

규제연구 제18권 제1호 2009년 6월

유럽공동체(EC) 카르텔 자진신고자에 대한 과징금 감면정책과 그 시사점

이 호 선*

카르텔은 경쟁제한 행위들 중에서도 가장 심각한 유형의 경쟁법 위반행위로서 심지어 형사처분까지 포함하여 각국의 경쟁법규는 이를 엄하게 처벌하고 있다. 그러나 카르텔의 은밀한 속성상 그 적발이 용이하지 아니하여 경쟁당국들은 자진신고자들에게 과징금 감면의 혜택을 주어 엄한 처벌과 함께 자진신고를 통한 카르텔 와해와 사전예방을 추구하고 있다. 본 논문에서는 1996년부터 카르텔 자진신고자에 대한 과징금 감면제도를 도입한 유럽공동체가 세 번에 걸친 감면정책의 변화를 통해 꾀한 정책적 목적 및 그 수단들, 특히 그중에서도 현행 감면고시가 추구하고 있는 자진신고자들을 위한 법적 불확실성의 제거, 비(非)자진신고자와 비교하여 오히려 소송절차에서 불리한 지위에 놓이는 것을 방지하기 위해 고안한 제도에 관하여 살펴보고, 그 과정에서 우리의 과징금 감면정책에 반영할 만한 정책적 내용이 무엇인지 고찰하였다. 이를 통해 필자는 현행 우리 공정거래법상의 감면조치의 대상에 ‘시정조치’가 포함되어 있는 점, 조사 후 협조자에 대하여도 과징금 완전면책이 되거나 감경의 폭이 지나치게 넓다는 점 등에 대하여 의문을 제기하고, 제3국 법정에서의 자진신고 사업자에 대한 불이익을 막기 위해 사업자 진술 등 증거의 채취, 보관, 이용에 관한 엄격한 기준을 수립할 필요성이 있다는 사실을 지적하였다.

핵심용어: 카르텔, EC경쟁법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2, 자진신고감면제도, 반독점법

* 국민대학교 법과대학 법학부 교수/변호사, 서울특별시 성북구 정릉동 861-1 국민대학교 법학관 309호
(e-mail: hosunlee@kookmin.ac.kr)
접수일: 4/20, 게재확정일: 6/9

I. 들어가는 말

카르텔은 경쟁제한성이 가장 높으면서 그 속성상 적발률이 낮아 각 경쟁당국들은 대부분 엄격한 처벌과 함께 자진신고자에 대한 과감한 제재 감면조치라는, 즉 채찍과 당근의 두 가지 수단을 통해 사전예방 및 효과적인 사후 적발과 처벌을 꾀하고 있다. 다국적 기업들의 활동이 점증하고 시장단위의 글로벌화에 따라 역내에서는 물론 역외에서의 카르텔이 역내 시장에 반경쟁적 효과를 초래하고, 이에 따른 제재의 필요성은 점점 높아지고 있다.¹⁾ 우리 기업들이 미국이나 유럽연합에서 담합행위로 거액의 벌금이나 과징금을 부과받고 심지어 관련 임직원들에 대한 형사처분까지 이뤄지고 있다는 것은 새로운 뉴스도 아니다. 한편 카르텔에 대한 경쟁당국의 가벌성에 대한 인식이나 정책 역시 글로벌 규범화되어 가면서 자진신고자에 대한 감면제도 역시 많은 부분에서 공통점을 띠고 있다. 그런 의미에서 일부 각국의 법적 전통과 문화 정서적 차이에 따른 차이점들 역시 각국 경쟁법의 수렴현상이라는 큰 흐름 속에서 이해되어야 하지 않을까 생각한다.²⁾ 이에 본 연구에서는 다양한 국가들의 경쟁법체제와 문화를 고려하여 단일 기준을 만들어낸 유럽공동체(EC)의 카르텔 자진신고자에 대한 과징금 감면제도를 중심으로 정책의 변천과정과 그 배경 및 주요 내용을 살피고, 마지막으로 우리 제도에 주는 시사점을 생각해 보고자 한다.

1) 우리 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'으로 약칭) 제2조의2도 국외에서 이루어진 행위라 해도 국내 시장에 영향을 미치는 경우 이 법이 적용된다고 하여 역외 적용을 명문화하고 있다. 미국, 유럽연합 등의 경쟁법의 역외 적용에 관한 보다 상세한 설명은 다음을 참조. 이호영, 『독점규제법의 이론과 실무』, 홍문사, 2006, pp.497-503.

2) 윤세리, 「세계화시대의 공정거래법의 전개방향」, 『저스티스』, Vol.98, 한국법학원, 2007, p.6.

II. 유럽공동체의 카르텔 자진신고자 과징금 감면제도 개관

1. 카르텔 과징금 부과경향 및 감면정책의 필요성

유럽공동체 경쟁법 위반 사업자에 대한 공동체 법규상의 과징금 부과 기준의 근거로는 규정 제1/2003호³⁾와 합병규정⁴⁾을 들 수 있다. 현행 과징금 기준 상한선은 절차적 위반의 경우엔 직전 영업연도 매출액의 1%, 실제적 위반행위에 대하여는 매출액의 10%로 정해져 있는바,⁵⁾ 최근 집행위원회는 특히 카르텔의 경우 상한선에 가깝게 증가하는 경향을 보이고 있다. 1969년 네덜란드, 독일 및 프랑스의 회사들이 키니네 카르텔을 만들었다가 제81조 제1항 위반으로 과징금을 부과받은 사건이 집행위원회에서 내린 과징금 결정의 첫 번째 사례인데, 이와 같이 집행위원회의 경쟁법 위반에 대한 과징금 부과 역사는 카르텔 행위에 대한 제재의 역사와 궤를 같이 한다. 유럽공동체 역외 기업에 대하여도 과징금이 부과될 수 있는데, 최근 삼성과 대한항공이 역외 카르텔 혐의로 조사를 받고 과징금 부과가 예정되어 있는 것으로 알려지고 있다.

집행위원회의 과징금 부과가 처음부터 엄격한 것은 아니었다. 카르텔과 관련하여 부과된 과징금은 2004년 390,209,100유로, 2005년 683,029,000유로, 2006년 1,846,385,500유로, 2007년 3,338,427,700유로, 2008년 2,271,232,900유로로 2008년도에만 전년에 비해 감소하였을 뿐 해마다 부과액이 늘어나고 있음을 보여준다. 카르텔 적발 건수도 점증 추세에 있어 1990~1994년 11건, 1995~1999년 10건, 2000~2004년 33건, 2005~2009(1월 현재) 28건이고, 최근 5년간 수치를 보면 2004년 6건, 2005년 5건, 2006년 7건, 2007년 8건, 2008년 7건, 2009년(1월 28일 현재) 1건으로 드러난다.⁶⁾ 위 통계에서는 두 가지 사실

3) Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, 이 글에서는 ‘규정 제1/2003’이라 한다. 이 규정에 관한 전문은 다음의 줄고 참조. 이호선, 「공정거래에 관한 유럽연합 각료회의 규정 제1/2003호 해설」, 『법학논총』, Vol.21, No.1, 국민대학교, 2008, pp.228-261.

4) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings(이하 The EC Merger Regulation으로 약칭). OJ L 24, 29/01/2004/ pp.1-22.

5) 절차적 위반이란 정보제공 의무에 위반하였거나 조사과정에 있어서의 방해 행위 등을 말하고, 실제적 위반이란 조약 제81조 및 제82조 위반, 임시금지명령 위반 또는 서약조건부결정 위반 등을 말한다. 줄고(주3), pp.250-252.

을 알 수 있다. 카르텔 적발 건수와 총 부과된 과징금액 모두 증가하고 있지만 적발 건수에 비해 과징금의 증가가 확연하다는 사실이다. 이는 단위 사건당 과징금 액수가 그만큼 많아지고 있다는 것을 뜻하는 것으로 피의사업자로서는 그만큼 카르텔에 따른 위험부담이 커진다는 것을 의미한다. 카르텔의 추방은 비단 유럽공동체만의 문제가 아니라 경쟁법을 갖고 있는 각국이 추구하는 최고의 목표 중의 하나라 할 수 있다.

특히 유럽공동체는 그 출범 초기부터 회원국 정부들이 애써 만들어 놓은 무역장벽철폐라는 과실을 엉뚱하게 사업자들이 반경쟁행위라는 바구니에 챙겨가지나 않을까 심각하게 우려했다. 그런 점에서 카르텔은 단일시장을 저해하는 가장 큰 적 중의 하나라고 할 수 있다. 카르텔은 조약 제81조의 가장 심각한 위반유형으로서⁷⁾ 그 폐해는 통상적으로 사업자들 사이에서 일어날 수 있는 경쟁을 인위적으로 제한함으로써 제품 개발 및 효과적인 생산방법의 도입, 이 두 가지 측면에서의 혁신 압력 회피를 초래한다. 또한 그와 같은 카르텔 가담 생산자들로부터 구매하는 공동체 역내 기업들에 있어서는 자원 및 부품의 비용상승 결과를 초래하여 궁극적으로 인위적 가격 조절 및 소비자들에게 있어서는 선택의 감소로 이어지고, 장기적으로는 경쟁력 상실과 고용기회의 감소로 귀결된다.⁸⁾ 그러나 통상적으로 카르텔 사건들의 약 13%만이 적발될 뿐이고⁹⁾ 또 이를 적발하는 과정에서도 많은 비용이 소요되는 상황에서 과연 엄한 처벌과 제재가 카르텔 감소를 위한 실효적 수단인가에 대하여는 의문이 들지 않을 수 없다. 강력한 제재는 사업자들에 대하여 두려움을 안겨줌으로써 은밀하게 더욱 숨게 만드는 부작용만을 키울 수도 있는 것이다.¹⁰⁾ 과중한 과징금은 예상치 못한 경쟁법외적인 사회적 비용 지출을 가져올 수도

6) <http://ec.europa.eu/competition>, 2009. 3. 20. 방문. 2003년에는 비타민 카르텔 사건으로 라 로슈사(社) 하나의 사업자에 대해서만 4억2천6백만 유로의 과징금이 부과되기도 하였다

7) European Commission, Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases [2006] OJ C298/17(이하 2006 Leniency Notice라 한다), para. 1

8) *ibid*, para. 2

9) P. Bryant and E. Eckard, "Price Fixing: The Probability of Getting Caught," 73 *The Review of Economics and Statistics* 531, 1991; Department of Trade and Industry, *A World Class Competition Regime*, The Stationery Office, 2001, Cm. 5233, para. 7.7. 미국의 경우에도 강력하고 정교한 조사 수단에도 불구하고 조사대상 카르텔의 90% 이상이 감면제도를 통해 적발된다고 한다. (송정원, 『카르텔 및 불공정거래행위 규제』, 박영사, 2005, p.164)

10) Philippe Billiet, "How lenient is the EC leniency policy? A matter of certainty and predictability," 2009, 30(1) *ECLR*, p.19.

