의 유형(⑥-2)보다는 상대적으로 경미한 의무의 위반, 바꿔 말해 그 의무의 위반이 공정거래체계의 기능을 위태화하기에는 아직은 미약한 위험원이 될 뿐인 행위들(유형 ⑦)은 단지 과태료라는 제재를 받게 된다. 공정위에 대한 자료제출의 거부나 허위자료제출이라는 외형상 동일한 행위양태가 어떤 경우는 범죄가 되고, 다른 경우는 행정법적 일탈행위가 되는 것도 그 행위의 불법유형이 '존재론적으로' 다르기 때문이 아니다. 그런 차별화는 '공정위가 공정거래체계를 형성·유지하는데 얼마나 장애가 되느냐, 바꿔 말해 공정위의 업무목적달성에 어느 정도의 장애를 초래하느냐 하는 관점에서 비로소 설명될 수 있다. 그러므로 현행 공정거래형법은 공정거래체계의 형성과 유지라는 목적의 관점에서 기능적으로 짜여진 범죄목록을 가지고 있다고 할 수 있다.

2. 불법구조

이와 같은 현행 공정거래형법의 범죄체계에 내재된 목적론적, 기능주의적 관점과 달리 일탈행위 자체의 존재론적 불법구조(ontologische Struktur des Unrechts)에서 바라본다면 불공정거래행위의 다양한 유형들은 다른 방식으로 정렬될 수 있다.

(1) 존재론적 관점

여기서 말하는 존재론적 관점이란 불공정거래행위들이 형법의 '정당한' 보호법익과 맺는 관계의 양상을 잣대로 범죄화와 기타 제재의 수위를 결정하는 관점을 말한다. 바꿔 말해 불공정거래행위들이 형법에 의한 보호가 '형법 이론적으로' 정당성이 인정되는 법익의 침해나 위태화의 영역 안에 들어와 있는지,

또 밖에 있다면 얼마나 먼 거리에 위치하고 있는지에 따라 그 행위들의 불법의 실질을 규정짓는 관점이다. 그리고 여기서 말하는 '형법이론'의 구체적 내용은 '법익론'이다. 형법은 전통적으로 개인들의 자유로운 행동이 서로 조화를 이룰 수 있기 위한 조건이며, 헌법의 기본권목록으로 침전되어 있는 법익을 보호하는 데 그 정당성을 발견해왔다. 또한 근대형법은 주관적 권리의 공정분배체계를 구현하는 행위규범을 설정하고 그 효력을 유지하는 방식으로 법익을 보호한다. 여기서 행위규범은 보통사람들의 삶의 세계의 기초규범을 이루는 것이며, 그런 점에서 형법은 "생활세계의 정당한 질서"¹⁸⁾라고 불리기도 한다. 인격적 법익론은 이러한 형법이해와 잘 어울리는 법익이론이다. 물론 이런 법익론의 진영에서도 형법은 개인의 권리뿐만 아니라 제도(예 : 국가의 존립이나 화폐제도 같은 국가적 또는 사회적 법익)나 사회체계의 인프라를 보호할 수도 있다. 하지만 그런 경우 형법의 정당성은 그런 보편적 법익의 보호라는 목적 그 자체에 놓여 있는 것이 아니라 그것을 통하여 개인의 법익이 실제로 보호되고 증진될 수 있다는 점이 입증될 때에만 인정될 수 있다.¹⁹⁾

(2) 공정거래형법의 보호법익

불공정거래행위를 범죄화한다면 그 보호법익이 무엇인지가 먼저 확인되어야 한다. 공정거래법은 "공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써, 창의적인 기업 활동을 조장하고, 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다"(제1조)고 규정한다. 이 목적강령은 법익론의 관점에서 재해석하면 공정거래형법의 법익은 보편적 법익인 공정거래체계의 형성·유지라고 할 수 있다. 이 보편적 법익은 다시 '자유로운 공정경쟁'(경쟁적 시장구조의 확립)'과 '국민경제의 균형 발전'(예 : 경제력집중의 억제)이라는 법익으로 구분되고, 이 법익들의 보호는 궁극적으로 소비자인 일반시민의 이익을 보호하기 위한 것으로 볼 수 있다. 보편적 법익의 보호에서 문제는 그것에 의해 실제로 개인의 법익이 널리 보호되는가 하는 점이다. 공정거래형법의 많은 조항들은 이런 의문에서 자유롭지 못하다.

18) Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd.2, 1981, 535면.

19) 인격적 법익론의 대표로 Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechts-gutslehre, FS-Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, 85면 아래(배종대·이상돈 편역, 「형법정책」, 1999, 339면 아래 참조).

(3) 소비자 이익의 보호와의 거리

하지만 불공정거래행위의 유형마다 소비자의 이익보호에 실제로 얼마나 기여하는지는 서로 다르다. 예컨대 경쟁사와 거래하는 편의점에게 다른 편의점에 비해 높은 가격으로 공급하는 행위²⁰⁾와 같은 개별적 불공정거래행위(유형 ⑤)는 '개개인'(최종소비자나 최종유통업자)의 이익을 '직접' 그리고 '인과적'으로 침해²¹⁾한다는 점에서 민사 불법과 형사 불법의 전형과 유사한 불법의 실질을 갖고 있다. 다음으로 예컨대 비스킷의 용량을 감소시켜 가격을 인상한 시장지배자인 H제과의 행위²²⁾와 같은 시장 지배적 사업자의 지위남용행위(유형 ①)는 소비자의 이익을 '집단'으로 '직접' 그리고 '인과적'으로 침해할 위험을 초래한다. 시장에서 대표적인 5개 신용카드회사들이 사장회의에서의 합의에 따라 수수료율을 일제히 인상하는 행위²³⁾와 같은 부당한 공동행위(유형 ④)도 시장 지배적 사업자의 지위남용행위와 같은 양상으로 소비자의 이익을 침해한다. 또한 예컨대 PVC안정제를 생산·판매하는 S회사가 경쟁업체인 D화학의 주식을 100% 취득하는 행위²⁴⁾와 같은 경쟁 제한적 기업결합행위(유형 ②)는 독점화를 초래하여 소비자의 이익을 '일반적'으로, 즉 간접적이지만 인과적으로 침해할 가능성을 발생시킨다. 이런 행위의 범죄화는 소비자 개인이나 집단의 이익을 실제로 침해하기 이전에 형법이 개입하는 것으로서 '앞마당에서의 범죄화'에 해당한다. 불공정거래행위의 마지막 유형으로 예를 들어 H부동산임대회사가 자기의 자산총액의 55%가 되는 액수만큼 지배의 목적으로 J신용금고의 주식을 취득한 행위(지주회사전환제한위반)와 같은 경제력집중행위(유형 ③)는 소비자의 이익에 단지 간접적으로만, 그것도 인과적

20) 공정위 1993.10.28 의결 제93-241호, 9309일705, 심결집 13권 596면.

