

# 손해액 추정을 통한 과징금 산정방안 모색

## - 입찰담합을 중심으로

한국경제연구원 선임연구위원 | 이 인 권

### I. 서론

공정거래위원회는 2000년 이후 부당공동행위를 '시장경제의 제1의 공적(公賊)'이라는 표현을 사용하며 부당공동행위에 대한 규제의 강도를 크게 높여 왔다. 공정위는 2004년 공정거래법 개정을 통하여 부당한 공동행위의 금지규정을 위반하는 행위가 있을 때는, 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정한대로 매출액에 100분의 10(기존 100분의 5)을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있도록 하였다. 또한, 공정거래법 개정을 통하여 손해배상청구와 관련 시정조치의 확정을 전제요건으로 요구하는 공정거래법 제57조 제1항의 규정을 삭제하였다. 이런 시정조치 선(先)확정요건이 공정거래법상 손해배상청구권 행사의 제약요인으로 작용할 뿐만 아니라, 제57조 제1항 단서의 규정에도 불구하고 피해자가 공정위의 시정조치를 거치지 않으면 민법상의 손해배상청구를 하지 못하는 것으로 오해될 여지를 없었다. 나아가 공정거래법의 규정에 위반되는 행위로 인하여 손해가 발생하였다고 인정되는 경우로서, 손해의 성질상 그 손해액을 입증하는 것이 매우 곤란할 때에는 법원은 변론 전체의 취지와 증거 조사의 결과에 기초해 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 규정을 신설하였다. 그리고 부당한 공동행위를 한 자 또는 이를 행하도록 한 자 중에서 부당한 공동행위의 사실을 신고한 자 이외에 증거 제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대하여 과징금을 크게 경감 또는 면제할 수 있는 제도적 장치를 확보하였다. 이에 더하여 공정위는 이 법의 위반행위를 신고 또는 제보하고, 이를 입증할 수 있는 증거자료를 제출한 자에 대하여 예산의 범위 안에서 포상금을 지급할 수 있도록 하였다. 이런 조치는 향후 공정거래법의 사적 집행을 크게 제고시키는 계기로 작용할 것으로 예상된다. 객관적이고 합리적인 손해액 산정은 손해배상 소송에서 매우 중요한 이슈이다. 왜냐하면, 손해액 산정과 관련하여 원고와 피고의 이익이 직접적으로 상충되기 때문이다. 경쟁법 집행이 발달한 미국에서는 담합으로 인한 손해배상 소송과 관련하여 종종 경제학자와 통계학자 등의 전문가들이 법정 증인으로 참여하여 손해액 추정치를 제시한다. 이들이 제공한 손해액 추정방법과 통계적 해석을 기초로 하여 원고 측과 피고 측의 공방이 이

뤄지며, 법원은 이 중 설득력이 있는 주장을 채택하게 된다.

원고는 입찰담합으로 발생한 손해액을 보상받기 위하여 담합의 결과로 초래된 가격 상승의 정도를 입증해야만 한다. 다만, 손해액을 입증함에 있어서 원고가 사실의 인과관계를 입증하는데 요구되는 결정적인 증거까지 제시할 필요는 없다.<sup>1)</sup> 경제적 피해는 그 성격상 입증하기가 그리 용이하지 않다. 미국 연방대법원은 손해액이 단순 추측과 단순 추론에 의해서 결정되지 않는 한, 비록 손해액 추정치가 근사치라고 할지라도 그 손해액이 공정하고 합당한 추정에 의하여 계산된 것이라면 법정에서 증거물로 채택될 수 있다는 입장을 취하고 있다.<sup>2)</sup> 이와 달리 미국 항소법원들은 담합이 이루어진 계약과 원고 측이 비교대상으로 선정한 경쟁적인 계약 간에 그 비교 가능성에 대한 원고의 입증이 충분치 않거나 원고의 손해액 산정이론이 추측적인 경우, 하급법원의 손해배상판결을 파기하거나 원고의 손해액 이론을 받아들이지 않기도 하였다.<sup>3)</sup> 일반적으로 손해액 추정치는, 그 추정치에 불확실성이 존재하더라도 그 추정치가 객관적이고 공정하며 과학적으로 추정된 합리적인 추정치라면, 법원이 내리는 손해액 판정의 유효한 증거자료로 사용될 수 있다.

미국의 경우, 손해배상 소송에서 중회귀분석(重回歸分析)을 통한 손해액 산정이 증거로 채택된 경우가 매우 많다. 특히, 1980년대 이후 계량경제학적 분석방법을 통한 담합 손해액 산정방식은 여러 손해배상 소송에서 보편적으로 사용되고 있다. 계량경제학적 분석방법은 특히, 건설시장과 학교우유급식시장 입찰담합의 손해액을 추정하는데 자주 사용됐다. 예컨대, 건설시장의 경우 New York City Convention Center 건설공사(1991), 워싱턴주(Washington) 고속도로 건설공사(1989), 알래스카주(Alaska) 고속도로 건설공사(1988), 사우스캐롤라이나주(South Carolina) 하수도공사(1986), 콜로라도주(Colorado) 고속도로 건설공사(1985), 펜실베이니아주(Pennsylvania) 고속도로 건설공사(1983) 등 계량경제학적 손해액 사용방법이 사용된 다수의 소송사례가 있다. 학교우유급식시장의 경우는 텍사스주(Texas, 1992), 켄터키주(Kentucky, 1991), 펜실베이니아주(Pennsylvania, 1991), 버지니아주(Virginia, 1991), 테네시주(Tennessee, 1990), 미시시피주(Mississippi, 1990), 앨라배마주(Alabama, 1989), 조지아주(Georgia, 1989) 등 여러 소송사례에서 계량경제학적 손해액 산정방법이 사용되었다. 앞에서 설명한 국내의 부당한 공동행위와 관련한 경쟁법의 개정으로 인하여 부당공동행위 관련 소송이 증대될 것으로 예상된다. 이런 배경 하에서 본 논의는 경쟁법을 집행하는 경쟁당국, 담합에 대한 피규제대상인 기업, 잠재적 피해자인 소비자 와 정부, 그리고 원·피고 소송대리인 및 법적인 최종 판단을 행사하는 판사들에게 법적 분쟁시 참조할 수 있는 실무적 가이드라인으로 활용될 수 있을 것이다.

1) Continental Banking Co. v. Old Homestead Bread Co., 476 F.2d 97, 111 (10th Cir.), cert. denied, 414 U.S. 975 (1973); King & King Enterprise v. Champlin Petroleum Co., 657 F.2d. 1147, 1156-1157 (10th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1164 (1982).

2) Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co., 282 U.S. 555, 563 (1931); Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc., 327 U.S. 251, 265 (1946).