있다. 유럽공동체의 경우처럼 매출액 10%에 달하는 과징금을 부과할 경우 그 액수는 사업자들의 일반적인 수익구조에 비취했을 때 막대한 것이어서 피의사업자의 파산이나 정상적 기업활동의 위축 등으로 이어질 수도 있다. 이렇게 될 경우 카르텔 당사자도 아닌 종업원들의 고용불안이라는 사회적 문제가 야기될 수 있다.¹¹⁾ 또한 카르텔이 적발되어 막대한 과징금 납부가 조만간 현실화될 조짐이 보이면 피의사업자는 실제로 과징금 납부를 준비하는 대신 카르텔을 통해 얻은 이익을 소비해 버리고 파산신청이나 역외 기업의 경우 사업철수라는 절차에 돌입할 가능성도 배제할 수 없다.¹²⁾

이는 과징금 부과와 재량권을 갖고 있다고 해도 그 재량권을 확대 행사함에 있어, 특히 처벌을 통한 억제효과를 얻는 데 한계가 있을 수밖에 없음을 보여준다. 그렇다면 결국 카르텔 감소는 처벌의 수위보다는 적발의 실효성을 높임으로써 가능하다고 할 것이다.¹³⁾ 카르텔의 은밀한 속성상 직접 가담하고 있는 사업자나 개인들의 협조가 없이는 적발이나 조사에 어려움을 겪을 수밖에 없다. 이 점을 인식하고 있는 집행위원회는 자진하여 카르텔 가담행위를 중단하고 다른 가담사업자들로부터 떨어져 나와 경쟁법 위반행위에 대한 집행위원회의 조사절차에 협조하는 사업자들에 대한 보상은 공동체의 이익에 부합한다는 전제하에,¹⁴⁾ 카르텔 적발의 단초를 제공하거나 혐의 입증에 결정적으로 기여한 사업자에 대하여 몇 가지 부대적 조건을 만족시킬 것을 전제로 과징금 감면의 혜택이 정당화될 수 있음을 선언하고 있다.¹⁵⁾ 그러나 한편으로 감면제도를 운용하여 자진신고자에 대하여 벌칙 감면의 혜택을 준다 하여도 그 감면 여부가 사업자 입장에서 불투명하고 보장되지 않는 것이라면 자진신고에 주저하게 만들 것이라는 사실은 어렵지 않게 추측할 수 있다.¹⁶⁾ 이런 이유로 인해 유럽공동체는 수차에 걸쳐 과징금 감면정책을 개정해 가면서 그 실효성을 높이기 위해 노력해 왔다.

11) B. Branch, "The costs of Bankruptcy: A review," 11 *International Review of Financial Analysis* 39, 2002;

B. Cheffins, *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Oxford: Clarendon Press, 1997, Ch. 14.

12) A. Stephan, The bankruptcy wildcard in cartel cases, *J.B.L.* 511, 2006.

13) Philippe Billiet, *op.cit.*, pp.19-20.

14) 2006 Leniency Notice, para. 3

15) *ibid*, para. 4

16) 사업자들은 13% 정도의 적발률, 거꾸로 87%에 달하는 미적발의 가능성과 자진신고함으로써 얻게 될 감면혜택과 불이익을 끊임없이 교량하여 판단하게 될 것인바, 감면 여부 허용이 불투명하고, 그 감면의 정도가 기대하는 바에 못 미친다면 87%의 행운(?)에 더 기대를 걸 가능성이 높다.

2. 자진신고자에 대한 과징금 감면정책 변천과정

(1) 감면정책의 도입 및 한계(1996년)

공동체 집행위원회가 카르텔 가담사업자들에 대한 과징금 감면제도를 도입한 것은 1996년¹⁷⁾으로 관련 카르텔의 적발 및 담합행위에 대한 상세한 정보 취득이 그 목적이었는바, 위 정책은 2002년도 감면고시에 의해 상당부분 개정을 거쳐 2006년에 다시 개정되어 오늘에 이르고 있다. 최초의 과징금 감면고시 제도가 있기 전에 이미 카르텔 주동자가 자진하여 증거를 제출함으로써 과징금의 3분의 1을 감면받은 사례는 있었다.¹⁸⁾ 1996년 감면고시에서는 감면대상을 감면의 정도에 따라 부과예정 금액의 75% 감면, 50~75% 감면, 10~50% 감면의 세 가지 유형으로 나누고 있었다. 그렇지만 이에 대하여는 그 기준이 불명확하며 무엇보다 자진신고자 자신이 어떤 유형에 속하는지 판단할 수 있는 예측가능성을 주는 데 실패하여 감면정책의 실효성을 떨어뜨린다는 비판이 계속 제기되어 왔었다. 또한 자진신고 사업자에 대한 민사책임을 면해 줄 수 없다는 것도 최초 고시에 대한 주된 비판 중 하나였다.¹⁹⁾

그러나 카르텔 사건에 관한 과징금 감면제도는 경쟁당국의 규제적 기능에 속한 것이고, 민사책임을 카르텔로 인한 피해를 입은 개인의 사적 구제영역이라는 점에서 그 규제의 대상과 목적이 다른 까닭에 감면제도에 의한 신고자에게 자동적으로 사적 구제절차에 따른 책임까지 면해 준다는 것은 오히려 법적 정의에 반하므로 이를 굳이 1996년 고시에 대한 비판의 근거로 삼기에는 적절하지 않은 것으로 보인다.

(2) 감면정책 개정 및 평가(2002년)

2002년도 감면고시의 가장 큰 특징은 종전까지 있었던 집행위원회의 카르텔에 대한 기본적 입장, 즉 일단 카르텔 가담자는 어떤 형태로건 제재를 받아야 하고 완전면책은 있을 수 없다는 완강한 처벌의지를 유연하게 바꾸었다는 것이다. 1996년 고시하에서는

17) European Commission, Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, 1996, O.J. C207/4(이하 1996 Leniency Notice라 한다).

18) Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, 2nd ed., Oxford; Oxford University Press, 2004, p.919.

19) *ibid*, p.921.

최초 자진신고자에 대하여 과징금 감면 비율을 75% 이상으로 정해 놓은 것이 그 단적인 예인데, 실제로 집행위원회가 75%를 초과하여 감경해 준 사례는 드물다. 특히 완전 면책조치를 내린 것은 단 세 건에 불과한데 그것도 2002년 개정고시 발효 직전에 내린 결정들이었다.²⁰⁾

완전면책에 대한 보장이 없다면 사업자들 입장에서 집행위원회에 대하여 불법 카르텔을 자진신고할 유인동기는 떨어질 수밖에 없었다. 2002년도 고시는 이런 결함을 수정하여 몇 가지 요건들을 충족하는 경우 완전면책을 가능케 하는 데 개정의 초점을 맞추었다. 그 조건들은 “(i)감면신청 당시 신청인이 제공할 수 있는 당해 피의사건의 불법성을 인정하는 데 필요한 모든 증거들을 즉시 제공할 것 (ii)조사 절차에 완전히 협력할 것 (iii)신청과 동시에 당해 카르텔 가담행위를 종료할 것 (iv)위반행위에 가담하도록 다른 사업자들에게 강제적 조치를 취한 바 없었을 것 (v)집행위원회의 입장에서 압수수색을 개시하거나 조약 제81조 제1항 위반 판정을 내리는 데 필요한 결정적 증거를 제일 먼저 제출하였을 것”이다.²¹⁾

이런 입장의 선회는 가능한 많은 카르텔의 적발이 감면정책에 있어 무엇보다 우선하는 목표라는 인식하에 한편에서는 카르텔 적발, 다른 한편에서는 카르텔 가담사업자에 대한 처벌이라는 공익정책상의 이해관계를 재조정한 것이라 볼 수 있다. 2006년 현행 고시로 재개정되기까지 2002년 고시가 4년간 시행되는 동안 집행위원회가 신청을 받아 과징금을 감면해 준 사건은 모두 167건이었다.²²⁾ 주목할 것은 이 신청 사건의 절반 이상이 집행위원회의 비공개 조사 착수 이전에 이뤄졌고 집행위원회는 이런 사건들 중의 대부분에 대하여 과징금 면제 조치를 내렸다는 사실이다. 반면 1996년 고시 체제하에서는 그 시행 기간은 2002년도 고시의 거의 두 배에 가까웠음에도 불구하고 집행위원회가 접수한 감면신청 건수는 80여 건을 약간 넘었을 뿐이었다. 그나마도 이 기간 동안 신청된 사건들 중 대부분은 집행위원회가 비공개 조사에 착수한 이후에 이뤄진 것들로서²³⁾

20) European Commission, Question and Answer on the Leniency Policy, 2002, Memo/02/23.

21) 2002 Leniency Notice, paras 8-11.

22) Commission Memorandum, Leniency Notice--frequently asked questions, para. 1

23) B. V. Barlingen and M. Barennes(DG COMP, Cartels Directorate(F)), “The European Commission’s 2002 Leniency Notice in Practice.”

자진신고라기보다는 적발 후에 마지못해 증거를 제출하는 형태가 일반적이었다고 할 수 있다.

이런 통계들만 놓고 보면 2002년도 고시 개정을 통한 감면정책의 전환은 집행위원회가 카르텔을 적발하는 데 상당한 기여를 했다는 평가를 할 수 있다. 2002년 개정고시의 상대적 성공은 완전면책 또는 부분면책(그것도 어느 정도인지 불확실한)인지 여부가 자진신고의 중요한 동기가 된다는 점을 보여준다. 적당한 몇 개의 당근만으론 카르텔 공모자 중의 일부의 이탈을 유도해내는 데 부족하다는 것이다. 하지만 2002년도 고시의 강화된 면책 보장에도 불구하고 여전히 감면을 바라는 사업자들이 원하는 투명성 및 예측가능성의 중요성을 충분히 고려하지 못했다는 아쉬운 평가는 여전했다. 이에 따라 집행위원회는 투명성과 예측가능성 및 신고사업자들의 법적 불안정성을 감소시켜 주는 것을 목표로 고시 재개정에 들어가게 된 것이다.²⁴⁾

(3) 현행 감면정책으로 재개정(2006년)

2006년도 고시 개정의 목적은 사업자들에게 감면신청 및 처리절차의 투명성과 예측가능성을 부여함으로써 감면정책의 효율성을 제고하고, 감면신청인들이 우려하는 절차 후의 후속적인 제3자로부터의 민사상 손해배상청구소송에서의 불리함, 특히 미국 법정에서의 피소에 대한 우려를 덜어주기 위한 것이었다. 그중에서도 신청인들이 가장 신경 쓰는 것은 조사절차에서의 협조 의무를 이행하는 과정에서 작성되는 사업자 진술(*corporate statements*)이 민사소송의 증거자료로 현출되는 것이었다. 이에 따라 집행위원회는 순위기재표제도(*marker system*)를 도입하고, 과징금 감면의 기준이 되는 자진제출 증거의 증명력의 정도를 명시하는 한편 사업자 진술의 수집, 보관, 사용에 있어서 일응의 기준을 마련하여 대외적으로 불리하게 사용되지 않도록 하는 조치를 취하고자 하였다.²⁵⁾ 이하 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

24) Jatinder S. Sandhu, "The European Commission's Leniency Policy: A Success," 2007, 28(3) *ECLR*, p.150.

