

일본 독점금지법상 카르텔에 대한 형사제재*

A Study on the Criminal Remedies under the Japanese Anti-Monopoly Act

신 영 수**
Shin, Young-Su

목 차

- I. 들어가며
- II. 일본 독점금지법상 형사제재의 근거와 카르텔 처벌의 요건
- III. 입찰담합에 대한 형사제재의 특수성
- IV. 맺으며

국문초록

우리 공정거래법 집행에 있어서 형사제재 분야는 그간 학술논의나 제도보완의 노력에 있어서 활발하지 못한 형편이었다. 이 점은 형사법적 제재 가능성이 가장 높은 유형인 카르텔 내지 공동행위 분야의 경우도 예외가 아니며, 이에 관한 현행 공정거래법상 형사처벌 규정의 유권해석은 여전히 충분히 축적되어 있지 못하다.

본고는 경쟁법의 형사집행 내지 제재에 관한 비교법적 연구의 일환으로서

논문접수일 : 2011. 12. 30

심사완료일 : 2012. 01. 21

게재확정일 : 2012. 01. 25

* 본고는 한국형사정책연구원의 연구보고서 「담합행위에 대한 형사법적 대응방안」(권수진, 신영수, 김호기 집필, 2011.12 발간)중 필자가 집필한 제4장 “주요국가의 관련 법제에 관한 비교법적 연구” 중 일부를 학술논문의 형식으로 재구성 및 작성한 것이다.

** 법학박사·경북대학교 법학전문대학원 부교수

일본의 「사적독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」상 카르텔에 대한 형사제재에 관해 고찰하였다. 일본의 경우 동양문화권 고유의 상호협력을 중시하는 문화와 가치관이 자리잡고 있음에도 불구하고, 민관이 결탁한 입찰담합의 폐해가 고질적 사회병폐로 지목되어 온 독특한 경험 탓에 카르텔에 대한 형사제재와 그 집행이 비교적 활발한 성향을 보이고 있으며, 특히 양벌규정에서 더 나아가 3벌규정까지 도입하고 있는 등 카르텔에 대한 엄정기조를 유지해 오고 있다. 특히 일본 독점금지법은 공동행위 관련 실체규정은 물론 형사제재 규정에 있어서도 입법 형식과 내용면에서 우리 공정거래법과 흡사하다는 점에서 매우 주목되는 입법례라 할 수 있다. 3벌규정 등 입법정책측면에서 검토해 볼 필요성도 크다.

이에 따라 본고에서는 현행 일본 독점금지법상 카르텔관련 실체규정 및 형사처벌 규정을 소개한 후, 주요 쟁점들에 대해 관련 판례 및 문헌들을 통해 형성된 해석론을 짚어 보았다. 아울러 일본 특유의 현안인 입찰담합에 대해서는 별도의 장으로 구성하여 분석해 보고, 몇 가지 시사점을 결론을 대신하여 도출하였다.

주제어 : 일본 독점금지법, 카르텔, 부당한 거래제한, 일본 공정거래위원회, 입찰담합

1. 들어가며

지난 30여년간 우리 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하, '공정거래법') 집행이 주로 공정거래위원회의 시정조치나 과징금에 의존해 왔음은 주지의 사실이다. 법집행의 효율화 및 수단의 다변화를 위해 민·형사적 집행의 비중이 좀 더 확대되어야 한다는 지적도 그에 따라 줄곧 제기되어 왔었다.¹⁾ 형

1) 다만, 필자는 사적 집행의 활성화에 대해서는 다소 신중한 접근이 필요하다는 입장에서 몇 가지 논지를 개진한 바 있다. 신영수, "경쟁법의 사적 집행 활성화 : 전제와 현실, 그리고 과제", 「법학논고」 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011. 6. 169-194면; 신영수, "징벌적 손

사집행의 경우 경쟁법 집행에서 법무부의 역할이나 전속고발제, 감면(leniency) 제도 등 다소 민감하게 다루어졌던 사안들과 연계되어 온 까닭에 학술논의나 제도보완의 노력은 특히나 활발하지 못했던 것으로 여겨진다.²⁾ 형사벌적 제재 가능성이 가장 높은 유형인 카르텔 내지 공동행위의 경우도 마찬가지이다. 현행 공정거래법상 형사처벌 규정에 대한 유권해석은 여전히 충분히 축적되어 있지 못하다.

본고는 경쟁법의 형사집행 내지 제재에 관한 비교법적 연구의 일환으로서 일본의 「사적독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律, 이하 '독점금지법')상 카르텔(부당한 거래제한)에 대한 형사제재에 관해 고찰해 본다. 일본 독점금지법은 카르텔과 관련한 실체규정에 있어서는 물론이고 형사제재 관련 규정 측면에서도 입법 형식이나 내용이 우리 공정거래법과 매우 흡사한 양상을 보이고 있으며, 그런 까닭에 해석 및 정책실무상 참고할 부분을 적지 않게 가지고 있다. 특히 카르텔에 대한 제재(remedies)는 공정거래위원회에 의해 행해지는 행정처분이 중심이 되면서도, 검찰에 의한 기소에 따른 형사처벌이 활발한 편인데다 관련 판례와 연구물도 상당히 쌓여 있다는 점에서 매우 주목되는 입법례로 볼 수 있다. 3벌 규정 등 입법정책측면에서 검토 필요성이 큰 부분들도 적지 않게 발견된다.

이하에서는 현행 일본 독점금지법상 카르텔관련 실체규정 및 형사처벌 규정을 소개한 후, 주요 쟁점들에 대해 관련 판례 및 문헌들을 통해 형성된 해석론을 짚어 본다. 아울러 일본 특유의 현안인 입찰담합에 대해서는 별도의 장으로 구성하여 분석해 보고, 몇 가지 시사점을 결론을 대신하여 도출해 보기로 한다.

해배상제도와 공정거래법 - 제도도입의 타당성 분석을 중심으로”, 「기업법연구」 제24권 제1호 통권 제40호, 한국기업법학회, 2010. 3, 427-457면 참조.

2) 경쟁법의 형사집행 문제를 관해 집중 분석한 문헌으로는 이천현, “독점규제법 위반행위에 대한 형사법적 대응방안”, 한국형사정책연구원 연구총서 2003-17, 정완, “일본 경쟁법상 형벌제도에 관한 고찰”, 「法과 政策」 제16집 제2호, 제주대학교 법과 정책연구소, 2010. 8, 301-318면; 최승재, “형사벌에 의한 공정거래법 집행”, 「2011 상반기 법경제분석그룹(LEG) 연구보고서」, 한국공정거래조정원, 2011.7 등이 있다.

II. 일본 독점금지법상 형사제재의 근거와 카르텔 처벌의 요건

1. 독점금지법상 형사제재의 근거

(1) 카르텔의 실체 규정 위반죄

일본 독점금지법 집행 상으로도 카르텔은 사적 독점이나 사업자단체에 의한 금지행위 위반과 함께 3대 위반 행위로 꼽히며 형벌의 부과 수위도 가장 높게 유지되어 왔다. 독점금지법상 형사처벌의 근거는 제89조이다. 동조에서는, 제3조의 규정에 위반해서 사적 독점 또는 부당한 거래제한을 행한 자와 제8조 제1항 제1호 소정의 사업자단체에 의한 카르텔금지 규정에 위반해서 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한한 자에게 3년 이하의 징역 또는 500만엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제89조 제1항). 아울러 이들 행위의 미수범도 처벌토록 하는 등 매우 엄중한 입장을 견지하고 있다(동조 제2항).

여기서 '제3조의 규정에 위반해서 사적 독점 또는 부당한 거래제한을 한 자' 및 '제8조 제1항 제1호의 규정에 위반해서 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한한 자'의 의미, 즉 처벌대상의 범위가 먼저 문제될 수 있다.³⁾ 법 제3조는 '사업자는 사적 독점 또는 부당한 거래제한을 해서는 아니 된다'고 규정하고 있고, 제8조 제1항 제1호도 '사업자단체는 아래 각호의 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다'라고 하고 있으므로 이때 제3조 위반은 '사업자', 제8조 위반은 '사업자단체'의 신분범을 의미하는 것으로 해석된다. 따라서 자연인 사업자가 제3조에 위반하게 되면 제89조 제1항 제1호에 따라 처벌되는 반면에, 법인 또는 자연인 사업자의 종업원 혹은 법인 아닌 단체의 종업원이 위반행위를 한 경우⁴⁾에는 '사업자' 또는 '사업자단체'로서의 신분을 결하게 되

3) 제89조 이외에도 자연인 이외의 독점금지법 위반행위자의 행위에 대한 벌칙이 정해져 있는 경우에는 동일한 문제가 발생한다.

4) 현실적으로는 종업원이 위반행위를 하는 경우가 대부분이다.

므로 제89조 제1항만 가지고는 처벌되지 않는다.

이 점은 제95조의 양벌규정 해석과 관련해서도 문제될 수 있다. 제95조는 '법인의 대표자 또는 법인 혹은 人의 대리인, 사용인 및 기타 종업원' 또는 '법인 아닌 단체의 대표자, 관리인, 대리인, 사용인 및 기타 종업원'(이하 '종업원 등'이라 한다)이 법인 또는 人 혹은 법인 아닌 단체의 의무 또는 재산에 관해 제89조 등의 위반행위를 한 때에는 '행위자를 벌하는 외에' 그 법인 또는 人 혹은 법인 아닌 단체까지도 벌할 수 있도록 하고 있다. 동 제95조의 규정상 제89조에서 정하는 형벌은 자연인인 행위자에 대해 부과하는 것으로 해석된다. 독점금지법 제3조 또는 제8조 제1항의 취지에서 보더라도 종업원이라고는 하나 그 사업자 또는 사업자단체가 동조에 위반한 것으로 볼 수 있는 행위를 하는 경우도 동조의 적용대상이 된다고 보며, 따라서 이러한 경우 제89조 제1항은 이러한 행위를 하는 자연인을 처벌하려는 취지로 해석된다.

요컨대, 법인사업자·사업자단체 또는 자연인 사업자의 종업원 혹은 법인 아닌 사업자단체의 종업원이 제3조 또는 제8조 제1항 제1호 위반행위를 한 때에는 법인사업자·사업자단체, 자연인사업자, 법인 아닌 사업자단체는 제95조에 따라서, 또한 그 종업원은 제95조 및 제89조에 따라서 처벌된다. 이때 '종업원'이란 '법인 혹은 人의 대리인, 사용인 및 기타 종업원' 또는 '법인 아닌 단체의 관리인, 대리인, 사용인 및 기타 종업원'(제95조)을 말하며, 적어도 각각의 의사결정에 대해 책임이 있어야 한다. 따라서 상급자의 지휘명령에 따라서 위반행위에 관여하게 된 자는 이에 포함되지 않으며 지휘명령을 내린 상급자가 처벌대상이 될 것이다.⁵⁾

한편 부당한 거래제한에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제적 협정 또는 국제적 계약을 한 사업자(제6조 제1항) 또는 사업자단체(제8조 제1항 제2호)는 2년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처해진다(제90조 제1호). 아울러 사업자단체에 의한 사업자 수의 제한금지규정(제8조 제1항 제3호)위반 또는 구성사업자의 기능 또는 활동의 제한(동항 제4호) 위반에 대해서도 동일한 형벌이 부과된다.

