

발 간 등 루 번 호

11-1130000-000271-11



공정거래위원회

•
2024년도

#공정거래 판례요지집

- 공정거래법 I -

제11판

1권



시장지배적지위 남용행위
기업결합·경제력집중억제
부당공동행위

공정거래위원회
심판관리관실

판례요지집(제11판) 발간사

심판관리관실은 지난 2005년 공정거래 관련 판례를 조문별·논점별로 정리한 판례요지집을 처음 발간한 이래 판례요지집 개정 작업을 꾸준히 하여 왔으며, 어느덧 제11판을 발간하게 되었습니다.

금번 제11판에서는 제10판에 수록된 2021년 12월까지의 판결을 포함하여 그 이후 2023년 12월까지 선고된 중요한 대법원 판결 및 고등법원에서 확정된 판결, 헌법재판소 결정 등을 수록하였습니다. 특히 표준필수특허 보유에 따른 시장지배적지위 남용행위를 인정한 판결, 공정거래법상 특수관계인의 지시·관여의 의미 및 증명에 관한 법리를 제시한 판결 등 의미 있는 판결을 추가하였습니다. 또한, 기존에 미비했던 행위유형 (사의편취 행위, 기술자료 유용행위, 대리점법 위반행위 등)에 대한 목차를 신설하여 쟁점별 판례를 빠짐없이 찾을 수 있도록 하였습니다.

판례요지집은 위원회의 지난 43년간의 법 집행 결과와 중요한 쟁점에 대한 다양한 판례들이 축적된 자료입니다. 아무쪼록 판례요지집이 위원회 직원들의 전문성 축적과 효율적인 업무수행에 활용되어 위원회 법 집행의 완결성을 높이는 데 도움이 되기를 기원합니다.

앞으로도 심판관리관실은 법원의 판결내용을 종합적으로 분석하고 체계화하여 더욱 충실한 판례요지집을 발간할 수 있도록 노력하겠습니다. 마지막으로 판례들을 정리하고 분석하느라 수고한 이상협 과장과 박소현 사무관을 비롯해 송무담당관실 직원들에게 감사의 마음을 전합니다.

2024년 2월

심판관리관 안 병훈

최근 판례의 동향

[시장지배적지위 남용행위] 대법원은 퀄컴의 시장지배적지위 남용행위 건 상고심에서, 양측 상고를 모두 기각하여 과징금 처분이 적법하다는 원심판결을 확정했다. 이번 판결을 통해 비록 라이선스 계약 내용 자체에 대한 위법성은 인정받지 못하였지만 (위원회 일부폐소 부분), 시장지배적 사업자가 프랜드(FRAND) 의무를 인지하면서도 표준필수특허 시장 및 모뎀칩셋 시장에서 독점적 지위를 유지·확장하기 위해 반경쟁적 사업구조를 구축하고, 이러한 사업구조가 관련시장에서 경쟁제한 효과를 야기하여 시장 구조를 독점화하는 것이 위법하다는 것을 분명히 하였다는 점에서 중요한 의미가 있다.

구체적으로, 대법원은 경쟁 모뎀칩셋 제조사의 요청에도 불구하고 칩셋 제조·판매에 필수적인 이동통신 표준필수특허에 대해 라이선스 제공을 거절하거나 제한한 퀄컴의 행위는 거래상대방(경쟁 모뎀칩셋 제조사)에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시한 행위로서 시장지배적 지위를 남용한 행위에 해당한다고 보았다. 그리고 퀄컴은 칩셋 공급과 특허 라이선스 계약을 연계하여 휴대폰 제조사에 대해 칩셋 공급을 불모로 부당한 라이선스 계약 체결·이행을 강제하였는데, 이 또한 거래상대방 (휴대폰 제조사)에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제한 행위로서 공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위와 동시에 불이익 제공에 의한 불공정거래행위에 해당한다고 판시하였다(대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결).

가즈트랑스포르 에 페끄니가즈(GTT)의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건에서, 국내 조선업체를 대상으로 LNG 화물창 기술 라이선스(특허권)을 제공하면서 기술지원 서비스까지 구매하도록 강제한 원고의 끼워팔기 행위의 위법성은 인정하면서도, 끼워팔기 행위에 대한 관련매출액 산정에 있어 기준이 되는 관련상품은 특별한 사정이 없는 한 끼워팔기 대상인 종된 상품에 국한되므로, 위원회가 과징금 산정 시 관련상품에 기술지원 서비스뿐만 아니라 기술 라이선스까지 포함한 것은 위법하다고 판시하였다(서울고법 2022. 12. 1. 선고 2020누69221 판결).

[부당한 공동행위] 외국계 은행들의 통화스왑 관련 부당한 공동행위에 대한 건에서, 대법원은 이 사건 입찰이 외형과 달리 실질적으로는 수의계약을 체결한 것으로 볼 수 있으므로 입찰담합의 경쟁제한성을 인정하지 않은 원심판결을 파기하고, 입찰의 경쟁의 실질에 대한 판단기준을 제시하였다. 입찰에서 발주자와 참가자가 구누로 합의를 했다고 하더라도 제안서 제출, 조건에 따른 낙찰 등 통상적 입찰절차를 거쳤다면 경쟁의 실질을 갖추었다고 볼 수 있고, 이러한 입찰에서의 낙찰자 합의는 경쟁제한성이 있다고 판시하였다 (대법원 2023. 8. 31. 선고 2021두46902 판결, 2021두41662 판결).

11개 배합사료 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건에서, 가격 등에 대한 정보교환은 담합을 용이하게 하는 수단으로서 사업자간 의사연결의 상호성을 인정할 수 있는 유력한 자료가 될 수는 있지만 정보 교환행위 자체를 곧바로 가격을 결정·유지하는 행위에 관한 합의로 인정할 수는 없고, 관련시장의 구조와 특성, 교환된 정보의 성질·내용, 정보교환의 주체·시기·방법, 정보교환의 목적과 의도, 외형상 일치 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 판시하였다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2017두47229 판결, 2017두47144 판결 등). 공정거래법 개정('20.12월)으로 정보교환 그 자체도 부당 공동행위로 규율할 수 있게 되었지만, 공동행위의 종기가 신법 시행일('21.12.30.) 이전인 사건에 대해서는 구법이 적용되므로 참고할 필요가 있다.

관련매출액 산정과 관련하여, 자료 멸실 및 훼손 등으로 일부 기간의 구체적인 회계자료를 확보하지 못하는 경우 하위법령에 명문화된 규정이 없다고 하더라도 과거 실적, 시장상황 등을 종합적으로 고려하여 합리적·객관적으로 매출액을 추산할 수 있다고 보았다(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누70334 판결). 같은 취지에서, 객관적인 매출액 산정이 불가한 경우 수 개의 합의로 구성된 하나의 공동행위에 대해 일부 기간은 정률 방식, 일부 기간은 정액 방식으로 과징금을 부과하는 것 또한 가능하며, 다만 각 방식에 따라 부과한 과징금액 간 형평성을 잃지 않아야 한다고 판시하였다(서울고법 2022. 4. 14. 선고 2021누31759 판결).

처분시효와 관련하여, 24개 원심력콘크리트(PHC)파일 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건에서 유사 사건인 관수 입찰담합에 대해 위원회의 조사가 이루어졌다고 하더라도, 관련시장, 남합의 당사자, 합의 대상과 내용, 피해자 등이 다른 이 사건 민수 입찰담합에 대해 직권으로 인지했다거나 조사를 개시했다고 볼 수 없고, 따라서 처분시효의 기산점은 PHC파일 민수 분야 담합 신고로 인해 위원회가 이 사건 공동행위에 대해 직접 인지한 때로 보아야 한다고 판시하였다(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누75124 판결).

[불공정거래행위] 한국토지주택공사가 토지 매매계약 체결 시 매수인을 대상으로 거래상지위를 남용한 건에서, 이 사건 매매가 특정 택지개발사업 시행 과정에서 발생한 일회성 거래에 불과하여 계속적인 거래관계가 존재하지 않는다고 보더라도, 거래상지위의 본질은 일방의 상대방에 대한 거래의존도에 있다고 할 것이고 거래관계의 계속성은 거래의존도 판단을 위한 고려요소가 될 수 있을 뿐 그 자체로 거래상 지위의 존부를 판단하는 독자적인 기준이 된다고 보기는 어려우므로 원고의 거래상지위는 인정될 수 있다고 판시하였다(서울고법 2022. 9. 28. 선고 2021누60719 판결).

고어코리아 등의 구속조건부 거래행위 건에서, 중간재 제조사가 브랜드가치 유지 명목으로 완제품 제조·판매업자들에게 거래처를 제한하는 행위는 브랜드 내 유통채널 간 경쟁제한

효과를 발생시키기보다는, 브랜드가치를 유지함으로써 차별화된 브랜드 구매경험을 제공하는 등으로 브랜드 간 경쟁을 촉진시키고 소비자 후생을 증대시키는 효과를 가져올 수 있는 것으로 보아 이 사건 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보기 어렵다고 판시하였다(대법원 2022. 8. 25. 선고 2020두35219 판결).

남양유업(주)의 부당한 고객유인행위 건에서, 분유 등을 제조·판매하는 사업자가 산부인과 병원 및 산후조리원에 은행 평균 대출금리 기준 0.5%p 이상 낮은 이자율을 적용하여 대여금을 제공한 행위는 정상적인 거래관행에 비추어 거래상대방에 대해 부당하거나 과대한 이익을 제공함으로써 공정거래를 저해하는 행위에 해당한다고 판시하였다(서울고법 2023. 2. 2. 선고 2021누75926 판결).

[부당지원행위 및 사익편취행위] 기업집단 태광 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위 건에서, 대법원은 동일인(이호진)의 이 사건 행위에 대한 관여를 부정한 원심판결을 파기하고 특수관계인의 ‘관여’의 의미 및 증명에 관한 법리를 최초로 제시하였다. 특히, 특수관계인은 기업집단에 대한 영향력을 이용하여 다양한 방식으로 간접적으로 관여할 수 있다고 보았으며, 특수관계인이 계열회사의 임직원 등에게 부당한 이익제공행위를 장려하는 태도를 보였거나, 해당 거래의 의사결정 또는 실행과정에서 계열회사의 임직원 등으로부터 해당 행위와 관련된 보고를 받고 이를 명시적·묵시적으로 승인하였다면 그 행위에 관여한 것으로 인정할 수 있다고 판시하였다(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두38113 판결).

아시아나항공(주)이 제3자와의 기내식 공급계약을 매개로 계열사 금호고속을 지원한 건에서, 해당 계약이 지원주체의 대표권 남용행위 및 배임행위 등으로 사법(私法)상 무효가 문제될 수 있다고 하더라도 이는 당사자 간 민사관계에서 주장할 수 있는 것이고, 위원회가 공정거래법에 따른 공법상 의무를 위반한 것에 대해 제재 처분하는 데 있어서 장애가 되지는 않는다고 판시함으로써 사실상 종수일가의 배임적 사익 편취행위에 대한 공정거래법상 규제의 필요성을 인정하였다(대법원 2023. 10. 18. 선고 2023두45750 판결).

(주)대한항공과 (주)싸이버스카이 등에 대한 부당지원행위 건에서, 대법원은 공정거래법상 사익편취 규정의 부당성 해석과 관련하여 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유지·심화될 우려가 있는지 여부에 따라 판단해야한다는 기준을 제시하였다. 즉, 공정거래법 제47조 위반 여부 판단 시 제1항 각호의 행위 충족 여부와는 별도로 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는지 여부에 대한 규범적 평가가 필요하다고 판시하였다. 구체적으로, 행위주체와 객체 및 특수관계인의 관계, 행위의 목적과 의도, 행위의 경위와 당시 행위객체가 처한 경제적 상황, 거래 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모, 이익제공

행위의 기간 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다는 점을 명시하였다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결).

[사업자단체금지행위] 한국감정평가사협회가 구성원 감정평기업자에 대해 문서탁상자문을 제공하는 행위를 금지한 건에서, 해당 행위가 공정거래법에서 금지하는 ‘용역의 거래를 제한하는 행위’에 해당하려면 용역의 제공이나 구매 등 거래를 일부 또는 전부 제한하는 행위면 족하고, 일정한 거래분야에서 제한의 대상이 되는 용역과 대체 가능한 용역이 존재하는지 등을 고려하여 위 규정의 적용 여부를 가릴 것은 아니라고 판시하였다(대법원 2022. 9. 29. 선고 2021두33722 판결).

[하도급법 위반행위] 하도급법 위반 사업자는 시정명령 등 제재처분과 함께 벌점을 부과받게 되는데, 벌점 누적 시 위원회는 관계행정기관의 장에 대해 입찰참가자격 제한 요청 및 영업정지 요청 등이 가능해진다. 이 때 사업자가 불복할 수 있는 대상이 문제되는데, 대법원은 하도급법상 벌점 부과행위는 위원회의 입찰참가자격 제한 요청 등 후속 조치의 기초자료로 사용하기 위한 내부적 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않지만(대법원 2023. 1. 12. 선고 2020두50683, 2020두50690, 2020두54890 판결), 제재 처분을 받을 구체적·현실적 위험을 비로소 발생시키는 입찰참가자격 제한 요청에 대해서는 후속 제재 처분 전에 관련 법적 분쟁을 조기에 해결할 수 있도록 처분성을 인정하였다.(대법원 2023. 2. 2. 선고 2020두48260 판결).

회사 분할과 관련하여 한화시스템(주)의 입찰참가자격제한 및 영업정지 요청 건에서, 존속회사에 부과된 벌점은 회사분할의 실질 및 분할계획서 등의 취지에 따르더라도 분할되는 회사의 공법상 의무 또는 이와 관련된 재산적 가치가 있는 사실관계에 해당하며, 이러한 공법상 의무가 성질상 이전이 허용되지 않는다면 일신전속적인 것이라고 볼 수도 없으므로 분할신설회사에 승계되었다고 봄이 타당하다고 판시하였다(대법원 2023. 4. 27. 선고 2020두47892 판결).

반면, 회사 분할 시 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대해서는 분할 전 법 위반행위를 이유로 하도급법상 시정조치를 명하는 것은 허용되지 않는다고 보았다. 현행 공정거래법은 분할하는 회사의 분할 전 공정거래법 위반행위를 이유로 신설회사에게 과징금 부과 또는 시정조치를 할 수 있도록 규정을 신설하였으나, 현행 하도급법은 과징금 부과처분과 달리 시정조치에 대해서는 공정거래법 준용 규정을 두고 있지 않은 점, 회사 분할 전 법위반이 있는 경우 시정조치의 제재사유는 이미 발생하였고 신설회사로서는 제재사유를 제거할 수 있는 지위에 있지 않은 점 등을 고려하여, 분할신설회사에게 시정조치의 제재사유가 승계되는지 여부에 대해 이를 소극적으로 보는 것이 자연스럽다고 판시하였다(대법원 2023. 6. 15. 선고 2021두55159 판결).

조사시효와 관련하여 (주)코아스의 불공정하도급거래행위 건에서 재신고에 따른 조사의 개시는 원신고로 인해 개시된 조사의 '재개'일 뿐이지 종전과 구분되는 새로운 조사의 '개시'라고 볼 수 없으므로, 재신고 사건의 조사시효 기산점은 원신고일로 보아야 한다고 판시하였다. 이때, 하도급법은 조사시효와 별도로 처분시효 규정을 두고 있으므로 조사 기간이 부당하게 연장되어 조사대상자를 장기간 불안정한 지위에 있게 함으로써 법적 안정성을 해하는 결과는 발생하지 않는다고 보았다(서울고법 2022. 8. 25. 선고 2021누48443, 2021누58372 판결).

(주)삼성중공업이 수급사업자에게 기술자료를 요구하면서 서면을 교부하지 않은 건에서, 제조위탁 대상이 된 목적물 및 제조위탁의 대가를 정하지 않은 기본계약 체결에 의해서는 하도급법의 적용대상이 되는 제조위탁 관계가 성립된다고 볼 수 없다고 판시하였다. 아울러, 기술자료 요구행위가 하도급계약의 체결 후에 있는 경우뿐만 아니라 하도급계약의 체결과 동시에 있거나, 계약 내용에 포함되는 경우에도 하도급법 적용 대상이 됨을 명확히 하였다(서울고법 2022. 10. 27. 선고 2021누68874 판결).

두산인프라코어(주)가 복수 사업자의 기술자료를 유용한 건에서, 법 위반행위가 단일한 의사 아래 이루어지고 실행행위가 동일한 경우 이를 하나의 위반행위로 포괄하여 보아, 사업자 별로 각각 과징금을 산정할 필요 없이 위반행위 유형별로 하나의 과징금을 산정해야 하며, 포괄적 위반행위 기간 중 법령이 개정된 경우에 대해서는 포괄적 위반행위의 종료시점의 법령을 적용하여 과징금을 산정하도록 기준을 판시하였다. 이때 위반행위 종료 시점은 기존 공급자의 도면을 전달받은 사업자의 도면이 작성·보완되거나 제작·공급 가능 여부를 판단한 때로 인정하였다(대법원 2022. 9. 16. 선고 2020두47021 판결).

[가맹사업법 위반행위] (주)에땅이 가맹점사업자단체 활동을 이유로 가맹점주에게 불이익을 준 건에서, 형식적으로는 가맹본부가 계약 내용에 따라 가맹점의 계약 위반을 이유로 하여 계약을 해지하거나 갱신을 거절하였다고 하더라도 그 실질이 가맹점사업자단체의 구성·가입·활동을 주된 이유로 하는 것이라고 판단된다면, 이는 계약 종료를 위한 수단 내지 방편에 불과한 것으로 가맹사업법에서 금지하고 있는 행위에 해당한다고 판시하였다(서울고법 2022. 5. 12. 선고 2021누61871 판결).

[유통업법 위반행위] 롯데하이마트(주)의 대규모유통업법 위반행위 건에서, 삼성전자, 엘지전자 등 대기업이라고 하더라도 다른 납품업체들과 마찬가지로 원고에게 종업원을 파견하고 판매장려금을 지급하였으며, 원고의 요청에 따라 디자인과 재질 등을 변경하여 단가를 낮춘 원고 전용모델을 납품하기도 하였는 바, 이는 상품의 현실적인 판매에 관하여는 원고의 사업능력이 더 우월하거나 원고의 유통망 활용이 상당히 중요함을 보여주는

것으로 다른 납품업자들뿐 아니라 삼성전자 및 엘지전자와의 거래활동에 대해서도 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 판시하였다(서울고법 2023. 7. 12. 선고 2021누33090 판결).

[대리점법 위반행위] 에스케이브로드밴드(주) 및 브로드밴드노원방송(주)의 대리점법 위반행위 건에서 원고들이 대리점과 계약기간 중 구체적 협의 없이 기본수수료 지급기준을 변경한 행위는, 원고들이 사업설명회 개최 등을 통해 기준 변경 사실을 알렸다는 점, 기준 변경에 동의하여 계약을 체결했다는 대리점의 확인서를 받았다는 점에도 불구하고 자신의 거래상 지위를 이용하여 불이익을 제공한 행위에 해당한다고 판시하였다(서울고법 2021. 12. 6. 선고 2020누62299 판결).

[표시광고법 위반행위] 처분시효와 관련하여, 애경산업(주) 및 에스케이케미칼(주)의 부당한 표시광고 행위 건에서, 위원회가 조사에 착수한 시점 전후에 걸쳐 위반행위가 계속된 때에는 그 위반행위가 종료된 시점에서야 비로소 최초로 조사하는 사건에 해당한다고 할 것이므로 이 경우 조사개시일은 위반행위 종료일로 보는 것이 타당하다고 보았다. 특히, 부당한 표시가 제품의 용기 등에 이루어진 경우, 위반행위 종료일은 문제된 제품의 수거·회수 등 필요한 조치가 완료되어 소비자에게 판매 및 진열이 중지되는 등 위법상태가 종료되었다고 인정된 때로 볼 수 있다는 점을 명확히 하였다(서울고법 2023. 8. 17. 선고 2022누39361 판결).

5기 창호 제작·판매업체들이 창호 제품의 에너지 절감 효과 등을 과장하여 광고한 건에서, 관련매출액에서 시공비를 공제하지 않고 과정금을 산정한 것은 위법하다고 판시하였다. 시공매출액은 위반행위로 인하여 직·간접적으로 영향을 받은 매출액에 해당하기는 하나 영향을 받았다는 사정만으로 시공비가 당연히 관련매출액에 포함되는 것은 아니며, 창호 판매와 시공은 구별되는 점, 실제로 원고의 창호제품을 구매한 소비자에 대해 시공업체에 대한 실질적인 선택권이 보장되었던 점 등을 고려했을 때 관련매출액에서 시공비를 제외하여야 한다고 보았다(서울고법 2023. 2. 16. 선고 2021누45390 판결). 마찬가지로, 개인 고객과의 매매계약을 기초로 하는 인테리어 전문점에 대한 매출과 달리 창호제품의 대리점 자체수주분 매출은 대리점의 자체적 영업에 따른 하도급 계약을 기초로 하여 거래의 구조나 성격이 상이한 점을 고려할 때, 이 사건 광고의 직접적인 영향을 받은 매출이라고 보기 어려워 관련매출액에서 제외되어야 한다고 보았다(서울고법 2023. 6. 1. 선고 2021누45529 판결).

[약관법 위반행위] 부킹닷컴 비브이의 환불불가 불공정약관 건에서, 환불불가 조항은 숙박계약에 포함되는 내용으로 숙박계약의 당사자는 숙박업체와 고객이므로 원고는

중개인일 뿐 숙박계약의 한쪽 당사자가 아니라는 점, 원고는 중개인으로서 숙박조건을 실질적으로 변경하지 않는 점, 고객에게 환불불가 조항이 숙박업체의 정책임을 알리고 있는 점 등을 고려할 때 원고는 환불불가 조항을 제안한 약관법상 '사업자'에 해당하지 않고, 따라서 약관법 적용 대상이 아니라고 판시하였다(서울고법 2023. 9. 21. 선고 2020두41399 판결).

한편 동일 약관 조항을 문제삼은 아고다 컴퍼니 유한회사 건에서, 원고는 단순한 중개인을 넘어 숙박예약 및 계약 체결, 대금 결제, 취소·환불 등 숙박계약의 성립 및 이행과정에서의 업무를 포괄적으로 수행하였고, 환불불가 조항 또한 고객과 숙박업체 간 숙박계약뿐만 아니라 원고와 고객 간 플랫폼 이용계약에도 편입되었다고 볼 수 있으므로 약관법상 '사업자'에는 해당한다고 보았다. 하지만 원고는 고객에게 환불불가 상품과 환불가능 상품 모두를 제공하고, 고객은 자신의 취소가능성, 환불 여부에 따른 상품의 할인율 등을 고려하여 선택할 수 있으므로, 환불불가 조항이 고객에게 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 약관 조항에 해당한다고 보기 어렵다고 판시하였다(서울고법 2023. 9. 21. 선고 2021두35124 판결).

[기록] 지난 '20.12.3. 위원회는 영업비밀 자료 제공자의 비밀 보호 필요성을 존중하면서도 피심인의 방어권을 보장하는 수단으로서 제한적 자료열람(Data Room) 제도를 도입·시행하였다. 구글엘엘씨 등이 비공개 처리된 심사보고서 첨부자료에 대해 열람·복사를 신청한 건에서 위원회가 부분적으로 제한적 자료열람을 결정하며 자료 열람실에 입실할 인원을 1원으로 제한한 행위에 대해, 이 사건 인원제한을 통해 얻을 수 있는 영업비밀의 보호의 실효성 확보라는 공익적 필요성이 원고들의 방어권 보장에 비해 작다고 할 수 없으므로 위원회의 재량권 일탈·남용으로 볼 수 없다고 판시하였다. 즉, 열람·복사가 허용되지 않던 상황에서 피심인의 방어권이 최대한 보장될 수 있도록 해당 자료의 제한적 열람이 가능하게 된 점을 고려하면, 위원회는 제한적 자료열람 허용 여부, 열람인원 및 기한 등 제한에 대해 재량권을 가지고 있다고 보았다(서울고법 2022. 10. 19. 선고 2021누48573 판결).

목 차

#공정거래 판례요지집 [1권]

제1장 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 1

I . 시장지배적 지위 남용행위(법 제5조, 구법 제3조의2)	3
1. 시장지배적 사업자의 의의	5
가. 인정한 거래분야	5
나. 시장지배적 사업자	12
다. 시장지배적 사업자의 추정	14
마. 시장지배력의 전이	16
2. 법 제45조(구법 제23조)(불공정거래행위의 금지)와의 관계	19
3. 지위남용행위의 유형 및 기준	22
가. 부당한 가격결정(제1호)	22
나. 부당한 출고조절(제2호)	22
다. 다른 사업자의 사업활동 방해(제3호)	24
마. 부당한 시장진입 제한(제4호)	40
마. 부당한 경쟁사업자배제 또는 소비자이익의 저해(제5호)	40
4. 과징금 관련	56
5. 시정명령 관련	59

II. 기업결합의 제한(법 제9조, 구법 제7조)	61
1. 경쟁제한적 기업결합 규제 취지	63
2. 지배관계 형성 여부	64
3. 일정한 거래분야 판단(관련시장의 획정)	65
가. 관련시장의 획정 필요성 및 기준	65
나. 관련 상품시장	66
다. 관련 지역시장	69
4. 경쟁제한성 여부	72
가. 경쟁제한성 판단시 고려 요소	72
나. 구체적 사안	73
다. 할인점 기업결합 사건에서의 경쟁제한성	76
5. 기업결합의 예외인정 사유 관련	78
가. 효율성 증대를 위한 기업결합	78
나. 회생이 불가한 회사의 기업결합	80
6. 기업결합 신고	82
7. 시장명령 관련	83
가. 주식의 전부 또는 일부의 처분	83
나. 영업의 양도	85
8. 이행강제금의 성격	87
III. 경제력 집중의 억제(법 제18조~제31조, 구법 제8조의2~제14조)	89
1. 지주회사의 행위제한 위반(법 제18조, 구법 제8조의2)	91
2. 상호출자금지제도(법 제21조, 구법 제9조)	96
3. 출자총액제한제도(구법 제10조)-2009. 3. 25. 삭제	98
4. 금융보험사 의결권제한제도(법 제25조, 구법 제11조)	100
5. 상호출자제한 기업집단 등의 지정(법 제31조, 구법 제14조)	102

IV. 부당한 공동행위(법 제40조, 구법 제19조)	105
1. 법 제40조 제1항(구법 제19조 제1항)의 공동행위	107
가. 공동행위의 일반	107
나. 행위별 위반유형	172
다. 관련시장의 확정	243
라. 경쟁제한성 판단	255
마. 과징금	292
바. 자진신고	455
2. 법 제40조 제5항의 공동행위 추정(구법 제19조 제5항, 2007. 8. 3. 개정 전 조항)	496
가. 서설	496
나. 요진	498
다. 공동행위 추정의 복멸	516
라. 과징금 산정에 있어 실행의 시기 및 종기	524
3. 법 제40조 제5항의 공동행위 추정(법 제19조 제5항, 2007. 8. 3. 개정 후 조항)	527
4. 시정명령 관련	529
5. 기타	537
가. 법 개정 시 적용 법령 및 소급입법 관련	537
나. 공소사실의 특정	542

2024년도
공정거래 판례요지집

제1장

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

I

시장지배적 지위 남용행위 (법 제5조, 구법 제3조의2)

I. 시장지배적 지위 남용행위(법 제5조, 구법 제3조의2)

1. 시장지배적 사업자의 의의

- 시장지배적 사업자 여부를 판단하기 위해서는 관련 상품 및 관련 지역에 따른 시장 등을 구체적으로 정하고 그 시장에서 지배가능성이 인정되어야 함
- 시장지배적 사업자인지 여부를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함. 특정 사업자가 시장 지배적 지위에 있는지 여부를 판단하기 위해서는 경쟁관계가 문제될 수 있는 일정한 거래 분야에 관하여 거래의 객체인 관련 상품에 따른 시장과 거래의 지리적 범위인 관련 지역에 따른 시장 등을 구체적으로 정하고 그 시장에서 지배가능성이 인정되어야 함.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

* 같은 취지: 엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)

가. 일정한 거래분야

1) 관련 시장의 정의

- 관련 상품시장은 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말함
- 관련 상품에 따른 시장은 일반적으로 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 상품의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미하고. 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품의 가격, 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태는 물론 판매자들의 대체 가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 형태, 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며, 그 외에도 기술발전의 속도, 그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는

다른 상품에 관한 시장의 상황, 시간적·경제적·법적 측면에서의 대체의 용이성 등도 함께 고려하여야 할 것임.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

※ 같은 취지: 엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)

□ 관련 지역시장은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 사업자들이 위치한 지리적 범위를 말함

- 관련 지역에 따른 시장은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 사업자들이 위치한 지리적 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 다른 모든 지역에서의 가격은 일정하나 특정 지역에서만 상당기간 어느 정도 의미 있는 가격인상 또는 가격인하가 이루어질 경우 당해 지역의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 지역 전체를 의미하고,
- 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품의 가격과 특성 및 판매자의 생산량, 사업능력, 운송비용, 구매자의 구매지역 전환가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매자들의 구매지역 전환행태, 판매자의 구매지역 전환가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 행태, 시간적·경제적·법적 측면에서의 구매지역 전환의 용이성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며, 그 외에 기술발전의 속도, 관련상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 관련상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황 등도 함께 고려하여야 할 것임.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

□ 시장지배적 지위 남용행위를 통해 봉쇄하려는 표적인 시장을 기준으로 시장을 확정하고 경쟁제한성 유무를 평가하는 것으로 족함

- 퀄컴의 조건부 리베이트 제공행위의 관련지역시장을 CDMA2000방식 모뎀칩의 국내 공급시장 및 RF칩의 국내 공급시장으로 확정한 피고의 조치에 위법이 없다고 보면서, 설령 관련지역시장을 세계시장으로 확정하더라도 그 시장에서 원고 퀄컴의 시장지배적 지위를 인정하는 데에 아무런 문제가 없고, 그 지위 남용행위를 통해 봉쇄하려는 표적인 시장이 모뎀칩 및 RF칩에 관한 국내 공급시장인 이상 그 시장을 기준으로 경쟁제한성 유무를 평가하면 족하다고 판단함.

[월콤 인코포레이티드 외 2의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결¹⁾)]

2) 군집시장

- 정비용 부품업체들 사이 경쟁은 ‘원고로부터 현대·기아차 전체 부품의 수급권을 가지는 대리점이 되는 방법’과 ‘개별 부품별로 경쟁부품업체들로부터 구매하는 업체가 되는 방법’을 제시하여 도매상들로부터 선택받는 형태인 점, 현대·기아차용 정비용 부품이 100만종이 넘어 각 부품별 개별 거래가 이루어진다고 보기 어려운 점 등에 비추어 이 사건 관련상품시장을 전체 차량 정비용 부품시장 또는 현대·기아차용 전체 정비용 부품 시장으로 정할 수 있다고 할 것임
- ① 원고와 그 경쟁부품업체들은 각 대리점과 비대리점을 구분하여 디폴종 거래관계를 계속적으로 유지하면서 차량 정비용 부품을 공급하는데, 원고 대리점이 아닌 경우 원고로부터의 순정품 구매가 사실상 어렵고, 원고 대리점의 경우도 개별 품목별로 정비용 부품을 공급받는 것이 아니라 일련의 정비용 부품 전체에 관한 수급권을 부여받는 형태로 원고와 거래하는 점, ② 부품도매상들이 정비용 부품 수요자인 차량정비업체에 정비용 부품을 판매할 때는 그들 사이에 개별 품목별로 경쟁관계가 성립할 수 있지만, 원고 등 정비용 부품업체들 사이의 경쟁은 부품도매상들을 놓고서 ‘원고로부터 현대·기아차 전체 부품의 수급권을 가지는 대리점이 되는 방법’과 ‘개별 부품별로 경쟁부품업체들로부터 구매하는 업체가 되는 방법’을 각 제시하여 도매상들로부터 선택받는 형태로 이루어진다고 볼 수 있는 점, ③ 현대·기아차용 정비용 부품이 100만종이 넘어 원고 등과 그 부품도매상 사이에서 각 부품별로 개별적인 거래가 이루어진다고 보기 어려운 점 등의 사정을 알 수 있음.
- 이와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 관련상품시장을 전체 차량 정비용 부품시장 또는 현대·기아차용 전체 정비용 부품 시장으로 정할 수 있다고 할 것임.

[현대모비스의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두6308 판결)]

1) 파기환송심(서울고법 2019.5.20. 선고 2019누42 판결)은 원고가 소취하함

3) 구체적 사안

- 거래형태, 입점조건, 구매자의 인식과 시장유형의 선택 등에서 차별성이 크므로 오픈마켓 운영시장과 종합쇼핑몰 운영시장을 하나의 관련시장으로 볼 수 없음
 - 오픈마켓의 운영자는 자신의 인터넷사이트 내에 가상의 장터를 판매자에게 제공하고 판매에 따른 부가적인 서비스를 제공하는 통신판매중개 역할에 그치며, 거래당사자는 오픈마켓에 입점한 판매자와 구매자인 반면, 종합쇼핑몰의 운영자는 자신의 인터넷사이트에서 자신의 책임하에 소비자에게 직접 상품을 판매하는 형태로 운영되어 거래형태가 전혀 다른 점, 종합쇼핑몰의 운영자는 자신이 직접 판매자의 지위에서 구매자에게 책임을 지게 되므로, 상품 구매시 까다로운 품질검사나 표시광고에 관련된 임증서류를 요구하고, 해당상품이 종합쇼핑몰의 브랜드 정책이나 기업이미지에 부합하는지 여부 등의 엄격한 심사를 거쳐 업체와 상품을 선정하는 반면, 오픈마켓의 경우는 이러한 까다로운 입점 조건이 없이 누구나 간단한 입점등록만으로 중개장터와 대금결제서비스를 제공받아 판매활동을 할 수 있게 해주는 점, 구매자들의 입장에서도 오픈마켓 운영시장과 종합쇼핑몰 시장에서 거래되는 상품의 종류, 품질 및 가격, 판매자들의 규모 및 신뢰도, 대금결제 방식이나 법적 책임 등에 차이가 있다는 점을 인식하고, 각자의 기호나 구매하고자 하는 상품의 종류에 따라 시장유형을 선택하고 있다고 보여지는 점 등 제반사정을 종합하여 보면, 오픈마켓 운영시장과 종합쇼핑몰 운영시장을 하나의 관련시장으로 볼 수 없음.
- [(구)인터넷마켓의 시장지배적지위 남용행위 건(서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결²⁾)]
- 제공하는 용역이 전혀 다를 뿐만 아니라, 수요 및 공급의 대체 가능성도 낮아 오픈마켓 운영시장과 포털사이트 등 광고시장을 하나의 관련시장으로 볼 수 없음
 - 오픈마켓은 그 인터넷 사이트 내의 가상의 장터에서 판매자들과 구매자들 사이의 거래가 이루어지는 반면, '포털사이트 등 광고시장'은 자신의 사이트에서 오픈마켓·종합쇼핑몰 또는 상품광고를 통해 소비자를 해당 오픈마켓·종합쇼핑몰의 사이트로 안내하는 서비스만 제공할 뿐 자신의 포털사이트 내에서 판매가 이루어지지 아니하여 제공하는 용역의 내용이 전혀 다른 점, 오픈마켓 운영시장의 수요자는 자체쇼핑몰이 없이 오픈마켓을 통해 판매를 하려는 소규모 입점업체들인 반면, 포털사이트나 가격비교사이트와 같은 광고시장의 수요자는 자체 쇼핑몰을 가지고 있는 오픈마켓이나 종합쇼핑몰의 운영자로서 그 수요자가 다르고,

2) 상고심(대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결)도 원심과 같은 취지로 판단함

따라서 오픈마켓 운영시장에서 용역수수료가 상승한다고 하더라도 여기에 입점한 영세 판매자들이 거래처를 포털사이트 등으로 변경할 수 없는 점, 에누리닷컴과 같이 광고시장과 오픈마켓이 병존하는 사례가 있기는 하나, 위 회사의 주된 사업내용은 '가격비교'를 통한 광고알선이며, 오픈마켓 영업은 중고물품 판매중개를 부수적으로 영위하는 것으로서, 오픈마켓 운영시장에서의 시장점유율도 0.1%에 불과한 점 등 제반사정을 종합하여 보면 오픈마켓 운영시장과 포털사이트 능 광고시장을 하나의 관련시장으로 볼 수 없음.

[(구)인터넷지마켓의 시장지배적지위 남용행위 건(서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결³⁾)]

□ 열연코일의 기능 및 효용·수요대체성·공급대체성의 측면, 동북아시아 지역으로의 구매 전환 가능성에 비추어 관련시장은 국내 열연코일 시장임

- 원심이 관련 상품시장에 관하여 '원고가 생산하고 있는 열연코일 중 자동차냉연강판용 열연코일을 구분하여 이를 거래대상이 아닌 공정 중에 있는 물품이라고 할 수 없다'고 보는 한편, 나아가 '열연코일의 기능 및 효용의 측면, 수요대체성의 측면, 공급대체성의 측면 및 한국산업표준산업분류 등을 참작하여 열연코일 전체를 거래대상으로 삼는 이외에 이를 세분하여 그 중 자동차냉연강판용 열연코일만을 거래대상으로 삼는 별도의 시장을 설정할 수는 없다'고 인정한 것은 정당하며, 또한 관련 지역시장에 관하여 열연코일의 국내가격과 수출가격 사이의 관계를 판단하는 전제로서 열연코일의 국내가격은 원화가격으로, 수출가격은 미국 달러화가격으로 비교함으로써 환율을 고려하지 아니하였을 뿐만 아니라 열연코일의 국내판매가격은 표준가격으로, 수출가격은 실거래가격의 평균가격으로 비교함으로써 등가성을 확보하지 아니한 채 비교한 잘못은 있으나, 그 밖에 원심 판시와 같은 사유로 국내에서 열연코일의 가격이 상당기간 어느 정도 인상되더라도 이에 대응하여 국내 구매자들이 동북아시아 지역으로 열연코일의 구매를 전환할 가능성은 없다는 이유에서 열연코일에 관한 동북아시아시장을 관련지역시장에 포함시킬 수 없다고 인정한 결론은 옳음.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

3) 상고심(대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결)도 원심과 같은 취지로 판단함

□ 이 사건 관련 상품시장은 프로그램 송출시장과는 별개의 프로그램 송출서비스시장이고, 관련 지역시장은 전국임

- 이 사건 관련 상품시장은 프로그램 송출시장과는 별개의 시장으로서 원고와 같은 플랫폼사업자가 TV홈쇼핑사업자 등으로부터 수수료를 지급받고 송출채널을 통해 프로그램의 송출서비스를 제공하는 프로그램 송출서비스시장이고, 이 사건 관련 지역시장의 범위는 전국이라고 보아야 함.

[티브로드강서방송의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결)]

- 원심은 「유료 방송시장의 거래구조는 종합유선방송사업자 등과 같은 플랫폼사업자와 TV홈쇼핑사업자 등 사이에 형성되는 프로그램 송출서비스시장 및 플랫폼사업자와 그 플랫폼사업자에 유료 가입하여 프로그램을 시청하는 가입자 사이에 형성되는 프로그램 송출시장으로 구분되는데, 원고와 같은 플랫폼사업자와 우리홈쇼핑 등 사이에는 후자인 프로그램 송출시장과는 별개의 시장인 프로그램 송출서비스시장이 형성되고, 이 시장은 관할 지역을 할당받은 전국의 많은 플랫폼사업자들이 TV홈쇼핑사업자 등에게 송출채널을 제공하고 그 수수료를 지급받는 것 등을 주요 거래내용으로 하는 시장으로서 전국적 범위에 이른다」고 판시함(서울고법 2007. 11. 8. 선고 2007누10541 판결).

* 위원회는 이 사건 관련 상품시장을 프로그램 송출시장으로 확정하고 관련 지역시장을 서울 강서구로 봄

□ 동영상 콘텐츠에 대한 계약을 체결하면서 선광고를 협의 없이 게재할 수 없도록 한 행위에 대하여, 관련 상품시장을 ‘인터넷 포털서비스 이용자시장’으로 확정하고, 아무런 근거 없이 인터넷 포털사업자의 인터넷 광고시장에서의 매출액을 포함한 전체 매출액을 기준으로 시장점유율을 산정하는 것은 부당함

- 피고가 이 사건 처분의 전제가 되는 관련상품시장에 관하여 인터넷 포털이 대부분 검색(Search) 서비스·이메일·메신저 등 커뮤니케이션(Communication) 서비스·홈페이지·온라인카페 등 커뮤니티(Community) 서비스·스포츠·금융·뉴스·게임 등 각종 콘텐츠(Contents) 서비스·온라인 쇼핑 등 전자상거래(Commerce) 서비스(이하 위 각 서비스를 통틀어 ‘1S-4C 서비스’)를 기반으로 유사한 서비스를 제공하고 있는 점 등에 근거하여 이 사건 관련시장을 ‘인터넷 포털서비스 이용자시장’으로 확정한 것에 대하여, ① 이 사건 광고제한행위는 동영상 콘텐츠 공급업체(Contents provider)의 동영상 콘텐츠에 대한 색인 데이터베이스 제공계약을 체결하면서 원고의 검색결과로 보이는 동영상 플레이어 내 동영상 시청에 방해가 되는 선광고(先廣告)만을 원고와 협의 없이 게재할

수 없도록 한 것으로 원고의 겸색서비스를 통하여 동영상 콘텐츠 공급업체와 이용자를 중개해 주는 과정에서 이루어진 점, ② 원고가 관련상품시장에서 시장지배력을 가지고 이를 남용하는 행위를 하였는지 여부를 판단함에 있어서는 원고가 동영상 콘텐츠 공급업체와 자신의 이용자들을 중개하는 시장에서 시장지배력을 가지는지 여부와 그 지위를 남용하는 행위를 하였는지 여부를 판단하여야 할 것이고, 이는 동영상 콘텐츠 공급업체들이 이용자들을 자신의 사이트로 유인함에 있어 원고와 같은 인터넷 포털사업자에게 얼마나 의존하고 있는지 여부와 직결되는 문제인 점, ③ 동영상 콘텐츠의 이용은 원고와 같이 1S-4C 서비스를 모두 제공하는 인터넷 포털사업자 뿐만 아니라 그 중 겸색서비스만을 제공하는 인터넷 사업자의 인터넷 겸색서비스를 통해서도 충분히 가능하고, 그 서비스의 효용이나 성능, 소요되는 비용은 1S-4C 서비스를 제공하는 인터넷 포털사업자와 별다른 차이가 있을 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 결국 피고가 이 사건 관련시장을 인터넷 포털서비스 이용자시장으로 획정한 것은 부당하다고 판시한 원심은 정당함.

- 공정거래법 시행령 제4조 제2항은 시장점유율을 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량기준 또는 생산능력기준으로 이를 산정할 수 있다고 규정하고 있고, 이 때 매출액이나 물량 또는 생산능력은 일정한 거래분야 즉 관련시장에서 발생한 매출 등을 의미하는데, 피고는 인터넷 포털서비스 이용자시장을 관련시장으로 획정하면서도 아무런 근거 없이 인터넷 포털사업자의 인터넷 광고시장에서의 매출액을 포함한 전체 매출액을 기준으로 시장점유율을 산정하고 있는 점, 인터넷 광고시장에서의 매출액을 인터넷 이용자시장에서의 지배력이 그대로 반영되어 나타난 결과로 보더라도 전체 매출액에는 인터넷 광고시장에서의 매출과 관련이 없는 게임 관련 매출액, 전자상거래 매출액 등이 포함되어 있어 이를 시장지배적 사업자를 추정하는 시장점유율의 기준으로 삼기에는 시장과의 관련성이 희박한 점, 최근 신규 사업자의 시장진입이 없었더라도 기존 사업자의 신규 서비스분야로의 진출과 서비스경쟁은 매우 치열한 양상으로 계속되어 왔고 과거 인터넷 포털사업자들의 성장과정을 보더라도 최근의 매출액만을 기준으로 인터넷 포털서비스 시장이 원고를 포함한 일부 사업자들의 고점시장으로 고착화되었다고 단정하기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 피고가 이 사건 관련상품시장에서의 시장지배력의 추정 기준으로 인터넷 포털사업자의 전체 매출액을 삼은 것은 부당함.

[엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)]

나. 시장지배적 사업자

1) 시장지배적 사업자 판단 기준

□ 시장지배적 사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려함

- 1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정된 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제7호, 제8호에 의하면, 시장지배적 사업자는 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야(이하 '일정한 거래분야')의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말하고, 이를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

□ 시장점유율이라 함은 시장지배적지위의 남용금지 규정에 위반한 협의가 있는 행위의 종료일이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년 동안에 국내에서 공급 또는 구매된 상품 또는 용역의 금액 중에서 당해 사업자가 국내에서 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액이 점하는 비율을 말함

- 구 공정거래법 시행령(2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정되기 전의 것)은, '시장점유율'이라 함은 시장지배적지위의 남용금지 규정에 위반한 협의가 있는 행위의 종료일이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년 동안에 국내에서 공급 또는 구매된 상품 또는 용역의 금액 중에서 당해 사업자가 국내에서 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액이 점하는 비율을 말하며 당해사업자와 그 계열회사는 이를 하나의 사업자로 본다고 규정하고 있음(제4조 제2항 본문, 제3항).

[(구)인터파크지마켓의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결)]

- 개별적으로는 시장을 독점 또는 과점의 형태로 지배하고 있지 아니한 여러 사업자들이 집단적으로 통모하여 독과점적 지위를 형성한 경우 이들 사업자들도 '시장지배적 사업자'에 포함된다고 볼 수 없음
- "단독으로 또는 다른 사업자와 함께 ... 거래조건을 결정, 유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자"라 함은, 그 문언이나 앞서 본 현행 공정법의 체계(시장지배적 지위의 남용금지에 관한 규정을 두고 있는 이외에도 사업자들의 부당한 공동행위를 제한하는 규정과 사업자단체의 일정한 행위를 금지하는 규정을 두고 있는 점) 및 제반규정 (현행 공정법은 제4조에서 1 사업자의 시장점유율이 50% 이상인 경우와 3 이하의 사업자의 시장점유율이 75% 이상인 경우 시장지배적 사업자로 추정하는 규정을 두고 있는 이외에 복수의 사업자들이 통모한 경우 시장지배적 사업자로 인정할 수 있다는 규정을 두고 있지는 아니한 점) 등에 비추어 볼 때 시장을 독점의 형태로 지배하고 있거나 과점의 형태로 지배하고 있는 개별 사업자를 의미하는 것이지, 이와 달리 개별적으로는 시장을 독점 또는 과점의 형태로 지배하고 있지 아니한 여러 사업자들이 집단적으로 통모하여 독과점적 지위를 형성한 경우 이들 사업자들도 시장지배적 사업자에 포함된다는 취지로 볼 수는 없음.
- 별도의 독립된 사업자들이 각기 자기의 책임과 계산하에 독립적으로 사업을 하고 있을 뿐 손익분배 등을 함께 하고 있지 않다면 그 사업자들이 다른 사업자들과 함께 시장지배적 사업자에 해당하는 것은 별론으로 하고, 그 사업자들을 통틀어 시장지배적 지위의 남용을 금지한 법 제3조의2, 제2조 제7호에서 규정하고 있는 하나의 사업자에 해당한다고 볼 수는 없다고 할 것임.
[비씨카드 외 14개사의 시장지배적지위 남용행위 건(서울고법 2003. 5. 27. 선고 2001누15193 판결⁴⁾]]

2) 시장지배 가능성의 판단

- 시장지배 가능성을 판단함에 있어 관련상품의 수입이 그다지 큰 어려움 없이 이루어질 수 있는 경우에는 수입가능성도 고려하여야 함
- 무역자유화 및 세계화 추세 등에 따라 자유로운 수출입이 이루어지고 있어 국내 시장에서 유통되는 관련상품에는 국내 생산품 외에 외국 수입품도 포함되어 있을 뿐 아니라 또한

4) 상고심(대법원 2005. 12. 9. 선고 2003누6283 판결)도 같은 취지로 판단함

외국으로부터의 관련상품 수입이 그다지 큰 어려움 없이 이루어질 수 있는 경우에는 관련상품의 수입 가능성도 고려하여 사업자의 시장지배 가능성은 판단하여야 함. 따라서 이와 같이 현재 및 장래의 수입 가능성이 미치는 범위 내에서는 국외에 소재하는 사업자들도 경쟁관계에 있는 것으로 보아 그들을 포함시켜 시장지배 여부를 정함이 상당한바, 이러한 경우에는 위에서 본 관련지역시장 판단에 관한 여러 고려 요소들을 비롯하여 특히 관련상품시장의 국내외 사업자 구성, 국외 사업자가 자신의 생산량 중 국내로 공급하거나 국내 사업자가 국외로 공급하는 물량의 비율, 수출입의 용이성·안정성·지속성 여부, 유·무형의 수출입장벽, 국내외 가격의 차이 및 연동성 여부 등을 감안하여야 할 것임.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

다. 시장지배적 사업자의 추정

□ 특별한 사정이 없는 한 일정한 거래분야에서 1 사업자의 시장점유율이 50% 이상 이거나, 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 75% 이상인 경우, 그 사업자는 시장지배적 사업자로 추정됨

○ 다만, 일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 10억 원 미만인 사업자는 제외되며 (제2조 제7호), 한편 일정한 거래분야에서 1 사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상 이거나, 3 이하의 사업자(시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외한다)의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상인 경우에는 그 사업자는 시장지배적 사업자로 추정됨(제4조 제2호 본문).

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

□ 비씨카드와 그 회원은행들, 엘지카드, 삼성카드가 시장지배적 사업자의 추정요건에 해당되는 시장지배적 사업자로 볼 수 없음

○ 비씨카드와 회원은행들이 각기 별개의 사업자임을 전제로 한 2000년도 신용카드시장에서의 각 카드사업자별 시장점유율은 엘지카드가 19%, 삼성카드가 18.1%, 소외 국민카드가 16.7%, 외환카드가 5.9% 정도이고, 비씨카드와 12개 회원은행은 최고 7.9%(조흥은행)에서 최저 0.1%(하나은행과 비씨카드) 정도에 불과한 사실, 신용카드시장에서 비씨카드와 12개 회원은행들은 상위 3개사에도 포함되지 아니할 뿐 아니라 그 시장점유율 또한 10%

미만이고 엘지카드와 삼성카드 및 소외 국민카드 등 상위 3개사 또한 시장점유율이 불과 53.8%에 불과하여 법 제4조 제2호에서 정한 시장점유율의 합계 100분의 75에 미달하는 사실, 상위 3개사를 제외한 나머지 사업자들(조흥은행, 우리은행, 외환카드 등)의 숫자나 상대적 규모 또한 적지 아니한 사실을 인정할 수 있는 바, 위와 같은 사정에 비추어 보면 원고들을 이 사건 카드시장의 이자율과 수수료율 등 거래조건을 결정, 유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 시장지배적사업자로 볼 수 없다고 할 것임.

[비씨카드 외 14개사의 시장지배적지위 납용행위 건(대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두6283 판결)]

- 원고는 오픈마켓 운영시장에서 시장지배적 사업자로 추정되고, 하위 사업자와의 점유율 격차, 진입장벽 등을 고려할 때 시장지배적 지위가 인정됨
 - 원고가 2006년 국내 오픈마켓 운영시장에서 계열사의 것을 포함한 시장점유율이 39.5%에 이르고, 이것과 1위 사업자인 옥션의 시장점유율을 합한 상위 2사의 시장점유율이 91.4%에 이르러, 원고는 국내 오픈마켓 운영시장에서 시장지배적 사업자로 추정될 뿐만 아니라, 3위 사업자의 시장점유율과 현저한 격차, 오픈마켓 시장의 진입장벽 등을 함께 고려할 때 원고는 국내 오픈마켓 운영시장에서 시장지배적 사업자의 지위에 있다고 인정하기에 충분함.

[(구)인터넷마켓의 시장지배적지위 납용행위 건(대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결)]
- 원고들은 관련 시장에서 시장점유율이 평균 95.3%이었으므로 시장지배적 사업자로 추정되며, CPU 시장은 진입 장벽이 대단히 높고, 사실상 유일한 경쟁사업자인 AMD는 시장점유율, 생산능력 등에서 현저히 뒤쳐짐
 - ① 1사업자의 시장점유율이 50% 이상이면 그 사업자는 관련 시장의 시장지배적 사업자로 추정되는바, 2001년부터 2005년까지 원고들은 관련 시장에서 시장점유율이 89.5~99.2%, 평균 95.3%이었으므로(원고들은 세계시장에서 점유율이 70%를 상회하였다), 원고들은 시장지배적 사업자로 추정되며, ② CPU 시장은 CPU에 관한 특허권 등 지적재산권을 비롯한 고도의 생산기술과 CPU의 빠른 발전 속도, 생산에 필요한 최소 자금규모 등으로 말미암아 진입 장벽이 대단히 높고, ③ 원고들의 사실상 유일한 경쟁사업자인 AMD는 시장점유율, 생산능력, 자금력 등에서 원고들보다 현저히 뒤쳐짐.

- 원고들은, ① 거래상대방인 삼성과 삼보가 세계적인 규모의 PC 제조사로서 강력한 협상력을 보유하여 원고들에게 가격할인 등을 계속 요구하였던 점, ② 삼성이나 삼보에 리베이트를 계속 지급해야만 할 정도로 이 사건 관련 시장에서 AMD와 치열한 경쟁을 하였던 점, ③ 이 사건 거래행위 기간에 관련 시장에서 계속 기술혁신을 통한 새로운 CPU가 출시되고 CPU 가격이 하락한 점 등을 종합하면, 원고들이 실제로는 CPU 판매가격 등 거래조건을 마음대로 결정·유지·변경할 수 있는 시장지배적 사업자 지위에 있지 않았다고 주장하나, 위 ①, ② 부분 사정을 인정하기 어려울 뿐만 아니라, 원고들 주장의 위와 같은 사정만으로는 원고들이 시장지배적 사업자 지위에 있다는 법률상 추정이 번복된다고 볼 수도 없으므로, 이 부분 원고들 주장은 이유 없음.

[인텔의 시장지배적지위 남용행위 건(서울고법 2013. 6. 19. 선고 2008누35462 판결, 고법 확정)]

라. 시장지배력의 전이

1) 전이의 가능성

- 경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 원재료 등을 공급하는 또는 그 시장에서 생산된 상품을 받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있음
- 경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 시장지배적 사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있음.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

2) 전이 판단 시 고려사항

- 시장지배력 전이를 판단하기 위해서는 양 시장의 거래내용, 특성, 시장지배적지위 남용행위의 규제목적 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 함
- 별개의 시장인 프로그램 송출시장에서의 시장지배적 사업자가 곧바로 프로그램 송출 서비스시장에서도 시장지배적 사업자가 되는 것은 아니며, 또한 위 양 시장의 거래내용, 특성, 시장지배적지위 남용행위의 규제목적, 내용 및 범위 등을 비롯한 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 함.

- 프로그램 송출시장에서 시장지배적 사업자인 원고의 시장지배력이 프로그램 송출서비스 시장으로 전이된다고 볼 만한 근거를 찾아 볼 수 없음. 따라서 이 사건 채널변경행위가 이루어진 이 사건 관련 시장에서 원고가 시장지배적 사업자의 지위에 있다고 볼 수는 없음.

[티브로드강서방송의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결)]

- ※ 원심은 원고는 프로그램 송출시장에서의 시장지배적지위를 전이하여 인접시장인 프로그램 송출서비스시장에서 시장지배적 사업자의 지위남용행위를 하였다고 판단하였으나, 대법원은 전이되지 않았다고 판단하였음

3) 구체적 사안

- 원고는 ‘MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신시장’에서의 시장지배적 사업자이고 그 시장지배력을 ‘MP3파일 다운로드시장’에 전이할 수 있을 정도로 양 시장은 밀접한 관련성이 있는 인접시장임

- 원고의 2005년도 전체 이동통신서비스의 매출액 비율은 58.5%에 달하고, 나아가 mp3폰을 통한 이동통신서비스의 매출액 비율은 60.2%로서 법 제4조에 따라 시장지배적사업자로 추정되며, 원고는 2005년 말 현재 mp3폰 가입자 중 59.5%를 점유하고 있어 법 제4조에 따라서 mp3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스 시장에서 시장지배적사업자로 추정됨. 또한 이동통신을 포함한 기간통신사업은 소관부처의 허가를 받아야만 진입이 가능할 뿐만 아니라, 정보통신부가 1997년 pcs 사업자 허가 이후 이동통신분야에서의 신규사업자 진입을 허용하고 있지 않을 때 원고의 시장지배적 지위는 장래에도 당분간 유지될 것으로 보이는 등을 종합하여 고려하면, 원고는 ‘MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스 시장’에서의 시장지배적 사업자의 지위에 있다고 한 것임.
- 시장지배적사업자가 자신이 지배하는 시장뿐만 아니라 그 이전 또는 다음 단계의 인접시장에서 자신의 지배력을 전이(轉移: leveraging)하여 그 시장에서 다른 사업자의 활동을 부당하게 방해하는 경우도 시장지배적지위의 남용에 해당된다는 것이 현행법의 해석인바, 휴대폰이 기본적인 통신기능 이외에 음악감상기능, TV시청기능, 전자상거래기능 등 복합적인 기능을 장치하고 있어 통신과 음악감상이 상호 밀접한 관련이 있고, 원고의 이동통신서비스 가입자 중 MP3폰 소지자는 원고가 운영하는 멘론사이트에서만 음악파일을 구매·재생할 수 있다는 점에서 MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스시장과 MP3다운로드서비스 시장은 상호 밀접한 관련성이 있는 인접시장(일종의 후방수직통합에 근접한 형태)이라고 할 수 있는 점, 자신이 지배하는 시장과 그에 인접한 관련시장 사이에는

사업자의 시장지배적지위를 다른 시장으로 전이할 수 있을 정도이면 충분한 관련성이 있다고 보아야 하며 원고는 MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스시장(주된 시장)에서 시장지배적지위를 가지고 원고의 MP3폰으로 MP3 음악파일을 재생하기 위하여는 멜론사이트에서 그 파일을 구매할 수밖에 없도록 기술적 장치인 DRM을 설치함으로써 그 지배적지위를 전이하여 관련시장에서의 용역의 구매를 사실상 강제하는 효과를 거두었고 그 결과 MP3파일 다운로드 시장(종된 시장)에서 일정 정도 원고로의 쏠림현상이 발생하기도 한 점, 원고가입자가 MP3폰을 통해 음악을 듣기 위해서는 반드시 멜론서비스를 이용하여야 한다는 면에서 양 시장은 상호 관련성이 있다고 볼 것이고 원고의 이동통신서비스 가입자 중 멜론서비스의 이용자 비율이 적다는 사정만으로는 위 양 시장간 관련성 부정의 근거가 될 수 없으므로 'MP3폰을 디바이스로 하는 이동통신서비스 시장'(주된 시장)과 'MP3파일 다운로드서비스 시장'(종된 시장)은 시장지배적지위의 전이가 가능한 인접시장입니다.

- 원고의 이동통신서비스를 사용하는 사용자가 멜론의 회원이 되지 않으면 원고용 MP3 파일의 재생이 가능한 핸드폰을 정상적으로 손쉽게 사용할 수 없도록 하였는데, 이 점에서 원고는 이동통신서비스 시장에서의 네트워크를 기반으로 하고 방대한 단말기 가입자 숫자라는 차별화 요인을 이용하여 그 시장지배력을 멜론으로 전이하였다고 볼 수 있으며 특히 원고의 음악사이트인 멜론이 SKT 가입고객만을 위한 서비스사이트가 아닌 음원판매 사이트라는 점을 고려한다면 멜론사이트에 가입해야 하는 것만으로도 시장지배력이 전이되었다고 해석할 수 있습니다.

[에스케이텔레콤의 시지남용행위 건(서울고법 2007. 12. 27. 선고 2007누8623 판결⁵⁾)]

5) 상고심(대법원 2011. 10. 13. 선고 2008누1832 판결)도 원심과 같은 취지로 판단함

2. 법 제45조(구법 제23조)(불공정거래행위의 금지)와의 관계

- 시장지배적지위 남용행위와 거래상지위 남용행위는 별도의 규제 목적에 따른 것으로 특별법과 일반법의 관계로 볼 수 없고, 독자적으로 판단할 필요가 있음
- 어떠한 행위가 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 각 요건에 모두 해당한다면 하나의 행위라도 모두에 해당할 수 있음. 시장지배적 지위 남용행위가 성립하지 않는다고 하더라도 불공정거래행위가 성립할 수도 있음. 그러나 시장지배적 지위남용이 관련시장 확장을 전제로 하고 지위 요건이 엄격하며 경쟁제한의 효과나 우려의 범위도 광범위하여 거래상 지위 남용보다 증명이 어렵다는 이유로 시장지배적 지위 남용에 관한 법령 적용을 부정하고 거래상 지위 남용으로 손쉽게 대체할 수 있도록 인정한다면, 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위로 구분하고 공정하고 자유로운 경쟁질서의 확립을 주된 목적으로 하는 공정거래법령의 본래 목적과 체계에 맞지 않는 측면이 있음. 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 각 유형도 다양하여 이를 특별법과 일반법의 관계라 볼 수도 없음.
 - 앞서 든 시장지배적 지위 남용행위에 관하여 적용된 법리, 거래상 지위 남용에 관한 법리 및 각 법리 적용에 고려한 요소들을 살펴보면, 행위 2, 3에 적용된 행위 유형인 불이익 강제(시장지배적 지위 남용)와 불이익 제공(거래상 지위 남용)을 평가하는 요소들의 특징은 아래와 같이 정리할 수 있음.

요소	불이익 강제	불이익 제공
행위 유형	시장지배적 지위 남용	거래상 지위 남용
주체	시장지배적 사용자	거래상 지위
경쟁제한의 효과	관련 시장	거래 상대방 및 거래질서
시정의 대상	불이익이 강제되는 구조, 방법	거래상대방에 대한 불이익 자체
불이익 내용과 정도	추상적 위험이나 우려도 가능	시장지배적 지위 남용보다 명확 필요(금전적 손해는 손해액 확정)
거래관행	시장지배적 사업자가 형성한 관행은 크게 고려하지 않음	거래관행에 반할수록 부당
사업자의 이익	착취남용(현저성)이 아니라면 부당하다고 보기 어려울	거래관행에 비추어 과도하면 부당

[퀄컴 인코포레이티드 등의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2019. 8. 14. 2017누48 판결⁶⁾)]

- 독점규제및공정거래에관한법률 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적지위 남용행위인 거래거절행위와 법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성을 독자적으로 평가·해석하여야 함**
 - 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 한다)은 제3조의2 제1항 제3호에서 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절행위를 규제하면서 이와 별도로, 같은 법 제23조 제1항 제1호에서 개별 사업자가 부당하게 거래를 거절하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 한 경우, 그 거래거절을 한 사업자의 시장지배적 지위 유무와 상관없이 이를 불공정거래행위로 보아 규제하고 있는데, 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적 사업자의 거래거절행위와 공정거래법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위는 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호가 규제하는 시장지배적 사업자의 거래거절행위의 부당성의 의미는 공정거래법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성과는 별도로 독자적으로 평가·해석하여야 함.
- [포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]
- * 같은 취지: S-OIL의 배타조건부 거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)
- 독점규제및공정거래에관한법률 제3조의2 제1항 제5호 전단의 시장지배적지위 남용 행위인 경쟁사업자 배제행위와 법 제23조 제1항 제5호 전단의 불공정거래행위인 배타조건부 거래의 경합을 인정함**
 - 원심은 ① 원고가 자신의 대리점을 상대로 순정품 취급을 강제하고 비순정품 거래를 통제한 것은 정비용 부품시장에서 원고의 시장지배적 지위를 계속 유지하기 위해 경쟁부품의 판매 유동화를 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적으로 이루어 졌음이 명백한 점. ② 원고의 경쟁부품업체들은 전국의 원고 대리점을 통해 경쟁부품을 공급할 수 있을 때 유효한 경쟁을 할 수 있는데, 원고의 이 사건 배타조건부 거래행위로 인하여 경쟁부품업체가 시장에서 배제되거나 신규진입에 실패할 가능성이 커지고, 그만큼 경쟁부품이 원활하게 공급되지 않아 시장에서는 다양성과 가격경쟁이 감소하여 순정품 가격이 더 비싸지고 소비자는 정비용 부품을 더 싸게 살 기회를 갖지 못하게 되어 소비자 후생이 감소할 수 밖에 없는 절 등을 근거로, 원고의 배타조건부 거래행위에 대한 부당성을 인정한바, 이와 같은 판단에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어 나거나 시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위에서의 부당성에 관한 법리를 오해한 잘못이 없음.

6) 상고심(대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두81897 판결)은 원고와 피고의 상고를 모두 기각함

[현내모비스의 경쟁사업자 배제행위 및 배타조건부 거래행위 건(대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두6308 판결)]

- 원심은 원고가 2008년 1월부터 대리점 등급관리제도의 도입, 대리점 관리규정의 제정 및 대리점 계약서의 변경 등을 통해 원고 대리점이 비순정품을 취급하지 못하게 하면서 이를 위반한 대리점을 적발한 경우에 해당 대리점에 각종 불이익 등을 주는 등 제재를 가할 수 있도록 한 것은 위 경쟁사업자 배제행위와 배타조건부 거래에 해당하고, 또한, 정비용 부품시장에서 현실적 및 잠재적 경쟁사업자를 배제하여 원고의 시장지배력을 유지·강화함으로써 정비용 부품시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하였다고 봄이 타당하다고 판시함(서울고법 2012. 2. 1. 선고 2009누19269 판결)
- ※ 위원회는 “그 입법목적이나 보호법익이 각기 다르고 불공정거래행위태양이 시장지배적지위 남용행위의 행위태양에 모두 포함될 수 있는 것은 아니므로 양 규정은 원칙적으로 경합적으로 적용할 수 있다고 봄이 상당하다”는 이유로 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단의 시장지배적지위 남용행위인 경쟁사업자 배제행위와 법 제23조 제1항 제5호 전단의 불공정거래행위인 배타조건부 거래를 이 사건에서 경합 적용하였음

3. 지위남용행위의 유형 및 기준

가. 부당한 가격결정(제1호)

나. 부당한 출고조절(제2호)

1) 출고조절행위의 판단 요소

- 출고조절여부를 판단하기 위해서는 일정기간 동안의 출고량과 재고량만으로 판단하는 것은 부당하며 관련 회사 창고 전부의 출고량과 재고량을 기준으로 판단함
- 공급업체로부터 조제분유가 출고되더라도 바로 소비자에게 판매되는 것이 아니고 각 거래처에서의 재고기간 또는 진열기간을 기쳐 소비자에게 판매되는 것이므로 일정기간 동안의 출고량과 재고량만으로 원고회사의 의도적 출고조절여부를 판단하는 것은 부당하고 직영대리점이나 판매회사의 재고량까지 모두 시장지배적사업자의 재고량으로 보도록 규정하고 있는 전에 비추어 관련 회사 창고 전부의 출고량과 재고량을 기준으로 하여 판단함.
[남양유업의 출고조절행위 건(서울고법 1999. 10. 7. 선고 99누13 판결⁷⁾]]
- 판매조절여부는 일일 판매량이 평상시에 비해 급격히 감소하였던 기간 동안 조절행위가 있었는지 및 그 기간을 전후한 무렵 존재한 사정을 종합하여 판단함
- 판매조절여부는 일일 판매량이 평상시에 비해 급격히 감소하였던 기간을 선정, 다른 날과의 대비를 통하여 그 기간 동안 판매량을 조절하는 행위가 있었는지 여부를 보고 나아가 그와 같은 판매량의 감소가 있은 기간을 전후한 무렵에 존재하였던 사정을 종합하여 판단함.
[신동방의 대두유제품의 출고조절행위 건(서울고법 1999. 3. 29. 선고 99누3524 판결⁸⁾]]

7) 상고심(대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결)도 원심과 같은 취지로 판단함

8) 상고심(대법원 1999. 11. 3. 선고 99누10964 판결)도 원심과 같은 취지로 판단함

2) 출고조절행위의 부당성 판단기준

□ 출고조절행위의 부당성은 사업자의 경영사정에 비추어 조절행위가 통상적인 수준을 현저히 벗어나 가격의 인상 등에 중대한 영향을 미치거나 수급차질을 초래할 우려가 있는지에 따라 판단함

- 상품의 판매 등을 조절하는 행위가 부당한지 여부는 당해 상품의 수급 등 유통시장의 상황, 생산능력, 원자재조달사정 등 사업자의 경영사정에 비추어 그 조절행위가 통상적인 수준을 현저하게 벗어나서 가격의 인상이나 하락의 방지에 중대한 영향을 미치거나 수급차질을 초래할 우려가 있는지 여부에 따라 판단함.

[제일제당의 대두유제품 출고조절행위 건(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두9991 판결)]

3) 구체적 사안

□ 합리적 기업경영행위에 해당하는 경우 출고조절행위가 시장지배적사업자의 지위 남용에 해당되지 않음

- 당시 국가부도위기로 원료의 수급전망이 불투명한 상황에서 원고의 대두유 보유량이 고작 1달치 분에 불과하여 대두유에 대한 폭발적인 가수요에 부응하고 나면 재고가 소진될 형편이어서 원고가 통상의 수요예측에 기초한 연초 계획물량의 한도 내로 출고량을 다소 조절하고, 재고를 약간 증대시킨 것으로 이는 사업자로서 죄악의 상황에 대비한 합리적인 기업경영행위라고 할 수 있으므로 시장지배적사업자의 지위남용행위에 해당되지 않음.

[제일제당의 대두유제품 출고조절행위 건(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두9991 판결)]

□ 출고량과 재고량 등에 비추어 출고조절행위를 인정하기 어려움

- 1997. 12. 한 달간 원고회사 전체 또는 수색창고와 기흥창고의 출고량과 재고량을 지난 연도 및 1998. 1. 이후의 그것들과 비교하면 이 사건 기간(1997. 12. 26.부터 같은 달 31.까지)을 포함하여 1997. 12. 당시 원고회사가 출고량을 현저히 감소시키고 재고량을 현저히 증가 시켰다고 보기 어려움.

[남양유업의 출고조절행위 건(서울고법 1999. 10. 7. 선고 99누13 판결⁹⁾)]

9) 상고심(대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결)도 원심과 같은 취지로 판단함

- 제조회사와 판매회사가 모자회사 관계에 있으며 제조회사가 판매회사를 실질적으로 지배하고 있는바, 판매조절행위에 이르게 된 경위에 비추어 제조회사가 책임을 부담하여야 함
- 대두유 제조회사인 신동방과 판매회사인 해표 사이에 시장지배적 지위남용에 대한 책임부담과 관련하여 제조회사와 판매회사가 모자회사의 관계에 있고 제조회사가 판매회사를 실질적으로 지배하고 있는 바, 판매조절행위에 이르게 된 경위를 보면 판매회사는 제조회사의 수족으로서 그 일체관계에 의하여 판매조절행위를 한 것으로 보이고, 설사 그렇지 않다고 하여도 사실관계에 의하면 적어도 제조회사와 공모하여 위와 같은 판매조절행위를 한 것으로 충분히 볼 수 있으므로 제조회사가 책임을 부담하여야 함.
[신동방의 대두유제품의 출고조절행위 건(서울고법 1999. 3. 29. 선고 99누3524 판결¹⁰⁾]]

다. 다른 사업자의 사업활동 방해(제3호)

1) 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호에서 정한 '다른 사업자'의 의미

- 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호에서 정한 다른 사업자에는 시장지배적 사업자의 거래상대방인 사업자도 포함됨
- 공정거래법 제3조의2 제1항은 시장지배적 사업자의 지위남용행위를 금지하고 있고, 같은 항 제3호는 그 지위남용행위의 하나로 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위를 규정하고 있는바, 여기에서 '다른 사업자'라 함은 시장지배적 사업자의 거래상대방인 사업자도 포함한다고 봄이 상당함. 원심이 같은 취지에서, 원고의 판매대리점은 자신의 비용과 노력으로 점포 개설, 직원 채용, 판촉 활동 등을 통하여 기본급 없이 판매실적에 따른 수수료를 지급받는 방식으로 독자적인 사업을 하는 독립된 개별사업자로서 자동차 판매시장에서 원고와 판매대리점계약이라는 거래관계에 있는 거래상대방이므로, 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호에 정한 '다른 사업자'에 해당한다고 판단한 것은 정당함.
[현대자동차의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2010. 3. 25. 선고 2008두7465 판결)]

10) 상고심(대법원 1999. 11. 3. 선고 99누10964 판결)도 원심과 같은 취지로 판단함

2) 사업활동을 부당하게 방해하는 행위 유형

가) 정당 이유 없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한

□ 공정거래법 시행령 제5조 제3항 제3호의 필수요소는 필수성, 통제성, 대체불가능성을 특징으로 하며, 유형적 필수설비에 한정되지 아니함

- 공정거래법 시행령 제5조 제3항 제3호의 필수요소의 사용 또는 접근의 거절·중단·제한 행위는 같은 항 제4호와 달리 제3호가 규정한 행위 유형에 포함되면 정당한 이유가 없는 한 원칙적으로 사업활동 방해의 부당성이 인정될 수 있음.
- 필수요소란, ① 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁열위상태가 지속되어야 하고(필수성), ② 특정사업자가 당해 요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있어야 하며(통제성), ③ 당해 요소를 사용하거나 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상·법률상 또는 경제적으로 불가능한 것이어야 함(대체불가능성). 공정거래법 시행령 제5조 제3항 제3호는 네트워크, 기간설비와 같은 유형적인 '필수설비'에 한정하지 아니하고 '필수요소'라 규정하고 있으므로 표준필수특허와 같은 지식재산권도 이에 해당할 수 있음.

[퀄컴 인코포레이티드 등의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2019. 8. 14. 2017누48 판결¹¹⁾)]

□ 원고들이 보유한 이동통신 표준필수특허는 법령상 '필수요소'에 해당함

- [필수성] 표준필수특허는 표준화기구가 정한 표준규격에 따라 사업자가 제품을 기술적으로 구현하는 과정에서 반드시 이용해야만 하는 특허이므로, 모뎀칩셋 제조사가 이동통신 기능을 구현하는 모뎀칩셋의 제조·판매를 위해서는 원고들의 이동통신 표준필수특허의 사용 또는 접근은 필수적임.
- [통제성] 원고들이 보유한 CDMA, WCDMA, LTE 각 통신표준별 표준필수특허는 각 나라별 특허당국에 출원하거나 등록되어 있으므로, 원고들은 특허권자로서 당해 특허를 독점적으로 소유 또는 통제할 수 있음. FRAND 조건의 제한을 받는 표준필수특허라 하더라도 이러한 통제성이 부정되지 않음.

11) 상고심(대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결)은 원고와 피고의 상고를 모두 기각함

- [대체불가능성] 표준필수특허는 특정한 기술표준을 구현하기 위해서는 기술적으로 또는 경제적으로 우회 또는 회피설계가 불가능하여 당해 표준필수특허를 침해할 수밖에 없는 특허임. 원고들의 CDMA, WCDMA, LTE 표준필수특허를 사용 또는 접근하려는 자는 이를 대체할 기술을 찾을 수 없음. 설령 대체기술을 찾을 수 있다고 하더라도 원고들의 이동통신 표준필수특허를 중심으로 모뎀칩셋 시장, 휴대폰 시장, 기지국 장비 등 하류시장이 이미 상당한 수준으로 고착되어 있으므로 이를 대체하는 것은 사실상 또는 경제적으로 불가능한 상황임.

[퀄컴 인코포레이티드 등의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2019. 8. 14. 2017누48 판결¹²⁾)]

- 원고들의 이동통신 SEP가 필수요소에는 해당되나, 모뎀칩셋 제조사들이 특허침해소송 위험을 감수하고 모뎀칩셋 사업을 유지하고 있으므로 필수요소 사용·접근 거절 등에는 해당하지 않음
- 필수요소의 거절·중단·제한 행위에는, 필수요소에의 접근이 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도의 부당한 가격이나 조건을 제시하거나, 필수요소를 사용하고 있는 기존 사용자에 비하여 현저하게 차별적인 가격이나 배타조건, 끼워 팔기 등 불공정한 조건을 제시하는 경우 등 실질적으로 거절·중단·제한과 동일한 결과를 발생시키는 행위도 포함될 수 있음.
- 앞서 인정한 사실에 의하면, 미디어텍, 인텔 등 대부분의 모뎀칩셋 제조사들은 원고들의 이동통신 표준필수특허를 사용하거나 접근하여 모뎀칩셋을 제조하거나 판매하고 있음. 원고들이 2008년 이전에 모뎀칩셋 제조사들에게 모뎀칩셋의 제조·판매만 가능하고 모뎀칩셋의 사용 권한은 제한되는 라이선스만 허용하면서, 판매처 제한 조건, 영업정보 제공 조건, 크로스 그랜트 조건 등 라이선스의 범위를 제한하는 조건들을 요구하였지만, 이러한 행위로 인하여 필수요소인 이동통신 표준필수특허의 사용 또는 접근이 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도에 이른다고 보기 어려움. 원고들이 2008년 이후에는 적극적 실시를 희망하는 모뎀칩셋 제조사들에게 이동통신 표준필수특허에 대한 라이선스를 거절하고 있다고 하더라도, 모뎀칩셋 제조사들은 원고들의 휴대폰 단일 단계 라이선스 정책으로 날미암아 원고들과 라이선스 계약을 체결하지 아니하고 원고들의 이동통신 표준필수특허를 사용 또는 접근하여 모뎀칩셋을 제조·판매하고 있음. 비록 모뎀칩셋 제조사들이 원고들의 일방적 결정에 따라 특허침해소송을 받을 위험이 상존한다고 하더라도, 이러한 위험을 인수하고 모뎀칩셋의 생산·공급 또는 판매 사업을 하였던

12) 상고심(대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결)은 원고와 파고의 상고를 모두 기각함

모뎀칩셋 제조사들이 있었고, 원고들은 이러한 사업 모델을 적극적으로 유지하였음. 결국 2008년 전후를 포함한 원고들의 행위의 특성을 고려하면, 행위 1만으로 필수요소인 이동통신 표준필수특허의 사용 또는 접근의 거절·중단 행위에 해당한다고 단정할 수 없음.

- 원고들이 경쟁 모뎀칩셋 제조사들에게 이동통신 표준필수특허의 라이선스나 소진적 라이선스를 거절하였더라도 표준필수특허와 구분된 라이선스나 소진적 라이선스 자체를 필수요소와 동일시할 수는 없음. 앞서 살펴본 바와 같이 원고들이 경쟁 모뎀칩셋 제조사의 배제 등 경쟁제한의 효과나 그 우려가 있다고 판단할 수 있지만, 이러한 모뎀칩셋 제조사에 대한 영향이 '필수요소의 사용이나 접근이 사실상 또는 경제적으로 불가능할 정도'라거나 '필수요소를 사용하고 있는 기존 사용자에 비하여 현저한 차별이 발생하여 사실상 경쟁이 불가능할 정도의 제한'이라고 보기에는 부족함.

[퀄컴 인코포레이티드 등의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2019. 8. 14. 2017누48 판결¹³⁾)]

- 필수설비는 시장지배적 기업이 전유하고, 동등한 시설 신설이 사실상 불가능하거나 경제적 타당성이 없어 이에 접근을 거절하는 경우 경쟁상대의 사업수행의 현저한 장애 등을 초래하는 설비를 말함

- 일반적으로 필수설비는 그 시설을 이용할 수 없으면 경쟁상대가 고객에게 서비스를 제공할 수 없는 시설을 말하는 것으로서, 경쟁상대의 활동에 불가결한 시설을 시장지배적 기업이 전유하고 있고, 그것과 동등한 시설을 신설하는 것이 사실상 불가능하거나 경제적 타당성이 없어 그러한 시설에의 접근을 거절하는 경우 경쟁상대의 사업수행이 사실상 불가능하거나 현저한 장애를 초래하게 되는 설비를 말한다고 할 것임.

[한국여신전문금융협회 및 7개 신용카드회사들의 사업활동방해 공동행위 건(서울고법 2003. 4. 17. 선고 2001누5851 판결¹⁴⁾)]

13) 상고심(대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결)은 원고와 피고의 상고를 모두 기각함

14) 상고심(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두5709 판결)에서는 가입비에 대하여 원심을 파기하는 취지의 판결을 하였으나, 다른 부분에 대하여는 특별히 판단하지 아니하였고, 다만 이 사건 공동이용망이 필수설비라는 점에 대해서는 인정함

□ 신용카드사업에 있어 ‘신용카드 공동이용망’은 필수설비적 성격을 가지고 있음

- 재정경제원의 ‘가맹점공동이용방안’에 따른 이행명령으로 인하여 부득이 이 사건 공동 이용망을 이용하여 신용카드사업을 수행하여야 하는 신한은행으로서는 독자적인 가맹점망 구축 및 확대 등을 통하여 그와 동등한 시설을 신설하는 것은 사실상 불가능하게 되었다고 할 것이고, 비록 기존 회원사와의 제휴관계를 통하여 위 공동이용망을 이용하는 것이 가능하였다고 하더라도, 그와 같은 간접적이고 제한적인 방법으로 위 공동이용망을 이용하여 카드사업을 영위함에 있어 따르는 여러 가지 불편과 현실적 제약에 비추어 볼 때, 신한은행이 회원사의 지지으로 참가하여 위 공동이용망을 직접 이용하지 못하는 경우 다른 회원사들과 비교하여 경쟁력을 가지는 독자적인 카드사업의 수행이 사실상 불가능하거나 그 수행에 현저한 장애를 초래하게 되어 영구히 경쟁열위에 처할 위험을 감수할 수 밖에 없다고 할 것이므로, 결국 위 공동이용망은 당시의 신한은행에게 있어서는 회원사로서 참여하여 이를 이용하지 않으면 고객에게 경쟁력 있는 서비스를 제공하지 못하게 되는 필수설비적 성격을 가지고 있었다고 할 것임.

[한국여신전문금융업협회 및 7개 신용카드회사들의 사업활동방해 공동행위 건(서울고법 2003. 4. 17. 선고 2001누5851 판결¹⁵⁾]

□ 신용카드 공동이용망과 같은 필수설비적 성격을 지닌 시설의 이용을 위한 적정한 가입비는 시스템 자체 구축 비용과 그 시설 내 유사 가맹점망 구축시 소요 비용을 합하여 적정 분담비율을 곱하여 산정한 금액과 공동시설이용을 위해 소요되는 비용을 합산한 금액이 일응 기준이 될 것임

- 이 사건 공동이용망과 같은 필수설비적 성격을 가진 시설의 보유자들에게 경쟁상대방도 그 시설을 이용할 수 있도록 강제하는 것은 그 거래분야에서의 공정한 경쟁을 촉진하고 그러한 시설에 대한 불필요한 중복투자를 방지하여 소비자후생을 기하고 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하고자 함에 있는 것이므로 이러한 시설은 그 독점적 이익이 배제된 적정한 가격에 이용할 수 있도록 해 줄 필요가 있기 때문이고, 따라서 가입신청자가 그 시설을 구축한 사업자들과 같은 조건으로 이용하기 위하여 지급하여야 할 적정한 가입비는, (1) 신용카드 가맹점을 상호 공동으로 이용할 수 있도록 하는 시스템 자체를 구축하는 데 소요된 비용과 그 시설 내의 가맹점망과 유사한 가맹점망을 구축하고자 할 경우 소요되는

15) 상고심(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003누5709 판결)에서는 가액비에 대하여 원심을 파기하는 취지의 판결을 하였으나, 다른 부분에 대하여는 특별히 판단하지 아니하였다. 다만 이 사건 공동이용망이 필수설비라는 점에 대해서는 인정함

비용을 합한 금액에 신청인의 그 시설에 대한 이용의 정도, 신청인의 자체 가맹점이 그 시설 내의 가맹점 망 형성에 기여할 것으로 예상되는 정도 등을 고려한 적정한 분담비율을 곱하여 산정한 금액과 (2) 신청인도 그 시설을 구축한 사업자들과 공동으로 시설을 이용할 수 있도록 하는 데 소요되는 추가비용을 합산한 금액이 일정의 기준이 될 수 있음을 것임.

[한국여신전문금융업협회 및 7개 신용카드회사들의 사업활동방해 공동행위 건(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두5709 판결)]

□ 공정거래법 시행령 제5조 제3항 관련 제3호와 제4호의 동시적용은 제4호의 문언에 반한다고 볼 여지가 있음

- 공정거래법 시행령 제5조 제3항은 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호에서 정한 '시장지배적 사업자가 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위'의 유형을 제1, 2, 3호에서 규정하고, 제4호를 통하여 제1, 2, 3호에 포함되지 않는 사업활동에 대한 부당한 방해행위의 유형을 공정거래위원회 고시로 정할 수 있도록 하였음. 특정 시장지배적 사업자의 행위가 공정거래법 시행령 제5조 제3항 각호의 요건에 해당하면 원칙적으로 그 해당 요건의 총족 여부에 따라 중첩적으로 적용될 수 있음. 행위 1이 제3호 이외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위에 해당한다면 제4호에 해당할 수 있음. 다만 제4호가 열거주의에 의한 한계를 보완하기 위한 일반조항의 성격이 있다고 하더라도, 제4호의 문언은 '제1호 내지 제3호 외'의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위라고 규정하고 있으므로, 제3호와 제4호의 동시적용은 제4호의 문언에 반한다고 볼 여지가 있음.

[퀄컴 인코포레이티드 등의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2019. 8. 14. 2017누48 판결¹⁶⁾)]

16) 상고심(대법원 2023. 4. 13. 선고 2020누31897 판결)은 원고와 피고의 상고를 모두 기각함

나) 기타 사업활동의 방해

(1) 부당하게 특정한 사업자에 대하여 거래거절

(가) 시장지배적 사업자의 거래거절행위의 의미

□ 시장지배적 사업자의 거래거절행위란 부당하게 특정 사업자에 대한 거래 거절로 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위임

- 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호에 의하여 금지되는 시장지배적 사업자의 지위남용행위의 한 유형으로서의 거래거절행위는 '시장지배적 사업자가 부당하게 특정 사업자에 대한 거래를 거절함으로써 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위'라 할 것임.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결)]

(나) 시장지배적 사업자의 거래거절행위의 '부당성'의 의미

□ 시장지배적 사업자의 거래거절행위는 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기 부족하고, 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도를 갖고, 객관적으로 경쟁제한 효과가 생길만한 우려 있는 행위로 평가될 수 있어야 함

- 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업 활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그 중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로 그려한 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다 할 것임.

- [반대의견 1]은 "시장지배적 사업자가 다른 사업자에 대하여 거래를 거절함으로써 외형상 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위를 한 경우에 그 행위는 시장지배적 사업자가 자신의 시장지배적 지위를 남용하여 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 '부당한 행위'를 한 것으로 추정된다고 해석하는 것이 합리적이라고 할 것임. 따라서

시장지배적 사업자가 위 추정에서 벗어나기 위해서는 그 거래거절행위가 실질적으로 다른 사업자의 사업 활동을 방해하는 행위가 아니라거나 그와 같은 의도나 목적이 없어 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 '부당한 행위'가 아니라는 점을 주장·입증하거나, 그와 같은 행위에 해당한다고 하더라도 거래를 거절할 수밖에 없는 정당한 사유가 있다는 점을 주장·입증하여야 할 것이다(이 사건 거래거절행위는 사업자의 사업 활동을 방해하는 행위에 해당하고, 정당한 경영상 사유에 기한 것으로 볼 수 없다고 판단)"고 함.

- [반대의견 2]는 "공정거래법의 규정 체제 및 내용에 비추어 보아도 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절행위의 '부당성'의 의미를 경쟁제한의 우려로 해석하는 것은 적절하지 아니함. 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호가 규율하는 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절행위의 부당성과 공정거래법 제23조 제1항 제1호가 규율하는 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성은 기본적으로 같은 의미라고 할 것이다(이 사건 거래거절행위는 사업자의 사업 활동을 방해하는 행위에 해당하고, 정당한 경영상 사유에 기한 것으로 볼 수 없다고 판단)"고 함.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결)]

* 같은 취지: 티브로드강서방송의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결), 에스케이텔레콤의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결) 등

(다) 주관적 요건으로서의 의도·목적의 판단기준

- 시장지배적 사업자의 거래거절행위가 지위남용행위에 해당하기 위해서는 거래거절의 경위 및 동기, 행위 태양 등을 종합하여 그 행위가 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해 등 경쟁제한 효과가 생길만한 우려 있는 행위로 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 함
- 시장지배적 사업자의 거래거절행위가 그 지위남용행위에 해당한다고 주장하는 위원회로서는 그 거래거절이 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 입증하여야 할 것이고, 거래거절행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있다 할 것이지만,

그렇지 않은 경우에는 거래거절의 경위 빛 동기, 거래거절행위의 태양, 관련시장의 특성, 거래거절로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 거래거절 행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 할 것임.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

(라) 구체적 사안

① 긍정례

- 원고의 사업활동 방해행위는 직영판매점의 경쟁력 약화 우려 때문이며, 판매대리점의 판매를 결정하는 주된 요소는 전시장 거점, 판매인원 수 등인 사실 등에 비추어 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로 경쟁제한 효과가 생길 만한 우려 있는 행위로 부당성이 인정됨
- 국내 승용차 판매시장 및 5톤 이하 화물차(트럭) 판매시장에서 시장지배적 사업자인 원고는 별다른 합리적인 사유 없이 노동조합과의 협의 지연 또는 노동조합의 반대 등을 이유로 9건의 판매대리점 거점 이전 승인을 지연하거나 거부하고 약 170건의 판매대리점 판매인원 채용등록을 지연하거나 거부하는 등의 이 사건 사업활동 방해행위를 하였는데, 이는 원고가 판매대리점의 거점 이전 및 판매인원 채용으로 인하여 직영판매점의 경쟁력이 약화될 것을 우려하였기 때문인 사실, 판매대리점의 판매를 결정하는 주된 요소는 전시장 거점, 판매인원 수, 판매인원의 판매력으로서, 상권에 대한 고려와 함께 고객의 방문을 유도하기 위한 장소의 선택, 방문 고객을 위한 차량 전시장의 확보는 판매대리점 영업활동에 있어 중요한 환경요소이고, 판매인원의 증감에 따라 판매실적이 정비례하되, 또한 판매경로 중 방문 고객에 대한 판매가 12.3% 내지 40%를 차지하고, 판매인원을 통한 판매가 60% 내지 87.7%를 차지하는 사실, 이에 따라 판매대리점으로서는 거점을 이전해야만 하는 상황에서 이전이 지연되거나 유능한 판매인원을 확보하지 못하게 되면 같은 지역 내에서 경쟁하고 있는 직영판매점에 비하여 경쟁력이 약화될 수밖에 없는 사실, 원고의 시장점유율은 높은데 경쟁사업자의 수는 적고 경쟁사업자의 시장점유율은 낮아 원고의 판매대리점들이 다른 자동차 판매회사의 판매대리점으로 전환할 가능성도 제한되어 있는 사실, 이 사건 사업활동 방해행위의 대상이 된 판매대리점은 400여 개 판매대리점 중 100여 개로서 20%가 넘는 사실, 이 사건 사업활동 방해행위로 인하여 소비자로서는 판매대리점보다 직영판매점을 더 선택할 수밖에 없게 되고 이로 인해 서비스 질 제고 및 가격인하 유인이 축소될 수 있는

사실 등을 종합적으로 고려하면, 원고의 이 사건 사업활동 방해행위는 국내 승용차 판매시장 및 5톤 이하 화물차(트럭) 판매시장에서 직영판매점과 판매내리점의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있으므로, 그 부당성이 인정됨.

