



대법원 판결
다이제스트

2011. 5. ~ 6.

대법원 공정거래사건 판결 요지

대법원 재판연구관, 부장판사 | 윤인성

대법원이 2011년 5월부터 6월 기간 동안 선고한 공정거래 관련 판결 중 주요한 것들을 소개한다. 이 사이에 대법원은 행정사건 및 형사사건 중심으로 무려 약 30건에 가까운 판결을 선고함으로써 그 동안 논란이 되어 왔던 많은 쟁점들에 관하여 그 입장을 분명히 밝혔다.

그 중 보험업자들 사이의 순유통, 부가율, 할인할증율의 범위 등에 관한 합의와 관련된 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20376 판결, 폴리프로필렌(PP) 가격 합의와 관련된 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두12082 판결, 공동수급체 구성행위와 관련된 형사판결인 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008도6341 판결 등이 특히 중요한 의의를 가지고 있는 것으로 보인다.

1

복합 종합유선방송업자의 협력업체에 대한 판매목표강제행위 관련 : 원고 상고 사건, 상고기각

[대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결]

▣ 사안 및 쟁점

원고는 복합 종합유선방송사업자(MSO; Multiple System Operator)인 사업자로 그 아래 11개의 종합유선방송사업자(SO; System Operator)가 계열회사로 소속되어 있다.

피고는, 원고에 대해 원고가 2006년 10월 ~ 2007년 12월 유지보수를 담당하는 협력업체 4개사에게 계약 및 협력업체 회의소집을 통하여, 디지털케이블방송 및 인터넷 신규가입유치에 관한 월간 영업목표를 배분하거나 부여하고, 신규가입유치 영업목표 달성율을 포함한 협력업체 평가기준을 작성한 후 목표 미달시 위탁수수료를 감액 지급한 것이 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」¹⁾에 규정된 거래상 지위의 남용행위 중 '판매목표강제'에 해당한다는 이유로 시정명령, 공표명령, 과징금 납부명령을 하였다.

원심은, 원고가 협력업체들에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 협력업체들과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있음이 충분히 인정되며, 원고는 그 소속 SO인 ○○방송을 통하여 협력업체들에 대하여 케이블방송 및 인터넷의 신규가입유치목표를 설정하고 이를 달성하지 못할 경우 업무위탁 수수료를 감액하는 불이익을 주는 방법으로 협력업체들의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다고 판단하였다.

그에 따라 이 사건에서는, 피고가 민사행위와 거래상 지위 남용행위를 구분하지 못하였는지 여부(제1점), 원고가 거래상 우월한 지위에 있었는지 여부(제2점), 판매목표를 강제하였는지 여부(제3점) 등이 주로 문제되었다.

▣ 대법원의 판단

1. 상고이유 제1점 및 제2점에 대하여

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제23조 제1항 제4호는 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위’를 불공정거래행위의 하나

1) 이하 사안 및 쟁점 부분에서는 편의상 “공정거래법”이라고 약칭한다. 다만 대법원의 판단 부분은 가급적이면 대법원 판결을 그대로 소개한다는 차원에서 대법원 판결의 원래 표현을 그대로 두었다.

로 규정하고, 같은 조 제2항에 따른 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 불공정거래행위의 유형 및 기준(이하 “불공정거래행위기준”이라 한다) 제6호 다목은 법 제23조 제1항 제4호에 해당하는 행위유형의 하나로 ‘판매목표강제’를 들면서, 이를 ‘자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위’라고 규정하고 있는 바, 판매목표강제행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 ‘거래상 지위’는 일방이 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있으면 이를 인정하기에 족하다고 할 것이고(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결 참조), 거래상 지위가 있는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 참조). 원심은, 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고는 전국 11개 지역에 종합유선방송사업을 보유하고 종합유선방송사업을 영위하는 복합 종합유선방송사업자로서 1년 매출액이 1,890억 원에 이르는 대기업이고 위 종합유선방송사업자 중 ○○방송은 경남내 6개 지역에서 경쟁사업자가 없는 독점사업자인 반면 이 사건 4개 협력업체들은 ○○방송이 관할하는 지역 내에서 전적으로 ○○방송으로부터 업무를 위탁받아 운영되는 중소기업인 점, 협력업체들은 ○○방송으로부터 위탁수수료를 지급받는 대가로 ○○방송의 포괄적인 지도·감독 하에 ○○방송의 상호, 상표 등을 사용하여 ○○방송이 제공하는 케이블방송 등의 서비스 유지 보수 등 업무를 위탁수행하며 ○○방송이 설정한 영업목표 달성에 대한 평가에 따라 지급받는 수수료가 감액되거나 위탁계약까지 해지될 수 있는 점, 특히 협력업체들은 경업금지 의무를 부담하고 있고 계약기간 연장에 있어 ○○방송에게 일방적인 권한이 부여되어 있어 ○○방송을 제외한 다른 방송사업자와의 새로운 계약체결에 의한 사업 활동이 쉽지 아니한 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 원고가 협력업체들에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 협력업체들과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있음이 인정된다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 원심 판결 이유를 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 법 제23조 제1항 제4호가 정한 거래상 지위의 인정과 이를 부당하게 이용한 불공정거래행위에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2. 상고이유 제3점에 대하여

법 제23조 제1항 제4호의 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하

는 행위' 중의 하나로 불공정거래행위기준 제6호 다목이 규정한 '판매목표강제'에 해당하는지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 하고(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 참조), '판매목표강제'에 있어서 '목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위'에는 상대방이 목표를 달성하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함하고, 사업자가 일방적으로 상대방에게 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 경우뿐만 아니라 사업자와 상대방의 의사가 합치된 계약의 형식으로 목표가 설정되는 경우도 포함한다.