21) 여기서 불공정거래의 상대방이 소비자가 아니라 유통업자라면 그와의 불공정거래만으로 소비자의 이익이 침해되는 것이 아니라, 침해의 위험이 발생하는 것이라 할 수 있다. 그러므로 이하에서 말하는 침해는 구체적 위험으로, 구체적 위험은 추상적 위험으로 각기 연이어 한 단계씩 낮춰져야 한다. 하지만 이런 엄격성은 불공정거래행위에 대한 형사처벌을 처음부터 지나치게 배제하는 방향으로 작용한다(이 점을 보여주는 임철희, "경제체계의 기능보호와 형법의 효율성지향", 고려대학교 석사학위논문, 1998, 49~51면). 그러므로 이 글에서 범죄화를 지지하는 견해를 좀더 공정하게 다루기 위해 형법학에서도 가장 넓은 손해 개념, 이를 테면 '경제적 이성'(Otto, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, ZStW 96, 1984, 360면 참조)에 대한 부정적인 영향만으로도 손해를 인정하는 그런 손해 개념을 전제하기로 한다.

22) 공정위 1992.1.15 의결 제92-1호, 911독759, 심결집 12권 21면.

23) 공정위 1988.12.21 권고 제88-34호.

24) 공정위 1982.12.15 의결 제82-24호, 심결집 2권 9면.

이라고 단정 지을 수 없는 영향만을 미친다.

이러한 설명에서 '소비자의 이익'이라는 법익에 대한 공격의 정도를 기준으로 형법학의 용어를 빌어 표현해 보면 개별적 공정거래행위는 법익의 침해행위(Verletzung)가 되고, 시장지배지위 남용행위나 부당공동행위는 법익에 대한 구체적 위험(konkrete Gefahr)을 초래하는 행위가 되며, 기업결합은 추

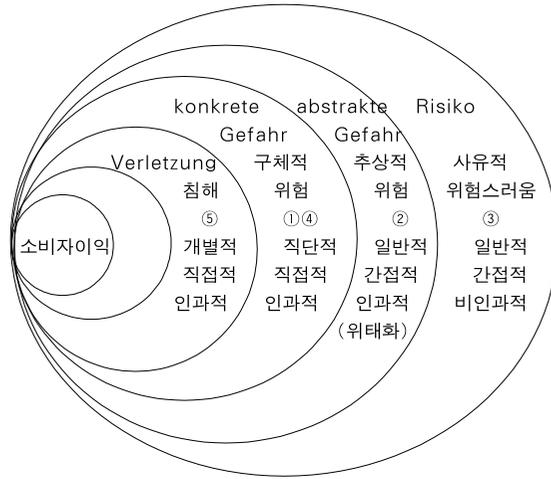


그림 1: 불공정거래행위와 법익 사이의 거리

상적 위험(abstrakte Gefahr)을 수반하는 행위가 된다. 또한 경제력집중행위는 관념적인 위험, 즉 위험스러움(Risiko)을 띠는 행위가 될 수 있다. 그러나 이런 판단은 각각의 행위들이 곧바로 침해범, 구체적 위험범, 추상적 위험범 및 의무위반범으로 범죄화될 수 있다는 결론을 가져오는 것은 아니다.²⁵⁾ 불법의 구조적 유사성 이외에도 범죄가 되려면 형법이론적으로 정당되어야 하기 때문이다.

그러나 위의 분석만으로도 불공정거래행위 유형들의 불법구조는 유형 ⑤(개별적 불공정거래행위) → ①(시장지배지위남용)와 ④(부당공동행위) → ②(기업결합) → ③(경제력집중)의 순으로 '구조적'으로는 형사 불법에 접근해있다는 점을 인정할 수 있게 된다. 이런 결론은 이미 유형 ⑤를 유형 ①②③④보다 오히려 가깝게

25) 그렇게 되면 법익보호 없이는 범죄가 없다는 원칙이 '위험(사회적 위험성) 없이는 범죄도 형벌도 없다'(nullum crimen nulla poena sine periculo sociali)라는 원칙으로 대체되어 버리고 만다(이에 비판적인 연구로 Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991 참조). 이를 법익개념의 형식화(탈실질화)라고 표현하는 박강우, "위험사회와 형법의 변화", 「형사정책연구」 제8권 제4호, 1997, 286면 참조.

처벌하는 현행 공정거래법의 범죄화 정책에 대해 비판적인 관점을 제시해준다.

또한 범죄화된 행정법적 의무의 위반행위들(유형 ⑥)은 불공정거래행위 자체와는 다른 불법구조를 갖고 있다. 이들은 시장참여자들에게 공정위의 기능을 위태화하는 행위들을 하지 않을 의무를 설정하는 구성요건이다. 직접이든 간접이든 소비자의 권리와 맞대응되어 있지 않은 이러한 의무구성요건은 외형상으로는 경제력집중행위의 불법구조와 매우 비슷하다. 하지만 각 의무위반행위에 의해 위태화되는 공정위의 활동이 통제하려는 불공정거래행위의 불법과 간접적인 관련을 맺는다는 점에서 단순히 경제력 집중행위의 불법과 동일시할 수 없다. 그보다는 각각 관련된 불공정거래행위의 불법구조보다 적어도 한 단계씩 소비자 이익이라는 범익과의 거리가 멀어지는 것으로 추정할 수 있을 것이다. 그러므로 행정법적 의무의 위반행위들은 그 의무가 관련을 맺는 불공정거래행위의 범죄화나 비범죄화와 운명을 같이 하되, 한 단계 늦게 범죄화되거나 한 단계 일찍 비범죄화되어야 하는 불법구조를 갖고 있다고 말할 수 있다.

Ⅲ. 불공정거래의 제재수단 분석

공정거래형법의 성찰적 개혁은 불공정거래행위의 다양한 유형에 적절한 통제수단을 개관하고 그 특성을 분석해내는 일을 필요로 한다. 실효성 있는 수단의 확보는 불공정거래행위의 범죄화나 비범죄화의 가능성에 대한 전망을 변화시킬 수 있기 때문이다.

1. 제재수단의 유형화

(1) 제재수단의 목록과 분류

불공정거래행위를 통제하는 수단으로는 현행법이 인정하는 바와 같은 시정조치, 그리고 입법론적으로 검토되는 임시정지처분²⁶⁾ 등과 같은 다양한 행정처

26) 우리나라에서 논의되는 이 제도는 금지청구제도들, 이를 테면 미국의 클레이튼법 제 16조와 같이 반트러스트법 위반에 의한 손해위험을 방지하기 위해 (당사자의 신청에 따라) 연방법원이 예비적 금지명령을 내리거나 일본의 독점금지법 제67조와 같은 공정취인위원회의 신청에 따라 관할재판소가 긴급정지명령을 내리는 제도 등에서 유래하긴 하지만, 법원의 재판이 아니라 행정처분의 형태로, 즉 공정거래위원회에 긴급한 조치에 대한 권한을 부여하여 범위반행위를 임시로 정지시키도록 하는 제도라는 점에서 차이가 있다. 이러한 제도의 입법시도에 관해서 동아일보 2000.4.23.일자, 그런 제도의 필요

