



사업자단체의 공정거래법 위반행위에 참가한 사업자에 대한 과징금에 관한 소고¹⁾

허찬무·신영호²⁾

공정위 단체과

1. 검토배경

현행 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”이라 함)은 사업자단체가 주체가 되어 일정한 경쟁제한행위를 하는 것을 금지하고, 이에 위반되는 사업자단체의 행위에 참가한 사업자에 대해서는 사업자단체와는 별도로 과징금을 부과할 수 있도록 하는 제도를 1990년에 도입하여 현재에 이르고 있다.

그러나 그 조항을 적용하여 참가한 사업자에게 과징금을 부과한 사례는 아직까지 없다. 따라서 ‘참가한 사업자’의 개념에 대해서 일치된 견해가 없으며 이와 관련한 공정거래위원회의 심결례나 법원의 판례도 아직은 없는 실정이다. 이러한 관점에서 볼 때 그 조항의 효율적 운용을 통하여 사업자단체에 의한 경쟁제한행위를 실효성 있게 규율하기 위해서는 그 개념을 정립하는 것이 필요하다.

위 문제를 논의하기 위해서는 관련 규정의 내용과 그 입법연혁, 그리고 과징금의 성격에 대한 논의도 필요하기 때문에 먼저 이들을 살펴 본 후 참가 사업자의 개념을 논의한다.

2. 관련 규정의 내용과 그 연혁 및 운용현황

현행 공정거래법 제26조에서는 금지되는 사업자단체의 행위유형이 규정되어 있으며, 제27조 및 제28조제1항에서는 사업자단체의 위반행위에 대한 시정조치 및 과징금 부과 근거가 각각 규정되어 있다. 그리고 제28조제2항은 ‘공정거래위원회는 제26조제1항 각호의 1의 규정에 위반하는 행위에 참가한 사업자에 대하여는 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 않는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. (이하 생략)’라고 규정하고 있다.

제26조제1항에 의해 금지되는 사업자단체의 행위의 구체적인 내용은 ① 제19조(부당한 공동행위의 금지)제1항 각호의 행위에 의하여 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위, ② 일정한 거래분야에 있어서 현재 또는 장래의 사업자수를 제한하는 행위, ③ 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위, ④ 사업자에게 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 각호의 1의 규정에 의한 불공정거래행위 또는 제29조(재판매가격유지행위의 제한)의 규정에 의한 재판매

1) 본 소고는 필자의 개인 의견이며 공정거래위원회의 공식견해와는 무관함을 밝혀둠.

2) 공정거래위원회 단체과 과장 및 사무관



가격유지행위를 하게 하거나 이를 방조하는 행위,
 ⑤ 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제6호에
 규정된 행위이다.

사업자단체의 위반행위에 참가한 사업자에 대
 한 과징금 부과제도가 처음 도입된 것은 1990년 1
 월 13일 공정거래법 개정 때이다. 당시에는 사업
 자단체가 제19조(부당한 공동행위의 금지)제1항
 각호의 행위를 함으로써 일정한 거래분야의 경쟁
 을 실질적으로 제한하는 행위를 한 경우에 한하
 여 당해 위반행위에 참가한 사업자에 대하여 과
 징금을 부과할 수 있도록 규정하였다.

그 이후 1996년 12월 30일 개정 때에 과징금
 부과대상인 행위유형이 현행과 같이 확대되었다.
 즉, 제26조제1항 각호의 1에서 규정하는 사업자단
 체의 모든 금지행위에 참가한 사업자에 대해서
 과징금을 부과할 수 있도록 개정하여 1997년 4월
 1일부터 시행되었다.

사업자단체의 위반행위에 참가한 사업자에 대
 해서 과징금을 부과할 수 있도록 한 제도가 도입
 된 이후 이 규정을 적용하여 참가사업자에게 과
 징금을 부과한 심결례는 아직 나오지 않았다. 참
 고로 참가사업자에 대한 과징금제도가 도입·시
 행된 이후 공정거래법상 사업자단체의 금지행위
 규정 위반실적을 보면 1991년부터 1996년까지의
 기간중 사업자단체의 경쟁제한행위(제26조제1항
 제1호 위반행위)는 195건이었으며, 1997년과 1998
 년의 2년 동안의 사업자단체 금지행위 위반사건
 은 154건이었다.