25) *ibid*

III. 유럽공동체 과징금 감면제도의 주요 내용 및 특징

1. 완전면책

집행위원회는 어느 사업자가 공동체에 영향을 끼치는 혐의가 있는 카르텔에 가담 사실을 밝히고 집행위원회가 인정하는 정보 및 증거들을 최초로 제공하는 경우 당해 사업자가 당초 부과받았을 과징금을 면제한다. 이때 집행위원회가 인정하는 기준에 부합하는 정보 및 증거란 1) 피의 카르텔에 대한 조사개시의 단서가 되기에 충분하거나,²⁶⁾ 2) 공동체 조약 제81조 위반판정이 가능하도록²⁷⁾ 할 수 있어야 한다.²⁸⁾ 피의카르텔에 대한 조사가 가능토록 하기 위해서 제공해야 하는 정보 및 증거란 1) 신청일 당시 지득하고 있는 사항을 포함한 사업자 진술과 2) 신청 당시 소지하고 있거나 활용 가능한 당해 카르텔 관련 증거, 특히 위반사실에 직접 관련된 증거를 말한다. 이 중 전자인 사업자 진술에는 (i)피의 카르텔의 범위에 관한 상세한 내용으로 예컨대 그 목적, 활동 및 기능, 관련 상품 또는 서비스, 지역적 범위, 피의 카르텔에 의해 영향을 받는 시장규모에 대한 평가 및 그 지속기간, 피의 카르텔 모임의 날짜, 장소, 내용 및 참가자들, 감면 신청자의 주장을 뒷받침하는 증거와 관련한 설명 (ii)신청인의 대표자를 포함하여 신청인이 아는 한 당해 카르텔과 관련된 개인들의 이름, 직위, 사무실 위치 및 필요한 경우 자택 주소 (iii)공동체 역내외를 막론하고 당해 카르텔과 관련하여 접촉이 있었거나 접촉을 시도하려 하였던 경쟁당국들에 관한 정보가 포함된다.²⁹⁾

26) 신청 당시 집행위원회가 당해 카르텔과 관련한 조사개시결정을 내리기에 충분한 증거를 이미 확보하고 있거나 이 그 조사를 수행하고 있는 경우에는 이 내용에 의한 면책은 허용되지 아니한다(2006 Leniency Notice, para. 10).

27) 위와 같은 가능의 여부는 제출된 당해 정보 및 증거에 의해서만 판단되고 당해 조사가 이루어졌는지 여부 또는 실제 그에 따른 조사가 성공적이었는지 여부는 고려하지 아니한다. 감면 부여 여부의 가치 판단은 오로지 당사자에 의해 제공된 정보의 유형 및 질에 따른다.

28) 두 번째 기준에 의한 면책은 신청 당시 집행위원회가 당해 카르텔에 대한 조약 제81조 위반 판정을 내리기에 충분한 증거를 갖고 있지 못하고 단서 제공에 의한 별금면책이 조건부로 허용된 다른 사업자가 없는 경우에만 인정된다. 이 경우에도 면책 요건을 충족하기 위해서는 사업자 진술과 함께 현존하는 피의 카르텔의 존재를 입증할 증거들을 최선순위로 제출할 것이 요구된다(2006 Leniency Notice, para. 11).

29) 우리 공정거래위원회 고시 제2009-9호 '부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도

또한 과징금이 면제되기 위해서 감면신청인은 1) 감면신청을 한 때로부터 관련 사건에 대한 조사 및 행정적 절차가 종료될 때까지 집행위원회의 업무에 전적으로 지속적으로 신속하게 협조하여야 하고, 2) 감면신청 후 즉시 당해 카르텔 가담행위를 종료하여야 하며(단, 집행위원회가 조사의 필요상 합리적으로 필요하다고 인정하는 경우엔 예외), 3) 피의 카르텔 사건의 증거를 은닉, 파괴, 또는 변조해서는 안 되며 다른 경쟁당국에 대한 것을 제외하곤 대외적으로 면책 신청을 기도하고 있다는 사실이나 그 내용을 누설하여서는 안 될 의무를 부담한다. 특히 위 1) 집행위원회에 대한 협조의무에는 (i)집행위원회에 대하여 피의사건과 관련되어 당해 사업자가 소지하고 있거나 확보 가능한 정보 및 증거의 신속한 제공 (ii)사실인정을 위한 집행위원회의 질의에 대한 신속한 답변 (iii)전 현직 임직원(퇴임한 임직원들의 경우엔 가능한 경우)들에 대한 집행위원회와의 인터뷰 여건 마련 (iv)피의 카르텔 사건과 관련된 정보나 증거의 은닉, 파괴, 또는 변조 행위 금지 (v)집행위원회의 적발서 발부 이전에 면책신청 사실이나 그 신청 내용에 대한 대외 누설 금지가 포함된다.³⁰⁾

2. 순위기재표 제도(marker system)

카르텔 과징금 감면제도에 있어서는 최초 자진신고 사업자에 한하여 완전면책의 혜택이 부여되고, 그 밖에도 자진신고 순위에 따라 감면 여부 및 그 범위가 달라지는 까닭에 신청인으로서의 당해 카르텔과 관련한 다른 사업자의 감면신청 순위와의 비교를 통한 예상 감면을 가늠해 보는 것이 무엇보다 중요하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 유럽공동체 집행위원회의 2002년도 감면고시에는 감면신청 사업자들이 자진신고 순위

운영고시'는 부당공동행위의 입증에 필요한 증거란 당해 공동행위에 참여한 사업자들 간에 작성된 합의서, 회의록 등 합의의 존재를 직접적으로 입증할 수 있는 자료 또는 당해 공동행위에 참여한 임직원의 확인서, 진술서 등 공동행위를 할 것을 논의하거나 실행한 사실을 일시 장소 및 행위태양에 따른 구체적으로 기술한 자료(기술된 사업자들 간의 의사연락 및 회합, 합의의 내용 및 실행에 관한 사항 등을 확인할 수 있는 서류, 물건, 전산자료, 통신자료 등을 별첨해야 함) 중 하나에 해당하여야 한다고 하고 있다(위 고시 제4조 제1항).

30) 여기서 말하는 성실한 협조의무는 유럽재판소의 판결에 의해 나타난 '정확하고 왜곡되지 않은 완전한 정보 제공'을 말한다. C-301/04 P, *Commission v SGL Carbon AG*, paras. 68-70; Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P and C-213/02 P, *Dansk Rrindustri A/S*, paras. 395-399.

가 어떻게 되는지 파악할 수 있는 제도적 장치가 없었다. 집행위원회는 2006년 감면고시 개정을 통해 순위기재표 부여 제도를 도입하여 감면신청인으로 하여금 다른 신청자들과 비교하여 자신이 현재 어느 지위에 있는지 알 수 있도록 하였다. 종전의 순위기재표가 없었던 상황에서는 향후 감면의 수용 여부 및 정도가 매우 불확실하여 잠재적 감면신청의 의사가 있던 사업자 등도 카르텔 신고에 주저하고 회피할 소지가 많았다.³¹⁾ 그러나 개정고시로 인해 자신이 감면을 위해 집행위원회와 접촉한 최초의 신청인이라는 사실, 즉 면책이 보장되는 지위에 있다는 점을 확인시켜 줌으로써 카르텔 가담자 입장에서는 위법행위에 대한 자진신고의 동기가 그만큼 커졌다고 할 수 있다.

자진신고자에 대한 감면제도는 기본적으로 ‘게임이론’의 심리적 측면이 고려된 것으로서,³²⁾ 순위 확인의 이익은 신청 사업자가 굳이 첫 번째 신고자가 아닌 경우에도 동일하게 존재한다. 자신이 두 번째, 혹은 세 번째 신고자인 까닭에 완전면책을 얻을 수는 없다 하더라도 감면정책이 허용하는 한 그 다음 단계의 감경 조치를 확보하기 위한 강력한 유인동기가 생길 수 있다. 한 사건에서 복수의 감면신청자들이 경합할 경우 감면을 얻어내기 위해 최초의 신고자가 집행위원회에 제공하는 정보와 증거에 따라 다른 카르텔 가담자에게는 불리한 결정이 내려질 수 있기 때문이다. 소극적 자세로 방관하다가 혼자 책임을 뒤집어쓸 수도 있다는 데 생각이 미치면 그 다음 사업자는 2순위 내지 3순위로 신고 행렬에 뛰어들게 되는데, 이때 자신이 얻을 마지막 행운에 대한 예측이 필요한 것이다. 특히 카르텔 가담자에 대한 불리한 결정에는 막대한 과징금 및 경우에 따라서는 회사 임직원 개인에 대한 형사처분까지도 포함될 수 있다는 점을 감안하면 더욱 그렇다고 할 수 있다.

따라서 순위기재표는 아직까지 신청은 하지 않았으나 자진신고 여부를 주저하고 있는 사업자들에게는 절차의 투명성 및 감면신청에 따른 결과에 대한 확고한 기대를 부여하게 되어 적극적인 신고를 독려하는 수단이 될 수 있다. 여기에 덧붙여 새로운 순위기재표는 감면 혜택을 받고 싶어 하는 기업들이 내부적으로 감면요건 충족에 필요한 증거서류들과 기타 정보들을 수집해야 하는 현실적 여건을 고려하여 정보 및 증거제출에 소요되는 시간을 유예하여 준다는 점에서 큰 의의가 있다. 특히 이 제도는 집행위원회에

31) Jatinder S. Sandhu, *op.cit.*, p.151.

32) 임영철, 『공정거래법』, 법문사, 2007, p.242.

서 정한 감면요건을 충족시킬 정보와 증거는 아직 충분히 확보하지 못하였으나 카르텔 탈퇴와 자진신고 의사의 결심을 굳힌 사업자로 하여금 조기에 자진신고의 절차를 밟도록 하는 효과가 있다. 즉 일단 감면신청서를 제출하게 되면 그 시점에서 신고 순위가 결정되고 그 이후 시간적 여유를 갖고 제출할 증거의 수집에 들어가도록 함으로써 다른 신청자들과의 경합으로 인한 법적 지위의 불안정이 해소되는 것이다. 물론 이때 집행위원회는 되도록 단기간 내에 그러나 합리적인 추가 자료 제출시한을 정해준다.³³⁾ 면책이 가능한 경우 집행위원회는 면책 신청자로 하여금 최소한의 정보를 요구(여기엔 신고자의 이름, 주소, 카르텔 가담주체, 영향을 받는 상품들 및 시장, 카르텔의 지속 기간 및 담합행위의 성격 등이 포함된다)하지만, 그렇다고 하여 자진신고 사업자에 대하여 집행위원회가 자동적으로 순위기재표를 부여하지는 않고 있다.³⁴⁾

이런 집행위원회의 재량에 관하여는 다소의 비판이 있다. 즉 순위기재표 부여 여부를 재량적으로 유보해 두고 가능한 한 잠재적 면책 신청자들에게 이를 확실하게 보장하지 않음으로써 집행위원회는 감면신청절차에 대한 불확실성을 키우고 감면결과에 대한 예측가능성을 감소시키고 있다는 것이다. 예컨대 집행위원회로부터의 순위인정을 받을 가능성이 없거나 낮다고 판단하는 사업자는 집행위원회에서 요구하는 수준의 핵심증거를 수집하는 과정에서 이 사실이 다른 카르텔 가담자들에게 알려지게 되고(시간이 얼마나 소요될지 모르므로), 결과적으로 다른 사업자가 자신보다 단기간 내에 증거를 확보하여 집행위원회로 달려갈 수도 있을 것이라는 데 생각이 미치면 당해 사업자는 괜히 다른 사업자들을 자극하여 불이익을 받느니 신고를 하지 말자는 쪽으로 입장을 바꿀 수도 있을 것이다. 감면정책을 실효성 있게 하기 위해서는 일단 자진신고하기로 마음먹은 사업자에 대하여는 가능한 한 집행위원회의 문을 두드리는 일에 주저하지 않도록 만들어야 한다. 사업자들의 입장에서는 완전면책을 얻지 못할 경우의 위험을 생각하지 않을 수 없다는 점을 염두에 두고 정책을 펴야 한다는 말이다.