분과 강제적인 집행절차가 있을 수 있다. 그러나 이것만으로는 이행이 확보되지 않으며, 불공정거래행위를 제재하는 다양한 수단에 의해 지지되어야 한다. 그런 제재수단으로 현행법이 인정하는 것으로는 ㉠ 과태료, ㉡ 과징금, ㉢ 형벌, ㉣ 무과실 손해배상책임, ㉤ 손해배상책임 등이 있고, 입법론적으로 논의되는 것으로는 ㉦ 징벌적 손해배상책임과 ㉧ 원상회복 등이 있다. 이러한 제재유형들은 판덱텐시스템으로 각인된 법전법체계의 국가에서는 민법과 형법 그리고 공법(행정법)의 어느 한 분과에 배열되어야 한다고 생각하기 쉽다. 그래서 과징금은 좀 이질적이면서도 과태료와 함께 행정법에 속하고, 새로운 형벌로 논의되어 온 원상회복은 징역이나 벌금과 함께 형법에 속하게 되며, 미국에서 발전한 징벌적 손해배상책임은 손해배상법을 관할하는 민법에 속할 수밖에 없게 된다. 하지만 각 제재수단이 다른 수단들과 달리 고유하게 갖고 있는 특성들을 비교해보면 이 모든 제재수단들을 대륙법의 판덱텐시스템에서 체계화된 개별법분과 가운데 어느 하나에 전속시키기 어렵다는 점이 드러난다.²⁷⁾

(2) 제재수단의 특성비교

먼저 과태료(제69조의2)는 행정목적을 직접 그르치게 하지 않지만 행정활동에 의미 있는 장애를 일으킬 위험성이 있는 행정법적 의무위반에 대해 가해지는 금전벌²⁸⁾이다. 여기서 행정장애의 위험이란 적어도 이론적으로는 행정활동이 보호하려는 법익의 침해나 위태화를 초래하지 않는 것²⁹⁾을 말한다. 물론 실제로는 행정법적 의무위반도 법익의 위태화와 무관하지 않은 경우가 많고,³⁰⁾ 또 그 한에서는 과태료와 형벌, 특히 벌금과의 경계는 그리 분명하지 않을 수 있다. 하지만 과태료는 그 부과대상인 의무위반행위의 내용이 행정권

성과 정당성에 대해선 이상현, “독점규제형벌의 정당성 및 그 대안에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2002, 101면 참조.

27) 이런 법분과의 구분이 한국의 법체계에서도 무너지고 있고, 전문법 중심의 법체계가 성장함을 보여주는 이상돈, “전문법 - 이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』, 제39호, 2002, 113~151면; 『법철학』, 2003, [6]단락 참조.

28) 대결 1969.7.29, 69마400; 이진중·박기석, 『행정형법상의 제재수단에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1995, 106면 참조.

29) 이런 점을 고려해 형사법과 경찰법을 구별한 Binding, Norman und ihre Über-tretung, Bd.2, 1890, 398면, 406면 참조.

30) 이 점을 지적한 M.E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, 118~126면 참조; 앞의 II.2.(3)에서 고찰한 바에서도 예컨대 공정위의 자료제출요구에 대한 불응 등과 같은 행정법적 의무위반행위가 공정거래체계의 형성과 유지라는 법익을 보호하는데 법적으로 의미 있는 기여를 할 수 있음을 확인한 바 있다.

력에 의해 정책적으로 쉽게 변하고, 또한 상황에 따라 탄력적으로 집행여부가 결정되는 재량성이 매우 높다는 특징이 있다. 이 점은 문화적으로 전승된 규범으로서 시민사회 내에서 사회적 통합의 기반으로 작용하는 규범을 위반하는 행위에 대해 부과되는 형벌과 뚜렷이 구분되는 점이다. 따라서 과태료는 '윤리적 성격'을 가지지 못한다.³¹⁾ 과태료에 대한 불복이 행정소송이 아니라 경제성과 행정전문성을 존중하는데 적합한 비송사건절차법(동법 제247조)에 의하는 것도 같은 이유에서라고 할 수 있다(그림 2의 ㉠).

이에 비해 주로 경제적 이익을 얻게 하는 행정법적 의무위반에 대한 제재인 과징금은 행정법적 의무위반이라는 점에서는 과태료와 같지만, 법익침해의 위험발생과 실질적으로 관련이 있고, 아울러 사회윤리적 비난이 뒤따르는 행위에 대한 제재라는 점에서 형벌³²⁾에 근접한다.³³⁾ 그러므로 과징금에 대한 불복은 비송사건절차가 아니라 소송절차로 다루어지게 된다. 또한 과징금은 위반으로 인한 경제적 이익을 부당이득으로 보고 이를 환수하는 측면,³⁴⁾ 바꿔말해 (소비자 개인이거나 일반, 즉 사회 전체에 대한) 피해배상적 성격을 갖고 있고, 그 점에서 민법의 영역에도 얼마간 접근한다.³⁵⁾ 그렇지만 과징금은

31) 그렇기 때문에 '벌금이 과태료보다 고액이어야 한다.'는 주장(이건중·박기석, 앞의 책, 108~109면)은 '법익보호의 관점'에서만 타당하다. 그러나 벌금이 비록 금전적으로는 과태료보다 적은 액수일지라도 '도덕적 비난'을 받게 되는 것이어서 -실정법적으로는 전과자의 리스트에 오르게도 되는 등- 제재의 강도가 과태료보다 낮다고 볼 수 없다. 그러므로 모든 법규에서 또는 공정거래법과 같은 특정 법률 안에서만이라도 과태료가 벌금보다 반드시 적어야 한다는 필연성은 근거지어지지 않는다.

32) 여기서 형벌은 사회윤리적 비난을 반드시 전제하는 것이 아님에 주의할 필요가 있다. 실제로는 많은 부분 범죄가 사회윤리적 비난을 수반하지만 사회윤리와 형법규범이 -현대사회의 다원화가 진행될수록- 광범위하게 서로 포개지지 않기 때문이다. 이 점은 도덕과 윤리, 사회규범의 분화와 형법의 윤리적 중립성 요청에서도 잘 드러난다. 이상돈, 「법학입문」, 2002, [11]단락 참조.

33) 공정거래법이 과징금을 산정함에 있어 매출액의 일정률뿐만 아니라 '위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수'라는 질적인 측면을 고려하고 있는 점(제55조의2, 1항)도 이를 반영한다.

34) 그러므로 종래의 학설대로, 즉 과징금은 부당이득환수라는 견해(대판 1999.5.28, 99두1571)와 행정제재벌이라는 견해(서울고등법원 1996.2.13, 94구36751판결; 박혜식, "독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 과징금에 관한 연구", 고려대학교 석사학위논문, 2000 참조)는 과징금을 판택텐 법체계의 어느 한 분과로 전속시키는 것이고, 이는 아래에서 설명하는 중간법영역의 관점에서 보면 더 이상 유지되기 어려운 법체계의 패러다임이라고 할 수 있다.

35) 물론 1996년 개정으로 환급제도, 즉 과징금을 납부한 시장 지배적 사업자가 손해배상을 한 때에 그 배상액 상당의 금액을 환급하도록 한 제도가 폐지됨으로써 과징금의 민사법적 성격은 다소 약화되었다고 할 수 있다.