[현대자동차의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2010. 3. 25. 선고 2008두7465 판결)]

※ 비교: 기아자동차의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2010. 4. 8. 선고 2008두17707 판결)

② 부정례

- 원고의 행위는 원고와 기존 제조업체들에 의해 형성된 기존 내연강판시장의 틀을 유지하겠다는 것이어서 그 거래거절에 의하여 기존 내연강판시장의 가격이나 공급량 등에 직접적으로 영향을 미치지는 아니하므로 거래거절 자체만을 가지고 경쟁제한 우려가 있는 부당한 거래거절이라고 하기에는 부족함
- 원심이 들고 있는 사정들은 모두 원고의 이 사건 거래거절행위에 의하여 현대하이스코가 입게 된 구체적인 불이익에 불과한 것들로서 현실적으로 경쟁제한의 결과가 나타났다고 인정할 만한 사정에 이르지 못할 뿐만 아니라, 오히려 원심에 제출된 증거들에 의하면, 원고의 이 사건 거래거절행위에도 불구하고 현대하이스코는 일본으로부터 열연코일을 자신의 수요에 맞추어 수입하여 냉연강판을 생산·판매하여 왔고, 냉연강판공장이 완공되어 정상조업이 개시된 2001년 이후부터는 지속적으로 순이익을 올리는 등 냉연강판 생산·판매사업자로서 정상적인 사업 활동을 영위하여 왔던 사실을 알 수 있으며, 또한 원고의 이 사건 거래거절행위 이후 국내에서 냉연강판의 생산량이 줄었다거나 가격이 상승하는 등 경쟁이 제한되었다고 볼만한 자료도 나타나 있지 않으므로, 경쟁 저해의 결과를 초래하였다고 보기 어려움.
- 이는 원재료 공급업체가 새로이 냉연강판시장에 진입하면서 기존의 냉연강판 제조업체에 대한 원재료의 공급을 중단하여 경쟁사업자의 수를 줄이거나 그의 사업능력을 축소 시킴으로써 경쟁을 제한하는 결과를 낸 경우와는 달리, 원고와 기존 냉연강판 제조업체들에 의하여 형성된 기존의 냉연강판시장의 틀을 유지하겠다는 것이어서 그 거래거절에 의하여 기존 냉연강판시장의 가격이나 공급량 등에 직접적으로 영향을 미치지는 아니하므로, 현대하이스코의 신규 참여에 의하여 냉연강판시장에서 현재보다 소비자에게 유리한 여건이 형성될 수 있음에도 현대하이스코가 원고 외의 다른 공급사업자로부터

열연코일을 구할 수 없어, 거래거절에 의하여 신규 참여가 실질적으로 방해되는 것으로 평가될 수 있는 경우 등에 이르지 않는 한, 그 거래거절 자체만을 가지고 경쟁제한의 우려가 있는 부당한 거래거절이라고 하기에는 부족함.

[포스코의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결)]

□ 이 사건 행위로 인하여 현실적으로 경쟁제한의 효과가 일정 정도 나타났지만 DRM의 특성과 필요성, 개발경위 등에 비추어 원고에게 경쟁제한 효과에 대한 의도나 목적이 있었음을 추단하기 어려움

- 원고가 자신의 MP3폰과 멜론사이트의 음악파일에 자체 개발한 DRM(Digital Rights Management)을 탑재하여 원고의 MP3폰을 사용하는 소비자로 하여금 멜론사이트에서 구매한 음악파일만 재생할 수 있도록 하고, 다른 사이트에서 구매한 음악은 멜론사이트에 회원으로 가입한 후에 별도의 컨버팅 과정 등을 거치도록 하는 행위(이하 '이 사건 행위')를 하였으나, 본래 DRM은 음악저작권을 보호하고 음악파일의 무단복제 등을 방지하기 위하여 필요한 기술이므로, 원고가 자신의 MP3폰과 음악파일에 DRM을 탑재한 것은 인터넷 음악서비스 사업자들의 수익과 저작권자의 보호 및 불법 다운로드 방지를 위한 것으로서 정당한 이유가 있다고 보이는 점, 소비자가 원고의 MP3폰으로 음악을 듣기 위해서는 멜론사이트에서 컨버팅 과정을 거치거나 CD굽기를 해야 하는 등 불편을 겪을 수밖에 없으나, MP3파일 다운로드서비스 사업자들에게 DRM을 표준화할 법적 의무가 있지 아니한 이상 위와 같은 불편은 부득이한 것으로 현저한 이의의 침해가 되거나 부당하여 불법에까지 이른다고 보이지는 않는 점, 원고는 보다 낮은 가격에 통합형서비스를 이용하고자 하는 소비자들의 욕구를 충족시키기 위하여 월 5,000원 정도를 내면 멜론사이트에서 제공되는 모든 곡을 스트리밍하거나 다운로드받을 수 있도록 하는 '월 정액제 임대형서비스'를 개발하였는데, 이는 소비자에게 불리한 지출을 강요한 것이 아니라고 보이는 점, 이 사건 행위로 인하여 현실적으로 경쟁제한의 효과가 일정한 정도로 나타났지만 DRM의 특성과 필요성 및 그 개발경위 등에 비추어 원고의 이 사건 행위에 있어서 경쟁제한의 효과에 대한 의도나 목적이 있었음을 추단하기 어려운 점, 원고에게 음악파일의 상호호환을 강제할 법령상의 근거가 없는 점, 원고의 DRM이 법령상의 '필수적 설비'에 해당한다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 원고의 이 사건 행위가 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호에 규정된 '다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위'에 해당된다고 하더라도 그 부당성을 인정할 수 없음.

[에스케이텔레콤의 시지남용행위 건(대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결)]

□ 판매대리점들에 대한 일방적인 판매목표 설정으로 인해 직영판매점에 비하여 불리한 위치에서 영업을 하였다고 볼 뚜렷한 자료가 없으며, 그 목표가 판매대리점의 퇴출이나 경쟁력 약화는 아니었던바, 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 객관적으로 경쟁제한 효과가 생길 우려 있는 행위로 볼 수 없음

○ 원고가 판매대리점들에 대하여 일방적으로 판매목표를 설정한 후에 판매목표 달성을 위하여 선출고를 요구하기도 하고, 자동차 판매실적과 판매목표 달성을 주된 평가 요소로 해서 부진대리점을 선정하여 경고장 발송, 자구계획서 징구, 재계약 불가 통보를 하는 등의 방법으로 부진대리점을 관리함으로써 판매목표 달성을 사실상 강제하였다 하더라도, 그 판매목표가 직영판매점에 비하여 지나치게 높게 설정되어 판매대리점들이 직영판매점에 비하여 불리한 위치에서 영업을 하였다고 볼 만한 뚜렷한 자료가 없는 점, 원고가 판매 목표의 설정을 통하여 달성을 위하여 달성하고자 했던 것은 매출신장으로 인한 이윤의 극대화일 뿐 판매대리점에 대한 압박을 통한 판매대리점의 퇴출이나 경쟁력 약화는 아니었던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고가 직영판매점과 판매대리점의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적 아래 판매대리점에 판매목표를 설정하여 이를 강요하였다고 보기 어렵고, 또 원고의 위와 같은 행위를 객관적으로 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 볼 수도 없다고 판단한 원심의 판단은 정당함.

[현대자동차의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2010. 3. 25. 선고 2008두7465 판결)]

□ 원심이 들고 있는 사정들은 모두 원고의 이 사건 채널변경행위에 의하여 우리홈쇼핑이 입게 된 구체적인 불이익에 불과한 것들로서 현실적으로 경쟁제한의 결과가 나타났다고 인정할 만한 사정에 이르지 못함

○ 시장지배적 사업자의 불이익 강제행위로 인하여 현실적으로 경쟁제한의 효과가 나타난 경우에는 그에 대한 우려가 있는 행위로서 시장지배적 사업자에게 경쟁제한의 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있다고 한 것인데 원심이 들고 있는 사정들은 모두 원고의 이 사건 채널변경행위에 의하여 우리홈쇼핑이 입게 된 구체적인 불이익에 불과한 것들로서 현실적으로 경쟁제한의 결과가 나타났다고 인정할 만한 사정에 이르지 못함. 원고가 시장에서의 독점을 유지 강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 불이익 강제행위를 했다고 보기도 어려움.

[티브로드강서방송의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결)]

(2) 불이익강제행위

(가) 시장지배적 사업자의 불이익강제행위의 의미

□ 시장지배적 사업자의 불이익강제행위는 부당하게 거래상대방에게 불이익 되는 거래 등을 강제하여 사업활동을 어렵게 하는 행위임

- 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 불이익강제행위는 ‘시장지배적 사업자가 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제함으로써 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위’라 할 것임.

[티브로드강서방송의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결)]

※ 같은 취지: 엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)

(나) 시장지배적 사업자의 불이익강제행위가 지위남용행위에 해당하기 위한 요건

□ 시장지배적 사업자의 불이익강제행위가 지위남용행위에 해당하기 위해서는 거래거절의 경위 및 동기, 행위 태양 등을 종합하여 그 행위가 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해 등 경쟁제한 효과가 생길만한 우려 있는 행위로 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 함

- 시장지배적 사업자의 불이익강제행위가 그 지위남용행위에 해당한다고 주장하는 위원회로서는 그 불이익강제행위가 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 입증하여야 할 것이고, 불이익강제행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있다 할 것이지만, 그렇지 않은 경우에는 불이익강제행위의 경위 및 동기, 불이익강제행위의 태양, 관련시장의 특성, 불이익강제행위로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 불이익강제행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 할 것임.

[티브로드강서방송의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결)]

※ 같은 취지: 에스케이텔레콤의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결), 엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)

(다) 구체적 사안

- 광고제한행위로 인하여 동영상 콘텐츠 공급업체의 광고수익이 줄어들 가능성이 있더라도 경쟁제한의 결과에 이르지 못하고 경쟁제한의 의도나 목적이 없었다면, 불이익 강제행위를 했다고 보기 어려움
- 설령 이 사건 관련시장에서 원고에게 시장지배적 사업자의 지위가 인정된다고 하더라도, 원고의 이 사건 광고제한행위로 인하여 동영상 콘텐츠 공급업체의 광고수익이 줄어들 가능성이 있다는 사정은 원고의 이 사건 광고제한행위로 인하여 동영상 콘텐츠 공급업체가 입게 되는 구체적인 불이익에 불과하여 현실적으로 경쟁제한의 결과가 나타났다고 인정할 만한 시정에 이르지 못하고 경쟁제한의 의도나 목적이 있었던 것으로 보기도 어려움. 또한 원심은, 오히려 원고와 동영상 콘텐츠 공급업체 사이의 색안 데이터베이스 제공계약과 관련하여 아무런 대가가 수수된 바 없고, 이 사건 광고제한행위에도 불구하고 동영상 콘텐츠 공급업체인 관도라티비는 위 제공계약 후 얼마 지나지 않아 선광고를 계재하였으며 원고 역시 2007년 5월부터 동영상 콘텐츠 공급업체의 선광고를 허용한 점, 당시 원고가 자체 제공하던 동영상 콘텐츠에도 선광고를 계재하지 않아 동영상 콘텐츠 공급업체를 특별히 차별한 것도 아니었고, 동영상 콘텐츠의 선광고를 무조건 금지한 것이 아니라 사전 협의하도록 약정한 점, 동영상 콘텐츠 공급업체로서도 선광고가 자신에게 불이익하다면 다른 인터넷 포털 사업자를 선택할 수 있고, 이러한 불이익을 감수하더라도 이용자의 편익을 고려한 동영상 콘텐츠를 제공함으로써 이용자 유입을 늘려 광고수익을 증대시키는 방안도 선택 가능한 정책으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 불이익 강제행위를 했다고 보기 어렵다고 판단한 것은 정당함.

[엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)]

(3) 타당성 없는 조건 제시행위

(가) 시장지배적 사업자의 타당성 없는 조건 제시행위의 의미

- 경쟁 모뎀칩셋 제조사의 요청에도 불구하고 칩셋 제조·판매에 필수적인 이동통신 표준필수특허에 대해 제한적 라이선스 계약만 체결하거나 라이선스 계약의 체결을 거절한 채 제한적 약정만 체결하는 행위는 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하는 행위에 해당함
- 원고들은 실시허락을 받을 의사가 있는 경쟁 모뎀칩셋 제조사와 FRAND 조건에 의한 성실한 실시조건 협상절차를 거치지 않은 채 제한적 라이선스 계약을 체결하거나 라이선스 계약의 체결을 거절하고 제한적 약정만 체결함. 이는 경쟁 모뎀칩셋 제조사에게 이 사건 표준필수특허를 FRAND 조건으로 실시허락한 것으로 볼 수 없음. 또한 제한적 라이선스 계약 및 제한적 약정에 포함된 모뎀칩셋 판매처 제한 조건, 영업정보 보고 조건 등에 따라 경쟁 모뎀칩셋 제조사는 모뎀칩셋 판매처가 원고들과 라이선스 계약을 체결한 휴대폰 제조사로 한정되고, 모뎀칩셋의 구매자별 판매량과 같은 민감한 영업정보를 경쟁사업자인 원고들에게 분기별로 보고해야 하는 등 그 사업활동이 어려워질 수밖에 없음. 따라서 이러한 원고들의 행위 1은 '거래상대방인 경쟁 모뎀칩셋 제조사에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시한 행위'에 해당함.

[퀄컴 인코포레이티드 등의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결)]

(나) 구체적 사안

- 행위 1과 행위 2가 상호 유기적으로 연계되어 구현된 '휴대폰 단계 라이선스 정책'은 경쟁 모뎀칩셋 제조사 및 휴대폰 제조사의 사업활동을 어렵게 함으로써 이 사건 표준별 모뎀칩셋 시장에서의 경쟁을 제한하는 효과를 발생시킬 우려가 있음¹⁷⁾
- 원고들이 경쟁 모뎀칩셋 제조사들에게 제한적 라이선스 계약만 체결하거나 라이선스 계약의 체결을 거절한 채 제한적 약정만 체결함에 따라(행위 1), 모든 휴대폰 제조사는 원고들의 특허를 침해하지 않고 적법하게 모뎀칩셋을 공급받기 위하여 모뎀칩셋을 누구로부터 공급받는지에 관계없이 반드시 원고들과 라이선스 계약을 체결할 수밖에 없음(이는 오로지 표준필수특허권자인 원고들과만 체결할 수 있음). 그중 원고들의

17) 행위 1 : 타당성 없는 조건 제시행위(시지남용)

행위 2 : 불이익 강제행위(시지남용) / 불이익 제공행위(거래상지위남용)

모뎀칩셋을 구매하고자 하는 휴대폰 제조사는 원고들과 체결하는 모뎀칩셋 공급계약의 내용에 의하여 원고들의 모뎀칩셋 공급과 라이선스 계약이 연계되므로(행위 2), 원고들과의 라이선스 계약 체결뿐만 아니라 유지도 강제됨. 또한 경쟁 모뎀칩셋 제조사들은 원고들의 특허를 침해하지 않고 적법하게 모뎀칩셋을 판매하기 위하여, 원고들과 라이선스 계약을 체결한 휴대폰 제조사에게만 모뎀칩셋을 판매할 수 있고, 경쟁 모뎀칩셋 제조사들은 구매자, 구매자별 판매량과 같은 민감한 영업정보를 경쟁사인 원고들에게 보고하여야 하기도 함. 만약 휴대폰 제조사가 원고들과의 라이선스 계약을 위반하면, 경쟁 모뎀칩셋 제조사들은 그것이 자신과 무관한 계약의 위반임에도 불구하고 해당 휴대폰 제조사와 모뎀칩셋 공급 거래를 함에 있어 위 계약 위반으로 인한 불이익을 간수하여야 하는 처지에 놓임.

- 이에 더하여 원고들은 모든 경쟁 모뎀칩셋 제조사들이 원고들과 체결하여야 하는 제한적 라이선스 계약, 제한적 약정에 크로스 그랜트 조건을 포함시켰을 뿐만 아니라 모든 휴대폰 제조사들이 원고들과 체결할 수밖에 없는 라이선스 계약에도 크로스 그랜트 조건을 포함 시킴으로써, 경쟁 모뎀칩셋 제조사보다 훨씬 더 광범위한 특허우산을 구축하였음. 이로써 원고들의 모뎀칩셋은 경쟁 모뎀칩셋 제조사의 모뎀칩셋보다 경쟁우위에 놓이게 됨.
- 이처럼 원고들의 휴대폰 단계 라이선스 정책은 경쟁 모뎀칩셋 제조사의 모뎀칩셋 제조·판매 등 비용을 상승시키거나 기술 혁신을 저해하여 이 사건 표준별 모뎀칩셋시장에서 경쟁 모뎀칩셋 제조사를 배제하는 효과를 가져올 우려가 있고, 잠재적 경쟁 모뎀칩셋 제조사의 시장 진입을 제한하여 모뎀칩셋의 다양성을 감소시킬 우려도 있음.
- 나아가 앞서 본 사정들에다 표준필수특허권자의 성실한 실시조건 협상 절치의 이행은 표준필수특허권의 남용을 방지한다는 측면에서 그 필요성이 큰 점 및 기록에 의하면 원심이 인정한 원고들의 사업모델 구축의 경위, 원고들의 내부문서에 드러난 경쟁제한의 의도 등을 수긍할 수 있는 점까지 고려하면, 원고들이 행위 1과 행위 2를 통해 휴대폰 단계 라이선스 정책을 구현한 의도나 목적은 단순히 최종 완제품 단계에서 부품 단계의 특허까지 포함하여 실시료를 산정함으로써 효율성을 도모하기 위한 것이라기보다는 이 사건 표준별 모뎀칩셋 시장에서 경쟁 모뎀칩셋 제조사를 배제하고 원고들의 시장지배적 지위를 유지·강화하기 위함으로 보임.

[퀄컴 인코포레이티드 등의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 긴(대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결)]

라. 부당한 시장진입 제한(제4호)

마. 부당한 경쟁사업자배제 또는 소비자이익의 저해(제5호)

1) 경쟁사업자를 배제하기 위한 거래

가) 이윤압착 행위 규제 필요성과 '통상거래가격' 및 '부당성'의 의미

- 시장지배적 사업자의 이윤압착행위가 '부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁자를 배제시킬 우려가 있는 거래'로 평가될 수 있다면, 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제1호가 금지하는 시장지배적 지위 남용 행위로 보아 규제할 필요가 있음
- 시장지배적 사업자가 수직 통합된 사업자로서 상류시장에서 하류시장 사업자의 생산 활동에 필수적인 원재료를 공급함과 동시에 하류시장에서 원재료를 기초로 상품 또는 용역(완제품)을 생산·판매하는 경우 이윤압착(margin squeeze)이 문제될 수 있음. 이윤 압착이란 수직 통합된 상류시장의 시장지배적 사업자가 상류시장 원재료 판매가격(도매가격)과 하류시장의 완제품 판매가격(소매가격)의 차이를 줄임으로써 하류시장의 경쟁사업자가 경쟁에서 배제되도록 하는 행위를 가리킴. 이와 같은 시장 구조에서 시장지배적 사업자가 설정한 도매가격이 소매가격보다 높거나 차이가 너무 작으면, 시장지배적 사업자로부터 원재료를 공급받아야 하는 하류시장의 경쟁사업자로서는 효과적으로 경쟁할 수 없게 되고, 결국 시장에서 배제될 가능성이 있음. 시장지배적 사업자의 이윤압착을 독자적인 시장지배적 지위 남용행위의 한 유형으로 규제하는 경우 상류시장 원재료에 관한 투자 유인 등을 위축시킬 우려가 있으나, 수직 통합된 상류시장의 시장지배적 사업자가 이윤압착행위를 함으로써 하류시장의 경쟁사업자가 부당하게 경쟁에서 배제될 우려가 있어 공정경쟁의 기반이 유지될 수 없다면, 이윤압착행위는 정당한 경쟁방법에 해당한다고 보기 어려움.

[㈜엘지유플러스, ㈜케이티의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결, 2018두37960 판결)]

18) 파기환송심(서울고법 2021누49323, 2021누49330) 판결에 대해 원고 상고 제기, 대법원은 심리불속행 기각함 (대법원 2023두35227, 2023두35487)

- 법 시행령 제5조 제5항 제1호가 규정하는 “통상거래가격”은 자유롭고 공정한 경쟁이 이루어지고 있는 시장에서 정상적으로 이루어지는 거래의 경우 일반적으로 형성될 수 있는 가격을 뜻함
 - 종래 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제1호는 강학상 시장지배적 사업자가 자신의 공급비용 미만으로 상품 등을 판매함으로써 경쟁자를 배제할 우려가 있는 행위를 지칭하는 ‘약탈적 가격설정(predation)’을 규율하기 위한 조항이라고 보았으나, 통상거래가격은 비용과는 구별되는 ‘가격’의 일종이므로, 이를 ‘비용’으로 새기다면 법분야에 명백히 반하는 해석임. 통상거래가격은 ‘약탈적 가격설정’뿐만 아니라 ‘이윤압착’ 등과 같이 다양한 유형으로 나타날 수 있는 시장지배적 사업자의 가격과 관련된 배제남용 행위를 판단하기 위한 도구 개념임.
 - 통상거래가격은 자유롭고 공정한 경쟁이 이루어지고 있는 시장에서 정상적으로 이루어지는 거래의 경우 일반적으로 형성될 수 있는 가격, 좀 더 구체적으로는 시장지배적 지위를 남용하는 행위가 존재하지 않는 정상적인 거래에서 일반적으로 형성되었을 가격을 뜻한다고 보아야 함. 공정위는 시장지배적 지위 남용행위의 유형적 특징이나 구체적인 모습, 관련 시장의 구조, 가격 결정 방법과 변화 추이, 해당 상품의 특성과 수급 상황 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 방법으로 시장지배적 사업자가 설정한 특정 공급이나 구입 대가가 통상거래가격에 비하여 낮거나 높은 수준으로서 부당하게 경쟁자를 배제시킬 우려가 있는지를 증명하면 됨.
- [(주)엘지유플러스, (주)케이티의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결, 2018두37960 판결¹⁹⁾)]
- 이윤압착 행위(법 시행령 제5조 제5항 제1호)의 부당성은 수직 통합된 사업자의 상류시장 및 하류시장에서의 시장지배력의 정도, 원자료가 필수적인지 여부, 시장지배적 사업자와 경쟁사업자의 시장점유율, 이윤압착의 정도, 행위 기간, 하류시장에서 경쟁사업자가 경쟁에서 배제될 우려가 있는지 여부와 그 정도, 장기적으로 소비자 폐해가 발생할 우려가 있는지 여부 및 단기적으로 발생할 수 있는 소비자후생 증대 효과 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 함
 - 전송서비스(상류시장) 및 기업메시징서비스²⁰⁾ 시장(하류시장)의 수직 통합된 사업자가

19) 파기환송신(서울고법 2021누49323, 2021누49330) 판결에 대해 원고 상고 제기, 대법원은 심리불속행 기각함 (대법원 2023두35227, 2023드35487)

20) 이동통신사의 부선통신망을 이용하여 기업고객이 거래하는 이용자의 휴대폰으로 문자메시지를 전송해주는 부가통신여부(신용카드승인내역, 쇼핑몰 주문배송알림 등)

기업메시징서비스 생산의 필수원재료인 전송서비스의 건당 평균 최저 이용요금²¹⁾보다도 낮은 가격으로 기업메시징서비스를 판매한 행위는 이윤압착 행위로서 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위에 해당한다고 볼 수 있음.

- 원고로부터 전송서비스(무선통신망 이용)를 공급받아야 하는 일반 기업메시징사업자(무선통신망 미보유 사업자)는 전송서비스 이용 요금에 인건비 등 기타 비용과 적정 이윤을 더한 가격으로 기업메시징서비스를 공급하는 것이 거래관행에 부합함. 기업메시징사업자가 서비스를 제공하려면 국내 모든 이통사(SKT, 케이티, LGU+)와 전송서비스 계약을 해야 하므로 기업메시징서비스의 통상거래가격은 적어도 일반 기업메시징사업자들의 필수 원재료인 전송서비스의 구입비용을 상회할 것으로 추단됨. 피고가 기타 비용과 적정이윤을 0으로 가정하여 산정한 전송서비스 최저 판매단가를 기업메시징서비스 시장에서 객관적으로 가정할 수 있는 최저 수준의 통상거래가격에 해당한다고 보고 원고가 공급한 기업메시징서비스의 판매가격이 통상거래가격보다 낮은 수준이라고 본 것이 불합리하다고 단정할 수 없음.
- ①원고는 수직통합사업자로 전송서비스 및 기업메시징서비스 시장 모두에서 시장지배적 지위에 있고, 각 시장에는 진입장벽이 존재하는 점, ②원고의 행위와 같이 전송서비스 최저 판매단가 미만으로 기업메시징서비스를 판매하는 상황이 지속되면, 무선통신망은 갖추지 못한 경쟁사업자가 손실을 보지 않고는 서비스 공급이 어려워 경쟁에서 배제될 개연성이 크고, 수직 통합된 사업자인 원고로서는 도매가격과 소매가격의 차이에 따른 이윤압착으로 기업메시징서비스 시장의 경쟁사업자가 배제될 개연성을 충분히 예상할 수 있으므로 통상 그 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 의도와 목적이 있다고 추정할 수 있는 점, ③기업메시징서비스 시장에서 원고의 경쟁자들이 직면하는 비용상 열위는 원고와 같이 수직 통합된 시장지배적 사업자가 존재하는 관련 시장의 구조와 특징에 기인한 것일 뿐인 점 등에 비주어 보면, 일반 기업메시징사업자를 '비효율적인 경쟁자'로 볼 수 없는 점, ④이 사건 행위 기간 동안 기업메시징서비스 가격이 하락하고 시장규모가 성장하였더라도, 중·장기적으로 경쟁사업자 배제로 인한 가격인상이나 서비스 품질 저하 우려 등을 비교하면, 단기적으로 발생할 수 있는 소비자후생 증대효과가 이 사건 행위의 경제학적 효과를 상쇄할 정도라고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, '부당성'이 있다고 볼 수 있는 여지가 있음.

[주엘지유플러스: 주케이티의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결, 2018두37960 판결²²⁾]

²¹⁾ 전송서비스 최저단가에 각 이통사별 가입자수 기준 점유율을 곱하여 산정(예: SKT 9원×50% + KT 9원×30% + LGU+ 10원×20% = 건당 9.2원)

나) 배타조건부 거래행위의 '부당성'의 의미 및 특수성

- 배타조건부 거래행위가 부당하려면 시장에서의 독점 유지·강화 목적, 객관적인 경쟁 제한 효과 발생 우려 등이 요구되나, 배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래하는 경우이므로, 통상 그 행위 자체에 경쟁 제한 목적이 포함되어 있다고 볼 경우가 많을 것임
- 배타조건부 거래행위의 '부당성'은 '독과점적 시장에서의 경쟁축진'이라는 입법 목적에 맞추어 해석하여야 할 것이므로, 시장에서의 독점을 유지·강화할 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 목적을 가지고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 배타조건부 거래행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있음. 그러므로 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래의 부당성은 그 거래행위의 목적 및 태양, 시장지배적 사업자의 시장점유율, 경쟁사업자의 시장 진입 내지 확대 기회의 봉쇄 정도 및 비용 증가 여부, 거래의 기간, 관련시장에서의 가격 및 산출량 변화 여부, 유사품 및 인접시장의 존재 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함.
- 다만, 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것임.
[농협중앙회의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결)]
- 배타조건부 거래행위가 부당한지 여부를 구체적으로 판단할 때에는 그 행위에 사용된 수단의 내용과 조건, 배타조건을 준수하지 않고 구매를 전환할 경우에 구매자가 입게 될 불이익이나 그가 입게 될 기회비용의 내용과 정도, 행위자의 시장에서의 지위, 배타조건부 거래행위의 대상이 되는 상대방의 수와 시장점유율, 배타조건부 거래행위의 실시 기간 및 대상이 되는 상품 또는 용역의 특성, 배타조건부 거래행위의 의도 및 목적과 아울러 소비자 선택권이 제한되는 정도, 관련 거래의 내용, 거래 당시의 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 함
[퀄컴 인코포레이티드 외 2의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결²³⁾]

22) 과기환경부(서울고법 2021누49323, 2021누49330) 판결에 대해 원고 상고 제기, 대법원은 심리불속행 기각함 (대법원 2023두35227, 2023두35487)

□ 조건부 리베이트 제공의 경우 ‘약탈 가격 설정(predation)’에 적용되는 부당성 판단기준을 그대로 적용할 수는 없고, 따라서 리베이트 제공의 경쟁제한효과에 대하여 경제분석을 통한 공정거래위원회의 증명이 필수적으로 요구되는 것은 아님

- 리베이트 제공의 경우 단기적으로 거래상대방에게 이익이 될 수도 있고, 이것이 최종 소비자에 대한 혜택으로 돌아갈 여지가 있는 반면, 시장지배적 사업자가 제공하는 리베이트의 제공조건, 내용에 따라 경쟁제한적 효과가 나타날 수 있음. 따라서 조건부 리베이트 제공행위를 배타조건부 거래행위로 의율하여 그 부당성을 판단할 때에는 리베이트 지급구조, 배타조건의 준수에 따라 거래상대방이 얻게 되는 리베이트의 내용과 정도, 구매전환 시에 거래상대방이 감수해야 할 불이익의 내용과 정도, 거래상대방이 구매전환이 가능한지 여부를 고려하였는지 여부 및 그 내용, 리베이트 제공 무렵 경쟁사업자들의 동향, 경쟁사업자의 시장진입 시도 여부, 리베이트 제공조건 제시에 대한 거래상대방의 반응, 거래상대방이 리베이트가 제공된 상품 내지 용역에 관하여 시장지배적 사업자에 대한 잠재적 경쟁자가 될 수 있는지 여부, 배타조건부 거래행위로 인하여 발생할 수도 있는 비용 절감 효과 등이 최종소비자들에게 미치는 영향 등을 아울러 고려하여야 함.
- 조건부 리베이트 제공행위로 인한 부정적 효과와 그러한 행위가 반드시 소비자 후생증대에 기여하지는 않는 점, 장기간의 배타조건부 거래계약을 체결함으로써 부당한 배타조건부 거래행위에 해당하게 되는 경우에도 그 계약체결을 위하여 반대급부로 제공된 이익이 비용 이하에 해당하는지 여부를 반드시 고려해야 한다고 볼 수 없는 점과의 균형을 고려하면, 이른바 ‘약탈 가격 설정(predation)’과 비교하여 그 폐해가 발생하는 구조와 맥락이 전혀 다른 조건부 리베이트 제공행위를 그와 마찬가지로 보아 약탈 가격 설정에 적용되는 부당성 판단기준을 그대로 적용할 수는 없음. 따라서 이러한 부당성 인정의 전제조건으로, 리베이트 제공이 실질적으로 비용 이하의 가격으로 판매한 경우에 해당하여야 한다는 점이나 시장지배적 사업자와 동등한 효율성을 가진 가상의 경쟁사업자 또는 실제 경쟁사업자들이 리베이트 제공에 대하여 가격 및 비용 측면에서 대처하는 데 지장이 없었다는 점 등에 관하여 회계적·경제적 분석(이하 ‘경제분석’) 등을 통한 공정거래위원회의 증명이 필수적으로 요구되는 것은 아님.

[[월컴 인코포레이티드 외 2의 시장지배적지위 남용행위 능에 대한 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결²³⁾]]

23) 파기환송심(서울고법 2019.5.20. 선고 2019누42 판결)은 원고가 소취하함

24) 파기환송심(서울고법 2019.5.20. 선고 2019누42 판결)은 원고가 소취하함

다) “경쟁사업자와 거래하지 아니할 것”의 의미

- 법 시행령 제5조 제5항 제2호가 규정하는 “경쟁사업자와 거래하지 아니할 것”이란 거래상대방이 경쟁사업자와는 자신의 총 거래 중 일정 비율 이하로만 거래하도록 거래상대방의 자유로운 거래를 제한하는 경우도 포함한다고 봄이 타당함
 - (삼성 관련) 원고들은 2002년 3/4분기부터 2005년 2/4분기까지 삼성에 Intel CPU를 판매하면서 삼성이 인텔의 삼성 MSS를 100% 유지한다는 조건부로 삼성에 ECAP을 지급하기로 약정하였고, 이에 따라 삼성이 원고들로부터 ECAP을 받기 위해서는 CPU 구매 비율을 인텔과 AMD 사이에 적정하게 조정하여서는 아니 될 뿐 아니라 총 구매량이 종전보다 또는 당초 예상보다 증가하든 감소하든 언제나 Intel CPU만 구매하여야 하는바, 원고들은 거래상대방인 삼성이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건부로 거래하였다고 봄이 옳음.
 - (삼보 관련) 법 시행령 제5조 제5항 제2호가 규정하는 “경쟁사업자와 거래하지 아니할 것”이란 독과점적 시장의 경쟁촉진이라는 입법 목적 등에 비추어 볼 때 시장지배적 사업자가 거래상대방이 경쟁사업자와 거래를 전혀 하지 아니하도록 하는 경우뿐 아니라 거래상대방이 경쟁사업자와는 자신의 총 거래 중 일정 비율 이하로만 거래하도록 거래상대방의 자유로운 거래를 제한하는 경우도 포함한다고 봄이 타당한바, 아래 사정을 종합하여 보면, 원고들은 삼보에 Intel CPU를 판매하면서 삼보가 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 리베이트를 지급하였다고 봄이 옳음.
 - ① 원고들은 삼보에 Intel CPU를 판매하면서 삼보가 흠크리핑용 PC에 AMD CPU를 전혀 사용하지 아니할 것을 조건부로 ECAP을 지급하였음.
 - ② 원고들은 삼보가 AMD와 새로운 AMD 64비트 CPU와 관련된 거래를 하지 않은 것에 대한 대가로 MDF(Market Developement Fund, 통상 ‘리베이트’로 불림)를 지급하였음.
 - ③ 원고들은 삼보에 Intel CPU를 판매하면서 인텔의 삼보 MSS를 70% 이상을 유지하는 것을 ECAP 지급의 조건으로 불인 이상 삼보가 원고들로부터 ECAP을 받기 위해서는 언제나 AMD의 삼보 MSS를 30%가 되도록 구매하여야 하는바, 원고들은 삼보가 AMD와 일정 비율 이상으로 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래함.
- [인텔의 시장지배적지위 남용행위 건(서울고법 2013. 6. 19. 선고 2008누35462 판결, 고법 확정)]

- ‘경쟁사업자와 거래하지 아니할 조건’은, 시장지배적 사업자에 의하여 일방적·강제적으로 부과된 경우에 한하지 않고 거래상대방과의 합의에 의하여 설정된 경우도 포함됨
 - 당연히 배타조건부 거래행위의 형식적 요건에 해당된다고 널리 인정되는 이른바 ‘전속적 거래계약’처럼 경쟁사업자와 거래하지 않기로 하는 구속적 약정이 체결된 경우와, 단순히 경쟁사업자와 거래하지 아니하면 일정한 이익이 제공되고 반대로 거래하면 일정한 불이익이 주어지는 경우 사이에는 경쟁사업자와 거래하지 않도록 강제되는 이익의 제공이 어느 시점에, 어느 정도로 이루어지는지에 따라 차이가 있을 뿐이고, 그와 같은 강제력이 실현되도록 하는 데에 이미 제공되었거나 제공될 이익이나 불이익이 결정적으로 기여하게 된다는 점에서는 실질적인 차이가 없음.
[퀄컴 인코포레이티드 외 2의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결²⁵⁾)]
- ‘경쟁사업자와 거래하지 아니할 조건으로 거래하는 행위’는, 그 조건의 이행 자체가 법적으로 강제되는 경우만으로 한정되지 않고, 그 조건 준수에 사실상의 강제력 내지 구속력이 부여되어 있는 경우도 포함됨
 - 거래상대방과의 합의에 의하여 설정된 경우도 ‘경쟁사업자와 거래하지 아니할 조건’에 포함되다는 점에 더해, 경쟁제한적 효과를 중심으로 시장지배적 지위 남용행위를 규제하려는 법의 입법목적까지 아울러 고려하면, 조건의 준수에 계약에 의한 법적 강제력 내지 구속력이 부과되는지 여부에 따라 배타조건부 거래행위의 성립요건을 달리 보는 것은 타당하지 않음. 따라서 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 내용으로 하는 조건의 준수에 이익이 제공됨으로써 사실상의 강제력 내지 구속력이 있게 되는 경우라고 하여 ‘경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래하는 행위’에 해당되지 않는다고 볼 수 없음.
[퀄컴 인코포레이티드 외 2의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결²⁶⁾)]

25) 파기환송심(서울고법 2019.5.20. 선고 2019누42 판결)은 원고가 소취하함

26) 파기환송심(서울고법 2019.5.20. 선고 2019누42 판결)은 원고가 소취하함

라) 구체적 사안

- 입점업체에게 경쟁사업자가 운영하는 오픈마켓에서의 판매가격인상, 거래중단을 요청하고, 그렇게 하지 않는 경우 메인화면에 노출된 상품을 빼버리겠다고 위협한 행위는 배타조건부 거래행위에 해당함
- 원고가 2006. 10. 중순경, 원고가 운영하는 오픈마켓인 'G마켓'에 입점하여 상품을 판매하는 사업자들 중 주식회사 앱플온라인이 운영하는 쇼핑몰(이하 '애플온라인')에도 입점하여 있던 누리원 등 7개 사업자들(이하 '7개 사업자들')에게 'G마켓'에서의 판매가격을 인하하거나 애플온라인에서의 판매가격을 인상할 것, 주로 원고와 거래하면서 매출을 올려 줄 것, 애플온라인과의 거래를 중단할 것 등을 요구하고, 애플온라인에 올려놓은 상품을 내리지 아니하면 원고의 메인 화면에 노출된 상품을 모두 빼버리겠다고 위협한 사실을 인정하고, 원고의 이러한 행위가 구 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단, 제2항, 구 공정거래법 시행령 제5조 제2항 소정의 배타조건부 거래행위, 즉 '거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우'에 해당한다고 한 원심의 판단은 정당함.

[(구)인터파크지마켓의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결²⁷⁾)]

※ 같은 취지: 이베이코리아(구, 이베이지마켓)의 시장지배적지위 남용행위 건(서울고법 2011. 10. 12. 선고 2010누40634 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두28677 판결)

- 배타조건부 거래행위가 경쟁사업자의 사업활동과 신규사업자의 시장진입에 구체적으로 어떠한 영향을 미쳤는지 여부가 명백하지 않으므로 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 볼 수 없음
- 원고의 이 사건 행위로 인하여 7개 사업자들이 애플온라인과 거래를 중단한 기간은 주로 1, 2개월에 불과한 점, 그 기간 동안 국내 오픈마켓 시장의 시장점유율 2위인 원고가 7개 사업자들로부터 받은 판매수수료 총액이 약 25배만 원에 불과하여, 원고보다 시장점유율이 낮은 애플온라인에게는 7개 사업자들과 위 기간 거래중단이 없었으면 얻을 수 있었던 판매수수료가 그보다 더 낮았을 것으로 보이는 점, 이 사건 행위의 상대방은 7개 사업자들로서

27) 다만 대법원은 그 부당성 판단에 있어 과연 애플온라인이 원고의 이 사건 행위로 인하여 매출 부진을 이기지 못하고 오픈마켓 시장에서 퇴출된 것인지, 나아가 이 사건 행위가 다른 신규 사업자의 시장진입에도 부정적인 영향을 미쳤는지 명백하지 아니하다는 이유로 과기 환송하였고, 이에 따라 환송심(서울고법 2012. 1. 19. 선고 2011누19200 판결)에서는 부당성이 부정됨으로서 패소 확정되었음

원고에 입접한 약 23만개의 판매업체를 기준으로 하더라도 그 비율이 극히 미미하고 국내 오픈마켓 전체 시장을 기준으로 하면 그 비율은 더 낮았을 것으로 보이는 점, 2006년 기준 7개 사업자가 원고를 통하여 상품 등을 판매한 거래금액의 비중은 원고의 전체 상품판매 거래금액의 0.24%에 불과하고 오픈마켓 전체 시장을 기준으로 할 때에도 이에 크게 벗어나지 않을 것으로 보이는 점 등을 알 수 있는바 이러한 사정에 비추어보면 엠플온라인이 원고의 이 사건 행위로 인해 매출부진을 이기지 못하고 오픈마켓 시장에서 퇴출된 것인지, 나아가 이 사건 행위가 다른 신규 사업자의 시장진입에도 부정적인 영향을 미쳤는지 명백하지 아니함.

- 원심으로서는 오픈마켓 운영시장의 진입장벽이나 시장진입 초기 우량판매자 확보의 중요도, 상품 구성의 영향 등의 제반 특성과 엠플온라인의 재무구조의 건전성이나 영업 전략의 혁신성 등을 심리하여 이 사건 행위가 엠플온라인의 전체 사업활동이나 매출액에 어떠한 영향을 미쳤는지 우선적으로 살핀 다음 이를 전제로 엠플온라인이 이 사건 행위로 인하여 매출 부진을 이기지 못하고 오픈마켓시장에서 퇴출된 것인지 여부와 이 사건 행위로 나타난 신규사업자의 시장진입을 봉쇄한 정도나 기간 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 행위를 객관적으로 오픈마켓 시장에 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가할 수 있는지 여부 등을 판단하였어야 함.

[(구)인터넷지자체의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결²⁸⁾)]

- 대법원에 의하여 파기된 이 사건의 원심은 「① 엠플온라인은 2006. 4경 오픈마켓 운영시장에 후발사업자로 진입하여 공격적인 사업전략으로 빠르게 성장하고 있었는데, 원고가 2006. 10. 중순경 이 사건 행위 등의 방법으로 엠플온라인과의 거래중단을 요구하였음. 이러한 원고의 행위는 오픈마켓 운영시장에서의 자신의 독과점적 지위를 유지·강화할 의도나 목적을 가지고 행하여진 것으로 보이며 ② 오픈마켓에 입접한 판매자들로서는 인지도·신뢰도가 높은 오픈마켓을 통해 소비자들에게 자신의 상품을 효과적으로 노출시키는 것이 판매량 증대와 직결되므로, 원고의 요구를 거절하기는 어려울 것으로 보이고, 실제로 7개 사업자들은 원고의 위와 같은 요구에 강한 불만을 가지면서도 불이익을 우려하여 원고보다 더 유리한 조건으로 거래하고 있던 엠플온라인과의 거래를 중단하게 되었다는 이유로, 시장지배적 사업자인 원고가 그 지위를 남용하는 이 사건 행위를 함으로써 후발사업자가 결국 매출부진을 이기지 못하고 시장에서 퇴출

28) 다만 대법원은 그 부당성이 판단에 있어 과연 엠플온라인이 원고의 이 사건 행위로 인하여 매출 부진을 이기지 못하고 오픈마켓 시장에서 퇴출된 것인지, 나아가 이 사건 행위가 다른 신규 사업자의 시장진입에도 부정적인 영향을 미쳤는지 명백하지 아니하다는 이유로 파기 환송하였고, 이에 따라 환송심(서울고법 2012. 1. 19. 선고 2011누19200 판결)에서는 부당성이 부정됨으로서 패소 확정되었음

되기에 이르러 유력한 경쟁사업자를 배제하는 효과를 거두었을 뿐만 아니라, 다른 신규 사업자의 시장진입에도 부정적인 영향을 미쳐 오픈마켓 운영시장에서 자신의 시장지배적 지위를 유지·강화시켰다고 보고, 이 사건 행위가 ‘부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우’에 해당한다고 판시함(서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결).

- 조건부 리베이트 제공 기간 동안 퀄컴의 시장점유율 추이와 조건부 리베이트를 제공받은 업체들의 점유율(시장 봉쇄 효과) 등을 고려하여 개별적으로 판단해야 함
- (부당성 인정 - CDMA2000 방식 모뎀칩 시장) ① 퀄컴이 엘지전자, 삼성전자, 팬택 모두에게 리베이트를 제공하였고, ② 해당 기간 퀄컴의 국내 CDMA2000 방식 모뎀칩 시장 점유율이 98~100%에 달했으며, ③ 경쟁사업자인 VIA의 해외 시장 점유율이 2004년 1.5%에서 2009년 11.5%로 증가하였는데도, 삼성전자와 엘지전자의 경쟁사업자 모뎀칩 사용 비율은 일시적으로 소폭 상승 후 다시 하락하였다는 점 등을 미루어 볼 때 부당성이 인정됨.
- (부당성 인정 - RF 칩 시장) 엘지전자, 삼성전자, 팬택 모두에게 리베이트를 제공한 기간에 대해서는, 엘지전자가 조건부 리베이트가 제공된 대부분의 기간 동안 퀄컴의 RF칩 구매비율을 96%~100%로 유지한 사실 등을 근거로 퀄컴의 RF칩 시장에서의 배타조건부 거래행위로 인하여 시장봉쇄 효과가 발생하여 경쟁사업자들의 시장진입이 저지되었고, 휴대폰 제조사와 소비자의 선택 기회가 적어지고 제품의 다양성도 감소 하였다고 보아, 그 경쟁제한성 내지 부당성을 인정함.
- (부당성 부정) ① 휴대폰 3사가 아닌 엘지전자에만 리베이트가 제공된 기간 동안 엘지전자의 휴대폰 시장 점유율은 21.6%~25.9%에 불과하다는 점, ② 엘지전자가 국내 RF칩 구매시장에서 40% 이상의 점유율을 차지하였다고 가정하더라도, 엘지전자가 원고로부터 구매한 RF칩 전량이 리베이트로 인하여 구매하게 된 것이라고 단정할 수 없으므로 곧바로 40%의 봉쇄효과를 인정하기도 어렵다는 점, ③ 해당 기간 삼성전자의 비 퀄컴 RF칩 비율이 증가하였다는 점, ④ 위 기간 중 원고의 RF칩 시장점유율이 91.4%에서 77.1%로 하락하였다는 점 등을 고려할 때 부당성이 인정되기 어려움.
[퀄컴 인코포레이티드 외 2의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결²⁹⁾]

29) 피기환송심(서울고법 2019.5.20. 선고 2019누42 판결)은 원고가 소취하함

2) 소비자이익의 현저한 저해

가) 소비자이익 저해행위의 요건

□ 소비자의 이익 저해행위의 요건은 소비자이익 저해 우려 행위의 존재, 저해 정도의 현저성 및 행위의 부당성이 증명되어야 함

- 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 후단은 '부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위'를 시장지배적 사업자의 지위남용행위의 한 유형으로 규정하고 있는바. 그 요건으로서는 시장지배적 사업자의 소비자이익을 저해할 우려가 있는 행위의 존재, 소비자이익 저해 정도의 현저성 및 그 행위의 부당성이 증명되어야 하고, 그러한 요건에 대한 증명책임은 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 공정거래위원회에게 있음.

[씨제이헬로비전의 시장지배적지위 남용행위의 건(대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결)]

나) 소비자이익 저해의 '현저성' 판단 기준

□ 소비자이익 저해의 '현저성' 여부는 당해 행위로 변경된 거래조건을 유사 시장의 다른 사업자의 조건과 비교하는 등의 방법으로 구체적·개별적으로 판단함

- 소비자 이익을 '현저히' 저해할 우려가 있는지 여부는 당해 상품이나 용역의 특성, 당해 행위가 이루어진 기간·횟수·시기, 이익이 저해되는 소비자의 범위 등을 살펴, 당해 행위로 인하여 변경된 거래조건을 유사 시장에 있는 다른 사업자의 거래조건과 비교하거나 당해 행위로 인한 가격상승의 효과를 당해 행위를 전후한 시장지배적 사업자의 비용 변동의 정도와 비교하는 등의 방법으로 구체적·개별적으로 판단하여야 함.

[씨제이헬로비전의 시장지배적지위 남용행위의 건(대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결)]

다) 소비자이익 저해행위의 '부당성' 판단 기준

□ 소비자이익 저해행위가 부당하려면 시장에서의 독점 유지·강화 목적, 객관적인 경쟁 제한 효과 발생 우려 등이 요구되나, 소비자이익 저해행위가 존재하고, 그 저해 정도가 현저하다면 통상 과도한 독점적 이익을 취하고자 하는 행위로서 부당하다고 볼 경우가 많을 것임

- 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위의 부당성은 시장지배적사업자의 지위 남용행위의 규제 목적이 단순히 그 행위의 상대방인 개별 소비자의 이익을 직접 보호하고자

하는 데 있는 것이 아니라, 독과점 시장에서 경쟁촉진과 아울러 시장지배적사업자의 과도한 독점적 이익 실현행위로부터 경쟁시장에서 누릴 수 있는 소비자의 이익을 보호하고자 하는 데 있음을 고려할 때, 시장지배적사업자의 행위의 의도나 목적이 독점적 이익의 과도한 실현에 있다고 볼 만한 사정이 있는지, 상품의 특성·행위의 성격·행위기간·시장의 구조와 특성 등을 고려하여 그 행위가 이루어진 당해 시장에서 소비자 이익의 저해의 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있는지 등을 구체적으로 살펴 판단하여야 할. 다만 시장지배적사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위가 존재하고, 그로 인한 소비자 이익의 저해 정도가 현저하다면, 통상 시장지배적사업자가 과도한 독점적 이익을 취하고자 하는 행위로서 부당하다고 볼 경우가 많을 것임.

[티브로드 강서방송 외 4의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결)]

라) 명확성의 원칙 관련

□ 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 후단의 '소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위'는 명확성의 원칙에 반하지 않음

- 이 사건 규정의 규율 대상은 '시장지배적사업자의 소비자 이익을 저해하는 남용행위'로서 그 내용이 지극히 다양하고 수시로 변하는 성질이 있어 이를 일일이 열거하는 것은 입법기술적으로 불가능한 점, 이 사건 규정은 앞서 본 바와 같이 '시장지배적사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위의 존재', '소비자 이익 저해 정도의 현저성' 및 '그 행위의 부당성'이 인정될 경우 적용되는바, 위 요건에 관한 판단은 공정거래법의 입법목적을 고려하고, 공정거래법 제3조의2 제1항이 규정한 여러 유형의 시장지배적지위 남용행위 등과 비교하는 등 체계적·종합적 해석을 통하여 구체화될 수 있는 점, 이 사건 규정의 수법자는 시장지배적사업자로서 일반인에 비하여 상대적으로 규제대상 행위에 관한 예측가능성이 크다 할 것인 점 등을 고려하면, 이 사건 규정이 헌법상 법치주의원리에서 파생되는 명확성 원칙을 위반한다고 볼 수 없음, 그리고 공정거래법 제3조의2 제2항은 남용행위의 유형 또는 기준을 대통령령으로 정할 수 있다고 규정하였을 뿐, 관련 대통령령의 기준이 있어야만 같은 조 제1항의 남용 금지 규정이 효력이 있다는 취지는 아님. 따라서 원칙이, 이 사건 규정이 헌법에 위배되지 아니할 뿐만 아니라, 하위 법령에 구체적인 행위유형 및 기준이 마련되어 있지 않더라도 유효하게 적용될 수 있다는 전제에서, 이 사건 행위가 이 사건 규정의 시장지배적지위 남용행위에 해당하는지 여부의 판단에 나아간 것은 정당함.

[티브로드 강서방송 외 4의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결)]

마) 구체적 사안

① 긍정례

② 부정례

□ 원심이 들고 있는 사정은 이 사건 행위로 인하여 변경된 원고 등 7개 사업자의 거래 조건을 유사 시장에 있는 다른 사업자의 거래조건과 구체적·개별적으로 비교한 내용들이 아니어서 이 사건 행위가 소비자의 이익을 현저히 저해하였거나 저해할 우려가 있는 행위에 해당한다고 볼 징표라고 보기 어려움

- 원심판결의 이유에 의하면, 원심은 ① 원고 등 7개 사업자(이라 ‘원고 등’이라고 한다)가 제도적으로 일정한 지역에서 유료방송서비스 사업의 독점권을 보장받고 있기 때문에 일반 사업자에 비하여 소비자의 권익보호 등의 공익적 목적을 위해 영업의 자유가 더 제한될 수 있다는 점, ② 이 사건 단체계약 상품의 수익이 적자였다는 증거가 없고, 원고 등이 이 사건 단체계약 상품의 공급을 폐지한 행위(이하 ‘이 사건 행위’라 한다)를 결정할 때 해당 상품의 적절한 가격수준에 관한 고려 흔적이 보이지 않는 점, ③ 원고 등의 수익은 수신료 이외에도 광고수익, 시설설치수익, 장비대여수익, 기타사업수익 등으로 이루어져 있어, 단순히 수신료만을 기준으로 채산성을 판단할 수는 없는 점, ④ 이 사건 단체계약 상품의 수익성이 적자였다고 하더라도, 순차적으로 요금을 인상하는 등의 다른 대안을 고려하지 아니하고 곧바로 일시에 해당 상품 자체를 폐지하는 극단적인 방법을 취한 점, ⑤ 이 사건 행위로 인하여 기존의 단체계약 상품 가입자들 중 개별계약으로 전환한 세대 가운데 종전 단체계약과 동일한 상품의 수신료가 2.1~9.2배 증가하고, 이 사건 행위로 인하여 기존의 단체계약 상품 가입자들 중 절반가량이 개별계약을 체결하지 못하고 유료방송 시청을 중단하게 된 점 등을 이유로 이 사건 행위가 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위로서 ‘부당성’이 인정된다고 판단하였음.
- 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 규정이 정한 소비자의 이익 저해행위의 부당성 판단은 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위를 대상으로 하므로, 원심으로서는 먼저 이 사건 행위로 인한 소비자 이익 저해 정도가 현저한지 여부를 판단한 다음 이를 기초로 그 행위의 부당성을 판단하였어야 할 것임에도, 이 사건 행위로 인한 소비자 이익의 저해 정도가 현저하다는 점을 명확히 하지 아니한 상태에서 그 행위의 부당성만을 판단한 잘못이 있음. 게다가 원심이 이 사건 행위가 시장지배적지위 남용행위로서 부당하다고 판단한 이유 가운데, ①, ④항은 원고 등 시장지배적사업자의 행위의 의도나 목적이 독점적 이익의 과도한 실현에 있다고 추단할 만한 사정이라고

보기 어렵고, ②, ③항은 소비자 이익 저해행위의 부당성이 피고에 의하여 어느 정도 입증되었음을 전제로 이 사건 행위의 정당성에 관한 원고들의 반증이 충분하지 않다는 판단에 불과한 것으로서 이 사건 행위의 부당성에 관한 적극적인 근거가 될 수 없으며, ⑤항의 수신료 상승률이나 유료방송시청 중단의 정도는 단지 이 사건 행위를 전후하여 소비자 이익이 변화된 정도에 불과한 것으로서 유사시장에서의 거래조건 등과 비교한 내용이 아니므로 이 사건 행위가 소비자의 이익을 현저히 저해하였거나 저해할 우려가 있는 행위에 해당한다고 볼 징표라고 보기도 어려움. 따라서 원심이 들고 있는 위 사정만으로는 이 사건 행위가 소비자 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위로서 부당하다고 볼 수 없음.

[티브로드 강서방송 외 4의 시지남용행위 건(대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결)]

- 파기환송심은 「이 사건 행위로 인한 소비자 이익 저해 정도의 현저성에 관하여 피고가 주장하는 사항들, 즉 다채널 유료방송 서비스 상품은 공공재적 성격을 가지고 있다는 점, 원고 등 7개 사업자의 기존 전체 가입자의 34.1%가 단체계약 상품 가입자들로서 단체계약 상품 공급 폐지로 인하여 영향을 받았는데, 그 중 절반가량이 개별 계약을 체결하지 못하고 유료방송 시청을 중단하게 되었으며, 개별계약으로 전환한 가입자들의 수신료 부담이 종전 단체계약 상품에 비하여 2.1배 내지 9.2배 증가하였다는 점, 원고 등 7개 사업자 외의 다른 지역 사업자들은 대부분 여전히 저가의 단체계약 상품을 운용하면서 절진적인 가격 인상을 추진하고 있다는 점, 이 사건 행위를 전후하여 원고 등 7개 사업자의 거래조건을 유사 시장에 있는 다른 사업자의 거래조건과 구체적·개별적으로 비교한 내용들이 아니어서 이 사건 행위가 소비자의 이익을 현저히 저해하였거나 저해할 우려가 있는 행위에 해당한다고 볼 징표라고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이 사건 행위는 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호의 ‘부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위’에 해당되지 아니한다고 판시함(서울고법 2010. 10. 6. 선고 2010누15881 판결).

□ 원심이 이 사건 채널편성 변경에 의한 거래조건을 유사 시장에서의 다른 사업자의 거래조건과 비교 등을 하지 아니한 채 단순히 그 정도가 현저하지 않다고 판단한 것은 적절하지 아니하나, 이를 인정할 아무런 자료가 없는 이상 현저성이 인정되지 않는다고 본 원심의 결론은 결과적으로 정당함

○ 소비자의 이익을 ‘현저히’ 저해할 우려가 있는지 여부는 담해 상품이나 용역의 특성,

이익이 저해되는 소비자의 범위, 유사 시장에 있는 다른 사업자의 거래조건, 거래조건 등의 변경을 전후한 시장지배적 사업자의 비용 변동 정도, 당해 상품 또는 용역의 가격 등과 경제적 가치와의 차이 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 함.

- 원심이 이 사건 채널편성 변경에 의한 거래조건을 유사 시장에서의 다른 사업자의 거래조건과 비교 등을 하지 아니한 채 단순히 그 정도가 현저하지 않다고 판단한 것은 적절하지 아니하나, 이를 인정할 아무런 자료가 없는 이상 이 사건 채널편성 변경행위에 소비자이의 저해행위의 현저성이 인정되지 않는다고 본 원심의 결론은 결과적으로 정당하므로, 원심판결에는 상고이유로 주장하는 바와 같은 판결에 영향을 미친 법리오해 등의 위법이 없음.

[씨제이헬로비전의 시장지배적지위 남용행위(대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결)]

- 원심은 「종합유선방송사업자의 뮤음채널 편성변경으로 인하여 소비자 이익이 현저하게 저해될 우려가 있는지 여부, 그것이 시장지배적 사업자의 지위를 남용한 부당한 행위인지 여부를 판단함에 있어서는 채널편성 변경 전후의 시청점유율 합계의 변화라는 계량적인 요소를 평가하는 것이 가장 중요하다고 할 것이다. 그 이외에도 종합유선방송사업자의 뮤음상품 채널 변경으로 수의 제고의 측면, 종합유선방송사업자가 제공하는 방송을 시청함으로 인하여 얻는 시청자의 효용 및 채널편성 변경으로 인한 효용의 변화, 채널편성 변경 이후의 가입자들의 뮤음채널 선택의 변화 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. ... 이상과 같은 제반 사정을 종합하여 보면, 보급형 상품의 지상파 방송 등을 제외한 시청점유율 합계를 11.93%~17.05% 감소시킨 이 사건 채널편성 변경이 보급형 상품의 시청자들의 이익을 상당히 저해할 우려가 있다고 할 수는 있을 것이다. 그 정도가 현저하다고까지는 평가할 수 없다고 할 것이다.」고 판시함(서울고법 2008. 8. 20. 선고 2007누23547 판결).

- 일반적으로 음악사이트에 새로 가입하거나 가입사이트를 변경하는 소비자의 경우는 그 침해의 현저성이 문제가 되지 아니하고, 또한 컨버팅과정을 거치는 경우에도 이는 단지 불편할 뿐이지 현저한 침해가 된다고 보기는 어려움
- 소비자가 다른 음악사이트에서 이미 유료로 음악파일을 구입한 경우에 원고의 MP3폰에서 작동이 안 되거나 매우 어렵기 때문에 동일한 음악파일을 보유한 소비자라도 원고의 MP3폰으로 음악을 듣기 위해서는 추가로 원고의 벨론사이트에서 음악파일을 다운로드받고

비용을 지출하게 되는 이중부담을 진다고 볼 여지는 있으나, 일반적으로 음악사이트에 새로 가입하거나 가입사이트를 변경하는 소비자의 경우는 그 침해의 현저성이 문제가 되지 아니하고, 또한 컨버팅과정을 거치는 경우에도 이는 단지 불편할 뿐이지 현저한 침해가 된다고 보기는 어려움.

[에스케이텔레콤의 시지남용행위 건(서울고법 2007. 12. 27. 선고 2007누8623 판결³⁰⁾)]

30) 상고심(대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결)은 「원심의 이유 설시에 일부 적설치 않은 부분이 있으나, 이 사건 행위가 현저한 침해에 해당하지 않는다고 본 원심의 결론은 앞서 본 법리와 기록에 비추어 이를 수긍할 수 있으므로, 거기이 상고이유의 주장과 같이 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 후단에 규정된 소비자이익 저해행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.」고 판시함

4. 과징금 관련

- 관련매출액은 사업활동 방해를 받은 개별 판매대리점과 경쟁관계에 있어 직·간접적인 영향을 받았다고 볼 수 있는 인근 직영판매점의 매출액으로 봄이 상당함
 - 시장지배적 사업자가 남용행위를 한 경우 관련매출액 산정과 관련한 관련상품의 범위는 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단하여야 함.
 - 원고의 이 사건 사업활동 방해행위로 인하여 판매대리점을 통한 매출액은 감소 영향을 받는 반면, 직영판매점의 매출액은 증가 영향을 받는 관계에 있다는 점, 이 사건 사업활동 방해행위와 관련한 원고의 공정거래법 위반사실은 원고가 전체 판매대리점들과 사이에 거점 이전과 인원 채용에 관하여 사전에 원고와 합의 또는 협의하거나 등록하도록 판매 대리점계약을 체결한 사실 그 자체가 아니라, 원고가 그와 같은 계약조항을 근거로 하여 합리성이 없는 사유를 내세워 구체적으로 일부 개별 판매대리점들에 대하여 거점 이전 승인이나 인원 등록을 지연하거나 거부한 행위라는 점 및 개별 판매대리점에 대한 사업활동 방해행위로 인하여 전체 직영판매점의 매출액이 직접 또는 간접적으로 영향을 받았다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 이 사건에서 관련매출액은 원고의 직영판매점 매출액을 기준으로 하되, 그 중에서도 특히 사업활동 방해를 받은 개별 판매대리점과 경쟁관계에 있어 그 직접 또는 간접적인 영향을 받았다고 볼 수 있는 인근 직영판매점의 매출액을 관련매출액으로 봄이 상당하고, 그 위반기간도 구체적인 사업활동 방해행위에 따라 개별로 따져야 할 것임.
- [현대자동차의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2010. 3. 25. 선고 2008두7465 판결)]
- 실제 리베이트를 받은 휴대폰 제조사별로 개별적으로 관련매출액을 산정하지 않고 리베이트 지급 전체 기간 동안 퀄컴이 국내시장에서 판매한 CDMA2000방식 모뎀칩 매출액 전체를 관련매출액으로 산정한 조치는 적법함
 - 2000년경부터 2003년경까지의 기간에도 국내 CDMA2000 방식 모뎀칩 시장에서 경쟁이 제한되거나 제한될 우려가 인정되므로³¹⁾, 이 기간에 퀄컴이 엔지전자 외의 다른

31) 2000~2003년 그간에는 모뎀칩 관련 리베이트를 엘지전자에만 지급하였으나, 삼성전자에게는 모델티 할인 방식으로 배타조건부 거래를 하였으며, 법원은 이에 대한 부당성을 인정함

거래상대방에게 판매한 CDMA2000 방식 모뎀칩 매출액도 관련매출액에 포함되고, 웰컴의 모뎀칩 리베이트는 저가형 제품군과 고가형(high-end) 제품군을 구분하지 아니하고 모두 제공되었으므로 모든 CDMA2000 모뎀칩의 매출이 직접 또는 간접적 영향을 받았다고 볼 수 있으며, 국내 휴대폰 제조사가 국내시장에서 구매한 CDMA2000 방식 모뎀칩 매출액은 모두 관련 상품의 매출액에 해당한다고 보아, 2000. 7. 1부터 2009. 7. 15.까지 웰컴이 국내시장에서 판매한 CDMA2000방식 모뎀칩 매출액 전체를 관련매출액으로 산정한 조치는 적법하다고 판단함.

[웰컴 인코포레이티드 외 2의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결³²⁾]

- 관련매출액의 산정 기준이 되는 관련 상품은 이 사건 끼워팔기의 대상인 엔지니어링 서비스에 국한된다고 봄이 타당하고, LNG 화물창 기술 라이선스 실시료 부분에 엔지니어링 서비스 비용까지 관련매출액에 포함하여 산정한 이 사건 과정금납부명령은 재량권을 일탈·남용하여 위법함
- 아래와 같은 사정들을 위 관련 규정 및 법리에 비추어 보면, 이 사건 끼워팔기 행위에 관한 관련매출액은 멤브레인형 LNG 화물창 기술 구현을 위한 엔지니어링 서비스에 관한 것으로 한정함이 타당함. 따라서 이를 지적하는 원고의 이 부분 주장을 이유 있음.
 - ① 이 사건 끼워팔기 행위는 원고가 TALA 계약을 통하여 조선업체들에 대하여 LNG 화물창 기술 라이선스에 엔지니어링 서비스를 끼워 팔았음을 그 내용으로 하고 있음. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스는 서로 별개의 상품으로 봄이 타당한바, 특별한 사정이 없는 한 관련매출액의 산정 기준이 되는 관련 상품은 이 사건 끼워팔기의 대상인 엔지니어링 서비스에 국한된다고 봄이 타당함.
 - ② TALA 계약을 통하여 LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스가 통합 제공되었고 그 실시료도 LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스부분이 구별되지 않은 채 함께 산정된 것은 사실임. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스가 별개의 상품에 해당하는 점, 국내 조선 3사들로서는 엔지니어링 서비스를 통합 구매해야 하는지 여부를 불문하고 원고로부터 LNG 화물창 기술 라이선스를 구매하였을 것으로 보이는 점, 아래에서 살펴보는 바와 같이 LNG 화물창 기술 라이선스와 멤브레인형 LNG 화물창 엔지니어링 서비스의 비용을 구별하여 산정하는

32) 파기환송심(서울고법 2019.5.20. 선고 2019누42 판결)은 원고가 소취하한

것이 가능하다고 보이는 점 등에 비추어 볼 때 위와 같이 LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스가 통합 제공되었고 그 실시료가 구별되지 않았다는 사정만으로 LNG 화물창 기술 라이선스가 엔지니어링 서비스로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품이라고 보기는 어려움.

- ③ TALA 계약 금액 산출 과정 등에 대한 분석을 통해 LNG 화물창 기술 라이선스가 엔지니어링 서비스의 시장가격을 구별하여 산정할 수 있을 것으로 보임[실제로 피고는 원고로부터 엔지니어링 서비스에 투입되는 기간, 비용, 노동력 등에 관한 자료도 이미 제출받은 것으로 보임]. 설령 이러한 산정이 불가능하다고 하더라도 공정거래법이 매출액의 산정이 곤란한 경우에 관해 정액과징금의 부과를 정하고 있음에도, TALA에서 기술 라이선스 실시료 및 엔지니어링 서비스 비용이 각각 차지하고 있는 비용이 얼마인지 알기 어려워 엔지니어링 서비스비용만의 관련매출액을 산정하기 곤란하다는 사정만으로 LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스가 별개의 상품에 해당함에도 이를 통합하여 TALA 전체의 매출액을 산정기준으로 하여 과징금을 산정하는 것은 원고에게 가혹함.

[가즈트랑스포르 예 레그니가즈의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(서울고법 2022. 12. 1. 선고 2020누69221 판결³³⁾]

³³⁾ 상고심(대법원 2023. 4. 13. 선고 2023두30147 판결)은 심리불속행 기각함

5. 시정명령 관련

- 공표명령과 통지명령은 목적·대상·효과 면에서 차이가 있고 이 사건 위반행위를 시정하기 위한 각 필요성 또한 인정되므로 과잉금지원칙이나 비례원칙에 반하지 아니한다고 할 것임
 - 원고가 대리점에서는 비순정품을 판매하지 못하는 조건으로, 품목지원센터에는 거래지역 및 거래상대방을 제한하는 조건으로 각 차량 정비용 부품을 거래함으로써 부품의 다양성과 가격경쟁을 감소시켜 순정품 가격이 인상되도록 하여 소비자 후생이 감소하는 결과를 가져온 점, 피고는 이를 시정하기 위한 조치로 시정명령과 과징금 납부명령 외에도 공표명령과 통지명령 등을 하였던 점 등을 알 수 있는바, 이들 공표명령과 통지명령은 목적·대상·효과 면에서 차이가 있고 이 사건 위반행위를 시정하기 위한 각 필요성 또한 인정되므로 과잉금지원칙이나 비례원칙에 반하지 아니한다고 할 것임.
 - [현대모비스의 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2014. 4. 10. 선고 2012두6308 판결)]
- 로열티 할인 병행 행위는 배타조건부 거래행위를 위한 일련의 수단에 불과하므로 배타조건부 거래행위의 부당성과 관련되는 의미로 해석되는 한 적법함
 - 시정명령은 표준기술을 보유한 시장지배적 사업자가 모뎀칩 구매와 관련하여 배타조건부 거래행위를 하면서 그와 함께 기술료 할인도 함께 제공할 때에 조건 성취 여부에 따라 그 할인 혜택이 달리 부여될 수 있음을 나타낸 것에 불과함. 결국 위 시정명령은 'CDMA2000 방식 모뎀칩의 국내공급시장'을 전제로 그 모뎀칩 구매와 관련한 배타조건부 리베이트 제공행위와 조건부 로열티 할인 병행행위 등 일련의 행위가 금지됨을 명시하는 취지임.
 - 비록 피고가 시정명령과 관련하여 법 제3조의2 제1항 제3호, 시행령 제5조 제3항 제4호, 「시장지배적지위남용행위 심사기준」 IV.3.라.(2) 등을 적용법조로 들고 있기는 하나, 이는 로열티 병행 할인행위가 추가적으로 위 조항에도 해당될 수 있음을 주장하는 취지에 불과함. 이처럼 위 시정명령과 관련한 피고 처분서의 이유기재에 적절치 않은 부분이 있기는 하나, 이러한 사정만으로 위 시정명령이 위법하게 되는 것은 아님 따라서 모뎀칩 구매와 관련하여 이루어진 배타조건부 로열티 할인 및 모뎀칩 가격 할인 등 일련의 행위와 그 부당성이 인정되는 이상 위 시정명령은 적법함.
 - [퀄컴 인코포레이티드 외 2의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결³⁴⁾)]

34) 파기환송심(서울고법 2019.5.20. 선고 2019-142 판결)은 원고 소취하함

II

기업결합의 제한

(법 제9조, 구법 제7조)

II. 기업결합의 제한(법 제9조, 구법 제7조)

1. 경쟁제한적 기업결합 규제 취지

- 결합회사의 가격 인상 등을 통한 초과이윤 추구로 소비자 피해와 경제적 효율성 저하 초래를 방지함
- 경쟁제한적 기업결합을 금지하는 것은 기업결합 당사 회사들이 더 이상 서로 경쟁하지 않게 됨에 따라 결합된 회사가 시장지배력을 획득 또는 강화하여 결합회사가 단독으로 또는 나쁜 회사와 공조하여 가격 인상 등을 통한 초과이윤을 추구하게 되고 그 결과 소비자 피해와 경제적 효율성의 저하가 초래되는 것을 방지하고자 함에 있음.
[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]

2. 지배관계 형성 여부

- 행정처분 이후 사정은 처분 이후의 사정변경에 불과하여 이 사건 처분 당시에 지배가능성이 없었다고 볼 수 없음
 - 이 사건 행정처분 이후 대선주조의 주식 50.59%가 특정인에게 매각되어 제1대 주주가 되었다거나 2004. 3. 11. 정기 주총에서 대선주조측의 임원이 선임된 사정은 이 사건 처분 이후의 사정변경에 불과하여 이 사건 처분 당시에 지배가능성이 없었다고 볼 수는 없음.

[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]
- 주식분산도, 2대 주주와의 지분보유비율 정도, 경영권획득을 위한 주식취득이라는 점 등을 종합하면 지배관계가 형성될 가능성이 있음
 - 무학이 대선주조의 주식 중 50/100 미만을 소유하고 있으나 주식분산도로 보아 제1위에 해당되고, 제1대 주주(무학)와 제2대 주주(대선)간에 지분보유비율에 상당한 차이가 있으며 경영권획득을 위한 주식취득이라는 점을 무학 스스로 인정하고 있는 점 등을 종합하면 무학의 대선주조에 대한 지배관계는 형성될 가능성이 있음.

[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]

3. 일정한 거래분야 판단(관련시장의 획정)

가. 관련시장의 획정 필요성 및 기준

□ 기업결합의 제한 여부 판단을 위해서는 관련상품에 따른 시장 등의 획정이 선행되어야 함

- 기업결합의 제한에 해당되는지 여부를 판단하기 위해서는 그 경쟁관계가 문제될 수 있는 일정한 거래분야에 관하여 거래의 객체인 관련상품에 따른 시장 등을 획정하는 것이 선행되어야 함.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

□ 기업결합의 제한 여부 판단을 위해서는 관련지역시장의 획정이 선행되어야 함

- 경쟁제한적 기업결합으로 인한 소비자피해와 경제적 효율성의 저하가 초래되는 것을 방지하고자 하는 입법목적을 달성하기 위해서는 기업결합 당사회사가 결합으로 인하여 관련시장에서 경쟁의 정도가 얼마나 줄어들게 되었는지를 신사하여야 하고, 그 경쟁 제한적 여부를 심사하기 위해서는 관련지역시장을 획정하는 것이 선행되어야 할 것임.

[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]

□ 관련시장 획정에 있어 구매전환 가능성이 경제분석결과에 의해 입증되는 것이 바람직하나, 이 뿐만 아니라 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 관련시장을 획정할 것임

- 관련시장을 획정함에 있어 적지만 의미 있고 일시적이지 않은 가격인상에 대한 구매전환 가능성이 구체적이고 실증적인 경제분석결과에 의하여 입증되는 것이 바람직하지만, 그러한 경제분석이 어렵거나 불가능한 경우가 있을 수 있고 또 경제분석결과가 현실을 제대로 반영하지 못할 수도 있으므로, 경제분석결과 뿐만 아니라 위와 같은 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 관련시장을 획정하라는 취지로 보아야 할 것임.

- 유통시장의 경우 가격을 통계적으로 유의미하게 지수화하기 어려움. 다수의 상품을 생산 또는 판매하는 기업의 경우에는 처음부터 분석의 대상을 상품군으로 정의하여 관련시장 획정의 출발점으로 삼는 방식이 외국에서도 인정됨. 공정위가 심사하면서 할인점의 특성, 소비자들의 이용현황 및 인식, 법제도적 측면에서 할인점이 위치하는 위치, 할인점의 분포현황 및 경쟁상황, 이용고객의 분포현황, 관련사업자의 인식 등을 종합적으로 고려하여 시장을 획정한 것은 적법함.

[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

나. 관련 상품시장

1) 관련 상품시장의 범위

□ 관련 상품시장은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말함

- 관련 상품시장은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상될 경우 그 상품의 가격의 대표적 구매자가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미하고, 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품의 가격, 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련된 구매행태는 물론 판매자들의 대체 가능성이 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사의 결정행태, 사회적 경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며, 그 이외에도 기술발전의 속도, 그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황, 시간적 경제적 법적 측면에서의 대체의 용이성 등도 함께 고려하여야 함.

[삼의약기의 영창약기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

2) 구체적 사안

- 타이어용 카본블랙과 산업고무용 카본블랙 사이에 용도, 수요자, 운송 및 포장방법에 다소 차이가 있다고 하더라도, 어느 한 제품의 가격이 상당한 기간 의미 있는 수준으로 인상될 경우에 다른 제품으로 구매를 전환할 수 있다면 함께 하나의 관련시장으로 획정하는 것이 타당함
- 타이어용 카본블랙과 산업고무용 카본블랙은 제품의 상당 부분이 중복되고 산업고무용 카본블랙의 70% 이상이 타이어용으로도 사용 가능한 점, 두 제품 사이의 가격 차이가 크지 아니한 점, 공급 측면에서도 생산설비 및 제품 공정의 상당 부분을 공유하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 산업고무용 카본블랙의 가격이 상당한 기간 의미 있는 수준으로 인상될 경우에 구매자는 이에 대응하여 타이어용 카본블랙으로 구매를 전환할 수 있고, 반대로 타이어용 카본블랙의 가격이 인상될 경우에도 구매자는 동일하게 산업고무용 카본블랙으로 구매를 전환할 수 있으므로, 비록 타이어용 카본블랙과 산업고무용 카본블랙 사이에 용도, 수요자, 운송 및 포장방법에 다소 차이가 있다고 하더라도, 타이어용 카본블랙과 산업고무용 카본블랙을 함께 하나의 관련시장(이하 이를 ‘고무용 카본블랙 시장’이라 한다)으로 획정하는 것이 타당함.
- 고무용 카본블랙의 경우 수입품의 점유율이 1% 미만으로 매우 미미할 뿐 아니라 향후에도 수입물량이 쉽게 증가되지 않을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 고무용 카본블랙에 대한 관련 지리적 시장은 국내 시장으로 획정함이 타당함.
[동양제천화학의 콜롬비안 케미컬즈 컴퍼니에 대한 경쟁제한적 기업결합 건(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두9744 판결)]
- 중고 피아노는 신품 피아노와 상품용도, 가격, 판매자와 구매자층, 거래행태, 영업전략 등에서 차이가 있고 상호간 대체가능성을 인정하기 어려운바, 피고가 이 사건 기업결합의 관련 시장을 국내의 업라이트 피아노, 그랜드 피아노, 디지털 피아노의 각 신품 피아노 시장으로 획정한 것은 정당함¹⁾
- 원심은 공급측면의 경우 중고 피아노는 신품 피아노와 달리 가격이 상승하더라도 공급량이 크게 증가될 수 없다고 보이는 점, 수요측면의 경우에도 가격과 구매수량에 네 민감한 수요층(중고 피아노)과 제품 이미지, 품질, 사용기간 등에 더 민감한 수요층(신품 피아노)으로 그 대표적 수요층이 구분되어 신품 피아노의 가격이 상승하더라도 신품

1) 삼익악기와 삼총공업이 영창악기 주식(26.5%, 22.08%)을 각 인수한 사안

피아노를 구입하려는 소비자들이 그 의사결정을 바꿔 중고 피아노로 수요를 전환할 가능성은 크지 않다고 보이는 점, 원고들이 그 동안 신품 피아노의 가격결정, 마케팅 등과 같은 영업전략을 수립함에 있어 중고 피아노의 시장규모 등을 고려했다는 자료가 없는 점 등에 비추어 중고 피아노는 신품 피아노와 상품용도, 가격, 판매자와 구매자층, 거래행태, 영업전략 등에서 차이가 있고 상호간 대체가능성을 인정하기 어렵다는 이유로, 피고가 이 사건 기업결합의 관련 시장을 국내의 업라이트 피아노, 그랜드 피아노, 디지털 피아노의 각 신품 피아노 시장으로 획정한 것은 정당하다고 판단하였으며, 아울러 거래의 자리적 범위인 관련 지역시장의 획정 문제와 실질적 경쟁제한성 판단의 한 요소인 해외 경쟁의 도입수준 등의 문제를 별도로 판단한 바, 원심의 이러한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유와 같은 관련 상품시장의 획정에 관한 법리오해, 관련 지역시장의 획정과 실질적 경쟁제한성 판단의 한 요소인 해외 경쟁의 도입수준 등의 오인·혼동으로 인한 법리오해 등의 위법이 없음.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

- 원심은 「(피아노 종류별 시장 획정에 대하여) 업라이트, 그랜드, 디지털 피아노는 각 피아노 종류별로 상품의 기능, 효용, 가격이 다르고 수요자층도 다르므로 별도의 시장으로 획정함이 타당하고, (중고피아노 시장에 관하여) 공급측면의 경우 중고 피아노는 신품 피아노와 달리 가격이 상승하더라도 공급량이 크게 증가될 수 없다고 보이는 점, 수요 측면의 경우에도 가격과 구매수량에 더 민감한 수요층(중고 피아노)과 제품 이미지, 품질, 사용기간 등에 더 민감한 수요층(신품 피아노)으로 그 대표적 수요층이 구분되어 신품 피아노의 가격이 상승하더라도 신품 피아노를 구입하려는 소비자들이 그 의사결정을 바꿔 중고 피아노로 수요를 전환할 가능성은 크지 않다고 보이는 점, 원고들이 그 동안 신품 피아노의 가격결정, 마케팅 등과 같은 영업 전략을 수립함에 있어 중고 피아노의 시장규모 등을 고려했다는 자료가 없는 점 등에 비추어 중고 피아노는 신품 피아노와 상품용도, 가격, 판매자와 구매자 층, 거래행태, 영업전략 등에서 차이가 있고 상호간 대체가능성을 인정하기 어려우며, (외국산 피아노 시장에 관하여) 국내소비자가 용이하게 구매할 수 있는 경우는 일본 제품에 한정되는데 아직 시장점유율이 낮고, 외국사업자가 피아노완제품을 국내에 대량 공급하는데 소요되는 운송비 등 제반비용도 적지 않은바, 시장획정에 있어 국제적 시장까지 포함할 수는 없다」고 판시함(서울고법 2006. 3. 15. 선고 2005누3174 판결).

다. 관련 지역시장

1) 관련 지역시장의 범위

- 관련 지역시장은 일정한 경우 당해 지역의 대표적 구매자가 그에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 지역전체를 말함
- 관련 지역시장이라 함은 다른 모든 지역에서의 당해 상품의 가격은 일정하나 특정지역에서만 상당기간 어느 정도 의미 있는 가격인상이 이루어질 경우 당해 지역의 대표적 구매자가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 지역전체를 말한다고 할 것임.
[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]
- 지리적 시장획정은 국내 거래처의 사업 활동 범위를 중심으로 판단하고 통상 수출국을 포함하지 않으므로 ‘국내의 전국’을 시장으로 확정하는 것이 원칙임
- 지리적 시장획정은 국내 피아노 가격이 인상될 경우 국내의 대표적 구매자가 이에 대응하여 구매를 외국으로 전환할 수 있는지를 기준으로 판단하여야 하는데, 법으로 보호해야 할 경쟁은 어디까지나 국내에서의 경쟁이므로 국내 거래처의 사업 활동 범위를 중심으로 판단하고 통상 수출국을 포함하지 않으므로 “국내의 전국”을 시장으로 확정하는 것이 원칙이라 하겠음. 그리고 ... 현재 국내의 소비자가 외국제품을 비교적 용이하게 구매할 수 있는 경우는 야마하, 가와이 등 일본 제품에 한정되는데 아직 그 시장점유율이 낮고, 기타 미국, 유럽, 중국 등 외국에서의 수익실적은 미미한 점, 피아노가 특별히 국제적으로 거래가 행해질 수 밖에 없는 성격을 가진 상품도 아니고, 외국 사업자가 피아노 완제품을 국내에 대량 공급하는데 소요되는 운송비, 유통망 구축비, 관세 등 제반비용도 적지 않을 것이고, 국가별 소비자의 브랜드 선호도나 선호양식의 차이, 제품 가격의 차이 등 무형적인 장벽을 무시할 수 없는 점 등을 종합하면, 시장 확정에 있어 국제적 시장까지 포함할 수는 없다고 할 것임.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2006. 3. 15. 선고 2005누3174 판결²⁾)]

2) 상고심(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006누6659 판결)에서 확정됨

2) 구체적 사안

- 이 사건 기업결합 관련 당사 회사들의 시장점유율, 소비자의 구매지역 전환가능성, 공급자의 진입장벽, 원고들의 내심의 의사 등을 종합하면 관련지역시장을 부산 및 경남지역시장으로 확정한 것은 타당함
- 임계매출분석방법에 의하면 가상의 독점사업자인 무학/대선이 부산 및 경남지역 소주 시장에서 가격에 민감한 일부 소비자집단과 지역제품에 충성도가 강한 다수의 소비자 집단으로 구분되어 있는 것을 이용하여 충성도가 강한 다수의 집단을 상대로 작지만 의미 있고 비일시적인 가격인상을 10-30%로 줍아 그러한 가격인상을 시도하여 이윤증대를 도모할 수 있는 등 독점력을 행사할 수 있다는 점 외에, 이 사건 기업결합 관련 당사 회사들의 시장점유율, 소비자의 구매지역 전환가능성, 공급자의 진입장벽, 원고들의 내심의 의사 등을 종합하면 관련지역시장을 부산 및 경남지역시장으로 확정한 것은 타당함.

[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]
- 상품시장을 “대형할인점 시장”으로 확정하고, 지역시장을 잠정적으로 “대도시권의 경우에는 피취득회사인 월마트의 지점을 중심으로 반경 5km, 대도시권이 아닌 지역의 경우는 반경 10km의 원에 포함된 모든 할인점을 기준으로 다시 동일한 거리의 원을 중첩시켜 이 중첩원에 포함된 지역”으로 확정한 것은 정당함
- 상품시장이 다수의 상품으로 이루어진 상품군으로 정의되는 경우에도 SSNIP 방법론을 적용하여 지역시장을 확정하는 것은 상품시장의 확정에 있어서와 마찬가지로 어려움이 있음. 다수가 납득할 만한 가격지수의 산정이 매우 어렵기 때문임. 이에 따라 지역시장과 관련하여서는 구매행위의 지역적 특성(Geographic Pattern of Purchases)이 시장획정의 출발점으로서 중요하게 다루어지고 있음. 소비자들의 구매행위에 대한 분석자료, 사업자들의 판매 전략에 대한 자료, 다른 사업자로 구매를 전환하는 경우 지불하여야 하는 전환비용 혹은 이동비용, 상품 고유의 특성, 유통의 형태 등을 통하여 구매행위의 지역적 특성을 파악할 수 있음. 미국의 경우에도 유통산업에 대하여 지역성을 인정하여 행정구역(City 또는 County) 중심으로 지역시장을 확정한 사례가 있고, 유럽에서는 중첩원의 합집합(A Union of Overlapping Circles) 개념을 사용하여 지역시장을 확정한 사례가 있음.

- 공정위가 이 사건 기업결합을 심사하면서 할인점의 특성, 소비자들의 이용현황 및 인식, 법·제도적 측면에서 할인점이 위치하는 위치, 할인점의 분포현황 및 경쟁상황, 이용고객의 분포현황, 관련 사업자의 인식 등을 종합적으로 고려하여 상품시장을 3,000㎡ 이상의 매장면적을 갖추고 식품·의류·생활용품 등 One-stop Shopping이 가능한 다양한 구색의 일상 소비용품을 통상의 소매가격보다 저렴하게 판매하는 유통업체인 “대형할인점 시장”으로 확정하고, 지역시장을 잠정적으로 “대도시권의 경우에는 괴취득회사인 월마트의 지점을 중심으로 반경 5km, 대도시권이 아닌 지역의 경우는 반경 10km의 원에 포함된 모든 할인점을 기준으로 다시 동일한 거리의 원을 중첩시켜 이 중첩원에 포함된 지역”으로 확정한 것이 잘못되었다고 할 수 없음.

[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

※ 신세계는 상품시장에 백화점, 슈퍼마켓 등이 포함되어야 하며, 지리적 시장은 전국시장으로 보아야 한다고 주장함

4. 경쟁제한성 여부

가. 경쟁제한성 판단시 고려 요소

□ 수평적 기업결합에서 기업결합 전후의 시장 집중상황, 해외경쟁의 도입수준, 경쟁 사업자간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재 여부 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단해야 함

○ 수평적 기업결합에서 이러한 실질적 경쟁제한성을 판단함에 있어서는 기업결합 전후의 시장 집중상황, 해외경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황, 신규진입의 가능성, 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재 여부 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 함.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

□ 관련 지역시장의 회정 문제와 해외경쟁의 도입수준 등의 문제를 별도로 판단한 것은 정당함

○ 거래의 지리적 범위인 관련 지역시장의 회정 문제와 실질적 경쟁제한성 판단의 한 요소인 해외경쟁의 도입수준 등의 문제를 별도로 판단한 것에는 법리오해가 없음.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

□ 이미 경쟁제한성 추정요건을 충족한 시장에서의 기업결합에 대해서도 추정규정이 적용됨

○ 원래 시장집중도가 높아서 경쟁제한성이 추정되던 시장에서의 기업결합에 대해서까지 위 추정규정을 적용한다면, 그 시장에서는 어떠한 기업결합도 모두 경쟁제한적인 것으로 추정된다는 점에서 불합리하다고 볼 여지가 전혀 없는 것은 아니지만, 이미 경쟁제한성의 추정요건이 충족된 시장에서 기업결합이 이루어지면 경쟁자가 줄어들어 시장이 더욱 집중화됨으로써 경쟁을 제한할 개연성이 더욱 높아진다고 보이는 점, 만약 이미 공정거래법 제7조 제4항에서 정한 경쟁제한성 추정요건을 충족하고 있는 시장점유율 제1위 사업자의

기업결합에 대하여 위 추정규정을 적용하지 않을 경우, 같은 시장에서 시장점유율 제2위 이하의 사업자가 기업결합을 하여 시장점유율 제1위 사업자가 되는 경우에만 위 추정규정이 적용되어 매우 불합리한 결과를 초래하는 쪽 등에 비추어 보면, 이미 경쟁제한성의 추정요건이 충족된 시장에서의 기업결합에 대해서도 위 추정규정은 적용됨.

[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

□ 대형할인점 시장이 별도의 상품시장으로 구별되는 유통업체들에 대하여 인접시장으로서의 역할을 하면서 일정한 경쟁관계를 유지하고 있음을 부인할 수는 없음

- 대형할인점 시장이 백화점이나 슈퍼마켓과 같은 유통업체와 별도의 상품시장으로 구별될 수는 있지만, 대형할인점이 여전히 위와 같은 유통업체들에 대하여 인접시장으로서의 역할을 하면서 일정한 경쟁관계를 유지하고 있음을 부인할 수는 없음.

