

공정거래법 위반에 대한 제재수준 적정화
(최종보고서)

2018. 9

중앙대학교 산학협력단

제 출 문

한국공정경쟁연합회 회장 귀하

[공정거래법 위반에 대한 제재수준 적정화 연구] 의
최종보고서를
다음과 같이 제출합니다.

책임연구원 : 조성국(중앙대학교 법학전문대학원 교수)

2018. 9.

중앙대학교 산학협력단

- 목 차 -

제1장 연구의 목적 및 범위	1
I. 연구의 목적	1
II. 연구의 내용	3
III. 연구의 방법	5
제2장 공정거래법상 제재	6
I. 시정명령	6
1. 시정명령의 개요	6
2. 시정명령의 유형	7
3. 시정명령의 범위	8
4. 시정명령 관련 하위 규정	9
5. 시정명령의 문제점	13
II. 과징금	13
1. 법적 근거	13
2. 과징금의 법적 성격	14
3. 행위유형별 과징금 상한	16
4. 과징금의 부과	17
5. 과징금 추가처분 여부	18
6. 과징금부과 고시	20
III. 형벌	23
1. 형벌부과 대상행위	23
2. 형벌부과 절차	25

3. 양별조항	26
4. 과징금과 형사벌 병과에 따른 이중처벌 여부	26
IV. 손해배상소송	28
1. 개요	28
2. 손해배상소송의 요건	28
3. 기록의 송부	33
제3장 미국 경쟁당국의 제재 현황	35
I. 개괄	35
II. 연방거래위원회(Federal Trade Commission)에 의한 제재	36
1. FTC의 시정명령(cease and desist order)	36
2. FTC 소송	46
III. 연방법무부(DOJ)에 의한 제재	56
1. 개요	56
2. 민사소송	57
IV. 사소(private actions)	62
1. 사인의 금지명령청구 소송	62
2. 3배 손해배상 소송(treble damages action)	64
3. 집단소송(class action)	67
제4장 EU와 회원국 경쟁당국의 제재 현황	72
I. 개괄	72

II. EU	73
1. 개요	73
2. EU 집행위원회(EU Commission)에 의한 제재	76
III. 회원국 경쟁당국에 의한 제재	86
1. 영국	86
2. 독일	93
제5장 일본 경쟁당국의 제재 현황	103
I. 개괄	103
II. 공정취인위원회(公正取引委員會)에 의한 제재	104
1. 배제조치명령	104
2. 과징금	111
3. 형사벌	122
4. 사소	123
제6장 공정거래법상 제재 수준 적정화 방안	125
I. 개괄	125
1. 제재 전반에 대한 종합적 검토	125
2. 사법시스템의 효율성 검토	126
3. 법률문화의 감안	126
II. 시정명령의 비교법적 검토	127
1. 시정명령의 주요 내용 및 범위	127
2. 금전적 제재의 활용	128

3. 자연인에 대한 시정명령	129
4. 우리나라와의 비교 및 시사점	129
Ⅲ. 금전적 제재금의 비교법적 검토	130
1. 국가별 금전적 제재금의 성격 차이	130
2. 국가별 금전적 제재금 부과대상 행위	131
3. 국가별 금전적 제재금 부과수준	131
4. 우리나라와의 비교 및 시사점	132
Ⅳ. 형벌(벌금을 중심으로)	133
1. 부과가능행위	133
2. 사업자에 대한 벌금 부과 여부	135
3. 과징금과 벌금의 병과에 따른 이중처벌 문제	135
4. 우리나라와의 비교 및 시사점	135
Ⅴ. 민사적 구제수단	136
1. 금지명령 청구제도	136
2. 손해배상 청구제도	136
3. 우리나라와의 비교 및 시사점	138
<첨부1> 미국의 독점규제 제재 수단(출처 : FTC 홈페이지)	139
<첨부2> 미국 Sherman 법 본문관련 주요 조항 발췌	142
<첨부3> 미국 FTC 법 본문관련 주요 조항 발췌	143
<첨부4> 미국 Clayton 법 본문관련 주요 조항 발췌	147
<첨부5> 영국 Enterprise Act 2002 본문관련 주요 조항 발췌	149
<첨부6> 영국 Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 본문관련 주 요 조항 발췌	153
<첨부7> 일본 독점금지법 본문 관련 주요조항 발췌	156

제1장 연구의 목적 및 범위

I. 연구의 목적

- 경쟁법으로서의 공정거래법은 자유로운 기업활동을 보장하여 시장기능이 원활히 작동하도록 하기 위한 법임. 그러기 위해서는 독과점의 횡포를 막고 경쟁을 제약하는 합의를 규제하여야 하지만 공정거래법상 규제의 목적은 범위반기업 제재 그 자체가 아니라 그를 통한 시장기능의 정상화임.
- 공정거래법 위반행위는 원칙적으로 범죄가 아니기 때문에 잘못된 관행이 있으면 시정명령으로 금지시키고 부당이득이 있으면 과징금으로 환수하면 됨.
 - 만약 형사상 범죄 수준의 심각한 범위반이 있으면 합의제인 위원회가 신중히 판단해 고발하여야 함.
 - 또한 피해를 입은 기업이 손해배상을 원활히 받을 수 있게 민사소송절차를 대폭 개선하여야 함.
- 공정거래위원회가 공정거래법 집행을 너무 과도하게 하면 기업들은 혁신과 창의적인 사업활동을 주저하게 되는 반면 공정거래법 집행을 너무 소극적으로 하게 되면 범위반행위가 만연될 우려가 있어 과소집행 되어서도 안 되고 과잉집행 되어서도 안 되며 적정하게 집행되어야 함.
- 최근 들어 기본과징금 부과기준을 향상, 형벌규정의 확대 및 전속고발제도 폐지논의 등 공적집행이 강화되는 추세를 보이고 있음.
 - 또한 징벌적 손해배상 제도의 배상범위 확대나 집단소송 추진 등 다양한 사적집행 활성화 정책들이 나오고 있으며 경쟁당국 역시 적극적으로

집행하고자 하는 의지를 보이고 있음.

○ 최근 우리나라에서 대기업에 대한 국민의 정서가 악화되고 있고 경제사정이 악화되면서 대·중소기업간 이해관계 조정이 쉽지 않은 수준에 이르고 있음.

- 이로 인해 공정거래법 집행강화는 불가피한 추세로 이해할 수 있고 3배 손해배상제도나 강력한 형사처벌에 대한 외국의 사례가 있듯이 이러한 추세는 일정한 범위반역지력이 있는 것도 사실임.

○ 다만 공정거래법 집행의 목적이 처벌이라기보다는 시장의 훼손된 경쟁질서를 원상으로 회복하고 피해자에 대해서는 적절한 보상이 이루어지도록 하는 것이라는 점을 감안하면 과징금 강화나 형사처벌 강화는 일정한 한계가 있을 수 있음.

- 예컨대 수범자에게는 하나의 공정거래법 위반행위에 대해 형사벌금, 과징금, 민사상 손해배상의 적용을 동시에 받을 여지가 있고, 실제로 각 제재의 중복 적용 시 후속제재를 부과함에 있어 기적용 제재의 수준 및 정도가 고려되지 않아 행위위반의 정도에 비해 제재의 수준이 높아 비례의 원칙에 반하는 과도한 제재라는 지적이 있음.

○ 비록 각 제재를 부과하는 주체와 근거가 다르다 하더라도 한 사업자의 동일한 행위로 인하여 부과되는 것이므로 행위에 따른 피해의 심각성 및 그 위법의 중대성에 따라 비례하여 정해져야 하고, 특히 경제적 제재의 중복 적용시 각 제재수단 간에 제재의 정도가 서로 고려되어 적절한 제재수준을 유지할 수 있는 방안을 모색하는 것이 필요함.

○ 본 연구에서는 우리나라 공정거래법상 다양한 제재의 내용을 살펴보고 선진국 중 미국, 유럽연합 및 주요 회원국, 일본 등의 사례를 분석하여 비교법적인 관점에서 우리나라 공정거래법 상 제재수준에 대해 적정성

여부를 검토해 보고자 함.

- 공정거래법상 제재는 과징금이나 벌금뿐만 아니라 시정명령이나 손해배상소송 등도 경제적 제재와 밀접한 관련이 있음.
 - 예컨대 시정명령의 일환으로서 미국 FTC의 원상회복명령이나 독일 연방 카르텔청의 피해배상명령 등은 경제적 제재 그 자체라 할 수 있음.
 - 과징금과 같은 공적인 주체에 의한 경제적 제재뿐만 아니라 손해배상소송과 같은 사적인 주체에 의한 소송도 경제적 제재로서 기능하고 있음.
 - 미국의 집단소송(class action)이나 3배 손해배상 등은 사인에 의한 경제적 제재로서 기능하고 있음.
- 따라서 본 보고서에서는 좁은 의미의 경제적 제재라고 할 수 있는 과징금과 벌금뿐만 아니라 시정명령, 손해배상소송 등 넓은 의미의 경제적 제재를 아울러 살펴보고자 함.

II. 연구의 내용

1. 현행 공정거래법 위반에 대한 제재방법 및 그 수준에 관한 검토

- 공정거래법 위반 시 적용되는 행정벌인 과징금, 형사벌인 벌금, 민사상 손해배상 각각의 법적 성격 및 제재의 수준에 대한 검토
 - 경제적 제재방식 중 민사적, 형사적, 행정적 제재방식에 대한 법적 근거 및 이론적 쟁점 검토

- 과징금이나 벌금 등 제재의 중복적용으로 인한 이중처벌 등 제재수준의 문제 검토

2. 미국, EU, 영국, 독일, 일본 등 해외의 경쟁법 위반에 대한 제재방식 및 제재수준 조정에 관한 입법례 검토

- 미국은 FTC나 DOJ와 같은 기관에서의 공적 집행(public enforcement)에 비해 사적 집행(private enforcement)의 비중이 높기 때문에 금지명령 제도, 3배 손해배상제도(treble damage), FTC 소송제도 등에 대해 검토함.
- 유럽연합 차원의 경쟁법 집행과 그 회원국들 중 경쟁법 집행의 역사가 긴 영국과 독일의 경쟁법 집행에서 제재에 관련된 내용을 중심으로 살펴봄.
- 유럽연합 국가의 경우 기업의 입장에서는 EU Commission과 자국 경쟁당국의 제재를 모두 의식하여야 하기 때문에 하나의 제재만으로 기업의 부담을 평가하기는 어려움.
- 우리나라 공정거래법 제정과 집행에 많은 영향을 미친 일본 공정취인위원회의 제재방식은 우리나라에 곧바로 적용할 수 있는 점이 있어 시사점을 얻을 수 있음.

3. 각 국의 제재방식의 특성, 우리나라 제도와와의 차이점과 그 이유, 시사점 검토

- 각 국의 다양한 제재방식을 비교분석하여 우리나라 공정거래법 집행에 시사점을 도출함.

Ⅲ. 연구의 방법

1. 비교대상 국가들의 경쟁법 주요 내용과 제재방식 검토를 위해 각국 경쟁법규 분석과 더불어 기존의 연구결과를 적극 활용함.
 - 기존의 연구결과들 중 관련된 연구논문, 단행본, 공정거래위원회 연구용역보고서 등을 분석하여 활용함.
2. 비교대상 국가들의 경쟁법 주요 내용과 제재방식 검토를 위해 대상 국가 전문가의 심층자문을 활용함.
 - 미국 FTC 및 DOJ에 의한 제재 자문 : 미국 변호사 정세훈(법무법인 율촌 소속)
 - 유럽 연합 및 독일 경쟁당국에 의한 제재 자문 : 이봉의 교수(서울대 법학전문대학원 소속)

제2장 공정거래법상 제재

I. 시정명령

1. 시정명령의 개요

- 공정거래위원회 제재의 가장 기본적인 것은 시정명령으로서 범위반행위의 시정을 위한 필요한 조치를 명하는 것임.
- 공정거래법 위반행위에 대한 조치로써 하나의 일반조항을 두기보다는 여러 조항에서 걸쳐 시정명령을 규정하고 있는데 각 조항별로 공통적인 유형과 별도의 유형이 있음.
- 시정명령에는 가격의 인하명령이나 시정명령을 받은 사실의 공표명령과 같은 작위명령(positive order)과 당해 행위의 중지명령과 같은 부작위명령(negative order)이 있음.
 - 공정거래위원회는 기업결합 사건에서는 적극적인 작위명령을 내리는 경우가 많지만 통상의 시장지배력남용행위나 불공정거래행위 사건에서는 부작위 위주의 시정명령을 내리는 경우가 많음.
- 신문공표 명령이라고 하기도 하는 ‘시정명령을 받은 사실의 공표명령’은 헌법재판소가 기존의 ‘범위반사실 공표명령’을 위헌으로 결정함에 따라 이것을 약간 수정해 새로 도입한 것임.¹⁾

1) 헌법재판소는 양심의 자유원칙 위배가 아니라 과잉금지원칙 위배로 위헌결정을 하였음. 즉, ‘범위반으로 인한 시정명령을 받은 사실의 공표’에 의한다면 행위자에 대한 기본권 침해가 최소화할 수 있음에도 불구하고 범위반사실의 공표를 시정명령의 한 형태로 인정하는 것은 기본권에 대한 침해가 과도하다고 판단하였음(헌법재판소 2002.1.31. 2001헌바43 전원재판부).

- 공정거래위원회는 동의를결 절차에 따라 시정방안이 법정 요건에 해당 하는 경우 같은 취지의 의결을 할 수 있음(법 제51조의2 제3항).

2. 시정명령의 유형

<공정거래법상 시정명령의 유형>

행위유형	시정명령 유형	
	공통 유형	별도 유형
시장지배적지위남용행위 (제5조)	당해행위의 중지, 시정 명령을 받은 사실의 공표, 기타시정을 위한 필요한 조치	가격의 인하
기업결합의 제한 (제16조)	당해행위의 중지, 시정 명령을 받은 사실의 공표, 기타 법 위반 상태를 시정하기 위하여 필요한 조치	주식의 전부 또는 일부의 처분, 임원의 사임, 영업의 양도, 채무보증의 취소, 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한, 공시의무의 이행 또는 공시내용의 정정
부당한공동행위 (제21조)	당해행위의 중지, 시정 명령을 받은 사실의 공표, 기타 시정을 위한 필요한 조치	
불공정거래행위 (제24조)	해당 불공정거래행위 또는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, 시정명령을 받은 사실의 공	계약조항의 삭제

	표, 기타시정을 위한 필요한 조치	
사업자단체의 금지행위(제26조)	당해행위의 중지, 시정 명령을 받은 사실의 공표, 기타 시정을 위한 필요한 조치	
재판매가격유지행위 (제31조)	당해행위의 중지, 시정 명령을 받은 사실의 공표, 기타 시정을 위한 필요한 조치	

3. 시정명령의 범위

- 공정거래법의 시정명령을 규정하고 있는 각 조항에서는 시정명령의 구체적인 범위에 대해 규정하지 않고 대단히 포괄적으로 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’ 라는 표현을 사용하고 있음.

<예>

제5조(시정조치) 공정거래위원회는 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 시장지배적사업자에 대하여 가격의 인하, 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.

- ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’ 라는 이 포괄적인 문언에 따라 공정거래위원회가 구체적으로 취할 수 있는 시정조치권한이 어느 정도까지인지 문제가 됨.
- 이 문구에 의해 공정거래위원회가 명령이행을 위한 후속의 절차적 조치

뿐만 아니라 추가적으로 독자적인 조치까지 명할 수 있다는 데에 대해서는 큰 이견이 없지만 과거위반행위뿐만 아니라 장래의 유사한 행위까지 금지할 수 있는지, 담합사건에서 정보교환금지명령까지 내릴 수 있는지 문제가 되어 왔음.

- 대법원은 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’ 속에는 장래의 유사한 행위가 재발되지 않도록 하기 위한 시정명령이 포함될 수 있다고 보았음.²⁾
 - 사업자들이 상호 정보교환을 통하여 부당한 공동행위를 하기에 이른 경우에 공정거래위원회는 그 공동부당행위의 시정을 위하여 필요하다면 사업자들에게 대하여 정보교환 금지명령을 할 수 있다고 판시하였음.
 - 다만, 시정명령의 속성상 다소간 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없다 하더라도, 정보교환 금지명령은 금지되어야 하는 정보교환의 내용이 무엇인지 알 수 있게 명확하고 구체적이어야 하고 당해 위반행위의 내용과 정도에 비례하여야 한다는 단서를 달았음.

4. 시정명령 관련 하위 규정

1) 공정거래위원회의 시정조치 운영지침³⁾

- 이 지침은 공정거래위원회가 시정조치를 명함에 있어 시정조치의 원칙과 시정조치 주요 유형별 기준 및 예시를 제시함으로써 당해 위반행위의 시정에 가장 적절하고 효율적인 시정조치를 발굴할 수 있도록 하여 시정조치의 실효성을 제고하기 위해 제정한 것임.

2) 대법원 2009.6.11. 선고 2007두25138 판결.

3) 공정거래위원회예규 제307호, 2018.8.9., 폐지제정.

○ 시정조치의 내용

- 작위명령 : 주식처분명령, 임원의 사임명령, 채무보증 취소명령, 계약조항 수정·삭제명령, 합의파기명령, 거래개시·재개명령 등 피심인의 적극적인 행위를 요구하는 내용의 시정명령
- 부작위명령 : 당해 범위반행위의 중지명령, 향후 위반행위 금지명령 등 피심인의 소극적인 부작위를 요구하는 내용의 시정명령
- 보조적 명령 : 관련 있는 자에게 시정명령을 받은 사실의 통지명령, 시정명령의 이행결과 보고명령, 일정기간동안 가격변동 사실의 보고명령, 공정거래법에 관한 교육실시명령, 관련자료 보관명령 등 시정조치의 이행을 실효성 있게 확보하고 당해 위반행위의 재발을 효과적으로 방지하기 위하여 주된 명령에 부가하여 명하는 시정명령

○ 시정조치의 원칙

- 실효성의 원칙 : 시정조치는 당해 위반행위를 효과적으로 시정할 수 있도록 실효성 있게 명하여져야 함.
- 연관성의 원칙 : 시정조치는 당해 위반행위의 위법성 판단과 연관되게 명하여져야 함.
- 명확성과 구체성의 원칙 : 시정조치는 시정조치를 받은 피심인이 이행해야 될 시정조치의 내용이 무엇이고, 공정거래위원회가 이행을 확보하고 점검하여야 할 내용이 무엇인지 알 수 있도록 명확하고 구체적으로 명하여져야 함.
- 이행 가능성의 원칙 : 시정조치는 피심인이 당해 시정조치를 사실상·법률상 이행하는 것이 가능할 수 있도록 명하여져야 함.

- 비례의 원칙 : 시정조치는 당해 위반행위의 내용과 정도에 비례하여 명하여져야 함.

○ 시정조치의 방법

- 공정거래위원회는 위반행위를 효과적으로 시정할 수 있다면 단순히 부작위명령에 국한하지 않고, 위반행위에 비례하여 합리적으로 필요한 범위 내에서 작위명령 또는 보조적 명령을 위반행위에 따라 적절하게 선택하여 명할 수 있음.
- 공정거래위원회는 작위명령 또는 보조적 명령이 위반행위의 시정을 위해 가장 합리적이고 적절한 수단으로 인정된다면 비록 공정거래법의 각 시정조치 규정에 시정조치의 유형으로 명시되어 있지 않더라도 위반행위에 비례하여 합리적으로 필요한 범위 내에서 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’를 근거로 작위명령 또는 보조적 명령을 명할 수 있음.
- 공정거래위원회는 당해 위반행위를 효과적이고 실질적으로 시정하기 위하여 필요하다면 공정거래법의 각 시정조치 규정 상의 ‘당해 행위의 중지’를 근거로 하여 당해 위반행위의 중지 또는 종료에 관한 실질적 내용을 작위명령으로 명할 수 있음.

2) 기업결합 시정조치 부과기준⁴⁾

- 이 고시에서는 법 제7조 제1항에 따라 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한할 우려가 있는 기업결합에 대하여 법 제16조 제1항에 따라 시정조치를 부과함에 있어 기업결합이 야기하는 경쟁제한의 우려를 효과적으로 해소하면서 기업결합의 효율성을 최대한 실현하기 위하여 시정조치 부과에 필요한 일반원칙, 부과기준, 조치유형 및 이행감독 등

4) 공정거래위원회고시 제2017-20호, 2017.11.14.

에 관한 사항을 정하고 있음.

- 시정조치를 부과하는 경우에는 원칙적으로 구조적 조치를 부과하며, 행태적 조치는 구조적 조치의 효과적 이행을 보완하기 위한 차원에서 병과(竝科)하여야 함. 다만, 구조적 조치가 불가능하거나 효과적이지 아니한 경우 등에는 행태적 조치만을 부과할 수 있음.
- 시정조치를 부과하는 경우에는 시정조치로 인한 시장의 왜곡 또는 비효율성, 시정조치의 집행 및 감시비용, 기업결합의 효율성 감소 등 해당 시정조치의 이행에 따라 생겨날 수 있는 잠재적 비용도 고려하여야 함.

3) 공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 공표에 관한 운영지침⁵⁾

- 공정거래법 뿐만 아니라 표시광고법 등 공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 공표를 명함에 있어 이에 관한 세부집행기준을 정함으로써 공표제도를 효율적으로 운영하고 공표효과를 높이고자 제정된 것임.
- 공정거래위원회의 시정조치에도 불구하고 위법사실의 효과가 지속되고 피해가 계속될 것이 명백한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 공표를 명할 수 있음.

- 직접 피해를 입은 자가 불특정 다수인 경우
- 공표를 함으로써 피해자가 자신의 권익구제를 위한 법적 조치를 취할 수 있도록 할 필요가 있다고 인정되는 경우
- 허위·과장 등 부당한 표시·광고행위로 인하여 소비자에게 남아있는

5) 공정거래위원회 예규 제287호, 2017.11.14.

오인·기만적 효과를 제거할 필요가 있다고 인정되는 경우

5. 시정명령의 문제점

- 공정거래위원회의 시정명령이 부작위 위주의 명령이 많고 상당수는 단순히 법조문을 반복하는 내용이어서 특별한 의미를 지니지 못하는 경우가 많음.
- 단순 부작위 위종의 시정명령은 이행기간이 얼마인지 분명히 하기 어렵고 시정명령 위반이 있는 경우 그것이 범위반인지 아니면 시정명령 불이행인지 판단하기 어려운 경우도 있음.
- 행위유형별, 산업분야별로 고유한 시정명령을 통하여 시장경쟁질서 회복을 도모하는데 도움이 되도록 할 필요가 있음.

II. 과징금

1. 법적 근거

- 공정거래법에서는 과징금 부과에 관한 일반조항은 두고 있지 않고 각 행위유형별로 개별 조항에서 과징금에 관한 구체적인 내용을 규정하고 있음.
 - 시장지배적지위 남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위 등 행위유형별로 차등적인 과징금 상한을 규정하고 있음.

- 공정거래법에서는 과징금 부과에 있어서 공정거래위원회의 재량권을 인정하면서도 법 제55조의3에서는 다음과 같이 과징금 부과시 참작사항을 규정하고 있음

제55조의3(과징금 부과) ① 공정거래위원회는 이 법의 규정에 의한 과징금을 부과함에 있어서 다음 각호의 사항을 참작하여야 한다.

1. 위반행위의 내용 및 정도
2. 위반행위의 기간 및 횟수
3. 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등

- 구체적인 과징금 부과방식은 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」⁶⁾에서 규정하고 있음.

2. 과징금의 법적 성격

- 공정거래법상 과징금의 법적 성격 또는 목적이 부당이득 환수인지 행정 제재인지 여부가 문제될 수 있음.
- 과징금의 법적 성격을 어떻게 규명하느냐에 따라 부당이득이 없는 경우에도 과징금을 부과할 수 있는지 여부, 과징금 산정방식과 과징금 규모에 있어서 부당이득 규모가 어느 정도로 반영되어야 하는지 여부가 달라질 수 있음.
- 공정거래법 제55조의3 제1항에서 과징금 부과 시 위반행위의 내용·정도·기간·횟수와 함께 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하도록 하고 있음

6) 공정거래위원회고시 제2017-21호, 2017.11.30.

- 전자는 행정제재적 성격을 반영한 것이고 후자는 부당이득 환수의 성격을 반영한 것이라고 할 수 있음.

○ 과징금 고시에서 관련매출액을 기준으로 기본과징금을 산정하면서도, 매출액이 없는 경우에 정액과징금을 부과할 수 있도록 규정하거나 위반행위의 정도나 행위자의 조사협조 등을 이유로 과징금액을 가중·감경할 수 있도록 규정하고 있는 것도 과징금이 부당이득 환수와 행정제재로서의 성격을 함께 가지고 있다는 점을 반영한 결과로 이해됨.

○ 결국 공정거래법 규정과 관련 판례의 내용을 종합적으로 고려할 때 공정거래법상 과징금의 법적 성격은 부당이득 환수와 행정제재적인 성격을 공유하고 있는 것으로 이해할 수 있음.

○ 과징금과 벌금의 병과에 따른 이중처벌 문제

- 과징금과 벌금이 병과되는 경우 헌법상 이중처벌금지의 원칙에 위배되는 것은 아닌지 문제가 될 수 있으나 헌법재판소는 이중처벌금지의 원칙에 위배되는 것은 아니라고 판시함.

- 헌법재판소 2003.7.24. 선고 2001헌가25 결정 -

나. 이중처벌금지원칙 및 무죄추정원칙 위반 여부

(4) ...이러한 취지에서 비롯된 이 사건 법률조항에 의한 과징금의 기능은 본질적으로 ‘부당이득액의 정확한 환수’에 있다기 보다 ‘제재를 통한 위반행위의 억지’에 있다고 할 것이지만, 그렇다고 하여 부당이득 환수적 성격이 전혀 없다고 단정하기도 어렵다. 공정거래법은 과징금을 부과함에 있어 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 회수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모를 고려하도록 하고 있는 것이다 (제55조의3 제1항). 또한 부당내부거래로 인하여 발생하는 부당한 이득의 발생구조를 파악함에 있어서는 각 기업을 고립시켜서 고찰하기보다

는 지원을 주고받는 대규모 기업집단 소속 계열회사 상호간의 관점에서 파악하는 것이 보다 적절할 것이다. 즉, 다수의 계열회사들이 기업집단 전체의 이익을 위해 계속적으로 서로 지원을 주고받으면서 계열의 유지·확장을 위한 수단으로 부당내부거래를 이용하는 것이므로, 중장기적으로 볼 때 부당내부거래는 경제력 집중을 통하여 결국 부당지원을 한 기업에게도 상당한 부당이득을 발생시키게 됨을 부인하기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 부당지원의 객체가 아니라 주체에게 과징금을 부과토록 하였다는 점만으로 과징금에 부당이득 환수의 요소가 전혀 없다고 단언하기 어려운 것이다.

(5) 결론적으로 이 사건 법률조항에 의한 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차(형사소송절차에 따라 검사의 기소와 법원의 판결에 의하여 부과되는 형사처벌과 달리 과징금은 공정거래위원회라는 행정기관에 의하여 부과되고 이에 대한 불복은 행정쟁송절차에 따라 진행된다) 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현을 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 행위유형별 과징금 상한

행위유형	과징금 상한
시장지배적지위 남용행위(제6조)	매출액의 3%
상호출자 금지 등 (제17조)	위반행위로 취득 또는 소유한 주식의 취득가액의 10% 등
부당한공동행위	매출액의 10%

(제22조)	
불공정거래행위 (제24조의2)	매출액의 2%
사업자단체의 금지행위(제28조)	당해사업자단체에 대하여 5억원 사업자에 대하여는 매출액의 10% 또는 5%
재판매가격유지행위 (제31조의2)	매출액의 2%

4. 과징금의 부과

○ 기본원칙

- 공정거래위원회는 과징금을 부과함에 있어서 ① 위반행위의 내용 및 정도, ② 위반행위의 기간 및 회수, ③ 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하여야 함(법 제55조의3 제1항).

○ 구체적인 과징금 산정방식

- 과징금 고시에서 위반행위의 유형별로 그 산정방법을 규정하고 있는데, 위반행위 유형에 따른 기본과징금 산정 ⇨ 위반행위의 기간 및 회수 등에 따른 조정(1차 조정) ⇨ 위반사업자의 고의·과실 등에 따른 조정(2차 조정) ⇨ 최종부과과징금 결정의 순서로 과징금의 액수를 단계적으로 산정함.
- 위반행위를 그 내용 및 정도에 따라 “중대성이 약한 위반행위”, “중대한 위반행위”, “매우 중대한 위반행위” 로 구분
- 1차 조정에서는 위반행위의 기간 및 횟수를 고려하여 산정기준의 100분의 100의 범위에서 가산함.

