

시정명령등취소

[서울고등법원 2016. 6. 17. 2015누42529]



【전문】

【원 고】 주식회사 고려노벨화약 (소송대리인 법무법인(유한) 율촌 담당변호사 박성범 외 1인)

【피 고】 공정거래위원회 (소송대리인 변호사 권국현)

【변론종결】2016. 3. 4.

【주문】

]

피고가 2015. 4. 8.자 의결 제2015-100호로 원고에게 한 별지1 기재 과징금부과처분을 취소한다.

원고의 나머지 청구를 기각한다.

소송비용은 각자 부담한다.

【청구취지】 주문 제1항 및 피고가 2015. 4. 8.자 의결 제2015-100호로 원고에게 한 별지1 기재 시정명령과 2015. 4. 8.자 의결 제2015-101호로 원고에게 한 감면신청 기각처분을 모두 취소한다는 판결.

【이유】

】1. 기초사실 및 처분의 경위

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1~4, 을 2~4, 변론 전체의 취지

가. 원고의 지위

원고 및 주식회사 한화(이하 상호 중 '주식회사' 기재는 생략하고, 위 2개 사업자를 '원고 등 2개사'라 한다.

)는 화약을 제조하는 회사들로서 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법'이라 한다.

) 2조 1호에서 정한 사업자이다.

나. 산업용 화약 시장

(1) 산업용 화약 개관

화약류는 열이나 충격이 가해지면 쉽게 전체가 연소 또는 폭발 반응을 보이는 고체와 액체의 폭발성 물질 또는 폭발성 혼합물로서, 총포·도검·화약류 등 단속법 2조 3항에 의하여 화약, 폭약, 화공품으로 분류된다.

'산업용 화약'이란 이 분류 가운데 화약을 제외한 폭약과 화공품을 말한다.

폭약은 폭발력 및 사용용도에 따라 다이너마이트, 에멀전 폭약, 에멀전 정밀폭약, 에멀전 미진동폭약, 초유 (ANFO)폭약으로, 화공품은 기폭방법 및 제작형태에 따라 전기뇌관, 비전기뇌관, 도폭선으로 각 분류된다.

(2) 국내 산업용 화약 시장 현황

국내 산업용 화약 산업은 1952년 한화가 인천 화약공장을 인수하여 운영하면서 시작되었다.

이후 원고가 1993년 산업용 화약 시장에 진입함으로써 원고와 한화의 복점 구도가 시작되었는데, 세홍화약(이하 '세홍'이라 한다.

)이 2002년 무렵 새롭게 진입하면서 산업용 화약 시장의 경쟁 구도가 변화하였다.

그러나 세홍은 2006. 12. 31. 원고에게 인수되었고, 국내 산업용 화약 시장은 원고와 한화의 복점 구도로 환원되어 현재 까지 이르고 있다.

산업용 화약은 주로 정부 SOC 투자 및 민간 건설사업 현장에 공급되는 등 수요처가 한정적이고, 제품 특성상 제조·유통·저장·사용의 전 과정에 걸쳐 엄격한 규제를 받으며, 초기 설비투자 비용이 큰 편이어서 신규로 화약류 시장에 진입하기가 용이하지 않고 공정거래법상 시장지배적 사업자 추정기준(4조)에 따른 '독과점 구조 유지산업'에 해당한다.

피고 심의일(2015. 4. 8.) 현재 국내 산업용 화약 시장은 원고 등 2개사가 전체 시장을 7:3의 비율로 양분하고 있다. 원고 등 2개사 사이의 시장점유율 추이는 다음과 같다.

단, 세흥의 시장점유율은 2004년 0.3%, 2005년 1%, 2006년 2.6%이다.

(3) 산업용 화약의 유통구조와 가격구조

한화는 전체 매출 중 약 90%를 독립적 사업자인 대리점(총 60개소)을 통하여 최종 사용자에게 공급(대리점 유통)하고, 나머지 약 10%는 지사(총 8개소)를 통하여 직접 대형 수요처에 공급(직판 유통)하고 있다.

또한 원고는 산업용 화약의 전체 매출액 중 약 60%를 독립적 사업자인 대리점(총 23개소)을 통하여 사용자에게 공급하고 나머지 약 40%는 지점(총 11개소)을 통하여 직접 대형 수요처에 공급하고 있다.

산업용 화약의 대리점 공급가와 현장가는 모두 제조업체가 출고하는 공장도가격을 기준으로 산정된다.

구체적으로, 대리점 유통의 경우 대리점과 최종 수요자가 결정한 현장가(통상 공장도가격에 20% 내외의 마진을 더한 금액)에 비추어 제조업체와 대리점이 공장도가격에 일정한 할인율을 적용한 대리점 공급가를 결정한다.

직판 유통의 경우 제조업체와 최종 사용자 간의 직접 협의 또는 입찰에 의하여 현장가가 결정되는데, 역시 공장도가격이 그 기준이 된다.

다.

원고 등 2개사의 부당한 공동행위

원고 등 2개사는 국내 산업용 화약 시장에서 원고 등 2개사의 복점체제를 유지하면서 상호 간의 경쟁을 제한하고 수익을 극대화하고자 ① 복점화된 시장의 점유율을 유지하고, ② 공장도가격을 공동으로 인상·유지하는 한편, ③ 제3사업자의 신규 진입에 공동으로 대응하기로 합의(이하 '이 사건 공동행위'라 한다.

)하고 이를 실행하였다.

