2017년도 연구용역보고서

과징금 제도 운영 현황 및 개선방안에 관한 연구

- 2017. 1. 15. -

이 연구는 국회예산정책처의 연구용역사업으로 수행된 것으로서, 보고서의 내용은 연구용역사업을 수행한 연구자의 개인 의견이며, 국회예산정책처의 공식 견해가 아님을 알려드립니다.

연구책임자

성균관대학교 경제학과 교수 김일중

과징금 제도 운영 현황 및 개선방안에 관한 연구

2017. 1. 15.

연구책임자 김 일 중 (성균관대학교 경제학과 교수)

연구보조원 변 재 욱 (성균관대학교 경제학과 박사과정수료)

연구보조원 전 수 민 (성균관대학교 경제학과 박사과정)

연구보조원 이 주 원 (성균관대학교 경제학과 석사과정)

이 연구는 국회예산정책처의 연구 용역사업으로
수행된 것으로서, 본 연구에서 제시된 의견이나 대안 등은
국회예산정책처의 공식의견이 아니라 본 연구진의 개인 의견임.

제 출 문

국회예산정책처장 귀하

본 보고서를 귀 국회예산정책처의 연구과제
「과징금제도 운영 현황 및 개선방안에 관한 연구」의
최종 보고서로 제출합니다.

2017. 1. 15.

성균관대학교 경제학과 교수 김 일 중

요 약

❑ 제I장 서론

○ 본 연구의 목적은 공정거래법상 과징금제도에 관해 경제학적으로 검토하고, 이를 통해 실효성 있는 과징금제도 개선의 근거를 마련하는 것임. [제I장 1절]

- 가장 최근 공정거래위원회는 공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위를 위반했다는 사유로 미국 글로벌 IT업체인 '퀄컴社'를 대상으로 시정명령과 더불어 역대 최대 규모의 과징금인 1조 300억원을 부과하였음. 또한 한국피자헛은 가맹사업자에게 불이익을 제공하였다는 이유로 시정명령과 더불어 5억원 이상의 제재를 받는 등 근래 과징금의 부과건수 및 부과금액이 급증하고 있음.
- 공정위의 제재 결정에 대한 불복소송률이 최근 증가추세(예: 2015년 공정거래법상 과징금 불복소송률은 60%)이고, 아울러 공정위의 패소사례도 부쩍 늘어났음.
- 이러한 상황에서, 한국 과징금제도의 실효성 검토에 대한 시급성이 요구되고 있음. 따라서 본 연구에서는 과징금제도 운용의 효율성 및 형평성 제고 방안을 제시하고자 함.

○ 이상의 목적을 위해 기존 선행연구 및 해외법제의 현황을 파악하고, '심결자료'와 '법원판결자료'를 전수 조사한 후 다양한 실증분석을 시도함. [제I장 3절]

- 제II장에서는 현행 공정거래법 과징금제도의 현황을 파악하고 과징금의 법적성격 내지는 목적을 검토한 뒤, 사회 최적 과징금제도를 이론적으로 알아봄. 이후 제III장에서는 해외법제와의 비교를 통해 현행 과징금제도의 실효성과 연계된 주요 이슈들을 검토함.
- 이상의 법적 및 경제적 배경을 바탕으로, 제IV장에서는 2005~2015년 동안 공정위가 공정거래법 하에서 과징금을 부과한 심결자료를 이용하여 과징금의 현황을 파악하고 실제과징금액수의 주요 결정요인을 추정하는 실증분석을 수행함.
- 마지막으로 제V장에서는 2010~2015년 동안 공정위 과징금 처분에 대해 불복한 사건들의 법원 판결문을 전수 수집하여 상기 심결자료의 세부정보들과 연계시킴으로써 불복제소의 추세 및 원인 등을 우선적으로 확인하고, 공정위 패소율에 관해 심층적인 실증분석을 시도함.

❑ 제II장 과징금제도 현황 및 사회 효율적 과징금제도

○ 과징금제도의 가장 바람직한 목적은 위반행위가 야기한 '피해의 내부화'임. [제II장 2~3절]

- 해외 학계 및 법조계에서는 당해 위반행위로 취득한 경제이득뿐만 아니라 사회에 미친 모든 피해를 고려하여 과징금을 부과하는 것이 바람직하다는 입장을 취함.

⇨ 과징금 부과목적은 '피해내부화'에 두는 것이 가장 바람직하며, 향후 이 목적에 더욱 충실히 부합되는 방향으로의 정책 전환이 필요함. 특히 위반행위로 인한 피해규모를 더욱 정확히 측정하고, 위반행위별 적발어려움의 차별성을 반영하는 기법개발이 시급하게 요구됨.

○ 과징금 산정과정에서 중복적으로 적용되는 항목들을 축소하는 등 산정과 관련된 제반 실체적 제도들을 더욱 개선하고 그 운영상의 투명성을 제고해야 함. [제II장 2절]

- 위반행위 중대성 정도는 과징금 고시의 '세부평가기준표'에 의한 산정점수를 통해 결정되나, 현재 의결서 상에서는 위반행위 중대성 정도 및 기본부과율의 최종결과만을 명시하고 있어 산정절차의 정당성과 투명성이 부족함.

⇨ 과징금 고시상 기본과징금 산정단계에서 중대성 정도에 연계된 법정부과율의 양극단 값들의 적용을 가급적 지양하고 객관적 지표인 산정점수표를 근거로 기본부과율을 탄력적으로 결정하되, 의결서 작성시 '세부평가기준표에 따른 항목별 산정과정 및 점수'를 명시(산정점수 산출근거 및 요약표)할 것을 권고함. 또한 과징금 산정의 전체 과정에서 동일한 가산 또는 감경요인이 중복적으로 적용되지 않도록 과징금 고시에 포함된 내용에 대한 면밀한 검토가 필요함.

※ 용어사용의 혼동을 최소화하기 위하여, 본 연구에서는 과징금 고시에 위반행위별로 규정한 관련매출액 대비 최소 내지 최대 부과기준율을 '법정부과율', 이를 기반으로 피심인의 기본과징금 산정에서 적용되는 부과율을 '기본부과율'이라고 정의함. '기본부과율'로 기본과징금이 산정된 이후 가산·감경단계를 거쳐 최종적으로 실제과징금이 결정되는데, 이 때 관련매출액 대비 실제과징금의 비중을 '실제부과율'이라고 정의함.

❑ 제III장 과징금제도의 실효성 검토

○ 피해액 산정기준으로서의 '관련매출액'은 이론적 근거 및 실제 활용가능성 측면에서 현재 국제적으로 가장 선호되는 기준임. [제III장 1절]

- 한국뿐만 아니라 주요 선진국에서는 공정거래법상 위반행위에 대해 관련매출액의 일정비율로 기본과징금을 산정하고 있으며, 수많은 선행연구들에서는 관련매출액이 현실적으로 '피해'를 반영할 수 있는 가장 좋은 차선의 수단이라고 주장함.

⇨ 선진국들의 법제 및 선행연구를 통해 관련매출액이 '피해'의 대리변수로서 가장 널리 통용되고 있는 것을 확인하였는 바, 관련매출액 사용 여부 자체에 대한 논쟁보다는 그 산정기준의 객관성과 정교화를 확보하고 산정절차가 투명하게 운영되고 있는지를 우선적으로 검토할 필요성 있음.

○ 부당공동행위에 대한 과징금의 국내 기본부과율은 평균 6.5%이고 실제부과율은 2.5%로서 주요 선진국들에 비해 현저히 낮은 수준임. [제III장 2절]

- 불명확한 근거로써 규정된 국내 법정부과율(최대 10%)은 선진국들의 절반 수준에 불과한데, 부당공동행위에 대한 국내 실제부과율(평균 2.5%)은 선진국들 실제부과율에 비해 1/8 수준에 지나지 않으며, 기본과징금 산정단계에서 적용된 국내 기본부과율(평균 6.5%) 마저도 선진국들 실제부과율의 1/3에 불과함.

⇨ 해외사례 또는 추가연구결과 등의 더욱 명확한 근거를 통해 법정부과율 기준에 대한 정당성을 확보하고 과징금 산정단계에서의 가산·감경요인들을 신중히 고려함으로써 현재 매우 낮은 수준으로 집행되고 있는 실제부과율의 실효성을 높일 필요가 있음.

○ 과징금 감경요인으로서의 '현실적 부담능력' 사유가 산정과정을 거치면서 심각한 수준으로 남용되고 있음. [제III장 3절]

- 기업규모별로 과징금을 차등적용해야 한다는 주장은 자기책임원리에 원천적으로 반하는 것이므로 동일 규모의 사회피해에 대해서는 동일 수준의 제재를 부과해야 함. (동일 사건에서 대기업이 부과받은 과징금이 중소기업에 비하여 오히려 낮았던 일부 사례는 대체로 기본과징금의 산정근거인 관련매출액을 계산할 때 이미 기업규모가 반영되었음에도 불구하고 현실적 부담능력 등의 요인으로 해당 대기업에게 오히려 더 큰 감경을 적용하는 문제로부터 발생하게 되었던 것임.)
- 공정위는 실제과징금 산정단계에서 '현실적 부담능력'의 사유로써 과징금이 과다하게 감액되고 있다는 국정감사 및 감사원 지적에 따라 고시를 개정한 바 있으나, (제IV장에서 검증되듯이 표본기간동안 수집된 심결자료에서는) 여전히 이 사유를 과다하게 적용(전체 표본 1,311*건의 무려 61%)했음을 확인할 수 있음. (* 제IV장의 심결자료 전체 표본 1,384건 중 현행 산정단계 형태로 개정된 2004년 고시(제2004-7호) 이후의 표본임.)

⇨ 현실적 부담능력 사유는 과징금 고시의 실제과징금 결정 단계에서 통상의 주요 감경요인이 아닌 별도의 예외적인 항목으로서 검토하는 방안을 마련하고, (현재 시행 중인 분할납부 방식 사용의 확대와 더불어) 영업정지 등 '비금전적 대체제재수단'들도 적극 활용하는 방안을 모색하여 법집행의 실효성을 확보해야 함.

❑ 제IV장 심결자료를 이용한 실증분석

○ 2005~2015년간 공정거래법상 과징금이 부과된 심결자료의 전수조사를 통한 검토 결과, 총부과액을 기준으로 연평균 1.5배씩 증가했으며 2010년을 기준으로 이전 5년간 연평균보다 이후 6년 연평균이 3배 증가하였음. [제IV장 1~2절]

- 2005~2015년간 공정거래법상 과징금이 부과된 심결자료의 전수를 수집하고, 두 가지 기준(의결번호 기준, 최종심결 기준)에 따라 재구성한 결과 총 1,384건의 표본을 구축함.
- 11년간 부과된 누적과징금액수는 총 6조 6천억원이며, 2010~2015년 연평균 실제과징금액수(9천억원)는 2010년 이전의 연평균(2,700억원)보다 3배 이상 증가했음.

○ 통상적으로 사회적 피해가 매우 크다고 알려진 '부당공동행위' 사건에 부과된 평균 과징금액수, 위반기간, 및 피심인 수는 여타 다른 위반행위에 비하여 월등한 차이를 보이고 있지만, 부당공동행위에 대하여 오히려 상대적으로 더 높은 감경률을 적용함으로써 결과적으로 최적 과징금제도 원칙에 심대히 위배됨. [제IV장 2절]

- '부당공동행위'의 사건당 평균 과징금액수는 전체평균의 3배 이상 높은 158억원이며, (입찰담합을 제외한) 평균 위반기간은 44개월, 사건당 평균 피심인 수는 5.3개로 여타 다른 위반행위들에 비해 사회적으로 더욱 막대한 피해를 야기함.

- 그러나 기본과징금 대비 실제과징금의 비율을 보면 부당공동행위는 48%이고 다른 위반행위는 59%로서 부당공동행위의 감경정도가 더 큼. 절대액수로 보면 감경의 차이는 더욱 커짐. 이렇게 막대한 사회적 비용을 야기하는 부당공동행위에 더 높은 수준의 감경률을 적용하고 있으므로 최적과징금제도 원칙에 뚜렷이 위배됨.

○ 산정작업의 출발점인 기본과징금은 위반유형을 막론하고 종국에 가면 '평균 절반 수준'으로 깎이고, 특히 조정단계의 후반부로 갈수록 '표준산포지수'로 측정한 '사건별 감경률의 편차'가 대폭 확대됨으로써, 최종 조정단계에서 공정위가 '미세조정(fine tuning)'을 한다기 보다는 사건별로 큰 폭의 '재량(discretion)'을 발휘한다는 증후를 포착하였음. [제IV장 3절]

- 각 산정단계별 감경률을 표준화하여 '감경률 인덱스'를 계산한 결과, 기본과징금(100) 대비 실제과징금의 감경률은 약 절반 수준(45.9)임. 특히 6개 위반행위 유형별로 살펴보면 감경패턴이 서로 매우 유사할 뿐만 아니라, 조정단계별 각 감경률 인덱스들이 전체 표본의 평균들과도 거의 일치하였음.
- 감경률 인덱스들의 산정단계별 표준편차가 후반부로 갈수록 증가함. 특히 각 단계별 감경률 인덱스로써 구한 '표준산포지수'는 각 단계별로 9.7%, 18.0%, 41.9%로서 사건별 편차가 빠르게 확대되었고, 최종단계의 사건별 조정편차는 1차 단계보다 무려 네 배 이상 컸음.
- 한편, 실제과징금 산정단계에서 가장 빈번하게 감경해준 요인은 '현실적 부담능력'으로서 전체표본의 무려 61%를 차지함. '현실적 부담능력'에만 기인한 감경률을 명시한 의결서(자료제약상 100건만을 무작위로 검토)들을 우선적으로 조사한 결과, 2차 조정과징금에 대한 평균 감경률은 20%를 상회하는 것으로 보임.

⇨ 각 산정단계별 감경요인과 요인별 감경률을 명확한 법적 근거를 통해 의결서에 구체적으로 명시할 필요가 있으며, 의결서 끝부분에 감경정보를 종합하여 기록하고 『통계연보』 등에도 상기 '감경률 인덱스'와 비슷한 정보를 전체 및 위반행위별로 포함시키기를 권고함.

○ 과징금의 주요 결정요인에 관한 실증분석 결과, '피해규모'가 크고 '적발확률'이 높은 사건일수록 실제과징금 수준도 대체로 높아지며, 또한 법제적 변수그룹 및 기타 설명변수들 중 다수가 과징금 결정에 유의미한 영향을 준다는 실증적 사실을 발견함. [제IV장 4절]

- 과징금 결정요인을 추정하는 회귀분석을 위해 크게 '경제적', '법제적', 및 '실증적' 통제변수그룹을 설명변수로 상정하였음.
- 추정결과는 전반적으로 70%를 초과하는 설명력을 보였으며, 특히 '피해규모'와 '적발확률'의 대리변수는 과징금 결정에 유의미한 영향을 주고 있었음.
- 고시의 기준들(예: 규제위반유형, 중복위반, 고의성, 고발, 및 현실적 부담능력)은 과징금의 유의미한 결정요인으로 작용하고 있음을 확인함. 대표적으로 중복위반이 실제과징금액수에 미치는 효과를 보면, 다른 조건이 동일할 때 피심인이 중복위반으로 가산받으면 사건당 평균적으로 실제과징금 부과액수가 약 3억원 증가함.

❑ 제V장 법원판결자료를 이용한 불복소송 패소의 결정요인 분석

○ 공정거래법을 위반하여 과징금을 부과받은 '사건별 불복소송 판결자료'에 근거했을 때 불복소송 제기율은 지난 11년간 급속히 증가하여 2015년에는 60%에 이르렀고, 2010~2015년간 평균은 43%로서 2010년 이전 5년간의 평균과 비교하여 약 1.5배 증가함. [제V장 1~2절]

- 공정거래법을 위반하여 과징금을 부과받은 사건의 불복소송 제기율이 공식적으로 발표되지 않으므로 본 연구진은 심결자료와 불복소송 판결자료를 일일이 확인하여 불복소송 제기율을 독자적으로 추적하고자 했음.
- 우선 2010~2015년간 공정거래법상의 과징금부과 사건들 중 피심인이 불복하여 제소한 판결자료를 『공정거래백서』를 토대로 사건번호를 수집한 이후, 두 가지 방법을 이용(서울고등법원 홈페이지의 '판결서 인터넷열람신청'과 '판결서사본 제공신청')하여 관련 판결서의 전수(220건)를 수집함.
- 이 220건에 근거하여 (행정처분년도 사건 기준) 불복소송 제기율의 분석기간 평균은 43%에 이르렀는데, 이는 2010년 이전 5년간의 평균(26%)과 비교하여 약 1.6배 높은 수치임. 특히 부당공동행위 사건에서의 과징금 결정에 대한 불복소송 제기율 평균(54%)은 예전에도 상대적으로 높았으며 최근 계속 상승하는 추세임.

○ '원고별 불복소송 판결자료'에 근거할 때 최근 6년간 공정위 패소율은 36%이고 2015년에는 43%까지 증가함. [제V장 3절]

- 위 220건의 판결서에서 '2010~2015년 서울고등법원 및 대법원에서 확정된 판결'만을 추출하여 표본을 선정한 결과 최종적으로 307건의 '원고별 불복소송 판결자료'를 구축함. 더욱 풍부한 사건정보를 확보하기 위하여 이상 수집된 307건의 판결자료와 공정위의 원래 심결자료를 '매칭'하는 작업을 수행하였음.
- 2010~2015년 사이의 서울고등법원 및 대법원 확정판결 사건에서 공정거래법상 공정위 패소율은 36%임. 가장 최근인 2015년에는 43%로서 거의 절반 가까운 판결에서 공정위가 패소하고 있음.
- 피심인들의 주요 소제기사유는 크게 세 가지임: 1) 관련매출액 산정 문제, 2) 기본부과율 적용 문제, 3) 과징금 산정단계에서의 가산·감경의 적용 문제.

○ 이어 총 8개로 세분한 소제기사유들 중에서 관련매출액 계산 과정에서의 '시장획정'과 관련된 항변은 공정위의 패소율을, 과징금 산정단계에서의 '불충분한 감경조치', '기본부과율', 및 '과징금납부명령 제외'와 관련된 피심인들의 항변들은 공정위의 승소율을 유의미하게 높이고 있음을 실증적으로 발견함. [제V장 4절]

- 예컨대 관련매출액 계산에서의 시장획정에 대한 이의는 공정위 패소율을 약 14% 포인트 증가시킴. 그리고 과징금 산정단계에서 특히 감경요인 적용에 관련된 이의제기에 법원은 피심인의 손을 들어주지 않는 경향이 뚜렷함.

○ 위반행위 및 재판절차와 관련된 '주요 사건특성들(과징금절대액수, 상고여부, 법률대리인특성)'은 공정위 패소에 유의미한 연관성을 보이고, '동일 과징금 부과사건의 전체 피심인들과 소제기한 피심인간의 가산·감경률의 차이(즉 피심인이 인지하는 차별성의 대리변수)' 중 감경률의 차이는 해당 피심인의 패소율을 유의미하게 높이는 영향을 발견함. [제V장 4절]

- 과징금절대액수', '법률대리인 특성(6대 법무법인 선임)', 및 '대법원 상고여부' 등 주요 사건특성들은 공정위 패소율에 유의미한 영향을 미침.
- '동일 사건의 전체 피심인들과 소를 제기한 피심인간 가산·감경률 차이(즉, 피심인이 인지하는 차별성의 한 가지 대리변수)' 중 자신은 과소감경되었다는 차별성의 대리변수만이 오히려 공정위의 승소율을 높임.

❑ **제VI장 결론**

○ 거듭 본 연구의 목적은 '공정거래법상 과징금제도의 효율성 및 산정기준'에 관해 경제학적으로 고찰해보는데 있음.

○ 작금 과징금 산정을 둘러싼 논란과 법적 분쟁이 속출된다는 것은 규제기관의 정책운용과 잠재적 부과대상자들의 경제활동에 불확실성을 야기하여 정책의 실효성을 담보하지 못한다는 측면에서 결코 바람직하지 않은 현상임.

○ 따라서 경제주체들에게 올바른 유인을 제공한다는 차원에서 과징금제도의 효율성을 숙고해보는 일은 현 시점에서 큰 의미를 지닐 것으로 판단됨.

○ 국내에서 주요쟁점들에 관한 본 연구의 결과가 학계는 물론 정책입안가 그리고 종국적으로는 사법부가 더욱 균형적인 시각을 갖는데 일조할 것으로 기대함.

(※ 세부 분석결과별 상세설명은 제VI장 결론에 요약되어 있음.)

목 차

보고서 요약 ····· i

제 I 장 서론 ····· 1
제 1 절 연구 배경 및 목적 ····· 1
제 2 절 연구 내용 ····· 4
제 3 절 연구 순서 ····· 9

제 II 장 과징금제도 현황 및 사회 효율적 과징금제도 ····· 10
제 1 절 한국의 공정거래법상 과징금제도 ····· 10
가. 현행 공정거래법 현황 ····· 10
나. 과징금 집행현황 ····· 12
다. 과징금 산정절차 및 제도 전반의 평가 ····· 17
라. 소결 ····· 22
제 2 절 과징금 법적성격 내지는 목적 ····· 24
가. 과징금의 목적: 부당이득환수 ····· 24
나. 과징금의 목적: 행정제재 ····· 26
다. 소결 ····· 28
제 3 절 사회 효율적 과징금제도: 법경제학적 검토 ····· 29
가. 현행 과징금제도에서 관찰되는 이론적 특성들 ····· 29
나. 최적과징금제도에 관한 간략한 이론분석 ····· 31
다. 최적과징금제도의 주요 장점 및 필요조건 ····· 32
라. 소결 ····· 34

제 III 장 과징금제도의 실효성 검토 ····· 36
제 1 절 과징금 산정기준으로서 관련매출액 사용의 적절성 ····· 36

가. 한국의 현행 법제상 과징금 산정기준: 관련매출액 ····· 36
나. 관련매출액 사용의 찬반론 (학계 입장) ····· 39
다. 국가별 기본과징금 산정기준 (실무 입장) ····· 41
라. OECD의 피해추정액 산정방식 ····· 48
마. 미국의 기본벌금액 법적규정 ····· 52
바. 소결 ····· 56

제 2 절 실제부과율 부과범위의 정당성 제고 ····· 57
가. 한국의 법정부과율 ····· 58
나. 위반행위별 법정부과율 및 실제부과율의 범위: 해외사례 ····· 61
다. 소결 ····· 67

제 3 절 '현실적 부담능력' 적용에 대한 형평성 제고 ····· 69
가. 기업규모에 따른 과징금제도 형평성 문제 ····· 69
나. 한국의 '현실적 부담능력' 기준에 따른 재량권 남용 ····· 72
다. '현실적 부담능력' 적용기준: 해외사례 ····· 76
라. 소결 ····· 80

제 IV 장 심결자료를 이용한 실증분석 ····· 82
제 1 절 심결자료 구축 및 심결자료를 이용한 과징금 주요 특성 ····· 82
가. 자료수집 ····· 82
나. 심결자료 입력 및 심결자료를 통한 과징금 주요특성 ····· 87

제 2 절 심결자료를 활용한 과징금제도 운용의 개관 ····· 93
가. 규제위반행위 ····· 94
나. 산업분포 ····· 98
다. 피심인 수 ····· 99
라. 위반기간 ····· 101
마. 기본부과율 ····· 102
바. 현실적 부담능력 ····· 106
사. 추가적 결정요인: 중복위반, 고의성, 고발, 및 기업규모 ····· 106

제 3 절 감경률 인덱스를 통한 공정위 재량권 행사정도 ····· 109

제 4 절 실제과징금의 주요 결정요인에 관한 실증분석 ····· 116
가. 실증방정식 ····· 116
나. 실증결과 ····· 119
다. 소결 ····· 124

제 V 장 법원판결자료를 이용한 불복소송 패소의 결정요인 분석 ····· 127
제 1 절 과징금 불복소송에 대한 문제제기 ····· 127

제 2 절 과징금 부과조치에 대한 불복소송 제기 현황 ····· 130
가. 사건별 불복소송의 자료수집 및 입력 ····· 130
나. 사건별 불복소송 현황 분석 ····· 131

제 3 절 법원자료를 이용한 불복소송 승패소율 분석 ····· 134
가. 피심인별 불복소송의 자료수집 및 입력 ····· 134
나. 법원자료를 이용한 공정위 승패소 현황 ····· 137

제 4 절 불복소송 승패소의 주요 결정요인에 대한 실증분석 ····· 140
가. 기본 실증방정식 ····· 140
나. 분석결과 ····· 144
다. 소결 ····· 146

제 VI 장 결론 ····· 149

참 고 문 헌 ····· 173

표 목 차

[표 II-1] 공정거래법상 위반행위별 과징금 조항, 과징금 산정근거, 및 형사벌칙조항 ····· 11
[표 II-2] 공정거래법상 위반행위유형별 과징금 부과건수 및 부과금액 (2005~2015년) ···· 16
[표 III-1] 2004년 관련매출액 기준 도입 전후 공정거래법 시행령 조문 비교 ····· 37
[표 III-2] 국가별 공정거래법상 위반행위에 대한 기본과징금(또는 벌금액) 산정기준 ····· 42
[표 III-3] 한국의 공정거래법상 위반행위별 법정부과율 ····· 59
[표 III-4] 선행연구에서의 미국, EU, 및 OECD의 부과기준율(x) ····· 63
[표 III-5] 현실적 부담능력 개정 전후 비교 ····· 74
[표 III-6] 국가별 공정거래법상 현실적 부담능력 법령 내용 ····· 77
[표 IV-1] 과징금부과 관련 주요변수들의 정의 및 기초통계량 ····· 91
[표 IV-2] 과징금부과 관련 기초통계량: 연도별 ····· 94
[표 IV-3] 과징금부과 관련 기초통계량: 규제위반행위별 ····· 97
[표 IV-4] 과징금부과 관련 기초통계량: 산업분포별 ····· 100
[표 IV-5] 규제위반행위별 기본 및 실제부과율 기초통계량 ····· 105
[표 IV-6] 현실적 부담능력 및 추가분석(중복위반, 고의성, 고발, 기업규모 등) 기초통계량 108
[표 IV-7] 산정단계별 과징금 감경인덱스 기초통계량 ····· 110
[표 IV-8] 실제과징금의 주요 결정요인: 법제적, 경제적, 및 기타 실증적 요인들 ····· 125
[표 V-1] 공정위 승패소 관련 주요 설명변수 정의 및 기초통계량 (n=307) ····· 143
[표 V-2] 과징금부과 불복소송에 대한 공정위 패소율 결정요인 ····· 148

그 림 목 차

[그림 II-1] 공정거래법상 과징금 부과건수 및 부과금액 (1996~2015년) ····· 13
[그림 II-2] 공정거래위원회의 과징금 산정절차 ····· 18
[그림 IV-1] 공정거래법상 과징금제도 변수 설계도 ····· 88
[그림 IV-2] 부당공동행위에 대한 실제부과율과 법정부과율의 국가간 비교 ····· 104
[그림 IV-3] 산정단계별 과징금 감경인덱스 분포 ····· 111
[그림 IV-4] 규제위반행위 유형별 과징금 감경인덱스 분포 ····· 113
[그림 IV-4] 각 단계별 감경인덱스의 편차 ····· 114
[그림 V-1] 소송이 제기된 시정조치건수 및 불복률 (2009~2015) ····· 128
[그림 V-2] 공정위 담합소송 패소현황 (2009.1~2015.7) ····· 129
[그림 V-3] 공정거래법상 과징금부과 불복소송 제기율 추이 (2010~2015) ····· 132
[그림 V-4] 부당공동행위에 대한 불복소송 제기율 (2010~2015) ····· 133
[그림 V-5] 2010~2015년 확정판결 기준 공정위 과징금부과 소송 패소율 ····· 138
[그림 V-6] 2010~2015년 확정판결 기준 소제기사유별 공정위 패소율 ····· 139

I. 서 론

1. 연구 배경 및 목적

2016년 12월 말 사상 초유의 과징금액수가 부과된 사건이 각종 언론을 통해 보도되었다. 공정거래위원회(이하 '공정위')는 미국 글로벌 IT업체 '퀄컴社'에 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법')상 시장지배적지위 남용행위에 대해 시정명령과 더불어 역대 최대 규모의 과징금인 1조 300억원을 부과하였다 (공정위 보도자료, 2016.12.28).[1] 이는 2010년 액화석유가스 회사의 담합사건(2010.4.23. 의결 제2010-045호)에서 부과된 과징금(6,689억원)을 훨씬 넘어선 사상 최대 규모이다.

더욱 최근인 2017년 1월에는 거래상 지위를 남용하여 가맹사업자에게 불이익을 입힘으로써 소위 '갑(甲)질'을 했다는 이유로 한국피자헛이 공정위로부터 시정명령과 함께 5억 2,600만원의 과징금을 부과받았다 (공정위 보도자료, 2017.1.3).[2] 과징금 부과액수 자체는 위 퀄컴社의 경우보다 매우 작은 규모지만 시장에서의 협상력 남용에 대한 견제기능을 대폭 활성화시키겠다는 측면에서 의미가 있는 사건이라 할 수

---

1) 글로벌 통신칩셋 및 특허 라이선스 사업자인 '퀄컴 인코포레이티드(Qualcomm Inc.)'와 2개 계열회사인 '퀄컴 테크놀로지 인코포레이티드(Qualcomm Technologies Inc.)' 및 '퀄컴 CDMA 테크놀로지 아시아-퍼시픽 PTE 리미티드(Qualcomm Technologies Asia-Pacific PTE LTD)' 등 3개사에 공정위는 과징금과 시정명령을 부과했다. 공정위 보도자료에 따르면 퀄컴社는 2015년 11월 공정위에 자진시정을 조건으로 제재 없이 사건을 종결하는 동의의결을 신청했지만, 공정위는 혐의의 중대성 및 소비자 보호 등을 이유로 이를 기각했다. 이후 여러 차례의 전원회의를 거치는 동안 다수의 IT업체(예: 삼성전자, LG전자, 애플, 인텔 등)가 심의에 참여하는 등 다각도로 쟁점들을 심의하였다. 결국 위반행위가 시작된 2009년 11월 이후 국내 관련매출액(38조원)에 기본부과율 2.7%(중대 위반행위는 2.3~3.0% 사이)를 곱해 과징금을 결정했다. 이러한 공정위 제재에 대해 퀄컴社는 "*한국 공정위의 결정은 사실과 다르며, 시장 현실을 무시한 것*"이라고 반박하며 법적 대응하겠다고 밝혔다.

2) 구체적으로 가맹점 사업자들과의 협의 없이 일방적으로 '어드민피(admin-fee)'라는 가맹금을 추가 징수한 행위, 이런 신규 가맹금 요율 등 관련내용을 가맹희망자들이 보는 가맹계약서에 2012년까지 기재하지 않은 행위, 예치대상 가맹금을 예치기관이 아닌 법인계좌로 직접 수령한 행위로 인하여 과징금을 부과받았다.

있다. 그러나 위 두 사건에서 피심인들은 모두 공정위 처분에 대해 반박하며 유감을 표시하였다. 따라서 이후 치열한 법정 공방이 이어질 것으로 예상된다.

이렇듯 과징금의 부과건수나 액수가 급증하는 상황에서, 공정위의 시정명령 및 과징금부과 결정에 대한 피심인들의 불복소송이 최근 급증하는 추세를 보이고 있다. 공정위『통계연보』(2016)에 따르면, 2005년부터 2015년까지 당해연도에 공정위가 다루는 모든 소관 법률에 근거한 행정처분(시정권고, 시정명령, 및 과징금 등) 사건들에 대한 소제기율은 꾸준한 증가추세를 보이고 있다. (공정위 소관 전체법률의 행정처분년도 및 사건 기준) 2005년부터 2009년까지의 소제기율은 한 자리 숫자였는데 반해, 가장 최근인 2015년에는 2005년에 비해 무려 5배 이상 증가한 17%였다.[3)]

나아가 불복소송에서 공정위가 패소하는 빈도도 근래 증가하고 있다. 2016년 국정감사 자료에 의하면, 지난 5년 동안 공정위가 내린 과징금 결정에 기업이 불복해 제기된 소송에서 공정위가 패소하거나 일부 승소에 그친 경우가 23.3%에 이른다고 밝혔다.[4)] 이러한 행정소송 패소 등으로 인한 실질 환급액이 2010~2015년 동안 무려 7천억원을 훌쩍 넘겼다. 피심인의 불복과 승소 자체는 자연스러운 현상일 수 있다. 그런데 과도한 불복소송 제기율 및 공정위의 빈번한 패소는 과징금제도의 실효성 및 안정성 확보에 타격을 줄뿐만 아니라 환급금 증가로 인한 국가 세입 편성에서의 혼란을 초래하는 등 다양한 분야에서 부작용을 야기한다.

근래 초고액 과징금부과사건 및 불복소송의 증가 등으로 과징금제도에 관한 논의가

---

3) 후술되듯 불복소송 제기율은 행정처분 중에서도 '과징금부과'만을 대상으로 할 경우 급격하게 증가한다. 2015년의 경우 공정위 소관 전체 법률을 대상으로 한 행정처분에 대한 불복률은 16.8%인데 반하여, 본 연구에서 구축한 '사건별 불복소송 판결자료'를 통해 파악한 공정거래법상 과징금 조치에 대한 불복률은 60%로 3배 이상 높았다.

4) 후술 되는대로 본 연구에서 구축한 '원고별 불복소송 판결자료'를 통해 파악한 공정위의 패소율은 이보다 훨씬 높고 그 증가추세가 매우 가파르다 (최근 6년간 공정위 패소율은 36%이고 2015년에는 43%까지 증가).

국내에서 활발하다. 학계나 행정기관들은 물론 잠재적인 부과대상자인 시장참여자들의 관심이 모두 고조되고 있다. 결국 입법기관에서도 이러한 논의가 심층적으로 이루어질 수밖에 없다. 주지하듯 규제위반행위를 억지하기 위한 금전적 제재(monetary penalties) 수단으로서 많은 숫자의 다양한 행정기관들이 과징금제도를 활용하고 있다.[5] 그 중에서도 공정위가 부과한 과징금은 2015 회계연도 기준으로 중앙정부 전체 과징금수납액(3,728억원)의 88.1%를 차지할 정도로 높은 수준이다 (국회예산정책처, 2016). 공정위뿐만 아니라 방송통신위원회 및 금융위원회 등의 주요 규제집행기관들 역시 과징금제도의 사용범위를 점차 확대하거나 제도의 정교화를 꾀하는 움직임을 보이고 있는 듯하다. 가령 2015년 9월 금융위원회는 현행 과징금 산정방식이 합리적이지 않다고 보고 위법의 중대성에 비례하여 '부과기준율'을 차등 적용하기로 하였다.[6] 한편 2012년 10월 국민권익위원회의 권고, 2016년 6월 감사원에서 발간한 감사보고서, 및 매년 국정감사에서 지적된 주장들의 핵심 중 하나는 과징금 부과절차의 투명성을 제고하고 공정위의 재량을 최소화하는 방향으로의 제도개선이 필요하다는 것이다. 이러한 감사원의 지적을 수용하여 최근 공정위는 과징금 감경기준을 강화하는 등 '과징금 고시'를 개정한 바 있다.

이러한 배경 하에서 본 연구의 목적은 '공정거래법상 과징금제도의 효율성 및 산정기준'에 관해 경제학적으로 고찰해보는데 있다. 금전적 행정제재인 과징금은 시장경제의 올바른 작동을 위한 여러 장치들 중 하나이다. 따라서 과징금 산정을 둘러 싼

5) 이원희 외(2013)에 따르면 2013년 8월 기준으로 과징금은 무려 123개의 법률에서 141개 조항을 통해 그 사용을 규정하고 있다.

6) 본 연구에서는 용어사용의 혼동을 최소화하기 위해 과징금 고시의 '부과기준율'을 세 가지로 분류하여 구분하여 정의한다. 첫째, 과징금 고시에 위반행위유형별로 규정한 최소 및 최대 부과기준율을 **'법정부과율'**, 둘째, 이를 기반으로 피심인의 기본과징금 산정에 적용되는 부과율을 **'기본부과율'**이라고 정의한다. 마지막으로, '기본부과율'로 기본과징금이 산정된 이후 가산·감경 단계를 거쳐 실제과징금이 결정되는데, 이 때 관련매출액 대비 실제과징금의 비중을 **'실제부과율'**이라고 정의하였다. 실제과징금은 피심인에게 최종적으로 부과된 과징금을 의미하는데, 잠재적 부과대상자들의 유인에 직접적인 영향을 줄 것이므로 과징금 관련 각종 연구에서 가장 큰 의미를 갖는다고 볼 수 있다. 따라서 본 연구에서도 실제과징금을 주요 분석대상으로 삼을 것이다.

논란과 법적 분쟁이 속출된다는 것은 규제기관의 정책운용과 잠재적 부과대상자들의 경제활동에 불확실성을 야기하여 정책의 실효성을 담보하지 못한다는 측면에서 결코 바람직하지 않은 현상이다. 당연히 입법기관은 그 개선을 위해 노력해야 한다. 그러므로 경제주체들에게 올바른 유인을 제공한다는 차원에서 제도의 효율성을 숙고해보는 일은 현 시점에서 큰 의미를 지닐 것으로 판단된다. 국내에서 주요쟁점들에 관한 본 연구의 결과가 학계는 물론 정책입안가 그리고 종국적으로는 사법부가 더욱 균형적인 시각을 갖는데 일조할 것으로 기대한다.

2. 연구 내용

본 연구에서는 과징금제도의 경제학적 고찰을 통해 실효성 있는 과징금제도의 개선방안을 마련하고자 한다. 여러 소주제별로 탐구할 것이지만, 예컨대 현재 부과되는 실제과징금의 규모와 결정요인들을 파악하고, 공정위의 과도한 재량권 행사 여부에 관한 실증적 근거를 모색하고, 불복소송 및 패소의 원인을 규명하는 등 종국적으로 제도운영상의 불확실성을 줄이는데 기여하고자 한다. 특히 현행 과징금제도가 위반행위에 대한 억지력을 적절하게 발휘하는지 여부를 검토하기 위하여 분석범주를 이하 세 가지로 집합화하여 연구를 수행하고자 한다.

첫째, 현행 과징금제도의 현황을 개괄하고 과징금의 법적성격 내지는 목적을 검토한 후, ‘법집행의 경제이론’을 통한 사회 효율적 과징금제도를 모색하고자 한다. 아울러 해외법제와의 비교를 통해서 현재 과징금제도의 실효성과 연계된 이슈들을 검토한다. 구체적으로, 과징금 산정기준으로서 관련매출액 사용의 타당성, 실제부과율 부과범위의 적절성, 기업규모별 차별적 과징금 부과, 및 현실적 부담능력에 의한 감경조치의 정당성 등에 관하여 검토한다.

둘째, 실제 과징금 부과와 관련된 일반적 특성을 파악하고 계속 제기되어 온 공정위의 재량권 과도행사에 대한 문제를 검토한다. 이를 위해 2005~2015년간 공정거래

법상 과징금이 부과된 사건들의 심결자료를 전수 조사한다. 기술적 통계치들에 기반하여 이상의 분석들을 마친 후, 필요한 변수들로써 심결자료를 거듭 보완하여 실제 과징금의 주요 결정요인을 정식으로 추정하는 작업을 수행하고자 한다.

셋째, 공정위 심결에 대한 불복소송의 추세 및 원인 등을 분석하고, 나아가 공정위의 패소확률(즉, 피심인의 승소확률)에 영향을 미치는 요인들을 파악하기 위한 모수 추정을 수행한다. 이러한 작업을 위해 국내 최초의 시도로서 귀중한 데이터베이스를 마련한다. 즉 2010~2015년간 공정위의 과징금 처분에 대해 불복하여 서울고등법원에 제소한 사건들 및 동기간 확정판결된 법원 판결문을 전수 수집하고, 이어 상기 심결자료의 세부정보들과 연계시킴으로써 확장된 분석자료를 구축한다.

□ 이상의 연구내용에 대한 분석으로부터 도출된 결과를 요약하면 다음과 같다.

[1] 과징금제도의 가장 바람직한 목적은 규제위반행위가 야기한 '피해를 내부화'시키는 것이다. 즉, 특정 불공정행위부터 발생한 각종 피해에 대한 기대치와 위반행위 적발에 따른 과징금 부담에 대한 피심인의 기대치를 사전적으로 일치시키는 수준에서 과징금액수를 결정하는 것이 사회 최적 과징금제도의 핵심이다. 물론 해당 법제는 이 원리가 반영되도록 짜여져야 한다.

[2] 피해액의 산정기준으로서 '관련매출액'은 이론적 근거 및 실제 활용가능성 측면에서 현재 국제적으로 가장 선호되는 기준이다. 한국 공정거래법상 부당공동행위의 '법정부과율'은 최소 0.5% 내지 최대 10%까지로 규정되어 선진국(미국, EU, 영국)에 비해 절반도 안되는 낮은 수준이다. 특히 사회비용을 가장 막대하게 야기하는 부당공동행위에 대한 국내 실제부과율(평균 2.5%)은 선진국들 실제부과율에 비해 1/8 수준에 지나지 않으며, 기본과징금 산정단계에서 적용된 국내 기본부과율(평균 6.5%) 마저도 선진국들 실제부과율의 1/3에 불과하다.

[3] 과징금 감경요인으로서의 '현실적 부담능력' 사유가 산정과정을 거치면서 심각한 수준으로 남용되고 있다. 가령 2005~2015년 동안 현실적 부담능력으로 인한 감경을 적용한 사건은 제IV장의 심결자료 전체 표본 1,384건 중 현재 산정단계와 동일

형태인 2004년 고시 이후의 1,311건으로써 구성된 표본의 61%에 해당한다. 특히 기업규모별 과징금의 차등적용해야한다는 일각의 주장은 자기책임의 원칙에 원천적으로 반한다. 요컨대 동일한 규모의 사회피해에 대해서는 동일 수준의 제재를 부과해야 한다. 기업규모별로 차별적인 과징금을 부과한다는 논란이 발생하는 주요 이유는 기본과징금의 산정근거인 관련매출액에 이미 기업규모 여부가 반영되었음에도 불구하고 현실적 부담능력 등의 요인으로 큰 폭으로 감액해주고 있기 때문이다.

[4] 2005~2015년간 공정거래법상 과징금이 부과된 심결자료의 전수를 수집하고, 두 가지 기준(의결번호 기준, 최종심결 기준)에 따라 재가공한 결과 총 1,384건의 표본을 구하였다. 그 결과 누적피심인 숫자는 3,122개, 누적부과금액은 6조 6천억원이다. 특히 통상적으로 사회적 피해가 매우 크다고 알려진 '부당공동행위' 사건에 부과된 평균 과징금액수는 사건당 전체평균(48억원)의 3배 이상 높은 158억원이며, 평균 위반기간 및 사건당 평균 피심인 수 역시 여타 다른 위반행위에 비하여 월등한 차이를 보이고 있지만, 부당공동행위에 대하여 오히려 상대적으로 더 높은 수준의 감경률을 적용함으로써 결과적으로 최적과징금 원칙을 심대히 위배하고 있다.

[5] 1) 산정작업의 출발점이었던 기본과징금은 위반유형을 막론하고 종국에 가면 평균 절반 수준으로 깎이고, 2) 특히 조정단계의 후반부로 갈수록 '표준산포지수'로 측정한 '사건별 감경률의 편차'가 대폭 확대됨으로써, 최종단계에서 공정위가 '미세조정(fine tuning)'을 한다기 보다는 사건별로 큰 폭의 '재량(discretion)'을 발휘한다는 증후를 포착하였다. 각 산정단계별 감경률을 표준화하여 '감경률 인덱스'를 계산한 결과, 기본과징금 대비 실제과징금의 감경률은 약 절반 수준이며, 6개 위반행위 유형별 감경패턴은 매우 유사할 뿐만 아니라, 조정단계별 각 감경률 인덱스들이 전체 표본의 평균들과도 거의 일치하였다. 그리고 각 단계별 감경률 인덱스로써 구한 '표준산포지수'는 각 단계별로 9.7%, 18.0%, 41.9%로서 사건별 편차가 확대된다.

[6] 과징금 결정요인을 추정하는 회귀분석을 위해 크게 '경제적', '법제적', '실증적' 통제변수그룹을 설명변수로 상정하였다. 실증분석 결과, 전반적으로 70%를 초과하는 설명력을 보였으며, 특히 피해규모가 크고 적발확률이 높은 사건일수록 실제과징금 수준도 대체로 높아진다는 실증적 사실을 발견하였다. 또한 고시의 기준들(예: 위

반행위유형, 중복위반, 고의성, 현실적 부담능력)은 대체로 과징금 결정에 유의미한 영향을 주고 있다. 가령 동일한 조건 하에서 피심인이 중복위반으로 가산받으면 사건당 평균적으로 실제과징금 부과액수가 약 3억원 증가한다.

[7] 2010~2015년간 공정거래법상의 과징금부과 사건들 중 피심인이 불복하여 제소한 판결자료를 우선 『공정거래백서』를 토대로 일차 사건번호를 수집한 후, 이후 두 가지 방법을 이용(서울고등법원 홈페이지의 '판결서 인터넷열람신청'과 '판결서사본 제공신청')하여 관련 판결서의 전수(220건)를 수집한다. 공정거래법을 위반하여 과징금을 부과받은 사건의 불복소송 제기율이 공식적으로 발표되지 않으므로 본 연구진은 『공정거래백서』와 위 심결자료를 이용하여 불복소송 판결자료를 일일이 확인한 후 불복소송 제기율을 독자적으로 추적하고자 했다. 이 220건에 근거하여 (행정처분년도 사건 기준) 불복소송 제기율의 분석기간 평균은 43%에 이르렀으며, 이는 2010년 이전 5년간의 평균(26%)와 비교하여 약 1.6배 높은 수치이다. 지난 11년간 급속히 증가하여 2015년에는 60%에 다다랐다.

[8] '원고별 불복소송 판결자료'에 근거하여 이렇게 피심인이 불복하여 제소한 소송에서 최근 6년간 공정위 패소율은 36%이고, 2015년에는 43%까지 증가한다. 위 220건의 판결서에서 '2010~2015년 서울고등법원 및 대법원에서 확정된 판결'만을 추출하여 표본을 선정한 결과 최종적으로 307건의 '원고별 불복소송 판결자료'를 구축한다. 더욱 풍부한 사건정보를 확보하기 위하여 이상 수집된 307건의 판결자료와 공정위의 원래 심결자료를 '매칭'하는 작업을 수행한다. 피심인들의 소제기사유는 크게 세 가지로서 1) 관련매출액 산정 문제, 2) 기본부과율 적용 문제, 3) 과징금 산정단계에서의 가산·감경의 적용 문제이다.

[9] 총 8개로 구분한 소제기사유들 중에서 관련매출액 계산 과정에서의 '시장획정'과 관련된 항변은 공정위 패소에 유의미한 연관성을 보이고, 과징금 산정단계에서의 '불충분한 감경조치', '기본부과율', 및 '과징금납부명령 제외'와 관련된 피심인들의 항변은 공정위 승소율을 유의미하게 높이고 있음을 실증적으로 발견하였다.

[9] 재판절차와 관련된 주요 사건특성들(과징금절대액수, 상고여부, 법률대리인특성)은 공정위 패소에 유의미한 연관성을 보이고, 동일 과징금 부과사건의 전체 피심인

들과 소제기한 피심인간의 감경률 차이는 해당 피심인의 패소율을 유의미하게 높이는 영향을 발견하였다.

□ 이상의 관찰 및 분석결과를 토대로 정책제언은 다음과 같다.

[1] 과징금제도의 가장 바람직한 목적인 '피해내부화'에 더욱 충실히 부합되는 방향으로의 정책 전환이 필요하다. 특히 위반행위로 인한 피해규모를 더욱 정확히 측정할 수 있는 항목이나 지수들의 발굴이 필요하고, 위반행위별 적발어려움의 차별성을 반영하는 기법개발이 요구된다. 비슷한 맥락에서, 불복소송의 주요 사유가 되어왔던 관련매출액의 더욱 객관적 산정기법도 모색되어야 한다. 이들은 단기간에 완료할 수 없는 (이하 여타 정책제언들에 비하여) 상대적으로 어려운 정책과제들임에 틀림없지만, 끊임없는 노력이 경주되어야 하는 정책적 과제이다.

[2] 과징금 고시상 기본과징금 산정단계에서 중대성의 정도에 연계된 법정부과율의 양극단 값들의 적용을 가급적 지양하고, (본 연구에서 제시하는) 객관적 지표인 산정점수표를 근거로 기본부과율을 탄력적으로 결정하기를 권고한다. 또한 의결서 작성시 '세부평가기준표에 따른 항목별 산정과정 및 점수'를 명시(산정점수 산출근거 및 요약표)할 것을 제안한다. 나아가 과징금 산정의 전체 과정에서 동일한 가산 또는 감경요인이 중복적으로 적용되지 않도록 과징금 고시에 포함된 내용에 대한 면밀한 검토가 필요하다.

[3] 선진국들의 법제 및 선행연구를 통해 관련매출액이 '피해'의 대리변수로서 가장 널리 통용되고 있는 것을 확인하였기 때문에, 관련매출액 사용 여부 자체에 대한 논쟁보다는 그 산정기준의 객관성과 정교화를 확보하고 산정절차가 매우 투명하게 운영되고 있는지를 우선적으로 검토할 필요가 있다.

[4] 법정부과율을 정함에 있어서 명확한 근거(예: 해외사례 또는 추가연구결과를 근거로 '20% 기준 적용' 등)를 통해 그 기준의 정당성을 확보하고, 나아가 과징금 산정단계에서의 '가중·감경요인'들을 신중히 법제화하고 또 적용함으로써 현재 매우 낮은 수준으로 집행되고 있는 실제부과율의 실효성을 높일 필요가 있다.

[5] 특별히 지금까지 남용위험이 작지 않았다고 추정되는 '현실적 부담능력' 항목을

과징금 고시의 실제과징금 결정 단계에서의 통상의 주요 감경요인이 아닌 별도의 예외적인 항목으로 검토할 수 있는 방안을 마련하고, (현재 시행 중인 분할납부 방식 사용의 확대와 더불어) 영업정지 등 비금전적인 대체제재수단들도 적극 활용하는 방안을 모색하여 법집행의 실효성을 확보해야 한다.

[6] 각 산정단계별 감경요인과 요인별 감경률을 명확한 법적 근거를 통해 의결서에 구체적으로 명시할 필요가 있으며, 나아가 의결서 끝부분에 감경정보를 종합하여 기록할 뿐만 아니라 『통계연보』 등에도 상기 '감경률 인덱스'와 비슷한 정보를 전체 및 위반행위별로 포함시키기를 제안한다.

(※ 더욱 자세한 정책제안 내용은 제VI장 결론을 참조.)

3. 연구 순서

이상의 연구내용을 수행하기 위해 본 연구의 각 장은 다음과 같이 구성하였다. 제II장에서는 현행 과징금제도 현황을 개괄하고 과징금의 법적 및 경제적 성격을 검토한다. 제III장에서는 해외법제와의 비교를 통해 현행 공정거래법상 과징금제도의 자리매김을 꾀하고자 하였다. 이러한 법적 및 경제적 검토를 바탕으로 제IV장에서는 2005년부터 2015년 동안 실제 공정위에서 과징금을 부과한 사건들을 대상으로 한 심결자료를 전수 수집하여 과징금 부과와 관련된 기초적인 특성을 파악한 후, 실제과징금의 주요 결정요인을 추정하는 실증분석을 수행한다. 마지막으로, 본 연구에서는 2010년부터 2015년 사이에 공정위 과징금 처분에 대해 불복한 사건들의 법원 판결문을 전수 수집하고, 상기 심결자료의 세부정보들과 연계시킴으로써 확장된 분석자료를 국내 최초로 구축한다. 이를 통해 제V장에서는 불복제소의 추세 및 원인 등을 분석하고, 나아가 공정위의 패소확률(즉, 피심인의 승소확률)에 영향을 미치는 요인들을 다각도로 추정하였다. 그리고 제VI장에서는 이상의 분석들로부터 도출된 대표적인 관찰, 분석결과, 및 필요한 정책제언 등을 요약한다.

II. 과징금제도 현황 및 사회 효율적 과징금제도

1. 한국의 공정거래법상 과징금제도

가. 현행 공정거래법 현황

한국의 과징금제도는 독과점적 시장구조의 개선을 목적으로 1980년 12월에 제정된 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'(이하 '공정거래법')에 처음 도입되었다. 후술되듯 현재 운용되고 있는 6개의 과징금조항과는 달리 도입 초기에는 '시장지배적 지위 남용행위'([3조의2])의 과징금 부과조항인 [6조]만 도입되었다.[7] 과징금의 최초 '도입목적'에 관해서는 법률에 명시되어 있지는 않지만, 후술되듯이 일부 문헌에서는 불법적인 경제이익을 박탈하는 '부당이득환수'가 그 목적이었다고 언급된다.

도입 이후 공정거래법은 (일부 및 타법개정을 포함하여) 50여 차례의 개정과정을 거치면서 현재의 형태를 갖추게 되었다. 공정거래위원회(이하 '공정위')는 12개 법률에[8] 근거하여 규제위반자에게 고발, 과징금, 시정명령 등 (기타를 제외한) 총 9가지 종류의[9] 다양한 제재수단을 사용한다. 현재 공정거래법상 운용되고 있는 과징금조항과 규제위반조항을 정리한 것이 [표 II-1]이다. 모두 11개 규제위반 행위를 대상으로 6개 과징금 조항에 근거해서 과징금을 부과할 수 있다.

---

7) 공정거래법 [6조]에서 당시 경제기획원 장관이 가격인하명령에 불응한 시장지배적 사업자에게 그 가격 인상의 차액에 해당하는 금액을 국고에 납입하도록 하고 이를 과징금이라 규정하였다.

8) 이 12개 법률은 다음과 같다. '**독점규제 및 공정거래에 관한 법률**', '**하도급거래 공정화에 관한 법률**', '약관의 규제에 관한 법률', '**표시광고의 공정화에 관한 법률**', '**할부거래에 관한 법률**', '**방문판매 등에 관한 법률**', '**전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률**', '**대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률**', '**가맹사업거래의 공정화에 관한 법률**', '소비자기본법', '소비자생활협동조합법'과 '제조물책임법'이다. (이 중 굵은 글씨체로 표시된 8개 법률에서 과징금을 명시하고 있음.)

9) 『통계연보』(2016) 에서는 조치유형을 고발, 과징금, 시정명령, 시정권고, 시정요청, 과태료, 경고, 자진시정, 조정, 기타로 분류하였다. 기타는 무혐의, 심의절차종료, 조사중지, 종결처리, 재결 등을 포함한다.

[표 II-1] 공정거래법상 위반행위별 과징금조항, 과징금 산정근거, 및 형사벌칙조항

과징금 조항	규제위반행위[a]	기본과징금 산정기준	기본과징금 산정근거[b]	형사벌칙 조항[c]
[6조]	1) 시장지배적 지위 남용행위 ([3조의2 ①])	관련매출액	매출액에 100분의 3을 곱한 금액(매출액이 없거나 산정이 곤란한 경우 등에는 10억)	[66조 ①]
[17조]	2) 지주회사 등의 행위제한 ([8조의2 ②~⑤])	위반액	[17조 ④] 각 호에 명시된 금액에 100분의 10을 곱한 금액	[66조 ①]
	3) 상호출자의 금지 등 ([9조])		위반행위로 취득 또는 소유한 주식의 취득가액에 100분의 10을 곱한 금액	
	4) 순환출자의 금지 ([9조의2 ②, ③])			
	5) 계열회사에 대한 채무보증의 금지 ([10조의2 ①])		당해법위반 채무보증액에 100분의 10을 곱한 금액	
[22조]	6) 부당한 공동행위의 금지 ([19조 ①])	관련매출액	매출액에 100분의 10을 곱한 금액(매출액이 없거나 산정이 곤란한 경우 등에는 20억)	[66조 ①]
[24조의2]	7) 불공정거래행위의 금지[d] ([23조 ①, ②])	관련매출액/ 평균매출액	▪ [23조 ①, 7호 제외; 23조의3]: 관련매출액에 100분의 2를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 5억) ▪ [23조 ① 7호, ②; 23조의2 ①, ③] 평균매출액에 100분의 5를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 20억)	[67조]
	8) 보복조치의 금지([23조의3])			[66조 ①]
	9) 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 등 금지 ([23조의2 ①, ③])[e]			
[28조]	10) 사업자단체의 금지행위[f] ([26조 ①])	연간예산액/ 관련매출액	▪ <사업자 단체> 5억 ▪ <사업자> [26조 ①] 1호: 매출액에 100분의 10를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 20억) ▪ <사업자> [26조 ①] 2~4호: 매출액에 100분의 5를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 5억)	[66조 ①]
[31조의2]	11) 재판매가격유지행위의 제한 ([29조 ①])	관련매출액	매출액에 100분의 2를 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 5억)	[67조]

주) · 이 표는 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2016.3.29 개정)', '독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2016.6.30. 개정)', 및 '과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(2015.10.7 개정)'를 바탕으로 작성되었음.
· 볼드는 2012년 이후 과징금조항이 신설된 규제위반행위임.
a) 11가지 위반행위 모두에 대하여 시정조치를 취할 수 있음. ( )는 공정거래법상 과징금이 부과되는 규제위반행위를 명시한 조항을 나타냄. 2016년 3월에 새롭게 개정된 법률에서는 '부당한 국제계약체결 제한([32조 ①])'이 삭제되었음.
b) 각 금액은 피심인별 부과의 상한액수를 의미함. [17조]를 제외한 6개 과징금조항에서 언급된 관련매출액의 산정방법은 시행령 [9조]에 명시됨. (단, [23조 ①] 7호 및 [23조의2 ①, ③]을 위반한 경우의 관련매출액은 직전 3개 사업연도의 평균매출액임.)
c) [66조 ①]에 근거하여 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금을, [67조]에 근거하여 2년 이하의 징역이나 1억 5천만원 이하의 벌금을 부과할 수 있음. [66조 ②]에 근거하여 [66조 ①]의 징역형과 벌금형은 병과할 수 있음.
d) [23조 ①]의 규정을 위반한 자는 [67조]에 근거하여 벌칙을 부과하며, 7호의 규정을 위반한 자는 [66조 ①]에 근거하여 벌칙을 부과함.
e) [23조의2 ①, ④]의 규정을 위반한 자는 [66조 ①]에 근거하여 벌칙을 부과함.
f) [26조 ①]의 1호의 규정을 위반한 자는 [66조 ①]에 근거하여 벌칙을 부과하며, 2호 내지 5호의 규정에 위반한 자는 [67조]에 근거하여 벌칙을 부과함.

공정거래법상 과징금제도의 특징 중 하나는 각 규제위반행위별로 과징금의 산정근거를 법률에 명시하고 있는 것이다. 과징금은 관련매출액의 최대 100분의 10까지로 산정 가능하다. 그리고 관련매출액을 산정할 수 없는 경우에도 부과할 수 있는 특정금액을 명시하고 있다. 가령 '상호출자의 금지 등[9조]'의 경우, 위반액의 100분

의 10까지 부과할 수 있다. 한편, [표 II-1]에서 보듯이 공정거래법은 11개 규제위반행위를 대상으로 형사벌칙도 규정하고 있으며, 이는 공정거래법 [70조]에 근거하여 양벌부과가 가능하다.[10)]

나. 과징금 집행현황

과징금을 부과할 수 있는 여러 규제집행기관들 중 공정위에서 부과한 과징금액수의 비중이 압도적으로 높다. 2015 회계연도를 기준으로 공정위에서 부과한 과징금액수는 중앙정부 전체 과징금수납액(3,728억원)의 88.1% 이상을 차지할 정도로 상당히 높다 (국회예산처, 2016). 공정위 『통계연보』(2016)에 따르면 공정위가 다루는 전체 법률상의[11)] 2015년 부과건수 및 부과액수는 각각 202건과 5,890억원이다. 2009년 부과액수가 3,711억원에서 2010년 6,081억원으로 전년대비 약 1.6배가 증가한 이래 최근까지는 비슷한 추세를 보이고 있다.

흥미로운 사실은 공정거래법에 의해 부과된 과징금액수나 빈도수가 압도적으로 많은 비중을 차지하고 있다는 것이다. 공정위가 운용하는 과징금제도는 전술했던 12개 법률 중 8개 법률에서 명시되어 있다. 『통계연보』(2016)를 통해 과징금이 처음 부과된 1988년부터 2015년까지의 공정거래법상 과징금 부과건수 및 부과액수를 살펴보면, 약 30년 동안 각각의 합계는 2,065건과 5조 8,557억원으로 이는 공정위가 다루는 전체 법률상에서 각각 평균 86.1% 및 97.5%에 해당되는 수치이다. 유독 공정거래법상 위반행위에 과징금을 강하게 부과하고 있음을 확인할 수 있다. 따라서 공정거래법의 과징금제도를 분석대상으로 삼는데 큰 문제가 없을 것이라 사료된다.

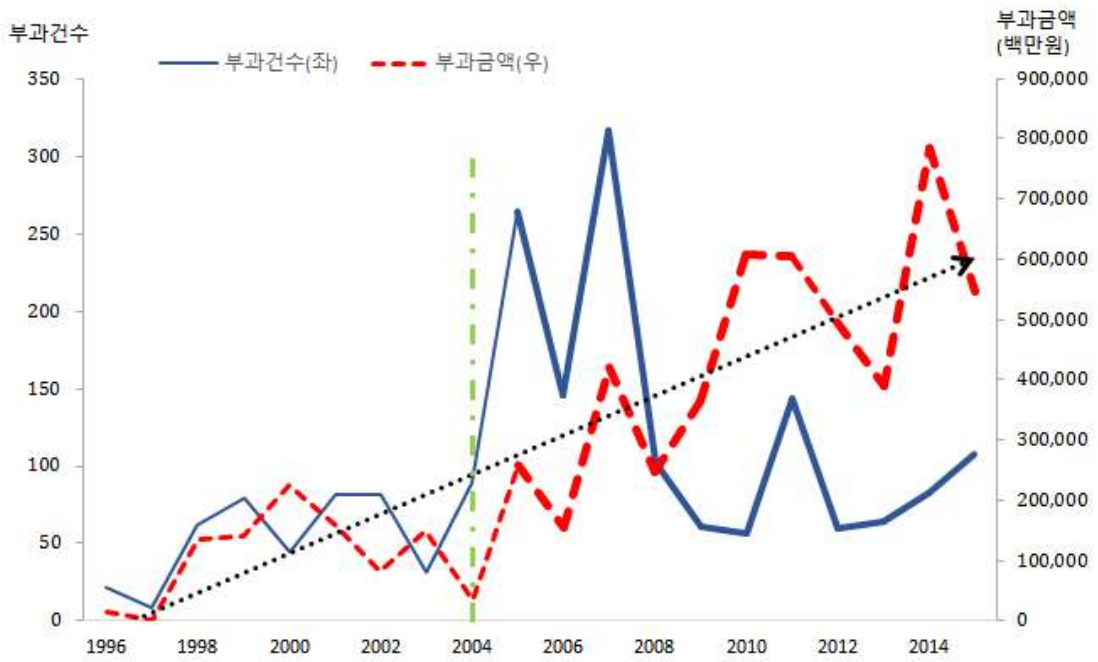
특히 과징금의 사용빈도는 2005년을 기점으로 눈에 띄게 증가하였다 ([그림 II-1] 참조). 구체적으로 공정거래 관련 전체 위반행위에 대한 과징금의 부과건수는

10) 공정거래법상 형사벌칙과 관련해서는 김일중·전수민(2011) 및 김일중(2013)을 참조할 수 있다. 본 연구에서는 형사벌칙이 주된 연구목적이 아니므로 자세한 논의는 생략한다.

11) 가장 최근에 나온 『통계연보』(2016)에서는 과징금 부과대상 법률을 크게 5개의 유형('공정거래법', '소비자보호관련법', '하도급법', '가맹사업법', '대규모유통업법')으로 구분하였다. 그 중 소비자보호관련법은 다시 '표시·광고의 공정화에 관한 법률', '전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률' 및 '방문판매 등에 관한 법률'과 같이 4개의 세부 법률로 분류된다.

2004년 91건에서 2005년 276건으로 약 3배 이상 증가하였다. 부과금액 역시 2004년 358억원에서 2005년 2,589억원으로 1년 만에 급증하였다. [그림 II-1]을 통해 2004년 이전과 이후의 기간을 시각적으로 관찰해보고자 한다. 1996년부터 2004년까지 연평균 부과건수는 56건, 연평균 부과금액은 1,056억원인 반면에, 2005년부터 2015년까지 11년 동안의 연평균 과징금 부과건수는 128건, 연평균 부과액수는 4,433억원으로 각각 2.3배 및 4.2배씩 증가하였다.[12)]

[그림 II-1] 공정거래법상 과징금 부과건수 및 부과금액 (1996~2015년)



자료: 공정거래위원회 『통계연보』, 2016.

다음으로 [그림 II-1]을 통해 과징금 부과건수(좌)와 부과액수(우)의 지난 20년 동안 시계열 추세를 확인해보자. 부과건수(좌)는 1996년부터 2007년까지 계속해서 증가해오다 2007년에 발생한 316건을 기점으로 다시 감소하는 추세를 나타냈다. 최

12) [그림 II-1]에는 표시되어 있지 않으나, 과징금을 처음 부과한 1988년까지 자료를 확장시키면 이러한 차이는 더욱 부각된다. 1988~2004년까지의 연평균 부과건수는 2005~2015년의 1/4 수준인 39건이고, 연평균 부과액수는 1/8 수준인 568억원에 불과했다.

근에는 주춤하는 듯했으나, 2012년부터 최근까지는 다시 약간의 상승추세를 보였다. 하지만 전반적으로 낮아진 부과건수에 반해, 부과액수는 1996년 이후 지속적으로 증가하고 있는 모습을 보인다. 2007년 이후에는 부과액수가 부과건수의 2배 이상인 것으로 볼 때 건당 과징금을 더욱 높은 수준으로 부과하고 있음을 알 수 있다.

과징금제도의 운용현황에 대해 좀더 세부적으로 검토해보자. [표 II-2]는 『통계연보』(2016)를 토대로 공정거래법상 위반행위에 대한 과징금 부과건수와 금액을 연도별(2005~2015년)로 정리한 것이다. 11년 동안 총 부과건수는 1,399건이고, 부과액수는 약 4조 9천억원이다. 세부위반행위의 특성을 좀 더 살펴보면, 공정위는 11년 동안 5가지 세부행위 중 '불공정거래행위'에 832건의 과징금을 부과했으며, 그 다음으로 '부당공동행위', '사업자단체금지행위' 순으로 각각 370건, 136건의 과징금을 부과하였다. 한편 높은 수치의 부과건수가 곧 강력한 규제를 의미하지는 않는다. 왜냐하면 과징금 부과액수는 '부당공동행위'가 약 4조 1,190억원으로 가장 높았기 때문이다. 즉, 11년간 부당공동행위 1건당 과징금액수는 111억원으로 불공정거래행위(4억원)보다 약 28배 이상 많았다. 또한 '시장지배적지위의 남용금지'에 대한 부과건수는 38건에 불과했지만, 1건당 부과액수는 무려 104억원이었다.

