

워크샵자료집 2007-

공정거래법 집행의 선진화

- 한미FTA체결에 즈음하여 -

2007. 7. 5.

워크숍 일정

◆ 주 제 : 공정거래법 집행의 선진화 - 한미FTA체결에 즈음하여

◆ 일 시 : 2007년 6월 8일(금요일) 15:00 ~ 18:00

◆ 장 소 : 한국법제연구원 1층 대회의실

◆ 구 성

◇ 사 회

신현윤 (연세대학교 법과대학 교수)

◇ 주 제 발 표

제 1 주제 : 공정거래위원회의 카르텔 집행 현황 및 전망

발 표 자 : 이순미 (공정거래위원회 카르텔정책팀 서기관)

제 2 주제 : 공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안

발 표 자 : 홍대식 (서강대학교 법학부 교수)

제 3 주제 : 미국 연방거래위원회 사건처리절차 - 행정법판사제도

발 표 자 : 조성국 (중앙대학교 법과대학 교수)

제 4 주제 : 미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의명령제 -

발 표 자 : 김두진 (한국법제연구원 부연구위원)

◇ 토 론

권 재 열 (숭실대학교 법과대학 교수)

유 진 희 (고려대학교 법과대학 교수)

이 동 원 (충북대학교 법과대학 교수)

이 호 영 (한양대학교 법과대학 교수)

홍 명 수 (명지대학교 법과대학 교수)

한 정 미 (한국법제연구원 초청연구원)

목 차

◆ 제 1 주제 공정거래위원회의 카르텔 집행 현황 및 전망

□ 카르텔 법집행의 현황과 전망(이순미).....	11
I. 머리말	11
II. 카르텔 법집행의 성과와 평가	13
1. 우리나라 카르텔 규제 환경의 특수성 평가	13
2. 법 집행의 양적 측면	16
3. 법 집행의 질적 수준의 제고	21
III 카르텔 법집행의 향후 정책 방향	38
1. 법개정(안) 내용	38
2. 한·미 FTA 체결에 따른 카르텔 법집행의 변화 및 대응	45
IV. 맺은 말	52

◆ 제 2 주제 공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안

□ 공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안 (홍대식)	55
I. 공정거래법상 과징금 제도의 목적에 관한 논의	55
II. 유효한 억제수단으로서의 적합성 판단기준 (경제학적 접근)	60
III. 적정한 억제 수준 설정의 대안으로서의 규범적 기준(법학적 접근)	63

1. 부당이득액 기준	64
2. 매출액 기준	66
3. 정액 기준	67
IV. 공정거래법상 과징금 제도의 현황	68
1. 법적 체계	68
2. 과징금 부과에 있어서의 참작사유	70
3. 과징금 산정기준	71
V. 공정거래법상 과징금 제도의 개선방안	75
1. 과징금 산정의 참작사유와 공정위의 재량권 통제	75
2. 기본과징금의 결정	79
3. 기본과징금의 조정	85

**◆ 제 3 주 제 미국 연방거래위원회 사건처리절차
- 행정법판사제도**

□ 미국 연방거래위원회 사건처리절차에 관한 연구 - 행정법판사(Administrative Law Judge) 제도를 중심으로 -(조성국)	91
I. 서 언	91
1. 연구의 배경	91
2. 연구의 범위	93
II. 미국 연방거래위원회 사건처리절차의 성격 및 행정법판사의 성격·역할	94
1. 연방거래위원회 사건처리절차의 성격	94
2. 연방거래위원회 행정법판사의 성격	96
3. 연방거래위원회 행정법판사의 역할	99
III. 미국 연방거래위원회 행정법판사의 공정성을 위한 장치	102

1. 직능분리(Separation of Functions)의 원칙과 예외	102
2. 일방적 의사소통의 금지	104
3. 준사법적인 절차	107
IV. 우리나라 공정거래위원회에 주는 시사점	108
1. 행정법 판사제도 도입여부에 관하여	108
2. 직능의 분리에 대하여	111
3. 이의신청제도	112

◆ 제 4 주제 미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의명령제 -

□ 미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의명령제 - (김두진)	117
I. 서론	117
II. 동의명령의 의의·연혁	118
1. 동의명령의 의의·효용	118
2. 동의명령제의 연혁	121
III. 동의명령의 절차	125
1. 동의명령절차의 개시	125
2. 제안의 접수와 공적 의견수렴	127
3. 범위반의 증거 구비	129
4. 소장 발부후 동의명령 절차	130
5. 법원의 공익 심사	130
IV. 동의명령의 효력	134
1. 화해의 효력과 적용범위	134
2. 화해의 철회	136
3. 동의명령의 해석	136
V. 공정거래법에의 도입방안	138
1. 기대효과	138

2. 공정거래위원회의 도입방안 검토 140

● 토 론 문

○ 공정거래법 집행의 선진화에 관한 약간의 생각
(권재열) 149

○ 공정거래법 집행의 선진화 - 한미 FTA 체결에
즈음하여 -(유진희) 157

○ 독점규제법의 집행에 있어서의 법적 쟁점(이동원) 167

○ 토론: 공정거래법의 집행 현황과 개선(이호영) 173

○ 토 론 문(홍명수) 177

○ 공정거래법 집행의 선진화 워크숍 토론문(한정미) 181

● 녹 취 록

◆ 주제발표 193

◆ 질의 및 토론 239

제 1 주제

공정거래위원회의 카르텔 집행 현황 및 전망

발 표 자 : 이순미 (공정거래위원회 카르텔정책팀 서기관)

카르텔 법집행의 현황과 전망

이 순 미*

(공정거래위원회 카르텔정책팀 서기관)

I. 머리말

카르텔은 시장에서 결정되어져 할 가격이나 공급량 등 경쟁조건을 사업자들이 공동으로 인위적으로 결정함으로써 시장경제의 기본원리인 경쟁매카니즘의 작동을 근원적으로 봉쇄하는 행위이다.

이에 카르텔의 폐해는 독점의 폐해보다도 심각하다. 독점의 경우는 독점형성 자체보다는 그것이 남용되었을 때 비로소 폐해가 나타나며, ‘규모의 경제’와 같은 효율성 제고효과를 수반할 수도 있고, 시장의 진입장벽이 낮다면 독점사업자는 잠재적 진입자를 의식하여 가격을 높게 형성하기가 어려운 경우도 많이 있다.

그러나 카르텔의 경우는 ‘규모의 경제’가 존재하지 않으면서 자원배분의 비효율을 초래하게 되며, 경쟁해야 할 사업자들이 합의를 통해 독점사업자와 같은 시장지배력을 형성하는 것이 된다.

따라서 각국 경쟁당국들은 경쟁을 회피하는 가장 효과적인 수단인 반면 경쟁제한성이 가장 심하고 소비자 피해도 직접 유발한다는 인식 하에 카르텔을 시장경제의 작동을 저해하는 암적인 존재로 규정하고 시장경제 제1의 적이자 범죄(felony)로서 엄격히 규제하고 있다.

* 이 글은 필자 개인의 견해이며 공정거래위원회의 공식입장과 무관함을 밝혀둔다.

공정위도 1981년 공정거래법 제정부터 카르텔을 규제하여 왔고¹⁾, 1986년부터 카르텔에 대해 과징금을 도입²⁾하면서 점차 법집행을 강화하여왔다. 그러나 요즘처럼 언론이나 소비자로부터 공정위의 활동과 역할에 대해 많은 기대와 찬사를 받을 수 있게 된 것은 무엇보다도 공정위가 최근 3~4년 전부터 카르텔을 법집행의 최우선 순위에 두고 적극적으로 법집행을 해온 결과였다고 본다.

공정위는 2004년을 “카르텔 근절의 元年”으로 선포하고 카르텔 적발·시정을 위한 노력을 더욱 강화해왔으며, 특히 2005.12.15. 조직개편을 통해 국 단위의 ‘카르텔 조사단’을 신설하고, 전담 인력을 기존 2개과 20명에서 3개 팀 33명 수준으로 확대 개편하여 카르텔 근절에 역량을 집중하여 왔다.

이렇게 적극적으로 카르텔을 적발·시정해오면서 위반사업자에 대한 과징금 규모 등 제재수준도 높아졌다. 2005년 8.18. ‘KT, 하나로텔레콤의 시내전화요금 담합행위’에 대해 과징금 1,152억원을 부과하였고, 2007.3 ‘10개 합성수지 회사들의 11년간의 가격담합행위’에 대해 1,045억원의 과징금을 부과하는 등 단일 건당 1,000억원이 넘는 사례도

-
- 1) 제정 공정거래법(1980.12.31)은 공동행위 등록제를 규정하고, 등록하지 않은 공동행위를 무효로 한다고 규정하였다. 이에 그 등록사유가 소멸된 경우나 등록사항과 다른 행위를 한 경우, 경제상황의 변동으로 인하여 공공의 이익에 반하는 경우 등에는 당해 행위의 중지, 등록의 취소 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있도록 하여 카르텔에 대하여 상당히 관대한 태도를 취하였다. 그러나 1986년의 제1차 개정법에서 곧바로 현재와 같은 일반적인 금지 후 인가의 방식, 즉 Negative 규제 시스템으로 전환되었고, 공동행위의 외관으로부터 합의를 추정할 수 있도록 추정제도를 도입하여 카르텔에 대한 **규제방식과 태도**를 획기적으로 바꾸었다. 이후 제3차 법 개정(1992.12.8)때 공동의 실행행위가 아닌 합의만으로도 카르텔이 성립할 수 있도록 개정하였고, 2004년 제11차 개정법은 합의를 하게 하는 교사행위도 위반행위의 범주에 포함시켜 **카르텔 규제의 대상을 확대**하였다.
 - 2) 제정법은 단순 시정명령만을 할 수 있도록 하였다. 그러나 부당한 방법으로 이윤을 추구하는 행위에 대하여는 그 이득을 박탈하는 것이 가장 효율적인 규제 수단이 된다는 관점에서 1986년 공정거래법 개정시에 카르텔 행위에 대해 우리 법 체계상 **최초로 과징금이 도입**되었다.

발생하고 있다. 이는 위반행위 기간이 길거나 사업규모가 커서 당해 위반행위와 관련된 매출액이 커진 측면이 있지만, 그만큼 공정위의 적극적 법집행 의지를 반영한 것이다.

이와 같이 카르텔에 대한 법집행이 강화되고 있으나 시민단체나 소비자들은 소비자 피해 규모에 비하면 과징금 수준이 아직도 턱없이 부족³⁾하다고 비판하는 반면, 사업자들은 현재의 어려운 경제상황에 비춰볼때 공정위의 제재수준이 너무 과하다거나 위반행위로 얻은 실제 이득에 비해 부과 받은 과징금이 너무 많다고 주장하기도 한다.

이에 그동안 공정위가 카르텔 관련 정책의 수립과 법집행을 얼마나 효율성 있게 수행해왔는지를 평가해보고 현재 국회에 상정된 법개정안 등 앞으로의 카르텔 법집행 전망에 대해 살펴보고자 한다.

또한, 2007.4.2. 한·미 FTA 타결로 경쟁법 집행 관련하여 많은 변화가 예상되는바, 국제협력 등 카르텔 법집행에 있어 예상되는 상황과 대응방안에 대해서도 살펴보고자 한다.

II. 카르텔 법집행의 성과와 평가

1. 우리나라 카르텔 규제 환경의 특수성 평가

우리나라는 경제구조의 고도화와 카르텔에 대한 공정위의 지속적인 시정노력에도 불구하고, 아직까지 카르텔 발생 빈도가 높은 것으로 평가되고 있다.

3) 경제정의실천연합은 2007. 5. 3. 공정위 홈페이지에 게재된 2003년 이후의 담합관련 보도자료를 분석하여 30대 기업집단의 담합사건 조사결과를 발표하면서 35건의 소비자 피해추정액(관련매출액의 15%)은 4조7,476억원에 달하나, 실제 이들에 부과된 과징금 총액은 4,279억원으로 소비자 피해 추정액의 9%에 불과하다고 주장하면서 소비자 피해추정액에 비해 실제 부과되는 과징금은 미미하여 담합의 유인을 제거하는데 기여하지 못한다고 비판한 바 있다.

(1) 그 이유로는 정부 주도의 압축적 성장과정에서 1) 주요 산업이 대기업 위주의 과점체제로 형성된 점,⁴⁾ 2) 산업 각 부문에서 정부의 행정지도가 보편화되어 있는 점, 3) 정부가 개발전략을 효율적으로 수행하기 위하여 중소기업의 단체화를 추진하여 거의 모든 업종에 사업자단체가 설립되어 이것이 카르텔의 온상으로 작용한 점,⁵⁾ 등이 지적되고 있다. 또한, 4) 우리나라에는 공공건설, 발전설비, 철도설비 등 공공부문이 수요를 독점한 분야가 존재해 왔고, 그러한 부문에서 민간업체들이 사업수주를 하는 과정에서 입찰담합이 빈번하게 발생하고 있다.⁶⁾ 또한, 5) 우리나라 사업자들은 유교적인 온정주의 전통으로 인하여 경쟁업체간의 유대의식이 강하고, 그러한 문화에 기인하여 카르텔이 자연스럽게 형성되는 경우도 많이 있는 것으로 파악되고 있다.

이러한 특성에 비추어 볼 때, 우리나라의 카르텔 규제에 있어서는 특히 카르텔 친화적인 문화를 개선함과 동시에, 다른 정부기관과의 협조를 통한 경쟁문화의 확산이 우선되어야 할 것으로 보인다. 또한 입찰담합을 집중적으로 감시하고 신속하게 적발할 수 있는 시스템 마

-
- 4) 공정위가 한국개발연구원(KDI)에 의뢰하여 조사한 결과 우리나라 시장의 독과점 정도는 매우 심한 것으로 나타났다. 조사대상 591개 업종의 HHI 평균은 97년 1,650, 98년 기준으로 1,920으로 나타나 미국의 718(97년도)보다 훨씬 높았다. 일반적으로 과점시장에서 카르텔이 나타날 가능성이 높은 것으로 평가되고 있다.
- 5) 사업자단체는 그들이 속한 산업이 성장하는 데 필요한 해외정보 수집, 교육자료 발간, 정부에 대한 정책수립 참고자료 제공 등 긍정적인 역할도 많이 수행하였지만, 해당업계의 공동의 이익을 도모하기 위하여 가격결정, 공급량 제한 등 카르텔을 선도·조장하거나, 회원사들의 사업활동을 구속하여 정상적인 경쟁을 제한하는 등 많은 부작용을 초래하고 있다. 공정거래법 제정 이후 2006년도까지, 공정위는 사업자단체의 공정거래법 위반행위 1,212건에 대하여 시정조치 하였는데, 이중 58%인 703건이 카르텔과 관련된 사건이었다. 이는 사업자단체가 우리나라 모든 산업에 광범위하게 존재하면서 경쟁제한적인 행위, 특히 카르텔의 온상이 되어 왔다는 것을 보여주는 것이다.
- 6) 98년부터 2004년까지 공정위가 처리한 부당공동행위 208건 중 입찰담합 건은 47건으로 22.6%에 해당하며, 입찰담합으로 조치받은 피심인 수는 담합행위로 시정조치된 총 1,271개 업체 중 277개(21.8%)이고, 부과 과징금은 담합행위 총 부과 과징금 3,994억원 중 1,549억원(38.8%)에 달한다.

런이 필요하다고 본다.7)

(2) 우리나라의 카르텔의 또 하나의 특색은 경성카르텔의 비중이 매우 높다는 점이다. 1981년부터 2006년까지 공정위에 적발된 카르텔을 위반행위 유형별로 분석해보면 가격의 공동결정·유지행위가 421건, 거래지역이나 거래상대방 제한행위가 42건, 판매조건 등 공동의 결정이 21건의 順으로 나타나 가격과 관련된 공동행위가 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 2, 3위에 해당하는 거래지역·거래상대방 제한행위나 판매조건 등 공동의 결정행위도 경쟁제한성이 큰 이른바 ‘경성카르텔’이다.

<부당한 공동행위 세부행위 유형별 조치건 수>

구 분	'81-'92	'93	'94	'95	'96	'97	'98	'99	'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	계
가격의 공동결정·유지	56	11	13	20	27	14	33	29	37	32	31	16	28	38	37	421
판매조건등의 공동결정	6	-	1	1	1	1	-	-	3	3	2	2	1	-	-	21
생산·출고등의 제한	3	1	2	1	-	1	-	-	2	-	1	1	1	-	2	15
거래지역·거래상대방 제한	8	2	2	2	3	3	2	-	2	4	5	1	1	5	2	42
상품 종류·규격의 제한	0	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1	-	1	-	1	4
공동회사 설립	1	1	-	1	2	1	-	-	3	2	5	-	1	2	2	21
사업활동·내용의 제한	5	1	1	-	3	2	2	5	-	2	2	3	2	1	2	31
계	79	16	19	26	36	22	37	34	47	43	47	23	35	46	46	555

7) 이를 위해 공정위는 2006년부터 “입찰담합 징후 분석시스템”(입찰 참가자 수, 예가대비 낙찰율 등을 기초로 담합징후 가중 점수를 부여하여 일정점수 이상이면 입찰담합 징후가 높은 것으로 봄)을 개발하여 조달청으로부터 입찰관련 정보를 제공받아 입찰담합을 집중감시하고 있으며, 2007년에는 위 시스템 연계를 4대 발주기관(한국주택공사, 수자원공사, 한국전력, 한국도로공사)에 확대하여 연계할 예정이다.

이처럼 카르텔 발생빈도가 높고 경성카르텔의 비중이 크다는 것은 그 시정을 위해 카르텔에 대한 보다 강력한 제재가 수반되어야 한다는 것을 의미한다. 이에 공정위는 2005.4.1. 과징금 제도를 개선하여 경성카르텔은 특별한 사유가 없는 한 “매우 중대한 위반행위”에 해당한다고 보아 기본과징금 단계에서부터 부과율을 가장 높게 적용하고 있다.

2. 법 집행의 양적 측면

(1) 사건처리 건 수 증가

서두에 언급한 바와 같이, 공정위는 카르텔의 근절에 법집행의 제1의 우선순위를 두고 1981년 공정거래법 시행 초기부터 적극적인 시정 조치를 취해왔다

<공정위의 카르텔 시정실적>

(경고이상, 건)

구분	'81 ~ '95	'96	'97	'98	'99	'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	계
고 발	3	-	1	-	-	3	4	-	5	3	4	3	26
시정명령 (과징금)	46 (11)	19 (13)	11 (6)	32 (19)	34 (15)	32 (12)	28 (7)	34 (14)	11 (9)	21 (12)	28 (21)	31 (27)	325 (166)
시정권고	32	6	8	2	-	-	-	-	-	-	-	-	48
경 고	61	11	2	3	-	12	10	13	7	11	14	12	156
합 계	142	36	22	37	34	47	42	47	23	35	46	46	555

이를 간략히 살펴보면 공정위가 1996년 독립기관으로서의 위상을 확보한 이후 시정조치 실적이 크게 증가하였으며, 특히 1996년부터 2006년까지 최근 11년간의 시정조치 실적이 1981년부터 1995년까지의 시정조치 실적보다도 6배가량 많은 사실을 알 수 있다(46건→279건). 검찰고발도 2000년 이후 대폭 증가(총 26건 중 22건)하였는데, 이 역시 카르텔 근절에 대한 공정위의 의지를 반영한 결과이다.

특히 갈수록 복잡하고 대규모화된 사건이 증가하여 1건당 사건처리 기간이 점차 장기화되고 있는 추세⁸⁾임에도 년 간 사건처리 건수가 점차 증가하고 있다는 것은 그만큼 공정위가 카르텔에 역량을 집중하여 적극적으로 법집행을 한 결과이다.

(2) 과징금액의 증가

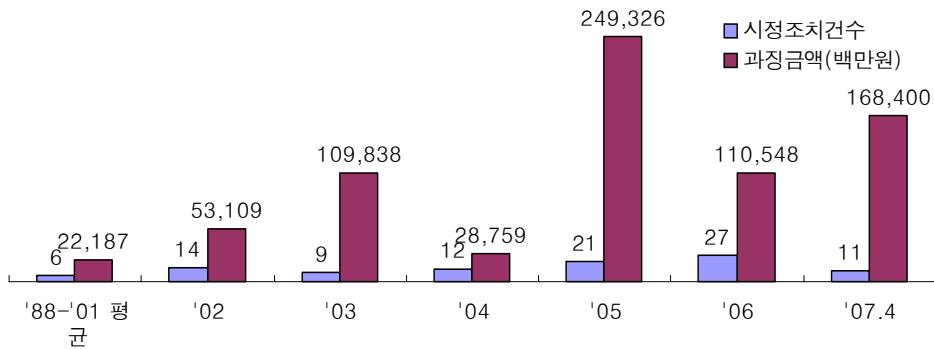
공정위가 공정거래법 시행이후 2006년도까지 부과한 총 1조 3,782억 원의 과징금 중 61.5%인 8,622억원이 카르텔 사건에 대해 부과되었다. 또한 1986년 공정거래법에 과징금이 도입된 이후, 공정위가 카르텔에 부과한 전체 과징금 액수 중 2000년 이후 최근 5년간 부과한 액수가 88%를 차지하고 있다. 특히 2004년을 카르텔 근절의 원년(元年)으로 선포한 이후 카르텔 근절 2년차인 2005년에는 사상 최대의 과징금(2,500억원)을 부과하였다. 이는 최근 들어 공정위가 경제적 이익 박탈이 카르텔에 대한 효과적인 제재수단임을 인식하고 적극적으로 과징금을 부과한 결과이다.

8) 과징금 부과기준 사건을 분석한 결과 1건당 최종 의결서가 나갈때까지 사건처리 기간이 2000년까지는 평균 1건당 8.3개월이었으나, 2006년 기준으로는 12.5개월로 처리기간이 더 장기화되었다.

<카르텔에 대한 과징금부과 건 수 및 과징금 부과액>

(단위 : 건, 백만원, 재결기준)

구분	'88 - '95	'96	'97	'98	'99	'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	계
건 수	11	13	6	19	15	12	7	14	9	12	21	27	166
금 액	4,447	14,513	1,092	31,991	36,158	198,812	23,617	53,109	109,838	28,758	249,326	110,548	862,209



특히 공정위는 2005. 12. 조직개편이후 국민생활과 밀접한 소비재, 금융분야나 기업경쟁력에 영향을 미치는 중간원자재 분야, 과거 반복적 범위반이 있었던 분야를 우선적 감시대상으로 선정하여 적발·시정하여 왔다.

이러한 노력의 결과 2006년에 27건, 2007년 5월 현재 11건의 카르텔을 적발하여 2,789억원의 과징금을 부과하는 등의 시정조치를 하였다. 구체적으로 보면 장기간 지속적으로 진행된 카르텔(합성수지, 세탁·주방세제, 밀가루합사건)을 적발·시정할 수 있었고, 합성수지(2007. 3. 10개사에 1,045억), 자동차 타이어 원료인 합성고무(2007.5, 2개사에 56억) 등의 중간원자재 분야, 정유(2007.2 4개사에 526억), 아이스크림(빙

과제조 4개사에 2007.3. 19. 46억), 이동통신사의 무제한 정액·커플요금 담합·폐지(이동통신 3사에 2006.5.17. 17억), 밀가루(8개사에 대해 2006.4.13. 435억), 세탁·주방세제(4개사에 대해 2006.12.27. 410억원) 등 국민생활과 밀접한 소비재분야에 대해 시정조치를 하였다.

이러한 법집행 실적은 외국의 벌금 부과 액수에 미치지 못하는 못하지만⁹⁾, 카르텔 전담인력이나 조사권한의 정도, 경제 규모 등을 감안할 때, 상당한 성과를 거둔 것으로 평가할 수 있을 것이다.

(3) 제재 수준의 강화

카르텔은 강력한 법집행을 통해 경쟁비용이 카르텔 적발시의 처벌보다 작다는 인식을 심어줄 때에만 효과적으로 예방하고 시정할 수 있다. 사업자들이 카르텔을 하는 가장 큰 이유는 금전적 이익이 있기 때문에 카르텔에 대한 가장 효과적인 제재방법은 카르텔로 인한 금전적 이득을 박탈하는 것이다. 이에 공정위가 부과하는 개별 건당 과징금 부과수준(부과율)도 점차 증가하여 왔다.

과징금이 가장 많이 부과된 상위 10개 사건을 보면, ‘5개 정유사의 군납유류 담합 건’(2001. 7. 14.)에 대해 과징금 1,212억원으로 가장 많이 부과하였고, 그 다음으로는 ‘KT, 하나로텔레콤의 시내전화요금 담합 건’(2005. 8. 18. 과징금 1,152억), ‘10개 합성수지사의 담합 건’(2007. 6. 5 과징금 1,045억), ‘7개 철근제조사의 담합 건’(2003. 10. 20. 과징금 649억), ‘4개사의 굴삭기·휠로다·지게차 담합 건’(2005. 6. 24. 과징금 568억), ‘4개 정유사들의 휘발유·등유·경유 가격담합 건’(2007. 2.21. 과징금 526억), ‘10개 손해보험사의 보험료 담합’(2007. 6. 과징금 508억), ‘8개사의 밀가루 담합 건’(2006. 3. 3. 과징금 434억), ‘4개사의

9) 미국 DOJ가 1997년부터 2002년까지 카르텔에 대해 부과한 벌금의 총액은 약 20억 달러에 이른다.

세탁·주방세계 담합 건'(2006. 12. 26. 과징금 410억), 7개 시멘트 제조사의 담합 건(2003. 9. 8. 247억)이다.

이처럼 개별 사건에서 수 백억원 이상의 과징금을 부과할 수 있었던 것은 이들 사건이 위반행위 기간이 길거나 위반행위와 관련된 상품의 규모가 커서 당해 위반행위에 따른 관련매출액이 큰 이유도 있지만, 공정위가 과징금 제도를 2004. 4. 1.에 대폭 개정하면서 과징금 산정시 고려하는 부과수준(부과율)이 높아진 측면도 있다

2004.4.1. 이전에 적용되던 과징금 고시에는 법상 3년간 평균매출액의 최고 5%까지 부과할 수 있었음에도 실무상 운영되던 '과징금부과 지침'¹⁰⁾에 의해 실제 관련매출액의 3%를 최고 출발점으로 하였던 측면이 있었다. 그러나 2004.4.1. 개정된 과징금 고시에 의해 '매우 중대한 위반행위의 경우' 관련매출액의 최고 5%를 기본과징금의 출발점으로 할 수 있었다. 물론 이는 출발점이므로 이후 가중, 감경사유에 의해 충분히 추가 조정이 가능하다.

이러한 과징금 부과제도 개선으로 가격담합 등 소위 경성카르텔의 경우 그 이전보다 실질적으로 과징금 부과 수준이 증가하는 효과가 발생하였다. 실제 위 정유사 담합 건, 밀가루 담합 건, 세탁·주방세계 담합 건에 대해 관련매출액의 3.5%를 부과하였으며, 시내전화 담합 건에서 KT에 대해 3%의 과징금을 부과하였다. 이는 그동안 과징금 부과수준이 평균 2%이었던 추세에 비교하면 제재수준이 많이 강화된 것이라고 할 수 있다.

분명한 것은 위에서 지금까지 통계적으로 살펴본 사건의 대부분은 2005.4.1.이전의 법을 적용한 사건이다. 따라서 2005.4.1. 법 개정을 통

10) 2004년 4. 1. 고시 개정전에는 과징금 부과고시와 함께 공동행위과에서 내부적으로 만든 '부당한 공동행위 및 사업자단체금지행위에 대한 과징금 부과준칙(2002. 8. 1.경쟁국)'을 참조하여 구체적인 과징금을 산정하였다.

해 법상 과징금 부과한도를 5%에서 10%로 상향 조정하였으므로 앞으로는 2005.4.1.이후에 위반행위가 발생한 사건의 경우 지금보다 더욱 과징금 부과수준이 높아지게 될 것이다.

법원도 최근 카르텔에 대한 법집행의 강화가 필요하다는 점에서 공정거래위원회와 인식을 같이 하고 있는 것으로 보인다. 지금까지 공정위가 검찰에 카르텔에 직접 가담한 임원을 고발한 경우 법원은 약간의 벌금을 부과하는데 그쳤다. 그러나 최근 세탁·주방세계 담합건에 대해서는 법원도 그 폐해의 심각성을 인식하여¹¹⁾ 담합에 직접 가담한 대기업 임원에 대해 처음으로 정식재판을 통해 “최초로 실형”을 선고하였다.¹²⁾ 이는 법원도 카르텔 재발을 방지하기 위해서라도 엄격한 양형기준을 적용하는 것이 필요하며, 이처럼 실형을 선고하는 것이 향후 임직원들의 공동행위를 방지하는데 상당한 효과가 있을 것으로 판단하였기 때문으로 보인다.

3. 법 집행의 질적 수준의 제고

(1) 경쟁 친화적 문화의 확산 및 법 위반의식 제고

카르텔 근절은 자유롭고 공정한 경쟁을 통해 기업 활동을 합리화함으로써 경쟁력을 획득해가는 건전한 경쟁문화의 형성에 필수적이다. 그런데 우리나라에는 아직까지 카르텔 친화적 문화가 사라지지 않고 있다.

11) 법원은 판결의 취지로 “3개 회사는 국내 시장점유율이 82%이상이어서 담합을 하면 전체 주방·세제시장에 영향을 미치며, 세제가격 담합은 서민경제 생활에 직접 영향을 미칠 수 있다. 따라서 자유경제를 지향하는 공정거래법 등의 취지에 비춰보면 대기업 임원인 피고인들의 담합행위는 엄히 처벌할 필요가 있다”고 발표하였다.

12) 법원은 2007.4.26. 법인에게는 3억3천만원((주)LG생활건강에게는 1억5천만원, (주)애경에게는 1억원, CJ라이온에게는 5천만원, CJ에게는 3천만원)을 부과하였고, (주)애경과 (주)LG생활건강의 임원에게는 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였고, CJ라이온의 영업본부장에게는 벌금 3,000만원을 부과하였다고 발표하였다.

6년 이상 장기간 지속된 합성수지 담합, 밀가루 담합, 세탁·주방세계 사건¹³⁾을 보면, 경쟁사의 영업직원들이 직급별로(영업임원회의, 영업부장회의 등) 일상적인 모임을 수시로 가지며, 이 모임에서 가격이나 물량에 대한 정보를 교환하고, 필요할 때는 가격인상수준과 시기, 물량의 범위를 함께 결정한다. 심지어 조직적으로 감시하여 다음 모임때 서로 평가하며, 이러한 결과를 이사회에 보고하기도 한다. 그만큼 우리 기업들은 아직도 카르텔을 심각한 범죄로 받아들이지 않고 있다는 것이다.

이러한 카르텔 친화적 문화와 카르텔에 대한 안이한 법의식은 한국 기업이 국제카르텔 혐의로 외국 경쟁당국으로부터 막대한 벌금을 부과 받고 심지어는 관련 임직원이 실형까지 부과 받게 되는 결과로 나타난다. 구체적으로 살펴보면 1997년 이후 10년 동안 미국, 유럽연합(이하 EU), 캐나다 등 외국경쟁당국이 라이신, 핵산조미료, D-ram 반도체 등 국제카르텔에 가담한 몇몇 한국 기업들에게만 부과한 벌금이 6,248억 원이다. 이는 공정거래위원회가 카르텔에 과징금을 부과하기 시작한 1986년 이래 2006년까지 25년간 카르텔에 부과한 과징금이 총 8,622 억원인 것과 비교해 보면 엄청난 금액이다.

이는 세계 주요 경쟁당국들의 법집행강화 추세와 외국의 다국적기업들의 신속한 인식 변화에도 불구하고, 우리 기업들은 카르텔을 범죄로 인식하지 않는 낮은 법의식 또는 카르텔이 위법하다는 것을 알고는 있지만 외국 경쟁당국의 제재수준이나 국제카르텔에 대한 강력한 집행 의지 등을 고려하지 않은 설마 하는 안이한 자세에 국제무대에 나가서도 국내에서처럼 일상적으로 카르텔을 하는 경향이 계속 되었기 때문이다.

13) 10개사의 합성수지 담합 건은 11년, 4개사의 세탁·주방세계 담합 건은 9년, 8개사의 밀가루사의 담합 건 6년간 지속되었다.

미국 법무성의 카르텔분야 최고 책임자인 Scott Hammond 부차관보는 국제카르텔참여자들 중 카르텔의 위법성을 모르는 경우는 없다고 주장한다. 실례로 라이신 카르텔에 참여한 한국을 포함한 참여자들은 카르텔적발의 위험을 인식하여 호텔 예약시 가명을 사용하고 회사전화가 아닌 집 전화를 이용하여 통화했다고 한다.

이에 공정위는 카르텔에 대한 범위만 의식을 제고하고 경쟁 친화적 문화를 조성하고 홍보하기 위하여 적극적으로 노력하고 있다.

1) 카르텔의 폐해와 카르텔 규제 업무 홍보

2006.2.1. 공정위는 국정브리핑 포털사이트에 ‘카르텔 조사단 블로그’를 설치하여 카르텔의 폐해와 심각성에 대해 소비자와 기업들에게 홍보하고 사업자단체의 홈페이지 연결을 통해 매달 메일을 보내주고 있다. 또한 2006. 3. 24. ‘카르텔 업무 설명회’를 통해 해외 경쟁당국의 카르텔 규제 강화추세에 대비한 우리 기업들의 인식변화의 필요성을 제시하였다.

2) 행정지도와 관련된 카르텔에 대한 법집행 원칙 제시

그동안 공정위는 행정지도에 따른 카르텔이라 하더라도 법령에 따른 정당한 행위로 볼 수 없는 경우에는 이를 용인할 수 없다는 방침을 일관하여 유지해왔다. 예를 들어 국내 2대 시내전화 통신사업자간에 시내전화요금을 담합한 행위¹⁴⁾에 대해서도 사업자들은 후발사업자의 생존을 위한 정통부의 행정지도가 있었다고 주장하였으나 공정위

14) 2003.6월말 시내전화 번호이동성 제도 시행에 따른 고객이탈을 방지하고 양사간 요금격차 축소 목적으로, 한국통신과 하나로텔레콤은 2003.6.23 한국통신은 기존 요금을 유지하는 대신 하나로텔레콤이 요금을 인상·조정해 주면 한국통신이 하나로텔레콤에게 매년 시내전화 시장점유율(가입자 순증 기준) 1.2%씩 2007년까지 이관해 주기로 합의한 것으로 공정위는 2005. 8. 18. 역사상 두 번째로 많은 과징금 1152억을 부과하였다.

는 행정지도가 사업자들의 합의에 직접 영향을 미친바 없으며, 사업자가 자신의 이익을 위해서 별개의 합의를 한 것으로 보아 시정조치를 한 바 있다.

그러나 카르텔 규제를 피하기 위해 일부 기업들이 교묘하게 행정지도를 유도하거나 또는 행정지도를 기회로 이용하여 카르텔을 행하는 경우가 많다. 일부 사업자들은 법적 근거가 없는 행정지도에 의한 카르텔도 위법이라는 사실을 알지 못하는 경우도 있었다. 따라서 행정지도 관련 카르텔에 대한 공정위의 입장을 관계부처 및 기업들에게 명확히 인지시킬 필요성이 있었다.

이에 공정위는 2006.12.27. 행정지도가 개입된 카르텔에 대한 종래의 심결례와 법원 판례 등을 정리하여 행정지도 관련 가이드 라인인 “행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침”을 제정하였다.

이 가이드라인을 제정한 목적은 행정지도가 개입된 카르텔에 대한 규제의 투명성과 예측가능성을 제고함으로써 ①다른 행정기관에 대해 경쟁제한적 행정지도의 자체를 요청하는 한편, ②사업자들이 행정지도를 기화로 카르텔을 하는 것을 방지하기 위한 것이다.

< 가이드라인의 주요 내용 >

(1) 행정기관이 사업자간 합의를 유도하는 행정지도를 한 경우

행정기관이 법령상 구체적 근거 없이 사업자들의 **합의를 유도하는 행정 지도**를 한 결과 부당한 공동행위가 행해졌다 하더라도 그 부당한 공동행위는 원칙적으로 위법하다.

다만, 법령상 구체적 근거가 있는 행정지도에 의해 카르텔이 유발된 경우에는 공정거래법 적용을 제외한다.

즉 다른 법령에서 사업자가 법 제19조제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하는 것을 구체적으로 허용하고 있거나, 또는 다른 법령에서 행정기관이

사업자로 하여금 법 제19조제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하도록 행정지도 할 수 있도록 규정하고 있는 경우이다.

다만 다른 법령상 구체적 근거가 있는 행정지도라고 하더라도 그 행정지도의 목적, 수단, 내용, 방법 등이 근거법령에 부합하고, 사업자들이 그 행정지도의 범위내에서 행위를 하여야 한다.

(2) 행정기관이 사업자들에게 개별적으로 행정지도를 한 경우

행정기관이 사업자들에게 **개별적으로** 행정지도를 한 경우, 사업자들이 이를 기화로 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 사항에 관하여 **별도의 합의를** 한 때에는 부당한 공동행위에 해당한다.

예를 들어 행정기관이 가격인상률을 5%이하로 하도록 각 사업자에 대해 개별적으로 행정지도를 하였는데, 사업자들이 별도의 모임을 갖고서 합의를 통해 가격인상률을 5%로 통일하는 경우에도 부당한 공동행위에 해당한다.

(2) 카르텔 적발능력(적발율) 제고를 위한 제도 정비

카르텔 근절은 제재 수준과 적발능력에 크게 좌우된다. 카르텔의 억지력은 카르텔 참여자가 적발되었을 때 받게 될 제재조치가 카르텔을 하지 않고 경쟁하는데 드는 비용보다 클 때 생긴다. 또한 카르텔은 반드시 적발된다는 적발위험이 클수록 카르텔 근절과 사전예방 효과가 커질 수 있다.

그러나, 카르텔은 속성상 은밀히 이루어지므로 경쟁당국의 정보수집 체계가 아무리 잘 갖추어 있더라도 그 적발에는 한계가 있다. FBI의 수사지원을 받는 미국의 예를 보아도 카르텔 가담자가 적발될 위험부담은 13~17%에 불과한 것으로 분석(1961~88년 기준)¹⁵⁾되고 있다

적발율을 정확하게 알 수는 없지만 공정위가 인지한 사건 중에서 증거를 찾아내서 최종 처분에 이른 사건을 비율을 보면 1981년부터

15) OECD, Report on the nature and impact of Hard Core Cartels and Sanctions against cartels under national competition laws, DAF/COMP(2002)7, 09April2002, p13

2004년 말까지 공정위가 인지한 총 카르텔 사건은 900건인데, 그 처리 결과 경고(또는 시정권고) 이상의 조치가 취해진 사건이 444건(49.3%), 시정조치 이상(시정조치, 고발, 과징금)의 조치가 행해진 사건이 266건(29.6%)이다.

신고 사건 중에는 아무런 입증 자료가 없이 신고되는 경우가 상당수를 차지하고 있는 현실에서 공정위가 임의적 조사권만을 가지고 은밀하게 행해져서 증거 발견이 쉽지 않은 카르텔 조사에 이 정도의 적발율을 올리고 있는 것은 상당한 성과라고 할 것이다. 하지만, 적발율의 제고는 앞으로 공정위가 해결해야 할 가장 큰 과제 중의 하나로 남아있다. 이를 위해서는 카르텔 조사기법의 개발, 경제분석 강화, Leniency 등 제보의 활성화, 조사권 강화가 필수적이라고 하겠다.

1) 기업업무 환경 변화에 대응한 카르텔 조사기법의 개발

우선 카르텔은 갈수록 그 행태가 날로 지능화되고 있으며 정보통신의 발달에 따라 문서 형태의 합의 증거를 찾기는 점점 어려워지고 있는 것이 현실이다. 더군다나, 최근에 와서는 기업체들의 건물이 첨단화되어 직원용 인식카드 없이는 회사내부에 접근하여 조사하는 것 자체가 불가능한 경우도 발생하고 있다.

이처럼 기업의 업무환경이 디지털화, 네트워크화하면서 전자증거 수집의 중요성이 증대되고 있으나¹⁶⁾, 일반 행정공무원만으로 현장에서 즉시 필요한 증거를 확보하는데 한계가 있다. 주요 자료를 은닉(암호화 포함)·삭제하거나 서버 등을 조직적으로 접근 차단하는 경우 전산 전문가가 아닌 일반 행정공무원이 현장에서 이를 즉시 복구하여 증거를 확보하거나, 데이터베이스에 압축·저장된 파일들을 단시간

16) 최근 국내 카르텔 사건도 증거자료 대부분이 전자문서이며, 2005년 서울에서 개최된 ICN 국제카르텔워크숍의 9개 전체회의(Plenary session)중 제5 - 제9 세션이 전자증거 수집에 관한 것일 정도로 중요성이 강조되고 있다.

내에 분석하여 위법행위 증거를 확보하기는 어렵다.¹⁷⁾ 따라서 현장조사 단계에서부터 전산 전문가가 참여하여 전자증거를 충실히 확보하고, 전산 관련 조사방해에 적극 대처할 수 있도록 전자 증거 수집 전문인력의 증원이 필요하다.

또한, 이러한 카르텔 규제 환경에 대응하기 위해 공정위는 직원들의 전자 증거 수집 능력을 강화하기 위해 전산 프로그램 복구 교육 등을 실시하고, 검찰이나 경찰의 전문적 수사기법을 연구하고 관련기관에 조사공무원을 위탁교육을 하는 등의 노력을 경주하고 있다. 또한 다자간, 양자간 협력을 통해 선진 국가들의 조사 경험을 벤치마킹하는 등 다방면으로 노력하고 있다.

2) 자진신고자 감면제도 정비

카르텔 자진신고자 감면제도(Leniency Program)란 카르텔 관련사실을 자진신고(또는 조사과정에서 협조)한 기업에 대해 과징금 등 제재 조치를 면제 또는 감경하는 제도를 의미한다. 카르텔은 은밀하게 이뤄지기 때문에 그 증거를 발견하기 어렵다. 이에 미국, EU, 캐나다 등 세계의 많은 경쟁당국은 자진신고에 대한 유인제공을 통해 카르텔의 적발율을 높이고 카르텔에 참가한 사업자간에 카르텔을 와해시켜 카르텔을 근절하기 위하여 리니언시 제도를 도입하여 운영하고 있으며, 최근 카르텔 감면제도를 일대 혁신하여 실질적인 카르텔 적발 수단으로 활용하고 있다.¹⁸⁾

17) 현장조사 중 눈앞에서 컴퓨터에 있는 자료가 사라져도 서버를 조사·차단하지 않으면 이를 방지하기도 어렵고, 조사방해를 입증하기도 어렵다.

18) 최근 미국이나 EU에서 카르텔 조사에 있어 이 제도가 매우 중요한 역할을 하고 있다. 이는 이들 국가에서 최근 제도 개선을 통해 감면여부 결정의 투명성을 제고하고 경쟁당국의 재량권을 축소하는 방향으로 제도를 개선한 결과인데, 미국에서 93년 제도 개선 이전에는 이 제도의 활용도가 1년에 1건 정도에 불과하던 것이 03년 1분기에는 1개월에 4건 정도로 급증하고 있다. DOJ는 97-02기간동안 카르텔에 부과한 벌금액(총 20억불)중 15억불이 Leniency Program에 의한 것이라고 밝히고 있다. 또한, 국제카르텔 적발의 90%이상이 Leniency Program을 통해 이루어지고 있다고 한다.

우리나라의 경우 자진신고자 감면제도는 지난 97년 도입되었으나, 기존의 제도는 감면 요건에 해당하더라도 감면 여부를 공정위가 재량에 따라 인정할 수 있도록 하고 있어서 신고자나 조사협조자(이하 “신고자 등)가 자진신고를 할 경우 감면의 여부나 정도를 예측할 수 없었다. 이로 인해 신고를 기피함으로써 활용도가 높지 못했던 것이 사실이다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 공정위는 2005년 4. 1, 2006.7.1. 두 차례 대폭 개정하여 시행하고 있다(법 제22조의 2, 시행령 제35조, 부당한 공동행위 신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시).

<2005. 4. 1. 개정 내용>

2005. 4. 1. 공정거래법 시행령 제35조의 감면요건의 개정은 사업자가 리니언시를 신청할 경우 어느 정도 감면혜택을 받을 수 있는지, 그 감면요건의 투명성과 예측가능성을 높이고, 감면여부에 대한 경쟁당국의 재량을 축소하는 방향으로 일대 혁신한 것이다.

또한 공정위는 ‘부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시’를 제정하였다. 이는 구체적인 감면요건 판단기준과 감면신청 절차, 감면여부 결정 절차 등 감면제도의 세부운영 절차에 관한 규정을 신설한 것이다.

가. 구체적인 내용

① 주도/강요 요건 삭제 및 지속적 협조, 카르텔 중단 요건 신설

우선 감면요건에 “위반행위를 주도하거나 다른 사업자에 대해 강요하지 않을 것”과 같은 불확정 개념이 많아 사업자들 스스로 면책여부를 판단하는데 한계가 있었다. 이에 이 요건을 삭제하고 대신 “위반행위와 관련된 사실을 모두 진술하고”, “부당한 공동행위를 중단할 것”이라는 요건을 추

가하였다.

② 단독으로 첫 번째, 두 번째 신청자에 대해서만 감면혜택

또한 2005년 이전 제도에는 감면요건을 충족하는 경우에는 신청한 사업자수에 제한을 두지 않았다. 그래서 예를 들어 5번째 신청하더라도 감면요건에 따라 어느 정도는 감경을 받을 수 있도록 하였고, 심지어는 리니언시 신청도 공동으로 할 수도 있게 되어 있었다.

그러나 사업자간에 신고에 대한 경쟁심을 유발시켜 리니언스 신청을 활성화시키기 위하여 첫 번째, 두 번째 신청자에 대해서만 감면 혜택을 볼 수 있도록 신청 순서에 제한을 두었다.(첫 번째, 두 번째 인지 여부는 리니언시 신청서 접수시점으로 판단한다) 또한 카르텔도 공동으로 하고 리니언시 신청도 공동으로 하면, 증거제출 수준이나 위법성 인정 범위 등에 담합할 우려가 있으므로 2인 이상이 공동으로 감면신청을 할 경우에는 그 감면 신청을 받아들이지 아니하도록 개정하였다

③ 감면요건에 해당되면 자동적으로 감면되도록 감면 혜택 명확화

또한, 2005년 이전에는 리니언시 요건을 충족한 경우에도 “공정위 조사개시전 최초 신고자는 75%이상”, “공정위 조사개시후 최초 조사협조자는 50%~75%” 등 감면 폭이 range로 규정되어 리니언시 신청자가 신청당시에 그 혜택의 폭을 정확하게 예측하기 어려웠다.

이에 감면요건에 해당하는 경우에는 자동적으로 감면을 받을 수 있도록 감면 혜택의 폭을 명확히 규정하였다. 그래서 감면요건을 충족한 경우 최초 신고자에 대해서는 과징금이 자동적으로 100% 완전 면제되고, 두 번째 신고자에 대해서는 30% 감경된다.

④ 조건부 지위확인 제도 도입

또한, 2005년 이전에는 감면요건에 해당되는지 여부에 대해 공정위가 사건에 대한 위법성 판단 심의시에 결정하도록 되어 있어 오랜기간 동안 신청한 사업자들의 불확실성이 컸었다.

이에 리니언시 신청자가 자신이 면책대상이 되는지 여부에 대해 신속한 답변을 받을 수 있도록 “조건부 지위확인 제도”를 도입하였다. 이는 신청자가 제출한 정보와 증거를 검증한 후 감면요건에 충족하고 있다는 결론에 이른 경우 신청자에게 “관련된 사실을 완전히 진술하고 자신이 보유한 모든 관련자료를 제출하는 등 조사가 완료될때까지 끝까지 협조할 것, 제

출된 자료가 허위가 아닐 것, 늦어도 위원회 최종 판단이 있을때 당해 카르텔을 중단할 것”이라는 3가지 조건하에 이 사업자에게 조건부 면제의 뜻을 담은 서류를 교부하는 것이다. 이는 신청서가 접수된 날로부터 15일 이내에(불가피한 경우 60일 이내) 서면으로 통보하는 것으로 사후에 위원회가 이를 승인한다.

⑤ Amnesty Plus 제도 도입

Amnesty Plus 제도는 부당공동해위를 조사받는 자가 당해 공동행위 이외에 자신이 참가하였던 다른 부당 공동행위에 관한 증거를 최초로 제공한 경우에는 그 다른 공동행위에 대해서는 시정조치나 과징금을 완전히 면제하고 조사받는 공동행위에 대해서도 과징금 및 시정조치를 추가적으로 감경 또는 면제 할 수 있는 것이다. 한국 공정위는 2005. 5. 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제5호에 이러한 **Amnesty Plus 제도**를 새로 도입하였다.

조사받는 공동행위(A)의 추가감면 정도는 추가로 신고되는 공동행위(B)의 규모에 따라 달라진다(A>B : 20%, A<B<2A : 30%, 2A<B<4A: 50%, 4A<B : 면제)

⑥ 비밀준수의무 조항 신설

또한 조사공무원의 감면기업에 대한 비밀보호 의무를 명시함으로써 감면신청 기업이 안심하고 감면신청할 수 있도록 “비밀준수의무 조항”을 신설하였다.(공정거래법 시행령 제35조 제2항)

나. 개정의 효과

이러한 개정의 결과 카르텔 적발능력이 강화되었다. 2005년 이전에는 1년에 1건에 불과한 리니언시 신청 건수가 특히 2005년 제도 개선이후 감면제도의 활용도가 획기적으로 높아져 2005년에는 7건, 2006년에는 7건으로 대폭 증가하였다.

이렇게 리니언시 제도를 예측가능하고 투명하게 개정함에 따라 카르텔 조사가 개시되면 카르텔이 적발되었다고 판단한 사업자들이 분초를 다투어 감면신청을 하는 “감면을 향한 경쟁(Race for Amnesty)”이 벌어지고 있을 뿐 아니라, 공정위의 조사 개시 이전에 스스로 자진신고 하는 사례도 급증하고 있다. 한국 공정위가 밀가루 담합(6년간 담합한 8개사에 2006. 3. 3. 434억 과징금 부과)등 장기간 공고하게 지속되어온 대형 카르텔을 적극적으로 적발하고 제재할 수 있는 계기가 되었다. 그 결과 2005년 1년간 감면제도를 적용하여 부과한 과징금만 1,847억원에 이르고 있다.

<2006. 7. 1. 감면고시 개정 내용>

공정위는 2006. 7. 1. 카르텔 자진신고의 절차를 보다 간편하게 하기 위하여 ‘부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시’를 개정하였다. 이로써 한국 공정위는 세계 어느 선진 경쟁당국에 못지않게 리니언시 프로그램을 훌륭하게 정비하게 되었다.

① 구두 감면신청의 허용

지금까지 일정한 서식에 의해서만 자진신고를 할 수 있었다. 그러나 리니언시 고시 개정으로 서면을 제출하기 곤란한 경우에는 구두로도 자진신고를 할 수 있도록 하였다. 이 경우 자진신고 시점이 불명확해지는 것을 막기 위해 공정위의 조사공무원이 구술 내용을 녹음하거나 녹화하는 방법으로 위반행위의 사실의 개요와 제출한 증거의 목록을 근거자료로 남기도록 하였다.

② 간이 감면신청후의 보정기간 연장

내용이 복잡하거나 기간이 오래된 카르텔에 있어서 자진신고자가 카르텔의 전모를 파악하고 증거자료를 수집할 충분한 시간을 보장해주기 위해 간이신청후 보정기간을 연장하였다. 그동안에는 최장 12일(원칙적으로 7일, 부득이한 경우 5일간 연장)이었으나 이번 리니언시 고시 개정으로 최장 75일(원칙적으로 15일 이내로 하되 증거수집에 장기간이 소요되는 등 정당한 사유를 소명하여 요청할 경우 60일 범위내에서 추가 연장 가능)로 보정기간이 연장되었다.

이렇게 리니언시 고시 개정으로 자진신고가 보다 간편해짐에 따라 더욱더 신고가 활성화되었고, 2007년에 구두감면 신청 건수가 3건으로 증가하였다.

<향후 전망>

가. 제도 개선 측면

현재의 리니언시 활성화 추세는 카르텔을 조기에 적발하고, 충분한 증거를 확보하여 해당 산업분야의 카르텔을 근절시키는 계기가 되게

하는 긍정적 측면이 있다. 그러나 2005.4.1. 개정으로 1, 2순위에게만 리니언시 혜택을 주는 “감면을 향한 경쟁(Race for Amnesty)”제도와 간이신청제도(Marker)를 도입하면서 단지 순위확보 경쟁에만 그칠 뿐, 진정으로 카르텔을 반성하고 조사에 최대한 협조(full cooperation)하기 위해 리니언시 신청을 한 것으로 볼 수 없는 사례가 발생하고 있다. 따라서 개정 2년이 지난 현 시점에서 리니언시 제도가 계속 활성화 될 수 있도록 하면서도, 동시에 리니언시 제도를 악용하는 사례에 대해 적극적으로 대처할 수 있는 방안에 대해 고민할 필요가 있다.

우선 ‘부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시’(이하 리니언시 고시라 한다) 관련하여 검토가 필요한 사항을 살펴보면 다음과 같다.

예를 들어 ① 리니언시 신청시 공동행위의 개요 정도만 기재된 간단한 신청서만 제출한 후 일정한 보정기간 동안 증거자료를 제출할 수 있도록 한 현행 간이신청제도의 요건을 좀 더 강화 할 필요성이 있는지 여부(리니언시 고시 제7조 및 8조 관련), ② 간이신청시 제출하는 신청서상의 “공동행위 개요” 내용을 필수적 기재사항임을 명시하도록 하고 기재해야할 개요 내용을 EU처럼¹⁹⁾ 좀 더 구체화시켜 신

19) EU도 2006. 12. 8. 리니언시 제도를 개정하면서 신청당시에 진술해야할 정보를 “위원회가 위법사실을 찾을 수 있고, 표적조사를 할 수 있는 정보(carry out a target inspection)”로 구체화하고 명확히 하였다.

(a) A corporate statement (2) which includes, in so far as it is known to the applicant at the time of the submission:

① 목적, 활동 기능이 포함된 카르텔 모임, 관련 시장, 취급상품 또는 서비스, 관련 지역, 카르텔 기간, 시장규모, 카르텔 참가자의 특정 시간, 장소 내용, 카르텔 모임 시 주고 받은 내용과 참석자 명단, 제출한 증거에 대한 충분한 설명(A detailed description of the alleged cartel arrangement, including for instance its aims, activities and functioning; the product or service concerned, the geographic scope, the duration of and the estimated market volumes affected by the alleged cartel; the specific dates, locations, content of and participants in alleged cartel contacts, and all relevant explanations in connection with the pieces of evidence provided in support of the application)

청서 접수시부터 카르텔의 핵심내용을 명확히 확보할 수 있는 방안(리니언시 고시 제7조 및 별질 관련), ③ 보정기간(원칙 15일, 부득이한 경우 추가 60일 연장 가능)동안 최대한 증거자료 제출을 확보할 수 있는 방안(리니언시 고시 제8조 관련), ④ 신청자간 카르텔 인정범위와 조사방법 등을 담합할 우려 등을 고려할 때 지위확인 제도가 있음에도 불구하고 리니언시 신청서 접수시 접수 순위를 미리 알려 주는 현행 제도를 계속 유지할 필요성이 있는지 여부(리니언시 고시 제10조 관련), ⑤ “합의서 등 직접증거 또는 진술서와 이를 간접적으로 입증하는 상당한 증거”로 규정된 현행 “공동행위 입증에 필요한 증거”내용을 좀 더 구체적이고 명확하게 명시할 필요가 있는지 여부(리니언시 고시 제4조 관련), ⑥ 조사기간동안 신청인의 최대한 조사협조(full cooperation)를 이끌어내기 위해 EU처럼²⁰⁾ “지속적 협조”의 내용

② 면제신청자 및 해당 카르텔에 가담한 기업들의 이름, 주소(The name and address of the legal entity submitting the immunity application as well as the names and addresses of all the other undertakings that participate(d) in the alleged cartel)

③ 신청자가 아는 범위내에서 신청자 본이 및 대리인을 포함하여 해당 카르텔에 가담 또는 가담했던 사람들의 성명, 지위, 사무실 위치, 집 주소 등(The names, positions, office locations and, where necessary, home addresses of all individuals who, to the applicant's knowledge, are or have been involved in the alleged cartel, including those individuals which have been involved on the applicant's behalf)

④ 해당 카르텔과 관련하여 다른 경쟁당국과 접촉한 적이 있는지 또는 접촉할 의향이 있는지 여부(Information on which other competition authorities, inside or outside the EU, have been approached or are intended to be approached in relation to the alleged cartel)

20) EU의 지속적 협조의 요건을 보면 아래와 같다.

신청인은 리니언시 신청부터 위원회 조사진행 동안 내내 진실되고(genuinely: accurate, not misleading, complete information), 완전하고(fully), 지속적이며(continuous), 신속하게(expeditiously) 협조할 것이며 아래사항을 포함한다.

① 자신이 보유하고 있거나 수집가능한 카르텔과 관련된 모든 증거와 정보를 신속하게 제출할 것(providing the Commission promptly with all relevant information and evidence relating to the alleged cartel that comes into its possession or is available to it)

② 사실확정에 필요한 위원회의 어떠한 요구에도 신속하게 답변하여 위원회의 처분을 유지시킬 것(remaining at the Commission's disposal to answer promptly to any request that may contribute to the establishment of the facts;)

③ 현직 임직원(가능하다면 퇴직직원 포함)과 위원회의 면담이 가능하도록 할 것

을 더 구체화할 필요성 여부(리니언시 고시 제5조 관련), ⑦ 간이신청 후 증거자료를 오히려 은닉·과기하거나 타사업자와 담합하여 위반행위의 범위를 축소하는 등 리니언시 제도를 악용하는 사업자에 대해 단순히 지위확인을 취소하는 것에 그치는 것이 아니라 과징금을 가중하는 등의 추가 제재가 필요한지 여부(리니언시 고시 제21조 관련) 등에 대해 종합적으로 검토할 필요가 있다.

그외에도 시행령 제35조 제1항과 관련하여 추가적인 검토가 필요한 사항을 살펴보면 다음과 같다.

예를 들어 ⑧ 2005.4.1. 예측가능성을 제고하기 위하여 리니언시 요건에서 삭제 하였던 “담합을 주도 또는 강요하지 않을 것”이라는 요건을 단지 제일 먼저 리니언시를 신청하였다는 이유로 담합을 주도/강요한 사업자에게까지 과징금을 전액 면제하는 것은 지나치다는 사회 법 감정을 고려하여 이를 다시 시행령에 규정할 것인지, 아니면 주도/강요의 개념이 불확실하고 실무상 입증이 어려워져 실제 집행가능성이 낮은 점, 예측가능성을 높이기 위해 2005.4.1.에 위 규정을 삭제했던 취지, 현행 리니언시 제도의 활성화 추세를 계속 유지하기 위해서라도 자주 리니언시 제도를 개정하는 것은 타당 하지 않은 점 등을 고려하여 현행 규정을 유지할 것인지 여부, ⑨ 최초 신고에 대한 경쟁심을 유발시켜(speed-wins race for amnesty) 리니언시 제도를 활성화시키기 위해 1, 2위 신청자에 대해서만 리니언시 혜택을 제한하였

(making current (and, if possible, former) employees and directors available for interviews with the Commission)

④ 카르텔과 관련된 증거와 정보를 임의로 과기, 조작, 은폐하지 말 것(not destroying, falsifying or concealing relevant information or evidence relating to the alleged cartel);

⑤ 경쟁당국이 동의하지 않는 한 그 누구에게도 심사보고서가 통보되기 전에는 그 누구에게도 행위 사실 및 리니언시 신청사실을 누설하지 말 것(not disclosing the fact or any of the content of its application before the Commission has issued a statement of objections in the case, unless otherwise agreed)

으나, 다른 나라와 다르게 강제조사권이 없어 담합의 증거를 확보하기가 어려우므로 이를 극복하기 위하여 좀 더 많은 사업자가 리니언시를 활용하게 할 필요성이 높다는 현실적 필요성을 고려하여 리니언시 혜택의 범위를 추가적으로 3위, 4위까지 더 늘릴 것인지 여부 등에 대해서도 더 많은 논의와 검토가 필요하다고 본다.

나. 리니언시 제도 운영에 관한 철학적 측면

한편 리니언시 신청에 의해 과징금이 전액 면제되는 사례가 증가하면서 리니언시 제도 운영과 관련하여 다양한 시각과 문제의식이 표출되고 있다.

리니언시 제도가 활성화되어 카르텔 적발에 도움이 되고, 궁극적으로 카르텔을 와해하고 근절하는 데에 기여하는 점에서는 바람직하지만, 한편으로는 시장점유율 1위 사업자가 한때는 카르텔을 통해 많은 부당이득을 취하면서도 막상 적발을 앞두고서는 가장 먼저 리니언시 신청을 하여 과징금을 전액 면제받는 상황은 사회 정의의 측면에서나 다른 참가 사업자와의 형평성 측면에서 너무 부당하지 않는가라는 시각이 있다.

그러나 이러한 주장은 언뜻 표면적으로 보면 이해는 되지만, 단지 시장점유율 1위 사업자가 면제받는다는 사실만 너무 크게 부각된다면 많은 선진 경쟁당국이 리니언시 제도를 도입하여 운영하고 있는 취지가 왜곡될 수도 있음을 고려할 필요가 있다.

시장점유율은 해당 사업자의 영업능력과 관련된 것이므로 리니언시 제도와 직접 관련이 없다. 카르텔은 참가사업자 모두에게 부당이득을 주는 것이고 그러한 공동의 이해가 있기 때문에 카르텔을 하는 것이다. 특별하게 시장점유율이 높은 사업자에게만 그 이득이 돌아가는 것은 아니기 때문에 리니언시 제도와 시장점유율을 직접 연관시킬 필요가 없다.

따라서 시장점유율 1위인 사업자가 담합을 주도하거나 강요하였다는 증거가 있는 경우에는 위 ⑧의 문제의식과 관련되어 있으므로 논의할 필요가 있다고 할 수 있다. 그러나 시장점유율 1위인 사업자가 담합을 주도하거나 강요하였다는 증거라 특별히 없음에도 불구하고 단지 시장점유율 1위 사업자니까 주도하였을 것이고, 그렇게 주도하였을 것으로 예상되는 사업자가 리니언시를 1위로 신청하였다는 이유로 과징금을 전액 면제받는 것이 지나치다는 주장은 리니언시 제도의 도입 배경과 취지에 비추어 볼때 설득력이 약하다.

즉 리니언시 제도는 본래 카르텔을 한 사업자에 대해서는 엄중히 제재할 필요성은 크지만, 그래도 은밀히 이루어져 적발이 쉽지 않고 증거를 찾기가 어려운 카르텔의 속성상 자진신고를 통해 카르텔을 조기에 적발하여 소비자 피해를 예방하고, 참가 사업자간의 카르텔을 와해하여 카르텔을 근절하고자 하는 목적과 필요성이 훨씬 더 크기 때문에 도입·운영하고 있는 것이다. 따라서 이러한 제도의 취지를 본다면 아무리 시장점유율 1위의 사업자가 리니언시를 신청하여 과징금을 전액 면제받는 결과가 발생하더라도 이는 리니언시 제도 운영의 결과상 어쩔 수 없이 받아들일 수밖에 없는 측면이 있다.

따라서 담합을 주도하거나 강요한 사업자에게까지 리니언시 혜택을 줄 필요가 있느냐의 문제와 시장점유율이 1위 사업자에게까지 리니언시 혜택을 주는 것은 지나치다는 것은 별개의 문제이므로 이 두 쟁점은 분리될 필요가 있다.

이에 담합을 주도하거나 강요하였다는 명백한 증거가 없는 상황에서 리니언시를 신청하지도 않고 끝까지 카르텔을 부인하여 과징금을 부과 받은 사업자들이 리니언시를 1순위로 신청하여 과징금을 전액 면제 받은 사업자에 대해 갑자기 시장점유율이 1위인 사업자니까 주

도하였을 것이고, 그렇게 주도한 사업자가 리니언시 신청도 제일 먼저 하여 과징금을 전액 면제받는 것은 자신들과 비교할 때 형평에 반한다고 주장하는 것은 논리적 근거가 약하며, 형평성을 적용하기에도 부적당하다고 판단된다.

따라서 리니언시 제도 운영의 현실적 필요성과 개별 구체적인 사안에서의 사회정의, 형평성 측면에서 제기되는 문제의식과의 괴리를 최소화하는 방안에 대해서 연구가 필요하다고 보며, 이에 대한 공감대를 넓힐 필요가 있다고 본다.

3) 카르텔 신고 포상금 제도의 도입

공정위는 카르텔에 대한 신고를 활성화하기 위하여 2002년2월부터 부당한 공동행위의 제보자에 대한 보상제도를 운영하고 있으며, 이를 2006. 4월 법개정시 법적 근거를 명확히 하도록 공정거래법 제64조의 2를 신설하였고, 기존에 1억원이었던 카르텔에 대한 신고포상금 지급액의 한도를 10억원까지 대폭 상향조정하였다.

공정위는 이 제도가 제3자나 특히 내부고발자의 신고를 활성화함으로써 카르텔에 대한 적발력 제고에 크게 기여할 것으로 기대하고 있다.²¹⁾

21) ※ 포상금 산정방법 : 포상금을 지급받기 위해서는 신고는 반드시 카르텔을 입증하기 위해 필요한 증거를 포함한 것이어야 하며, 신고포상금은 위원회의 당해 행위에 대한 제재의 정도에 따라 산정된 지급기준액에 제출된 증거의 가치에 따라 결정되는 일정 비율을 곱하여 최종 산정하도록 하였다.

지급 기준액	증거가치에 따른 최종 지급액 산정
① 과징금이 부과되는 경우 i) 과징금 5억원 이하 : 5% ii) 과징금 5억원~500억원 : 1% iii) 과징금 500억원 초과 : 0.5% - 지급기준액 : i)+ii)+iii) - 최저기준액 : 500만원	上 : 기준액의 80~100% 中 : 기준액의 60~80% 下 : 기준액의 40~60%
② 시정명령 : 200만원 (경고 100만원)	

Ⅲ 카르텔 법집행의 향후 정책 방향

1. 법개정(안) 내용

카르텔 근절을 위한 적극적인 법집행으로 카르텔 규제의 성과는 그 어느 때보다도 높았으나 그동안 법 운용과정에서나 이론적 측면에서 개선해야할 사항들이 아직도 많이 남아 있었다. 이에 공정위는 2006. 4. “카르텔 법·제도 선진화 T/F”를 구성하여 부당한 공동행위를 효율적으로 규제하기 위한 법 개정 사항을 검토해 왔으며, 그 결과를 모아 제14차의 공정거래법 개정안을 제출하였다. 현재 국회 계류 중이다.

법개정안의 구체적인 내용을 보면 다음과 같다.

(1) 입찰담합 제제 근거 신설 등

1) 현행법 제19조 제1항은 카르텔 행위 유형을 8가지로 규정하고 있으나, 입찰담합의 경우에는 그 근거규정이 명확하지 않았다. 예를 들면 8개 사업자가 8개의 입찰에 순번제로 입찰을 담합하기로 하고 각 입찰에는 2개 사업자씩 참가하기로 합의하고 이를 실행한 경우 각 입찰에 참여하지 않은 사업자들 사이에는 낙찰가에 대한 합의가 없다. 이런 경우는 위 8가지 어느 유형에도 해당되지 않아 법조 적용에 어려움이 있다.²²⁾ 이에 법개정안 제19조 1항 제8호는 위 8가지 외에 “입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자, 투찰가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 결정하는 행위”를 별도의 위반행위로 추가하였다.

22) 실제로 입찰담합의 본질은 합의에 의해 낙찰자를 정하는 데 있으므로 이에 대한 규제 근거는 제19조 제1항 제4호(거래상대방 제한)로 보아야 한다는 견해도 있음 (서울대학교 법학연구소, “사업자단체가 개입된 카르텔 유형 및 근절방안 연구”, 2004.10. 공정거래위원회 용역보고서, 58면 참조)

2) 또한 현행법 제8호의 다른 사업자의 사업활동 방해의 내용을 기타 “다른 사업자”의 사업활동 또는 사업내용을 방해하는 행위로 규정되어 있어 카르텔 참가 사업자간 내부의 상호구속을 포괄할 수 없다는 지적이 있었다. 이에 현행 제19조 제1항 제8호를 “다른 사업자(당해 행위에 참가한 사업자를 포함한다)”로 개정하여 카르텔 참가사업자간 내부의 상호구속을 포괄할 수 있도록 변경하였다.

3) 또한, 현재 카르텔 위법성 판단기준이 공정위의 내부지침으로 운영되고 있어 국민의 예측가능성 보장에 미흡한 측면이 있었다. 이에 상세한 위법성(경쟁제한성) 판단기준은 공정위가 정하여 고시할 수 있도록 제19조 제6항을 신설하여 부당한 공동행위의 심사기준 제정의 법적 근거를 마련하였다.

