

규제연구 제16권 제1호 2007년 6월

부당공동행위의 합리적 규제에 대한 일고

이 인 권*

본 연구에서는 부당공동행위에 대한 법의 집행과 관련하여 공정거래위원회의 과징금 관련 소송사례에서 나타난 재량권 남용과 일탈의 내용을 정리하고, 이러한 재량권 남용과 일탈을 줄이기 위한 적절한 방안을 모색하고자 하였다.

사업자들이 부당공동행위를 하는 가장 큰 이유는 경제적인 이득이 있기 때문이다, 따라서 부당공동행위에 대한 가장 효과적인 제재방법은 부당공동행위로 얻은 금전적 이득의 환수와 사전적인 억제력을 담보할 수 있는 정도의 추가적인 금전적인 제재를 추가적으로 부과하는 것이다. 금전적 이득의 박탈 수준은 부당공동행위의 적발확률과 부당공동행위로 인한 행위자들의 금전적 이득 및 사회적 손실을 종합적으로 고려하여 산정하여야 하는데, 제재가 효과적이기 위해서는 부당공동행위에 부과되는 금전적 제재의 규모가 작아도 부당공동행위로 인한 경제적 이득과 적발되지 않을 확률을 곱한 기대이익보다 더 커야 한다는 것이다. 금전적인 제재의 핵심인 과징금 부과는 현행 규정과 같이 관련 매출액을 기준으로 하기보다는 손해액 혹은 피해액을 기준으로 산정하는 것이 법집행의 일관성, 안정성과 예측가능성을 높일 수 있다. 향후 부당공동행위 관련 손해배상소송이 활성화되면 피해를 본 당사자가 직접 부소송을 통해 그 피해를 회복하고 과징금제도는 행정제재 성격만을 갖는 형태로 운영하는 것이 바람직하다. 이 경우 부당공동행위로 인해 발생하는 가격인상과 생산량 감축효과, 이른바 사장된 후생순손실 부분, 정부가 담합행위를 적발, 감시하고 집행하는 과정에서 발생하는 규제비용 등이 과징금 산정 시 고려되어야 할 것이다.

핵심용어: 부당공동행위, 과징금, 징벌적 제재, 손해액 산정

JEL: L0, L4

* 한국경제연구원 기업연구본부, 서울시 영등포구 여의도동 28-1 (e-mail: iklee@keri.org)

** 저자는 한경연 원내세미나에 참석해 준 연구위원들과 자료 수집 및 정리를 도맡은 김소현 연구조원에게 감사의 뜻을 전한다. 세심한 심사의견을 제시해 준 심사자들에게도 감사의 마음을 전한다.

접수일: 3/5, 게재확정일: 5/15

I. 연구의 목적 및 내용

공정거래위원회는 2000년 이후 경쟁과정의 보호 내지 경쟁촉진이라는 경쟁정책 본연의 역할을 제고한다는 취지에서 기업결합 심사를 합리화하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위에 대한 규제의 실효성을 높이려는 노력을 기울이고 있다. 공정거래위원회는 특히 부당 부당공동행위가 시장경제의 제1의 공적이라고 하면서 이에 대한 규제의 강도를 크게 높여 왔다. 한편 2004년에 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하, “공정거래법”이라 한다)이 개정되어 부당한 공동행위의 금지규정을 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 대통령이 정하는 매출액에 100분의 10(기존 100분의 5)을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있게 되었다.

1986년 과징금제도 도입 이후 2004년까지 부당한 공동행위에 대해 부과된 과징금은 5,023억 원이었고, 최근 2년 사이에만 21개 부당공동행위에 대하여 3973억 원이 부과되었다. 더불어 공정거래위원회는 부당한 공동행위를 예방하고 억제하기 위해 시행하고 있는 공공건설공사 입찰분야에 대한 상시정보수집체계의 적용분야를 공동행위의 가능성이 상대적으로 높은 금융·통신·정유업종 등으로 넓히고 있다.

또한 2004년에는 손해배상청구에 관해 시정조치의 확정을 전제요건으로 요구하는 공정거래법 제57조 제1항의 규정이 삭제되어, 시정조치 선확정 요건이 공정거래법상 손해배상청구권 행사의 제약요인으로 작용할 뿐 아니라, 제57조 제1항 단서의 규정에도 불구하고 피해자가 공정거래위원회의 시정조치를 거치지 않으면 민법상의 손해배상청구를 하지 못하는 것으로 오해될 여지를 없었다. 나아가 “공정거래법의 규정에 위반되는 행위로 인하여 손해가 발생하였다고 인정되는 경우로서 손해의 성질상 그 손해액을 입증하는 것이 매우 곤란할 때에는 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하

여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”는 내용으로 공정거래법 제57조를 신설하였다. 이러한 조치는 향후 공정거래법의 사적집행을 크게 제고시키는 계기로 작용할 것으로 예상된다. 그리고 부당한 공동행위를 한 자 또는 이를 행하도록 한 자 중 부당한 공동행위의 사실을 신고한 자 이외에 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대하여 과징금을 크게 경감 또는 면제할 수 있는 제도적 장치를 확보하였다. 이에 더하여 공정거래위원회는 이 법의 위반행위를 신고 또는 제보하고 이를 입증할 수 있는 증거자료를 제출한 자에 대하여 예산의 범위 안에서 포상금을 지급할 수 있도록 하였다. 이러한 부당한 공동행위 관련 제도들의 커다란 변화가 담합에 대한 정부의 법집행, 기업의 부당한 공동행위, 피해자들의 손해배상소송 및 사법부의 법적 판단에 미치는 영향을 종합적으로 파악하고 분석할 필요성이 커지고 있다. 본 연구에서는 부당공동행위 관련 제도의 전반적인 변화과정에서 논란의 소지가 있는 과징금 및 손해배상제도에 대한 경제적·법리적 분석을 통하여 부당공동행위에 대한 실질적이고 합리적인 규제의 틀을 모색하고자 한다. 특히 정부의 법집행과 관련해서는 지금까지 공정거래위원회의 과징금부과처분에 대한 관련 취소청구소송 사례들에서 나타난 재량권 남용과 일탈의 내용을 정리하고, 이러한 재량권 남용과 일탈을 줄이기 위한 적절한 방안을 모색하고자 한다.

II. 부당공동행위 관련 규제 내용 및 현황

1. 규제 내용

공정거래법 제21조는 공정거래위원회는 동법 제19조 제1항의 규정을 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다고 규정하고 있으며, 제22조는 범위반 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있다고 규정하고 있다.¹⁾ 다만, 매출액이 없

1) 미국은 셔먼법 제1조에 주간 혹은 외국과의 거래 또는 통상을 제한하는 모든 계약, 트러스트나 기타 형태의 결합 또는 공모는 위법이고, 이에 대한 참가자는 중죄를 범한 것으로 간주한다고 규정되고 있고,

는 경우 등에는 20억 원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 제22조의 2항은 신고자 등에 대한 감면조치로 부당한 공동행위의 사실을 신고한 자나 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에게는 시정조치 또는 과징금을 감경 또는 면제할 수 있도록 하였다. 제55조의 3항에서는 공정거래위원회는 과징금

제2조에는 주간 또는 외국과의 거래 또는 통상의 어떤 부분이라도 독점화하거나, 독점화를 기도하거나 혹은 독점화하기 위하여 타인과 결합·공모하는 자는 중죄를 범한 것으로 간주한다고 규정하고 있다. 미국은 원칙적으로 과징금 규정이 없고, 다만 셔먼위반행위에 대한 벌금과 FTC위반행위에 대한 민사벌(civil penalty)의 두 가지 방식으로 경쟁법 위반에 대해 제재하고 있다. 벌금은 양형기준표(Federal Sentence Guideline) 제8장을 기본으로 하여 구체적으로 산정하고, 민사벌 절차는 FTC법 제5(m)조를 근거로 하여 법원에 의해 이루어진다. 법인의 경우 1000만 달러 이하 또는 위반에 의해 얻은 이익 또는 끼친 손해의 2배 중 큰 금액을 상한으로 부과한다. 개인의 경우도 중죄로 취급되는데, 이에 대해서는 원칙적으로 3~10년 이하의 징역형 또는 개인이 중죄를 범한 경우의 벌금형을 받게 되는데 벌금형을 받게 될 경우 그 액수는 25~100만 달러, 당해 개인이 취득한 부당이득의 2배, 또는 피해자가 입은 금전적 손해의 2배를 상한으로 벌금을 선고받게 된다. 미국은 2004년 6월부터 'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004'를 통하여 셔먼법을 위반한 개인에 대한 벌금 상한을 100만 달러로 인상하고, 징역형의 상한도 10년으로 상향 조정하여, 자연인의 형사처벌 강도를 보다 높였다. 또한 기업에 대한 벌금 상한을 1억 달러로 증액하였다. FTC가 직접 행사할 수 있는 규제수단은 우리의 시정명령과 유사한 중지명령인데, FTC는 제5(1)조에 의해서는 중지명령에 위반한 회사에 대하여, 제5(m)조에 의해서는 다른 회사에 대하여 발령된 중지명령에 의하여 불공정거래행위라고 선언된 행위를 한 회사나 FTC가 제정한 거래규제 규칙을 위반한 회사에 대하여 법원에 민사벌을 부과할 것을 청구할 수 있다.

EU의 과징금은 과징금(fine)과 이행강제금(periodic penalty payment)으로 구분되는데 여기서의 과징금에는 우리 법상의 과태료도 포함되고 제재적 성격이 강하며, 부당이득의 환수 측면을 고려한다. 절차적으로 법원에서 부과되지 않기 때문에 형벌의 성격은 없으며, 형벌과 병행 부과되고 있지는 않다. 과징금은 조약 제81조 제1항(부당한 공동행위)과 제82조(시장지배적 지위남용) 위반행위에 한하여 부과된다. 부당공동행위에 대해서는 주로 과징금을 부과하여 제재하고 있는데, 과징금은 당해기업의 연간 매출액의 10%까지 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

일본의 일반적인 경쟁법 집행경향은 위반행위에 대한 엄중한 제재보다는 계도적인 차원에 그치고 있으며, 부당공동행위에 관해서도 비슷한 입장을 견지하고 있다. 제정 시의 입법취지는 형사벌과 손해배상청구 등이 제대로 기능을 발휘하지 않는 상황하에 담합에 의한 부당이익획득을 방지하고, 부당공동행위 참여사업자가 취득한 부당한 경제적 이익을 박탈하는 것이 원칙이었다. 부당공동행위의 형성으로부터 얻는 기대이익이 그로 인한 기대비용보다 클 경우, 기업은 담합을 선택하게 되는데, 규제수단인 형사벌이나 손해배상제도는 거의 활용되지 않았고, 기대효과도 발휘되지 못하였다. 과징금은 원래 순수하게 부당이득 환수적 성격이었으나, 1991년 과징금액의 인상으로 인하여 그 제재적 성격이 한층 강화되었고 과징금액의 산정과 관련된 분쟁이 많이 발생하고 있다. 일본의 경우도 부당공동행위에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 2005년 독점금지법 개정을 통해 제조업종의 대기업에 대해서는 부당공동행위와 관련된 매출액의 10% 이내로, 중소기업 중 소매업에 대해서는 매출액의 3% 이내에서, 도매업의 경우는 2% 이내로 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 상세한 내용은 권오승 외(2003)를 참조.