원심은, 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 원고는 그 소속 종합유선방송사업자인 ○○방송을 통하여 협력업체들에 대하여 케이블방송 및 인터넷의 신규가입자 유치목표를 설정하고 이를 달성하지 못할 경우 지급할 업무위탁 수수료를 감액하는 불이익을 주는 방법으로 협력업체들의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다고 판단한 다음, 이 사건 영업수수료 산정방식이 차등적, 누진적 인센티브제로서 합리적 영업촉진수단의 범주에 속한다는 원고의 주장에 대해서는 그 판시와 같은 이유를 들어 이를 배척하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 원심 판결 이유를 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 판매목표강제에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

2

보험업자들 사이의 순율, 부가율, 할인할증율의 범위 등에 관한 합의 관련 : 원고 상고 사건, 상고기각 [대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20376 판결]

▣ 사안 및 쟁점

원고는 9개 손해보험사들과 함께 손해보험업을 영위하는 사업자이다. 일반적으로 일반손해보험 중 시장규모가 매우 큰 자동차보험을 제외하고, 화재보험, 해상보험, 특종보험(이에는 기술보험, 근로자재해보상보험, 책임보험, 상해보험, 종합보험, 부동산권리보험, 기

타 보험이 포함된다)만을 일반손해보험이라고 한다. 손해보험은 일반손해보험과 장기손해보험으로 나뉘며, 일반손해보험은 순보험료가 예정위험률(위험보험료)만으로 구성된 손해보험이다.

10개 손해보험사는 2000년부터 2006년까지 매년 2~3월경 수리부서장과 화재특종, 일반보험상품과장 회의를 수차례 개최하여 순율, 부가율, 할인·할증률(SRP)의 범위를 합의하고 이를 실행하였다(이하 “이 사건 공동행위”라고 한다).

원심은, 보험산업의 특성에 따른 각종 규제가 존재한다고 하더라도 일정한 범위 내에서는 충분히 경쟁을 할 수 있는 것이므로, 보험회사로서는 그러한 원칙 및 규제의 범위 내에서 독자적인 경영판단에 따라 보험요율을 결정하여야 하는 것이며, 그에 반하는 합의와 실행은 공정거래법상 정당화될 수 없고, 목시적 적용제외이론은 미국의 판례에서 비롯된 것으로 그와 법제가 서로 다른 우리나라의 공정거래법의 해석에 이를 그대로 원용하기는 어려우며, 이 사건 공동행위에 관하여 보험업법 제125조에 따라 금융감독위원회의 인가나 행정지도를 받았다고 인정할 수 없다고 판단하였다. 또한 피고가 관련 매출액의 산정에 있어서 이 사건 공동행위의 중기인 2007년 3월 31일 현재의 미경과보험료를 포함하고 재보험출재분을 공제하지 않은 것은 정당하며, ‘중대한 위반행위’로 평가하여 기본과징금 부과기준율 3%를 적용한 것이 부당하다고 할 수 없다고 판단함으로써 원고 패소 판결을 선고하였다.

그에 따라 이 사건에서는 보험업법 등 관계 법령의 해석 및 적용이 잘못되었는지 여부(제1점), 공정거래법상 목시적 적용제외이론의 도입 여부(제2점), 법령에 따른 정당한 행위로 볼 수 있는지 여부(제3점), 효율성 증대효과로 인하여 부당한 공동행위에 해당하지 않는지 여부(제4점), 관련 매출액 산정에 있어서 잘못이 있는지 여부(제5점), 과징금 부과에 있어서 재량권 일탈·남용이 있는지 여부(제6점)가 주로 문제되었다.

▣ 대법원의 판단

1. 상고이유 제1 내지 3점에 대하여

구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것, 이하 “구 공정거래법”이라 한다) 제58조는 “이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니 한다”고 규정하고 있고, 위 조항에서 말하는 ‘법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따

라 행하는 정당한 행위'라 함은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면, 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위를 말한다(대법원 1997. 5. 16. 선고 96누150 판결, 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두19416 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판사와 같은 사실을 인정한 다음, 보험업의 특성에 따른 각종 규제가 존재하더라도 원고는 독자적인 판단에 따라 일반손해보험의 보험료를 결정하여 일반손해보험시장에서 다른 손해보험회사들과 경쟁할 수 있음에도, 이 사건 8개 일반손해보험의 보험료에 관한 경쟁을 회피하고 그 수준을 일정한 범위 내로 유지하기 위하여 다른 손해보험회사들과 순율, 부가율, 할인·할증률의 개별적 조정을 통하여 실제 적용보험료를 일정한 범위 내에서 유지하기로 합의하고 이를 실행하는 행위(이하 "이 사건 공동행위"라 한다)를 하였으므로, 이는 구 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 규정된 '부당한 공동행위'에 해당한다고 판단하였다.

