

독점규제및공정거래에관한법률상의 과징금의 법적 성격과 그 운용에 관하여

이 태 진 변호사

I. 사안의 개요

1. 공정거래위원회는 2000. 10. 17. 1998년도, 1999년도, 2000년도 군납유류 구매입찰에 참가한 에스케이주식회사(이하 에스케이라 한다), 엘지칼텍스정유주식회사(이하 엘지칼텍스라 한다), 에쓰오일주식회사(이하 에쓰오일이라 한다), 현대정유주식회사(이하 현대정유라 한다), 인천정유주식회사(이하 인천정유라 한다) 등 5개사가 각 연도별 입찰에 참가하면서 사전에 모임을 갖고 전체 입찰유종에 대해 유종별 낙찰예정업체, 낙찰예정업체의 투찰가 및 들러리업체의 들러리 가격, 희망수량 경쟁입찰의 투찰물량을 합의하여 응찰함으로써 군납유류 구매입찰 시장의 경쟁을 제한하여 독점규제및공정거래에관한법률(이하 공정거래법이라 한다) 제 19조제1항제1호에 해당하는 행위를 하였다는 이유로 시정명령과 함께 총 190,086백만원의 과징금(에스케이 47,522백만원, 엘지칼텍스 23,760백만원, 에쓰오일 23,760백만원, 현대정유 47,522백만원, 인천정유 47,522백만원)을 부과하였고, 한편 에스케이, 현대정유, 인천정유 3사를 검찰총장에게 고발하였다.¹⁾

2. 이에 위 각 회사는 이의신청을 제기하였고 공정거래위원회(이하 공정위라 한다)는 2001. 2월 위 과징금의 1/3이 넘는 690억원을 깎아주었다.²⁾

1) 공정거래위원회 의결 제2000-158호, 사건번호 2000공동1086, 1087, 1088.

2) 중앙일보 2001. 10. 11., 공정위 대해부②.

II. 사안의 성격

1. 입찰담합부당한 공동행위

입찰담합이란 공공기관 등이 공사 또는 물품구입 등을 입찰에 붙이는 경우 입찰참가자들이 미리 낙찰예정자 및 입찰가격을 정해두고 낙찰예정자의 입찰가격이 최저로 될 수 있도록 다른 입찰참가자들은 낙찰예정자보다 높은 가격으로 입찰에 참가하는 것을 말하는데, 위 각 정유사들의 행위는 입찰담합행위로 서로 의사연락 하여 일정한 거래분야에서의 가격결정·유지를 목적으로 하는 것으로서 공정거래법 제19조제1항제1호의 부당한 공동행위에 해당한다.

2. 가격카르텔

카르텔이라 함은 동일한 사업을 영위하는 복수의 독립기업이 이윤의 확보 내지 증대를 위하여 경쟁제한을 목적으로 하는 협정을 체결하는 소위 기업연합을 말한다. 이윤의 확보 내지 증대를 위한 경쟁제한의 형태는 가격협정, 생산량 또는 판매량의 제한, 지역할당, 거래상대방의 제한 등이 있다. 입찰담합은 가격카르텔의 한 유형이다.

III. 제재 및 벌칙

1. 행정제재

공정위는 당해 부당한 공동행위의 중지, 범위반 사실의 공표, 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있으며(시정조치, 법 제21조), 대통령령이 정하는 일정한 범위내에서 과징금을 부과할 수 있다(과징금, 법 제22조).

2. 형사벌

부당한 공동행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처하며(법 제66조제1항제9호), 위 징역형과 벌금형은 병과할 수 있다(제2항). 그리고 위 시정조치에 응하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제67조제6호). 이러한 형사처벌은 공정위의 고발이 있어야 가능하다(법 제71조).

3. 손해배상책임 등

부당한 공동행위로 인한 피해자는 사업자 또는 사업자단체를 상대로 공정거래법상의 손해배

상청구를 할 수 있으며(법 제56조제1항), 또한 민법상의 불법행위에 의한 손해배상청구(민법 제750조) 또는 부당이득반환청구(민법 제741조)를 할 수 있다.

IV. 과징금의 의의와 연혁 및 입법례

1. 의의

과징금³⁾에 대하여 [행정청이 일정한 행정법상의 의무에 위반한 데 대한 제재로서 부과하는 금전적 부담]⁴⁾, [행정청이 일정한 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 부과하는 금전적 제재]⁵⁾, [주로 경제법상의 의무위반자에 대해 당해 위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈함으로써 간접적으로 행정법상의 의무이행을 강제하는 효과를 갖는 금전적 부담으로서의 행정제재금]⁶⁾등이라고 한다.

하지만 시정명령 또는 영업정지처분, 자격정지처분 등과 선택적으로 또는 갈음적으로 부과되는 다른 행정법규상의 과징금과 시정명령, 손해배상책임, 형사적 제재와 병행적으로 부과되는 공정거래법상의 과징금은 많은 차이가 있다. 적어도 공정거래법에 있어서의 과징금의 첫째 목적은 부당한 공동행위 등과 같은 공정거래법 위반행위로 인하여 취득한 불법적인 이득을 박탈하여 위반행위자에게 심리적 압박을 가해 처음부터 법 위반행위로 나오지 못하게 하는 것에 있다는 점을 무시하여서는 안 될 것이다.

