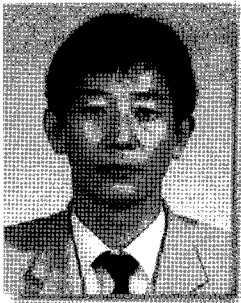


주요국가의 과징금제도의 법리와 실제



박 영 도

한국법제연구원 연구위원, 법학박사

현행법상의 과징금제도는 제도도입 당시에 그 법적 성격이나 제도의 취지 등에 관하여 정밀하게 검토·분석하지 않은 채 운용해 온 결과, 법리적인 측면뿐만 아니라 그 운용면에 있어서도 많은 문제점이 노출되고 있으며, 입법체계면에서도 상당한 모순이 지적되고 있는 등 전면적인 재검토가 필요한 실정이다. 따라서 우리의 제도를 올바르게 이해하기 위해서는 일본의 제도를 포함하여 현행 공정거래법상의 과징금제도와 유사한 제도를 운용하고 있는 주요국가의 사례를 개괄적으로 살펴볼 필요성이 있다고 본다.

1. 머리말

우리의 과징금제도는 행정법상의 의무를 위반한 자가 위반행위로 경제적 이익을 얻을 것이 예상되는 경우, 그 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 일종의 행정제재수단으로써 일본으로부터 이 제도를 도입하였다. 이러한 형태는 현행 독점규제및공정거래에 관한법률에서의 과징금제도와 같이 의무위반에 따른 불법적 이익을 전면적으로 박탈함으로써 간접적으로 의무이행을 강제하는 효과를 얻기 위한 것이었다. 그러나 현행 법제상의 과징금제도는 당초 도입시의 취지에서 벗어나 외국의 입법례에서도 유례가 없는 다양한 형태로 변질되어, 현재 과징금제도를 도입한 법률 중 그 대부분은 이른바 “변형된 과징금제도”를 규정하고 있다. 그것은 다수 국민이 이용하는 사업이나 국가나 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 행정법규를 위반하였을 경우, 그 위반자에 대하여 영업정지처분을 한다면 오히려 국민에게 불편과 생활의 어려움을 줄 수 있으므로, 이러한 영업정지처분에 갈음하여 과징금을 부과시키고 영업자로 하여금 당해 사업을 계속 수행케 하여 국민의 편의를 도모하려는 방향으로 과징금제도를 규정하는 형태를 말한다.¹⁾

1) 현행법상 과징금제도를 규정하고 있는 법률 70개 중에서 60여 개의 법률이 변형된 과징금제도를 규정하고 있다.

현재의 과징금제도의 대부분은 이러한 긍정적 기능으로 운용되고 있으며, 앞으로도 더욱 활용될 것이 예상된다. 어쨌든 현행법상의 과징금제도는 제도도입 당시에 그 법적 성격이나 제도의 취지 등에 관하여 정밀하게 검토·분석하지 않은 채 운용해 온 결과, 법리적인 측면뿐만 아니라 그 운용면에 있어서도 많은 문제점이 노출되고 있으며, 입법체계면에서도 상당한 모순이 지적되고 있는 등 전면적인 재검토가 필요한 실정이다.²⁾ 따라서 우리의 제도를 올바르게 이해하기 위해서는 일본의 제도를 포함하여 널리 우리의 과징금제도와 유사한 목적과 기능을 수행하고 있는 외국의 제도를 해석론적·입법론적으로 정밀하게 검토분석할 필요성이 있으나, 이 글에서는 간략하게 현행 공정거래법상의 과징금제도와 유사한 제도를 운용하고 있는 주요국가의 사례를 개괄적으로 살펴보는데 그치고자 한다.

II. 주요국가의 과징금제도

1. 일본의 과징금제도

일본에서 과징금이라는 용어는 법령용어로서 재정법 제3조에 “조세를 제외하고 국가가 국권에 의거하여 수납하는 과징금 및 법률상 또는 사실상 국가의 독점에 속하는 사업에 있어서 전매 가격 또는 사업가격에 관하여는 전부 법률 또는 국회의 의결로 정하여야 한다”라는 규정에서 최초로 사용하였다. 동 법에서 사용되고 있는 과징

금이란 “국가가 사법권에 의거하여 징수하는 벌금, 과료, 과태료, 재판비용, 행정권에 의거하여 징수하는 수수료 등을 포함하는 넓은 의미의 금전적 부담”으로 이해되었다. 이와 같이 과징금이라는 용어는 재정법상으로는 국가의 일방적인 금전의 부과 또는 국민측으로부터 본다면 금전의 부담으로써 사법권에 의거한 벌금·과료 등이나 행정권에 의거한 인·허가시의 수수료 등도 여기에 포함되는 일종의 일반개념이라고 이해되었다.³⁾ 그러나 이 의미의 과징금 관념이 개별법령에서 그 성격면으로 볼 때 다른 형태로 일종의 금전납부의무가 규정되면서, 그것이 행정강제제도와 어떠한 관계를 지니고 있는가라는 점을 둘러싸고 많은 논의가 제기된 바 있다. 현재 일본의 실정법상 과징금을 규정하고 있는 법제로서는 “사적독점의금지및공정거래의확보에관한법률”과 “국민생활안정긴급조치법”의 2개 법률이 있다. 그래서 양자는 ① 위법행위의 처벌을 목적으로 하는 제재나 몰수·추징이 아니고, ② 민사상의 손해배상과도 다르며, 전자는 개별적으로 벌칙규정, 피해자 손해배상 규정이 있고, ③ 법령에 규정된 의무를 이행하지 않은 경우에 그 의무의 이행을 촉구하기 위한 집행벌과도 다르다는 특색이 있다고 한다. 그래서 이 제도는 사업자가 본래 가질 수 없는 이득의 전부 또는 일부를 국고에 흡수하고 이득행위를 무의미하게 함으로써 그 행위의 인센티브를 약화시켜, 독금법제도·표준가격제도를 유지하기 위한 행정상의 조치라고 설명한다.⁴⁾ 그러나 현행 실정법에 규정된 과징금제도는 반드시 현대적인 시스템이라고도