피해자에게 귀속되는 것이 아니라 위반된 행정법규가 지향하는 행정목적을 달성하는 재원으로 확보·사용된다는 점에서 여전히 행정법적 성격을 갖고 있다. 따라서 과징금에 대한 불복은 소송절차 가운데서도 민사소송이 아니라 행정소송으로 다루어지게 된다(그림 2의 ㉑).

〈 제재수단 목록 〉

〈 법분과적 유형화 〉

- ㉑ 과태료
- ㉒ 과징금
- ㉓ 형벌
- ㉔ 무과실 손해배상책임
- ㉕ 손해배상책임
- ㉖ 징벌적 손해배상책임
- ㉗ 원상회복

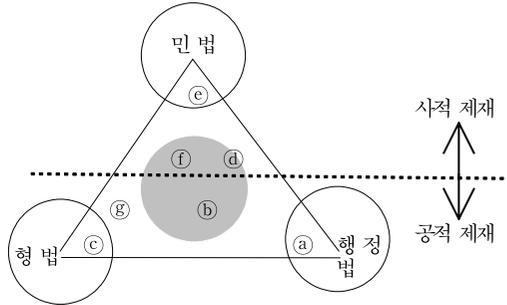


그림 2 : 제재수단의 목록과 법분과적 분류

형벌은 기본권목록을 구성하는 법익을 침해하거나 위태화하는 행위로서 사회적 통합의 기반이 되는 규범을 위반한 행위에 대해, 그리고 원칙적으로 피해자의 의사나 그(녀)와의 합의 등과는 무관하게³⁶⁾ 부과되는 공적 제재이다. 제재의 강도와 도덕적 비난이 가장 강한 제재라는 점에서 비례성원칙에 가장 엄격하게 구속되며, 따라서 거래의 공정성이나 효율성 이념과 절연한 채, 행위자 개인의 능력과 의사를 기초로 위반행위를 하지 않을 가능성이 있었는가, 즉 일반인이 말하는 '죄' 의식을 가질 수 있는 책임(Schuld)이 있는 경우에만 부과되고, 기본권보장도 가장 철저하고, 절차의 합리성도 가장 극대화된 소송 절차인 형사소송법이 적용된다(그림 2의 ㉓).

원상회복(Wiedergutmachung)은 비교적 경미한 범죄의 영역에서 피해자에게 윤리적 비난의 함의를 지닌 배상을 하게 하는 형벌을 의미한다. 피해자에 대한 배상이나 과실상계에 대한 고려 등은 그런 형벌이 민법에 얼마간 다가간 것임을 보여주지만 민사책임보다는 여전히 한 단계 고양된 도덕적 비난의 상징을 남겨둔다는 점에서 여전히 형법의 영역에 더 가까이 위치하는 제재라고 할 수 있다(그림 2의 ㉗).

36) 이를 피해자의 중립화(Neutralisierung)이라고 부른다. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, 70면 아래 참조.

다음으로 민법상 손해배상(제750조)은 손해를 형평성 있게 전보하는 제재이다. 사회 윤리적 비난이 얼마간 수반되기는 하지만 형벌보다는 훨씬 낮고, 과징금의 경우보다도 오히려 낮다고 할 수 있다. 하지만 과실책임원칙에 따라 부과되는 제재라는 점에서는, 공정거래법이 규정하는 무과실 손해배상책임(법제56조 2항)과 비교할 때, 위반행위를 예방하는 목적에 지배되기보다는 자유의 형평분배라는 도덕률에 지배되는 제재라고 할 수 있다(그림 2의 ㉔).

무과실 손해배상책임은 한편으로는 공정거래법위반의 피해자가 대등한 행위 주체의 개인상을 전제하는 민법에 의해 보호되지 못하는 사회적 약자임을 고려한 민사책임, 즉 실질사법의 영역에 속한다. 그러나 이 책임은 공정위의 시정조치에 의해 위반사실이 확정된 경우(제57조 1항)에만 주장할 수 있다는 점에서 공정위의 공정거래체계 관리기능에 종속된 책임, 즉 행정법적 제재의 성격도 얼마간 유지한다. 그러나 과징금이나 징벌적 손해배상처럼 형법의 영역으로 다가가는 것은 아니다(그림 2의 ㉕).

마지막으로 징벌적 손해배상(punitive damages)³⁷⁾은 불법행위로 인한 손해배상 가운데 법위반자의 행위가 폭력이나 위압, 기망, 의도적 무시 등을 지닌 경우로서 그 점을 이유로 원고가 입은 실제 손해를 초월하는 - 이를 테면 3배의(treble damages)³⁸⁾ - 손해배상금을 지급하는 것을 말한다. 이런 제재는 그 요건이 형사 불법에 근접한 실질을 내용으로 하고 있다는 점에서 형법에 근접해 있다. 또한 징벌적 손해배상은 발생한 손해만큼만 전보하는 정의의 원리에서 벗어나 있다는 점에서³⁹⁾ 민법의 영역으로부터 떨어져 있게 되고, 피해자들의 소제기를 유인하고 법위반행위를 억제하는 효과가 발휘할 수 있다는 점, 그리고 개인의 손해가 적지만 위반자의 이익총액이 클 경우에 집행결핍에 빠지기 쉬운 행정법적 제재의 기능을 대신하거나 보완한다는 점에서 행정법의 영역으로 한 걸음 다가선 제재가 된다(그림 2의 ㉖).

37) 이에 관한 종합적인 연구로 이점인, “징벌적 손해배상에 관한 연구 - 미국 제도를 중심으로 -”, 동아대학교 박사학위논문, 1998.

38) 1914년 미국의 클레이튼(Clayton)법 제4조(‘반트러스트 법에 위반한 행위에 의하여 자신의 영업 또는 재산에 손해를 입은 자는 그 손해액의 3배(treble damages)를 청구할 수 있다.’)는 그 대표적인 예이다. 다만 3배 배상과 달리 징벌적 손해배상은 판례법에 의해 발전된 제도라는 차이가 있다. 두 제도의 중복적용을 허용하는 미국 판례(Atlantic Purchasers, Inc. v. Aircraft Sales, Inc., 705 F. 2d 712, 716n [4th Cir. 1983])와 배타적인 관계로 이해하는 판례(Arnott v. American Oil Co., 609F. 2d 873, 888 [8th Cir. 1979])가 있다.

39) 이런 점을 이유로 3배 배상의 도입에 비판적인 함영주, “집단소송에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 1997, 56면.

2. 제재수단의 법이론적 배열

이러한 특성비교를 통하여 얻어진 결론들이 공정거래형법의 개혁논의(IV.)에서 더욱 결실을 거두려면 그러한 결론이 갖는 법이론적 의미를 밝혀내는 일이 필요하다. 여기서 법이론이란 무엇보다도 어떤 제재가 어떤 행위영역에 적합한지를 판단할 수 있게 하는 사회이론적 법이론이다.