그런데 우리나라의 공정거래법에 있어서는 부당한 이득의 유무와 관계없이 과징금을 부과할 수 있고 시정명령과 형사적 처벌을 병행할 수 있어 기업들로부터 많은 저항을 받음과 동시에 위헌의 시비⁷⁾를 일으키고 있다. 이에 공정거래법에 있어서의 과징금의 입법적 연혁 및 기능과 다른 행정법규에 있어서의 과징금의 운용에 대하여 살펴본 다음 공정거래법상의 과징금이 형사적 제재 및 손해배상청구 등과의 관계에 있어 이중처벌 또는 과잉제재가 아닌지 등에 대하여 살펴보려고 한다.

3) 현행법상 과징금의 정의에 관한 규정은 없다.

4) 이상규, 신행정법론(상) 465쪽.

5) 석종현, 일반행정법(상) 586쪽, 강구철, 행정법 I 603쪽 등.

6) 박윤훈, 행정법강의(상) 635쪽, 대법원 1999. 4. 27., 98무57 등.

7) 동아일보, 한국일보 각 2001. 9. 28., 조선일보 2001. 9. 29.

2. 과징금의 연혁 및 입법례

우리나라의 과징금제도는 일본의 독점금지법에서 도입되어 구 공정거래에관한법률(1980. 12. 13. 법률 제3320호, 이하 구법이라 한다)에 처음 규정되었고, 과징금의 부과여부 및 과징금액에 대하여 구법에서는 경제기획원장관의 재량이 인정되지 않았으나⁸⁾ 현행법에서는 공정위에 광범위한 재량권을 인정하고 있다.

일본의 경우 1977년 私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律(獨占禁止法)의 개정시 처음 도입되었으나 우리와 달리 과징금 부과 및 그 금액에 대하여 公正取引委員會의 재량을 전혀 인정하고 있지 않으며, 과징금 부과대상 위반사실이 있으면 반드시 과징금을 부과하여야 한다.⁹⁾

국가	구분	형식	대상 위반행위
한 국		“...초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.”	· 시장지배적지위 남용(제6조)
			· 상호출자금지 위반, 출자총액제한 위반, 계열회사에 대한 채무보증금지 위반, 지주회사의 행위제한 위반(제17조)
일 본		“...과징금을 국고에 납입할 것을 명하여야 한다.”	· 부당공동행위제한 위반(제22조)
			· 불공정거래행위금지 위반(제24조의2)
한 국			· 사업자단체의 금지행위제한 위반(제28조)
			· 재판매가격유지행위(제31조의2)
일 본			· 부당한 국제계약체결제한 위반(제34조의2)
			· 부당한 거래제한(제7조의2)
한 국			· 사업자단체에 의한 경쟁제한적 행위(제8조의3)

8) 제6조(과징금) ① 경제기획원장관은 제3조 단서의 규정에 의한 시장지배적사업자가 제5조의 규정에 의한 가격인하명령에 응하지 아니한 때에는 당해 시장지배적사업자에 대하여 과징금을 국고에 납부할 것을 명하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 과징금의 산정기간은 가격의 인하명령을 한 날로부터 당해 명령에 따라 실제로 가격을 인하한 날(이하 실행기간이라 한다)로 하되, 과징금의 산정기준은 동 실행기간에 가격인상의 차액으로 얻은 수입액으로 하고, 과징금산정방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

※ 부당한 공동행위에 대하여는 구법(1980. 12. 31. 제3320호)에서는 시정조치제도만 있었고 과징금제도는 없다가 개정시(1986. 12. 31. 제3875호, 제14조) 처음으로 과징금 근거규정을 두었다.

9) 今村成和·厚谷襄兒(編) 獨禁法審決·判例百選別冊 ジュリスト 141호 65쪽 有斐閣 1997.

일본의 경우 독점금지법상 금지 또는 제한되는 행위가 우리와 유사함에도 카르텔행위(가격제한, 입찰담합 등)에 대하여만 과징금제도를 두고 있고, 기타 위반행위에 대하여는 과징금을 인정하고 있지 않은데 반하여 우리나라는 거의 모든 공정거래법상 위반행위에 대하여 과징금을 인정하고 있다.

한편, 미국에는 과징금제도가 없고 카르텔 행위자를 셔먼법(제1조, 제3조)에 의해 법인의 경우 1,000만불 이하의 벌금, 자연인의 경우 35만불 이하의 벌금 또는 3년 이하의 징역에 처하며 이를 병과할 수 있다.

유럽에서 적용되고 있는 EU경쟁법은 사업자나 사업자단체에 대해 벌금(fine: 형사벌이 아니라)고 규정은 하고 있으나 실제 성격은 형사벌이라고 함)제도 외에 이행강제금(periodic penalty payments)제도가 있다.¹⁰⁾

V. 과징금의 법적 성격 및 종류

1. 부당이득환수금·행정제재금

가격카르텔 등 공정거래법 위반행위에 대한 시정명령은 공정하고 자유로운 경쟁질서를 장래에 있어서 유지하기 위해 카르텔 참가자 등 위반자들이 취하여야 할 여러 가지 시정조치를 명령하는 것으로, 카르텔로 인해 이미 얻은 부당한 이득에 대한 조치는 될 수 없다. 따라서 그러한 이득을 그대로 둔다는 것은 사회정의 관념에 맞지 않을 뿐만 아니라 사업자들은 계속하여 공정거래법 위반의 유혹을 느끼게 될 것이고, 결국 공정거래법의 실효성을 저해하게 된다.