5) 正田彬, 「全訂獨占禁止法Ⅱ」, 日本評論社, 1980, 660頁.

(2) 확정심결 위반죄

한편 독점금지법에 따라 일본 공정거래위원회가 내린 확정심결(권고심결, 동의심결, 제54조 제1항·제2항의 심판심결)에 따르지 않는 자는 2년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처해진다(제90조 제3호). 이는 공정거래위원회에 의한 심결의 실효성을 확보하기 위한 규정이라 할 수 있겠다. 심결의 확정시점은 심결이 그 효력을 발생한 날⁶⁾로부터 30일 이내에 심결취소소송이 제기(제71조)되지 않는 때, 또는 심결취소소송이 제기된 때에는 동 소송에서 심결이 취소되지 않고 재판이 확정된 때이다.

불공정한 거래방법의 금지위반에 대한 죄는 없지만, 동 위반행위를 배제하기 위한 확정심결에 위반한 경우에 본죄가 성립될 수 있다. 한편 확정전의 심결위반에 대해서는 질서벌인 과태료(제97조)가 적용된다.

(3) 양벌규정

일본 형법상 법인의 범죄능력이 부정된다고 보는 것이 일본 내의 통설로 알려져 있지만, 예외적으로 법률에서 법인의 처벌을 규정하는 경우에는 법인에 대한 처벌도 가능하다.⁷⁾ 독점금지법의 경우도 법인의 대표자 또는 법인이나 자연인의 대리인, 사용인 및 기타 종업원이 그 법인 또는 자연인의 업무 또는 재산에 관해서 제89조·제90조 등의 위반행위를 범하였을 때에는 행위자 외에 그 법인 또는 자연인 역시 처벌토록 하고 있다.⁸⁾ 이 경우, 법인 또는 자연인이 제89조의 위반행위를 하였을 때에는 1억엔 이하의 벌금형에 처해지고, 제90조 등의 위반행위를 하였을 때에는 각 본조의 벌금형에 처해진다(제95조 제1항). 법인 아닌 단체의 대표자, 관리인, 대리인 및 기타 종업원이 단체의 업무 또는 재산과 관련해서 제89조·제90조 등의 위반행위를 하였을 때에도 행

6) 심결은 피심인에게 심결서의 등본이 도달한 시점에 그 효력을 발생한다. 동법 제58조 제1항 참조.

7) 久保成史, 田中裕明, 獨占禁止法講義, 中央經濟社, 2008, 54頁.

8) 根岸 哲(編), 「註釋 獨占禁止法」, 有斐閣, 平成 21年, 2009, 813頁.

위자 외에 단체 역시 처벌되며, 제89조를 위반한 단체에 대해서는 1억엔 이하의 벌금형에 처해지고, 제90조 등의 위반행위를 한 단체는 각 본조의 벌금형에 처할 수 있도록 하고 있다(제95조 제2항). 법인은 법률에 의해 인격적 존재를 부여받는 것으로서, 법인은 관념적 의미에서 범죄행위를 할 수 없기 때문에 그 종업원 등이 당해 법인 등의 업무와 관련해서 부당한 거래에 해당하는 행위를 행한 경우, 당해 법인 등이 처벌되려면 이를 처벌한다는 사실을 명시하는 양벌규정에 의할 필요가 있다.⁹⁾

법인 등에 대한 처벌의 법적 성질은 '감독책임'(대표자를 제외한 종업원의 위반행위에 대해서 법인 등으로서 그 종업원의 선임·감독 및 기타 위반행위를 방지하기 위해서 필요한 주의를 다하지 않은 데 따른 책임)이나 '행위책임'(종업원 중 일정범위의 자의 행위를 법인 등의 행위로 파악하는데 따른 법인 등의 책임)으로 해석되지만, 일본 법원은 전통적으로 '감독책임'으로 보는 판결을 내려 왔다. 이를테면 "양벌규정은 종업원의 위반행위에 대해 사업자로서 종업원의 선임·감독 및 기타 위반행위를 방지하기 위해 필요한 주의를 다하지 않은 과실의 존재를 추정한 규정으로서, 고의·과실이 없는 사업자에게 타인의 행위에 대한 형사책임을 부과하려는 것이 아니다"라는 것이다.¹⁰⁾ 따라서 사업자가 위 내용에 관한 주의를 다하였음을 증명하지 않는 한 형사책임을 피할 수 없게 된다.

그런데 전술한 바와 같이 제95조가 "종업원 등이 그 법인 등의 업무 또는 재산과 관련해서 제89조 등의 위반행위를 하였을 때에는, ……"이라고 규정하고 있는 점에 비추어 보면 법인의 처벌에는 종업원 등이 위반했어야 한다는 점이 요건이라 할 수 있다. 즉 "대표자, 종업원 등이 개인적으로 업무와 관련해서 적어도 구성요건에 해당하는 위반행위를 하였을 것이 사업주 처벌의 요건이므로, 기업체 전반적으로서 사회적으로 용납되기 어려운 위법한 활동을 하고 있는 것으로 인정되는 경우에도 조직활동을 분담하는 행위자 상호 간에 신뢰의 원칙이 적용되는 경우라든가, 전반적으로는 위반이더라도 행위자를 특

9) 有斐閣 編, 「獨占禁止法に關する刑事罰研究會報告書(平成 3年[1991] 12月18日)」, 『ジュリスト』 999号, (1992. 4), 143頁 참조.

10) 最判 昭和32(1957)·11·27 刑集11卷12号, 3113頁, 最判 昭和40(1965)·3·26 刑集19卷2号, 83頁.

정할 수 없는 경우에는 사업주인 기업체를 처벌하지 못하는 결과가 된다”고 한다.¹¹⁾

하지만 종업원 등의 위반이 분명한 단계에서도 사업자 및 종업원 등을 제소할지, 사업자만 기소하고 종업원 등은 기소유예로 할지에 대한 재량은 허용된다.¹²⁾ 다만, 후자의 경우에는 종업원 등에게 당해 범죄가 성립한다는 사실을 입증하여야 한다.

한편, 종전(平成4(1992)·12·10. 개정 이전)의 제95조는 법인, 人 또는 법인 아닌 단체의 종업원 등이 그 업무 또는 재산에 관해서 제89조 등의 위반행위를 하였을 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 등에 대해서도 “각 본조의 벌금형을 부과한다”라고 규정함으로써, 종업원 등에 대한 벌금형의 상한과 법인 등에 대한 벌금형의 상한이 연동된 바 있었다. 따라서 법인 등의 종업원 등이 제89조의 위반행위를 하였을 경우, 종업원 등은 ‘3년 이하의 징역 또는 500만엔 이하의 벌금’에 처해지지만, 법인 등은 연동의 결과 ‘500만엔 이하의 벌금’밖에 처해지지 않도록 되었다. 그런데 독점금지법 위반행위는 직접적인 행위자가 종업원 등이라 할지라도 법인 등의 사업활동 그 자체로서 행해지는 것이 실상일 뿐 아니라 그에 따른 이득 역시 당해 법인 등에게 귀속하는 것이므로, 법인 등에 대한 독점금지법 위반행위의 억지력을 높이기 위해서는 제95조상의 연동을 분리시켜 법인 등에 대한 벌금형의 상한을 인상할 필요가 있었다.

이에 따라 일본의 ‘독점금지법에 관한 형사법연구회’는 해결책으로서 다음과 같은 방안을 제시하였다. ① 양벌규정의 연혁으로 볼 때, 사업자 처벌은 종업원 처벌과 불가피하게 연동되어야 할 것은 아니므로 사업자 및 종업원에 대한 각 형벌은 각 법령의 취지, 목적을 감안하는 한편, 위반행위를 억지한다는 정책목적 달성에 있어서 각각 어떤 방식이 타당한지는 독자적으로 정할 수 있고, ② 사업자와 종업원은 제각기 별도의 법적 근거에 기해 처벌되는 것이므로, 이러한 점을 전제로 한다면 사업자에 대한 벌금형의 상한을 종업원에 대한 벌금형의 상한과 연동시킬 필요는 없다는 것이다.¹³⁾ 이에 따라 동법 제

11) 飯原英男, 「法人處罰に關する立法上の問題点」, 『ジュリスト』, 672号, 1978. 9, 82頁.

12) 일본 刑事訴訟法 제248조.

13) 有斐閣 編, 「獨占禁止法に關する刑事罰研究會報告書(平成 3年[1991] 12月18日)」, 『ジュリス

95조가 개정되었고 현행과 같이 제89조의 위반행위를 행한 경우에 대해서만 법인 등에 대한 벌금형의 상한을 1억엔으로 인상하는 법제정비가 이루어지게 되었다.¹⁴⁾

(4) 3벌규정

부당한 거래제한의 금지위반(제89조 제1항 제1호), 확정심결위반(제90조 제3호) 등이 있었던 경우에 그러한 위반에 대한 계획을 알고 있었음에도 불구하고 그에 대한 방지나 시정에 필요한 조치를 강구하지 않은 경우, 법인(사업자 단체를 제외)에 대해서는 그 대표자(제95조의 2), 사업자단체에 대해서는 그 임원·관리인·구성사업자(제95조의 3)가 제각기 각 본조의 벌금형에 처해지게 된다. 본조에 따른 책임벌의 대상이 되는 자는 '기업 또는 그 임원대표권을 갖는 이사들 중 기업 또는 최고책임자(사장) 및 담당 대표이사'이다.¹⁵⁾ 이 죄는 진정부작위범으로서 고의가 있는 경우에 적용된다. 따라서 대표자 등이 위 위반에 대한 계획을 알고 있었을 것이 요구되며, 고의로 그러한 방지나 시정에 필요한 조치를 강구하지 않은 경우에 비로소 처벌대상이 된다고 하겠다.

다만 위반에 대한 계획을 알고 있었을 것을 계속범으로 보느냐 상태범으로 보느냐에 따라 법적용이 달라질 수 있다. 예컨대, 영업부장이 담합협정을 체결한 후에 대표이사에게 보고함으로써 대표이사가 그 사실 전반을 인지하고 있었던 경우에는 협정은 체결에 의해 기수가 되므로, 계속범으로 볼 경우에는 공동정범이 되어 제89조 제1항 제1호에 의해서 처벌할 수 있게 된다. 이 경우 동법 제95조의2가 적용되려면 명시, 묵시적 공모가 입증 불가능하거나 대표자를 이른바 부작위에 대한 편면적 방조로서 처벌하는 등의 경우에 한정될 것이다.¹⁶⁾

ト」999号, 1992. 4, 145頁 참조.

14) 平成3(1991)·12·2 법제심의회 형사법부회재산형검토 소위원회 보고 역시 양벌규정상의 법인 등 사업주에 대한 벌금형의 다액과 종업원 등 행위자에 대한 벌금형의 다액과의 연동의 분리는 가능하다고 한 바 있다.

15) 公取委官房企畫課, 「獨占禁止法改正の要点」, 「公正取引」320号, 1977, 28頁.