(1) 시장점유율 합의

원고 등 2개사는 다음과 같이 1999년, 2001년에 이어 2005년 이후에도 산업용 화약 시장의 점유율을 유지·조정하기로 합의하고, 이를 지속적으로 실행하였다.

(가) 원고 등 2개사의 임원들은 1999. 3. 23. 국내 산업용 화약 시장에서 양사의 시장점유율을 72%(한화) : 28%(원고)로 유지하기로 합의하였고, 시장점유율을 유지하기 위하여 상대방 회사의 전속대리점에 대한 판촉행위 금지, 신규대리점 개설 중지, 원고의 직영대리점 개설 중지 및 기존 대리점의 거래질서를 잡기 위한 공동보조 등을 합의하였다.

원고 등 2개사는 (i) 대규모 신규현장에 대한 점유율을 서로 맞추는 방식, (ii) 양사의 공동대리점이 거래하는 현장을 서로 양보하는 방식, (iii) 마지막으로 양사 간의 초유평약(ANFO) OEM을 활용하여, 합의된 비율보다 원고의 시장점유율이 낮을 것으로 예상되면 한화가 원고로부터 납품받는 초유평약의 양을 늘리는 방식 등을 통하여 물량을 조절하여 시장점유율에 관한 합의를 실행하였다.

이후 원고 등 2개사는 1999년 합의를 기초로 하여 2001년, 2005년에도 시장점유율에 대한 합의를 확인하고 세부적인 사항을 조정하여 시장점유율 합의를 계속하였다.

(나) 원고 등 2개사는 2001. 4. 23. 양사간 시장점유율을 72 : 28로 확인하고, 매월 월말기준으로 점유율을 정산하며, 초유평약 OEM은 6% 수준에서 조정하기로 합의하였다.

한편 원고 등 2개사의 임원진은 2001. 8. 7. 만나 지난 4월의 합의 내용에 추가하여 (i) 원고 등 2개사의 폭약의 시장점유율을 조정하는 방법으로 매월 말 초유평약(ANFO) OEM으로 조정하고, (ii) 대리점에 대한 금전적 지원과 리베이트 등을 일체 중지하며, (iii) 신규대리점 개설도 일체 금지하고, (iv) 신규 화약회사의 출현에 공동으로 대응하기로 하였다.

위 합의 이후에도 원고 등 2개사 사이의 시장점유율은 합의한 내용대로 일정하게 유지되어 왔다.

(다) 원고 등 2개사는 2005. 3. 무렵 시장점유율[75.3(한화) : 24.7(원고)], 기존 거래처에 대한 침탈 금지 등에 관하여 협의하여 기존과 같은 범위에서 시장점유율을 합의하였다.

이후 원고 등 2개사는 지속적으로 합의하여 왔던 시장점유율을 유지하기 위하여 상호 조정하면서 합의 내용을 실행하였다.

(2) 공장도가격 인상 합의

원고 등 2개사는 다음과 같이 1999년, 2001년, 2008년에 산업용 화약의 공장도가격을 인상하기로 각 합의하고, 이를 실행하였다.

이하에서 인상률은 모두 산업용 화약에 속하는 제품군의 평균 인상률을 말한다.

구분합의실행시기내용시기내용1999년 합의1999. 3. 23.약 10% 인상1999. 4~5월(뇌관)약 15% 인상1999. 10월(폭약)2001년 합의2001. 8. 16.약 19% 인상2001. 10월약 8% 인상2002. 7월약 7.5% 인상2008년 합의2008. 8~9월약 10% 인상2008. 10월약 9% 인상

(가) 원고 등 2개사는 1999. 3. 23. 폭약과 뇌관의 공장도가격을 10% 내외로 조정·인상하기로 합의하면서, 세부적으로 (i) 뇌관의 공장도가격은 원고가 먼저 인상하면 한화가 3주 이내에 인상하고, (ii) 가격덤핑을 일체 중지하고 기존 시장에 대하여 서로 침범하지 않으며, (iii) 직판가격은 폭약의 경우 공장도가격의 120%, 뇌관의 경우 125% 이상으로 하고, (iv) 가격이 하락하거나 거래조건이 악화된 지역은 1999. 4. 1.부터 원상복구시키고, (v) 신규 대형현장에 대하여는 협의하여 조정하기로 정하였다.

위 합의에 따라 원고는 1999. 4. 10., 한화는 1999. 5. 10. 각각 뇌관 공장도가격을 인상하였고, 원고 등 2개사는 1999. 10. 무렵 폭약류 공장도가격을 약 15% 인상하였다.

(나) 원고 등 2개사는 2001. 8. 16. 폭약과 뇌관의 공장도가격을 19% 인상하기로 합의하면서, 세부적으로 (i) 폭약과 뇌관의 시장판매가격은 공장도가격을 기준으로 120% 이상으로 하고, (ii) 신제품 출시의 경우 기존 저가 품목과 동등하거나 그 이상의 가격으로 정하며, (iii) 폭약류는 유사 품목에 대하여 상자당 1천원 이상 차이가 나지 않도록 하고, 뇌관은 2개사가 동일한 가격으로 인상하기로 하였다.

위 합의에 따라 원고 등 2개사는 2001. 10. 산업용 화약에 대한 공장도가격을 각 인상하였다가, 수요자인 건설업계 등의 불만이 커지자 인상을 철회하고 다시 두 차례로 나누어 2001년에 약 8%, 2002년에 약 7.5% 인상하였다.

