

대규모유통업법상 과징금 산정의 근본 문제

이 봉 의*

■ —————〈目 次〉—————

- | | |
|---|-------------------|
| I. 머리말 | IV. 고시 개정안에 대한 평가 |
| II. 과징금 산정의 기본원칙 | V. 맺는말 |
| III. 대규모유통업법상 과징금 산정방식: 체계상의 문제와 구체적인 쟁점들 | |

〈국문초록〉

대규모유통업법을 비롯한 공정거래분야의 법집행에 있어서 그 실효성을 담보하기 위해서는 금지요건의 적절성 외에도 법위반행위에 대한 실효적 제재가 매우 중요하다. 실효적 제재의 출발점은 사업자가 법위반을 통하여 부당이득을 얻지 못하도록 하는 데에 있고, 이 점은 비록 과징금이 비록 제재적 성격을 아울러 가진다는 점을 감안하더라도 여전히 타당하다. 그러데 법치국가에서의 제재란 동시에 법위반사업자에게 부과되는 과징금이 자신의 책임에 부합하는 수준이어야 한다는 의미에서 무엇보다 비례원칙을 준수하여야 한다. 그런데 대규모유통업법은 이러한 관점에서 다분히 문제의 소지가 있는 공정거래법상 ‘관련매출액’을 수용하면서, 관련납품대금이나 연간임대료 전액을 과징금 부과한도로 규정함으로써 제재와 법위반행위 사이의 관련성에 더욱 큰 간극이 발생하게 되었다.

대규모유통업법상 관련납품대금이나 연간임대료란 그 실질에 있어서 각각 수요 또는 공급측면에서 대규모유통업자가 얻게 되는 관련매출액에 해당한다는 점에서 공정거래법상 거래상 지위남용행위의 연장선상에 있는 대규모유통업법 위반행위에 대하여 과징금 부과한도와 금액산정을 함에 있어서도 양자 사이에 근본적인 차이를

* 서울대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

두어야 할 합리적 근거를 찾기 어렵다. 특히, 고시에 따르면 결국 불공정거래행위의 실질을 갖는 행위에 대하여 공정거래법 위반에 비하여 20배 내지 30배에 달하는 부과 기준율을 정하고 있는바, 이러한 태도는 공정거래법상 제재체계와 부합하지 않을 뿐만 아니라 법치행정에 요구되는 비례의 원칙에 비추어 부당한 것으로 판단된다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 대규모유통업법의 관련 규정을 개정하는 것이 선행되어야 하고, 아울러 시행령과 고시를 공정거래법상 과징금 부과체계와 부합하도록 바꿀 필요가 있다. 구체적으로 대규모유통업법 위반행위에 대해서 관련납품대금이나 관련임대료의 2% -특별히 동법 위반행위를 보다 무겁게 제재하려는 취지라면 5% 이내에서 과징금을 부과할 수 있도록 하고, 고시에서는 그 범위 내에서 부과 기준율을 범위반행위의 중대성에 따라 세분하면 될 것이다. 보다 근본적으로 공정거래법상 과징금 산정기준으로 출발한 동법 시행령의 ‘관련매출액’ 기준은 전면적으로 재검토될 필요가 있다. 이때, 법치행정의 기본원리 준수, 공정위의 재량에 대한 적절한 통제, 수범자의 예측가능성 제고, 그리고 부당이득의 충분한 제거 등이 충분히 고려되어야 함은 물론이다.

I. 머리말

1. 논의의 배경

우리나라에서 과징금이라는 행정제재수단은 1980년 12월 공정거래법을 제정할 당시에 처음 도입되었고, 그 후 2010년 현재 108개의 법률에서 다양한 형태의 과징금이 규정되어 있는 것으로 알려져 있다.¹⁾ 제정 공정거래법은 시장지배적 사업자 중에서 대통령령이 정하는 일정한 기준에 해당하는 사업자, 즉 시장점유율이 50% 이상인 사업자에 한하여 부당한 가격책정을 금지하고(동법 제3조 1호 및 단서, 령 제4조),²⁾ 이를 위반한 사업자에 대해서는

1) 김태우, “과징금 제도의 입법론적 문제점과 개선방안”, 「월간법제」, 법제처, 2013.6, 30면.

2) 당시 시장지배적 사업자는 공급측면에서 최근 1년간 국내총공급액이 300억 원 이상이면서 1 사업자의 시장점유율이 50% 이상 또는 3이하의 사업자의 시장점유율 합계가 75% 이상인 사업자로서, 여러 남용행위 중에서 이른바 착취남용의 금지는 시장점유율 50% 이상인 사업자

경제기획원장관이 가격의 인하명령을 내릴 수 있으며, 사업자가 이에 응하지 않는 때에는 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있었다(동법 제5조, 제6조 제1항). 이때 과징금액은 사업자가 가격인하명령을 받은 날부터 실제 가격을 인하한 날까지의 이른바 ‘실행기간’ 동안 가격인상의 차액으로 얻은 수입액으로 정하고, 과징금을 납부한 사업자가 추후 손해배상을 한 경우에는 그 금액만큼을 환급받을 수 있었다(동법 제6조 제2항, 제5항). 그 결과 당시의 과징금은 제재벌이 아니라 순수하게 부당이득환수의 성격을 갖고 있었을 뿐만 아니라, 과징금액의 산정에 행정기관의 재량이 개입할 여지가 거의 없었고, 과징금의 상한이나 하한을 정하는 규정도 불필요할 만큼 예측가능성 또한 높았다.³⁾

그런데 1998년 이후 대기업집단 부당내부거래에 이어 공정거래위원회가 일련의 카르텔사건과 시장지배적 지위남용사건에서 전문학적 수준의 과징금을 부과하면서, 공정거래위원회의 과징금 부과처분을 다투는 소송도 대폭 증가하였고, 공정위의 패소에 따른 환급금의 과다지급이 문제되기도 하였다.⁴⁾ 동시에 공정거래법상 과징금의 법적 성격과 공정거래위원회의 재량한계를 둘러싼 문제제기와 더불어 관련 논문과 법원의 판결이 축적되기 시작하였다.⁵⁾ 그와 함께 과징금 부과기준도 대폭 변경되었으나, 학계의 논의는 대체로 기존의 과징금 부과기준을 전제로 구체적인 적용상의 문제에 국한되었고, 공정거래법 전체의 틀 속에서 보다 근본적인 쟁점을 다루거나 대안을 제시하지는 못하였다. 더구나 거래공정화를 위한 일련의 특별법을 제정하면서 공정거래법 보다 강화된 과징금 산정방식을 앞 다투어 도입하였으나, 이들 법령상 과징금 산정방식이 과연 과징금제도의 기본취지와 공정거래법의 실효적 집행에 기여할 수 있는지, 아울러 그것이 법치행정과 효과적인 권리구제,

에 한해서 적용되었던 것이다.

3) 이봉의, “공정거래법상 과징금과 범치국가원리”, 『경쟁법연구』 제24권, 법문사, 2011, 4면.

4) 공정거래위원회, 「공정거래위원회 30년사」, 2011, 101면 이하; 김태우, 앞의 글, 38면 이하.

5) 무엇보다 홍대식, 「공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 2006
은 그간 학계의 논의와 실무를 충실하게 정리하고 있다.

법적 안정성과 신뢰의 보호, 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙, 투명성의 원칙이라는 관점에서 법치국가원리에 부합할 수 있는지에 대해서는 거의 논의가 이루어지지 못하였다.⁶⁾

2. 과징금과 법치국가원리

헌법의 기본원리 중 하나인 법치국가원리는 대체로 국가기관의 여러 가지 기능과 권한을 창설하고 질서지움으로써 국가활동의 근거를 제공하는 한편 국가활동을 법치국가의 여러 원칙에 부합하도록 규율함으로써 국가권력의 남용을 가능한 배제하는 것을 말한다. 이러한 원리는 행정기관의 작용에도 그대로 적용되는 것으로서, 흔히 법치행정으로 불리고 있다.

경제법은 비록 그 개념이 명확히 정립되어 있지는 않지만 대체로 정당한 경제질서의 형성을 위하여 사업자의 경제활동을 규제하는 법규범으로 이해할 수 있으며,⁷⁾ 이러한 규범목적의 실현을 위하여 사업자에게 일정한 작위 또는 부작위의무를 부과하고, 이를 위반하는 행위에 대해서 실효적인 제재수단을 마련하게 된다. 그리고 공정거래법 위반의 경우 당초 시장지배적 사업자가 착취남용을 통하여 부당한 이득⁸⁾을 얻은 경우에 이를 환수하는 수단에서 출발하여 부당지원행위의 지원주체와 같이 아무런 직접적인 경제상 이득이 없는 경우에도 순수하게 제재적 성격의 과징금을 부과할 수 있는 형태로 전개되었다.

그런데 법치국가의 관점에서 이와 같은 과징금제도는 몇 가지 근본적인 의문을 던지고 있다. 먼저, 공정거래법은 범위반사업자의 재산권을 중대하게 침해하는 과징금의 산정에 관하여 법률에 기본적인 원칙이나 구체적인 산정

6) 경제규제에 있어서 법치주의를 위한 일반원칙에 관해서는 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010, 165면 이하.