[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

나. 구체적 사안

□ 무학/대선이 부산·경남지역 소주시장을 사실상 독점하고, 시장지배력을 더욱 강화하는 등 관련시장의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 보임³⁾

- 시장점유율 측면에서 무학/대선의 이 사건 기업결합으로 시장점유율이 91.5%에 이르러 공정거래법 제7조 제4항 제1호의 경쟁제한성 추정요건에 해당되고, 지역업체에 대한 강한 선호도 등으로 인하여 다른 경쟁업체의 시장진입이나 확대가 사실상 불가능한 상황에서 해외경쟁의 도입가능성이 거의 없는 등 시장지배력 남용가능성이나 공동행위 가능성아 높아진다고 볼 수 있다고 할 것으로 무학/대선이 부산·경남지역 소주시장을 사실상 독점하고, 시장지배력을 더욱 강화하는 등 관련시장의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 보임.

[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]

3) 무학이 대선주조의 주식(41.21%)을 취득한 사안임

□ 이 사건 기업결합으로 인해 국내 양대 피아노 생산, 판매업체는 사실상 독점화되고 직접 대체재 관계에 있던 두 제품이 하나의 회사 내에서 생산 판매되므로 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위임

○ 이 사건 기업결합으로 인한 삼익악기 및 영창악기 제조의 시장점유율 합계는 이 사건 관련시장에서의 실질적 경쟁제한성 추정요건에 해당한 뿐만 아니라 신규진입의 가능성에 거의 없으며, 해외경쟁의 도입 가능성이나 인접시장 경쟁압력의 정도 역시 매우 적고, 특히 이 사건 기업결합으로 인하여 국내의 양대 피아노 생산, 판매업체는 사실상 독점화되고 직접적인 대체재 관계에 있던 두 제품이 하나의 회사 내에서 생산 판매되므로 소비자의 입장에서는 제품선택의 폭이 줄어들고 생산자의 입장에서는 이를 이용하여 가격인상을 통한 이윤증대의 가능성이 커지게 되므로 이 사건 기업결합은 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

- 원심은 「(시장집중도와 관련하여) 엘라이트, 그랜드, 디지털 시장에서 원고 등의 점유율 합계는 92%, 64.45%, 63.4%로서 모두 1위이고, 2위와의 점유율 격차가 모두 결합당사회사 점유율 합계의 25%이상이므로 법 제7조 제4항 제1호의 경쟁제한성 추정요건에 해당하고, (해외경쟁의 도입수준과 관련하여) 일본산 피아노는 관련자들의 인식이나 주요 수요자층이 다르고, 완제품 형태로 수입되기 때문에 원가구조가 결합당사회사들보다 높음, 중국산 피아노의 경우 낙원상가 내 점포들을 대상으로 설문조사한 결과 5년 내에 본격 진출할 가능성이 낮음. 일본산이나 중국산 피아노는 국산 피아노와 시장점유율 뿐만 아니라 가격, 품질, 브랜드 인지도, 유통망 확보정도 등에서 차이가 있는데다가, 기업결합 당사회사인 원고 등이 국내 시장을 수십년간 지배해오면서 형성한 배타적인 유통구조까지 고려하여 보면, 외국산 피아노가 이 사건 기업결합 이후에 국내 시장에서 결합당사회사의 시장지배력을 억제할 수 있는 유효한 해외경쟁요소로 보기는 아직은 미흡하고, (신규진입의 가능성과 관련하여) 신규진입에 특별한 법적, 제도적 장벽은 없으나, 국내 피아노 수요는 정체상태에 있고, 생산시설을 갖추는데 수백억 원의 자금이 필요하며, 국내 인건비 상승 등을 이유로 부품 생산기지를 해외로 전환하는 경향 등을 감안할 때, 국내 피아노 시장에의 신규진입은 사실상 어려움. 피아노를 제외한 국내의 여타 악기 제조업체들은 대부분 영세하므로 상당한 매물비용을 부담하지 않고 관련시장에 신속하게 진입할 가능성이 있는 유동적 진입자도 없는 것으로 판단되며, (유사품 및 인접시장의 존재 여부와 관련하여) 기업결합신사에서 인접시장을 고려하는 취지는 현재는 수요 공급대체성이 없더라도 생산기술 또는

운송기술의 발달, 판매경로의 유사성 등으로 인해 향후에는 대체재로서 경쟁압력으로 작용할 수 있는 가능성을 판단하기 위한 것인데 중고피아노시장은 신품피아노의 가격인상 등을 억제할 수 있는 요소로서 작용하는 데 한계가 있고, (경쟁사업자간의 공동행위 가능성과 관련하여) 이 사건 기업결합으로 원고 등과 수입 피아노 업체들 사이에 공동행위 가능성이 커지거나 작아진다고 단정하기 어렵다.¹⁰고 판시함(서울고법 2006. 3. 15. 선고 2005누3174 판결).

- 이 사건 기업결합으로 인한 시장점유율 합계가 경쟁제한성 추정요건을 충족할 뿐만 아니라, 해외경쟁의 도입 가능성도 그다지 높지 않고, 이 사건 관련시장에 대량구매 사업자가 존재하기는 하지만 제한되는 경쟁을 회복시키는 정도는 아니라는 점 등에 비추어 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함
- 이 사건 기업결합으로 인한 원고 동양제철화학 및 콜럼비안 캐미컬즈 코리아(Columbian Chemicals Korea, 이하 'CCK'라 한다)의 시장점유율 합계가 공정거래법 제7조 제4항 제1호가 규정하고 있는 경쟁제한성 추정요건을 충족한 뿐만 아니라, CCK와 금호타이어 주식회사 사이에 카본블랙 장기공급계약이 체결되어 있다는 사유만으로 이 사건 기업결합으로 인한 시장집중도가 크게 감소되지는 않으며, 해외경쟁의 도입 가능성도 그다지 높지 않고, 이 사건 관련시장에 대량구매사업자가 존재하기는 하지만 그 존재가 이 사건 기업결합에 의하여 제한되는 경쟁을 회복시키는 정도는 아니며, 이 사건 기업결합 후 국내 고무용 카본블랙 시장에서 경쟁사업자들 사이의 공동행위 가능성이 증가하거나 원고 동양제철화학-CCK가 가격인상과 같은 시장지배력 지위남용행위를 할 가능성이 높다는 이유로, 이 사건 기업결합은 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당함.

[동양제철화학의 콜롬비안 캐미컬즈 컴퍼니에 대한 경쟁제한적 기업결합 건(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두9744 판결)]

다. 할인점 기업결합 사건에서의 경쟁제한성

□ 대형할인점 업계는 2001년부터 2005년까지 상위 5개사가 계속 변경되었고, 다른 소매업태에 비하여 평균가격이 가장 낮은 유형에 속하며, 월마트의 경우 2003년부터 2005년까지 매출액 증가율은 감소추세를 보이고 있는 등 장래에 잠재적 독행기업으로서의 역할을 할 수 있을지는 의문임

○ 공동행위의 가능성과 관련하여 피고의 심사기준은, 기업결합으로 인하여 사업자 간의 공동행위가 용이해지는지 여부는, 최근 수년간 당해 거래분야에서 거래되는 상품의 가격이 동일한 거래분야에 속하지 않는 유사한 상품들의 평균가격에 비해 현저히 높았는지 여부, 당해 거래분야에서 거래되는 상품에 대한 수요의 변동이 적은 경우로서 경쟁관계에 있는 사업자가 수년간 안정적인 시장점유율을 차지하고 있는지 여부, 경쟁관계에 있는 사업자가 공급하는 상품의 동질성이 상당히 높고, 경쟁관계에 있는 사업자 간의 생산 및 판매조건이 유사한지 여부, 과거 부당한 공동행위가 이루어진 사실이 있는지 여부 등을 고려하여 판단하도록 규정하고 있는데, 대형할인점 업계는 2001년부터 2005년까지 상위 5개사가 계속 변경되어 온 반면, 원고 빛 월마트와 다른 상위 3개 대형할인점 업체의 2003년부터 2005년까지 매출액 증가율 및 영업이익률은 크게 변동하지 않고 있고, 대형 할인점은 다른 소매업태에 비하여 평균가격이 가장 낮은 유형에 속하며, 이 사건 기업결합 당시까지 대형할인점 업계가 피고로부터 공정거래법상의 부당한 공동행위를 이유로 제재를 받은 적은 없는 사실이 인정됨. 그리고 월마트의 경우 2003년부터 2005년까지 매출액 증가율은 감소추세를 보이고 있고, 영업이익률도 대부분 적자를 내고 있어 월마트가 장래에 잠재적 독행기업으로서의 역할을 할 수 있을지는 의문임.

[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

□ 원고가 독점사업자의 지위에 있는 지역에 위치한 지점 11개의 평균 가격지수와 가장 경쟁적인 지역에 위치한 원고 지점의 가격지수의 차이는 평균 2% 정도인 것으로 나타났는바 독점지역에서 시장지배력을 남용해 왔다고 단정하기는 어려움

○ 원고의 경우 가장 가격지수가 높은 지점과 가장 가격지수가 낮은 지점의 차이가 2,972개 품목 가격지수에서 3.83%, 즉 ± 1.9% 정도로 나타나고, 원고가 독점사업자의 지위에 있는 지역에 위치한 지점 11개의 평균 가격지수와 가장 경쟁적인 지역에 위치한 원고

지점의 가격지수의 차이는 평균 2% 정도인 것으로 나타났는바, 이에 비추어 보면 그동안 원고가 독점지역에서 시장지배력을 남용해 왔다고 단정하기는 어려움.

[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

- 대구 시지·경산지역은 공정거래법 제7조 제4항 경쟁제한성 추정규정이 적용되는 등 경쟁제한성이 인정되지만, 포항지역은 추정규정은 적용되나 기업결합 후 신규 출점에 의한 시장집중 완화가 상당하다고 보이며, 공동행위 가능성성이 상당하다고 보기 어려운 점 등에 비추어 추정이 복별되었다고 볼 것임
- 먼저 대구 시지·경산지역의 경우에는 공정거래법 제7조 제4항의 경쟁제한성 추정규정이 적용될 뿐만 아니라, 이 사건 기업결합으로 인하여 시장집중도가 100%가 되고 가까운 장래에 신규 출점이 예정되어 있지도 않은 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 기업결합으로 인한 경쟁제한성이 인정된다고 볼 수 밖에 없음
- 다음으로 포항지역의 경우 경쟁제한성 추정규정이 적용되지만, ① 기업결합으로 인하여 경쟁사업자의 수가 4개에서 3개로 감소하고 결합당사회사의 점유율도 74.3%로서 제1위 사업자가 되기는 하지만, 그 후 2개의 대형할인점이 신규 출점하여 경쟁사업자의 수는 오히려 5개로 늘어나고 결합당사회사의 점유율도 43.7%로 대폭 감소할 것으로 예상되고 있어 신규 출점으로 인한 시장집중도의 완화 정도가 상당하다고 보이는 점, ② 대형할인점 업계의 2001년부터 2005년까지 시장점유율 변동 추이 및 원고 및 월마트와 다른 상위 3개 대형할인점 업체의 2003년부터 2005년까지의 매출액 증가율 및 영업이익률 변동 추이, 대형할인점 업계가 과거에 부당한 공동행위를 이유로 피고로부터 제재를 받은 적이 없고, 월마트가 장래에 잠재적 독행기업으로서의 역할을 수행할 수 있을지 여부가 불분명한 사정 등에 비추어 보면, 공동행위의 가능성성이 상당하다고 보기는 어려운 점, ③ 그동안 원고가 독점지역에서 시장지배력을 남용해 왔다고 인정할 만한 뚜렷한 자료가 없는 점 등을 종합하여 보면, 경쟁제한성의 추정이 복별되었나고 볼 수밖에 없음.

* 신세계가 월마트의 주식을 취득한 사안에서, 공정위는 대구 시지·경산, 포항(법상 추정요건해당), 인천·부천, 안양·평촌(심사기준상 추정요건해당) 4개 지역의 경쟁제한성을 인정함. 서울고법은 대구 시지·경산지역만 경쟁제한성 인정(양도명령이 비례원칙에 위반된다고 하여 처분은 취소됨)

[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

5. 기업결합의 예외인정 사유 관련

가. 효율성 증대를 위한 기업결합

1) 효율성 증대효과 판단

- 효율성 증대효과를 판단함에 있어서는 기업의 생산·판매·연구개발 등의 측면 및 국민경제의 균형발전 측면 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하되, 이러한 효율성 증대효과는 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백하여야 함
- 공정거래법 제7조 제2항은 당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우(제1호)에 해당한다고 공정위가 인정하는 기업결합에 대하여는 같은 법 제7조 제1항의 규정을 적용하지 아니하고, 이 경우 해당요건을 종족하는지에 대한 입증은 당해 사업자가 하여야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 당해 기업결합으로 인한 특유의 효율성 증대효과를 판단함에 있어서는 기업의 생산·판매·연구개발 등의 측면 및 국민경제의 균형발전 측면 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하되, 이러한 효율성 증대효과는 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백하여야 함.
[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]
- 효율성 증대효과가 경쟁제한의 폐해보다 큰 경우에 해당하는지 여부는 경쟁제한성이 인정되는 대구 시지·경산지역에 대해서만 살펴보아야 할 것임
- 이 사건 기업결합으로 인한 경쟁제한성은 대구 시지·경산지역의 경우에만 인정되므로, 효율성 증대효과가 경쟁제한의 폐해보다 큰 경우에 해당하는지 여부는 이 지역에 대해서만 살펴보아야 할 것인바, 원고의 주장만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없음.
[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

2) 구체적 사안

- 이 사건 기업결합을 통하여 판매, 원재료비 등 절감효과를 누릴 수 있다 해도 반드시 이 사건 기업결합이 아니면 달성이 어려운 것으로 보기 어려울 뿐 아니라 가까운 시일 내 발생할 것이 명백하다고 볼 자료가 없음
- 무학이 이 사건 기업결합을 통하여 판매, 물류, 원재료비 절감효과를 누릴 수 있다 하더라도 그러한 효율성이 반드시 이 사건 기업결합이 아니면 달성하기 어려운 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백하다는 점을 인정할 만한 아무런 자료가 없고, 또한, 불필요한 마케팅 비용의 절감 역시 경쟁제거에 따른 반사적 이익에 불과하여 본 건 기업결합으로 인한 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 크다고 할 수 없으므로, 결국 본 건 기업결합은 공정거래법 제7조 제2항 제1호의 기업결합의 예외적 허용사유에 해당되는 것으로 볼 수 있음.

[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]

- 원고들 주장 효율성 증대효과 대부분이 기업결합 특유의 증대효과에 해당한다고 보기 어렵고, 국내 소비자 후생 등과 관련이 없어 효율성 증대효과로 인정하기 부족함
- 원고들 주장의 효율성 증대효과 대부분이 이 사건 기업결합으로 인한 특유의 효율성 증대효과에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 국내 소비자 후생 등과 관련이 없으므로 효율성 증대효과로 인정하기에 부족하고 달리 이 사건 기업결합의 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우로 볼 수 있음.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

- 이 사건 기업결합으로 인한 효율성 증대효과액은 2005년 기준 연간 국내 고무용 카본블랙 시장의 매출액 규모에 비하여 3.3% 정도에 불과하므로 가격인하 효과가 크지 않음
- 이 사건 기업결합으로 인하여 총 88억 9,700만 원 정도의 효율성 증대효과가 발생할 수 있으나, 위와 같은 효율성 증대효과액은 2005년 기준 연간 국내 고무용 카본블랙 시장의 매출액 규모인 2,695억 원에 비하여 3.3% 정도에 불과하므로 이로 인한 가격인하 효과가 크지 않다고 보이고, 따라서 원고가 주장하는 사유만으로는 이 사건 기업결합으로 인한 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 크다고 할 수 없음.

[동양제철화학의 콜롬비안 캐마컬즈 컴퍼니에 대한 경쟁제한적 기업결합 건(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두9744 판결)]

나. 회생이 불가한 회사의 기업결합

1) 입증책임

- 기업결합에 대한 제7조 제1항의 규정을 적용하지 않는, 회생이 불가한 회사와의 기업결합으로서 공정위가 인정하는 기업결합의 해당요건 충족 여부에 대한 입증은 당해 사업자가 하여야 함
- 법 제7조 제2항에서는 상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가한 회사와의 기업결합으로서, 법 시행령 제12조의4에서 규정하고 있는 요건인 '기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해 시장에서 계속 활용하기 어려운 경우, 당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우'에 해당한다고 공정위가 인정하는 기업결합에 대하여는 법 제7조 제1항의 규정을 적용하지 아니하며, 이 경우 해당요건을 충족하는지에 대한 입증은 당해 사업자가 하여야 한다고 규정하고 있음.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

2) 구체적 사안

- 대선주조는 상당기간 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있다고 하더라도 활발한 영업활동을 벌이고 있어 회생불가한 회사로 보기 어렵음
- 대선주조는 상당기간 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있다고 하더라도 1998년부터 2001년까지 영업이익이 지급이자를 지속적으로 상회하고 있으나 2001년에는 859억원의 경상이익을 달성하고, 대선주조의 영업이익규모는 2001년 동종업계 2위를 기록하고, 매출 영업이익율도 1999년부터 2001년까지 연속 1위를 기록하는 등 활발한 영업활동을 벌이고 있어 회생불가한 회사로 보기 어렵다고 할 것인 바, 결국 본 건 기업결합은 공정거래법 제7조 제2항 제2호 동법시행령 제12조의4의 규정에 의한 기업결합의 예외적 허용사유에 해당되는 것으로 볼 수 없음.

[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]

- 영창악기가 회생이 불가한 회사라고 단정하기 어렵고, 국내외 높은 인지도를 보유하고, 상당한 판매실적을 기록하기 있으며, 원고들 이외 다른 회사들이 증자참여 등을 제안했던 사정에 비추어 아 사건 기업결합이 회생 불가한 회사와의 기업결합에 해당되지 않음
- 이 사건 기업결합 당시 영창악기의 자금사정이 열악하였다고 보이기는 하나 영창악기가 지급불능 상태에 이르러 회생이 불가한 회사라고 단정하기 어려운 점, 영창악기가 국내외에서 높은 브랜드 인지도를 보유하고 상당한 판매실적을 기록하고 있는 사정 등에 비추어 영창악기가 관련시장에서 퇴출될 것이라고 보기는 어려워 “생산설비 등이 담해 시장에서 계속 활용되기 어려운 경우”라고 단정하기 어려운 점, 실제로 원고들 이외의 다른 회사들이 영창악기에 대하여 증자참여 내지 인수를 제안했던 사정 등에 비추어 제3자의 인수가능성이 없어 이 사건 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우이었다고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 이 사건 기업결합이 회생이 불가한 회사와의 기업결합에 해당되지 않음.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]

6. 기업결합 신고

□ 원고의 기업결합 신고는 사후신고에 해당하여 처분기간의 제한을 받지 아니함

- 원고 콜럼비안 캐미컬즈 어퀴지션 엘엘씨(Columbian Chemicals Acquisition LLC, 이하 '원고 CCAL'이라 한다)가 이 사건 기업결합을 위하여 주식 100%를 소유한 자회사로 콜럼비안 캐미컬즈 머저 서브(Columbian Chemicals Merger Sub, Inc., 이하 'CCMS'라 한다)를 설립하였는데, CCMS와 피취득회사인 콜럼비안 캐미컬즈 컴퍼니(Columbian Chemicals Company, 이하 'CCC'라고 한다)의 합병으로 인하여 존속회사인 CCC의 구 주주인 펠프스 다지 코퍼레이션(Phelps Dodge Corporation)이 보유하고 있는 CCC의 기존 주식은 전부 소각되었고, 소멸회사인 CCMS의 주주인 원고 CCAL은 합병 후 CCC가 새로이 반행하는 주식을 전부 취득하게 되었으므로 CCMS와 CCC의 합병은 원고 CCAL이 CCC의 신주를 취득하기 위한 수단에 불과한 점, 이 사건 기업결합의 신고 대상도 CCMS와 CCC의 합병 자체가 아니라 원고 CCAL의 CCC 주식의 취득인 점, 원고 CCAL은 CCC의 기존 주식을 장외에서 취득한 것이 아니라 CCMS와 CCC 사이의 합병 과정에서 존속법인인 CCC가 발행한 신주를 소멸법인인 CCMS의 주식을 대신하여 취득한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 원고 CCAL의 CCC 주식 취득은 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정되기 전의 것) 제18조 제8항 제1호 (가)목 소정의 구주의 장외취득에 해당하는 것이 아니라, 같은 호 (나)목 소정의 기타 주식취득에 해당하므로, 원고 CCAI의 2006. 3. 28. 피고에게 한 기업결합 신고는 CCC에 대한 주식취득이 이미 완료되었음을 전제로 한 사후신고에 해당하고, 따라서 이 사건 처분은 공정거래법 제16조 제1항 후문, 제12조 제7항의 규정에 의한 처분기간의 제한을 받지 아니함.

[동양제철화학의 콜럼비안 캐미컬즈 컴퍼니에 대한 경쟁제한적 기업결합 건(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두9744 판결)]

7. 시정명령 관련

가. 주식의 전부 또는 일부의 처분

- 주식매각명령의 내용이 본질적으로 공정위 재량인 점, 본 건 기업결합은 부당한 목적이 있으며, 무학이 적은 지분으로도 대선주조에 대한 경영참가가 가능하고, 이를 통해 독점력 행사 가능성성이 존재한다는 점에서 주식 전부를 처분하도록 한 것은 재량권남용·일탈에 해당되지 않음
- 주식매각명령의 내용은 본질적으로 공정위 재량에 속하는 사항이고 본 건 기업결합은 경쟁사업자에 대한 적대적 인수로서 대선주조측에 대한 경영간섭을 통하여 경쟁관계를 보다 유리하게 이끌고 가려는 부당한 목적이 있으며, 무학이 적은 지분으로도 다른 주주와의 연합방식을 통해 대선주조에 대한 경영참가가 가능하고 위 경영참가를 통하여 소주시장에 대한 정보공유 및 그로 인한 독점력을 행사할 가능성은 여전히 존재한다는 점에서 무학이 대선에 대하여 소유하고 있는 주식 전부를 처분하도록 한 것은 재량권 남용·일탈에 해당되지 않음.

[무학의 대선주조에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결, 고법 확정)]
- 이미 실현된 기업결합에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 이전 상태로의 회복 조치를 취하는 것이 원칙이며, 원고가 주장하는 예컨대 가격인상률의 제한 등은 경쟁제한으로 인한 폐해 시정에 한계가 있으며 실효성에 의문이 있는 점 등을 종합하면 주식매각 및 매입한 생산설비 반환명령은 정당함
- 피고는 법에서 규정한 범위 내에서 시정조치를 명하는 이 사건 처분을 하였을 뿐만 아니라 원고들이 상고이유에서 내세우고 있는 사정을 참작하더라도 피고가 이 사건 처분을 합에 있어 평등의 원칙, 비례의 원칙에 위배되는 등의 방법으로 재량권을 일탈, 남용하였다고 할 수 없음.

[삼익악기의 영창악기에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결)]
- ※ 시정명령 내용 : 원고들이 취득한 주식을 제3자에게 매각하도록 하고, 기업결합 과정에서 매입한 영창악기의 피아노 생산 관련 기계 설비를 다시 영창악기에 반환하도록 하며, 그러한 시정명령의 이행내역을 피고에게 보고하도록 함

- 원심은 「어떠한 시정조치를 명할 것인지에 관하여는 기본적으로 피고에게 비교적 넓은 재량이 부여되어 있다고 할 것이 점, 이비 실현된 기업결합에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 결합 전 상태로의 회복조치를 취하는 것이 원칙인 점, 위에서 본 바와 같이 이 사건 기업결합의 경쟁제한성의 정도가 심각하고 그로 인하여 예상되는 폐해도 결코 가볍지 않은 점, 원고들 주장과 같이 기업결합은 허용하되 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한을 부과하는 방법(예컨대 가격인상률의 제한 등)은 장래의 여건변화에 탄력적으로 대응하기 어렵고 경쟁제한으로 인한 각종 폐해를 시정하는 데에 한계가 있으며 또 다른 역량의 낭비와 분쟁의 소지가 있어 실효성에 의문이 드는 점 등을 모두 종합하여 보면, 재량권 일탈 남용이 있다고 할 수 없다고 판시함(서울고법 2006. 3. 15. 선고 2005누3174 판결).

- 이미 실현된 기업결합에 대하여는 그 이전 상태로의 회복조치를 취하는 것이 원칙이며, 피고가 원고에게 선택권을 부여하고 있고, 다른 행태적 시정조치로는 경쟁제한성 해소에 현저히 부족할 것으로 보이는 점 등에 비추어 피고의 구조적 시정조치는 정당함
- 공정거래법 제16조 제1항은 피고가 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합에 대하여는 주식의 전부 또는 일부의 처분(제2호), 영업양도(제3호), 기타 법위반 상태를 시정하기 위한 조치(제8호) 등 시정조치를 할 수 있다고 규정하고 있는데, 위 규정에 따라 어떠한 시정조치를 명할 것인지에 관하여는 피고에게 비교적 넓은 재량이 부여되어 있다고 할 것인 점, 이 사건 기업결합으로 인하여 국내 고무용 카본블랙 시장의 경쟁사업자 수가 3개에서 2개로 감소함으로써 결합회사의 시장점유율 합계가 63%를 초과하게 되어 경쟁제한의 정도가 매우 크고 이로 인한 폐해도 매우 심각할 것으로 보이는 점, 이미 실현된 기업결합으로 인한 경쟁제한의 폐해를 시정하기 위하여는 결합 전의 상태로 원상회복을 명하거나 일부 생산설비를 매각하는 등으로 새로운 경쟁사업자를 출현시키는 것이 가장 효율적인 수단이라고 할 것인 점, 피고는 원고들로 하여금 CCK 주식에 대한 매각을 통한 원상회복 조치 이외에 원고 동양제철화학의 포항공장 또는 광양공장 중 한 곳의 카본블랙 설비 일체를 제3자에게 매각할 수 있도록 선택권을 부여하고 있는 점, 카본블랙은 크레오소트(Creosote) 또는 에프씨씨 오일(FCC Oil)을 주원료로 하는 것이지만 원고 동양제철화학은 자체 생산하는 크레오소트를 카본블랙의 주원료로 사용하고 있으므로 에프씨씨 오일의 국제가격을 기준으로 한 카본블랙의 가격상한 설정방식은 유효적절한 시정조치로 보이지 아니하는 점, 다른 행태적 시정조치도 기술발전 등 장래의 시장여건 변화에 따른 경제상황에 탄력적으로 대응할 수 없어 이 사건 기업결합으로 인한 경쟁제한성을 해소하기에 현저히 부족할 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때,

피고가 이 사건 기업결합으로 인한 경쟁제한성을 시정하기 위하여 이 사건 처분과 같은 구조적 시정조치를 한 것은 적절하고, 거기에 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용한 위법이 있다고 할 수 없음.

[동양제철화학의 콜롬비안 캐마콜즈 컴퍼니에 대한 경쟁제한적 기업결합 건(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두9744 판결)]

나. 영업의 양도

- 이 사건 양도명령의 대상이 되는 각 지점의 법률상 소유자가 월마트라 하더라도 양도 여부는 그 유일한 주주인 원고에 의해 좌우될 수밖에 없으며, 기업결합에 대한 시정 명령 시 반드시 피취득회사도 함께 처분의 상대방으로 하여야 한다는 명문 규정도 찾아 볼 수 없음
 - 원고는 이 사건 기업결합으로 월마트의 주식 100%를 취득함으로써 월마트의 경영 전반을 실질적으로 지배하게 된 사실이 인정되는바, 비록 이 사건 양도명령의 대상이 되는 각 지점의 법률상 소유자가 월마트라 하더라도 양도 여부에 대한 결정은 월마트의 유일한 주주에 의하여 좌우될 수밖에 없음. 그리고 이 사건과 같은 기업결합에 대한 시정명령을 하면서 반드시 피취득회사도 함께 처분의 상대방으로 하여야 한다는 명문의 규정도 찾아볼 수 없음. 따라서 피고가 원고만을 이 사건 양도명령을 하였다고 하여 실체적으로나 절차적으로 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없음.
- [신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]
- 대구 시지·경산지역의 경우 당초부터 경쟁사업자가 원고와 월마트밖에 없었으므로 월마트 지점을 누가 양수하든 간 그로 인한 경쟁제한 배제효과는 동일하고, 이미 4~5개 업체가 과점체제를 형성하고 있는 우리나라의 할인점 업계 상황에서 매각기간 및 양도대상자까지 제한하는 것은 비례원칙에 위반됨
 - 피고는 이 사건 양도명령을 하면서 양도대상자를 백화점을 제외한 대형종합소매업에서 2005년도 매출액 기준 상위 3사에 속하지 않은 업체로 제한하고 있으므로, 이것이 비례의 원칙에 위반되는지 여부에 관하여 살펴보면, 이 사건 양도명령은 이 사건 기업결합으로 인한 실질적인 경쟁제한 효과를 배제하기 위한 것인데 대구 시지·경산지역의 경우에는 당초부터 경쟁사업자가 원고와 월마트밖에 없었으므로(매출액 기준 상위 3사에 속하는

업체가 존재하지 않았으므로), 원마트의 지점을 누가 양수하든 간에 그로 인한 경쟁제한 배제효과는 동일하여 굳이 양도대상에서 매출액 기준 상위 3사를 제외하여야 할 합리적인 이유를 찾기 어려움. 반면, 이미 4-5개 업체가 과점체제를 형성하고 있는 우리나라의 할인점 업계 상황에서 매출액 기준 상위 3사를 제외하고 양도대상자를 물색하는 것은 그리 쉽지 않을 것으로 보이고, 또 매각기간이 정해져 있는 상황에서 그와 같이 양도 대상자까지 제한하면 원고는 불리한 매각조건을 감수할 수밖에 없어 상당한 경제적 손실을 입을 가능성이 큽니다. 이러한 점에 비추어 보면, 피고가 대구 시지·경산지역에 대하여 이 사건 양도명령을 하면서 양도대상자에서 매출액 기준 상위 3사를 제외한 것은 그로 인하여 원고가 입는 손해가 피고가 의도하는 공익보다 크다고 인정되므로, 비례의 원칙에 위반되어 위법하다고 할 수밖에 없음.

[신세계의 월마트에 대한 경쟁제한적 기업결합행위 건(서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결, 고법 확정)]

※ 시정명령 내용 : 양도의 상대방인 제3자는 ... 특수관계인의 범위에 속하지 않는 사업자로서 별지 기재 각 지역시장 내에서 ... 백화점을 제외한 대형종합소매업에서의 2005년도 매출액 기준 상위 3사에 속하지 않아야 하며, 위 할인점을 기준 용도로 운용하고자 하는 사업자이어야 함

8. 이행강제금의 성격

- 일단 부자위 의무자가 행태적 시정조치를 위반한 이상, 일정한 기간 동안의 부자위 의무 불이행 후 의무 불이행을 중단한다고 하더라도 행태적 시정조치를 통하여 달성하고자 하던 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해 방지는 이미 일정한 범위에서 그 목적을 달성하지 못한 것이 되므로 ‘당해 불이행기간’에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있음
- 불이행기간에 대하여 이행강제금을 부과할 수 없다고 해석한다면, 공정거래법 제7조 제1항을 위반하여 제16조 제1항 제7호에 따라 일정한 부자위를 명하는 시정조치를 받은 사업자는 피고의 시정조치에 따른 부자위 의무를 이행하지 않고 있다가 피고가 이행강제금 부과처분을 위한 심사에 착수하면 그 때 불이행을 중단함으로써 이행강제금 부과를 면할 수 있다는 것이 되어, 부자위 의무를 명하는 경우에 관하여 공정거래법상 이행강제금 규정은 실효성을 가지지 못하게 되므로, 이와 같이 해석할 수 없음.

[(주)현대에이치씨엔경북방송의 기업결합 시정조치 불이행에 대한 건(서울고법 2017. 10. 11. 선고 2016누81255 판결)]

- 이행강제금의 부과 근거인 불이행기간의 산정과 관련하여, 시정조치 불이행 상태가 해소된 날은 수신료를 전부 환급한 날이 아니라 시정조치에서 명한 부자위 의무의 불이행을 중단한 때, 즉 수신료 인상을 중단한 때라고 보는 것이 타당함
- 피고는 원고가 수신료 인상 금액의 환급완료일을 불이행 상태가 해소된 날로 보았는데, 시정조치의 내용은, 원고가 시정조치 기간 동안 인상한 수신료의 보유를 금지하는 것이 아니라, 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있도록 시정조치 기간 동안에 수신료를 인상하는 행위 자체를 막고자 하는 것이므로 시정조치 불이행 상태가 해소된 날은 수신료를 전부 환급한 날이 아니라 시정조치에서 명한 부자위 의무의 불이행을 중단한 때, 즉 수신료 인상을 중단한 때라고 보는 것이 타당함.

[(주)현대에이치씨엔경북방송의 기업결합 시정조치 불이행에 대한 건(서울고법 2017. 10. 11. 선고 2016누81255 판결)]

III

경제력 집중의 억제

(법 제18조~제31조, 구법 제8조의2~제14조)

III. 경제력 집중의 억제

(법 제18조 ~ 제31조, 구법 제8조의2 ~ 제14조)

1. 지주회사의 행위제한 위반(법 제18조, 구법 제8조의2)

□ 공정거래법 제8조의2 제2항 제3호 '지주회사가 자회사 외의 국내계열회사의 주식을 소유하는 행위'를 금지하고 있는바, 이는 지주회사의 자회사 지분을 요건의 실효성을 확보하는 한편, 지주회사의 자배가능한 범위가 확대되어 경제력 집중을 심화시키는 것을 방지하기 위한 것임

○ 지주회사란 주식의 소유를 통하여 국내회사의 사업내용을 지배하는 것을 주된 사업으로 하는 회사로서, 우리나라의 경우 기업경영에 대한 내·외부 감시가 미흡하고 재벌그룹의 경우 계열사간 과도한 순환출자 등으로 소유구조가 왜곡되었다는 인식하에 지주회사가 자배력 확장 수단으로 악용될 소지 등의 폐해를 우려하여 그 설립 및 전환을 일반적으로 금지하였다가, 1999년 4월 공정거래법 개정을 통하여 지주회사의 설립 및 전환을 허용하게 되었음. 다만, 위 지주회사의 폐해를 방지하기 위하여 지주회사의 자회사에 대한 지분율 요건을 엄격히 정하고(원칙적으로 40%이다. 공정거래법 제8조의2 제2항 제2호), 위 폐해가 예상되는 지주회사의 행위를 제한하는 규정을 두면서 그 위반행위에 대한 제재를 가하고 있음.

○ 공정거래법 제8조의2 제2항 제3호에 의하면 '지주회사가 자회사 외의 국내계열회사의 주식을 소유하는 행위'를 금지하고 있는데, 이는 지주회사의 자회사 지분을 요건의 실효성을 확보하는 한편, 지주회사의 자배가능한 범위가 확대되어 경제력 집중을 심화시키는 것을 방지하기 위한 것임.

[대명화학의 지주회사 행위제한규정 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 25. 선고 2017누31776 판결, 고법 확정)]

□ 지주회사로 하여금 자회사 아닌 국내계열회사의 주식 취득을 예외적으로 허용할 경우 규정의 실효성에 영향을 미치게 되므로 지주회사의 행위제한규정은 엄격하게 적용할 필요가 있음

○ 앞서 인정한 원고의 주식취득 경위에 비추어 원고가 적은 자본으로 다수의 계열회사를 지배하기 위한 자배력확장수단으로 이 사건 위반행위를 하였다가 원고에게 지주회사체제

내에서 소유구조를 왜곡하여 소수주주의 이익을 침해하려는 의도가 있었던 것은 아니라고 보임. 그러나 앞서 본 바와 같이 공정거래법 제8조의2 제2항 제2호는 지주회사가 자회사의 주식을 그 자회사 발행주식총수의 100분의 40 미만으로 소유하는 행위를 금지하고 있는바, 지주회사로 하여금 자회사 아닌 국내계열회사의 주식 취득을 예외적으로 허용할 경우 위 지분율을 엄격히 정하는 규정의 실효성에 영향을 미치게 되므로 이 사건 지주회사의 행위제한규정은 엄격하게 적용할 필요가 있음.

[대명화학의 지주회사 행위제한규정 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 25. 선고 2017누31776 판결, 고법 확정)]

□ 공정거래법에서 과징금은 위반행위의 기간을 고려하여 조정한다고 규정하였는데, 이에 따른 과징금고시에서는 과징금 감경 없이 가산만 하도록 규정한 것이 모법의 위임범위를 벗어난 것은 아님

- 공정거래법 시행령 제61조 제1항, [별표2] 2. 나.항은 과징금은 위반행위의 기간 및 횟수를 고려하여 산정기준의 100분의 50의 범위에서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 기준에 따라 조정한다고 규정하고, 이에 따라 과징금고시 IV. 2. 가.는 위반기간이 1년 이내인 경우 산정기준을 유지하고, 1년 초과 2년 이내인 경우, 2년 초과 3년 이내인 경우, 3년을 초과하는 경우 각 산정기준의 100분의 10, 20, 50에 해당하는 금액을 가산한다고 규정하고 있음. 위반행위의 기간에 따라 어느 정도로 산정기준을 조정하는 규정을 둘 것인가의 문제는 입법정책적으로 결정할 사항이고, '조정'의 의미가 감경 혹은 가산만을 의미한다고 볼 수도 없으므로 산정기준을 감경·가산하지 아니하고 이를 유지하는 규정을 둔다고 하더라도 모법의 위임범위를 벗어나 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없음.

[대명화학의 지주회사 행위제한규정 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 25. 선고 2017누31776 판결, 고법 확정)]

□ 지주회사인 원고가 자회사의 발행주식총수의 '40% 미만 보유 금지'라는 주식보유기준 위반 상태를 해소하기 위하여는 주식의 추가 취득 방법만 있는 것이 아니라, 기존 보유 주식의 매각, 주권상장, 자사주의 이익소각 등 여러 방법이 있음

- 원고는 지상파방송사업자 및 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널 사용사업자의 주식 총수의 30%를 초과하여 소유할 수 없도록 규정한 구 방송법(2009. 7. 31. 법률 제9786호로 개정되기 전의 것) 제8조 제2항에 따라 그 개정 법률의 시행 전날인 2009. 10. 31.까지는 주식회사 전주방송(이하 '전주방송'이라 한다) 주식 총수의 40%를

취득할 수 없었으므로, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라 한다) 제8조의2 제2항 제2호 가목 소정의 2년의 유예기간의 기산점은 개정 법률의 시행일인 2009. 11. 1.로 보아야 하고, 이에 따라 이 사건 처분의 심의일인 2011. 10. 28. 당시에는 위 유예기간이 만료되지 아니하였음에도 피고가 위 유예기간이 이미 만료되었음을 전제로 이 사건 처분을 한 위법이 있다고 주장함.

- 그러나 원심은 원고가 주장하는 2009. 11. 1부터라도 2010. 7. 3.까지 약 8개월 정도 주식을 취득할 시간이 있었고, 또 구 공정거래법 소정의 지주회사인 원고가 구 공정거래법 제8조의2 제2항 제2호 가목 소정의 2년의 유예기간 내에 구 공정거래법 소정의 자회사인 전주방송의 발행주식총수의 '40% 미만 보유 금지'라는 주식보유기준 위반 상태를 해소하기 위하여는 주식의 추가 취득 방법만이 있는 것이 아니라, 기존 보유 주식의 매각, 주권상장, 자사주의 이익소각 등 여러 방법이 있었다는 등의 이유를 들어 이를 배척한바, 원심의 판단은 정당함.

[일진홀딩스의 지주회사 행위제한규정 위반행위에 대한 건(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두17964 판결)]

- 공정거래법 제17조 제4항 제3호가 과징금의 상한을 계산하는 데 기초가 되는 금액으로 정한 "위반하여 소유하는 주식의 대차대조표상 장부기액의 합계액"이라는 규정을 일반지주회사의 자회사가 금융업이나 보험업을 영위하는 회사를 손자회사로 지배하는 행위(법 제8조의2 제3항 제3호)에 대하여 과징금을 산정할 때 유추하여 적용할 수 없음
- 공정거래법 제17조 제4항이 제8조의2 제3항 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있으나, 그 중 이 사건 금지규정의 위반행위[일반지주회사의 자회사는 금융업이나 보험업을 영위하는 회사를 손자회사로 지배하는 행위(법 제8조의2 제3항 제3호)]에 대하여는 과징금 부과의 상한과 기준에 관한 규정이 흡결된 것으로 볼 수 있음.
- 이와 같이 이 사건 위반행위에 대하여는 행정상 제재처분의 근거규정 중 법률요건에 해당하는 금지규정과 제재의 종류에 관한 규정은 존재하나, 제재 범위에 관한 규정이 존재하지 아니하여 구체적 과징금을 산정하기 위한 기본과징금이 어떠한 기준으로 산정되는지 또는 구체적 과징금이 어떠한 한도 내에서 산정되는지 등에 관하여 행정청뿐 아니라 이 사건 금지규정의 적용대상인 당사자도 전혀 알 수 없게 되어 있음.

- 따라서 이 사건 위반행위에 관한 과징금 부과 기준의 흡결은 단순히 과징금 산정기준에 관한 규정이 불충분하다는 데 그치는 것이 아니라, 과징금 부과처분의 근거 규정의 일부가 존재하지 않는 것으로 보아야 함.
- 또한, 과징금 부과와 같은 침익적 행정처분의 근거가 되는 법류는 엄격하게 해석·적용되어야 하고 그 처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 되는바, 이 사건 금지규정은 금융업이나 보험업을 영위하는 회사를 손자회사로 '지배하는 행위'를 금지하는 것으로서, 공정거래법 제8조의2 제2항 제3호 내지 제5호, 같은 조 제3항 제2호, 같은 조 제4항 또는 같은 조 제5항이 '주식의 소유'를 금지하고 있는 것과 금지되는 행위의 내용과 취지가 같다고 볼 수 없어 그 위반행위에 따른 과징금 산정 방법도 달리 정하여야 할 것으로 보임.
- 따라서 공정거래법 제8조의2 제3항 제2호 등 위반행위에 관하여 공정거래법 제17조 제4항 제3호가 과징금의 상한을 계산하는 데 기초가 되는 금액으로 정한 "위반하여 소유하는 주식의 대차대조표상 장부가액의 합계액"이라는 규정을 이 사건 금지규정의 위반행위에 대하여 과징금을 산정할 때 유추하여 적용할 수 없음.

[에스케이네트웍스의 자회사 행위제한규정 위반행위 건(대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두20007 판결)]

□ 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 제2항 소정의 “다른 국내회사”에 자회사의 당해 지주회사는 포함되지 않음

- 법 제8조의2 제2항은 “일반지주회사의 자회사는 다른 국내회사의 주식을 대통령령이 정하는 지배목적으로 소유하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있는바, 그 입법취지는 지주회사가 자회사를 통하여 계열기업을 확장하는 것을 억제하기 위하여 자회사가 그 사업내용과 밀접한 관련이 없는 손자회사를 두는 행위를 금지하고자 하는 것임. 법 제8조의2 제2항의 위임에 따른 법 시행령 제15조의3 소정의 ‘지배관계’에 있어서 ‘지배’란 회사가 소유하고 있는 다른 회사 주식의 의결권을 행사하여 그 회사의 경영에 영향력을 행사할 수 있는 것을 의미한다고 봄이 상당함. 법 제8조의2 제2항은 일반지주회사의 자회사가 다른 국내회사의 주식을 소유하는 것 그 자체를 금지하는 것이 아니라, 다른 국내회사의 주식을 ‘지배목적’으로 소유하는 것만을 금지하고 있는데, 자회사가 당해 지주회사의 주식을 ‘지배목적’으로 소유하는 경우를 상정하기 어려운 점 및 앞서 본 입법취지에

비추어 볼 때, 법 제8조의2 제2항 소정의 '다른 국내회사'에 자회사의 당해 지주회사는 포함되지 않는다고 해석함이 상당함.

- 원고가 일반자주회사인 주식회사 화성사의 자회사로 된 날 이전부터 소유하고 있던 위 화성사의 주식 14,592주를 법 제8조의2 제2항 단서에 따른 2년간의 유예기간을 경과 하였음에도 2002. 11. 말까지 소유하고 있었던 사실을 인정한 다음, 법 제8조의2 제2항 소정의 "다른 국내회사"에 자회사의 당해 지주회사가 포함될 수 있다는 전제하에, 원고가 위 주식을 지배목적으로 소유하고 있다는 이유로 원고의 위 주식 소유는 법 제8조의2 제2항을 위반한 행위라는 원심의 판단은 위법함.

[성담의 지주회사의 행위제한위반 행위 건(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8583 판결)]

2. 상호출자금지제도(법 제21조, 구법 제9조)

- 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2002. 8. 26. 법률 제6705호로 개정되기 전의 것) 제9조 제2항 “처분”이란 다른 사람에게 실질적으로 완전히 소유권 이전하여 주는 것을 의미하는바, 주식을 신탁계약에 따라 대외적 소유권을 이전하여 주었다고 하더라도 그것을 가지고 “처분”하였다고 볼 수는 없음
- 공정거래법 제9조 제1항이 계열회사 사이의 상호출자를 금지하고 있는 취지가 그로 인하여 회사의 자본적 기초가 위태롭게 되고, 기업의 지배구조가 왜곡되며, 기업집단이 쉽게 형성·확장되는 것을 방지하고자 하는데 있는 점, 공정거래법 제9조 제2항의 취지도 회사의 합병 등으로 부득이하게 계열회사 사이에 상호출자의 상태가 발생하게 된 경우 조속히 이를 해소함으로써 계열회사 사이에 상호출자의 상태가 유지되는 것을 막고자 하는데 있는 점, 공정거래법 제7조의2가 같은 법의 규정에 의한 주식의 취득 또는 소유는 취득 또는 소유의 명의와 관계없이 실질적인 소유관계를 기준으로 하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 공정거래법 제9조 제2항에서 말하는 “처분”이란 회사의 합병 등으로 취득 또는 소유하게 된 계열회사의 주식에 대하여 그 의결권행사를 잠정적으로 중단시키는 조치를 취하거나 그 주식을 다른 금융기관 등에 신탁하는 것만으로는 부족하고, 상호출자의 상태를 완전히 해소할 수 있도록 그 주식을 다른 사람에게 실질적으로 완전히 소유권 이전하여 주는 것을 의미한다고 할 것이라고 하면서, 원고가 동양현대종합금융을 흡수 합병하면서 취득하게 된 계열회사인 동양생명보험의 주식 8,681,060주를 2002. 5. 31. 국민은행에 신탁하고 그 신탁계약에 따라서 대외적 소유권을 이전하여 주었다고 하더라도, 그 신탁계약의 내용이나 성질 등을 고려하여 볼 때, 그것을 가지고 원고가 국민은행에 이 사건 주식을 공정거래법 제9조 제2항에 따라서 “처분”하였다고 볼 수는 없음.

[동양종합금융증권의 상호출자금지규정위반행위 건(대법원 2006. 5. 12. 선고 2004두312 판결)]

- 구 공정거래법 시행령 제20조의 ‘계열회사’의 범위에 해외계열회사를 제외하는 것으로 제한하여 해석하는 것은 부당하므로 위 ‘계열회사’에는 해외 주주사가 포함된다고 할 것임
- 공정거래법상 계열회사의 정의와 관련된 공정거래법 제2조 제2호는 “기업집단”이라 함은 동일인이 다음 각목의 구분에 따라 대통령령이 정하는 기준에 의하여 사실상 그 사업내용을 지배하는 회사의 집단을 말한다. 가. 동일인이 회사인 경우 그 동일인과 그 동일인이 지배하는

하나 이상의 회사의 집단 나. 동일인이 회사가 아닌 경우 그 동일인이 지배하는 2 이상의 회사의 집단”이라고 규정하고, 제3호는 “‘계열회사’라 함은 2이상의 회사가 동일한 기업집단에 속하는 경우에 이들 회사는 서로 상대방의 계열회사라 한다”라고 규정하여 기업집단 및 계열회사를 정의함에 있어서 별 규정을 ‘국내회사’로 한정하거나 외국회사를 배제하지 않고 있음.

- 이는 공정거래법 제2조 제1의 3호가 “‘자회사’라 함은 자주회사에 의하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 그 사업내용을 지배받는 국내회사를 말한다”, 제1의 4호가 “‘손자회사’란 자회사에 의하여 대통령령으로 정하는 기준에 따라 사업내용을 지배받는 국내회사를 말한다”, 제8조의2 제2항 제3호에서 “계열회사가 아닌 국내회사...또는 자회사 외의 국내계열회사의 주식을 소유하는 행위...”라고 규정하여 ‘회사’가 아니라 ‘국내회사’라고 명시하고, ‘계열회사’ 대신 ‘국내계열회사’라고 명시하고 있는 것과 구별됨.

[상호출자제한기업집단 「롯데」 소속 호텔롯데 등 11개사의 주식소유현황 신고규정 위반행위에 대한 건(서울고법 2017. 5. 24. 선고 2016누-70279 판결. 고법 확정)]

3. 출자총액제한제도(구법 제10조) - 2009. 3. 25. 삭제됨

- 구법 시행령(2002.3.30. 대통령령 제17564호로 개정되기 전의 것) 제17조의2 제1항 제1호의 ‘다른 회사’라 함은 신설되는 회사도 포함하고, 나아가 출자회사가 취득할 수 있는 지분율에 대한 제한이 없는 이상 신설회사의 발행주식 전부를 취득하게 되는 경우도 위 규정에 해당함
- 법 시행령 제17조의2 제1항 제1호는 ‘3년 이상 계속하여 영위하는 영업 또는 그 영업에 사용하는 주요자산을 동종의 영업을 영위하는 다른 회사에 현물출자하거나 양도하여 그 다른 회사의 주식을 취득 또는 소유하는 경우’를 규정하고 있는데, 법 제10조 제1항 및 같은 항 제4호, 법 시행령 제17조의2 제1항 등 관련 규정의 입법 취지 및 목적, 문언 및 체계 등에 비추어 보면, 법 시행령 제17조의2 제1항 제1호의 현물출자의 대상이 되는 동종의 영업을 영위하는 ‘다른 회사’라 함은 현물출자 당시 이미 설립되어 있는 기존회사만을 의미하는 것이 아니라 신설되는 회사도 포함한다고 할 것이고, 나아가 법 시행령 제17조의2 제1항 제1호가 출자회사가 현물출자로 취득할 수 있는 주식의 지분율에 대한 제한을 두고 있지 아니한 이상, 출자회사가 현물출자로 신설회사의 발행주식 전부를 취득하게 되는 경우 역시 법 시행령 제17조의2 제1항 제1호의 경우에 해당함.
- 대규모기업집단 ‘코오롱’의 소속 회사인 원고가 2002. 1. 25. 코오롱티티에이를 설립하면서 3년 이상 영위하던 자신의 원단사업을 현물출자하여 그 회사의 발행 주식 전부를 취득한 것은 법 시행령 제17조의2 제1항 제1호에 해당한다고 한 것임.
[코오롱의 출자총액제한규정위반행위 건(대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두2318 판결)]
- 구 공정거래법(2002.1.26. 법률 제6651호로 개정된 것) 부칙 제3조 제1항 전문의 의미는 개정법 시행 전 이미 동법 제10조의 출자총액제한규정을 위반하여 취득한 행위가 새로 늘어난 한도 내에서 그 위법성이 조각된다는 취지는 아님
- 공정거래법 부칙 제3조 제1항 전문의 의미는 회사가 개정법 시행일인 2002. 4. 1. 전에 취득 또는 소유하여 위 개정법 시행일 당시 계속 소유하고 있는 주식에 대하여도 위 개정법 시행일부터 개정법 제10조의 출자총액제한규정을 적용한다는 것일 뿐이지 나아가 개정법 시행 전에 이미 구법(2002.1.26. 법률 제6651호로 개정되기 전의 것) 제10조의 출자총액제한규정을 위반하여 주식을 취득한 행위가 개정법 제10조의 시행으로 인하여

새로 늘어난 예외인정주식과 적용제외주식의 한도 내에서 그 위법성이 조각된다는 취지는 아님.

- 동부건설과 동부한농화학이 출자한도를 초과하여 주식을 취득한 사안에서, 구법 제10조의 규정에 위반된 원고들의 이 사건 주식의 취득 또는 소유가 개정법 부칙 제3조 제1항 전문의 규정에 의하여 소급하여 적법하게 되는 것은 아니라는 전제에서 한 이 사건 처분은 적법함.

[동부건설 외1의 출자총액의 제한위반행위건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두1308 판결)]

4. 금융보험사 의결권제한제도(법 제25조, 구법 제11조)

- 구 공정거래법(2002. 1. 26. 법률 제6651호로 개정되기 전의 것) 제11조 단서 후단의 '관계법령에 의한 승인 등을 얻어 주식을 취득하고 있는 경우'라 함은 보험업을 영위하는 회사와 사업내용 면에서 밀접하게 관련된 사업을 영위하는 회사가 발행한 주식을 취득하고 있는 경우에 한하는 것은 아님
- 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2002. 1. 26. 법률 제6651호로 개정되기 전의 것) 제11조의 입법 취지 및 목적, 문언 및 체계 등에 비추어 보면, 대규모기업집단에 속하는 회사로서 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사가 취득 또는 소유하고 있는 국내계열 회사주식에 대한 의결권 행사를 금지한 같은 법 제11조 본문의 예외사유의 하나인 같은 조 단서 후단의 '보험자산의 효율적인 운용·관리를 위하여 관계 법령에 의한 승인 등을 얻어 주식을 취득 또는 소유하고 있는 경우'라 함은 관계 법령에 의한 승인 등을 얻어 주식을 취득 또는 소유하고 있고 그것이 보험자산의 효율적인 운용·관리를 위한 것인 경우를 의미하며, 보험업을 영위하는 회사와 사업내용 면에서 밀접하게 관련된 사업을 영위하는 회사가 발행한 주식을 취득 또는 소유하고 있는 경우에 한하는 것은 아님.

[삼성생명의 계열회사 주식의 의결권행사 긴(대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두10015 판결)]

- 삼성생명이 의결권을 행사한 주식 중 일부 주식은 모두 보험자산의 효율적인 운용·관리를 위하여 관계법령에 의한 승인을 얻은 다음 그 승인범위 내에서 그 승인조건에 따라 취득한 것이라고 봄이 상당하므로 의결권 행사금지의 예외사유에 해당하여 그 의결권의 행사가 허용됨
- 삼성생명이 재무부장관 등의 승인을 얻어 취득한 호텔신라, 산성코닝, 산성중공업, 삼성경제연구소의 주식은 모두 그 취득금액이 재무부장관 등이 승인한 투자금액의 범위 내인 사실, 위 각 주식 중 호텔신라, 삼성중공업의 주식을 '1년 만기 정기예금 금리수준 이상의 배당을 보장하는 참가적, 누적적, 의결권 있는 우선주식' 등으로 한정하는 재무부장관의 승인조건을 충족하는 사실, 재무부장관 등의 승인은 그 재산운용의 효율성 증진 등을 위하여 주식에 대한 투자를 승인해 달라는 삼성생명의 신청에 따라 구 보험업법 제19조 등에 기하여 행하여진 것이고, 위 각 법령에 기한 재무부장관 등의 승인은 보험 사업자의 경영의 건전성과 그 재산운용의 효율성의 증진 기타 보험가입자의 이익보호를 위하여 필요한 경우에 하는 것인 점 등을 알 수 있는 바, 위와 같은 여러 사정에 비추어 보면 삼성생명이 의결권을 행사한 주식 중 일부 주식은 모두 보험자산의 효율적인

운용·관리를 위하여 관계법령에 의한 승인을 얻은 다음 그 승인범위 내에서 그 승인조건에
따라 취득한 것이라고 봄이 상당하므로 의결권 행사금지의 예외사유에 해당하여 그
의결권의 행사가 허용된다고 할 것임.

[삼성생명의 계열회사 주식의 의결권행사 건(대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두10015 판결)]

- 구 공정거래법 제11조 단서에 해당하여 의결권을 행사할 수 있는 주식에 대한 무상증자로 취득한 주식 또는 그러한 주식의 분할로 취득한 주식은 그 의결권을 행사할 수 있는 주식과 동일하게 보아야 한다고 할 것임
- 상법 제461조에 의한 무상증자는 준비금이 자본에 전입되어 자본이 증가하는 경우 주주에
대하여 그가 가진 주식의 수에 따라 발행되는 것으로서 회사재산의 증가없이 주식의
수만 증가하게 되므로 주주가 보유하는 주식(무상증자로 발행된 주식 포함)의 경제적
가치에는 변화가 없는 점, 상법 제329조의2에 의한 주식분할은 자본의 증가없이 발행주식
총수를 증가시키는 것으로서 이에 의하여 회사의 자본 또는 자산이나 주주의 지위에
실질적인 변화가 없는 점 등에 비추어 보면 구 공정거래법 제11조 단서에 해당하여
의결권을 행사할 수 있는 주식에 대한 무상증자로 취득한 주식 또는 그러한 주식의
분할로 취득한 주식은 그 의결권을 행사할 수 있는 주식과 동일하게 보아야 한다고 할
것임.

[삼성생명의 계열회사 주식의 의결권행사 건(대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두10015 판결)]

5. 상호출자제한 기업집단 등의 지정(법 제31조, 구법 제14조)

- 특정 기업이 특정 상호출자제한 기업집단 등에 포함되는 것으로 지정되기 위하여는 그 특정 기업이 우선 공정거래법 제2조 제2호에서 규정하는 기업집단에 포함되어야 하는데, 공정거래법 시행령 제3조 제1호에서 정하는 지분율 요건을 충족하거나, 제2호에서 정하는 지배 요건을 충족하여야 함.
- (금호석유화학의 지분율 요건 충족 여부) 원고 박삼구는 금호석유화학의 주식을 전혀 소유하고 있지 않고, 피고는 금호석유화학이 소유한 자기주식을 동일인 및 동일인 관련자의 주식에 포함하여 지분율을 산정하면 30%를 초과한다고 주장하나, 주주와 회사는 별개의 독립한 법적 주체이고, 공정거래법 시행령 제3조 제1호는 '동일인이 단독 또는 동일인과 동일인관련자와 함께 소유하는 주식지분율'만을 기준으로 하고 있을 뿐 당해 회사가 소유하는 자기주식을 지분율 산정에 있어서 포함시키지 않고 있으므로 금호석유화학이 소유한 자기주식을 원고 박삼구 또는 동일인관련자 박찬구 등의 소유 주식으로 볼 법적 근거가 없음.
- (금호석유화학의 지배 요건 충족 여부) 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고 박삼구가 동일인관련자인 박찬구를 통하여 금호석유화학의 사업 내용을 사실상 지배한다는 점을 인정하기에는 증거가 부족함.
 - 2010. 1.경 기업집단 금호아시아나의 주요 계열회사들이 워크아웃 절차 내지는 채권단 자율협약 체제로 편입되자, 박찬구는 경영정상화를 위한 합의 과정에서 채권단에 대하여 금호석유화학 계열회사의 독립 경영을 적극적으로 요구하였고, 위 합의 과정에서 채권단과 원고 박삼구는 금호석유화학 계열회사들에 대한 박찬구의 경영권을 인정한 것으로 보임.
 - 2010년경 이후부터 금호석유화학 등 8개사는 나머지 기업집단 금호아시아나의 계열 회사들과 신입사원 채용절차를 별도로 진행하고 있는 점, '금호'라는 상호는 사용하지만 기업집단 금호아시아나의 로고는 사용하고 있지 아니한 점, 2012년경부터는 사옥을 분리하여 사용하고 있는 점, 금호석유화학 등 8개사는 기업집단 금호아시아나와는 별도로 기업집단현황을 공시한다는 점 등의 사정을 고려하면 금호석유화학 등 8개사는 기존의 기업집단 금호아시아나와는 사실상 경영을 분리하여 운영되고 있다고 볼이 상당함.
 - 공정거래법 제7조의2는 주식의 취득 또는 소유는 실질적인 소유관계를 기준으로 한다고 규정하고 있으나 그와 같이 완화된 기준에 의하여도 원고 박삼구가 금호석유화학의 주식을 실질적으로 취득 또는 소유하고 있다는 증거가 없음.

- 피고는 친족분리 요건을 갖추는 등 공정거래법 시행령 제3조의2에 의한 계열분리요건에 해당하지 않아 이 사건 각 처분이 적법하다고 주장하나, 위 규정은 기업집단에서 제외할 수 있는 예외적 요건을 규정한 것이지 기업집단 요건을 규정한 것은 아니므로 위 요건을 갖추지 아니하였다고 하여 당연히 기업집단 요건을 충족하였다고 볼 수는 없음.

- (금호석유화학을 제외한 나머지 7개사에 대한 판단) 처분이 적법하였다고 주장하는 행정청에 처분사유 등에 대한 입증책임이 있음. 금호석유화학을 제외한 나머지 7개사가 금호석유화학의 자회사 내지는 손자회사라는 사실은 당사자 간에 다툼이 없고, 원고 박삼구가 금호석유화학의 사업을 지배한다고 볼 수 없다는 점은 앞서 본 바와 같으므로, 피고가 달리 원고 박삼구가 나머지 7개사에 대하여 사실상 지배력을 가지고 있다는 점을 주장·입증하지 않는 한 위 7개사를 기업집단 금호아시아나에 포함시킨 이 사건 각 처분 또한 위법하다고 보아야 함.

[2014년도 및 2015년도 상호출자제한기업집단지정처분에 대한 취소 소송(서울고법 2015. 7. 23. 선고 2014누3640 판결¹⁾]

□ 처분 통지 이후부터 계열회사 편입의제에 따른 각종 의무를 부여하려는 이 사건 처분의 성격에 비추어, 편입의제 시작 시점부터 처분시점까지 계열회사 요건이 충족 되고 있음이 입증되어야 함

- 이 사건 처분 통지²⁾ 이후부터 계열회사 편입의제에 따른 각종 의무를 부여하려는 이 사건 처분의 성격에 비추어 이 사건 처분은 편입의제 시작 시점으로 판단한 2010. 10. 1.부터 이 사건 처분 시점인 2016. 8. 1.까지 계열회사 요건이 계속 충족되고 있음을 전제로 한 처분이라 할 것이므로 2010. 10. 1.부터 이 사건 처분 시점인 2016. 8. 1.까지 계열회사 요건이 계속 충족되고 있음이 입증되지 않는 경우 이 사건 처분은 위법하다고 봄이 타당함.

[롯데쇼핑(주)와 3의 상호출자제한기업집단지정처분취소에 대한 건(서울고법 2018. 8. 22. 선고 2016누60173 판결³⁾)]

1) 상고심(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015두50078 판결)은 심리불속행 기각함

2) 위원회는 2016. 8. 1.자로 기업집단 롯데 동일인의 지금 대여, 동일인 관련자가 보유한 지분율, 동일인 관련자 등의 대표이사 선임에의 영향력 행사 및 임원취임 등을 고려할 때 (유)유니플렉스 등 4개사는 2010. 10. 1.자로 공정거래법 제14조 제1항 및 제14조의3의 규정에 따라 상호출자제한기업집단 「롯데」 소속회사로 편입 의제 되었음을 통지함

3) 상고심(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018두57766 판결)은 심리불속행 기각함

□ 이 사건 자금 대여만으로는 통상적인 범위를 초과하여 동일인과 '자금·자산·상품·용역 등의 거래를 하고 있는 회사'에 해당한다거나 나아가 '사회통념상 경제적 동일체로 인정되는 회사'에 해당한다고 보기 어려움

- 동일인 신○○가 신△△, 서▽▽에게 200억 원을 증여하는 과정에서 세금관계 등을 고려하여 일시적으로 유니플렉스에 대여하는 형식을 거쳤다가 신△△, 서▽▽에게 증여하는 방식을 선택하였을 개연성이 있는 점, 동일인 신○○가 유니플렉스의 경영에 직접적·계속적으로 관여하였다고 볼 만한 증거는 부족함.

[롯데쇼핑(주)와 3의 상호출자제한기업집단지정처분취소에 대한 건(서울고법 2018. 8. 22. 선고 2016누60173 판결)]

□ 신△△ 부부 등이 유니플렉스 대표이사 후보자 면접에 참여한 점, 신△△가 유니플렉스의 이사로 취임한 점, 신△△에게 업무보고를 한 점만으로 동일인 신○○가 지배적인 영향력을 행사하고 있는 회사(구 공정거래법 시행령 제3조 제2호 가, 나목)로 보기 어려움

- 서○○이 동일인 신○○의 지시에 따라 유니플렉스의 대표이사에서 사임하게 되었다고 볼 만한 자료는 없고, 유니플렉스와 유기개발의 대표이사가 된 황○○이 롯데그룹에서 근무한 경력은 없는 점, 동일인 신○○가 황○○에게 유니플렉스의 경영에 관하여 지시를 하였다고 볼 만한 자료는 없고, 황○○는 대표이사가 된 후 신△△, 서▽▽에게 업무보고를 하였을 뿐, 롯데그룹의 그 누구로부터 지시를 받거나 롯데그룹에 어떠한 보고를 한 적이 없다는 취지로 진술한 점, 황○○이 신△△에게 업무 보고를 한 것만으로 동일인 신○○가 지배력을 행사하였다고 보기는 어려운 점을 종합하면,

- 신△△ 부부 등이 유니플렉스 대표이사 후보자 면접에 참여한 점, 신△△가 유니플렉스의 이사로 취임한 점, 신△△에게 업무보고를 한 점만으로 유니플렉스가 '동일인 신○○가 대표이사를 임면하거나 임원의 100분의 50 이상을 선임하거나 선임할 수 있는 회사'(구 공정거래법 시행령 제3조 제2호 가목)에 해당한다거나 '동일인 신○○가 직접 또는 동일인 관련자를 통하여 당해 회사의 조직변경 또는 신규사업에의 투자등 주요 의사결정이나 업무집행에 지배적인 영향력을 행사하고 있는 회사'(구 공정거래법 시행령 제3조 제2호 나목)에 해당한다고 보기 어려움.

[롯데쇼핑(주)와 3의 상호출자제한기업집단지정처분취소에 대한 건(서울고법 2018. 8. 22. 선고 2016누60173 판결)]

IV

부당한 공동행위

(법 제40조, 구법 제19조)

IV. 부당한 공동행위(법 제40조, 구법 제19조)

1. 법 제40조 제1항(구법 제19조 제1항)의 공동행위

가. 공동행위의 일반

1) 공동행위의 성립

가) 다른 사업자

- 총판 3사가 모토로라코리아의 지휘·관리·통제 하에 서로 유기적으로 역할을 분담하면서 일체화된 영업판매 시스템을 형성하였다는 사정만으로는 '경제적 단일체'에 불과하여 법 제19조 제1항에서 정한 '다른 사업자'에 해당하지 않는다고 볼 수는 없음
- 원고 등 총판 3사는 모토로라코리아와는 완전 별개의 법인격을 가진 법률적으로 별개의 독립한 거래주체로서 모토로라코리아로부터 모토로라가 생산하는 TRS 제품 등에 대한 한국 내 총판으로 지정된 것일 뿐인 점, 원고 등 총판 3사의 사업활동에 일부 제약이 있기는 하였으나 이는 초기 시장개척 과정에서 과잉·증복투자 방지와 효과적인 고객획보 및 경쟁력 제고 등을 위한 목적에서 비롯된 것인 뿐이고 총판 3사가 수요처에 최종 공급하는 제품의 부품 중 모토로라의 제품이 차지하는 비중은 50%가 되지 아니하는 등 그 영업활동은 수행함에 있어 독자적으로 판단할 수 있는 여지가 없지 아니한 점, 모회사가 주식의 100%를 소유하고 있는 자회사라 하더라도 양자는 법률적으로는 별개의 독립한 거래주체로 보는 점(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결 등 참조) 등의 사정에 비추어 보면, 총판 3사가 원고 주장과 같이 모토로라코리아의 지휘·관리·통제 하에 서로 유기적으로 역할을 분담하면서 일체화된 영업판매 시스템을 형성하였다는 사정만으로는 원고가 그 주장과 같이 다른 총판들과 함께 '경제적 단일체'에 불과하여 회명과 씨그널이 법 제19조 제1항에서 정한 '다른 사업자'에 해당하지 않는다고 볼 수는 없음.

[주파수공용통신장치 구매입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 9. 22. 선고 2008누15277 판결¹⁾]

1) 상고심(내법원 2009. 12. 24. 선고 2009두18059 판결)은 심리불속형 기각함

□ 공급자들이 아닌 수요자들이 고철구매가격을 합의하였더라도 그로 인하여 고철구매 분야의 경쟁을 실질적으로 제한한 이상 위 조항이 적용된다고 봄이 상당함

- 법 제19조 제1항 제1호는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격결정 또는 유지·변경행위를 할 것을 합의하는 경우에 적용되는 것으로 그 취지가 부당한 공동행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함에 있으므로 공급자들이 아닌 수요자들이 고철구매가격을 합의하였더라도 그로 인하여 고철구매분야의 경쟁을 실질적으로 제한한 이상 위 조항이 적용된다고 봄이 상당함.

[인천제철 등 11개 고철수요업체와 한국철강협회의 고철구매가격공동행위 건(서울고법 2000. 11. 16. 선고 99누5919 판결²⁾)]

□ 부당한 공동행위의 합의가 어떠한 거래분야나 특정한 입찰에 참여하는 일부의 사업자들 사이에만 이루어진 경우에도 그들 사이에는 부당한 공동행위가 성립될 수 있음

- 부당한 공동행위의 합의는 어떠한 거래분야나 특정한 입찰에 참여하는 모든 사업자들 사이에서 이루어질 필요는 없고 일부의 사업자들 사이에만 이루어진 경우에도 그것이 경쟁을 제한하는 행위로 평가되는 한 일부 사업자들 사이에는 부당한 공동행위가 성립된다고 할 것임.

[정부종합청사 신관 신축공사관련 17개 건설사의 부당한 공동행위 건(대법원 1999. 2. 23. 선고 98두15849 판결)]

□ 비록 일정 기간 매매를 위탁하여 직접 판매를 담당하지 않았더라도 담합에 지속적으로 참여한 것으로 볼 수 있는 여러 사정들을 고려하면 판매위탁자인 원고의 부당공동 행위가 인정됨

- ① 대림코퍼레이션은 원고가 생산한 HDPE를 판매하고 적정 판매수수료를 공제한 나머지 판매대금을 원고에게 지급하는 관계였으므로 원고는 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머가 판매를 담당한 기간에도 판매위탁자로서 국내 HDPE 판매 시장에서 실질적 거래주체인地位에 있었다고 볼 수 있는 점, ② 원고는 HDPE 판매방식을 위탁매매 형태로 전환하여 자신의 영업조직을 그대로 대림코퍼레이션에 이전하는 한편, 대림코퍼레이션과 사이에 매월 정기적으로 임원이 모이는 경영위원회와 실무부서장이 모이는 운영협의회를 개최하여 HDPE 제품의 가격, 시황, 경쟁사 동향 등 필요한 정보를 교환하고 매월 말 그 제품의

2) 상고심(대법원 2002. 7. 12. 선고 2000두10311 판결)은 부당한 공동행위를 인정함

다음 달 판매 기준가격을 심의·확정하는 과정을 거치고, 베스트폴리머에게는 원고의 영업정책 협의 등에 필요한 자료와 정보를 제공하고 원고가 대림코퍼레이션과 협의한 판매가격의 지침 등 정책결정에 따라야 할 의무를 부여함으로써, 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머가 1996년 10월경부터 2003년 3월경까지 대외적으로 HDPE를 판매하는 사업자로서 이 사건 공동행위에 가담할 때 이에 필요한 제반 의사결정에 적극 관여한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 원고는 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머의 판매기간 직전인 1994년 4월경부터 1996년 9월경까지, 직후인 2003년 3월경부터 2005년 3월경까지 이 사건 공동행위에 직접 참여하였을 뿐만 아니라, 원고의 대표이사가 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머의 판매기간을 포함하여 1994년 5월경부터 2005년 4월경까지 이 사건 공동행위의 일환으로 개최된 사장단 모임에도 지속적으로 참석 하였으며, 대림코퍼레이션 등이 이 사건 공동행위에 가담한 일부 기간 중에도 HDPE의 연도별 또는 매분기별 전체적인 감산방안과 각 사별 판매량을 합의하는 등의 생산량 담합에 직접 참여하여 이 사건 공동행위를 유지·강화하는 데 직접적으로 기여해 온 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 원고는 대림코퍼레이션과 베스트폴리머를 통하여 이 사건 담합에 참여한 것으로 보임.

[대림산업에 대한 과정금 재산정 건(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두22256 판결)]

- 사업자단체인 원고가 스스로 사업자등록을 하고, 직접 자신 명의로 낙찰을 받아 입찰계약을 체결한 점에 비추어 이 사건 담합입찰에 있어 사업자로서 행위하였다고 할 것임
- 공정거래법상 사업자단체라 하더라도 정부조달계약이나 단체수의계약과 같은 일정한 거래에 관하여 사업자단체가 직접 거래의 당사자로 거래에 참여한 경우에, 사업자단체는 사업자로서의 성격을 가지게 된다 할 것이고, 이러한 경우 그 사업자단체의 그 거래와 관련된 행위에 대하여는 규제대상으로 하는 법을 적용하여야 할 것임. 원고는 세립현미 등을 조합원으로 둔 사업자단체인 사실은 앞에서 본 바와 같으나, 원고가 스스로 사업자등록을 하고, 이 사건 입찰에 직접 참여하여 자신의 명의로 낙찰을 받아 입찰계약을 체결한 점에 비추어 보면 원고는 이 사건 담합입찰에 있어서 사업자단체로서가 아니라 사업자로서 행위하였다고 할 것이고, 따라서 원고의 행위에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항이 적용되어야 함.

[옥수수기름 군납입찰 참가 2개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2007. 7. 25. 선고 2007누2946 판결³⁾]

3) 상고심(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007누18079 판결)은 신리불속행 기각함

□ 공정거래법상 사업자단체라 하더라도 정부조달계약이나 단체수의계약과 같은 일정한 거래에 사업자단체가 직접 거래의 당사자로 참여한 경우, 사업자단체는 사업자로서의 성격을 가지게 된다 할 것이고, 이러한 경우 그 사업자단체의 그 거래와 관련된 행위에 대하여는 사업자를 규제대상으로 하는 법을 적용해야 함(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007두18079 판결 및 그 원심판결인 서울고법 2007. 7. 25. 선고 2007누2946 판결 등 참조)

- 원고들의 조합원 일부가 중복된다 하더라도 원고들은 대전·세종·충남이라는 동일한 경쟁시장을 가진 별개의 사업주체이고, 원고들이 사전에 합의 없이 이 사건 입찰에 참여하였더라면 원고들 사이에 경쟁이 이루어지게 될 것인바, 경쟁 사업자간 담합행위로 인하여 경쟁제한효과가 발생하였다는 점에서는 차이가 없음.

[대전·세종·충남지역 아스콘사업협동조합들의 관수 아스콘 구매입찰에 대한 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 23. 선고 2017누90188 판결⁴⁾)]

□ 담합가담자들이 계약관계에 있는 경우에도 상호간 공동행위 참여를 결정하였다고 봄이 상당하여 원고의 이 사건 공동행위 가담이 불가별적 사후행위에 해당한다고 보기 어려움

- 궤도공영과 원고 대륙철도를 실질적으로 지배하고 있는 이○○이 궤도공영과 삼표피앤씨 측의 이 사건 공사 입찰에 관한 담합을 최종적으로 승인하였고 원고의 궤도공영 컨소시엄 참가를 결정하였다면 이는 이○○의 의사결정을 통하여 원고 역시 이 사건 공동행위에 참가한 것이라 봄이 상당함. 위와 같이 보지 않을 경우 궤도공영과 원고를 실질적으로 지배하는 이○○이 이 사건 공동행위를 최종적으로 승인하고 원고의 이 사건 공동행위 가담을 결정하였음에도 단순히 원고와는 별개의 법인격이 존재한다는 사정만으로 위법의 실질을 제대로 평가할 수 없는 결과가 됨.

[(주)대륙철도의 호남고속철도 오송~광주송정 간(제1, 2공구) 궤도부설 기타공사 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90638 판결⁵⁾)]

4) 상고심(대법원 2018.12.27. 선고 2018두57070 판결)은 실리불속행 기각함

5) 상고심(대법원 2019.2.28. 선고 2018두62485 판결)은 실리불속행 기각함

나) 합의의 존재

(1) 합의의 의의

- 부당한 공동행위의 ‘합의’를 구성하는 사업자들 사이의 의사의 연락은 반드시 모든 참여 사업자들이 일회적으로 모여서 의사결정에 참여하는 회의와 같은 명시적인 형태일 것이 요구되지 아니하고, 수회에 걸친 부분적인 의사교환을 통해 사업자들 사이에 그들이 공동으로 의사결정을 한다는 암묵적인 요해가 형성된 정도로도 충분함
- 부당한 공동행위의 ‘합의’를 구성하는 사업자들 사이의 의사의 연락은 반드시 모든 참여 사업자들이 일회적으로 모여서 의사결정에 참여하는 회의와 같은 명시적인 형태일 것이 요구되지 아니하고, 수회에 걸친 부분적인 의사교환을 통해 사업자들 사이에 그들이 공동으로 의사결정을 한다는 암묵적인 요해가 형성된 정도로도 충분함.
- 이 사건의 경우 원고 등 7개사가 공식적인 심의위원회에 한꺼번에 참석하여 논의한 증거가 없다고 하더라도, 수차례의 회의를 통하여 7개사가 모두 의견을 개진하였고 이를 통해 최종적인 조합의 대여요금 참고안이 결정되었으며, 원고 등 7개사가 이에 따라 그대로 대여요금을 신고하였는바, 원고 등 7개사 사이에는 순차적인 의사연락에 따라 그들이 제주도 지역의 차종별 자동차대여요금의 가격을 공동으로 결정한다는 암묵적인 요해가 있었다고 보아야 할 것임. 그러므로 원고에 대하여는 의사연락에 따른 공동행위를 인정할 수 있음.

[롯데레탈(구 케이티렌탈)의 제주지역 7개 자동차대여사업자 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 7. 선고 2014누70442 판결, 고법 확정)]
- 경쟁업체에 자신의 기술제안서 등을 대신 작성하여 달라고 부탁하여 상대방이 이를 수락하는 것은 다른 형태의 대가를 전제로 하지 않고는 통상적으로 발생하기 어려우므로 부당한 공동행위를 하였다고 판단됨
- 산하이엔씨는 과거 원고의 대표이사였던 김○○에게 입찰 참기를 요청하였음. 김○○은 산하이엔시 부사장 이○○에게 ‘다음에 설계와 시공이 합쳐진 제안입찰 건이 나오면 양보를 해달라’는 요구를 하여 승낙을 받았고, 입찰마감일까지 기한이 촉박하니 입찰 참여를 위하여 산하이엔씨에 원고의 기술제안서와 발표자료(PPT)를 작성하는 것을 도와달라고 요청하였음.

- 이 사건 입찰에서 제안서 기술평가는 80%의 배점을 차지하여 이 사건 입찰의 낙찰 여부를 결정짓는 핵심요소이고, 기술제안서에는 입찰참가자의 중요한 경쟁요소인 신기술과 공법 등에 대한 내용이 포함되어 입찰 전까지 외부에 공개하지 않는 것이 일반적임. 그런데 원고는 경쟁업체인 산하이엔씨에 자신의 기술제안서 등을 대신 작성하여 달라고 부탁하고 산하이엔씨가 이를 수락하였음. 이는 다른 형태의 대가를 전제로 하지 않고는 경쟁 사업자 사이에서 통상적으로 발생하기 어려움.

[시엠씨 등 상동광산 광물찌꺼기 유실방지사업 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 6. 15. 선고 2016누78242 판결⁶⁾)]

※ 참고: 산하이엔씨 건(서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누78372 판결⁷⁾)

□ 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의는 명시적 합의뿐 아니라 묵시적 합의도 포함됨

- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항이 금지하는 '부당한 공동행위'는 '부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의'로서 이때 '합의'에는 명시적 합의뿐 아니라 묵시적인 합의도 포함되고, 이와 같은 합의 및 그에 따른 실행행위가 있었던 경우 '부당한 공동행위'는 그 합의를 실행하는 행위가 계속될 때까지 유지됨. 따라서 '부당한 공동행위'가 이루어지고 있는 영업을 양수한 사업자가 기존의 합의 사실을 알면서도 이를 받아들여 양도인과 동일하게 기존 합의를 실행하는 행위를 하였으며, 기존의 합의 가담자들도 양수인의 영업을 기존 합의에서 배제하는 등의 특별한 사정이 없이 종전과 마찬가지로 양수인과 함께 합의를 실행하는 행위를 계속하였다면, 양수인도 기존 합의 가담자들 사이의 '부당한 공동행위'에 가담하여 그들 사이에서 종전과 같은 '부당한 공동행위'를 유지·계속한다는 묵시적 의사의 학치가 있다고 보는 것이 타당함.

[7개 온라인음악서비스사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결)]

- 공정거래법 제19조 제1항의 합의는 명시적 합의뿐 아니라 묵시적인 합의도 포함되며 합의는 둘 이상 사업자 사이의 의사 연락이 있을 것을 본질로 하므로, 사업자 사이에 의사연결의 상호성을 인정할 만한 사정이 증명되는 경우에는 합의가 있었나고 인정할 수 있음. 원고들 입찰담당자의 위 투찰수량에 관한 대화는 이 사건 입찰에 관한 단순한 정보 교환을 넘어, 그들 사이의 의사 연락 하에 각 투찰수량을 확인하고 그 수량대로 투찰하기로

6) 상고심(대법원 2017. 6. 15. 선고 2017누53347 판결)은 심리불속행 기각함

7) 상고심(대법원 2017. 11. 23. 선고 2017누58052 판결)은 심리불속행 기각함

합의한 것임을 넉넉히 인정할 수 있으므로 이는 투찰수령에 관한 합의로서 공정거래법 제19조 제1항 제8호에 정한 합의에 해당하며, 이와 달리 위 합의가 이 사건 입찰의 연간 단가계약 방식에 관한 정보 교환에 불과하다는 원고들의 이 부분 주장은 이유 없음.

[제주지역 레미콘사업협동조합들의 관수레미콘 연간 단가계약 입찰답합에 대한 건 (서울고법 2019. 4. 25. 선고 2018누64803 판결⁸⁾]

- 원고와 수입 2사 등과의 사이에서 수입 2사가 먼저 결정한 충전소 판매가격과 같거나 거의 비슷한 가격으로 원고의 충전소 판매가격을 정하기로 하는 묵시적 합의가 있었음
- 과점시장에서 시장점유율이 높은 업체가 독자적인 판단에 따라 가격을 먼저 결정한 뒤에, 그 밖의 경쟁 사업자들이 그 가격을 추종하고 있고, 그와 같은 가격결정 관행이 상당한 기간 누적되어 사업자들이 이러한 사정을 모두 인식하고 있는 경우에, 가격 결정과 관련된 의사 연락이 증명되거나, 추가적인 여러 사정들에 비추어 그 의사 연락을 주인할 수 있다면, 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의가 있다고 인정할 수 있음.
- ① 사업자가 경쟁자들에 대하여 계속적으로 자신의 판매가격을 개별적으로 사전 통지하는 것은, 사업자가 일방적으로 가격을 결정한 후 구체적인 판매 과정을 통하여 이를 공표하였는데 다른 사업자들이 시장에서 얻어진 정보를 토대로 스스로의 판단에 의하여 그 가격을 모방하는 경우와는 다르다고 보이고, ② 5~6년이라는 장기간 동안 계절별 임여물량 변동에도 불구하고 다수의 사업자들이 LPG 판매가격이 거의 일치한 점과 원고가 위 공동행위 기간 중 계절적 비수기 등에 발생하는 임여물량을 일반 충전소 판매가격보다 저렴한 가격으로 별도로 판매한 사정도 찾아보기 어려운 점은 매우 이례적이며, ③ 수입 2사에 의하여 충전소 판매가격이 매월 통보되고 있는 상황에서, 정기적·비정기적으로 계속적으로 열린 다수의 각 모임에서 각 사업자들이 그 판매가격을 직접 논의하지 않았더라도 LPG 시장안정화, 경쟁 자체 및 고가유지 등을 논의한 것만으로도 가격담합의 효과를 충분히 거둘 수 있었다고 할 것임.

- 원고와 수입 2사 등과의 사이에서 수입 2사가 먼저 결정한 충전소 판매가격과 같거나 거의 비슷한 가격으로 원고의 충전소 판매가격을 정하기로 하는 묵시적 합의가 있었음.

[6개 LPG 판매사업자의 부당한 공동행위 건, GS칼텍스(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두4104 판결)]

※ 참고: 6개 LPG 공급회사의 부당한 공동행위에 대한 건(2012두23075, 2012두5015)

8) 상고심(대법원 2019. 9. 10. 선고 2019두41621 판결)은 심리불소행 기각함

□ 딜러사들 사이에 벤츠코리아가 제시하는 시간당 공임인상액에 따라 시간당 공임을 일률적으로 인상하는 것에 대해 적어도 묵시적으로 합의가 있었다고 봄이 상당함

- 이 사건 딜러사들은 벤츠코리아가 제시한 권장 공임사격에 상관없이 자체적으로 공임을 결정할 수 있었는데, 이 사건 딜러사별로 시간당 공임의 인상요인 즉, 서비스센터의 시설 규모, 지역적 위치, 작업자의 구성 및 기술 수준, 작업자의 임금, 임대료, 재무상태 등이 각기 다를 것임에도 불구하고 모터원을 제외한 모든 딜러사들은 벤츠코리아가 제시한 인상안을 일률적으로 받아들여 동일한 금액으로 공임을 결정하였는바, 처음부터 벤츠코리아가 제시하는 권장 공임가격에 따라 시간당 공임을 인상하기로 합의하였다고 보임.

[중앙모터스(주) 외 2의 메르세데스벤츠 딜러사들의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 28. 선고 2017누81818 판결, 고법 확정)]

□ 투찰가격에 대한 명시적인 합의가 존재하지 않더라도 입찰의 낙찰자, 들러리 참여자, 입찰에서의 경쟁요소가 되는 제안서의 내용 등에 대한 합의가 있는 경우에는 공정거래법 제19조 제1항 제8호의 위반행위 성립을 인정할 수 있음

- 원고는 지디엔에게 해당 입찰이 유찰되지 않도록 입찰에 함께 참여해 달라고 요청하면서 입찰에서 기술평가를 위한 가장 핵심적인 자료인 제안서를 대신 작성해주었고, 지디엔은 그 제안서를 그대로 발주처에 제출함.
- 원고는 투찰가격에 대한 명시적인 합의가 존재하지 않으므로 이 사건 공동행위에 대한 처분이 위법하다고 주장하나, 낙찰자와 들러리 참여자 및 입찰에서의 경쟁요소가 되는 제안서의 내용 등에 대한 합의가 있는 경우에도 공정거래법 제19조 제1항 제8호의 위반행위 성립을 인정할 수 있으므로 원고와 지디엔 사이의 투찰가격에 대한 합의가 존재하는지 여부에 상관없이 원고의 주장은 이유 없음.

[(주)희송지오텍의 지진관측장비 구매·설치공사 및 유지보수용역 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누38071 판결⁹⁾)]

9) 선고심(대법원 2018. 12. 28. 선고 2018두56244 판결)은 쉬리불속행 기각함

□ 기존 계약선사의 명시적인 존중 요청에 대하여 원고가 해당 입찰에 참가하지 않는다고 답변하였다면 그 자체로 이 사건 공동행위에 가담한 것이라고 보아야함

- 이 사건 기본합의는 기존 계약선사가 주도적으로 다른 경쟁선사에게 존중요청을 함으로써, 경쟁선사들이 입찰에 참가하지 않도록 하여 기존 계약선사가 제시하는 운임에 비하여 저가의 운임으로 투찰할 수 있는 기회 자체를 차단하거나, 입찰에 참여하는 경우라면 기존 계약선사가 경쟁선사에게 구체적인 투찰 가격을 제시하거나 반대로 경쟁선사가 자신의 조건을 역으로 제시하는 등으로 기존 계약선사 제시의 운임에 비해 고가의 운임으로 투찰하도록 하는 방식을 통하여 실행되었으므로, 기존 계약선사의 명시적인 존중 요청에 대하여 원고가 해당 입찰에 참가하지 않는다고 답변하였다면 그 자체로 이 사건 공동행위에 가담한 것이라고 보아야함.

[호그 오토라이너스 에이에스(주)의 9개 자동차 해상운송 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 13. 선고 2017누74025 판결¹⁰⁾)]

□ 원고가 컵원지·백판지 업계모임의 구성원이 아니어서 위 모임에서 이루어진 합의에는 직접 참여하지 않았다고 하더라도 유선연락이나 컵원지 업계모임 등을 통하여 이 사건 공동행위에 가담하였음이 인정됨

- 원고는 컵원지 업계모임에 참석한 사실 자체는 인정하고 있는데, 컵원지 업계모임에서 발생한 비용을 돌아가면서 결제하는 등 원고(무림에스피) 등 6개사는 컵원지 업계모임의 존재와 운영에 관한 기본적인 인식을 공유하고 있었던 것으로 보임. 모임의 성격, 논의된 내용 등에 비추어 보면 위 모임의 실체가 없었다거나 단순한 친목 및 정보교류를 위한 만남에 불과하였다고 보기는 어려움. 이와 같은 시정 등을 종합하여 보면, 원고가 컵원지·백판지 업계모임의 구성원이 아니어서 위 모임에서 이루어진 합의에는 직접 참여하지 않았다고 하더라도 유선연락이나 컵원지 업계모임 등을 통하여 이 사건 공동행위에 가담하였음이 인정됨.