최근 초고액 과징금 부과사건들도 등장하기 시작했다. 예를 들어, 2014년 7월 호남고속철도 건설공사 입찰담합(의결 제2014-203호)으로 4,335억원의 과징금을, 2015년 7월 천연가스 주배관 공사사업 입찰담합 사건(의결 제2015-251호)에서는 과징금 1,746억원을 부과하였다. 또한 2016년 3월 시멘트업체 시장점유율 및 시멘트가격 담합사건(의결 제2016-068호)으로 5개 시멘트업체에 1,994억원 과징금을 부과한 바 있다.[13)]

---

13) 공정위는 최근 2016년 12월에 개최된 전원회의에서 글로벌 통신칩셋 및 특허 라이선스 사업자인 '퀄컴 인코포레이티드(Qualcomm Inc.)'와 계열회사인 '퀄컴 테크놀로지 인코포레이티드(Qualcomm Technologies Inc.)' 및 '퀄컴 CDMA 테크놀로지 아시아-퍼시픽 PTE(Qualcomm Technologies Asia -Pacific PTE LTD)'의 '시장지배적지위 남용행위[3조의2 ①]'의 3호(다른 사업자의 사업 활동에 대한 부당한 방해), 4호(거래상지위 남용행위)에 대해 시정명령과 함께 공정위 사상 최대 과징금인 1조 300억원(추후 관련매출액 획정액에 따라 일부 변동 가능)을 부과하기로 결정하였다 (공정위, "퀄컴社의 이동통신 표준필수특허 남용행위 엄중 제재", 2016.12.29). 이는 이례적인 과징금액수로서 향후에도 공정위는 지식재산권의 정당한 행사는 적극 장려하되, 표준필수특허 남용 등 부당하게 경쟁을 제한하고 소비자 후생을 저해하는 행위에 대해서는 엄정하게 대

이제까지의 내용을 바탕으로 공정위 과징금제도의 운영실적을 종합해보면, 첫째, 2005년 이후 공정위의 다른 제재수단들(고발, 시정명령, 과태료 등)보다 과징금제도의 사용빈도가 눈에 띄게 증가했다. 둘째, 공정위 소관 다른 여러 법률들보다 공정거래법상 과징금제도가 압도적으로 많이 사용되고 있다. 셋째, (이미 1990년대 중반부터 증가추세를 보였던) 공정거래법상 과징금 부과건수 및 부과금액이 대략 2005년을 기점으로 최근 좀 더 가파른 증가추세를 보이고 있다. 물론 이상은 공정위의 통계연보에서 확인할 수 있는 정보들로서 다분히 개괄적인 현상이다. 과징금제도의 운영과 관련해서는 공정위의 실제 심결자료를 통해 실증분석을 시도한 제Ⅳ장에서 보다 심층적으로 검토할 수 있을 것이다.

응할 계획이라고 밝혔다.

[표 II-2] 공정거래법상 위반행위유형별 과징금 부과건수 및 부과금액 (2005~2015년)

(단위: 건수, 백만원)

연도 및 구분 / 위반행위유형[a]	2005		2006		2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013		2014		2015		합계	
	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액	건수	부과금액
시장지배적지위의 남용금지 ([6조])	0	0	1	32,490	25	24,176	1	26,616	2	288,225	4	11,104	0	0	1	424	0	0	0	0	4	12,538	38	395,573
경제력집중 억지규제[b] [17조]	4	3,671	2	552	0	0	0	0	2	303	1	290	4	5,900	1	3	6	5,909	4	1,899	3	2,166	27	20,693
부당 공동행위의 금지 ([22조])	21	249,329	27	110,544	24	307,042	45	197,479	21	52,932	26	585,822	35	577,902	24	398,866	28	364,731	56	769,428	63	504,919	370	4,118,994
사업자단체 금지행위 ([28조])	10	947	5	806	7	273	16	549	9	492	7	177	27	240	6	836	14	714	16	1,193	19	1,745	136	7,971
불공정거래행위[c] [24조의2]	229	4,979	111	11,548	260	89,221	40	21,557	27	24,247	18	9,721	77	20,210	28	95,815	16	18,604	7	12,714	19	24,295	832	332,911
합계	264	258,926	146	155,940	316	420,712	102	246,201	61	366,199	56	607,114	143	604,252	60	495,944	64	389,958	83	785,234	108	560,306	1,403	4,876,142

주) · 이 표는 『통계연보』(2016)를 바탕으로 정리하였음.

a) 5개 위반행위유형은 『통계연보』 기준을 따름.

b) '경제력집중억지규제'를 다음과 같이 분류함: 지주회사 등의 행위제한([8조의2 ②~⑤]), 상호출자의 금지 등([9조]), 순환출자의 금지([9조의2 ②, ③]), 계열회사에 대한 채무보증의 금지([10조의2 ①]), 채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한([8조의3]), 금융회사 또는 보험회사의 의결권제한([11조]), 공시규정([11조의2]부터 [11조의4]), 기타 등. 과징금은 앞의 세 가지 위반행위에만 부과할 수 있음.

c) '불공정거래행위'를 다음과 같이 분류: 불공정거래행위의 금지([23조 ①]), 재판매가격유지행위의 제한([29조 ①]), 부당한 국제계약의 체결제한([32조 ①]).

· 부당한 국제계약의 체결제한([32조 ①])은 2016년 3월 개정안에서 삭제됨.

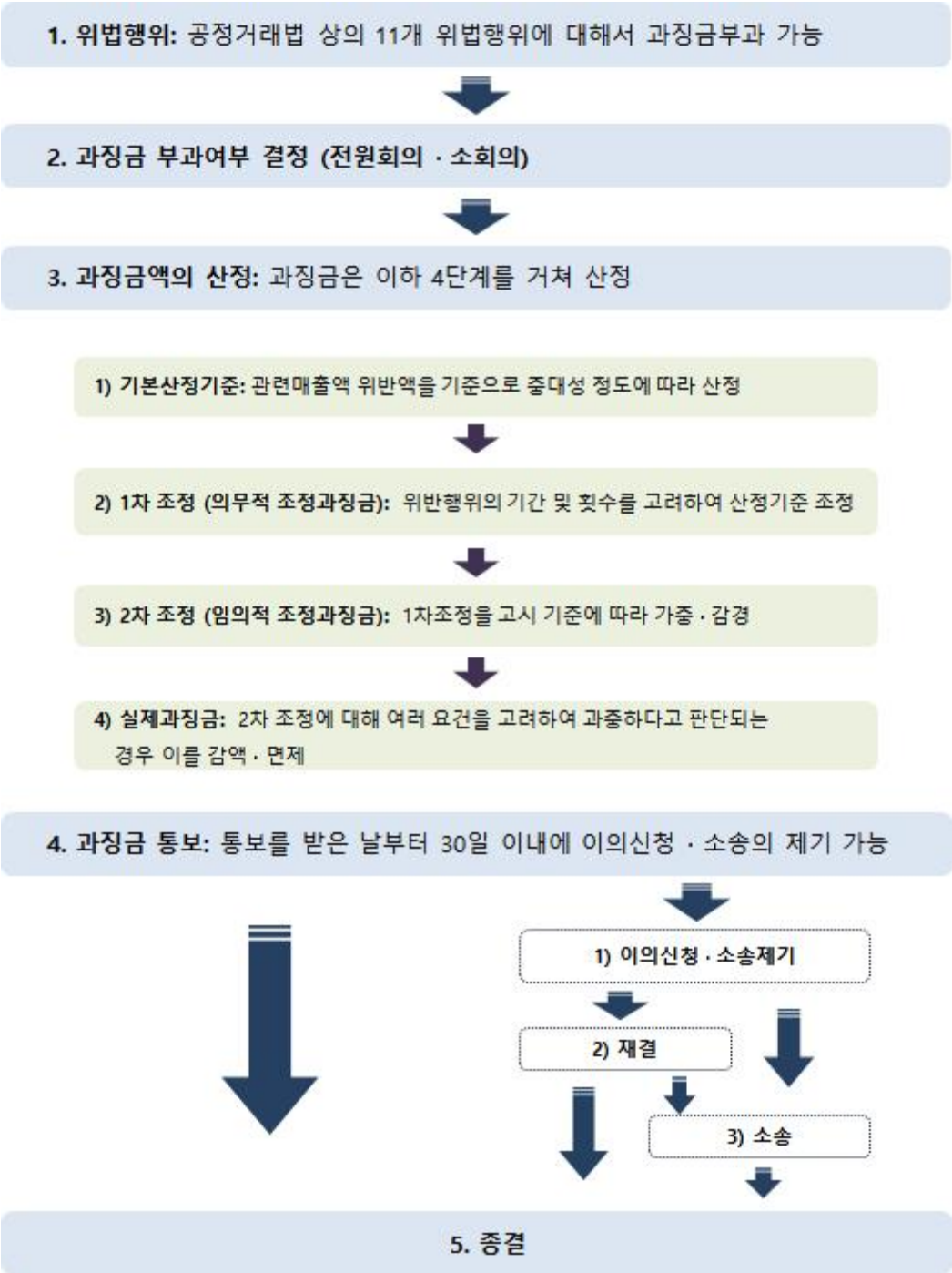
다. 과징금 산정절차 및 제도 전반의 평가

(1) 과징금 산정절차

공정거래법상 과징금제도의 실효성을 검토하기 이전에 주요 법제를 짧게 개관해 보는 작업이 유익해 보인다. 이러한 작업은 또한 향후 실증분석에 유익한 함의를 도출하는데 도움을 줄 것으로 사료된다. 먼저 공정위의 '사건절차규칙'에 의하면, 공정위는 '사건 적발·신고 → 조사·심사 → 위원회 상정 → 위원회 심의·의결 → 시정조치(시정명령, 과징금, 고발)(→ 불복 → 재결 및 소송)'의 절차로써 법을 집행한다. 과징금액수 '산정방법 및 과정'의 핵심은 다음과 같다. 과징금은 공정거래법 [55조의3 ①], 공정거래법 시행령('이하 시행령'), 및 '과징금부과 세부기준 등에 관한 고시'(이하 '과징금 고시')에 근거하여 부과되며, 그 내용이 [그림 II-2]에 축약되어 있다. [그림 II-2]에서 보듯이 (가장 최근 시행령 및 과징금 고시에 따라) '위반행위 유형에 따른 기본 산정 기준(이하 '기본과징금') → 위반행위의 기간 및 횟수 등에 따른 조정(이하 '1차 조정과징금') → 위반사업자의 고의·과실 등에 따른 조정(이하 '2차 조정과징금') → 실제과징금'의 순서에 따라 단계적으로 산정된다 (시행령 [61조 ①] 별표 2; 과징금 고시 II, IV).[14] 단계별 과징금의 정의에 대해서는 고시 II절, 구체적인 산정방법에 대해서는 고시 IV절에 명시되어 있다.

14) 2012년 과징금 고시 개정을 통해 과징금 산정과 관련된 용어가 기본과징금은 '기본 산정기준', 의무적 조정과징금은 '1차 조정', 임의적 조정과징금은 '2차 조정'으로 변경되었다.

[그림 II-2] 공정거래위원회의 과징금 산정절차



첫 번째 단계인 '기본과징금'은 과징금 산정의 기초로서 관련매출액에 유형별 '기본부과율'을 곱하여 산정된다.[15] 기본부과율은 '위반행위 중대성'에 따라 결정되는데,

15) 용어사용의 혼동을 최소화하기 위하여, 이하에서는 과징금 고시의 '부과기준율'을 세 가지로 분류하여 정의하였다. 첫째, 과징금 고시에 위반행위유형별로 규정한 최소 및 최대 부과기준율을 '**법정**

위반행위 중대성은 위반행위의 내용 및 정도에 따라 '매우 중대한 위반행위', '중대한 위반행위', '중대성 약한 위반행위'로 구분되고, 중대성 정도에 따라 유형별 기본부과율이 결정된다. 산정된 기본과징금은 '위반행위의 기간 및 횟수', '위반사업자의 고의·과실', '위반사업자의 현실적 부담능력' 등의 요소들이 고려된 1차 조정, 2차 조정단계를 거쳐 가중 또는 감경된다. 마지막으로 2차 조정에서 위반사업자의 현실적 부담능력, 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과, 기타 시장 또는 경제여건 등을 충분히 반영하지 못하여 현저히 과중하다고 판단되는 경우에 이를 감액(면제를 포함)하여 부과하는데 이를 부과과징금이라 한다. 이후 부당한 공동행위([19조])를 위반한 행위가 공정거래법 [22조의2](자진신고자 감면제도)의 적용대상이 되는 경우에는 그 기준에 따라 부과과징금을 추가로 감경 또는 면제할 수 있다.[16)]

(2) 과징금제도 및 운영에 관한 고찰

앞서 기본과징금은 '관련매출액'에 위반행위 중대성에 따라 차등 적용되는 '기본부과율'을 곱하여 산정한다고 밝힌 바 있다. 하지만 감사원(2016) 지적에 의하면, 공정위는 위반행위 중대성을 과대평가하여 전체 사건의 70% 이상이 '매우 중대한 위반행위'에 평가결과가 집중될 정도로 기본과징금을 전반적으로 높게 산정함으로써, 실제과징금 산정단계 때에는 과중하다는 이유로 과징금을 대폭 감액하는 불필요한 원인을 제공한다. 이는 김일중 외(2010) 및 제Ⅳ장의 실증적 발견과도 동일한 지적이다. 그러나 만약 공정위가 평가과정에서 타당한 근거로서 전체 사건의 70%가 '매우 중대한 위반행위'에 해당된다는 점을 명백히 밝힌다면 문제되지 않을 것이다. 문제는 산정과정을 투명하게 밝히지 않는데 있다고 판단된다. 감사원 등에서는 산정과정을 뚜렷하

부과율', 둘째, 이를 기반으로 피심인의 기본과징금 산정에 적용되는 부과율을 '**기본부과율**'이라고 정의하였다. 마지막으로, '기본부과율'로 기본과징금이 산정된 이후 가산·감경 단계를 거쳐 실제과징금이 결정되며, 이 때 관련매출액에 대한 실제과징금의 비중을 '**실제부과율**'이라고 정의하였다. 실제과징금은 피심인에게 최종적으로 부과된 과징금을 의미한다.

16) 거듭 과징금 고시에 따라 산정된 기본과징금은 '1차 조정'과 '2차 조정' 단계를 거쳐 3차 조정단계인 '부과과징금 결정'에서 현실적 부담능력 등을 고려하여 과징금을 최종적으로 조정할 수 있다. 이렇듯 세 차례의 조정단계를 거친 과징금은 '자진신고자 감면제도[22조의2]'를 사유로 최종적으로 결정되며, 본 연구에서는 부과과징금 결정단계와 최종적으로 부과받은 과징금을 통합하여 '실제과징금'이라고 정의하였다.

게 알 수가 없기 때문에 사건의 위반행위 중대성 정도가 한 쪽으로 편향되어 있다는 데 의문점을 가질 수밖에 없는 것이다.

위반행위 중대성 정도는 과징금 고시의 [별표]에 명시된 '세부평가기준표'에 의한 산정점수를 통해 결정되나, 현재 의결서상에서는 위반행위 중대성 정도 및 기본부과율만의 최종결과만을 명시하고 있어 산정절차의 정당성과 투명성이 부족하다. 가령 부당공동행위를 위반한 사건에 대해 공정위는 "*기본과징금은 관련매출액에 이 사건 공동행위의 위반행위 중대성 정도에 따라 산정한 부과기준율을 곱하여 산정하는 바, 부과기준율은 이 사건 공동행위가 위반행위의 중대성 정도에 있어서* ***매우 중대한 위반행위에 해당됨을 감안하여 7.0~10.0% 범위 내에서 적용하되, 국내 반주기 시장의 규모가 축소되는 등 사업여건이 어려운 점을 종합적으로 고려하여 7%의 부과기준율을 적용하여 기본과징금을 산정****한다*" (의결 제2011-162호, **강조** 추가)로만 명시하고 있어, 해당 사건의 위반행위가 어떠한 이유로서 매우 중대한 위반행위에 해당되는지 여부가 불확실하다. 결국 투명하지 않은 평가절차는 제V장에서 후술될 불복소송의 근원이 된다. 제V장에서 자세히 후술되겠지만, 위반행위 중대성은 불복소송의 주된 사유 중 하나이다.

거듭 기본과징금의 산정기준이 되는 위반행위 중대성은 과징금 고시의 '세부평가기준표'에 의한 산정점수를 통해 결정된다. 세부평가기준표는 '위반행위 정도'와 '위반행위 내용'으로 크게 대분하여 세부 참작사항들을 고려하도록 되어 있다. 대표적으로 부당공동행위는 '위반행위 정도'에서 '경쟁제한성'과 '이행정도'로 세분화하고 있으며, '위반행위 내용'에서는 '관련시장점유율', '관련매출액', '피해규모/부당이득' 및 '지역적 범위'로 구분한다. 이렇듯 세분화된 참작사항들은 각각의 비중에 부과수준(상·중·하)을 곱한 값의 합산으로 위반행위 중대성이 결정된다. 그리고 위반행위 중대성의 정도에 따라 기본부과율이 적용된다. 하지만 해당 산정점수 계산과정은 의결서상에 명시하고 있지 않아 전술한 바와 같이 감사의 대상이 되고 있다. 만약 위반행위 중대성의 근거가 되는 '세부평가기준표에 따른 항목별 산정과정 및 점수'와 그에 대한 '참작사항별 근거'를 의결서에 명시한다면, 기본과징금 산정근거에 대한 정당성과 투명성을 확보할 수 있을 것이다.

이상의 산정점수를 근거로 결정된 기본부과율의 적용과정에서도 동일한 문제가 존

재한다. 산정점수에 따라 위반행위 중대성을 결정한 이후에 법정부과율의 범위 중 '특정 기본부과율을 왜 적용했는지'에 대한 사유가 불명확하기 때문이다. 특히 공정위는 대체로 범위의 하한선 또는 상한선을 적용하는 경향이 있어 위반행위 중대성 분류 기준에 따른 법정부과율의 범위는 사실상 큰 의미가 없는 실정이다. 가령 부당공동행위의 경우, '매우 중대한 위반행위'에 대해서는 7~10% 범위 내에서 기본부과율을 적용할 수 있도록 규정한다 (과징금 고시, Ⅳ절). 제Ⅳ장에서 후술될 표본추출기간 동안 부당공동행위를 대상으로 부과된 위반행위 중대성과 그에 따른 기본부과율을 확인해 보니, 부당공동행위 전체 사건의 84%가 '매우 중대한 위반행위'에 해당되었다. 그 중에서 56%가 하한선에 해당되는 7%의 기본부과율이, 28%가 상한선에 해당되는 10%의 기본부과율이 적용되어 '매우 중대한 위반행위'의 약 84%가 양극단 값을 적용하고 있다는 사실을 확인할 수 있다.

거듭 공정위는 현재 의결서상에서 특정 기본부과율을 결정한 사유로서 가산·감경 요인들을 '종합적으로 고려하여 7%(또는 10%)의 부과기준율을 적용'하고 있다는 최종결과만을 밝히고 있기 때문에 이 역시 기본과징금 산정근거에 대한 정당성과 투명성을 확보할 수 없는 문제가 발생하게 된다. 이는 결국 경계선의 모호함에서 발생하는 문제이다. 하지만 만약 현행 법제처럼 '매우 중대한 위반행위인 경우에는 7~10% 범위 내에서 기본부과율이 적용 가능'의 형태가 아닌, '산정점수가 2.3점인 경우에는 7.5%의 기본부과율을 적용'처럼 산정점수와 기본부과율을 일대일로 대응시킨다면,[17] 제Ⅴ장에서 후술되는 기본부과율 사유로 인한 불복소송이 줄어들 수도 있을 것이다.

한편 세부평가기준표의 요건들은 세부평가기준표 내 또는 과징금 조정단계(1, 2차 조정 및 실제과징금 결정)에서 동일하게 적용되어 중복 가산·감경의 요인이 되고 있다. 가령 세부평가기준표의 '피해규모/부당이득' 항목에서의 '가격인상분' 및 '부당이득의 정도' 요인들은 실제과징금 결정 단계에서 반복적으로 고려되어 과징금을 최대 50%까지 감경할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 기본과징금 산정단계에서 위반행위로

17) 현재 부당공동행위는 세부평가기준표에 따른 산정점수가 2.2점 이상 2.5점 미만이면 '매우 중대한 위반행위'가 되고, 이는 다시 7~10% 내에서 기본부과율을 적용할 수 있게 되어 있다. 그러나 만약 '2.2점:7.0%, 2.3점:7.5%, 2.4점:8.0%, 2.5점:8.5%, 2.6점:9.0%, 2.7점:9.5%, 2.8점 이상:10%'와 같이 산정점수와 기본부과율을 일대일로 대응시킨다면, (제Ⅴ장에서 자세히 후술되겠지만) 기본부과율 과다적용을 사유로 불복소송을 제기하는 등의 문제가 줄어들 수 있을 것이라고 판단된다.

인해 발생한 특정요인이 이미 반영되었음에도 불구하고, 이후의 산정단계에서 중복적으로 고려되어 실제과징금액수에 측정오차가 발생하게 되는 것이다. 이는 제IV장에서 밝힌 바와 같이, 기본과징금이 실제과징금 단계에서 절반 수준으로 감액되는 것의 일부 원인이 될 수 있다. 아울러 중복요인이 있을시, 동일 사건에서 공정위의 자의적 판단에 의해 피심인 A는 해당 요인으로 한 번만 가산 또는 감경된데 반해, 피심인 B는 중복 가산 또는 감경되어 제V장에서 후술될 불복소송의 사유가 되는 경우도 있을 것이다. 따라서 과징금 산정의 전체 과정에서 동일한 가산 또는 감경요인이 중복적으로 적용되지 않도록 과징금 고시 내용에 대한 면밀한 검토가 필요하다.

라. 소결

1980년 12월 시장지배적 지위남용행위에 제재를 가하기 위한 수단으로 공정거래법이 제정된 이래, 11개 규제위반행위를 대상으로 운영되고 있는 공정거래법상 과징금제도는 현재 한국에서 다른 실정법들에 비하여 가장 활발히 집행되고 있는 제재수단이다. 국회예산처(2016) 자료에 의하면, 2015 회계연도를 기준으로 공정위에서 집행하고 있는 과징금은 중앙정부 전체 과징금수납액의 88% 이상을 차지하고 있으며, 그 중에서도 부과금액 기준으로 약 98%가 공정거래법을 대상으로 과징금이 부과되고 있다. 즉, 전체 과징금 국고수납의 약 86%가 공정거래법을 대상으로 부과된 과징금에 의한 것이라는 의미이다. 그만큼 공정거래법상 위반행위에 대한 관심과 그로 인한 논란이 크며, 정부는 이를 제재하기 위한 방도를 여러 방면으로 모색하고 있다.

하지만 단순히 과징금 부과건수를 증가시키는 것만이 공정거래법 위반행위를 억지하기 위한 완벽한 해결책은 아니다. 제II장 2.다절에서 자세히 후술되겠지만, 위반행위의 '억지'수준을 담보하기 위해서는 피해에 상응하는 정도로 과징금을 부과하는 것이 적절하다. 공정위는 과징금이 과소집행되고 있다는 국정감사 및 감사원의 지적에 따라 공정거래법, 시행령, 과징금 고시를 개정해왔다. 특히 공정위는 피해수준을 일면 반영하고자 2004년 4월에 과징금 고시를 대대적으로 개정하였으며, 이는 앞서 살펴본 [그림 II-1]에서와 같이 2005년을 기점으로 건당 부과금액이 증가한 것에서도 확인 가능하다. 최근 초고액으로 과징금이 부과된 담합사건(2014.7.28. 호남고속철도, 의결 제2014-203호; 2015.7.20. 천연가스 주배관 입찰담합, 의결 제2015-251호;

2016.3.3. 시멘트 담합사건, 의결 제2016-068호)들이 등장하기 시작한 것에서도 공정위가 하나의 사건에 대해 적절한 제재수단을 가하고자 시도해왔다는 사실을 추측해 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 제III장에서 후술되듯, 공정거래법상 과징금 집행현황이 여전히 '과소'하다는 지적이 다양하다. (물론 이와는 별개로 기업규모별로 차등부과해야 한다는 주장도 존재한다.) 과징금 산정단계에서 공정위의 '재량'이 주된 지적의 원인이 되고 있다. 관료기구 재량권의 전체집합을 파악하기 위해서는 실제 운용과정까지 면밀히 조사해야 하겠지만, 대개는 법제가 재량권의 원천이 된다는 사실 또한 부인할 수 없다. 그런데 공정위 재량의 문제는 기본적으로 과징금의 집행과정을 투명하게 밝히지 않는데서 발생한다. 과징금 산정단계에 대해 감사원이 계속해서 지적하는 이유는 편향된 평가결과에 대한 근거를 확인하기가 어렵기 때문이다. 실제로 본 연구의 표본 추출기간(2005~2015년) 동안 부당공동행위의 84%가 '매우 중대한 위반행위'에 해당되었으며, 그 중에서 56%는 법정부과율 범위의 하한선인 7%가, 28%는 상한선인 10%가 부과되어 양극단의 기본부과율이 적용되고 있음을 확인하였다.

아울러 위반행위 중대성 정도의 결정근거가 되는 과징금 고시의 '세부평가기준표'에서 반영되고 있는 일부 참작사항들이 이후의 과징금 산정단계에서 중복적으로 고려되고 있는 경우가 존재한다. 즉 기본과징금 산정단계에서 위반행위로 인해 발생한 특정요인이 이미 반영되었음에도 불구하고 이후의 과징금 산정단계에서 중복적으로 고려되어 실제과징금액수에 측정오차가 발생하게 되는 것이다. 이는 제IV에서 밝힌 바와 같이 기본과징금이 실제과징금으로 조정되는 단계에서 절반 수준으로 감액되는 것의 일부 원인이 될 수 있으며, 나아가 제V장에서 후술될 불복소송의 사유가 될 가능성도 존재한다. 따라서 과징금 고시상 기본과징금 산정단계에서 중대성의 정도에 따른 법정부과율의 양극단 값 적용을 지양하고 객관적인 지표인 산정점수표를 근거로 기분부과율을 결정하되, 의결서 작성시 '세부평가기준표에 따른 항목별 산정점수 및 점수'를 명백히 명시해야 할 것이다. 아울러 과징금 산정의 전체 과정에서 동일한 가산 또는 감경요인이 중복적으로 적용되지 않도록 과징금 고시에 포함된 내용에 대한 면밀한 검토가 필요하다.

이처럼 공정위가 정말로 '과징금을 과소집행하고 있는지', '과징금 부과단계에서

재량권을 발휘하는지' 여부를 확인하기 위해서는 먼저 과징금의 법적성격과 부과목적에 대해서 파악해야 한다. 제II장 3절에서 재차 강조되겠지만, 과징금은 단순히 단순 이전분에 대한 환수가 아닌 위반행위로부터 사회에 미친 모든 피해를 고려한 피해내부화가 목적이 되어야 한다. 그래야 비로소 사회적으로 바람직한 억지수준에 도달할 수 있기 때문이다.

2. 과징금 법적성격 내지는 목적[18)]

과징금조항의 법제적 고찰은 과징금제도를 연구하는데 있어 논의의 출발점이다. 규제위반행위에 대한 여러 법적제재들 중 과징금의 선택 이유, 배경, 또는 목적에 관한 설명은 미흡하다. 사실 법률에서조차 과징금 '목적'이 무엇인지 명시되어 있지 않다. 그 부재의 구체적 이유 역시 찾을 수 없었다. 또한 국내 최초로 과징금을 도입한 공정거래법에도 법률상의 규정은 없었다. 다만, 공정위는 공정위 사이트(www.ftc.go.kr/정책건의및질의)에 "*과징금은 행정법상의 의무위반에 대하여 금전적 제재를 가함으로써, 의무위반으로 취득한 불법적인 이득을 박탈하고, 동 제재를 통해 향후 법 위반행위의 억지기능을 수행하는 의무이행수단이다*"라고만 밝히고 있다. 즉, '부당이득의 환수(depriving the ill-gotten gains or unjust enrichment)' 및 '억지(deterrence)'의 목적을 밝히고 있다. 이와 유사하게 공정위의 심결례에도 과징금의 목적이 '부당이득의 환수' 또는 '제재'의 목적을 달성하는데 있다고 간혹 명시되어 있었다(의결 제2007-133호, 2007.3.15; 의결 제2008-241호, 2008.8.20.; 의결 제2008-251호, 2008.8.28 등). 이 두 가지 목적은 항상 밀접히 연계 혹은 양립되지는 않는다.

가. 과징금의 목적: 부당이득환수

과징금의 법적성격 내지는 목적에 관한 문헌을 방대하게 서베이했던 기존문헌에 의하면, 국내 학계 및 법조계에서 상정하는 과징금의 부과목적으로는 '부당이득의 환수'와 '행정제재로의 목적'으로 대분될 수 있다. 우선 첫 번째 주장은 행정법규의 위반으로

18) 본 소절의 내용은 김일중(2010a, 2010b, 2013), 김일중 외(2010), Kim(2008)을 일부 발췌 및 수정한 것이다.

경제상의 이익을 얻게 되는 경우에 당해 위반으로 인한 경제적 이익을 박탈하기 위한다는 '부당이득환수'론이다. 요컨대, 그 이익액에 따라 행정기관이 부과하는 행정상의 금전적 제재금이라고 보는 것이다. 가령 박윤흔(2009, p. 645)은 "*위반행위에 과징금을 부과하게 되면 위반행위로 인한 불법적 이익을 박탈당하기 때문에 사업자는 위반행위를 하여도 아무런 경제적 이익을 얻을 수 없게 되며, 따라서 간접적으로 의무이행을 강제하는 효과가 있는 행정제재금적 성격*"이라고 하였으며, 박해식(2000a), 채우석(2005), 박균성(2016) 등 많은 문헌에서 불법적 경제적 이익을 박탈하여 그 의무이행을 확보하는 행정상의 제재금으로 이해하고 있다. 부당이득환수의 목적이 이처럼 많이 주장되지만 그 유일성을 주장하는 문헌은 거의 없는 듯하다. 다만 특정 위반행위에 따라서 부당이득환수의 성격이 상대적으로 우세한 경우가 있다는 주장들은 여럿 존재한다. 예를 들어 이인권(2008, p. 63)은 공정거래법상에서 과징금이 부과되는 행위 중 부당공동행위([19조 ①])는 부당이득환수의 목적이 강하며, 허찬무·신영호(1999, p. 24)는 시장지배적 사업자의 부당한 가격인상([3조의2])에 대한 공정위의 가격인하명령위반에 대한 과징금도 이 목적이 강하다고 주장한다. 이 행위에 대해서는 박해식(2000a, p. 598)도 제5차 개정이전에는 부당이득환수적 성격이 강하다고 한 바 있다. 홍대식(2007, p. 341)은 부당공동행위([19조 ①]), 시장지배적 사업자의 지위남용행위([3조의2])와 같이 경쟁제한성이 위법성의 판단기준이 되는 행위의 경우에는 원칙적으로 부당이득환수적 성격에 행정제재적 성격의 과징금을 가미하는 것이 합리적이라는 주장이 소개되고 있다.

요약하면 과징금 목적이 부당이득환수라는 주장은 분명히 존재하고 있다. 본 연구자는 이 주장에 대한 좀 더 확고한 근거를 발견하려고 했다. 하지만 법적 또는 이론적 근거는 찾을 수 없었고, 그러한 목적에 대한 일면 당위론이 오래전부터 수용된 것 같다는 잠정결론을 내린다. 가령 "*현실적으로는 부당이득의 환수로서의* ***본래의 성격에 상응하는*** *방식으로 과징금제도를 운용하는 것이 타당할 것*"(권오승, 2015, p. 463, **강조** 추가)이라는 정도를 발견할 수 있었으나, 더 이상의 추가근거들은 발견할 수 없었다.[19] 하지만 의무이행을 강제하기 위해서는 다양한 방법이 존재한다. 부당이

19) 다만 과징금의 도입 시 일본의 입법례를 많이 따랐기 때문일 수 있다는 추측은 가능해 보인다. 왜냐하면 일본은 1977년 5월 '사적독점의 금지 및 공정취인의 확보에 관한 법률'에서 카르텔로 얻은 경제적 이득을 박탈함으로써 카르텔금지규정의 실효성을 확보하려고 과징금 조항인 [7조의2]와 [8

득환수가 일부 억지효과를 갖겠지만, 여전히 경제학적으로는 그에 대한 절대적 확신이 서지는 않는다. 과연 이상적인 억지수단인지의 여부에 관해 추가분석 내지는 근거가 필요하다고 판단된다.

나. 과징금의 목적: 행정제재

과징금의 목적이 '행정상의 제재'라는 주장 또한 많은 문헌에서 발견된다. 그런데 '행정제재'의 구체적 의미는 저자들마다 다소 다르게 사용하고 있었다. 관련 문헌들에 정확한 정의가 부재한 경우가 많았으므로 명쾌하게 구분 짓는 것이 어렵지만, 잠정적으로나마 다음과 같이 행정제재의 의미를 크게 세 가지로 구분할 수 있었다.

(1) '행정적 의무이행 확보수단'으로서의 행정제재

국내에서 많이 사용되는 제재의 의미는 '행정적 의무이행 확보수단'으로서의 제재이다. 대부분의 학자들은 과징금의 목적이 부당이득환수에만 있지 않고 행정제재로서의 목적과 '함께' 또는 '추가적으로' 사용되고 있다고 주장하였다.[20] 실례로 대법원(2004.10.28. 선고 2002두7456)에서는 "*공정거래법상 부당공동행위에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등을 종합할 때 부당공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재적 성격에 부당이득 환수적 성격을 겸유하고 있는바*"라고 판시하였다. 대법원(2004.10.27. 선고, 2002두6842), 대법원(2004.4.9. 선고, 2001두6197) 및 서울고법(2012.2.2. 선고, 2010누45868)에서도 이와 유사한 판결을 내린 바 있다.

(2) '징벌'로서의 행정제재

일반적으로 형벌은 "*범죄에 대해서 가해지는 법적 효과*"로 정의된다 (신동운, 2015, p. 761). 이때 형벌은 범죄에 해당하는 잘못에 상응하여 법익의 박탈을 가하는 강제

조의3]을 도입했기 때문이다 (강구철, 1997, p. 106; 박해식, 2000a, pp. 597-598; 박해식, 2000b, p. 13).

20) 가령 박해식(2002b, p. 254)은 "*과징금은 그 유형이 어떠하든 ... 제재적인 성격을 가지고 있음을 부인하기 어렵다*"라고 하였다.

조치이므로, '징벌적'(또는 '억압적'이거나 '보복적') 속성을 갖게 될 것이다. 행정제재의 일반적 의미를 두 번째인 '징벌'로 보는 문헌은 거의 없었으나, 부정한 방법으로 사회에 피해를 야기한 것에 대한 응징수단으로서 '벌과금'의 성격을 가질 경우 징벌적 성격을 갖는다고 주장한다 (박정훈, 2001, p. 314).[21] 말하자면 징벌로서의 제재론은 일부 위법행위에 국한하여 과징금의 목적으로 상정하는 것이 보편적 현상으로 보인다.

전술한 김호정(2000, pp. 331-332)처럼 제재는 징벌로서의 성격이 없다고 명시적으로 반박하는 견해도 있다. 또한 박영도·김호정(2002, p. 69)에서도 행정제제는 "*위반행위의 반사회성・반도덕성・죄악성에 대한 도의적 비난에 의거한 규범적 응보 내지 교정교육으로서 ... 과해지는 형벌과는 명확히 그 취지, 목적 및 절차를 달리하는 것이라고 규정할 수 있다*"는 입장을 보인다.

(3) '피해의 내부화'를 의미하는 행정제재

마지막으로 과징금의 목적이 '피해의 내부화'라는 주장이 있다. 당해 위반으로 취득한 경제적 이득뿐만 아니라 위반행위로부터 사회에 미친 모든 피해를 고려하여 과징금을 부과해야 한다는 의미이다. 이러한 시각이 주로 해외 경제학계로부터 시작된 사실임을 부인할 수는 없을 듯하다. 대표적으로 Posner(2001, p. 267)는 "*경제적 관점에서 볼 때, 위반자에 대한 효과적인 억지 목적을 달성하기 위해서는 위반행위의 중대성에 상응하도록 그 위반행위가 사회에 끼친 비용과 동일한 수준을 위반자에게 부담시키도록 과징금을 계산하는 것이 합리적*"이라고 서술하였다. 또한 Landes(1983, p. 656)는 독점이윤과 사중손실을 합한 '순피해(net harm)'만큼의 과징금액수가 최적이라고 주장했으며, Leslie(2006, p. 563)는 과징금액수에 사중손실을 포함해야 위반행위로부터 발생된 사회적 비용을 '내부화(internalize)'할 수 있다고 강조하였다. 여기에서 더 나아가 Hylton(2003, pp. 46-47)은 단순이전과 사중손실을 합한 값뿐만 아니라 정부의 '제재비용(the state's cost of punishment)'까지 포함하여 규제위반자에게 금전적 제재를 부과해야 한다고 주장하였다. 위반행위에 의한 경제적 효용의 순손실 외에도

---

21) "*부당내부거래행위를 한 자에 대한 과징금의 경우 ... 환수할 이득은 전혀 존재하지 않는다. 따라서 ... 과징금은 부당이득환수로서의 성격이 전무하고 오직 징벌적 성격을 가질 뿐*"이라고 주장했다 (박정훈, 2001, p. 314).

불필요하게 들어간 사법비용까지 사회적 피해로 본 것이다.

한편 국내에서도 규제위반행위에 대한 금전적 제재를 '사회적 손실(비용)과 동일한 정도'로 부과해야 한다고 지적한 것으로 보아, '피해의 내부화'에 대한 중요성은 분명히 인식되고 있다. 권오승 외(2003, p. 21)는 "*경쟁법이 사회적 효율을 증대하기 위한 것이라면 부당이득환수 이상의 금전적 제재가 필요*"하다고 주장하였으며, 홍대식(2007, p. 140)은 과징금 부과 시 '사회적 피해기준(harm-based)'으로서의 사회적 후생손실은 '독점이윤 + 사중손실'로 계산된다고 설명하면서 경제학적 관점에서 이는 '이득 환수기준(gain-based)'보다 더 정확한 기준이라고 주장하였다. 또한 이인권(2007, pp. 22-23)도 과징금 부과수준을 해당 위반행위의 '사회적 비용과 일치'되는 부분에서 결정하는 것이 바람직하다고 강조하였다.[22)]

그럼에도 불구하고 앞서 과징금을 '불법이득의 박탈과 억지기능수행의 수단'이라고 밝힌 공정위와, '부당이득환수'와 '행정제재'의 성격이 동시에 내재되어 있다는 법학계 대다수 학자 및 법관들의 주장으로 볼 때, 피해내부화의 입장이 국내에서 매우 공고하지는 않는 듯하다. 공정위는 법 개정 이유 및 심결자료 등에서 과징금 산정 과정에서 '부당이득'을 기준으로 하고 있다. 공정위는 아직 '부당이득환수'를 주된 목적으로 염두하여 과징금을 산정한다고 사료된다.

다. 소결

과징금을 부과하기 이전에 선행되어야 하는 것은 규제집행기관이 '왜' 특정 규제위반행위에 과징금을 부과하는지를 명확히 알아야 한다는 것이다. 하지만 예상 외로 법률에서조차 과징금의 '목적'이 무엇인지 명시되어 있지 않다. 다만, 공정위 홈페이지 또는 간혹 심결례에서 과징금의 목적이 '부당이득의 환수' 또는 '억지'를 달성하는데 있다고 명시하고 있을 뿐이다. 하지만 제II장 3.나절에서 살펴볼 최적과징금제도의 경제모형에 의하면, 부당이득의 환수 목적은 위반행위로부터 발생할 모든 피해를 모두 포괄하지 못한다. 가령 담합기업들이 취득한 이윤만을 회수하는 정도로는 담합행위를 억지할 수 없기 때문이다. 이와 같은 이론적 배경에서 우리나라 학계에서도 과징금의

22) 하지만 현실적으로는 독점이윤과 사중손실의 측정이 어려워 아쉽게도 실정법에 정확히 적용되지 못하고 있다는 인식을 이 학자들도 대체로 공유하고 있다.

목적을 '피해의 내부화'로 보고 법제를 개정해야 한다는 주장이 점차 많아지고 있다. 대표적으로 제III장 1절에서 확인할 '관련매출액' 기준이 여기에 해당된다.

하지만 현행 공정거래법 시행령, 과징금 고시 등은 여전히 과징금의 감경요인으로서 위반행위로 인한 부당이득을 기준으로 삼고 있는 것으로 보인다. 가령 공정위 2015년 7월에 과징금 고시(제2015-48호)를 일부 개정함에 있어 그 취지와 주요내용을 공고히 하였다. 개정안의 주요내용 중 하나는 부당이득[23] 규모를 고려한 합리적인 과징금 산정으로 실제과징금 단계에서 법위반사업자가 취득한 부당이익의 규모 등을 고려하여 50% 범위에서 감경할 수 있도록 근거 규정을 명확히 하였다고 명시하였다. 추측컨대 공정위는 여전히 부당이득환수를 과징금의 가장 주된 목적으로 생각하고 있는 듯하다. 거듭 과징금의 목적은 피해의 내부화가 되어야 한다. 따라서 이를 법제에 명기하여 감경요인에서 부당이득 기준을 제외하고, 피해액을 기준으로 개정하는 방안을 마련해야 할 것이다.

3. 사회 효율적 과징금제도 : 법경제학적 검토[24]

가. 현행 과징금제도에서 관찰되는 이론적 특성들

경제학적으로는 다른 조건이 일정할 때 사회효율성을 극대화시킬 수 있는 과징금제도가 최적이라 볼 수 있을 것이다. 적절한 모형의 선택을 위해서는 현재 공정거래법상의 과징금제도가 갖는 이론적 특성을 간략히 파악할 필요가 있다. 다음의 세 가지가 주목할 만하다. 첫째, [표 II-1]의 조문들을 보면, 현재의 과징금은 이른바 '행위기준(act-based) 부과방식'을 취하고 있다. 법경제학에서는 제재를 부과할 때 전통적으로 크게 두 가지 방식을 생각할 수 있는데, 다른 하나는 '피해기준(harm-based) 부과방

23) 과징금 고시 II.10.에서 '부당이득'을 공정거래법 [제55조의3]의 규정에 의한 참작사유중 위반행위로 인하여 취득한 이익으로서, 위반사업자가 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 얻은 경제적 이익으로 정의하였다.

24) 본 소절 모형의 주요특성 및 함의는 공정거래법에만 국한되지 않고 과징금조항을 포함하고 있는 대부분의 실정법에 상당부분 적용된다고 판단된다. 본 소절은 김일중 외(2010, pp. 162-166), 김일중(2010b, pp. 826-833), Kim(2016)을 토대로 정리하였다.

식'으로서 행위에 의하여 실제 피해발생을 전제로 제재하는 방식이다. 그러나 법조문을 보면 행위기준 부과방식을 따르는 것으로 보인다. 가령 부당공동행위를 했을 때 설령 피해가 아직 발생하지 않았어도 과징금을(예: 20억원 이내) 부과할 수 있다. 둘째, 역시 [표 II-1]을 보면 여섯 가지 과징금부과 조항들에 포함된 규제위반행위들은 소위 '당연원칙(*per se* rule)'이 상대적으로 더 적용되는 것들이다.[25] 셋째, (특히 상기 첫째와 특성과 밀접한 관계를 갖는 것으로서) 현행법은 특정 행위로 인한 피해발생확률을 매우 높게 보는 듯하다. 예를 들어 시장지배적 사업자의 남용행위나 계열회사에 대한 부당한 채무보증이 사회적으로 거의 피해를 야기한다고 보는 것이다.[26]

따라서 현재 관찰되는 이상의 세 가지 제도적 특성은 이론검토를 하기 위한 전제로 사용하며, 이를 바탕으로 과징금제도를 어떻게 고안해야 사회후생을 극대화할 수 있는지 검토한다. 사회후생은 행위자의 편익으로부터 피해와 법집행비용을 차감한 것이다. 법집행비용은 조사, 적발, 심결, 제재완료 등에 소요되는 다양한 제반비용으로서 크게 두 가지로 구성된다. 우선 '제재비용(sanctioning cost)'인데, 과징금이나 벌금과 같은 금전적 제재를 '부과하는 행위 자체'에는 이 비용이 소요되지 않는다고 가정한다.[27] 둘째, 현실을 충실히 반영하기 위하여 위반의 적발확률은 1 미만이 되는 상황을 검토할 것이므로, 법집행비용 중 '적발비용(detecting cost)'은 존재한다고 가

25) 물론 당연원칙이 사용되어야 한다는 당위성에 관하여 (해외학계는 물론) 국내 법조계에서 완전한 의견일치가 이루어진 것은 아니다. 그러나 기업결합 및 경제력집중 등과 관련된 여러 규제들에 비하여 [표 II-1]의 위반행위들이 야기하는 피해가 편익보다 '평균적으로' 커서 과징금 및 형사벌칙을 부과하겠다는 생각으로 현행 법조문들이 만들어진 것은 사실인 듯하다. 나아가, 후술 되는대로 설사 특정 행위들에 대해서는 '합리원칙(rule of reason)'으로 전환하더라도 이하 최적과징금 시스템이 주는 본질적 함의에는 변화가 없다.

26) 물론 이 점은 실증적으로 검증되어야 할 부분이다. 그러나 수많은 심결자료를 읽다 보면 공정거래위원회는 거의 '피해발생확률 = 1'에 가까운 인식을 하고 있다는 인상을 받게 된다. 논리적으로 보면, 이렇게 피해발생확률이 꽤 높아야 비로소 본문에서 지적한 첫 번째 특성인 행위기준 부과방식의 적용대상이 될 수 있을 것이다. 후술되듯 적발확률은 최적과징금제도의 설계에서 매우 중요한 요소이다.

27) 물론 어느 정도 이 비용은 소요될 것이다. 그러나 법집행에 관한 고전연구인 Becker(1968) 이후 학계에 잘 알려져 온 것처럼, 금전적 제재는 사회 전체적으로 보면 부의 이전에 해당할 뿐 금고형과 같은 비금전적 제재처럼 실제 자원의 사용은 상대적으로 훨씬 적게 소요한다는 사실을 부각하기 위하여 이 가정을 쓴다. 이 가정이 완화되어도 본절의 주요논의에는 큰 영향을 주지 않을 것이다. 이 가정에 관해서는 좀 더 후술한다.

정한다. 분석결과가 주는 주요함의들 중 한 가지를 먼저 밝히자면, 이하 논의로부터 도출되는 과징금제도는 '이중처벌 논란'으로부터 자유로운 시스템이 될 것이다.

나. 최적과징금제도에 관한 간략한 이론분석[28)]

[표 II-1]에 나온 특정 불공정행위로부터 얻는 위험중립적[29)] 경제주체 A의 편익 (또는 이윤)을 b, 그 행위가 일으키는 고정된 피해수준을 h, 그리고 이 행위가 피해를 야기할 확률을 P_h라고 하자. b는 일정한 확률분포를 갖는 변수라고 하자. 편익은 피해의 실제 발생 여부와 관계없이 행위에 따라 항상 발생한다고 하자. 사실 특정 행위로부터의 편익은 이처럼 피해의 발생 여부에 관계없이 생길 수도 있고, 또는 피해가 발생해야만 함께 얻게 되는 경우도 있을 것이다. 본 절에서는 전자를 상정하지만 제재수준의 정도 등에서만 정량적 차이가 존재할 뿐, 이하 논의의 결과는 모두 후자에도 적용할 수 있다. 다음, A의 위법행위를 적발(detect)하는 확률을 P_d라고 하자. 적발되는 경우 실제로 부과하는 과징금을 s라고 하자. (더불어 현행 법제에 따라 문제가 되었던 행위를 중지시키는 시정조치를 병행한다.) 과징금의 사회최적 시스템에 관한 본격적인 검토에 들어가기 전 두 가지만 논의한다.

첫째, 위 h에는 부당공동행위에서처럼 '단순이전'을 통하여 행위자가 취득한 이윤이 포함된다. 즉, 소비자의 피해로 간주한다. 주지하듯 담합에 의해 발생한 사중손실은 담합의 대표적 피해로 인지되어 왔다. 그런데 만약 이 사중손실만을 h에 포함시키고 담합기업들의 이윤은 b로 간주할 경우, $b > h$ (당분간 논의의 편의상 $P_h = 1$로 가정)의 관계가 성립할 수 있다. 이는 개념적으로 담합행위가 사회효율적이라는 의미를 갖게 되며, 후술되는 최적과징금시스템 하에서 담합행위를 허용하게 되는 기이한 결과를 낳는다. 바꾸어 표현하면, 행위자의 편익 간에는 '단순이전분'(예: 담합이나 거래차단 등 불법성이 명백한 불공정거래행위로써 소비자나 경쟁기업으로부터 뺏어 온 이

---

28) 이하 기본모형의 골격은 전반적으로 Polinsky and Shavell(1994, pp. 427-437; 2000, pp. 45-76)의 법의 공적집행(public enforcement of law) 모형을 따른다.

29) 만약 위험회피적이라면 위험부담(risk bearing)으로부터 발생하는 비효용이 사회후생함수에 어떤 식으로든 반영되어야 할 것이다. 본고에서는 논의의 편의를 위하여 주로 위험중립성을 가정한다. 다만 주요 분석결과에 대해서는 위험회피성의 함의를 파악하기 위하여 간략히 언급할 것이다.

윤) 및 '새로운 부의 창출분'(예: 전략적 기업결합에 따른 원가절감효과로 인한 이윤)을 모두 포함시키되, 그 중 첫 번째 단순이전분에 대해서는 이른바 '부당이득'으로서 h에도 포함시킨다.[30] 따라서 불공정행위자가 취하는 두 번째 유형의 이익, 즉 새로운 부 창출로 인한 이윤이 없을 때에는 항상 $b < h$의 관계가 성립한다.[31]

둘째, Becker(1968) 이후의 오랜 전통을 따라, 적발확률 P_d는 '단기적으로' 고정되어 있다고 가정한다. 현실적으로 특정 법집행기관의 인력과 예산을 단기에 변화시키는 것이 쉽지 않다. 또한 대체로 그 사실에 근거하여 정책입안을 하므로 이는 유용한 가정이라고도 할 수 있다. 하지만 각 불공정행위의 고유한 속성 때문에 발생하는 Shavell(1984)의 'S3 문제', 즉 '소송위협회피(escaping the litigation threat) 문제'로 인하여 불공정행위별로 적발확률은 상이한 수준에서 고정될 것이다.[32] 한편 이렇게 적발확률이 고정되면 법집행비용 부분은 (상수가 되어) 사회후생극대화 문제의 고려대상으로부터 제외할 수 있다.

다. 최적과징금제도의 주요 장점 및 필요조건

이론적으로는 물론 현실과 접목하여 볼 때 크게 네 가지를 강조하고자 한다. 첫째, 사회최적성을 달성하는 전 소절의 '행위기준' 과징금시스템을 사용하기 위해서 우선 법집행기관인 경쟁정책당국이 필요로 하는 정보량은 단기에서 '상대적으로' 많지 않다는 점을 지적하고 싶다. 최적과징금액을 결정하기 위한 정보들은 P_d, P_h, 및 h들이다. 그런데 P_d는 (단기적으로) 고정되어 있다. 또한 법집행기관은 P_h 또한 대체로 고정되어 있다고 판단하는 듯하다. 따라서 실질적으로 필요한 정보는 h이다. 요컨대

30) Landes(1983, p. 653) 및 Hylton(2003, p. 44)도 과징금산정에서의 (표현은 다르게 하였으나) 이 단순이전분을 적극적으로 고려하고 있다.

31) 요컨대 단순이전의 극단적인 예인 절도나 강도행위를 금지하는 것과 같은 맥락이다. 잘 알려진대로 담합을 통한 이윤획득은 새로운 부의 창출로부터 발생하는 것이 아니라, 기존의 소비자잉여를 단순히 부당하게 이전시킴으로써 가능해진다. 그런데 이러한 단순이전을 위한 모든 노력은 사회적으로 보아 낭비일 뿐이며, 또한 빼앗기지 않기 위해 투여하는 노력 역시 사회비용이다 (김일중, 2008, p. 51). 이런 이유에서 담합과 같은 행위는 '당연위법'으로 규정한 것이다.

32) 따라서 후술되는대로 상이한 불공정행위에 대하여 상이한 수준의 최적 적발확률을 설정하는 작업이 장기적으로는 매우 중요한 과제가 될 것이다.

이상의 시스템 하에서 h를 찾아 적절한 수준의 s를 결정하면, 나머지는 행위자들 스스로 알아서 사회최적 행위를 할 것이다. h는 확률변수가 아닌 상수로 가정했으므로 이론상 쉽게 구할 수 있는 정보이다. 이를 재해석하면 예컨대 [표 II-1]에 열거된 위반행위유형별 평균 피해 정도로 간주할 수 있을 듯하다. 그러나 (현실적 측면에서 쉽지는 않지만) 더욱 소망스럽기로는 법집행기관이 개별사건의 h를 정확히 판단할 수 있는 능력이 담보되어야 할 것이다.[33)]

둘째, 전술한대로 $s = (1/P_d)P_h h$에 의하면 적발확률 P_d가 중요한 역할을 한다. 그런데 제재수준은 야기한 피해수준에 비례해야 한다는 경제주체들의 보편적 생각 때문에 이 시스템은 사회적 저항을 받을 수 있다. 가령 기대피해가 1,000만원이고, P_d가 0.1이라고 하자. 위 공식을 사용하여 만약 1억원의 과징금을 부과한다면 현실적으로 저항을 받을 수 있다는 의미이다. 법경제학에서는 이를 가리켜 '사후형평성(ex-post equity)의 문제'라고 부르기도 한다. 따라서 이러한 현실적 장애물을 극복하려면 일단 '일정 수준'의 P_d는 반드시 확보되어야 한다는 점을 시사받을 수 있다.

셋째, 이 최적과징금방식의 효과를 담보하기 위해서는 A가 보유한 富의 수준이 충분해야 한다. h가 높아지면 과징금의 수준도 높아져야 하기 때문이다. 부의 수준이 낮아 그 정도의 제재를 감당하지 못한다면, A의 입장에서는 '현실적으로 부담가능한' 기대과징금액수가 작으므로, 실제로는 $b < E(h)$인 상황에서도 위반행위를 한다. 즉, 부이 수준이 충분히 작을 때에는 A는 실행에 옮긴다. 왜냐하면 A가 실질적으로 인지하는 적발 시 손실은 (높은 액수의) 실제과징금이 아니라 그의 부의 수준에 그칠 것이기 때문이다. 넷째, 과징금의 또 다른 목적이 '부당이득환수'에 있다는 주장들을 섭렵하였다. 이제까지 사용한 기호들로 재표현해보면 과징금이 어떤 식으로든 행위자의 b와 연계되어 있어야 한다는 주장이다.

---

33) 거듭 이러한 방식은 다른 과징금시스템에 비하여 '상대적으로' 수월한 방식이다. 다른 방식의 한 예로서, A 행위가 '비효율적일 때에 한해서만(즉, $b < E(h)$)' 과징금을 부과한다고 하자. 이를 '과오조건부(fault-based) 방식'이라고 부르곤 한다. 이는 바로 경쟁법상의 '합리원칙'을 반영하며, 가령 사고법에서의 '과실책임원리(negligence rule)'와도 일맥상통하는 시스템이라 볼 수 있다. 그런데 그러한 방식을 취한다면 매번 심리의 초점이 '$b > E(h)$ 여부'에 집중된다. 그를 위해서는 항상 b에 대한 '온전한' 정보의 확보가 필요한데, 이는 쉽지 않은 작업이다. 더군다나 [표 II-1]에서 금지한 행위들은 최소한 법제상 그 반대인 비효율적인 상황을 전제하고 있으므로 이는 실익이 별로 없는 심리과정이 될 수 있다.

라. 소결

본 소절에서는 높은 수준의 현실설명력을 갖는다고 사료되는 이론모형을 통하여 사회 최적 과징금제도를 탐구하였다. 요약하면, 특정 행위로 인한 각종 피해의 기대치와 위반행위 적발에 따른 과징금 부담의 기대치를 일치시키는 수준에서 실제과징금을 결정하는 것이 사회 최적 과징금제도의 핵심이다. 여기서 실제로 발생한 피해 또는 위반행위별로 상이한 '적발개연성' 정도와 함께 '피해액'을 정확히 측정하는 것이 최적 과징금 산정의 요체이다. 특정 불공정행위로 인한 피해를 신속정확하게 측정하는 일이 쉽지 않다는 점에 본 연구진도 동의한다. 그러나 이 작업은 바람직스러운 과징금제도의 매우 중요한 필요조건이며, 향후 공정위 및 학자들의 노력에 따라서는 실현가능성이 있다고 판단된다.[34] 이에 제III장에서 후술되듯이 피해를 추정하는데 있어서 보통 차선으로서 '관련매출액' 기준을 사용하고 있다. 이는 정확한 피해를 산정하지 못하더라도 여러 해외법제와 국내외 학계에서의 판단으로 검토해봤을 때 현실적으로 피해의 근사치를 가장 확보할 수 있는 수단이라고 볼 수 있다.

한편 적발확률 정보는 최적과징금 액수의 결정에 실로 큰 영향을 미치게 되어 있다. 하지만 한국에서 적발확률의 고려는 최소한 명시적으로는 거의 없었다고 봐도 무방할 듯하다. 그러나 적발확률을 명시적으로 반영하지 않은 실제과징금은 경제학적 관점에서 여전히 자의적인 산정결과이다. 다만, 적발노력자원이나 행위별 고유특성으로 인하여 적발확률은 단기적으로 고정되었다고 간주하는 것이 합리적이므로, 이 적발확률에 대해서는 속성상 보다 중장기적인 시각으로부터의 검토가 필요하다. 원칙적으로는 적발확률과 실제과징금이 모두 가변적일 때 사회비용이 소요되지 않는 후자를 가급적 최대한 높게 부과하는 것이 효율적이다. 그런데 현실적으로는 잠재적 가해자의 '자산불충분성'과 '제재액 사후형평성' 문제를 감안하지 않을 수 없다. 따라서 장기적으로는 가령 행위, 위반자, 시장 등의 유형별로 실제 부과가능한 과징금의 최대

34) 피해액을 산정하는 일이 쉽지는 않지만 그 반대의 낙관론을 펼치는 학자들도 존재한다. 가령 앞서 최적과징금 제도로서 (제재비용까지 포함하는) 피해내부화 모형을 설명한 Hylton(2003, p. 47)은 현재 계량경제학 등을 전공한 전문가들이 공정거래 관련 사건분석에 참여하여 단순이전분과 소비자잉여에 대해 신뢰할만한 추정값을 제공하고 있다고 역설한다. 국내에서도 각종 불공정거래로 인한 피해산정기법은 끊임없이 개발되고 있어 보인다 (이인권, 2008 등).

근사치에 관한 숙고도 함께 필요하다고 하겠다.

거듭 최적과징금 모형에서의 적발확률이 낮으면 낮을수록 현실적으로 부담할 수 없는 과징금액수가 산정된다. 이에 우리나라를 포함한 미국, EU, 및 영국 등에서는 '현실적 부담능력'을 고려하여 현실적으로 부담 가능한 과징금을 산정하도록 규정한다 (제III장 2절 참조). 지나치게 낮은 적발확률로 위반사업체가 지불할 수 없는 수준으로 과징금이 산정된다면, 실업 등과 같은 여러 사회적 비용이 추가적으로 발생할 수 있기 때문이다. 하지만 제III장 2절과 제IV장의 실증분석에서 후술되듯이, 공정위는 현실적 부담능력 기준을 경제적 이론을 근거로서 과징금을 산정하는 것이 아니라 자의적으로 대폭 감경해주는 수단으로 활용하고 있어 큰 문제가 되고 있다. 때로는 과징금의 기본목적인 부당이득의 환수보다도 훨씬 적은 과징금이 부과되어 위반행위를 최소한으로 억지하지도 못하고 있다. 따라서 제III장에서는 현재 우리나라에서의 과징금제도의 실효성을 재검토하고자 한다. 과징금제도 실효성 검토의 주된 목표는 앞서 탐구한 피해가 잘 고려되고 있는지와 공정위가 얼마나 자의적으로 과징금을 산정하고 있는지를 확인하는데 있다.

III. 과징금제도의 실효성 검토

1. 과징금 산정기준으로서 관련매출액 사용의 적절성

가. 한국의 현행 법제상 과징금 산정기준: 관련매출액

제II장 3.나절의 사회 최적 과징금제도 모형에서 확인하였듯이 모든 제재수단의 기초는 위반행위로부터 발생한 '피해'에 근거한다. 따라서 다양한 실정법들에서 규정하고 있는 법적제재에 위반행위로부터 발생한 피해만큼을 반영하여 제재를 가해야 한다. 하지만 정확한 '피해'를 산정하는 것은 현실적으로 쉽지 않기 때문에 한국을 비롯한 여러 국가들에서는 가장 효과적인 대안을 마련하고자 노력하였다.

거듭 현행법상 공정거래법 기본과징금은 위반행위별로 공정거래법 시행령(이하, 시행령)에 명시하고 있는 '관련매출액 × 기본부과율'로 산정된다. 하지만 처음부터 관련매출액을 기준으로 기본과징금을 산정했던 것은 아니다. 2004년 4월, 과징금제도 개선을 위해 시행령이 개정되기 이전까지는 '총매출액'을 기준으로 기본과징금을 산정했었으나, 감사원과 국회 등에서 과징금 산정기준의 '객관성'과 '투명성'을 높여야 한다는 지적을 하고, 공정위 내부에서도 과징금제도 개선의 시급성을 요함에 따라 [표 III-1]과 같이 시행령을 개정한 것이다 (공정위, 2004).[35] 이처럼 2004년에 개정된 시행령 [9조]는 관련매출액을 "*위반사업자가 위반기간동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액(이하 '관련매출액'이라 한다)을 말한다*"고 명시한 이래, 2016년 현재까지 동일한 조문으로서 관련매출액을 정의하고 있다.[36]

---

35) 한편 공정거래법 시행령 상 '관련매출액' 정의가 실질적으로 개정·반영된 것은 2007.11.7.이나, 과징금 고시에는 2004.4.1.부터 명시("*가. "관련매출액"은 위반사업자가 위반기간 동안 판매 또는 매입한 관련상품(상품에는 용역을 포함한다. 이하 같다)의 매출액(매입액을 포함한다. 이하 같다) 또는 이에 준하는 금액을 말한다.*")되어 운용되었다 (과징금 고시, II.5, 2004.4.1.).

36) 한편 관련매출액이 없는 경우에도 기본과징금을 산정할 수 있도록 '위반액' 또는 '연간예산액' 등의 특정금액을 명시하도록 되어있다 (과징금 고시, II.8~9). 이에 대해 권오승 외(2003, pp. 168-169)와 홍대식(2009, p. 63)은 경제력집중억제행위와 부당한 지원행위가 위반행위 특성상 관련매출액을 산정하기 어려워 위반액 등을 관련매출액의 대리변수로서 기본과징금을 산정하는 방식

[표 III-1] 2004년 관련매출액 기준 도입 전후 공정거래법 시행령 조문 비교

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 [대통령령 제18356 2004.4.1., 일부개정]	독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 [대통령령 제20360 2007.11.2., 일부개정]
제9조 (과징금의 산정방법) ① 법 제6조(과징금) 본문·법 제22조(과징금) 본문·법 제24조의2(과징금) 본문·법 제28조(과징금)제2항 본문·법 제31조의2(과징금) 본문 및 법 제34조의2(과징금) 본문에서 "대통령령이 정하는 매출액"이라 함은 당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액(이하 "평균매출액"이라 한다)을 말한다. 다만, 당해 사업연도 초일 현재 사업을 개시한 지 3년이 되지 아니하는 경우에는 그 사업개시후 직전 사업연도말일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을, 당해 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연 매출액으로 환산한 금액을 말한다. <개정 2004.4.1.>	제9조 (과징금의 산정방법) ① 법 제6조(과징금) 본문·법 제22조(과징금) 본문·법 제24조의2(과징금) 본문 [법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 제7호에 해당하는 경우는 제외한다]·법 제28조(과징금)제2항 본문·법 제31조의2(과징금) 본문 및 법 제34조의2(과징금) 본문에서 "대통령령이 정하는 매출액"이란 위반사업자가 위반기간동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액(이하 "관련매출액"이라 한다)을 말한다. 다만, 위반행위가 상품이나 용역의 구매와 관련하여 이루어진 경우에는 관련 상품이나 용역의 매입액을 말하고, 입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우에는 계약금액을 말한다. <개정 2004.4.1., 2007.11.2>
② 기타 평균매출액의 산정에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다. <개정 2004.4.1.>	② 법 제24조의2(과징금) 본문 [법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제7호에 해당하는 경우에만 해당한다]에서 "대통령령이 정하는 매출액"이란 해당 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균매출액(이하 "평균매출액"이라 한다)을 말한다. 다만 해당 사업연도 초일 현재 사업을 개시한 지 3년이 되지 아니하는 경우에는 그 사업개시 후 직전 사업연도 말일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을, 해당 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연매출액으로 환산한 금액을 말한다. <신설 2007.11.2.>
	③ 그 밖에 관련매출액 및 평균매출액의 산정에 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다. <개정 2004.4.1, 2007.11.2>

자료: 국가법령정보센터(/www.ftc.go.kr/).

주: 관련매출액 기준은 2004년 2월에 입법 예고되어, 과징금 고시 상에서는 2004년 4월 1일부터 관련매출액 기준을 명시하였으나, 실제로 공정거래법 시행령 상에 개정·반영된 것은 2007년 11월임.

을 채택하고 있다고 주장한 것으로 보아, 위반액 등이 관련매출액과 유사한 수단으로 이용되고 있음을 확인할 수 있다.