2) 자세한 내용은 박영도, 과징금 운영사례 및 부과적정기준에 관한 연구, 산업자원부 정책보고자료 2000. 11. 참조.

3) 雄川一郎(外), 行政強制-行政權の實力行使の法理と實態, *ジュリスト* 増刊(1977.1), 有斐閣, 91면以下.

4) 山島武直, 課徴金·反則金·違反の公表, *行政法の争點*(*ジュリスト* 増刊), 有斐閣 1991. 102면.

공정거래법상의 시정조치(특히 과징금 관련)의 문제점 및 개선방안

할 수 없으며 또한 법률적인 성격도 한결같지 않다는 지적도 많다.

사적독점금지및공정거래의확보에관한법률의 과징금제도는 1977년 동 법을 개정하면서 최초로 도입되었으며, 당시 이 제도의 도입을 둘러싸고 논의된 가장 기본적인 쟁점은 과징금의 성격·목적은 어떻게 파악할 것인가라는 점이었다. 당시 공정거래위원회시안에서는 대상이 되는 카르텔을 가격인상카르텔에 한정하고 징수를 의무로 하고 있지 않은 점 등 위반행위에 대한 일종의 제재조치로서의 성격이 보다 강하였다.⁵⁾ 또한 형사벌과의 관계에서는 과징금은 윤리적 책임을 추구한다는 의미에서의 제재가 아니라 카르텔규제의 실효성을 담보한다는 행정목적 달성을 위한 독자의 조치라는 점을 강조하였다. 그리고 이중처벌의 금지원칙도 법인세법에서의 추징금과 벌금의 병과를 합헌으로 한 최고재판소의 판결에 비추어 문제가 없다고 하였다.⁶⁾ 그러나 입법작업과정에서 카르텔의 대상이 확대되고 징수가 의무화되는 등 제재적 성격이 약화되

었으며, 그와 아울러 과징금을 카르텔에 의한 부당이득으로 위치하는 방향이 강하게 작용하였다. 이에 대해서는 이익을 국고에 징수하는 것이 아니라 박탈된 측(소비자 등)에 반환하는 방법이 고려되어야 할 것이라는 주장이 제기되어 법무성측에서 민사상 손해배상제도 외에 이러한 제도를 두는 것에 대한 타당성이 문제가 되었다. 결국 정부당국의 최종보고서에서는 과징금제도는 위법카르텔이 다발하고 누범도 증가하는 상황에 비추어 금지규정의 실효성을 확보하기 위한 행정상의 조치로서 위법카르텔에 의하여 얻은 경제상의 이득에 관하여 그 납부를 명함으로써 상대방에게 경제적인 불이익을 과하는 것이며, 제재적인 효과를 지니나 형벌이 아니라 행정판정인 공정거래위원회가 대가에 영향이 있는 위법 카르텔이 행해진 때에 일정기준에 따라 그 액을 산정하여 행정절차에 의하여 그 납부를 명하는 것임을 명확히 밝혔다.⁷⁾

그 후 과징금제도의 법적 성격이 다시 거론된 것은 특히 1991년 2월 26일 일본정부가 미·일

5) 公正取引委員會事務局官房企劃課, 獨占禁止法改正の要點, 公正取引 제320호(1977), 15面.