[무림에스피 등 7개 컵원지 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누30069 판결, 고법 확정)]

* 참고: 7개 컵원지 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 17. 선고 2015누37886 판결¹¹⁾)

10) 상고심(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018누58516 판결)은 심리불속행 기각함

11) 상고심(대법원 2017. 3. 16. 선고 2016누63743 판결)은 심리불속행 기각함

- 일부 입찰에서 원고가 실적 미보유로 배제되었고 이익배분도 받지 못하였다면, 그 입찰은 합의의 대상에 포함되지 아니하거나 합의의 효력이 미치지 않는다고 봄이 상당함
 - 원고 등 8개 사업자는 2007. 8. 22. 향후 조달청이 발주하는 700mm 내지 1,200mm 구경의 입축펌프 구매입찰에 대하여 낙찰예정자를 사전에 결정하기로 합의하고 낙찰순번을 정한 후 이를 계속하여 실행하였는데, 2009. 1. 22. 이 사건 동대문구 입찰에서 조달청이 입찰참가자격을 1,200mm 입축펌프 납품실적을 보유한 사업자로 제한함에 따라 위 실적을 보유하지 아니한 원고가 위 입찰에서 제외되었고 이익배분도 받지 못하였는바, 비록 위와 같이 원고 등 8개 사업자가 2007. 8. 22. 향후 조달청이 발주하는 700mm 내지 1,200mm 구경의 입축펌프 구매입찰에 대하여 낙찰예정자를 사전에 결정하기로 합의하고 낙찰순번을 정하였고, 앞서 거시한 증거에 의하여 인정되는 바와 같이 원고가 2009. 1. 22. 이후에도 이 사건 제1 공동행위에서 탈퇴한 바는 없다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 발주 대상 펌프 구경과 관련하여 제작·납품실적이 있는 업체들로 참가자격이 제한되는 제한종합 낙찰제 방식에 따라 발주되는 입축펌프 입찰 가운데 이 사건 동대문구 입찰에서 원고가 실적 미보유로 배제되었을 뿐만 아니라, 이 사건 제1 공동행위의 내용이 각 입찰 건마다 입찰조건에서 요구되는 특정 구경 납품실적이 있는 업체들을 합의에 참여하도록 하는 것인 이상, 이 사건 동대문구 입찰은 2007. 8. 22.자 합의의 대상에 포함되지 아니하거나 위 합의의 효력이 미치지 않는다고 봄이 상당함.
- [동해엔지니어링의 조달청 발주 입축·수중펌프구매 입찰관련 사업자 부당공동행위 건(서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누2197 판결¹²⁾)]
- 원고가 조합의 구성원으로 가입하여 조합의 내부에서 정한 배분기준에 따라 낙찰물량을 배분받기로 한 이상 입찰담합에 대한 인식이나 고의가 없었다 하여 법 19조 1항 8호의 부당한 공동행위가 성립하지 않는 것은 아님
 - 원고 등 사업자들이 물량배분을 쉽게 하려고 전력량계조합을 설립하고 조합체의 이름으로 입찰에 참여하기로 합의하면서 경쟁 입찰의 형태를 유지하기 위하여 2개의 조합을 설립하면서 조합체의 구성원 사이에 배분물량이 비슷하게 유지하려고 원고 등 사업자가 2개 조합체의 구성원으로 나누어 가입한 사실, 그리고 원고도 2010년부터 형식승인을 받아 추가로 입찰에 참여할 수 있게 되면서 다른 신규 사업자들과 함께 개별적으로 입찰에 참여하지 않고, 조합체의 이름으로 입찰에 참여하기로 하고 내부적으로 물량을 배분받기로 하면서 조합의 구성원으로 가입한 사실에 비추어 원고는 제1, 2조합이 참여하는 입찰

12) 상고심(대법원 2016. 2. 3. 선고 2015두54117 판결)은 심리불속행 기각함

절차에서 내부적으로 물량배분과 입찰단가에 관하여 서로 의사의 연락이 있었다고 추인할 수 있으므로 적어도 비록 원고의 주장과 같이 대한전선이나 엘에스산전이 함께 단합에 참여한다는 인식이 없었다고 하더라도 원고 등 사업자의 이러한 의사의 연락은 범 19조 1항 8호에 정해진 부당한 공동행위에 해당하는 합의가 성립하였다고 보아야 함.

[와이피피의 한전발주 기계식 전력량계 구매입찰 관련 부당 공동행위 건(서울고법 2015. 8. 28. 선고 2014누70626 판결, 고법 확정)]

□ 온라인 음악서비스 사업자의 지위를 겸하고 있는 4개사와 달리 원고는 음원사업자의 지위만을 가지고 있어 줄곧 음원 공급에 반대하는 태도를 견지해 왔다면 의사의 일치가 있었다고 보기는 어려움

- 이 사건 합의를 주도한 주요 4개사가 음원사업자와 온라인 음악서비스 사업자의 지위를 겸하고 있는 것과 달리 원고는 음원사업자의 지위만을 가지고 있어 반드시 공동의 이해관계를 가졌다고 할 수 없어 이 사건 합의에 가담할 유인도 동일하다고 할 것만은 아니며, 원고는 협의회 회원사로서 회의에 참석하여 의견을 개진하기는 하였으나, 한국에서 논-디알엠 상품에 음원을 공급할 경우 전세계 시장에서의 원고의 음원 유통에 혼란이 발생할 우려 및 음원 가치 하락 등을 이유로 줄곧 논-디알엠 상품에 대한 음원 공급에 반대하는 태도를 견지하여 온 접에 비추어 이 사건 합의가 원고의 기존의 입장과 부합한다고는 볼 수 없는 측면이 있음.
- 더구나 원고는 피고가 이 사건 합의가 이루어진 시점으로 판단한 주요 4개사 합의 직후에 있었던 협의회 회의에 불참하였을 뿐 아니라 그 후 개최된 협의회 회의에서 다른 음원 사업자들이 원고도 이 사건 합의에 가담하였는지 여부 등에 관하여 의문을 제기하기까지 하였고, 이에 원고의 신임 대표이사가 모든 의사결정은 영국 본사의 승인이 필요하다는 취지로 대답하였으며, 이후 원고도 다른 음원사업자와 마찬가지로 곡수 등을 제한한 논-니암엠 상품에 대하여 음원공급계약을 체결하였지만, 이는 당시의 시장 상황 등을 고려하여 본사와의 협의 끝에 이루어진 경영 판단에 의한 것이라고 볼 여지도 충분함.
- 위와 같은 제반 사정에 비추어 보면, 비록 원고가 이 사건 합의의 내용을 알고 있었고 이를 수용할 필요도 있었으며, 결국 곡수 등을 제한한 논-디알엠 상품에 대해서만 음원공급 계약을 체결하였다고 하더라도, 원고와 다른 음원사업자들 사이에 그와 같은 내용의 음원 공급에 관하여 묵시적이나마 의사의 일치가 있었다는 점이 증명되었다고 보기는 어렵다 할 것임.

[13개 음원유통사업자의 부당한 공동행위 건, 유니버설 뮤직(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17421 판결)]

- ※ 참고: SM엔터테인먼트 건(2012두20212), 워너뮤직코리아 건(2012두18844)
- ※ 비교: 소니뮤직엔터테인먼트코리아 건(2012두19298), 케이티뮤직 건(2012두20229), 로엔엔터테인먼트 건(2012두18479), 네오위즈 인터넷 건(2013두18851)

- 원고 본조합이 적격조합 자격을 상실한 이후 다시 지위를 취득한 바 없고, 3개 조합을 설립하여 해당 3개 조합이 이 사건 입찰에 참여하였을 뿐 원고 본조합이 이 사건 입찰에 실제로 투찰하지 않았다고 하더라도, 실질적으로 이 사건 공동행위를 주도하면서 참여한 원고 본조합을 이 사건 공동행위의 당사자라고 보는 것은 타당함
- 사업자가 특정 개별입찰에 관한 입찰담합으로 나아갔는지 여부는 그 개별입찰에 관하여 낙찰자, 투찰가격, 낙찰가격, 그 밖에 입찰의 경쟁 요소가 되는 사항을 미리 정하는 합의에 참여하였는지 여부에 따라 판단하여야 함. 이 경우 만일 사업자가 특정 개별입찰에서 경쟁입찰의 외형을 가장하고자 형식적인 응찰을 한 사실이 인정된다면 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 담합에 참여한 것으로 볼 수 있음. 그러나 위와 같은 형식적인 응찰을 하지 않았다고 하여 그러한 사정만으로 담합에 참여하지 않은 것으로 볼 수는 없음. 공정거래법상 부당한 공동행위는 합의로써 성립하고 구체적인 실행행위를 요하는 것이 아니며, 입찰담합은 응찰하지 아니하는 방법으로도 가담할 수 있기 때문임.
- ① 원고 본조합은 원고 3개 조합을 설립하고 3개 조합의 인사·예산·주요 사업 업무 등을 관리하였으며, 이 사건 입찰의 합의 과정에서 합의 장소를 제공하고 이 사건 공동행위를 주도하였던 점, ② 원고 본조합은 원고 3개 조합이 모두 자신의 구성원들이기 때문에 원고 3개 조합과 공동의 이해관계를 가질 수밖에 없었으며, 조합 간 경쟁을 막음으로써 가격경쟁으로 발생할 수 있는 손실을 최소화시켜주고 안정적으로 물량을 배분해줄 필요가 있었던 점, ③ 실제로 원고 본조합은 원고 3개 조합으로부터 이 사건 입찰과 관련하여 0.13%의 알선수수료를 수취하였던 점 등을 위 법리에 비추어 보면 원고 본조합이 이 사건 입찰에 실제로 투찰하지 않았다고 하더라도 원고 본조합은 이 사건 공동행위의 당사자라고 할 것임.
- 나아가 원고 본조합은 2015. 12. 2경 피고로부터 현장조사를 받고 2016. 10. 20. 원고 3개 조합을 설립하였는데, 원고 본조합은 입찰담합을 이유로 처분을 받아 향후 입찰 참가 자격이 제한될 경우에 대처하기 위하여 새로이 원고 3개 조합을 설립하였다고 보임. 결국 원고 본조합은 원고 3개 조합의 설립부터, 이 사건 입찰에서의 낙찰예정자, 투찰수량 및

투찰가격 등의 합의까지 실질적으로 이 사건 공동행위를 주도하면서 참여하였다고 봄이 타당함. 따라서 원고 3개 조합의 계약금액을 원고 본조합의 관련배출액으로 산정함에 위법이 있다고 할 수 없고, 원고 본조합이 적격조합 자격을 상실하여 이 사건 입찰에 직접 응찰할 자격이 없었다는 사정만으로 달리 볼 수는 없음.

[대전지방조달청 발주 2017·2018년도 대전·세종·충남지역 아스콘 연간단기계약 입찰 관련 4개 조합의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 9. 1. 선고 2021누77052 판결), 고법 확정]

- 외국계은행과 외국계은행 서울지점은 별개의 독립된 사업자이고, 외국계은행 서울지점이 이 사건 공동행위를 한 자에 해당된다고 하더라도 외국계은행은 국내 영업소를 통해 이 사건 공동행위에 가담하였다고 할 것임

- 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 공동행위에 가담한 원고 제이피모간체이스은행 서울지점은 미국에 본점을 둔 외국법인인 원고 제이피모간체이스은행이 대한민국에서 영업을 하기 위해 상법 제614조, 은행법 제59조에 따라 설치한 외국법인의 국내지점인 점, ② 법인의 지점은 법인격이 없는 것으로서 소송에 있어 당사자능력이 없는 것인바(대법원 1982. 10. 12. 선고 80누495 판결 참조) 원고 제이피모간체이스은행 서울지점은 별개의 법인격을 가지는 사업자가 아닌 점 등에 비추어 보면, 이 사건 통화스왑거래는 원고 제이피모간체이스은행이 국내 영업소인 원고 제이피모간체이스은행 서울지점을 통해 포스코와 체결한 것으로 볼 수 있음. 그렇다면 이 사건 통화스왑거래의 당사자는 원고 제이피모간체이스은행과 포스코이므로, 원고 제이피모간체이스은행은 국내 영업소를 통해 이 사건 통화스왑거래를 하는 과정에서 이 사건 공동행위에 가담하였다고 할 것임.

[(주)포스코 발주 통화스왑거래 입찰 관련 3개 외국계은행의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 12. 9. 선고 2019누40101 판결¹³⁾)]

- 후발업체들이 선발업체의 가격을 모방, 추종한 경우라고 하더라도 그것이 후발업체들 사이의 명시적, 묵시적 합의 또는 양해에 따른 결과인 경우에는 이를 상호 간의 공동행위가 문제될 수 있음

- 후발업체들이 선발업체의 가격을 모방, 추종한 경우라고 하더라도 그것이 후발업체들 사이의 명시적, 묵시적 합의 또는 양해에 따른 결과인 경우에는 이를 상호 간의 공동행위가 문제될 수 있음(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결 취지 참조). 그런데 앞서 본

13) 상고심(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021두63136 판결)은 심리불속행 기각함

것처럼 원고를 비롯한 초고강도 파일 제조사들 사이에 이 사건 공동행위가 성립하고, 파일의 규격이 다르더라도 원재료가 동일하여 일반구경 파일의 단가가 올라가면 초고강도 파일의 단가도 같이 올라가는 등 가격이 서로 연동되기 때문에 이에 관하여 따로 논의할 필요가 없었던 점 등을 고려하면, 초고강도 파일 가격 역시 위 제조사들 간 병시적, 둑시적 합의 또는 양해에 따른 결과에 해당한다고 볼이 타당할 따라서 초고강도 파일 제조사들이 설령 삼표이엔씨가 정한 가격을 모방, 추종하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 초고강도 파일이 이 사건 공동행위의 관련 상품에 포함되지 않는다고 보기 어려움.

[24개 원심력콘크리트(PHC)파일 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누60610 판결, 고법 확정)]

※ 참고 : 모나리자 등 4사의 화장지 공장도가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결)

(2) 비진의 의사표시에 의한 합의

- 자신은 합의를 이행할 의사가 없으나, 적어도 관련 상대방을 끌어두기 위한 방편으로 계약을 체결할 적극적인 의사가 있었고, 그 경우에는 경쟁제한성이 인정되므로 부당 공동행위가 인정되나, 계약을 체결할 의사가 없이 단순히 외관만을 작출하겠다는 의사로 보이는 경우에는 부당공동행위로 볼 수 없음
- 비진의 의사표시의 사업자에게 부당한 공동행위를 인정한 것은 자신은 합의를 이행할 의사가 없으나, 적어도 관련된 상대방을 끌어두기 위한 방편으로 계약을 체결할 적극적인 의사가 있었고, 그 경우에는 경쟁제한성이 인정되므로 부당한 공동행위가 인정되나, 이 사건에 있어 원고들은 이 사건 공동행위 관여 직원을 비롯한 전체 직원들에게 자진신고 사실을 고지하지 못하는 관계로 담당자인 베라왕이 관성적으로 다자회의에 참석하는 것을 방지하는 수준으로서, 그와 같은 과정에서의 합의는 계약을 체결한 의사가 없이 단순히 외관만을 작출하겠다는 의사로 보인다 할 것이므로, 이를 경쟁제한성이 인정되는 부당한 공동행위로 볼 수 없음.
 - 피고는, 원고들이 미국 DOJ의 협조 요청을 잘못 이해하여 자진신고 이후 진의 아닌 의사로 공동행위에 참여하였다 하더라도, 어느 한 쪽의 사업자가 당초부터 합의에 따를 의사도 없이 진의 아닌 의사표시에 의하여 합의한 경우, 다른 쪽 사업자는 당해 사업자가 합의에 따를 것으로 신뢰하고 당해 사업자는 다른 사업자가 합의를 위와 같이 신뢰하고 행동할 것이라는 점을 이용함으로써 경쟁을 제한하는 행위가 되는 것은 바찬가지이므로

공정거래법 제19조 제1항 소정의 부당한 공동행위가 성립된다는 대법원 1999. 2. 23. 선고 98두15849 판결을 들어 원고들에게 자진신고 이후의 행위에 대하여도 부당한 공동행위가 성립한다고 주장함.

[엘지디스플레이와 2사업자의 TFT-LCD 패널가격 및 생산량·공급량 공동행위의 건(서울고법 2014. 2. 13. 선고 2011누46417 판결¹⁴⁾)]

□ 어느 한쪽 사업자가 진의 아닌 의사표시에 의하여 합의한 경우에도 다른 쪽 사업자가 이를 신뢰하고 당해 사업자는 이를 이용함으로써 경쟁 제한 행위가 되는 것은 마찬가지임

- 어느 한쪽의 사업자가 당초부터 합의에 땄을 의사도 없이 진의 아닌 의사표시에 의하여 합의한 경우라고 하더라도 다른 쪽 사업자는 당해 사업자가 합의에 땄을 것으로 신뢰하고 당해 사업자는 다른 사업자가 합의를 위와 같이 신뢰하고 행동할 것이라는 점을 이용 함으로써 경쟁을 제한하는 행위가 되는 것은 마찬가지이므로 법 제19조 제1항의 부당한 공동행위 성립에 방해가 되지 않음.

[정부종합청사 신관 신축공사관련 17개 건설사의 부당한 공동행위 건(대법원 1999. 2. 23. 선고 98두15849 판결)]

* 같은 취지 : 영주다목적댐 건설공사 입찰담합 건 중 삼성물산 건(서울고법 2014. 5. 14. 선고 2013누11132 판결)

(3) 기존 합의의 실행에 대한 묵시적인 동의

□ (신)클라크는 (구)클라크의 지게차 제조 판매업을 그대로 인수하여 영업을 계속하면서 기존 입찰합의의 실행을 묵시적으로 동의하였다고 보이고, 이와 같은 입찰합의는 구법 제19조 제1항 제1호에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 경우에 해당함

- (구)클라크, 현대중공업, 두산인프라코어가 1998. 10. 1. 경 및 2000. 3. 7. 경 정부기관이 발주하는 지게차의 구매입찰과 관련하여 낙찰가격과 물량배분 등에 대하여 합의한 사실(이하 '이 사건 입찰합의'). (신)클라크는 2003. 5. 1. (구)클라크의 지게차 제조 판매업을 자산부채양수 방식으로 인수한 이후 2004년 11월경까지 정부기관이 발주하는 지게차의 구매입찰에서 이 사건 입찰합의에 따라 낙찰 받은 사실, 이 사건 입찰합의 당시 (구)클라크를 대표하여 합의에 참가하였던 권○○이사가 위 인수 이후에도 계속하여 (신)클라크의 직원으로 근무하면서 (구)클라크에서의 업무와 동일한 업무를 담당하고

14) 상고심(대법원 2014. 6. 27. 선고 2014두5521 판결)은 심리불속행 기각함

있는 사실 등 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, (신)클라크는 (구)클리크의 지게차 제조 판매업을 그대로 인수하여 영업을 계속하면서 위 권역부 등을 통하여 2003. 5. 1. 이후 정부기관이 발주하는 지게차의 구매입찰 공고시 위 회사들이 사전 작업할 물량을 서로 인정하여 들려리를 서 주는 형태로 이 사건 입찰합의의 실행을 목시적으로 동의하였다고 보이고, 이와 같은 (신)클라크의 정부기관 입찰합의는 구법 제19조 제1항 제1호에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 경우에 해당함.

[클라크머터리얼핸들링아시아 등 3개사의 지게차 입찰담합 건(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두2852 판결)]

- 원고 한신정평가는 한기평·한신평의 암묵적 동의를 얻어 원고 한신정의 2004년 11월 담합을 이어받아 법 위반행위에 가담할 의사로 원고 한신정의 신용평가수수료 체계를 채용하였다고 보임
- 다음과 같은 사정을 고려하면, 원고 한신정평가는 원고 한신정의 신용평가수수료 체계를 독자적인 판단으로 채용한 것이 아니라, 원고 한신정이 한기평·한신평과 담합함으로써 법 위반행위를 한 사실을 알면서도 한기평·한신평의 암묵적 동의를 얻어 원고 한신정의 2004년 11월 담합을 이어받아 법 위반행위에 가담할 의사로 원고 한신정의 신용평가수수료 체계를 채용하였다고 보임. 원고 한신정평가는 원고 한신정의 신용평가사업 부문이 2007. 11. 1. 물적 분할의 방식으로 분리되어 나와서 설립되었고, 설립등기일인 2007. 11. 7.부터 원고 한신정이 2002. 11. 담합과 2004. 11. 담합에 터잡아 구축하여 물적 분할 전날인 2007. 10. 31.까지 적용한 회사채, 기업이음 및 ABS 평가수수료 체계를 그대로 채용하였음. 원고 한신정평가는 위 물적분할 당시의 원고 한신정의 대표이사 등 임직원 대부분은 그대로 승계하였으나, 다만 담합 관련 자료를 대부분 이전받음으로써 원고 한신정이 행한 담합 등의 내용을 상세하게 인지하고 있었음. 나머지 담합 당시자인 한기평·한신평은 원고 한신정평가가 새로이 설립되는데도 2002년 11월과 2004년 11월 각 담합의 내용을 수정하거나 원고 한신정평가와의 새로운 담합을 위한 조치를 취하지 않고, 오히려 원고 한신정평가와 연락체계를 갖추면서 2004년 11월 담합을 토대로 구축된 평가수수료 체계를 그대로 유지하였음. 결국 원고 한신정평가가 2004년 11월 담합에 가담한 이상 원고 한신정평가의 설립등기일인 2007. 11월부터의 매출액도 관련매출액에 포함되어야 함.

[한국신용정보 등 4개 신용평가사의 가격공동결정행위 건(서울고법 2011. 5. 25. 선고 2010누13083 판결, 고법 확정)]

- ‘부당한 공동행위’가 이루어지고 있는 영업을 양수한 사업자가, 기존의 합의 사실을 알고 이를 받아들여 종전과 마찬가지로 함께 합의를 실행하여 왔다면 양수인에 대하여도 부당한 공동행위가 성립됨
- ‘부당한 공동행위’가 이루어지고 있는 영업을 양수한 사업자가 기존의 합의 사실을 알면서도 이를 받아들여 양도인과 동일하게 기존 합의를 실행하는 행위를 하였으며, 기존의 합의 가담자들도 양수인의 영업을 기존 합의에서 배제하는 등의 특별한 사정이 없이 종전과 마찬가지로 양수인과 함께 합의를 실행하는 행위를 계속하였다면, 양수인도 기존 합의 가담자들 사이의 ‘부당한 공동행위’에 가담하여 그들 사이에서 종전과 같은 ‘부당한 공동행위’를 유지·계속한다는 묵시적 의사의 합치가 있다고 봄이 타당함.
- 원고 에스케이텔레콤 주식회사로부터 온라인 음악서비스 사업을 양수한 원고 주식회사 로엔엔터테인먼트는 영업양수 전에 이미 2008. 5. 28. 이루어진 이 사건 합의에 참석하여 이 사건 합의를 알고 있었고, 이 사건 영업양수에 관한 주주총회 결의가 이루어진 후에 개최된 이 사건 합의와 관련된 가격 협의 회의에 참가한 사실 등에 비추어 원고 주식회사 로엔엔터테인먼트는 영업양수 후인 2009. 1. 1.부터 이 사건 합의에 따른 공동행위에 대하여 부당한 공동행위가 성립됨.

[6개 온라인음악서비스사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결)]

* 참고 : 네오위즈 인터넷 건(2012두19557), 케이티 건(2012두18523), 케이티뮤직 건(2012두18769)

- 영업 양수와 관련된 법리는 ‘부당한 공동행위’가 이루어지고 있는 사업부문을 분할하여 회사를 설립하는 경우 그 설립된 회사에도 동일하게 적용됨

- ‘부당한 공동행위’가 이루어지고 있는 영업을 양수한 사업자가 기존의 합의 사실을 알면서도 이를 받아들여 양도인과 동일하게 기존 합의를 실행하는 행위를 하였으며, 기존의 합의 가담자들도 양수인의 영업을 기존 합의에서 배제하는 등의 특별한 사정이 없이 종전과 마찬가지로 양수인과 함께 합의를 실행하는 행위를 계속하였다면, 양수인도 기존 합의 가담자들 사이의 ‘부당한 공동행위’에 가담하여 그들 사이에서 종전과 같은 ‘부당한 공동행위’를 유지·계속한다는 묵시적 의사의 합치가 있다고 봄이 타당하고(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결 등 참조), 위와 같은 법리는 ‘부당한 공동행위’가 이루어지고 있는 사업부문을 분할하여 회사를 설립하는 경우 그 설립된 회사에도 동일하게 적용됨.

- 분할 전 주식회사 엘지화학(이하 'LG화학')의 벽지·창호·마루 사업 등 산업재 사업부문이 물적·인적 부분에서 별다른 변화 없이 분할되어 원고가 설립된 사실, LG화학의 벽지담당자이던 ○○○ 부장과 □□□ 부장이 분할 후에도 각 원고의 벽지담당자와 마케팅 담당 수석으로 계속 근무한 사실, 원고가 LG화학으로부터 이 사건 공동행위에 따른 가격 인상 관련 자료를 넘겨받은 사실, 원고가 2009. 7. 말까지 이 사건 공동행위에 따른 도자기와 특판가를 그대로 유지한 사실, 이 사건 공동행위에 가담한 다른 일부 벽지 사업자들이 2009. 6. 24. 이후 원고에게 합의파기를 통지한 사실 등에 비추어 원고는 이 사건 공동행위에 적어도 묵시적으로 가담함.

[12개 벽지 제조·판매사들의 부당한 공동행위 건, 엘지하우시스(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두21246 판결)]

(4) 수직적 합의에 의한 공동행위

- 엘지엔시스가 화인 등 3개사와 수평적 경쟁관계에 있지 않고 수직적 관계에 있다고 하더라도 그들과 공동으로 한 이 사건 합의는 공정거래법 제19조 제1항 전단의 부당한 공동행위에 해당함
- 원고는 경쟁자를 배제하고 독점공급 내지 안정적 매출을 꾀하며 그 과정에서의 최대한의 이윤확보를 목적으로 낙찰자나 투찰가격을 정한 이 사건 합의에 참여할 경제적 유인이 충분히 존재하고, 원고는 이 사건 입찰에서 대기업의 입찰참여가 제한되자 원고의 경쟁자의 협력업체가 낙찰받게 되면 이 사건 입찰의 구성물품을 독점공급 할 수 없게 될 것을 우려하였으므로, 원고가 화인 등 3개사의 이 사건 합의가 성사되도록 합의의 장소를 제공하는 등 적극적으로 지원하여 이 사건 합의가 공고하게 유지될 수 있었다고 볼이 상당함.

[부산지역 온나라시스템 4개 업체 입찰담합 건(서울고법 2015. 1. 30. 선고 2014누3983¹⁵⁾, 2014누43204¹⁶⁾, 2014누1521¹⁷⁾, 2015. 4. 23. 선고 2014누3886 판결¹⁸⁾]

15) 상고심(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두38146 판결)은 심리불속행 기각함

16) 상고심(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두38160 판결)은 심리불속행 기각함

17) 상고심(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두38955 판결)은 심리불속행 기각함

18) 상고심(대법원 2015. 8. 15. 선고 2015두41807 판결)은 심리불속행 기각함

□ 공정거래법상 부당한 공동행위가 성립하기 위해 반드시 공동행위 참여자들 사이에 수평적 경쟁관계가 있어야 한다고 볼 수는 없음

- 공정거래법 제19조 제1항 본문 전단은 사업자가 '다른 사업자'와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 합의하여서는 아니 된다고 규정할 뿐, 그들 사이에 수평적 경쟁관계가 있을 것을 요건으로 하지 않고 있으며, 또한 수평적 경쟁관계에 있지 않은 사업자들의 공동행위라 할지라도 그것이 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있다면 규제의 필요성이 인정되는바, 공정거래법상 부당한 공동행위가 성립하기 위해 반드시 공동행위 참여자들 사이에 수평적 경쟁관계가 있어야 한다고 볼 수는 없음.

[글락소스미스클라인 및 동아제약의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 10. 11. 선고 2012누3028 판결¹⁹⁾)]

□ 수평적 경쟁관계에 있지 아니한 사업자도 수평적 경쟁관계에 있는 다른 사업자들과 공동하여 부당한 공동행위를 할 수 있음

- 공정거래법 제19조 제1항은 '사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다. 1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위(이하 생략)'라고 규정하고 있고, 위 규정 중 '다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위'는 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위를 의미한다고 할 것인바(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556 판결 참조). 이러한 규정의 취지에 비추어 보면, 수평적 경쟁관계에 있지 아니한 사업자도 수평적 경쟁관계에 있는 다른 사업자들과 공동하여 공정거래법 제19조 제1항 소정의 부당한 공동행위를 할 수 있다 할 것임. 이러한 법리에 따르면, 영화배급업자인 원고도 수직적 관계에 있는 영화상영업자와 공동하여 공정거래법 제19조 제1항 소정의 '부당한 공동행위'를 할 수 있다고 할 것임.

[7개 영화배급·상영업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 10. 7. 선고 2009누2483 판결²⁰⁾)]

19) 상고심(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두27794 판결)은 이 부분에 대하여 구체적으로 다시 판단하지는 않음

20) 상고심(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두19700 판결)은 심리불속행 기각함

(5) 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 하는 행위

- 제19조 제1항 후단의 ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위’는 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위를 의미하고 다른 사업자의 부당한 공동행위를 단순히 방조하는 행위는 포함되지 않음
- 제19조 제1항 후단으로 ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하여서는 아니된다’라는 규정을 산설하였는바, 위 법률조항의 입법취지 및 개정경위, 관련 법률조항의 체계, 이 조항이 시정명령과 과징금 납부명령 등 침이적 행정행위의 근거가 되므로 가능한 한 이를 엄격하게 해석할 필요가 있는 점 등에 비추어 보면, 위 제19조 제1항 후단의 ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위’는 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위를 의미하고, 다른 사업자의 부당한 공동행위를 단순히 방조하는 행위는 여기에 포함되지 않는다고 할 것임.

[주파수공용통신장치 구매입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556 판결)]

- 이 사건 딜러사들은 원고에게 지속적으로 공임 인상을 요구하여 왔고, 2009년에도 공임 인상 요구를 한 후 공임 인상 방법, 시기, 인상 폭 등에 관하여 원고와 협상을 한 것으로 판단될 뿐 원고가 일방적으로 제시하는 권장 공임에 따라 공임을 인상하였다고 보기는 어려운 점, 공임 인상에 관해 원고와 이 사건 딜러사들의 이해가 상충되는 등 원고에게 이 사건 딜러사들로 하여금 공임을 인상하도록 교사하거나 이에 준하는 행위를 할 정도의 경제적인 유인이 있었다고 보기 어려우므로 원고의 이 사건 행위는 딜러사들로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 ‘교사한 행위 또는 이에 준하는 행위’에 해당되지 않음.

[8개 네르세데스벤츠 승용차 딜러사들의 부당한 공동행위 및 메르세데스벤츠코리아의 부당한 공동행위를 하게 한 행위에 대한 건(메르세데스벤츠, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두59670 판결)]

- ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위’의 대상이 되는 ‘다른 사업자’는 당해 부당한 공동행위에 참여하는 사업자라면 충분하고 그 공동행위에 참여하는 모든 사업자이어야 하는 것은 아님
- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 한다) 제19조 제1항 후단의 ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위’는 다른 사업자로 하여금

부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위를 의미한다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556 판결 참조). 여기서 그러한 행위의 대상이 되는 '다른 사업자'는 당해 부당한 공동행위에 참여하는 사업자이면 충분하고 그 공동행위에 참여하는 모든 사업자이어야 하는 것은 아님.

- 원고의 제안은 한리산업개발 주식회사로 하여금 테크노폴리스 공사 입찰에 주식회사 서한의 들리리로 참여하기로 결의할 정도에 이르게 할 만한 구체적인 교사행위라고 볼 수 있음.

[화성산업의 성서 및 달성2차 폐수종말처리장 설치공사 입찰 담합 건(대법원 2017. 9. 12. 선고 2016두55551 판결)]

다) 실행행위 관련

- 부당한 공동행위는 합의함으로써 성립하고, 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것은 아님

- 법 제19조 제1항에 의한 부당한 공동행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 법 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의함으로써 성립하고, 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것은 아님.

[포스틸 등 4개 강판제조업체의 운송비 공동결정행위 건(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결)]

* 참고: 99누6110 판결, 99누6103 판결, 99누6349 판결, 2001누7482 판결, 2001누7505 판결, 2001누7499 판결, 2000두6510 판결, 2000두6503 판결, 2000두7872 판결

- 공정거래법상 부당한 공동행위는 합의로써 성립하고 구체적인 실행행위를 요하는 것이 아니며, 입찰담합은 응찰하지 아니하는 방법으로도 가담할 수 있음

- 사업자가 특정 개별입찰에 관한 입찰담합으로 나아갔는지 여부는 그 개별입찰에 관하여 낙찰자, 투찰가격, 낙찰가격, 그 밖에 입찰의 경쟁 요소가 되는 사항을 미리 정하는 합의에 참여하였는지 여부에 따라 판단하여야 함. 이 경우 만일 사업자가 특정 개별 입찰에서 경쟁입찰의 외형을 가장하고자 형식적인 응찰을 한 사실이 인정된다면 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 담합에 참여한 것으로 볼 수 있음. 그러나 위와 같은 형식적인 응찰을

하지 않았다고 하여 그러한 사정만으로 담합에 참여하지 않은 것으로 볼 수는 없음. 공정거래법상 부당한 공동행위는 합의로써 성립하고 구체적인 실행행위를 요하는 것이 아니며, 입찰담합은 응찰하지 아니하는 방법으로도 가담할 수 있기 때문인(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019두37233 판결 참조).

[제5378부대 발주 액화석유가스(LPG) 구매입찰 관련 8개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 8. 12. 선고 2020누61531 판결, 파기환송심 확정)]

□ 합의에 따른 실행행위가 합의시점으로부터 3개월 내지 1년 3개월 정도에 걸쳐 있었다고 하여 이 사건 공동행위의 인정에 방해가 되지 아니함

- 원고 등 대부분 은행의 매입수수료 시행(실행행위) 시기가 2002. 7. 22.부터 2002. 11. 4. 까지로 이 사건 합의일(2002. 4.) 후 단기간에 걸쳐 있는 점, 국민은행은 주택은행과 전산을 통합하는 문제로 그 시행이 지연되고 있었고, 중소기업은행은 국책은행이라는 사정과 중소기업의 부담경감 차원에서 시행을 미루고 있었던 점 등에 비추어, 그 실행시기가 합의시점으로부터 3개월 내지 1년 3개월 정도에 걸쳐 있었다고 하여 이 사건 공동행위의 인정에 방해가 되지 아니함. 동일한 이유로 원고 중소기업은행의 경우 '한편 넣기'를 시행한 후 8개월이 지난 시점에서 매입수수료를 신설하였다는 사정만으로 원고가 독자적인 판단에 따라 매입수수료를 신설하였다고 볼 수 없음.

[5개 은행의 수출환어음 매입수수료 관련 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두7912 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4852 판결 등)]

□ 부당한 공동행위는 공정거래법 제19조 제1항 각 호에 해당하는 행위를 할 것을 합의함으로써 성립하는 것이어서 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요 하는 것이 아님

- 일반적으로 가격담합의 경우, 수회의 합의 중에 일시적으로 사업자들의 가격인하 등의 조치가 있더라도 사업자들의 명시적인 담합파기 의사표시가 있었음이 인정되지 않는 이상 합의가 파기되거나 단절되었다고 보기 어려움. 서울전선은 위 입찰에 관한 공동행위에 참여하였을 뿐만 아니라 위 입찰 이후에도 이 사건 공동행위에 참여하였는바, 서울전선이 위 입찰에서 합의와 다른 가격으로 투찰하였다 하여 이 사건 공동행위가 종료되었다고 볼 수도 없음.

[대원전선(주)의 현대건설(주) 등 3개사 발주 케이블 구매입찰 담합 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2019. 1. 18. 선고 2018누38842 판결)]

- 임대입찰 시장에서의 낙찰자의 결정 및 임대입찰 참가자의 수와 임대입찰 가격을 제한하는 방법으로 부당하게 경쟁을 제한하는 합의를 하면 부당한 공동행위가 성립하였다고 할 것이고, 원고가 당초 위 합의를 이행할 의사로 합의를 하였는지, 또 이행하였는지 여부는 그 성립에 영향이 없음
- 원고 대한벤딩은 회성양행 및 세익과 사이에 이 사건 임대입찰 시장에서의 낙찰자의 결정 및 임대입찰 참가자의 수와 임대입찰 가격을 제한하는 방법으로 부당하게 경쟁을 제한하는 합의를 하였다고 할 것이므로, 이로써 법 제19조 제1항 제1호 소정의 부당한 공동행위가 성립하였다고 할 것이고, 원고 대한벤딩이 당초부터 위 합의를 이행할 의사로 합의를 하였는지, 또 위 합의를 이행하였는지 여부는 그 성립에 영향이 없다고 할 것이므로, 비록 원고 대한벤딩이 내심으로는 회성양행 및 세익을 속이고 이 사건 자동킬라사진기 임대입찰에 원고 벤탈로 하여금 높은 금액에 입찰하도록 할 의사를 가졌고 그 후 합의와 달리 실제로 높은 금액에 입찰하여 낙찰을 받았다고 하더라도, 이러한 사정은 부당한 공동행위의 성립에 방해가 되지 아니한다고 할 것임.

[대한벤딩 외 1의 입찰담합행위 건(서울고법 2006. 9. 14. 선고 2005누25587 판결, 고법 확정)]

- RCI코리아 품의서에서 HSBC가 실제 투찰하였는지가 확인되지 않는 등 HSBC의 투찰여부를 단정할 수는 없으나, 부당한 공동행위는 합의로써 성립되는 것이고 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하지 않으므로 HSBC가 이 사건 입찰에 투찰하지 않았다고 하더라도 원고와 HSBC가 이 사건 공동행위를 하였다는 인정을 뒤집기는 어려움
- HSBC 한창용은 원고 유영진에게 HSBC가 원고보다 높은 가격으로 투찰하겠다고 제안하고, 원고는 이를 수용하여 원고의 투찰가격을 HSBC에 제공하는 등 원고와 HSBC는 'HSBC가 원고보다 높은 원화금리를 제시하는 방법으로 투찰가격과 들려리 사업자를 정하는 내용'의 합의를 하였다고 인정할 수 있음.
- HSBC는 이 사건 입찰에 관한 합의 당시 투찰할 의사가 있었음이 분명히 확인되고, 나아가 HSBC는 이 사건 공동행위에 따를 경우 원고보다 고가로 투찰함으로써 입찰에서 탈락할 것이 예정되어 있었는데, 이러한 효과는 이 사건 입찰에 투찰하지 않는 방법으로도 동일하게 달성할 수 있는 것이므로, HSBC가 투찰하지 않은 것이 이 사건 공동행위와 양립하기 어려운 정황이라고 보이지도 않음.

[RCI파이낸셜서비스코리아(주) 발주 통화스왑 입찰 관련 2개 외국계 은행의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 5. 13. 선고 2020누40336 판결, 고법 확정)]

- 비록 일정 기간 매매를 위탁하여 직접 판매를 담당하지 않았더라도 담합에 자속적으로 참여한 것으로 볼 수 있는 여러 사정들을 고려하면 판매위탁자인 원고의 부당공동 행위가 인정됨
- ① 대림코퍼레이션은 원고가 생산한 HDPE를 판매하고 적정 판매수수료를 공제한 나머지 판매대금을 원고에게 지급하는 관계였으므로, 원고는 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머가 판매를 담당한 기간에도 판매위탁자로서 국내 HDPE 판매 시장에서 실질적 거래주체인 지위에 있었다고 볼 수 있는 점, ② 원고는 HDPE 판매방식을 위탁매매 형태로 전환하여 자신의 영업조직을 그대로 대림코퍼레이션에 이전하는 한편, 대림코퍼레이션과 사이에 매월 전기적으로 임원이 모이는 경영위원회와 실무부서장이 모이는 운영협의회를 개최하여 HDPE 제품의 가격, 시황, 경쟁사 동향 등 필요한 정보를 교환하고 매월 말 그 제품의 다음 달 판매 기준가격을 심의·확인하는 과정을 거치고, 베스트폴리머에게는 원고의 영업정책 협의 등에 필요한 자료와 정보를 제공하고 원고가 대림코퍼레이션과 협의한 판매가격의 지침 등 정책결정에 따라야 할 의무를 부여함으로써, 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머가 1996년 10월경부터 2003년 3월경까지 대외적으로 HDPE를 판매하는 사업자로서 이 사건 공동행위에 가담할 때 이에 필요한 제반 의사결정에 적극 관여한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 원고는 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머의 판매기간 직전인 1994년 4월경부터 1996년 9월경까지, 직후인 2003년 3월경부터 2005년 3월경까지 이 사건 공동행위에 직접 참여하였을 뿐만 아니라, 원고의 대표이사가 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머의 판매기간을 포함하여 1994년 5월경부터 2005년 4월경까지 이 사건 공동행위의 일환으로 개최된 시장단 모임에도 지속적으로 참석하였으며, 대림코퍼레이션 등이 이 사건 공동행위에 가담한 일부 기간 중에도 HDPE의 연도별 또는 배분기별 전체적인 감산방안과 각 사별 판매량을 합의하는 등의 생산량 담합에 직접 참여하여 이 사건 공동행위를 유지·강화하는 데 직접적으로 기여해 온 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 원고는 대림코퍼레이션과 베스트폴리머를 통하여 이 사건 담합에 참여한 것으로 보임.
- 대림코퍼레이션의 주식은 원고의 대표이사인 이준용(89.8%) 등 특수관계인들이 100%를 소유하고 있고, 원고의 주식 13.2%를 대림코퍼레이션이 소유하여 대주주의 지위에 있으며, 베스트폴리머의 주식은 대림코퍼레이션(48%), 대림정보통신 주식회사(50%), 정○○(2%) 등이 소유하고 있고, 원고, 대림코퍼레이션, 베스트폴리머의 일부 임원들은 서로 겹임을 하고 있는 점 등 그 판시와 같은 사정을 들어 원고가 대림코퍼레이션 및 베스트폴리머와 사실상 하나의 사업자로서 이 사건 공동행위에 가담하였다고 본 원심의 판단은 그 이유 설시가 적절하다고 보기는 어려우나 원고가 이 사건 공동행위에 가담하였다는 결론에 있어서 정당함.

[대림산업에 대한 과징금 재산정 건(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두22256 판결)]

라) 공동행위 성립의 방해 등

- 당시 시장 상황 등을 고려하여 본사와의 협의 끝에 이루어진 경영 판단에 의한 것이라고 볼 여지도 충분한 점 등 제반 사정에 비추어 보면 묵시적으로나마 의사의 일치가 있었다는 점이 증명되었다고 보기 어려움
 - 이후 원고도 다른 음원사업자와 마찬가지로 곡수 등을 제한한 Non-DRM 상품에 대하여 음원공급계약을 체결하였지만, 이는 당시의 시장 상황 등을 고려하여 본사와의 협의 끝에 이루어진 경영 판단에 의한 것이라고 볼 여지도 충분하다고 보이는 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고와 다른 음원사업자들 사이에 그와 같은 내용의 음원 공급에 관하여 묵시적으로나마 의사의 일치가 있었다는 점이 증명되었다고 보기 어려움.
- [13개 음원유통사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17421 판결²¹⁾)]
- 공공의 이익은 부당한 공동행위의 요건 또는 경쟁의 실질적 제한여부 판단요소로 볼 수 없음
 - 공공의 이익은 부당한 공동행위를 판단하는데 별도의 요건 또는 경쟁의 실질적 제한여부를 판단하는 요소로 볼 수 없음.
- [동아출판사 등 6개 출판사의 학습지 부교재 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 1992. 4. 22. 선고 91구3248 판결²²⁾)]
- 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래상의 합리성만으로는 공동행위의 적용이 배제된다고 할 수 없음
 - 군용유류 납품시장의 특수성으로 인하여 첨가재 추가비용 및 별도 관리비용, 수송비 등이 추가로 소요되고 국방부가 일방적으로 예정가격을 정하고 거래조건을 설정 또는 변경 함으로써 입게 되는 손실을 최소화할 필요성이 있다 하더라도 그러한 사유는 높은 가격에 자신의 상품을 판매하고자 하는 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성에 관한 사유에 불과하므로, 달리 공정거래법 제19조 제2항에 규정된 공동행위의 인가를 받는 등 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위의 적용이 배제된다고 할 수 없음.
- [에쓰오일의 군납유 입찰남합 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결)]

21) 파기환송 후 고별 확정(서울고법 2014. 7. 25. 선고 2013누32504 판결)

22) 상고심(대법원 1992. 11. 13. 선고 92누8040 판결)은 공공의 이익에 대하여는 명시적으로 설시하지 않음

- 이 사건 공동행위가 대항 카르텔에 해당한다고 보더라도, 대항 카르텔이 반드시 경제적 효율성을 증진시킨다거나 소비자 후생 증대 효과를 발생시킨다고 보기 어려움
 - 이 사건 납품업체들은 자신들이 점유율 약 100%를 차지하는 이 사건 수요처들에 대하여 골판지 가격 인상률 및 인상시기 등에 대하여 사전합의 및 실행을 한 것으로 이 사건 공동행위가 대항 카르텔이라고 보기 어렵고, 이 사건 공동행위가 대항 카르텔에 해당한다고 보더라도, 대항 카르텔이 반드시 경제적 효율성을 증진시킨다거나 소비자 후생 증대 효과를 발생시킨다고 보기 어려움. 오히려 이는 장기적으로 원가절감을 위한 기술개발 유인을 약화시키고 산업경쟁력을 저하할 가능성이 있음(원고의 주장과 같이 수요독점시장에서 공급자들의 손실을 방지하기 위하여 담합을 허용하는 경우 수요독점시장에서는 담합이 공공연하게 이루어지고, 이는 필연적인 가격 상승효과를 발생시켜 궁극적으로 소비자 후생을 저해할 가능성이 있음).
 - 유관기관은 관련 업체들의 요청에 따라 골판지 원지, 원단, 상자 등 골판지 관련 업계가 상호 논의할 수 있도록 권고하고, 상자 조합과 대형 수요처의 협상결과만을 보고받은 데 불과하고, 골판지 상자업체들 간 이루어진 골판지 상자 가격의 인상폭, 인상시기 등에 관한 담합행위인 이 사건 공동행위가 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우라고 보기 어려움. 원고는 이 사건 공동행위 덕분에 골판지 관련 업계 분쟁 및 업계 전체 도산 위기를 막을 수 있었다고도 주장하나 이를 인정할 증거가 없음.

[한국수출포장공업 등 16개 골판지상자 제조판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건
(서울고법 2017. 7. 12. 선고 2016누57474 판결. 고법 확정)]
- 검찰의 불기소처분은 검찰의 무혐의결정에 대해 확정된 형사판결과 동일한 증거가치를 부여할 수는 없고, 관련자들이 일부 진술을 번복한 결과 검찰의 불기소처분이 나온 것이라면 검찰에서 혐의없음의 불기소처분을 받은 사정만으로 이 사건 공동행위가 존재한다는 사실인정을 뒤집기에는 부족함
 - 원고와 송○○가 이 사건 공동행위와 관련한 피의사실에 관하여 서울중앙검찰청으로부터 혐의없음의 불기소처분을 받은 사실은 인정됨. 그러나 동일한 사실관계에 관한 확정된 형사판결은 유력한 증거자료가 되므로 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없지만 검찰의 무혐의결정에 대해 확정된 형사판결과 동일한 증거가치를 부여할 수는 없는 바(대법원 1995.12.26. 선고 1995다21884 판결 등 참조), 검찰의 위 불기소처분은 검찰에서 관련자들이 일부 진술을 번복한 결과로서 위 사정만으로 이 사건 공동행위가

존재한다는 사실인정을 뒤집기에 부족함.

[복천식품(주)의 방위사업청 빌주 패티류 등 군납입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 12. 21. 선고 2017누44574 판결²³⁾)]

- 담합 가담자들의 피고 조사 당시의 진술은 합의 경위, 내용 등에 관하여 구체적이고 일관적이며 상당부분 일치하고, 자진신고자가 공동행위에 가담하지 않은 사업자를 포함하여 허위의 사실을 신고할 실익이 없는 점 등을 고려하면, 최초 진술을 번복한 증언은 그대로 믿기 어려우므로, 번복한 증언에도 불구하고 원고가 공동행위에 가담한 사실을 뒤집기에는 부족함
- 여러 품목에 대한 입찰담합이 이루어진 사건으로서 담합행위자, 담합의 경위 및 내용 등이 장기간 여러 차례 유무선의 연락을 통하여 정해졌으므로 단지 합의 일시나 장소 등을 정확하게 특정하지 못하였다는 사정만으로는 진술의 신빙성을 부정할 수 없음. 따라서 원고의 공동행위 사실을 부인하는 증인 강○○의 증언만으로는 원고가 제2 공동행위에 가담한 사실을 부정할 수 없음.

[복천식품(주)의 방위사업청 빌주 패티류 등 군납입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 12. 21. 선고 2017누44574 판결²⁴⁾)]

마) 연장계약에 관한 공동행위 인정 여부

- 기본합의의 존재만으로 원고가 MOL과 2004년 연장계약에 관한 협의를 하였다고 인정하기는 어려우므로 2004년 연장계약 부분을 이 사건 공동행위에 포함한 과징금 납부명령은 위법함
- GM은 2004. 7. 30. 당시 원고와 사이에 체결되어 있는 모든 계약의 연장을 공식적으로 요청하였는 바, 입찰이 실시되지 않고 계약 연장이 요청된 상태이므로 당시 원고가 유독 MOL과 사이에 ‘거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위’를 할 필요가 있었다고 보기 어렵음. 피고는 외결서에서 ‘GM의 요청에 대해 원고는 계약연장 조건을 해운선사 측에 보나 유리하게 정하기 위하여 MOL과 운임인상, 배상책임 등 계약연장 조건에 대해 협의하여 결정하였다’고 판단하였으나, 그러한 협의의 필요성을 인정하기 어려움.

[카와사키키센(주)의 9개 자동차 해상운송사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 6. 27. 선고 2017누74018 판결²⁵⁾)]

23) 상고심(대법원 2018.12.13. 선고 2018두31900 판결)은 심리불속행 기각함

24) 상고심(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018두31900 판결)은 심리불속행 기각함

□ 이 사건 연장계약은 공동행위 대상이나 내용에 포함되지 않으므로 연장계약과 관련된 매출액은 공제되어야 함

- 이 사건 공동행위는 이 사건 각 입찰의 낙찰 수량과 투찰 가격을 사전에 합의한 것으로, 그 합의의 대상은 이 사건 각 입찰공고에 정한 계약내용에 한하는 것이며, 이 사건 연장계약의 체결 경위를 보면 이 사건 연장계약은 이 사건 공동행위를 통해 체결된 단가계약이 자동연장된 것이 아니라 그와 별도의 합의에 따라 성립된 별개의 계약임.
- 이 사건 연장계약을 체결할 당시 대한적십자사가 먼저 원고와 태창산업에 기존 단가계약과 동일한 조건으로 계약 연장을 요청하였고, 원고와 태창산업은 반대하였으나 대한적십자사의 거듭된 요청에 따라 이 사건 연장계약이 이루어졌다는 점, 대한적십자사는 종전에는 단가 계약이 종료된 직후 곧바로 신규입찰을 실시하였으므로 단가계약의 자동연장 관행이 성립되어 있었다고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 원고 등이 이 사건 연장계약을 예상할 수 있었다고 보기 어려우므로, 이 사건 합의의 대상에 연장계약이 포함되어 있었다고 보기는 어려움.
- 과정금고시 IV.1.다.(1)(마)항은, 입찰담합의 경우 낙찰이 되어 계약이 체결된 경우에는 계약금액을 관련매출액으로 보되, 예상물량만 규정된 납품단가 입찰의 경우에는 심의일 현재 실제 발생한 매출액을 당해 입찰담합에 참여한 각 사업자의 관련매출액으로 본다고 규정하고 있으나, 이것이 공정거래법령이 정한 ‘관련매출액’의 본질적 성격과 무관한 전혀 별개의 개념으로 규정하는 취지라고 볼 수는 없고, 따라서 예상물량만 규정된 납품단가 입찰의 경우에도 입찰담합에 기초하여 체결된 계약에서 발생한 매출액에 해당되어야 한다는 의미의 ‘관련성’이 있을 것이 요구되며, 이 사건 연장계약에 따라 연장된 계약기간 동안 발생한 매출액은 이 사건 공동행위와 관련성을 인정하기 어려우므로 관련매출액에서 제외하여야 함.

[대한적십자사 발주 혈액백 농동구매 단가 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2020. 12. 10. 선고 2019누61368 판결²⁵⁾)]

25) 상고심(대법원 2018. 10. 12. 선고 2018두52396 판결)은 심리불속행 기각함

26) 상고심(대법원 2021. 4. 15. 선고 2021두30303 판결)은 심리불속행 기각함

□ 이 사건 각 부속합의로 연장된 계약기간 동안 발생한 매출액은 이 사건 공동행위와의 '관련성'을 인정하기 어려우므로, 이를 공제하지 아니하고 매출액 전부를 관련매출액으로 삼은 것은 위법함

- 이 사건 각 부속합의에 따라 연장된 계약기간 동안 발생한 매출액은 원고 등이 이 사건 공동행위 합의 당시 예상하지 않았던 별개의 계약에 의한 것이고, 계약기간 연장을 고려하여 이 사건 용역계약을 체결한 것이라고 하더라도 그것이 이 사건 공동행위의 대상이나 내용에 포함되었다고 보기도 어려우며, 입찰공고나 용역계약의 자동갱신이나 연장에 관한 내용이 없으며 그러한 관행이 있다는 점을 인정할 증거도 없으므로, 이 사건 각 부속합의에 따라 연장된 계약기간 동안 발생한 매출액은 이 사건 공동행위의 합의의 대상이나 내용에 포함된다고 볼 수 없음.
 - 이 사건 각 부속합의에 따라 연장된 기간 동안 발생한 매출액을 이 사건 공동행위의 관련매출액에 포함시켜 과징금을 산정하여 부과하는 것은 자기책임원칙에 반함.
 - 연장된 기간 동안 발생한 매출액은 이 사건 공동행위 당시 예상할 수 없었던 사후적·외부적인 사정 변경으로 인한 것으로서 이 사건 공동행위와 직접적인 인과관계가 없고, 원고의 책임부담의 범위에 포함된다고 보는 것은 부당함.
- [한국중부발전(주) 반주 “신보령화력 연료하역부두 유연탄 하역 용역” 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2020. 7. 1. 선고 2019누60877 판결²⁷⁾]

바) 공동행위의 증거 및 진술 번복 등

- 진술인들이 합의를 위한 모임에 원고 측이 참석하였다고 진술하였는바, 당시 참여한 원고의 담당 직원이 누구였는지에 관한 진술이 일치하지 않는 사정만으로 원고의 참여가 부인되는 것은 아님
- 이 사건 공동행위에 관한 피고의 조사 과정에서, 엘에스산전의 김○○, 피에스테의 유○○ 등은 2009년 물량 배분 합의를 위한 모임에 원고 측이 참석하였다고 진술하였음.
 - 김○○은 “2009년 입찰에서 제1조합, 제2조합, 엘에스산전, 원고, 한전케이디엔이 물량 배분과 투찰가격 합의를 하였다. 입찰공고가 난 후 입찰일까지 제2조합 사무실에서 지속적으로 모여 합의를 하였다.”라고 진술하였음. 유○○은 “모든 업체들이 2009년의 물량 배분 기준에 합의하였고, 이를 실행하여 그 결과 제1조합, 제2조합, 엘에스산전,

27) 상고심(대법원 2020. 11. 5. 선고 2020두44572 판결)은 심리불속행 기각함

원고, 한전케이디엔이 낙찰을 받았으며 물량을 배분하였다.”라고 진술하였음. 엠스엠의 김○○은 “입찰 자격을 취득한업체 중 한업체라도 빼지면 물량 배분이 불가능하다. 2009년 입찰 시에도 합의내로 투찰하였다.”라고 진술하였음.

- 이에 의하면 원고가 2009년의 물량 배분 합의에 가담하였음을 알 수 있고, 위 합의에 참여한 원고의 담당 직원이 누구였는지에 관한 진술이 일치하지 않는 등의 사정만으로 원고가 독자적으로 2009년 후반의 입찰에 참여하였다고 볼 수는 없음.

[한국전력공사 발주 저압 전자식 전력량계 구매입찰 참가 12개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 12. 9. 선고 2015누35934 판결, 고법 확정)]

- 진술이 합의의 일시와 장소, 구체적인 합의 실행 과정 등에 관하여 직접 경험하지 않은 사람이라면 진술할 수 없는 구체적인 내용을 담고 있을 뿐만 아니라, 다른 주변 정황들과 모순되는 부분이 없으므로 신빙성이 높다고 판단됨

- 원고는 태영건설이 다른 입찰당첨 사건에서 과징금의 추가 감면을 받기 위하여 피고에게 이 사건 공동행위에 관하여 허위 사실을 진술하면서 자진신고를 한 것에 불과하고, 이 사건 입찰 이후 경과된 시간 등에 비추어 이○○과 김○○ 등의 진술은 신빙성이 부족하다는 취지로 주장함. 그러나 이○○과 김○○ 등의 진술은 합의의 일시와 장소, 구체적인 합의 실행 과정 등에 관하여 직접 경험하지 않은 사람이라면 진술할 수 없는 구체적인 내용을 담고 있을 뿐만 아니라, 다른 주변 정황들과 모순되는 부분이 없으므로 신빙성이 높다고 판단됨, 태영건설이 자진신고자 지위를 인정받지 못하게 된 후에도 이○○ 등이 일관되게 공동행위 사실을 인정하고 있다는 점에서 허위 진술을 할 만한 합리적인 동기를 발견하기 어려움. 그 밖에 원고가 지적하는 사정만으로 이 사건 공동행위에 관한 태영건설 관계자들의 진술이 믿기 어렵다고 볼 수는 없음.

[농업용 저수지 둑 높이기 건설공사 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 6. 선고 2015누45658 판결, 고법 확정)]

- 피고의 조사절차에서 실제 입찰을 받은 건설사 직원들이 ‘입찰 전에 들려리 참여자들에게 빠짐없이 가격을 통지하고, 모두 확인하였다’고 진술하였고, 원고의 행태 역시 경쟁입찰을 하였다면 이해하기 어려운 것이므로 원고는 들려리 합의 후 이 사건 행위를 한 것으로 보임

- 피고의 이 사건 공사와 관련한 조사절차에서 원고가 입찰에 참여한 4개 공구에 관하여 위 합의상의 낙찰예정사로서 실제 입찰에서 낙찰을 받은 롯데건설, 에스케이건설,

금호산업, 삼환기업의 직원들은 '입찰 전에 들러리 참여자들에게 빠짐없이 해당 공구의 투찰가격을 정하여 통지하고, 실제 입찰에서 이들이 모두 그대로 따르는지 여부를 확인하고 투찰하였다.'는 취지로 진술하였는데, 이는 모두 신빙성이 있는 것으로 보이는바, 이에 의하면 원고는 위 낙찰예정사들과의 들러리 합의 후에 이 사건 행위를 한 것으로 보임.

- 위 4개 공구에서의 원고의 투찰률은 2-1 공구에서 83.232%, 2-2 공구에서 84.329%, 5-1 공구에서 84.303%, 5-2 공구에서 83.851%인데, 이는 이 사건 입찰이 진행되던 당시 최저가 낙찰제 입찰의 평균 낙찰률인 71 내지 72%를 훨씬 상회하는 투찰률로서 경쟁 입찰가격으로 볼 수 없고, 원고의 이○○ 부장 역시 '위와 같이 투찰하였을 경우 낙찰을 받는 것이 어렵다는 것을 입찰에 참여한 때부터 알고 있었다.'는 취지로 진술하였음.
- 이 사건 입찰이 경쟁입찰이 되기 위하여는 입찰참가자들이 앞서 본 바와 같이 통상 부적정공종수 5.5개 이상을 발생시키지 않는 범위 내에서 가장 낮은 가격으로 투찰함이 상당한 것으로 보임에도 불구하고, 이 사건 입찰에서는 13개 공구 중 2-2 공구에서만 원고 이외의 2개사가 부적정공종을 발생시킨 외에 나머지 12개 공구의 모든 참여자가 부적정공종을 발생시키지 않는 등 높은 투찰률로 투찰을 하였고, 이에 따라 부적정공종으로 판정된 공정이 없는 모든 낙찰사들도 2단계 심사를 거치지 않고 높은 투찰률로 낙찰사로 결정되었는바, 이는 원고 등 28개사의 공모 없이 경쟁입찰이 있었다면 납득할 수 없는 결과이고, 위 입찰 참여자에 포함되는 원고의 행태 역시 원고가 경쟁입찰을 하였다면 이해하기 어려운 것임.

[극동건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누35040 판결, 고법 확정)]

- 주간업무보고서, 업무현황 문서, 주간회의 문서 등을 원고 직원 등이 계속적, 기계적으로 기재한 문서로서 허위개입의 여지가 희박한 점, 이 사건 입찰 경과와 일치하는 점 등에 비추어 신빙성이 매우 높다 할 것이고, 이 문서들이 이 사건 공동행위 사실을 직접적으로 뒷받침하고 있음
- ① 한일에스티엠의 2012. 4. 16자 주간업무보고서(을 제2호증)에는, “이 사건 사업의 하드웨어 부분은 한일에스티엠이, 소프트웨어 부분은 원고가 수행하되, 한일에스티엠이 입찰에 필요한 본 기술제안서를 주로 작성하며, 원고가 제안서의 일부와 들러리용 기술 제안서를 작성”하기로 협의한 사실이 기재되어 있고, ② 한일에스티엠의 이○○ 상무가 업무용 컴퓨터에 저장해 놓은 2012. 4. 24자 업무현황 문서(을 제5호증)에는 이 사건 사업 입찰과 관련하여 하이테콤시스템이 “2억, 3%”를 요구하였다라는 문구가 기재되어

있으며, ③ 한일에스티엠의 2012. 4. 30.자 주간회의 문서(을 제7호증)에는 “이 사건 사업 입찰에 하이테크시스템이 들려리로 참여한다.”는 내용이 명시적으로 기재되어 있음.

- 위 문서들은 한일에스티엠의 직원인 이○○ 상무 등이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서로서 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서일 뿐 아니라 지휘체계를 통하여 내부 상급자에게 보고하는 문서라는 점에서 허위개입의 여지가 극히 희박한 점, 위 문서들이 작성된 시기가 이 사건 입찰서가 제출된 직후인 점, 위 문서들의 내용이 이 사건 사업의 입찰 경과와 일치하는 점 등에 비추어 보면, 위 문서들의 신빙성은 매우 높다고 할 것인데, 위 문서들이 앞서 본 이 사건 공동행위 사실을 직접적으로 뒷받침하고 있음.

[네스파시스템 등 서울특별시 빌주 무인단속시스템 구축 및 성능개선사업 입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 5. 19. 선고 2016누59494 판결²⁸⁾)]

- 원고의 '공동행위가 있었다.'는 진술은 일련의 행위들이 공정거래법 제19조 제1항에서 금지하고 있는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 '합의'에 해당하는지에 관한 법률적 견해의 표명으로서 이른바 권리자백에 해당하는 것으로, 법원을 기속하지 않고 당사자도 자유로이 철회할 수 있음
- 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 준용되는 민사소송법 제288조의 자백은 사실에 대한 진술에 한정되는 것이고, 소송물의 전제가 되는 권리관계나 법률효과를 인정하는 진술은 이른바 권리자백으로서 법원을 기속하지 않고 당사자도 자유로이 철회할 수 있음(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다6024 판결 등 참조).
- 기록에 의하면, 원고 소송대리인은 '2005년, 2006년 및 2007년에 각각 정부조달 독감백신의 물량배정이나 가격에 대한 합의로서 별개의 공동행위가 있었다'는 취지의 내용이 기재된 소장을 제1회 변론기일에 진술하였으나, 그 후 원고가 질병관리본부가 빌주하는 독감백신의 납품물량과 납품가격을 사전에 합의하고 실행하는 부당한 공동행위가 없었다면서 위 주장을 변경하였음을 알 수 있음.
- 이러한 사정과 원고의 주장 내용을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고의 위 진술은 2005년 내지 2007년에 있었던 원고를 포함한 독감백신 제조사들이 행한 일련의 행위들이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항에서 금지하고 있는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 '합의'에 해당하는지에 관한 법률적 견해의 표명으로서 이른바

28) 상고심(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017두49287 판결)은 신리불속행 거각함

권리자백에 해당하는 것으로, 민사소송법 제288조가 규정하고 있는 사실에 대한 자백이라고 볼 수 없음. 그럼에도 원심은 원고의 위와 같은 진술을 재판상 자백을 한 것으로 보았으므로, 이러한 원신의 판단에는 재판상 자백에 관한 법리를 오해한 잘못이 있음.

[질병관리본부 입찰 참가 9개 백신사업자의 부당공동행위 건(대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두7674 판결²⁹⁾)]

□ 원고와의 합의 일시 및 담당자 등에 관하여 진술이 엇갈리고 다른 객관적인 증거가 없다면 원고의 가담事實을 인정하기에 부족함

○ 태영건설의 장○○ 부장과 이○○ 상무는 피고 및 검찰 조사과정에서 모두 '코오롱글로벌로부터 원고가 이 사건 공동행위에 가담하였다'는 사실을 전해 들었을 뿐, 원고의 담당자와 직접 연락한 사실이 전혀 없다.'라는 취지로 진술하였고, 김○○ 부장은 피고 조사에서 '본인이 원고의 배○○ 부장과 연락하였는지는 잘 기억나지 않는다.'라는 취지로 진술하였다가 검찰 조사에서는 '원고의 담당자와 직접 연락한 사실이 전혀 없다.'라는 취지로 진술하였음. 위 임직원들은 원고가 이 사건 공동행위에 가담한 것이 분명하다는 주장만 반복하고 있을 뿐, 원고와의 합의 일시, 원고의 담당자, 합의 경위에 관하여 구체적인 진술을 전혀 하지 못하고 있음. 또한 위 임직원들의 진술 간에도 합의 일시 및 담당자에 관하여 배치되는 부분이 많음.

○ 원고로서는 투찰률을 합의함에 있어 코오롱글로벌이나 태영건설에 비해 불리한 가장 높은 투찰률을 받아들였다는 것은 선뜻 이해하기 힘들고, 오히려 원고가 당초 예정하였던 금액보다 약간 높은 금액으로 투찰금액을 변경한 것은 원고 등 3개사의 투찰률 합의에 기한 것이 아닌 독자적인 경영판단에 의한 결정으로 볼 수 있는 점에 비추어, 원고가 당초 예정하였던 투찰금액보다 실제 투찰금액이 높았다는 사정만으로는 원고가 이 사건 공동행위에 가담하였다고 인정하기 부족함.

[현대건설의 고양 바이오매스에너지시설 설치공사 입찰 부당공동행위 건(서울고법 2016. 3. 24. 선고 2015누46712 판결, 고법 확정)]

□ 간접증거에 의하여도 부당한 공동행위의 합의를 증명할 수 있음

○ 원심판결은 그 이유 설시에 있어서 간접증거에 의하여는 부당한 공동행위의 합의를

29) 파기환승식은 원고 소 취하로 2016. 9. 13. 종결(2016느591)

증명할 수 없다는 오해를 불러일으킬 소지가 없지 않아 다소 부적절한 면이 있으나, 원고와 다른 회사들 사이의 부당한 공동행위에 관한 합의가 인정되지 아니한다는 이유로 이 사건 처분을 위법하다고 본 결론에 있어서는 정당함.

[에스대씨오일의 경질류 가격담합 건(대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두3784 판결)]

2) 공동행위의 종기

가) 공동행위가 종료한 날의 의미

- 원고 등 6개사가 일시적인 여건의 변화로 가격을 일부 인하한 사정만으로는 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하였다고 보기 어려움
- ① 원고 등 6개사가 일시적인 여건의 변화로 가격을 일부 인하한 사정만으로는 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하였다고 보기 어려운 점, ② 원고 등 6개사는 합의된 기준가격 준수 여부를 상호 감시하는 등 판매가격 할인을 견제하였던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공동행위가 2005년 6월부터 2006년 2월까지 또는 2008년 11월경부터 2009년 3월까지 각 중단되었다거나, 2010. 8. 31.경 종료되었다고 보기 어려움.

[현대하이스코 등 6개 칼라강판 제조 및 판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두35871 판결)]

* 같은 취지: 유니온스틸 등 6개 칼라강판 제조 및 판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 11. 10. 선고 2015두35536 판결)

- 이 사건이 하나의 공동행위라고 하여도, 전체 공동행위에 관한 기본 합의가 존재하지 않았고, 원고는 2005. 2. 합의 이후 나머지 합의에는 가담 자체를 하지 않았다면, 2005. 2. 합의에 의한 실행행위의 종료로써 원고 공동행위는 끝났다고 볼 것임
- 의결서 기재에 의하면 피고도 처분 당시 참여 사업자들 사이에 기본 합의가 체결되었음을 전제로 하나의 공동행위로 판단한 것이 아니라, 위 각 합의의 목적 및 의도가 동일하고 합의 실행방식의 변화에도 불구하고 전체적으로 실행의 연속성이 인정된다고 보아 각 합의에 기한 공동행위의 개수를 1개라고 판단한 것임.

- 원고는 1,350mm 이하 구경에 관한 2005. 2. 합의에만 참여하였을 뿐 나머지 합의에는 원천적으로 가담 자체를 하지 않았음. 따라서 원고에 대해서는 전체 공동행위의 종료 시점이 아닌 원고가 가담한 2005. 2. 합의에 따른 실행행위가 최종적으로 종료된 때에 공동행위가 종료되었다고 볼이 타당함. 이와 달리 이론적으로 수 개의 합의에 따른 일련의 행위가 1개의 부당한 공동행위로 인정될 수 있다는 이유만으로 기본 합의의 존재가 증명되지 않은 상태에서 원고가 가담하지도 않은 2007. 5. 합의에 따른 실행행위의 종료 시점까지 원고에게 행위 가담의 책임을 지운다면, 원고의 책임과 무관하게 공동행위의 종기가 장기간에 걸쳐 연장될 수 있는 불합리한 결과가 초래됨(제반 사정에 의하면 원고의 경우 2005. 2. 합의에만 가담하고 2007. 5. 합의에는 명시적으로 참여하지 않음으로써 공동행위를 계속 이어가지 않겠다는 의사를 표시한 것으로도 볼 수 있음).
- 이상과 같은 사정 등에 의하면 2005. 2. 합의에 의한 실행행위의 종료로써 원고에 대한 공동행위는 끝났다고 볼 것인. 이에 따르면 2005. 2. 합의에 기하여 원고가 두 번째 낙찰을 받은 2007. 7. 26.경 또는 늦어도 위 낙찰과 관련하여 원고가 공동순번에 있던 일진 등으로부터 세금계산서를 발급받음으로써 이익배분을 마감한 것으로 보이는 2008. 4. 30.경에는 원고와 관련된 공동행위가 종료되었다고 하겠음. 따라서 위 공동행위 종료 시점으로부터 처분시효인 5년이 지났음이 역수상 분명한 2014. 1. 8. 이루어진 이 사건 처분은 위법함.

[신신기계 등 조달청 발주 수중펌프구매 입찰관련 20개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 6. 29. 선고 2014누43020 판결³⁰⁾)]

- 행위가 종료한 날이라 함은 합의가 더 이상 존속하지 않게 된 날을 의미하고, 합의가 더 이상 존속하지 않게 되었다 함은 합의에 정해진 기한이 종료되거나, 합의에 명백히 반하는 행위를 함으로써 더 이상 위 합의가 유지되고 있다고 인정하기 어려운 사정이 있는 경우 등임

- 공정거래법 제19조 제1항에 규정하는 부당한 공동행위는 가격의 결정 등 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 하기로 합의하면 성립하고 그 합의에 기한 실행행위를 그 요건으로 하지는 않으므로, 이러한 행위가 종료한 날이라 함은 이러한 합의가 더 이상 존속하지 않게 된 날을 의미하고, 합의가 더 이상 존속하지 않게 되었다 함은 이러한 합의에 정해진 조건이나 기한이 있었는데 그 조건이 충족되거나 기한이 종료한 경우 또는 당해 사업자가 탈퇴하거나, 당사자 사이에 합의를 파기하기로 한 경우, 또는 사업자들이 합의에 의하여 인상한 가격을 다시 원래대로 환원하는 등 위 합의에 명백히 반하는

30) 상고심(대법원 2016. 11. 25. 선고 2016두47543 판결)은 신리불속행 기각함

행위를 함으로써 더 이상 위 합의가 유지되고 있다고 인정하기 어려운 사정이 있는 경우
등이 이에 해당한다고 할 것임.

- 원고가 비록 그 공동행위기간 중에 각 사별로 이 사건 비타민의 시장점유율이나 가격 수준이나 기타 합의내용에 일부 변동이 있었고 새로운 사업자가 공동행위에 참가하였다고 하더라도 그러한 공동행위를 하려는 의사나 목적이 달라졌거나 기존의 합의를 폐지하면서 새로운 부당한 공동행위를 합의한 것이라고 보이지 아니하면, 그러한 실행행위 또는 정기적인 회합 등을 통하여 단절됨이 없이 계속 유지되어 왔다고 할 수 있으므로, 원고가 이 사건 비타민에 대하여 1989. 9.경 이래 1999. 2.경까지 사이에 소외 회사들과 공동으로 하였던 판매량의 할당, 판매가격의 결정 등의 여러 합의내용은 모두 전체적으로 1개의 부당한 공동행위를 형성한다고 보아야 할 것이고, 그 기간 동안의 세부적인 시장점유율 등이 변동되었다거나 새로운 사업자가 참가하였다라는 사정만으로 다른 당사자들 사이에 새로운 시장과 가격에 대한 개별적인 합의가 이루어졌다거나 부당한 공동행위의 성격이 달라졌다고 볼 수도 없고 달리 원고와 1998. 5.경 이전에 소외 회사들과 사이에 위와 같은 판매량 할당, 판매가격 결정 등이 공동행위에 관한 합의를 파기하였다거나 그러한 카르텐에서 탈퇴하였다고 볼 자료가 없음.

[에프 호프만 라로슈 등 6개사의 비타민 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 11. 24.
선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]

- '이 법의 규정에 위반하는 행위가 종료한 날'을 판단함에 있어, 일련의 합의를 전체적으로 하나의 행위로 보고 판단하여야 할 것이고, 합의에 기한 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 합의가 있었던 날이 아니라 합의에 기한 실행 행위가 종료한 날을 의미함

- 원고가 1992. 5. 21. 소외 회사들과 최고책임자급 회합을 가지면서 유통전극봉 시장에서 경쟁을 제한할 목적으로 향후 계속적으로 가격의 결정, 유지 또는 변경행위 등을 하기로 하면서, 가격의 결정주체, 결정방법 등에 관한 일정한 기준을 정하고, 향후 가격의 결정 등을 위하여 계속적인 회합을 가지기로 하는 등의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고, 이에 따라 위 합의를 실행하는 과정에서 1997. 4.경까지 사이에 수회에 걸쳐 최고책임자급 회합과 실무자급 회합을 개최하여 구체적인 가격의 결정 등을 위한 합의를 계속하여 왔고, 1997. 4.경 탈퇴하였으나 그 이후에도 1997. 말경까지 그 합의에 따른 가격을 유지하여 실질적으로 합의에 기한 실행행위를 계속하여 온 이상, 원고가 1992. 5. 21. 이래 소외 회사들과 공동으로 하였던 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보아야

하고, 이 사건 부당한 공동행위는 1997. 말경까지는 계속되고 있었다고 할 것으로, 피고가 이 사건 처분을 한 2002. 4. 경에는 이 사건 부당한 공동행위가 종료한 날로부터 5년이 경과되지 않았음.

[쇼와덴코 등 6개 사업자의 흑연전극봉 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결)]

- ※ 참고: 토키이 카본 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누6127 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결), 에스지엘 카본 악틴게젤사프트 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누15015 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결), 에스이씨 코퍼레이션 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누14647 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2003두11148 판결)
- ※ 같은 취지 : 7개 선형저밀도폴리에틸렌(LLDPE) 제조판매 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결), 인천지역 27개 레미콘 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(금강레미콘 외, 서울고법 2019. 1. 10. 선고 2018누49514 판결, 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두34708 판결)

□ 공동행위가 중단된 사정만으로 공동행위를 구성하는 각각의 합의를 별개의 개별적인 공동행위로 볼 것은 아니고, 원고 등 사업자들의 의견불일치로, 공동행위로 인하여 사라졌던 경쟁요소가 회복된 날에 하나의 공동행위가 중단된 것으로 볼 수 있을 뿐임

- 이 사건 공동행위가 중단된 사정만으로 이 사건 제1 공동행위인 2009년 1차 합의와 2차 합의 및 제3 공동행위를 구성하는 각 합의를 별개의 개별적인 공동행위로 볼 것은 아니고, 세부사항을 정함에 있어 원고 등 사업자들 사이에 발생한 의견의 불일치로 인하여 이 사건 제1 공동행위 또는 이 사건 제2 공동행위로 인하여 사라졌던 경쟁요소가 회복된 날에 하나의 공동행위가 중단된 것으로 볼 수 있을 뿐임.

[네이버시스템(주)의 국토지리정보원 발주 항공촬영용역 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 20. 선고 2018누48115 판결³¹⁾)]

□ 법 위반행위 기간 중 종기는 이 사건 회사들 간 합의의 파기나 가격의 환원사실이 없으므로 시정명령이 위 회사들에게 통지되는 날로 할 것임

- 과정금 산정의 기초가 되는 법 위반행위 기간은 이 사건 각 가격인상행위와 관련하여 각 회사들이 철근가격을 인상한 날을 시기(始期)로 하고, 종기(終期)는 이 사건 회사들 간에 합의의 파기나 가격의 환원사실이 없으므로 시정명령이 위 회사들에게 통지되는 날로 할

31) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2018두59885 판결)은 심리불속행 기각함

것임. 다만, 잡정적으로 위 회사들의 관련매출액 산정이 가능한 2003. 9. 30.을 기준으로 과징금을 산정하되, 그 다음 날부터 「공정거래위원회의 운영 및 사건 절차 등에 관한 규칙」에 의한 의결서 등의 이 사건 회사들에 대한 통지기한인 2003. 10. 14.까지의 기간에 해당하는 과징금은 이 사건 처분 이후 이 사건 회사들이 추가로 납부하여야 함.

[아이앤아이스틸 등의 철근가격인상 건(서울고법 2006. 6. 21. 선고 2004누14696 판결³²⁾)]

- 현장조사를 실시한 날 또는 원고가 일부 사업자들에게만 공동행위에 가담하지 않았다는 취지의 회신을 한 날을 종기로 볼 수 없음
- 피고가 2009. 5. 20. 현장조사를 실시한 사실이나 원고가 2009. 7. 1. 이 사건 공동행위에 참여한 다른 일부 벽지 사업자들에게 원고는 공동행위에 가담하지 않았다는 취지의 회신을 한 사실을 고려하더라도, 이 사건 공동행위가 2009. 7. 31. 전에 종료된 것으로 볼 수 없음.

[벽지담합 건 중 엘지하우시스(대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두21246 판결)]

나) 실행행위 종료 판단기준

- 합의에 참가한 일부 사업자는 합의에서 탈퇴하였음을 알리는 명시적 내지 묵시적인 의사표시를 하고, 합의에 반하는 행위를 하여야 하며, 사업자 전부에 대해 공동행위가 종료되었다 하기 위해서는 명시적으로 합의를 파기하고 합의에 반하는 행위를하거나 반복적인 가격 경쟁 등을 통해 담합이 사실상 파기되었다고 인정할 수 있을 행위가 일정 기간 계속되는 등 사정이 있어야 함
- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항 제1호 소정의 가격 결정 등의 합의 및 그에 기한 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 그 합의에 기한 실행행위가 종료한 날이므로(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결 참조), 합의에 참가한 일부 사업자가 부당한 공동행위를 종료하기 위해서는 다른 사업자에 대하여 합의에서 탈퇴하였음을 알리는 명시적 내지 묵시적인 의사표시를 하고 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하여야 하며, 합의에 참가한 사업자 전부에 대하여 부당한 공동행위가 종료되었다고 하기 위해서는 합의에 참가한 사업자들이 명시적으로 합의를 파기하고 각 사업자가 각자의 독자적인 판단에

32) 상고심(대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두13145 판결)도 같은 취지로 판단함

따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하거나 또는 합의에 참가한 사업자들 사이에 반복적인 가격 경쟁 등을 통하여 담합이 사실상 파기되었다고 인정할 수 있을 만한 행위가 일정 기간 계속되는 등 합의가 사실상 파기되었다고 볼 수 있을 만한 사정이 있어야 함.

[엘지화학 등 5개사의 가성소다가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두12774 판결)]

※ 같은 취지: KT 발주 광케이블 구매입찰 참가 11개 광케이블 제조·판매회사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 25. 선고 2011누31002 판결, 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012두12044 판결), 21개 항공사의 유류 할증료 담합 건(아시아나항공 건: 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두5466 판결), 24개 원심력콘크리트(PHC)파일 제조 · 판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누75124 판결) 등

- 이 사건 공동행위의 종료일은 11번째 입찰을 위한 입찰담합 합의가 최종 결렬된 2011. 7. 18. 또는 합의파기에 따른 독자적 투찰행위가 이루어진 2011. 8. 5.이라고 보아야 함
- 원고들은 2011. 7. 8. 입찰공고된 '삼척생산기지 1~4호기 LNG탱크 비파괴검사 용역 입찰' 건과 관련한 2011. 7. 18.자 사장단 모임에 참여하여, 기준에 합의된 원칙을 바탕으로 위 입찰에 관한 세부사항을 조율하였는바, 이 사건 공동행위에 관한 합의는 일부 업체들이 합의에서 탈퇴한다고 명시적으로 선언한 2011. 7. 18. 또는 그러한 선언에 따라 실제로 독자적인 판단에 따라 투찰을 실행한 2011. 8. 5.까지는 전혀 중단되거나 파기되지 않고 계속 유지되었음.
- 이 사건 공동행위는 비파괴검사업 용역입찰이 계속되는 한, 장래에도 그 합의의 효력이 계속되는 것을 전제로 한 것이었고, 원고들은 장래에 도래하는 입찰에서도 동일한 담합행위를 계속 실행할 것을 예정하고 있었음.
- 이 사건 공동행위 합의가 성립함으로써 업체들 상호 간의 경쟁관계는 해소되었으므로 원고들을 비롯한 업체들의 구체적인 투찰행위가 있었는지 여부와 무관하게, 위 합의의 효력이 계속되는 한 경쟁제한적인 부당공동행위는 계속되는 것으로 볼 수 있음.
[액화천연가스 저저장탱크 비파괴검사용역 입찰 관련 9개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 5. 31. 선고 2016누51599 판결, 고법 확정)]

□ 합의에 참가한 일부 사업자가 당해 영업을 제3자에게 양도하였다면 특별한 사정이 없는 한 합의의 실행행위는 영업양도 시점에 종료되므로 피고의 처분은 원고의 위반행위가 종료된 날로부터 처분시효가 도과된 이후에 이루어진 것으로서 위법함

- 합의에 참가한 일부 사업자가 당해 영업을 제3자에게 양도하여 그 영업을 영위하지 아니하였다면, 양수인이 영업을 양수한 이후 그 합의에 가담하여 이에 따른 실행행위를 하였다고 하더라도, 양도인이 양수인의 위반행위를 교사하였다거나 또는 양수인의 행위를 양도인의 행위와 동일시할 수 있는 등 특별한 사정이 없는 한 양도인의 실행행위는 영업양도 시점에 종료되었다고 할 것이고, 양도인에 대한 처분시효도 그 때로부터 진행된다고 보아야 함.

[항공화물 담합 건(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두6216, 2012두13412 판결)]

다) 입찰담합의 경우 종기 판단

- 입찰계약이 최종 마무리된 시점으로 볼 수 있는 입찰 계약 체결일(2007. 9. 12.) 또는 2007년 전력선 구매입찰에서 공동행위 중단을 선언하고 경쟁 입찰에 나아간 날(2007. 11. 28.)을 종기로 보는 것이 상당함³³⁾
- 이 사건 공동행위와 같이 입찰 방식의 물품거래에서 낙찰가격과 거래물량의 제한에 관하여 한 합의는 당사자들이 그 실행으로 입찰절차를 거쳐 물품공급계약을 체결함으로써 그 거래에서 경쟁제한 효과를 확정적으로 발생시키고, 전선조합과 같이 물품공급계약을 체결한 당사자가 소속 중소기업에 낙찰받은 물량을 배분하는 행위는 그 결과물을 내부적으로 나누는 것에 불과하므로, 원고 등이 2007년 11월 28일, 2007년에 실시되는 전력선 구매입찰에서 공동행위의 중단을 선언하고 경쟁입찰에 나아감으로써 계속적으로 지속되어 오던 하나의 공동행위가 전체적으로 중단되었다고 평가할 수 있는 점을 고려하면, 이 사건 공동행위는 2006년의 입찰계약이 최종 마무리된 시점으로 볼 수 있는 600V 절연전선의 2006년 공급분에 관한 입찰계약 체결일(2007. 9. 12.) 또는 2007년 전력선 구매입찰에서 공동행위의 중단을 선언하고 경쟁입찰에 나아간 날(2007. 11. 28.)에 종료되었다고 봄이 상당함.
 - 그럼에도 불구하고 원고는, 전선조합이 소속 중소기업에 대한 낙찰 물량의 배분을 마친 2008. 9. 11. 비로소 이 사건 공동행위가 종료되었다고 보아, 원고 등의 이 사건 공동행위에

33) 두 개의 입찰담합행위가 하나의 공동행위를 구성하는 경우 공동행위의 종기는 마지막 입찰담합의 입찰 계약 체결일 또는 금융행위의 중단을 선언하고 경쟁입찰에 나아간 날이라는 의미임

내하여 2007. 12. 31. 개정된 과징금고시가 정하고 있는 기본과징금 부과기준율 상한(10%)을 적용한 이 사건 과징금 납부명령이 적법하다고 판단하였는바, 이는 공정거래법상 부당한 공동행위의 실행행위의 종기에 관한 법리를 오해한 것임.

[한전 전력선 구매입찰 참가 35개 전선 제조사 등의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013누6169 판결)]

※ 같은 취지: 가온전선의 한전 전력선 구매입찰 참가 35개 전선 제조사 등의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 5. 25. 선고 2012누32415 판결, 고법 확정)

※ 비교: 대한전선의 부당한 공동행위 건(서울고법 2013. 8. 28. 선고 2012누30952 판결, 고법 확정)

□ 이 사건의 경우 투찰함으로써 입찰에 참여하는 것을 합의의 내용으로 할 뿐, 추가적으로 경쟁제한 우려가 있는 다른 행위를 예정하고 있지 않으므로 입찰담합의 종기는 입찰참여일임

○ 이 사건 공동수급체와 롯데정보통신이 이 사건 입찰에 참여함으로써, 이 사건 합의는 최종적으로 실현되었고 예정된 경쟁제한효과도 확정적으로 발생함.

[포스코ICT의 부당한 공동행위 건(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015누37396 판결)]

□ 최저가입찰자에 대한 입찰금액적정성심사를 거쳐 낙찰자가 결정된 후 최종적으로 계약을 체결하는 경우, 계약체결일이 공동행위의 종료일임

○ 피고는 의견 제2015-251에서 계약체결일이 아닌 입찰일(2009. 5. 21.)을 1차 공동행위의 종료일로 보고 있으나, 한국가스공사의 입찰공고문과 입찰결과보고에 의하면 1차 주배관 공사는 입찰만으로 계약이 성립하지 않고, 최저가입찰자에 대한 입찰금액적정성심사를 거쳐 낙찰자가 결정된 후 최종적으로 계약을 체결하게 되는 것으로 계약체결일에 비로소 입찰남한에 의한 부당한 경쟁제한 효과가 확정적으로 발생하였다고 보아야 함.

[대림산업 등 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 10. 21. 선고 2016누31892 판결³⁴⁾)]

34) 상고심(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016누59881 판결)은 심리불속행 기각함

라) 자진신고가 있는 경우 행위종료일

- 적법한 자진신고자에 대하여는 감면대상 순위에 해당하는지 여부와 상관없이 자진신고일 시점이 공동행위의 종기임
 - 부당한 공동행위에 가담한 사업자가 감면조치를 받기 위하여 공정거래위원회에 적법하게 자진신고를 하였다면, 신고 후에 정당한 사유 없이 공동행위를 중단하지 아니하거나 조사에 성실히 협조하지 아니하는 등으로 인하여 자진신고자 지위확인이 취소되는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 그 자진신고를 부당한 공동행위에서 탈퇴하는 의사표시와 함께 합의에 반하는 행위가 있었던 경우에 준하여 볼 수 있음.
 - 원고는 2010. 3. 22. 적법하게 자진신고를 하였고, 2010. 7. 15. 경 다른 공동행위자들에게 정보교환이나 모임 등 일체의 공동행위를 중단한다는 취지의 통지를 하였고, 피고는 2010. 8. 3. 경 원고가 제출한 증거자료가 간면요건에 해당한다고 판단하여 원고에게 2순위 조사협조자의 지위에 있음을 확인하는 서면을 교부하였으며, 원고가 자진신고 후에도 공동행위자들과 가격결정을 위하여 가격 등 경쟁요소에 관한 정보를 교환하거나 이를 통하여 각자의 가격을 결정하는 등 공동행위의 합의가 존속되었다고 볼 만한 사정은 찾을 수 없음.
 - 부당한 공동행위에 가담한 원고가 2010. 3. 22. 적법하게 자진신고를 함으로써 부당한 공동행위에서 탈퇴하는 의사표시와 함께 합의에 반하는 행위를 한 것으로 평가할 수 있으므로, 달리 원고가 자진신고자 지위확인이 취소되는 등의 사정이 없는 이 사건에서, 원고가 부당한 공동행위를 종료한 날은 원고의 위 자진신고일이 된다고 보아야 함.
 - 그럼에도 이와 달리 원심은, 사업자가 자진신고를 한 경우에도 부당한 공동행위를 종료하기 위하여는 다른 사업자에게 합의에서 탈퇴하였음을 알리는 의사표시를 하고 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하여야 한다는 그릇된 전제에서, 2010. 7. 15. 이전에 원고가 합의탈퇴의 의사표시를 하고 가격을 인하하는 등 합의가 파기되었다고 볼 만한 사정이 없다는 이유로, 원고의 자진신고일을 공동행위의 종기로 보아야 한다는 원고의 주장을 배척하였으므로 위법함.
[두유 담합(정. 식품) 건(대법원 2015. 2. 12 선고 2013두987 판결)]

- 비록 피고에 의하여 자진신고자 지위를 인정받지 못하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 자진신고 행위의 법적 성격을 달리 볼 것은 아니므로, 원고가 이후에도 계속 부당한 공동행위를 하였다는 사실이 인정되지 않는 이상 위와 같이 자진신고를 한 때 원고는 부당행위를 중단하였다고 보아야 함
- 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결의 법리에 비추어 보면, 원고는 2013. 8. 28. 피고에게 자진신고를 함으로써 부당한 공동행위에서 탈퇴하는 의사표시와 함께 합의에 반하는 행위를 하였다고 할 것이고, 비록 피고에 의하여 자진신고자 지위를 인정받지 못하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 자진신고 행위의 법적 성격을 달리 볼 것은 아니므로, 원고가 이후에도 계속 부당한 공동행위를 하였다는 사실이 인정되지 않는 이상 위와 같이 자진신고를 한 때 원고는 부당행위를 중단하였다고 보아야 함. 따라서 피고가 이와 다른 전제에서 원고가 광성택에 합의파기 공문을 발송한 2014. 1. 23.의 전날을 이 사건 공동행위의 종기라고 본 것은 위법하다고 할 것임.
- [삼팩메탈로이 등 2개 제지용 고무를 제조, 판매사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 5. 27. 선고 2015누50797 판결³⁵⁾)]
- 일부 사업자의 공동행위가 자진 신고일 부터 중단된 것으로 보더라도 나머지 사업자는 이를 모른 채 종전의 공동행위를 유지하여 왔다면, 이들의 공동행위는 조사 직전일 까지 이어졌다고 볼 수 있음
- (별개의 공동행위인지) 이 사건 공동행위는 전체적으로 1개의 공동행위로 봄이 상당함
- (기본원칙과 실행행위)
- 원고 등 사업자들은 2001. 9. 세계시장에서 자신들이 생산·판매하는 TFT-LCD 패널 제품의 가격과 생산량 등에 관한 정보교환을 통하여 가격결정·유지와 생산량 제한에 관한 공동행위 기본원칙에 합의한 아래, 정기적으로 다양하게 중층적으로 조직화된 임원급 내지 실무자급 담당자들의 회합 등에서의 교환한 정보를 토대로 하여 TFT-LCD 패널 제품의 가격과 생산량을 조정하여 옴.
- (공동행위 의사와 목적)
- 원고 등 사업자들은 기본원칙에 따라 다자회의 및 양자회의를 최고위급, 관리자급, 실무자급의 중층적인 구조로 병행하여 진행하였고, 이 사건 공동행위 기간 중 최고위급 회의와 관리자급 회의가 없어지고, 2006. 3. 삼성전자의 자진신고 무렵 일부 다자회의가

35) 상고심(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두45738 판결)은 심리불속행 기각함

연쇄적 양자회의 방식으로 변경되었던 것으로 보이기는 하나 이는 단지 원고 등 사업자들의 다자회의가 고객과 경쟁 당국에 인지될 것을 우려하여 그 형식을 변경한 것에 불과한 것으로 보일 뿐이고, 경쟁사업자간의 가격 내지 생산량 등의 합의를 통하여 시장에서 경쟁을 제한하여 경쟁상의 이익을 얻을 회합의 목적 내지 의도의 관점에서 볼 때 법률적·사회적 의미에서 근본적인 변화가 있었다고는 보기는 어려움.

