



카르텔 규제와 강제조사권



신 광 식
연세대 법무대학원 겸임교수

카르텔 규제에서 가장 중요하고도 어려운 문제는 위법행위를 적발하고 이를 뒷받침하는 증거를 확보하는 일이다. 카르텔에 대한 법집행의 실효성을 제고하기 위해서는 반드시 카르텔을 효과적으로 적발·입증할 수 있는 조사수단을 갖추어야 하는바, 경쟁당국의 사법경찰권은 카르텔에 대한 법집행상의 문제를 극복하기 위한 주요 수단이 된다. 한편 카르텔에 대한 강제조사권은 카르텔의 적발·처벌확률을 높임으로써 카르텔 행위자의 자진신고 및 조사협조의 유인을 강화하여 leniency program의 실효성 제고에 기여할 수 있다. 그렇지만 성격상 남용의 우려를 야기하므로 사법경찰관 제도는 반드시 선진국 수준의 엄격한 요건과 절차에 따라 운영되어야 할 것이다.

I. 머리말

공정위는 압수·수색 등을 할 수 있는 강제조사권이 없어 법집행의 실효성을 높이기 어렵다는 판단 하에 카르텔 등 강제조사가 필요한 사안에 한정하여 사법경찰권을 갖기를 원하고 있다. 위원회가 추진하고 있는 방안은 그 조사요원에게 특별사법경찰관 지위를 부여할 수 있도록 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」을 개정하는 것이다. 이에 대하여 재계는 위원회가 이미 현장조사권, 자료제출 요구 및 영치권, 금융거래 계좌추권권, 전속고발권 등 법집행에 필요한 조사권한을 충분히 갖고 있다고 하면서 강제조사권 도입에 반대하고 있다.

공정거래위원회는 강제조사권이 필요한 이유로 법집행 환경의 변화에 따른 조사의 실효성 저하를 들고 있다. 즉, 법집행이 강화됨에 따라 위법행위가 점점 더 지능화·고도화되어 가고 있고 기업의 조사거부의 인

센티브도 커지는 상황에서 강제권이 없는 현재의 행정조사만으로 카르텔처럼 은밀히 이루어지는 위법행위를 원활히 적발·처벌하기는 어렵다는 것이다. 그러나 재계에서는 실질적으로 위원회의 조사권이 미국 등 외국 경쟁당국의 조사권 한에 비해 약하지 않으며, 실제로 조사 불응에 대한 과태료 부과가 2건에 불과할 정도로 기업들이 조사에 순응하고 있다고 주장한다. 또한 공정거래위원회에 전속고발권이 있고 검찰도 고발요청권을 갖고 있어 필요시 고발을 통해 강제조사를 할 수 있으므로 굳이 공정거래위원회가 강제조사권을 보유·행사할 필요는 없다고 보고 있다.

경쟁정책적 관점에서 카르텔에 대한 경쟁당국의 강제조사권의 필요성을 올바르게 평가하려면, 먼저 카르텔로 인한 피해의 정도 및 카르텔에 대한 법집행상의 문제들을 이해하여야 한다. 카르텔의 폐해가 그리 크지 않고 경쟁당국이 이를 쉽게 탐지·입증할 수 있다면 강제조사권은 불필요할 것이다. 나아가, 경쟁당국이 쓸 수 있는 여러 카르텔 조사수단들의 실효성과 유용성을 검토하고, 특히 강제조사권이 실제로 카르텔의 적발·처벌에 얼마나 유효한 수단인지를 외국의 경험을 통해 살펴볼 필요가 있다. 강제조사권이 카르텔에 대한 법집행에 별 도움이 되지 못한다면 굳이 사법경찰관 제도를 도입할 필요는 없을 것이다.