한편 기본과징금 산정기준이 관련매출액으로 정립된 이후, 학계와 실무종사자들은 모두 '관련'의 개념이 좀 더 분명해질 필요가 있다는 입장을 가졌다. 홍대식(2015, p. 113)은 "*부당이득 환수의 목적과 행정제재의 목적을 과징금 부과의 목적으로 모두 제시하면서 그 관계에 대하여 명확한 설명을 하지 않는 경향*"이 있다고 말하면서, 과징금 산정기준에 있어서 '관련매출액 × 기본부과율' 산정식의 목적이 분명하지 않다고 지적하였다. 이원희 외(2013, p. 114)는 "*관련 매출액에 대한 해석이 모호하다거나 부과기준율[기본부과율]을 곱함으로써 실제 사회후생의 피해규모를 반영하지 못하는 문제점이 발생*"([ ] 추가)한다고 주장하였으며, 황태희(2009, p. 406)는 "*매출액이 무엇인지에 대하여는 [공정위가] 침묵하고 있다*"([ ] 추가)고 지적하였다. 또한 신영수(2011, p. 2010)는 "*관련시장의 획정작업은 우리나라의 법집행 실무상 불가피한 것*"이라고 말했으며, 김성훈(2009, pp. 358-391)은 한국의 실제 판례(서울고법 6부, 2008.11.19. 선고 2008누1773; 서울고법 7부 2008.8.28. 선고 2007누 19081; 대법원 2009.1.30. 선고 2008두16179 등)들을 통해 법원에서 관련매출액의 범위에 대해 어떠한 입장을 취하고 있는지를 검토한 바 있다.[37]

따라서 "*관련 매출액 기준이 갖는 대리변수로서의 한계 때문에 관련 매출액 기준에 의하여 산정된 과징금 액수가 과징금 부과의 목적에 부합하는지 검증하기 위해서 가능*

37) 김성훈(2009, pp. 376-379)에 의하면 부당공동행위 사건 중 가장 대표적인 고밀도 폴리에틸렌. 폴리프로필렌 사건에서 특수규격제품을 관련매출액 범위에 포함해야하는지 여부를 논하는 사건이 있었다 (서울고법 2008누1773; 2008누1759). 2008년에 선고된 법원에서는 "*특수규격제품.....등은 국내에서는 원고가 유일하게 생산, 판매하고 있는 제품들로서, 이 사건 가격담합의 대상에 포함되지 않은 사실을 인정할 수 있다. 그러므로 위 제품들을 관련 상품의 범위에 포함하기 위해서는 이 사건 가격담합으로 인하여 이들 제품시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다는 점을 피고(공정위)가 입증해야 할 것*"인데 입증하지 못해 관련매출액에서 제외한다고 판시하였으며, 2009년에는 "*용도별 기준가격에 근거하여 특수규격의 가격도 산정한 바 있다*"는 증거자료를 인용하면서 관련매출액에 넣어야 한다는 판시가 있었다. 금호석유화학 사건(서울고법, 2007누 19081; 대법원 2008두16179)에서는 합성고무 공급업체들이 수요업체인 타이어 제조업체들 중 한국타이어에 대한 가격만 합의한 상태에서 타이어 제조업체 전체에 대한 매출액이 관련매출액이 포함되는지 여부에 관해 논쟁이 있었으며, 결론적으로는 "*타이어 제조의 주원료인 합성고무의 수입 비중이 적어 국내의 복점 공급업체인 원고와 씨텍이 담합하여 공급량을 조절하거나 판매가격을 결정하면 타이어 제조업체는 이에 상당한 영향을 받을 수 밖에*" 없기 때문에 모든 타이어 제조업체의 매출액이 관련매출액에 포함된다고 판시한 바 있다.

한 한 사회적 피해를 추정해 볼 필요가 있다"는 홍대식(2015, p. 114)의 주장과 같이 피해의 대리변수로서 관련매출액 사용이 적절한지 여부를 먼저 확인해 볼 필요가 있다. 구체적으로 법제 및 실증적 논의를 바탕으로 과징금의 산정기준과 특히 그 '기준에 대한 산정근거'를 탐구하고자 한다.

나. 관련매출액 사용의 찬반론 (학계 입장)

과징금의 산정기준으로서 관련매출액을 사용하고 있다는 기본 시각은 여러 국내외 문헌에서 확인이 가능하다. 전술한대로 관련매출액의 정의가 다소 모호하다는 입장이 다수임에도 불구하고 실무 및 학계에서는 모두 관련매출액의 일정비율을 피해의 대리변수로서 사용하는 것을 대체로 받아들이고 있는 듯하다 (권오승 외, 2003; 허선, 2005; 홍대식, 2007; 이호영, 2007; 김차동·주진열, 2012; 이원희 외, 2013; 홍대식, 2015; Connor and Lande, 2006; Wehmhorner, 2006; AMC, 2007, Connor, 2013 등).

대표적으로 권오승 외(2003, pp. 168-169)는 "*경제적인 관점에서는 독점이윤에 사중손실을 더한 소비자의 총손실을 산정하는 것이 바람직*"하다고 강조하면서 "*시장지배적지위남용행위나 부당한 공동행위들은 그 행위 자체가 부당이득 및 경쟁제한효과를 발생시킬 가능성이 높고 이를 사전에 억지할 필요성이 크다는 점에서 원칙적으로 관련매출액을 기준으로 하여 기본과징금을 산정하기로 한다*"고 주장하였다. 또한 동일한 맥락에서 홍대식(2007, p. 147)은 "*관련매출액 기준은 독점이윤과 사중손실 측정의 대리변수로 상정된 것*"이라고 지적하면서 관련매출액이 피해의 대리변수로 사용되고 있다는 입장을 견지하였다.

나아가 허선(2005, p. 23)은 2004년 과징금 개정으로 인해 (카르텔을 대상으로) 관련매출액 10% 범위 내에서 과징금을 부과하도록 한 것은 "*부당이득 이외에 카르텔로 인한 사회적 손실이 있는 경우, 추가적으로 고려*"한 것으로서 개정 이전보다 더 높은 억지효과를 가져올 것으로 기대한 것으로 보아 단순 부당이득 환수를 넘어선 피해의 개념과 연관시켰다고 볼 수 있다. 이와 같은 입장에서 이원희(2013, p. 114)가 관련매출액 사용기준이 "*초과이윤이나 사회후생의 피해규모를 직접적으로 계산할 수 없기 때문에 이를 대체하기 위한 방법으로 사용되었다*"고 언급하였고, 홍대식(2015, p. 114)

은 기본적으로 행정제재의 목적이 '피해의 내부화'라고 강조하면서 "*관련 매출액 기준도 기본적으로 이러한 사회적 피해의 대리변수로 사용되는 것*"이라고 말한 바 있다.

국내에서뿐만 아니라 해외에서도 이와 같은 입장을 견지하고 있는 학자들이 많다. Connor(2013, p. 58)는 '관련매출액(affected sales)' 기준이 과징금을 산정하는 다른 수단에 비해 '보다 논리적인 척도(more logical yardstick)'라고 말하면서, 관련매출액 기준이 국제 위반행위들(특히 미국)과의 비교분석에도 매우 용이하다고 강조하였다. 그리고 EU 경쟁법에서도 과징금의 '강도를 측정(calculating severity)'하기 위한 대리변수로서 관련매출액을 사용하였다. 또한 Katsoulacos et al.(2015, p. 79)은 '고정벌금액(fixed penalties)', '수익에 근거한 벌금액(penalties based on revenue)' 및 '이윤에 근거한 벌금액(penalties based on profits)'에 비하여 '초과가격(overcharge)'에 기반을 둔 벌금액이 가장 합리적이라고 강조하였다.[38]

반면, 관련매출액은 피해규모를 정확히 반영하지 못하기 때문에 실제 피해액에 가까운 대안을 모색해야 한다는 주장도 다수 존재한다. 대표적으로 이인권(2008, p. 65)은 현재 관련매출액을 기준으로 하는 과징금 산정단계에서 공정위의 재량이 남용되고 있다고 지적하면서 '손해액' 또는 '피해액'을 기준으로 산정하는 것이 법집행의 안정성과 예측가능성을 높일 수 있다고 주장했으며, 황철규(2009, pp. 55-56)는 "*카르텔에 대한 제재가 효과적이기 위해서는 금전적 제재의 규모가 적어도 카르텔로 인한 경제적 이득과 적발되지 않을 확률을 곱한 기대이익보다 커야 한다*"고 강조하면서, 현재와 같은 관련매출액 기준이 아닌 보다 객관적이고 과학적인 추정기법으로서 기본과징금을 산정할 필요가 있다고 주장하였다. 또한 황태희(2011, p. 200) 역시 "*'중대성'이나 '매출액'을 기준으로 하는 현행 과징금 부과기준을 피해 규모에 의한 정확한 추정기법을 바탕으로 개선하여야 한다는 견해 등은 현재의 과징금제도의 문제점*"이라고 하면서 정확한 추정기법으로 피해규모를 반영한 기본과징금을 산정해야 한다고 주장하였다.

더 나아가 Kearney(2009, pp. 3-4)는 (제III장 1.마절에서 후술되듯이) 미국의 기본벌금액 산정기준으로서의 '관련매출액 × 20%'을 비판하면서, Connor(2007)의 실증분석 결

38) "*Penalties based on overcharges are welfare superior to all three other penalty structures considered in this paper.*" (Katsoulacos et al., 2015, p. 79).

과를 보면 카르텔 초과가격의 중앙값은 25%이지만 미국 내 카르텔의 중앙값은 18.8%, 국제 카르텔의 중앙값은 31%이기 때문에 '관련매출액 × 20%'의 근거로서 무수히 많이 인용되고 있는 Connor의 실증 결과가 그대로 원용되었다 볼 수 없다고 주장했다. 또한 Bageri et al.(2013, p. 545)은 관련매출액이 과징금액수 산정에 큰 왜곡을 가져오고 과징금을 과다 추정하는 경향이 있기 때문에 관련매출액은 '틀린 추정기법(wrong measure)'이라고 주장한 바 있다. 가령 관련매출액은 총매출액과 큰 차이점이 없기 때문에 관련매출액으로 과징금액수를 추정할 경우, 동일한 위반행위에 대해서 기업규모별로 과징금액수에 '한도(fine caps)'가 생기는 왜곡이 발생할 수 있다고 하였다. 따라서 Bageri et al.(2013, p. 545)은 손해액을 추정할 수 있는 자료를 수집하여 왜곡을 최소화할 수 있는 별도의 추정기법을 마련해야 한다고 권고한 바 있다.

요컨대, 기본과징금 산정기준으로서 관련매출액이 사용된 이래 관련매출액이 피해액의 완벽한 대리변수로서의 역할을 하고 있는지에 대한 논란은 현재까지도 이어져오고 있지만, 관련매출액이 (비교적 불안정할지라도) 피해의 대리변수로 사용되고 있다는 것에는 대체로 학계에서 동의하고 있는 듯하다. 이에 대해 공정위 측에서는 관련매출액이 피해의 대리변수로 사용되었는지를 공식적으로 밝히고 있지는 않으나, 2004년 공정거래법 시행령 개정에 대한 입법예고를 통해 과징금제도 개선을 위한 관련매출액 기준은 "*선진적인 EU, 영국, 미국, 일본 등의 과징금 기준과 공정위의 현행기준 및 심결례 등을 종합·분석하여 마련하였다*"고 밝히고 있는 것으로 볼 때, 선진국 사례에서 과징금의 산정수단으로서의 관련매출액을 어떻게 활용하고 있는지를 확인하는 것은 큰 의미가 있을 것이다. 따라서 이하에서는 해외법제들을 통해 관련매출액 사용에 대한 정당성을 검토해보도록 한다.

다. 국가별 기본과징금 산정기준 (실무 입장)

주지하듯 기본과징금을 산정하는데 있어서 관련매출액을 피해의 대리변수로서 사용하는 것에 대한 찬반 논의가 이어져오고 있다. 그럼에도 불구하고 후술될 주요 선진국들에서는 기본과징금 산정의 기준으로 관련매출액을 사용하고 있다. 아래 [표 III-2]는 우리나라를 포함하여 6개국(미국, EU, OECD, 영국, 한국, 일본)에 대한 국가별 공정거

래법상 위반행위에 대한 기본과징금 산정기준을 작성한 것이다.[39] [표 III-2]에서 볼 수 있듯이, 우리나라를 비롯하여 미국, EU, OECD, 영국, 일본에서는 기본과징금 산정기준으로 모두 관련매출액을 사용하고 있는 것을 확인할 수 있다.

[표 III-2] 국가별 공정거래법상 위반행위에 대한 기본과징금(또는 벌금액) 산정기준

국가	법령근거	부과대상	부과대상	기본과징금 산정기준	AC 사용여부	x(%)
미국[a]	USSG §2R1.1	셔먼법 [1조], [2조]	담합, 독점	AC × 20%	○	20
EU[b]	규칙 제1/2003호	EU 경쟁법 [101조], [102조]	담합, 독점	AC × x%	○	0~30
OECD[c]	-	-	담합	AC × x%	○	15~20
영국[d]	OFT 고시	1998 경쟁법 [1장], [2장]	담합, 독점	AC × x%	○	0~30
한국[e]	공정거래법	각 조항[f]	부당공동행위, 시지남용 외	AC × x%	○	2~10
일본[g]	독점금지법	독점금지법 [7조의2], [8조의3]	부당한거래제한(담합), 독점	AC × x%	○	2~10

자료: a) United States Sentencing Guidelines(USSG), 2015, United States Sentencing Commission.
b) Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, 2006, European Commission.
c) Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, 2002, DAFFE/COMP(2002)/7.
d) OFT's Guidance as to the appropriate amount of a Penalty, (revised) 2012, Office of Fair Trading.
e) 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』, 2016, 공정거래위원회.
f) 우리나라 과징금 부과 대상 위반행위별 조항은 제II장 1.가절 [표 II-1]을 참조할 수 있음.
g) The Antimonopoly Act(AMA), 2016, Japan Fair Trade Commission.

(1) 영국 법제상 기본제재금 산정방식

영국은 1998년 경쟁법(Competition Act)에 근거하여 담합과 합병을 포함한 제1장의 '협정행위(agreements)'와 제2장의 '시장지배적 지위남용행위(abuse of dominant position)'에 대해 규제하고 있다. 각 위반행위에 대한 제재금(penalty)은[40] 경쟁법

39) OECD와 EU는 하나의 국가라고 볼 수 없으나, 하나의 통합된 규정으로서 논의를 이어감으로 통합하여 설명하도록 한다.

40) 제재금의 영문 단어를 penalty라고 명시하고 있으나, 이는 미국과는 다르게 형벌을 의미하지는 않는다. 이는 OFT 고시(§1.15, 2012)에서 '수평적 위반행위(horizontal agreements)'와 같은 행위

[36조]에 의거하여 별도의 OFT's Guidance as to the appropriate amount of a Penalty(이하, 'OFT 고시', 2012년 기준)상에서 규정하고 있으며, 이는 EU법을 준용하고 있다고 명시하고 있다.[41] OFT 고시에 의하면, 영국 경쟁법 [1장]과 [2장]은 기본적으로 EU 경쟁법의 [101조]와 [102조]와 '대응하는(correspond to)' 성격을 가지고 있으며, EU 회원국에 영향을 미치는 위반행위인 경우에는 EU 경쟁법을 적용하도록 규정되어 있다.[42] 반면, 위반행위가 자국 내에만 영향을 미치는 경우에는 영국 경쟁법을 적용하도록 되어 있는데, 영국 경쟁법상 위반행위와 EU 경쟁법상 위반행위가 나란히(parallel) 적용될 경우에는 이중처벌을 하지 않는다.[43]

에 대해서만 형벌을 규정한다고 명시한 부분에서도 확인할 수 있다 ("*The criminal cartel offence **only applies to** relevant agreements in respect of arrangements between undertakings operating at the same level of the supply chain, known as horizontal agreements*").

41) "*Since 1 May 2004 not only the European Commission, but also the **Office of Fair Trading (OFT) has had the power to apply and enforce Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union in the United Kingdom.***" (OFT 고시, 2012, **강조추가**). 나아가 Furse(2004, p. 114)에 의하면, 영국 *Napp* 사건(Napp Pharmaceutical Holdings Limited v Director General of Fair Trading, Case No.1001/1/1/01, 2001.9.24)의 항소심에서 과징금을 결정하는데 있어서 EU 경쟁법을 따라야 한다고 판시한 바 있다.

42) "*The Modernisation Regulation requires national competition authorities of the Member States (NCAs) and the courts of the Member States to apply Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the TFEU) as well as national competition law when national competition law is applied to agreements or conduct which may affect trade between Member States. The CA98 gives the OFT powers to enforce both the Chapter I and Chapter II prohibitions of the CA98 and Articles 101 and 102 of the TFEU.....Article 101 prohibits agreements between undertakings (see notes 7 and 8 below) which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market. Article 102 prohibits conduct by one or more undertakings which amounts to an abuse of a dominant position within the common market or a substantial part of it in so far as it may affect trade between Member States. The Chapter I prohibition and the Chapter II prohibition of the CA98 correspond to Article 101 and Article 102 respectively but apply to anti-competitive practices and conduct which affect trade within the United Kingdom.*" (OFT 고시, §1.2, 2012).

43) "*In cases where an undertaking has committed an infringement both of an EU prohibition (that is, Article 101 or Article 102) and the equivalent UK prohibition (that is, the Chapter I prohibition or Chapter II prohibition respectively), the undertaking will not be penalised twice*

한편 영국에서는 '위반행위의 중대성(seriousness of infringement)과 관련매출액(relevant turnover)을 고려한 기본과징금 산정 → 위반기간에 따른 조정 → 가중 또는 감경요소들에 따른 조정 → 특정억지와 비례에 따른 조정 → 전 세계 매출액의 10% 상한을 초과한 경우와 이중처벌을 예방하기 위한 조정 → 자진신고자 감면(leniency) 또는 합의(settlement)에 따른 감경'의 6단계에 걸쳐 과징금을 산정한다. 그 중에서도 기본과징금은 위반행위의 중대성에 따라 관련매출액의 최대 30%까지 산정할 수 있도록 규정되어 있으며, 이는 위반행위의 '억지(deter)'를 목적으로 하고 있다. 위반행위의 중대성을 결정하기 위해서는 상품의 종류부터 시작하여 시장구조, 시장점유율, 진입장벽 여부 등의 다양한 요소들을 검토한다. 이때 영국은 당해 위반행위뿐만 아니라 미래에 발생할지도 모르는 위반행위까지 포함하여 위반행위의 중대성을 고려하고 있는데, 직·간접적으로 소비자에게 영향을 미친 '피해(damage)'를 반영한다고 명시하고 있는 것으로 볼 때 관련매출액이 피해의 대리변수로 사용되고 있다고 해석할 수 있을 듯하다.

OFT 고시 §2.7에 따르면, 관련매출액은 '직전 회계연도에 그 위반행위로부터 영향을 받은 관련 상품 시장과 관련 지리적 시장에서 사업자가 얻은 매출액'으로 정의되며, 이는 우리나라 관련매출액의 정의와 매우 유사하다.[44] 거듭 영국의 경쟁법은 EU 경쟁법과 대응하는 구조를 가지고 있으며, 위반행위가 자국 내에만 영향을 미치지 않는 경우에는 EU 경쟁법을 우선 적용하도록 되어 있다. 따라서 EU 경쟁법을 확인하는 것은 영국이 관련매출액을 피해의 대리변수로 사용하고 있다는 것의 정당성을 보다 확고히 해줄 것으로 판단된다.

(2) 유럽연합(EU) 경쟁법상 기본과징금 산정방식

유럽연합은 2002년에 제정된 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December

---

for the same anticompetitive effects" (OFT 고시, §1.17, 2012).

44) 영국은 관련 지리적 시장이 자국 내보다 광범위하면 국내 시장 외의 매출액까지 관련매출액에 포함하거나, 위반행위 전 기간을 고려한 것이 아닌 직전년도 회계 기준으로만 관련매출액을 산정한다는 부분에서 '관련'에 대해 우리나라와 다소 다른 정의를 내리고 있으나, 본장에서는 관련매출액이 피해의 대리변수로서 사용되었는지 여부에 관해서만 논하고 있으므로 흐름상 '관련'의 정의에 대해서는 자세히 언급하지 않도록 한다.

2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Official Journal L 1, 04.01.2003) (이하, '규칙 제1/2003호')[45] [23조]에 의거하여 EU 경쟁법상 담합([101조])과 독점([102조])을 대상으로 과징금을 부과할 수 있다.[46] 과징금 산정절차는 우리나라의 과징금 고시와 같이 'Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003(이하, 'EU 과징금 고시')'를 통해 확인할 수 있으며, '기본과징금(basic amount of the fine) 산정단계 → 기본과징금 조정단계(adjustments to the basic amount)'를 거쳐 실제과징금이 부과된다.[47]

기본과징금 산정단계는 우선 관련매출액을 산정하는 것에서부터 시작한다 (EU 과징금 고시, §13-17). 관련매출액은 위반행위 전 기간 동안 '지역시장 내에서 위반행위로 인해 직·간접적으로 영향을 받은 상품과 서비스'에서 결정되며,[48] 이렇게 결정된 관련매출액의 최대 30%까지 기본부과율을 적용하여 기본과징금을 산정할 수 있다 (EU 과징금 고시, §21-23). 흥미롭게도 이는 전술한 우리나라의 기본과징금 계산방식

45) 2002년에 규칙 제1/2003호를 제정할 당시에는 담합과 독점의 조항이 각각 [81조]와 [82조]였으나, 2009년 리스본 조약 [5조]에 의해서 EC 경쟁법이 EU 경쟁법으로 개정되면서 [101조]와 [102조]로 조항이 변경되었다. 하지만 규칙 제1/2003호는 2006년 9월 개정된 이후 현재까지 개정되지 않아 여전히 [81조]와 [82조]라고 명시되어 있으나, 조문의 내용은 동일하기 때문에 과징금 산정에 큰 영향을 주지 않는다.

46) EU에서는 경쟁법 위반행위를 대상으로 금전적 제재(penalty)를 부과하고 있어 학자에 따라 금전적 제재, 제재금 등과 같이 혼용해서 쓰이고 있으나, EU 경쟁법은 형벌을 별도로 규정하지 않고 그 성격이 우리나라의 과징금과 유사하기 때문에 본 보고서에서는 과징금으로 용어를 통일하였다.

47) EU 과징금 고시는 1998년 1월에 제정('Guidelines on the method of setting fine imposed pursuant to Artticle 15(2) of Regulation No.17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty, 1998')된 이후, EU 경쟁위원회에서 카르텔을 대상으로 과징금 '부과규모(size)'와 '강도(severity)'를 증진시키기 위해 2006년 9월에 개정안을 채택한 바 있다 (Veljanovski, 2009; Connor, 2013).

48) 여기에서의 지역시장은 유럽경제지역(European Economic Area)을 의미한다. "*In determining the basic amount of the fine to be imposed, the Commission will take the* ***value of the undertaking's sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates in the relevant geographic area within the EEA****. It will normally take the sales made by the undertaking during the last full business year of its participation in the infringement.*" (EU 과징금 고시, §13, **강조 추가**).

인 '관련매출액 × (위반행위별) 기본부과율'과 매우 유사한 형태이다.

이렇듯 30% 내에서 결정되는 기본부과율은 위반행위의 성격, 시장점유율, 관련시장을 고려하여 판단된 위반행위의 중대성에 따라 달라지는데, 이때 가격고정, 시장분할 등과 같이 '가장 해로운 위반행위(the most harmful restrictions of competition)'에 해당되는 경우에는 법정부과율 중 가장 높은 비율을 곱해줄 수 있다. EU에서는 후술되는 미국과 같이 법제상에서 명시적으로 '피해'에 근거하여 기본과징금을 산정한다고 직접적으로 밝히고 있지는 않지만, 가장 '해로운(harmful)' 위반행위에 대해서 기본과징금을 높게 산정한다는 것에서 피해를 고려한 것으로 이해할 수 있을 것이다. EU는 여기에서 더 나아가 경성카르텔(hard-core cartel)을 대상으로 관련매출액의 15% 내지 25%만큼을 추가적으로 부담할 수 있도록 규정(EU 과징금 고시, §25)하고 있는 것으로 볼 때, 적어도 EU는 위중한 위반행위에 대한 심각성을 인지하고 효과적인 억지의 필요성을 피력하고 있는 것으로 해석이 가능하다.

한편 EU가 과징금을 산정하는데 있어서 피해를 고려한다는 부분은 기본과징금의 조정단계에서도 나타난다. 앞서 관련매출액의 일정비율로서 산정된 기본과징금은 조정단계에서 위반행위의 고의성, 자진신고 여부 등을 고려하여 과징금액수를 가산(반복성, 주도성, 은폐) 또는 감경(작은 역할, 자진신고)한다. 이 과정에서 EU 경쟁위원회는 관련매출액에 비해 지나치게 높은 매출액을 보유하고 있는 위반행위자에 대해서는 과징금의 '억지효과(deterrence effect)'를 확보하기 위해 과징금을 증액할 수 있는데, 이때의 과징금은 '위반행위로 인한 부당이득(amount of gains improperly)을 상회하는 정도'로 부과할 수 있도록 규정되어 있다 (EU 과징금 고시, §30-31).[49] 해당 내용은 가산·감경과는 별도의 항목으로 규정되어 있는 것으로서 위반행위로부터 발생한 피해가 과징금액수보다 큰 경우를 대비하여 2006년에 신설된 조항이다 (Connor, 2013, p.

---

49) "*[Specific increase for deterrence] 30.The Commission will pay particular attention to the need to ensure that fines have a sufficiently deterrent effect; to that end, it may increase the fine to be imposed on undertakings which have a particularly large turnover beyond the sales of goods or services to which the infringement relates.....31.The Commission will also take into account the need to* ***increase the fine in order to exceed the amount of gains improperly made as a result of the infringement*** *where it is possible to estimate that amount.*" (EU 과징금 고시, §30-31, **강조 추가**).

59). 즉 기본과징금 산정 이후에도 억지효과를 담보하기 위한 수단으로서 별개의 항목을 규정한 것이다. 요컨대 기본과징금의 최대 30% 기준으로도 위반행위의 피해를 전부 내부화하지 못하는 경우까지 감안한 것으로 해석할 수 있을 듯하다.

(3) 일본 독점금지법상 기본과징금 산정방식

1977년에 (카르텔을 대상으로) 도입된 일본의 독점금지법상 과징금제도는 우리나라의 과징금제도 가장 유사한 성격을 가지고 있으며, 기본과징금 산정방식에 있어서도 매우 유사한 형태를 지니고 있다. 왜냐하면 우리나라에서 1980년에 공정거래법을 도입했을 당시 일본의 과징금제도를 참고하여 구성하였기 때문이다 (권종호, 2007, p. 24). 그런데 일본은 EU법을 참고했다고 법제상 명시한다. 따라서 우리나라는 공정거래법의 기본 틀을 일본으로부터 가져와 추후 OECD, EU, 미국법제를 참고하여 개정해왔다고 보는 것이 적절할 것이다. 구체적으로, 주로 담합에 대해 다루고 있는 부당한 거래제한([7조의2])와 당해 행위를 실행한 구성사업자([8조의3])를 대상으로 관련매출액의 일정비율(원칙: 10%)로 기본과징금으로 산정할 수 있으며, 이는 각각 동법 [89조]와 [95조]에 의거하여 형벌도 함께 부과 가능하다. 이는 제II장에서 전술한대로 우리나라에서 공정거래법상 11개 규제위반행위를 대상으로 공정거래법 [70조]에 근거하여 과징금과 형사벌칙이 양벌부과가 가능하다는 것과 동일한 형태이다.

한편 2005년에 독점금지법을 대대적으로 개정하기 이전까지 과징금제도는 우리나라와 마찬가지로 '부당이득환수론'이 주된 목적이었으나, 개정 이후에는 "*부당이득액 이상의 금액을 환수함으로써 과징금의 행정상 제재로서의 기능을 한층 강화*"하는 목적에서 과징금의 법정부과율을 기존의 6%에서 10%까지로 대폭 상향조정한 바 있다 (권종호, 2007, p. 35). 여기에서 과징금의 법정부과율을 10%로 결정한 것은 일본 자체 내에서의 카르텔 및 입찰담합 사건의 평균 부당이득이 16.5%인 것과 미국 및 EU법제를 준용하였다고 언급한 것으로 볼 때 과징금의 법정부과율에 '피해'를 반영한 것으로 해석해볼 수 있을 것이다.

라. OECD의 피해추정액 산정방식

계속해서 강조했듯이 학계와 실무 모두에서 관련매출액을 피해의 대리변수로서 이해하는 입장이 존재하지만, 김일중·전수민(2013, p. 502)에서도 언급한대로 공정위에서는 여전히 관련매출액 기준에 대한 확실한 입장은 내세우고 있지 않는 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 공정위는 현재 사용되고 있는 관련매출액 기준이 2002년 OECD 보고서에서 도출된 것에서부터 준용한 것임을 보도자료 등을 통해 간접적으로 밝힌 바 있다.[50] 가령 2006년 3월, 밀가루 담합 8개사에 과징금 약 434억원과 담합 행위에 직접 가담한 임원 5명을 검찰에 고발한 사건에 대해 "*OECD 보고서에 의하면, 카르텔로 인한 소비자 피해액은 평균적으로 관련매출액의 15~20% 정도로 볼 수 있으며, 본 건 카르텔의 총 관련매출액은 총 4조 1,522억원*"에 이르기 때문에 해당 사건의 적발과 시정으로 최소 4,000억원 이상의 소비자 피해를 예방한 것으로 추산된다고 명시하였다.[51] 또한 국내 10개 손해보험사들이 일반손해보험 8개 주요상품의 보험요율을 공동결정한 행위에 대해 보도한 2007년 6월 보도자료에서도 "*OECD가 관련매출액의 15~20% 정도를 담합으로 인한 소비자 피해액으로 추정*"하고 있다고 인용하였다.[52]

아울러 공정위는 OECD가 『OECD 한국경제보고서』(2004, p. 158)를 통해 한국 공정거래법상 과징금 부과한도가 5%로서 위반행위를 억지하기에는 한계가 있다고 지적한 권고의견을 수렴하여 2004년 12월 법 개정을 통해 부당공동행위에 대한 과징금의 법정부과율을 관련매출액 5%에서 10%로 상향조정한 바 있다고 밝혔다 (공정위,

---

50) 경제정의실천시민연합은 공정위의 보도자료 등을 인용하며 2007년 3월과 2010년 10월의 보도자료를 통해 "*공정위는 소비자피해 추정액의 근거로 경제협력개발기구(OECD)의 회원국 조사결과를 준용하여 카르텔로 인한 피해액을 관련매출액의 15~20%로 추정하는 방식을 사용*"했다고 밝혔으며, 공정위 측에 유선상으로 문의해 본 결과, 이에 대해 동의한다는 답변을 얻을 수 있었다.

51) 밀가루 담합사건은 8개社 피심인들이 밀가루 판매량 또는 생산량을 공동으로 합의하여 [19조 ①] 1~3호를 위반한 사건으로써 자세한 내용은 의결번호 제2006-079호(사건번호 2006카정0308~0319)에서 확인 가능하다.

52) 손해보험사 부당공동행위 사건은 일반손해보험(일반화재보험, 공장화재보험, 근로자재해보상보험 등)의 범위를 합의하여 [19조 ①] 1호를 위반한 사건으로써 해당 사건은 심결례 자체에 OECD 권고사항을 인용한 바 있다. 자세한 내용은 의결번호 제2007-443호(사건번호 2007서카0740)를 참조할 수 있다.

2011, p. 367). 나아가 공정위는 2004년 시행령 개정안을 통하여 과징금제도의 개선을 위해 권오승 외(2003)의 연구결과를 수용하여 새로운 기준을 마련한 것이라 밝혔다. 그런데 권오승 외는 해당 연구가 EU, 영국, 미국, 일본 등 선진국들의 입법례를 참고했다고 말했으며, 실제로 앞서 [표 III-1]에서와 같이 6개국 모두 관련매출액 기준을 사용하고 있는 것을 확인하였다. 더욱이 EU 경쟁위원회는 홈페이지상에서 경쟁행위를 대상으로 부과하는 과징금의 필요성을 언급하면서, OECD의 15~20% 추정액을 실례로 들었다 (EU, 2011, p. 1).[53] 따라서 OECD가 어떠한 이유에서 관련매출액 기준을 사용하고 있는지를 파악한다면, 우리나라의 과징금제도를 이해하는데 도움이 될 것이라 사료된다.

(1) 피해 대리변수로서의 관련매출액[54]

OECD는 1998년 이후, 경성카르텔이 전 세계에 미치는 피해의 심각성을 인지하고 회원국들을 대상으로 경쟁법제 및 경쟁 관련 정책에 관한 '국별 검토 보고서(country review)'를 주기적으로 발간하고 있을 정도로 회원국별 경쟁정책분야에 관심이 많다.[55] 그 중에서도 경성카르텔에 가장 큰 초점을 두고 있으며, OECD는 2001년에 국가별 조사를 한 것에서 더 나아가 회원국 15개국을 대상으로 한 서베이를 진행하고, 이를 통해 회원국들이 카르텔을 대상으로 과징금을 어떻게 부과하고 있는지를 대대적으로 조사한 바 있다 (OECD, 2002, p. 1).[56]

---

53) "*Breaking the competition rules is profitable if it goes unpunished—that is why companies do it. To take cartels as an example,* ***OECD looked at a selection of cartels, estimating the median price increase to be 15 to 20%****, with a high of over 50%." (European Commission, "Fines for breaking EU Competition Law"*, 2011, **강조 추가**).

54) OECD와 미국에 대해서는 김일중·전수민(2013)의 내용을 참고하여 재구성 및 수정·보완하였다.

55) 1998년 미국의 공정거래법에 관한 보고서를 작성한 이후, 2014년 콜롬비아, 코스타리카 및 루마니아까지 거의 매년 보고서를 발간하고 있다. 한국의 공정거래법에 대해서는 2000년(The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, Regulatory Reform in the Electricity Industry)과 2004년(Report on Competition Law and Institutions)에 각각 발간한 바 있다.

56) 이는 규모가 상당한 서베이였기 때문에 2002년 이후로 2차 조사는 아직 이루어지지 않았으나, 2016년 12월에 OECD에서 개최될 '경쟁법 글로벌 포럼(Global Forum on Competition)'을 통해

서베이 결과를 보여주기 이전에 OECD 보고서는 서두에 "*카르텔이 전 세계에 미치는 경제적 피해는 상당하나, 이를 정확히 추정하는 것은 매우 힘들다*"고 강조하였다. 왜냐하면 카르텔로 인한 피해는 단순히 경제적 피해만 의미하는 것이 아니라 사회적 피해와 그에 상응하는 다른 피해들까지도 모두 포함한 개념이기 때문이다. 하지만 카르텔로 인한 총피해에서 경제적 피해액와 그 외의 피해액을 분리하는 것은 사실상 거의 불가능한 작업이기 때문에, OECD는 대부분의 국가들에서 피해액 산정이 필요할 경우에는 대리변수를 사용한다고 밝혔다. 이렇듯 피해액을 산정하기 위해서는 수많은 가정들과 대리변수의 사용이 필요함에도 불구하고 OECD는 "*위반행위로부터 소비자가 받은 고통을 바로잡을*" 뿐만 아니라 "*정부의 적절한 양형수준과 효율적 억지효과를 제공하기 위해서*" 피해액을 측정하는 것은 매우 중요하다고 강조하였다 (OECD, 2002, p. 6). 이상의 배경에서 OECD는 대부분의 회원국들에서는 가장 '간편한 계산방식(easiest to calculate)'으로서 '불법이득(unlawful gain) × 초과가격(overcharge)'을 사용한다고 설명한다. 불법이득의 계산 역시 쉽지 않지만, 이는 적절한 수준의 양형과도 직결되는 문제이기 때문에 차선으로서 이와 같은 계산방식을 사용하는 것이다. 흥미롭게도 이는 앞서 소개한 영국과 EU 그리고 우리나라의 기본과징금 계산방식인 '관련매출액 × (위반행위별) x%'와 동일한 형태임을 확인할 수 있다.

여기에서 OECD의 '불법이득(unlawful gain)'과 우리나라의 '부당이득(unjust enrichment 또는 ill-gotten gains)'의 표현을 달리한 것은 단순히 영어상의 표현이 다

빠른 시일 내에 유사한 분석 보고서가 출간될 것으로 추측된다. 2002년 OECD 보고서도 2001년 10월에 1차로 개최된 글로벌 포럼으로부터 취합한 서베이를 바탕으로 분석한 것이기 때문이다. OECD는 2016년 12월 경쟁법 포럼에 참석하기 이전 10월까지 큰 주제 4개 하의 세부질문 22개에 대한 답변을 OECD 측에 제출할 것으로 요구하였다. 4개 질문은 '1. 기본과징금의 결정(Determination of the basic fine)', '2. 기본과징금의 조정단계(Adjustment of the basic fine)', '3. 과징금 결정의 실용적인 이슈들(Practical issues in determining the amount of fines)', '4. 과징금의 대안수단(Alternatives to fines)'이었으며, '1. 기본과징금의 결정'에 대한 세부질문만을 상세히 살펴보면, '과징금 부과대상 유형과 부과수단(행정제재, 형사제재 또는 병과)은 무엇이고, 부과주체 기관은 어디인가?', '과징금을 결정하기 위한 법적 기준은 무엇인가? 법적 기준이 있다면 해당 기준은 언제 사용하며, 무슨 내용을 포함하고 있는가?', '법적 기준에 비례원칙이 적용되고 있는가? 적용되고 있다면 어떻게 반영되고 있는가?'와 같은 3가지 질문에 답변하도록 되어 있다. 나머지 2번부터 4번까지는 각각 5개, 6개 및 8개 세부질문을 포함하고 있다 (OECD, 2016).

르기 때문만은 아니다. OECD는 '부의 이전(wealth transfer)'에 '기타 해로운 경제효과(other harmful effects)'가 포함된 카르텔로 인한 피해의 대리변수로 '불법이득'을 사용한다고 밝혔기 때문이다. 이는 앞서 국내외 학자들의 주장과 일맥상통하는 부분이다. 반면 우리나라에서의 부당이득은 부의 단순이전분으로 해석하고 있다. 최근 과징금의 성격은 부당이득의 환수에서 행정제재적 성격까지 고려하고 있지만, 과거에는 원칙적으로 부당이득의 환수를 목적으로 하였다. 이호영(2007, p. 146)은 종래 법원에서는 과징금의 성격을 부당이득환수로 보았다고 주장하면서, 대법원(2004.10.27. 선고 2002두6842)에서 "*과징금 부과는 원칙적으로 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것*"이라고 판시해버림으로써 과징금 수준이 부당이득을 초과할 수 없는 원천적인 한계점을 갖는다고 비판하였다. 또한 이인권(2008, p. 57)은 (현재 과징금 부과에 대한 근본적인 재검토가 필요하다고 주장하는 과정에서) 부당이득 환수를 '법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익의 박탈'이라고 설명한 것으로 보아 부당이득 자체를 단순이전분으로 해석하고 있다.

김성훈(2009, p.363)은 "*위반행위로 인하여 행위자가 얻게 되는 경제적 이익인 독점적 이윤을 박탈함으로써 일차적인 억지의 목적이 달성될 수 있다는 점에서, 부당이득 환수적 성격을 기본으로*" 한다고 서술하며 부당이득이 독점이윤을 의미한다고 밝혔다. 앞서 독점이윤을 비롯하여 사중손실까지 포함하여 과징금을 부과해야한다고 주장한 홍대식(2007, p. 140)도 "*독점이윤에 상응하는 과징금은 부당이득 환수적 요소에, 사중손실에 상응하는 과징금은 제재적 요소에 상응*"한다고 나누어 주장하고 있다. 종합하면, 국내에서는 '부당이득 = 단순이전분'의 공식개념으로서 사용되고 있다고 봐야 할 것이다.

따라서, OECD의 '불법이득'은 이론상의 '관련 총피해'와 동일한 뜻으로서 해석해야 한다. 결국 OECD의 불법이득을 본고에서의 피해라고 본다면 '관련매출액 × 기본부과율≈피해'로 이해할 수 있을 듯하다. 따라서 이하에서는 OECD의 '불법이득'을 편의상 '피해(액/규모)'라고 표현하겠다. 이처럼 관련매출액 계산법을 OECD 식의 논리로 본다면, 한국의 '$AC \times x$%' 룰은 결과적으로 피해의 대리변수라는 해석이 가능하다. 앞서 공정위에서는 비공식적으로나마 OECD 보고서 결과를 준용하고 있음을 밝힌 바 있으

므로, 결국 공정위에서도 관련매출액 기준을 피해의 대리변수로서 사용하고 있다는 개연성이 높다. 그런데 OECD 보고서에 의하면, 해당 보고서는 미국의 카르텔 보고서를 토대로 작성하였다고 주장한 바 있다. 따라서 OECD 측의 주장에 따라 이하에서는 미국의 독점금지법에 대해 살펴보도록 한다. 만약 미국의 독점금지법에서 관련매출액을 피해의 대리변수로서 사용하고 있다는 근거를 내세운다면, OECD를 실례로 든 EU와 OECD 보고서의 결과를 준용한 것으로 판단되는 우리나라에서도 관련매출액이 피해의 대리변수로 사용되고 있다는 개연성을 더욱 높일 수 있을 것이다.

마. 미국의 기본벌금액 법적규정

(1) 법제상의 피해추정액: $AC \times x\%$ (2015년 USSG 기준)

독점금지법 위반을 대상으로 높은 수준의 제재를 가하는 미국에서는 '양형기준표'(US Sentencing Guideline, 이하 'USSG') §2R1.1(d)(1) 조항에 기본벌금액의 산정기준으로 "*금전적 손실(pecuniary loss)을 대신하여 관련매출액의 20%를 사용하고 있다*"고 규정함으로써 관련매출액을 피해의 대리변수로 사용하고 있음을 명백히 밝히고 있다.[57] 그에 대한 이유도 "*법원이 실제이득과 실제손실을 결정하는데 들일 시간과 비용을 피하기 위해(to avoid the time and expense that would be required for the court*

57) 미국은 우리나라와 달리 별도로 과징금을 규정하지는 않는다. 다만 독점금지법상 위반행위에 대하여 USSG를 근거로 벌금형을 부과하거나, 연방거래위원회(이하, 'FTC') 위반행위에 대해서는 민사벌(civil penalty)을 부과한다. USSG에서는 입찰담합, 가격고정 및 시장분할 등의 '수평적 위반행위(horizontal agreements)'만을 대상으로 형사벌칙을 규정하고 있다. 이에 관해 USSG에서는 공정거래법상 수평적 위반행위를 제외한 나머지 규제위반행위들은 거의 기소된 적이 없고, 법률상 규제대상에 포함되지 않을 수도 있을 정도로 피해수준이 각기 달라 수평적 위반행위만을 대상으로 형사벌을 규정하였다고 설명한다 (USSG §2R1.1(d), Background). 담합과 독점행위를 규정하는 셔먼법 [1조], [2조]를 제외한 가격차별의 금지, 기업결합의 금지, 불공정거래행위의 금지 등 나머지 위반행위는 클레이튼법([2조], [3조], [7조], [8조]) 및 FTC법 [5조]를 근거로 민사제재를 부과할 수 있다. 클레이튼법은 '시정조치 및 3배 손해배상', FTC법은 '중지명령 및 1만 달러 이하'의 금액을 부과할 수 있다. 한편 USSG에서의 관련매출액 20% 기준은 법인을 대상으로 하며, 개인에 대해서는 관련매출액의 1~5% 범위 내에서 부과가 가능하다. 현재 우리나라 공정거래법상 위반행위에 대한 과징금은 주로 법인을 대상으로 부과하고 있으므로 본고에서는 관련매출액 20% 기준을 기본으로 논의한다. (물론 미국에서도 이렇게 20%에서 시작하여 위반기간이나 가담정도 등 가중 또는 감경 요인들을 반영한 뒤 최종벌금액을 결정한다.)

to determine the actual gain or loss)" 관련매출액을 산정기준으로 삼았다고 명시하고 있다.[58] 위반행위로 얻은 이득은 판매가격(selling price)의 10%를 평균적으로 추정하고 있으나, 가격고정으로 인한 사회총손실은 행위자의 이득을 초과하므로 그 외에 발생한 손실부분까지 감안하여 10%의 두 배인 20%를 피해의 대리변수로 사용하게 된 것이다. 즉 20%는 위반행위로 얻은 부당이득 10% 뿐만 아니라 사중손실 10%까지 고려하여 부과한다는 의미이다 (AMC, 2007, p. vii; Bolotova and Connor, 2008, p. 5).

양형을 할 때 규제위반행위로부터 얻은 금전적 이득(즉 부당이득)을 상회하여 고려한다는 입장은 법정양형 관련 더욱 일반적 규정(18 U.S.C., Ch. 227, 'sentences')을 통해서도 알 수 있다.[59] 미국 연방법무부(Department of Justice, 이하 'DOJ')의 전 보좌관이었던 Hammond(2005, pp. 4-5)는 부당이득 혹은 피해가 셔먼법의 상한선을 웃도는 경우가 발생하면 1984년 벌금집행법의 제정으로 신설된 18 U.S.C. §3571(d) ("*만약 어떤 사람이라도 위반행위로부터 금전적 이득을 얻거나, 피고 외의 사람에게 금전적 손실을 발생시킬 경우 총이득 또는 총손실의 2배를 부과*")에 근거하여 법정벌금 대신 '이득 또는 손실의 2배'를 상한으로 벌금을 부과할 수 있다고 주장하였다. 또한 그는 §3571(d)에서의 '총이득 또는 총손실'이 '위반행위 전체(violation as a whole)'로부터 발생한 모든 이득과 손실을 의미한다고 주장했다. 또한 기본벌금액을 결정하기 위해서는 직접적인 금전이득 또는 손실뿐만 아니라 사중손실까지 고려해야 한다고 강조한 것으로 보아, 앞서 Posner(2001) 등이 주장한대로 피해에 연동되면서도 충분한 억지력을 갖는 제재를 부과하겠다는 의미와 일맥상통하다고 볼 수 있다.

한편 미국도 1890년 제정 당시부터 독점금지법상 관련매출액을 기본벌금액의 산정

---

58) '경쟁법현대화위원회'(Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, p. 300)는 법률에서 명시한 '20 percent of the volume of affected commerce' 부분을 '20 percent harm proxy'라고 표현한 것으로 보아 관련매출액을 피해의 대리변수로 사용하는 것을 수용하고 있음이 명백해 보인다.

59) United State Code(U.S.C.)는 연방법률들의 모음집으로서 50개의 편(title)으로 구성되어있다. 그 중 제15편은 거래 및 무역(Commerce and Trade)에 관련된 조항들을 규정하며, 주요 공정거래법인 셔먼법, 클레이튼법, 연방거래위원회법 등이 포함되어있다. 일반형사법은 제18편에 해당되며, 형법 전반에 대해 다루고 있다. 만약 특정 위반행위의 피해규모가 셔먼법의 상한선(1억 달러 또는 10년 이하의 징역)을 초과하면 U.S.C. 18편을 근거로 더 높은 수준의 벌금액을 부과할 수 있다.

기준으로 사용했던 것은 아니다. USSG가 1991년에 개정되기 이전에는 벌금을 부과하는데 고려해야 할 요소들을 나열했을 뿐이었다. 하지만 해당 요소들을 얼마만큼 적용시켜야 하는지가 명확하지 않다는 이유로 1991년부터 '관련매출액 계산법'을 적용하기 시작하였다.[60] 이에 관해 Herron(2002, p. 934)은 DOJ가 '업무의 간편함'뿐만 아니라 '피해'와 직접적으로 관련 있는 처벌정도를 부과함으로써 위반행위를 효과적으로 억지하기 위해 관련매출액 계산법을 채택한 것이라고 주장했다. 즉 위반행위로부터 야기된 피해를 반영한 '간소한(simple)' 측정방식으로서 선택된 것이다.

(2) 관련매출액 사용에 대한 찬반론

물론 관련매출액은 '절차의 간소화'와 '간편한 계산법'이라는 두 가지 측면에서는 긍정적인 평가를 받고 있지만, 다른 한편으로 개별사건의 실제피해는 여전히 제대로 반영하지 못한다는 여러 논쟁도 불러 일으켰다. 첫 번째 논쟁은 '관련'의 개념이 불명확하다는 것이다. USSG에 실질적으로 관련매출액 기준을 규정하고 있는 미국법원에서도 관련매출액의 개념에 관해 언급한 판례는 네 개(Hayter Oil, 51F.3d, 6th Cir., 1995; SKW Metals & Alloys, 195 F.3d, 2nd Cir., 1999; Andreas, 216F.3d, 7th Cir., 2000; Giordano, 261 F.3d, 11th Cir., 2001) 정도에 국한된다.

관련매출액에 관한 최초 항소법원 판결로 유명한 Hayter 사건에서는 '관련'이라는 단어자체가 '굉장히 포괄적인(very board)' 개념이라고 지적하며 피심인별 매출액 여부에 관계없이 전체 위반기간 동안의 모든 매출액이 관련매출액에 포함된다고 판시한 바 있다. *SKW Metals & Alloys* 사건에서도 '관련'의 개념이 광범위(board)하다고 지적하였으나, Hayter 사건과는 다르게 공모가 시작되었더라도 가격에 직접적으로 영향을 미치지 않은 경우는 관련매출액에 포함되지 않는다고 주장했다. *SKW Metals & Alloys* 사건과 동일한 입장을 표명한 *Andreas*와 *Giordano* 사건에서도 '우월한 증거(preponderance of the evidence)'에 의하여 위반행위로부터 영향을 받지 않았다는

60) 이러한 논의들을 보면, 한국의 공정위가 2004년 관련매출액 기준을 도입할 때 설명한 취지(즉 좀 더 체계적이고 객관적으로 과징금제도를 개선하기 위함)가 1990년대 초반 미국의 입법배경과 매우 유사하다.

점을 입증할 경우에는 위반기간에 속하더라도 매출액에 대한 추정의 번복이 가능할 수 있도록 해야 한다고 판시하였다. 이렇듯 네 개 판례에서는 모두 관련에 대한 개념이 불명확하여 관련매출액 기준이 피해정도를 제대로 반영하지 못한다는 점을 인식하였다. 그러나 기본적으로는 관련매출액을 근거로 기본벌금액을 산정하는 것에는 이의를 제기하지 않았다.

둘째, 관련매출액은 전형적인 독점금지법 사건의 피해규모를 추정하는 데에는 비교적 적합할 수 있으나, 피해가 훨씬 더 작거나 매우 큰 경우의 사건에 대해서는 제대로 추정하지 못한다는 논쟁도 진행되어 왔다. 가령 Klawiter(2001, pp. 751-752)는 몇몇 규제위반행위의 이득이 매우 작거나 거의 없는 경우에는 벌금을 부과하는 것이 적합하지 않을 수 있다고 말했다. 즉 관련매출액의 20%를 부과하게 된다면, 오히려 사회적으로 부정적인 결과가 발생할 수도 있다고 본 것이다. 반면 Lande(2006, p. 667)는 200여개의 카르텔 사건을 조사한 결과, 초과가격의 중앙값이 25%, 평균은 49%로 추정되어 USSG 기준을 훨씬 초과함을 증명하였다. 이와 유사하게 1888년부터 2009년까지 약 600개 카르텔 관련 자료를 취합하여 분석한 Connor and Bolotova(2006)는 1,517건의 담합사건의 초과가격의 중앙값이 23.3%, 성공한 담합사건의 평균 초과가격은 약 50.4%로 법률상의 20% 기준을 훨씬 초과했음을 밝혔다. 여기서 주목할 점은 부과 수준에 대해서만 반론을 제기했을 뿐 관련매출액 그 자체의 사용여부에 관해서는 대체로 의문점을 제기하지는 않았다는 것이다.[61]

미국 '경쟁법현대화위원회'(Antitrust Modernization Commission, 이하 'AMC')도 현재의 관련매출액 기준을 사용하더라도 "*실제피해의 대리변수로서 관련매출액의 20%를 사용하는 것에 대한 합리적 근거를 설명*"할 것을 권고하였다 (AMC, 2007, p. vii). 그러나 DOJ에서는 AMC의 권고에 대하여, 첫째, 법률상에서도 언급했듯이 실제피해액을 산정하기는 매우 어렵고, 둘째, 형사벌금액은 손해전보가 아닌 '처벌'과 '억지'가 주된 목적이기 때문에 정확한 피해액 산정이 반드시 필요하지 않아 관련매출액 기준이 피해의 대리변수로 가장 합당하다고 반박하였다. 왜냐하면 USSG는 독점금지법상 위반행위에 대해 '특수억지(specific deterrence)'가 아닌 '일반억지(general

61) 실제부과율 범위와 관련해서는 제III장 2절에서 더 자세히 논하고자 한다.

deterrence)' 기준을 원칙으로 하기 때문에 정확한 피해액을 계산하여 처벌하는 것은 큰 의미가 없기 때문이다. 심지어 Wehmhorner(2006, p. 232)는 관련매출액을 기준으로 삼지 않는 EU(2006년 개정 이전)와 비교했을 때, 단순히 위반유형의 중대성과 위반기간 등의 요인들만을 고려하여 기본벌금액을 산정하는 것보다 관련매출액 기준을 사용하는 것이 훨씬 '합리적(practical alternative)'이라고 주장하였다.

피해의 대리변수로서의 관련매출액에 대한 찬반론이 이처럼 많이 존재하지만, 결론적으로 DOJ에서는 관련매출액을 피해의 대리변수로 확고히 받아들인 듯하다. 2004년 미국 의회(150 Cong. Rec. H3658)에서는 "*관련매출액 20%는 독점금지법상 위반행위부터 발생한 금전적 손실의 대리변수로서 적절하기 때문에 현재 기준을 다시 논의할 의향은 없다*"고 주장하며 피해 대리변수로서의 관련매출액에 대한 정당성을 인정하였다. 물론 처벌 및 억지가 주된 목적이기 때문에 규제위반행위에 대한 정확한 피해액의 산정이 반드시 필요하지 않다는 식의 주장에 관해서는 재검토가 필요한 부분일 것이다. 하지만 1990년대 중반부터 특히 2000년대 중후반까지 계속된 관련 주제의 미국 입법절차를 둘러싼 이상의 검토가 시사하는 바는 매우 크다. 계속해서 강조했듯이 OECD와 우리나라를 비롯하여 여러 국가들에서는 미국의 독점금지법을 기본으로 법률을 규정하고 있는 만큼 관련매출액을 실질적으로는 피해의 대리변수로 사용하고 있다고 판단할 수 있을 것이다.

바. 소결

한국을 비롯하여 OECD와 미국 등에서 확인할 수 있었듯이, 기본과징금 산정 시에 관련매출액 기준을 사용한다는 것이 전 세계적으로 통용되어 있음을 잠정적으로 결론내릴 수 있다. 즉 제II장 3.나절에서 강조했듯이 관련매출액의 일정비율을 피해의 대리변수로 사용하고 있는 것에 대체로 동의하고 있는 것이다. 특히 OECD와 EU법제의 근간이 되는 미국에서 '단순이전분+사중손실'을 반영하기 위해 '관련매출액 × 20%' 기준을 명시하고 있다는데서 피해내부화 목적을 명확하게 확인할 수 있다. 그렇다면 김일중·전수민(2013, p. 515)에서도 지적한 바와 같이, 관련매출액 기준의 사용여부에 대한 찬반 논의에 치중하기보다는 우선 그 자체로 효과적인 집행이 이루어지고 있는지를 검

토하는 것이 보다 생산적일 것이다.

한편 관련매출액 사용에 대해서 미국, EU, OECD, 영국, 심지어 일본까지 모두 담합과 독점행위를 대상으로만 과징금제도를 설계하였다. 한국에서도 모든 위반행위에 대해 관련매출액 기준을 사용하고 있지 않고 담합, 시지남용, 불공정거래행위에 대해서만 사용하고 그 외의 위반행위에 대해서는 위반액 또는 연간예산액이 활용되고 있다. 홍대식(2009) 및 권오승 외(2003)에서 밝혔듯이 위반액 또는 연간예산액이 관련매출액의 대리변수로 사용되고 있다.

거듭, 기본과징금은 '관련매출액 × 기본부과율'로 산정된다. 따라서 관련매출액과 더불어 기본부과율 범위의 적절성 여부에 대해서 검토하는 것도 매우 중요하다. 하지만 후술되듯이 기본부과율은 위반행위의 중대성에 따라 결정되는데, 그 과정에서 공정위의 재량이 많이 반영된다. 동일한 기업에 대해서도 상이한 기준이 적용되는 등의 경우가 상당히 많이 존재하는 것에서도 알 수 있다. 실제로 제IV장 실증분석상 표본추출기간(2005~2015년) 동안의 평균 실제부과율은 해외기준 뿐만 아니라 한국의 과징금제도에서 규정하고 있는 법정부과율보다도 현저히 낮은 수준으로 적용되고 있어 실효성을 담보하고 있지 못하다. 따라서 이하에는 법정부과율과 실제부과율 범위의 정당성을 제고해보고자 한다.

2. 실제부과율 부과범위의 정당성 제고

위반행위로부터 발생한 피해를 추정하여 적절한 수준의 과징금을 부과하면 위반행위자들이 스스로 알아서 사회최적 행위를 할 것이라는 제II장 3.나절에서의 경제이론을 토대로 '관련매출액의 일정비율($AC \times x\%$)'이 피해의 대리변수로 사용되고 있다는 것은 여러 번 강조한 바 있다. 따라서 AC만큼이나 x를 적절히 추정하는 것은 매우 중요하다. 이는 $AC \times 20\%$가 피해의 대리변수로서 사용되고 있음을 밝히고 있는 미국법제에서도 분명히 밝히고 있다. 우리나라에서도 관련매출액(또는 위반액 및 연간예산액 등)의 법정부과율 범위가 위반행위별로 규정되어 있고, 특히 부당공동행위에 대해서 가장 높은 법정부과율(10%까지 부과 가능)을 명시하고 있어 일견 위반행위로부터 발생한

피해의 정도에 따라 과징금을 달리 산정하고 있는 것으로 보인다.

하지만 법정부과율의 범위가 어떻게 선별되었는지를 차치하고서라도 (제IV장의 실증분석에서 자세히 후술되겠지만) 실제부과율은 매우 낮은 수준으로 집행되고 있어 법적 규정으로서의 효력을 적절히 발휘하고 있지 못하는 실정이다. 따라서 이하에서는 우리나라의 법적 규정과 해외사례를 검토해보고자 한다. 이는 실증적 분석 이전에 우리나라 법정부과율 및 실제부과율의 범위가 적절히 규정되어 있는지를 간접적으로 검토해보는데 도움을 줄 수 있을 것이다.

가. 한국의 법정부과율

제III장 1.가절에서 언급한대로 공정거래법상의 기본과징금은 관련매출액에 x을 곱한 값으로 산정되며, 1~3차 조정단계를 거쳐 실제과징금이 결정된다. 기본과징금의 산정기준은 유형별 '위반행위 중대성'에 따른 '기본부과율'을[62] 곱하거나 관련매출액을 산정하기 어려운 경우에는 '부과기준금액' 범위 내에서 산정기준을 정한다 (과징금 고시 IV.1). '위반행위 중대성'은 경쟁질서의 저해정도, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 피해정도, 부당이득의 취득 여부 등에 따라 '매우 중대한 위반행위', '중대한 위반행위', '중대성이 약한 위반행위'로 구분된다.[63] 법정부과율은 유형별로 다르게 책정되어 있으며,[64] 기본과징금은 관련매출액(혹은 연간예산액 및 위반액)에 유형별 기본부과율을 곱해 산정된다 ([표 III-3] 참조).

---

62) 공정위는 과징금 고시에 명시된 부과기준율에 따라 기본과징금을 산정한다. 그런데 본 연구에서는 실제로 집행된 부과기준율을 통계적 수치로서 검토할 예정이기 때문에 '법정부과율'과 '실제부과율'로 구분하여 표현하도록 한다.

63) 가령 시장지배적지위 남용행위의 '위반행위 중대성'의 정도가 '중대한 위반행위'로 판정된 경우 1.5% 이상 2.3% 미만의 범위 내에서의 기본부과율을 관련매출액에 곱하여 기본과징금을 산정한다. 한편 2013년 6월 개정 이후, 기본과징금의 산정기준은 관련매출액에 세부평가기준표(과징금 고시 '별표' 가~바)의 유형별 산정점수에 따라 결정된 '위반행위 중대성'의 정도별 '기본부과율' 혹은 '부과기준금액'을 적용하는 방식으로 변경되었다 (과징금 고시 IV.1).

64) 기본과징금 산정기준은 유형별로 조금씩 다르다. 하지만 관련매출액 산정이 어려울 경우에는 다른 산정기준을 사용하더라도 관련매출액과 동일한 개념으로 인정한다 (권오승 외, 2003, pp. 168-169; 홍대식, 2007, p. 141).

[표 III-3] 한국의 공정거래법상 위반행위별 법정부과율

단위: %

위반행위 / 중대성의 정도		시장지배적지위 남용행위 ([3조의2])	경제력집중 억제행위	부당공동행위 ([19조 ①])	사업자단체 금지행위 ([26조 ①])	불공정거래행위 ([23조 ①])	
		관련매출액	위반액	관련매출액[a]	연간예산액	관련매출액	위반액[b]
권오승 외 (2003)	매우중대	2	9	6	50	1	70
	중대	1	7	4	30	0.5	40
	덜중대	0.5	5	2	10	0.2	20
2004.4.1 (제2004-7호)	매우중대	1.5~2.0	9	3.5~5.0	50	0.8~1.0	70
	중대	1.0~1.5	7	1.5~3.5	30	0.4~0.8	40
	덜중대	0.3~1.0	5	0.5~1.5	10	0.1~0.4	20
2005.4.1 (제2005-3호)	매우중대	1.5~2.0	9	7.0~10.0	50	0.8~1.0	70
	중대	1.0~1.5	7	3.0~7.0	30	0.4~0.8	40
	덜중대	0.3~1.0	5	0.5~3.0	10	0.1~0.4	20
2012.8.20 (제2012-25호)	매우중대	2.3~3.0	10	7.0~10.0	70	1.6~2.0	80
	중대	1.5~2.3	8	3.0~7.0	40	0.8~1.6	50
	덜중대	0.3~1.5	5	0.5~3.0	10	0.1~0.8	20
2013.6.5 (제2013-2호)	매우중대	2.3~3.0	10	8.0~10.0 7.0~8.0	70	1.6~2.0	80
	중대	1.5~2.3	8	5.0~7.0 3.0~5.0	40	0.8~1.6	50
	덜중대	0.3~1.5	5	0.5~3.0	10	0.1~0.8	20

주: 이 표는 권오승 외(2003) 및 '과징금부과 세부기준 등에 관한 고시'(2004.4; 2005.4; 2012.8; 2013.6; 2015.10 개정)를 바탕으로 작성되었음.

a) '독점규제 및 공정거래에 관한 법률 등의 위반행위의 고발에 관한 공정거래위원회 지침(2013.6 개정)'상 행위유형별 기준점수에 따라 기본부과율이 보다 세부적으로 구분됨.

b) 불공정거래행위에 포함되는 부당지원행위[23조 ①] 7호는 위반액을 기준으로 기본과징금을 산정함.

한편 전술한 바와 같이 관련매출액 기준은 선진국(미국, EU, 영국 등)의 사례분석을 통해 과징금 개선방안을 제시한 권오승 외(2003)의 연구결과를 토대로 적용되었다(공정위 보도자료, 2004). 여기에서 저자들은 관련매출액이 미국, EU 및 영국법제에 근거하여 '피해의 대리변수(=독점이윤+사중손실)'를 의미한다고 명시하였다. 따라서 앞서 피해액을 산정하기 위한 차선의 방법이 관련매출액이라는 것에 대한 정당성을 확보하기 위해 미국 및 EU 등의 입법례를 참고한 것은 유의미한 작업이었다고 사료된다. 이처럼 한국의 법정부과율 역시 해외법제들에서 '관련매출액의 일정비율'을 피해의 대리변수로 사용했기 때문에 그 기준을 준용한 것으로 보인다.

하지만 우리나라 법정부과율의 '범위'가 정확히 어떤 근거에서 정해진 것인지는 명확하지 않다. 관련매출액과 법정부과율 기준의 토대가 되었던 권오승 외(2003, p. 176)에서도 법정부과율의 범위에 대한 명확한 기준을 제시하지 않았다. 가령 시장지배적지위 남용행위에 대하여 관련매출액에 해당 항목에 해당되는 법정부과율을 곱하는 방식으로 기본과징금을 산정할 것을 제안하였으나, "*부과비율을 어떻게 정할 것인가는 해당 위반행위로 인하여 사업자가 초과하여 얻는 이윤이 관련매출액의 몇 %로 추정되는지, 또한 그와 같이 추정된 과징금액이 공정거래위원회가 과거 유사한 행위에 부과한 과징금액에 비교하여 형평의 원칙이나 법적 안정성에 부합하는 것인지를 검토하여 정책적으로 판단할 문제*"라고 말하면서, "*다만 이 고시안에서는 그와 같은 정책적인 판단을 내릴 자료가 부족하므로 여기서 관련매출액에 적용한 부과비율은 편의상 정한 것*"이라고 밝힌 바 있다. 하지만 [표 III-3]을 보면, 공정위는 권오승 외에서 위반행위별로 제시한 수치를 큰 변화 없이 사용하고 있는 것을 확인할 수 있다.

한편 공정위는 2005년, 2012년, 및 2013년에 법정부과율의 범위를 개정하는 과정을 거쳤다. 2005년 4월, 공정위는 입법예고를 통해 "*카르텔 적발력 강화를 위해 감면요건의 불확정 개념을 삭제하고 재량의 여지*"를 없애기 위해 부당공동행위에 대해 기존의 5%에서 10%로 법정부과율을 상향조정했다고 밝혔으며, 2012년 8월에는 "*과징금 부과시 위반행위 유형별 부과기준율 한도를 법상 한도와 일치시켜 과징금 부과의 실효성을 제고*"하기 위해서 전반적으로 법정부과율의 범위를 조정했다고 설명했다. 그리고 현재와 동일한 형태가 구축된 2013년 6월, 부당공동행위의 법정부과율 개정에 대해 공정위는 "*결정에 공정위 재량범위가 큰 부당한 공동행위의 부과 기준율(0.5 ~ 10%)을 현행 3단계에서 5단계로 세분화*"하였다고 말하면서, "*전체 과징금 부과 수준이 높아지고 법 위반 행위에 억지력이 제고될 것으로 기대*"한다고 말했다.[65] 하지만 이는 단지 단계만 세분화되었을 뿐 2005년에 규정된 범위(0.5~10%)와 동일하다.

이렇듯 여러 차례에 걸쳐 과징금 고시를 개정해 왔으나, 여전히 법정부과율 범위에 대한 명확한 근거는 없다. 앞서 권오승 외(2003)는 해외법제 분석을 통해 법정부과율 사용에 대한 (수치는 예외) 정당성을 제시한 바 있다. 따라서 이하에서는 해외사례를

65) 공정위 보도자료(2013.6.12.), "공정위, '과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시' 개정" 참조.

통해 최적과징금을 산정하기 위한 최적수준의 법정부과율 및 실제부과율의 범위가 어느 정도인지를 검토하고자 한다.

나. 위반행위별 법정부과율 및 실제부과율의 범위: 해외사례

제III장 1.마절에서 서술한 바와 같이 과징금 산정기준에 대해 기본이 되고 있는 미국에서도 기본벌금액의 산정기준('관련매출액 × 20%')에 대한 찬반논의가 존재한다. 앞서 피해의 대리변수로서 '관련매출액 × 20%' 기준을 사용하는 것에 대한 근거를 제시하라는 미국 AMC의 발언에는 '관련매출액' 뿐만 아니라 '20%' 기준에 대한 설명도 함께 요구한 것으로 판단된다. 하지만 EU와 OECD 국가들에서 대체로 30%까지 기본과징금을 산정할 수 있도록 규정되어 있는 것으로 볼 때 미국의 20% 기준이 과다한 것으로 보이지는 않는다. 또한 Lande and Foer(2014, p. 6)는 가격고정에 대해서는 현행기준이 위반행위 제재로서의 역할을 제대로 수행하지 못하고 있기 때문에 관련매출액에 대한 '20% 기준'을 2배로 강화해야 한다고 주장하였으며, 후술될 Connor 역시 이와 동일한 입장을 내세운 것으로 볼 때 미국 학계에서도 20% 기준이 과하지 않다고 판단한 것으로 보인다. 그렇다면 한국 과징금제도의 법정부과율과 실제부과율의 법적 기준 및 집행현황을 판단하기 이전에 주요 선진국들에서의 법정부과율과 실제부과율은 어느 정도로 집행되고 있는지를 살펴보도록 한다.

