

〈논문〉

부당한 공동행위와 기본과징금의 산정*

黃泰熙**

요약

공정거래법 상 과징금의 수준을 결정하는 데에 있어서는 무엇보다 기본과징금의 산정, 즉 관련매출액을 산정하고, 위반행위의 중대성의 정도를 판단하여야 한다. 관련매출액의 수준을 결정함에 있어서는 법 위반행위와 직접 또는 간접적 영향을 받은 관련상품의 범위를 밝히는 것이 필요하다. 관련상품은 부당한 공동행위에 있어서 직접 합의의 대상은 되지 않았지만, 대체관계에 있거나, 직접적 대체관계가 없더라도 당해 위반행위로 인하여 시장에서 소비자의 선택권을 제한하거나, 합의의 대상이 된 상품의 가격이 그것과 품질이 다른 상품의 가격 또는 품질의 설정에 영향을 미칠 개연성이 있는 상품으로 보아야 할 것이다. 그리고 위반행위의 중대성은 위반행위로 인하여 발생한 경쟁질서의 저해 정도, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과 등을 종합적으로 고려하여 정하도록 하고 있다. 예측가능성 및 명확성의 측면에서 '영향'과 '중대성'의 두 가지 개념이 매우 중요하게 다루어져야 할 것이며, 과징금 산정에 있어서의 공정위의 재량은 비례원칙에 벗어나지 않도록 유의하여야 할 것이다.

주제어: 기본과징금, 관련매출액, 관련상품, 직·간접적 영향, 중대성, 공정거래위원회, 부당한 공동행위

* 이 논문은 2009. 7. 16. 경제법 판례연구회에서 발표한 내용을 기초로 하여 학술적인 논문 체계로 수정·보완한 내용이며, 여기에 주장된 내용은 필자의 개인적인 견해를 밝힙니다.

** 법학박사, 대법원 재판연구관 / 성신여자대학교 법과대학 조교수.

I. 들어가며

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘법’이라 한다)은 법 위반행위에 대하여 시정조치와 함께 과징금이라는 금전적 제재를 부과할 수 있도록 하고 있다. 그리고 법 제55조의3에 따라 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 회수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하여 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)의 재량에 따라 과징금이 부과된다. 따라서 공정거래법상 과징금은 행정제재 별적 성격과 함께 부당이득 환수의 성격을 띠고 있다.¹⁾

아울러 법은 제6조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2 등에서 과징금 부과 기준이 되는 매출액을 대통령령에 위임하고, 그에 따라 시행령 제9조에서 과징금과 그 산정방법을 규정하고, 동법 시행령 제61조 제1항 별표 2는 과징금의 종별 산정기준을 규정하고 있다. 아울러 공정위는 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」(이하 ‘고시’라 한다)를 두어 과징금의 부과와 산정 절차에 대한 가이드라인을 제시하고 있다.

한편, 부당 공동행위에 대하여는 1980. 12. 31. 법 제정 당시 과징금 부과규정을 두지 않았다. 그러나 1986. 12. 31. 법 개정으로 과징금 규정이 신설되면서 부당공동행위에 대한 과징금 부과기준으로서의 ‘매출액’ 개념이 등장하였다.³⁾ 그리고 1987. 4. 1. 개정 시행령 제20조⁴⁾는 “공동행위와 관련된 상품 또는 용역(이하 ‘상품’이라 한다)의 대가의 합계액 중 일정한 조건을 갖춘 금액을 공제한 금액”을 매출액으로 정의하고 있었다. 그런데 1995. 4. 1. 시행령 개정으로 당시 시

1) 권오승, **경제법(제7판)**, 법문사(2009), p.391.

2) 공정거래위원회 고시 제2008-17호(개정 2008. 10. 24.)

3) 법률 제3875호 제14조 (과징금)

① 경제기획원장관은 제11조의 규정에 위반하는 부당한 공동행위가 있는 경우에는 ... 매출액에 100분의 1을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

② 제1항의 규정에 있어서 매출액의 산정방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

4) 시행령 제20조(매출액의 산정방법) 법 제14조 제2항의 규정에 의한 매출액은 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 대가의 합계액 중 다음 각호의 금액을 공제한 금액으로 한다.

1. 품질불량, 과손 등으로 대가의 일부가 공제될 경우 그 공제액
2. 반품이 있는 경우 반품된 상품 또는 용역의 대가
3. 판매후 할인이 있는 경우 할인금액
4. 기타 경제기획원장관이 매출액으로 볼 수 없다고 인정한 사항

행령 제34조(구 시행령 20조)의 내용이 삭제되었고, 1997. 3. 31. 시행령이 개정되면서 과징금의 기준이 되는 매출액이 ‘직전 3개 연도의 평균매출액’이 되었으며, 2007. 11. 2. 시행령의 개정으로 과징금 부과 기준 매출액이 ‘관련매출액’으로 되었다. 그리고 현행법 상으로는 부당한 공동행위에 있어서는 관련매출액의 100분의 10을 초과하지 않은 범위에서 관련매출액에 중대성의 정도별로 정하는 부과기준율을 곱한 금액이 기본과징금이 된다.

따라서 과징금의 수준을 결정하는 데에 있어서 무엇보다 기본과징금의 산정, 즉 관련매출액을 산정하고, 중대성의 정도를 판단하는 것이 중요하게 되었다. 그런데 관련매출액이 ‘법 위반행위와 직접 또는 간접적 영향을 받은 상품인 관련상품에 대한 매출액’으로 규정되어 있어서 관련상품의 범위를 판단하는 것이 관련매출액을 결정하는 결정적인 요소가 되고 있다. 과징금 처분을 받는 수범자의 입장에서는 예측가능성의 측면에서, 과징금 처분을 내리는 공정위 입장에서는 재량권의 범위의 측면에서 ‘영향’과 ‘중대성’의 두 가지 개념의 매우 중요하게 다루어져야 할 것이다. 그렇지만, 법, 시행령과 고시에는 위반행위와 ‘직·간접적인 영향’을 받는 상품이 무엇이며 어떻게 판단하여야 하는지에 대하여 규정되어 있지 않다. 아울러 기본과징금을 산정하는 또 하나의 기준인 중대성을 어떻게 판단할 것인가가 명확하게 규정되어 있지 않다.

본 고에서는 부당한 공동행위의 기본과징금 산정기준과 관련하여 관련매출액(관련상품의 범위)과 중대성의 문제에 대하여 최근 선고된 대법원 판결들을 중심으로 고찰해보고자 한다.