부과 시 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수 그리고 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 고려하도록 규정하고 있다. 제56조에서는 사업자 또는 사업자 단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 지되, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 배상책임이 없음을 명시하고 있다. 제56조의 2항에서는 제56조의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다고 규정하고 있으며, 제57조에서는 이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정하여 손해배상소송 제기를 보다 용이하게 하도록 하였다. 더불어 제64조의 2항에서는 공정거래위원회는 이 법의 위반행위를 신고 또는 제보하고 이를 입증할 수 있는 증거자료를 제출한 자에 대하여 예산의 범위 안에서 포상금을 지급할 수 있다고 규정하고 있다. 제66조에서는 제19조 제1항의 규정을 위반하여 부당한 공동행위를 한 자 또는 이를 행하도록 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처하며 징역형과 벌금형은 이를 병과할 수 있도록 규정하고 있다.

2. 과징금 집행 실적 및 현황

1981년 공정거래법 제정 이후, 공정거래위원회는 부당공동행위에 대하여 적극적인 시정조치를 취하여 왔다. 공정거래위원회는 공정거래법 시행 이후 2004년도까지 총 9,682억 원의 과징금을 부과하였는데, 이 중 51.9%인 5,023억 원의 과징금이 담합사건에서 부과되었다. <표 1>에서 보듯이 공정거래위원회는 공정거래법 시행 이후, 부당공동행위에 부과한 전체 과징금 액수 중 2000년 이후 최근 5년간 부과한 액수가 4,140억 원으로 82.4%를 차지하고 있다. 특히 과징금이 부과된 전체 사건에서 차지하는 비중은 16.8%이지만 이에 대하여 부과된 과징금이 전체 과징금에서 차지하는 비중은 51.9%에 이르고 있다. 2002년 이후 전체 과징금 중 부당공동행위에 대하여 부과된 과징금이 차

지하는 비중은 눈에 띄게 증가하고 있다.

〈표 1〉 공정거래법 위반행위 유형별 과징금 부과실적

(단위: 건, 백만 원)

구분		'88 ~'96	'97	'98	'99	'00	'01	'02	'03	'04	계
시장 지배력남용	건수	1	-	3	1	-	2	-	-	-	7
	금액	1,014	-	1,308	962	-	5,663	-	-	-	8,947
경제력집중 억제	건수	15	-	8	5	5	2	14	4	1	54
	금액	7,801	-	4,190	992	690	302	8,906	1,612	739	25,232
부당 공동행위	건수	24	6	19	15	12	7	14	9	12	118
	금액	18,960	1,092	31,991	36,158	198,812	23,617	53,109	109,838	28,759	502,336
불공정 ²⁾ 거래행위	건수	120	1	29	40	21	45	35	8	62	361
	금액	2,576	60	97,694	103,369	25,861	121,461	20,507	37,141	5,586	414,255
하도급 등 기타	건수	15	2	10	41	11	25	28	16	16	164
	금액	226	38	1,033	2,172	272	6,384	5,409	1,121	800	17,455
부당공동 행위비중(%)	건수	13.7	66.7	27.5	14.7	24.5	8.6	15.4	24.3	13.2	16.8
	금액	62.0	91.8	23.5	25.2	88.1	15.0	60.4	73.4	80.1	51.9
계	건수	175	9	69	102	49	81	91	37	91	704
	금액	30,557	1,190	136,217	143,653	225,635	157,427	87,931	149,712	35,883	968,225

자료: 공정거래위원회(2005)

2) 불공정거래행위에 대한 과징금 부과액수가 1998년부터 급증한 것은 1998년부터 부당내부거래에 대한 조사가 실시되어, 이에 대한 과징금 부과액수가 크게 증가하였기 때문이다.

Ⅲ. 과징금제도의 법리적·경제적 해석

1. 과징금의 법적 성격

과징금의 법적 성격을 논하기 전에 본 연구의 단초를 제공한 하나의 담합사례를 들어 보자. 공정거래위원회는 2004년 6월 용인시 동백택지개발지구와 용인시 죽전택지개발지구에서 각각 아파트를 분양한 동백지구 10개 건설사업자와 죽전지구 6개 건설사업자들의 분양가 담합행위에 대하여 시정명령과 신문공표명령 및 과징금 총 253억 원을 납부하라는 명령을 부과하였다. 당해 시정조치는 아파트를 분양하는 건설사업자의 분양가 담합행위에 대해 공정거래법을 적용하여 제제한 첫 사례이다.³⁾

다음은 공정거래위원회 웹사이트에서 확인한 용인 동백지구의 건설사의 분양가 관련 담합에 대한 공정거래위원회 과징금 부과와 관련한 피해자 입주민의 민원제기와 공정거래위원회의 답변 내용이다. 일반인들이나 실무를 맡고 법집행을 담당하고 있는 공정거래위원회가 과징금의 성격을 제대로 이해하지 못하고 있음을 알 수 있다. 일반인들이 과징금 제재의 법적 성격을 제대로 알 수 없음은 이해할 수 있으나, 법집행을 맡고 있는 공정거래위원회의 공식적 답변 내용은 다소 의외였다.

<입주민> “건설사마다 많게는 수십억씩 과징금이 부과되었는데, 그 돈의 출처가 과연 어디겠습니까? 모두 분양대금에서 과징금이 지출될 것입니다. 그렇다면, 당시 어려운 상황에서도 내집마련을 위해 분양을 받은 서민들은 결국 ‘실제 분양가 + 공정거래위원회 과징금’을 지불하게 된 셈입니다. 과도한 분양가뿐만 아니라, 금번 공정거래위원회

3) 공정거래위원회는 검찰에 이를 고발하였고 형사소송이 제기되어, 수원지방법원은 2005년 12월 동백지구에서 건설업체들이 분양가 담합행위를 한 데 대해 무죄를 선고했다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 위반 혐의로 검찰에 의해 기소된 H건설 등 9개 건설사와 업체 관계자 19명에 대해 분양가를 담합했다고 볼 수 있는 증거가 부족하다며 무죄를 선고했다. 검찰은 각 회사들이 2003년 4월 중순 또는 같은 달 하순 분양가를 담합했다고 밝히고 있으나 실제 각 업체들의 분양은 6월 이후 이뤄지는 등 ‘4월 분양 담합’이 이뤄졌다고 볼 수 없다며 H사 등이 2003년 3월 건설사 협의체 회의에서 ‘회의록기재’ 등의 합의가 있었던 것은 인정되지만 이 같은 행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서 말하는 부당한 공동행위로서의 합의라고 보기 어렵다고 설명했다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 부당한 공동행위를 추정할 수 있도록 하고 있으나 이러한 추정규정은 과징금을 부과하는 경우이나 가능하고 형벌을 부과하는 절차에 있어서는 적용할 수 없다고 밝혔다.

과징금에 대한 손해분을 만회하기 위해 건설사마다 예정되었던 원자재를 저가로 교체한다면 이것은 금전적 손해뿐 아니라 내집마련의 꿈까지도 손상을 입히는 결과를 가져오게 될 것입니다.” “동백지구 아파트담합에 대하여 과징금을 부과하기로 하였다는 소식을 접하였습니다. 반가운 소식이라고 생각합니다. 아파트담합에 대한 직접적인 피해자는 입주자일 것이고, 그 과징금은 국가로 환수되는 돈이므로 입주자는 국가에 환수될 돈을 우회적으로 납부할 뿐입니다. 따라서 과징금을 입주자에게 돌려줄 것을 청원하오니 반영해 주시기 바랍니다.”

<공정거래위원회 답변 1> “법률적으로 공정거래위원회가 부과하는 과징금은 사업자들의 범위반행위에 대한 행정벌이며, 이는 여타의 민·형사법을 위반한 사업자에 대하여 부과하는 벌금과 같은 성격이라 할 수 있을 것인바..... 공정거래위원회는 과징금의 성격상 예산회계법에 의거 전액 국고에 세입조치되므로, 특정목적에 사용하거나 분양계약자들에게 환급할 수 없습니다. (중략) 분양계약자들은 관련 사업자들의 불법적인 담합으로 인하여 손해를 입은 것이 있다면 위원회의 시정조치를 토대로 공정거래법 제56조에 의거 당해 사업자를 상대로 별도의 소송을 제기하여 손해배상청구를 하는 것이 가능할 것입니다.” (중략) “만일, 위법한 것으로 최종 결정되어 과징금이 부과된다면, 과징금은 행정질서 위반자에게 부과하는 행정벌로서 부과되는 것으로 탈루세금의 환수조치와 같이 부당이득에 대한 환수가 아니며, 부과된 금액은 벌금형태의 국고수입으로서 국고에 환수되고 국회의 예산의결에 의하여 사용하도록 하는 것이 관련법상의 규정입니다.”

공정거래위원회 부당공동행위에 대한 과징금은 행정제재적 성격의 과징금과 부당이득 환수 차원의 과징금 성격이 같이 있으며 특히 부당공동행위 과징금은 부당이득 환수 성격이 강하다는 것이다. 홍대식(2004)은 과징금의 법적 성격에 대하여는 대체로 과징금이 부당이득 환수적 성격과 행정제재적 성격을 모두 갖고 있는 것으로 설명하는 것이 다수설의 견해이며, 공정거래법상 과징금의 법적 성격에 대하여도 어느 쪽에 속한다고 확립적으로 말하기보다는 양자의 성격을 모두 갖고 있다고 보는 것이 일반적임을 밝히고 있다.⁴⁾

4) 우리의 유사한 논의가 있었던 일본의 과징금제도에 대한 상세한 논의는 최종원·김현중(1994)을 참조.

공정거래법상 과징금은 원래 범위만으로 인한 경제적 이익의 발생을 전제로 하여 그 부당이득을 환수하는 성격을 가지는 것이라고 할 수 있다. 특히 제5차 개정법에 의해 과징금제도에 행정제재적 성격을 강화하는 내용의 개정이 이루어지기 전에는 과징금의 법적 성격은 부당이득 환수적 성격을 기본으로 하고 행정제재적 성격이 가미되는 정도였다고 할 수 있다. 예컨대, 경제적 이익의 발생을 전제로 하는 시장지배적 사업자의 지위남용행위나 부당한 공동행위의 경우, 위반일 단위의 매출액을 기준으로 하여 과징금을 부과하도록 함으로써 과징금이 매출액에 비례하여 부과되었고 매출액이 없거나 산정할 수 없는 경우에는 과징금이 부과될 수 없었다. 대법원도 제5차 법개정 전에 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 과징금이 부과된 사건에서 “과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적 제재”라고 판시하여 과징금의 부당이득 환수적 성격을 강조하는 입

일본에서는 과징금제도의 법적 성격은 제도 도입 이후 끊임없는 논란의 대상이 되었다. 즉 과징금제도가 가격부당공동행위에 대한 부당이득의 박탈이라는 견해와 독점금지법 위반의 억지를 확보하기 위한 행정제재라는 견해가 대립되었다. 논의의 초점은 양 학설의 상반된 논리적 귀결에 모아진다. 즉 부당이득환수설에 따르면 공정취인위원회에게 과징금 부과 여부나 과징금액의 산정에 대한 재량을 인정할 수 없다는 결론이 도출되나, 행정제재설에 따르면 그러한 재량이 인정된다는 점이다. 또한 독점금지법에 제정된 형벌의 부과 시 이중처벌의 문제를 야기시키는가와도 긴밀한 관련이 있다. 이에 대한 일본 공정취인위원회의 태도는 도입 초기에는 행정제재의 성격도 강하게 고려하였으나 점차 부당이득 박탈로 그 법적 성격을 확정하였다. 즉 공정취인위원회는 1977년 법 개정 시 과징금제도를 도입하면서 그 법적 성격을 다음과 같이 규정하였다.