3) McGlinchy v. Shell Chem. Co., 845 F.2d 802 (9th Cir. 1988); Home Placement Serv. v. Providence Journal Co., 819 F.2d 1199 (1st Cir. 1987); Admiral Theatre Co. v. Douglas Theatre Co., 585 F.2d 877 (8th Cir. 1978).

## Ⅱ. 피해액 추정방법 개괄<sup>4)</sup>

본 장에서는 실제 손해배상 소송에서 적용될 수 있는 추정방법으로 비계량경제학적 분석방법과 계량경제학적 분석방법 및 분석방법 상의 개념적 분류에 대하여 간략히 소개하고자 한다.

### 1. 비계량경제학적 분석방법

실질 손해배상 소송사례에서 이용할 수 있는 추정방법을 설명하면 다음과 같다.

#### (1) 가격인상분에 대한 직접 증거(Direct Evidence Of Overcharge)

가장 간단한 추정방법은 공모를 통하여 입찰을 따낸 경우, 구체적으로 얼마나 입찰가격이 증가했는가에 대한 직접적인 증거를 제시하는 것이다. 만약, 공모자들이 만나서 입찰가를 공모 이전보다 \$X 만큼 높게 설정하기로 동의하였다면, 공모로 인한 가격인상분은 \$X가 될 것이다. 만약, 이를 지지할 증거가 충분하다면 이 방법이 손해액 산정에 매우 유효할 것이다. 판사들이나 배심원들이 담합행위와 가격인상분 간의 직접적 관계를 바로 인지할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 직접증거방법은 대부분의 경우에 적용하기 어렵다. 왜냐하면, 담합가격에 대한 직접적인 증거를 원고 측이 확보하기 힘들기 때문이다. 따라서 이 방법을 기계적으로 적용할 경우, 담합에 의한 가격 인상의 직접적인 증거가 없을 때에는 담합으로 인한 손해가 없다고 잘못 판단할 수도 있다. 이러한 방법으로 추정된 손해액은 실제 가격인상분을 과소평가할 가능성이 있다. 직접 증거방법은 비공모자들이 입찰에서 이긴 경우나 피해의 직접증거나 없는 경우, 계약자가 겪은 손해가 없다고 잘못 판단하게 할 수 있다. 또한, 재빠른 공모자가 가격 인상정도를 보여주는 흔적을 모두 없애버렸을 때에도 실제 손해는 발생할 수 있다. 비공모자가 입찰에서 이긴 경우라도 공모가 있었기 때문에 최종 계약가격이 증가했을 가능성이 있다.

#### (2) 가격인상분의 공학적 분석(Engineering Analysis Of Overcharge)

이 방법은 하나의 계약은 입찰담합을 한 경우이고, 나머지 하나는 그렇지 않은 경우인 두 경우에 있어서 이들을 비교할 수 있을 때, 주요한 요소들의 비용을 공학적으로 계산하여 공모로 인한 손해액을 추정하는 것이다. 이러한 방법은 특히, 입찰담합이 없는 경우의 표본이 충분하지 않아서 통계적인 방법을 이용할 수 없고, 하나나 둘 정도의 입찰담합이 있었던 계약에 대하여 분석하려고 할

4) 본 연구에서 정리한 손해액 추정방법은 Howard and Kaserman(1989), Nelson(1993), Lee & Hahn(2002) 및 김선구 외 (2005)를 참고로 필자가 재정리한 것이다.

때 유용하다. 그러나 다수의 입찰담합계약이 있는 경우는 비슷한 상황에서 경쟁적인 입찰이 있었던 계약을 충분히 확보하기 어렵기 때문에 이러한 방법을 쓸 수 없을 가능성이 높아진다. 게다가 비교하는 사건들의 담합과 관계가 없는 작은 차이들을 수정하기 위하여 상대적으로 면밀한 분석이 필요하기 때문에 문제가 되는 계약의 수가 증가할수록 분석에 들어가는 비용 및 시간이 엄청나게 증가한다. 다만, 통계적인 접근방식이 이용되는 경우에 중요한 몇몇 사건에 대해서는 공학적인 분석을 하는 것이 손해액 추정결과에 대하여 가치 있고 구체적인 증거가 될 수 있다. 공학적 비용분석은 입찰담합이 있었던 계약과 담합이 없었던 비슷한 계약 사이에 실제로 받은 입찰가를 비교하는 것에 기초한다. 계약기관이 “입찰을 받기 전”(Before Bids Are Received)에 실시하는 일반적인 공학적 비용 추정은 유사한 경쟁입찰 사건과의 비교에 기초하지 않아, 많은 경우에 있어서 손해액 추정으로 적당한 방법은 아니다.

## 2. 계량경제학적 분석방법

손해액 추정방법은 담합이 있었던 입찰계약의 가격과 담합이 없었다면 형성되었을 경쟁가격이나 비교 가능한 기준시장의 가격을 활용하여 통계적 또는 계량적 모형을 이용한 분석방법이다. 이러한 손해액 추정치는 경쟁적으로 입찰한 통제집단(Control Group)에서 관찰된 낙찰가를 이용한다. 표본에서 개별 계약에 대하여 비용을 추정하는 직접적·공학적 비용 비교와 추정과의 중요한 차이점은 가격에 영향을 미치는 변수들이 통계적 모형 하에서 ‘통제’(Control) 되었다는 것이다.

손해액 추정에는 많은 방법이 이용될 수 있는데, 이 방법들 모두 각각의 장단점을 가지고 있어서 어떤 하나의 방법도 여러 측면에서 가장 우월하다고 볼 수 없다. 특히, 단순함(Simplicity)과 포괄성(Comprehensiveness) 사이의 균형(Trade-Off)이 존재한다. 손해액 추정방법에 더 많은 요인이 포함될수록 - 그래서 더욱 정확한 추정치를 얻을 것이라 기대된다고 하더라도 - 그 방법은 점점 복잡해진다. 이하에서는 상기에서 설명한 손해액 추정방법들이 실제 소송사례에서 어떻게 활용되었는지를 상세히 설명하고, 추정방법 상의 유효성과 한계에 대하여 논의하고자 한다.

### (1) 비율접근법(Ratio Approach)

비율접근법은 입찰담합이 있는 경우와 없는 경우에 대하여 각각 낙찰가와 공학적 추정치 사이의 관계를 살펴보는 것이다. 평균적으로 입찰담합이 있는 경우는 공학적 추정치에 비하여 낙찰이 체계적으로 높을 것으로 예상된다. 입찰담합이 있었던,  $i$ 번째 계약에 대한 공학적 추정치에 대한 낙찰가의 비율을  $(BE)_{Ri}$ 라고 하고, 경쟁적인 입찰 건들의 평균비율을  $(B/E)_U$ 라고 하면, 입찰담합이 있는 각 경우의 손해액 추정치는 다음과 같이 구할 수 있다.

$$D_{Ri} = [(B/E)_{Ri} - (B/E)_U] E_{Ri}$$

이때,  $D_{Ri}$ 는  $i$ 번째 계약에서 추정된 가격인상분이고,  $E_{Ri}$ 는 그 계약에 대한 공학적 추정치이다. 따라서 만약 입찰담합이 있는 건의 낙찰가가 공학적 추정치보다 20% 크고 경쟁적인 건에서의 평균적인 낙찰가가 공학적 추정치보다 10% 작다면, 이 계약에 대한 과다청구(Overcharge)는 그 계약에 대한 공학적 추정치의 30%가 된다.