II. 카르텔에 대한 법집행상의 문제

1. 카르텔의 경제적 폐해

카르텔은 경쟁법에서 금지하는 경쟁제한행위들 가운데 경제적 폐해가 가장 크고 분명한 행위이다.¹⁾ 카르텔로 인한 사회의 경제적 손실은 독점보다 더 클 수 있다. 카르텔은 생산량 제한과 가격인상을 통해 소비자들의 부를 빼앗고 사회 후생의 손실을 초래할 뿐 아니라, 시장경쟁의 압력을 제거함으로써 한계기업 존속, 구조조정 지연, 기술혁신 저해 등 다양한 형태의 비효율을 가져온다. 또한 독점기업과는 달리 담합 사업자들은 각기 별도의 생산설비를 갖고 있어 규모의 경제를 실현할 수 없고 고비용 사업자들도 생산활동을 하게 되어 생산비용이 독점기업보다 높으며, 담합에 따른 초과이익의 발생은 과도한 설비 투자를 유발하게 된다.

카르텔은 거의 언제나 “경쟁에 대한 악영향이 있고 이를 벌충하는 어떤 장점도 없기 때문에”²⁾ 경쟁법에서 당연위법으로 취급된다. 나아가, 카르텔은 명백하고도 의도적인 위법행위이기 때문에 많은 나라들이 이를 형사적 법집행의 대상으로 하고 있으며,³⁾ 카르텔 근절을 경쟁정책의 핵심과제로 삼고 있다. 1990년대 중반부터 미국, EU 등 선진국들은 카르텔에 대한 국제적 법집행을 대폭 강화하면서 카르텔 규제를 위한 국제협력력을 강조하고 있다. 최근에 미국 경쟁당국이 비

1) 본고에서 카르텔은 경쟁의 억압이 유일한 목적이자 효과인 경쟁자들간의 협력 내지 공모, 즉 경성 카르텔(hard core cartel)을 지칭한다. 가격고정, 입찰조작, 생산량 제한·할당, 시장분할 등을 위한 경쟁자들 간의 약정이 경성 카르텔에 해당한다.

2) United States v. Northern Pacific Railway, 356 U.S. 1, 5 (1958).

3) OECD 회원국들 가운데 13개국이 개인에 대한 벌금형을, 그리고 9개국(캐나다, 독일, 아일랜드, 일본, 한국, 멕시코, 노르웨이, 슬로바키아, 미국)이 징역형을 규정하고 있다. OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*, DAFFE/COMP(2002)7.

타민, 식품첨가제(구연산), 사료첨가제(라이신), 방부제, 화학제품, 흑연전극봉 등의 대규모 국제 카르텔을 적발해냈다는 사실은 세계시장의 통합, 기업활동의 세계화 등을 배경으로 국제적 카르텔이 빈발하고 있음을 추론케 한다.

카르텔은 위법이기 때문에 실제로 카르텔 행위가 얼마나 이루어지며 카르텔이 초래하는 피해가 어느 정도인지를 알기는 쉽지 않다. 하지만 가용 자료들은 카르텔의 경제적 폐해 또는 담합 사업자들의 부당이익(따라서 담합의 유인)이 매우 크다는 것을 시사한다. 미국 양형지침은 가격담합에 기인하는 평균적 추가이윤을 판매가격의 10%로 추정하고 있으며,⁴⁾ OECD는 회원국들의 카르텔 사건에 있어서 담합의 폐해가 평균적으로 관련상품 거래액의 15~20% 수준이라고 보고하고 있다.⁵⁾ 우리나라의 경우 가격담합 사건의 평균 가격인상율은 18% 정도로 나타난다.⁶⁾

이처럼 카르텔은 행위자들에게 상당한 이득을 가져다주기 때문에 사업자들이 담합하려는 유인은 강하다. 동시에 카르텔은 당연위법이라는 원칙이 확립되어 있는바, 카르텔 사업자들은 자기들의 행위가 위법이며 적발되면 경쟁법 위반행위들 가운데 가장 엄한 처벌을 받게 된다는 것을 잘 알고 있다. 그래서 사업자들은 은밀하게 공모를 행하고, 이를 감추기 위해 세심한 주의와 노력을 기울이며, 경쟁당국이 카르텔 혐의를 인지해 조사를 시작해도 가능한 한 조사에 협력하려고

하지 않는다. 이 때문에 기업결합, 수직적 제한 등 다른 유형의 행위들에 대한 경쟁법 조사와는 달리 카르텔 조사에는 특별한 장애와 난관이 존재한다.