주요 선진국들의 법정부과율은 제II장 1.다절에서 확인한 바 있다. 미국, EU 및 OECD와 일본에서는 기본과징금의 산정기준으로 관련매출액을 공통적으로 사용하고 있으며, 이에 따른 법정부과율은 국가마다 조금씩 상이하다. 미국은 20%, EU와 영국은 30% 내에서 부과할 수 있도록 규정하고 있으며, 한국과 일본은 위반행위별로 관련매출액의 0.5 내지 10%로 범위를 달리한다.[66] 그리고 실제부과율은 큰 요인이 반영되지 않는 이상 대체로 법정부과율 범위 내에서 결정될 것이라고 추측한다.[67] 제IV장에

66) 선진국들에서는 대체로 담합과 독점에 대해서만 법제를 규정하고 있기 때문에, 비교검토를 목적으로 할 때에는 한국의 부당공동행위 기준을 주로 언급하도록 한다. 사업자단체 금지행위의 법정부과율은 연간예산액의 10~70%, 경제력 집중행위의 법정부과율은 위반액의 20~80%까지로 규정하고 있다.

67) 하지만 모든 국가는 기본과징금을 산정한 후, 가중·감경 단계를 거치기 때문에 실제부과율이 법정

서는 과징금 결정요인을 분석하기 위해 2005년부터 2015년까지 11개년도에 대한 모든 공정거래법 대상 심결자료를 확보하였다. 하지만 해외에서의 공정거래법상 실제부과율을 확인하기 위해 우리나라 공정거래법상 과징금 사건을 전수조사한 바와 같이 모든 자료를 조사하기란 불가능하다. 첫째, 사건의 양이 방대할 뿐만 아니라, 둘째, 판례중심이기 때문에 사건의 전부를 파악하기가 쉽지 않다. 따라서 선행연구들의 결과를 통해 선진국들에서의 법정부과율 및 실제부과율을 검토해보고자 한다.

전 세계적으로 공정거래법 위반 사건(특히 담합)과 연구는 2004년 이후로 가히 폭발적으로 수행되었다 (Connor, 2014, p. 2). 특히 미국과 EU의 실제 사례에 대한 분석을 시도한 문헌은 다수 존재한다 (Connor and Lande, 2006; Bolotova and Connor, 2008; Combe and Monnier, 2011; Katsoulacos and Ulph, 2013; Bageri et al., 2013; Connor, 2014 등). 대표적으로 Purdue 대학의 Connor 교수는 1997년부터 담합, 특히 가격고정을 중점적으로 연구를 수행하였다. 아울러 2004년부터는 1,500여 편의 담합 관련 경제 및 법학논문을 섭렵하여 2013년 12월 기준으로 2,041개의 담합사건을 수집하였고, 수집한 담합사건들을 통해 국가별, 연도별 '초과가격(overcharge)'을 분석한 바 있다.[68] 이렇게 장기시계열적으로 많은 담합사건을 수집한 연구가 없었기 때문에 'Connor 데이터베이스'를 활용한 분석도 비교적 많이 수행되고 있다. 이하에서 인용할 Boyer and Kotchoni(2015)의 연구가 대표적이다.

이처럼 초과가격을 연구하는 것은 매우 유의미하다. 위반행위로 인해 얻은 '독점자의 이윤'에 해당하는 부분이기 때문이다. 이는 제II장 경제이론모형에서의 b 부분에 해당되는 부분이며, 미국법제에서는 법정부과율의 20% 중에서 10%가 여기에 해당된다

부과율 범위를 초과할 수 있다. 가령 유럽은 이미 산정된 과징금에 재범(repeat)을 대상으로 최대 100%까지 가중("*.....where an undertaking continues or repeats the same or a similar infringement.....the basic amount will be increased by up to 100% for each such infringement established*")할 수 있기 때문에 실제부과율이 100% 이상 부과될 수 있다. 우리나라도 법제상으로는 과징금 산정단계에서 임원가담, 주도 등의 가산요인이 적용되면 법정부과율의 범위를 벗어날 수 있다. 본 연구의 표본추출기간(2005~2015년) 동안 실제부과율이 법정부과율을 초과한 경우도 28건 존재하였다.

68) 초과가격은 담합행위로 인해 발생한 '추가비용분(increase in purchase costs to buyers)'을 의미하며, 이는 법경제학적인 관점에서 '손해액(damages)'의 핵심 개념이다 (Connor, 2014, p. 7).

고 설명한다. 나머지 10%는 제III장 1.마절에서도 언급했듯이 행위자의 이득을 초과하여 발생한 피해까지 고려한 부분이다. 만약 초과가격이 부당이득에 해당되는 10%와 비교했을 때 어느 정도 수준으로 부과되는지를 파악할 수 있다면 우리나라에서의 법정 및 실제부과율에도 유의미한 함의를 제공해줄 수 있을 것이다.

[표 III-4] 선행연구에서의 미국, EU, 및 OECD의 부과기준율(x)

선행연구 / 항목	미국	미국	EU	EU	EU	OECD
	Connor(2014)	Boyer and Kotchoni(2015)	Connor(2013)	Connor(2014)	Boyer and Kotchoni(2015)	OECD(2002)
위반행위	카르텔	카르텔	카르텔	카르텔	카르텔	카르텔
관련법령	18 USSG §2R1.1(d)(1)		규칙 제1/2003호			-
법정부과율(%)	10 of 20		0~30			0~30
분석방법론	메타분석[a)]	메타분석[a)]	통계분석	메타분석[a)]	메타분석[a)]	설문조사
표본기간(년)	2000~2013	1770~2009 (1973~2009)	2007~2011	2000~2013	1770~2009 (1973~2009)	1996~2000
표본숫자(개)	120	239 (228/336)	22	86	252 (225/375)	14/119
계산방식	OE =(Pm-Pc)*Qm		AC/FF	OE =(Pm-Pc)*Qm		$IG = AC \times x\%$
실제부과율 최대값(%)			76.0			46.0
실제부과율 최소값(%)			0.6			3.0
실제부과율 평균값(%)	31.1	15.7 (14.0)	16.4 (16.3)*	34.5	14.1 (14.2)	16.1
실제부과율 중앙값(%)	16.9	15.0 (14.2)	14.3	26.7	13.7 (15.9)	12.0

주: a) 메타분석이란, 여러 선행연구들로부터 도출된 결과들을 토대로 실증적 분석을 시도한 방법론임.
b) OC=Overcharge, Pm=market price, Pc= competitive price, Qm=market quantity, AC=volume of Affected Commerce, IG=Illegal Gain의 약자임.

거듭 실제부과율은 관련매출액과 기본부과율의 곱으로 산정된 기본과징금에서 가산·감경 단계를 거쳐 산정된 실제과징금이 관련매출액의 얼마만큼을 차지하는지를 나타내는 지표이다. 제IV장에서는 2005년부터 2015년까지의 공정거래법 과징금 부과대상 전수조사를 통해 위반행위별 기본부과율과 실제부과율의 수치를 확인하였다. 가령 부당공동행위의 경우, 기본부과율의 평균은 6.5%인데 반해, 실제부과율은 2.5%였다.

실제부과율이 기본부과율의 약 1/3 수준에 불과하여 잠정적으로 1~3차 조정단계에서 가산보다는 감경요인이 더 많이 반영되었음을 추측해볼 수 있다.[69] 이상의 한국의 법정부과율과 실제부과율 범위의 적정성은 선행연구의 선진국들에 대한 실증적 결과를 통해 잠정적인 판단을 내릴 수 있을 것이다. 따라서 이하에서는 OECD, 미국, 및 EU에 대해 연구한 문헌들의 수치를 비교분석하여 바람직한 법정부과율 또는 실제부과율의 기준을 논하고자 한다.

(1) OECD(2002) 경쟁보고서를 통한 회원국별 실제부과율[70]

제III장 1.라절에서 확인한 바와 같이, 2000년대 초반 OECD는 회원국 15개국을 대상으로 카르텔 사건에 대해 방대한 서베이를 진행한 바 있다. OECD는 15개의 회원국들을 대상으로 1996년부터 2000년까지 5개년동안 발생된 119개 사건의 자료를 수집하였다. 각 사건에 대한 자료 및 수치는 각 회원국에서 제공한 정보를 토대로 OECD에서 취합하여 정리한 것이다. 그런데 119개 사건 중에서 초과가격을 확인할 수 있는 사건은 단 14개에 불과하였다. 이에 OECD는 14개 사건을 대상으로 피해규모에 대한 측정을 시도하였다. 서베이의 결과를 살펴보면, 회원국별로 그 수치는 상이하였지만 모두 관련매출액의 x%에 해당하는 만큼을 피해액으로 산출하였다. 피해추정액은 관련매출액의 최소 3%에서 최고 65%의 범위 내에서 결정되었다. 구체적으로 14개 사건 중 2개는 5% 미만, 5개는 5~15%, 4개는 20~35%, 그리고 나머지 3개는 50~65% 범위 내에서 추정되었다. 이는 전술한 우리나라의 '관련매출액 × (위반행위별) x%'와 정확히 동일한 계산방식이다. 이렇듯 수집된 사건들의 중앙값을 구해본 결과, 14개 사건에 대한 피해추정액의 중앙값은 관련매출액의 15~20% 내에서 결정되었으며, 이는 후술될 미국 USSG의 '관련매출액의 20%'와도 매우 유사한 수준이었다.

---

69) 제IV장에서 후술되듯이, 표본추출기간(2005~2015년) 동안 실제과징금 산정단계에서 전체 심결사건(1,384건)의 60% 이상이 '현실적 부담능력'으로 감경받았다.

70) 앞서 제III장 1.라절에서도 언급했듯이, 이는 규모가 매우 큰 서베이로서 2002년 이후로 아직 2차 조사가 이루어지지는 않았다.

(2) 선행연구를 통한 미국 및 EU의 실제부과율

전술한대로 Connor(2014)는 1974년부터 2013년까지 발간된 1,500여 편 이상의 방대한 선행연구 조사를 통해 2,041개의 담합사건을 취합하였다. 그 중에서도 초과가격을 도출할 수 있는 사건은 524개로 정리되었다. 한편 우리나라에서는 공정거래법상 위반행위에 대한 과징금액수를 단독 집행기관인 공정위가 산정하기 때문에 해외의 실제 법집행기관에서 담합사건에 어느 정도로 벌금액을 부과했는지를 확인하는 것이 비교검토에 더욱 부합될 것이다. Connor(2014, pp. 75-79)는 실제 법집행기관에서 담합사건에 대해 벌금액을 부과한 사건만을 확인한 수치를 별도로 분리하였으며, 이는 최종적으로 481개였다.

최종적으로 도출된 481개 사건 중 미국 DOJ에 의해 집행된 사건은 150개(31.2%), EU 경쟁위원회에 의해 집행된 사건은 117개(24.3%)였다. 전체 사건의 55% 이상이 미국과 EU에 의해 집행된 사건이었음을 확인할 수 있었다. 나머지 45%는 서유럽, 아시아, 아프리카 및 중남미에 해당되었으나, 각 국가들은 10개 내외의 사건에 불과해 미국과 EU의 사건을 중점적으로 보는 것이 보다 유의미한 작업이 될 것이라 판단하였다. 왜냐하면 전체 481개 사건에 대한 초과가격의 평균과 중앙값을 도출해본 결과, 전체 평균은 40.8%, 중앙값은 20.0%가 도출되었는데, 이는 소수의 사건이 매우 큰 초과가격으로 산정되었기 때문이다. 예를 들어, 481개 사건 중 이스라엘에서 집행된 사건은 단 1개였는데, 이 사건의 초과가격은 120%여서 전체 평균 및 중앙값에 큰 왜곡을 발생시켰다. 터키에 의한 2개 사건의 평균과 중앙값이 115%인 것도 이와 같은 맥락에서 제외해야 한다고 판단하였다.

또한 미국에서는 비교적 꽤 오래전부터 담합과 관련된 사건이 선행연구에 등장하였다. 통계분석을 위해 Connor가 살펴본 선행연구에서의 담합사건은 1898년부터 존재했으며, 해당 시기 동안 발생한 사건 수는 적은데 비해 평균값이 지나치게 높아 전체 기간의 평균에 큰 왜곡을 발생시켰다. 실제로 1948~1973년 동안 발생한 8개 사건의 중앙값은 16.8%인데 반해, 평균값은 135.5%였으며, 1980~1999년 동안 발생한 13개 사건의 중앙값은 18.0%인데 반해, 평균값은 155.3%였다. 이는 소수의 사건이 평균의 수치를 왜곡시켰음이 명백하다. 따라서 큰 왜곡이 없을 것으로 판단되는 2000년부터

2013년까지의 사건을 대상으로 초과가격 수치를 검토하였으며, 이는 우리나라 제IV장 실증분석에서의 표본추출기간(2005~2015년)과도 일관성 있는 비교검토가 될 수 있을 것이라 판단하였다. 결국 최종적으로 2000~2013년 동안 120개의 미국 사건과 86건의 EU 사건에 대한 초과가격을 도출해본 결과, 미국 담합사건의 평균값과 중앙값은 각각 31.1%와 16.9%였으며, EU 담합사건의 평균값과 중앙값은 각각 34.5%와 26.7%였다. 이를 바탕으로 Connor는 USSG에서 규정하고 있는 10% 기준은 '매우 낮은 수준(10% is much too low)'이라고 지적하면서 "*카르텔을 억지하기 위한 최적수준의 벌금액은 증가해야만 한다.*"고 주장하였다 (Connor, 2014, p. 1).

한편 제III장 1.다절에서 EU 경쟁위원회는 카르텔을 대상으로 과징금 '부과규모(size)'와 '강도(severity)'를 증진시키기 위해 2006년 9월 경쟁법을 개정한 것을 확인한 바 있다. 이에 Connor(2013)는 2006년 개정 이후 실제로 과징금의 부과수준이 더 높아졌는지를 여부를 확인하기 위해 2006년 이전과 이후의 과징금 부과수준을 비교하였다. 과징금 부과강도를 측정하기 위해 Connor(2013)가 사용한 계산방식은 매우 직관적이다. 2006년 개정안을 바탕으로 부과된 '실제과징금을 관련매출액으로 나눈 비율(Final Fine(FF)/Affected Sales(AC))'을 개정 이전과 비교한 것이다. 이는 본고에서 정의한 실제부과율과 동일한 개념인 것을 알 수 있다. 2006년 EU법 개정안을 적용한 2007~2011년까지 22개 담합사건에 대한 FF/AC의 평균값과 중앙값을 계산해본 결과, [표 III-4]에서와 같이 16.4%와 14.3%가 도출되었다. Connor(2013, p. 5)에 의하면, 위의 22개의 사건 중 16개의 사건을 2006년 개정 이전의 법령에 적용했을 시 FF/AC의 중앙값은 4.68%가 도출되기 때문에 2006년 개정안은 그 이전에 비해 담합사건에 대한 과징금 부과강도가 약 3배 높아졌다고 주장하였다.[71]

한편 Connor는 각기 다른 출처로부터의 수집한 자료와 그에 맞는 방법론을 사용한 논문들의 결과를 바탕으로 자료를 구축했기 때문에 자료에 편의(bias)가 존재할 수밖에 없었다. 초과가격의 범위가 최소 0%에서 최대 1800%로 극단적인 사례까지 모두

71) "*For the 16 cartels sanctioned under the 1998 Guidelines during 2007-2011, the median severity was 4.68 per cent of EU affected sales. Thus, the new 2006 Guidelines produced hard-core cartel fine that were more than three times as severe as comparable fines imposed under the 1998 Guidelines.*" (Connor, 2013, p. 5).

포함되었기 때문이다. Boyer and Kotchoni(2015)는 이상의 문제점을 인지하고 편의를 통제할 수 있는 수단을 고심하였다. 그 결과, 기초통계량을 통해 기초가격이 49%를 넘어가면 큰 왜곡이 발생한다는 것을 발견하였다. 이는 앞서 Connor(2014)의 실증적 결과에 대해 지적한 바와 같이, 소수의 사건들이 지나치게 높은 초과가격을 가지는 문제 때문에 발생한 것이다.

결국 Boyer and Kotchoni는 45% 내의 초과가격을 부과한 사건들을 대상으로 미국과 EU 사건에 대한 평균과 중앙값을 도출하였다. 전체 기간(1770~2009년) 동안의 미국 사건은 239건이었으며, 초과가격의 평균은 15.7%, 중앙값은 15.0%였다. EU는 전체 기간 동안 252건의 사건에 대한 평균 초과가격이 14.1%, 그리고 중앙값이 13.7%였다. Boyer and Kotchoni는 1973년을 기점으로 그 이전과 이후의 평균과 중앙값도 도출하였다. 1973년을 기점으로 담합사건을 분석하기 위해 계량기법 방법론을 사용한 무수히 많은 학술논문이 나타났기 때문이다. 초과가격 정보를 확인할 수 있는 125편의 논문 중 88%가 1973년 이후에 발간되었다. 1973년 이후의 자료들로부터 수집한 미국과 EU 사건에 대한 평균과 중앙값을 확인해본 결과, 미국은 각각 14.0%와 14.2% 그리고 EU는 각각 14.2%와 15.9%가 산출되었다 ([표 III-4] 참조). 즉 미국과 EU 모두 15% 내외 수준으로 평균과 중앙값이 도출되었다.

이처럼 학계에서는 'Connor 데이터베이스'에 편의가 존재한다는 점을 인식하고 있음에도 불구하고 수많은 담합 관련 자료들을 장기 시계열적으로 취합하여 데이터를 구축한 것은 'Connor 데이터베이스'가 전무후무하기 때문에 현재까지 담합사건을 분석한 논문 중에서 가장 많이 인용되고 있다. 무엇보다 [표 III-4]에서의 실증논문들에서는 실제과징금을 토대로 실제부과율을 도출한 결과이기 때문에, 본 연구에서의 법정부과율과 실제부과율을 평가하는데 매우 유익한 함의를 제공하였다.

다. 소결

주지하듯 피해규모를 측정하기 위한 '관련매출액 × 기본부과율' 기준에서 관련매출액 단독만으로는 대리변수로서의 기능을 수행할 수 없다. 거듭, 피해(h)는 위반행위로부터 발생된 독점기업의 이윤(b)에 사중손실($h-b$)을 합한 값이기 때문에, $h-b$를 정확

히 추정할수록 h의 근사치에 더욱 가까워질 수 있다. 따라서 피해의 대리변수로서 사용되는 $AC \times x\%$에서는 AC와 x의 역할이 모두 중요하다. (이러한 배경지식에서 파생된 것인지는 확신할 수 없으나) 공정위는 2004년 4월에 관련매출액 기준을 적용하면서부터 위반행위 중대성에 따라 결정되는 위반행위별 기본부과율을 기본과징금 산정에 반영하고 있다. 하지만 기본과징금의 산정도구로서 관련매출액 기준을 채택하게 된 것에 크게 기여를 한 권외승 외(2003)에서도 법정부과율의 수치에 대한 명확한 근거를 제시하고 있지 않음에도 불구하고 공정위는 그와 유사한 수치를 준용하고 있다. 그리고 이는 미국, EU 및 OECD에서 설정하고 있는 법정부과율의 범위에 비해 현저히 낮은 수준이다 (Connor, 2013; Connor, 2014; Boyer and Kotchoni, 2015 등).

이렇듯 현행 법정부과율의 범위가 높은 수준이 아님에도 불구하고 제IV장에서 후술되듯, 실제부과율의 범위는 법정부과율 범위의 하한선에 가까워 피해규모를 반영한 과징금을 산출하는데 큰 역할을 발휘하고 있지 못하고 있다. 가령 부당공동행위에 대한 국내 평균 기본부과율은 6.5%이고, 평균 실제부과율은 2.5%에 불과해 '해외 실제부과율'에 비해서도 '한국 기본부과율'은 1/3 수준에 그치며, '한국 실제부과율'은 그보다 훨씬 낮은 1/8 수준에 불과하였다. 국가별 법정부과율의 상한선 기준이 다르다는 점을 차지하고서라도 미국과 EU의 실제부과율은 법정부과율 기준과 유사한 수준인데 반해, 한국 실제부과율은 법정부과율의 1/4 수준에 불과하였다. 그럼에도 불구하고 과징금을 부과받은 위반행위자들은 현실적 부담능력 또는 경기악화 등을 사유로 실제과징금이 과다하다고 주장한다. 만약 현재 수준으로 기본부과율이 집행된 피심인이 차후 동일 또는 유사한 위반행위로 적발되는 사례가 있다면, 이는 현행 과징금 수준이 '억지'를 담보하고 있지 못한다고 볼 수 있을 것이다. 그러므로 공정위는 '해외사례 또는 추가 연구결과를 근거로 20% 기준을 적용한다' 등과 같은 명확한 근거를 통해 법정부과율 범위에 대한 정당성을 확보하고, 과징금 산정단계에서의 가산·감경요인들을 신중히 고려하여 현재 매우 낮은 수준인 실제부과율의 실효성을 높일 필요가 있을 것이다.

만약 실제부과율이 매우 낮은 수준으로 집행되어 위반행위를 '억지'할 수 없을 정도의 실제과징금이 부과되었음에도 불구하고, 과징금 고시상 2차 조정 또는 실제과징금 단계에서 여러 가지 감경요인으로 인해 과징금이 감액되었음을 실증적으로 검증할 수

있다면, 공정위에서 과다하게 '재량권'을 발휘한다고 해석할 수 있을 듯하다. 제III장 3절 및 제IV장에서 자세히 후술되겠지만, 실제과징금 산정단계에서 '현실적 부담능력'으로 감경되는 사례가 60%를 상회한다. 따라서 이하에서는 과징금 감경요인으로서의 '현실적 부담능력' 사유가 산정과정을 거치면서 남용되고 있는 현상과 그 대책 마련에 대해 탐구해보고자 한다.

3. '현실적 부담능력' 적용에 대한 형평성 제고

가. 기업규모에 따른 과징금제도 형평성 문제

주지하듯 기업규모와는 무차별하게 과징금을 부과하는 것은 대기업과 중소기업 (또는 개인) 간의 형평성에 어긋난다는 논란이 존재한다. 공정위가 그동안 과징금을 부과하면서 '현실적 부담능력' 또는 '재무상태'를 고려하여 대기업에 대한 과징금액수를 대폭 감액하여 상대적으로 중소기업이 보다 높은 과징금을 부과하는 경우가 종종 있었기 때문이다. 이는 동일한 위반행위에 대해서 기업규모가 클수록 사회 전반에 미치는 피해가 더 클 것이라는 이론에 기반을 둔다. 즉 피해가 더 큰 위반행위에 대해서 더욱 엄중한 잣대를 적용해야 한다는 것이며, 이는 앞서 제II장에서 확인한 것처럼 피해의 정도에 따라 제재를 가해야 한다는 경제적 이론과 일맥상통하다.

기업들의 현실적 부담능력을 고려하여 과징금을 대폭 감경한 예를 확인해보도록 하자. 2011년 한국가스공사에서 발주한 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰에 참여한 23개 사업자가 사전에 낙찰자, 투찰률, 및 투찰가격 등을 합의한 건에 대해서 [19조 ①]의 3호와 8호에 의거하여 과징금을 부과한 바 있다 (의결 제2015-251호). 그런데 총 22개 사업자에 대한 실제과징금 부과내역을 보면, 총 1,746억원 중 중견건설사인 한양(315억원)이 현대건설(362억원) 다음으로 가장 많은 과징금을 부과받았다. 그리고 중소기업인 삼보종합건설은 대기업인 현대중공업(58억 3천만원), 두산중공업(62억 5천만원), GS건설(61억 4천만원), 한화건설(57억 8천만원)보다 높은 69억 4천만 원을 부과받아 논란을 빚은 것이다. 심지어 동일한 위반행위에 대해 (주도에 따른 가중사유 미적용) 현대중공업의 관련매출액(826억원)이 한양의 관련매출액(809억원)보다 더 높았음에도 불구하고 공정위는 2차 조정시 '현실적 부담능력'을 감안하여

50%를 감경하였다.

또 다른 예로서, 최근 소양강댐 선택취수 강재설비 제작설치공사 입찰에 참여한 3개 사업자(삼성중공업, 현대스틸산업, 금전기업)가 사전에 낙찰예정자와 투찰가격을 결정하여 [19조 ①] 8호를 위반한 사건에서도 직전년도(2014년) 기준 매출액 12조 원의 삼성중공업은 "*재무제표상 심의일 기준 직전 사업연도, 전전 사업연도 및 전전전 사업연도의 당기순이익을 각각 3:2:1로 가중평균한 금액이 적자*"를 이유로 2차 조정 산정단계에서 50%를 감경받았다.[72] 이에 삼성중공업은 매출액 300억원 규모인 금전기업보다 더 적은 과징금을 부과받은 것이 형평성에 어긋난다는 비난을 받았다 (의결 제2016-092호). 더 큰 문제는 삼성중공업이 입찰담합을 주도한 사업자였다는데 있었다. 이에 공정위는 2014년 2월 개정 이전의 과징금 고시에서는 직전 3년간 당기순이익 가중평균이 적자인 기업은 과징금을 50% 감경해주는 기준이 적용되었으나, 기업이 법 위반을 했음에도 경제여건이나 재무상태를 고려해 과징금을 감경하는 것이 부당하다는 2013년 국정감사의 지적에[73] 따라 개정된 과징금 고시에서는 사업을 계속하기 어렵다는 사실을 객관적으로 입증해야지만 50% 이내에서 과징금을 감경받을 수 있다고 설명하였다. 하지만 소양강댐 사건의 위반행위는 2011년에 발생하였기 때문에 개정 이전의 과징금 고시 기준을 적용받아 감경사유가 적용되었다고 설명하면서, "*담합을 주도한 대기업이 들러리를 선 중소기업보다 과징금을 적게 내는 것은 불합리해 보이는 측면이 있지만, 정해진 법 기준을 적용하는 과정에서 불가피한 측면이 있었다*"고 말했다.[74] 요컨대 위반행위에 대한 (특히 담합) 대기업의 영향력이 상대적으로 높음에도 불구하고 과징금 부과기준에 별다른 차별성이 없는 것에 대한 부정적인 시각을 공정위

---

72) 의결서(의결 제2016-092호)에 따르면, 삼성중공원의 3년간 당기순이익은 2015년 -12,520억원, 2014년 1,124억원, 2013년 6,524억원으로 3년간 당기순이익 가중평균은 -4,798억원이다.

73) 2013년 국정감사에서는 "*지난 5년간 기업 과징금 중 거의 절반을 감경해주는 등 과징금부과기준 관련 규정의 자의적 해석 여지가 많도록 규정*"되어 있는 것이 많다고 지적하면서, "*공정위가 자체적으로 과징금을 감경할 것이 아니라 조세심판원처럼 결정기구를 분리하여 사업자가 감경을 원할 경우에만 독립 기구에서 감경여부를 결정하는 방안에 대한 검토*"할 것을 권고하였다.

74) "담합들러리 中企, 답합주도 대기업보다 엄중처벌…공정위 과징금 논란", 2016.3.14. 언론보도 참조.

도 인지하고 있음이 분명하다.

한편 공정위는 기업규모가 미치는 영향력을 반영한 과징금을 부과하지 않는다는 지적들을 반영하여 2015년 10월 공정거래법상 기본과징금 산정단계에서 기업규모를 반영한 과징금을 산정할 수 있도록 과징금 고시를 개정한 바 있다. 개정되기 전에는 낙찰받은 업체뿐만 아니라 사전 협의에 따라 입찰서류만 내고 들러리를 서준 업체 관련매출액까지 합산하여, 이를 기초로 과징금을 산정하기 때문에 들러리 업체가 늘어날수록 실제 부당이득 규모에 비해 총 관련매출액 합계가 과다계상되는 부작용이 종종 발생하였다. 결국 입찰담합의 경우, 이른바 '들러리' 사업자가 4곳 이하인 경우에는 2분의 1 범위 내에서, 5곳 이상이면 업체 수에 비례해 관련매출액을 감액할 수 있도록 개정하였다 (과징금 고시 Ⅳ.1.다).

또한 공정위에서는 경제력 집중 억지의 시책으로서 기업집단을 자산규모별로 나누어 규제를 차등적으로 적용할 수 있도록 했다. 2016년 7월 공정위 보도 자료에 따르면,[75] 공정거래법 15개 조항에[76] 대해 대기업 집단 자산 규모별 규제를 차등 적용키로 하였다. 구체적으로 '경제력 집중 억지'행위를 기업집단의 자산 규모별로 차등 적용할 수 있도록 기존의 상호출자 기업집단을 '상호출자제한 기업집단(지정기준: 자산규모 5조 원→10조 원 이상으로 상향)'과 '공시 대상 기업집단(지정기준: 5조 원 이상 신설)'으로 구분하여 지정함에 따라 부의 부당한 이전이 차단되고 시장 감시 기능이 강화되어 기업경영의 투명성과 정책의 실효성이 높아질 것으로 기대하였다. 그 과정에서 과징금 부과 시 참작 사항의 법적 근거를 보완하기 위해 '위반행위의 재무상태'와 '시장·경제 여건'을 과징금 부과 조항인 법 [55조의3 ①]에 명시하여 감경의 정당성을 강

75) 공정위, "대기업 집단 규제를 집단의 규모에 따라 차등 적용-공정거래법 개정안 입법예고-", 2016.7.5. 보도자료 참조.

76) 개정 대상('채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한[8조의3]', '상호출자의 금지등[9조]', '순환출자의 금지[9조의2]', '계열회사에 대한 채무보증의 금지[10조의2]', '대규모내부거래의 이사회 의결 및 공시[11조의2]', '비상장회사 등의 중요사항 공시[11조의3]', '기업집단현황 등에 관한 고시[11조의4]', '주식소유현황등의 신고[13조]', '상호출자제한기업집단등의 지정등[14조]', '상호출자제한기업집단의 현황 등에 관한 정보공개[14조의5]', '탈법행위의 금지[15조]', '시정조치 등[16조]', '특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지[23조의2]', '위반행위의 조사 등[50조]', '벌칙[66조]') 중 과징금 부과 대상은 [9조], [9조의2], [10조의2] 및 [23조의2]의 4가지이다.

화하는 방향으로 개정안을 제안하였다.

종합하면, 감사원 및 국회 등에서 지적한 주요 골자는 결국 '재량권' 문제와 결부되는 것이다. 이는 기업규모에 따라 차등적으로 과징금을 부과해야 한다는 '형평성'과는 다소 다른 이슈이다. 거듭 위반행위의 관련매출액은 '위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액'으로서 기본과징금에는 이미 기업규모 여부가 반영되어 있다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 기업규모별로 과징금 부과범위를 달리 적용한다는 것은 이미 기업규모가 반영된 기본과징금액에 추가적으로 과징금 감경혜택을 주겠다는 것으로 해석될 수 있을 듯하다.

따라서 대기업의 영향력이 상대적으로 높기 때문에 중소기업에 비해 더 많은 과징금을 부과해야 한다는 지적보다는 대기업에 의한 위반행위에 대해 자의적으로 과징금을 감액하고 있지는 않은지를 재검토하는 것이 더 중요한 문제일 수도 있다. 물론 피해가 더 큰 경우에는 그에 상응하는 정도의 제재수준을 부과해야 할 것이다. 만약 제IV장에서 피심인 일인당 기본과징금 규모와 (즉 피해규모가 큰 사건과) 현실적 부담능력으로 인한 감경비율이 비례관계에 있다는 것이 확인된다면 공정위의 자의성이 문제가 될 수도 있을 것이다.[77] 결국 기업규모별 차등적 과징금부과 문제는 '현실적 부담능력'과 직결되기 때문에 이하에서는 '현실적 부담능력'의 법적 규정에 관해 좀 더 자세히 확인해보도록 한다.

나. 한국의 '현실적 부담능력' 기준에 따른 재량권 남용

거듭 법적 제재수준은 위반행위의 '피해'의 정도에 따라 부과해야 한다. 하지만 피해액을 정확히 산정하는 것은 현실적으로 쉽지 않기 때문에 제III장 1.가절에서 확인한대로 관련매출액의 일정비율을 피해의 대리변수로 사용하여 기본과징금을 산정한다. 산정된 기본과징금은 1차 조정단계(행위요소에 의한 조정)와 2차 조정단계(행위자요소 등에 의한 가중·감경)를 거쳐 과징금이 조정된다. 그리고 최종과징금이 부과되기 이전 실제과징금 결정단계에서 위반사업자의 재정 상태를 고려하여 추가적으로 감경할 수 있도

77) 제IV장 3절에서 후술되듯이, 기본과징금은 위반유형을 막론하고 실제과징금 단계에서 평균 50% 수준으로 감액되었는데, 여러 감경요인들 중 실제과징금 단계에서 가장 빈번하게 적용된 요인이 바로 '현실적 부담능력'이었다. 실제과징금 산정단계에서 현실부담능력은 전체 표본(1,311건)의 무려 61%를 차지하였다.

록 규정한다.

[표 III-5]에서 볼 수 있듯이, 2014년 2월 과징금 고시가 개정되기 전까지 실제과징금 단계에서의 '현실적 부담능력' 감경 항목은 매우 추상적이고 포괄적인 기준이라는 지적을 계속하여 받아왔다. 가령 2012년 국민권익위원회는 "*감경사유와 감경 사유별 감경률의 적정성·타당성에 관해 전반적으로 재검토*"할 것을 권고하였으며, 2013년 국정감사에서는 "*위반행위 내용과 무관한 경제여건, 재무상태 등을 고려한 감경을 과감하게 정비할 필요*"가 있다고 지적하면서, 감경사유별 적용대상과 요건 등의 판단기준을 명확히 규정할 것을 권고하였다. 또한 2014년 국정감사에서는 "*과징금의 과도한 감면으로 처벌의 효과가 미미하며, 과징금 부과규정이 공정거래법 시행령 등에 포괄적으로 위임되어*" 있어 공정위가 과징금을 자의적으로 부과한다고 지적하면서 경기위축 등의 사유로 과징금을 감면해주는 과징금 고시 내용의 재검토를 재차 강조하였다.

공정위는 지속적인 지적사항들을 적극 수용하여 2014년 2월, [표 III-5]와 같이 '현실적 부담능력'의 감액 요건을 강화하였다.[78] [표 III-5]를 보면, 개정되기 전에는 실제과징금 단계에서 "*현실적 부담능력, 그 위반행위가 시장에 미치는 효과, 위반사업자가 처한 사업여건의 변동 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우*"에 2차 조정된 과징액수에서 최대 50%까지 감액해줄 수 있어 재량의 소지가 매우 높았다. 반면, 개정 이후에는 사업을 계속하기 어려운 상황(예: 자본잠식 상태)임을 사업자가 '객관적으로 입증'하는 경우에만 한정해서 최대 50%까지 감액이 가능할 수 있기 때문에 재량의 범위가 줄어들고 과징금액수에 대한 투명성과 합리성이 제고될 것으로 기대하였다. 하지만 앞서 살펴본 소양강댐(의결 제2016-092호) 사건은 2016년 4월에 의결된 사건으로서 2015년 10월 기준의 과징금 고시(제2015-14호) 규정에 따라 과징금을 부과했음에도 불구하고 여전히 자의적이고 불명확한 사유로서 과징금을 감경하였다.

78) 공정거래위원회, "공정위, 과징금 부과 기준 고시 개정: 제재 수준 결정에 관한 공정위 재량범위를 축소하여 8월부터 시행 예정", 2014.2.14 보도자료 참조.

[표 III-5] 현실적 부담능력 개정 전후 비교

과징금 고시(제2013-2호) [2013.6.5 개정]	과징금 고시(제2014-2호) [2014.2.20 개정]	과징금 고시(제2016-22호) [2016.12.30 개정]
4. 부과과징금의 결정[a)] 가. 2차 조정된 산정기준이 위반사업자의 현실적 부담능력, 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과, 기타 시장 또는 경제여건 및 법 제55조의3 제1항 제3호에 따른 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 판단되는 경우에 공정거래위원회는 2차 조정된 산정기준을 다음과 같이 조정하여 부과과징금을 결정할 수 있다. (1) 2차 조정된 산정기준이 위반사업자(위반사업자단체를 포함한다. 이하 이 목에서 같다)의 현실적 부담능력, 그 위반행위가 시장에 미치는 효과, 위반사업자가 처한 사업여건의 변동 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우에는 2차 조정된 산정기준의 100분의 50 이내에서 감액하여 부과과징금으로 정할 수 있다. 다만, 시행령 [별표 2]의 2.라.(1) 단서에 해당되는 경우에는 다음 (가) 내지 (라)의 사유를 종합적으로 고려하여 100분의 50을 초과하여 감액할 수 있다. 2차 조정된 산정기준을 감액하는 경우에는 공정거래위원회의 의결서에 그 이유를 명시하여야 한다.	4. 부과과징금의 결정[a)] 가. 내용 동일 (1) 현실적 부담능력에 따른 조정은 심의기일 직전 사업연도 사업보고서상 자본잠식 상태에 있거나 가까운 장래에 자본잠식이 예견되는 등 사업의 계속에 상당한 지장을 초래하지 아니하고는 과징금을 납부할 수 없는 경우에 한해 2차 조정된 산정기준의 100분의 50이내에서 인정되며, 과징금납부로 인해 단순히 자금사정에 어려움이 예상되는 경우(법 제55조의4에 따른 과징금 납부기한 연장 및 분할납부로 자금사정의 어려움을 피할 수 있는 경우를 포함한다)에는 인정되지 않는다. 다만, 심의기일 직전 사업연도 사업보고서상 위반사업자의 자본잠식율이 50% 이상인 경우 등 부담능력이 현저히 부족하다고 인정되는 때에는 100분의 50을 초과해서 감액할 수 있으며, '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'에 따른 회생절차 중에 있는 등 객관적으로 과징금을 납부할 능력이 없다고 인정되는 경우에는 과징금을 면제할 수 있다.	4. 부과과징금의 결정[a)] 가. 2차 조정된 산정기준이 위반사업자의 현실적 부담능력, 시장 또는 경제여건, 위반행위가 시장에 미치는 효과 및 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우에는 공정거래위원회는 그 이유를 의결서에 명시하고 2차 조정된 산정기준을 다음과 같이 조정하여 부과과징금을 결정할 수 있다. 다만, 위반사업자의 현실적 부담능력과 관련한 감경의 경우, 공정거래위원회로부터 부과받을 과징금 납부로 인해 단순히 자금사정에 어려움이 예상되는 경우(법 제55조의4에 따른 과징금 납부기한 연장 및 분할납부로 자금사정의 어려움을 피할 수 있는 경우를 포함한다)에는 인정되지 않는다. (1) 공정거래위원회는 다음과 같은 사항을 고려하여 2차 조정된 산정기준에서 감액하되, 이하 (가) ~ (나)의 사유를 모두 적용하더라도 100분의 50 이내에서 감액할 수 있다. (가) 과징금 고시 내용 참조 (나) 과징금 고시 내용 참조

주: a) 본 연구에서는 '부과과징금' 결정 단계를 '실제과징금' 결정 단계로 표현하였음.

결국 2014년 2월 개정 이후에도 현실부담능력에 대한 지적은 계속됐다. 2015년 11월부터 12월까지 공정위의 '과징금 산정·부과', '사건조사·처리' 등의 공정거래업무의 적정성을 점검한 감사원에서는 현실부담능력 등 감액사유를 임의로 판단하여 사업자별로 감액기준을 다르게 적용하는 것에 대해 주의를 준 바 있다. 가령 한국전력공사 발주

전력선 구매입찰 참가 35개 전선제조사가 사전에 물량배분비율을 정하거나 수주 예정사를 정한 것에 대해 [19조 ①] 1호, 3호와 [26조 ①] 1호를 위반한 사건에서 JS전선은 가중평균당기순이익이 약 79억원이었음에도 당기순이익이 적자라는 사유 등으로 80%를 감액 받은 것에 반해, 동일 사건 내에서 다른 5개 사업자는 직전년도 당기순이익이 적자였음에도 불구하고 이를 사유로 감액하지 않았다 (의결 제2012-072호).

이에 공정위는 "*舊 과징금 고시(제2013-2호)상 위반사업자의 현실적 부담능력에 대한 판단기준이 엄격한 편은 아니라는 점을 인식하고 2014년 2월에 고시(제2014-2호)를 개정한 바 있으나, 현행 고시 부칙에 따라 舊 과징금 고시가 계속 적용됨에 따라 감경사례가 지속적으로 많이 발생한 것*"이라 설명하였다.[79] 그리고 공정위는 최근(2016년 12월) 현실적 부담능력이 최소한으로 적용되도록 보다 엄격한 제한요건을 추가하고([표 III-5] 참조), 개정 고시(제2016-22호) 시행일 이후 심의되는 사건에 대해서는 모두 개정 고시가 적용되도록 부칙을 개정함으로써 공정위의 재량이 축소될 것을 기대하였다.[80] 따라서 2016년 12월 과징금 고시 개정 전후로 공정위의 재량이 얼마나 축소될 것인지 관해서는 앞으로 기대해볼 수 있을 것이다.

한편, 개정된 과징금 고시 내용이 미국 및 EU와 거의 동일한 것으로 볼 때 공정위는 미국 및 EU의 법제를 검토한 후 개정안을 마련한 것으로 판단된다.[81] 따라서 미국과 EU에서 현실적 부담능력을 어떤 식으로 활용하고 있는지를 검토해보는 것은 큰 의미가 있을 것이다. 만약 미국 또는 EU에서 '현실적 부담능력'을 보다 엄격한 기준(정말

---

79) 공정위 보도자료(2016.11.29)에 의하면, 과징금 고시(제2014-2호)의 부칙 내용은 "*① 이 고시는 고시한 날부터 시행한다. ② 이 고시 시행일 전 종료된 위반행위에 대하여 과징금을 부과하는 경우에는 위반행위 당시의 규정에 의한다.*"로, 고시 시행 전에 발생한 위반행위에 대해서는 舊 고시 기준을 적용하도록 되어 있었다.

80) 2016년 12월 개정 이후, 과징금 고시(제2016-22호)는 시행일 이전의 행위에 대해서도 적용 가능해졌다. 개정된 과징금 고시에서의 부칙 내용은 다음과 같다. "*① (시행일) 이 고시는 고시한 날부터 시행한다.* ***② (소급효) 이 고시는 시행일 이전의 행위에 대해서도 적용한다.*** *③ (적용례) 이 고시는 시행 후 심의되는 모든 사건(이의신청 및 과징금 재산정 건 제외)에 대하여 적용한다.*"

81) 실제로 공정위는 보도자료(2014.2.14.)를 통해 '외국사례 검토 및 개정안 마련(2013년 11월) → 행정예고 및 의견수렴(2013년 12월) → 규제개혁위원회 심사(2014년 1월) 등의 과정을 거쳐 전원회의 의결(2014년 2월 12일)로 확정'의 순으로 과징금 고시를 개정하였다고 밝혔다.

예외적인 경우에만 한해서 적용)에서 사용하고 있다는 적절한 근거를 발견한다면, 현재 공정위가 현실적 부담능력을 적용하는데 있어서 더욱 명확한 기준점을 제시할 수 있을 것이다. 제III장 3.다절에서 후술되듯이 미국과 EU는 현실적 부담능력 기준을 매우 예외적인 경우에만 적용하였다.

다. '현실적 부담능력' 적용기준: 해외사례

(1) 법제상의 현실적 부담능력

전술한대로 공정위는 2014년 2월 과징금 고시 개정시, 미국과 EU법제를 참고한 것을 확인할 수 있다. 우선 미국의 경우, 최종적으로 산정된 과징금은 18 USSG §8C3.2에 의거하여 '즉시 지불(immediate payment)'하는 것이 원칙이다. 그러나 즉시 지불이 불가능한 기업의 경우에는 '특정 날짜(payment on a date certain)'에 지불 또는 '분할 납부(installment schedule)'를 할 수 있도록 규정하고 있다.[82] 하지만 '피해자에 대한 손해배상액(restitution)을 지불할 수 없을 정도'로 벌금액이 크거나, '기업의 경제성(viability)을 위태롭게 만들 정도'라면 예외적으로 벌금액을 감경해줄 수 있는데, 그 외에는 벌금액을 감경해주지 않도록 규정한다.[83] 심지어 미국법제상 개인 피심인에 대해서도 지불능력 부족으로 인한 벌금액수 감경은 발생하지 않고 있으며, 벌금액에 상응하는 사회봉사(community service) 등의 비금전적 제재를 가하도록 명시되어 있다.[84]

---

82) "*In any other case, immediate payment of the fine shall be required unless the court finds that the organization is financially unable to make* ***immediate payment or that such payment would pose an undue burden on the organization. If the court permits other than immediate payment****, it shall require full payment at the earliest possible date, either by requiring payment on a date certain or by establishing an installment schedule.*" (18 USSG §8C3.2, **강조 추가**, 참조).

83) "*The court* ***shall reduce*** *the fine below that otherwise required by §8C1.1 (Determining the Fine), or §8C2.7 (Guideline Fine Range) and §8C2.9 (Disgorgement),* ***to the extent that imposition of such fine would impair its ability to make restitution to victims)****.....Provided, that the reduction under this subsection shall not be more than necessary to avoid substantially jeopardizing the continued viability of the organization.*" (18 USSG §8C3.3, **강조 추가**, 참조).

84) "*In setting the fine for individuals, the court should consider the extent of the defendant's*

[표 III-6] 국가별 공정거래법상 현실적 부담능력 법령 내용

국가	법령근거	현실적 부담능력(ability to pay) 법령 내용
미국[a)]	18 USSG §8C3.3	Reduction of Fine Based on Inability to Pay (a) The court shall reduce the fine below that otherwise required by §8C1.1 (Determining the Fine - Criminal Purpose Organizations), or §8C2.7 (Guideline Fine Range - Organizations) and §8C2.9 (Disgorgement), to the extent that imposition of such fine would impair its ability to make restitution to victims. (b) The court may impose a fine below that otherwise required by §8C2.7 (Guideline Fine Range - Organizations) and §8C2.9 (Disgorgement) if the court finds that the organization is not able and, even with the use of a reasonable installment schedule, is not likely to become able to pay the minimum fine required by §8C2.7 (Guideline Fine Range - Organizations) and §8C2.9 (Disgorgement). Provided, that the reduction under this subsection shall not be more than necessary to avoid substantially jeopardizing the continued viability of the organization.
EU[b)]	EU 과징금 고시 §35	F. Ability to Pay 35. In exceptional cases, the Commission may, upon request, take account of the undertaking's inability to pay in a specific social and economic context. It will not base any reduction granted for this reason in the fine on the mere finding of an adverse or loss-making financial situation. A reduction could be granted solely on the basis of objective evidence that imposition of the fine as provided for in these Guidelines would irretrievably jeopardise the economic viability of the undertaking concerned and cause its assets to lose all their value.
영국[c)]	OFT 고시 §2.27	Financial hardship 2.27 In exceptional circumstances, the OFT may reduce a penalty where the undertaking is unable to pay the penalty proposed due to its financial position. The OFT emphasises that such financial hardship adjustments will be exceptional and there can be no expectation that a penalty will be adjusted on this basis.
한국[d)]	과징금 고시 IV.4.가(1)	[표 III-5] 내용 참조

자료: a) United States Sentencing Guidelines (USSG), 2015, United States Sentencing Commission.
b) Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, 2006, European Commission.
c) OFT's Guidance as to the appropriate amount of a Penalty (revised), 2012, Office of Fair Trading.
d) 『과징금부과 세부기준 등에 관한 고시 개정안』, 2015.10.7, 공정거래위원회.

---

participation in the offense, the defendant's role, and the degree to which the defendant personally profited from the offense (including salary, bonuses, and career enhancement). If the court concludes that the ***defendant lacks the ability to pay the guideline fine, it should impose community service in lieu of a portion of the fine. The community service should be equally as burdensome as fine.***" (18 USSG §2R1.1. Commentary 2, **강조 추가**, 참조).

EU도 미국의 경우와 유사하다. 제III장 1.가절에서 확인한 바와 같이 EU에서는 기본과징금을 관련매출액의 일정비율(최대 30%까지)로 산정한 후 여러 가지 요인으로써 기본과징금을 증액(재범, 주된 위반행위자, 조사 미협조 등) 또는 감경(조사협조, 낮은 참여도, 자진신고 등)한다. 이렇게 산정된 과징금은 최종 단계에서 사업체의 신청에 의해 '지불 능력(ability to pay)'을 검토하도록 되어 있는데, 이는 산정된 과징금 규모가 사업체의 존속여부를 '위태롭게(irretrievably jeopardise)' 만들거나 '모든 자산을 잃어버릴(cause its assets to lose all their value) 정도'인 경우에 한해서만 예외적으로 감경해주고 있다고 명시한다 ([표 III-6] 참조).[85] EU법을 준용하고 있는 영국도 '현실적 부담능력' 규정에 대해 동일하게 규정한다.

(2) 현실적 부담능력 적용에 대한 논쟁

법제상의 근거만 본다면 한국을 비롯하여 미국과 EU는 엄격한 기준으로 '현실적 부담능력'을 적용하고 있는 듯하지만, 다른 한편으로는 적절한 억지수준을 담보하지 못한다는 여러 논쟁도 불러 일으켰다. 첫 번째 논쟁은 '재량'이 남용될 수 있다는 것이다. 미국과 EU에서는 법제상에 매우 예외적인 경우에 한해서만 지불능력(=현실적 부담능력)으로 인한 과징금(또는 벌금액)을 감경해줄 수 있다고 규정하고 있지만, 재량의 문제는 여전히 남아 있을 수 있다. Stephan(2006, p. 18)은 지불능력 감경이 재량적으로 적용될 수 있으며, 이는 카르텔 정책에 있어서 효율적 과징금수준을 낮추고, 담합행위로부터의 이익창출을 억지할 수 없을 것이라고 지적했다. 이는 한국에서도 마찬가지이다. 아무리 견고한 법적 기준을 마련하더라도 수치 등의 객관적인 기준을 제시하지 않는 한 재량의 문제가 발생할 수밖에 없다.

둘째, 현실적 부담능력은 높은 과징금으로부터 발생한 실업, 파산으로 인한 경제적

85) "*In exceptional cases, the Commission may, upon request, take account of the undertaking's inability to pay in a specific social and economic context. It will not base any reduction granted for this reason in the fine on the mere finding of an adverse or loss-making financial situation. A reduction could be granted solely on the basis of objective evidence that imposition of the fine as provided for in these Guidelines would irretrievably jeopardise the economic viability of the undertaking concerned and cause its assets to lose all their value.*" (규칙 제1/2003호, §35, 참조).

손실, 투자자보호 등의 사회적 비용을 방지하기 위한 수단인데, 이는 역으로 최적과징금 수준에 못미처 억지수준을 담보하지 못한다는 논쟁도 진행되어 왔다. Wils(2006, p. 202)는 "*기업의 지불능력에 의해 발생되는 파산의 사회적비용으로 높은 과징금은 부과할 수 없다.....그러나 이것은 곧 억지보다 더 낮은 수준의 과징금을 부과한다는 의미*" 라고 말하면서 현실적 부담능력과 최적과징금 수준의 딜레마에 대해 피력하였다. 또한 Calvani and Calvani(2009, p. 128)도 지불능력으로 인해 효율적인 억지효과를 담보하지 못한다고 지적하였다. Stephan(2006, p. 31) 역시 EU는 (미국과는 달리) 형사적 제재를 부과하고 있지 않기 때문에 억지효과 측면에서 매우 취약하다고 주장하면서, "*[최적수준에 도달하지 못하는] 장애물을 극복하기 위해서는 사적집행 또는 형사적 제재를 강화할 필요가 있다*"([ ] 추가)고 강조하였다. Clarke(2012, p. 86)도 이와 유사하게 금전적 제재수단만으로는 효율적인 억지수단을 얻는 것이 불충분하기 때문에, 형사적 제재와 병행하는게 필요하다고 주장했다.

하지만 현재의 과징금 부과수준이 최적과징금 수준에 다다르지 못한다는 입장이 대다수이다. 현재 집행되고 있는 미국 공정거래법상 벌금액 수준이 기업의 지불능력(또는 파산)에 영향을 주는지 여부를 조사한 Gallo et al.(1994, pp. 56-58)은 실제로 부과된 벌금액은 모형에서 추정한 최적벌금액의 '일부'에 불과하여 기업의 지불능력에 큰 영향을 미치지 않는다고 주장했다. Gallo et al의 모형을 확장하여 분석한 Craycraft et al.(1997) 역시 실제부과 벌금액은 기업에 주요한 어려움(hardship)을 주지 않으며, 투자자는 주식가격의 감소로 인해 약간의 타격은 받을 수 있으나 투자금을 잃을 정도는 아니라고 결론지었다. 보다 더 나아가 미국과 EU의 최적부과수준을 분석한 Connor and Lande(2006)도 '순피해(net harm)'에 상응하는 정도로 과징금(또는 벌금액)이 부과되지 않아 과징금(또는 벌금액) 규모를 오히려 증액시켜야 한다고 주장했다. 최근 Combe and Monnier(2011)와 Connor(2013)도 이와 유사한 결론에 도달하였다.

현실적 부담능력에 대한 논쟁은 이처럼 다양하게 존재하지만, 결론적으로 미국과 EU에서는 현실적 부담능력이 과징금 산정단계에서 필요한 조항인 것에 대해서는 큰 이견이 없는 듯하다. 가령 낮은 적발확률 등의 사유로 과징금액수를 무제한적으로 증대시킬 수는 없기 때문이다. 따라서 앞서 제III장 1.가절에서 관련매출액이 피해의 대리

변수로 사용되고 있는지 자체보다는 실제로 제대로 작동하고 있는지를 검토하는 것이 더욱 중요하다고 본 것처럼, 현실적 부담능력 기준 역시 사용해서는 안되는다는 식의 주장보다는 객관적인 기준에 의해 작동되고 있는지 여부를 검토하는 것이 더욱 중요할 것이다. 그렇기 때문에 현실적 부담능력 기준의 사용여부에 대해서는 엄격한 잣대를 적용하고 있는 미국과 EU 법제에 대한 검토가 시사하는 바가 매우 크다. 계속해서 강조했듯이 미국, EU와 영국에서는 현실적 부담능력을 매우 한정적으로 반영하고 있는 만큼 우리나라에서도 제한적으로 적용하고 있는지 여부를 후술될 제IV장에서 실증적으로 검토하는 것은 큰 의미가 있을 것이다.

라. 소결

공정거래법상 규제위반행위로부터 발생한 피해는 사회에 막대한 영향을 미칠 수 있기 때문에 효과적인 제재수단을 선택해야 한다. 이에 국내외 학계에서는 피해의 대리변수로 '관련매출액 × 기본부과율' 기준을 사용하고 있으며, 대체로 관련매출액의 사용여부에 대해서는 의문점을 제기하고 있지 않다. 그렇다면 한 단계 더 나아가 관련매출액 기준으로서 산정된 기본과징금을 객관적 지표로 어떻게 '잘 조정하는가'가 관건일 것이다. 제II장 3.나절의 경제이론모형에서처럼 낮은 적발확률(P_d)을 적용한다면 과징금액수가 무한정 높아져 단순히 위반행위에 대한 억지를 담보하는 정도를 넘어서는 수준으로 산정될 수 있기 때문이다. 이에 공정위는 대다수의 공정거래 위반행위에 대해 사업자의 재무상태 지표인 '현실적 부담능력'을 고려하여 과징금액수를 조정하고 있다.

이상의 '현실적 부담능력'을 고려한 과징금액수의 감경으로 인해 대기업과 중소기업 간의 형평성에 어긋난 과징금이 산정된다는 논란이 다수 존재한다. 이에 대해 국회 및 언론 등에서는 기업규모별로 차등적인 과징금 산정기준을 마련해야 한다고 주장하지만 핵심문제는 공정위의 '재량'에 있다. 거듭 위반유형, 위반행위의 중대성, 관련매출액 등이 반영된 기본과징금 산정단계에서 기업에 의한 피해규모는 고려되었기 때문에 기업규모별로 과징금 부과범위를 달리 적용한다는 것은 이미 기업규모가 반영된 기본과징금에 추가적인 감경혜택을 주겠다는 의미로 해석할 수 있다. 따라서 실제과징금 단계에서 대기업에 대한 과징금액수가 중소기업에 비해 낮다고 지적하기 보다는 그 이

전 단계에서 공정위가 현실적 부담능력을 재량적으로 적용하고 있는지 여부를 검토하는 것이 우선되어야 할 것이다.

한편 한국을 비롯하여 미국과 EU에서는 법제상으로 과징금 산정 시 '위반행위 그 자체'에 초점을 두고 기업규모(또는 지불능력)는 과징금 감경 사유가 되고 있지 않도록 규정하고 있다. 거듭, 미국에서는 원칙적으로 부과된 벌금액을 한 번에 모두 납입하도록 규정하고 있다. 그런데 위반사업자에게 벌금액수가 과다한 경우에는 분할 납부를 할 수 있도록 되어 있을 뿐 현실적 부담능력에 따른 과징금 조정단계를 규정하고 있지는 않다. 위반행위로 인한 피해자가 배상을 할 수 없을 정도로 벌금액이 클 경우에는 조정할 수 있는 감경단계가 존재하나, 이는 어디까지는 예외적인 경우에만 해당된다. EU에서도 과징금액수가 기업의 존재 자체를 위태롭게 만들 정도로 과중한 경우에만 예외적으로 과징금을 감경할 수 있도록 명시하고 있다. 그리고 2016년, 미국과 EU법제를 참고하여 법적 조항을 개정한 한국에서도 특수한 경우를 제외하고는 현실적 부담능력이 과징금의 감경사유가 되지 않도록 규정한다.

하지만 실제 한국에서 현실적 부담능력에 따른 과징금 감경은 여전히 객관적인 기준 없이 재량적으로 적용되고 있는 실정이다. 제IV장 실증분석 파트에서 더욱 자세히 후술되겠지만, 한국에서는 표본추출기간(2005~2015년) 동안 '현실적 부담능력' 요인으로 감경된 사건은 무려 표본(1,311건)의 61%에 해당되었다. 이는 제II장 2절에서 전술한대로 기본과징금액수가 과중하다는 이유로 과징금을 대폭 감액하는 불필요한 원인을 제공했다는 김일중 외(2010) 및 감사원(2016)의 실증적 발견과도 동일하다. 오히려 부담능력이 작은 자에게 '위반행위의 가담' 및 '부담능력의 위장축소' 유인을 증가시키는 부작용을 초래함으로써 "*피해정도에 비례하여 제재해야 한다*"는 앞서 최적과징금제도의 기본원칙에 정면으로 위배된다. 이에 공정위는 [표 III-5]와 같이 현실적 부담능력 기준을 보다 엄격하게 개정한 바 있으나, 여전히 재량의 소지가 될 가능성이 남아있다. 따라서 공정위는 현실적 부담능력을 과징금 고시의 실제과징금 결정 단계에서의 주요 감경요인이 아닌 별도의 예외적인 항목으로 검토할 수 있는 방안을 마련하고, 현재 시행 중인 분할납부 방식 사용의 확대와 더불어 영업정지 등의 비금전적인 대체제재수단들도 적극 활용하는 방안을 모색하여 법집행의 실효성을 확보해야 할 것이다.

Ⅳ. 심결자료를 이용한 실증분석

1. 심결자료 구축 및 심결자료를 이용한 과징금 주요 특성

가. 자료수집

(1) 심결자료 수집

지금까지 현행 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'(이하 '공정거래법')상 과징금제도의 현황을 개괄하였고, 과징금의 법적성격 내지는 목적을 검토한 후, '법집행의 경제이론'을 통한 사회 효율적 과징금제도를 이론적으로 알아보았다. 아울러 해외법제와의 비교를 통해서 현재 과징금제도의 실효성과 연계된 이슈들을 검토하였다. 이러한 법적 및 경제적 배경을 바탕으로, 본 장에서는 2005~2015년간 공정거래법상 과징금이 부과된 심결자료를 전수 수집하여 실제 과징금 부과와 관련된 제반 특성을 파악한 후, 실제과징금의 주요 결정요인을 실증적으로 분석해보고자 한다. 구체적으로 위 기간동안 과징금 부과현황을 파악하고 산정단계에서 공정거래위원회(이하 '공정위')가 재량권을 발휘하는 증후를 포착하고자 한다. 나아가 전술한 법제와 경제이론이 산정과정에서 얼마나 반영되고 있는지는 물론 공정위가 과징금제도에 관한 고시 및 운영지침을 충실히 따르며 과징금을 산정하고 있는지 여부도 일부 확인할 수 있을 것이다. 이상의 실증분석을 통해서 크게 다음과 같은 세 가지 효과를 거둘 수 있을 것이라고 기대한다.

첫째, 과징금 부과에 관한 실제 운영실태를 파악하여 계속 제기되어 온 공정위의 재량권 과도행사에 대한 문제를 검토하고자 한다. 공정위는 '과징금 부과여부' 및 '부과액 산정'에 있어서 원칙적으로 재량권을 갖고 있지만, 재량권 남용 또는 일탈적 사용에 대해서는 헌법상의 비례원칙 또는 과잉금지원칙에 근거하여 과도함을 경계할 수 있다는 것이 학계 및 법원의 일반론이다.[86] 본 실증분석에서는 실제 공정위 심결

86) 과도한 재량권 행사를 비례원칙의 위반과 동일시하여 지나친 재량권 남용을 경계한 대법원 판결을 간략히 소개하면, 2001.2.9. 선고, 2000두6206 판결; 2002.5.28. 선고, 2000두6121 판결; 2002.7.12. 선고, 2001두854 판결; 2013.3.11. 선고, 2008두15176 판결; 2015.5.28. 선고, 2015두36256 판결 등이 있다.

자료를 활용하여 과징금 산정에서 자의성 존재유무를 판단할 수 있는 근거를 마련하고자 한다. 나아가 재량권이 어느 산정단계에서 많이 발휘되고 있는지 등에 대해서 파악할 수 있는 단초를 제시할 것이다.

둘째, 과징금 부과 운영에서 실제 통용되는 과징금제도의 법적·경제적 속성을 알아본다. 전술했듯이 아직 과징금의 목적 및 과징금제도와 관련된 이론이 국내 학계와 법조계에서 공감대를 이루고 있지는 않은 듯하다. 그러나 제II장 3절에서 논의했듯이 과징금제도의 경제적 논리는 비교적 명쾌하다. 그렇다면 "*실제로 운영은 어떠한가?*"라는 질문을 할 수 있을 것이다. 주지하듯 현실적으로 과징금제도가 어떻게 운영되는지를 파악하고 있지 못한다면 제대로 된 평가와 향후 개선작업을 할 수 없을 것이다. 따라서 공정위가 최종적으로 부과한 실제과징금의 결정요인을 실증적으로 탐구해보고자 한다. 그러나 정형화되어 있지 않은 심결자료에서 과징금제도의 결정요인을 발견하는 것은 쉬운 작업이 아닐 것이다. 그럼에도 불구하고 앞서 논의했던 경제적 이론과 더불어 현실에 근거한 요소를 확인해보고자 한다.

셋째, 이상의 작업을 하면서 동시에 정책시사점을 줄 수 있는 작업을 전개하고자 한다. 즉, 공정위가 과징금제도에 관한 고시 및 운영지침을 충실히 따르며 과징금을 산정하고 있는지, 그리고 각 산정단계에서 재량권을 어느 정도 행사하고 있는지를 확인한다. 이하에서는 이상의 세 가지 기대효과를 염두에 두고 실증분석을 시도한다.

(2) 수집과정[87]

제II장에서 설명했듯이, 공정거래법 제정 이후 20여 년 동안 과징금 부과건수는 매년 두 자리 수에 불과하였다. 그런데 2004년 89건에서 2005년 264건으로 불과 일 년 만에 과징금 부과건수가 약 3배 이상이 증가하였다. 최근 들어 과징금 부과건수는

87) 제II장에서도 설명한 바와 같이 용어사용의 혼동을 최소화하기 위하여, 본 연구에서는 과징금 고시의 '부과기준율'을 세 가지로 분류하여 정의하였다. 1) 과징금 고시에 위반행위유형별로 규정한 최소 및 최대 부과기준율을 '**법정부과율**', 2) 이를 기반으로 피심인의 기본과징금 산정에서 적용되는 부과율을 '**기본부과율**'이라고 정의한다. 3) '기본부과율'로 기본과징금이 산정된 이후 가산·감경단계를 거쳐 **실제과징금**이 결정되며, 이 때 관련매출액에 대한 실제과징금의 비중을 '**실제부과율**'이라고 정의하였다.

다시 감소하는 추세로 들어서고 있으나, 부과금액은 2009년 3,661억원에서 2010년 6,071억원으로 급격히 상승하였으며 2014년에는 무려 7,852억원으로 1988년 이후 최대 부과금액을 기록하였다. 이는 제재수단으로서의 과징금 사용이 확대되고 있다는 점을 보여준다. 따라서 표본추출기간은 과징금 부과건수가 전년도의 3배 이상으로 갑자기 증가했던 2005년부터 가장 최근인 2015년까지 총 11년이다. 본 연구는 위 기간 동안 공정위가 공정거래법에 근거하여 과징금을 부과한 사건들의 심결자료를 전수 조사하였다.

심결자료 전수조사 과정을 요약하면 다음과 같다. 2004년 공정거래법이 개정된 후 [그림 II-2]와 같이 산정과정이 운영되고 있다. 양질의 심결자료를 구하기 위해서 가장 최근자료 순으로 자료를 축적하였다. 먼저 심결자료는 공정위 웹사이트(심결/법령; 의결서/재결서, http://www.ftc.go.kr/laws/book/judgeSearch.jsp)에서 '등록일', '일반유형', 및 '조치유형'으로 분류해 검색 가능하다. 이 때 '등록일'은 의결일자를, '일반유형'은 공정위가 제재를 하는 규제위반행위의 특정유형(예: 시장지배력남용행위, 부당공동행위, 불공정거래 등)을 의미하며, '조치유형'은 규제위반행위에 대한 공정위의 제재수단(예: 시정명령, 과징금, 고발 등)을 나타낸다.[88]

심결자료를 최초로 대량 수집하여 과징금제도를 분석한 김일중 외(2010, pp. 167-168)에서도 이와 같이 등록일, 일반유형, 조치유형을 검색하는 방식으로 2006년 1월부터 2008년 8월까지의 자료를 수집한 바 있다. 김일중 외(2010)에서 설명한 바와 같이 이상의 수집과정이 본 연구에서도 결코 쉽지는 않았다. 우선 공정위 『통계연보』와 심결자료의 불일치 문제가 여전히 존재하였다. 가령 2015년도 『통계연보』(2016)를 보면 공정거래법상의 규제위반행위에 대하여 2009년에 과징금을 부과받은 사건 수는 총 61건이었는데, 2009년 1월 1일부터 2009년 12월 31일까지 심결자료를 전수 검색해보면 50건에 불과했다. 또한 심결자료 중 공정거래법 과징금사건과는 무관하거나 누락된 자료들도 다수 존재하였다.[89]

---

88) 의결일자는 사건에 대한 심의가 종료된 후 공정거래위원들만 참석하여 위법여부 및 조치내용 등에 대한 논의·합의하여, 그 결과에 대해 의결서를 작성한 날이다. 즉, 해당사건에 대해서 마지막으로 판결을 내린 날을 나타낸다.