16) 西田典之, 「獨占禁止法における刑事罰の強化について」, 「經濟法學會年報」13号, 1992, 83-84頁.

본조의 죄가 성립하는 것은 제89조 제1항 제1호 등의 위반이 있었던 경우이다. 따라서 본조에서 법인의 대표자 등이 처벌되는 것은 그 종업원 등 또는 법인 등이 처벌되거나 이들에 대해 범죄가 성립한다는 사실이 입증되는 경우로 제한될 것이다.

2. 카르텔에 관한 독점금지법 위반죄의 특징

(1) 카르텔 관련 실체규정의 구조

공정거래법 제19조 소정의 부당한 공동행위에 해당하는 카르텔은 일본 독점금지법에서 '부당한 거래제한'으로 표기되며, 한국 공정거래법과 마찬가지로 카르텔이 사업자(기업이나 개인사업자)에 의해 이루어지는지(제3조), 사업자 단체에 의해 이루어지는지(제8조)에 따라 나누어 규율된다.

'부당한 거래제한'의 의미는 독점금지법 제2조 제6항에서 규정되어 있는데, 이에 따르면 "사업자가 계약, 협정 그 밖에 어떠한 명의로도 다른 사업자와 공동으로 대가를 결정, 유지 또는 인상하거나 수량, 기술, 제품, 설비 또는 거래의 상대방을 제한하는 등 상호 그 사업활동을 구속하고¹⁷⁾ 또는 수행함으로써 공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것"으로 정의된다. 동 조문의 구조상 카르텔의 성립요건은 크게 '공동성'과 '일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한할 것', 그리고 '공공의 이익에 반할 것'으로 구성된다. 이와 같은 요건은 형사처벌의 전제적 요소라고 할 수 있는데, 이 점은 후술하는 구성요건의 해석 부분에서 좀 더 자세히 분석한다.¹⁸⁾

17) '부당한 거래제한'의 개념에서 "상호간 사업활동 구속"이라는 문구가 부가되어 있다는 점에서 수직적인 거래제한은 제외되고 수평적 카르텔만이 동조의 적용대상이 되는 것으로 해석되고 있다.

18) 다만, 뒷 부분에서 추가로 설명하지 않는 요건으로서 '일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제한성'이라는 요건은 한국의 舊 공정거래법의 경우에도 1999년 법 개정 이전에 제19조 제1항에 규정된 바가 있었는데, 이 또한 카르텔 규제에 있어서 사실상 위법성 판단기준으로 작용하였으나, 현재는 이 표현은 삭제된 상태이다. 이에 비해 일본의 경우는 여전히 카르텔의 위법성 판단기준으로서 일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제한성을 폐기하지 않은 채 유지하고 있는바, 판례는 그 의미를 '경쟁 자체가 감소하여 특정의 사업자 또는 사

한편 제3조의 규정은 행위주체가 독립성을 가진 복수의 사업자인 경우에 적용된다. 이에 비해 행위주체가 사업자단체가 되는 경우에는 법률적으로 별개의 규정을 두고 이를 보완할 필요가 있어서 사업자단체에 의한 담합금지 규정을 제8조 제1항에서 별도로 규정하고 있다. 제8조 제1항 가운데 사업자단체의 담합에 대한 금지규정은 기본적으로 제1호의 '일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위'라 할 수 있으며, 제2호에서 제6조에 규정하는 국제적 협정 또는 국제적 계약을 체결하는 행위도 카르텔로 문제될 수 있다.

(2) 보호법익

독점금지법 위반죄의 기수시기, 시효 등은 동법의 보호법익이 무엇인지에 따라 결정된다고 할 수 있다. 이 점은 1980년 석유가격담합형사사건에서 명확히 선언되었다고 할 수 있는데, 당시 동경고등재판소 판결¹⁹⁾은 독점금지법이사적 독점, 부당한 거래제한 및 불공정한 거래방법을 금지하고, 사업지배력의 과도한 집중을 방지함으로써 직접적으로는 '공정하고도 자유로운 경쟁을 촉진하는' 것, 즉 '자유경쟁 경제질서'를 유지하는 것(독점금지정책)을 목적으로 하고, 독점금지정책의 실현은 그것이 '일반소비자의 이익을 확보하는' 동시에 '국민경제의 민주적이고도 건전한 발달을 촉진하는 것'이 될 것이라는 전제 하에 이를 궁극적인 목적으로 하고 있는 것으로 해석된다고 하였으며, 또한 본 사건의 최고재판소 판결²⁰⁾ 역시 독점금지법의 직접적인 보호법익은 '자유경쟁 경제질서'라고 판시한 바 있다.²¹⁾ 이에 대해서는 몇가지 학설상 반론도 제기되었다. 이를테면 동 판결은 법익침해라는 결과를 야기하였음을 근거로 처벌하지 않고, 독점금지법의 규범에 위반하였다는 규범위반성=행위무가치성만을 근거로 처벌의 판결을 내렸지만, 본래 형법의 법익은 침해의 확인이 가능한

업자단체가 그의 의사로 어느 정도 자유롭게 가격, 품질, 수량, 기타 여러 조건을 좌우하는 것에 의하여 시장을 지배할 수 있는 상태를 초래하는 것'으로 보고 있다.

19) 昭和55(1980)·9·26公集28卷別冊, 392頁、高刑集33卷, 511頁.

20) 昭和59(1984)·2·24公集30卷, 257頁、刑集38卷4-5号, 1287頁.

21) 일본 독점금지법상 목적조항의 해석에 관한 분석은, 신영수, "독점규제법의 목적에 관한 재고", 법학논고 37집, 경북대학교 법학연구원, 2011.10, 367~400면 참조.

이익으로 구성될 필요가 있으므로 '경쟁제도의 기능'이라고 이해해야 한다거나²²⁾ '소비자의 이익'으로 해석해야 한다는 견해²³⁾가 제기되기도 하였다.

(3) 구성요건상의 법해석

1) 공동성 요건

부당한 거래제한은 사업자가 다른 사업자와 '공동으로' 가격·수량 등을 결정하는 행위라는 점에서 '공동성'을 요건으로 한다. 이때 '공동으로'란, 참가사업자 간에 '합의' 또는 '의사의 연락(meeting of minds)'이 있어야 함을 의미하는 것으로서 '합의' 또는 '의사의 연락'은 명시적인 경우는 물론이고 묵시적인 경우(신사협정)까지를 포함한다.²⁴⁾ 이에 관해 동경고등재판소는²⁵⁾ 東芝(도시바)케미컬에 의한 심결취소 청구사건²⁶⁾에서 다음과 같이 판시하였다. 즉 동법에서 카르텔의 요건으로서 '공동으로'에 해당하려면 복수사업자들이 대가를 인상함에 있어서 상호 간에 '의사의 연락'이 있었음이 인정되어야 하는데, 여기서 말하는 '의사의 연락'이란 복수사업자 간에 상호 동일한 내용 또는 동종의 대가에 대한 인상을 실시한다는 점을 인식 내지 예측하고 그와 보조를 맞출 의사가 있음을 의미하는 것으로서, 일방의 대가의 인상을 타방이 단지

22) 經濟法學會 編, 『獨占禁止法講座 VII』(京藤哲久·獨占禁止法違反と刑事責任), 商事法務研究會, 1989, 111-117頁

23) 神山敏雄, 『最高裁の石油価格カルテル刑事事件判決の検討』, 『經濟法學會年報』6号, 1985, 49頁; 森幹人, 『石油カルテルの刑事責任』, 『ジュリスト』813号, 1984. 5, 14頁.

24) 어떠한 행위가 있었을 경우에 합의의 존재를 인정할 수 있는지는 일률적으로 정의할 수 없다. 설령 합의의 존재 근거로 되는 행위가 무엇인지를 특정할 수 있더라도 그 행위의 존재를 확인하는 것 자체가 용이치 않은 경우도 적지 않다. 담합 가담자들이 합의를 외부로 노출시키지 않는 것이 일반적이기 때문이다. 이 때문에 카르텔 규제가 보다 실효성을 가지게 하기 위해 공동행위의 인정에 있어서 사업자의 합의가 반드시 명시적일 필요는 없으며, 상호간의 정보교환에 의하여 사업자끼리 상대방의 의사를 간파하고 협조적 행동을 취하는 경우에도 포함되는 것으로 넓게 해석하고 있다. 아울러 합의의 존재 인정은 정황증거라는 간접적 근거에 의해서도 가능하다고 본다.

25) 平成7(1995)·9·25公集42卷393頁、判タ906号136頁.

26) 합판메이커 8개사의 가격카르텔사건으로서, 권고가 행해진 가운데 東芝케미컬을 제외한 7개사는 권고를 받아들였으나, 東芝케미컬은 권고를 받아들이지 않았으므로 심판절차가 개시됨에 따라, 본 사건의 심판심결의 취소를 청구한 사건이다.

인식, 인용한 것만으로는 충분하지 않지만 사업자 상호간에 구속하려는 내용을 명시적으로 합의하였을 것까지는 필요 없고 상호 다른 사업자의 대가의 인상 행위를 인식하고 암묵적으로 인용하는 것으로서 충분하다.²⁷⁾ 하지만 '부당한 거래제한'이라 볼 수 있는 합의와 관련해서는, 이것이 외부에 알려지는 형태로 형성하는 것을 피하려는 배려가 작용함이 오히려 통상적이라 할 것이므로, 외부적으로도 명시적인 형태의 합의가 인정되어야 한다는 식으로 해석하게 되면, 법의 규제를 용이하게 참탈하는 행위를 허용하는 결과가 될 것임은 명확한 이치라 할 것이므로, 이러한 해석에 의해서는 실정에 대응할 수 없을 것임이 분명하다"는 것이다. 그 결과 "원고는 본 업종 7개사를 따를 의사로 위와 같은 가격인상을 행하였으며, 본 업종 7개사 역시 원고가 따를 것임을 예측하고 있었다고 추인할 수 있으므로, 본건 상품가격의 협조적 인상에 있어서 '의사의 연락'에 따른 공동행위는 존재하였다고 해석해야 할 것"이라고 판결하였다.

2) 상호 구속성

부당한 거래제한의 성립을 위한 또 하나의 요건은 합의가 '상호 그 사업활동을 구속하거나 또는 수행'하는 것이어야 한다는 점이다. 여기서 '구속'이란, 상호 해당 사업활동에 일정한 제약을 가하는 것을 의미하는데, 이 때 다시 '계약'은 카르텔 참가사업자 각각이 당해 내용의 실시를 위해서 노력한다는 의사를 가지고 있고 다른 사업자도 그에 따를 것이라는 생각을 하면서 실행에 옮기기로 하는 협정을 체결하는 정도면 충족되는 것으로 보고 있다. 따라서 협정을 통해 각 사업자의 사업활동이 사실상 상호 구속되는 것으로 족하며 그 실효성을 담보하기 위한 제재 등을 정할 것까지 요구하지는 않는다. 이와 관련하여 석유가격담합형사사건 일본 최고재판소는 "피고인들은 각각 소속된 피고회사의 업무와 관련해서 해당 내용의 실시를 위해 노력할 의사를 가지고, 또한 다른 피고회사 역시 이에 따를 것으로 생각하여 석유제품가격을 각사가 일제히 일정한 폭으로 인상한다는 내용의 협정을 체결한 것으로서……, 이러한 협정을 체결하는 경우 각 피고회사의 사업활동이 이에 의해 사실상 상호

27) 목시에 의한 '의사의 연락'이 이에 해당한다.