(1) 경제체계, 행정체계와 생활세계

그런 이론으로 하버마스의 법이론이 매우 유용할 수 있다. 그에 의하면 현대사회는 행정체계(정치체계)와 경제체계 그리고 생활세계로 구성된다.⁴⁰⁾ 생활세계(Lebenswelt)는 보통사람들이 살아가는 삶의 세계를 말한다. 이 세계는 문화적으로 전승된 규범 위에서 사람들의 상호이해가 펼쳐지는 장이다. 생활세계적 규범을 위반하는 일탈행위에 대한 제재는 도덕적 비난의 성격을 띤다. 생활 세계적 규범은 사람들이 하나의 공동체에서 공존하기 위한 조건, 즉 도덕(Moral)의 성격을 띠기 때문이다. 이에 비해 경제체계는 시장 위에서 생존에 필요한 재화를 생산하고 분배하는 기능들의 총합을 말한다. 시장의 공정성을 제외한다면 경제영역은 도덕적으로 진공상태이다.⁴¹⁾ 경제영역의 정언명령은 자본의 효율적인 확대재생산일 뿐이기 때문이다. 그러므로 이 영역에서 일탈행위에 대한 제재는 '기능적 성격'을 띤다. 행정체계 또는 정치체계는 관료나 정치인들이 경제체계의 기능화에 필요한 규제와 지원, 유도와 조정 등의 서비스를 제공하고, 합리적 정책결정으로 생활세계로부터 지지를 얻어내는 기능들의 총합을 말한다. 정치체계에서 시민의 일탈행위는 불복종이 되며, 이는 관료와 정치인이 권력을 재생산하는 데에 장애요소로 작용한다. 따라서 그에 대한 제재도 기능적일 뿐, 도덕적 성격을 띠지 않는다. 여기서 중요한 점은 체제와 생활세계는 어떤 특정한 행위영역을 가리키는 것이 아니라 모든 행위영역에서 각기 서로 다른 비중으로 작용하는 요소, 즉 사회를 구성하는 메커니즘(Vergesellschaftungsmechanismen)으로 이해되어야 한다는 점이다.⁴²⁾

40) 이에 대한 개괄적인 소개로 이상돈·홍성수, 「법사회학」; M. Weber, J. Habermas, N. Luhmann의 사회학이론과 법패러다임, 2000, 제3장 참조; 하버마스(Habermas)의 저작으로는 특히 Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1975 참조.

41) Habermas, Der philosophische Diskurs der Moderne, 1985, 407면.

42) 이런 재해석으로 이상돈, 「형법학」, 1999, 331면 아래; 「법철학」, 2003, 209~217

(2) 제재수단의 배열

앞서 특성을 비교한 제재수단이 통제하는 일탈행위가 발생하는 행위영역도 생활세계, 경제체계, 행정체계의 요소가 차지하는 비중에 따라 유형화될 수 있다. 그 유형화는 곧 제재수단의 사회 이론적 자리매김이 되며, 이 자리매김이 법정책의 기초가 된다. 아래 그림 3에서 행정체계는 점 Po, 생활세계는 점 L, 경제체계는 점 S로 표현된다. 각 제재수단이 얼마나 생활세계적 성격과 체계적 성격을 갖는지는 점 Po-L-S를 잇는 삼각형의 어느 지점에 위치하느냐에 의해 표현될 수 있다.

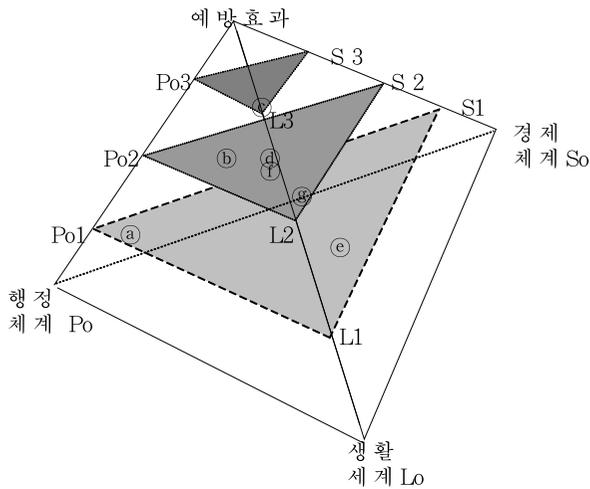


그림 3 : 제재수단의 사회이론적 자리매김

앞서 분석한 제재수단들의 특성을 기초로 판단하면 ㉔ 형벌은 가장 생활세계적 요소가 강한 제재인 반면, ㉑ 도덕적 비난이 흠결된 과태료는 행정체계적 요소가 강한 제재, 그리고 경쟁시장의 형성에 기여하는 시정조치나 금지명령, 임시정지 등은 경제체계적 요소가 강한 통제가 된다. ㉒ 손해배상은 정의의 원리에 기초한다는 점에서 생활세계적 요소가 상당히 있지만 재화분배의 기제로 작용한다는 점에서 경제체계적 요소가 얼마간 있다. ㉓ 원상회복은 손해배상보다 더욱 생활세계적 요소가 강하며 경제 체계적 요소는 다소 약하다. ㉑ 과징금은 얼마간 사회윤리적 비난을 수반하는 점에서 생활세계적 요소가 다소 있

면 참조.

고, 경쟁시장의 형성에 기여한다는 점에서 경제체제적 요소도 얼마간 있으며, 시정조치 등의 행정처분을 관철하는 수단이면서 행정목적 달성에 사용된다는 점에서 행정체제적 요소를 강하게 갖는다. ㉑ 징벌적 손해배상은 과징금에 비해 행정체제적 요소는 약화되고, 생활세계적 요소와 경제체제적 요소는 강화된다. ㉒ 무과실 배상책임은 과징금과 비교할 때 징벌적 손해배상보다는 생활세계적 요소가 다소 덜 강화되지만 경제체제적 요소는 비슷하게 강화된다. 그림 3은 이러한 자리매김을 표현하고 있다.

그런데 그림 3은 삼각형을 세 가지 차원으로 각각 나누어 제재수단의 사회이론적 성격을 자리매김하고 있다. 이 세 차원의 구분은 불공정거래행위에 대한 제재수단들의 예방적 효과의 차등을 표현한다. 위로 갈수록 예방적 효과가 크고 아래로 갈수록 약해진다. 즉 형벌이 가장 예방적 효과가 강하고(그림 3의 Po3-L3-S3의 삼각형 차원에 자리함), 과태료와 손해배상은 가장 예방적 효과가 약하며(그림 3의 Po1-L1-S1의 삼각형 차원에 자리함) 그리고 과징금, 징벌적 손해배상, 무과실 손해배상, 원상회복은 형벌보다는 약하고 과태료나 손해배상보다는 강한 예방적 효과가 예상된다(그림 3의 Po2-L2-S2의 삼각형 차원에 자리함). 또한 그림의 각 삼각형 차원의 면적이 차등화된 것은 예방적 효과가 클수록 제재 받은 자의 부담이 큰 제재로서 헌법상 비례성원칙의 관점에서 볼 때 적용영역이 좁게 설정되어야 하고, 반대로 예방적 효과가 약할수록 제재 받은 자의 부담이 적은 제재로서 적용영역이 넓게 설정될 수 있음을 보여준다.