II. 기본과징금의 산정과 관련매출액

1. 현행 법상 부당한 공동행위의 과징금 산정

법 제22조는 제19조 제1항의 부당한 공동행위 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 않는 범위에서 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 사업자단체의 부당한 공동행위는 제28조에 의하여 참가사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액의 100분의 5를 넘지 않는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 그리고 대통령령이 정하는 매출액이란 위반사업자가 위반 기간 동안 일정한 거래

분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액(관련매출액)을 말한다고 규정되어 있다(시행령 9조).

그리고 시행령 별표 2 2.3.에는 관련매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서, 관련매출액에 중대성의 정도별로 정하는 부과기준율을 곱한 금액을 기본과징금으로 하도록 하고 있다. 부당한 공동행위에 대하여는 원칙적으로 과징금을 부과하지만, 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과를 동시에 발생시킬 수 있는 공동행위의 경우로서 참가사업자들이 행위의 위법성을 인식하지 못하고 경쟁제한 효과와 그 과급효과가 크지 아니하다고 인정되는 경우에는 과징금을 부과하지 아니할 수 있다.⁵⁾ 별표 2의 2. 가. 비고에는 관련매출액을 산정함에 있어서 관련 상품의 범위는 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 정하고, 위반기간은 위반행위의 개시일부터 종료일까지의 기간으로 하며, 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 범위는 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다고 규정되어 있다. 관련매출액과 중대성 범위로 기본과징금을 산정한 뒤에는 의무적 조정, 임의적 조정을 거쳐 부과과징금이 결정된다.

2. 관련매출액의 산정

가. 개요

기본과징금을 산정하기 위해서는 관련매출액의 범위를 결정하는 것이 가장 첫 번째 단계이다. 그런데 문제는 관련매출액의 정의인 시행령 제9조이다. 시행령 제9조가 관련매출액을 “일정한 거래분야에서 판매한 상품이나 용역의 매출액”이라고 규정하였다면 관련매출액은 관련시장에서의 매출액으로 정의될 수 있었을 것인데, 제9조가 “일정한 거래분야에서 판매한 ‘관련’ 상품이나 용역의 매출액”이라고 규정하였으므로, 관련상품이 무엇인지를 함께 고려하여야 한다. 그런데 시행령 별표 2에서 관련상품의 범위는 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 공정위가 정하도록 하고 있으므로 관련매출액은 다음과 같이 정의될 수 있다.

5) 고시 2. 다. (1).

요컨대 관련매출액 산정을 위해서는 일정한 거래 분야, 매출액, 위반행위의 기간과 함께 관련상품의 범위가 규명되어야 한다.

나. 과징금 산정에 있어서의 일정한 거래 분야

시행령 제9조의 명문 규정상 일정한 거래분야에서의 매출액이 바로 관련매출액이 되는 것은 아니라는 것은 앞서 설명하였다. 일정한 거래 분야, 즉 관련시장은 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립할 수 있는 분야를 말한다(법 2조 8호).

일반적으로 관련시장은 기업결합이나 시장지배적 지위 남용행위를 판단함에 있어서 확정되어야 하는 개념인데, 과징금의 산정에 있어서의 일정한 거래분야라는 개념은 위반행위와의 관련성이 있는지의 여부를 사후적으로 따져보는 것으로서 분명하지는 않지만 개념적으로는 서로 구별된다고 볼 수 있다.⁶⁾ 또한, 제재와 관련한 과징금은 그 기준이 되는 위반행위의 내용에 따른 시장에서의 경쟁 침해 내지 소비자 등 시장에서의 다른 경제주체에 미치는 영향이 더 중요한 관점이기 때문에, 일정한 거래분야의 확정에 있어서도 시장지배적 지위 내지 기업결합에 있어서의 엄격한 시장확정의 입증 정도는 필요하지 않는 것으로 해석된다.⁷⁾

다. 매출액의 정의

또 하나의 문제는 법에 매출액이 무엇인지 분명하게 정의되어 있지 않다는 것이다. 매출액의 산정과 관련된 1995. 4. 1. 시행령 개정 이전 시행령 제34조는 고시에 의하여 품질불량, 파손 등으로 대가의 일부가 공제될 경우 그 공제액, 반품이 있는 경우 반품된 상품 또는 용역의 대가, 판매 후 할인이 있는 경우 할인 금액 등을 매출액에서 제외하도록 명문으로 규정하고 있었으나, 개정으로 삭제되었으므로 이후 이러한 사항은 공정위가 매출액을 산정할 때 고려될 수 있는 사항에 불과하다.

과징금 산정과 관련된 매출액의 산정방법과 관련하여 법 제6조는 “대통령령이 정하는 매출액”이라고만 규정되어 있고, 법 시행령 제9조는 “일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액”이라고만 규정

6) Whish, *Competition law*(6.ed.), Oxford(2009), p.274.

7) CFI 2005.12.6. T-48/02, “*Brouwerij Haacht NV v Commission of the European Communities*”, 2005 ECR II-5259, para.59.

할 뿐 매출액이 무엇인지에 대하여는 침묵하고 있다. 단지 법 제4조는 “일정한 거래분야에서 시장점유율이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)는 제2조 제7호의 시장지배적 사업자로 추정한다.”라고 규정하고, 이에 따른 시행령 제4조는 “법 제4조의 연간 매출액 또는 구매액이란 해당 사업자가 법 제3조의2를 위반한 혐의가 있는 행위의 종료일이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년 동안에 공급하거나 구매한 상품 또는 용역의 금액(상품 또는 용역에 대한 간접세를 제외한 금액을 말한다. 이하 같다)을 말한다.”고 규정하고 있을 뿐이다. 그리고, 시장지배적 사업자의 추정(시행령 4조), 기업결합(시행령 12조 3항)과 관련하여 매출액이 정의되고 있으나, 명문상 그것이 법 위반 행위의 과징금 산정에 대한 매출액으로 인정될 수 있는 것은 아니다. 그러한 입법상의 불비 때문에 시행령 제4조상의 ‘이하 같다’를 시행령 제9조의 매출액의 산정에도 연결하여 해석할 수 있는지가 해석상 문제시되었다.