- 2차 조정에서는 행위자 요소 등에 의한 가중·감경은 위반사업자에게 가중 또는 감경사유가 인정되는 경우에 각각의 가중비율의 합에서 각각의 감경비율의 합을 공제하여 산정된 비율을 1차 조정된 산정기준에 곱하여 산정된 금액을 1차 조정된 산정기준에 더하거나 빼는 방법으로 함.
- 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 있음.

○ 과징금 납부통보 및 납부

- 공정거래위원회가 과징금을 부과하고자 하는 때에는 그 위반행위의 중별과 당해 과징금의 금액 등을 명시하여 이를 납부할 것을 서면으로 통지하여야 함.
- 과징금 납부통지를 받은 자는 통지가 있는 날부터 60일 이내에 과징금을 공정거래위원회가 정하는 수납기관에 납부하여야 하고, 천재·지변 기타 부득이한 사유로 인하여 그 기간 내에 과징금을 납부할 수 없는 때에는 그 사유가 없어진 날부터 30일 이내에 납부하여야 함(시행령 제61조의2).

5. 과징금 추가처분 여부

- 과징금은 부과처분 시점까지 공정거래위원회가 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정하여 부과되어야 하는지 아니면 부과처분 이후에 확인된 사실을 기초로 추가적인 부과처분을 할 수 있는지 문제됨.7)

- 종래 공정거래위원회는 다음의 대법원 판결 이전까지만 하더라도 과징금을 부과하는 의결서 주문에서, 과징금 산정의 기초가 된 자료에 잘못이 발견되는 경우에는 조정할 수 있다는 취지를 기재하고 실제로 추후에 과징금 산정 기준이 되는 새로운 자료가 나오면 새로운 부과처분을 하곤 하였음.

○ 대법원은 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정 기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보한다든지, 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없음을 분명히 하였음.

- 대법원 1999.5.28 선고 99두1571 판결 -

구 독점규제및공정거래에관한법률(1996.12.30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제23조 제1항의 규정에 위반하여 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 법 제24조의2 제1항의 규정에 의하여 부과되는 과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재로서, 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이고, 그렇지 아니하고 부과관청이 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정 기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보한다든지, 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없다 할 것이다.

7) 대법원 1999.5.28 선고 99두1571 판결. 이 판결이 나오기 이전에는 공정거래위원회가 과징금을 부과하는 의결서 주문에서, 과징금 산정의 기초가 된 자료에 잘못이 발견되는 경우에는 조정할 수 있다는 취지를 기재하였음.

6. 과징금부과 고시⁸⁾

○ 과징금 부과 원칙

- 과징금 부과여부는 위반행위의 내용 및 정도를 우선적으로 고려하고 시장상황 등을 종합적으로 참작하여 결정하되, 위반행위로 인한 자유롭고 공정한 경쟁질서의 저해효과가 중대하거나 소비자 등에게 미치는 영향이 큰 것으로 판단되는 경우에는 과징금을 부과하는 것을 원칙으로 함.
- 다음에 해당하는 경우에는 과징금을 부과하는 것을 원칙으로 함.
 - 가격 또는 물량을 직접적으로 결정·유지·변경 또는 제한하거나 가격 또는 물량의 결정·유지·변경 또는 제한을 목적으로 하는 위반행위의 경우
 - 가격·물량 외의 거래조건과 관련된 위반행위는 경쟁질서를 저해하는 효과가 크거나 다수의 사업자 또는 소비자에게 미치는 영향이 중대하다고 인정되는 경우
 - 위반행위에 의하여 위반사업자가 현저한 규모의 부당이득을 얻었거나 다른 사업자로 하여금 얻게 한 경우

○ 관련매출액 및 관련상품

- “관련매출액”은 시행령 제9조 제1항 본문에 의한 관련매출액 및 동 단서에 의한 관련 상품(상품에는 용역을 포함한다, 이하 같다)의 매입액 또는 이에 준하는 금액을 말함.

8) 공정거래위원회고시 제2017-21호, 2017.11.30.

- 관련상품의 범위

- 관련상품은 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단함. 관련상품에는 당해 위반행위로 인하여 거래가 실제로 이루어지거나 이루어지지 아니한 상품이 포함됨.
- 위 (1)에 의하여 관련상품의 범위를 정하기 곤란한 경우에는 당해 위반행위로 인하여 직접 발생하였거나 발생할 우려가 현저하게 된 다른 사업자(사업자단체를 포함)의 피해와 연관된 상품을, 다른 사업자의 직접적 피해가 없는 경우에는 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품을 관련상품으로 볼 수 있음.
- 관련상품의 범위를 결정할 때에는 「통계청장이 고시하는 한국표준산업분류상 5단위 분류 또는 광공업조사통계보고서상의 8단위 분류」 또는 「당해 사업자의 품목별 또는 업종별 매출액 등의 최소 회계단위」를 참고할 수 있음.

○ 위반기간

- “위반기간”은 위반행위의 개시일부터 종료일까지의 기간을 말함. 개시일 또는 종료일이 불분명한 경우에는 사업자의 영업·재무관련 자료, 임직원·거래관계인 등의 진술, 동종 또는 유사업종을 영위하는 다른 사업자들의 영업 및 거래실태·관행, 시장상황 등을 고려하여 이를 산정할 수 있음.

○ 다음의 경우에는 특정일을 위반행위의 종료일로 봄.

- 위반행위가 과징금 부과처분을 명하는 공정거래위원회의 심의일까지 중

료되지 아니한 경우에는, 당해 사건에 대한 공정거래위원회 심의일

- 위반행위가 2일 이상 행하여지되 불연속적으로 이루어진 경우에는, 당해 위반행위의 유형·성격·목적·동기, 연속되지 아니한 기간의 정도와 이유, 위반행위의 효과, 시장상황 등 제반사정을 고려하여 경제적·사회적 사실관계가 동일하다고 인정되는 범위 내에서 이를 하나의 위반행위로 보아 마지막 위반행위의 종료일
- 위반행위의 실행은 종료되었으나 사업자가 그 실행의 결과를 유지하면서 그로 인하여 지속적으로 이익을 취득하거나 손해를 발생시키고 있는 경우에는 이익의 취득 혹은 손해의 발생이 종료된 날

○ 위반횟수에 따른 가중치

- 위반횟수에 따른 가중치란 과징금 부과여부 및 과징금 가중기준 등의 기초자료로 활용하기 위하여 법을 위반한 사업자에 대하여 공정거래위원회가 조치한 다음과 같은 유형별 위반횟수 가중치의 부과기준에 따라 부과한 점수를 말함.
- 1개 사건에서 2개 이상의 조치를 받은 경우에는 가장 중한 조치수준에 해당하는 위반횟수 가중치만 반영함. 다만, 과태료 부과에 대해서는 위반횟수 가중치 산정시 고려하지 않음.

<시정조치 유형별 위반횟수 가중치>

유형	경고*	시정권고	시정명령	과징금	고발
가중치	0.5	1.0	2.0	2.5	3.0

* 사건절차규칙 제50조에 의한 경고를 말하며, 시정조치의 대상이 아닌 위반행위에 대하여 경고한 경우는 제외함.

Ⅲ. 형벌

1. 형벌부과 대상행위

- 공정거래법에서는 법 제67~69조에 걸쳐 형벌부과가 가능한 행위를 열거하고 있는데 부당한 공동행위나 시장지배력남용행위뿐만 아니라 사실상 공정거래법에서 금지하고 있는 모든 행위를 망라하고 있음.

제66조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반하여 남용행위를 한 자
2. 제7조(기업결합의 제한) 제1항 본문을 위반하여 기업결합을 한 자
3. 제8조의2(지주회사 등의 행위제한 등) 제2항 내지 제5항을 위반한 자
4. 제8조의3(채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한)의 규정에 위반하여 지주회사를 설립하거나 지주회사로 전환한 자
5. 제9조(상호출자의 금지 등), 제9조의2(순환출자의 금지)를 위반하여 주식을 취득하거나 소유하고 있는 자
6. 제10조의2(계열회사에 대한 채무보증의 금지) 제1항의 규정을 위반하여 채무보증을 하고 있는 자
7. 제11조(금융회사 또는 보험회사의 의결권 제한) 또는 제18조(시정조치의 이행확보)의 규정에 위반하여 의결권을 행사한 자
8. 제15조(탈법행위의 금지)의 규정에 위반하여 탈법행위를 한 자
9. 제19조(부당한 공동행위의 금지)제1항의 규정을 위반하여 부당한 공동행위를 한 자 또는 이를 행하도록 한 자
- 9의2. 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호, 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 제1항 또는 제4항을 위반한 자
- 9의3. 제23조의3(보복조치의 금지)을 위반한 자
10. 제26조(사업자단체의 금지행위) 제1항 제1호의 규정에 위반하여 사업자단체의 금지행위를 한 자
11. 제50조 제2항에 따른 조사 시 폭언·폭행, 고의적인 현장진입 저지·

지연 등을 통하여 조사를 거부·방해 또는 기피한 자

② 제1항의 징역형과 벌금형은 이를 병과할 수 있다.

제67조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 삭제
2. 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항(제7호는 제외한다)의 규정에 위반하여 불공정거래행위를 한 자
3. 제26조(사업자단체의 금지행위) 제1항 제2호 내지 제5호의 규정에 위반한 자
4. 제29조(재판매가격유지행위의 제한) 제1항의 규정에 위반하여 재판매 가격유지행위를 한 자
5. 삭제
6. 제5조(시정조치), 제16조(시정조치 등) 제1항, 제21조(시정조치), 제24조(시정조치), 제27조(시정조치), 제30조(재판매가격유지계약의 수정) 또는 제31조(시정조치)에 따른 시정조치 또는 금지명령에 응하지 아니한 자
7. 제14조(상호출자제한기업집단 등의 지정 등) 제5항의 규정에 위반하여 공인회계사의 회계감사를 받지 아니한 자

- 실체법적 위반행위뿐만 아니라 조사거부나 방해와 같은 절차법적 위반 행위도 형벌부과의 대상이 됨.
- 불공정거래행위와 같이 경쟁제한적 성격이 약하거나 사적 분쟁의 성격이 있는 행위에 대하여서까지 형벌부과의 대상으로 하고 있는 것은 공정거래법의 특색이라 할 수 있음.

2. 형벌부과 절차

- 공정거래법에서는 일본 독점금지법 상의 전속고발제도를 채택하고 있는데 공정거래위원회의 고발을 거쳐 기소를 할 수 있게 한 것임.

제71조(고발) ① 제66조(벌칙) 및 제67조(벌칙)의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

- ② 공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.
- ③ 검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다.
- ④ 공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 조달청장, 중소기업부장관은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다.
- ⑤ 제3항 또는 제4항에 따른 고발요청이 있는 때에는 공정거래위원회 위원장은 검찰총장에게 고발하여야 한다.

- 공정거래위원회의 재량권을 인정하면서도 검찰총장의 요청이 있거나 감사원장, 조달청장, 중소기업부장관의 요청이 있으면 의무적으로 고발하여야 하기 때문에 재량권이 제한됨.

- 중소기업청(현재의 중소기업부)은 고발요청이 가장 활발한데 법이 시행된 2014.1.1.부터 2017.04.05.까지 총 13건의 고발요청을 하였음.

- 최근 공정거래위원회의 고발관행에 대한 사회의 부정적 이미지에 따라 경성카르텔 등에 대하여는 공정거래위원회와 법무부는 전속고발제도를 폐지하기로 합의함.

3. 양벌조항

- 양벌조항은 법위반행위를 한 자연인을 우선적으로 처벌하고 이를 지휘 감독하는 사업자도 동시에 벌하기 위해 도입된 것으로 이해하고 있음.⁹⁾

제70조(양벌규정) 법인(법인격이 없는 단체를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제66조부터 제68조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

- 일각에서는 공정거래법 문언상 자연인 처벌과 무관하게 사업자를 형사 처벌할 수 있다는 의견도 있음.
 - 실제로 공정거래위원회에서는 개인을 고발하지 않으면서 기업만을 고발하는 경우도 많은데 실무적으로는 개인의 경우 퇴사하거나 사망하는 경우도 있어 조사가 물리적으로 어려운 점도 작용하는 것으로 보임.

4. 과징금과 형사벌 병과에 따른 이중처벌 여부

- 헌법재판소는 부당지원행위와 관련된 사건에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하는 것이 이중처벌금지원칙에 위반되지 않는다는 원칙론을 제시함.

9) 本 最高判 昭和 40・3・26 刑集 19卷 2號 83頁; 2006년 독금법기본문제간담회(獨禁法基本問題懇談會)에서도 양벌조항은 행위자에 대한 기업의 선임 및 감독책임을 묻기 위한 것으로 인식하고 있음(동보고서 11頁).

- 하지만 그러한 제재들의 총합이 법 위반의 억지에 필요한 정도를 넘어 지나치게 가혹한 것이 되어서는 아니된다는 비례성의 원칙은 준수되어야 한다고 판시함.

- 헌법재판소 2003.7.24 선고 2001헌가25 결정 -

나. 이중처벌금지원칙 및 무죄추정원칙 위반 여부

(3) 이중처벌금지의 원칙을 적용하지 않는다 하여 어떤 하나의 법 위반행위에 대하여 국가가 아무런 제한 없이 제재를 거듭하는 것이 헌법상 용인된다는 것은 아니다. 국민에게 부담을 가하는 공권력작용은 궁극적으로 비례성원칙의 제약을 벗어날 수 없으므로, 형벌적 제재와 비형벌적 제재의 병과 또는 비형벌적 제재간의 병과를 인정하더라도 그 제재의 총합이 법 위반행위에 비하여 지나치게 과잉된 것이어서는 아니된다는 헌법적 견제원리는 여전히 유효하다. 이와 관련하여 입법자는 필요한 경우 여러 제재수단간의 선택가능성을 열어놓고 그 병과를 금지함으로써 부당한 과잉제재로부터 국민을 보호할 수 있는 법적 장치를 마련할 수도 있다

(5) 결론적으로 이 사건 법률조항에 의한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차(형사소송절차에 따라 검사의 기소와 법원의 판결에 의하여 부과되는 형사처벌과 달리 과징금은 공정거래위원회라는 행정기관에 의하여 부과되고 이에 대한 불복은 행정쟁송절차에 따라 진행된다) 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

IV. 손해배상소송

1. 개요

- 경쟁법 집행은 공적 집행(public enforcement)과 사적 집행(private enforcement)으로 나누어지는데 손해배상소송은 사적 집행의 가장 대표적인 유형임.
- 공정거래법에서는 사업자 또는 사업자단체는 공정거래법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다(법 제56조 제1항 본문)고 규정하여 손해배상소송의 법적인 근거를 두고 있음.
 - 다만 입증책임에 있어서 고의과실의 입증은 원고가 하지 않아도 되도록 배려하고 있음.
- 공정거래법 제56조는 그 본질이 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상청구권으로서의 성격을 가지고 있지만 귀책사유의 입증책임이나 손해액의 입증 등에서 그 성립요건을 완화한 것으로 이해할 수 있음.
 - 공정거래법 제56조의 손해배상청구권과 민법 제750조의 손해배상청구권은 이론상 선택적으로 행사할 수 있는 것으로 해석됨.

2. 손해배상소송의 요건

제56조(손해배상책임) ① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음

을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

1) 당 사 자

- 공정거래법 위반행위로 인하여 피해를 입은 자는 모두 청구권자가 될 수 있음.
- 반드시 위반행위자의 경쟁사업자나 직접적인 거래상대방일 것을 요건으로 하지 않음.
- 공정거래법 제56조의 해석상 청구의 상대방은 위반행위의 주체인 사업자 또는 사업자단체로 한정되므로 이들의 피용자는 손해배상청구의 대상이 아님.

2) 공정거래법 위반행위의 존재

- 사업자 또는 사업자단체의 공정거래법 위반행위가 존재하여야 하는데 공정거래법 위반행위란 공정거래법에서 금지하고 있는 모든 실제규정 위반행위를 포함함.
- 시장지배적지위 남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위 등이 전형적인 경우에 해당되겠지만, 경쟁제한적인 기업결합이나 경제력 집중억제를 위한 규정 위반의 경우에도 손해배상청구권이 성립할 수 있음.
- 공정거래법 위반에 대한 공정거래위원회의 사실인정이나 판단이 법원을 구속하는지 여부가 문제될 수 있는데 대법원은 시정조치에 있어서 공정거래위원회의 인정 사실 및 판단은 법원을 구속하지 못한다는 취지로 판시한 바 있음.¹⁰⁾

10) 대법원 1999.12.10. 선고 98다46587 판결.

- “공정거래위원회의 시정조치가 확정되었다고 하여 곧바로 사업자 등의 행위의 위법성이 인정되는 것은 아니고, 그 시정조치에 있어서 공정거래위원회의 인정 사실 및 판단은 그 시정조치에서 지적된 불공정거래행위에 의하여 입은 손해를 배상받고자 제기한 민사소송에서 법원을 구속하지 못하는 것이다.” (대법원 1999.12.10. 선고 98다46587 판결)
- 다만 공정거래위원회의 사실인정은 위법행위의 존재에 대한 사실상 추정의 효력은 있다고 판시한 바 있음.¹¹⁾
- 일본 법원의 입장도 우리나라와 비슷한 반면 독일의 경쟁제한방지법에서는 경쟁당국의 결정이 법원을 구속한다(binding)고 규정하고 있음.

3) 손해의 발생 및 손해액

- 손해의 존재는 손해배상청구소송에서의 일반적인 요건이라고 할 수 있는데 공정거래법상 손해배상청구소송에서 문제되는 손해와 관련하여 크게 두 가지가 문제될 수 있음.
- 공정거래법상의 손해배상청구권은 공정거래법의 취지와 목적에 부합하는 범위 내에서만 인정될 수 있는 것이므로 공정거래법의 목적 및 보호법의 범위 내에서 발생한 손해에 대해서만 공정거래법상의 손해배상청구권이 성립된다고 해석하는 것이 타당하다고 생각됨. 따라서 경쟁의 감소 또는 제한으로 인한 손해의 경우에 한해서 손해배상청구의 대상이 될 수 있음.
- 손해배상청구소송에서 손해액은 확정되어야 하고, 이에 대한 입증책임은 원칙적으로 원고에게 있는데 공정거래법상 손해배상청구소송에 있어서 손해의 범위와 그 액수를 확정하고 이를 입증한다는 것은 쉬운 일이 아

11) 대법원 1990.4.10. 선고 89다카29075 판결.

니어서 피해자의 소제기를 어렵게 하는 중요한 원인이 될 수 있음. 이러한 점을 감안하여 2004년도 공정거래법 개정 시 법원의 손해액 인정제도를 도입하였음.

제57조(손해액의 인정) 이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

4) 인과관계

- 공정거래법 위반행위와 발생한 손해 간에 인과관계가 인정되어야 하는데 공정거래법상 손해배상청구권도 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구권과 그 본질을 같이 한다고 해석할 때 인과관계에 대한 민법상의 이론이 기본적으로 공정거래법상 손해배상청구소송에서도 적용됨.

- 미국에서 인과관계와 관련하여 문제되었던 것으로 직접구매자(direct purchasers) 요건이 있는데 이는 원래 소위 전가이론(pass-on theory)에 근거한 피고의 방어방법 혹은 원고의 공격방법이 인정될 수 있는지 여부와 관련하여 논의가 된 것임.
 - 미국 연방대법원은 직접구매자에 한해서 3배 배상소송에서 손해를 주장할 수 있다는 원칙을 확인하였음.

- 우리나라에서는 삼립식품 사건에서 쟁점이 되었는데 밀가루 업체들의 가격담합으로 인해 삼립식품이 손해를 입었다 하더라도 만약 삼립식품이 빵의 가격을 인상하여 소비자에게 그 피해를 전부 전가하였다면 피해가 없었을 수도 있기 때문임.

- 이 사건에서 대법원은 손해전가 여부 및 범위의 선택여부는 삼립식품에게 달려있기 때문에 원칙적으로 손해전가의 항변을 인정하지 않았음. 다만 장려금 지급이나 빵 가격의 인상 등으로 인해 손해가 줄어드는 경우에는 손해액 산정 시 참작사유가 될 수 있다고 판시하였음(대법원 2012.11.29. 선고 2010다93790 판결).

5) 고의·과실

- 2004년 공정거래법 개정 이전에는 공정거래법상 손해배상책임은 고의·과실을 요건으로 하지 않는 무과실책임이었으나 2004년 공정거래법 제11차 개정 시 과실책임으로 그 성격을 전환하면서 다른 한편으로는 고의·과실에 대한 입증책임을 가해자인 사업자 또는 사업자단체에게 전환하였음.
- 피해자인 원고는 고의·과실에 대한 입증 없이 손해배상을 청구할 수 있으나 사업자 또는 사업자단체가 고의·과실이 없음을 입증한 경우에는 손해배상책임이 인정되지 않음(법 제56조 제1항 단서).

6) 공정거래위원회 시정조치와의 관계

- 종래에는 공정거래법상 손해배상청구권은 공정거래법 위반행위에 대한 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 후에만 행사할 수 있도록 그 재판상 주장시기를 제한하였으나, 2004년 공정거래법 개정 시 이러한 제한을 폐지하였음.
- 현행 공정거래법상의 손해배상청구권은 법 위반 행위에 대한 공정거래위원회의 시정조치 여부와 관계없이 행사할 수 있음.

3. 기록의 송부

- 공정거래법 위반으로 인한 손해배상소송이 제기된 경우 이전에 공정거래위원회의 시정조치가 있었던 경우(follow-on case)나 아니면 공정거래위원회의 시정조치와 무관하게 독자적으로 제기된 경우(stand alone case)나 공정거래위원회의 관련 기록이 재판에 도움이 되는 경우가 많음.
- 특히 공정거래위원회가 사전에 조사를 하였거나 시정조치를 한 경우에는 그와 관련된 자료는 이후의 소송에서 대단히 유용하게 활용될 수 있음.
- 공정거래법 제56조의2에서는 법원이 이러한 기록의 송부를 요구할 수 있게 하고 있음.

제56조의2(기록의 송부 등) 제56조(손해배상책임)의 규정에 의한 손해배상 청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다.

- 기록의 송부에서 문제가 되는 것은 공정거래위원회가 작성한 심사보고서임.
- 공정거래위원회 입장에서는 최종결정인 의결서와 달리 중간단계의 기록에 불과한 심사보고서를 제출하는 경우 외부에 그 내용이 공개되어 일반의 불신을 초래할 수 있다고 느낄 수 있음.
- 실제로 일부 언론에서는 공정거래위원회의 심사보고서에서는 강한 제재를 건의하였으나 위원회 심의단계에서 약화되었다고 보도하기도 함.

- 공정거래법상 사적 집행을 강화하기 위해서는 심사보고서를 법원에 제출하는 것이 바람직하고 그 대신 당해 소송 이외의 다른 목적을 위하여 사용하는 것을 금지하는 방안을 검토해 볼 수 있을 것임.

제3장 미국 경쟁당국의 제재 현황

I. 개괄

- 미국은 1890년에 현대적인 의미의 세계 최초의 경쟁법이라 할 수 있는 Sherman 법을 제정하였고 지금도 가장 강력하게 집행하고 있음.
- 미국 경쟁법 집행의 특성은 다원적이어서 일의적으로 파악하기가 쉽지 않음.
 - 연방차원의 3대 경쟁법으로서 Sherman 법, FTC 법, Clayton 법이 있을 뿐만 아니라 주 차원에서도 이와 유사한 형태의 경쟁법을 주별로 제정하여 집행하고 있음.
 - 정부에 의한 공적인 집행뿐만 아니라 사인에 의한 사적인 집행이 활성화되어 있으며 오히려 사적인 집행이 더 활발하다고 평가받고 있음.
 - 공적인 집행에 있어서도 대부분의 나라가 하나의 행정기관에 맡기고 있는 것과는 달리 연방법무부(DOJ)와 연방거래위원회(FTC)가 공동으로 집행하고 있음.
- 미국 경쟁법 집행이 다원적이기 때문에 이 보고서의 주제가 되는 제재 현황도 다원적이고 복잡적이라 할 수 있음.
 - 전형적인 시정명령이나 금전적 제재인 벌금 이외에도 집단소송(class action), FTC에 의한 공익소송, 주 검찰총장에 의한 부권소송, 3배 손해 배상소송 등 다양한 방법으로 사실상의 제재가 이루어지고 있음.

II. 연방거래위원회(Federal Trade Commission)에 의한 제재

1. FTC의 시정명령(cease and desist order)

1) 개요

- FTC 법 제5조에 의하면 불공정한 경쟁수단 또는 불공정하거나 기만적인 행위를 하는 자에 대하여 그러한 행위를 중지할 것을 명령을 내릴 수 있음.¹²⁾

< FTC Act 제5조 (b) >

If upon such hearing the Commission shall be of the opinion that the method of competition or the act or practice in question is prohibited by this subchapter, it shall make a report in writing in which it shall state its findings as to the facts and shall issue and cause to be served on such person, partnership, or corporation an order requiring such person, partnership, or corporation to cease and desist from using such method of competition or such act or practice.

- ‘cease and desist order’ 는 공정거래법상의 시정명령에 해당하는 것으로서 FTC 법 집행초기에는 문자 그대로 ‘중지명령’ 혹은 ‘금지명령’에 그쳤으나 그 이후 판례에 의해 단순한 중지나 금지를 넘어 적극적으로 범위반행위의 시정과 향후 재발을 방지하는 명령으로 범위가 넓어짐.
- FTC나 연방항소법원이 집행을 정지하지 않는 한 피심인에게 송달된 후 60일이 경과하면 확정(final)됨.

12) 15. U.S.C. § 45(b). 세부적인 규정 내용은 첨부 참조.

- 확정된 중지명령을 위반하는 자에 대하여 FTC는 연방지방법원에 민사벌칙금의 부과, 금지명령, 기타 형평법상의 조치를 청구할 수 있음.

2) ‘cease and desist order’의 범위

① FTC 법 집행 초기의 해석

- FTC 법 집행 초기만 하더라도 연방대법원은 ‘cease and desist order’의 범위를 좁게 해석하여 특정 범위반행위만 금지할 수 있는 조치명령만 가능하다고 보았음.
- 1922년의 FTC v. Beech-Nut Packing Co¹³⁾ 판결에서 연방대법원은 문제가 된 수직적 가격협정사건에서 ‘어떠한 방식으로든’ (by any means) 당해 상품의 재판매를 금지하는 명령은 지나치게 광범위한 것으로서 범위반이라고 판시하였음.
 - 연방대법원은 문제가 된 특정 방식(specific means)이나 적어도 이와 동일시 할 수 있는 방식(equivalent means)을 넘어선 모든 방식을 금지하는 것은 허용될 수 없다고 판시함.
- 1927년 연방대법원은 FTC v. Eastman Kodak Co., 판결¹⁴⁾에서, FTC는 형평법원(court of equity)이 아니라는 전제에서 자산매각(divestiture)을 명할 권한이 없다고 판시하였음.

② 현재의 ‘cease and desist order’ 범위

- 지금은 초기와 달리 ‘cease and desist order’의 범위를 훨씬 넓게 보

13) FTC v. Beech-Nut Packing Co., 257 U.S. 441 (1922)

14) 274 U.S. 619 (1927)

고 있는데, FTC의 권한은 형평법원(court of equity)의 권한과 유사하다고 보고 있는 데에서 기인함.

- 1941년 NLRB v. Express Publishing Co., 판결¹⁵⁾에서 연방대법원은 FTC는 형평법원¹⁶⁾에 상당한다는 취지의 판결을 하였음.
- 1964년 FTC는 Ecko Products Co. 사건에서 자신은 시장에서 공정한 경쟁을 회복하기 위해 필요하다면 “본질적으로 형평법상의 모든 조치” (a complete array of essentially equitable remedies)를 취할 수 있는 권한이 있다고 선언하였음.
- 1972년 연방대법원은 FTC v. Sperry & Hutchinson Co. 판결¹⁷⁾에서 FTC를 형평법상의 법원과 같은 광범위한 권한이 있다고 다시 한번 확인하였음.

③ 주요 사례

- 1946년 Jacob Siegal Co. v. FTC 판결¹⁸⁾에서 연방대법원은 기본적으로 FTC는 불법행위를 제거하기 위해 적절하다고 판단하는 시정조치의 선택에 있어서 광범위한 재량을 갖고 있으며 선택한 시정조치가 불법행위와 합리적인 관련성을 결하지 않는 한 법원은 관여하지 않아야 한다¹⁹⁾

15) 312 U.S. 426 (1941)

16) 형평법원은 보통법상의 법원(court of law)와 비교할 때, 후자는 금전적인 손해 배상(damage)를 구제수단으로 삼지만 전자는 작위나 부작위명령을 구제수단으로 삼음. 지금은 미국 대부분의 주에서 양 법원이 통합되어 있으나 역사적인 의미에서 형평법원에 의한 구제수단은 지금도 의미가 있음. FTC가 형평법원으로 유추된다는 의미는 당해 불법행위를 시정할 수 있는 다양한 조치를 행할 재량권이 있다는 의미임.