입찰담합이 의심되는 경우, 입찰가를 높였다는 가설을 확인하기 위해서는 두 평균 비율  $(B/E)_R$ 과  $(B/E)_U$  사이에 유의한 차이가 있는지  $t$ -검정을 이용할 수 있다. 여기에서 양의 유의한  $t$ -값은 입찰담합행위가 실제로 낙찰가를 증가시켰다는 결론을 지지해준다. 이러한 증거는 사실상의 손해(Injury-In-Fact)에 대한 통계적인 근거가 된다.

## (2) 더미변수접근법(Dummy Variable Approach)

더미변수접근법은 관찰된 낙찰가에 기초한 계량적 모형을 기초로 하여 입찰담합이 있는 경우와 없는 경우들을 모두 모아서 계량모형을 추정한다. 이때, 공모가 없는 경우는 개별 계약에서 경쟁의 정도(또는 공모가 있는 경우, 공모에 가담하지 않은 사람이 입찰에 참가할 확률)를 고려하기 위하여  $N_i$ 모형에 입찰자의 수를 모형에 포함할 수 있다. 따라서 추정할 모형은 다음과 같다.

$$B_i = \alpha_0 + \alpha_1 E_i + \alpha_2 N_i + \alpha_3 R_i + \mu_i \quad i = 1, \dots, n$$

이때  $B_i$ 는  $i$ 번째 계약의 낙찰가이고,  $E_i$ 는 낙찰가에 영향을 미치는 여러 비용변수이며,  $R_i$ 는 더미변수로, 만약 담합이 있었다면 1, 그렇지 않으면 0의 값을 갖는다.  $\mu_i$ 는 교란항이다. 이 모형을 추정하기 위하여 이용한 관측치는 총  $n$ 개이고 담합과 비담합의 경우를 모두 포함한다. 계수  $\alpha_0, \dots, \alpha_3$ 는 최소자승법(OLS; Ordinary Least Squares)과 같은 표준적인 회귀분석을 이용하여 추정한다.

이론적으로는  $\alpha_1$ 은 양(비용이 많이 들수록 낙찰가가 높아짐)의 값이,  $\alpha_2$ 는 음(입찰자가 많을수록 낙찰가는 낮아짐)의 값이,  $\alpha_3$ 는 양(입찰담합이 있으면 낙찰가가 높아짐)의 값이 나올 것으로 예상된다. 이러한 이론적 예상은 모형의 계수추정치의  $t$ -값을 이용하여 통계적으로 검정할 수 있다. 또한, 회귀분석 결과 모형의 적합성을 판단하는 데 이용되는 요약 통계량( $R^2$ 나  $F$ -Statistic)도 참조할 수 있다. 만약  $\alpha_3 = \$600,000$ 이라면 입찰담합으로 인하여 낙찰가가 평균적으로 경쟁적인 입찰 건에 비하여 평균 \$600,000만큼 더 높아졌다고 결론내릴 수 있다.

### (3) 예측접근법(Forecasting Approach)

더미변수접근법의 두 번째 단점은 예측접근법으로 수정될 수 있다. 여기서는 더미변수접근법과 비슷한 회귀분석모형을 이용하지만, 개별 계약에 입찰담합이 있었는지 여부를 나타내는 더미변수는 제외된다. 이 모형은 공모가 없었던 경우의 계약만을 대상으로 추정되므로 다음과 같이 표현된다.

$$B_i = \alpha_0 + \alpha_1 E_i + \alpha_2 N_i + \mu_i \quad i = 1, \dots, m$$

이때  $m$ 은 표본 중 경쟁적인 입찰계약의 총 개수로  $n$ 보다 작다. 이 모형의 계수 추정치는 경쟁적인 입찰절차에 의해서만 결정된다. 즉,  $\alpha_1, \alpha_2, \alpha_3$ 는 공모행위로 인한 영향을 받지 않는다.

결과적으로 나오는 추정치는 남은 계약, 즉 공모가 있었던 계약  $n-m$ 개에 대하여 경쟁적인 가격을 예측하는 데 이용된다. 위의 식을 추정한 결과에, 공모가 있었던 계약들의 관측치  $E_i$ 와  $N_i$ 를 대입하여 공모가 없었다면 형성되었을 이들 계약의 낙찰가가 얼마였을지 추정할 수 있다. 이 예측된 값을 실제 낙찰가에서 빼면 손해액 추정치가 나오게 된다. 이 접근법에서 나오는 표준적인 회귀분석 통계량들은 모형 전체의 적합성을 보는 데 이용할 수 있다. 또한, 예측한 경쟁적인 입찰가의 신뢰구간을 구할 수 있고, 이 구간은 개별 손해액 추정치의 불확실성의 범위를 나타내 준다.

## 3. 분석방법의 개념적 분류

### (1) 전후비교방법(Before & After Methods)과 벤치마킹방법(Benchmarking Methods)

전후비교방법은 하나의 시장을 대상으로 입찰담합이 없었던 시기와 입찰담합이 있었던 시기의 가격을 상호 비교함으로써 입찰담합으로 인한 손해액을 추정해내는 방법이다.<sup>5)</sup> 이 방법을 적용하는데 있어서 비교를 하게 되는 두 시기가 입찰담합 여부만 다를 뿐 다른 제반 측면에서는 비슷하다고 볼 수 있는지 세밀히 검토하고 판단하여야 한다.

벤치마킹방법은 ‘야드스틱방법’ (Yardstick Methods) 또는 ‘비교시장방법’ 이라고도 불린다.<sup>6)</sup> 이는 입찰담합이 없었던 시장을 하나의 기준으로 삼아서 그 벤치마크 시장에서의 가격과 입찰담합이 있었던 시장에서의 가격을 비교함으로써 담합으로 인한 가격인상분을 파악하고, 이를 이용하여 손해액을 추정하는 방법이다. 즉, 주어진 시점에서 입찰담합이 없었던 하나의 시장을 벤치마킹하여

5) 이 방법은 과거 미국의 Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., U.S. 359(1927) 사례에서 사용된 바 있다.

6) 이 방법은 과거 미국 영화산업에서의 가격담합으로 인한 손해액 추정방법에 사용된 적이 있다(Kuhlman, J. M.(1987). 국내 군납유 소송과 관련하여는 감사원의 손해액 산정방식 및 원고인 국방부의 손해액 산정방식이 이 방법에 해당된다.