6) 최근의 판례에서도 과징금과 형사벌의 병과가 이중처벌의 금지범리에 위반되지 아니한다고 판시하고 있다. ① 1993년 5월 21일의 東京高裁判決에서는 “독점법에 의한 과징금은 일정 카르텔에 의한 경제적 이득을 국가가 징수하고 위반행위자가 그것을 유지할 수 없도록 함으로써 사회적 공정을 확보함과 아울러 위반행위의 억지를 도모하여 카르텔금지규정의 실효성을 확보하기 위하여 집행되는 행정상의 조치로써, 카르텔의 반사회성 내지 반도덕성에 착안하여 이에 대해 부과되는 형사벌과는 그 취지, 목적, 절차를 달리하는 것이며, 과징금과 형사벌을 병과하는 것이 이중처벌을 금지하는 헌법 제39조에 위반하는 것이 아님은 명백하다”(判例タイムズ 제828호, 113面)라고 판시한 바 있으며, ② 1997년 6월 6일의 東京高裁判決에서도 “독점금지법의 과징금제도는 사회적 공정을 확보함과 동시에 충분한 억제효과를 가지고 위반행위의 억제를 도모하고 카르텔금지규정의 실효성을 확보한다는 공익적인 행정 목적을 위하여 카르텔참가사업자에 대해 법률이 카르텔에 의한 경제적 이득으로 의제하는 일정액의 금전을 국고에 납입하도록 명함으로써 카르텔참가사업자로부터 조기에 그 일정액의 금전을 박탈하는 행정처분을 채용한 것으로서 설정된 것이며, 그러한 과징금제도의 취지에 비추어 보면 과징금은 행위의 반사회성, 반도덕성, 죄악성에 대한 도의적 비난에 의거한 규범적 응보 내지 교정교육으로서의 제재의 성질을 띠는 것이 아니라, 이러한 제재로서 부과되는 형벌과는 명백히 취지, 목적 및 절차를 달리하는 것이므로 과징금과 형벌에는 원래 헌법 제39조에 규정된 이중처벌의 관계는 존재하지 않는 것이다. 그리고 카르텔피해자로부터의 민사상의 청구가 병존하고 있다고 하여 과징금의 성격이 변화하는 것이 아니므로 즉 형벌이 확립하고 국가에 의하여 부당이득반환청구소송이 제기되고 있는 상황에서 원고에 대해 과징금을 부과하여도 헌법 제39조위반의 문제는 생기지 않는다”(判例タイムズ 제951호, 128面)라고 판시하고 있다.

7) 山田長伸, 價格カルテルと課徴金, 判例タイムズ 제620호(1987.1.1.), 15面.

구조문제를 둘러싸고 미국측과의 마찰을 해소하기 위하여 과징금의 일정율의 인상, 과징금산정상의 카르텔실행기간의 한정, 과징금납부한도액의 인상 등을 주요골자로 하는 독점금지법개정안을 국회에 제출하기로 방침을 정함에 따라, 다시 독점금지법상의 과징금제도의 법적 성격을 둘러싸고 활발한 논의가 제기되었다. 이 문제에 관해 과징금간담회 보고서는 “현행 과징금제도는 카르텔에 의한 경제적 이득을 국가가 징수함으로써, 위반행위자가 그것을 그대로 보유할 수 없게 함으로써 사회적 공정을 확보함과 동시에 위반행위의 억제에 도모하고, 카르텔금지규정의 실효성을 확보하기 위한 행정상의 조치를 정하는 제도이다”라고 파악하고 있다.⁸⁾ 따라서 보고서는 과징금제도를 기본적으로 국가가 부당이득을 박탈하는 행정상의 조치라고 파악하고 있다. 또한 다른 한편 보고서는 과징금제도의 성격·목적이 사회적 공정의 확보뿐 아니라, 위반행위의 억제에도 있다고 서술하고 있다. 억제효과를 충분히 확보하기 위해서는 부당이득의 박탈을 초과하여 제재의 영역에 들어가는 것도 요청되나, 보고서가 말하는 억제효과는 어디까지나 부당이득의 박탈의 범위내에서 확보되는 것에 그치고 있다.⁹⁾

보고서가 이러한 태도를 취한 것은 카르텔에 대한 조치로써, 행정상의 조치로서의 과징금 외에 형벌이 규정되어 있는(제89조, 제95조) 점에 비롯한다. 즉 과징금과 형벌이 일본헌법 제39조에서 금지하는 이중처벌의 문제를 발생하지 않게 하려는 필요가 있으며 또한 미국, EC, 독일,

프랑스 등 외국에서는 형벌 또는 형벌이외의 제재조치의 어느 것으로 특화 되고 있기 때문이라고 한다. 따라서 공정거래위원회도 종래의 제도의 기본적 성격을 변경하지 않고 과징금은 “위법한 카르텔에 의하여 취득한 경제상의 이득을 국고에 납부시키는 행정조치”임을 강조하였던 것이다. 결국 과징금은 경제적 불이익을 과하는데 주안이 있는 것이 아니라 그 금액은 부당한 이득에 대응하여 정하는 것이라는 점을 보고서에서도 명확히 제시되고 있다. 그러나 실제의 개별 구체적 이득에 비하여 과징금의 액수가 많은 경우도 있으므로, 경우에 따라서는 제재적 효과를 지니는 것은 부정할 수 없다는 견해가 지배적인 것으로 되고 있다.¹⁰⁾

2. 미국의 민사금전벌제도

민사금전벌(civil money penalties)이란 행정법상의 의무이행확보수단으로서 행정기관 또는 법원이 민사절차에 의하여 과하는 금전부과를 말하며, 특히 미국의 행정법규에서는 인·허가의 취소·정지 또는 형사벌(criminal sanction)을 대체하거나 그것을 보완하기 위하여 많이 활용되고 있다.¹¹⁾ 민사금전벌제도는 행정법령을 준수시키기 위한 수단이라는 측면에서 형사벌보다 모든 면에서 우월하다는 인식하에 1960년대 이후 실정법에 광범위하게 규정되고 있으며, 특히 이 제도를 도입한 대표적인 영역으로서는 안전과 건강 및 환경법의 영역이라고 할 수 있다. 기타 농업법·해운법·연방탄광위생안전법·전국

8) 課徴金に關する獨禁法改正問題懇談會報告書, 1990.12.21., 公正取引附報 第989號.