(2) 카르텔 추정 조항의 개정

현행법 제19조 제5항은 은밀하게 이루어지는 카르텔의 특성상 증거를 발견하기가 쉽지 않으므로 그 입증의 부담을 덜어 카르텔을 규제하고자 도입된 것이지만, 추정의 요건에 논리적인 모순이 있고 추정의 대상이 불명확하여 해석상 논란이 야기되어 왔다.

현행규정은 가격결정이나 판매량 조정 등 일정한 “행위의 외관상 일치”와 “실질적 경쟁제한성”만 있으면 “부당한 공동행위”를 추정하도록 규정되어 있다.

1) 그러나 경쟁제한성은 공동행위의 성립이 입증된 후에 그 행위에 대한 평가를 하는 요소인데 이를 부당한 공동행위의 추정요건으로 규정한 것은 논리적으로 모순되는 측면이 있다. 이러한 규정형식으로 인해 실질적 경쟁제한성을 “합의를 전제로 하지 않는 상태에서” 입증해야 한다는 부당한 판례이론까지 나오게 되었다.²³⁾

23) 커피제조사들의 담합 건에서 법원은 “법 제19조 제5항에 기하여 사업자들의 합

또한 추정의 대상을 “부당한 공동행위”로 규정하고 있기에 제1항에서 말하는 부당한 공동행위를 합의와 동일한 개념으로 규정함으로써 추정의 대상이 “부당성”까지 추정하는 것처럼 오해될 소지가 있다.

이에 추정의 대상을 “합의”에 한정하고 “경쟁제한성”은 추정의 요건에서 제외하여 경쟁제한성을 다른 카르텔과 같이 일반적인 기준에 의해서 판단하도록 하였다.

2) 또한, 부당한 공동행위 추정과 관련하여 종전에는 2 이상 사업자의 실질적 경쟁제한 행위가 있는 경우 명시적 합의가 없더라도 부당한 공동행위로 추정하도록 하여 다른 정황증거가 없더라도 카르텔의 외관(행위 외형의 일치)으로부터 바로 구성요건의 핵심요소인 “합의”를 추정케 함으로써 사업자에게는 부담이 과도한 측면이 있다. 공정위도 이런 부분을 고려하여 실무 운영상으로는 행위외형의 일치 외에 이러한 외형의 일치가 합의에 의한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있다고 판단되는 여러 정황증거를 함께 입증하는 방향으로 추정제도를 운영해왔다.

이에 개정안은 ① 카르텔의 외관과 ② 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 경우에만 합의를 추정하도록 규정하였다.

3) 이처럼 여러 정황증거가 있는 경우에 법률상 추정되도록 개정하는 것에 대해 이는 공정위의 입증 부담을 강화하는 것이므로 법집행

의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 ‘경쟁제한성’은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 ‘경쟁제한성’을 가리키는 것이므로, 그 ‘경쟁제한성’ 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 할 것(대판 2002.3.15, 99두 6514, 99두6521(병합))이라고 판시하였다.

이 약화되는 것은 아닌지에 대한 의문을 제기할 수 있다.

그러나 ① 종래에도 공정위 실무상 상당한 정황증거가 있는 경우에만 추정조항을 적용하였으므로 이처럼 개정되더라도 카르텔에 대한 법 집행이 약화될 우려는 없다. ② 또한, 외관의 일치는 담합의 결과일 수도 있으나, 치열한 경쟁이 이뤄지는 시장에서도 가격 등 외관의 일치가 나타날 수 있다. 따라서 외관의 일치만으로 합의를 추정할 수 없고, 이를 뒷받침하는 정황증거가 있어야 한다는 것이 전 세계 모든 국가의 제도와 관행이므로 특별히 우리나라만 법집행이 약화되는 것으로 볼 수 없다. ③ 오히려 추정조항 적용요건을 엄격하게 함으로써 위헌 시비 등을 방지하고 법집행의 정당성을 높일 수 있을 것으로 기대된다. ④ 또한, 개정안은 외관의 일치와 합의 사이에 엄격한 인과관계가 있을 것을 요건으로 하지 않고 “상당한 개연성”으로 규정하여 인과관계 입증을 다소 완화하였다. 이는 법집행의 책임성을 높이고 기업의 부담을 완화하였다고 할 수 있다. ⑤ 또한 그동안 공정위가 법 제 19조 제5항의 추정규정을 적용한 사건에 대한 법원의 판례 동향을 보면 법원이 추정 요건으로 정황증거가 필요 없다고 하면서도 개별·구체적 판결에서는 그 외관의 일치가 후발업체가 일방적으로 선도업체의 가격을 단순히 모방한 경우에 불과하다고 하여 공동행위의 추정을 북돋는 사례가 많으며(커피판결 : 대판 2002. 3. 15. 99두6514, 화장지판결 : 대판 2002.5.28. 2000두1386, 맥주판결: 2003.2.28.2001두946), 단순한 일방적 모방인지는 당시의 시장상황, 의사연락 증거 등 각종 정황증거 유무로 판단하고 있다. 결과적으로 법원도 공정위가 현재 운영하고 있는 것처럼 합의를 입증할 만한 상당한 정황증거의 유무에 의해 공동행위의 추정조항을 적용하고 있다.²⁴⁾ 따라서 개정안처럼 정황증거를 합의

24) 커피판결에서 고등법원이 공정위가 제출한 정황증거(경쟁사 영업직원간에 수차례 가격에 관한 팩스교환 증거 등)로 볼때 합의가 추정된다고 하였으나, 대법원은 공정위가 제출한 위 동일한 정황증거가 원고들간의 합의 내지 암묵적 양해를 추정하기에 부족하다고 보면서 오히려 추정북돋 사유로 인용하였다.

추정 요건으로 명확히 하면, 이러한 추정을 복멸하기 위해서는 이러한 정황증거에 반대되는 사실을 본증으로 제공할 때만이 추정이 복멸될 수 있으므로 그 입증책임과 그 범위 관계를 명확하게 했다고 할 수 있다.

(3) 공공부문 입찰담합 감시를 위한 자료요구 규정 신설

국가, 지방자치단체, 공사 등 공공부문에서 입찰담합이 빈번히 발생하고 있어 그로 인한 피해가 큰 것으로 보인다. 이에 공정위는 2006년부터 조달청으로부터 입찰관련 정보를 온라인으로 전송받아 입찰담합 징후를 자동 분석하는 시스템을 도입하여 운영하고 있으며, 2007년에는 이를 수자원공사, 도로공사 등 4개 공사로 확대하여 위 시스템을 운영할 계획을 갖고 있다.

그러나 조달청의 전자조달시스템에는 전자입찰 결과를 포함하고 있으나, 현장입찰 실시분에 대한 낙찰결과 정보는 포함되어 있지 않고 있으며, 방위산업청, 기타 대형 공사 등 독자적 조달시스템을 운영하는 기관도 존재하여 현재처럼 조달청의 전자조달시스템에 입력된 정보만으로는 공공부문 입찰담합 감시에 불완전한 측면이 있다. 이에 발주기관으로부터 입찰관련 정보를 추가로 제출받을 필요성이 있으나 이를 요청할 명확한 법적 근거가 없어 관련 자료의 수집에 어려움이 있어 왔다.

이에 개정안 제19조의2는 공정위가 국가·지방자치단체 및 정부투자기관(이하 공공기관)에게 입찰담합을 적발하거나 방지하기 위하여 입찰과 관련된 자료제출이나 기타 협조요청을 할 수 있도록 그 법적 근거를 마련하였으며, 공공부문 입찰담합 징후 분석 시스템과 관련하여 발주기관이 입찰관련 정보를 제출할 의무를 규정하였다.

(4) 자진신고자 등에 대한 비밀보호 강화

현행 시행령 제35조 제2항은 “조사공무원”은 신고자 또는 조사협조사의 사전 동의 없이 신원, 제보내용 등을 타인에게 제공하거나 누설하지 못하도록 규정하고 있다.

그러나 법률상 비밀보호의 근거 조항이 없고, 시행령에서는 조사공무원의 비밀누설 금지의무를 규정하고 있어 공정위가 기관차원에서 적극적인 비밀보호 조치를 마련하는데 미흡한 측면이 있다. 또한 자진신고자 감면제도 활성화를 위해서는 자진신고자 등이 누구인지 다른 사업자에게 알려지지 않도록 분리심의, 의결하는 등 적극적으로 비밀보호 조치를 마련하는 것이 시급하였다.

이에 개정안은 제22조의2 제2항을 신설하여 공정위 및 소속공무원으로 하여금 소송수행 등 대통령이 정하는 경우를 제외하고는 신원, 제보내용 등 자진신고나 제보와 관련된 정보 및 자료를 사건처리와 관계없는 자에게 제공하거나 누설하지 못하도록 규정하였다. 그리고 구체적인 비밀보호 방법은 대통령령에 위임하여 위원회 심의시 자진신고자 및 조사협조자를 분리 심의하는 등의 비밀보호 방법에 대한 법적 근거를 마련하였다.

(5) 카르텔 관련 경과조치 개정

2004년 12월 공정거래법 개정시 공정거래법 제22조의 과징금 부과 상한을 상향 조정(5%→10%)하면서 부칙 제8조에 경과조치 규정을 두었다.²⁵⁾ 따라서 경과규정의 취지상 이 경과규정은 구체적인 과징금

25) 부칙 제8조(부당한 공동행위의 과징금에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 행위로서 이 법 시행 전에 종료되거나 이 법 시행이후에도 그 상태가 지속되는 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다.

액의 부과와 관련된 공정거래법 제22조 규정의 적용과 관련되어서만 적용되어야 마땅하다.

그러나 이 부칙 제8조는 “이 법 시행 전의 행위로서 이 법 시행 전에 종료되거나 이 법 시행이후에도 그 상태가 지속되는 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다”라고 규정되어 “법 제22조의 과징금의 적용”이라고 한정하지 않았다. 따라서 이 경과규정이 공정거래법 제22조의 과징금액 적용뿐만 아니라 리니언시 신청에 의해 과징금이 면제되거나 감경되는 자진신고자에 대한 과징금 감면 규정(공정거래법 제22조의 2, 시행령 제35조)에도 동 경과규정의 부칙이 적용되는 것으로 해석이 되었다. 이렇게 되면 리니언시 제도를 활성화시키기 위하여 리니언시 제도를 2차례(2005.4.1, 2006.7.1.)나 대폭 개정된 내용이 상당기간 집행될 수 없으며 이는 실제 자진신고자 감면제도 활성화에 장애요인으로 작용하고 있다.

또한, 이 규정은 카르텔에 대한 과징금을 상향조정하면서 일종의 적응기간을 부여하기 위해 둔 것이므로 그 경과규정의 성질상 한시적으로 운영할 수밖에 없다. 이 경과규정 부칙에 의하면 “이 법 시행 전의 행위로서 … 이 법 시행이후에도 그 상태가 지속되는 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다”이므로 2005. 4. 1.이전에 시작된 카르텔은 그 이후 아무리 오래 지속되고 있더라도 5%의 과징금 부과율을 적용하여야 하는 상황이 발생한다. 그러나 이는 장기간 지속되어 지금도 중단하지 않고 있고 앞으로 계속하면 10% 상한으로 과징금을 부과 받을 수 있다는 것을 알면서도 법이 개정된 후까지도 카르텔을 지속하고 있는 악질적인 카르텔 행위자에 대해서도 오히려 관대하게 처분하는 결과가 된다. 결국 이 부칙규정을 계속 유지할 경우 장기간 지속된 카르텔은 앞으로도 유지하는 것이 이익이라는 잘못된 신호를 시장에 주는 결과가 될 수 있다. 따라서 현 시점에

서 경과규정을 개정할 필요가 있다. 또한 동법 시행 후 상당한 적응 기간을 부여하였으므로 경과조치 적용을 배제할 필요가 있다. 이에 개정안은 2005. 4. 1. 시행 법률의 부칙 제8조를 개정법 공포후 3개월이 경과한날 이후까지 계속되는 부당한 공동행위에는 적용하지 않도록 하였다.

2. 한·미 FTA 체결에 따른 카르텔 법집행의 변화 및 대응

(1) 한·미 FTA에서 체결된 경쟁법 분야 내용

한·미 FTA 협상은 2006. 2. 2.에 개시되어 1년 2개월만인 2007. 4. 2.에 타결되었다. 향후 협정문에 서명하고 국회비준 동의를 거쳐 양국 국내절차 완료를 통보한 후 60일 이후 발효될 예정이므로 앞으로도 이 협정문이 발효되기까지는 최소 1년 이상이 소요될 것으로 보인다

한·미 FTA에 경쟁법 챕터를 두는 목적은 경쟁제한행위로 인해 무역자유화 효과가 상쇄되는 것을 방지하기 위한 것이다. 경쟁법 챕터는 경쟁법 관련사항, 지정독점·공기업 관련사항, 소비자보호 협력사항 등 크게 3개 분야에 대해 규정하고 있다.

그중 경쟁법 분야의 내용을 보면, ① 각 당사국은 경쟁법 및 경쟁법 집행을 위한 경쟁당국을 유지·운영하고, 경쟁법 집행에 있어 국적에 따른 차별행위를 하지 않아야 한다. ② 또한, 심판과정에서 피심인의 진술 및 증거제출권, 상대방 증거에 대한 반론권, 증인 등에 대한 교차신문권 등 절차적 권리를 보장하여야 한다. ③ 각 당사국은 자국의 경쟁법 집행을 책임지는 경쟁당국에게 피심인과의 합의에 의해 행정적 또는 민사적 집행 조치를 해결할 수 있는 권한을 부여(동의명령제

의 도입)하여야 한다. ④ 또한, 경쟁법 집행활동, 예외제도 및 최종 결정문 등을 공개하도록 함으로써 투명성을 보장하는 것이다.

경쟁법 집행 관련 사항 중 동의명령제를 제외하고는 우리가 이미 시행하고 있으므로 내용으로서 다른 후속조치가 필요하지는 않다.

(2) 한·미 FTA 체결에 따른 경쟁법 집행의 환경 변화

한·미 FTA 타결로 ‘개방’과 ‘경쟁’의 시대가 본격화 되었으며, ‘경쟁력 확보’가 지속성장을 위한 국가적 과제로 부상될 것으로 보인다. 또한 산업전반의 제도·관행·법률들이 글로벌 스탠다드에 부합하는 수준으로 빠르게 변화할 것으로 보이며 특히 우리 기업들의 국제경쟁력을 키우는 방법에 대한 논의가 확산될 것으로 보인다. 이에 정책패러다임이 보호에서 경쟁으로 전환되어 과거 보호주의적 조치는 ‘경쟁원리’와 ‘경쟁문화’를 바탕으로 국가 경제정책을 재설계할 필요성이 높아질 것이다. 또한 정부정책을 경쟁정책적 관점에서 평가·개선하여 경제·사회 전반에 ‘경쟁친화적’ 환경을 조성할 필요성이 높아질 것이다. 이러한 환경변화에 따라 각 산업 분야별로 ‘경쟁원리’와 ‘경쟁문화’를 확산시킬 수 있는 공정위의 적극적인 기능과 역할이 요구될 것이다.

또한, 이러한 시장 환경 변화에 따라 경쟁법 집행환경에도 일부 변화가 있을 것으로 예상된다. 한국과 미국기업간의 상호교류가 활발해지고 양국의 국내시장에서 활동하는 상대국 사업자 수가 증가하여 상대국 시장에서 활동하는 상대국 사업자에 대한 역외적용이나 자국에서 활동하는 상대국기업에 대한 경쟁법 집행수요가 증대할 것으로 보인다. 이처럼 한미 양국의 경쟁법집행 관할이 교차되거나 중복되는 현상이 심화되면 양국 경쟁당국의 상호협력 필요성이 더욱 증대될 것이다.

(3) 한·미 FTA 체결에 따른 카르텔 집행의 변화 및 대응

(가) 국제카르텔 증가

한·미 FTA 체결로 개방화가 높아지면 사업자들이 시장개방으로 인하여 높아진 경쟁압력을 회피하기 위하여 카르텔을 형성할 위험성이 증대될 것으로 보인다. 특히, 국내·외 기업간의 국제카르텔 증가가 우려되며, 국내시장에서 외국기업을 배제하기 위하여 외국기업을 대상으로 한 국내 사업자들과의 카르텔도 증가할 가능성이 있다.

1) 따라서 향후 공정위의 국제카르텔 감시역량을 지속적으로 강화해 나갈 필요가 있다. 이에 공정위는 국제카르텔 전담팀을 신설하여 전문역량을 강화할 예정이다. 국제카르텔은 국내카르텔과 달리 절차가 복잡하고 조사가 어려우며, 국제 공조조사와 비밀유지 등을 위해 국제협력이 지속적으로 필요한 분야이다. 따라서 국제카르텔 사건을 처리함에 있어 일관성을 유지하고 효율적으로 처리하기 위하여 전담조직을 신설하고, 국제법과 외국어에 능통할 수 있도록 조사관의 역량을 강화하며, 국제카르텔 매뉴얼 작성 등 효율적인 사건처리 절차를 마련하는 등 국제카르텔을 적극적으로 집행할 수 있는 기반을 마련해 나갈 필요가 있다.

2) 또한, 국제카르텔 사건을 적극적으로 법집행 해나가기 위해서는 위반행위 종료일로부터 5년으로 제한된 현행 제49조제3항의 시정조치 제척기간²⁶⁾의 개정을 검토할 필요가 있다.

26) 공정거래법 제49조(위반행위의 인지·신고 등) ④ 공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반하는 행위가 종료한 날부터 5년을 경과한 경우에는 당해 위반행위에 대하여 이 법에 의한 시정조치를 명하지 아니하거나 과징금 등을 부과하지 아니한다. (이하생략)

공정거래법상 처분시효 기한이 5년이므로 사건인지가 늦게 이루어 지거나 조사 및 심사보고서 작성에 장기간이 소요되는 국제카르텔 사건의 경우 시간제약으로 사건을 부실하게 처리할 우려가 있다. 특히 현재 공정위는 비타민, 흑연전극봉 사건에서도 그렇지만 보통은 외국 경쟁당국의 제재사실을 단서로 하여 국제카르텔 사건에 대한 조사를 착수하는 경우가 많다. 그러나 외국 경쟁당국에서는 조사착수후 2~3년후 제재사실을 공표하기 때문에, 공정위가 제척기간내에 시정조치 및 과징금부과를 하기에는 현실적인 어려움이 있다.

특히 위 규정은 제척기간이므로 중간에 시효가 중단되거나 정지된다고 볼 수 없다. 따라서 처분시효 완성 시점에 이르는 경우, 시급한 처리를 요하거나 검토에 상당한 시간이 소요되는 복잡한 국제카르텔 사건의 경우 사건 처리에 어려움이 있다. 실제 이번 D-ram 국제카르텔 사건처럼 시효가 임박함을 알고 피심인들이 자료 제출을 거부하거나 심의연기 요청 등으로 심의대응을 해와 조사에 착수한 이후에도 심결이 지속될 경우 제척기간이 도과될 수 있다. 이럴 경우 시효중단 제도가 있는 다른 외국 경쟁당국은 시정조치하는데 한국 공정위만 시정조치를 못하는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 상황은 앞으로 공정위가 국제카르텔 조사 확대 방침에 가장 큰 장애가 될 수 있다.

이에 현행 제척기간을 EU처럼²⁷⁾ 조사를 개시한 경우 시효를 중단

27) EU는 경쟁법 위반행위가 종료된 날로부터 5년의 기간이 지나면 벌금을 부과할 수 있는 권한은 소멸되지만, 위반행위에 대한 조사 또는 소추를 개시하면 그 진행이 중단된다.(※ Regulation(EC) No 1/2003 on the implementation of the rules.)

Article 25. 3) Any action taken by the commission...shall interrupt the limitation period for the imposition of fines or periodic penalty payments. Actions which interrupt the running of the period shall include in particular the following

- a. written requests for information...
- b. written authorizations to conduct inspections issued to its officials...
- c. the initiation of proceedings...

하거나 정지하는 것으로 개정하거나, 처분시효기간 자체를 연장(5년→7년)하는 방안을 검토할 필요가 있다. 또한 미국도 위반행위 종료후 4년이내에 법원에 소추를 하여야 한다²⁸⁾고 되어 있으므로 우리처럼 처분시효가 아닌 공소시효 개념이라서 상대적으로 우리보다 조사할 수 있는 기간이 길다. 따라서 한·미FTA 체결로 증가되는 국제카르텔에 대해 지금보다 더 적극적으로 국제카르텔 집행의 필요성에 비추어 볼 때 동 제도를 외국과 비교하여 시급히 개선할 필요가 있다.

(나) 경쟁 친화적 문화 조성·홍보의 필요

지금까지 우리 국내기업은 국내에서의 친카르텔 문화에 익숙해 있었고, 카르텔이 적발되더라도 국내에서의 매출 규모가 작아 제재수준이 낮았다. 이에 우리 기업은 외국에서도 국내에서와 같이 관행적으로 카르텔을 해오다가 1997년 이후 미국, EU, 캐나다 등 외국 경쟁당국으로부터 6,248억원이라는 엄청난 벌금을 부과받기도 하였다.²⁹⁾ 그 중 미국으로부터 부과받은 벌금이 5,111억원에 달하고 있다.

세계 주요 경쟁당국이 카르텔에 참여한 기업 및 개인에 대한 법집행을 강화하는 추세이지만, 특히 미국 법무부는 1990년대 이후 다른 어느 나라보다도 자국 시장에 영향을 미치는 국제카르텔에 대한 법집행을 강화하고 있다, 2005년 미국 법무부가 처리중인 사건 중 50%이

d. notification of the statement of objections...

28) 미국 클레이튼 법 제4b : 클레이튼법 제4조(피해자 소송), 제4A(연방정부의 소송), 제4C조(주 검찰총장에 의한 소송)은, 당해 소인의 발생후 4년 이내에 개시하지 않을 때에는 이를 영구히 제기할 수 없다.

29) 라이신 사건으로 제일제당, 세원아메리카 등이 1996.8 미국으로부터 약 150만불 벌금, EU로부터 2000. 6. 1,721만 유로의 벌금을 부과 받았고, 핵산조미료 사건으로 제일제당, 대상저팬 등이 2001. 8 미국으로부터 300만불 벌금을, EU로부터 2002. 12. 5백만 유로의 벌금을 부과 받았으며, 제일제당이 2005. 8. 캐나다로부터 17.5만 달러(CAD)의 벌금을 부과받았다. 또한 운송료 담합 사건으로 한진해운 등이 1998. 9. EU로부터 5천만 유로의 벌금을 부과받았으며, DRAM 사건으로 2005. 10. 삼성전자와 하이닉스가 미국으로부터 485백만불을 부과 받았다.

상이 국제카르텔 사건이다. 또한 2004년 6월 법개정이후 기업과 개인에 대한 제재수준이 대폭 강화되어³⁰⁾ 최근 벌금 규모도 급증하는 추세에 있다. 특히 미국은 개인에 대한 제재 특히 인신구속형이 가장 효과적인 카르텔 근절 수단으로 보고 있고, 외국기업인에게 제공하던 No-jail Deal이 폐지됨에 따라 향후 국제카르텔에 연루된 외국인에 대한 인신구속형이 증가할 전망이다

이번 한·미 FTA 체결의 내용 중 각 당사국은 경쟁법 집행에 있어 국적에 따른 차별행위를 하지 않기로 하고, 경쟁법 집행활동의 투명성을 보장하기로 하였으므로 미국은 앞으로 더욱 더 외국 사업자에 대한 국제카르텔 집행을 강화할 것으로 보인다.

따라서 우리 기업들이 안이하게 대처하다가 국제카르텔에 연루되는 것을 방지하고, 카르텔의 폐해를 인식하여 카르텔을 예방할 수 있도록 세계 각국의 카르텔 규제 동향, 미국의 카르텔 규제 제도·집행동향, 카르텔 제재의 세계화에 다른 국내기업의 카르텔 대응전략 등에 대한 충분한 교육과 홍보가 필요할 것이다.

이에 공정위도 2006. 3. 24. 기업들을 상대로 카르텔 관련 업무설명회를 개최한 바 있으며, 사업자단체를 포함하여 690여개의 수신처를 대상으로 매월 1회 제19조 및 제26조 위반행위 관련 심결례와 판례 정책 등을 요약하여 이메일 서비스를 실시하고 있다. 앞으로도 이와 유사한 설명회와 메일 서비스를 통해 카르텔에 대한 국내의 법개정

30) <미국의 카르텔 제재 강화(2004.6전후) 추세>

	2004. 6. 이전	2004. 6. 이후
기업에 대한 제재	- 1천만불, - 소비자 피해액의 2배, - 사업자 이득의 2배 중 큰 금액	- 1억불, - 소비자 피해액의 2배, - 사업자 이득의 2배 중 큰 금액
개인에 대한 제재	벌금 : 35만불 이하 금고 : 3년 이하	벌금 : 100만불 이하 금고 : 10년 이하

내용, 집행동향, 대응방안에 대한 설명을 통해 국내기업의 대응력을 제고하고 카르텔에 대한 경각심을 고취할 예정이다.

(다) 미국과의 국제협력 강화 필요

경제의 글로벌화로 국제카르텔, 초국경적 M&A 등이 증가하고 있는 상황에서 경쟁제한적 행위들을 효과적으로 규제하고, 경쟁법 집행에 있어서 국가간 마찰을 방지하기 위해 경쟁당국간 협력이 필요하다. 특히 한·미 FTA가 체결됨에 따라 우리나라와의 교역규모가 크고 세계 경쟁법·정책의 흐름을 주도하며 국제카르텔에 대한 경쟁법 역외 적용 등 법집행 활동이 활발한 미국 경쟁당국과의 체계적인 협력관계 구축이 반드시 필요할 것으로 보인다.

이에 공정위는 그동안 한미 FTA 경쟁챕터 협상과 병행하여 진행되고 있던 양국간 경쟁법집행 협력협정이 금년 중으로 체결되도록 추진할 예정³¹⁾이다. 현재 추진 중인 한미 경쟁법집행 협력협정이 체결될 경우, 상대국의 중요한 이익에 영향을 미치는 카르텔 조사 등에 있어서 통보, 협의 등의 의무가 발생하며, 양국 공동 관할사건에 대한 원활한 협력 및 조정이 촉진될 수 있다. 다만, 비밀정보의 교환은 국내 법과의 상충문제(공정거래법 제62조 조사정보의 타목적 사용금지), 피조사기업의 조사거부 우려 등으로 포함되지 않았으며, 향후 지속적인 검토가 필요하다. 또한, 양국간 협력관계가 협정규정만으로 구축되는 것은 아니기 때문에 인적네트워크 형성, 상호신뢰관계 조성 등의 노력이 필요할 것이다.

31) '03. 11. 제7차 한미 연례협의회에서 추진을 합의하였으며 양측이 초안을 전달하여 협상중이며 현재, 최종 협정문안에 대한 의견조율중이다. 한미 경쟁법 집행 협력 협정은 지금까지 공정위가 외국 경쟁당국과 체결한 MOU나 협력약정과 달리 미국과의 협력협정은 법률의 효력을 갖는 조약(treaty)이 될 것이다.

IV. 맺은 말

지금까지 카르텔 법 집행 현황과 제도 정비에 관한 성과를 정리해 보고, 향후 법 개정 방향과 한·미 FTA 체결에 따른 카르텔 법집행 전망을 살펴보았다.

공정위가 지금까지 카르텔 집행을 정책의 최우선 순위에 두고 적극적으로 법집행해온 결과 사건처리 수나 제재수준에서 다른 어느 때보다도 상당한 성과를 보여 왔다. 하지만 아직도 사업자들의 카르텔에 대한 관대한 법의식, 친 카르텔 문화에 비추어볼때 앞으로도 카르텔에 대한 적극적 법집행과 제재수준의 강화가 필요할 것으로 보인다.

하지만 이를 위해서는 카르텔에 대한 엄격한 법집행은 시장경제질서 확립에 필수적이며 당연하다는 사회적 공감대가 지속적으로 확대될 필요가 있다.

또한, 리니언시 제도가 본래의 취지대로 잘 운영되어 카르텔 적발·시정에 기여할 수 있도록 리니언시 제도 개선에 대한 깊은 연구가 필요하다고 본다.

또한, 한·미 FTA 체결로 외국 경쟁당국간의 국제협력의 필요성이 증대되고 있으므로 적극적인 협력체제 구축으로 글로벌 스탠다드에 맞는 제도를 갖추고 또한 증가되는 국제카르텔에 적극적으로 집행할 수 있는 기반을 갖추어 필요가 있다고 본다.

제 2 주제

공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안

발 표 자 : 홍대식 (서강대학교 법학부 교수)

공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안

홍 대 식
(서강대학교 법학부 교수)

I. 공정거래법상 과징금 제도의 목적에 관한 논의

시장경제가 전제로 하고 있는 시장기구가 정상적으로 그 기능을 수행하게 하고 그 전제가 침해되었을 때 이를 회복하기 위한 국가의 경제정책을 경쟁정책이라고 할 때, 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』(이하 “공정거래법”이라고 함)은 그와 같은 경쟁정책을 법적으로 표현한 경쟁법의 근간이 되는 법률이라고 할 수 있다. 국가의 역할이라는 관점에서 볼 때 국가가 사회조화의 실현을 위하여 경제질서를 조정하고 경제과정에 개입하는 것을 포괄적으로 지칭하는 경제정책을 시장기구의 전제를 형성하기 위한 구조정책 또는 질서정책, 시장기구의 전제를 회복하기 위한 경쟁정책과 거래질서 공정화 정책¹⁾, 시장기구의 실패를 보완하기 위한 산업정책과 소비자정책, 시장기구의 한계를 극복하기 위한 사회정책 등으로 분류할 수 있는데, 시장의 기능을 확대하기 위하여 국가의 역할이 점차 축소되어야 한다는 시대적 요청을

1) 시장에서의 경쟁을 보호하고 확보하는 정책을 일컫는 용어로는 유럽의 경쟁정책(Competition Policy)과 미국의 반독점정책(Antitrust Policy)이 일반적인 용어이나, 우리나라의 경우 시장에서의 경쟁이 논의되기 전 단계 또는 예방적 단계에서의 공정한 거래질서의 확립이 중요한 정책과제로 자리잡아 왔을 뿐만 아니라 이를 위하여 개발되어 온 법 집행의 기준이 경쟁법의 해석과 적용에도 영향을 미치고 있는 것이 사실이다. 과거 이러한 정책도 넓은 의미의 경쟁정책의 범주에 포함되는 것으로 이해된 경향이 있으나, 이 글에서는 이를 ‘거래질서 공정화 정책’으로 지칭하여 개념상 구별하기로 한다.

따르더라도 국가가 시장감시자로서 기능하는 경쟁정책은 오히려 강화되어야 한다는 주장²⁾이 유력하다. 논란의 여지는 있으나, 최근 몇 년 사이에 공정거래법을 비롯한 공정거래관련법의 집행을 책임지고 있는 공정거래위원회(이하 “공정위”라고 함)의 법 집행이 활발하게 이루어지는 것은 우리나라 시장경제체제의 단계적 발전에 따라 정부의 역할이 바뀔에 따른 자연스런 현상이라고 할 것이다. 공정위의 법 집행 강화에 따라 외형상 사업자들의 규제 부담이 늘어나고 있는 것처럼 보이는 것은 우리나라의 시장경제체제가 고도화되어 경제정책의 수행과제의 우선순위가 변천하고 있음에도 규제기관 간의 경쟁(Regulatory Competition)으로 인하여 단계별 정책 전환의 지체와 전환기의 중복 현상이 발생하고 있는 것과 무관하지 않다.³⁾

공정거래법은 그 법 집행의 방식으로 공정위에 독과점적 시장구조를 개선하기 위한 시책을 수립·시행하고 이를 위하여 시장구조에 대한 일반적인 조사뿐만 아니라 사업자에 대한 조사를 행하는 권한을 부여⁴⁾하고 있기도 하지만, 공정위의 주된 법 집행은 범위반행위에 대하여 적절한 시정조치를 내리거나 과징금을 부과하는 행정적 불이익

2) 권오승, “경제적 경쟁에 있어서 국가의 역할”, 서울대학교 법학 제45권 제1호 (2004. 3.), 159 내지 161면. 이 논문에서는 국가가 경제활동에 개입하는 경우를 시장경제가 정상적으로 기능할 수 있는 조건을 형성하는 동시에 이를 감시하는 경우와 시장의 실패를 교정하기 위한 경우로 크게 나누고, 국가의 역할을 시장감시자로서의 역할, 시장참여자 또는 시장형성자로서의 역할, 시장보완자로서의 역할로 구분하여 설명하고 있다.

3) 다만 시장경제체제의 고도화 단계에서 우선순위가 있는 경쟁정책과 소비자정책에 관한 법 집행을 산업별 특성을 고려하지 않고 일반 경쟁법 집행기관에서 독점적으로 수행하도록 하는 것이 효율적인가 아니면 산업 유형에 따라서는 해당 산업에 대한 산업정책을 수행하였거나 수행하고 있는 기관에게 분권화된 집행 권력을 부여하는 것이 효율적인가 하는 점은 별개로 논의할 문제이다.

4) 공정거래법 제3조 참조. 다만 같은 조 제3항에 기한 사업자에 대한 조사권한의 한계가 불분명하여 공정거래법 제49조 제1항, 제50조에 기한 구체적 위반행위에 대한 조사와 실제로 잘 구별되지 않고 심지어는 구체적인 혐의나 조사 범위를 특정하지 않고 행하는 포괄적인 조사를 구체적인 위반행위 적발의 단서로 활용하려는 경향에 대하여는 진지한 법적 검토가 필요하다.

을 가하여 당해 범위반행위로 인한 경쟁질서 또는 거래질서에 대한 침해의 회복을 통하여 질서를 구제하거나 장래에 향하여 동종·유사의 범위반행위가 발생하는 것을 억제하는 방식으로 이루어진다. 그런데, 공정위의 행정적 집행수단 가운데 과징금 제도는 1980년 공정거래법 제정 시에 우리 법체계에 처음으로 도입된 것으로서 과징금을 통한 금전적 불이익의 부과가 경제적 이익을 추구하는 사업자들의 시장 행동에 영향을 줄 수 있다는 점에서 상당히 효과적인 법 집행수단으로 인식되어 왔을 뿐만 아니라 공정위의 법 집행 실무가 과징금 제도를 도입한 다른 개별 행정법 집행체계에도 영향을 주어 왔다. 반면에 위반행위에 대한 과징금의 제재적 기능이 보다 강조되면서 위반사업자에 대하여 부과하는 과징금 액수가 천문학적으로 증가하는 경향을 보임에 따라, 금전적인 부담의 크기로 볼 때는 형사적 제재의 수준을 훨씬 뛰어넘는 과징금 부과 및 산정기준의 규범적인 적정성과 타당성에 대한 법적인 심사가 강화⁵⁾되어 왔다. 한편 과징금이 실제적 또는 잠재적 위반사업자에 대한 경제적 유인체계(*incentive*) 기능에 충실하지 못하고 오히려 당해 사업자 및 이해관계인들에게 바람직스럽지 못한 부수적 효과(*side-effects*)를 미칠 가능성⁶⁾이 제기될 수 있다.

5) 법원에서 취소되는 공정거래 사건의 상당수는 과징금 부과의 재량 행사에 있어서 공정위의 재량권 일탈·남용으로 인한 위법이 쟁점이 되고 있다. 최근 신문 보도에 의하면, 공정위의 패소율(일부승소 제외)은 2004년 12.8%에서 2005년 17.8%, 2006년 22.9%로 해마다 높아지고 있는데, 법원이 과징금부과처분의 재량권 일탈·남용 여부만 판단할 수 있고 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적절한 처분인지를 판단할 권한이 없는 데에서 발생하는 판단의 한계로 인하여 과징금부과처분의 일부에 취소사유가 있어도 특별한 사정이 없으면 법원이 전부 취소를 해야 하는 문제도 통계 수치에 영향을 주고 있다고 생각된다.

6) 과징금이 부과될 경우 당해 회사의 사채권자와 기타 채권자들은 자신들이 보유한 채권의 가치 감소로 인한 손실을, 피고용자들은 과징금 납부의 필요로 유발된 비용 절감 노력으로 인한 부담을 감내하게 될 수 있다. 또한 불완전경쟁의 특징을 갖는 상품 시장에서 경쟁하는 기업들이라면 결국 보다 높은 가격의 형태로 소비자들로부터 과징금 부담을 일부 회복하기 마련이므로, 소비자 역시 손실을 부담하는 결과가 될 수 있다.

그 동안 공정거래법상 과징금 제도에 관한 법적 논의는 과징금의 부과가 부당이득의 환수를 주된 목적으로 하는지, 아니면 위반행위에 대한 제재를 주된 목적으로 하는지와 관련하여 과징금의 의의와 법적 성격을 규명하는 데 집중되었다. 이러한 논의 전개 과정에는 법원 판결도 관여하고 있는데, 공정거래법 위반행위의 유형이 워낙 다양하다 보니 행위 유형에 따라 법원의 판시 내용도 조금씩 차이가 있어⁷⁾ 법원의 판결을 어떻게 이해하는가 하는 점은 집행의 방향을 지시하는 과징금의 법적 성격에 대한 접근 방식에 있어 논자에 따른 적지 않은 차이를 야기하고 있을 뿐만 아니라 과징금 부과 실무를 담당하는 공정위 관계자들의 의식 형성에도 영향을 미치고 있다.⁸⁾

이 문제에 대한 필자의 기본적인 생각은 부당이득의 환수나 위반행위에 대한 제재나 하는 이분법적인 사고를 극복하여 기능적인 관점에

7) 예컨대, 불공정거래행위와 부당한 공동행위에 관한 대법원의 판결은 “법상의 과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 범위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것”(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결. 대우자동차판매 사건)이라고 하거나 “법 제22조에 의한 과징금 부과는 원칙적으로는 범위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것”(대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결. 군납유류 구매입찰담합 사건)이라고 하고 있는 반면, 부당지원행위에 관한 대법원의 판결은 “부당지원행위를 한 지원주체에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차 등을 종합할 때 부당지원행위의 억지라는 행정 목적을 실현하기 위한 입법자의 정책적 판단에 기하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득 환수적 요소도 부가되어 있는 것”(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결. 현대1차 부당지원 사건)이라고 판시하고 있다.

8) 부당한 공동행위와 관련하여 공정거래법상 과징금 제도에 대한 법리적·경제적 해석을 시도한 한 연구자는 자신의 연구의 단초를 제공한 사례로서 용인 동백지구의 건설사 분양가 담합 사건에 대한 공정위 과징금 부과와 관련한 피해자 입주민의 민원 제기와 공정위의 답변 내용을 인용하고 있다. 그에 따르면, 아파트 담합에 대한 직접적인 피해자는 입주민인데 과징금은 국가로 환수되는 돈이므로 과징금을 입주자에게 돌려줄 것을 청원하는 입주민의 민원 제기에 대하여 공정위 관계자는 과징금은 행정질서 위반자에게 부과하는 행정벌로서 부과되는 것으로 탈루세금의 환수조치와 같이 부당이득에 대한 환수가 아니라고 답변하였다고 한다. 이인권, 부당공동행위에 대한 합리적 규제의 틀과 대안 모색, 한국경제연구원 (2006), 35 내지 36면.

서의 발상의 전환이 필요하다는 것이다. 즉 과징금의 주된 목적은 사업자가 경제적 이익을 추구하는 과정에서 초래된 위반행위를 대상으로 이를 억제하는 것, 즉 위반행위의 억제(deterrence)가 되어야 하고, 그와 같은 억제의 목적을 달성하기 위한 방법으로서 어느 정도는 경제적 이익을 환수(disgorgement)하는 방법에 의하고 어느 정도는 위반행위자를 단순히 제재(sanction)하는 방법에 의할 것인가 하는 것은 한계적 억제(marginal deterrence)⁹⁾의 관점에서의 정책조합(policy mix)의 선택의 문제라고 하는 것이다. 다만 어떤 정책조합이 억제의 목적 달성에 보다 비례적이고 실효성 있는 방법인가 하는 점이 관건이므로, 기능적인 관점에서 과징금의 유효성은 위반행위 억제 수단으로서의 적합성을 기준으로 평가되어야 하고, 규범적인 관점에서는 과징금의 비형사적 성격을 중시하여 실체법적인 산정기준을 설계하고 절차적인 부과 및 심사체계를 마련함에 있어 법 집행수단으로서의 과징금 제도의 한계를 설정하고 준수하는 작업이 수반되어야 할 것이다.

이하에서는 과징금 제도에 대한 기능적인 접근을 위한 이론적 토대를 제공하는 경제학적 접근방식에 대한 소개로부터 시작하여(II.) 경제학적 접근방식에 따른 적절한 억제수준 설정의 대안으로 규범적으로 논의될 수 있는 기준을 개관하고(III.), 현행 공정거래상 과징금 제도의 현황을 간략히 설명한 후(IV.) 제도 개선과 관련된 쟁점과 방안을 살펴보는(V.) 순서로 논의를 전개하기로 한다.

9) 한계적 억제의 개념은 위법행위를 할 것인가 안 할 것인가를 결정하도록 하는 문제가 아니라 여러 단계적인 위법행위 중 더 중대한 위법행위에 대한 기대처벌비용이 그보다 중대성이 약한 위법행위에 대한 그것보다 커서 더 중대한 위법행위를 억제하게 되는 문제와 관련이 있다. 신도철, “범죄와 형벌의 경제적 분석: 개관”, 법경제학연구 제2권, 한국법경제학회 (2005), 28면; 경제학에서는 합리적 판단은 사람들이 이미 하고 있는 행동이나 가지고 있는 계획을 조금씩 바꾸어 적용하는 방식으로 한계적으로 이루어진다는 기본원리에 입각하여 경제활동으로서의 선택과 그 성과의 상관관계를 분석한다. 예컨대, 사람들은 공부를 할 것인가 TV를 볼 것인가를 양자택일의 문제로 판단하는 것이 아니라 지금 한 시간을 더 공부할까 아니면 그 시간에 TV를 볼 것인가 하는 한계적 선택의 문제로 판단한다.

II. 유효한 억제수단으로서의 적합성 판단기준 (경제학적 접근)

과징금 제도의 주된 목적을 위반행위의 억제로 보는 관점은 억제효과가설(deterrence effect hypothesis)에 따른 법경제학적 분석에 기초한다. 억제효과가설은 다른 모든 요소가 변하지 않은 상태에서 벌칙을 도입할 경우 벌칙이 적용되는 행위의 발생이 감소할 것이라고 예측한다. 이는 벌칙이 관련된 행위에 대하여 갖는 경제적 유인체계로서의 역할¹⁰⁾을 중시하는 것이다. 억제효과가설에 따른 경제분석은 ‘경제이론의 비경제적인 사회현상에의 적용’에 크게 기여한 시카고 대학의 베커(C. Becker) 교수의 형사정책에 대한 경제분석에 기반을 두고 있는데, 미국에서는 반독점법 위반행위를 형사벌로 처벌하기 때문에 반독점법 집행에 관한 법경제학적 분석에도 원용되었다.¹¹⁾

물론 이러한 방법론은 현실의 열린 세계를 닫힌 세계화하여 일정한 가정과 이를 전제로 한 단순화한 경제 모형을 사용하는 것이므로, ‘다른 모든 요소가 변하지 않는다면’이라는 가정을 충족하기 어렵다면 예측능력이 떨어진다는 한계가 있다. 그러나, 그러한 한계에도 불구하고 공정거래법 위반행위에 대하여 법위반행위로 인한 기대이익과 기대처벌비용을 상정하여 비교하는 것이 가능하고 위반행위의 동기나 성과의 요소를 일정 부분 통제(control)할 경우 기대이익과 기대처벌비

10) 선택의 학문으로서의 경제학은 개인들의 의사결정(선택) 과정에 관련된 기본원리의 하나로서 사람들이 경제적 유인체계에 반응한다고 보고 경제적 유인체계로서의 새로운 규제를 도입하였을 때 그에 대한 대상자의 반응을 분석하는 방법론을 채택한다. Mankiw, N. Gregory, 김경환·김종석 역, 맨큐의 경제학(제3판), 교보문고(2005), 8 내지 10면.

11) 대표적인 것으로 Landes와 Posner의 연구를 들 수 있다. Landes, William, “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, 50 University Chicago Law Review 652 (1983); Posner, Richard, A., 정영진·주진열 역, 미국 독점규제법(제2판), 다산출판사 (2003), 제10장.

용 사이에 높은 상관관계(correlation)가 나타날 것을 예상할 수 있다.¹²⁾ 따라서, 위반행위에 대한 금전적 불이익이 억제효과가 있다는 억제효과가설을 적용하여 유효한 억제수단으로서 적합한 과징금 부과 수준을 상정할 수 있을 것이다.

일반적으로 이익극대화의 목적을 갖고 있는 사업자가 비용절감의 사회적 이익 없이 사회적 후생 손실만을 가져오는 위반행위를 행하는 경우를 전제로 할 때, 억제효과가 있는 과징금 부과 수준을 설정하기 위하여 고려할 수 있는 기준으로는 이익 환수 기준(gain-based method)과 사회적 피해 기준(harm-based method)을 들 수 있다.

이익 환수 기준은 행위자와 그 상대방의 거래관계에서 위반행위로 인하여 발생한 이익을 측정하여 이를 환수하는 방법이다. 환수의 대상이 되는 금액을 산정하는 방법은 판매자의 이익(seller's profit)을 기준으로 할 수도 있고 그에 상응하여 위반행위로 인하여 피해를 입은 구매자의 손실(buyer's loss)을 기준으로 할 수도 있다. 그런데, 판매자의 이익에는 소비자잉여가 판매자에게로 이전되어 발생하여 구매자의 피해와 대응되는 부분도 있지만 효율성 증대를 가져오는 이익에 해당하는 부분도 있을 수 있다. 만약 경쟁제한적 효과뿐만 아니라 효율성 증대 효과도 발생시키는 위반행위에 대하여 과징금을 부과하기 위하여 이익 환수 기준을 취하면서 그 이익에서 효율성 증대를 가져오는 이익에 해당하는 부분을 공제하여 '부당한' 이익만을 추정하지 않는다면 사회 전체 후생의 관점에서 바람직한 성과를 가져오는 행위를 형성할 유인까지 억제하게 되어 경제적 효율성의 관점에서는 과잉억제(overdeterrence)를 초래할 수 있다.

이에 대하여 사회적 피해 기준은 거래관계에서 발생하는 이익 또는

12) 홍대식, “공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문(2006. 8.), 42 내지 43면.

그에 상응하는 피해를 환수하는 것 이상으로 그 위반이 사회에 부담시킨 비용과 동일한 비용을 위반자에게 부담시키도록 과징금을 계산하는 방법이다. 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이익이 독점이윤에 해당한다면 그로 인한 사회적 비용은 사회적 후생의 순손실, 즉 사중손실(deadweight loss)이라고 할 수 있으므로, 사회적 후생손실은 [독점이윤 + 사중손실]¹³⁾로 계산된다. 독점이윤에 상응하는 과징금은 부당이득 환수적 요소에, 사중손실에 상응하는 과징금은 제재적 요소에 상응할 수 있으므로, 경제적으로는 사회적 피해 기준이 부당이득 환수적 요소와 제재적 요소를 한계적으로 고려하는 억제 목적에 비추어 보다 정확한 기준이라고 할 수 있을 것이다.

나아가 잠재적 위반행위자는 한계기대이익과 한계기대비용이 일치하는 지점에서 자신의 행위수준을 정하면서 적발확률이 높지 않으면 위반의 기대비용을 적발확률로 할인할 것이므로, 과징금 산정의 기준이 되는 사회적 후생손실을 기준으로 과징금을 산정하는 것만으로는 부족하고 적발확률을 고려하여 위반행위자의 기대비용에 영향을 주는 조정을 거칠 필요가 있다. 이러한 조정은 적발확률의 반비례를 고정된 배수로 나타낸 수치인 징벌승수를 곱하는 방식으로 이루어질 수 있으므로, 그에 따른 산식은 [독점이윤 + 사중손실] x 징벌승수가 된다.

그러나, 경제이론과 분석 모형에 의한 설명을 실제 사건에 적용하려고 할 경우에는 많은 문제점이 노정된다. 즉 독점이윤과 사중손실 측정과 입증, 적발확률과 징벌승수 추정은 매 사건마다 반복하여 행하기에는 부담스럽고 어려운 과정일 뿐만 아니라 법실무의 부담을 경감하기 위하여 유형화된 산정기준을 개발한다고 하더라도 예컨대, 입찰담합의 단순 참여자의 경우와 같이 부당이득이 발생하지 않는 경우에

13) 독점이윤은 가격인상으로 인하여 독점사업자에게로 소득이 재분배됨으로써 발생한 소비자잉여 감소분을, 사중손실은 가격인상으로 인하여 소비자가 아예 구입을 포기하거나 다른 제품으로 대체하여 발생한 자원배분의 손실분을 의미한다.

는 가정적·추상적 이익을 설정하여야 한다는 어려움을 야기한다. 또한 부당이득 환수는 행위의 결과라는 측면이지만 기본적으로 제재적 요소를 수반하는 과징금은 결과 발생을 반드시 초래하지 않더라도 그 위험성이 높은 위반행위를 대상으로 하여 행위책임을 추궁하는 것이고, 사업자들에게 시장에서 엄격히 금지되는 행위와 시장 상황에 따라서 허용 범위 내에 있는 행위를 구별하고 예측하는 기준을 제시하기 위해서는 행위책임의 개별화가 필요하다는 점도 고려되어야 한다.

따라서, 법실무에 있어서는 경제분석의 모형으로 제시된 적정한 억제 수준 설정의 대안으로 독점이윤과 사중손실 측정을 대체할 수 있는 현실적인 기준, 즉 대리변수(proxy)를 상정할 필요가 있다.

Ⅲ. 적정한 억제 수준 설정의 대안으로서의 규범적 기준(법학적 접근)

적정한 억제 수준 설정의 대안으로서 독점이윤과 사중손실 측정의 대리변수로서 상정할 수 있는 것으로는 부당이득액, 총 매출액이나 관련 매출액과 같은 매출액, 그리고 일정한 범위의 정액을 들 수 있다. 여기서는 실제 입법례를 중심으로 기본과징금 산정의 기초로 제시된 대리변수로서의 규범적 기준을 부당이득액 기준, 매출액 기준, 정액 기준으로 분류하여 살펴보기로 한다.

다만 상당수의 입법례는 어느 한 기준만이 아니라 여러 기준을 병행하여 채택하고 있는 점에 주의할 필요가 있다. 예컨대, 미국, 호주, 뉴질랜드의 경우에는 부당이득액 기준, 매출액 기준, 정액 기준을 병행하고 있고,¹⁴⁾ 독일은 부당이득액 기준, 매출액 기준을, 우리나라는 매출액 기준, 정액 기준을 병행하고 있다.

14) 미국은 형사적 벌금인 데 반하여, 호주와 뉴질랜드는 민사금전벌(civil penalties)의 형태인 점에 차이가 있다.

1. 부당이득액 기준

부당이득액 기준은 위반행위로 인하여 사업자가 초과하여 얻은 이윤인 부당이득액을 독점이윤과 사중손실의 대리변수로 사용하는 기준이다. 경제적 접근에서 본 이익 환수 기준과 유사하지만, 사회적 피해 기준을 경제적 접근의 모형으로 보았을 때 부당이득액을 독점이윤과 사중손실을 대체하는 규범적 기준으로 사용한다는 점에서 개념적으로 구별될 수 있다. 부당이득액과 선택적으로 소비자피해액을 기준으로 규정하고 있는 입법례가 있는데, 소비자피해액의 경우 그 산정의 어려움과 함께 과징금의 산정요소라기보다는 손해배상청구소송에서 중요한 요소라는 점¹⁵⁾ 때문에 과징금 부과 수준 설정을 위해서는 소비자피해액보다는 행위자가 위반행위로부터 부당하게 취득한 부당이득액을 기준으로 하는 것이 더 실제적이다.

입법례로는 미국과 같이 위반자 이익 및 소비자 피해 기준을 채택하는 경우와 호주, 뉴질랜드, 독일과 같이 위반자 이익 기준을 채택하는 경우가 있다. 미국은 셔먼법 위반행위의 벌금형의 상한 중 하나를 위반행위로 얻은 ‘이익/피해의 2배’를 한도로 하여 위반자 이익 및 소비자 피해 기준을 법에서 규정하고 있다. 한편 호주는 거래관행법(Trade Practices Act), 뉴질랜드는 1986년 상법(Commercial Act 1986)에 정한 위반행위의 벌금형의 상한 중 하나를 ‘이익의 가치’ 또는 ‘상업

15) 특히 위반행위자가 판매한 상품이 전전 유통되어 최종 소비자에게 도달하기까지 여러 단계를 거치게 되는 경우 손해 전가(passing-on)의 문제 때문에 소비자피해액이 부당이득액보다 더 큰 액수가 될 수 있으나, 산정의 대상이 되는 소비자의 범위가 행위자의 범위만큼 명확하다고 할 수 없을 뿐만 아니라 소비자피해액의 회복에 상응하는 부분까지 과징금으로 환수하게 될 경우에는 이중배상의 위험을 배제할 수 없게 된다. 부당이득액과 소비자피해액의 구별에 관하여는 홍대식·윤미경, “부당한 공동행위로 인한 소비자피해액 규모의 측정에 관한 연구”, 공정거래위원회 용역보고서 (2006. 12.), 73 내지 77면 참조.

적 이익'의 3배를 한도로 하여 위반자 이익 기준을 법에서 규정하고 있다. 또한 독일의 경우에는 제재적 성격만을 갖는 과태료(또는 질서 위반벌금) 제도와 별도로 부당이득 환수 제도를 두고 있고, 2005. 7. 1.부터 시행되고 있는 제7차 법 개정으로 연방카르텔청이 EU 조약 및 경쟁제한방지법 위반행위에 대하여도 환수되어야 할 경제적 이익이 있는 경우 이를 과태료로 합산하여 부과할 수 있도록 하고 있으므로 위반자 이익 기준을 채택하고 있다고 볼 수 있다.

그러나, 미국의 경우 실제로는 부당이득액을 산정하거나 추정하지 않고 '관련 매출액'(volume of affected commerce)의 20%를 위반행위로 인해 초래된 피해액의 대리변수로 사용한다. 이는 가격담합에 따른 부당이득을 10%로, 사중손실을 10%로 추정하는 것으로 볼 수 있다. 실제적인 부당이득이나 피해액이 이를 넘거나 그에 미치지 못하는 것으로 추정되는 경우 법원이 이를 고려하여 벌금을 산정하기로 결정하는 재량권이 있는 것으로 해석되지만, 실제로는 그러한 재량권이 행사되는 경우가 거의 없다.¹⁶⁾

또한 미국, 호주, 뉴질랜드, 독일 모두 부당이득액 기준은 다른 기준과 병행되는 선택적인 기준일 뿐이고, 부당이득액 기준만을 전적으로 채택한 입법례라고 보기는 어렵다.

16) 이와 관련하여 미국의 반독점현대화위원회(Antitrust Modernization Commission)는 2007. 4. 2. 의회와 대통령에게 제출한 보고서에서 서면법 위반행위에 대한 형사벌과 관련하여 연방의회가 양형위원회(Sentencing Commission)로 하여금 관련 매출액의 20%를 실제 피해의 대리변수로 사용하는 데 대하여 재평가하고 그 이유를 설명하도록 할 필요가 있으며, 이러한 대리변수는 실제의 초과지급액이 더 높거나 더 낮아 그 차이가 기본 벌금액을 실질적으로 변경할 정도에 이른다는 데 대한 우월한 증거(preponderance of the evidence)에 의한 증명을 통하여 번복될 수 있다는 점을 명시하는 방식으로 양형기준표(Sentencing Guidelines)를 개정하여야 한다고 권고하고 있다. Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007. 4., 293 내지 295면.

2. 매출액 기준

매출액 기준은 매출액을 기준으로 일정한 비율 또는 지수를 곱한 수치를 독점이윤과 사중손실을 대체하는 대리변수로 사용하는 기준이다. 매출액은 위반행위를 행한 사업자의 규모나 경제적 능력에 대한 준거점으로 의미 있는 수치라는 점에서 가장 많은 입법례에서 선택하는 기준이다.¹⁷⁾ 즉 뒤에서 보는 정액 기준과 달리 매출액 기준은 위반사업자의 규모와 관련되어 있으므로 동일한 부과율을 적용하더라도 필요한 경우 사업자마다 다른 상한 기준을 적용할 수 있는 장점이 있다.

그런데, 매출액 기준을 사용하더라도 기준이 되는 매출액을 그룹 전체의 세계적 매출액을 기준으로 할 것인지, 아니면 위반사업자를 대상으로 하여 국내 매출액 또는 수출을 포함한 총 매출액, 관련 매출액 중 어느 것으로 할 것인지에 따라 입법례에 차이가 있다.

먼저 그룹 전체의 세계적 매출액 기준을 채택하는 입법례를 상정할 수 있다. 이는 하나의 자회사의 위반행위에 대하여 전체 그룹의 세계적 매출액을 기준으로 하는 방식이다. 이러한 방식은 그룹 내에서 법준수를 확실하게 하는 유인책이 될 수 있으나, 실제 입법례는 찾아보기 어렵다.¹⁸⁾

17) ICN Working Group on Cartels, Defining Hard Core Cartel Conduct, Effective Institutions, Effective Penalties, Building blocks for effective anti-cartel regimes Vol. 1., Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities (2005), 59 내지 60면. 대부분의 나라에서는 연간 매출액만을 준거점으로 채택하지만, 예외적으로 매출액뿐만 아니라 자산의 가치도 참작하는 입법례도 있다고 한다.

18) EU에서는 과징금의 법적 상한액 기준이 되는 총 매출액(규칙 제1/2003호 제23조 제1항)을 세계적인(worldwide) 매출액으로 해석하고 있고, 자회사의 위반행위라고 하더라도 모회사가 자회사의 행위에 대하여 '실질적인 영향력'을 행사할 수 있었다면 모회사에게 과징금이 부과될 수 있다는 점에서 이러한 입법례에 해당한다고 보일 수 있으나, 모회사가 과징금 부과대상자가 될 경우 모회사의 총 매출액을 기준으로 하게 되므로 잠재적인 과징금 상한이 증가하는 것일 뿐이지 그룹 전체의 세

다음으로 위반사업자의 국내 매출액 또는 수출을 포함한 총 매출액 기준을 들 수 있다. 이는 과징금 산정 기준보다는 주로 과징금의 법정 상한액 기준으로 사용된다. 영국, 프랑스의 경우 당해 사업자의 수출을 포함한 직전년도 총 매출액을, 우리나라의 경우 당해 사업자의 수출을 포함한 직전 3개년도 평균 매출액을, 스위스의 경우 직전 3개년도 국내 매출액의 합계를 과징금의 법정 상한액 기준으로 사용한다.

위반행위와 가장 밀접하게 관련되어 있는 매출액 기준은 위반사업자의 관련 매출액 기준이다. 이는 위반행위에 의하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 매출액인 관련 매출액을 기준으로 하는 것으로, 대부분의 입법례에서 기본액 산정 기준으로 사용된다. 미국의 양형기준표에서는 ‘영향을 받은 거래액’(volume of affected commerce)이라는 개념으로, 2006년 개정된 EU의 제재금 고시에서는 ‘관련된 판매액의 가치’(relevant value of sales)라는 개념으로 규정되어 있다.

3. 정액 기준

정액 기준은 과징금을 일정액(fixed monetary amount)으로 하거나 지수와 연결된 금액(index-linked monetary amount)으로 정하여 위반행위에 대하여 ‘가격표’를 붙이는 방식이다.

외형적으로 정액 기준을 사용한 입법례로는 2006년 제재금 고시 개정 전 EU의 경우를 들 수 있다. 개정 전 제재금 고시에서는 경미한 위반행위에 대하여는 1,000유로에서 1백만 유로 이내의 금액을, 중대한 위반행위에 대하여는 1백만 유로에서 2천만 유로 이내의 금액을, 매우 중대한 위반행위에 대하여는 2천만 유로 이상의 금액을 적정한

계적인 매출액이 기준이 되는 것은 아니다. 위반사업자가 기업집단 소속 회사인 경우 과징금 부과대상자 판단 원칙에 관하여는 홍대식, “공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구”, 131 내지 134면.

제재금액으로 예시하고 있었다. 그러나, 정액 범위는 구체적인 사업자의 경제적인 능력과 직접적으로 비례하여 정해진 것이 아니므로 실무적으로는 사업자의 총 매출액 규모를 고려하여 기본액을 고시에서 제시한 정액 범위의 최저금액보다 낮게 조정하는 경우도 있었다. EU에서도 2006년 제재금 고시 개정으로 외형적인 정액 기준을 버리고 관련 매출액 기준으로 전환하였다.¹⁹⁾

우리나라에서는 매출액이 있더라도 관련 매출액을 산정하기 곤란하거나 매출액 자체가 없거나 산정 곤란한 경우 예외적 기준으로 정액 기준을 사용하고 있다.

IV. 공정거래법상 과징금 제도의 현황

1. 법적 체계

현행법상 과징금은 이행강제금 제도가 도입된 경쟁제한적인 기업결합 외의 거의 모든 법 위반행위에 관하여 그 위반행위자에 대한 행정적 집행수단으로서 시정조치와 함께 규정되어 있다. 그리고 법에서는 제10장의2에 과징금 부과 및 징수 등에 관한 장을 두어 과징금 부과에 있어 의무적으로 참작할 사항(법 제55조의3 제1항)과 과징금 납부와 징수 및 환급절차(법 제55조의4 내지 제55조의7)에 관하여 규정하고 있다. 또한 법에서 위반행위별로 과징금 부과와 부과상한액의 기준을 정하되(법 제6조, 제17조, 제17조의2 제5항, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2), 부과상한액의 기준을 매출액으로 하는 규정의 경우 매출액의 구체적인 내용에 관해서는 대통령령에 위임하고 있다. 그에 따라 시행령은 과징금의 부과상한액으로서의 매

19) EU의 2006년 제재금 고시에 따른 관련 매출액 기준에 대한 자세한 설명은 홍대식, “공정거래법상 과징금 제도의 비교법적 고찰: EU, 독일의 개정 내용을 중심으로”, 한국경쟁법학회 편, 경쟁법연구 제14권, 법문사 (2006), 223 내지 227면.

출액을 당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액으로 정하고 있다(시행령 제9조).

한편 법이 과징금의 부과기준을 대통령령에서 정하도록 위임함에 따라 시행령 제61조 제1항과 관련된 [별표 2]에는 법 제55조의3 제1항 각 호에서 정한 의무적 참작사유와 이에 영향을 미치는 사항을 고려하여 과징금 부과 여부의 결정과 금액의 산정기준을 정하는 원칙을 직접적으로 명시하였다. 또한 과징금의 산정기준과 관련하여 기본과징금, 의무적 조정과징금, 임의적 조정과징금, 부과과징금의 순서에 따라 단계적으로 산정하고 다른 사정이 없으면 관련 매출액 또는 위반액에 중대성의 정도별로 정하는 부과기준율을 곱한 금액이 기본과징금이 된다는 점을 분명히 하였다.

이러한 과징금 제도의 개선에도 불구하고 국민에게 의무를 부과하는 법 집행 수단인 과징금 산정에 관한 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관하여 법에 충분한 근거 규정이 부족하고 공정위에게 고시하도록 구체적으로 위임한 규정 역시 없는 상태에서 시행령 및 고시에 규정된 부분이 적지 않다는 제약은 남는다. 그러나, 적어도 법, 시행령, 고시로 이어지는 법령의 체계상 필요한 사항의 규정이 비교적 잘 배치되었다는 점에서 괄목할 만한 개선이 이루어지고 법 제55조의3 제3항, 법 시행령 제61조 제3항과 결합하여 상위법령을 보충하는 내용을 담고 있다는 점에서 과징금 고시의 규범적 가치도 높아졌다고 할 수 있다.²⁰⁾

20) 홍대식, “공정거래법상 과징금 제도”, 권오승 편, 공정거래와 법치, 박영사 (2004), 1062면; 현행 과징금 고시를 법의 위임을 받은 시행령의 재위임을 통하여 법규보충적 행정규칙의 성질을 갖는 것으로 본다면 과징금 고시의 해석과 적용에 대한 통제는 그 위임의 한계와의 관계에서 문제될 것이다. 이에 대하여 공정거래법 시행령에서 비로소 고시에 위임한 것은 위임 형식과 관련하여 위헌이라는 견해로는 박정훈, “공정거래법의 공적 집행-행정법적 체계정립과 분석을 중심으로”, 권오승 편, 공정거래와 법치, 박영사 (2004), 10면.

2. 과징금 부과에 있어서의 참작사유

법 제55조의3 제1항은 과징금을 부과함에 있어서 참작하여야 할 의무적 참작사유로 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등 세 가지를 열거하고 있다. 이러한 참작사유는 공정위가 과징금 부과 여부를 결정하거나 과징금 액수를 산정할 때 반드시 참작하여야 할 재량고려사유로서 처분기준을 형성할 뿐만 아니라 공정위의 재량권 행사의 적정성을 통제하는 심사기준이 된다.

한편 법 제55조의3 제3항은 제1항의 과징금의 부과기준에 관하여 시행령에 정하도록 위임하고 있는데, 그 위임에 따른 법 시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2] 제1호에서는 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부를 결정하는 기준으로 ‘위반행위의 내용 및 정도’를 우선적으로 고려하고 여기에 시장상황 등을 종합적으로 참작하도록 하였다. 위반행위의 내용 및 정도는 과징금을 부과하기로 결정한 사안에 대하여 기본과징금의 액수를 설정하는 출발점이 되므로, 이는 과징금을 부과하기로 결정한 위반행위 중 가장 중대성이 약한 위반행위의 내용 및 정도에 미치지 못하는 위반행위를 식별할 수 있는 우선적 기준이 될 수 있다.

과징금 고시는 과징금 부과 여부를 위반행위의 내용 및 정도를 우선적으로 고려하고 시장상황 등을 종합적으로 참작하여 결정하되, 자유롭고 공정한 경쟁질서의 저해효과²¹⁾나 소비자 등에게 미치는 영향

21) “경쟁질서의 저해효과”라는 개념은 법률상의 개념은 아니지만 시행령 제61조 제1항 [별표 2] 제1호에서 원칙적인 과징금 부과대상으로 규정한 “자유롭고 공정한 경쟁질서를 크게 저해하는 경우”를 평가하는 척도로 상정한 것이다. 이는 법위반행위 여부를 평가하는 법적 기준으로서 공정거래법상의 개념으로 규정된 부당성, 경쟁제한성, 공정거래저해성과 구별하기 위한 것으로 보인다. 행위유형별 기준에서는 부당한 지원행위 항목에서만 사용되고 있다.

의 크기를 중요한 질적인 고려사항으로 하도록 규정하고 있다(과징금 고시 Ⅲ.1.가). 공정거래법 위반행위의 내용 및 정도는 위반행위의 성격, 시장에 미치는 영향, 위반행위의 과징효과와 같은 것을 고려하여 판단될 수 있다.

3. 과징금 산정기준

가. 과징금 상한액과 기본과징금의 구별

공정거래법 시행령 및 고시에 정해진 과징금 산정구조의 출발점은 법에 정해진 과징금 상한액과 구별되는 개념으로 ‘기본과징금’을 상정한 것이다. 과징금 산정은 위반행위의 효과적인 억제라는 면을 고려한 것인 반면, 법정 상한액은 해당 사업자의 과징금 부담능력을 고려한 것이므로, 법정 상한액은 산정된 과징금이 당해 사업자의 부담능력을 초과하지 않도록 한계를 설정하는 기능을 한다.

기본과징금은 법정 상한액을 설정할 때 사용하는 총 매출액 대신에 원칙적으로 관련 매출액을 기준으로 위반행위의 중대성에 따라 산출하도록 하고 있다. 즉 관련 매출액 기준을 원칙으로 하고 있다. 예외적으로 관련 매출액이 없거나 산정이 곤란한 경우의 정액 기준과 위반액 기준(경제력집중억제 규정 위반행위의 경우), 지원금액 기준(부당지원행위의 경우)을 병행하여 사용하고 있다.

과징금의 산정 과정은 기본과징금을 결정하는 단계와 이를 조정하는 단계로 크게 나누어 볼 수 있다.

나. 기본과징금의 결정

기본과징금은 법 제55조의3 제1항이 정한 의무적 참작사유를 반영하여 일정한 범위를 설정하는 방법으로 정한다. 법에 열거된 의무적

참작사유는 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 부당이득의 규모인데, 시행령 및 과징금 고시는 이 중 위반행위의 내용 및 정도에 따라 기본과징금을 산정하도록 하고 있다. 즉 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 금액을 과징금 산정의 기초가 되는 금액인 기본과징금으로 한다(시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2] 제2호 가.목, 과징금 고시 II.1). 기본과징금은 위반행위의 내용 및 정도를 중대성의 정도에 따라 3단계로 구분한 후 관련 매출액에 각 단계별 부과기준율을 곱하는 방식으로 산출된다.