89) 김일중 외(2010)에서도 지적했듯이, 이상의 방식으로 수집한 심결자료에는 여러 가지 장애물이

표본추출기간 내 발생한 과징금 부과사건의 전수를 수집하고자 했으므로, 우선 검색 과정에서의 사건 누락을 방지하기 위해 표본추출기간의 1개월 전과 1개월 후(2004.12.1. ~ 2016.1.31.)를 검색조건에 포함하여, 총 11년 2개월을 등록일로 설정하였다. 또한 동일한 이유로 해당 기간 내의 의결사건 중 발생한 모든 위반행위유형에 대해 '시정명령', '과징금', '고발'의 세 가지 조치유형을 모두 검색조건으로 선택한 결과 총 5,939건의 의결서가 조회되었다. 하지만 이들 중에는 공정거래법상 과징금 부과와 관련 없는 사건들(예: 하도급법, 방문판매법, 부당한 표시·광고법 등)이 다수 포함되어 있었기 때문에, 모든 사건의 심결자료를 일일이 검토하는 작업을 거쳐 '공정거래법'에 의해 '과징금'을 부과한 심결자료만을 추출하였다. 그 결과 약 2,000개의 '공정거래법 과징금 부과사건'의 심결자료를 확보하였다.

분석의 일관성과 정확성을 제고하기 위하여 크게 두 가지 추가기준을 적용하였다. 첫째, 사건번호가 다르더라도 실제 내용상 동일한 사건이면 의결번호에 근거하여 1건으로 처리했다. 즉, '의결번호'를 관찰치의 기준으로 하였다. 예를 들어, 불공정거래행위 중 거래상지위 남용행위([23조 ① 4호])로 인해 8개 손해보험사에게 21억 9천만원의 과징금을 부과한 사건(2008.1.10. 의결 제2008-013호)에서 개별 손해보험사별로 사건번호가 2007서경0113부터 2007서경0120까지 총 8개가 존재했다. 처음 구한 2,000여개의 심결자료에는 비록 동일한 사건이지만 8개 사건으로 계상되어 포함된 것이다.

둘째, 과징금 부과액은 '최종' 심결자료를 기준으로 하였다. 위 첫째 기준에 따라 심결자료를 정리하니 일관성을 해치는 다른 문제가 존재했다. 제II장의 [그림 II-2]에서처럼 공정위 심결에 피심인이 불복하는 경우 이의신청 혹은 행정소송제기가 가능하다. 실제로도 피심인들이 불복하여 공정위가 과징금을 재결 및 재산정하거나 직권

있었다. 첫째, 공정거래법에 의거하지 않은 사건의 존재였다. 예를 들어, 공정거래법상 과징금부과 사건이 아닌 '표시광고법' [3조]를 위법한 '부당한 광고행위'에 관한 사건도 함께 검색되었다. 앞서 예를 든 2009년 1월 1일부터 2009년 12월 31일까지 전수 조사하여 검색된 공정거래법상 과징금부과 사건 50건 중 '부당한 광고행위'가 4건(의결 제2009-217호; 제2009-212호; 제2009-213호; 제2009-008호)이나 포함되었다. 둘째, 간혹 사건명과 의결번호는 나와 있지만 손상된 파일이 첨부되어 심결내용이 포함되어 있지 않은 자료들도 있었다. 이렇듯 누락된 자료는 '대한민국 정보공개 포털(www.open.go.kr)' 및 공정위에 '직접 문의'하여 심결자료를 확보하였다.

취소한 경우(이하 이를 통칭하여 재심이라 함)가 다수 있었다. 가령, 2007년 6월 5일 부당공동행위로 과징금을 부과 받은 9개 폴리프로필렌 제조·판매사가 공정위를 상대로 행정소송을 하였는데, 그 결과 공정위가 패소하였다.[90] 이후 공정위는 세 피심인들에 대한 과징금을 각각 재산정하였다.[91] 따라서 이러한 사건 역시 하나의 사건으로 간주하고 모든 심결자료의 의결일자를 추적하여 재심이 있었던 사건은 원심사건과 하나하나 대응하여 최종적으로 부과된 과징금액수를 분석에 사용하였다. 특히, 의결서를 수집하는 과정에서 재심사건은 조치유형을 '과징금'으로 분류할 경우 부분만 추출될 뿐, 전체집합을 찾을 수 없었다. '기타', '인용', '일부인용'의 조치유형으로 분류되어 있었기 때문에 의결서를 추적하기가 매우 어려웠다.

이상과 같은 수집과정과 다음의 두 가지 기준(① 의결번호 기준의 사용, ② 최종 심결자료)에 따라 재구성한 결과 최종적으로 수집된 심결자료는 1,384건이었다.[92] 이는 공정위가 발행하는 『통계연보』에 나오는 과징금 부과건수 1,403건보다 19건 작은 수치이다. 가령 2015년도『통계연보』(2016)에 의하면 2013년 과징금 부과건수는 64건이다. 하지만 위의 방법으로 실제 추출한 2013년 표본수는 57건으로 통계연보 보다 적었다. 반대로『통계연보』상 2015년 과징금 부과 건수는 110건인데 반

90) 서울고등법원 2008.11.20. 선고, 2008누1148판결, 대법원 2011.9.8. 선고, 2008두23160 판결이다.

91) 에스케이는 2011년 11월 1일에 공정위로부터 과징금을 재산정 받았고(의결 제2011-188호), 지에스칼텍스는 2012년 1월 13일(의결 제2012-005호), 삼성토탈은 2012년 1월 19일(의결 제2012-011호)에 각각 재산정 받았다. 이러한 경우 최종적으로 재산정 받은 의결서(2012년 1월 19일)를 기준으로 해당사건의 의결날짜를 확정하였다.

92) 최종 데이터 분류작업을 하는 도중, 하나의 의결번호에서 두 가지 이상의 위반행위에 의해 과징금을 부과한 사건이 종종 발생하였다. 예를 들면, 2007년 12월 20일 의결된 사건에서 녹십자는 부당한 고객유인행위([23조 ① 3호]) 및 재판매가격유지행위([29조 ①])를 위반하여 과징금을 부과받았다. 그러나 의결서(의결 제2007-562호)에서는 하나의 사건으로 처리하였다. 이 두 규제위반행위는 위반행위 특성이 다르며 그에 따라 과징금 법정부과율이 상이하기 때문에 실증분석의 정확성을 가하기 위하여 예외적으로 두 가지 사건으로 분류해 위반행위별로 과징금 부과액수를 파악할 수 있도록 하였다. 마지막으로 각 산정단계별 과징금액수가 누락된 사건들(2010. 12. 12. 의결 제2012-275호, 2011. 5. 3. 의결 제2011-052호)과 실질 피심인명이 누락된 사건(2012. 3. 21. 의결 제2012-041호)은 (공정위에 문의하였지만 단계별 과징금액수의 누락되지 않은 의결서를 받을 수 없어) 전체 표본에서 제외하였다.

해 실제 추출된 개수는 118건으로 8건이 더 많았다. 데이터 분류에 있어 전술한 두 가지 정형화된 기준을 적용했기 때문에 최종 관측치가 줄어들었거나 혹은 늘어난 것으로 보이나, 과징금 결정요인을 분석하고자 하는 본 실증분석의 목적에는 더욱 부합한 자료가 만들어진 것으로 판단된다.

나. 심결자료 입력 및 심결자료를 통한 과징금 주요특성

실제 공정위에서 과징금을 부과한 사건들을 대상으로 한 과징금 부과와 관련된 일반적 특성 파악하고 공정위의 재량권 행사정도 및 과징금 결정요인을 실증분석하기 위해서는 심결자료에 수록된 정보를 가능한 모두 사용할 수 있도록 변수화하는 작업이 반드시 필요하다. 수차례의 표본추출과정을 통해 피심인수, 재산정 여부, 산업분류, 위반유형, 시장점유율, 매출액, 각 단계별 과징금 가산·감경요인 등 총 30~40여개의 변수를 선별하였다. [그림 Ⅳ-1]은 수집된 심결자료로부터 변수를 추출하는 기본 설계도이다. 변수들은 피심인 정보, 피심인 위반행위, 과징금 부과의 총 세 개의 집합으로 분류할 수 있다. 각 변수의 추출 및 입력 기준은 다음과 같다.

(1) 피심인 정보[93]

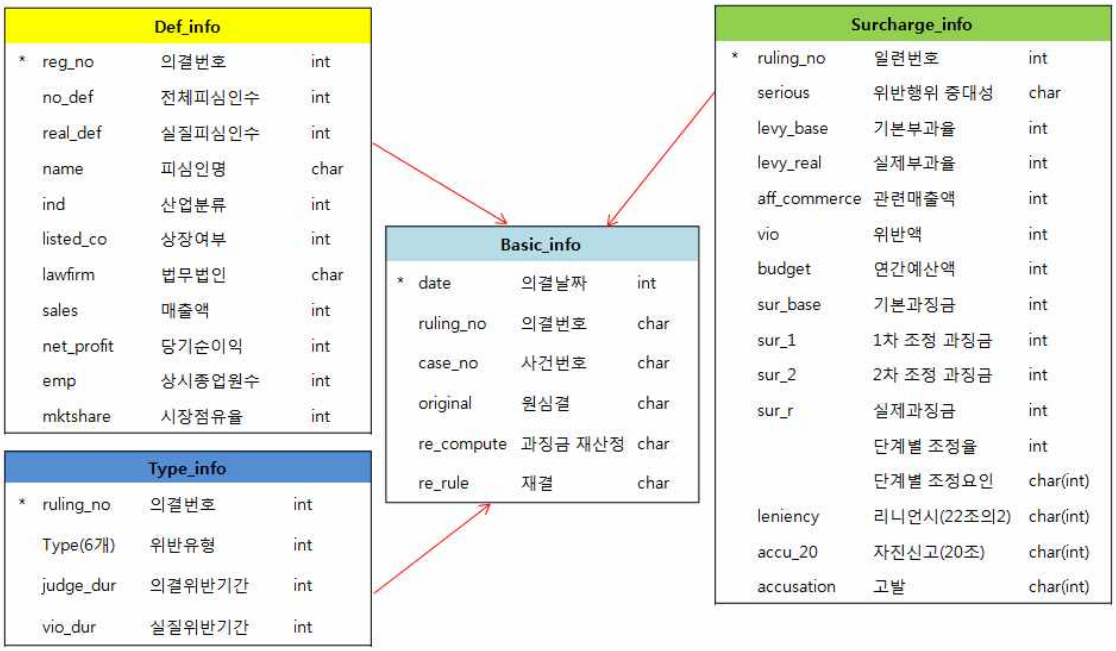
우선 '피심인수'와 '피심인명'은[94] 의결서에 기입된 정보를 사용하였고, 피심인의 '산업분류'는『한국산업표준분류표 9차(2008)』를 기준으로 하였다. 피심인들의 산업이 서로 상이한 경우에는 전체 피심인 중 과반수의 산업을 입력하였고, 과반수가 되지 않을 경우 과징금을 가장 많이 부과 받은 피심인의 산업을 대표 산업으로 분류하

93) '산업분류', '대기업', '법무법인'을 제외한 모든 피심인 정보는 의결서에 수록된 '전체 피심인'과 실제 공정위로부터 과징금을 부과 받은 '실질 피심인'으로 분류하여 입력하였다. 두 집합이 상이할 수 있는 이유는 과징금 조정단계에서 현실적 부담능력 혹은 리니언시 등의 이유로 과징금이 면제될 수 있기 때문이다.

94) 모든 피심인명을 일일이 기입하는 것은 많은 시간이 소요되는 작업이었으나 공정거래법 위반의 연속성 및 과징금 부과의 일관성 등 제도의 효율성을 판단하는 데 유의미한 변수가 될 것으로 예상하였다.

였다. 각 피심인의 특성 중 대기업 및 상장기업 여부와 관련하여 '15대 상호출자제한기업' 및 '코스피 상장기업'을 각각 구축하였다. '법무법인'은 각 피심인의 대리인이 되는 법무법인 또는 변호사사무소의 이름을 전부 입력하였다. '전체 매출액', '당기순이익', '상시종업원수'는 의결서상 보고된 피심인들의 일반현황 중 가장 최근 값을 기준으로 그 총합을 입력하였다. '시장점유율'은 의결서에 기록된 피심인들의 시장점유율의 총합을 나타낸다. 만일 한 피심인이 여러 개의 제품을 생산하는 경우, 각 제품별 시장점유율의 평균값을 해당 피심인의 시장점유율로 보았다.

[그림 Ⅳ-1] 공정거래법상 과징금제도 변수 설계도



주: 'int'는 정수(integer), 'char'는 문자(character)를 의미함.

(2) 위반행위와 기간

피심인의 위반행위유형은 시행령 및 고시에 근거하여 크게 시장지배적 지위 남용행위, 경제력집중 억제규제 위반행위, 부당한 공동행위 및 사업자단체 금지행위, 불공정거래행위 등(부당한 지원행위 제외, 재판매가격 유지행위 및 부당한 국제계약 체결행위, 출자총액제한행위 포함), 및 부당한 지원행위의 다섯 가지로 분류할 수 있다. 세부적으로는 11개의 규제위반행위가 있다.[95] 이러한 피심인별 '위반유형'은 의

결서에 명시된 위반조항을 기록하였다. ‘위반기간’은 의결서에 보고된 위반행위의 개시일(시기)과 종료일(종기)을 ‘개월’수로 계산한 것이다.[96] 피심인별로 시기와 종기가 상이할 경우 가장 빠른 날짜를 시기로, 가장 늦은 날짜를 종기로 하였다. 또한 시기와 종기가 명확하게 언급되지 않은 경우는, 의결서상 최초 위반일을 시기로 보았고, 과징금 고시 기준에 따라 의결날짜를 종료일로 계산하였다.[97]

(3) 과징금 부과[98]

공정거래법 시행령 및 고시에 따라 각 위반유형별 과징금 산정기준으로서 크게 다음 세 가지를 사용하고 있다. 시장지배적 지위남용·부당공동행위·불공정거래행위는 ‘관련매출액’을, 경제력집중 억제행위·부당한 지원행위는 ‘위반액’을, 사업자단체 금지행위는 ‘연간예산액’을 기준으로 한다. 따라서 본 장에서 사용할 피해의 대리변수로서의 ‘관련매출액(또는 연간예산액 및 위반액)’은 각 피심인의 위반유형별 과징금 산정기준 금액을 합산하여 입력하였다. 다음으로 ‘기본부과율’은 위반행위의 중대성에 따라 결정되며, 과징금 고시에 따라 위반행위의 중대성을 ‘매우중대’, ‘중대’, ‘중대성약

---

95) 11개 위반행위에는 ‘시장지배적지위 남용행위[3조의2 ①]’, ‘지주회사 등의 행위제한[8조의2 ②~⑤]’, ‘상호출자의 금지 등[9조]’, ‘순환출자의 금지[9조의2 ②, ③]’, ‘계열회사에 대한 채무보증 금지[10조의2 ①]’, ‘부당한 공동행위[19조 ①]’, ‘불공정거래행위[23조 ①, ②]’, ‘보복조치의 금지[23조의3]’, ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지[23조의2 ①, ③]’, ‘사업자단체의 금지행위[26조 ①]’, 및 ‘재판매가격유지행위의 제한[29조 ①]’가 있다.

96) 위반기간을 ‘개월’수로 계산하였는데, 구체적으로 ‘15일’을 기준으로 1개월을 측정하였다. 예를 들어, 위반기간이 1개월 10일인 경우는 1개월로, 1개월 20일은 2개월로 계산하였다. 예외적으로 입찰담합은 합의기간이 단기인 경우가 대부분이기 때문에 위반기간이 15일 미만이더라도 1개월로 보았다. 한편, 3개의 의결서에서는 위반기간을 알 수 없었다. 두 개의 거래상지위남용행위([23조 ① 4호]) 사건(의결 제2011-091호, 의결 제2015-123호)과 한 개의 시장지배력남용행위([3조의2 ①]) 사건(의결 제2010-109)이다.

97) 예외적으로 입찰담합의 경우는 시기와 종기가 명확히 표시되어있지 않지만 의결서상 최초 합의일을 시기로, 최종 입찰일을 종기로 보았다.

98) 과징금 부과에 관련된 변수들도 ‘전체 피심인’과 ‘실질 피심인’을 구분하여 기입하였다. 만일 금액이 외국화폐(달러, 엔, 바트 등)를 기준으로 하는 경우, 해당 의결날짜의 환율을 기준으로 원으로 환산하여 기입하였다.

함'의 세 가지로 분류하였다. 만일 피심인별로 기본부과율이 다른 경우에는 평균값을 입력하였으며, 피심인 다수 및 소수의 기본부과율을 추가 변수로 입력하였다.

관련매출액(또는 위반액 및 연간예산액)에 기본부과율을 곱한 '기본산정기준(기본과징금)'과 과징금 조정단계인 '1차 조정(의무적조정)', '2차 조정(임의적조정)', '3차 조정(실제과징금 결정)'은 '사건별' 총 금액을 기준으로 하였다.[99] 나아가 모든 조정단계에서의 '가산·감경률'을 변수로 추가하였고, 과징금 결정요인을 확인하고자 하는 본 실증분석의 목적에 따라 각 조정단계에서의 '가산·감경 요인'을 세분화하여 입력하였다. 모든 '가산·감경 요인'은 해당사건의 피심인 일인 이상 적용되면 '1', 그렇지 않다면 '0'으로 입력하는 것을 기준으로 하였다. 특히 담합사건에 적용되는 공정거래법 [22조의2](리니언시; Leniency)조항이 적용되었는지 여부와, 그에 따른 평균 과징금 감경률을 변수로 추가하였다. 또한 피심인 일인 이상 고발조치를 받은 경우에 대해 '고발' 변수를 추가하였다. 이와 관련하여 자진신고 및 조사협조자에 대해서는 감면고시 [20조]에 따라 고발을 감면받을 수 있는데, 이를 '자진신고에 의한 고발면제' 변수를 통해 확인할 수 있도록 하였다. 마지막으로 각 사건별로 적용된 '과징금 고시'를 기입함으로써 산정기준을 명확히 하고자 하였다. 이런 일련의 작업이 의결서에 모두 기입되어 있었던 것은 아니어서 시행령 및 과징금 고시 등을 일일이 대조하는 작업이 필요했다.

99) 전술했듯 본 연구에서는 피심인이 최종적으로 부과받은 과징금액수를 실제과징금이라 정의한다.

[표 Ⅳ-1] 과징금부과 관련 주요변수들의 정의 및 기초통계량

(n=1,384)

변수명	정의 및 설명	평균	최대	최소
$Surcharge$	사건당 부과된 실제과징금액수 (백만원)	4,775.7 (29,652.7)†	668,954.0	0.1
Vio_Type_x[a)]	과징금부과 규제위반행위별 더미변수. 해당 규제위반행위이면 1, 아니면 0 (n=1,384)			
	$x = 1$: 시장지배적사업자의 지위남용행위 (n=32)	0.0231	1	0
	$x = 2$: 지주회사 행위제한 (n=23)	0.0166	1	0
	$x = 3$: 상호출자의 금지 (n=1)	0.0007	1	0
	$x = 5$: 계열회사에 대한 채무보증의 금지 (n=1)	0.0007	1	0
	$x = 6$: 부당한 공동행위 (n=369)	0.2662	1	0
	$x = 7$: 불공정거래행위 (n=824)	0.5954	1	0
	$x = 10$: 사업자단체의 금지행위 (n=117)	0.0845	1	0
	$x = 11$: 재판매가격유지행위의 제한 (n=15)	0.0108	1	0
	$x = 13$: 출자총액의 제한 (n=2)	0.0014	1	0
Ind_y	사건당 피심인이 속한 산업별 더미변수. 해당산업 1, 아니면 0			
	$y = A$: 농업, 임업 및 어업 (n=1)	0.0007	1	0
	$y = B$: 광업 (n=4)	0.0029	1	0
	$y = C$: 제조업 (n=269)	0.1944	1	0
	$y = D$: 전기, 가스, 증기 및 수도사업 (n=15)	0.0108	1	0
	$y = E$: 하수·폐기물 처리, 원료재생 및 환경복원업 (n=8)	0.0058	1	0
	$y = F$: 건설업 (n=116)	0.0834	1	0
	$y = G$: 도매 및 소매업 (n=64)	0.0463	1	0
	$y = H$: 운수업 (n=14)	0.0101	1	0
	$y = I$: 숙박 및 음식점업 (n=6)	0.0043	1	0
	$y = J$: 출판, 영상, 방송통신 및 정보서비스업 (n=641)	0.4632	1	0
	$y = K$: 금융 및 보험업 (n=77)	0.0556	1	0
	$y = L$: 부동산업 및 임대업 (n=20)	0.0145	1	0
	$y = M$: 전문, 과학 및 기술 서비스업 (n=20)	0.0145	1	0
	$y = N$: 사업시설관리 및 사업지원 서비스업 (n=11)	0.0079	1	0
	$y = P$: 교육 서비스업 (n=9)	0.0065	1	0
	$y = Q$: 보건업 및 사회복지 서비스업 (n=8)	0.0058	1	0
	$y = R$: 예술, 스포츠 및 여가관련 서비스업 (n=2)	0.0014	1	0
	$y = S$: 협회 및 단체, 수리 및 기타 개인서비스업 (n=96)	0.0694	1	0
No_Def	사건당 과징금을 부과받은 피심인의 수 (인, 개)	2.3 (3.3)†	35.0	1.0
$Levy_rate_z$[b)]	위반행위유형별 사건당 피심인들에게 부과한 평균 기본부과율 (2004년 이후 고시 적용) (%, n=862)	9.59 (15.17)†	80.00	0.10
	$z = 1$: 시장지배적사업자 지위남용행위 (%, n=14)	1.74 (0.78)†	3.00	0.30
	$z = 2$: 경제력집중행위 (%, n=25)	7.28 (1.43)†	10.00	5.00
	$z = 3$: 부당한 공동행위 (%, n=338)	6.51 (2.46)†	10.00	1.00
	$z = 4$: 사업자단체의 금지행위 (%, n=107)	40.19 (11.97)†	70.00	10.00
	$z = 5$: 불공정거래행위 등 (%, n=353)	0.85 (0.27)†	2.00	0.10
	$x = 7$: 부당한 지원행위 (%, n=25)	50.50 (17.91)†	80.00	20.00

(다음 페이지에 계속)

(n=1,384)

변수명	정의 및 설명	평균	최대	최소
$High_Serious$	위반행위 중대성이 '매우 중대'이면 1, 아니면 0 (n=1,316)	0.50 (0.50)†	1	0
$Serious$	위반행위 중대성이 '중대'이면 1, 아니면 0 (n=1,316)	0.16 (0.37)†	1	0
$Low_Serious$	위반행위 중대성이 '중대성 약함'이면 1, 아니면 0 (n=1,316)	0.30 (0.46)†	1	0
$Duration1$	위반행위 개시일부터 위반종료일까지의 기간 (개월, n=1,332)	23.3 (28.4)†	360.0	1.0
$Duration2$	위반행위 개시일부터 의결일까지의 기간 (개월, n=1,383)	38.5 (33.0)†	365.0	2.0
$Year_w$	$w=2005$: 2005년에 의결된 사건이면 1 (n=264)	0.191	1	0
	$w=2006$: 2006년에 의결된 사건이면 1 (n=157)	0.113	1	0
	$w=2007$: 2007년에 의결된 사건이면 1 (n=308)	0.223	1	0
	$w=2008$: 2008년에 의결된 사건이면 1 (n=78)	0.056	1	0
	$w=2009$: 2009년에 의결된 사건이면 1 (n=60)	0.043	1	0
	$w=2010$: 2010년에 의결된 사건이면 1 (n=58)	0.042	1	0
	$w=2011$: 2011년에 의결된 사건이면 1 (n=145)	0.105	1	0
	$w=2012$: 2012년에 의결된 사건이면 1 (n=52)	0.038	1	0
	$w=2013$: 2013년에 의결된 사건이면 1 (n=57)	0.041	1	0
	$w=2014$: 2014년에 의결된 사건이면 1 (n=86)	0.062	1	0
	$w=2015$: 2015년에 의결된 사건이면 1 (n=118)	0.085	1	0
$Conglomerate$	기업규모에 대한 더미변수. 공정위가 지정한 상호출자제한 65개 기업집단 중 상위 15개 기업집단에 속하면 1, 아니면 0	0.030	1	0
$Repeat$	중복위반에 대한 더미변수. 시정조치 3회 이상 받았거나 벌점누산에 의해 가산됐으면 1, 아니면 0	0.027	1	0
$Intention$	피심인이 위반행위를 주도하거나 다른 피심인들에게 보복, 공정위 조사를 방해 임원이 가담한 경우로 가산됐으면 1, 아니면 0	0.119	1	0
$Accusation$	공정위, 감사원장, 검찰총장, 조달청장 또는 중소기업청장에 의한 고발여부 더미변수. 피심인을 고발했으면 1, 아니면 0	0.079	1	0

주: · 2005년 1월 1일부터 2015년 12월 31일까지 추출된 표본수는 1,384건임.

· † 는 표준편차를 나타냄.

a) x는 [표 II-1]의 11개 규제위반행위의 순서별 번호를 기준으로 나타냈으며, 기존에는 과징금 부과대상 위반행위였으나 현재 법률에는 과징금 부과대상 위반행위가 아닌 '출자총액제한'은 13번으로 표시하였음.

b) z는 동일한 법정부과율(과징금 고시상 '부과기준율')이 적용되는 위반행위별로 정리한 것임.

2. 심결자료를 활용한 과징금제도 운용의 개관

지금까지 공정위 심결자료의 구축과정을 요약하였다. 본 절에서는 이를 활용한 공정거래법상 과징금제도의 전반적인 운용을 개관해보고자 한다. [표 Ⅳ-1]을 보면 표본추출기간(2005년~2015년)동안 공정위의 실제과징금 누적부과건수는 1,384건이고, 누적피심인 숫자는 3,122개(또는 인)이며 누적부과금액은 6조 6천억원이었다. 총 부과금액 기준으로 실제과징금액수는 매년 평균 1.5배씩 증가하였고 전반적으로 증가추세를 보였다. 특히 2005년의 총 과징금 부과액수는 약 900억원인데 반하여 2015년은 8,600억원으로 10배가량 증가하였다. 사건당 부과된 실제과징금액수의 평균은 48억원이었으며, 단일 사건 최대 과징금액수는 약 6,689억원이나 되었다.[100)]

연도별로 실제과징금액수를 보면, [표 Ⅳ-2]에서 확인할 수 있듯이 각 연도별 누적과징금액수 및 사건당 평균액수 모두 지난 11년 동안 대체로 증가추세를 보이고 있다. 구체적으로 연도별 총 과징금액수는 2011년까지 꾸준히 증가해오다가 그 이후부터 최근까지 주춤한 상태이다. 2011년은 무려 1조 4천억원으로 표본추출기간 중에서 총 과징금 부과액이 가장 높았다. 2010~2015년 연평균 실제과징금 부과액수는 9,000억원으로 2010년 이전 연평균(2,700억원)보다 3배 이상 증가하여 2010년 이후 과징금 부과액수가 증가하고 있음을 확인하였다. 연도별 사건당 평균과징금액수 역시 비슷한 추세를 보이는데, 2005년부터 2010년까지 증가하다가 2011년부터 최근까지 등락을 거듭하며 주춤하는 추세를 보이고 있다. 구체적으로 2005년 3억 2천만원, 2010년 177억원, 2015년 73억원이 부과되었다.

이제 과징금 부과에 잠재적으로 영향을 줄 수 있다고 사전적으로 판단되는 경제적·법적 변수 등을 사용하여 한국의 공정거래법상 과징금 현황에 대해 간략하게 검토해보자. 종속변수 $Surcharge$는 '최종적으로' 부과된 실제과징금액수이다. 대부분의 설명변수는 법집행을 위한 공정위 심결자료에 바탕을 두고 있으며, 그로부터 경제적·

100) 이 사건(2010.4.23. 의결 제2010-045호)에서는 '부당한 공동행위([19조 ①])'를 위반한 ㈜이원을 포함한 7개 피심인(에스케이가스, 에스케이, 에스케이에너지, 지에스칼텍스, 현대오일뱅크, 에쓰대시오일)에 약 6,689억원의 과징금을 부과하였다. 사건의 주요 위반행위를 보면 피심인들은 2003년부터 2008년까지 약 6년 간 매월 말경 LPG(프로판과 부탄) 판매가격을 결정·적용하였다.

법적으로 유익한 함의를 도출해보고자 하였다.

[표 IV-2] 과징금부과 관련 기초통계량: 연도별

변수 / 연도	*Surcharge*				*No_Def*			*Surcharge_Def*		
	전체 (백만원)	평균[a] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)	평균[b] (인, 개)	최대 (인, 개)	최소 (인, 개)	평균[c] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)
*Year*_2005 (264, 19.1)†	85,656.5	324.5 (1,872.5)‡	20,404.0	0.1	1.6 (2.8)‡	35.0	1.0	85.9 (417.7)‡	5,101.0	0.1
*Year*_2006 (157, 11.4)	163,755.8	1,043.0 (5,189.0)‡	43,547.0	0.4	1.6 (1.8)‡	14.0	1.0	360.3 (1,699.6)‡	16,245.0	0.4
*Year*_2007 (308, 22.0)	271,048.2	880.0 (5,614.1)‡	62,383.0	0.4	1.3 (1.3)‡	12.0	1.0	228.6 (1,202.9)‡	13,171.5	0.4
*Year*_2008 (78, 5.7)	170,374.9	2,184.3 (5,543.9)‡	32,772.0	0.5	3.4 (4.5)‡	26.0	1.0	555.3 (1,376.4)‡	8,872.0	0.5
*Year*_2009 (60, 4.4)	638,024.3	10,633.7 (39,460.7)‡	273,197.0	2.1	3.4 (4.2)‡	25.0	1.0	6,531.0 (35,677.0)‡	273,197.0	2.1
*Year*_2010 (58, 4.2)	1,025,479.0	17,680.7 (87,796.6)‡	668,954.0	0.9	4.3 (4.4)‡	22.0	1.0	3,304.2 (12,751.5)‡	95,564.9	0.9
*Year*_2011 (146, 10.6)	1,356,273.6	9,289.5 (50,019.7)‡	434,536.0	0.5	2.2 (3.0)‡	19.0	1.0	1,735.8 (7,966.1)‡	72,422.7	0.5
*Year*_2012 (52, 3.8)	596,660.9	11,474.3 (27,738.5)‡	136,244.0	0.9	3.9 (4.9)‡	19.0	1.0	2,922.8 (6,207.9)‡	34,061.0	0.6
*Year*_2013 (57, 4.2)	457,246.1	8,021.9 (22,064.8)‡	116,048.0	1.0	2.9 (3.1)‡	18.0	1.0	2,079.0 (4,683.6)‡	19,341.3	1.0
*Year*_2014 (86, 6.2)	1,016,181.0	11,816.1 (41,507.2)‡	347,898.0	0.6	3.3 (4.4)‡	21.0	1.0	2,566.4 (6,187.1)‡	48,545.5	0.4
*Year*_2015 (118, 8.5)	828,933.0	7,024.9 (22,033.9)‡	196,071.0	3.0	3.0 (4.4)‡	32.0	1.0	1,598.3 (3,581.5)‡	32,761.0	3.0

주: · 표본은 공정거래위원회 홈페이지(http://www.ftc.go.kr/laws/book/judgeSearch.jsp)를 조사하여 최종심결, 의결번호, 및 최종적으로 부과한 과징금액수를 기준으로 하였음.
· 표본기간은 2005년 1월 1일부터 2015년 12월 31일까지임.
· 모든 숫자는 소숫점 둘째자리에서 반올림 하였음. 단, 건수는 제외. † (a, b): a는 건수, b는 %. ‡ 표준편차
a) 실제과징금 총액을 건수로 나눈 금액. b) 실제과징금을 부과받은 총 피심인을 건수로 나눈 값. c) 사건당 개별 피심인이 부과받은 실제과징금액을 건수로 나눈 금액.

가. 규제위반행위(*Vio_Type*)

주지하듯 규제위반행위별로 발생되는 평균적 피해규모는 다를 것이다. 대부분의 선행연구들에서는 담합행위로부터 발생되는 '사회적 피해'는 다른 위반행위에 비하여 매우 크다고 주장한다 (Kadish, 1963; Coffee, 1991, Wils, 2005; Blair and Durrance, 2008; Lande and Davis, 2011 등). 그렇기 때문에 공정거래법에서도 각각의 규제위반행위별로 부과할 수 있는 최대 과징금액수를 별도로 법률에 명시한다.

제II장의 [표 II-1]에서 보듯 법률에 각 위반행위에 따른 '과징금 부과금액 산정근거'가 명시되어있는데, 기본적으로 매출액과 연동되어 있으며 "*매출액의 100의 a (또는 b억원) 까지*" 부과할 수 있다. 그런데 이 매출액과 연동된 과징금액수의 최대금액에는 위반행위 유형에 따라 차이가 있다. 공정거래법에 각 위반행위에 따른 최

대 부과금액이 정해져 있다면 이러한 산정근거의 차이로 인해 (다른 조건이 일정할 때) 과징금액수가 달라질 것이다. 동시에 이 규제위반행위 유형 변수는 가령 평균 피해규모 및 부당이득 등 과징금액수를 결정하는 다른 요인과도 연관성을 가질 수 있다. 특히 제II장 3절에서 보았듯이, 경제학적 관점에서 과징금을 산정하는데 이론적으로 중요한 정보들 중에는 적발확률(P_d)이 있는데, 평균적으로 보아 '규제위반행위 유형별로 상이'할 수 있을 것이다.[101]

앞에서 구한 심결자료를 통하여 과징금액수에 대해 규제위반행위별 특징을 검토해보자. [표 IV-1]은 주요변수에 대한 정의와 통계량이다. 현행 공정거래법과 표본기간 내에 과징금 부과대상으로 명시된 위반행위 총 13개[102] 중 심결자료에서 실제로 위반된 행위는 모두 9개였다 (제II장의 [표 II-1]에서 [3조의2 ①], [8조의2 ②~⑤], [9조], [10조의2 ①], [19조 ①], [23조 ①], [26조 ①], [29조 ①]과 기존 부과대상이였던 '출자총액제한').[103] [표 IV-2]에서 보듯 9개 위반행위 중 가장 많이 위반한 규제는 '불공정 거래행위([23조 ①])'로서 모두 824건이었고, 전체 표본의 60%나 차지했다. 불공정 거래행위를 좀더 세분해서 보면, '부당지원행위([23조 ① 7호])'는 42건이고, 7호를 제외한 나머지 불공정 거래행위는 782건으로 후자가 대부분을 차지하였다. 다음은 '부당한 공동행위([19조 ①])', '사업자단체 금지행위([26조

101) 예를 들어 신고와 직권조사에 대한 상이한 의존도는 적발확률의 차이를 반영한 결과일 수 있다. 실제로 2015년도『통계연보』(2016, p. 4)에서 사건접수 현황을 살펴보니 규제위반행위 유형별로 신고에 의한 적발과 공정위의 직권조사로 인한 적발된 사건의 비율이 크게 상이했다. 후술되는 실증분석에서는 매우 실험적인 시도로서, 이 행위별 상이성 가설에 의존하여 적발확률이 과징금 결정에 미치는 영향을 검토해보고자 한다.

102) '출자총액제한(기존 [10조])' 및 '부당한 국제계약체결 제한(기존 [32조 ①])'은 현행 공정거래법에서 과징금 부과대상 규제위반행위에서 제외되었으나, 표본기간동안 부과대상 위반행위에 포함된다. 출자총액제한은 2009년 3월 25일에 개정된 법률에서 삭제되었으며, 2016년 3월 29일에 새롭게 개정된 법률에서는 부당한 국제계약체결 제한이 삭제되었다. 표본기간동안 부당한 국제계약체결 제한은 단 1건도 과징금이 부과되지 않았다.

103) 규제위반유형과 해당조항을 대응시키면 다음과 같다. Vio_Type_1([3조의2]), Vio_Type_2([8조의2 ②~⑤]), Vio_Type_3([9조]), Vio_Type_5([10조의2 ①]), Vio_Type_6([19조 ①]), Vio_Type_7([23조 ①]), Vio_Type_10([26조 ①]), Vio_Type_11([29조 ①]), Vio_Type_13(출자총액제한)이다.

①]) 순으로 각각 369건(27%), 117건(9%)의 과징금을 부과하였다. 이상 세 가지 위반행위가 부과건수 전체의 95% 이상을 차지하였다.

규제위반행위별로 보다 다양한 관점에서 분석해보았다. 과징금 부과받은 9개 위반행위의 실제과징금 부과 관련 통계량을 정리한 것이 [표 Ⅳ-3]이다. 통상적으로 다른 위반행위에 비해 사회적 피해가 매우 크다고 알려진 '부당한 공동행위([19조 ①])' 사건에 부과된 평균 과징금액수는 158억원으로 과징금을 부과받은 9개 위반행위 중에서 가장 높았으며, 이는 사건당 전체평균(48억원)보다 3배가량 높았다. 11년 동안 부당공동행위로 부과된 누적과징금액수는 5조 8천억원으로 전체 누적금액의 약 90% 수준이다. 부당공동행위의 사건당 평균 과징금액수는 매년 평균 1.4배씩 증가하였으며, 특히 2010년 이후 6년 동안 사건당 평균 212억원을 부과받았는데, 이는 2010년 이전 5년간에 비해 4배 가까이 높은 수치이다. 따라서 부당공동행위에서의 과징금 부과액수 증가가 과징금 전체평균의 증가세를 견인하였다고 요약할 수 있다.

다음으로 사건당 평균 과징금액수가 높은 위반행위는 '시장지배적 지위 남용행위([3조의2])'로서 112억원이다. 그런데 개별 피심인이 받은 평균 과징금 부과액수는 시장지배적 지위 남용행위(101억원)는 부당공동행위(31억원)보다 3배 이상 많았다. 한편 과징금을 가장 많이 부과받은 불공정거래행위([23조 ①])의 사건당 평균 부과액수는 약 5억원으로 부과건수에 비해 상당히 낮은 수준이다. 즉 소액의 과징금 부과사건이 다수를 차지하였음을 알 수 있다. '사업자단체의 금지행위([26조 ①])'를 위반한 사건은 사건당 평균 6천만원으로 (과징금 부과건수가 작은 3개 위반행위를 제외하고) 상위 6개 위반행위에 관한 사건 중 가장 적었다.

사건당 평균 기본과징금($Surcharge_Base$)액수 역시 부당공동행위가 가장 많았으며, 그 다음으로 시장지배적지위 남용금지, 재판매가격유지행위의 제한의 순이다. 부당공동행위의 사건당 평균 기본과징금은 350억원으로 다른 위반행위보다 무려 37배나 높았다. 대체로 기본과징금이 높으면 실제과징금액수가 높았다. 한편 시장지배적지위 남용금지의 사건당 평균 실제과징금액수는 평균 기본과징금액수와 차이가 크지 않았다. 이는 1차 조정단계에서 위반기간 및 횟수에 의해 가산된 경우가 절반을 차지하였기 때문으로 생각된다.

[표 IV-3] 과징금부과 관련 기초통계량: 규제위반행위별

변수 / 위반행위	*Surcharge*				*No_Def*			*Surcharge_Def*			*Surcharge_Base*			*Duration1*			*Conglomerate*	
	전체 (백만원)	평균[a] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)	평균[b] (인, 개)	최대 (인, 개)	최소 (인, 개)	평균[c] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)	평균[d] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)	평균[e] (개월)	최대 (개월)	최소 (개월)	15대[f] (개)	65대[g] (개)
Vio_Type_1 (32, 2.3)†	357,981.0	11,186.9 (48,373.4)‡	273.197.0	1.0	1.1 (0.4)‡	3.0	1.0	10,124.8 (48,140.4)‡	273,197.0	1.0	11,099.9 (43,740.0)‡	248,361.1	1.1	28.1 (20.8)‡	108.0	8.0	1	3
Vio_Type_2 (23, 1.7)†	17,249.0	750.0 (1,665.2)‡	5,085.0	1.0	1.0 (0.0)‡	1.0	1.0	750.0 (1,665.2)‡	5,085.0	1.0	1,181.6 (1,642.2)‡	6,781.3	3.4	12.5 (11.5)‡	41.0	1.0	-	–
Vio_Type_3 (1, 0.1)†	173.0	173.0 (0.0)‡	173.0	173.0	1.0 (0.0)‡	1.0	1.0	173.0 (0.0)‡	173.0	173.0	346.1 (0.0)‡	346.1	346.1	16.0 (0.0)‡	16.0	16.0	-	–
Vio_Type_5 (1, 0.1)†	476.0	476.0 (0.0)‡	476.0	476.0	1.0 (0.0)‡	1.0	1.0	476.0 (0.0)‡	476.0	476.0	2,800.0 (0.0)‡	2,800.0	2,800.0	46.0 (0.0)‡	46.0	46.0	-	–
Vio_Type_6 (369, 26.6)†	5,814,971.9	15,758.7 (53,946.0)‡	668,954.0	1.9	5.3 (4.8)‡	32.0	1.0	3,091.9 (8,680.5)‡	95,564.9	0.4	35,094.2 (128,112.3)‡	1,427,208.0	5.7	32.8 (38.5)‡	211.0	1.0	22	82
Vio_Type_7 (824, 59.6)†	399,259.2	483.3 (3,158.8)‡	62,383.0	0.1	1.2 (1.5)‡	35.0	1.0	250.7 (1,277.5)‡	21,448.0	0.1	628.0 (4,307.6)‡	88,125.5	0.3	18.0 (18.1)‡	216.0	1.0	17	33
Vio_Type_10 (117, 8.5)†	7,485.8	64.0 (109.0)‡	624.0	0.5	1.1 (0.6)‡	7.0	1.0	62.1 (107.7)‡	624.0	0.5	324.4 (1,867.3)‡	19,877.0	1.2	32.0 (43.6)‡	360.0	1.0	1	1
Vio_Type_11 (15, 1.1)†	12,992.0	866.1 (1,347.1)‡	5,248.0	1.0	1.0 (0.0)‡	1.0	1.0	866.1 (1,347.1)‡	5,248.0	1.0	1,349.3 (2,042.1)‡	8,330.5	1.0	42.6 (38.9)‡	170.0	12.0	–	–
Vio_Type_13 (2, 0.1)†	45.0	22.5 (30.0)‡	43.7	1.3	2.0 (0.0)‡	2.0	2.0	22.5 (30.0)‡	43.7	1.3	88.0 (122.5)‡	174.6	1.3	11.0 (14.1)‡	21.0	1.0	1	1

주: · 표본은 공정거래위원회 홈페이지(http://www.ftc.go.kr/laws/book/judgeSearch.jsp)를 조사하여 최종심결 및 의결번호를 기준으로 하였음.

· 표본기간은 2005년 1월 1일부터 2015년 12월 31일까지임.

· 모든 숫자는 소숫점 둘째자리에서 반올림 하였음. 단, 건수는 제외. † (a, b): a는 건수, b는 %. ‡ 표준편차

· Vio_Type_1: 시장지배적 지위 남용행위([3조의2]); Vio_Type_2: 지주회사 등의 행위제한([8조의2 ②~⑤]); Vio_Type_3: 상호출자 금지([9조]); Vio_Type_5 계열회사에 대한 채무보증의금지([10조의2 ①]); Vio_Type_6: 부당한 공동행위의 금지([19조 ①]); Vio_Type_7: 불공정거래행위의 금지([23조 ①]); Vio_Type_10: 사업자단체의 금지행위([26조 ①]); Vio_Type_11: 재판매가격유지행위의 제한; Vio_Type_13 ([29조 ①]): 출자총액 제한([舊 10조]).

a) 과징금 총액을 건수로 나눈 금액. b) 과징금을 부과받은 총 피심인을 건수로 나눈 값. c) 개별 피심인이 부과받은 과징금액을 건수로 나눈 금액. d) 기본과징금 총액을 건수로 나눈 금액. e) 위반행위 개시일부터 위반종료일까지의 기간. f)

나. 산업분포(Ind)

일단 피해가 발생하게 되면 그 규모가 상당히 큰 산업들도 존재할 것이다. 가령 특정 산업 내에서 거래되는 물량단위가 클 경우 사회적으로 미치는 영향도 커질 것이기 때문이다. 유럽 공정거래법상 제재금(fine)의 결정요인들을 실증적으로 분석한 Carree et al.(2010)은 제재금이 산정되는데 있어서 산업분포와 큰 연관성을 보였으며, 특히 제조업이 (+) 부호에 1% 내에서 유의하다고 밝힌 바 있다. 한국에서도 산업분포별로 과징금 부과건수 및 부과액수에 차이가 있다. 그 근본적인 이유는 위반행위의 심각성을 반영하는 위반기간, 매출액, 피심인 수 등이 산업별로 다를 것이기 때문이다.

제II장의 [그림 II-2]에서 설명했듯이 기본과징금은 관련매출액에 위반행위의 중대성 정도를 반영하여 산정하기 때문에 매출액은 과징금액수의 결정에 영향을 미친다. 그러나 아쉽게도 매출액 그 자체를 활용할 수 없었으며,[104] 숙고 끝에 하나의 대안으로서 매출액은 해당 피심인이 속한 산업별로 상이할 것이라는 점에 착안하였다. 또한 사전적으로 명쾌히 제시할 수는 없으나, 이 산업분포 변수는 앞의 위반유형변수와 어떤 연계성을 가질 수도 있을 것이다.[105] 따라서 문자 그대로 실증적인 탐구를 위해 이 변수를 후술되는 실증방정식에 포함시키고자 한다.

피심인들의 속성을 파악한 후 한국표준산업분류(통계청 고시 제207-53호)를 기준으로 산업분포를 결정하였다. 상위분류기준은 21개 범주로 나뉘는데, 심결자료에서 포착된 산업은 18개였다. [표 IV-1]을 보면 출판·영상·방송통신·정보서비스업(J)에서 641건, 그 다음으로 제조업(C)에서 269건이 발생했다. 산업별 과징금액수에도 큰 차이가 존재한다. 과징금 부과건수가 가장 많았던 다섯 가지 산업에 대한 기초통계치를 나타낸 [표 IV-4]를 보면, 사건당 평균 과징금액수가 가장 큰 산업은 제조업(C)으로

---

104) 심결자료에는 피해액수를 언급한 부분이 없다. 사실 최소한 아직까지는 공정위가 구체적 피해액을 계산하지 않는 것으로 보인다. 다음으로 본 연구진이 당연히 활용하고자 했던 매출액변수도 심결자료의 초기 분석 단계에서 아쉽게 포기해야만 했다. 먼저 가령 사업자단체 금지행위와 같은 규제위반에 대해서는 매출액 개념이 적용되지 않으며, 적용되는 규제위반 사건들에 대해서도 결측치가 많았다. 따라서 아쉽게도 총결측치 숫자가 커져 향후 정형화된 실증방정식으로 상정하기에 매출액변수가 현실적으로 적절치 않다는 판단을 하였다.

105) 1,384개 심결자료를 통해 실제로 잠정적인 분석을 해본 결과 가령 과징금을 부과받은 피심인이 제조업에 속한 경우를 보면 62%가 부당공동행위([19조 ①])를 위반하였다.

서 사건당 평균 150억원으로서 전체평균의 3배에 해당된다.[106]

협회 및 단체, 수리 및 기타 개인서비스업(S)은 과징금부과 건수가 96건으로 다섯 번째로 많은 산업이었지만, 과징금부과 총액은 73억원으로 적은 편이었다. 이러한 현상이 사업자단체의 금지행위([26조 ①])에 대한 5억원의 과징금부과 상한액에 영향을 받았는지 여부를 확인해 본 결과, 두 사건에서 부과 상한액 규정으로 총 211억 3천만원이 감경되었다는 사실을 발견하였다.[107] 이는 해당 산업군 총 과징금액의 3배에 가까운 금액이다.

다. 피심인의 수(No_Def)

위반행위자의 숫자도 사건당 부과된 과징금액수와 밀접한 관련이 있을 것이다. 최적 과징금액수를 결정하는데 있어서 피해규모는 중요한 고려요소인데, 위반행위자의 수가 증가하면 피해도 그만큼 증가할 것이다. 왜냐하면 상존하는 제재위험 하에서 각 피심인들은 일정 수준의 기대편익이 담보되지 않으면 불법행위에 동참하지 않을 것이고, 그런데 그때의 기대편익들은 대체로 피해와 비례하게 될 것이기 때문이다. [표 Ⅳ-1]을 보면 전체 사건의 평균 피심인수는 2.3개(또는 인)였다. 피심인이 가장 많았던 사건(2005. 9. 28. 의결 제2005-141호; 원심 의결 제1998-171호)의 경우 35개인데, 전체 평균보다 무려 15배가 컸다.[108]

위반행위별로 보면, 부당공동행위에 가담한 총 피심인 수는 1,948개이고 사건당 평균 5.3개이다. 전체 평균 2.3개보다 2배 이상 높으며, 특히 부당공동행위를 제외한 위반행위의 평균 피심인 숫자(1.2개)보다는 무려 4배 이상 높았다.

---

106) 가장 작았던 산업은 농업, 임업 및 어업(A)으로 사건당 평균 약 1.6천만원이었다.

107) 두 사건은 대한의사협회(2014. 7. 7. 의결 제2014-146호)와 대한치과의사협회(2012. 6. 22. 의결 제2012-092호)의 사업자단체금지행위에 대한 건으로, 부과상한액 제한으로 인해 부과조정 단계에서 각각 97.5%와 77.8%가 감경되었다.

108) 쉽게 예측할 수 있듯이 '부당한 공동행위([19조 ①])'를 위반한 사건은 평균 피심인수가 5.1개로 전체 평균을 크게 웃돌았다. 더불어 산업분포별로도 작지 않은 차이가 있었다.

[표 IV-4] 과징금부과 관련 기초통계량: 산업분포별

변수 / 산업	*Surcharge*				*No_Def*			*Surcharge_Def*			*Surcharge_Base*		
	전체 (백만원)	평균[a] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)	평균[b] (인, 개)	최대 (인, 개))	최소 (인, 개)	평균[c] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)	평균[d] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)
Ind_C (269, 19.5)†	4,033,628.0	14,994.9 (55,588.6)‡	668,954.0	1.0	4.2 (4.9)	35.0	1.0		273,197.0	1.0	29,388.8 (110,014.1)	1,427,208.0	1.0
Ind_F (116, 8.3)	1,453,254.0	12,528.1 (40,912.0)	347,898.0	3.0	3.6 (4.1)	21.0	1.0	2,544.9 (5,628.1)	53,295.0	1.5	36,015.4 (151,128.5)	1,216,532.0	4.0
Ind_J (641, 46.3)	303,286.3	473.1 (4,523.4)	96,769.0	0.1	1.1 (0.7)	9.0	1.0	225.7 (2,251.1)	48,384.5	0.1	671.0 (6,458.3)	139,282.0	0.3
Ind_K (77, 5.6)	568,205.0	7,379.3 (41,673.0)	36,3039.0	1.0	2.8 (3.7)	19.0	1.0	939.9 (3,596.2)	30,253.0	1.0	10,180.8 (56,756.8)	493,264.1	2.5
Ind_S (96, 6.9)	7,299.6	76.0 (115.2)	624.0	0.9	1.2 (1.1)	10.0	1.0	73.5 (113.9)	624.0	0.9	355.3 (2030.1)	19,877.0	1.2

주: · 표본은 공정거래위원회 홈페이지(http://www.ftc.go.kr/laws/book/judgeSearch.jsp)를 조사하여 최종심결 및 의결번호를 기준으로 하였음.
· 표본기간은 2005년 1월 1일부터 2015년 12월 31일까지임.
· 모든 숫자는 소숫점 둘째자리에서 반올림 하였음. 단, 건수는 제외. † (a, b): a는 건수, b는 %. ‡ 표준편차
· *Ind_C*: 제조업; *Ind_F*: 건설업; *Ind_J*: 출판, 영상, 방송통신 및 정보서비스업; *Ind_K*: 금융 및 보험업; *Ind_S*: 협회 및 단체, 수리 및 기타 개인서비스업
a) 과징금 총액을 건수로 나눈 금액. b) 과징금을 부과받은 총 피심인을 건수로 나눈 값. c) 사건당 개별 피심인이 부과받은 과징금액을 건수로 나눈 금액. d) 기본과징금 총액을 건수로 나눈 금액.

라. 위반기간($Duration$)

대표적인 법경제학자인 Posner(1970)를 비롯하여 Cohen(1992) 및 Bolotova et al.(2008) 등은 초과가격(overcharge)의 결정요인으로서 위반기간을 사용한 바 있다. 즉 규제위반기간이 길수록 피해액이 증가할 것이므로 법적제재의 대상이 될 것이라 본 것이다. 현 법제상에서도 기본과징금 산정 시 위반기간을 고려하도록 명시되어 있으며(시행령 '별표2' 2.가.비고; 과징금 고시 II.6), 산정기준을 정하는 과정에서 위반기간이 고려되지 않은 경우에는 '1차 조정(구 의무조정과징금)' 산정과정에서 위반기간을 단기, 중기, 장기로 구분하여 반드시 반영하도록 하고 있다 (과징금 고시 IV.2).[109] 위반행위별 피해규모를 간접적으로 확인하기 위하여 사건당 위반기간이 15일 이상이면 1개월로 간주하고 위반행위 개시일로부터 종료일까지를 $Duration1$으로 정하였다. 입찰담합 및 위반행위 종기를 알 수 없는 경우도 간혹 있었으므로 본 연구에서는 추가적으로 위반행위 개시일로부터 공정위의 최종 심의일까지의 기간을 의미하는 $Duration2$도 구축하였다.[110]

[표 IV-1]을 보면 $Duration1$의 평균은 약 23개월이고 $Duration2$는 40개월이다. 산업분포별로도 두 개의 위반기간은 차이를 보였다. 가장 길었던 산업은 제조업(C)으로 $Duration1$과 $Duration2$는 각각 43개월과 69개월이었다. 반대로 위반기간이 가장 짧았던 산업은 전문과학·기술서비스업(M)으로서 각각 15개월과 20개월이었다. 또한 규제위반행위별로도 위반기간이 상이하였다. 전체 부당공동행위의 사건당 평균 위반기간($Duration1$)은 33개월이지만 부당공동행위 세부유형 중 입찰담합을 제외한 위반행위의 평균 위반기간은 44개월로서 다른 위반행위들보다 현저히 길었다. 그 다음으로 재판매가격 유지행위(39개월), 사업자단체 금지행위(32개월) 순이다.

본 연구진은 실증분석에서 가장 실험적이라고 불리울만한 한 가지 작업을 시도할 예정이다. 제II장 3절의 최적 과징금액수 '$s = (1/P_d)P_h h$'에서 설명하였듯이 '적발확률'이 낮을수록 더 많은 과징금을 부과해야 한다. 하지만 제II장 2절 과징금 산정절차

109) 위반기간이 1년 이내인 경우를 단기, 1년 초과 3년 미만인 경우를 중기, 3년 초과인 경우를 장기로 구분하여 위반기간별로 100분의 10에서 100분의 50에 해당하는 금액을 가산한다.

110) 이상의 기준은 김일중 외(2010) 및 김일중·전수민(2011)에서 사용한 것과 동일하다.

관련 법률에서는 적발확률에 대해서 전혀 명시하고 있지 않다. 더욱이 과징금의 산정에서 실질적으로 큰 역할을 하는 '고시'와 공정위로부터 직접 구한 '운영지침'도 살펴보았지만 이에 대해서는 언급이 없었다.

사실 그 중요성이 명백함에도 불구하고 법집행기관이 적발확률을 정확히 알아내기는 현실적으로 굉장히 어려울 것이다. 적발은 조사·신고 등 다양한 경로에 의해서 이루어지며, 또한 적발노력, 위반행위 빈도수, 은밀성 등이 복합적으로 적발확률에 큰 영향을 미친다. 따라서 가령 인력보충 등과 같은 '적발노력'의 정도를 적발확률에 대한 대리변수로 사용하기에는 무리가 있다.[111] 적발노력에 관한 이상적인 대리변수를 찾아내는 것 자체가 쉬운 작업이 아닐뿐더러, 설사 찾아내어도 위반행위별로 혹은 사건별로 적발자원의 배분율을 식별해내는 것은 매우 힘들어 보인다.

적발확률의 대리변수를 고안하기 위해 잠정적으로 규제위반 행위별 평균위반기간, 즉 '행위별 위반기간'이라는 변수를 고안할 것이다. 다른 조건이 일정할 때 적발난이도가 위반행위별로 상이할 것이라는 기본가정에 따른 것이다. 위반행위별로 은밀성 내지는 은닉성이 상이할 것이기 때문이다. 물론 위반행위별 평균위반기간이 길수록 적발확률은 낮다고 상정한다. 따라서 이는 매우 실험적 시도라는 점을 본 연구진은 인정하지만, 다른 사건이더라도 동일유형의 위반행위들에서 계산된 평균 위반기간이 해당 사건의 최종 부과된 과징금에 영향을 미친다면 적발확률 대리변수로서의 가능성은 충분히 갖는다고 판단된다.

마. 기본부과율[112]

제III장 3.가절에서 보았듯이 기본과징금은 '관련매출액 (또는 위반액 및 연간예산액)'에 중대성별로 기본부과율을 곱하여 산정된다. 제III장의 [표 III-7]에서도 보았듯이 한

111) 한 가지 근거로서 공정위 정례브리핑자료(2007. 2. 13.)와 그 성과를 참조할 수 있을 것이다.

112) 전술했듯이 연구의 편의상 과징금 고시의 '부과기준율'을 세 가지로 분류하여 정의하였다. 1) 과징금 고시에 위반행위유형별로 규정한 최소 및 최대 부과기준율을 '**법정부과율**', 2) 이를 기반으로 피심인의 **기본과징금** 산정에 적용되는 부과율을 '**기본부과율**'이라고 정의한다. 3) '기본부과율'로 기본과징금이 산정된 이후 가산·감경 단계를 거쳐 **실제과징금**이 결정되며, 이 때 관련매출액에 대한 실제과징금의 비중을 '**실제부과율**'이라고 정의하였다. 실제과징금은 피심인에게 최종적으로 부과된 과징금을 의미한다.

국의 공정거래법상 법정부과율은 위반행위별로 상이하며, 2004년 이후 세 차례의 상향 조정이 이루어졌다. [표 Ⅳ-5]는 크게 여섯 가지로 분류한 위반행위별 기본부과율의 시기별 변화를 살펴본 것이다. 특히 제Ⅲ장 3.가절에서 언급하였던 기본부과율과 실제부과율이 실제로 어떤 차이를 보이는지 통계분석을 통해 비교·검토하는 것이 분석의 주된 목적이다.

[표 Ⅳ-5]를 보면 거의 모든 위반행위에서 실제부과율은 기본부과율보다 낮은 수치를 보이고 있었다. 시기적으로 보아도 법정부과율이 상향조정됨에 따라 기본부과율과 실제부과율 모두 증가하는 추세를 보였다. 예외적으로 불공정거래행위의 금지([23조 ①], 7호 제외)의 경우 실제부과율(0.95%)이 기본부과율(0.85%)보다 더 높은 수치를 보이고 있었다. 그러나 법정부과율이 2배 상향조정되었던 2012년 이후의 수치를 보면 기본부과율은 2배 이상 증가하였지만 오히려 실제부과율은 감소했다는 사실을 확인할 수 있다.[113)]

제Ⅲ장 3.나절에서도 언급했듯이 해외법제에서도 관련매출액과 기본부과율의 곱이 피해액의 대리변수로 사용된다. 해외법제와 비교하기 위해 추가적으로 부당공동행위에 대해서 간략하게 살펴보자. 부당공동행위에 대한 국내 기본부과율의 평균은 6.5%였다. 현재 최대 10%까지 부과할 수 있는 수준에서 65% 정도를 부과한다고 볼 수 있다. 나아가 실제부과율은 기본부과율의 약 40% 수준에 불과한 2.5%로 실제부과율과 기본부과율의 차이가 6가지 위반행위 중에서 가장 크다. 제Ⅲ장에서 전술한대로 미국의 경우 법정부과율이 최대 20%까지이고, 평균 실제부과율이 18.1인 것과 비교해보면 한국의 기본 및 실제부과율 수준이 미국에 비해 높지 않다고 평가할 수 있다.

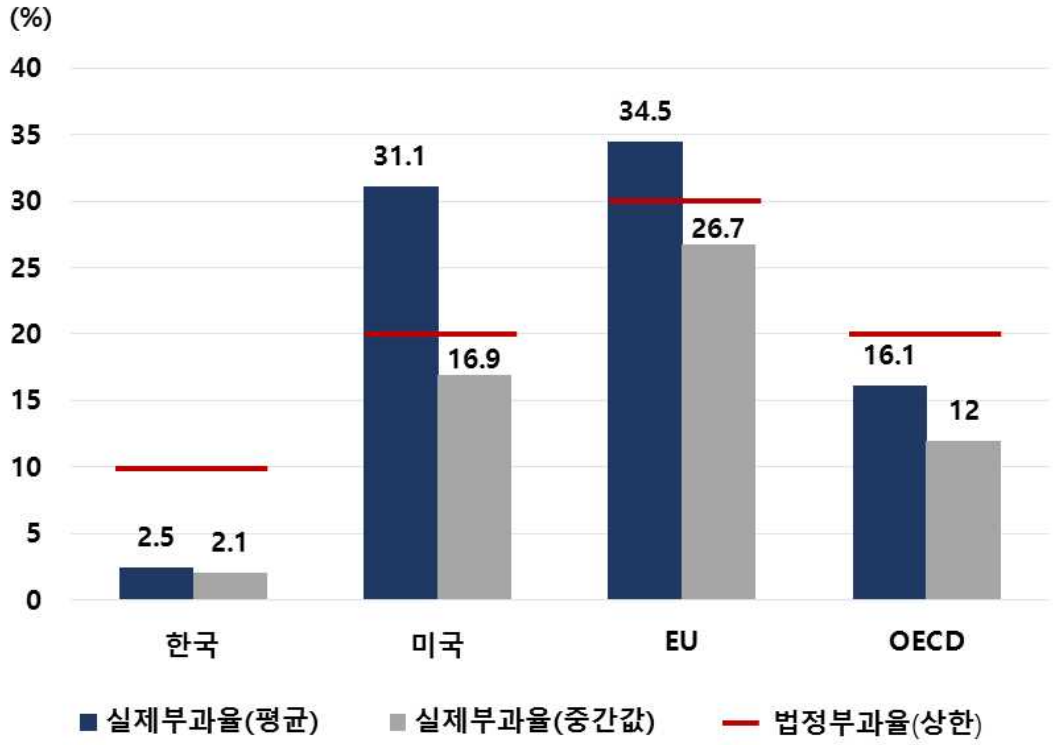
부당공동행위 세부유형별로 구분하여 해외법제와 비교해본다면 더욱 흥미로운 발견을 할 수 있을 것으로 기대한다. [그림 Ⅳ-2]는 주요 선진국들(미국, EU, OECD)과

113) 이러한 현상의 원인은 심결자료 데이터를 통해 확인할 수 있었다. 의무적 조정단계(1차 조정)에서 기본산정액보다 부당이득의 크기가 더 클 경우 부당이득의 크기를 1차 조정 과징금으로 채택할 수 있는데, 이러한 가산요인이 적용된 총 28건의 사건 중 26건이 불공정거래행위 위반에 해당하기 때문이었다. 그러나 2012. 8. 20 개정 고시에서 해당 조항이 삭제되면서 이후 기간의 실제부과율 수치가 낮아진 것으로 보인다.

불공정거래행위를 위반한 사건 중 법정부과율과 실제부과율의 차이가 가장 큰 사건(2006. 4. 11. 의결 제2006-73호)에서는 법정부과율이 0.8%인데 반하여 실제부과율은 36.7%로, 역시 의무적 조정단계에서 기본산정액이 부당이득액으로 대체되었다.

우리나라 담합의 실제부과율을 비교한 것이다. OECD를 제외한 미국과 EU에서는 실제부과율의 평균이 법정부과율을 초과한 반면, 한국의 실제부과율은 법정부과율의 1/4 수준에 불과하다.

[그림 IV-2] 부당공동행위에 대한 실제부과율과 법정부과율의 국가비교



출처: [표 III-4] 및 [표 III-8] 참조.
주: 단, OECD는 법정부과율(상한)이 아닌 OECD(2002) 보고서의 실증적 결과로부터 도출된 중앙값을 의미함.

[표 IV-5] 규제위반행위별 기본 및 실제기준율 기초통계량

위반행위 / 고시 개정시기	*Vio_Type_6* (%, n=337)		*Vio_Type_1* (%, n=13)		*Vio_Type_Concent* (%, n=25)		*Vio_Type_7* (%, n=340)		*Vio_Type_Support* (%, n=24)		*Vio_Type_10* (%, n=106)	
	기본[a)]	실제[b)]	기본[a)]	실제[b)]	기본[a)]	실제[b)]	기본[a)]	실제[b)]	기본[a)]	실제[b)]	기본[a)]	실제[b)]
전체 (n=857)†	6.51 (2.46)‡	2.54 (1.74)	1.79 (0.78)	1.59 (0.99)	7.28 (1.43)	4.40 (2.04)	0.85 (0.28)	0.95 (3.00)	49.40 (18.08)	39.13 (20.26)	40.09 (11.99)	21.10 (12.47)
2004. 1. 1.	3.64 (1.00)	1.93 (0.96)	1.79 (0.78)	1.59 (0.99)	7.18 (1.50)	4.17 (2.00)	0.84 (0.27)	0.96 (3.01)	49.31 (16.90)	38.30 (18.93)	39.78 (12.49)	20.71 (12.67)
2005. 4. 1.	6.95 (2.31)	2.63 (1.81)										
2012. 8. 20.	7.01 (2.63)	3.39 (2.00)	-	-	8.00 (0.00)	6.11 (1.67)	1.75 (0.35)	0.72 (0.04)	50.00 (30.00)	44.95 (32.80)	42.14 (8.02)	23.67 (11.11)

주: · 표본은 공정거래위원회 홈페이지(http://www.ftc.go.kr/laws/book/judgeSearch.jsp)를 조사하여 최종심결 및 의결번호를 기준으로 하였음.

· 표본기간은 2005년 1월 1일부터 2015년 12월 31일까지임.

· 모든 숫자는 소숫점 셋째자리에서 반올림 하였음. 단, 건수는 제외. †: 건수, ‡ 표준편차

· *Vio_Type_6*: 부당한 공동행위의 금지([19조 ①]); *Vio_Type_1*: 시장지배적 지위 남용행위([3조의2]); *Vio_Type_Concent*: 경제력집중억제행위(지주회사 등의 행위제한([8조의2 ②~⑤]), 상호출자의 금지([9조]), 계열회사에 대한 채무보증의 금지([10조의2 ①])); *Vio_Type_7*: 불공정거래행위의 금지([23조 ①], 7호 제외); *Vio_Type_Support*: 부당한 지원행위의 금지([23조 ①항 7호]); *Vio_Type_10*: 사업자단체의 금지행위([26조 ①]).

a) 각 사건의 평균 기본부과율을 건수로 나눈 값. b) 관련매출액 (또는 위반액, 연간예산액)에 대한 실제과징금액수의 비율을 건수로 나눈 값.