3. 과징금의 성격

가. 개요

과징금이란 본래 경제법상의 일정한 의무를 지
 고 있는 자가 당해 의무의 위반행위를 함으로써
 경제적 이득을 얻는 것에 대하여 그 불법적인 이
 득을 박탈하기 위하여 당해 이득액에 부과되는
 일종의 행정제재금이라고 할 수 있다.³⁾ 과징금 제
 도는 사업자가 법 위반행위로 얻은 부당한 이득
 을 박탈하기 때문에 아무런 경제적 이득을 얻을
 수 없게 되므로 간접적으로 의무이행을 강제하는
 효과가 있다.

그러나 현행 법률상의 과징금이 모두 이와 같
 은 성격을 가지는 것은 아니다. 사업자가 법률상
 의 의무를 위반하더라도 그 결과로서 행하여지는
 사업을 정지 또는 취소하기 곤란할 때에는 정지
 또는 취소에 갈음하여 과징금을 부과해서 제재하
 는 수단으로 이용되기도 한다.⁴⁾

나. 과징금의 성격

공정거래법상의 부당한 공동행위 또는 사업자
 단체의 위반행위에 참가한 사업자에 대한 과징금
 은 부당이득 박탈적 성격(부당이득 환수설)이라
 는 견해와 행정제재적 성격(행정제재설)이라는
 견해로 구분할 수 있다.⁵⁾ 여기에서 과징금이 일정
 한 의무를 전제로 한다는 점에서 사업자단체의
 공정거래법 위반행위에 참가한 사업자도 의무를
 지고 있는가가 문제이다. 이에 대해서는 구성사업
 자는 그가 속한 사업자단체의 각종 의사결정의
 주체라는 점에서 사업자단체에 부과되는 금지행
 위라는 의무는 일면 그 구성사업자의 의무라고도

3) 박윤훈, 최신 행정법강의(상), 국민서관, 1994, p.652.

4) 김남진, 행정법 I, 법문사, 1993, p.479.

5) 이남기, 경제법, 박영사, 1998, p.343.



할 수 있다.

먼저 과징금을 행정제재적 성격으로 볼 수 있는 근거는 첫째, 법률상 과징금 부과를 할 것인가 아닌가, 그리고 금액을 얼마로 할 것인가 등에 관하여 공정거래위원회에 재량이 부여되어 있다는 점이다. 공정거래법 제28조제1항 및 제2항은 ‘공정거래위원회는 …… 범위 안에서 …… 과징금을 부과할 수 있다’고 그 재량성을 부여하고 있다.⁶⁾ 1996년의 공정거래법 개정에 따라 과징금 부과와 실행기간 개념이 삭제됨으로써 행정제재적 성격으로 좀더 돌아섰다고 할 수 있다. 둘째, 참가사업자에 대한 과징금 부과와 원인이 되는 사업자단체의 위반행위가 종전의 부당한 공동행위에서 부당이득이라는 개념과 관련이 없거나 관련이 있더라도 그 산출이 매우 어려운 사업자수 제한행위 등 사업자단체의 금지행위 유형 중 여타행위로까지 확대된 점이다. 셋째, 서울고법 판례는 과징금의 성격에 대해서 분명하게 밝히고 있다. ‘행정전산망용 PC의 입찰담합사건’에 대한 공정거래위원회의 과징금 부과에 대해 해당 사업자들이 제기한 행정소송에서 서울고등법원 11특별부는 다음과 같이 판결하였다.

“…… 원고들로서는 이 사건 단가입찰과정을 통하여 결정된 단가가 공장도 가격에도 훨씬 못 미치는 출혈가격이어서 …… 아무런 이득을 취한 바 없으므로 이 사건 과징금 부과처분은 위법하다고 주장한다.” 그러나 “…… 과징금은 …… 그 성질이 변화되어 이제는 영업정지와 같은 제재적 처분에 갈음하여 과하여지는 금전적 제재수단으로 활용되고

있어 반드시 부당이득의 발생을 전제로 하여 부과되는 것은 아니라고 할 것이다……”(사건 94구36751 서울고등법원특별11부)