(ㄷ) 원고 등 2개사는 2008. 8. 또는 9. 무렵 폭약 및 뇌관의 공장도가격을 2008. 10.부터 약 10% 내외로 인상하기로 합의하였다.

이에 산업용 화약의 공장도가격에 대하여 한화는 2008. 10. 1. 약 8.9%, 원고는 2008. 10. 3. 약 9%를 각 인상하였다.

(3) 제3자 사업활동 방해 합의

원고 등 2개사는 2001. 8. 7.부터 신규 화약회사 출현에 대하여 공동대응하기로 합의하였고, 이러한 합의는 세홍이 산업용 화약 시장에 신규 진입한 뒤인 2005년 이후에도 유지되었다.

원고 등 2개사는 위 합의를 실행하기 위하여 2005. 3. 무렵 세홍의 거래처(충북골재협회 소속 9개사, 대구·경북지역 2~3개 현장)에 관한 정보를 파악하여 교환하고, 위 거래처를 공략하기 위하여 판매가격을 도매가격의 85% 수준으로 낮게 정하기로 협의하였다.

또한 세홍의 제품을 취급하는 대리점 또는 건설업체에 대하여 현금결제를 요구하거나 할인율을 낮추는 등 결제조건을 불리하게 하거나 불이익을 제공하여 세홍의 제품을 취급하지 않도록 회유·압박하였다.

결국 세홍은 2006년 경영난을 겪다가 2006. 12. 31. 원고에게 인수되었는데, 원고 등 2개사는 세홍의 인수비용을 인수 당시 시장점유율인 7 : 3(한화 : 원고)을 기준으로 하여 나누어서 부담하기로 한 결과, 총 인수비용 120억 원 중 102억 원을 한화가 부담하였다.

라. 원고 등 2개사에 대한 피고의 시정명령 및 과징금부과처분

(1) 공동행위의 중단과 처분시효

피고는 이 사건 공동행위를 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보되, 2002. 10.부터 2005. 2.까지의 기간 동안에 합의의 중단을 인정하였다.

결국 피고는 이 사건 공동행위를 1999. 3.부터 2002. 10.까지의 담합행위와 2005. 3.부터 2012. 5. 무렵까지의 담합행위로 나누어서, 1999. 3.부터 2002. 10.까지의 담합행위의 경우 심의일을 기준으로 행위 종료일로부터 5년이 경과하였으므로 공정거래법 49조 4항에 따라 처분 대상에서 제외하였다.

(2) 원고 등 2개사에 대한 시정명령 및 과징금부과처분의 내용

피고는 2015. 4. 8. 의결 제2015-100호로 원고 등 2개사의 공동행위가 공정거래법 19조 1항 1, 3, 9호에 해당한다는 이유로, 시정명령에 대하여는 공정거래법 21조를, 과징금에 대하여는 공정거래법 22조 및 55조의3, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2012. 6. 19. 대통령령 제23864호로 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법 시행령'이라 한다.

) 61조 및 [별표2], 구 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시(2012. 8. 20. 공정거래위원회 고시 제2012-25호로 개정되기 전의 것, 이하 '과징금고시'라 한다.

)를 각각 적용하여, 원고 등 2개사에 대하여 별지1 제1항 기재와 같이 국내 산업용 화약시장에서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다는 내용 등의 시정명령(이하 '이 사건 시정명령'이라 한다.

)과 위 사업자들에 대하여 합계 65,522,000,000원에 달하는 과징금의 부과처분을 하였다.

(3) 원고에 대한 과징금 산정의 근거

피고는 원고에 대하여 별지1 기재와 같이 13,622,000,000원의 과징금부과처분을 하였는데(이하 '이 사건 과징금부과처분'이라 한다.

), 과징금의 산정근거는 아래와 같다.

(가) 관련매출액

1) 위반기간

이 사건 공동행위의 시기는 합의일인 2005. 3. 1.이다.

이 사건 공동행위의 종기는 한화가 원고에게 합의파기 공문을 발송하여 합의에서 탈퇴하였음을 알리는 명시적 의사표시를 한 날(2012. 5. 30.)의 전날인 2012. 5. 29.이다.

2) 관련매출액의 산정

원고 등 2개사가 위 기간에 판매한 모든 산업용 화약제품의 매출액인 1,456,361,814,689원을 관련매출액으로 본다.

(나) 부과기준율

원고의 이 사건 공동행위는 판매가격의 결정, 물량의 배분 등을 고려할 때 위반행위의 중대성의 정도가 '매우 중대한 위반행위'에 해당하는데, 공장도가격의 경우 실거래가의 상한선 기능을 하고 실제 거래가격은 그 이하의 수준이었다는 점, 시장점유율 유지의 경우 유통대리점 사이의 경쟁으로 제대로 지켜지지 않은 점 등을 고려하여 7%의 부과기준율을 적용한다.

(다) 과징금 산정기준

과징금산정기준은 위 관련매출액에 부과기준율 7%를 곱한 27,801,509,106원으로 한다.

(라) 행위요소에 의한 1차 조정(의무적 조정과징금)

원고에 대한 의무적 조정사유는 없다.

(마) 행위자요소 등에 의한 2차 조정(임의적 조정과징금)

원고가 조사 과정에서 위반행위 사실을 인정하면서 위법성 판단에 도움이 되는 진술을 하는 등 조사에 적극 협력하였으므로 30%를 감경하여 2차 조정 산정기준을 19,461,056,374원으로 정한다.