관련 매출액 기준은 독점이윤과 사중손실 측정의 대리변수로 상정된 것이므로 관련 매출액에 적용되는 부과기준율 역시 위반행위로 인하여 사업자가 얻게 될 독점이윤과 사중손실의 추정치를 사용하는 것이 경제적으로 더 합리적이라고 볼 수 있다. 그러나, 시행령 및 과징금 고시는 관련 매출액 기준을 사용하면서도 부과기준율을 정함에 있어서는 위반행위의 내용 및 정도라는 재량고려요소를 사용하여 범죄의 중대성을 양형의 기준으로 하는 형사법적 기준을 차용하고 있다. 이는 경제적 기준인 공리주의적 접근방법(utilitarian approach)을 채택하면서도 형사법적 기준인 응보적 접근방법(retributive approach)을 유추하여 양자를 종합적으로 고려하는 방식이라고 할 수 있다.²²⁾

법 제55조의3 제1항이 정한 참작사유는 법상 과징금 산정 과정에서 의무적으로 참작하여야 할 사항이지만, 반드시 기본과징금 결정 단계

22) 경쟁법 위반행위에 대한 금전적 벌칙의 설계 기준으로서의 공리주의적인 접근방법과 응보적 접근방법에 관한 보다 자세한 설명은 홍대식, “공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구”, 21 내지 22면 참조.

에서 이를 모두 고려할 필요는 없다. 의무적 참작사유 중 위반행위의 내용 및 정도는 비교적 구체적인 행위 유형에 따라 공통적인 형량요소를 특정하여 사안유형을 설정하는 것이 가능하다는 점에서 현행 과징금 제도는 위반행위의 내용 및 정도라는 요소를 기본과징금을 설정하는 객관적 기준으로 채택한 것이라고 볼 수 있다. 다만 ‘부당이득의 규모’도 의무적 참작사유로 명시되어 있으므로 이를 객관적으로 산정하는 것이 가능한 경우에는 그 이익액과 균형을 이루도록 조정하여 억제효과를 고려한 개별화가 가능하도록 하여야 할 것인데, 뒤에서 보는 바와 같이 현행 과징금 제도의 체계상 그와 같은 조정 단계가 잘 갖추어져 있지 못하다.

한편 과징금 고시는 관련 매출액을 산정함에 있어 관련 상품 또는 용역의 범위를 설정한 후 이를 위반기간 전체에 대응시키고 그 기간 동안의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 산출하는 방식을 취하고 있다. 따라서, 관련 상품 또는 용역의 범위, 위반행위의 기간, 매출액은 관련 매출액을 구성하는 3대 개념요소로 볼 수 있다. 그런데, 영국이나 EU의 관련 매출액 산정방식²³⁾과 달리 위반행위의 기간이 관련 매출액의 개념요소로 도입되어 있기 때문에 기본과징금의 행위요소에 의한 조정사유인 위반행위의 기간이 관련 매출액 기준을 사용하는 과징금 산정에서는 사실상 기본과징금 산정 단계에서 선취되는 효과를 가져온다.

다. 기본과징금의 조정

시행령 및 과징금 고시는 위반행위의 내용 및 정도에 따라 기본과징금을 산정하도록 한 후 위반행위의 기간 및 횟수, 부당이득의 규모

23) 영국에서는 관련 매출액을 산정함에 있어 관련 상품의 범위를 위반행위기간 전체가 아니라 직전 회계연도에 대응시켜 그 기간 동안의 매출액을 기초로 시작점을 산정한 다음 위반행위기간은 조정사유로서 활용하고 있다.

의 재량고려요소는 그 다음 단계에서 기본과징금을 조정하는 행위요소로서 작용하도록 하고 있다. 그리고, 이렇게 하여 산정된 의무적 조정과징금에 대하여 행위자요소에 의한 가중, 감경사유를 고려한 임의적 조정을 거쳐 부과과징금을 결정하는 방식으로 과징금 부과 및 가중·감경기준을 정하고 있다.

과징금 고시는 의무적 조정과징금을 산정하기 위해 위반행위의 기간 및 횟수, 부당이득의 규모라는 객관적인 행위요소에 의하여 기본과징금을 조정하며, 임의적 조정과징금을 산정하기 위한 가중·감경사유는 행위자의 특성을 반영한 요소에 의하여 정하도록 하고 있다. 행위요소는 법 제55조의3 제1항에 정한 의무적 참작사유가 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모와 같이 행위자의 주관적인 사정을 고려하지 않은 객관적인 요소로 되어 있는 점에 착안한 것으로, 기본적으로 행위자의 주관적 사정에 따라 달라질 수 있는 가중, 감경요소에 의한 조정 전에 어느 정도 정형적인 부과기준의 틀을 마련하기 위한 것이다. 반면에 가중·감경사유는 법에 구체적으로 명시되어 있지 않지만 합리적으로 예측할 수 있고 과징금의 구체적인 산정 과정에서 반영될 수 있는 행위자의 정상에 속하는 요소를 고려하도록 하는 것이다. 이와 같은 방식은 우리 법의 체계에 잘 부합할 뿐만 아니라, 법에는 제재금 산정의 참작사유로 위반행위의 중대성과 기간이라는 행위요소만을 규정하고 있는 EU²⁴⁾에서도 법에 규정된 행위요소와 관련하여 기본액을 산정하는 단계와 법에 명시되지 않은 행위자요소와 관련하여 가중, 감경하는 정황을 고려하는 단계를 구별하여 보다 투명하고 정밀한 산정 과정을 요구하고 있는 점에 비추어 보더라도 합리적이라고 생각된다.

24) 영국에서도 제재금 산정에 있어 위반행위의 중대성에 의한 시작점의 산정, 위반행위기간에 따른 조정 및 가중 또는 감경요소들에 따른 조정 단계를 구별하고 있으나, 법에서 제재금 산정의 참작사유를 명시하고 있지 않은 점에 차이가 있다.

다만 기본과징금의 산정기준과 방법은 독점이윤 등에 대한 대리변수로 작용하는 것에 불과하고 법 제55조의3 제1항에서는 부당이득의 규모를 과징금 부과에 있어 의무적으로 참작하여야 할 재량고려요소로 명시하고 있으므로 부당이득에 의한 조정 단계를 두어 기본과징금의 적정성을 검증하는 것이 필요하다. 그런데, 법 시행령에서는 위반행위의 기간과 횟수에 따른 조정 금액을 기본과징금에 가산한 금액과 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모에 상당하는 금액을 비교하여, 이 중 큰 금액을 의무적 조정과징금으로 하고 있고(시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2] 제2호 나.목), 과징금 고시에서는 “당해 위반행위로 인한 부당이득의 전부 또는 일부를 산정할 수 있고 그 산정된 금액이 기본과징금에서 위반행위의 기간과 횟수를 적용하여 조정된 금액을 초과하는 경우에는 그 산정된 부당이득 금액을 의무적 조정과징금으로 하고, 그러하지 아니한 경우에는 기본과징금에서 위반행위의 기간과 횟수를 적용하여 조정된 금액을 의무적 조정과징금으로 한다”고 규정하여(과징금 고시 IV.2.다.(1)), 부당이득에 의한 조정이 과징금을 상향 조정하는 사유로만 작용할 수 있도록 하고 있다.

V. 공정거래법상 과징금 제도의 개선방안

1. 과징금 산정의 참작사유와 공정위의 재량권 통제

공정거래법 규정요건에 해당하는 위법한 행위 여부를 판단하는 것은 처분사유의 문제인 반면에 과징금의 부과 여부와 부과금액을 결정하는 것은 재량고려사유, 즉 정상참작 사실의 문제²⁵⁾이므로, 공정거래법상 공정위는 과징금의 부과 여부뿐만 아니라 부과 시에도 구체적인

25) 처분사유와 재량고려사유의 개념적 구별에 관하여는 박정훈, [행정법연구 2] 행정소송의 구조와 기능, 박영사 (2006), 481 내지 485면 참조.

액수 산정에 대하여 폭넓은 재량을 누리고 있다. 즉 공정거래법상 과징금 부과 요건으로는 단지 범위반행위가 있다는 사실만으로 족할 뿐 다툼의 여지가 있는 법해석의 문제로서 위반사업자의 고의 또는 과실을 요건으로 하지 않을 뿐만 아니라,²⁶⁾ 행정제재벌이라는 성격상 법원이 과징금 부과 과정에 전혀 관여하지 못한다. 관례도 공정위는 범위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과한다면 일정한 범위 안에서 과징금의 부과액수를 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다 할 것이므로, 공정위의 범위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위라고 거듭 판시²⁷⁾하고 있다.

그런데, 공정위에 일정한 정도의 재량이 인정된다고 하더라도 그것은 단지 공정위의 편의를 위한 것이 아니라 공정거래법의 전문적이고 탄력적인 적용을 통하여 법 집행의 효율성을 제고하는 데에 의의가 있음을 유의하여야 한다. 따라서, 공정위의 재량이 적절히 통제되지 못할 경우 결국 경쟁질서를 보호하기 위한 공정거래법 집행의 정당성에 대한 의문이 제기될 수밖에 없다는 점에서 공정위가 내린 처분의 합목적성을 담보하고 수범자인 사업자에게 법적 안정성과 예측가능성을 제고하기 위하여 공정위가 갖는 재량의 원인·성격과 그 한계를 규명하고 재량권의 남용·일탈에 대해 적절하게 통제할 수단이 필요하다.²⁸⁾

재량권 통제의 기능을 개선하는 규범적인 방법은 공정위가 과징금 부과 여부를 결정하고 그 액수를 산정하는 과정에서 준수하여야 할 행위규범으로서의 처분기준을 정하는 것이다. 이와 관련하여 첫째, 과

26) 이에 반하여 유럽연합(EU)에서는 위반사업자의 고의 또는 과실이 과징금 부과 요건으로 되어 있기 때문에, 어느 정도의 귀책사유가 필요하며 예측가능성이 없는 행위나 우연한 행위의 경우에는 과징금이 부과되지 않는다. Kerse, C. S. & Kahn, N, EC Antitrust Procedure(5th Ed.), Sweet & Maxwell (2005), 378면 이하 참조.

27) 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결, 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001두854 판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결.

28) 이봉의, “공정거래위원회의 재량통제”, 규제연구 제11권 제1호 (2002), 3면.

징금의 부과기준과 산정기준을 정하는 기초가 되는 과징금 산정의 참작사유를 법정할 것인가 아니면 시행령이나 고시에 정할 것인가, 둘째, 부당이득의 규모를 법에 정한 의무적 참작사유로 할 것인가, 셋째, 법에 정한 의무적 참작사유 외에 법정 사유로 추가할 사항은 없는가 하는 점이 논의될 필요가 있다.

먼저 우리나라는 EU나 독일과 같이 과징금 산정의 참작사유를 법정하는 방식을 취하고 있다.²⁹⁾ 이에 반하여 영국과 미국은 법에서는 참작사유를 명시하지 않고 시행령이나 고시에 정하는 방식을 취하고 있다. 영국의 경우에는 공정거래청의 고시에서 위반행위의 중대성과 사업자의 관련 매출액을 참작사유로 열거하고 있고, 미국의 경우에는 연방 양형기준표에 상세한 규정을 두고 있다.

또한 우리 공정거래법은 참작사유로서 위반행위의 중대성과 기간만을 열거하고 있는 EU나 독일과 달리 제55조의3 제1항에서 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수뿐만 아니라 ‘위반행위로 인해 취득한 이익의 규모’를 의무적 참작사유로 열거하고 있다는 점에 특색이 있다. 이는 경제적으로 적합한 억제 수준 달성을 위한 주된 요소인 독점이윤에 상응할 뿐만 아니라 규범적으로도 과징금이 금전적 부담을 부과하는 다른 공적 집행수단과 구별되는 독자성의 근거를 부여하는 부당이득 환수적 요소를 과징금 산정 과정에서 고려하도록 명시하는 것으로서 타당성을 갖는다.

29) 『방문판매등에 관한 법률』에서도 법에 참작사유로 위반행위로 인한 소비자 피해 정도, 소비자 피해에 대한 사업자의 보상노력 정도, 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모, 위반행위의 내용·기간 및 횟수 등을 열거(제44조 제2항)하는 방식을 취하고 있다. 이에 반하여 『전기통신사업법』에서는 참작사유를 법정하지 않고 시행령에 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 외에 위반사업자의 금지행위와 관련된 전기통신역무의 매출액을 참작사유로 열거하고 있다.

법에 정해진 참작사유 외에 법정할 필요가 있는 사유로 고려할 필요가 있는 것은 매출액 기준이다. 현행 과징금 제도에서 채택하고 있는 관련 매출액 방식에 의할 때 관련 매출액을 기준으로 기본과징금을 산정하기 위한 구체적인 기준이 되는 관련 상품·용역의 범위나 위반기간의 산정에 관한 사항은 국민에게 의무를 부과하는 법 집행 수단인 과징금 산정에 관한 중요한 사항 내지 본질적 내용에 속하는 것이라고 할 것이다. 그럼에도 법에 관련 매출액의 개념 및 기준에 대한 아무런 근거 규정이 없는 상태에서 시행령 및 과징금 고시에서 그 범위와 기준을 포괄적으로 정하고 있을 뿐만 아니라 행정규칙의 성격상 공정위가 그 필요에 따라 이를 개정하는 것에 대한 아무런 견제장치가 마련되어 있지 않다.

따라서, 과징금 제도가 사업자들에게 미치는 부담의 중요성을 고려할 때 법적 안정성을 보다 확실하게 보장하기 위해서는 법에 관련 매출액의 개념 및 기준에 관한 근거 규정을 두는 한편 과징금의 가중사유 경우에는 사유를 설정하는 것 자체에 대한 법적인 근거, 과징금의 감경사유 경우에는 감경 혜택을 박탈할 수 있는 경우에 대한 법적인 근거를 두는 것이 바람직하다. 이 점은 과징금 상한으로 작용하는 평균 매출액의 경우도 마찬가지이다. 현행법은 과징금 상한의 기준이 되는 매출액의 개념에 관하여 단지 “대통령령이 정하는 매출액”이라고 규정하여(법 제6조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2) 그 내용에 관한 기준이나 한계에 대하여 대통령령에 백지위임을 하고 있는데, 적어도 그 매출액이 총 매출액 또는 평균 매출액인지 아니면 관련 매출액인지 여부와 매출액을 산정하는 기간과 방식에 대한 일반적인 사항은 법에 명시해야 할 것이다.³⁰⁾ 그렇지 않을

30) 공정위는 2006. 3. 평균 매출액을 과징금 상한액으로 정하고 있는 시행령 규정으로 인하여 동일한 위반행위에 대하여도 사업자들의 사업내용이나 영업실적에 따라

경우 시행령의 개정만으로 사실상 법적 상한을 인상하는 효과를 초래하는 위험적인 상황을 방지할 수 없을 것이다.³¹⁾

2. 기본과징금의 결정

가. 관련 매출액 산정방식

관련 매출액을 구성하는 3대 개념요소는 관련 상품 또는 용역의 범위, 위반행위의 기간, 매출액이라고 할 수 있다. 이하에서는 3가지 요소별로 나누어 관련 매출액 산정방식의 개선방안을 검토해 보기로 한다.

먼저 관련 상품 또는 용역의 범위를 정함에 있어 문제가 되는 것은 ‘관련성’의 의미를 어떻게 이해하고 판단할 것인가 하는 점이다. 시행령 및 과징금 고시에서는 관련 상품(용역을 포함한다)은 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래 지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단하고, 관련 상품에는 당해 위반행위로 인하여 거래가

과징금 규모가 달라져 형평성 및 심결의 신뢰성 문제가 발생한다는 등의 현실적인 이유로 부당이득 환수적 성격이 강한 부당한 공동행위의 경우에는 과징금 상한액을 관련 매출액을 기준으로 하는 방식으로 변경하면서 이를 시행령이 아닌 법에 직접 규정하는 개정안 마련을 검토한 바 있다. 매출액 기준을 법정하는 것은 바람직한 방향으로 보이나, 평균 매출액을 기준으로 하는 과징금 상한액과 관련 매출액을 기준으로 하는 기본과징금은 그 기능이 다른 것이므로, 과징금 상한액도 관련 매출액으로 일원화하게 되면 사업자의 부담능력을 가중시키고 이를 완화하기 위한 다른 감경사유를 필요로 하게 되어 현재의 과징금 부과체계에 혼선을 가져오고 공정위 재량권의 자의적인 적용을 초래하게 될 위험이 있다.

31) 과징금은 준조세적 성격을 갖고 있으므로 조세 부과기준을 정하는 세법 규정에 관한 헌법재판소의 판단이 참고가 될 수 있을 것이다. 예컨대, 헌법재판소 1999. 12. 23.자 99헌가2 결정은 토지 외의 과세대상에 대한 지방세 부과기준을 정하는 요소인 ‘시가표준액’에 관하여 법에서 그 내용 자체에 관한 기준이나 한계는 물론 내용 결정을 위한 절차조차도 규정함이 없이 시가표준액의 내용 및 그 결정절차를 전적으로 대통령령이 정하는 바에 의하도록 한 지방세법 제111조 제2항 제2호가 국민의 경제생활에서의 법적 안정성을 현저히 해친 입법으로서 조세법률주의 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 취지에 반한다고 하면서 헌법불합치결정을 한 바 있다.

실제로 이루어지거나 이루어지지 아니한 상품이 포함되며, 위 방법에 의하여 관련 상품의 범위를 정하기 곤란한 경우에는 당해 위반행위로 인하여 직접 발생하였거나 발생할 우려가 현저하게 된 다른 사업자(사업자단체를 포함한다)의 피해와 연관된 상품을, 다른 사업자의 직접적 피해가 없는 경우에는 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품을 관련 상품으로 볼 수 있다고 규정한다(시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2] 제2호 가.목의 비고 부분, 고시 II.5.나.). 이는 관련성의 의미를 원칙적으로 위반행위와의 관련성으로 해석하면서 보충적으로 다른 사업자 또는 소비자의 피해와의 관련성도 포함시키는 입장으로 볼 수 있다.

관련성의 의미를 해석할 때 보다 어려운 문제는 간접적으로 영향을 받는 상품·용역이라고 할 때 ‘간접성’의 의미를 어떻게 이해하고 한계를 설정할 것인가 하는 점이다. 이는 특히 합의와 그 실행의 단계로 구별될 수 있는 부당한 공동행위와 관련하여 중요한 의미를 갖는다. 과징금 고시에 의하면, 부당한 공동행위의 관련 상품은 참가사업자들이 맺은 합의를 기준으로 판단하되, 합의에 포함되지 않은 경우에도 실질적 거래관계와 시장상황에 비추어 보아 일정한 거래분야에서 경쟁제한 효과가 미친 상품이 있을 경우에는 이를 포함시킬 수 있어 관련 시장에 속하는 상품을 모두 포괄할 수 있는 것처럼 보여진다. 그러나, 합의와 관련된 상품의 범위 인정은 사실 인정에 속하는 문제라는 점에서 예측가능하고 명시적인 기준 설정³²⁾과 함께 신중한 판단이 요청된다.³³⁾

32) 공정위는 관련 매출액의 구체적 산정방법과 관련하여 2004. 10. ‘과징금 부과시 관련 매출액의 산정 및 위반행위의 중대성 판단기준에 관한 운영지침’을 별도로 제정하여 운영하고 있으나, 내부기준으로만 활용하고 공개하지 않고 있다. 이 기준은 내부기준이지만 ‘관련성’과 같이 사실 인정에 속하는 문제에 대한 판단에 실제적인 영향을 미치고 있으므로 이를 공개하거나 적어도 구체적인 사건에 적용할 경우 그 근거를 분명히 하여야 할 것이다.

33) 특히 상당수의 부당한 공동행위 사건에 추정규정이 적용된다는 점에서, 합의의 존재가 추정될 뿐 입증되지 않았음에도 공정위가 합의의 존재를 전제로 하여 합의

따라서, 위반기간 동안에 판매 또는 매입이 이루어졌다고 하여 상품의 모든 매출을 관련 매출액에 포함시키는 태도는 지양할 필요가 있다. 관련 매출액은 위반기간 동안 판매 또는 매입한 ‘관련’ 상품의 매출액을 말하는 것이므로 이론적으로 위반기간 동안 판매 또는 매입한 상품이라고 하더라도 위반행위와의 ‘관련성’이 없다면 관련 상품의 범위에서 제외될 수 있어야 한다. 다만 ‘관련성’에 관한 정보를 대부분 사업자가 보유하고 있다는 점을 감안하여, ‘관련성’에 관한 공정위의 입증책임을 완화하여 사실상 추정할 수 있도록 하되 사업자가 특정 상품의 매출이 위반행위의 영향을 받지 않았다는 점을 입증하면 추정이 번복될 수 있도록 하여야 할 것이다. 부당한 공동행위의 합의가 있는 경우를 예로 들면, 특정 상품의 품목이 합의의 대상과 관련이 있고 합의 후에 그 품목에 관한 가격이 인상되었다는 점이 입증되면 그 가격 인상이 합의에 의하여 영향을 받은 것이라는 점이 사실상 추정된다고 보고, 다만 그 가격 인상이 합의와 관계없다는 점을 들어 추정을 번복할 책임은 사업자가 부담한다고 보는 것이다.

다음으로 위반기간과 관련해서 관련 매출액의 산정방식을 위반기간 동안의 관련 매출액으로 하는 방식(위반기간 관련 매출액 방식)과 직전년도 관련 매출액으로 하는 방식(직전년도 관련 매출액 방식)으로 분류할 수 있다.

위반기간 관련 매출액 방식은 우리나라를 비롯하여 미국, 독일, 네덜란드, 일본(다만 최장 3년에 한정)에서 사용되는 방식으로 위반기간 동안의 관련 매출액을 기준으로 기본액을 산정한다. 이 방식에 의할 때, 관련 매출액 산정 시 이미 위반기간이 개념요소로 되어 있으므로 위반기간을 별도로 고려할 필요 없고 관련 매출액이 위반기간에 상응

와 관련된 상품이라고 하여 그 범위를 넓게 인정하지 않도록 주의할 필요가 있다.

하므로 비교적 정확하게 산정할 수 있는 장점이 있다. 다만 위반기간을 정확히 산정하기 위하여 개시일과 종료일을 특정하여야 하는 부담이 있다.

이에 대하여 직전년도 관련 매출액 방식을 채택한 입법례로는 EU (1998년 개정 전³⁴⁾과 2006년 개정 후), 영국의 사례가 있다. 이는 위반행위가 있었던 직전년도 1년간의 관련 매출액만을 기준으로 기본액을 산정하는 방식이다. 이 방식에 의하면서 위반기간을 별도로 그 기간에 비례하여 기본액을 증가시키는 요소로 활용하는 경우 위반기간 관련 매출액 방식과 유사한 효과가 있다. 이 방식은 위반기간 관련 매출액 방식에 비하여 위반기간을 정확히 산정하기 위하여 개시일과 종료일을 특정하여야 하는 부담이 없으나, 관련 매출액이 위반기간에 상응하지 않음으로 인해 관련 매출액의 대리변수적 성격이 강해지므로 경제적인 정확성은 상대적으로 떨어진다.

우리나라가 채택하고 있는 위반기간 관련 매출액 방식에 의할 때 개시일 또는 종료일이 외형상 쉽게 특정되지 않는 경우의 법적 처리와 관련하여 여러 실무상 문제점이 제기되고 있으므로, 그 대안으로서 직전년도 관련 매출액 방식으로의 전환을 고려해 볼 수 있으나, 앞서 본 장단점을 감안하여 신중하게 검토할 필요가 있다.

끝으로 매출액과 관련해서는 회계자료 등에 기초한 매출액으로 산정하는 것이 불합리한 경우 무엇을 매출액으로 볼 것인가, 위반행위 당시에 매출액 발생의 기초가 형성되었으나 장래 발생될 예정인 매출액도 매출액에 포함시킬 것인가 하는 등의 문제가 있다. 공정위의 내부기준에 이러한 문제에 대처하기 위한 일응의 기준을 설정하고는 있으나, 예측가능성 제고를 위한 제도적 개선이 필요하다.

34) 1998년 개정 전의 EU는 위반기간을 고려하지 않고 직전년도 관련 매출액만을 기준으로 과징금을 산정하는 방식을 사용하여 과소제재의 비판을 받았다.

나. 부과기준을 결정 방식

부과기준을 정하는 방식은 첫째, 법정된 일정 비율을 적용하는 방식, 둘째, 위반행위의 유형별로 일정한 범위를 정하여 부과기준을 정하는 방식, 셋째, 부과기준의 상한만을 규정하고 경쟁당국이 그 범위 내에서 재량적으로 정하도록 하는 방식으로 나누어 볼 수 있다.

첫째 방식을 채택하고 있는 입법례로는 미국(20% 징벌승수에 의한 조정 허용), 일본(업종에 따라 대기업은 2~10%, 중소기업은 1~4% 위반행위 종료 감경, 반복 위반행위 가중 외 조정사유 없음)을 들 수 있는데, 이 입법례에서 채택하고 있는 부과기준은 관련 매출액에 상응하는 부당이득액의 대리변수라고 할 수 있다. 둘째 방식은 우리나라(예컨대, 부당한 공동행위는 10% 이내, 시장지배적 지위 남용행위는 3% 이내에서 3단계 구간으로 구분)와 네덜란드(10% 이내에서 3단계 구간으로 구분)에서 채택하고 있다. EU(2006년 개정 후, 30% 이내), 영국(10% 이내), 독일(10% 이내)의 입법례는 셋째 방식에 속한다. 둘째 방식과 셋째 방식은 경쟁당국의 재량권의 범위에 차이가 있을 뿐 부과기준이 부당이득액의 대리변수라기보다는 위반행위의 중대성이라는 객관적 요소를 기준으로 하여 결정되는 점에서 공통적이다.

우리나라의 부과기준 결정 방식은 위반행위의 내용 및 정도라는 객관적 요소를 기준으로 하고 있어 부당이득 환수적 요소의 대리변수인 관련 매출액 기준과 외형상 잘 상응하지 않는 것처럼 보인다. 그러나, 경제적 이득의 환수의 요소를 부과기준으로 반영하는 평가지표가 개발되지 않은 상태에서 일률적인 대리변수를 적용할 경우 불합리한 결과가 초래될 수 있다는 점, 위반행위의 내용 및 정도는 행위책임의 개별화를 위하여 적절한 요소라는 점에서 타당성이 인정된다. 다만 적정한 과징금 부과 수준을 설정하기 위해서는 경제적 이득의

환수의 요소를 반영하는 평가지표에 의한 보완이 요청된다.

다. 관련 매출액과 부과기준율 사이의 상충관계와 그 조정 방안

기본과징금은 관련 매출액에 부과기준율을 곱하는 방식으로 산출되므로 관련 매출액과 부과기준율은 밀접한 관계에 있다. 그러나, 앞서 본 바와 같이 관련 매출액은 부당이득 환수적 요소의 대리변수인 반면에, 부과기준율은 위반행위의 내용 및 정도를 중대성의 정도에 따라 3단계로 구분한 후 각 단계별로 정하는 방식으로 결정되어 제재적 요소에 더 가깝다는 점에서 서로 다른 원리가 작용하고 있다.

무엇보다 관련 매출액의 산정에 있어서 광범위한 판매활동이 포함될 경우 이는 부과기준율을 결정하는 문제와 상충관계에 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 위반행위의 대상이 되는 상품·용역의 범위가 명확하지 않을 경우 관련성을 넓게 해석하면 관련 매출액이 더 커지게 되어 부과기준율을 아무리 낮게 잡더라도 과징금의 규모가 위반행위의 중대성에 비례하지 않게 커지게 되는 현상을 피하기 어렵다. 따라서, 관련 매출액의 관련성을 판단함에 있어 직접성 또는 간접성을 부과기준율과 연계시켜 조정하는 방안을 강구할 필요가 있다. 즉 현재의 방식은 위반행위로 인하여 직접적으로 영향을 받는 상품·용역이든지 아니면 간접적으로 영향을 받는 상품·용역이든지 구별하지 않고 일단 관련 매출액에 해당하는 한 일률적으로 동일한 부과기준율을 적용하는 방식이나, 간접적으로 영향을 받는 상품·용역의 경우에는 위반행위의 중대성의 정도나 부당이득 발생의 가능성이 상대적으로 낮다는 점에서 직접적으로 영향을 받는 상품·용역에 비하여 더 낮은 부과기준율을 차별적으로 적용하는 방식을 개발하는 것이 보다 합리적일 것이다.

3. 기본과징금의 조정

가. 부당이득의 규모

법 제55조의3 제1항에 정해진 의무적 참작사유의 하나인 부당이득의 규모는 현행 과징금 제도 하에서는 의무적 조정과징금 단계에 규정되어 있다. 이와 관련해서는 부당이득의 규모를 가중사유로만 규정할 것인가 아니면 가중사유 및 감경사유로 모두 규정할 것인가, 관련 매출액 기준에 의한 산정액과 예상되는 부당이득액 사이의 비례적 균형 유지를 위한 방안은 무엇인가, 부당이득의 규모를 사후적 결과 발생의 개념으로 볼 것인가 사전적 결과 발생 우려의 개념으로 볼 것인가 등과 같은 여러 법적 쟁점이 있다.

먼저 우리나라는 EU와 같이 부당이득의 규모를 가중사유로만 규정한 입법례에 속한다는 점에서 부당이득의 규모를 가중사유 및 감경사유로 모두 고려하는 입법례에 해당하는 미국, 영국과 구별된다. 부당이득의 규모를 가중사유로만 규정한 것은 부당이득 산정의 현실적 어려움을 감안하여 공정위의 부담을 경감하기 위한 정책적인 취지를 반영한 것이지만, 군납유류 입찰담합 사건에 나타난 대법원 판례³⁵⁾의 취지는 과징금 고시에 의한 기본과징금 산정이 부당이득액의 규모와의 균형을 상실할 경우에는 그 액수가 과다하여 비례의 원칙에 위배되므로 하향 조정되어야 한다는 점을 명백하게 지시하고 있는 것이므로, 부당이득의 규모가 감경사유로도 작용할 수 있도록 하는 규범적 근거를 마련할 필요가 있다. 또한 그와 같은 근거가 마련되기 전이라도 실제 과징금 산정 과정에서 부당이득에 의한 조정은 유연하게 적용되어야 할 것이다.

35) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결, 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결(각 군납유류 입찰담합 사건).

또한 위와 같은 대법원 판례의 취지에 비추어 볼 때, 적어도 사업자에게 실질적인 재정적 부담을 주는 막대한 과징금이 부과될 경우에는 그 과징금이 부당이득액의 규모와의 균형을 이루고 있다는 점을 뒷받침하기 위한 목적에서라도 과징금 산정 과정에서 부당이득액의 대략적인 추정 작업이 수반되는 것이 바람직하다. 다만 손해액을 구체적인 금액으로 산정하여 판결 주문으로 제시하여야 하는 손해배상소송과 달리 과징금 산정에 있어 부당이득액은 관련 매출액에 일정한 부과기준율을 곱하여 산정되는 기본과징금이 부당이득의 규모와 균형을 이루고 있는지를 검증하기 위한 보완적 역할을 하는 것이므로 반드시 구체적인 금액으로 산정될 필요는 없을 것이다. 그러나, 그렇다고 하여 실제 부당이득의 결과가 발생하지 않은 경우까지 그 우려가 있다는 사정만으로 부당이득 환수적 요소를 전제로 한 많은 금액의 과징금 부과가 정당화될 수는 없을 것이다.

부당이득의 규모를 추정하는 경제분석의 방법론으로는 직접증거 방식, 전후비교 방법, 비교시장 방법, 이중차분법, 비용분석 방법, 경제이론 모형에 의한 추정 방법, 계량경제학적 방법이 있는데, 이 중 계량경제학적 방법이 이론적으로 가장 우수한 모형을 제공하는 것으로 알려져 있다.³⁶⁾ 그러나, 공정위가 과징금 산정을 위하여 계량경제학적인 경제분석을 사용하는 것은 비용이나 자원배분의 관점에서 일반적으로 권장할 만한 것이 되지 못한다. 오히려 계량적 방법을 동원하여 부당이득액 추정을 위한 자료를 준비하여 제출하려는 유인은 당사자 쪽에서 더 클 것이므로, 위반사업자가 부당이득 규모의 감소를 주장하거나 피해자가 그 증가를 주장하기 위하여 계량적인 경제분석 자료를 제출할 경우 이를 평가하고 과징금 산정에 반영하는 단계를 마련할 필요가 있다. 이를 위하여 공정위 내부에서도 경제분석을 담당하

36) 보다 자세한 내용은 홍대식·윤미경, 앞의 보고서, 110면 내지 122면 참조.

는 부서에 부당이득의 규모 추정을 위한 경제분석 방법을 이해하고 검증할 수 있는 인력과 자원을 확충할 필요가 있다.

나. 임의적 조정사유

행위자요소에 의한 가중·감경사유와 관련해서는 각 사유별 가중·감경비율의 한도와 가중·감경비율의 합산 한도를 사전에 정하는 방식을 취함으로써 인하여 구체적 타당성을 결여하는 경직된 운용을 초래할 위험이 있다. 이러한 한도 설정이 공정위의 재량권 행사의 한계를 설정하는 긍정적인 기능을 고려하더라도 이러한 한도 자체가 공정위의 과징금 선택재량을 구속하는 처분기준으로 작용하는 것은 바람직하지 못하므로, 이를 유지하더라도 훈시규정화하고 이러한 한도를 초과하여 가중 또는 감경비율을 정할 수 있는 근거가 되는 일종의 양형이탈 규정을 신설하는 것이 바람직할 것이다.

앞서 본 부당이득의 규모와 관련된 조정사유는 사례와 경험이 축적되기 전까지 임의적 조정사유의 하나로 신설하는 방안도 고려해 볼 만하다. 예컨대, “부당이득의 규모에 비례한 과징금이 억제 효과의 달성에 부족하거나 과중하여 이를 조정할 필요가 있는 경우”를 가중 또는 감경사유로 반영될 수 있도록 하면서 다른 가중 또는 감경사유와 달리 그 가중 및 감경비율에 제한을 두지 않고 합산 한도의 적용을 받지 않도록 하는 것이 대안으로서 고려될 수 있을 것이다.

다. 억제승수에 의한 조정의 도입 여부

기본과징금을 부당이득의 규모와의 균형을 고려하여 산정한다고 하여 반드시 적절한 수준의 과징금이 산정된다고 보기 어려운 문제가 있다. 여기에는 부당이득 환수가 경제적으로 최적의 집행 수준에 이를 수 있을 만큼 측정되기 어렵다는 현실적인 문제가 여전히 남는다.

아울러 부당이득 환수는 행위의 결과라는 측면이지만 기본적으로 과징금은 결과 발생을 반드시 초래하지 않더라도 그 위험성이 높은 위반행위를 대상으로 하여 행위책임을 추궁하는 것이고 사업자들에게 시장에서 엄격히 금지되는 행위와 시장 상황에 따라서 허용 범위 내에 있는 행위를 구별하고 예측하는 기준을 제시하기 위해서는 행위책임을 개별화가 필요하다는 점도 고려되어야 한다. 예컨대, 위반행위의 내용 및 정도가 높지만 성공하지 못한 카르텔이라고 하여 반대의 경우보다 더 적은 과징금이 부과되어야 한다고 볼 수 없다.

따라서, 부당이득액 규모에 비추어 위와 같은 사회적 피해나 간접적 피해의 정도가 상당하여 부당이득액 규모에 비례한 과징금 부과만으로는 억제 효과를 달성하기 어렵다고 판단될 경우에는 과징금 액수를 증액할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 이는 미국의 비난가능성 승수(culpability multiplier)나 EU, 영국의 억제승수(deterrence multiplier)를 도입하는 방식으로 가능하다. 억제승수는 EU 고시 상으로는 ‘억제를 위한 특정 증가’(specific increase for deterrence) 사유로, 영국 고시 상으로는 ‘사업자들의 반경쟁적인 행위 관여를 억제하는 정책적 목적의 달성을 위한 조정’ 사유로 표현되어 있다.

다만 이러한 조정사유는 위반행위의 내용 및 정도에 비추어 부당이득의 규모가 과소하여 그에 비례한 과징금의 부과만으로는 억제 효과를 달성하기 어려운 경우에 부당이득의 규모와의 균형을 고려하면서 과징금을 최적의 억제 수준에 가깝게 조정하는 경우를 상정하는 것이다. 따라서, 부당이득의 규모를 과징금 산정 과정에 적극적으로 반영함과 아울러 도입이 고려되어야 한다는 점에 유의할 필요가 있다.

제 3 주제

미국 연방거래위원회 사건처리절차 - 행정법판사제도

발 표 자 : 조성국 (중앙대학교 법과대학 교수)

미국 연방거래위원회 사건처리절차에 관한 연구

- 행정법판사(Administrative Law Judge) 제도를 중심으로 -

조 성 국
(중앙대학교 법과대학 교수)

I. 서 언

1. 연구의 배경

공정거래위원회와 같은 독립규제위원회의 가장 중요한 특징은 사건의 처리절차에서 찾아볼 수 있는데, 그것은 바로 조사 및 소추기능(prosecutorial function)과 심판기능(judicial function)이 융합되어 있다는 것이다. 현대 자본주의 사회의 발달과정에서 진화론적으로 형성된 것이라 볼 수 있지만 사건처리의 공정성이라는 관점에서 본다면 많은 문제점을 안고 있는 것도 사실이다. 우리나라의 공정거래위원회 사건처리절차는 주지하다시피 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission; FTC)의 영향을 많이 받았는데, 연방거래위원회 조직에서 사건처리의 공정성에 큰 기여를 하고 있는 것이 행정법판사제도이다. 그러나 우리나라는 행정법판사제도를 가지고 있지 않다.

공정거래법상 불공정거래행위 중 부당지원행위와 관련된 과징금위헌제청사건¹⁾에서 헌법재판소의 소수의견은 공정거래위원회의 사건처리절차와 관련해 많은 점을 생각하게 해 준다. “사법절차에서는 사실

1) 2001헌가25 구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2 위헌제청건

을 조사하고 증거를 수집하는 ‘조사기관’과 수집한 증거를 조사하고 변론을 듣고나서 결정을 내리는 ‘심판기관’이 서로 분리되어 있는데 이러한 기관의 분리는 조사의 전문성과 판단의 공정성을 함께 확보하기 위한 불가결의 조치이고 이는 사법절차의 기본적, 핵심적 요소의 하나이다. 그런데 공정거래법상으로는 조사권과 심판권이 모두 공정거래위원회에 귀속되어 있을 뿐, 그 분리가 전혀 이루어져 있지 않다.”고 지적하고 있다.

또한, “특히 미국의 경우 행정법판사(administrative law judge) 제도를 두어 조사절차에 관여하지 아니한 객관적 인사를 행정법판사로 임명하고 그로 하여금 청문절차를 주재하고 청문 결과에 따른 1차적 결정권한을 갖게 한다... 이에 비하면 우리 공정거래법상의 과징금부과절차는 사법절차에 준하는 여러 내용을 결여함으로써 적법절차를 보장하지 못하고 있음이 더욱 드러난다.”²⁾고 지적하고 있다.

이처럼 미국 연방거래위원회의 행정법판사 제도는 공정한 사건처리에 큰 기여를 하고 있는 것으로 평가받고 있으며 기능의 융합이라는 외부의 비판에 대한 적절한 방어수단으로 활용되고 있기도 하다. 기능의 융합은 우선 합의체로서 위원의 차원에서 발생하고 다음은 직원(staff)의 차원에서 발생하게 되는데, 전자는 뚜렷한 해결책이 없이 독립규제위원회 본질상 불가피한 측면이 있다고 보는 반면 후자에 대해 연방거래위원회는 내부기능의 분리(intra-agency separation of those who prosecute a case from those who decide it)라는 방법으로 어느 정도 해결하고 있다.³⁾

2) 밑줄 부분 필자 삽입

3) Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein & Matthew L. Spitzer, Administrative Law and Regulatory Policy, 5th., Aspen, 2002, p.898.

지금의 행정법판사(administrative law judge)라는 명칭이 사용되기 전에는 청문관(hearing examiner)이라는 명칭이 사용되고 있었고 1946년의 연방행정절차법에서는 청문주재자(presiding employees)라는 명칭이 사용되고 있었다. 그 이후에도 두 용어는 혼재되어 사용되어 왔으나 1972년 인사위원회(Civil Service Commission, CSC)⁴⁾가 규칙에 의해 행정법판사로 명칭을 바꾸었다. 그리고 1978년에 연방절차법에서도 행정법판사라는 명칭을 사용하게 되었다.⁵⁾

본 고에서는 이러한 문제의식 하에 준사법절차로서의 공정거래위원회 사건처리절차의 개선을 위해 미국의 행정법판사제도에서 시사점을 얻고자 한다.

2. 연구의 범위

행정법판사제도는 미국뿐만 아니라 유사제도를 일본이나 EU에서도 찾아볼 수 있지만 본 고에서는 일본이나 EU는 관련되는 부분에서만 언급을 하고 미국의 제도를 중심으로 살펴본다. 또한 행정법판사제도는 미국 내에서 연방거래위원회에만 있는 것이 아니라 경제규제기관이나 사회규제기관 등에서 널리 활용되고 있는 제도이지만 독점규제 분야에서 비교적 긴 역사를 가진 연방거래위원회에 연구를 한정하고자 한다. 다만, 비교의 필요성이 있는 경우 타 기관의 행정법판사제도를 참조하는 선에서 언급한다.

4) 인사위원회는 1978년 폐지되었고 현재는 인사관리처(Office of Personnel Management, OPM)과 실적제도보호위원회(Merit System Protection Board)가 행정법판사와 관련된 업무를 관장한다.

5) 1972년 인사위원회가 규칙에 의해 행정법판사라는 명칭을 도입하였지만 미국내에서는 단지 규칙에 의해 명칭을 바꿀 수 있는지 의문이 제기되었다고 하며 1978년 의회가 행정절차법에서 행정법판사라는 명칭을 공식적으로 사용함으로써 이러한 문제는 해결되었다고 한다. 김이열·이상돈 공저, 행정절차법 비교연구, 중앙대학교 법학연구소, pp.136-137

Ⅱ. 미국 연방거래위원회 사건처리절차의 성격 및 행정법판사의 성격 · 역할

1. 연방거래위원회 사건처리절차의 성격

미국 연방행정절차법(Federal Administrative Procedure Act; APA)에서는 크게 세 가지의 절차를 규정하고 있다. 첫째는 공식적 심판절차(formal adjudication)⁶⁾고, 둘째는 공식적 규칙제정절차(formal rule making)이고, 세 번째는 비공식적 규칙제정절차(informal rule making)이다. 비공식적 심판절차(informal adjudication)에 대해서는 특별한 규정이 없다.

심판절차(adjudication)이라는 용어는 “명령을 형성하기 위한 행정청의 절차”(“agency process for the formulation of an order”)를 의미한다.⁷⁾ 그리고 명령(order)이란 “적극적이든 소극적이든, 금지든 선언의 형태건 상관없이 규칙제정을 제외하고 행정청이 행하는 최종적 조치의 전부 또는 일부를 의미하고 다만 인가(licensing)는 제외한다.”⁸⁾ 이러한 정의에 의하면 “order”의 범위는 대단히 광범해 지고 따라서 “adjudication”의 범위도 상당히 포괄적이다.

공식적 심판절차는 법에서 행정기관에 의한 청문의 기회부여 후(after opportunity for agency hearing) 기록에 근거해서(on the record) 심판절차를 행하도록 요구하는 경우에 적용이 된다.⁹⁾ 공식적 규칙제정 절차는 법에서 행정기관에 의한 청문의 기회부여후(after opportunity for agency

6) “adjudication”은 우리말에 정확히 들어 맞는 표현을 찾기는 어렵다. 재결절차이나 심판절차, 처분절차 등 다양한 번역이 이루어지고 있지만, 여기서는 연방거래위원회를 연구대상으로 하고 있기 때문에 우리나라 공정거래위원회에서 유사한 맥락에서 사용하고 있는 표현인 “심판절차”로 번역하여 사용하고자 한다.

7) 5. U.S.C. §551(7)

8) 5. U.S.C. §551(6)

9) 5 U.S.C. §554(a)

hearing) 기록에 근거해서(on the record) 규칙제정을 하도록 요구하는 경우에 적용이 된다.¹⁰⁾ 비공식적 규칙제정 절차는 법에서 행정기관에 의한 청문의 기회 부여 후(after opportunity for agency hearing) 기록에 근거해서(on the record) 조치를 하도록 요구하지는 않는 경우에 적용이 된다.

그런데, 연방거래위원회의 심판절차에 대하여 연방규정집에서는 “행정청에 의한 청문의 기회부여 후 기록에 근거해서(on the record after opportunity for an agency hearing)” 이루어지는 공식적인 심판절차라고 규정하고 있다.¹¹⁾ 따라서 연방거래위원회의 심판절차는 연방거래법상의 세 가지 절차 중 공식적 심판절차에 의거하여야 한다. 공식적인 심판절차는 법원의 소송절차와도 유사하지만 행정기관의 특성상 일부 예외가 인정되어 있기 때문에 통상 준사법적(quasi-judicial) 절차라고 불린다. 미국의 연방거래위원회의 사건처리절차는 사실상 미국의 민사소송절차와 상당부분 유사하다.

미국 연방거래위원회 직원들을 위한 업무지침서에 의하면, 연방거래위원회의 심판절차는 많은 조항이 법원을 위한 연방 민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedures)에 근거를 두고 있기 때문에 민사소송규칙은 연방거래위원회의 심판절차규칙을 해석하는데 지침이 될 수 있다고 설명하고 있다.¹²⁾ 그래서 미국 연방거래위원회 사건처리절차를 제대로 이해하기 위해서는 민사소송절차(civil procedure)와 증거법(evidence)에 대한 이해가 필수적이다. 다만 배심원제도나 전문증거 배

10) 5 U.S.C. §553(c)

11) 16 C.F.R. §3.2

12) U.S. Federal Trade Commission Operating Manual, 1999) 10.7

이 매뉴얼은 법적 구속력이 있는 것은 아니지만 직원들을 위한 업무지침서의 성격을 띠고 있어 실제로는 직원들이 업무를 처리하는데 가장 요긴하게 활용되는 자료 중의 하나이다.

제 등 엄격한 증거채택절차 등 일부의 절차는 행정절차에 적합하지 않아 제외되거나 상당부분 완화되어 있다.

공식적 심판절차와 공식적 규칙제정절차에서 따라야 할 요건은 연방 행정절차법 제556조와 제557조에서 규정하고 있다. 그리고 동법 제3105 조에서는 상기의 절차를 위해 필요한 수만큼의 행정법판사를 임명하도록 규정하고 있다.¹³⁾ 물론 연방거래위원회 자체 규정인 연방규정집 제 16편(Code of Federal Regulations, Title 16)에 규정되어 있는 『연방거래 위원회의 조직, 절차 및 행동규칙』(U.S. Federal Trade Commission Organization, Procedures and Rules of Practice)도 동시에 따라야 하는데 동 규칙 §3.12에서 §3.72까지와 §4.1에서 §4.7까지에 심판절차가 자세하게 규정되어 있다.

2. 연방거래위원회 행정법판사의 성격¹⁴⁾

연방거래위원회의 행정법판사는 통상의 연방법원 판사는 아니다. 미국 헌법에서 “Article III judges”라고 불리는 연방법원판사는 임명 시 상원의 인준을 받고 임기는 종신제(life tenure)이다.¹⁵⁾ 연방거래위원회에서의 행정법판사는 어디까지나 연방행정절차법에 따라 연방거래위원회장이 임명하는 연방거래위원회의 직원으로서 연방거래위원회의 준

13) 5 U.S.C. §3105

“Each agency shall appoint as many administrative law judges as are necessary for proceedings required to be conducted in accordance with sections 556 and 557 of this title...”(밑줄 부분 필자 삽입)

14) 미국서 행정법판사제도의 역사적 발전과 실증적 분석에 대하여는 다음의 자료를 참조할 것. 이동수, 미국의 행정재결제(ALJ를 중심으로), 대구효성가톨릭대학교 연구논문집, 제52집, 1996.2, pp.247-259

15) 미국 연방법원판사는 미국 사회 내에서 대단한 권위를 누린다. 시법원 판사나 주 법원판사와는 격이 다르다. 통상 20-30년의 법조경력을 가진 자 중 엄격한 요건에 따라 주 상원의원의 추천을 거쳐 대통령이 임명한다. 비교적 경미한 사건이나 영장 발부와 같은 일은 Magistrate Judge에게 일임하고 그 이상의 중요한 사건들을 담당한다.

사법적인 절차 즉 공식적인 심판과 규칙제정절차를 주재하고¹⁶⁾ 행정법판사로서의 임무에 부합되지 않는 일은 맡지 않는다.¹⁷⁾ 이러한 행정법판사는 주로 연방거래위원회나 연방통신위원회와 같은 독립규제위원회 내지는 그와 유사한 성격의 기관에 주로 배치가 되어있다. 비록 연방법원판사는 아니지만 행정법판사의 권한은 사실심 즉 3심제 하의 제1심 법원판사의 역할과 대단히 유사하다.¹⁸⁾

사실심 판사의 역할과 유사하다는 것은 미국 법률시스템 하에서 특별한 의미를 지닌다. 우리나라는 3심제 체제에서 제1심과 제2심 모두 사실심이고 대법원 상고심만이 법률심이다. 그래서 1심 법원과 2심 법원 모두 사실문제를 다룰 수 있고 서증이나 증인신청 등을 할 수 있다. 上告審은 채증법칙 위반이라는 제한된 사유에 한하여 사실문제를 다루는 게 통례이고 스스로 사실인정을 하지 않고 원심이 인정한 사실에 기속된다.¹⁹⁾ 당사자들도 상고심에서는 사실관계에 대한 새로운 주장을 하거나 증거를 제출하여 원심의 사실인정을 다툴 수 없다. 하지만 미국에서는 제1심만이 사실심이다. 항소심 법원은 원심법원의 사실인정에 기속되고 사실문제를 다툴 수 없는 것이 원칙이다.

연방거래위원회 법에서는 이를 명시하고 있는데, 소위 실질적 증거 (substantial evidence)의 법칙에 따라 “위원회의 사실인정이 증거에 의

16) 16 C.F.R. §0.14

17) Id.

“...Administrative law judges shall be assigned to cases in rotation so far as practicable, and may not perform duties inconsistent with their duties and responsibilities as administrative law judges.”

18) Butz v. Economou, 438 U.S. 478, 513(1978)

“There can be little doubt that the role of the modern federal hearing examiner or administrative law judge within this framework is “functionally comparable” to that of a judge. His powers are often, if not generally, comparable to those of a trial judge.”(밑줄 부분 필자 삽입)

19) 민사소송법 제432조 (사실심의 전권) 원심판결이 적법하게 확정된 사실은 상고법원을 기속한다.

해 뒷받침되는 경우 확정적인 것이 된다.”라고 규정하고 있다.²⁰⁾ 다만, 사건당사자들은 연방항소법원(Court of Appeals)에 추가로 증거제출 신청을 하여 법원의 허가를 받을 수 있는 경우가 있는데, 이러한 경우는 그 증거자료가 중요한 것이고 위원회의 심리에 있어서 그러한 증거를 제출하지 못하게 된 합리적인 이유가 있는 경우로 제한되고 그 경우에도 법원은 연방거래위원회로 하여금 그 증거자료를 판단하도록 한다.²¹⁾

이는 연방거래위원회 심판절차를 제1심 법원 즉 사실심법원의 지위로 인정하겠다는 의미로 받아들여 진다. 그리고 이러한 사실인정은 제1차적으로 행정법관사의 임무이다. 이러한 미국 법률시스템의 구조 하에서 행정법관사의 임무는 대단히 중요한 것으로 평가할 수 있다.

그래서 공정한 사건처리를 위해 많은 부분에서 업무처리의 독립성을 보장을 위한 장치가 마련되어 있는데, 채용시 인사관리처(Office of Personnel Management)의 승인을 얻어야 하고 보수와 근무조건 등도 인사관리처의 통제를 받게 된다. 행정법관사의 징계도 실적주의 보호 위원회에 의한 청문의 기회를 부여받은 후 기록에 근거하여 행하도록 되어 있다.²²⁾ 이처럼 연방거래위원회 행정법관사는 비록 조직상으로는 연방거래위원회 소속으로 되어 있지만 인사, 보수, 징계 등 대부분의 행정적인 업무는 중앙정부 인사부서의 통제를 받고 있어 연방거래 위원장이 통제할 수 없도록 하고 있는 것을 알 수 있다.

20) 15 U.S.C. §45 (c)

“...The findings of the Commission as to the facts, if supported by evidence, shall be conclusive...”

21) 15 U.S.C. §45 (c)

22) 5 U.S.C. §7521(a)

“An action may be taken against an administrative law judge appointed under section 3105 of this title by the agency in which the administrative law judge is employed only for good cause established and determined by the Merit Systems Protection Board on the record after opportunity for hearing before the Board”(밑줄 부분 필자 삽입)

현재 미국 연방거래위원회에는 행정법판사실(Office of Administrative Law Judges)이 직제로 되어 있고 수석행정법판사(Chief Administrative Law Judge)가 사건을 배당한다.²³⁾ 사건의 수가 많으면 행정법판사의 숫자도 늘어나고 사건의 수가 줄어들면 행정법판사의 숫자도 줄어든다. 물론 사건의 조사부터 시작하여 심리와 최종결정까지 합의체로서의 위원회가 직접 행하는 것도 가능하기는 하지만, 합의체의 업무부담을 고려하여 대부분의 조사업무는 직원들에게 위임을 하고 있고 심판업무는 행정법판사에게 위임하고 있다.²⁴⁾ 그래서 기본적인 사건처리절차는 사건국 직원들의 조사 및 심사, 소추에 이어 행정법판사가 최초의 결정(initial decision)을 행하고 최종적으로 위원회가 재심(review)을 담당하는 방식으로 이루어진다.

3. 연방거래위원회 행정법판사의 역할

연방거래위원회의 심판절차는 연방행정절차법에 규정된 공식적 심판절차에 따라야 하는데 이러한 절차의 진행은 다음의 세 가지의 방법으로 이루어 질 수 있다.²⁵⁾ 첫째는 행정청(the agency) 자신에 의해서이다. 그러나 행정청의 장이 직접 청문을 한다는 것은 시간적으로 거의 불가능하기 때문에 거의 활용이 되지 않는다. 둘째는 행정청을 구성하는 위원 또는 위원들(one or more members of the body which comprises the agency)에 의해서이다. 합의제 행정청을 염두에 둔 것으로 보인다. 그러나 합의제 행정청의 경우도 정책과 사건을 모두 담당해야 하는 위원의 입장에서 직접 청문을 주재하기는 사실상 쉽지가 않다. 세 번째는 행정법판사(one or more administrative law judges)에

23) 16 C.F.R. §3.42(b)

24) 연방규정집에서는 행정법판사실은 연방거래위원회가 사실심의 일차적 임무를 위임한 부서라고 규정하고 있다. 16 C.F.R. §0.14

25) 5 U.S.C. §554(b)

의해서이다. 사실상 대부분의 청문은 바로 행정법관사에 의해서 이루어진다고 볼 수 있다.

이러한 행정법관사는 해당 행정청의 규정과 자신의 권한의 범위 내에서 다음과 같은 역할을 한다.²⁶⁾²⁷⁾ 선서와 확약(affirmations)의 관장, 법이 인정하는 소환장(subpoena) 발부, 증거의 제출에 대하여 결정하고 관련 증거를 채택, 진술(depositions) 신청을 받아들이거나 진술을 하게 하는 것, 청문진행, 화해(settlement)를 위한 회의 개최, 대안적 해결수단(alternative means of dispute resolution)의 권고, 제557조에 의한 결정 또는 결정권고, 기타 해당 행정청의 규칙에 의한 조치 등을 취할 수 있다.

연방규정집에서는 연방거래위원회 행정법관사사의 권한과 의무에 대하여 자세하게 규정하고 있다. 행정법관사는 공정한 심의를 진행할 의무가 있으며 심판절차의 진행과 질서유지를 위해 다음과 같은 필요한 모든 조치를 취할 수 있다.²⁸⁾

- 증인의 선서(oath)실시
- 질의에 대해 답변할 것을 요구하는 영장(subpenas)²⁹⁾ 및 명령서 발부
- 심판정 외 증인선서(deposition) 실행 및 명령
- 당사자 신청이나 직권에 의해 당사자에게 자백(admission) 요구
- 증거제출 및 수령에 대한 결정 및 증거채택
- 심판의 진행, 당사자 및 변호인의 행동규제
- 합의해결, 쟁점정리 및 기타 적절한 목적을 위한 회의 주재

26) 5 U.S.C. §554(c)

27) 미국 행정법관사의 역할에 대한 세부적인 내용에 대하여는 다음의 문헌을 참조할 것. 박수현, 미국의 행정법관사에 관한 고찰, 토지공법연구 제27집, 2005.9 Vol. 27, pp.275-280

28) 16 C.F.R. 3.42(c), (d)

29) 형사상 영장을 의미하는 것은 아니다.

- 심판절차에서 모든 신청에 대한 결정
- 최초결정 작성 및 제출
- 결정을 위해 위원회에 질의 제출
- 기타 연방규정집 및 행정절차법의 취지에 부합하는 조치
- 지시에 불복하거나 시간을 끄는 등 심리진행을 방해하는 변호사에 대한 제재

행정법판사에 의한 최초의 결정(initial decision)은 정해진 기간 내에 행정청에 이의신청(appeal)이 제기되거나 행정청 자신이 재심결정(review on motion)을 하지 않는 이상 추가적인 절차가 없이 행정청의 결정이 된다.³⁰⁾ FTC 규칙에서는 행정법판사의 최초의 결정문이 송달된 지 10일 이내에 위원회에 이의신청을 할 수 있도록 하고 있다.³¹⁾ 그리고 이의신청서는 30일 이내에 제출하도록 하고 있다. 연방거래위원회의 행정법판사가 최초결정을 하면 연방거래위원회의 심사관이나 피심인은 이의를 제기할 수 있고 위원회 스스로가 재고를 결정할 수도 있다.³²⁾ 위원회는 이의신청을 검토하여 행정법판사의 최초결정에 포함된 사실인정, 법적 결론 혹은 명령을 그대로 채택하거나 수정 또는 거부할 수 있다.³³⁾ 그리고 행정법판사의 최초결정에 대하여는 사법부에 불복신청을 제기할 수 없다. 연방거래위원회의 최종결정만이 불복의 대상이다.

또한 연방거래위원회에 이의를 제기하면서 포함하지 않은 사항은 이의가 없는 것으로 간주된다.³⁴⁾ 이의신청이나 직권에 의한 재심의 경우 행정청은 통지나 규칙에 의해 쟁점을 제한할 수 있는 것을 제외하고

30) 5 U.S.C. §557(b)

31) 16 C.F.R. §3.52

32) 16 C.F.R. §§3.52, 3.53

33) 16 C.F.R. §3.54(b)

34) 16 C.F.R. §3.51(b)

는 자신이 최초의 결정을 한다면 가질 수 있는 모든 권한을 가진다.³⁵⁾ 연방거래위원회의 최종명령은 통지후 60일이 경과하면 효력을 발생한다.

Ⅲ. 미국 연방거래위원회 행정법판사의 공정성을 위한 장치

독립규제위원회의 속성상 조사(investigation)와 소추(prosecution), 심판(adjudication)의 기능이 융합되어 있는 것은 불가피한 선택이라 하더라도 효율성을 저해하지 않는 범위 내에서 조직 내부적으로 기능을 분리하여 준사법절차로서의 모습을 갖추어야 한다는 취지에 따라 연방행정절차법은 일정한 원칙에 따른 직능분리를 규정하고 있으며 일반적인 의사소통을 금지하는 방법으로 공정성을 위한 장치를 마련해 놓고 있다.

1. 직능분리(Separation of Functions)의 원칙과 예외

연방행정절차법에 의하면, 청문에서 증거의 채택을 담당하는 자(통상 행정법판사)는 모든 당사자가 참가할 수 있다는 고지와 기회의 부여 없이는 쟁점인 사실(fact in issue)에 대해 어느 누구와도(a person or party) 상의할 수 없다.³⁶⁾ 이것은 행정법판사로 하여금 당사자 어느 쪽으로부터도 영향을 받지 않은 상태에서 중립적이고 객관적으로 임무수행을 할 수 있도록 하기 위한 것이다. 또한 조사 또는 소추 기능을 담당하고 있는 직원의 감독(supervision)이나 지시를 받을 수 없고, 조사 또는 소추를 기능을 담당하고 있는 직원은 당해 사안 또는 관련 사안에서 증인으로 출두하지 않는 한 결정, 권고결정 기타 행정청의

35) 5 U.S.C. §557(b)

36) 5. U.S.C. §554(d)(1)

재심에 관여하거나 자문할 수 없다.³⁷⁾ 그러나, 이러한 원칙은 행정청 자신이나 행정청을 구성하는 합의체의 구성원에게는 적용이 되지 아니 한다.³⁸⁾

따라서, 직원들(staffs) 간 직능분리 즉 행정법판사와 조사 직원 간에는 직능분리가 이루어지고 있으나, 연방거래위원회의 위원들과 조사나 소추에 관여한 직원 간에는 직능분리가 이루어지고 있지 않다. 실제로 위원들은 강제조사를 허가하고 심판개시여부를 결정하는 과정에서 직원들과 자주 접촉을 하게 된다. 일부에서는 이에 대한 비판을 제기하고 있으나³⁹⁾ 행정기관으로서 위원회의 특성상 불가피한 것으로 보아 이러한 체제는 계속 유지되고 있다.

사실 독립규제위원회의 기능통합에 대한 비판은 초기부터 팽배하였고 이에 대한 대안으로 내부적 분리(internal separation)와 완전분리(complete separation)라는 모습으로 나타났는데, 행정청 내부에서의 엄격한 분리는 1947년 Taft-Hartley 법에 의하여 노동관계위원회(NLRB)의 조직이 개편됨으로써 최초로 채택되었다고 한다. 즉, 조사 및 소추의 권한은 4년 임기로 대통령이 임명하는 사무총장실(Office of General Council)에서 담당하고 5인의 위원회로 구성된 위원회(Board)는 청문을 주재하고 결정을 하는 기능만 담당하게 되었다고 한다.⁴⁰⁾ 하지만 미국 내에서도 완전한 분리에 대한 주장은 여러 차례 있어 왔지만 아직까지 실현된 것은 없는 것으로 보인다.

그리고, 미국 연방대법원은 행정절차법상의 직능의 분리원칙에 대해

37) 5. U.S.C. §554(d)(2)

38) 5. U.S.C. §554(d)(2)(C)

39) 예컨대, 미국에서 1937년의 『행정관리에 관한 대통령 위원회』(President's Committee on Administrative Management)는 행정부 내에서 심판과 심사를 담당하는 조직을 구분하자는 제안을 한 바 있다.

40) 김이열 · 이상돈, 전게서, pp.140-141

너그럽게 해석하여 왔다고 한다.⁴¹⁾ 가장 대표적인 판결은 1955년의 *Marcello v. Bonds*인데, 연방대법원은 이 사건에서 청문을 주재하는 이민국(INS)의 담당관이 집행권한을 갖고 있는 지역이민국장(district director)의 관장을 받도록 한 것이 헌법상 적법절차의 위반이 아니라고 판시하였다고 한다. 이러한 대법원의 입장은 행정기관인 독립규제위원회의 독특성 내지 업무처리의 불가피성을 비교적 폭넓게 인정하려는 것으로 보인다.

2. 일방적 의사소통의 금지

모든 당사자가 참석하지 않은 자리에서 일방의 당사자와 의사결정권자가 대면하여 대화를 나누게 되면 일방에게 불리한 정보의 제공에 의해 의사결정권자의 판단이 흐려지고 선입견이 개입될 우려가 있다. 그래서, 연방행정절차법에 의하면 우선, 행정청의 직원이 아닌 사람은 위원이나 행정법판사, 기타 결정과정에 관여하리라고 예견되는 직원과 심판절차의 본안과 관련된 일방적인 의사소통(*ex parte communication*)⁴²⁾을 하거나 고의적으로 하도록 하여서는 아니 된다.⁴³⁾

마찬가지로 위원이나 행정법판사, 기타 결정과정에 관여하리라고 예견되는 직원도 외부인사와 심판절차의 본안과 관련된 일방적인 의사소통(*ex parte communication*)을 하거나 하도록 하여서는 아니 된다.⁴⁴⁾

만약 위원이나 행정법판사, 기타 결정과정에 관여하리라고 예견되는 직원이 외부인사와 심판절차의 본안과 관련된 일방적인 의사소통(*ex*

41) 상계서, p.142

42) 일방적 의사소통이란 모든 당사자에게 합리적인 사전의 고지가 없이 공식기록에 남지 않는 구두 혹은 서면상의 의사소통을 의미한다. 5 U.S.C. §551(14). 이것은 우리나라의 소정의 변론과 유사한 것으로 볼 수 있다.

43) 5 U.S.C. §554(d)(1)(A)

44) 5 U.S.C. §554(d)(1)(B)

parte communication)을 받거나 하는 경우는 그러한 모든 서면자료(written communications) 및 구두로 의견을 들은 내용과 이러한 것들에 대한 자신들의 응답내용(responses) 일체를 공공기록(public record)⁴⁵⁾에 남겨야 한다.⁴⁶⁾

이 규정에 위반해 어떤 당사자가 일방적인 의사소통을 한 경우, 행정청이 행정법관사 기타 청문을 주재하는 자는 공익적인 견지에서 그 당사자로 하여금 일방적인 의사소통으로 인해 불이익을 받지 말아야 할 정당한 이유를 해명하도록 요구하여야 한다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 다만 이러한 규정이 있다고 하여 의회로부터 정보의 요청을 거부할 수 있는 것은 아니다.⁴⁹⁾

여기서 주목할 것은 심판을 주재하는 행정법관사는 직능분리원칙에 따라 조사나 소추에 관여한 내부직원과 일방적인 접촉을 할 수 없을 뿐만 아니라 본 조항의 일방적 의사소통금지원칙에 따라 외부인사와도 일방적인 접촉이 금지된다. 다만, 연방거래위원회의 위원은 위원회 조직의 본질상 강제조사를 허용하고 심판개시를 결정하고 중간보고 등을 받는 과정에서 직원들과 접촉할 수밖에 없기 때문에 일방적 의사소통금지의 원칙이 위원과 내부직원과의 접촉을 전면적으로 막는 것은 아니라는 점이다.

연방규정집 제16편(Code of Federal Regulations, Title 16)에 규정되어 있는 연방거래위원회의 조직, 절차 및 행동규칙(U.S. Federal Trade Commission Organization, Procedures and Rules of Practice)에서는 이러한 일

45) 공공기록(public record)에 남겨진 자료는 일반인들이 열람하거나 복사할 수 있다. 일부자료는 연방거래위원회의 홈페이지(www.ftc.gov)에 공개되어 있다.

46) 5 U.S.C. §554(d)(1)(C)

47) 5 U.S.C. §554(d)(1)(D)

48) 연방거래위원회는 변호사의 경우에 소명을 들은 후 변호사 직무윤리 위반을 이유로 징계를 할 수도 있다.

16 C.F.R. §4(1)(e)

49) 5 U.S.C. §557(d)(2)

방적 의사소통금지의 원칙에 대해 좀 더 자세하게 규정하고 있는데, 위원이라도 일단 심판절차단계(adjudicatory status)에 들어가면 연방거래위원회의 직원이 아닌 사람뿐만 아니라 직원 중에서도 조사나 소추에 관여한 자와는 사건의 본안⁵⁰⁾과 관련된 일방적 의사소통을 금지하고 있다.⁵¹⁾ 다만, 연방거래위원회 위원들은 법률이나 경제전문가의 보좌를 받고 있는데⁵²⁾ 이러한 보좌관과의 의사소통조차 금지되는 것은 아니며 심판절차가 아닌 절차에서 일방적인 의사소통이 금지되는 것도 아니다.⁵³⁾

미국 연방거래위원회의 사건처리가 공정성을 결했다는 비판에 종종 직면하기도 하였다. 미국 연방대법원은 기존의 입법, 행정, 사법권의 분립체제에 대한 보완으로 출발한 독립규제위원회의 취지 상 효율성과 공정성의 조화를 위해 불가피한 측면이 있다고 보아 하나의 기관에 소추기능과 심판기능이 융합되어 있다고 하여 그것이 due process 를 부정할 만큼 불공정한 것은 아니라고 판결한 바 있다.⁵⁴⁾ 하지만, 지금도 기능융합에 따른 사건처리의 불공정에 대한 비판이 계속되고 있으며 그에 대한 방어논리로 자주 등장하는 것이 바로 일방적 의사소통금지의 원칙이다. 비록 조직적으로만 본다면 직원과 위원들이 융합(combination)되어 있지만, 사건처리의 단계가 깊어지게 되면 위원은

50) 사건의 본안과 관련되지 않은 사항은 단독으로 의사소통을 할 수 있다. 예컨대 심의일자 조정과 같은 행정적혹은 절차적인 요청은 성격상 일방적인 의사소통이 될 수밖에 없다

51) 16 C.F.R. §4.7(b)

52) 미국의 연방법원관사들은 우수한 보좌관(law clerk)의 전문적인 보좌를 받고 있다. 연방지방법원 관사는 정식 보좌관 2명, 연방항소법원 관사는 4명 정도의 보좌관을 거느리고 있다. 연방대법원은 로스쿨을 졸업한 가장 우수한 직원들이 보좌관으로 선발된다고 한다. 연방거래위원회의 위원들도 직원 중 우수한 자를 선발하여 3명 내지 5명을 선발하여 법률의 검토, 경제분석의 검토 등 전문적인 도움을 받고 있다. 위원들이 퇴임하는 경우 보좌관들은 다시 사건국 등에 배치를 받게 된다.