바. 현실적 부담능력

전술하였듯이 실제과징금 산정단계(에서 공정위는 위반사업자들의 '현실적 부담능력'을 고려할 수 있다. 구체적으로 현실적 부담능력이 현저히 부족한지 여부에 대한 판단기준으로 '가중평균 당기순이익의 적자' 또는 '자본잠식' 기준을 정하고, 이를 적용하면서 단순히 직전 사업연도만 당기순이익이 적자이거나 가중평균 당기순이익이 흑자인 사업자에 대해서도 2차 조정과징금의 50%를 초과하여 감액하였다 (2012.5.4. 의결 제2012-071호; 2013.4.29. 의결 제2013-083호).[114] [표 IV-6]에서 보듯이 우선 실제과징금 감경요인으로써 '현실적 부담능력(ATP)'이 적용된 사건은 총 828건(60.8%)으로 평균적으로 39억원의 과징금이 부과되었는데, 이에 반해 현실적 부담능력이 적용되지 않은 사건의 평균과징금은 62억원으로 1.6배나 높았다.

공정위는 이전 고시에서 위반 사업자의 현실적 부담 능력을 판단하는 기준이 엄격한 편은 아니라는 점을 인식하고 기준을 개정한 바 있다. 그러나 현행 고시 부칙에 따라 이전 고시가 계속 적용되어 감경 사례가 지속적으로 많이 발생하고 있다.

최근 개정고시(2016.12.19)에 따르면 50% 이내 감경 기준을 이전 고시 기준보다 명확히 규정하고, 50% 이내 감경 기준 중 30% 이내 감경 기준을 신설했다. 가령 50% 초과 감경 기준의 경우, 기존과 같이 엄격한 수준으로 유지하면서도 대법원 판례 내용을 감안하여 보완했다. 50% 이내 감경 기준은 현행 자본잠식 상태 또는 가까운 장래에 자본잠식이 예견되는 경우에서 자본잠식 상태인 경우로만 한정했다. 30% 이내 감경 기준은 부채 비율이 300% 이상이거나 부채 비율이 20% 초과하면서 동종업종 평균의 1.5배 이상이거나 직전년도 당기순이익 적자, 2차 조정 과징금이 잉여금 대비 상당한 규모일 경우로 했다.

사. 추가적 결정요인: 중복위반, 고의성, 고발, 및 기업규모

추가적으로 과징금액수에 영향을 미치는 각 산정단계별 가산·감경요인, 고발여부, 및 기업규모에 대해 살펴보자. 우선 1차 조정단계에서 피심인이 '과거위반횟수 및 위반

114) 의결 제2012-071호 사건은 A 피심인의 가중평균 당기순이익이 79억 원인데도 직전 사업연도 당기순이익이 적자라는 사유 등으로 80%(수요공급 및 시장여건 30%, 직전 사업연도 당기순이익 등 기타 사유 50%) 감액률을 적용하였다.

행위로 인한 벌점'으로 인해 가산받은 경우 '중복위반($Repeat$)'이라고 정의하였다. [표 Ⅳ-6]에서 보듯이, 중복위반에 해당하면 평균적으로 부과되는 과징금은 사건당 약 383억원으로 전체평균(48억원)을 크게 웃돌았으며, '중복위반'이 적용되지 않은 경우(33억원)와 비교하여 10배 이상 높았다. 평균 피심인수 역시 '중복위반'의 경우 7.2개로 전체평균(2.3개)의 3배에 해당한다. 또한 2차 조정단계에서 피심인이 '위반행위 주도, 조사방해, 임원가담'에 의해 가산되는 경우 위반행위에 '고의성($Intention$)'이 있다고 판단하였다. 전체 사건의 12% (165건)가 '고의성'에 의해 가산받았는데, 이 경우 사건당 평균적으로 부과되는 과징금액수는 166억원으로, 이는 '고의성'이 적용되지 않은 경우(33억원)보다 약 5배 높은 수준이었다.

고발지침에 관한 '공정위 예규'에 따르면 해당 사건의 법위반점수가 각 위반행위별로 설정된 기준점수 이상일 경우, 위반행위의 정도가 중대하거나 고의적인 경우 등을 종합적으로 고려하여 공정위는 피심인을 검찰에 '고발'할 수 있다. [표 Ⅳ-6]에서 보듯이, 전체 과징금부과 사건 중 약 7.9%(110건)의 사건은 공정위에 의해 검찰로 '고발($Accusation$)'되었다. 이 경우 사건당 평균 과징금은 약 264억원으로 '고발'되지 않은 경우(29억원)의 9배, 전체평균의 5배 이상의 금액을 부과 받았다. 특히 주목할 만한 점은, 검찰에 '고발'된 사건의 경우 평균위반기간이 41.7개월로 '고발'되지 않은 경우(21.7개월)와 전체평균(23개월)과 비교해 두 배 가까이 길었다는 것이다.

추가분석의 마지막으로 기업규모별 기초통계량을 살펴보고자 한다. 이를 위해 피심인을 분류하는데 두 가지 방법을 사용했다. 먼저 $Conglomerate$는 공정위가 지정한 상호출자제한 65개 기업집단 중 상위 15개 기업집단에 속한 피심인 더미변수이다. 이 경우 사건당 평균 과징금액은 485억원으로 상위 15개 기업집단에 속하지 않은 경우(34억원)보다 14배 이상 높은 과징금을 부과받았음을 확인할 수 있었다. 평균 위반기간(55.2개월) 역시 두 배 이상 길었다. 추가적으로 피심인을 상장기업여부($Listed_Co$)로 분류한 더미변수를 분석해본 결과, 피심인 기업이 상장기업에 해당할 경우 사건당 평균 과징금액수(174억)가 그렇지 않은 경우(13억)에 비하여 13배 이상 높으며, 위반기간 역시 2배 가까이 길다는 결과를 보였는데 이는 앞선 $Conglomerate$에서 보았던 결과와 매우 유사하다.

[표 Ⅳ-6] 현실적 부담능력 및 추가분석(중복위반, 고의성, 고발, 기업규모 등) 기초통계량

변수 / 추가분석	*Surcharge*				*No_Def*			*Surcharge_Def*			*Surcharge_Base*			*Duration1*			*Conglomerate*	
	전체 (백만원)	평균[a] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)	평균[b] (인, 개)	최대 (인, 개)	최소 (인, 개)	평균[c] (백만원)	최대 (백만원)	최소 (백만원)	평균[d] (백만원)	최대 (개)	최소 (개)	평균[e] (개월)	최대 (개월)	최소 (개월)	15대[f] (개)	65대[g] (개)
$ATP=1$ (829, 60.8)†	3,149,368.6	3,899.0 (22,798.5)‡	363.039.0	0.1	2.0 (3.2)‡	32.0	1.0	718.4 (3,298.4)‡	53,295.0	0.1	9,230.6 (64,353.5)‡	1,216,532.0	0.3	18.5 (22.2)‡	216.0	1.0	13	48
$ATP=0$ (555, 39.2)†	3,460,264.3	6,234.7 (37,611.5)‡	668,954.0	0.4	2.6 (3.3)‡	35.0	1.0	2,007.5 (13,176.4)‡	273,197.0	0.4	11,250.9 (73,630.5)‡	1,427,208.0	0.6	30.6 (34.8)‡	360.0	1.0	29	73
$Repeat=1$ (38, 2.7)	1,457,171.0	38,346.6 (91,344.2)‡	434,536.0	354.0	7.2 (5.9)‡	21.0	1.0	5,142.3 (11,906.3)‡	72,422.7	172.0	105,842.1 (279,497.4)‡	1,216,532.0	461.5	37.0 (48.1)‡	211.0	1.0	2	19
$Repeat=0$ (1,346, 97.3)	5,152,461.9	3,288.0 (25,334.8)‡	668,954.0	0.1	2.1 (3.1)‡	35.0	1.0	1,125.0 (8,618.4)‡	273,197.0	0.4	7,336.1 (48,661.6)‡	1,427,208.0	0.3	23.0 (27.8)‡	360.0	1.0	40	102
$Intention=1$ (165, 11.9)	2,248,707.1	16,628.5 (33,031.5)‡	273,197.0	3.0	4.3 (4.6)‡	32.0	1.0	4,618.6 (21,785.8)‡	273,197.0	1.8	27,213.8 (56,490.7)‡	360,606.8	2.5	28.5 (32.9)‡	177.0	2.0	3	39
$Intention=0$ (1,219, 88.1)	4,360,925.8	3,577.5 (28,972.9)‡	668,954.0	0.1	2.0 (2.9)‡	35.0	1.0	777.4 (4,599.0)‡	95,564.9	0.1	7,716.2 (69,334.7)‡	1,427,208.0	0.3	22.6 (27.8)‡	360.0	1.0	33	88
$Accusation=1$ (110, 7.9)	2,904,187.5	26,401.7 (78,692.3)‡	668,954.0	0.5	4.7 (5.0)‡	32.0	1.0	5,771.3 (13,465.5)‡	95,564.9	0.5	53,254.3 (162,509.2)‡	1,427,208.0	1.2	41.7 (44.0)‡	211.0	1.0	8	32
$Accusation=0$ (1274, 92.1)	3,705,445.4	2,908.5 (19,522.5)‡	363,039.0	0.1	2.0 (3.0)‡	35.0	1.0	843.7 (8,100.0)‡	273,197.0	0.1	6,309.6 (51,161.9)‡	1,216,532.0	0.3	21.7 (26.1)‡	360.0	1.0	34	89
$Conglomerate=1$ (42, 3.0)	2,036,928.6	48,498.3 (122,502.3)‡	668,954.0	4.0	4.9 (5.9)‡	35.0	1.0	8,721.6 (18,589.2)‡	95,564.9	3.7	109,103.5 (289,908.7)‡	1,427,208.0	9.0	55.2 (46.1)‡	167.0	1.0	-	-
$Conglomerate=0$ (1.342. 97.0)	4,572,704.3	3,407.4 (19,653.3)‡	363.039.0	0.1	2.2 (3.1)‡	32.0	1.0	1,001.0 (8,153.5)‡	273,197.0	0.1	6,940.4 (43,717,1)‡	1,216,532.0	0.3	22.3 (27.1)‡	360.0	1.0	-	-
$Listed_Co=1$ (299,)	5,193,967.3	17,371.1 (55,614.1)‡	668,954.0	1.0	4.6 (5.1)‡	35.0	1.0	3,609.2 (9,045.3)‡	95,564.9	1.0	39,337.1 (138,621.2)‡	1,427,208.0	1.0	37.0 (39.6)‡	216.0	1.0	-	-
$Listed_Co=0$ (1,085,)	1,415,665.6	1,304.8 (14,687.6)‡	363,039.0	0.1	1.6 (2.2)‡	22.0	1.0	581.2 (8,548.4)‡	273,197.0	0.1	1,967.3 (18,728.7)‡	493,264.1	0.3	19.8 (23.6)‡	360.0	1.0	-	-

주: · 표본은 공정거래위원회 홈페이지(http://www.ftc.go.kr/laws/book/judgeSearch.jsp)를 조사하여 최종심결 및 의결번호를 기준으로 하였다.
· 표본기간은 2005년 1월 1일부터 2015년 12월 31일까지이다.
· 모든 숫자는 소숫점 둘째자리에서 반올림 하였다. 단, 건수는 제외. † (a, b): a는 건수, b는 %. ‡ 표준편차
· ATP: 현실적부담능력 적용여부, $Repeat$: 중복위반으로 가산받음, $Intention$: 고의성(위반행위 주도, 공정위 조사방해, 임원가담여부 등)으로 가산받음; $Accusation$: 고발여부; $Conglomerate$: 공정위가 지정한 상호출자제한 65개 기업집단 중 상위 15개 기업집단여부; $Listed_Co$: 상장기업여부.

a) 실제과징금 총액을 건수로 나눈 금액. b) 과징금을 부과받은 총 피심인을 건수로 나눈 값. c) 사건당 개별 피심인의 실제과징금액을 건수로 나눈 금액. d) 기본과징금 총액을 건수로 나눈 금액. f) 공정위가 지정한 상호출자제한 65개 기업집단 중 상위 15개 기업집단에 속한 피심인 숫자. g) 공정위가 지정한 상호출자제한 65개 기업집단에 속한 피심인 숫자.

3. 감경률 인덱스를 통한 공정위 재량권 행사정도

최근 감사원(2016)은 공정위를 대상으로 공정거래업무 관리 실태에 대한 감사를 수행하였다. 감사원이 2012년 1월부터 2015년 7월까지 공정위가 과징금을 부과한 147개 사건 695개 사업자를 전수조사한 결과, 총 기본과징금은 5조 2,417억원이었다. 이렇게 산정된 기본과징금은 3차례의 조정 과정을 거쳐 전체의 55.7%인 2조 9,195억원을 감면하고 2조 3,222억원만 실제 부과했다. 기본과징금을 산정한 이후 조정과정을 통해 과징금을 절반 이상 깎아준 것이다.

그런데 이러한 현상을 놓고 최근 감사원 보고서뿐만 아니라 국정감사 및 언론보도를 보면 공정위의 과징금 산정에 있어서의 재량권 문제가 끊임없이 거론되고 있다. 그렇다면 '과연 공정위는 과징금제도를 운영하면서 얼마만큼의 재량권을 발휘하고 있는가?'라는 질문을 제기할 수 있다. 현행 법제상 재량권 행사의 가능성이 충분히 존재한다는 사실을 제II장에서 확인하였다고 해서 실제로 재량이 행사되어 왔다고 단정할 수는 없다. 문제는 재량권의 행사 및 정도를 어떻게 검증하는가에 있다. 가장 이상적인 방식 중의 하나는 위반유형, 사업자특성, 시장조건 등 제반 조건이 정확히 동일한 사건들의 그룹을 형성한 후, 각 그룹 내의 사건들에 대하여 공정위의 심결결과가 어떤 차이점을 보이는지 분석하는 것이다. 하지만 그런 자료의 수집은 불가능하다고 보아야 할 것이다.

따라서 본 연구에서는 김일중(2010a)에서 사용한 간략한 검증방법으로 재량권 행사 정도를 확인해보고자 한다. 저자는 2006년 1월부터 2008년 8월까지 449개 자료를 대상으로 분석하였다. 본 연구에서는 김일중(2010a)에서의 분석대상 추출 방식을 따르되, 후술되듯이 추가적인 기준을 사용하였다. 최종적으로 총 1,384건의 과징금 부과 사건의 심결자료를 대상으로 2004년 이후 고시를 적용받아 각 산정단계가 기입된 사건만을 추출하였다. 그런데 2012년 이전 고시에 따르면 위반행위로 인한 부당이득이 1차 조정(의무적 조정과징금)단계에서 가산된 과징금액수를 초과하는 경우에는 부당이득을 의무적 조정과징금으로 결정한다. 이처럼 1차 조정과징금이 부당이득 금액으로 대체된 경우 감경률 분석에서 제외하였다. 왜냐하면 공정위가 가산 및 감경요인을 각 산정단계에서 어떻게 사용하는지 파악하는 것이 본 감경률 분석의 주된 목

적이기 때문이다. 최종적으로 1,292개의 감경률 표본이 추출되었고, [표 II-1]의 11가지 위반유형 중 과징금이 실제로 부과되었던 행위유형은 9가지였지만 본 분석대상은 최종적으로 6가지 위반행위 유형이다.[115]

[표 IV-7] 산정단계별 과징금 감경인덱스 기초통계량

(n=1,292)

감경률 인덱스	평균(표준편차)	최대	최소
1차 조정 (의무적 조정과징금)	103.2 (10.0)	160.0	100.0
2차 조정 (임의적 조정과징금)	88.9 (16.0)	154.4	49.4
3차 조정 (실제과징금)	56.1 (23.5)	139.9	0.9

주: 소숫점 둘째자리에서 반올림하였음.

각각의 사건에 대하여, 산정의 출발점인 사건별 기본과징금 액수를 100이라는 기준수치로 삼았다. 그리고 1차 조정(의무적 조정), 2차 조정(임의적 조정), 3차 조정(실제)을 기준수치에 비례한 '감경률 인덱스'들로 전환하였다. 그리고 본 연구의 감경률 인덱스와 비교 목적으로 김일중(2010a)에서 구한 인덱스와 최근 감사원(2016)에서 구한 각 산정단계별 과징금액수를 감경률 인덱스화하여 [그림 IV-3]에 함께 포함하였다. 주지하듯, 1차 조정단계에서는 위반행위 기간 및 횟수 등 가산요인만 작용한다. 그리고 2차 조정단계에서는 가산 및 감경요인이 함께 고려되며, 마지막으로 3차 조정에서는 감경요인만 고려된다. 세 가지 인덱스들의 단순평균값은 [표 IV-7]에서 보듯이 각각 103.2, 88.9, 56.1로 나타났다.[116] 즉 단계별 조정수준량은 각각 +3.2, -11.1, -45.9였다. 100으로부터 시작한 기본과징금이 다소 증가하였다가 2차 조정단계에서 11% 정도 하락하고, 피심인들에게 부과된 최종 과징금은 평균 약 절반으로

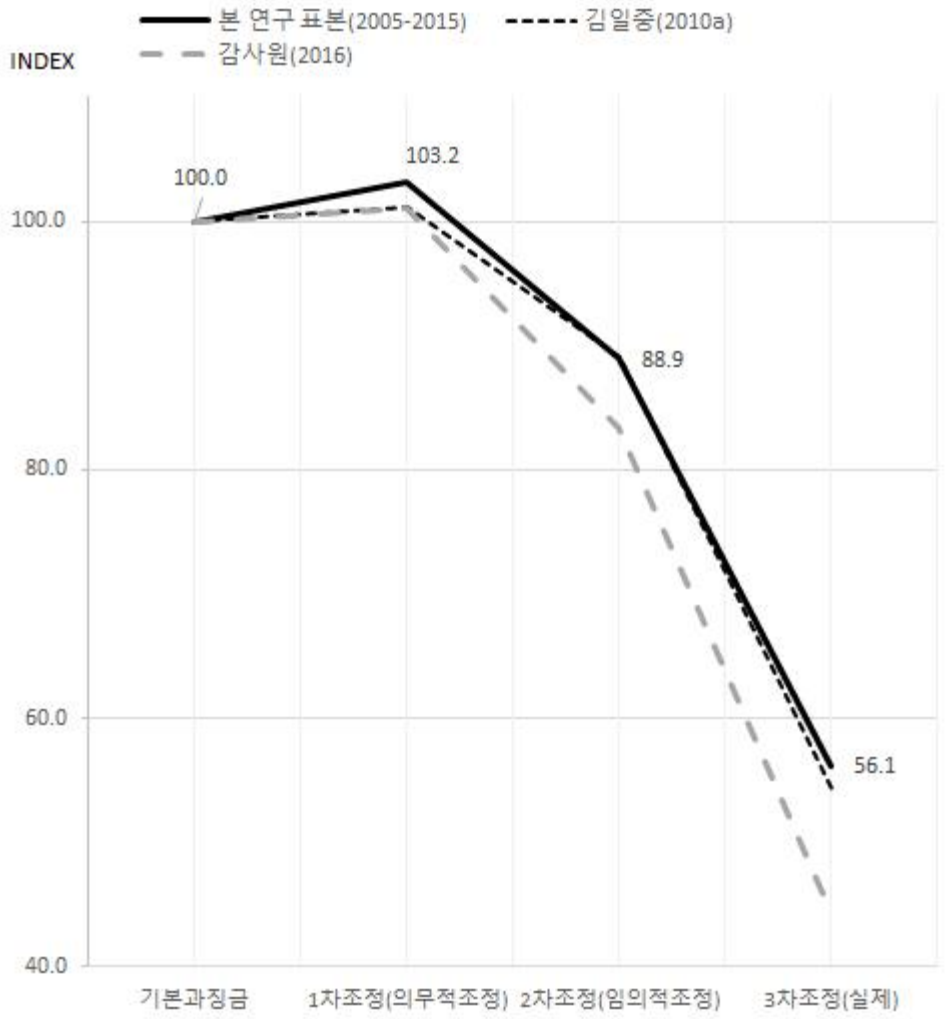
115) 시장지배적 지위 남용행위(Vio_Type_1), 지주회사 제한행위(Vio_Type_2), 부당한 공동행위(Vio_Type_6), 불공정거래행위(Vio_Type_7), 사업자단체금지행위(Vio_Type_10), 재판매가격유지행위의 제한(Vio_Type_11)이다. 상호출자의 금지([9조])와 계열회사에 대한 채무보증의 금지([10조의 2 ①])는 각각 1건으로 감경률 인덱스 분석대상에서 제외하였다.

116) 심결자료에서는 현행 과징금 고시를 적용한 사례는 2015년 심결자료 중 일부에 국한되었으며, 대부분은 그 이전 고시를 적용받았기 때문에 김일중(2010a)의 분석대상과 큰 차이가 없을 것이다.

줄어들었다는 의미이다.

이상의 결과는 2006년부터 약 2년 반 동안의 자료를 분석대상으로 한 김일중(2010a)과 2012년부터 2015년 7월말까지의 자료를 분석한 감사원(2016)의 결과와 매우 유사한 감경률 인덱스 분포를 보인다 ([그림 Ⅳ-3]). 가장 최근 데이터를 이용한 감사원에서 마지막 단계인 3단계에서 가장 많은 감경률을 보였다. 그리고 김일중(2010a)와 본 연구샘플 기간의 감경인덱스 분포는 거의 흡사하다. 그렇다면 당시 지적되었던 여러 중요한 논리들의 대부분이 그대로 적용될 수 있다고 판단된다.

[그림 Ⅳ-3] 산정단계별 과징금 감경인덱스 분포



주: 김일중(2010a)는 2006년 1월부터 2008년 8월까지 449개 자료를 대상으로 분석한 감경률 인덱스이고, 감사원(2016)은 2012년 1월부터 2015년 7월까지 공정위가 과징금을 부과한 147개 사건의 695개 피심인을 대상으로 각 산정단계별 과징금액수를 본 연구의 감경률 인덱스로 표준화시킨 결과임.

전술하였듯이 부당공동행위의 사건당 평균 기본과징금은 350억원으로 다른 위반행위보다 무려 37배나 높았고, 실제과징금의 평균은 158억원으로 20배 높다. 그러나 기본과징금에 대한 실제과징금의 비율을 살펴보면, 부당공동행위는 48%, 다른 위반행위는 59%로 부당공동행위의 감경 정도가 더 높았다. 즉, 부당공동행위로 부과받은 실제과징금은 기본과징금에서 평균 52%나 감경되어 거의 '반토막'이 되었음을 의미한다. (감경액수의 절대적 수준에서는 더욱 큰 차이가 날 것이다.)

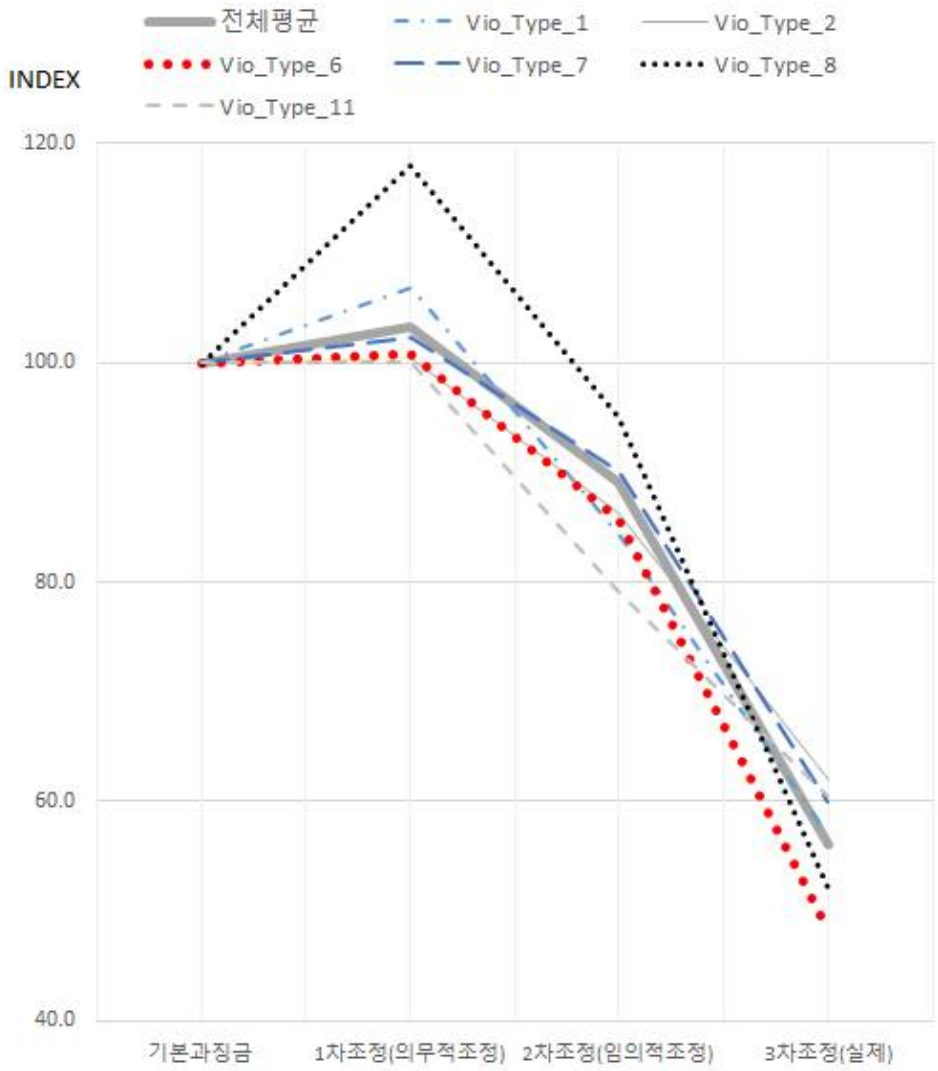
공정위의 실제 재량권 행사 여부를 알아보기 위하여 [그림 IV-4]에 행위유형별 인덱스들을 그려본 결과 흥미로운 두 가지 발견을 할 수 있었다. 첫째, '위반행위 간' 인덱스의 분포가 흡사하다. 기본과징금 산정단계에서 산정기준의 특성상 위반기간이 고려되지 않는 Vio_Type_10을 제외하면 다른 행위유형들의 감경패턴은 매우 유사할 뿐만 아니라, 전술한 인덱스 전체 평균들과도 거의 일치한다.[117] 즉 어떤 위반행위를 행해도 단계별 감경률 분포는 동일하다는 관찰을 할 수 있다. 김일중(2010a)은 "*어떤 위반행위에 대해서도 처음 산정한 과징금 액수가 궁극적으로는 '평균' 절반으로 줄어든다.*"고 밝혔는데, 최근까지 거의 전수조사라고 사료되는 본 연구의 표본을 통해서도 (사업자단체 금지행위를 제외하고) 여전히 이런 결과를 확인할 수 있었다. [표 II-1]의 위반행위들은 저마다 고유 속성이 존재할 것임이 분명할 뿐만 아니라 현행 법제에는 그러한 차별성을 포착하도록 여러 규정들이 마련되었다 (예: 실제과징금 산정단계에서는 '당해 위반행위가 시장에 미치는 효과' 등). 따라서 단계별 감경패턴에서도 차이가 있을 것으로 추론하였지만, 김일중 외(2010a)에 이어 본 연구에서도 '위반행위 간' 차별성이 거의 반영되지 않았다. 이를 공정위 재량권 행사의 존재의 한 근거로 매우 조심스럽게 제시한다. 왜냐하면 위반행위별 차이가 재량으로 인해 과징금 산정에 제대로 반영되지 않고 있다는 점을 의미할 수 있기 때문이다.

둘째, 위 첫 번째 관찰보다 더욱 중요하다고 판단될 수 있는 발견으로 [표 IV-7]에서 보듯이 '산정단계별 감경률' 인덱스들의 표준편차가 산정단계가 진행될수록 증가함을 확인할 수 있다. 1차 조정단계 인덱스 표준편차는 10.0인 반면, 그 다음 두

117) Vio_Type_10은 기본과징금 산정단계에서 산정기준으로서 관련매출액 대신 연간예산액을 사용한다. 그러므로 위반기간이 기본과징금 산정단계에서 고려되지 않아 1차 조정단계에서 위반기간에 따른 가산을 받는 경우가 대부분이다. 따라서 Vio_Type_10의 1차 조정 인덱스의 수치(118.0)는 다른 위반행위에 비해 상대적으로 높게 나타났다.

조정단계 인덱스들의 표준편차는 각각 16.0과 23.5였다. 김일중 외(2010a)의 결과와 비하면 모든 단계에서의 인덱스 표준편차가 본 연구에서 더욱 커졌다. 특히 1단계 인덱스에서는 2배 정도로 컸다. 인덱스의 절대크기 자체는 급격히 줄어드는 데 비하여 표준편차는 급증하고 있음을 확인할 수 있다. 다시 말해, "*전체적으로 과징금의 절대액수가 급격히 줄어드는 마지막 단계로 갈수록, '사건별로는' 공정위가 훨씬 높은 수준의 감경재량을 행사하고 있다*"고 요약할 수 있다.

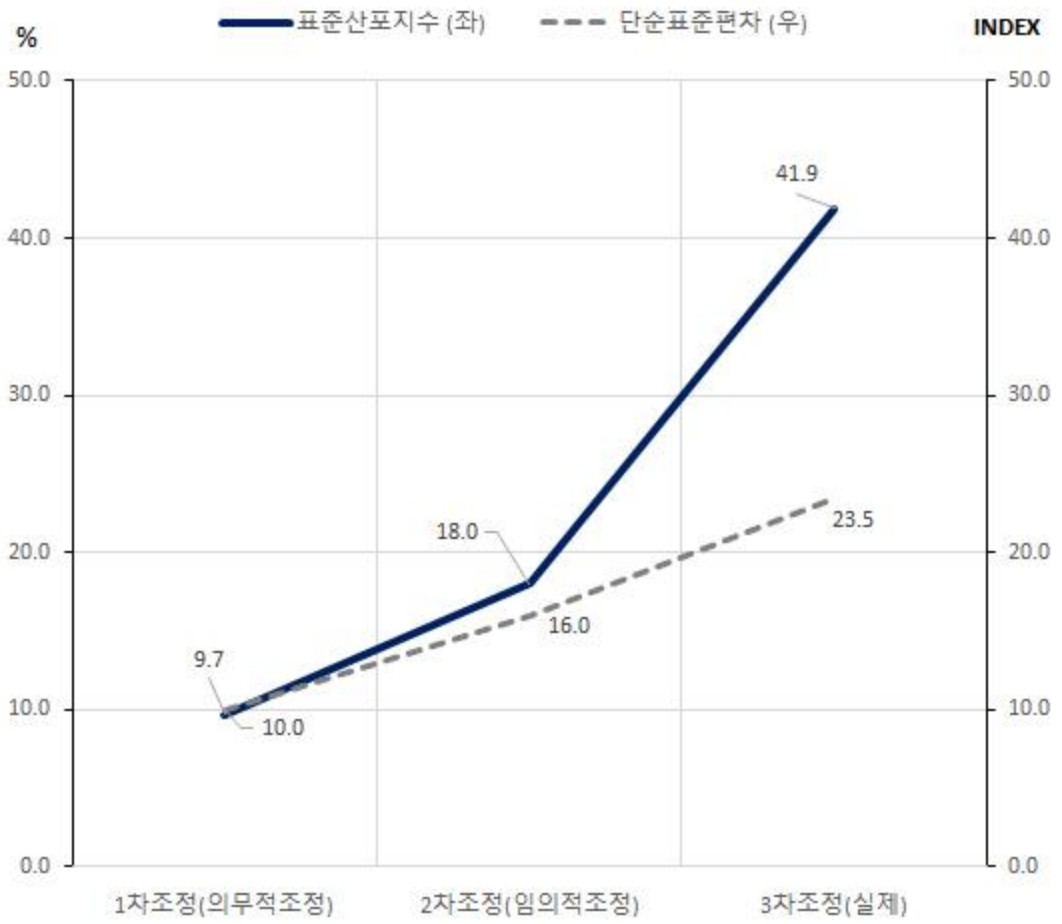
[그림 Ⅳ-4] 규제위반행위 유형별 과징금 감경인덱스 분포



주: *Vio_Type*_1: 시장지배적 남용행위, *Vio_Type*_2: 지주회사 제한행위의 제한, *Vio_Type*_6: 부당한 공동행위, *Vio_Type*_7: 불공정거래행위, *Vio_Type*_10: 사업자단체금지행위, *Vio_Type*_11: 재판매가격유지행위의 제한임. 상호출자의 금지([9조])와 계열회사에 대한 채무보증의 금지([10조의2 ①])는 각각 1건으로 표본수가 작아 규제위반행위 유형별 감경률 인덱스 분포의 분석대상에서 제외하였음.

두 번째 관찰과 관련하여 각 단계별 감경률 인덱스로써 구한 '표준산포지수'는 각 단계별로 9.7%, 18.0%, 41.9%로서 사건별 편차가 더욱 확대되었다. 단순표준편차는 집단간 평균의 상대적인 차이가 고려되지 않았다. 따라서 평균의 상대적 차이를 고려한 변동계수(coefficient of variation)를 이용하여 '표준산포지수'를 구하였다 ([그림 IV-5]). 표준산포지수는 단순표준편차를 평균으로 나눈 값의 비율로 정의된다. 사건별 감경률 인덱스의 분포를 살펴본 결과, 단순표준편차에 비해 표준산포지수로 구한 인덱스의 편차가 더욱 커졌다. 이상 두 가지 관찰은 과징금 산정에서 '미세조정(fine tuning)'을 한다기 보다는 공정위의 '재량권 행사'가 존재한다는 사실의 근거로 해석될 수 있다.

[그림 IV-5] 감경률 인덱스의 분포: 표준산포지수



주: 표준산포지수는 각 단계별 감경률 인덱스의 단순표준편차를 평균으로 나눈 값의 비율(%)임.

제II장의 현행 법제 및 관련 학자들의 주장에서 확인한대로 마지막 두 단계의 산정은 피심인들 행위의 객관적 요소들보다는 소위 '주관적 요소'에 대한 고려단계라고 볼 수 있다. 즉, 2차 조정단계는 행위자 요소들(예: 위반사업자의 고실 및 과실, 이전 과징금 고시의 재정적 상황 등)에 의해 판단되고, 실제과징금의 결정단계 또한 위반사업자의 현실적 부담능력 및 시장 및 경제여건 등을 고려하여 결정된다. 특히, 마지막 단계의 산정은 매우 추상적이고 주관적이다.[118] 감사원(2016) 보고서에서도 동일한 지적을 한 바 있다.[119] 이러한 실증적 발견을 공정위 재량권 행사 존재의 또 다른 한 근거로 제시해본다.

한편, 실제과징금 산정단계에서 다양한 감경요인 중 '현실적 부담능력'의 사유로서 감경해준 사건이 현재 산정단계와 동일형태인 2004년 고시 이후의 1,311건으로써 구성된 표본의 61%나 차지하였다. 특히 최종조정단계에서 감경해준 사건(1,155건)의 사유들로 표본을 국한시키면 무려 72%의 가장 높은 비중을 기록하였다. 그 다음으로 시장에 미치는 파급효과, 시장 및 경제여건이 각각 35%와 20%이다.[120] 의결서의 최종조정단계에는 감경요인들을 종합적으로 고려하여 최종 감경률을 명시한 경우가 대부분으로 각 감경요인들의 독자적 감경률을 쉽게 파악할 수 없었다. 시간·자료제약상 '현실적 부담능력'에만 기인한 감경률이 확인가능했던 100건의 의결서들을 우선적으

118) 가령, "*현실적 부담능력에 따른 조정은 심의기일 직전 사업연도 사업보고서 상 자본잠식 상태에 있거나 가까운 장래에 자본잠식이 예견되는 등 사업의 계속에 상당한 지장을 초래하지 아니하고는 과징금을 납부할 수 없는 경우에 한해 자차 조정된 산정기준의 100분의 50이내에서 인정되며,....*" 고 규정하고 있다 (고시 IV.4.가.(2)). 현행과 변경된 이전고시에서는 "*임의적 조정과징금의 금액이 위반사업자의 현실적 부담능력, 그 위반행위가 시장에 미치는 효과, 위반사업자가 처한 사업여건의 변동 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우에는 … 100분의 50 이내에서 감액하여 부과과징금으로 정할 수 있다*"고 규정하였다 (2010.10.20. 개정 고시, 제2010-9호).

119) 감사원은 2016년 6월 9일 공정위에 대한 '공정거래업무 관리실태' 감사보고서("*과징금 산정·감액 관련 제도 및 운영 부적정*")를 발표하였다. 감사원보고서는 다음과 같은 지적을 하였다. "*과징금 산정·감액 제도의 운영에 있어서도 최초 과징금 산정은 높게 한 후 이후 조정과정에서 ... 산정된 과징금의 평균 55.7%를 감액하여 최종 과징금을 산정·부과하는 등 불합리하게... 위 감액기준 적용에 있어서도 사업자별로 다르게 하거나 불합리하게 하는 등의 문제가 확인되고 있다*" (p. 3)

120) 공정위 심결례에서 1 피심인 이상 '현실적 부담능력'을 고려하여 감경해준 사건을 의미한다. 추가적으로 피심인의 재정상황 악화, 과징금 납부 능력 부족 등으로 표현된 감경요인도 현실적 부담능력으로 처리하였다. 이외에도 '기업의 영세성'이라는 표현으로 실제과징금 단계에서 감경하는 사례도 있었는데, 이것은 현실적 부담능력 사유와 매우 유사하다고 판단된다.

로 조사한 결과, 평균 감경률은 20% 정도였고 많게는 70%에 이르렀다.

감경패턴은 위반행위별로 아마도 차별적이어야 할 것이고, 과징금액수가 작아지는 마지막 단계로 갈수록 감경인덱스의 표준편차는 작아지는 것이 아마 일반인들의 기대일 것이다. 이상은 매우 간략한 기법 및 수치들에 근거한 실증분석이었음에도 불구하고 상식적이고 일반적인 기대와는 정반대의 결과를 재차 확인할 수 있었다. 따라서 음미해 볼 만한 가치가 충분히 있는 발견이라 사료되며, 향후 더욱 정교한 분석방법론으로써 공정위 재량권 정도와 행사에 내재된 원인을 연구해볼만 하다고 생각된다.

4. 실제과징금의 주요 결정요인에 관한 실증분석

가. 실증방정식

본 절에서는 제IV장 1절의 심결자료를 사용하여 실제과징금액수의 결정요인을 정식으로 추정해본다. 그 과정을 통하여 제II장과 제III장에서 논의한 법제적 요인 및 경제적 논리가 산정과정에서 얼마나 반영되고 있는지 검증한다. 또한 이제까지 학자 및 전문가들이 생각하지 못했던 다른 결정요인이 있는지의 여부도 파악하고자 한다. 즉, 문자 그대로의 '실증적 검증'을 하고자 한다. 나아가 공정위가 과징금제도에 관한 고시 및 운영지침을 충실히 따르며 과징금을 산정하고 있는지 여부도 일부 확인할 수 있을 것으로 기대한다. 이러한 과정은 제III장의 현실적 부담능력 및 기본부과율 등의 논의와 연계해서 좀더 현실적 함의를 줄 것으로 사료된다.

공정거래법상의 과징금부과와 전반적으로 관련된 실증적 연구는 매우 희소하다. 다만 김일중 외(2010)는 2006년 1월부터 2008년 8월까지 공정거래법상 과징금부과조항이 있는 규제위반행위 490건의 공정위 심결자료로써 과징금 결정요인을 추정한 바 있다. 한편 특정 규제위반행위를 대상으로 과징금제도와 관련된 연구도 일부 존재하였다. 예를 들어 김나영·김영산(2015)은 공정거래법상 부당공동행위 사건의 과징금 감경률 결정요인에 대한 연구를 하였다. 구체적으로 2005년부터 2009년 사이의 부당공동행위 사건들을 대상으로 과징금 산정이 공정위가 공개한 기준에 얼마나 잘 부합하는지, 그 기준 이외의 특정 요인들에 의해서 영향을 받는지를 실증분석하였다. 부당공동행위에 참가한 개별기업을 분석단위로 삼았으며, 개별기업에 대한 과징금 감경

수준에 영향을 미치는 요인을 확인하기 위해 과징금 감경률을 종속변수로 하여 OLS를 이용한 실증분석을 하였다.[121]

본 연구에서는 김일중 외(2010)를 비롯하여 기존연구들의 방법론을 충실히 반영하고자 한다. 이를 위해 실증방정식 (1)에서 설명변수는 편의상 다음과 같이 크게 세 그룹으로 분류한다.[122] 종속변수($Surcharge$)는 최종적으로 부과받은 실제과징금이고, 세 변수그룹은 각각 경제적($ECON$), 법제적(LAW), 실증적($CONTROL$) 변수그룹이다. 설명변수들은 그 다양한 속성상 두 그룹 이상에 중복되어 포함될 수도 있다.

$$\ln_Surcharge_i = \alpha_0 + \alpha_1 ECON_i + \alpha_2 LAW_i + \alpha_3 CONTROL_i + \epsilon_i,$$
$$(i = 1, \cdots, 1{,}384). \qquad (1)$$

첫째, $ECON$은 제II장 3절에서 논의하였던 경제학적 요소들을 반영하는 변수들을 포함한다. 다시 말해 최적 과징금모형에서 고려되어야 할 요소들로 피해, 피해확률, 적발확률 등이 있는데 이에 대한 대리변수들이 여기에 포함될 것이다. 피해규모를 반영할 수 있는 위반기간($Duration$), 대기업($Conglomerate$), 피심인수(No_Def), 중대성 정도($Serious$)가 이 그룹에 포함될 것이다. 그리고 적발확률의 매우 실험적 대리변수인 규제행위별 위반기간($Type_Duration$)도 포함될 수 있을 것이다.

둘째, LAW는 공정거래법, 시행령, 고시 등에서 과징금산정과 직접 관련된 법제 내용을 반영하는 변수들이다. 가령 규제위반행위(Vio_Type) 변수로써 각 규제위반행위별 최대 과징금부과액수를 명시한 법률의 특성을 포착할 수 있을 것이다. 위반기간

121) 또한 김영산·마정근(2004)에서 부분적으로 과징금 관련 실증분석을 하였으나, 본 연구와 두 가지 점에서 대비된다. 첫째, 분석대상의 범위로서, 본 연구에서는 공정거래법상 과징금이 부과되는 11개 규제위반행위 전부를 대상으로 하고 있으나, 이 연구는 불공정 거래행위[23조 ①] 중 '거래상 지위 남용(제4호)'에 대해서만 분석했다. 둘째, 본 연구는 과징금의 산정과정에 경제적·법적·기타 요소들이 반영되고 있는지 파악하는 반면, 김영산·마정근(2004)은 공정위가 사용하는 여러 가지 제재수단들 중 어떠한 경우에 과징금이 부과되는지를 확인하며, 추가적으로 어떠한 요소가 실제 부과된 과징금 액수와 법률에 명시된 최대 과징금액수의 비율에 영향을 미치는지를 분석했다.

122) 기본 실증방정식은 식 (1)과 같이 OLS를 이용할 것이다. 종속변수에 로그를 취한 이유는 이 변수로 사용한 과징금의 단위가 백만 원으로 [표 IV-2]에서 짐작하듯 그 분포가 아주 넓기 때문이다. 즉 동분산(homoscedasticity) 가정에 좀 더 부합되도록 로그를 취했다.

($Duration1$)도 포함된다. 산정과정에서의 매출액 고려를 반영하는 산업분포(Ind)도 여기에 포함시킨다. 한편 $ECON$의 대기업($Conglomerate$)은 지불부담능력을 참고하는 법제를 반영한다는 맥락에서 이 그룹에도 포함 가능할 듯하다. 본 연구에서는 Choi and Hahn(2014)에서 사용한 공정위가 지정한 상호출자제한 65개 기업집단 중 상위 15개 기업집단에 속한 피심인 더미변수($Conglomerate$)를 포함한다. 그리고 중대성에 따른 기본부과율($Levy$)도 포함시킬 것이다. 각 위반행위별로 법정부과율의 범위가 다르기 때문에 기본과징금 산정시 적용된 기본부과율은 실제과징금에 영향을 미칠 것으로 생각된다. 마지막으로 1차 조정, 2차 조정, 및 실제과징금 산정단계의 가산/감경요인 일부를 포함할 것이다. 특히 실제과징금 단계에서 현실적 부담능력(ATP)을 고려한 사건이 과징금액수를 감경시키는 요인인지 확인하고자 한다.

셋째, $CONTROL$은 위 경제 및 법제요인과 명시적으로 연계되지는 않거나, 또는 종속변수와의 관계에 대한 논리가 사전적으로 확정적이지는 않지만, (본 연구진이 장기간 자료검토를 하는 과정에서) 실증방정식 (1)에서 설명력을 가질 수 있다고 예측되었던 통제변수들이다. 규제위반행위(Vio_Type), 산업분포(Ind), 연도더미($Year$) 등이 여기에 해당할 것이다.

위 식 (1)과 같은 형태의 실증방정식에 대해서 한 가지 원천적인 질문도 제기될 수 있을 것이다. 가령 "*법제에 의해 대부분 정해질텐데 굳이 결정요인을 추정하는가?*"와 같은 의문이다. 이러한 시각에는 법집행기관에 전혀 재량권이 없고 법제에 의해 수동적으로 (그리고 가급적 정확하게) 과징금액수가 결정된다는 전제가 깔려 있다. 이는 마치 법원에서 선고되는 형량이나, 국세청에서 결정되는 추징세액이 법제에 의하여 늘 정확하게 이루어진다는 전제를 하는 것과 유사하다. 하지만 무수한 공공선택이론 연구를 굳이 인용하지 않더라도, 정부는 아마 모든 종류의 공공정책의 집행에서 '재량권(discretionary power)'을 갖는다고 표현해도 무방할 것이다. 국가 및 해당 정책들의 종류에 따라 그 정도의 차이만 있을 뿐이라고 사료된다. 공정거래규제 분야도 예외는 아니어서 공정위는 과징금 부과여부 및 부과액 산정에 대한 재량권을 가지고 있다는 입장을 밝힌 서울고법 판결(예: 2014.12.10. 선고, 2014누6494 판결) 및 여러 대법원 판결들도 존재한다 (예: 대법원 2010.3.11. 선고, 2008두15176 판결; 대법원 2015.5.28. 선고, 2015두36256 판결 등). 이들에 더하여 몇 가지 구체적 추가근거들

로써 재량권이 존재한다고 본 연구진은 판단한다.[123] 따라서 '실제 법집행' 과정을 탐구하는 식 (1)은 적지 않은 의미를 갖는다고 할 수 있다.

나. 실증분석 결과

[표 Ⅳ-8]은 식 (1)의 추정결과를 나타낸다. 전술했듯이 $Surcharge$에 로그를 취한 값을 종속변수로 한 회귀분석결과들을 정리하였다. 전반적으로 기대 이상의 높은 R^2 값을 보여 주었다. 모형 (1)을 추정의 출발점으로 삼고 앞에서 언급한 설명변수를 포함하는 추정결과를 '단계적으로' 검토해보도록 한다.

(1) 규제위반유형(Vio_Type)

우선 규제위반유형(Vio_Type)을 포함하였다. 심결자료에 따르면 [표 Ⅱ-2]의 현행 11개 규제위반행위와 이전 법률에 포함되었던 2개의 위반유형(출자총액제한[10조], 부당한 국제계약의 체결제한[32조 ①])을 포함하여 총 13개의 규제위반유형 중 실제로 과징금을 부과받은 위반유형은 총 9개였다. 분석에 앞서 Vio_Type_3, Vio_Type_5, Vio_Type_11, 및 Vio_Type_13은 관찰치 숫자가 너무 작아 [표 Ⅳ-9]의 모형 (S1)에 포함시키지 않았다. 한편 Vio_Type_7(불공정거래행위)은 다중공선성 문제를 초래한다는 점을 확인하여,[124] 이러한 다중공선성 문제를 해결하고자 Vio_Type_7 중에서

---

123) 첫째, 가령 제Ⅲ장에서 설명한대로 '부당한 공동행위'([19조 ①)]에 대한 법정부과율을 보면 2013년 6월 개정고시 이전에는 중대성의 정도에 따라 각각 7.0-10.0%, 3.0-5.0%, 0.5-3.0% 등 세 구간으로 정해져있는데, 어떤 숫자로 결정할지는 정해진 바 없다. 사실 이러한 '법제상의 재량권 존재'는 이미 많은 학자들에 의해 주장된 바 있다. 학계 및 감사원 등에서 이러한 지적으로 2013년 6월 5일 개정고시에 공정위는 중대성의 정도에 따라 다섯 구간으로 세분화시켰다. 매우중대한 행위를 8.0-10.0%, 7.0-8.0%, 중대한 위반행위는 5.0-7.0%, 3.0-5.0%, 중대성이 약한 위반행위는 0.5-3.0%로 매우중대와 중대한 위반행위를 각 두 구간으로 세분화시켰다. 둘째, 공정위 심결에 대하여 급증하고 있는 소송제기율(즉 불복율)로서, 대표적으로 "*2008년도 공정위 처분에 대한 불복건수나 그 비율은 전년도에 비해 증가하며 최근 3년간 지속적 증가추세에 있다*" (『공정거래백서』, 2009, pp. 59-60). 소송이론 관련 무수한 문헌들로 미루어 '피심인들의 상이한 기대'와 '법집행자의 착오 및 재량' 등이 그 주요 사유라는 점은 쉽게 유추할 수 있다. 이는 다음 장의 법원판결자료를 이용하여 불복소송의 패턴 등에 관해 알아보고자 한다.

124) 후술되는 회귀분석을 위한 이상적인 전제 중 하나는 설명변수들 간의 상관관계가 없어야 한다는 점이다. 다중공선성(muticollinearity)은 설명변수들 간의 상관관계가 지나치게 높아져서 회귀분석을 할 수 없거나 추정결과가 신빙성을 잃을 위험을 초래한다. 본 회귀분석에서는 여러 가지 다중공선

'부당지원 행위($Vio_Type_7_1$)'만을 모형 (S1)에 포함하였다. 최종적으로 규제위반유형 중 Vio_Type_1, Vio_Type_6, $Vio_Type_7_1$, Vio_Type_10만을 포함시킨 결과가 모형 (S1)이다.

실증분석 결과 네 규제위반행위 변수들의 추정계수값 부호는 모두 (+)이며 1% 내에서 유의했다. 후술되는 논의에서 보듯이 규제위반유형 더미 변수들은 피해규모를 가장 크게 포착하고 있으며, 기타요소들도 일정 수준 부수적으로 반영하고 있는 것으로 보인다.

(2) 산업분포(Ind)

[표 Ⅳ-2]에서 설명한대로 21개 산업분포 중 18개 산업에서 규제를 위반했다. 관측치의 수가 너무 작은 산업(Ind_A, Ind_B, Ind_D, Ind_E, Ind_H, Ind_I, Ind_L, Ind_M, Ind_N, Ind_P, Ind_Q, Ind_R)은 모형에 포함할 수 없었다. 이상 12개 산업을 제외한 6개 산업변수를 포함하여 추정을 시도하였지만, 다중공선성 문제로 Ind_J와 Ind_S도 모형에서 제외할 수밖에 없었다. 최종적으로 제조업(Ind_C), 건설업(Ind_F), 도매·소매업(Ind_G), 금융·보험업(Ind_K)의 4개 변수를 포함하여 추정한 결과가 모형 (S2)이다.

4개 변수(Ind_C, Ind_F, Ind_G, Ind_K)의 추정계수는 1% 내에서 (+) 부호로 유의하였다. R^2값은 약 15% 포인트 향상되어 68%가 되었다. 즉 규제위반유형과 피심인의 산업분포만으로도 과징금액수의 결정요인에 대해 약 70% 정도 설명이 가능하다는 의미이다. 이는 주목할만한 발견으로서, 여전히 위반행위유형 변수들 모두 매우 유의하였다. 이미 앞 소절에서 산업분포와 규제위반유형과는 일정한 연관성이 일부 존재하는 것으로 추측한 바 있듯이 규제위반유형 추정치에는 산업변수의 효과가 일정 부분 반영되었다고 해석할 수 있다.

성테스트 방법 중에서 VIF(Variance Inflation Factor: 분산팽창요인)를 사용하였다. Vio_Type_7 변수를 모두 포함하는 추정식으로 다중공선성 테스트를 한 결과 10이 넘어 그 변수를 제외하고 해당 변수의 부분집합인 부당지원행위를 포함하여 다중공선성 문제를 해결하고 위반행위유형 자료의 손실을 최소화하고자 하였다.

(3) 피심인수(No_Def)

식 (1)의 ECO에 포함되었던 피심인수가 증가할수록 피해규모가 커지고 과징금부과액도 증가할 것이라는 예측을 하였다. 모형 (S3)을 보면, 추정계수값은 1% 내에서 (+) 부호로 유의했다. 특히 앞서 추정모형의 다른 변수들 계수치에 거의 변화가 없다는 사실로 미루어 짐작할 때 피심인수는 독립적인 요소로 해석할 수 있을 듯하다.

(4) 대기업($Conglomerate$)

대기업 변수($Conglomerate$)는 피심인 지불능력과 피해규모를 포착할 것으로 기대한 바 있다. 본 연구에서는 공정위가 지정한 상호출자제한 65개 기업집단 중 상위 15개 기업집단에 속한 변수를 선택하였다. 추정결과인 모형 (S4)를 보면, (+) 부호를 갖는 추정계수값은 1% 내에서 유의했다. 이 변수를 포함하여도 다른 변수들의 추정계수값은 거의 유사하였다.

(5) 위반기간($Duration1$)

$Duration1$은 위반행위 개시일부터 위반종료일가지의 기간이다. 모형 (S5)에서의 분석결과를 보면, 본 연구자의 규범적 예측대로 (+) 부호를 갖는 $Duration1$의 추정계수값 역시 1% 내에서 유의했다. R^2값도 약 3% 포인트 정도 향상되었다. Ind_C의 추정계수 값만 다소 줄어들었을 뿐 다른 변수에는 거의 변화를 주지 않았다. 따라서 규제위반기간이 길수록 피해액은 증가할 것이라는 경제적 논리는 물론, 기본과징금과 1차 조정단계에서 위반기간을 고려하도록 명시하고 있는 현행 법제는 제대로 집행되어 온 듯하다.

(6) 중복위반($Repeat$), 고의성($Intention$), 및 고발($Accusation$)

다음으로 법제의 집행 효과를 확인하기 위해 다음의 세 가지 변수를 추가하였다. 첫째, 피심인들이 중복위반으로 가산받은 경우이다. 공정거래법 [55조의3 ① 2] 및 고시 II.2 및 IV.2에서는 1차 조정단계에서 기간 및 횟수를 고려한다고 명시하고 있다. 심결자료를 재확인하니 '위반 횟수'가 높아서 과징금을 '실제로 가산했다는 사실을 밝힌' 사건들을 발견할 수 있었다. 중복위반 대리변수($Repeat$)는 위반사업자가 과거 3

년간 공정거래법 위반으로 시정조치 이상의 제재를 받아 1차 조정단계에서 가산을 받았으면 1의 값을 갖는 더미변수이다. 둘째, 피심인들의 위반행위가 고의적인지 여부이다. 과징금 고시 II.2에서 위반사업자의 고의·과실 등에 따른 조정을 한다. 구체적으로 고시 IV.3에서 위반행위를 주도하거나 선동한 경우, 위반사업자가 위반행위에 응하지 아니하는 다른 사업자에 대하여 보복조치를 하는 경우, 위반사업자 또는 그 소속 임원·종업원이 위반행위 조사를 거부·방해하는 경우, 위반사업자의 이사 또는 그 이상에 해당하는 고위 임원이 위반행위에 직접 관여하는 경우에는 1차 조정 과징금을 가중한다. 고의성 변수($Intention$)는 이러한 가산요인 중 적어도 하나에 해당하면 1의 값을 갖는다. 셋째, 형사벌칙을 부과할 수 있는 공정위의 고발($Accusation$) 여부이다. 이러한 세 변수를 고려한 결과가 모형 (S6)이다.[125] 분석결과를 보면, 세 변수의 추정계수값은 모두 (+) 부호를 갖으며 1% 내에서 유의하였다. R^2는 소폭 상승하였다. 두 변수를 포함하니 $Conglomerate$의 추정계수값이 더욱 커졌다. 고발을 당하는 피심인들이 대부분 기업규모가 큰 경우 때문이라 사료된다. 과징금 산정단계에서 피심인들이 공정위로부터 중복위반으로 가산을 받으면, 종속변수의 평균에서 측정한 결과 사건당 평균적으로 실제과징금 부과액수가 약 3억원 증가한다.

(7) 연도효과($Year$)

다음으로 연도더미를 고려하였다. 제II장 및 본장의 전반부에서 확인할 수 있듯이 최근으로 올수록 과징금액수가 증가함을 확인하였다. 위반행위유형, 산업분포, 및 여타 다른 변수들을 통제한 후에도 연도별로 과징금액수가 많이 부과되었는지 실증적으로 알아보고자 한다. 모형 (7)의 결과를 보면, 최근으로 올수록 각 연도더미의 추정계수값이 대체로 커짐을 확인할 수 있다. 가령 다른 조건이 일정할 때, 종속변수의 평균값에서 계산한 결과 2015년은 2005년도에 비해 약 1억 원의 과징금액수를 더 부과받은 것으로 나타났다.

(8) 현실적 부담능력(ATP)

125) 지면제약상 자세한 논의는 생략하지만, 법의 반복위반(repeated violation)에 대해서는 제재강도를 증가시킴으로써 효율성을 제고할 수 있다는 것이 법경제학의 일반론이다.

전술했듯이 마지막 실제과징금 단계에서 주요 감경요인으로 현실적 부담능력(ATP)이 있다. 감사원(2016) 보고서에서도 마지막 산정단계에서 감액사유별 감액수준을 조사하였는데, 현실적 부담능력을 적용받은 사업자의 총 감액금액은 1조 2천억 원이었다. 현 과징금 산정단계의 체계를 갖춘 것은 2004년 고시 이후부터이다. 해당 표본은 1,293개이고 그 중 61%(789개)에서 적어도 한 피심인 이상이 현실적 부담능력으로 감경을 받았다. 현실적 부담능력 감경을 받은 사건 주에서 감경률을 확인할 수 있었던 표본은 486개이며 평균 28.3%의 감경률을 보였다. 실제 현실적 부담능력이 과징금액수의 결정요인에서 감경요인으로 작용하는지 살펴본 결과, 모형 (S7)에서 보듯이 ATP의 추정계수값은 (-) 부호에 1% 내에서 유의하였다. 이후 실증모형에서도 공고한 결과를 확인할 수 있다.

(9) 위반행위 중대성($High_Serious$)

기본과징금을 산정할 때 관련매출액에 일정비율을 곱하여 구한다. 이 때, 일정비율은 위반행위의 중대성에 따라 달라진다. 위반행위 중대성은 위반행위의 내용 및 위반행위 정도(피해규모, 시장점유율, 지역적 범위 등)을 고려하여 결정된다. 따라서 위반행위가 중대할수록 사회에 미치는 피해가 클 것이다. 공정위가 피심인들의 행위가 '매우 중대한 위반행위'로 결정한 것이 $High_Serious$이다. 모형 (S8)에서 보듯이 $High_Serious$의 추정계수값은 (+) 부호에 1% 내에서 유의하였다. 피해규모가 클수록 과징금이 증가함을 중대성으로 일부 확인할 수 있다.

(10) 적발확률의 효과에 관한 실험적 시도

마지막으로 본 장의 두 번째 소절에서 조심스럽게 제시한 바처럼 적발확률 대리변수로서의 '행위별위반기간($Type_Duration$)'과 피해규모를 반영하고 있는 '중대성 정도($High_Serious$)'가 미치는 영향을 검토해보자. 적발확률 시도의 핵심은 개별 사건들의 적발확률의 최소한 일정부분이 '행위유형에 따라' 결정될 것이라는 추론에 기초하고 있다. 그리고 $Type_Duration$이 적발확률 대리변수가 될 수 있는 '필요조건'은 $Duration$과 동시에 추정되어야 한다는 점도 상기할 가치가 있다.

이에 따라 $Type_Duration$을 (S9)에 포함시키려 하였으나 행위유형 더미변수들과

다중공선성을 보였다. 따라서 실증방정식 전체의 설명력을 크게 저하시키지 않으면서 이 실험적 시도를 추구할 수 있는지를 파악하기 위하여 기존의 규제위반유형 더미변수들을 제외한 후 $High_Serious$와 함께 포함하여 (S9)를 재추정한 결과가 (S10)이다. 먼저 네 개의 설명변수를 뺏음에도 불구하고 R^2가 2% 포인트 정도만 하락한 것에 미루어, (S3) 이후 추가된 변수들이 이미 행위더미변수가 가졌던 설명력의 많은 부분을 대체해왔다는 의미로 해석된다. 또한 기존 다른 설명변수들의 유의수준에도 거의 변화가 없었다. 피해규모의 대리변수인 $High_Serious$의 추정계수는 (+) 부호에 1% 내에서 유의하였다. 가장 중요한 관찰은 이 실험적 시도에 필요조건이었던 $Duration1$의 추정계수 크기는 물론 유의도에도 큰 변화가 없다는 점이었다. $Type_Duration$의 추정계수값은 (+) 부호에 1% 내에서의한 결과를 보였다.

다. 소결

과징금 결정요인을 추정하는 회귀분석을 위해 크게 '경제적', '법제적', 및 '실증적' 통제변수그룹을 설명변수로 상정하였다. 추정결과는 전반적으로 70%를 초과하는 설명력을 보였으며, 특히 피해규모가 크고 적발확률이 높은 사건일수록 실제과징금 수준도 높아진다는 실증적 사실을 발견하였다. 또한 법제적 변수그룹 및 기타 설명변수들 중 다수가 과징금 결정에 유의미한 영향을 주었다. 특히 고시의 기준들(예: 규제위반행위유형, 중복위반, 고의성, 고발, 현실적 부담능력)은 과징금의 유의미한 결정요인으로 작용하고 있음을 확인했다. 기존 실증연구가 다분히 제한적이어서 본 연구자의 다양한 숙고 끝에 고안한 방식임에도 불구하고 이상의 결과가 적발확률의 효과를 정확히 포착했는지의 여부에 대해서는 향후 재검증작업이 필요할 듯하다. 무엇보다도 심결자료는 물론, 법적 근거인 법률, 고시, 운영지침 등에서 '적발확률(난이도)을 반영한다' 등의 표현이 없기 때문이다.

[표 Ⅳ-9] 실제과징금의 주요 결정요인: 법제적, 경제적, 및 기타 실증적 요인들

	(S1)	(S2)	(S3)	(S4)	(S5)	(S6)	(S7)	(S8)	(S9)	(S10)
Vio_Type_1	3.212*** (0.549)	2.897*** (0.481)	2.888*** (0.479)	2.866*** (0.481)	2.602*** (0.445)	2.497*** (0.434)	2.546*** (0.407)	2.359*** (0.385)	2.338*** (0.370)	
Vio_Type_2	3.804*** (0.429)	2.452*** (0.534)	2.443*** (0.537)	2.493*** (0.531)	2.769*** (0.550)	2.871*** (0.545)	2.395*** (0.567)	1.983*** (0.517)	2.063*** (0.548)	
Vio_Type_6	5.723*** (0.154)	3.730*** (0.204)	3.278*** (0.231)	3.290*** (0.231)	3.299*** (0.234)	2.900*** (0.250)	2.523*** (0.262)	2.530*** (0.249)	2.155*** (0.250)	
Vio_Type_Support	5.840*** (0.271)	4.470*** (0.344)	4.169*** (0.335)	3.875*** (0.352)	3.728*** (0.357)	3.713*** (0.331)	3.517*** (0.335)	3.193*** (0.314)	3.109*** (0.326)	
Vio_Type_10	1.403** (0.177)	1.933*** (0.173)	1.919*** (0.173)	1.912*** (0.174)	1.510*** (0.192)	1.409*** (0.199)	0.840*** (0.239)	0.634*** (0.232)	0.528** (0.242)	
Ind_C		3.424*** (0.203)	3.394*** (0.204)	3.284*** (0.208)	2.808*** (0.218)	2.625*** (0.209)	2.320*** (0.227)	1.935*** (0.223)	2.053*** (0.231)	2.469*** (0.218)
Ind_F		3.194*** (0.256)	3.339*** (0.252)	3.274*** (0.249)	3.232*** (0.273)	2.793*** (0.262)	2.341*** (0.308)	2.258*** (0.294)	2.278*** (0.231)	2.953*** (0.265)
Ind_G		3.215*** (0.275)	3.142*** (0.284)	3.171*** (0.283)	3.025*** (0.283)	2.823*** (0.270)	2.299*** (0.295)	1.718*** (0.294)	1.622*** (0.304)	1.600*** (0.304)
Ind_K		1.652*** (0.060)	1.594*** (0.257)	1.614*** (0.258)	1.384*** (0.240)	1.439*** (0.245)	1.230*** (0.333)	0.522 (0.343)	0.542 (0.342)	0.852** (0.347)
No_Def			0.099*** (0.064)	0.095*** (0.025)	0.089*** (0.025)	0.072*** (0.023)	0.076*** (0.023)	0.088*** (0.023)	0.104*** (0.026)	0.156*** (0.027)
Conglomerate				1.183*** (0.397)	0.796*** (0.377)	1.000*** (0.349)	1.067*** (0.336)	0.987*** (0.340)	1.719*** (0.339)	2.040*** (0.338)
Duration1					0.021*** (0.004)	0.020*** (0.003)	0.016*** (0.003)	0.015*** (0.003)	0.013*** (0.003)	0.013*** (0.003)
Repeat						1.638*** (0.373)	1.578*** (0.348)	1.716*** (0.322)	1.651*** (0.330)	1.591*** (0.346)
Intention						0.959*** (0.211)	0.831*** (0.210)	0.936*** (0.210)	0.938*** (0.210)	1.231*** (0.209)
Accusation						0.932*** (0.244)	0.934*** (0.247)	0.938*** (0.236)	0.919*** (0.236)	0.869*** (0.240)
ATP								−1.158*** (0.145)	−1.077*** (0.144)	−1.178*** (0.150)
High_Serious									0.476*** (0.120)	0.467*** (0.126)
Type_Duration										0.081*** (0.011)

(다음 장에 계속)

	(S1)	(S2)	(S3)	(S4)	(S5)	(S6)	(S7)	(S8)	(S9)	(S10)
$Year_2006$							0.150 (0.153)	−0.094 (0.155)	−0.065 (0.152)	−0.076 (0.160)
$Year_2007$							−0.131 (0.113)	−0.137 (0.105)	0.029 (0.119)	0.078 (0.127)
$Year_2008$							0.901*** (0.247)	0.488** (0.235)	0.672*** (0.220)	0.605*** (0.229)
$Year_2009$							1.354*** (0.305)	0.946*** (0.297)	1.106*** (0.312)	0.885*** (0.332)
$Year_2010$							1.647*** (0.376)	1.048*** (0.364)	1.108*** (0.369)	0.914** (0.409)
$Year_2011$							0.347 (0.271)	0.125 (0.262)	0.321 (0.264)	0.063 (0.272)
$Year_2012$							1.500*** (0.415)	1.143*** (0.394)	1.303*** (0.409)	1.140*** (0.405)
$Year_2013$							1.086*** (0.336)	0.966*** (0.318)	1.113*** (0.326)	1.260*** (0.331)
$Year_2014$							0.757** (0.328)	0.558* (0.314)	0.760** (0.316)	0.648** (0.320)
$Year_2015$							1.251*** (0.257)	0.955*** (0.240)	1.112*** (0.249)	0.996*** (0.254)
$Constant$	1.572*** (0.079)	0.956*** (0.060)	0.865*** (0.064)	0.867*** (0.064)	0.560*** (0.074)	0.579*** (0.072)	0.520*** (0.100)	1.551*** (0.176)	1.202*** (0.192)	−0.076 (0.274)
Year dummy	No	No	No	No	No	No	Yes	Yes	Yes	Yes
Observation	1,384	1,384	1,384	1,384	1,332	1,332	1,332	1,332	1,281	1,281
R^2	55.7%	68.6%	69.2%	69.5%	72.1%	73.8%	75.6%	77.4%	79.1%	76.8%

주: 괄호 안은 이분산성을 고려한 표준오차(robust standard error)임. ***는 1%, **는 5%, *는 10%의 유의수준을 나타냄.