반면에 부당이득 박탈적 성격으로 볼 수 있는 측면은 첫째, 앞에서 살펴본 바와 같이 과징금이라는 형태의 제재는 원래 성격상 위법행위를 함으로써 얻게 되는 불법적 이득을 환수하기 위한 제도라는 점이다.⁷⁾ 과징금제도가 공정거래법에 처음 도입될 때에도 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대해서 실행기간동안의 매출액을 기준으로 과징금을 부과하도록 규정함으로써 과징금은 부당이득의 환수라는 성격으로 도입되었으며 지금도 그 성격이 근거에는 남아 있다는 점이다. 둘째, 1994년 12월 22일 공정거래법 개정시에 ‘업체가 담합행위로 인한 제재보다 이익이 더 크다고 판단할 수 있다는 점에서 과징금 수준을 매출액의 1% 상한에서 5% 이내로 강화’⁸⁾한 점에 비추어 볼 때 부당이득의 환수측면을 지속하고 있다고 할 수 있다.⁹⁾ 셋째, 공정거래법 제55조의3에 따르면 과징금 부과시 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수와 함께 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하도록 하고 있는 점도 과징금의 부당이득 환수적 성격을 암시한다고 볼 수 있다.

결론적으로 볼 때에 공정거래법상의 부당한 공동행위 및 사업자단체의 금지행위 위반에 참가한 사업자에 대한 과징금은 행정제재적 성격이 강하다는 것이 다수설이다.¹⁰⁾ 과징금이 당초에는 부당이득 환수의 성격으로 도입되었으나 몇 번의 법

6) 일본 독점금지법(제7조의2 제1항)은 ‘과징금을 납부할 것을 명하여야 한다’고 과징금 부과를 의무적 사항으로 규정하고 있다.

7) 이남기, 전게서, p.344.

8) 공정거래위원회, 공정거래연보, 1995년판, p.29.



개정으로 인하여 그 성격이 변화되었다고 볼 수 있다.

참고로 일본의 경우는 부당한 공동행위에 대한 과징금은 부당이득의 박탈이라는 견해가 통설이다.¹¹⁾ 일본 독점법상의 카르텔에 대해서는 형사벌과 손해배상제도가 있으나 형사벌의 발동에는 입증의 곤란한 점 등이 있고, 손해배상제도도 그 실효성에 한계가 있기 때문에 부당이득을 징수하는 제도를 신설하여 이를 행정상의 조치로 발동할 수 있도록 하고 있는 것이다.¹²⁾

4. 사업자단체의 위반행위에 참가한 사업자의 범위

가. 위반행위의 형성과정에 참가한 사업자로 보는 견해

이 견해는 '참가한 사업자'를 당해 사업자단체의 위반행위의 형성과정(예: 의사결정 또는 통지행위)에 참여한 사업자로 국한하는 견해로서 과징금을 행정제재적 성격으로 보는 입장과 일맥상통한다고 볼 수 있다.

이 견해의 장점으로는 사업자단체의 위반행위의 성립(형성)에 적극적으로 참여한 사업자를 기타의 사업자와 구분하여 제재한다는 점이다. 사업자단체의 결정사항을 피동적으로 통지 받고 사업자단체의 구성사업자로서 단순히 추종한 사업자에 대해서는 당해 법 위반행위를 적극적으로 형

성하려는 의사가 있다고 보지 않는 것이다.

반면에 약점으로는 사업자단체의 위반행위 규제의 실효성이 떨어진다는 점이다. 사업자단체의 경쟁제한행위에 따라서 가격을 인상함으로써 실제로 부당한 이득을 얻은 사업자에게는 아무런 불이익이 발생하지 않기 때문에 위반행위를 억제하는 효과가 거의 없을 것이다. 오히려 소수의 사업자만이 참여하여 사업자단체의 의사결정 및 통지행위를 행하고 나머지 사업자는 그에 따라서 실행함으로써 이득을 보게 되므로 이를 이용한 카르텔행위가 조장될 우려도 배제할 수 없다. 또 다른 약점은 이중처벌의 소지이다. 임원회의 등의 구성원인 임원사 등은 독립된 사업자로서 당해 행위에 참여한 것이 아니라 사업자단체의 임원자격으로 참여하였기 때문에 의사결정 등에 참여한 임원회사에 과징금을 부과하는 것은 동 단체에 대한 처벌과 함께 이중 처벌되는 성격이 있다고 할 것이다.