이에 현행 공정거래법상의 과징금제도는 사업자들로부터 부당한 이득을 박탈하여 국고에 납입하게 함으로써 사회정의를 실현하고(부당이득환수금), 공정하고 자유로운 경쟁질서의 유지 및 공정거래법의 실효성 확보에 기여하는(행정제재금) 제도로 보아야 할 것이다.¹¹⁾

그리하여 공정거래법상의 과징금이라 할지라도 위반행위의 성격에 따라 그 성격을 달리 보아 담합에 의한 부당한 가격인상에 대한 과징금은 부당이득환수금으로서의 성격을 가지고, 상호출자금지(제9조), 출자총액제한(제10조), 계열회사에 대한 신규채무보증의 금지(제10조의2), 기존채무보증의 취소(제10조의3), 부당한 국제계약의 체결금지(제32조) 등을 위반한 행위에 대한 과징금과 같이 그 부당이득액을 추정하기 어려운 때¹²⁾나 부당이득이 발생하지 않았을

10) 미국·EU·독일·일본의 경쟁법규 비교·분석 17, 18쪽, 공정거래위원회, 1999. 11.

11) 박해식 '과징금의 법적 성격', 공정거래법강의Ⅱ 599쪽, 박영사.

12) 부당한 공동행위에 대한 과징금 중에서도 위반행위의 성격에 따라 담합에 의한 부당한 가격인상에 대한 과징금의 부과는 부당이득환수적 성격을 반영한 것이고, 부당한 시장분할에 대한 과징금 부과와 같이 부당이득액을 추정하기 어려운 때에는 행정벌로서의 성격이 보다 강하다는 견해가(손수일, 공동행위(카르텔)의 규제와 추정조항의 문제점, 경제법의 제문제(재판자료 87집)) 있는데, 이 견해에 의하면 후자의 경우 형사처벌과의 관계에 있어 이중처벌 문제가 더욱 심각해질 것이다.

때의 과징금은 행정제재금의 성격을 가진다 할 것이다.

가. 판례의 태도

대법원은 ① “... 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 같은 법(구 공정거래법) 제24조제 1항의 규정에 의하여 부과되는 과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반 행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재...”¹³⁾ 또는 ② “...과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것...”¹⁴⁾이라 하였다.

한편, 서울고등법원은 “(원고들이 이 사건 단가입찰과정을 통하여 결정한 단가는 공장도 가격에도 훨씬 못 미치는 출혈가격이어서 행정전산망용 PC를 판매함으로써 아무런 이득을 취한 바 없으므로 과징금 부과처분은 위법하다고 주장함에 대하여) 과징금제도는 ... 그 성격이 변화되어 이제는 영업정지와 같은 제재적 처분에 같음하여 과하여지는 금전적 제재수단으로 활용되고 있어 반드시 부당이득의 발생을 전제로 하여 부과되는 것은 아니라고 할 것이다”¹⁵⁾라 하였다.

나. 일본

앞서 본 바와 같이 일본의 독점금지법상 과징금은 부당한 거래제한(제7조의2) 또는 사업자 단체에 의한 경쟁제한적 행위(제8조의3)에 한해 부과할 수 있고, 그 부과에 있어 公正取人委員會의 재량을 인정하지 않고 있다. 그리하여 일본에 있어 과징금제도는 사회적으로 보면 일종의 제재적 효과가 있는 것으로 성격 지워질 수도 있지만, 법제도로서는 제재로서 과해지는 것이 아니라 사업자들로부터 카르텔에 의한 부당이득을 징수하기 위한 행정조치의 성격을 가진다고 한다.¹⁶⁾ 동경고등재판소는 연화비닐제 업무용스트레치필름의 가격카르텔 사건에서 “...독점금지법에 의한 과징금은 일정한 카르텔에 의한 경제적 이득을 국가가 징수하여, 위반행위자가 그것을 보유할 수 없도록 함으로써 사회적 공정을 확보함과 동시에 위반행위의 역지도를 모하고, 카르텔 금지규정의 실효성을 확보하기 위하여 집행되는 행정상의 조치...”¹⁷⁾라 하

13) 대법원 1999. 5. 28., 99두1571 과징금납부명령 취소.

14) 대법원 2000. 2. 9., 2000두6206 시장명령 취소.

15) 서울고등법원 1996. 2. 13., 94구36751.

16) 正田, 彬·實方謙二編 獨占禁止法を學ぶ 138쪽, 有斐閣選書.

17) 동경고등재판소 평성5·5·21.

여 위 대법원과 같은 태도를 보이고 있다.

2 종류

여러 개별 행정법규는 행정목적 달성을 위하여 행정의무 위반자에 대하여 과징금을 부과할 수 있는 근거규정을 두고 있는데 그 유형¹⁸⁾을 대별하면, 다른 행정제재(영업정지, 사업정지, 시정명령 등)에 갈음하는 경우, 선택적인 경우, 병과가 가능한 경우로 나누어 볼 수 있는데 공정거래법상의 과징금제도는 병과가능형에 포함된다.¹⁹⁾

구분	형식
갈음형	철도청장은 ... 사업정지처분에 갈음하여 300만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다(철도운송법 제16조제3항).
선택형	해양수산부장관은 ... 면허를 취소하거나 6월 이내의 기간을 정하여 당해 사업의 일부 또는 전부의 정지를 명하거나 3천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다(해운법 제21조제1항).
병과 가능형	시정조치(...명할 수 있다.)와 과징금(...부과할 수 있다.)을 별도의 조항으로 규정하면서 각각에 재량을 부여하고 있음

VI. 이중처벌금지의원칙 위반여부 등

1. 문제제기

우리나라의 공정거래법에 따르면 하나의 위반행위에 대하여 시정명령, 과징금 부과 외에 개인에 의한 손해배상청구 또는 부당이득반환청구, 그리고 형사처벌(법 제66조, 제67조)이 모두 가능하여 이들 처벌 등이 중복될 경우 이중처벌 또는 과잉금지의 원칙 위반(재량권 남용)이 아

18) 과징금을 세분화하여 7가지 유형으로 분류하는 견해도 있다(이상철, 과징금제도의 입법례 연구, 법제개선자료 제4집 법제연구총서, 법제처).