53) 16 C.F.R. §4.7(f)

54) *Withrow v. Larkin*, 421 U.S. 35(1975)

직원들로부터 독립하여 독자적인 판단을 한다는 논리이다.

3. 준사법적인 절차

미국 연방거래위원회의 절차는 기본적으로 행정절차이지만 상당부분 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedures)에 그 근거를 두고 있다. 그래서 연방거래위원회의 내부 지침서⁵⁵⁾에 의하면 연방민사소송규칙은 연방거래위원회의 규칙을 해석하는데 지침이 되고 있다고 한다. 그리고 동 지침서에 의하면 연방거래위원회가 연방증거법(Federal Rules of Evidence)을 정식으로 채택한 것은 아니다. 그래서 전문증거(hearsay)도 신빙성이 있을 경우 채택이 가능하다. 하지만 실제로는 행정법판사를 설득하기 위해서는 연방증거법에 의거하는 것이 효율적이라고 한다.⁵⁶⁾

이처럼 행정법판사는 사실심인 연방지방법원의 판사와 유사하게 즉준사법적인 절차에 따라 심판절차를 진행하고 있는 셈이다. 이러한 행정법판사의 존재는 연방거래위원회의 공정한 사건처리에 크게 기여를 하고 있는 것으로 평가받고 있다.

하지만 이러한 긍정적인 평가에 대하여 한편에서는 지나친 절차의 보장으로 인해 연방거래위원회 사건처리가 지연되어 비능률과 낭비를 낳고 있다는 평가도 있는 것이 사실이다. 우리나라에서의 주된 논의가 준사법적인 절차의 미비였다는 점과 대조된다. 결국 사건처리의 공정성과 효율성을 조화시키고자 한 것이 독립규제위원회 출범의 계기였다고 본다면 어느 한 쪽의 강조는 다른 한 쪽의 미비로 연결될 소지를 안고 있는 것이라 할 수 있다.⁵⁷⁾

55) U.S. Federal Trade Commission Operating Manual(1999), 10.7

56) U.S. Federal Trade Commission Operating Manual(1999), 10.6

57) 또 한편으로는 행정법판사의 최초결정 후 이의신청이 제기되었을 때 위원회가 결정을 내리는데 너무 많은 시간이 소요된다는 지적도 있다.

IV. 우리나라 공정거래위원회에 주는 시사점

1. 행정법 판사제도 도입여부에 관하여

공정거래위원회는 사건처리절차의 공정성을 제고하기 위해 미국식의 행정법판사 제도 도입에 관한 검토를 시작한지 최소한 10년 이상은 된 것 같다. 한편으로는 미국은 법체계가 우리와 상이하기 때문에 일본식의 심판관 제도⁵⁸⁾를 도입하는 방안도 동시에 검토가 되었다.

일본 공정취인위원회의 심판관은 사무국 소속 공무원의 신분을 지니는데 심판절차를 진행하는데 필요한 법적, 경제적 지식을 가져야 하고 공정한 판단을 할 수 있으리라고 공정취인위원회가 인정하는 자중에 임명이 된다.⁵⁹⁾ 그리고 심판관은 검찰관, 임명시 변호사인 자 또는 변호사의 자격을 갖는 자를 포함하여야 한다.⁶⁰⁾ 다만, 검찰관인 직원이 관장하는 사무는 독점규제법 위반사건에 한 한다.⁶¹⁾

일본식 심판관 제도는 미국식 행정법판사제도에 비하여 심판관의 신분보장이 상대적으로 취약한 반면 내부직원 중에서 충원하는 방식을 채택하고 있어 법에 대한 전문성과 경험이 풍부한 장점이 있다.

58) 私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律(平成一七年 改正) 제35조

⑦ 심판절차(심결을 제외)의 전부 또는 일부를 행하게 하기 위해 사무국에 심판관을 둔다.

59) 동법 동조

⑨ 심판관은 사무국 직원 중 심판절차를 행함에 있어서 필요한 법률 및 경제에 관한 지식, 경험을 가지며 또한 공정한 판단을 할 수가 있다고 인정되는 자에 대해서 공정취인위원회가 정한다.

60) 동법 동조

⑩ 사무국의 직원 중에는 검찰관, 임명시 변호사인 자 또는 변호사의 자격을 갖는 자를 포함하여야 한다.

61) 동법 동조

⑪ 전항의 검찰관인 직원이 관장하는 직무는 이 법률규정에 위반하는 사건에 관한 것에 한한다.

그리고 법률전문가를 반드시 포함하도록 하고 있다. 실제로는 수석심판관 1인(국장급), 차석심판관 1인(20년 정도 근무경력 있는 현직 판사가 임명되며 법원에서 파견근무), 기타 심판관 3인(과장급)으로 구성된다고 한다. 심판관은 심결을 제외하고 준비절차, 증거조사, 청문 등 위원회가 위임한 심판절차의 일부를 수행하는데 위원회가 별도로 범위를 제한하지 않는 한 심결을 제외한 위원회의 모든 권한을 행사할 수 있다.⁶²⁾ 심판관은 심판절차를 종결한 후 심결안을 작성하여 서명한 후 사건기록과 함께 위원회에 제출한다.

그 동안 공정거래위원회는 공정한 사건처리라는 행정법판사 제도 혹은 심판관제도의 장점은 인정하면서도 우리나라의 실정에 맞지 않거나 시기상조라는 이유로 제도도입을 보류하곤 하였다. 공정거래위원회의 회의가 종래에는 전원회의 하나밖에 없었는데 소회의가 3개 신설된 것은 이러한 행정법판사 내지 심판관제도의 영향을 받은 것이다. 행정법판사 내지 심판관제도 도입에 대한 반대의견 들 중, 특히 미국에서는 연방거래위원회뿐만 아니라 심판기능을 수행하는 대부분의 행정부서에 공통적으로 도입이 되어 있지만 우리나라에서는 그러한 제도자체가 도입되어 있지 않다는 반론이 제기되기도 하였고, 심리를 주재한 심판관이 아닌 위원회가 최종결정을 내리는 것은 直接審理主義의 원칙에 반한다는 비판도 있었다.

한편, 제도 자체의 장, 단점에 대한 논의와는 별도로 이 제도를 도

62) 동법 제56조

공정취인위원회는 심판개시결정을 한 뒤 심판관을 지정하고 공정취인위원회규칙이 정하는 바에 따라 제41조(조사촉탁)의 규정에 의한 조사의 촉탁 및 제47조제1항 각호(조사를 위한 강제처분)의 처분 외에 그 후의 심판절차[심결을 제외. 제63조(위원회에 대한 직접진술) 및 제64조 (심판절차의 병합, 분리)에 대하여도 같다]의 전부 또는 일부를 행하게 할 수 있다. 다만, 당해 사건에 대해서 심사관의 직무를 행한 적이 있는 자, 기타 당해 사건의 심사에 관여한 적이 있는 자에 대해서는 그러하지 아니하다.

입했을 때 판·검사등의 법률전문가를 포함하여야 할 것이고 그렇다면 현행 우리나라 공직제도와 관련해 예컨대 일반행정직 공무원과 판·검사의 직급체계 불균형에 따른 인사문제 등도 내부적으로는 제도도입을 막는 부정적 요인으로 제시되기도 하였다.

그러나, 행정법판사 내지 심판관제도의 도입은 단점보다는 장점이 더 많으리라고 생각한다. 미국과 법시스템이 상이한 일본도 심판관제도를 도입하여 시행하고 있는 것을 보면 법시스템의 차이가 이 제도의 도입을 막는 것은 아닌 것 같다. EU도 청문관(hearing officer)제도를 1982년에 도입하여 최근 그 권한을 넓혀 가고 있는 추세이다. 우리의 실정에 맞게 재구성하면 될 것이다. 그리고 直接審理主義와 관련해서도 피심인이 원하는 경우 위원회가 의견청취를 할 수 있도록 하면 된다. 실제로 일본의 경우, 심판관이 심리를 주재한 경우 피심인은 위원회에 대하여 직접진술할 것을 신청할 수 있고 위원회는 진술 기회를 부여하여야 한다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 다만, 이와 관련하여 공정취인위원회의 결정이 법원에 의해 파기환송된 경우 다시 직접진술기회를 부여하여야 하는지에 대해 1995년의 도시마케미컬 사건 판결에서 동경고등재판소는, 환송사건에서도 직접진술의 기회를 부여하는 것이 바람직 하긴 하지만 그렇지 않았다고 하여 곧바로 위법이 되는 것은 아니고 실질적으로 피심인의 권리가 훼손되었는지 여부를 판단하여야 한다고 판시하였다. 당해 사건의 경우 환송심에서의 주장이 최초 심리시의 주장과 별차이가 없으므로 피심인의 권리가 실질적으로 훼손된 것이

63) 동법 제63조

공정취인위원회는 제56조제1항(심판관에 의한 심판절차)의 규정에 따라 심판관에게 심판절차의 전부 또는 일부를 행하게 한 경우에 있어서 피심인 또는 대리인의 요청이 있을 때에는 이들이 직접 공정취인위원회에 대해 진술할 기회를 부여하여야 한다.

64) 미국 연방거래위원회도 행정법판사의 최초 결정에 대해 이의가 있는 경우 최종 판단하기에 앞서 직접진술(oral argument)의 기회를 부여한다. 16 C.F.R. §3.52(i)

라고 보기는 어려워 위법이 아니라고 판결했다.⁶⁵⁾

다만, 행정법관사 내지 심판관 제도를 도입하는 경우 구체적으로 어떠한 형태를 띠어야 하는지에 대하여는 그 동안의 논의를 종합해 보면 대체로 일본식 모델을 선호하는 것 같다.⁶⁶⁾

2. 직능의 분리에 대하여

미국식의 행정법관사제도나 일본식 심판관제도의 도입은 조직 내 기능의 분리라는 측면에서 중요한 의미를 지닌다. 우리나라가 이러한 제도를 받아들이는 것과 상관이 없이 이 제도의 취지 즉 기능의 분리를 통한 사건처리의 공정성제고라는 측면에서 현 공정거래위원회 제도는 보완의 필요가 있다고 본다.

미국에서는 직능의 분리와 관련하여 크게 세 가지 형태의 제안들이 있어 왔다. 연방거래위원회의 독점규제법 관할을 법무부로 이관하는 것, 위원회의 심판기능을 연방지방법원으로 이관하는 것, 위원회 내부에서 직능분리를 더 철저하게 하는 것 등이 그것이다.⁶⁷⁾ 지금까지는 세 번째의 제안에 따라 직능분리가 이루어져 왔다고 볼 수 있다. 우리나라 공정거래위원회의 방향성도 내부기능분리의 강화에서 찾을 수 있다고 본다.

미국 연방거래위원회 사건처리절차에서 얻을 수 있는 시사점은 비록 조직적으로는 융합이 되어 있지만 절차의 단계에 따라 기능적으로 분리가 되어야 한다는 점이다. 우선 심사단계에서 사건처리의 방향을

65) 平成7년9월25일 東京高裁 平6 (行 ケ) 144호

66) 행정법관사 내지 심판관제도의 도입을 위한 논의는 정기적으로 반복되어 오곤 했는데 기본적인 논의의 내용은 큰 차이가 없는 것 같다. 가장 최근의 논의는 2005년 공정거래위원회 태스크 포스에서의 논의인 것으로 보인다.

67) ABA Antitrust Section, Monograph 5, The FTC as an Antitrust Enforcement Agency: Its Structure, Powers and Procedures, Vol. II(1981), p.140

정하기 위해 심사관이 위원회에 보고를 하는 그 자체를 문제삼을 수는 없지만 일단 사건이 심판에 계류된 이후에는 대심구조로 전환하여 심사관과 위원이 피심인 없이 사건과 관련해 의견을 교환하는 것(ex parte communication)은 막아져야 한다. 그리고 심판의 종료 후 위원들의 합의 시에 사실확인을 한다는 이유로 심사관을 불러서 문의를 하는 관행도 없어야 한다. 사실확인도 심판정에서 피심인이 참석할 자리에서 이루어져야 한다.

심판단계에서 이러한 기능의 분리는 심판관리관실과 심사관의 관계에서도 충족되어야 한다. 심판관리관실은 위원의 보좌관으로서 사건을 사전에 검토하여 보고를 하게 되는데 이 과정에서 심사관의 의견을 묻거나 심사관측에서 자발적으로 사건을 설명하는 관행은 개선되어야 한다. 피심인 측에서 심판관리관실에서 일방적으로 사건을 설명하는 관행도 개선되어야 함은 당연한 것이다. 심판단계에서 심사관측과 심판관리관실이 분리되지 않는다면 피심인측에서 심판관리관실에 사건을 설명하는 관행도 막기 어려울 것이다.

3. 이의신청제도

현행의 공정거래위원회 이의신청제도는 공정한 심판이라는 견지에서 많은 문제가 있는 것이 사실이다. 공정거래위원회 소회의 또는 전원회의에서 의결한 것을 전원회의가 다시 판단하는 구조로 되어 있는데 강학상으로는 일종의 특별행정심판으로 보고 있다. 미국식의 행정법판사 내지 일본식 심판관 제도의 도입이 없이는 해결하기 어려운 과제가 바로 이의신청제도이다. 공정거래사건의 전문성과 경제사건의 신속한 처리의 필요성을 인식한다면 이의신청을 통상의 행정심판과 같이 총리실 행정심판위원회에서 다룬다는 것도 비현실적이다.

앞에서도 언급한 바와 같이 소회의라는 제도 자체가 어느 정도 행정법판사 내지 행정심판관의 기능을 염두에 두고 만들어진 것이긴 하지만 소회의 구성원이 결국은 모두 전원회의 구성원이 된다는 점에서 근본적인 한계가 있다. 이의신청제도의 개선은 행정법판사 내지 심판관 제도도입의 또 다른 이유가 되고 있다. 만약 행정법판사 등의 제도가 도입된다면 소회의는 폐지하고 전원회의는 비상임위원제도를 폐지하여 상임위원 위주로 재편하여야 할 것이다.

제 4 주제

미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의명령제 -

발 표 자 : 김두진 (한국법제연구원 부연구위원)

미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의명령제 -

김 두 진

(한국법제연구원 부연구위원)

I. 서론

우리나라가 외국과 체결한 세 번째 FTA로서¹⁾ 2007년 4월 2일 한미 자유무역협정(한미 FTA)체결협상이 타결되었다. 이제 양국 의회의 비준절차를 남겨두고 있으나 비준을 받아 발효되면, 한미자유무역협정은 한미양국의 통상정책뿐만이 아니라 정치경제, 사회문화 전반에 대하여 광범위한 영향을 미칠 것으로 예상되고 있다.

동일한 맥락에서 우리나라 경쟁정책에 큰 영향을 미칠 것으로 보이는 한미 FTA의 ‘경쟁’ 장 내에서 양국 협상단간에 합의된 내용을 보면, 경쟁법 집행 및 협력 관련 내용²⁾, 정부지정독점(designated monopoly)·공기업 관련내용, 소비자보호 관련 협력강화 등이 주요내용으

1) 앞의 두 조약은 한-칠레 FTA(2004.4. 발효), 한-싱가폴 FTA(2006.3. 발효).

2) 그 내용은 다음과 같이 요약된다.

- 피심인이 공정위와 합의한 시정방안을 취하는 경우, 위법성판단을 받지 않고 공정위 절차를 종결하는 제도인 동의명령제의 도입
 - 청문 과정에서 피심인의 진술 및 증거제출권, 상대방 증거에 대한 반론권, 증인 등에 대한 교차신문권 보장(우리 공정거래법상 이미 보장하고 있는 사항임)
 - 경쟁법 정책 및 집행에 있어서 상호협력, 고지, 협의 및 정보교환 등을 통한 당국간 협력
 - 투명성 관련, 경쟁법 집행의 예외사유 공개, 관련 사실 및 법적 분석에 근거한 최종 결정문의 공표
 - 협정 운용과정에서 발생하는 이슈에 대한 당사국간 협의, 협의과정에서 상대국 우려사항에 대한 충분한 고려, 관련 정보제공 등
- 외교통상부, 한-미 FTA 분야별 최종 협상 결과 (2007.4).

로 포함되는데, 그 가운데 경쟁법 집행 및 협력 관련 내용의 하나로 우리나라 공정거래법상 동의명령제의 도입에 관해서 양국 협상단이 합의한 것으로 되어 있다. 현재 동의명령제는 미국에서 시행되고 있는 제도인데, 이 제도를 우리나라에도 도입하기로 합의한 것이다.

이 글에서는 미국의 연방 법무부(DOJ)와 연방거래위원회(FTA)의 동의명령의 의의와 연혁(Ⅱ), 동의명령의 처리절차(Ⅲ), 동의명령의 효력(Ⅳ) 등에 관하여 살펴보고 우리나라 공정거래법에의 도입시 문제되는 점(Ⅴ)을 2006년 입법예고된 공정거래법 개정안에 포함된 도입방안을 중심으로 살펴보려고 한다.

Ⅱ. 동의명령의 의의 · 연혁

1. 동의명령의 의의 · 효용

독점금지 동의명령(consent order or consent decree)³⁾은 미국 독점금지 당국인 미연방 법무부 독점금지국(Antitrust Division of the U.S. Department of Justice, 이하 “DOJ”)과 연방 공정거래위원회(Federal Trade Commission, 이하 “FTC”)가 사용하는 집행제도의 하나이다. 미국의 독점금지법 집행기관은 민사적 집행의 경우, 혐의자의 독점금지법 위반 여부를 조사한 후 위반이 인정되면 민사소송을 제기하고, 법원의 판결에 의하여 위법상태를 교정하거나(DOJ의 경우) 송무직원에게 의하여 재결절차를 거쳐 시정명령을 발하고 행정법판사(ALJ)의 심리를 거쳐 위원회에 회부하고 위원회의 결정에 의하여 절차를 일단락하고(FTC의 경우), 형사적 집행의 경우는 DOJ가 전담하여 혐의자의 독점금지법

3) FTC는 동의명령(consent order), DOJ 독점금지국은 동의판결(consent decrees)이라는 용어를 각각 사용하는데, 그 이유는 DOJ는 FTC와 달리 법원의 판결을 거쳐야만 모든 처분을 할 수 있다는 차이에서 연원한다. 그러나 이 FTC의 consent order와 DOJ의 consent decrees는 적어도 완성된 후에는 그 효력에 차이가 없다.

위반여부를 조사한 후 제소한다. 이러한 정형적 절차외에 경쟁당국은 혐의를 받고 있는 피심인과 소송외에서 화해에 의하여 사안을 처리할 수도 있다. DOJ는 민사적 절차에서는 피심인과 사법상 효력을 갖는 동의협정을 체결하고 독점금지절차 및 제재법(Antitrust Procedures and Penalties Act: APPA)⁴⁾에 의한 법원의 승인을 얻는 방식에 의하여 과거의 독점금지법위반행위에 대한 교정을 하거나 향후의 독점금지법위반행위의 발생을 방지하고, 형사적 절차에서는 DOJ 독점금지국은 피고와 답변협상(plea bargain)에서 합의하고 제재를 교섭할 수 있다. 그러한 화해의 일부로서 피고는 법원에 plea of nolo contendere, 즉 “피고에 대하여 관련독점금지사소에서 불리하게 사용될 수 없는 답변(plea)”을 요구할 수 있다.⁵⁾

DOJ와 FTC가 동의명령을 발하는 방법에는 절차상 차이가 있다. DOJ는 소추기관으로서 별도의 행정처분 권한을 가지고 있지 않으므로 반드시 이를 연방지방법원에서 승인을 받아야 한다. DOJ는 대부분 소장(complaint)과 동의명령 제안안을 동시에 법원에 제출한다. 반면, FTC는 직접 명령을 발할 권한을 보유하고 있는데, FTC의 명령은 정식 심판 절차를 거치지 않고 당사자와의 협의에 의해 내려지는 동의명령(Consent Order)과 정식 심판절차를 거친 후에 내려지는 중지명령(Cease and Desist Order)의 형식을 취할 수 있는데, FTC의 중지명령은 법원의 승인이 발효를 위한 필수요건이 아니지만 피심인의 불복이 있는 경우에는 연방지방법원에서 사법심사를 받아야 한다.

동의명령에 의한 화해는 다음과 같은 이점을 가진다.⁶⁾

4) Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974, Pub. L. No. 93-258, §2, 88 Stat. 1706 (1974) (codified at 15 U.S.C. §16). 통상 Tunney Act로 지칭된다.

5) Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2nd ed., p. 942 (WEST GROUP, 2006).

6) Stephanie W. Kanwit, Federal Trade Commission [Transfer Binder] § 12:4 (West, updated September 2004).

첫째, 장기간 교섭과 심판과 소송 이전의 준비에 따른 불확실성과 비용을 제거한다.⁷⁾

둘째, 동의명령은 후속의 쟁점이 된 실무가 포함된 사소에서 범위반에 대한 일응 추정되는 증거(*prima facie evidence*)를 구성하지 아니하고, 사안의 일정한 면의 비밀성을 보전할 수 있다.

셋째, 위원회와 그 직원은 위반의 심각성과 기관과 법원의 선례에 의존하여, “화해가 제공할 공익적인 시간, 경비 및 불확실성의 절감” 때문에 소송 후에 적용될 조항보다 덜 엄격한 조항으로 화해할 수 있다.

그밖에 기업결합 심사절차에서는 사전신고제도 때문에 경쟁당국의 승인을 받기 위한 일부 자산의 처분 등의 조건에 관하여 협의하는 과정에서 자연스럽게 동의명령에 관하여 협의가 도출될 수도 있다.

다른 한편 동의명령절차에서 피심인은 위원회가 지방법원에 제소해서 위반당 10,000달러의 벌금의 부과와 함께 집행가능하거나 또는 위반이 지속적으로 범해지는 경우에는 위반일당 10,000달러의 벌금의 부과와 함께 집행가능하게 되는 FTC와의 구속력있는 계약을 체결할 수도 있다.⁸⁾ 이 협정은 그와 다르게 정해지지 않으면, 영구적인 것일 수 있고, 피심인인 개인·법인기업의 승계인 및 양수인을 구속한다.

동의명령은 또한 보도자료의 형식으로 피심인에 관한 불명예사실을 공표되게 한다. 동의명령이 화해만을 위한 것이고 범위반을 인정하는

7) 그러나 이 이점은 경우에 따라 반감될 수도 있다. “특히 복잡한 사건에서는 동의 명령의 교섭에 장기간이 소요될 수 있고 FTC는 동의명령이 서명된 후 몇 달 간 명령의 접수(accept)를 하지 않는 경우”도 있기 때문이다. 예컨대 *Nelson Bros Furniture Corp 3 Trade Reg Rep (CCH) ¶ 21,433 (1978)*에서는 동의와 선언 사이에 14 개월이 걸렸다고 한다. *Stephanie W. Kanwit, op. cit., p. 12-9 n. 3.*

8) 15 U.S.C.A. § 45(1); Clayton Act § 11(1), 15 U.S.C.A. § 21(1).

것이 아니라고 동의명령상 기술되지만, 대기업이나 뉴스가치가 있는 위반사건인 경우에는 언론과 공중에 미치는 효과에서 차이가 없는 경향이 있다.⁹⁾ 동의명령 관련사실의 공표는 일반적으로 FTC 사무국 책임자들과 공공정보사무소에 의하여 정해지고, 피심인은 특정 사안에서 기자회견이 개최되지 않거나 보도자료가 배부되지 않도록 보장하는 것을 교섭할 수는 없다.¹⁰⁾

2. 동의명령제의 연혁

본래 미국법상 동의판결(*consent decree*)은 소송 당사자들간의 자발적인 협정을 표현하는 사법판결의 일종으로서 특히 피고가, 혐의의 종료에 대한 대가로, 정부가 위법하다고 주장하는 활동을 중단하기로 하는 협정이다.¹¹⁾ 동의판결은 발효되면, 동의한 당사자를 구속하며 동의가 기만에 의하여 획득되었다거나 동의판결이 상호 과실이나 동의의 실패에 기초한 것이라는 점을 입증하는 경우에만 예외적으로 사법심사를 받을 수 있다.¹²⁾

미국에서 최초의 독점금지 동의판결은 1906년에 DOJ에 의하여 체결된 것이었다.¹³⁾ 1935년에서 1955년 사이에 DOJ의 민사사건 중에서 약 72%가 동의판결로 종결되었다.¹⁴⁾

9) Stephanie W. Kanwit, *Federal Trade Commission [Transfer Binder] § 12:4* (West, updated September 2004).

10) *Id.*

11) http://en.wikipedia.org/wiki/Consent_decree.

12) *Id.*

13) *United States v. Otis Elevator Co.*, 1 *Decrees & Judgments in Fed. Antitrust Cas.* 107 (N.D. Cal. 1906).

14) *Report of the Attorney General's National Committee to Study Antitrust Laws* 360 (1955).

제 4 주제 미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의명령제 -

연 도	종결된 형평소송	동의명령	동의명령의 비율	판 결
1940	23	21	91.3	2
1941	22	19	86.4	3
1942	36	29	83.3	7
1943	15	12	80.0	3
1944				
1945				
1946				
1947	16	7	45.0	9
1948	18	14	77.7	4
1949	23	10	43.4	13
1950	20	11	55.0	9
1951	31	19	61.2	12
1952	18	18	44.4	10
1953	23	16	69.6	7
1954	48	33	68.8	15
1955	24	20	83.3	4
1956	46	30	65.2	16
1957	27	22	81.4	5
1958	31	27	87.0	4

[표. 1940년-1958년의 DOJ의 동의명령 통계]

Source: Antitrust Division, Department of Justice. Comment, The 1982 AT&T Consent Decree-Strengthening The Antitrust Procedures and Penalties Act, 27 How. L.J. 1611 (1984) n. 14.

가장 최초의 FTC의 화해절차는 시정약정, 즉 사실약정과 시정합의 (Stipulation of the Facts and Agreement to Cease and Desist: Stipulation) 로 알려져 있다. 최초의 시정약정은 1925년 4월 15일에 내려졌고 시정약정이 사용된 36년동안 체결된 시정약정은 모두 약 9,500개였다.¹⁵⁾ 시정약정절차는 피심인에게 사실발견(findings of fact)에 동의하고 특정 관행의 시정에 동의하기를 요구하였고, 정식의 제소가 발해진 이

15) Stephanie W. Kanwit, Federal Trade Commission [Transfer Binder] § 12:2 n.1 (West, updated September 2004).

후에만 개시되었다.¹⁶⁾ 초기에는 FTC가 시정약정절차상 피심인이 그에 기하여 소장내에서 주장에 기초가 되거나 그것을 허용하는 사실에 대하여 약정하지 않으면 화해가 가능하지 않다고 주장하였다고 한다.¹⁷⁾ 이 규칙은 1951년에 법적 사실만 인정하도록 요구하는 것으로 변경되었고, 다시 1954년에 사실발견 요건을 제거하는 것으로 변경되었다. 시정약정절차는 1961년 중반에 동의명령절차로 대체되었다.

FTC에 의한 시정약정의 승인은 FTC가 정식 제소를 하는 것을 방해하지 않으며 약정은 합의된 사실발견의 증거로서 허용될 수 있었다. 그러나 이는 범위반의 인정을 구성하지는 않았으며 피심인은 그 조건의 위반에 대하여 어떠한 제재도 받지 아니하였다. 시정약정절차는 예컨대 본질적으로 위협한 식품, 약품, 장치, 화장품의 허위광고, 불에 잘 타는 섬유와 의류의 판매 그리고 경쟁을 제한하는 차별적이거나 독점적인 관행과 같이 비난가능성이 높은 일정한 행위나 관행이 포함된 사건에서는 이용할 수 없었고¹⁸⁾ 피심인은 그 이용을 권리로서 주장할 수는 없었다.¹⁹⁾

그리고 시정약정절차외에도 자율준수보장(Assurance of Voluntary Compliance: AVC) 절차라는 것이 FTC에 의하여 1969년부터 1977년 사이에 사용되었는데,²⁰⁾ 이것은 FTC의 재량인 기만적 관행, 가격차별과 섬유관련법이 포함된 문제에서 일정한 부수적 문제의 화해를 위한 비정식적 수단으로 사용되었다. 그러나 AVC는 거의 모든 피심인의 변

16) Pollock, Pre-Complaint Investigations by the FTC 9 Antitrust Bull 7 (1964); Stephanie W. Kanwit, Federal Trade Commission § 12:2 n. 3.

17) MacIntyre & Dixon, The Federal Trade Commission After 50 Years 24 Fed BJ 377, 420 (1964); Stephanie W. Kanwit, Federal Trade Commission § 12:2 n. 2.

18) Stephanie W. Kanwit, Federal Trade Commission [Transfer Binder] § 12:2 (West, updated September 2004).

19) *Coro, Inc. v. F.T.C.*, 338 F.2d 149 (1st Cir. 1964).

20) 34 Fed Reg 19,055 (Nov 29 1969); 42 Fed Reg 42,195 (Aug 22 1977); 16 C.F.R. § 2.21 (패지).

호사들이 자신들의 고객이 이 “더 이상 징죄하지 않는다”는 일방적인 약속에만 종속되어야 한다고 주장하였기 때문에, FTC는 결국 피심인이 보다 조기에 더 유의미한 협상을 하도록 하기 위하여 1977년 이 절차를 폐지하였다.²¹⁾

또한 튜니법이 통과되던 1974년에 DOJ에 의하여 획득된 판결의 약 80퍼센트가 동의판결이었다.²²⁾

DOJ가 동의판결절차에서의 법원의 역할을 인정하였고, 일부 소수의 법원이 공익의 독립적 보호자로서 적극적으로 활동하였지만, 사실심 법원은 정부가 제안한 동의판결의 조건에 대하여 문제제기하는 경우가 드물었다.²³⁾

독점금지 동의판결의 적절성에 대해서는 수차례 논란이 있었는데, 그것이 튜니법 제정으로 연결되었다.²⁴⁾ 특히 1967년에 DOJ가 First National Bank사건²⁵⁾에서 행한 동의명령은 DOJ의 “90퍼센트의 항복(capitulation)”이라 불리었다. 또한 1972년 International Telephone and Telegraph (ITT)사건의 화해에서도 극심한 논란이 제기되었다.²⁶⁾ ITT는 자회사인

21) 42 Fed Reg 42,195 (Aug 22 1977).

22) J. Noonan, *Judicial Review of Antitrust Consent Decrees: Reconciling Judicial Responsibility with Executive Discretion*, 35 *Hastings L.J.* 133, 143 (1983).

23) Report of the Antitrust Subcomm., Comm. on the Judiciary, *Consent Decree Program of the Dep't of Justice*, 86th Cong., 1st Sess. 7-9 (1959), at 14; J. Noonan, *Judicial Review of Antitrust Consent Decrees: Reconciling Judicial Responsibility with Executive Discretion*, 35 *Hastings L.J.* 133, 136 n. 27 (1983). Report of the Antitrust Subcomm., Comm. on the Judiciary는 1956년에 AT&T에 대한 동의판결이 발효되자 의회가 동의판결을 포함한 전체 DOJ의 화해프로그램에 대하여 조사한 결과를 모은 것이다. 하원 독점금지위원회는 DOJ가 동의판결 프로그램을 운영한 방식에 대하여 매우 비판하고 제안된 동의판결에 대한 사법심사가 영성하다는 결론을 내렸다. id. at 14-15.

24) L. Anderson, *United States v. Microsoft, Antitrust Consent Decrees, and the Need for a Proper Scope of Judicial Review*, 65 *Antitrust L.J.* 1, 6-8 (1996).

25) *United States v. First National Bank and Trust Co.*, 280 F. Supp. 260, 263 (E.D. Ky. 1967).

26) *United States v. International Tel. & Tel. Corp. (Hartford)*, 1971 Trade Cas. (CCH)

Canteen과 Grinnell을 분할하도록 강제되었지만 가장 수익성 있는 자회사인 Hartford Fire Insurance Company를 보유하는 것은 허용되었다. DOJ가 ITT와 화해한 것은 이 기업의 1972년 당시 집권 공화당의 기금에 대한 기부금의 대가였다는 주장이 있었다.²⁷⁾ 그러나 연방지방법원은 이러한 주장에 대하여 심리하지 않고, 동의판결을 승인하였다.²⁸⁾ 의회는 1974년 독점금지절차 및 제재법(Antitrust Procedures and Penalties Act: APPA)을 제정하여, 장래의 정부의 독점금지 동의명령 집행절차의 개혁을 통한 남용방지를 시도하였다. APPA는 이 공적 인식과 절차내의 참여를 증가시키기 위하여 마련되었고, 동의판결절차에 대하여 사법심사의 정도를 강화시켰다. 그 결과, 의회의 청문회 이후에, 튜니법이 1974년에 시행되었다. 청문회에서는 제안자인 튜니의원이 이 법의 목적이 법원을 동의판결의 심사에 있어서 “고무도장(rubber stamp)이 아니라 독립적인 권한(independent force)이 되게 하려는 것”이라고 언급하였다.²⁹⁾

III. 동의명령의 절차

1. 동의명령절차의 개시

동의명령절차는 조사 개시후 소장이 발부되기 이전³⁰⁾ 또는 소장 발

P909, 766 (D. Conn. 1971); *United States v. International Tel. & Tel. Corp. (Canteen)*, 1971 Trade Cas. (CCH) P90,530 (N.D. Ill. 1971); *United States v. International Tel. & Tel. Corp. (Grinnell)*, 324 F. Supp. 19 (D. Conn. 1970).

27) Note, *The ITT Dividend: Reform of Department of Justice Consent Decree Procedures*, 73 Colum. L. Rev. 594, 604-05 (1973).

28) *United States v. International Tel. & Tel. Corp.*, 349 F. Supp. 22 (D. Conn. 1972), *aff'd sub nom. Nader v. United States*, 410 U.S. 919 (1973).

29) *The Antitrust Procedures and Penalties Act: Hearings on S. 782 and S. 1008 Before the Subcomm. on Antitrust and Monopoly of the Senate Comm. on the Judiciary*, 93rd Cong. 1 (1973) (statement of Senator J. Tunney); Paula L. Blizzard, *Consent Decree Standard of Review: United States v. Microsoft Corporation*, 13 Berkeley Tech. L.J. 355, n. 14 (1998).

30) 16 C.F.R. § 2.14.

부 후 심리절차가 개시된 후에³¹⁾ 언제든지 개시될 수 있다. 즉 FTC는 소장 발부의 전후를 막론하고 화해로 사안을 종결할 수 있다. 그러나 실무상 동의명령절차는 통상 FTC의 조사후 소장의 발부에 의한 심결 절차 이전에 개시된다.³²⁾

동의명령절차는 통상 FTC의 재량으로 피심인에게 제소안 및 시정 명령과 함께 조사중인 문제의 화해의 협상에 대한 제의를 함으로써 개시된다. 비록 연방규칙은 강제적인 “... 제공되어야 한다(*shall be afforded*) ...”는 문언을 채택하고 있지만, FTC에게는 넓은 재량이 인정된다. 법원은 *Seeburg Corp.* 사건에서 FTC가 “독단적(*arbitrary*)이거나 전횡적(*capricious*)으로” 행동하지 않는 한, 피심인에게 동의명령 협상을 요구할 권리는 존재하지 않는다고 판시하였다.³³⁾ 이 사건에서 법원은 소인(*cause of action*)을 언급하지 않으면서, 재결전 화해절차에 대한 헌법상의 권리가 존재하지 않고 따라서 동의명령절차는 행정절차법 제5(b)조, 5 U.S.C.A. § 554(c)에 부합하며 그러한 교섭의 형식은, 예외적인 경우(독단적, 전횡적)를 제외하고는, 위원회의 재량에 속한다고 판시하였다. 지방법원에서의 재결이전의 FTC의 조치가 독단적이거나 전횡적이라는 이유에서 절차의 진행이나 적합한 조치를 명하는 행정절차법(*Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C.A. §§ 701 et seq.)에 의거한 제소의 성공가능성은 위원회의 조치의 합리성, 다른 구제책의 이용가능성 및 법원의 개입이 없을시에 피심인이 회복할 수 없거나 즉각적인 피해를 입는지 여부에 달려있다.³⁴⁾

31) 16 C.F.R. §§ 2.31(b), 3.25.

32) Stephanie W. Kanwit, *Federal Trade Commission [Transfer Binder]* § 12:1 (West, updated September 2004).

33) *Seeburg Corp. v. F.T.C.*, 425 F.2d 124 (6th Cir. 1970).

34) Stephanie W. Kanwit, *Federal Trade Commission [Transfer Binder]* § 12:3 (West, updated September 2004).

FTC의 정책은 가능한 한 공익과 부합되는 화해를 촉진한다는 것이다.³⁵⁾ FTC는 그 일반적 규칙제정권³⁶⁾에 따라서, 동의명령절차의 접근과 범위를 정할 “무제한의” 재량을 가지고 있다. FTC의 동의명령절차는 연방규칙으로 정해져 있다.³⁷⁾ “시간, 절차의 성질 및 공익이 허용하는 때에는” 모든 조사받고 있는 당사자는 “위원회가 고려하도록, 동의명령협정의 형식으로 당해 사안의 조치에 대한 제안을 제출할 기회를 보장받아야 한다.”³⁸⁾

대부분의 경우에 소장이 발부되기 전에, 피심인과 기관 직원이 동의명령의 합의를 위하여 교섭한다. 동의명령협정은 통상 제안된 명령, 제안된 사실발견의 인정, 법적 사실의 인정 및 FTC의 사실발견과 법의 결론 제안의 인정의무의 포기, 사법심사에 대한 모든 권리의 포기를 포함한다.³⁹⁾ 동의명령 초안에 대한 의견제출은 FTC의 경제본부(Bureau of Economics), 경쟁본부(Bureau of Competition), 또는 소비자보호본부(Bureau of Consumer Protection) 그리고 관련 국 내부의 준수 및 집행국이 협상한다.⁴⁰⁾ FTC는 공적 의견수렴 제안을 받고, 그 제안을 거절하고 소장을 발부하거나 일정한 변화가 없는 한 제안을 기각하는 것을 포함하여 적절하다고 생각하는 조치를 취한다.⁴¹⁾

2. 제안의 접수와 공적 의견수렴

조사단계 동안, 제안된 피심인은 위원회에 기관 직원을 경유하여, 제

35) FTC Operating Manual (2004) § 6.3.

36) 15 U.S.C.A. § 46(g).

37) 16 C.F.R. §§ 2.31 - 2.34.

38) 16 C.F.R. § 2.31(a).

39) 16 C.F.R. § 2.32.

40) ABA, Antitrust Law Developments (Sixth) Vol. I, p. 675 (2006).

41) 16 C.F.R. § 2.34.

안된 명령을 포함하는 완전히 실행된 협정의 형식으로서 일방적인 화해안을 제출할 권한이 있다.⁴²⁾

만일 피심인과 기관 직원간의 협정이 체결되면, 소장, 협정, 결정 및 명령은 그 명령을 지지하고 교섭중의 명령이나 소장의 개정에 관해 언급하는 직원의 메모와 함께 임시승인을 위하여 FTC로 전달된다. 위원회는 그 협정을 접수하거나 거부하고 교섭을 위하여 반환할 수 있고 후자의 경우에는 흔히 직원에게 구체적인 지시를 하기도 한다. 또한 위원회는 협정을 접수한 후 나중에 그것을 거부할 수도 있다. 예컨대 Kaufman & Broad Inc. 사건에서 FTC는 1976년 4월에 주택건설업자들의 주택 광고, 판매 및 건설에 관한 불공정하거나 기만적인 관행을 포함하는 동의명령을 접수(accept)하였지만, 그 해 11월에 직원에게 이미 결함있는 주택을 그 회사로부터 구매한 소비자에게 대하여 보상을 제공하기 위한 소송에 필요한 증거가 존재하는지 판단하라고 지시하면서 그 접수를 철회하였다.⁴³⁾

화해가 공적 의견을 위하여 접수되면, 제안된 동의협정, 그것이 포함하는 명령, 소장초안, 동의협정조건의 설명(공적 의견제출을 지원하기 위한 분석) 등이 공적 기록으로 편철되고, 공적 의견제출을 돕기 위한 분석은 관보에 60일간 게재된다. 공적 의견은 동의협정을 설명하는 보도자료가 발간된 후 30일간 제출할 수 있다.⁴⁴⁾ 이 의견제출기간을 쫓아서, FTC는 접수된 의견에 기초하여 명령을 발하거나 동의협정 접수를 철회할 수 있다.⁴⁵⁾ FTC는 그 재량으로 예외적인 경우에, 의견수렴 기간의 개시 이전에 동의명령을 최종적인 것으로 만들 수

42) OM ch 6.7.

43) Kaufman & Broad Inc., 3 Trade Reg Rep (CCH) ¶ 21,240 (1976)(동의명령의 철회); 3 Trade Reg Rep (CCH) ¶ 12,436 (1978)(건설과 기타의 결함을 수리하도록 요구하는 제안된 명령의 접수).

44) Id. § 2.34(c).

45) Id. § 2.34(e)(1).

있다.⁴⁶⁾ 만일 FTC가 나중에 동의협정을 수정(modification)하기로 결정한다면, 피심인의 수정에 대한 합의, 절차의 재개, 16 C.F.R. § 3.72(b)에 따른 명령의 수정을 하거나 아니면 새로운 행정적 소장을 발부할 수 있다. FTC는 또한 피심인의 동의하에 수정된 명령을 발할 수 있다.⁴⁷⁾ 비록 피심인은 화해를 위한 주장을 제출할 권리는 없지만, 기관은 피심인에게 그러한 주장을 할 수 있게 허용할 수 있다.⁴⁸⁾ 피심인 역시 사안의 화해를 위한 일방적 제안이나 반대주장을 할 수 있다.⁴⁹⁾

3. 범위반의 증거 구비

동의명령절차는 조사단계의 모든 피심인에게 이용가능한데, FTC 담당관은 위원회에 소장이 §§ 2.31 또는 3.11에 따라 피심인에게 제공될 것을 권고하기 전에, 모든 당사자에 대하여 그리고 제안된 명령의 전 범위에 대하여 소장의 모든 주장을 지지하기 위하여 사실상 추정되는 본안을 증명하기에 충분한 증거를 가질 필요가 없다.⁵⁰⁾ 여기에서 충분한 증거는 검사가 소유한 물리적 증거, 검사가 이의나 지연가능성 없이 영장에 따라 생산될 수 있다는 실제적 지식을 가지고 있는 신빙성 있는 예상되는 증언과 증거로 정의되었다. 이전에는 그러한 충분한 증거를 보유한 것을 동의명령 교섭을 위하여 요건으로 하였으나, 이 요건은 불필요한 지연과 증거수집을 가져올 수 있기 때문에 제거되었고, FTC는 범위반이 일어났다고 믿을 이유가 존재한다고 판단하기 위한 보다 유연한 증거조사를 채택하였다.⁵¹⁾

46) Id. § 2.34(c).

47) 16 C.F.R. § 3.72(b).

48) Seeburg Corp. v. FTC, 1966 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,955 (E.D. Tenn. 1966), aff'd, 425 F.2d 124 (6th Cir. 1970).

49) FTC Operating Manual (2004) § 6.7.

50) Dixon, Practice and Procedure Before the FTC 9 NY LF 31 (1963).

51) FTC Chairman Lewis A. Engman, 1975.2.20. Address Before the 11th Annual Symposium on Trade Association Law and Practice, Antitrust Law Comm of the DC Bar;

4. 소장 발부후 동의명령 절차

상대적으로 더 적은 경우이지만, 행정적 소장이 발부된 후에도 피심인과 송무 변호사는 함께 행정법판사(ALJ)에게 화해제안을 제출하고 사안을 재결에서 철회할 것을 신청할 수 있다. 만일 관련된 bureau director가 그러한 협정을 승인한다면, 위원회의 사무처장은 위원회가 제안을 검토하는 동안 사안을 재결로부터 철회하고 피심인에 관한 모든 절차가 자동적으로 정지되도록 하는 명령을 발한다.⁵²⁾

피심인은 결행된 화해안을 송무 변호사의 합의 없이 심지어는 송무 변호사의 반대가 있더라도 ALJ에게 제출할 수 있다. 만일 ALJ가 위원회에 대한 그 화해제안을 승인하면 위원회는 화해가 가능하다는 결정에 의거하여 사안을 재결로부터 철회할 수 있다.⁵³⁾

만일 사안이 재결에서 철회되면, 위원회의 제안된 화해안의 고려는 제소전 화해와 동일한 절차를 밟게 된다.⁵⁴⁾ 만일 기관이 화해를 거부하면, 통상 사안을 재결절차로 돌려보낸다.⁵⁵⁾ FTC는 또한 화해제안을 기각하고 소장을 취하할 수 있다.

5. 법원의 공익 심사

튜니법은 집행부와 법원이 독점금지 동의판결의 발효 이전에 일정한 조치를 할 것을 요구한다. 동의판결이 접수되면, DOJ나 FTC는 공

All-State Indus. of NC Inc. v. FTC, 75 FTC 465, 1969 WL 101063 (1969) aff'd 423 F2d 423 (4th Cir.) cert. denied 400 U.S. 828 (1970); Stephanie W. Kanwit, Federal Trade Commission [Transfer Binder] § 12:3 n.7 (West, updated September 2004).

52) 16 C.F.R. § 3.25(c).

53) Id. § 3.25(d).

54) Id. § 3.25(f).

55) Id.

적 의견수렴(public comment)을 위하여 동의판결을 추진하는 이유와 방법에 대한 정보를 발표하여야 한다. 정부는 독점금지법위반 주장, 동의판결이 제공하는 구제책, 정부가 고려하는 대안 등을 설명하는 경쟁상효과설명서(competitive impact statement: CIS)를 접수하여야 한다.⁵⁶⁾ 그 후 정부는 동의판결을 관보 등에 60일간의 의견수렴기간 동안 게재하고 모든 공적 의견에 대하여 답변하여야 한다.⁵⁷⁾

연방지방법원은 DOJ의 조사과정에서 제안된 동의판결(consent decree)에 대하여 그것이 공익에 부합하는지 결정하기 위하여 심사하여야 한다. 튜니법하에서 법원은 공익에 부합하지 아니한다고 보는 동의명령안을 승인거절할 수 있다. 그러나 법원이 실제로 제안된 동의명령을 기각하는 일은 드물다. 법원은 제안된 동의명령이 공익에 부합하지 않더라도 이를 바로 기각하지 않고 당사자들이 일정한 명령에 대한 수정을 승낙할 것을 제안된 명령이 공익에 부합한다는 승인의 조건으로 부가할 수 있다.⁵⁸⁾ 튜니법은 FTC의 동의명령(consent order)에는 적용되지 않는데, 그 이유는 동의에 의하여 화해된 FTC 사안들은 연방법원에 계류되지 않기 때문에 FTC의 동의명령은 위원회에 의하여 법원의 관여 없이 발효되기 때문이다.⁵⁹⁾

법원이 동의판결안이 공익에 부합하는지 판단하는 데에 고려하는 것은 주장된 독점금지위반의 종료, 집행과 수정을 위한 규정, 추구되는

56) 15 U.S.C.A. § 16(b).

57) Id. §§ 16(b), (c) & (d).

58) United States v. GTE Corp., 603 F. Supp. 730, 753 (D.D.C. 1984); United States v. American Tel. and Tel. Co., 552 F. Supp. 131, 225, 34 Fed. R. Serv. 2d 991 (D.D.C. 1982), judgment aff'd, 460 U.S. 1001, 103 S. Ct. 1240, 75 L. Ed. 2d 472 (1983) and amended, 714 F. Supp. 1 (D.D.C. 1988), decision aff'd in part, rev'd in part, 900 F. 2d 283 (D.C. Cir. 1990) and modified, 890 F. Supp. 1 (D.D.C. 1995), order vacated, 84 F.3d 1452 (D.C. Cir. 1996), aff'd sub nom. Maryland v. United States, 460 U.S. 1001, 103 S. Ct. 1240, 75 L. Ed. 472 (1983).

59) Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2nd ed., p. 944 (WEST GROUP, 2006).

구제책의 기간, 그리고 고려되는 대안적 구제책의 기대효과 등을 포함하는 동의판결의 경쟁상 효과 등이다. 또한 법원은 독점금지위반으로부터 구체적 피해를 주장하는 개인을 포함하여 일반공중에 대한 효과를 포함하는 동의판결의 적절성에 관한 것들을 고려할 수 있다. 명시적으로 고려되는 것이 허용되는 공적 편익의 하나는 사건을 심판을 통하여 처리하는 것의 편익이다.

법원이 공익고려에 사용할 수 있는 방법은 광범위하다. 정부기관, 전문가 또는 다른 전문감정인의 증언을 구하는 것, 특별보조재판관(special master) 및 외부상담인 또는 개인, 단체 혹은 정부기관의 의견, 평가 또는 조언을 구하는 것, 참고인으로서 출원, 민사소송절차에 관한 연방규칙에 의거한 당사자로서 소송참가, 증인 혹은 기록자료에 대한 심문 또는 법원이 적당하다고 인정하는 공공의 이익에 합치하는 이해관계를 가지는 자 혹은 기관에 의하여 법원에 제기된 절차에 대한 참가를 인정하는 것 기타 법원이 적당하다고 인정하는 공공의 이익에 부합되는 기타의 조치를 청구하는 것 등이 인정된다.⁶⁰⁾

그러나 튜니법은 연방지방법원이 어떠한 기준에 의하여 DOJ의 동의판결의 공익부합성을 심사할지 상세한 규정을 하고 있지 않다. 튜니법상의 법원의 공익부합성 심사기준에 관해서 1995년의 마이크로소프트 사건에서 문제되었다. 이 사건⁶¹⁾에서 지방법원은 Microsoft와 DOJ 간의 제안된 동의판결이 공익에 부합하지 않는다고 판단하고 동의판결의 발효를 거절하였다. 그러나 그 항소심⁶²⁾에서 D.C.항소법원은 지방법원이 Microsoft와 DOJ간의 제안된 동의판결을 승인거부함에 있어서 튜니법상의 권한을 유월하였다고 판시하고 동의판결이 공익에 부

60) Id. § 16(f).

61) *United States v. Microsoft Corp.*, 59 F.R.D. 318 (D.D.C. 1995).

62) *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995).

합한다고 보면서, 지방법원 판결을 번복하였고, 당해 동의판결은 발효되었다.⁶³⁾ 이 사건 소장은 마이크로소프트에 대하여 위법한 거래제한과 독점화로서 셔먼법 제1조와 제2조 위반혐의를 부과하였다.⁶⁴⁾ 제안된 동의명령은 마이크로소프트에게 프로세서당 라이선스를 중지하고 카피당 라이선스를 사용할 것, 운영체제와 그 응용소프트웨어의 끼워팔기의 금지, 비공시협정을 완화하고 유효기간을 단축할 것 등을 요구하였다. 그러나 지방법원판사는 “법문, 입법사, 선례 및 상식”에 기초하여, 법원은 공익을 평가함에 있어서 소장의 표면을 넘어서 심리할 수 있다고 보고,⁶⁵⁾ vaporware 관행에 대해서 우려를 표하고, DOJ에 그 문제를 질의하고 정보를 요청하였으나 DOJ는 그 관행에 대하여 조사한 것을 제출하기를 거절하였다.⁶⁶⁾ 지방법원판사는 i) DOJ는 요청한 공익고려에 필요한 충분한 정보를 제공하지 않았고, ii) 제안된 동의판결의 범위는 너무 협소하고, iii) 제안된 동의판결은 효과적인 독점금지구제책이 아니고, iv) 제안된 집행과 준수방법은 충분하지 않다고 판단하고 동의판결이 공익에 부합하지 않는다고 하여 그 발효를 거절하였다.⁶⁷⁾ 마이크로소프트와 DOJ 양측은 항소하였다. 항소심에서의 주요 쟁점은 지방법원이 동의판결의 발효를 거부함에 있어서 튜니법상의 권한을 유월하였는지 여부였다. 항소법원은 튜니법상 지방법원이 “소장을 넘어서 정부가 하지 않은 청구를 평가하고 정부가 하지

63) *United States v. Microsoft Corp.*, No. 94-1561, 1995 WL 505998 (D.D.C. Aug. 21, 1995).

64) 위반의 실질은 마이크로소프트가 컴퓨터제조업자에게 제조, 판매되는 컴퓨터가 마이크로소프트 운영체제를 사용하였는지 여부와 무관하게 모든 각 판매된 프로세서에 대하여 로열티를 지급하여야 한다는 이른바 “프로세서당(per-processor)” 라이선스를 사용한 것이었다. 또한 DOJ는 마이크로소프트의 소프트웨어 개발자들에 대하여 전유적인 운영체제 데이터에 관하여 공시하지 않는 협정이 너무 제한적이고 반경쟁적이라고 주장하였다.

65) *United States v. Microsoft Corp.*, 59 F.R.D. 318, 330 (D.D.C. 1995).

66) *Id.* at 335.

67) *Id.* at 332.

않은 청구의 이유에 대하여 질의하는 것이” 허용되지 않는다고 판시하였다.⁶⁸⁾

IV. 동의명령의 효력

1. 화해의 효력과 적용범위

독점금지 동의명령이 발효된 후에는 정부의 권리를 포함하여, 당사자의 권리에 대한 동의명령의 법적 효력은 성질상 계약적이라기 보다 재결적인 것이다.⁶⁹⁾

동의협정(*consent agreement*)의 법적 성질은 구속력 있는 소송외의 합의이며 “공익에 부합”한다는⁷⁰⁾ 법원의 승인을 얻은 동의합의는 동의명령으로서 효력을 발생한다. 동의명령은 “위반행위를 시인하지는 않지만 시간과 경비의 절약을 위하여 경쟁당국과 다음과 같은 계약을 한다”는 것을 주요 내용으로 하는 합의이다. 따라서 동의명령이 성립되었다고 하여 조사대상자의 위법행위가 인정되는 것은 아니다. 즉 동의명령은 피고가 유죄라거나 독점금지 위반에 대한 어떠한 사법적 판단이 포함되어 있지 않으며, 피고가 사건을 조기에 종결시켜 소송비용의 증가를 막고, 좋지 못한 공적 평판을 줄여보려는 목적에서 사용되며, 재결에 의한 명령이나 판결의 경우에 “피고에 대하여 내려진 독점금지판결은 동일한 위반행위에 기초한 후속의 사적 소송에서 책임에 대한 일응의 증거(*prima facie evidence*)가 된다”고 규정한 클레이튼법 제5조(a)⁷¹⁾가 적용되어 후속의 사적 손해배상청구의 소를 제기당

68) *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1459 (D.C. Cir. 1995).

69) Note, *The Applicability of the Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974 to Voluntary Dismissals*, 19 U. Mich. J.L. Reform 275 (1985).

70) 15 U.S.C.A. §16(e).

71) 15 U.S.C.A. §16(a).

하는 경우와 달리 그러한 위험을 피할 수 있게 해준다. 그러나 동조는 “이 조에 규정된 어떤 것도 附帶的 禁反言(collateral estoppel)의 적용에 대한 제한을 부과한다고 해석되어서는 아니된다.”고 규정한다. 비록 동의명령은 사적 원고에 의한 독점금지소송의 기초를 형성하지는 않지만, 법원판결과 마찬가지로 나중에 재결후에 정해지는 시정명령과 동일한 방식으로 민사적 또는 형사적 제재에 의하여 집행될 수 있다.⁷²⁾ 특히 동의명령은 그것이 피심인의 장래의 절차단계와 명령의 유효성을 다투는 사법 심사나 기타의 불복을 청구하는 모든 권리를 포기함으로써 즉시 집행가능하다는 점에서 재결된 시정명령과 다르다.⁷³⁾

화해는 계류중인 FTC법 제5조상의 소장과만 관련되어 나중에 제19조의 소비자 배상소송의 가능성은 남을 수 있는 내용으로 체결될 수도 있고, 또는 화해가 소비자 배상에도 모두 적용될 수 있는 내용으로 체결될 수도 있다. 예컨대 Las Animas Ranch사건에서는 제5조 화해 이후 1978년에 지방법원에서 제19조에 의한 배상소송이 제기되었다.⁷⁴⁾ 그러나 예컨대 Ryder Sys. 사건에서는 직업훈련학교 학생들에 대한 150만달러 상당의 배상이 함께 정해진 제5조 화해였고 사건은 완전히 종결되었다.⁷⁵⁾

DOJ 독점금지국은 너무 낡거나 시장이 보다 경쟁적으로 변했거나 피고가 더 이상 지배적 지위를 갖지 않는 것 같이 중대한 사정변경이 있는 경우에는 기존의 동의명령을 변경하는 절차를 밟게 된다.⁷⁶⁾

72) 16 C.F.R. § 2.32. FTC v. Cooper Industries, 56 Antitrust & Trade Reg Rep (BNA) 458 (March 23, 1989)(가스압축기 제조업자가 다른 가스압축기회사 주식을 취득하기 전에 FTC의 승인을 받을 것을 요구하는 동의명령 위반에 대하여 민사적 제재로서 10만달러를 부과받았다.).

73) United States v. Vitasafe Corp., 212 F. Supp. 397 (S.D.N.Y. 1962).

74) FTC v. Las Animas Ranch, Inc., Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) No. 986, at A-24 (D. Colo. Oct. 6, 1980).

75) Ryder Sys., 90 F.T.C. 921 (1977).

76) 예컨대, Data Processing Fin. & Gen. Corp. v. IBM, 430 F.2d 1277 (8th Cir. 1970);

2. 화해의 철회

일단 제안된 동의명령이 조건부로 접수되면, 피심인은 일반적으로 그것을 일방적으로 철회할 수는 없다.⁷⁷⁾

그러나 화해가 결행되고 FTC로 제출된 후에 아직 조건부 접수가 되기 전에 그것을 철회할 수 있는지에 대해서는 미해결 상태이다.⁷⁸⁾

3. 동의명령의 해석

동의명령은 피심인과 위원회간의 정형적 협정을 대표하기 때문에, 양 당사자를 구속하기 위하여서는 협정과 명령의 각 요소들에 대하여 실제 양당사자가 ‘동의’한다는 것이 필요하다.⁷⁹⁾ 이 동의는 피심인과 FTC 직원의 교섭을 통하여 이루어지고 규칙 § 2.32는 “소장과 협정만이 명령의 조항의 해석을 위하여 사용될 수 있다”고 규정하므로, 피심인은 만일 동의명령의 조항이 불명확하거나 부당하게 일반적이라면, 명령의 수정이나 협정중에 명시하는 조항을 삽입함으로써 직접적인 표시를 추구하여야 한다.⁸⁰⁾ 당사자 양측은 동의협정의 문언을 명백하고 모호하지 않도록 정리함으로써 그러한 불합의가 발생하지 않도록 하여야 한다.

“소장과 협정만이 명령의 조항의 해석을 위하여 사용될 수 있다”고

United States v. Western Elec. Co., 90 F.2d 283 (D.C. Cir. 1990).

77) Johnson Prods. Co. v. FTC, 549 F.2d 35 (7th Cir. 1977); Ford Motor Co. v. FTC, 547 F.2d 954 (6th Cir. 1976).

78) ABA, Antitrust Law Developments (Sixth) Vol. I, p. 676 (2006).

79) Swift & Co. v. U.S., 276 U.S. 311, 323-24, 48 S.Ct. 311, 72 L. Ed. 587 (1928); United States v. Armour & Co., 402 U.S. 673, 681, 91 S. Ct. 1752, 29 L.Ed. 2d 256 (1971).

80) Stephanie W. Kanwit, Federal Trade Commission [Transfer Binder] § 12:5 (West, updated September 2004).

하지만, 일정한 목적상 동의명령은 피심인과 위원회간의 계약으로 간주될 수 있으므로 보통의 계약해석의 원칙들이 동의명령의 조항의 해석을 위하여 사용될 수 있다.⁸¹⁾ 따라서 법원은 경우에 따라 당사자들간의 교섭에 관한 사정이나 사용된 용어의 기술적 의미와 같은 부수적인 증거에 의존하기도 한다. ITT Continental Baking Co. 사건에서 법원은 명령의 해석에 명령과 계약간의 유사성과 그 효과에 대한 협정 자체의 조항과 부수증거 양자를 사용하였다.

최종적인 동의명령의 조항 해석에 관한 피심인과 FTC간의 의견차이는 동의협정의 체결 이후에 즉시 또는 그 준수 과정에서 제기될 수 있다. 피심인이 기관직원과의 동의협정의 체결 이후에 명령이나 협정의 조건이 자신의 동의없이 변경된 이례적인 경우에는 피심인은 변경된 조항에 구속되지 않으며 전체 협정에 대한 동의를 파기할 수 있다. 만일 더 이상의 교섭이 이러한 차이를 적절히 해결하지 못한다면, 피심인은 FTC나 항소법원에 의하여 명령의 재검토를 추구할 수 있다. 비록 피심인은 더 이상의 절차단계나 사법심사 또는 그밖에 명령의 유효성을 문제삼을 권리를 포기하였지만, 피심인이 실제로 체결될 최종 명령에 동의하였는지 여부에 관한 청구는 항소법원에 의하여 심리될 수 있다.⁸²⁾ 15 U.S.C.A. §§ 21(b), 45(b)에 따른 위원회에 의한 재검토신청에 대한 기각에 대해서는, 피심인은 명령의 최종 발효일로부터 60일이내에 항소법원에 사법심사를 청구할 수 있다.⁸³⁾ 항소법원의 심사는 통상 피심인이 위원회에 의하여 최종적으로 체결된 대로 명령의 조건에 대하여 동의하였는지 여부의 문제들에 대한 것으로 제한된다.

81) United States v. ITT Continental Baking Co., 420 U.S. 223, 238, 95 S.Ct. 926, 43 L. Ed. 2d 148 (1975); United States v. Bestline Products Corp., 412 F. Supp. 754, 768 (N.D. Cal. 1976).

82) FTC v. Consolidated Foods Corp., 396 F. Supp. 1344, 19 Fed. R. Serv. 2d 778 (S.D.N.Y. 1974); Johnson Products Co. v. FTC, 549 F.2d 35 (7th Cir. 1977).

83) 15 U.S.C.A. §§ 21(c), 45(c).

동의명령의 해석에 관한 불합의는 그 준수과정에서, 때로는 그 최종 발효 이후에도 생긴다. FTC가 동의명령의 조건에 부합하지 않았다는 이유에서 피심인의 준수보고서를 거부하는 것에서 통상 그러한 분쟁이 생긴다. 만일 그 분쟁이 비정형적으로 해결될 수 없으면, 피심인은 행정절차법(APA) 제702조에 의거하여 기관의 행위가 “독단적이고 변덕스럽다(arbitrary and capricious)”는 제706조상의 요건에 해당한다고 주장하면서 연방지방법원에 제소할 수 있다.⁸⁴⁾

V. 공정거래법의 도입방안

1. 기대효과

(가) 공정거래법의 신속한 공적 집행 수단의 확보

사업자등이 공정거래법상 실체규정에 위반하여 시장지배적지위의 남용행위·부당한 공동행위·불공정거래행위를 하는 때에 현행법상 공정거래위원회가 명할 수 있는 조치로는 당해 사업자등에 대한 당해 위반행위의 중지·법위반사실의 공표·기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치 등으로 이루어진 시정조치의 명령(공정거래법 제5조, 제16조, 제21조, 제24조, 제27조, 제31조, 제34조)과 과징금부과(같은 법 제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2) 등이 있다. 이러한 위반행위에 대한 조치를 취하기 위해서는 공정거래위원회에 의한 위반사실의 조사와 증거수집 등이 선행되어야 하며 대상 사업자가 서울고등법원에 불복의 소를 제기하는 경우에는 행정소송을 통하여 대법원에의 상고를 포함하여 오랜 시간이 지나야 확정되게 된다.

84) Winn-Dixie Stores, Inc. v. FTC, 377 F. Supp. 773 (M.D. Fla. 1974); Floersheim v. Engman, 494 F.2d 949 (D.C. Cir. 1973); Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Engman, 527 F. 2d 1115 (2d Cir. 1975); Rettinger v. FTC, 392 F. 2d 454 (2d Cir. 1968).

특히 급격한 기술변화 등 시장상황이 급격한 분야의 경우에서 사건처리가 지나치게 지연되거나 소송 등으로 그 확정이 장기화 될 경우 시정조치의 실효성 및 적시성이 떨어질 가능성이 있음이 지적되고 있다.⁸⁵⁾

동의명령을 도입한다면 이러한 단점을 해소하여 공정거래법 위반행위의 종료와 위반행위의 재발 방지를 통하여 소비자후생을 극대화하기 위하여 관련시장의 사업자간 경쟁을 유지·촉진한다는 공정거래법의 목적에도 부합되고 조사와 증거의 수집 등에 소요되는 행정자원의 절약이 가능하고 사건 처리에 필요한 시간을 단축할 수 있다.

(나) 공정거래법의 공적 집행내용의 유연성 확보

동의명령제를 도입하는 경우에는 보다 비정형적이고 탄력적인 내용의 거래상대방이나 소비자피해의 구제가 가능하다.

공정거래위원회는 2005년 11월 『시정조치 운영지침』을 제정하여 그간 공정거래법 운영과정에서 부과되어 온 시정조치를 유형별로 범주화하고 특히 작위명령에 대한 가이드라인을 마련하였다. 동지침은 시정조치의 종류를 부작위명령, 작위명령 및 보조적 명령으로 나누고, 이를 다시 세분하고 있다. 동지침에 규정된 시정명령의 유형은 한정 열거적인 것이 아니라 예시적인 것이다. 동지침은 그러한 사실을 “이 지침에 명시적으로 열거되지 않은 유형이라고 해서 반드시 그러한 시정조치를 명할 수 없는 것은 아니(며)”(동지침 III.1.) 동지침이 규정한 작위명령이나 보조적 명령의 세부유형은 예시에 불과하며, 공정거래위원회는 이외에도 “당해 위반행위의 시정에 가장 적절하고 실효성 있는 시정조치라면 법 위반행위에 비례하여 합리적으로 필요한 범위 내에서 다른 작위명령도 명할 수 있”고(동지침 IV.2.) “시정조치의 이

85) 공정거래위원회, 동의명령제도 도입관련 검토 (2006).

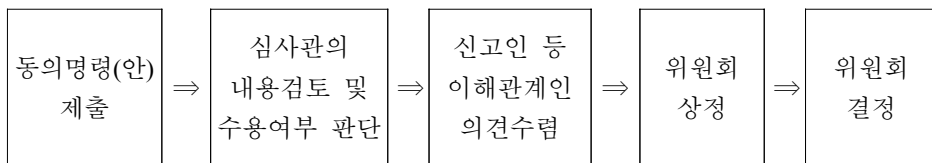
행을 확실하게 확보하고, 위반행위의 재발을 방지하며 시장개선의 효과를 충분히 확보하기 위하여 필요하다면 다른 보조적 명령도 명할 수 있다”(동지침 IV.3.)고 여러 차례 명시하고 있다. 따라서 시정명령의 내용도 제한적으로 유연성이 보장되나, 그것은 어디까지나 위반행위의 시정 및 방지를 목적으로 하는 것에 한하고, 거래상대방이나 소비자피해의 구제를 위한 시정명령은 허용되지 않는다. 동의명령은 이러한 한계를 넘을 수 있게 할 것이다.

2. 공정거래위원회의 도입방안 검토

정부가 2006년 12월 18일 입법예고를 거쳐 법제처에 심사요청한 공정거래법 개정(안)에 포함된 동의명령제의 내용은 다음과 같다.

- 공정위의 법 위반 혐의 조사 및 심사과정에서 피조사인·피심인의 동의명령신청
- 심사관측은 피조사인·피심인이 신청한 동의명령(안)을 검토한 후 피심인 측과의 협의 등을 통해 잠정적인 동의명령(안) 마련
- 절차 운영의 투명성 및 시정방안 등의 타당성 확보를 위해서 잠정적인 동의명령(안)에 대한 이해관계인의 의견수렴절차 진행
- 위원회(전원회의·소회의)에서 이해관계인의 의견 등을 종합하여 동의명령 필요성 및 구체적 내용을 판단하여 동의명령(안)이 타당한 경우 시정명령 형식으로 동의명령을 부과

<구체적인 동의명령 절차 흐름도>



【입법예고를 거쳐 법제처 심사요청한 공정거래법 개정(안)】

제51조의2(동의명령) ①이 법에 따라 공정거래위원회의 조사 또는 심의를 받고 있는 사업자 또는 사업자단체는 일정한 거래분야에서의 경쟁제한 상태의 자발적 해소 등을 위하여 다음 각 호의 사항을 기재한 서면을 공정거래위원회에 제출할 수 있다.

1. 당해 행위사실
2. 당해 행위의 중지 등 공정하고 자유로운 경쟁 또는 거래질서를 회복하기 위하여 필요한 시정방안
3. 거래상대방, 소비자 등에 대한 피해를 구제 또는 예방하기 위하여 필요한 시정방안

②공정거래위원회는 사업자 또는 사업자단체가 제출한 서면에 기재된 시정방안이 공정하고 자유로운 경쟁과 거래질서 및 소비자 보호 등을 위하여 타당하다고 인정되는 경우에는 그 이후의 조사 또는 심의절차를 거치지 아니하고 제출한 시정방안과 같은 취지의 조치를 명할 수 있다(이하 ‘동의명령’이라 한다).