9) 根岸 哲, カルテルに對する課徴金制度の改正, ジュリスト 第977號(1991. 4. 15.), 32~33面.

10) 相場照美, 課徴金の納付と徴收の節次, ジュリスト 第656號, 1978. 1. 15., 108面 등 참조.

11) 美國의 민사금전벌제도에 관한 문헌으로는 朴鈞旻, 美國의 民事金錢罰制度, 美國憲法研究 第1호(1990), 59~105面 참조.

공정거래법상의 시정조치(특히 과징금 관련)의 문제점 및 개선방안

차량안전법·내국세입법·관세법·항공법·어업보존관리법 등 많은 법률에서 민사금전벌이 제재수단으로 활용되고 있으며, 민사금전벌을 규정하고 있는 법률의 종류가 점차 증가되는 추세에 있으며 최근에는 내부자거래규제 등에도 이용되고 있다.¹²⁾ 특히 민사금전벌의 목적은 위반자의 처벌에 있는 것이 아니라 위반의 억제, 위반행위로 인하여 획득한 이익의 회수에 의한 공평성의 확보 그리고 보다 신속한 문제해결에 있다. 즉 준수에 대한 인센티브(Incentive), 위반에 대한 디스인센티브(Disincentive)를 가져다 주는 것이 이 제도의 특징이라고 할 수 있다. 그러나 민사금전벌제도는 각 개별법의 영역에서 다양하게 규정되어 있기 때문에 그 부과절차 및 용어에서도 통일되어 있지 않은 실정이다. 그러나 법률상의 용어로 민사금전벌이 사용되지 않더라도 해당 Penalty가 금전이고, 그 성질이 민사적인 것인 한 “민사금전벌”로 일반적으로 통용되고 있다.

민사금전벌은 “민사적”으로 금전을 징수한다는 데 있다. 즉 법원의 형사절차에 의하여 부과·징수되는 것이 아니고 민사절차에 의하여 부과·징수된다. 벌금과 민사금전벌은 똑같이 금전벌이지만 전자는 형사소송에 의하여 부과되는 것이며, 후자는 민사소송에 의하여 부과된다. 그러나 금전벌이 민사인지 형사인지 분명하지 않은 경우, 예를 들면 법률에서 금전적 제재가 단순히 fine, forfeiture 또는 penalty라는 용어로 규정되어 있을 경우 그것이 형사벌인 벌금인지 아니

면 민사금전벌인지 구별하기 어려운 경우가 있으며, 이를 둘러싸고 학계 및 판례 등에서 많은 논의가 진행되고 있으나 대체로 ①소송의 형식, ②입법목적, ③책임성기준, ④도덕적 비난, ⑤국가의 권위에 대한 범죄, ⑥보상절필, ⑦벌의 본질, ⑧원고로서의 국가 등을 그 기준으로 삼고 있다.

그리고 민사금전벌은 그 제재의 취지가 처벌적이지 아니라, 예방적·구제적 효과에 있다는 점이다. 이것은 민사금전벌이 “형사적” 목적을 위한 것이 아니라, “민사적”으로 금전을 징수한다는 것의 취지와 같은 의미라고 할 수 있다. 그러나 민사금전벌의 “벌”이 의미하듯이 형사적 벌금(criminal fine)과 유사성을 가지고 있기 때문에 형사적 제재로 오해할 수 있으나, 이에 대해 판례 및 일련의 학설은 민사금전벌의 예방적·구제적 효과를 적극 옹호하고 있다. 특히 민사금전벌은 형사벌에 비하여 다음과 같은 절차상의 장점이 있다. ①형사책임과 달리 민사의 경우는 증거의 우월(preponderance of evidence), 즉 위반사실의 확실성이 50%를 초과한다는 심정을 법관에게 부여할 수 있으면 타당한 것이 되어 증명이 비교적 용이하다. ②형사소추 되면 피고인에게는 증언을 거부할 수 있는 권리·묵비권 등이 보장되는데 반하여 민사의 경우는 피고에게 그러한 권리는 인정되지 않는다. ③보다 엄격한 절차가 요구되는 형사재판은 민사에 비하여 시간이 많이 소요된다. 다만 민사금전벌은 합리적으로 규제적 제도와 연결될 것, 그 자체로서 악의의 범죄

12) 자세한 내용은 Harvey, J. Goldschmid, Report in Support of Recommendation 72-6 : An Evaluation of the Present and Potential Use of Civil Money Penalties as a Sanction by Federal Administrative Agencies, 2 RECOMMENDATIONS AND REPORTS OF THE ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES 896, 896-902(1972). 동 문헌의 국내소개로는 金宰弘, 美國의 民事金錢罰制度①②③④⑤, 법제 제99호·제101호·제102호·제103호·제104호(1984. 9~11) 참조.