7) 권오승, 「경제법」 제12판, 법문사, 2015, 12면 이하.

8) 여기서 부당이득이란 공정거래법 제55조의3의 규정에 의한 참작사유 중 위반행위로 인하여 취득한 이익으로서, 위반사업자가 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 얻은 경제적 이익을 말한다. 후술하는 과징금고시 II 10 참조.

방식을 정하지 않고, 다분히 형식적으로 과징금의 상한이나 참작사항만을 정하면서(법 제55조의3 제1항 각호 참조), 결정적으로 중요한 관련매출액 등에 관해서는 시행령이나 고시에 위임하고 있다는 점에서 법치행정의 원리가 충분히 보장되어 있다고 보기 어렵다.

더구나 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」(이하 “과징금고시”라 한다)⁹⁾에서도 공정거래위원회가 과징금을 산정함에 있어서 사실상 거의 무제한에 가까운 재량을 허용함으로써 과징금 산정에 명백한 오류가 없는 한 범위반 사업자가 과징금 부과처분에 대하여 효과적으로 권리를 구제받을 기회가 보장되기 어렵고,¹⁰⁾ 어떤 범위반행위에 대하여 과연 어느 정도의 과징금이 부과될 것인지에 관하여 법적 안정성이나 예측가능성¹¹⁾이 상당히 낮다. 이처럼 제재수준에 대한 높은 불확실성은 범위반행위의 억지에 도움이 되지 않을 뿐만 아니라 법집행의 공정성과 투명성 및 사법심사의 가능성을 저해하는 등 법치국가의 원리에 충분히 부합하기 어려운 것이다.¹²⁾

3. 문제제기: 대규모유통업법상 과징금의 경우

전술한 바와 같이 1980년의 제정 공정거래법상 과징금 산정방식은 매우 단순명료하였다. 시장지배적 사업자가 부당하게 가격을 인상한 경우 그에 따른 부당이익, 즉 기본적으로 가격인상 전후에 따른 차액이 바로 과징금액이었기 때문이다. 그러다가 1999년 4월 제정된 과징금고시는 위반행위일을 기준으로 직전 3개년도의 평균매출액에 단계별 부과율을 곱하여 산정한 금액

9) 공정거래위원회 고시 제2014-7호, 2014.5.30.

10) 공정위의 재량은 특히 가중·감경단계에서 두드러지게 나타난다. 참고로 독일에서는 가중 또는 감경 이후에는 추가적인 감경이 허용되지 않으며, 단지 정해진 벌금한도가 과도한 과징금액의 부과를 방지하고 있을 뿐이다. BKartA, Bekanntmachung Nr. 38/2006 über die Festsetzung von Geldbußen nach §81 Abs.4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, 15. Sep. 2006 참조.

11) 이러한 관점에서 보자면, 범위반행위로 얻은 이익 또는 범위반행위와 직접 관련된 매출에 따른 이익이 보다 명확한 기준일 수 있다.

12) 자세한 내용은 이봉의, 앞의 글, 5면 이하 참조.

에 다시 일정한 가중·감경을 거쳐 최종적으로 과징금액을 정하도록 하였다. 그러던 것이 2004년의 시행령 및 고시 개정을 통하여 현재와 같이 “관련매출액” 중심의 부과체계를 갖추게 되었다.¹³⁾ 여기서 2004년의 과징금고시 개정을 가져온 배경과 취지를 살펴볼 필요가 있다.

알려진 바와 같이 미국의 경우에는 서면법상 법원을 통한 형사벌만 규정되어 있고, FTC는 중지명령(injunction)을 내릴 수 있을 뿐이어서 우리나라와 같은 행정적 금전제재로서의 과징금이 존재하지 않으나, 벌금부과와 관련해서는 법위반행위에 따른 이득 또는 피해의 2배를 한도로 하는 한편, 구체적인 벌금액의 산정에 있어서는 관련매출액을 기준으로 한 양형기준표를 따르고 있었다.¹⁴⁾ 반면, 유럽의 경우에는 경쟁법 개혁의 와중에 거의 반세기에 걸쳐 적용되던 절차규칙 제17호¹⁵⁾가 규칙 제2003-1호로 전면 개편되면서, 종전과 큰 틀에는 변화를 주지 않은 채 총매출액의 10%를 한도로 과징금을 부과할 수 있게 되었고(규칙 제23조 제1항), 다만 2006년의 과징금 고시¹⁶⁾에서는 구체적인 과징금액의 산정에 관하여 ‘관련매출액’(relevant sales)을 기준으로 기본과징금(basic amount of the fine)과 가중·감경을 통한 조정과징금(adjustments to the basic amount)이라는 2단계 접근방법(two-step methodology)이 마련되었다. 독일에서는 2005년 경쟁제한방지법의 개정을 통하여 종전에 부당이득을 한도로 하는 과징금 부과체계를 유럽과 조화시켰고,¹⁷⁾ 그에 따라 사업자나 사업자단체에 대해서는 전년도 매출액의 10% 이

13) 과징금고시의 변경과정에 대해서는 홍대식, 앞의 논문, 54면 이하 참조.

14) 서면법에 따른 벌금의 양형기준에 관해서는 홍대식, 앞의 논문, 84면 이하 참조.

15) 규칙 제17/62호 또한 과징금 부과한도를 매출액의 10%로 정하고 있었고, 1998년의 고시에서는 기본액(basic ammount)과 가중·감경이라는 산정틀을 규정하고 있었으나, 기본액의 산정을 위하여 ‘관련매출액’이라는 용어는 사용되지 않고 있었다. EC Commission, Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty, 98/C 9/03 참조.

16) 자세한 산정기준은 EU Commission, Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of the Regulation No 1/2003, OJ 2006/C 210/02 참조.

17) 이에 대해서는 독일 내에서도 여러 가지 관점에서 비판이 제기되고 있다. 예컨대, Brettel/Thomas, “Unternehmensbußgeld, Bestimmtheitsgrundsatz und Schuldprinzip novellierten deutschen Kartellrecht, ZWeR 2009, S. 25 이하.

내에서 벌금을 부과할 수 있게 되었다(동법 제81조 제4항).¹⁸⁾

우리나라의 경우 2004년에 개정된 과징금고시는 무엇보다 유럽방식의 2단계 산정방식을 도입한 셈인데, 그 취지는 “부당이익의 환수와 위반행위의 억제라고 하는 기능을 충분히 발휘할 수 있는 합리적이고 실효성 있는 제도”를 마련하고, 아울러 절차의 투명성을 제고하고 공정거래위원회의 재량권 남용 소지를 줄이는 데에 있었다.¹⁹⁾ 그렇다면 과연 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이하 “대규모유통업법”이라 한다)상 과징금 산정방식은 위와 같은 과징금제도의 취지에 충분히 부합하고 있는가? 관련매출액 기준이 갖고 있는 문제점은 차치하고, 여기서는 무엇보다 대규모유통업법상 과징금 산정방식, 즉 후술하는 관련납품대금이나 관련임대료 기준이 그 실질에 있어서 관련매출액은 아닌지, 그렇다면 그것이 공정거래법상 관련매출액에 기반한 과징금 부과체계에 부합하는 것인지, 이들 기준이 과징금 산정의 적정성과 법치행정의 원리를 담보하고 있는지를 살펴보고자 한다. 이를 위하여 먼저 공정거래법상 과징금 산정시 유념하여야 할 기본원칙을 몇 가지 제시해보고(II), 이어서 대규모유통업법상 과징금 산정방식이 갖는 일련의 문제점을 분석하고, 지난 2015년 12월에 행정예고되었던 고시 개정안을 비판적으로 검토하기로 한다(III). 그런데 동법이 시행된 지 얼마 지나지 않은 탓인지, 현재까지 대규모유통업법상 과징금의 문제를 다룬 문헌을 찾을 수 없다. 따라서 이 글은 이 문제에 관한 한 다분히 시론(試論)의 성격을 가진다.

II. 과징금 산정의 기본원칙

1. 명확성 및 비례의 원칙

우리나라에서 관련매출액을 기초로 기본과징금을 산정하고, 의무적·임의

18) 자세한 내용은 이봉의, “공정거래법상 과징금 산정의 문제점”, 「서헌제 선행 정년기념논문집」, 중앙대학교 출판부, 2015 참조.

19) 권오승·홍대식 외, 「과징금 제도 개선방안 연구」, 공정거래위원회 용역보고서, 2003.11, 5~7면.

적 조정과징금을 거쳐 최종적으로 부과과징금을 산정하는 방식은 2004년 개정 과징금고시를 통해서 도입되었다.²⁰⁾ 이후 산정기준, 1차·2차 조정 및 부과과징금의 체계로 전환된 이후에도 관련매출액을 핵심으로 하는 방식에는 변함이 없다.