19) 과징금을 전형적 과징금, 변형된 과징금으로 구분하면서 병과가능형을 전형적 과징금의 도입사례로 보는 견해가 있다(최영찬, 과징금제도에 관한 고찰, 법제 제527호, 법제처). 하지만 전형적 과징금이란 그 도입연혁 및 목적이 행정의무 위반으로 인해 얻은 불법적인 이익을 박탈하려고 하는 것에 있다는 점을 고려할 때 과거 구 공정거래법 제6조와 같이 부과여부, 부과금액의 범위에 대하여 행정주체의 재량이 인정되지 않는 과징금을 말한다 고 봄이 타당하다고 생각된다(박해식 전제 591쪽).

닌가 하는 문제가 끊임 없이 제기²⁰⁾되고 있다.

2. 형사처벌(벌금) 및 부당이득반환청구와의 관계

가. 형사처벌(벌금)과의 관계

이론상으로는 과징금은 부당이득환수금 또는 행정제재금이고 벌금은 형사처벌이므로 병과 하는 것도 가능하다고 보는 것이 일반적이다. 즉 과징금 부과는 공정거래법 위반행위로 인하여 얻은 이익을 박탈하는 행정처분이고, 벌금은 법 위반행위의 반사회성 내지 반도덕성에 착안하여 과해지는 형사처벌로 그 취지, 목적, 절차 등이 다르므로 과징금과 별도로 형사벌로서 벌금 등으로 처벌하는 것이 이중처벌 금지에 반하는 것은 아니라는 견해²¹⁾가 다수설을 차지한다.

나. 부당이득반환청구와의 관계

예컨대 공사 경쟁입찰에 있어 입찰자들이 담합을 하고 이로 인해 어느 한 사업자가 낙찰을 받은 경우 발주자는 담합이 없었으면 보다 낮게 낙찰가가 정해졌을 것인데 담합으로 인하여 낙찰가가 높게 책정되고 그 만큼 낙찰자가 부당하게 이익을 얻었으므로 그 반환을 청구하는 경우, 기본적으로 부당이득의 박탈이라는 취지를 가지는 과징금과의 관계에 있어 하나의 행위에 2중의 부담인가 아닌가 하는 문제가 발생한다.

이에 대해 일본 동경고등재판소는 目隠し(seal) 입찰담합 부당이득반환청구 사건²²⁾에서 “과징금제도는 ① 본래적으로는 카르텔 행위에 의한 부당한 경제적 이득의 박탈을 목적으로 하는 제도이다. 그래서 이와 같은 과징금의 경제적 효과면에서 과징금제도는 민법상의 부당이득제도와 유사한 기능을 가진 면이 있는 것도 부정할 수 없고, ② 카르텔 행위가 있어도 그 손실자가 손실과 이득과의 인과관계를 입증하여 부당이득반환청구를 하는 것이 곤란하다는 점에서

20) 동아일보, 한국일보 각 2001. 9. 28., 조선일보 2001. 9. 29.

SK건설(주) 등 SK그룹 12개 계열사의 SK증권에 대한 부당지원행위를 이유로 공정위가 약 190억원의 과징금을 부과한 것에 대하여 SK측에서 부당하다며 행정소송을 제기한 사건에 대해 서울고등법원은 “공정거래법 제24조제2항 소정의 과징금은 경제적 이익을 얻은 지원객체에 대하여는 그 얻은 경제적 이익을 그대로 보유시킨 채 지원주체에 대하여 과징금을 부과하도록 하고 있어, 과징금의 경제적 이익을 박탈하기 위한 측면은 완전히 사라지고 오로지 지원행위를 한 데 대한 제재로서의 측면만 남아 있어 벌금과 실질적으로 차이가 없다며 헌법상 이중처벌 금지, 무죄추정 원칙, 권력분립 원칙을 위배한 것”이 아닌가 하고 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였다.

21) 박해식 전제 601쪽, 위 동경고등재판소 평성5·5·21 판결 및 같은 법원 평성9·6·6 판결.

22) 동경고등재판소 평성13·2·8 판결.

카르텔 행위를 한 자에게 이득이 부당하게 유보되는 것을 막기 위하여 두어진 것이며, ③ 그러한 제도의 취지·목적에서 보면 현재 손해를 받고 있는 자가 있는 경우에 그 부당이득반환청구가 과징금제도 때문에 방해되는 결과가 되어서는 안 된다. 즉 이득자는 먼저 손실자에게 그 이득을 반환하여야 하고, 현실적으로 손실자가 손실을 회복하고 있지 않음에도 불구하고 이득자가 과징금을 지불한 것만으로 손실자의 부당이득반환청구권에 영향을 미쳐야 하는 것은 아니라고 하였으며, 동경지방법재판소는 동 사건에 있어 “양 제도는 그 요건·효과는 물론 취지·목적도 다른 것으로, 본 건에 있어서도 원고가 피고들에 대하여 반환을 요구하고 있는 부당이득금과 본 건 과징금이 실질적으로 중복되는 관계에 있어 피고들에게 위 부당이득금의 반환을 명하는 것이 피고들에 대해 동일한 사실관계를 원인으로 하여 2중의 경제적 불이익을 과하게 되는 것이라고는 할 수 없는 것은 분명하다”고 하였다.