17) 405 U.S. 233 (1972).

18) 327 U.S. 608, at 611-613 (1946)

19) “The Commission is the expert body to determine what remedy is necessary...It has wide latitude for judgment and the courts will not interfere except where the remedy selected has no reasonable relation to the unlawful

고 판시하였음.

- 1952년 FTC v. Ruberoid Co., 판결에서 연방대법원은 FTC가 의회가 의도한 목표를 달성하기 위해서는 범위반사업자가 지나온 좁은 길(narrow lane)에 한정하지 말고 범위반에 이를 수 있는 모든 길을 효과적으로 봉쇄할 수 있어야 한다고 판시하였음. 왜냐하면 특정한 행위를 금지시킨다 하더라도 사업자들은 다른 우회적인 수단으로 동일한 목적을 달성할 수 있기 때문임.
- 1957년 연방대법원은 FTC v. National Lead Co. 판결²⁰⁾에서 FTC는 당해 불법행위를 금지할 수 있는 권한뿐만 아니라 원래는 합법적이라 하더라도 당해 불법행위와 같거나 유사한 행위를 조장할 수 있다면 그러한 합법적인 행위까지 금지시킬 수 있는 권한이 있다고 판시하였음.

④ ‘cease and desist order’의 주요 유형

- 기업분할 명령 : L.G. Balfour Co. v. FTC 사건에서 제7순회법원은 FTC의 시정명령의 범위는 기업분할(divestiture)을 명하는 것도 포함한다고 판결하였음.²¹⁾
- 시정광고 명령 : 1977년 워싱턴 D.C. 순회법원은 Warner-Lambert Co. v. FTC 판결²²⁾에서, 과거 기만행위의 잔상효과를 상쇄하기 위해 필요한 때는 위원회가 시정광고를 명할 수 있는 권한이 있다고 판결하였음.
- 시정광고 명령 이외에도 적극적인 공표명령을 내림. 소비자신용거래의 부정적인 측면, 명령받지 않은 상거래와 관련한 소비자 의무의 제한, 토

practices found to exist.“

20) 352 U.S. 419 (1957).

21) 442 F.2d 1, at 23 (7th Cir. 1971).

“The Commission has the power to order divestiture to restore competition.“

22) 562 F.2d 749 (D.C.Cir. 1977).

지매매거래와 관련한 투자의 위험성, 제품의 가치나 효용의 한계 또는 성분에 관한 정보, 방문판매에 있어서 영업사원의 진정한 방문의도, 제품의 부작용 가능성, 기타 소비자가 의사결정을 하거나 소비자의 권리를 보호하는데 필수적이라고 판단되는 다양한 유형의 정보 등

- 봉쇄(fencing in) 조항 삽입 : 사업자들이 다른 분야에서 유사한 행위를 하거나 금지된 행위의 적발을 피하기 위해 다양한 수단을 동원하는 것을 사전에 봉쇄하기 위한 조항을 ‘cease and desist order’에 포함시킴.

(예) 위반행위가 단지 일부지역에서 일어난 경우에서 조차도 피심인이 사업을 하는 모든 지역까지 미치는 위원회의 명령, 또한 불법적으로 드러난 행위와 성질이 유사한 행동을 금하는 명령, 이전 위반행위에 관련된 상품이외의 상품에까지 미치는 명령, 위원회 사건처리 절차의 개시이전에 중단된 관행에 관련되는 명령 등

- 동의명령(consent order)은 FTC와 피심인 간의 합의를 통해 이루어지기 때문에 위에서 언급한 시정명령 이외에도 손해배상이나 원상회복 등 대단히 다양한 내용을 포함할 수 있음.

- FTC가 내리는 시정명령은 대부분 동의명령에 의하기 때문에 실제로는 위에서 언급한 것보다 훨씬 다양한 시정명령이 가능하고 특히 기업결합 사건의 경우는 대단히 다양한 내용의 시정명령이 내려지고 있음.

- 기업결합 관련 동의명령 사례²³⁾

<구조적 시정명령>

가. 매각명령(divestiture) 및 현상유지명령(hold separate order)

23) 정세훈, 해외시정조치(공정거래위원회연구용역보고서), 2015, pp. 21-24 참조.

기업결합심사와 관련하여 가장 선호되는 시정명령임. 피심인이 자산 매각명령을 적시에 이행하지 않을 경우, 명령대상 자산이 아닌 자산을 매각 또는 추가 매각하도록 하는 명령을 내릴 수도 있음(crown-jewel 조항).

나. 강제실시허락조항(Mandatory Licensing Provision)

시장에서의 경쟁을 유지하기 위해서는 핵심기술이나 자산에 대한 경쟁업체의 접근권 및 사용권을 보장하여야한다고 판단될 때 사용됨. 당해 사업이 면허 이외의 다른 부분은 큰 영향을 받지 않으나 핵심기술 등이 진입장벽이 되는 분야에서 일어나는 기업결합에 대해 효과적인 시정조치임.

<행태적 시정명령>

가. 방화벽조항(Firewall Provision)

방화벽은 회사 내부의 정보유출을 방지하기 위한 장치임. 예를 들어, 수직적 기업결합에서 상방시장의 독점기업(upstream monopolist)이 하방시장에서 경쟁관계에 있는 세 개의 기업 중 한 곳의 인수를 추진하는 경우, 상방기업이 하방기업과 일정한 정보를 공유하여 경쟁제한적 행위를 촉진하는 것을 방지할 수 있음.

나. 차별금지조항(Non-Discrimination Provision)

기업결합으로 인하여 영향을 받는 경쟁기업이 차별을 받지 않고 동일한 조건으로 거래하도록 하기 위한 조항임.

다. 정보공개조항(Transparency Provision)

기업결합 당사회사에 대해서 공개의무가 없는 정보를 기업결합 후 제 공하도록 요구하는 조항으로 수평적 기업결합의 시정조치로 주로 사 용됨.

라. 보복금지조항(Anti-Retaliation Provision)

기업결합 후 특정고객이나 관계사가 경쟁업체와 거래하거나 거래처변 경을 고려했다는 이유로 보복성 조치를 취할 수 없도록 하는 조항으 로 기업결합 당사자가 비합리적인 방식으로 경쟁을 저해하는 행위를 취하지 못하도록 하기 위한 조항임.

마. 특정형태의 계약체결금지

경쟁을 제한할 수 있는 특정한 내용의 계약조항을 삽입하지 못하도록 하는 것으로서 수직적 기업결합에서 특히 효용이 있음.

⑤ ‘cease and desist order’의 범위와 한계

○ 애매모호하거나 지나치게 광범위하거나 기록에 의해 뒷받침되지 않는 명령(또는 종종 명령의 일부)은 무효화 될 수 있음.

○ 명령의 범위가 위반행위와 합리적인 관련성이 없으면 그것은 범위를 일 탈한 것으로 판시될 수 있음.

- 워싱턴 D.C. 순회법원은 Chrysler Corp. v. FTC 사건에서 피심인으로 하 여금 “어떠한 성과 또는 다른 특질”과 관련된 “시험, 보고서, 연구, 조사, 설명 또는 분석의 목적, 내용, 결과를 어떤 방식으로든 오인케하 는” 행위를 금지하는 명령은 “무제한적일 가능성이 있으며” 본 사안 의 위반행위와 합리적인 관련성을 결여하고 있다고 판시하였음.

- ITT Continental Baking Co. v. FTC 사건에서 연방 제2항소법원은 음식의 영양성분을 허위표시하는 것을 “어떤 식으로든” (in any manner) 하지 못하게 하는 위원회의 명령은 “이전에 행한 범법행위와 같은 유형인 미래의 위반행위를 방지하기 위하여 합리적으로 고려된 것이 아니라고” 판시하였음.
- FTC는 제5조의 ‘cease and desist order’를 통해 미래적인 구제조치 (prospective relief)는 명할 수 있지만 손해배상과 같은 과거의 피해에 대한 금전적인 구제조치는 할 수 있는 권한이 없음.
- 1971년부터 FTC는 불공정하거나 기만적인 행위에 의해 소비자들이 피해를 입은 경우 FTC 법 제5조의 시정명령 권한에 의해 피해자에 대한 손해배상명령을 내릴 수 있다고 주장하여 왔음.
- 그러나 Heater v. FTC 사건²⁴⁾에서 연방항소법원은 FTC 법 제5조에 따라 FTC가 금전적인 손해배상(restitution)을 명한다면 그것은 의회가 FTC에게 부여한 권한을 넘는 것이라고 판시하였음.
- 결국 ‘cease and desist order’ 만으로는 금전상의 이익 회수를 못한다는 한계점을 드러내자 소비자 피해구제를 위한 실질적인 구제수단을 도모하기 위하여 민사절차로서 FTC 소송이 도입되었음(세부 내용은 후술함).
- FTC 소송이란, 소비자 피해가 발생한 사안에서 FTC가 원고가 되어 소비자 대신 소송을 제기하여 손해배상을 받는 일련의 절차를 의미하며, FTC 법 제13조(b)와 제19조에 근거하여 이루어지고 있음.
- 결국 FTC는 FTC 법 제5조의 시정명령 권한을 활용해 소비자피해 배상 명령을 내릴 수는 없지만 FTC 법 제13조(b)와 제19조에 따라 법원에 소

24) 503 F.2d 321 (9th Cir. 1974).

비자를 대신하여 소송을 제기하고 법원으로부터 배상명령을 받아 낸 후 소비자에게 피해배상금을 배분해 줄 수는 있음.

- 독일의 경쟁당국은 사실상 손해배상명령을 내릴 수 있다는 점에서 형식적으로는 미국 FTC보다 더 강력한 권한을 가지고 있음(세부 내용은 후술함).

⑥ 사례검토 : 「Toys “R” Us」와 장난감 제조업체 간 수직적합의건²⁵⁾

○ 사건내용

- 미국 최대 규모의 장난감 소매업체인 「Toys “R” Us」가 경쟁소매업체인 Wal-Mart, KMart, Target, Costco 등을 견제하기 위하여 제조업체들로 하여금 경쟁소매업체들에 장난감의 공급을 제한하도록 요구 및 이를 합의하였음.
- FTC는 「Toys “R” Us」에게 다양한 내용의 ‘cease and desist order’를 내림.

○ ‘cease and desist order’의 세부 내용

- 장난감 할인업체에 장난감이나 이와 관련된 상품의 공급을 제한하거나 판매를 거부하도록 제조업체와 합의 혹은 양해를 계속하거나 유지하거나 새로이 하거나 새로이 하기 위해 시도하는 행위를 하여서는 아니된다.
- 장난감 할인업체에 장난감이나 이와 관련된 상품의 공급을 제한하거나 판매를 거부하도록 제조업체에 요구하거나 유인하거나 강압을 행

25) Matter of Toys R Us, Inc., 126 F.T.C. 415, Docket No. 9278, October 13, 1998. 정세훈, 앞의 보고서 pp.25-26 참조.

사거나 강요하거나 이를 시도하는 행위를 하여서는 아니된다.

- 제조업자의 장난감 할인업체에 대한 매출이나 실제 또는 계획된 공급량과 관련된 정보를 자신에게 제공하도록 요구하거나 부탁하거나 유도하는 행위를 하여서는 아니된다.
- 소매업체들에 장난감 및 이와 관련된 상품의 판매를 제한하는 것에 관해 제조업자들 간의 합의나 양해를 촉진시키거나 이를 시도하는 행위를 하여서는 아니 된다. 특히 소매업체들에 판매와 관련해 제조업체들에게 다른 업체의 불만이나 계획 기타 다른 정보를 전달하는 방식으로 이를 행하여서는 아니된다.
- 5년 동안 (1) 피심인은 어떤 제조업체가 장난감 및 이와 관련된 상품을 할인업체에 팔려고 하거나 판다는 이유로 그 제조업체로부터 장난감 및 이와 관련된 상품의 구매를 중단하거나 구매를 거절할 수 있다는 사실을 공표하거나 알리는 행위를 하여서는 아니된다. (2) 전적으로 혹은 부분적으로 제조업체가 장난감 및 이와 관련된 상품을 할인업체에게 팔려고 했거나 팔았다는 이유로 제조업체로부터 장난감 및 이와 관련된 상품의 구매를 거절하는 행위를 하여서는 아니된다.

○ 법원의 판단

- 첫 번째를 제외한 모든 명령에 대하여 명령의 범위가 지나치게 포괄적이어서 위법이라는 취지로 소송을 제기하였으나 연방항소법원은 받아들이지 않았음.
- 당해 명령은 장난감 제조업체들 간의 합의를 막고 장난감 제조업체들이 독자적으로 사업을 영위하도록 하는데 필요한 범위 이내라고 판시하였음.

2. FTC 소송²⁶⁾

1) FTC 법 제13조(b)에 근거한 민사소송²⁷⁾

① 요건

- FTC가 집행하는 법(law enforced by the Federal Trade Commission)의 규정을 위반하거나 위반할 우려가 있고 그러한 행위의 금지가 공공의 이익에 부합한다고 믿을 만한 이유가 있을 때에는 연방지방법원에 FTC 법 제13조(b)에 따른 소송을 제기할 수 있음.²⁸⁾
- FTC가 직접 손해배상명령을 내리는 것이 아니라 연방지방법원에 공익적인 목적으로 소송을 제기하여 궁극적으로는 범위반행의 중지 및 피해자의 금전적인 피해구제를 받도록 하기 위한 소송임.

< FTC Act 제13조 (b) >

Whenever the Commission has reason to believe—

- (1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission, and
- (2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or until the order of the Commission made thereon has become final, would be in the interest of the public—
the Commission by any of its attorneys designated by it for such

26) 여기서 ‘FTC 소송’이란 FTC가 연방법원에 소송을 제기하여 금지명령청구 등을 구하는 것을 의미함. 정세훈 변호사는 ‘사법금지명령(Judicially Ordered Injunction)’이라는 표현을 사용함.

27) FTC 법 제13조(b)는 「The Trans-Alaska Pipeline Act」이라 불리며 1973년에 의회를 통과하였음.

28) 15 U.S. Code § 53.

purpose may bring suit in a district court of the United States to enjoin any such act or practice.

② 구제수단

- 법문에 의하면 FTC는 제13조(b)에 따라 임시중지명령(temporary restraining order or preliminary injunction)과 영구적 금지명령을 청구할 수 있음.

< FTC Act 제13조 (b) >

(2)Upon a proper showing that, weighing the equities and considering the Commission's likelihood of ultimate success, such action would be in the public interest, and after notice to the defendant, a temporary restraining order or a preliminary injunction may be granted without bond: Provided, however, That if a complaint is not filed within such period (not exceeding 20 days) as may be specified by the court after issuance of the temporary restraining order or preliminary injunction, the order or injunction shall be dissolved by the court and be of no further force and effect: Provided further, That in proper cases the Commission may seek, and after proper proof, the court may issue, a permanent injunction.

- 그러나 영구적인 금지명령(permanent injunction)을 위한 소송에서 FTC는 전통적인 시정명령과 같은 금지명령을 법원에 청구할 수 있을 뿐만 아니라 그에 부수하여 손해배상이나 원상회복과 같은 금전적인 형평법상의 구제조치(equitable relief)를 청구할 수 있음.

- 이 권한은 주로 소비자 보호 목적에서 불공정하거나 기만적인(unfair

and deceptive) 행위에 대해 활용되어 왔으나 FTC가 집행하는 법 전반이나 규칙위반에 대해서 활용하기도 함.

○ 판례는 이 소송에서 법원이 금전적인 형평법상의 구제조치를 부과할 수 있는 것으로 보고 있음.²⁹⁾

- 1981년 U.S. v. National Dynamics Corp.³⁰⁾ 및 1982년 FTC v. H.N. Singer 사건 등³¹⁾에서 처음으로 법원은 비록 제13조(b)가 영구적인 금지명령만을 언급하고 있을지라도 FTC의 구제조치(relief)는 이에 제한되지 않는다고 해석하였음.

- 즉 법에서는 영구적인 금지명령만 규정하고 있다고 하더라도 연방지방법원은 FTC 법의 목적달성을 위해 합리적으로 필요한 형평법상의 구제조치를 고안해 낼 수 있다고 판시한 것임.

- 이러한 해석은 1946년 Porter v. Warner Holding Co. 사건³²⁾의 연방대법원 결정을 인용한 것인데 “법령에서 달리 규정하고 있지 않은 한 지방법원(district court)의 형평법상의 내재적인 권한에 의해 사법권(jurisdiction)의 적절하고 완전한 행사를 위하여 모든 권한을 이용될 수 있다”³³⁾고 판시한 바 있음.

○ 다만 미국 내에서는 FTC 법 제13조(b)를 통한 제한없는 형평법상의 구제조치 수단은 법에 명시적으로 인정되는 것이 아니고 법을 제정한 의회의 입법취지가 아님에도 불구하고 FTC와 법원에 의해 부당하게 인정

29) ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments(sixth), American Bar Association, 2007, p.1050.

30) 525 F.Supp. 380(S.D.N.Y.1981)

31) 668 F.2d 1107 (9th Cir. 1982).

32) 328 U.S. 395 (1946). 이 사건은 아파트임대료 분쟁에 관한 소송으로서 연방지방법원의 권한에 관한 판시를 내린 것임.

33) “Unless otherwise provided by statute, all the inherent equitable powers of the District Court are available for the proper and complete exercise of that jurisdiction” Id. at 398.

된 것이라는 비판도 있음.³⁴⁾

- 당초 의회의 입법취지가 아님에도 불구하고 법원이 FTC 법 제19조를 우회할 수 있게 허용해 준 것은 삼권분립의 취지에도 맞지 않다는 것임.

※ FTC 법 제19조는 의도의 입증(proof of intention) 및 3년의 시효와 같은 추가적인 요건이 있음.

- 또한 FTC 법 제13조(b)를 통한 형평법상의 구제조치 수단이 필요한 것은 인정한다 하더라도 이 조항이 활용될 수 있는 요건이 법에서 구체화되어 있지 않기 때문에 이 조항의 활용을 한 구체적인 범위를 정하여 제한적으로 활용하여야 한다는 지적도 있음.³⁵⁾

③ 사례검토 : Reebok 운동화 허위과장광고 사건³⁶⁾

○ 사건의 개요

- Reebok은 2009년 워킹화 라인인 이지톤(EasyTone)을, 이어서 2010년에 이지톤과 같은 계통인 런톤(Runtone) 런닝화(이 둘을 일컬어 “토닝화(Toning Shoes)” 라고 하기도 함)를 출시하였고, 이들 신발은 한 켤레당 약 80-100달러로, 이지톤 플립(flip)은 60달러에 판매되었음.
- Reebok은 이지톤과 런톤은 각각 걸거나 달릴 때 보통 신발보다 다리와 엉덩이 근육을 탄력있게 강화시켜 주고, 특히 이지톤은 그저 걷는 것만

34) Peter C. Ward, Restitution for Consumers under the Federal Trade Commission Act: Good Intentions or Congressional Intentions?, The American University Law Review, Vol.41. 1992, pp.1140-1145.

35) Arthur B. Cornell Jr., Federal Trade Commission Permanent Injunction Actions Against Unfair and Deceptive Practices: The Proper Case and the Proper Proof, St. John's Law Review, Vol. 61, 1987, Number 4, pp.524-547.

36) 중앙대학교 산학협력단, 미국의 경쟁/소비자법·제도 및 사건처리절차 연구, 2015, 94-95면 참조.

으로도 엉덩이 근육 28%, 종아리 근육은 11%, 허벅지 근육은 11% 강화된다는 등의 내용으로 광고를 하였음.

○ FTC 소송의 경과

- FTC는 Reebok의 광고행위에 대하여 FTC 법 제5조(a)와 제12조를 위반한 기만적인 행위 또는 관행 및 허위광고로 판단하였고, FTC 법 제13조(b)에 따라 영구적인 금지명령(permanent injunction)과 다른 형평법상 구제조치(other equitable relief)를 구하는 오하이오(Ohio)주 북부 지방법원에 소송을 제기하였음.
- 2011.9.28. FTC는 Reebok과 합의하여 이 사건 광고행위에 대한 시정명령을 부과하고 2,500만 달러의 소비자 피해기금을 조성하도록 하는 동의판결안(proposed consent decree)을 법원에 제출하였고, 29일 법원의 승인을 얻어 이루어졌음.³⁷⁾

○ 소비자 피해구제 조치

- FTC는 판결 이후 홈페이지를 통하여 Reebok 사건 운동화의 구매자뿐만 아니라 토닝 카테고리에 포함된 의류를 산 사람들도 포함하여,³⁸⁾ 자신이 적시된 대상상품을 구매하였고, 기금에서 배상을 받겠다는 취지의 요청(Consumer Claim Form)을 하면 구제받을 수 있도록 하였음.

2) FTC 법 제19조에 근거한 민사소송³⁹⁾

37) Federal Trade Commission, Plaintiff v. Reebok International Ltd., doing business as Reebok, Defendant. (United States District Court for the Northern District of Ohio), FTC Matter/File Number: 102 3070, Civil Action Number: 1:11-cv-02046-DCN.

38) 다만 구매기간이 2008.12.5.-2011.10.12.까지의 구매자로 한정되며, 신청기간은 2012.4.1.까지로 하였음.

39) 중앙대학교 산학협력단, 위의 보고서, 96-97 참조.

① 개요

- 위에서 살펴본 FTC 법 제13조(b)는 영구적 금지명령에 수반되는 형평법상의 구제조치의 일환으로서 손해배상이 가능하고 법에서는 명시적으로 손해배상을 언급하고 있지 않음.
- FTC 법 제19조는 법문에서 명시적으로 원상회복 restitution) 또는 계약조항의 수정이나 삭제 rescission or reformation), 금전의 반환 또는 손해배상, 범위반행위 공표 등을 규정하고 있음.
- FTC 법 제19조는 「Magnuson-Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act」이라 불리며 1974년에 의회를 통과하였음.

② 요건

- 규칙위반[FTC 법 제19조(a)(1)]⁴⁰⁾
 - 불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행과 관련된 이 법에 의한 규칙(rule)을 위반한 경우(해석 규칙 또는 위원회가 정한 규칙의 위반이 이 법 제5조(a)를 위반한 불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행이 아닌 경우 제외), FTC는 연방지방법원 또는 주의 관할법원에 민사소송(civil action)을 제기할 수 있음.

< FTC 법 제19조(a) >

40) 15 U.S.C § 57b. Civil actions for violations of rules and cease and desist orders respecting unfair or deceptive acts or practices
(a) Suits by Commission against persons, partnerships, or corporations; jurisdiction; relief for dishonest or fraudulent acts

(1) If any person, partnership, or corporation violates any rule under this subchapter respecting unfair or deceptive acts or practices (other than an interpretive rule, or a rule violation of which the Commission has provided is not an unfair or deceptive act or practice in violation of section 45(a) of this title), then the Commission may commence a civil action against such person, partnership, or corporation for relief under subsection (b) of this section in a United States district court or in any court of competent jurisdiction of a State.

○ 시정명령위반[FTC 법 제19조(a)(2)]⁴¹⁾

- 불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행(이 법 제5조(a)(1)의 규정의 범위 내에서)으로 인하여 FTC가 최종 ‘cease and desist order’ 를 내렸고 이러한 명령을 위반한 경우, FTC는 연방지방법원 또는 주의 관할법원에 민사소송(civil action)을 제기할 수 있음.

< FTC 법 제19조(a) >

(2) If any person, partnership, or corporation engages in any unfair or deceptive act or practice (within the meaning of section 45(a)(1) of this title) with respect to which the Commission has issued a final cease and desist order which is applicable to such person, partnership, or corporation, then the Commission may commence a civil action against such person, partnership, or corporation in a United States district court or in any court of competent jurisdiction of a State. If the Commission satisfies the court that the act or practice to which the cease and desist order relates is one which a reasonable man would have known under the circumstances was dishonest or fraudulent, the court may grant relief under subsection

41) 15 U.S.C. § 57b. (a).

(b) of this section.

- 이 경우에는 피해구제가 이루어져야 하는 불공정한 또는 기만적인 행위 또는 관행이 최종 시정명령의 대상이 되어야 하고, “합리적인 사람이라면 그러한 상황에서 당해 행위나 관행이 부당(dishonest)하거나 기만적(fraudulent)임을 알았을 것” 이라는 점을 입증하여야 함.

○ 시효

- 법위반행위일로부터 3년 이내에 소송이 제기되어야 함.⁴²⁾

- FTC 법 제13조(b)와 제19조는 소비자 피해배상이라는 유사한 목적을 가지고 있는 조항임에도 불구하고 양자 간의 관계나 차이점 등에 대해 충분한 논의가 결여된 채 입법화되었기 때문에 이후 이들 소송에서 법원에 의해 기준이 정해질 수밖에 없었음.

③ 구제수단

- FTC 법 제19조(b)에서는 가능한 구제조치로, 원상회복(restitution) 또는 계약의 정정(reformation), 금전적 반환 또는 재산의 회복, 손해배상, 법위반 사실의 공표(public notification respecting the rule violation or the unfair or deceptive act or practice)를 열거하고 있으며 이것에 국한되지는 않음.⁴³⁾

42) 15 U.S.C. § 57b. (d) Time for bringing of actions

No action may be brought by the Commission under this section more than 3 years after the rule violation to which an action under subsection (a)(1) relates, or the unfair or deceptive act or practice to which an action under subsection (a)(2) relates;(후략)

43) 15 U.S.C § 57b. (b) Nature of relief available

Such relief may include, but shall not be limited to, rescission or reformation of contracts, the refund of money or return of property, the payment of

- 다만 이 규정은 징벌적인 손해배상(any exemplary or punitive damages)을 허용하고 있지 않은데 법문에 징벌적인 손해배상을 구할 수는 없음이 명시되어 있음.

④ 사례검토 : Miss Cleo 사건⁴⁴⁾

○ 사건의 개요

- “Miss Cleo”는 유명한 심령술사(psychic)로 조언을 구하는 사람에게 무료 점괘(reading)를 제공하였음. ARS(Access Resource Services, Inc.)와 PRN(Psychic Reader Network, Inc.)은 플로리다에 기반을 둔 사업자였고, 유선으로 제공하는 정보나 엔터테인먼트 프로그램과 같은 음성텍스트 서비스(audiotext services)를 900번(900-telephone numbers)을 이용하여 서비스를 제공하였음.
- ARS와 PRN은 TV, 인쇄매체, 인터넷, 메일 등을 통하여 광고를 하였는데 900번 서비스를 이용하는 고객들에게 점괘를 제공하기 위하여 “Miss Cleo”를 포함한 심령술사의 네트워크를 이용하였음.

○ FTC의 판단

- FTC는 이들의 광고에 대하여 i) 무료로 점괘를 받을 수 있고, ii) 심령술사와 통화중일 때에는 비용이 발생하지 않고, iii) 소비자가 비용을 지불할 필요가 없는 피고의 음성텍스트 번호에 비용을 부담할 필요가 있는 것처럼 표현하였고, 광고전화를 중지하는 방법을 소비자에게 제공하지 않고 반복적으로 전화를 한 행위는 FTC 법 제5조(a)를 위반한 것으로

damages, and public notification respecting the rule violation or the unfair or deceptive act or practice, as the case may be; except that nothing in this subsection is intended to authorize the imposition of any exemplary or punitive damages.

44) 중앙대학교 산학협력단, 위의 보고서, 97-99 참조.

로 판단하였음.

- 또한 FTC는 심령술 서비스 광고에 대한 전화비용을 공개하지 않았고, 청구서의 오류 통지에 대한 합리적인 조사를 수행하기 전에 불합리한 신용평가보고서로 소비자를 위협함으로써 Pay-Per-Call Rule을 위반하였다고 판단하였음.⁴⁵⁾
- FTC는 ARS와 PRN의 기만적인 광고, 청구서 발부(billing), 추심행위(collective practices)에 대하여 연방지방법원에 소를 제기하였음.

○ 소송경과

- FTC와 피고가 금지명령 및 손해배상명령에 대해 합의를 하고 법원의 승인을 얻어 소송이 종결되었음.
- 피고가 pay-per-call 또는 음성텍스트 서비스의 판매와 관련하여 중요한 사실(material fact)을 잘못 표현하는 것을 금지하였고, 소비자에게 피고의 광고전화를 중지하는 방법을 제공하지 않고 서비스 이용을 요청하도록 전화하는 것을 영구적으로 금지하였으며 Pay-Per-Call Rule을 위반하는 행위에 대해서도 금지하였음.
- pay-per-call 또는 음성텍스트 서비스를 구매하였거나 구매하였다고 주장하는 소비자들로부터 추심(collection)하려는 행위를 중지하고, FTC와의 합의에 따라 미결제된 소비자 요금(outstanding consumer charges)에 해당하는 약 5억 달러를 면제해주는 법원 명령(court order)에 동의하였고, 추가로 FTC는 피고들에 대하여 5백만 달러를 FTC에 지급하도록 하였음.