구속되는 결과가 된다는 점은 분명하므로, 위 협정은 독점금지법 제2조 제6항에서 말하는 "상호 그 사업활동을 구속하여"라는 요건을 충족하여 그 실효성을 담보하기 위한 제재 등에 관한 정합이 없었던 점 등의 사정은 위 결론을 좌우하지는 못한다"라고 하였다. 또한, '수행함으로써' 부분과 관련해서는 '수행'은 구속 후의 실시단계의 행위로서 상호 구속이 전제되어 있는 것이므로, 이것은 '구속'에 대립되는 독립된 범주를 파악한 것이라기보다는 오히려 구속의 의미를 보완하고 파악대상을 간과하지 않기 위해서 부과된 종속적인 관념 정도로 해석되고 있다.²⁸⁾

3) '공공의 이익' 요건

한편 일본의 독점금지법은 한국 공정거래법과는 달리 '공공의 이익에 반할 것'을 카르텔 성립 요건의 하나로 설정해 놓고 있다. 즉 부당한 거래제한으로 보기 위해서는, 당해 행위가 '공공의 이익에 반하는' 것이어야 하는데, 문제는 여기서 말하는 '공공의 이익'이 과연 무엇인가 하는 점이다. 이에 관해서는 일본 내에서도 견해가 나뉘고 있다. 먼저 이를 좁게 해석해서 공공이 이익이란 자유경쟁을 기반으로 하는 경제질서 그 자체를 가리키고, 이를 저해하는 행위는 곧바로 공공의 이익에 반한다고 보는 견해가 있는 반면, 보다 넓게 해석하여 원칙적으로 자유경쟁원리는 승인하면서도 이를 뛰어넘는 고차원적인 단계에서의 국민 일반의 이익을 곧 공공의 이익으로 이해하는 시각도 존재한다.

첫 번째 견해는 '공공의 이익에 반해서'라는 문언은 혼시적 혹은 선언적 규정이라고 해석하는데, 그 근거는 i) 독점금지법 제1조(목적)가 '일체의 사업활동의 부당한 구속을 배제하는 것'을 규정하고 있는 점, ii) 사업자단체의 부당한 거래제한행위를 금지하는 제8조 제1항 제1호는 '일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것'이라고만 규정할 뿐 '공공의 이익에 반할 것'이 그 요건으로 되어 있지 않으므로, 사업자에 의한 것과 사업자단체에 의한 것 간에 규제상의 차이를 둘 것은 아니라는 점 등이 제시된다. 일본 내의 통설이라 할 수 있다.

28) 今村成和, 『獨占禁止法[新版]』, 有斐閣, 1978, 78頁.

그러나 앞서 본 석유가격담합 형사사건에서 최고재판소는 “공공의 이익에 반하여”란 원칙적으로는 본 법의 직접적 보호법익이라 할 수 있는 자유경쟁 경제질서에 반하는 것을 가리키는데, 현실적으로 행한 행위가 형식적으로 위 에 해당하는 경우라 할지라도 위 법익과 당해 행위로 보호되는 이익을 비교 형량하여 “소비자의 이익을 확보하는 동시에 국민 경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진한다”고 하는 본법의 궁극적 목적(본법 제1조 참조)에 실질적으로 반하지 않는다고 인정되는 예외적인 경우에는 여기서 말하는 “부당한 거래제한”행위로부터 제외시키는 취지로 해석하여야 할 것이라고 하였다. 그러나 이러한 견해에 따르면 가별적 위법성을 상실케 할 정도의 일반 소비자의 이익 혹은 국민경제적인 이익은 상당히 커야 할 것이므로, 부당한 거래제한 행위로부터 제외되는 경우는 대단히 제한적일 것으로 추측된다.

(4) 기수시기

범죄의 기수는 법익침해의 구성요건에 해당하는 행위를 완수하는 것으로서 일본의 판례는 부당한 거래제한죄의 법익을 ‘자유경쟁 경제질서’라고 하였으므로 그러한 침해행위가 있는 경우 기수에 도달하는 것으로 보고 있다. 이에 관해 동경고등재판소는 ‘공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 내용의 구속력 있는 공동행위가 행해졌다면 그 즉시 부당한 거래제한이 성립한다’라고 판시함으로써 합의시점에 범죄가 성립함을 분명히 하면서, 공동행위에 의해서 초래되는 경쟁에 대한 실질적 제한의 외부적 표현인 공동행위 내용의 실시를 그 성립요건으로 하는 것은 아니라고 하였다. 최고재판소 역시 ‘사업자가 다른 사업자와 공동으로 대가를 협의·결정하는 등 상호 그 사업활동을 구속하는 합의를 한 경우에 있어서, 위 합의를 통해 공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 실질적으로 제한되었다고 인정되는 때에는 독점금지법 제89조 제1항 제1호의 죄는 그 즉시 기수에 도달하고, 위 결정된 내용이 각 사업자에 의해서 실시되어야 한다거나 결정된 실시시기가 현실적으로 도래할 것 등은 본죄의 성립에 필요치 않다’는 입장이다. 부당한 거래제한죄의 법익을 ‘경쟁제도의 기능’이라고 해석하는 입장에서는 본

죄의 기수시기를 공동행위를 실시함으로써 그러한 법익이 침해된 시기라 할 수 있으며, 또한 법익을 '소비자의 이익'으로 해석하는 입장은 공동행위의 실시로 구체적으로 소비자의 이익이 침해된 시기를 기수로 보게 된다.

(5) 계속범 내지 상태범 여부

일본에서 부당한 거래제한의 죄는 합의의 성립으로 기수에 도달하는 동시에 범죄행위가 종료한다고 보는 상태범설과, 합의 성립 후 가격인상 실시행위가 행해지고 있는 한 법익침해는 계속되고, 범죄행위 역시 계속된다고 하는 계속범설로 나뉘어 분석되고 있다.

부당한 거래제한은 복수의 사업자에 의한 경쟁제한적인 합의에 의해서 성립하고 기수에 도달하게 되지만, 협정이 파기되지 않는 한 상호구속성 있는 공동행위는 계속되고 있는 것이므로 '자유경쟁 경제질서'의 침해는 계속되고 있다고 할 수 있다. 이는 부당한 거래제한죄에 한정되지 아니하고, 독점금지법의 실제적 규정에 위반하는 범죄행위 전부에 공통된다. 예컨대, 사적 독점은 사업자가 다른 사업자를 배제 또는 지배함으로써 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것인데, 배제·지배행위에 의해 시장지배가 이루어지는 한 '자유경쟁 경제질서'는 계속 침해되고 있는 것이므로 이들 행위가 배제될 때 비로소 침해가 멈춘다는 사실은 용이하게 이해할 수 있는 것으로서 독점금지법위반죄는 계속범이라고 취급된다는 것이다.

범죄를 상태범으로 생각할 것인지 계속범으로 생각할 것인지에 따라 공범의 성립여부, 공소시효, 신법의 적용 유무에도 영향을 미치게 된다. 예컨대, 사장이 사후에 수락한 경우나 다른 사원들이 실행행위에만 관여한 경우, 이를 상태범으로 볼 때에는 사장은 3벌규정(제95조의2)에 의해서 처벌되지만(다른 사원은 범죄 불성립), 계속범으로 볼 때는 사장 및 다른 사원 모두 공동정범이 된다. 또한, 부당한 거래제한죄의 공소시효는 3년²⁹⁾이므로 입찰담합에서 3년도 훨씬 이전에 담합의 원칙을 정하여 카르텔을 반복하고 있는 등의 경우에는 죄를 물을 수 없게 되는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 기본 합의가 파

29) 일본 刑事訴訟法 제250조 제5호.

기됨으로써 그에 기한 담합행위가 행해지지 않게 된 후 3년이 경과한 경우에는 죄를 물을 수 없을 것이고, 위 경우처럼 3년의 훨씬 이전에 작성된 기본 합의에 기하여 카르텔이 행해지는 등의 경우에는 일련의 개개 카르텔 행위 전체를 부당한 거래제한으로 인정하는 것도 가능한 것으로 해석되고 있다.³⁰⁾

3. 공정거래위원회에 의한 형사고발

(1) 전속고발의 원칙

독점금지법 제74조는 “공정거래위원회는 본 법률의 규정에 위반하는 범죄가 존재한다고 여겨지는 때에는 검찰총장에게 고발하여야 한다”라고 규정하고 있다. 그러나 본 규정은 일반적으로 훈시규정이라고 해석되며,³¹⁾ 동경고등재판소 판결³²⁾ 역시 “공정거래위원회는 행정목적적 견지에서 그 재량에 따라 사안별로 고발할지 여부를 결정하는 것으로 해석된다”라고 하여 동 규정의 훈시규정성을 확인하였다.

이에 비해 독점금지법 제96조는 동법 제89조에서 제91조의 죄는 공정거래위원회의 전속고발의 대상으로 함으로써 고발을 소송요건으로 하고 있다. 이는 독점금지법의 실제적 규정위반죄 및 심결위반죄는 동법의 집행을 저해하는 중대한 범죄이므로 법 운용에 관한 책임을 지고 있으면서 경쟁법 집행을 전문성을 갖춘 공정거래위원회의 판단을 가급적 존중하려는 취지라는 것이 일반적인 이해이다.³³⁾ 한국 공정거래법의 입법방식 및 해석론과 크게 다르지 않은 부분이다.

동법에 의하면 일본 공정거래위원회는 독점금지법의 규정에 위반하는 범죄

30) 平成9(1997)년 12월 24일에 행해진 동경도 발주 수도미터입찰담합 형사사건에서 동경고등법원 판결은 부당한 거래제한죄는 ‘서로를 구속하는 담합이 행해져 경쟁이 실질적으로 제한됨으로써 기수가 되지만, 그 시점에 종료하는 것이 아니라 경쟁이 실질적으로 제한되었다는 행위의 결과가 소멸할 때까지 계속해서 성립하는’ 계속범이라는 취지의 판시를 한 바 있다.

31) 今村成和, 『獨占禁止法[新版]』, 有斐閣, 1990, 233頁.

32) 昭和50(1975)·9·29公集22卷220頁、東高民時報26卷, 183頁.

33) 根岸 哲(編), 『註釋 獨占禁止法』, 有斐閣, 2009, 842頁.

가 존재한다고 여겨지는 때에는 검찰총장에게 고발할 수 있는데,³⁴⁾ 여기서 '범죄가 존재한다고 여겨지는 때'란 종업원 등의 행위자에게 범죄의 구성요건 해당성, 위법성, 유책성이 존재한다고 여겨지는 시점을 의미하는 것으로 해석된다. 법인 등의 형사책임을 묻는 경우(제95조) 및 법인 등의 대표자의 형사책임을 묻는 경우(제95조의 2·제95조의 3)에도 종업원 등의 범죄를 입증 가능한 경우라야 한다. 또한 고발이 가능한 것은 미수죄(독점금지법 제89조 제2항) 및 범죄행위에 대한 형법상의 신분 없는 자의 공범, 공동정범, 방조범, 교사범 등을 포함한다. 아울러 공정거래위원회가 고발하는 경우에는 당해 범죄에 대해서 공소시효(형사소송법 제250조)가 완성되지 않았을 것이 요구된다는 점에도 유의할 필요가 있다.