③공정거래위원회는 전항에 의한 동의명령을 하기 전에 1월 이상의 기간을 정하여 신고인 기타 이해관계인에게 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 기회를 주어야 한다.

④제2항의 동의명령이 있는 경우 사업자 또는 사업자단체의 당해 행위가 이 법의 규정에 위반됨을 인정하는 것은 아니며, 동의명령이 있었다는 사실은 별도의 민사 소송 또는 형사소송에서 위반행위를 입증하기 위한 증거로 사용되어서는 아니된다.

⑤공정거래위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 동의명령을 취소하고 별도의 조사 또는 심의를 재개할 수 있다.

1. 동의명령의 기초가 된 시장상황 기타 사실관계에 현저한 변경이 있는 경우
2. 사업자 또는 사업자단체가 동의명령을 이행하지 않는 경우
3. 사업자 또는 사업자단체가 제공한 불완전하거나 부정확한 정보에 기

초하여 동의명령을 한 경우

⑥동의명령의 구체적인 기준, 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제67조(벌칙)

1. ~ 7. (현행과 같음)

8. 제51조의2(동의명령)제2항의 규정에 의한 명령에 응하지 아니한 자

우선 우리 공정거래법상 동의명령제의 도입에 대하여는 형사범죄에 대하여 답변협상(plea bargaining)이 허용되고 있지 않은 현행 법체계에 서 형사처벌의 대상이 되는 공정거래법 위반의 경우에만 유죄협상과 비슷한 효과를 가진 동의명령제를 도입하는 것은 법체계상 적합하지 않다는 반대론이 있다.⁸⁶⁾ 동의명령제는 이처럼 현행 형사법체계와 맞지 않는다는 점이 있지만 경쟁법과 같은 특수분야에서라도 먼저 이와 유사한 제도를 도입하여 그 실효성을 검증해 보는 것조차 할 수 없다고는 할 수 없다.⁸⁷⁾ 아울러 공정거래법상 도입될 동의명령제는 그 작용면이 형사처벌보다는 행정적 조치에 관련된 것이 그 본질을 이룬다는 점에서 형사처벌의 실체진실주의의 잠식 없이 도입이 논의될 수 있는 것이 아닐까 생각한다.

다음으로 공정거래법 개정안에 대해서는 첫째, 동의명령의 절차에서 법원의 승인과 같은 관여가 배제된다는 점이 문제점으로 지적될 수 있을 것이다. 이는 우리 공정거래법상 시정명령의 부과절차에는 법원의 관여가 없고, 동의명령이라 하여 그와 달리 정할 이유가 없다고 본 것이 아닌가 짐작된다.

86) 윤세리, “세계화시대의 공정거래법의 전개 방향”, 법학 심포지엄(한미 FTA 이후 공정거래법의 과제) 자료집 28-29면 (2007.5.23)(당초 법무부의 도입반대론의 논거로 추정하고 있음).

87) 위의 논문, 29면.

둘째, 동의명령의 효력에 대하여 재결적 효력을 인정하고 있으나, 법안 제51조의2 제5항은 공정거래위원회가 일방적으로 동의명령의 취소와 조사의 재개를 결정할 수 있도록 정하고 있어서 피심인의 법적 안정성을 보장하는 부분이 미흡하지 않은가 보여진다.

셋째, 동의명령의 내용으로 당해 행위사실, 당해 행위의 중지 등 공정하고 자유로운 경쟁 또는 거래질서를 회복하기 위하여 필요한 시정방안 외에 “거래상대방, 소비자 등에 대한 피해를 구제 또는 예방하기 위하여 필요한 시정방안”을 함께 서면에 기재하여 제출하게 하고 있는 부분은 동의명령제가 공정거래법 위반행위로 인한 피해의 구제를 위하여 의미 있는 제도가 될 수 있도록 보장하고 있는 부분이라 하겠다(법안 제51조의2 제1항 제3호).

이처럼 동의명령의 형성에 의하여 공정거래위원회라고 하는 행정기관이 사적인 손해배상 문제에 개입하여 합의의 주체가 되는 것이 적절한지에 대하여 의문이 제기될 수 있다.⁸⁸⁾ 그러한 주장의 논거로는 i) 행정기관은 국민의 행위에 대하여 규제할 수 있는 권한이 명시되어 있는 법률이 없는 한 원칙적으로 국민의 행위와 국민 간의 분쟁에 개입할 수 없고, 바람직하지도 않으며, 국민 간의 분쟁은 원칙적으로 법원에서 해결되어야 하는 것이며, 소비자가 사업자의 행위로 인하여 피해를 입는 경우에도 마찬가지로, 사업자의 위법행위를 행정기관이 시정하도록 하는 역할을 하는 것에서 더 나아가 소비자가 입은 피해액까지 사업자와 합의하여 결정하도록 한다는 것은 사적인 분쟁에 대한 행정기관의 지나친 간섭을 야기할 우려가 있다는 것. ii) 소비자와 사업자 간의 피해구제 문제는 사업자의 소비자에 대한 손해배상의 문제인데, 이런 손해배상 문제가 법원에서 소송으로 해결되지

88) 공정거래위원회, 소비자보호종합계획 (2004).

않고 당사자들 간의 합의로 종결되는 경우에는 사건 당사자들의 화해와 양보를 통한 의사의 합치가 필수적이다. 어느 정도의 손해배상금액에 대한 합의가 적절한지는 객관적 기준이 없는 것이기 때문에, 실제로 손해배상 문제를 합의에 의하여 해결한다는 것은 피해자가 만족할 수 있는 금액과 가해자가 배상을 수용할 수 있는 금액이 합치하는 선을 협상과 절충을 통하여 찾아가는 과정이라 할 수 있다. 만약 행정기관이 소비자를 대신하여 이러한 합의를 한다고 한다면, 피해자도 아닌 행정기관이 어떻게 소비자가 만족하는 수준의 금액을 찾아낼 수 있으며, 행정기관이 합의한 금액이 소비자가 만족하는 금액이라고 단정할 수 있는 근거는 무엇인가 라는 것이다.

그러나 전술한 바와 같이 미국 FTC의 동의명령제는 위원회에 동의명령의 내용형성에 대하여 넓은 재량을 인정하여, 소비자 피해의 배상까지를 내용으로 포함하여 화해가 성립한 운용예가 있으며,⁸⁹⁾ 이러한 제도는 범위반상태의 시정을 위하여 필요한 것으로서 합리적이고 바람직하다고 생각된다.

그런데 나아가서 이와 관련하여 의문인 것은 동의명령이 이처럼 “거래상대방, 소비자 등에 대한 피해를 구제 또는 예방하기 위하여 필요한 시정방안”을 함께 담고 있는 경우에 동의명령을 이행하지 않는 경우에 벌칙의 적용을 받는 것은 물론이나(법안 제67조 제8호), 소비자, 거래상대방 등이 동의명령에서 정해진 액수에 국한하여 배상을 청구할 수 있는 것인지, 아니면 적어도 동의명령에서 정해진 액수까지는 구제를 받을 수 있는지 하는 의문이 있다. 동의명령의 형성과정에 피해자의 관여가 보장되지 않는 점⁹⁰⁾을 전제하면 전자처럼 해석하

89) III.1. 참조.

90) 이는 미국의 동의명령제도도 마찬가지이다. 위의 공정거래법안 제51조의2 제3항은 공적 의견수렴절차이고 피해자의 동의명령 형성절차에의 관여를 보장하는 취지는 아니다.

는 것은 부당하고 후자로 해석하여야 할 것으로 보인다. 다만 구제의 형식으로서 피해자가 직접 동의명령을 채무명의로 하여 소송과 집행 을 할 수 있는 법적 효력을 갖는지는 분명하지 않다.

넷째, 법안 제51조의2 제3항은 동의명령을 하기 전에 1월 이상의 기간을 정하여 신고인 기타 이해관계인에게 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 기회를 부여하도록 규정함으로써 공적 의견수렴절차를 도입하고 있으며 이것은 미국법상의 DOJ나 FTC의 동의합의에 대한 의견수렴기간이 60일인 것보다 짧다. 법안상의 동의명령의 절차에서 법원의 승인과 같은 관여가 배제된다는 점을 감안할 때 동의명령의 효력이 발효되면 영향을 받는 이해관계자가 그 내용을 파악하고 대처 할 수 있기 위해서는 공적 의견수렴기간을 충분히 부여할 필요가 있지 않은가 생각된다.

FM

RM

DM

공정거래법 집행의 선진화에 관한 약간의 생각

권재열

(숭실대학교 법과대학 부교수)

I. 들어가며

한미 FTA 타결에 즈음하여 우리 공정거래법이 발전적인 변화를 모색하여야 하는 상황에 처해 있다. 그 중에 하나가 공정거래법의 집행의 선진화이다. 여기서 선진화라 함은 도입가능한 사건처리절차 모델을 개발하고 선진국수준에 부합하도록 제도를 정비하는 것이라 할 수 있다. 이에 본 워크숍에서 사계의 전문가를 모셔놓고 카르텔의 현황을 파악하고 앞으로를 전망하는 것을 비롯하여 과징금제도의 개선방안을 제시하며, 다른 한편으로는 미국의 행정법관사제도와 동의명령제도를 살펴보는 것은 매우 시의성이 있다고 생각한다.

II. “카르텔 집행의 현황 및 전망”에 관한 약간의 생각

1. 논의의 주내용

이순미 서기관님은 그동안 공정거래위원회의 카르텔 관련 정책의 수립과 집행을 분석하고 앞으로의 법개정방향을 살펴보고 있다. 이밖에 한·미 FTA의 타결로 카르텔 법집행에 있어 예상되는 상황과 대응방안도 제시하고 있다.

2. 현실적 검토

(1) 개 설

일본의 경우에는 2005. 4. 29. 독점금지법의 개정을 통해 강제조사권 제도를 도입하였다. 이에 카르텔 조사를 비롯하여 시장지배적지위의 남용행위, 사업자단체금지행위 등의 조사에 있어서 강제조사권을 행사할 수 있어 압수·수색이 가능하다. 그러나 우리 공정위는 강제조사권 도입을 위해 수차례 노력하였으나 법개정에는 실패하였다.

카르텔의 경우 입증이 어렵고 전문지식이 없으면 조사 자체가 쉽지 않을 것이다. 그렇다고 해서 공정위는 자진신고자 감면제도의 개선과 포상금제도의 도입에 중점을 두는 것은 한계가 있다고 본다. 공정위의 카르텔에 대한 집행능력 제고에 초점을 맞추되 부수적으로 리니언시 프로그램(leniency program) 등 카르텔 이탈수단을 마련하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

(2) 리니언시 프로그램으로 인한 도덕적 해이 발생우려

고도로 은밀하여 공정위가 조사의 단서를 포착하기도 힘들어 조사에 착수하기가 매우 어려운 카르텔을 상정한다면 카르텔 주도자/강요자의 도덕적 해이(moral hazard) 현상이 발생할 우려가 있다. 예를 들어, 카르텔 주도자가 카르텔을 통해 이익을 취득한 후 공정위가 조사 개시전에 자진신고하여 과징금 및 시정조치를 완전히 면제받을 수도 있기 때문이다. 공정위는 집행상의 명확화 보다는 카르텔 참여자의 이탈을 유도하기 위한 일종의 신호(signal)를 주는 방향으로 리니언시 프로그램을 변경하는 것이 바람직할 것이다.

(3) 리니언시 프로그램과 형벌부과 및 사소와의 조화모색

법원은 2007년 4월 카르텔을 한 대기업 임원에게 최초로 실형을 선고하였다. 리니언시 프로그램은 공정위가 행정청으로서 자진신고자에 대한 과징금 및 시정조치를 감면하는 제도이다. 또한 사소(private action)제도가 활성화 될 경우 자진신고자에 대해 손해배상액의 감액이 가능한지의 여부도 문제된다. 만약에 법원이 계속하여 카르텔에 대하여 형벌을 부과하는 경우 및 사소에서 손해배상액에 차이가 없는 경우에는 리니언시 프로그램의 실효성은 떨어지게 될 것이다. 이러한 상황에 대한 대책마련이 필요하다.

Ⅲ. “공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안”에 관한 약간의 생각

1. 논의의 주내용

홍대식 교수님은 과징금의 성격을 부당이득의 환수 또는 위반행위에 대한 제재라는 이분법적인 사고를 지양하고 기능적인 관점에서 개선방안을 제시하고 있다.

2. 현실적 검토

(1) 개 설

오늘날 공정거래법 위반행위에 대한 다양한 실효성확보수단 가운데 과징금제도는 형사적 제재와는 달리 반사회성, 반윤리성 및 고의 등을 요건으로 하지 아니하므로 이른바 “비범죄화”(decriminalization)의 요구에 대해 순응한다는 점에서 큰 의의가 있다. 이러한 제재는 형사

벌에 의한 제재에 비하여 상대적으로 쉽게 부과할 수 있어 경제규제 법규의 실효성 확보에 유용하다고 할 수 있다.¹⁾

그러나 공정거래법의 집행의 정당성을 확보하기 위한 차원에서 과징금 산정에 있어 공정위의 재량권은 통제되어야 한다. 이에 과징금 산정의 예측가능성을 제고할 수 있는 방향으로 제도가 개선되어야 하여야 한다는 점은 수긍이 간다.

(2) 과징금과 형벌의 과잉제재문제

어느 공정거래법 위반행위가 중대하다고 보아 과징금을 부과하고 형사처벌을 위해 검찰에 고발조치하는 경우가 있다. 이러한 제재는 아마도 엄격한 입증책임이 요구되는 형사소송에서는 무죄로 판결될 가능성이 있는 경우에는 매우 효과적일 것으로 보이지만 과잉제재라는 비판을 면하기가 쉽지 않을 것으로 보인다.

(3) 과징금의 임의적 조정사유

경영상 위기에 있는 사업자가 공정거래법의 위반으로 인하여 다시 과징금의 제재를 받게 된 결과 파산 또는 파산의 위험에 처하게 되는 것은 과징금제도의 취지에 부합하지 않는다. 왜냐하면 당해 위반 사업자에 대해 과징금을 부과하는 것은 경쟁규범을 준수하는 데 그 목적이 있는 것이지 그를 시장으로부터 축출하는 데 있는 것이 아니기 때문이다.²⁾ 이러한 점은 임의적 조정사유로 고려할 수는 있으나 그 성격상 이를 명시하기는 어려울 것으로 보인다.

1) 윤세리/이원우/권재열, 『금융규제법상 과징금제도 개편방안』 금융감독원 용역보고서(2004), 4면.

2) 위의 보고서, 102면.

IV. “미국 연방거래위원회 사건처리절차에 관한 연구- 행정법판사(Administrative Law Judge) 제도를 중심으로 -”에 관한 약간의 생각

1. 논의의 주내용

조성국 교수님은 미국의 행정법판사(administrative law judge: ALJ) 제도를 소개하고, 이 제도가 우리에게 주는 시사점을 논하고 있다.

2. 현실적 검토

(1) 개 설

사건의 심사결정의 정당성과 공정성, 신속성을 제고하기 위해서는 공정거래법에서 ALJ 제도를 도입하는 것도 생각해 볼 수 있다. 그러나 이 경우 공정거래법과 행정절차법과의 관계를 어떻게 설정해야 할 것이며,³⁾ 공정거래법 사건을 처리할 수 있을 정도의 ALJ의 전문성은 어떻게 확보할 것인지 등 앞으로 고려하여야 할 사항들이 산적해 있을 것으로 판단된다.

(2) 동의명령제의 도입시 ALJ의 장점

동의명령제를 도입할 경우 법리적 정당성과 집행상의 강제력을 확보하기 위해서는 미국과 같이 법원의 관여를 제도적으로 보장하는 것이 바람직하다. 그러나 현실적으로 법원의 관여가 용이하지 않다는

3) 박수현, “미국의 행정법판사에 관한 고찰”, 『토지공법연구』 제27집(한국토지공법학회, 2005) 285면

점을 고려할 때 동의명령제의 절차적 정당성을 확보하기 위해 미국식 ALJ제도를 도입하여 객관성을 제고할 수도 있다.

(3) ALJ 제도의 도입과 행정규제주의의 수정

ALJ은 자신이 임무수행함에 있어 그 독립성이 제도적으로 보장되어 있다. 또한 FTC는 “정당한 사유”(good cause)가 있는 경우에 한하여 OPM에 징계신청을 할 수 있다. 이는 미국에서 연방관사 임명제도와 비슷하다고 할 수 있다. ALJ가 FTC 위원장의 의사를 무시한 결정을 하더라도 징계를 당하지는 않을 뿐만 아니라 FTC의 간섭으로부터 자유롭기 위해 OPM이 ALJ의 월급, 인사권 등을 가진다.⁴⁾ 또한 ALJ제도를 도입하고 실효성을 거두기 위해서는 공정위의 내부 심결구조를 대심구조가 실질적으로 작동할 수 있도록 변경하여야 할 것이다.⁵⁾ 이는 우리 공정거래법의 집행에 있어 행정규제주의를 수정하자는 것으로 비추어 질 수 있다.

V. “미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의명령제-”에 관한 약간의 생각

1. 논의의 주내용

김두진 박사님은 미국의 연방 법무부(DOJ)와 연방거래위원회(FTA)의 동의명령의 의의와 연혁, 동의명령의 처리절차, 동의명령의 효력 등을 중심으로 미국 경쟁당국의 사건절차를 소개한 후 2006년 입법예고된 공정거래법 개정안에 포함된 동의명령제를 검토하고 있다.

4) 정세훈, 『미국 경쟁당국의 사건처리절차와 제도에 관한 연구』 공정거래위원회 용역보고서(1999), 19-20면.

5) 신현윤, “공정거래위원회 심결구조 및 절차의 문제점과 개선방안,” 『상사판례연구』 제14권(2003), 제14집(한국상사판례학회, 2003), 205-206면.

2. 현실적 검토

(1) 개 설

동의명령제를 도입하는 경우 공정위의 행정력이 낭비되는 부분을 줄이고, 기업의 소송부담이 완화되며, 소비자의 실질적 구제를 극대화할 수 있을 것으로 알려져 있다.⁶⁾ 또한 기업기밀의 유출을 방지하는 데에도 도움이 될 것이다.

그러나 이와 같은 동의명령의 효과 중에서도 기업이 가장 큰 혜택을 누릴 것으로 보인다. 왜냐하면 공정위가 강제수사권이 없는 상황에서 기업의 반경쟁행위를 들추어내는 것도 쉽지 않을 뿐만 아니라 설령 공정거래법 위반행위가 적발되더라도 과거 공정위의 충분하지 못한 제재수위를 기대하여 제재를 받든지 아니면 그 위반행위를 중단하는 선택권을 가지는 꼴이 될 것이기 때문이다.

(2) 동의명령제의 남용에 대한 대책 필요

위에서 언급한 바 대로 동의명령제가 도입될 경우 기업이 가장 큰 혜택을 볼 것이므로 이 제도가 남용될 위험이 있다. 즉, 법 위반행위의 비난가능성이 큰 경우까지 이 제도를 적용한다면 오히려 현행 공정거래법의 규범성이 저하될 우려도 있다. 이 제도의 적용범위와 기준을 2006년 12월의 공정거래법 개정(안)보다 더 구체적이고 좁은 영역에 적용되는 것으로 명확하게 제시될 필요가 있다.

(3) 카르텔에서 동의명령제 적용가부 및 리니언시 프로그램과 조화 필요

미국의 경우 동의명령제가 가장 빛을 발하는 영역은 카르텔이다. 우

6) 『서울경제』(2007년 5월 25일자)(인터넷판).

리 법 규정만으로는 카르텔에 대해서도 적용가능한 것으로 보인다.⁷⁾ 그 경우 현재 시행중인 리니언시 프로그램과 어떻게 조화를 모색할 것인지를 명확히 할 필요가 있다.

VI. 나오며

외국법의 도입은 쉬운 일이 아니다. 법의 도입이 계수(reception)의 방식으로 이루어져야 하며 이식(transplantation)은 지양되어야 한다.⁸⁾ 또한 도입된 외국법(borrowed law)이 지면상의 법(law on paper)이 아니라 살아있는 법(law in action)이 되기 위해서는 도입대상법 뿐만 아니라 이와 관련된 제반환경 등을 고려하여야 한다. 이 때문에 도입법이 살아있는 법이 되기 위해서 시스템 전체를 바꾸어야 하는 것이 아닐까 하는 의문이 들기도 한다.

7) 일본의 경우에도 미국의 동의명령을 수용한 동의심결제도를 운용하고 있으며, 담합의 경우에 적용한 사례가 있다. 고동수, “동의명령제 도입과 기업환경 개선,” 『e-kiet 산업경제정보』 제335호(산업연구원, 2007), 6-7면.

8) 일본의 법학자인 橋本公巨은 계수의 경우에는 계수국의 주체성이 인정되는데 반하여 이식의 경우에는 移植國의 주체성이 강조되는 것으로 구분하고 있다. 橋本公巨, “アメリカ憲法の移植と日本國憲法,” 日本比較法研究所(編) 『比較法の方法と今日の課題』(東京: 中央大學出版部, 1990) 58면. 이 견해에 따르면 일제시대에 일본이 자국의 법을 한반도에 강제로 적용한 것은 일본법의 계수가 아니라 이식으로 보아야 한다.

공정거래법 집행의 선진화 - 한미 FTA 체결에 즈음하여 -

유진희
(고려대 법대 교수)

I. 카르텔 집행의 현황 및 전망(이순미 서기관)

1. 발제 요지

(1) 카르텔 집행의 성과와 평가

- 공정위가 카르텔에 역량을 집중하여 적극적으로 법집행을 한 결과 사건처리 수가 증가하고, 부과된 과징금 총액 및 개별 건당 과징금 부과수준도 증가하였음
- 그러나 여전히 우리 사회의 카르텔 친화적 환경이 불식되지 않고 있기 때문에 카르텔에 대한 법집행의 질적 수준을 제고하기 위한 노력이 필요함
- 이에 공정위는 경쟁친화적 문화의 확산 및 범위반의식 제고를 위하여 적극적으로 노력하고 있으며(카르텔 폐해와 카르텔 업무 홍보, 행정지도와 관련된 카르텔에 대한 법집행 원칙을 제시), 카르텔 적발능력을 제고하기 위하여 관련 제도를 정비하고 있음(카르텔 조사기법 개발 및 조사권 강화, 자진신고자 감면제도 정비, 카르텔 신고 포상금 제도 도입 등)

(2) 카르텔 집행의 향후 정책 방향

- 그동안 법 운용과정 또는 이론적 측면에서 문제되었던 사항을 개선하기 위하여 공정거래법 개정안을 마련하여 국회에 제출하였음
 - 개정안의 주요내용 : 입찰담합 제재 근거 신설, 카르텔 추정 조항 개정, 공공부문 입찰담합 감시를 위한 자료요구 규정 신설, 자진 신고자 등에 대한 비밀보호 강화, 카르텔 관련 경과조치 개정
- 한미 FTA 체결에 따라 경쟁법 집행 환경의 변화가 예상되는 바, 공정위로서는 국제카르텔에 대한 감시역량을 강화하는 한편, 미국 경쟁당국과의 체계적인 협력관계를 구축해 나가야 함

2. 토론 요지

- 카르텔 규제의 필요성에 대한 인식에 전적으로 공감하고, 카르텔의 근절을 위한 공정위의 노력과 성과를 높이 평가함. 다만, 과징금 부과 및 산정기준에 관해서는 카르텔을 포함한 공정거래법 위반행위 전반에 걸친 검토가 필요함
- 행정지도와 관련된 카르텔에 대한 법원칙 제시, 카르텔 추정조항의 개정 추진 등은 바람직한 방향으로의 개선으로 보임
- 자진신고자 감면제도(Leniency Program)는 그 도입취지 및 도입 이후의 운용실적, 세계적인 인정 추세에 비추어 긍정적으로 평가하지만, 우리 법체계에서 이질적인 제도일 뿐만 아니라 여전히 국민정서와는 거리가 있는 제도라는 점에서 제도의 확대보다는 문제점 개선에 초점을 맞추는 것이 바람직함
- 한미FTA가 체결됨에 따라 미국 경쟁당국과의 협력관계 구축은 당

연히 필요하지만 유럽연합 등 다른 나라 경쟁당국과의 협력(양자간 협력 및 다자간 협력)도 염두에 두어야 함

II. 공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선 방안(홍대식 교수)

1. 발제 요지(공정거래법상 과징금 제도의 개선방안과 관련하여)

(1) 과징금 산정의 참작사유와 공정위의 재량권 통제

- 우리 공정거래법이 과징금 산정의 참작사유로서 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수뿐만 아니라 ‘위반행위로 인해 취득한 이익의 규모’를 의무적 참작사유로 열거하고 있는 것은 타당함
- 과징금 제도가 사업자들에게 미치는 부담의 중요성을 고려할 때 법적 안정성을 보다 확실하게 보장하기 위하여 법에 관련 매출액의 개념 및 기준에 관한 근거 규정 등을 두는 것이 바람직함

(2) 기본과징금의 결정

(가) 관련 매출액 산정방식

- 위반행위와의 관련성이 있는 경우에만 관련 상품 또는 용역의 범위에 포함시켜야 함
- 위반기간과 관련해서는 위반기간 관련 매출액 방식과 직전년도 관련 매출액 방식의 장단점을 신중하게 비교·검토할 필요가 있음
- 매출액과 관련해서는 예측가능성 제고를 위한 제도적 개선이 필요함

(나) 부과기준을 결정 방식

- 위반행위의 유형별로 일정한 범위를 정하여 부과기준율을 정하는 현행 방식의 타당성이 인정되지만, 경제적 이득의 환수 요소를 반영하는 평가지표에 의한 보완이 요청됨

(다) 관련 매출액과 부과기준율 사이의 상충관계와 그 조정 방안

- 관련 매출액의 관련성을 판단함에 있어 직접성 또는 간접성을 부과기준율과 연계시켜 조정하는 방안을 강구할 필요가 있음

(3) 기본과징금의 조정

(가) 부당이득의 규모

- 부당이득의 규모가 감경사유로도 작용할 수 있도록 하는 규범적 근거를 마련할 필요가 있음
- 과징금 산정과정에서 부당이득액의 대략적인 추정 작업이 수반되는 것이 바람직함

(나) 임의적 조정사유

- 각 사유별 가중·감경비율의 한도와 가중·감경비율의 합산 한도를 사전에 정하는 방식은 구체적 타당성을 결여하는 경직된 운용을 초래할 위험이 있으므로 개선이 필요함
- 부당이득의 규모와 관련된 조정사유는 사례와 경험이 축적되기 전까지 임의적 조정사유의 하나로 신설하는 방안을 고려해 볼만함

(다) 억제승수에 의한 조정의 도입 여부

- 부당이득액 규모에 비추어 사회적 피해나 간접적 피해의 정도가 상당하여 부당이득액 규모에 비례한 과징금 부과만으로는 억제의

효과를 달성하기 어렵다고 판단될 경우에는 과징금 액수를 증액할 수 있는 제도적 장치(예: 미국의 비난가능성승수, EU, 영국의 억제승수)가 필요함

2. 토론 요지

- 과징금의 의의 및 법적 성격에 관한 종래의 논의에서 벗어나 기능적인 관점에서 과징금 부과 및 산정의 적정·타당한 기준을 제시하고 있음
- 최근 공정위가 패소하는 사건의 상당수가 과징금 부과에 있어서 공정위의 재량권 일탈·남용이 문제된 사건이었다는 점에서 시의 적절하고 의미있는 발표임
- 발표자가 제시하는 과징금 제도 개선방안은 위반행위 억제효과를 반감시키지 않으면서 법적 안정성 및 예측가능성을 제고한다는 점에서 타당성이 있으며, 따라서 관련 법령 개정시 이를 적극적으로 반영해야 할 것임

Ⅲ. 미국 연방거래위원회 사건처리절차에 관한 연구 - 행정법판사(Administrative Law Judge) 제도를 중심으로 -(조성국 교수)

1. 발제 요지(우리나라 공정거래위원회에 주는 시사점과 관련하여)

(1) 행정법 판사제도 도입 여부에 관하여

- 법시스템의 차이
 - 도입반대론 : 미국에서는 연방거래위원회뿐만 아니라 심판기능

을 수행하는 대부분의 행정부서에 공통적으로 도입되어 있지만 우리나라에서는 그러한 제도 자체가 도입되어 있지 않음

- 반론 : 법시스템의 차이가 이 제도의 도입을 막는 것은 아님 (미국과 법시스템이 다른 일본도 심판관제도를 도입하여 시행하고 있음)

- 직접심리주의 위반

- 도입반대론 : 심리를 주재한 심판관이 아닌 위원회가 최종결정을 내리는 것은 직접심리주의의 원칙에 반함
- 반론 : 피심인이 원하는 경우 위원회가 의견청취를 할 수 있도록 하면 됨 (일본의 경우, 심판관이 심리를 주재한 경우 피심인은 위원회에 대하여 직접 진술할 것을 신청할 수 있고 위원회는 진술기회를 부여하여야 함)

(2) 직능의 분리에 대하여

- 사건처리의 공정성 제고를 위하여 (조직적으로는 융합되어 있더라도) 공정위의 기능이 절차의 단계에 따라 분리되어야 함
 - 사건이 심판에 계류된 이후에는 대심구조로 전환하여 심사관과 위원이 피심인 없이 사건과 관련해 의견을 교환하는 것은 막아야 함
 - 심판의 종료 후 위원들의 합의시 사실확인을 한다는 이유로 심사관을 불러서 문의를 하는 관행은 없어야 함 (사실확인 은 심판정에서 피심인이 참석한 자리에서 이루어져야 함)
 - 심판단계에서도 위원을 보좌하는 심판관리관실과 심사관 사이의 기능 분리가 이루어져야 함

(3) 이의신청제도

- 공정한 심판을 위하여 공정위 소회의 또는 전원회의에서 의결한 것을 전원회의가 다시 판단하게 되어 있는 현행 이의신청제도는 개선되어야 함

- 이 문제는 미국식의 행정법관사 내지 일본식 심판관 제도의 도입 없이는 해결하기 어려움
- 만약 행정법관사 등의 제도가 도입된다면 소회의는 폐지하고 전원회의는 비상임위원 제도를 폐지하여 상임위원 위주로 개편하여야 함

2. 토론 요지

- 사건처리의 공정성을 제고하기 위하여 공정위의 기능을 절차 단계에 따라 분리할 필요가 있다는 점, 위원회 소회의 또는 전원회의에서 의결한 것을 다시 판단하는 현행 이의신청제도는 개선되어야 한다는 점에 동의함
- 그러나 (심판기능을 수행하는 부서를 포함한) 다른 행정부서에는 없는 제도를 공정위에만 도입하는 경우 법적 안정성이 훼손될 가능성이 있으므로 다른 제도와의 정합성을 고려하여 신중하게 도입할 필요가 있음
- 만일 공정위의 기능 분리를 강조하는 입장에서 새로운 제도의 도입을 고려한다면 내부직원 중에서 심판관을 충원하는 일본식 심판관 제도보다는 신분보장이 확실한 미국식 행정법관사 제도가 더 적합한 것이 아닌지?

IV. 미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의 명령제 -(김두진 박사)

1. 발제 요지(공정거래법에의 도입방안과 관련하여)

(1) 기대효과

토 론 문

- 공정거래법의 신속한 집행이 가능해지기 때문에 법집행의 실효성과 적시성을 제고할 수 있음
- 공정거래법의 탄력적인 집행이 가능해짐으로써 (소극적으로 위반행위의 시정 및 방지에 그치지 않고) 적극적으로 거래상대방이나 소비자피해도 구제할 수 있게 됨

(2) 공정거래위원회의 도입방안 검토

- 도입에 찬성
 - 도입반대론 : 형사범죄에 대하여 plea bargaining이 허용되지 않는 현행 법체계에서 유죄협상과 비슷한 효과를 가진 동의명령제를 도입하는 것은 법체계상 적합하지 않음
 - 반론 : 동의명령제는 그 작용면이 형사처벌보다는 행정적 조치에 관련된 것이 그 본질을 이룬다는 점에서 형사처벌의 실체진실주의의 잠식 없이 도입이 논의될 수 있음
- 공정거래법 개정안의 문제점
 - 동의명령의 절차에서 법원의 관여가 배제되어 있음
 - 공정위가 일방적으로 동의명령의 취소와 조사의 재개를 결정할 수 있다는 점에서 피심인의 법적 안정성을 보장하는 부분이 미흡함
 - 동의명령을 이행하지 않는 경우의 법률효과가 불분명함

2. 토론 요지

- 다음과 같은 이유로 동의명령제의 도입에 신중을 기할 필요가 있음
 - 공정거래법에 한하여 동의명령제를 도입하는 경우 국내 법체계와 부조화가 발생할 가능성이 큼
 - 동의명령은 범위반 여부가 확정되지 않은 상태에서 이루어지므로

로 피해자 또는 소비자의 피해구제나 경쟁회복 등에 불충분한 내용으로 합의될 가능성이 있음

- 동의명령제를 도입하더라도 다음과 같은 점을 고려해야 함
 - 공익이나 실체적 진실에 반하는 동의명령이 내려질 가능성이 크므로 일반인에 대한 동의내용의 공개 및 의견수렴, 법원에 의한 공익성 확인 및 결정 절차가 반드시 필요함
 - 동의명령에 포함된 조건 등의 준수 여부를 지속적으로 감시할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 함

독점규제법의 집행에 있어서의 법적 쟁점

이 동 원
(충북대학교 법과대학 교수)

I. 카르텔 집행과 관련하여

1. 서 언

카르텔의 폐해가 독점의 폐해보다 더 심각할 수 있다는 주장에 동의합니다. 또한, 우리나라에서의 독과점 정도가 매우 심하다는 주장에도 동감하며, 경성카르텔의 비중이 매우 높다는 조사결과도 수긍이 갑니다. 그렇지만 이러한 사실관계가 형성되어 온 과정을 돌이켜 본다면, 먼저 진지한 반성과 함께 바람직한 대안들을 제시하는 것이 긴요하다고 생각합니다.

2. 카르텔 형성의 원인분석

우선 우리 기업의 독과점 현상의 배경에는 역대 정부의 인위적 개입이 있었을 것입니다. 경제개발의 추진과 자본의 절대적 부족이라는 환경은 우리에게 불가피하게 불균형성장정책을 채택하도록 하였고, 이를 추진하는 과정에서 특별한 지원이나 특혜를 받은 기업들의 출현은 우리 경쟁법이 원인금지주의를 채택할 수 없었던 이유이었을 것입니다. 카르텔의 경우도 마찬가지입니다.

첫째로, 그동안 정부의 한정된 역량을 경쟁법과 무관한 부분에 너무 많이 할애한 것으로 보입니다. 경성카르텔을 범죄시하고 엄격하게 취

급하는 일, 경쟁 마인드를 확산하려는 노력, 이를 통한 소비자후생의 극대화 보다는 대부분 기업의 지배구조나 기업집단, 재벌에 대한 대응에 정책적 초점을 맞춰왔다는 점에 대해서 부인하기 어려울 것입니다. 그리고 이러한 현상은 아직도 진행형이라는데 문제가 있어 보입니다. 경쟁법 조문의 길이는 기업집단 부분과 카르텔 부분이 바뀌어야 한다고 봅니다.

둘째로, 법과 제도에 의하여 합법적으로, 또는 행정지도 등에 의해서 비합법적으로 카르텔이 조장되어 왔다는 점입니다. 최근에는 소위 카르텔일괄정리법 등에 의하여 많이 정비되고 있기는 하지만, 아직도 정책적 이유 때문에 공정경쟁이나 자유경쟁의 이념이 후순위로 밀리는 경우가 있는 것으로 보입니다.

셋째로, 카르텔을 와해시키기 위한 기술적 노력이 부족하다는 점입니다. 카르텔 자진신고자 감면제도를 도입한지도 여러 해가 되었지만, 실효성이 부족해서 별반 효과를 거두지 못하고 있는 것으로 보입니다. 끊임없는 제도적 보완이 요구되는 부분입니다.

3. 개선방안

독과점이나 카르텔의 형성은 한 시장에서 경쟁의 이념을 훼손시켜 버린다는 공통점이 있습니다. 이들을 해결하는 방법은 카르텔 형성의 원인을 제거하면 될 것입니다. 우선, 경쟁당국의 조직을 카르텔 방지에 적합한 형태로 리모델링하고 역량을 집중하는 것입니다. 이러한 맥락에서 카르텔조사단의 출현은 정책적 의지를 읽을 수 있는 하나의 긍정적 시그널로 해석됩니다. 둘째, 법률은 물론 시행령과 시행규칙, 조례 등에 이르기까지 모든 경쟁제한적 법령에 대한 치밀한 조사와 개선에 노력하여야 할 것입니다. 행정지도 역시 자제되어야 한다고 봅니다. 셋째, 외국의 입법례도 참고하면서 좀 더 획기적인 카르텔 방

지 대안을 모색하여야 할 것입니다. 또한, 증가하고 있는 국제카르텔에 대한 대응을 위한 국제적 협조체제의 구축도 필요할 것입니다.

II. 과징금 제도와 관련하여

1. 서 언

현행법상 과징금은 경쟁정책을 집행하는 수단으로서 시정조치·고발과 함께 중요한 요소임에 틀림이 없습니다. 다만, 과징금이 효과적인 법 집행수단인 점에 비례하여 이에 대한 적법성이나 타당성, 나아가 위헌 시비까지도 끊임없이 제기되는 측면이 있다는 점도 간과해서는 안 될 것입니다. 규범적 측면에서 명확한 법적 근거를 제시함으로써 위헌 논란을 잠재우면서도, 기능적 관점에서의 활용방안도 동시에 고려해야 할 것입니다.

2. 규범적 측면

과징금의 부과는 사업자에게 의무를 부과하는 것이니만큼 법률적 근거를 명확하게 제시할 필요가 있습니다. 물론 현재는 이종처벌금지원칙 및 무죄추정원칙의 위반 논란을 뒤로 하고 있고, 독점규제법이 수차에 걸쳐 개정되면서 과징금 부과 기준도 정비되어 왔으며, 부과기준 역시 세분화됨으로써 어느 정도의 틀을 제시하고는 있습니다. 다만, 구체적인 과징금 부과기준의 명확성에는 여전히 의문이 남습니다.

(1) 재량권 남용의 방지

공정위의 재량권의 유월이나 남용에 대한 통제방법을 고려해야 할 것입니다. 현행 독점규제법 시행령 제61조제1항 관련 [별표 2]와 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」(공정위 고시 제2005-15호)를 보면, “원칙적으로” 과징금을 부과한다거나 “부득이한 사정”이 있을 때

에는 과징금을 부과하지 않는다는 등의 추상적인 표현이 너무 많이 나오는 것을 알 수 있습니다. 죄형법정주의의 명확성의 원칙상 이러한 표현은 가급적 자제되어야 하며, 투명성과 객관성을 담보할 수 있는 제도적 개선방안에 고민하여야 할 것입니다.

(2) 과징금 액수의 통제

천문학적으로 증가할 수 있는 과징금에 대한 적절한 통제방안이 필요하지 않을까 생각됩니다. 현행법상 과징금은 통상 매출액 기준으로 부과되기 때문에 사업자가 엄청난 액수의 과징금을 감당할 수 없거나 소비자에게 전가되는 경우도 발생할 수 있을 것입니다. 물론 형사벌인 벌금과 구별은 되지만, 같은 금전적 불이익을 준다는 측면에서는 양자의 관계도 한 번쯤 생각해보아야 할 것입니다.

(3) 탈법행위의 방지

천문학적 과징금은 탈법의 유혹을 받지 않을까 생각되기도 합니다. 현행 과징금은 매출액 기준을 사용하면서도 매출액을 산정할 수 없는 경우 등에는 정액기준을 함께 사용하고 있습니다. 그런데 거대기업의 경우에는 양자의 차이가 현격하게 발생할 수 있고, 이 경우 사업자는 정액기준의 적용을 받기 위해서 매출액산정자료의 제출을 거부하거나 허위자료를 제출할 가능성도 있습니다. 물론 현행법상 이 사유는 삭제되었지만(독점규제법 시행령 제10조) 악용될 가능성은 있을 것입니다.

3. 기능적 측면

(1) 과징금 부과 의 실효성 제고

불공정거래행위, 특히 신문고시 위반이나 부당내부거래 등 일정한 영역에 대하여는 계속되는 과징금의 부과에도 불구하고 불공정거래행위가 반복적으로 이루어지고 있음을 알 수 있습니다. 과징금의 실효

성을 의심케 하는 부분이고, 이러한 영역의 경우에는 제재수단으로서의 과징금 제도를 대체할 수 있는 방안을 검토하든가, 아니면 과징금 부과 타당성 여부를 평가해 보아야 할 것입니다.

(2) 과징금의 사용 방안

과징금을 부과하는 경우 거두어들인 과징금의 용처도 고려해볼 만할 것입니다. 과징금이 부당이득 환수의 성격을 가지고 있다면, 부당손해를 본 사람에게 돌려주는 것이 어찌면 바람직한 것이 아닐까 생각합니다.

Ⅲ. 미국의 사건처리절차와 관련하여

우리의 공정거래위원회는 그 위상의 변화만큼이나 그 조직의 짜임새도 진화해왔다고 생각됩니다. 다만, 선진 각국의 법제와 비교하면 아직도 미흡한 점이 많고, 특히 사건처리절차와 관련해서는 외국의 사례를 참고로 하여 끊임없는 개선이 이루어져야 할 것입니다. 이러한 맥락에서 본다면, 미국의 경쟁당국이 채택하고 있는 행정법관사제도나 동의명령제도는 우리가 충분히 참고할만한 제도라고 생각됩니다. 행정법관사제도는 조사기관과 심판기관의 분리라는 측면에서 공정성을 담보할 수 있을 것으로 보이고, 동의명령제도 선진국과의 제도적 정합성 및 제도운용의 기능성 측면에서 바람직한 것으로 보입니다.

Ⅳ. 결 론

모든 법과 제도는 성악설을 기초로 만들어지는 것입니다. 집행과 관련된 법과 제도 역시 그 남용가능성을 차단할 수 있고 공정성과 투명성을 담보할 수 있다면 과감히 개선하여야 할 것입니다. 집행과 관련된 수많은 법적 논란을 줄여나가면서도 기능적 측면에서의 효율성을 추구하는 지혜가 필요할 것입니다.

토론: 공정거래법의 집행 현황과 개선

이 호 영

(한양대학교 법과대학 교수)

1. 카르텔 금지의 집행 현황과 전망에 대하여

현행 공정거래법상 카르텔 금지의 집행 현황과 향후 과제 및 그 방향에 관한 상세한 말씀 잘 들었음. 이와 관련하여 다음의 질의 또는 의견을 드리고자 함.

첫째, 행정지도가 개입된 카르텔에 대한 공정위의 제재에 대하여 사업자들의 불만이 제기되는 등 이 문제가 중요한 쟁점으로 대두되고 있음. 행정지도가 개입된 경우라고 할지라도 공정거래법의 적용을 받아야 한다는 데에는 원칙적으로 동의를 하면서도 단순히 현행 공정거래법을 집행한다는 것 이외에 경쟁제한적인 카르텔을 유발하는 행정지도를 방지하기 위하여 더욱 적극적인 노력과 제도적인 방안이 강구되어야 할 것으로 보임.

둘째, 한·미 FTA의 내용에는 동의명령제 이외에도 사건처리과정상 피심인의 절차적 권리 보장 등 중요한 내용이 포함되어 있음. 지금까지도 많은 노력이 있었지만 향후에도 이를 위한 노력이 더욱 필요함.

셋째, 시정조치에 대한 제척기간(공정거래법 제49조 제3항)의 개선 필요성에 적극적으로 공감함. 말씀하신 바와 같이 시효와 같이 기간진행을 중단시키는 방식을 도입하든지 아니면 현행 제척기간의 기산점을 의결일이 아니라 조사과정상 특정한 시점(예컨대, 공식적인 조사

개시결정시점)으로 정하도록 하는 방식을 적극 검토하여야 할 것임. 양자의 장단점이 있을 것인데, 전자의 경우에는 기간진행을 중단하는 사유에 관한 해석의 문제가 남지 않도록 이를 명확하게 규정하여야 할 것이고, 후자의 경우에는 적어도 위원의 일부가 직접 참여하여 조사개시 여부 등을 판단하는 시점을 기준으로 하여야 할 것임.

2. 공정거래법상 과징금제도의 현황과 개선 방안에 대하여

우선, 공정거래법상 과징금의 목적 및 법적 성질에 관한 종래의 논의를 다음과 같이 이해하고 있음. 첫째, 과징금의 법적 성질에 관한 다양한 의견에도 불구하고 과징금 제도의 목적이 위반행위의 억지(deterrence)라는 점은 이론이 없을 것임. 다만, 과징금의 법적 성질에 관한 논의가 가지는 실익 구체적으로 과징금을 산정하여 부과하는 방법 및 절차를 규율하는 원리와 관련되는 것임. 즉, 부당한 공동행위나 일부 유형의 불공정거래행위에 관한 판례의 입장과 같이 과징금의 법적 성질을 근본적으로 ‘부당이득의 환수’라고 이해한다면 과징금의 산정에 있어서 ‘부당이득’과의 균형이라는 한계가 설정된다고 할 수 있을 것임. 이에 대하여 제재적 성격이 강한 과징금의 경우에는 그 산정 및 부과절차상 비례의 원칙, 소추기능과 심판기능의 분리, 방어권의 보장 등 헌법상 적법절차의 요건을 더욱 중요하게 고려하여야 할 것임.

둘째, 현행 공정거래법상 과징금 산정방법에 관한 경제학적 분석에서 많은 시사점을 얻을 수 있음. 다만, 억제효과가설에 입각한 법경제학적 접근은 여러 가지 측면에서 현실성이나 설득력이 떨어지는 것이 사실임. 예컨대, 이러한 설명이 설득력이 있기 위해서는 위반행위가 초래한 부당이득이나 사회적 피해를 ‘적발확률’에 의해서 조정하여야

하고 행위자의 위험선호도가 고려되어야 할 것인데, 현행법상 과징금 산정방법(예컨대, 부과기준율)에는 이러한 점을 고려하는 요소를 찾아볼 수 없음.

셋째, 관련매출액을 결정하기 위해서 ‘관련 상품’을 결정하는 방법과 관련하여 간접적 관련성이 있는 상품은 관련성이 추정되고 사업자가 전복하게 하여야 한다는 제안에 대하여 의견을 드림. 실제로 특정한 상품의 위반행위와의 관련성을 판단하는 것은 양적인 개념으로서 ‘합의 대상 포함여부’ 또는 ‘관련성의 정도’가 문제로 될 뿐이지 ‘직접적 관련 상품’ 또는 ‘간접적 관련 상품’으로 엄밀하게 구분할 수 없을 것임. 또한 구체적인 입증책임의 정도는 별개로 하더라도 관련성의 입증책임은 법집행당국이 부담하여야 할 것이고, 실제로 어떤 방법으로 관련성을 추정하도록 할 것인지도 입법기술적으로 곤란한 문제임.

3. 미국 경쟁당국의 사건처리절차 중 동의명령제에 대하여

첫째, 피해자에 대한 손해배상을 포함하는 동의명령제는 동의명령제의 장점을 살릴 수 있다는 측면에서 유용할 것으로 보임. 특히, 다수·소액의 피해를 초래하여 사실상 소비자들이 적극적으로 손해배상을 청구할 수 없는 경우에 현실적인 소비자권의 구제에 기여할 수 있을 것임. 다만, 추후 소비자의 개별적인 손해배상청구권 행사를 제약할 우려가 있지만, 이 역시 opt-out 또는 opt-in 방식을 적절히 사용하여 해결할 수 있을 것임. 또한, 참고로 문헌에 따르면 미국의 경우에는 피해자가 직접 동의명령을 근거로 그 내용을 실현하기 위한 소송을 청구할 수는 없지만 독립적으로 사소를 제기한 경우 법원은 동의명령의 이행 여부를 고려할 수 있다고 함.

마지막으로 한 가지 사실 확인이 필요한 사항으로서, FTC는 Tunney Act의 적용을 받지 않으므로 연방법원의 개입이 없는 것으로 알고 있는데, “동의명령안의 발효를 위해서는 연방지방법원에서 승인을 받아야 한다”, “미국 FTC의 경우에도 튜니법상 법원의 공익부합성 심사를 거쳐서만 동의명령을 발효하도록 규정되어 있는 것”이라고 서술하신 근거를 부연·설명해주시기 바랍니다.

토 론 문

홍 명 수
(명지대학교 법학과 조교수)

1. 이순미 서기관의 “카르텔 집행의 현황과 전망”에 대하여.

규제기관의 실무담당자로서 발표 내용이 실질적인 이해에 많은 도움이 되었습니다. 입찰담합 부분에 관하여 질문드리고자 합니다. 입찰담합에 대하여 실효성 있는 규제를 하기 위한 법개정을 하는 것에 기본적으로 동의합니다. 입찰은 가격과 거래상대방의 동시결정 시스템이라 할 수 있으며, 이 시스템이 원활하게 기능하기 위해서는 필수적으로 입찰에 관한 경쟁 메커니즘이 보장되어야 합니다. 입찰담합은 이러한 본질적 기능을 해하는 것이고, 따라서 경쟁정책적 관점에서 그 규제의 타당성을 찾을 수 있습니다. 따라서 입찰에 대한 특별한 규율을 마련한다면, 입찰의 핵심적 요소라 할 수 있는 경쟁 메커니즘을 해하는 것을 포괄할 수 있는 방식으로 규정되는 것이 타당하며, 입찰에 관련된 부분들을 특정하는 방식으로 접근하는 것에는 한계가 있다고 생각합니다. 예를 들어 ‘입찰의 과정이나 결과를 조정하는 행위’와 같이 포괄적인 규정방식도 가능하다고 생각합니다.

또한 많은 경우에 입찰은 정부나 지자체에 의하여 수행되고, 따라서 정부조달의 공정성과 투명성 문제와도 관련됩니다. 이때 입찰에 참가하는 사업자들 사이에서만 아니라 입찰 시행자 사이에 공모 가능성, 나아가 입찰 시행자가 주도적으로 낙찰자나 낙찰가격을 결정하는 것도 문제가 될 수 있습니다. 일본에서는 이를 이른바 관제담합으로서 다루

고 있고, 상당히 많은 문제를 낳는 것으로 지적되고 있습니다. 물론 우리 나라의 상황이 일본과는 다르다고 볼 수도 있습니다만, 이에 대한 대응방안을 고려할 필요는 있다고 생각하고, 의견을 묻고 싶습니다.

2. 홍대식 교수의 “공정거래법상 과징금제도의 현황과 개선방안”에 대하여

과징금에 대한 오랜 연구에 기초한 심도 있는 논의였다고 생각합니다. 공정거래법상 과징금의 부과도 행정기관의 권력적 작용에 따른 기본권의 제한에 해당하는 만큼, 근본적으로 헌법상의 비례원칙에 부합하여야 한다고 생각합니다. 과징금의 부과는 부당이득 환수적 성격과 행정제재벌적 성격이 복합된 것으로 이해되고 있고, 이는 대법원 판결에 의하여 뒷받침되고 있습니다. 그렇다면 이에 대한 비례성 원칙의 판단도 각각의 성격에 상응하는 방식으로 이루어져야 하는 것은 아닌지 생각합니다. 즉 매출액이나 부당이득의 정확한 규모를 산정하는 것이 법기술적으로 요구되는 것이고, 특히 이는 부당이득 환수적 성격에 관련되는 것이라 할 수 있습니다.

그렇다면 행정제재벌적 관점에서 비례성 원칙에 부합하는지 여부를 판단하는 기준이나 요소는 어떻게 구체화될 수 있는지에 관한 설명을 부탁드립니다. 또한 행정제재벌적 관점에서 과징금의 부과가 전통적인 책임원리와 어떻게 조화될 수 있는지에 대해서도 아울러 의견을 말씀해 주시기 바랍니다.

3. 조성국 교수의 “미국 연방거래위원회 사건처리절차에 관한 연구”에 대하여

미국 FTC의 사건처리절차, 특히 행정법판사 제도의 이해에 감사드립니다. 추가적인 질문을 드리고자 합니다. 우리 공정거래위원회의 소

회의제가 행정법관사 내지 일본의 심판관제도를 부분적으로 반영한 것이라고 한다면, 소회의제가 이들 제도와 여전히 구분되는 점에 관한 구체적인 설명을 부탁드립니다.

4. 김두진 박사의 “미국 경쟁당국의 사건 처리절차 - 동의명령제 -”에 대하여.

미국 동의명령제에 대한 충실한 이해에 많은 도움이 되었습니다. 특히 제도 설명 이후, 한국에의 도입방안을 논의하셨는데, 동의명령 제도의 도입이 우리 독점규제법상 규정되어 있는 시정권고 제도와 구체적으로 어떻게 조화될 수 있는지에 관하여 질문을 드리고자 합니다.

공정거래법 집행의 선진화 워크숍 토론문

한정미

(한국법제연구원 초청연구원)

한미 FTA가 2006년 2월 협상개시선언 이래 약 1년 2개월만인 2007년 4월 2일 체결되어, 우리 경제와 사법질서에 지대한 영향을 미칠 것으로 예상되며, 경쟁분야에서도 한미 FTA 이행입법 과정에서 많은 공정거래법의 정비과제가 있다고 생각합니다.

이러한 시점에서 공정거래법 집행의 선진화 워크숍을 통한 전문가 발표를 들을 수 있어 유익한 정보를 많이 얻었고 좋은 발표에 감사드립니다.

한미 FTA의 중요성과 경쟁법 집행의 국제화 등을 감안할 때, 전문성 강화와 절차적 정당성 확보 등 공정거래위원회의 적극적 대응이 필요할 것이며, 공정거래법의 집행과 관련한 한미 양국 시장에서 사업자간 경쟁제한행위로 무역자유화 효과가 무력화 되지 않도록 경쟁법 집행 수준을 한 차원 제고하여야 할 것입니다.

이와 관련하여 각 발표주제에 대하여 초심자의 입장에서 몇 가지 소견을 말씀드리고 질문을 드리는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

I. “공정거래위원회의 카르텔 집행 현황 및 전망”과 관련하여

최근 공정거래위원회의 카르텔 집행의 성과는 과징금부과 건 수 및 부과액을 기준으로 보아 효과적인 제재가 이루어져 가고 있는 것으로

생각됩니다.

특히, 국민생활과 밀접한 소비재, 금융분야, 중간원자재 분야 등에서 집중적으로 적발, 시정하여 공정거래위원회의 카르텔 적발에 대한 상당한 성과가 있었던 것으로 느껴집니다.

발표에서도 논의된 바와 같이, 경성카르텔에 대한 제도 중 최근 가장 두드러지는 성과가 있었던 것으로 ‘자진신고자 감면제도(leniency policy)’를 들 수 있을 것이고, 자진신고자 감면제도는 워크샵의 또 다른 주제인 동의명령제도와 집행의 편의를 위하여 과징금·형사벌 등의 면책을 전제로 한다는 점, 국가기관의 수사(조사)역량의 정비를 통한 엄정한 법집행이라는 원칙적 방안 보다는 국가기관의 면책재량권 행사에 의존하게 된다는 점에서 공통점을 갖는 것으로 볼 수 있습니다.

그런데 최근 자진신고자 감면제도에 대해서 ‘동종업계 기업에 가격담합을 강요하거나 협박하는 악질기업들에 대한 감면’에 대한 불합리성과 악용가능성에 대한 지적이 계속되어 왔습니다.

이 문제에 대해서는 원론적인 문제와 함께 반드시 생각되어야 할 것이 카르텔에 따른 소비자 피해에 대한 문제일 것입니다.

공정위에 따르면 2005년 기준으로 과징금을 부과한 카르텔 사건은 21건이었고 이들 사건으로 유발된 소비자 피해액은 9,970억원에 달하는 것으로 분석되었으며,¹⁾ 2006년에는 카르텔 사건과 과징금 부과액이 더욱 증가하여 소비자 피해도 계속적으로 증가하고 있는 것으로 볼 수 있습니다.

즉, 자진신고자 감면제도에 대한 논의에 대한 문제는 카르텔 참가

1) 시정조치가 이루어진 카르텔 관련 매출액의 10%를 소비자 피해규모로 추산하고 있으며, 이러한 추산 방법은 미국과 EU 등에서도 같다.

사업자들의 형평성과 사회적 정의²⁾의 측면에서 접근할 것인가 소비자 피해를 막는 것에 중점을 두고 접근할 것인가에 대한 정책적 결정의 문제일 것입니다.

발표문에서와 같이 2005년에 제도 개선이후 자진신고제도의 활용도가 획기적으로 높아졌고, 우리나라는 경제구조와 성장과정 상의 특성상 카르텔 발생 빈도가 외국에 비해 많은 것으로 볼 수 있으며, 자진신고제도의 실제적인 성과가 나타나기 시작한 초기임을 감안하여야 할 것입니다.

또한, 은밀이 이루어지는 카르텔의 증거를 찾는 것이 어렵고, 적발이 쉽지 않아 참가 사업자간의 카르텔을 와해하여 소비자 피해의 예방의 필요성에 더 무게를 두어야 할 것이라 생각합니다.

따라서 “다른 기업에 가격담합을 강요하거나 협박하는 등 악질 기업에 대한 감면폭 축소방안”은 이 제도가 좀 더 활성화 된 후에 조정하는 것이 바람직할 것입니다.

다만, 외국에서는 이 제도가 주로 마이너 업체들을 구제하기 위한 제도로 사용되며, 기관에서 조사한 착수한 이후에는 자진신고를 인정하는 않는다는 점을 감안하여³⁾ 자진신고제도의 절차적인 문제를 조정할 필요가 있지 않은가 생각되는데 이에 대한 의견을 구합니다.

한미 FTA 체결에 따른 국제카르텔 증가가 우려된다는 발표자의 의견에 공감하며, 외국기업을 배제하기 위한 국내 기업간의 카르텔 증

2) 카르텔을 통하여 많은 부당이득을 취한 사업자가 적발 전에 가장 먼저 자진신고를 하여 전액 면제받는 상황에 대한 문제이며, 대표적으로 호남석유화학은 합성수지 업계 1위 업체로 공동행위의 주도적 위치에 섰던 회사인데도 자진신고했다는 이유만으로 과징금을 전액 면제 받았다는 문제가 제기되었다.

3) 독일의 경우 수색영장 발부요건을 충족시키는 증거를 입수하기 전에 **Bundeskartellamt**에 최초로 자신 신고한 가담자일 경우를 요건으로 하고 있다.

가의 가능성도 충분히 있을 수 있다고 생각합니다.

경제시스템의 글로벌화로 국제카르텔을 비롯한 초국경적 M&A 등이 증가하고 있는 상황에서 경쟁제한적 행위들을 효과적으로 규제하고, 경쟁법 집행에 있어서 국가간 마찰을 방지하기 위한 경쟁당국간 협력이 긴요한 상황에서 미국 경쟁당국과의 체계적인 협력관계를 구축하기로 한 한미간의 경쟁법집행 협력협정이 금년 중으로 체결되도록 추진하는 것은 의미가 크다고 할 수 있겠습니다.

그런데 현재 문안 협의 중인 협력협정의 법적 위상에 대하여서 발표문에서와 같이 법률적 효력을 갖는 조약(treaty)이 된다면, 형사사건에 있어서 국제적 정보제공의 문제 등 단순한 기관간 약정의 수준이 아닌 것으로 볼 수 있을 것인데 이에 대한 공정위 측의 견해는 어떠신지 설명을 부탁드립니다.

Ⅱ. “공정거래법상 과징금제도의 현황과 개선방안”과 관련하여

공정거래법상 과징금 제도에 대해서 제도자체의 목적에서부터 제도의 현황 및 개선방안에 이르기까지 상세한 검토가 있었던 것으로 보입니다.

공정거래법상 공정위는 과징금의 부과와 액수 산정에 대하여 폭넓은 재량을 누리고 있고, 공정위가 내린 처분의 합목적성을 담보하고 수범자인 사업자에게 법적 안정성과 예측가능성을 제고하기 위하여 공정위가 갖는 재량의 원인·성격과 그 한계를 규명하고 재량권의 남용·일탈에 대해 적절하게 통제할 수단이 필요하다는 발표자의 의견에 공감합니다.

공정거래법 제55조의 3 제1항에서 정한 의무적 참작사항은 과징금 부과 여부 및 액수 산정에 있어서 공정거래위원회의 재량을 부여하는 동시에 준수하여야 할 최소한의 재량통제기준으로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있으며, 공정거래위원회의 재량의 한계는 결국 과징금과 관련된 공정거래법 관련 조항의 목적과 과잉금지 및 비례의 원칙, 형평의 원칙과 같은 행정법의 일반원칙에 의한 제한일 것입니다.

따라서 과징금 부과를 내용으로 하는 각 사안별 위반행위에 대한 과징금 산정기준의 미비에 대한 문제가 지속적으로 제기되어 오고 있으며, 이에 대해 발표문에서 언급된 바와 같이 과징금 산정의 기준이 되는 매출액의 개념 및 기준에 관한 근거 규정을 두는 한편, 과징금의 가중사유 및 감경사유에 대한 법적 근거를 두는 작업이 필요할 것입니다.

이러한 과징금 제도의 목적이나 산정기준의 검토의 중요성과 함께 최근 수십억 원에 이르는 과징금이 기업에게 사활적 이해를 가진 제재가 될 수 있을 뿐만 아니라⁴⁾ 이러한 과징금이 준사법절차에 의하지 아니하고 부과·징수되는 것이 적법절차의 원칙에 위배된다는 주장이 있습니다.⁵⁾ 즉, 과징금의 부과절차는 적법절차의 원칙상 적어도 재판절차에 상응하게 조사기관과 심판기관이 분리되어야 하고, 증거조사와 변론이 충분히 보장되어야 할 것인데, 현행제도는 그런 면에서 미흡하므로, 의견제출의 권리를 보장하는 수준이 아니라 실제적인 변호

4) 최근에는 과징금으로 부과되는 금액이 수십억 원에 이르고 100억 원을 넘는 경우도 있어 의무위반자에게 엄청난 부담이 되는 경우가 많으며, 이에 따라 과징금처분에 불복하여 쟁송을 제기하는 사례가 증가하고 있고, 법원에 의하여 과징금처분이 취소되는 경우 및 과징금 부과권자가 스스로 과징금을 취소하거나 감액하는 경우도 있었다.

5) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고, 2001헌가25결정 반대의견

를 할 수 있는 청문절차를 도입할 필요가 있는 것입니다.⁶⁾

이는 미국의 행정법판사제도와도 연관이 있다 할 것인데, 발표자께서 이러한 절차의 도입이 현행 제도상 도입될 필요가 있을지 여부에 대한 의견이 있으시면 설명을 부탁드립니다.

Ⅲ. “미국 연방거래위원회의 사건처리절차 연구-행정법판사제도”와 관련하여

발표자께서는 행정법판사 내지 심판관제도를 우리의 실정에 맞게 재구성하여 도입이 필요하다는 요지로 말씀해주셨습니다.

앞서 과징금제도의 문제에서도 볼 수 있었듯이 우리나라의 공정거래법상에서도 공정한 청문을 보장하여 상대방의 권리를 보호하고 방어할 수 있는 공정한 기회를 주는 것이 필요할 것이며, 이를 위해 미국의 행정법판사와 같은 역할을 하는 제도가 필요한 것이 사실이라 할 것입니다.

이러한 관점에서 현행 행정절차법상의 청문주재자에 대한 검토가 필요할 것이라 생각합니다.

행정법판사와 행정절차법 제28조의 청문주재자는 그 기능에 있어 유사한 면이 많이 있으나, 독립성보장이나 역할 면에서 행정법판사의 그것에 비해 열악한 것으로 평가됩니다.

발표자의 의견과 같이 미국의 행정법판사 제도나 일본의 심판관제도를 우리법에 맞게 재구성함에 있어 청문주재자의 기능과 역할을 개선하여 도입하는 방법을 검토해 볼 여지가 있을 것이며, 청문주재자를 통해 실질적인 행정법판사의 역할을 하도록 할 수 있을 것이라 생각합니다.

6) 유인규·황현희, “과징금 법제의 개선방안”, 국회사무처 법제실, 2004. 12, 15쪽.

청문주재자를 행정청 소속 직원 가운데서 선정하도록 하고 있는 현행 행정절차법 제28조 1항을 개정하여 청문주재자의 자격요건을 강화하고, 미국의 OPM과 같은 독립된 기관으로 하여금 청문주재자의 인사사항의 관리를 하도록 하여 청문주재자의 신분상·직무상 독립을 도모할 수 있도록 하고, 행정절차법 제35조의 2에서 청문주재자의 청문결과를 “행정청이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에만 반영하도록” 하고 있는 규정을 “행정청이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에만 삭제하도록” 하는 것으로 개정하여 청문주재자의 역할 강화를 하는 등⁷⁾ 다방면의 검토가 이루어질 필요가 있을 것으로 생각되는데, 이와 같은 청문주재자 제도의 변화를 통한 실질적 행정법판사 제도의 도입에 대해 의견을 구합니다.

IV. “미국 경쟁당국의 사건처리절차 - 동의명령제도”와 관련하여

한미 FTA에서 동의명령제를 포함시키기로 합의하였기 때문에 앞으로 우리나라에 도입하기 위한 세부적인 규정 제정에 많은 논의가 있을 것이라 생각됩니다.

발표문에서와 같이 동의명령제는 ‘위법한지 여부를 결정하지 않은 상태’로 ‘위법가능성의 확인’만 있으면 절차개시가 가능한 제도이기 때문에 법적분쟁을 조기에 종결하여 피해구제의 실효성을 제고하고 기업부담을 경감하기 위한 제도로써의 장점이 부각되고 있습니다.

그러나 행정절차법에도 없는 영미법상의 제도를 우리나라 법에 도입하는 것에는 사실상 많은 문제가 따르게 될 것이며, 동의명령 후형사처벌이 불가능해지는 문제, 의견수렴절차상의 문제, 동의명령 이

7) 박수현, “미국의 행정법판사에 관한 고찰”, 토지공법연구 제27집, 2005. 9, 285쪽.

후의 집행 및 후속조치 등 많은 입법정비과제가 있을 것으로 예상됩니다.

우선 동의명령의 법적성격에 대해서 미국에서는 일반적으로 민사계약으로 보고 있고, 독일의 경우 의무부담부 확약처분(Verpflichtungszusagen) 등 행정처분으로 규정하고 있는데 우리나라에서는 어떻게 접근할 것인지에 대한 검토가 필요할 것입니다.

계약형식이 아닌 처분형식, 즉 행정행위의 일종으로 일방적인 행정조치의 형식으로 부과된다면, 피심인은 이에 따라야할 의무가 있을 것이고, 동의명령 불이행시에도 일반적인 시정조치 불이행과 같은 책임을 지거나 별도의 과태료를 부과 받은 후 경쟁당국에 의한 통상의 시정조치를 다시 부과 받게 될 것이므로, 이러한 후속조치의 명시가 필요할 것이라 생각됩니다.⁸⁾

또한, 공정위에 따르면 동의명령의 대상에 대하여도 위법성이 중대하여 고발, 과징금 부과 등 강한 조치를 해야 할 필요성이 있는 경우는 동의명령 대상에서 제외할 것을 검토하고 있는 것으로 볼 수 있는데,⁹⁾ 동의명령의 적용대상의 문제도 실제적·절차적 요건을 명확히 법정하여야 할 것입니다.

이 외에 우리나라에서 경제경찰이라 불리고 있을 만큼 경제분야에서의 공정거래위원회의 지위와 관련하여 기업이 공정위 조사에 따른 사실상의 부담으로 위법성의 사실여부와 관련 없이 동의명령에 응하게 되는 결과가 발생할 우려도 있지 않을까 생각됩니다.

8) 독일의 의무부담부 확약처분의 경우에도 피심인이 확약처분 불이행시, 연방카르텔청은 과태료(fine)를 부과하며 별도의 시정조치에 들어가게 된다.

9) 한철수, “한미 FTA 이후 공정거래법의 과제”, 한미 FTA 이후 공정거래법의 과제 법학 심포지엄 자료집, 2007. 5. 23, 11쪽.

발표문과 관련하여서는 공정거래위원회가 사적인 손해배상문제에 있어서 합의의 주체가 되는 것이 부적절할 수 있다는 점에 대해서는 공감합니다.

또한, 동의명령이 미국의 경우와 달리 법원의 관여나 공익부합성의 심사 없이 발효되는 것에 대한 우려를 하고 계신 것을 볼 수 있었는데, 지적하신 바와 같이 우리 공정거래법상 시정명령의 부과절차에는 법원의 관여가 없이 조사기관과 심판기관이 동일한 체제이므로 동의명령도 이와 동일한 적용체제를 갖는 것으로 보입니다. 동의명령의 도입 목적 자체가 사후적 조사·처벌 위주의 경직적인 법 집행을 탈피하고 급변하는 현대사회에 적합한 진행 중의 경쟁침해 우려행위에 대한 신속하고 효과적인 해결이므로 일반적인 시정명령의 절차에 준하거나 오히려 위법성이 인정된 사건보다 간소화하여 도입하는 것이 목적에 맞는 것이 아닌가 생각합니다.