로 취급하지 않을 것, 예방 및 치유효과가 기대될 수 있을 것 등의 전제조건을 충족시킬 것을 조건부로 하고 있다. 따라서 민사금전벌을 부과하기 위한 사실인정도 배심원이 아닌 행정관청도 할 수 있게 된다.

3. 독일의 경쟁제한금지법상의 과태료제도

독일의 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen : GWB)의 운용의 실효성을 담보하는 제도로서는 연방카르텔청에 의한 금지, 손해배상제도 및 사법상의 효과의 부정 등이 있으나 중심적인 역할을 거두는 것은 질서위반에 대한 과태료(Geldbuß)제도이다(제38조, 제39조).¹³⁾ 독일에서는 형사범(자연법)과 행정범(법정법)을 구별하고 행정범에 관해서는 질서위반으로 행정기관이 과태료절차에 의하여 과태료를 부과하는 운용체제가 확립되어 있다. 질서위반의 다수는 각종 경제법령 가운데의 경제사범, 도로교통법상의 교통사범, 경범죄 등이다. 그리고 이들 질서위반에 관해서는 질서위반법이 통칙 및 절차를 규정하고 있다.¹⁴⁾ 따라서 과태료절차는 일반적으로 질서위반법에 따라 행해지나, GWB의 경우에는 카르텔청이 소추관청(Verfolgungsbehörde)으로서 검찰관과 같은 권한과 의무를 가진다. 질서위반행위의 소추는 카르텔관청의 재량사항이 되어 있다(질서위반법 제47조제1항). 일반의 형사범죄와 질서위반의 구별은 범죄가 사회윤리상의 악성에 근거하고 있

는데 대하여 질서위반에는 그것이 없고 가치중립적이라고 하는 견해(질적 구별)와 위반의 정도의 차이에 불과하며 그 때문에 범죄와 이질적인 것이 아니라는 견해(양적 구별)로 나누어지고 있으나, 입법자가 GWB제정당시에 동 법 위반을 질서위반의 항목에 포함하는 방침을 채용한 입법이유서에는 다음과 같이 설명하고 있다.

즉, ①경쟁제한적 계약이나 거래방법이 불법이며 또한 윤리적으로 비난되어야 할 것이라는 감각은 독일국민 가운데서 뿐만 아니라 경제계에서도 아직 일반화되고 있지 않다는 점, ②자유경쟁의 원칙이 지배하는 경제질서라는 기반에 관한 교육이 보급되어 있지 않다는 점, ③입법자의 측에서도 남용규제를 목적으로 한 1923년의 카르텔령(Kartellverordnung)밖에 입법경험이 없고 자유경쟁원리의 생각이 결여되어 있다는 점, ④이것은 경쟁제한적인 협정의 공서양속위반의 판단에 관하여 매우 자기억제적이며, 경쟁의 자유보다도 계약의 자유를 우선시킨 법원에도 타당하다는 점 등에서 이러한 상황에서는 GWB위반행위를 형사범죄로 취급하는 것은 적절하지 않고, 그러나 동 법의 경제정책 및 법률상의 기본사상을 상실하지 않기 위해서는 이를 “사업상 부정하다고 판단되는 행위(Kaufmannisch unlauteres Verhalten) 및 경쟁경제에 있어서 일정한 질서원리의 침해”로서 구성하는데 그쳐야 할 것이라고 한다.¹⁵⁾

GWB에 규정된 질서위반은 ①GWB 각 규정에 대한 위반, ②GWB에 의거한 카르텔관청이

13) Ulrich Immenga/Ernst Joachim Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981, §38(Klaus Tiedemann); Wernhard Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983, S.679ff; Rainer Bechtold, Das Neue Kartellrecht, München 1981, S.259f.

14) '질서위반'이라는 카테고리의 형성과정에 관한 것은 Rolf Winkler, Die Rechtsnatur der Geldbuß im Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Siebeck 1971 참조.

15) 경쟁제한금지법 정부초안에 대한 이유서 BT-Drucks. II/1158, S.57.

공정거래법상의 시정조치(특히 과징금 관련)의 문제점 및 개선방안

행한 처분 등에 대한 위반, ③GWB 제38조 자체가 규정하는 위반, ④GWB상의 보고·신고의무 위반 등이다. 과태료의 금액은 ① 내지 ③의 위반의 경우 100만 마르크까지 또는 이 금액을 초과하는 경우에는 위반행위로부터 얻은 초과매상액의 3배까지를 상한으로 그 범위내에서 부과할 수 있다(제38조제4항). ④의 경우에 있어서 과태료는 5만 마르크가 상한이다(제39조제2항). 이와 같이 한편으로 일률적으로 상한액을 결정하면서 다른 한편으로 그것을 상회하여 초과매상의 3배까지 부과하는 것을 인정하는 것은 과태료가 원래 질서위반행위에 의하여 얻은 경제적 이득(wirtschaftlicher Vorteil)을 상회하는 것으로 한다(질서위반법 제17조제4항)고 되어 있기 때문이다. 따라서 법정상한액(질서위반법의 경우에는 5~1000마르크)에도 불구하고 위반행위에 의하여 얻은 경제적 이득이 그것을 상회하고 있는 경우에는 그 범위내에서 징수하는 것이 허용되는 것이다. 여기서는 위반행위자가 얻은 실제의 경제적 이득을 수중에 남길 수 없다는 견해가 표현되고 있다.