여기서 관련매출액이란 범위반행위로 인하여 직접 또는 '간접적으로' 영향을 받는 상품의 매출액을 말한다.²¹⁾ 이러한 방식은 다른 조건이 동일할 경우 매출액이 크고 작은 사업자마다 실질적으로 공평하게 경제적 부담을 지울 수 있고, 특히 공정거래법과 같이 입법목적과 수단의 실효성을 중시하는 경우에 의미를 가질 수 있다. 즉, 과징금의 제재 및 억제효과는 절대적인 금액에 비례하는 것이 아니라 해당 사업자의 자금력에 좌우되게 마련이고, 따라서 구체적인 과징금액은 물론이고 그 상한을 사업자의 매출액에 따라 탄력적으로 정하는 것이 비례의 원칙에도 부합할 수 있기 때문이다.²²⁾ 이때, 과징금의 적절성 내지 최적의 과징금은 개별적으로 판단될 수 있을 뿐이며, 이를 위해서는 경쟁당국에 적정수준의 재량이 허용되어야 함은 물론이다.

다만, 관련매출액을 기준으로 하는 과징금 산정방식이 위와 같은 장점을 갖는다 하더라도 명확성의 원칙(Bestimmtheitsprinzip)과 비례의 원칙(Proportionalität)이 준수되어야 한다. 과징금이 비록 형사벌과는 구별된다고 하나, 벌금에 준하는 경제적 제재로서 범위반사업자의 재산권에 미치는 효과가 심대한 점을 감안할 때 높은 수준으로 명확성원칙(Bestimmtheitsprinzip)이 지켜지지 않으면 안 된다. 종래 법원은 법령이 정하는 범위 내에서 적정과징금 여부에 대해서는 판단할 수 없고, 재량권의 일탈·남용 여부만을 심사할 수 있다는 태도를 견지하고 있는바,²³⁾ 사업자에게 충분한 사법심사의 여지를 제공한다

20) 공정거래위원회 고시 제2004-7호, 2004.4.1.

21) EC Commission, Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of the Regulation No 1/2003, OJ 2006/C 210/02, para.13.

22) 이틀테면 대기업을 염두에 둔 제재가 중소기업에게는 불합리하게 과도할 수 있는 것이다. andreas Mundt, "Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes", WuW 2007, S. 458, 465.

23) 과징금 산정시 공정거래위원회의 제량에 관해서는 황태희, "부당한 공동행위와 기본과징금의 산정", 「서울대학교 법학」 제50권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2009.9, 418면 이하.

는 측면과 법위반행위의 중대성에 부합한다는 측면이 고려되어야 하는 것이다. 입법론으로는 경쟁당국이나 법원이 관련매출액 및 부과과징금을 산정하는 과정에서 이들 원칙을 적절히 고려할 수 있도록, 다시 말해서 관련매출액에 따른 과징금산정의 불명확성을 최소화하고 법위반행위의 정도에 맞게 과징금을 차등할 수 있는 장치가 마련될 필요가 있을 것이다.

1980년 제정된 공정거래법은 과징금 부과한도가 시장지배적 사업자가 실행기간 동안 부당한 가격인상으로 얻은 수입으로 명확하게 한정되어 있었고, 수입액을 산정함에 있어서 일부 재량의 여지가 없지는 않았으나 과징금액 또한 적어도 법령상 부당이익의 일부로 특정되어 있었다. 그 후 과징금 부과 대상이 공정거래법 위반행위 전반으로 확대되면서 현재 과징금 부과한도는 정액과징금을 부과하는 경우나 불공정거래행위 중 부당지원행위를 제외하면 대통령령이 정하는 매출액, 즉 관련매출액의 일정비율로 정해져 있다.²⁴⁾

그런데 관련매출액과 연계된 과징금 부과한도를 정하는 것은 매출액과 무관하게 과도한 과징금이 부과되지 못하도록 함으로써 법위반사업자의 존속을 보장하기 위한 상한(cap)을 정한 것으로 이해할 수도 있다. 그리고 과징금 부과한도가 나쁨의 한계설정기능을 수행하기 위해서는 관련매출액이나 법위반행위의 기간이 어느 정도 명확해야 하나, 전술한 바와 같이 이 부분에서 불확실성이 매우 크기 때문에 현실적으로 과징금의 지나친 확장을 방지하기는 어려울 것으로 보인다.

그렇다면 관련매출액을 기초로 삼는 과징금 부과한도와 구체적인 산정방식은 두 가지 관점에서 접근할 필요가 있다. 전자와 관련해서는 법위반사업자가 부담할 수 있는 수준의 과징금이 부과되어야 한다는 점이고, 후자와 관련해서는 과징금이 법위반행위의 중대성을 넘어서 부과되지 않도록 하여야 한다는 점이다. 그리고 양자를 고려할 때, 적절한 과징금 부과한도와 산

24) 부당지원행위에 대해서는 직전 3개 사업연도의 평균매출액을 기준으로 그 금액의 5%를 초과하지 않는 범위에서 과징금을 부과할 수 있는바(법 제24조의2, 령 제9조 제2항), 지원행위의 경우에는 법위반행위와 관련된 상품이나 서비스를 특정하기 어려운 사정이 있을 수 있음을 감안한 것으로 보인다.

정방식은 결국 관련매출액의 일정 비율, 그리고 적절한 부과기준율로 정해질 수밖에 없을 것이며, 이것이 그나마 비례원칙 및 과잉금지원칙에 보다 부합할 수 있을 것이다.

그렇다면 대규모유통업법이 관련납품대금이나 연간매출액 전체를 과징금 부과한도로 정하고, 부과기준율을 20% 내지 60%로 정하고 있는 태도가 과연 사업자의 존속, 범위반행위의 중대성이나 비난가능성에 비추어 과도한 수준으로 과징금이 부과되지 못하도록 한다는 의미에서 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 충분히 부합하는지가 의문일 수밖에 없는 것이다.

2. 범위반행위와의 ‘관련성’ 요구

무릇 범위반행위와 그에 대한 제재 사이에는 정당한 상관관계가 있어야 한다. 이를 흔히 자기책임의 원칙이라 하며, 실질적 법치주의의 당연한 내용을 이룬다.²⁵⁾ 과징금고시에 따르면 과징금액 산정단계의 출발점인 이른바 ‘산정기준’²⁶⁾은 범위반행위의 내용 및 정도에 따라 범위반행위를 중대성이 약한 행위, 중대한 위반행위 및 매우 중대한 위반행위로 구분하고, 각 유형에 따라 관련매출액에 일정한 부과기준율을 곱하여 정한다. 그런데 이러한 방식은 구체적인 범위반행위의 내용과 정도를 적절히 보여주기 어렵다. 관련매출액과 범위반행위의 내용·정도 사이에는 별다른 상관관계가 없어 보이기 때문이다. 이 문제는 과징금고시에 따른 산정방식이 과징금액의 적정성을 담보하는 출발점이라는 점에서 매우 중요한 의미를 갖는다.

즉, 관련매출액 기준은 이미 발생한 범위반행위와의 관련성이 매우 약하다. 과징금 고시에 따르면 관련매출액이란 통상 위반기간 동안 범위반행위로 인하여 직접 또는 간접으로 영향을 받는 상품, 즉 관련상품의 매출액으로서, 이른바 “영향을 받는”다고 해서 해당 상품의 매출액이 범위반행위와 인과관

25) 헌법재판소 2003.7.24. 2001헌가25 결정 중 재판관 한 대현·권성·주선희의 반대이견 참조.

26) ‘산정기준’이란 과거에 기본과징금으로 불리던 것인데, 2014년 과징금 고시 개정으로 사용되기 시작하였다.

계에 있다고 볼 수는 없기 때문에, 관련매출액과 행위의 위법성 내지 책임의 정도 사이에 직접적인 상관관계를 인정하기 어렵다. 즉, 매출액의 범위반행위 “관련성”이 매우 약하거나 다분히 모호한 것이다. 이 문제는 ‘관련성 판단’²⁷⁾의 불명확성과 별도로 범위반행위의 중대성을 보여주는 대리변수로서 관련매출액이 과연 적절한지에 관한 것이기도 하다.

따라서 대규모유통업법이 과징금 산정방식을 정함에 있어서 명시적으로 관련매출액이라는 용어가 아니라 ‘대통령령으로 정하는 산출방식에 따른 납품대금이나 연간 임대료’라는 용어를 사용하고 있는 상황에서 먼저 양자가 그 실질에 있어서 상이한 것인지 여부, 그리고 이른바 관련납품대금이나 연간 임대료가 범위반행위와 충분한 상관관계를 가지는지를 살펴볼 필요가 있는 것이다. 만일 관련납품대금이나 연간 임대료가 관련매출액에 다름 아니라면, 관련매출액 기준에 내제된 불명확성의 문제는 대규모유통업법상 과징금 산정방식에도 그대로 원용할 수 있게 된다.