사실, 경쟁당국에 의해 적발·처벌되는 카르텔은 실제로 이루어지는 담합행위의 매우 적은 부분에 불과하다. 미국의 담합사건에 대한 연구는 카르텔의 적발·처벌 확률이 13~17%라고 추정하고 있다.⁷⁾ 평균적으로 6~7건의 카르텔 중 1건 정도가 실제로 적발·처벌된다는 이야기다. 미국이 세계에서 가장 강력하게 경쟁법을 집행하는 나라라는 점을 감안한다면, 한국은 전반적으로 시장집중도가 매우 높고 거의 모든 업종에 사업자단체가 있어 카르텔 행위가 확산되어 있을 가능성이 많지만 담합 적발·처벌의 확률은 미국의 경우보다 낮을 것으로 예상할 수 있다. 카르텔 행위를 효과적으로 억지하려면, 카르텔이 적발·처벌될 확률을 높여 카르텔 행위자들의 기대손실(=적발·처벌될 확률×제재조치)이 카르텔의 기대 부당이익보다 커지도록 해야만 한다. 분명히 카르텔에 대한 법집행 활동의 강화는 공정거래위원회의 매우 중요한 정책적 과제이다.

2. 카르텔의 적발·조사수단

다른 기업행위들과는 달리 카르텔은 은밀히 이루어질 수밖에 없고 행위자들이 그 증거와 흔적을 은폐하고 조사에 비협조적이기 때문에 카르

4) United States Sentencing Guidelines, 2R1.1 cmt.n.3.

5) OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*, DAF/COMP(2002)7.

6) 신광식, "담합규제의 효율화를 위한 경쟁정책방향," 「한국개발연구」, 1993 여름, 121-160.

7) Bryant, P.G. and E.W. Eckhard, "Price Fixing: The Probability of Getting Caught," *Review of Economics and Statistics*, 1991, 531.

텔을 적발하고 입증하는 데는 상당한 어려움이 있게 마련이다. 이 때문에 카르텔을 효과적으로 적발·처벌하려면 특별한 조사수단들이 필요해 지는바, 선진국의 경쟁당국들은 카르텔에 대한 법집행을 위해 leniency program, 강제조사, 전자감청, 증인의 증언확보 등 여러 가지 특별한 조사 및 증거확보의 수단들을 개발해 활용해오고 있다.

1978년 미국에서 처음 도입된 leniency program은 카르텔 행위자들로부터 증거를 얻기 위하여 자진신고 하거나 조사에 협력하면 처벌을 면제 또는 경감해주는 제도이다. 미국은 1993년 '관대한 처벌'의 적용범위를 확대한 뒤 카르텔 행위자들의 자진신고와 협력을 통해 대규모 국제 카르텔을 다수 적발해 성공적으로 처벌하는 성과를 거두고 있다. 미국의 경험에서 'leniency program'이 카르텔 적발·처벌의 성공률을 높일 수 있는 방법임이 입증되자 이런 제도를 도입하는 나라가 점점 더 늘고 있다.

미국은 카르텔 증거의 확보를 위해 전자감청을 하기도 한다. 미 법무부는 라이신 카르텔 사건에서 전자감청 기술을 이용하여 공모의 결정적 증거가 된 사업자들의 비밀회합 비디오 테이프를 확보한 바 있다. 이 방법은 조사시점에서 공모가 진행중이고 경쟁당국이 공모자들의 회동 등 카르텔 작동에 관한 비밀정보를 얻은 경우에만 사용될 수 있다.

이제 논란의 대상이 되고 있는 강제조사권에 대해 살펴보자. 경쟁당국이 카르텔을 적발·처

벌하려면 경쟁자들 간에 경쟁제한을 위한 합의가 있음을 입증하거나 정황증거로부터 이를 추정하여야 하는데, 강제조사는 카르텔을 입증·추정할 수 있는 증거서류를 확보하기 위한 수단이다.