그런데 대법원⁸⁾은 과징금 부과 기준이 되는 매출액에 부가가치세는 제외되어야 한다고 하였다. 그 이유는 법 시행령 제4조 제1항의 제목이 ‘매출액 또는 구매액’이고, ‘연간’과 ‘매출액 또는 구매액’의 두 내용을 정의한 규정으로 보아야 하고, 시행령 제9조에 있는 ‘(위반기간 동안) 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액’도 결국 시행령 제4조 제1항이 정의하고 있는 ‘공급하거나 구매한 상품 또는 용역의 금액’을 유추하여 해석한다면, 관련매출액의 산정에 있어서도 간접세를 제외하여야 한다고 해석하는 것이 법의 통일적 해석에 바람직해 보인다는 것이다. 시행령 별표 2의 비교에서 “매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 범위는 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다.”라고 규정하였기 때문에 매출액 산정에 있어 사업자가 회계자료상에 부가가치세를 매출액으로 기재하는지 살펴보아야 한다. 그런데 부가가치세는 재화 등의 공급자가 공급받는 자로부터 징수하여 과세관청에 납부하여야 하는 조세일 뿐(부가가치세법 15조), 사업자가 재화·용역의 공급 대가로서 취득하는 것은 아니기 때문에 부당이득의 환수적인 성질을 가진 과징금의 본질과도 배치된다. 따라서 부가가치세는 매출액에 포함되지 않는다는 판례의 태도는 적절한 것으로 판단된다.⁹⁾ 참고로 EU의 과징금 가이드라인¹⁰⁾ 제17항은 상품의 매출액을 계산

8) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결.

9) 홍대식, **공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구**, 서울대학교 대학원 박사학위논문

할 때 부가가치세와 기타의 세금부분을 공제하여야 한다고 규정하고 있다.

앞으로 여러 가지 부담금 등 매출액 산정에 있어서 유사한 문제가 발생할 우려가 있으므로 법적 안정성과 명확성을 위해서는 과징금 산정에 있어서 매출액이 무엇을 포함하고 무엇을 포함하지 말아야 할 것인지가 적어도 시행령 또는 고시 상에 정확히 정의되어야 할 것이다.

라. 부당한 공동행위의 위반행위의 기간

부당한 공동행위의 위반행위의 기간은 위반행위의 개시일부터 종료일까지이다. 위반행위의 개시일은 합의일이다. 위반행위의 종료일과 관련하여 대법원은 가격 결정 등의 합의 및 그에 기한 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 그 합의에 기한 실행행위가 종료한 날을 의미한다고 판시하였다.¹¹⁾

그리고 합의에 참가한 사업자들 중 일부가 합의에 기한 실행행위를 종료하였다고 하기 위해서는 다른 사업자에 대하여 명시적 또는 묵시적으로 합의에서 탈퇴한다는 내용의 의사표시를 하고 독자적인 판단에 따라 합의가 없었더라면 존재하였을 수준으로 가격을 책정하는 등 합의의 목적에 반하는 행위를 하여야 하고, 합의에 참가한 사업자들 모두가 합의에 기한 실행행위를 종료하였다고 하기 위해서는 사업자들이 명시적으로 합의를 파기하고 각자의 독자적인 판단에 따라 합의가 없었더라면 존재하였을 수준으로 가격을 책정하는 등 합의의 목적에 반하는 행위를 하거나, 사업자들 사이의 반복적인 가격경쟁 등으로 합의가 사실상 파기되었다고 인정할 수 있을 정도의 행위가 일정 기간 계속되는 등 합의가 사실상 파기되었다고 볼 수 있을 만한 사정이 있어야 한다고 해석된다.¹²⁾ 과징금의 산정은 위반행위의 종료일에 시행되고 있는 과징금 고시를 기준으로 하여야 하는데¹³⁾, 위반행위가 공정위의 심의일까지 종료되지 않은 경우에는 심의일을 위반행위의 종료일로 보아야 한다.¹⁴⁾

(2006), p.201.

10) Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, OJ 2006/C 210/02.

11) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결.

12) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두2586 판결.

13) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두19416 판결.

14) 고시 II. 6. (1).

III. 과징금 산정에 관한 입법례

1. EU

EU의 경우 집행규칙 1/2003 제23조¹⁵⁾에서 과징금을 규정하고 있다. 그에 따르면 EC 조약 제81조나 제82조 등 실체적 규범을 위반한 경우 전년도 세계 총 매출액의 10% 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있으며, 과징금을 부과할 때에는 위반행위의 정도와 기간을 고려하도록 하고 있다. 과징금을 부과함에 있어서는 기본과징금의 산정이 가장 핵심적인 내용인데,¹⁶⁾ 2006년에 개정된 EU 과징금 가이드라인¹⁷⁾에 따르면 기본과징금은 EEA 지역 내의 관련 지역에서 위반행위와 직접 또는 간접적으로 관련이 있는 상품이나 서비스의 매출액으로 산정된다.

부당한 공동행위로 인하여 직접적인 관련이 있는 상품은 합의의 대상이 된 상품으로 볼 수 있다. EU 과징금 가이드라인 제13항은 “특히 가격담합에 있어서의 합의의 대상이 되는 상품이 품질이 다른 생산품의 가격설정에 영향을 미칠 수 있다면 ‘간접적’인 관련성이 인정된다”고 설명하고 있어서 간접적 관련성에 대한 개념을 이해하는 것을 돕고 있다. 다시 말하면 부당한 공동행위에 있어서 실제 합의의 대상이 되는 상품이 아니더라도 합의대상 상품과 품질의 차이가 있는 다른 제품의 가격에 영향을 미칠 수 있으면, 그 다른 제품은 간접적 관련이 있다고 보는 것이다.

그리고 기본과징금을 산정할 때 위반행위자의 다른 경제주체 특히 소비자의 후생에 어떤 중대한 침해를 하였는지를 경제적 관점에서 고려하여야 하는 것으로 이해되고 있기 때문에, 관련 상품의 범위 즉 위반행위의 대상이 되는 상품과의 간접적 영향관계를 해석함에 있어서 중요한 요소가 되는 것이다.¹⁸⁾

또한, 위반행위의 중대성을 우리나라와는 달리 위반행위별로 각각 구분한 것이 아니라 법 전체적인 관점에서 어떠한 위반행위가 중대한 것인지에 대한 개략적

15) 규칙 1/2003 제23조는 실체법 위반행위와 절차법 위반행위를 모두 ‘fine’으로 규정하고 있는데, 우리 법 상 과징금과 과태료의 성격을 모두 갖는 개념이라고 보인다. 실체법 위반행위의 제재금에 대해서는 편의상 과징금으로 명명하기로 한다.

16) Blanco, *EC Competition procedure*(2.ed.), Oxford(2006), p.454.

17) Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, OJ 2006/C 210/02.

18) Jones/Sufrin, *EC Competition law*(3.ed.), Oxford(2008), p.1228.