또한 신청인이 순위기재표를 받아 내기 위해서는 그 정당한 사유를 소명토록 하고 있는데 이에 대해서는 카르텔 존재에 대한 폭로 그 자체로 충분한 가치가 있고 순위기재표 발급을 받기 위해서 그 정당성을 소명해야 한다면 그 감면신청인은 수세적, 방어적

33) 2006 Leniency Notice, at paras 8, 9 and 11

34) *ibid.*, para. 15

지위에 몰리게 되어 자진신고의 사기를 약화시키는 결과를 가져올 수 있다는 이유로 비판하는 입장도 있다.³⁵⁾ 그러나 한편으로는 신고자가 감면정책을 남용할 우려가 있으므로 어느 정도의 소명은 필요하다며 집행위원회를 옹호하는 소리도 있는 것이 사실이다.³⁶⁾ 피의사건에 대한 조사 및 제재의 과정 중에 감면신청이 남용되었다는 점이 드러나면 순위 박탈 등을 통해 불이익을 줄 수 있는 여지가 있으므로 굳이 감면신청 단계에서의 소명까지 요할 필요는 없고, 예외적인 경우, 예컨대 신청인이 과거에 집행위원회의 감면정책을 악용하였다던가 하는 경우에 한하여 그 순위표를 회수하는 방식으로도 충분할 것으로 보인다.

순위기재표 교부제도는 불완전한 요소가 많아 예컨대 직접 화해절차와 같은 다른 방식들이 활성화될 경우 그 효용성을 잃을 가능성이 있다는 주장도 제기되고 있다.³⁷⁾ 직접 화해절차는 미국의 유죄인정협상(plea bargaining) 제도와 유사하여 사업자가 집행위원회로부터 발부받은 적발서에 이의를 제기하지 않고 대신 과징금 감면을 얻을 수 있도록 하는 것이다.³⁸⁾ 카르텔 조사 사건들은 보통 집행위원회 단계에서만 수년이 걸리고 대부분의 사건들이 제1심 법원에 불복, 제소될 경우 그 종결에 이르는 시간은 더욱 더 길어진다는 점을 감안하면 순위기재표 교부보다는 직접 화해절차가 양측에 더 매력적일 수도 있다는 것이다.³⁹⁾ 다만 현재로서는 집행위원회는 직접 화해절차를 피의사건 가담자들 전원이 당해 절차의 당사자가 되는 경우에 한하여 적용한다는 입장인으로서 그 운용에 있어서 개별 가담자들을 상대로 하는 감면정책과는 차이가 있다.⁴⁰⁾ 또 서약조건부 결정(commitments)⁴¹⁾이 활성화되면 피의사건의 조기타결을 원하는 집행위원회와 사업자들 간

35) Jatinder S. Sandhu, *op.cit.*, p.152.

36) Philippe Billiet, *op.cit.*, p.16.

37) 집행위원회는 2007년 10월 26일 카르텔 사건에 있어서의 화해절차를 담고 있는 내용의 법안초안을 만든 바 있다.

38) Draft Commission Notice on the conduct of settlement proceedings in view of the adoption of decisions pursuant to article 7 and article 23 of Council Regulation No 1/2003 in cartel cases, 2007, OJ C255/51.

39) Koponen and Imgrund, Not quite settled, The Commission proposes a settlement procedure for cartel cases, 2007, 12(3) C.L.I. 6.

40) Philippe Billiet, *op.cit.*, p.16.

41) 우리 공정거래법에 도입이 논의되고 있는 동의명령과 유사한 제도로서 사업자들이 자발적으로 제출한 서약을 집행위원회가 승인하는 결정을 내리게 되면 그 내용이 준수되는 한 집행위원회의 조사와 심리는 중단된다(유럽공동체 규정 1/2003 제9조 제1항). 이호선, 「유럽공동체 경쟁법규상의 집행위원회의

의 이해관계가 맞아 떨어져 순위기재표 부여의 기능이 상대적으로 약화될 수도 있지 않을까 우려하는 견해도 있다.⁴²⁾ 그러나 양자는 제도의 기능과 취지가 서로 다를 뿐 아니라 서약조건부 결정에 대하여는 규범의 억제력을 저하시키고 피해를 입은 제3자에 대한 구제에 충실하지 못하다는 비판이 있어 순위기재표 제도의 대안으로 논의되기는 적절하지 않아 보인다. 결국 순위기재표는 비록 완전하지는 못하더라도 카르텔의 효율적 적발을 위한 나름대로의 기능과 존재가치를 충분히 갖고 있다고 하여야 할 것이다.

3. 과징금 감경 및 상당한 보강 증거

공동체에 영향을 끼치는 피의 카르텔 가담 사실을 공개하는 사업자들은 완전면책에 필요한 요건을 충족하지 못하는 경우에도 통상적으로 부과될 수 있는 과징금의 일부를 감경받을 수 있다.⁴³⁾ 과징금 감경 요건에 해당하기 위해서는 사업자는 집행위원회가 이미 확보하고 있는 증거와 관련된 ‘상당한 부가적 가치(significant added value)’를 갖고 있는 증거를 제공하고 아울러 제12절 a 내지 제12절 c 소정의 조건들을 모두 충족시켜야 한다.⁴⁴⁾ 여기서 말하는 ‘부가적 가치’란 증거의 성격과 정도가 집행위원회의 당해 사건에 대한 위법판정을 용이하게 할 수 있도록 증명력을 보강할 수 있는 수준에 있는 것을 말한다.

집행위원회는 카르텔이 행하여진 당초 시점에서 수집된 서증들의 증거가치를 나중에 추가로 확보한 증거들의 그것보다 일반적으로 높이 평가한다. 또한 쟁점이 된 사안을 직접 입증할 수 있는 증거들은 일반적으로 간접 관련성을 입증하는 증거들보다 높은 증거가치를 갖고 있다고 간주된다. 마찬가지로 증거의 확실성의 정도가 당해 사건의 다른 관련자들에 의한 확인 여부에 달렸는지 여부도 증거가치 평가에 영향을 미치는데, 당해 증거 자체로 증명력이 있는 증거는 단순한 진술서와 같이 다른 이들로부터의 반박의 여지가 있는 증거보다 그 가치가 높다.⁴⁵⁾ 그러나 집행위원회는 조사를 거쳐 최종 카르텔

역할과 권한], 『저스티스』, Vol.110, 한국법학원, 2009, p.234.

42) E, Wind, Remedies and sanctions in Article 82 of the EC Treaty, 2005, *ECLR*. 659.

43) 2006 Leniency Notice, para. 23

44) *ibid*, para. 24

위반 결정을 내릴 때까지는 신청인이 제공한 증거가 상당한 부가적 가치를 갖고 있는지 여부를 결정해 주지 않고, 46) 단지 면책 기준을 충족한 신청인에 대하여는 적발서 발부 전에 그러한 취지를 서면으로 통지해 준다.47)

여기에서 집행위원회는 신청인에게 그가 과징금 감경의 세 가지 유형, 즉 그 신고자의 지위가 첫 번째인지, 두 번째인지, 아니면 그 이하의 순위인지 알려주게 된다. 집행위원회는 감경의 유형을 세 가지로 예정해 놓고 증거제출의 순서에 따라 첫 번째 제공자에게는 30~50%, 두 번째 제공자에게는 20~30%, 그리고 세 번째 이후 증거 제공자에게는 20%를 각 감경해 주고 있다.48) 감면정책의 취지상 완전면책은 자발적 신고자, 즉 경쟁당국의 조사가 개시되기 전에 카르텔 존재를 폭로하고 관련 증거를 제시하는 자에 국한되고, 조사개시 이후에 협력한 자는 자진신고자로 보기 어려우므로 원칙적으로 감경만이 허용된다고 보아야 한다. 위 집행위원회 고시는 조사 후에 협조한 자로서 과징금 면책을 받기 위해서는 기존 면책신청자가 없어야 하고, 그렇지 않은 경우엔 과징금 감경 대상이 될 뿐이라고 하고 있다.

한편 집행위원회의 고시는 감경신청자가 제출한 증거에 의해 당해 카르텔의 위법성에 관한 새로운 사실관계, 즉 그 위반의 정도나 지속기간이 종전에 파악하고 있던 내용보다 심각하거나 장기간이어서 처벌의 수위가 달라지는 경우 그 증거를 제출한 신청자에 대한 과징금을 산정함에 있어서는 종전의 기준대로, 즉 새로 현출된 증거에 의한 가중 부과를 하지 못하도록 하고 있다.49) 일단 면책이 더 이상 허용되지 않으면 남아 있는 감면신청인들 사이에는 서로 간에 감경 혜택을 받아내기 위한 경쟁이 시작된다. 그 결과 각자 가능한 감경 혜택을 많이 받기 위해 가능한 많이 입증 취지에 가까운 증거들을 단기간 내에 수집, 제공하여야 하는 압박에 놓이게 된다. 이런 접근 방식은 합리적이라 할 수 있다. 왜냐하면 이 경우엔 이미 면책을 받아 둔 사업자가 있다는 것을 의미하는데, 이때엔 최초 신고자로부터 받은 정보와 증거만으로 이미 집행위원회는 압수수색을

45) *ibid*, para. 25

46) *ibid*, paras 26 and 30.

47) Commission Memorandum (주22), *op.cit.*, para. 4.

48) 2006 Leniency Notice, para. 26

49) *ibid*, para. 26

하거나 위법판정을 내릴 수 있는 단계에 있다고 보기 때문에 나머지 감면신청자들에 대하여는 상당한 부가적 가치가 있는 증거를 제공받지 않고서는 굳이 감경 혜택을 주어야 할 이유가 없는 것이다.

하지만 여기에서 짚고 넘어가야 할 것은 무엇이 감경요건을 충족하는 ‘상당한 부가적 가치가 있는 증거’인가를 결정하는 과정의 투명성이 신청인들에게 보장되어야 한다는 것이다. 이런 확실성이 없다면 증거를 가능한 많이 제출하고 집행위원회에 협조하는 신청자가 아예 감면신청을 하지 않은 자에 비하여 불리한 지위에 놓일 수 있다. 또 나중에 감면신청을 한 자료부터 받은 증거가 보다 더 상당한 부가적 가치가 있다고 판단될 경우 그보다 먼저 신청한 사업자에게는 감경이 불허되고, 나중 신청인이 감경되는 문제도 생길 수 있다.

특히 이 경우 자진신고에 소극적이던 사업자가 뒤늦게 증거가치가 높은 자료를 제출하였다는 이유로, 처음부터 자진신고에 적극적이었지만 증거가치가 낮은 자료를 제공한 선순위 신청자를 제치고 감경 혜택을 받는 것이 법률 적용의 형평성에 맞는지도 논란이 야기될 수도 있다.⁵⁰⁾ 따라서 이런 불확실성을 어떻게 제거하느냐가 정책의 실효성을 높이는 길이 될 것이다.