카르텔에 대한 강제조사권에 대하여, 담합은 대개 묵시적으로 이루어지므로 이를 입증해주는 증거서류가 있는 경우가 드물어 강제조사권이 카르텔의 적발·입증에 별 도움이 되지 않는다는 주장이 있을 수 있다. 여기서 우리는 묵시적 담합이 무엇을 뜻하는지를 분명히 할 필요가 있다. 과점기업은 자기의 의사결정이 경쟁자들에게 영향을 미친다는 것을 인식하고 자기가 취할 행동에 대한 경쟁자들의 반응을 고려하여 행동하게 된다. 이런 의미에서 과점기업들은 상호의존적인바, 이들은 명시적이든 묵시적이든 합의에 의하지 않고도 상호의존성의 상호인식을 통하여 행위의 긴밀한 조정을 이룰 수 있다. 이러한 과점적 상호의존성 또는 순수한 의식적 동조행위(conscious parallelism)⁸⁾를 묵시적 담합이라고 지칭하기도 하나, 경쟁법에서 묵시적 담합은 정황증거로부터 합의가 추정되는 경우를 말하는 것으로서 합의가 추정될 수 없는 의식적 동조행위나 과점적 상호의존성과는 구별되어야 한다.

합의는 계약, 협정 등 명시적 약정에 의할 수 있으나 그러한 명시적 약정이 없다는 의미에서 묵시적으로 이루어질 수도 있다. 그래서 합의는 사업자들의 행위로부터 끌어낼 수 있는 추론에 의해 입증되어야 하는 경우가 많은바, 공정거래

8) 의식적 동조행위를 Sullivan(1977)은 자연스러운(spontaneous) 담합이라 부르고 있으며, Scherer(1980)는 합의 없는 담합과 동일시하고 있다. Sullivan, L.A., *Handbook of the Law of Antitrust*, West Publishing, 1977; Scherer, F.M., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Rand McNally, 1980.

법은 사업자들이 경쟁제한행위를 하고 있으면 “명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다”는 규정을 두고 있다(법 제19조제5항). 그러나 추정조항이 사업자들의 외형적 행위의 일치만으로 합의를 추정할 수 있도록 해주는 것은 아니다. 왜냐하면 동조행위는 경쟁자들의 공모를 반영하는 것일 수도 있고 공통의 시장상황에 대한 각 사업자의 정상적이고 독립적인 반응일 수도 있기 때문이다. 그래서 동조행위로부터 담합을 추정할 수 있으려면 동조행위가 합의의 결과임을 시사하는 증거들, 즉 소위 ‘plus factors’가 입증되어야 한다. 달리 해명되지 않는 사업자들의 회합, 전화나 fax 등을 통한 정보 및 의사교환, 들러리 입찰(sham bid), 공모 없이는 생길 수 없는 표현·용어·조건 등의 유사성 등이 합의의 존재를 암시하는 증거들이다.

카르텔의 직·간접적 증거의 확보가 쉽지 않은 상황에서 경쟁당국에 강제조사권이 없어 목시적이고 유효한 담합들이 적발되지 않고 있을 가망이 많다. 사업자들이 합의의 증거와 담합의 흔적을 은폐하고 목시적으로 담합하여 합의의 존재가 정황증거로부터 추정되어야 하는 경우가 많기 때문에 합의의 추정을 위한 증거 확보가 더욱 요구되는 것이며, 이를 위해 강제조사권이 더 필요해지는 것이다. 공정거래위원회에 전속고발권이 있다고 해서 카르텔에 대한 강제조사의 필요성이 없는 것은 아니다. 경쟁당국이 형사적 법집행의 필요성을 판단하여 고발 여부를 결정하려면 먼저 카르텔을 적발하고 관련 증거를 확보하는 것이 선행되어야 하는 것이다.