녹 취 록

◆ 주제발표

사회자 : 시간이 좀 늦어졌습니다만 바로 시작을 하겠습니다. 우선 이와 같이 좋은 전문가 워크샵 자리를 마련해 주신 법제연구원측에 감사의 말씀을 드립니다. 주지하시는 바와 마찬가지로 오늘날 경쟁법의 실체법에 대한 논의와 함께 최근에 경쟁법의 집행문제에 관해서 많은 관심이 커지고 있습니다. 더구나 한미 FTA협정 체결과 관련해서 동의명령제라고 하는 우리에게는 다소 생소한 그런 제도의 도입이 본격적으로 시도가 되고 있는 그러한 실정이고요. 또 이미 오래 전부터 사실 경쟁법의 집행과 관련해서 행정기관인 공정거래위원회의 조사권한 강화라든가 또는 사소제도의 도입이라든가 또는 리니언시 프로그램과 같은 그러한 집행과 관련된 여러 가지 문제점들이 제기되어 왔었고요. 최근 국회에 현재 계류 중인 공정거래법 개정안을 보게 되면 그 외에도 조정제도와 같은 그러한 새로운 제도의 도입이 모색되고 있습니다. 이러한 경향에 비추어 봤을 때 오늘 공정거래법의 집행 선진화에 관한 이와 같은 워크샵은 대단히 의미가 있는 것으로 생각 됩니다.

오늘의 발표는 네 분께서 해주시겠고요. 토론은 여섯 분께서 해주시겠습니다. 저희에게 할당된 시간이 모두 3시간, 180분인데 아무래도 발표하시고 토론하실 내용은 많으시겠습니다만 시간적 제약 때문에 약간의 제한을 하지 않을 수가 없습니다. 그래서 오늘 발표하시는 네 분께서는 20분 그리고 가능하시면 25분을 초과하지 않으시기를 바라겠고요. 발표가 끝나신 다음에 한 20분간 휴식을 취하도록 하겠습니다. 그리고 휴식 후에 모두 여섯 분 선생님께서 토론을 해 주시겠는데 토론은 한 분당 시간 계산을 해보니까 7분 정도가 적합할 것 같습니다.

그래서 7분 정도 토론해 주시고 아무리 많아도 10분을 초과하지 않으셨으면 합니다. 그래서 그렇게 하면 한 180분 정도가 되지 않을까 이렇게 생각을 합니다. 지금 현재 네 분께서 발표를 하시도록 되어 있는데 시간이 없기 때문에 바로 발표로 들어가도록 하겠습니다. 오늘 제1주제는 공정거래위원회의 카르텔 집행 현황 및 전망을 가지고 공정거래위원회의 이순미 서기관님께서 발표를 해주시겠습니다. 부탁드립니다.

이순미 서기관 : 안녕하십니까. 만나뵙게 돼서 반갑습니다. 실무를 하면서 바쁘다 보니까 이런 카르텔 현황이나 전망 부분에 대해 차분하게 정리할 기회가 없었는데 오늘 이처럼 발표할 수 있는 기회를 주셔서 저도 덕분에 자료를 만들면서 통계나 여러 가지 자료를 쭉 정리해 볼 수 있는 좋은 기회였습니다. 양이 약간 좀 많기는 한데요. 간단하게 20분 내에서 해보도록 하겠습니다.

카르텔이 시장경제의 경쟁메카니즘을 근원적으로 저해하는 가장 중죄인 것은 세계적으로도 인정이 되고 있고 저희 공정거래위원회도 공정거래법 처음 제정시부터 이런 맥락 하에서 적극적으로 집행을 해왔는데요. 2004년 전에도 열심히 했지만 특히 2004년부터 분위기가 많이 바뀐 것 같습니다. 당시 허선 경쟁국장님이 카르텔 집행에 대한 의지를 적극적으로 표명하면서 2004년을 카르텔 근절의 원년으로 선포하는 등 적극적으로 집행을 시작했던 것 같습니다. 그리고 2005년 12월에 조직개편을 하면서 카르텔 조사단을 만들기까지 했었고 그런 맥락 하에서 계속 적극적으로 집행을 해왔었는데요. 그러나 이러한 적극적 법집행에 대해서 한편에서는 아직 많이 부족하지 않느냐 라고 하는 문제의식을 제기하기도 하고 집행의 대상인 사업자 측에서는 너무 과하지 않느냐 라고 하는 문제의식도 있고 해서 카르텔 집행의 현황이라는 부분을 다시 한번 평가도 해보고 지금 집행 수단이 되는 제

도적 측면을 다시 한번 살펴보겠습니다. 그 다음에 이 자리를 빌어서 지금 국회에 상정되어 있는 법개정안도 한번 들여다보면서 공감대를 넓혀 보기로 하고요. 그리고 한·미 FTA 체결에 즈음해 카르텔 집행 분야에 있어서는 어떤 변화가 있을 수 있을 것인가 그리고 그에 대한 대응은 어떤 것이 있을 수 있을 것인가에 대해 간단하게 언급을 할 예정입니다. 카르텔 집행의 성과와 평가 부분을 보면 우리나라 카르텔 규제환경은 다른 나라와 다르게 많은 특수성을 가지고 있었던 것 같습니다. 그래서 카르텔 발생 빈도가 지금도 많이 높은데요. 그런 여러 측면들이 우선 과점체제로 있었던 부분이라든지, 그 동안에 행정 지도가 많이 보편화 되어 있었다는 점, 그 다음에 그 여러 사업분야에서 사업자단체가 많아 사업자단체를 중심으로 카르텔의 온상이 되고 있었던 부분도 있고요. 그리고 우리는 유교적 온정주의 문화가 있어 가지고 친카르텔적 문화가 많이 있었던 부분이 있었던 것 같습니다. 그리고 또 하나의 특징은 통계를 쭉 살펴보니까 지금까지의 처리한 555건의 사건들 중에서 가격의 공동결정 행위가 421건이나 되고, 거래지역이나 거래상대방 제한행위가 42건이나 되는 등 전체적으로 경성카르텔 비중이 매우 높게 나오고 있습니다. 실제 저희가 대부분 강력한 제재를 하고 있는 것들이 경성카르텔 중심으로 이루어지고 있습니다.

과징금제도는 2005년 4월 1일 대폭 개선했었는데요. 그 때도 이런 부분들을 감안해 가지고 과징금 고시, 과징금 운영지침 이런 것을 쭉 보면 19조 1항 1호, 2호, 3호, 4호까지 해당하는 경성카르텔의 경우에는 특별한 사유가 아닌 한 매우 중대한 위반행위에 해당이 돼서 출발점 자체가 매우 높은 수준에서 출발할 수 있게끔 대응되어 있는 측면이 있습니다. 그리고 양적인 측면에서 보더라도 전체적으로 사건 처리 건수가 꾸준히 증가하고 있는 것을 볼 수 있습니다. 카르텔 같

은 경우에는 주로 시정명령 이상인데요. 시장명령 이상의 건수가 계속 늘어나고 있고 거기 안에 들어있는 과징금 건수도 계속 늘어나고 있는 부분들을 볼 수가 있습니다. 특히 보통 사건처리 기간이 평균적으로 보면 1년 이상 걸리더라고요 그러니까 사건의 인지를 해서 조사를 하고 심사보고서 작성해서 위원회 심결대응하고 최종의결서 나올 때까지가 11.5개월 될 정도로 점차 장기화 되고 있습니다. 이처럼 장기화 되고 있다는 것은 그만큼 사건이 복잡하고 쟁점이 많다는 건데요 이처럼 갈수록 복잡하고 대규모화된 사건이 많아짐에도 불구하고 그런 와중에서도 사건처리건수가 계속 증가하고 있다는 것은 저희가 카르텔에 역량을 집중해 가지고 적극적으로 법 집행을 해 온 결과라고 볼 수 있습니다. 그 다음에 절대적인 과징금액, 연간 과징금액도 카르텔이 압도적으로 많이 차지하고 있는데요. 2006년도까지 부과한 총 1조 3,782억원의 과징금 중에서 61.5%가 다 카르텔에 부과한 사건이고요. 특히 2000년 이후에 최근 5년간 부과한 액수가 전체 카르텔에 부과한 과징금의 전체 과징금에서 88%를 차지하고 있을 정도로 카르텔에 대한 과징금이 늘어나고 있고 특히 최근의 카르텔에 대한 연간 과징금액수도 늘어나고 있습니다. 2005년 12월 조직개편 이후에 팀이 3개 팀으로 나뉘었어 가지고 각 서비스 카르텔팀, 제조팀 그 다음에 정책팀에서는 입찰이나 통신분야 이렇게 나뉘어가지고 하다 보니까 각각 그 분야에 있어서 특성에 맞는 카르텔 집행부분이 늘어나고 있습니다. 그래서 소비재 부분이라든지 중간원자재 분야라든지 이런 것들이 우선적으로 적발 시정되어 왔고요. 그래서 2006년에 27건 정도 했고, 2007년 5월 현재도 11건을 적발했습니다. 그 다음에 제재 수준의 측면에서 보더라도 개별 건당 과징금 부과수준도 점차 증가해 왔다고 할 수 있습니다. 과징금이 가장 많이 부과된 7개의 사건들을 쭉 나열을 해봤었는데요. 이런 사건들이 적어도 개별 건당 400억 이상 부과된 것인데요 이렇게 과징금이 많이 부과되었던 것은 각 위반

행위가 길었다는 측면도 있고 또 그 위반행위 대상 상품이 그 회사에서 차지하는 사업규모가 컸던 부분도 있겠지요. 그래서 관련매출액이 커졌기 때문에 과징금이 크게 많이 부과되었던 그런 부분도 있지만 또한, 2005년 4월에 과징금고시를 대폭 개정을 하면서 부과 수준이 많이 높아졌던 측면도 있습니다. 그 전에는 법상 상한이 5%라는 부분은 똑같이 그대로 유지되었지만 실무상 저희가 과징금을 구체적으로 산정을 할 때 지침이나 고시를 많이 참작을 하는데 2005년 4월 1일 이전에는 공동행위 심사지침이 있었는데 그 지침의 출발점이 3%에서 출발을 했었습니다. 물론 중간에 가중·감경이 되기는 하지만요. 그런데 2005년 4월에 과징금 고시를 개정하면서 그 출발점이 최고 5%에서도 출발할 수 있게끔 그렇게 했기 때문에 기본적인 기준 측면에서도 많이 달라졌고요. 그래서 그 결과 이 사건들의 부과율을 평균적으로 보면 그 이전에는 평균 2% 이하 수준이었는데 대부분 사건들이 3.5%, 3% 정도까지 이 때는 지금 법상 과징금 상한이 5% 한도 내에 있는 선에서 3.5%, 3% 정도까지 개별 건당 제재수준이 강화되고 있습니다. 그런데 법이 2005년 4월에 법상 과징금 최고 부과 한도가 10%로 개정되지 않았습니까. 그런데 지금까지 처리한 사건들은 모두 10%가 되는 사건들이 아닙니다. 그러니까 대부분 2005년 4월 1일 이전에 위반행위가 시작되었기 때문에 과징금 5% 상한선에서도 이 정도로 부과되었던 거고요. 앞으로 10%가 본격적으로 적용된다면 아마 관련매출액 7~8% 수준이 적용되어 건당 과징금 수준도 많이 증가될 것으로 예상이 됩니다. 그래서 피심인들이 느끼게 되는 제재수준의 감이 많이 높아질 거라고 저는 예상이 되고요. 이런 분위기가 법원에서 지금 많이 반영되고 있다고 생각을 합니다. 그래서 작년에 저희가 시정조치했던 세계 건에 대해서도 고발을 했었는데 법원에서 관련 임직원에 대해 실형을 선고로 했고요 법인에 대해서도 1억원 이상의 벌금을 부과를 하였습니다. 이는 그 동안에 약식기소에 그치거나 약

간의 몇 천만원의 벌금에 그쳤던 추세와는 다른 측면이니까 법원도 공정위와 카르텔에 대한 법집행 강화의 인식을 함께 동조하고 있지 않나 이렇게 평가를 해보고 있습니다. 이런 양적인 측면 뿐만 아니라 법 집행의 질적 수준도 많이 제고됐다고 보는데요. 아까 말씀드린 것처럼 친카르텔적인 문화가 많이 되어있는 상황에서 경쟁친화적 문화를 확산시키고 범위반 의식을 제고를 할 필요가 있습니다. 그래서 그런 부분에 대해서 적극적인 노력을 하고 있는데요. 그래서 카르텔 폐해와 카르텔 업무를 적극적으로 홍보하는 일이 저희들의 일년 사업 중의 중 하나의 카테고리로 잡혀있습니다. 이것은 어떤 구체적인 개별적인 사건에서 시정조치 하는 것보다 미리 사전에 그 폐해를 인식을 시키고 예방을 하게 할 필요성도 분명 있기 때문에 개별 사업자단체라든지 개인한테라든지 여러 형태로 저희가 카르텔 제도, 폐해 등을 홍보하고 있습니다.

그리고 전체적인 어떤 카르텔 유발의 원인의 한 측면에서 행정지도라는 부분도 있는데, 그동안 공정거래위원회가 행정지도에 대해서 법적 근거가 없는 행정지도에 의해서 카르텔이 유발되었다고 한다면 또는 행정지도를 기화로 해서 카르텔을 했다고 한다면 그것은 명확하게 범위반에 해당된다고 해서 계속 집행을 해왔었는데요. 그래도 매번 개별 사건 때마다 피심인은 행정지도가 범위반의 조각사유가 되는 것처럼 이야기 되는 측면이 있고 관련부처도 행정지도를 한 것에 대해 전혀 문제의식이 없는 부분도 있는 것 같아서 공정위가 행정지도와 관련된 카르텔에 대한 법집행 원칙을 제시하기 위해서 2006. 12. 행정지도 심사지침을 만들어 그에 대해서 계속 적극적으로 홍보를 해 나가고 있습니다.

그 다음에 카르텔 적발 능력을 제고하기 위한 제도도 카르텔 제재 못지않게 중요한데요. 특히 요즘 조사를 나가다보면 기업업무환경이

많이 변했다는 것을 많이 느끼게 됩니다. 사업자들의 사무실 들어갈 때부터 쉽지가 않고요. 막상 들어가 보면 대부분이 전자결재라든지 이메일이라든지 뭐 이렇게 해서 실제 종이문서가 거의 없습니다. 캐비닛을 굳이 보고 싶어도 볼 수 없는 그런 업무환경이 많이 있습니다. 그래서 이처럼 디지털화되고 네트워크화 된 이런 기업업무환경 변화에 있어서 카르텔에 관련된 증거 수집을 어떻게 할 것인가라는 부분이 또 하나의 저희 고민이기도 합니다. 그래서 복구프로그램 등 그에 대한 대응수단을 지금 나름대로 마련해 보고자 하고 있습니다. 실제 삭제된 또는 은폐된 파일을 복구해서 거기서 결정적인 카르텔 증거를 입수를 했던 사건도 있습니다. 그래서 갈수록 전자증거 수집의 중요성에 대해서 피부로 느끼고 있는데요. 그게 한계도 있는 것 같습니다. 일반 행정공무원이 그렇게 전문적으로 조사방해에 임하는 기업에 대해서 대응하기가 쉽지 않거든요. 그래서 전자증거수집 전문인력 증원의 필요성을 절실히 느끼고 있습니다. 그래서 현장에 조사를 할 때부터 바로 전자증거 전문가가 각 조사반에 한명씩 투입이 되어서 적극적으로 전자증거를 수집할 수 있는 그런 능력이 필요하지 않겠나 해서 전자증거 수집전문가 확보를 적극적으로 추진해 불려고 하고 있습니다. 그리고 자진신고자(Leniency)제도 같은 경우에도 97년에 도입이 되었는데 제도 자체가 좀 불확실성이 커서 그 때에는 1년에 1건 정도 신청될 정도로 별로 활성화 되지 못했었던 측면이 있습니다. 그래서 2005년 4월 1일에 외국제도를 많이 고려를 해서 리니언시 제도를 대폭 많이 개정을 했습니다. 개정을 한 결과 많이 활성화 되었는데요. 2005년에 7건, 2006년에 7건으로 증가될 정도로 Leniency가 카르텔 조사·적발에 혁혁한 공헌을 하고 있습니다. 그래서 항상 현재 Leniency 제도가 정말 잘 활성화 될 수 있도록 제도적 정비가 잘 마련되고 잘 운영되고 있는가라는 부분에서 고민을 많이 하고 있습니다. 그래서 2005년 4월 1일 이후에 2년 정도쯤 되어 있는데요. 2006년

7월에 간단하게 구두감면신청을 허용하는 거라든지 간이신청후 보정기간을 75일로 연장하는 걸로 간단하게 개정된 부분이 있지만 큰 틀에 있어서는 변하지는 않았어요. 하지만 2005년 4월 1일 이후에, 2년간 운영해 오면서 문제의식을 좀 많이 느끼고 있습니다. 그래서 향후 전망 이 부분에서 제가 조금 약간 문제의식을 던졌는데요. 이걸 정리된 부분은 아니고, 실무차원에서 다들 한 두 번 Leniency 사건을 해보면서 Leniency 제도가 활성화 되어 신청건 수가 늘어나는 것은 긍정적인 측면이 있지만 개선해야할 부분도 보입니다. 본래 리니언시 신청을 1위하고 2위만 인정을 해주고 또 1위는 100% 면제해 주는 데에 반해서 2위는 30%만 면제해 주는 식으로 그 차이를 크게 두었던 것은 서로 신청하는데 경쟁을 해서 들어오게끔 할려고 하는 측면이 있었거든요. 그런데 이처럼 순위 경쟁에 너무 집중을 하다 보니까 실제 들어오는 건수의 면면을 보면 조금 부족한 부분이 많이 있습니다. 그러니까 먼저 처음에 간이신청서만 내고 나중에 보정기간을 통해서 여러 가지 증거, 즉 공동행위 입증에 필요한 증거를 계속 낼 수 있게 되어 있는데요. 간이신청서상 반드시 기재하도록 된 공동행위 개요 부분이 명확하지 않고요 나중에 보정기간 동안에도 충분히 협조되지 못하는 부분이 있습니다. 그러니까 신청인은 입증에 필요한 증거를 보정기간 내에 충분히 내려고 했는데 막상 찾아 보니까 없다, 충분히 복구까지 다 했는데도 없으니 어떻게 할 수 없다고 하는 경우가 많이 있습니다. 그러면서도 한편으로는 다른 참가사업자들에게 Leniency 했던 부분을 이야기 하면 안되는건데 어찌됐든 간에 영업담당자들 입장에서는 자기 회사가 만약에 처벌을 받게 되면 자기한테 피해가 오기 때문에 그래서 그런지 몰라도 다른 참가사업자의 영업담당자와 서로 이야기를 해서 조사 자체를 공동으로 대응해 온다든지, 카르텔 범위나 기간자체를 축소하려는 움직임이 있다든지 구체적인 부분들을 말씀해 드릴 수는 없지만 악용하는건 아닌가하는 부분이 있습니다. 한

편으로는 신청을 해서 순위를 선점하고, 제재 수준은 최대한 낮추기 위해서 적극적으로 협조(full cooperation)하지 못하는 측면이 있습니다. 그래서 저희 고민은 Leniency 제도를 활성화시키기 위해서 예측가능성이나 투명성을 높이자는 측면은 계속 유지를 해야 하는데 그러면서도 충분한 증거를 확보하고 협조를 끝까지 충분히 받아야 하는데, 충분한 조사협조가 되지 못하는 부분에 대해서 어떻게 대응을 할 것인가에 대해 제도 개선 측면에서의 문제의식을 1번부터 7번까지 던져 보았습니다. 공정위가 어떤 안을 지금 만들고 있는 건 아니고 이번 달에 직원 워크숍을 통해서 이러한 문제의식을 모아보려고 하고 있습니다. 그리고 시행령 개정사항으로서는 담합을 주도하거나 또는 강요하였던 사업자가 Leniency를 신청한 경우에 그 경우에도 Leniency 요건을 계속 유지시켜 줄 것인가라는 부분인데 물론 이 요건은 2005년 4월 1일 이전의 시행령 상에 본래 있었는데 Leniency의 투명성을 확보하고 확실성을 제고하기 위해서 의도적으로 이것을 삭제했던 측면이 있습니다. 그런데 2년이 지나고 나서 시장점유율이 1위 사업자가 자진신고를 하고 그래서 또 과징금을 100% 전액 면제받는 행위에 대해서 “어 시장점유율 1위 사업자라면 그 사업자가 담합을 주도하지 않았겠느냐 그럼에도 불구하고 그렇게 전액 면제 받는 부분은 좀 사회정의 관념에 반하고 다른 참가사업자와 형평성 측면에서 문제가 있지 않느냐”라는 문제제기가 있어왔고요 거기에 대해서 어떻게 해서든지 검토를 해봐야 되지 않느냐라는 문제의식이 좀 있었습니다. 그렇지만 또 한 측면에서는 실무적으로 봤을 때는 이게 좀 쉽지는 않아 보입니다. 물론 담합을 주도하였거나 강요한 부분에 대해서는 적극적으로 대응할 필요는 있지만 담합을 주도하였거나 강요하였다는 것을 입증하는 것이 실무상 쉽지 않고요. 실제 그게 과연 얼마나 큰 효력이 있을까. 주도나 강요라는 개념이 모호하여 예측가능성을 떨어뜨릴 수 있고, 그러다 보면 현재의 리니언시 활성화 분위기에 찬물을 끼얹지

않을까 하는 우려 부분이 있기 때문에 다시 시행령상 도입을 할 것인지 부분에 대해서는 고민의 접점이 좀 있습니다. 만약 도입을 한다고 할지라도 2005년 4월 1일 이전처럼 무조건 Leniency 제외 요건으로 하는 것이 아니라 EU나 영국처럼 일단은 그렇게 주도·강요한 경우에는 Leniency 전액 면제는 해주지 않더라도 다른 나머지 요건을 다 충족한 경우에는 원래 100% 감면하기로 했으면 50%까지 감경하는 식으로 감경수준을 줄이는 형태로 하는게 어떻겠느냐라는 그런 문제의식이 있습니다. 예 그런 부분이 고민이 있고요 그 다음에 또 하나의 고민은 Leniency 혜택의 범위 부분입니다. 범위 부분에 있어서 지금은 1위하고 2위 리니언시 신청 사업자에게만 Leniency 혜택을 주고 있는데요 지금 미국이 1위만 주고 있습니다. 그리고 일본 같은 경우는 3위까지 다 주고 있고요. EU 같은 경우는 뭐 순위에 상관없이 누구든지 신청할 수 있게끔 되어 있습니다. 각 나라별로 Leniency 혜택의 범위를 어디까지 줄 것인가가 각기 다 다릅니다. 물론 이제 어느 나라든지 첫 번째 신청한 사업자에 한해서는 100% 면제해 주고 나머지는 감경하는 수준인데요. 저희 같은 경우는 감경 수준도 1위, 2위까지만 주겠다는 건데 이 부분을 넓힐 필요가 있지 않느냐 라는 문제의식도 좀 있습니다. 그러니까 1위가 신청하고 2위로 신청한 사업자가 있지만 뭐 증거가 충분하지 않은 경우, 쉽게 말하면 위반행위를 시정조치를 할 정도의 증거가 확보되지 않은 상황이라고 한다면 어떻게 본다면 3위가 또 그걸 가져올 수 있는 기회가 있을 수도 있거든요. 그래서 그런 측면에서 좀 확대를 할 필요가 있지 않느냐 라는 문제의식을 던지는 부분도 있고요. 그런데 그렇게 자꾸 범위를 확대하다 보면 신고 경쟁을 통해 리니언시를 활성화 시키고자 하는 처음의 취지, 즉 말 그대로 1위하고 2위가 경쟁적으로 Leniency 신청을 하게 해서 증거를 최대한 확보할 수 있는 어떤 유인책을 마련해보고자 하는 부분이 훼손되지 않느냐는 반대의견이 여전히 있어 고민의 접점이 있습니다

만약에 이 부분이 된다면 시행령 개정사항이라서 따로 구분을 해서 말씀을 드렸습니다. 그 다음에 Leniency 제도의 철학적 측면에 있어서는 아까 말씀드린 것처럼 시장점유율 1위 사업자가 이렇게 자진신고 해서 과징금을 전액 100% 면제되는 부분에 대한 문제제기가 크게 보면 법감정, 형평성 이런 측면인데요. 그것도 실제 실무상 바로 제도화 하기에는 좀 어려운 측면이 있습니다. 왜냐하면 시장점유율 1위 사업자라는 것 자체가 주도를 했다고 볼 수는 없거든요. 물론 이제 전체적인 사회 법감정상 보면 1위 사업자라면 그만큼 주도했지 않았겠냐라는 부분이 있을 수도 있지만 또 법 적용 측면에 있어서는 주도하거나 강요했다면 말 그대로 좀 법적인 어떤 용어에 적합한 어떤 행위양태가 나타났어야 되는 하거든요. 그렇지만 실무상 그게 입증하기 가 쉽지 않기 때문에 고민이 있습니다. 분명한 것은 시장점유율이 1위라는 것과 담합을 주도하거나 강요하였다는 것은 별개의 문제라는 것입니다. 따라서 시장점유율 1위 사업자가 담합을 주도하거나 강요하였다는 어떤 증거가 별도로 없는 이상 시장점유율 1위 사업자가 리니언시를 신청하면 담합을 주도하거나 강요하였으므로 과징금을 전액 면제해주는 것은 사회 법감정이나 형평성을 언급하면서 문제제기 하는 것은 전혀 관련없는 부분을 연결시키는 것으로 보입니다. 그래서 아까 말씀드린 Leniency 제도운영의 현실적 필요성과 이런 사회적 정의 관념이나 형평성 측면에서 나타나는 문제의식과의 괴리부분을 어떻게 하면 최소화 시킬 것인가 라는 부분에 있어서 고민의 접점이 있습니다. 또 하나는 Leniency 제도 말고 적발율을 제고하기 위해서 카르텔 신고포상금 제도를 도입하고 있는데 이 부분도 2005년에 최대 10억까지 상향조정 해놓았습니다. 그래서 지금까지 최대 많이 받아간 분이 6억까지 받아간 사례가 있는데요. 요즘 뭐 엇그제도 어떤 메일을 받았는데 신고가 매우 구체적으로 들어옵니다. 미국에서 있는 분이 신고가 들어오기도 하는데 우리나라 기업이 이렇게 외국에서 담합을

지금도 하고 있다. 삼성전자 D램 사건 보면 엄청 과징금을 맞았는데 아직도 이렇게 정신 못차리고 하고 있다. 정의관념에 불타가지고 자기가 직접 FTC에 바로 DOJ에 신고할 수 있지만 먼저 여기 신고한다 이러면서 신고하기도 합니다. 저희가 계속 적극적으로 법집행을 하고 홍보를 하다 보니까 국민들이 제공하는 단서나 신고부분들이 여러 가지 나타나고 있습니다. 그래서 저희가 신고포상금제도를 적극적으로 홍보를 하고 있습니다.

마지막으로 카르텔 법집행의 향후 정책 방향 부분을 보면 법개정안이 지금 현재 국회에 계류중인데 정무위 전체회의에서 6월달에 의결되면 조만간 법개정이 통과도 될 수 있는 부분인데요 구체적인 내용 부분을 간단히 소개를 하면 먼저 입찰담합에 대한 제재 근거를 신설했습니다. 지금까지는 근거규정이 명확하지가 않아가지고 각 호의 1호에 해당되느냐 4호에 해당되느냐에 대해 논란이 많았었고 어떻게 보면 공정위는 1호를 적용했는데 법원에서는 판단을 달리하여 다른 호를 적용해야한다는 이유로 패소될 위험도 있고 그러기 때문에 구체적인 근거 부분을 신설하는 것이 법 적용을 명확히 하고, 입찰담합을 예방할 수 있으므로 제8호에 입찰담합 유형을 신설을 했습니다. 그래서 입찰 또는 경매에 있어서 낙찰자, 경락자, 투찰가격 이런 대통령령이 정하는 사항을 결정하는 행위를 위반행위 유형으로 추가를 했어요. 그 다음에 현행 8호의 다른 사업자의 사업활동 방해 규정이 꼭 참가사업자 외의 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 것에만 국한되는 것으로 해석되어 참가사업자 내에서도 A라는 사업자가 다른 참가사업자의 사업활동을 방해하는 경우에도 해당된다는 것을 명확하게 하기 위해서 가로 속에다가 당해 카르텔에 참가한 사업자를 포함한다고 명확히 법개정안에 넣었습니다. 그 다음에 현재 카르텔 심사 운영 심사기준을 갖고는 있는데 위법성 판단 심사기준에 대한 법적

기준이 없기 때문에 법적 기준을 명확히 해서 그 근거에 의해서 고시를 할 수 있게끔 하려고 공동행위 심사기준 제정의 근거를 신설했었습니다. 그 다음에 카르텔 추정조항의 개정 부분인데요. 이 부분은 여기 계신 많은 분들께서 추정조항에 대해서는 그동안 많은 문제제기를 해주셨고 공감대를 많이 펼쳐주셨던 부분이었기 때문에 공정위에서 그간의 논의와 판례를 종합해서 좀 개정할 필요가 있지 않겠나하는 부분을 전향적으로 개정한 것입니다. 물론 현재 법개정안에 대해서 다른 의견을 제시하고 있는 분들도 있기도 합니다. 어떤 국회의원은 “어 그 조항 같은 경우는 말 그대로 카르텔 같은 경우는 은밀하게 이루어지기 때문에 적발이 어려워서 합의 입증이 어려워 카르텔 규제가 약화되는 것을 방지하기 위해서 법에서 법률상 추정조항으로 공정위의 합의입증부담을 덜어주기 위해서 도입된 조항인데 그것을 굳이 고칠 필요가 뭐가 있느냐 그것은 공정위 스스로의 어떤 그런 부분들을 포기하려고 하는거 아니냐”라면서 개정 반대의견을 표명하는 의원도 있습니다. 그래서 오히려 저희들이 법조항에 이런 문제점들이 있었고 또 실무상 공정위가 그동안 정황증거(plus factor)가 있는 경우에 추정조항을 적용해 왔었으므로 그런 부분들을 반영해서 법개정안이 만들어진거고 또 법원도 법률상 추정이라고 보면서도 실제 판결할때는 그렇게 하지 않는 것 같다 추정복멸을 시킬 때 오히려 또 플러스 factor 가지고 추정복멸을 시키는 부분이 있기 때문에 오히려 그런 부분들을 감안을 해서 적극적으로 반영을 하고자 한거다라고 설명하고 소명을 하고 있습니다. 그래서 추정 자체를 합의에 한정하여 합의를 추정하는 걸로 하고 경쟁제한성이라든지 부당성 이런 부분들은 추정의 대상이 되지 않기 때문에 합의에 한정해서 추정할 수 있게끔 고쳤고 그 다음에 그 plus factor 부분들을 통해 합의를 추정하는 것으로 표현을 했습니다. 그래서 해당거래분야 또는 상품용역의 특성, 해당행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횟수 및 양태 등 상당한 개

연성이 있는 경우에는 합의를 추정하도록 규정해서 해서 plus factor 부분들을 적극적으로 법안에 반영을 했습니다. 그래서 글썄 전 제 개인적인 생각인데 이렇게 19조 5항이 개정이 된다고 한다면 사실상 추정과 법률상 추정조항간의 경계선이 모호한 부분이 있을 수 있다는 생각을 합니다. 앞으로는 plus factor가 있을 때 5항으로 갈 건가 1항으로 갈 건가가 고민이 많이 될 것 같습니다. 과거에 2003년까지는 plus factor 부분들을 좀 강조를 해서 좀 자신이 없으면 5항으로 간 측면이 있습니다. 1항은 진짜 말 그대로 직접적 증거가 있는 경우에만 1항을 적용하고 plus factor가 있으면 될 수 있으면 5항으로 가서 추정조항을 적용시켰거든요. 그런데 그렇게 어느정도 plus factor가 있는 사건의 경우에도 법원은 오히려 그 동일한 plus factor를 추정복합 사유로 인정하여 쉽게 추정을 복합해버리기 때문에 아 그럴거면 뭐 굳이 plus factor가 있는 부분까지 5항으로 갈 필요가 있느냐 1항 적용하자 해서 만약에 옛날에 5항으로 갔던 정도라면 지금은 1항을 적용하는 추세거든요. 그런데 만약 5항을 이렇게 개정을 하게 되면 그런 고민의 접점에 있는 경우에 있어서 1항으로 갈건지 5항으로 갈건지 좀 여전히 고민이 될 것 같습니다. 실무상 제 개인적인 의견인데요 그런 부분이 있습니다. 그렇지만 19조 5항을 개정할 취지는 그간의 논의라든지 판례라든지 이런 부분들을 적극적으로 반영을 해서 고친 부분들이 있습니다.

그 다음에 공공부분 입찰담합 감시를 위한 자료요구 규정 부분을 신설했습니다. 공공부분 입찰담합 부분에 있어서는 공정거래위원회가 하나의 카르텔 유형으로써 적극적으로 법유형을 신설하는 것 뿐만 아니라 제도적 측면에서도 적극 대응을 하고 있습니다. 작년 같은 경우에 입찰담합 징후분석 시스템이라는 것을 도입을 해서 조달청이나 공공기관이 전자입찰을 하면 전자입찰의 결과를 입찰담합 징후시스템을

통해서 공정위가 받아볼 수 있게끔 했었습니다. 그래서 전체 낙찰자라든지, 투찰 가격이라든지 유찰이 됐으면 유찰횟수라든지 뭐 이런 것들이 쪽 볼 수 있게끔 해서 점수화시켜 가지고 일정점수 이상이면 카르텔 담합징후가 있다. 이렇게 분석을 해왔었습니다. 올해는 조달청뿐만 아니라 수자원이라든지 도로공사 등 4대 공사까지 연결시켜서 입찰담합 징후시스템을 확대해서 운영을 하고 있습니다. 그런데 이번 법개정을 통해 조달청이나 4대 공사뿐만 아니라 모든 지자체 이제는 공공기관 모두가 입찰을 실시하게 되면 현장입찰이든 전자입찰이든 입찰과 관련된 정보를 공정거래위원회에 제출할 의무를 두고 공정거래위원회는 그것을 요구할 수 있는 법적 근거를 신설했던 겁니다. 그래서 만약에 법 개정이 된다고 한다면 입찰담합 부분에 있어서는 공정위가 적극적으로 감시하고 조기에 적발할 수 있는 시스템이 마련될 수 있을 거로 생각합니다.

그 다음에 네 번째로 자진신고자 등에 대한 비밀보호를 강화하기 위해서 그동안 시행령에는 그 근거가 있는데 법률상 근거조항이 없었는데 그 근거조항을 만들었고요. 그 다음에 비밀보호를 해야 할 당사자가 조사공무원으로만 되어 있었는데 공정거래위원회 기관 전체로 확대시켜서 위원들도 그 근거에 의해서 비밀보호의 의무를 다할 수 있도록 하였습니다.

그 다음에 부칙상의 경과조치를 개정을 했는데 이 부분은 그동안 실무상 개정의 필요성이 컸었습니다. 부칙 8조를 2004년에 개정하면서 좀 간과했던 측면이 있습니다. 원래 제22조의 규정 적용과 관련해서 제22조 규정이라는 부분을 넣었어야 하는데 그걸 넣지 않음으로 인해 가지고 모든 과징금의 적용부분에 대해서 경과부칙조항이 다 적용되는 것처럼 해석이 됐었습니다. 그래서 Leniency 감면이 되는 경우도 부칙에 따라 해석되는 것처럼 되어 실제 2005년 4월 1일 날 개정

된 Leniency 고시가 제대로 적용되지 못한 측면이 있었기 때문에 부칙 경과규정을 개정하였습니다. 마지막으로 한·미 FTA 체결에 따른 카르텔 집행의 변화와 대응 부분에 대해서 살펴보면 한·미 FTA가 체결되다 보니까 경쟁법 집행환경이 많이 변화될 거로 생각합니다. 그동안 정책패러다임이 ‘보호’ 측면이 강했다고 한다면 이제 ‘경쟁’으로 전환되어 가지고 경쟁원리와 경쟁문화가 많이 확산될 필요가 있고 이에 따라 공정거래위원회의 적극적인 기능과 역할이 요구될 거로 보이는데요. 그런 측면에서 보면 카르텔을 보면 국제카르텔에 대해서 법집행을 강화를 해야 될 것 같습니다. 물론 미국도 적극적으로 하고 있는 상황이기도 하고요 저희도 이런 부분들이 갈수록 늘어날 것이기 때문에 국제카르텔에 대해서 법집행을 강화할 수 있도록 전문 역량을 강화할 필요가 있고 그래서 될 수 있으면 국제카르텔 전담팀을 만들어야 될 필요가 있지 않나 생각합니다. 지금은 각 팀에서 역량되는 사람 한 두명이 국제카르텔 사건을 하고 있는 상황이거든요. 그런데 지금 공정위 실적이 흑연전극봉 하나하고 비타민 건 두 건이 있었고 옛저께 D램 사건을 했었는데 심리절차 종료된 상황인데요. 그 외에 지금 각자 가지고 있는 사건이 한 7건 정도쯤 됩니다. 그러니까 그런 부분이 갈수록 증가될 거로 생각이 드는데요. 한·미 FTA 체결이 되었으니까 그렇다면 적어도 팀을 만들어서 안정적이고 효율적으로 국제카르텔에 대응할 필요가 있지 않나, 국제카르텔은 국내카르텔과 다르게 복잡하고 어려운 업무의 특성이 있다는 것을 인정해서 적극적으로 대응해야 될 필요가 있고요. 그 다음에 국제카르텔 관련해서 저는 시효문제 부분을 개선할 필요가 있어 좀 언급을 하고 싶습니다. D램 사건 하면서 많이 느꼈습니다. 실제 국제카르텔의 경우 시효가 가까워 진다는 것을 알고서 피심인들이 적극적으로 자료를 제출하지 않았습니다. 저희가 조사공문을 보내면서 직접 피심인들한테 내라고 요구를 했는데 적극적으로 협조하지 않았고 결국은 시간에 쫓기는 측

면이 있었습니다. 그런 부분이 있었기 때문에 시효규정을 좀 적극적으로 개정을 할 필요가 있다고 느끼고 있으며, 저희가 고려하는 부분은 EU처럼 조사개시를 하면 적극적으로 시효가 중단하는 형태로 현재의 제척기간을 시효중단이나 정지제도를 통해서 바꿀 필요는 있다고 봅니다. 그런데 한 가지 고민은 이것을 국제카르텔에 한정해서만 이걸 고칠 것인가라는 부분인데, 전체 위반행위 유형 모두에 제척기간이 아닌 시효정지제도를 도입을 할 것인지 뭐 아무튼 필요성은 국제카르텔 부분이 높는데 법개정을 만약에 하다면 이걸 어떻게 끝어나가는게 가장 현명하고 합리적일 것인지 그런 부분에서 고민이 좀 있습니다. 그리고 미국과의 국제협력 강화가 지금보다 더 많이 필요할 것으로 보이고요. 그래서 현재 한·미 양국간의 경쟁법 집행 협력협정을 체결하려고 적극적으로 노력하고 있습니다. 이상으로 성과 그러니까 그 동안 카르텔 법집행현황과 제도 정비에 관한 성과를 정리해 봤고요. 향후 법개정 방향이라든지 한·미 FTA 체결에 따른 카르텔 법집행의 전망 부분을 살펴보았습니다. Leniency 제도라든지, 국제카르텔 관련 규정이라든지 여러 가지 연구가 더 필요하고 또 필요한 부분에 대해 몇가지 문제의식을 던져보았는데요. 오늘 이 자리를 통해서 많은 부분이 논의가 있고 좋은 의견을 많이 주시면 저희가 실무할 때 그런 부분을 고려해서 적극적으로 제도개선을 해 나갈 수 있도록 하겠습니다. 이상입니다.

사회자 : 예. 감사합니다. 저도 집에서 이순미 서기관님이 발표하신 내용을 쪽 읽어보니까 정말 실무에서 나오는 모든 이야기들을 잘 알 수가 있었고요. 오늘 상당한 분량임에도 불구하고 비교적 시간을 잘 지켜줘서 고맙습니다. 시간이 없기 때문에 바로 다음 순서로 넘어가겠는데요. 어떻게 우선 원래 홍교수님이 두 번째신데 지금 바로 오셔서 좀 숨을 고르시라는 의미에서 다음으로 바꾸시고 원래 세 번째 주

제로 되어 있던 미국 연방거래위원회 사건처리절차에 관한 연구 요것을 조성국 교수님께서 조금 앞당겨서 두 번째로 발표를 해주시겠습니까. 예. 부탁드립니다.

조성국 교수 : 예. 안녕하십니까. 조성국입니다. 오늘 이 소중한 자리에 부족하지만 발표의 기회를 주셔서 감사를 드립니다. 먼저 그 연구의 배경부터 말씀을 드리면 연구의 주제가 미국의 행정법판사 제도거든요. 그런데 공정거래위원회 뿐만 아니라 여러 FCC든 독립규제 위원회들이 제일 큰 문제점 중의 하나가 조사소추를 하는 자가 심판도 하다 보니까 기능이 융합되는 것이 아니냐 이런 문제점들이 많이 있었을 거예요. 그리고 우리가 지난 번 과징금 위헌 관련 사건에서 물론 공정거래위원회가 합헌판결을 받기는 받았습니다. 물론 여러분들 고생하셨지만 우리 이호영 교수님께서 사실 공정위를 최대한 아주 훌륭한 답변서를 법원에 제출, 헌재에 제출해 주셨고 저도 약간 부족하지만 답변서 하나를 쓴 기억이 나는데요. 그런데 일단 합헌으로 끝났습니다만 소수 의견에서 고민해 볼 문제들을 여러 가지 지적을 했습니다. 거기서도 조사기관과 심판기관이 분리되어 있지 않다는 그런 문제 지적이 되었었고요. 그러면서 특히 미국 같은 경우는 행정법판사라는 제도가 있어 가지고 객관적으로 사건을 처리한다 이런 지적들을 해주었습니다. 그래서 이러한 문제의식을 좀 가지고 제가 연구를 하게 되었고요. 그리고 여기 적지는 않았지만 개인적으로는 제가 미국에서 로스쿨을 마치고 법원에 인턴 하면서 Magistrate 판사 밑에서 제가 한 학기 인턴을 했었고 district assesement 한 학기 인턴을 하면서 판사들의 역할이 무엇인지 그런 것들을 여러 가지 지켜볼 기회가 있었습니다. 그런 것들을 활용을 해서 연구를 하게 되었습니다.

두 번째 연방거래위원회의 사건처리절차의 성격 및 행정법판사의 성격·역할로 바로 넘어가도록 하겠습니다. 연방거래위원회 사건처리

절차는 기본적으로는 연방행정절차법에서 찾아볼 수 있을 것 같습니다. 연방행정절차법은 크게 세 가지 절차가 나오는데요. 하나가 공식적인 심판절차, 또 하나는 공식적인 규칙제정절차, 또 하나는 비공식적인 규칙제정절차이고요 비공식적인 심판절차는 별다른 규정이 없습니다. 그리고 심판절차는 명령을 형성하기 위한 행정청의 절차라고 되어 있고요. 명령이란 소극적이든 적극적이든 금지든 상관없이 대부분의 조치를 다 포함하는 것으로 보고 있습니다. 범위가 굉장히 포괄적으로 되어 있고요. 그리고 다시 공식적인 심판절차에 대해서 보면 두 가지 요소를 제시하고 있습니다. 우선은 hearing이 있어야 된다는 거고요. 두 번째 record가 있어야 된다는 겁니다. 여기에 따라서 심판하는 경우가 공식적인 심판절차가 되겠고 공식적인 규칙제정절차는 hearing과 record가 있는 규칙적인 절차 이야기 하고 비공식적인 규칙제정절차는 그것 중의 하나가 빠진 것을 의미하는 것으로 일단은 법에는 규정이 되어 있습니다. 미국 FTC 심판절차를 규정하고 있는 것이 연방규정집, 우리가 보통 CFR은 연방규정집이고 보통 부를 적에는 Rules of Practice 라고 보통 줄여서 부르는 것 같습니다. 거기 보면 FTC 절차에 대해서 hearing이라는 것을 들고 있고 record를 들고 있습니다. 그래서 FTC 절차는 공식적인 심판절차라고 밝히고 있습니다. 그래서 행정절차법상의 공식적인 심판절차에 대한 규정을 지켜야 하고 FTC 내부규정을 지켜야 됩니다.

2번으로 공정거래위원회의 행정법판사의 성격에 대해서 바로 넘어가도록 하겠습니다. FTC의 ALJ는 통상의 연방법원 판사는 아닙니다. 엄밀히 말해 행정부 공무원입니다. 보통 미국에서 연방법원 판사라고 그러면 보통 영어로 Article III judges라고 해서 상원의 인준을 받고 종신제고 자주 보면 미국 대통령이 와서 축하를 해주고 그러니까 그만큼 권위 있는 자리고요. 통상의 연방법원판사는 아니고 그리고 밑

에 주식에도 있지만 Magistrate Judge도 Article III judges는 아니고 경미한 사건을 담당하는 판사입니다. 그리고 그보다 더 판사로서 대접을 못 받는 분이 사실은 ALJ, 우리가 오늘 다루려고 하는 행정법판사 제도거든요. 그런데 이분들이 그럼에도 불구하고 상당히 중요한 역할을 하는데요. 왜 그러냐면 사실심을 담당한다는 굉장히 중요한 거거든요. 그래서 미국 같은 1심과 2심이 사실, 미국 같은 경우는 1심만 사실심이고 2심·3심이 법률심인데 우리가 보통 이야기 하는 그 substantial evidence, 실질적 증거로 번역을 하기도 하고 상당한 증거로 번역을 하기도 하는 것 같은데 어쨌든 FTC가 사실을 인정하면 확정적이 된다고 되어 있거든요. 미국법에서 확정이라는 말은 굉장히 큰 의미를 지니고 있습니다. conclusive라는 것은 우리로 말하면 간주에 해당하는 표현에 가까운데요. 번복이 안된다는 것이지요. 그래서 굉장히 중요한 의미를 지니고 있는데 이러한 역할을 행정법판사가 한다는 거거든요. 그래서 이러한 미국의 법률시스템을 본다면 행정법판사는 굉장히 중요한 역할을 하고 있다. 이렇게 볼 수 있을 것 같습니다. 그리고 채용이라든지 여러 가지 것에 대해서는 우리 행정법 관련 논문들에 자세히 나와 있기 때문에 생략하도록 하겠습니다.

그리고 세 번째 연방거래위원회의 행정법판사의 역할입니다. 그 연방행정절차법을 보면요. 공식적인 심판절차는 크게 행정청 자신에 행하는 경우, 두 번째는 위원들이 행하는 경우, 세 번째는 행정법판사가 하는 세 가지로 되어 있는데 사실은 대부분이 행정법판사에 의해서 이루어지고 있고요. 미국 FTC도 예외는 아니라고 볼 수가 있습니다. 그리고 구체적으로 행정법판사가 어떤 역할을 하느냐에 대해서는 Rules of Practice 라고 하는 연방규정집에 자세히 나와 있고요. 가장 큰 역할은 최초의 결정 initial decision 한다는 것이 가장 큰 역할이고 여기에 대해서는 피심인이든 연방거래심사관이든 이의신청을 할 수가 있

고요. FTC 자신이 스스로 재심결정을 할 수도 있습니다. 그래서 나중에 이의신청절차가 있긴 있지만 가장 중요한 기능은 어쨌든 initial decision 한다 이것이 가장 중요한 것 같고요. 그리고 initial decision이 최종결정이 아니기 때문에 여기에 대해서는 법원에 소송을 제기할 수 없도록 되어 있습니다.

3절로 바로 넘어가도록 하겠습니다. 제가 가장 관심을 가진 부분은 미국 연방거래위원회의 행정법판사가 사건처리절차의 공정성을 위해서 어떤 역할을 하는가 이게 사실 가장 큰 관심이었거든요. 그래서 독립규제위원회의 속성상 역사적으로 보더라도 조사하는 거하고 소추하는 거하고 심판의 기능이 융합되어 있는 것은 불가피한 선택으로 일단은 볼 수가 있습니다. 하지만 그렇다 하더라도 최대한 기능을 내부적으로 분리해 가지고 공정하게 하자 이것이 가장 중요한 것들이 아닌가 싶거든요.

첫 번째로 보면 이제 직능분리의 원칙과 예외로 되어 있는데 연방 행정절차법에 의하면 hearing에서 증거의 채택을 담당하는 자 - 통상 행정법 판사가 하겠죠- 는 모든 당사자가 참가할 수 있다는 고지 notice 하고 기회를 부여하지 않고서는 쟁점인 사실에 대해서 어느 누구와도 상의할 수 없도록 되어 있습니다. 이것은 행정법판사로 하여금 당사자 어느 쪽으로부터라도 영향을 받지 않은 상태에서 중립적이고 객관적으로 임무수행을 할 수 있도록 하기 위한 것입니다. 또한 조사 또는 소추기능을 담당하고 있는 직원의 감독이나 지시를 받을 수 없고, 조사 또는 소추의 기능을 담당하고 있는 직원은 당해 사안 또는 관련 사안에서 증인으로 출두하면 당연히 이야기해야 하겠지만 그렇지 않은 한 결정이든 재심이든 관여를 하거나 자문을 할 수 없게 되어 있습니다. 그렇지만 중요한 것은 이러한 원칙은 그 합의체의 구성원 위원들한테는 적용이 되지 않는다는 것입니다. 원칙적으로 직능

분리의 원칙도 위원들에게는 적용되지 않고 스텝들 그러니까 행정법
 판사하고 심사관의 관계에서 중요하게 적용되는 원칙입니다. 그래서
 직원들 간 직능분리는 행정법판사하고 조사직원들 간의 분리는 이루
 어지고 있지만 연방거래위원들 하고 조사나 소추에 관여한 직원 간에
 직능분리는 이루어지고 있지 않습니다. 실제로 위원들은 강제조사를
 허가하고 심판개시여부를 결정하는 과정에서 직원들과 아주 자주 접
 촉을 하고 보고를 받게 됩니다. 그래서 일부에서는 미국에서도 이러
 한 대해서 비판을 제기하고 있고 예를 들어가지고 1937년부터 이미
 그 때 행정관리에 관한 대통령 위원회에서 이러한 것들을 비판을 하
 고 있습니다. 주석에 나와 있거든요. 하지만 행정기관으로서 위원회의
 특성상 좀 불가피한 것이 아니냐. 이게 지금은 다수의 의견이기 때문
 에 이러한 체제는 유지가 되고 있고요. 사실 미국에서 독립규제위원
 회의 기능통합에 대한 비판은 굉장히 많았었습니다. 그래서 이에 대
 한 대안으로 내부적 분리와 완전분리라는 모습으로 나타났었는데 내
 부적 분리를 엄격히 한 것이 노동관계위원회 여기서 좀 엄격하게 했
 는데 예를 들어 가지고 사무총장의 임명. 사무총장에 대해서 우리로
 말하면 사무처장이나 심사를 담당하는 사람인데요. 4년 임기로 해가
 지고 위원하고 딱 분리를 시켰습니다. 그리고 위원은 다섯 명으로 구
 성된 위원회를 하도록 하고 그래서 내부적으로 완전히 분리를 해서
 이제 하게 했거든요. 하지만 미국 내에서도 여기에 대한 비판이 굉장
 히 많고 오히려 비효율적이다 이런 의견들도 상당히 많이 있기 때문
 에 미국 FTC는 이런 것을 받아들이지 않았었습니다. 그리고 미국 연방
 대법원 자체가 직능분리원칙에 대해서 굉장히 너그럽게 해석을 해왔
 다고 합니다. 대표적인 사건이 Marcello 사건인데 청문을 주재하는 이
 민국의 담당관이 집행권한을 갖고 있는 지역이민국장의 관장을 받도
 록 한 것이 적법절차의 위반이냐 아니냐 문제 됐었는데 법원은 아니
 다라고 일단 판결을 했고요. 그리고 다른 판결에서도 미국 연방대법

원은 독립규제위원회의 독특성 내지 업무처리의 불가피성을 들어 가지고 기능분리에 대해서 굉장히 관대한 판결들을 해왔습니다.

두 번째로 일방적 의사소통. 번역이 정확한지 모르겠습니다. *ex parte communication*을 일방적인 의사소통으로 번역을 했는데요. 경우에 따라서는 편면적 의사소통으로 이렇게 보는 견해도 있는 것 같고요. 우리가 법원이라고 그런다면 소정의 변론 금지 이런 식으로 되어야 할 것 같습니다. 요거는 모든 당사자가 참가하지 않은 자리에서 일방의 당사자와 의사결정권자가 대면하여 대화를 나누게 되면 아무래도 일방에 불리한 정보를 제공하게 되고 상대방은 반론을 제기하기도 어렵게 될 수도 있습니다. 그리고 선입견이 들어갈 수 있게 되기도 하고요. 그래서, 연방행정절차법에 의하면 우선, 행정청의 직원이 아닌 사람은 위원이든 행정법판사든 기타 결정과장에 관여하리라고 예견되는 직원하고 본안과 관련된 *ex parte communication*을 하거나 고의적으로 하여서는 안된다고 규정을 하고 있고요. 그리고 거꾸로 위원이나 행정법판사, 기타 결정과정에 관여하리라고 예견되는 직원들도 외부인사와 본안과 관련된 *ex parte communication*을 못하도록 하고 있습니다. 만약에 위원이나 행정법판사 일방적 *communication*을 받을 수 있지 않습니까 일방적으로 의도치 않게 그런 경우는 구체적인 내용들 어떤 이야기를 들었고 내가 어떻게 대답했고 그런 것들을 공공기록에 다 남기도록 되어 있습니다. 참고로 *public record* 이거는 아주 중요한 것 같은데요. 우리나라 같은 경우는 법원에 가더라도 어떤 답변서가 들어왔고 뭐 이런 것들을 볼 수 없지 않습니까. 안보여 주지 않습니다. 미국 같은 경우는 *public record* 되어 있어 가지고 법원에 보면 누구나 신청을 해 가지고 자료들을 다 볼 수 있게 되어 있거든요. 그래서 이런 것들을 다 남기기 때문에 사실 남긴다는 자체가 상당히 *ex parte communication*을 막는데 중요한 기능을 하는게 아닌가 이런 생각

이 듭니다. 그리고 만약 위반해 가지고 의사소통 하는 경우에는 불이익을 주어야 되지 않습니까 불이익을 주어야 되는데 그 전에 상대방에게 소명할 기회는 물론 제공하고 있습니다. *ex parte communication*에 관한 규정은 의회로부터의 정보의 요청을 거부할 수 있는 그런 근거는 될 수가 없습니다. 여기서 주목할 것은 그 행정법판사는 직능분리원칙에 따라 조사나 소추에 관여한 직원과 일방적인 접촉을 할 수가 없고 또 외부인사와도 접촉이 금지되지만 다만 연방거래위원회 독립규제위원회 조직의 속성상 강제조사도 허용해야 하고 심판개시를 결정해야 되고 또 중간보고도 받으면서 직원들과 접촉할 수 밖에 없기 때문에 이러한 *ex parte communication*이 위원에 대해서 엄격하게 적용이 되는 것은 아닙니다. 하지만 *Rules of Practice* 제16편을 보면 FTC에 적용될 수 있는 것을 따로 규정하고 있거든 그게 뭐냐 하면 심판단계에 따라서 일단은 심판개시결정이 딱 내려지면 그 때부터는 위원도 여기에 구속된다는 거지요. 그래서 위원도 심판개시결정이 딱 내려지면 직원하고 본안에 대해서 못하도록 그렇게 되어 있습니다. 그래서 심판개시결정이 떨어지면 위원들끼리 식사도 좀 서로 자제한다는 그런 이야기도 들은 적이 있는 것 같거든요. 다만 여기서도 예외가 되는 것이 미국은 판사든 FTC 위원이든 *law clerk*이 굉장히 중요한 역할을 합니다. 미국에도 위원들이 전혀 *antitrust* 전문지식이 없는 분들이 가끔 계시기 때문에 심지어 *law clerk*들이 모든 것을 거의 하는 경우들이 가끔 있는데요. *law clerk*들 하교의 의사소통을 금지하는 것은 아니라는 거죠. 그래서 우리로 말한다면 심판관리관실의 직원하고 위원님들하고 의견을 주고 받는 것은 무방하다고 일단 그렇게 유추를 해 볼 수 있을 것 같습니다. 그래서 미국 FTC 사건처리절차도 공정성이 없다는 이유로 비판을 굉장히 많이 받아 왔었는데요. 거기에 대한 중요한 방어논리 중의 하나가 *ex parte communication* 이것이 있기 때문에 나름대로 문제는 있지만 그래도 공정성을 상당히 담보하

고 있다. 이렇게 그 동안 방어를 해왔었습니다.

세 번째로 준사법적인 절차인데요. 앞서서도 잠깐 언급을 했습니다만 FTC 사건 처리절차는 기본적으로 우리로 말하면 민사소송법에 그 근거를 두고 있습니다. 민사소송법과 거의 대동소이합니다. 그리고 미국 연방증거법을 거의 대부분 따르고 있고요. 다만 행정기관이기 때문에 100% 따르지는 않고 hearsay도 일정한 경우 예외가 적용이 되고요. 배심원제도도 뭐 제외가 돼있고 일정한 예외는 있습니다만 기본적으로는 미국 연방소송법에 따라서 하는 것으로 볼 수가 있습니다. 그래서 사실은 미국 FTC 사건처리절차는 미국 민사소송법과 거의 대동소이하다 이렇게 보더라도 큰 문제는 없지 않을까 싶은 생각이 듭니다. 그래서 미국 FTC가 준사법적인 절차가 굉장히 우수한 것으로 정평이 나있는데 그 반면에 지나치게 절차적 보장을 하다 보니까 비능률과 낭비가 있는게 아닌가 이런 평가도 있는 것은 사실입니다.

끝으로 우리나라에 주는 시사점으로 첫 번째 행정법 판사제도 도입 여부에 관해서 여기에 도입 여부를 검토한 지 최소한 10년은 넘은 것 같습니다. 10년을 말씀드린 것은 제가 10년 전에도 이러한 비슷한 폐이퍼를 한 번 쓴 적이 있는 것 같거든요. 최소한 10년은 지난 것 같고요. 그리고 일본에 대한 도입 여부도 그 당시 여러 번 검토가 되었을 거예요. 물론 제가 그 때 쓸 적에는 지금처럼 여러 가지 깊이 쓴 건 아니고 서너 페이지 내로 간략하게 썼지만 토론은 많이 있었던 것 같거든요. 참고로 일본 같은 경우는 미국처럼 신분보장이 엄하게 되어 있는 것은 아니고 기본적으로 내부직원 중에 충원하되, 일정한 법률전문성을 가진 자를 포함하도록 그렇게 절충형태로 되어 있습니다. 그리고 최근에 이와 관련된 규정이 일부 개정이 되었고요. 그동안 우리나라에서 도입이 어렵다고 했던 이유들 중에 여러 가지가 이유가 있지만 가장 큰 이유 중의 하나가 일단 법체계가 다르다 미국하고 우

리하고는 그런 비판도 있었던 것 같고 그리고 다른 행정부서는 없는데 공정거래위원회는 활용하려고 하느냐 이런 비판도 있었던 것 같아요. 그리고 직접 위원들이 들어야 되는데 행정법판사가 듣고 하면 직접심리주의에 반하는 것이 아니냐 이런 비판들이 있었던 것 같습니다. 그리고 제도 자체 장단점에 대한 논의와 별도로 행정공무원 직급하고 판검사 직급하고 잘 맞지 않기 때문에 여기 판검사들도 일부 충원을 해야 될 건데 과연 직급문제를 어떻게 할 거냐 예를 들어서 법원의 판사님을 사무관으로 한다면 과연 충원이 될 거냐 여러 가지 이런 이야기들이 당시에 많이 나왔습니다. 그래서 이런 문제도 있을 것 같고 그런데 제 생각에는 여러 가지 문제도 많지만 장점이 더 많지 않을까 이런 생각이 좀 드는데요. 법시스템 문제는 일본이 일단 하고 있는 것 같고 하고 있지 않습니까 그래서 어느 정도 극복이 가능할 것 같고 EU도 지금 hearing officer 제도를 도입해서 하고 있거든요. 그리고 직접심리주의 같은 경우를 보면 일본 같은 경우는 그 직접 진출기회를 부여하게 해주고 있거든요. 위원들한테 피심인이 원하면 그래서 그런 식으로 넘어갈 수도 있지 않을까 싶은 생각이 들고요. 그래서 여러 가지 이런 이야기를 하다 보니까 그 동안 논의들은 일본식 모델이 좀더 적합하지 않은가 이런 논의들이 좀 많았던 것 같습니다. 두 번째는 직능의 분리에 관해서 좀 말씀을 드리면요. 미국에서도 여러 가지 논의가 나왔었거든요. 첫 번째 논의들을 보면 조사기능을 미국 법무부로 쥐 버리고 공정거래는 조사는 하지 말자 이런 논의들이 있었었고요. 그리고 또 하나는 조사기능은 그대로 두고 심판기능을 법원에 쥐버리자 이런 논의도 있었었고요. 세 번째는 내부에서 좀더 기능을 철저히 분리하자 이런 논의들이 있었는데 아직까지는 미국에서 세 번째 의견 내부에서의 기능분리를 좀 제대로 하자 이런 논의가 이런 의견이 다수였습니다. 그래서 지금 현행 체제가 유지가 되어 왔었고요. 다만 우리가 미국 절차에서도 시사점을 한다면 조직적으로는

굉장히 융합이 되어 있는 것 같은데 절차의 단계에 따라 가지고 기능의 분리가 잘 되어 있는 것 같거든요. 그래서 위원님들 같은 경우도 심판이 개시되면 피심인이나 심사관과 일방적 의사소통을 하지 않는 것 이것은 굉장히 우리한테 좀 시사점이 크지 않을까 이런 생각이 들고요. 심판관리관실 측면도 일단은 사건이 심판이 개시가 되면 심사관하고 일방적으로 접촉을 한다든지 요즘은 피심인 변호사와 접촉을 한다든지 이런 것들도 자제 해야 되지 않을까 이런 생각도 듭니다. 세 번째 이의신청제도인데요. 지금 우리나라 공정거래 같은 경우 소비자 전원회의에서 일단은 결정을 하면 이의신청을 할 수 다시 전원회의에서 결정을 하지 않습니까 사실은 이의신청 결정 주체가 최초의 결정에 참여한 분들이 계시다 보니까 과연 이것이 공정한 이의신청이냐 이런 비판들이 많았던 것 같습니다. 물론 그렇다고 해서 총리실 행정심판위원회에 이의신청을 넘긴다는 것은 전문성이라든지 경제사건의 신속한 처리를 위해서 바람직하지 않기 때문에 이렇게 시스템을 지금 시스템을 된 거지 않습니까 그것도 바람직하지 않고 그래서 이의신청을 좀더 공정하게 할려고 한다면 행정법관사제도를 도입하는 것이 가장 바람직한 것이 아닌가 그렇게 생각을 해 보았습니다. 감사합니다.

사회자 : 고맙습니다. 우리 조교수님께서 정확하게 20분을 맞춰 주셨습니다. 미국 FTC 행정법관사에 관해서 제도에 관해서 그 동안 여러 자료들이 있었습시다만 오늘 교수님 발표를 통해서 보다 정확한 이해를 할 수 있었고 더구나 그 제도 도입 여부까지도 검토해 주셔서 대단히 고맙습니다. 시간 관계상 바로 이 부분에 관해서는 홍교수님께서 논문을 쓰셨지요. 예전부터. 그래서 아마 이 과징금 부분에 관해서는 누구보다도 해박한 지식을 가지고 계실 것으로 생각이 드는데 발표시간 20분 잘 지켜주시기 바랍니다. 부탁드립니다.

홍대식 교수 : 예. 안녕하세요. 홍대식입니다. 지금 소개해 주신대로 과징금에 관해서 우연한 기회에 계속 관여를 하게 되었는데요. 그렇다보니 과징금 이야기가 나올 때마다 할 수 없이 자주 끼어들게 되었습니다. 뭐 결국 저기 저는 과징금제도 생각하면서 늘 떠오르는 게 법원에 있을 때 양형하던 게 생각나거든요. 형사 양형 참 어려운 것 같습니다. 다른 법적인 문제는 법을 해석하고 적용하는 것으로 끝나는데 양형하는 것은 해석·적용으로 끝날 문제가 아니거든요. 약간 좀 창조적인 작업이고 또 어떻게 해도 다 만족시킬 수 없는 그런 영역인데 어 그러다 보니까 법원에서도 물론 실무를 했지만 이상하게 공교롭게도 유학을 가서도 양형제도를 연구하도록 하는 task를 받아가지고 영국 양형제도를 연구하고 왔는데 우리나라 법원에서도 판사들의 양형이 너무 고무줄이다. 이런 비판 때문에 뭔가 좀 미국의 양형기준제도처럼 기준을 설정해줘야 된다. 이런 논의들이 오니까 막 한창 활발하더라고요. 제가 법원을 떠난 다음에도 활발해져 가지고 97년 입법화되고 검찰에서 영국의 양형기준제 같은 소위 가이드라인 같은 법을 만드니까 법원에서는 그것은 너무 판사들의 재량을 구속하는 거다 해가지구 대안으로 검토한게 영국의 양형제도였습니다. 그래서 할 수 없이 또 형사문제, 이미 끊었다고 생각했는데 다시 또 양형제도 가지고 뭔가 작업을 하고 그랬었는데요. 결국에 현재 우리나라의 양형제도는 영국식 제도를 많이 모델로 하고 있습니다. 그러니까 재량에 대한 구속과 한계도 설정하지만 또 재량의 본질을 침해하지 않는 그런 식의 절충인데요. 과징금제도를 보면서도 그런 생각을 했습니다. 저희가 2004년 과징금고시를 하기 전에도 과징금고시가 있었지만 그 전 과징금고시는 어떻게 말하면 지금보다 좀 덜 투명했고 또 무엇보다 공정위가 과징금을 선정하는 과정이 이게 잘 표시가 되지 않고 공개가 되지 않아서 여러 가지 불만을 제기 했던 것으로 알고

있는데요. 과징금고시를 만들면서 가장 주안점을 두었던 것이 예측가능성과 투명성의 문제였습니다. 어떻게 말하면 어느 부분에서는 이제 연구용역을 수행했던 사람들이 이렇게까지 할 필요가 없지 않느냐 하는데도 부득이 공정위의 주문에 따라서 지나치게 세밀한 규정을 둔 것이 있거든요. 예컨대 임의적 조정사유에서 조정비율을 법정화 고시에 정한 것, 그것은 세계 유래 없는 그런 건데 그런 것도 있습니다. 근데 그 때는 감사원의 감시를 받고 있는 상황에서 뭔가 좀 그 뭐랄까요. 가식적인 걸 보여줘야 했기 때문에 그런 식으로 했었는데 막상 그걸 만들어 놓고 운영을 하다 보니까 또 여러 가지 부작용도 생기는 것 같습니다. 그래서 다시 과징금고시를 개정하고 또 더 나아가서 법령, 법이나 시행령 규정도 개정하는 그런 검토작업을 지금도 진행 중에 있습니다. TF팀을 운영하고 있고 역시 뭐 또 할 수 없이 저도 거기 들어가 있고요. 그리고 여기 이순미 서기관님도 카르텔 관련해서 여러 가지 실무상 경험을 많이 이야기 해주시는데 지금 이런 작업을 보면서 저는 그런 생각을 하는데 사실 이게 우리나라만의 문제만 아닌 것 같습니다. 제가 다른 나라 입법례도 계속 follow up 하고 있는데 미국의 sentence guideline 같은 경우에는 83년도 도입된 뒤로 지금까지 제가 기억하기로는 20번 이상 개정이 되었습니다. 가장 최근 2005년도에 개정되었는데 최근에 미국 독점, 반독점현대화위원회에서 또다시 개정을 권고하고 있습니다. 그리고 EU에서도 작년에 개정을 했고요. 독일은 없다가 고시가 없다가 작년에 처음 만들었습니다. 그러고 보면 이게 참 어려운 작업이다. 선진국도 계속 무엇이 가장 적합한 방법인지를 고민하고 있는 과정이라는 것을 알 수가 있습니다. 그 뭐 그 어떤 전제로 하는 것은 모든 사람을 만족시킬 수 없는 제도 인건 분명한 것 같습니다. 그 정도로 제 서두를 말씀드리고요. 제가 준비한 발제문은 사실 과징금제도에 관해서 제가 제 학위논문을 이것에 관해서 썼기 때문에 대하게 접근했었는데 모든 장점들을 다 다루

지는 못하고 크게 나뉘어서 실체법적인 쟁점과 절차법적인 쟁점이 있다고 할 때 절차법적인 쟁점은 이제 다른 분들이 다루는 것과 연관이 있는 것 같아서 좀 이번에 생각을 했고요. 아마 토론과정에서 더 논의가 있을 것 같은데 주로 실체법적인 쟁점 그러니까 기준을 어떻게 설정하고 그 기준을 판단하는데 있어서 어떤 요소들을 고려할 것인지 그리고 그런 제도를 설계하고 운영하는데 대해서 어디에 포커스를 두어야 될 지에 대해서 집중적으로 논의를 했습니다. 그래서 제 발표문을 따라가면서 말씀을 드리면요. 처음에는 아주 일반적인 설명을 드린 거고요. 공정위 역할에 대한 제 최근 생각을 정리를 했습니다. 그런데 이제 결국 공정위 법집행이 중요한데 이 법 집행 수단으로서 공정위가 시정조치도 내리지만 과징금도 부과하거든요. 저는 두 가지 수단이 목적하는 바가 다르다고 생각을 하는데 이게 현실적으로 사업자들이라는 것이 결국 경제활동을 하는 사람들이고 그렇기 때문에 어떤 경제적인 유인책에 그러니까 자기들의 cost-benefit analytic한 의사결정에 영향을 미치는 것에 더 반응을 보입니다. 그래서 시정조치는 사실 그게 더 바람직한 방향이라 생각을 하는데 그것이 제대로 집행되고 이행되고 감시되면 그것만 하는 것보다는 과징금이 부과되느냐 안되느냐 굉장히 금액이 얼마인지 관심을 갖게 되거든요. 그래서 과징금이 또 실제로 경제적으로도 금전적 불이익을 부과하는 것이 impact가 크기 때문에 유효한 수단으로 인식되고 있고 그래서 공정위가 공정위의 어떤 위상강화는 사실 과징금 부과를 세계 하는 데부터 시작된 걸로 알고 있습니다. 제가 알기로는 그전에 시정조치만 할 때에는 사실은 공정위의 시정조치에 대해서 사업자들이 불복을 안했던 것이 별로 아프지 않았기 때문인데 근데 이제 부당지원조사에서 과징금 여기 조성국 교수가 그 때 아주 일임하셨던 것으로 알고 있는데 수백억 과징금을 부과받으니까 인제 기업들도 경쟁당국의 조치에 대해서 불복하고 이렇게 시작된 건데요. 지금은 아주 자연스런 일이 됐

습니다. 과징금에 대해서 불복하는 것이. EU 같은 경우에는 특히 카르텔 과징, 카르텔 사건에 대해서는 100% 불복한다고 합니다. 이슈는 거의 과징금입니다. 그런 거와 마찬가지로 우리나라도 과징금 액수가 감당할만 하면 승복을 하고 아니다 싶으면 불복을 하는게 요새 추세 같습니다. 그래서 그런데 이제 이 과징금에 대해서 성격 논의가 있는데 뭐 과징금이 결국 위반행위 억제하는 것에 대해서는 다들 호응하실 겁니다. 그런데 이제 그것이 법적성격이 부당이득환수냐 제재냐 이것에 대한 논의가 좀더 거기에 치중을 하다 보니까 아까도 부당지원사건에서 부당지원행위에 대한 과징금의 어떤 위헌성 이런 것이 헌법재판소에서 논의되었는데 그 때 부당지원행위에 대해서는 제가 주7에서 쪽 인용을 했는데요. 밑에서 인용을 했는데 법원에서 부당지원행위 사건 특성 때문에 그런 것 같은데 부당지원행위에 대한 과징금은 제재를 가하는 행정상의 제재금의 성격이 기본적인 성격이고 부당이득환수 요소가 부과되어 있는 것이다 했거든요. 그런데 제가 생각하기로는 부당지원행위 특성 때문에 그런 것이지 과징금 일반적인 성격 규명은 아니라고 생각합니다. 불공정거래행위는 부당한 공동행위는 오히려 부당이득환수 성격이 위주다 라고 했는데 저는 이제 그렇게 부당이득환수 성격이 위주냐 제재 성격이 위주냐 이렇게 일도양단적으로 보는 것보다 일방적으로 보는 것보다 결국에는 과징금을 억제하는데 아니 저 위반행위를 억제하는데 있어서 뭐가 더 유효한 수단이나 그럴 때 부당이득환수 얼마나 하고 과징금, 제재 얼마나 할 때 그런 policy mix를 얼마나 할 때 그것이 유효한 것이냐 하는 기능적 관점에서 접근을 하고 그렇게 부과된 과징금이 규범적으로 과징금의 비형사적 성격에 비추어 봐 가지고 적법한 것이냐 하는 것에 대한 어떤 검토작업 하는 그런 식의 결합으로 생각을 하고 있습니다.