- 설령 삼성전자(2006. 3.)와 엘지필립스(2006. 7.)가 미국 법무부와 EU 경쟁 당국에 자진신고를 한 시점에 삼성전자와 엘지필립스 등 일부 사업자의 공동행위가 중단된 것으로 본다고 하더라도, 그러한 자진신고 사실을 인식하지 못한 원고 등 대만업체가 자진신고 이전과 이후의 시기 또는 원고 주장의 기간별로 구분하여 기존의 합의를 폐지하면서 새로운 부당한 공동행위를 합의한 것이라고 보이지 않음.

- (참가사업자의 동일성과 공동행위 계속성)

- 원고 등 사업자들 전부 내지는 일부가 대외적으로 합의 파기의사를 표시하고 실행행위를 종료하였다고 볼 만한 자료가 없는 이 사건에서, 원고 등 사업자들은 모임의 형식과 방식의 변경 여부와 상관없이 기존의 정보교환 등을 통한 합의를 전제로 위반기간 중 상당부분에 걸쳐 단절없이 실행행위를 상당부분 계속한 것으로 보이며, 비록 2006년에 회의 참석자들의 직급이 실무자급으로 조정되는 변화가 있었더라도, 이 사건 합의의 주체는 ‘원고 등 사업자들’이고, 회의 참석자의 구성원이 그때그때 시장상황에 따라 변경된 것으로 보일 뿐임.
- 그리고 2006년에 개최된 실무자급 회의에서 가격 결정에 대한 명시적 합의가 없었다고 하더라도(실무자급 회의에서는 당초부터 가격을 결정할 권한이 없었다), 세부적인 산출량과 같은 가격에 영향을 미치는 민감한 정보를 교환하고 이를 회사 내부에 보고함으로써 원고 등 사업자들이 직접적으로 가격을 합의하는 것과 유사한 효과를 지니는 묵시적 합의는 변동 없이 계속 이어진 것으로 보임.

- (이 사건 행위의 종료시기) 원고가 가담한 이 사건 공동행위는 2006. 12. 초경 까지 계속되다가 한국 등의 경쟁 당국이 현장조사를 개시한 2006. 12. 8.(다만 피고는 현장조사 직전일인 2006. 12. 7.을 종기로 보았다)에 이르러 종료되었다고 할 것임
 - ① 삼성전자와 엘지필립스의 각 자진신고만으로는 이 사건 공동행위 참가 사업자 중 일부 사업자(삼성전자와 엘지필립스)의 공동행위 종료 여부는 별론으로 하고, 이 사건 합의에 참가한 원고 등 사업자들 전부가 명시적으로 합의를 파기하였다거나 합의에 반하는 행위를 하였다고 볼 수 없으며, 달리 원고 등 사업자들 전부가 반복적인 가격 경쟁 등을 통하여 담합이 사실상 파기되었다고 볼 만한 사정도 없어 보임.

- ② 삼성전자와 엘지필립스는 이 사건 행위기간 동안 TFT-LCD 패널 시장점유율 1, 2위를 유지하였고, 한편 삼성전자와 엘지필립스의 자진신고 이후에는 미국 법무부의 요청 등으로 자진신고 이전과 달리 연쇄적 양자회의 등에 소극적으로 참여하면서 회의에 제공한 정보의 수준도 다소 떨어진 것으로 보이기는 하지만, 당시 원고 등 대만업체의 시장점유율(2006년 기준으로 31%)이 삼성전자와 엘지필립스(37%)와 큰 차이가 나지 않는 점, 자진신고 이후에도 원고 등 대만업체는 삼성전자 등의 자진신고 사실을 인식하지 못한 채 연쇄적 양자회의와 별도의 다자모임을 갖거나 대만업체의 선두인 원고는 삼성전자 또는 엘지필립스와 각 양자회의를 별도로 가지면서 2006. 12. 초경까지 가격 및 생산량에 관한 정보를 교환하고 종전의 공동행위를 계속 유지하여 왔던 것으로 보이는 점, LCD 산업은 상반기보다 하반기에 수요가 집중되는 계절적 경기 사이클이 있어 하반기에 정보교환을 통한 협력 유인이 상대적으로 큰 것으로 보이는 점 등의 사정을 관련 법리에 비추어 보면, 앞서 든 사정반으로는 자진신고 이후에 공동행위가 다소 느슨해진 것으로 볼 수 있을지언정, 공동행위가 전혀 성립할 수 없다거나 원고 등 대만업체 일부 또는 전부 사업자에 대하여 공동행위가 종료되었다고 볼 수 없음.
 - ③ 이러한 사정에 비추어 보면, 피고가 삼성전자, 엘지필립스에 대하여 감면지위확인서를 발급해 준 사정이나 관련매출액 산정의 종기를 삼성전자, 엘지필립스의 각 자진신고 전일까지로 보았던 사정은 이 사건 공동행위의 종기 판단에 별다른 영향을 미치지 않음.
 - ④ 피고가 일부 심결례에서 시장점유율 상위 유력 사업자의 감면신청일 무렵을 모든 공동행위 참여사업자에 대한 종기로 인정한 사례가 있는 것으로 보이기는 하나, 그러한 종기 인정이 피고에게 구속력이 있을 정도로 행정관행으로 정착되었다거나 선행 사례가 이 사건과 유사하다고 인정할 만한 자료가 없음.
- [에이유 웜트로닉스 코퍼레이션의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 2. 13. 선고 2011누46394 판결)]
- * 참고: 엘지디스플레이 외 2개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 2. 13. 선고 2011누46417 판결³⁶⁾)

36) 상고심(대법원 2014. 6. 26. 선고 2014두5521 판결)은 신리불속행 기각함

□ 경쟁당국(미국 DOJ)의 요청에 따라 자진신고 사실을 보안을 유지하여 자진신고 사실을 알지 못하던 직원들이 관성적으로 다자회의에 참석한 것을 방지한 수준인 경우에는 원고의 자진신고일에 이 사건 공동행위를 종료하였다고 볼 수 있음

○ 비록 이 사건 자진신고 사실을 알지 못하던 원고들의 직원이 자진신고일인 2006. 7. 27. 이후부터 2006. 12. 7까지 실무자급 다자회의에 계속하여 참석한 사실은 인정되나, 위와 같이 원고들의 자진신고에는 진정성이 인정되고, 당시 이 사건 공동행위를 종료하려는 의사가 있었던 점, 이 사건 자진신고 그 자체를 이 사건 공동행위(합의)에 반하는 행위로 볼 여지가 있고, 또한 이 사건 자진신고 행위 및 미국 DOJ의 이 사건 협조 요청에 부응한 행위는 합의에 반하는 행위와 동등하고, 합의에 가담한 업체들에 대하여 한의 파기의사를 표시한 것으로 평가될 수 있거나 그에 대한 기대가능성이 없어 그와 같은 요건을 구비한 것으로 보아야 할 것인 점 등을 종합하여 보면, 원고는 이 사건 공동행위를 자진신고일인 2006. 7. 27.경 종료하였다고 봄이 상당하므로, 원고에 대한 이 사건 공동행위의 종기는 2006. 7. 27.임.

- 원고들의 직원이 자진신고일 이후부터 2006. 12.초순 무렵까지 다자회의에 참석하였으나, 이는 원고들이 미국 DOJ의 협조 요청에 따라 자진신고 사실에 대한 극도의 보안을 유지한 채 이 사건 공동행위 관여 직원을 비롯한 전체 직원들에게 이를 고지하지 아니하여 위 직원이 관성적으로 다자회의에 참석하는 것을 방지하는 수준 정도로서, 피고도 인정하는 바와 같이 원고들은 이 사건 공동행위를 지속할 의사가 없었고, 단지 진정한 의사 없이 형식적으로만 회의에 참석한 것이며, 따라서 그와 같은 실무자급 다자회의에서 교환된 정보가 원고들의 최고 경영진에게 보고되었다 하더라도, 이미 자진신고한 원고들이 이를 기초로 업체들간의 시장상황 등에 대한 공감대 형성을 통한 암묵적 가격 합의에 나아간 것으로 보기 어려움.

[엘지디스플레이 외 2 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 2. 13. 선고 2011누46417 판결³⁷⁾]

□ 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 경우에는 부당한 공동행위에서 탈퇴하는 의사표시와 함께 합의에 반하는 행위가 있었던 경우에 준하는 것으로 보기 어려워, 외국 경쟁당국에 한 자진신고일 시점을 곧바로 공동행위의 종기로 볼 수 없음

○ 공정거래법이 정한 자진신고자 감면제도의 취지와 목적은 부당한 공동행위에 참여한 사업자가 자발적으로 부당한 공동행위 사실을 신고하거나 조사에 협조하여 증거자료를

37) 상고심(내별유 2014. 6. 26. 선고 2014두5521 판결)은 심리불속형 기각함

제공한 것에 대한 혜택을 부여함으로써 참여사업자를 사이의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지 내지 예방하고자 하는 것임. 그런데 국가별 자진신고자에 대한 감면조치 요건 등이 상이한데다, 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 후에도 국내시장에서 합의에 더 잡은 실행행위가 계속될 여지가 있음.

- 공정거래법 제49조 제4항에서 정한 처분시한은 공정거래위원회가 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있는 기간을 의미함. 그런데 공정거래위원회는 공동행위에 가담한 사업자들이 외국 경쟁당국에 자진신고를 한 사실을 알지 못하는 경우가 많고 설령 그러한 사실을 알게 되었다고 하더라도 그것만으로 부당한 공동행위의 전체적인 내용을 파악하고 시정조치나 과징금 부과 등의 제재처분을 하는 데 필요한 기본적인 요소들을 확정 지을 수 있을 만큼의 사실관계가 갖추어져 조사의 대상에 포함되고 제재처분의 대상이 되었다고 보기 어려움. 반면 외국 경쟁당국에 대한 자진신고일을 공동행위의 종기로 보지 않더라도 사업자는 공정거래위원회에 자진신고함으로써 공동행위의 종기를 조속히 확정하여 법률관계의 안정을 도모할 수 있는 법적 수단이 마련되어 있음.

[3개 엘터네이터 제조판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2020. 8. 19. 선고 2020두48505 판결³⁸⁾)]

마) 합의 후 가격인하가 있었던 경우

- 이 사건 합의에 따른 약관요금 적용 이후 일시적 요금면제 행위는 그 기간이 종료되면 이 사건 합의에 따른 요금이 그대로 적용되는 점, 약관과 달리 요금면제 할인행위를 하는 것은 약관요금을 그대로 유지한 채 그보다 더 할인 면제해 준다는 유인책으로 활용한 것으로 합의의 파기로 보기 어려움
- 이 사건 합의에 따른 약관요금 적용 이후 원고 등이 별도로 이용약관상 요금을 변경하지 아니한 점, 특히 일시적인 요금면제 행위의 경우에는 면제기간이 종료되면 이용약관에 따라 이 사건 합의에 따른 요금이 그대로 적용되는 점, 원고 등이 약관과 달리 무료 이용기간을 제공하고 약관상 속도보다 높은 속도를 제공하는 등의 요금면제·할인행위를 하는 것은 이 사건 합의에 따른 약관요금을 그대로 유지한 채 실제로 받아야 하는 약관요금보다 더 할인 면제해 준다는 유인책으로 활용한 것으로 볼 수 있어 이를 이 사건 합의의 파기로 보기 어려움.

[하나로텔레콤 등 3개사의 인터넷전용회선요금 공동결정행위 건(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두2593 판결)]

³⁸⁾ 파기환송심(서울고법 2022가53794) 진행 중

* 원고는 피시방 사업자들의 반발로 인하여 특별할인 판매행사에 들어간 2003. 11.경을 종료일로 주장하였으나, 공정위는 별도의 합의파기행위가 없었으므로 의결서 작성기한인 2005. 6. 8.을 종료일로 보았고, 법원도 이를 인정하였음

* 참고: 데이콤 건(서울고법 2007. 1. 31. 선고 2005누18305 판결, 고법 확정), 케이티 건은 소 취하 종결

□ 일부 기간동안 종전보다 낮은 가격으로 판매한 사실이 인정되기는 하나 그 기간 동안 합의가 지켜지는지 상호 감사하고 합의를 어긴 경쟁사업자에 대해서 항의하기도 하였다면 공동행위가 파기되었다고 인정하기에 부족함

- 원고 등 6개사가 2008년 하반기에 이르러 세계적인 금융위기로 말미암아 칼라강판의 수요가 크게 줄어들자 재고를 처분하고 손실을 줄이기 위해서 2008년 11월경~2009년 2월경 종전보다 낮은 가격으로 칼라강판을 판매하기도 한 사실이 인정되기는 함.
- 그러나 아래와 같은 이유로 이 사건 공동행위가 2008년 11월경~2009년 2월경 전제적으로 파기되었다고 볼 수 없음. 즉 원고 등 6개사는 앞서 본 기간 동안에도 임원 모임 등을 통하여 저가 판촉이나 수요처 침범을 자제하는 등 전면적인 가격 경쟁이 발생하지 않도록 하자는 내용의 합의를 반복적으로 하였고, 나아가 이러한 합의가 지켜지는지 상호 감사하고 합의를 어긴 경쟁사업자에 대해서 항의하기도 하였음.
- 한편, 일부 사업자는 이 사건 공동행위에 가담한 다른 경쟁사업자와 복수로 공급하는 수요처에 대해서는 칼라강판 가격을 할인하여 주지 않는 등 은밀한 방법으로 저가 판촉을 하였는데, 이는 담합에 편승한 전형적인 기만행위(cheating)에 해당한다고 보임.
- 이러한 사정들을 종합한 때, 제출된 증거만으로는 원고 등 6개사가 2008년 11월경~2009년 2월경 칼라강판의 가격을 인하한 조치가 이 사건 공동행위에 반하는 행위에 해당한다거나 이를 통하여 이 사건 공동행위가 파기되었다고 인정하기에 부족함. 오히려 위와 같은 가격 인하는 이 사건 공동행위의 기본 틀을 유지하면서도 시장의 급격한 변화에 대응하여 각자의 이익을 최대한 추구한 결과에 불과하다고 판단됨.

[포스코강판 등 6개 철강회사들의 칼라강판에 대한 부당공동행위 건(서울고법 2015. 9. 16. 선고 2013누14759 판결)]

* 같은 취지: 인천지역 27개 레미콘 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(유진기업 외 18, 서울고법 2019. 1. 10. 선고 2018누49507판결³⁹⁾), 6개 아연도강판 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(포스코, 서울고법 2019. 2. 8. 선고 2016누71753 판결⁴⁰⁾)

39) 상고심(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두36056 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고는 2006년 담합과정에 끝까지 계속 참여하여 담합을 하였고, 실제 입찰과정에서 합의와 달리 저가 입찰을 하였던 것에 불과하므로 2006년 담합에서 탈퇴하였다고 볼 수 없음
- 원고가 2000년부터 2005년까지 계속 담합에 참여하였고 2006년에도 담합과정에 처음부터 끝까지 계속 참여한 점, 원고가 엘에스 등에게서 자신의 낙찰순위가 상향조정되지 않은 9개 사업자별 최종 낙찰순위와 투찰가격을 받은 이후에 엔에스 등에게 자신의 담합탈퇴 의사표시를 명시적 또는 묵시적으로 밝힌 바가 없었던 점 등에 비추어보면, 원고가 2006년 담합모임에서 자신의 낙찰순위 상향조정을 요구하면서 그 요구가 수용되지 않을 때에는 합의를 따르지 않겠다고 선언하였다고 하더라도 그러한 선언은 원고가 엘에스 등과 담합을 계속하는 조건으로 자신의 낙찰순위 상향조정을 요구한 것에 불과하였다고 보임. 결국 원고는 당초부터 담합의사로 2006년 담합과정에 처음부터 끝까지 계속 참여하여 자신을 포함한 9개 사업자별 입찰순위와 투찰가격 모두를 알게 됨으로써 담합을 하였고 다만 실제 입찰과정에서 이러한 합의와 달리 저가입찰을 하였던 것에 불과하므로 2006년 담합에서 탈퇴하였다고 볼 수 없음.
[KT 발주 광케이블 구매입찰 참가 11개 광케이블 제조·판매회사의 부당한 공동행위
진(서울고법 2012. 4. 25. 선고 2011누31002 판결⁴¹⁾)]
- 일부 사업자가 다른 사업자들에게 합의에서 탈퇴할 것을 명시하면서 가격을 원래대로 환원하는 경우가 아닌 한, 일부 사업자만의 평균가격이 아니라 원고 등의 전체적인 평균가격이 인하되어 이 사건 각 공동행위에 의하여 형성된 가격이 붕괴된 때에 합의가 존속하지 않게 되었다고 할 것임
- 원심은 채택 증거를 종합하여 원고 등의 2002. 10의 공동행위 이후 50% 가성소다 평균가격이 13.6% 상승하였는데 2002. 12. 삼성을 제외한 한화 등 4개사의 평균가격이 2.6% 하락하였고 삼성의 평균가격은 2003. 1.에 2.3% 하락한 사실, 2003. 4.의 공동행위 이후 50% 가성소다 평균가격이 12.1% 상승하였는데 2003. 9. 한화의 평균가격이 3.4% 하락하였고 엘지화학, 삼성, 백광, 동양의 평균가격은 각각 2003. 6.부터 같은 해 9월 사이에 1차례 또는 그 이상 하락한 사실, 2004. 9.의 공동행위 이후 50% 가성소다의 평균가격이 22.8% 상승하였는데 한화는 2005. 3. 엘지화학은 2005. 2. 삼성은 2005. 3. 인하되었고 원고 등 고누 2005. 3.까지 전월에 비해 1차례 또는 그 이상 실거래 평균가격이 인하된 사실을 인정한 다음, 일부 사업자가 다른 사업자들에게 합의에서 탈퇴할 것을

40) 대법원판례(대법원 2019. 7. 8. 선고 2019두36551 판결)은 삼리불속행 기각함

41) 상고심(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012두12044 판결)은 삼리불속행 기각함

명시하면서 가격을 원래대로 환원하는 경우가 아닌 한, 일부 사업자만의 평균가격이 아니라 원고 등의 전체적인 평균가격이 인하되어 이 사건 각 공동행위에 의하여 형성된 가격이 붕괴된 때에 합의가 존속하지 않게 되었다고 할 것이므로 이 사건 각 가격 결정의 합의는 합의에 참여한 사업자 전부가 가격을 인하하기 시작한 시점에 합의가 파기된 것으로 보아야 하고, 따라서 이 사건 각 합의에 기한 실행행위의 종료일을 2002. 12. 31, 2003. 8. 31. 및 2005. 2. 28.로 하여 산정한 이 사건 과정금 부과처분은 적법하다고 판단함. 엘지화학이 이 사건 부당한 공동행위의 종료일이라고 주장하는 각 시점에서 원고 등을 가격을 일부 인하하기 시작한 데 불과하여 원고 등이 그 실행행위를 종료하였다고 보기는 어렵고 달리 그들 사이에 합의가 사실상 파기되었다고 볼 만한 사정이 있었던 것도 아니라는 점에서 그에 관한 원심의 이유 설시가 적절하다고는 할 수 없으나, 원심은 결국 공정위가 인정한 이 사건 부당한 공동행위의 이전에 그 실행행위가 종료되었다는 엘지화학의 주장을 배척한다는 취지이고, 그와 같은 원심의 결론은 정당함.

[엘지화학 등 5개사의 가성소다가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두12774 판결)]

※ 참고: 한화석유화학 건(서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누30329 판결, 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007두12712 판결), 백광산업 건(서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누29725 판결, 고법 확정), 삼성정밀화학 건(서울고법 2007. 6. 14. 선고 2005누30305 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두14442 판결), 동양제철화학 건(서울고법 2007. 6. 14. 선고 2005누29572 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두14602 판결)

- 합의에서 탈퇴하였다는 명시적인 의사표시를 하였다는 사실을 인정할 증거는 없으나 기준가격을 인하하여 다른 사업자들과 반복적인 가격경쟁을 하였다면 합의가 사실상 파기되었다고 봄이 상당함
- 합의에 참가한 일부 사업자가 부당한 공동행위를 종료하기 위해서는 다른 사업자에 대하여 합의에서 탈퇴하였음을 알리는 명시적 내지 묵시적인 의사표시를 하고 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하여야 하고, 합의에 참가한 사업자 전부에 대하여 부당한 공동행위가 종료되었다고 하기 위해서는 합의에 참가한 사업자들이 명시적으로 합의를 파기하고 각 사업자가 각자의 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하거나 또는 합의에 참가한 사업자들 사이에 반복적인 가격 경쟁 등을 통하여 남합이 사실상 파기되었다고 인정되는 행위가 일정 기간 계속되는 등 합의가 파기되었다고 볼 만한 사정이 있어야 함(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4159 판결 등 참조).

- 이 사건에서 보면, 비록 원고가 다른 사업자들에게 합의에서 탈퇴하겠다는 명시적인 의사표시를 하였다는 사실을 인정할 증거는 없으나, 원고가 적어도 2009. 11.경부터 상당히 오랜 기간 동안 독자적인 판단에 따라 기준가격에서 벗어났다고 볼 수 있을 정도로 가격을 인하하고 이러한 가격으로 다른 사업자들과 반복적인 가격 경쟁을 행함으로써 원고 등 7개사 사이에 이 사건 합의가 사실상 파기되었다고 봄이 상당함.

[7개 폐석면 처리사업자의 부당 공동행위 건(서울고법 2015. 5. 14. 선고 2013누51352 판결⁴²⁾, 2015. 6. 10. 선고 2013누51505 판결⁴³⁾]

바) 다른 사업자가 합의에서 탈퇴한 경우

- 이 사건 경쟁사업자들 중 유니온스틸이 마지막으로 이 사건 공동행위에서 탈퇴하겠다는 내용의 공문을 보냄으로써 이 사건 공동행위의 구성원은 원고만 남게 되었으므로, 원고의 공동행위 역시 종료되었음
- 원고 등 6개사가 이 사건 공동행위에 관한 피고의 조사가 시작된 2010. 4. 30. 이후로도 칼리강판의 기준가격에 관하여 추가적인 합의를 하였다고 인정할 증거는 없음. 그러나 원고 등 6개사는 피고의 조사가 개시되기 직전인 2010년 4월경 있었던 합의에 따라 2010년 5~6월경 칼리강판의 기준가격을 인상하였음. 또 이 사건 경쟁사업자들은 피고의 조사가 개시된 후인 2010. 10. 28.~2010. 11. 11. 사이에 비로소 이 사건 공동행위에 가담하였던 사실을 시인하면서 이를 중단하겠다는 뜻이 담긴 공문을 이 사건 공동행위에 가담한 다른 사업자들 앞으로 보냈음.
- 원고가 2010. 10. 13.경 '원고는 2006년 10월경부터 공정거래 자율준수 프로그램을 도입하여 운영 중에 있고, 이에 따라 공정거래 질서 확립에 노력하고 있다. 이러한 차원에서 공정거래법 위반 소지가 있는 일체의 행위나 의사 연락을 하지 않을 것이다.'는 내용이 담겨 있는 공문을 이 사건 경쟁사업자들에게 보낸 사실이 인정되기는 함. 그러나 이 사건 공동행위에 대한 언급이 일체 없고, 원고가 이 사건 공문을 보냈다는 사정만으로 이 사건 공동행위에서 탈퇴하겠다는 뜻을 이 사건 경쟁사업자들에 대하여 명시적 또는 묵시적으로 표시하였다고 인정하기 어려움.
- 피고는 원고의 공동행위가 종료된 시점에 대하여 이 사건 경쟁사업자들 중 유니온스틸이 마지막으로 이 사건 공동행위에서 탈퇴하겠다는 내용의 공문을 보낸 '2010. 11. 11.'이라고 판단하였음.

42) 상고심(2015. 9. 10. 선고 2015두44035 판결)은 심리불속행 기각함

43) 상고심(2015. 9. 10. 선고 2015두46253 판결)은 심리불속행 기각함

- 제출된 증거만으로는 이 사건 공동행위가 2010. 11. 11. 이전에 전체적으로 종료되었다고 인정할 수 없고, 유니온스틸의 탈퇴로 만미암아 이 사건 공동행위의 구성원은 원고만 남게 되었으므로, 결국 유니온스틸이 탈퇴 의사를 명시적으로 밝힌 '2010. 11. 11.'에 이르러 원고의 공동행위 역시 종료되었다는 피고의 판단은 충분히 수긍할 수 있음.

[6개 철강회사들의 칼라강판에 대한 부당공동행위 건(서울고법 2015. 9. 16. 선고 2013누14759 판결⁴⁴⁾)]

- 담합에 참여한 3개 회사 중 2개 회사가 담합에서 탈퇴한 것으로 인정되는 경우에는 남아 있는 회사가 1개뿐이고, 이러한 경우에는 담합의 성립요건 중 '2인 이상 사업자들 사이의 의사의 합치'라는 요건을 충족하지 못하게 되므로 그 담합은 종료되었다고 볼이 상당함

- 씨제이 제일제당은 2005. 9. 14., 삼양사는 2005. 9. 22., 원고(대한제당)는 2005. 9. 27. 각 이 사건 부당한 공동행위에 관한 합의 파기의사를 대외적으로 표시한 이 사건에서, 원심은, 원고가 합의 파기의사를 대외적으로 표시함으로써 그 실행행위를 종료한 날인 2005. 9. 27.을 그 위반행위의 종료일로 판단하였음. 그러나 위와 같이 담합에 참여한 3개 회사 중 2개 회사가 담합에서 탈퇴한 것으로 인정되는 경우에는 남아 있는 회사가 1개뿐이고, 이러한 경우에는 담합의 성립요건 중 '2인 이상 사업자들 사이의 의사의 합치'라는 요건을 충족하지 못하게 되므로 그 담합은 종료되었다고 볼이 상당함. 따라서 원고의 위반행위의 종기는 삼양사가 합의 파기의사를 대외적으로 표시함으로써 그 실행행위를 종료한 날인 2005. 9. 22.로 보아야 함.

[대한제당의 설탕가격단합 건(내법원 2010. 3. 11. 선고 2008누15176 판결)]

- 다른 합의 가담자(온세통신)의 합의 탈퇴여부와 관련된 행위들은 원고(하나로텔레콤)의 합의 탈퇴여부와 관련이 없으므로 다른 합의 가담자의 위와 같은 행위에 의하여 원고가 합의에서 탈퇴한 것으로 볼 수 없음

- 온세통신이 약관변경 신고를 한 2004. 8. 17.뿐만 아니라 사업자들 사이의 요금경쟁 및 가입자 유치경쟁을 위하여 시외전화 요금을 인하한 2004. 9. 22.도 원고(하나로텔레콤)의 법 위반행위의 종료일로 인정하기 어렵다고 할 것인. 왜냐하면 온세통신의 위와 같은 행위들은 온세통신이 이 사건 합의에서 탈퇴한 것으로 볼 수 있는지 여부에 관한 것이고, 원고가 이 사건 합의에서 탈퇴한 것으로 볼 수 있는지 여부와는 별다른 관련이 없기

44) 상고심(2016. 1. 14. 선고 2015두53800 판결)은 심리불속행 기각함

때문일. 이에 따라 2004. 9. 22.경 온세통신을 포함한 이 사건 회사들이 합의를 파기하고 각자의 독자적인 판단에 따라 합의가 없었더라면 존재하였을 수준으로 가격을 인하하는 등 합의의 목적에 반하는 행위를 하였다는 사실이 인정되지 않는 이상, 온세통신의 위와 같은 행위에 의하여 원고가 이 사건 합의에서 탈퇴한 것으로 볼 수는 없음. 원심의 판단은 공정위가 인정한 이 사건 2004년 합의에 따른 부당한 공동행위의 종료일 이전에 그 실행행위가 종료되었다는 원고의 주장을 배척한다는 취지이므로, 그 결론은 정당함.

[케이티 등 4개사의 시외전화요금 공동결정행위 건(대법원 2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결)]

※ 하나로텔레콤과 케이티는 케이티의 위반행위에 대하여 통신위원회에 제소한 시점 혹은 합의서를 폐기한 시점을 종료일로 주장하였으나, 공정위는 온세통신이 시외전화 요금을 인하한 2004. 9. 22.을 종료일로 판단하였고, 법원도 이를 인정하였음

※ 참고: 하나로텔레콤 건(서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1977 판결, 대법원 2008. 10. 23 선고 2007두2586 판결), 데이콤 건(서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1663 판결, 고법 확정)

- 일부 가담자가 기본합의를 명시적으로 파기하였고, 그 후 기본합의의 내용에 있어서 기준의 기본합의와 상당한 차이가 있는 다른 합의가 이루어졌다면, 그 새로운 합의는 기준에 계속되던 합의와 구별되는 별개의 새로운 합의로 보아야 하므로 이로써 기준의 기본합의에 기초하여 이루어진 위반행위는 종료됨
- 원고(귀뚜라미) 등 사업자는 2005. 6. 17. 특우회에서 가정용 가스보일러 특판 시장에서 이루어지는 입찰절차에서 사전에 낙찰예정자와 입찰가격 등을 결정하고 낙찰예정자가 건설회사와 가스보일러 공급계약을 체결하는데 협력하기로 합의하고, 그 후부터 2006. 8. 14. 까지 이루어진 13건의 입찰절차에서 사전에 낙찰예정자와 입찰가격을 결정하는 개별 합의를 하였음.
- 원고, 경동, 린나이 및 롯데는 대성이 2006. 8. 14. 기본합의를 이탈하고 특우회를 탈퇴한 후에도 특우회 노임을 지속하였음. 원고와 경동은 2007년 및 2008년에도 4건의 입찰절차 (순번 14, 15, 16, 17)에서 낙찰예정자를 정하거나 입찰가격을 조정하는 개별 합의를 하였음.
- 입찰담합에서 부당한 공동행위의 종기인 그 합의에 기초한 실행행위가 종료한 날이라 함은, 해당 행위의 실행으로서의 사업 활동이 없게 된 날을 말하므로 단지 위반행위자 내부에서 위반행위를 중지하기로 하는 결정을 한 것만으로는 충분하지 아니하고 원칙적으로 위반행위자 상호간에 구속 상태를 해소시키기 위한 외부적인 징표가 필요하므로 특별한

사정이 없다면 위반행위자 전원이 부당한 거래제한 행위의 파기를 명시적으로 합의하여 결정한 시점이나, 그렇지 아니하더라도 일부의 위반행위자가 부당한 거래제한의 합의에서 명시적으로 이탈하여 더는 기본합의를 그대로 유지할 수 없게 되어 입찰담합행위의 동일성이 유지되지 아니하게 되는 시점을 말함.

- 따라서 기본원칙에 관한 합의에 기초하여 여러 차례의 개별 합의가 계속되던 중 일부 가담자가 기본합의를 명시적으로 파기하였고, 그 후 기본합의의 내용에 있어서 기존의 기본합의와 상당한 차이가 있는 다른 합의가 이루어졌다면, 그 새로운 합의는 기존에 계속되던 합의와 구별되는 별개의 새로운 합의로 보아야 하므로 이로써 기존의 기본합의에 기초하여 이루어진 위반행위는 종료하게 된다고 해석하여야 함.
- 그리고 그 후에 대성을 제외한 원고 등 나머지 사업자 사이에 이루어진 2007년과 2008년도 입찰절차에서의 개별 합의는 2007년부터 2008년까지 100여건의 경쟁 입찰이 진행되던 중에 기본원칙의 정립이나 의사의 단일성 및 목적의 동일성 없이 개별적으로 이루어진 것에 불과하여 당초의 기본합의와 동일성이 있다고 보기 어려움.
- 따라서 원고 등 사업자의 1차 기본합의에 기초한 입찰담합행위 등 2005년부터 2008년까지의 부당한 공동행위로서의 입찰담합행위는 그 기본합의의 실행으로 인한 입찰계약체결일 중 가장 늦은 계약체결일인 2008. 9. 무렵(순번 17번)까지 그 위법한 실행행위가 모두 종료되었으므로 파고의 2014. 3. 14자 시정명령 및 과징금납부명령이 원고에게 송달된 날로부터 역산하여 구 공정거래법 49조 4항 본문에 정해진 5년의 제적기간이 이미 지났음이 분명함.
[5개 보일러 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 7. 24. 선고 2014누55412 판결⁴⁵⁾]

45) 상고심(대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두50054)은 심리불속행 기각함

3) 하나의 공동행위 해당 여부

가) 판단기준

- 사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이를 실행하는 과정에서 수차례의 합의를 계속하여 온 경우는 물론, 그러한 기본적 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면, 그 각 합의의 구체적인 내용이나 구성원 등에 일부 변경이 있었다고 할지라도, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당함

[5개 세탁·주방세제 제조업체의 부당한 공동행위 건(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결)]

- 사업자들이 공동행위에 대한 기본적 원칙에 합의한 다음 위 합의를 실행하는 과정에서 수회에 걸쳐 회합을 가지고 구체적인 가격결정 등을 위한 합의를 계속해 온 경우, 회합 또는 합의의 구체적 내용이나 구성원에 일부 변경이 있더라도 위와 같은 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보아야 함

- 사업자들이 경쟁을 제한할 목적으로 공동하여 향후 계속적으로 가격결정, 유지 또는 변경 행위 등을 하기로 하면서 결정주체, 결정방법 등에 관한 일정한 기준을 정하고 이를 실행하기 위하여 계속적인 회합을 가지기로 하는 등의 기본적 원칙에 합의한 다음 이에 따라 위 합의를 실행하는 과정에서 수회에 걸쳐 회합을 가지고 구체적인 가격결정 등을 위한 합의를 계속해 온 경우, 회합 또는 합의의 구체적 내용이나 구성원에 일부 변경이 있더라도 위와 같은 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보는 것이 타당함.

[인천지역 27개 레미콘 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(금강레미콘 외, 서울고법 2019. 1. 10. 선고 2018누49514 판결⁴⁶⁾)]

46) 상고심(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두34708 판결)은 삼리불속행 기각함

- 2차 공동행위는 공동행위 의사의 단일성, 공동행위 대상 상품의 유사성, 공동행위 참여 사업자의 동일성, 공동행위 내용의 동일성, 공동행위의 지속성 측면에서 전체적으로 하나의 공동행위로 볼 수 있고, 당초 예상과 달리 낙찰받은 부분 또한 동일한 공동행위 일환으로 이루어진 것으로 경쟁제한성이 인정됨
- 사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이를 실행하는 과정에서 수차례의 합의를 계속하여 온 경우는 물론, 그러한 기본적 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에 터잡아 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 끊임없이 계속 실행되어 왔다면, 그 각 합의의 구체적인 내용이나 구성원 등에 일부 변경이 있었다고 할지라도, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당함(대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15169 판결 참조).
- 2차 공동행위는 공동행위 의사의 단일성, 공동행위 대상 상품의 유사성, 공동행위 참여 사업자의 동일성, 공동행위 내용의 동일성, 공동행위의 지속성 측면에서 전체적으로 하나의 공동행위이고, 당초 예상과 달리 원고가 낙찰받은 '창녕-달성 주배관 공사' 부분 또한 이러한 동일한 공동행위 일환으로 이루어진 것으로서 경쟁제한성이 인정된다고 봄이 상당함. 이와 달리 '창녕-달성 주배관 공사' 부분만의 경쟁제한성이 부정된다는 원고의 주장도 이유 없음.
 - '창녕-달성 주배관 공사'의 입찰과 관련하여 원고와 쌍용건설, 대우건설 등 사업자 사이에 낙찰예정자, 투찰률, 입찰참여자 등이 사전에 합의되었고, 적격심사제라는 발주 방식의 특수성으로 인해 당초 위 사업자들의 예상과 달리 원고가 낙찰받았으나, 원고는 2차 공동행위에 관하여 당초 이루어진 합의에 따라 위 공사보다 늦게 입찰이 이루어지는 공사의 입찰에서 수회에 걸쳐 수주예정자가 아닌 단순한 입찰참여자로서 참여하여 수주예정자가 낙찰을 받을 수 있도록 협력하였으므로 경쟁제한성이 인정됨.

[지에스건설 등 7개 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 4. 27. 선고 2016누31441 판결⁴⁷⁾]
- 구체적인 합의 방식에 일부 변화가 있었다거나 각 합의의 실행 도중 일부 경쟁입찰이 실시된 적이 있었다고 하더라도 공동행위의 연속성이 단절된다고 보기 어려우므로 하나의 공동행위로 보아야 한다는 원심 판단은 정당함
- 합의방식이 단순순번제로 시행되다가 2007. 8. 22. 이후부터 공동순번제와 이의금배분제가

47) 상고심(대법원 2017. 9. 14. 선고 2017두47151 판결)은 심리불속행 기각함

도입되었다 하더라도, 이는 참여자들의 요구와 시장 상황의 변화를 반영하여 합의 참여자들의 안정적 수익을 보장하면서도 이익배분의 협평성을 높이기 위하여 그 실행방식을 정교하게 발전시킨 것에 불과하고, 경쟁을 회피하여 참여자들의 이익을 증대시키고 안정적 수익을 창출하려는 이 사건 공동행위의 목적은 계속 유지되고 있었으므로, 합의 방식의 변화로 공동행위의 연속성이 단절되었다고 보기 어려움.

- 특정 입찰에 대하여 경쟁입찰이 이루어진 것은 원고 등이 해당 입찰이 합의 대상으로 적합하지 않다고 판단하였기 때문이고, 일부 입찰 건에서는 합의를 시도하였으나 결렬되어 경쟁입찰이 이루어진 점, 전체적인 합의의 성립 과정과 실행 경위 등을 살펴볼 때 합의의 성격과 본질이 근본적으로 달라졌다고 보기 어려운 점 등을 고려하면 위와 같은 사정만으로 공동행위가 단절되었다고 보기 어려움.

[조달청 반주 입축펌프구매 입찰관련 11개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 6. 29. 선고 2014누43013 판결, 대법원 2020. 11. 26. 선고 2016두47666 판결)]

- 이 사건 입찰 중 합의가 되지 않아 경쟁을 통해 정상적으로 입찰에 참여한 건들도 일부 있었지만, 이는 원고 등이 입찰에 참여할 사업자를 확인하지 못하거나 신규 참여업체가 있어 합의하지 못하는 등 특별한 사정이 있었기 때문인 것으로 보이고, 위와 같은 일부 정상적 입찰 이후에도 원고 등은 이 사건 공동행위를 계속하는 등 담합이 파기되지 않고 지속되었으므로 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 보는 것이 타당함

[서림이앤씨 외 1등 민간건설사 발주 연도 및 건식에어터트 공사 입찰관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 9. 14. 선고 2017누47917 판결, 고법 확정)]

- 2002. 3.경부터 2003. 10.경까지 1년 8개월 정도의 기간 동안 명시적 합의가 없었다고 하더라도 위 기간 중 합의가 단절되거나 파기되지 아니한 이상, 원고 등이 각각의 가격 담합을 하고 이를 실행한 일련의 행위는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위에 해당함

- ④ 원고 등은 1999년경부터 2007년경까지 8년여에 걸쳐 지속적으로 황동봉 판매 기준가격, 황동분 구매가격, 황동봉 임가공비를 합의하고 실행해 온 점, ④ 원고 등의 각각의 가격 담합은 제품의 가격을 인상하거나 가격의 일정 수준 유지 또는 원자재 가격의 변동 등의 외부영향으로 인한 가격하락 폭을 최소화하기 위한 의사와 목적을 가지고, 그 이전의 가격 담합이 여전히 유효함을 전제로 그 지속을 도모하거나 그 이전의 가격 담합의 실효성을 제고하기 위하여 이루어진 점, ④ 각각의 가격 담합의 성립 과정이나 실행의

경위 등에 비추어 볼 때 위 각 합의가 그 내용이나 실행의 정도에 있어 근본적인 차이가 있다고 보이지 않는 점, ④ 원고 등의 활동봉 판매 기준가격의 추이는 등락의 시기, 변동의 폭, 방향성 등에서 거의 일치하고 있는 점, ⑤ 2002. 3.경부터 2003. 10.경까지 1년 8개월 정도의 기간 동안 명시적 합의가 없었다고 하더라도, 아래 (나)항에서 보는 바와 같이 위 기간 중 합의가 단절되거나 파기되지 아니한 이상, 당해 기간을 공동행위가 이루어진 전체 기간에서 제외할 이유는 없는 점 등에 비추어 보면, 원고 등이 각각의 가격 담합을 하고 이를 실행한 일련의 행위는 전제적으로 하나의 부당한 공동행위에 해당한다고 봄이 상당함.

[풍산의 활동봉 가격담합 건(서울고법 2010. 6. 8. 선고 2009누2490 판결⁴⁸⁾)]

- 원고와 오조니아가 합의 시마다 발주 예정 상황과 각자 회사의 이해관계 등을 기초로 새로운 의사 합치를 거쳐 공동행위를 하였다면 전제적으로 하나의 부당한 공동행위에 해당한다고 보기는 어려움
 - 아래와 같은 사정 및 판단에 비추어 볼 때 제출된 자료만으로 이 사건 각 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 전제적으로 하나의 부당한 공동행위에 해당한다고 보기는 어려움. 이에 의하면 이 사건 공동행위 중 앞서 본 표의 순번 1 내지 6 부분은 개별 공동행위의 종기로부터 이 사건 처분시까지 5년이 지났음이 역수상 분명하므로 처분시효가 완성되었음.
 - (1) 이 사건의 경우 원고와 오조니아 사이에 전체 공동행위에 관한 기본적 합의가 존재하지 않음. 의결서 기재에 의하면 피고도 처분 당시 기본적 합의가 체결되었음을 전제로 하여 하나의 공동행위로 판단한 것이 아님을 알 수 있음. 이 사건 공동행위는 원고와 오조니아의 각 대표이사가 합의 시마다 각자 회사의 이익에 도움이 되는 적정한 대상 입찰을 선정하여 협약서를 작성하는 방식으로 이루어졌음. 각 협약서의 구체적 내용을 보더라도 합의 시마다 두 회사의 이익을 조정하는 방식이 달랐음이 확인됨.
 - (2) 이 사건 공동행위 중 각 합의의 실행이 피고 주장과 같이 단일한 의사에 근거하여 단절 없이 이루어졌다고 보기도 어려움. 이 사건 공동행위 기간 중 실시된 29건의 오존주입설비 관련 입찰 가운데 14건의 입찰에 관해서만 담합이 이루어졌고 나머지 15건의 입찰 또는 수의계약에서는 각 회사의 영업력 등을 바탕으로 치열한 경쟁이 이루어졌던 것으로 보임. 피고는 이 사건 공동행위의 대상인 14건의 입찰 외에는 오조니아와 원고가 담합할 실효성이 적거나 성격이 맞지 않는 입찰이었다는 취지로 주장하나, 피고가 2016. 4. 18.자

48) 상고심(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두13043 판결)은 심리불속행 기각함

준비서면에서 “공동행위가 이루어지지 않은 15건의 경우 피고가 별도로 조사를 진행하지 않은 관계로 원고가 이 사건 소송 중에 제출한 갑 제11호증의 자료 외에는 자료를 갖고 있지 않다.”라고 진술하고 있는 사정 등에 비추어 보면 피고가 내세우는 사정만으로 위 15건의 입찰 또는 계약 내역의 존재에도 불구하고 원고와 오조니아 사이에 공동행위가 단절 없이 지속되었다는 점이 증명되었다고 보기는 어려움. 원고와 오조니아가 합의 시마다 발주 예정 상황과 각자 회사의 이해관계 등을 기초로 새로운 의사 합치를 거쳐 공동행위를 하였다고 보는 것이 타당함.

[자일럼워터솔루션의 오존주입설비 구매 설치 공사 입찰 관련 부당공동행위 건(대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두43282 판결)]

□ 일시적인 경쟁입찰이 있었다 하여 공동행위가 단절되는 것은 아님

- 2009. 10. 6. 단상 40A, 단상 120A 품목의 일찰일에 경쟁입찰이 이루어지기는 하였으나, 이는 사전 합의된 물량에 이의를 제기하는 피에스텍의 돌출 행동에 의하여 발생한 것일 뿐으로서, 위 입찰에 관하여도 배분물량 등에 대한 합의는 이루어진 상태였고, 그로부터 불과 14일 후로 예정되어 있던 삼상 40A 품목의 입찰에서는 이전과 동일한 방식으로 합의가 이루어졌으며, 여기에 경쟁입찰의 원인을 제공한 피에스텍도 참여하였는바, 위와 같이 일시적인 경쟁입찰로 인하여 이 사건 공동행위가 단절되었다고 볼 수도 없음.

[위지트의 한전발주 기계식 전력량계 구매입찰 관련 부당 공동행위 건(서울고법 2015. 7. 16. 선고 2014누70466 판결, 고법 확정)]

- 이 사건 공동행위의 개별 발주기관이 다르다고 하더라도 이는 모두 공공기관이 발주하는 동보장치 입찰시장에서 선영업활동을 한 사업자가 가격경쟁을 피하고 낙찰 받기 위하여 다른 동보장치 업체들을 둘러리 사업자로 정하여 두찰가격을 합의한 것으로, 단일한 의사와 동일한 목적에 기해 이루어졌고 이와 같은 목적과 의도는 달라지지 아니하며, 2009년부터 2014년까지 장기간에 걸친공동행위 기간 중 원고의 주장과 같이 일부 정상적인 경쟁입찰이 있었다 하더라도 그와 같은 경쟁입찰 이후로도 동일한 방식에 의하여 이 사건 공동행위가 지속된 이상 합의가 단절되었거나 파기되었다고 보기 어려움.

[동보장치 구매설치 입찰관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 8. 29. 선고 2019누34403 판결, 고법 확정)]

□ 일련의 합의가 있다고 하더라도, 해당 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것이라고 보기 어려울 경우에는 별개의 합의로 보아야 함

- 일반적으로 가격담합의 경우, 수회의 합의 중에 일시적으로 사업자들이 가격인하 등의 조치가 있더라도 사업자들의 명시적인 담합파기 의사표시가 있었음이 인정되지 않는 이상 합의가 파기되거나 종료되어 합의가 단절되었다고 보기 어려우나, 이 사건에서는 수회의 입찰담합 중 1999. 10. 5. 입찰에서 합의에 이르지 못해 경쟁 입찰이 이루어졌고, 이후 한 달간 일련의 입찰에서도 계속적으로 경쟁 입찰이 이루어진바 일시적인 가격인하의 경우와 같이 볼 수는 없음.
- 나아가 2000년 합의는 1998년 합의와 비교하여 그 내용상 상당한 변화가 있었고, 이처럼 합의 내용이 변한 이유는 1999년처럼 합의가 불성립하여 경쟁 입찰로 나아가는 상황을 방지하기 위한 새로운 장치들을 만들어 두기 위한 것이었으므로, 종전의 취약했던 합의 구조를 개선하여 새로운 담합을 시작하려는 취지의 것으로 볼 수 있고, 또한 합의가 불성립하여 경쟁 입찰로 나아간 후 다음 해 입찰에서 다시 새로운 합의를 시도하기 위해서는 합의에 관한 새로운 결의가 필요한바, 1998년 합의 당시에 향후 합의가 불성립하여 경쟁 입찰로 나아갈 경우까지 대비한 합의가 이미 있었다고 볼 자료도 없음.
- 이러한 점에 비추어, 1998년 합의와 2000년 이후의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것이라고 보기 어려운바, 양 합의는 별개이고, 1998년 합의는 처분시효가 경과하였으므로, 원심이 위 양 합의가 단절됨이 없이 계속되어 1998년 합의의 처분시효가 경과하지 않았다고 판단한 것은 위법함.

[한전 전력선 구매입찰 참가 35개 전선 제조사 등의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결)]

□ 공동행위의 일시적 중단을 공동행위의 단절로 평가하기 위하여는 해당 공동행위로 인한 경쟁제한성을 완전히 제거할 것을 요구함이 마땅함

- 공동행위의 단절을 인정하기 위하여는 해당 시점에 기존의 합의가 분명히 소멸함으로써 그로 인하여 제한되었던 경쟁이 완전히 회복되었다고 평가할 수 있을 만한 사정이 인정되어야 할 것이고, 그러한 정도에 이르지 않는다면 일시적인 중단 및 그 이후의 후속 합의는 기존의 공동행위를 연장하기 위한 노력에 불과하다고 보아야 함. 이는 공동행위 규제의 수법자인 사업자들에게 부당한 불이익이나 과중한 부담을 초래하는 것이 아님. 부당한 공동행위는 처음부터 이를 하여서는 안 되는 것인바, 명시적인 합의의 파기가

인정되지 않는 상황에서 일단 개시한 공동행위의 종료를 인정하기 위하여는, 그것도 일시적 중단 이후 또다시 동종·유사의 공동행위를 반복한 상황에서 그 일시적 중단을 공동행위의 난점로 평가하기 위하여 해당 공동행위로 인한 경쟁제한성을 완전히 제거한 것을 요구함이 마땅함.

[파주지역 16개 레미콘제조업체들의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2022누40491 판결, 고법 확정)]

나) 기본적 원칙에 관한 합의 필요 여부

□ 기본적 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당함

○ 사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이를 실행하는 과정에서 수차례의 합의를 계속하여 온 경우는 물론, 그러한 기본적 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면, 그 각 합의의 구체적인 내용이나 구성원 등에 일부 변경이 있었다고 할지라도, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당함.

[금호석유화학 등 2개사의 합성고무가격 공동결정행위 건(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16179 판결)]

□ 기본적 원칙에 관한 합의가 반드시 존재하여야 한다는 전제로 판단한 원심은 위법함

○ 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하였고 그에 따라 이를 실행하는 과정에서 매년 구체적인 가격의 결정 등을 위한 합의를 계속하여 왔음을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로 각 담합행위를 개별적인 행위로 본 원심은 기본적 원칙에 관한 합의가 반드시 존재하여야 한다는 전제로 판단한 것이므로 위법하다고 판시함.

[금호석유화학 등 2개사의 합성고무가격 공동결정행위 건(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16179 판결)]

- 세제 4사가 이 사건 각 담합행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하였고 그 합의를 실행하는 과정에서 매년 구체적인 가격 결정 등을 위한 합의를 계속한 사실을 인정 할 만한 증거가 없다는 이유로 각각의 개별적인 담합행위로 판단한 원심은 위법함
 - 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의가 없더라도 이 사건 각 단합행위가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면 이를 하나의 부당한 공동행위로 볼 여지가 있으므로, 원심으로서는 위와 같은 사정이 있는지를 잘 살펴 이 사건 각 담합행위가 전체적으로 하나의 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 이와 달리 원고를 포함한 세제 4사가 이 사건 각 담합행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하였고 그 합의를 실행하는 과정에서 매년 구체적인 가격 결정 등을 위한 합의를 계속한 사실을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 위와 같이 판단하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 부당한 공동행위의 개수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있음.
- [엘지생활건강 등 세제 4사의 주방·세탁 세제 가격 공동결정행위 건(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두16339 판결)]

다) 서로 다른 관련 시장에 속하는 수개의 상품을 대상으로 합의한 경우

- 서로 다른 관련시장에 속하는 수개의 상품을 대상으로 하는 부당한 공동행위가 있는 경우에도 일련의 합의를 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 볼 수 있는바, 원고 등 사업자들의 각 비종별 합의는 모두 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것이었다는 점 등에 비추어 비종별 관련시장이 별개인지 여부와 관계없이 이 사건 합의는 전체적으로 하나의 공동행위에 해당한다고 봄이 상당함
- 사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이를 실행하는 과정에서 수차례의 합의를 계속하여 온 경우는 물론, 그러한 기본적 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면, 그 각 합의의 구체적인 내용이나 구성원 등에 일부 변경이 있었다고 할지라도, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 일련의 합의는 전제적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당함
(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결).
- 서로 다른 관련시장에 속하는 수개의 상품을 대상으로 하는 부당한 공동행위가 있는 경우 반드시 논리필연적으로 공정거래법령상 관련시장 별로 수개의 부당한 공동행위가 성립된다고 볼 만한 합리적인 근거는 없는바, 이러한 법리는 부당한 공동행위가 서로 다른 관련시장에

속하는 수개의 상품을 대상으로 하였을 경우라도 특별한 사정이 없는 한 동일하게 적용된다고 할 것임.

- 원고 등 사업자들의 각 비종별 합의는 모두 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것이었다는 점, 이 사건 공동행위에 가담한 사업자들을 개별 비종별로 독립된 별개의 합의를 한 것이 아니라 입찰의 대상에 포함된 전체 품목을 대상으로 합의에 이르렀다고 평가할 수 있고, 다만 그 협의 결과에 따라 각각 다른 품목의 입찰에 참가하였을 뿐인 점, 이 사건 공동행위에 관한 합의는 그 합의 방식이나 형태, 내용의 기초가 큰 변화 없이 그대로 유지되었다는 점, 이 사건 각 합의에 따른 실행행위는 각 비종별 입찰방식의 차이나 비종별 입찰방식의 변경여부와 상관없이 단절됨이 없이 계속되었고, 최종적으로 구내예정가격과 거의 같은 가격으로 계통단가가 정해지도록 한 점 등을 종합하면, 비종별 관련시장이 별개인지 여부와 관계없이 이 사건 합의는 전체적으로 하나의 공동행위에 해당한다고 볼이 상당함.

[풍농 등 13개 비료 제조·판매사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2013. 12. 19. 선고 2012누25936 판결⁴⁹⁾)]

* 참고: 남해화학 주식회사 건(서울고법 2013. 10. 18. 선고 2012누15632 판결, 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결)

- 별개의 제품(압축펌프와 수중펌프) 입찰담합 사건 사이에 위반행위의 동질성이 인정되기 어려우므로, 위 두 사건을 별개의 위반행위로 보아 과징금을 가중한 것에 위법이 있다고 볼 수 없음

- 이 사건은 별개의 사건으로 피고의 조사가 진행되어 각각의 심사보고서가 작성되었고, 원고에 대한 심사보고서 송부와 의견제출 요청도 별도로 이루어지고 각각 별도의 처분이 내려짐. 두 사건은 담합대상 품목이 달라 관련 실적을 보유하여 입찰에 참여할 수 있는 업체도 서로 다르고, 위반행위 기간의 공동행위자, 합의 일시와 장소, 합의 내용도 서로 달랐음. 따라서 두 사건은 각각 '압축펌프 입찰시장'과 '수중펌프 입찰시장'을 관련시장으로 하므로 각각의 위반행위로 인한 피해법익이 같다고 볼 수도 없음. 결론적으로 두 입찰담합 사건을 별개의 위반행위로 보아 과징금을 가중한 것에 위법이 있다고 볼 수 없음.

[일진전기(주)의 케이티 발주 F/S케이블 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 1. 10. 선고 2018누60504 판결, 고법 확정)]

49) 삼고신(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014두1871 판결)도 원심과 같은 취지로 판단한

라) 내용이나 구성원에 변경이 있는 경우

- 신규사업자를 이 사건 공동행위의 구성원으로 추가하였다고 하여 그러한 사실만으로 이 사건 공동행위가 단절되었고 그때부터 새로운 공동행위가 시작되었다고 볼 수 없고, 이 사건 공동행위는 전체적으로 1개의 공동행위에 해당한다고 보는 것이 타당함
- 이 사건 공동행위는 1993년부터 한전이 발주하는 기계식 전력량계 입찰에 참여함에 있어서 독자적인 판단으로 입찰에 참여할 경우 낙찰단가가 하락하여 이윤이 감소하는 것을 방지하고 한전으로부터 각 사업자가 생산하고자 하는 물품 위주로 안정적인 생산물량을 확보하고자 이루어졌음. 이러한 이 사건 공동행위의 기본 목적은 이 사건 공동행위 기간 내내 변동 없이 그대로 지속되었음.
- 이 사건 공동행위는 한전이 발주하는 기계식 전력량계 경쟁입찰방식 시장이라는 동일한 시장에서 이루어졌음. 또 이 사건 공동행위에는 1993년 이후 한전의 기계식 전력량계 경쟁입찰에 참여할 수 있는 형식승인을 획득한 사업자 대부분이 참여하였다라는 점에서 구성원의 큰 변동이 없었고, 원고는 1994년경 위지트의 경쟁입찰로 인하여 이 사건 공동행위가 단절되었다고 주장하나, 제출된 증거만으로는 이를 인정할 수 없음. 오히려 위지트 역시 위 시장에 진입한 직후부터 이 사건 공동행위에 가담한 것으로 보임. 그렇다면 앞서 인정한 이 사건 공동행위의 목적과 합의의 대상 및 태양 등을 고려하였을 때, 한전의 기계식 전력량계 경쟁입찰에 참여할 수 있는 형식승인을 획득한 신규사업자가 나타나는 경우 그 신규사업자를 이 사건 공동행위의 구성원으로 추가하였다고 하여 그러한 사실만으로 이 사건 공동행위가 단절되었고 그때부터 새로운 공동행위가 시작되었다고 볼 수 없음.

[한국전력공사 발주 기계식 전력량계 구매입찰 참가 14개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 12. 16. 선고 2014누8249 판결, 고법 확정)]

- 사업자들이 경쟁을 제한할 목적으로 공동하여 향후 계속적으로 가격의 결정, 유지 또는 변경행위 등을 하기로 하면서 이에 따라 그 실행과정에서 수회 회합을 가지고 합의를 계속하여 온 경우 구체적 내용, 구성원에 일부 변경이 있더라도, 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 봄이 상당함
- 사업자들이 경쟁을 제한할 목적으로 공동하여 향후 계속적으로 가격의 결정, 유지 또는 변경행위 등을 하기로 하면서, 그 결정주체, 결정방법 등에 관한 일정한 기준을 정하고, 향후 이를 실행하기 위하여 계속적인 회합을 가지기로 하는 등의 기본적 원칙에 관한

합의를 하고, 이에 따라 위 합의를 실행하는 과정에서 수회에 걸쳐 회합을 가지고 구체적인 가격의 결정 등을 위한 합의를 계속하여 온 경우, 그 회합 또는 합의의 구체적 내용이나 구성원에 일부 변경이 있더라도, 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 봄이 상당함.

[쇼와덴코 등 6개 사업자의 흑연전극봉 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결)]

* 참고: 토키이 카본 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누6127 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결), 에스지엘 카본 악린게젤사프트 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누15015 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결), 에스이씨 코퍼레이션 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누14647 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2003두11148 판결)

□ 이 사건 회사들의 주요 기종별 판매가격과 전체 할인율 등의 판매조건에 일부 변동이 있었을 뿐 부당한 공동행위를 하려는 의사나 목적이 달라졌다고 보이지 아니하며 그 실행행위 또한 단절됨이 없이 계속되어 왔으므로 전체적으로 굴삭기 및 휠로다에 대한 각 1개의 부당한 공동행위를 형성함

○ 이 사건 회사들은 IMF 금융위기 이후 극심한 수요 감소 및 과당경쟁으로 인한 지속적인 적자 누적으로 경영부실이 가중된 상황에서 일본 업체의 국내 시장진출에 따른 국내시장 잠식을 방어할 목적으로 2001. 5. 15. 영업담당자 모임 등을 통해 가격인상에 관하여 합의한 아래 약 4년간 그 대상인 굴삭기 및 휠로다 판매조건에 관한 합의를 지속하여 왔는데, 그 사이 이 사건 회사들의 주요 기종별 판매가격과 전체 할인율 등의 판매조건에 일부 변동이 있었을 뿐 부당한 공동행위를 하려는 의사나 목적이 달라졌다고 보이지 아니하며 그 실행행위 또한 단절됨이 없이 계속되어 왔으므로, 이 사건 회사들이 약 4년간 공동으로 하였던 수회의 합의는 전체적으로 굴삭기 및 휠로다에 대한 각 1개의 부당한 공동행위를 형성한다고 보아야 함.

[현대중공업 등 3개사의 굴삭기 및 휠로다 가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결)]

나. 행위별 위반유형

1) 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위(제1호)

가) ‘가격’의 의미

□ 가격이라 함은 사업자가 거래의 상대방으로부터 반대급부로 받는 일체의 경제적 이익을 가리키는 것임

- 제1호에서 말하는 가격이라 함은 명목상의 가격뿐만 아니라 사업자가 제공하는 상품 또는 용역의 대가, 즉 사업자가 거래의 상대방으로부터 반대급부로 받는 일체의 경제적 이익을 가리키는 것으로, 당해 상품이나 용역의 특성, 거래내용 및 방식 등에 비추어 거래의 상대방이 상품 또는 용역의 대가로서 사업자에게 현실적으로 지불하여야 하는 것이라면 그 명칭에 구애됨이 없이 당해 상품의 가격에 포함된다고 할 것임.

[포스틸 등 4개 강판제조업체의 운송비 공동결정행위 건(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결)]

* 참고: 포스틸, 동부제강, 동양석판, 신화실업 등 4개 강판제조업체의 운송비 공동결정행위 건(서울고법 2000. 6. 29. 선고 99누6110 판결, 99누6103 판결, 2000. 8. 29. 선고 99누6349 판결, 2001. 9. 18. 선고 2001누7482 판결, 2002. 1. 10. 선고 2001누7505 판결, 2002. 4. 30. 선고 2001누7499 판결, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6510 판결, 2000두6503 판결, 2000두7872 판결)

□ 공장도가격도 2 이상의 사업자가 공동으로 동일하게 결정하는 경우 법 제19조 제1항의 ‘가격’에 해당됨

- 공장도가격은 실제거래가격의 기준이 되는 가격으로서 공장도가격의 변경이 실제거래가격의 변경을 초래하므로, 공장도가격도 2 이상의 사업자가 공동으로 동일하게 결정하는 경우 법 제19조 제1항의 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위에서 말하는 ‘가격’에 해당됨.

[모나리자 등 4사의 엠보싱 두루마리 화장지가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결)]

- 신용카드사업에 있어 사업자별 연체이자율의 차이는 사업자들 간 가격경쟁력을 구성하는 중요한 요소가 되므로 법 제19조 제1항의 '가격'에 해당됨
 - 신용카드사업의 경우 현금서비스수수료나 할부수수료, 또는 위 각 수수료에 대한 이행기 이후의 지연손해금은 모두 당해 신용카드의 이용계약에 따라 소비자가 부담하게 되는 금원인 점에서 다름이 없는 것으로서 이행기의 전후에 따라 그 대가성을 달리한다고 볼 수 없고, 그와 같은 사업자별 연체이자율의 차이는 수수료의 경우와 마찬가지로 소비자들에 대한 관계에서 카드사업자들 간의 가격경쟁력을 구성하는 중요한 요소가 된다는 이유로, 이 사건 연체이자율은 법 제19조 제1항 제1호 소정의 "가격"에 해당된다고 할 것임.
 - [국민신용카드 등 4개 신용카드사업자의 현금서비스수수료를 인상 등 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두7184 판결)]
- * 참고: 엘지카드 건(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004두9371 판결), 외환신용카드 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두7160 판결)

- 가격의 공동행위는 가격 자체를 대상으로 하기도 하고, 그 구성요소를 대상으로 하기도 하는바 가격에 직접 영향을 미치는 요소에 대한 합의 역시 제19조 제1항 제1호에서 규정하는 가격을 결정 유지 또는 변경하는 행위에 해당함
 - 가격의 공동행위는 매우 다양한 방법으로 이루어져, 가격인상 및 인하, 최저가격·최고가격, 표준가격, 목표가격의 설정 등 가격 자체를 대상으로 하기도 하고 인상 인하율, 이익률이나 리버이트율 설정 등 가격의 구성요소를 대상으로 하기도 하는데, 위와 같이 가격에 직접 영향을 미치는 요소에 대한 합의 역시 제19조 제1항 제1호에서 규정하는 가격을 결정 유지 또는 변경하는 행위에 해당함.
 - 원고는 "합의에도 불구하고 원고는 판매가격을 인상하지 아니하였고 오히려 인하되었다"고 주장하나 가격인상합의에 따라 가격이 인상된 사실은 앞에서 본 바와 같고, 설령 할인율의 확대에 따라 최종적인 판매가격이 합의대로 인상되지 않은 결과를 낳았다고 하더라도, 기준가격이란 할인율을 적용하여 실제 거래가격을 정하는 기준이 되는 중요한 요소인데 이에 대하여 인상합의 및 실행이 있었으므로 그 자체만으로도 공동행위가 되는데 충분한 점, 나아가 할인율 등에 관하여도 일정 범위의 합의가 있었던 점 등을 종합하면, 이 사건 회사들이 1999. 12. 6. 이후 부당한 공동행위를 하였다는 판단에 아무런 영향이 없음.
 - [현대중공업 등 3개사의 지게차가격 공동결정행위건(서울고법 2006. 12. 20. 선고 2006누4167 판결50)]

□ 계통계약 체결에 있어서 원고들에게 가격결정권이 전혀 없었다고 할 수 없으므로, 원고들의 가격 인상 요청 합의는 가격을 결정하는 합의에 해당한다고 봄이 상당함

- 농협중앙회는 계통계약 체결 이전에 원고들로부터 희망가격을 제출받고 개별 협의조정을 거쳐 계통가격을 결정하였는바, 구매자가 독점적 지위에 있다고 하더라도 당사자 간 의사 합치에 따른 계약 체결에 있어서 형식적으로만 협의를 거치고 실질적으로는 구매자 일방의 의사만으로 가격이 결정된다는 것은 매우 이례적임.
- 농협중앙회는 원고들에게 '계약가격은 제시가격을 기준으로 원가변동요인과 시장 상황 등을 개별시답하여 결정한다'고 통지하였고, 원고들과 개별 협의를 거쳐 사업자별로 소폭 차등화된 인상률을 결정함.
- 농협중앙회가 가격 인상을 결정을 위해 자체적으로 원가 분석을 한다고 하더라도, 이는 가격인상 상한선을 설정하기 위한 것에 불과하고, 가격 인상 요인 중 어느 정도를 실제 가격 인상에 반영할지는 결국 개별 사업자와의 협의를 통해 결정되는 것으로 보임.
- 최초 가격 인상안 제시 시점과 최종 결정 시점 간 시간 간격이 약 한 달 남짓에 불과한 점을 고려하면, 추가적인 가격 인상 요인보다는 원고들과의 협의가 가격 인상에 영향을 끼쳤을 가능성이 큼.
- 위와 같은 사정들을 고려하면, 계통계약 체결에 있어서 원고들에게 가격결정권이 전혀 없었다고 할 수 없으므로, 원고들의 가격 인상 요청 합의는 가격을 결정하는 합의에 해당한다고 봄이 상당함.

[경농산업 외 6명의 부당한 공동행위 건(서운고법 2012. 9. 19. 선고 2011누29641 판결⁵⁰⁾)]

50) 상고심(대법원 2008. 4. 24. 선고 2007두2944 판결)에서는 과징금 산정과 관련된 부분만 판단됨

51) 상고심(대법원 2013. 1. 24. 선고 2012두24207 판결)은 심리를 속행 기각함

나) 구체적 사안

① 긍정례

ⓐ 일반

- 이 사건 일반백판지 공동행위와 고급백판지 공동행위는 이에 가담한 사업자와 공동 행위가 지속된 기간이 거의 비슷하고 원고 등 4개사는 통상적으로 일반백판지의 기준가격 등에 관하여 합의한 후 같은 자리에서 고급백판지의 기준가격 등을 합의 하였으므로, 원고가 일반백판지 공동행위에 계속 가담하였다면 고급백판지 공동행위도 인정할 수 있음

[세하제지 등 5개 백판지 제조판매회사의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누65884 판결, 고법 확정)]

- 대형 수요처에 대한 가격 인상안을 공동으로 정하여 가격 협의에 이르는 경우 그 협의 결과 얻어진 가격 인상의 정도는 원고 등 16개사의 공동행위로 인한 결과임

○ 대형 수요처에 대한 골판지 상자 거래에 있어서 공급자인 원고 등 16개사가 대형 수요처에 대한 가격 인상안을 공동으로 정하여 가격 협의에 이르는 경우 골판지 상자 제조사업자들이 개별적으로 가격 협의에 이르는 것에 비하여 원등한 교섭력을 확보하게 되는 것이고, 그 협의 결과 얻어진 가격 인상의 정도는 원고 등 16개사가 가격 인상안을 공동으로 만들어 협의에 용한 것 때문이라고 보이므로, 이는 가격결정을 공동으로 한 원고 등 16개사의 공동행위로 인한 결과라 하겠음. 위와 같은 공동행위에도 불구하고 대형 수요처에서 일방적으로 가격결정 권한을 가졌다거나 그 수요처가 원고 등 16개사에게 강요하여 가격이 결정되었다고 보기는 어려움.

○ 가사 대형 수요처들이 이 사건 공동행위 사실을 인식하였다고 하더라도, 대형 수요처의 입장에서는 공동행위로 나오는 원고 등 16개사와의 사이에 자유로운 거래관계를 맺을 수 없는 상황에 처하게 된 것이고, 원고 등 16개사 사이에서는 개별적으로 대형 수요처와 가격 협의를 하는 것에 비하여 이 사건 공동행위로 인하여 골판지 상자의 기초가격이 정하여져서 협상의 범위가 제한된 결과 자유롭게 경쟁할 수 없게 되어, 결국 골판지 상자 판매에 있어 경쟁이 제한되었음.

[삼보판지 등 16개 골판지상자 제조판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2017. 7. 12. 선고 2016누57788 판결, 고법 확정)]

* 같은 취지: 한국수출포장공업 건(서울고법 2017. 7. 12. 선고 2016누57474판결, 고법 확정)

□ 월정액 음악서비스 상품에 제공하는 곡수를 제한하는 합의는 결국 '가격에 관한 합의'로 보아야 함

- 원고들이 다른 온라인 음악서비스 사업자들과 함께 이 사건 합의를 하면서 논-디알엠(디지털 저작권 관리가 해제된 음원)으로, 월정액 다운로드상품의 경우에 곡수 무제한 상품은 허용하지 않고 곡수 제한 상품만 출시하되, 40곡은 5,000원으로 하고, 150곡은 9,000원으로 한다는 내용의 합의를 한 사실, 자사자·작곡자·실연자·음반제작자 등의 저작권 등을 신탁 받아 관리하는 사단법인 한국음악저작권협회, 사단법인 한국음악실연자연합회, 사단법인 한국음원제작자협회가 마련한 사용료 징수규정은 가입자수 기준 사용료와 매출액 기준 사용료 중 많은 금액을 부과 사용료로 정하고 있어서 온라인 음악서비스 사업자로서는 양 기준의 균형을 이루는 금액을 상품가격으로 정할 가능성이 큰 사실, 원고들을 포함한 온라인 음악서비스 사업자들은 이 사건 합의를 하면서 위 징수규정에 따른 균형가격에 해당하는 5,000원 상품과 9,000원 상품에 포함될 곡의 수를 정하기 위하여 주로 논의하였던 사실 등을 알 수 있음.
- 공정거래법 제19조 제1항 제1호가 금지하는 가격에 관한 합의에서 '가격'은 당해 상품이나 용역의 특성, 거래 내용 및 방식 등에 비추어 거래 상대방이 상품 또는 용역의 대가로 지급하는 일체의 것을 의미하므로, 논-디알엠 월정액 다운로드 상품 가격인 5,000원과 9,000원은 물론이고, 소비자들이 실제 거래에서 주요한 판단요소로 고려하는 1곡당 가격 역시 위 가격에 포함된다고 할 것임.
- 원고들 등 온라인 음악서비스 사업자가 음원 사업자로부터 공급받는 음원의 대가가 신탁 3단체가 정한 사용료 징수규정의 영향을 받아 결정되고, 그 효과로 온라인 음악서비스 사업자가 소비자에게 공급하는 논-디알엠 월정액 다운로드 상품 가격이 5,000원과 9,000원으로 정해질 가능성이 크다고 하더라도, 그 합의의 주요 내용은 그 상품에 제공하는 곡수를 제한함으로써 결국에는 음악서비스 시장의 소비자가 거래하는 1곡당 가격을 결정하는 것이라고 할 것임.
- 따라서 이 사건 합의는 단순히 새로운 상품인 논-디알엠 월정액 다운로드상품의 구격을 정한 것에 그치는 것이 아니라, 공정거래법 제19조 제1항 제1호가 금지하는 '가격에 관한 합의'라고 보아야 함.

[6개 온라인음악서비스사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결)]

* 참조: 네오위즈 인터넷 건(2012두19557), 케이티 건(2012두18523), 케이티뮤직 건(2012두18769)

- 국세청과 협의하여 진로 소주가 가격을 올린 후 곧이어 다른 소주업체들도 가격을 인상하였더라도 각 지역별로 원고 진로와 해당 지역업체가 시장을 과점하는 시장 구조에서 소주시장의 특성에 따라 국세청의 방침과 시장상황에 대처한 것에 불과하며, 합의가 있었다고 단정하기는 어려움
- 국세청은 물가안정 및 주세보전 등의 목적을 위해 관계 등의 규정을 넘어서 뚜렷한 근거 없이 소주 출고가격을 관리하는 행위까지도 하였는데, 구체적으로는 소주시장에서 가장 지배적인 영향력을 가진 원고 진로로 하여금 소주 출고가격 인상을 등을 사전에 국세청과 협의하도록 하고 그 가격 인상 여부, 인상을 및 인상시기를 국세청으로부터 승인을 받도록 함.
 - 이는 국세청이 전국의 모든 소주 업체를 상대하는 대신 지역별 과점이 이루어지고 있는 소주시장에서 모든 지역에 소주를 판매하면서 전국 시장점유율이 50%를 상회하는 원고 진로에 대하여만 가격을 규제하면, 나머지 소주 업체들은 원고 진로에 대한 가격 인상 승인 내용을 국세청의 의사인 것으로 파악하여 그와 별 차이 없는 범위 내에서 각자 인상을과 인상시기를 결정하게 될 것이므로 기대하는 목적을 달성하기에 충분하다고 판단한 테 따른 것임.
- 종래 소주 업체들은 물가상승률에 근접하는 가격 인상만이 승인됨으로써 지속적으로 원가 상승에 따른 가격 인상 압력을 받고 있는 처지였던 까닭에 원고 진로가 가격을 인상할 때에는 다른 업체들도 곧바로 가격을 인상해 왔고, 2002년 이후 5회에 걸쳐 원고 진로가 가격을 인상할 때 다른 소주 업체들이 가격 인상을 하지 않은 적은 전혀 없음.
- 국세청이나 원고 진로는 가격 인상에 관한 사전협의 과정 등을 공개하지 않았고, 소주시장은 지역별 과점시장이라는 특성에 따라 대개 지역별로 원고 진로와 해당 지역업체가 그 지역시장 대부분을 분점하면서 서로 경쟁관계에 있기도 하였기 때문에 원고 진로 이외의 소주업체들에게는 원고 진로에 대한 국세청의 가격 인상 승인 내용에 대하여 정보를 수집하는 것이 중요한 경영활동의 하나였고, 이를 위해 이들은 주로 주류도매상 등을 통해 원고 진로의 가격 인상에 관한 정보를 수집해 왔으나, 그 반면 이를 업체가 원고 진로 이외의 다른 업체들의 가격 인상계획에 관심을 가지거나 나아가 서로 가격을 담합할 유인은 대부분 지역에서 거의 없는 상황이었음.
- 위와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 비록 원고들이 사장단 모임에서 가격인상에 관하여 논의한 사실이 있었고, 원고 진로의 가격 인상 후 곧이어 나머지 원고들도 가격을 인상

하였으며, 그 인상률이나 인상 시기가 원고 진로와 유사하여 가격 인상에 관한 합의가 있었던 것처럼 보이는 외형이 존재하지만, 이는 각 지역별로 원고 진로와 해당 지역업체가 시장을 과점하는 시장구조에서, 국세청이 원고 진로를 통하여 전체 소주업체의 출고가격을 실질적으로 통제·관리하고 있는 소주시장의 특성에 따라 나머지 원고들이 국세청의 방침과 시장상황에 대처한 정도에 불과한 것으로 볼 수 있으므로, 위와 같이 겉으로 드러난 정황만으로 원고들 사이에 공동행위에 관한 합의가 있었다고 단정하기는 어렵다 할 것임.

[금복주 외 8의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두16049 판결)]

□ 항공화물운송의 대가로 지급되는 총운임에 포함되는 유류할증료도 가격에 포함됨

- 공정거래법이 금지하는 합의의 내용이 되는 가격이란 사업자가 제공하는 상품 또는 용역의 대가, 즉 사업자가 거래의 상대방으로부터 반대급부로 받는 일체의 경제적 이익을 가리키는 것이므로 항공화물운송의 대가로 지급되는 총운임에 포함되는 유류할증료도 여기서 말하는 가격에 포함됨.

[21개 항공사의 유류할증료 담합 건 중 아시아나항공(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두5466 판결)]

□ 원고가 저가로 합의하였다고 하더라도, 이 사건 합의는 사업자가 자의적으로 가격을 지배하는 힘을 발휘하는 것으로 위법함

- 가격에 관한 공동행위를 금지하는 이유는 합의된 가격의 고저 및 이로 인한 소비자들의 일시적인 이익의 유무를 불문하고 사업자가 자의적으로 가격을 지배하는 힘을 발휘하는 것을 허용하지 아니한다는 것임. 따라서 원고가 덤픽방지관세를 부과 받을 정도의 저가로 합의하였다고 하더라도, 이 사건 합의는 사업자가 자의적으로 가격을 지배하는 힘을 발휘하는 것으로서 위법함. 또한, 이 사건 합의로서 소비자의 후생이 증대하였다고 보기도 어려움.

[피티 인디카아트 렐프 앤드 페이퍼 티비케이의 복사용지 수출가격 담합 건(서울고법 2010. 2. 11. 선고 2009누6539 판결⁵²⁾)]

52) 상고심(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010두5240 판결)은 심리불속행 기각함

- 동부제강 등 4개사가 국내석도강판의 판매가격을 동일하게 책정하기로 하고 이를 실행한 행위는 부당한 공동행위에 해당됨

[동부제강 등 4개 강판제조업체의 석도강판 판매가격 공동결정행위 건(서울고법 2000. 6. 29. 선고 99누611053)]

* 참고: 포스틸 건(서울고법 2000. 11. 16. 선고 99누6226 판결, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결)

- '생산자 운송방식'에서 석도강판의 가격에는 판매가격외 운송비가 포함되어 있다고 보아야 할 것이고, 판매가격이 동일·유사하였던 이상, 원고 등 사업자들은 '운송비 합의'로써 운송비 차이로 생길 수 있는 석도강판의 가격경쟁을 실질적으로 제한할 수 있으므로, 부당한 공동행위에 해당한다고 할 것임⁵⁴⁾

○ 원고 및 소외 동부제강 주식회사, 동양석판 주식회사, 신화실업 주식회사는 국내 석도강판 (錫鐵鋼板) 시장을 100% 점유하고 있는 법 제2조 제1호에 해당하는 사업자들이고, 국내에서 판매되는 석도강판은 사업자별 판매가격(출고가격)이 동일·유사한 반면에 운송비 부담이 상대적으로 커, 제품의 경쟁력이 주로 사업자별 생산공장 위치에 따른 운송비 차이로 이루어지는 특성이 있는데, 원고 등 위 사업자들은 석도강판의 운송을 사업자가 담당하여 판매하는 경우(이하, 이러한 판매방식을 '생산자 운송방식'이라 한다)에 1995년경까지는 거래처까지의 실제 운송거리를 고려하여 각기 상이하게 운송비를 책정하여 왔으나, 1995. 5. 1.부터는 실제 운송거리에 상관없이 사업자들 생산공장 중 거래처로부터 가장 가까운 곳까지의 거리에 해당하는 협정 운송비만을 징수하기로 합의하였고(이하, 이러한 합의를 '운송비 합의'라 한다), 그 결과 거래처가 '생산자 운송방식'에 의하여 석도강판을 구입한 경우 사업자에게 현실적으로 지불하는 가격(판매가격 + 운송비)은 공급하는 사업자가 누구인지와 상관없이 동일·유사하게 되었음을 알 수 있음. 사실관계가 위와 같다면, 위 '생산자 운송방식'에서의 석도강판의 가격에는 판매가격 외에 운송비가 포함되어 있다고 보아야 할 것이고, 판매가격이 동일·유사하였던 이상, 원고 등 위 사업자들은 '운송비 합의'로써 운송비 차이로 생길 수 있는 석도강판의 가격경쟁을 실질적으로 제한할 수 있으므로, '운송비 합의'는 법 제19조 제1항 제1호의 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'로서 국내 석도강판 시장이라는 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 부당한 공동행위에 해당한다고 할 것임. '운송비 합의'의 경쟁제한성이 위와 같이 인정되는

53) 삼고심(내법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6510 판결)도 같은 취지로 판단함

54) 동부제강 등 4개사의 석도강판 운송비를 합의한 시안에서 석도강판 제조4사의 운송비합의를 공동행위로 인정한 사례

이상, 설령 원고 등 사업자들이 거래처의 요청을 받아들여 '운송비 합의'를 하였다거나 그로 인하여 거래처의 운송비 부담이 줄어들었나고 하더라도, 그러한 사정은 부당한 공동행위의 성립에 방해가 되지 아니함.

[포스틸 등 4개 강판제조업체의 운송비 공동결정행위 건(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결)]

* 참고: 동부제강 건(서울고법 2000. 6. 29. 선고 99누6110 판결, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6510 판결, 서울고법 2002. 4. 30. 선고 2001누7499 판결), 동양석판 건(서울고법 2000. 6. 29. 선고 99누6103 판결, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6503 판결, 서울고법 2001. 9. 18. 선고 2001누7482 판결), 신화실업 건(서울고법 2000. 8. 29. 선고 99누6349 판결, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두7872 판결, 서울고법 2002. 1. 10. 선고 2001누7505 판결)

□ 6개 출판사가 고등학교 영어교과서의 자습서 등의 가격을 권당 5,000원으로 동일하게 합의한 후 이를 제작·판매한 행위는 법 제19조 제1항 제1호의 부당한 공동행위에 해당됨

[동아출판사 등 6개 출판사의 학습부교재 가격 공동결정행위 건(서울고법 1992. 4. 22. 선고 91구3248 판결⁵⁵⁾)]

□ 고철구매업체들의 구매가격 가이드라인 합의 및 그에 따른 구매행위는 부당공동 행위에 해당됨

○ 국내고철구매량의 80%를 차지하는 고철구매업체들이 고철구매가격 가이드라인을 합의하고 그에 따른 가격에 의하여 고철을 구매함으로써 고철구매분야의 경쟁을 실질적으로 제한하였으므로 동 행위는 법 제19조 제1항 제1호 소정의 부당공동행위에 해당됨.

[11개 고철수요업체와 한국철강협회의 고철구매가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2000. 11. 16. 선고 99누5919 판결⁵⁶⁾)]

55) 상고심(대법원 1992. 11. 13. 선고 92누8040 판결)도 같은 취지로 판단함

56) 상고심(대법원 2002. 7. 12. 선고 2000두10311 판결)도 같은 취지로 판단함

- 에프 호프만 라 로슈가 한국 시장에 직접 비타민을 판매하지 아니하고, 한국시장을 별도로 명시하여 합의하지 않았으나, 이 사건 합의는 세계시장을 대상으로 한 것이므로 한국 시장에 대한 공동행위의 합의가 있다고 할 수 있음
 - 에프 호프만 라 로슈가 소외 회사들과 공동하여 1989. 9.경부터 1998. 2.경까지 사이에 이 사건 비타민과 관련하여 비타민 제품별로 지속적인 회합을 통하여 전 세계 시장에 대한 판매량 내지 시장점유율을 할당하고 판매가격을 합의하면서 일정한 시장규모를 가진 일본 등의 시장과는 달리 한국 시장을 별도로 명시하여 언급하지는 아니하였으나, 위와 같은 합의는 세계시장을 대상으로 한 것이므로 한국 시장을 구체적, 개별적으로 특정하여 합의를 하지 아니하였다고 하더라도 이에 대한 합의도 포함되어 있는 것으로 보아야 하고, 또한 그 합의과정에서 '아시아 시장' '극동 시장' '아시아/태평양 시장' 등 지역에 대하여는 별도로 합의를 하였는데 그 지역별 시장에 한국시장은 당연히 포함된 것으로 볼 수 있으며, 위와 같은 합의 이후에 이 사건 비타민에 관하여 한국시장에서의 수입가격은 비타민 제품별로 위 합의가 이루어지기 전에 비하여 지속적으로 상승하거나 일정한 수준을 유지하거나 공동행위를 종료한 이후부터 급락한 점, 한국에 대한 비타민 수입가격의 결정은 원고 등의 아시아 지역본부와의 협상을 통하여 결정되고, 한국 내 일부 판매망들은 생산업체 또는 아시아지역본부 등으로부터 한국용 또는 아시아용 가격표(Price List)를 교부받아 이를 기초로 가격협상을 하는 점 등에 비추어 보면, 에프 호프만 라 로슈가 한국 시장에 직접 비타민을 판매하지 아니하고 관계회사 등을 통하여 판매를 하더라도 비록 위 합의에서 한국 시장에 대한 구체적인 판매량이나 판매가격을 특징하지 않았고, 한국 시장과 세계 시장에 대한 각사의 점유율이 다르며, 한국 내에서의 비타민 관련 제품의 가격 상승폭도 유럽공동체의 가격 상승률에 비하여 적다는 등의 사정이 있더라도 그러한 사정만으로 한국 시장에 대한 공동행위의 합의가 없었다고 할 수 없음.
- [에프 호프만 라 로슈 외 5의 비타민 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]
- 원고는 1992. 5. 21.부터 1998. 2. 13. 사이에 소외 회사들과 공동으로 흑연전극봉 판매가격에 관한 회합 및 합의를 한 것으로 인정되고, 이러한 회합 및 합의는 대한민국의 흑연전극봉 수입시장에 대하여 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 정한 부당공동행위에 해당한다 할 것임
 - 대한민국은 흑연전극봉 전량을 수입에 의존하고 있고, 원고 및 소외 회사들이 생산한 흑연전극봉 수입물량이 공동행위 전 기간 동안 약 91%를 차지하고 있으며, 1992년부터 1997년까지 원고 및 소외 회사들이 생산한 흑연전극봉의 수입가격이 약 48.8%(3,356달러/

2,255달러 = 148.8%) 상승한 반면 같은 기간 동안 원고 및 소외 회사들을 제외한 다른 회사들이 생산한 흑연전극봉의 수입가격은 9.1%(2,407달러/2,205달러 = 109.1%) 상승하는데 그쳤고, 소외 회사들이 마지막으로 회합한 1998. 2. 13.부터 원고 등이 생산한 흑연전극봉의 수입가격이 점차 하락하였을 뿐 아니라 각 회사별로 판매가격의 차이도 생긴 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 원고 및 소외 회사들이 판매하는 흑연전극봉의 가격을 합의한 결과 위 회사를 사이의 경쟁이 실질적으로 제한됨으로써 대한민국의 흑연전극봉 수입시장에서 흑연전극봉의 가격이 더 높게 형성되었다고 볼 수밖에 없음.