인 개요만 두고 구체적 사안에서 EU 집행위원회가 재량껏 구분하도록 하고 있다. 참고로 위반행위가 약한 행위는 시장에 매우 제한적인 영향을 미치는 수직적 제한행위, 시장에 광범위한 영향을 미치는 수평적, 또는 수직적 제한행위의 대부분은 중대한 위반행위, 그리고 가격담합, 시장분할담합 등의 하드코어(hardcore) 카르텔과 시장에 강력한 영향을 미치는 준 독점(Quasi-monopoly)과 같은 시장지배적 사업자의 지위남용행위를 매우 중대한 위반행위로 규정하고 있다.¹⁹⁾

요컨대 EU의 과징금 제도는 제재적 성격이 강조되어 있으며, 관련매출액의 산정을 위한 관련 상품의 범위 확정의 문제가 주가 되기보다는 위반행위의 정도와 내용 및 기간에 따라 제재금을 부과 수준을 비례의 원칙에 맞게 재량에 따라 결정하고 있는 것으로 보인다.

2. 미국

미국은 서면법 위반행위에 관하여 범죄로 구성하기 때문에 벌금(fine)을 우리 법상의 과징금과 유사한 개념으로 이해하여야 한다. 그런데 연방 양형기준표 §2R1.1.²⁰⁾에 따른 매출액(volume of commerce)은 “위반행위에 의하여 영향을 받은(affected by the violation) 상품 또는 용역에 있어서 위반자 또는 그의 실행행위자에 의해 행해진 매출액의 규모”를 말한다. 여기에서 ‘영향을 받은 매출액’(volume of affected commerce)은 우리 법상 관련매출액과 매우 유사한 것으로 파악된다. ‘위반행위에 의해 영향을 받았다’는 것은 대체로 가격에 대한 ‘최소한의 영향이라도 존재하는 경우라고 해석되고 있다.²¹⁾ 예컨대 공모가 위반행위의 기간 동안 유효하게 실행되었다면 그 기간중의 모든 매출액이 영향을 받았다고 볼 수 있다고 한 판결이 있다.²²⁾ 따라서 미국 법원의 태도는 위반행위에 있어서의 관련성 내지 영향을 넓게 해석하는 방향으로 볼 수 있다.

19) Dalheimer/Feddersen/Miersen, *EU-Kartellverfahrensverordnung, Kommentar zur VO 1/2003*, C.H.Beck(2005), p.208.

20) USSG § 2R.2.1. Bid-rigging, Price-fixing or Market allocation agreements among competitors, 18 U.S.C.A.(<http://www.ussc.gov/2005guid/CHAP2-4.pdf>)

21) 홍대식, 상계 논문, pp.189-190.

22) United States v. Giordano, 261 F.3d 1134, 1146(11th Cir. 2001), ABA, *Antitrust law development*, p.787에서 재인용.

3. 일본

일본 사적독점금지법은 부당한 거래 제한행위(2조 6항)와 부당한 거래제한행위를 내용으로 하는 국제협정행위(6조)에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 동법 제7조의2 제1항은 우리 공정거래법과는 달리, 사업자가 “부당한 거래 제한”을 한 경우에 일본 공정거래위원회는 “당해 행위의 실행으로서의 사업 활동을 행한 날부터 당해 행위의 실행으로서의 사업 활동이 없어진 날까지의 기간에 있어서의, 당해 상품 또는 역무의 정령에서 정한 방법에 의하여 산정한 매상액에 100분의 6을 곱하여 얻은 액에 상당하는 액”의 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 2006년의 법 개정으로 과징금의 상한이 인상되면서 과징금의 부당이득 환수적 성격에 부가하여 제재적 성격이 강화되었다고 평가되고 있다.²³⁾

그리고 동법 시행령 제5조는 실행 기간에 있어 판매(인도)된 상품 또는 제공한 역무의 대가의 액수의 총액을 매출액으로 규정하고 있다. 부당한 거래제한은 “상품 또는 역무의 대가에 관계된 것”뿐만 아니라 “상품 또는 역무의 제공에 관하여 그 대가에 영향을 받는 것”을 포함하는 것이고, 여기에서 말하는 상품은 일반적으로는 “위반행위의 대상이 된 상품 또는 역무”를 가리킨다. 특히 가격 카르텔의 경우 명시적, 묵시적인 대상이 되지 않았다고 볼 경우 또는 이와 동일시할 합리적인 이유가 있는 경우 그리고 정형적인 구속에서 제외되고 있는 경우 등의 특단의 사정을 고려하여 당해 상품에서 제외된다고 해석된다.²⁴⁾

IV. 기본과징금과 관련상품의 범위

1. 관련상품의 범위에 관한 시행령 개정 내용

아래 <표 1>에서 보듯이 구 시행령 별표 2에서는 관련매출액을 산정함에 있어서 관련상품의 범위를 “위반행위의 대상이 된 상품·용역의 용도 및 대체가능성을 감안하여 공정거래위원회가 정한다.”라고 하였다. 그런데 시행령의 개정으로 “위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 정하고, (중략) 각각의 범위는 행

23) 금정귀사 외, **독점금지법(제2보정판)**, 홍문당(2008), p.435.

24) 존상정박 외, **독점금지법의 수속**, 중앙경제사(2006), pp.129~130.

위 유형별로 개별적·구체적으로 판단”하도록 하고 있다.

즉 부당한 공동행위에 있어서의 관련상품의 범위는 부당한 공동행위로 인하여 ‘직접 또는 간접적으로 영향을 받는’ 상품이어서 합의의 ‘대상이 된’ 상품을 기준으로 대체가능성 등을 참작하여 정하도록 한 것과 어떠한 관계를 갖는지를 밝혀 보도록 한다.

<표 1> 과징금 산정의 기준이 되는 매출액의 시행령 변경에 따른 신·구조문표

구 시행령 [2007. 11. 2 대통령령 제20360호로 개정되기 이전의 시행령]	시행령 [2007. 11. 2 대통령령 제20360호로 개정]
<p>제9조 (과징금의 산정방법) ①법 제6조(과징금) 본문·법 제22조(과징금) 본문·법 제24조의2(과징금) 본문·법 제28조(과징금)제2항 본문·법 제31조의2(과징금) 본문 및 법 제34조의2(과징금) 본문에서 “대통령령이 정하는 매출액”이라 함은 <u>당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액</u>(이하 “과징금부과기준매출액”이라 한다)을 말한다. 다만, 당해 사업연도 초일 현재 사업을 개시한 지 3년이 되지 아니하는 경우에는 그 사업개시후 직전 사업연도말일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을, 당해 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을 말한다.</p> <p>②기타 과징금부과기준매출액의 산정에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다.</p>	<p>제9조 ①법 제6조(과징금) 본문·법 제22조(과징금) 본문·법 제24조의2(과징금) 본문·법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제7호에 해당하는 경우는 제외한다]·법 제28조(과징금)제2항 본문·법 제31조의2(과징금) 본문 및 법 제34조의2(과징금) 본문에서 “대통령령이 정하는 매출액”이란 <u>위반사업자가 위반기간동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액</u>(이하 “관련 매출액”이라 한다)을 말한다.</p> <p>②그 밖에 관련매출액 및 평균매출액의 산정에 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다.</p>