(바) 부과과징금

원고는 위 과징금을 현실적으로 부담할 능력이 충분하지 않고, 원고가 과중한 과징금의 부과로 경쟁력이 약화되는 경우 오히려 시장의 경쟁상황이 악화될 우려가 있는 점 등을 감안하여 원고에 대하여 산정된 2차 조정 산정기준의 30%를 감경한다.

이에 따라 원고에 대한 최종 부과과징금을 13,622,000,000원으로 정한다.

마. 원고의 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면신청과 피고의 기각처분

원고는 피고가 2012. 4. 9. 이 사건 공동행위와 관련한 현장조사를 시작하고 한화가 피고에게 2012. 4. 18. 1순위로 감면신청을 한 이후인 2012. 5. 18. 2순위로 감면신청을 하였는데, 피고는 2015. 4. 8. 의결 제20115-101호로 "원고가 2개 사업자가 부당한 공동행위에 참여한 경우의 2순위 조사협조자로서 관련된 사실을 모두 진술하고 관련 자료를 제출하는 등 성실하게 협조하였다고 할 수 없다.

"는 이유로 원고의 감면신청을 기각하였다(이하 원고의 감면신청을 기각한 위 처분을 '이 사건 감면불인정처분'이라 한다.

).

2. 이 사건 시정명령, 과징금부과처분 및 이 사건 감면불인정처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

(1) 자진신고자 등 감면신청 요건의 충족

원고의 직원들이 자료를 폐기한 것은 개인의 우발적 행위에 불과하여 원고가 증거를 은폐한 것으로 볼 수 없고, 원고는 감면신청 사실을 한화에게 누설한 일도 없다.

설령 위와 같은 사실이 원고의 증거 은폐나 누설로 인정된다 하더라도 이는 모두 감면신청 전에 있었던 행위이므로 감면불인정처분의 근거가 될 수 없다.

따라서 피고의 이 사건 감면불인정처분은 위법하다.

(2) 이 사건 시정명령과 과징금부과처분의 위법

(가) 세흥이 국내 산업용 화약 시장에서 퇴출된 것은 세흥의 과도한 저가정책, 기술력 및 설비규모의 부족에 따른 판매부진 때문이지 원고 등 2개사의 공동행위로 인한 것이 아니었으므로, 원고 등 2개사의 행위는 공정거래법 19조 1항 9호의 부당한 공동행위(사업활동 방해)에 해당하지 않는다.

(나) 원고는 피고가 2012. 4. 9. 현장조사를 한 이후부터 합의의 실행을 모두 중단하였고, 피고에게 2012. 5. 18. 이 사건 감면신청까지 하였으므로, 피고의 현장조사일인 2012. 4. 9.이나 원고의 감면신청일인 2012. 5. 18.에는 이미 공동행위가 종료된 것으로 보아야 한다.

나. 관계 법령

별지2 기재와 같다.

다.

판단

(1) 판단의 전제: 이 사건 감면불인정처분 취소 청구의 적법 여부

공정거래법은 ① 부당한 공동행위의 금지 규정을 위반한 행위가 있는 때에는 피고가 당해 사업자에 대하여 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있고(21조, 22조), ② 부당한 공동행위에 대한 피고의 조사 시작 전에 부당한 공동행위자가 자진신고하거나 조사 시작 후에 조사에 협조한 경우로서 일정한 요건을 갖춘 때에는 시정조치 또는 과징금을 감경하거나 면제할 수 있도록 규정하고 있다(22조의2 제1항). 공정거래법 시행령은 이에 따라 ③ 자진신고자나 조사에 협조한 자가 일정한 요건을 갖춘 경우에는 과징금을 감경하거나 면제하여야 한다고 규정하고 있고(35조 1항), ④ 자진신고자나 조사에 협조한 자의 신청이 있으면 피고는 그 신원이 공개되지 아니하도록 해당 사건을 분리·심리하거나 분리·의결할 수 있도록 하고 있다(35조 3항). 그리고 공정거래법 시행령 35조 4항에 기초하여 피고가 제정한 구 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시(이 사건에 적용된 것으로 2012. 1. 3. 공정거래위원회 고시 제2011-11호로 개정된 것, 이하 '감면고시'라 한다.

)는 감면신청이 있을 경우 피고가 감면에 관한 사항을 최종적으로 심의·의결하도록 규정하고 있었다(12조 1항).

이러한 규정들을 종합하여 보면, 부당한 공동행위자에 대하여 피고가 행하는 과징금부과처분과 감면불인정처분은 그 근거조항과 성립요건이 법령상 구분되어 있고, 피고가 2개의 요건 모두에 대하여 심리·의결할 의무를 부담하며, 각

처분에 대한 제소기간도 별도로 진행되게 된다.

이 사건과 같이 과징금부과처분과 감면불인정처분이 분리·의결된 경우라면 대외적으로 2개의 중국처분이 성립하였고, 따라서 2개의 처분이 서로 양립할 수 없는 것이 아닌 이상 원고는 2개의 처분 모두에 대하여 함께 또는 따로 불복할 수 있다고 할 것이다.

한편 이 경우 각 처분의 처분사유가 구분되므로 원고는 과징금부과처분에 고유한 위법사유를 들어 감면불인정처분이 위법하다고 주장할 수 없고, 감면불인정처분에 고유한 위법사유를 들어 과징금부과처분이 위법하다고 주장할 수는 없다고 할 것이며, 다만 과징금부과사유가 인정되지 아니하여 과징금부과 자체가 위법하여 취소된 경우(과징금 부과액수에 일부 잘못이 있는 경우는 제외된다.