감경신청은 요식행위가 아니기 때문에 과징금 감경을 염두에 두고 자발적으로 증거를 제출한 경우엔 그 시점에 감경신청도 있는 것으로 본다.⁵¹⁾ 그러나 사업자 입장에서는 집행위원회로부터 감경요건 충족 여부를 통지받기 위해서는 감경신청서까지 제출하는 것이 보다 안전할 것이다. 집행위원회는 적발서 발부 전에 서면으로 감경여부 및 예상되는 감경의 정도를 통보한다. 그러나 적발서가 발부된 후에 이뤄진 감경신청은 기각할 수 있다.⁵²⁾

4. 역내 회원국들 사이의 이중제재의 문제

집행위원회의 과징금 감면정책에 대하여는 두 가지의 잠재적인 장애요인들이 있다.

50) Jatinder S. Sandhu, *op.cit.*, p.154.

51) 2006 Leniency Notice, para. 27

52) *ibid.*, para. 29

첫째는 각 회원국은 저마다 공동체의 경쟁법규를 집행할 권한을 갖고 있는데, 회원국에 따라 집행위원회의 과징금 감면정책과 같은 제도가 아예 없거나 집행위원회의 그것과 다르다는 것이다.⁵³⁾ 참고로 2006년 11월 30일 현재 덴마크, 이태리, 몰타, 포르투갈, 슬로베니아 및 스페인은 카르텔 사건에 있어서 감면제도가 없고 이 중 몰타와 슬로베니아는 감면정책을 채택 중인 것으로 나타나고 있다.⁵⁴⁾

이는 어느 회원국에 경쟁법규 위반 사실의 입증에 중요한 정보를 제공한 사업자가 감면정책이 없거나 집행위원회보다 감경의 폭이 좁은 다른 회원국에 의해 처벌될 수도 있다는 것을 뜻하는 것으로, 이렇게 되면 신고나 채증 절차에서 적극 협조한 노력이 허사가 되고 사업자들은 협조에 소극적이 될 수 있다.⁵⁵⁾ 특히 집행위원회의 기준에 의하면 감면요건을 충족시키는 사건을 어느 회원국에서 처리하도록 송부하는 경우 당해 회원국은 집행위원회의 감면의사를 당연이 받아들여 감면해 줄 의무가 없음에 유의할 필요가 있다.⁵⁶⁾ 이는 카르텔 규제 근거법이라 할 수 있는 규정 제1/2003이 중복 조사나 제소에 관하여 어떻게 해결할 것인지에 관하여 따로 명시하여 두지 않은 원초적 문제에 기인하는바,⁵⁷⁾ 한 사업자가 동일한 행위로 인해 이중 삼중의 제소를 당하고 심지어 어느 회원국에 의해서는 비공식적으로 종결처분 된 이후에도 다시 제소될 가능성도 배제할 수 없다.⁵⁸⁾ 따라서 어느 한 회원국에 대한 자진신고가 당해 행위에 관하여 관할권을 갖

53) L. Brox, "A Patchwork of Leniency Programmes," *ECLR* 35, 2001.

54) Jatinder S. Sandhu, *op.cit.*, p.155.

55) Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, and Adam Tomkins, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.952.

56) 사건의 회원국에 대한 송부는 규정 제1/2003호 제11조 및 제12조 상세한 내용은 줄고(주3), pp.236-238 참조; Commission Notice on co-operation within the Network of Competition Authorities, OJ C101/43, paras 39-42, 2004.

57) Art.11(6) of Council Regulation 1/2003. 집행위원회는 역내의 경쟁법적 질서에 영향을 미치는 한 회원국 경쟁당국이 조사에 착수한 사건이라 하더라도 혐의를 거쳐 단독으로 조사할 수 있고, 이런 경우 당해 회원국은 관할권을 잃는다. 그런데 문제는 거꾸로 집행위원회가 보충성의 원칙에 따라 회원국에게 조사 및 판정을 맡겨두는 경우에 자진신고자 과징금 감면 적용 여부가 문제될 수 있다. 공동체의 기준보다 더 엄격한 회원국 기준을 적용하는 것을 막지 않는 것을 원칙으로 하는 EC의 법률체제상 자진신고 사업자는 집행위원회에서 감면받을 수 있었던 사안이 해당 회원국에서 감면불허의 불이익을 입을 수 있다. 집행위원회의 권한과 역할에 관하여는 줄고(주41), p.244 참조.

58) I. van Bael and J. F. Bellis, *Competition Law of the European Community* (4th ed.), The Hague: Kluwer, 2005, pp.1034-1035.

는 다른 회원국들에 대한 신고로 간주되지 않으므로⁵⁹⁾ 사업자 입장에서는 자진신고를 하더라도 집행위원회뿐 아니라 관련 회원국들에 대하여도 일일이 자진신고절차를 밟아야 하는 번거로움을 피할 수 없게 된다. 그리고 설령 일괄적으로 신고를 한다 하더라도 그 감면혜택이 일률적으로 되리라는 보장이 없다.

감면정책의 운용과 관련한 이러한 우려를 덜기 위해 유럽경쟁네트워크(ECN)에서는 2002년부터 모델 감면 프로그램을 도입하여 사업자들이 집행위원회와 관할 회원국에 이중으로 감면신청을 해야 하는 부담을 덜어주고 있다.⁶⁰⁾ 이 모델하에서는 집행위원회에 대하여 감면신청을 한 신청인이 집행위원회에 제출된 신청서의 요약문에 해당하는 간략한 정보들, 예컨대 카르텔 참가 사업자들, 경쟁에 영향을 받는 관련 상품 및 시장, 카르텔의 성격 및 지속기간이 기재된 서면을 회원국 경쟁당국에 제출하게 되면 이것이 일종의 이중 안전장치가 되어 당해 회원국 경쟁당국에 대한 감면신청의 순위 보전의 효력을 갖게 된다.⁶¹⁾ 이 모델은 이 경우 감면신청서 요약본을 수령한 회원국 경쟁당국이 독자적으로 심사절차를 진행하지 않는 것을 전제로 하고 있다.

그러나 이 모델 프로그램에는 법적 구속력이 없는 까닭에 해당 회원국 경쟁당국이 신청서 요약본에 만족하지 않고 추가로 완전한 정보를 요구하는 것을 막을 수는 없다. 물론 감면정책을 실시하지 않고 있는 회원국에 관할권이 있는 경우엔 감면신청을 고려하는 사업자들로서는 더 곤혹스럽게 될 것이다. 그래서 일부 전문가들은 공동체 조약 제 10조에 따라 회원국들은 집행위원회가 감면하는 대로 자국 내에서도 그 감면을 실시할 의무가 있다거나 공동체 정책의 목적 달성을 위해 이중 제재 금지의 의무를 진다고 보기도 한다.⁶²⁾ 하지만 이것은 과징금 감면에 관한 집행위원회의 고시가 각 회원국에 구속력을 갖는 입법의 형태, 즉 지시문(Directives)이나 규정(Regulation)으로 법제화되기 전까지는 완전히 해결될 수 없는 숙제이다.⁶³⁾

59) Jatinder S. Sandhu, *op.cit.*, p.155.

60) European Competition Network, Model Leniency Programme, cited above; Commission Memorandum, Competition: the European Competition Network launches a Model Leniency Programme--frequently asked questions, Memo/06/356, September 2006.

61) Jatinder S. Sandhu, *op.cit.*, p.156.

62) Temple Lang, "The implications of the Commission's leniency policy for national competition authorities," 28(3) *E.L.Rev.* 430, 2003.

간과해서는 안 될 것 중 하나는 설령 같은 사건에 대해 동일 사업자들 이중처벌 할 수 없다는 원칙이⁶⁴⁾ 사법적 해석으로, 또는 입법적으로 자리잡는다 하더라도 이것이 자진신고자를 민사배상책임으로부터 면책시켜 주지는 못한다는 것이다.⁶⁵⁾ 이 점을 고려하여 회원국 법정 내에서의 가능한 민사소송에서 자진신고 사업자들을 보호하기 위해 특정정보들이 당사자들에게 노출되지 않도록 하고,⁶⁶⁾ 유럽경쟁네트워크를 고시를 통해 회원국들 사이에 기본적 정보에 대한 회람을 허용하지 않기로 하는 조치가 시도되고 있다.

5. 사적 구제 및 역외 법정에서의 자진신고 사업자 불이익 처우 개선 조치

집행위원회 차원에서의 감면정책은 사업자들이 피해 당사자들로부터 당해 경쟁법 위반행위로 인해 손해배상청구 소송을 제기당하는 경우 그 배상책임에 영향을 미치지 않는다. 다시 말해 사업자 입장에서 자진신고란 자백을 통해 자기부죄를 인정하고 민사적 피소 기회를 높일 가능성이 많다는 것을 의미하는바, 이것 역시 카르텔 가담자들로 하여금 자진신고에 주저하도록 만드는 요인 중의 하나이다. 당사자들 입장에서는 경쟁당국에 의해서는 결코 적발될 수 없었음지도 모르는 담합 사실의 존재를 구태여 자백함으로써 손해배상청구소송을 당하길 원치 않을 것이기 때문이다.⁶⁷⁾ 집행위원회 역시 ‘증거 제출은 카르텔에 대한 효과적인 적발과 그 위반행위의 종식에 유용하다는 사실이 경험적으로 증명되고 있는바, 이들이 이로 인해 민사소송에서 증거개시명령을 받는 불이익

63) 규정(Regulation)의 경우 각 회원국에 대한 보편 직접적용의 성격을 갖게 되므로 공동체 차원에서는 일률적인 법제화 수단으로 가장 유용할 것이나, 각국의 경쟁법제의 상이성에 비취 볼 때 회원국들의 사정을 고려한 국내법 편입을 예정하고 있는 지시문(Directives)에 의해 해결되어야 할 것으로 보인다. 이호선, 『유럽연합의 법과 제도』, 세창출판사, 2006, pp.67-69 참조.

64) Archer Daniels Midland Co v Commission of the European Communities (T-59/02), 5 C.M.L.R 28, 2006.

65) Philippe Billiet, *op.cit.*, p.21.

66) 2006 Leniency Notice, paras. 33-35.

67) P.C. Zane, The Price-fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes, [2003] *Antitrust Bulletin* 1.; Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, and Adam Tomkins, *op.cit.*, p.953.

을 입어서는 안 된다. 협조를 하지 않는 사업자들에 비해 협조하는 경우 자신들의 민사 소송에서의 법적 지위가 더 불리해지게 된다면 잠재적으로 감면신청을 할 의사가 있는 사업자들도 이 고시에 따른 집행위원회에 대한 협조로부터 멀어지게 될 것이다. 이런 바람직하지 못한 효과는 카르텔 사건에 있어서 조약 제81조의 효과적인 시행이라는 공익을 심각히 저해하고 결국 후속적인 또는 병행되는 사적 구제에도 악영향을 주게 된다⁶⁸⁾고 하여 이러한 문제점을 인식하고 있음을 보여주면서 현행 고시의 개정 목적이 바로 이 점에 관한 사업자들의 불안감을 덜어주는 데 있음을 천명하고 있다. 특히 유럽 역내의 사업자들이 자신들의 신고행위가 바로 역외, 특히 미국에의 카르텔 적발과 처벌로 이어지는 단서를 제공하는 결과로 이어지는 것에 관하여 가장 민감해 하고 있는 상황에서⁶⁹⁾ 집행위원회는 어떻게든 이런 걱정을 덜어주는 조치를 취하지 않을 수 없었다.