“과징금제도는 위법부당공동행위가 다발하고, 이러한 상황을 감안하여 금지제정의 실효성을 확보하기 위한 행정상의 조치로서 위법부당공동행위에 의해 얻어지는 경제상의 이익에 대해 그 납부를 명하는 것이다. (중략) 과징금은 위법부당공동행위를 배제하고 경쟁 질서를 유지한다는 행정목적의 달성하기 위해 국가가 행정조치로서 부당공동행위에 의한 이득을 징수하는 것이다. 과징금은 상대방에게 경제적 제재의 효과를 가지지만 형벌은 아니다. 행정관청인 공정취인위원회가 주가에 영향이 있는 위법부당공동행위에 대하여 일정한 기준에 따라서 그 액수를 산정하고 행정절차에 의하여 그 납부를 명하는 것이다.”

이와 같이 부당이득환수설에 따른 과징금의 법적 성격 규정으로 말미암아 과징금 부과 여부나 과징금액의 결정에 대하여 공정취인위원회의 재량의 여지는 인정되지 않게 되었다. 이러한 과징금의 법적 성격에 대하여 학계에서는 많은 비판적 입장을 보였다. 학자들의 비판은 과징금 부과와 비례성에 있었다. 즉 과징금제도는 부당공동행위금지의 실효성 확보를 목적으로 하는 것이므로 제재로서의 역할을 하지 않으면 무의미하며, 개별적 사정을 고려하지 않고 모든 부당공동행위에 부과한다는 것은 현실적인 방법이 되지 못함을 지적하였다. 또한 공정취인위원회가 주장하듯이 과징금의 부과가 「행정상의 조치」라고 하더라도 제재의 의미가 강하므로 사안의 경중에 따라 과징금 납부 여부나 납부액에 대하여 재량을 인정하는 것이 합리적이라는 논의도 있었다.

장에 서 있다. 특히 부당공동행위 제재 측면에서는 더욱 그렇다. 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 군납유 판결: 과징금 납부명령 취소)에서 “구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2001. 1. 16. 법률 제6371호로 개정되기 전의 것) 제22조에 의한 과징금 부과는 원칙적으로 같은 범위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것이고, 같은 법 제55조의3 제1항에서도 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횡수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 입찰담합의 구체적 내용 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도나 기타 사정으로서 조사에의 협조 여부, 종전의 범위반 횡수뿐만 아니라 입찰담합으로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있다.”고 판시하였다.

다른 한편으로는 과징금을 위반행위에 대한 행정적 제재의 목적으로 법에 정한 의무이행을 확보하기 위한 수단이나 위반행위의 반복을 사전에 억제하는 수단으로 이해하는 입장도 있다. 특히 부당한 공동행위에 대한 과징금은 기본적으로 범위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 부당이득 환수적 성격을 가지는 것이기는 하나, 부당공동행위의 반복을 사전에 억제하는 측면에서 제재적 성격을 강조하는 판례가 있다. 이처럼 과징금의 제재적 성격을 강조할 경우 과징금 부과 및 그 금액의 산정에 있어서의 공정거래위원회의 재량범위가 더 넓게 인정될 여지가 있다. 공정거래법상 공정거래위원회는 과징금의 부과 여부뿐만 아니라 구체적인 액수산정에 대하여 폭넓은 재량을 가지고 있다.

즉 공정거래법상 과징금의 부과 요건으로는 단지 범위반행위가 있다는 사실만으로 족할 뿐 다툼의 여지가 있는 법해석의 문제로서 위반사업자의 고의 또는 과실을 요건으로 하지 않을 뿐만 아니라 행정제재벌이라는 성격상 미국과는 달리 법원이 과징금 부과 과정에 전혀 관여하지 못한다. 또한 과징금 부과 근거를 규정하면서도 그 부과기준으로는 대체로 매출액 또는 위반액의 몇 % 이내라고만 규정하고 있고, 그 범위 내에서 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횡수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 고려하도록 하고 있을 뿐이다. 따라서 과징금 부과의 재량권 행사시 남용 및 일탈의 가능성을 법규정 자체가 내포하고 있다. 판례도 공정거래위원회는 범위반행위에 대

하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과한다면 일정한 범위 내에서 과징금의 부과액을 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다고 할 것이므로, 공정거래위원회의 범위반 행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위라고 거듭 판시하고 있다. 대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 건축사협회 판결에서도 확인할 수 있다. “구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것) 제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2 등 각 규정을 종합해 보면, 공정거래위원회는 같은 범위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과한다면 일정한 범위 내에서 과징금의 부과액을 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다 할 것이므로, 공정거래위원회의 같은 범위반 행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위라 할 것이다.”라고 판시하고 있다.

그런데 공정거래위원회에 일정한 정도의 재량이 인정된다고 하더라도 그것은 단지 공정거래위원회의 법집행상의 편의를 위한 것이 아니라 공정거래법의 전문적이며 객관적이고, 탄력적인 적용을 통하여 법집행의 효율성을 제고하는 데에 있음을 주지하여야 한다. 따라서 공정거래위원회의 행정재량이 절차적 정당성이 확보되지 못하고 적절히 통제되지 못할 경우에는 경쟁 질서를 보호하기 위한 규제의 정당성에 대한 의문이 제기될 수 있다. 공정거래위원회가 시행하는 규제의 합목적성을 확보하고 피규제자인 사업자에게 법적 안정성과 예측가능성을 제고하기 위해서는 공정거래위원회가 갖는 재량의 본질에 대한 정확한 인식과 재량권의 남용·일탈에 대한 적절한 통제수단이 필요하다. 공정거래위원회의 재량권의 행사에 대한 통제가 필요하다는 것은 과징금 관련 법원의 행정소송에서 공정거래위원회가 적지 않게 피소한 사실에서 잘 알 수 있다.

2. 공정거래위원회 과징금 관련 행정소송 패소유형

과징금 부과처분 관련 행정소송만을 살펴보면, 최근 3년간 확정판결 55건 중 전부승소 사건은 32건(58.2%), 일부 승·패소 사건은 12건(21.8%), 전부패소 사건은 11건(20%)으로 나타나고 있다. 즉 공정거래위원회가 일부패소를 포함하여 패소한 사건은 23건으로 41.8%에 달하며, 특히 2003년에는 공정거래위원회가 일부패소를 포함하여 패소한 사건

은 55.6%에 달하고 있다. 공정거래위원회의 과징금 부과처분에 있어서 무리가 있었음을 보여 주고 있다. <표 2>는 일반 불공정거래행위와 부당한 공동행위 관련 과징금 행정소송을 모두 포함하고 있다. 공정거래위원회의 과징금 부과 관련 제량권의 남용 및 일탈에 해당하는 위법한 행정행위가 적지 않으며, 일반 불공정거래행위와 부당한 공동행위 모두 공정거래위원회의 과징금 패소사유가 유사하게 나타나고 있다.

<표 2> 과징금 사건 승·패소 현황(확정판결 기준)⁵⁾

구분	전부 승소		일부 승·패소		전부 패소		합 계	
	건수	비율(%)	건수	비율(%)	건수	비율(%)	건수	비율(%)
2002년	9	52.9	6	35.3	2	11.8	17	100
2003년	8	44.5	3	16.7	7	38.9	18	100
2004년	15	75.0	3	15.0	2	10.0	20	100
합계	32	58.2	12	21.8	11	20.0	55	100

자료: 공정거래위원회(2005)

공정거래위원회의 부당한 공동행위를 한 사업체에 부과한 과징금 관련 행정소송에서 제량권의 남용일탈에 해당하여 패소한 다양한 사례들을 몇 가지 유형별로 정리할 수 있다.

(1) 비례평등의 원칙 위배

- 대법원 2004. 10. 27. 2002두6842 군납유 판결

대법원은 구 공정거래법 시행령 제61조 제1항 관련 제6호 단서에서 정하고 있는 과징금 부과기준 중 “입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 100분의 5 이내, 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억 원 이하”라고 정하고 있는 부분은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조 및 제55조의3 제1항, 제3항의 위임에 근

5) 연도별 건수는 당해연도 확정판결 기준이며, 실제 심결일은 평균 소송 진행기간을 감안하여 대체로 3~5년 전임.

거하면서 입찰담합의 특수성을 고려한 것으로서, 모법의 위임 없이 법이 예정하고 있지 아니한 과징금 부과기준을 국민에게 불리하게 변경하는 규정이라고 할 수 없다고 판시하였다. 제6호 단서에서 규정하고 있는 입찰담합에 있어서 ‘계약이 체결된 경우’라 함은, 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자가 있는 경우를 의미하고 이러한 계약이 체결된 경우에는 계약을 체결한 당해 사업자뿐만 아니라 담합에 가담한 다른 사업자에 대해서도 그 ‘계약금액’이 과징금 부과기준이 되며, 담합이 수 개의 입찰을 대상으로 한 경우에는 담합에 가담한 모든 사업자에 대하여 각 입찰에서의 계약금액을 모두 합한 금액이 과징금 부과기준이 된다고 판시하고 있다. 원고들에 대한 이 사건 과징금의 액수가 법 제22조와 법 시행령 제9조 제1항, 이 사건 지침의 과징금 부과기준 중 입찰에 관한 부분 또는 법 시행령 제6호 단서에서 정한 방식에 의하여 그 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 산정된 것이라고 하더라도 이 사건 입찰담합 중 원고들이 들러리 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분에 관한 과징금 액수를 산정함에 있어서는 입찰계약을 체결한 부분보다는 낮은 부과기준을 적용하는 등 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려하여야 한다. 그럼에도 불구하고 동일한 부과기준을 적용하고, 정유사별로 조사에의 협조 여부나 종전의 범위반 횡수는 고려하면서도 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력은 고려하지 아니하여 과징금의 부당이득 환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되고 그 액수 또한 과다하게 되었다. 뿐만 아니라 입찰계약의 체결규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실하였으며, 이 사건 과징금 부과처분이 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 판시하고 있다. 군납유류 입찰담합 사건과 같이 전체 물량을 여러 번에 걸쳐 나누어 입찰하는 경우에, 입찰 참가자들이 장기간에 걸쳐 순번을 정해 개별물량을 차례로 낙찰 받게 되면 전체 입찰물량에 대해 하나의 담합이 있는 것과 동일한 경제적 효과가 발생하게 되므로, 이러한 경제적 효과를 중시하여 합의에 참가한 모든 업체에게 전체 입찰물량을 기준으로 과징금을 부과한 것과 당해 입찰계약 회사와 이른바 들러리를 선 기업에 대하여 과징금 부과율을 달리하여야만 한다고 판시한 것은 적절하다고 판단한다.⁶⁾