V. 법원판결자료를 이용한 불복소송 패소의 결정요인 분석

1. 과징금 불복소송에 대한 문제제기

공정거래위원회(이하 공정위)의 시정명령 및 과징금 등의 행정처분에 대한 피심인들의 불복소송이 최근 증가하는 추세를 보이고 있다. 공정위 『통계연보』(2016, p. 41)에 의하면, 2005년부터 가장 최근인 2015년까지 공정위가 소관하는 모든 법률에 대해 당해연도에 공정위가 처분한 시정권고, 시정명령, 및 과징금 등 행정처분 사건(행정처분년도 사건기준)에 대한 소제기율은 꾸준히 증가추세를 보이고 있다 ([그림 V-1] 참조).[126] 2005년부터 2009년까지 소제기율은 한 자리 숫자였는데 반해, 그 이후 2010년에 발생한 소제기율이 12.7%를 기록하면서 가장 최근인 2015년에는 2005년에 비해 무려 5배 이상 증가한 17%의 소제기율이 발생하였다.[127]

그런데 이러한 불복소송에서 공정위가 패소하는 빈도도 근래 증가하는 듯하다.[128] 공정위가 소관하는 전체 법률 대상으로 확정년도 기준 소송결과를 보면, 가장 최근인 2015년에 전부패소가 15건으로 12.3%이다. 2010년 이후 (2013년을 제외하고) 11~18% 사이에서 등락을 거듭하고 있다 (『통계연보』, 2016). 한편 2015년 국정감사에 의하면, 행정

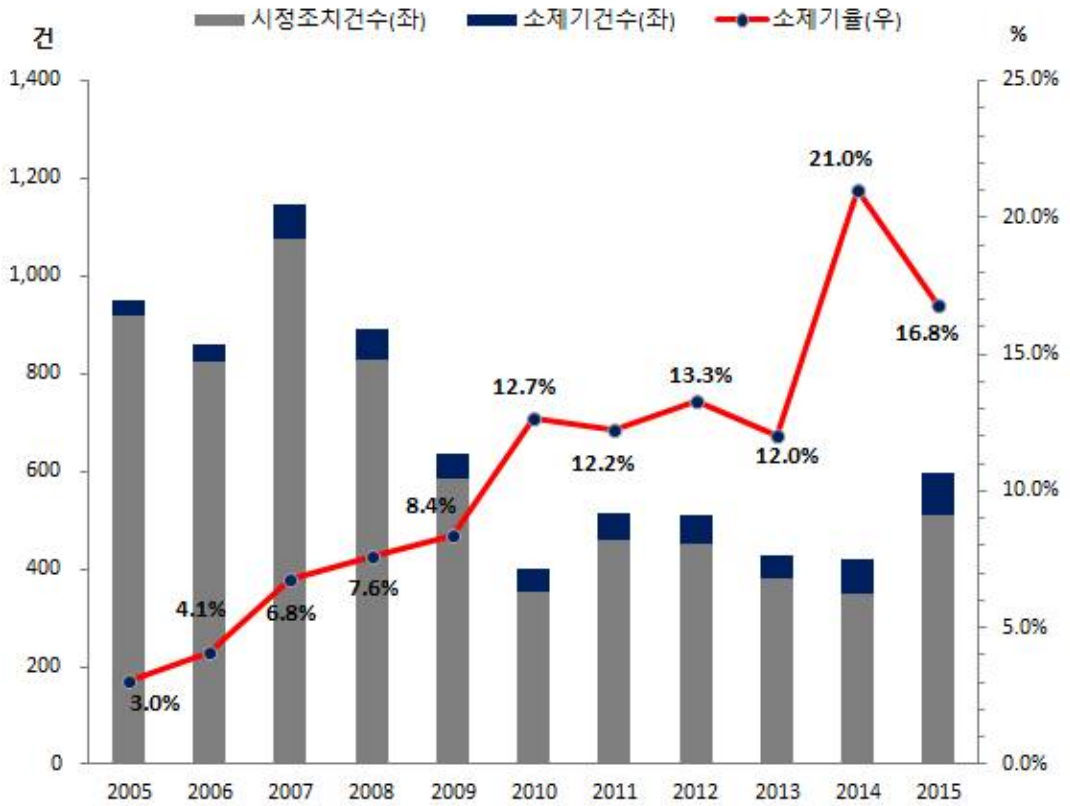
126) 『통계연보』에서는 1개의 행정처분에 대하여 복수의 소를 제기한 경우 1건의 소가 제기된 것으로 산정하였다. 본 연구의 분석대상인 '공정거래법상 불복소송 제기율'을 알고자 하였으나,『통계연보』상에는 공정위가 소관하는 전체 법률에 대한 불복소송 제기율만을 제공하고 있다. 한편, 공정위의 행정처분에 대한 이의신청 제기율 역시 증가추세를 보이고 있다. 『통계연보』(2016, p. 39)에 따르면, 공정위가 소관하는 전체 법률의 이의신청 제기율은 2005년 4.6%인 반면, 이후 지속적인 증가추세를 보이며 가장 최근인 2015년에는 10.6%를 기록하였다. 이렇게 피심인들은 이의신청 내지는 행정소송으로 공정위의 행정처분에 불복하는 사례가 증가하고 있다.

127) 그러나 후술되듯 불복소송 제기율은 행정처분 중에서도 '과징금부과'만을 대상으로 할 경우 급격하게 증가한다. 2015년의 경우 공정위 소관 전체 법률을 대상으로 한 행정처분에 대한 불복률은 16.8%인데 반하여, 본 연구에서 구축한 '사건별 불복소송 판결자료'를 통해 파악한 공정거래법상 과징금 조치에 대한 불복률은 60%로 3배 이상 높았다.

128) 최근 공정위 자료(2015.2)에 따르면, 2010년부터 2014년까지 5년 여간 법원의 확정판결로 취소된 공정위 과징금은 5천억원을 넘는다. 2010년에는 417억원에 불과했던 취소금액이 2014년에는 1,500억 원에 육박하였으며, 나아가 최근 국정감사 자료에 의하면, 2015년에는 무려 3천억원 이상의 과징금이 취소되었다.

소송 패소, 이의신청, 및 직권취소 등으로 인한 실질 환급액이 지난 5년 동안 무려 7천억원을 훌쩍 넘겼다. 특히 [그림 V-2]에서 보듯이 담합사건의 패소율이 증가한 사실이 눈에 띈다. 2009년에는 완전패소가 3건(패소율: 5%)에 불과하였지만, 2014년에는 무려 4배나 증가하였다 (12건, 패소율: 16%).[129]

[그림 V-1] 소송이 제기된 시정조치건수 및 불복률 (2009~2015)



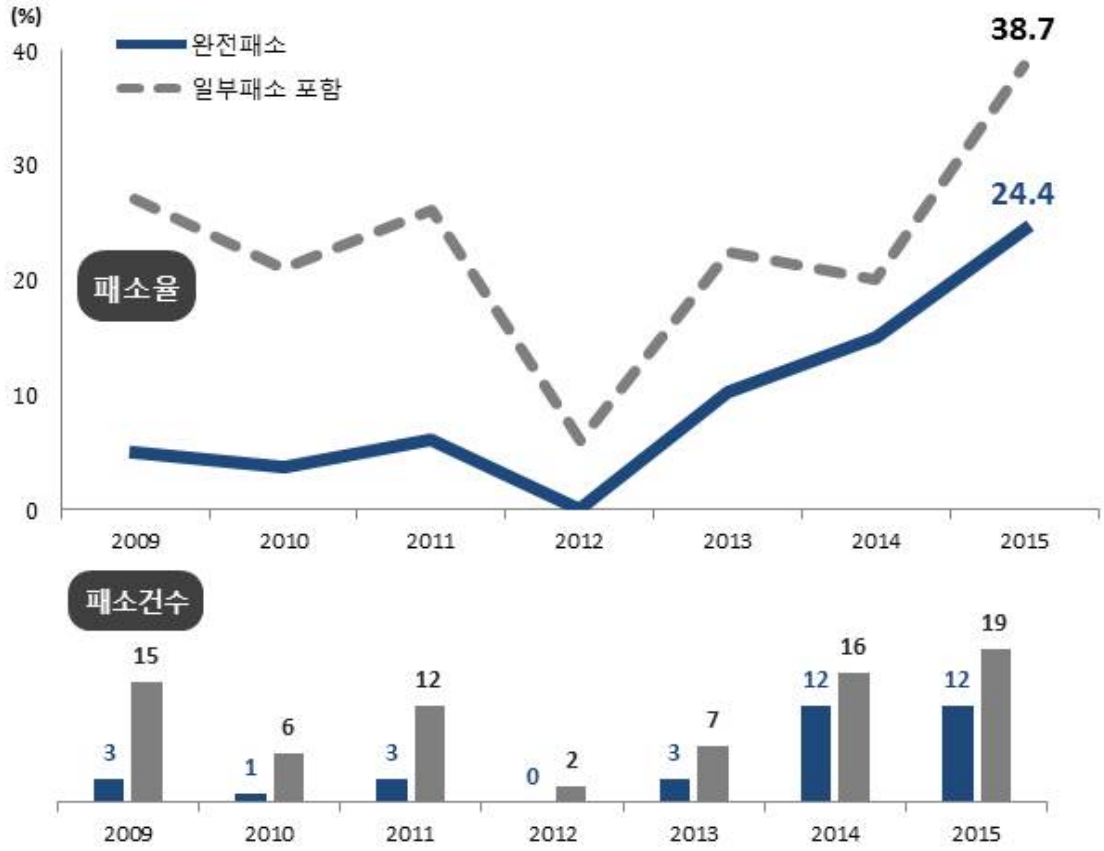
자료: 공정거래위원회 『공정거래백서』(2016) 및 『통계연보』(2016).
주: 공정거래위원회 행정처분년도 기준임. 1개의 행정처분에 대하여 복수의 소를 제기한 경우 1건의 소가 제기된 것으로 산정함.

이러한 문제는 과징금제도의 실효성에 대한 의문뿐만 아니라 더불어 환급금으로 인한

129) 최근 사회적으로 이슈가 된 초고액 과징금이 부과된 담합사건에서도 공정위가 패소하였다. 2015년 12월 대법원이 라면 가격 담합사건과 관련하여 농심에 내려진 1천억원대의 과징금부과 처분을 서울고등법원으로 파기환송시켰다 (2015.12.24 선고, 2013두25924). 이어 2016년 1월에 대법원은 오뚜기와 한국야쿠르트에 대해서도 같은 취지로 판결하였다.

국고 손실 및 국가 세입 편성 등 다양한 분야에 부작용을 줄 수 있다. 국회 예산정책처의 '2015년 회계연도 결산' 보고서에 따르면 공정위 과징금 환급금은 매년 큰 폭으로 증가하고 있다. 2012년에 130억 5천만원이던 환급금은 2013년에 302억 6천만원, 2014년에는 전년대비 무려 8배가 증가한 2,518억 5천만원, 2015년에는 더욱 증가한 3,572억 4천만원으로 가파른 속도의 증가세를 보이고 있다.

[그림 V-2] 공정위 담합소송 패소현황 (2009.01~2015.07)



자료: 공정거래위원회 (2015 국정감사 제출자료; 종결사건 기준).
주: 2015년 수치는 7월까지를 기준으로 함.

이처럼 공정위의 과징금부과에 대한 불복소송 증가 및 패소율 증가의 원인에 대한 연구필요성이 대두되고 있으므로, 본 장에서는 법원판결자료로써 우선 불복소송 제기율 등의 개관을 검토한다. 그리고 실제 불복소송에서의 승패소 주요 결정요인을 정식으로 추정해보고자 한다. 이러한 실증분석들을 통하여 여러 긍정적인 효과를 기대한다. 먼저 과징금

부과에 대한 불확실성을 낮추기 위한 근거를 얻고자 한다. 불확실성의 감소는 법집행의 실효성을 제고할 것이기 때문이다. 또한 정부는 물론 민간 전문가들 사이에 논의되고 있는 주요 쟁점들에 관하여 더욱 균형적인 시각을 갖도록 기초자료로써 활용되기를 기대한다. 궁극적으로는 '사회효율적 과징금제도를 어떻게 결정되어야 하는가?'에 관한 규범적 질문에 대한 답변을 제시하는데 일조할 것이다.

2. 과징금 부과조치에 대한 불복소송 제기 현황

가. 사건별 불복소송의 자료수집 및 데이터 입력

전술하였듯이 본 장에서 수행하고자 하는 불복소송 법원판례에 대한 실증분석은 경제학적 배경에서 이루어지는 최초의 시도로서, 무엇보다도 데이터 구축에 상당한 주의와 노력을 필요로 하였다. 우선적으로 과징금부과에 대한 불복소송이 증가하기 시작한 2010년부터 가장 최근인 2015년 사이에 처분된 공정거래법상 과징금 부과사건들 중 피심인이 불복하여 제소한 서울고등법원 및 대법원 판결자료를 표본으로 이용하였다. 후술되듯이 여러 예상치 못한 상황들로 인하여 이상의 법원자료를 수집하는 과정은 심결자료만큼이나 어려운 작업이었다.

우선 공정거래법상 과징금부과 관련 불복소송 제기현황에 대한 공식적인 통계가 존재하지 않는다는 문제가 있었다. 공정위가 매년 발간하는 『공정거래백서』와 『통계연보』에서 당해 소제기에 관한 통계를 제공하고 있으나, 해당 수치는 공정거래법뿐만 아니라 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통법 등 공정거래위원회에서 포괄하는 모든 법률에 대한 소제기 현황을 종합한 것이다. 본 장에서 이루어질 분석은 표본기간 내 '공정거래법'상 부과되는 과징금 불복소송만을 대상으로 하기 때문에, 추출된 표본의 개수와 통계연보에서 제공하는 소제기 수치를 직접 비교하여 표본의 정확성을 판별하는 방법은 사용할 수 없었다. 거듭 본 장의 실증연구를 수행하기 위해 표본추출기간 내 법원판결의 전수를 수집하고자 했으므로, 사건의 누락을 최소화하기 위해 실로 다양한 수집방법을 사용해야 했다.

기본적으로 표본추출기간 동안 발행되었던 각 연도별 『공정거래백서』를 활용하였다. 거듭 소제기 통계수치는 공정위가 주관하는 모든 법률이 포함되어 있기 때문에 직접 사용할 수 없었다. 따라서 부록에 포함된 해당연도 처분사건에 대한 '소송 일지'를 통해 불복

소송의 사건명, 사건번호, 원심결 의결번호 등에 대한 정보를 최근일자 순으로 축적하였다. 또한 공정위에 직접 문의한 결과 공정위가 승소(일부 승소 포함)한 법원판결자료의 사건번호를 일부 구할 수 있었다.

하지만 공정위가 패소한 사건은 공정위 자료를 바탕으로 수집하는 상기의 과정만으로는 전수를 수집하기 어려울 것이라고 판단하였다. 결국 대안의 방법으로써 제Ⅳ장에서 구축했던 심결자료를 활용하는 방안을 발굴하였다. 즉, 공정위가 패소한 사건에 대해서는 재산정이 새로이 이루어진다는 점에 착안하여 재산정 의결서를 일일이 확인하여 법원판결자료의 정보를 추가 수집하였다. 최종적으로 법원도서관을 이용하여 누락된 판결자료가 있는지 재차 확인한 후 수집된 불복소송 제기 건수는 총 220건이었다. 이는 2010년에서 2015년 사이 서울고등법원에 제소된 판결을 기준으로 하며, 1개의 과징금 처분에 대하여 복수의 피심인이 소를 제기한 경우에 각 판결의 '원심결 의결번호'가 동일하다면 1건의 소가 제기된 것으로 산정하였다.

나. 사건별 불복소송의 현황 분석

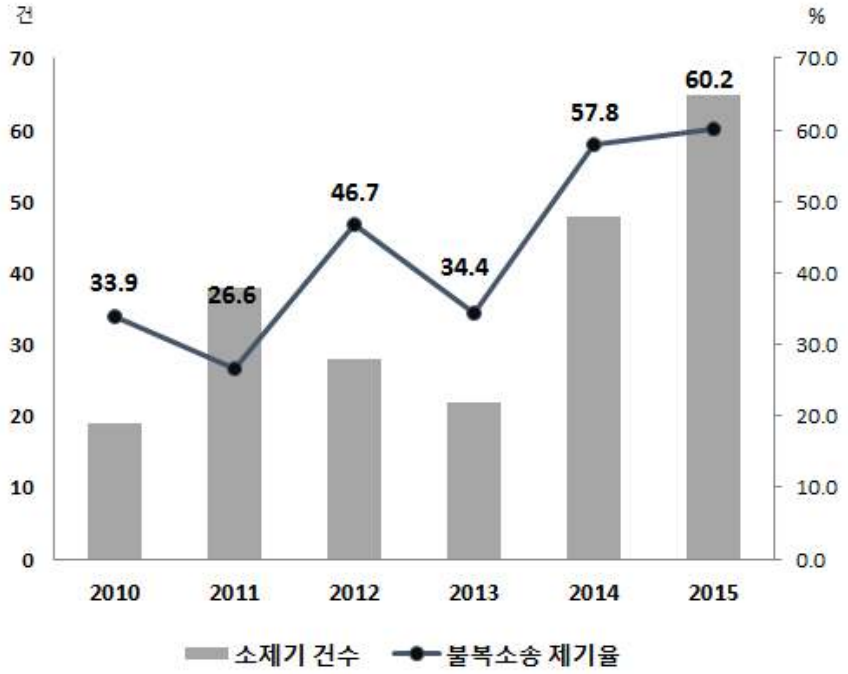
이상 수집된 자료를 이용하여 2010년부터 2015년까지 제기된 불복소송 현황을 개관하기 이전에, 본 분석에서 사용할 수치의 정의를 명확히 하고자 한다. 후술되는 '불복소송 제기율(이하, 불복률)'은 계상에 일관성을 부여하기 위해 공정위가 과징금을 부과한 연도(행정처분년도)의 사건 및 소송 건수를 기준으로 한다. 다시 말해, 불복률은 특정 연도 과징금 처분에 대한 '불복소송 건수'를 동일한 연도의 '총 과징금 부과건수'로 나눈 값이다.

[그림 V-3]로써 불복소송의 구체적인 현황을 파악하면, 먼저 표본기간 동안 피심인이 과징금 처분에 불복한 사건은 총 220건이며 연평균 소제기 건수는 약 37건이다. 이 때 공정거래법상 과징금 부과건수 대비 불복소송 제기율은 지난 6년간 평균 43%에 달하고 있었다. 이러한 추세는 2005년부터 2009년 사이의 연평균 불복률(약 26%)에 비하여 약 1.6배 높은 수치이다.[130] 불복률이 가장 높은 시기는 최근인 2015년(60%)로, 65건의 과징금

130) 2005년부터 2009년까지의 소제기 건수 및 불복률은 표본수치와 동일하게『공정거래백서』와 『통계연보』를 기준으로 산정하였다. 그러나 2008년 이후『공정거래백서』의 '소송일지'내 불복사건 작성기준이 [피심인 소제기연도 기준→소제기사건 행정처분연도 기준]으로 변화함에 따라 2007년 소송자료 중 일부가 누락되었을 가능성이 있었다. 따라서 2007년을 제외한 연평균 불복률을 추가적으로 계산해본 결과,

부과처분에 대해 113개의 피심인이 소를 제기하였다. 결과적으로 분석기간 내 불복률은 매해 등락을 거듭하고 있으나, 전체적으로 증가하는 추세를 보이고 있음을 확인하였다.

[그림 V-3] 공정거래법상 과징금부과 불복소송 제기율 추이 (2010~2015)



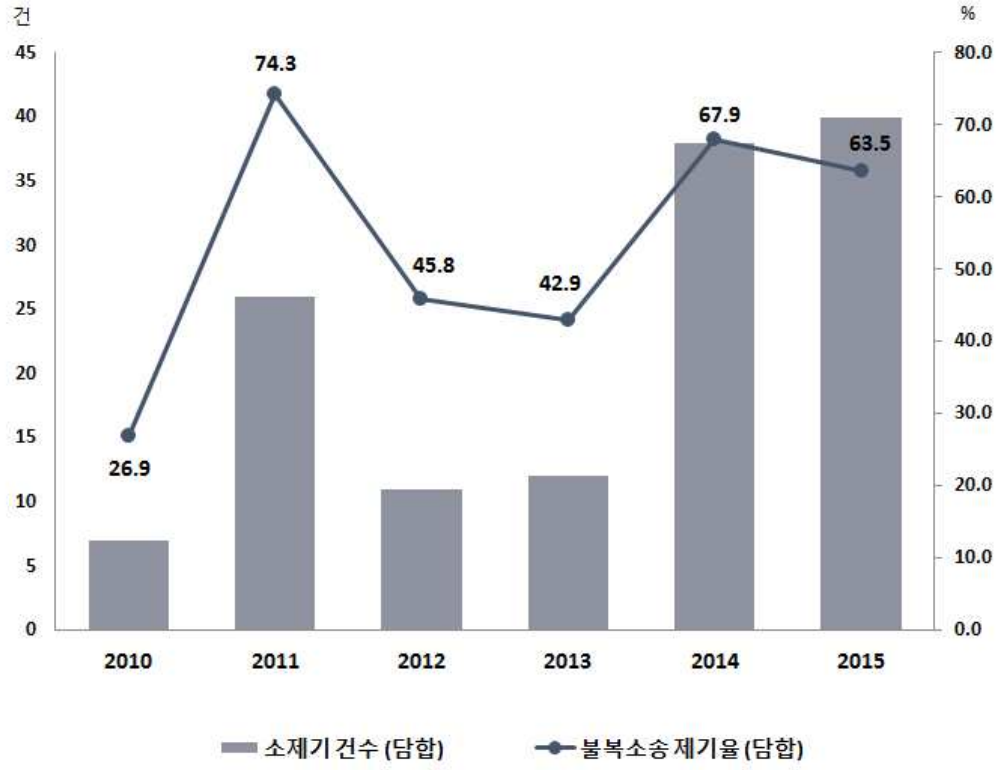
자료: 공정거래위원회『공정거래백서(2010~2016)』및『통계연보(2016)』.
주: '불복소송 제기율'은 공정위가 과징금을 부과한 연도(행정처분년도)의 사건 및 소송 건수를 기준으로 함. 즉, 특정 연도 과징금 처분에 대한 '불복소송 건수'를 동일한 연도의 '총 과징금 부과건수'로 나눈 값의 비율(%)임.

분석기간 동안 불복소송이 제기된 사건의 위반행위는 '부당공동행위'가 134건(61%)으로 전체 중 가장 많았으며, '불공정거래행위의 금지'가 54건(25%)으로 두 번째였다. 가장 소제기 빈도가 잦은 부당공동행위에 대한 연도별 추이를 살펴보면 다음 [그림 V-4]와 같다. 담합사건에 대한 불복소송 제기율은 연평균 54%로, 모든 위반행위에 대한 평균(43%)보다 약 10% 높았으며, 2010년 이전 4개년도(2006~ 2009년)의 담합사건 평균 불복률인 43%와 비교했을 때도 10% 포인트 높은 수치를 기록하고 있다. 결과적으로 다른 위반행

연평균 약 30%로 본문(26%)보다는 다소 높지만 표본기간(2010~2015년)의 연평균과 비교하였을 때 비슷하게 1.4배의 차이를 보이고 있다.

위에 비해 부당공동행위 과징금처분으로 인한 불복소송은 더 많이 제기되고 있으며, 이러한 부당공동행위의 불복소송 제기율은 전체 위반행위보다 높은 수준에서 상승하는 추세를 보이고 있음을 확인하였다.

[그림 V-4] 부당공동행위에 대한 불복소송 제기율 (2010~2015)



자료: 공정거래위원회『공정거래백서(2010~2016)』및『통계연보(2016)』.
주: '불복소송 제기율'은 공정위가 과징금을 부과한 연도(행정처분년도)의 사건 및 소송 건수를 기준으로 함. 즉, 특정 연도 과징금 처분에 대한 '불복소송 건수'를 동일한 연도의 '총 과징금 부과건수'로 나눈 값의 비율(%)임.

불공정거래행위에 따른 불복소송 제기율은 표본기간 내 연평균 55%, 2010년 이전 4개년도(2006~2009년)의 평균(21.7%)보다 두 배 이상 증가하였다. 불공정거래행위의 경우 총 과징금 부과건수는 적은 데 반하여 불복하는 피심인의 수가 상대적으로 많아 높은 불복소송 제기율을 보이고 있다고 판단된다. 종합하면, 공정위 과징금처분에 대한 피심인들의 불복소송은 지속적으로 증가추세를 보이고 있으며, 특히 불복소송의 약 85%가 부당공

동행위와 불공정거래행위에 집중되어 있었다. 그 중에서도 부당공동행위 사건에서 결정된 과징금에 대한 불복소송 제기율은 예전에도 상대적으로 높았으며 최근에도 계속 상승하는 추세이다.

3. 법원자료를 이용한 불복소송 승패소율 분석

가. 피심인별 불복소송의 자료수집 및 입력

(1) 자료수집

승패소율 주요 결정요인에 관한 실증분석 자료로써 사용될 표본은 앞서 불복소송 제기율을 분석하기 위해 사용한 자료와 그 집합이 서로 다르다. 피심인마다 승패소율이 달라 '사건별' 기준이 아닌 '피심인별' 기준의 자료를 구축해야 했기 때문이다. 단일 공정위 의결 사건에 연루된 공동원고별로 승패소 여부가 상이한 소송들이 존재하기 때문에 승패소 분석의 정확성을 위해서 각 원고(과징금 부과받은 피심인)별 판결자료가 필요하였다. 앞서 전수조사한 220건의 판결을 각 원고별로 재구성하면 총 482건이다. 표본은 과징금부과 패소가 증가한 2010년부터 가장 최근인 2015년 사이사이에 공정거래법상 과징금부과로 소송을 제기한 서울고등법원 및 대법원 확정판결자료를 이용하였다.[131] 제V장 2.가절의 자료수집 방법과 동일하게, 표본기간 내 판결번호 수집은『공정거래백서』에 수록된 '소송일지'를 주로 사용하였고, 심결자료의 재산정 사건을 추가적으로 확인하는 등의 방법을 사용하였다.

수집된 사건번호를 기반으로 판결자료를 수집하는 것 역시 몇 단계의 과정을 거쳐야만 했다. 먼저 법원 웹사이트의 종합법률정보(대국민서비스; 종합법률정보; 판례, http://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intesrch/sjo022.do)를 통해 웹사이트 상으로 공개된 판결문

131) 후술되겠지만 '확정판결'을 기준으로 하였기 때문에 데이터 수집과정에서 2016년 이후 확정판결된 사건은 제외하되, 2010년 이전 과징금 처분에 대하여 불복하였지만 2010년부터 2015년 사이 확정판결된 사건은 분석대상으로 포함하였다. 또한 판결문제공이 불가하거나 소취하한 경우는 판결문을 구할 수 없으므로 표본에서 제외하였다.

을 수집하였다. 그러나 위 방법으로는 수집하고자하는 총 판결자료의 20% 이내의 판결문만을 조회할 수 있었다. 따라서 검색이 되지 않는 사건들에 대하여 각급 법원의 '판결서 인터넷열람신청'을 이용하였고, 최종적으로 '판결서사본 제공신청'을 통해 비실명처리된 원본을 수령하는 방법을 사용하였다.

판례정보를 수집하는 과정에서 일관성과 정확성을 제고하기 위하여 다음의 두 가지 기준을 사용하였다. 첫째, 원고가 다수인 경우 판결의 사건번호가 동일하더라도 원고별로 서로 다른 사건으로 처리하였다. 예를 들어, 12개 아스콘 제조·판매사의 부당공동행위([19조①])에 대해 총 4억 3천만원의 과징금을 부과한 원심결(2010. 10.12. 선고; 의결 제2010-117호)에 불복한 서울고등법원 2011.6.9. 선고 2010누40061사건의 경우 12개의 피심인이 소를 제기하였다. 하지만 이와 같은 경우 원고별로 승패소 여부가 상이한 사건들이 존재하기 때문에 향후 분석의 정확성을 위하여 이를 개별 사건으로 분류하였다. 다시 말해 '원고별 불복소송 판결자료'를 재구축하였다. 둘째, 대법원 상고 이후 확정판결이 이루어지지 않았거나 판결문 제공불가 및 소취하 사건은 판결문을 구할 수가 없었기 때문에 표본에서 제외할 수밖에 없었다. 이상과 같은 기준을 통해 수집한 법원판결자료는 총 307건으로 확정되었다.

마지막으로 더욱 풍부한 사건정보를 확보하기 위하여 공정위 법원자료를 심결자료와 매칭하는 과정을 추가적으로 수행하였다.[132] 제III장 1절에서 설명하듯이, 공정위 과징금처분에 대하여 피심인은 공정위에 이의신청을 하거나 행정소송을 제기할 수 있다. 행정소송의 결과에 따라 공정위는 해당사건의 과징금을 재산정하거나 직권취소(일부취소 포함)한다. 그러므로 공정위의 원심결자료, 서울고등법원의 판결자료, 대법원 판결자료 및 공정위가 재심한 심결자료까지 일일이 매칭하는 작업은 결코 쉬운 일이 아니었다. 예를 들어, 제IV장의 심결자료 분석을 위해 구축한 데이터는 '의결번호'를 기준으로 하였기 때문에, '개별 피심인'을 기준으로 하는 본 법원데이터와 자동적인 매칭이 불가능하였다.[133] 따라서

132) 여기서 심결자료는 전술한 과징금 결정요인의 최종 심결자료와는 달리, 행정소송 이전에 공정위로부터 부과받은 심결(원심 또는 이의신청에 의한 재결)을 사용하였다. 각 피심인의 원심 또는 재결과 원고별 불복소송 판결자료를 일일이 매칭을 시킴으로써 본 소절의 연구목적과 더욱 부합하는 자료가 생성되었다고 판단된다. 이상의 작업은 본 연구진이 생각했던 이상으로 많은 시간이 소요되었다.

133) 예컨대 부당공동행위에 피심인 10개가 참가하여 과징금을 부과받았을 때, 제IV장에서는 하나의 사건으로 취급하여 전체피심인의 과징금 부과액수를 종속변수의 하나의 관측치로 사용하였다. 전체피심인 10개

표본에 해당되는 모든 의결서를 재확인하는 작업을 새로이 진행해야만 했고, 이는 상당한 시간과 노력을 필요로 하였다. 그러나 결과적으로 해당 데이터만이 갖는 장점을 극대화시킴으로서 향후 수행될 실증분석의 질을 높이는 작업이 될 것으로 사료된다.

(2) 자료 입력

수치적으로 정형화되어있지 않은 법원 판결문을 변수화하려는 시도는 그 자체만으로도 하나의 큰 도전이었다. 수차례의 표본추출 과정을 통해 사건정보, 소송비용, 소송제기 이유, 이에 대한 법원의 판단, 상고유무 등 총 10여개의 변수군을 선별하였다. 변수들은 크게 승패소, 고등법원 사건정보와 소송이유, 대법원 사건정보와 소송이유, 심결정보로 분류할 수 있다.

그 중 승패소 변수에서 승소와 패소 대상은 공정위를 기준으로 한다. 다시 말해 이후부터 '승소'는 공정위 승소를, '패소'는 공정위 패소를 의미한다. 하지만 법원 판결문에 따르면 판결 결과가 '일부 승소' 또는 '일부 패소'로 기록된 사건이 50% 가량 되었다. 이를 변수화하기 위해서 승패소를 결정하는 합리적인 기준이 필요했고, 본 연구는 '과징금제도'에 초점을 두고 있으므로 '과징금부과처분 취소' 항목에 대한 법원 판결을 기준으로 하였다. 즉, 피심인이 시정조치와 과징금부과처분취소에 대해 동시 소제기한 데에 법원이 시정조치는 공정위 승소, 과징금은 공정위 패소로 판결한 경우 본 연구에서는 패소로 정의하였다. 따라서 일부 승소 사건의 판결 내용을 일일이 검토하여 '과징금'에 관련된 항목에 따라 승패소 변수를 획정하였다. 이러한 기준은 일부승소를 완전승소 혹은 완전패소로 분류하였던 기존 공정위 및 국정감사에서의 사용하는 기준보다 합리적이며, 공정위의 과징금 산정에 대한 피심인의 불복 및 법원의 판단을 확인하고자 하는 본 연구의 목적과도 부합하는 것으로 판단된다.

가 모두 불복소송을 제기하였고, 하나의 판결사건번호에 피심인 10개 모두 포함되어 있을지라도 본 장에서는 개별피심인 기준이므로 관측치가 10이 된다.

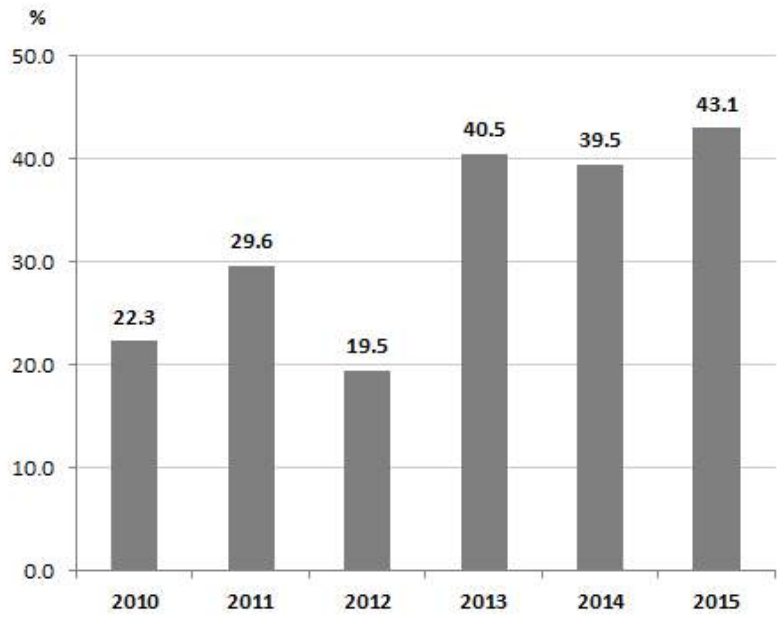
나. 법원자료를 이용한 공정위 승패소 현황

이상의 '피심인별 불복소송' 판결자료를 분석한 결과 2010~2015년 확정판결 사건에서의 공정위 패소율은 36%이다. 가장 최근인 2015년에는 46.6%로서 거의 절반의 판결에서 공정위가 패소하고 있다. [그림 V-5]는 공정위 패소의 시계열 추이를 보여주는데, 2010년 이후로 증가하고 있음을 확인할 수 있다. 이전 시기와 비교를 하고자 하였으나, 본 연구의 기준과 부합되는 자료를 찾을 수 없었다. 공정위 『통계연보』에는 공정거래법뿐만 아니라 하도급법, 가맹자사업법, 대규모유통법 등 공정위가 소관하는 전체 법률에 대한 소송 승패소율만 명기하였다. 2005년부터 2009년까지 공정위가 완전패소한 사건은 매년 평균 11건이며, 완전패소율은 15.5%였다.

위반행위별로 보면, 가장 많은 위반행위를 차지한 '부당공동행위(전체의 82%)'의 공정위 패소율은 전체평균보다 약간 낮은 31.5%를 보였다. 부당공동행위의 패소율 시계열 추이를 알고자 자료를 검색해보았지만, 본 연구의 패소율 정의와 부합하는 자료는 찾을 수 없었다. 다만 2015년 국정감사에 제출한 공정위 자료에 의하면, 2006년 이후 2015년 7월까지의 종결사건을 기준으로 부당공동행위에 의한 소송에서 공정위의 전부패소율은 24.5%였다. 특히 2006~2009년 동안 부당공동행위 전부패소율은 매년 약 3%대를 기록하였다. 다음으로 '불공정거래행위(전체의 13%)'로 패소율이 무려 67%를 보였는데, 부당공동행위의 2배가 넘는 수치이다.

한편 대법 상고율은 약 80%이며, 상고심에서의 판결번복률은 약 20%를 차지하였다. 공정위가 고법에서 패소하였다가 대법에서 승소한 판결사건의 경우 약 11.9%였고, 그 반대가 22.2%로 전자가 후자에 비해 다소 높았다. 대법원의 확정판결은 피심인에 다소 유리하였다는 결론을 조심스럽게 내릴 수 있다.

[그림 V-5] 2010~2015년 확정판결 기준 공정위 과징금부과 소송 패소율



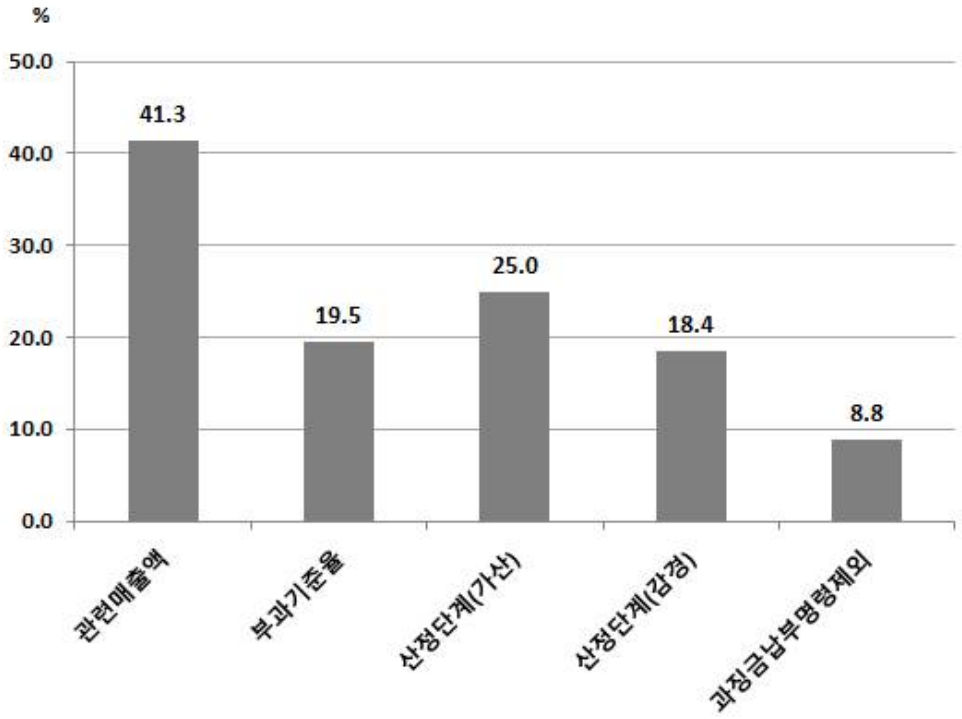
주: 2010~2015년 서울고등법원 및 대법원 확정판결 기준으로 총 307건임. 패소의 기준은 법원의 '과징금부과처분의 취소'로서 과징금부과액수가 전부취소 또는 부분취소된 경우 패소로 취급함.
· 관측치 단위는 과징금 부과받은 개별피심인임.

다음으로 피심인들의 소제기사유를 보자. 수집한 판결문을 전수 살펴본 결과, 소제기사유는 크게 세 가지로 분류될 수 있었는데, 1) 관련매출액 산정 문제, 2) 기본부과율 적용 문제, 3) 과징금 산정단계에서의 가산/감경의 적용 문제이다. 판결자료에 따르면 피심인들은 단독 또는 중복의 사유로 소를 제기할 수 있다. 예컨대 부당공동행위에 대해 합의 및 실행을 하지 않았다는 사유만으로 소를 제기한 경우도 있었으며, 이러한 사유와 함께 관련매출액 산정 및 부과기준율 적용 문제 등의 사유를 동시에 소제기 한 경우도 있었다. 따라서 후술되는 실증분석에서는 이를 중복계상하였다.

구체적으로 각 소제기사유의 내용을 알아보면, 관련매출액 산정 문제는 공정위가 관련매출액을 산정함에 있어서 위반기간 및 관련시장을 획정한 것에 대하여 피심인이 이의를 제기한 것이다. 두 번째로 기본부과율 문제는 위반행위로 인한 중대성 정도와 그에 따른 기본부과율 적용에 대한 것이다. 마지막으로 과징금 산정단계에서의 가산·감경 적용 문제는 기본과징금 산정 이후 과징금 산정단계에서 가산(임원가담 및 주도) 또는 감경(자진시

정, 조사협조, 단순가담, 현실적 부담능력 등)에서 공정위의 조치에 차별성을 느낀 경우를 나타낸다. 중복계상된 것을 고려하여 각 소제기사유의 비율을 구해보면, 관련매출액 산정에 문제가 있다고 소제기를 한 경우가 전체의 절반 이상을 차지하였다. 그 다음으로 부과기준율 적용 문제, 과징금 산정단계에서의 가산·감경 적용 문제가 각각 40%였다. 그 외 부당이득이 적거나 없음에 따른 감경 적용 문제, 과징금납부명령제외, 절차상 문제 등의 사유가 있다.

[그림 V-6] 2010~2015년 확정판결 기준 소제기사유별 공정위 패소율



주: 2010~2015년 서울고등법원 및 대법원 확정판결 기준으로 총 307건임. 패소의 기준은 법원의 '과징금부과처분의 취소'로서 과징금부과액수가 전부취소 또는 부분취소된 경우 패소로 취급함.
· 관측치 단위는 과징금 부과받은 개별피심인임.

[그림 V-6]은 표본기간(2010~2015년)내 각 소제기사유별 승패소율 현황을 보여주는데, 피심인이 관련매출액 산정에 대하여 소제기한 경우 공정위 패소율이 41%로 가장 높게 나타났다. 다음으로 과징금 산정단계에서의 가산 적용 문제(25%), 기본부과율 문제(20%), 산정단계에서의 감경 적용 문제(18%) 순으로 패소율이 높았다. 피심인이 과징금납

부명령제외를 주장하며 소제기한 경우 공정위 패소율은 9%로 가장 낮았다. 이와 같은 결과가 이후 승패소 결정요인에 대한 실증분석 결과와 연계될 수 있기를 기대해본다.

4. 불복소송 승패소의 주요 결정요인에 대한 실증분석

가. 기본 실증방정식

공정위가 볼복소송에서 패소하는 주요 결정요인에 대해서 식 (2)와 같이 프로빗(probit)모형을 이용하고자 한다. 종속변수($Lose$)는 더미변수로서 공정위가 패소한 사건이면 1, 아니면 0의 값을 갖는다. (즉, 피심인이 불복소송에서 승소했으면 종속변수는 1의 값을 갖게 된다.) 표본기간 동안 공정위가 패소한 사건은 총 111건(36%)로서 최근 증가추세를 보이고 있다.

$$Lose_j = \gamma_0 + \gamma_1 LAW_SUIT_j + \gamma_2 CASE_j + \gamma_3 DIFFERENCE_j + u_j, \quad j = 1, \ldots, 307. \quad (2)$$

공정위 패소에 영향을 줄 수 있다고 예측되는 변수들을 [표 V-1]과 함께 검토해보자. 주요 설명변수로는 크게 세 가지 그룹(LAW_SUIT, $CASE$, $DIFF$)으로 분류하였다. 첫째, LAW_SUIT은 피심인들의 다양한 소제기사유들이다. 법원 판결자료를 통해 피심인들은 공정위의 행정처분이 어떠한 사유로 부당한지 명시하였다. 공정위 패소의 결정요인 분석을 통해 이러한 피심인들의 다양한 소제기사유에 대해 법원이 어떠한 판결을 내렸는지 그 경향을 알 수 있을 것이다. 앞에서 검토했듯이 주요 소제기사유들은 관련매출액 계산에서의 이의, 기본부과율 적용에 대한 이의, 과징금 산정단계에서의 가산·감경 적용에 대한 이의 등이 있다.

우선 법원 판결자료를 통해 소제기사유를 크게 '해당 규제위반행위를 하지 않거나 적용대상이 아님'과 '규제위반행위이나 다양한 사유로 과징금을 감경 또는 면제($Claim$)'으로 구분할 수 있었다. 부당공동행위가 되기 위해서는 가격합의 및 담합실행 등이 중요한 요소인데 피심인들이 이런 합의나 실행을 하지 않았다고 항변하는 것이 전자에 속한다. 반면 후자인 규제위반행위이나 과징금이 부당하다고 이의제기 한 경우는 과징금 산정의 기

본이 되는 관련매출액(또는 위반액 및 연간예산액) 및 기본부과율이 잘못 산정되었다고 항변하거나, 과징금산정단계에서 가산/감경에 이의를 제기한 것이다. $Claim$은 다시 다섯 개의 세부 소제기사유로 구분가능한데, 1) 관련매출액 산정 문제($Claim_AC$), 2) 기본부과율 적용 문제($Claim_Levy$), 3) 과징금 산정단계에서의 가산 적용 문제($Claim_Add$), 4) 과징금 산정단계에서의 감경 적용 문제($Claim_Discount$), 5) 이들을 제외한 기타 문제($Claim_Others$)이다. 이상 다섯 가지 세부 소제기사유 중에서 $Claim_AC$이 60%로 가장 많았으며, 그 다음으로 $Claim_Levy$와 $Claim_Discount$이 각각 40%와 37%를 차지하였다.

둘째, $CASE$는 위반행위 및 재판절차와 관련된 '주요 사건특성들'로서 위반행위유형, 과징금절대액수, 상고여부, 법률대리인특성이 포함될 것이다. 특히 주요 사건특성 변수들은 공정위 심결자료와 법원 판결자료의 일대일 매칭이 선행되어야지만 본 실증분석에서 이용가능하다. 먼저 [표 V-1]에서 보듯이 표본기간 동안 발생한 세부위반행위유형은 총 6가지이다. 그런데 위반행위유형별로 소송제기사유가 차별적이라 생각된다. 실제 판결서를 확인한 결과 위반행위유형별로 소송제기사유가 사뭇 달랐다. 예컨대 부당공동행위([19조 ①, Vio_Type_6])는 $Claim_AC$, $Claim_Discount$, $Claim_Levy$ 순으로 소제기사유가 많지만, 불공정거래행위([23조 ①, Vio_Type_7]) 는 $Claim_AC$, $Claim_Levy$, $Claim_Others$ 순이었다. 특히 Vio_Type_7는 공정위 패소율이 67%로서 전체평균에 비해 두 배 가까이 높았으며, 이를 근거로 생각해보면 식 (2)에 포함하였을 때 추정계수는 (+)를 가질 것으로 예측한다.

과징금절대액수($Surcharge$)가 높을수록 피심인들은 불복소송을 제기할 유인이 클 것이다. 피심인들은 소송을 통해서 $Surcharge$ 취소처분을 받거나 적어도 감경받기를 원할 것이기 때문이다. 제IV장 4절에서 확인하였듯이, 과징금절대액수의 단위가 백만원이기 때문에 분포를 고려하여 로그를 취하였다. 한편, 다른 조건이 일정할 때 피심인이 상위 6대 대형 로펌의 도움을 받을수록 소송에서 승리할 가능성이 높을 것이다. 판결자료를 검토해보니 29개의 로펌을 선임하였고, 그 중에서 '6대 로펌'은 절반 정도를 차지하였다. 마지막으로 공정위나 피심인이 서울고법판결에 불복하여 대법원에 상고한 경우 확정판결에 미치는 효과를 알아보고자 대법 상고심 더미변수를 포함하였다.

셋째, $DIFF$는 '동일 사건에서 피심인들이 인지하는 부당함의 정도와 '피심인이 인지하

는 차별성'의 대리변수이다. 먼저, 동일 사건에서 전체피심인들 대비 불복소송을 제기한 피심인의 비율이 높다면 피심인들은 공정위가 산정한 과징금액수에 부당함을 크게 느낀다고 볼 수 있다. 그렇다면 법원에서도 피심인의 손을 들어줄 가능성이 높을 것으로 추측한다. 유사하게 동일 사건의 전체피심인들과 소를 제기한 피심인간 가산·감경률 차이가 클수록 소제기한 피심인은 차별성이 존재한다고 느낄 것이다. 동일 과징금 부과사건의 1차 조정단계에서 피심인들이 가산을 받은 경우, 전체피심인의 가산 평균보다 소제기한 피심인이 가산을 더 받았다면('과다가산') 해당 피심인은 차별성을 느낄 수 있다. 그리고 전체피심인들에 비하여 소제기한 피심인의 감경률이 낮을 때('과소감경') 해당 피심인은 역시 감경에서 차별성이 존재한다고 느낄 수 있다. 따라서 법원이 피심인들의 차별성을 받아들인다면 $DIFF$의 추정계수는 (+) 부호를 가질 것으로 기대할 수 있다. 본 연구에서는 이에 관한 대리변수들을 만들어 보려고 시도할 것이다.

[표 V-1] 공정위 승패소 관련 주요 설명변수 정의 및 기초통계량 (n=307)

(n=307)

변수명	정의 및 설명	평균	최대	최소
$Lose$	공정위의 패소 더미변수. 불복소송에서 공정위가 패소하면 1, 아니면 0 (n=307)	0.362 (0.481)†	1	0
$Claim$ a)	피심인의 소제기사유			
	$Claim$: 위반행위 발생은 인정하지만 다양한 이유 등으로 과징금 면제 또는 감경을 주장한 경우 1, 아니면 0	0.69 (0.46)†	1	0
	$Claim_AC$: 위반행위를 인정한 상황에서 공정위의 관련매출액 산정에 이의 1, 아니면 0	0.60 (0.49)†	1	0
	$Claim_Levy$: 위반행위를 인정한 상황에서 부과기준율 적용에 이의 1, 아니면 0	0.40 (0.49)†	1	0
	$Claim_Add$: 위반행위를 인정한 상황에서 과징금산정단계의 가산요인 적용에 이의 1, 아니면 0	0.08 (0.27)†	1	0
	$Claim_Discount$: 위반행위를 인정한 상황에서 과징금산정단계의 감경요인 적용에 이의 1, 아니면 0	0.37 (0.48)†	1	0
	$Claim_Others$: 위반행위를 인정한 상황에서 과징금납부명령 제외, 부당이득 고려, 절차상 문제 등 기타요인에 이의 1, 아니면 0	0.32 (0.47)†	1	0
Vio_Type_x b)	과징금부과 규제위반행위별 더미변수. 해당 규제위반행위이면 1, 아니면 0 (n=307)			
	$x = 1$: 시장지배적사업자의 지위남용행위 (n=3)	0.010	1	0
	$x = 2$: 지주회사 행위제한 (n=3)	0.010	1	0
	$x = 6$: 부당한 공동행위 (n=251)	0.818	1	0
	$x = 7$: 불공정거래행위 (n=39)	0.127	1	0
	$x = 10$: 사업자단체의 금지행위 (n=6)	0.020	1	0
	$x = 11$: 재판매가격유지행위의 제한 (n=5)	0.016	1	0
$Surcharge$	피심인당 부과받은 과징금 액수 (백만원)	5,520.7 (20,291.4)†	198,737.0	1.0
Law_Firm	피심인들이 6대 로펌을 대리인으로 선임한 판결사건 1, 아니면 0	0.52 (0.50)†	1	0
Sup_Court	대법원에 상고한 판결사건 1, 아니면 0	0.79 (0.41)†	1	0
Def_Suit	과징금 부과받은 사건의 전체피심인들 중에서 소제기피심인의 비율 (%)	73.7 (25.0)†	100.00	4.16
$Diff_Add$	과징금 부과받은 사건의 1차조정단계에서 소제기피심인의 가산율에서 전체피심인의 평균가산율을 빼 준 값 (% 포인트)	-0.40 (4.21)†	40.40	-16.10
$Diff_Discount$	과징금 부과받은 사건의 3차조정단계에서 전체피심인의 평균감경률에서 소제기피심인의 감경률을 빼 준 값 (% 포인트)	-0.79 (15.55)†	50.57	-63.61

주: · 2010년부터 2015년 동안 서울고등법원 및 대법원에서 확정된 판결 307건임.
· † 는 표준편차임.
a) $Claim$은 피심인의 소송제기사유임.
b) x는 [표 II-1]의 11개 규제위반행위의 순서별 번호를 기준임.

나. 분석결과

기본모형에서는 피심인들의 소제기사유만을 포함하였다.[134] [표 V-3]의 (L1)은 피심인의 소송제기사유 중 위반행위를 인정한 경우($Claim$)를 포함하였고, 그 결과 $Claim$의 추정계수는 (-) 부호에 비유의하였다. 따라서 (L2)에서는 $Claim$을 다섯 가지 세부유형으로 나누어 동일한 실증분석을 수행하였고, 총 세 개의 소송제기사유 변수에서 유의한 결과를 보임을 확인하였다. 구체적으로 기본부과율 적용에 대한 피심인의 이의 추정계수($Claim_Levy$)는 (-) 부호에 10% 내에서 유의하였고, 과징금 산정단계에서의 불충분한 감경조치 이의($Claim_Discount$)의 추정계수 역시 (-) 부호에 5% 내에서 유의한 결과를 보였다. 기타 이의($Claime_Others$)의 추정계수는 (-) 부호에 1% 내에서 유의하였다. 모형의 설명력을 나타내는 $Pseudo\ R^2$ 값은 무려 10% 포인트나 향상됐다.

그럼에도 패소에 유의미한 영향을 줄 것으로 기대한 관련매출액 문제($Claim_AC$)에 대해서는 유의미한 결과를 얻지 못하였다. 따라서 판결문을 기반으로 관련매출액 이의를 두 가지 세부유형으로 구분해보았다. 첫째, 관련매출액 계산 과정에서 피심인의 '위반기간($Claim_AC_D$)'이 잘못 설정된 데에 이의를 제기하는 경우이다. 두 번째는 '관련 시장획정($Claim_AC_M$)'에 관한 문제로, 관련매출액을 산정하는 데 있어 주된 기준이 되는 관련상품의 시장 범위를 정확하게 산정하지 못했다는 것이다. 나아가, 기타 이의에 대한 결과가 유의하게 나타난 것에 따라 기존에 기타 요소로 분류하였던 요인들을 세부적으로 살펴보고자 하였다.

이를 종합한 (L3)에서는 이전 모형에서 유의하지 않거나 유의했던 두 소제기사유 변수들을 보다 세분화하여 총 8개로 구분한 다양한 소제기사유들을 포함하였다. 실증분석 결과, 우선 관련매출액 이의 변수 중 $Claim_AC_M$는 (+) 부호에 5% 내에서 유의했다. 즉, 관련매출액 산정에 있어 제품 및 시장획정이 잘못되었다고 피심인들이 불복한 경우 법원은 피심인의 손을 들어주는 경향(즉 공정위 패소)을 보이고 있었다.[135] 한계효과를 추정해

134) 연도효과를 통제하기 위하여 연도더미를 모든 모형에 포함하였다. 한편, 동일 사건에 대하여 다수의 피심인이 불복한 경우, 해당 사건만이 갖는 특성을 통제하기 위하여 사건더미도 포함하였다.

135) 실제 관련매출액 산정의 주요소인 '관련상품' 및 '관련시장의 획정' 문제는 꾸준히 논란의 여지가 되고 있고, 따라서 법조계에서도 공정위가 특정 관련상품의 범위를 명확히 입증하지 못할 시에는 관련매출액에

본 결과, 다른 조건이 일정할 때 관련시장획정 항변은 공정위가 패소할 확률을 14% 포인트 증가시킨다. 다음으로 기타 항변을 세 개의 세부유형(과징금납부명령 제외, 부당이득이 없거나 작으므로 과징금 감경, 절자상의 문제 등)으로 구분한 바, 그 중에서 과징금납부명령을 제외해달라는 피심인 항변에 대한 추정계수($Claim_Others_1$)는 (-) 부호에 1% 내에서 유의하였지만, 나머지 두 세부유형은 비유의하였다.

나아가, (L4)에서는 앞선 피심인의 소제기사유와 더불어 위반행위 및 재판절차와 관련된 '주요 사건특성(과징금절대액수, 상고여부, 법률대리인특성)'을 포함하였다. 우선 위반행위유형 중 불공정거래행위(Vio_Type_7)만을 포함하였는데, 이는 여타 다른 위반행위를 포함하였을 때 다중공선성 문제가 심각하게 나타났기 때문이다. Vio_Type_7의 추정계수는 (+) 부호에 1% 내에서 유의하였다. 즉 피심인이 불공정거래를 위반하여 불복소송을 제기한다면 다른 조건이 일정할 때 법원은 피심인의 손을 들어주는 경향을 보이고 있다. 그리고 주요 사건특성변수인 과징금절대액수, 6대 법무법인 선임, 및 대법원 상고여부는 공정위 패소에 유의미한 연관성을 보였다.

공정위가 승소한 판결사건의 평균 과징금액수는 43억원인 반면에 패소한 경우 평균 과징금액수는 76억원으로 전자보다 후자가 1.8배가 높았다. 이러한 차이가 불복소송 승패소에도 영향을 미치는지 확인한 결과, 과징금액수가 높을수록 공정위가 패소하는 실증적 발견을 하였다. 또한 피심인들의 대형로펌 선임이 피심인의 승소율을 높이는 요인이라는 실증적 발견을 하였다. 이는 매우 흥미로운 발견임에도 불구하고 법률대리인으로서 대형 로펌의 선정이 정확히 어떤 이유로써 피심인의 승소률을 높이는지에 대한 분석은 본 연구의 범주를 넘어간다. 또한 대법원 상고여부도 공정위 패소에 유의미한 영향을 미치는 것으로 볼 때, 피심인이 판결에 대해 부당함을 크게 느낄수록 공정위가 패소할 확률이 증가하는 것으로 판단된다. 이상 위반행위 및 주요 사건특성변수는 이후 모든 모형에서 공고한 결과를 보인다. 한편, (L3)에서 유의하지 않았던 $Claim_Others_2$(부당이득이 없거나 작으므로 과징금 감경 등의 항변)의 추정계수가 5% 내에서 유의한 결과를 보였으며, $Pseudo\ R^2$ 값도 무려 10% 포인트 이상이나 향상됐다.

서 제외한다는 판시를 내리는 경향이 있다 (서울고등법원, 2008.11.19. 선고, 2008누1773)

다음으로 동일한 과징금을 부과받은 사건의 전체피심인들 중에서 소제기한 피심인의 비율(Def_Suit)을 포함한 결과가 (L5)이다. 전술했듯이 전체피심인들 중에서 소를 제기한 피심인이 많을수록 법원에서는 해당사건에 대한 공정위의 과징금부과 처분이 잘못되었다고 생각할 수 있을 것이다. 그러나 Def_Suit의 추정계수는 비유의하였다. 이제 피심인이 인지하는 차별성의 대리변수를 포함한 결과 살펴보자. (L6)를 보면, 동일 사건의 전체피심인들과 소를 제기한 피심인간 가산·감경률 차이 중 과소감경($Diff_Discount$)의 추정계수만이 공정위의 승소율을 유의미하게 높이는 결과를 보였다. 즉 법원은 해당 피심인이 감경에서 차별성이 존재한다고 느끼는 것에 대해서 오히려 피심인의 손을 들어주지 않는 경향을 뚜렷하게 보였다. 소제기사유의 감경 항변과 연계시켜 종합해보면, 감경과 관련된 항변에 대해서 한국 법원은 전반적으로 보수적인 태도를 보이는 듯하다. 반대로 1차 조정단계에서 피심인들이 가산을 받은 경우, 전체피심인의 가산 평균보다 소제기한 피심인이 가산을 더 받은 과다가산($Diff_Add$)에 대해서는 법원은 과소감경처럼 뚜렷한 패턴을 보이지 않았다.

다. 소결

2010년부터 2015년까지 서울고등법원 및 대법원에서 확정판결 기준의 자료를 이용하여 공정위 승패소 결정요인을 추정하였다. 종속변수는 불복소송에 공정위가 패소하면 1의 값을 취하는 더미이고, 주요 설명변수는 피심인들의 소제기사유, 주요 사건의 특성, 피심인이 인지하는 차별성 정도의 대리변수(즉 소제기 피심인과 해당사건의 전체피심인의 가산·감경률 차이), 및 기타 통제변수들로 구성된다.

실증분석 결과, (기타 통제변수들을 제외한) 최종모형(L6)에서 총 15개의 설명변수 중 10개가 종속변수에 유의미한 영향을 주었으며 추정식 전반의 설명력이 양호하였다. 구체적으로 총 8개로 구분한 다양한 소제기사유들 중에서 관련매출액 계산 과정에서의 '시장획정'과 관련된 항변은 공정위 패소율과 유의미한 연관성이 있으며, 과징금 산정단계에서의 '불충분한 감경조치', '기본부과율', 및 '과징금납부명령 제외'와 관련된 피심인들의 항변들은 공정위 승소율을 유의미하게 높이고 있음을 실증적으로 발견하였다. 관련매출액

산정의 주요 요소인 ‘관련상품’ 및 ‘관련시장’의 획정은 늘 논란의 여지가 되었고, ‘관련’ 상품 및 시장에 대한 공정위의 입증이 불충분하면 관련매출액에서 제외시키는 판결 경향을 법원에서는 보였다. 이는 관련매출액의 산정에 있어 상품 및 시장의 획정은 매우 정교하게 이루어져야 한다는 학계 주장과도 일치한다 (Baker and Bresnahan, 2008 등).

위반행위 및 재판절차와 관련된 주요 사건특성들인 과징금절대액수, 상고여부, 및 법률대리인특성은 공정위 패소에 유의미한 연관성을 보인다. 마지막으로 본 연구에서는 동일 과징금 부과사건의 전체피심인들과 소제기한 피심인간의 가산·감경률의 차이를 피심인이 인지하는 차별성의 대리변수로서 실험적으로 사용하였는데, 그 중 감경률의 차이는 해당 피심인의 패소율을 유의미하게 높이는 영향을 발견하였다.

[표 V-2] 과징금부과 불복소송에 대한 공정위 패소율 결정요인

	(L1)	(L2)	(L3)	(L4)	(L5)	(L6)
Claim	−0.0584 (0.1910)					
Claim_AC		0.2047 (0.1989)				
Claim_AC_D			−0.2246 (0.2185)	−0.3427 (0.2329)	−0.3423 (0.2324)	−0.3726 (0.2405)
Claim_AC_M			0.9415*** (0.2124)	0.9050*** (0.2477)	0.9041*** (0.2502)	0.8446*** (0.2538)
Claim_Levy		−0.3929* (0.2201)	−0.5998*** (0.2210)	−1.0515*** (0.2484)	−1.0521*** (0.2491)	−1.0711*** (0.2553)
Claim_Add		−0.4594 (0.3876)	−0.6584 (0.4108)	−0.6811 (0.5329)	−0.6862 (0.5077)	−0.7814 (0.4783)
Claim_Discount		−0.5500** (0.2255)	−0.6784*** (0.2429)	−0.7610*** (0.2678)	−0.7584** (0.2762)	−0.7464*** (0.2851)
Claim_Others		−0.7354*** (0.1925)				
Claim_Others_1			−1.4633*** (0.3348)	−2.2357*** (0.5012)	−2.3967*** (0.5030)	−2.4057*** (0.5100)
Claim_Others_2			−0.7549 (0.5264)	−1.0126** (0.5895)	−1.0142* (0.5905)	−1.0261* (0.5433)
Claim_Others_3			−0.1239 (0.2557)	0.2263 (0.3008)	0.2253 (0.3010)	0.2366 (0.3038)
Vio_Type_7				1.2360*** (0.3780)	1.2261*** (0.0589)	1.2140*** (0.3902)
ln_*Surcharge*				0.1941*** (0.0571)	0.1946*** (0.0589)	0.2013*** (0.0599)
Law_Firm				0.8000*** (0.2351)	0.8034*** (0.2413)	0.7660*** (0.2440)
Sup_Court				0.7448** (0.3399)	0.7437** (0.3447)	0.8023** (0.3511)
Def_Suit					0.0004 (0.0051)	−0.0001 (0.0051)
Diff_Add						0.0057 (0.0118)
Diff_Disount						−0.0130* (0.0075)
Constant	1.5373*** (0.4935)	1.6872*** (0.4675)	1.7193*** (0.5779)	−0.8919 (0.6435)	−0.9207 (0.7867)	−0.9758 (0.8097)
Pseudo R^2	18.7%	27.9%	35.8%	51.7%	51.7%	52.6%

주: 괄호 안은 이분산성을 고려한 표준오차(robust standard error)임. 모든 실증모형에 연도더미와 사건더미를 포함하였음. ***는 1%, **는 5%, *는 10%의 유의수준을 나타냄.

VI. 결론

최근 공정거래법상의 과징금부과 처분에 대한 피심인들의 불복소송률이 급증했으며 아울러 공정거래위원회의 패소사례도 부쩍 늘어났다. 이에 따라 학계 및 행정기관은 물론 잠재적 부과대상자인 시장참여자들의 과징금제도에 관한 관심이 고조되고 있으며, 아울러 제도개선의 필요성도 제기되고 있다. 예컨대 감사원의 2016년 6월 공정거래위원회에 대한 『공정거래업무 관리실태』 감사보고서와 더불어 매년 국정감사에서 지속적으로 제기되어 온 주장들의 핵심 중 하나는 과징금 부과절차의 투명성을 제고하고 공정위의 재량을 최소화하는 방향으로의 제도개선이 필요하다는 것이다.

금전적 행정제재인 과징금은 경제활동주체들의 유인과 행위에 직접적인 영향을 미친다. 불법행위로 발생하는 피해에 대한 이른바 '내부화(internalization)' 수단으로서의 과징금은 향후 한국사회 각 분야에서 그 사용이 빠르게 늘어날 것이다. 이러한 배경 하에서 본 연구에서는 크게 다음의 세 가지 작업을 수행하였다.

□ 제II장에서는 먼저 현행 과징금제도 현황을 개괄하고 과징금의 법적 및 경제적 성격을 검토한 후, 제III장에서 해외법제와의 비교를 통해 현행 공정거래법상 과징금제도의 자리매김을 꾀하고자 하였다.

□ 이러한 법률 및 이론적 배경을 바탕으로, 제IV장에서는 2005년부터 2015년 동안 실제 공정위에서 과징금을 부과한 사건들을 대상으로 한 심결자료를 전수 수집하여 과징금 부과와 관련된 일반적 특성을 파악한 후, 부과된 과징금액수를 결정하는 주요 요인을 추정하는 실증분석을 수행하였다.