45) FTC, “Miss Cleo“ Promoters to Forgive Approximately \$500 Million In Outstanding Consumer Charges and Pay an Additional \$5 Million to Settle FTC Charges.

Ⅲ. 연방법무부(DOJ)에 의한 제재

1. 개요

- DOJ는 원칙적으로 대부분의 사건은 민사소송을 제기하여 당해 행위의 금지를 구하는 법원의 판결을 통하여 경쟁법을 집행하며 당연위법형의 경성 카르텔 사건은 법원에 형사소송을 제기하여 형사처벌함.

<민사사건과 형사사건의 구분>

- 특정 사건이 민사사건인지 아니면 형사사건인지 구분하여야 이후의 조사절차에서 대배심(grand jury)을 소집할 것인지 아니면 민사조사요구권(Civil Investigative Demand; CID)을 활용할 것인지 결정할 수 있고, 나아가 어떠한 소송절차를 활용해서 어떠한 제재를 내릴 것인지 결정할 수 있음.
- 법률을 명백하고 의도적으로 위반한 경우(a clear, purposeful violation of the law) 형사사건으로 처리하게 되는데 대체로 경성담합 사건이 형사사건으로 분류됨.
 - 가격합의, 입찰담합, 시장분할, 물량합의 등의 경성담합 사건은 형사사건으로 분류하고 합리성의 원칙에 따른 심사가 필요한 사건은 민사사건으로 분류함.
 - 법적 결론이 분명하지 않은 사건, 법률이나 사실관계가 새로운 사건, 이전 검찰의 기소에 일관성이 없었던 경우, 피조사인이 행위의 결과를 인식하지 못하였던 경우는 형사사건으로 처리하지 않음.
- 입증의 정도와 관련하여서는 ‘합리적인 의심의 여지가 없는(beyond a reasonable doubt)’ 사건은 형사사건으로, ‘증거의 우위(preponderance

of the evidence)’ 로 판단할 수 있는 사건은 민사사건으로 처리함.

- 형사사건으로 처리하고자 하는 경우 범죄의도(criminal intent)가 입증되어야 하는지 문제가 될 수 있는데, 연방대법원은 형사사건의 경우는 범죄의도의 입증은 필수적이라고 판시하였음.⁴⁶⁾
- 범죄의 의도는 행위의 결과가 반경쟁적 효과가 있고 피고가 그러한 결과가능성에 대하여 알고 있었다는 점을 입증하거나 반경쟁적 효과의 발생을 의도하여 그러한 행위를 하였다는 점을 입증하면 됨.⁴⁷⁾

2. 민사소송

1) 금지명령(injunction) 청구소송

- 피조사인과 DOJ 간에 시정방안에 대한 합의가 이루어지지 않는 경우 DOJ는 지방법원에 소송을 제기하여 연방민사소송법(Federal Rules of Civil Procedure)에 의한 소송절차를 거쳐 판결에 따라 구제수단을 마련하는데 이처럼 정식의 소송절차를 거쳐 판결을 받게 되는 사건은 많지가 않음.
- 이 절차의 법적 근거는 Sherman 법 제4조와 Clayton 법 제15조⁴⁸⁾에 의한 금지명령(injunction) 절차인데, 시정조치와 관련하여 법원이 명할 수 있는 명령의 범위가 어디까지인가 하는 것이 문제가 될 수 있음.

〈 Sherman Act 제4조 〉

The several district courts of the United States are invested with

46) U.S. v U.S. Gypsum Co., 438 U.S. 422, at 435, 436 (1978).

47) U.S. v Miller, 771 F.2d 1219, 1239 (9th Cir. 1985).

48) 15 U.S.C. § 25

jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises.

< Clayton 법 제15조 >

The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations.

- 1904년에 연방대법원은 Northern Sec. Co. v. U.S. 사건에서 독점금지법의 목적을 달성하기 위하여 필요하거나 적합한(necessary or appropriate) 명령과 판결을 내릴 수 있다고 판시하였음.⁴⁹⁾
- 이에 따라 범위반행위에 대한 금지명령은 물론 경쟁상태의 복원을 위한 명령도 내릴 수 있음.
- U.S. v. E.I. du Pont De Nemours & Co. 사건에서는 가장 강력한 구조적 시정조치인 자산분할(divestiture) 명령도 내릴 수 있다고 판시하였음.⁵⁰⁾

49) 193 U.S. 197, 344 (1904).

50) 366 U.S. 316 (1961).

- FTC가 FTC 법 제13조(b)의 영구적 금지명령(permanent injunction)과 더불어 형평법상의 구제조치 수단을 활용하는데 반하여 DOJ는 금지명령 청구시 형평법상의 구제조치 수단을 청구하지 않아 왔음.

2) 동의판결(Consent Decree)

- DOJ의 본 조사 종결 전후 많은 사건에 있어서 담당 검사와 피조사인 간 합의가 이루어지는데, 그 이유는 서로가 시간적·경제적 비용을 절약할 수 있기 때문임.
- 동의판결안은 DOJ 독점금지국 차원에서 먼저 제시하지는 않는 것이 관례이고 통상 피조사인이 초안을 만들어 협상 신청을 하면 독점금지국도 초안을 작성하여 부차관보(DAAG)의 승인을 받아 협상에 임함.
- 동의명령 초안에 대해 피조사인과 합의가 되면 연방지방법원에 소장(complaint)과 함께 초안을 제출하고 동의판결안에 대한 법원의 승인절차는 「독점금지사건 절차 및 처벌에 관한 법(Antitrust Procedures and Penalties Act; APPA)」⁵¹⁾에서 규정하고 있음.
 - DOJ는 동의판결안과 함께 경쟁영향분석서(Competitive Impact Statement)를 법원에 제출하여야 하고, 이것들은 연방관보 및 신문에 공표되어 60일간 민간의견 수렴기간을 가짐.
 - 이 기간이 종료하면 법원은 동의판결안이 공익에 부합하는지 여부를 결정하여야 하는데, 제출된 의견이나 전문가의 견해 등을 참고하며 동의판결안이 공익에 부합한다고 판단되면 그 내용대로 판결을 하고 필요시 그 내용의 수정을 요구하기도 함.

51) 15 U.S.C. § 16(b)-(h),

3) 형사소송

① 통상의 판결

- 독점금지국과 피조사인 간의 합의가 결렬되어 정식으로 형사기소가 되고 법원의 판결이 내려지는 사건이 많지는 않는데 기소 후 소송절차는 일반 형사소송절차를 따르게 됨.
- 형량은 Sherman 법 제1조에서 법인은 1억 달러까지의 벌금, 자연인은 100만 달러까지의 벌금 또는 10년까지의 금고형 또는 양자의 병과가 가능하다고 규정하고 있음.
 - 하지만, 형사벌금개선법(Criminal Fines Improvement Act) 제6조에 따라서 피고가 입힌 손해액의 두 배 혹은 피고가 불법으로 얻은 이익의 두 배에 상응하는 액수의 벌금이 부과될 수 있음.⁵²⁾

< Sherman Act 제1조 >

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

< Sherman Act 제2조 >

52) 18 U.S.C. § 3571(d).

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

< Criminal Fines Improvement Act 제6조 >

(d) Alternative Fine Based on Gain or Loss.—

If any person derives pecuniary gain from the offense, or if the offense results in pecuniary loss to a person other than the defendant, the defendant may be fined not more than the greater of twice the gross gain or twice the gross loss, unless imposition of a fine under this subsection would unduly complicate or prolong the sentencing process.

(e) Special Rule for Lower Fine Specified in Substantive Provision.—

○ 일관성 있는 벌금의 부과를 위해 연방 양형기준표(Sentencing Guideline)가 제정되어 있음.

- 기본벌금액 산정 ⇨ 비난가능성 점수(culpability score) 책정 ⇨ 징벌승수(multiplier) 결정 ⇨ 최종벌금 결정의 순서로 이루어짐.

○ 실제로는 대리변수(proxy)를 활용하는 경우가 많은데, 관련 매출액을 기준으로 피해액을 추정하는데 관련 매출액의 20%를 사용하도록 되어 있음.

- 하지만 관련 매출액의 20%를 벌금액으로 기계적인 산정을 하는 것은 아니고 징벌승수를 적용하게 되면 그보다는 더 낮게 됨.
- 법원은 최종 벌금 산정시에 민사소송에 의한 손해배상의 가능성도 고려할 수 있기 때문에 실제 부과되는 벌금은 더 낮아 질 수 있음.

② 동의판결

- 사건의 조사 중에 독점금지국과 피조사인은 사건의 처리방향에 대해 협상을 하게 되고 대부분의 사건은 동의판결로 종료가 됨.
- 형사사건에서 동의판결에 관한 절차는 연방형사소송법(Federal Rules of Criminal Procedure)의 절차에 따라 일반 형사사건과 마찬가지로 처리되는데 DOJ는 합의의 내용을 법원에 제출하고 법원의 검토를 받아 동의판결을 받게 됨.

IV. 사소(private actions)

1. 사인의 금지명령청구 소송

- Clayton 법 제16조에서는 독점규제법의 위반으로 인해 피해를 입을 우려가 있는 경우에는 누구든지(any person) 법원에 금지명령의 청구를 신청할 수 있게 하고 있음.⁵³⁾

53) 세부적인 규정 내용은 첨부 참조

< Clayton Act 제16조 >

Any person...shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties... against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws...

- 법원이 행하는 금지명령은 단지 당해 법위반행위를 금지하는 차원을 넘어 당해 법위반행위로 인한 결과를 제거하고 그러한 행위가 재발되지 않도록 하는 조치를 포함할 정도로 광범위함.⁵⁴⁾
- 회복할 수 없는 손해의 위험이 급박할 때에는(a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate) 예비금지명령 (preliminary injunction)을 발할 수도 있음.
- 금지명령은 금전적인 손해배상을 명할 수 없다는 점에서 한계가 있음.
- 3배 손해배상제도는 원고가 실제의 손해(actual injury)를 입증하여야 하는 반면 금지명령 청구제도에서는 손해의 위험(“threatened loss or damages”)만을 입증하면 되고, 3배 손해배상제도에서는 피해가 사업이나 재산(“business or property”)으로 제한되지만 금지명령청구 제도에서는 그러한 제한이 없음(Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 사건⁵⁵⁾).
- 3배 손해배상 제도에서는 일반적으로 간접 구매자(indirect purchasers)는 손해배상을 제기할 수 없다고 보고 있으나 금지명령 청구제도에서는 그러한 제한은 없음.

54) 729 F.2d 1050 (6th Cir. 1983)

“[P]urposes of an injunction are to put an end to illegal conduct, deprive the violators of the benefits thereof, and restore competition.”

55) 479 U.S. 104 (1986).

2. 3배 손해배상 소송(treble damages action)

1) 개요

- Clayton 제4조는, “반독점법 위반행위로 인하여 영업 또는 재산에 손해를 입은 사람은 누구든지(any person) 3배 손해배상(threefold the damages)을 청구할 수 있다” 고 규정하고 있음.⁵⁶⁾

< Clayton Act 4 >

Any person...injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws...recover threefold the damages...including a reasonable attorney's fee...

- 여기서 말하는 독점규제법(antitrust laws)에 Sherman 법, Clayton 법은 포함되지만 FTC 법 제5조는 포함되지 않음.⁵⁷⁾
- 3배 손해배상소송이 폭발적으로 증가한 것은 1960년대 이후인데, 당연위법 원칙의 적용을 주장한 하버드학파의 등장과 미국특유의 소송제도인 discovery 제도, 손해배상 원고에게 우호적인 경향이 있는 배심원 제도, 대표자가 소송에서 승소하면 손해를 입은 집단구성원모두가 승소하게 되는 집단소송제도 등에 힘입은 바 크다고 함.
- Clayton 법 제4조에 의한 3배 손해배상제도와 16조에 의한 금지명령 청구제도는 기본적으로 청구의 주체가 어떤 자(“any person”)로 되어 있고 독점규제법(“antitrust laws”) 위반행위로 인한 것이라는 점에서 동일함.

56) 세부적인 규정 내용은 첨부 참조

57) 15 U.S.C. § 12.

2) 요건

① 원고적격

○ 손해전가의 항변 부정

- 손해전가의 항변(passing-on defense)이란 직접구매자가 가격담합으로 인한 초과가격(overcharge)의 상당을 하위단계의 구매자인 간접구매자에게 전가할 수 있기 때문에 직접구매자의 손해에 대하여 전부 또는 일부가 인정되지 않는다는 것임. 따라서 손해전가의 항변이 인정된다면 직접구매자로부터 손해를 전가받은 간접구매자는 독점규제법 위반 사업자를 상대로 손해배상청구소송을 제기할 수 있음.
- 연방대법원은 1968년 Hanover Shoe 사건⁵⁸⁾에서 손해전가의 항변을 부정하였음. 그 이유는 첫째, 전가이론에 근거한 주장을 허용시 법원이 카르텔의 경쟁제한적 효과를 파악하는 부담이 너무 커지며, 둘째 전가이론 허용시 분산된 개별소비자들만이 원고가 될 수 있어 소송을 제기하지 않는 소비자들에 대해서 원고가 부당한 이윤을 챙기게 되는 부당한 결과를 초래한다는 것이다.

○ 간접구매자의 원고적격 제한

- 1977년 Illinois Bricks 판결⁵⁹⁾에서 연방대법원은 간접구매자의 원고적격을 부정하였음.
- 연방대법원은 손해전가의 항변이론을 근거로 직접구매자가 이미 배상을 받은 사안에서 또 다시 간접구매자가 배상을 청구한다면 피고는 중복배상의 부담을 안게 되며, 법원이 가격의 전가경로를 분석하고 판단해야 하는 불확실성이 발생한다며 간접구매자의 원고적격을 부정하였음.

58) Hanover Shoe & Co v United Shoe Machinery Corporation, 392 US 481 (1968).

59) Illinois Brick v. State of Illinois, 431 U.S. 720 (1977).

- 그러나 예외적으로 ① 판매량이 제한되어 있고, 직접구매자가 판매자에 대하여 cost-plus 계약⁶⁰⁾을 한 경우와 ② 직접구매자가 독점규제법 위반자에 의하여 조종되고 있는 경우에는 간접구매자의 원고적격을 인정하였음.
- 그럼에도 불구하고 미국의 많은 주는 Illinois Brick 판결을 따르지 않고 간접구매자의 손해배상청구를 허용하는 주법을 제정하여 간접구매자의 손해배상청구소송을 인정하고 있음.⁶¹⁾
- 간접구매자의 금지청구와 관련하여서는 제3연방항소법원은 Midwest Paper Products Co. v. Continental Group Inc 사건⁶²⁾에서 간접구매자도 금지청구권을 행사할 수 있다고 판결하였음. 따라서 연방법원의 보충적 관할권(supplement jurisdiction)을 이용하여 연방법 하의 금지처분소송을 제기하고, 주법 하에 손해배상소송을 연방법원에 동시에 제기함으로써 사실상 간접구매자들도 연방법원에서 손해배상청구소송을 진행하고 있음.

② 인과관계

- 원고는 피고의 반독점법 위반이 원고의 손해에 중요하거나 실질적인 원인임을 입증하면 족하고, 피고의 반독점법 위반이 원고의 손해에 대한 유일한 원인이 될 필요는 없음.

60) 원가에 일정한 이익을 가산하여 생산물의 가격을 정하고 맺는 매매 계약임.

61) 2012년 캘리포니아 주를 비롯한 25개주와 워싱턴 D.C에서 인정하고 있음. 그러나 각 주마다 법과 절차가 다르며 각 주의 법률에 따라 1-3배 배상을 받을 수 있음. 예를 들어 캘리포니아 주법무장관은 카트라이트법 하에 3배의 배상을 받을 수 있는 반면, 워싱턴 주법무장관은 주소비자보호법에 의거하여 피해액만을 배상 받을 수 있음.

62) 596 F. 2d 573 (3d Cir. 1979).

- 미국 연방대법원은 1969년 Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc. 판결⁶³⁾에서 원고가 주장하는 손해에 대하여 반독점법 위반이 중요한 원인(material cause)임을 입증하는 것으로 충분하다고 보았음.

③ 반독점 손해(Antitrust Injury)

- 3배 손해배상소송에서는 모든 피해에 대하여 손해배상을 인정하는 것이 아니라 독점규제법 위반행위로 인한 손해(antitrust injury)에 대해서만 3배 손해배상을 인정함.
- 연방대법원은 비록 손해를 입었다 하더라도 경쟁의 촉진으로 인해 발생한 것이라면 손해배상을 인정받지 못한다고 판시하였음(Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc 사건⁶⁴⁾).
- 반독점 손해란, 독점규제법이 그러한 유형의 손해를 막기 위하여 제정된 것이고, 피고의 행위를 위법하게 만드는 근거로부터 도출되는 손해를 의미함.

3. 집단소송(class action)⁶⁵⁾

1) 개요

- 집단소송이란 공통의 권리 또는 이익을 가진 집단 전체를 1인 또는 소수의 자가 대표 당사자가 되어 소송을 진행하는 것을 말하며, 집단의 대표가 소송의 당사자가 된다는 점에서 대표당사자소송이라고도 함.

63) 395 U.S.100 (1969).

64) 429 U.S. 477.

65) 중앙대산학협력단, 앞의 보고서, 122-127면 참조

- 집단소송의 장점은 소액·다수 피해자의 효율적이고 효과적인 구제와 함께 범위반행위의 억지를 통한 사회적 후생증진을 추구할 수 있다는 것임.
- 집단소송은 먼저 법원의 소송허가를 받아야 하는데 만약 집단소송에 대한 법원의 허가를 받지 못하면 소가 제기되지 않은 것으로 간주되어, 그 동안의 소송행위는 그 효력을 상실함.

2) 요건 : 연방민사소송규칙 제23조

< Federal Rules of Civil Procedure 23(a) >

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
- (2) there are questions of law or fact common to the class;
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

① 제23조(a)의 필수요건

- 구성원이 너무 많아서 공동소송을 진행하는 것이 현실적으로 매우 곤란하여야 한다는 다수성(numerosity), 집단구성원들이 공통적인 사실문제와 법률문제를 가지고 있어야 한다는 공통성(commonality), 대표당사자의 공격 및 방어방법과 집단구성원의 공격 및 방어방법이 같아야 하고, 각

구성원들의 청구가 동일한 소송절차에서 심리할 수 있어야 한다는 전형성(typicality)⁶⁶⁾, 대표당사자는 집단구성원의 이익을 공정하고 적절하게 대표하여야 한다는 대표의 적절성(adequacy)을 요건으로 함.

② 유형.

- 제23조(b)(1)는 침해예방집단소송으로 여러 개의 개별소송이 집단소송이 아닌 각각 별개의 소송으로 진행된다면 집단소송의 상대방이 모순된 판결을 받게 되거나, 일부 개별 구성원들에 대한 판결이 소송에 참가하지 않은 구성원들의 이익을 침해할 위험이 있는 경우에 해당함.
- 제23조(b)(2)는 금지 또는 확인청구집단소송으로 피고에 대하여 특정한 행위를 명하거나 침해행위에 대한 금지판결(final injunctive relief) 또는 선언적 확인판결(declaratory relief)이 적절한 유형임.
- 제23조(b)(3)은 손해배상집단소송으로 집단 구성원들의 공통된 법률상 또는 사실상의 쟁점이 개개인에 대한 쟁점을 압도(predominance)하고, 분쟁의 공정하고 효율적인 해결을 위해 집단소송이 다른 해결책에 비해 우월할(superiority) 경우에 인정됨.

③ 고지

- 고지를 통해 집단 구성원에게 사건의 존재를 알리고, 직접 재판에 참여할 기회 혹은 제외신고(opt out)의 기회를 부여할 수 있음.
 - 특히 제23조(b)(3)의 손해배상 집단소송의 경우 고지와 제외신고는 적절

66) 만약 대표당사자가 자신에게만 해당되는 특별한 항변(unique defense)을 하여 집단전체에 불리한 결과를 가져오는 경우에는 전형성이 인정되지 않음. 전형성 요건이 독자적인 의미를 가지는지 여부에 대하여는 논의가 있음.

한 대표에 대하여 절차적 안전지대(procedural safeguards)의 역할을 함.

- 집단 구성원들이 집단소송에 대한 고지를 받지 않고 제외신고를 할 수 있는 기회를 얻지 못한다면 기판력이 미치지 않음.⁶⁷⁾
- 다시 말해 고지의 목적은 집단소송의 구성원이 별도의 개별소송을 제기할 수 있는 기회를 부여하는데 있음. 따라서 한번 집단소송절차에서 제외신고를 한다면, 원고승소 판결의 혜택을 받을 수 없고, 그 판결 이후에는 소송절차의 참가도 허용되지 않음.⁶⁸⁾

4. 부권소송(parens patriae)⁶⁹⁾

① 개요

- 위법한 행위로 손해를 입은 시민들을 위하여 주가 직접 법원에 제기하는 금전적인 구제(financial relief) 소송을 의미하는데 다양한 유형과 근거가 있음.
- 보통법(common law)상으로도 인정이 되어 왔지만 최근 대부분의 부권소송권한은 주법률과 연방법률에서 직접적으로 주어지며 보통법상의 원고적격(standing)이라는 논의는 비중이 낮아짐.
- 독점규제 관련 연방법에서도 주 법무장관에게 부권소송으로 연방법률 위반으로 인한 주민의 손해배상청구소송을 제기하도록 하고 있음.
 - Clayton 법 제4조⁷⁰⁾에서는 Sherman 법 위반으로 인해 주민들이 손해를

67) Margaret H. Lemos, op.cit. p.507.

68) 이상윤, 집단소송에 있어서 판결의 효력, 서울대학교 금융법센터, BFL 제8호 (2004), 48면.

69) 중앙대산학협력단, 앞의 보고서, 139-142면 참조.

70) Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act of 1976 (15 U.S.C 15c).

입은 경우 주 법무장관이 주민을 대신해 금전적인 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있음.

- Clayton 법상 부권소송은 ① Sherman 법 위반행위에만 해당하며, ② 자연인(natural person)에게 발생한 손해에 한정하고, ③ 간접구매자를 위한 부권소송은 제기가 불가능하며, ④ 부권소송이 제기되는 그룹의 구성원에게 제외신고(opt out)의 기회를 부여할 것과, ⑤ 부권소송을 통한 확정 판결 후에 자연인들은 Clayton 법 제4조에 의거한 손해배상 소송을 별도로 제기할 수 없고, ⑥ 손해배상액 산정시 다른 소송을 통해 이미 배상받은 부분은 제함과 ⑦ 부권소송의 합의는 반드시 법원의 허가를 받아야 한다고 규정함.

② 부권소송과 집단소송의 관계

- 부권소송과 집단소송은 공통적인 측면이 많은데, 광범위한 손해배상을 목적으로 하고, 피고들의 위법한 행위를 규제하며, 주의 시민들이 입은 손해에 집중함. 사실상 부권소송과 집단소송은 함께 진행되며, 공익·사익 변호사는 모두 공통의 구제책을 고안함.
- 따라서 부권소송과 집단소송이 동시에 제기되는 경우는 법원의 판단에 의하여 적절한 관할법원으로 이송하거나 소제기 내용을 조정하기도 함.

제4장 EU와 회원국 경쟁당국의 제재 현황

I. 개괄

- EU는 1957년 로마조약(Treaty of Rome)에서 출발하여 1993.1.1에 발효된 「유럽연합 창설조약」(Treaty establishing the European Union; TEU) 즉 마스트리히트 조약(Treaty of Maastricht)에 의해 기존의 경제분야 협력(1st pillar) 이외에 외교 및 안보(2st pillar), 내무 및 사법(3st pillar) 분야로 확대되어 소위 말하는 '3주 체제'를 형성함으로써 유럽 연합(European Union; EU)으로 통칭되게 되었음.
- 리스본 조약(Lisbon Treaty)에 따라 조약 제101조와 제102조가 EU 경쟁법의 주축을 형성하고 있고 각 회원국들이 거의 동일한 형태의 개별 경쟁법을 제정하여 집행하고 있음.
- 그 외에도 유럽의회 및 이사회와 위원회는 규칙(regulation)을 제정하고, 지침(directive)을 발하고, 결정(decision)을 채택하고, 권고(recommendation)를 행하며, 의견(opinion)을 제시할 수 있음.
 - 규칙(regulation)은 모든 회원국을 구속하며 직접 적용이 되기 때문에 이를 편입하기 위한 국내입법절차가 없이 각 회원국을 직접 구속함.
 - 지침(directive)은 추구하는 목적에 대해 각 회원국을 구속하지만 형식과 수단에 관하여는 회원국 법집행당국에 맡겨져 있음. 따라서 이를 집행하기 위한 별도의 국내입법절차가 필요함.
 - 결정(decision)은 그것이 내려지는 당사자에 대해 구속력이 있음.
 - 권고(recommendation)와 의견(opinion)은 구속력이 없음.

- EU 경쟁법은 EU 차원에서 경쟁법을 집행하는 EU Commission 뿐만 아니라 각국 경쟁당국(National Competition Authorities, NCAs)⁷¹⁾ 및 각국 법원이 공동으로 집행하는 분권화된 시스템임.⁷²⁾
 - 따라서 EU 경쟁법은 EU 차원에서의 집행뿐만 아니라 개별 회원국의 법 집행을 아울러 살펴볼 필요가 있음.
 - 실체법적 내용은 대동소이하지만 절차법적 내용은 각국의 법률시스템에 따라 차이가 있기 때문에 각국별 법률시스템을 고려하여야 함.
- 본 보고서에서는 EU 차원의 경쟁법 집행을 먼저 살펴본 후 EU 회원국들 중에서도 경쟁법 집행이 비교적 활발하다고 평가받고 있는 영국과 독일의 경쟁법 집행에 대하여 살펴보고자 함.

II. EU

1. 개요

1) EU Commission과 국내 경쟁당국과의 관계

○ 근거 규정

- Regulation 1/2003에서는 이러한 내용들을 자세하게 규정하고 있고, Network Notice⁷³⁾에서 추가적인 사항을 규정하고 있는데, 2014년 EU Commission은 Regulation 1/2003이야말로 EU 경쟁법을 각국 경쟁당국들

71) 예컨대 영국의 NCA는 Competition and Market Authority(CMA)임.

72) Barry J Rodger and Angus MacCulloch, Competition Law and Policy in the EU and UK, 5th Edition, Routledge, 2015, pp.32-37.

73) Competition Notice on co-operation within the Network of Competition Authorities [2004] OJ C101/43.

과 각국 법원이 직접 적용할 수 있게 해 준 획기적인 개혁(a landmark reform)이라고 평가한 바 있음.⁷⁴⁾

- Regulation 1/2003 제11조에서는 EU Commission과 각국 경쟁당국의 공동 관할권에 대해 명시하고 있음.
- Regulation 1/2003 제13조에서는 법집행의 효율성을 도모하고 중복조사를 막기 위해 한 국가의 경쟁당국이나 EU Commission이 조사를 개시하는 경우 다른 국가의 경쟁당국이나 EU Commission은 조사를 중지하거나 종결하도록 하고 있음.
- 통상 여러 국가에 걸쳐있거나 EU 차원의 이해관계가 걸린 사안은 EU Competition이 조사를 함.

○ ‘단일의 적격 기관’ (a single well-placed authority) 원칙

- 통상은 조사를 시작한 기관이 사건을 종결하게 되지만 조사기관의 재할당(reallocation)이 이루어지기도 함.
- ‘단일의 적격 기관’ (a single well-placed authority) 원칙에 따르게 되는데 이를 결정하는 기준은 다음과 같음⁷⁵⁾.
- 문제가 되는 반경쟁행위가 상당히 현실적 또는 예측가능한 효과를 미치며 집행되거나 시작된 지역
- 어느 기관이 가장 효과적으로 범위반행위를 중지하고 제재를 가할 수 있는지 여부

74) EUROPEAN COMMISSION, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL, “Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives” , 2014.

75) Network Notice, para 7, 8.

- 어느 기관이 범위반을 입증할 수 있는 증거를 수집할 수 있는지 여부

○ ECN의 역할

- 분권화된 법집행시스템을 조정하기 위한 장치 중의 하나는 European Competition Network(ECN)임.

2) EU 경쟁법과 국내법과의 관계

- EU 경쟁법과 국내법이 상충되는 경우 양자의 관계가 문제될 수 있음.
- 기본원칙은 ‘EU법 우선원칙’ (Supremacy of EU law, Doctrine of Precedence)인데 Von Gend en Loos 사건과 Costa v. ENEL 사건에서 확립되었음.
- 사례 : Walt Wilhelm v Bundeskartellamt 사건
 - 하나의 가격카르텔 사건에서 EU Commission과 독일 경쟁당국인 Bundeskartellamt 가 각각 조사를 진행하고 있던 중 Bundeskartellamt 가 EU Commission과 중복적으로 조사를 할 수 있는지 문제가 됨.
 - EU 법원은 독일의 Bundeskartellamt가 중복조사 및 제재를 내리는 것은 가능하지만 EU Commission이 부과할 수 있는 제재수준을 감안하여 제재를 내려야 한다고 결정함.⁷⁶⁾

76) Case 14/68 [1969] ECR.