6) 공정거래위원회는 입찰담합의 경우 낙찰자와 들러리 업체 간에 과징금 부과액수를 차등화해야 하는지에 관하여 문제가 있으나, 보통 입찰담합의 경우 특정 입찰에서는 어느 한 사업자 간 낙찰을 받고 나머지 업체들은 속칭 떡값 정도만 받지만, 다른 입찰에서는 담합에 가담한 다른 업체가 낙찰을 받도록 해주

(2) 새로운 부과금 산정기준의 적용 오류

- 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 화장지 판결⁷⁾

과징금은 원칙적으로 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재이므로, 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이지, 추후에 부과금 산정기준이 되는 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수 있는 것은 아니다(대법원 1999. 5. 28. 선고 99두1571 판결 참조). 그럼에도 불구하고, 피고는 1998. 5. 27. 위와 같은 이유로 과징금액을 증액하는 처분을 하였음이 기록상 분명하므로 이러한 처분은 위법하다. 과징금 납부명령과 과징금 증액부과처분은 더 이상 유지될 수 없으므로 이를 모두 취소한 원심판결은 정당하다고 판시하고 있다.

(3) 상품 또는 용역의 범위에 대한 판단의 오류

- 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 OEM 패키지에어콘 판결

주문자상표부착(OEM)생산방식 납품업자가 OEM생산방식으로 납품한 상품의 매출액이 소비자판매가격 인상 합의로 인한 과징금 산정의 기초가 되는 매출액에 포함되지 않는다고 인정한 사례이다. 구 공정거래법(1994. 12. 22. 법률 제4790호로 개정되기 전의 것) 제

기 때문에 낙찰자와 들러리업체를 과징금에서 차등화해야 할 필요성은 없다고 판단하였다.

7) 대법원 1999. 5. 28. 선고 99두1571 파스퇴르유업 판결에서도 확인할 수 있다. 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항의 규정에 위반하여 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 같은 법 제24조의2 제1항의 규정에 의하여 부과되는 과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재이다. 이로써 같은 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이다. 그렇지 아니하고 부과관청이 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보하거나 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없다. 왜냐하면 과징금의 부과와 같이 재산권의 직접적인 침해를 가져오는 처분을 변경하려면 법령에 그 요건 및 절차가 명백히 규정되어 있어야 할 것인데, 위와 같은 변경처분에 대한 법령상의 근거규정이 없고, 이를 인정하여야 할 합리적인 이유 또한 찾아볼 수 없기 때문이다.

19조 제1항, 제22조 제1항 및 같은 법 시행령(1995. 4. 1. 대통령령 제14566호로 개정되기 전의 것) 제34조, 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항, 제22조 제1항 및 같은 법 시행령(1997. 3. 31. 대통령령 제15328호로 개정되기 전의 것) 제35조, 제9조의 각 규정에 의하면, 사업자가 다른 사업자와 공동으로 이른바 부당한 공동행위를 한 경우에 공정거래위원회는 그 사업자에 대하여 당해 위반행위 기간 동안의 매출액을 기준으로 하여 산정한 과징금을 부과할 수 있고, 위 매출액은 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 대가의 합계액에서 품질불량·과손 등으로 대가의 일부가 공제될 경우의 공제액 등 소정의 금액을 공제한 금액으로 하여야 할 것인바, 과징금 산정의 기준이 되는 매출액을 산정함에 있어서 그 전제가 되는 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 범위는, 부당한 공동행위를 한 사업자 간의 합의의 내용에 포함된 상품 또는 용역의 종류와 성질·거래지역·거래상대방·거래단계 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다는 것이다. OEM생산방식 납품업자의 가격 인상 합의의 내용, OEM생산방식에 의한 패키지에어컨의 납품 현황, 위 가격 인상 합의가 OEM생산방식에 의하여 납품되는 패키지에어컨의 납품가격에 미친 영향 등에 비추어 보면, 주문자상표 부착(OEM)생산방식으로 납품한 패키지에어컨은 소비자판매가격 인상 합의와 관련이 있는 상품에 해당하지 아니하고, 따라서 이로 인한 매출액은 과징금 산정의 기준이 되는 매출액에 포함시킬 것이 아니라고 판단한 사례이다.⁸⁾

8) 1995년에 원고로부터 OEM생산방식에 의하여 PAC를 납품받은 회사는 대우캐리어, 범양냉방공업, 한국신용유통, 대우전자, 린나이코리아 등이다. 한국신용유통, 대우전자, 린나이코리아 등은 1995년도 PAC 소비자판매가격 인상 합의에 참여하지도 않았고, 원고가 OEM생산방식에 의하여 납품한 전체 PAC의 수량 중 위 가격인상 합의에 참여한 대우캐리어나 범양냉방공업에 납품한 수량은 비교적 소규모에 불과하다. 반면 원고가 삼성전자 등과 함께 1995년도 PAC 소비자판매가격 인상을 합의하면서 원고가 OEM생산방식에 의하여 납품하는 PAC의 납품가격 인상 등에 관하여 논의 또는 합의하였다는 점을 인정할 수 있거나, 위와 같은 가격인상 합의 이후에 원고가 OEM생산방식에 의하여 납품하는 PAC의 납품가격을 인상하였는지 여부 및 그 인상폭, 위와 같은 가격인상 합의가 OEM생산방식에 의하여 납품하는 PAC의 납품가격에 미친 영향 등을 확인할 자료는 발견할 수 없는데, 이러한 원고의 가격인상 합의의 내용, 원고의 OEM생산방식에 의한 PAC의 납품 현황, 위 가격인상 합의가 OEM생산방식에 의하여 납품되는 PAC의 납품가격에 미친 영향 등에 비추어 보면, 원고가 OEM생산방식으로 납품한 PAC는 원고의 1995년도 PAC 소비자판매가격 인상 합의와 관련이 있는 상품에 해당하지 않는다고 판단하였다.

(4) 위반행위 기간 판단의 오류

- 대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 철강판결

철강회사들의 철근가격 인상행위가 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’에 해당하는지 여부에 관하여 그 판단의 전제가 되는 시장점유율 등을 살펴보지 아니한 채 곧바로 그들이 철근가격을 인상한 날이 위반행위의 시기인 실행개시일이라고 단정한 원심의 판단을 위법하다고 한 사례이다. 법시행령 제61조 제1항 위반행위의 종별 과징금 부과기준 제6호는 부당한 공동행위에 대한 과징금 부과기준을 ‘위반행위기간 × 동기간 중 관련상품 · 용역의 매출액 × 5/100 이내’라고 규정하고, 그 위반행위기간과 관련하여 과징금 부과세부기준 등에 관한 고시 Ⅱ. 과징금 부과기준요소의 결정 5. 위반행위기간(령 제6호, 제10호 관련) 나호, 다호는 법 제19조 제5항의 경우에는 실행개시일을 위반행위의 시기로, 시정명령을 통지받은 날 이전까지 공동행위가 종료된 경우에는 종료일을 위반행위의 종기로 보도록 하고 있다. 법 제19조 제5항에 의하면 ‘가격을 결정 · 유지 또는 변경하는 행위’가 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’에 해당할 때 비로소 부당한 공동행위의 합의를 추정되므로, 여기에서 말하는 실행개시일은 위와 같은 ‘가격을 결정 · 유지 또는 변경하는 행위’와 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라는 두 가지 간접사실이 모두 갖추어졌을 때를 의미한다고 봄이 상당하고, 그때가 언제인지에 관하여는 ‘가격을 결정 · 유지 또는 변경하는 행위’를 한 사업자의 시장점유율, 당해 사업자가 생산 · 판매하는 시장의 특성과 현황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 것이다. 피고가 부당한 공동행위에 대한 과징금을 산정함에 있어 위반행위기간이 아닌 기간을 포함시켜 매출액을 산정하고 그것을 과징금 부과기준 매출액으로 삼은 경우, 과징금 부과 재량행사의 기초가 되는 사실인정에 오류가 있으므로 과징금 납부명령이 재량권을 일탈 · 남용한 것으로서 위법하게 된다. 원심이 인정한 사실에 의하면, 원고 철강회사A가 철근가격을 인상한 2000년 2월 7일에는 국내 철근공급시장에서 100%의 시장점유율을 가진 원고들이 모두 철근가격을 인상한 상태였고, 그들의 가격인상행위는 그 시장에서의 가격결정에 절대적 영향을 미칠 수 있다는 것이므로 그들의 일치된 가격인상행위가 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’에 해당한다고 볼 수 있을 것이며, 나아가 원심 판시와 같은 제반 사정을 고려하여 보면 원고 한보철강에 대한 이 사건 과징금은 적정하다

고 할 것이므로, 같은 취지의 원심의 판단은 결론적으로 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 과징금 부과기준 요소나 과징금 납부명령의 재량권에 관한 법리오해의 위법이 없다. 그러나 원고 철강회사B, 원고 철강회사C가 철근가격을 인상한 2000년 2월 1일에 과연 그들의 가격인상행위가 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’에 해당하는지에 관하여는 의문이 드는데도 원심은 위 가격인상행위가 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’에 해당하는지 여부를 판단하는 전제가 되는 그들의 시장점유율, 그들이 생산·판매하는 국내 철근공급시장의 특성과 현황 등을 살펴보지 아니한 채 곧바로 그들이 철근가격을 인상한 2000년 2월 1일을 위반행위의 시기인 실행개시일로 단정하고 말았으니, 거기에는 필경 필요한 심리를 하지 아니함으로써 사실을 오인하였거나 과징금 산정의 기준이 되는 위반행위의 시기에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 끼친 위법이 있다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 취지가 포함된 상고이유의 주장은 이유 있다. 그러므로 원심판결 중 원고 철강회사B와 원고 철강회사C에 대한 과징금 납부명령에 관한 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송한다고 판결하였다.