생각건대, 현행 공정거래법상 손해배상청구 외에 과징금 부과가 가능한 점(법 제56, 57조), 양 제도의 요건·효과는 물론 취지·목적이 다른 점 등을 고려하면 양 제도는 양립할 수 있다고 봄이 타당하다.

3. 구체적 고찰

이상에서 본 바와 같이 과징금과 형사처벌(벌금)은 이중처벌이 아니며 공정위의 과징금 부과와 위반행위로 인한 피해자의 손해배상청구 또는 부당이득반환청구는 양립할 수 있다는 것이 판례 및 학설의 입장이다. 하지만 우리나라 대법원 판례²³⁾가 과징금의 성격을 원칙적으로 부당이득환수금으로 보고 있으나 공정거래법은 부당이득 발생과는 무관한 위법행위에 대하여도 과징금을 부과할 있도록 되어 있는 점(이 시안은 부당한 공동행위와는 직접적인 연관이 없음)은 문제가 있다. 이에 부당이득환수 취지와 무관한 범위만 행위에 대하여 과징금 부과와 형사처벌(벌금)이 함께 이루어지면 동일한 행위에 대한 이중제재가 아닌가 하는 의문이 여전히 남게 되고, 부당이득반환청구(손해배상청구), 과징금, 형사처벌이 모두 이루어지는 경우 과잉제재 또는 재량권 남용이 아닌가 하는 의문점에 대하여도 살펴보아야 할 것이다.

가. 입법연혁

우리나라 과징금제도는 일본의 과징금제도를 도입한 것인데, 일본은 2차 세계대전 후 카르텔 위반행위에 대하여 형사벌과 손해배상으로 대처하는 미국 제도를 따랐다. 하지만 그 기능이

23) 대법원 1999. 5. 28. 99두1571, 대법원 2000. 2. 9. 2000두6206.

미약하다고 느끼던 중 1970년대 석유파동 때 석유판매업체 12회사가 가격담합을 한 사건을 배경으로 독점금지법을 강화하여야 한다는 기운을 등에 업고 1977년 독점금지법 개정시에 카르텔 위반행위에 대하여 행정적 제재금 제도와 손해배상으로 대처하는 독일 제도를 참고하여 과징금제도를 추가적으로 도입한 것을 우리나라가 받아들인 것이다.

우리나라의 공정거래법에 유사한 독일의 [경쟁제한금지법] 37조b에서는 초과이윤박탈과 민사손해배상의 관계에 대해 민사손해배상청구에 의해 실질적으로 초과이득의 박탈이 이루어지는 한 별도 초과이득의 박탈을 명할 수는 없다는 등의 조정규정을 두고 있으나 일본이나 우리나라에서는 이러한 조정규정을 두고 있지 않다.

한편, 일본 法務省은 소화49년(1974년) 10월 10일자 [獨占禁止法改正試案について]에서 과징금 도입에 대하여 ① 과징금이 만약 위반기업에 대한 제재제도라면 그 위반행위에는 벌칙 규정이 두어져 있는 것과 관련하여 문제가 있고, ② 만약 기업의 위반행위에 의한 이득을 박탈하는 것이라면 그러한 이득은 본래 소비자에게 반환되어야 할 것이고, 그를 위한 제재로서 현행 독점금지법에서는 기업의 피해자에 대한 손해배상의 규정이 두어져 있다]고 하여 부정적 의견을 보였다.

나. 중복 또는 과잉규제의 문제

현행 공정거래법에는 독일과 같은 조정규정이 전무한 상태여서 공정거래위원회의 시정조치, 과징금 부과, 형사고발(형사처벌) 외에 피해자의 손해배상 또는 부당이득반환청구까지 가능하게 되어 있다. 동시에 이러한 조치가 이루어진다면 형식적인 제도론이나 명칭 여부를 불구하고 실질적으로는 동일한 행위에 대한 중복, 반복의 규제가 아닌가 하는 의문이 들며 이중처벌금지, 과잉제재금지, 재산권보장 등의 헌법원칙을 위반하게 될 우려가 크다고 본다.

헌법재판소는 먼저, 과태료와 형벌의 병과에 대하여 “행정질서벌로서의 과태료는 행정상 의무의 위반에 대하여 국가가 일반통치권에 기하여 과하는 제재로서 형벌(특히 행정형벌)과 목적·기능이 중복되는 면이 없지 않으므로 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 행정질서벌로서의 과태료까지 부과한다면 그것은 이중처벌 금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용으로 인정될 여지가 있음을 부정할 수 없다”²⁴⁾고 하고, 부동산실명법상의 과징금에 대하여 “다만, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 과징금이나 이행강제금을 부과하여 대상자에게 거듭 처벌되는 것과 같은 효과를 낳

24) 헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 구건축법 제56조의 1항 위헌소원.