[쇼와덴코 등 6개 사업자의 흑연전극봉 가격공동결정행위 건(서울고법 2004. 8. 19. 선고 2002누6110 판결⁵⁷⁾]

- 원고 등 학생복 3사는 전국학생복발전협의회를 창립하고, 지역별 협의회를 구성하며, 수시로 회의를 개최하여 일정 수준과 범위 내에서 가격을 결정하거나 유지하도록 합의하고, 구체적인 소비자가격을 각 대리점들에 통보하는 등 학생복 판매가격을 공동으로 결정·유지, 변경하기로 합의하였다 할 것임

[제일모직 등 교복 3사의 교복 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결)]

* 참고: 에스케이네트웍스 건(서울고법 2004. 8. 18. 선고 2001누17403 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두10586 판결), 새한 건(서울고법 2004. 9. 2. 선고 2001누17700 판결, 대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두12346 판결)

- 시외전화 사업자들 사이의 경쟁수단인 요금의 수준 및 종류 이외에 사업자들 사이의 경쟁의 결과물이어야 할 사전선택제 가입자 수에 관하여 까지 합의함으로써 시외전화 시장에서의 경쟁을 직접적으로 제한함

- 전기통신사업법 제38조의3 및 시외전화 사전선택제 시행기준(정보통신부 고시 제2002-12호, 2002.2.23.)이 시외전화 사전선택제가 공정하고 원활하게 정착·운용될 수 있도록 절차적 또는 기술적인 문제(사전선택의 방법 및 운영방식, 사전선택제 고객 모집방법 및 고객 보호방안, 사업자의 의무사항 등)를 규정하고 있을 뿐, 시외전화 사업자들 사이의 경쟁을 직접적으로 제한하는 요금담합, 사전선택제 가입자 수 분할(시장분할), 요금상품의 종류 및 내용 제한 합의 등까지도 할 수 있다고 규정하고 있지 아니함에도 불구하고, 원고, 케이티, 네이콤, 온세통신은 위 전기통신사업법 조항 및 시외전화 사전선택제 시행기준에 따라 사전선택제 운영과 관련된 사항만을 합의한 것이 아니라, 시외전화 사업자들 사이의 경쟁수단인 요금의 수준 및 종류 이외에 사업자들 사이의 경쟁의 결과물이어야 할 사전

57) 상고심(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결)도 같은 취지로 판단함

선택제 가입자 수에 관하여까지 합의함으로써 시외전화 시장에서의 경쟁을 직접적으로 제한한 점, 원고도 케이티 등 기존 3사와 과정경쟁 방지를 위한 합의를 함으로써 시외전화 시장에 성공적으로 진입하게 되고 전화사업 마케팅 내용도 약 20여 원 절감될 것으로 보는 등 이 사건 합의에 따라 발생될 구체적인 영업수익면의 효과까지 분석하였던 절들을 고려해 볼 때, 이 사건 합의는 시외전화 사업자들 사이의 경쟁을 직접적으로 제한하기 위한 행위에 해당함.

[하나로텔레콤 등 4개사의 시외전화요금 공동결정행위 건(대법원 2008. 10. 24. 선고 2007두2586 판결)]

※ 참고: 데이콤 건(서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1663 판결, 고법 확정)

□ 원고 등이 공동으로 가격을 인상하기로 합의하는 것 등이 부당하게 경쟁을 제한하는 경우에 해당하는 한, 반드시 합의한 것과 동일한 가격 또는 일정한 수준으로 인상되어야 하는 것은 아니고, 원고 등 중 일부가 자신의 이익을 위하여 합의한 것을 위반하거나, 그 위반행위에 대한 제재가 없었다고 하더라도 가격공동행위의 성립에는 지장이 없음

[엘지화학 등 5개사의 가성소다가격 공동결정행위 건(서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누29411 판결)]

○ 관련 사건인 동양제철화학 주식회사의 원심은 「합의의 구속력은 합의 위반에 대한 감시나 제재가 예정되는 것과 같은 엄격한 정도에 이르러야 할 필요는 없고 합의에 의하여 형성된 공동인식에 기하여 상대방이 그 합의를 지킬 것이라는 기대 하에서 서로 합의의 내용을 사실상 준수하는 관계 정도만 존재하면 충분하다」고 판시함(서울고법 2007. 6. 14. 선고 2005누29572 판결).

○ 상고심에서 대법원은 「원고 등은 국내에서 50% 가성소다를 제조·판매하는 사업자들로서 이 사건 3차례의 가격인상시마다 합의를 통하여 가격인상수준, 인상시기 및 각 사의 생산능력에 따른 수출 분담량을 공동으로 결정하고 그대로 실행하였는바, 원고 등의 이와 같은 행위는 수요·공급의 원칙, 각 사별로 수립된 독자적인 영업과 판매전략 등에 의하여 결정되어야 할 50% 가성소다 국내가격을 공동으로 결정함으로써 공정하고 자유로운 경쟁을 부당하게 제한하는 공동행위에 해당한다」고 판시함(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두12774 판결)

※ 참고: 백광산업 건(서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누29725 판결, 고법 확정), 한화석유화학 건(서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누 30329 판결, 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007두12712 판결), 삼성정밀화학 건(서울고법 2007. 6. 14. 선고 2005누30305 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두14442 판결), 동양제철화학 건(서울고법 2007. 6. 14. 선고 2005누29572 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두14602 판결)

- 원고들 직원 등이 작성한 이메일 등에서 가격인상에 대한 합의를 하였다고 볼 수 있는 다수의 기재가 발견되고 있고, 실제 인상이 이루어진 과정도 그 내용과 상당 부분 부합하며, 이 사건 콘 가격 인상이 일반적인 가격인상 과정이었다고 보기 어려운 점에 비추어 제1, 2차 가격인상은 합의에 따른 것이었다고 볼 수밖에 없음

[롯데제과, 빙그레, 롯데삼강 등 4개사의 아이스크림콘가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 10. 23 선고 2008두10621 판결)]

* 참고: 해태제과식품 건(서울고법 2008. 5. 28. 선고 2007누22865 판결⁵⁸⁾)

- 회사별로 또는 보험종목별로 자체적인 순율 산출의 가능 여부가 다른 상황에서 순율은 다른 보험회사들과 일률적으로 참조순율(보험개발원이 마련한 순율)을 사용하기로 합의한 것도 부당한 공동행위에 해당함

- 원심은 원고 등 10개 보험회사가 최종보험료를 공동으로 결정하지는 않았지만, 부가율은 일정 범위 내에서 차별화되 그 차이는 할인·할증률에 의하여 상쇄하는 내용으로 합의하고 이를 실행하여 영업보험료*와 실제 적용보험료를 일정 범위 내로 유지시켰다고 보고, 회사별로 또는 보험종목별로 자체적인 순율 산출의 가능 여부가 다른 상황에서 순율은 다른 보험회사들과 일률적으로 참조순율(보험개발원이 마련한 순율)을 사용하기로 합의한 것도 구 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 규정된 '부당한 공동행위'에 해당한다고 판단한바 이러한 판단은 정당함.

[메리츠화재해상보험 등 10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두22068 판결)]

* 영업보험료는 순보험료와 부가보험료를 기초로 산정되며, 순보험료는 보험사고 발생시 보험금 지급재원이 되는 보험료로서 순율(순보험요율)에 의해 결정되고, 부가보험료는 영업보험료 중 사업경비 등에 지출되는 부분으로서 예정사업비율과 예정이익률을 합산한 부기율(부가보험요율)에 의해 산출됨

* 참고: LIG손해보험 건(서울고법 2008. 10. 9. 선고 2007누26560 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20352 판결) 등

- 은행의 외환업무 실무책임자들이 수출환어음 환가료 등 산정을 위한 기간계산방식을 변경해 달라는 금감원의 협조요청에 대하여 수회 걸쳐 회동하면서 그 변경에 따른 수익감소 보전을 위해 매입수수료를 신설하기로 하는 합의하고, 이를 신설하였으므로 부당공동행위에 해당됨

- 은행의 외환업무 실무책임자들이 수출환어음 환가료 등의 산정을 위한 기간계산방식을

58) 상고심(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008두11006 판결)은 심리불속행 기각함

'양편 넣기'에서 '한편 넣기'로 변경해 달라는 금융감독원의 협조요청에 대한 대응방안을 모색하기 위하여 수회에 걸쳐 회동하면서 '한편 넣기'의 시행 여부 및 이에 따른 수출환어음 매입수수료 신설문제에 대하여 의견을 교환하고, 이러한 기간계산방식의 변경에 따른 수익감소를 보전하기 위하여 건당 20,000원의 매입수수료를 신설하기로 하는 이 사건 합의를 하고, 그 실행행위로서 매입수수료를 신설하였음이 인정됨.

[5개 은행의 수출환어음 매입수수료 관련 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두7912 판결)]

* '5개 은행의 수출환어음 매입수수료 신설담합 건'에 대한 판결에서 대법원은 금융감독원이 환가료의 기간계산방법을 '양편 넣기'에서 '한편 넣기'로 변경하도록 요청함에 따라 원고의 수입이 감소되고, 감소되는 수입의 보전을 위하여 매입수수료를 신설할 필요가 있었다고 하더라도, 그 신설 여부 및 구체적인 수수료율은 각자의 영업 여건, 고객 동향, 원가 요인, 경쟁사의 수수료 등 제반 사정을 감안하여 독자적으로 결정할 사안이어서, 정부의 시책 또는 구속력이 있는 행정지도가 동인이 되어 이 사건 공동행위가 이루어진 것으로 볼 수 없고, 또한 원고가 정한 매입수수료가 그 원가에 미달한다고 하여도 피고가 과징금 산정에 그와 같은 사정을 고려하지 않았다는 것만으로는 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없다고 함.

- 원고는 2003. 6. 23. 이 사건 합의에 따라 신설한 수수료의 명칭을 '수입수수료'라고 하고 수수료율을 0.2%로 정하기는 하였으나, 총 수수료율이 다른 은행의 뱅커스 유산스 거래의 인수수수료율과 거의 유사한 수준인 점 등에 비추어 다른 은행들과 이 사건 공동행위를 하였다고 할 수 있음
- 8개 은행이 뱅커스 유산스 거래에 대한 인수수수료를 신설하기로 하고, 그 가격을 매 3개월당 인수금액의 0.4%로 정하기로 합의한 사안에서 원고는 2003. 6. 23. 이 사건 합의에 따라 신설한 수수료의 명칭을 '수입수수료'라고 하고 수수료율을 0.2%로 정하기는 하였으나, 다른 은행들과 날리 수입수수료를 지급받은 이후에도 신용장 개설수수료를 환급하지 아니함으로써 총 수수료율이 다른 은행의 뱅커스 유산스 거래의 인수수수료율과 거의 유사한 수준인 점, 원고도 2006. 5. 2. 부터는 다른 은행들과 동일하게 뱅커스 유산스 거래의 인수 수수료율을 0.4%로 인상하는 한편, 인수일 이후의 신용장 개설수수료를 환급하는 방식으로 변경한 점 등의 사정까지 보태어 보면 원고는 다른 은행들과 이 사건 공동행위를 하였다고 할 수 있음.

[8개 은행의 뱅커스 유산스 인수수수료 관련 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 3. 13. 선고 2009두9260 판결)]

□ 가격결정 등에 관한 공동행위에는 경쟁관계에 있는 상품을 제조·판매하는 사업자들 사이에 '각자의 대리점 등 유통업자들에게 영향력을 행사하여 그들이 소비자로부터 받는 판매가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'를 할 것을 합의한 것도 포함됨

- 가격결정 등에 관한 공동행위에는 할인율 등 가격의 구성요소에 관하여 그 수준이나 한도를 정하는 행위가 포함되는 한편, 경쟁관계에 있는 상품을 제조·판매하는 사업자들 사이에 '각자의 대리점 등 유통업자들에게 영향력을 행사하여 그들이 소비자로부터 받는 판매가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'를 할 것을 합의한 것도 포함된다고 볼이 타당함.
- 매트리스 및 내장침대 제조업을 영위하는 사업자들이 원고들이 자사 제품을 판매하는 대리점 등의 업주를 상대로 소비자에 대한 할인판매를 금지하는 내용의 가격표시제를 실시하기로 합의한 행위는 공정거래법 제19조 제1항 제1호 소정의 가격결정 등에 관한 공동행위에 해당한다고 판단한 원심의 판단은 정당하고, 가격결정 등에 관한 공동행위의 포섭 범위에 관한 법리오해 등의 위법이 없음.

[에이스침대 및 시몬스침대의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2010두344 판결)]

□ 할인행사율을 구체적인 비율로 특정·유지하는 것은 원고와 대상이 가격 및 비용책정 구조, 경영사정 등이 달라 사실상 불가능하였다고 보이며 따라서 이 사건 제품의 행사할인율을 30% 수준으로 하기로 합의하였다고 하여 불분명하다거나 그 범위가 지나치게 넓어 합의로서 의미가 없다고 볼 것은 아님

- 원고와 대상이 과도한 가격경쟁으로 말미암아 악화되는 수익구조를 개선하는 데에는 이 사건 제품을 할인점에 납품할 때의 가격인 "할인점 납품가(행사할인율)"을 정상 출고가 기준에서 30% 정도 할인된 수준으로 낮추는 것만으로도 충분하였고, 이와 달리 이러한 할인행사율을 구체적인 비율로 특정하여 유지하는 것은 원고와 대상이 가격 및 비용책정 구조, 경영사정, 거래처에 대한 판매조건 등에서 서로 달라 사실상 불가능하였다고 보임. 따라서 이 사건 제품의 행사할인율을 30% 수준으로 하기로 합의하였다고 하여 그러한 합의가 불분명하다거나 그 범위가 지나치게 넓어 합의로서 의미가 없다고 볼 것은 아니며, 원고와 대상은 과도한 가격경쟁의 자제와 수익구조의 개선을 위해 이 사건 합의로써 "할인점 납품가"를 정상 출고가 대비 30% 할인된 수준으로 유지하고자 하였던 것일 뿐, 차후 이 사건 제품을 둘러싼 어떠한 경쟁도 하지 말자고 하였던 것은 아니므로 원고 주장과 같이 "할인점 납품가"에 행사할인율을 제외한 그 밖의 모든 유형의 가격인하요소를 반영한 실질할인율까지 고려하여서만 이 사건 합의 전부와 그 실행 여부를 판단할 수 있다고 볼 것은 아님.

[씨제이제일제당의 고추장 행사할인율 공동결정행위 건(서울고법 2012. 4. 18. 선고 2011누29276 판결⁵⁹⁾)]

④ 입찰 사례⁶⁰⁾

- 입찰물량 전체에 대한 기본배분비율 내에서 각 품목별 배분이 이루어지므로 각 품목별 배분비율은 다른 품목의 배분비율에 영향을 미치는바, 이에 의하면 원고가 저전압전력 선에 대한 배분을 받지 않더라도 그 대가로 중전압전력선 등 다른 품목에 대하여 보다 높은 배분비율을 배정받았음을 알 수 있으므로 저전압전력선을 낙찰받거나 들러리로도 입찰에 참여하지 않아 관련 매출액이 없다는 사정만으로는 이에 대한 공동행위가 별개로 성립한다고 볼 수 없음

[대한전선의 부당한 공동행위 건(서울고법 2013. 8. 28. 선고 2012누30952 판결, 고법 확정)]

- 특정인이 알아낸 예상예정가격과 이를 토대로 한 응찰가격을 8개사에 알려주어 위 가격대로 응찰하여 원고가 공사를 낙찰 받은 행위는 부당한 공동행위에 해당됨
 - 특정인이 강서교육청으로부터 알아낸 예상예정가격과 이를 토대로 한 응찰가격을 8개사에게 알려주고 위 가격대로 응찰한 결과 원고 주성건설이 공사를 낙찰 받은 행위는 건설공사의 입찰부분에 있어 자유롭고 공정한 경쟁질서에 대한 중대한 침해를 가져온다고 할 것이어서 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 부당한 공동 행위에 해당됨.

[주성건설의 교사증축공사 입찰관련 공동행위 건(서울고법 1998. 2. 18. 선고 97구7457 판결⁶¹⁾)]

- 종전 수의계약으로 체결되어 왔던 계약방식을 유지하고자 입찰 실시 전 합의한 바에 따라 종전 각 회사별로 가입된 차량의 보험료를 합산한 동일한 금액으로 응찰한바 그 담합은 부당한 공동행위를 합의한 것임
- 원고들은 한국전력공사가 그 소유차량에 대한 자동차보험가입을 위하여 2000. 7. 15. 실시한 입찰에 있어서 종전에 수의계약으로 체결되어 왔던 한국전력공사의 업무용 자동차 보험계약방식을 유지하고자 위 입찰 실시 전에 개최된 자동차업무부장회의에서 합의한 바에 따라 종전에 각 회사별로 가입된 차량의 보험료를 합산한 동일한 금액으로 응찰한 사실을 알 수 있고, 위 입찰은 전적으로 입찰가격에 따라 경쟁이 이루어지는 것이어서

59) 상고심(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012누11485 판결)은 심리불속행 기각함

60) 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(법률 제8631호 일부개정 2007. 8. 3.) 제19조 제1항 제8호로 입찰단위이 신설되기 이전에는 동조 제1호를 적용한바 본 복사에서 서술함

61) 상고심(대법원 2000. 2. 11. 선고 98두5941 판결)도 같은 취지로 판단함

그 담합은 실질적으로 경쟁을 제한한다고 할 것이므로, 원고들은 법 제19조 제1항에 의하여 부당한 공동행위를 합의한 것으로 인정되며, 원고들 주장과 같이 당시 입찰과 관련된 자료가 부족하여 종전에 한국전력공사가 다른 회사에 가입한 차량의 보험료를 파악하여 각자 자기 회사에 가입된 차량의 보험료와 합산한 금액으로 응찰한 결과가 우연히 일치한 것이라고 보기는 어려움.

[11개 손해보험사의 자동차 보험입찰관련 공동행위 건(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결)]

- 낙찰예정자를 사전 결정하고, 투찰단가 및 유찰 여부를 합의한 행위, 패키지에어컨(PAC)의 가격, PAC와 냉온풍기의 가격 마진율을 공동으로 인상하거나 유지하기로 합의한 행위는 법 제19조 제1항 제1호 소정의 부당한 공동행위에 해당됨
[두원냉기 등의 PAC 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2001. 11. 6. 선고 2000누11088 판결⁶²⁾)]
- 선경건설 부장과 원고 이사와 사이에 원고가 이 사건 공사에 금 565억 원의 가격으로 응찰하기로 약속함으로써 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격결정의 합의를 하였다고 보아야 할 것임
- 선경건설 부장 신동성과 원고 회사 이사 박선구와 사이에 원고가 이 사건 공사에 금 565억 원의 가격으로 응찰하기로 약속함으로써 원고는 선경건설과 사이에 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격결정의 합의를 하였다고 보아야 할 것이고, 이로써 법 제19조 제1항 제1호 소정의 부당한 공동행위가 성립하였다고 할 것이며, 원고가 당초부터 위 합의를 이행할 의사로 합의를 하였는지, 또 위 합의를 이행하였는지 여부는 그 성립에 영향이 없다고 할 것이므로 비록 원고가 내심으로는 금 530억 원에 응찰하여 낙찰을 받을 의사를 가졌었고 그 후 합의와 달리 응찰하였다고 하더라도 이러한 사정은 부당한 공동행위의 성립에 방해가 되지 아니한다고 할 것임.

[15개 건설사의 정부종합청사 신관 신축공사 입찰관련 공동행위 건(대법원 1999. 2. 23. 선고 98두15849 판결)]

62) 원고는 원심에서부터 짜장면 산정이 위법하다는 취지로 다투었으며, 상고심(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결)도 이 부분에 대해서만 심리한

- 원고와 에이신 사이에 이루어진 입찰가격에 관한 의사연락은 일반거래 통념상 인정되는 범위 내에서의 입찰자 상호간에 의사의 타진과 절충을 넘어 입찰가격과 에이신으로의 낙찰자 선정에 관한 입찰참가자들의 합의가 있었다고 볼 수 있음

[두우종합기술단 등 2개사의 냉난방기 구매입찰 담합행위 건(서울고법 2006. 1. 11. 선고 2005누6289 판결, 고법 확정)]

② 부정례

ⓐ 일반

- LPG수입 2사가 원고에게 LPG 판매가격을 통지한 사실은 인정되나 이러한 통지가 원고와의 합의에 따라 이루어졌다고 볼 만한 정황이 발견되지 않는 한 그 가격에 따를 것이라는 수입 2사의 인식만으로 원고의 공동행위를 인정하기 어려움

- LPG수입 2사가 원고에게 LPG 판매가격을 통지한 사실은 인정되나 이러한 통지가 원고와의 합의에 따라 이루어졌다고 볼 만한 정황이 발견되지 않는 한 그 가격에 따를 것이라는 수입 2사의 인식만으로 원고의 공동행위를 인정하기 어렵고, 그 외 LPG 사업자들의 모임 참석, 제출된 관련 증거자료에서도 가격논의 사실이 발견되지 않을뿐더러 오히려 원고가 거래물량 중의 상당부분(20%)을 Spot거래로 판매한 것은 공동행위에 가담하였다고 보기 어려운 정황들이라 할 것임.

[6개 LPG 공급회사의 부당한 공동행위에 대한 건 중 현대오일뱅크(서울고법 2015. 8. 19. 선고 2014누5165 판결)]

- 2005년과 2006년은 독감백신 정부조달 수요량이 예상 공급량을 초과할 것으로 예상되었던 상황이므로, 제조사들이 적극적으로 정부조달시장에 참여하기 위해 치열한 경쟁을 벌였다거나 이러한 경쟁을 피하기 위해 경쟁사업자와 공동으로 납품물량이나 계약금액을 합의할 유인이 있었다고 보기 어려운 점이 있음

- 2005년과 2006년 독감백신 조달계약의 납품물량과 계약금액은 제조사들이 질병관리본부 및 조달청과의 개별적인 협의를 통해 결정된 것이고, 특히 납품물량은 가격협의 전에 개최된 여러 모임을 통해 이미 질병관리본부에 제공된 정부조달 납품 가능량 등의 정보를 기초로 협의된 것인데, 그럼에도 제조사들이 질병관리본부 및 조달청과의 개별적인 협의 전에 별도 모임을 통해 납품물량을 배분하고 계약금액을 동일하게 결정하는 합의를 할

필요가 있었다고 볼 만한 다른 사정이 발견되지도 아니함.

[진병관리본부 입찰 참가 9개 백신사업자의 부당공동행위 건(대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두2303, 2013두925 판결)]

□ 감정평가협회에 파견된 한국감정원의 직원이 설사 동 원의 업무를 대신 수행할 지위에 있었다 하더라도 위 협의회의 결의내용을 사후에 통지받고 서명하였다는 사실만으로 동 원이 이 사건 결의사항을 통보받았다거나 통보받은 결의사항에 동의한 것이라 단정할 수 없음

○ 한국감정원의 직원이지만 감정평가협회에 파견되어 감정평가협회의 업무를 수행하고 있었고 한국감정원은 위 협의회의 회원도 아니었으므로 위 협의회의 결의에 관하여 한국감정원을 대표할 권한이나 협의회의 결의내용을 한국감정원을 대신하여 수령할 권한을 가지고 있었다고 볼 수 없고, 설사 한국감정원의 직원이 동 원의 업무를 대신하여 수행할 지위에 있었다 하더라도, 위 직원이 협의회의 결의에 참여하지 않고 위 결의내용을 사후에 통지받고 서명하였다는 사실만으로 한국감정원이 이 사건 결의사항을 위 직원으로부터 통보받았다거나 위 직원을 통하여 통보받은 결의사항에 동의한 것이라고 단정할 수 없으며, 달리 한국감정원이 이 사건 평가법인들의 부당공동행위에 합의한 것이라고 볼만한 증거가 없으므로 한국감정원이 위 부당공동행위에 합의하였음을 전제로 한 공정위의 처분은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 위법함.

[한국감정원 등의 감정수수료 인하 가이드라인 설정에 관한 공동행위 건(서울고법 2005. 7. 21. 선고 2003누21475 판결⁶³⁾)]

□ 원고 등 17개 금융기관이 한 공동행위의 실질은 지로업무로 인한 적자를 보전 받아야 한다는 공동의 인식 아래 은행간 수수료를 공동으로 인상한 것에 그칠 뿐, 더 나아가 은행간 수수료 인상액만큼 지로수수료를 인상하기로 담합한 것이라고 단정하기는 어려움

○ 증거에 의하면, 지로수수료는 지금은행이 지로결제 제도의 이용기관과 지로수납대행계약을 체결하여 이용기관의 각종 요금의 수납을 대행해 주는 대가로 이용기관으로부터 수취하기로 약정한 금액인 점, 지로업무의 내용은 수납과정에서 대부분 발생하고, 지급은행이 금융결제방을 통해 입금된 지로결제금액을 이용기관 계좌로 입금하는 과정에서는 별로 발생하지 아니하는 점, 지로업무처리 절차에서 지급은행과 수납은행이 일치하지 아니하는

63) 상고심(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005누9828 판결)은 실리불속행 기각함

경우 지급은행은 수납은행에 금융결제원이 정한 은행간 수수료를 지급함으로써 수납과정에서 소요되는 비용을 정산하는 점, 서민의 보편적 결제제도로서의 공공적 성격 때문에 지로수수료 자율화 이후에도 대폭으로 또는 자주 인상하지 못하여서 지로수수료 수준은 수납원가에도 못 미치는 적자산업으로 유지되어 온 점, 이러한 상황에서 지급은행은 이용기관으로부터 수취한 지로수수료를 그대로 수납은행에 지급함으로써 '지로수수료=은행간 수수료'로 인식되다시피 하여 지급은행이 은행간 수수료 외에 추가수수료를 더하여 지로수수료를 징수한다는 것은 사실상 기대할 수 없었던 점, 이러한 상황에서 은행간 수수료가 인상될 경우 지급은행은 은행간 수수료의 인상에 따른 손실의 누중을 막기 위하여 그 인상액만큼 지로수수료를 인상할 수밖에 없는 점, 은행간 수수료의 공동결정행위는 지로망 내의 비용 정산의 효율성 등으로 인해 위법하다고 볼 수 없는 점 등을 알 수 있음. 이와 같은 지로수수료의 연혁, 결정체계, 지로업무의 비용발생 구조, 수납업무 원가의 보전 정도 등에 비추어 보면, 원고 등 17개 금융기관이 한 공동행위의 실질은 지로업무로 인한 적자를 보전 받아야 한다는 공동의 인식 아래 은행간 수수료의 인상을 금융결제원에 요청하여 은행간 수수료를 공동으로 인상한 것에 그칠 뿐, 더 나아가 은행간 수수료 인상액만큼 지로수수료를 인상하기로 담합한 것이라고 단정하기는 어려움.

[17개 금융기관의 지로수수료 담합행위 건(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두18677 판결)]

* 지로수수료 담합 건 중 한국씨티은행에 대한 서울고법의 판결에서는 비록 현실적으로 은행간 수수료가 원가에 훨씬 못 미친다 할지라도 은행간 수수료의 인상분을 그대로 지로수수료에 반영하는 것이 반드시 당연한 결과로 볼 수 없다면서 위법한 공동행위의 성립을 인정한 바 있음

④ 입찰 사례⁶⁴⁾

- 원고들 상무들의 모임은 이 사건 입찰에 참가하기로 합의한 모임은 아니며, 한국전자입찰연구원은 원고들로부터 개별적으로 문의를 받고 절차를 거쳐 입찰 매니저서비스계약을 개별적으로 체결하였고, 각각 계약서 제2조 내용을 비교해 보면 동일하지 않은 점 등에 비추어 합의를 인정하기 어려움
- ① 원고들 상무들의 2007.1.16. 모임은 산림사업수주와 관련하여 산림조합들이 공동으로 입찰에 참여하는 방안 등을 논의하는 모임이었을 뿐이고 원고들이 이 사건 입찰에 참가하기로 합의한 노임은 아니며, 피고는 이 사건 담합의 일시와 장소를 특정하지도 않고 있는 점, ② 한국전자입찰연구원은 원고들로부터 개별적으로 문의를 받고 패스로 계약서 초안을 주고받는 등의 절차를 거친 후 원고들과 사이에 입찰매니저서비스계약을

64) 구 통전규제 및 공정거래에 관한 법률(법률 제8631호 일부개정 2007. 8. 3.) 제19조 제1항 제8호로 입찰담합이 신설되기 이전에는 농조 제1호를 적용한다. 본 녹차에서 서술함

개별적으로 체결했으나 원고들에게 각각의 계약서 원본을 송부하기 전에 편의상 같은 날짜를 기재하여 계약서 원본을 작성했을 뿐이고, 각각의 계약서 제2조의 내용을 비교해 보면, 한국전자입찰연구원이 괴산증평산림조합, 충주산림조합, 음성군산림조합에 제공하는 서비스 내용은 나머지 원고들에게 제공하는 서비스 내용과 다른 점, ③ 일반적인 입찰에서 입찰참가자들이 동일한 금액으로 입찰하는 경우가 있으므로 괴산증평산림조합이 한국전자 입찰연구원에서 충주산림조합에 알려준 금액과 동일한 금액으로 이 사건 입찰에 참가 하였다고 하여 충주산림조합이 괴산증평산림조합에 그 금액을 알려주었다고 단정하기는 어려운 점, ① 원고들의 투찰율을 그 크기 순서로 정리했을 때 그 투찰율 차이는 0.04%가 2곳, 0.087%가 5곳, 0.088%가 1곳, 0.132%가 1곳이어서 투찰율 차이가 일정하다고 보기도 어려운 점 등에 비추어 보면, 합의를 인정하기 어려움.

[괴산증평산림조합외9의 2007년 임도구조개량사업 입찰단합 건(서울고법 2008. 10. 23. 선고 2008누3465 판결⁶⁵⁾)]

2) 상품·용역의 거래조건이나 대금·대가의 지급조건을 정하는 행위(제2호)

- 원고는 디지털음악산업발전협의회의 회원사로 회의에 참석하면서 Non-DRM 상품에 대한 음원 공급 여부와 곡수 제한 등에 관하여 협의하였던 점 등에 비추어 이 사건 합의에 가담하였음
- 원심은, 작사자·작곡자·실연자·음반제작자 등의 저작권 등을 신탁받아 관리하는 사단법인 한국음악저작권협회, 사단법인 한국음악실연자연합회, 사단법인 한국음원제작자협회가 마련한 사용료 징수규정의 개정으로 곡수 무제한 월정액제 논디알엠(Non-DRM) 상품이 도입될 가능성이 커지자, 원고가 음원 사업자들의 모임인 디지털음악산업발전협의회의 회원사로 회의에 참석하면서 Non-DRM 상품에 대한 음원 공급 여부와 곡수 제한 등에 관하여 협의하였던 점, 원고를 비롯하여 음원 사업자와 온라인 음악서비스 사업자의 지위를 겸하는 주요 4개사는 'Non-DRM 상품의 경우, 곡수 무제한 월정액제 디운로드상품에 대하여는 온라인 음악서비스 사업자에게 음원을 공급하지 않고 월 40곡 5,000원, 150곡 9,000원 수준으로 곡수를 제한하는 상품에만 음원을 공급하며, 디운로드와 스트리밍을 결합한 복합상품에 대하여는 2008년 말까지 스트리밍 서비스 가격을 1,000원 할인하여 판매할 수 있다'는 조건으로 음원을 공급하기로 합의하였고 다른 음원 사업자들도 주요 4개사의 합의 내용을 그대로 받아들였던 점, 원고는 이 사건 합의 내용대로 온라인 음악 서비스 사업자들과 음원공급계약을 체결하였던 점 등 그 판시와 같은 사정들을 근거로,

65) 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두21348 판결)은 심리불속행 기각함

원고가 이 사건 합의에 가담하였다고 본 피고의 이 사건 처분을 정당하다고 판단한 바
정당함.

[13개 음원유통사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두18479 판결)]

* 참고: 대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결, 대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두20212 판결, 대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두18844 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두20229 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013두18851 판결

- 원고들이 위탁수수료·판매장려금·출하장려금의 요율을 동일하게 유지·인상하는 내용의 공동행위를 할 것을 합의하고, 나아가 그 합의내용을 실행한 것으로 공정 거래법 제19조 제1항 제2호 소정의 공동행위에 해당된다고 할 것임
- 원고들이 2000. 6. 29. 도매시장법인 대표자 회의를 개최하여, 2000.7.1부터 ① 출하장려금의 요율을 0.45%에서 0.4%로 인하하고, ② 판매장려금의 요율을 0.5%에서 0.55%로 인상하며, ③ 위탁상장수수료 요율을 종전 4%로 그대로 유지하는 내용의 합의를 하고, 그 후 원고들 중 농업협동조합중앙회(이하 “농협”이라 한다)를 제외한 나머지 원고들(원고 서울청과는 실행단계에서 합의에 참여함)이 2000. 7. 1.부터 2002. 11. 11.까지 위탁상장수수료와 출하장려금의 요율을 종전 0.4%와 0.45%로 계속 유지하며, 판매장려금의 요율을 0.55%로 동일하게 인상하여 실행하는 한편, 원고 농협은 1998. 7. 1.부터 시행하여 온 판매장려금의 요율을 0.5%와 판매촉진지원비 요율 0.04%를 2000. 7. 1.이후에도 동일하게 계속 유지·실행하여 오다가 2002. 2.경 그 요율을 0.55%로 인상하는 행위를 함에 따라 원고들의 합의내용을 실행하였고, 일률적으로 위탁수수료요율을 종전의 4% 그대로 유지하기로 하면서, 2000. 7. 1.부터 판매장려금 요율을 0.5%에서 0.6%로 인상하는 대신, 출하장려금 요율을 0.45%에서 0.4%로 인하하기로 구체적인 내용을 합의하였고, 다만 합의내용을 실행하는 단계에서 농수산물공사가 출하장려금 인하에 대한 구체적인 지시공문을 내려주지 아니함에 따라, 출하장려금 인하를 포기하고, 그 대신 판매장려금을 0.55%로 인상하기로 합의, 실행하였으므로, 원고들이 공정거래법 제19조 제1항 제2호 소정의 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위에 해당하는, 위탁수수료·판매장려금·출하장려금의 요율을 동일하게 유지·인상하는 내용의 공동행위를 할 것을 합의하고, 나아가 그 합의내용을 실행한 것으로 공동행위에 해당된다고 할 것임.

[서울청과 등 6개 사업자의 판매수수료율 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 5. 12. 선고 2003누5817 판결, 고법 확정)]

□ 무료 긴급출동 서비스는 자동차손해보험 사업자가 자동차손해보험 계약자에게 제공하는 서비스로서 자동차손해보험에 있어서 구 공정거래법 제19조 제1항 제2호 소정의 ‘거래조건’에 해당된다고 할 것임

- 원고 손해보험회사들이 자동차보험 계약자들에게 무료로 제공하던 긴급출동 서비스 (오일보충, 라디에이터캡 교환, 전조등 및 브레이크등 교환, 윈도브러쉬 교환, 휴즈 교환, 페넬트 교환, 엔진과열응급조치 등을 포함하는 ‘기타 응급조치’ 서비스와 긴급견인, 비상급유, 배터리 충전, 타이어 교체, 잠금장치 해제를 포함하는 ‘5개 주요 긴급출동’ 서비스를 합한 것을 말하고, 이하 같다)는 대부분의 차종에 대하여 자동차종합보험 및 책임보험에 가입한 모든 계약자에 대하여 적용되는 점, 서비스 내용이 사고발생의 예방이라는 측면에서 자동차손해보험과 밀접한 관계를 가지고 있는 점, 소비자들이 긴급출동 서비스를 보험사업자의 보험계약자에 대한 거래조건으로 인식하고 있는 점, 위 서비스의 운영이 손해보험회사 재산운영의 안전성·수익성·유동성 및 공공성에 반하지 않는 점 등을 종합적으로 고려하면, 무료 긴급출동 서비스는 자동차손해보험 사업자가 자동차손해보험 계약자에게 제공하는 서비스로서 자동차손해보험에 있어서 구 공정거래법 제19조 제1항 제2호 소정의 ‘거래조건’에 해당된다고 할 것임.

[대한손해보험협회 외 10의 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결)]

□ 원고의 독자적인 판단이 아니라 원고 등이 낙농육우협회 및 이마트의 요구에 공동으로 대응하기 위하여 협의하고 그 협의에 따라 덤 증정을 중단한 이상 이는 부당한 공동 행위로 봄이 타당함

- 원고는 매일유업, 서울우유와 대표이사 및 임원급 모임을 각 개최하여 덤증정행사 중단을 합의한 사실이 인정되고, 낙농육우협회가 원고에게 덤증정행사 중단을 요청한 사실은 있으나 위 대표이사 및 임원급 모임은 그 요청일 이전에 열렸던 점, 이마트 또한 원고에게 행사중단을 요청하였으나 시장점유율이 상대적으로 낮은 빙그레나 롯데 등은 행사를 그대로 지속한 점 등을 고려하면 낙농육우협회 및 이마트의 요청으로 원고가 위 행사를 중단하였다고 보기 어려움. 한편, 이러한 요구가 원고로 하여금 덤 증정의 중단을 고려하도록 한 하나의 원인이 될 수는 있으나, 원고의 독자적인 판단이 아니라 원고 등이 위와 같은 요구에 공동으로 대응하기 위하여 협의하고 그 협의에 따라 덤 증정의 중단한 이상 이는 부당한 공동행위로 봄이 타당함.

[13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누27584 판결⁶⁶⁾)]

66) 상고심(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두10083 판결)은 심리불속행 기각함

□ 원고가 다른 16개 사업자와 함께 계통등록을 한 상토를 지역농협에 판매하는 과정에서 지급하는 추가장려금을 계통단가의 5% 이하로 하기로 하는 합의를 한 것은 법 제19조 제1항 제2호의 행위를 합의한 것에 해당함

- 원고가 상토 제조·판매업을 영위하는 다른 16개 사업자와 함께 농업협동조합중앙회에 계통등록을 한 상토를 지역농협에 판매하는 과정에서 지급하는 추가장려금을 계통단가의 5% 이하로 하기로 하는 합의를 한 것은 법 제19조 제1항 제2호의 '사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 상품 또는 용역의 거래조건을 정하는 행위를 합의한 것'에 해당함.

[17개 상토 제조·판매 회사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 5. 2. 선고 2011누24349 판결⁶⁷⁾)]

※ 관련: 건곤지오텍 건(서울고법 2012. 9. 13. 선고 2011누36298 판결⁶⁸⁾)

3) 상품·용역의 생산·출고·거래 등을 제한하는 행위(제3호)

□ 원고가 실제로 납품한 물량(3.9%)이 이 사건 공동행위에서 정한 각업체별 수주 물량(7%)과 다소 차이가 있다고 하더라도, 이러한 사정만으로 이 사건 물량배분행위에 관한 합의의 존재를 부정할 수는 없음

- 제1조합과 제2조합은 별개의 사업자단체임에도 불구하고 하나의 사무실에서 한 명의 직원이 이 사건 각 조합의 투찰을 모두 하는 한편, 위 사무실에서 이 사건 각 조합에 속한 모든 회원사들이 2009. 10. 20. 공고된 입찰에 관한 물량배분 합의를 하였음.
- 또한, 위 물량배분 합의의 결과인 합의서는 제1조합과 제2조합의 구분 없이 동일한 일자에 적혀있고, 원고 또한 위 합의서 작성에 참여하였음. 나아가 이 사건 각 조합은 저압 전자식 전력량계뿐만 아니라 2007년 이전부터 입찰이 진행되었던 기계식 전력량계의 물량배분을 위하여서도 설립되었던 점을 고려하면 원고가 단순히 적법한 조합활동만을 위하여 물량배분에 참여하였다고 보기는 어려움.
- 피에스텍의 문건 내용(을 제14호증)은 서장 담당자의 업무수첩의 내용과 일치하고, 위 문건 내용 중 엠에스엠이 물량 배분 결과에 반발하였다는 기재는 엠에스엠의 영업담당자인 김하관이 2014. 7. 17. 피고의 조사 당시 진술한 내용에도 부합함.

67) 상고심(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두12945 판결)은 심리불속행 기각함

68) 상고심(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012두16497 판결)은 심리불속행 기각함

- 나야가 이 사건 각 입찰에 따라 원고가 실제로 납품한 물량(3.9%)이 이 사건 공동행위에서 정한 각 업체별 수주 물량(7%)과 다소 차이가 있다고 하더라도, 앞서 본 바에 비추어 볼 때 이러한 사정만으로 이 사건 물량배분행위에 관한 합의의 존재를 부정할 수는 없음.

[한국전력공사 발주 저압 전자식 전력량계 구매입찰 참가 12개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 8. 20. 선고 2014누70435⁶⁹⁾, 2015. 12. 3. 선고 2014누70374 판결, 고법 확정)]

- 원고 등 6개사가 공동사업약정서를 작성하여 자습서 등의 판매에 따른 포장 및 운송과 유통업자와의 판매계약도 조합에서 일괄적으로 처리하기로 합의한 행위는 법 제19조 제1항 제3호에 해당됨

- 원고 등 6개사가 고등학교 영어 자습서 등의 생산·판매에 관한 공동사업약정서를 작성하여 자습서 등의 판매에 따른 포장 및 운송과 유통업자와의 판매계약도 조합에서 일괄적으로 처리하기로 합의한 행위는 자습서 등의 생산·출고·수송에 일정한 제한을 가함으로써 가격상승, 내용의 부실화, 부당한 판매조건의 강요 등 부당한 공동행위로 인한 폐해가 발생할 개연성이 매우 높아 경쟁을 실질적으로 제한하다고 할 수 있다고 볼 수 있으므로, 위 행위는 법 제19조 제1항 제3호의 상품의 생산·출고·수송 또는 판매의 제한이나 용역의 제공을 제한하는 행위에 해당된다고 할 것임.

[동아출판사 등 6개 출판사의 학습부교재 가격 공동결정행위 건(서울고법 1992. 4. 22. 선고 91구3248 판결⁷⁰⁾)]

- 제강4사가 국내고철 구매비율을 57%로 하기로 합의한 행위는 부당한 공동행위에 해당됨

- 제강4사가 1997. 11. 7. 모임을 가지고, 고철수요업체들이 국내고철을 많이 사용하려는 문제점을 해결하려는 목적으로 국내고철의 구매비율을 57%로 하기로 합의한 행위는 법 제19조 제1항 제3호의 부당한 공동행위에 해당됨.

[4개 고철수요업체와 한국철강협회의 고철구매비율 공동결정행위 건(대법원 2002. 7. 12. 선고 2000두10311 판결)]

69) 상고심(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015누51194 판결)은 신라불속행 기각함

70) 상고심(대법원 1992. 11. 13. 선고 92누8040 판결)도 같은 취지로 판단함

- 4개사의 시장점유율 합의행위는 석도강판의 생산, 출고 또는 거래를 제한하는 행위로서 국내 석도강판 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 법 제19조 제1항 제3호 소정의 부당한 공동행위에 해당한다 할 것임
- 위 4개사는 석도강판 시장점유율을 각각 포스틸, 동양석판, 동부제강 각각 28.5%, 신화실업 14.5%로 정하기로 합의하였는 바, 위와 같이 시장점유율을 사전에 합의로 정할 경우에는 합의된 시장점유율을 유지하기 위해 원고 등 4개사의 석도강판 판매량이 시장점유율 수준에 맞춰 제한될 수밖에 없고 이는 결국 석도강판 시장의 가격, 품질, 서비스에 의한 경쟁을 감소시키는 결과를 초래하는 점에 비추어 볼 때 위 4개사의 이러한 시장점유율 합의행위는 석도강판의 생산, 출고 또는 거래를 제한하는 행위로서 국내 석도강판 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 법 제19조 제1항 제3호 소정의 부당한 공동행위에 해당한다 할 것임.

[동부제강 등 4개 강판제조업체의 시장점유율 공동 결정행위 건(서울고법 2000. 11. 16. 선고 99누6226 판결⁷¹⁾]

* 참고: 서울고법 2000. 6. 29. 선고 99누6110, 6103 판결, 2000. 8. 29. 선고 99누6349 판결, 2001. 9. 18. 선고 2001누7482 판결, 2002. 1. 10. 선고 2001누7505 판결, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6510, 6503, 7872 판결

- 원고가 시외전화 사전선택제 가입자 수 40만 회선을 확보할 수 있도록 적극 협조하기로 하는 합의 등은 사업자들 간의 시외전화 서비스의 제공을 원천적으로 제한하는 행위로 제3호 소정의 공동의 거래제한행위로 인정됨
- 시외전화 사전선택제 가입자의 신규유치 및 기존 가입자 유지는 개별 사업자의 요금수준, 서비스의 질, 유통망에 대한 영업전략 및 기존 고객에 대한 마케팅전략의 차이 등 사업자간 경쟁과정을 통해 결정되어져야 할 사항이라고 할 것임에도 불구하고, 당시 시외전화 시장점유율 100%를 차지하는 이 사건 회사들이 원고가 시외전화 시장에 신규 진입함에 따라 발생될 사업자간 가입자 유치경쟁을 지양하고 시외전화시장의 안정적 유지를 위하여 2004. 6. 24. 기존 3사가 원고에게 기존 고객 리스트를 제공하고, 역마케팅을 금지하며, 시외전화 사전 선택시 신분증 첨부면제를 허용하는 방법 등을 통하여 2004년 말까지 원고가 시외전화 사전선택 가입자 수 40만 회선을 확보할 수 있도록 적극 협조하기로 합의하고, 아울러 원고의 위와 같은 가입자 확보에 따라 이탈될 가입자 부분을 데이콤, 온세통신이 만회하고, 2004년 말까지 당시 가입자 수 수준을 유지할 수 있도록 케이티가

71) 상고심(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결)도 같은 취지로 판단함

유통망 수수료 인하 또는 폐지 등을 통해 적극 협력하기로 합의한 것은 경쟁을 통한 사업자별 가입자 수 또는 시장점유율의 결정을 임의로 억제함으로써 사업자들 간의 시외전화 서비스의 제공을 원천적으로 제한하는 행위로 제3호 소정의 공동의 거래제한 행위로 인정됨.

[하나로텔레콤 등 4개사의 시외전화 공동 거래제한행위 건(서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1977 판결⁷²⁾]

- 에프 호프만 라 로슈가 소외 회사들과 공동하여 1989. 9.경부터 1998. 2.경까지 사이에 이 사건 비타민과 관련하여 비타민 제품별로 지속적인 회합을 통하여 전 세계시장에 대한 판매량 내지 시장점유율을 할당하고 판매가격을 합의한 것은 부당 공동행위에 해당함
- 에프 호프만 라 로슈가 소외 회사들과 공동하여 1989. 9.경부터 1998. 2.경까지 사이에 이 사건 비타민과 관련하여 비타민 제품별로 지속적인 회합을 통하여 전 세계시장에 대한 판매량 내지 시장점유율을 할당하고 판매가격을 합의하면서 일정한 시장규모를 가진 일본 등의 시장과는 달리 한국 시장을 별도로 명시하여 언급하지는 아니하였으나, 위와 같은 합의는 세계시장을 대상으로 한 것이므로 한국 시장을 구체적, 개별적으로 특정하여 합의를 하자 아니하였다고 하더라도 이에 대한 합의도 포함되어 있는 것으로 보아야 하고, 또한 그 합의과정에서 '아시아 시장' '극동 시장' '아시아/태평양 시장' 등 지역에 대하여는 별도로 합의를 하였는데 그 지역별 시장에 한국 시장은 당연히 포함된 것으로 볼 수 있으며, 위와 같은 합의 이후에 이 사건 비타민에 관하여 한국시장에서의 수입가격은 비타민 제품별로 위 합의가 이루어지기 전에 비하여 지속적으로 상승하거나 일정한 수준을 유지하다가 공동행위를 종료한 이후부터 급락한 점, 한국에 대한 비타민 수입가격의 결정은 원고 등의 아시아 지역본부와의 협상을 통하여 결정되고, 한국 내 일부 판매망들은 생산업체 또는 아시아지역본부 등으로부터 한국용 또는 아시아용 가격표(Price List)를 교부받아 이를 기초로 가격협상을 하는 점 등에 비추어 보면 공정거래법 제19조 제1항 제3호에서 규정한 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 상품의 생산 등 거래를 제한하는 행위를 할 것을 합의한 경우에 해당한다 할 것임.

[에프 호프만 라 로슈 외 5의 비타민 판매량 공동결정행위 건(서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]

72) 심고식(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두2586 판결)은 '경쟁저항성'에 대하여만 판단하였고, 원심과 같은 취지로 판단함

- 조달청이 이 사건 구매입찰에서 응찰수량을 제한하기는 하였으나, 그 범위에서 어느 정도 응찰할 것인지에 관하여 여전히 원고들에게 결정권이 있는바, 원고들의 응찰수량에 관한 합의는 공정거래법이 정한 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한에 해당함
- 조달청이 이 사건 구매입찰에서 응찰수량을 최근 3개년 동안 평균 관급공급 실적의 110%로 제한하기는 하였으나, 그 범위에서 어느 정도의 수량을 응찰할 것인지에 관하여 여전히 원고들에게 결정권이 있고, 그 범위에서 원고들이 응찰수량을 통한 경쟁이 가능할 것이므로 원고들의 응찰수량에 관한 합의는 공정거래법이 정한 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한에 해당함. 피고는 원고들의 기존 합의내용과 실제 응찰수량이 일치한다는 점, 원고 서울경인조합을 제외한 나머지 원고들은 응찰가능 수량에 현저히 미치지 못하는 수량만을 응찰하였다는 점, 원고 서울경인조합, 원고 삼덕유화 주식회사 관계자의 진술에 의하면 원고 서울경인조합이 나머지 원고들에게 조합의 배정기준에 따른 비율에 따라 응찰수량을 정하도록 하였음을 인정하고 있는 점 등을 근거로 원고들이 응찰수량을 사전에 합의하였다는 점을 인정함.

[관수아스콘 구매입찰관련 12개 아스콘 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 6. 9. 선고 2010누40061 판결, 고법 확정)]

4) 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위(제4호)

- 예선사용이 자유계약제로 운영되고 있음에도 원고 예선업체들은 비교적 예선을 저가에 공급하면 포츠다이렉트와의 계약이나 지원을 금지하고, 위반시 벌칙까지 부과함으로 명백히 경쟁을 제한하였음
- 예선사용이 자유계약제로 운영되고 있는 여수·광양항에서 예선업체들은 자율적인 경영판단에 따라 거래상대방을 결정할 수 있어야 할 것임. 그런데 여수·광양항 예선공급시장 시장 점유율이 82%에 이르는 원고들 포함 11개사는 포츠다이렉트와의 예선용역 공급조건에 대한 계약 체결과 포츠다이렉트의 증개를 받은 선주의 선박에 대한 예선지원을 금지하고, 이를 위반하는 경우 상당한 금액의 벌칙까지 부과함으로써 각자가 자율적으로 결정하여야 할 거래상대방을 제한하였음. 이로써 포츠다이렉트가 광운선박 이외의 예선업체와 예선용역 공급조건에 관하여 자유롭게 협의할 수 있는 가능성이 대폭 축소되었으며, 포츠다이렉트의 증개를 받던 광운선박도 선박에 필요한 예선을 단독으로 공급하지 못할 경우의 예선공급 계약은 체결할 수 없게 되어 거래를 제한받게 되었음. 따라서 이 사건 공동행위는 예선을 비교적 저가에 공급하면 포츠다이렉트 및 포츠다이렉트의 증개를 받는 예선업체의 거래활동으로 인한 여수·광양항 예선공급시장 내 가격경쟁을 방지하기 위한 것으로서 명백히 경쟁을 제한하는 행위에 해당함.

- 이에 따라 예선 수요자인 선주 및 해운대리점으로서는 포츠다이렉트의 중개를 통해 비교적 저가로 예선을 공급받을 기회가 줄어들게 되었으므로, 결국 이 사건 공동행위는 소비자의 자유롭고 합리적인 선택권을 제한함으로써 소비자후생의 간소를 초래하므로 그 부당성도 인정된다고 할 것임.

[내동해운 외 6 등 여수·광양항 11개 예선업체의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2017. 8. 25. 선고 2016누62100 판결, 고법 확정)]

- 원고들은 저가 예선업체(포츠다이렉트)의 불법행위에 대응하기 위한 것이었으므로 부당한 것이 아니라고 주장하나, 불법행위는 해운법 등 관련 법령에 의하여 제재되어야지 원고들 나름대로 공동행위에 이른 것은 타당하지 아니함

- 원고들은, 원고들 행위의 목적이 포츠다이렉트의 불법행위에 대응하기 위한 것이었고, 예선공급시장의 가격경쟁은 이미 제한되어 있는 상태였으므로 이 사건 공동행위는 부당한 것이 아니라고 주장함. 그러나 ① 포츠다이렉트의 영업 형태는 항만에 입·출항하는 선박이 이용하는 예선업체를 인터넷 홈페이지를 통하여 선주에게 소개하는 것에 불과하고 직접 계약 체결의 주체가 되는 것은 아니어서 예선업체가 포츠다이렉트를 통하여 선주에게 비용을 청구하는 정도로는 해운법 제2조 제6호의 해운대리점업에 해당한다고 단정하기 어려운 점(선주는 별도의 해운대리점을 두고 있고 자신이 포츠다이렉트 홈페이지를 보고 선택한 업체를 해운대리점에 통보하여 해당 예선업체와 사이에 계약이 체결된다), ② 설령 해운대리점업에 해당한다고 하더라도 그와 같은 불법행위는 해운법 등 관련 법령에 의하여 제재되어야 할 것이지 그 이전 단계에서 원고들 나름대로 불법이라고 단정하여 거래상대방을 제한하는 공동행위에 이른 것은 타당하지 아니한 점, ③ 예선업의 공공재적 성격을 감안하더라도 자유계약제로 운영되고 있는 여수·광양항 예선공급시장의 가격경쟁이 이미 제한되어 있는 상태라거나 가격경쟁의 필요성이 전혀 없다고 볼 수 없고, 안전의 문제는 별도로 논의되어야 할 것이지 가격경쟁을 막을 요인은 아닌 점, ④ 이 사건 공동행위가 여수·광양항 예선공급시장의 효율성 혹은 공공성이나 소비자후생을 증진시켰다고 볼 만한 사정이 없는 점 등에 비추어보면, 이 사건 공동행위가 원고들이 주장하는 위와 같은 목적을 위한 것으로서 적합하거나 불기피한 수단이었다고 볼 수 없음.

[내동해운 외 6 등 여수·광양항 11개 예선업체의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2017. 8. 25. 선고 2016누62100 판결, 고법 확정)]

- 경쟁사업자들과 사이에 의사연락이 있었다고 보기 어려운 경우, 즉 부당한 공동행위의 합의에 가담하였다고 볼 만한 사정은 제한적인 반면, 사업자가 이익극대화를 위해 독자적으로 행동하였다거나 담합과 양립하기 어려운 행동을 하였다고 볼 만한 사정이 지속되는 등의 경우에는 합의에 가담하였다고 인정할 수 없음
- (담합 유인의 문제) 원고는 생산능력에 비해 판매망인 계열주유소가 현저히 부족한 상황이므로 주유소 확장에 장애가 되는 이 사건 합의에 가담할 유인이 다른 정유3사에 비해 상대적으로 낮았을 것으로 보인다는 점, 과거 과도한 주유소 유치경쟁으로 손실을 경험한 정유사들로서는 타사와 별도의 협의 없이 자연스럽게 과도한 유치경쟁을 자제하는 태도 또는 관행이 형성되었다고 볼 수 있다는 점, 복수상표표시제도의 도입경위 등 당시의 상황에 비추어 정유사들이 이 사건 합의를 할 충분한 유인이 있었다고 보기 어렵다는 점, 과거 과도한 주유소 유치 경쟁으로 인한 손실을 경험한 원고 등 정유 4사가 다른 정유사와 별도 협의 없이 자연스럽게 과도한 유치 경쟁을 자제하는 태도 또는 관행이 형성된 것으로 볼 수 있다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 합의 후에 주유소 복수상표표시제의 도입이 결정·시행되었으므로 복수상표표시제의 도입으로 인한 유치경쟁 격화를 예방하기 위해 이 사건 합의를 할 유인이 있었다는 피고 주장을 받아들일 수 없으며, 유치경쟁 자체의 행태나 정유4사 본사 임직원의 한국석유유통협회 모임 참석 등 정황사실만으로는 이 사건 합의의 존재를 인정하기 어려움.
- (담합과 배치되는 현상의 문제) 원고는 복수상표표시제도의 시행에 찬성하고, 2003년부터 2010년까지 원고가 유치한 타사 계연 또는 원적주유소는 359개인 반면 원고로부터 타사로 이탈한 주유소는 120개에 불과하는 등 담합과 양립 불가능한 사정이 상당기간 지속되었고, 주유소 유치 및 대응유치에 관한 정유사들 사이의 의사교환이 존재하지 않았고, 정유사들 본사의 주유소 유치 및 대응유치에 관한 구체적 지시 사례가 없었고, 2005년 무렵 정유사들 본사 및 지역 차원에서의 원적 관리 기준에 관한 합의가 없었으며, 정유사들 사이의 주유소 유치·이탈 결과에 나타난 1:1 관계가 존재하지 않았음.
- (증거자료의 문제) 타 정유사와 달리 원고가 본사 차원에서 이 사건 담합에 가담하였다거나 이를 전제로 일선 영업조직에 합의의 실행을 지시하는 내용의 문서는 발견되지 않았고, 분쟁상황정리표는 이 사건 합의를 하였다는 진술인의 진술을 뒷받침하는 객관적인 증거가 될 수 없으며, 이 사건 모임 전후로 다른 정유사 담당자가 일부 회사의 분쟁상황정리표와 같은 문서를 작성하여 서로 제시하거나, 그 내용에 동의하였다고 인정할 증거가 없음.
- (진술인의 진술의 문제) 진술인의 직위(실무자에 불과)상 이 사건 합의에 앞서 회사 내부의 구체적 논의나 상급자의 직·간접적 지시도 없이 이 사건 합의를 하였다는 것을

쉽게 수금하기 어렵다는 점, 이 사건 합의 대상인 주유소의 구체적 범위 및 주유소에 대한 원적관리 기간 등에 관하여 진술인의 진술이 일관되지 않다는 점, 진술내용을 충분히 뒷받침할 만한 객관적인 증거도 존재하지 않는다는 전, 이 사건 합의내용을 합의(2000. 3월경) 후의 첫 번째 월요일에 열린 주례회의에서 회사 내부에 전파하였다는 진술인의 진술은 ○○○, △△△의 반대 취지의 진술 등에 비추어 믿기 어렵다는 점, 이 사건 모임에서 논의된 원적관리대상 주유소의 범위(무풀주유소 → 유풀주유소 포함), 원적관리기간(3년→ 지역설정에 맞게 운영→ 3년)에 관한 진술인의 진술이 변경되었다는 점을 고려할 때 진술인의 진술이 쉽게 수긍되지 않음.

[원적지 담합 건(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두21840, 2013두18759, 2015. 2. 12. 선고 2013두19387 판결)]

- 원고가 이 사건 영업지역 분할합의에 따라 영업지역 내 흥진의 거래처를 인수하려 흥진으로부터 거래처 명단을 넘겨받고, 이 사건 합의 이후 실제로 원고의 영업지역에서 흥진의 거래처 일부가 원고로 이동하는 등을 종합하면 원고는 이 사건 영업지역 분할합의를 실행하였다고 볼 수밖에 없음
- 원고(아이엠씨)가 2004. 1. 27. 경 이 사건 영업지역 분할합의에 따라 원고의 영업지역 내에 있는 흥진의 거래처를 인수하기 위하여 흥진으로부터 거래처 명단을 넘겨받은 다음 이를 지사에 내려 보낸 점, 이 사건 영업지역 분할합의가 있은 2003. 10. 1. 이후 실제로 원고의 영업지역에서는 흥진의 거래처 일부가 원고로 이동하였고, 흥진의 영업지역에서는 원고의 거래처 일부가 흥진으로 이동한 점, 위와 같이 상대방의 영업지역 내에서 거래처의 일부가 이동하는 것에 대하여 원고와 흥진이 이를 방어하기 위한 적극적인 조치를 취하지 않았던 점, 원고가 흥진에게 2005. 11. 29.경 “원고는 이 사건 영업지역 분할합의를 성실히 준수하고 있음에도 흥진은 합의에 위배되는 행위를 계속하고 있어 원고에게 심각한 피해를 입히고 있으니 이를 중지할 것을 요청한다”는 취지의 서면을 보냈고, 2005. 12. 16.경에도 이 사건 영업지역 분할합의의 이행을 촉구하는 서면을 보냈으며, 이에 대하여 흥진이 2006. 1. 5. 경 원고에게 이 사건 영업지역분할합의가 무효임을 통보하는 서면을 보내오자, 원고가 다시 흥진에게 2006. 1. 30.경 이 사건 영업지역 분할합의의 준수를 촉구하는 서면을 보낸 점, 원고는 흥진이 당초부터 합의를 실행할 생각이 없이 원고를 기망하여 이 사건 영업지역 분할합의에 이르게 하였거나 혹은 흥진의 강압과 회유에 의하여 위 분할합의에 이르게 되었다는 취지로 주장하지만 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 이 사건 영업지역 분할합의를 실행하였다고 볼 수밖에 없음.

[아이엠씨 등 2개사의 영업지역 제한행위 건(서울고법 2008. 10. 8. 선고 2008누8514 판결, 고법 확정)]

□ 원고 등 건설 6개사가 공구분할 합의를 한 뒤, 원고가 사실상 단독으로 이 사건 706공구 입찰에 참여한 것은 부당공동행위에 해당됨

○ 원고를 포함한 건설 6개사가 이 사건 공구분할 합의를 한 뒤, 원고가 경남기업을 틀러리 입찰자로 내세워 사실상 단독으로 이 사건 706공구의 입찰에 참여한 것은 공정거래법 제19조 제1항 제4호에서 정한 부당한 공동행위에 해당됨.

[에스케이건설 등 6개사의 지하철7호선 입찰담합 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2008누1209 판결⁷³⁾)]

* 참고: 현대건설 건(서울고법 2008. 9. 11. 선고 2007누21886 판결⁷⁴⁾), 대림산업 건(서울고법 2008. 9. 11. 선고 2008누1490 판결⁷⁵⁾), 지에스건설 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2008누1520 판결⁷⁶⁾), 삼성물산 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누21879 판결⁷⁷⁾), 대우건설 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누21893 판결⁷⁸⁾), 일반철도 및 고속철도용 침목 구매 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 5. 18. 선고 2021누51937 판결, 고법 확정)

5) 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위(제5호)

□ 이 사건 이행협약서의 내용은 단지 차고지 이전이라는 편법을 통한 노선연장만을 제한하는 것이 아니라 경기고속 등이 가평군으로의 버스노선의 신설이나 변경, 운행 차량 증가 등의 일체의 행위를 제한하는 합의인바, 이는 공정거래법 제19조 제1항 제4호 내지 제5호에 해당한다고 할 것임

○ 이 사건 이행협약서 제2항은 “경기고속 등의 가평군 대성리 차고지는 대성리~청량리와 대성리~잠실 운행계통으로만 국한하여 운행하고, 차후 가평군 관내 여타지역으로의 노선연장 등 모든 사업계획 변경신청 및 운행대수 증가는 하지 않기로 한다.”라는 내용으로 그 제한 대상이 차고지 이전을 통한 노선연장 외에 모든 사업계획의 변경신청 및 운행대수 증차임을 명확하게 규정하고 있고, 이 사건 이행협약서의 내용은 단지 차고지

73) 상고심(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두21812 판결)은 심리불속행 기각함

74) 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두18106 판결)은 심리불속행 기각함

75) 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두18113 판결)은 심리불속행 기각함

76) 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두21188 판결)은 심리불속행 기각함

77) 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두22075 판결)은 심리불속행 기각함

78) 상고심(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21379 판결)은 심리불속행 기각함

이전이라는 편법을 통한 노선연장만을 제한하는 것이 아니라 경기고속 등이 가평군으로의 버스노선의 신설이나 변경, 운행차량 증가 등의 인체의 행위를 제한하는 합의라고 볼 것이고, 이러한 합의는 공정거래법 제19조 제1항 제4호의 '거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위' 내지 제5호의 '생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위'에 해당한다고 할 것임.

[진흥고속의 차고지 이전제한 등 합의 건(서울고법 2010. 5. 18. 선고 2009누13186 판결⁷⁹⁾]

6) 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위(제6호)

- 온라인 음악서비스 상품의 가격 및 곡수, 복합상품의 가격, 변칙상품 출시 금지 및 신규 업체의 출시에 대한 대응 등을 합의한 것은 상품의 종류와 규격 등을 제한하는 내용의 합의에 해당함
- ① 원고들이 이 사건 합의에서 다른 사업자들과 논의한 사항은 논-디알엠 상품의 가격 및 곡수, 복합상품의 가격, 변칙상품 출시 금지 및 신규 업체의 출시에 대한 대응, 신규상품의 출시일정, 체험 프로모션의 금지 등으로서 이는 단순히 상품 구성에 관한 사항을 정한 것이라 볼 수 없고 상품의 종류와 규격 등을 제한하는 내용의 합의에 해당하며, ② 신탁 3단체의 징수규정이 기준 사용료와 매출액 기준 사용료 중 많은 금액을 부과 사용료로 정하고 있어서 사실상 온라인 음악서비스 사업자들이 5,000원과 9,000원을 월 정액제 논-디알엠 상품 가격으로 정할 가능성이 높지만 그와 다르게 소비자 가격을 정하는 것 역시 충분히 가능하고, ③ 이 사건 합의는 온라인 음악서비스 사업자와 음원권자가 음원사용에 관하여 서로 자신의 이익을 위하여 협상하는 것이라기보다는 온라인 음악서비스의 소비자에 대한 관계에서 온라인 음악서비스 사업자이자 음원권자인 원고들의 이익을 극대화하려는 논의로 해석되므로 원고들의 이 사건 합의는 온라인 음악서비스 사업자들 사이에서 상품의 종류와 규격을 제한하는 공정거래법 제19조 제1항 제6호의 합의에 해당함.

[6개 온라인음악서비스사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결)]

※ 참고 : 네오위즈 인터넷 건(2012두19557), 케이티 건(2012두18523), 케이티뮤직 건(2012두18769)

79) 상고심(대법원 2010. 8. 26. 선고 2010두13029 판결)은 심리불속행 기각함

- 설계·시공일괄입찰에 참가하는 입찰자들이 공동으로 특정 공정 및 서비스를 기본설계 도서에서 제외하거나 포함시키기로 하는 행위는 제19조 제1항의 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당됨
- 설계·시공일괄입찰에 참가하는 입찰자들이 공동으로 특정 공정 및 서비스를 기본설계도서에서 제외하거나 포함시키기로 하는 행위는 그 범위 내에서 기본설계도서 작성상의 경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 기본설계도서에 대한 품질의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 입찰자들의 공동행위는 제19조 제1항의 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당됨.
[지에스건설 등 2개사의 사천시청 입찰단합행위 건, 지에스건설(대법원 2007. 9. 20. 선고 2005두15137 판결)]
- 이 사건 합의는 입찰에 참가하는 양사가 자유로이 선택하여야 할 설계의 종류 및 규격을 제한한 것으로 보이고, 특히 이 사건 입찰에 참가한 사업자가 원고 및 앤지건설의 두 군데 뿐이어서 자기들만의 의사에 따라 기본설계의 품질이 합의 내용대로 제한되어 통상적인 설계경쟁을 통하여 확보할 수 있는 기본설계의 품질을 떨어뜨리고 이로 인하여 발주자의 이익을 침해한 점, 이 사건 합의는 위에서 본 바와 같이 기본설계의 주요 구성요소를 특정 공법 또는 서비스로 제한하는 내용으로 되어있는 등 반시장적 요소가 현저할 뿐만 아니라 설계내용을 중시하는 설계·시공일괄입찰 방식의 취지에 비추어 보아도 위와 같은 합의내용은 '일반 거래통념상 인정되는 범위 내에서의 의사 타진과 절충에 불과한 경우'라고 볼 수는 없는 점, 실제로 원고가 작성·제출한 최종 기본설계도서의 내용은 이 사건 합의내용과 대부분 일치하고 있어 실질적으로 이 사건 합의내용이 실행된 것으로 보이는 점, 가사 원고의 주장대로 합의내용이 이미 합의 이전의 단계에서 대부분 기본설계에 반영된 것이라고 하더라도 최종 설계단계에서 당초 설계내용의 변경가능성이 있으므로 이를 다시 합의하고 확인한 행위는 그 자체가 최종설계단계에서의 경쟁가능성을 제한하는 행위로 볼 수 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 이 사건 합의는 설계·시공일괄입찰에서의 설계품질경쟁을 제한하는 행위로서 법 제19조 제1항 제6호 소정의 부당한 경쟁제한행위로 인정됨.

[지에스건설 등 2개사의 사천시청 입찰단합행위 건, 대우건설(서울고법 2005. 9. 28. 선고 2004누22093 판결, 고법 확정)]

- 원고 등 6개사가 고등학교 자습서 등의 규격과 체제를 통일하기로 합의한 행위는 법 제19조 제1항 제6호의 상품의 생산 또는 거래시에 그 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위에 해당됨
- 원고 등 6개사가 고등학교 자습서 등의 규격과 체제를 통일하기로 합의한 행위는 위 6개사가 획일적으로 규격, 판매조건 등을 획일적으로 결정함으로써 가격상승, 내용의 부실화, 부당한 판매조건의 강요 등 부당한 공동행위로 인한 폐해가 발생할 개연성이 매우 높아 경쟁을 실질적으로 제한한다고 할 수 있으므로 법 제19조 제1항 제6호의 상품의 생산 또는 거래시에 그 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위에 해당됨.

[동아출판사 등 6개 출판사의 학습부교재 가격 공동결정행위 건(서울고법 1992. 4. 22. 선고 91구3248 판결⁸⁰⁾]]
- 이 사건 회사들이 번들상품(소위 결합상품) 출시를 금지하기로 합의한 것은 제6호 소정의 공동의 상품 종류 및 규격제한 행위로 인정됨
- 이 사건 회사들이 요금경쟁 자체 등의 목적에서 2004. 6. 24. 번들상품(소위 결합상품) 출시를 금지하기로 합의한 것은 다양한 요금상품의 개발에 따른 사업자간 요금경쟁과 소비자 후생을 저해하는 것으로 시외전화 시장에서의 사업자간 경쟁을 부당하게 제한하는 행위로, 제6호 소정의 공동의 상품 종류 및 규격제한 행위로 인정됨.

[하나로텔레콤 등 4개사의 시외전화 상품종류 제한행위 건(서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1977 판결⁸¹⁾]]

80) 상고심(대법원 1992. 11. 13. 선고 92누8040 판결)도 같은 취지로 판단함.

81) 상고심(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두2586 판결)도 같은 취지로 판단함.

7) 입찰담합 행위(제8호)82)

가) 입찰담합의 주체

- 원고의 국내 영업팀장인 최○○과 상무 김○○ 등이 원고의 내부 회의를 거쳐 이 사건 공동행위를 한 사실이 인정되고, 이는 원고의 임직원이 원고의 이익을 위하여 원고의 업무에 관하여 한 행위로서 원고의 행위에도 해당한다고 볼이 타당함(자기책임의 원칙에 반하지 않음)
- 앞서 채택한 증거 및 을 제17호증의 기재, 이 법원에 현저한 사실, 변론 전체의 취지 등에 의하면, “원고의 국내 영업팀장인 최○○은 2009. 1.경 원고의 상무인 김○○의 지시를 받아 대우건설의 영업팀장 박○○에게 연락하여 209 공구 입찰에 대우건설이 들리리로 참여할 것을 제안하였고 박○○이 내부 회의를 거쳐 이에 동의하였다. 원고의 최○○은 위와 같은 합의에 따라 대우건설의 박○○ 등과 원고의 설계 품질과 투찰률을 조율하였고 대우건설은 원고보다 더 낮은 설계점수를 받도록 작성한 설계서를 제출하고 원고의 투찰가격보다 높은 가격으로 투찰함으로써 원고가 209 공구를 낙찰받게 하였다.”라는 사실 및 “현대산업개발의 배○○는 원고의 최○○에게 연락하여 현대산업개발이 추진 중인 203 공구의 입찰에 원고가 들리리로 참여할 것을 제안하였고 원고의 최○○은 내부 회의를 거쳐 이에 동의하였다. 현대산업개발의 배○○와 원고의 최○○은 위와 같은 합의에 따라 설계 품질과 투찰률을 조율하였고 원고는 현대산업개발보다 더 낮은 설계점수를 받도록 작성한 설계서를 제출하고 현대산업개발의 투찰가격보다 높은 가격으로 투찰함으로써 현대산업개발이 209 공구를 낙찰받게 하였다.”라는 사실이 인정되고, 인천지방법원은 2014. 3. 31. 위와 같은 사실에 근거하여 원고가 공정거래법을 위반하여 부당한 공동행위를 하였다는 범죄사실을 유죄로 판단한 다음 원고에게 벌금 80,000,000원을 선고하였고(인천지방법원 2014고단2277호), 위 판결이 항소심을 거쳐 그대로 확정된 사실이 확인됨.
- 이에 의하면 원고의 국내 영업팀장인 최○○과 상무 김○○ 등이 원고의 내부 회의를 거쳐 이 사건 공동행위를 한 사실이 인정되고, 이는 원고의 임직원이 원고의 이익을 위하여 원고의 업무에 관하여 한 행위로서 원고의 행위에도 해당한다고 볼이 타당. 원고가 평소 임직원에 대한 윤리 교육을 실시하여 왔다는 등의 사정만으로 원고가

82) 입찰담합은 2007년 법 개정으로 법 제19조 제1항 제8호의 별도의 공동행위 유형으로 규정되었으며 기존의 8호(기타 사업활동 능 방해행위)는 9호로 핵심이 변경된 바, 위와 같이 법 개정으로 입찰담합 유형이 독립 유형으로 신설되며 이전에 입찰담합은 제1호(가격의 결정·유지·변경), 제3호(상품의 생산·출고·수송 등 제한), 제4호(거래지역 또는 거래상대방 제한), 제8호(개정 후 제9호로 변경, 다른 사업자의 사업활동 방해 또는 제한) 위반으로 각 규정한 사례가 있으므로, 법 개정 전의 사례는 편의상 법 개정 전 각각의 해당 조문에서 소개함

직원에 대한 관리·감독상 의무를 다하여 원고의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 존재한다고 보기는 어려움.

[에스케이건설 등 인천도시철도 2호선 터키공사 입찰관련 21개 건설업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 20. 선고 2014누46227 판결⁸³⁾)]

- 다비페이퍼는 원고와 한창제지가 생산한 일반백판지의 판매가격에서 일정한 판매 수수료를 공제한 나머지 대금을 원고와 한창제지에게 지급하는 관계였으므로, 원고와 한창제지는 다비페이퍼가 판매를 담당한 기간에도 판매위탁자로서 국내 일반백판지 시장에서 실질적 거래주체의 지위에 있었다고 볼 수 있음
- 다비페이퍼는 2006. 10. 1. 원고와 한창제지가 생산하는 제품을 OEM 방식으로 공급받아 공동으로 판매하기 위하여 원고가 9억 원, 한창제지가 6억 원을 각 출자하여 설립한 회사인. 원고와 한창제지는 다비페이퍼 설립에 관하여 양해각서를 체결하였는데, 이에 따르면 원고와 한창제지가 다비페이퍼에 공급하는 백판지의 가격을 결정하고 다비페이퍼는 그 공급가격에 5% 상당을 인상하여 판매하였음이 확인됨. 다비페이퍼의 공급가격은 원고와 한창제지가 정하는 공급가격에 의하여 자동적으로 결정되는 것이고, 다비페이퍼가 독자적으로 자신의 판매가격을 정할 권한이 있다고 볼 수 없음. 다비페이퍼는 원고와 한창제지가 생산한 일반백판지의 판매가격에서 일정한 판매수수료를 공제한 나머지 대금을 원고와 한창제지에게 지급하는 관계였으므로, 원고와 한창제지는 다비페이퍼가 판매를 담당한 기간에도 판매위탁자로서 국내 일반백판지 시장에서 실질적 거래주체의 지위에 있었다고 볼 수 있음.
- 다비페이퍼는 판매가격 인상을 위하여 위반사업자들 사이에 이루어진 조업 단축 및 일부 지종의 규격 변경 등에 관한 합의에도 참여하였음. 이와 같은 생산 공정 및 제품 규격 등에 관한 공동의 의사결정은 판매 전문회사인 다비페이퍼가 난독으로 결정할 수 있는 사항이 아니고, 일반백판지를 생산하는 원고 및 한창제지의 관여 없이는 실시될 수 없는 것임. 원고와 한창제지는 다비페이퍼 설립 이후부터 2007. 12. 20. 해산 시까지 다비페이퍼를 매개로 하여 이 사건 공동행위에 관한 제반 의사결정에 적극 관여하였다고 볼 것임.

[신풍제지 등 5개 백판지 제조판매회사의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 7. 6. 선고 2014누65914 판결, 고법 확정)]

83) 상고심(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016두47550 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고가 스스로 입찰에 참여하지 않았다고 하여 입찰 또는 경매에 관한 부당공동행위를 규정한 공정거래법 제19조 제1항 제8호에 해당되지 않는다고 볼 수 없음
- 공정거래법 제19조 제1항 본문 및 제8호는 '계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도' 입찰 또는 경매에서 낙찰자, 경락자, 투찰가격, 낙찰가격 또는 경락가격 등을 결정하는 행위를 금지하고 있으므로, 원고가 스스로 입찰에 참여하지 않았다고 하여 입찰 또는 경매에 관한 부당공동행위를 규정한 공정거래법 제19조 제1항 제8호에 해당되지 않는다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 원고는 이 사건 입찰 담합의 주도자로서 혜영건설 및 재현산업과 각각 공동수급체를 구성하여 위 각 회사로 하여금 입찰에 참여하게 하였으므로 원고 또한 공동수급자의 지위에서 입찰에 참여하였다고 봄이 타당함.
- [대지종건의 부당한 공동행위 건(서울고법 2013. 2. 7. 선고 2012누7556 판결, 고법 확정)]
- 사업자가 법인인 경우 법인의 사용인이나 종업원이 법인의 업무에 관하여 공정거래법에서 금지하는 부당한 공동행위를 하였다면, 법인에게 그 의무위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있지 않은 한, 피고는 법인에 대하여 공정거래법이 정하는 제재처분을 할 수 있음
- 행정법규 위반에 가하는 제재조치는 행정목적 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 부과하는 제재로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법 lý상 책임자로 규정된 자에게 부과되는 것임.
- 원고의 주장대로 조○○이 독자적으로 이 사건 각 공동행위를 하였다고 하더라도, 원고 소속 직원으로서 입찰에 관한 업무를 담당하였던 조○○이 아람건설과 이 사건 각 공동행위에서 들려리 합의를 하였고, 이 행위가 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있는 행위이므로, 이는 공정거래법 제19조 제1항 제8호의 부당한 공동행위에 해당함. 그러므로 원고의 업무와 관련하여 이루어진 이 사건 각 공동행위에 대하여 원고에게 의무위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있다고 볼만한 자료가 없어 피고의 처분이 타당하다고 보여짐.
- [(주)씨케이건설의 아파트 건물 하자유지보수공사 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 10. 선고 2018누35393 판결, 고법 확정)]

□ 이 사건 행위가 원고 직원의 개인적인 일탈행위라고 볼 수는 없고, 사업자인 원고와 효성 사이에 공동행위에 관한 의사의 합치가 있었던 것으로 원고가 그로 인한 책임을 면할 수 없음

○ 원고가 이 사건 공동행위에 이르게 된 것은 추후 이루어질 변압기 입찰에서 효성의 도움을 받기 위한 의도에 따른 것으로 보이고, 경쟁업체 상호간에 입찰에서 공동행위를 통해 낙찰받은 경우 그 이익은 회사에 귀속된다고 보는 것이 타당함. 원고의 과장 직급을 가지는 직원 개인인 김○○이 단지 친분이 있는 효성 직원의 부탁을 받았다는 사정만으로 지휘계통을 무시한 채 독자적인 판단 하에 입의로 입찰 참여 여부를 결정한 후 실제로 투찰하는 것은 일반적인 것으로 볼 수 없음.

[엘에스산전(주)의 한국수력원자력(주) 반주 고리 2호기 승압변압기 입찰담합 관련(서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누39524 판결⁸⁴⁾]

나) 정형화된 양태

□ 입찰담합에서 발생하는 정형화된 사실로는 첫째, 낙찰자가 경쟁입찰에 비하여 높고, 둘째, 최고투찰률과 최저투찰률의 편차가 경쟁입찰에 비하여 작으며, 셋째 입찰참여자의 수가 경쟁입찰에 비하여 많음

○ 2005년부터 2008년까지의 이 사건 입찰과 신규 업체의 자유로운 진입으로 경쟁입찰성이 명백한 2009년 상반기 입찰을 비교하면, 입찰 참가자격의 완화로 참가자들 사이에 담합이 어려운 외에는 무인교통 감시장치 구매입찰에 있어 본질적 차이가 없음에도 불구하고, ① 2009년 상반기 낙찰률은 기초금액 대비 57.16~72.06%임에 반해, 이 사건 입찰의 낙찰률은 기초금액에 근접한 96.12~99.5%로서 낙찰자가 현저히 높은 점, ② 2009년 상반기 입찰에 있어 각 입찰 당 최고투찰률과 최저투찰률의 편차는 평균 25% 이상임에 반해, 이 사건 입찰의 각 투찰률 편차는 평균 15% 이하로서 현저히 낮은 점, ③ 원고 등 6개사의 경우, 2009년 상반기 입찰에서는 대부분 일부 업체만이 참가하였으나, 이 사건 입찰의 경우에는 전체 업체가 대부분 참가한 점 등 이 사건 입찰의 객관적 경황이 입찰담합의 정형화된 양태와 일치함.

○ 나아가 2009년 상반기 입찰에서는 원고 등 6개사 중 비츠로와 하이테콤은 전혀 낙찰받지 못하였음에 반해 원고는 10개를 낙찰받는 등으로 불균등하나, 이 사건 입찰의 경우에는 여러 해 동안 원고 등 6개사가 2개 내지 4개 정도를 고르게 낙찰받은 사정도 이 사건 입찰이 담합임을 주단케 함.

[6개사의 무인교통감시장치 구매입찰 담합 건(서울고법 2013. 11. 21. 선고 2011누27126 판결⁸⁵⁾]

84) 상고심(대법원 2018. 12. 27. 선고 2018두56053 판결)은 심리불속행 기각함

85) 상고심(내법원 2014. 3. 27. 선고 2013두25931 판결)은 심리불속행 기각함

□ 입찰의 핵심요소는 발주처가 경쟁에 참여한 다수의 청약인을 대상으로, 청약의 내용을 표시하게 하여, 가장 유리한 청약자와 계약을 체결하는 것으로서, 원고가 소장에서 주장하는 ‘비공개성’과 ‘비협상성’이 입찰의 본질적 특성으로 반드시 갖추어야 할 요소라고는 볼 수 없음

- 포스코는 컨베이어벨트 제품에 대한 품질테스트를 통과한 업체에 한하여 입찰참가자격을 주는 제한경쟁 입찰방식을 채택하고 있었고, 낙찰자의 결정은 입찰참가자 중 최저가격으로 응찰한 사업자가 낙찰되는 방식이었음. 따라서 포스코가 입찰과정에 단가인상률에 대해 협의를 하였다고 하여 이를 입찰이 아닌 수의계약으로 볼 수 없음.
- 어느 정도 한정된 가격의 범위 내에서 입찰에 참가할 수밖에 없다 하더라도 원고 등은 낙찰을 받을 품목에 대해서 배분 합의를 하고 그것에 맞게 입찰가격 정보를 교환하였고, 필요한 경우 낙찰받을 품목을 다른 업체로 넘겨주기도 하는 등 입찰의 요건을 갖추기 위해 입찰가격, 들러리 입찰 등의 행위를 한 것이고, 어느 업체가 낙찰자가 되는 것이 중요하지 않다는 것 자체로 이미 경쟁입찰의 취지를 벗어난 것이라고 보아야 함.

[동일고무밸트(주)의 포스코건설 및 포스코플랜텍 발주 컨베이어벨트 구매 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 7. 25. 선고 2017누68457 판결, 고법 확정)]

다) 입찰의 경쟁요소가 되는 사항

- 입찰에서의 담합은 낙찰자, 투찰가격 및 낙찰가격, 낙찰의 비율, 설계 또는 시공의 방법 이외에도 경쟁 요소가 되는 다양한 사항에 대하여 이루어질 수 있음
- 공정거래법 제19조 제1항 제8호는 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 ‘입찰에 있어 낙찰자, 투찰가격, 낙찰가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위를 할 것을 합의하여서는 아니 된다고 규정하고 있고, 공정거래법 시행령 제33조는 공정거래법 제19조 제1항 제8호에서 ‘대통령령으로 정하는 사항’이란 낙찰의 비율(제1호), 설계 또는 시공의 방법(제2호), 그 밖에 입찰의 경쟁 요소가 되는 사항(제3호)을 말한다고 규정하여 낙찰의 비율과 설계 또는 시공의 방법도 입찰에서의 대표적인 경쟁 요소로서 구체적으로 예시함으로써 사업자들이 이에 관하여 합의하는 것을 금지하는 한편, 제3호를 두어 그 이외에 입찰에서의 다양한 경쟁 요소에 관하여 합의하는 것 역시 금지하고 있음.
- 앞서 본 공정거래법 제19조 제1항 제8호, 공정거래법 시행령 제33조 각호의 문언, 내용과 그 취지에 비추어 보면, 입찰에서의 담합은 공정거래법 제19조 제1항 제8호에서 정한

낙찰자, 투찰가격 및 낙찰가격, 공정거래법 시행령 제33조 제1호, 제2호에서 입찰의 경쟁 요소로 예시한 낙찰의 비율, 설계 또는 시공의 방법 이외에도 경쟁 요소가 되는 다양한 사항에 대하여 이루어질 수 있고, 공정거래법 시행령 제33조 제3호도 이러한 점을 감안하여 포괄적으로 '그 밖에 입찰의 경쟁 요소가 되는 사항'을 결정하는 행위 역시 입찰 담합 중 하나로 규정한 것으로 볼 수 있음.

[대우건설의 영주다목적댐 건설공사 입찰 관련 2개 건설사 및 2개 설계용역사 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 7. 22. 선고 2014두42643 판결⁸⁶⁾]

- 설계·시공 일괄입찰에서 '입찰의 경쟁요소가 되는 사항'인 설계 내용에 관하여 합의한 것은 그 부분에 관한 경쟁을 배제한 것으로, 입찰시장에서 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있었음이 인정됨
- ⑤ 이 사건 입찰은 설계·시공 일괄입찰이고 특히 설계점수가 70%에 이르는 방식으로서, 입찰참여자의 설계 경쟁을 통해 비용 대비 최적의 설계를 유도하고자 하는 데 그 취지가 있으며 이 사건 합의의 대상이 된 부분은 일괄입찰안내서 등에서 최소한의 기준만을 정하고 입찰참여자의 경쟁적 판단에 맡긴 부분인바, 따라서 원고와 대우건설이 이에 관하여 합의를 한 것은 그 부분에 관한 경쟁을 배제한 것으로, 이 사건 입찰의 취지를 몰각한 것임.
- ⑥ 원고는 이 사건 공동행위 이전에 이미 원고의 설계가 완성되었기 때문에 합의하더라도 그 내용을 설계에 반영할 의사가 없어 경쟁을 제한할 의도가 없었다는 취지로 주장하나, 어느 한 쪽 사업자가 당초부터 합의에 따를 의사도 없이 합의한 경우라도, 다른 쪽 사업자는 그 사업자가 합의에 따를 것으로 신뢰하고, 그 사업자는 다른 사업자가 합의를 신뢰하고 행동할 것이라는 전을 이용함으로써 경쟁을 제한하는 행위가 되는 것은 마찬가지이므로 부당한 공동행위의 성립에 방해되지 않을(대법원 1999. 2. 23. 선고 98두15849 판결) 뿐만 아니라 이 사건 공동행위는 원고가 기본설계안을 확정하여 수리 모형실험을 의뢰한 2009. 10. 6. 이전에 이루어진 것으로서 오히려 원고의 기본설계안은 이러한 공동행위 내용을 반영하여 결정된 것으로 보일 뿐임.
- ⑦ 이 사건 공동행위의 대상이 된 시설은 영주다목적댐의 전체 105개 시설 중 4개에 불과하고, 그 비용도 영주다목적댐 건설비용에서 차지하는 비중이 크지 않다고 볼 여지는 있으나 이들은 영주다목적댐의 기능과 안정성, 환경보호 등과 직접 관련된 시설로서

86) 파기환송심(16누56693)에서 원고 소취하(2016. 10. 19.)로 종결되었음

설계점수 평가 중 계획성, 안정성 및 환경성 등에서 평가대상이 되는바, 따라서 이 부분에 관한 공동행위가 낙찰자 결정에 영향을 미치지 않거나 미칠 우려가 없다고 볼 수는 없음.

- ④ 수리보형실험은 입찰단계에서의 설계비용 절감과 공정경쟁을 위해 낙찰자 선정 후 실시설계단계에서 하도록 권고된 사항일 뿐이고, 입찰단계에서 입찰참여자가 그 실험 결과를 반영한 보고서를 제출할 경우 그렇게 하지 않은 입찰참여자는 설계 점수 평가에서 불이익을 받을 수 있었는바, 그러므로 이에 관한 합의도 입찰의 경쟁요소가 되는 사항에 관한 공동행위로서 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있다고 보아야 함.
- ⑤ 원고는 이 사건 공동행위에 따른 설계가 일괄입찰안내서 등에서 정한 설계기준에 위반되지는 않는다고 다투나 일괄입찰안내서 등에서 정한 설계기준은 댐설계에서 꼭 필요한 기본적인 사항을 제시한 것에 불과하고, 따라서 설계기준에 맞는다는 점만으로 이 사건 공동행위가 원고 등 입찰자에게 부당한 이익을 주거나 발주처인 한국수자원공사에 손해를 끼친 것이 아니라고 단정할 수는 없음.

[삼성물산 등 4개사의 영주다목적댐 건설공사 입찰담합 건, 삼성물산(서울고법 2014. 5. 14. 선고 2013누11132 판결⁸⁷⁾)]

라) 물량배분적 성격(제3호)의 입찰담합

- 들러리 합의가 공구배분 합의를 실행하기 위한 수단으로 이루어졌다고 하더라도 이는 별개의 부당공동행위에 해당함을 전제로, 여기에는 공정거래법 제19조 제1항 제3호 및 제8호가 중첩적으로 적용되고, 공구배분 합의를 실행하기 위한 수단으로 이루어진 들러리 합의라도 공정거래법 제19조 제1항 제3호만이 적용된다고 볼 수 없음
- 법 제19조 제1항의 규정은 부당공동행위의 유형을 구체화 하고 있을 뿐, 각 유형별로 개별적인 목적을 구성요건으로 규정하고 있지는 않은 바, 이러한 규정의 내용, 형식, 취지 등에 비추어 보면 하나의 합의 또는 행위가 공정거래법 제19조 제1항 각 호에서 규정하는 부당공동행위 요건을 충복하여 종속하는 경우에는 각 호의 부당공동행위들이 함께 성립한다고 할 것이고, 객관적인 행위 태양이 아닌 사업자의 내심의 목적에 따라 부당 공동행위의 유형이 결정된다거나 각 부당공동행위 규정이 배타적으로 적용된다고 볼 수는 없음.
- 따라서 이 사건 공동행위는 제3호 및 제8호가 중첩적으로 적용된다 할 것인 바, 이와 다른 전제에서 하는 원고의 주장은 이유 없으며, 나아가 원고 주장 사정만으로 3호만이

87) 상고심(대법원 2014. 9. 16. 선고 2014두37733 판결)은 심리불속행 기각함

적용되어야 할 정도로 신뢰가 형성되었거나 피고에게 자기 구속력이 발생하였다고 볼 수도 없음.