III. 대규모유통업법상 과징금 산정방식: 체계상의 문제와 구체적인 쟁점들

2011년 11월 14일 제정된 대규모유통업법은 공정거래법 제23조의 불공정 거래행위 중 거래상 지위남용, 「대규모 소매업에 있어서의 특정 불공정거래행위의 유형 및 기준」²⁸⁾으로 규율하던 것을 특히 납품업자와 점포임차업자의 보호를 강화하기 위하여 별도의 법률로 격상한 특별법이다. 동법은 종전의 사후규제가 갖는 한계를 보완하여 대규모유통업자에게 계약서 교부의무 등 사전적 의무를 부과하는 한편(법 제6조), 공정거래법상 과징금 규정의 구속에서 벗어나 독자적으로 과징금 관련 사항을 정하고 있다.

특히, 후자와 관련하여 공정거래법은 대규모 소매업자의 거래상 지위남용

27) ‘관련상품’의 판단기준에 관해서는 홍대식, “시장지배적 지위남용행위에 대한 과징금 산정기준”, 「경제법관례연구」 제7권, 법문사, 2011, 53면.

28) 공정위 고시 제2013-9호, 2013.12.24.

에 대하여 관련매출액의 2%를 상한으로 하고(법 제24조의2 제1항), 그 범위 내에서 관련매출액에 일정한 부과기준율을 곱하여 산정기준을 정하도록 하고 있다.²⁹⁾ 반면, 대규모유통업법은 문언상 이와 달리 대통령령이 정하는 산출방식에 따른 납품대금이나 연간 임대료라는, 관련매출액과는 일견 상이해 보일 수도 있는 금액을 기초로 과징금을 산정하도록 하는 한편, 해당 금액의 일정 비율이 아니라 해당 금액 전체를 과징금의 부과한도로 삼고(법 제35조 제1항),³⁰⁾ 여러 위반행위가 경합될 경우에는 행위별로 산정하여 합산하되, 그 한도는 관련납품대금 또는 임대료의 2배로 규정하고 있다(법 제35조 제2항). 이어서「대규모유통업법 위반사업자에 대한 과징금 부과기준 고시」³¹⁾ 이하 “고시”라 한다)에 따르면 구체적인 부과기준을 또한 범위반행위의 중대성에 따라 불공정거래행위와 같이 0.1%~0.8%, 0.8%~1.6%, 1.6%~ 2.0%의 3개 구간이 아니라 20%, 40%, 60%로 정해져 있다는 점에서 큰 차이가 있다.

아래에서는 이와 같이 일견 공정거래법상 과징금 산정방식과 유사하면서도 상이한 대규모유통업법상의 과징금 부과기준이 전술한 몇 가지 기본원칙에 부합하는지 여부를 비판적으로 검토하기로 한다. 한편, 공정위는 고시에 대한 문제제기가 잇따르자 지난 2015년 11월 고시 개정안을 행정예고하였는바, 동 개정안에 대한 평가 또한 시도하기로 한다. 참고로, 공정위는 행정에 고기간이 지난 지 반년이 넘도록 개정안을 확정짓지 않고 있다.

1. 관련납품대금의 경우

‘관련납품대금’이란 대규모유통업자가 위반행위를 한 기간 동안 구매한 관

29) 과징금 고시에 따르면 (대규모 소매업자의) 불공정거래행위에 대해서 그 위반행위의 중대성에 따라 관련매출액에 0.1% 이상 0.8% 미만, 0.8% 이상 1.6% 미만, 1.6% 이상 2.0% 미만의 부과기준율을 곱하여 산정기준을 정하게 된다. 고시 IV. 1. 라.)

30) 당초 입법과정에서 박선숙 의원은 납품대금 또는 연간 임대료의 2배 이내로 정하고 있었고, 이사철 의원은 관련매출액의 2% 이내로 정하고 있었는데, 최종적으로 관련납품대금 또는 연간 임대료의 1배로 정해졌다. 최영홍, “대규모유통업법의 제정과 운용상 쟁점”, 「경쟁법연구」 제25권, 법문사, 2012.5, 19면 이하.

31) 공정위 고시 제2012-4호, 2012.2.28. 제정; 고시 제2014-11호, 2014.11.27. 개정.

련상품의 매입액 또는 이에 준하는 금액을 말한다(고시 II. 4. 가). 여기서 관련납품대금을 산정하기 위해서는 관련매출액과 마찬가지로 관련상품과 범 위반기간이 특정되어야 하고, 이를 확정할 수 없는 경우에는 결국 5억 원을 초과하지 않는 범위에서 정액과징금을 부과하게 된다(법 제35조 제1항 단서, 고시 II. 6. 가).

그런데 문제는 대규모유통업법 위반행위 중에는 위반행위로 인하여 직·간접적으로 영향을 받는 상품, 즉 관련상품을 특정할 수 없거나 특정하기 어려운 경우가 일부 포함되어 있다는 점이다. 대표적으로 동법 제14조가 금지하는 부당한 경영정보 제공요구의 경우로서 납품업자가 다른 사업자에게 공급하는 상품의 공급조건(공급가격을 포함)에 관한 정보를 제공하도록 요구한 것을 문제 삼는다고 보았을 때 대규모유통업자가 실제 구매한 상품과 납품업자가 정보를 제공한 상품이 언제나 일치한다고 볼 수 없고, 설사 양자의 범위가 일치하더라도 특정 상품의 공급가격 등이 제공됨으로써 대규모유통업자가 구매하는 상품의 가격이나 거래조건에 어떠한 직·간접적인 영향이 미쳤는지를 파악하기 어렵다.

이러한 문제는 부당한 경영정보 제공요구 금지의 경우, 다분히 사전규제의 성격을 갖는 것으로서 정보취득 그 자체가 대규모유통업자에게 부당이득을 가져오지는 않더라도 경쟁업체에게 납품된 가격정보를 취득함으로써 자신의 구매단가를 낮추거나 수수료를 높이는 등 추후 일정한 거래상 지위남용행위를 사전에 원천적으로 봉쇄하기 위한 취지로 이해할 수 있다.³²⁾ 그리고 이와 같은 위반행위에서는 그로부터 직·간접적으로 영향을 받는 상품의 범위를 특정하기가 어려울 수밖에 없는 것이다.

현행법상 부당한 경영정보 제공요구나 상품권 구입요구 등의 경우에도 관련납품대금을 산정하여야 하고, 개별 사안마다 위반기간이나 관련상품의 범위를 확정할 수 없는 경우에 정액과징금을 부과하도록 규정되어 있으나, 입법론으로는 가급적 논란의 소지를 없애고 예측가능성을 높인다는 차원에서

32) 오금석·윤성운 외, 「대규모유통업법 - 이론과 실무」, 박영사, 2012, 290면.

사전규제의 성격을 갖는 일부 행위에 대해서는 처음부터 정액과징금을 부과하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 다만, 정액과징금이 언제나 사업자에게 유리할 이유는 없으므로, 정액과징금에 대해서도 일정한 산정방식을 마련하는 작업이 수반되어야 할 것이다.³³⁾

2. 관련임대료의 경우

‘관련임대료’란 연간 임대료로서 매장임차인이 위반사업자에게 지불하여야 하는 위반기간의 임대료를 1년의 기간으로 환산한 금액을 말한다(고시 II. 5.). 이 경우, 비록 고시에서 “관련”이라는 용어를 사용하고는 있으나, 실제 관련임대료 산정방식을 살펴보면 관련납품대금과 달리 무엇에 관련된 것인지가 전혀 언급되어 있지 않고, 실제 관련상품을 따질 것도 없이 위반기간만 확정하면 곧바로 관련임대료 산정이 가능한 상태이다. 입법취지 또한 연간 임대료 산정에 특정 상품과의 관련성을 고려하도록 한 것으로 볼 근거를 찾기 없다는 점에서 “관련성”(relevance) 요건을 추가로 요구하는 것은 실무상 별다른 의미가 없어 보인다.

그런데 관련납품대금과 같은 맥락에서 관련임대료의 성격을 살펴보면, 이것은 대규모유통업자가 자신이 보유한 매장을 임대라는 형태로 제공한다는 의미에서 일종의 서비스에 대한 대가에 해당한다. 즉, 대규모유통업자가 매장에 대한 공급자로서 그로부터 얻게 되는 매출액이 바로 임대료인 것이고, 이러한 관점에서 보자면 해당 매장 자체가 일종의 상품이나 서비스로 볼 소지도 있다. 이러한 점에서 보자면 관련임대료 또한 그 실질에 있어서 대규모유통업자의 관련매출액과 전혀 다르지 않다. 차이가 있다면 관련납품대금은 대규모유통업자의 수요측면에서 발생한 매입액인 반면, 관련임대료는 공급측면에서 발생한 매출액이라는 점이다.

33) 현재 공정거래법이나 대규모유통업법 등에는 정액과징금이 규정되어 있으나, 이들 법률은 단지 상한액을 정하고 있을 뿐이고 그 상한액은 상대적으로 적은 수준이어서 법위반에 대한 제재나 부당이득환수의 효과를 기대하기 어렵다.