대다수의 OECD 회원국들은 경쟁당국에 강제조사권을 부여하고 있다. 이들 나라에서 강제조사를 통해 적발·입증된 카르텔이 얼마나 되는지를 보여주는 자료는 없지만, 최근에 OECD는 회원국들의 카르텔에 대한 법집행 제도와 활동을 검토한 보고서에서 강제조사권에 대하여 다음과 같이 기술하고 있다: “카르텔 조사에서 증인들의 협력을 얻기는 어렵기 때문에 증거서류가 성공적인 카르텔 기소에 결정적인 요소인 경우가 많다. 거의 모든 회원국에서 선호하는 증거서류 확보의 방법은 새벽 급습, 즉 관련 서류를 압수하기 위하여 카르텔 혐의자의 사무실을 불시에 수색하는 것이다. 사실 법집행자들은 면책 프로그램이 성공적으로 시행되는 나라의 면책 프로그램을 빼면 일반적으로 새벽 급습이 카르텔 조사에서 가장 중요하고 생산적인 수단이라고 생각하고 있다.” [Because it is difficult to obtain the co-operation of witnesses in a cartel investigation, documentary evidence is often critical to a successful prosecution of a cartel. The preferred method for obtaining such evidence in virtually every country is the “dawn raid,” or surprise visit to the offices of a suspected cartel participant to review and take away relevant files. Indeed, enforcement officials generally consider the dawn raid to be their most important and productive tool in cartel investigations, except for leniency programmes in those countries where they have been successfully implemented.]⁹⁾

대개 강제조사는 위법행위가 있거나 또는 관련

9) OECD, *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead*, 2003, p.23.


증거가 조사대상 장소에 있다는 합리적 개연성(reasonable probability)의 기준을 충족시켜 판사(magistrate)로부터 정식 승인을 받아 이루어지게 되어 있는데, 경쟁당국이 사전에 그러한 승인을 얻을 필요가 없는 나라들도 있다. '새벽 급습' 여부를 결정함에 있어 많은 나라가 비례의 원칙(principle of proportionality)을 채택하고 있는바, 이에 의거해 위법행위의 심각성, 증거서류의 변조 또는 파괴의 위험 등과 같은 요소들이 강제조사의 기업에 대한 방해효과에 견주어 비교형량 된다. 오늘날의 정보화 시대에는 카르텔의 중요한 증거가 전자파일의 형태로 있을 기망이 많기 때문에 대개 경쟁당국은 강제조사에서 서류외에 전자파일도 수색·복사·재생하며 경우에 따라서는 하드웨어를 가져가 분석·복사하기도 한다.

III. 맺는 말

카르텔 규제에서 가장 중요하고도 어려운 문제는 위법행위를 적발하고 이를 뒷받침하는 증거를 확보하는 일이다. 카르텔에 대한 법집행의 실효성을 제고하기 위해서는 반드시 카르텔을 효과적으로 적발·입증할 수 있는 조사수단을 갖추어야 하는바, 경쟁당국의 사법경찰권은 카르텔에 대한 법집행상의 문제를 극복하기 위한 주

요 수단이 된다. OECD의 경성 카르텔 규제에 관한 권고는 회원국들이 “서류와 정보를 확보하고 불응시 처벌할 수 있는 권한을 포함하여, 경성 카르텔을 적발·시정할 권한을 갖춘 집행절차와 제도”를 마련할 것을 규정하고 있다.¹⁰⁾

공정거래위원회는 카르텔의 효과적인 적발과 조사를 위하여 1997년부터 카르텔 자진신고자 등에 대한 leniency program을 채택하였고, 2002년에는 카르텔 제보자 보상제도를 도입하였다. 이는 법집행의 활성화를 위한 적절한 조치이나, 아직 만족할만한 성과를 내지는 못하고 있다. 자진신고자 등에 대한 감면제도가 시행된 이후 적용사례가 3건에 불과한 것은 카르텔의 적발·처벌의 기대비용이 카르텔의 예상이득보다 작다는 것을 반영하는 것이다. Leniency program의 성공요소는 카르텔 행위자의 기대손실을 높이는 것이다. 다시 말해, 카르텔 행위자에게 가혹한 처벌을 받을 것이라는 신뢰성 있는 위협이 있어야 한다.¹¹⁾ 카르텔에 대한 강제조사권은 카르텔의 적발·처벌확률을 높임으로써 카르텔 행위자의 자진신고 및 조사협조의 유인을 강화하여 leniency program의 실효성 제고에 기여할 수 있다.

끝으로, 경쟁당국의 강제조사권은 그 성격상 남용의 우려를 야기한다. 따라서 사법경찰관 제도는 반드시 선진국 수준의 엄격한 요건과 절차에 따라 운영되어야 할 것이다. 

10) Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels(Adopted by the Council on 25 March 1998).

11) OECD, *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead*, 2003.