) 감면불인정처분취소소송의 소의 이익이 부정되는 경우가 있을 수 있고, 법원에서 감면사유가 인정되어 감면불인정처분이 취소되고 이에 따라 피고가 감면처분을 하는 경우 종전의 과징금부과처분은 후행 감면처분에 흡수되어 소멸되므로 당초의 과징금부과처분 취소소송의 소의 이익이 부정되는 경우가 있을 수 있다.

따라서 원고가 이 사건 소로써 이 사건 과징금부과처분의 취소와 함께 이 사건 감면불인정처분의 취소를 구하였다고 하여 그것이 무용한 소송절차의 반복으로서 부적법하다고 볼 수 없다.

(2) 판단의 순서

앞서 본 바와 같이 이 사건 감면불인정처분이 위법하다면 이 사건 과징금부과처분 자체의 위법이 없더라도 이 사건 과징금부과처분은 흡수되어 소멸될 것이므로, 편의상 이 사건 감면불인정처분의 적법 여부부터 판단한다.

(3) 이 사건 감면불인정처분의 적법 여부

(가) 조사협조자 감면대상의 판단기준

- 1) 피고는 공정거래법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 과징금을 부과할 경우 법과 시행령이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 얼마로 정하고 어떻게 감면할 것인지에 관하여 재량이 있다(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두4695 판결 등 참조). 또한 조사협조자 감면제도는 부당한 공동행위의 참여사업자가 자발적으로 조사에 협조하여 입증자료를 제공한 데 혜택을 부여함으로써 참여사업자들 사이의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지 내지 예방하고자 하는 데 그 취지가 있으므로(대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결 참조), 조사협조자로서 감면대상에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 해당 사업자가 부당한 공동행위의 적발가능성에 기여한 정도를 기준으로 삼아야 할 것이다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결 참조).
- 2) 공정거래법 시행령 35조 1항 3호 나목, 1호 다목에 의하면, '공정거래위원회가 조사를 시작한 후 조사에 협조한 자로서 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 단독으로 제공한 두 번째의 자'가 임의적 감면의 대상이 되기 위해서는 '부당한 공동행위와 관련된 사실을 모두 진술하고, 관련 자료를 제출하는 등 조사가 끝날 때까지 성실하게 협조'하여야 한다.

또한 감면고시는 "성실하게 협조"하였는지 여부를 판단하기 위한 고려사항에 '공동행위와 관련된 증거와 정보를 파기, 조작, 훼손, 은폐하였는지 여부'와 '심사보고서가 통보되기 전에 위원회의 동의 없이 제3자에게 행위사실 및 감면신청 사실을 누설하였는지 여부' 등이 포함된다고 규정한다(5조). 위와 같은 감면고시의 규정은 그 형식 및 내용에 비추어 재량권 행사의 기준으로 마련된 행정청 내부의 사무처리준칙 즉 재량준칙이라 할 것이고, 공정거래법 시행령 35조 1항 3호에 의한 감면신청 시 그에 필요한 기준을 정하는 것은 행정청의 재량에 속하므로 그 기준이 객관적으로 보아 합리적이 아니라든가 타당하지 아니하여 재량권을 남용한 것이라고 인정되지 아니하는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결 참조).

3) 공정거래법 시행령과 감면고시는 조사협조자의 성실한 협조 여부를 평가할 때 어느 시점부터의 사정을 고려하여야 하는지 명시하고 있지 않으나, ① 공정거래법 시행령이 피고의 조사개시시점 이전의 자진신고자와 이후의 조사협조자를 구별하여 감면요건을 정하면서도 성실한 조사 협조는 공통된 요건으로 정하고 있는 점(35조 1항), ② 조사협조자 감면제도의 취지가 공동행위의 중지 내지 예방에 있고, 성실 협조 여부는 당해 사업자가 조사에 기여한 정도를 판단하기 위한 하나의 고려요소인 점, ③ 원고의 주장과 같이 위반행위자가 감면신청 전에 증거를 은폐한 사정 등은 고려하지 않고 감면신청 후에 협조한 사정만 고려하여 감면요건의 충족 여부를 판단한다면 위반행위자가 먼저 중요한 증거를 모두 은폐한 후 전략적으로 감면신청을 하는 경우에도 시정명령과 과징금을 감면하여야 한다는 논리가 되므로 감면제도가 악용될 여지가 커지고, 부당한 공동행위의 제재를 오히려 방해하게 되어 감면제도의 취지를 몰각시킬 우려가 크다는 점, ④ 과징금고시 IV.2.다.

(3)은 자진신고자(조사협조자) 감면이 인정되지 않는 경우에도 조사에 적극 협력한 사업자에 대한 과징금을 감경할 수 있도록 정하고 있는 점 등을 고려하면, 조사협조자가 성실하게 협조하였는지 여부의 평가에 있어서는 감면신청 전후의 사정을 모두 고려함이 타당하다.

(4) 인정사실

[인정근거] 다툼 없는 사실, 을 5, 9, 10, 15, 20, 증인 소외 2, 변론 전체의 취지

1) 원고가 감면신청을 한 시점에 피고는 이미 피고의 원고 등 2개사에 대한 현장조사(2012. 4. 9.~10.)와 1순위 감면신청자인 한화의 증거제출(2012. 4. 18.)을 통해 이 사건 공동행위를 입증하는 데 필요한 증거를 충분히 확보한 상태였다.