는다면, 이는 이중처벌 금지원칙의 문제라기보다는 그러한 중복적 제재가 과잉에 해당하는지 여부의 문제로 다루어져야 할 것...”²⁵⁾이라 한다.

다. 재판을 받을 권리, 무죄추정의 원칙

위반행위자에게 아무런 부당이득이 없음에도 불구하고 행정제재적 목적으로만 과징금이 부과되는 경우(상호출자금지 위반, 출자총액제한 위반, 채무보증금지 위반 등) 그 성질은 행정벌과 유사한 목적·기능을 가지게 되는데, 이는 위반행위자의 재판을 받을 권리 또는 확정판결 이전의 무죄추정의 이익을 박탈하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되고 있다.

라. 개별 법률과의 비교

여타 행정법규를 살펴보다라도 하나의 위반행위에 대하여 행정적으로 시정명령 또는 과징금을 부과하고, 민사적으로 손해배상책임(부당이득반환책임)을 지게 하면서 형사처벌까지 인정하는 경우는 거의 없다. 대부분의 법률은 시정명령과 과징금 부과를 선택적으로 또는 갈음적으로 인정하고 있으며 과징금을 부과하는 경우에는 형사적 제재나 과태료를 과할 수 없도록 하는 등 조정규정을 두고 있다.²⁶⁾

마. 과징금 부과에의 재량성

공정거래법은 그 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 일정한 범위 안에서 부과도의 재량을 인정하고 있는데, 이는 비록 사안의 경중에 따라 합리적이고 탄력적인 운용을 하기 위한 것으로 어느 정도 타당성이 있다고 할 수 있으나 앞서 본 바와 같이 연혁 및 입법례, 그리고 대법원의 판례에 의하면 과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것²⁷⁾이므로 부당이득이 있으면 반드시 박탈되어야 함에도 부당한 공동행위의 신고자에 대하여 면제까지 인정(법 제22조의2)하고 있어 지나치게 광범위한 재량을 인정하고 있는 것이 아닌가 하는 비판을 받을 여지가 있다.

25) 헌재 2001. 5. 31. 99헌가18, 99헌바71·111, 2000헌바51·64·85, 2001헌바2(병합).

26) 박해식 전계 607쪽.

27) 대법원 2000. 2. 9. 2000두6206 시정명령 취소.

4. 사건

첫째, 국가가 동일한 사유로 행정적 규제로서 시정명령 또는 과징금의 제재를 하고도 다시 형사처벌을 한다는 것은 비록 행정제재와 형사처벌은 목적·형식·효과 등에 차이가 있다고는 하나 법질서 전체적으로 보아 이중처벌 또는 과잉처벌이 아닌가 하는 문제가 끊임 없이 발생할 수 있다.

둘째, 입법론적으로도 미국식의 손해배상 및 형사책임제도 외에 독일식의 행정제재금 및 손해배상책임제도를 아무런 조정규정도 없이 받아 들여 하나의 위반행위에 대하여 시정명령, 과징금 부과, 형사처벌, 손해배상책임 등을 물을 수 있을 뿐만 아니라, 더 나아가 일본과도 달리 부당이득박탈과는 거의 무관한 행정제재적 성격만을 가지는 과징금제도를 인정(제8조의2, 제9조, 제10조의2, 제26조, 제29조, 제32조)하여 입법권 남용 또는 과잉제재가 아닌가 하는 의문이 든다.

셋째, 다른 행정법규에서는 과징금 부과와 영업정지 또는 사업정지 처분 등을 부과함에 상호관계를 선택적 또는 갈음적으로 규정하고 있는데 공정거래법은 경고, 시정권고, 시정명령, 검찰에의 고발 등과 병합적으로 부과할 수 있도록 규정하고 있으면서도 어떠한 경우에 어떠한 제재조치를 취할 것인지에 대한 명확한 기준을 설정하고 있지 않다.

생각건대, 공정거래법상의 과징금 부과대상 위반행위 중에 부당이득발생과 무관한 행위에 대한 과징금 부과규정은 삭제하고, 과징금 부과 및 형사처벌, 손해배상책임과 관련하여 독일과 같이 조정규정을 두어 이중처벌 또는 과잉규제 등의 시비를 사전에 차단하는 것이 옳다고 본다.

VII. 과징금 처분의 변경 가능성

1. 의의

과징금 처분의 변경 가능성이란 공정위가 과징금을 부과하면서 나중에 과징금 산정 기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보한다든지, 실제로 나중에 새로운 자료가 나왔을 때 새로운 과징금 부과처분을 할 수 있는지와 관련한 것이다.

2. 판례 및 학설

대법원²⁸⁾은 “행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이

28) 대법원 1999. 5. 28. 99두1571 과징금납부명령 취소

익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재로서 같은 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이고 그렇지 아니하고 부과관청이 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보한다든지, 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없다 할 것인 바, 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”라고 하였다.