문제는 집행위원회가 발부하는 금지명령이나 적발서에는 위원회가 자체적으로 파악한 정보 외에 신고사업자들의 자기부죄적 진술도 인용되는데, 바로 이것이 사적 구제절차에서 이용되거나,⁷⁰⁾ 미국 법정 내에서 증거개시신청에 즐겨 사용되어 왔다는 점이다.⁷¹⁾ 현행 고시하에서 사업자 진술은⁷²⁾ 신청인이 확인절차를 거치고 나면 다룰 수 없어⁷³⁾ 사실상 완전한 자백이나 다름없게 된다. 결정문을 통해 이런 내용을 확인한 원고들이 미국 법정에서 증거개시신청을 하고 법원이 이를 받아들여 증거개시명령을 내리게 되면 피고에게는 증거제출의무가 생긴다. 이 의무를 이행하지 않는 사업자(피고)에게는 벌금이 부과되거나 혹은 소송상 공격 방어 방법의 기각이나 직접 법정 출두의무와

68) 2006 Leniency Notice, para. 6

69) 1999년 비타민 카르텔 사건으로 로슈의 임원 2명이 유죄인정으로 미국 법정에서 징역형을 선고받은 바 있고, 2006년 3월 삼성전자와 하이닉스 반도체의 임원들도 징역형을 선고받은 바 있다.

70) D. Henry, Leniency programmes: an anaemic carrot for cartels in France; Germany and the UK?, *ECLR* 13, 2005.

71) J. Joshua, Competition law enforcement, Criminalisation, cartels, leniency and class actions: a look in the future, 22(3) *C.L.I.*, 2004. 일례로 집행위원회의 조사와 관련된 *Intel Corp v Advanced Micro Devices Inc* (Sup Ct) 542 U.S. 241(2004) 사건에서 미 법원은 당해 증거가 외국 법정에 있어 현출될 수 없다 하더라도 증거개시명령은 내릴 수 있다고 판시하였다.

72) 사업자 진술이란 감면신청을 받을 목적으로 당해 사업자가 지득하고 있는 카르텔에 관한 정보와 그 역할에 관하여 사업자 자신이 또는 사업자의 대리인이 작성한 자발적 의사표명으로서 집행위원회는 이를 위법판정의 증거로 쓸 수 있다.

73) 2006 Leniency Notice, para. 32

같은 증거절차에서 불이익을 입게 된다.⁷⁴⁾ 이에 궁지 빠질 자진신고자들을 돕기 위해 집행위원회가 고심 끝에 채택한 것이 사업자 진술의 형태에 서면이 아닌 구두 진술도 허용하고 그 채록 및 보관 방법에 엄격한 제한을 둔 것이었다.

신청인이 사업자 진술 내용을 제3자에게 이미 공개하지 않은 이상 집행위원회는 신청인의 요구가 있는 경우 사업자 진술을 구두로 청취할 수 있는데, 이 진술은 녹음되고 집행위원회에 의해 녹취되어 보관된다. 진술인에게는 이 녹취의 정확성을 확인하도록 하는 기회가 주어진다.⁷⁵⁾ 감면신청을 요식주의에 의하게 할 경우 신고사업자는 미국 내 법정에서의 증거개시명령을 따르지 않을 수 없게 되므로 구술 감면신청 제도는 유럽 역 내 사업자들로부터 환영받고 있다.⁷⁶⁾ 소송절차에 있어 제3국의 법원이 피고에 대하여 신고과정에서 작성한 사업자 진술을 제출하도록 명하더라도 이것이 구술로 이루어졌고 그 유일한 녹취록의 보관자가 집행위원회라면 증거개시명령에 따른 의무는 없어지기 때문이다.

이 절차들은 사업자 진술 녹취록이 미국 법정에서 간접적 증거개시를 통해 현출될 가능성도 상당히 감소시킨다. 왜냐하면 간접적 증거개시를 하려면 적어도 소송대리인이 집행위원회의 자료를 파악하여 그와 같은 증거가 있다는 점을 소명하여야만 하는데 제3자인 원고가⁷⁷⁾ 집행위원회 보관 자료 중 사업자 진술을 얻는 것은 사실상 어렵기 때문이다. 적발서를 발부받은 당사자들에게는 집행위원회에 보관된 자료에의 접근권이 보장되지만, 이런 접근권은 피의사업자들로 하여금 효과적으로 방어권을 행사하기 위해 인정되는 까닭에 그 목적이 공동체 경쟁법규 적용이 쟁점이 되어 있는 행정 및 사법절차에서의 이용에 국한되고 집행위원회의 승인 아래 이뤄져야 한다.⁷⁸⁾ 따라서 만일 미국

74) *Ins. Co. of Ireland v Compagnie des Bauxites de guinea*, 456 U.S. 694(1982); *Societe Internationale v Rogers* 357 U.S. 197(1958); 442 (2) (c) of the Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States(1986).

75) 2006 Leniency Notice, para. 32

76) Jatinder S. Sandhu, *op.cit.*, p.156.

77) 공동체경쟁법규를 위반한 카르텔 사건에 있어서 당사자라 함은 제재의 주체인 집행위원회와 위반자들만을 말하고, 설령 카르텔로 인하여 피해를 입었다고 주장하는 자는 여기에 포함되지 않는다.

78) European Commission, Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Arts 81 and 82 of the EC Treaty, Arts 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation 139/2004, [2005] O.J. C325/7. 위 고시에 의하면 “자료에의 접근은 오직 적발서의 당사자들

법정에서 증거개시명령을 내리더라도 피고는 해당 증거가 자신의 관리하에 있지 아니하고, 그 접근과 이용이 제한되어 있음을 이유로 유효한 항변을 할 수 있을 것이다. 집행위원회는 실무적 차원에서 이 밖에도 자진신고로 인한 불이익을 경감해 주기 위해 감면된 신청인이 손해 배상청구를 당할 경우 일정 금액을 보전해 준다거나,⁷⁹⁾ 공동불법행위자들 간의 부진정연대 관계를 해소함으로써 감면신청인의 손해배상책임의 범위를 제한하는 방안도 강구되고 있으나⁸⁰⁾ 아직 이런 제도가 정책으로까지 확립되지는 않고 있다.

IV. 우리의 현행 자진신고자 감면제도에의 시사점

1. 자진신고에 따른 감면허용 범위

우리 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제1호는 공정거래위원회가 조사를 시작하기 전에 자진신고한 자로서 1) 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 단독으로 제공, 2) 공정거래위원회가 부당한 공동행위에 대한 정보를 입수하지 못하였거나 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태에서 자진신고, 3) 부당한 공동행위와 관련된 사실을 모두 진술하고, 관련 자료를 제출하는 등 조사가 끝날 때까지 성실한 협조, 4) 부당한 공동행위의 중단, 이상 네 가지 요건을 모두 갖춘 사업자에 대하여는 과징금 및 시정조치를 면제하도록 되어 있어 유럽공동체 벌금감면고시와 그 요건상 큰 차이는 없어 보인다. 다만, 위 법 제22조의2는 자진신고자에 대하여는 과징금뿐 아니라 시정조치까지 그 감경이나 면제의 대상으로 예정하고 있고,⁸¹⁾ 이

에게만 허용된다. 이를 통해 획득된 정보는 공동체 경쟁법규 적용을 위한 사법 및 행정 절차상 목적으로만 이용될 수 있다”고 하고 있는바, 이는 집행위원회가 설령 제3국 법정에서의 증거 수집 협조 요청이 이뤄지더라도 이를 거부하겠다고 명백히 선언한 것이다.

79) Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper, at para. 235.

80) *ibid*, para. 236.

81) “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 제21조(시정조치)의 규정에 의한 시정조치 또는 제22조(과징금)의 규정에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있다(공정거래법 제22조의2 제1항).”

에 따라 동법 시행령 제35조 제1항 제1호 내지 제3호는 1) 공정거래위원회의 과징금 및 시정조치의 기속적 면제, 2) 과징금에 대한 기속적 면제 및 시정조치의 재량적 감면, 3) 과징금⁸²⁾ 및 시정조치의 재량적 감경의 세 가지를 규정하고 시정조치를 기속적 내지 재량적 면제 대상으로 하고 있다.

그러나 시정조치란 카르텔 행위 가담자에 대하여 ‘당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표, 기타 시정을 위한 필요한 조치’로서 경쟁법이 달성하려는 최소한의 원상회복 조치라는 점에서 과연 이런 시정조치까지 면제하거나 감경하는 것이 감면제도의 취지에 부합하느냐에 대하여는 의문을 갖지 않을 수 없다. 과징금 감면제도는 어디까지나 그 제도 자체가 목적이 아니라 은밀한 카르텔의 효과적인 적발이라는 정책목표 달성의 수단이고, 이는 늘 경쟁법 위반 행위자에 대한 제재와 피해회복이라는 또 다른 공익과 교량하여 적절하게 운용되어야 하기 때문에 시정조치의 면제나 감경은 과도한 은전(恩典)일 뿐 아니라 위법상태의 법률적 승인이라는 점에서 가벌적 정의관념에도 반하는 것으로 보인다.

한편 카르텔의 주동자 등에 대하여는 그 법적 비난가능성이 달라질 수 있는바, 유럽공동체 고시는 “다른 사업자들로 하여금 카르텔에 가담토록 하거나 가담행위의 지속을 위해 강제하였던 사업자는 과징금 면책 대상에서 제외된다”고 하고 있다. 그러나 이런 주동자 등도 주동 사실 외에 일반적 면책 요건을 모두 갖춘 경우엔 완전면책은 아니지만 과징금의 일부 감경 혜택을 받을 수는 있다.⁸³⁾ 이 점은 감면요건을 충족한 사업자라도 다른 사업자로 하여금 카르텔에 참여하도록 강요하거나 이를 중단하지 못하도록 강요한 사실이 있는 경우엔 시정조치와 과징금을 감면하지 아니한다고 규정한 우리 시행령 제35조 제1항 제5호와 차이가 있다. 결국 자진신고의 제도의 목적이 적발확률을 높임으로써 ‘위반의 기대비용을 적발확률로 할인’⁸⁴⁾하는 것을 막는 데 있다는 점을 감안할 때 감면신청의사를 유도하여 적발의 실효성을 높이기 위해서는 카르텔 주동 내지 강요 사업자에 대하여 일률적으로 감면조치를 불허하기보다는 구체적 사정에 따라 과징금 감경이 가능하도록 하는 것이 바람직하다.

82) 50/100을 “감경해야 한다”는 점에서 감경 범위 결정은 기속적이라 할 수 있다.

83) 2006 Leniency Notice, para. 12

84) 홍대식, 「공정거래법상 과징금제도의 현황과 개선방안」, 『행정법연구』, Vol.18, 2007, p.140.