입찰담합이 있었던 시장의 가격인상분을 파악하고자 하는 방법이다. 이 방법은 과거 미국 영화산업에서의 가격 공모로 인한 손해액 추정방법에 일반적으로 사용되었다.

표준시장비교방법의 요체는 입찰담합 여부를 제외하면 가격 결정과 관련하여, 다른 제반 측면에서는 담합이 이루어진 시장과 동일한 혹은 유사한 벤치마크 시장을 찾아낼 수 있어야 한다는 점이다. 그런데 현실적으로 그러한 조건을 갖춘 벤치마크 시장을 찾아내기란 그리 쉬운 일이 아니다. 반면, 전후 비교방법은 동일한 시장의 서로 다른 시기를 비교하기 때문에 첫 번째 방법의 문제를 내포하지 않지만 시기의 변화가 입찰담합 여부의 차이뿐만 아니라 다른 시기적 요인의 변화도 포함할 것이기 때문에 이 또한 문제가 있다.

앞에서 설명한 두 가지 방법 중에서 어떤 방식을 사용하든 소송 당사자들은 비교대상이 되는 기간 또는 시장이 담합행위를 제외하고는 '전반적으로 비교 가능하다' (Generally Comparable)는 것을 입증하여야 한다. 비교가능성에 대한 입증이 없다면, 실제 거래가격과 비교 대상이 되는 다른 기간 또는 다른 시장에서의 가격 간의 차이는 담합이 아닌 다른 요인들의 차이에서 기인한다고 보아야 할 것이다.

## (2) 이중비교방법(Difference In Difference Method)

표준시장비교방법과 전후비교방법의 장점은 살리고, 그 단점은 극복한 이른바 '이중비교방법' 또는 '이중차분법' (Double Difference Methods 또는 Difference In Difference Methods)을 사용할 수 있는데, 이는 담합시장의 담합이 이루어진 시기와 담합이 없었던 시기의 가격 차이로부터 벤치마크 시장의 시기별 가격 차이를 빼주고, 이를 통하여 담합으로 인한 가격인상분을 추정해내고자 하는 방법이다. 담합시장의 시기별 가격 차이에는 '담합의 효과'와 '시기별 효과'가 혼재되어 있다. 반면, 벤치마크 시장의 시기별 가격 차이에는 담합의 효과는 배제된 채 시기별 효과만이 반영되어 있다. 따라서 담합시장의 시기별 가격 차이로부터 벤치마크 시장의 시기별 가격 차이를 제거하면 담합시장에서 담합으로 인한 가격 상승효과를 분리해낼 수 있다. 이러한 경우는 시기별 낙찰가 차이가 담합시장과 기준시장 두 시장에서 같을 것이라는 가정이 물론 필요하다.

## Ⅲ. 손해액 추정사례 관련 연구들

Connor(2007)의 경성카르텔에 대한 1,040개의 손해액을 추정치 연구 및 법정 판결에 대한 서베이(Survey) 논문에 따르면, 전체 평균 손해액률은 25.0%에 달한다. 미국내 부당공동행위의 경우에 평균 손해액률이 18%인 반면, 국제적인 부당공동행위의 경우는 평균 손해액률이 31%로 훨씬 높다. 이 중에서 입찰담합에 기인한 평균 손해액률은 23.81%로 다소 낮다.

미국은 1984년 판결개선법(Sentencing Reform Act)에 기초하여 의회 산하에 미국 판결위원회(U.S. Sentencing Commission(USSC))을 구성하였다. 1987년 첫 번째 연방판결지침이 공표되고, 1989년 공청회와 일련의 연구과정을 통하여 연방판결법령으로 법제화 되었다. 이 법은 수평가격공모와 입찰담합을 한 조직에 대한 벌금을 포함한 법적 제재내용을 담고 있다. USSC는 당시 부당공동행위에 대한 벌금 부과액 결정시, 담합조직이 통상적으로 어느 정도 부당하게 가격을 인상하였는지를 가장 중요하게 고려하였다. USSC는 당시 미국 법무부 독점금지국장이었던 더글러스 긴스버그(Douglas Ginsberg)의 의견을 고려하여 벌금 부과 지침액으로 매출액 대비 최고 10%를 채택하였다. 미국의 이러한 10% 상한지침 결정은 향후 EU의 부당공동행위에 대한 벌금액 부과지침에 바로 영향을 미쳤다. 이 벌금액 10% 지침은 향후 Cohen And Scheffman(1989), Alder And Laing(1997) 및 Denger(2003) 등 여러 연구에서 부당공동행위에 대한 벌금액으로서 과도하다는 비판을 받은 바 있다. 이러한 비판에도 불구하고, 이후 부당공동행위의 사전적 억제를 강화시킨다는 목적으로 10% 프록시(Proxy)는 20% Proxy로 변경되었다. 미국의 경우, 20% Proxy 규정은 2006년 5월 독점금지판결위원회의 20% Proxy 유지 혹은 폐지에 대한 논란의 대상이 되었다. 한 위원이 20% Proxy 조항을 삭제하고 모든 담합행위에 대하여 손해액을 경쟁당국이 의무적으로 추정하는 안을 제기했다. 20% Proxy 규정은 너무 재량적인 수치이고, 손해액을 추정할 수 있는 다양한 통계분석방법이 개발되었기 때문에 판결지침을 변경하여야 한다는 것이다. 위원회 내부의 결론 후 최종 투표를 통해 20% Proxy 규정은 존치하는 것으로 결론이 났지만, 향후 이 문제는 다시 불거질 소지가 크다. 캐나다의 경우는 이 지침을 법에 명시하고 있지는 않지만, 사법부는 부당공동행위 기간 동안 발생한 매출액의 20%까지 벌금을 부과하였다. 한국의 경우도 2004년 공정거래법 개정을 통하여 부당한 공동행위의 금지규정을 위반하는 행위가 있을 때는, 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 10(기존 100분의 5)을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있도록 했고, 최근에는 20%까지 올려야 된다는 주장이 제기되고 있다. 카르텔 가격인상분에 대한 단순 서베이 연구로는 Cohen And Scheffman(1989), Werden(2003), Posner(2001) 및 Levenstein And Suslow(2006) 등을 들 수 있다. 다음 표에서 그들이 다루었던 카르텔 숫자, 평균 가격인상률 및 중앙값(Median)을 정리하였다.