이처럼 매장 내지 매장임대 자체를 하나의 상품이나 서비스로 파악할 경우에는 범위반행위와의 직·간접적 관련성을 상정하기 어렵고, 이 점을 고려하여 고시에서는 확일적으로 연간 임대료로 정한 것으로 이해할 수 있다. 여기서 남는 문제는 관련납품대금의 경우와 달리 관련임대료의 경우 매장임차인이 범위반사업자에게 지불해야 하는 위반기간의 임대료가 아니라 이를 1년의 기간으로 환산한 금액이 바로 관련임대료로서 과징금 산정의 출발점이 된다는 점이다. 관련납품대금이나 관련임대료나 이를 산정하는 측면은 수요·공급측면으로 상이하나, 그 실질에 있어서는 모두 매출액이라는 점을 감안할 때 후자의 경우에만 실제 범위반기간이 1년보다 장·단기일 수 있음에도 불구하고 1년으로 환산한 금액을 과징금 산정의 기초로 삼는 것은 합리적 근거를 찾기 어렵다. 범위반기간이 장기일수록 위법성이나 부당이득이 커진다는 점에서 관련임대료 또한 위반행위를 한 기간 전체의 임대료로 파악하는 것이 타당할 것이다.

3. '관련성'의 제재법적 의미

공정거래법의 경우와 마찬가지로 대규모유통업법상 관련납품대금에 있어서 '관련성'은 두 가지 의미를 가진다. 하나는 과징금의 부과한도를 정하는 것이고(법 제35조 제1항, 령 제28조 제1항), 다른 하나는 부과한도 내에서 구체적인 과징금액을 산정하는 기초를 정하는 것이다(고시 II 4, 5).

그런데 공정거래법은 부당지원행위와 부당한 이익제공의 경우에 한하여 직전 3년간 평균매출액의 2% 또는 5%를 한도로 하고, 그밖에 불공정거래행위를 비롯한 다른 범위반행위에 대해서는 관련매출액의 2%, 5% 등 일정 비율로 그 한도를 정하고 있다. 그 실질이 거래상 지위남용에서 비롯된 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」도 범위반행위에 대하여 대통령이 정하는 매출액, 즉 관련매출액의 2%를 한도로 명시하고(법 제35조 제1항, 령 제34조). 「하도급거래 공정화에 관한 법률」은 하도급대금의 2배를 초과하지 않는 범위에서 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있으나(법 제25조의3), 시

행령 [별표 2]에서는 위반행위의 유형, 위반금액의 비율, 위반행위 유형의 수 및 위반 전력이라는 4가지 요소를 고려하여 과징금부과율(일종의 부과기준율)을 정하고, 여기에 하도급대금의 2배를 곱하여 과징금액을 산정하도록 하고 있다.

반면, 대규모유통업법과 시행령은 비율을 정함이 없이 관련납품대금과 관련임대료를 과징금의 한도로 정하고, 부과기준율의 상한을 60%로 정하는 방식으로 그 한도를 넘지 않도록 하고 있다. 그리고 산정기준은 관련납품대금과 관련임대료 전액에 20%~60%의 부과기준율을 곱하여 정해지게 된다. 이러한 방식으로 동법상 관련성이란 과징금의 한도 및 구체적인 금액을 사실상 좌우하는 역할을 하게 된다. 그리고 이것은 관련납품대금이나 관련임대료의 20% 내지 60%를 사실상 부당이득에 준하는 금액으로 보는 것과 마찬가지로 된다는 점에서 공정거래법상 2% 내지 최대 10%를 한도로 부과기준율을 곱하게 되는 관련매출액 기준과 매우 상이하다. 그렇다면 공정거래법상 관련매출액 기준과 대규모유통업법상 관련납품대금 또는 관련임대료 기준의 관계를 어떻게 이해해야 할 것인가?

종래 공정거래법상 관련매출액 기준은 제재적 성격과 더불어 다분히 공급자의 관점에서 범위반기간 동안 사업자가 올린 매출액의 일정비율, 대체로 영업이익률에 상응하는 금액을 부당이득으로 포착하여 이를 환수하는 성격을 갖는다.³⁴⁾ 반면, 대규모유통업자가 수요측면에서, 즉 납품업자와의 관계에서 거래상 지위를 남용하는 행위를 규제하는 대규모유통업법은 해당 납품업체로부터 공급받은 또는 구매한 금액을 관련매출액으로 포착하여 이를 관련납품대금으로 부르고 있는 것이다.³⁵⁾ 그런데 수요측면에서 발생하는 범위반행위와 관련된 상품의 범위는 흔히 납품업체별로 또는 브랜드별로 확정되는 반면, 공급측면의 경우 대규모유통업자가 소비자에게 판매하는 여러 브랜

34) 입법론으로 부당이득을 넘는 제재적 성격의 과징금은 실질적으로 형벌에 해당하므로 원칙적으로 지양해야 한다는 견해로는 김태우, 앞의 책, 45면.

35) 이러한 관점에서 시장지배적 지위남용이나 불공정거래행위 중에서 수요측면의 지배력이 문제되는 경우에 현행 과징금고시에 따른 관련매출액이 수요측면의 매출액을 적절히 포착하고 있는지는 의문이다.

드가 관련상품의 범위에 포섭될 수 있다는 점을 감안할 때, 대규모유통업자가 납품업체와의 관계에서 거래상 지위를 남용하는 경우에 관련매출액은 법 위반행위가 행해진 납품업체별로 산정된 납품대금으로 파악될 수밖에 없는 것이다. 그렇다면 관련납품대금을 기준으로 삼더라도 결국 부과기준율은 통상의 관련매출액과 마찬가지로 0.1% 내지 10%를 넘지 말아야 하는 것이고, 설사 대규모유통업자의 지위남용을 보다 엄격하게 규제하려는 취지를 감안 하더라도 20% 내지 60%에 달하는 부과기준율을 정한 것은 관련납품대금의 법적 성격을 제대로 이해하지 못한데 따른 것이다.

실제로 공정거래법 위반행위 중 대부분의 경우 부과기준율은 법률이 정한 매출액의 몇 퍼센트를 한도로 0.1% 내지 10%이고, 과징금의 상한과 부과 기준율의 상한이 일치하고 있다. 예컨대, 시장지배적 사업자의 지위남용의 경우 과징금상한은 관련매출액의 3%이고, 매우 중대한 위반행위로 인정될 경우 부과기준율의 상한은 3%이다. 불공정거래행위(부당지원행위, 부당한 이익 제공 제외)의 경우에도 과징금상한은 관련매출액의 2%이고, 마찬가지로 매우 중대한 위반행위로 인정될 경우 부과기준율의 상한은 2%이다. 그리고 이러한 방식은 모두 관련매출액을 기준으로 삼고 있는 위반행위에 국한되어 있다.

그런데 공정거래법상 관련매출액이 아닌 지원금액(부당지원행위)이나 거래 또는 제공된 이익금액(특수관계인에 대한 부당한 이익제공)을 기준으로 삼는 경우에는 부과기준율이 대규모유통업법 위반과 유사하게 20% 내지 80%로 정해져 있는바, 절대적인 부과기준율로만 보자면 대규모유통업법의 경우에 비하여 오히려 더 높다고도 할 수 있다. 그런데 부당이익의 환수라는 관점에서 양자는 동일한 맥락에서 이해할 수 없다. 부당지원행위의 경우 지원금액이나 사익편취의 경우 특수관계인에게 제공된 부당한 이익은 대부분이 부당이익의 성질을 가지고, 이를 지원주체와 지원객체 또는 제공자와 수령자로 부터 최대한 제거하기 위해서는 부과기준율이 매우 높아질 수밖에 없는 것이다.³⁶⁾ 반면, 대규모유통업법 위반행위의 상당 유형은 위반금액과 부당이익

사이에 격차가 크게 발생하고, 따라서 납품대금이나 연간 임대료 전체에 대해서 부당지원행위나 사익편취의 경우에 상응하는 부과기준율을 적용할 경우 범위반사업자가 얻을 부당이익을 훨씬 초과하는 수준의 과징금액이 부과될 수 있는 것이다. 범위반행위에 대한 제재나 억제효과(deterrence effect)를 위하여 부당이익을 넘는 과징금을 부과하는 것도 입법정책적으로는 고려할 수 있으나,³⁷⁾ 문제는 그 실질이나 범위반행위의 중대성에 있어서 확실한 차이를 논할 수 없는 공정거래법상 거래상 지위남용행위와 대규모유통업법상 일련의 금지행위에 대하여 부과기준율에 과도한 차이를 두는 것은 과징금 부과 기본체계에 맞지 않을 뿐만 아니라 비례원칙에도 반한다는 데에 있다.