[이천도시철도 2호선 터키공사 입찰관련 21개 건설업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2017. 4. 26. 선고 2016두32688 판결)]

* 같은 취지: 제5378부대 발주 강관 액화석유가스 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누42384 판결⁸⁸⁾), 한국가스공사 발주 강관 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2018. 11. 21. 선고 2018누35263 판결⁸⁹⁾)

마) 구체적 사안

① 긍정례

- 피고의 조사 단계부터 관련 형사사건의 검찰 조사 및 증인신문 시까지 원고가 이 사건 모임에 참석하였다고 일관되게 진술하였다면 그 진술의 신빙성이 높다고 판단되므로, 그 후 기억나지 않는다는 취지로 위 진술을 번복했다거나, 관련자들의 각 진술이 다소 엇갈린다고 하여도 이 사건 공동행위의 존재를 인정할 수 있음
- 대우건설의 국내영업팀장이던 백○○ 상무와 에스케이건설의 국내영업본부 2팀장이던 최○○ 부장은 피고의 조사 단계부터 관련 형사사건⁹⁰⁾의 검찰 조사 및 증인신문 시까지 원고가 이 사건 모임에 참석하였다고 일관되게 진술하였음. 위 진술을 비롯한 백○○의 각 진술은 직접 경험하지 않은 사람이라면 진술할 수 없는 구체적 내용을 담고 있을 뿐만 아니라, 백종완이 이 사건 모임의 개최를 주도한 자이고 원고와 공구를 맞교환하여 직전적인 이해관계가 있는 대우건설의 핵심적인 업무 처리자인 점 등에 비추어 그 진술의 신빙성이 높다고 판단됨.
- 이에 대하여 원고는 최○○의 경우 이 사건 모임에서 처음부터 원고는 제1공구를 원하였고 대우건설은 제3공구를 원하였던 것처럼 진술한 점, 홍○○의 경우 원고의 참석 여부에 대하여 위와 같이 진술을 변경하였고 이후 관련 형사사건에서 다시 원고의 참석 여부가 기억나지 않는다는 취지로 증언한 점 등을 지적하면서 원고는 이 사건 모임에 참석한 사실이 없다고 주장함. 그러나 백○○ 등 관련자들의 진술이 공동행위 당시로부터 약 6년이 지난 시점에서 이루어진 점 등을 감안할 때 제1공구와 제3공구에 직접적인

88) 풍방산업, 서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누42292 판결도 같은 취지이며 두 판결 모두 상고심(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018누63600, 2018두63093 판결)에서 심리불속행 기각함

89) 삼고식(대법원 2019. 4. 25. 선고 2019두31143 판결)은 실리불속행 기각함

90) 내구지방법원 2014고단1914호 사건을 말한다.

이해관계가 없던 에스케이건설의 최○○이 위 공구의 교환 과정에 대하여 정확히 진술하지 못하였다고 하여 원고가 이 사건 모임에 참석하지 않았다고 보기는 어려움. 또 흥○○의 경우도 전체적인 진술의 내용 및 경위 등에 비추어 피고의 조사 초기에 진술을 변경하였다는 이유만으로 그 진술의 신빙성이 부족하다고 볼 수는 없음. 흥○○이 관련 형사사건에서 한 증언 중 해당 부분은 그 진술의 시점과 이해관계 등에 비추어 진술의 객관성이 담보된다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 증언의 내용도 원고가 참석하지 않은 사실을 기억한다는 취지가 아니고 단순히 기억이 나지 않는다는 취지에 불과함. 흥○○은 앞서 본 바와 같이 현대산업개발이 이 사건 모임에 참석하였는지에 관하여도 기억이 나지 않는다고 진술하였으나 이후 현대산업개발은 이 사건 모임에 참석한 사실을 인정하였음.

- 이 사건 공동행위에 관한 피고의 조사 및 관련 형사사건에서의 검찰 조사와 증인신문 등은 모두 행위 시점으로부터 상당한 기간이 경과된 이후에 이루어진 점, 이 사건 모임이 개최될 무렵은 이 사건 공사 외에도 대규모 공공사업의 발주가 많이 시행되던 때로 대형 건설사들 사이에 정보교환 모임이 수시로 이루어져 참석자들이 특정 모임의 구체적 개최일시와 참석자의 인적 사항 등을 정확히 기억하기가 쉽지 않을 것으로 보이는 점, 원고와 대림산업, 현대산업개발 등이 관련 형사사건에서 함께 공동피고인의 지위에 있었던 점 등을 고려해 보면, 이 사건 모임의 참석자 등에 대한 관련자들의 각 진술이 세부적인 부분에 있어 다소 엇갈린다고 하더라도 그러한 사정만을 들어 이 사건 공동행위의 존재를 뒷받침하는 각 진술의 신빙성을 전제적으로 배척하는 것은 티당하지 않음.

[포스코건설 등 대구도시철도3호선 터키대안공사 입찰참가 16개사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 8. 17. 선고 2014누49172 판결⁹¹⁾)]

* 참고: 현대산업개발 건(서울고법 2016. 8. 17. 선고 2014누56385 판결⁹²⁾)

□ 2개 공사에 관한 입찰담합의 합의가 같은 시기, 같은 장소에서 이루어졌다고 하여 이를 물량배분의 일종인 공구분할과 동일하다고 볼 수는 없음

- 원고의 주장과 같이 물량배분에 의한 공구분할이 인정되기 위해서는 김포공사와 남양주 공사가 서로 밀접한 관련이 있는 공사라는 점이 전제되어야 하는데, 앞서 인정한 사실 및 앞서 든 증거들에 의하면, 김포공사와 남양주공사는 발주자가 같고 공사의 성격과 발주시기가 유사하다는 공통점을 가지는 것 이외에 공사의 목적, 위치 등이 다르고,

91) 상고심(대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두52200 판결)은 심리불속행 기각함

92) 상고심(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016두52484 판결)은 심리불속행 기각함

발주처인 한국도지공사 역시 위 각 공사를 하나의 공사 또는 관련 공사로 인식하여 입찰공고 한 바 없으며, 실제 어느 한 공사의 실행이 다른 공사의 실행에 영향을 주거나 도 공사를 아우르는 상위의 전체 공사가 존재하지도 않으므로, 위 각 공사는 별개의 공사라고 볼이 상당한.

- 따라서 위 2개 공사에 관한 입찰담합의 합의가 같은 시기, 같은 장소에서 이루어졌다고 하여 이를 물량배분의 일종인 공구분할과 동일하다고 볼 수는 없으므로, 위 각 공사가 물량배분인을 전제로 하는 원고의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없음.

[지에스건설 등 김포한강도시 크린센터 시설공사 입찰 참가 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 8. 선고 2014누72882 판결, 고법 확정)]

□ 원고는 이 사건 공동행위의 다른 당사자들이 조사협력감경을 받기 위해 허위의 사실을 진술하였다고 주장하나, 이들이 부과받은 과징금을 고려하면 그러한 금액의 감경을 받고자 허위로 진술하였다고 보기 어려움

- 이 사건 공동행위의 당사자인 한라와 한진건설의 담당자들은 피고의 조사단계에서부터 줄곧 이 사건 공동행위의 존재를 인정하였고, 태영도 뒤늦게 이 사건 처분 과정에서 이 사건 공동행위 사실을 인정한 바 있음. 원고는 이들이 조사협력감경을 받기 위해 허위의 사실을 진술하였다고 주장하나, 이들이 부과받은 과징금이 합계 46억 원이 넘고, 이들이 조사협력을 통하여 감경받은 비율이 30% 내지 15%라는 점을 고려하면 이들이 그러한 금액의 감경을 받고자 있지도 않은 사실을 허위로 진술하였다고 보기는 어려운. 더구나 한라는 이 사건 처분에 불복하여 이 법원 2015누990호로 제소하기까지 하였는데, 그 소송에서도 이 사건 공동행위 사실은 자백하였음.
- 원고 등 6개사가 보인 입찰행태 등도 가격 담합이 없었다면 확률상 실현이 거의 불가능한 태양을 띠고 있음. 원고 등 6개사는 모두 이 사건 입찰일인 2010. 4. 6. 오후 1시부터 오후 2시 사이에 투찰하였는데, 원고 등 6개사의 투찰률은 앞서 본 바와 같이 ① 94.50%, ② 94.54%, ③ 94.58%, ④ 94.62%, ⑤ 94.66%, ⑥ 94.69%로 0.03% 또는 0.04%씩 순차적으로 높아지고 있고, 투찰순서 또한 투찰률이 가장 낮은 한화건설에서부터 투찰률이 가장 높은 계룡건설산업의 순으로 이루어졌음. 이러한 입찰 결과는 원고 등 6개사가 자유롭게 경쟁하여 발생한 우연의 일치라고 보기에는 너무나 공교롭고 확률적으로 그 가능성은 지극히 낮음.
- 원고는 이 사건 입찰의 특성상 가격 부분에 관하여 원고가 다른 사업자들과 담합을 할

이유가 없고, 94%로 투찰한 것은 당시 보편적인 투찰률로 합리적인 경영판단의 결과라고 주장하나, 이 사건 공사 규모(입찰당시 공사추정 금액 788억 6,500만 원)에 비추어 가격에 부여된 가중치 30%가 결코 적다고 할 수 없고, 갑3호증의 기재만으로 개별 공사의 성격이나 각 회사의 기술능력, 재구조화 등과 무관하게 94%가 당시 보편적인 투찰률이었다고 보기에 부족하며, 이 사건 공동행위의 당사자인 태영은 이 사건 공동행위 이전 이 사건 공사의 실행률을 87.46%로, 한라는 104.5%로, 한진중공업은 89.3%로 보았음에도 위와 같이 94%대로 투찰하였는데, 이러한 결과를 두고 합리적인 경영판단이라고 보기 어렵음.

[한신공영 등 새만금방수제 만경 5공구 건설공사 입찰 관련 부당공동행위 건93)(서울고법 2016. 4. 15. 선고 2015누45504 판결, 고법 확정)]

- 특정 업체가 들러리로 참여한다는 주간회의 문서상 기재, 원고가 들러리용 기술제안서를 작성하기로 협의한 사실 관련 기재 등이 존재하며, 하이테콤시스템이 이 사건 사업의 입찰과정에서 제출한 기술제안서의 내용은 원고 공동수급체의 기술제안서의 내용에 비추어 배치만 다를 뿐 실제 설명내용 등은 상당 부분 일치하고, 심지어 그 제안서나 설명용 PT자료에 인용된 사진과 그림 등이 동일하여 이를 두고 실제 낙찰받으려는 사업자의 정상적 경쟁행위로 보기 어렵음
- 하이테콤시스템이 이 사건 사업의 입찰과정에서 제출한 기술제안서의 내용은 원고 공동수급체의 기술제안서의 내용에 비추어 배치만 다를 뿐 실제 설명내용 등은 상당 부분 일치하고, 심지어 그 제안서나 설명용 PT자료에 인용된 사진과 그림 등이 동일하여 이를 두고 실제 낙찰받으려는 사업자의 정상적 경쟁행위로 보기 어렵음.

[서울특별시 발주 무인단속시스템 구축 및 성능개선사업 입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 5. 19. 선고 2016누59494 판결⁹⁴⁾)]

- 입찰에서 핵심적인 자료인 기술제안서를 경쟁업체가 작성하여 준 것으로 보이고, 경쟁업체보다 매출규모나 영업망 및 기술 등에서 열위에 있음을 알면서도 높은 투찰금액으로 기재한다는 것은 들러리로서 형식적으로만 입찰에 참여하였기 때문으로 의심하지 않을 수 없음
- 서귀포시 발주 건에 관한 원고 나인정보의 기술제안서는 원고 건아정보의 컴퓨터에 의하여 작성된 것으로 보이고, 제주시 발주 건에 관하여 ‘원고 나인정보의 기술제안서까지 원고 건아정보가 준비한다.’는 취지인 것으로 이해되는바(이에 반하는 증인 김○○,

93) 총 5건의 소송이 제기되어 모두 위원회 승소 확정(2016두31180, 2015두57727, 2015누45184, 2015누45665)

94) 상고심(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017두49287 판결)은 심리불속행 기각함

박○○의 증언 부분은 믿기 어렵다), 결국 원고 나인정보가 이 사건 2건의 입찰 절차에서 제출한 각 기술제안서(을16~19)는 모두 원고 건아정보가 작성하여 준 것으로 의심됨.

- 서귀포시 밤주 건의 경우 원고 나인정보는 해당 입찰 기초금액의 상한선보다 높은 990,000,000원(기초금액 대비 99.92%)으로 투찰하였고, 원고 건아정보도 기초금액의 투찰상한액에 최대한 가까운 금액인 960,588,000원(기초금액 대비 96.95%)에 투찰하였음. 제주시 밤주 건의 경우 원고 나인정보는 654,700,000원(기초금액 대비 90.040%)으로 투찰하였고, 원고 건아정보도 654,588,000원(기초금액 대비 90.025%)에 투찰하였음. 이는 통상의 경우에 비하여 투찰률이 지나치게 높은 것으로 보임.
- 또한 원고 나인정보는 원고 건아정보의 매출규모가 매우 크고(원고 나인정보 대비 약 6배), 영업망 및 기술 등에서 우위에 있는 기업이므로 그와 경쟁하여 단독으로 낙찰될 가능성이 낮다는 것을 알면서도(증인 김중석), 원고 진아정보와 경쟁을 하면서 위와 같이 높은 투찰금액을 기재한다는 것은 들러리로서 형식적으로만 입찰에 참여하였기 때문인 것으로 의심하지 않을 수 없음.
- 제주도 CCTV 시장에 신규 진입하는 원고 건아정보로서는 기존에 이미 제주도에서 사업을 벌이고 있는 원고 나인정보와 이 사건 공동행위를 함으로써 특별한 비용 없이 이윤을 취득할 수 있는 유인이 있었던 것으로 보임. 원고 건아정보는 이 사건 인찰 당시 이미 다른 입찰담합 사건으로 인하여 피고로부터 조사를 받았으므로 새로이 담합의 위험을 감수할 이유가 없었다는 취지의 주장을 하기도 하나, 실제 거래계에서는 적발될 경우 막대한 과징금을 부담하게 됨에도 불구하고 꾸준히 담합행위가 적발되고 있는 것이 현실인 점 및 앞서 본 이 사건에서 발견되는 담합을 의심케 하는 여러 사정들에 비추어 보면 위 주장은 받아들일 수 없음.

[제주시 및 서귀포시 밤주 어린이보호구역내 다기능방법용 CCTV구매설치 입찰관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 4. 21. 선고 2016누59234 판결⁹⁵⁾)]

- 입찰가격과 설계 내역 유사성, 원고의 입찰 준비 및 수주 의지 정도를 종합하여 볼 때, 원고는 이 사건 입찰에 들러리로 참여하였다고 보임

[지에스네오텍의 부당한 공동행위 건(서울고법 2013. 1. 16. 선고 2010누23974 판결⁹⁶⁾)]

95) 상고심(대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두45940 판결)은 심리불속행 기각함

96) 상고심(대법원 2013. 6. 28. 선고 2013두3689 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 원고와 벽산건설은 입찰담합의 유인이 있었던 점, 원고와 벽산건설의 입찰 준비과정 및 정도, 원고의 투찰방식 등에 비추어 담합을 인정할 수 있음

- (입찰담합의 유인) 원고로서도 이 사건 공사의 손실이 예상되었으나 증가 추세에 있는 노유자 시설 공사에 대비하여 공사 실적을 쌓을 필요가 있었고, 벽산건설은 원고로부터 기존 컨소시엄 유지 내지는 새로운 컨소시엄의 구성 등 여러 가지 도움과 협조를 기대하고 있었음.
- (원고와 벽산건설의 입찰 준비과정 및 정도) 원고는 이미 나우동인 건축사사무소와 이 사건 공사와 관련된 설계를 진행하였음에도 유일 건축사사무소에 이 사건 공사와 관련된 자료를 건네 주면서 이 사건 공사의 기본설계를 하도록 하였고, 벽산건설이 제안을 수락하자 벽산건설에게 유일 건축사사무소를 소개시켜 주어 기본설계 제출일자 등 잔여일정에 관하여 협의하도록 한바, 원고는 2007. 8. 27. 이 사건 형식적 입찰안을 제안하기 이전부터 유일 건축사사무소를 둘러리업체용 설계사무소로 결정하고, 기본설계와 관련된 각종 자료를 제공함.
- (원고의 투찰방식(투찰가격의 유사성 등)) 원고는 기본설계를 주도하면서 둘러리 업체인 벽산건설 컨소시엄이 가격점수에서는 일용 우위에 서도록 하여 실질적인 경쟁이 일어나는 모습을 갖추도록 하되 설계점수에서는 원고 컨소시엄이 가격점수에서의 열세를 초과하는 정도로 우위에 서는 방식을 사용하였던 것으로 보임.

[태영건설의 부당한 공동행위 건(서울고법 2013. 9. 12. 선고 2012누29235 판결⁹⁷⁾)]

□ 담합의 현실적 필요성, 지에스네오텍 주식회사의 입찰 준비 정도 등을 고려하면 지에스네오텍 주식회사가 이 사건 입찰에 참가하면서 원고가 낙찰받기로 하되 유찰되지 않도록 형식적으로 입찰에 참가하기로 하는 내용의 담합을 한 것임

- 이 사건 사업에 대한 임찰담합의 현실적 필요성, 원고와 지에스네오텍 주식회사가 주고받은 이메일 및 협약서에 기재된 'S PJT'의 의미, 투찰가격서 및 설계내역서 작성 과정에서 원고 컨소시엄 측의 관련 자료가 지에스네오텍 컨소시엄 측에 제공된 경위, 투찰가격 및 설계내역의 유사성, 지에스네오텍 주식회사의 입찰 준비 정도 등 재판 사정을 종합적으로 고려하면, 원고와 지에스네오텍 주식회사가 이 사건 사업의 입찰에 참가하면서 원고가 낙찰받기로 하되 유찰되지 않도록 형식적으로 입찰에 참가하기로 하는 내용의 입찰담합을 한 것으로 볼 수 있음.

[엘지씨엔에스의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 7. 12. 선고 2011두7908 판결)]

97) 상고심(대법원 2014. 2. 14. 선고 2013누21847 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고는 2004년부터 2008년까지 KT가 발주하는 입찰에 관하여 낙찰가, 낙찰순위 (낙찰지역) 등을 합의하는 모임에 참석하였고, 낙찰 받은 지역이 모임에서 합의된 내용과 일치하는 등 사정에 비추어 이 사건 공동행위를 하였다고 봄이 타당함

[화백전선의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 12. 27. 선고 2011누17235 판결⁹⁸⁾)]

- 원고, 대지종건, 혜영건설을 제외한 나머지 업체들의 경우 구체적 담합방법이나 가담업체 수 등에 대하여 알지 못하였더라도 대지종건이나 혜영건설을 위하여 이 사건 입찰에 참여하고 대지종건이나 혜영건설이 건네준 입찰내역서를 제출하는 데에 대한 의사의 합지는 있었는바 입찰담합을 합의한 것임

- 원고와 대지종건, 혜영건설 사이에서는 이 사건 공동행위에 관한 직접적인 합의가 있었고, 원고 등 모든 18개 가담업체 사이에서 직접적인 합의는 없었더라도 대지종건이나 혜영건설을 통해 전체 가담업체 사이에 이 사건 공동행위에 관하여 순차적인 합의가 있었다고 볼 수 있음.

- 원고와 대지종건, 혜영건설을 제외한 나머지 업체들의 경우 구체적인 담합방법이나 가담업체 수 등에 대하여 알지 못하였다고 하더라도, 대지종건이나 혜영건설을 위하여 이 사건 입찰에 참여하고 대지종건이나 혜영건설이 건네준 입찰내역서를 제출하는 데에 대한 의사의 합지는 있었는바, 이는 공정거래법 제19조 제1항 제8호에 해당하는 행위를 한 것을 합의한 것으로 볼 수 있음.

[재현산업의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 9. 16. 선고 2012누7822 판결⁹⁹⁾)]

- 이 사건 합의에 따라 낙찰 예정자로 결정된 업체는 1단계 심사의 탈락 가능성을 제거할 수 있고, 잠재적 경쟁기업들이 1단계 심사에서 부당하게 탈락할 가능성이 커지고, 이를 전제로 하는 2단계 심사도 공정한 경쟁을 기대할 수 없게 되므로, 위 합의는 입찰담합행위로서 부당한 공동행위에 해당함

- 최저가 낙찰제[1단계로 먼저 입찰참가업체 중 부적정 공종이 6개 미만(전체 공종수의 20%)인 업체를 선정하는 심사와 이러한 1단계 심사를 통과한 업체들을 대상으로 최저가 입찰자를 선정하는 2단계 심사로 이루어짐]가 적용되는 입찰에 참여하는 업체는 통상 1단계 심사를 통과하기 위해 부적정 공종으로 판정받을 공종 수를 4~5개 정도 정하여

98) 상고심(대법원 2013. 4. 25. 선고 2013두2242 판결)은 심리불속행 기각함

99) 상고심(대법원 2013. 1. 15. 선고 2012두22065 판결)은 심리불속행 기각함

공종별 입찰가격을 써내기 때문에 단지 몇 개 공종만의 입찰금액을 담합하여 조작하는 것만으로도 이를 예상하지 못한 다른 업체들은 6개 이상의 공종에서 부적정 공종으로 판정받게 되어 1단계 심사에서 탈락할 개연성이 커지게 됨. 그런데 이 사건 합의에 따라 낙찰 예정자로 결정된 업체는 사전에 입찰금액을 담합한 공종의 평균입찰금액을 어느 정도 예상할 수 있기 때문에 해당 공종의 입찰금액을 기준금액 이하가 되지 않도록 조정하고 나머지 공종의 입찰금액을 적절히 조절함으로써 1단계 심사에서 탈락할 가능성을 제거할 수 있음. 그리하여 잠재적 경쟁기업들이 1단계 심사에서 부당하게 탈락할 가능성이 커지고, 그러한 이상 1단계 심사에서 공정한 경쟁이 이루어지는 것을 전제로 하는 2단계 심사에서도 더는 공정한 경쟁을 기대할 수 없게 되므로, 이 사건 합의는 입찰담합행위로서 공정거래법에서 금지하는 부당한 공동행위에 해당함.

[동양건설산업의 주공 입찰담합 건(서울고법 2012. 2. 8. 선고 2011누17884 판결¹⁰⁰⁾)]

* 참고: 한신공영 외 17의 주공 입찰담합 건(서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누17563 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012누11546 판결), 진흥기업의 주공 입찰담합 건(서울고법 2011. 12. 1. 선고 2011누17754 판결¹⁰¹⁾, 쌍용건설의 주공 입찰담합 건(서울고법 2012. 1. 18. 선고 2011누17242 판결¹⁰²⁾), 한일건설의 주공 입찰담합 건(서울고법 2011. 12. 28. 선고 2011누18092 판결¹⁰³⁾)

- 각 들러리 업체들도 1개 건설사의 협조만으로는 담합 요청자가 낙찰받기가 어렵다는 점을 알 수 있었던 점 등에 비추어 설령 원고들을 포함한 들러리 업체들 사이에 명시적인 합의는 없었더라도, 들러리 업체들 사이에도 묵시적으로 투찰금액에 관한 합의가 이루어졌다고 볼 수 있음
- 원고들은 담합 요청자의 요청에 따라 개별적으로 도와주었을 뿐 원고들을 포함한 들러리 업체들 사이에 낙찰금액을 합의하지 않았다고 주장하나, 담합 요청자의 요청대로 원고들을 포함한 들러리 업체들이 투찰가격을 써내기로 한 점, 각 들러리 업체들도 1개 건설사의 협조만으로는 담합 요청자가 낙찰받기가 어렵다는 점을 알 수 있었던 점 등을 종합하여 보면, 설령 원고들을 포함한 들러리 업체들 사이에 명시적인 합의는 없었더라도, 들러리 업체들 사이에도 묵시적으로 투찰금액에 관한 합의가 이루어졌다고 볼 수 있음.

[한신공영 외 17의 주공 입찰담합 건(서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누17563 판결¹⁰⁴⁾)]

100) 상고심(대법원 2012. 7. 12. 선고 2012두7875 판결)은 심리불속행 기각함

101) 상고심(대법원 2012. 5. 10. 선고 2012누2030 판결)은 심리불속행 기각함

102) 상고심(대법원 2012. 1. 18. 선고 2012누6001 판결)은 심리불속행 기각함

103) 상고심(대법원 2012. 5. 10. 선고 2012두2597 판결)은 심리불속행 기각함

104) 상고심(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012누11546 판결)도 같은 취지로 판단함

- 이행능력 평가점수가 비슷한 상위업체 간에 실질적인 경쟁이 발생할 개연성이 높은 적격심사제 입찰에서는 최대한 적격 최저 투찰률을 겨냥하여 투찰하여야 함에도 이를 초과하여 투찰한 것은 일반적인 투찰형태로 볼 수 없고, 원고가 공동행위에 가담하지 않았다면 나타날 수 없는 행태임
 - 적격심사제 방식의 입찰경쟁의 특성상 이행능력 평가점수 상위업체들이 참여하는 경쟁상황에서 입찰자들이 낙찰 받기 위해 예정가격을 미리 예측하고 예측된 값에 근거하여 적격 최저 투찰률을 겨냥하여 입찰가격을 결정할 수밖에 없는데, 이 경우 이행능력 평가점수 상위업체들은 각자 예측하는 예정가격도 기초예비가격보다 낮게 예상하여 투찰 가격을 산정하거나, 예정가격을 기초예비가격보다 높게 예상하더라도 기초예비 가격에 근접하게 보고 투찰가격을 정하는 양상을 나타내는데, 이는 이행능력 평가점수 상위업체들은 적격 최저 투찰률에 있어 차이가 없어 이에 따른 투찰범위도 유사하기 때문에 예정가격을 기초예비가격보다 높게 예상하여 투찰하기는 어렵기 때문임.
 - 그러나, 원고는 자신보다 이행능력 평가점수가 높거나 비슷한 입찰참가자들이 존재하였음에도 불구하고 적격 최저 투찰범위를 벗어나거나 예정가격을 기초예비가격 대비 상당히 높게 예상하여 투찰하는 등 경쟁상황에서 통상 예상하기 어려운 투찰행태를 보였음. 원고는 자신이 낙찰 받고자 하는 주력 지역과 달리 예비 지역의 경우 예정가격이 높게 형성될 경우를 고려하여 다소 높은 가격으로 투찰하는 리스크 분산 전략을 사용한 것이라고 주장하나, 이 사건 입찰과 같이 이행능력 평가점수 상위업체가 다수인 경우 누구도 낙찰가능성을 장담할 수 없는 상황이기 때문에 주력 지역이 아닌 예비 지역이라는 이유만으로 낙찰가능성이 현저하게 낮은 가격으로 상향 투찰하였다는 것도 쉽게 납득하기 어려움.
- [방위사업청 발주 군납입찰 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 12. 21. 선고 2017누44574¹⁰⁵⁾, 2017누45607, 2017누46150 판결¹⁰⁶⁾]
- 2010년 생선가스 입찰에서 원고와 동양 및 태림의 이행능력점수는 각 49.3점, 49.1점, 49.05점으로 거의 차이가 없었음에도 원고는 예정가격을 기초예정가격보다 높게 예상하여 투찰하였는데 이는 경쟁이 이루어지고 있는 적격심사제 입찰에서 나타나는 일반적인 투찰행태에서는 있을 수 없는 태양을 띠고 있고, 이는 원고가 제2 공동행위에 가담하지 않았다면 나타날 수 없는 것인.
- [복천식품(주)의 방위사업청 반주 패티류 등 군납입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 12. 21. 선고 2017누44574 판결)]

105) 상고심(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018누31900 판결)은 상고기각함

106) 상고심(대법원 2018. 4. 26. 선고 2018두32910, 2018두33081 판결)은 신리불속행 기각함

□ 이 사건 공동행위는 입찰방식의 거래에서 낙찰자와 투찰가격에 관하여 합의하고 실현한 입찰담합에 해당하고, 물량배분에 관한 합의는 이 사건 입찰에서 들리리 역할에 대한 대가에 불과한 것으로서의 성질이 배제되는 것이 아님

○ 원고 등은 단순히 물량배분의 합의만 한 것이 아니라, 입찰에 있어서의 낙찰예정자, 투찰가격 등의 사항을 결정하여 부당하게 경쟁을 제한하는 전형적인 입찰담합 행위에 기답하였음. 이 사건 공동행위에 가격이나 물량배분에 관한 합의가 포함되었다고 하더라도 입찰담합의 성질이 부정되지 않음.

[동일고무벨트(주)의 포스코건설 및 포스코플랜텍 발주 컨베이어벨트 구매 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 7. 25. 선고 2017누68457 판결, 고법 확정)]

□ 경쟁입찰 과정에서 발주자와 입찰참가자 간 낙찰에 대한 구두 합의가 있었다고 하더라도 '경쟁의 실질'이 유지된다고 볼 수 있음

○ 한수원이 원고와 바클레이즈은행으로부터 입찰제안서를 제출받아 보다 낮은 금리를 제안한 원고를 낙찰자로 선정하였는바, 특별한 사정이 없는 한 입찰을 전혀 실시하지 아니한 채 형식적인 입찰서류만을 작성하여 입찰이 있었던 것처럼 조작한 경우와는 달리, 한수원이 실시한 이 사건 통화스왑 입찰은 통화스왑기제의 특성을 고려한 일반적인 실무 관행에 따라 유선이나 이메일로 입찰제안 요청 또는 입찰제안을 하는 등 간이한 방법으로 실시된 것으로 보이고, 달리 거래관념상 그 방법이나 절차가 이례적이라고 볼 수는 없음.

○ 비록 한수원과 원고 사이에 이 사건 통화스왑 거래에 관하여 이미 구두로 수의계약이 체결된 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 이는 당사자 사이에서만 구속력이 있을 뿐 그 이후에 실제로 실시된 입찰 절차에는 아무런 영향을 미치지 않음. 또한 이 사건 통화스왑 입찰 절차에서 바클레이즈은행이 원고보다 더 낮은 원화금리를 제안하였다면, 한수원은 이미 원고와 수의계약이 체결되었다는 이유를 들어 그 입찰이 무효라고 주장할 수 있고, 원고도 입찰 절차에서 그와 같은 변수가 발생하는 경우, 그 결과를 수용하겠다는 입장에서 입찰에 참가한 것으로 볼 수 있음.

[2개 은행의 통화스왑 관련 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2023. 8. 31. 선고 2021두46902 판결¹⁰⁷⁾]

* 같은 취지: 3개 은행의 통화스왑 관련 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2023. 8. 31. 선고 2021두41662 판결¹⁰⁸⁾)

107) 파기환송심(2023누56127) 진행 중

108) 파기환송심(2023누57014) 진행 중

- 지명입찰방식에서 입찰 안내 또는 제안 요청을 받지 못한 사업자라도 입찰에 참가할 가능성 자체가 봉쇄된 것이 아닌 한 입찰에 참가할 자격이 있고, 그러한 사업자가 합의에 따라 입찰 참가를 포기했다면 부당한 공동행위에 해당함
 - 한수원이 지명경쟁입찰 방식을 통하여 통화스왑 거래은행을 선정한 것은 사실이나, 이는 일정한 요건에 따라 입찰참가자를 지명하여 경쟁에 부치는 엄격한 의미의 지명경쟁입찰이라기보다는 통화스왑거래의 특성을 고려하여 소수의 은행이 제안하는 원화금리 등 거래조건을 신속히 확인하기 위한 용도로 실시된 것으로 보임. 따라서 한수원으로부터 통화스왑 입찰 안내 또는 입찰 제안 요청을 받지 못하여 사실상 입찰에 참가할 기회를 놓치는 경우가 적지 않다고 하더라도, 통화스왑거래를 취급하는 은행이 입찰에 참가할 가능성 자체가 봉쇄되었다고 보기는 어려움.
 - 입찰담합에 관한 공정거래법 제19조 제1항 제8호는 입찰 자체의 경쟁뿐 아니라 입찰에 이르는 과정에서의 경쟁도 함께 보호하려는 데 그 취지가 있음. 따라서 사업자들 사이의 합의에 의하여 낙찰예정자를 사전에 결정한 결과 낙찰예정자가 아닌 사업자들이 입찰참가 자체를 포기하게 되었다면, 경쟁이 가능할 가능성을 사전에 전면적으로 없애 것이 되어 입찰과정에서 경쟁의 주요한 부분이 제한된 것으로 보아야 하므로, 그와 같은 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수밖에 없음(대법원2015. 7. 9. 선고 2013두20493 판결 참조).
[2개 은행의 통화스왑 관련 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2023. 8. 31. 선고 2021두46902 판결¹⁰⁹⁾]
- * 같은 취지: 국방과학연구소 발주 장보고–3 전투체계 및 소나체계 입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두20493 판결)
- 원고는 입찰 제출서류 중 하나인 지방세완납증명서를 마감시한을 지나서 제출하였으며, 입찰서에 한글과 아라비아 숫자가 일치하지 않은 서류를 교부하여 이 사건 입찰담합은 불성립한다고 주장하나 이러한 하자는 입찰절차가 부존재하거나 무효에 이르렀다고 보기 어려움
[돈암동 한신한진아파트 노후배관 교체 공사 및 에너지 절약사업 용역 입찰 관련 3개 사업자의 부당 공동행위 건(대법원 2023. 10. 26 선고 2023두46876 판결, 2023. 11. 9 선고 2023두54273 판결)]

¹⁰⁹⁾ 과기환경부(2023누56127) 진행 중

② 부정례

- 코오롱글로벌이 원고로부터 대안설계비와 설계보상비의 차액에 대하여 보전을 받았거나 반대급부를 받았다는 증거가 없고, 일반적인 들러리 합의의 경우와는 사정이 다르므로, 원고와 코오롱글로벌이 들러리 합의를 하였다고 인정하기 부족함
- 코오롱글로벌은 이 사건 공구 입찰에 대한 대안설계비로 21억 8,000만 원을 지출하고 이 사건 수요기관으로부터 4억 5,670만 원의 설계보상비를 지급받았는데, 그 차액에 대하여 원고로부터 보전을 받았거나 같은 금액 상당의 반대급부를 지급 또는 약속받았다는 증거가 없고, 나아가 코오롱글로벌이 지출한 비용은 원고가 지출한 30억 3,600만 원(성공불 2억 1,500만 원은 별도로 한다)과 불합리하게 큰 차이가 난다고 볼 수도 없는바, 이는 일반적인 들러리 합의의 경우에는 존재하기 어려운 사정으로 보임.
- 또한 코오롱글로벌이 설계용역업체와 체결한 8억 원 상당의 성공불 약정 역시 일반적인 들러리 합의의 경우에는 생각하기 어려운 것이고, 이는 오히려 코오롱글로벌이 이 사건 공구에서 원고와 경쟁 입찰을 하였기 때문에 가능한 약정이라고 보이는바, 코오롱글로벌의 송○○ 역시 피고의 조사에서 같은 취지로 진술하였음.
- 피고는 2014. 3. 21. 대림산업, 포스코건설, 현대건설, 삼성물산, 현대산업개발에 대하여 위 회사들이 이 사건 공구분할 합의 및 들러리 합의를 하였다는 이유로 검찰에 고발하였는데 (피고는 코오롱글로벌은 제외하고 원고에 대하여만 들러리 합의를 하였다는 이유로 고발하였다), 대구지방검찰청은 2014. 4. 10. 원고에 대하여 이 사건 공구분할 합의를 하였다는 점에 관하여는 공소를 제기하면서도 제5공구 입찰에 관하여 원고와 이 사건 들러리 합의를 하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 들러리 합의의 점에 관하여는 혐의없음(증거불충분)의 불기소처분을 하였음.
[대림산업, 코오롱글로벌의 대구도시철도 3호선 던키대안공사 입찰참가 16개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 14. 선고 2014누49158 판결¹¹⁰⁾, 2016. 7. 13. 선고 2014누49165 판결¹¹¹⁾]

110) 상고심(대법원 2016. 11. 9. 선고 2016두48836 판결)은 심리불속행 기각함

111) 상고심(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016두48854 판결)은 심리불속행 기각함

- 실제로 이 사건 사업의 제6공구에 관한 입찰에 원고 등 3사가 모두 참여하여 실질적으로 경쟁한 점 등에 비추어 보면, 원고 등 6개사가 입찰에 참여할 공구에 관한 정보를 수집·교환하였음은 별론으로 하고 더 나아가 이를 토대로 공구 분할에 대한 합의까지 행한 것으로 볼 수는 없음
- 피고가 조사 과정에서 확보한 이○○(현대건설), 김○○(현대건설), 유○○(지에스건설), 신○○(에스케이건설), 최○○(원고)의 각 진술은 이 사건 모임에서 원고 등 6개사가 이 사건 사업과 관련하여 입찰에 참여할 예정 공구에 대한 논의를 하거나 정보를 교환하였다는 내용에 불과함. 한편, 김○○(현대엠코)이나 이○○(원고)의 각 진술에 포함된 “업계조정”이라는 표현이 공정거래법이 금지하는 부당한 공동행위로서의 ‘합의’를 의미한다고 단정할 수도 없음. 따라서 위 각 진술만으로는 이 사건에서 부당한 공동행위로서의 합의의 존재를 인정하기에 부족함.
- 대려도 모임에 참석한 현대건설 등 3사의 임원들은 현대건설 등 3사가 입찰에 참여할 예정인 공구를 밝혔을 뿐이고 이와 같은 정보를 기초로 원고 등 6개사가 공동으로 공구를 분할하기로 합의한 것으로 보이지 않는 점, 원고 등 3사는 모두 이 사건 사업의 제6공구에 관한 입찰에 참여할 의사가 있었고 그와 같은 의사를 명시적·묵시적으로 표명하였음에도 불구하고 원고 등 3사가 입찰에 참여할 공구에 관하여 의견을 조율하고자 시도한 것으로 보이지도 않는 점, 실제로 이 사건 사업의 제6공구에 관한 입찰에 원고 등 3사가 모두 참여하여 실질적으로 경쟁한 점 등에 비추어 보면, 원고 등 6개사가 입찰에 참여할 공구에 관한 정보를 수집·교환하였음은 별론으로 하고 더 나아가 이를 토대로 공구 분할에 대한 합의까지 행한 것으로 볼 수는 없음.
[대우건설, 에스케이건설의 경인운하사업 시설공사 제1공구, 제2공구, 제3공구 및 제6공구 입찰 관련 9개 사업자 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누57609 판결¹¹²⁾, 2014누57616 판결¹¹³⁾]]
- * 같은 취지: ㈜삼성물산의 경인운하사업 시설공사 제1공구, 제2공구, 제3공구 및 제6공구 입찰 관련 9개 사업자 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누4346 판결¹¹⁴⁾), 대림산업의 경인운하사업 시설공사 제1공구, 제2공구, 제3공구 및 제6공구 입찰 관련 9개 사업자 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 8. 24. 선고 2014누57593 판결¹¹⁵⁾)

112) 상고심(대법원 2016. 12. 1. 선고 2016누48843 판결)은 심리불속행 기각함

113) 상고심(대법원 2016. 12. 1. 선고 2016누48768 판결)은 심리불속행 기각함

114) 상고심(대법원 2016. 12. 1. 선고 2016누48775 판결)은 심리불속행 기각함

115) 상고심(대법원 2016. 12. 27. 선고 2016누53098 판결)은 심리불속행 기각함

- 피고는 원고의 비용 지출 등을 이유로 원고가 이 사건 공동행위에 직·간접적으로 가담하였을 것이라고 주장하나, 인정하기 어려움
- 피고는 당시 워크아웃 중에 있었던 원고가 이 사건 입찰과 관련하여 설계비용 11억 5,500만 원 및 대우자동차판매의 소송비용을 지출한 점을 들어, 원고는 이 사건 입찰에 상당한 이해관계를 가지고 있었으므로 이 사건 공동수급체에서 투찰가격 결정 등의 주요 의사결정에 참여하였을 것이라고 주장함. 그러나 원고는 이 사건 약정서에 따라 50%의 사업비용 부담의무를 이행한 것뿐이어서 이와 같은 사정만으로 원고가 이 사건 공동수급체의 주요 의사결정에 참여하였을 것이라고 단정할 수 없음. 통상적으로 공동수급체의 대표사가 단독으로 투찰가격을 결정하는 등 입찰 전반에 관한 모든 권한을 행사하는 것으로 보이는데, 앞서 살펴 본 바와 같이 원고가 이 사건 공동수급체에서 대표사로서의 역할을 수행하였다고 보기 어려움.
- 또한 피고는 원고가 대우자동차판매의 소송비용을 부담하면서까지 이 사건 입찰을 주도적으로 진행하였다고 주장하나, 당시 바이오가스화시설 시장의 성장 가능성이 높게 전망되고 있었고, 원고는 후발주자로서 실적을 쌓기 위하여 이 사건 입찰에 참여할 필요가 있었던 점, 설계를 담당하던 동호가 원고에 대하여 계속하여 이 사건 공사 수주를 자신 하였던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고로서는 이미 상당한 정도의 설계비용을 투입한 상황에서 동호와 함께 대우자동차판매의 소송비용을 분담하여 이 사건 입찰에 계속 참여하는 것이 합리적이라고 판단하였을 것으로 보임.

[이수건설의 수도권광역 음폐수 바이오가스화시설 설치공사 입찰 부당공동행위 건
(서울고법 2016. 5. 26. 선고 2015누1191 판결, 고법 확정)]
- 일부 모임에 참석하였더라도, 당시 지분율에 관한 이견이 있는 등으로 위 자리에서 각 건설사의 지분율에 관한 합의가 이루어지지 아니하였고, 그 후 모임에 참석하지 아니하였다면 합의에 이르렀다고 보기 어려움
- 19개 건설사 협의체의 일부 모임에 원고가 참석한 바 있고, 그 모임에서 각 건설사의 지분율에 대한 논의가 이루어지기도 하였으나, 당시 지분율에 관한 이견이 있는 등으로 인하여 위 자리에서 각 건설사의 지분율에 관한 합의가 이루어지지는 아니하였음에 비추어 볼 때 위와 같이 19개 건설사 협의체의 일부 모임에 원고가 참석하였다는 사정만으로 원고가 다른 건설사들과의 사이에 이 사건 지분율 합의에 이르렀다고 볼 수는 없음.

- 오히려 앞서 본 바와 같이 원고가 2009. 4.경부터 두산건설, 동부건설과 함께 현대건설 등 16개사에 대항하는 독자적 경쟁 컨소시엄을 구성하여 공구입찰을 준비한 점, 앞서 본 공구배분 합의는 이 사건 지분율 합의와 밀접한 관련을 맺고 있고 지분율에 대한 합의가 이루어졌다면 그 지분율에 따라 적절한 공구가 배분될 것으로 보이는바 원고가 이 사건 지분율에 합의하였음에도 그로부터 얼마 지나지 않아 위와 같이 독자적 경쟁 컨소시엄을 구성하여 공구 입찰을 준비할 것으로는 보이지 아니하는 점 등에 비추어 보면 원고는 현대건설과 이 사건 지분율 합의를 하지 않은 것으로 보임. 또한, 원고는 위 프레지던트 호텔 모임 이후 19개사 협의체 모임에 참석하지 않은 것으로 보이고, 이 사건 협약서상의 운영부담금도 납부하지 않았음. 그렇다면, 이 사건 처분은 위법하여 취소되어야 함.

[롯데건설의 4대강 살리기 사업 1차 턴키공사 입찰 관련 건(서울고법 2014. 4. 25. 선고 2012누29266 판결¹¹⁶⁾)]

□ 단지 기업이윤을 고려한 적정선에서 무모한 출혈경쟁 방지를 위해 일반거래 통념상 인정되는 범위 내에서 상호간 의사 타진과 절충을 한 것에 불과한 경우 담합에 포함되지 않음

- 일부 입찰자와 담합이 있었으나 다른 입찰자와는 담합이 이루어지지 않는 등 입찰시행자의 이익을 해함이 없이 자유로운 경쟁을 한 것과 동일한 결과로 되는 경우에는 입찰의 공정을 해할 위험성이 없다고 할 것이고(대법 1983. 1. 18. 선고 81도824), 입찰에 있어서의 담합이란 입찰자가 입찰에 참여하면서 실질적으로는 단독 입찰인 것을 그로 인한 유찰을 방지하기 위하여 경쟁자가 있는 것처럼 제3자를 시켜 형식상 입찰을 하게 하는 소위 들러리를 세운다거나 입찰자들끼리 특정한 입찰자로 하여금 낙찰받게 하거나 당해 입찰에 있어서 입찰자들 상호간에 가격경쟁을 하는 경우 당연히 예상되는 적정한 가격을 저지하고 특정입찰자에게 부당한 이익을 주고 입찰실시자에게 그 상당의 손해를 입히는 결과를 가져올 정도의 가격으로 낙찰되도록 하기 위한 사전협정으로서 그 어느 경우이건 낙찰자가 된 입찰자에게 책임을 돌릴 수 있는 경우를 말하고 단지 기업이윤을 고려한 적정선에서 무모한 출혈경쟁을 방지하기 위하여 일반거래 통념상 인정되는 범위 내에서 입찰자 상호간에 의사의 타진과 절충을 한 것에 불과한 경우에는 위의 담합에 포함되지 않는다고 할 것임.

[삼환까뮤의 미동전업에 대한 일방적 계약해제 건(대법원 2000. 6. 9. 선고 99두2314 판결)]

¹¹⁶⁾ 상고심(대법원 2014. 9. 5. 선고 2014두7411 판결)은 심리불속행 기각함

8) 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위(제9호 전단)¹¹⁷⁾

① 긍정례

- 원고 등이 IPTV사업자와 방송프로그램 공급계약을 체결한 온미디어에 대하여는 방송채널을 축소하는 방식으로 불이익을 주는 제재를 가하면서 씨제이미디어에 대하여는 IPTV사업자에게 방송프로그램을 공급하지 아니하는 것을 조건으로 250억 원을 지원하기로 하는 합의를 하여 IPTV사업자의 유료방송서비스 사업이 방해되었음
- 원심은 원고 등(티브로드도봉강북방송 외 2)이 IPTV사업자의 유료방송서비스 시장에 대한 신규 진입이 예상되자 이에 대응하여 PP사업자들로 하여금 IPTV사업자에게 방송프로그램을 공급하지 못하도록 할 의도로, 2008. 11. 14. PP사업자 중 IPTV사업자와 방송프로그램 공급계약을 체결한 온미디어에 대하여는 방송채널을 축소하는 방식으로 불이익을 주는 제재를 가하면서 씨제이미디어에 대하여는 IPTV사업자에게 방송프로그램을 공급하지 아니하는 것을 조건으로 250억 원을 지원하기로 하는 합의를 하였다는 사실을 전제로, 유료방송서비스 시장의 구조와 특성, 복합유선방송사업자와 PP사업자 사이의 거래상 우월관계, 이 사건 합의에 참여한 원고 등과 그 직접 상대방인 온미디어, 씨제이미디어의 시장점유율, 이 사건 합의에 이르게 된 경위와 의도 및 목적, 이 사건 합의 전후의 시장 상황, IPTV사업자에게 방송프로그램을 공급하는 것에 대한 PP사업자들의 전반적인 인식, 원고 등의 온미디어에 대한 채널 축소가 제재에 해당한다는 PP사업자들의 전반적인 인식, 2010년 12월 말까지 IPTV사업자에게 제공되지 아니하였던 방송프로그램의 비율 등을 종합하여, 이 사건 합의로 인하여 결국 시청점유율 상위 40개 방송채널을 보유한 PP사업자들 중 상당수가 IPTV사업자에게 방송프로그램을 공급하는 것을 포기하게 됨으로써 간접적으로 IPTV사업자의 유료방송서비스 사업이 방해되었다고 판단한 것은 정당함.

[5개 복수종합유선방송사업자 등의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2015. 4. 23. 선고 2012두24191, 2012두24610, 2012두24184, 2012두24177 판결, 2015. 9. 10. 선고 2012두2329 판결)]

117) 2007. 8. 3. 법률 제8631호로 일부개정 되면서 종래 법 제19조 제1항 제8호에서 규정하던 동 행위 유형을 동항 제9호에서 규정하는 것으로 개정됨

□ 원고 등 학생복 3사는 학부모들이 추진하는 입찰방식의 학생복 공동구매활동에 공동으로 대응하기로 하고 공동구매활동의 전국적 확산을 방지하고 다른 학생복 제조·유통업체들의 입찰 참여 등을 방해하기로 합의하는 등 행위를 한바 이는 학생복 3사의 제품을 취급하지 않는 다른 학생복 제조·유통업체와 학생복 3사의 총판·대리점들의 사업활동을 공동으로 방해하는 행위에 해당됨

○ 원고 등 학생복 3사는 학부모들이 추진하는 입찰방식의 학생복 공동구매활동에 공동으로 대응하기로 하고 여러 차례 회의를 열어 위 공동구매활동의 전국적인 확산을 방지하고 다른 학생복 제조·유통업체들의 입찰 참여 등을 방해하기로 합의한 점, 나아가 입찰의 저지 및 공동구매의 확산방지를 위하여 지역별 협의회와 대리점들로 하여금 다른 일반 업체들과 함께 시위 등으로 실력을 행사하도록 하거나, 입찰을 무산·지연시키기 위하여 사전 합의하에 입찰에 참여하기도 하고 이로 인하여 입찰을 무산시키기도 한 점, 에스케이글로벌의 주도로 교육부, 중소기업청에 대한 청원 및 서명운동 등을 추진하면서 업무연락 등을 통하여 위와 같은 행위를 지시하거나 지원하는 등 공동으로 대응한 점 등에 비추어, 원고 등 학생복 3사의 위와 같은 행위는 정부와 학교 등의 공동구매에 관련된 정책결정에 대하여 정당하게 반대의견이나 대안을 제시하는 수준을 넘어서 적극적으로 방해하기 위한 공동행위로서, 학생복 3사의 제품을 취급하지 않는 다른 학생복 제조·유통업체와 학생복 3사의 총판·대리점들의 독자적인 입찰 참여 여부의 결정 등을 방해하고 자유롭고 공정한 경쟁을 통한 영업방식으로 학생복을 판매하는 사업활동 또는 사업내용을 실질적으로 제한하거나 방해한 제19조 제1항 제8호의 사업활동방해 공동행위에 해당됨.

[제일모직 등 교복 3사의 교복 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결)]

□ 원고 등 학생복 3사가 공동으로 대리점들의 학생복 판매와 관련한 사은품·판촉물의 제공을 전면적으로 금지하거나 이를 제한한 것은 대리점들의 사업활동을 방해하는 행위에 해당됨

○ 원고 등 학생복 3사가 공동으로 대리점들의 학생복 판매와 관련한 사은품·판촉물의 제공을 전면적으로 금지하거나 이를 제한한 것은, 학생복 대리점 사업자들이 자신의 경영여건과 판매전략 등에 의하여 스스로 결정하여야 할 사은품 등의 제공 여부와 그 범위에 대한 의사결정과 같은 사업활동을 제한함으로써 대리점들의 자유로운 경쟁을 통한 영업활동을 실질적으로 제한하거나 방해한 사업활동방해행위에 해당됨.

[제일모직 등 교복 3사의 교복 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결)]

□ 원고 등 학생복 3사가 공동으로 지역별 협의회를 통하여 학생복 3사의 학생복을 판매하려는 대리점들의 백화점 입점 여부와 수수료율을 결정하도록 합의하고 이에 대한 진행상황 등을 점검한 것은 법 제19조 제1항 제8호의 사업활동방해 공동행위에 해당됨

○ 원고 등 학생복 3사가 공동으로 지역별 협의회를 통하여 학생복 3사의 학생복을 판매하려는 대리점들의 백화점 입점 여부와 수수료율을 결정하도록 합의하고 이에 대한 진행상황 등을 점검한 것은, 대리점들의 백화점 입전영업을 지원하는 범위를 넘어 이들의 독자적인 판단에 의한 영업상의 의사결정과 사업내용에 관여함으로써 자유롭고 공정한 경쟁을 통한 사업활동을 실질적으로 제한하거나 방해하는 것이므로, 법 제19조 제1항 제8호의 사업활동방해 공동행위에 해당됨.

[제일모직 등 교복 3사의 교복 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결)]

※ 참고: 에스케이네트웍스 건(서울고법 2004. 8. 18. 선고 2001누17403 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두10586 판결), 새한 건(서울고법 2004. 9. 2. 선고 2001누17700 판결, 대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두12346 판결)

② 부정례

□ 진로 외의 원고들 등이 2008. 10. 8. 송부한 병마개 가격 인상 시기 연기 건의문의 문의는 공정거래법 제19조 제1항 제9호에서 정한 부당한 공동행위에 해당한다고 볼 수 없음

○ ① 진로 외의 원고들 등이 2008. 10. 8. 송부한 병마개 가격 인상 시기 연기 건의문의 내용은 세왕금속의 일방적인 소급적 가격 인상 통보에 대하여 인상 결정을 재고해 달라거나 그 인상 시기를 잠시 연기하여 줄 것을 요청하는 '건의'에 불과한 것으로 보임 뿐, 진로 외의 원고들 등이 가격을 공동으로 결정하거나 거래 자체 또는 거래 상대방을 제한하는 내용은 아닌 점, ② 세왕금속은 위와 같은 연기 건의에 관하여 '자체적인 판단을 거쳐 다시 협상을 진행한 결과 주정 가격이 인상된 2008. 11. 1. 이후인 2008. 12. 1.에 병마개 가격을 인상하기로 합의한 것'이라는 의견을 제시하고 있는 점, ③ 종래 진로 외의 원고들 등이 세왕금속으로부터 병마개를 공급받는 과정에서 병마개 가격은 거래 당사자들 사이의 협의가 아닌 일괄적인 가격 인상 통보에 따라 결정되어 왔던 것으로 보이는데, 위 연기 건의로 진로 외의 원고들 등의 세왕금속에 대한 개별적 교섭권이

방해받았다기보다는 진로 외의 원고들 등이 가격 협의를 위한 교섭 기회의 보장을 요청한 것으로 볼 여지도 충분한 점 등의 사정을 알 수 있음.

- 여기에 진로 외의 원고들 등이 병마개 가격 인상 시기의 연기를 요청하게 된 구체적 경위 등을 종합하여 살펴보면, 진로 외의 원고들의 이 부분 행위가 세왕금속 또는 진로 외의 원고들 각자의 독자적인 판단에 의한 영업상의 의사결정과 사업내용에 관여하여 자유롭고 공정한 경쟁을 통한 사업활동을 실질적으로 제한하거나 방해하는 것으로서 공정거래법 제19조 제1항 제9호에서 정한 부당한 공동행위에 해당한다고 볼 수 없음.

[금복주 외 8의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두16049 판결)]

9) 가격·생산량 등 정보를 교환하는 행위(제9호 후단)¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾

① 판단기준

□ 부당한 공동행위는 둘 이상 사업자 사이의 의사 연락을 본질로 하므로, 부당한 공동행위가 있었던 것과 일치하는 외형이 존재한다 하여 당연히 합의가 있었다고 인정할 수는 없음

- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항이 금지하는 '부당한 공동행위'는 '부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의'로서 병시적 합의뿐 아니라 묵시적인 합의도 포함되는 것이지만, 이는 둘 이상 사업자 사이의 의사의 연락이 있을 것을 본질로 하므로 단지 위 규정 각 호에 연거된 '부당한 공동행위'가 있었던 것과 일치하는 외형이 존재한다고 하여 당연히 합의가 있었다고 인정할 수는 없고 사업자 간 의사연결의 상호성을 인정할 만한 사정에 대한 증명이 있어야 함.

[11개 소주 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두16049 판결)]

- 경쟁 사업자들이 가격 등 주요 경쟁요소에 관한 정보를 교환한 경우에, 그 정보 교환은 가격 결정 등의 의사결정에 관한 불확실성을 제거하여 남한을 용이하게 하거나 촉진할

118) 2020년 12월 공정거래법 개정으로 정보교환 그 자체도 부당공동행위로 규율할 수 있게 되었지만, 공동행위의 종기가 신법 시행일(21. 12. 30.) 이전인 사건에 대해서는 구법이 적용됨

119) 관련 공정위 심결례: 공정거래위원회 의견 제2009-249호, 제2010-45호, 제2010-59호, 제2011-51호, 제2011-67호, 제2011-143호, 제2011-161호, 제2011-284호, 제2012-276호, 제2013-069호, 제2013-120호, 제2013-212호, 제2015-319호 등

수 있는 수단이 될 수 있으므로 사업자 사이의 의사연결의 상호성을 인정할 수 있는 유력한 자료가 될 수 있지만, 그렇다고 하더라도 그 정보 교환 사실만으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의가 있다고 단정할 수는 없고, 관련 시장의 구조와 특성, 교환된 정보의 성질·내용, 정보 교환의 주체 및 시기와 방법, 정보 교환의 목적과 의도, 정보 교환 후의 가격·산출량 등의 사업자 간 외형상 일치 여부 내지 차이의 정도 및 그에 관한 의사결정 과정·내용, 그 밖에 정보 교환이 시장에 미치는 영향 등의 모든 사정을 종합적으로 고려하여 위 합의가 있는지를 판단하여야 함.

[16개 생명보험사업자들의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 7. 24. 선고 2014두3853 판결)]

- 정보 교환 사실만으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의가 있다고 단정할 수 없고, 관련 시장의 구조와 특성, 교환된 정보의 성질·내용, 정보 교환의 주체 및 시기와 방법, 교환의 목적과 의도, 정보 교환 후의 가격·산출량 등 사업자 간 외형상 일치 여부 내지 차이의 정도 및 그에 관한 의사결정 과정·내용, 그 밖에 정보 교환이 시장에 미치는 영향 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 합의가 있는지 판단하여야 함
- 경쟁 사업자들이 가격 등 주요 경쟁요소에 관한 정보를 교환한 경우에, 그 정보 교환은 가격 결정 등의 의사결정에 관한 불확실성을 제거하여 담합을 용이하게 하거나 촉진할 수 있는 수단이 될 수 있으므로 사업자 사이의 의사연결의 상호성을 인정할 수 있는 유력한 자료가 될 수 있지만, 그렇다고 하더라도 그 정보 교환 사실만으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의가 있다고 단정할 수는 없고, 관련 시장의 구조와 특성, 교환된 정보의 성질·내용, 정보 교환의 주체 및 시기와 방법, 정보 교환의 의도, 정보 교환 후의 가격·산출량 등의 사업자 간 외형상 일치 여부 내지 차이의 정도 및 그에 관한 의사결정 과정·내용, 그 밖에 정보 교환이 시장에 미치는 영향 등의 모든 사정을 종합적으로 고려하여 위 합의가 있는지를 판단하여야 함.

[16개 생명보험사업자들의 부당한 공동행위의 건(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결)]

* 같은 취지: 11개 배합사료 제조판매업자와 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2022. 5. 26. 선고 2017두47229, 2017두47144 판결, 대법원 2022. 6. 16. 선고 2017두56346 판결), 대구도시철도 3호선 턴키대안공사 입찰참가 16개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 6. 2. 선고 2014누49110, 2014누48919 판결)

② 긍정례

- 매 분기별 가격신고 시점 무렵에는 영업담당 임원들이 참석하는 모임을 통해 이 사건 농기계의 신고가격을 당해 분기에 인상할지 여부와 인상폭 등에 대해 협의하고 그에 관한 정보를 교환하였고, 이러한 협의 및 정보교환 내용을 토대로 각 사의 신고가격안을 결정한 사실이 있다면 이 사건 농기계 제조사들이 신고가격에 관하여 공동행위를 하였다고 인정됨
- ① 이 사건 농기계 제조사들의 임직원들은 수시로 모임을 개최하여 농기계 관련 현안에 대해 협의하는 관행이 있었음. 이들은 특히 매 분기별 가격신고 시점 무렵에는 영업담당 임원들이 참석하는 모임을 통해 트랙터, 이앙기, 콤바인(이하 '이 사건 농기계'라고 한다)의 신고가격을 당해 분기에 인상할지 여부와 인상폭 등에 대해 협의하고 그에 관한 정보를 교환하였고, 그 후 각 사 실무자들이 유선연락 등을 통해 구체적인 신고가격을 협의하거나 정보를 교환한 적도 있으며, 이러한 협의 및 정보교환 내용을 토대로 각 사의 신고가격안을 결정한 사실이 있고, 이 사건 농기계 제조사들 중 일부 제조사들은 이러한 일련의 행위가 이 사건 농기계 제조사들 사이의 합의에 의한 것임을 인정하고 있음.
- ② 이 사건 농기계 제조사들이 각각 제조·판매한 농기계 중 동일한 기종 내에서 유사한 사양을 가진 모델들의 신고가격은 대체적으로 유사한 가격변동 추이를 보이고, 이러한 농기계 신고가격 및 그 변동 추이의 외형상 일치는 앞서 본 합의가 실행된 결과로 볼 수 있음. 한편 일부 농기계 제품의 가격변동 추이나 이 사건 농기계 전체의 평균 인상률 변동 추이가 불일치하는 점은 있으나 이 사건 농기계는 동일한 기종 내에서도 규격, 엔진마력, 부속품 등이 다른 제품이 많아 매 분기마다 제품의 가격을 일일이 일치시키기 어렵다는 점을 고려하면, 일부 일치하지 아니하는 내용이 있다는 사정만으로 합의에 의한 실행행위가 없었다고 볼 수는 없음.
- ③ 매출액을 기준으로 한 최근 10년간 국내 농기계 시장의 점유율은 큰 변동이 없음. 2009년과 2010년 원고와 국제종합기계, 대동공업 및 엘에스엠트론의 시장 점유율을 합산하면 약 67%이고, 2011년 농협의 계통구매 실적을 기준으로 하여 시장 점유율을 합산하면 트랙터는 약 89%, 이앙기는 약 66%, 콤바인은 약 75%임.
- 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 위와 같은 여러 사정에 비추어 보면, 이 사건 농기계 제조사들이 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 가격에 해당하는 신고가격에 관하여 공동행위를 하였다고 인정한 원심의 판단은 넉넉히 수긍이 될. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 넘어 사실을 잘못 인정하고

부당한 공동행위의 성립에 관한 법리를 오해하거나 이유모순 및 판단누락 등의 잘못이 있다고는 인정되지 않음.

[동양물산기업 등 5개 농기계 제조·판매사업자의 부당공동행위에 대한 건(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두51095 판결)]

※ 같은 취지: 대동공업 건(대법원 2017. 3. 30. 선고 2015두46666 판결)

□ 사업자들이 여러 경로로 빈번히 접촉·교류를 통해 의도적으로 가격정보를 교환하고, 그 결과 일정한 행위가 외형상 일치하는 경우 ‘동조적 행위(Concerted Action)’에 해당되어 공동행위의 합의가 존재한 것으로 봄이 상당함

○ 상호의존성이 강한 과점시장에서 경쟁사업자의 영업정책을 예측하거나 경쟁사업자의 영업정책이 주어진 상황으로 보고 이에 대응하여 독자적으로 자신의 행위를 결정한 결과 우연히 외형상 일치가 일어나는 ‘의식적 병행행위(Conscious Parallelism)’의 경우 공동행위가 인정되지 아니함(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두14247 판결 참조). 이와 달리 사업자들이 여러 경로를 통하여 빈번하게 접촉·교류하고 이를 통하여 의도적으로 가격정보를 교환하며 서로 교환된 정보를 이용하여 각자 행위내용을 조정하고 그 결과 일정한 행위가 외형상 일치하는 경우에는 사업자 각자의 독자적인 판단이 아니라 일련의 과정을 통한 행위라는 측면에서 단순한 의식적 병행행위가 아닌 ‘동조적 행위’(Concerted Action)에 해당되어 공동행위의 합의가 존재한 것으로 봄이 상당함.

[13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 1. 12. 선고 2011누18467 판결, 2012. 3. 21. 선고 2011누 18719 판결, 각 고법 확정)]

□ 원고 등 12개사가 원유가격의 인상을 전후로 하여 상호간 빈번하게 접촉·교류하고 이를 통하여 가격정보를 교환한 후 가격을 비슷한 수준으로 인상한 것은 동조적 행위에 해당하여 공동행위의 합의라 할 것임

○ 시유 및 발효유 시장은 ... 과점화 내지 집중화되어 있고 제품간 동질성이 큰 시장이며, ... 원고 등이 구체적인 제품가격과 가격인상안을 교환하는 것은 해당시장의 잔여경쟁가능성을 줄이고 진입장벽을 형성하는 요인이 되는 점, 원고 등이 ... 매월 정기적으로 모임을 갖고 통계적 정보가 아닌 기업비밀이자 경쟁의 핵심요소인 구체적인 제품가격과 가격인상계획을 교환하여 온 바, 이는 경쟁사업자들의 가격이탈을 방지하여 가격을 공동으로 유지하게 하는 요인이 되는 점. 시유 및 발효유 시장에서 각 점유율 1위를 차지하는 서울우유와 한국아쿠르트가 먼저 가격인상폭과 시기를 밟혔고 바나나맛 우유와 호상발효유 시장에서

1위를 차지하는 원고도 인상폭과 시기를 밝힘으로써 다른 후반업체들에게 가격인상을 결정하는 지침으로 작용한 점, 남양과 매일유업이 가격을 인상하지 아니하자 서울우유가 할인행사 지속 등 방법으로 가격인상을 압박하였고 그에 따라 원고 등이 원래 계획한 시기에 가격을 인상한 점, 유매회 및 우방회 담당자들은 모두 본사 직원이고 가격결정부서 또는 협조부서 소속으로서 가격결정업무에 직접적인 영향을 미치는 직원인 점 등을 종합하여 보면 원고 등 12개사가 원유가격의 인상을 전후로 하여 상호간 빈번하게 접촉·교류하고 이를 통하여 가격정보를 교환한 후 가격을 비슷한 수준으로 인상한 것은 동조적 행위에 해당하여 공동행위의 합의라 할 것이지 외형상 우연한 일치 또는 의식적 병행행위의 결과로 볼 수 없음.

[13개 유제품사업자의 시유 및 밸효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 1. 12. 선고 2011누18467 판결, 2012. 3. 21. 선고 2011누 18719 판결, 각 고법 확정)]

□ 원고 등은 모임을 통해 치즈 가격을 인상하되 인상시기, 인상률에 대하여는 서로 교환한 정보를 토대로 서울우유협동조합이나 매일유업 주식회사를 기준으로 각 회사의 사정에 맞게 실시하기로 합의한바, 원고의 합의 가담을 인정할 수 있음

○ 원고 등은 치즈의 원재료 가격 인상으로 영업이익이 계속 하락하자 ‘치즈 유통 정보 협의회’라는 모임을 통하여 치즈 가격을 인상하되 그 인상시기, 인상률에 대하여는 서로 교환한 정보를 토대로 서울우유협동조합이나 매일유업 주식회사를 기준으로 각 회사의 사정에 맞게 실시하기로 합의하였다고 볼 수 있어서 원고가 이 사건 1차 내지 3차 합의에 가담하였음을 인정할 수 있음.

[남양유업의 치즈 가격담합 건(대법원 2013. 2. 15. 선고 2012두21413 판결)]

□ 사업자가 경쟁자들에 대하여 자신의 판매가격을 개별적으로 사전 통지하는 것은 다른 사업자들이 시장에서 얻어진 정보를 토대로 스스로의 판단에 의하여 그 가격을 모방하는 경우와는 다름

○ ① 사업자가 경쟁자들에 대하여 자신의 판매가격을 개별적으로 사전 통지하는 것은 사업자가 일방적으로 가격을 결정한 후 구체적인 판매 과정을 통하여 이를 공표하였는데 다른 사업자들이 시장에서 얻어진 정보를 토대로 스스로의 판단에 의하여 그 가격을 모방하는 경우와는 다르다고 보이고, ② 특히, 원고는 수입사로부터 LPG를 구매하지 않는 기간에도 계속하여 판매가격을 통보 받아왔으므로, 원고가 단순한 고객으로서 판매가격을 통보받은 것으로 보기도 어려우며, ③ 5~6년이라는 장기간 동안 계절별

잉여물량 변동에도 불구하고 다수의 사업자들의 LPG 판매가격이 거의 일치한 것은 매우 이례적이며, ④ 수입 2사에 의하여 충전소 판매가격이 매월 통보되고 있는 상황에서, 정기적·비정기적으로 계속적으로 열린 다수의 위 각 모임에서 각 사업자들이 그 판매가격을 직접 논의하지 않았더라도 LPG 시장안정화, 경쟁 자제 및 고가유지 등을 논의한 것만으로도 가격담합의 효과를 충분히 거둘 수 있었다고 할 것임.

[6개 LPG 공급회사의 부당한 공동행위에 대한 건 중 애쓰대시오일 주식회사(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두5015 판결)]

③ 부정례

- 원고 등 11개사가 이 사건 기간동안 업계 동향, 배합사료 판매가격의 인상인하 시기 등에 관한 정보를 서로 교환하고 공유한 사실을 인정하면서도, 이를 통해 공동으로 사료의 축종별 가격을 결정 또는 변경하려는 묵시적 또는 명시적 의사의 합치가 있었다고 보기 어려움
- 이 사건 정보교환행위 관련 회의에 원고 등 11개사 외에 다수의 중소업체 임직원들이나 사료를 구매하는 수요자 협회도 참여하였던 상황에서 원고 등 11개사들이 사료 가격인상 등에 관한 합의를 하였다고 보기 어려움. 오히려 위 회의들은 이 사건 정보교환행위가 시작되기 이전부터 친목도모 및 사료업체 간 상호견제를 위한 정보공유를 목적으로 존재해 오던 모임으로 보임.
 - 한편 피고는 원고 등 11개사 임원들이 사장단모임에서 사료가격 등 합의를 하였다고 인정하고 있으나, 11개사 임원이 모두 참석한 사장단 모임이 단 한 차례도 없었고 참석 임원들이 나누었던 이야기들이 참석하지 않은 다른 사업자에게 전달되었다는 정황도 없을 뿐 아니라, 합의대상인 가격에 대한 기준이 각기 달라 그 인상 폭·시기 등에 관한 합의를 하였다고 인정하기 어려움. 또한 이 사건 공동행위 관련 회의 중 어떤 회의에서 어떠한 논의가 이루어졌는지 그 내용을 구체적으로 특정하기 어려움.
- 원고 등 11개사가 이 사건 정보교환행위를 한 것도 이 사건 합의를 실행하려는 목적과 의도에서 이루어졌다고 볼 수 없음. 국내 배합사료 시장은 다양한 종류의 상품이 존재하는 차별화된 제품 시장으로, 배합사료의 품목과 종류가 매우 다양하여 각 품목별로 공동으로 가격을 정하는 합의를 한다는 것이 현실적으로 어렵고, 배합사료 가격 인상·인하와 관련하여 농협의 가격결정이 절대적 영향력을 가지고 있어 원고 등 11개사의 공동행위 반으로는 유의미한 탐합에 이르기는 어려움.

- 원고 등 11개사 내부에서 가격이나 추후 가격인상 계획 등에 대한 정보는 공식적으로는 대외비로 하고 있으나, 대강의 가격인상 시기나 평균 인상률은 경쟁사끼리 서로 알아낼 수 있는 다양한 방법이 존재하여 그와 같은 정보를 공유하는 것이 오래 전부터 관행화되어온 것으로 보임. 따라서 이 사건 정보교환행위를 통하여 주고받은 정보들은 실질적으로 대외적인 영업비밀로서 지켜야 하는 가치가 그리 크다고 볼 수 없음. 또한, 원고 등 11개사가 배합사료 가격을 인상·인하함에 있어 부당한 공동행위가 있었던 것과 일치하는 외형이 존재한다고 인정하기도 어려움.

[11개 배합사료 제조판매업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2022. 5. 26. 선고 2017두47229 판결 등¹²⁰⁾)]

- 원고 실무자가 일부 모임에 참석하거나 전화 연락 등을 통하여 다른 제강사와 철스크랩 재고량, 입고량 등 정보를 교환한 적이 있었다고 하더라도, 피고가 제출한 증거만으로는 원고와 다른 제강사 사이에 철스크랩 기준가격의 변동 폭 및 변동 시기 등을 결정 또는 변경하려는 명시적 또는 묵시적인 의사의 합치가 있었다고 인정할 수 없음

- 원고의 구매팀 실무자가 각 구매팀장 재직 시절에 일부 구매팀장 모임에 참석하거나 전화 연락 등을 통하여 다른 영남권 제강사와 철스크랩 재고량, 입고량 등 정보를 교환한 적이 있었던 사실은 인정됨. 그러나 피고가 제출한 증거만으로는 원고와 다른 영남권 제강사 사이에 철스크랩 기준가격의 변동 폭 및 변동 시기 등을 결정 또는 변경하려는 명시적 또는 묵시적인 의사의 합치가 있었다고 인정할 수 없고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없음.

- 원고의 철스크랩 기준가격은 함안자원의 철스크랩 쪽지량, 공급량 등에 상당히 의존하고 있고 다른 제강사의 철스크랩 기준가격 변동에 비교적 영향을 받지 않음. 따라서 원고는 다른 영남권 제강사에 비하여 이 사건 행위에 가담할 유인이 적었음. (중략) 또한, 원고의 철스크랩 기준가격 결정 권한은 박명우, 김상균, 박상오 등 구매팀 직원이 아닌 원고의 대표에게 있었다고 보는 것이 타당함.

- 원고의 구매팀 실무자들이 구매팀장 모임에 일부 참석하였거나 전화 연락을 하였다고 하더라도, 이는 단순히 정보 수집을 위한 것으로 볼 여지가 충분하여, 이러한 정보 수집을 넘어 원고와 다른 영남권 제강사 사이에 철스크랩 기준가격의 변동 폭 및 변동 시기 등에 관한 상호 의사 합치가 있었다고 단정하기는 어려움.

[11개 제강사의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 1. 12. 선고 2021누40647 판결¹²¹⁾)]

120) 대법원 2017두47144, 2017두56346 판결

- 원고 등 7개사가 교환한 가격 관련 정보 중에는 추상적이고 부정확한 것도 적지 않았으며, 경쟁사에게 일부러 허위의 정보를 제공하기도 하였고, 취득한 경쟁사의 정보에 기초해 가격정책을 새로 수립하여 고객 유인경쟁을 하기도 하였다면, 가격담합의 수단으로 정보교환을 이용하였다고 단정하기 어려움
- 비록 원고 등 7개사가 2002년 12월경부터 2011년 4월경까지 대형 화물상용차의 판매가격, 판매실적 등에 관한 정보를 교환하기는 하였으나, 이를 통해 교환된 정보 중에는 판매가격 등에 관한 것보다 판매실적 등에 관한 것이 보다 많고, 가격 관련 정보 중에는 추상적이고 부정확한 것도 적지 않았으며, 원고 등 7개사의 직원들은 경쟁사에게 일부러 허위의 정보를 제공하기도 하였고, 취득한 경쟁사의 정보에 기초해 가격정책을 새로 수립하여 고객 유인경쟁을 하기도 하였던 점 등에 비추어 공동으로 판매가격을 결정하려는 목적으로 정보교환을 하였다거나, 가격담합의 수단으로 정보교환을 이용하였다고 단정하기 어렵고,
- 또한 원고 등 7개사가 대형 상용화물차 가격의 인상 시기·폭뿐만 아니라 인상 여부조차 달리하는 경우가 상당 수 있었을 뿐만 아니라, 일부 유사한 시기에 가격을 인상한 경우에도 이는 배기ガ스 규제기준의 변경이나 신차 출시 등 다른 합리적인 이유로도 설명 가능하므로, 가격 결정에 관한 사업자 간 의사연결의 상호성을 뒷받침할 만한 외형상의 일치가 있었다고 보기에도 부족함.

[반트리버스코리아 등 7개 대형 화물상용차 제조판매업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두31098 판결)]

* 같은 취지: 다임러트럭코리아, 볼보그룹코리아, 스카니아코리아, 타타대우상용차 등 7개 대형 화물상용차 제조판매업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 8. 17. 선고 2014누7191¹²¹⁾, 412391¹²³⁾, 469511¹²⁴⁾ 판결, 2017. 3. 10. 선고 2014누41536 판결¹²⁵⁾), 7개 시판용 베어링 제조, 판매 사업자의 부당한 공동행위 건(세풀러코리아, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2016두46113 판결)

- 원고 등이 오랜 기간 가격정보 등 다양한 정보를 서로 교환하고 이를 각자의 의사 결정에 반영해 온 것은 경쟁제한의 효과가 있었다고 볼 수도 있겠으나, 이에 관하여 공정거래법상 정보 교환 합의를 부당한 공동행위로 의율할 수 있는지는 별론으로 하고, 정보 교환행위 자체를 곧바로 가격을 결정·유지하는 행위에 관한 합의로 인정할 수는 없음

- (대표자회의 논의내용 불명확) 이 사건 1 합의의 증거인 전○○, 김○○의 진술은

121) 상고심(대법원 2023. 5. 18. 선고 2023두33054 판결)은 심리불속행 기각함

122) 상고심(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두50914 판결)은 심리불속행 기각함

123) 상고심(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두51061 판결)은 심리불속행 기각함

124) 상고심(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두50921 판결)은 심리불속행 기각함

125) 고법 확정

전문진술로서 대표자회의의 정황과 논의된 내용이 정확하지 않아 당시 원고의 가격인상에 공감하는 분위기 정도만 있었을 가능성은 배제할 수 없고, 업체별 평균인상을 편차도 있을 뿐 아니라, 2001년에는 라면가격이 인상되어야 한다는 점 외에 구체적인 합의 내용도 특정하기 어려움.

- (안○○ 진술의 신빙성 부족) 또한 라면협의회에서 논의된 내용에 관한 유일한 직접증거인 안수창의 진술내용은 그가 직접 경험한 것이 아닐 가능성이 있으므로, 신빙성을 전적으로 부여하기는 어려움.
- (외형상 일치 여부 불분명) 업체별 가격 평균인상을 다소 차이가 있고, 라면 품목이 다양하여 각 품목별로 가격을 정하거나 추종하는 합의를 한다는 것이 쉽지 않아 보이며, 특히 아쿠르트의 주력상품은 '왕라면'이 아니었으므로 원고 등 사이에 주력상품의 출고가를 맞춘다는 합의가 있었다고 볼 수도 없음.
- (구가지원의 양면성) ① 원고뿐 아니라 다른 사업자들 역시 경쟁사의 가격전략에 대응하여 가격인상 시기를 늦추거나 유통망에 대한 구가지원 등 각종 지원을 하는 등의 모습은 합의가 있었다면 나타나기 어려운 사정으로 볼 여지도 상당함 ② 구가지원은 담합을 유지하거나 이달을 제재하는 수단으로 사용될 수도 있지만 동시에 위와 같이 적극적인 상호경쟁 수단으로 사용될 수 있고, 이에 따라 불확실성을 증대시키는 효과가 있어 오히려 담합의 유지에 방해되는 수단이 될 수도 있음.
- (정보교환 자체만으로 합의인정 불가) 원고 등이 가격정보 등 다양한 정보를 서로 교환하고 각자의 의사결정에 반영해온 것은 경쟁제한의 효과가 있다고 볼 수도 있겠으나, 이에 관하여 공정거래법상 정보 교환 합의를 부당한 공동행위로 의율할 수 있는지는 별론으로 하고, 정보 교환행위 자체를 곧바로 가격을 결정·유지하는 행위에 관한 합의로 인정할 수는 없음.

[라면 제조·판매 사업자들의 부당 공동행위 건(대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924, 2016. 1. 14. 선고 2014두939, 2013두26309 판결)]

- 원고 등 생명보험사들이 금융당국의 행정지도 하에 이 사건 각 수수료율에 관한 의견 교환 및 정보를 공유한 사실만이 인정될 뿐, 나아가 이 사건 각 수수료율을 공동으로 책정하기로 합의하였다는 점까지는 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거는 없음

- (경쟁사업자간의 회의의 문제) 원고 등 4개사 직원들로 구성된 작업반 회의는 금융감독원과

보험개발원의 주도하에 보험개발원 사무실에서 개최하였는데 당시 보험개발원들이 참석한 상태에서 진행된 회의에서 원고 등 4개사 직원들간 담합이 이루어졌다는 것을 쉽게 납득하기 어려움.

- 원고 등 9개사에 의하여 은밀하게 구성된 것이 아니라 금융감독원의 업무계획에 따라 보험개발원이 주도하여 구성된 것이며, 금융감독원은 보험기반원으로부터 작업반 회의 결과를 보고 받고 4차 회의가 열릴 때에는 금융감독원의 담당 직원으로 하여금 직접 참여하여 변액연금보험을 우선 도입한다는 금융감독원의 정책 결정 사항을 통보하도록 하는 등 작업반 운영에 직·간접적으로 관여한 것으로 보임.
 - 이 작업반 회의는 모두 보험개발원에서 열렸고, 보험개발원 담당 직원이 항상 회의에 참석한 반면, 원고 등 9개사 담당 직원들이 이 작업반 회의를 기화로 보험개발원 담당 직원의 일시 부재 등을 이용하여 변액연금보험의 GMDB 및 GMAB 수수료율에 대해 따로 합의하였다고 인정할 만한 증거는 없음.
 - 나아가 이들 회의는 전체 생명보험사의 실무과장 또는 상품 담당 부서장이 참석한 가운데 그들을 대상으로 금융감독원이나 보험개발원이 전반적인 지시사항 · 감독방향 등을 통보하는 자리였다는 점에서 그 회의에 참석한 생명보험사 직원 중 일부만이 가담하여 수수료율 합의가 이루어졌다는 피고의 주장은 선뜻 수긍하기 어려움.
- (회의에 참석한 직원 직급 문제) 이 회의에 참석한 원고 등 4개사 직원들은 주로 대리급 실무자들로, 회사가 판매할 상품의 수수료율을 결정·합의할 만한 지위에 있었다고 볼 수 없음.
 - (증거자료의 문제) 내부문건인 회의결과보고에 기재된 “0.1% GMDB 비용 준비금으로 적립”이라는 부분은 금융감독원이 0.1%를 적정 수준으로 보아 내부심사 기준으로 제시하였음을 의미하는 것으로 보일 뿐이며, 합의가 이루어졌다는 점을 뒷받침하기 어렵고, 실무과장 회의 자료와 상품담당 부서장 회의 자료는 보험개발원이 회의에 앞서 미리 작성해 안전 형태로 회의 참석자들에게 배포한 문서로 보이므로, 이 사건 합의를 증명할 자료가 된다고 보기 어려움.
 - (진술의 문제) 피고가 조사 과정에서 확보한 진술 중 일부 담당 직원들의 진술은 변액종신보험에 관한 GMDB 수수료율 합의가 있었음을 인정하는 취지이기도 하지만, 이는 모두 자진신고에 따른 감면을 받기 위한 의도에서 비롯된 것으로 보이며, 일부 회사 직원의 진술은 변액연금보험의 GMAB 수수료율을 0.05%로 하기로 하는 합의가 있었음을 인정하는 취지이기는 하지만, 이는 자진신고에 따른 감면을 받기 위한 의도에서 비롯된 것으로 보이거나, 앞서 본 작업반 회의의 내용 등 객관적으로 인정되는 사실에 반하는

것이어서 설불리 믿을 수 없고, 문제가 된 이 일부 단당 직원들은 검찰의 조사 과정에서 종전의 진술을 번복하여 합의를 한 사실이 없다는 취지로 진술하였고, 당시 금융감독원의 직원도 검찰 조사에서 원고 등 4개사가 GMDB 수수료율을 0.1%로 하기로 합의한 것은 아니라고 진술하였으며, 일부 담당 직원의 진술은 작업반 회의에서 변액연금보험의 GMDB 및 GMAB 수수료율의 적정 수준에 관해 원고 등 9개사 직원들 사이에 의견 교환이 이루어졌고, 원고 등이 각 산출한 수수료율을 보험개발원을 통해 공유하였다는 내용에 불과하고 더 나아가 위 수수료율을 공동으로 책정하기로 하는 합의가 있었다는 내용은 아님.

- **(외형상의 일치의 문제)** 원고 등 4개사가 2001. 7. 9부터 2006. 1. 1까지 판매한 변액종신보험의 GMDB수수료율이 0.1%였던 것은 사실이나, 이는 금융감독원이 2001년 4월경 마련한 심사기준안에서 그 상한이 0.1%로 정해지자, 재무 건전성을 유지하고 금융감독원으로부터 상품 판매에 대한 인가를 쉽게 받기 위해서 그대로 적용한 탓에 위와 같은 외형상 일치가 나타났을 개연성이 충분하므로 그 사정만으로 합의하였다고 인정하기 부족하며, 이러한 외형상의 일치는 금융당국의 적극적인 개입, GMDB 및 GMAB 수수료율의 성격, 중소 보험사들의 상위 보험사 추종 등 다른 원인에서 비롯되었을 개연성이 충분함.

[9개 생명보험사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2014. 10. 31. 선고 2013누45128¹²⁶⁾, 2013누11804¹²⁷⁾, 2013누45135¹²⁸⁾, 2014. 11. 19. 선고 2013누120981¹²⁹⁾, 2013누45104¹³⁰⁾, 2013누45111¹³¹⁾, 2015. 3. 26. 선고 2013누11903 판결, 고법 확정)]

- 비록 원고가 이 사건 정보교환행위를 통해 다른 건설사들에게 입찰희망 공구를 밝힘과 동시에 다른 사업자들의 입찰희망공구에 관한 정보를 확인하고, 그 확인된 정보에 따라 입찰이 실제 진행되었지만, 공구분할에 관한 명시적·묵시적 의사의 합치나 암묵적 용인이 있었다고 보기에는 증거가 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없음
- 원고 등 8개사가 3차례에 걸쳐 이 사건 모임을 진행한 것은 제4공구를 입찰공구로 밝힌 원고와 현대건설이 제4공구에서 서로간의 입찰경쟁을 피하기 위하여 제4공구 대신 다른 공구에 입찰하기로 할 것인지 여부에 관한 정보를 얻기 위한 것으로 보이고 이 사건

126) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두45802 판결)은 심리불속행 기각함

127) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두45796 판결)은 심리불속행 기각함

128) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두45819 판결)은 심리불속행 기각함

129) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두46706 판결)은 심리불속행 기각함

130) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두46713 판결)은 심리불속행 기각함

131) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두46720 판결)은 심리불속행 기각함

정보교환행위도 이 사건 입찰, 그 중에서도 특히 제4공구의 입찰에 관하여 새로이 취득한 정보나 이익은 없음.

- 원고가 제4공구 외에 다른 공구의 입찰에 참여하지 않은 이유는 나머지 6개사들과의 경쟁을 회피하기 위한 것이 아니라 이 사건 입찰에 있어서 1개사 1공구 원칙이 적용된다는 판단 및 위에서 본 현실적인 상황에 의하여 제4공구를 입찰희망공구로 선정한 데 따른 것이라고 할 것이고 현대건설과의 입찰경쟁에서 우위에 있다는 판단 하에 이루어진 것으로 보일 뿐 다른 건설사들과의 공구분할합의에 의한 것이라고 보이지 않음. 또한 입찰공고 후 복수 공구에 입찰하는 것이 가능한 것으로 입찰상황이 당초 예상과는 다르게 되었음에도 원고는 다른 건설사들과 이 사건 입찰과 관련하여 모임을 새로이 가진 정황은 인정되지 않음.

[삼성물산(주)의 대구도시철도 3호선 턴키대안공사 입찰참가 16개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 6. 2. 선고 2014누49110 판결¹³²)]

다. 관련시장의 확정

1) 서설

- 공정거래법 제19조 제1항에 규정된 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 경쟁관계가 문제될 수 있는 일정한 거래분야에 관하여 거래의 객체인 관련 상품에 따른 시장을 구체적으로 정하여야 함
- 공정거래법 제19조 제1항 각 호에 규정된 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 경쟁관계가 문제될 수 있는 일정한 거래분야에 관하여 거래의 객체인 관련상품에 따른 시장(이하 ‘관련시장’이라 한다)을 구체적으로 정하여야 함. 여기에서 관련시장은 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는데, 이를 정할 때에는 거래에 관련된 상품의 가격, 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태는 물론 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 형태, 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여야 함(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11757 판결, 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결 등 참조).

132) 상고심(대법원 2019. 11. 14. 선고 2016드43312 판결)은 상고 기각함(원심정당성 인정)

- 또한 동일 사항에 관하여 상반되는 수 개의 감정평가가 있고, 그 중 어느 하나의 감정평가에 오류가 있음을 인정할 자료가 없는 이상 법원이 각 감정평가 중 어느 하나를 채용하여 사실을 인정하였다 하더라도 그것이 경험법칙이나 논리법칙에 위배되지 않는 한 위법하다고 할 수 없음(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다45491 판결 등 참조).

[9개 렉서스자동차 딜러의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015두2352 판결)]

* 같은 취지: 3개 학생복제조업체의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두10586 판결, 대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두12346 판결), 용인시 죽전택지개발지구내 공동주택 분양 6개 건설사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두6793 판결) 등

□ 관련 상품시장의 획정이 적정하게 이루어졌다는 사실에 관한 증명책임은 처분청인 피고에게 있음

- 법 제19조 제1항 제1호가 정하고 있는 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하는 경우에 먼저 그 전제가 되는 관련 상품시장을 획정하여야 하는바, 이러한 관련 상품시장을 획정할 때에는 거래대상인 상품의 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사 결정형태, 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여야 함(환송판결 및 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11757 판결 참조). 그리고 관련 상품시장의 획정이 적정하게 이루어졌다는 사실에 관한 증명 책임은 처분청인 피고에게 있음(위 2010두11757 판결 참조).

[7개 비엠더블유자동차 딜러의 부당한 공동행위의 건(서울고법 2014. 4. 18. 선고 2012누15380 판결¹³³⁾)]

□ 관련시장의 획정에 이 사건 공동행위 자체에 존재하는 특성을 고려할 필요는 없음

- 원심은, 관련시장의 획정은 공정거래법상 관련시장의 획정을 필요로 하는 담해 행위가 무엇인지에 따라 달리 취급되어야 한다는 전제 아래, 이 사건 공동행위의 관련시장을 획정함에 있어서는 다른 무엇보다도 공동행위의 대상 및 사업자의 의도, 공동행위가 이루어진 영역 또는 분야, 공동행위의 수단과 방법, 그 영향 내지 파급효과 등 이 사건 공동행위 자체에 존재하는 특성을 고려해야 할 필요가 있다고 판단함.