나이가 원심은, 원고가 주장하는 금융감독원의 2002년 2월 22일자 '일반손해보험 가격자유화에 따른 감독정책' 및 2004년 8월 30일자 '일반손해보험의 개별계약 할인·할증제도 개선방안 통보' 등은 보험가격 자유화 정책의 추진과 관련하여 보험계약자의 보호, 보험회사의 재무건전성 유지를 위하여 보험료율에 대한 바람직한 방향을 제시한 것에 불과하여 이를 보험료율의 수준에 관하여 직접적이고 구체적인 지시를 한 것이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 공동행위가 구 공정거래법 제58조에 규정된 법령에 따른 정당한 행위에 해당하지도 않는다고 판단하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 보험업법 등 관계 법령의 해석, 구 공정거래법의 묵시적 적용제외 및 구 공정거래법 제58조에 규정된 법령에 따른 정당한 행위에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

2. 상고이유 제4점에 대하여

어떠한 공동행위가 구 공정거래법 제19조 제1항이 정하고 있는 '경쟁제한성'을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등에 비추어 볼 때 당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가

있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다. 또한 사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로, 그와 같은 사업자들의 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수밖에 없다 (대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514 판결, 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두11485 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 공동행위는 일반손해보험 계약자들의 일반손해보험 선택의 결정적인 기준이 되는 보험료의 수준을 일정한 범위로 유지시킨 것으로 경쟁제한효과가 매우 큰 반면, 보험회사들의 재무건전성 확보, 국민경제의 균형 있는 발전 등 원고가 주장하는 효율성증대효과는 추상적일 뿐만 아니라 그러한 효과가 발생하였는지 여부도 불확실하므로, 이 사건 공동행위로 인한 효율성증대효과가 경쟁제한 효과보다 우월하다고 단정하기 어렵다고 판단하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 이 부분 상고이유 주장과 같은 경쟁제한성 및 부당성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 상고이유 제5점에 대하여

구 공정거래법 제22조, 제55조의3, 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 시행령(2005. 3. 31. 대통령령 제18768호로 개정되기 전의 것, 이하 “구 공정거래법 시행령”이라 한다) 제61조 제1항, [별표 2] 제2호 가.목은 구 공정거래법 제19조에 위반한 부당한 공동행위의 경우 위반사업자가 위반기간 동안 판매한 관련 상품의 매출액(이하 “관련 매출액”이라 한다)에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기본과징금을 산정하도록 하고 있고, 관련 매출액을 산정함에 있어서 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 범위는 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다고 규정하고 있다. 또한 구 공정거래법 제6조, 제22조, 구 공정거래법 시행령 제9조의2는 상품 또는 용역의 대가의 합계액을 재무제표 등에서 영업수익 등으로 기재하는 사업자의 경우에는 영업수익을 과징금 산정의 기준이 되는 매출액으로 보도록 규정하고 있다.

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 보험업회계처리준칙 제20조가 “보험료수익은 보험료의 회수기일이 도래한 때 수익으로 인식한다”고 규정하여 보험료의 회수기일이 도래한 회계연도에 보험료 전체를 수익으로 인식하도록 하고 있고, 그와 같은 수익에서 미경과보험료, 재보험출재분을 공제하지 않는 점, 같은 준칙에 의하

면 미경과보험료적립금을 책임준비금으로 적립하여 부채에 계상하도록 하고 있을 뿐인 점, 원고도 위와 같은 방식으로 회계처리를 한 점, 원수보험사는 보험계약자와 보험계약을 체결하고 원수보험료를 받게 되면 그로써 그 원수보험료 상당액의 경제적 효익을 얻게 되고, 그 후 원수보험사의 판단에 따라 재보험에 가입하고 재보험료를 지급하는 것에 불과한 점 등에 비추어 2007년 3월 31일 현재 미경과보험료와 재보험출재분도 이 사건 과징금 산정의 기준이 되는 영업수익에 포함된다고 판단하였다.

관계 법령과 위 법리 및 기록에 비추어 보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 관련 매출액 산정에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

4. 상고이유 제6점에 대하여

원심은, 일반손해보험시장의 시장점유율이 90.4%에 이르는 10개 손해보험회사가 장기간에 걸쳐 보험료의 수준을 결정하는 순율, 부가율, 할인·할증률의 범위와 폭을 합의하고 이를 실행함으로써 국내 일반손해보험시장에서의 경쟁을 심각하게 제한한 점을 비롯한 여러 사정을 종합하여 보면, 피고가 이 사건 공동행위를 '중대한 위반행위'로 평가하여 기본과징금 부과기준을 3%를 적용한 것이 부당하다고 할 수 없고, 또한 피고는 원고가 주장하는 보험업의 특성, 원고가 일반손해보험시장에서 차지하는 위치, 손익의 규모 등 사정을 고려하여 과징금의 액수를 이미 상당 부분 감액하였으므로 과징금의 액수 산정에 있어서 재량권을 일탈·남용한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

관계 법령 및 기록에 비추어 보면 원심의 이러한 판단도 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 과징금 부과와 관련된 재량권의 일탈·남용에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

3

폴리프로필렌 가격 합의 관련: 원고 상고 사건, 상고기각

[대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두12082 판결]

▣ 사안 및 쟁점

원고 등 9개사는 석유화학제품의 일종인 합성수지[®]를 제조·판매하는 사업자이다. 원고는 다른 사업자들과 각 시기별로 폴리프로필렌(PP)의 판매기준가격과 직거래처 판매가격

을 매월 합의하여 결정하였다(이하 “이 사건 공동행위”라고 한다).³⁾

피고는, 원고 등 9개사가 이 사건 공동행위를 하여 구 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제 7315호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항 제1호를 위반하였다는 이유로 시정명령 및 과징금 부과처분을 하였다. 이 때 피고는, 원고가 생산하는 모든 폴리프로필렌 제품이 이 사건 공동행위로부터 영향을 받은 관련 상품으로 보아 그 매출액을 과징금 산정의 전제가 되는 관련 매출액으로 보았고, 여기에는 합성수지 제조에 따라 부과되는 폐기물 부담금, 특수규격 제품, 불량품 등이 포함되었다.