한편, 관련임대료란 법률이 시행령에 위임하고 있음에도 불구하고 시행령은 아무런 정의를 하지 않고 있고, 고시에서 매장임차인이 대규모유통업자에게 지불해야 하는 위반기간의 임대료를 1년의 기간으로 환산한 금액이라고 규정하고 있다. 먼저, 이때의 ‘관련성’은 대규모유통업자가 매장의 공급에 대한 대가로 제공받는 매출액을 포착한다는 점에서 공정거래법상 관련매출액의 일 형태이고, 매장이 곧 관련상품에 해당된다. 따라서 관련임대료의 경우에 부과기준율을 공정거래법과 달리 20%~60%로 정한 고시의 태도는 단순히 제재의 강도를 과도하게 높이는 외에 공정거래법상 과징금 산정 및 부과체계에 어긋날 뿐만 아니라 비례의 원칙에도 부합하지 않는 부당한 것이다. 그밖에 법률에서 연간 임대료라는 용어를 사용하고 있기 때문에 고시에서 위반기간을 1년 단위로 환산하는 취지를 이해할 수는 있으나, 위반기간이 1

36) 2013년 공정거래법 개정으로 지원객체나 이익을 제공받은 특수관계인에게도 고율의 과징금이 부과될 수 있게 되었다.

37) 과징금이 비록 제재적 성격을 아울러 갖는 점을 인정하더라도 부당이익을 초과하는 금액을 과징금으로 부과하는 것은 헌법상 과잉금지원칙에 반할 소지가 있다는 견해로는 전삼현, “공정거래법상 과징금의 법적 문제”, 「상사판례연구」 제21권 3호, 상사판례학회, 2008, 216면 이하. 반면, 위반행위를 통해 얻은 부당이익액을 현저히 초과하지 않는 한 법률이 정하는 한도 내에서 과징금을 부과할 수 있고, 이 경우 부당이익액을 초과하는 부분은 제재 목적이 있는 것으로 볼 수 있다는 견해로는 정병덕, “독점규제법상 과징금의 법적 성격과 부과기준에 관한 연구”, 「경영법률」 제15권 2호, 경영법률학회, 2005, 483면.

년 미만인 경우에는 결국 관련임대료를 일정 부분 확대하게 되는바, 그 만큼 산정기준 금액을 인위적으로 높이는 합리적 근거를 찾기 어렵다.

4. 하도급법과의 비교

공정거래법이나 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」(이하 “하도급법”이라 한다)은 대규모유통업법과 마찬가지로 과징금 부과액의 상한선을 정하고 있을 뿐이고, 실제 부과될 과징금액의 산정은 시행령에 위임되어 있고, 그 범위에서 다시 별도의 고시를 통하여 구체적인 사정기준이 마련되어 있다. 따라서 대규모유통업법상 과징금 산정기준에 관하여 앞서 제기한 여러 문제점들은 대부분 시행령과 고시의 문제일 수 있다. 대규모유통업법이 공정거래법과 달리 관련매출액(다시 말하자면, 관련납품대금이나 관련임대료)의 일정 비율을 과징금의 부과한도로 정하지 않고 있는 점이 문제의 출발점일 수 있으며, 시행령 단계에서 여러 문제점을 고려하여 불공정거래행위에 대한 과징금 산정기준과 균형이 맞도록 관련매출액의 개념 자체를 달리 정의하기란 어려워 보인다.

다만, 하도급법의 경우에도 과징금의 상한은 하도급대금(해당 하도급거래의 계약금액으로서 그 성질은 마찬가지로 관련매출액이라고 볼 수 있을 것이다)의 2배로 규정하고 있다는 점에서(법 제25조의3 참조) 대규모유통업법과 마찬가지로 관련매출액의 일정 비율로 정하지 않고 있고, 하도급법 시행령상 구체적인 과징금의 금액은 해당 위반행위의 유형, 위반금액의 비율, 위반행위 유형의 수 및 위반 전력 등 4가지 요소를 고려하여 과징금 부과율을 정하고, 이를 상한금액(하도급대금의 2배)에 곱하여 산정하게 되어 있다(령 제13조 제1항, [별표 2] 참조). 따라서 실무상 하도급법 위반에 대한 과징금의 경우 기본 산정기준은 예컨대 대금미지급의 경우에도 하도급대금의 2배는커녕 대체로 그중 10% 수준에서 정해지는 경우가 적지 않다. 이와 같은 산정방식이 타당한지 여부는 후술하는 공정위의 고시개정안에 대한 행정 예고 부분에서 다루겠지만, 일단 하도급법상 하도급대금의 2배라는 기준 자

체는 사실상 과징금 부과한도나 구체적인 산정수단으로 작동하고 있다고 보기 어렵다.

요컨대, 하도급법이 대규모유통업법과 마찬가지로 관련매출액(하도급대금)의 일정 비율을 과징금의 상한으로 정하지 않고 있는 것은 사실이나 후자와 달리 전자의 경우에는 하도급대금의 2배가 전혀 상한으로 작동하지 못하고 있어 오히려 과소규제를 논할 여지가 있다는 점에서, 실제로 관련매출액(관련납품대금이나 관련임대료) 전액이 산정기준의 최고한도로 작용하고 있는 대규모유통업법의 경우와 단순비교하기는 곤란할 것이다.

5. 소결

대규모유통업법은 공정거래법상 불공정거래행위, 그 중에서도 거래상 지위 남용의 범주에 속하는 이른바 특수불공정거래행위를 규제하는 종전의 대규모소매점업고시가 실무상 부당성 입증의 문제로 인하여 실효를 거두지 못하고 있다는 문제의식 하에 일부 위반행위에 대한 입증책임 전환과 사전규제의 도입 등을 통하여 대규모유통업자의 불공정한 거래관행으로부터 납품업자나 매장임차인을 두텁게 보호하려는 취지로 제정되었다.³⁸⁾

그런데 범위반행위에 대한 과징금의 제재를 강화하여 납품업자 등을 더욱 보호한다는 취지에는 공감함에도 불구하고, 그 실질에 있어서 공정거래법상 거래상 지위남용에 해당하는 행위에 대해서, 그것도 일부 입증책임 전환이 수반된 금지행위에 대해서 과징금을 대폭 상향하는 형태의 기준을 정한 것이 과연 바람직한지는 의문이다. 과징금 부과 또한 법치행정의 원칙에 부합하여야 한다는 대원칙에 비추어볼 때, 관련납품대금이나 관련임대료는 그 산정이 비교적 단순명료하여 명확성의 원칙에는 부합할 수 있으나, 무엇보다 비례의 원칙에 부합하기 어렵기 때문이다.

보다 근본적으로는 대규모유통업법상 과징금 부과한도와 산정기준은 공정거래법상 관련매출액 기준이 실제 범위반행위와의 관련성을 충분히 담보하

38) 최영홍, 앞의 글, 25면 이하; 오금석·윤성운 외, 앞의 책, 8면 이하.

기 어렵고 부당이득을 완전히 제거하기에 적절하지 않다는 문제점을 고려하지 않고 동 기준을 그대로 채용한 반면, 오히려 관련매출액 기준의 취지에 부합하지 않는 방식으로 규정됨으로써 관련매출액 기준의 기본체계로부터 현저히 이탈하는 모습을 보이고 있는 것으로 평가할 수 있다.

IV. 고시 개정안에 대한 평가

1. 개정안의 주요 내용

대규모유통업법상 과징금 산정에 있어서 관련납품대금이나 관련입대료에 곱하게 되는 부과기준율이 공정거래법이나 가맹사업법 등에 비추어 과도하게 높다는 지적이 일자, 공정위는 2015년 하반기에 고시 개정안을 마련하고 11월 18일부터 12월 8일까지 행정예고한 바 있다. 2016년 5월 31일 현재 고시 개정이 이루어지지 않고 있으나, 과징금 산정의 방법론과 관련하여 그 내용을 간략히 소개하고, 일부 문제점을 지적하고자 한다.

먼저, 개정안을 설명하고 있는 공정위의 보도자료³⁹⁾는 현행 고시상 과징금 산정의 문제점으로 다음과 같은 두 가지를 지적하고 있다. 첫째, 범위반과 관련이 적은 납품대금 등을 기준으로 과징금을 산정함에 따라 실제 발생한 범위반 정도와 과징금액 간에 비례성이 떨어지고, 사업자에 따라 과다·과소하게 과징금이 산정되는 문제가 있음을 인정하면서, 예컨대 위반금액의 규모가 5억 원에 불과하더라도 관련납품대금이 10억 원이면 10억 원을 기준으로 과징금이 산정되고, 경우에 따라서는 위반금액이 더 크더라도 관련납품대금이 적은 사업자가 더 적은 수준의 과징금을 부과받게 된다는 것이다.⁴⁰⁾ 공정위의 이러한 언급은 납품대금과 범위반 사이의 ‘관련성’이 미흡하다는 점을

39) 공정위 보도참고자료, 대규모유통업법 과징금 고시 개정안 행정예고, 2015.11.18.

40) 부과기준율 60%를 가정할 때 A사의 관련납품대금이 10억 원, 위반금액이 3억 원인 경우 과징금은 6억 원인 반면, 위반금액이 그보다 큰 5억 원인 B사의 관련납품대금이 5억 원이라면 과징금은 3억 원이 부과된다. 공정위, 위 보도참고자료 참조.