4. 프랑스의 경쟁법상의 제재금제도

프랑스의 독점금지법인 “가격 및 경쟁의 자유에 관한 1986년 12월 명령”에 규정된 실효성담보제도로서는 보전조치(위반행위의 중지명령 및 사업자에 대한 원상회복명령), 벌금, 손해배상 및 제재금(제13조) 등이 있다. 여기에서 중심적인 수단인 제재금은 조문상으로는 금전상의 제재(sanction pecuniaire)라고 규정되어 있으며, 위반행위에 대한 제재를 목적으로 독립행정기관인 경제평의회(Conseil de la Concurrence)가 부과하는 행정적 제재인 형벌과는 다르다. 위반행

위에 대한 보전조치란 당사자에 대하여 반경쟁적 행위를 일정기간내에 정지하도록 명령하거나 개별적인 조건을 부과하는 것으로서, 단순히 위반행위를 중지하는 것뿐 아니라 적극적인 조치를 명할 수도 있다. 또한 경제평의회는 직접 또는 중지명령이 이행되지 아니한 경우에는 적정한 제재금을 과할 수도 있다. 경제평의회가 직접 제재금을 부과하려는 경우에는 위반행위의 중지와 제재금의 지급명령 중 하나를 결정한다. 위반행위가 이미 종료한 경우에는 제재금의 지급명령만을 결정한다. 또한 경제평의회는 검사방해 등 절차규정위반이나 ① 반경쟁적 행위의 계획, 조직 또는 실행에 관하여 개인으로서 결정적인 역할을 기망적으로 거둔 경우, ② 거래명세서의 불교부, 기재의 불비, ③ 입고가격을 하회하는 가격으로의 엮가판매, ④ 상품의 재판매가격에 관한 직접 또는 간접으로 최저한도인 성격을 강제하는 행위, ⑤ 보존불능식품 또는 알콜음료구입시의 대금지불의 지연 등에 관해서는 형벌로서 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이들 규정에 위반하는 행위는 제한적 행위로서 개별 기업 또는 사인간의 사적인 이해관계와 관련되는 것이다. 따라서 이들 행위에 관해서는 형사법원이 판결을 내리며, 경제평의회는 관계하지 아니한다.

1986년 12월에 제정된 현행법은 형법적 성격이 강하였던 종래의 1945년의 가격령과는 달리 탈형법화를 지향하여 경쟁원리에 위반하는 행위는 경제평의회에 의한 관할로 하고, 사법법원의 관할로 하지 않는다는 원칙을 채용하였다. 다만 위에서 살펴본 제한적 행위에 관해서는 형벌의 대상으로 하고 있는 것이다. 사법기관에는 반경쟁적 행위의 적발 및 시정을 명확히 하기 위한 전문지식이 결여되어 있기 때문에 반경쟁적 행위는 사법과 행정의 중간에 위치하는 독립행정기관인

경쟁평의회에 관할로 하고 있으나, 제한적 행위는 본래 개별 기업 또는 사인간의 사적인 이해관계와 관련되는 것이며 공공의 경제질서에 영향을 미치는 것이 아니므로 일반법의 원칙에 따라 사법법원의 관할로 하도록 한 것이다. 그런데 동일사건에 관하여 제재금과 형사벌이 병과되는 사례로서 이론적으로는 ① 개인사업자에 대하여 반경쟁적 행위에 가담한 것에 관하여 경제평의회로부터 제재금을 부과 받음과 아울러 당해 위법행위의 과정에서 기망적 행위를 행하여 제17조의 규정에 의하여 형벌이 부과되는 경우, ② 제31조 이하의 제한적 행위에 해당하는 행위를 법인의 대표자가 행함으로써 제54조에 의거하여 당해 법인이 벌금지불을 연대하여 명령받음과 아울러 당해 행위가 반경쟁적 행위에 해당하여 경제평의회로부터 제재금을 부과 받은 경우 등이다. 경쟁평의회는 한편으로는 시장매카니즘의 기능을 저해한 것에 관해서는 제재금을 부과하고, 다른 한편 개별기업에 손해를 부여하는 것에 관하여 벌금을 부과하며, 외형적으로는 하나의 행위이나 두 개의 위반행위에 대하여 각각 다른 견해에 의거하여 다른 제재를 부과하고 있다. 경제평의회가 제재금을 부과하는 경우 위반행위의 중대성(위반행위가 대규모인 경우, 위반행위가 경제시스템에 미치는 악영향의 정도 등), 위반행위자의 고유한 사정(위반행위자의 규모, 위반행위에 대한 역할, 위반의 의도의 유무, 위반행위자의 경제적 상황) 등의 요소를 고려하여 재량에 의하여 그 금액을 결정한다. 또한 제재금을 부과하는데 있어서 위반행위자의 고의나 과실은 요건으로 규정되어 있지 않다.