원심은 이 사건 부당한 공동행위의 존재 사실을 인정하였다. 그런데 이 사건의 경우는 관련 매출액과 관련하여 여러 다양한 주장이 제기되었는데, 원심은 이에 대하여 다음과 같이 판단함으로써 원고 패소 판결을 선고하였다.

관련 매출액은 위반사업자가 위반기간 동안 ‘판매 또는 매입한’ 관련 상품의 매출액 또는 이에 준하는 매출액을 의미하므로 위탁판매의 경우에도 원칙적으로 위탁판매수수료가 아니라 위반사업자의 위탁판매대금으로 보아야 하고, 이 사건 공동행위는 폴리프로필렌 제품의 판매가격에 대한 것이지 위탁판매수수료에 대한 것이 아닌 점 등에 비추어 위탁판매대금을 관련 매출액에 포함한 것은 위법하지 아니하다.

폴리프로필렌 범용제품에 특수 수요처를 위하여 약간의 변형 등의 공정을 거쳐 생산한 차별화 제품들은 원고가 다른 유화사(油化社)들과 사이에 폴리프로필렌의 범용제품의 가격에 관하여 한 이 사건 담합으로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 관련 상품에 포함된다. 불량품의 경우도 시장의 수요·공급의 법칙에 따라 거래가격이 결정되는 것이 일반적이어서 이 사건 공동행위는 불량품의 가격경쟁에도 영향을 미친다고 볼 수밖에 없다. 폐기물 부담금은 원인제공자인 제조업자에게 부과되는 것으로 간접세와는 그 성격을 달리하고, 기업회계상 폐기물 부담금은 비용항목인 매출원가로 계상되는 점 등에 비추어 관련 매출액에 포함되어야 한다.

그에 따라 이 사건에서는 위탁판매계약의 경우 판매액이 아닌 위탁판매수수료를 관련 매출액으로 보아야 하는지 여부(제1점), 폐기물 부담금이 준조세적 성격 등을 가지는 것이어서 관련 매출액에서 제외되어야 하는지 여부(제3점), 특수제품, 불량품과 관련하여 관련 매출액을 어떻게 산정할 것인지 여부(제4점 및 제5점), 위반행위의 중대성 판단에 오류가 있는지 여부(제6점), 과징금 부과기준을 적용이 잘못되었는지 여부(제7점), 과징금 부과처

2) 원유정제과정 중 나프타나 천연가스가 분해공정을 거치면서 생산되는 에틸렌과 프로필렌을 주원료로 하여 합성수지(= 폴리올레핀)를 생산한다. 폴리올레핀은 폴리프로필렌(Poly Propylene; PP)과 폴리에틸렌(Polyethylene; PE)으로 구분되고, 폴리에틸렌은 저밀도 폴리에틸렌(Low Density Polyethylene; LDPE), 선형 저밀도 폴리에틸렌(Linear Low Density Polyethylene; LLDPE), 고밀도 폴리에틸렌(High Density Polyethylene; HDPE)으로 구분된다.

3) 회사별로 담합기간 등에서 차이가 존재한다.

분에 형평 및 비례의 원칙 위반이 있는지 여부(제8점) 등이 주로 문제되었다. 특히 일부 점에 대해서는 하급심 판결의 판단이 엇갈려 통일적인 처리가 필요한 상황이었다.

■ 대법원의 판단

1. 상고이유 제1점에 대하여

구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제22조, 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 시행령(2005. 3. 31. 대통령령 제18768호로 개정되기 전의 것, 이하 “법 시행령”이라 한다) 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표 2]의 각 규정에 의하면, 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당한 공동행위를 한 경우에 공정거래위원회는 그 사업자에 대하여 당해 위반행위 기간 동안의 매출액을 기준으로 하여 산정한 과징금을 부과할 수 있고, 과징금 산정의 기준이 되는 매출액을 산정하면서 그 전제가 되는 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 범위는 부당한 공동행위를 한 사업자 간의 합의의 내용에 포함된 상품 또는 용역의 종류와 성질, 용도 및 대체 가능성과 거래지역·거래상대방·거래단계 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 관련 매출액은 위반 사업자가 위반기간 동안 ‘판매 또는 매입한’ 관련 상품의 매출액 또는 이에 준하는 매출액을 의미하므로 위탁판매의 경우 관련 매출액은 위탁판매수수료가 아니라 위반사업자의 위탁판매대금으로 보는 것이 타당한 점, 이 사건 담합은 폴리프로필렌 제품의 판매가격에 대한 것이지 위탁판매수수료에 대한 것이 아닌 점, 부당한 공동행위에 참여한 사업자 중 일부가 위탁판매를 한 경우 그 사업자에 대해서만 위탁판매대금이 아닌 위탁판매수수료를 관련 매출액으로 보고 이를 기준으로 과징금을 산정하는 것은 형평의 원칙에도 어긋날 우려가 있는 점 등을 종합하면, 원고의 ○○ 주식회사 및 주식회사 ○○ 제품에 대한 위탁판매와 관련하여, 피고가 위탁판매수수료가 아닌 위탁판매대금을 기준으로 원고의 관련 매출액을 산정한 것은 적법하다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 이 부분 상고이유의 주장과 같은 이 사건 담합의 관련 상품 및 관련 매출액에 관한 법리오해의 위법이 없다.