한편, 학설에는 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 부과하는 과징금 부과는 불법이익의 환수조치적 성격을 가지는 것인지 행정상의 제재조치로의 성격을 가지는 것이 아니기 때문에 그 경정결정에는 법령의 수권을 요하지 않으므로 과징금 부과처분 후 새로운 자료에 근거하여 법정 과징금의 범위 안에서 새로운 자료에 의하여 다시 부과할 수 있는 부관(사후변경의 유보)을 붙인다거나 당초의 부과처분을 흡수하는 경정부과처분이 허용된다는 견해²⁹⁾와 과징금 부과처분 변경 가능성 문제는 과징금의 법적 성격이 부당이득환수적 성격을 가지는가, 행정제재벌적 성격을 가지는가를 논하기 이전에 과징금의 부과는 국민에게 의무를 부담케 하는 처분이라는 점에서 먼저 논의되어야 한다면서 재산권을 직접적으로 침해를 가져오는 행정처분, 즉 과징금 부과와 같은 경우에는 헌법상 법률유보의 원칙에 근거하여 그 처분과 변경에는 법령에 그 요건 및 절차가 명백히 규정되어 있어야 하는 것이기 때문에 그와 같은 처분의 변경에 관한 규정이 없는 이상 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보한다든지, 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없다고 하는 견해³⁰⁾가 있다.

3. 사건

생각건대 우리나라 공정거래법 및 판례는 과징금의 성격을 꼭 부당이득환수금으로만 보는 것이 아니라 행정제재벌적 성격을 검유하고 있는 것으로 보고 있는 점과 국민에게 의무를 부담케 하는 처분이라는 점에서 법률의 근거 없이는 그 변경 가능성을 인정할 수는 없다 할 것이다.

29) 정준현, '과징금의 제재성 여부와 경정결정가능성', 판례월보 40쪽, 2000. 5월호.

30) 박해식 전계 605쪽.

VIII. 매출액에 소비세가 포함되는가

1. 의의

시장지배적지위의 남용, 부당한 공동행위, 불공정한 거래행위, 사업자단체의 위법행위, 재판 매가격유지행위, 부당한 국제계약체결에 대한 과징금의 산정에 있어 매출액을 그 기준으로 삼고 있는데, 이때 매출액에 사업자가 지불하여야 하는 소비세도 포함되는지가 문제된다.

2. 판례

일본 최고재판소³¹⁾는 “① 일반적으로 상품판매의 대가란 상품의 판매가격을 가리키는 것이라 할 수 있을 뿐만 아니라, ② 원고들이 본 건 실(seal) 납입계약에 의거하여 국가로부터 지불을 받은 소비세 상당액은 바로 국가에 소비세로서 납부되는 것은 아니고, 법정의 납부기한이 도래할 때까지는 원고들 아래에 유보되어 있는 구조인 점, ③ 게다가 앞에서 본 바와 같이 원래 독점금지법 자체가 과징금으로 박탈하려고 하는 사업자의 부당한 경제적 이익의 파악 방법으로서 구체적인 카르텔 행위에 의한 현실의 경제적 이득과는 분리하여 일률적·획일적으로 산정하는 대상액에 일정 비율을 곱하여 산출된 금액을 관념적으로 박탈하여야 할 사업자의 부당한 경제적 이득으로 의제하는 입장을 택하고 있는 점 등을 고려하면 소비세 상당액을 계약에 의해 정해진 대가액에 산입한 것의 상당성에 대하여는 의문을 불식할 수는 없다고 하더라도 바로 독점금지법을 위반하는 것으로 아직 단정할 수 없다”고 하여 과징금 산정의 기준인 대상액에 소비세 상당액을 공제하지 않은 것이 타당하다고 하였다.

IX. 과징금 산출

1. 위반행위별 과징금 기준

(1) 시장지배적지위의 남용(제6조)

매출액 3/100 또는 (매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우) 10억원 이하

(2) 상호출자금지, 출자총액제한을 위반한 주식취득, 소유(제17조제1항)

31) 최고재판소 평성10·10·13 大日本印刷(株)審決取消請求上告事件.

- (위반행위로 취득 또는 소유) 주식의 취득가격 10/100 이하
- (3) 계열회사에 신규채무보증, 기존채무보증취소 위반(제17조제2항)
위반채무보증액 10/100 이하
- (4) 지주회사의 행위제한 위반(제17조제4항)
- (가) 순자산액을 초과한 부채액 보유 : 자본총액을 초과한 부채액 10/100 이하
- (나) 자회사주식의 발행주식총액 미만으로 소유 : 당해 자회사주식의 장부가액 합계액
(30/100, 20/100, 50/100-당해 자회사주식 소유비율) ÷ 당해 자회사의 소유비율
10/100 이하
- (다) 지배목적 국내회사주식 소유 : 소유하는 주식의 장부가액의 합계액 10/100 이하
- (5) 부당한 공동행위(제22조)
매출액 5/100 또는 (매출액이 없는 경우) 10억원 이하
- (6) 불공정거래행위(제24조의2)
매출액 2/100(5/100) 또는 (매출액이 없는 경우) 5억원 이하
- (7) 사업자단체의 위반행위(제28조)
- (가) 사업자단체 : 5억원 이하
- (나) 참가사업자 : 매출액 5/100 또는 (매출액이 없는 경우) 5억원 이하
- (8) 재판매가격유지행위(제31조의2)
매출액 2/100 또는 (매출액이 없는 경우) 5억원 이하
- (9) 부당한 국제계약의 체결(제34조의2)
- (가) 사업자단체 : 5억원 이하
- (나) 사업자 : 매출액 2/100 또는 (매출액이 없는 경우) 5억원 이하

2. 참작사항 및 부과기준

공정거래위원회는 과징금을 부과함에 있어

1. 위반행위의 내용 및 정도
 2. 위반행위의 기간 및 횟수
 3. 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등의 사항을 참작하여야 한다(법 제55조의3 제1항).
그리고 과징금 부과기준은 대통령령으로 정한다(법 제55조의3 제3항).
- 부과기준에 의하여 산정된 금액은 위 제55조의3 제1항의 각 호의 사항을 참작하여 이를 가중 또는 감경할 수 있다. 기타 과징금의 부과에 관하여 필요한 세부기준은 공정위가 정하여 고시한다(시행령 제61조제3항). 이와 관련하여 공정거래위원회고시 제2001-6호

(2001년 6월 1일, 공정위)가 있다.