60페이지의 경제학적 접근은 과징금이 결국 우리나라는 과징금이

행정제재인데 미국에서는 형사벌이죠 그리고 미국에서는 법경제학적 분석으로 법경제학이 주로 경제 관련 법령에 대해서 많이 주로 분석을 했었는데 제가 이해하기로는 그렇기 때문에 공정거래법이라든지 회사법 이런 데에 법경제학 분석이 많이 이루어졌었는데 불법행위법이라든지. 다른 별로 경제적인 것으로 관련이 없는 것처럼 보이는 것에 대해서는 별로 관여를 안하다가 이제 형사정책에 관해서 경제분석한 것이 이런 비형사적인 비경제적 영역에 대한 적용에 대한 최초라고 하는데요 그런 원리가 그런 분석원리가 이제 미국에서는 반트러스트법 위반에 대해서 형사벌이 부과되기 때문에 역시 원용이 되었습니다. 그래서 이것은 단순한 경제모형이기는 한데요. 그러니까 한계는 분명히 있습니다. 한계는 분명히 있는데 왜 과징금을 부과하여야 하고 과징금이 그 위반행위 억제에 어떤 기능을 하는지에 대해서 이해하기에는 좋은 설명방법인 것 같습니다. 그래서 저기 좀 설명을 했는데요. 61페이지에서 사업자가 어떤 위반행위를 할 때 생각하는 이익과 비용이라고 할 때 사업자가 자기만 생각하면 이제 사회적 비용은 고려하지 않거든요. 그런데 사회적 비용을 대신해 가지고 위반행위로 인해 초래되는 사회적 손실을 과징금 같은 제재, 금전적 제재 방법으로 환수하게 되면 환수하고 제재하게 되면, 사업자가 의사결정을 바꿀 수가 있거든요. 그런 면에서 사회적 후생손실에 대한 것을 어떻게 제재할 것이냐 환수할 것이냐 이런 논의가 있는데 그런 기준으로는 이익환수기준과 사회적 피해기준이 있다고 합니다. 이익환수기준은 결국은 거래관계에서 위반행위로 인하여 발생한 이익을 측정하여 이를 환수하는 것입니다. 판매자의 이익을 이익과 그에 상응하는 구매자의 손실을 기준으로 얼마를 거둬들일 것이냐 하는 것을 따지는데요. 여기에는 한계가 있습니다. 이익이라고 하는 것들도 보면 그 이익이 독점이윤, 그러니까 사회적 손실을 끼치는 것도 있지만 효율성 증대로 인한 이익도 있거든요. 그런데 그것이 구별이 안되면 사업자 측

에서 이익을 다 뺏어간다고 그러면 효율성을 증대하는 행위에 대해서도 억제력을 하게 됩니다. 이걸 과잉억제가 될 수도 있다는 그런 측면이 지적되고 있고. 그리고 무엇보다 거래관계에서 보기 때문에 그 거래를 넘어서 사중손실로 표현되는 사회적 피해에 대해서는 적절한 제재를 못하는 그런 문제가 있는데요. 그래서 사회적 피해기준이 이제 뭐 흔히 보는 그래프에서 삼각형으로 표현되는 사중손실까지 포함해 가지고 독점이윤 더하기 사중손실에 상응하는 어떤 금액을 정하고 거기다가 적발비용을 감안한 징벌승수를 곱해가지고 실제로 억제효과를 거두려는 그런 방식을 생각하는 것인데요. 저는 뒤에도 말씀드리겠지만 독점이윤과 사중손실이라고 했을 때 독점이윤이 부당이득환수요소에 그리고 사중손실이 제재요소에 상응하지 않을까라는 그런 생각을 하고 있습니다. 그런데 이제 그 설명을 62페이지에 드렸고요. 이걸 어디까지나 이론적인 겁니다. 그러니까 이것을 정확하게 할려면 독점이윤을 산정해야 하고 또 사중손실도 산정해야 합니다. 경제학자들 하고 작업을 해보면 독점이윤과 사중손실을 산정하는 것이 기술적으로 가능하다고 합니다. 돈이 들어 그렇지. 사건마다 이걸 할려면 굉장한 힘이 드는데 그러기 때문에 우리나라는 물론이고 외국에서도 이론은 그렇다는 걸 알지만 그걸 매우 할 수가 없어서 그걸 어떻게 말하면 유형화된 산정기준을 만듭니다. 그러니까 독점이윤 더하기 사중손실을 측정을 대체할 수 있는 어떤 현실적인 기준, 대리변수를 산정하는데 거기서부터 어떤 것을 대리변수로 해서 산정할 것인지에 대한 어떤 규범적인 기준이 등장하는 것 같습니다. 61페이지부터 그 설명을 드리는데요. 그러니까 이런 산정할 수 있는 그런 기준으로서 부당이득액 그리고 매출액 일정한 범위의 정액 기준 세 가지가 있을 수 있습니다. 실제로 입법례에 사용된 것이기 때문에 제가 이렇게 분류를 해봤는데요. 실제로 입법례를 보면 어느 하나만 쓰는 것은 아니고 병행하는 경우가 많이 있습니다. 우리나라는 부당이득기준을 두고 있

지 않죠. 매출액 기준과 정액 기준을 병행하고 있는데 64페이지 하나 하나 설명을 드리자면요. 우선 부당이득액 기준은 위반자 이익, 위반자가 얻는 이익이나 또는 소비자피해액을 기준으로 하는 것입니다. 그것이 호주, 미국의 경우에는 위반자 이익뿐만 아니라 소비자 피해액이라고 같이 쓰고 있거든요. 그래서 그게 이익/피해의 2배를 한도로 한다. 이렇게 상한을 정해두고 있습니다. 이것은 서면법에 나와 있는 게 아니라 그 다른 법에 특별법에 규정을 해가지고 이렇게 상한액을 올리는 근거로 해서 실제로는 이게 많이 쓰여지죠. 서면법은 정액을 한도로 되어 있는데 그리고 이제 호주, 독일, 뉴질랜드에서는 위반자 이익만 기준으로 해가지고 하고 있습니다. 그래서 호주, 뉴질랜드는 3배까지 하고 있는데 독일의 경우에는 실손해액까지만 환수하는 것으로 되어 있는 것으로 알고 있습니다. 그런데 이제 기준은 그렇게 되어 있는데 실제로 그러면 위반자이익, 소비자피해를 산정을 하냐, 산정하는 데는 없습니다. 제가 보니까 없는데 그러니까 63페이지 미국 보시면 그 위반자이익의 2배라는 것을 어떻게 보냐면 관련매출액의 20%라고 봅니다. 20%로 그것이 다시 또 부당이득액의 대리변수를 쓰는 거죠. 쓰는데 이것이 이제 양형기준에 나와 있는데 굉장히 오래 됐습니다. 20년 넘은 기준인데 20%를 한 이유는 부당이득이 10%고 사중손실 10%다 이렇게 추정을 했다고 합니다. 그 때 이렇게 추정할 수 있는 유일한 연구자료가 하나 딱 있었답니다. 그거 지금보다 옛날이기 때문에 그거를 가지고 했는데 그 뒤로 이것이 과연 적절한가에 대한 논의가 굉장히 많이 있었습니다. 그래서 지금 최근 나온 미국 반독점현대화위원회의 보고서에 주16에 나와 있는데 일률적으로 이렇게 하는 거에 대해서 재평가해야 된다 하는 그런 권고를 하고 있고요. 적어도 무조건 하지 말고 이유를 설명하도록 하는 시스템이 필요하다. 그리고 실제의 초과지급액이 그것보다 더 높거나 낮을 수가 있는데 그런 경우에 대한 고려를 전혀 안하니까 그런 것을 더 우월한

증거를 대가지고 증명하면 번복할 수 있다는 점을 좀 명시를 하라 하는 그런 권고를 내리고 있습니다. 그래서 부당이득액에 의한 조정에 대해서 미국도 좀 발전하고 있는데요. 매출액 기준이 있습니다. 매출액 기준은 우리나라에서 쓰고 있는 것인데 대개 상한액을 정할 때는 총매출액기준 해가지고 많이 하는 것 같고 실제 부과 산정기준은 관련매출액 갖고 많이 하는 것 같습니다. 그래서 67페이지에 관련매출액 위반사업자의 관련매출액 기준에 대해서 이러한 것이 위반행위에 가장 밀접한 관련이 있다는 설명을 드렸는데요. 결국에 부당이득이 있다고 그래도 그건 관련매출액에서 나오는 것이거든요. 그러니까 가장 정확한 대리변수 같은데 미국은 원래부터 *affected commerce* 라고 해서 그걸 썼고요. EU에서도 작년에 용어는 다릅니다만 *relevant values of sales*라는 용어를 썼지만 결국 같은 거 같습니다. 관련매출액 기준을 채택하고 있습니다. 그 다음에 정액기준은 저기 EU에서 옛날에 쓰던 건데 포기한 거고 우리나라에서 보충적으로 쓰고 있는 것입니다. 68페이지 이어서 현황은 대충 아실 테니까 간단히 설명을 드리겠습니다. 법적 체계는 생략하고요. 우리 법의 특색은 55조3의 1항에서 참작사유를 법정하고 있는 것입니다. 참작사유를 법정하고 있는데 법제하고 있는 입법례가 미국, 독일 예 미국도 법정하고 있지 않고 독일하고 EU인데요. EU하고 독일에서는 위반행위의 중대성과 기간만을 참작사유로 보고 있습니다. 그런데 우리 법에서는 위반행위 내용 및 정도, 위반행위 기간 및 횟수 그리고 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모를 참작사유로 열거하고 있습니다. 이게 굉장히 중요한 요소인데요. 법에 참작사유로 되어있기 때문에 법원에서 계속 부당이득 규모가 판사들이 아무래도 법의 규정을 중시하기 때문에 부당이득규모가 법에 있는데 왜 참작하지 않느냐 얘기를 계속하는 겁니다. 이것이 다른 나라와 다른 우리나라의 사정이라고 생각을 합니다. 그래서 이것이 공정위의 재량고려사유이기도 하고 공정위가 재량을 제대로

행사했는지를 적정성을 통제하는 심사기준이 되기도 합니다. 법원 입장에서는. 그리고 산정기준에 관해서는 무엇보다 법정상한액에 대해 말씀이 많으시는데요. 법정상한액은 하고 기본과징금은 기능이 다르다고 생각합니다. 기본과징금을 토대로 과징금을 산정하긴 하지만 그 산정과징금은 사실은 사업자의 어떤 감당할 수 있는 능력이라든지 부담능력을 감안하지 않고 산정이 되거든요. 그런데 딱 산정해 놓고 보니까 그걸 그대로 부과했을 때 사업자가 그걸 부과해서 망하면 안되지 않습니까 그렇게 때문에 한도를 정하는 것입니다. 형사적으로 어떤 법정형 상한을 정하듯이 그러면서 기능이 다르기 때문에 법정 상한하고 기본과징금은 다른 원리로 적용될 수 있다고 생각하고 그래서 우리 법원은 기본과징금은 관련매출액으로 해서 단계별로 부과기준을 곱하는 방식으로 되어 있거든요. 그런데 71페이지 이하에서 설명을 드리는데 관련매출액이 부당이득의 대리변수라고 그러면 관련매출액에다가 곱하는 부과비율은 이 회사가 얼마나 부당이득을 취했을까 하는 것을 가지고 해야 되는데 우리나라는 그걸 또 혼합해 가지고 부과 기준율은 위반행위 중대성을 가지고 합니다. 그래서 이거는 사실은 형사법적 기준이거든요. 양형기준. 위반행위 중대함을 가지고 하는 것은. 그래서 관련매출액이라는 모순을 쓰면서 실제 부과기준율은 중대성을 가지고 판단하기 때문에 과연 그것이 이 회사가 얻은 부당이득하고 비례하느냐는 것은 또다시 검증해야 하는 그런 문제가 생깁니다. 그래서 기본과징금 조정하는 과정에서 행위요소에 의한 기간과 부당이득에 의한 조정, 횡수에 의한 조정, 의무적인 참작사유로 조정을 하는데 지금 한가지 말씀드리면 그 부당이득에 의한 조정 71페이지 마지막에 우리나라에서 법에서 참작을 했기 때문에 조정사유로 해야 되는데 실제로는 공정위가 하지 않습니다. 하지 않는 이유가 부당이득이 더 클 경우에 그것을 끌어올리는 그러한 factor로만 쓰고 그렇지 않은 경우에는 굳이 고려하지 않도록 해놓았거든요. 고시에다가

그러다 보니까 실제로는 일부 불공정거래행위에서 그 예컨대 가격을 올려가지고 올리거나 부당하게 가격을 부과해 가지고 차이액을 개설하기 쉬운 경우 이런 경우에 그에 따라서 하는 경우는 종종 있었는데 카르텔에서는 거의 하고 있지 않는 것 같습니다. 예. 5분 내로 개선방안에 대해 말씀드리겠습니다. 그래서 75페이지 이하에서부터 개선방안 이야기 드린 것은요. 결국은 이제 참작사유의 문제인데요. 참작사유 그러니까 우리 법상 참작사유로 되어있는 것이 실제로 고시에 반영되어야 합니다. 산정과정에서. 그런데 부당이득 규모에 관해서는 그것을 꼭 기본과징금을 산정할 때부터 할 필요는 없고 제가 보기에 기본과징금을 현행대로 하더라도 적어도 그렇게 산정한 것이 부당이득 규모와 비례하지 않을 수 있기 때문에 비례하는지 여부를 검증하는 단계로서 그 부당이득한계를 만들어야 된다고 생각을 하고요. 그래서 그 이야기를 77페이지에 했고. 또 지금 참작사유에 들어있지는 않지만 법정할 필요가 있는 것이 매출액 기준입니다. 지금 관련매출액을 시행령에다가 고시를 하고 있는데 무엇으로 기본과징금을 산정하는지 굉장히 중요한 그리고 국민에게 의무를 부과하는 법, 집행수단이기 때문에 중요한 어떤 factor거든요. 그러기 때문에 적어도 법에다가 관련매출액의 개념이나 기준에 대해서는 좀 정해두어야 하는게 아니냐 그리고 그 가중감경사유에 대해서도 그 가중사유를 감경사유는 괜찮지만 가중사유는 혜택을 박탈하는 것이기 때문에 그런 것에 대해서는 좀 근거가 있어야 되는게 아니냐 하는 생각을 합니다. 그리고 총매출액 상한액 같은 경우에도 대통령령이 정하는 매출액 그렇게 되어 있거든요. 시행령에 3년 평균매출액 그렇게 되어 있는데 이것도 결국에는 법정상한을 정하는 것인데 시행령 개정으로 얼마든지 바꿀 수가 있습니다. 이거는 역시 또 위헌적인 요소가 있지 않느냐 그래서 법에다가 근거를 뒤야 된다는게 제 생각입니다. 그래서 기본과징금 결정에 대해서 관련 매출액 산정방식에 대해서 좀 아주 테크니컬한 걸 했

는데요. 관련성의 의미를 이야기하기 어렵다는 점 그래서 관련성의 의미가 관련해 가지고 좀 명확한 기준이 필요하다는 이야기를 좀 장황하게 썼고요. 그리고 82페이지에서는 부과기준율인데 그것 역시 어떤 관련 부과기준율이 적절하느냐에 대한 평가요소가 필요하다는 측면, 그리고 관련매출액하고 부과기준율하고는 사실 상충관계에 있습니다. 관련매출액이 굉장히 커져 버리면 부과기준율을 아무리 낮춰도 액수가 커지거든요. 뭐 예컨대 KT 같은 경우에 8개월인가 그 정도 위반기간이었지만 부과기준율을 굉장히 낮추었음에도 불과하고 1,000억이 넘는 과징금이 나왔거든요. 그건 관련매출액이 워낙 커서 그런데 그러기 때문에 관련성에 대한 판단을 굉장히 엄격히 해야한다. 그리고 그에 대해서 입증하는 것에 대한 시스템을 만들어야 된다. 그리고 혹시 그것이 직접성이 떨어지는 경우에는 좀 부과기준율을 차별적으로 적용하는 방법도 생각해야 하는게 아닌가 아이디어를 담아봤습니다. 84페이지 이하에서는 부당이득 규모에 관해서 어떻게 할 거냐 하는 그런 이야기를 했는데요. 경제분석 방법이 다 있습니다. 추정할 수 있는데 공정위도 좀 시도하는 것으로 알고 있습니다. 그런데 이것을 일일이 하는 것은 굉장히 어렵거든요. 적어도 제 생각에는 굉장히 중대한 사건에서는 공정위 입장에서도 어느 정도 막연하게 지금 보도자료에다 하듯이 관련매출액에다가 무조건 15% 붙여가지고 이게 부당이득액이다라고 보도자료에다 해놓으니까 시민단체에서 역공을 받는데 그런 것보다 좀 어느 정도는 가능한 방법으로 추정을 하고 무엇보다 그 위반사업자 입장에서는 오히려 필요가 더 강하거든요. 이게 과징금이 적정하지 않다는 이야기를 할 거니까 그런 것에 대해서 주장할 경우에 그걸 평가하고 반영할 수 있는 어떤 내부시스템이라든지 직원 확충 이런 것들이 필요하지 않을까 라는 생각을 했습니다. 역제승수에 의한 조정만 말씀드리겠습니다. 이거는 이제 반면인데요. 부당이득을 반영하게 되면 또 오히려 굉장히 사회적 파동이 큰 사건인데

과징금이 작아질 수가 있습니다. 그럴 경우에는 이제 부당이득액에는 비례하지만 억제 목적을 달성할 수가 없거든요. 그런 경우에 이거를 제재적 목적에서 끌어올리기 위한 승수로서 억제승수를 쓰는 입법례가 있습니다. 그러니까 영국에서도 부당이득 이런 것을 생각해서 과징금을 부과해 보니까 굉장히 적게 나왔어요 그래서 그거 가지고는 사업자가 위반행위를 억제하는데 반복하는데 굉장히 효과가 없을 것이라 생각을 해가지고 억제승수를 반영해서 여러 가지 기본적인 이유를 들어 가지고 세 배로 올렸습니다. 그런데 그것이 법원에서 인정된 사례가 있습니다. 그런 것들이 부당이득의 규모를 고려함과 아울러 그것에 비례해서 억제목적에 부응하는 과징금을 산정하기 위한 고려요소가 아닌가 하는 점에 대해서 좀 소개를 했습니다. 좀 오버됐을지 모르겠는데 이쯤에서 발표를 마치겠습니다. 감사합니다.

사회자 : 예. 고맙습니다. 과징금 제도라는게 기본적으로는 범위반행위에 대한 제재인 동시에 향후 유사한 위반행위가 발생하지 않도록 하는 억지수단으로서 의미가 있는데 무엇보다 중요한 것은 어느 정도 과징금을 부과해야지 걱정한 것인가 여기에 관해서 많은 논의가 있습니다만 우리 홍교수님께서 경제학적 그리고 법률적 접근을 해서 이론적 기초와 함께 상세한 개선방안까지 발표를 해주셨습니다. 지금 우리가 시간이 원래 예정된 시간이 지금 4시 45분까지 끝내야 되는데 우리가 조금 늦어졌어요. 그래서 다음 우리 김두진 박사님 발표는 조금 죄송하지만 15분 정도 발표를 해주셨으면 좋겠습니다. 자 부탁드립니다.

김두진 박사 : 예. 안녕하십니까. 제가 오늘 말씀드릴 주제는 미국 연방거래위원회의 동의명령제도, DOJ에서도 사용하고 있는 방법이지만 그런 내용에 대해서 살펴보고 동의명령제가 한미 FTA 협정의 ‘경쟁’장 내의 내용으로서 우리 법 안에 도입되는 것에 대해서 양국이

합의한 것으로 이렇게 뉴스에 보도되었기 때문에 특히 미국의 경우는 어떻게 하고 있는지 이런 것을 살펴보고 이 제도를 우리가 도입하는 경우에는 어떤 식으로 하는 것이 좋은지를 우선 작년에 입법예고 되었던 법안을 전제로 해서 살펴보는 걸로 했습니다.

먼저 동의명령제도라는 것이 미국에서는 DOJ나 FTC가 모두 사용하는 집행제도이고 제가 문헌을 보기로는 정식의 어떤 재결절차보다도 동의명령에 의해서 종결되는 경우가 굉장히 많은 걸로 되어 있고 FTC 같은 경우에는 정책적으로 동의명령에 의해 종결되는 것을 지향하는 것으로 선언되는 부분이 있습니다. 그러한 이유는 119페이지 밑에 나와 있는 것처럼 몇 가지 이점을 갖기 때문인데요. 첫째는 그 정식재결이나 심판에 의할 경우에 걸리는 시간이라든지 불확실성 이런 것의 비용을 제공한다는 측면이 있고요. 둘째는 만약에 재결절차로 종결되었을 경우에는 그 재결절차에서 샅샅이 나온 그 법적 사실이라든지 이런 것이 후속의 어떤 손해배상의 사소라든지 이런 데서 일응 증거로 이용될 수 있는 그런 면이 있는데 동의명령을 하게 되면 그런 일증추정 증거로는 사용할 수 없다는 그런 법적인 보장을 받게 되는 면이 있습니다. 그리고 또 100%의 범위반 관행이 있는 경우에 조사 초기에 위반사업자가 법준수를 약속을 하고 그 위반관행 전체에 대해서 밝히지 않는 것이 가능해진다면 그 범위 내에서는 기업의 위신이 추락한다든지 이런 것을 미연에 방지할 수 있는 그런 효과도 가져올 수 있다. 이런 면이 있고요. 셋째는 앞의 것과 연결되는 것이지만 결국 이것은 미국의 사법제도가 형사적 제재에 관해서 plea bargaining이 인정되고 있다는 것과 맥을 같이하고 있는 것이기는 하지만 이런 민사적 절차에 있어서 잠재적 적용가능성 있는 조항보다도 덜 엄격한 제재의 조항으로 화해할 뜻이 있다는 이런 것이 사업자들에게는 굉장히 큰 메리트가 된다 이런 게 있습니다. 그 다음에 또 한가지는 특히

동의명령이 많이 사용되는 것이 기업결합심사에 있어서인데 기업결합심사의 대부분이 결합대상사업자들이 통상 경쟁제한성이 문제될 정도로 그 소유 자산이 서로 경쟁단계에 있다든지 또는 결합의 결과 과도하게 큰 시장점유율이 결합기업에게 확보되는 문제 때문에 사전에 경쟁당국하고 협의를 해야되는 경우가 많은데 그런 과정에서 자연스럽게 동의, 합의에 의해서 결론이 나오는 경우가 많다고 합니다. 이런 것이 동의명령의 의의와 효용이라 하겠고요. 동의명령제가 미국에 도입된 것은 최초로 1906년에 DOJ에서 만들어진 동의명령이라 하고요. 122페이지에 보시는 것처럼 상당히 많은 비율로 동의판결로 종료가 되고 있습니다. 아 참 제가 지난 주에 보내드린 초고하고 자료집의 그것은 조금 달라진 부분이 군데군데 있습니다. 특히나 이호영 교수님께서 미리 보내주신 토론문상의 지적도 있으셨고 해서 제가 조금 더 찾아보고 해서 오류를 수정한 부분이 있거든요. 그래서 조금 달라진 게 있다는 말씀을 드립니다. 동의판결 consent decree나 FTC의 consent order, 동의명령이 체결이 돼서 발효가 되면 그 상태에서의 법적인 효력에는 양자간 차이가 없는데 절차상으로는 상당한 차이가 있는 걸로 보이고요. 특히 사법심사 관여문제 이런 것에서 상당히 차이가 엇보입니다. 그래서 이걸 제 초고하고 달라진 부분이고요.

121페이지 다시 돌아와서 동의명령제의 연혁인데요. 122페이지에서는 1940년대부터 58년까지 DOJ가 만든 동의명령 통계가 나와 있습니다. 계속해서 동의명령비율이 증가하고 있는 것처럼 보이고 있는데요. 중간에 공백은 전쟁과 관련해서 통계가 집계되지 않은 부분인 것 같습니다. 그래서 123페이지 보시면 FTC에서 이걸 아주 많이 활용을 하고 있다 그런 얘기고요. 그러나 이제 현행 동의명령제도가 실제로 도입된 것은 1960년대 일이었고 그 전에는 그것의 어떤 원조격 형태에 해당하는 여러 가지 형태의 동의명령 유사제도들이 있었다는 것 그걸

여기에 좀 소개를 해봤습니다. 그리고 조성국 교수님하고 시작하기 전에 좀 얘기했던 얘기지만 FTC는 FTC법 5조에 의거해서 포괄적인 범위에서 독점금지사건에 있어서도 동의명령이나 재결을 하기도 하는데 불공정거래사건을 많이 다루지 않습니까. 소비자보호를 위한 분야에서 FTC가 동의명령을 어떤 부분에서 많이 사용하였다 이런 이야기가 여기 나오고 있습니다.

그 다음에 124에서 125페이지에 나와 있는 것은 DOJ가 동의명령 절차를 취하는 경우에 법원의 개입을 인정하는 튜니법이라는 것이 1974년에 통과가 됐는데 그와 관련된 얘기를 소개하고 있습니다. DOJ의 경우에는 독립규제위원회로서의 FTC와는 다르기 때문에 그래서 백악관의 정치적 영향을 받아 가지고 공화당 집권기에 공화당의 자금 지원 역할을 하던 단체에 어떤, 아주 공익을 해한다고 비판을 받는 동의명령을 부과했던 사례가 있었기 때문에 그런 사례가 몇 건 이슈화되고 그렇게 해서 튜니법이 1974년에 통과가 되었다. 이렇게 소개가 되고 있습니다. 126페이지부터는 동의명령절차가 실제 어떻게 행해지는지 하는 내용인데 상당 부분 조교수님의 FTC의 재결절차에 관한 논문에 소개된 지식을 기초로 해서 이해를 하시면 되는 문제들이기 때문에 이 부분의 설명은 생략할까 합니다. 동의명령을 누가 개시할 수 있으며, 교섭을 하는 절차, 동의명령의 제안이 접수되는 경우에 public comment, 공적 의견수렴절차를 어떻게 밟는다. 이런 것에 관한 내용이 있고요. 2004년에 독점금지 형사집행 강화 및 개혁법(ACPERA)이 통과가 되었는데 그 주요 내용은 하나는 서면법상의 형량의 상한을 높이는 부분이고요. 두 번째 부분은 튜니법의 공익심사에 관한 부분을 바꾸는 것이었습니다. 그런데 사실은 논의는 무성했는데 2004년도 ACPRA가 통과될 때 논의되었던 것이 다 법에 반영되지 못했고 다만 공익심사를 위해서 어느 정도 범위의 사람에 대해서

진술을 청취할 수 있는지 그런 부분하고 공적 의견수렴을 위해서 아까 조교수님 굉장히 중요하다고 강조를 하셨는데, public record에 올려가지고 이해관계인이나 제3자가 이런 내용의 동의명령이 시도되고 있다는 것을 알게 하는 방법에 관한 것이 약간 개정이 되었습니다. 말하자면 FTC가 인정하는 방법에 의해서 종전에는 public record에 올리고 관보에 게재하는 그런 절차를 밟아야 하였는데 이를 개정하여 그와 대체적으로 FTC가 적절하다고 인정하는 방법, 통상은 web site에 올리는 방법인데요. 그런 것이 허용되도록 하는 그런 규정의 소폭의 개정만이 2004년에 행해졌습니다.

그 다음에 129페이지에는 동의명령을 추진하는 절차를 밟을 때 DOJ나 FTC가 어느 정도의 증거를 구비하고 이걸 할 수 있는 것이냐 말하자면 재결을 할 수 있을 정도로 범위반의 증거를 완전히 구비할 것을 요구하게 되면 동의명령의 운신폭은 너무 좁아지는 반면에 또 그런 것이 희박한 상황에서 이걸 할 수 있게 하면 사업자의 입장에서는 또 과도억제에 시달리게 되는 면이 있습니다. 그래서 이제 그 양단의 중간 정도의 증거를 구비하는 것으로 족하는 걸로 결론이 난 것 같고요. 그 다음에 130페이지에서는 통상은 complain, 소장이 발부되기 전에 동의명령절차 교섭에 들어가는데 FTC의 경우에 소장이 발부되어 절차를 밟다가도 피심인과 FTC 직원이 합의를 하면 그 때에도 동의명령절차를 밟을 수 있다. 이것은 상대적으로 더 드문 경우에 해당하는 것이겠습니다.

그 다음에 법원의 공익심사에 관한 부분인데요. 이것은 FTC에 관해서가 아니라 DOJ의 동의판결절차에서 요구되는 것입니다. DOJ가 행정부의 일원이므로, 독립규제위원회가 아닌 집행당국이 정치적인 영향력에 의해서 비공익적인 동의명령, 동의판결을 형성하는 것을 방지하기 위한 장치로서 법원의 공익심사절차가 들어있는데 그에 관한 내

용을 소개하고 있습니다. 특히나 132페이지에서 133페이지에서는 1995년경 마이크로소프트의 범위반 사실에 대해서 동의명령에 의해서 절차를 종료했던 사건에 관련된 심판과정에서의 논의를 소개하였습니다. 이것은 DOJ에 의해 추진되던 동의판결이었기 때문에 연방지방법원의 승인을 받아야 하게 되어 있었는데 연방지방법원판사가 개인적으로 읽은 책에 있는 내용을 가지고 그런 것에 대해서 DOJ가 왜 동의명령문구 안에 포함시키지 않았느냐 하는 식으로 문제 삼고 공익상 이유에서 동의명령을 승인하지 않은 그런 사례입니다. 이때에도 튜니법에 의한 동의절차에의 법원 관여에 대해서 상당히 많은 논의가 이루어졌는데요. 결국은 이 사건 항소심에서는 원심 판사가 의회의 입법 의도를 넘어서서 튜니법상의 공익 적합성 심사에서 과도하게 제약을 가했다 하는 식으로 결론을 내었습니다. 그 다음에 134페이지부터는 동의명령의 효력에 관한 부분이고요. 여기서 중요한 것은 재결에 의한 시정명령과 같은 효력을 갖는다. 다만 후속의 사소에서 일응추정 되는 증거로 사용될 수는 없는 보장을 받는다. 이것이 심결에 의한 시정명령하고는 큰 차이로 하겠고 그런 것 때문에 사업자들이 동의하는 거다. 이렇게 볼 수가 있겠습니다. 136페이지에는 화해가 조건부로 접수된 후에 철회되는 경우에 관한 이야기가 있고요. 그 다음에 동의명령을 해석하는 데 있어서는 동의명령 문구 자체가 물론 가장 기본적인 대상이 되는 것이지만 그 외에도 포괄적으로 몇 가지를 더 고려해서 볼 수도 있다는 법리. 이런 것에 관한 이야기를 소개를 하고 있고요.

마지막으로 138페이지입니다. 우리 법에 이 제도를 도입할 경우에는 공적집행의 기존 전형적 수단에 의하는 경우보다도 신속한 결과가 도출될 수 있다는 것. 그 다음에 두 번째는 집행내용도 상당히 유연성을 가져올 수 있다는 것입니다. 두 번째 것은 이제 최근에 공정위가 시정조치운영지침을 제정해서 상당히 다양한 형태의 시정조치를 취할 수 있도록 법 안에서 폭 넓게 여러 가지 유형의 시정조치를 할 수 있

다고 해놓았지만 그것도 전부 위반행위의 시정 이것을 한계로 하는 것이고요. 그래서 상대방이나 소비자 피해 구제를 위한 내용은 현행 법하에서는 생각할 수 없는 것인데 동의명령에 의하면 그런 한계를 뛰어넘을 수 있게 한다. 이것이 크게 평가될 수 있다고 하겠습니다.

그리고 이제 140페이지부터는 작년에 입법예고 되었던 정부의 공정거래법 개정법상 동의명령제를 도입하는 법안인데요 이것에 관해서 몇 가지 제 생각을 써 보았습니다. 우선 동의명령제 도입에 대해서 법무부가 당시 크게 반대를 했던 이유가 plea bargaining이 우리 법에 허용되지 않는데 이걸 공정거래법에 도입을 하면 법체계에 맞지 않는다 이런 반대론을 폈던 것으로 소개가 되어 있어요. 그런데 여기에 대한 반론으로서는 어떤 전체적인, 법 전반에 걸친 것이 아니라 경쟁법 같은 특수한 분야에서 한정해서 도입해서 오히려 그 실효성을 검증해 보는 것도 가능하지 않느냐 이런 반론도 있고요. 또 제가 생각할 때에도 동의명령제가 형사처벌 보다는 행정조치, 민사적 조치에 관한 부분에서 동의명령을 하는 거다. 원래 본질이 그렇다 하는 점을 우리가 본다면 이것은 실체진실주의라는 형사처벌적인 측면과는 직접은 관계가 없는 것이 아닌가 이런 생각을 해봤습니다. 그 다음에 정부의 입법예고 되었던 법안에 대해서는 우선 법원의 승인의 요건이 없다는 점이 문제점으로 지적될 수도 있을 텐데, 이런 것은 우리 공정거래법상 시정명령 부과에도 공정거래위원회가 사실상 1심 법원과 유사한 역할을 수행하는 준사법기관으로서의 역할을 하고 있다는 점을 우리가 참작한다면 동의명령의 경우에도 그와 달리 정할 이유는 없다고 본 것이 아닌가 이런 짐작을 하고 있습니다. 둘째, 법안상 공정거래위원회가 일방적으로 동의명령 취소나 조사의 재개를 결정할 수 있도록 하는 것은 동의명령이 그만큼 전형적 재결절차보다는 비전형적이라는 것에서 더 나아간 것인데요. 이런 것은 조금 피심인 입장에서는 법적 안전성을 침해받는 그런 부분이 아닐까 이런 생각이 들

고요. 셋째는 특히 동의명령 내용으로 법안 51조의2 1항 3호에서 “거래상대방, 소비자 등에 대한 피해를 구제 또는 예방하기 위하여 필요한 방안”을 동의하는 주제로 삼도록 이렇게 하고 있는데 이게 굉장히 중요한 부분이라 하겠습니다. 이게 도입시 기대효과의 두 번째 측면과 관련이 되는 것이라 하겠습니다. 그런데 이 부분에 관해서는 조금 더 논의가 필요하지 않은가 하는 그런 부분이 있고요. 말하자면 실제 입은 피해 전체 중에서 일부에 국한된 동의가 이루어지는 경우에 나머지 부분에 대해서는 어떻게 할 것인지 이런 것에 관해서 생각해 볼 여지가 있다. 그런 이야기를 해봤습니다. 마지막으로 법안에서는 동의명령 하기 전에 의견수렴기간으로 1월 이상의 기간을 정하도록 하고 있는데요. 이것은 미국의 절차법에서 60일로 되어 있는 것보다 짧은데 우리의 경우에는 DOJ 절차하고 비교한다면 법원의 승인과 같은 관여도 배제되는데 의견수렴절차마저 짧게 해놓는다면 만약 자기가 영향을 받게 되는 동의명령이 추진되고 있다는 것을 알게 된 이해관계자가 그것에 대해 파악을 하고 그 내용에 대해서 어떤 대응을 할 수 있게 보장을 하기 위해서는 너무 짧은 기간이 아닌가 이렇게 비판을 할 수 있다 이런 생각입니다. 이상입니다.

사회자 : 고맙습니다. 동의명령제도라는 것이 결국은 범위반 사건을 가능하면 원만하고 신속하게 해결하기 위한 제도인데 이것은 미국 뿐만 아니라 EU라든가 독일 가까운 일본에서도 도입을 하고 있는 그러한 제도입니다. 특히 김두진 박사님께서 미국법상의 동의명령제도에 관해서 상세하게 소개 해주시고 더구나 구체적인 도입방안까지 검토를 해주셨습니다. 시간이 모자라는게 좀 아쉽습니다만 이상으로서 네 개 주제의 발표를 모두 마치도록 하고요. 많이 지루하시겠습니다만 한 15분간 휴식을 하시고 그리고 그 후에 다시 토론으로 들어가도록 하겠습니다. 수고하셨습니다.

◆ 질의 및 토론

사회자 : 2부에서는 여섯 분께서 토론을 해주시고요. 그 다음에 오늘 토론하러 오신 것은 아닙니다만 공정거래위원회에서 최재호 검사님, 법무부에서 광규택 검사님 그리고 멀리 한동대에서 김대인 교수님께서 참석을 해주셨습니다. 그래서 토론을 하시고 이 세 분께서 혹시 오늘 발표에 대해서 의견이 있으시면 발언기회를 드리도록 하겠습니다. 자 그러면 이어서 토론을 시작하도록 하겠습니다. 여섯 분이신데 표에 나온 바대로 순서대로 권재열 교수님, 유진희 교수님, 이동원 교수님, 이호영 교수님, 홍명수 교수님 그리고 한정미 박사님 이런 순서대로 진행을 하도록 하겠습니다. 시간이 많이 지났기 때문에 한 5분 정도만 토론을 해주셨으면 좋겠습니다. 그럼 부탁을 드리도록 하겠습니다.

권재열 교수 : 방금 소개받은 권재열입니다. 제가 이 분야의 전문가는 아니지만 제가 제 나름대로의 생각을 말씀드려 보고자 합니다. 149페이지부터인데 이순미 서기관님의, 지금 한 발표 한 분당 체계 배정된 시간이 1.25분이기 때문에 좀 마음이 조급해집니다만, 제가 생각하기에는 카르텔에 관해 가지고 자진신고자 감면제도라든가 포상제도 이런 쪽으로 해가지고 카르텔로부터의 이탈을 유도하는 것도 바람직하겠지만 그것보다는 공정위가 좀 전향적으로 카르텔 적발에 관해서 직접적인 적발에 관해서 노력을 하는 것이 좀 더 바람직하지 않을까 합니다. 왜냐하면 만약에 그렇게 될 경우에는 카르텔의 적발가능성이 높아질수록 자연스럽게 자진신고자의 숫자도 많아지지 않을까 이런 생각을 해봤습니다. 그리고 지금 개정 대상이 되고 있다고 말씀을 하셨는데 저는 예전부터 생각한 것이 카르텔 주도자하고 강요자의

경우에는 지금 현행 자진신고 프로그램에 따르게 되면 도적적 해이 현상이 생겨날 수 있는 우려가 좀 있다고 생각이 들었습니다. 그리고 최근에 처음으로 하급심 법원이지만 처음으로 이 담합에 관해 가지고 실형을 선고했는데 이것이 제가 생각했을 때는 자진신고프로그램에 대해서 시사하는 바가 크다고 봅니다. 그 이유는 뭐냐하게 되면 지금 현재 리니언시 프로그램은 과징금 및, 공정위의 과징금 및 시정조치를 감면하는 것인데 이 형사처벌이 늘어날수록 이 프로그램의 어떤 의미가 좀 줄어들지 않을까 싶은 생각이 들거든요. 반대로. 그리고 또한 가지는 사소제도가 활성화 될 경우에도 이는 민사적인 것이므로 자진신고한 자에 대해서 어떤 혜택이 돌아가지 않는다는 점에서 앞으로가 걱정됩니다. 그러니까 형사처벌이 있거나 활성화 되는 경우 그 다음에 사소가 활성화 되는 경우에 어떻게 자진신고 프로그램을 운영을 할 것인가 이런 것도 한번 좀 고려할 만한 것이 아닌가 이런 생각이 들었습니다. 그 다음에 홍대식 교수님의 경우인데 저도 예전에 한번 과징금 용역을 한 번 한 적이 있었습니다. 그런데 굉장히 어렵더라고요. 제가 보기에는 제가 법학을 하기를 정말 잘 했다고 생각한 것이 이 과징금 부분이었습니다. 너무 어떤 계량적인 것이 많이 들어가 가지고 굉장히 어려웠는데 그래서 이 공정거래법의 집행에 있어서 어떤 정당성을 확보하기 위해서 이 공정위의 재량권이 통제되어야 한다는 점에서 제가 충분히 수긍은 갑니다. 하지만 여전히 남아 있는 문제가 제가 생각하기에는 과징금하고 형벌의 같이 병과하는 경우에 과잉제재 문제가 대두될 수 있습니다. 제가 생각하기에는 어떤 뚜렷한 답이 있는 것은 아니지만 형벌 그러니까 형사고발 하는 경우에는 과징금을 줄여준다가 이런 식의 어떤 것도 한 번 생각해봐야 되지 않을까 이런 생각이 들었고요. 그 다음에 항상 공정위는 과징금을 열심히 부과하지만 신문에 보게 되면 시민단체에서는 과징금이 작다 이렇게 이야기하는 경우도 있습니다. 반대로 과징금을 매출액 등등 기

준으로 하다 보니까 과징금 제재를 받는 경우에 그 기업 자체가 파산에 이를 수 있지도 않을까 싶은 생각이 들었거든요. 그럴 경우 이것을 어떻게 임의적 조정사유로 할 수 있는가 하는 것도 한 번 여쭙보고 싶습니다. 그 다음에 조성국 교수님 겁니다. 저도 예전에 한 번 행정법판사라고 하는 제도를 강의시간에 들어본 적이 있는데. 오늘 많이 배웠습니다. 근데 이 제도가 들어온다면 아마 김두진 박사님이 말씀하신 동의명령제가 도입된다면 법원의 어떤 관여가 필요하니까 법원 대신에 ALJ가 의미가 있지 않을까하는 생각을 한 번 해보았습니다. 그 다음에 두 번째는 미국 제도 중에서 이런 식으로 예를 들어서 어떤 위원회가 있고 거기에다가 중립성이라든가 이런 객관성을 보장하기 위해서 또 다른 제3의 제도를 개입하는 경우에는 제가 아는 방면에서는 그 위원회가 비대화 되거나 어떤 권한이 남용 되는 것을 견제하는 차원이 있다는 것을 제가 배운 적이 있습니다. 그래서 혹시나 ALJ가 FTC의 어떤 기능이 많아지고 영역이 많아지는 것을 견제하기 위해서 들어왔다면 만약에 우리가 이 ALJ를 도입한다는 거 자체는 기존의 행정규제주의의 입장을 좀 다른 쪽으로 수정을 해야 되지 않을까 이런 생각을 해 보았습니다. 그 다음에 또 한 가지는 이 ALJ를 도입할 경우에는 기존에 있는 행정절차법하고 발생할 수 있는 충돌이라든가 이런 것도 한 번 정도 고려를 해 봐야 되지 않을까 생각을 해 보았습니다. 마지막으로 동의명령제인데 제가 생각하기에 동의명령제가 도입이 되게 되면 기업이 가장 이익을 볼 것으로 봅니다. 미국이 FTA의 한 과정에서 동의명령제를 그렇게 들고 나온 가장 큰 이유가 거기 있다고 알고 있는데 뭐 이거 이외에도 행정력이 낭비되는 부분을 줄일 수 있고 이런 것도 생각을 해 볼 수 있고 기업기밀이 유출되는 것을 방지하는 데도 도움이 된다고 생각을 합니다. 근데 이제 제가 생각했을 때는 기업에 도움이 된다고는 하지만 너무 많은 혜택을 주지 않을까 하는 우려가 듭니다. 그 이유는 뭐냐 하게 되면 미국처

럼 독점금지법 위반행위의 적발건수가 많은 경우에는 동의명령제가 상당히 의미가 있다고 생각이 드는데 그렇지 않은 상황에서는 제153페이지에 썼지만 어쨌든 간에 공정거래위원회의 제재가 충분하지 못한 상황에서 기업으로 하여금 선택할 수 있는 어떤 권한을 부여하는 것이 아닌가하는 생각을 해 보았습니다. 그래서 당사자가 판단을 해가지고 공정위의 충분하지 못한 제재를 받든지 아니면 그 위반행위를 중단해 가지고 동의명령 가든지 이런 식의 도덕적 해이 같은 현상이 생기지 않을까 이런 생각을 해 보았습니다. 그 다음에 이 동의명령제가 남용될 수 있는 예도 있지 않을까 생각도 해 보았거든요. 그래서 어떤 비난가능성이 큰 부분에서는 좀 제한적으로 인정을 해야 되지 않을까 이런 생각을 해 보았습니다. 그 다음에 큰 범주에서 리니언시 프로그램 자체를 본다면 동의명령제도 그 어떤 범주의 카테고리, 큰 카테고리에서는 그 범위 속에 포함되지 않을까 이런 생각이 들었거든요. 그렇게 본다면 이 양자의 제도를 어떻게 조화롭게 모색할 수 있는 방법이 무엇인가 하는 것도 한번 생각을 해주었으면 합니다. 이상입니다.

사회자 : 네. 감사합니다. 다음은 우리 이동원 교수님께서 토론을 해주시겠습니다.

이동원 교수 : 예, 저는 충북대학교에 있는 이동원입니다. 집행과 관련하여 잘 몰랐는데 공부 많이 했습니다. 그런데 카르텔, 일단 집행과 관련하여 카르텔의 폐해, 독점의 폐해 등에 대해서 말씀을 하셨는데 이게 과거를 보면 미래가 보인다고, 과연 독과점이나 카르텔 같은 것이 어떤 것 때문에 생겼을까 생각을 해보니까 독과점 같은 경우는 사실은 불가피한 측면도 있었던 것 같습니다. 예를 들어, 우리가 경제개발을 하면서 한정된 자원, 또 돈이 없다 보니까 하나, 둘 밀어주고 싶은 사람들 밀어주다 보니까 독과점이 자연스럽게 나타났고 사실은 그

게 우리 공정거래법이 생긴 이유이기도 하고, 또 그 때 원인금지주의를 취할 수 없었던 이유이기도 했을 겁니다. 그런데 카르텔과의 차이는 카르텔은 그야말로 정성이 부족한 것 같습니다. 카르텔이 생기는 것과 독점이 생기는 것을 보면, 카르텔은 돈하고 관련이 없으니까 그냥 열심히만 하면 되는데 ... 그러면 왜 정성이 부족했을까 생각을 해보니까 한정된 정력을 조금 다른 곳에 많이 쏟지 않았나 이런 생각이 들었습니다. 다시 말하면 경쟁하고 관련이 없는 부분에 너무 많이 정책적 초점을 두었다는 거지요. 그래서 우리가 지금까지 공정거래법 만들어지고 난 다음부터도 경성카르텔이라든지 이런 것들에 과연 얼마만큼 노력을 했는가 생각을 해보면 기업집단에 쏟았던 정력, 재벌규제에 대해 쏟았던 정력과 비교해 보면 사실 너무 정성이 부족했다는 생각이 일단 들고요. 그 다음에 인위적으로 법이나 제도와 같이 합법적으로 그것을 방지했고, 카르텔일괄정리법이 나오기 이전까지 그것이 계속 법률이나 이런 것들에 의해서 유지되어 왔다는 측면이 하나 있는 것 같고, 또 행정지도에 의해서 행정적으로도 그것이 상당히 조장되지 않았나 이런 생각도 들었습니다. 또 하나의 이유는, 카르텔을 형성하는 기술은 아주 발전하는데 그것을 방지하는 기술이 쫓아가지 못하는 것이 아니었는가. 예전에 무슨 역모를 하게 되면 의금부에서 미리 고변을 하는 사람은 봐주고 그 다음 사람은 다 죽이는데 그러면 그 역모가 발각되지 않게 하려면 어떻게 하느냐 그 역모의 주동자가 돈을 걷어 가지고 만약에 여기서 배신자는 그냥 계주가 돈을 갖고 튀도록 이렇게 하면 안 걸릴 것 아닙니까? 그래서 기술의 차이가 있는 것 같습니다. 카르텔 형성기술과 방지기술과의 차이, 그것도 역시 정성이 부족했던 것 아닌가 그래서 이런 원인들을 분석해본 이유는, 과거를 돌아보고 원인을 분석하는 이유는 그 원인을 우리가 생각하면 그 해결책도 당연히 나올 것 같거든요. 그래서 먼저 그 해결책은 그럼 정력을 쏟으면 될 것 아니냐, 그러면 그 정력을 어떻게 쏟

느냐 하면 일단 이 경쟁감독기관 즉 공정거래위원회의 기구를 리모델링 하는 겁니다. 다시 말하면, 카르텔 중심형 공정거래위원회로... 그러면 기존에 있던 기업집단에 대한 정성을 조금 옮겨서 카르텔 사실 이건 시장독점이기 때문에 진짜 우리가 아주 엄격하게 취급해야 될 필요가 있음에도 불구하고 조직은 사실 지금까지 그렇게 되어 있지 않았는데 그것이 최근에 카르텔조사단이나 이런 게 나오는 거 보면 상당히 긍정적이라는 생각은 듭니다. 그것은 저도 학교에 있다 보면, 이 기업집단쪽 조문은 점점 길어져서 아주 보고 있으면 한숨이 나올 때가 있거든요. 그런데 카르텔규정은 정말 단출해서 조문이 바뀌어야 하는 게 아닌가 오히려 경쟁법을 유지하려면 그런 생각이 들었습니다. 그 다음에 저한테도 공정거래위원회에서 메일이 오는데 보니까 용역과정에 법률과 시행령 이런 거 또 조례까지도 경쟁제한적 요소를 다 찾아내는 용역이 뜬 걸 봤는데 이제는 그래도 조금 뭔가 경쟁법쪽으로 나가야 하지 않는가 그래서 요새 조직이 조금 조금씩 변하고 있다는 것에 대해서 상당히 긍정적으로 생각합니다. 그 다음에 그럼 그 카르텔 방지대책을 좀 더 획기적으로 해야 하지 않을까, 우리가 무슨 10억원을 준다고 해서 자기 목숨을 걸고 그것을 고변을 할까 하는 생각도 들거든요. 그래서 아예 그냥 인생을 책임져줄 만큼의 어떤 혜택을 주거나 그 고변할 수 있는 아이디어를 좀 생각해 보는게 좋을 것 같다는 생각이 들고요. 그리고 이건 여담이라 제가 여기에다 적지는 않았지만 ‘편의 전쟁’을 보니까 사채업자가 카르텔을 하거든요. 그건 ‘상도의’라는 이름으로 카르텔을 하고 있습니다. 그러면 법정이율 아래에서는 최고이율로 다 카르텔을 형성하고 있는데 거기 새로운 사업자가 뛰어드니까 그 카르텔이 깨지더라고요. 그래서 경쟁문화가 사채업에도 붐을 이루는 것을 보고 야 저건데 ... 그런데 저기 딜레마가 있지 않을까 하는 생각이 들었습니다. 왜냐하면 사채업자를 자유경쟁의 모토 아래 계속 사채업을 막 조장하기도 좀 그렇고 ... 근데 요새

은행도 사채업 하라고 막 조르는 거 보면 저게 맞는 방향인가 또 아닌 것 같기도 하고 그건 조금 ... 그래서 만약에 사채업자들이 카르텔을 맺을 때 공정거래위원회에서 어떻게 하실 건지 궁금해서 그걸 좀 여쭙보고 싶고요. 그 다음에 과징금제도 관련해서, 제가 좀 빨리 하겠습니다. 일단 시정조치나 과징금을 부과하거나 죄질에 따라서 벌금, 사실 이렇게 공정거래위원회가 하고 계신 것 같은데 일단 웬만한 헌법적 논란들은 많이 종식이 된 것 같습니다. 이중처벌이라든지 무죄추정 이런 것 관련해서. 그런데 이제 가장 큰 문제는 재량권 남용을 어떻게 막을 것인가 즉 공정거래위원회의 재량권 유월이라든지 남용에 대한 통제방법, 그런데 제가 시행령하고 과징금고시를 찬찬히 보니까 우리 법률에서 일반적으로 쓰고 있지 않는 그런 용어들이 굉장히 많이 나왔습니다. 즉 “원칙적으로” 과징금을 부과한다 그러면 예외는 뭘까 하는 의문이 들고, 또 고시도 보면 뭐 “부득이한” 사정이 있을 때는 과징금을 부과하지 않는다, 그러면 사실 엇장수 마음대로 될 수 있기 때문에 이걸 좀 명확성 원칙에 반하지 않는가, 죄형법정주의에 반하지 않을까 라는 생각도 들고요. 그 다음에 뭐 역시 액수통제는 다들 말씀하신 부분이니까 그렇고요. 또 하나는 이게 탈법이 가능할 수도 있을 것 같습니다. 우리가 과징금을 부과할 때 대개 매출액 기준으로 하는데 매출액과 정액 기준 두 가지가 있는데 매출액 기준이 정액으로 갈 때는 매출액을 산정할 수 없는 경우에 이게 정액으로 가기 때문에 그러면 정액은 많아 봤자 5억, 10억 이렇습니다. 그런데 매출액은 매출액의 3%, 2%, 10% 그러면 100억도 되고 1,000억도 될 수 있고 그렇거든요. 그러면 이게 정액으로 가기 위해서 예전의 시행령을 보면 그 매출액 산정자료를 아예 제출을 거부한다거나 허위자료를 제출하면 그건 정액으로 갔거든요. 그건 폐해가 많다고 해서 아마 없앤 것 같아요. 그런데 그런 남용가능성 이런 것도 염두에 두어야 되지 않을까 이런 생각도 들었습니다.

기능적 측면에서는 과징금 부과와 실효성 문제가 있는데요. 과징금을 제가 찾아보니까 신문고시나 부당내부거래나 이런 것에 위반한 것에 대하여는 정말 과징금 규정이 있긴 있는데 백번, 천번을 부과해도 계속 위반하는 겁니다. 그러면 그게 과징금이 잘못된 건지 아니면 과징금 대상이 잘못된 건지 하나는 고쳐야 될 것 같거든요. 그래서 그런 생각이 들었고요. 또 하나는 과징금이 부당이득 환수의 성격이 있다면 부당손해를 본 사람에게 돌려주는 게 맞지 않느냐 예를 들면 교통범칙금은 교통문화개선을 위해 쓴다든가 이런 식으로 해서 어떤 목적세 비슷한 그런 것이 필요하지 않을까 그런 생각이 들었습니다.

그 다음에 나머지 미국의 행정법판사라든지 뭐 이런 것들은 저는 상당히 긍정적으로 생각이 듭니다. 왜냐하면 우리 학교에 있는 조그마한 위원회도 사실은 이런 공정성을 담보하기 위해서 소추기관이나 심판기능, 위원회기능 이걸 다 분리를 하거든요. 그래서 민감한 위원회 같은 경우는. 그래서 이거는 필요하지 않을까 생각이 들고 동의명령제도는 서비스차원에서 상당히 필요하지 않을까 이런 생각이 듭니다.

결론적으로는 집행과 관련해서는 역시 직접적인 피해자들이 있기 때문에 법적 논란을 좀 많이 감소시키고 동시에 어떤 효율성을 추구하는 그런 방향이 되어야 되지 않을까 이렇게 생각이 듭니다. 감사합니다.

사회자 : 네, 수고하셨습니다. 다음은 이호영 교수님, 부탁 좀 드리겠습니다.

이호영 교수 : 네, 안녕하세요. 한양대의 이호영입니다. 네 분 발표가 아주 유용한 정보를 많이 주는 그런 발표고 상대적으로 특별한 쟁점이 될 만한 그런 문제를 제기하는 그런 내용은 크게 없었던 것 같

습니다. 그래서 저도 그냥 제가 나름대로 각 발표에 대해서 조교수님 부분에 대해서는 그런 내용도 없구요. 나머지 분들에 대해서 제가 한 두 가지씩 덧붙인다고 그럴까요. 그런 식으로 발표를 진행하도록 하겠습니다. 첫 번째, 이서기관님의 카르텔 금지집행의 현황 및 전망에 대한 이야기인데요. 행정지도 문제를 언급을 하셨는데요. 제가 다른 외부에 가서 사업자를 대상으로 행정지도가 개입된 행위에 대해서 공정거래법상 평가를 어떻게 해야 되냐 이런 이야기를 강의도 해보고 그런 질의·응답도 해보고 많이 하면서 느낀건데 물론 법리적으로는 저도 이서기관님 말씀대로 그리고 공정거래위원회의 공식적인 지침의 태도에 대해서 저도 동의하는 입장이지만 그렇게 법리적인 설명을 했을 때 사업자의 반응이라는 건 항상 뭐 법리적으로 그렇게 되는지 모르는데 너무 억울하다. 이게 거의 공통적인 그런 반응이거든요. 그래서 물론 인제 현행법의 해석상으로 불가피한 측면이 있기는 해도 경쟁제한적인 특히 카르텔을 유발하는 행정지도를 사전에 방지하는 노력이 더욱 공정위가 적극적으로 나서야 되는게 아닌가 그런 생각을 해봤습니다. 아무리 니들이 억울해 해도 행정대로 따라 하면 현행법 적용받고 제재할 수 밖에 없다. 우리는 그렇게 제재할 테니까 알아서 해라 이런 자세는 그렇게 좋은게 아닌 것 같다. 또 우리 공정거래법에 보면 나름대로 그런 것을 정책적으로 접근할 수 있는 틀이 있으니까 그걸 적극적으로 활용할려는 노력이 있어야 될 것 같다 이런 생각이 들었고요. 두 번째, FTA에 대해서는 다른 분들도 많이 말씀하시는 것 같은데 외부에서 보기에 공정위는 동의명령만 도입하면 되지 우리가 별걸 더 할 필요가 있느냐 이렇게 비치는 것 같애요. 그런 부분에서 조금 특히 사건처리과정상 더 개선의 여지가 많으니까 그런 데에도 더 조금 노력을 하셨으면 좋겠다 이런 말씀을 드리고요. 시정조치를 위한 5년의 제척기한 문제, 그 문제는 저도 다른 기회에 좀 그런 아이디어를 나누는 적이 있는데요. 적극적으로 공감하고요 반드시 빨리

어떤 식으로든지 물론 접근방법은 지금 말씀하신 시효중단 시키는 방식 아니면 제척기간을 산정하는 기준이 되는 시점을 예를 들어서 조사개시결정시점으로 정한다든지 두 가지 방법으로 접근할 수 있을 것 같은데요 장단점이 있을 것 같아요. 그런데 전자로 봤을 때는 제가 보기에 기간중단 여부 이거 가지고 논란이 많을 수 있을 것 같고요. 해석의 여지 없이 기간중단이 명확하게 해야 되고 후자로 봤을 경우에는 지금처럼 그냥 사무처에서 직원들이 결정하는 조사개시시점으로 해 가지고는 설득력이 없을 것 같고요. 적어도 주심위원이 결정되는 결정되어서 주심이 직접 판단을 하는 시점 그런 시점을 기준으로 해서 제척기간을 결정하는 그런게 좋을 것 같습니다.

과징금제도 문제는 글썄요 우리 홍교수님 입장도 제가 다른 기회에도 여러 번 들었는데요. 꼭 제가 입장이 다르기보다는 과징금이 목적이 deterrence라는 데는 이론은 없고요. 다만 성질 이야기를 자꾸 그래도 사람들이 이야기를 항상 하게 되는데 그럼 이게 무슨 실익이 있느냐 경우에 따라서 아이고 뭐 실익도 없는 소리 자꾸 그렇게 해봐야 뭐 하느냐 이런 이야기도 있을 수 있겠지만 저는 그래도 성질 논의가 실익이 있다는 것은 목적이 deterrence가 아니다 저는 이런 말은 아니고요. 그래도 성질 논의가 실익이 있다는 것은 판례에서도 많이 이야기 되다시피 부당이득환수의 성격이 강한 것이라면 그 균형이 과징금 산정에 있어서 한계를 설정하는 분명히 중요한 기능을 하는 것 같고요. 제재적 성격이 강한 과징금 같은 경우는 넓게 말해서 적법절차 요건에 더욱 충실해야 한다는 그런 헌법상의 원리랄까 이런 요구가 강해진다는 면에서 그래도 과징금의 법적 성격 논의가 의미가 있는 것 같습니다. 두 번째, 특히 논문도 그렇게 하시고 그 전에 용역보고서에서도 이제 공정거래법상 과징금 산정 방법에 대해서 억제효과가 설에 입각한 법경제학적 접근으로 설명을 하는 것은 상당히 이론적으

로는 좋은데 본인도 아까 말씀하셨는데 그걸 현행 공정거래법상 과징금제도 산정과 자꾸 연결시키려고 하는 것은 제가 보기에 현실성과 설득력이 많이 떨어지는 것 같다. 법경제학적인 본래의 방법론의 한계도 있을 뿐만 아니라 현행 과징금제도가 디자인 된 것 하고는 그것은 제가 몇 가지 써놓았지만 적발확률이라든지 부과기준을 산정 이런 것에서 전혀 그게 앞뒤가 안맞는 그런 것이니까 너무 현행 과징금제도를 법경제학적으로 설명하려는 것은 그렇게 타당하지 않다 저는 그렇게 생각을 하고요. 셋째, 우리 홍교수님이 오늘 말씀하신 것 중에 그래도 좀 아이디어 좋은 아이디어로 보이는 것이 관련매출액을 결정할 때 우리 시행령에 보면 직접 또는 간접적으로 관련 되어야 한다 이게 과연 간접적으로 관련이 되어야 한다는 게 무슨 말인지에 대해 논란이 있는 것 같습니다. 거기에 대해서 논란이 있고 우리 홍교수님은 특히 간접적으로 관련이 되는 상품 같은 경우에는 입증책임을 전환하여 가지고 원칙적으로는 상품관련성이 직접적으로 관련성이 있는 상품은 관련성이 추정되고 사업자가 그 추정을 전복하고 간접적 관련성이 있는 상품은 이렇게 하자. 여러 가지 좋은 제안을 해주셨는데 실제로 직접·간접 관련성이라는 말은 저는 현실적으로는 저는 적용될 여지가 구분이 잘 안될 것 같고요. 구별된다는 것은 거의 합의대상에 포함되어 있는지 여부 이것은 구별이 될 것 같고요. 그 다음에 관련성 정도는 양적으로 밖에 설명을 할 수 없을 것 같아요. 그래서 그런 면에서 그런 제안을 실질적으로 또 입법기술적으로 그럼 어떻게 관련매출액을 산정함에 있어서 관련성을 추정 입증책임을 전환한다는 게 입법기술적으로 어떻게 할지 그런 숙제가 남아있다 이런 말씀을 드리고 싶습니다.

동의명령제도에 대해서는 피해자에 대한 손해배상문제를 당연히 저는 포함해야 될 것 같고요. 동의명령제가 오히려 정말 유용할 수 있

는 장점은 거기에서 오히려 나올 수도 있을 것 같다는 이런 생각이 듭니다. 잘 아시다시피 소액·다수의 피해를 초래하여 사실상 소비자들이 적극적으로 손해배상을 추급할 수 없는 경우에 오히려 동의명령제가 상당히 효율성이 있을 것 같고요. 물론 개별적인 손해배상청구권 제약 우려가 있지만 그것은 뭐 우리가 다수공동소송에서 보는 class action에서 보는 opt-out, opt-in 방식을 적절히 사용하면 될 것 같고요. 또 문헌을 찾아 봤더니 그 문제 직접 피해자가 이런 동의명령을 받았으니까 직접 나에게 배상하라 이렇게는 못하게 되어 있더라고요. 다른 문헌에 봤더니. 그렇지만 독립적으로 나중에 사소를 제기했을 경우에 동의명령 이행 여부를 법원이 고려할 수 있도록 그렇게 되어 있습니다.

나머지는 뭐 아까 말씀하신 내용입니다. 이상입니다.

사회자 : 네. 고맙습니다. 다음 홍명수 교수님.