공정거래위원회에 의한 고발은 검찰총장의 범죄에 대한 통지에 의해서 이루어질 수도 있다. 독점금지법 제74조는 "검찰총장은 본 법률의 규정에 위반하는 범죄가 있다고 사료되는 때에는 공정거래위원회에 대해 그러한 취지를 통지하여, 조사 및 그 결과보고를 요구할 수 있다"라고 규정하고 있다. 검찰청의 일반사건에 대한 수사에 의해서 독점금지법 위반사실이 판명된 경우나 고발 후 이루어진 수사를 통해 고발사실과는 다른 독점금지법 위반의 사실이 판명된 경우에는 동조의 규정에 의해서 이들 사실이 공정거래위원회에 통지될 것이다.

이와 관련하여 일본 독점금지법 제46조 제4항이 "제1항(조사를 위한 강제처분)의 권한은 범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석해서는 아니 된다"라고 규정한 부분의 해석이 문제된다. 독점금지법 위반에 대해서 행정처분을 하는 것이 공정거래위원회의 책무이며 동법 제73조 제1항에 기한 고발 역시 그 하나라 할 것이므로, 행정조사에 의해서 얻어진 자료에 기해 고발하는 것은 동법 제46조 제4항에 위반하는 것이 아니다. 그러나 동 조항의 취지를 존중한다면 행정조사를 통해 얻은 진술증거를 형사절차에서 이용하는 경우에는 그 증거

34) 한편, 일본에서 공정거래위원회에 의한 고발건수는 그리 빈번하지 않은 것으로 알려지는데, 일례로 1990년부터 2007년까지를 대상으로 한 조사에서는 공정거래위원회의 고발건수가 13건 정도에 그친 것으로 파악된 바 있다. 실상 형사제재의 강도나 빈도는 높지 않은 수준이라 하겠다.

능력에 대한 검토가 필요하며, 따라서 수사단계상의 조사자료로 이용하는 데에 있어서도 신중을 기하여야 할 것으로 지적되고 있다.³⁵⁾ 독점금지법 제89조에서 제91조의 죄에 관한 소송의 제1심 재판권은 동경고등재판소의 전속관할에 속한다(제85조 제3호). 동경고등재판소에는 동 사건을 취급하기 위해 5명의 법관으로 구성된 특별합의체가 설치되어 있다(제87조).

(2) 공정거래위원회의 형사고발 관련 방침

공정거래위원회는平成 2(1990)년 6월 20일 '독점금지법 위반행위에 대한 형사고발에 관한 공정거래위원회의 방침'(獨占禁止法違反行爲に對する刑事告發に關する 公正取引委員會の方針)을 공표하였다. 이에 따르면 공정거래위원회는 향후 i) 일정한 거래 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격담합, 공급제한담합, 시장분할협정, 입찰담합, 공동보이콧 기타 위반행위로서 국민생활에 광범위한 영향을 미친다고 생각되는 악질적이고도 중대한 사안, ii) 위반을 반복해서 행하는 사업자·업계, 배제조치에 따르지 않는 사업자와 관련된 위반행위 중, 공정거래위원회가 행하는 행정처분에 의할 경우 독점금지법의 목적을 달성할 수 없다고 생각되는 사안에 대해서 적극적으로 형사처분을 요구하고 고발할 방침이라고 되어 있다. 아울러平成 3(1991)년 1월부터는 검찰당국과 공정거래위원회 간에 '고발문제협의회'가 설치되어, 공정거래위원회가 독점금지법 위반사건을 고발함에 있어서 그 원활·적정을 기하기 위해 개별사건과 관련된 구체적 문제점 등에 대해서는 의견·정보를 교환하도록 하고 있다.

Ⅲ. 입찰담합에 대한 형사제재의 특수성

1. 구성요건상의 법해석

입찰담합은 카르텔의 한 유형으로서 일본 독점금지법상 부당한 거래제한³⁶⁾

35) 西田典之, 「獨占禁止法における刑事罰の強化について」, 『經濟法學會年報』 13号, 1992, 83頁.

의 일종으로 포섭되어 있으면서 일본 내에서 특히 빈번히 발생하는 카르텔 유형으로 알려져 있다. 이 점은 각종 통계상으로도 쉽게 확인되는데, 공정거래 사건 가운데 입찰담합사건이 점하는 비율이 50%를 상회하고 있고, 카르텔 사건 중에는 70%에 육박하는 것으로 나타난다.³⁷⁾ 최근의 입찰담합사건에서는 일정한 거래분야가 상품·서비스별로 상당히 세분화되어 인정되는 특징도 나타난다.³⁸⁾ 또한 사건의 유형이 여러 분야에 걸쳐 나타나는데 그 가운데 특히 건설공사 관련 사건들이 가장 빈번히 발생하고 있고, 그 이외에 측량·건설컨설턴트, 인쇄 등의 입찰담합도 적발되고 있다. 일본 공정거래위원회가 천명한 平成2(1990)년 6월 20일 '독점금지법 위반행위에 대한 형사고발에 관한 공정거래위원회의 방침' 이해, 입찰담합에 대하여 적극적으로 형사처벌을 요구하고 고발한다는 방침을 명확히 하고 있다. 실제로 그 같은 방침표명 이후 회사보

36) 우리 공정거래법상으로는 법 제19조에서 규정하고 있는 부당한 공동행위에 해당한다.

37) 최근의 자료는 아니지만, 平成4(1992)년도에서 平成8(1996)년도까지 5년간의 기간을 토대로 분석한 자료에 따르면 전체 공정거래사건은 141건(카르텔사건은 114건)이었는데, 그 중 입찰담합사건은 78건이었던 것으로 나타난다.

38) 일본도로공단이 발주한 자기카드 등의 납품, 수도고속도로공단이 발주한 회수권 등의 납품(대일본인쇄 외 4명사건=平成4(1992)·5·15 公集39卷, 65頁), 愛知縣(아이치현)이 발주한 건설컨설턴트업무(葵(아오이)엔지니어링 외 72명 사건=平成4(1992)·8·7 公集39卷, 121頁), 埼玉縣(사이타마현) 경찰이 발주한 도로표시공사(전계), 埼玉縣(사이타마현) 경찰이 발주한 도로변식 도로표지공사(永盛(나가모리)산업 외 17명사건=平成4(1992)·12·21 公集39卷, 179頁), 埼玉縣(사이타마현)경찰이 발주한 대형반사식 도로표지공사(라인기획공사 외 12명 사건=平成4(1992)·12·21 公集39卷, 186頁), 埼玉縣(사이타마현) 경찰이 발주한 대형등화식 도로표지공사(교통산업 외 6명 사건=平成4(1992)·12·21 公集39卷, 192頁), 川崎市(카와사키시)가 발주한 토목공사(전계), 川崎市(카와사키시)가 발주한 하수관 공사(淺川(아사카와)건설공업 외 68명 사건=平成5(1993)·11·12 公集40卷, 146頁), 川崎市(카와사키시)가 발주한 포장공사(淺川(아사카와)건설공업 외 101명사건=平成5(1993)·11·12 公集40卷, 154頁), 川崎市(카와사키시)가 발주한 상수도공사(淺川(아사카와)건설공업 외 65명사건=平成5(1993)·11·12 公集40卷, 163頁), 山梨縣(야마나시켄)이 발주한 甲府(코후)지구 특정토목공사(전계), 塩山(엔잔)지구 특정토목공사·石和(이사와)지구 특정토목공사·市川(이찌카와)지구 특정토목공사·身延(미노부)지구 특정토목공사·韮崎(니라사키)지구 특정토목공사·都留(쓰루)지구 특정토목공사·大月(오오쓰끼)지구 특정토목공사(모두 平成6(1994)·5·16 公集41卷, 155頁~182頁), 豊橋市(토요하시시) 등이 발주한 특정토목공사(愛豊(아이호우)토건자갈 외 72명 사건=平成7(1995)·8·8 公集42卷, 126頁), 豊橋市(토요하시시) 등이 발주한 특정건설공사(愛知縣(아이치현) 동부건설업협동조합 외 69명사건=平成7(1995)·8·8 公集42卷, 136頁), 豊橋市(토요하시시) 등이 발주한 특정포장공사(青山(아오야마)건설 외 8명사건=平成7(1995)·8·8 公集42卷, 142頁), 豊橋(토요하시)토목사무소가 발주한 특정토목공사(青山(아오야마)건설 외 26명사건=平成7(1995)·8·8 公集42卷, 146頁) 등이 그 예이다.

협청이 발주한 셀 입찰담합사건, 일본하수도사업단이 발주한 공사입찰담합사건, 동경도가 발주한 수도미터입찰담합사건이 형사고발된 바 있다.

입찰담합 사건에서의 보호법익은 '자유경쟁 경제질서'이고, 기수시기는 카르텔의 합의시이며 죄의 유형은 계속범으로 본다. 동 죄의 구성요건에 대한 해석은 일반 카르텔 사건의 경우와 크게 다르지 않으나, 입찰담합이라는 행위의 특성에 따라 몇 가지 특징이 나타나기도 한다.

우선 입찰담합에 대해서도 법률 소정의 '공공의 이익' 요건에 대한 해석이 문제될 수 있다. '공공의 이익에 반하여'의 의미에 대한 일본 판례의 입장은, 앞서 살펴 본 바와 같이, 법 제1조에서 규정하는 직접적인 보호법익으로서 자유경쟁 경제질서에 반하게 됨을 의미하지만, 형식적으로는 설령 그러한 경우에 해당하더라도 위 법익과 당해 행위에 의해서 보호되는 이익을 비교형량하여 본법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 않는다고 인정되는 예외적인 경우를 부당한 거래제한행위에서 제외하려는 취지를 가지고 있다.

그런데 입찰담합에 대해서는 소위 '출혈수주를 저지하여 날림공사 등과 같은 폐해를 방지하기 위해 이루어지는 경우에는 그 같은 요건에 해당하지 않을 수 있다'는 주장이 제기되기도 한다. 하지만 입찰담합을 하지 않을 경우 덤핑수주가 되고 그로 인해 필연적으로 날림공사로 이어진다고 볼 수도 없으므로 이 점만으로 위법성이 부인되지는 않는다. 다만 일반적으로 카르텔을 인정할 경우에는 과잉예방으로 될 우려가 있고, 또한 개별 사건별로 날림공사 등의 방지를 위한 것과 그렇지 않은 것을 준별하기란 쉽지 않은 것이 사실이다. 결국, 판례의 입장에서 보더라도 부당한 거래제한에서 제외할 수 있는 입찰담합이란 거의 존재하지 않는다는 것이 일본 내의 대체적 시각인 것으로 보인다. 또한 회계법이 경쟁입찰에 부칠 것을 요구하고 있는 것은 경쟁입찰이 공공의 이익에 합치한다는 사고에 기한 것인데, 이를 부정하는 카르텔은 기본적으로 공공의 이익에 반한다고 해야 할 것이다.