<p>구 시행령 [2007. 11. 2 대통령령 제20360호로 개정되기 이전의 시행령]</p>	<p>시행령 [2007. 11. 2 대통령령 제20360호로 개정]</p>
<p>별표 2 4. 제6호 및 제10호의 규정에 의한 <u>관련 상품·용역의 범위는 위반행위의 대상이 된 상품·용역의 용도 및 대체가능성 등을 감안하여 공정거래위원회가 정한다.</u></p>	<p>별표 2 관련매출액을 산정함에 있어서 <u>관련상품의 범위는 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 정하고, 위반기간은 위반행위의 개시일부터 종료일까지의 기간으로 하며, 매출액은 사업자의 회계자료등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 범위는 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다.</u></p>

2. 관련상품의 획정에 관한 공정위의 실무

공정위는 고시와 별도로 ‘과징금 부과시 관련매출액의 산정 및 위반행위의 중대성 판단에 관한 운영지침(이하 ‘지침’이라 한다)’을 내부적으로 운영하고 있다. 그러나 이 지침은 공정위 내부 자료로서 고시되지 않아 아무런 법규적 효력이 없음에도 불구하고 공정위가 그 지침에 따라 관련 상품을 획정하고 있기 때문에 사실상 구속력을 가질 수 있다.

지침에 따르면 관련상품은 원칙적으로 참가 사업자 간의 합의의 내용에 포함된 상품이다. 그리고 합의에 포함되어 있지 않더라도 실질적 거래관계와 시장상황 등에 비추어 보아 일정한 거래분야에서 경쟁제한 효과가 미친 상품이 있을 경우에는 이를 포함할 수 있다고 한다. 그리고 당해 위반행위로 인하여 거래가 실제로 이루어지거나 이루어지지 아니한 상품도 포함하며, 위반행위가 특정 범위(거래지역, 거래상대방, 거래기간, 거래방식 등)에 국한되어 발생되고, 위반행위의 영향도 특정 범위 내에만 한정된 경우에는 관련상품은 그 특정 범위 내의 상품으로 획정할 수 있지만, 위반행위가 특정 범위를 대상으로 하는 경우라도, 위반행위의 영향이 당해 상품의 전체에 미친다고 인정된 경우에는 관련 상품은 위반행위로 영향을 받는 상품 전체로 획정할 수 있다.²⁵⁾

공정위의 실무는 기본적으로는 합의의 대상이 된 상품을 관련 상품으로 보고

있으며, 일반적으로 특정한 품목에 관한 합의가 인정되면 그 품목에 대한 전체 매출액을 관련매출액으로 인정하고 있다. 9개 렉서스 자동차 딜러의 부당한 공동행위에 대한 건²⁶⁾에서 자동차 딜러들은 국내에서 판매되는 렉서스 자동차 신차 전 차종에 대하여 판매할인을 금지하는 합의를 하였고 관련 상품의 범위를 합의의 대상으로 삼고 있는 당해 상품으로 한정하였다. 그리고 7개 영화배급·상영업자의 부당한 공동행위에 대한 건²⁷⁾에서는 합의의 대상이 국내 영화상영시장에서 영화 관람료에 대한 요금 할인의 중지이므로 부당한 공동행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받은 관련 상품은 위반기간 동안 개봉·상영된 영화로서, 상영관의 경우에는 상기 위반기간 동안 영화상영수입에서 배급사에 지불하는 부금을 제외한 금액을, 배급사의 경우에는 배급한 영화의 부금수입으로, 5개 은행의 수출환어음 매입 수수료 관련 부당한 공동행위에 대한 건²⁸⁾에서 합의의 대상은 수출환어음 매입수수료 신설 및 금액이고, 수출환어음 매입업무 수행의 대가로 수출상으로부터 수취한 매입수수료²⁹⁾를 관련매출액으로 인정하였다.

3. 판례의 태도

대법원은 과징금 산정의 기준이 되는 매출액을 산정함에 있어 합의의 내용에 포함된 상품의 종류와 성질을 중심으로 거래지역·거래상대방·거래단계 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다는 원칙을 세우고 있다.

대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결에서 합의 대상 품목은 PAC 소비자 판매가격이었는데, OEM생산방식으로 납품한 PAC는 영향이 없다고 보아 과징금 기준 매출액 산정에서 제외하였다. 또, 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결에서 중고자동차 할부금융상품에서의 부당한 공동행위에 대한 과징금 부과기준이 되는 시행령 제61조 제1항 별표 2 제6호 소정의 ‘위반행위기간 중 관련 상품의 매출액’이란 그 위반행위기간 중에 발생한 중고자동차 할부이자 전

25) 과징금부과시 관련매출액의 산정 및 위반행위의 중대성 판단에 관한 운영지침 참조

26) 공정위 2008. 12. 15. 의결 제2008-324호.

27) 공정위 2008. 6. 10. 의결 제2008-168호.

28) 공정위 2008. 5. 27. 의결 제2008-153호.

29) 다만, 이 사건에서 신한은행은 당초 수출환어음 매입수수료를 신설하기 전에는 수출환어음 매입이자가 2만원 미만인 경우 일률적으로 2만원(소위 ‘최저수수료’)을 징수하였으나, 매입수수료의 신설 이후에는 최저수수료를 징수하지 못하게 되었으므로 범위반기간 중 매입수수료 징수 금액에서 동 기간 중 최저수수료 미징수액을 차감하여 이 사건 관련매출액을 산정하여야 한다고 주장하였으나, 공정위는 받아들이지 않았다.

체를 의미한다고 판시하고, 과징금 기준 매출액은 신규뿐만 아니라 이전에 체결된 약정에 따라 (위반행위기간 동안에) 발생한 이자수익까지 포함한다고 넓게 인정하였다.

그리고 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10443 판결에서는 이주산업, 유진레미콘이 생산하려고 했던 슬래그분말은 레미콘 제조시 원고 아세아, 쌍용이 제조·판매하는 보통시멘트를 대신하여 혼화재료로 사용될 수 있는 대체재라는 것에 주목하여 합의 대상품목이 슬래그 분말이었는데도, 과징금 기준 매출액을 슬래그 분말과 시멘트 상품전체의 매출액으로 보았다. 한편, 이와 동일한 사안에서 서울고등법원³⁰⁾은

“부당한 공동행위에서 과징금 산정의 기초인 ‘관련상품 매출액’이라 함은 공동행위가 발생한 당해 관련시장에서 참가사업자들의 위반행위와 관련된, 즉 위반행위에 의해 영향을 받는 상품의 매출액이다. 한편 부당한 공동행위에서의 위반행위라 함은 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 합의하는 것이므로, 합의내용과 공동행위로 인한 경쟁제한 효과를 고려하여 ‘위반행위에 의해 영향을 받는 상품의 범위’를 정하여야 할 것이다.”