2) 원고는 이 사건 공동행위를 하는 동안 수시로 담합이 적발되는 것을 방지할 목적으로 직원들에 대한 지시를 통해 공동행위의 증거가 될 수 있는 자료를 체계적으로 폐기·은폐하였다.

원고의 직원 소외 1이 2012. 4. 9. 이 사건 공동행위 관련 자료가 저장되어 있는 자신의 컴퓨터를 포맷하여 자료를 삭제한 것은 이와 같은 원고의 지시에 따른 증거 은폐의 일환으로 이루어진 것이므로, 이를 두고 원고의 의지와는 관련 없는 직원 개인의 우발적인 행위라고 할 수는 없다.

3) 원고 직원 소외 4는 2011. 6. 무렵 소외 2 등 원고의 임원들로부터 피고의 감사에 대비하여 담합 관련 문서를 폐기하라는 지시를 받고 이 사건 공동행위에 관련된 문서 중 일부는 폐기하고 나머지는 8층 산양(원고의 계열사)의 사무실에 옮겨 놓았다.

원고는 그 무렵 원고 임직원들의 컴퓨터에 저장된 자료 일부를 삭제하거나 컴퓨터 자체를 교체하기도 하였다.

4) 원고의 임원이었던 소외 2는 피고의 현장조사일인 2014. 4. 9. 직후 한화의 직원 소외 3을 만나 피고가 현장조사를 통해 각 사업자로부터 공동행위와 관련된 어떤 자료를 확보하였는지에 관한 정보를 교환하였다.

5) 피고는 원고가 조사에 협력하였음을 감안하여 조사협조자 감면과는 별도로 과징금고시에서 정해진 바에 따라 원고에 대한 과징금 산정단계에서 30%를 감경하였다.

(㉔) 판단

위 인정사실에 의하면 원고는 피고의 조사에 일부 협력한 점은 인정되나 이 사건 공동행위와 관련된 사실을 모두 진술하였다거나 조사가 끝날 때까지 성실하게 협조하였다고 볼만한 충분한 사정이 있다고 보기는 어렵다.

피고가 이 사건 감면불인정처분을 한 것은 이와 같은 사정을 모두 고려하여 원고의 협조는 이 사건 부당한 공동행위의 적발에 기여한 정도가 높은 것으로 볼 수 없다는 판단에 근거한 것으로 보이므로, 거기에 재량권의 일탈·남용의 위법이 있다고 볼 수 없다.

원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

한편 원고는 1순위로 감면신청을 한 한화가 조사협조자 감면을 받지 못한 이상 감면고시 9조 3항에 의하여 원고가 1순위 조사협조자로서 필요적 감면대상이라고 주장하나, 1순위 조사협조자는 '공정거래위원회가 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태에서 필요한 증거를 단독으로 제공한 최초의 자'이면서 조사에 성실하게 협조하였어야 하는데, 앞서 본 바와 같이 피고는 원고의 감면신청 당시 이미 현장조사와 한화의 증거제출을 통해 이 사건 공동행위를 입증하는데 필요한 증거를 충분히 확보한 상태였고 원고는 조사에 성실하게 협조하였다고 볼 수도 없다.

그러므로 원고의 위 주장도 이유 없다.

(4) 부당한 공동행위로서 '사업활동 방해'의 성립 여부

공정거래법은 사업자들이 공동으로 '다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위'를 할 것을 합의하는 것을 금지한다(19조 1항 9호). 그런데 공정거래법 19조 1항의 부당한 공동행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 같은 항 각 호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의함으로써 성립하는 것이므로, 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것이 아니다(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두7872 판결 참조).

원고 등 2개사는 공동하여 세홍이 국내 산업용 화약 시장에 진입하거나 그 시장점유율을 높이는 것을 막기로 합의하고, 그에 따라 제품의 도매가격을 낮추고 세홍의 제품을 취급하는 업체에 회유와 압박의 수단을 사용한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이는 국내 산업용 화약 시장에서 원고와 한화의 복점 구도를 유지함으로써 경쟁을 실질적으로 제한하는 것임이 분명하다.

따라서 세홍이 국내 산업용 화약 시장에서 퇴출된 것이 원고 등 2개사의 사업활동방해를 위한 공동대응에 따른 것인지 여부를 굳이 따질 필요도 없이 원고 등 2개사의 합의는 공정거래법 19조 1항 9호의 부당한 공동행위에 해당한다고 할 것이다.

원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

(5) 이 사건 과징금부과처분의 적법 여부

(가) 이 부분 당사자 주장의 요지

원고는, 피고의 현장조사일인 2012. 4. 9.이나 적어도 원고의 감면신청(자진신고)일인 2012. 5. 18.에 위 공동행위가 종료된 것으로 보아야 한다고 주장한다.

반면 피고는, ① 원고가 현장조사 이후에도 한화와 접촉해 피고의 조사에 관한 정보를 교환하였고, ② 원고의 감면신청에는 합의 파기에 대한 진정한 의사가 없어 이를 적법한 자진신고로 볼 수 없으며, ③ 원고가 감면신청 이후에도 공동행위의 결과로 인상된 가격을 그대로 유지하여 지속적으로 이익을 취득하였으므로 과징금고시 Ⅱ.6.가.(3)에 의하여 '이익의 취득이 종료된 날'을 공동행위의 종기로 보아야 하고, ④ 원고 등 2개사 사이의 시장점유율 합의의 실행수단인 초유폭약(ANFO) OEM 계약이 원고의 감면신청에도 불구하고 계속 유지되다가 한화의 합의파기 통지로 비로소 해지되었으므로 현장조사일 또는 감면신청일을 이 사건 공동행위의 종기로 볼 수 없는바, 피고가 이 사건 과징금 산정과정에서 공동행위의 종료일을 한화가 명시적으로 합의파기를 통지한 날의 전날인 2012. 5. 29.로 본 것은 적법하다고 주장한다.