2. 순위부여제도

우리 예규도 자진신고자로부터 감면신청을 받은 조사 공무원은 신청서 부분에 접수 일시와 순위를 기재하여 신청인에게 교부토록 하여 감면에 대한 신청인 스스로의 예측 가능성을 높이도록 하고 있는바,⁸⁵⁾ 이는 자진신고 사업자들로 하여금 신고에 따른 감면의 혜택을 객관적으로 계량하고 법적 확실성을 높여 줌으로써 신고율을 높이는 데 유용한 수단이라 하겠다. 현행 고시는 증거자료 수집 등에 상당한 시간을 요하거나 신청과 동시에 증거를 제출할 수 없는 경우엔 예외적인 경우를 제외하고 15일 이내의 보정기한을 허여함으로써 신고의 탄력성을 제고하고 있다(위 예규 제8조 참조). 다만 신청서의 순위보전적 효력에 관하여는 제출되는 증거가 임직원 진술서의 형식인 경우엔 이를 인정하지 않고 당해 증거가 접수된 시점으로 보고 있는 까닭에(위 예규 제9조 제2항), 신청서 접수는 먼저 이뤄졌더라도 증거 제출이 늦어져 다른 신고자에 비하여 순위가 밀리는 경우도 예상할 수 있다. 임직원의 경우 신고사업자의 지휘감독하에 있어 언제든지 용이하게 증거를 확보할 수 있다는 점을 감안하여 신속한 증거제출을 유도하기 위한 취지로 보인다. 하지만 관련 임직원이 퇴임하였거나 역외에서 활동하여 단기간 내에 소재 파악 조차 쉽지 않은 경우 또는 개인적 형사처분에 대한 두려움 등의 문제로 그 진술 채증이 용이하지 않은 경우를 감안하면 이런 경우에도 신청서 접수일을 기준으로 감면순위를 판단하는 것이 바람직하지 않은가 생각한다. 한편 우리 예규는 원칙적으로 일단 신청인에게 부여한 감면신청인의 지위는 당국의 심의절차 종료 시까지 협조의무를 성실히 이행하지 않거나 카르텔 행위를 중단하지 않은 경우, 혹은 허위로 자료를 제출하였거나 다른 사업자에 대한 위법행위 강요 등의 사실이 밝혀진 경우를 제외하고는 일단 인정된 지위를 취소할 수 없다고 하고 있는데(제12조 제1항), 이는 자진신고자의 법적 지위의 불확실성을 덜어주기 위해 필요한 규정이라 본다. 다만, 카르텔의 속성상 가담자들 간의 결속도가 경제적 이해관계를 중심으로 얽혀 있어 감면제도의 남용 가능성도 배제할 수 없으므로 이런 경우도 사후에 취소할 수 있도록 여지를 남겨두는 것이 바람직하다. 특히 유럽공동체의 경우와 달리 감면의 폭과 대상이 지나치게 넓다는 점을 고려하면 더욱 그 필요성이 인정된다고 할 것이다.

85) 위 예규 제10조 제1항 및 제2항

3. 공정거래위원회의 조사 착수 후 협조자에 대한 과징금 감경

유럽공동체의 감경기준이 조사 후에 협조한 자에 대한 면책은 기존 면책 신청자가 없을 것을 요건으로 함에 반하여, 우리 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제2호는 아무런 제한 없이 부당공동행위 입증에 충분한 증거를 확보하지 못한 상태에서 협조한 사업자에게 과징금을 면제하고 시정조치를 면제하거나 감경한다고 하고 있다. 조사 개시 전의 적극적 협조자와 조사 개시 후의 피동적 협조자는 그 가벌성에 차이를 두어야 하고, 감면정책은 그 자체가 목적이 아니라 은밀한 카르텔 적발의 한 수단에 불과하다는 점을 감안하면 적어도 어떤 사업자가 이미 면책을 위한 신청을 해 놓았다면 그 후에 이뤄진 협조에 대하여는 면책이 아닌 감경에 머무르는 것이 옳다고 본다.⁸⁶⁾

또 두 번째로 증거를 제출한 사업자에 대하여 과징금의 50%를 감경해 주는데(시정조치도 재량적으로 감경 가능),⁸⁷⁾ 이는 유럽공동체 고시가 20~30% 감경에 그치는 것과 비교된다. 경쟁당국의 조사 개시 후에 협조한 자나 그 이전에 자진신고한 자나 그 감면의 폭에 큰 차이가 없다면 자진신고에 소극적 태도를 취하다가 조사가 개시된 후에 협조하여도 늦지 않으므로 사업자들 입장에서는 굳이 적발률이 낮은 카르텔의 존재를 미리 폭로하여 불이익을 받거나,⁸⁸⁾ 업계로부터 ‘왕따’를 당하며, 카르텔로 인한 이윤을 포기할 동기가 적어진다.

따라서 조사 후 협조자에 대한 현행 우리 감면정책은 감면의 폭을 줄임으로써 상대적으로 자진신고동기를 높이기도 할 필요가 있다고 본다. 또 이와 관련하여서는 유럽공동체의 경우에서도 논의가 있는 바와 같이 감면요건을 충족하는 증거가치에 관하여도 가

86) 제2호 가.목은 조사 후 협조자에 대한 과징금 면제 등의 사유로 ‘공정거래위원회가 부당한 공동행위에 대한 정보를 입수하지 못한’ 경우를 상정하고 있기도 하지만 정보를 입수하지 못한 상태에서 과연 조사가 이뤄질 수 있는지 의문이다.

87) “(…) 조사를 시작한 후에 조사에 협조한 자과징금의 100분의 50을 감경하고, 시정조치를 감경할 수 있다. 가. 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 단독으로 제공한 두 번째의 자일 것. 다만, 공동행위에 참여한 2 이상의 사업자가 공동으로 증거를 제공하는 경우에도 이들이 실질적 지배관계에 있는 계열회사이거나 회사의 분할 또는 영업양도의 당사회사로서 공정거래위원회가 정하는 요건에 해당하면 단독으로 제공한 것으로 본다(3호).”

88) 설사 자진신고로 인해 국내법에서는 면책이 된다 하더라도 글로벌 기업의 경우 이것이 빌미가 되어 제3국에서 카르텔 조사와 처벌의 단서를 제공하게 된다는 점을 생각하면 자진신고가 항상 사업자의 법적 안정성을 보장해 주는 것은 아님을 쉽게 알 수 있다.

능한 한 구체적 기준을 제시하는 것이 자진신고를 보다 활성화하는 데 도움이 될 수 있다는 사실 또한 염두에 두어야 할 것이다.

4. 역외에서의 자진신고자 보호제도

유럽공동체의 경우 집행위원회가 나서서 자진신고 사업자들이 제3국 법정에서 직면할 소송상 불이익의 돌파구를 마련해 주고 있다는 점은 우리 공정거래당국도 눈여겨봐야 할 대목이다. 최근 2009년 4월 9일 미 법무성이 아시아나항공에 대하여 운임 담합 등의 혐의로 5천만 달러의 벌금을 부과한 사례에서 볼 수 있듯이⁸⁹⁾ 미국 법무성에 의한 형사법적 제재나 사적 구제절차에서의 자진신고자 보호 문제는 비단 유럽공동체에 국한되는 것이 아니다. 한 조사결과에 의하면 한국기업들이 2000년부터 2005년까지 미 연방법원에 제소된 694개 사건 중에서 반독점법과 관련된 사건이 135건이라고 한다.⁹⁰⁾ 이는 우리 역시 카르텔 자진신고에 따른 과징금 감면정책을 보다 효과적으로 하기 위해서는 자진신고 사업자들이 미국과 같은 제3국 법정에서 신고로 인해 더 불리한 지위에 놓이지 않도록 채증과 보관, 그 이용에 관한 엄격한 안전장치를 강구할 필요가 있음을 보여준다. 우리 현행 고시에도 구두 감면신청 제도가 있어 자진신고자는 서면으로 감면신청을 하기 곤란한 경우 구두로 감면신청을 할 수 있게 되어 있고, 이때 조사공무원은 감면신청서 양식에 포함될 각 사항을 구술에 의하여 질문하고 그 답변을 녹음 또는 녹화하여 보존하도록 함으로써 구술을 통한 채증과 자료 보관이 예정되어 있기는 하다(위예규 제8조의2). 그러나 실제로 미국 법정에서 법원이 증거개시 명령을 내렸을 경우 이 규정만으로 국내 당국에 대한 자진신고 사업자, 즉 피고가 효과적으로 항변하고 이를 미국 법원이 받아들일지는 의문이다. 유럽공동체의 경우에서처럼 구술 조사의 경우 그 녹취 자료의 대외적 반출은 물론 보관 및 열람을 제한하는 명문 규정을 둬으로써 소송대리인들의 방어권 행사를 기술적으로 뒷받침하는 것이 필요하다 하겠다.

89) <http://www.kukinews.com/news2/article/view.asp?page=1&gCode=eco&arcid=0921252660&code=11151100>

90) <http://www.donga.com/fbin/output?n=200608190086>

5. 동시신청제도

카르텔 가담 사업자 전원이 감면신청을 한 경우 전원을 면책하여야 하는지, 또 사업자 중 일부만이 동시에 감면신청을 할 경우 이들 전원을 면책하고 나머지 신청 불참자들에게만 과징금을 부과할 수 있는지 의문이 있을 수 있다. 유럽공동체의 감면고시는 제일 먼저 자진신고한 사업자에게만 완전면책을 허용한다고 하고 있어 만일 복수의 사업자들이 동시에 카르텔 행위 가담을 시인하는 감면신청서 한 장에 같이 서명날인하여 집행위원회에 제출할 경우 과연 누구를 완전면책의 대상이 되는 최초 신고자로 볼 것이냐 하는 문제에 관하여 명확한 답을 주지 못하고 있다.

이에 비하여 우리 예규는 면책을 위해서는 원칙적으로 한 사업자에 의한 신청만을 허용하고, 예외적으로 실질적 지배관계에 있는 계열사이거나 분할 또는 영업양도의 당사자와 같이 그 존립관계가 구조적으로 또는 영업상 상호 불가분하게 연관되어 있는 경우에만 복수 사업자에 의한 동시신청을 단독신청으로 보아 이를 허용하고 있다.⁹¹⁾ 전원 동시신청을 감면대상으로 하게 되면 카르텔 제재 여부가 사업자들이 마음먹기에 따라 좌우되어 규제의 실효성을 잃게 될 수 있고, 위법행위를 하고 이를 피하는 수단으로 악용되거나⁹²⁾ 심지어 일부 사업자에 의하여 경쟁사업자에 대한 제재를 유도하고 따돌리는 이른바 ‘신고담합’으로 될 소지가 있으며, 그리고 무엇보다 복수동시신청이 허용되면 조기에 단독신고에 따른 위험 부담을 줄이고 집단 신고를 하려 하는 과정에서 자진 신고동기가 약해진다는 점에서 우리 예규가 동시신청을 감면대상에서 제외한 것은 타당하다.