IV. 부당공동행위 합리적 규제방안 모색

1. 기준 과징금은 손해액 추정치를 기초로 산정

사업자들이 부당공동행위를 하는 가장 큰 이유는 금전적인 이득이 있기 때문인바, 부당공동행위에 대한 가장 효과적인 제재방법은 부당공동행위로 인한 금전적 이득의 환수와 사전적인 억제력을 담보할 수 있는 추가적인 제재금이다. 금전적 이득의 박탈 수준은 부당공동행위의 적발확률과 부당공동행위로 인한 행위자들의 금전적 이득 및 사회적 손실을 종합적으로 고려하여 산정하여야 하는데, 제재가 효과적이기 위해서는 부당공동행위에 부과되는 금전적 제재의 규모가 작아도 부당공동행위로 인한 경제적 이득과 적발되지 않을 확률을 곱한 기대이익보다 더 커야 한다는 것이다. 즉 경제적인 제재의 핵심인 과징금 부과는 현행과 규정과 같이 관련 매출액을 기준으로 하기보다는 손

해액 혹은 피해액을 기준으로 산정하는 것이 법집행의 안정성과 예측가능성을 높일 수 있다. 현재 공정거래위원회는 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시에서 위반행위 중대성의 정도별 부과기준율을 관련 매출액에 곱하여 기본과징금을 산정하고 있는데, 원칙적으로 자의적인 판단이 들어갈 수밖에 없으며 과징금 부과에 제량적 권한이 과도하게 행사될 소지가 있다.

〈표 3〉 위반행위 정도에 따른 부과기준율

중대성의 정도	부과기준율
(1) 매우 중대한 위반행위	7.0 ~ 10.0% 이하
(2) 중대한 위반행위	3.0 ~ 7.0% 이하
(3) 중대성이 약한 위반행위	0.5 ~ 3.0% 이하

기본과징금은 공정거래법 제55조의3의 규정에 의한 참작사유 중 위반행위의 내용 및 정도에 따라 위반행위를 “중대성이 약한 위반행위”, “중대한 위반행위”, “매우 중대한 위반행위”로 구분하고, 각 위반행위의 유형에 따라 위반행위의 중대성의 정도별로 정하는 기준에 의하여 산정한 금액으로서 과징금 산정의 기초가 되는 금액을 말한다. 중대성의 정도 판정 시 매우 중대한 위반행위, 중대한 위반행위, 중대성이 약한 위반행위로 구분하는데 이는 상대적인 구분으로 주관적인 가치판단이 개입할 소지가 크다. 다음 단계에서 공정거래법 제55조의3의 규정에 의한 참작사유 중 위반행위의 기간 및 횟수와 부당이득의 규모를 고려하여 의무적 조정과징금이 산정된다. 의무조정금 산정 시 공정거래위원회 부당이득의 규모를 고려한다면 근사 손해액을 산정한다는 것인데 오히려 관련 매출액을 사용하는 것보다는 부당이득의 규모를 기본과징금 산정 시 활용하는 것이 적절한 방안이 아닌가 사료된다. 부당이득 추정금액은 전체적인 경제적·사회적 관계 등을 고려하여 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 얻은 경제적 이익으로 산정 하되, 관련 사업자의 회계자료 등을 기초로 한다고 세부기준에도 명시되어 있다. 다음 단계에서는 임의적 조정과징금이 산정되는데 이는 의무적 조정과징금에 법 제55조의3의 규정에 의한 각 참작사유에 영향을 미치는 위반사업자의 고의·과실 등 행위자요소, 위반행위의 성격과 사정, 제정적 상황 및 시장여건 등의 사유를 고려하여 의무적 과징

금을 가중 또는 감경한 금액을 말한다. 임의적 조정과징금 산정단계에서도 자의적인 판단이 들어갈 개연성이 있다. 마지막 단계에서는 부과과징금이 산정된다. 임의적 조정과징금이 위반사업자의 현실적 부담능력, 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과, 기타 시장 또는 경제여건 등을 충분히 반영하지 못하여 현저히 과중하다고 판단되는 경우에 이를 감액하여 부과하는 금액을 말하는데 이 단계에서도 공정거래위원회의 재량적 판단이 들어가게 된다. 또한 부당한 공동행위의 사실을 신고한 자나 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대하여는 제21조의 규정에 의한 시정조치 또는 제22조의 규정에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있어 부당한 공동행위로 인한 기대이익과 기대비용이 사전적으로 예측하는 것이 거의 불가능하다. 여기에 형사벌까지 고려해야 하기 때문에 이론적인 측면에서 부당한 공동행위에 대한 사회적으로 바람직한 최적제재의 규모를 정하는 것이 사실상 어렵다. 기준과징금을 담합에 의해 획득한 부당이득을 기준으로 사용한다면 수범자인 기업들로 하여금 담합의 행위를 사전적으로 보다 효과적으로 규율할 수 있으며, 법집행의 일관성과 예측가능성을 크게 높일 수 있을 것이다. 즉 부당이득 등의 객관적인 추정이 가능한 경우 그 추정된 금액에 위반행위 유형별로 적발확률을 고려하여 정해진 일정한 징벌승수를 곱한 금액을 기본과징금으로 할 수 있다는 것이다. 징벌승수의 추정치는 위반행위별로 경제적으로 산출된 적발확률에 반비례한 수치로 정하는데, 위반행위별 적발확률을 산출할 수 있는 자료가 부족하므로 미국의 경우와 같이 주어진 법적 제재수단을 가지고 위법행위에 대한 규제를 가하면서 부당공동행위의 발생빈도와 정도의 추이를 감안하여 손해액을 기초로 하되 징벌승수를 점진적으로 증가시키는 방안을 검토할 필요가 있다.⁹⁾ 이럴 경우 기본과징금은 기본적으로 위반행위의 내용 및 정도라는 객관적 기준, 즉 사회적 피해 기준을 출발점으로 설정하여 위반행위의 효율적인 억제에 필요에 맞게 설계될 필요가 있다. 부당이득이 발생한 경우 그 규모를 객관적으로 측정하는 것이 가능하다면, 위반행위의 결과로 부당하게 얻은 이익액과 균형을 이루도록 과징금의 액수를 조정하여야 위반행위를 억제하는 제도적 목적이 보다 용이하게 달성될 수 있다. 다만 문제가 되는 것은 손해액 산정이 용이하지 않다는

9) 미국의 1950~1960년대 전기장비산업, 1970~1980년대 고속도로 건설산업, 1990년대의 학교우유급식시장에서 광범위한 명시적 혹은 암묵적 가격공모에 대하여 사후적인 제재와 사전적인 억제력을 제고하기 위하여 벌금액을 점진적으로 강화하여 왔다.

것이다. 그러나 선진국 등에서는 손해액 산정기법이 다양하게 개발되어 있고, 법집행상에 있어서 광범위하게 사용되고 있어 이 문제는 그리 큰 걸림돌은 아니다. 일반적으로 불법행위로 인한 손해는 불법행위로 영향을 받은 원고의 실제상황과 불법행위가 없었다면 원고가 처하였을 가상적 상황 간의 차이로 측정된다. 원고가 처하였을 가상적 상황이란 원고의 실제상황과 불법행위를 제외한 모든 조건이 동일한(all other things being equal) 상황을 말한다. 손해액을 산정하기 위해서는 이 가상적 상황이 어떠할지를 올바르게 파악하여야 한다. 담합의 경우 구매자가 입은 손해액은 담합으로 인해 더 지불하게 된 금액인바, 이를 산정하려면 ‘담합이 없었을 경우의 가격’(but for price)을 추정한 뒤, 이 가상적 경쟁가격과 원고가 실제 지불한 가격 간의 차이, 즉 담합에 의한 부당이득을 계산하여야 한다. 실질적인 손해액에 근사하는 추정치를 얻으려면 구체적인 원가관련 회계자료 분석이나 정직한 계량경제학적 분석방법을 동원하여야 한다. 담합이 없었을 경우의 가격을 합리적으로 추정하려면 원가요인, 수요조건, 경쟁사들의 전략적 행동, 생산능력, 기업특정적 효과, 시간특정적 효과 및 시장특성 등을 반영하는 요소들을 파악하여야 한다. 이러한 추정은 고도의 경제학적·계량경제학적 지식이 요구되어, 실질적으로 공정거래위원회가 내부에 전문인력을 확보하거나 혹은 외부전문가 집단을 활용하여야 한다. 많은 담합사례의 경우(금융사 수수료 담합, 통신사 시내전화 및 국제전화료 담합 등) 은밀히 행해지고 피해자가 불특정 다수로 사적소송을 통해 손해를 배상받기 어려운 현실에서 당분간 공정거래위원회 중심의 행정적 집행이 지속될 필요가 있다. 앞에서 설명하였듯이 공정거래위원회는 부당한 공동행위를 한 자 또는 이를 행하도록 한 자 중 부당한 공동행위의 사실을 신고한 자 이외에 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대하여 과징금을 크게 경감 또는 면제할 수 있는 제도적 장치를 확보하였다. 또한 신고된 부당한 공동행위에 대해 과징금 납부명령이 부과된 경우, 정해진 기준에 따라 산정된 금액을 포상금 지급의 기본금액으로 하여 신고인이 제출한 정보나 증거의 수준을 감안하여 적지 않은 포상금을 지급한다. 이러한 면책제도 및 포상금제도의 강화로 부당공동행위의 적발확률이 크게 높아져 담합의 기대비용이 크게 증대할 것으로 기대한다. 향후 부당공동행위에 대한 과징금 부과 수준을 부당공동행위로 인한 이익을 환수하며 사전적인 담합억제를 피할 수 있는 수준으로 설정할 경우 담합제제의 실효성이 크게 제고될 것으로 기대된다. Posner의 주장과 같이 독점규제는 경제적 제재를 통해 규제하는 것이

효율적이며 제재의 강도는 그 행위의 사회적비용(social cost)과 일치시키는 것이 가장 바람직하다.¹⁰⁾ 따라서 형벌을 강화하는 방안보다는 과징금의 운용수준을 합리화하여 사회적비용에 근사시키려는 정책이 필요하다. 향후 손해배상소송이 활성화되면 피해를 본 당사자가 소송을 통해 그 피해를 회복하고 과징금은 행정제재 측면에 초점을 맞추는 것이 바람직하다. 즉 부당공동행위로 인해 발생하는 가격인상과 생산량 감축효과, 이른바 사장된 후생순손실 부분, 정부가 담합행위를 적발·감시하고 집행하는 과정에서 발생하는 규제비용 등이 과징금 산정 시 고려되어야 한다. 손해배상소송이 활성화되기까지 한 시적으로 담합으로 인한 부당이득을 완전하게 환수하기 위하여 공정거래 당국은 원가 회계 분석능력의 제고와 담합 감지 및 피해액 추정에 관한 다양한 선진화된 통계 프로그램 개발할 필요가 있다. 왜냐하면 피해액이 보다 정확히 추정되고 이 추정된 피해액에 기초하여 과징금이 담합에 가담한 기업에게 부과된다면 공정거래 당국은 기업들이 담합에 가담하는 것을 보다 효과적으로 막을 수 있을 것이기 때문이다.