5. EC국가의 경쟁법상의 제재금제도

EC에 있어서 제재금제도는 EC경쟁법 가운데서 중심적인 지위를 차지하는 EEC의 경쟁법, 즉 "1957년 3월의 유럽경제공동체를 설립하는 조약(로마조약)" 제85조, 제86조 및 제87조에 규정되어있다. EEC의 경쟁법 운용의 실효성을 담보하는 제도로서는 배제조치, 제재금(동 규칙 제15조), 이행강제금(동 규칙 제16조) 등이 있으나, 여기에서도 제재금제도가 경쟁법의 중심적인 실효성 담보수단이다. 우선 제재금(fine)의 법적 성격이 문제가 되나, 이사회규칙 제17호제15조제4항은 제재금결정이 형법적 성격(criminal law nature)을 수반하지 않음을 명확히 하고 있다. 이것은 공동체설립에 의하여 경제적 문제에 관한 권한을 공동체에 위양하였으나, 형사상의 재판관할권까지 포기한 것이 아니라는 EC국가의 의도를 표현한 것이다. 이러한 EC의 제재금제도의 형성에는 독일의 질서위반의 모델이 강한 영향을 부여하였다고 한다.¹⁶⁾ 이행강제금(periodic penalty payments, Zwangsgelder)과 제재금의 차이는 제재금이 과거의 위반행위에 대하여 과해지는데 대하여 이행강제금은 EC위원회가 결정에 의하여 명한 일정한 부작위의무 내지 작위의무(조약 제85조, 제86조 위반행위의 배제, 적용제외에 있어서 일정행위의 금지, 필요한 정보제공, 조사에의 복종)에 따르지 않은 경우 그 이행을 강제하는 이른바 현재의 위반상태를 장래에 향하여 해소하는 것을 목적으로 하는 점에 있다. 다만 예컨대 조약 제85조제1항 위반에 대한 배제조치명령(이사회규칙 제3조)에 따

16) R.Winkler, a.a.O., S.30ff. Winkler은 EC의 제재금제도는 독일의 과태료제도 또는 프랑스의 sanctions administratives와 유사한 성격을 가진다고 한다.

르지 않는 사업자에 대하여 이행강제금에 의하여 강제적으로 위반행위를 종료시킨 후 같은 행위에 관하여 제재금을 부과할 수 있는가 라는 문제가 있다. 양 제도의 목적의 차이를 고려하면 이론적으로는 불가능한 것은 아니나 아직 충분한 검토가 행해지지 않고 있으며, 실제로는 이행강제금제도는 거의 이용되고 있지 않다.

EC위원회의 견해에 의하면 제재금에는 위반행위에 관해 사업자에게 금전적인 제재를 과하는 것 및 위반의 재발을 방지하여 조약의 금지규정의 실효성을 확보한다는 두 가지 목적이 있다고 한다. 제재금의 대상이 되는 위반행위는 ① 절차상의 의무위반, 즉 EC위원회에의 신청 또는 신고에 있어서 부정확 내지 허위정보제공, EC위원회에 의한 정보수집시 허위정보제공 또는 제공의 거부, 조사시에 있어서 장부 기타 영업에 관한 문서의 불완전한 제공 또는 제공의 거부(이사회규칙 제17호제15조제1항), ② 실체규정(조약 제85조, 제86조) 위반 및 동 법 제85조제3항에 의한 적용제외결정에 의하여 부과된 의무위반(동 제2항) 등이다. 또한 제재금제도는 위반자에 대한 제재뿐 아니라 그것을 통하여 일반적인 예방을 도모하는 것을 목적으로 하고 있으며 억제효과를 고려하여 그를 위한 충분한 금액을 부과하는 것도 허용되고 있다. 제재금은 행위자의 고의 내지 과실을 전제로 하므로 행위자의 유책성(culpability)이 필요하다는 점을 의미한다. 고의 또는 과실을 요건으로 한 이유에 관해 그 입법경위는 불명확하나 제재금이 법적으로는 형사적 제재가 아니라는 점과 실질적으로는 위반에게 중한 금전적 부담을 과함으로써 위반행위의 억제에 도모하는 것이므로 형사벌을 모방하여 행위자의 어떠한 유책성을 요건으로 한 것으로 판단된다.

III. 검토

현재 일본의 실정법상 규정되어 있는 과징금의 구체적 개념이나 성격규명에 있어서 이론적·실제적으로 충분히 검토되고 적합성을 가지고 운용되고 있다고 말할 수는 없다. 일본의 사적독점금지및공정거래의확보에관한법률에 규정되어 있는 과징금제도에 대해서도 이를 부당이득세적인 성격이 있다고 하는 견해가 있는 반면, 위반행위의 억제를 도모하는 행정제재금으로서의 성격도 아울러 구비하고 있으며, 그 경우 그 제재적 성격은 형벌의 그것과는 다르다는 견해가 있다. 이러한 점은 우리의 과징금제도를 이해하는데 참고가 될 것으로 생각한다. 그러나 일본의 경우에는 현행 우리 나라의 실정법상 규정되고 있는 이른바 변형된 과징금제도, 즉 인·허가의 취소·정지처분과 선택적으로 또는 이에 갈음하여 부과하는 과징금제도는 없다.