2. 일정한 거래분야(관련시장; relevant market)의 획정

카르텔 사건에서의 일정한 거래분야 즉 관련시장은 대개 거래의 대상·지

역·단계·상대방이 달라진다. 입찰담합의 경우 특정 관공서 등이 발주하는 공하나 물품 등의 납품처럼 상당히 좁은 범위에서 일정한 거래분야가 인정될 수 있다는 점에 특징이 있다.

반면에, 石川島播磨(이시카와지마하리마)중공업 외 36명사건과 같이 시장을 좁게 한정하지 않고 일반시장을 거래분야로 하여 행해지는 경우도 있다.³⁹⁾ 또한 콘크리트 파일 담합사건에서도 관련시장이 특별히 좁게 획정되지는 않았다.⁴⁰⁾

한편 대량수요자에 대한 판매 등에 관해서만 담합한 사건도 있다. 예컨대, 일본석유 외 10명 사건⁴¹⁾에서는 대량수요자가 행하는 입찰 또는 견적서에 대해 담합함으로써 수주예정자를 결정하였다. 또한, 陸水會사건⁴²⁾에서는 ① 회원은 수요자로부터 40만엔 이상의 콘크리트제품에 대한 의뢰가 있을 경우, 각각의 지구에서 매주 정기적으로 개최되는 의뢰회의에 이를 신고할 것, ② 의뢰회의에서 전술한 신고에 기해서 의뢰를 받은 자의 협의를 통해 수주예정자를 결정하되, 당해 예정자는 계약이 성립한 경우 신속히 그 결과를 의뢰회의에 보고할 것 등을 결정하여 실시한 바 있다.

관공서 일반이 발주하는 공하나 물품 등의 납품에 대해서 일정한 거래분야

39) 본건은 수문(樋門), 통관(樋管), 감문(閘門), 가동언(可動堰) 및 밸브를 포함) 및 그 부대설비공사에 관한 입찰담합으로서 주요 사실관계는 다음과 같다. 일본의 수문 등에 관한 공사는 국가, 지방공공단체, 공단 등(관공서)이 대부분을 맡아 하고 전력회사 등이 그 일부를 발주하고 있는데, 발주에 있어서는 관공서의 경우는 주로 지명경쟁입찰방식이고 일부가 견적서에 따르고 있으며, 전력회사의 경우에는 1개사를 지명해서 계약하는 경우가 있으나 그 외에는 견적서에 따르고 있다. 37개사는 수문 등의 공사와 관련하여, 입찰의 지명 또는 견적서에 대한 참가의뢰(의뢰)를 받은 경우 37개사가 결성한 陸水會라는 모임에 신고하도록 하되, 37개사 중 2개사 이상에 의뢰가 있었던 경우에는 의뢰받은 자들끼리 협의해서 당해 공사에 대한 수주예정자를 결정하는 방식을 취하고 있었다. 昭和54(1979)·12·4 公集26卷, 66頁 참조.

40) 동 사건에서 旭(아사히)화성공업 외 20명 사건에서 21개사는 콘크리트 파일에 대한 의뢰가 통상 복수의 콘크리트 파일제조업자들에 대해 이루어지고, 의뢰를 받은 자의 견적 가격에 따라서 수주자가 결정되게 되어 있었기 때문에 콘크리트 파일 품질별로 각사의 영업담당 과장급들의 회합을 매주 정기적으로 개최함으로써 콘크리트 파일의 전체 의뢰에 대해 상호 그 내용을 보고하고, 의뢰 물건별로 납품수량 및 납품장소를 감안하여 수주예정자 및 그 납품수량을 결정하기로 하였다. 昭和50(1975)·1·10 公集21卷, 195頁 참조.

41) 昭和30(1955)·12·1 公集7卷, 70頁.

42) 昭和46(1971)·12·3 公集18卷, 119頁.

가 인정된 사례도 다수 발견된다. 宮城縣(미야기현) 석유상업조합 仙台(센다이)지부사건⁴³⁾에서는 관공서에 대한 석유제품의 판매가격을 결정한 후 조합원들이 관공서로부터 석유제품의 납품과 관련해서 의뢰를 받은 때에는 위 지부에 제출하게 하되, 그때마다 당해 관공서별로 의뢰모임을 개최하여 납품예정자, 견적가격 등을 결정하였다. 또한, 香川縣(카가와현)조경협회 高松(타카마쓰)지부사건⁴⁴⁾에서는 관공서가 지명경쟁입찰의 방법으로 발주하는 高松지구의 조경공사와 관련하여 입찰참가 지명업자들이 연구회라는 이름의 회합을 개최, 협의를 통해 수주예정자를 공동결정 하였다. 특정 관공서가 발주하는 공사나 물품 등의 납품에 대해서 일정한 거래분야가 인정된 사례는 근래 들어 다수 발생하였다.⁴⁵⁾

이상과 같이 관공서 일반, 혹은 특정 관공서가 발주하는 관급공사나 물품 등의 납품 등과 같은 거래분야상의 입찰담합에 따른 수주예정자의 결정은 모두 일정한 규칙에 기해서 계속적으로 이루어지는 특징을 보인다. 이러한 좁은 범위의 행위에 대해 '일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제한'이 인정되기 위해서는 계속적으로 담합행위가 행해지고 또한 당해 관공서와의 거래가 관계사업자에게 상당한 무게를 점하고 있다는 등의 사정이 존재할 것이 요구된다.

따라서 관공서 일반 혹은 특정 관공서와의 거래에서 발생하는 입찰담합은

43) 昭和47(1972)·7·20 公集19卷, 34頁.

44) 平成4(1992)·6·4 公集39卷, 93頁.

45) 弘前(히로사키)대학이 발주한 昭和58(1983)년도의 B중유 납품(弘善상회 외 14명 사건=昭和59(1984)·8·20 公集31卷, 22頁), 일본 도로공단이 발주한 자기카드 등의 납품(大日本 인쇄 외 13명 사건=平成4(1992)·5·15 公集39卷, 59頁), 埼玉縣(사이타마현) 발주의 토목 일체공사(鹿島(카시마)건설 외 65명 사건=平成4(1992)·6·3 公集39卷, 69頁), 埼玉縣(사이타마현) 경찰이 발주한 도로표식공사(교통산업 외 24명 사건=平成4(1992)·12·21 公集39卷, 192頁), 川崎(카와사키)시가 발주한 토목공사(淺川(아사카와)건설공업 외 123명 사건=平成5(1993)·11·12 公集40卷, 136頁), 香川縣(카가와현) 토목부가 발주한 특정측량 등 업무(五星 외 24명 사건=平成6(1994)·3·14 公集40卷, 208頁), 仙台(센다이)시 세 部局이 발주한 도장공사(旭(아사히)화성공업 외 39명 사건=平成6(1994)·3·31 公集40卷, 219頁), 山梨縣(야마나시현)이 발주한 甲府(코후)지구 특정토목공사(山梨縣(야마나시현)건설협회 甲府(코후)지부 사건=平成6(1994)·5·16 公集41卷, 151頁), 大津(오오즈)시가 발주한 특정전기공사(靑井전기상회 외 28명 사건=平成6(1994)·10·28 公集41卷, 214頁), 小田原(오다와라)시가 발주한 상수도배관공사(田中組 외 22명 사건=平成7(1995)·8·30 公集42卷, 152頁) 등과 관련하여, 각각 일정한 거래분야가 설정되었다.

일정한 원칙에 기해서 계속적으로 수주예정자를 결정하고 있는 행위 전체를 가지고 파악해야 할 것으로 생각된다. 하지만 일정한 합의 자체로 카르텔은 완성되며, 그에 기한 개개의 담합행위가 실행에 옮겨질 것까지 요구되지는 않는다. 공소시효(장기 5년 미만의 징역, 혹은 금고 또는 벌금에 해당하는 죄에 대해서는 3년=형사소송법 제250조 제5호)와의 관련에서는, 기본 합의가 이미 파기됨으로써 그에 기한 카르텔 행위가 3년 이상 행해지지 않은 경우에는 시효가 완성되겠지만, 합의가 3년 이전에 이루어진 경우라 할지라도 그에 기한 담합행위가 행해지고 있는 경우에는 기본 합의에 기한 일련의 행위로 보아 개개의 담합행위 전체를 카르텔로 인정할 수 있을 것으로 생각된다.

한편, 1회에 국한한 입찰담합이 카르텔을 구성할 여지가 있는지가 문제될 수 있다. 1회에 한한 거래에 있어서의 입찰담합이라도 대규모 거래이고 당해 거래가 당해 지역 내의 다른 거래가격에 영향을 미치는 등의 경우에는 부당한 거래제한이 성립할 수 있다고 본다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

한편, 특정 민간기업만을 대상으로 하는 입찰담합이 일정한 거래분야를 형성할 것인지는 별도로 검토할 필요가 있다. 민간기업에 대한 입찰담합은 일반 시장에 대한 거래의 일환으로서 행해지는 경우가 많을 것으로 생각되기⁴⁸⁾ 때문에 사건화된 경우가 많지는 않다. 특정 민간기업만을 대상으로 하여 입찰담합이 이루어진 경우는 자유경쟁 경제질서의 침해를 통해서 일반소비자의 이

46) 이와 관련한 일본 공정거래위원회의의 심결례로는, 湯淺목재공업 외 64명사건(昭和24(1949)·8·30 公集1卷, 63頁)에서는 특별조달청이 발주한 합판 약 94만매에 대한 조달을 함에 있어서 입찰가격을 담합한 사실을 위반으로 판단한 사례가 있고, 해상매립토사협회사건(平成 원년(1988)·9·12 公集36卷, 26頁)에서는 關西국제공항이 大阪 만의 泉州 근해를 매립하여 간사이국제공항 공항섬을 건설함에 있어서 외주 들레 부분 약 11Km에 걸친 독을 축조하는 공사와 관련하여, 6개 대상공구별로 수주처별 수주량 및 수주단가를 결정한 사례 등이 있다.

47) 한편, 昭和57(1982)년 3월 13일 참의원예산위원회에서 당시 橋口 공정거래위원장은 '일정한 거래분야란 어느 정도 지역적, 시간적 범위를 가진 담합 룰이 그에 가장 전형적으로 해당한다는 의견을 첫 번째로 들곤 하지만, 개개 공사에 관한 담합이 독점금지법 위반에 해당하지 않는 것은 아니다. 개개 공사의 담합에 있어서도 그 배후에 룰이 존재하는 경우가 있을 뿐 아니라, 또한 개개 공사에서도 상당 정도에 이르는 규모라든가 지역경제에 대한 영향이 지대하다는 등의 여러 요건들이 있으므로, 사안별로 판단하여야 할 것'이라는 입장을 천명하기도 하였다.

48) 전술한 石川島播磨 중공업 외 36명 사건 등이 이에 해당한다.