IV. 형법정책의 방향

앞서 해명된 불공정거래행위의 불법구조와 사용가능한 제재수단의 법이론적 특성분석을 바탕으로 공정거래행법의 거시적인 개혁방안을 설계할 수 있다. 이 설계는 기존의 형법이론과 형법체계를 초월하는 전망에서 이루어질 수도 있고(아래 1), 기존의 형법이론의 틀 안에서 이루어질 수도 있다(아래 2).

1. 형법체계초월적 전망

앞서 행한 제재수단의 특성분석에서 민법과 형법, 행정법의 그 어느 한 영역에 완전히 갇힐 수 없는 복합적인 특성을 지닌 제재수단을 확인할 수 있었다. 좁게는 과징금과 징벌적 손해배상이, 넓게는 원상회복과 무과실 손해배상

책임의 제재수단이 그에 해당한다. 바꿔 말해 그런 제재들은 민법과 형법, 행정법에 - 각기 서로 엇갈린 비중의 차이를 둔 채 - 두루 걸칠 수 있는 중간영역에 위치한다. 그림 2의 중앙원(음영처리)은 이를 표현하고 있다.

미국의 케네스 만이 말하는 '중간법'(the middle ground between criminal and civil Law)의 이론⁴³⁾은 바로 그와 같은 중간영역을 관할하는 새로운 법영역의 성장을 내다보고 있다.⁴⁴⁾ 중간법의 이론에 의하면 징벌적 사적 제재는 법경제학적 관점에서 정부의 비용을 덜어주고 공동체 전체의 제재력을 증가시켜 줄 수 있다고 한다. 독일의 하쎄머가 말하는 '간섭법'(Interventionsrecht)⁴⁵⁾도 중간영역의 독자화가 필요함을 보여준다: "형법의 현대화를 낳았던 현대사회의 문제들은 형법과 질서위반법 사이, 민법과 공법 사이에 자리잡는 하나의 특별한 간섭법에서 규율되는 것이 좋을 수 있다. 간섭법은 형법보다는 요구수준이 낮은 보장과 절차적 규제를 사용하지만 그에 대해 사용하는 개인에 대한 제재는 훨씬 덜 가혹하다".

이들의 논의와 내 분석에서 최소한의 공통점은 불공정거래행위와 같은 행위는 형법이 통제하기에 그리 적합하지도 않고 효율적이지도 않지만, 그렇다고 전통적인 민법이나 공법이 담당하기도 적합하지 않은 문제영역에 속한다는 점이다. 그러므로 징벌적 손해배상이나 과징금은 민법이나 공법의 특수한 제재가 아니라 독자적인 중간법영역의 제재수단으로 성장할 단초가 될 수 있다. 그 중간법영역에서는 민법원리와 형법원칙 그리고 공법적 원리가 함께 동원되어 사안에 적절한 규율원칙이 개발되어야 한다. 제재부과의 절차법도 기존의 소송법과는 다른 원리로 구성되어야 한다. 이미 진행되고 있는 민사소송법의 사회화(예: 사회적 민사소송)나 형사소송의 제한된 민사화(예: 변론주의화된 형사소송), 그리고 행정소송의 전문화는 그런 절차법의 미래적 형성을 예고해주는 현상이다. 물론 그 구체적인 제도의 모습은 아직 과제로 남아 있다. 하

43) 이에 관해 자세히는 Kenneth Mann, punitive civil sanctions : the middleground between criminal and civil law, the Yale Law Journal, Vol. 101, 1796~1873, 특히 1795면 아래 참조.

44) 정부가 기업의 하나이고, 행정체계가 경제체계의 한 부분을 구성하는 미국사회에서는 관헌국가적 전통이 강한 독일이나 우리나라에서 볼 수 있는 행정법이 발달하지 않은 점을 고려할 때 케네스 만의 중간법이 주로 사법과 형법을 사이에 두고 성장하는 것으로 관찰된 것은 이해할 수 있다.

45) Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378면 아래(배종대·이상돈 편역, 「형법정책」, 1998, 191면 아래, 특히 208~209면 참조).

지만 적어도 이와 같은 중간범영역의 성장가능성을 내다볼수록, 또한 그 범의 제도화기획이 구체화될수록, 현행 공정거래형법의 필요성은 점점 더 근거지를 수 없게 될 것이다.

2. 형법이론적 전망

중간범의 기획이 공정거래형법의 철수나 축소를 현행 법체계 밖에서 이끌어 내고 있다면, 이제부터 설명하는 형법이론에 의한 타당성검증은 공정거래형법의 철수나 축소를 현행 법체계 안에서 밀고 간다.

(1) 형법의 정당화원칙

형법은 ㉠ 인격적 법익을 보호(법익보호원칙)하는 데, ㉡ 적합하고, 범위반자에게 최소침해를 가져오는 수단이면서 그 위반행위와 균형을 이루는 제재로서(비례성원칙) 그리고 ㉢ 그 제재의 요건과 절차 및 효과가 모두 예측·사후 심사·교정이 가능한 경우(명확성원칙)에 비로소 정당할 수 있다. 특히 죄와 형벌의 균형성은 책임을 요구한다. 형법에서 책임이란 위반자가 자신의 행위가 가져올 타인에 대한 침해의 결과를 내다보고, 그의 고통을 이해할 수 있는 가능성⁴⁶⁾이 그 위반자의 개인적 능력에 비추어 가능한 경우에만 인정된다. 이러한 형법원칙들은 형법이 사회적 통합의 기초가 되는 핵심규범으로 작동하기 위한 전제조건이라 할 수 있다.

(2) 불공정거래행위의 생활세계성 평가

앞서 해명된 불공정거래행위의 불법구조와 사용가능한 제재수단의 법이론적 특성분석을 종합하면 공정거래영역에서 새로운 형법정책의 전망을 얻을 수 있다. 이 분석에 앞서 형법정책의 기본강령으로서 형법은 개인들이 살아가는 삶의 장에서 사회적 통합의 기초가 되는 핵심규범을 관리해야 하고, 그런 점에서 형법은 '생활세계의 정당한 질서'에 속한다는 점을 인정하기로 한다. 이 점

46) 형사책임은 가해자가 피해자 고통을 이해하고, 피해자 역시 가해자의 의도를 이해할 수 있는 가능성이 서로 전제될 때에만 가능하다. 그러므로 형사책임은 '행해지지 않은 관점교환'(Perspektivenwechsel)이라고 볼 수 있다. 이런 견해의 대표로 Günther, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, Recht und Moral, 1991, 215면(이상돈 번역, 「대화이론과 법」, 2002, [4]단락 참조).

은 형법이 오로지 생활세계적인 요소만 있다는 뜻이 아니다. 경제체계적, 정치체계적 요소가 얼마간 들어갈 수 있지만 비중에 있어 적어야 한다는 점이다. 그렇지 않으면 행위자의 책임에 대한 통찰이 불가능해지게 되기 때문이다. 그런데 다양한 불공정행위가 일어나는 영역이 얼마나 생활세계적인가 하는 점을 판단하는 요소는 경험적이며 규범적이다. 그런 요소로 다음과 같은 몇 가지 평가요소를 설정해보기로 한다.