라고 하여 합의대상 품목과 함께 위반행위에 영향을 받는 상품도 관련 상품으로 포함되어야 한다는 판시를 하고 있다.

합성세제³¹⁾ 등을 생산·판매하는 사업자들(세제 4사)간에 1997년부터 2005년까지 총 8차례에 걸쳐 주요 브랜드(원고의 경우에는 6개 브랜드)의 세탁·주방세제의 ‘매가’와 ‘공가’의 인상을 합의한 후 이를 실행하였고, 판매에 있어서도 2000년부터 2005년까지 총 3회에 걸쳐 증량제품 제공금지, 경품 지급금지, 샘플 제공 금지 등 거래조건에 관해 합의하고 이를 실행한 사건에 대하여, 원심인 서울고등법원³²⁾은 관련상품의 범위는 합의의 대상이 된 포함된 상품에 한정되어야 한다는 전제하에 직접 담합의 대상이 되지 않은 나머지 브랜드에 대해서는 담합

30) 서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4798 판결, 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두11583 판결로 확정됨. 대법원 판결에서 본 논점은 다루어지지 않았음.

31) 세탁·주방세제는 그 특성에 따라 세탁세제는 효소용·살균표백용·농축용·드럼세탁기용으로, 주방세제는 일반용·마일드용·농축용으로 구분된다.

32) 서울고등법원 2008. 8. 28. 선고 2007누15621 판결, 한편, 관련사건인 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두16339 판결의 원심인 서울고등법원 2008. 8. 20. 선고 2007누2939 판결에서는 여러 가지 증거를 종합하여 세탁·주방세제 전 품목을 관련 상품으로 보았다.

브랜드의 가격 인상으로 인하여 나머지 브랜드의 가격도 영향을 받았다는 점을 인정할 수 없으므로 관련매출액에 포함시킬 수 없다는 이유로 공정위의 처분을 취소하였다.

그러나 대법원은 부당한 공동행위를 한 사업자 간의 합의의 내용에 포함된 상품의 종류와 성질, 용도 및 대체가능성과 거래지역·거래상대방·거래단계 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다는 기존의 법리를 재확인³³⁾하면서, 관련 상품의 범위가 부당한 공동행위의 합의의 직접 대상이 된 상품이 아니더라도 그로 인하여 (간접적인) 영향을 받을 수 있는 상품이 포함되어야 한다고 판시하였다.³⁴⁾ 앞으로 개정 시행령이 적용되는 사건에 대해서 간접적인 영향을 어느 범위까지 인정할 것인지에 관한 구체적인 법리가 실시될 것을 기대한다.

“원고가 생산하였거나 생산하고 있는 세제제품은 세탁세제 11개 브랜드 제품 및 주방세제 7개 브랜드 제품이고, 그 중 세탁세제 3개 브랜드 제품 및 주방세제 3개 브랜드 제품이 이 사건 담합의 대상이 되었는데, 나머지 12개의 브랜드 제품들도 그 주요 성분 등이 담합의 대상으로 된 제품들과 같은 것으로 보이는 점, 원고를 포함한 세제 4사가 세제제품의 브랜드별로 가격을 달리 책정하고 있기는 하나, 세탁·주방세제라는 동질성으로 인하여 위와 같이 대표성 있는 브랜드 제품에 대하여 기준가격을 결정하고 나면 나머지 제품들도 그 가격의 영향을 받지 않을 수 없는 점, 실제로도 소외 을의 2001. 11. 19.자 이사회 자료에는 2001. 8.경 가격담합에 따른 가격인상의 대상이 “주방/분말 등 전 품목에 대한 매가 인상 진행”, “3사 공동대응으로 가격 인상 완료”라고 기재되어 있고, 2002. 8. 28.자 자료에는 2002. 8.경 가격담합에 따른 가격인상의 대상이 “주방/분말세제”로, 그 가격인상의 방법은 “각사 1위 브랜드를 기준으로 인상”이라고 각 기재되어 있는 점, 통상 대형 할인점에 대한 판매가격이 원고를 포함한 세제 4사가 공급하는 제품의 최저가이므로 그 외의 유통채널들도 대형 할인점에 대한 판매가격에 영향을 받지 않을 수 없는 점 등을 알 수 있는 바, 이러한 사정을 종합하여 보면 이 사건 담합의 대상에 직접적으로 포함되지 아니한 나머지 12개 브랜드 제품들의 매출액도 관련매출액의 범위에 포함되어야 할 것이다(밑줄 필자 주)”

33) 참고로 이 판결의 기준 법령은 2007. 11. 2. 개정 전 시행령이다.

34) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결.

4. 관련상품의 범위

과징금은 기본적으로 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 부당이익 환수적 성격 외에도 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수 등을 의무적으로 참작하도록 하는 등으로 제재적 성격이 강화된 점³⁵⁾을 고려하여야 한다.³⁶⁾ 구 시행령에 따르면 기본적으로 관련 상품의 범위는 위반행위의 대상이 된 상품이 중심이 되며 다만 예외적으로 그러한 상품의 용도 및 대체가능성 등을 고려하여 산정하도록 하고 있었기 때문에 관련상품의 범위를 좁게 해석하는 견해가 설득력이 있었다. 그런데 시행령의 개정으로 이제는 위반행위와의 직접적·간접적인 영향을 고려하도록 하고 있기 때문에 관련 상품의 범위가 넓어질 수 있다.

위반행위로 인하여 가격이나 거래조건에 ‘직접적 영향’을 받은 상품 또는 용역은 합의의 대상 상품 또는 용역으로 한정하여야 할 것이다. ‘간접적 영향’을 해석하는 것이 관련상품의 범위를 확정하는 핵심이 될 것인데, 고시 II. 5. 나. 항은 “당해 위반행위로 인하여 거래가 실제로 이루어지지 않았더라도 무방하며, 당해 위반행위로 인하여 직접 발생하였거나 발생할 우려가 현저하게 된 다른 사업자의 피해와 연관된 상품을, 다른 사업자의 직접적 피해가 없는 경우에는 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품을 관련상품으로 볼 수 있다.”라고 보고 있다.