익을 침해하게 되는 통상의 카르텔 사건과 달리 일반소비자의 이익과는 관련성이 적으므로 이를 독점금지법 집행의 대상으로 삼을 필요성이 반감되는 측면이 있다. 다만, 관공서(국가, 지방공공단체, 공사·공단 등을 포함)를 대상으로 하는 입찰담합은 국가재정의 부당지출을 유발하고, 공적 기관이 제공하는 물품·서비스는 달리 대체하지 못한다는 등의 이유에서 간접적으로 일반 소비자의 이익을 해친다는 점에서 엄정한 법집행이 요구된다.

3. 형법상 입찰담합행위의 죄

(1) 형법상 입찰담합죄의 보호법익

한편 입찰담합은 일본 형법의 적용대상이기도 하다. 동 형법 제96조의6에서는 담합관련 범죄를 규율하고 있는바, 이 가운데 제1항이 '경매입찰방해죄', 제2항이 '담합행위죄'에 해당한다. 먼저 형법 제96조의6 제1항에서는 "위계 또는 위력을 사용하여 공적인 경매 또는 입찰의 공정을 해하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 250만엔 이하의 벌금에 처한다"고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 "공정한 가격을 해하거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적으로 담합한 자 역시 전항과 동일하게 처벌"토록 하고 있다.

동조의 죄는 공무집행방해죄에 관한 장 속에 편성되어 있기 때문에 공적 기관이 행하는 경매 등 방해죄에 국한되며, 그 보호법익도 공적 기관의 경제적 이익으로 해석되고 있다. 여기서 공적 기관이란, 국가 또는 지방공공단체 및 이에 준하는 기관(공사·공단)을 의미한다. 담합행위죄는 공적 경매 또는 입찰에서 '공정한 가격을 해하거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적'으로 담합을 하는 목적범으로서, 본죄는 그러한 목적으로 경쟁자 등이 서로 통모하여 어떤 특정한 자를 계약자가 되도록 하기 위해 다른 자가 일정한 가격 이하 또는 이상으로는 입찰하지 않음으로써 성립하게 된다. 이 때 목적은 담합에 따른 협정가격이 객관적으로 존재하는 공정한 가격(자유경쟁가격)보다 그 이상 또는 이하라는 사실을 인식하거나 또는 부정한 이익을 얻는다는 것 및 그러한 이익이 사회통념상의 대가의 정도를 넘는 것이라는 데 대한 인식이 있으면 충

분하고, 그 인식이 규명될 경우 고의가 있다고 보게 된다.

본죄가 추상적 위험범인지 구체적 위험범인지에 대해서는 '공정한 가격을 해칠 목적으로 담합하는 죄가 성립하려면 공정한 가격을 해치는 구체적인 위험이 존재할 필요가 있으나, 부정한 이익을 얻을 목적으로 담합하는 죄는 입찰의 공정을 해칠 만한 추상적 위험이 있으면 성립'하는 것으로 보기도 하고, '담합은 공무의 집행을 방해하는 추상적 위험범임을 본질로 하므로, 적어도 그 위험이 있을 만한 담합인 인상 …… 담합죄를 구성한다'고 판시한 사례도 발견된다.⁴⁹⁾ 일견 상호 모순되는 판례들로 보이기도 하지만, 담합행위죄는 담합에 의해서 기수에 도달하게 되는 것이므로 본죄는 추상적 위험범이라고 볼 수 있다. 본죄에는 반드시 상대방이 필요한 필요적 공범이다. 한편 본죄의 벌금형의 상한은 일미구조협약에 의해 平成3(1991)년 5월 7일부터 종래의 100만엔에서 259만엔(형법상의 죄 중에서 최고 벌금형의 상한)으로 인상되었다.

(2) 형법상 입찰담합의 의미와 요건

입찰에서의 담합이란 입찰희망자가 서로 통모하여 어느 특정의 입찰희망자로 하여금 계약자가 되도록 하기 위해 다른 자들은 일정한 가격 이하(입찰의 경우) 또는 이상(경매의 경우)으로는 입찰하지 않을 것을 협정하는 것이다.⁵⁰⁾ 최고재판소 역시 이러한 견해를 답습하여 담합행위죄가 성립하려면, 공적 경매 또는 입찰에서 '공정한 가격을 해하거나 또는 부정한 이익을 얻을 목적'으로 서로 통모하여, 어느 특정의 자로 하여금 계약자로 만들기 위해 다른 자들은 일정한 가격 이하 또는 이상으로는 입찰하지 않을 것을 협정하는 것이라는 해석을 내린 바 있다.⁵¹⁾

또한 담합은 2인 이상의 자가 협정하는 것이므로 담합행위죄는 필요적 공범이다. 다만, 다수의 경매신청인이나 입찰희망자들 중 일부의 자가 담합한 경우

49) 最高裁 昭和32(1957)·12·13 刑集合11卷13号, 3207頁.

50) 昭和19(1944)·4·28 刑集23卷, 97頁.

51) 最高裁 昭和28(1953)·12·10 刑集7卷12号, 2418頁; 最高裁 昭和33(1958)·4·25 刑集12卷6号, 1180頁.

에도 공적 경매 또는 입찰의 공정을 해칠 위험이 있는 한 담합행위죄는 성립한다. 이점에 있어서 일본의 판례는 “담합은 공무집행을 방해하는 추상적 위법범이라는 점을 본질로 하므로, 적어도 그러한 위험이 있는 담합인 이상 입찰참가자 일부의 자들에 의해서 행해졌건 전부의 자들에 의해서 행해졌건 담합죄를 구성한다”는 입장이다.⁵²⁾

한편 담합행위죄의 보호법익은 공적 경쟁·입찰의 공정이므로, 본죄가 성립하려면 담합이 적법한 공적 경매·입찰에 관해서 행해질 필요가 있다. 공적 입찰은 권한이 있는 기관에 의해서 적법하게 입찰에 부처졌다는 내용의 결정이 있었음이 필요하고, 또한 그로써 충분하며,⁵³⁾ 입찰시행자가 담합이 있었다는 점을 알고 있었더라도 입찰의 적법성은 상실되지 않는다. 즉, 공적 입찰이 있었는지 여부는 외형적·객관적으로 관찰해서 결정해야 하고, 입찰시행자측은 관계공무원이 담합이 있었음을 인지했다라도 객관적으로 입찰절차가 그러한 성질을 상실하는 것은 아니다.⁵⁴⁾ 그러나 공적 경매·입찰의 절차 자체가 공정하지 않은 경우에는 담합행위죄는 성립하지 않는다. 예컨대, 매각조건이 변경되었음에도 그러한 사실이 입찰희망자들 일부에게만 고지되었을 뿐, 다른 자들에게 고지되지 않은 등의 중대한 하자가 있는 경우에는 담합이 있더라도 본죄는 성립하지 않는다.⁵⁵⁾ 또한 국가 또는 지방공공단체가 실제로는 특정 사업자와 수의계약을 하는 것이면서 입찰절차를 위장할 목적으로 입찰에 부치는 결정을 한 경우에는 그러한 입찰은 공적 입찰에 해당하지 않는다.⁵⁶⁾ 뿐만 아니라 등기부상으로는 존재하고 있으나 현실적으로는 존재하지 않는 경매물건에 대해서 담합이 이루어진 사례에 대해, 그 부분에 관한 경매개시결정은 “목적물을 결하여 무효이고, 그에 대해 담합하였더라도 본 경매의 공정을 해칠 위험을 발생시키지 않는다고 하지 않을 수 없다”라고 하였다.⁵⁷⁾

52) 最高裁 昭和32(1957)·12·13 刑集11卷13号, 3207頁. 같은 취지로 廣島高判 昭和28(1953)·1·29 高刑特報31号, 3頁.

53) 最高裁 昭和41(1966)·9·16 刑集20卷7号, 790頁.

54) 東京高判 昭和40(1965)·5·28 高刑集18卷4号, 273頁.

55) 高松高判 昭和33(1958)·12·10 高刑集11卷10号, 618頁.

56) 東京高判 昭和36(1961)·5·4 東高刑時報12卷5号, 59頁.

57) 名古屋高判 昭和48(1973)·7·16 高刑集26卷3号, 308頁.

(3) 구성요건에 대한 해석

1) 행위주체

입찰담합은 처음부터 공사를 시공할 의사 없이 금전적 보상을 취득할 목적으로 담합에 가담한 자와, 처음에는 공사시공에 대한 의사가 있었더라도 나중에 금전적 보상을 제공받아 공사시공에 관한 의사를 포기하는 등의 방법으로 담합에 가담한 자에 대해서도 적용된다.⁵⁸⁾ 본죄는 신분범이 아니기 때문에 그 주체에 특별한 제한은 없으므로 경매·입찰에 참가하지 않은 자에게도 담합 행위죄가 성립할 수 있다. 예컨대, 스스로 입찰을 희망하지 않은 자라도 자신과 특별한 관계에 있는 자에 의해서 입찰이 이루어질 것이라는 사실을 전제로 담합에 가담한 때에는 본죄가 성립할 수 있다.⁵⁹⁾ 이 경우 피고인은, 처음에는 입찰의사를 가지고 있지 않았지만 입찰을 희망하는 자가 입찰에 무지하여 입찰가격 및 그 밖의 절차에서 그 자에게 지시를 하기 위해 그 자와 동반하여 공매경쟁입찰에 출석하는 방법으로 담합에 가담한 자가 된다. 아울러 경쟁입찰에 지명된 자뿐 아니라 경쟁입찰자의 실질을 가지고서 다른 입찰자에게 압력을 가해 사실상 담합을 지배한 자 역시 담합의 주체가 될 수 있다.⁶⁰⁾

2) 공정한 가격을 해할 목적

한편 일본 형법 제96조의6 제2항에서 규정하는 '공정한 가격'이란 경쟁이라든가 입찰이라는 관념을 떠나 객관적으로 측정되는 가격을 말하는 것이 아니라, 당해 입찰에서 공정한 자유경쟁에 의해 형성되게 될 낙찰가격을 말하는

58) 最高裁 昭和32(1957)·1·22 刑集11卷1号, 50頁.

59) 最高裁 昭和39(1964)·10·13 刑集合18卷8号, 507頁.

60) 仙台高判 昭和33(1958)·11·7 高刑特報5卷11号, 446頁. 실제 사례에서 법원은, 자신이 공사상의 특수기술의 필요 등으로 인해 형식적으로는 경쟁입찰자로 지명되지 못하였기 때문에 자신을 대신하는 자를 내세워 경쟁입찰자로 지명 받은 후, 그 자가 낙찰자가 되면 그 자의 기술적 감독 하에 사실상 자신이 공사를 시공하여 이윤 전체를 자신이 갖되, 그 일부를 위의 자에게 부여하는 식의 특약 하에서 자신이 경쟁입찰자 일동에 대해 전술한 자신을 대신하는 경쟁입찰자가 낙찰 받을 수 있도록 상당한 압력을 가하여 일정한 가격 이하로는 입찰가격을 매기지 말 것을 협정하게 함으로써 담합을 지배한 사안에서 본인을 대신하여 입찰에 참여시킨 자는 경쟁입찰자의 실질을 갖는 자이므로 담합의 주체가 된다고 보았다.