〈 표 〉 부당공동행위 가격인상분 사례 요약

문헌	카르텔 수	가격인상률 (%)	
		평균	중앙값
Cohen And Scheffman(1989)	5~7	7.7~10.8	7.8~14.0
Werden(2003)	13	21	18
Posner(2001)	12	49	38
Levenstein And Suslow(2006)	22	43	44.5
Griffin(1989), Private Cartels	38	46	44
OECD(2002~2003), Excluding Peaks	12	15.75	12.75



이하에서는 손해액 추정과 관련된 학술연구들을 살펴보고자 한다. Howard & Kaserman(1989)은 미국의 하수도건설공사 입찰에서 입찰자간 담합으로 인하여 어느 정도의 손해액이 발생했는지를 추정하였다. 그 결과, 총 46건의 계약 중 7건의 계약에서 입찰담합이 이루어졌음을 발견하였다. 입찰담합이 이루어진 계약의 낙찰가는 비용추정에 의하여 계산된 경쟁적인 낙찰가에 비하여 평균 20% 높게 형성되었고, 입찰담합이 이루어지지 않은 계약의 낙찰가는 비용추정에 의하여 산정된 경쟁적인 낙찰가에 비하여 평균 16% 낮은 것으로 추정되었다. 이들은 낙찰가와 비용추정에 의하여 계산된 경쟁적인 낙찰가와 경쟁자의 숫자 등 제한적이지만, 주어진 정보를 이용하여 중회귀분석 모형을 추정하여 담합으로 인한 손해액을 산정하였다. 추정된 손해액률은 32.6%에서부터 38%에 이른다.

Nelson(1993)은 입찰담합이 이루어진 것으로 추정되는 미국 북동부 지역 중고자동차 시장에서 손해액을 중회귀분석을 통하여 추정하였다. 통계분석의 대상이 된 차량은 1988년형 Chevrolet Caprice로 1993년 당시 4~5년 된 중고자동차들이었다. 중회귀분석에 사용된 변수들은 낙찰가, 장부 상의 명목가치, 마일리지, 자동차의 특성을 나타내는 변수, 시기별 더미변수 등이다. Nelson은 계량분석을 시도하여 손해액률을 9.5%로 추정하였다.

McMillan(1991)은 일본 공공건설공사에서 입찰담합을 의미하는 '당고'(Dango)가 납세자들에게 어느 정도의 손해를 입혔는지를 이론적 모형으로 설정하고, 이를 시뮬레이션 방법을 통하여 추정하였다. 사용된 변수 및 파라미터(Parameter)는 경쟁자 숫자 및 입찰자들의 비용분포도 등이다. 그는 일본의 공공공사계약에서 빈번히 일어나고 있는 담합으로부터 건설업체들이 누리는 초과이익이 경쟁가격의 16~33%에 달한다고 주장하였다.

Froeb et al.(1993)은 미국 국방부의 냉동식품계약 경매에 있어서의 입찰담합을 연구하였다. 그들은 입찰담합으로 실제 가격이 어느 정도 상승하였는지를 통계분석을 통하여 추정하였는데, 입찰담합을 통하여 낙찰된 가격은 비담합 가격보다 시기별로 평균 23~30.4% 높은 가격임을 보여주고 있다.

Lee(2000)는 계량분석 모형을 활용하여 미국 Dallas-Ft. Worth의 학교우유급식시장에서 입찰담합으로 우유 공급업체들이 11.74%의 부당이익을 누려왔음을 보여주었다.<sup>7)</sup> 그는 입찰담합이 이루어지지 않고 경쟁적인 입찰이 이루어진 인근 지역인 오스틴(Austin) 학교우유급식시장을 기준

7) Lee(2000)의 본 연구는 학교우유급식시장에서 입찰담합에 기인하여 발생한 피해액을 통계적으로 추정하고 있다. 추정방법은 입찰담합이 이루어지지 않은 경쟁적인 시장의 입찰 자료를 기초로 주어진 계량모형을 추정한다. 그 다음, 추정된 모델에 담합이 이루어진 입찰데이터를 설명 변수에 넣고 경쟁적인 낙찰가를 추정한다. 이 경쟁적인 낙찰가와 담합에 의한 실질 낙찰가의 차액에 공급물량을 곱하여 피해액을 추정하였다. 추정된 피해액은 약 3,200만 달러에 해당되어, 텍사스주 법무부 독점금지국이 추정한 1,500만 달러는 실제피해액에 크게 못 미치는 것으로 나타났다. 이러한 실질피해액(True Damage)과 피해추정치의 큰 괴리는 독점금지정책의 실행 상에 심각한 편의(Bias)를 야기할 수 있다. 사후적으로 법정 내외에서 피해액을 하향 추정하는 사례가 증대되는 경우, 담합으로부터 얻는 사전적인 기대이익이 적어도 담합의 감지와 그로 인한 처벌의 사전적인 기대비용이 같다면, 다음 입찰 참여자들은 더욱 적극적으로 담합에 가담하려는 인센티브(incentive)를 갖게 될 것이다. 담합으로부터 얻는 사전적인 기대이익이 담합의 감지와 그로 인한 처벌의 사전적인 기대비용과 겨우 같다면, 법정 내외에서 사후적으로 담합으로 인한 실질피해액을 정확히 측정하면 할수록 다음 입찰 참여자들이 담합에 가담하려는 인센티브는 줄어들 것이다. 더욱더 정확한 실질피해액의 추정과 담합 가담자들에 대한 적절한 페널티(Penalty) 부과는 기업들의 입찰담합을 보다 효과적으로 억제할 것이다.

시장으로 활용하여 중회귀분석을 시도하였다. 이때 사용된 자료는 Half-Pint당 낙찰가, 우유종류 (Whole White, Whole Chocolate, Low-Fat White 또는 Low-Fat Chocolate), 주원료인 생우유 가격, 1회 납품 시의 공급물량 등이었다.

Lee & Hahn(2002)은 한국의 공공공사계약에 있어서 구조적인 입찰담합에 기인한 잠재적 손해액을 추정하였다. 낙찰가, 예정가격, 공사의 종류, 연고효과변수, 시장구조 통제변수 등의 제한된 자료를 이용하여 중회귀분석을 시도한 결과, 추정된 잠재적 손해액률은 13.33~15.5%에 달하였다. 추정방법은 기준 그룹으로서 경쟁적 입찰이 이루어진 계약들을 이용하고, 그 다음 각 입찰담합이 이루어진 계약자들의 추정된 모형에 데이터를 집어넣어 입찰담합이 아닌 경쟁적인 입찰과정을 밟았을 시의 경쟁적 낙찰가를 추정하였다. 추정 낙찰가와 실제 낙찰가의 차이가 담합으로 인한 가격 인상분이 된다.