2. EU 집행위원회(EU Commission)에 의한 제재

1) 시정명령(Decision)

① 근거 규정

○ 집행규칙(Regulation 1/2003) 제7조 제1항

- 집행위원회가 EU 조약 제101조 및 제102조의 위반사실이 있다고 판단하는 경우, 결정(decision)에 의해 사업자나 사업자단체가 그러한 범위반행위를 중지하도록 명령할 수 있음.

< Council Regulation (EC) No 1/2003 >

제7조

Finding and termination of infringement

1. Where the Commission, acting on a complaint or on its own initiative, finds that there is an infringement of Article 81 or of Article 82 of the Treaty, it may by decision require the undertakings and associations of undertakings concerned to bring such infringement to an end. For this purpose, it may impose on them any behavioural or structural remedies which are proportionate to the infringement committed and necessary to bring the infringement effectively to an end. Structural remedies can only be imposed either where there is no equally effective behavioural remedy or where any equally effective behavioural remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy. If the Commission has a legitimate interest in doing so, it may also find that an infringement has been committed in the past.

- EU Commission의 시정조치는 피심인에게 송부한 이의고지서에 기재된 사항에 한정되어야 하고 그 이외의 행위에 대해서 피심인에게 불리한 결정을 할 수 없음.

② 시정명령의 유형

- EU Commission은 범위반행위에 비례하고 이를 효과적으로 종료시킬 수 있는 행태적(behavioral) 또는 구조적(structural) 시정조치를 부과할 수 있음(집행규칙 제7조 제1항). 다만, 구조적 시정조치는 동일한 효과를 갖는 다른 행태적 조치가 없거나 그것이 사업자에 대하여 오히려 더 부담이 되는 경우에 한하여 부과할 수 있음.
- 시정명령의 대부분은 행태적인 명령이고 구조적인 명령이 내려지는 경우는 예외적인 경우로서 흔하지 않음.
- EU Commission은 정당한 이익(legitimate interest)이 있는 경우에는 설령 범위반행위가 이미 종료된 경우에도 과거에 범위반행위가 존재하였음을 결정할 수도 있음(집행규칙 제7조 제1항 제4문).
- 사례 : Morgan Stanley/Visa International and Visa Europe 사건에서 범위반행위는 2006년에 종결되었고 모건스탠리는 비자와 합의를 하면서 소장을 철회하였음. 그럼에도 불구하고 EU Commission은 제대로 작용하는 단일카드 지불시장을 위해서는 관련시장에서의 사업자들의 반경쟁적인 행위를 용인해서는 안되며 EU Commission은 과징금을 부과하고자 하였기 때문에 적법한 이익이 있다고 판시하였음.⁷⁷⁾

77) 정세훈, 앞의 보고서, 46면 참조.

③ 시정명령의 구체적인 사례

- 거래거절 또는 라이선스거절 사안에서 거래 또는 라이선스를 하도록 하는 의무부과명령
- 가격차별, 차별적 가격할인이나 약탈적 가격책정사안에서 객관적인 보수에 합당할만한 가격을 보장하도록 하거나 가격차별, 차별적 가격할인이나 약탈적 가격을 금하는 금지명령
- 광범위한 경쟁법 컴플라이언스 프로그램의 이행의무 부과명령
- 시장지배적지위남용행위에 대하여 당행위의 금지명령 뿐만 아니라 시장지배적사업자의 경쟁사들의 경쟁적 지위를 저해하는 행위 금지명령

④ 적극적 작위명령 여부

- 현행 집행규칙(Regulation 1/2003)이 제정되기 이전의 구 집행규칙상 EU Commission이 적극적인 작위명령을 할 수 있는지 명확하지 않았기 때문에 그 가능 여부가 논란이 된 적이 있었지만, 종전의 판례상 가능한 것으로 보았음.
- Commercial Solvents 사건에서 시장지배적사업자가 거래를 거절한 행위가 문제로 되었는데, EU Commission는 거래를 행하도록 명하였으며 유럽사법재판소 역시 이를 수용하였고⁷⁸⁾ 그 후 MS 사건을 비롯한 다수의 사건에서 EU Commission은 적극적 작위명령을 내렸음.
- 현행 집행규칙 제7조 제1항은 “범위반행위에 비례적이고 범위반행위를 종결시키기 위해 필요한 모든 행태적 조치”⁷⁹⁾라고 규정함으로써 동일

78) Cases 6, 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp v. EC Commission, [1974] ECR 223.

한 해석이 타당할 것임.

- 다만 적극적 작위명령이 무한정 인정되는 것은 아님.
- Automec v. Commission 사건에서 제1심 법원은 적어도 범위반을 종결시킬 수 있는 다른 수단이 있는 경우에는 다른 기업과 계약관계를 체결하도록 하는 시정조치는 명할 수 없다고 판시하였음⁸⁰⁾.
- 경쟁자간 담합이 문제로 된 Atlantic Container Line AB v. Commission 사건에서 제1심 법원은 EU Commission의 시정조치 중 가격합의를 금지하는 명령은 수용하였지만 고객들에 대하여 계약을 재협상할 수 있다는 내용으로 통지하도록 명령한 것은 범위반행위를 종료시키는데 필요한 범위를 초과한 것이라는 이유로 취소하였음.⁸¹⁾

⑤ 동의명령(Commitments Decisions)

- 집행규칙 제9조 제1항은 EU Commission이 범위반사실을 종료시키도록 하는 결정을 내리고자 하고 피심인이 EU Commission이 예비적 심사 (preliminary assessment)를 통해 표출한 우려를 해소할 수 있는 시정약속을 제안하는 경우에 EU Commission은 더 이상 범위반 여부를 판단하지 않고 결정으로써 당해 피심인이 당해 시정약속에 구속되도록 할 수 있다고 규정함.
- 다만, 집행규칙 Recital 13은 EU Commission이 과징금을 부과하고자 하는 사건에서는 시정약속결정이 적절하지 않다고 규정하고 있으므로 경성카르텔 사건 등에서는 사용되지 않음.

79) “For this purpose, it may impose on them any behavioral ... remedies which are proportionate to the infringement committed and necessary to bring the infringement effectively to an end.” (Regulation 1/2003, Article 7(1)).

80) Case T-24/90 [1992] ECR II-2223.

81) Case T-395/94 [2002] ECR II-875.

- 카르텔사건 합의(settlement for cartel cases)와의 차이점

- 카르텔사건 합의는 별개의 합의적 사건처리절차로서 2008년 제정된 ‘카르텔사건 합의절차에 관한 집행위원회 규칙’ (Commission Regulation 622/2008 as regards the conduct of settlement procedure in cartel cases)(July 1, 2008) 및 ‘집행규칙상 범위반결정 및 과징금 부과와 관련된 합의절차에 대한 집행위원회 고시’ (Commission Notice on the conduct of settlement procedure in view of the adoption of decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation 1/2003) (July 2, 2008)가 제정됨에 따라 새로이 도입된 제도임.
- 이는 카르텔사건과 같이 과징금이 부과되는 사건에는 사용될 수 없는 동의명령과는 달리 카르텔사건에서 EU Commission이 정식으로 이의고지서를 송부하거나 청문절차를 통하여 사실관계, 위법성 및 과징금의 액수 등에 대한 다툼 없이 간략한 절차만을 거쳐 피심인이 위반행위 및 과징금의 액수에 대한 EU Commission의 의견을 수용함으로써 EU Commission은 카르텔사건을 신속하게 해결하고 피심인은 10% 한도의 과징금 감면혜택을 받을 수 있음.⁸²⁾

2) 과징금

① 기본성격

- EU Commission은 각종 경쟁법 위반행위에 대한 금전적 제재로서 과징금을 부과할 수 있는데 형사별적 성격을 가지는 것이 아니며(집행규칙 제23조 제5항), 사업자에게만 부과할 수 있고 사업자가 아닌 개인에 대해서는 부과할 수 없음.

82) 손상수, EU 카르텔 Settlement Procedure 소개, 경쟁저널 제144호, 2009. 5, pp. 28-43 참조.

- 집행규칙 제23조 제5항에서는 European Commission이 부과하는 과징금 부과명령(fining decision)은 형사적인 성격이 아니라(‘shall not be of criminal nature’)고 명시하고 있음.

② 주요 내용

○ 일반원칙

- 고의 또는 과실로 다음과 같은 실체법적 위반행위를 범한 사업자 또는 사업자단체에 대해서 직전사업년도 총매출액의 10%를 초과하지 않는 범위 이내에서 과징금을 부과할 수 있음(동 규칙 제23조 제2항)
 - (a) EU 조약 제101조 및 제102조의 위반행위
 - (b) 임시조치를 명한 EU Commission 결정을 위반한 경우
 - (c) 시정약속결정을 이행하지 않는 경우
- ‘고의’는 조약규정 등을 위반하고자 하는 의도가 아니라 예컨대, 경쟁을 제한하고자 하는 의도를 의미함. 따라서 조약규정 등을 알지 못했다고 할지라도 경쟁을 제한하고자 하는 의도가 있었으면 고의가 인정됨.⁸³⁾
- 과징금의 산정과 관련하여 집행규칙은 범위반행위의 중대성(gravity)과 기간(duration)을 고려하도록 규정하고 있을 뿐이므로(동 규칙 제23조 제3항) EU Commission은 과징금 산정과 관련하여 재량권 행사에 대한 비판이 제기되었음.
- 이에 대응하여 EU Commission은 1998년 과징금의 부과에 관한 세부사항을 정하기 위해 가이드라인을 제정하였고, 다시 2006년에는 그 투명성을

83) Case 19/77, Miller International Schallplatten GmbH v. Commission, [1978] ECR 131.

제고하기 위해 종전의 가이드라인을 보완한 새로운 가이드라인 (Guidelines on the Method of Setting Fines Imposed Pursuant to Article 23(2)(1) of Regulation No. 1/2003 [2006] OJ C 210/2)을 제정하였음.

○ 과징금 부과 가이드라인의 주요 내용

- 동 가이드라인에서는 기본 과징금액을 정한 뒤, 가중요소 및 감경요소를 감안하여 조정하는 2단계 산정절차를 규정하고 있지만 구체적으로 각종 고려요소들을 감안하는데 있어서 더 구체적인 기준을 제시하고 있음.
- 기본과징금액은 범위반행위와 관련된 상품 등의 매출액 중 범위반행위의 중대성에 따라 일정 비율을 산정하고, 다시 위반행위의 기간(년 수)을 곱하여 결정함.
- 관련된 상품의 범위를 정하기 위해 엄밀하게 관련시장을 확정할 필요는 없고,⁸⁴⁾ 위반행위의 중대성에 따른 비율은 개별 사안에 따라 결정하는데 대체로 30% 이내에서 결정됨. 또한 추가적인 억제적 효과를 위해서 기본과징금액의 15~25%가 소위 ‘entry fee’로서 산정됨.
- 기본 과징금액이 결정되면 다양한 가중사유 및 감경사유를 고려하여 부과 과징금액을 산정함.
- 위 가이드라인은 가중사유로서 반복적인 범위반사실, EU Commission의 조사에 대한 비협조, 범위반행위의 주도 또는 교사 등을 규정하고, 감경사유로서 조사가 개시된 후 즉시 범위반행위를 중단한 사실(비밀리에 이루어진 카르텔 등에는 적용되지 않음), 고의 없이 과실로 행한 경우, 범위반행위에서 제한적인 역할을 수행한 경우, 리니언시 고시가 적용되지 않는 조사협조, 공공기관 또는 입법에 의해 범위반행위가 승인되거나 조장된 경우 등을 규정하고 있음.

84) Case T-48/02 Brouwerij Haacht NV v. Commission [2005] ECR II -5259.

- 예외적인 경우 과징금을 납부할 경우 경제적 생존에 위협을 받을 정도의 상황을 과징금을 산정함에 있어서 고려할 수 있지만 경쟁법 자율준수 프로그램을 운영하는 사실⁸⁵⁾ 또는 피해자에게 배당한 사실⁸⁶⁾ 등은 반드시 감경사유로 고려할 필요가 없음.
- 고의 또는 과실로 다음과 같은 절차법적 위반행위를 범한 사업자 또는 사업자단체에 대해서도 직전사업연도 총매출액의 1%를 초과하지 않는 범위 이내에서 과징금을 부과할 수 있음(동 규칙 제23조 제1항).
 - EU Commission의 단순정보요구(응할 의무가 없는)에 대하여 부정확하거나 오인적 정보를 제공하는 경우
 - EU Commission의 결정에 의한 조사에 대하여 부정확하거나 오인적 정보를 제공하거나 또는 기한 내에 정보를 제공하지 않는 행위
 - EU Commission의 현장조사에 대하여 제출요구된 관련 장부나 기록을 불완전한 형태로 제출하거나 결정에 의한 현장조사에 불응하는 경우
 - EU Commission이 현장조사에서 설명을 요구한데 대하여 불완전하거나 오인적 답변을 하거나 그러한 답변을 기한 내에 정정하지 못하거나 조사의 대상이나 목적에 관한 사실에 대한 질문에 완전한 답변을 제출하지 못한 경우
 - EU Commission 직원이 현장조사에서 행한 봉인을 훼손한 경우

3) 형사벌

- EU의 성격상 형사벌 조항은 없음. 하지만 회원국들은 각국의 법적 근거

85) Case T-329/01 Archer Daniels Midland Co. v. Commission [2006] ECR II -3255.

86) Case T-59/02 Archer Daniels Midland Co. v. Commission [2006] ECR II -3627.

가 있는 경우 자국법에 따라 형사벌을 부과할 수 있음.

4) 손해배상

- 경쟁법 위반으로 인한 손해배상은 회원국 각국의 민사절차에 따라 이루어지는데 EU Commission은 각 회원국들이 EU 경쟁법을 적극적으로 집행하여 역할분담을 하고자 하여 왔음.
- 특히 경쟁당국에 의한 공적인 집행뿐만 아니라 사적인 집행을 적극 장려하고 있으며 Regulation 1/2003 제15조에서는 각 회원국 법원과의 협조관계에 대해서, 제16조에서는 EU 경쟁법의 통일적인 적용에 대해 규정하고 있음
 - 예컨대 EU Commission의 결정이 각 회원국 법원에 대해 구속력이 있기 때문에 손해배상소송을 제기하고자 하는 기업은 그러한 결정을 근거로 소송을 제기할 수 있음.
- 2014년에 EU는 손해배상지침(Damages Directive)⁸⁷⁾을 제정하여 손해배상의 기본적인 원칙을 천명하였고 각 회원국이 2016년 안으로 집행하도록 하였음.
 - 제4조에서 기본원칙을 밝히고 있는데, 피해배상에 효과적이고 공평한 국내 소송절차를 마련하여야 한다고 규정함.

< 손해배상지침 >

87) Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union

제4조

Principles of effectiveness and equivalence

In accordance with the principle of effectiveness, Member States shall ensure that all national rules and procedures relating to the exercise of claims for damages are designed and applied in such a way that they do not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the Union right to full compensation for harm caused by an infringement of competition law. In accordance with the principle of equivalence, national rules and procedures relating to actions for damages resulting from infringements of Article 101 or 102 TFEU shall not be less favourable to the alleged injured parties than those governing similar actions for damages resulting from infringements of national law.

○ 2013년에 EU는 집단손해배상을 위한 권고(Recommendation)⁸⁸⁾를 채택하여 각 회원국이 적극적으로 집단손해배상 절차를 마련할 것을 촉구하였음.

- 제1조에서 목적을 규정하고 있는데 집단적인 피해가 있는 경우 법원을 통해 범위반행위 중지 및 피해보상을 가능하게 하고 소송남발을 막을 수 있는 절차적 보장을 마련하기 위한 것임.
- 제2조에서는 기본원칙을 밝히고 있는데, 각 회원국의 사법절차를 존중하면서도 EU 차원에서 통일된 절차를 마련하고자 하는 것임.

< 집단손해배상 권고 >

1. The purpose of this Recommendation is to facilitate access to justice,

88) Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law

stop illegal practices and enable injured parties to obtain compensation in mass harm situations caused by violations of rights granted under Union law, while ensuring appropriate procedural safeguards to avoid abusive litigation.

2. All Member States should have collective redress mechanisms at national level for both injunctive and compensatory relief, which respect the basic principles set out in this Recommendation. These principles should be common across the Union, while respecting the different legal traditions of the Member States. Member States should ensure that the collective redress procedures are fair, equitable, timely and not prohibitively expensive.

Ⅲ. 회원국 경쟁당국에 의한 제재

1. 영국

1) 개요

- 영국은 EU 회원국 중 경쟁법 집행이 활발한 국가로서 2000.3.1. 경쟁법 집행이 시작된 이후 최근까지 상당한 변화를 겪고 있음.
- 실체법으로서의 경쟁법은 Competition Act 1998인데 제1장(The Chapter I)은 경쟁제한적인 합의를 금지하고 제2장(The Chapter II)는 시장지배력의 남용을 금지하고 있음.

- TFEU 제101조와 제102조에 상응하는 규정임.

- 기업법(The Enterprise Act 2002)은 기업결합에 대한 규정과 경성카르텔에서 개인에 대한 형사적 제재, 기업이사의 실격 제도 등을 도입하였음. 그리고 2013년 「기업 및 규제 개혁법」(The Enterprise and Regulatory Reform Act 2013)은 기업법을 추가로 수정하여 법집행을 강화하였음.
- 「The Consumer Rights Act 2015」는 반경쟁행위로 인해 피해를 입은 사적 당사자의 권리를 강화하였음.
- 경쟁법을 집행하는 기관은 CMA(Competition and Markets Authority)인데 2013년 The Enterprise and Regulatory Reform Act에 의해 설립되었음.
- 사건 수로만 본다면 2015.2.6.까지 제1장 위반사건이 34건, 제2장 위반사건이 5건에 불과함.⁸⁹⁾
 - 하지만 영국은 유럽 회원국 중에서도 경쟁법 제정이 빨랐고 개인에 대한 형사적 제재를 도입하였으며 최근에는 소비자피해 구제를 위한 제도 개선에 적극적임.
- 여기에서는 영국의 경쟁법에 대해 망라적으로 살펴보기보다는 비교법적인 시사점을 얻기 위해 영국 경쟁법의 특징적인 내용을 위주로 살펴봄.

2) 개인에 대한 형사벌

<p>< 기업법(The Enterprise Act) ></p> <p>제188조 Cartel offence</p>
--

89) Richard Whish & David Bailey, Competition Law, 8th ed., Oxford, 2015, p.397.

- (1) An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B).
- (2) The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would—
- (a) directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service,
 - (b) limit or prevent supply by A in the United Kingdom of a product or service,
 - © limit or prevent production by A in the United Kingdom of a product,
 - (d) divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers,
 - (e) divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service, or
 - (f) be bid-rigging arrangements.

○ 2002년 기업법(Enterprise Act 2002)에 의해 경성카르텔 위반행위의 억제력 제고를 위해 개인에 대한 형사처벌 조항이 신설되었음.

○ 2013 「기업 및 규제 개혁법」(Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, ERRA) 제47조는 ‘dishonestly’ 요건을 삭제하였음.⁹⁰⁾

- 종래 ‘dishonestly’ 요건은 주관적 요소와 객관적 요소가 모두 요구되는 것으로 해석되어 왔는데, 일반인(ordinary people)의 관점에서 부정한지 여부와 피고인의 관점에서 부정한지에 대한 인식이 있었는지 여부임.⁹¹⁾

90) 첨부 참조.

91) 이것은 영국 형법상의 Ghosh 기준(Ghosh test)인데 카르텔 범죄에 있어서도 그 대로 적용됨.

- 카르텔 사건에서 부정하계를 요구할 필요가 없고 부정하계의 개념은 법적으로 명확한 개념이 아니라는 이유로 ‘dishonestly’ 요건이 삭제됨.
- 즉 입증책임을 완화하여 카르텔 규제를 강화하기 위한 것으로 이해할 수 있음.
- 결국 입증되어야 하는 것은 첫째 법에 정해진 경성카르텔 유형의 합의가 이루어졌다는 점과 둘째 피고가 그것을 알고 있었다는 점임.

3) 이사실격명령(Competition Disqualification Order, CDO)

< 기업법(The Enterprise Act) >

제9A조 Competition disqualification order

- (1) The court must make a disqualification order against a person if the following two conditions are satisfied in relation to him.
- (2) The first condition is that an undertaking which is a company of which he is a director commits a breach of competition law.
- (3) The second condition is that the court considers that his conduct as a director makes him unfit to be concerned in the management of a company.
- (4) An undertaking commits a breach of competition law if it engages in conduct which infringes any of the following—
 - (a) the Chapter 1 prohibition (within the meaning of the Competition Act 1998) (prohibition on agreements, etc. preventing, restricting or distorting competition);
 - (b) the Chapter 2 prohibition (within the meaning of that Act) (prohibition on abuse of a dominant position);
- (6) This subsection applies to a person if as a director of the company

-
- (a) his conduct contributed to the breach of competition law mentioned in subsection (2);
 - (b) his conduct did not contribute to the breach but he had reasonable grounds to suspect that the conduct of the undertaking constituted the breach and he took no steps to prevent it;
 - © he did not know but ought to have known that the conduct of the undertaking constituted the breach.

○ 이사결격명령 제도는 다른 나라에서는 찾아보기 어려운 제도로서 범위 반에 관여한 이사가 더 이상 경영에 참여하지 못하도록 하는 제도임.

- 이 제도의 목적은 경쟁법 위반 시 기업의 이사에겐 실질적인 타격을 줌으로써 범위반행위를 하지 않도록 주의를 줄 수 있다는 것임.

○ 이사결격명령 제도는 1986년 기업이사결격법(Company Directors Disqualification Act 1986)을 2002년 기업법(Enterprise Act 2002)으로 개정한 것임.

○ 기업의 이사가 기업의 경쟁법 위반에 책임이 있다고 판단하면 OFT(지금은 CMA)가 법원에 신청을 하고 법원은 신청을 심사한 후 타당하다고 판단하면 당해 이사가 더 이상 기업의 경영에 관여하지 못하도록 명령을 내릴 수 있음.

○ 하지만 이 제도의 문제점으로는 다음과 같은 것들이 있을 수 있음.⁹²⁾

- 이사들에게만 적용이 되고 이사가 아니면서도 범위반에 실질적으로 관

92) Peter Whelan, *The Criminalization of European Cartel Enforcement*, Oxford University Press, 2014, p.76.

여한 직원들에게는 적용이 되지 않음.

- 정년이 얼마 남지 않은 이사에게는 실효성이 적고 이사결격이 되더라도 회사가 피해를 보상해 준다면 실효성이 적을 수 있음.
- 가족회사인 경우 이사로서의 자격을 잃는다 하더라도 가족 구성원으로서 여전히 회사경영에 실질적으로 관여할 수 있다는 점임.
- 형사처벌인 징역형보다는 범위반 억지력이 부족할 수 있다는 점임.

4) 집단대표소송(Representative Proceedings)

〈 소비자보호법(The Consumer Rights Act 2015) 〉

제47B조 Collective proceedings before the Tribunal

- (1) Subject to the provisions of this Act and Tribunal rules, proceedings may be brought before the Tribunal combining two or more claims to which section 47A applies (“collective proceedings”).
- (2) Collective proceedings must be commenced by a person who proposes to be the representative in those proceedings.
- (3) The following points apply in relation to claims in collective proceedings—
 - (a) it is not a requirement that all of the claims should be against all of the defendants to the proceedings,
 - (b) the proceedings may combine claims which have been made in proceedings under section 47A and claims which have not, and
 - (c) a claim which has been made in proceedings under section 47A may be continued in collective proceedings only with the consent of the person who made that claim.

- (4) Collective proceedings may be continued only if the Tribunal makes a collective proceedings order.
- (5) The Tribunal may make a collective proceedings order only—
 - (a) if it considers that the person who brought the proceedings is a person who, if the order were made, the Tribunal could authorise to act as the representative in those proceedings in accordance with subsection (8), and
 - (b) in respect of claims which are eligible for inclusion in collective proceedings.
- (6) Claims are eligible for inclusion in collective proceedings only if the Tribunal considers that they raise the same, similar or related issues of fact or law and are suitable to be brought in collective proceedings.

- 「The Consumer Rights Act 2015」는 1998년 경쟁법을 개정하여 집단소송제도를 도입하였음.
- EU 회원국 중에서는 선도적으로 집단소송제도를 도입한 것으로서 EU 「손해배상소송 지침」(Directive on Antitrust Damages Actions)에서는 각 회원국이 집단손해배상 제도를 도입하도록 요구하고 있지는 않음.⁹³⁾
- 이와 관련된 주된 조항은 1998년 경쟁법 제47조B와 제47조C 임
 - 집단의 대표(representative)가 경쟁항소법원(CAT)에 소송을 제기하여야 하고 opt-in 과 opt-out 방식 모두 가능함.

93) DIRECTIVE 2014/104/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union
 Preamble (13) “This Directive should not require Member States to introduce collective redress mechanisms for the enforcement of Articles 101 and 102 TFEU.”

- 경쟁항소법원은 집단소송절차를 개시하기 위해 집단소송절차 명령 (Collecting Proceedings Order; CPO)를 발할지 결정함.
- 최근의 판결로서 2017년 Merricks v Mastercard Inc 사건에서 경쟁항소 법원은 집단소송절차개시명령을 발하지 않았음.
- 아직까지는 이 제도가 시행된 지 얼마 되지 않았기 때문에 향후 이 제도가 얼마나 활성화될 수 있을지는 현 단계에서는 단정하기 어려움.

2. 독일

1) 개요

- 독일에서는 2차 대전 이후 많은 논쟁을 거쳐 1957년에 경쟁제한방지법 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)이 제정되었고 다음 해인 1958년부터 발효되었으며 미국 Sherman 법의 영향을 많이 받았음.
- 또한 1909년에 제정된 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)도 중요한 역할을 하고 있음.
 - 경쟁제한방지법과는 달리 주로 부정경쟁행위로 피해를 입거나 입을 가능성이 있는 자의 민사소송을 통해 집행되고 과징금이나 벌금 등의 공적인 제재는 부당광고나 영업비밀 침해, 기술유용행위 등에 국한됨.
- 경쟁제한방지법의 가장 최근의 개정은 2017.6.1. 개정인데 EU의 손해배상 지침(Directive 2014/104/EU)의 이행을 계기로 이뤄졌으나, 그 외 기업결합심사 적용대상 확장, 과징금 집행에서의 문제점 개선, 디지털 마켓 등 경쟁법 전반에서 중요한 변화들이 이뤄졌음.

- 실제적인 조항은 TFEU 제101조 및 제102조와 대동소이함.

< 경쟁제한방지법 >

제1조 경쟁제한적 합의의 금지

경쟁의 방지, 제한, 왜곡하는 목적이나 효과를 지닌 사업자들 간의 합의, 사업자단체의 결정, 동조적 행위(concerted practices)는 금지된다.

제19조 시장지배적사업자 금지행위

- (1) 하나 또는 복수의 사업자에 의한 시장지배적지위의 남용행위는 금지된다.

- 경쟁제한방지법에서는 제20조에서 상대적 또는 우월적 시장력 남용을 금지하고 있는데 공정거래법상 거래상지위남용과 유사한 목적을 가지고 있음.

- 우월적 지위란 경쟁사업자 간에 비대칭적인 힘의 분배를 규제하려는 취지로서 선도적인 사업자는 실질적인 경쟁압력을 받지 않을 수 있기 때문임.⁹⁴⁾

- 실제법적인 규정은 EU 회원국이기 때문에 기본적으로 TFEU와 대동소이한 반면 절차법적인 규정은 독일 법제의 특성이 그대로 반영되고 있음.

- 예를 들어 경쟁제한방지법은 연방카르텔청 뿐만 아니라 연방경제에너지부나 주 카르텔청 등 여러 기관이 집행에 관여하고 있음.

- 여기에서는 연구의 목적상 독일 경쟁제한방지법의 전반에 관한 내용보

94) 이봉의, 독일경쟁법, 법문사, 2016, 138-139면.

다는 시정명령, 과태료부과명령 등 제재에 관한 사항을 중심으로 살펴
봄.

2) 시정명령

< 경쟁제한방지법 >

제32조 범위반행위의 중지 및 종결 후의 선언

- (1) 경쟁당국은 사업자나 사업자단체로 하여금 이 법 또는 TFEU 제101조 및 제102조 규정 위반행위의 중지를 명할 수 있다.
- (2) 이를 위해 범위반행위에 비례하고 효과적으로 범위반을 종식시키는데 필요한 모든 행태적 또는 구조적 조치를 명할 수 있다. 구조적 조치는 유효한 행태적 조치가 없거나 행태적 조치가 구조적 조치에 비하여 사업자에게 더 큰 부담을 초래하는 경우에만 부과될 수 있다.
- (3) 적당한 이익이 있는 경우 경쟁당국은 범위반행위가 종료된 이후도 범위반이 행해졌음을 선언할 수 있다.