3. 위반행위 기간

공정거래법 시행령 제61조제1항 별표2의 [위반행위의 종별 과징금 부과기준]에 의하면 부당한 공동행위에 대한 과징금은 [위반행위 기간 (동 기간중 관련상품·용역의 매출액) 5/100이내, 다만 입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100이내, 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억원 이하]이다.

원래 공정거래법상 과징금제도는 부당한 경제적 이득을 사업자로부터 징수하는 것을 제1차적 목적으로 하는 점에서 과징금액은 사업자가 얻은 이득에 상당하는 금액일 것이 요구되지만 과징금의 대상이 되는 카르텔은 광범위한데다가 각각의 사업자가 실제로 얻은 이득을 산출한다는 것은 불가능에 가까워 정책적, 기술적으로 위와 같은 방법으로 산출한 금액을 부당한 이득으로 간주하는 방법을 취하고 있는 것이다.

위 위반행위 기간이란 사업자가 카르텔의 실행행위로서 사업활동을 한 날(시기)로부터 실행행위로서 사업활동을 종료한 날(종기)까지의 기간을 말하므로 카르텔이 행해진 기간과 반드시 일치하는 것은 아니다. 따라서 카르텔 기간중에 어느 사업자가 홀로 카르텔에 탈퇴한 경우에 그 사업자에 대하여는 그날이 종기가 된다.

4. 과징금 부과시기


현행법상 시정명령, 과징금 부과, 형사고발 시기에 대하여 아무런 규정이 없으므로 동시에 할 수 있다. 그러나 과징금 부과조치를 시정명령과 동시에 한다는 것은 문제가 있다³²⁾고 생각한다. 왜냐하면 시정명령과 과징금 부과는 전혀 별개의 절차로 규정되어 있고, 앞서 본 바와 같이 과징금을 산정함에 있어 부당한 공동행위의 경우 위반행위 기간의 확정 필요하데, 시정명령과 과징금 부과를 함께 하면 사업자들이 시정명령에 따른 위반사실의 해소를 하지 않고 있는데도 위반기간을 산정하여 과징금을 부과하는 잘못이 초래되기 때문이다. 따라서 시정명령을 먼저 하고 차후 이에 따라 위반행위가 시정되고 난 다음 비로소 과징금 부과를 하는 것이 옳지 않을까 생각한다.

32) 이는 과징금의 행정재제적 성격을 중시하기 때문이 아닌가 생각된다. 만약 부당이익환수라는 성격을 중시하게 되면 정확한 산출을 위하여 그 기초가 되는 사실관계의 확정이 필요한데, 실제적인 위반행위의 종료시간을 무시하고 부과과징금액을 정한다는 것은 결국 과징금을 시정명령 등과 같이 하나의 행정재제조치로만 파악할 때 가능하기 때문이다.

X. 결어

1980년 구법 제정 당시 과징금 부과대상 위반행위는 극히 제한적이었고, 그 부과도 경제기획원장관의 의무적 사항이었다. 그러다가 여러 차례 부분 또는 전면개정을 거쳐 오면서 오늘날에 와서는 거의 모든 위반행위에 대하여 과징금 부과를 인정하고 있으며, 그 부과여부 및 한계(하한)도 공정거래위원회의 재량에 맡겨두고 있다. 그리하여 과징금 본래의 의미(부당이익환수)는 많이 퇴색하고 시정명령, 영업정지 등 여타 행정제재와 유사한 제도가 되어버리고 말았다.

그런데 이러한 과징금제도는 그 자체만 두고 보면 문제가 없어 보이나 기타 행정제재 및 형사처벌, 손해배상, 부당이득반환 등과 함께 살펴보면 많은 문제점이 드러난다. 즉 하나의 위반행위에 대하여 국가의 시정명령, 과징금 부과, 형사처벌 등은 과잉처벌 또는 제재의 문제가 남는다. 비록 학설이나 판례는 이중처벌금지의 원칙에 반하지 아니한다고 하지만 법질서 전체적 측면에 있어 하나의 위법행위에 계속적·반복적으로 처벌 또는 제재가 이루어지는 것은 적어도 입법권의 남용 또는 과잉처벌 및 제재의 문제는 있다고 할 것이다.

그리고 과징금제도의 위헌시비를 피하고 실효성을 보장하기 위하여 부과대상이 되는 위법행위의 종류를 대폭 줄임과 동시에³³⁾ 과징금 부과여부 및 부과금액에 있어서도 재량권의 남용·일탈의 위험이 상존하므로 이를 제한하거나 의무사항으로 하는 것이 타당하다 사료된다. 

33) 따라서 입찰담합 등 부당이득 또는 불공정한 거래를 목적으로 행하여지는 행위에 대해서만 과징금을 인정하고 상호출자금지, 출자총액제한, 계열회사에 대한 신규채무보증금지 등의 위반과 같이 부당이득 발생과 밀접한 관계가 없는 행위에 대하여는 과징금제도를 삭제하는 것이 타당하지 않을까 생각한다.