## IV. 한국의 과징금제도에 대한 시사점

### 1. 과징금의 성격

공정위의 부당공동행위에 대한 과징금에는 행정제재적 성격의 과징금과 부당이득 환수차원의 과징금 성격이 공존하고 있으며, 특히 부당공동행위에 대한 과징금은 부당이득 환수의 성격이 강하다. 홍대식 교수(2004)는 과징금의 법적 성격에 대해서는, 대체로 과징금이 부당이득 환수적 성격과 행정제재적 성격을 모두 갖고 있는 것으로 설명하는 것이 다수설의 견해이며, 공정거래법상 과징금의 법적 성격에 대해서도 어느 쪽에 속한다고 확실히 말하기보다는 양자의 성격을 모두 갖고 있다고 보는 것이 일반적임을 밝히고 있다.<sup>8)</sup>

8) 우리와 유사한 논의가 있었던 일본의 과징금제도에 대한 상세한 논의는 최현원·김현중(1994)을 참조. 일본에서는 과징금제도의 법적 성격은 제도 도입 이후 끊임없는 논란의 대상이 되었다. 즉, 과징금제도가 가격부당공동행위에 대한 부당이득의 박탈이라는 견해와 독점금지법 위반의 억지를 확보하기 위한 행정제재라는 견해가 대립되었다. 논의의 초점은 양 학설의 상반된 논리적 귀결에 모아진다. 즉, 부당이득환수설에 따르면 공정취인위원회에게 과징금 부과 여부나 과징금액의 산정에 대한 재량을 인정할 수 없다는 결론이 도출되지만, 행정제재설에 따르면 그러한 재량이 인정된다는 점이다. 또한, 독점금지법에 제정된 형벌의 부과시 이중처벌의 문제를 야기시키는지와도 긴밀한 관련이 있다. 이에 대한 일본 공정취인위원회의 태도는 도입 초기에는 행정제재의 성격도 강하게 고려하였으나, 점차 부당이득 박탈로 그 법적 성격을 확정하였다. 즉, 공정취인위원회는 1977년 법 개정시 과징금제도를 도입하면서 그 법적 성격을 다음과 같이 규정하였다. "과징금제도는 위법부당공동행위가 다발하고, 이러한 상황을 감안하여 금지제정의 실효성을 확보하기 위한 행정상의 조치로서 위법부당공동행위에 의하여 얻어지는 경제상의 이익에 대하여 그 납부를 명하는 것이다. ... 과징금은 위법부당공동행위를 배제하고 경쟁질서를 유지한다는 행정목적 달성을 위하여 국가가 행정조치로서 부당공동행위에 의한 이득을 징수하는 것이다. 과징금은 상대방에게 경제적 제재의 효과를 갖지만 형벌은 아니다. 행정관청인 공정취인위원회가 주가에 영향이 있는 위법부당공동행위에 대하여 일정한 기준에 따라서 그 액수를 산정하고 행정절차에 의하여 그 납부를 명하는 것이다."

이와 같이 부당이득환수설에 따른 과징금의 법적 성격 규정으로 말미암아 과징금 부과 여부나 과징금 액수의 결정에 대하여 공정취인위원회의 재량 여지는 인정되지 않게 되었다. 이러한 과징금의 법적 성격에 대하여 학계에서는 많은 비판적 입장을 보였다. 학자들의 비판은 과징금 부과와 비례성에 있었다. 즉, 과징금제도는 부당공동행위 금지의 실효성 확보를 목적으로 하는 것이므로 제재로서의 역할을 하지 않으면 무의미하며, 개별적 사정을 고려하지 않고 모든 부당공동행위에 부과한다는 것은 현실적인 방법이 되지 못함을 지적하였다. 또한, 공정취인위원회가 주장하듯이 과징금의 부과가 '행정상의 조치'라고 하더라도 제재의 의미가 강하므로 사안의 경중에 따라 과징금 납부 여부나 납부액에 대하여 재량을 인정하는 것이 합리적이라는 논의도 있었다.

공정거래법상 과징금은 원래 법 위반으로 인한 경제적 이익의 발생을 전제로 하여, 그 부당이득을 환수하는 성격을 가지는 것이라고 할 수 있다. 특히, 제5차 개정법에 의하여 과징금 제도에 행정제재적 성격을 강화하는 내용의 개정이 이루어지기 전에는 과징금의 법적 성격은 부당이득에 대한 환수적 성격을 기본으로 하고, 행정제재적 성격이 가미되는 정도였다고 할 수 있다. 예컨대, 경제적 이익의 발생을 전제로 하는 시장지배적 사업자의 지위 남용행위나 부당한 공동행위의 경우, 위반일 단위의 매출액을 기준으로 하여 과징금을 부과하도록 함으로써 과징금이 매출액에 비례하여 부과되었고, 매출액이 없거나 산정할 수 없는 경우는 과징금이 부과될 수 없었다. 대법원도 제5차 법 개정 전에 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 과징금이 부과된 사건에서 “과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적 제재”라고 판시하여 과징금의 부당이득에 대한 환수적 성격을 강조하는 입장에서 있다. 특히, 부당공동행위의 제재 측면에서는 더욱 그렇다. 대법원 2004.10.27. 선고 2002두6842 군납유 판결 : 과징금납부명령취소)에서 “구 독점규제및공정거래에관한법률(2001.1.16. 법률 제6371호로 개정되기 전의 것) 제22조에 의한 과징금 부과는 원칙적으로 같은 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것이고, 같은 법 제55조의3 제1항에서도 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 입찰담합의 구체적 내용 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도나 기타 사정으로서 조사에의 협조 여부, 종전의 법 위반 횟수뿐만 아니라 입찰담합으로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있다”고 판시하였다.

다른 한편으로는 부당한 공동행위에 대한 행정적 제재의 목적으로 법에 정한 의무이행을 확보하기 위한 수단이나 위반행위의 반복을 사전에 억제하는 수단으로 이해하는 입장도 있다. 특히, 부당한 공동행위에 대한 과징금은 기본적으로 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 부당이득에 대한 환수적 성격을 가지는 것이기는 하지만, 부당공동행위의 반복을 사전에 억제하는 측면에서 제재적 성격을 강조하는 판례가 있다. 이처럼 과징금의 제재적 성격을 강조할 경우, 과징금 부과 및 그 금액의 산정에 있어서의 공정위의 재량범위가 더 넓게 인정될 여지가 있다. 공정거래법상 공정위는 과징금의 부과 여부뿐만 아니라 구체적인 과징금 액수 산정에 대하여 폭넓은 재량을 가지고 있다.

## 2. 부당이득의 규모를 기준과징금 산정시 활용

사업자들이 부당공동행위를 하는 가장 큰 이유는 금전적인 이득이 있기 때문인 바, 부당공동행위에 대한 가장 효과적인 제재방법은 부당공동행위로 인한 금전적 이득의 환수와 사전적인 억제력

을 담보할 수 있는 추가적인 제재금이다. 금전적 이득의 박탈수준은 부당공동행위의 적발확률과 부당공동행위로 인한 행위자들의 금전적 이득 및 사회적 손실을 종합적으로 고려하고 산정하여야 하는데, 제재가 효과적이기 위해서는 부당공동행위에 부과되는 금전적 제재의 규모가 작아도 부당공동행위로 인한 경제적 이득과 적발되지 않을 확률을 곱한 기대이익보다 더 커야 한다는 것이다. 즉, 경제적인 제재의 핵심인 과징금 부과는 현행 규정과 같이 관련 매출액을 기준으로 하기보다는 손해액 혹은 피해액을 기준으로 산정하는 것이 법 집행의 안정성과 예측 가능성을 높일 수 있다.