나. 사업자단체의 행위에 따라 실행에 옮긴 사업자로 보는 견해

이 견해는 '참가한 사업자'를 사업자단체의 위반행위에 따라서 실제로 가격을 인상하거나 생산량을 제한하는 등 실행에 옮긴 사업자로 보는 견해이다. 법 위반행위를 행한 사업자단체에 대해서는 별도의 시정조치 및 과징금을 부과할 수 있는 근거가 있으므로 그 구성사업자에 대해서는 사업

9) 최종원·김현중은 매출액의 1%를 상한으로 과징금을 부과할 수 있도록 한 종전의 제도는 평균적인 영업이익률 수준에도 미치지 못하는 문제점이 있으므로 최소한 평균 이익률 수준으로 인상할 것을 제한한 바 있다(전게서, pp.82~87).
 10) 이남기, 전게서, p.344; 최종원·김현중, 전게서, p.83.
 11) 일본의 경우 카르텔에 대한 과징금이 1977년 도입될 당시에는 부당이득 박탈적 성격으로 도입되었으나 1991년 법개정에 따라서 카르텔에 대한 억제효과를 증시하는 제재적 성격을 많이 갖게되어 그 성격이 애매하다는 견해도 있다(신광석 외 3인, 독점금지법 심결사례의 국제비교, 1991, pp.60~61).
 12) 實方謙二, 獨占禁止法, 東京: 有斐閣, 1987, p.215.



자단체의 위반행위에 따라 얻은 부당한 이익에 대해서 과징금을 부과한다는 취지로서 과징금을 부당이득 환수의 성격으로 보는 견해와 맥을 같이 한다.

이 견해에 따르면 사업자단체의 위반행위에 참여해서 얻을 수 있는 경제적 이익을 최소화하게 되므로 위반행위를 예방하려는 법 목적에 보다 충실하다고 볼 수 있다. 또한, 사업자단체의 위반행위에 대한 처벌과 그 의사결정에 참여한 사업자에 대한 처벌 등 이중처벌이라는 약점을 치유할 수 있다. 제28조제2항은 사업자단체의 행위를 규율하는 규정이 아니고 구성사업자의 행위를 규율하는 규정이므로 '참가'를 단체의 의사형성과정에 참여하는 것이라고 보기보다는 가격인상 등 실행행위에 참여하는 것으로 보는 것이 보다 합리적이다.

반면에 약점으로는 공정거래법 제26조제1항 각 호중 제1호(경쟁제한행위), 제3호(구성사업자의 활동제한), 제4호(불공정거래행위를 하게 하는 행위 등)와 관련하여서는 그 실행에 옮긴 사업자를 구체적으로 구분할 수 있으나, 제2호(사업자수 제한) 및 제5호(허위·기만광고)의 경우에는 실행이라는 개념을 구체화하기 어렵다는 점이다. 더욱이 참가사업자에 대한 과징금을 부당이득환수라는 성격과 연계하여 볼 때 제1호(더 자세히는 제19조제1항제1호 가격관련 경쟁제한행위) 관련 행위 이외에는 부당이득을 산정할 수 없거나 매우 어렵다는 약점을 갖고 있다.

다. 단체의 의사결정 등에 참여하고 동시에 실행에 옮긴 사업자로 보는 견해

이 견해는 '참가한 사업자'를 사업자단체가 행한 당해 위반행위의 성립과정에도 참여하고 동시에 그 실행에 옮긴 사업자를 말한다는 견해이다. 이 견해의 근거에는 사업자단체의 위반행위의 형성이나 실행에 적극적으로 참여한 소위 '악성'의 사업자를 제재해야 한다는 사고가 내재되어 있다. 그렇게 함으로써 경쟁저해행위를 예방할 수 있다고 보는 것이다.

사업자단체의 위반행위를 단순히 추종하기는 하였으나 위반행위의 성립과정에 직접 참여하지 않았음으로써 적극적인 의사를 갖고 있지 않다고 볼 수 있는 사업자는 제외된다는 점에서 보다 합리적이다. 그러나 의사결정에 참여하지는 않았으나 가격인상 등을 실행한 사업자의 경우 부당이득이 그대로 남아 있다는 점에서 위반행위의 시정 또는 예방을 위한 실효성이 떨어진다는 약점을 여전히 지니고 있다.