- 법익보호원칙 관련요소 : ① 인격적 법익의 보호와 얼마나 근접해 있는가?
② 소비자이익의 침해에 대한 소비자들의 위협감정⁴⁷⁾이 어느 정도인가?
③ 위반자와 피해자 사이의 직접적인 상호작용이 펼쳐지는가?
- 명확성원칙 관련요소 : ④ 제재의 대상이 되는 불공정거래행위의 내용과 범위가 얼마나 예측가능하고, 또한 확정도 용이한가?
- 비례성원칙 관련요소 : ⑤ 형벌이외의 다른 법적 수단으로 통제될 수 있는 가능성이 얼마나 있는가?

여기서 이러한 평가요소들(①~⑤)의 균형 잡힌 고려를 하기 위해 법수사학적 방법론의 하나로서 구조사고⁴⁸⁾를 사용할 필요가 있다. 즉, 다섯 가지 불공정거래행위(유형 ①~⑤)에 대해, 각 평가요소마다 정도 3에서 0으로 차등적으로 계량화된 평점을 매기고 그 총합을 가지고 생활세계적 성격의 정도를 판단하는 것이다.

먼저 다섯 가지 불공정거래행위는 인격적 법익보호의 정도라는 요소에서는 그림 1에서 이미 유형화한 단계에 따라 아래 그림 4에서처럼 평점을 매길 수 있다. 소비자들이 각 불공정거래행위에 대하여 느끼는 법익침해에 대한 위협감정은 대체로 독과점에 대한 폐해의식이 '모든' 국민에게 일반화된 점에서, 독과점폐해의 '현실화'라고 볼 수 있는 시장지배지위남용이나 부당공동행위에서 가장 크고(3점), 독과점폐해의 '잠재성'을 갖는 기업결합은 그 다음으로 크고(2점), 개별적인 불공정거래행위의 경우는 비록 위협감정은 현실적이지만, 피해의 경험이 산발적이며 모든 국민이 경험하는 것이 아니라는 점에서 가장

47) 여기서 이익침해에 대한 일반인의 위협감정(Bedrohungsgefühl)은 이익침해의 빈도수와 그 이익의 결핍정도와 함께 형법적 법익을 인정할 수 있는 경험적 요소이다(Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1980, 130면 아래). 이익침해의 빈도수, 즉 공정거래법위반행위의 빈도수는 (미적발사건[암수]가 있겠지만) 제재건수를 통해 간접적으로 그 대강을 추측할 수 있고, 이 점은 명확성요청(평가요소 ④)과 중첩되므로 여기서는 위협감정만을 평가요소로 정한다.

48) 이러한 방법론을 제안한 Haft, Juristische Rhetorik, 1985 참조.

약하다고 볼 수 있다(1점). 또한 경제력집중은 위협감정보다는 불평등에 대한 불만의식을 통하여 간접적으로 제한된 범위 내에서 위기의식으로 전환된다고 보아 개별적 불공정거래행위와 비슷한 평점(1점)을 매길 수 있다.

생활세계적 요소로 행위자들의 직접적인 상호교류와 작용에 있어 평점은 상호작용이 위반자와 피해자 사이에 직접적으로 이루어지는 개별적 불공정거래행위에서 가장 크고(3점), 직접 또는 간접으로 이루어지는 시장지배지위남용이나 부당공동행위에서 그 다음으로 크며(2점), 경제력집중에서 가장 작다(0점)고 할 수 있다. 기업결합은 이 둘 사이에 위치한다(1점).

범죄의 명확성요청은 기본적으로 모든 불공정거래행위에서 낮게 실현된다. 불공정성의 구체적 판단을 궁극적으로 행정입법(시행령이나 시행규칙)으로 정한다는 점 때문이 아니라 불공정성 개념 자체의 모호성 때문이다. 특히 이 모호성은 논리적인 성격이 아니라 시장의 급격한 가변성 때문이다. 행정입법은 그것에 대처하기 위한 전문성의 요청을 충족하기 위한 것이다. 그러므로 여기서 명확성요청의 충족에 대한 평점은 '거래행위의 불공정이 명확할수록 공정위의 제재가 빈번해진다'는 법경제학적 가설을 전제로 실제 공정위가 제제한 횟수를 기준으로 매기는 것이 불가피하고 또한 그 방법은 어느 정도 합리성이 있다. 그림 4에 기재된 평점은 공정위 백서의 통계를 기준으로 매긴 것이다.

	인격적 범익의 보호정도	범익침해에 대한 위협감정	직접적 상호작용	명확성	보충성	점 수
①	2	3	2	0	2	9
②	1	2	1	2	2	8
③	0	1	0	1	1	3
④	2	3	2	2	2	11
⑤	3	1	3	3	3	13

그림 4 : 불공정거래행위의 계량화된 생활세계적 성격

마지막으로 보충성요청, 즉 형벌이 아니고서는 통제되기 어려운 정도에 대한 평가이다. 경제력집중은 형벌이 아니라 상속, 증권거래 및 회계감사제도의 개선과 공정위의 규제로 효과적으로 차단될 수 있다고 보아 가장 낮은 점수(1점)를, 기망이나 위력 등이 사용될 경우에는 더욱 형벌의 불가피성이 증대하고, 기존의 형법과 불법구조가 가장 유사한 개별적 불공정거래행위가 가장 높은 점수(3점)를 받을 수 있다. 또한 독과점폐해를 낳는 행위들은 그 중간에 위치한다고 본다(2점). 이상의 평가를 종합하면 위의 그림 4와 같게 된다.

(3) 법치국가적 형법정책

여기서 주의할 점은 관점에 따라서는 내가 선택한 평가요소와 다른 평가요소의 설정도 가능하고 같은 항목에 대한 다른 평점부여도 가능하다는 점이다. 더 나아가 같은 부류(유형 ①~⑤)의 불공정거래행위는 다시 다양한 유형으로 세분화될 수 있고, 각 세분화된 유형은 그것이 속한 부류와는 다른 부류의 불공정거래행위와 같은 평점을 받을 가능성을 결코 배제할 수 없다. 그러니까 여기서 분석해보인 구조사고의 분석결과는 불공정거래행위에 대한 형법적 통제의 정당성 판단을 이끄는 대강의 지침이 될 뿐임을 간과할 수 없다.

A. 가벌성에 못 미친 도덕화기획

그러나 그 대강의 지침은 공정거래형법에 관한 형법정책의 이론적 거점이 전무한 상황에서는 매우 유익한 정보를 제고해줄 수 있다. 이제 그 분석결과를 갖고 설명하면 다음과 같다. 아래 그림 5는 가로변에서 불공정거래행위의 유형을 그리고 세로 변에서 생활세계적 성격에 관한 평점의 총점을 보여준다.