2. 상고이유 제3점에 대하여

법 시행령 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표 2]의 규정에 의하면, 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대한 과징금 산정의 전제가 되는 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하고 있는 바, 폐기물부담금은 구 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률」(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전부 개정되기 전의 것) 제19조 제1항, 제2항, 같은 법 시행령(2002. 12. 18. 대통령령 제17808호로 전부 개정되기 전의 것) 제17조, 제18조 [별표 2]에 따라 이 사건 담합의 대상인 폴리프로필렌 제품의 제조업자에게 그 판매가에 대하여 일정한 비율로 부과되는 것으로 비용에 불과할 뿐 제품의 판매대가로 취득하거나 취득할 가액인 매출액과는 무관한 것이므로, 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대한 과징금 산정의 전제가 되는 매출액에서 공제할 성질의 것이 아니다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 이 부분 상고이유의 주장과 같은 관련 매출액의 산정에 관한 법리오해의 위법이 없다.

3. 상고이유 제4점에 대하여⁴⁾

4) 다만 이 부분은 가격담합대상에 포함되어 있는지 여부, 국내에서 유일하게 생산·판매하는 제품인지 여부 등에 관한 사실인정 여부에 따라 사건별로 다른 결론이 도출되었음을 유의할 필요가 있다.

◆ 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두18335 판결

원심은, 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 원고가 생산하는 고밀도폴리에틸렌 제품 중 특수규격제품 5종(CS0250, CS0080, ME9180R, 포물러 방식의 PB150, 연간고정가격 방식의 HM7018)은 범용제품에 대한 이 사건 가격담합대상에 포함되어 있지 않고, 원고가 국내에서 유일하게 생산·판매하는 제품(일부는 외국회사와 라이선스 계약을 체결하고 독점생산)이며, 이 사건 가격담합으로 인하여 위 특수규격제품 시장에 다른 경쟁자들이 진입하는 데 장애를 겪었다거나, 그 대체재를 생산·판매하는 데 지장을 받았음을 인정할 증거가 부족할 점 등에 비추어, 그 매출액은 이 사건 가격담합으로 인한 과징금 산정의 전제가 되는 관련 상품 또는 용역의 매출액에서 제외되어야 한다고 판단하였다. 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 과징금 산정의 전제가 되는 매출액의 범위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

◆ 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두3767 판결

원심은 원고 등 8개사가 생산하는 고밀도폴리에틸렌(High Density Polyethylene; HDPE)의 범용규격제품에 관한 이 사건 공동행위를 인정한 다음, 그 채택 증거들에 의하여 원고가 생산하는 이 사건 제품(TR-570)은 고밀도폴리에틸렌 제품에 속하기는 하지만 주로 과산화수소수, 황산, 염산 등의 강산성 용액이나 반도체 세정액 등 고가의 화학약품 용액을 담은 대형 화공용기의 제작에 사용되고 있고, 이러한 대형 화공용기의 경우 인명 피해 등을 초래하는 파손 등의 문제를 방지하기 위하여 까다로운 물성이 요구되므로 범용규격제품을 포함한 일반 고밀도폴리에틸렌 제품은 사용할 수 없는 사실, 주식회사 ○○케미칼은 대형화공용기에 대한 국내 시장점유율이 70% 가량으로 원료를 전량 수입하여 사용하다가 원고 등 2개의 회사와 국산화를 시도하였는데, 1991년 원고가 이 사건 제품의 개발에 성공한 이후 국내에서는 원고만이 원료를 생산하여 공급하고 있는 사실을 인정하였다. 원심은 이러한 사실들에 터잡아 원고가 이 사건 제품을 단독으로 생산하여 독점적으로 공급하고 있는 반면, 이 사건 제품의 가격 형성 등이 이 사건 공동행위로부터 영향을 받았다고 인정하기에 부족하다고 보고 이 사건 제품은 이 사건 공동행위와 관련된 상품 등의 범위에서 제외되어야 한다고 판단함으로써, 이와 달리 관련 상품의 범위를 이 사건 제품을 포함한 모든 고밀도 폴리에틸렌 제품으로 하여 매출액을 산정하고 다시 이를 기준으로 과징금을 산정한 이 사건 과징금 납부명령의 취소를 명하였다. 위 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 과징금 산정의 기준이 되는 관련 상품의 범위 내지 매출액에 관한 법리를 오해하거나 입증책임의 전환에 관한 법리를 오해한 위법 또는 이로 인하여 논리와 경험의 법칙에 위배하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 인정한 위법이 없다.

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 폴리프로필렌 범용제품에 특수 수요처를 위하여 약간의 변형 등의 공정을 거쳐 생산한 특수규격제품들은 원고가 다른 유화사들과 사이에 폴리프로필렌의 범용제품의 가격에 관하여 한 이 사건 담합으로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 관련 상품에 포함되고 이 사건 담합으로 인하여 이들 제품시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다고 할 것이므로, 위 특수규격제품들의 매출액은 관련 매출액에서 제외될 수 없다고 판단하였다.

제1항에서 본 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 이 부분 상고이유의 주장과 같은 이 사건 담합의 관련 상품 및 관련 매출액에 관한 법리오해의 위법이 없다.

4. 상고이유 제5점에 대하여

원심은 그 채택증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 불량품은 품질요구수준이 높지 않은 범용제품의 대체제품으로 사용될 수 있는 경우 정품보다 다소 할인된 가격에 판매되거나 저급 플라스틱 용기를 제조하는 가공업체에 판매되기도 하고, 일부는 플라스틱 가공사업과 무관한 용도로 소진되는 경우도 있으므로, 불량품은 동일한 원료를 가지고 다양한 용도의 제품을 생산하는 석유화학제품의 제조과정상 언제라도 산출될 수 있는 것이어서 전혀 상품화할 수 없는 폐기물이 아니라 정상제품보다 품질이 떨어지는 것에 불과하여 시장의 수요·공급의 법칙에 따라 거래가격이 결정되는 것이 일반적이고, 따라서 이 사건 담합은 불량품의 가격경쟁에도 영향을 미친다고 판단하였다.