현재 공정위는 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시에서 위반행위의 중대성 정도별 부과기준을 관련 매출액에 곱하여 기본과징금을 산정하고 있는데, 원천적으로 자의적인 판단이 들어갈 수밖에 없으며 과징금 부과 재량적 권한이 과도하게 행사될 소지가 있다. 특히, 군납유 담합사례와 같이 기업이 공정위의 부당이득 환수와 행정제재적 성격의 과징금을 납부하여야 하고, 민사손해배상 소송에서 담합으로 인한 손해액을 배상하여야 하므로, 이러한 이중의 금전적 부담은 기업에게 과도할 수 있기 때문에 과징금 부과체계에 근본적인 전환이 이루어져야 한다. 최근 과징금 상한을 관련 매출액의 20%로 높이려는 논의는 시대적 추세에 맞지 않고, 합리적이지 못하다. 미국의 경우도 20% Proxy 규정이 독점금지판결위원회의 20% Proxy 유지 혹은 폐지에 대한 논란의 대상이 되었고, 20% Proxy 규정은 너무 재량적인 수치이며 경쟁당국이 손해액을 추정할 수 있는 다양한 통계분석방법이 개발되었기 때문에 단순한 과징금 상한의 증대는 공정위의 재량권이 과도하게 행사될 소지가 더욱 커질 수 있다.

기본과징금은 공정거래법 제55조의3의 규정에 의한 참작사유 중 위반행위의 내용 및 정도에 따라 위반행위를 ‘중대성이 약한 위반행위’ ‘중대한 위반행위’ ‘매우 중대한 위반행위’로 구분하고, 각 위반행위의 유형에 따라 위반행위의 중대성 정도별로 정하는 기준에 의하여 산정한 금액으로서 과징금 산정의 기초가 되는 금액을 말한다.<sup>9)</sup> 중대성의 정도 판정시 ‘매우 중대한 위반행위’ ‘중대한 위반행위’ ‘중대성이 약한 위반행위’로 구분하는데, 이는 상대적인 구분으로 주관적인 가치판단이 개입할 소지가 크다. 다음 단계에서 공정거래법 제55조의3의 규정에 의한 참작사유 중 위반행위의 기간 및 횟수와 부당이득의 규모를 고려하여 의무적 조정과징금이 산정된다. 의무조정금 산정시 공정위의 부당이득 규모를 고려한다면 근사(近似) 손해액을 산정한다는 것인데, 오히려 관련 매출액을 사용하는 것보다는 부당이득의 규모를 기본과징금 산정 시에 활용하는 것이 적절한 방안이 아닌가 사료된다.

부당이득 추정금액은 전체적인 경제적·사회적 관계 등을 고려하여 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 얻은 경제적 이익으로 산정하되, 관련 사업자의 회계자료 등을 기초로 한다고 세부 기준에도 명시되어 있다. 다음 단계에서는 임의적 조정과징금이 산정되는데, 의무적 조정과징금에 법 제55조의3의 규정에 의한 각 참작사유에 영향을 미치는 위반사업자의 고의·과실 등 행위자 요소, 위반행위의 성격과 사정, 재정적 상황 및 시장 여건 등의 사유를 고려하여 의무적 과징금을 가중 또는 감경한 금액을 말한다. 임의적 조정과징금 산정단계에서도 자의적인 판단이 들어갈 개연

성이 있다.

마지막 단계에서는 부과과징금이 산정된다. 임의적 조정과징금이 위반사업자의 현실적 부담능력, 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과, 기타 시장 또는 경제 여건 등을 충분히 반영하지 못하여 현저히 과중하다고 판단되는 경우에 이를 감액하여 부과하는 금액을 말하는데, 이 단계에서도 공정위의 재량적 판단이 개입하게 된다. 또한, 부당한 공동행위의 사실을 신고한 자나 증거 제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대해서는 제21조의 규정에 의한 시정조치 또는 제22조의 규정에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있어, 부당한 공동행위로 인한 기대이익과 기대비용이 사전적으로 예측되기가 거의 불가능하다. 여기에 형사벌까지 고려하여야 하기 때문에 이론적인 측면에서 부당한 공동행위에 대한 사회적으로 바람직한 최적 제재의 규모를 정하는 것이 사실상 어렵다. 기준과징금을 담합에 의하여 획득한 부당이익을 기준으로 사용한다면 수범자인 기업들로 하여금 담합의 행위를 사전적으로 보다 효과적으로 규율할 수 있으며, 법 집행의 일관성과 예측 가능성을 크게 높일 수 있을 것이다. 즉, 부당이득 등의 객관적인 추정이 가능한 경우에 그 추정된 금액에 위반행위 유형별로 적발확률을 고려하여 정해진 일정한 징벌승수(懲罰乘數)를 곱한 금액을 기본과징금으로 산정할 수 있다는 것이다. 징벌승수의 추정치는 위반행위별로 경제적으로 산출된 적발확률에 반비례한 수치로 정하는데, 위반행위별 적발확률을 산출할 수 있는 자료가 부족하므로 미국의 경우와 같이 주어진 법적 재재수단을 가지고 위법행위에 대한 규제를 가하면서 부당공동행위의 발생

9) 미국은 서면법 제1조에 주간 혹은 외국과의 거래 또는 통상을 제한하는 모든 계약, 트러스트나 기타 형태의 결합 또는 공모는 위법이고, 이에 대한 참가자는 중죄를 범한 것으로 간주한다고 규정되고 있고, 제2조에는 주간 또는 외국과의 거래 또는 통상의 어떤 부분이라도 독점화 하거나, 독점화를 기도하거나 혹은 독점화하기 위하여 타인과 결합·공모하는 자는 중죄를 범한 것으로 간주한다고 규정하고 있다. 미국은 원칙적으로 과징금 규정이 없고, 다만 서면법 위반행위에 대한 벌금과 FTC 위반행위에 대한 민사벌(Civil Penalty)의 두 가지 방식으로 경쟁법 위반에 대해 제재하고 있다. 벌금은 양형기준표(Federal Sentence Guideline) 제8장을 기본으로 하여 구체적으로 산정하고, 민사벌 절차는 FTC 법 제5(m)조를 근거로 하여 법원에 의하여 이루어진다. 벌금의 경우 1,000만 달러 이하 또는 위반에 의하여 얻은 이익 또는 끼친 손해의 2배 중 큰 금액을 상한으로 부과하고, 개인의 경우도 중죄로 취급되는 바, 이에 대해서는 원칙적으로 3~10년 이하의 징역형 또는 개인이 중죄를 범한 경우의 벌금형을 받게 되는데, 벌금형을 받게 될 경우에 그 액수는 25~100만 달러, 당해 개인이 취득한 부당이득의 2배 또는 피해자가 입은 금전적 손해의 2배를 상한으로 벌금을 선고받게 된다. 미국은 2004년 6월부터 'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004'를 통하여 서면법을 위반한 개인에 대한 벌금 상한을 100만 달러로 인상하고, 징역형의 상한도 10년으로 상향 조정하여, 자연인의 형사처벌 강도를 보다 높였다. 또한, 기업에 대한 벌금 상한을 1억 달러로 증액하였다. FTC가 직접 행사할 수 있는 규제수단은 우리나라의 시정명령과 유사한 중지명령인데, FTC는 제5(1)조에 의해서는 중지명령에 위반한 회사에 대하여, 제5(m)조에 의해서는 다른 회사에 대하여 발령된 중지명령에 의하여 불공정거래행위라고 선언된 행위를 한 회사나 FTC가 제정한 거래규제규칙을 위반한 회사에 대하여 법원에 민사벌을 부과해 줄 것을 청구할 수 있다.