2. 합리적 손해액 산정의 가능성

공정거래위원회가 기본과징금을 담합으로 인한 손해액을 기초로 산정하게 된다면 과징금 부과 전에 합리적이고 과학적인 방법으로 손해액을 산정하여야 한다. 현재 부당공동행위로 인한 피해액은 비계량경제학적 분석방법과 계량경제학적 기법을 통하여 추정 가능하다. 비계량경제학적 분석방법은 첫째로 직접적 증거방법(direct evidence method)이다.¹¹⁾ 이는 가장 간단한 접근방법으로 담합을 통해 형성된 가격과 공모이전 가격에 대한 직접적인 증거를 제시하는 것이다. 만약 이를 지지할 증거가 충분하다면 이 방법이 손해액 산정에 매우 유효할 것이다. 또한 경쟁당국뿐만 아니라 법원도 불법 행위와 overcharge 간의 직접적 관계를 바로 인지할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 직접적 증거 방법은 직접적 증거가 없는 경우 계약자가 겪은 손해가 없다고 잘못 판단하게 할 수

10) 만일 독점금지위반에 대한 처벌이 그 위반이 사회에 끼친 비용보다 가볍다면 잠재적 위반자는 그 행위를 할 것인가를 결정함에 있어 자기에게 부과될 비용이 사회적 비용보다 적은 것으로 계산하게 되고 이는 과도한 불법행위를 초래하게 된다. Posner(1976).

11) 상세한 논의는 Lee(2000)를 참조.

있다. 또한 공모자의 *overcharge*의 양을 보여 주는 흔적을 모두 없애버렸을 때에도 실제 손해액을 입증할 수 없다. 본 직접적 증거 방법은 사건을 전반적으로 살펴보는 데에는 가치가 있을 수 있으나 전반적인 손해액 산정에 있어서는 충분하지 못하다. 다음으로는 전후비교 방법(*before & after methods*)과 벤치마킹 방법(*benchmarking methods*)이 있다. 전후비교방법은 하나의 시장을 대상으로 담합이 없었던 시기와 담합이 있었던 시기의 가격을 상호 비교함으로써 입찰담합으로 인한 손해액을 추정해 내는 방법이다. 이 방법을 적용하는 데 있어서는 비교를 하게 되는 두 시기가 입찰담합 여부만 다를 뿐 다른 제반 측면에서는 비슷하다고 볼 수 있는지 세밀히 검토하고 판단해야 한다. 벤치마킹 방법은 야드스틱 방법(*yardstick methods*) 또는 비교시장 방법이라고도 불린다. 이는 담합이 없었던 시장을 하나의 벤치마크로 삼아서 그 벤치마크 시장에서의 가격과 담합이 있었던 시장에서의 가격을 비교함으로써 담합으로 인한 가격인상분을 파악하고 이를 이용하여 손해액을 추정하는 방법이다. 즉 주어진 시점에서 담합이 없었던 하나의 시장을 벤치마킹하여 담합이 있었던 시장의 가격인상분을 파악하고자 하는 방법이다. 이 방법은 담합이 이루어진 프로젝트에 대하여 공학적 비용 추정치(*engineering cost estimate*)에 대한 담합 가격의 비율을 계산한 뒤 이를 비담합 프로젝트들에 대하여 계산한 비율의 평균치와 비교하는 방법이다. 예를 들어, 담합 입찰된 프로젝트의 낙찰가가 공학적 비용추정치보다 20% 높고 경쟁 입찰된 프로젝트들의 낙찰가가 비용추정치보다 평균 10% 낮다면, 담합에 의한 *overcharge*는 30%라고 추정한다.

계량경제학적 분석방법으로는 더미변수 접근방법(*dummy variable method*)이 있다. 더미변수 접근법은 관찰된 가격과 가격에 영향을 미치는 모든 변수를 이용하여 계량모형을 설정하고, 담합이 있는 경우와 없는 계약들을 모두 모아서 설정된 모형을 추정한다. 이때, 설명변수의 하나인 더미변수 값은 만약 담합이 있었다면 1, 그렇지 않으면 0의 값을 갖는다. 더미변수의 계수추정치는 담합이 있었던 계약에서 발생했던 평균적인 *overcharge*의 추정치를 나타낸다. 만약 더미변수의 계수추정치가 1,000,000이라면 담합으로 인해 가격이 평균적으로 경쟁적인 가격에 비해 1,000,000원만큼 더 높아졌다고 결론 내릴 수 있다. 추정된 계수들의 표준오차(*standard error*)는 그 추정값의 불확실성의 정도를 나타내는 여러 신뢰구간(*confidence interval*)을 구축하는 데 이용될 수 있다. 그 더미변수 접근법은 비계량경제학적인 분석방법에 비하여 회귀분석 모형을 사용하기 때문에

입찰담합 여부 외에도 추가적인 요소들을 고려할 수 있어 더 정확한 손해액 추정을 할 수 있다. 다음으로는 예측 접근법(forecasting method)이 있다. 이 추정방법은 실제로 담합이 이루어지지 않은 경쟁계약의 자료를 이용하여 설정된 분석모형을 추정하고, 그 다음 추정된 모델에 각각 담합이 이루어진 데이터들을 대입하여 입찰담합이 이루어지지 않았을 경우의 경쟁적 가격을 추정한다. 그 다음으로 실제 담합가격과 추정된 경쟁적 가격의 차이에 담합이 이루어진 계약의 물량을 곱하여 합산하는 방법이다. 이 추정방법은 계약별로 담합 여부를 나타내는 더미변수가 생략된다는 점을 제외하고는 더미변수 접근법과 유사하다. 이 접근법에서 나오는 표준적인 회귀분석 통계량들은 모형 전체의 적합성을 보는 데 이용할 수 있다. 또한 예측한 경쟁적인 입찰가의 신뢰구간을 구할 수 있고, 이 구간은 개별 손해액 추정치의 불확실성의 범위를 나타내 준다. 이 방법은 더미변수 접근법과 마찬가지로 입찰행위에 영향을 미친다고 생각되는 모든 요소들을 포함시킬 수 있다는 장점이 있다. 또한 계수추정치가 담합행위로 인해 영향받지 않는다. 이러한 계수추정치들이 공모가 있었던 계약과 없었던 계약 모두에 대해 같다고 가정하지 않았기 때문에, 결과적으로 나오는 손해액 추정치에 인공적인 제약이 가해지지 않았다. 다음으로는 2중차분법(difference in difference methods)이 있다. 이 방법은 손해액소송 사례에서 유용하게 활용될 수 있다. 비교 가능한 벤치마크 시장이 존재하는 경우 손해액 추정을 하는 데 유용하게 활용할 수 있다. 이 방법은 먼저 전체 샘플기간을 담합의혹기간과 나머지 기간으로 나눈다. 다음으로 시장을 담합이 이루어진 시장과 담합이 이루어지지 않은 벤치마크 시장으로 나눈다. 이때 담합에 의한 가격상승분은 담합의혹기간에서 담합이 이루어진 시장의 가격과 담합이 이루어지지 않은 벤치마크 시장 가격 차이로부터 담합이 이루어지지 않은 기간에서의 담합이 있었던 시장의 가격과 벤치마크 시장 가격의 가격 차이를 빼줌으로써 구할 수 있다. <표 4>는 계량경제학적 분석방법을 통하여 피해액을 추정한 연구들이다. 손해액률은 업종별·사례별로 다양하게 나타나 있다. 이는 단순한 매출액을 기준으로 기준과징금을 산정할 경우 공정거래위원회의 부당공동행위에 대한 최적제재의 규모가 과소하게 산정될 소지가 있음을 간접적으로 시사하고 있다.

〈표 4〉 연구사례별 담합으로 인한 손해액을 추정치

	연구사례	손해액률
Howard & Kaserman (1989)	하수도건설공사 (미국)	32.6~38%
Nelson (1993)	중고자동차 (미국)	9.5%
McMillan (1991)	공공건설공사 (일본)	16~33%
Froeb <i>et al.</i> (1993)	국방성의 냉동식품경매 (미국)	23.3~30.4%
Lee (2000)	텍사스 주 학교 우유급식시장 (미국)	11.7%
Lee & Hahn (2002)	공공 공사 (한국)	13.3~15.5%
법원감정인단 (2004)	국방부 유류경매 (한국)	21.4%

담합으로 발생한 손해를 배상받기 위하여 원고는 담합의 결과로 초래된 가격 상승의 정도를 입증해야만 한다. 그러나 손해액을 입증함에 있어, 원고가 사실의 인과관계를 입증하는 데 요구되는 결정적인 증거까지 제시할 필요는 없다. 경제적 피해란 일반적으로 입증하기가 그리 용이하지 않기 때문이다.¹²⁾ 미국 연방대법원은 손해액이 단순 추측과 단순 추론에 의해서 결정되지 않는 한, 비록 손해액 추정치가 근사치라고 할지라도 그 손해액이 공정하고 합당한 추정에 의하여 계산된 것이라면 법정에서 증거물로서 채택될 수 있다는 입장을 취하고 있다.¹³⁾ 한편 미국 항소 법원들은 담합이 이루어진 계약과 원고측이 비교대상으로 선정한 경쟁적인 계약 간에 그 비교가능성에 대한 원고의 입증

12) Continental Banking Co. v. Old Homestead Bread Co., 476 F.2d 97, 111 (10th Cir.), cert. denied, 414 U.S. 975 (1973); King & King Enterprise v. Champlin Petroleum Co., 657 F.2d 1147, 1156-1157 (10th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1164 (1982).

13) Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co., 282 U.S. 555, 563 (1931); see also Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc., 327 U.S. 251, 265 (1946) (“The most elementary conceptions of justice and public policy require that the wrongdoer shall bear the risk of the uncertainty which his own wrong has created.”).

이 충분치 않거나 원고의 손해액 산정이론이 추측적인 경우에 하급법원의 손해배상판결을 파기하거나 원고의 손해액 이론을 받아들이지 않은 사례도 있다.¹⁴⁾ 경쟁법 집행이 발달한 미국에서는 담합으로 인한 손해배상소송과 관련하여 종종 경제학자와 통계학자 등 전문가들이 손해액 추정 시 법정 증인으로 참여하게 된다. 통상적으로 미국에서는 원고측과 피고측이 전문가들을 동원하여 손해액을 추정한다. 이들이 제공한 손해액 추정방법과 통계적 해석을 기초로 원고측과 피고측 간 공방이 이루어지며, 법원은 이 중 설득력이 있는 주장을 채택하게 된다.¹⁵⁾

3. 공정거래법의 사적집행 제고

미국의 경우 연방정부의 경쟁법 집행은 법무부 독점금지국과 연방거래위원회에 의해 집행된다. 주(State)단위에서도 각기 독점금지법을 보유하고 있으며, 각 주의 법무장관이 독점금지법의 집행권을 가지고 있다. 주목해야 할 것은 연방정부나 주정부가 아닌 사인들에 의해서도 간접적으로 독점금지법이 집행된다는 점이다. 예를 들어 가격담합이나 다른 독점금지법 위반행위에 의해 피해를 입었다고 믿는 소비자나 기업들이 민사소송을 제기할 수 있기 때문이다. 미국의 경우는 사실상 소비자나 기업 등 사인에 의해 제기된 민사소송이 과거 60년 동안 미국 경쟁법 집행의 중요한 부분을 차지했다.