생각건대, 부당한 공동행위에 있어서 관련상품은 당해 합의의 대상이 된 상품 이외에도 그와 대체관계에 있거나, 직접적 대체관계가 없더라도 당해 위반행위로 인하여 시장에서 소비자의 선택권을 제한하거나, 합의의 대상이 된 상품의 가격이 그것과 품질이 다른 상품의 가격 또는 품질의 설정에 영향을 미칠 개연성이 있는 간접적 영향을 받은 상품으로 보아야 할 것이다. 그리고 향후 합의가 존속될 경우(공동행위 기간 전후로) 직접적 합의 대상이 될 수도 있었던 상품 그리고 전체적인 소비의 변화추이로 볼 때 공동행위가 없었더라면 시장에서 도태될 수도 있었던 품질의 상품이 가격합의로 인하여 불가피하게 선택되고 있었다는 등의 특수한 사정이 있는 경우에도 간접적 영향을 받았다고 인정할 수 있다.

요컨대 관련매출액의 범위는 실질적 거래관계, 대체가능성, 소비자의 선택권,

35) 임영호, “중고자동차 할부금융상품에서의 부당한 공동행위에 대한 과징금부과기준이 되는 위반행위기간 중 관련 상품의 매출액의 의미”, **대법원판례해설 2004년 하반기** (통권 제52호), 법원도서관.

36) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결.

가격과 품질과의 관련성 및 시장 상황을 종합적으로 고려하여 비례원칙을 벗어나지 않는 범위에서 구체적으로 해석되어야 할 것이다.

V. 기본과징금 산정에 있어서의 중대성 판단

1. 중대성 판단의 의의

기본과징금은 관련매출액에 위반행위의 내용 및 정도에 따른 중대성의 정도별로 부과기준율을 곱하여 정한다. 고시 IV.1.은 위반행위의 중대성의 정도를 그 내용 및 정도에 따라 “중대성이 약한 위반행위”, “중대한 위반행위”, “매우 중대한 위반행위”로 구분한 후, 위반행위로 인하여 발생한 경쟁질서의 저해 정도, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 관련 소비자 및 사업자의 피해 정도, 부당이익의 취득 여부, 기타 위반행위 전후의 사정 및 위반 사업자와 다른 사업자 또는 소비자와의 관계를 종합적으로 고려하여 정하도록 하고 있다. 따라서 중대성의 정도를 결정하는 것은 전적으로 공정위의 재량이라고 하겠다. 그리고 공정위는 내부지침을 통하여 위반행위 세부평가 기준표에 따라 평가하여 점수를 합산하여 산정하고 그 점수에 상응하는 정도에 따라 정하도록 하고 있다. 그런데 세부기준표상의 점수산정의 결과와 별도로 공정위는 구체적인 사안에 따라 중대성을 개별적으로 평가할 수 있다.

부당한 공동행위의 경우 중대성의 정도에 따른 부과 기준율의 차이는 다음 <표 2>와 같다. 사업자단체는 연간 예산액에 다음의 정도별 부과기준율을 곱하여 기본과징금을 산정한다.

<표 2> 중대성의 정도에 따른 부과기준율

중대성의 정도	부과기준율	부과기준율(사업자단체)
매우 중대한 위반행위	7.0~10.0% 이하	50%
중대한 위반행위	3.0~7.0% 이하	30%
중대성이 약한 위반행위	0.5~3.0% 이하	10%

2. 중대성 판단에 관한 공정위의 재량

우리 고시는 EU의 그것과는 달리 각 행위별로 중대성을 3단으로 정하도록 하고 있다. 그러나 어떠한 행위가 매우 중대한 위반행위인지, 중대한 위반행위인지 또는 중대성이 약한 위반행위인지 명시적으로 규정하지 않고 있으므로 재량판단에 있어서 신중함을 요한다. 그리고 중대성의 정도를 정하는 공정위의 재량은 법원에 의하여 엄격하게 통제되고 있다. 공정위의 과징금 산정에 관한 재량권 행사의 정당성 여부는 법원에 의하여 법령 및 지침에 따라 엄격하게 심사받고 있다.³⁷⁾ 최근 대법원은

“경쟁질서의 저해 정도, 소비자에게 직접 피해가 발생할 우려가 있는 가격담합행위의 일종, 사업자단체의 정당한 업무 범위, 소비자의 이익 등을 고려하여도 사업자단체의 부당한 공동행위를 ‘중대한 위반행위’로 판단한 공정위의 처분이 사실오인이나 비례·평등의 원칙에 위배되는 등의 사유가 있어 재량권의 한계를 일탈하였거나 남용한 것이라고 보기는 어려우며, 처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈하였을 경우 법원으로서 재량권의 일탈 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없다”

고 하여 공정위의 처분이 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 판시한 원심³⁸⁾을 파기 환송하였다.³⁹⁾

법원의 일관된 태도는 공정거래위원회가 법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과할 경우 법과 시행령이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량이 있고,⁴⁰⁾ 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 위반행위의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도나 기타 사정으로서 조사에의 협조 여부, 종전의 법 위반횟수뿐만 아니라 위반행위로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우나 재량을 행사함에 있어 과징금 부과 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등의

37) 이호영, **독점규제법의 이론과 실무**, 홍문사(2006), p.464.

38) 서울고등법원 2007. 7. 26. 선고 2006누24482 판결.

39) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두18062 판결.

40) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007두22054 판결.

원칙에 위배하는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다고 보고 있다.⁴¹⁾ 또한, 법원은 적절한 과징금의 수준을 결정할 권한이 없다는 것으로서, 이는 권력분립의 원칙에 근거한 것으로 보인다.

요컨대 공정위의 중대성의 판단에 관한 재량은 과징금이 경쟁법을 효과적으로 집행하는 수단이라는 사고에 기초⁴²⁾하기 때문에 법 제55조의3의 각 호의 내용을 균형있게 고려하면서 비례원칙에 위배되지 않아야 할 것이다. 실무상 시행령, 고시에 따른 과징금 부과 절차에 따라 과징금 산정이 이루어진다 하더라도, 법 제55조의3에 규정된 과징금의 목적 및 참작요소에 대한 끊임없는 고려가 있어야 할 것이다.⁴³⁾ 그리고 필요하다면 의결서에 그러한 중대성 판단에 이르게 된 요소를 구체적으로 적시하여 수범자와 법원으로 하여금 그러한 재량판단의 근거를 쉽게 알 수 있도록 해 주는 것이 필요할 것이다.

VI. 기본과징금의 보충적 산정방법

법 제22조 단서, 제28조 제2항 단서에 따라 관련매출액을 산정하기 곤란하거나 매출액이 없는 등 시행령 제10조 제1호 또는 제3호에 해당하는 경우에는 다음 <표 3>과 같이 위반행위 중대성의 정도별 부과기준금액의 범위 내에서 정액 기준으로 기본과징금을 정한다. 사업자단체의 연간예산액을 산정하기 곤란한 경우에는 위반행위 중대성의 정도별 부과기준금액의 범위 내에서 기본과징금을 정한다.