관계 법령 및 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 이 부분 상고이유의 주장과 같이 이 사건 담합의 관련 상품 및 관련 매출액에 관한 법리오해의 위법이 없다.

5. 상고이유 제6점에 대하여

부당한 공동행위로 인한 위반행위의 중대성의 정도는 위반행위로 인하여 발생한 경쟁질서의 저해정도, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 관련 소비자 및 사업자의 피해 정도, 부당이득의 취득 여부 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고 등 9개사가 폴

리프로필렌 제조·판매시장의 대부분을 점유하고 있었던 점, 이 사건 담합의 내용상 그 담합으로 경쟁제한효과가 발생하는 것은 명백해 보이지만 그로 인한 효율성 증대는 거의 없어 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 담합이 매우 중대한 위반행위에 해당한다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 이 부분 상고이유의 주장과 같은 이 사건 담합의 중대성의 정도에 관한 법리오해의 위법이 없다.

6. 상고이유 제7점에 대하여

구 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」(2004. 4. 1. 공정거래위원회 고시 제2004-7호로 전부 개정된 것, 이하 “이 사건 부과고시”라 한다) 부칙 제2항은 “이 고시 시행일 전의 법 위반행위에 대하여 과징금을 부과하는 경우에는 종전의 규정에 의한다”고 규정하고 있는 바, 이 조항의 ‘이 고시 시행일 전의 위반행위’를 판단함에 있어서는 위반행위의 종료일을 기준으로 하되, 가격결정 등의 합의 및 그에 기한 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 그 합의가 있었던 날이 아니라 그 합의에 기한 실행행위가 종료한 날을 의미한다고 할 것이다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고와 다른 8개사와의 이 사건 담합은 2005년 4월 30일까지 그 합의와 실행행위가 계속되었다고 할 것이므로, 그 종료시점에 시행 중이던 이 사건 부과고시에서 정한 과징금 부과기준율 3.5%를 적용한 피고의 이 사건 처분은 정당하다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 이 부분 상고이유의 주장과 같은 이 사건 부과고시의 적용에 관한 법리오해의 위법이 없다.

7. 상고이유 제8점에 대하여

법 제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2 등 각 규정을 종합하여 보면, 공정거래위원회는 법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과할 경우 법과 법 시행령이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다고 할 것이므로, 공정거래위원회의 법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위라 할 것이고, 다만 이러한

재량을 행사함에 있어 과징금 부과 기초가 되는 사실을 오인하였거나, 비례·평등의 원칙에 위배하는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다고 할 것이다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결, 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두4226 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 담합에 가담한 회사들 중 4개 유화사는 이 사건 부과고시의 시행일인 2004년 4월 1일 이전에 모두 이 사건 담합의 합의와 실행행위를 종료하였으므로 당시 시행 중이던 「부당한 공동행위 및 사업자단체금지행위에 대한 과징금 부과준칙」에 의하여 부과기준을 3%를 적용한 반면, 원고는 이 사건 부과고시가 시행 중이던 2005년 3월까지 나머지 유화사들과의 모임에 지속적으로 참여하여 폴리프로필렌의 가격과 판매량에 합의하며 적극적으로 담합에 가담하였고, 그로 인한 영향이 2005년 4월 말까지 지속되었다고 볼 것이므로 원고에게 부과기준을 3.5%를 적용한 것이 형평의 원칙 등에 위배되지 아니한다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 이 부분 상고이유와 같은 형평의 원칙, 비례의 원칙 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.

4

자동차 판매대리점에 대한 판매목표강제행위 관련 : 피고 상고 사건, 상고기각 [대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두13811 판결]

▣ 사안 및 쟁점

피고는, 원고가 2003년부터 2006년까지 자신의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 대리점에 판매목표 달성을 강제한 행위가 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 같은 법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (다)목의 '판매목표강제'에 해당하고, 피고 보조참가인이 공정거래위원회에 원고의 불공정거래행위 등을 신고하였다는 이유로 원고 자신의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 2007년 1월 4일 자동차 판매대리계약을 해지한 행위가 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (라)목의 '불이익제공'에 해당한다고 판단하여 시정명령 및 과징금 납부명령을 하였다.

원심은, 원고가 대리점에 판매목표 달성을 강제하였다고 인정할 증거가 부족하고, 원고가

대리점에 선(先)출고를 요청하고 목표달성을 촉구하는 공문이나 문자 메시지를 보낸 행위 등은 대리점의 판매목표 달성을 독려하는 행위에 불과하며, 원고가 일부 대리점과의 계약 관계를 종료한 것은 자동차 판매대리계약에 따른 적법한 행위임과 동시에 경영상의 필요에 따른 행위라고 봄이 타당하다고 판단하였다. 또한 피고 보조참가인이 원고를 공정거래위원회에 신고하였다는 이유로 자동차 판매대리계약을 해지하였다고 인정할 증거가 부족하다고 판단하였다.

그에 따라 이 사건에서는 원고가 2003년부터 2006년까지 대리점에 판매목표 달성을 강제하였는지 여부와 피고 보조참가인이 공정거래위원회에 원고를 신고하였다는 이유로 2007년 1월 4일 자동차 판매대리계약을 해지하였는지 여부가 주로 문제되었다.