- 연방카르텔청 등은 범위반행위의 시정을 위하여 필요한 모든 행태적 또는 구조적 시정조치를 명령할 수 있음(제32조 제2항).
- 구조적 조치는 행태적 조치에 대한 보완적인 성격을 지니는데 즉 구조적 조치는 효과적인 행태적 조치가 없거나 행태적 조치가 기업에게 더 큰 부담이 될 수 있는 경우 예외적으로 허용됨.
- 범위반행위가 종료된 후에도 범위반을 확인하는 명령을 내릴 수 있게

한 것은 범위반행위가 반복될 우려가 있음을 염두에 둔 것임.⁹⁵⁾

- 중지명령은 행정절차법 제35조가 정하는 행정행위로서 동법 제37조에 따른 명확성의 요구에 부합하여야 하는데, 완전하고 분명하며 다의적이지 않아야 함.
- 시정명령의 구체적인 내용은 EU Commission의 것과 큰 차이가 없는 것으로 보임.

3) 피해자에 대한 부당이득 반환명령

〈 경쟁제한방지법 〉

제32조

(2a) 범위반행위 중지명령에서 경쟁당국은 범위반으로 인한 이득을 배상하도록 명할 수 있다. 이러한 이득에 포함되는 이익의 규모는 추정될 수 있다.

- 독일 경쟁제한방지법상 시정명령의 특이한 점으로는 부당이득 반환명령을 들 수 있음.
 - 대부분의 경쟁당국에서는 부당이득 반환명령 제도를 두고 있지 않는데 왜냐하면 손해배상적 성격의 명령은 사법부의 고유한 권한으로서 삼권분립의 문제소지가 있기 때문임.
 - 물론 가해자의 동의에 의해 이루어지는 동의명령에서 피해배상명령을

95) 이봉의, 앞의 책, 295면

하는 경우는 동의명령 그 자체의 속성에 기인한 것으로 볼 수 있음.

- 법위반으로 인해 제3자가 피해를 입은 경우 경쟁당국은 법위반사업자로 하여금 피해배상 성격의 부당이득반환을 명하는 명령을 내릴 수 있음
- 반환금액의 정확한 산정이 어렵기 때문에 추정할 수 있음.

4) 경쟁당국의 부당이득 환수명령

- 부당이득 환수명령은 고의나 과실로 경쟁제한방지법 등을 위반한 경우 경쟁당국이 그 부당이득을 국고에 반납하도록 내리는 명령임.
- 경쟁제한방지법 제34조 제2항의 규정은 이 제도가 손해배상이나 제제금 등과 같은 다른 수단의 보조적인 수단임을 나타내어 줌.⁹⁶⁾
 - 따라서 경제적 이익이 손해배상의 지급, 제제금의 부과, 몰수명령, 피해에 대한 배상의 하나에 의해 환수된 경우에는 제1항은 적용되지 않음.
 - 그리고 이익의 환수가 이루어진 이후에 제1문에 따른 손해배상금 등의 납부를 하는 경우 그 금액은 반환받음.
- 이익환수의 시효는 법위반행위 종료일로부터 7년임(동조 제5항).

< 경쟁제한방지법 >

제34조 경쟁당국에 의한 이익의 환수

(1) 사업자가 고의 또는 과실로 이 법 또는 TFEU 제101조 및 제102조 혹은

96) 김종호, 독일 부정경쟁방지법(UWG)와 경쟁제한금지법(GWB)상 이익환수청구 제도의 행사와 그 운영에 관한 연구, 경희법학 제50권 제3호, 2015, pp.8-9.

경쟁당국의 결정을 위반하고 이를 통해 경제적 이익을 얻은 경우 경쟁당국의 그 경제적 이익의 환수를 명령하고 사업자로 하여금 그에 상응하는 금액을 지급하도록 명할 수 있다

(2) 제1항은 경제적 이익이 다음의 하나에 의해 환수된 경우에는 적용되지 않는다.

1. 손해배상의 지급
2. 제재금의 부과
3. 몰수명령
4. 피해에 대한 배상

이익의 환수가 이루어진 이후에 제1문에 따른 납부를 하는 경우 그 금액은 반환받는다.

(3) 이익의 환수가 부당하게 과도한 경우에는 그 명령은 적절한 금액으로 제한되거나 내려지지 않는다. 또한 경제적 이익이 극히 적은 경우에도 내려지지 않는다.

(4) 경제적 이익의 정도는 추산될 수 있다. 지불해야 할 금액은 수치로 특정되어야 한다.

5) 사업자단체에 의한 부당이득환수명령 청구제도

○ 사업자단체에 의한 이익환수제도는 경쟁당국에 의한 이익환수제도의 보충적인 성격을 지니는 것인데 경쟁당국이 이익환수에 소극적인 경우 사업자단체가 이익환수를 요구할 수 있도록 하는 제도임.

- 법에 정한 사업자단체는 부당이득을 국고에 환수하도록 하기 위한 소송을 법원에 청구할 수 있음.

○ 경쟁당국에 의한 이익환수제도는 고의 또는 과실을 요건으로 하지만 사업자단체에 의한 이익환수제도는 고의적인 경우로 제한됨.

< 경쟁제한방지법 >

제34a조 사업자단체에 의한 이익환수

- (1) 제33조 제2항에 의한 금지명령의 자격이 있는 사업자단체는 경쟁당국이 제제금의 부과, 몰수, 배상 또는 제34조 제1항을 통해 경제적 이익 환수 명령을 내리지 않는 이상 고의적으로 제34조 제1항에 의한 범위반을 행하고 그로 인해 다수의 구매자나 공급자의 희생으로 경제적 이익을 얻은 자로 하여금 경제적 이익을 국고에 반납할 것을 요구할 수 있다.

○ 다수의 구매자 또는 공급자 보호가 그 목적이기 때문에 개인은 대상이 되지 않음.

- 다수가 무엇을 의미하는지에 대해서는 일의적으로 말하기 어렵고 상황에 따라 탄력적으로 해석되어야 함.⁹⁷⁾

○ 경쟁당국의 이익환수제도에 대한 보충적인 제도이기 때문에 경쟁당국이 제제금이나 몰수 등을 하지 않는 경우에 한정되는 것임.⁹⁸⁾

6) 동의명령(commitments, 경쟁제한방지법 제32b조)

○ 미국의 동의명령이나 우리나라의 동의의결과 유사한 동의명령을 내릴 수 있는데 이 동의명령을 통하여 일반적인 시정명령보다는 더 다양한 형태의 명령을 내릴 수 있음.

- 경쟁당국이 제제금을 부과할 의도를 가지고 있는 경우 동의명령은 적절

97) 김중호, 앞의 논문, 14면.

98) 부정경쟁방지법에도 부당이득환수 제도가 있는데 세부적인 내용은 다음 참조. 이봉의, 앞의 책, 301-303면

하지 않음.

- 경쟁당국의 개입재량을 제한한다는 의미에서 자기구속적 처분에 해당함.⁹⁹⁾

7) 제재금(Bußgeld)

- 독일 경쟁제한방지법 상 금전적 제재는 ‘Bußgeld’ 인데 우리나라의 과징금과도 성격이 달라서 정확한 번역은 어려움.¹⁰⁰⁾
- 경쟁제한방지법 제81조에서 제재금에 대해 규정하고 있음.
 - 개별적인 경쟁제한행위에 대해 질서위반행위로 규정하여 질서위반법(OwIG)의 절차에 따라 제재금의 액수를 정하도록 하고 있음.
- 제재금의 부과대상은 카르텔뿐만 아니라 시장지배적지위남용행위, 우월한 시장력남용행위, 부당한 방해, 차별취급 등 법 위반행위 전반을 아우르고 있음.
- 제재금의 결정은 위반행위의 중대성과 기간을 고려하여 결정하도록 되어 있지만 전체적으로는 경쟁당국에 폭넓은 재량권이 인정되어 있음.
- 부당한 경제적 이득을 제재금의 형태로 환수할 수도 있지만 위에서 살펴본 별도의 절차인 부당이득 환수절차(경쟁제한방지법 제34조)에 의할

99) 이봉의, 앞의 책, 297면.

100) 행정법 관련 논문에서는 ‘과태료’라 번역하는 경우가 많은데 질서위반에 관련된 제재이고 불복절차가 우리나라의 과태료 절차와 비슷하며 행정적 제재의 일환으로서 연방카르텔청과 같은 행정기관이 부과하는 것이기 때문으로 보임. 연방카르텔청의 홈페이지에서는 영문 법령에 ‘Administrative Fines’으로 되어 있음. 반면 ‘벌금’으로 번역하는 경우도 있고 과징금으로 번역하는 경우도 다수 있음. 여기서는 그냥 ‘제재금’으로 번역하고자 함.

수도 있고 이것은 경쟁당국의 재량에 속하는 문제로 이해됨.

- 세부적인 산정방식은 EU Commission과 비슷한데 기본액 산정 및 조정요소의 고려를 거쳐 결정함.
- 제재금의 상한은 당해 사업자 또는 사업자단체 전 세계 매출액의 10%임.

8) 사소

① 금지명령

- TFEU 제101조 및 제102조 또는 경쟁제한방지법 위반행위로 인해 피해를 입거나 피해가 임박한 경우에는 범위반행위의 중지 또는 재발의 방지를 요구하는 명령을 내려 줄 것을 신청할 수 있음(경쟁제한방지법 제33조).

② 손해배상

- 고의나 과실로 법을 위반하는 경우 손해배상책임을 지게 됨(경쟁제한방지법 제33a조).
- 시장분할이나 가격담합처럼 경쟁제한효과가 명백한 경우는 이러한 위반으로부터 손해가 추정된다는 점이 명문화되었음(경쟁제한방지법 제33a조 2항).
- 다만 이러한 추정은 반증에 의해 번복될 수 있는 추정(refutable presumption)임. 다만 구체적인 손해액은 원고가 입증하여야 함.

- 한편 전가의 항변(passing-on defense)이 명문화되었음.
 - 이에 따르면 만약 간접구매자가 해당 상품 또는 서비스를 경쟁법 위반 행위로 인해 과도해진 가격으로 구매하였다는 점이 인정되는 경우, 직접 구매자가 과다지출된 비용을 간접구매자에게 전가시켰을 것이라는 추정이 적용됨.

- 제33b조에서는 독일 또는 EU 회원국 경쟁당국의 최종결정은 손해배상소송에서 법원을 구속한다고 규정함.
 - 경쟁당국이 범위반으로 판단하면 그 판단을 법원을 구속하는데 손해의 존재라든지 인과관계까지 구속하는 것은 아님.

제5장 일본 경쟁당국의 제재 현황

I. 개괄

- 일본의 독점금지법은 1947년 미군 점령부에 의해 제정된 것인데 2차 대전 발발의 책임이 있다고 판단된 재벌의 해체와 동시에 이루어진 것임.
 - 실체법의 내용은 미국의 Sherman 법과 FTC 법을 모델로 한 것이었으나 하나의 독금법 안에 두 개의 법률 조항을 포함하게 되어 법집행 초기부터 혼선이 있었음.
 - 미국법을 모델로 하였기 때문에 법제정시에는 과징금 제도가 없었으나 1970년대 석유카르텔 사건이후 과징금 제도를 도입하였음.
- 독금법이 제정된 이후 전반적으로 법집행이 강화되어 왔으나 일본의 독금법 집행은 주요 선진국에 비해 상대적으로 소극적인 측면이 있음.
 - 시정조치도 배제조치명령이나 과징금보다는 일본 특유의 정치행정문화 때문에 행정지도에 의존하는 경우가 많았음.
- 카르텔이 아닌 한 과징금이 부과되는 경우가 많지 않고 형사벌도 입찰 담합사건에서 몇 건 정도 이루어지는 것에 불과할 뿐만 아니라 집행절차의 측면에서도 심판절차가 폐지되어 불복절차는 처음부터 법원에서 이루어져야 하기 때문에 범위반이 최종적으로 확정되는데 많은 시간이 소요될 수 있음.
 - 2013년 법 개정으로 심판제도가 폐지되고 의견청취절차가 강화되었는데 그 결과 준사법기관으로서의 성격이 크게 약화됨.

- 배제조치명령과 과징금에 대한 불복절차는 종전의 공정취인위원회 내부의 심판절차가 아니라 법원의 소송절차를 통해 이루어지게 됨.
- 일본의 독금법은 우리나라 공정거래법 제정 및 집행에 많은 영향을 미치고 있기 때문에 공정취인위원회의 집행동향을 주의깊게 살펴볼 필요가 있음.

II. 공정취인위원회(公正取引委員會)에 의한 제재

1. 배제조치명령

1) 요건

① 배제조치명령의 대상

- 일본 독금법 상 범위반행위 전반을 그 대상으로 하는데 배제조치 명령은 미국 FTC의 ‘cease and desist order’ 및 우리나라 공정거래위원회의 시정명령에 해당함.
 - 사적독점, 부당한 거래제한, 부당한 거래제한 또는 불공정한 거래방법에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제적 협정 또는 국제적 계약(독금법 제7조 제1항)
 - 사업자단체 금지행위(독금법 제8조의2)
 - 경쟁제한적 기업결합(독금법 제17조의2)
 - 불공정거래행위(독금법 제20조)

○ 위반행위의 존재 여부

- 독금법 제7조 제1항 등에서는 “위반행위가 있을 때에는” 배제조치명령을 내릴 수 있다고 규정하고 있음.¹⁰¹⁾

< 독금법 제7조 >

- ① 제3조 또는 전조의 규정에 위반하는 행위가 있는 경우에 공정취인위원회는 제8장 제2절에서 규정하는 절차에 따라 사업자에 대하여 당해 행위의 중지, 사업의 일부 양도 기타 이러한 규정에 위반하는 행위를 배제하기 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다.

- 배제조치명령의 일차적인 목적은 현재의 위반행위를 제거하는 것임.
- 하지만 위반행위가 더 이상 존재하지 않더라도 “특히 필요하다고 인정될 때에는” 위반행위 소멸의 확인과 재발의 방지, 경쟁질서 회복을 위한 배제조치명령도 가능함.

< 독금법 제7조 >

- ② 공정취인위원회는 제3조 또는 전조의 규정을 위반하는 행위가 이미 없어진 경우에 있어서도 특히 필요하다고 인정될 때에는 제8장 제2절이 규정하는 절차에 따라 사업자에 대해 당해 행위가 이미 없어졌다는 취지의 주지조치 그 외 당해행위가 배제된 것을 확보하기 위해 필요한 조치를 명할 수 있다. 단 당해 행위가 없어진 날로부터 5년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.

101) 세부적인 규정 내용은 첨부 참조.

② 배제조치명령의 내용

가. 개요

- 구체적인 조치의 내용 경쟁당국으로서 공취위에 상당히 넓은 재량권이 인정되는데 단순히 현존하는 위반행위의 중지 명령뿐 아니라 동종, 유사 위반행위 발생을 예방하기 위해 실제 법 위반행위의 대상이 된 상품이나 역무에 국한하지 않고 배제조치의 내용을 폭넓게 명할 수 있음.

나. 행위유형별 배제조치명령

- 사적독점, 부당한 거래제한, 부당한 거래제한 또는 불공정한 거래방법
 - 위반행위가 현재 행하여지고 있는 때는 “당해행위의 금지, 사업의 일부의 양도, 그 밖에 이들 규정에 위반되는 행위를 배제하기 위하여 필요한 조치” 등을 명할 수 있음(제7조 제1항)
 - ※ 구조적 시정명령인 사업의 일부양도 명령이 규정되어 있지만 실제로 그러한 명령이 내려진 적은 없음.
 - 위반행위가 종료된 경우에는 “당해행위가 이미 사라졌음을 의미하는 취지의 주지(통지)조치 외에 당해행위가 배제된 것을 확보하기 위하여 필요한 조치” 를 명할 수 있음(제7조 제2항)
- 사업자단체금지행위
 - “당해 행위의 중지, 당해 단체의 해산 기타 당해 행위의 배제에 필요한 조치” 를 명할 수 있음(제8조의2 제1항)

○ 경쟁제한적 기업결합

- “주식의 전부 또는 일부의 처분, 영업의 일부 양도 기타 당해 행위의 배제에 필요한 모든 조치” 를 명할 수 있음(제17조의2 제1항).
- “주식의 전부 또는 일부의 처분, 회사임원의 사임 기타 당해 행위의 배제에 필요한 모든 조치” 를 명할 수 있음(제17조의2 제2항).

○ 불공정거래행위

- “당해 행위의 중지, 계약조항의 삭제 기타 당해 행위를 배제하기 위한 조치” 를 명할 수 있음(제20조 제1항)

다. 부작위명령 여부

○ 부작위명령은 위반행위가 반복될 위험이 있어 경쟁질서의 회복 유지를 도모할 필요가 있을 경우에는 장래의 위반행위의 재발을 예방하는 것으로서 독점금지법 제7조 제1항의 ‘위반행위를 배제하기 위하여 필요한 조치’ 에 포함되는 것으로 여겨지고 있음.

- 예컨대 카르텔의 경우 금후의 공동행위의 반복금지가 그 일반적 내용이나 전화연락 등 상호 의사교환을 금지하는 명령을 내릴 수 있음. 과점시장에서 소수 기업 간에 가격에 관한 정보 등을 교환함으로써 용이하게 가격의 공동보조가 취해지는 경우가 많기 때문임.

라. 가격원상회복 명령 여부

< 긍정설 >

부당한 거래제한에 해당하는 행위는 공동으로 사업활동을 구속하는 것과

수행하는 것이므로 일정한 가격으로 판매하는 것을 공동의 인식으로 실천하는 것이 부당한 거래제한임. 따라서 공동의 인식에 근거한 사업활동 수행의 제거, 즉 공동의 인식이 없는 상태로 되돌리는 것에 의하여 당해 위반행위가 배제됨(正田說).

< 부정설 >

가격원상회복명령은 카르텔 가격을 대신하여 가격을 법정하는 것으로서 경쟁정책의 본지에 반하는 것이므로 현행법의 해석으로서 불가능함. 또한, 입법론적으로도 부당한 거래제한의 배제조치로서는 취해야 할 수단이 아님(今村說).

< 법개정설 >

현행법의 해석론으로는 어렵지만 법을 개정하면 가능하다는 견해임. 일정 기간 협정 전의 가격수준까지 판매가격을 인하하는 것을 명하는 가격의 원상회복 명령은 당해 가격의 준수를 명하는 기간을 줄이면 실효성이 없으며, 늘리면 경제실태와 합치하지 않는다는 점, 또 원가의 상승이 있을 경우 이를 고려하여 조정하면 가격에 대한 개입의 색채가 강해진다는 등의 난점이 있는 것은 사실이지만, 경쟁회복의 실효성을 생각하면 법률을 개정하여 채용할 수 있는 제도라는 견해(實方說).

< 실무 >

현재 일본 공정취인위원회는 가격원상회복 명령을 내리기보다는 당사자들이 기존의 가격협정을 파기하고 각자가 가격을 재결정하도록 명령을 내리고 있음.

마. 배제조치명령의 핵심 조항

○ 배제조치명령은 범위반유형별로 다소 차이가 있지만 전형적인 형태는 범위반행위의 중지와 공정취인위원회 보고명령임.

- 사안별로 거래처 통지명령, 재발방지에 필요한 명령 등이 추가되기도 함

○ 예컨대 부당한 거래제한에 대한 전형적인 배제조치 명령은 협정파기명령, 거래처 통지명령, 공정취인위원회 보고명령 세 가지임.¹⁰²⁾

- 우선 현존하는 위법상태를 제거하기 위해 불가결한 위반행위의 금지가 예시적으로 나열되고, 덧붙여 필요에 따라 위반행위를 배제하기 위해 필요한 조치를 취하는데 협정의 파기는 필수적인 내용임.

- 협정의 파기는 상호구속이 소멸하고, 경쟁이 부활하는 것을 목적으로 하는 것이므로 파기의 실효성을 높이기 위한 수단으로서 거래선 등에 대한 주지철저(즉 거래처에게 협정파기 사실의 통지)를 명함.

- 이들 조치의 확실한 이행을 감시하는 것으로서 공정취인위원회에 대한 보고의무가 수반됨.

1. A사, B사 및 C사(이하 ‘3사’ 라 함)는平成○년○일에 행한 ○○제품의 판매가격인상에 관한 합의를 파기하여야 한다.
2. 3사는 다음의 사항을 ○○제품의 거래처 및 수요자에게 통지하여야 한다. 다만, 통지의 방법에 대하여는 공정취인위원회의 승인을 얻어야 한다.
 - (1) 전항의 조치
 - (2) 향후 3사는 공동으로 ○○제품의 판매가격을 결정하지 아니하고 각사가 자주적으로 결정한다는 취지
 - (3) 3사는 제1항 및 제2항에 따른 조치를 이행하고 당 위원회에 보고하여야 한다.

102) 川越憲治, 實務 經濟法講義, 民事法研究會, 2007, 138頁.

③ 배제조치 명령의 사례검토 : 스미토모(住友) 시멘트(주) 외 시멘트 제조업자 7사에 대한 건¹⁰³⁾

○ 사건내용

- 시멘트 제조 8사는 공동으로 이시카와현의 생콘 제조업자용 날개포장 시멘트 판매가격을 인상함으로써 공공의 이익에 반하여 시멘트 제조업자의 이시카와현 생콘 제조업자용 날개포장 시멘트 판매분야의 경쟁을 실질적으로 제한하고 있는데, 이는 독점금지법 제2조 제6항이 규정하는 부당한 거래제한에 해당하여 동법 제3조 후단의 규정(거래제한)에 위반됨.

○ 배제조치명령

- 8사는 1973년 8월 22일 요청을 행하여 동 73년 9월 6일 동의를 얻은 이시카와 생콘크리트 협회와의 날개포장 시멘트 판매가격 인상에 관한 협정을 파기하고, 각기 개별적으로 생콘크리트 제조업자용 날개포장 시멘트의 판매가격을 정하여야 한다.
- 상기 각사는 금후 날개포장 시멘트 판매가격의 인상에 관하여 상기 각사와 공동으로 생콘크리트 제조업자 단체와 교섭을 행하여서는 아니된다.
- 상기 각사는 다음의 사항을 이시카와현 내의 날개포장 시멘트 거래선

103) 공정취인위원회 1973년 12월 26일 권고심결. 2005년 개정 법 이전에 일본의 공정취인위원회는 조사 후 범위반행위가 있다고 판단하는 경우에 원칙적으로 위반행위를 배제하기 위해서 필요한 조치를 결정하여, 상대방에 대하여 위반사실 및 배제조치 명령안을 기재한 권고서를 교부함으로써 권고를 하였음. 동시에 권고를 응락 한 때에는 권고와 같은 취지의 심결을 하겠다는 취지를 기재한 통지서를 첨부하였음. 상대방은 일정 기간 내(통상 2주간 내지 1개월)에 권고를 응락할지 않을지를 결정하여 회답하여야 하고 상대방이 응락하는 경우에는 권고와 동일내용의 심결을 하고 권고를 거절하는 경우에는 권고서와 동일내용의 심판개시결정서에 의해서 심판절차를 시작함. 대부분의 사건은 권고심결에 의해서 종료하였음.

및 수요자에게 철저히 통지하여야 한다. 통지의 방법에 대해서는 미리 당 위원회의 승인을 얻어야 한다.

- 제1항에 의하여 취한 조치
- 상기 각사는 금후 공동으로 시멘트 판매가격을 결정하지 않으며, 각사가 각기 자주적으로 정한다는 내용
- 상기 각사는 금후 공동으로 시멘트 판매가격 인상의 실효를 확보하기 위한 수단으로서 공급정지를 행하지 않는다는 내용

- 상기 각사는 제1항 및 제3항에 의하여 취한 조치를 신속하게 당 위원회에 보고하여야 한다.

2. 과징금

1) 과징금 제도 도입배경

- 최초의 독금법은 공정취인위원회에 의한 배제조치명령, 민사상 손해배상 소송, 형사벌만을 규정하고 있었음.
- 1970년대 초의 오일쇼크가 발생하자 물가가 급등하였고 기업들은 매점·매석행위로 국민들의 반감을 사고 반대기업정서가 폭발하였으며 석유카르텔에 대한 민사소송, 형사소송 결과가 기업에 대한 면책으로 이어지자 독금법의 강력한 집행이 요구됨.
- 이의 일환으로서 1977년에 카르텔에 대한 과징금 제도가 도입되었음.

2) 과징금 제도의 변천

① 과징금 부과대상 행위의 확대

○ 일본 독금법상 과징금제도는 몇 차례의 법 개정을 거쳐 과징금 부과대 상행위가 확대되고, 과징금 부과율이 상향되었음.

- 이러한 변화는 과징금의 법적 성격에 대한 자리매김의 변화와 관련이 있음.

○ 당초에는 부당한 경제적 이득의 환수라는 제도의 취지에 따라 시장의 가격 기능을 직접 훼손하여 담합을 통해 이윤을 극대화하려는 부당한 거래제한(국제적 협정 등에 의한 것을 포함)으로서 상품·역무의 대가에 관한 것(가격카르텔) 또는, 상품 등의 공급량을 실질적으로 제한함에 따라 그 대가에 영향을 끼치는 것(공급카르텔)을 대상으로 하였음.

○ 2005년 법 개정

- 부당한 거래제한으로서, 상품 등의 구입량, 시장점유율 또는 거래의 상대방을 실질적으로 제한함에 따라 그 대가에 영향을 미치는 행위로 확대되었음(시장점유율 카르텔, 거래처제한 카르텔이 추가됨).

- 사적독점 중 지배행위로서 상품 등의 공급량, 시장점유율 또는 거래의 상대방을 실질적으로 제한함에 따라 그 대가에 영향을 주는 행위가 추가됨.

※ 독금법상 배제행위와 지배행위는 그 구분이 명쾌한 것은 아니지만 그동안 지배행위로 인정된 사건들은 타 사업자의 주식보유, 임원겸임, 계약 기타 사실행위를 통하여 타 사업자의 활동에 제약을 가하여 자신의 의사에 따르게 하는 행위 등이었음. 이러한 행위들도 경쟁제한성을 요구한다는 점에서 거래상대방으로부터 부당한 이익을 요구하는 것이 핵심인 EU에서의 착취남용행위와는 구분이 됨.

○ 2009년 법 개정

- 사적독점 중 배제행위가 과징금의 대상에 포함됨.
- 배제행위는 경쟁제한행위에 해당하는데 다른 사업자의 사업활동을 제약하여 사업활동에 곤란을 초래하는 경우나 나아가 그 사업자를 시장에서 축출해 버리는 행위, 신규사업자의 시장진입을 막는 행위 등에 적용되었음.
- 시장지배적지위를 제외한다면 배제남용행위로 인정된 행위들은 대부분 불공정거래행위에도 해당이 되기 때문에 일본에서는 위법성의 입증이 수월한 불공정거래행위에 의존하는 경향이 있었고 사적독점(私的獨占)으로 처리된 사건은 그다지 많지 않음.
- 불공정거래행위 중 공동의 공급거절, 부당한 차별대가, 부당염매, 재판매 가격의 구속, 우월적 지위남용행위가 포함됨.

단, 우월적 지위남용행위를 제외하고는 당해행위의 조사개시일로부터 과거 10년 이내에 같은 행위유형으로 배제조치명령 등을 받은 바 있는 경우에 한해 동일 위반행위의 반복으로 보고 과징금을 부과할 수 있도록 함(법 제20조의2~5).

② 과징금 부과율의 상향

○ 초기의 부당이득의 환수

- 1977년 카르텔 금지의 실효성 확보를 위해 도입할 당시만 하더라도 제재적 성격보다는 카르텔로 인한 부당한 이득을 환수하여 국고에 귀속시키기 위한 목적이었음.

- 따라서 과징금의 산정율은 업종별 평균 영업이익율을 반영하는 것으로 설정하였음.

○ 행정상 제재목적의 가미

- 2005년 독금법 개정에서 과징금 산정율이 종래 매출액의 6%에서 10%로 대폭 인상됨.
- 과징금이 업종별 평균 영업이익율을 초과하게 됨으로써 과징금의 성격이 부당이득의 환수뿐만 아니라 행정상 제재로서의 성격이 가미됨.
- 2005년 법 개정 이후 일본 최고재판소는 과징금과 부당이득이 반드시 일치해야 하는 것은 아니며 따라서 과징금액과 부당이득액 간에 상당한 차이가 발생하였더라도 그것은 특별히 문제가 될 것은 없다고 판시함.¹⁰⁴⁾

3) 현행의 과징금 제도

① 부당한 거래제한¹⁰⁵⁾

< 독금법 제7조의2 >

사업자가 부당한 거래제한 또는 부당한 거래제한에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제적 협정 혹은 국제적 계약으로 다음 각호에 해당하는 것을 한 경우에 공정취인위원회는 제8항 제2절에서 규정하는 절차에 따라 해당 사업자에 대하여 당해 행위의 실행으로서 사업활동을 개시한 날

104) 最高裁2005.9.13.(2002(行ヒ)民集59卷7号1950頁.