91) 종전 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제1호 가.목은 복수 사업자에 의한 동시신청의 예외조항을 두지 않고, 오직 단독 신청만이 가능하다고 규정하고 있었으나 2009년 5월 13일 일부 개정을 통해 단서 조항을 신설하여 “다만, 공동행위에 참여한 2 이상의 사업자가 공동으로 증거를 제공하는 경우에도 이들이 실질적 지배관계에 있는 계열사이거나 회사의 분할 또는 영업양도의 당사회사로서 공정거래위원회가 정하는 요건에 해당하면 단독으로 제공한 것으로 본다”는 내용을 추가하였다. 이에 따라 2009년 5월 19일자로 개정된 현행 예규는 제9조 제4항 단서 및 동조 제5항은 공동신청의 경우에 따른 절차를 예정해 두고 있다.

92) 송정원, 전게서, p.170.

6. 익명신청 허용 여부

유럽공동체의 경우 집행위원회가 익명을 통한 신청, 즉 사업자가 익명으로 신청할 경우에도 유효한 순위를 부여할 것인지의 여부는 불분명하다. 집행위원회는 신청인이 면책 요건은 충족하지 못했더라도 과징금 감경 신청으로 볼 여지는 만들어 두고 있는데,⁹³⁾ 이런 취지에 비추어 보면 익명을 통한 신청도 유효하다고 보아야 할 것이다. 자신이 첫 번째 신청인으로서 순위를 인정받을 수 있을는지, 혹은 아직까지 감면이 유효한지에 대하여 확신이 없는 사업자로서는 조심스러운 접근이 필요할 수도 있기 때문이다. 그러나 이때에도 익명의 면책 신청인이 그 다음 단계인 감경 신청의 절차를 밟을 경우엔 실명을 밝혀야 할 것으로 본다. 우리 현행 예규는 일정한 형식을 좇아 자진신고서를 작성토록 하고 있어 익명신청이 허용되지 않는 것으로 볼 수 있으나, 제시되는 정보와 증거가 구체적이고 추후 익명신청인의 신원을 확인할 수 있는 조건이 구비되는 경우엔 굳이 익명신청을 허용하지 않을 이유는 없다.

V. 맺는말

유럽공동체의 카르텔 자진신고 사업자에 대한 과징금 감면정책의 경향은 보다 과감한 감면혜택의 부여, 자진신고 사업자들에 대한 감면 예측가능성 부여 및 법적 불확실성 제거, 역내에서의 이중 제재의 위험성 감소 및 제3국, 특히 미국 법정에서의 자진신고로 인한 소송절차에서의 불이익 처우를 막는 데 그 초점이 맞춰지고 있음을 알 수 있다. 그 목적은 오로지 자진신고 사업자들로 하여금 회수를 부는 데 주저하지 않도록 하여 카르텔의 존재를 폭로하거나 결정적 증거를 앞 다투어 내도록 유도해 내는 데 있다. 이 중 과징금의 완전면책 도입 같은 경우는 이런 취지에 매우 충실하여 성공적으로 운용되는 것으로 평가되고, 순위기재표 역시 일부 결함에 대한 지적은 있으나 자진신고 유도에 많은 도움이 되고 있다고 할 수 있다. 그러나 역내에서의 중복제재의 위험성 등

93) EC Leniency Notice, at para. 20.

이 완전히 해결되지 않고 있다는 것은 여전히 숙제이고, 역외 사업자들로서는 유의하여야 할 대목이다.

위와 같은 유럽공동체의 감면고시는 현행 제도의 내용은 물론 그 변천과정을 통해 우리에게 상당한 시사점을 제공한다. 우선 우리 공정거래법은 자진신고자에 대한 감면허용의 범위를 시정조치까지 포함시키고 있는데, 이는 감면제도 원래의 취지를 벗어난 것으로 보여 향후 법률 개정 시 삭제되어야 하지 않을까 하는 것이 필자의 생각이다. 그리고 유럽공동체의 감면고시 및 이를 둘러싼 전문가들의 지적에서 보듯이 우리의 경우에도 공정거래위원회가 조사에 착수한 이후 협조한 사업자에 대한 과징금 완전면책에 관하여는 그 요건을 보다 제한하고 감경의 폭도 줄이는 것이 오히려 자진신고를 유도하는 데 더 효과적일 것으로 보인다. 반면 카르텔 주동자 내지 강요자에 대하여는 우리 현행 예규는 유럽공동체 보다 엄격한 입장을 취하고 있는데, 지금처럼 일괄적 감경 불허보다는 감경이 가능하도록 탄력적으로 운용하는 것이 바람직하다고 하겠다. 또 신고자에 대한 순위부여 시 자진신고 사업자들의 증거수집의 현실적 곤란을 감안하여 가능한 한 최초 신청서 제출시를 신고 순위 기준으로 정해주고, 대신 감면신청제도를 남용하였거나 사건 적발 및 경쟁법 위반 판정에 상당한 가치가 있는 증거를 제공하지 못하는 경우 추후 순위 박탈이 가능하도록 하고, 경우에 따라서는 제한적으로나마 익명신청의 여지도 남겨두는 것이 자진신고를 적극 유도하는 데 도움이 될 것이다.

마지막으로 무엇보다 국내 공정거래당국에 자진신고한 국내기업들이 이로 인해 역외에서 자진신고하지 않은 사업자들보다 재판상 더 불리한 지위에 놓이는 것을 막기 위하여 제3국 법정에서 (주로 미국이 되겠지만) 소송 상대방의 증거개시신청이나 법원의 증거개시명령에 효과적인 방어권을 행사할 수 있는 제도적 보완이 시급하다 할 것인데, 이 점에 있어서는 구술증거수집과 보관, 활용에 관한 유럽공동체 감면고시의 사례가 좋은 지침이 될 수 있을 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 송정원, 『카르텔 및 불공정거래행위 규제』, 박영사, 2005.
- 윤세리, 「세계화시대의 공정거래법의 전개방향」, 『저스티스』, 통권98호, 한국법학원, 2007.
- 이호선, 『유럽연합의 법과 제도』, 세창출판사, 2006.
- _____, 「공정거래에 관한 유럽연합 각료회의 규정 제1/2003호 해설」, 『법학논총』, 제21권 제1호, 국민대학교, 2008.
- _____, 「유럽공동체 경쟁법규상의 집행위원회의 역할과 권한」, 『저스티스』, 통권 제110호, 한국법학원, 2009.
- 이호영, 『독점규제법의 이론과 실무』, 홍문사, 2006.
- 임영철, 『공정거래법』, 법문사, 2007.
- 홍대식, 「공정거래법상 과징금제도의 현황과 개선방안」, 『행정법연구』, 제18호, 2007.

[해외문헌]

Books

- Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law* (2nd ed.), Oxford: Oxford University Press, 2004.
- B. Cheffins, *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, and Adam Tomkins, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- I. van Bael and J. F. Bellis, *Competition Law of the European Community* (4th ed.), Hague: Kluwer, 2005.

Articles

- A. Stephan, "The bankruptcy wildcard in cartel cases," *JBL* 511, 2006.
- B. Branch, "The costs of Bankruptcy: A review," 11 *International Review of Financial Analysis* 39, 2002.
- D. Henry, "Leniency programmes: an anaemic carrot for cartels in France; Germany and the UK?," *ECLR* 13, 2005.
- Koponen and Imgrund, "Not quite settled, The Commission proposes a settlement procedure for cartel cases," 12(3) *CLI* 6, 2007.
- E. Wind, "Remedies and sanctions in Article 82 of the EC treaty," *ECLR* 659, 2005.
- Jatinder S. Sandhu, "The European Commission's Leniency Policy: A Success," 28(3) *ECLR*, 2007.
- J. Joshua, "Competition law enforcement, Criminalisation, cartels, leniency and class actions: a look in the future," 22(3) *CLI*, 2004.
- L. Brokx, "A Patchwork of Leniency Programmes," *ECLR* 35, 2001.
- P. Bryant and E. Eckard, "Price Fixing: The Probability of Getting Caught," 73 *The Review of Economics and Statistics* 531, 1991.
- Philippe Billiet, "How lenient is the EC leniency policy? A matter of certainty and predictability," *ECLR* 30(1), 2009.
- Temple Lang, "The implications of the Commission's leniency policy for national competition authorities," 28(3) *ELRev* 430, 2003.
- Zane, "The Price-fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes," *Antitrust Bulletin* 1, 2003.

Statutes

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (The EC Merger Regulation), OJ L 24,

29/01/2004/ pp.1-22.

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

EC Commission, Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Arts 81 and 82 of the EC Treaty, Arts 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation 139/2004, 2005, O.J. C325/7

_____, Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003.

_____, Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, O.J. C298/17, 2006.

_____, Notice on co-operation within the Network of Competition Authorities, OJ C101/43, 2004.

_____, Question and Answer on the Leniency Policy, Memo/02/23.EC, 2002.

_____, Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, O.J. C207/4, 1996.

European Competition Network, Model Leniency Programme; Commission Memorandum, Competition: the European Competition Network launches a Model Leniency Programme--frequently asked questions, Memo/06/356, September 2006.

Draft Commission Notice on the conduct of settlement proceedings in view of the adoption of decisions pursuant to article 7 and article 23 of Council Regulation No 1/2003 in cartel cases, OJ C255/51, 2007.

Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper

Cases and Decisions

C-301/04 P, *Commission v SGL Carbon AG*

Case T-59/02, *Archer Daniels Midland Co v. Commission*, CMLR. 28, 2006.

Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P and C-213/02 P, *Dansk*

Rrindustri A/S Ins. Co. of Ireland v Compagnie des Bauxites de guinea, 456 U.S. 694, 1982.

Societe Internationale v Rogers 357 U.S. 197, 1958.

Decision 2006/520 relating to a proceeding pursuant to art.82 of the EC Treaty and art.54 of the EEA Agreement (COMP/B-2/38.381-De Beers), OJ L205/24, 2006.

Decision relating to a proceeding pursuant to art.81 of the EC Treaty (COMP/38.173-FA Premier League), OJ C7/18, 2008.

Decision 2006/446 relating to a proceeding pursuant to art.81 of the EC Treaty (COMP/B-1/38.348-Repsol CPP), OJ L176/104, 2006.

Decision 2007/735 relating to a proceeding pursuant to art.81 of the EC Treaty and art.53 of the EEA Agreement (COMP/C2/38.681-The Cannes Extension Agreement), OJ L296/27, 2007.

The EC Leniency Policy on the Whistle Blowers in Cartel Cases and Its Lessons

Lee, Hosun

Cartel is one of the most serious violations of competition law, so it is (should be) severely punished by every competition authorities, even the participant's staffs being sentenced to imprisonment. However, since its covert disposition makes it disclosed, competition authorities are trying to dissolve and prevent cartels through the leniency policy to the 'whistle blower' as well as harsh retribution. In this article, the author has studied and searched in why the EC Commission has changed its leniency program since 1996, when its first Notice had been introduced. The focuses are on the goal and means of Commission's current leniency program, especially on the way of removing legal uncertainty, and worse position in the public or civil judicial procedure than those cartel participants who keep silent. While exploring this topic, some useful ideas are compared with our leniency system to enable to carry its policy reasonably. The author cannot agree with the policy that the absolute immunity contains not only the fines but also remedy measures, and that the cooperator after the investigation might enjoy the equal benefits as the whistle blower. This article also shows that we need to establish the criteria on how the evidences are collected, placed, and used to protect the whistle blower's adverse legal position in the third countries' court.

Key words: Cartel. EC Competition Law. Article 22 - 2 of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act. Leniency Program. Antitrust Law.