▣ 대법원의 판단

1. 판매목표강제 부분에 대하여

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조 제1항은 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라고 한다)의 하나로 그 제4호에서 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위’를 들고, 같은 조 제2항은 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다고 규정하며, 같은 법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것. 이하 “공정거래법 시행령”이라 한다) 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (다)목은 같은 법 제23조 제1항 제4호에 해당하는 행위유형의 하나로 ‘판매목표강제’를 들면서 이를 ‘자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위’로 규정하고 있다.

위 각 규정의 내용 및 체계와 불공정거래행위의 한 유형으로 판매목표강제를 규정하고 있는 입법취지 등에 비추어 볼 때, 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (다)목의 ‘판매목표강제’에 해당하기 위해서는, 사업자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제한 것으로 인정되고 그로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 하며, 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 판매목표의 달성을 강제한 행위인지 여부는, 판매목표가 상품 또는 용역의 특성과 거래의 상황 등을 고려하여 합리적이고 차별 없이 결정·적용되었는지 여부와 해당 행위의 의도·목적·효과·영향 등 구체적 태양, 해당 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도, 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 불이익

발생의 개연성 등에 비추어 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 하지만, 단지 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 구매자 확대를 위하여 노력하도록 거래상대방에게 촉구 또는 독려하는 것만으로는 부족하다고 할 것이다.

원심은, 원고가 대리점에 판매목표 달성을 강제하였다고 인정할 증거가 부족하고, 오히려 그 채용 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 대리점에서 원고로부터 판매목표 달성을 촉구하거나 차량의 선출고를 요청하는 공문 또는 문자메시지를 받고 이에 따르지 아니하더라도 특별한 불이익을 받지 아니한 점, 대리점에서 판매목표를 달성하지 못하더라도 종합평가 결과 부진 대리점으로 판정되지 아니하는 한 특별한 불이익을 받지 아니하였으며, 부진 대리점으로 판정되더라도 2006년 말까지는 경고 또는 자구계획서 징구 이상의 불이익은 받지 아니한 점, 2006년 말에도 236개 대리점 중 불과 17개 대리점에 대하여만 자동차 판매대리계약의 갱신이 거절된 점, 원고는 2005년도에 1,033억 원, 2006년도에 1,959억 원의 당기순손실을 기록하는 등 경영위기에 처하여 이를 극복하기 위한 방안의 하나로 판매실적이 저조한 일부 대리점과의 계약관계를 종료할 필요가 있었던 점 등에 비추어 보면, 원고가 대리점에 판매목표 달성을 촉구하거나 차량의 선출고를 요청하는 공문 또는 문자메시지를 보낸 행위 등은 대리점의 판매목표 달성을 독려한 것에 불과하고, 원고가 일부 대리점과의 계약관계를 종료한 것은 판매목표 미(未)달성에 대한 제재라기보다는 위와 같은 경영상의 필요에 따른 행위라고 봄이 타당하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 판매목표강제에 관한 법리를 오해하거나 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 불이익제공행위 부분에 대하여

공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (라)목이 규정하는 불이익제공행위에서 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두20812 판결 등 참조). 원심은, 피고 보조참가인이 피고에게 원고를 신고하였다는 이유로 원고가 피고 보조참가

인과의 자동차 판매대리계약을 해지하였다고 인정할 증거가 부족하고, 오히려 그 채용 증거들에 의하면, 원고가 앞서 본 바와 같이 경영위기를 극복하기 위한 방안의 하나로 판매 실적이 저조한 일부 대리점과의 계약관계를 종료할 필요가 있어 2006년 대리점 종합평가 결과 236개 대리점 중 220위를 차지할 정도로 판매실적이 저조하던 피고 보조참가인에게 계약을 갱신하지 않겠다고 통지한 후 피고 보조참가인과 합의하여 자동차 판매대리계약을 해지한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 불이익제공행위에 관한 법리를 오해하거나 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 수 없다.

5

공동수급체 구성행위 관련 (형사사건): 피고인들 상고 사건, 파기환송

[대법원 2011. 5. 26. 선고 2008도6341 판결]

▣ 사안 및 쟁점

검사는 피고인 회사들이 공모하여 2004년 2월부터 5월경까지 지하철 7호선 연장 701~706 공구 건설공사(기본설계 대안입찰공사) 입찰에서 각자 1개의 공구에만 참가하기로 하는 내용의 합의를 하였다는 내용으로 공소제기를 하였다.

그 내용 중에는 들러리 입찰, 입찰가격 조작, 공동수급체 구성을 통한 합의행위가 포함되어 있었는데, 들러리 입찰 및 입찰가격 조작행위에 대해서는 제1심 및 제2심 모두 유죄를 선고하였지만, 공동수급체 구성을 통한 합의행위에 대하여 제1심은 유죄를 선고하였으나, 제2심은 무죄를 선고하였다.

그에 따라 이 사건에서는 공동수급체 구성행위가 공정거래법 제19조 제1항에 규정된 부당한 공동행위에 해당하는지 여부 등이 특히 문제되었다.