105) 사업자단체에 대한 과징금은 독금법 제8조의3 참조.

로부터 당해 행위의 실행으로서 사업활동을 중단한 날까지의 기간(당해 기간이 3년을 넘는 때에는 당해 행위의 실행으로서의 사업활동을 중단한 날부터 소급하여 3년간으로 한다. 이하 「실행기간」이라고 한다)에 있어서의 당해 상품 또는 역무의 정령에서 정하는 방법에 따라 산정한 매출액(당해 행위가 상품 또는 역무의 공급을 받는 것과 관련된 것인 경우는 당해 상품 또는 역무의 정령에서 정하는 방법에 따라 산정한 구입액)의 100분의 10(소매업의 경우에는 100분의 3, 도매업의 경우에는 100분의 2로 한다)을 곱하여 얻은 금액에 상당하는 금액의 과징금을 국고에 납부할 것을 명하여야 한다. 다만, 그 금액이 100만원 미만인 때에는 그 납부를 명할 수 없다.

1. 상품 또는 역무의 대가와 관련된 것
2. 상품 또는 역무에 대하여 다음의 어느 것을 실질적으로 제한함으로써 그 대가에 영향을 주게 되는 것
 - 가. 공급량 또는 구입량
 - 나. 시장점유율
 - 다. 거래상대방

○ 도·소매업에 대하여 과징금 산정률을 달리 정한 것은 업종의 특성상 거래를 증개하고 수수료적인 성격의 대가를 받는다는 점에서 타 업종보다 매출이익이 적다는 점을 고려한 것임.

- 도매업과 소매업의 산정율에서 차이가 나는 것은 영업이익율의 차이를 반영한 것임.

② 사적독점

< 독금법 제7조의2 >

② 전항의 규정은 사업자가 사적독점(타사업자의 사업활동을 지배하는 것에 의한 것에 한한다)으로 당해 타사업자(이하 이 항에서 「피지배사업

자」라고 한다)가 공급하는 상품 또는 역무에 관하여 다음 각호에 해당하는 것을 한 경우에 준용한다. 이 경우에 전항 중 「당해 상품 또는 역무의 정령에서 정하는 방법에 따라 산정한 매출액(당해 행위가 상품 또는 역무의 공급을 받는 것에 관련된 것인 경우는 당해 상품 또는 역무의 정령에서 정하는 방법에 따라 산정한 구입액)」은 「당해 사업자가 피지배사업자에게 공급한 당해 상품 또는 역무(당해 피지배사업자가 당해 행위와 관련된 일정한 거래분야에서 당해 상품 또는 역무를 공급하기 위하여 필요한 상품 또는 역무를 포함한다) 및 당해 일정한 거래분야에서 당해 사업자가 공급한 당해 상품 또는 역무(당해 피지배사업자에게 공급한 것을 제외한다)의 정령에서 정하는 방법에 따라 산정한 매출액」으로, 「(소매업의 경우에는 100분의 3, 도매업의 경우에는 100분의 2로 한다)」는 「(당해 사업자가 소매업을 영위하는 경우에는 100분의 3, 도매업을 영위하는 경우에는 100분의 2로 한다)」로 대신한다.

1. 그 대가에 관련된 것
2. 다음의 어느 것을 실질적으로 제한하는 것에 의해 그 대가에 영향을 주게 되는 것
 - 가. 공급량
 - 나. 시장점유율
 - 다. 거래상대방

④ 사업자가 사적독점(타사업자의 사업활동을 배제하는 것에 한정되고 제2항의 규정에 해당하는 것을 제외한다)을 행한 경우, 공정취인위원회는 제8조제2절에서 규정하는 절차에 따라 당해 사업자에 대하여 당해 행위를 한 날부터 당해 행위가 종료된 날까지의 기간(당해 기간이 3년을 넘는 때에는 당해 행위의 실행으로서의 사업활동을 중단한 날부터 소급하여 3년간으로 한다. (후략)

○ 부당한 거래제한과 사적독점은 모두 독점력의 형성을 통해 경쟁을 저해한다는 점에서 공통점이 있어 사적독점과 부당한 거래제한의 과징금 규정이 유사하지만 차이점은 사적독점의 경우 구입량에 대한 것이 없다는 점임.

③ 불공정거래행위¹⁰⁶⁾

- 공동의 거래거절에 대한 과징금(독금법 제25조의2)
- 차별취급에 대한 과징금(독금법 제25조의3)
- 부당염매에 대한 과징금(독금법 제25조의4)
- 재판매가격유지행위에 대한 과징금(독금법 제25조의5)
- 우월적지위남용행위에 대한 과징금(독금법 제25조의6)

4) 독금법상 과징금 대상행위 및 산정율

- 독금법상 과징금은 제조업, 도매업, 소매업별로 과징금율을 세분하고 다시 중소기업 여부에 따라 차등을 두고 있음.

과징금 대상행위 및 산정율

	제조업	소매업	도매업
부당한 거래제한	10%(4%)	3%(1.2%)	2%(1%)
지배형 사적독점	10%	3%	2%
배제형 사적독점	6%	2%	1%
공동의 거래거절 차별대가 부당염매 재판매가격 구속	3%	2%	1%
우월적 지위남용	1%		

※ ()는 중소기업

106) 해당 조문은 첨부 참조.

○ 과징금의 가중요건 및 감경요건이 있는데, 위반행위 반복에 따른 가중요건과 주도적 행위자 가중요건을 충족하는 경우 최고 100%의 할증이 적용되어 최고 20%의 산정률이 적용될 수도 있음(법 제7조의2 제9항).

- 경감요건은 카르텔의 장기 지속을 막기 위해 카르텔에서 조기 이탈하는 경우 적용됨.

5) 과징금 조정제도

① 제도의 내용

○ 과징금 조정제도는 일본 독점금지법에 규정되어 있는 독특한 제도임.

○ 한 사업자에 대하여 과징금과 벌금이 병과되는 경우 벌금액의 50%에 해당하는 금액을 공제한 금액이 과징금액으로 됨.

- 2005년 독금법 개정시 도입되었음.

○ 만약 벌금액이 과징금 납부명령 전에 확정이 된다면 본래의 과징금액에서 벌금액의 50%를 뺀 후 과징금을 부과하게 됨(제7조의2 제19항) 만약 과징금액이 벌금의 50%에 미달하거나 공제 후 100만엔에 미달하는 경우 과징금 납부명령을 하지 아니함(제7조의2 제19항 단서 및 제20항).

< 독금법 제7조의2 >

⑰ 공정취인위원회는 제1항 또는 제4항의 경우에 동일 사건, 동일 당사자에 대하여 벌금형의 확정재판이 있는 경우에는 제1항, 제4항부터 제9항까지 제11항 또는 제12항의 규정에 따라 계산한 금액 대신 그 금액에서 당해 벌금액의 2분의 1에 상당하는 금액을 공제한 금액을 과징금액으로 한다. 다만 제1항, 4항부터 제9항까지 제11항 또는 제12항의 규정에 따

라 계산한 금액이 당해 벌금액의 2분의 1에 상당하는 금액을 초과하지 아니하는 경우 또는 당해 공제후의 금액이 100만엔에 미달하는 경우에는 그러하지 아니하다.

○ 과징금납부명령 이후에 벌금액이 확정되는 경우에는 당해 과징금액에서 벌금액의 50%를 뺀 후 과징금을 재산정하여 부과함(제63조 제1항).

- 만약 과징금액이 벌금의 50%에 미달하거나 공제 후 100만엔에 미달하는 경우 과징금 납부명령은 취소됨(제63조 제2항).

- 기납부한 과징금액이 재산정된 과징금액보다 많은 경우에는 지체없이 환급해 주어야 한다(제63조 제5항)

< 독금법 제63조 >

① 제7조의2 제1항(동조 제2항에서 준용하는 경우를 포함한다. 다음 항도 동일하다) 또는 제4항의 규정에 따라 공정취인위원회가 납부명령을 한 후 동일 사건에 대하여 당해 납부명령을 받은 자에 대하여 벌금형에 처하는 확정재판이 있었던 때는 공정취인위원회는 결정으로 당해 납부명령에 관한 과징금액을 그 금액에서 당해 재판에서 명해진 벌금액의 2분의 1에 상당하는 금액을 공제한 금액으로 변경하여야 한다. 다만, 당해 납부명령에 관한 과징금액이 당해 벌금액의 2분의 1에 상당하는 금액을 넘지 않는 때, 또는 당해 변경 후의 금액이 100만엔 미만인 때에는 그러하지 아니하다.

② 전항 단서의 경우 공정취인위원회는 결정으로 당해 납부명령을 취소하여야 한다.

⑤ 공정취인위원회는 제1항 및 제2항의 경우에 변경 또는 취소 전의 납부명령에 근거하여 이미 납부된 금액(제69조 제2항에서 규정하는 연체금을 공제한다)에서 환급해야할 것이 있는 때에는 지체없이 금전으로 환급하여야 한다.

② 제도의 취지

- 일본에서 과징금과 벌금의 병과가 헌법상 이중처벌에 해당한다고 해석되어 조정제도를 마련한 것은 아님.
- 주된 논거는 과징금이든 벌금이든 범위반행위의 억지라는 공통된 목적을 가지고 있어 정책적으로 조정할 필요가 있다는 것임.
 - 하지만 일본에서는 법리적인 측면보다는 오히려 입법과정에서 정치적 타협의 산물로 이해되고 있음.¹⁰⁷⁾

③ 제도의 평가

- 법리적으로 본다면 전속고발제 하에서 벌금은 행정적인 제재인 과징금만으로는 충분한 범위반 억지력을 거두기 어려운 경우에 부과하는 것이기 때문에 억지기능이 중복된다는 것은 설득력이 약함.
 - 형사상 벌금의 부과를 위해 고발의 대상이 되는 사건이라면 악질적이고 중대한 사안이기 때문에 오히려 과징금과 더불어 벌금을 추가로 부과하여야 억지력이 충분히 발휘될 수 있음.
- 또한 왜 벌금액의 50%를 감액하여야 하는지 논리적인 근거가 없음.
 - 만약 억지력이라는 기능이 중복된다면 50%가 아니라 전액을 감액하여야 한다는 주장과 차라리 과징금 하나로 통일하는 것이 바람직하다는 견해도 있음.
- 이외에도 다양한 이유로 현행의 50% 감액규정에 대해서는 일본의 학계

107) 根岸哲 編, 註釋 獨占禁止法, 有斐閣, 182-183 頁.

에서도 비판이 많음.

- 일본의 白石忠志 교수는 일본 독금법상 벌금액의 규모가 크지 않기 때문에 실제로는 이러한 조정제도가 큰 의미는 없는 것으로 평가함.¹⁰⁸⁾

5) 과징금과 이중제재의 문제

- 하나의 사건에 대하여 과징금 및 형벌이 부과되고 부당이득반환까지 이루어지게 되면 일본헌법 제39조에 정한 이중처벌금지 원칙에 위반하는 것이 아닌지 문제제기가 될 수 있음.
- 1977년 최초로 과징금이 도입될 당시에 경단련(經團連)은 과징금 제도가 도입되면 민사손해배상 제도와 형사벌 제도에 덧붙여 삼중(三重)의 벌(罰)이 될 수 있고 카르텔로 인해 이득을 얻지 못하게 된 경우에도 과징금을 징수당하게 된다는 이유로 반대한 바 있음.
- 입찰담합이 문제가 된 동경고등재판소(평성9·6·6 심결집44권521頁) 및 일본 최고재판소(평성 10·10·13 심결집45권339頁)는 다음과 같은 이유로 이중처벌은 아니라고 판단하였음.
- 과징금은 범위반억지를 목적으로 부당한 경제적 이익을 박탈하는 행정 조치인 반면 형벌은 반사회성, 반도덕성에 착안한 제재로서 양자는 그 취지와 목적, 수단 등이 상이한 것임.
- 민사상의 부당이득반환은 정당한 법률상의 이유 없이 경제적 이득을 얻고 그로 인해 타인에게 손실을 입힌 경우 공평의 이념에서 권리주체 간의 이해의 조정을 위해 그 이득의 반환을 명하는 것으로서 손실의 범위 내에서 인정되는 것으로서 부당한 경제적 이익의 박탈 및 카르텔 금지

108) 2018.9.2. 서울대학교 통신경쟁법연구회 제2차 콜로키엄, 서울대학교수회관 1층 대회의실. 과징금 조정제도 질의에 대한 일본측 답변내용임.

의 실효성 확보를 위한 과징금과는 상이한 것임.

- 2005년 법 개정 이후 과징금이 반드시 부당이득환수에 국한되는 것은 아니지만 학계에서는 과징금과 형벌, 민사상 부당이득반환은 그 목적, 수단, 절차 등이 상이한 것으로서 이중처벌의 문제는 발생하지 않는다고 보고 있음.

3. 형사벌

1) 대상행위

- 독금법 제89조부터 91조까지 범위반행위에 대해 형사벌이 가능함.
 - 사적독점, 부당한 거래제한
 - 사업자단체의 금지행위
 - 부당한 거래제한에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제협정 또는 국제계약을 하는 행위
 - 은행 또는 보험회사의 의결권 보유제한 위반행위
 - 배제조치 명령 또는 경쟁회복조치명령 위반행위
- 우리나라와 달리 불공정거래행위는 형사처벌의 대상이 아님.
 - ※ 5가지 유형의 행위에 대해서 과징금 부과 가능함.
- 형벌이 부과되는 행위는 주로 입찰담합행위이고 일본에서 실제로 고발을 통해 형벌을 부과하는 경우는 많지 않음.

2) 부과절차

- 독금법 제96조에서는 공정취인위원회의 고발을 거치도록 하는 전속고발 제도를 규정하고 있음.
- 이러한 전속고발제도를 두고 있는 이유는 독금법의 전문기관인 공정취인위원회로 하여금 위반행위가 국민경제에 미치는 영향과 기타 제반 사정을 종합적으로 고려하여 형사재제를 할 수 있도록 하기 위한 배려 때문으로 설명되고 있음.¹⁰⁹⁾

3) 이중제재문제

- 위에서 살펴본 것처럼 과징금과 더불어 형벌이 부과된다 하더라도 양자는 취지와 목적, 절차가 상이하어 헌법상 이중제재의 문제는 생기지 않는다는 것이 일본 학계 및 법원의 입장임.

4) 과징금 조정제도

- 벌금이 부과되는 경우 과징금 조정제도는 위에서 살펴본 것과 같음.

4. 사소

1) 금지청구(差止請求) 소송

- 금지청구제도는 독금법상 불공정거래행위로 인해 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자가 이로 인해 현저한 손해가 발생하거나 발생할 우

109) 岸井大太郎 등 5인 공저, 經濟法(제5판), 有斐閣, 2008, 50頁.

려가 있는 경우 그 이익을 침해하거나 침해할 우려가 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해 그 침해의 정지나 예방을 청구할 수 있게 해주는 제도임(독금법 제24조).

- 법원에 민사소송으로 제기하여야 하는데 실제로 활용되는 경우는 대단히 드물다고 함.¹¹⁰⁾

2) 손해배상소송

- 사적독점이나 부당한 거래제한, 불공정행위 등으로 인해 손해를 입은 자는 사업자 또는 사업자단체에 대하여 손해배상을 청구할 수 있음(독금법 제25조).
- 사업자 및 사업자단체는 고의 또는 과실이 없는 경우에도 손해배상의 책임을 지게 됨
- 법원에 민사소송으로 제기하여야 함
- 손해배상 소송은 공정취인위원회에 의한 배제조치명령이 확정된 이후에 제기하여야 함(독금법 제26조).

110) 2018.9.2. 서울대학교 통신경쟁법연구회 제2차 콜로키엄, 금지명령이나 손해배상소송 등 질의에 대한 일본측 답변내용임.

제6장 공정거래법상 제재 수준 적정화 방안

I. 개괄

1. 제재 전반에 대한 종합적 검토

- 공정거래법상의 제재 수준은 시정명령이나 과징금, 벌금 등을 하나씩 떼어 내어 개별적으로 검토하기보다는 공적 집행수단 전반과 사적 집행수단 전반에 대해 종합적인 검토가 필요함.
- 만약 미국과 같이 사적 집행이 원활히 이루어진다면 공적인 집행으로서의 제재는 비중이 낮아질 수 있음.
- 외국 경쟁법에서 다루지 않는 경제력 집중억제와 외국에서는 주로 민사적으로 다루는 가맹사업이나 하도급 분야도 공정거래위원회가 공적인 집행을 통해 규율하고 있어 사업자의 입장에서는 제재의 정도가 높다고 생각할 수 있음.
 - 가맹사업의 경우 외국에도 이를 규율하는 법률이 있긴 하지만 주로 민사적인 방식으로 해결하도록 하고 있음.

(예) 미국은 연방차원의 FTC Franchise Rule이 있으나 정보공개와 계약서 기재사항만을 정하고 있고 가맹거래에 대한 전반적인 내용은 각 주별로 민사적인 방식으로 규정하는 경우가 많음.¹¹¹⁾
 - 하도급법은 일본에서도 공법적인 규율을 하고 있긴 하지만 서면미교부 이외에는 행정지도적 성격의 권고를 통해 집행함.

111) 1971.8.3. California주가 최초로 가맹사업을 규율하는 법을 제정하였고 이후 다수의 주에서 유사한 법이 제정되었음.

2. 사법시스템의 효율성 검토

- 사적 집행은 각국의 사법시스템이 얼마나 효율적으로 작동하느냐에 영향을 받을 수밖에 없는데 만약 피해를 입은 사업자가 사법시스템을 통하여 권리구제를 받는 것이 쉽지 않다면 공적인 집행이 강화될 수밖에 없음.
- 대륙법계 국가들은 영미법계 국가들에 비해 손해배상소송이 상대적으로 원활하지 않고 공적인 집행에 의존하는 경향이 높음.
- 우리와 법체계가 유사한 일본 독금법에서 과징금이 도입되게 된 주요한 계기 중의 하나는 일본의 사법시스템이 경쟁법 사건처리에 적합하지 않다는 판단이었음.
 - 1970년대 석유가격담합과 같은 경성카르텔 사건에서조차도 기존 사법시스템에서 민·형사적 제재가 원활하지 않았다는 역사적 경험이 주요한 계기가 되었음.
- 특히 당사자들 간의 사적 분쟁의 성격이 강한 불공정거래행위나 하도급 등은 공적인 제재보다는 피해구제가 원활히 이루어질 수 있는 소송절차의 구비가 절실함.

3. 법률문화의 감안

- 계약문화가 잘 정착되어 있는 국가들은 거래의 주요한 사항이 문서화되어 있어 범위반 판단이 상대적으로 수월할 수 있으나 계약문화가 제대로 정착되어 있지 않은 국가들은 사전에 방지할 수 있었던 갈등이 표출되는 경우가 많고 그 경우 행정기관에 문제해결을 요구하는 경향이 있음.

- 미국이나 유럽과 같이 계약문화가 잘 정착된 나라에서는 거래상지위남용과 같은 사안이 발생할 확률도 낮지만 설령 발생한다 하더라도 사법 시스템을 통하여 구제받을 확률이 높음.
- 반면 우리나라의 경우 중요한 거래조건조차도 계약으로 명문화하기보다는 구두에 의하거나 관행에 따라 처리하는 경우가 많아 분쟁발생시 입증이 어려운 경우가 많음.

II. 시정명령의 비교법적 검토

1. 시정명령의 주요 내용 및 범위

- 어느 국가든 시정명령의 주요한 내용은 범위반행위의 중지 및 향후 재발방지를 위한 조치임.
- 시정명령에는 행태적 시정명령과 구조적 시정명령이 있을 수 있는데 어느 나라든 양자를 모두 활용할 수 있음.
 - 특히 기업결합 사건에서는 구조적 시정명령을 활용하는 경우가 많은데 비교대상 국가들의 공통적인 현상임.
- 동의명령을 활용하는 경우에는 피심인의 동의를 얻어 시정조치 방안을 마련하는 것이기 때문에 훨씬 다양한 시정명령을 할 수 있음.
- 비교대상이 되는 나라들 중에서는 미국 FTC가 상대적으로 다양한 시정명령을 활용하고 있음.
 - 미국 FTC의 시정명령 내용이 다양하고 탄력적인 이유는 FTC가 독립규

제위원회로서 높은 독립성과 형평법법원(equity court)으로서의 위상을 부여받고 있기 때문인 것으로 보임.

- 또한 일찍부터 동의명령 제도를 발전시켜왔기 때문에 피심인과의 협상을 통하여 다양한 시정명령방안을 고안해 온 전통이 있기 때문인 것으로 보임.

2. 금전적 제재의 활용

- 시정명령을 통하여 사실상 금전적인 제재를 가하는 경우로서 원상회복 명령이나 부당이득 반환명령을 들 수 있음.
- 미국 FTC는 판례법상 원상회복이나 부당이득 반환명령을 내릴 수 있는 것으로 해석되고 있음.
- 대륙법계 국가로서 독일은 경우는 상당히 독특한 것으로 보임.
- 경쟁제한방지법 제32조 제2a항에서 규정하고 있는 피해배상 명령은 범 위반으로 인해 제3자가 피해를 입은 경우 경쟁당국은 범위반사업자로 하여금 피해배상을 명하는 명령을 내릴 수 있음.
- 경쟁제한방지법 제34조에서 규정하고 있는 부당이득반환명령은 고의나 과실로 경쟁제한방지법 등을 위반한 경우 경쟁당국이 그 부당이득을 국고에 반납하도록 내리는 명령임.
 - 손해배상의 지급, 제재금의 부과, 몰수명령, 피해에 대한 배상이 이루어진 경우에는 적용되지 않는 것으로 다른 제재의 보충수단으로 활용됨.
- 경쟁제한방지법 제34a조에서 규정하고 있는 사업자단체에 의한 이익환

수 청구제도는 경쟁당국이 부당이익 환수에 소극적인 경우 사업자단체가 청구할 수 있는 제도로서 보충적인 수단으로 활용이 됨.

3. 자연인에 대한 시정명령

○ 사인에 대한 시정명령은 영국 경쟁법에서 살펴볼 수 있는 독특한 제도로써 범위반에 관여한 이사가 더 이상 경영에 참여하지 못하도록 하는 제도임.

- 기업법(The Enterprise Act) 제9A조 Competition disqualification order

○ 목적은 경쟁법 위반 시 기업의 이사에겐 실질적인 타격을 줌으로써 법 위반행위를 하지 않도록 주의를 줄 수 있다는 것이 제도의 취지임.

○ 이사들에게만 적용이 되고 이사가 아니면서도 범위반에 실질적으로 관여한 직원들에게는 적용이 되지 않으며 정년이 얼마 남지 않은 이사에겐 실효성이 적고 이사결격이 되더라도 회사가 피해를 보상해 준다면 실효성이 적을 수 있다는 비판이 있음에도 불구하고 자연인을 대상으로 시정명령을 내릴 수 있다는 점에서 심리적인 범위반억지력을 발휘할 수 있는 장점이 있음.

4. 우리나라와의 비교 및 시사점

○ 공정거래법상의 시정명령은 비교국가들에 비해 상대적으로 신축성이 부족하고 정형화된 것으로 판단됨.

○ 독일의 금전적 효과가 있는 피해배상명령이나 부당이익환수명령 제도를 두고 있지 않고 영국과 같이 이사결격명령을 두고 있지 않음.

- 아직까지 동의를결제도가 활성화되어 있지 않고 동의를결 제도에 대한 불신이 적지 않은 상황임을 감안하면 동의를결을 활성화하여 시정명령을 다양화하고 신축적으로 활용하는 것도 단기간에는 쉽지 않을 것으로 보임.
- 공정거래법상의 시정명령은 여전히 부작위 위주의 시정명령 또는 단순히 법조문을 반복하는 내용의 시정명령이 적지 않아 시정명령 내용을 정치하게 구성하여 유사한 범위반이 재발하지 않도록 할 필요가 있음.

Ⅲ. 금전적 제재금의 비교법적 검토

1. 국가별 금전적 제재금의 성격 차이

- 비교대상이 되는 국가들의 금전적 제재금은 법적인 성격이 다소 상이하기 때문에 평면적인 비교는 어려움.
- 미국의 경우 FTC에 의한 금전적 제재금은 없는 대신 DOJ가 부과하는 형사적 벌금이 강력한 금전적 제재금으로서의 역할을 하고 있음.
- 독일의 ‘Bußgeld’는 우리나라의 과징금이든 미국의 벌금이든 어느 하나와 정확히 부합하지는 않음.
 - 질서위반에 대한 제재금으로서 우리나라의 과태료와 성격이 비슷하다고 보는 견해가 많음.
- EU나 영국, 일본의 금전적 제재는 대체로 우리나라의 과징금과 그 성격이 유사한 것으로 볼 수 있음.

- 경쟁당국이 부과한다는 점, 형사적인 성격이 아니라는 점, 불복절차가 비슷하다는 점 등

2. 국가별 금전적 제재금 부과대상 행위

- 미국은 벌금부과가 가능한 유형은 경성카르텔에 그치고 독점력남용에 대해 벌금을 부과하는 경우는 사실상 없음.
 - 우리나라와 같은 불공정거래행위가 없기 때문에 당연히 벌금부과도 없음.
- EU, 영국, 독일은 경쟁법 위반행위 전반에 대해 금전적 제재금의 부과 가능하지만 우리나라와 같은 불공정거래행위가 없기 때문에 제재금 부과대상행위가 상대적으로 제약됨.
- 일본은 독금법 위반행위 중에서도 카르텔, 사적 독점, 불공정거래행위 중 5가지 유형에 한하여 과징금 부과가 가능함.
 - 과징금 제도 도입이 처음에는 카르텔에 한정하였으나 이후 지속적으로 과징금 부과대상행위가 확대되어 왔음.

3. 국가별 금전적 제재금 부과수준

- 미국은 피고가 입힌 손해액의 두 배 혹은 피고가 불법으로 얻은 이익의 두 배에 상응하는 액수의 벌금이 부과될 수 있는데 양형기준에 따르면 매출액의 20%를 피해액으로 추산하기 때문에 벌금액이 공정거래법에 비해 결코 낮은 수준은 아님.

- EU 및 영국, 독일은 전세계 매출액의 10%를 상한으로 하고 있어 최소한 상한만 본다면 부과가능한 과징금의 수준이 상당히 높게 되어 있음.
- 일본은 과징금 제도의 출발이 부당이득환수에 목적이 있었고 산업별로 매출액의 일정 비율을 부당이득으로 간주하는 방식으로 규정이 되어 있었으나 2005년 법개정으로 인해 제재적 성격이 강조되면서 과징금 부과 수준도 매출액의 10%까지 높아졌음.
 - 그럼에도 불구하고 실제로 일본 공정취인위원회가 거액의 과징금을 부과하는 경우는 흔치 않음.
 - 일본은 과징금과 벌금이 동시에 부과되는 경우 과징금 조정제도를 마련하여 벌금액의 50%를 감액하게 되어 있는데 벌금액이 크지 않아서 실제로 감액되는 규모가 크지는 않지만 이러한 제도는 일본 독금법 집행이 강력하지 않음을 반증해 주는 것임.
- 공정거래법상 과징금은 행위유형별로 불공정거래행위는 관련매출액의 2%, 시장지배적지위남용행위는 관련매출액의 3%, 부당한 공동행위는 관련 매출액의 10%를 상한으로 하고 있어 미국이나 유럽 국가들에 비한다면 그 수준이 절대적으로 높다고 할 수는 없음.
 - 하지만 선진국가들에서 보기 어려운 다양한 유형의 불공정거래행위에 대해서도 과징금을 부과할 수 있어 기업들의 입장에서는 부담스럽게 느껴질 수도 있음.

4. 우리나라와의 비교 및 시사점

- 우리나라의 과징금 제도는 부과대상 행위 면에서는 다른 국가들에 비해 더 넓다고 할 수 있는데 그 이유는 다른 나라의 경쟁법에서는 보기 어

려운 불공정거래행위나 부당지원행위, 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 등이 있기 때문임.

○ 우리나라의 과징금 제도는 부과수준 면에서는 최소한 제도상으로는 EU나 영국, 독일, 미국 등에 비해 높은 것으로 보기 어려움.

- 일본보다는 상대적으로 거액의 과징금이 부과되는 경우가 많음.

○ 그러나 각국의 금전적 제재를 총합적으로 고려하여야 하기 때문에 일률적으로 과징금만 가지고 비교하기는 어려운데 우리나라는 과징금과 벌금을 동시에 부과 받을 수 있음.

- 기업의 입장에서 본다면 과징금만 부과가 가능한 EU나 영국, 독일과 비교한다면 벌금을 부과받을 수 있어 부담이 될 수 있음. 하지만 우리나라의 과징금액의 상한이 상대적으로 적다는 점을 감안한다면 일률적으로 비교하기 어려운 점이 있음.