것이라고 해석되고 있다. 이러한 해석은 과거 대심원⁶¹⁾이 판시한 바로서, 그 후의 최고재판소의 판시⁶²⁾ 역시 이를 답습하였다. 뿐만 아니라 최고재판소昭和 32(1957)년 7월 19일 판시는 이를 약간 부연하면서 “‘공정한 가격’이란, 당해 입찰에서 공정한 자유경쟁에 의해 형성되었을 낙찰가격을 말하는 것으로서, 입찰이라는 관념을 떠나 객관적으로 측정되는 공정가격 또는 ‘공정한 자유경쟁에 의해서 가장 유리한 조건을 갖는 자가 실비에 적정한 이윤을 가산한 액수로 낙찰하였을 가격’을 말하는 것이 아니라는 것이다.”라고 판시하였다.⁶³⁾ 따라서 공사도급에 관한 입찰실정은 이를 자유경쟁에 맡기는 경우 언제나 공정한 자유경쟁이 이루어진다고는 할 수 없고, 오히려 열악한 조건을 갖는 자까지 낙찰을 희망함으로써 때로는 이익을 무시하면서까지 낮은 가격으로 입찰하여 자신이 낙찰 받는 경우 또한 적지 않다.

한편, ‘공정한 가격을 해할 목적’이란, 공정한 자유경쟁이 이루어졌다면 형성되었을 가격을 고의로 인하(경매의 경우), 또는 인상(입찰의 경우)하는 데 대한 인식을 말한다. 다만, 담합행위가 덤핑을 회피함으로써 사업자의 생활을 보호하고, 공사의 완전한 실시를 기할 목적으로 행해지는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 공정한 가격을 해할 목적이 있었다고 볼 수 없다고 판단할 여지가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 그 경우, 자유경쟁의 결과를 공정한 가격으로 판단하는 판례의 입장에서 본다면, 덤핑이 확실히 예상되고, 그 가격이 너무나 정상적이지 않을뿐더러, 담합의 결과 결정된 가격이 덤핑이 없었다면 예상되었을 가격, 즉 통상적인 자유경쟁의 결과 결정될 가격이라는 등의 특별한 사정에 대한 증거가 그 요건으로 될 것이다.⁶⁵⁾

3) 부정한 이익을 얻을 목적

61) 大判 昭和19(1944)·4·28 刑集23卷, 97頁.

62) 最高裁 昭和28(1953)·12·10 刑集7卷12号, 2418頁; 最高裁 昭和32(1957)·1·22 刑集11卷1号, 50頁; 最高裁 昭和32(1957)·1·31 刑集11卷1号, 435頁.

63) 刑集11卷7号, 1966頁.

64) 大阪高判 昭和29(1954)·5·29 特報28号, 133頁; 大阪高判 昭和29(1954)·10·30 裁特1卷追録, 759頁.

65) 大塚仁他編, 『大コンメンタル刑法』4卷(河上和雄·公務ノ執行ヲ妨害スル罪), 1999, 206頁.

한편, '부정한 이익'이란 담합행위에 따른 담합자의 이익이 사회통념상 이른바 대가의 정도를 넘는 담합금 내지 그 밖의 경제적 이익을 말하고,⁶⁶⁾ '부정한 이익을 얻을 목적'이란 경락인, 낙찰자가 그러한 경제적 이익을 그것을 얻을 목적을 가진 경쟁자 등에게 제공하되 다른 경쟁자 등은 그에 대한 분배를 기도하여 담합하는 것을 말한다.

부정한 이익을 얻을 목적은 담합죄의 구성요건을 이루지만, '부정한 이익'이 '공정한 가격'을 해치는 것일 필요는 없다. 따라서 담합에 따른 낙찰가격이 공정한 가격의 범위 내였다고 하더라도 담합금의 액수가 사회통념상의 대가의 정도를 넘는다면 부정한 이익이라 할 수 있다. 낙찰가격이 공정한 가격의 범위 내였더라도 담합에 대한 보상을 지불함으로써 적정한 공사를 하지 못하게 되어 날림, 질 저하 등의 충실한 공사시공을 도외시할 우려가 있고, 보호법익인 공공 경매나 입찰의 공정성이 부당한 보상의 지급약속에 의해 침해될 것이기 때문이다.⁶⁷⁾

부정한 이익을 얻을 목적에서의 담합이라고 할 수 있으려면, 담합에 참가한 입찰참가자간에 부정한 이익의 수수가 협정될 것을 요한다. 구체적으로는 i) 낙찰을 희망하는 자가 낙찰액의 몇 퍼센트(예컨대, 3%) 또는 일정한 고액의 담합금을 다른 입찰참가자에게 지불할 것을 내용으로 하는 협정을 체결하는 경우, ii) 낙찰자를 미리 결정하기 위해 담합금의 액수를 제시하게 만들어 최고액의 지급제안을 한 자를 낙찰자로 결정하는 협정을 체결하는 경우, iii) 자신의 경매신청을 포기하는 대신, 다른 경매인으로부터 금품의 교부를 받는 협정을 체결하는 경우 등은 부정한 이익을 얻을 목적에서의 담합이 있었던 것으로 인정된다. 또한 공정한 가격을 해할 목적과 부정한 이익을 얻을 목적이 라는 두 가지 모두를 가진 담합은 담합행위죄 일죄가 성립하는 데 그치는 것으로 해석된다.⁶⁸⁾

담합행위자들 중 담합금을 제공하는 자는 직접 담합에 의해서 부정한 이익

66) 最高裁 昭和32(1957)·1·22 刑集11卷1号, 50頁; 最高裁 昭和32(1957)·7·19刑集11卷7号, 1976頁.

67) 大塚仁他編, 前掲書, 209頁.

68) 廣島高判 昭和37(1962)·12·26 高集5卷13号, 2614頁.

을 얻는 것은 아니지만, 본죄가 부정한 이익을 얻을 목적을 가진 자라고 협정함으로써 성립하는 필요적 공범이 되므로 담합금의 제공자 역시 이러한 목적을 가진 자로 본다.

IV. 맺으며

공정거래위원회의 과징금 중심의 행정제재가 가진 집행측면에서의 한계와 더불어 기업이 카르텔을 감행하는 과정에서 대개는 경영진의 의사에 직간접인 영향을 받는다는 점을 감안할 때, 법인에 대한 과징금 부과가 최적집행(optimal enforcement) 측면에서 적정 내지 충분한 수준에 달한다고 보기는 어렵다고 본다. 이 점에서 형사적 제재의 활용빈도를 높이는 방안은 정당성을 가지고 있다고 할 수 있다.

일본의 경우 우리와 마찬가지로 행정집행 중심의 경쟁법 운용기조를 유지하고 있고, 동양문화권 고유의 상호협력을 중시하는 문화와 가치관이 자리잡고 있음에도 불구하고, 민관이 결탁한 입찰담합의 폐해가 고질적 사회병폐로 지목되어 온 독특한 경험 탓에 카르텔에 대한 형사제재와 그 집행이 비교적 활발한 성향을 보여 왔다. 특히 양벌규정에서 더 나아가 3벌규정까지 도입하고 있는 등 카르텔에 대한 엄정기조가 독점금지법제 전반에 강하게 표출되어 있어서 향후 형사처벌 관련 제도의 정비에 있어서 주목할 필요성이 큰 것으로 사료된다.

다만 향후 형사제재의 적정집행을 위해서는 몇 가지 고려되어야 할 부분이 있다. 그 가운데 공정거래위원회의 형사고발이 활발치 않은 원인의 하나로서 거론되는 소위 감면제도(leniency)를 어떻게 정리할 것인지도 관건이 될 것으로 보인다. 이 문제는 결국 카르텔 사건의 예방과 적발, 처벌에 이르는 일련의 정책목표들에 대해 그 우선순위의 설정기준을 공정거래위원회와 검찰 간에 어떻게 조화롭게 설정할 것인지의 문제와 맞물려 있다고 할 수 있다. 이 점에서 양 기관의 협조는 카르텔에 대한 형사제재에 있어서 매우 중요한 전제가 될 것인데, 이 또한 일본의 사례에서 시사점이 발견된다. 앞서 살펴보았듯이

소위 전속고발제를 유지하고 있는 일본의 경우 경쟁당국과 검찰당국간에 '고발문제협의회'를 설치하는 한편, 공정거래위원회가 독점금지법 위반사건을 고발함에 있어서 그 원활·적정을 기하기 위해 개별사건과 관련된 구체적 문제점 등에 대해서는 의견·정보를 교환해 온 경험은 주목할 필요가 큰 것으로 여겨진다.

참고문헌

- 신영수, "경쟁법의 사적 집행 활성화 :전제와 현실, 그리고 과제", 「법학논고」 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011.
- 정완, 일본 경쟁법상 형벌제도에 관한 고찰, 「法과 政策」 제16집 제2호, 제주대학교 법과 정책연구소, 2010.
- 최승재, "형사벌에 의한 공정거래법 집행", 「2011 상반기 법경제분석그룹 연구 보고서」, 한국공정거래조정원, 2011.
- 久保成史, 田中裕明, 獨占禁止法講義, 中央經濟社, 2008.
- 根岸 哲(編), 「註釋 獨占禁止法」, 有斐閣, 平成 21年, 2009.
- 今村成和 「獨占禁止法[新版]」, 有斐閣, 1990.
- 芝原邦爾, 經濟刑法研究(下), 有斐閣, 2005.
- 滝川敏明, 「日米EUの競争法と競争政策[第3版]」, 青林書院, 2006.
- 西田典之, "獨占禁止法における刑事罰の強化について", 經濟法學會年報 13号, 1992.
- 飯原英男, "法人處罰に關する立法上の問題点", ジュリ 672号, 1978.
- 經濟法學會, 「獨占禁止法講座Ⅶ」(京藤哲久·獨占禁止法違反と刑事責任), 商事法務, 1989.
- 神山敏雄, "最高裁の石油價格カルテル刑事事件判決の檢討", 經濟法學會年報 6号, 1997.
- 森幹人, "石油カルテルの刑事責任", ジュリ 813号, 2005.

[Abstract]

A Study on the Criminal Remedies under the Japanese Anti-Monopoly Act

Shin, Young-Su

Associate Professor, Kyungpook National University Law School

Among the enforcements of competition law in Korea, the figure of the criminal enforcement or remedies especially has showed to be insignificant, so far. It has been said that in order to activate criminal enforcement, not only institutional supplement but also jurisprudential analysis should be fulfilled. In this context, this paper reviews law on the criminal punishment under the Japanese Anti-Monopoly Act particularly on cartel as a part of the comparative law research.

Regarding the criminal remedy on cartel, the Japanese Anti-Monopoly Act are similarly to the Korean Competition law(so called "Fair Trade Act") in many aspect of legislation. Unlikely actual condition in Korea, however, courts and competition authority of Japan have a tendency to be an active and strict attitude in utilizing tools for criminal punishment against cartel.

For this paper introduces the criminal stipulations under the Japanese Anti-Monopoly Act, and precedents by Japanese courts, and analyse jurisprudence on criminal law enforcement against cartel in Japan. Upon this introduction and analysis, it tries to draw some implications instead of a conclusion to improve the criminal enforcement in the Korean competition law.

Key words : Japanese Anti-Monopoly Act, Cartel, Unfair Restraint of Trade, Japanese Fair Trade Commission, Bid-rigging