미국의 민사금전벌제도는 오늘날 다수의 연방법에 도입되어 규제적인 법규를 집행하는 규제당국으로부터 효율적인 집행수단으로 인식되고 있으며, 행정규제나 경제규제관련법규의 위반행위의 억제에 커다란 역할을 수행하고 있다. 이러한 민사금전벌제도를 널리 도입하게 된 이유로는 ① 형사가 아닌 민사적인 방법에 의하여 제재를 하므로 형사피고인에게 가해지는 사회적인 불명예를 부담시키지 않고 위반행위의 억제효과를 거둘 수 있다는 점(Stigma), ② 다른 형사처벌이나 기타의 수단을 병행하여 활용하면 일반적인 법령위반에 대해서도 효과적인 범령집행활동을 가능하게 한다는 점(More Efficient), ③ 실제의 업무집행기관인 행정기관 등의 주도하에 운영되므로 집행의 신속성과 효율성을 확보할 수 있다는 점(Easier to Use) 등이 제시되고 있

다. 특히 민사금전벌제도는 현대형의 경제범죄에 대한 효과적인 억제수단으로 적합하다는 점도 제시되고 있다. 현대형의 경제범죄는 대부분이 경제적 이익을 추구하는 과정에서 야기되는 법령위반행위이므로 그 제재수단으로는 위반의 동기를 직접적으로 제거할 수 있는 금전적인 제재가 적합하다는 점이다. 특히 민사금전벌은 그 집행에 있어서 형사처벌과는 달리 그 절차, 인권보장의 문제가 야기되지 않는다는 장점도 있고 부당이득의 박탈에 있어서는 형사처벌과 달리 위반행위에 대한 주관적인 위반의사, 즉 행위의 목적을 입증할 필요 없이 객관적인 사실만으로 제재의 부과가 가능하므로 집행이 쉽고 효율성이 높아 현행의 경제범죄 내지 경제관련법령 위반행위에 대한 억제수단으로 적합하다는 점이다.

그러나 민사금전벌은 집행활동의 수행에 효과적인 것이지만 금전벌의 부과와 관련하여 부과자인 행정기관의 입장에서는 위반자의 벌금납부능력을 정량화하기가 쉽지 아니하며, 위반자의 입장에서도 부과되는 민사금전벌의 납부능력여부가 문제가 된다. 또한 효용상의 문제로서 이미 부과한 민사금전벌의 집행문제와 관련하여 강제집행상의 한계성이 있다. 그리하여 미국에서도 형사적인 제재 대신 민사금전벌을 도입하여 활용하고 있는 환경관련법이나 금융관련법 분야에서는 민사금전벌제도의 약점을 보완하고자 적극적으로 형사제재를 요구하는 경향이 있다고 한다. 민사금전벌의 부과대상은 이를 규정하고 있는 각 실정법에 따라 차이가 있으나, 일반적으로는 법령위반이나 행정규제의 위반에 대하여 부과되는데 적정기록의 유지나 보고서의 제출을 게을리 하거나 행정기관의 조사에 불응하는 경우, 의도적이거나 부주의로 인한 위반행위 등이 그 주된 대상이다. 그러나 경제적 이익을 추구하

는 과정에서의 위반행위에 대하여는 우리나라의 과징금제도와 같이 위반행위로 얻은 부당이득의 환수박탈 내지 인허가의 철회나 영업정지처분에 갈음하여 민사금전벌을 부과하는 경우가 많은 등 그 부과대상에서도 개별 법령마다 매우 다르며 따라서 그 성격도 다양하여 그 운용여하에 따라서 우리 나라의 과태료, 과징금, 부과금 등의 성격 내지 역할을 가지고 있다고 할 수 있다.

독일, EC 및 프랑스의 실효성 확보수단은 경쟁법의 의무이행을 담보하기 위하여 행정기관이 위반자에게 금전적 부담을 과한다는 점에서는 우리의 과징금제도와 유사하나, 몇 가지의 중요한 점에서 차이가 있다. 우선 법적 성격의 면에서 살펴보면, 독일의 과태료는 질서위반으로서 전통적인 형사범죄의 범주와는 구별되고 있으나, 형벌과 마찬가지로 위반행위에 대한 제재와 일반적 예방을 목적으로 하고 형벌과의 병과는 제도적으로 회피되고 있다. 절차면에서 순수한 행정조치라고 말하기 어렵다. 이 점은 EC법, 프랑스법의 경우에도 마찬가지이다. EC의 경우는 구성국의 국내법에 의하여 형사벌이 적용될 가능성이 있으나, 운용상은 같은 위반행위에 대한 EC경쟁법의 제재금과 구성국에 의한 처벌의 병과를 회피하는 배려가 도모되고 있다. 결국 독일, EC 및 프랑스의 제재금제도는 기능의 면에서는 우리의 과징금과 유사점이 있으나, 그 성격면에서는 중요한 차이가 있다. 다만 주의하여야 할 것은 독일, EC 및 프랑스도 이러한 제재조치(금전적 불이익)를 강화하는 방향으로 나아가고 있다는 점, 그리고 이 경우 위반행위에 의하여 얻은 이익의 박탈 및 위반행위의 억제라는 관점이 중요시되고 있다는 점이다. **공정**