(나) 사업자의 감면신청(자진신고 등 지위확인 신청)과 공동행위의 종료일

과징금산정의 기초가 되는 위반행위의 종료일은 부당한 공동행위의 실행행위가 종료하는 날과 반드시 일치하는 것은 아니다.

그리고 부당한 공동행위에 관하여 정해진 위반행위의 종료일은 '부당한 공동행위의 합의가 더 이상 존속하지 아니하게 된 날'[과징금고시 IV.1.다.

(1)(라)], 즉 위반행위의 상호구속력이 해소되어 더는 그러한 경쟁제한적인 사업활동이 없어진 시점을 말한다.

따라서 원칙적으로 위반행위자 상호간의 구속상태를 해소시키기 위한 외부적 징표가 있어야 하지만, 그러한 외부적 징표가 없는 때에도 상호합의의 실행이 확정적으로 상실되었다고 인정되는 상태가 되면 종기가 도래한다.

그러므로 부당한 공동행위에 가담한 사업자가 공정거래법 22조의2가 정하는 자진신고자 등에 대한 감면조치를 받기 위하여 공정거래위원회에 적법하게 자진신고자 등 감면신청을 하였다면, 신고 후에 정당한 사유 없이 공동행위를 중단하지 아니하거나 조사에 성실하게 협조하지 아니하는 등으로 인하여 자진신고자 등 지위확인이 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 그 감면신청을 부당한 공동행위에서 탈퇴하는 의사표시와 함께 합의에 반하는 행위가 있었던 경우에 준하여 볼 수 있다.

따라서 위와 같은 적법한 감면신청 사업자에 대하여는 감면대상 순위에 해당하는지 여부와 상관없이 감면신청일 시점이 공동행위의 종료일이 된다고 보아야 한다(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결 참조).

(다) 인정사실

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 9, 12, 13, 20, 21, 을 5, 9, 13, 17, 변론 전체의 취지

1) 원고의 평균 연간할인율은 2011년과 2012년에 각각 12.0%와 12.4%로 별 차이가 없으며 한화는 오히려 연간할인율이 11.2%에서 10.5%로 줄어들었다.

원고의 연간할인율은 2012년 이후 지속적으로 증가하여, 2011년과 2014년 9월 사이에 약 1.7%p가 증가하였다.

원고의 평균 월간할인율은 2012년 약 12%로 일정하다가 2012년 12월부터 13%대로 상승하였다.

2) 원고의 영업이익률은 이 사건 공동행위가 유지된 기간(2005년부터 2011년까지)에는 대체로 12~17%의 수준을 유지하다가 2012년에 8%까지 하락하였다.

원고의 영업이익률 및 이익액 추이는 다음과 같다.

3) 원고는 피고의 현장조사 이후에도 2008년에 인상한 기존의 공장도가격을 유지하다가 2015. 11. 11.에야 공장도가격을 인상하였다.

산업용 화약의 공장도가격을 결정할 외부적인 요소로는 원재료비와 물가상승률 등이 있는데, 산업용 화약 제품의 주요 원재료인 '폭약 AN입상(ANFO)'과 '폭약 AN액상(에멀전)'의 가격은 2007년부터 급격히 인상되었고, 인상된 원재료의 가격은 2011년부터 2013년까지 유사한 수준을 유지하였다.

4) 원고와 대리점·수요처 간의 산업용 화약 공급계약은 통상 1년 이상의 장기계약이다.

5) 원고 등 2개사는 이 사건 공동행위가 중단되었다가 다시 시작된 2005. 3. 무렵의 합의 당시 ANFO OEM 물량을 원고의 시장점유율에 포함시켜 계산하지 아니하기로 정하였고, 2005년 이후 ANFO OEM은 시장점유율 합의의 이행수단이라기보다는 양사의 생산효율성과 상호 자금지원의 목적으로 이루어졌다.

특히 2009년 이후에는 원고 등 2개사 사이의 시장분할이 어느 정도 잘 지켜져서 ANFO OEM은 시장점유율 조정용으로 사용되지 않았고, 일시적 수요에 따라 활용되었을 뿐이다.

6) 실제 원고가 한화에 공급한 ANFO OEM 물량을 보면, 이 사건 공동행위가 중단된 기간 외에도 ANFO OEM에 따른 제품 공급이 없는 때가 상당 기간(2001년 4월~8월, 2009년 3월~6월, 2009년 10월~2010년 8월, 2011년 2월~6월, 2011년 11월 이후) 나타나고 있고, 특히 2009년부터는 거래량이 현저히 줄어들다가 2011년 10월을 마지막으로 2013년까지 한화에 ANFO OEM에 따라 제품이 공급된 바 없다.

(㉮) 판단

위 인정사실과 다음과 같은 사정들을 앞서 살핀 법리에 비추어 보면, 원고는 2012. 5. 18. 피고에게 자진신고자 등 감면신청을 함으로써 한화와의 공동행위의 합의에서 탈퇴하는 확정적인 의사표시 및 그 합의에 반하는 행위를 하였다고 인정되므로, 이 사건 공동행위의 종료일을 위 감면신청일이 아니라 그 이후로서 한화가 원고에 합의파기 공문을 발송한 2012. 5. 30.의 전날로 보아 그때까지의 관련 매출액을 기초로 과징금액을 산정한 이 사건 과징금부과처분은 위법하다.