EU의 과징금은 과징금(Fine)과 이행강제금(Periodic Penalty Payment)으로 구분되는데, 여기서의 과징금에는 우리 법상의 과태료도 포함되고 제재적 성격이 강하며 부당이득의 환수측면을 고려한다. 절차적으로는 법원에서 부과되지 않기 때문에 형벌의 성격은 없으며, 형벌과 병행 부과되고 있지 않다. 과징금은 조약 제81조 제1항(부당한 공동행위)과 제82조(시장지배적 지위 남용) 위반행위에 한하여 부과된다. 부당공동행위에 대해서는 주로 과징금을 부과하여 제재하고 있는데, 과징금은 당해 기업의 연간 매출액의 10%까지 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

일본의 일반적인 경쟁법 집행경향은 위반행위에 대한 엄중한 제재보다는 계도적인 차원에서 그치고 있으며, 부당공동행위에 관해서도 비슷한 입장을 견지하고 있다. 제정 시의 입법 취지는 형사벌과 손해배상청구 등이 제대로 기능을 발휘하지 않는 상황 하에 담합에 의한 부당이익 획득을 방지하고, 부당공동행위 참여사업자가 취득한 부당한 경제적 이익을 박탈하는 것이 원칙이었다. 카르텔의 형성으로부터 얻는 기대이익이 그로 인한 기대비용보다 클 경우 기업은 담합을 선택하게 되는데, 규제수단인 형사벌이나 손해배상제도는 거의 활용되지 않았고 기대효과도 발휘되지 못하였다. 과징금은 원래 순수하게 부당이득 환수적 성격이었으나, 1991년 과징금액의 인상으로 인하여 그 제재적 성격이 한층 강화되었고 과징금액의 산정과 관련된 분쟁이 많이 발생하고 있다. 일본 경우도 부당공동행위에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 2005년 독점금지법 개정을 통하여 제조업종의 대기업에 대해서는 부당공동행위와 관련된 매출액의 10% 이내로, 중소기업 중 소매업에 대해서는 매출액의 3% 이내에서, 도매업의 경우는 2% 이내로 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 상세한 논의는 권오승 외(2003) 참조.

빈도와 정도의 추이를 감안하여 손해액을 기초로 하되, 징벌승수를 점진적으로 증가시키는 방안을 검토할 필요가 있다.<sup>10)</sup> 이러한 경우에 기본과징금은 기본적으로 위반행위의 내용 및 정도라는 객관적 기준, 즉 사회적 피해기준을 출발점으로 설정하여 위반행위의 효율적인 억제에 필요에 맞게 설계될 필요가 있다. 부당이득이 발생한 경우에 그 규모를 객관적으로 측정하는 것이 가능하다면, 위반행위의 결과로 부당하게 얻은 이익액과 균형을 이루도록 과징금의 액수를 조정하여야만 위반행위를 억제하는 제도적 목적이 보다 용이하게 달성될 수 있다.

### 3. 행정제재적 과징금 부과와 피해 구제

향후 손해배상 소송이 활성화 되면 피해를 본 당사자가 소송을 통하여 그 피해를 회복하고, 과징금은 행정제재 측면에 초점을 맞추는 것이 바람직하다. 즉, 부당공동행위로 인하여 발생하는 가격 인상과 생산량 감축효과, 이른바 사장(死藏)된 후생손손실(Dead-Weight Loss)부분, 정부가 담합행위를 적발·감시하고 집행하는 과정에서 발생하는 규제비용 등이 과징금 산정시 고려되어야 한다. 다만, 정부 조달경매의 경우는 이미 지출예산이 정해져 있기 때문에 수요가 가격에 대하여 비탄력적이다. 이로 인하여 가격 인상에 의한 수요 감소 및 사중손실(死重損失)이 거의 발생하지 않기 때문에 손해액 추정이 보다 용이하다. 손해배상 소송이 활성화되기까지 한시적으로 담합으로 인한 부당이득을 완전하게 환수하기 위하여 공정거래 당국은 원가회계분석능력의 제고와 담합 감지 및 피해액 추정에 관한 다양한 선진화된 통계프로그램을 개발할 필요가 있다. 왜냐하면 피해액이 보다 정확히 추정되고, 이 추정된 피해액에 기초하여 과징금이 담합에 가담한 기업에게 부과된다면, 공정거래 당국은 기업들이 담합에 가담하는 것을 보다 효과적으로 막을 수 있을 것이기 때문이다.

또한, 법 집행의 일관성, 안정성과 예측 가능성을 제고하기 위해서는 향후 시정조치 선확정요건 폐지, 법원의 손해액 인정, 감면제도(Leniency Program) 강화 및 포상금제도 도입 등으로 손해배상 소송이 어느 정도 활성화 되면 공정거래법 위반사건에 관하여 일반적인 억제효과나 징벌효과를 과징금 부과(벌금과의 연계 혹은 통합한 금전적 제재)를 통한 행정적 제재로 확보하고, 사소제도를 통한 피해의 구제는 과실 책임에 따른 실손(實損) 보존이나 경성 부당공동행위(Hardcore Cartel)에 한하여 징벌적 배상에 맡기는 방안을 검토할 필요가 있다. 담합으로 인한 피해액 규모가 크지만 피해자가 불특정 다수로 손해배상 소송을 제기하기 어려운 경우에 한하여, 공정위가 확보한 증거 자료의 적극적인 공개와 보다 쉽게 민사소송을 제기할 수 있는 통로를 만들어줄 필요가 있다.

\* 지면 사정상 참고문헌은 생략합니다.

10) 미국의 1950~1960년대 전기장비산업, 1970~1980년대 고속도로 건설산업, 1990년대의 학교우유급식시장에서 광범위한 명시적 혹은 암묵적 가격공모에 대하여 사후적인 제재와 사전적인 억제력을 제고하기 위하여 벌금액을 점진적으로 강화하여 왔다.