14) *McGlinchy V. Shell Chem. Co.*, 845 F.2d 802 (9th Cir. 1988); *Home Placement Serv. v. Providence Journal Co.*, 819 F.2d 1199 (1st Cir. 1987); *Admiral Theatre Co. v. Douglas Theatre Co.*, 585 F.2d 877 (8th Cir. 1978).

15) 미국의 경우 손해배상소송에서 중회귀분석을 통한 손해액 산정이 증거로서 채택된 경우는 매우 많다. 특히 1980년대 이후 계량경제학적 분석방법을 통한 담합 손해액 산정방식은 여러 손해배상소송에서 보편적으로 사용되고 있다(*State v. Schepps-Foremost. inc., et al.* Case No. 6:91 CV414 (1992) 관련 Sibley 교수의 전문가 보고서 참조). 계량경제학적 분석방법은 특히 건설시장과 학교 우유급식시장 입찰담합의 손해액을 추정하는 데 자주 사용되었다. 예컨대 건설시장의 경우 New York City Convention Center 건설공사(1991), Washington주 고속도로 건설공사(1989), Alaska주 고속도로 건설공사(1988), South Carolina주 하수도 공사(1986), Colorado주 고속도로 건설공사(1985), Pennsylvania주 고속도로 건설공사(1983) 등 계량경제학적 손해액 사용방법이 사용된 다수의 소송사례가 있다. 학교 우유급식시장의 경우는 Texas주(1992), Kentucky주(1991), Pennsylvania주(1991), Virginia주(1991), Tennessee주(1990), Mississippi주(1990), Alabama주(1989), Georgia주(1989) 등 여러 소송사례에서 계량경제학적 손해액 산정방법이 사용되었다.

<표 5> 1970~2001 기간 동안 미국 지방법원에 제기된 소송건수

Year	U.S. cases	Private	Private as % of Total
1970	56	877	94.0
1971	70	1,445	95.4
1972	94	1,299	93.3
1973	72	1,125	94.0
1974	64	1,230	95.1
1975	92	1,375	93.7
1976	70	1,504	95.6
1977	78	1,611	95.4
1978	72	1,435	95.2
1979	78	1,234	94.1
1980	78	1,457	94.9
1981	142	1,292	90.1
1982	111	1,037	90.3
1983	95	1,192	92.6
1984	101	1,100	91.6
1985	90	1,052	92.1
1986	84	838	90.9
1987	100	758	88.3
1988	98	654	87.0
1989	99	638	86.6
/	/	/	/
2000	47	811	94.5
2001	16	707	97.8
Total	1807	24,671	93.2

주: U.S. cases: 여방, 주법무부 독점금지국과 연방거래위원회 소송건

Private: 소비자나 기업 등 사인에 의한 소송건

자료: Viscusi, Vernon, Harrington(1995), 윤세리(2004)

<표 5>에서 알 수 있듯이 1970~2001년 기간 동안 제기된 총 소송 중 93.2%가 사인들에 의해 제기되었다는 사실을 알 수 있다. <표 5>는 사인들이 제기한 소송건수는 1977년 1,611건으로 최고치를 기록하다가 1980년대에 들어와 꾸준히 감소하고 있음을 보여준다. 이러한 사인들이 제기한 소송 감소는 1970년대 말부터 법원이 원고들에의 입증부담을 강화시켰기 때문이다. 미 법무부가 제기한 총 소송의 3분의 2가 수평적인 가격담합사건이고 다음이 독점관련 소송사건이며, 그 다음이 기업결합관련 소송사건이다. 연

방거래위원회에 의해 제기된 소송사건은 주로 기업결합, 가격담합과 관련되어 있다.¹⁶⁾ 가격담합은 사인들에 의해 가장 빈번히 제기되는 사례이다. 법무부 독점금지국, 연방거래위원회, 사인들에 의해 제기된 가격담합사건 중 과반수가 입찰담합과 관련되어 있다. 이에 비하여 우리나라에서는 2003년까지 이러한 사소사건의 대법원 판결이 3개 판결¹⁷⁾에 불과한 데에서 알 수 있듯이 우리나라의 공정거래 실무상 사소제도는 극히 제한적으로 활용되고 있었다.

미국에서 사소제도가 활성화되어 있는 것과 비교해 볼 때 그동안 우리나라의 공정거래법 위반으로 인한 손해배상 청구는 매우 미미한 상태이다. 이는 시정조치 전치주의 등 제한적 법규정과 함께 아직까지 법원이 입증책임, 공정거래법 위반행위에 대한 위자료 등에 관하여 소극적인 태도를 보이고 있는 데에도 기인하는 것으로 보인다.¹⁸⁾ 그동안 제기된 손해배상청구 사안은 대부분 부당거래거절에 관한 것인바, 사업자와의 거래 관계가 지속되는 다른 불공정거래행위인 경우와 달리 부당거래거절인 경우 거래관계가 단절됨으로써 피해자의 보상적 동기가 강해지고 손해액 산정도 비교적 단순하다는 데에 그 이유가 있는 듯하다. 우리와 유사한 법제를 갖고 있는 일본의 경우에도 종래 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상소송은 흔하지 않은데, 그 이유는 첫째, 손해의 존재 및 손해액 입증과 인과관계 입증이 곤란하고, 둘째, 피해자와 위반행위자가 직·간접 거래상대인 경우 앞으로의 거래에 악영향을 미칠까 부담을 느끼게 되며, 셋째, 재판이 장기간 지속되고 변호사 비용 등 재판비용 부담이 많은데도 승소 시 예상이익이 별로 크지 아니하여 경제적 인센티브가 크지 않다는 데에 있다고 한다.¹⁹⁾ 그러나 군납유 담합과 관련하여 국방부가 2001년 2월 정유 5개사를 상대로 1,584억 원의 손해배상청구 소

16) Viscusi *et al.*(1995)을 참조.

17) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 결정; 대법원 1997. 4. 22. 선고 95다54195 판결; 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다46587 판결.

18) 2004년 6월 용인시 동백택지개발지구와 용인시 죽전택지개발지구에서 각각 아파트를 분양한 동백지구 10개 건설사업자와 죽전지구 6개 건설사업자들의 분양가 담합행위 관련하여 다음과 같은 입주민의 하소연은 이를 잘 반영하고 있다. “무조건 과징금만을 추정한다고 하면 실제 피해자인 계약자는 손해배상 청구를 통해 피해액을 환불받아야 하는데 소송하는 데 걸리는 시간이 길어서 피해자 모두들 지치고 힘들기만 할 뿐입니다. 진정 국민을 위해 존재하는 공정거래위원회라면 과징금 추정을 통해 실제 피해자들에게 환수하거나, 과징금 추정 대신에 실제 피해자들에게 피해액이 보상될 수 있는 방안을 강구해야 될 것입니다.”

19) 윤세리(2004)

송을 제기하였고, 전문가 집단이 손해액 산정에 관여하면서 부당공동행위의 사소가 사회적 관심을 끌게 되었다. 앞에서 언급한 바와 같이 2004년 공정거래법 개정을 통해 손해배상청구에 관해 시정조치의 확정을 전제요건으로 요구하는 공정거래법 제57조 제1항의 규정을 삭제하였다. 이러한 법개정은 시정조치 선확정 요건이 공정거래법상 손해배상청구권 행사의 제약요인으로 작용할 뿐 아니라, 제57조 제1항 단서의 규정에도 불구하고 피해자가 공정거래위원회의 시정조치를 거치지 않으면 민법상의 손해배상청구를 하지 못하는 것으로 오인할 여지를 근본적으로 없앴다. 나아가 공정거래법의 규정에 위반되는 행위로 인하여 손해가 발생하였다고 인정되는 경우로서 손해의 성질상 그 손해액을 입증하는 것이 매우 곤란할 때에는 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 규정을 신설하여 공정거래법의 사적집행의 길을 크게 넓혀 놓았다. 부당공동행위에 대하여 경쟁당국이 국가의 물적·인적 자원을 투입하여 공권력을 통해 직접적으로 판단하고 개입하기보다는 가능한 한 사법절차에 의거한 당사자의 법적 다툼에 맡기는 방향으로 나아가야 할 것이다. 이것은 공정거래위원회, 기업 및 소비자의 행동의 불확실성을 크게 줄여주며 사법부의 명료한 법적 판단에도 긍정적으로 작용할 것이다. 공정거래법은 개별적인 거래관계가 아닌 전체 시장의 관점에서 경쟁을 보호하는 것을 기본적인 목적으로 하여 경쟁제한적인 행위를 규제함으로써 결과적으로 구체적인 거래상대방, 경쟁자, 나아가 일반 소비자의 이익도 보호하는 것이므로, 사소제도를 활성화하여 범위반행위의 억제와 피해자에 대한 적절한 보상을 가능하게 할 필요가 있다는 것이다. 향후 부당한 공동행위 관련 손해배상소송이 충분히 활성화된다면 현재의 과징금제도는 행정제재적 성격으로 국한하여 벌금제도와 연계 및 통합을 고려하고, 공정거래위원회의 과징금 부과에 대한 재량권을 크게 줄일 필요가 있다. 앞에서 설명한 군납유 담합관련 과징금 관련 소송의 대법원 판결에서도 확인하였듯이 과징금 부과는 원칙적으로 같은 범위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것이라는 판결은 그동안 담합관련 손해배상소송이 용이하지 않고 손해배상소송 사례가 거의 없어 부득이 공정거래위원회의 과징금을 통하여 부당이득을 환수할 수밖에 없는 상황을 반영하고 있는 것이 아닌가 생각한다. 그러나 현행 과징금제도가 행정제재적 성격과 부당이득 환수 측면을 계속 유지한다면 법집행상의 혼란이 일어날 수 있다. 군납 정유사 담합의 사례에서 정유사에게 처음

에는 과징금이 1,901억 원이 부과되었다. 그러나 공정거래위원회는 정유 5개사의 이의 신청에 대한 제심결에서, 담합에 참여한 해당 법인과 임원들에 대한 형사고발 조치가 이루어졌고, 또한 국방부의 손해배상 청구로 정유 5개사의 추가부담이 예상된다는 이유로 과징금을 삭감하여 그 액수가 1,212억 원으로 조정되었다. 이러한 조정에도 불구하고 정유사는 국방부가 2001년 2월 14일 정유 5개사를 상대로 1,584억 원의 손해배상소송을 제기하자 손해배상청구금액과 과징금이 과다하다며 법적 다툼을 벌였다. 어떤 의미에서는 민사상 손해배상소송을 통해 피해액이 배상되고 국가가 추가로 부당이득 환수차원의 과징금을 부과한다는 차원에서 유사 징벌적 배상제도가 간접적으로 실행된다고 볼 수 있는데, 이 경우에도 징벌적 배상액이 피해자에게 돌아가는 것이 적절한지 국가에 일부 귀속이 되어야 하는 것인지에 대해서는 논란의 여지가 있다.