시인하고 있다는 점에서 주목할 만하다. 둘째, 유사한 위법행위인 공정거래법상 불공정거래행위에 대한 과징금 부과기준율이 최대 2%인 점과 비교할 때 대규모유통업법 위반행위에 대한 과징금 부과기준율은 20%~60%로서 수십배에 이르고 있어 과징금과 실제 범위반금액 간의 상관성이 낮다는 문제도 지적되고 있다. 이처럼 공정위 스스로 앞서 지적한 대규모유통업법상 과징금 산정의 핵심적인 문제를 인식하고 있는 것이다.

이와 같은 문제를 해결하기 위하여 개정안은 ‘위반금액의 비율’이라는 것을 도입하고 있는바,⁴¹⁾ 위반금액의 비율이란 실제 위반금액을 법 제35조 제1항에 따라 대통령령으로 정하는 산출방식에 따른 납품대금이나 연간 임대료로 나눈 값, 즉 위반금액/관련납품대금(또는 관련임대료)를 말한다. 그에 따르면 과징금은 관련납품대금, 관련임대료에 위반금액비율을 곱한 후, 부과기준율을 곱하여 산정하게 되고, 위반금액의 비율을 추가함에 따라 부과기준율을 기존의 20%~60%에서 10%씩 상향하여 30%~70%로 조정하고 있다(개정안 IV 1. 나).

그렇다면 과연 개정안이 앞서 필자가 제시한 여러 가지 문제점을 해결할 수 있는가? 아래에서 간략하게나마 살펴보기로 한다.

2. 비판적 평가

범위반의 정도와 과징금액 사이에 비례원칙이 지켜져야 한다는 고시 개정안의 방향설정은 지극히 타당하다. 그런데 결론적으로 개정안에서는 기존 고시에 비하여 과징금 산정방식이 일견 더욱 복잡해진 외에 근본적인 해결책을 제시하지 못하고 있다. 무엇보다 개정안은 관련납품대금이나 관련임대료

41) 위반금액의 비율이라는 요소는 일찍이 하도급법 위반에 대한 과징금 부과시 고려되는 것으로서, 해당 범위반사건의 하도급대금 대비 범위반 관련 미지급금액의 비율로 정의되어 있다(시행령 [별표 2] 2. 가. 3)). 따라서 대금미지급과 무관한 경우에는 가장 낮은 40의 부과점수에 다시 0.2를 곱하게 되어 있어, 중국에는 하도급대금에 상당히 못 미치는 수준의 과징금이 부과될 수 있다. 이러한 장치가 하도급대금의 2배라는 상한에 비하여 실제 부과과징금을 정함에 있어서 상당한 탄력성을 부여하고 있는 것이다(시행령 [별표 2] 2. 나.).

에 위반금액비율을 추가로 곱하는 것으로 설명하고 있으나, 결국 위반금액에 부과기준율을 곱하는 것과 전혀 동일하게 된다.⁴²⁾ 나아가 개정안이 제시한 방식은 무엇보다 다음과 같은 문제들을 안고 있는 것으로 보인다.

첫째, 개정안은 대규모유통업법 제35조 제1항이 과징금의 한도를 정하는 기준으로 명시하고 있는 “대통령령으로 정하는 산출방식에 따른 납품대금이나 연간 임대료”를 사실상 면탈하는 결과를 가져올 수 있다. 새로운 과징금 산정방식에 외관상 관련납품대금이나 관련임대료가 유지되고 있으나 위반금액비율을 곱하게 되면 마지막에는 위반금액만이 남기 때문이다. 그리고 범위반금액이란 대규모유통업법이나 시행령에서 전혀 사용하지 않고 있는 용어로서, 이를 기준으로 사실상 과징금의 한도가 정해지는 것은 동법을 우회하는 것에 지나지 않는다.

둘째, 개정안에 따르더라도 향후 대규모유통업법 위반행위에 대해서 관련 납품대금이나 연간 임대료는 과징금의 상한을 준수하기 위해서 여전히 산정하지 않을 수 없고, 여기에 추가로 위반금액을 계산하여야 하는바, 향후 과징금 산정과정이 더욱 복잡해지는 것을 피할 수 없다. 더구나 현재 과징금 부과대상행위 중에서 서면미교부(법 제6조), 배타적 거래강요(법 제13조), 경쟁정보제공 요구금지(법 제14조) 및 불이익 등 금지(법 제18조)의 경우에는 위반금액을 산정하기가 매우 어렵고, 실제 개정안은 이들 행위에 대해서는 위반금액과 범위반금액비율에 따른 과징금 산정을 적용하지 않는 것으로 되어 있다(개정안 II 11호). 즉, 과징금 산정기준이 이원화되어 있는 것이다. 이와 같은 방식이 어떤 합리적 근거를 가질 수 있는지 의문이 들지 않을 수 없다.

셋째, 위반금액의 비율이 과연 과징금 산정에 있어서 어떤 의미를 가질 수 있는지도 의문이다. 부과기준율은 범위반행위의 중대성 정도에 따라 차등화되는 것으로 이해할 수 있는 반면, 위반금액을 관련납품대금으로 나눈 값이란 실상 관련상품의 거래금액에서 위반행위와 관련된 거래금액이 차지하

42) 산정기준 = 관련납품대금 · 관련임대료 × (범위반금액/관련납품대금 · 관련임대료) × 부과기준율 = 범위반금액 × 부과기준율.

는 비중 정도의 의미를 가질 뿐이기 때문이다. 그런데 이 비율을 적용할 경우 사안에 따라 납득할 수 없는 결과가 나올 수도 있다는 데에 문제가 있다. 예컨대, 대규모유통업법 제7조(상품대금 감액의 금지) 위반의 경우에는 관련납품대금 중에서 실제 부당하게 감액된 금액의 비율만큼만 과징금 산정에 반영되는 것이 합리적일 수 있다. 100억 원의 관련납품대금 중 10억 원이 감액된 경우 산정기준은 $\text{관련납품대금} \times 0.1 \times \text{부과기준율}$ 이 되어, 실제 범위반의 비중이 고려될 것이기 때문이다. 여기서 먼저 제기되는 의문은 위반금액의 비율이란 그 실질에 있어서 범위반행위의 중대성을 보여주는 지표의 하나로서, 필요하다면 세부평가기준표에 따른 점수 산정에 고려되어야 하는 것은 아닌지에 관한 것이다.⁴³⁾ 반면, 동법 제15조(경제적 이익제공 요구 금지) 제1항 위반의 경우에는 대규모유통업자의 관련납품금액에서 그가 제공받은 경제적 이익금액의 비율이 과징금 산정에 반영될 것인데, 100억 원의 관련납품대금에 제공받은 이익금액이 1억 원이라면 위반금액의 비율은 0.01이 된다. 여기서 생기는 또 다른 의문은 관련납품대금과 제공받은 경제적 이익금액 사이에 어떤 실질적인 연관성을 찾을 수 있는지에 관한 것이다. 통상 관련납품대금에 비하면 제공받은 이익금액은 현저히 적을 것이기 때문이다. 그렇다면 경제적 이익제공 요구 금지를 위반한 경우에는 산정기준이 지극히 낮아지게 될 것인데, 이러한 행위라도 그 위법성이 적지 않다는 점에서 다른 범위반행위와의 제재상 형평이 유지되기 어려울 것이다.

끝으로, 개정안은 위반금액의 비율 -어떤 경우에도 1을 넘을 수는 없음-을 추가함에 따라 부과기준율을 종전보다 10% 포인트씩 상향하여 위반행위의 중대성에 따라 70%, 50%, 30%로 정하고 있다. 그런데 이 또한 범위반행위의 유형에 따라서는 종전보다 비례원칙에 더욱 부합하지 않거나 형평에 맞지 않는 과징금 산정을 가져올 수 있다. 예컨대, 법 제9조(상품 수령거부

43) 개정안에 제시된 세부평가기준표에서는 거래금액 중에서 위반금액의 비중을 점수 산정에 반영하지 않고 있다. 아울러 점수산정을 거쳐 부과기준율을 도출하는 방식은 공정위의 재량통제에 아무런 도움이 되지 않을 뿐만 아니라, 과징금액에 대한 예측가능성을 전혀 담보하지 못하고 있다.

· 지체 금지)의 경우 100억 원의 관련납품대금에 해당 상품 전체를 수령 거부한 경우에는 거부한 상품금액 100억 원이 위반금액으로 되므로, 위반금액의 비율은 1이 되고, 이 경우에는 종전보다 산정기준이 더 올라가게 된다. 더구나 수령지체의 경우 범위반의 정도가 거부에 비하여 상당히 낮음에도 불구하고, 위 예에서 100억 원 어치 상품에 대한 수령지체가 이루어질 경우에도 거부와 마찬가지로 위반금액의 비율이 1이 되어, 결국 종전보다 높은 과징금액을 부과받을 수 있는 것이다.