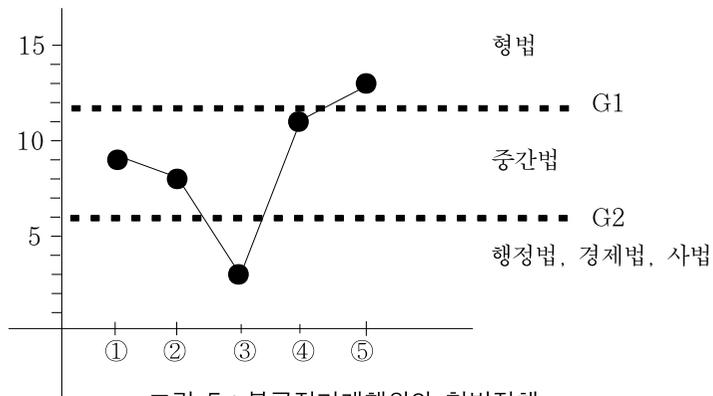


그림 5 : 불공정거래행위와 형법정책

그리고 형벌을 제재수단으로 사용하기 위한 생활세계적 평점을 선 G1의 위쪽 영역으로 정하고, 과태료 부과 등으로 충분한 낮은 평점을 선 G2의 아래쪽 영역으로 정한다면, 그 사이에 위치하는 불공정거래행위는 앞서 전망한 중간법의 형성이 기대되는 영역이 된다. 즉, 중간법의 완전한 성장이 있기 전이라면, 또는 그런 성장의 과정으로서 이 영역의 불공정거래행위들, 이를 테면 시장지배지위남용, 부당공동행위 등은 형벌보다는 과징금이나 징벌적 손해배

상 등의 제재로 만족해야 한다. 또한 중간법에 의한 제재와 형벌은 미래에는 배타적인 관계로 이해하여야 한다. 과징금을 부과하고 아울러 형벌로 제재하는 것은 현행법 체계에서와는 달리 중간법이 성장한 이후에는 이중위험금지원칙(헌법 제13조 1항)에 위반될 것이기 때문이다.

하지만 여기서 개별적 불공정거래행위(유형 ⑤)의 경우 형법의 개입이 최종적으로 정당화된다는 것은 아니다. 불법의 구조가 생활세계적 일탈행위의 성격을 띠고는 있다하지만 그 불법의 상당부분은 소비자보호법 등과 같은 각종 법률들이 포착하는 불법과 그 성격이 같기 때문이다. 그러므로 형사불법이 되려면 기망이나 위력 등을 사용한 바와 같은 '행위양태'의 특성이 불법의 질을 한 단계 더 나쁜 쪽으로 높일 수 있는 것이어야 한다. 그러나 바로 그런 불공정거래행위도 앞서 본 바와 같이 징벌적 손해배상 등의 제재로 통제될 수 있는 일탈행위로 남을 수 있다. 여기다가 소비자이익에 대한 침해의 개념을 위험개념으로 대체해버린 전제49)를 버리고, 엄격한 의미의 침해 개념을 따르면 개별적 불공정거래행위의 대부분은 소비자의 이익을 민사불법의 차원에서도 침해하는 것이 아니라 단지 위태화하는 것에 머무르게 된다. 이런 점들을 종합해본다면 개별적 불공정거래행위의 범죄화도 충분히 정당화되기 어려울 수 있다.

B. 경제성이 아니라 법치국가성

그렇지만 공정거래형법의 범위를 어디까지로 정할 것인가-바뀌 말해 그림 5에서 G1과 G2를 각각 어떤 높이에 위치시킬 것인가-하는 문제는 객관적인 진실인식의 문제가 아니라 합리적인 정책의 문제이다. 형법이 '생활세계의 정당한 질서'로 남아야 한다고 할 때에도 불공정거래행위가 일어나는 행위영역의 특성을 결정짓는 요소들의 불확실성은 앙가쥬망에 따른 결단과 집행을 배제시킬 수 없게 하기 때문이다. 그러므로 이 정책의 영역에는 예컨대 범경제학적 사고가 활동하기 쉽다. 이를 테면 공적 제재의 집행에 있어 제재의 강도와 제재 받을 확률 사이에는 트레이드 오프(trade-off), 즉 부(負)의 상관관계가 있다는 인식50)은 불공정거래행위에 대한 제재의 강도를 높이게 만든다.

49) 앞의 각주 20) 참조.

50) 예컨대 10개의 사업자 중 하나를 적발하여 과징금 100만원을 부과하는 것과 100개의 사업자 중 하나를 적발하여 1억원을 부과하는 것은 제재역제효과에서 같고, 공정위의 집행비용은 1개 적발이 훨씬 적게 드는 경제성이 발생한다.

제재의 강도를 높이면 공정위의 제재집행비용을 줄이면서도 불공정거래행위에 대한 억제수준을 동일하게 유지할 수 있기 때문이다. 그러므로 하나의 불공정거래행위에 대해 과태료보다는 과징금, 과징금보다는 형벌을 부과한다면 공정거래체계는 그 자체로서 경제성을 높일 수 있게 된다.

물론 이런 법경제학적 정책방향은 소극적 일반예방, 즉 '형벌위협을 아무리 높여도 범죄예방효과가 높여지지는 않는다'는 범죄학적 통찰에 의해 제동 걸릴 수 있다. 그러나 이보다 더 중요한 점은 이런 정책은 불공정거래행위가 일탈행위로서 갖는 불법의 실질과 제재 사이의 '비례성'을 무시한다는 점이다. 형사정책은 그와 같은 헌법위반적 정책이 되어서는 안 된다. 형사정책은 어디까지나 헌법에 합치하는 정책, 곧 형법정책으로 머물러야 한다. 그런 정책은 형사불법의 하한선을 오히려 높이는 정책이며, 그런 정책의 핵심은 생활세계적 성격이 비교적 분명한 영역에서만 형법을 동원하는 정책이다. 또한 장기적으로 보면 그런 형법정책은 경제영역의 효율성도 안정적으로 높이는 기반으로 작용할 수 있을 것이다.

그러므로 공정거래(형)법이 시장에다 공정성이라는 최소한의 도덕성을 구현하는 기획을 좇기는 했지만 그 도덕화의 수위는 형사처벌의 문턱을 아직 못 넘어서고 있다고 말할 수 있을 것이다.

Fairness of Trade in Market and Criminal Law Policy

Yi, Sang-Don*

Fairness of trade in market is very important in the capitalistic economic system. Therefore, an unlawful act detrimental to fair trade has been regulated by various legal sanctions. However, these sanctions until now are proved to be inefficacious. This essay focuses on how to deal with this problem.

Firstly, for an efficacious sanction, this essay analyzes the structure of unlawfulness about unfair trade, and shows that this structure is quite different from that of traditional unlawfulness in criminal law. Secondly, this essay studies all possible sanctions to unfair trade such as non-penal fine, surcharge, criminal sanction, compensation for damage, liability without fault, punitive damages, and restoration system(Naturalherstellung). These sanctions cannot be categorized by the traditional legal field, and cannot belong to any law fields such as criminal law, civil law, and administrative law.

In conclusion, this essay suggests that Habermas's theory about the lifeworld and the system can be a useful standard for systematic arrangement of each sanction. Each sanction should be arranged according to whether it belongs to the lifeworld or the system. In particular, criminal sanction of unfair trade should be limited to cases where unlawful action obviously belongs to life world.

* Professor, College of Law, Korea Univ.