- 미국은 기업에 대해 벌금만 부과를 하지만 그 벌금액이 우리나라의 벌금액에 비해 크게 높다는 점을 감안할 필요가 있음.

- 일본의 경우 중소기업이나 유통업 등은 영업이익율을 감안하여 과징금 부과율을 낮추고 경쟁당국의 재량을 최소화하고 있음은 참고할 필요가 있음

IV. 형벌(벌금을 중심으로)

1. 부과가능행위

- 미국에서는 과징금 제도가 없는 대신 형벌로서 벌금제도가 있음은 위에서 살펴본 것과 같음.
 - EU는 형사적인 통합이 이루어지지 않았기 때문에 벌금제도는 없음.
 - 영국은 경성카르텔에 대하여서만 범위반행위를 한 개인에 대하여 벌금 부과가 가능함.
 - ‘dishonestly’요건을 삭제하여 입증책임의 부담을 덜고자 하고 있음.
 - 독일은 경쟁법 위반행위를 질서위반행위로 보고 있기 때문에 범위반행위에 대하여 벌금을 부과하지는 않음.
 - 입찰담합에 대하여는 경쟁제한방지법상으로는 벌금부과가 안되지만 형법상 벌금부과는 가능함.
 - 일본은 다음과 같은 독금법 제89조부터 제91조까지 범위반행위에 대해 형사벌이 가능함.
 - 사적독점, 부당한 거래제한
 - 사업자단체의 금지행위
 - 부당한 거래제한에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제협정 또는 국제계약을 하는 행위
- * 우리나라와 달리 불공정거래행위는 벌금부과 대상이 아님.

2. 사업자에 대한 벌금 부과 여부

- 미국과 일본, 우리나라는 개인뿐만 아니라 사업자에 대하여도 벌금부과가 가능함.
- 영국은 사업자에 대하여는 벌금부과를 할 수 없고 개인에 대하여서만 벌금부과를 할 수 있음.
- EU와 독일은 경쟁법에 형사벌조항이 없기 때문에 사업자든 개인이든 벌금부과는 할 수 없음.

3. 과징금과 벌금의 병과에 따른 이중처벌 문제

- 일본과 우리나라는 기업에 대하여 과징금과 벌금을 병과할 수 있어서 이중처벌의 문제가 생길 수 있음.
- 일본과 우리나라 법원은 비슷한 입장을 가지고 있는데 제재의 총합으로서 비례의 원칙에 어긋하지 않는 한 양자는 그 성격이나 목적, 절차 등이 상이하기 때문에 이중처벌에 해당하는 것은 아니라고 봄.

4. 우리나라와의 비교 및 시사점

- 경쟁법 집행의 역사적 배경이 다르고 경쟁법 위반행위의 성격에 대하여 각국의 인식이 상이하기 때문에 일률적인 비교는 어려움.
 - 미국의 경우 Sherman 법 제정 시부터 DOJ가 중요한 역할을 수행하여 왔기 때문에 벌금부과가 경쟁법 집행의 중요한 수단이 되고 있음.

- 유럽국가에서는 전통적으로 형벌의 대상이 자연인으로 인식되어 왔고 지금도 법인에 대하여는 형벌의 대상으로 하는데 거부감이 있는 것으로 보임.
- 우리나라는 과징금과 벌금이 이원화되어 있어 법집행기관간의 협조관계가 중요함.

V. 민사적 구제수단

1. 금지명령 청구제도

- 법원에 금지명령을 청구하는 제도는 우리나라를 제외하고 비교대상 국가들이 모두 마련해 두고 있음.
 - 구체적인 절차나 금지명령 내용은 각국 별로 차이가 있으나 경쟁당국이 아닌 법원에 직접 금지명령을 청구할 수 있다는 점은 공통됨.
- 금지명령 제도가 도입되어 있다 하더라도 상대적으로 미국에서 보다 적극적으로 활용이 되고 있으며 일본은 거의 활용이 되지 않음.

2. 손해배상 청구제도

- 손해배상 청구제도는 미국이 가장 활발하게 활용되고 있음.
 - Clayton 법상의 3배 손해배상제도는 미국 경쟁법 집행의 특색을 가장 잘 나타내어 주는 제도 중의 하나로 자리매김하였음.

- 집단소송(class action)은 미국에서 경쟁법 분야에서만 활용되는 것은 아니라고 모든 분야에 걸쳐 활발하게 활용이 되고 있음.
 - FTC 법 제13조와 제19조에 의한 FTC 소송제도도 넓은 의미에서의 손해배상 소송이라 할 수 있으며 경쟁당국이 직접 피해자의 손해배상을 법원에 청구할 수 있다는 점에서 손해배상에 강력한 수단으로 자리매김하였음.
 - 각 주별로 검찰총장에 의한 부권소송(parens patriae)이 마련되어 있어서 주민들이 경쟁법 위반행위로 피해를 입는 경우 유효한 수단이 될 수 있음.
- EU 경쟁법 위반행위에 따른 손해배상은 각국별로 사법시스템에 따라 제기하여야 하고 EU 차원에서 손해배상을 명할 수 있는 제도는 없지만 각 회원국들이 손해배상제도를 활성화하도록 유도하고 있음.
- 2014년에 EU는 손해배상지침(Damages Directive)을 제정하여 손해배상의 기본적인 원칙을 천명하였고 각 회원국이 2016년 안으로 집행하도록 하였음.
 - 2013년에 EU는 집단손해배상을 위한 권고(Recommendation)¹¹²⁾를 채택하여 각 회원국이 적극적으로 집단손해배상 절차를 마련할 것을 촉구하였음.
- 영국과 독일에서도 손해배상제도는 마련이 되어 있으나 미국과 비교할 때 상대적으로 활용도는 낮은 것이 사실임.
- 하지만 영국에서는 손해배상을 활성화하기 위하여 「The Consumer

112) Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law

Rights Act 2015」를 제정하여 집단소송제도를 도입하였는데 EU 회원국 중에서는 선도적인 것으로 평가받고 있음.

- 일본의 경우도 손해배상이 그다지 활성화되지 않고 있음.

3. 우리나라와의 비교 및 시사점

- 우리나라 공정거래법 집행에서 가장 취약한 분야가 민사적 구제수단일 수 있음.
 - 과징금이나 벌금은 범위반억지효과가 일정 부분 있는 것은 사실이지만 결국 국고로 환수되는 것이기 때문에 피해자의 입장에서는 만족스럽지 않은 것임.
- 미국식의 3배 손해배상제도나 집단소송제도의 도입을 검토해 볼 필요가 있지만 동시에 소송절차를 획기적으로 효율화하지 않는다면 그 효과가 반감될 수밖에 없음.
- 소액다수피해자의 구제를 위해서는 미국의 FTC 소송처럼 정부가 직접 나서서 소송을 수행하는 방안도 고려해 볼 필요가 있음.
 - 단기적으로는 공정거래위원회가 민사소송에 적극 관심을 가지고 입증에 필요한 자료를 제출해 주거나 원고보조 참가를 통해 원고를 지원해 주는 방안을 고려해 볼 필요가 있다고 생각됨.
- 당사자 간의 사적 분쟁의 성격이 강한 불공정거래행위 중 일부행위들, 하도급법, 가맹사업법, 대리점법 등의 위반행위는 공적인 제재보다 피해구제가 더 중요하기 때문에 가급적 과징금과 같은 수단을 활용하기보다는 사적 피해구제를 원활히 하는데 더 많은 노력을 기울일 필요가 있음.

<첨부1> 미국의 독점규제 제재 수단(출처 : FTC 홈페이지)

STATUTE	FEDERAL TRADE COMMISSION	DEPARTMENT OF JUSTICE	STATE ENFORCEMENT AUTHORITIES	PRIVATE PARTIES
Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. §41 <i>et seq.</i>)	administrative cease and desist authority [§5(b) FTCA]	prosecution [§§1&2 Sherman Act]		
Injunctive Relief	judicially ordered injunctive relief [§13(b) FTCA; also § 5(l) FTCA (for violations of cease and orders)]			
Redress	judicially ordered redress [§13(b) FTCA]			
Rulemaking	[§6(g) FTCA]			
Civil Penalties	judicially ordered civil penalties for violating cease and desist orders [§ 5 (1) FTCA; Commission Rule 1.98(c)]			
Criminal Penalties	referral to U.S. Department of Justice [§16(b) FTCA]			
Clayton Act (15 U.S.C. § 12 <i>et seq.</i>)	administrative cease and desist authority [§11(b) Clayton Act]			
Injunctive Relief	judicially ordered injunctive relief [§13(b) FTCA; also § 7A(g)(2) Clayton Act (for HSR reporting violations) and §11(l) Clayton Act (for violations of cease and desist orders)]	judicially ordered injunctive relief [§15 Clayton Act; also § 7A(g)(2) Clayton Act (for HSR reporting violations)]	may apply to the courts as <i>parens patriae</i> for injunctive relief [§16 Clayton Act]	may apply to the courts for injunctive relief [§16 Clayton Act]

Damages		may recover for injuries sustained by the United States Government (treble damages) [§4A Clayton Act]	may apply for treble damages <i>as parens patriae</i> [§4C Clayton Act]	may apply for treble damages [§4 Clayton Act]
Civil Penalties	judicially ordered civil penalties for violating cease and desist orders [§11(l) Clayton Act; Commission Rule 1.98(b)]	judicially ordered civil penalties [§7A(g)(1) Clayton Act; Commission Rule 1.98(a)]		
Criminal Fines		officer liability for corporate violation of penal provisions [§14 Clayton Act]		
Sherman Antitrust Act (15 U.S.C. §1 <i>et seq.</i>)				
Injunctive Relief		judicially ordered injunctive relief [§4 Sherman Act]	may apply to the courts <i>as parens patriae</i> for injunctive relief [§16 Clayton Act]	may apply to the courts for injunctive relief [§16 Clayton Act]
Damages		may recover for injuries sustained by the United States Government (treble damages) [§4A Clayton Act]	may apply for treble damages <i>as parens patriae</i> [§4C Clayton Act]	may apply for treble damages [§4 Clayton Act]
Criminal Penalties		combinations [§1 Sherman Act] monopolization [§2 Sherman Act]		

<i>Miscellaneous</i>		forfeiture [§6 Sherman Act]		
----------------------	--	--------------------------------	--	--

<첨부2> 미국 Sherman 법 본문관련 주요 조항 발췌

Sherman Act (1890)

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

<첨부3> 미국 FTC 법 본문관련 주요 조항 발췌

Federal Trade Commission Act

§ 5. Unfair methods of competition unlawful; prevention by Commission

(a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade

(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

(2) The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, savings and loan institutions described in section 57a(f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a(f)(4) of this title, common carriers subject to the Acts to regulate commerce, air carriers and foreign air carriers subject to part A of subtitle VII of title 49, and persons, partnerships, or corporations insofar as they are subject to the Packers and Stockyards Act, 1921, as amended [7 U.S.C. 181 et seq.], except as provided in section 406(b) of said Act [7 U.S.C. 227(b)], from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.

(b) Proceeding by Commission; modifying and setting aside orders

Whenever the Commission shall have reason to believe that any such person, partnership, or corporation has been or is using any unfair method of competition or unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce, and if it shall appear to the Commission that a proceeding by it in respect thereof would be to the interest of the public, it shall issue and serve upon such person, partnership, or corporation a complaint stating its charges in that respect and

containing a notice of a hearing upon a day (생략)

§ 13. False advertisements; injunctions and restraining orders

(a) Power of Commission; jurisdiction of courts

Whenever the Commission has reason to believe—

- (1) that any person, partnership, or corporation is engaged in, or is about to engage in, the dissemination or the causing of the dissemination of any advertisement in violation of section 52 of this title, and
- (2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission under section 45 of this title, and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or the order of the Commission to cease and desist made thereon has become final within the meaning of section 45 of this title, would be to the interest of the public,

the Commission by any of its attorneys designated by it for such purpose may bring suit in a district court of the United States or in the United States court of any Territory, to enjoin the dissemination or the causing of the dissemination of such advertisement. Upon proper showing a temporary injunction or restraining order shall be granted without bond. Any suit may be brought where such person, partnership, or corporation resides or transacts business, or wherever venue is proper under section 1391 of title 28. In addition, the court may, if the court determines that the interests of justice require that any other person, partnership, or corporation should be a party in such suit, cause such other person, partnership, or corporation to be added as a party without regard to whether venue is otherwise proper in the district in which the suit is brought. In any suit under this section, process may be served on any person, partnership, or corporation wherever it may be found.

(b) Temporary restraining orders; preliminary injunctions

Whenever the Commission has reason to believe—

- (1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission, and
- (2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or until the order of the Commission made thereon has become final, would be in the interest of the public—

the Commission by any of its attorneys designated by it for such purpose may bring suit in a district court of the United States to enjoin any such act or practice. Upon a proper showing that, weighing the equities and considering the Commission's likelihood of ultimate success, such action would be in the public interest, and after notice to the defendant, a temporary restraining order or a preliminary injunction may be granted without bond: Provided, however, That if a complaint is not filed within such period (not exceeding 20 days) as may be specified by the court after issuance of the temporary restraining order or preliminary injunction, the order or injunction shall be dissolved by the court and be of no further force and effect: Provided further, That in proper cases the Commission may seek, and after proper proof, the court may issue, a permanent injunction. Any suit may be brought where such person, partnership, or corporation resides or transacts business, or wherever venue is proper under section 1391 of title 28. In addition, the court may, if the court determines that the interests of justice require that any other person, partnership, or corporation should be a party in such suit, cause such other person, partnership, or corporation to be added as a party without regard to whether venue is otherwise proper in the district in

which the suit is brought. In any suit under this section, process may be served on any person, partnership, or corporation wherever it may be found.

§ 19. Civil actions for violations of rules and cease and desist orders respecting unfair or deceptive acts or practices

(a) Suits by Commission against persons, partnerships, or corporations; jurisdiction; relief for dishonest or fraudulent acts

(1) If any person, partnership, or corporation violates any rule under this subchapter respecting unfair or deceptive acts or practices (other than an interpretive rule, or a rule violation of which the Commission has provided is not an unfair or deceptive act or practice in violation of section 45(a) of this title), then the Commission may commence a civil action against such person, partnership, or corporation for relief under subsection (b) in a United States district court or in any court of competent jurisdiction of a State.

(2) If any person, partnership, or corporation engages in any unfair or deceptive act or practice (within the meaning of section 45(a)(1) of this title) with respect to which the Commission has issued a final cease and desist order which is applicable to such person, partnership, or corporation, then the Commission may commence a civil action against such person, partnership, or corporation in a United States district court or in any court of competent jurisdiction of a State. If the Commission satisfies the court that the act or practice to which the cease and desist order relates is one which a reasonable man would have known under the circumstances was dishonest or fraudulent, the court may grant relief under subsection (b)

<첨부4> 미국 Clayton 법 본문관련 주요 조항 발췌

Clayton Act

§ 4. Suits by persons injured

(a) Amount of recovery; prejudgment interest

Except as provided in subsection (b), any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this section, pursuant to a motion by such person promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of such person's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment, or for any shorter period therein, if the court finds that the award of such interest for such period is just in the circumstances. In determining whether an award of interest under this section for any period is just in the circumstances, the court shall consider only—

§ 16. Injunctive relief for private parties; exception; costs

Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as

injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue: Provided, That nothing herein contained shall be construed to entitle any person, firm, corporation, or association, except the United States, to bring suit for injunctive relief against any common carrier subject to the jurisdiction of the Surface Transportation Board under subtitle IV of Title 49. In any action under this section in which the plaintiff substantially prevails, the court shall award the cost of suit, including a reasonable attorney's fee, to such plaintiff

<첨부5> 영국 Enterprise Act 2002 본문관련 주요 조항 발췌

Enterprise Act 2002

9A Competition disqualification order

- (1) The court must make a disqualification order against a person if the following two conditions are satisfied in relation to him.
- (2) The first condition is that an undertaking which is a company of which he is a director commits a breach of competition law.
- (3) The second condition is that the court considers that his conduct as a director makes him unfit to be concerned in the management of a company.
- (4) An undertaking commits a breach of competition law if it engages in conduct which infringes any of the following—
 - (a) the Chapter 1 prohibition (within the meaning of the Competition Act 1998) (prohibition on agreements, etc. preventing, restricting or distorting competition);
 - (b) the Chapter 2 prohibition (within the meaning of that Act) (prohibition on abuse of a dominant position);
 - (c) Article 81 of the Treaty establishing the European Community (prohibition on agreements, etc. preventing, restricting or distorting competition);
 - (d) Article 82 of that Treaty (prohibition on abuse of a dominant position).
- (5) For the purpose of deciding under subsection (3) whether a person is unfit to be concerned in the management of a company the court—
 - (a) must have regard to whether subsection (6) applies to him;
 - (b) may have regard to his conduct as a director of a company in connection with any other breach of competition law;
 - (c) must not have regard to the matters mentioned in Schedule 1.

(6) This subsection applies to a person if as a director of the company

-
- (a) his conduct contributed to the breach of competition law mentioned in subsection (2);
 - (b) his conduct did not contribute to the breach but he had reasonable grounds to suspect that the conduct of the undertaking constituted the breach and he took no steps to prevent it;
 - (c) he did not know but ought to have known that the conduct of the undertaking constituted the breach.

(7) For the purposes of subsection (6)(a) it is immaterial whether the person knew that the conduct of the undertaking constituted the breach.

(8) For the purposes of subsection (4)(a) or (c) references to the conduct of an undertaking are references to its conduct taken with the conduct of one or more other undertakings.

(9) The maximum period of disqualification under this section is 15 years.

(10) An application under this section for a disqualification order may be made by the OFT or by a specified regulator.

(11) Section 60 of the Competition Act 1998 (c. 41) (consistent treatment of questions arising under United Kingdom and Community law) applies in relation to any question arising by virtue of subsection (4)(a) or (b) above as it applies in relation to any question arising under Part 1 of that Act.

188 Cartel offence

(1) An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B).

- (2) The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would—
- (a) directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service,
 - (b) limit or prevent supply by A in the United Kingdom of a product or service,
 - (c) limit or prevent production by A in the United Kingdom of a product,
 - (d) divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers,
 - (e) divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service, or
 - (f) be bid-rigging arrangements.
- (3) Unless subsection (2)(d), (e) or (f) applies, the arrangements must also be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would—
- (a) directly or indirectly fix a price for the supply by B in the United Kingdom (otherwise than to A) of a product or service,
 - (b) limit or prevent supply by B in the United Kingdom of a product or service, or
 - (c) limit or prevent production by B in the United Kingdom of a product.
- (4) In subsections (2)(a) to (d) and (3), references to supply or production are to supply or production in the appropriate circumstances (for which see section 189).
- (5) “Bid-rigging arrangements” are arrangements under which, in response to a request for bids for the supply of a product or service in the United Kingdom, or for the production of a product in the United Kingdom—
- (a) A but not B may make a bid, or
 - (b) A and B may each make a bid but, in one case or both, only a bid arrived at in accordance with the arrangements.
- (6) But arrangements are not bid-rigging arrangements if, under them,

the person requesting bids would be informed of them at or before the time when a bid is made.

(7) “Undertaking” has the same meaning as in Part 1 of the 1998 Act.

<첨부6> 영국 Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 본문관련 주
요 조항 발췌

Enterprise and Regulatory Reform Act 2013

47 Cartel offence

(1) Section 188 of the 2002 Act (cartel offence) is amended as follows.

(2) In subsection (1), omit “dishonestly” .

(3) Omit subsection (6).

(4) After subsection (7) insert—

“(8) This section is subject to section 188A.”

(5) After that section insert—

“188A Circumstances in which cartel offence not committed

(1) An individual does not commit an offence under section 188(1) if, under the arrangements—

(a) in a case where the arrangements would (operating as the parties intend) affect the supply in the United Kingdom of a product or service, customers would be given relevant information about the arrangements before they enter into agreements for the supply to them of the product or service so affected,

(b) in the case of bid-rigging arrangements, the person requesting bids would be given relevant information about them at or before the time when a bid is made, or

(c) in any case, relevant information about the arrangements would be published, before the arrangements are implemented, in the manner specified at the time of the making of the agreement in an order made by the Secretary of State.

(2) In subsection (1), “relevant information” means—

(a) the names of the undertakings to which the arrangements

relate,

- (b) a description of the nature of the arrangements which is sufficient to show why they are or might be arrangements of the kind to which section 188(1) applies,
- (c) the products or services to which they relate, and
- (d) such other information as may be specified in an order made by the Secretary of State.

(3) An individual does not commit an offence under section 188(1) if the agreement is made in order to comply with a legal requirement.

(4) In subsection (3), “legal requirement” has the same meaning as in paragraph 5 of Schedule 3 to the Competition Act 1998.

(5) A power to make an order under this section—

- (a) is exercisable by statutory instrument,
- (b) may be exercised so as to make different provision for different cases or different purposes, and
- (c) includes power to make such incidental, supplementary, consequential, transitory, transitional or saving provision as the Secretary of State considers appropriate.

(6) A statutory instrument containing an order under this section is subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.”

(6) After section 188A (as inserted by subsection (5) above) insert—

“188B Defences to commission of cartel offence

(1) In a case where the arrangements would (operating as the parties intend) affect the supply in the United Kingdom of a product or service, it is a defence for an individual charged with an offence under section 188(1) to show that, at the time of the making of the agreement, he or she did not intend that the nature of the arrangements would be concealed from customers at all times before they enter into agreements for the supply to them of the product or service.

(2) It is a defence for an individual charged with an offence under

section 188(1) to show that, at the time of the making of the agreement, he or she did not intend that the nature of the arrangements would be concealed from the CMA.

(3) It is a defence for an individual charged with an offence under section 188(1) to show that, before the making of the agreement, he or she took reasonable steps to ensure that the nature of the arrangements would be disclosed to professional legal advisers for the purposes of obtaining advice about them before their making or (as the case may be) their implementation.”

(7) After section 190 of the 2002 Act insert—

“190A Cartel offence: prosecution guidance

(1) The CMA must prepare and publish guidance on the principles to be applied in determining, in any case, whether proceedings for an offence under section 188(1) should be instituted.

(2) The CMA may at any time issue revised or new guidance.

(3) Guidance published by the CMA under this section is to be published in such manner as it considers appropriate.

(4) In preparing guidance under this section the CMA must consult—

(a) the Director of the Serious Fraud Office;

(b) the Lord Advocate; and

(c) such other persons as it considers appropriate.”

(8) The amendments made by subsections (1) to (6) apply only in relation to agreements falling within section 188(1) of the 2002 Act which—

(a) are made after the commencement of this section, and

(b) relate to arrangements made or to be made after that commencement.

<첨부7> 일본 독점금지법 본문 관련 주요조항 발췌

獨占禁止法

(排除措置)

第七条

第三条又は前条の規定に違反する行為があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、当該行為の差止め、事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる。

(2) 公正取引委員会は、第三条又は前条の規定に違反する行為が既になくなっていない場合においても、特に必要があると認めるときは、第八章第二節に規定する手続に従い、次に掲げる者に対し、当該行為が既になくなっていない旨の周知措置その他当該行為が排除されたことを確保するために必要な措置を命ずることができる。ただし、当該行為がなくなつた日から五年を経過したときは、この限りでない。

- 一 当該行為をした事業者
- 二 当該行為をした事業者が法人である場合において、当該法人が合併により消滅したときにおける合併後存続し、又は合併により設立された法人
- 三 当該行為をした事業者が法人である場合において、当該法人から分割により当該行為に係る事業の全部又は一部を承継した法人
- 四 当該行為をした事業者から当該行為に係る事業の全部又は一部を譲り受けた事業者

(課徴金、課徴金の減免)

第七条の二

(19) 公正取引委員会は、第一項又は第四項の場合において、同一事件について、当該事業者に対し、罰金の刑に処する確定裁判があるときは、

第一項、第四項から第九項まで、第十一項又は第十二項の規定により計算した額に代えて、その額から当該罰金額の二分の一に相当する金額を控除した額を課徴金の額とするものとする。ただし、第一項、第四項から第九項まで、第十一項若しくは第十二項の規定により計算した額が当該罰金額の二分の一に相当する金額を超えないとき、又は当該控除後の額が百万円未満であるときは、この限りでない。

(差止請求権)

第二十四条

第八条第五号又は第十九条の規定に違反する行為によつてその利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、又は生ずるおそれがあるときは、その利益を侵害する事業者若しくは事業者団体又は侵害するおそれがある事業者若しくは事業者団体に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

(無過失損害賠償責任)

第二十五条

第三条、第六条又は第十九条の規定に違反する行為をした事業者（第六条の規定に違反する行為をした事業者にあつては、当該国際的協定又は国際的契約において、不当な取引制限をし、又は不公正な取引方法を自ら用いた事業者に限る。）及び第八条の規定に違反する行為をした事業者団体は、被害者に対し、損害賠償の責めに任ずる。

(2) 事業者及び事業者団体は、故意又は過失がなかつたことを証明して、前項に規定する責任を免れることができない。

(損害賠償請求権の裁判上の主張の制限、消滅時効)

第二十六条

前条の規定による損害賠償の請求権は、第四十九条に規定する排除措置命令（排除措置命令がされなかつた場合にあつては、第六十二条第一項に規定する納付命令（第八条第一号又は第二号の規定に違反する行為をした事業者団体の構成事業者に対するものを除く。））が確定した後でなければ、裁判上主張することができない。

(2) 前項の請求権は、同項の排除措置命令又は納付命令が確定した日から三年を経過したときは、時効によつて消滅する。

（排除措置命令）

第六十一条

排除措置命令は、文書によつて行い、排除措置命令書には、違反行為を排除し、又は違反行為が排除されたことを確保するために必要な措置並びに公正取引委員会の認定した事実及びこれに対する法令の適用を示し、委員長及び第六十五条第一項の規定による合議に出席した委員がこれに記名押印しなければならない。

(2) 排除措置命令は、その名あて人に排除措置命令書の謄本を送達することによつて、その効力を生ずる。

（課徴金の納付命令後における罰金と課徴金の調整）

第六十三条

第七条の二第一項（同条第二項において読み替えて準用する場合を含む。次項において同じ。）又は第四項の規定により公正取引委員会が納付命令を行つた後、同一事件について、当該納付命令を受けた者に対し、罰金の刑に処する確定裁判があつたときは、公正取引委員会は、決定で、当該納付命令に係る課徴金の額を、その額から当該裁判において命じられた罰金額の二分の一に相当する金額を控除した額に変更しなければならない。ただし、当該納付命令に係る課徴金の額が当該罰金額の二分の一に相当する金額を超えないとき、又は当該変更後の額が百万円未満となるときは、こ

の限りでない。

- (2) 前項ただし書の場合においては、公正取引委員会は、決定で、当該第七条の二第一項又は第四項の規定による納付命令を取り消さなければならない。
- (3) 前二項の規定による決定は、文書によつて行い、決定書には、公正取引委員会の認定した事実及びこれに対する法令の適用を記載し、委員長及び第六十五条第一項の規定による合議に出席した委員がこれに記名押印しなければならない。
- (4) 第一項及び第二項の規定による決定は、その名宛人に決定書の謄本を送達することによつて、その効力を生ずる。
- (5) 公正取引委員会は、第一項及び第二項の場合において、変更又は取消し前の納付命令に基づき既に納付された金額（第六十九条第二項に規定する延滞金を除く。）で、還付すべきものがあるときは、遅滞なく、金銭で還付しなければならない。

（競争回復措置命令）

第六十四条

第八条の四第一項の規定による命令（以下「競争回復措置命令」という。）は、文書によつて行い、競争回復措置命令書には、独占的状态に係る商品又は役務について競争を回復させるために必要な措置並びに公正取引委員会の認定した事実及びこれに対する法令の適用を示し、委員長及び次条第一項の規定による合議に出席した委員がこれに記名押印しなければならない。

- (2) 競争回復措置命令は、その名宛人に競争回復措置命令書の謄本を送達することによつて、その効力を生ずる。
- (3) 競争回復措置命令は、確定しなければ執行することができない。
- (4) 第四十九条から第六十条までの規定は、競争回復措置命令について準用する。
- (5) 公正取引委員会は、前項において準用する第五十条第一項の規定による通知をしようとするときは、当該事業者の営む事業に係る主務大臣に協議し、かつ、公聴会を開いて一般の意見を求めなければならない。

(告発、不起訴処分の報告)

第七十四条

公正取引委員会は、第十二章に規定する手続による調査により犯則の心証を得たときは、検事総長に告発しなければならない。

- (2) 公正取引委員会は、前項に定めるもののほか、この法律の規定に違反する犯罪があると思料するときは、検事総長に告発しなければならない。
- (3) 前二項の規定による告発に係る事件について公訴を提起しない処分をしたときは、検事総長は、遅滞なく、法務大臣を経由して、その旨及びその理由を、文書をもって内閣総理大臣に報告しなければならない。