▣ 대법원의 판단⁵⁾

1. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제58조에 규정된 법령에 따른 정당한 행위에 해당하는지에 대하여

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다) 제58조는 “이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다”고 규정하고 있다. 여기서 말하는 정당한 행위라 함은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위를 말하는 것이다(대법원 1997. 5. 16. 선고 96누150 판결, 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결 등 참조). 원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 “국가계약법”이라 한다) 제25조 제1항, 국가계약법 시행령 제72조 제2항의 내용은 계약담당공무원 등이 계약상대자를 2인 이상으로 하는 공동계약을 체결하는 것이 가능하고 가급적 이를 원칙으로 한다는 것에 불과하므로, 이는 피고인들과 같이 공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하는 것을 가능하게 하는 규정이 될 뿐이지 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 규정이라고 볼 수 없다는 이유를 들어, 이 사건 공동수급체 구성행위가 공정거래법 제58조에 규정된 ‘법령에 따른 정당한 행위’에 해당하지 않는다고 판단하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다. 거기에 이 부분 상고이유의 주장과 같은 공정거래법 제58조, 국가계약법 제25조 제1항 등의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 공정거래법 제19조 제1항에 규정된 부당한 공동행위에 해당하는지에 대하여

어떠한 공동행위가 공정거래법 제19조 제1항이 정하고 있는 ‘경쟁제한성’을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514 판결, 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 대안입찰을 준비하

5) 공구 분할 및 공모 입찰을 통한 부당한 공동행위의 점에 대해서는 원심의 판단을 모두 수긍하는 취지의 대법원 판단이 내려졌다.

는 건설회사들 간에 서로 경쟁하는 경우 입찰가격이 낮아지고 탈락된 회사는 입찰준비과정에서 지출한 막대한 규모의 설계비 등을 회수하지 못하는 손해를 입게 되므로 피고인들이 이러한 사태를 피하기 위하여 이 사건 각 공동수급체를 구성한 것으로 보이는 점, 대안설계는 원안설계보다 기능 및 효과가 우수하고 입찰 평가항목 중 가격점수의 최고·최저간 격차보다 설계점수의 최고·최저간 격차가 더 크므로 원안설계보다는 대안설계로 참가하는 건설회사가 낙찰받기에 더 유리한데, 피고인들이 각 공동수급체로 끌어들이는 ○○건설 주식회사, ○○건설 주식회사 등은 당시 각 공구별로 대안입찰을 준비하던 유일한 건설회사인 점, 특히 702 내지 706 공구의 경우 이른바 ‘들러리’ 입찰업체를 제외하고 각 공구별로 실제로 입찰을 준비하던 건설회사가 2개사뿐이어서 피고인들이 각 대안설계방식으로 입찰을 준비하던 유일한 경쟁자와 공동수급체를 구성함으로써 경쟁구도가 완전히 사라졌다고 볼 수 있는 점 등을 근거로, 피고인들의 이 사건 각 공동수급체 구성행위는 주로 경쟁제한을 목적으로 한 것이므로 공정거래법 제19조 제1항에 규정된 부당한 공동행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 위 법리와 기록에 비추어 원심의 이러한 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

국가계약법 제25조 제1항은 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사·제조 기타의 계약에 있어 필요하다고 인정할 때에는 계약상대자를 2인 이상으로 하는 공동계약을 체결할 수 있다”라고 규정하고 있고, 국가계약법 시행령 제72조 제2항은 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원이 경쟁에 의하여 계약을 체결하고자 할 경우에는 계약의 목적 및 성질상 공동계약에 의하는 것이 부적절하다고 인정되는 경우를 제외하고는 가능한 한 공동계약에 의하여야 한다”라고 규정하고 있으므로, 비록 공정거래법 제58조에 규정된 법령에 따른 정당한 행위에는 해당하지 않더라도, 국가를 당사자로 하는 계약에서 공동수급체를 구성하는 행위 그 자체가 위법한 것은 아니다.

한편 여러 회사가 공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하는 경우 해당 입찰시장에서 경쟁자의 수가 감소되는 등으로 경쟁이 어느 정도 제한되는 것은 불가피하지만, 사실상 시공 실적, 기술 및 면허 보유 등의 제한으로 입찰시장에 참여할 수 없거나 경쟁력이 약한 회사의 경우 공동수급체 구성에 참여함으로써 경쟁능력을 갖추게 되어 실질적으로 경쟁이 촉진되는 측면도 있다. 나아가 공동수급체의 구성에 참여한 회사들로서는 대규모 건설공사에서의 예측 불가능한 위험을 분산시키고 특히 중소기업의 수주 기회를 확대하며 대기업의 기술 이전을 받을 수 있을 뿐만 아니라, 도급인에게는 시공의 확실성을 담보하는 기능을 하는 등 효율성을 증대하는 효과도 가지고 있다고 볼 것이다. 또한 원심 판결 이유에 의하면, 서울특별시 및 인천광역시로부터 이 사건 각 공구에 대한 입찰의 실시를 의뢰받은

조달청은 이 사건 각 입찰공고에서 공동수급체의 구성을 통한 공동계약이 가능하다는 점을 명시하였고, 공사현장을 관할하는 지역에 주된 영업소가 있는 업체가 포함된 공동수급체에 대하여는 가산점까지 부가하였음을 알 수 있다.

그렇다면 원심으로서는 이 사건 각 공동수급체 구성행위의 경쟁제한성 유무를 판단함에 있어서 앞에서 본 사정들과 함께 당해 입찰의 종류 및 태양, 공동수급체를 구성하게 된 경위 및 의도, 공동수급체 구성원들의 시장점유율, 공동수급체 구성원들이 아닌 경쟁사업자의 존재 여부, 당해 공동수급체 구성행위가 입찰 및 다른 사업자들과의 경쟁에 미치는 영향 등을 제대로 심리하여 당해 공동수급체의 구성행위로 입찰에서의 경쟁이 감소하여 낙찰가격이나 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지 여부를 판단하였어야 할 것이다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 각 공동수급체의 구성행위가 경쟁제한성을 가진 부당한 공동행위에 해당한다고 단정하고 말았으니, 이러한 원심 판결에는 공동수급체 구성행위의 경쟁제한성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. **우**