홍명수 교수 : 학교에 계신 분들은 쟁점 중심으로 널뛰기를 하다 보니까 경제법 영역 전체는 고사하고 어떤 한 분야를 전반적으로 보는 기회가 많지 않은데 또 이순미 서기관님 좋은 글을 주셔서 카르텔 분야에 대해서 종합적으로 생각해 볼 수 있는 기회를 주셔서 고맙습니다. 잘 읽었고요. 질문은 일단 한 가지만 잡아서 좀 질문 검토 생각을 말씀드리고 싶은데 그 입찰문제와 관련된 이야기입니다. 그런데 입찰이라는 것이 가격과 거래상대방의 동시결정 시스템이라고 그래가지고 그 이면에 경쟁 메커니즘이 작동을 해서 가장 거래에 있어서 그 가장 중요한 두 factor를 한꺼번에 결정하는 거잖아요. 그러니까 이 경쟁 메커니즘이 보장이 안된다면 사실은 그 입찰의 본질적인 장점이 나 기능은 있을 수 없고 따라서 각 나라에서 입찰담합 문제는 다 규제가 있는데요. 특히 우리도 형법에서 아마 유일하다시피 규제하고

있는 경제행위로 이렇게 들고 있는데. 그런데 그 동안에 이순미 서기관님께서도 지적을 하셨지만 그 동안에 규제, 공정위의 어떤 규제 실무로 보면 적절하게 잘 찾아갔다는 느낌은 들지 않습니다. 그러니까 보통 가격담합의 한 형태로 이해를 하기는 했지만 그 입찰에 참가하는 담합에 참가하는 사람들 입장에서 볼 때에는 그 담합의 대상이 가격일 수도 있지만 오히려 본질적인 경우에는 거래상대방인 경우가 많거든요. 그러니까 그 지금 얼마에 하겠다라기 보다는 우리나라 특히 현실에서 보면 이번에는 A사업자가 했으니까 이번에는 B사업자가 한 다든지 누구를 몰아주기 한 다든지 거기에 써내는 가격의 의미가 그렇게 큰, 모르겠습니다. 그래서 그 좀 그런 의미에서 혼선을 빚었던 것이 아니냐 그렇다고 해서 일각에서 주장되었던 것처럼 입찰담합의 문제는 거래상대방을 그러니까 시장을 획정하거나 거래상대방을 제한하는 그런 카르텔로 보는 그것만으로 보는 것에도 조금 문제가 있다고는 생각을 합니다. 입찰이라고 하는 어떤 프로세스와 관련해서 어디 하나에 영향을 미치는 그런 어떤 것으로 봐야겠죠. 그래서 지금 아마 앞에서 제안하신 내용을 보니까 입찰담합을 규제하기 위해서 낙찰자 뿐만 아니라 경락자, 낙찰·입찰가격 뭐 이런 여러 가지를 합의의 대상으로 열거를 하면서 규제를 하는 것은 바람직한 방법이다 이렇게 생각은 하는데 그래도 빠져나갈 것이 있다고 생각합니다. 그래서 좀 오히려 이 문제에 관해서는 입찰이나 입찰의 과정이나 결과를 조정하는 행위 이런 식으로 좀 포괄적인 규정 체계가 필요한 것이 아니냐 그리고 정부와 관련해서 특히 공공부문, 조달행정에서 입찰이 많이 강요되지 않습니까 특히 입찰이 갖고 있는 장점 투명하고 또 경쟁을 통해서 공정성이 담보되고 뭐 이런 것 때문에 많이 강조되고 그래서 점점 더 입찰 공공부문의 어떤 조달행정에 있어서 입찰의 양은 점점 더 커질텐데 근데 그래서 이런 감시시스템, 징후감시, 징후의 어떤 오토매틱한 어떤 시스템을 감독시스템을 개발하고 이런 것은 참 좋다고

생각을 합니다. 그런데 이 부분도 역시 좀 현실은 다른 부분에 있지 않느냐 왜냐하면 그 일본에서 지난 몇 년간 가장 많이 쟁점이 됐던 것 중에 하나가 관제담합인데요 사실 우리나라에서도 드러나지는 않았지만 일본과 유사한 성격이 있지 않느냐 그러니까 관이 행정기관이 조달행정의 주체인 행정기관이 카르텔 아니 그러니까 사업자와 입찰에 참가하는 사업자와 이미 어느 정도의 커넥션을 갖고서 현실에서 입찰이 이루어지는 경우가 혹시 많지 않느냐 특히 지자체로 내려 갈수록, 그 기초지자체로 내려 갈수록 이런 일이 더 많지 않은가 이런 생각이 듭니다. 그래서 지금 현재는 조달청을 통해 가지고 오는 그런 어떤 정보를 갖고서 공정위가 이렇게 이러한 규제를 하는 그런 프로세서지만 현실은 조금 또 다르지 않느냐. 관이 개입한 그런 어떤 카르텔, 입찰담합의 문제가 오히려 더 좀 지금에 와서는 우리도 드러내 놓고 생각해 볼 필요가 있지 않느냐 이렇게 생각이 들고요. 뭐 그렇습니다. 홍대식 교수님의 과징금에 관한 발표논문 잘 봤습니다. 저도 역시 여러 차례 홍교수님의 발표를 들었습니다만 오히려 쟁점이 된다고 생각하는 본질적인 부분에 관해서 다시 한번 짚어보고 싶습니다. 그러니까 우리가 지금 과징금의 어떤 부과를 제재벌적 성격하고 부당이득환수적 성격으로 모두 이해를 한다면 그건 대부분 동의를 하니까요 그렇다면 헌법상의 근본원칙에 과징금부과도 어쨌든 기본권 제한이니까 헌법의 비례원칙에 따라야 되는데 비례원칙의 판단도 비례성원칙에 부합하는지 판단도 양쪽의 다 관점에서 이루어져야 되는 것이 아닌가 그러니까 부당이득환수적 측면에서도 비례성 원칙의 판단을 해야 되지만 한편으론 제재벌적 측면에서도 관점에서 비례성 원칙의 판단을 해야 되지 않느냐 그래서 지금 홍교수님이 말씀하신 여러 가지 그런 어떤 매출액이라든지 실제 부당이득 규모를 정확하게 찾아내기 위한 대리변수들의 제시 이런 것은 상당히 중요하고 그런 거지만 한편으론 한쪽에 좀 빠진 부분이 있지 않느냐 이런 생각이 좀

계속 듭니다. 그래서 잘 정립된 부분에 어떤 조화의 필요성에 관해서 좀 말씀드리고 싶고 저도 이호영 교수님이랑 비슷한 생각이 있는데 지금 법경제학에서 이해하는 억제논리와 의 그 어떤 과징금부과를 통한 억제효과에 대해서는 뭐 어느 정도 그러니까 그런 효과가 있긴 있겠습니다만 과도한 평가는 하는 게 하는 것은 좀 더 위험하지 않냐 이런 생각을 합니다. 왜냐하면 동태적으로 보면 기업자는 그 부분을 다시 소비자에게 전가할 수 있는 그런 어떤 부분이 있거든요. 그러니까 예를 들어 과징금을 많이 맞았다 그러면 그것이 price에 반영이 되는 또 하나의 과정이 되고 이런 식으로 해서 그 시점이 아니라 동태적으로 놓고 보면 그런 억제효과라는 것도 상당히 분산될 여지가 있는 것이고 그래서 그것만으로 과징금 부과 의 어떤 정당성이라든 이런 것을 설명하는데 또 한계가 있지 않냐 이런 생각을 좀 갖고 있습니다. 조교수님의 발표는 잘 들었고요. 제가 본격적으로 이 논문을 이런 이 주제를 본 처음의 글이어서 그냥 열심히 잘 고맙게 잘 읽었습니다. 그 사회의제와 우리 사회의제가 미국 어떤 행정법관사나 일본의 심판관제도의 아이디어를 받아서 운영할 수 있는 계기는 없는지 좀 그냥 시간이 되시면 좀 말씀드리고 싶고요. 좀 질문을 부탁드립니다. 그 다음에 김박사님의 그 동의명령제에 관해서도 유사합니다. 이게 그 일본의 경우에는 결국 동의명령 받아들이면서 또 시정권고를 유지해 나가지 않았습니까. 근데 우리의 경우에 이미 시정권고제도가 분명히 우리도 있고요 그래서 동의명령제도를 만약에 도입한다면 지금 이 시정권고와 어떤 식으로 이거 하고 양쪽의 경계를 어떻게 정할 글 것인지 이런 부분에 대해서 좀 복안을 말씀하여 답을 좀 주셨으면 합니다.

사회자 : 사실 토론하시고 싶은 내용도 상당히 많으신데 지금 시간적 제약 때문에 다 말씀을 못하시는 것 같습니다. 한정미 박사님 해주시고 우리 유진희 교수님께서 맨 마지막으로 부탁 좀 드리겠습니다.

한정미 박사 : 예. 안녕하십니까. 한정미입니다. 오늘 발표 너무 감사하게 잘 들었고요. 저는 공부하는 입장으로 앞으로 많은 연구에 도움이 될 거라고 생각해서 열심히 들었습니다. 유진희 교수님께서도 토론을 하실 시간을 드리기 위해서 빨리 끝내도록 하겠습니다.

첫 번째, 카르텔 집행에 대해서 잘 들었는데요. 예전에 비해서 뉴스에 카르텔 적발건수가 현저히 증가하고 있고 과징금도 많이 늘고 있어 이런 뉴스를 들을 때마다 사실은 정말 공정거래위원회에서 잘 하고 있나보다 막연하게만 생각만 했다가 오늘 발표를 서기관님께서 자세히 해주셔서 그동안 어떤 식으로 카르텔팀이 적극적으로 대응을 해서 이렇게 진행이 되고 있는지를 좀 잘 알 수가 있었던 것 같습니다.

오늘 제가 질문을 드리고 싶었던 것은 자진신고자 감면제도가 요새 가장 이슈가 되고 있는 것 같은데 그 자진신고자 감면제도 중에서 발표하실 때도 말씀하셨지만 석유화학 부분에서 제일 많이 이야기가 됐던 ‘동종업계 기업에 가격담합을 강요하거나 협박하는 악질기업들에 대한 감면’에 대한 불합리성이라든지 악용가능성에 대해서도 공정위에서도 심각하게 고민을 하고 있는 걸로 알고 있고 얼마 전에 위원장님께서도 이 부분에 대해서 감액처리를 하거나 뭔가 다른 방향으로 접근을 해야 되지 않느냐 말씀하신 것을 들은 적이 있는데 제 생각으로는 사실상 이게 발표문에서도 말씀하셨듯이 감면제도 자체가 실질적인 효과를 발휘하기 시작한 지가 그렇게 많이 된 것 같지는 않습니다. 그리고 아직까지 카르텔로 인한 소비자 피해가 계속적으로 증가하고 있는 것으로 생각을 해보면 아직까지 카르텔 참가 사업자들의 형평성과 사회적 정의의 측면에서 접근을 해야 되는 것보다는 소비자 피해 쪽에 조금 더 중점을 두어서 실질적인 성과가 나타나기 시작한 초기임을 감안해서 소비자 피해 예방의 필요성에 조금 더 무게를 두

어서 생각을 해보는 것이 어떤가라고 생각을 했고 다만 자료를 보면 외국에서 제도 이 자체가 주로 마이너 업체들을 구제하기 위해서 기관에서 조사를 착수한 이후에는 자진신고를 인정하지 않는다는 쪽으로 절차적으로 운영되고 있다고 해서 우리나라에서도 자진신고제도의 절차적인 문제를 조금 더 조정하면 이런 점을 완화할 수 있지 않을까 해서 그런 점에서 어떻게 생각하는지를 여쭙 보고 싶었습니다.

두 번째로 과징금제도 말씀 잘 들었습니다. 과징금 제도는 다른 교수님들도 말씀하셨듯이 저한테도 참 어려운 부분이었던 것 같습니다. 어려운 부분이었는데 저는 행정법판사제도와 연결해서 자꾸 생각이 들었습니다. 과징금 제도가 준사법적 절차에 의하지 아니 하고 지금 처럼 부과 징수되는 것이 적법절차 원칙에 위배된다는 주장이 헌법재판소 판례에서도 있었고, 과징금 부과절차는 적법절차 원칙상 적어도 적법절차에 상응하게 조사기관과 심판기관이 분리되어야 하고 그 다음에 증거조사와 변론이 충분히 보장되어야 한다는 것을 기준으로 생각을 했을 때는 지금 이 현행제도상으로는 그 실질적인 변호를 할 수 있는 청문절차를 도입을 할 수 있는 여지가 없는 것 같습니다. 그래서 이런 것을 미국의 행정법판사제도 하고 연관이 있겠지만 과징금 자체 내에서도 청문절차를 도입하는 것은 고려될 수 있을지 그것도 한번 여쭙보고 싶었습니다.

다음으로, 행정법판사제도는 교수님께서 말씀으로 논의가 오래 됐는데 아직까지 우리나라에서 제대로 도입되고 있지 않고 있고, 사실은 이게 필요하다고 말씀을 하셨는데 제가 다른 자료를 찾아보니 현행 행정절차법상에 청문주재자 제도라는 것이 있는데 이게 물론 미국법상의 행정법판사의 역할보다는 훨씬 더 지위가 열악하고 역할 자체도 조금 미흡한 점이 많이 있는 것 같은데 현행 행정절차법상에 있는 제도니까 이것을 조금 더 개정을 해서, 예컨대 직원 가운데 청문주재자

를 행정청 소속 직원 가운데 선정하도록 하고 있는 현행 절차법을 조금 개정해 가지고 청문주재자의 자격요건을 강화한다든지 아니면 청문주재자가 독립적으로 의견을 제시를 했을 때 행정청이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 삭제하는 것으로 해서 청문주재자의 역할을 조금 더 강화하면 이것을 통해 실질적 행정관사제도를 도입할 수 있는 또 다른 하나의 대안으로서 한번 생각해 볼 수도 있지 않을까 말씀을 들어보고 싶었습니다.

마지막으로 동의명령제도는 FTA와 관련하여 최근에 가장 많이 이슈가 되고 있는 것으로 생각되는데 다른 공청회에서도 아직까지도 이거에 대해서 부정적인 의견들도 많이 나오고 있는 것 같습니다. 그래서 동의명령 후에 형사처벌이 불가능해진다는 문제라든지 발표자께서 말씀하셨듯이 의견수렴절차상의 문제라든지 동의명령 이후의 집행 및 후속조치 등이라든지 이런 것들에 많은 입법정비과제가 있을 것으로 예상이 되고 있는 걸로 알고 있습니다. 그래서 공정위에서도 명령의 대상에 대해서도 위법성이 중대해서 고발, 과징금 부과 등의 강한 조치를 해야 할 필요성이 있는 경우에는 동의명령의 대상에서 제외할 것을 검토하고 있다라고 들었는데 그와 같이 동의명령 적용대상 문제도 실질적으로 법정화 해서, 예측가능하도록 해야되지 않을까 생각을 했고 그 다음에 지금 우리나라 경제분야에서 공정거래위원회의 지위가 상당히 높은 것으로 알고 있는데 기업이 공정위 조사에 따른 사실상의 부담으로 인해서 사실상 위법성 여부와 관계없이 일단 동의명령에 응하는 결과가 발생할 수도 있지 않을까 이런 그냥 기울일 수도 있습니다. 그런데 기업은 이미저리스크 문제를 심각하게 생각하고 영업이익을 추구하는 것이 우선적으로 목표가 되기 때문에 일단 공정위의 직접적인 조사가 있는 것보다는 일단 동의명령에 얼른 응해서 실질적으로 영업이익을 더 추구하는 것을 목표로 할 수 있지 않을까

하는 우려도 해 보았습니다. 그 다음에 발제자께서도 말씀을 하셨듯 우리나라에서는 동의명령이 미국의 경우와 달리 법원의 관여나 공익 부합성의 심사 없이 발표되는 것에 대해서 많이 우려를 하고 계신 것으로 봤는데요. 우리 공정거래법상의 시정명령의 부과절차에는 법원의 관여가 없이 조사기관과 심판기관이 동일한 체제이므로 동의명령도 이와 동일한 적용체제를 갖고 있는 것으로 보입니다. 동의명령의 목적 자체가 사후적 조사나 처벌 위주의 경직적인 법 집행을 탈피하고 좀 신속하고 효과적으로 문제를 해결해서 일반적인 시정명령의 절차에 준하거나 효과적인 해결을 하는 것이 목적이기 때문에 일반적인 시정명령의 절차에 준하거나 오히려 위법성이 인정된 사건보다 좀 간소화해서 도입하는 것이 원래의 목적에 맞는 것이 아닌가 그런 생각을 해봤는데 이것에 대해서 시간이 있으시면 좀 설명을 해주시면 고맙겠습니다. 예, 이상입니다.

사회자 : 네. 한박사님 고맙습니다. 자 그러면 진짜 마지막으로 유진희 교수님께서 토론해 주시겠습니다.

유진희 교수 : 예. 제가 토론문을 조금 늦게 내 가지고 차질이 생겨서 죄송합니다. 토론문을 보면 아시겠지만 발표하신 분들의 발제요지라는 것을 좀 길게 쓰고 토론요지를 간단하게 썼습니다. 제가 이 분야에 대해서는 그 동안 별로 연구한게 없기 때문에 과연 발표하시는 분들이 어떤 이야기를 하시는지 정확하게 파악하기 위해서 발제요지를 요약했습니다. 그건 참고로 하시고요. 간단하게 토론요지에 대해서만 말씀을 드리겠습니다. 우선 이순미 서기관님께서서는 카르텔 집행의 성과와 평가, 카르텔 집행의 향후 정책방향 이 두 파트로 나누어서 말씀해 주셨는데 우선 카르텔 규제의 필요성에 대한 인식에는 전적으로 공감을 하고요. 또 카르텔 근절을 위한 공정위의 노력과 성과에 대해서 높이 평가하고 싶습니다. 다만 과징금 부과 및 산정기준

과 관련해서는 홍대식 교수님께서 말씀하신 것처럼 카르텔을 포함한 공정거래법 위반행위 전반에 대한 검토가 필요하지 않을까 하는 생각을 해보았습니다. 그 다음에 여러 가지 내용들을 말씀하셨는데 특히 눈에 띄는 것은 행정지도와 관련된 카르텔 추정조항의 개정을 추진하고 있다는지 이런 것들은 제가 생각하기에는 바람직한 방향으로의 개선이 아닌가 하는 생각을 해보았습니다. 다만 저는 다른 분들하고 어떻게 보면 조금 다른 생각일 수도 있는데요, 리니언시 프로그램과 관련해서는 일단은 긍정적으로 평가하고 싶습니다. 도입취지라든지 도입 이후의 운영실적, 세계적인 인정추세 이런 것에 비추어 보면 어쩔 수 없이 그런 방향으로 가야 되지 않느냐라고 생각하지만 이것이 우리 법에 있어서는 이질적인 제도이고 국민정서하고도 여전히 거리가 있는 것이 아니냐 이렇게 생각합니다. 그렇다면 이 제도를 확대하기 보다는 다른 방법으로 집행의 실효성을 확보하고 이 문제에 있어서는 현재 나타나고 있는 문제점의 개선 정도에 그 초점을 맞추는 것이 바람직하지 않을까 그렇게 생각을 해보았습니다. 마지막으로 한미 FTA가 체결됨에 따라서 미국 경쟁당국과의 협력관계 구축이 당연히 필요한 이야기가 되겠지만 유럽과의 FTA 체결도 지금 협상이 진행되고 있는데 유럽연합 등 다른 나라 경쟁당국과의 협력도, 그것이 양자간 협력이건 또는 다자간 협력이건, 그러한 부분도 염두해 두어야 하지 않을까 이런 생각을 해보았습니다. 두 번째 홍대식 교수님께서서는 공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안에 대해서 말씀하셨는데 특히 제가 중점적으로 봤던 부분이 후반부의 과징금제도의 개선방안과 관련된 내용들입니다. 정리를 하다 보니까 제가 특히 그 동안 관심을 전혀 못갖고 있었구나 그런 생각을 하게 됐습니다. 이제까지 봤던 과징금에 관한 다른 논문과의 차별성을 엿볼 수 있었습니다. 즉 과징금의 의의라든지 법적 성격에 관한 종래의 논의에서 벗어나서 기능적인 관점에서 과징금 부과 및 산정의 적정한 기준을 제시하고 있

는 것으로 생각이 되고요. 특히 최근에 공정위가 패소하는 사건들이 많이 발생하고 있는데 그러한 사건들의 상당수가 과징금 부과에 있어서의 공정위의 재량권 일탈 내지 남용이 문제된 사건이었던 것으로 알고 있습니다. 그런 점에서 시의적절하고 의미 있는 발표가 아닌가 생각을 하고요. 과징금 제도의 개선이라는 것은 결국 두 가지 측면, 하나는 위반행위를 어떻게 하면 억제할 것인가 다른 한편으로는 수범자의 입장에서 법적 안전성 내지는 예측가능성을 어떻게 높일 것인가 이 두 가지 관점이 잘 조화를 이루어내야 하는 것이 아닌가라는 생각을 합니다. 그러한 점에서 의미 있는 발표라고 생각이 되고요. 법령을 개정할 때 이러한 점들이 좀 반영이 되었으면 하는 그런 생각입니다. 세 번째 조성국 교수님이 미국 행정법판사 제도를 중심으로 미국 연방거래위원회의 사건처리절차에 대해서 말씀을 하셨는데요. 결론적으로 말씀을 드리면 일단 사건처리의 공정성을 제고하기 위해서 공정위의 기능을 절차단계에 따라서 분리할 필요가 있다는 점 이 점을 강조를 해주셨는데요. 이 점에 대해서 동의를 하고요. 이의신청과 관련해 위원회 소회의 또는 전원회의에서 의결하는 것을 다시 판단하는 그러한 현행 이의신청 제도가 개선되어야 한다. 이러한 점에 대해서도 전적으로 동의를 합니다. 그런데 문제는 이것이 심판기능을 수행하는 다른 부서를 포함하여 다른 행정부서에는 없는 제도라는 점인데요. 이러한 제도를 공정위에만 도입하는 경우에 법적 안정성이 훼손될 가능성은 없는지 또 그렇기 때문에 다른 제도와의 정합성을 고려해서 신중하게 도입할 필요가 있지 않겠냐 그러한 생각을 하고요. 만일에 조교수님이 강조하셨듯이 공정위 기능 분리를 강조하는 입장에서 새로운 제도를 도입해야 한다 라고 했을 때 여러 가지 가능성 특히 일본 제도와 비교가 있을 텐데요. 제 생각으로는 내부직원 중에서 심판관을 충원하는 일본식 심판관 제도보다는 신분 보장이 확실한 미국식 행정법판사 제도가 더 적합한 것이 아닌지 그런 생각을 해봤습니

다. 마지막으로 김두진 박사님이 미국 동의명령 제도에 대해서 말씀을 하셨는데요. 이것도 결론적으로 조금 신중하게 도입할 필요가 있다고 생각을 합니다. 이유는 여러 가지가 있겠지만 하나는 공정거래법에 한해서 동의명령제를 도입하는 건데요. 그렇게 된다면 결국 국내 다른 법체계와의 부조화 현상이 발생할 가능성이 크다는 점이고요. 또 하나는 동의명령은 법 위반 여부가 확정되지 않은 상태에서 이루어 진다는 점에서 피해자 또는 소비자의 피해 구제나 경쟁 회복 등에 충분하지 않은 내용으로 합의될 가능성이 크다는 점에서 좀 신중을 기할 필요가 있다고 생각이 되고요. 그런데 지금 분위기로 봐서는 도입될 가능성이 많은 것 같은데 만약에 도입을 한다면 최소한 다음과 같은 점은 반드시 고려가 되어 되지 않을까 생각을 합니다. 우선 첫 번째는 공익이나 실체적 진실에 반하는 동의명령이 내려질 가능성이 크다고 봅니다. 그렇기 때문에 일반인, 즉 이해관계자가 아닌 일반인들에 대한 동의명령의 내용공개 내지는 의견수렴 또는 법원에 의한 공익성 확인 내지는 결정 같은 절차가, 물론 비용이 많이 들겠지만, 어떤 형태로든 필요한 것이 아닌가 하는 생각이 들고요. 또 하나는 동의명령을 내릴 때 거기 여러 가지 조건들이 포함이 될 텐데 그러한 조건들의 준수 여부를 지속적으로 감시하지 않는다면 아마 의미가 반감될 겁니다. 그런 의미에서 동의명령에 포함된 조건 등의 준수여부를 지속적으로 감시할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 되겠다 하는 그러한 생각을 해보았습니다. 예. 감사합니다.

사회자 : 네. 유진희 교수님 고맙습니다. 저희가 지금 시간이 6시 17분인데요. 우리가 3시 15분에 시작했으니까 3시간 이제 시간은 맞춘 겁니다. 예 그런데 우리 남은 순서가 오늘 참석해 주신 세 분 선생님들 말씀 잠깐 듣고요. 한 3분 정도 시간 드리면 되겠습니까? 간단하게 주제 발표 또는 토론에 대한 어떤 본인의 입장이라든가 또는 느낌이

라도 좋습니다. 발표를 해주시고요. 그 다음에 그거 끝난 다음에는 여러 가지 토론에서 제기된 문제점들을 발표하신 네 분께서 간략히 3분 이내로 정리해서 답변을 하고 자세한 것은 나중에 식사시간을 이용해서 보다 본격적인 토론이 이루어 질 수 있으면 좋겠습니다. 시간이 많이 지체되었기 때문에 바로 의견을 듣는 순서로 넘어가도록 하겠습니다. 그러면 먼저 최재호 검사님 해주시고요. 그 다음에 광규택 검사님 그리고 마지막으로 우리 한동대학교 김대인 교수님 이렇게 순서대로 하겠습니다. 자 부탁드립니다.

최재호 검사 : 지금 공정거래위원회에 나와 있는 최재호 검사입니다. 제가 질문하고 싶은 것은 세 가지인데 일 분씩 가능하도록 하겠습니다. 먼저 카르텔과 관련해서 실제로 이순미 서기관님이 작성한 맨 첫 페이지에는 실제로 카르텔에 대해서 우리가 felony이라고 해서 중한 범죄행위로 규정을 했고 지금 실무상 그 21페이지에 보면 대부분의 카르텔 가담자 개인에 대해서는 벌금형이 부과된다고 했는데 실제로 이 부분은 아마 먼저 실무자들, 법률가들이 어떤 카르텔에 대한 어떤 범죄성에 대한 인식이 부족하다는 측면도 있고 또한 저는 그렇게 생각하지만 여러 연구하시는 분들이 오히려 이런 부분에 대해서 글이나 논문이 없지 않았나라는 생각이 듭니다. 실무자들이 어떤 생각을 할 수 있는 계기들을 많이 마련해 주지 않으신 점이 좀 있는 것 같고요. 두 번째 세제사건은 불구속기소가 된 케이스가 있어요. 그런데 제가 생각하는 리니언시와 관련해서 그 리니언시가 지금 이순미 서기관님이 주로 논의했던 논거들의 대부분은 미국의 법무부에서 만든 리니언시 프로그램을 전제로 해서 실무 적용례를 갖고 했는데 이것이 또한 미국의 프로그램이 형벌에 관한 프로그램인데 그 많은 논리를 또 과징금에 관한 논리로 많이 끌어 들였더라고요. 그런데 미국처럼 카르텔에 관해서는 일원적인 집행체제를 갖고 있는 국가랑 우리

와 같이 위원회에서의 시정조치나 과징금이란 하나의 집행체계랑 검찰과 법원을 두 기관으로 하는 형벌을 통한 집행체계를 갖고 있는 이원적 집행체제에서는 리니언시 프로그램의 확대라고 하는 것이 부적절한 면이 없지 않나라는, 부적절한 면이 많다는 그런 측면이 있습니다. 제가 문제제기를 하고 싶은 것이 뭔가 하니 리니언시를 확대하게 되면 리니언시 제도가 갖고 있는 기능으로서 카르텔 범죄에 대한 적발률이 높아지고 실질적인 범집행이 가능하고 그런데도 리니언시 제도가 확정, 확대되면서 과징금의 집행이 낮아지면 1순위, 2순위, 3순위, 4순위 계속 밀려버리면 예방효과라는 측면이 없어져 버리고 그래서 오히려 과징금이 가져야 될 최적 집행에 미치지 못하는 문제가 있다고 생각합니다. 또한 카르텔이 범죄로 보기 때문에 행위자에 대한 처벌이 필요한데 그것은 이원적인 집행체제를 갖고 있는 우리 법제하에서는 결국 공정위의 고발권 행사를 통해서 검찰로 넘어가야 되는데 리니언시 1, 2, 3, 4순위 계속 늘어버리면 결국 어떻게 보면 형사고발 내지 형벌이라는 집행체계 부분을 결국 시행 안한다는 그런 문제가 있지 않나 그런 생각을 합니다. 그 부분에 대한 생각들을 검토해 주셨으면 하는 바램이고요. 그 다음에 아까 또 하나가 시정조치의 제척기간 중단규정이 있는데 더불어서 지금 카르텔에 관한 공소시효도 늘이는 검토도 해주시는 게 필요한데 왜냐하면 실제로는 공소시효 문제랑 처분시효 문제랑 불균형이 이루어지고 있거든요. 공소시효는 3년인데 처분시효는 지금 5년입니다. 그래서 이 불균형 문제에 대해서는 실제로 국가기관이 국가권력을 행사하는데 어디서는 하고 어디서는 안한다 좀 안맞는 부분이 있는 것 같고 일반 국민도 많이 그것을 의문시하는 점이 있는 것 같더라고요. 마지막의 동의명령 제가 위원회에 있으면서요. TF에 관련해 같이 공부를 했었기 때문에 제가 가지고 있는 의문 중에 하나를 말씀들이면 실제로는 법원심사를 받도록 하는 것은 실제로 동의명령이 시정조치 내지는 행정행위 내지 처

분의 형식을 취하고 있는 국가에서는 부적절한 방식이라고 생각을 합니다. 근데 그렇다고 무조건 동의명령에 있어서 법원이 들어오는 부분을 막느냐 그건 아닌 것 같거든요. 왜냐하면 동의명령 규정의 위치가 51조인데 처분에 대해서 다루는 게 그 뒤에 있습니다. 따라서 위원회에서 처분이라고 하는 형식으로 동의명령을 할 때에는 거기에 대해서 회사나 피심인이 당연히 절차위반으로 법원에다 사법심사를 청구할 수 있는 길이 열려있다고 보거든요. 그러니까 그 사전적인 사법심사는 아니더라도 사후적인 사법심사가 있기 때문에 이 부분은 부적절한 부분인 것 같고요. 다만 제가 제일 그 문제점이라고 생각했던 부분 중의 하나인데 제가 다른 토론회 가서 들어보면 이 부분을 이야기 하는 분이 없었습니다. 그런데 지금 김두진 박사님께서 이 부분을 말씀하셨는데 실제로 동의명령에서 문제될 수 있는 부분들이 그 동의명령으로 현행법상 명백하게 인정되지 않는 작위적인 명령들이 있지 않습니까. 구체적인 명령들이나 구조적인 명령들이 있을텐데 그것에 대해서 현재 다루고 있거나 이론의 여지가 있는데도 불구하고 동의명령이라는 형식으로 이런 조치들을 할 수 있을 가능성이 있다는 거죠. 그리고 또 하나가 실제로 소비자보호와 관련해서는 공정거래업무가 공정거래위원회에서의 어떤 독점규제법의 업무가 아닙니다. 그런데도 불구하고 이 부분이 들어와 있다는 겁니다. 이것은 어떻게 보면 동의명령이라는 제도가 들어오면서 기존의 체계에서 좀 벗어나는 그런 문제점이 있습니다. 김박사님께서 말씀하신 것은 그 부분이 조금 문제가 될 것 같거든요. 그 다음에 또 하나가 아까 홍교수님께서도 말씀을 하셨는데 소비자보호조치를 한다고 하면서도 이것을 제3자를 위한 계약이 아니라고 봅니다. 또 일반소비자가 이것을 근거로 해서 청구권을 행사하지 못합니다. 그런데도 규정의 형식은 지금 동의명령 규정의 형식은 좀 다르게 돼 있거든요. 예 이상입니다.

사회자 : 예. 감사합니다. 광규택 검사님.

광규택 검사 : 법무부 국제형사과의 광규택 검사입니다. 오늘 너무 유익하고 심도 있는 발표와 토론을 해주셔서 가지고 크게 도움이 됐고요. 동의명령제에 관해서만 간단하게 그냥 언급을 하겠습니다. 원래 동의명령제라는 것이 2005년부터 공정거래위원회에서 도입을 먼저 주장을 했었는데 법무부에서 반대를 해가지고 사실상 입법화 과정에서 이게 빠졌었는데 FTA 타결 과정에서 다시 미국에서 제안한 제도를 미국이 우리 법무부를 설득한 것이 아니고 공정위 쪽에서 법무부를 설득해 가지고 미국측과 타결된 걸로 되어서 이제 법무부 입장에서도 도입의 당위성에 대한 문제에 대해서는 더 이상 언급할 단계는 아니라고 보고요. 다만 우리나라 들어올 때 정합성의 문제에서 과연 우리나라에 처음 들어오는 제도고 또 재정부 쪽에서도 밝히고 있듯이 이것을 나중에 증권, 환경, 노동 이런 규제 부분에서 확대를 하겠다는 입장이기 때문에 지금 중요한 시점에 상당히 특이한 제도가 들어오는 분야이기 때문에 다들 관심을 가지고 이 부분을 좀 주목을 해야 할 것 같습니다. 특히 우리나라의 경우에는 미국에서는 원래 공정거래나 독점 부분에 대해서는 민사적인 소송으로 3배 배상이라든지 이런 소송문제가 가장 기업에 부담을 주고 있는 제도이고요. 우리나라는 과징금 부과, 형사고발 이것을 다 공정위에서 하나의 트랙으로 가지고 있다는 거죠. 그러니까 동의명령이 도입되면 어차피 이것을 FTA 타결 문에서는 민사적 행정적 제재에서만 하도록 되어 있지만 그 동의명령 하는 과정에서는 어차피 형사고발 여부가 하나의 대상으로 비공식적으로는 거론될 수 밖에 없을 거고요. 이런 부분은 지금 현재 리니언시 프로그램에서도 과징금 부과 부분에 대해서 리니언시 프로그램을 하도록 되어 있지만 사실상 공정위의 내부지침으로 해서 고발면제를 할 수 있도록 지금 이렇게 구조가 되어 있습니다. 그러니까 우리나라

에서는 카르텔이라든지 많은 형사처벌 조항이 있음에도 불구하고 형사처벌 조항이 사실 사문화되고 있는 이유가 공정위의 전속고발권 문제와 맞물려 있다는 측면입니다. 그래서 법무부에서는 다른 부분을 반대하는 측면이 아니고 우리나라에서 형사처벌이라는 하나의 공정거래법의 중요한 집행수단이 사실상 사문화되고 있는 이유가 공정위의 전속고발권제도와 맞물려 있는 제도이기 때문에 차제에 아예 전속고발권 문제도 같이 포함해서 거론을 해주시거나 아니면 그런 형사처벌 규정을 위반행위자에 대한 적절한 제재수단으로 활용할 수 있는 방안을 같이 한번 검토를 해 볼 필요가 있지 않나 이제 그런 시점이 되지 않았나 측면에서, 법무부 공식적인 입장은 아니고요. 담당하고 있는 사람으로서 드리는 말씀입니다. 이상입니다.

사회자 : 예 고맙습니다. 자 그러면 우리 멀리서 굳이 오늘 이 모임 워크숍 때문에 참석하신 김대인 교수님께서 간단하게 3분 정도 코멘트 좀 부탁드립니다.

김대인 교수 : 멀리서 왔다는 것을 강조를 해주셨는데요. 멀리서 온 보람이 정말 있었습니다. 너무 좋은 발표 해주셔서 많이 배웠습니다. 저는 원래 전공이 행정법입니다. 행정법적인 관점에서 관심이 있는 부분들이 많이 있어서 오게 되었습니다. 김두진 박사님께 먼저 질문을 드리겠습니다. 앞에서 한박사님께서 잠깐 지적해 놓으신 부분이기도 한데 동의명령의 법적인 성격을 어떻게 볼 것이냐 라고 하는 부분에 대한 검토가 좀 필요하리라고 생각이 듭니다. 일단은 현재 입법안의 내용을 보면 행정행위의 성격을 갖는 것으로 보되, 합의에 기해서 이루어지는 측면이 있다는 점을 생각할 때 합의에 의한 행정행위에 가까운 것으로 보입니다. 그런데 합의라는 점을 조금 더 강력하게 나가면 계약적인 성격이 있게 됩니다. 계약적인 성격을 강조해서 볼 것인가 아니면 일방적 행위로서의 행정행위의 성격을 놓고 강조해서 볼

것이냐에 따라서 법제도를 정립하는 관점에서는 여러 가지 차이점이 생길 수 있다고 생각이 듭니다. 먼저 예를 들면 법적인 구속력에서 상당히 차이가 날 수가 있거든요. 계약의 경우에는 구속력이 훨씬 강하기 때문에 일방당사자가 취소를 한다면 그것이 상당히 더 어려워질 수 있습니다. 행정행위 같은 경우에는 얼마든지 행정청이 공익적인 목적으로 직권취소하는 것이 상대적으로 더 가능해질 수 있기 때문에 사실 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라서 직권취소를 어느 정도까지 가능하게 할 것인지에 대한 여부 등이 달라질 수 있기 때문에 그런 점에 대한 행정법적인 검토가 좀 더 필요한 것이 아니냐 이런 생각이 듭니다.

다음으로 넓은 관점에서 볼 때 사실 합의를 통해서 규제한다는 것, 계약을 통해 규제한다라고 하는 것이 오늘날 규제에 있어서 가장 중요한 흐름 중의 하나라고 볼 수 있거든요. 제가 개인적으로 이제 박사학위논문을 행정계약 쪽으로 썼습니다만 행정계약의 여러 가지 유형 중에서 규제계약이라는 것이 있습니다. ‘regulatory contract’ 또는 ‘regulatory agreement’라고 해서 특히 미국에서 많이 나타나고 있는데요. 사실 이것도 그와 거의 비슷한 맥락 속에 있다고 생각이 듭니다. 그러니까 규제의 탄력성 등을 위해서 합의에 의해 규제하는 그러한 모습을 많이 보이는 것인데 사실 이러한 합의를 통한 규제에 대해서는 여러 가지 미국 내에서도 여러 가지 문제점들이 지적되고 있습니다. 대표적인 것으로 우리 규제이론에서 이야기 하는 포획이론 즉 ‘capture theory’을 들 수 있습니다. 피규제자에서 의해서 규제기관이 포획이 되는 이런 현상이 사실은 합의에 의해서 규제가 이루어 질 경우에 훨씬 많이 생길 수가 있기 때문에 그런 문제점이 계속해서 지적이 많이 되고 있습니다. 그러니까 동의명령제도도 사실은 그런 문제점이 앞으로 지적될 가능성이 굉장히 많다고 보고요. 특히 이 문제를 어떻게 해결

해야 되는가와 관련해서 미국측에서는 규제계약을 하는 과정에 있어서 제3자에 의한 어떤 통제, 통제시스템이랄지 투명성을 제고해야 된다. 이런 이야기가 많이 나오고 있습니다. 그런데 이런 여기서 동의명령제도를 보면 오히려 사업자의 비밀이나 이런 것을 유지하는게 장점이 있다. 이런 이야기들을 하고 있어서 오히려 투명성면에 있어서는 단점이 있는 면들도 있을 수가 있기 때문에 이런 부분들을 어떻게 어떤 규제에 있어서 포획의 문제를 어떻게 동의명령제도가 해결해 나갈 수 있을 것인지에 대한 깊은 고민이 좀 필요하지 않을까 이런 생각이 좀 듭니다.

그 다음에 우리 홍대식 교수님이 말씀하신 과징금제도와 관련해 가지고는 최근에 군납유류 사건에서 일단 과징금도 사상최대액수인 1,200억 정도 부과가 됐었고 또 최근에 손해배상사건도 있지 않았습니까. 손해배상소송과 관련해서 1,500억 정도 소송을 제기했었는데 반절 정도인 800억 정도의 손해배상이 법원에서 인정됐던 사례가 있었습니다. 사실은 과징금의 어떤 취지라고 하는 것과 손해배상제도라는 것이 취지가 다르기 때문에 이것이 같이 이루어지는 자체가 이중배상의 문제는 없다라고 우리가 이론적으로는 이야기를 합니다만 사실은 사업자 입장에서 볼 때에는 사실은 똑같은 국가인데 과징금도 국가한테 내고 손해배상도 국가에게 내는 것 때문에 그것에 대한 불만을 소송과정에서 토로했던 것으로 알고 있습니다. 이론적으로 볼 때 물론 손해배상제도와 부당이득환수제도가 똑같은 것은 아닙니다. 그래도 과징금의 부당이득환수적 성격을 강조할 경우에는 손해배상청구와 겹치는 부분이 훨씬 많이 생길 수 있다고 생각이 듭니다. 행정제재적 성격을 강조할 때 비해서는 그러니까 이런 법적인 성질을 논의함에 있어서 이런 민사상의 손해배상제도와 과징금제도와 관계는 논의함에 있어서 과징금의 법적 성격을 필로 볼 것이냐의 문제가 상당히 중

요할 수 있다라는 점들을 고려하고 이런 부분들을 논의해야 하지 않을까 이런 생각들을 좀 해보게 되었습니다. 예. 이상 마치겠습니다.

사회자 : 네 고맙습니다. 아주 오랫동안 기다리셨다가 정말 좋은 말씀을 많이 주셨는데요 자 이제 시간이 우리가 많이 초과되었습니다. 어 시간조절의 실패는 전적으로 사회자 몫입니다. 죄송합니다. 자 이제 마무리하는 시간으로 1주제를 발표하신 우리 이순미 서기관님부터 한 3분 이내로 다 말씀하시기 어렵겠습니다만 개조식으로 간단간단하게 오늘 토론의 요지에 대해서 답변 주시면 고맙겠습니다.

이순미 서기관 : 예, 이렇게 많은 질의에 대해 짧은 시간에 답변을 드려야할 때가 제일 어렵고 능력이 이 때 본격적으로 보여지는 시간이라고 생각이 되는데요. 많은 분들이 좋은 의견들 많이 주셔서 다 언급을 하고 싶은데 시간제약상 제가 여기서 중점적으로 말씀 드리고 싶은 부분 중심으로 말씀을 드리겠습니다. 리니언시 프로그램과 관련해 가지고 제가 철학적 측면에서 제기했던 부분들과 관련되어서 여전히 많은 의견이 나타난 것 같습니다. 권재열 교수님처럼 예를 들어서 리니언시를 신청했음에도 불구하고 계속 형사처벌까지 된다면든지 그렇게 되면 리니언시 프로그램이 활성화되는데 장애가 되지 않겠냐 또는 리니언시를 신청을 해서 시정조치를 받았는데도 또 사소를 당해가지고 손해배상을 하게 된다고 한다면 활성화 되지 않겠냐 이런 측면에서 리니언시제도를 좀더 활성화하기 위해서 현재 형사처벌이라든지 사소 활성화 문제를 같이 고려해봐야 되지 않겠느냐 라는 시각이 있는 반면에 또 한 측면에서는 그래도 여전히 또 제재의 필요성의 부분이 있으니까 그런 부분을 너무 간과해서는 안된다는 측면에서 본다면 리니언시 신청하였다고 공정위에서 고발을 하지 않으면 형벌을 부과할 수 있는 기회 자체를 박탈해서는 안되지 않느냐 또는 좀 더 나아가서 담합을 주도하거나 강요했던 사업자에게 까지 리니언시를 100%

면제할 필요가 있느냐 그런 부분인 것 같습니다. 지금 이렇게 다양한 의견이 있는 것은 그만큼 리니언시 제도가 어느 정도 활성화 되면서 나타날 수 있는 시각적인 문제제기라는 생각이 듭니다. 그런데 제가 말씀드리고 싶은 것은 우리 경쟁법 분야는 다른 형사법 부분하고는 다른 독자적인 영역이므로 형사법 체계과 동일한 잣대로 바라볼 것이 아니라 경쟁법 분야의 특수성을 고려해서 판단할 필요가 있다고 봅니다. 이런 맥락에서 동의명령제도나 리니언시 제도에서의 고발문제도 바라봐야 할 것 같습니다. 동의명령 제도나 리니언시 제도는 경쟁법 분야 외에 다른 부분에서 운용되고 있지 않습니다. 그러나 경쟁법 분야에서는 나름대로 필요성과 효용성이 인정이 되어 세계 경쟁당국이 모두 리니언시 제도나 동의명령 제도를 운영하고 있는 상황입니다. 예를 들어서 과징금하고 형벌 부분에 있어서 우리나라와 일본 같은 경우는 과징금과 형벌을 둘 다 가지고 있고요, EU는 형벌은 없고 과징금 부분만 가지고 있고, 미국은 형벌만 가지고 있습니다. 이처럼 각 나라별로 제재 수단이 다를지라도 최대한 감면의 유인을 통해 리니언시 제도를 활성화시켜야 한다는 점에서는 같은 입장입니다. 어쨌면 리니언시 제도 자체의 취지가 그러하니까요. 미국도 리니언시를 1위로 신청한 사업자는 기소하지 않고, 과징금과 형벌체계를 둘 다 갖고 있는 일본도 1위로 리니언시를 신청한 사업자에 대해서는 고발하지 않는다는 원칙을 갖고 있습니다. 이와 같이 적발의 필요성이라든지 리니언시 제도 도입의 취지 등을 고려하여 경쟁법 분야에 대해서는 일반 형법체계와는 좀 다른 특수성을 인정할 필요가 있지 않겠는가 좀 그런 생각이 듭니다. 만약에 리니언시를 신청한 사업자에 대해 과징금만을 면제하고 여전히 고발을 한다면, 형사처벌의 우려 때문에 리니언시를 신청하지 않을 수도 있습니다. 어차피 형사처벌도 과징금과 함께 카르텔에 대한 제재수단의 하나이고, 카르텔 위반사업자에 대해서는 충분한 제재를 할 때만이 카르텔을 억제할 수 있다는 필요

성은 크지만, 그래도 은밀히 행해지는 카르텔의 속성상 적발이 쉽지 않으므로 리니언시 신청을 통해 카르텔을 적발하고, 카르텔을 와해시켜 카르텔을 근절하고자 하는 목적에서 리니언시 제도를 도입한 것이므로 이러한 리니언시 제도를 활성화시키기 위해서는 과징금이든 형사제재든 모두 면제해주는 유인책을 같이 가져갈 필요가 있다고 보입니다. 물론 그게 법적 근거가 없지 않느냐 라고 한다면 저는 법적근거를 만들어야 된다고 생각을 합니다. 리니언시 사업자에 대해서는 고발을 하지 않을 수 있다는 법적 근거를 만들어서 될 수 있으면 리니언시 제도를 활성화시킬 수 있는 쪽으로 가야 되지 않겠는가라는 생각이 들고요, 따라서 공정위가 고발권을 독점하고 있어서 형사처벌을 할 수 있는 기회 자체를 공정위가 박탈하고 있다는 문제제기는 어찌면 리니언시 제도 자체의 필요성이나 정당성 자체를 부인하는 것과 마찬가지로 생각됩니다. 따라서 어떻게 보면 경쟁법 분야의 특수성이랄까 독자적인 영역이라는 측면을 고려하는 속에서 전속고발문제라든지, 형사처벌의 필요성을 부분을 볼 필요하다는 생각입니다. 또한 사소문제에 있어서 저희는 어쩔 수 없는 것 같습니다. 미국 같은 경우에는 3배 소송이라서 리니언시를 활성화시키기 위해서 리니언시를 신청한 경우에 3배가 아니라 1배까지만 손해배상 책임이 있게끔 감경하는 부분이 유인책이 있지만 우리는 3배 제도가 인정되고 있지 않는 하에서는 그렇다고 아예 민사소송 자체를 제기하지 못하게 할 수는 없으므로 그런 부분은 또 다른 측면이기 때문에 저희가 접근할 수 있는 tool의 부분은 분명히 아닌 것 같습니다. 그리고 담합을 주도했거나 강요했거나 이 부분에 관한 부분은 제가 발표할 때 잠깐 말씀드렸던 것처럼 저희도 여전히 고민입니다. 그러니까 그 부분을 다시 복원을 해서 그런 사업자에 대해서 리니언시 요건 혜택을 제한하는 부분으로 갈 것인지 아니면 그럼에도 불구하고 실무상 투명성 체고라든지 아니면 입증의 어려움 등 이런 부분은 여전히 남아있기 때문에 현재

상황을 몇 년간은 지켜보면서 사후에 평가도 하는 기회를 가진 후에 다시 도입을 할 것인지 등 이런 부분들을 고민을 하고 있는 수준이기 때문에 지금 어떤 것이 타당하다고 바로 즉답하기는 힘든 것 같습니다. 이상입니다.

사회자 : 자 다음 우리 홍대식 교수님 먼저 하실까요. 순서대로 차례대로 하시죠.

홍대식 교수 : 예 저기 토론에 참여하신 분들의 포인트 잘 들었구 굉장히 도움이 되었습니다. 우선 공통적인 것 말씀드리면요 제가 기능적 관점을 강조하는 이유가 그러다 보니까 법학적 접근하고 자꾸 충돌이 생기는 것 같은데 이 과징금 고시를 만드는 용역작업을 할 때 부터 사실 과징금 제도라는게 행정법상의 제도거든요. 여기 김대인 교수님도 나와 계시지만 행정법 학자들이 논의를 많이 했습니다. 근데 과징금의 의의와 법적 성격 뭐 이런 것에서 거기서 갇혀 있으면 제대로 설계해야 되는데 기능적인 발전이 없는 참 어려웠어요. 뭔가 만들어내라고 하는데 계속 그 얘기만 하고 있으면 설계가 안되거든요. 그러다 보니까 발상의 전환을 했던 것이고 공정위 용역 할 때도 처음에 의의, 성격부터 따지기 시작하면 아마 용역이 진전이 안되었을 겁니다. 우선 그건 일단 접어두고 도대체 과징금을 만들자 그러니까 저는 나무와 숲 비유를 좋아하는데 과징금 제도 이야기를 할 때 우선 나중에 다 만들어 놓고 나서 숲이 아름다운지는 규범적 판단을 해야겠지만 일단 나무를 심어야 되거든요. 그런 면에서 기능적 접근을 했던 것이고 그래서 하다 보니까 아무래도 경제적인 사고를 바탕으로 해서 만들어 냈습니다. 만들어 냈는데 하지만 그러다 보니까 또 그런 효과도 있습니다. 과징금이 전에는 어떤 규제 기준이 없기 때문에 딱 금액이 나왔는데 이게 어떻게 나왔는지 산정하는 과정에서도 감시하기 어렵고 판단하기 어려웠거든요. 그런데 아주 세밀하게 만들

다 보니까 물론 여러 가지 워딩의 문제도 있고 사실은 제 책임이 아닌 부분도 있습니다. 제가 그렇게 하지 않았는데 공정위에서 바뀌서, 뭐 ‘원칙적’ 이런 말 제가 넣은게 아니거든요. 그런데 그러다 보니까 이제 세밀하게 과정에 대해서 argue 할 수 있는 여지가 많이 생겼다는 게 하나의 장점이고요. 다만 어디까지나 나무를 심는 것이기 때문에 나무가 제대로 심졌는지 이런 걸 체크를 하는 것이지만 결과적으로 그렇게 선언된 금액이 전체적으로 봤을 때 규범적으로 봤을 때 숲이 제대로 꾸며져 있는지는 다시 판단해줘야 합니다. 그러니까 이제 공정위는 지금 제가 한가지 한계를 느끼는 것이 이렇게 만들었더니만 거기 맞춰 가지고 하는데 그 결과는 과연 지금 말씀하신 비례원칙이라든지 형평의 원칙이라든지 이런 법적인 원칙하고 부합하는 것인지는 아무도 판단하지 않거든요. 그럼 결국 공정위가 그걸 하지 않으면 법원에서 다시 이걸 해야 합니다. 그런데서 조화가 나무와 숲의 조화가 필요하다는 말씀을 드리고요. 그래서 지금도 결국 제대로 개선안 작업에서는 어쩔 수 없이 이렇게 테크니컬한 면을 건드릴 수 밖에 없다는 점을 좀 양해해 주시면 좋겠고요. 그 다음에 인제 질문하신 것 중에서 세부적인 거 한 가지씩만 말씀드리겠습니다. 우선 예 그 권재열 교수님, 이동원 교수님께서 말씀하신 것 중에서 매출액 제출 거부, 허위자료 제출의 가능성에 대해서 말씀을 하셨는데요. 지금 공정거래법상 매출액 자료가 없으면 정액으로 가도록 되어 있지요. 그런데 이제 제가 과징금에 일단 발을 들여 놓으니까 연구하는 사람이 과제를 잘 선택해야 하는데 한번 발을 들여놓으면 못 빠져나온다는 과징금 제도가 워낙 좋은 제도라고 생각하기 때문에 규제하는 입장에서는 정통부도 과징금제도를 갖고 있고 정통부도 과징금제도를 개선을 했습니다. 개선 작업에 어쩔 수 없이 자문을 많이 해줬는데 그러니까 늘 정통부가 공정위를 따라 가고 있어요. 그래서 이제 과징금 제도도 공정위가 예전에 역진 차감하니까 정통부도 역진 차감했다가 공정위가

관람제로 바꾸니까 정통부도 이번에 관람제로 바꿨거든요. 작년에 바꿨고 올해 좀 개선을 했는데 근데 공정위보다 좀 진일보한 면이 뭐가 있냐하면 관련매출액에 대한 자료가 허위자료 제출이거나 없을 경우에 정액으로 바로 가는게 아니구 관련매출액을 추정하는 기준을 만들어 놨습니다. 그래서 그게 정통부의 방식인데 꽤찮은 아이디어인 것 같기도 하구 위험하기도 하구 좀 그렇습니다. 그런게 있고요. 그리고 저기 이호영 교수님 지적하신 것 중에서 관련매출액에 관해서 기본적으로 합의대상에 포함하는 것이라고 보는 것이 제일 정확합니다. 근데 문제는 상당수의 카르텔 사건이 합의의 직접 증거가 없기 때문에 결국 합의를 추정하고 사실상이든지 법률상이든지 추정하고 그러다 보니까 합의의 대상이 있는 경우 합의가 직접 아주 우연히 합의가 나오는 경우는 그거랑 결부돼서 하면 되는데 합의를 뭘 했는지 알 수 없는 경우에는 오히려 관련성이 넓어지는게 실제적인 사안입니다. 그렇기 때문에 이것을 이제 어떻게 타개할 것이냐 하는 측면에서 어떻게 말하면 기간 동안의 모든 결과가 이렇게 갈 수가 있거든요. 만연하게 갈 수 있는 측면이 있어서 근데 공정위는 사실은 공정위가 입증을 다하는게 맞죠 그런데 공정위는 사실상 그냥 추상적으로 보거든요. 그래서 저는 이것을 어떻게 통제할 것인가 하는 것을 따질 때 차라리 그러면 절차적으로 아예 그건 사실상 완화해 주고 입증책임을 공정위가 잘 모르니까 사업자가 적극적으로 자료를 냈을 때 이거는 관련성이 없다 효과가 경쟁자에 전혀 영향을 미치지 않았다 했을 때 그것을 반영해 줄 수 있는 프로세스를 만드는 게 낫지 않을까 오히려 그런 생각을 했었습니다. 그리고 그 다음에는 전반적인 지적에 대한 답변으로 제가 같음을 하겠습니다. 감사합니다.

사회자 : 다음 우리 조성국 교수님 부탁드립니다.

조성국 교수 : 예. 먼저 권재열 교수님 좋은 지적 감사드리고요. 그

리고 사실 확인부터 드려야 할 것 같은데, 동의명령제를 도입하면 ALJ에 장점이 있다고 하시면서 토론문에 동의명령을 미국의 법관관여 제도를 제도적으로 보장하는게 바람직하다 이렇게 되어 있지 않습니까 이걸 김두진 박사님 말씀으로 수정된 걸로 봐도 되겠지요? 예, 그렇게 말씀을 드리겠습니다. 그리고 행정법관사제도 도입의 계기에 대해서 저도 교수님과 같은 시각을 가지고 있고요. 그리고 주로 뉴딜정책 이후에 업무가 많아졌다라는 것도 중요한 이유 중의 하나라고 저도 들은 적이 있습니다. 그리고 대심구조를 강화하는 것은 교수님 표현대로 행정규제주의의 수정이라는 표현도 가능하겠지만 저는 행정규제주의를 더욱 더 보완해서 더 발전시키는게 아닌가 요런 표현을 쓰고 싶고요. 그리고 행정절차법의 관계에 대해서도 어차피 행정법관사제도가 도입이 되면 공정거래법에 규정이 아마 되어야 할 것 같고요. 그렇다면 행정절차법에 다른 법률에 규정이 있으면 적용 안되게 되어 있으니까 그 문제는 그렇게 하면 해결이 되지 않을까 저는 그렇게 생각을 해보겠습니다. 그리고 홍명수 교수님 소회의 관련해서 이제 좋은 지적 해주셨는데 저는 가장 큰 문제가 소회의 구성원이 또 전원회의 구성원이 그대로 될 수 있기 때문에 이의신청에 좀 문제가 있다고 생각을 하고요. 행정법관사제도와 가장 큰 차이점이 아마 그것이 아닌가 싶은 생각이 들거든요. 그래서 그런 쪽에서 좀 차별화가 되지 않을까 싶습니다. 그리고 한정미 박사님 좋은 지적 감사드리고요. 청문주재자의 역할을 강화해야 된다는 전제에 동의를 하고요. 장기적으로는 뭐 그렇게 강화하다 보면 행정법관사와 유사하게 될 여지도 아마 있지 않을까 생각을 합니다. 다만 이제 과징금하고 행정법관사를 연관을 시켜 주셨는데 이거는 좀 고리를 찾기 어렵지 않을까 싶은 생각이 드는게 미국 같은 경우는 과징금제도 자체가 없다 보니까 행정법관사가 하는 것은 미국식으로 말하는 equity 즉 형평법상의 권한에 대해서만 할 수 있지 않습니까 그래서 미국에서는 ALJ하고 과징금하

고 연결시키는게 좀 어려운 것 같고요. 다만 우리나라에 왔을 적에 엄두해 두신 표현일지 모르겠는데 행정법판사제도를 도입했을 적에 과징금도 행정법판사한테 권한을 줄거냐. 요 문제는 여러 가지로 좁고민을 해 볼 여지가 있는 것 같습니다. 동의명령도 마찬가지로요. 일단 제 생각만 간단히 말씀을 드리면 저는 동의명령을 도입했을 적에 과징금에 대한 것까지 하는 것은 조금 무리라는 생각을 가지고 있고요. 아마 홍명수 교수님 논문에는 아마 반대되는 견해가 있는 걸로 알고 있습니다만 예, 저는 그렇게 생각을 가지고 있고 왜냐하면 과징금 같은 것은 일단은 동의명령에서 서로 협상하는 이런 것보다는 위원회에서 결정하는게 낫지 않을까 이런 생각을 가지고 있고요. 행정법판사도 저는 마찬가지로 생각을 합니다. 그냥 시정명령 같은 이런 것들은 모르겠는데 행정법판사한테 과징금권한까지 굳이 줄 필요는 있을까 저는 그렇게 생각을 하고 있습니다. 그리고 유진희 교수님 좋은 지적 감사드리고요. 법적 정합성 문제에서 다른 부처는 없는데 공정거래위원회 있을 적에 좀 문제가 될 소지자 다분히 있을 것 같습니다. 처음에는 아마 문제점도 있을 것 같고 혼란도 있을 것 같습니다만 미국에서도 행정법판사가 제대로 working 하는 부서가 FTC라든지 통신위원회라든지 이런 부서들이고 또 우리나라 공정거래위원회는 항상 앞서가지 않습니까 과징금도 공정거래위원회가 최초로 도입한 제도이고 우리가 일본보다 앞선게 거의 없는데 공정거래법은 앞서 있다. 그리고 우리가 G7에 가장 먼저 가입한 것이 공정거래법 분야라고 우리끼리 그렇게 이야기를 하고 있는데요. 일단은 먼저 우리가 공정거래는 해보자. 그런 생각을 가지고 있고요. 그리고 그 공정성 측면만 생각한다면 교수님 말씀하신 데로 미국식 모델이 일본식 모델보다 더 나은 것은 사실인 것 같습니다. 장기적으로 그렇게 갈 여지도 있다고 생각을 합니다. 다만 이제 단기적으로 아직까지 법조계에 그런 전문성을 가지신 분들이 좀 부족할 수가 있고 그리고 행정법판사제도가

효율성이라는 측면에서도 좀 논의가 되고 있는 것 같거든요. 그래서 지금 같은 시스템에서는 아무리 경미한 사건도 위원님 세분이 모여서 결정을 해야 하는데 행정법판사가 한다면 한명이 가능할 수 있을 것 같고 효율성적인 측면도 고려한다면 일본식 모델도 우리가 참고해 볼 만한 가치가 있지 않나 그런 생각이 들고요. 참고로 우리가 내부에서 직원을 충원한다 하더라도 반드시 그 속에는 어떤 전제 전제가 들어가냐 하나면 공정거래위원회 지금 근무하는 사람만 충원하다는 그런 의미보다는 내부적으로 충원을 한다 하더라도 외부에서 전문가를 모셔가지고 내부직원으로 임명할 수 있을 것 같거든요. 예를 들어 가지고 우리 최재호 검사님 같은 경우 가장 책임자가 아닐까 생각이 들거든요. 물론 오실지는 모르겠습니다만 그래서 어쨌든 일본식 모델로 해서 내부충원한다 하더라도 법률적인 소양이 있는 사람을 가령 자격증 소지자가 좋겠죠. 그런 사람을 충원하는 것이 필요하지 않을까 이렇게 생각을 합니다. 이상입니다.

사회자 : 네 감사합니다. 김두진 박사님 맨 마지막으로 답변 부탁드립니다.

김두진 박사 : 예, 먼저 권재열 교수님께서 말씀하신 그 적용범위 문제 같은 것은 일단 제가 오늘 아침에 이 원고는 작성한 뒤인데요. 신영수 교수가 쓰신 기업법연구에 나온 논문을 봤는데 거기 보니까 결론부에, 이것은 도입이 되더라도 경미한 공정거래법 위반행위에 대해서 적용하는 것이 적절치 않은가 이런 식으로 이야기하고 계시고 또 한정미 박사님 질문, 토론요지에도 보니까 한철수 국장님께서 이제 공정위가 그런 걸 검토하고 계시다는 그런 얘기도 봤는데, 글썬 저는 그건 조금 생각해 볼 문제라고 생각하고요. 일단 적용범위를 어떻게 제한한다는 것은 이런 동의명령제도라는 것이 기대하는 성과 같은 것을 생각할 때는 꼭 그렇게 제한을 둘 필요가 있을지 하는 기본

적인 생각을 갖고 있고요. 그리고 예컨대 경제력집중억제제도 같은 것은 동의명령 대상으로 하기에는 조금 적절치 않을 수도 있겠다. 이런 정도는 생각하고 있지만 그러나 이제 경미범죄에 한해서 이걸 먼저 이용하는게 적절한지에 대해서는 조금 의문을 갖고 있습니다. 그 이유는 사안 자체가 복잡하고 기술적이고 이래서 경쟁당국이 조사해서 증거를 확보하기 어렵다든지 복잡하고 시간이 오래 걸리고 이런 문제에서 오히려 동의명령제를 동원해 가지고 빨리 해결을 가져오는 그런 것을 생각한다면 그 문제는 오히려 반대의 경우를 더 생각할 수 있지 않을까 하는 것이죠. 홍명수 교수님이 이야기하신 시정권고제도와의 관련성에 관해서는 이렇게 생각해 볼 수가 있는데요. 시정권고제도는 공정위가 조사를 다 끝내놓고 위법성이 좀 경미하다든지 해서 권고를 하고 사업자가 수락을 하면 이대로 확정되는 그리고 실제로는 시정조치가 행해진 것으로 보는 그런 제도이기 때문에 동의명령제도 하고는 그 적용되는 판도가 좀 다른 것이 아닌가 일단 그런 생각이 들고요. 그 다음에 한정미 박사님이 이야기하신 공정위 조사에 따른 기업의 사실상 부담 문제 이런 것은 현실적인 문제지요. 제도를 어떻게 운영하느냐 그런 것에 관련된 건데 그것은 김대인 교수님께서 지적하신 capture theory 같은 쪽에서 이야기하는 것과고는 다른 방향에서, 제도가 잘못 운영되었을 때 생길 수 있는 문제인데요. 그런 것은 제도 운영차원의 문제이고 그렇지만 제도적으로도 그러한 문제점을 방지하기 위한 제도의 보완은 충분히 고려해 볼 필요는 있다. 저는 두 분께 그런 답변을 드리고 싶고요. 그 다음에 유진희 교수님께서 동의명령의 조건을 준수하는지 여부를 지속 감시하는 장치가 필요하다는 이야기를 해주셨고요. 그와 관련해서 지금 생각되는 것은 예컨대 AT&T 사건에서 한 10년간, 보통 미국 동의명령은 보통 10년을 유효기간으로 정하고 있는 것 같은데요. 그 기간 동안에 계속 준수 여부를 감시를 하고 그 역할을 법원이 하는 것 같습니다. 거기다가 AT&T

에서 1982년에 나왔던 동의판결도 사실은 그 전에 있던 동의명령을 수정한 것이고요. 그래서 그것이 수정된 최종판결(Modified Final Judgment)이라고 불리었는데 그런 과정이 상당히 오래 걸리고 비용도 많이 드는데 그와 같이 준수 여부를 감시하는 장치는 당연히 필요한 것이고 그리고 그와 관련해서 공정거래법 입법예고된 법안에는 들어있지 않지만 법안에는 현저한 사정변경이 있다든지 조건의 이행을 하지 않는 다든지 이럴 때에 취소하고 재결을 개시하는 그런 조항은 있는데 수정하는 그런 것은 없는 것 같습니다. 그런 것은 제도적으로 마련될 필요가 있지 않나 그런 생각이 들고요. 그것이 유진희 교수님이 제기하신 문제점에 대해서 저는 전적으로 동의하지만 관련되는 문제인 것 같아서 같이 말씀드리고요. 그리고 손님으로 와주신 최재호 검사님께서 해주신 좋은 말씀 감사 드립니다. 그런데 동의명령과 관련하여 하신 말씀과 관련해서는 동의명령규정이 51조2에 있고 뒤에 불복절차에 관한 규정이 있으니까 이걸 당연히 공정위의 처분에 대해서처럼 불복할 수 있는 걸로 생각할 수 있지 않느냐 이렇게 이야기 하시는데 미국의 동의명령은 사법적인 불복을 하지 않는다 이런 걸 동의명령의 조건으로 하는 것이 보통이죠. 왜냐하면 이것으로 다 종결하는 것이기 때문에 일단 동의명령으로 자기한테 재결을 통해서 불리한 결과가 오는 걸 방지해놓고 그 다음에 거기에 대해서 또 제소해 가지고 거기서 더 알아보려고 하는 것은 이걸 용납이 안되는 거고 당연히 예상할 수 있는 바이기 때문에 동의명령 조건 속에 그게 보통 들어가는 것이 전형적인 거라고 들었습니다. 우리의 경우에도 동의명령의 조건안에 그것이 들어가야 할 것이고요. 그래서 그렇다면 불복할 수 있는 사유로 생각되는 것은 동의명령의 교섭단계에서 한박사님이 우려하시는 그런 상황 그러니까 강압적으로나 독단적으로 경쟁당국이 요구해 가지고 이게 교섭이 된 경우라든지 이럴 때에만 한정해서 예외적으로 불복을 해가지고 사법심사를 받는다는지 이런 것은 생각해 볼 수 있

지 않은가. 그렇게 생각이 됩니다. 그리고 손님으로 와주신 곽규택 검사님께도 좋은 말씀 감사드립니다. 곽 검사님 말씀하신 동의명령제 관련된 얘기는 형사벌 여부 이것이 동의명령의 본래의 면은 아니지만 이것을 동의명령의 교섭시 논의에 포함시켜 가지고 거기 대해서 확답을 주면서 고발 안할테니까 동의명령 해봐라 이런 식으로 할 것에 대한 우려를 표시하시는 것 같습니다. 그러나 법안에서는 “동의명령이 있었다는 사실은 별도의 민사 소송 또는 형사소송에서 위반행위를 입증하기 위한 증거로 사용되어서는 아니된다”고 하므로 그렇게 운용되는 것은 본래의 제도취지와 달리 운용되는 것이 아닌가 싶습니다. 아까 말씀하신 것처럼 전속고발권제 때문에 공정거래법 위반사건 중 사회경제적 피해가 크게 발생하고 위법성이 강한 것에 대해서 형사처벌이 이루어지지 않는 부분에 대해서는 저도 옳지 않다고 생각합니다. 거기 대해서는 동의명령제와 다른 차원에서 논의가 될 중요한 점에 대한 지적이시라고 생각이 됩니다. 그리고 김대인 교수님께서 말씀하신 동의명령의 계약적 성질에 관한 말씀은 분명히 이게 계약적 성질, 교섭과정에서 자기에게 내려질 처분의 내용에 대해서 교섭을 한다는 면에서 이것이 계약적 성질을 가지지만 계약으로 완성되어 가지고 처분으로 내려지는 것이 되면 그 단계에서는 결국 법적 성질은 처분으로 되는 것이라고 저는 파악을 하고 있거든요. 그래서 그렇게 된 상황에서는 이제 계약의 성질은 거기서 후퇴하는 것이 아닌가 말하자면 동의명령의 교섭단계에서는 계약으로 이루어지지만, 그래서 그러한 해석에 있어서도 계약적인 요소를 많이 감안을 해서 해석을 하는 것이 필요하지만 일단 합의가 완성되어 가지고 결국 처분으로 내려지고 나면 이건 처분이고 그렇게 되면 아까 말씀하신 김대인 교수님께서 지적하신 직권취소라든지 이런 문제도 있을 수 있기 때문에 거기에 대해서 보완하는 장치가 명시적으로 법안에 마련되는 것은 필요하겠나 이런 생각이 들고요. 그리고 지적하신 투명성 보장문제라든지 이

녹취록

런 것에 대해서는 저는 전적으로 옳으신 지적이라고 생각하고 그런 것에 대해서는 충분히 보완이 필요하다 이렇게 생각을 합니다. 감사합니다.

사회자 : 자 우리가 예정시간보다 1시간을 초과해서 이런 경우도 드물지만 또 그 1시간이 초과했음에도 불구하고 시종 고도의 집중력을 가지고 이 발표와 토론을 해 주신 여러분들도 대단하신 것 같습니다. 뭐 아직까지 미진한 부분은 있지만 나머지 부분은 우리가 조금 있다 식사시간에 마저 하는 것으로 하고 오늘 공정거래법집행의 선진화에 관한 전문가 워크숍을 이것으로 모두 마치도록 하겠습니다. 열성을 다해주신 참석자 여러분들 같이 박수 한번 칩시다.