라. 결론

공정거래법 제28조제2항에서 규정하는 '참가한 사업자'라 함은 사업자단체의 공정거래법 위반행위에 따라서 실행한 구성사업자라고 해석함이 합리적이다.

사업자단체로부터 법 위반행위의 내용을 통보 받고 단순히 추종한 사업자도 포함되는가가 논의의 대상이 될 수 있다. 결론적으로는 그와 같은 사업자도 실행에 옮긴 사실이 있는 한 참가사업자에 포함될 것이다.¹³⁾ 실행에 옮김으로써 부당한 이득을 얻었거나 단체의 위법행위를 묵시적으로 받아들인 결과가 되기 때문이다.

또한 당해 사업자단체의 구성사업자는 아니지

13) 이동규, 독점규제및공정거래에관한법률 개론, 행정경영자료사, 1995, p.284 참조.



만 그 사업자단체의 위반행위를 좇아서 실행한 사업자도 '참가한 사업자'의 범위에 포함될 것인가 하는 점이다. 제28조제2항의 규정이 참가한 '구성사업자'가 아니라 참가한 '사업자'로 되어 있기 때문이다. 이 문제와 관련하여 일본의 심결례를 보면 1979년 9월 11일 위원회 심의결과 '사업자단체에 의한 담합입찰행위에 아웃사이드가 관여했을 때의 취급은 원칙적으로 위반행위자로서 배제(시정)조치의 대상이 되지 않는 아웃사이드에 대해서는 과징금의 납부만을 명할 수 없다'고 하였다.¹⁴⁾ 일본의 경우는 사업자단체의 행위에 따라서 실행한 '구성사업자'에 대해서 과징금을 부과하도록 독금법에 명시적으로 규정되어 있는 점과도 관련이 있다고 하겠다. 우리 나라의 경우 법률상으로는 과징금 부과대상이 '참가한 사업자'로서 구성사업자에 한정되지 않고 있으나, 제27조의 규정에 의한 시정조치 대상으로는 '구성사업자'로 명시되어 있다. 비구성사업자가 특정 사업자단체의 공정거래법 위반행위를 좇아서 가격인상 등을 실행하고 '부당한' 이득을 얻었다 하더라도 과징금은 일정 의무가 있는 자가 그 의무를 위반할 경우 그에 대한 제재라는 점에서 의무가 전혀 없는 이들 비구성사업자에 대해서까지 참가사업자로 간주하여 과징금을 부과할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 과징금을 부과할 수 없는 또 다른 근거는 예를 들면 가격은 시장에서 경쟁상대방과의 '게임(game)'에 의해 결정되는 성격이

강하므로 경쟁상대방인 구성사업자들이 가격을 올린다면 비구성사업자들은 공동행위에 참여하지 않고서도 수요의 감축 없이 가격을 변동시킬 수가 있다는 점이다.

5. 맺음말

사업자단체의 위반행위에 참여한 사업자에 대해서 과징금을 부과할 수 있도록 근거규정이 도입된 이후 거의 10년이 경과하였음에도 불구하고 그 규정이 적용된 사례가 없다. 물론 이 과징금 부과는 경쟁당국의 재량이지만 사업자들이 사업자단체의 경쟁저해행위를 규제하려는 공정거래법의 취지를 간과할 수 있는 여지를 줄 수 있으므로 이 규정의 적극적인 활용이 필요하다고 본다. 다른 하나는 이 규정에 개선의 소지가 있다는 점이다. 즉, 사업자단체의 경쟁저해행위에 대해서는 사업자단체에 대한 시정조치와 과징금제도가 마련되어 있으므로 그 행위에 참가한 사업자에 대해서는 사업자단체에 대한 제재로써 시정의 효과를 얻을 수 없는 부분에 대한 제재로 한정되어야 할 것이다. 이러한 점에서 구성사업자에 대해서는 부당하게 획득한 이익을 제거하는 내용의 제재가 이루어져야 하며, 따라서 공정거래법 제26조상의 모든 사업자단체의 금지행위 유형에 대해서 참가한 사업자에게 과징금을 부과하도록 하는 것은 재검토가 필요하다고 본다. **결론**

14) 경제기획원 공정거래실, 일본 독금법상의 과징금제도, 1988, p.138.