1) 원고의 감면신청이 기각된 것은 조사방해로 인하여 지위확인이 취소되었기 때문이 아니라 애초부터 조사협조자로 인정받지 못한 것인데, 그 불인정 사유는 원고가 피고의 현장조사 이전 및 현장조사 당일에 일부 자료를 폐기·은닉하고 한화에 대하여 조사사항을 누설하였다는 것인바, 증인 소외 2의 증언에 의하면 원고가 피고의 현장조사를 예견하여 증거의 은닉, 즉 조사의 방해로 특별히 획책한 것으로는 보이지 아니하고 또한 조사사항의 누설도 단순한 정보교환 정도에 그쳤을 뿐 조사방해 행위에까지 이른 것으로 보이지 않는다.

2) 원고와 한화의 이 사건 공동행위는, 실제 판매가격을 공장도가격의 120%로 한다는 등의 내용이 포함된 점에 비추어 볼 때 궁극적으로 산업용 화약의 판매가격에 관한 합의이며 공장도가격에 관한 합의는 이를 위한 세부적인 내용 중의 하나일 뿐이다.

따라서 한화가 합의파기 공문을 보낸 이후에도 3년 이상 원고의 공장도가격이 그대로 유지되었다는 이유만으로 공동행위가 지속되고 있다고 보기는 어렵다.

특히 공장도가격은 한번 내리면 다시 올리기 어렵고, 할인율 등의 조정을 통하여 판매가격을 실질적으로 인하하는 것도 가능하므로 가격경쟁을 하더라도 공장도가격 인하를 할 필요성이 별로 없다는 점에서 더욱 그러하다.

3) 피고의 주장과 달리 원고의 영업이익률은 2012년부터 급격히 하락하였다.

또한 피고 주장의 근거가 되는 영업이익률 자료는 연간 평균 이익률이어서 2012년 4월이나 5월 중 언제 이 사건 공동행위가 중단되었는지를 판단하기에 적절한 자료로 볼 수 없다.

한편, 비록 원고의 할인율이 감면신청 시를 기준으로 크게 변동되지 않았더라도, 이는 복점 양상이 서로 다른 전국에서 다양한 산업용 화약 제품의 평균 할인율을 산정한 수치에 불과하고, 원고의 영업이익률 및 영업이익금이 2012년에 급락한 점에 비추어 볼 때 이를 이유로 2012년에 원고와 한화 사이에서 점유율 및 개별 제품의 공급가격 등에 있어서 경쟁이 이루어지지 않은 것으로 보기는 어렵다.

따라서 원고의 영업이익률이나 할인율을 근거로 원고가 공동행위 실행의 결과를 유지하면서 그로 인하여 지속적으로 이익을 취득하거나 손해를 발생시키고 있는 경우에 해당한다고 보기는 어렵다.

(설령 피고의 주장처럼 원고의 영업이익이 그 자진신고 이후 일정 기간 유지되었더라도, 산업용 화약류 공급이 대리점을 통하는 경우가 많고 계약기간이 장기인 점에 비추어 볼 때 점유율 합의가 종료되었다고 하여 즉각적으로 이익률 변화가 생길 것으로 보기는 어려우므로, 이 역시 '원고의 자진신고 등 감면신청에도 불구하고 합의가 종료되지 않은 것으로 볼 특단의 사유'에는 해당하지 아니한다.

)

4) ANFO OEM 계약은 이 사건 공동행위의 전제라기보다는 그 일부분으로서 한화가 담합을 유지하기 위해서 원고를 통제하는 수단의 성격이 강하고, 원고 전체 매출에서 차지하는 비중이 약 3% 정도에 불과하여 결정적인 수단이라고 볼 수 없으며, 그나마도 2005년 합의 이후에는 물량조정 실행수단으로서의 의미는 희박해 졌다.

설령 2005년 이후에도 ANFO OEM 계약이 이 사건 공동행위와 관련이 있다고 보더라도 2011년 이후에는 실제로 그에 따른 거래가 거의 이루어지지 않았으므로, ANFO OEM 계약이 형식적으로 효력을 유지하였다는 점은 원고의 감면신청에도 불구하고 공동행위가 종료되지 않았다고 볼 만한 특별한 사정에 해당하지 않는다.

5) 사정이 이와 같다면 원고가 조사협조자 지위를 인정받지는 못하였다고 하더라도 원고의 감면신청은 과징금을 감면받기 위한 진정한 의사에 의한 것이지 조사협조를 통한 감면신청의 의사가 없다거나 부진정한 의사에 의한 가장행위라고 보기는 어렵고, 원고가 이후에도 계속 부당한 공동행위를 하였다거나 그로 인한 이익을 지속적으로 얻고 있는 등의 특별한 사정이 인정되지 않은 이상 위와 같이 자진신고자 등 감면신청을 한 때에 원고는 이 사건 부당한 공동행위를 중단하였다고 보아야 할 것이다.

3. 결론

그렇다면 원고의 청구 중 이 사건 과징금부과처분 취소 청구는 이유 있어 이를 받아들이고, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하며, 소송비용은 각자 부담하기로 한다.

[별지 생략]

판사 이균용(재판장) 서승렬 성충용