□ 마지막으로 본 연구는 2010년부터 2015년 사이 공정위 과징금 처분에 대해 불복한 사건들의 법원 판결문을 전수 수집하고 상기 심결자료의 세부정보들과 연계시킴으로써 확장된 분석자료를 국내 최초로 구축하였다. 이를 통해 제V장에서는 불복제소의 추세 및 원인 등을 분석하고, 나아가 공정위의 패소확률(즉, 피심인의 승소확률)에 영향을 미치는 요인들을 다각도로 추정하였다.

이상 연구로부터 도출된 대표적인 관찰, 분석결과, 및 필요한 정책제언 등을 요약하면 다음과 같다.

[1] 과징금제도의 가장 바람직한 목적은 규제위반행위가 야기한 전체 '피해의 내부화' [제II장 2~3절]

■ 공정거래법에 따르면 6개 조항에 근거하여 11개 규제위반행위를 대상으로 공정거래위원회는 과징금을 부과할 수 있으며, 각 규제위반행위별로 부과할 수 있는 최대 과징금액수는 법률에 명시되어 있음.

■ 과징금 부과목적으로서 국내에서는 전통적으로 '부당이득의 환수'와 '행정제재'의 두 가지가 병용되었으나, 해외학계의 논의 및 경제학적 이론에 근거하여 가장 바람직한 목적으로 대두된 '피해의 내부화'를 최근 국내학자들도 점차 수용하고 있음.

- 전통적으로 국내 법학계 및 법조계에서는 과징금 부과목적으로서 '부당이득의 환수'와 '행정제재'로의 목적을 병용해 왔으나, 여전히 공정위나 법원에서는 '부당이득환수론'을 강조하는 경향을 보임 (예: 2007.9.30. 의결 제 2007-052호; 2014.11.30. 의결 제 2014-011호; 서울고법 2012.2.2. 선고, 2010누45868).
- 해외 학계 및 법조계에서는 당해 위반으로 취득한 경제이득뿐만 아니라 '사회에 미친 모든 피해'를 고려하여 과징금을 부과하는 것이 바람직하다는 입장을 취하고 있으며, 최근에는 국내학자들도 이러한 '피해내부화' 주장의 중요성을 인식하고 이 논리를 수용하는 경향을 보이고 있음. 이는 경제학적 논리와도 부합됨.
- 특정 행위로 인한 각종 피해에 대한 기대치(expected value)와 위반행위 적발에 따른 과징금 부담에 대한 피심인의 기대치를 사전적으로 일치시키는 수준에서 실제 과징금을 결정하는 것이 사회최적 과징금의 핵심임. 여기서 피해의 실제발생이나 위반행위별로 상이한 위법행위의 '적발개연성' 정도와 더불어 '피해액'을 정확히 측정하는 것이 최적과징금 산정의 요체임.

⇨ 결론적으로, 과징금 부과목적은 '피해내부화'에 두는 것이 가장 바람직하며, 향후 이 목적에 더욱 충실히 부합되는 방향으로의 정책 전환이 필요함. 특히 위반행위로 인한 피해규모를 더욱 정확히 측정하고, 위반행위별 적발어려움의 차별성을 반영하는 기법개발이 시급하게 요구됨.

[2] 과징금 산정과정에서 중복적으로 적용되는 항목들을 축소하는 등 산정과 관련된 제반 실체적 제도들을 더욱 개선하고, 그 운영상의 투명성을 제고할 필요성이 시급 [제II장 2절]

■ 기본과징금 산정근거를 상세히 공개함에 따라 과징금 산정제도 및 운영에 대한 정당성과 투명성을 제고할 수 있음.

▸ 기본과징금은 '관련매출액'에 위반행위 중대성에 따라 차등 적용되는 '기본부과율'을 곱하여 산정함.

(※ 용어사용의 혼동을 최소화하기 위하여, 본 연구에서는 과징금 고시의 '부과기준율'을 세 가지로 분류하여 정의하였음. 1) 과징금 고시에 위반행위유형별로 규정한 관련매출액 대비 최소 및 최대 부과기준율을 '**법정부과율**', 2) 이를 기반으로 피심인의 **기본과징금** 산정에서 적용되는 부과율을 '**기본부과율**'이라고 정의함. 3) '기본부과율'로 기본과징금이 산정된 이후 가산·감경 단계를 거쳐 최종적으로 **실제과징금**이 결정되는데, 이 때 관련매출액에 대한 실제과징금의 비중을 '**실제부과율**'이라고 정의함. 실제과징금은 피심인에게 최종적으로 부과된 과징금을 의미함.)

• 과징금 산정절차

과징금 부과여부 결정	⇨	기본과징금 (산정근거)	⇨	1차 조정 (행위 요소)	⇨	2차 조정 (행위자 요소)	⇨	실제과징금
위반행위 내용 및 위반행위 정도, 시장상황 등 고려		'관련매출액' * '기본부과율' (위반행위 정도에 따른 부과비율 적용)		(가중) 위반행위 기간, 위반횟수 (50% 이내)		(가중) 주도자, 고위임원, 조사방해 (감경) 단순가담, 조사협조, 자진시정		현실적 부담능력, 부당이득 등을 고려하여 최종 조정

▸ 하지만 감사원(2016) 지적에 의하면, 공정위는 위반행위 중대성을 과대평가하여 '매우 중대한 위반행위'(전체의 70% 이상)에 평가결과가 집중될 정도로 기본과징금을 전반적으로 높게 산정함으로써, 3차 조정(즉 실제과징금 산정단계) 때에는 과중하다는 이유로 과징금을 대폭 감액하는 불필요한 원인을 제공함. ※ 이는 김일중 외(2010) 및 본 연구의 실증적 발견과도 동일한 지적임.

▸ 위반행위 중대성 정도는 과징금 고시의 세부평가기준표에 의한 산정점수를 통해 결정되나, 현재 의결서에서는 위반행위 중대성 정도 및 기본부과율만을 명시하고 있어 산정절차의 정당성과 투명성이 부족함.

▸ 더욱이 위반행위 중대성 정도별로 법정부과율의 '범위'가 규정되어 있지만, 가령 특정 위반행위가 '매우 중대한 위반행위'에 해당되더라도 공정위는 대체로 범위의 양극단값(하한선 또는 상한선)만을 적용하는 경향이 있어, 중대성 분류기준에 따른 법정부과율의 범위는 큰 의미가 없음. (예: 부당공동행위의 경우 매우 중대한 위반행위를 적용받은 사건의 84%가 양극단값(7% 또는 10%) 적용)

⇨ 권고사항: 세부평가기준표에 의거한 산정점수 산출근거 및 그 요약표를 모든 의결서에 명시 (요약표 작성의 예)

• 의결서(현재): 최종결과만을 작성

> *"기본과징금은 관련매출액에 이 사건 공동행위의 위반행위 중대성 정도에 따라 산정한 부과기준율을 곱하여 산정하는 바, 부과기준율은* ***이 사건 공동행위가 위반행위의 중대성 정도에 있어서 매우 중대한 위반행위에 해당됨을 감안하여 7.0~10.0% 범위 내에서 적용****하되, 국내 반주기 시장의 규모가 축소되는 등 사업여건이 어려운 점을 종합적으로 고려하여 7%의 부과기준율을 적용하여 기본과징금을 산정한다."*
>
> (의결 제2011-162호, "(주)금영 및 티제이미디어(주)의 부당한 공동행위에 대한 건")

• 의결서(향후 추가권고 사항): 산정점수 요약표 및 산출근거내용 작성표

<세부평가기준표>

참작사항		부과수준 (비중x상·중·하)	점수
위반행위 정도	경쟁제한성	0.2 x 상(3점)	0.6
	이행정도	0.2 x 하(1점)	0.2
위반행위 내용	관련시장점유율	0.1 x 상(3점)	0.3
	관련매출액	0.2 x 중(2점)	0.4
	피해규모/부당이득	0.2 x 상(3점)	0.6
	지역적 범위	0.1 x 중(2점)	0.2
총 합계			**2.3**

⇨

<산정점수표>

산정 점수	법정 부과율	산정 점수	법정 부과율
2.8 이상	10.0%	1.8	5.0%
2.7	9.5%	1.7	4.5%
2.6	9.0%	1.6	4.0%
2.5	8.5%	1.5	3.5%
2.4	8.0%	1.4	3.0%
2.3	7.5%	1.3	2.5%
2.2	7.0%	1.2	2.0%
2.1	6.5%	1.1	1.5%
2.0	6.0%	1.0	1.0%
1.9	5.5%	1.0미만	0.5%이상

⇨

□ 이 사건 공동행위[19조 ① 8호]의 위반행위 중대성은 세부평가기준표(과징금 고시, 별표)에 의거 **2.3점이 도출**됨으로써 산점점수표에 따라 **7.5%의 기본부과율을 적용**하여 기본과징금을 산정한다. 세부평가기준표로부터 도출된 2.3점에 대한 근거는 다음과 같다.

1. 위반행위 정도
   1.1. 경쟁제한성: 이 사건 공동행위는 입찰가격의 결정 등의 주로 경쟁제한효과만 나타나는 경성 공동행위로서 세부평가기준표 '경쟁제한성'의 상(3점)에 해당된다.
   1.2. 이행 정도: 피심인 A는 합의 내용의 이행을 위한 수단을 가지고 있지 않았기 때문에 세부평가기준표 '이행정도'의 하(1점)에 해당된다.
2. 위반행위 내용
   2.1. 관련시장점유율: 피심인 A의 관련시장점유율은 65%로서 세부평가기준표 '관련시장점유율'의 중(2점)에 해당된다.
   2.2. 관련매출액: 피심인 A의 관련매출액은 650억원으로 세부평가기준표 '관련매출액'의 중(2점)에 해당된다.
   2.3. 피해규모/부당이득: 이 사건의 공동행위는 8년 이상으로 장기간 지속되었고, 대체의 용이성이 사실상 불가능한 바 세부평가기준표 '피해규모/부당이득'의 상(3점)에 해당된다.
   2.4. 지역적 범위: 해당 사건의 관련시장은 서울특별시와 경기도 지역으로서 세부평가기준표 '지역적 범위'의 중(2점)에 해당된다.

■ 과징금 산정절차에서 동일항목 적용의 중복성을 최소화해야 함.

▸ 기본부과율의 산정기준이 되고 있는 '세부평가기준표'의 요건들이 세부평가기준표 내 또는 과징금 조정단계(1, 2차 조정 및 실제과징금 결정)에서 동일하게 적용되어 중복 가산·감경의 요인이 되고 있음. ※ 가령 세부평가기준표의 '피해규모/부당이득' 항목에서의 '가격인상분' 및 '부당이득의 정도' 요인들은 실제과징금 결정단계에서 반복 고려되어 과징금을 최대 50%까지 감경할 수 있도록 함.

• 동일 요건 중복의 예시

세부평가기준(2016.12 과징금 고시 IV.1) ('기본과징금' 산정단계)		**실제과징금 결정**(2016. 12 과징금 고시 IV.4) ('실제과징금' 산정단계)
피해규모/부당이득	위반행위의 지속기간, 시장의 구조, 관련 상품의 범위 및 특성, 거래단계, 대체의 용이성, 가격인상분(입찰에서의 낙찰률)의 절대·상대적인 수준, 이익률의 절대·상대적인 수준 등을 종합적으로 고려할 때, 부당이득의 규모가 현저하거나 거래상대방·소비자 등에게 현저한 피해가 발생되는 경우	가.(2) 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등의 조정 사유는 그러한 사유들이 개별 위반사업자의 시장점유율, 가격인상 요인 및 인상 정도, 위반행위의 전후사정, 실제로 취득한 부당이득의 정도 등을 종합적으로 참작할 때 위반행위 유형별 산정기준 결정 단계 등 앞 단계에서 충분히 고려되지 못하였다고 인정되는 경우에 한해 적용하며, 2차 조정된 산정기준의 100분의 50 이내에서 감경할 수 있다.

⇨ 따라서 1) 과징금 고시상 기본과징금 산정단계에서 중대성의 정도에 따른 법정부과율의 양극단 값 적용을 지양하고 객관적 지표인 산정점수표를 근거로 기본부과율을 탄력적으로 결정하되, 2) 의결서 작성시 '세부평가기준표에 따른 항목별 산정과정 및 점수'를 명시할 것을 권고하는 동시에, 3) 과징금 산정의 전체 과정에서 동일한 가산 또는 감경요인이 중복적으로 적용되지 않도록 과징금 고시에 포함된 내용에 대한 면밀한 검토가 필요함.

[3] 피해액 산정기준으로서의 '관련매출액'은 이론적 근거 및 실제 활용가능성 측면에서 현재 국제적으로 가장 선호되는 기준 [제III장 1절]

■ 한국의 현행 공정거래법상 과징금은 위반행위별로 시행령에 명시하고 있는 '관련매출액'의 일정 비율로써 산정됨.

- 공정위는 과징금제도의 '객관성'과 '투명성'을 높이기 위해 2004년부터 관련매출액을 기준으로 기본과징금을 산정하기 시작함.
- 관련매출액의 정의가 다소 모호하다는 입장이 학계와 법조계에 여전히 존재함에도 불구하고, 관련매출액의 일정비율을 피해의 대리변수로서 사용하는 것을 대체로 수용하고 있음.

■ 미국, EU, OECD, 영국, 일본, 한국 등은 공정거래법상 위반행위에 대해 관련매출액의 일정비율로 기본과징금을 산정하고 있으며, 수많은 선행연구들에서는 관련매출액이 현실적으로는 '피해'를 반영할 수 있는 가장 좋은 차선의 수단이라고 주장함.

- 특히 전 세계적으로 일면 규범기준이 되어 왔던 미국 법제의 경우, "*금전적 손실(pecuniary loss)을 대신하여 관련매출액의 20%를 사용하고 있다*"(USSG §2R1.1(d)(1))고 규정함으로써 관련매출액을 피해의 대리변수로 사용하고 있음을 명백히 밝히고 있음.

⇨ 선진국들의 법제 및 선행연구를 통해 관련매출액이 '피해'의 대리변수로서 가장 널리 통용되고 있는 것을 확인하였기 때문에, 관련매출액 사용 여부 자체에 대한 논쟁보다는 그 산정기준의 객관성과 정교화를 확보하고 산정절차가 매우 투명하게 운영되고 있는지를 우선적으로 검토할 필요가 있음 (※ 제V장에서 확인할 수 있듯이, 실제로 관련매출액 산정에 불복하여 제소하는 피심인이 최근 급증하고 있음. 후술되는 [11] 및 [12]의 설명 참조).

[4] 부당공동행위에 대한 과징금의 국내 기본부과율은 평균 6.5%이고 실제부과율은 2.5%로서 주요 선진국들에 비해 현저히 낮은 수준 [제III장 2절]

■ 주요 선진국(미국, EU, 영국)에서는 담합과 독점행위를 대상으로 기본과징금 산정시 관련매출액의 최대 30%까지도 '법정부과율'을 적용하도록 규정하고 있는데 반해, 한국 공정거래법상 부당공동행위의 '법정부과율'은 최소 0.5% 내지 최대 10%까지로 규정하여 선진국에 비해 절반도 안되는 낮은 수준임.

- 부당공동행위[19조 ①]는 '관련매출액'의 0.5~10%, 불공정거래행위[23조 ① 1~6호]는 '관련매출액'의 0.1~2% 범위 내에서 기본부과율을 부과할 수 있음. ※ 사업자단체 금지행위는 '연간예산액'의 10~70%, 그리고 부당한 지원행위[23조 ① 7호]는 '위반액'의 20~80%.
- 부당공동행위에 대해서 (기본과징금 산정시) 미국은 관련매출액의 20%(고정), EU 및 영국은 0~30% 범위 내에서 법정부과율을 적용할 수 있어서, 한국 법정부과율의 수준이 결코 높지 않음을 확인할 수 있음.
- 한편 한국 법정부과율의 범위가 정확히 애초 어떤 근거로부터 마련된 것인지는 명확하지 않음. ※ 공정위에서 준용한 법정기준율의 토대가 된 권오승 외(2003): "*부과비율을 어떻게 정할 것인가는 ..... 정책적으로 판단할 문제 ..... 다만 이 고시안에서는 그와 같은 정책적인 판단을 내릴 자료가 부족하므로 여기서 관련매출액에 적용한 부과비율은 편의상 정한 것.....*"

■ 부당공동행위에 대한 국내 '실제부과율'은 선진국들에 비해 1/8 수준이며, 기본과징금 산정단계에서 적용된 국내 '기본부과율' 마저도 선진국들 실제부과율의 1/3에 불과함.

- 미국, EU, 및 OECD의 실제 담합사건들을 토대로 실증분석을 시도한 선행연구들의 결과를 보면, 대체로 15~20% 내외 수준으로 '실제부과율'이 집행되고 있음.
- (제IV장에서 심결자료의 전수를 분석한 결과) 부당공동행위에 대한 국내 **기본부과율의 평균은 6.5%**이고 **실제부과율은 2.5%**에 그침. 따라서 '해외 실제부과율'에 비해서, '**한국 기본부과율**'은 단지 **1/3 수준**에 그치며 '**한국 실제부과율**'은 그보다 훨씬 낮은 **1/8 수준**에 불과함. ※ 담합의 폐해는 세계공통임.
- 국가별 법정부과율의 상한선 기준이 다르다는 점을 차치하고서라도 미국과 EU의 실제부과율은 법정부과율과 유사한 수준인데 반해, 한국의 실제부과율은 법정부과율의 1/4 수준에 불과함.

⇨ 결론적으로, 1) 명확한 근거(예: 해외사례 또는 추가연구결과를 근거로 '20% 기준 적용' 등)를 통해 법정부과율 기준에 대한 정당성을 확보하고, 2) 과징금 산정단계에서의 가중·감경요인들을 신중히 고려하여 현재 매우 낮은 수준의 실제부과율의 실효성을 높일 필요가 있음.

[5] 과징금 감경요인으로서의 '현실적 부담능력' 사유가 산정과정을 거치면서 심각한 수준으로 남용되고 있는 현상에 대한 대책마련이 시급 [제III장 3절]

■ 기업규모별로 과징금을 차등적용해야 한다는 주장은 자기책임원리에 원천적으로 반하는 것임.

- 공정위가 과징금 산정단계에서 '**현실적 부담능력**' 또는 '**재무상태**'를 고려하여 대기업을 대상으로 과징금액수를 대폭 감액하여 상대적으로 중소기업이 더 높은 과징금을 부과받는 경우가 발생해 논란이 되고 있지만, 이는 근본적으로 형평성과는 다른 이슈임.
  - 가령, 천연가스 주배관 1·2차 건설공사 입찰(2015.7.20., 의결 제2015-251호)에서 담합해 1조 7천억원 규모의 공사를 배분한 건설업체 22곳을 제재하였음. 당시 공정위가 19개 건설업체에게 부과한 총 1,691억원의 과징금액수 중, 대기업인 현대중공업(58억 3천만원), 두산중공업(62억 5천만원), GS건설(61억 4천만원), 한화건설(57억 8천만원)보다도 많은 69억 4천만원을 삼보종합건설이 부과받음. 이에 건설업계에서는 "*중소업체는 자본금보다 더 큰 돈을 토해내기도 한다*"며 형평성 이슈를 제기함.
  - 한편 이 결과에 대하여, 법 위반 정도가 크게 차이 나지 않음에도 대기업이 중소·중견업체보다 결과적으로 가벼운 처벌을 받게 된 것은 **기업의 실제 납부능력(현실적 부담능력)을 고려해 과징금을 부과토록 하는 공정위의 규정 때문**이라는 주장도 있었음.
- 동일한 규모의 사회피해에 대해서는 동일 수준의 제재를 부과해야 함. 기업규모별로 차별적인 과징금을 부과한다는 논란이 발생하는 주요 이유는 기본과징금의 산정근거인 관련매출액("*위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액*")에 이미 기업규모 여부가 반영되었음에도 불구하고 현실적 부담능력 등의 요인으로 해당 대기업에게 큰 감액을 해주어서 발생했던 문제였음. 따라서 소규모기업에 소액을 부담해야 한다는 형평성 주장은 맞지 않음. ⇒ 기업규모별로 과징금을 차등적으로 부과하기 보다는 공정위가 자의적으로 과징금을 감액하고 있지는 않은지 여부를 우선적으로 재검토해야 할 것으로 보임.
- 더욱이 미국을 비롯한 주요 선진국들에서도 기업규모별로 과징금을 차등적으로 부과해야한다는 별도의 법제는 규정되어 있지 않음.

■ 공정위는 국내 과징금 고시의 실제과징금 산정단계에서 '현실적 부담능력'의 사유로서 과징금이 과다하게 감액되고 있다는 국정감사 및 감사원 지적에 따라 고시를 개정한 바 있으나, (제Ⅳ장에서 검증되듯이) 여전히 남용됨을 확인할 수 있음.

- 2012년 과징금 고시(제2012-6호) 전까지는 2차 조정단계와 실제과징금 산정단계에서 '현실부담능력'을 중복적용하는 것이 가능하여 이로 인한 감액의 폭이 매우 컸음 (예: 2010. 2. 25. 의결 제2010-027호; 2015. 3. 12. 의결 제2015-074호 (2015. 5. 6. 재결 제2015-011호)). ※ (제Ⅳ장의 심결자료에서 확인한 결과) 총 44건의 의결서에서 2차 조정단계와 이후 실제과징금 산정단계에서 현실부담능력 항목을 중복으로 적용하였음.
- 그런데 공정위는 2013년 과징금 고시(제2013-2호)상에서 현실부담능력에 대한 판단기준이 엄격하지 않다는 지적을 수용하고 피심인이 '자본잠식 이상'인 경우에만 감경요인을 적용할 수 있도록 보다 엄격하게 고시를 개정(제2014-2호)함. 하지만 고시 개정(제2014-2호) 이후에도 2014년 이전 사건에 대해서는 舊 고시(제2013-2호 이전)를 적용하는 등의 문제로 현실부담능력은 여전히 빈번히 적용되었음. 이에 공정위는 최근 고시 개정(제2016-22호)을 통해 2016년 이전에 발생한 행위일지라도 개정된 고시(제2016-22호)를 적용가능토록 해 현실부담능력 과다적용의 문제를 축소하고자 함. ※ (舊 고시 [부칙]에서는 고시 개정일자 이전의 사건은 해당 위반기간 동안의 고시를 적용하도록 규정함)

■ 한편, 미국과 EU에서는 기업의 존속여부를 위태롭게 만들 정도로 과중한 '매우 예외적'인 경우에 한해서 현실적 부담능력을 고려하여 과징금을 조정하고 있음.

- 미국의 경우, 18 USSG §8C3.2에 의거하여 '즉시 지불(immediate payment)'하는 것이 원칙이나, 즉시 지불이 불가능한 기업의 경우에는 특정 날짜에 지불 또는 분할 납부할 수 있도록 규정하고 있음.

■ 반면 (제Ⅳ장에서 확인된 것처럼) 한국에서는 표본추출기간(2005~2015년) 동안 현실적 부담능력으로 인한 감경을 적용한 사건은 전체 표본(1,311건)의 무려 61%에 해당함.

- 전체 표본(1,311건)은 현행 산정단계(1차→2차→실제) 형태로 개정된 2004년 고시(제2004-7호) 이후의 사건부터 수집되었음.
- 이는 부담능력이 작은 자에게 '**위반행위의 가담**' 및 '**부담능력의 위장축소**' 유인을 증가시키는 **부작용을 초래함**으로써, "*피해정도에 비례하여 제재해야 한다*"는 앞서 **최적 과징금제도의 기본원칙에 정면으로 위배**됨.

⇨ 따라서 공정위는 1) 현실적 부담능력을 과징금 고시의 실제과징금 결정 단계에서의 통상의 주요 감경요인이 아닌 별도의 예외적인 항목으로 검토할 수 있는 방안을 마련하고, 2) 현재 시행 중인 분할납부 방식 사용의 확대와 더불어, 영업정지 등 비금전적인 대체제재수단들도 적극 활용하는 방안을 모색하여 법집행의 실효성을 확보해야 함.

[6] [심결자료를 구축·활용한 심층 실증분석] 2005~2015년간 공정거래법상 과징금이 부과된 심결자료의 전수조사를 통한 검토 결과, 총부과액 기준 연평균 1.5배씩 증가했으며 2010년을 전후하여 각 5년간 연평균 3배 증가 [제Ⅳ장 1~2절]

■ 2005~2015년간 공정거래법상 과징금이 부과된 사건들의 심결자료 전수조사를 수행함.

- 표본추출기간은 과징금 부과건수가 전년도의 3배 이상 증가한 2005년부터 가장 최근인 2015년까지 총 11년임.
- 먼저 공정위 홈페이지에서 '등록일', '일반유형', 및 '조치유형'으로 분류해 검색한 결과 약 6,000건의 의결서가 조회됨. 이 중 공정거래법상 과징금을 부과한 자료만을 추출한 결과 약 2,000건의 '공정거래법 과징금 부과사건' 심결자료를 확보함.
- 분석의 일관성과 정확성을 제고하기 위하여 크게 두 가지 추가기준을 적용: 1) '의결번호' 기준, 2) '최종' 심결 기준. (※ 심결자료 내에 피심인명이나 각 산정단계의 과징금액수가 누락된 것들 중 일부는 공정위에 직접 문의하여 구함.)

· 과징금은 산정단계에서 최종적으로 부과된 **'실제과징금'**을 기준으로 삼음.

■ 11년간 부과된 누적과징금액수는 총 6조 6천억원이며, 2010~2015년 연평균 실제과징금 부과액수(9천억원)는 2010년 이전 연평균(2,700억원)보다 3배 이상 증가했음.

- 11년간 공정위의 실제과징금 누적부과건수는 1,384건, 누적피심인 숫자는 3,122, 누적부과금액은 6조 6천억원임.
- 총 부과금액 기준으로 실제과징금액수는 매년 평균 1.5배씩 증가하였음. 특히 2005년의 총 과징금 부과액수는 약 900억원인데 반하여 2015년은 8,600억원으로 10배 가량 증가했음.
- 2010~2015년 연평균 실제과징금 부과액수는 9천억원으로서 2010년 이전 연평균(2,700억원)보다 3배 이상 증가하여 2010년 이후 과징금 부과액수가 증가하고 있음을 확인하였음.
- 사건당 부과된 실제과징금액수의 평균은 48억원이었으며, 단일 사건 최대 과징금액수는 6,689억원임 ('7개 액화석유가스(LPG) 공급회사의 부당한 공동행위에 대한 건' 2010. 4. 23. 의결 제2010-045호).
- 과징금을 부과받은 세부 위반행위 중 부과건수는 '불공정거래행위'가 824건(60%)으로 가장 많았으며, 다음은 '부당공동행위', '사업자단체금지행위' 순으로 각각 369건(27%), 117건(9%)의 과징금을 부과하였음. 이상 세 가지 위반행위가 부과건수 전체의 95% 이상을 차지하였음.

[7] 통상적으로 사회적 피해가 매우 크다고 알려진 '부당공동행위' 사건에 부과된 평균 과징금액수는 사건당 전체평균(48억원)의 3배 이상 높은 158억원이며, 평균 위반기간 및 사건당 평균 피심인 수 역시 여타 다른 위반행위에 비하여 월등한 차이를 보이고 있지만, 부당공동행위에 대하여 오히려 상대적으로 더 높은 수준의 감경률을 적용함으로써 결과적으로 최적과징금제도 원칙을 심대히 위배 [제Ⅳ장 2절]

■ 다른 위반행위에 비해 사회적 피해가 매우 크다고 알려진 부당공동행위의 사건당 평균 과징금액수는 158억원으로 과징금을 부과받은 9개 위반행위 중에서 가장 높았으며, 그 다음으로 시장지배적 지위남용이 112억원임.

- 11년 동안 부당공동행위로 부과된 누적과징금액수는 5조 8천억원으로 전체 누적금액의 약 90% 수준임.
- 사건당 평균 과징금액수는 158억원이고, 매년 평균 1.4배씩 증가함. 특히 2010년 이후 6년 동안 사건당 평균 212억원을 부과받았으며, 이는 2010년 이전 5년간에 비해 4배 가까이 높은 수치임 ⇒ 따라서 부당공동행위에서의 증가가 과징금 전체평균의 증가세를 견인함.

■ 부당공동행위에 가담한 피심인들 숫자의 평균은 5.3으로 9개 위반행위 중에서 가장 많았고, (입찰담합을 제외한) 평균 위반기간은 44개월로서 여타 다른 위반행위들보다 현저히 길었음. 이처럼 많은 피심인들이 참여하고 위반기간이 긴 부당공동행위는 막대한 사회적 비용을 야기한다고 볼 수 있음.

- 부당공동행위에 가담한 총 피심인 수는 1,948이고 사건당 평균 5.3임. 전체 평균 2.3보다 2배 이상 높으며, 특히 부당공동행위를 제외한 위반행위의 평균 피심인 숫자(1.2)보다는 무려 4배 이상 높음.
- 전체 부당공동행위의 사건당 평균 위반기간은 33개월이지만 부당공동행위 세부유형 중 입찰담합을 제외한 위반행위의 평균 위반기간은 44개월로서 다른 위반행위들보다 현저히 길었음. 그 다음으로 재판매가격 유지행위(39개월), 사업자단체 금지행위(32개월) 순임.
- 평균 피심인 숫자와 위반기간이 상대적으로 다른 위반행위에 비해 높은 수준임. 다른 조건이 일정할 때, 부당공동행위는 피해규모가 더욱 클 것임.

■ 그러나 다른 위반행위에 비해 부당공동행위에 더 높은 수준의 감경률이 적용되고 있는 심각한 문제가 발견됨.

▸ 부당공동행위의 사건당 평균 기본과징금은 350억원으로 다른 위반행위보다 무려 37배나 높았고, 실제과징금의 평균은 158억원으로 20배 높음. 그러나 기본과징금에 대한 실제과징금의 비율을 살펴보면, **부당공동행위는 48%, 다른 위반행위는 59%**로 **부당공동행위의 감경 정도가 더 높았음**. 즉, 부당공동행위로 부과받은 실제과징금은 기본과징금에서 평균 52%나 감경되어 거의 '반토막'이 되었다는 의미임. ※ 감경액수의 절대적 수준에서는 더욱 큰 차이가 날 것임.

⇒ **막대한 사회적 비용을 야기하는 부당공동행위에 더 높은 수준의 감경률을 적용하고 있으므로 전술한 최적과징금제도 원칙에 뚜렷이 위배됨.**

[8] 공정위에서 산정작업의 출발점이었던 기본과징금은 위반유형을 막론하고 종국에 가면 '평균 절반 수준'으로 깎이고, 특히 조정단계의 후반부로 갈수록 '표준산포지수'로 측정한 '사건별 감경률의 편차'가 대폭 확대됨으로써(9.7% ⇒ 18.0% ⇒ 41.9%), 최종단계에서 공정위가 '미세조정(fine tuning)'을 한다기 보다는 사건별로 큰 폭의 '재량(discretion)'을 발휘한다는 증후를 포착 [제IV장 3절]

■ 각 산정단계별 감경률을 표준화하여 '감경률 인덱스'를 계산함.

- 1,384개의 심결자료 중에서 현재 산정단계 형태와 동일한 2004년 이후 고시를 적용한 사건들을 추출함. 그 중 1차 조정단계에서 부당이득액수에 의한 과징금액 조정이 적용되어 다른 표본들과 비교가 불가능한 사건을 제외하여 감경률을 측정하기 위한 총 1,292개의 표본을 최종적으로 추출함.
- 산정의 출발점인 사건별 기본과징금액수를 100의 기준수치로 삼고, 각 조정단계를 기준수치에 비례한 '**감경률 인덱스**'로 표준화(standardization)하였음.

■ 기본과징금 대비 실제과징금의 감경률은 약 절반 수준임.

- 세 인덱스들의 단순평균값은 1차 조정단계 103.2, 2차 조정단계 88.9, 실제과징금 단계 56.1로 나타남. 즉, 기본과징금 기준 각 단계별 조정치는 각각 +3.2, -11.1, -45.9임.

⇒ 최종적으로 피심인들에게 부과된 과징금은 평균 약 절반으로 삭감됨.

※ 김일중(2010a) 및 최근 감사원보고서(2016)의 결과와 매우 유사함.

■ 감경패턴과 관련하여 흥미로운 두 가지 발견을 함.

1) 6개 위반행위 유형별 감경패턴은 매우 유사할 뿐만 아니라, 조정단계별 각 감경률 인덱스들이 전체 표본의 평균들과도 거의 일치하였음.

2) 감경률 인덱스들의 산정단계별 표준편차가 후반부로 갈수록 증가함.

- 1차 조정단계 감경률 인덱스의 표준편차는 10.0인 반면, 그 다음 두 조정단계에서는 각각 16.0과 23.5이었음.
- 과징금 절대액수가 급격히 줄어드는 마지막 단계로 갈수록 '사건별로는' 공정위가 훨씬 높은 수준의 감경을 행사하고 있음.
- (발견 2)와 관련하여) 각 단계별 감경률 인덱스로써 구한 '표준산포지수'는 각 단계별로 9.7%, 18.0%, 41.9%로서 사건별 편차가 확대됨.
- 집단간 평균의 상대적인 차이를 고려한 변동계수(coefficient of variation)를 이용하여 '표준산포지수'를 구한 이후, 사건별 감경률 인덱스의 분포를 알아봄. (※ 표준산포지수는 단순표준편차를 평균으로 나눈 값의 비율로 표현됨.)

▸ 감경률 인덱스들의 단순표준편차에 비해 표준산포지수로 구한 인덱스의 편차가 더욱 커짐. 각 단계별로 9.7%, 8.0%, 41.9%로서 최종단계의 사건별 조정편차가 1차단계보다 무려 네 배 이상 컸음.

⇒ 이상 1) ~ 2)의 관찰은 과징금 산정에서 미세조정보다는 공정위의 '재량권 행사'가 존재한다는 추론의 근거로 해석됨.

■ 한편, 실제과징금 산정단계에서 가장 빈번하게 감경해준 요인은 '현실적 부담능력'으로서 전체표본의 무려 61%를 차지함.

▸ 실제과징금 산정단계에서 다양한 감경요인 중 현실적 부담능력의 사유로서 감경해준 사건이 (현재 산정단계와 동일형태인 2004년 고시 이후의 1,311건으로써 구성된) 전체표본의 61%(804건)로서 가장 높은 비중을 차지했으며, 그 다음으로 시장에 미치는 파급효과, 회사의 영세성, 경제 및 시장 여건이 각각 35%, 28%, 및 17%를 차지하였음.

• 특히 최종조정단계에서 감경해준 사건(1,111건)으로만 표본을 국한시키면, 다양한 감경사유들 중에서 72%가 현실적 부담능력이였음.

▸ 의결서의 최종조정단계에는 감경요인들을 종합적으로 고려하여 최종 감경률을 명시한 경우가 많아 각 감경요인들의 독자적 감경률을 쉽게 파악할 수 없었음. 시간·자료제약상 '현실적 부담능력'에만 기인한 감경률이 확인가능했던 100건의 의결서들을 우선적으로 조사한 결과, 평균 감경률은 20% 정도였고 많게는 70%에 이르렀음.

⇨ 따라서 1) 각 산정단계별 감경요인과 요인별 감경률을 명확한 법적 근거를 통해 의결서에 구체적으로 명시할 필요가 있으며 (※ 현재 의결서에는 가령 "*현실적 부담능력과 ..... 효과를 종합적으로 고려하여 xx% 감경*" 와 같이 추상적으로만 서술하고 있음), 나아가 2) 의결서 끝부분에 감경정보를 종합하여 기록하고 『통계연보』 등에도 상기 '감경률 인덱스'와 비슷한 정보를 전체 및 위반행위별로 포함시키기를 권고함.

[9] 과징금 주요 결정요인 1: ‘피해규모’가 크고 ‘적발확률’이 높은 사건일수록 실제과징금 수준도 대체로 높아진다는 실증적 사실을 발견 [제Ⅳ장 4절]

■ 과징금 결정요인을 추정하는 회귀분석을 위해 크게 ‘경제적’, ‘법제적’, 및 ‘실증적’ 통제변수그룹을 설명변수로 상정하였음.

- 전술한대로 2005~2015년간 과징금이 부과된 심결자료를 전수 수집한 1,384건을 표본으로 하며, 종속변수로 사용한 실제과징금액수의 분포가 상당히 넓어 동분산(homoscedasticity) 가정에 부합되도록 로그값을 취함.
- ‘경제적 변수’에는 최적과징금 이론의 핵심인 피해규모와 적발확률의 대리변수들이 포함됨. ※ 피해규모를 반영하는 변수로는 위반기간, 대기업, 피심인수, 중대성정도 등을, 적발확률에 대해서는 실험적으로 고안한 대리변수를 사용하였음.
- ‘법제적 변수’로는 규제위반행위, 위반기간, 산업분포, 대기업, 현실적 부담능력, 중복위반, 고의성, 고발여부 등을 사용함.
- ‘실증적 통제변수’에는 규제위반행위, 산업분포, 연도더미 등이 포함됨.

■ 추정결과는 전반적으로 70%를 초과하는 설명력을 보였으며, 특히 ‘피해규모’와 ‘적발확률’의 대리변수는 과징금 결정에 유의미한 영향을 주고 있었음.

- 전반적으로 기대 이상의 높은 설명력을 확보하였고, 최종 실증모형에서는 80%에 가까운 설명력을 보임.
- 다른 조건이 일정할 때 피해규모와 비례관계를 갖는다고 판단되는 대리변수들(즉, 위반기간, 대기업, 피심인수 및 중대성정도)은 모두 과징금액수를 유의미하게 증가시키는 것으로 나타났음.
- 적발확률의 대리변수로 채택된 ‘행위별 위반기간’ 역시 과징금액수 증가에 유의미한 영향을 보였음.

[10] 과징금 주요 결정요인 2: 법제적 변수그룹 및 기타 설명변수들 중 다수가 과징금 결정에 유의미한 영향을 준다는 실증적 사실을 발견 [제IV장 4절]

■ 고시의 기준들은 대체로 과징금 결정에 반영되고 있음.

- 규제위반행위유형, 중복위반, 고의성, 고발 등 법제적 요인들은 과징금의 유의미한 결정요인으로 작용하고 있음을 확인함.
- 규제위반행위유형 자체만으로도 실제과징금액의 상당부분을 설명하였음. (특히 부당공동행위와 시장지배력지위 남용행위는 모든 모형설정에서 과징금 결정에 유의미한 영향을 주는 것을 확인함.)
- 실제과징금 결정에 미치는 효과를 계산한 결과, 다른 조건이 동일할 때 피심인이 중복위반으로 가산받으면 사건당 평균적으로 실제과징금 부과액수가 약 3억원 증가함. ※ 중복위반 대리변수는 위반사업자가 과거 3년간 2회 이상 법 위반으로 조치를 받고 위반횟수 가중치의 합산이 3점 이상인 경우(현 과징금 고시 기준)로 1차 조정단계에서 가산받았으면 1의 값을 갖는 더미변수임.
- 피심인이 고의적으로 위반행위를 하였는지 여부 역시 과징금에 유의미한 결정요인으로 작용하고 있음을 확인함. ※ 고의성 대리변수는 다음 네 가지 사유 중 하나에 포함되면 1의 값을 갖는 더미변수임. 1) 위반행위를 주도, 2) 공정위 조사를 거부·방해, 3) 위반행위에 응하지 아니하는 다른 사업자에 대한 보복조치, 또는 4) 위반행위에 임원이 직접 가담한 경우임.

■ 현실적 부담능력은 과징금을 감경시키는 대표적 요인으로 작용함.

- 상기 심결자료에서 확인하였듯이 조정단계들을 거치면서 심결사건의 약 60%에서 현실적 부담능력의 사유로써 실제과징금 산정단계에서 감경받았음.
- 과징금 결정요인을 위한 회귀분석에서도 현실적 부담능력은 과징금을 감경시키는 매우 유의미한 요인임이 거듭 밝혀짐.

[11] [공정위 공정거래백서 및 법원자료로 본 불복소송 개관] 과징금을 부과받은 '사건별 불복소송 판결자료'에 근거했을 때 불복소송 제기율은 지난 11년간 급속히 증가하여 2015년에는 60%에 이르렀으며, 2010~2015년 기간 동안의 평균은 43%로서 2010년 이전 5년간의 평균과 비교하여 약 1.6배 증가 [제V장 1~2절]

■ 2010~2015년간 공정거래법상의 과징금부과 사건들 중 피심인이 불복하여 제소한 판결자료를 수집함.

- 공정거래법을 위반하여 과징금을 부과받은 사건의 불복소송 제기율이 공식적으로 발표되지 않으므로 본 연구진은 심결자료와 불복소송 판결자료를 일일이 확인하여 불복소송 제기율을 독자적으로 추적하고자 했음.
- 두 가지 방법을 이용(서울고등법원 홈페이지의 '판결서 인터넷열람신청'과 '판결서사본제공신청')하여 관련 판결서의 전수를 수집함.
- 2010년부터 가장 최근인 2015년까지 공정거래법을 위반하여 공정위가 과징금을 부과한 사건 중에서 서울고등법원에 제소된 판결수는 총 220건임. ※ 1개의 과징금 처분에 대하여 복수의 소를 제기한 경우에도 (과징금 부과 '의결번호'를 추적하여) 1건의 소가 제기된 것으로 산정함.

■ (상기 220건의 판결수 기준으로 볼 때) 피심인들에 의한 불복소송 제기율의 분석기간 평균은 43%에 이르렀는데, 이는 2010년 이전 5년간의 평균과 비교하여 약 1.6배 높은 수치임.

- 불복소송 제기율은 공정위가 과징금을 부과한 연도(행정처분년도)의 '불복소송 건수'를 해당연도 '총 과징금 부과건수'로 나눈 값임.
- 공정거래법상 과징금이 부과된 건수 대비 불복소송 제기율은 분석기간(2010~2015년) 동안 무려 평균 43%에 달했으며, 이는 분석기간 이전의 5년(2005~2009년)간 평균 제기율(26%)보다 1.6배 높은 수준임 (공정위, 『2016 공정거래백서』, 『2015 통계연보』).
- 부당공동행위의 경우 분석기간 동안 소가 제기된 숫자는 총 134건으로 전체 판결수의 약 61%를 차지하였음.
- 부당공동행위의 불복소송 제기율 평균은 54%로서 전체 위반행위의 평균(43%)보다 11% 포인트 높았고, 이전 4개년도(2006~2009년)와 비교한 결과에서도 약 11% 포인트 높은 수치를 기록하였음.

  ⇒ 부당공동행위 사건에서의 과징금 결정에 대한 불복소송 제기율은 예전에도 상대적으로 높았으며 최근 계속 상승하는 추세임.

[12] [불복소송 법원자료를 구축·활용한 심층 실증분석] '원고별 불복소송 판결자료'에 근거할 때 최근 6년간 공정위 패소율은 36%이고 2015년에는 43%까지 증가 [제V장 3절]

■ 총 307건의 '피심인별 불복소송' 판결자료를 재구성함.

- 단일 공정위 의결사건에 연루된 공동원고별로 승패소 여부가 상이한 소송들이 존재하기 때문에 승패소 분석의 정확성을 제고하기 위해서 각 원고(과징금 부과받은 피심인)별 판결자료가 필요하였음. 앞서 전수조사한 220건의 판결을 각 원고별로 재구분하면 총 482건임.
- '2010~2015년 서울고등법원 및 대법원에서 확정된 판결'만을 추출하여 표본으로 선정한 결과 **최종적으로 307건의 '원고별 불복소송 판결자료'**를 재구축함.
  (※ 482건 중에서 2015년 말 이후에 확정판결된 사건은 제외하되 2010년 이전 불복소송을 제기한 판결자료 중에서 2010년 이후 확정판결된 사건은 분석대상으로 포함하였음. 그러나 판결문 제공불가상태 또는 소취하로 인한 경우는 판결문을 구할 수가 없었으므로 표본에서 제외하였음. 따라서 307건으로 줄어듦.)
- 마지막으로 더욱 풍부한 사건정보를 확보하기 위하여 이상 수집된 307건의 판결자료와 공정위 심결자료를 '매칭'하는 작업을 수행하였음. (※ 심결자료 분석을 위해 구축한 데이터는 의결번호를 기준으로 하였기 때문에 판결자료 표본에 포함된 모든 의결서를 재확인하여 피심인 판결자료와 심결자료를 일대일 대응하여 최종자료를 구축함.)
- 공정위가 일부승소(또는 일부패소)한 경우 이후 승패소 분석의 정확성을 위하여 승소/패소를 획정할 필요가 있음. 본 연구는 '과징금제도'에 초점을 두고 있으므로, '과징금부과처분 취소'의 법원판결을 기준으로 삼음. 가령 피심인이 시정조치와 과징금부과처분 취소를 함께 소제기하여 시정조치는 공정위 승소 및 과징금은 공정위 패소로 법원이 판결한 경우, '패소'로 정의하였음. 참고로 2012년 국정감사에서도 과징금부과처분을 기준으로 공정위 패소율을 계산하였음. (※ 공정위 『통계연보』에서는 공정위 행정처분, 즉 시정명령과 과징금 등에 불복하여 소제기한 모든 경우에 대해서 승소, 일부승소, 패소로 구분함.)

■ '피심인별 불복소송' 판결자료를 분석한 결과 공정위 패소율은 36%임.

- 2010~2015년의 확정판결 사건에서 '공정위 패소율'은 36%임. 2015년에는 43%로서 거의 절반의 판결에서 공정위가 패소하고 있음. ※ 분석기간 이전 패소율의 시계열 추이를 알고자 하였지만, 본 연구의 패소율 정의와 부합하는 자료는 구할 수 없음.
- 가장 많은 위반행위를 차지한 '부당공동행위' 사건들에서의 공정위 패소율은 전체평균보다 약간 낮은 31.5%를 보였음.
- 불공정거래행위 관련 소송에서의 패소율은 무려 67%를 보였는데, 이는 부당공동행위의 2배가 넘는 수치임.

▸ 참고로, 2015년 국정감사에 제출한 공정위 자료에서 2009년 1월부터 2015년 7월까지 종결사건 기준의 부당공동행위 소송에서 공정위의 '전부패소율'은 평균 9.2%였으나, 2015년에는 무려 24.5%에 달함.

■ 대법 상고율은 약 80%이며, 상고심에서의 판결번복률은 약 20%를 차지함.

▸ 공정위가 고법에서 패소하였다가 대법에서 승소한 상고심번복률은 약 11.9%였고 그 반대가 22.2%로 후자가 전자에 비해 다소 높은 것으로 볼 때, 상고심결과는 피심인에 다소 유리하게 판시되었음.

■ 피심인들의 소제기사유는 크게 세 가지임: 1) 관련매출액 산정 문제, 2) 기본부과율 적용 문제, 3) 과징금 산정단계에서의 가산·감경의 적용 문제.

▸ 판결자료에 따르면 피심인들은 단독 또는 중복의 사유로 소를 제기함. 예컨대 부당공동행위에 대해 1) 관련매출액 산정 문제 하나만으로 소를 제기한 경우도 있으며, 1)과 함께 2) 기본부과율 적용 문제와 3) 과징금 산정단계 적용 문제를 동시에 소제기한 사건도 있음. 따라서 후술되는 실증분석에서는 단일 사건에 대해 소제기사유를 중복 계상하였음.

▸ 1)은 관련매출액을 산정함에 있어서 공정위의 '위반기간' 및 '관련시장' 획정에 이의를 제기한 경우, 2)는 '위반행위 중대성' 정도에 따른 기본부과율 과다적용을 이유로 소를 제기한 경우, 3)은 기본과징금 산정 이후 과징금 산정단계에서 가산(임원가담, 주도) 또는 감경(자진시정, 단순가담, 현실적 부담능력 등)에서 항변사유를 표명한 경우를 각각 의미함.

▸ 결론적으로, 관련매출액 산정에 문제가 있다고 소제기를 한 경우가 전체의 50% 이상을 차지하였음. 그 다음으로 기본부과율 적용 문제, 과징금 산정단계에서의 가산·감경 적용 문제가 각각 40%를 차지함. ※ 그 외에 '부당이득의 미미함 또는 부재', '과징금납부명령 제외', '절차상 문제' 등의 사유가 있음.

[13] [승패소 결정요인 실증분석 주요결과 1] 총 8개로 구분한 다양한 소제기사유들 중에서 관련매출액 계산 과정에서의 '시장획정'과 관련된 항변은 공정위 패소율을 유의미하게 높이고, 과징금 산정단계에서의 '불충분한 감경조치', '기본부과율', 및 '과징금납부명령 제외'와 관련된 피심인들의 항변들은 공정위 승소율을 유의미하게 높이고 있음을 실증적으로 발견 [제V장 4절]

■ 불복소송의 승패소 결정요인 실증분석

- 종속변수는 불복소송에서 공정위가 패소하면 1, 아니면 0을 취하는 더미로서, 기본실증방정식은 프로빗(probit) 모형으로 분석함. 주요 설명변수는 피심인들의 소제기사유, 주요 사건특성들, 동일 과징금 부과사건의 전체피심인들과 소제기한 피심인간의 가산·감경률 차이(피심인이 인지하는 차별성의 대리변수), 및 기타 통제변수들로 구성됨.
  - 총 8개 소제기사유는 다음과 같음: 위반기간, 관련시장의 획정, 과징금 산정단계(가산), 과징금 산정단계(감경), 기본부과율, 과징금납부명령 제외, 부당이득의 미미함 또는 부재, 기타(절차상 문제 등).
- (기타 통제변수들을 제외한) 최종모형에서 총 15개의 설명변수 중 10개가 종속변수에 유의미한 영향을 주었으며 추정식 전반의 설명력이 양호함.

■ 피심인들의 주요 소제기사유 1: 관련매출액 계산에서의 시장획정에 대한 이의는 공정위 패소율을 약 14% 포인트 증가시킴.

- 관련매출액 산정에서 상품 및 시장획정이 잘못되었다고 피심인들이 불복한 경우 법원은 피심인의 손을 들어주는 경향을 유의미하게 보임. 한계효과를 계산하면, (다른 조건이 일정할 때) 관련시장획정 관련 항변은 **공정위가 패소할 확률을 14% 포인트 증가**시킴.
- 관련매출액 산정의 주요 요소인 '관련상품' 및 '관련시장'의 획정은 늘 논란의 여지가 되었고, '관련'에 대한 공정위의 입증이 불충분하면 관련매출액에서 제외시키는 판결 경향이 있음 (예: 서울고등법원 2008.11.19. 선고, 2008누1773). 이는 관련매출액의 산정에 있어 상품 및 시장의 획정은 매우 정교하게 이루어져야 한다는 학계 주장과 일치함 (Baker and Bresnahan, 2008 등).

■ 피심인들의 주요 소제기사유 2: 과징금 산정단계에서의 감경요인 적용 관련 이의제기에 법원은 피심인의 손을 들어주지 않는 경향이 뚜렷함.

- 과징금 산정단계에서 자진시정, 단순가담, 현실적 부담능력 등의 '감경요인' 적용을 불충분하게 받았다고 피심인들이 제소한 경우, 법원은 공정위의 손을 들어주는 경향을 유의미하게 보임.

⇒ 감경요인들에 관한 한 '공정위가 이미 전반적으로 관대히 적용한다'는 판단을 법원이 하고 있다는 조심스런 유추가 가능함.

- 대조적으로, 산정단계의 '가산요인'에 대해 부당하다고 생각하여 소제기를 한 경우 법원은 위와 같은 일방향의 뚜렷한 패턴을 보이지 않음.

■ 피심인들의 주요 소제기사유 3: 기본부과율 적용에 대한 피심인의 이의에 대해서도 유의미하게 수용하지 않고 있음.

- 기본부과율을 정할 때 공정위는 위반행위의 내용 및 정도에 따라 중대성을 평가하고 평가점수에 따라 고시에 명시된 해당 기본부과율을 정하는 바, 중대성 정도와 그에 따른 기본부과율이 부당하다고 제소한 경우 법원은 피심인의 손을 들어주지 않는 유의미한 경향을 보임.

■ 피심인들의 주요 소제기사유 4: 과징금납부명령을 제외해달라는 피심인의 이의 또한 법원은 기각하는 경향을 보임.

- 아울러 관련매출액, 기본부과율, 산정단계에 포함되지 않는 기타 소제기사유 중 피심인의 위반행위가 과징금을 부과받을 정도로 위법한 행위가 아니어서 과징금을 아예 '면제'해달라는 항변에 대해서는 법원이 오히려 공정위의 손을 들어주는 경향을 유의미하게 보임.

[14] [승패소 결정요인 실증분석 주요결과 2] 위반행위 및 재판절차와 관련된 '주요 사건특성들(과징금절대액수, 상고여부, 법률대리인특성)'은 공정위 패소에 유의미한 연관성을 보이고, '동일 과징금 부과사건의 전체 피심인들과 소제기한 피심인간의 가산·감경률의 차이(즉 피심인이 인지하는 차별성의 대리변수)' 중 감경률의 차이는 해당 피심인의 패소율을 유의미하게 높이는 영향을 발견 [제V장 3절]

■ '과징금절대액수', '법률대리인 특성(6대 법무법인 선임)', 및 '대법원 상고여부' 등 주요 사건특성들은 공정위 패소율에 유의미한 영향을 미침.

- 동일 조건 하에서 피심인들의 실제과징금액수가 높을수록 공정위가 패소하는 유의미한 관계를 발견함. ※ 공정위가 승소한 사건의 평균 과징금액수는 43억원인 반면 패소한 사건들의 평균 과징금액수는 1.8배 높은 76억원이었음.
- 대형로펌을 선임한 피심인들이 유의미하게 승소하는 경향을 보임. ※ 이는 피심인들의 대형로펌 선임이 과징금사건에서 공정위의 패소율을 높인다는 최근 국정감사나 언론보도의 지적과도 부합하는 실증적 발견으로 사료됨 (2015, 2016년 국정감사 등).
- 공정위나 피심인이 서울고법판결에 불복하여 대법원에 상고한 경우 공정위 패소에 유의미한 영향을 미침.

■ '동일 사건의 전체 피심인들과 소를 제기한 피심인간 가산·감경률 차이(즉, 피심인이 인지하는 차별성의 한 가지 대리변수)' 중 과소감경되었다는 차별성의 대리변수만이 오히려 공정위의 승소율을 높임.

- 동일 사건의 전체 피심인들에 비하여 소제기한 피심인의 감경률이 낮을 때('과소감경') 해당 피심인은 감경에서 차별성이 존재한다고 느낄 수 있으나, 이에 대해 법원은 오히려 피심인의 손을 들어주지 않는 경향을 뚜렷하게 보임. ※ 감경과 관련된 항변에 대해서 한국 법원은 전반적으로 보수적인 태도를 보이는 듯함.
- 반대로 조정단계에서 피심인들이 가산을 받은 경우, 전체 피심인의 가산 평균보다 소제기한 피심인이 가산을 더 받았다면('과다가산') 해당 피심인은 역시 차별성을 느낄 수 있음. 그러나 과다가산에 대해서 법원은 과소감경처럼 뚜렷한 패턴을 보이지 않았음.

참 고 문 헌

<국내>

감사원, 『감사보고서 - 공정거래업무 관리실태 -』, 2016.

강구철, “과징금제도에 관한 약간의 고찰”, 『고시연구』, 제283호, 1997, 고시연구사, pp. 99-109.

공정거래위원회, 『공정거래위원회 30년사』, 2011.

공정거래위원회, 『공정거래백서』, 2016.

공정거래위원회, 『통계연보』, 2016.

공정거래위원회 보도자료, “공정위, ‘과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시’ 개정”, 2013. 6. 12.

공정거래위원회 보도자료, “퀄컴社의 이동통신 표준필수특허 남용행위 엄중 제재”, 2016. 12. 28.

공정거래위원회 보도자료, “한국피자헛, 가맹계약서 근거 없이 가맹금 부당 징수”, 2017. 1. 3.

국민권익위원회, 『국민 피해 예방을 위한 담합행위 제재 실효성 제고 방안』, 2012.

국회예산처, 『2015회계연도 결산분석 (정무위원회 소관)』, 2016.

권오승·홍대식·김성훈·윤미경·황태희, 『과징금제도 개선방안 연구』, 2003, 공정거래위원회.

권오승, 『경제법』(제12판), 2015, 법문사.

권종훈, 『일본공정거래법상의 과징금제도에 관한 연구』, 2007, 행정안전부.

김나영·김영산, “공정거래법상 부당한 공동행위 사건의 과징금 감경률 결정요인에 대한 연구”, 『산업조직연구』, 제23권 제2호, 2015, 한국산업조직학회, pp. 57-94.

김성훈, “부당한 공동행위에 대한 과징금의 검토”, 「경쟁법연구」, 제25권, 2009, 한국경제법학회, pp.358-391.

김영산·마정근, “공정거래법상의 ‘거래상 지위남용’ 규정 위반 사례에 대한 통계적 분석”, 『규제연구』, 제13권 제2호, 한국경제연구원, 2004, pp. 67-90.

김일중, “과징금제도에 관한 법경제학적 고찰: 헌재결정(2001헌가25)의 ‘이중처벌’과 ‘재량권’ 논쟁을 중심으로”, 『법경제학연구』, 제7권, 2010a, 한국법경제학회, pp. 253-299.

김일중, “최적 과징금산정방식에 관한 법경제학적 분석: 공정거래법을 중심으로”, 『성균관법학』, 제22권, 2010b, 성균관대학교 법학연구소, pp. 809-846.

김일중·김진호·변재욱, “규제위반에 대한 행정부의 금전적 제재: 공정거래법상 과징금 수준의 결정요인에 관한 실증분석”, 『서울대학교 법학』, 제51권, 2010, 서울대학교 법학연구소, pp. 147-189.

김일중·전수민, “공정거래법과 형사처벌: 형사고발 결정요인의 실증분석”, 『형사정책연구』, 제87호, 2011, 한국형사정책연구원, pp. 175-216.

김일중, 『과잉범죄화의 법경제학적 분석 - 공정거래 분야를 중심으로 -』, 2013, 한국경제연구원.

김일중·전수민, “공정거래법상 피해 대리변수로서의 관련매출액”, 『성균관법학』, 제25권, 2013, 성균관대학교 법학연구소, pp. 493-518.

김차동·주진열, 『소비자피해 구제를 위한 민사적 구제 수단 확충방안 연구-집단소송제/징벌적손해배상제 등을 중심으로-』, 2012, 공정거래위원회.
김호정, “새로운 행정제재수단으로서의 과징금제도”, 『외법논집』, 제9집, 2000, 한국외대 법학연구소, pp. 309-341.
박균성, 『행정법론(상)』(제15판), 2016, 박영사.
박영도·김호정, 『과징금제도의 운용실태 및 개선방안』, 2002, 한국법제연구원.
박윤흔, 『최신 행정법강의(상)』, 2009, 박영사.
박정훈, “협의의 행정벌과 광의의 행정벌-행정상 제재수단과 법치주의적 안전장치”, 『서울대학교 법학』, 제41권, 2001, 서울대학교 법학연구소, pp. 278-322.
박해식, “과징금의 법적 성격”, 『公正去來法講義 II』(권오승 편), 2000a, 법문사, pp. 588-616.
박해식, 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 과징금에 관한 연구』, 석사학위논문, 고려대학교 법무대학원, 2000b.
신동운, 『형법총론』(제9판), 2015, 법문사.
이원희 외, 『과징금 부과액의 합리화를 위한 정비방안 연구』, 2013, 법제처.
이인권, “부당공동행위의 합리적 규제에 대한 일고”, 『규제연구』, 제16권 제1호, 2007, 한국경제연구원, pp.3-36.
이인권, “입찰담합으로 인한 손해액의 통계적 추정에 관한 고찰”, 『법경제학연구』, 제5권, 2008, 한국법경제학회, pp. 39-83.
이호영, “경성카르텔, 누구를 제재하는가?: 공정거래법상 경성카르텔 제재체계와 관련하여”, 『경쟁법연구』, 제15권, 2007, 한국경제법학회, pp. 133-156.
재정경제부, 『OECD 한국경제보고서』, 2004.
채우석, “부당내부와 과징금에 관한 연구”, 『기업소송연구』, 제2호, 2005, 기업소송연구회, pp. 1-41.
허선, “공정위의 카르텔 규제성과와 향후 정책방향”, 『경쟁법연구』, 제12권, 2005, 한국경제법학회, pp. 3-27.
허찬무·신영호, “사업자단체의 공정거래법 위반행위에 참가한 사업자에 대한 과징금에 관한 소고”, 『공정경쟁』, 제45호, 1999, 한국공정경쟁연합회, pp. 22-27.
홍대식, “공정거래법상 과징금 제도의 현황과 개선방안”, 제18호, 2007, 행정법이론실무학회, pp. 135-163.
홍대식, 『과징금 산정에 있어 관련 매출액에 관한 연구』, 2009, 공정거래위원회.
홍대식, “부당한 공동행위에 대한 과징금 산정의 실무상 쟁점”, 『경쟁법연구』, 제32권, 2015, pp. 112-151.
황철규, 『카르텔에 대한 공적집행의 개선방안 연구』, 2009, 한양대학교 박사학위논문.
황태희, “독점규제법 집행시스템의 개선방안”, 『저스티스』, 제123호, 2011, 한국법학원, pp. 187-208.

<국외>

Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007.

Bageri, Vasiliki, Yannis Katsoulacos and Giancarlo Spagnolo, "The Distortive Effects of Antitrust Fines Based on Revenue", *The Economic Journal*, 2013, vol. 123, pp. 545-557.

Baker, Jonathan B. and Bresnahan, Timothy F., "Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power," in Paolo Buccirossi (ed.), Handbook of Antitrust Economics, 2008, Cambridge: The MIT Press, pp. 1-42.

Blair, Rober and Christine Piette Durrance, "Antitrust Sanction: Deterrence and (Possibly) Overdeterrence," *Antitrust Bulletin*, 2008, vol. 53, pp. 643-661.

Bolotova, Yuliya and John Connor, "Cartel Sanctions: An Empirical Analysis", 2008, *Working Paper*.

Boyer, Marcel and Rachidi Kotchoni, "How Much Do Cartel Overcharge", *Review of Industrial Organization*, 2015, vol. 47, pp. 119-153.

Calvani and Calvani, "Custodial Sanctions for Cartel Offences: An Appropriate Sanction in Australia", *Competition and Consumer Law Journal*, 2009, vol. 17, pp. 119-140.

Carree, Martin, Andrea Gunster, and Maarten Schinkel, "European Antitrust Policy 1957-2004: An Analysis of Commission Decisions," *Review of Industrial Organization*, 2010, vol. 36, pp. 97-131.

Choi, Ynjung and Kyoungsoo Hahn, "How Does A Corporate Leniency Program Affect Cartel Stability? Empirical Evidence from Korea," *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, vol. 10, pp. 883-907.

Clarke, Jennifer, "Examining Parties as Procedural Cartels: Evidence from the U.S. States", *Legislative Studies Quarterly*, 2012, vol. 37, pp. 491-507.

Coffee, John C. Jr., "Developing Law on Stock Parking, Bidder Discloser," *Boston University Law Review*, 1991, vol. 71, pp. 193-246.

Cohen, Mark A,, "Environmental Crime and Punishment: Legal/Economic Theory and Empirical Evidence on Enforcement of Federal Environmental Statues," *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1992, vol. 82, pp. 1054-1108.

Combe, Emmanuel and Constance Monnier, "Fines against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of OverEnforcement", *Antitrust Bulletin*, 2011, vol. 56, pp. 235-275.

Connor, John, *Global Price Fixing* (2nd ed.), 2007.

Connor, John, "Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011", *European Competition Law Review*, 2013, pp. 1-36.

Connor, John, *Price-Fixing Overcharge* (3rd ed.), 2014.

Connor, John and Robert Lande, "How Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines", *Tulane Law Review*, 2006, vol. 80, pp. 513-570.

Connor, John and Yuliya Bolotova, "Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis," *International Journal of Industrial Organization*, 2006, vol. 24, pp. 1109-1137.

Craycraft, Catherine, Joseph Craycraft and Joseph Gallo, "Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay", *Review of Industrial Organization*, 1997, vol. 12, pp. 171-183.

Gallo, Joseph, Kenneth Dau-Schmidt, Joseph Craycraft and Charles Parker, "Criminal Penalties Under the Sherman Act: A Study of Law and Economics," *Research in Law and Economics*, 1994, vol. 16, pp. 25-71.

Hammond, Scott, "Antitrust Modernization Commission Hearings on Criminal Remedies", Department of Justice, 2005, pp. 1-15.

Herron, Anne Marie, "The Antitrust Sentencing Guideline: Deterring Crime by Clarifying the Volume of Commerce Muddle", *Emory Law Journal*, 2002, vol. 51, pp. 929-948.

Hylton, Keith, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, 2003, Cambridge University Press.

Kadish, Sanford H., "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations," *University of Chicago Law Review*, 1963, vol. 30, pp. 423-449.

Katsoulacos, Yannis and David Ulph, "Antitrust Penalties and the Implications of Empirical Evidence on Cartel Overcharges", *The Economic Journal*, 2013, vol. 123, pp. 558-581.

Katsoulacos, Yannis, Evgenia Motchenkova and David Ulph, "Penalizing Cartels: The Case for Basing Penalties on Price Overcharge", *International Journal of Industrial Organization*, 2015, vol. 42, pp. 70-80.

Kearney, Elisa, "The Competition Bureau's '20 Percent Solution': Does the Punishment Fit the Crime?", 2009.3.24.

Klawiter, Donald, "After the Deluge: The Powerful Effect Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement", *George Washington Law Review*, 2001, vol. 69, pp. 745-765.

Kim, Iljoong, "Securities Laws 'Facilitating' Private Enforcement", *European Journal of Law and Economics*, 2008, vol. 25. pp. 17-38 .

Kim, Iljoong, "Public Enforcement, Encyclopedia of Law and Economics", 2016, vol. 1, pp. 1-4.

Lande, Robert, "Five myths about Antitrust Damages", *University of San Francisco Law Review*, 2006, vol. 40, pp. 651-674.

Lande, Robert and Albert Foer, "Comments to the U.S. Sentencing Commission Concerning Antitrust Fines", 2014, *Working Paper*.

Landes, William, "Optimal Sanction for Antitrust Violations", *University of Chicago Law Review*, 1983, vol. 50, pp. 652-678.

Leslie, Christopher, "Antitrust Damages and Deadweight Loss", *Antitrust Bulletin*, 2006, vol. 51, pp. 521-567.

OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws*, 2002, DAFFE/COMP(2002)7.

Posner, Richard, “The Statistical Study of Antitrust Enforcement,” *Journal of Law and Economics*, 1970, vol. 13, pp. 365-419.

Posner, Richard, *Antitrust Law* (2nd ed.), 2001, The University of Chicago Press.

Polinsky, Mitchell and Steven Shavell, “Should Liability Be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?”, *Journal of Law Economics, and Organization*, 1994, vol. 10, pp. 427-437.

Polinsky, Mitchell and Steven Shavell, “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *Journal of Economic Literature*, 2000, vol. 38, pp. 45-76.

Stephan, Andreas, “The Bankruptcy Wildcard in Cartel Cases”, *Journal of Business Law*, 2006, pp. 511-534.

Wehmhorner, Nonthika, “Optimal Pecuniary Sanctions and the US Sentencing and EU Fining Guidelines”, in Katalin Cseres, Schimkel Maarten-Pieter and Floris Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal Implications for the EU Member States*, 2006, Cheltenham: Edward Elgar.

Wils, “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition*, 2006, vol. 29, pp. 183-208.