이러한 법적 논란을 해소하고 법집행의 일관성, 안정성과 예측가능성을 제고하기 위해서는 향후 시정조치 선확정 요건 폐지, 법원의 손해액 인정, 감면제도(leniency program) 강화 및 포상금제도 도입 등으로 손해배상소송이 어느 정도 활성화되면 공정거래법 위반사건에 관하여 일반적인 억제 효과나 징벌 효과는 과징금 부과(벌금과의 연계 혹은 통합한 금전적 제재)를 통한 행정적 제재로 확보하고, 사소제도를 통한 피해의 구제는 과실책임에 따른 실손전보 또는 1배 배상(equitable damage)이나 경성 부당공동행위(hardcore cartel)에 한하여 1.2~1.5배의 징벌적 배상에 맞기는 방안을 검토할 필요가 있다. 담합으로 인한 피해액 규모가 크지만 피해자가 불특정 다수로 손해배상소송을 제기하기 어려운 경우에 한하여 공정거래위원회가 확보한 증거자료의 적극적인 공개와 극히 제한적으로 공익소송제도를 검토할 필요가 있다. 이러한 정책방향은 부당한 공동행위에 대한 기대이익과 기대손실 계산을 보다 쉽게 산정할 수 있고 경쟁당국은 담합규제의 실효성을 유지하기에 필요한 규제 강도를 적절하게 조정할 수 있게 될 것이다.

V. 결론 및 시사점

본 연구에서는 정부의 법집행과 관련해서는 지금까지 공정거래위원회의 과징금 관련 소송사례에서 나타난 재량권 남용과 일탈의 내용을 정리하고, 이러한 재량권 남용과 일

탈을 줄이기 위한 적절한 방안을 모색해 보았다. 사업자들이 부당공동행위를 하는 가장 큰 이유는 경제적 이득이 있기 때문인바, 부당공동행위에 대한 가장 효과적인 제재방법은 부당공동행위로 얻은 금전적 이득의 환수와 사전적인 억제력을 담보할 수 있는 정도의 추가적인 징벌적 제재금을 부과하는 것이다. 금전적 이득의 박탈 수준은 부당공동행위의 적발확률과 부당공동행위로 인한 행위자들의 금전적 이득 및 사회적 손실을 종합적으로 고려하여 산정하여야 하는데, 제재가 효과적이기 위해서는 부당공동행위에 부과되는 금전적 제재의 규모가 작아도 부당공동행위로 인한 경제적 이득과 적발되지 않을 확률을 곱한 기대이익보다 더 커야 한다는 것이다. 즉 금전적인 제재의 핵심인 과징금 부과는 현행 규정과 같이 관련 매출액을 기준으로 하기보다는 손해액 혹은 피해액을 기준으로 산정하는 것이 법집행의 일관성, 안정성과 예측가능성을 높일 수 있을 것이다. 현재 공정거래위원회는 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시에서 위반행위 중대성의 정도별 부과기준율을 관련 매출액에 곱하여 기본과징금을 산정하고 있는데, 원칙적으로 과도한 재량적인 판단이 들어갈 수밖에 없는 한계가 있다. 공정거래위원회의 재량권의 남용에 대한 통제가 필요하다는 것은 과징금 관련 법원의 행정소송 중 적지 않은 사건에서 공정거래위원회가 패소를 한 것이 이를 확인해 주고 있다. 객관적이고 과학적인 방법을 통해 추정된 피해액 금액에 위반행위 유형별로 적발확률을 고려하여 정해진 일정한 징벌승수를 곱한 금액을 기본과징금으로 산정할 필요가 있다. 징벌승수의 추정치는 위반행위별로 경제적으로 산출된 적발확률에 반비례한 수치로 정하는데, 위반행위별 적발확률을 산출할 수 있는 자료가 부족하므로 미국의 경우와 같이 주어진 법적 제재수단을 가지고 일정기간 위법행위에 대해 규제를 가하면서 부당공동행위의 발생빈도와 정도의 추이를 감안하여 손해액을 기초로 한 징벌승수를 점진적으로 조정하는 방안을 검토할 필요가 있다. 부당이득이 발생한 경우 그 규모를 정확하게 산정하는 데 다소 어려움이 있지만 확보 가능한 자료를 토대로 객관적으로 측정하여, 위반행위의 결과로 부당하게 얻은 이익액과 균형을 이루도록 과징금의 액수를 조정한다면 범위반행위를 억제하는 제도적 목적이 보다 용이하게 달성될 수 있을 것이다. 향후 손해배상소송이 활성화되면 피해를 본 당사자가 부당이득 환수 차원에서 소송을 통해 구제를 받고 과징금은 행정제재 성격만 갖는 것이 바람직하다. 이 경우 부당공동행위로 인해 발생하는 가역인상과 생산량 감축효과, 이른바 사장된 후생순손실 부분, 정부가 담합행위를 적발·

감시하고 집행하는 과정에서 발생하는 규제비용 등이 과징금 산정 시 고려되어야 할 것이다. 손해배상소송이 활성화되기까지 한시적으로 담합으로 인한 부당이득을 완전하게 환수하기 위하여 공정거래 당국은 담합 감지 및 피해액 추정에 관한 다양한 선진화된 통계 프로그램을 개발할 필요가 있다. 피해액이 보다 정확히 추정되고 이 추정된 피해액에 기초하여 과징금이 담합기업에게 부과된다면 경쟁정책 당국은 기업들이 담합에 가담하려는 유인을 사전적으로 보다 효과 있게 차단할 수 있을 것이다.

공정거래위원회는 2004년 공정거래법 개정과 2005년 새로운 과징금 부과기준을 마련하여 부당한 공동행위 규제의 틀을 크게 바꾸었다. 손해배상청구에 관해 시정조치의 확정을 전제요건으로 요구하는 공정거래법 제57조 제1항의 규정을 삭제했을 때, 피해자가 공정거래위원회의 시정조치를 거치지 않으면 민법상의 손해배상청구를 하지 못하는 것으로 오해될 소지를 없었다. 또한 공정거래법의 규정에 위반되는 행위로 인하여 손해가 발생하였다고 인정되는 경우로서 손해의 성질상 그 손해액을 입증하는 것이 매우 곤란할 때에는 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 규정을 신설한 바 있다. 이러한 손해배상제도의 변경은 향후 공정거래법의 사적집행을 크게 제고시키는 계기로 작용할 것이다. 부당공동행위에 대하여 경쟁당국이 국가의 물적·인적 자원을 투입하여 공권력을 통해 직접적으로 판단하고 개입하기보다는 가능한 한 사법절차에 의거한 당사자의 법적 다툼에 맡기는 것이 합리적이다. 이것은 사적자치라는 시장경제원리에 부합하며 소송과정을 통해 실질 피해액의 근사치에 접근하는 과정이 될 것이다. 또한 공정거래위원회, 기업 및 소비자의 행동의 불확실성을 크게 줄여주며 사법부의 명료한 법적 판단에도 긍정적으로 작용할 것이다. 향후 부당한 공동행위 관련 손해배상소송이 활성화된다면 현재의 과징금제도는 행정제적 성격으로 국한하여 벌금제도와와의 연계 및 통합을 고려하고, 공정거래위원회의 과징금 부과에 대한 재량권을 크게 줄일 필요가 있다. 손해배상소송이 어느 정도 활성화되면 공정거래법 위반사건에 관하여 일반적인 억제 효과나 징벌 효과는 과징금 부과(벌금과의 연계 혹은 통합한 금전적 제재)를 통한 행정적 제재로 확보하고, 사소제도를 통한 피해의 구제는 과실책임에 따른 실손전보 또는 1배 배상(equitable damage)이나 경성 부당공동행위에 한하여 1.2~1.5배의 징벌적 배상에 맡기는 방안을 검토하고, 향후 발생빈도를 고려하여 징벌적 배상정도를 조정할 필요가 있다.

참고문헌

- 공정거래위원회, 『공정거래백서』, 2005.
- 권오승·홍대식·윤미경·황태희·김성훈, 『과징금제도 개선방안 연구』, 공정거래위원회 용역보고서, 2003. 11.
- 윤세리, 「미국 독점금지법상의 사소제도」, 『경쟁법연구』, 제9권, 2003. 4.
- _____, 「공정거래법상의 손해배상소송」, 『공정거래와 법치』(권오승 편), 법문사, 2004.
- 최종원·김현중, 「공정거래법상 과징금 및 손해배상제도의 발전방안」, KDI 정책보고서 94-25, 1994.
- 홍대식, 「공정거래법상 과징금제도」, 권오승 편, 『공정거래와 법치』, 법문사, 2004.
- Froeb, L., R. Koyak, & G. Werden, “What is the Effect of Bid-Rigging on Prices,” *Economics Letters*, Vol.42, 1993, pp.419-423.
- Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 2nd ed., 1999.
- Howard, J. and Kaserman, D., “Proof of Damages in Construction Industry Bid-Rigging Cases,” *The Antitrust Bulletin*, Vol.34, 1989, pp.359-393.
- Lee, I. K. and Hahn, K., “Bid-rigging in Auction for Korean Public-Works Contract and Potential Damage,” *Review of Industrial Organization*, Vol.21, 2002.
- _____, “Damage Estimation and Its Accuracy: Antitrust Policy Implication,” *International Economic Journal*, Vol.14, 2000, pp.87-102.
- McMillan, John, “Dango: Japans Price Fixing Conspiracies,” *Economics and Politics*, Vol.3, 1991, pp.201-218.
- Nelson, John P., “Comparative Antitrust Damages in Bid-rigging Case: Some Findings from a Used Car Auction,” *The Antitrust Bulletin*, Vol.38, 1993, pp.369-394.
- Posner, Richard A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1976.
- W. Kip Viscusi, John M. Vernon and Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, 1995.

[판례 Reading List]

- 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 결정.v
대법원 1997. 4. 22. 선고 95다54195 판결.v
대법원 1999. 5. 28. 선고 99두1571 판결.v
대법원 1999. 12. 10. 선고 98다46587 판결.v
대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결. v
대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두7872 판결.v
대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결.v
대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결.v
대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결.v
대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결. v
대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.v
서울고법 2000. 6. 20. 선고 98누10839 판결.
(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결의 원심판결)



Reasonable Approach of Administrative Regulation on Collusion

In Kwon Lee

Korea Fair Trade Commission drastically changed Fair Trade Act, in particular, codes of regulation on unfair collusion in the end of 2004. This study investigates the effect of the regulation change on the formation of cartel, antitrust damage suit, and the imposition of administrative fine. And also, this research explores on the types of abuse in the levy of administrative fine through the deep analysis of the existing judicial precedent cases. This study suggest that the government agency should asses the basic fine on the basis of proper damage estimation, not on the basis of the certain percentage of gross sales. This legal approach may help the consistency, the stability, and predictability of legal enforcement. This study also suggest that at the stage of active antitrust damage suit, the financial remedy rely on damage suit and the fine focus on administrative regulation reflecting dead weight loss and enforcement cost due to the collusion in oligopoly market. The punitive compensation system needs to be introduced restrictively in hard-core cartels.

Key words: collusion, antitrust damage suit, administrative fine, punitive damage

JEL Code: L0, L4