<표 3> 중대성의 정도에 따른 부과기준금액

중대성의 정도	부과기준금액	사업자단체 부과기준금액
매우 중대한 위반행위	12~16억원 이하	2~3억원 이하
중대한 위반행위	6~12억원 이하	1~2억원 이하
중대성이 약한 위반행위	1천만원~6억원 이하	5백만원~1억원 이하

41) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

42) Schwarze/Weitbrecht, *Grudzuege des europaischen Kartellverfahrensrechts*, Nomos(2004), p.147.

43) 반대견해 : 임영철, **공정거래법(개정판)**, 법문사(2008), p.510.

그런데 경제의 규모가 커지면서 관련매출액의 규모와 관련매출액을 산정하기 곤란한 경우의 부과기준금액의 차이가 많은 경우가 있을 수 있으므로 이러한 정액기준 부과기준금액의 상한을 정할 때에는 관련매출액과의 관계를 충분히 고려하여야 할 것이다.

VII. 맺음말

이상에서 부당한 공동행위의 기본과징금 산정을 위한 요소인 관련매출액의 범위와 중대성 판단에 대하여 살펴보았다. 그리고 원칙적으로 이 두 가지의 점에 대한 판단은 공정위의 재량에 맡겨 있다. 공정위는 과징금 고시를 통하여 간접적으로 재량 행사의 투명성과 적정성을 도모하고 있으나, 중대성 판단 기준에 대해서는 내부 지침의 형태로 마련되어 있을 뿐 그것이 고시의 형태로 반영되지 않고 있는 것이 문제로 지적될 수 있다.

기본과징금 산정의 기본이 되는 ‘관련매출액’의 범위에 대해서 위반행위의 간접적 영향을 어떻게 해석하는지에 따라 과징금액이 큰 차이가 있을 것이므로 비례원칙에 맞게 그것에 대한 해석이 이루어져야 할 것이다. 부당한 공동행위는 법위반행위의 유형과 효과가 다른 행위에 비하여 분명하기 때문에 중대성 판단이 그리 어렵지는 않겠지만, 일반적으로 매우 중대한 위반행위인 가격 결정과 관련된 부당한 공동행위의 경우에도 반드시 매우 중대한 위반행위 유형에 해당하지 않을 수 있는 만큼⁴⁴⁾ 중대성 판단에 관한 구체적이고 타당한 기준의 마련이 요구된다고 할 것이다.

투고일 2009. 8. 25 심사완료일 2009. 9. 11 게재확정일 2009. 9. 17

44) EU의 British Sugar 사건(Commission decision 1998.10.14, Case IV/F-3/33.708 “*British Sugar Plc*”, OJ 1999 L76/1.)에서 EU 집행위원회는 경쟁자들 사이에 시장점유율을 높이기 위한 가격경쟁을 중단하여 보다 높은 가격을 책정하기 위한 협력 전략에 관한 담합은 인정되나 더 나아가 최저가격을 설정하거나 특정한 수요자에 대하여 부과하는 가격 수준을 공동으로 설정하는 합의의 증거가 없다고 판단하여 이 사건의 행위유형을 ‘매우 중대한 위반행위’가 아닌 한 단계 낮은 ‘중대한 위반행위’로 보아 과징금을 산정하였다, 홍대식, 전계 논문, p.213에서 재인용.

참고문헌

- 권오승, **경제법**(제7판), 법문사 (2009).
- 양명조, **경제법**(제6판) 신조사 (2008).
- 이기수/유진희, **경제법**(제7판), 세창출판사 (2006).
- 이호영, **독점규제법의 이론과 실무**, 홍문사 (2006).
- 임영철, **공정거래법**(개정판), 법문사 (2008).
- 임영호, “중고자동차 할부금융상품에서의 부당한 공동행위에 대한 과징금부과 기준이 되는 위반행위기간 중 관련 상품의 매출액의 의미”, **대법원판례해설 2004년 하반기**(통권 제52호), 법원도서관.
- 정호열, **경제법**(제2판), 박영사 (2008).
- 홍대식, **공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구**, 박사학위논문, 서울대학교 대학원(2006).
- 금정귀사/천빈승/천수문웅 편, **독점금지법**(제2보정판), 홍문당 (2008).
- 춘상정박/울진성, **독점금지법의 수속**, 중앙경제사 (2006).
- ABA, *Antitrust law development*(5.ed.), American Bar Association (2002).
- Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, *EG-Kartellrecht*, C.H.Beck (2005).
- Blanco, *EC Competition procedure*(2.ed.), Oxford (2006).
- Dalheimer/Feddersen/Miersen, *EU-Kartellverfahrensverordnung, Kommentar zur VO 1/2003*, C.H.Beck (2005).
- Faull&Nikpay, *EC Law of competition*(2.ed.), Oxford (2007).
- Gavil/Kovacic/Baker, *Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy*(2.ed.), Thomson (2008).
- Immenga/Mestmaecker, *Wettbewerbsrecht*(4.Aufl.), C.H.Beck (2007).
- Jones/Sufrin, *EC Competition law*(3.ed.), Oxford (2008).
- Whish, *Competition law*(6.ed.), Oxford (2009).
- Schwarze/Weitbrecht, *Grudzuege des europaischen Kartellverfahrensrechts*, Nomos (2004).

<Abstract>

A Legal Study on Setting the Basic Amount of Surcharges in Relation to the Cartel

Taehi Hwang*

Undertakings, who violated the cartel regulation, are deemed to be sentenced surcharges by KFTC. The basic amount of the surcharge is decided according to how much the relevant turnover is and how serious the violation is. As the relevant turnover is defined as the turnover from relevant goods or service which are affected directly or indirectly from the violation, it is consequently very important to specify the scope of the affection in calculating the basic amount of the surcharge. Goods or services that have been the object of the cartel agreement could be classified “directly affected” from the violation. Whether the goods or services be indirectly affected should be estimated separately with regard to the relationship between undertaking and consumer, substitutability, infringement of the consumer choice, connection between price and quality among goods and the market situation etc. Also has KFTC exclusively the discretion for sorting the seriousness of the violation. The principle of the proportionality should be strictly observed during the process.

Key words: Basic amount, Surcharge, relevant turnover, directly or indirectly affected goods, seriousness, KFTC, cartel

* Dr.jur., Judicial Research Officer(Supreme Court)/Assistant Professor(Sungshin Women’s Univ.).