V. 맺는말

1. 공정거래분야의 법집행에 있어서 법치국가의 원리가 제대로 실현되기 위해서는 법위반행위의 요건뿐만 아니라 제재 여부와 그 수위에 대해서도 충분한 정도의 명확성, 그에 따른 예측가능성이 보장되어야 한다. 특히, 사업자에게 부과된 과징금이 적절하고 자신의 법위반정도와 비례하여야 하며, 다른 법위반행위에 대한 제재와도 적절한 균형이 이루어져야 하는 것이다. 그런데 현행 공정거래법상 ‘관련매출액’을 기준으로 한 과징금 산정체계는 당초 기대만큼 부당이익의 환수나 법위반행위의 억지에 효과적이지도 않고, 과징금고시에 따른 구체적인 산정방식 또한 공정위의 재량을 적절히 통제하기 어려우며, 그만큼 자의적으로 운영될 여지가 크다는 점에서 법치국가원리와 충분히 부합하기 어렵다.

2. 대규모유통업법은 산정기준 금액을 정하는 단계에서 관련납품대금이나 연간 임대료라는 용어를 사용함으로써 일견 공정거래법상 관련매출액과 다른 기준을 채용하고 있는 것처럼 보이지만, 그 실질에 있어서 관련납품대금은 대규모유통업자가 수요측면에서 얻게 되는 관련매출액에 해당하고, 관련 임대료는 점포 내지 매장의 공급측면에서 얻게 되는 관련매출액에 다름 아니다. 이와 같은 해석은 공정거래법 시행령, 과징금고시 또한 관련매출액을

원칙적으로 관련상품의 판매금액으로 보되, 범위반행위가 구매와 관련하여 발생한 경우에는 관련상품의 매입액으로 정의하고 있다는 점과도 부합한다. 이러한 점에 비추어 공정거래법과 대규모유통업법상 과징금 산정방식을 정함에 있어서도 부과한도나 부과기준율에 근본적인 차이를 두어야 할 합리적 근거를 찾기 어렵다.

3. 대규모유통업법의 집행실무상 구체적인 과징금 산정에서 야기되는 가장 큰 법적 문제는 공정거래법 및 과징금고시에서와 달리, 그 실질은 관련 매출액에 해당하는 관련납품대금이나 연간 임대료 전액을 부과한도로 정하는 한편 현저히 높은 20%~60%의 부과기준율을 적용하고 있는 데에서 발생한다. 공정거래법에 따른 과징금고시는 관련상품의 매출액이든 매입액이든 양자를 구분하지 않고 행위유형 및 범위반의 중대성에 따라 0.1% 내지 10%의 부과기준율을 정하고 있는 반면, 대규모유통업자의 범위반행위가 갖는 실질, 즉 불공정거래행위(거래상 지위남용)에 대해서도 0.1% 내지 2.0%의 부과기준율을 정하고 있기 때문이다. 즉, 공정거래법상 과징금산정을 위한 부과기준율은 수요측면과 공급측면을 구별하지 않고 통일적으로 정해져 있는 반면, 대규모유통업법과 고시에서는 불공정거래행위의 실질을 갖는 동일한 행위에 대하여 그보다 20배 내지 30배에 달하는 부과기준율을 규정하고 있는 것이다. 이러한 태도가 과연 대규모유통업자의 거래상 지위남용이 갖는 위법성의 강도에 부합하는 것인지는 의문이고, 공정거래법과의 체계적 해석이나 법치행정에 요구되는 비례의 원칙에 비추어 부당한 것으로 판단된다.

4. 그렇다면 당장 대규모유통업법상 고시를 합리적으로 해석함으로써 문제를 해결할 수는 없는가? 원칙적으로 부당이득에 한정하여 과징금이 산정되도록 관련상품의 범위를 매우 제한적으로 해석하는 방법을 생각할 수 있을 것이다. 다만, 이러한 방식이 동법 위반행위에 대한 과도한 과징금 부과를 얼마나 효과적으로 억제할 수 있을지는 미지수이며, 관련임대료의 경우에

는 전혀 대안적 해석이 불가능해 보인다. 입법론으로는 대규모유통업법 위반 행위에 대해서는 관련납품대금이나 관련입대료의 2% -특별히 동법 위반행위를 보다 무겁게 제재하려는 취지라면 5%- 이내에서 과징금을 부과할 수 있도록 하고, 부과기준을 그 범위 내에서 법위반행위의 중대성에 따라 세분하는 방식이 타당할 것이다. 그밖에 동법이 금지하는 행위 중에서 직접적인 부당이득을 수반하지 않는, 다분히 위험범의 성격을 갖는 행위에 대해서는 - 그 근거는 비록 관련매출액 산정 불가로 삼더라도- 정액과징금으로 해결하는 것도 방법일 것이다.

5. 보다 근본적으로 공정거래법상 과징금 산정기준으로 출발한 동법 시행령의 ‘관련매출액’ 기준을 재검토할 필요가 있다. 과징금의 부과 여부나 과징금액의 산정에 있어서 현행 과징금고시는 공정위의 재량을 적절히 통제하고 수범자의 예측가능성을 제고하는 측면도 있으나 자칫 ‘은폐된 재량’을 법적으로 정당화하는 수단으로 오용될 소지 또한 적지 않다. 법위반행위에 따른 부당이득을 원천적으로 제거하는 방향으로 과징금 산정기준을 전향적으로 바꾸는 논의를 시작하여야 할 것이다.

〈참고문헌〉

- 공정거래위원회, 「공정거래위원회 30년사」, 2011
- 권오승, 「경제법」 제12판, 법문사, 2015
- 권오승·홍대식 외, 「과징금 제도 개선방안 연구」, 공정거래위원회 용역보고서, 2003.11
- 김태우, “과징금 제도의 입법론적 문제점과 개선방안”, 「월간법제」, 법제처, 2013.6
- 오금석·윤성운 외, 「대규모유통업법 - 이론과 실무」, 박영사, 2012
- 이봉의, “공정거래법상 과징금과 법치국가원리”, 「경쟁법연구」 제24권, 법문사, 2011
- _____, “공정거래법상 과징금 산정의 문제점”, 「서헌재 선생 정년기념논문집」,

중앙대학교 출판부, 2015

이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010

전삼현, “공정거래법상 과징금의 법적 문제”, 「상사판례연구」 제21권 3호, 상사판례학회, 2008.

정병덕, “독점규제법상 과징금의 법적 성격과 부과기준에 관한 연구”, 「경영법률」 제15권 2호, 경영법률학회, 2005

최영홍, “대규모유통업법의 제정과 운용상 쟁점”, 「경쟁법연구」 제25권, 법문사, 2012.5

홍대식, 「공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 2006

_____, “시장지배적 지위남용행위에 대한 과징금 산정기준”, 「경제법판례연구」 제7권, 법문사, 2011

황태희, “부당한 공동행위와 기본과징금의 산정”, 「서울대학교 법학」 제50권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2009.9

Andreas Mundt, “Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes”, WuW 2007

Brettel/Thomas, “Unternehmensbußgeld, Bestimmtheitsgrundsatz und Schuldprinzip novellierten deutschen Kartellrecht, ZWeR 2009

주제어 : 과징금, 법치국가원리, 비례원칙, 예측가능성, 산정기준,
부과기준율, 관련매출액, 관련납품대금, 연간 임대료

접 수 일 : 2016년 5월 31일

수 정 일 : 2016년 6월 23일

게재확정일 : 2016년 6월 23일

〈Abstract〉

Fundamental Issues on the Calculation of Surcharge under the Act on the Fair Trade in Large-Scaled Distribution Businesses

Bong-Eui Lee

To ensure the principle “rule of law”(Rechtsstaatsprinzip) in the enforcement of competition law, not only substantive, but procedural law aspects should be given more attention. Especially, the amount of surcharge imposed should be proportionate to gravity of the challenged infringement and further be equitable compared to penalties for other similar infringements of competition law. In this context, the calculation of surcharge under the Act on the Fair Trade in Large-Scaled Distribution Businesses(hereafter “the Act”) should be critically reviewed.

The Act adopts “price of delivered goods” or “annual rents” as criteria for calculating base amount of surcharge, which are sui specie deemed to “related turnover”, the starting point of calculating surcharge for other infringements of competition law in Korea. The Act, however, provides that the upper limit of surcharge shall be the whole amount of “price of delivered goods” or “annual rents” and that the base amount of surcharge shall be resulted from that amount \times imposition ratio which represents the gravity of the infringements. The ratio varies from 20% to 60%, excessively high compared to that for infringements of other Korean competition laws which is prescribed between 0.1% to 1%.

Such an extremely high level of surcharge under the Act could not be

justified considering that the illegal acts of large-scaled distribution Businesses are substantively equivalent to the abuse of (trade-specific) superior position of undertakings under the Korean competition law and contradict to the rule of law principles, in particular proportionality. Lack or misconception of guiding principles and calculation methods underlies these drawbacks. This article suggest therefore a fundamental change that the upper limit be 2%(if necessary, 5%) of “price of delivered goods” or “annual rents” and the imposition ratio be accordingly reduced. This would lead to more legal certainty and predictability in the imposition process of surcharges.

Key Words : surcharge, rule of law, proportionality, foreseeability,
base amount, imposition ratio, related turnover,
price of delivered goods, annual rents