133) 상고심(대법원 2014. 8. 26. 선고 2014두7287)은 심리불속행 기각함

- 그러나 원심이 고려해야 한다고 들고 있는 것들은 주로 관련시장 확정 그 자체를 위한 고려요소리기보다 관련시장 확정을 전제로 한 부당한 공동행위의 경쟁제한성을 평가하는 요소들에 해당하므로, 만약 원심과 같은 방식으로 관련시장을 확정하게 되면 관련시장을 확정한 다음 경쟁제한성을 평가하는 것이 아니라 거꾸로 경쟁제한 효과가 미치는 범위를 관련시장으로 보게 되는 결과가 되어 부당한. 따라서 원심으로서는 이 사건 공동행위의 거래대상인 상품의 기능 및 효율의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정형태 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 공동행위의 전제가 되는 관련시장을 확정하였어야 함에도 불구하고 이와는 달리 판단하였으니, 원심판결에는 관련시장의 확정에 관한 법리를 오해한 위법이 있음.

[7기 비엠더블유자동차 딜러의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결¹³⁴⁾)]

- 관련상품시장의 확정을 필요로 하는 행위가 무엇인지 여부에 따라 시장확정의 기준이 달라진다고 볼 수 없으므로 이 사건 공동행위의 대상인 음료상품시장이 제대로 확정되었는지 여부를 살펴보아야 함
- 원심은 관련상품시장의 확정을 필요로 하는 행위가 공정거래법상 규제대상에 해당하는 기업결합행위인지 또는 부당한 공동행위인지 여부 등에 따라 그 관련상품시장이 달라져야 한다고 전제한 다음, 원고를 포함한 음료제조기업들이 가격인상 합의의 대상과 목적을 전체 음료시장에서의 가격경쟁을 제한하는 데 두었고 그 경쟁제한의 효과도 전체 음료 시장에서 발생한 점 등을 들어 관련상품시장을 ① 과실 또는 채소를 주원료로 가공한 주스음료인 과실음료, ② 콜라·사이다·탄산수 등 탄산음료, ③ 커피·기능성음료·스포츠 음료·차류·두유류·며는 샘물 등 기타 음료의 셋을 모두 포함하는 전체 음료시장이라고 판단함.
- 그러나 공정거래법 제2조 제8호를 비롯하여 관련상품시장 확정과 관련된 공정거래법령 및 피고 스스로 일정한 거래분야와 판단기준에 관하여 마련한 여러 심사기준 등을 종합하면, 원심과 같이 관련상품시장의 확정을 필요로 하는 행위가 무엇인지 여부에 따라 관련상품시장 확정의 기준이 본질적으로 달라진다고 볼 수 없음.
- 또한 이 사건 공동행위의 관련상품시장을 확정함에 있어서 원심이 기준으로 삼고 있는 합의의 대상·목적·효과 등을 주로 관련상품시장 확정 그 자체를 위한 고려요소리기보다 관련상품시장 확정을 전제로 한 부당한 공동행위의 경쟁제한성을 평가하는 요소들에 해당하므로, 만약 원심과 같은 방식으로 관련상품시장을 확정하게 되면 관련상품시장을

134) 환송 후 재상고심(대법원 2014. 8. 26. 선고 2014두7237 판결)은 심리불속행 기각함

획정한 다음 경쟁제한성을 평가하는 것이 아니라 반대로 경쟁제한의 효과가 미치는 범위를 관련상품시장으로 보게 되는 결과가 되어 부당함(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결 참조).

- 특히 원심이 동일한 관련상품시장에 속한다고 본 음료상품들을 살펴보면, 그 중에는 먹는 샘물부터 두유류, 기능성음료, 스포츠음료, 차류를 비롯하여 탄산음료, 과실음료, 커피까지 포함되어 있으나 이들 음료상품들은 기능과 효용 및 구매자들의 대체기능성에 대한 인식의 면 등에서 동일한 관련상품시장에 포함된다고 쉽사리 인정하기 어려우며 거기에는 각 음료상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 음료상품의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 음료상품에 해당되는지 여부가 분명하지 아니한 여러 음료상품들이 포함되어 있음을 쉽게 알 수 있음.
- 따라서 원심으로서는 위에서 본 법리에 따라 이 사건 공동행위의 대상인 음료상품의 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체기능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사 결정형태 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 공동행위 해당 여부 판단의 전제가 되는 관련상품시장이 제대로 확정되었는지 여부를 먼저 살펴보았어야 마땅함에도 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 이와 달리 판단한바 이러한 원심판결에는 부당한 공동행위 해당 여부 판단의 전제가 되는 관련상품시장의 확정에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있음.

[해태음료, 웅진식품 및 롯데칠성음료 등 5개 음료 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2013. 2. 14. 선고 2010두28939 판결¹³⁵⁾)]

* 환송심(서울고법 2016. 11. 23. 선고 2013누8020, 2013누8037 판결¹³⁶⁾, 서울고법 2017. 2. 15. 선고 2013누11910 판결¹³⁷⁾)은 피고가 관련상품시장을 과실음료, 탄산음료, 기타음료 시장으로 나누어 한 재처분에 대하여 과실음료, 탄산음료 시장을 구분하여 확정한 것은 적법하나, 기타음료를 하나의 시장으로 확정한 것은 위법하다고 하여 일부 패소하였음

□ (음료담합 건 환송심) 기타음료를 보다 세분화한 하위제품군에서 관련상품시장이 확정 될 수 있음에도 피고가 과실음료 및 탄산음료를 제외한 모든 음료(커피, 기능성음료, 다류, 두유류, 먹는 샘물 등)를 통칭하여 하나의 기타음료시장으로 확정한 것은 위법함

- 피고는 커피, 기능성음료, 스포츠음료, 다류, 두유, 먹는 샘물을 통틀어서 기타음료로 분류하고 있는데, 커피는 주로 특유의 향과 맛, 그리고 졸음을 쫓는 각성효과 및 기분전환을 위해서, 스포츠음료는 갈증 해소 및 수분 공급을 위해서, 다류는 건강에 좋고 갈증 해소를

135) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두1226 판결)

136) 심고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두1226, 2016두1202 판결)은 심리불속행 기각함

137) 상고심(대법원 2017. 6. 9. 선고 2017두190 판결)은 심리불속행 기각함

위해 물 대신 음용이 편해서, 두유는 건강 또는 식사내용을 위해서 마시는 등 각 상품의 기능 및 효용 면에서 피고가 기타음료로 분류한 커피 등이 서로 유사성이 있다고 보기 어렵고, 구매자의 입장에서 서로 대체가능성이 있다고 인식할 것으로 보이지 않음.

- 이 사건 감정은 임계탄력성 방식을 통하여 관련상품시장을 획정하였는데 실제탄력성 값이 임계탄력성 값보다 작은 경우에는 가격 인상에도 불구하고 인접 제품군으로 구매를 전환하는 수요자가 그리 많지 않다는 것을 의미하므로 현재 상품만으로 시장을 획정할 수 있게 됨. 그런데 감정인이 중위제품군인 탄산음료, 과실음료, 기타음료를 보다 세분화한 하위제품군(콜라, 사이다, 기타 탄산, 오렌지·포도주스, 알로에주스, 사과주스, 매실주스, 기타주스, 스포츠음료, 커피, 홍차, 기타 차)에서 조차 실제탄력성 값이 임계탄력성 값보다 작았음. 이는 하위제품군에서 관련상품시장이 획정될 수 있고, 그보다 더 세분화될 가능성도 있다는 것을 의미함. 따라서 위 하위제품군을 넘어 기타음료시장을 하나의 시장으로 획정할 수 있는 가능성은 상당히 낮다는 것이 이 사건 감정의 주요내용임.
- 이 사건 감정은 과실음료, 탄산음료, 기타음료의 중위제품군을 중심으로 관련상품시장이 중위제품군보다 더 넓거나 좁게 획정될 수 있는지 여부를 판단하기 위하여 실시되었으므로, 여기에서 더 나아가 어느 정도의 시장까지 음료제품의 관련상품시장이 세분화되어야 할지에 관한 구체적인 감정은 실시하지 않았음. 그런데도 피고는 추가적인 조사나 검토 없이 임의로 이 사건 감정결과에 의하면 기타음료시장을 하나의 시장으로 관련상품시장을 획정한 수 있다고 단정하였음.
- 피고는 스스로 ① 캔커피, 컵커피, PET커피를 별개의 시장으로 획정한 사례, ② 일반 두유, 냉장 두유, 유아용 두유를 포함한 두유시장을 기타음료 중에서 별개시장으로 획정한 사례, ③ 시유(市乳)와 발효유를 별개의 시장으로 획정한 사례가 있는데 이와 같은 시장획정과 이 사건에서 기타음료시장을 하나의 시장으로 획정한 것은 서로 양립하기 힘듦.
[해태음료, 웅진식품 및 롯데칠성음료 등 5개 음료 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 23. 선고 2013누8020, 2013누8037 판결¹³⁸⁾, 서울고법 2017. 2. 15. 선고 2013누11910 판결¹³⁹⁾]

□ 공동행위의 관련상품시장을 획정할 때 반드시 실증적인 경제분석을 거쳐야만 한다고 요구할 수는 없음

- 피고가 어느 공동행위의 관련상품시장을 획정할 때 반드시 실증적인 경제분석을 거쳐야만 한다고 요구할 수는 없고, 피고가 이를 거치지 아니한 채 관련상품시장을 획정하였더라도

138) 상고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두1226, 2016두1202 판결)은 심리불속행 기각함

139) 상고심(대법원 2017. 6. 9. 선고 2017드190 판결)은 심리불속행 기각함

문제가 된 공동행위의 유형과 구체적 내용, 그 내용 자체에서 추론할 수 있는 경제적 효과, 공동행위의 대상인 상품이나 용역의 일반적인 거래현실 등에 근거하여 그 시장획정의 타당성을 인정할 수 있다고 보아야 함.

[13개 비료 제조·판매사들의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결)]

※ 같은 취지: 세아제강의 부당한 공동행위(아연도강판) 건(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015두36362 판결), 남양유업의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2015. 4. 9. 선고 2014두762 판결)

□ 심사보고서 및 처분서를 통해 관련시장의 범위를 충분히 알 수 있고, 관련시장의 범위를 담합 대상 입찰로 한정하여 처분을 하였다고 볼 수 있다면 처분서에 관련 시장을 명시하지 않았다고 하여 처분이 위법하다고 볼 수 없음

○ 피고는 이 사건 처분서에서 관련시장의 범위가 이 사건 입찰이라고 명시적으로 밝히지는 않았으나, 심사보고서에서 관련시장이 이 사건 입찰 시장 하나로 확정된다고 명시한 점, 이 사건 처분서의 경쟁제한성 판단 부분에서 ‘원고와 진두가 이 사건 입찰에서 이 사건 공동행위를 하여 경쟁 제도의 취지를 사실상 무력화시켰고, 원고와 진두의 행위는 입찰 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한하였다.’고 판단하여 이 사건 입찰이 관련시장임을 간접적으로 밝힌 점, 피고가 이 사건 입찰이 관련시장임을 전제로 과징금을 산정하였던 점, 원고가 이 사건 입찰 이외에 담합을 하였다는 사정을 찾아볼 수 없는 점 등을 고려하면 피고가 관련시장의 범위를 이 사건 입찰로 한정하여 이 사건 처분을 하였다고 볼 수 있고, 원고가 피고의 심사보고서, 이 사건 처분서를 통해 관련시장의 범위가 이 사건 입찰임을 충분히 알고 있었다고 봄이 상당함.

[조달청 발주 한국보건복지정보개발원 운영시스템 통합유지보수 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 5. 6. 선고 2019누59723 판결¹⁴⁰⁾)]

□ 가격담합은 합의의 내용 자체로 합의에 경쟁제한적 효과가 있다는 점이 비교적 쉽게 드러나게 되므로, 공동행위 가담자들의 정확한 시장점유율을 계량적으로 산정하지 않았다고 하더라도 경쟁제한성을 인정할 수 있음

○ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 각 호에 규정된 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는, 먼저 경쟁관계가 문제 될 수 있는 일정한 거래분야에

140) 상고심(대법원 2020. 9. 9. 선고 2020두39143 판결)은 심리불속행 기각함

관하여 거래의 객체인 관련시장을 구체적으로 정하여야 하는데, 부당한 공동행위의 다양성과 그 규제의 효율성 및 합리성 등을 고려하면 어느 공동행위의 관련시장을 획정할 때 반드시 실증적인 경제 분석을 거쳐야만 한다고 할 수는 없고, 이러한 경제 분석 없이 관련시장을 획정하였더라도 문제가 된 공동행위의 유형과 구체적 내용, 그 내용 자체에서 추론할 수 있는 경제적 효과, 공동행위의 대상인 상품이나 용역의 일반적인 거래현실 등에 근거하여 그 시장 획정의 타당성을 인정할 수 있다고 보아야 함.

- 다만, 경쟁사업자 사이에서 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 할 것을 합의하는 가격담합은 특별한 사정이 없는 한 그 합의의 내용 자체로 합의에 경쟁제한적 효과가 있다는 점이 비교적 쉽게 드러나게 되므로, 이러한 경우 관련지역시장을 획정하면서 공동행위 가담자들의 정확한 시장점유율을 계량적으로 산정하지 않았다고 하더라도 예상되는 시장점유율의 대략을 합리적으로 추론해 볼 때 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있음이 인정되지 않을 정도로 그 시장점유율이 미미하다는 등의 특별한 사정이 없다면, 위에서 본 경쟁제한성 판단의 구체적 고려 요소를 종합하여 경쟁제한성을 인정할 수도 있음.
- 이 사건 합의가 실제로 영향력을 미칠 수 있는 지역은 주로 서울 지역일 것으로 보이는 반면 이 사건 합의의 관련지역시장에는 경기도 일부 지역이 포함된다는 등의 사정으로 인하여, 이 사건 합의가 경기도 일부 지역에 기주하는 소비자들에 대하여 미칠 수 있는 경쟁제한적 효과가 미약한 수 있다고 하더라도, 그러한 사정만으로 이 사건 합의의 경쟁제한성이 부인될 수는 없을 것으로 판단되므로 원심의 이와 같은 판단은 수긍할 수 있는 범위 내에 있는 것으로 볼 수 있고, 거기에 부당한 공동행위의 관련지역시장 획정 및 경쟁제한성 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없음.

[서울특별시 7개 자동차운전전문학원의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013두8233 판결)]

* 같은 취지: 케이지피 등 7개 컵원지 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2016. 11. 17. 선고 2015누37886 판결¹⁴¹⁾)

- 경쟁사업자 사이에서 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 할 것을 합의하는 가격담합은 특별한 사정이 없는 한 합의의 내용 자체로 합의에 경쟁제한적 효과가 있다는 점이 비교적 쉽게 드러나게 되므로, 이러한 경우 관련지역시장을 획정하면서 공동행위 가담자들의 정확한 시장점유율을 계량적으로 산정하지 않았거나, 공정거래위원회가 적법한 관련시장의

¹⁴¹⁾ 상고신(대법원 2017. 3. 16. 선고 2016두63743 판결)은 심리불속행 기각함

범위보다 협소하게 시장획정을 한 잘못이 있음이 밝혀져 적법한 시장획정을 전제로 한 정확한 시장점유율이 산정되어 있지 않더라도 예상되는 시장점유율의 대략을 합리적으로 추론해 볼 때 경쟁을 제한하거나 제한할 우려가 있음이 인정되지 않을 정도로 시장점유율이 미미하다는 등의 특별한 사정이 없다면, 경쟁제한성 판단의 구체적 고려 요소를 종합하여 경쟁제한성을 인정할 수도 있음(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012두28827 판결 참조).

2) 구체적 사안

- 이 사건 공동행위에 가담한 사업자들 모두 저평량과 고평량 컵원지를 함께 생산하고 있으므로 공급자 사이의 대체성도 인정되는 점, 컵원지 전부에 대한 톤당 가격 인상폭에 관하여만 합의한 점 등을 보면 이 사건 공동행위로 인하여 영향을 받는 관련상품 시장은 저평량과 고평량을 포함한 하나의 컵원지 시장이라고 봄이 타당함
- 부당한 공동행위의 다양성과 그 규제의 효율성 및 합리성 등을 고려하면 피고가 어느 공동행위의 관련상품시장을 획정할 때 반드시 실증적인 경제 분석을 거쳐야만 한다고 요구할 수는 없고, 피고가 이를 거치지 아니한 채 관련상품시장을 획정하였더라도 문제가 된 공동행위의 유형과 구체적 내용, 그 내용 자체에서 추론할 수 있는 경제적 효과, 공동행위의 대상인 상품이나 용역의 일반적인 거래현실 등에 근거하여 그 시장획정의 타당성을 인정할 수 있다고 보아야 한다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결 참조).
- 다음의 사정 즉, ① 저평량 컵원지와 고평량 컵원지를 분리하는 객관적인 기준이 존재하지 않는 점, ② 원고는 저평량은 대리점에, 고평량은 실수요처에 주로 납품되어 유통구조가 분리된다고 주장하나, 원고는 실제 대리점과 실수요처 모두에 전 평량의 컵원지를 공급하고 있어 유통구조가 뚜렷하게 구분된다고 보기 어려운 점, ③ 원고를 포함하여 이 사건 공동행위에 가담한 사업자들 모두 저평량 컵원지와 고평량 컵원지를 함께 생산하고 있으므로, 공급자 사이의 대체성도 인정되는 점, ④ 이 사건 공동행위에 참가한 사업자들 역시 이 사건 공동행위를 합에 있어 컵원지를 저평량 컵원지와 고평량 컵원지로 분리하여 가격 합의를 한 사실이 없고 컵원지 전부에 대한 톤당 가격 인상폭에 관하여만 합의한 점 등을 위 법리에 비추어 보면 이 사건 공동행위로 인하여 영향을 받는 관련상품 시장은 저평량과 고평량을 포함한 하나의 컵원지 시장이라고 봄이 타당하므로 이 점을 다루는 원고의 주장은 이유 없음.

[한정제지 등 7개 컵원지 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 25. 선고 2015누30076 판결, 고법 확정)]

- 이 사건 공동행위는 원고 등 6개사가 저평량 및 고평량 컵원지의 톤당 인상 가격과 인상 시기 등을 공동으로 합의하여 결정한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 경쟁제한성이 있다고 판단될 뿐만 아니라, 저평량 컵원지 시장 자체만 놓고 보더라도 원고를 포함하여 모든 컵원지 제조업체에서 저평량 컵원지를 생산하거나 생산할 수 있으므로 이 사건 공동행위로 인한 경쟁제한성을 인정할 수 있어 저평량 컵원지 시장을 고평량 컵원지 시장과 별개로 관련시장을 확정하는 여부와 관계없이 이 사건 공동행위의 경쟁제한성은 충분히 인정할 수 있음.

[케이지피 등 7개 컵원지 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2016. 11. 17. 선고 2015누37886 판결¹⁴²⁾]

- 실크벽지나 합지벽지는 모두 건축물의 실내 마감재로서 벽면의 보호 및 장식이라는 동일한 기능과 용도를 갖는 상품이며, 구매량에 따른 벽지별 총 비용의 차이가 그로 인하여 시장이 구분될 수 있을 정도의 다투어 보이지 않는 등에 비추어 시판용 일반실크벽지와 장폭합지벽지는 모두 단일시장에 속함

- ① 실크벽지나 합지벽지는 모두 건축물의 실내 마감재로서 벽면의 보호 및 장식이라는 동일한 기능과 용도를 갖는 상품인 점, ② 전체적으로 보았을 때 실크벽지와 합지벽지의 가격 중 일부는 중첩되기도 하는 점, ③ 시판시장의 최종 소비자들의 구매량에 따른 벽지별 총 비용의 차이가 그로 인하여 시장이 구분될 수 있을 정도의 다투어 보이지 않는 점, ④ 소비자들의 개별적인 사정에 따라 소유자의 경우 합지벽지를, 임차인의 경우 실크벽지를 택할 경우도 충분히 생각해 볼 수 있는 점, ⑤ 원고를 비롯한 이 사건 공동행위자들이 이 사건 합의를 진행함에 있어서도 시판시장과 특판시장으로만 구분한 점 등에 비추어, 시판용 일반실크벽지와 장폭합지벽지는 모두 단일시장에 속한다고 볼이 상당함.

[개나리벽지 등 12개 벽지 제조·판매사들의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두19687 판결)]

* 참고: 엘지하우시스 건(대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두21246 판결)

¹⁴²⁾ 삼고심(대법원 2017. 3. 16. 선고 2016두63743 판결)은 심리분석행 기각함

- 원고로 하여금 '발트렉스'의 경쟁제품의 취급 등을 금지시킨 부분은 조프란과는 전혀 다른 의약품에 관한 것으로 '조프란'에 관한 합의와는 관련상품시장을 달리하므로 이러한 합의가 부당한 공동행위에 해당하기 위하여는 별도로 경쟁제한성이 인정되어야 함
- 원심은, 원고가 글락소 그룹 리비티드 및 주식회사 글락소스미스클라인과 사이에 원고의 '온다론'(항구토제)을 시장에서 철수하고 특히 관련 분쟁을 종료하는 대신 글락소의 '조프란'(항구토제)과 '발트렉스'(바이러스성 피부병 치료제)의 공급·판매권을 부여받고 '조프란'과 '발트렉스'의 경쟁제품을 취급하지 아니하기로 하는 등의 이 사건 합의를 하였는데, 그 중 원고로 하여금 '발트렉스'의 경쟁제품의 취급 등을 금지시킨 부분은 조프란과는 전혀 다른 의약품에 관한 것으로 '조프란'에 관한 합의와는 관련상품시장을 달리하므로 이러한 합의가 부당한 공동행위에 해당하기 위하여는 별도로 경쟁제한성이 인정되어야 함에도 피고가 위 '발트렉스' 관련 합의가 어떤 관련상품시장에서 어떻게 경쟁에 영향을 미쳤는지 등에 관하여 아무런 근거를 제시하지 아니하였음을 이유로 피고의 시정명령 중 '당해 특정신약의 특히와 관련 없는 다른 신약의 복제약 내지 경쟁제품'에 관한 부분을 취소한바, 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있음.
[글락소스미스클라인 및 동아제약의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두27794 판결)]
- 피고 경제분석에서 이 사건 공동행위의 관련시장을 BMW·벤츠·아우디·렉서스·인피니티와 볼보 자동차를 포함한 6개의 고급 수입차 판매시장으로 확정한 것은 적법함
- 피고 측이 실시한 '설문조사' 방식을 활용한 임계매출손실분석(Critical Loss Analysis)에 의하면, BMW·벤츠·아우디·렉서스·인피니티와 볼보 자동차를 포함한 6개의 고급 수입차 판매시장(이하 '이 사건 수입차시장'이라 한다)을 하나의 시장으로 상정한 후 그 시장에서 자동차의 가격을 일정 한도 내에서 인상하더라도, 실제 매출감소율이 임계 매출 감소율 [가격인상시 이윤의 감소를 야기하지 않는 배출감소율의 최대치(임계치)]보다 낮은 것으로 분석되므로, 이 사건 수입차시장을 넘어서 관련시장을 추가적으로 확장할 필요가 없는데, 설문조사 대상자의 인원 수·선정 방법·경위와 성격 등 설문조사 설계 내용 및 이를 기초로 한 설문조사 결과 내용 등에 비추어 그 타당성 및 신빙성을 의심할 만한 사정이 보이지 않으므로, 이 사건 공동행위의 관련시장을 이 사건 수입차시장으로 확정할 수 있음.
[9개 렉서스자동차 딜러의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015두2352 판결)]

- 유제품 시장은 각종 판매방식(직접방문판매방식, 정기배달, 시중판매방식)과 상관없이 시유시장과 발효유시장만으로 구별될 뿐이어서 시판과 방문판매 사이에 경쟁관계가 성립하고, 방문판매와 시판 경쟁사업자 사이에 경쟁을 제한하고자 이 사건 담합을 할 수 있음
 - 유제품 시장은 각종 판매방식(직접방문판매방식, 정기배달, 시중판매방식)과 상관없이 시유시장과 발효유시장만으로 구별될 뿐이어서 시판과 방문판매 사이에 경쟁관계가 성립하고, 직접방문판매 방식을 채용한 원고(한국아쿠르트)와 배달판매나 시중판매방식을 채용한 경쟁사업자와 사이에 경쟁을 제한하고자 하는 이 사건 담합을 할 수 있었음. 소비자가 유제품을 선택하는 데 있어서 주요 결정인자는 제품의 종류와 가격, 기능과 효용, 신선도 등으로 보이고, 방문판매인지 시판인지의 구별은 공급자의 측면에서 유제품이 제조·판매사업자로부터 최종 소비자에게 전달되는 과정에 따른 것인 뿐이어서, 판매방식의 차이는 수요자의 측면에서 가격, 기능 등의 인자를 뛰어넘는 결정적인 요소로 작용하는 것으로 보이지 아니함. 원고는 자신의 가격인상안을 마련하는 과정에서 정기배달 또는 시판방식을 채용한 경쟁사업자의 가격 인상 여부 및 그 시기와 정도 등을 주시하면서 자신의 가격인상안을 정하였는바, 이는 원고가 정기배달 또는 시판방식을 채용한 경쟁 사업자를 자신의 경쟁자로 인식하였음을 바로 보여줌. 또한 이 사건 담합 과정에서 발효유의 경우 경쟁사업자는 직접 방문판매방식의 채용 여부에 상관없이 원고가 발효유 가격을 인상하면 자신도 그에 따라 비슷하게 인상하겠다고 밝힌 점에 비추어 경쟁사업자도 원고와 사이에 경쟁관계에 있음을 인식하였다고 보임.
 - 발효유의 경우 호상 발효유, 액상 발효유, 드링크 발효유 사이에 가공방법, 특히 받은 사료 사용 여부 등에서 차이가 있기는 하지만, 이들은 모두 발효유시장에서 상호간에 수요 대체 가능성이 있고, 경쟁사업자가 이를 제품에 관하여 원고와 사이에 경쟁관계가 있다고 보고 있으므로, 발효유시장을 원고 주장과 같이 호상발효유시장, 액상발효유시장 및 드링크발효유시장으로 나시 세분화할 수는 없음.
[한국아쿠르트 등 13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 3. 21. 선고 2011누18719 판결, 고법 확정)]
- * 같은 취지: 남양유업 등 13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누27584 판결¹⁴³⁾)

¹⁴³⁾ 상고심(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012누10093 판결)은 심리불속행 기각함

- 이 사건 공동행위의 관련상품시장은 원고들의 썬연료 등 고가제품을 포함한 휴대용 부탄가스 시장 전체로 확정될 수 있고, 원고들의 고가제품과 다른 저가제품들은 서로 경쟁관계에 있으므로 원고들의 이 사건 합의는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당함
- ① 휴대용 부탄가스는 고압가스 안전관리법에서 정한 기준을 준수하여 생산하는 규격품으로서 동일한 제조기준(재료, 두께, 구조 등) 및 검사기준(기밀검사, 고압가압검사 등)이 적용되는 점, ② 원고들의 고가제품은 하이썬 등 저가제품에 비해 시장에서의 선점효과 및 브랜드효과 등의 이유로 다소 높은 가격을 유지하고 있는 것일 뿐 기능과 효용도 동일한 점, ③ 원고들의 임직원들도 양 제품 사이의 경쟁관계를 인식하고 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 6개사 중 원고들만이 고가제품을 취급한다고 하더라도 고가제품은 저가제품의 가격에 따라 판매자인 원고들이나 소비자들이 이에 대응하여 판매 또는 구매를 전환할 수 있고 기능 및 효용의 유사성, 대체가능성의 측면에서 제품군 사이의 동질성 및 유사성을 인정하기에 충분하므로 이 사건 공동행위의 관련상품시장은 원고들의 썬연료 등 고가제품을 포함한 휴대용 부탄가스 시장 전체로 확정될 수 있고, 원고들의 고가제품과 다른 저가제품들은 서로 경쟁관계에 있으며, 원고들의 고가제품은 이 사건 합의의 대상에 포함된다고 볼이 상당함.

[태양, 세안산업 등 6개 휴대용 부탄가스 제조판매 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2017. 2. 3. 선고 2015누50179 판결¹⁴⁴⁾]
- 벤츠 승용차 공식 서비스센터가 존재하지 않는 지역이나 인접한 서비스센터 간에는 고객을 유치하기 위한 직·간접적인 경쟁관계가 존재할 것이고, 벤츠코리아와 이 사건 딜러사들 사이의 계약 등에 의하여 각 서비스 지역이 독점적·배타적으로 구분되지 않는다는 점에서 이 사건 딜러사들은 최소한 잠재적 측면에서 경쟁관계를 형성하고 있다고 할 것임
- 이 사건 공동행위에서의 관련상품은 벤츠 승용차에 대한 '공식서비스센터'에서의 수리 서비스인바, 자동차의 이동성 및 발달한 도로망 등에 비추어 보면, 장소적인 제약이 작용하는 일반적인 상품시장과 달리 거리에서 오는 제약이 상당부분 완화되어 관련 지역시장이 특정 도나 시의 범위로 한정된다고 보기 어려움. 또한 연접한 A지역과 B지역을 동일 지역시장으로 판단하였는데 B지역과 C지역 또한 동일 지역시장으로 고려할 수 있다면 A지역과 C지역 사이에 직접적으로 대체관계가 존재하지 않는 것처럼

144) 상고심(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016두53234 판결)은 쉬리불속행 기각함

보여도 B지역의 존재로 인하여 관련 지역시장은 연쇄적으로 확대될 여지가 큼.

[중앙모터스(주)와 2의 메르세데스벤츠 딜러사들의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 28. 선고 2017누81818 판결, 고법확정)]

- 이 사건 공동행위로 인하여 영향을 받는 관련시장은 수요기관이 지진관측장비를 구매하는 각 입찰시장이라고 봄이 상당하므로 피고의 관련시장 획정에 위법이 있다고 볼 수 없음
- 이 사건 각 입찰시장은 구매자, 거래의 대상 및 거래조건 등이 처음부터 특정되어 있어 거래의 기본적인 구조가 제한되어 있었음. 또한 입찰시장은 일반시장과 달리 입찰과정을 통해서 가격이 결정되고 낙찰자가 이를 전부 차지하는 승자독식의 구조이며, 이 사건 각 입찰에 참가하고자 하는 사업자들은 발주자가 제시한 입찰공고에 따라 제한된 거래조건 아래에서 경쟁을 하게 된다는 점에서 입찰의 형식을 떠지 않는 거래와는 본질적인 차이가 있으므로 이 사건 공동행위로 영향을 받는 관련시장은 수요기관이 지진관측장비를 구매하는 각 입찰시장이라고 봄이 상당함.

[(주)희승지오티의 지진관측장비 구매·설치공사 및 유지보수용역 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누38071 판결¹⁴⁵⁾)]

라. 경쟁제한성 판단

1) 경쟁제한의 의미 및 경쟁제한성 판단 기준

- 경쟁의 실질적 제한이라 함은 특정사업자 집단이 그 의사에 따라 자유롭게 거래조건을 결정하여 시장을 지배할 수 있는 상태가 되는 것을 의미함
- 경쟁의 실질적 제한이라 함은 일정한 거래분야에서 유효한 경쟁을 기대하기 어려운 상태 즉 경쟁자체가 감소하여 특정사업자 집단이 그들의 의사에 따라 자유롭게 가격, 수량, 품질 기타 거래조건을 결정함으로써 시장을 지배할 수 있는 상태가 되는 것을 의미한다고 할 것임.

[동아출판사 등 6개 출판사의 학습부교재 생산규격·판매조건 공동결정행위 건(대법원 1992. 11. 13. 선고 92누8040 판결)]

¹⁴⁵⁾ 상고심(대법원 2018. 12. 28. 선고 2018두56244 판결)은 삼리불속행 기각함

□ 당해 공동행위가 '경쟁제한성'을 가지는지 여부는 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단함

- 구체적으로 당해 공동행위가 '경쟁제한성'을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단함.

[제일모직 등 교복 3사의 교복 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결)]

* 참고 : 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20376 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두405 판결 등

□ 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 없음

- 어떠한 공동행위가 공정거래법 제19조 제1항이 정하고 있는 경쟁제한성을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단하여야 하고, 사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하므로, 그와 같은 사업자들의 공동행위는 원칙적으로 부당하고, 다만 그 공동행위가 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우라든지 또는 경제 전반의 효율성 증대로 인하여 친경쟁적 효과가 매우 큰 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 해당 공동행위의 부당성이 부정됨.

[전북대학교 등 4개 기관 발주 교육 혼텐츠 입찰 참가 2개사의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2017. 5. 26. 선고 2017두36014 판결)]

* 같은 취지 : 롯데카드 등 7개사의 DDC수수료 공동결정행위 건(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결)

□ 사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 원칙적으로 부당하고, 다만 공동행위가 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우이거나 경제전반의 효율성 증대로 인하여 친경쟁적 효과가 매우 큰 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 부당하지 않음

○ 사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로 원칙적으로 부당하고(대법원 2009.3.26. 선고 2008 두 21058 판결 참조), 다만 그 공동행위가 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우라든지 또는 경제전반의 효율성 증대로 인하여 친경쟁적 효과가 매우 큰 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 부당하다고 할 수 없음.

[국보 외 9의 부당 공동행위 건(대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두26117 판결)]

※ 참고: 부산광역시치과의사회의 경쟁제한 행위에 대한 건(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결), 10개 손해보험사의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20376 판결), 14개 생명보험사 및 10개 손해보험사의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두405 판결) 등

※ 파기환송심에서는 이 사건 공동행위는 행정지도에 따라 이루어진 것이 아니고, 친경쟁적 효과도 인정되지 않는다며 위원회 승소 판결을 내렸음(서울고법 2010. 10. 4. 29. 선고 2009누21019 판결)

□ 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우라든지 또는 경제 전반의 효율성 증대로 인하여 친경쟁적 효과가 매우 큰 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에만 해당 공동행위의 부당성이 부정된다 할 것임

○ 이 사건 공동행위는 골판지 원지 이면지·골심지의 제조·판매 시장에서 85.7%의 시장점유율을 차지하는 등 영향력이 상당한 원고 등 12개사가 위 이면지·골심지의 인상 가격과 인상 시기 등을 공동으로 합의하여 결정한 것으로서, 이로 인하여 실질적인 경쟁을 통해 가격이 결정될 수 있는 가능성은 원천적으로 봉쇄되었다고 볼이 상당하고, 나아가 이러한 행위로 시장질서가 저해될 우려는 너무나 명백하여 특별한 사정이 없는 한 경쟁제한성이 있다고 판단됨.

○ 이 사건 상생협약은 급등하는 원지, 원단 원부자재 가격 적정화를 통한 지합업계의 경영난 해소를 위해 제지, 골판지, 지함의 3개 협동조합이 상호신뢰와 상생협력을 바탕으로 공존·공영하고자 하는 목적을 가지고 체결한 협약으로서, 그 주요 내용은 '골판지 연관 산업계의 건전한 시장질서 유지 및 공정거래 풍토조성을 위한 역할에 충실', '원자재 수급

안정화를 위한 원자 수출 자제, 폐지 수출제한 제도 도입’, ‘원자기격 인상 시 충분한 유예기간 설정하도록 노력’, ‘원자, 원단 가격 변동 시 상호 소통과 고통 분담’이므로, 이 사건 상생협약이 범령에 근거한 정부기관의 행정지도에 해당한다거나 이 사건 공동행위가 그러한 행정지도를 바탕으로 이루어졌다고 볼 수는 없음.

[12개 골판지 이면지, 골심지 원자 제조, 판매사업자의 원자 판매 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누60678 판결¹⁴⁶⁾)]

□ 정부의 과거 정책에 기한 관행에 따른 것이라 하더라도 이 사건 각 합의가 없었다면 국제전화시장에서의 가격경쟁이 더 치열해져 가격이 인하되었을 것으로 보이며, 이 사건 각 합의는 가격경쟁을 부당하게 제한하는 것으로서 경쟁제한성을 가짐

○ 설사 과거 통신시장에서 유효한 경쟁을 촉진하기 위한 비대칭적 규제가 있었고, 그로 인하여 현재도 그러한 관행이 남아 있다 할지라도, 단순히 정부의 과거 정책에 기한 관행에 따랐다는 이유만으로 담합행위가 정당화될 수 없는 절, 1998년부터 국제전화시장에 별정통신사업자들이 진입하여 요금경쟁력을 바탕으로 매년 시장점유율을 확대하고 있어 기간통신사업자인 원고 등의 시장점유율이 점차 감소되고 있는 등 이 사건 각 합의 당시 국제전화시장은 매우 경쟁이 활발하였던 절, 원고 등이 이 사건 각 합의에 이르게 된 경위도 별정통신사업자들의 저가요금에 공동으로 내용하여 시장점유율을 지키기 위한 것이었던 점 등을 고려할 때, 이 사건 각 합의가 없었다면 국제전화시장에서의 가격경쟁이 더 치열해져 가격이 인하되었을 것으로 보이며, 이 사건 각 합의는 가격경쟁을 부당하게 제한하는 것으로서 경쟁제한성을 가짐.

[케이티 등 3개사의 국제전화요금 공동결정행위 건(서울고법 2007. 8. 22. 선고 2006누1168 판결, 고법 확정)]

□ 입찰 성공확률과는 상관없이 낙찰자나 투찰률을 사전에 결정하는 합의 자체가 경쟁을 제한하는 행위로 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위에 해당함

○ 이 사건 공동행위는 다른 입찰참가자들의 실제 투찰행태에 따라 그 결과가 달라질 수도 있어 성공확률이 100%라고 보기는 어려우나, 낙찰자 또는 투찰률을 사전에 결정하는 합의 자체가 경쟁을 제한하는 행위로서 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위에 해당 하므로, 원고 등 사업자들이 결과적으로 합의한 공구에서 낙찰을 받지 못하게 된다고 하더라도 이는 부당한 공동행위가 성립한 이후에 발생한 사정에 불과함.

146) 상고심(대법원 2017. 6. 15. 선고 2017두37703 판결)은 심리불속행 기각함

- 이 사건 공동행위는 공동행위 심사기준 V. 1. 가. (1)이 정하는 '공동행위의 성격상 경쟁제한 효과만 발생시키는 것이 명백한 경우'에 해당하여 효율성 증대효과와의 비교를 위한 시장전유율의 합계를 고려할 필요 없이 행위의 성격 자체로 부당한 경쟁제한성이 인정됨.

[두산중공업(주)의 원주~강릉 철도건설 노반신설 기타공사 4개 공구 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 5. 30. 선고 2017누62374 판결¹⁴⁷⁾)]

- ※ 같은 취지: (주)한진중공업의 원주~강릉 철도건설 노반신설 기타공사 4개 공구 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10.12. 선고 2017누62695 판결¹⁴⁸⁾)

- 공정거래법 제19조 제2항에 부당한 공동행위의 사전 인가제가 규정되어 있으므로 이러한 사전 인가를 받지 않았음에도 예외적으로 부당성이 부정되는 사유는 엄격하게 인정함이 상당함

- 경쟁제한성이 인정되는 경우에는 원칙적으로 부당하고, 그 공동행위가 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우라는지 또는 경제전반의 효율성 증대로 인하여 친경쟁적 효과가 매우 큰 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 부당하다고 할 수 없지만(대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두26117 판결 참조), 공정거래법 제19조 제2항에 부당한 공동행위의 사전 인가제가 규정되어 있으므로 이러한 사전 인가를 받지 않았음에도 예외적으로 부당성이 부정되는 사유는 엄격하게 인정함이 상당함.

- 그런데 앞서 인정한 사실과 채택한 증거 및 변론 전체의 취지를 통하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 이 사건 공동행위는 경쟁제한성을 갖고 있음이 명백하고, 그 부당성 역시 인정됨. 정부는 이 사건 공사를 비롯한 4대강 사업을 추진함에 있어서 그 사업 규모를 고려하여 단계별로 공구를 나눈 후 입찰을 실시하고 가중치 기준방식으로 평가함으로써 건설사들 사이의 자유로운 경쟁을 통하여 적정한 가격과 설계 수준을 확보하고자 하였음. 그럼에도 원고와 두산건설은 이 사건 공사 입찰에 원고가 낙찰자가 되도록 하고자 사전에 투찰률 또는 투찰가격을 합의한 후 이를 실행하였음. 이로 말미암아 이 사건 공사에 관한 입찰에서는 참여 건설사 모두 이 사건 공동행위에 가담함으로써 경쟁 자체가 소멸되었고, 입찰의 취지 자체가 물각되었음.

[계룡건설산업의 금강살리기 1공구(서천지구) 사업입찰 관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 1. 20. 선고 2015누32201 판결¹⁴⁹⁾)]

147) 상고심(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018누50314 판결)은 심리불속형 기각함

148) 상고심(대법원 2019. 2. 28. 선고 2018누63570 판결)은 심리불속행 기각함

2) 경쟁제한성이 인정된 경우

- 이 사건 수입차시장에서 렉서스 자동차의 시장점유율 합계가 25.6%에 이르고, 이 사건 공동행위는 국내에서 렉서스 자동차를 판매하는 딜러 전부가 참여한 것으로 그에 따라 브랜드 내(Intra-brand) 경쟁에 의한 가격할인 가능성이 완전히 제한되는 등 경쟁제한성이 인정됨
 - ① 이 사건 수입차시장(BMW, 벤츠, 아우디, 렉서스, 인피니티와 불보 자동차를 포함한 6개의 고급 수입차 판매시장)에서 렉서스 자동차의 시장점유율 합계가 25.6%에 이르는 점, ② 이 사건 공동행위는 렉서스 자동차의 할인판매를 제한하는 등 가격을 고정하는 것으로, 그에 따라 딜러 할인율이 줄어 결과적으로 소비자가 렉서스 자동차를 구매하기 위하여 높은 가격을 지급하게 된 점, ③ 이 사건 공동행위는 국내에서 렉서스 자동차를 판매하는 딜러 전부가 참여한 것으로 그에 따라 브랜드 내(Intra-brand) 경쟁에 의한 가격할인 가능성이 사실상 완전히 제한된 점, 원고들 주장과 같이 원고들 사이의 무임승차를 방지하고 건전한 투자를 유도함으로써 다른 수입차와의 브랜드 간(Inter-brand) 경쟁을 촉진하고 소비자에게 다양한 서비스를 제공하는 등 일부 경쟁촉진적 효과가 있다고 하더라도 앞서 본 경쟁제한 효과를 상쇄할 정도라고 보기 어려운 점 등에 비추어 이 사건 공동행위는 부당하게 경쟁을 제한하였음.
- [9개 렉서스자동차 딜러의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015누2352 판결)]
- EUKOR가 원고에 대하여 거래상 우월한 지위에 있었다고 하더라도 이 사건 공동행위에 참여한 원고와 NYK의 관련시장 점유율을 고려하면 원고와 NYK의 의사가 운임 결정에 영향을 미치지 않았다고 볼 수 없음
 - EUKOR와 현대자동차가 관련시장에서의 가격 상한을 결정하는 구조라고 하더라도 이 사건 공동행위가 없었다면 EUKOR가 정한 운임 상한의 범위에서 가격이 인하될 가능성이 있었고, EUKOR가 원고와 NYK에 동일한 운임을 적용하는 정책을 시행하였다고 하더라도 이 사건 공동행위로 정해진 가격보다 인하된 수준에서 동일 운임으로 결정될 가능성이 제한되었음.
- [진인터그레이티드 쉬핑 서비스 엘티다의 2개 자동차해상운송사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 13. 선고 2017누76359 판결:50)]

149) 상고심(대법원 2016. 5. 27. 선고 2016누34523 판결)은 심리불속행 기각한

150) 상고심(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018누59380 판결)은 심리불속행 기각함

□ 공동행위로 인한 가격을 적용한 매출이 일부라 하더라도 이 사건 공동행위는 천안·아산 지역에서 100%의 시장점유율을 차지하는 사업자가 가담하여 천안·아산 지역의 레미콘 판매시장에 파급효과가 상당하였을 것인바 경쟁을 제한하는 효과가 있음

○ 실제로 2016년 공사가 진행된 총 31개 공사현장 중 9개 공사현장에서만 이 사건 협정가격이 적용되었고, 매출액을 기준으로 하더라도 34.07%에 그친 점을 고려하더라도 이 사건 공동행위는 천안·아산 지역에서 100%의 시장점유율을 차지하는 17개 사업자가 공동행위에 가담하여 천안·아산 지역의 레미콘 제품 판매시장에 대한 파급효과도 상당하였을 것으로 보이고 그 밖에 이 사건 공동행위에 경쟁제한 효과를 상쇄하고도 남을 만한 효율성 증대 효과가 있다거나 이 사건 공동행위의 부당성을 부정할 수 있는 특별한 사정도 보이지 않음.

[고려그린닉스(주) 외 9의 천안·아산지역 레미콘제조사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 19. 선고 2019누32117, 고법 확정)]

□ 시장점유율이 80%를 초과하는 사업자들이 가격 내지 생산량의 공동결정 행위에 참가하여 경쟁을 제한한 것은 경성 공동행위에 해당하므로 경쟁축진의 효과를 기대하기 어려움

○ ① 원고 등 사업자들은 국내 TFT-LCD 패널 제품 시장에서의 점유율이 80%를 초과하여 시장지배력을 가지고 있고, 원고 등 사업자들은 경쟁제한성이 있는 정보교환 등을 통하여 가격 내지 생산량의 공동결정 행위에 참가하였음.

○ ② 위반행위 기간 동안 나타난 가격 하락이나 설비투자 촉진 및 그로 인한 생산량·생산능력 증대의 효과는 가격 하락에 관한 이 사건 공동행위의 결과이거나 LCD 산업의 특성에 따른 것으로 보임(이 사건 공동행위가 없었더라면 TFT-LCD 패널 제품의 평균생산비용을 낮추기 위한 설비투자 경쟁이 더 치열해졌을 가능성이 높다).

○ ③ 이 사건 합의는 전형적인 가격 및 생산량 단합으로서 경성 공동행위에 해당하고(원고 등 사업자들은 가격 내지 생산량 변동 등 경쟁요인이 발생할 때 이를 곧바로 반영할 수 있는 의사연락 구조를 구축하고 있었다), '이 사건 공동행위'로 인하여 사업자간 경쟁을 촉진한다거나 신규사업자의 시장진입을 용이하게 하는 등의 효과도 기대하기 어려움.

○ ④ 선령 이 사건 공동행위로 인한 일부 효율성 증대 효과가 있다고 보더라도, 그 효과는 이 사건 공동행위에 기인한 것이라기 보다는 LCD 산업의 특성에 의한 것이라 볼이

상당하므로, 그 효율성 증대효과를 높게 평가할 수 없고, 그 효과 발생에 이 사건 공동행위가 합리적으로 필요한 범위에 있다고 보기도 어려우며(대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결 참조), 원고가 제출한 증거만으로는 경쟁제한적 효과를 상회할 만한 경쟁촉진적 효과가 있다고 단정할 수 없음.

[에이유 옵트로닉스 코퍼레이션의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 2. 13. 선고 2011누46394 판결, 고법 확정)]

- 합의 내용은 전체 항공화물운임의 일부이면서도 할인이 되지 않는 유류할증료의 도입·변경에 관한 것으로 유류할증료가 포함된 전체 운임의 가격경쟁이 제한되고, 합의 참여 항공사들의 유럽발 한국행 노선 항공화물운송 시장의 점유율이 약 50%~100%인 점 등에 비추어 경쟁제한성과 부당성이 모두 인정됨

- 이 사건 합의의 내용은 전체 항공화물운임의 일부이면서도 할인이 되지 않는 유류할증료의 도입·변경에 관한 것이어서 유류할증료가 포함된 전체 운임의 가격경쟁이 제한되는 효과가 있는 점, 이 사건 합의에 참여한 항공사들의 유럽발 한국행 노선 항공화물운송 시장의 점유율이 약 50%~100%인 점, 유류할증료 도입에도 불구하고 전체 운임이 도입 이전보다 낮게 형성되었다고 볼 수 없는 점, 원고가 루프트한자와 와우제휴(WOW Alliance)를 맺었지만 와우제휴에 유류할증료를 포함한 운임의 합의에 관한 내용이 포함되어 있을 뿐만 아니라 와우제휴를 맺었나는 이유로 가격담합이 공정거래법 제19조 제1항 제7호가 정한 '영역의 주요 부분을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사 등을 선립하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없는 점 등을 들어 그 경쟁제한성과 부당성이 모두 인정됨.

[21개 항공사의 유류할증료 담합 건, 싱가포르항공(유럽반)(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두18158 판결)]

- 농업용 필름은 실질 구매가격이 가장 중요한 구매결정요인이 되는 점, 광폭조합의 조합원 12개사의 시장점유율이 93%에 이르는 점 등을 고려하면 경쟁제한성을 인정할 수 있음

- 농업용 필름은 생산업체에 따라 품질의 차이가 크지 않아서 실질 구매가격이 가장 중요한 구매결정요인이 되는 점, 원고들은 희망 인상을 대하여 합의하였을 뿐만 아니라 사업자 간 주요 경쟁 수단인 추가 장려금 지급 여부에 대하여도 합의한 점, 이 사건 공동행위를 한 광폭조합의 조합원 12개사의 시장점유율이 93%에 이르는 점 등을 고려하면 경쟁제한성을 인정할 수 있음.

[경농신업 외 6명의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 9. 19. 선고 2011누29641 판결^[51])]

□ 원고들의 경품제공 기준 등 거래조건에 관한 합의는 비가격경쟁이 치열한 소주시장에서 경쟁제한적 효과가 있음

- 원고들이 페트병 소주 경품제공의 기준이나 지역행사 지원 등 거래조건에 관한 합의를 통해 서로의 사업활동을 제한하기로 하였고 이러한 합의는 비가격경쟁이 치열한 소주시장에서 원고들 각자가 거래상대방과 사이에서 교섭의 대상으로 삼아야 할 거래조건이나 각자의 고유 사업활동 영역에 속하는 사항에 관하여 허용되는 최대한도를 정함으로써 그 범위에서 경쟁제한적 효과가 있음이 명백함.

[금복주 외 8의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두16049 판결)]

□ 원고 동아출판사 등 6개 사업자가 100% 시장점유율을 차지하고 있는 부교재시장에서 위 공동행위로 인하여 결국 가격이나 품질경쟁까지 제한되었다고 할 것이어서 위 행위는 유효한 경쟁을 완전히 제한하는 행위라고 볼 수 있음¹⁵²⁾

- 원고 동아출판사 등 6개 사업자가 100% 시장점유율을 차지하고 있는 부교재시장에서 위 공동행위로 인하여 원고 등 6개 사업자간의 내부적인 경쟁마저도 사라져 버렸고, 원고 주장과 같이 원고 등 6개 사업자가 소비자를 상대로 부교재의 채택권유를 하지 못한다고 하여 부교재의 가격과 품질 등에 의한 경쟁까지 제한되어 있는 것은 아니라고 할 것인 바, 위 원고 등 6개 사업자간의 공동행위로 인하여 결국 가격이나 품질경쟁까지 제한되었다고 할 것이어서 위 행위는 부교재시장에서의 유효한 경쟁을 완전히 제한하는 행위라고 볼 수 있음.

[동아출판사 등 6개 출판사의 학습부교재 생산규격·판매조건 공동결정행위 건(대법원 1992. 11. 13. 선고 92누8040 판결)]

□ 원고를 비롯하여 DDC서비스 시장을 100% 점유하고 있던 7개 신용카드사들이 VAN사들과 독자적으로 협의하지 아니하고 DDC 수수료를 인하하기로 합의한 것은 구 공정거래법 제19조 제1항 소정의 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당함

- 원고를 비롯하여 DDC서비스 시장을 100% 점유하고 있던 7개 신용카드사들이 각 영업여건, 신용판매 결제건수, 매입업무의 충실도, 원가 요인, 대체관계, 경쟁사의 가격 등을 종합적으로 고려하여 DDC 수수료 수준에 관하여 VAN사들과 독자적으로 협의하지

151) 상고심(대법원 2013. 1. 24. 선고 2012두24207 판결)은 심리불속행 기각함.

152) 동아출판사 등 6개 출판사가 학습부교재를 생산, 판매함에 있어 가격, 규격, 판매조건 등을 공동으로 결정한 사안에서 100%의 시장점유율을 지닌 사업자들의 가격 합의로 시장에서 유효한 경쟁이 제한되었다고 본 사례

아니하고 DDC 수수료를 인하하기로 합의한 것은 원고가 주장하는 DDC서비스의 특성을 고려한다 하더라도 구 공정거래법 제19조 제1항 소정의 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당한다고 판단함.

[롯데카드 등 7개사의 DDC수수료 공동결정행위 건(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결)]

□ 14개 생명보험사 및 10개 손해보험사의 단체상해보험상품의 영업보험료 할인, 환급률 축소·폐지 등 합의는 단체상해보험상품의 요율체계를 정비하고 공동위험률 산출의 필요성 때문에 이루어진 면이 있다고 하더라도 보험사 간의 경쟁을 제한하는 행위에 해당함

○ 14개 생명보험사 및 10개 손해보험사가 단체상해보험의 수익구조 개선을 위해 단체상해 보험상품의 영업보험료 할인, 환급률 축소·폐지, 공동위험률 산출·적용 등을 합의한 사실이 인정되는 바, 이 사건 합의가 단체상해보험상품의 요율체계를 정비하고 공동위험률 산출의 필요성 때문에 이루어진 면이 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 합의를 정당화할 수 없으므로 이는 보험사 간의 경쟁을 제한하는 행위에 해당함.

[14개 생명보험사 및 10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두405 판결)]

□ 원고 및 소외 회사들이 한국 시장을 포함한 아시아 시장 등의 판매량이나 시장 점유율을 할당하고, 판매가격의 유지·결정 등을 합의한 결과 위 회사들 사이의 경쟁이 실질적으로 제한됨

○ 우리나라의 경우 이 사건 비타민은 전량을 수입에 의존하고 있고, 에프 호프만 라로슈와 바스프, 아벤티스가 전세계 비타민 시장의 약90%를, 한국 시장(2001년 기준)의 약 52%를 점유하고 있는데, 위와 같은 공동행위에 대한 합의가 이루어 진 이후에는 한국 시장에서의 비타민의 수입가격이 상당히 상승하거나 유지되다가 공동행위가 종료된 이후에는 다시 하락하는 양상을 보이고 있는바, 원고 등의 공동행위가 종료될 무렵에 외환위기 등으로 인한 환율변동이 발생하였고, 공동행위기간 중에 저가의 중국산 비타민이 한국 시장에 유입되었으며, 수요의 감소, 원자재 가격 상승 등의 일반적인 가격변동요인이 발생하였다고 하더라도 위 공동행위기간 중에는 일정한 가격 수준이나 상승률을 유지하고 있고, 공동행위 기간과 그 기간을 전후한 시기의 이 사건 비타민의 가격변동 폭, 한국의 비타민의 수입의존도 등에 비추어 보면 일반적인 가격결정요인에 따라 판매량이나 수입·판매가격이

결정된 것이 아니라 원고 및 소의 회사들이 한국 시장을 포함한 아시아 시장 등의 판매량이나 시장점유율을 할당하고, 판매가격의 유지·결정 등을 합의한 결과 위 회사들 사이의 경쟁이 실질적으로 제한됨으로써 한국 시장에서의 이 사건 비타민 수입·판매가격이 일반적인 요인에 의하여 결정되는 가격보다 더 높게 형성되고 유지되었다고 볼 수밖에 없는 등 경쟁이 제한되었음.

[에프 호프만 라로슈 등 6개 비타민 제조업자의 판매량 및 가격공동결정행위 건 (서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]

□ 원고들의 공동행위에 대한 합의는 일정한 거래분야인 이 사건 도매시장에서 원고들이 상장수수료 및 장려금 요율의 차별화를 배제하여 원고들 사이의 경쟁을 제한하는 등 경쟁제한성이 있음

○ 원고들의 위와 같은 공동행위에 대한 합의는 일정한 거래분야인 이 사건 도매시장에서 ① 원고들 사이의 독자적인 의사결정, 경쟁능력, 경쟁동기가 장기간 제한되어 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 크고, ② 원고들이 상장수수료 및 장려금 요율의 차별화를 배제하여 원고들 사이의 경쟁을 제한함과 동시에 출하자 또는 중도매인의 거래상대방 선택권을 제한함으로써 출하자간 및 중도매인간 자유로운 경쟁을 부당하게 제한하는 행위라 할 것이므로, 경쟁제한성이 있다 할 것임.

[서울청과 등 6개 사업자의 판매수수료율 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 5. 12. 선고 2003누5817 판결, 고법 확정)]

□ 비록 수요독점자인 한국전력공사가 입찰 당시의 예정가격을 제조원가 이하로 정해 놓았고 이에 원고들을 포함한 11개사들이 과당출혈경쟁을 막기 위하여 담합을 한 사실이 인정된다고 하더라도 이로 인하여 11개사가 영업상 손실을 보았다고 단정하기 어려운 점 등을 고려하면 부당공동행위에 해당함¹⁵³⁾

○ 중간재인 컷아웃스위치를 생산하는 원고들이 수요독점 사업자를 대상으로 하는 공동행위를 하는 경우에 그것이 반드시 경제적 효율성을 증진시킨다고 보기 어렵고, 원고들의 위와 같은 행위가 장기적으로는 원가절감을 위한 기술개발의 유인을 약화시키고 산업경쟁력을 저하시킬 수 있다고 보이는 점, 원고들의 주장과 같이 수요독점시장의 경우에 공급자들이 출혈경쟁과 손실을 방지하기 위하여 담합을 허용하는 경우 국가나 자방자치단체 또는

153) 일진전기 등 11개 컷아웃스위치 제조 판매업자들이 낙찰대상업체, 입찰수량 등을 합의한 사안에서 수요독점 사업자를 대상으로 한 공동행위이므로 경쟁제한성이 없다는 원고의 주장을 인정하지 않은 사례

공기업이 독점적으로 발주하는 수요독점 품목의 입찰에 대하여는 담합이 공공연히 이루어지게 되는 점, 비록 수요독점자인 한국전력공사가 입찰 당시의 예정가격을 컷아웃스위치의 제조원가 이하로 정해놓았고 이에 원고들을 포함한 11개사들이 과당출혈경쟁을 막기 위하여 담합을 한 사실이 인정된다고 하더라도 이로 인하여 11개사가 영업상 손실을 보았다고 단정하기 어려운 점 등 이 사건에 나타난 제반 사정을 고려해 보면, 원고들을 포함한 11개사 사이의 이 사건 합의는 부당한 공동행위에 해당함.

[일진전기 등 11개사의 컷아웃스위치 입찰담합 건(서울고법 2007. 11. 8. 선고 2005누19759 판결, 고법 확정)]

- 원고들의 가격(가맹점수수료율) 담합행위로 인해 관련시장에서 경쟁이 감소하여 가맹점수수료의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래한바 원고들 사이의 제휴업무 수행에 필요한 경제적 효율성이나 통일성 달성을 유용하다는 등 사정을 감안해도 경쟁제한성이 부정될 수는 없음¹⁵⁴⁾
- 원고들의 이 사건 합의가 가격(가맹점수수료율) 담합행위에 해당한다는 점과 아울러 관련시장인 신용카드업 분야 국내 결제서비스 시장에서의 원고들의 시장점유율, 당해 행위가 관련시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 기록에 나타난 여러 사정[이 사건 합의는 최소한의 경쟁수단이 되는 가맹점수수료율에 관한 것으로서 가격경쟁이 원천적으로 배제된 상태를 초래함, 발급사보전수수료율을 조정하는 방법으로 가맹점수수료율을 결정하여 왔는데, 가맹점수수료율은 반급사보전수수료율을 넘어서 제3자인 가맹점에게 직접적인 영향을 미치며, 회원은행들 사이의 회원보집 과열 경쟁과 가맹점모집 경쟁의 유인제한이라는 결과를 초래함(고법판시내용)]을 종합하여, 원고들의 이 사건 합의로 인해 관련시장에서 경쟁이 감소하여 가맹점수수료의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하였다고 인정하고, 나아가 원고들 사이의 업무제휴 및 가맹점의 공동 관리와 같은 비씨카드의 구조적 특성과 이 사건 합의가 원고들 사이의 제휴업무 수행에 필요한 경제적 효율성이나 통일성을 달성을하는데 유용한 점이 있다는 등의 사정을 감안한다 하더라도 그러한 점만으로 이 사건 합의의 경쟁제한성이 부정될 수는 없음.

[비씨카드 외 11의 가맹점수수료율 공동결정행위 건(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007두4919 판결)]

154) 비씨카드와 비씨카드 회원은행인 11개사가 2004.5.27. 가맹점 업종별 발급사보전수수료율을 공동변경하기로 합의한 사안

□ 비록 원유가격의 인상으로 인해 시유 및 발효유제품가격의 인상이 불가피하였다고 할지라도 그 인상폭이나 시기는 개별회사의 구체적인 사정을 고려하여 정해야 할 사항이지 사업자들 사이의 합의에 따라 결정할 사항이 아니므로 이 사건 합의의 부당성도 인정됨

○ 가격에 관한 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 할 것인바, 비록 원유가격의 인상으로 인해 시유 및 발효유제품가격의 인상이 불가피하였다고 할지라도 그 인상폭이나 시기는 각 업체별 비용·수익의 차이로 인하여 일률적으로 정할 수 없고 개별회사의 구체적인 사정을 고려하여 정해야 할 사항이지 사업자들 사이의 합의에 따라 결정할 사항이 아닌 점, 오히려 원고 등은 이를 기화로 그 원가인상폭보다 더 높은 수준에서 가격인상을 결정한 점, 달리 이 사건 합의로 인하여 효율성이나 소비자후생이 증대되는 친경쟁적 효과가 있다거나 그 부당성을 부인할 만한 특별한 사정을 찾을 수 없는 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 합의의 부당성도 인정됨.

[13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누27584 판결¹⁵⁵⁾)]

□ 가격표시제를 실시하여 소비자 후생을 증대할 수 있는 효용은 가격표시제의 효과이자 가격표시제를 공동으로 실시한 효과라고 보기 어려우며, 위와 같은 효용 증대의 정도가 이 사건 공동행위로 인한 경쟁제한의 효과에 비하여 더 크다고 볼 만한 사정도 없으므로 이 사건 공동행위는 부당함

○ 가격표시제를 실시하여 적정한 가격 정보를 소비자에게 제공함으로써 대리점 등 유통업자의 변칙할인 등을 막고 거래관계의 신뢰를 제고하는 등 소비자 후생을 증대할 수 있는 효용은 가격표시제의 효과이자 가격표시제를 공동으로 실시한 효과라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 위와 같은 효용 증대의 정도가 이 사건 공동행위로 인한 경쟁제한의 효과에 비하여 더 크다고 볼 만한 사정도 없으므로 이 사건 공동행위는 부당함.

[에이스침대 및 시몬스침대의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2010두344 판결)]

155) 상고심(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두10093 판결)은 심리불속행 기각함

- 수의계약 과정에서 개별적 협상을 거쳤다고 하더라도 이 사건 공동행위에 따라 사전에 정해진 기준가격 및 단가율에 의해 제한된 수준에서 협상이 이루어졌다고 추단할 수 있으므로 경쟁제한성이 있음
- 이 사건 공동행위는 계약 체결 방식을 구분하지 않은 채 기준가격표에서 정한 가격에 단가율을 적용하는 형태로 이루어졌고, 원고들은 비롯한 PHC파일 제조사들은 수의계약을 하는 경우에도 위와 같이 결정된 기준가격표상 가격 및 단가율이 준수될 수 있도록 상호 공조해 온 점 등을 고려하면, 설령 원고들이 수의계약에 따라 PHC파일을 판매하는 과정에서 계약 상대방과 개별적인 협상을 거쳤다고 하더라도 이는 이 사건 공동행위에 따라 사전에 정해진 기준가격 및 단가율에 의하여 제한된 수준에서 이루어졌다고 추단할 수 있음. 그렇다면 원고들 등 24개사 사이의 PHC파일 판매가격 경쟁이 직접적으로 제한되었고 시장에서 형성되는 PHC파일 판매가격은 위 사업자들 사이의 합의 내용대로 영향을 받게 되었음이 인정되므로 수의계약에 의한 거래부분 역시 부당한 경쟁제한성이 충분히 인정됨.

[24개 원심력콘크리트(PHC)파일 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누75124 판결, 고법 확정¹⁵⁶⁾]

3) 경쟁제한성이 부정된 경우

- 원고 등의 시장점유율 합계가 2009년 매출액 기준으로 약 7.4% 정도에 불과한 경우 경쟁제한 효과가 있다고 보기 어려움
- 낙찰의약품 조달시장¹⁵⁷⁾의 지역적 범위를 '전국'으로 보면 전국 의약품 조달시장에서 원고 등의 시장점유율 합계가 2009년 매출액 기준으로 약 7.4% 정도에 불과하므로, 이 사건 합의로 전국 의약품 조달시장에서 경쟁제한 효과가 있다고 보기는 어려움.

[울산대학교 의약품구매입찰 참가 7개 업체의 부당 공동행위 건(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013두1690, 2013두6084, 2013두6121, 2013두1676 판결, 2015. 8. 19. 선고 2013두1683 판결)]

156) 원고 상고장 각하명령(2023. 10. 16.)으로 확정됨

157) 법원은 이 사건과 관련하여 관련 시장을 '울산대 병원이 의약품을 구매하는 입찰시장'과 '낙찰·도매상'이 낙찰 받은 의약품을 구매하는 조달시장'으로 구분한 뒤, 후자에 대해서는 관련 시장의 범위를 '부산권역 의약품 도매시장'(증정위 주장)이 아니라 '전국'이라고 보아, 경쟁제한성이 없다고 판단함

4) 입찰담합의 경우 경쟁제한성 판단

① 일반

- 경쟁입찰에서는 특정한 사업자에게 입찰참가 의사가 있었다는 점만으로도 상대방에게 경쟁압력으로 작용할 수 있으므로, 단순히 특정 사업자의 수주 가능성이 낮다는 사정만을 근거로 하여 그의 경쟁의사를 부정하거나 그 입찰에서 경쟁관계가 성립하지 않는다고 쉽사리 단정할 수는 없음
- 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 ① 엘아이지넥스원이 전투체계 입찰에 관한 해외협력이 금지될 가능성이 있음을 인지한 이후에도 별다른 입찰 전략의 변화 없이 원고와의 협상을 계속 진행해 왔고, 이 사건 협약이 있기 전까지 전투체계 입찰에서 경쟁이 있을 경우에 대비하는 등의 모습을 보여 왔을 뿐 아니라, 원고 역시 엘아이지넥스원을 전투체계 입찰에 관한 경쟁자로 인식해 온 것으로 볼 수 있으므로 해외협력이 금지된다는 사정에 따라 엘아이지넥스원이 이 사건 협약 이전에 전투체계 입찰 참가 의사를 포기한 것으로 보기 어려운 점, ② 원고가 소나체계 수주 가능성을 매우 낮게 평가하고 있었다고 하더라도 그러한 점만으로 원고의 입찰참가 의지 자체가 없었다고 단정하기 어렵고, 원고는 제안요청서 공고 이후에도 엘아이지넥스원과 협의를 계속 진행하면서 에스테액스엔진 및 해외업체와의 협력을 통한 소나체계 진입을 검토하기도 하였으므로 소나체계에 관한 해외협력이 일부 제한된다는 제안요청서의 내용으로 인하여 원고가 소나체계 입찰참가를 포기하게 된 것은 아니라고 볼 수 있는 점, ③ 제안요청서 공고 이후에도 원고와 엘아이지넥스원에 위 각 입찰에 대한 참가의사가 있었던 것으로 볼 수 있는 이상 단순히 수주 가능성이 낮다거나 기술력이 일부 부족하다는 사정만으로 서로 경쟁의사가 없다거나 경쟁관계가 존재하지 않는다고 볼 수는 없는 점, ④ 더욱이 엘아이지넥스원의 전투체계에서의 수주 가능성과 원고의 소나체계에서의 수주 가능성이 낮다고 하더라도 그 입찰참가는 향후 동종 입찰에 참가하는 데에 대한 대비로서의 의미를 가지거나 경쟁사에서 낙찰가격을 낮추도록 강제하는 효과가 있을 수 있어 이를 두고 경쟁 전략적 차원에서 무의미하다고 볼 수도 없는 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 국과연이 제안요청서에서 부가한 해외협력 금지·제한 등의 조건으로 인하여 원고가 소나체계 중 체계종합 입찰참가를, 엘아이지넥스원이 전투체계 입찰참가를 각각 포기하였다고 볼 수는 없다고 할 것임.
- 이러한 사정들을 모두 종합하여 보면 원고와 엘아이지넥스원은 이 사건 협약을 체결하는 등으로 각 입찰의 참가자를 사전에 결정함으로써 경쟁을 제한하는 합의를 하고 그에 따라 상호간에 입찰참가를 포기하게 된 것으로 봄이 타당하고, 이로 인하여 원고는 이 사건 입찰에 단독으로 참여하여 우선상대상자의 지위를 취득하게 되었으며, 만약 경쟁이

있었더라면 적어내었을 가격보다 더 높은 가격을 제안할 수 있었으므로, 양사의 이 사건 합의는 경쟁제한성이 있다고 보아야 함.

[한화시스템(구 삼성탈레스) 등 국방과학연구소 발주 장보고-3 전투체계 및 소나체계 입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 2. 18. 선고 2013두19004 판결¹⁵⁸⁾)]

* 같은 취지: 엘아이지넥스원의 국방과학연구소 발주 장보고-3 입찰관련 부당공동행위에 대한 건(대법원 2016. 2. 18. 선고 2013두21281 판결), 한국가스공사 발주 강관입찰관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누35256 판결¹⁵⁹⁾)

- 투찰가격 등 가격에 관한 공동행위를 금지하는 이유는 합의된 가격의 고저 및 이로 인한 소비자들의 일시적인 이익의 유무를 불문하고 사업자가 자의적으로 가격을 지배하는 힘을 발휘하는 것을 허용하지 아니한다는 것인데, 이 사건 공동행위는 사업자들이 자의적으로 낙찰가격을 지배하는 힘을 발휘하는 것으로서 위법함
- 원고 등 사업자들이 들려리로 참여하기로 한 공구에서 54%대로 투찰하기로 합의한 것은 사실상 해당 공구에서 낙찰을 포기하는 것과 동일한 의미를 가지므로 이 사건 공동행위로 인하여 원고 등 사업자들 간의 가격경쟁이 완전히 소멸하였으며, 원고는 4개 공구에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 어느 정도 자유로이 가격결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래함.
- 투찰가격 등 가격에 관한 공동행위를 금지하는 이유는 합의된 가격의 고저 및 이로 인한 소비자들의 일시적인 이익의 유무를 불문하고 사업자가 자의적으로 가격을 지배하는 힘을 발휘하는 것을 허용하지 아니한다는 것인데, 이 사건 공동행위는 사업자들이 자의적으로 낙찰가격을 지배하는 힘을 발휘하는 것으로서 위법함.

[(주)한진중공업의 원주~강릉 철도건설 노반신설 기타공사 4개 공구 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 12. 선고 2017누62695 판결¹⁶⁰⁾)]

158) 화송심(서울고법 2016. 11. 3. 선고 2016누294 판결)도 같은 취지로 판시함

159) 상고심(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두63099 및 2018두65064 판결)은 신리불속행 기각함

160) 상고심(대법원 2019.2.28. 선고 2018두63570 판결)은 신리불속행 기각함

□ 입찰참가자격을 충족하는 모든 사업자가 참가하여 실질적으로 1개 사업자가 입찰에 참가하는 효과를 발생시킴으로써 이 사건 입찰에서의 경쟁을 원칙적으로 제한하여 경쟁제한성이 큼

○ 원고 등은 가격경쟁을 회피할 목적으로 이 사건 공동행위를 한 것으로 경쟁제한의 의도가 명백하고, 이 사건 공동행위가 없었더라면 원고 등은 입찰가격을 개별적·합리적으로 판단하여 예정가격에 가장 가까운 가격으로 투찰하였을 것이고 이 사건 공동행위의 낙찰률이 대부분 90%를 초과하는바 발주처의 피해가 적다고 볼 수 없음. 원고 등은 또한 이 사건 공동행위를 통하여 안정적으로 물량을 확보하고 낙찰률도 높여 수익이 증가하였을 뿐만 아니라 고정비용 등을 전보 받는 등의 이익까지 확보하였음.

[(주)워피드의 KTV 등 2개 발주처의 실시간 자막방송 속기영역 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 19. 선고 2018누62210 판결, 고법 확정)]

□ 입찰담합에서는 시장점유율이 낮은 소규모 사업자라 하더라도 담합에서의 역할이 작지 않고, 그로 인한 경쟁제한의 효과도 상당하다고 보아야 함

○ 일반적인 가격담합의 경우 후발업체 또는 중소규모 업체들이 선발·대형업체 등이 정한 가격에 단순히 추종·편승하는 경우가 있을 수 있겠으나, 입찰담합에서는 시장점유율이 낮은 소규모 사업자라 하더라도 담합에서의 역할이 작지 않고, 그로 인한 경쟁제한의 효과도 상당하다고 보아야 함. 즉, 입찰의 경우 아무리 소규모·후발업체라 하여도 낙찰의 조건을 충족하면 대규모·선발 업체보다 우선하여 그 스스로 낙찰자가 될 수 있으므로, 의사연락의 상호성 요건을 충족하는 한 들려고 참여라 하여 대규모 기업의 공동행위에 단순히 소극적으로 추종한 것이라고 평가하기는 어려움.

○ 합의 과정을 거쳐 투찰행위를 한 원고들의 행위는 부당한 공동행위에 해당함이 분명하고, 입찰에 관하여 낙찰지와 투찰가격 등을 사전에 합의한 이상 중소기업자라는 이유로 경쟁제한에 미치는 효과가 작다고 할 수도 없음.

[강남화성 등 9개사의 인조잔디 다수공급자계약 2단계 경쟁 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 1. 8. 선고 2014누61851 판결¹⁶¹⁾)]

¹⁶¹⁾ 상고심(대법원 2016. 6. 9. 선고 2016두35175 판결)은 심리불속행 기각함

- 이 사건 공동행위는 입찰담합 행위로서 경쟁입찰제도를 무력화시켜 경쟁제한 효과가 극대화되므로 경성 공동행위 중에서도 가장 위법성이 큰 반면, 그에 따른 효율성 증대는 거의 없어 보임
 - 이 사건 공사는 변경된 계약금액이 약 300억 원에 이르는 대형공사로서 부당이득의 우려가 크고, 국가 및 지방자치단체 재정에 미치는 영향이 큼. 한편 원고는 피고가 다른 사례에서는 유찰 방지를 위한 단순 들러리 합의를 과징금 감경의 요소로 참작하여 주었음에도 이 사건에서는 위와 같은 사정을 고려하지 않았다고 주장하나, 제출된 증거만으로는 원고가 들고 있는 피고의 의결 사례가 이 사건과 동일하거나 유사한 사안이라고 인정하기에 부족함.

[운북하수처리장 증설공사 입찰 참여 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 11. 4. 선고 2014누52987 판결, 고법 확정)]
- 원고와 효성이 이 사건 공동행위를 통해 경쟁 입찰의 외형을 착출함으로써 유찰을 방지하지 않았더라면 유찰 후 재입찰 내지 재공고입찰을 통해 입찰참가자격이 있는 다른 사업자들도 재입찰 절차에 참가하여 가격 경쟁을 할 수 있었을 가능성 또는 유찰 후 수의계약 과정에서 계약금액이 낮아졌을 가능성을 배제할 수 없음
 - 이 사건 공동행위 결과 효성은 합의내용대로 이 사건 입찰을 낙찰 받음으로써 경제적 이익을 취득하였고, 이로 인하여 발주기관인 한국수력원자력의 이익을 침해하거나 침해할 우려가 있는 상태를 초래함. 효성은 실질적인 경쟁 없이 투찰금액으로 낙찰을 받은 반면, 다른 사업자들은 유찰 후 재입찰 등의 절차에 참가하여 경쟁을 할 기회를 제한받은 것이므로, 결국 이 사건 입찰에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있었고, 나아가 입찰에 이르는 과정에서의 경쟁 자체도 제한되었다고 봄이 상당함.

[엘에스산전(주)의 한수원 발주 고리 2호기 승압변압기 입찰담합 관련(서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누39524 판결¹⁶²⁾)]

¹⁶²⁾ 상고심(대법원 2018.12.27. 선고 2018두56053 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고 외에 참여할 건설사가 없었다면 당연히 유찰되었어야 할 것인데, 스스로 낙찰자가 되기 위하여 들러리 업체를 내세워 이 사건 입찰의 낙찰자가 인하되지 못하였다고 봄이 상당함
- 원고의 주장처럼 이 사건 입찰에 원고 외에 참여할 건설사가 없었다면 그 입찰은 당연히 유찰되어야 하는 것인데도 원고는 스스로 낙찰자가 되기 위하여 흥화를 들러리 업체로 참가시켰음. 흥화가 이 사건 공동행위에 따라 이 사건 입찰에 형식적으로 참가하여 경쟁입찰의 외형을 자출함으로써 유찰을 방지하는 한편 실질적인 경쟁 없이 1개 업체만이 입찰에 참가하여 사전에 합의된 가격에 따라 낙찰되는 것과 같은 효과를 발생시켰으므로, 이 사건 공동행위로 인하여 이 사건 입찰의 낙찰자가 인하되지 못하였다고 봄이 상당함.
- 그 외 이 사건 입찰이 다시 유찰된다고 하더라도 어차피 원고가 이 사건 입찰의 낙찰금액과 유사한 계약금액으로 수의계약을 체결하였을 것이라는 등 경쟁제한성을 부정하는 근거로 내세우는 사정에 대해서는 이 법원의 수원시 및 한국환경공단에 대한 각 사실조회회신이나 그 밖에 원고가 제출하는 증거만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 인정할 만한 증거가 없음.

[신동아건설의 인천도시철도 2호선 터키공사 입찰관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누46333 판결¹⁶³⁾)]

※ 같은 취지: (주)한라 등 대구도시철도 3호선 터키대안공사 입찰참가 16개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 2. 선고 2014누4117 판결, 고법 확정), 공연장 무대시설 유지보수 용역 입찰 관련 한국검정(주) 및 (주)케이알엔지니어링의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 5. 31. 선고 2022누39699 판결, 고법 확정), (주)어울림엔지니어링종합건축사사무소 및 (주)어반플레이스 종합건축사무소의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2023. 4. 6. 선고 2022누63688 판결, 고법 확정), 한국전력공사 발주 지상개폐기 부분방전 진단용역 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 9. 20. 선고 2021누37306 판결, 고법 확정)

- 원고들 등 4개사와 대명종합식품 사이에 가격 경쟁이 제대로 이루어졌다며 발주처로서는 더 낮은 가격으로 계약을 체결할 수도 있었던 것으로 보이므로 이 사건 공동행위에는 경쟁제한성이 인정됨
- ① 이 사건 공동행위는 원고들 등 4개사와 대명종합식품이 이 사건 각 입찰에 참여하면서 사전에 지역별 낙찰예정자 및 들러리 참여자, 투찰가격을 공동으로 결정한 행위로서 그 성격상 경쟁제한 효과만 발생시키고 효율성 증대효과가 전혀 없는 이른바 경성 공동행위에

163) 상고심(대법원 2016. 5. 12. 선고 2016두32787 판결)은 심리불속행 기각함

해당하고, 이 사건 각 입찰에 참가한 원고들 등 4개사와 대명종합식품이 모두 이 사건 공동행위에 기담함으로써 이 사건 각 입찰에서의 가격경쟁 자체가 소멸하였음.

- ② 원고들 등 4개사가 대명종합식품보다 상당히 낮은 가격으로 투찰할 경우에 이 사건 각 입찰에서 낙찰받을 가능성이 전혀 없다고는 보기 어려울 뿐만 아니라 원고들 등 4개사와 대명종합식품 사이에 가격 경쟁이 제대로 이루어졌다면 밸주처로서는 더 낮은 가격으로 계약을 체결할 수도 있었던 것으로 보임.
- ③ 원고들 등 4개사로서는 이 사건 각 입찰에서 납품 기회를 얻기 위하여, 대명종합식품으로서는 높은 가격으로 낙찰받기 위하여 각 이 사건 공동행위에 기담하게 된 것으로도 보이는바, 이 사건 공동행위는 입찰 참여자 사이의 경쟁을 제한하여 안정적인 수익을 창출하기 위한 의도가 명백함.

[상일제과 등 방위사업청 발주 군 증식용 건빵 구매입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 20. 선고 2016누39001 판결, 고법 확정)]

□ 사후적으로 공구별 입찰에 들러리 참여를 하였다고 하여도 이 사건 전체 부당한 공동행위에 기담한 책임을 면할 수 없음

- 원고가 사후적으로 공구별 입찰에 들러리 참여를 한 것은 사실임. 그러나 이 사건 입찰에서 가 공구별 낙찰예정자가 실제로 낙찰을 반기 위해서는 낙찰예정자와 이를 제외한 들러리 업체가 모두 계획에 따른 입찰 참여를 하여야 하는 것인바, 그 구체적인 개별 행위를 떼어 별개로 평가할 수는 없음. 또한 원고는 이미 공구분할로 낙찰예정자가 결정된 것을 파악하고 향후 대형건설사와의 관계를 원만히 하기 위하여 그 공동행위에 협력한다는 의사로 들러리 참여를 하였고, 나아가 그로 인하여 원고는 제3-1공구의 낙찰사인 동부건설과 함께 제3-1공구의 공동수급체에 참여하고, 제3-4공구의 낙찰사인 현대산업개발과 함께 제3-4공구의 공동수급체에 참여하여 공구분할에 의한 낙찰의 이익을 향유하기도 하였음.
- 그렇다면 원고는 이 사건 전체 부당한 공동행위에 기담한 책임을 면할 수 없다고 할 것이고(다만, 피고는 21개 건설사에 대하여는 그 행위 태양에 따라 원고 등 7개사와 달리 공구의 해당, 배분을 금지하는 별도의 시정명령을 부과하여, 일련의 공동행위를 이루는 공구분할합의와 들러리합의의 위법성을 각각 별개로 평가하였다.), 원고의 행위에 공정거래법 19조 1항이 정하고 있는 경쟁제한성도 인정됨.

[고려개발의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자 부당공동행위 건(서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7543 판결, 고법 확정)]

* 참고: 계룡건설산업 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2014누7482 판결¹⁶⁴⁾)

- 최저가 낙찰제의 경우 입찰자가 제출하는 공종별 입찰금액이 낙찰자 선정에 중요한 평가요소가 되므로 가담업체들이 공동으로 투찰가격을 합의한 것은 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당함
- 이 사건 입찰과 같은 최저가 낙찰제의 경우 입찰자가 제시하는 공종별 입찰금액에 따라 부적정공종 판정의 기준이 되는 공종별 기준금액이 달라지므로, 입찰자가 제출하는 공종별 입찰금액이 낙찰자 선정의 중요한 평가요소를 이루게 됨. 따라서 최저가낙찰제에 참가하는 입찰자들 일부가 공동으로 특정 공종의 입찰금액을 높게 제시할 경우 정상적으로 참가한 입찰자들이 1단계 심사에서 탈락할 개연성이 커지게 됨.
- 또한 이러한 공동행위 때문에 담합에 참가하지 않은 잠재적 경쟁업체들이 1단계 심사에서 부당하게 탈락하면, 1단계 심사에서 공정한 경쟁이 이루어지는 것을 전제로 한 2단계 심사에서도 더는 공정한 경쟁이 제대로 이루어질 수 없게 됨.
- 한편, 들러리 업체들이 담합 요청자가 낙찰자가 되도록 투찰가격을 담합하는 것 자체가 들러리 업체들과 담합 요청자 사이의 경쟁을 없앨 뿐만 아니라, 그로 인해 낙찰자나 낙찰 금액에 변동을 가져올 개연성도 큽. 실제 이 사건 2공구의 경우 원고 등 17개 가담업체들의 이 사건 공동행위로 인하여 기연건설 등 비가담업체들이 모두 1단계 심사에서 탈락하였고, 이 사건 3공구의 경우 기연건설, 경동건설, 대한건설은 1단계 심사를 통과하였으나 금전기업사는 탈락함.
- 또한 기연건설, 경동건설, 대한건설을 이 사건 2공구의 입찰 결과를 검토하여 부적정공종 수가 많아지는 것을 피하기 위해 각 공종에서 기초금액 대비 80% 내외로 상향 조정하여 비교적 높게 투찰하였고 그로 인해 전체 투찰금액이 높아진 반면, 원고 등 17개 가담업체는 이에 대비하여 낙찰자로 예정된 원고의 투찰율을 낮춤으로써, 결국 기연건설 등은 최저가에서 원고보다 뒤져 낙찰자로 선정되지 못하였음. 이상의 사정 등을 종합하면, 원고 등 18개 가담업체들이 공동으로 낙찰예정자 및 투찰가격에 관하여 합의한 것은 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당함.
- 한편, 이 사건 입찰에서 위와 같이 부당하게 경쟁이 제한되는 이상 원고 등 17개 가담 업체의 매출액이나 시장점유율이 미미하다는 사정은 경쟁제한성을 부정할 사유가 될 수 없음.

[재현산업의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 9. 16. 선고 2012누7822 판결¹⁶⁵⁾)]

¹⁶⁴⁾ 상고심(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016두48270 판결)은 심리불속행 기각함

□ 입찰가격에 관하여 합의하는 것은 낙찰자 선정 및 이와 동시에 이루어지는 낙찰가격 결정에 결정적 요소가 된다고 할 것이므로 원고와 에이신 사이에 이루어진 입찰가격과 낙찰자 결정에 관한 합의는 가격결정에 관한 경쟁제한성이 인정된다고 할 것임

○ 이 사건 입찰이 전자입찰 방식으로서 예정가격의 비공개와 그 결정방법의 특수성이 존재하며 낙찰자 결정에서도 입찰가격의 경쟁만이 아니라 별도의 적격심사를 다시 거치는 다단계구조로 구성되어 입찰참가자의 담합에 의한 부정적 영향을 방지하기 위한 제도적 보완장치가 마련되어 있다고는 하나, 기본적으로 적격심사를 하는 대상자 선정이 저가로 입찰한 순서에 의하여 이루어지고, 그 적격심사의 평점에서도 입찰가격이 70%의 비중을 차지하고 있는 점, 그리고 이러한 입찰가격은 개찰 후에는 입찰가격을 변경할 수 없으며 적격심사만 통과하면 낙찰가격(최종 구매가격)으로 확정되는 절 등을 종합하면, 입찰가격에 관하여 합의하는 것은 낙찰자 선정 및 이와 동시에 이루어지는 낙찰가격 결정에 결정적 요소가 된다고 할 것이므로 따라서 원고와 에이신 사이에 이루어진 입찰가격과 낙찰자 결정에 관한 합의는 응찰과정에서의 자유로운 가격경쟁을 제한하고 그로 인하여 당해 입찰에서의 낙찰자 및 낙찰가격 결정에 영향을 미치는 것임이 분명하므로, 가격결정에 관한 경쟁제한성이 인정된다고 할 것인.

[두우종합기술단 등 2개사의 냉난방기 구매입찰 담합행위 건(서울고법 2006. 1. 11. 선고 2005누6289 판결, 고법 확정)]

□ 입찰가격에 관하여 합의하는 것은 낙찰자 선정 및 이와 동시에 이루어지는 낙찰가격 결정에 결정적 요소가 된다고 할 것이므로 원고와 에이신 사이에 이루어진 입찰가격과 낙찰자 결정에 관한 합의는 가격결정에 관한 경쟁제한성이 인정된다고 할 것임

○ 원고 등이 국내 광케이블 시장에서 평균 80%를 웃도는 시장점유율을 가지면서 시장수요의 70% 정도를 차지하는 KT 수요량을 사실상 100% 공급한 사실, 원고 등은 1999년 상호 간의 과도한 가격경쟁으로 말미암은 가격하락을 경험한 후 지속적인 과도한 가격하락을 방지하기 위해 2000년에 담합을 시작한 이래 2009년까지 계속 담합을 함으로써 광케이블 가격이 과도하게 하락할 가능성을 사전에 차단한 사실, 광케이블은 사업자에게 이익이 많이 나는 품목이어서 공급가격이 납합을 한 것 미반으로 떨어지면 원고 등이 손해를 보게 된다고 단언하기 어려운 사실을 인정할 수 있고, 이 사건 담합으로 말미암아 어떤 효율성 증대가 있었다고 인정할 증거가 없으므로 이 사건 담합은 경쟁제한성이 인정됨.

[KT 밸주 광케이블 구매입찰 참가 11개 광케이블 제조·판매회사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 25. 선고 2011누31002 판결⁶⁶⁾)]

165) 상고심(대법원 2013. 1. 15. 선고 2012두22065 판결)은 심리불속행 기각함

□ 원고 등이 국내 광케이블 시장에서 평균 80%를 웃도는 시장점유율을 가지면서 시장수용의 70% 정도를 차지하는 KT 수요량을 사실상 100% 공급하며, 물량이 많은 지역을 낙찰 받으려면 가격을 경쟁할 수밖에 없는바 원고 등의 투찰가, 낙찰지역에 관한 합의는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴

○ 원고 등이 국내 광케이블 시장에서 평균 80%를 웃도는 시장점유율을 가지면서 시장수용의 70% 정도를 차지하는 KT 수요량을 사실상 100% 공급한 사실, 1999년 산호 간의 과도한 가격경쟁으로 말미암은 가격하락을 경험한 후 지속적인 과도한 가격하락을 방지하기 위해 웰에스, 대한전선 등이 2000년에 담합을 시작한 이래(원고는 2004년부터 가담) 2009년까지 계속 담합을 함으로써 광케이블 가격이 과도하게 하락할 가능성을 사전에 차단한 사실은 앞서 본 바와 같고, 거래지역에 따라 공급하는 물량이 달라 물량이 많은 지역을 낙찰 받기 위해서는 주요한 평가항목인 가격을 경쟁할 수밖에 없으므로, 결국 원고 등의 투찰가, 낙찰지역에 관한 합의는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시키는 것이 명백함.

[화백전선의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 12. 27. 선고 2011누17235 판결¹⁶⁷⁾)]

□ 원고들이 이 사건 구매입찰에서 응찰가격과 응찰수량에 관한 합의를 하는 것은 효율성이 증대되는 등의 친경쟁적 효과를 찾기 어렵고, 부당성을 부인할 만큼 특별한 사정을 찾을 수 없는 이상 원고들의 이 사건 합의는 그 부당성이 인정됨

○ 부당성은 경쟁제한성이 인정되는 공동행위가 위법하다고 할 수 있는지에 관한 규범적 판단요건으로서 개별행위에 대한 정당화요소를 형량하는 단계인바, 각 공동행위의 종류에 따라 그 판단의 범주가 달라진다 할 것임. 원고들은 이 사건 구매입찰에서 가격에 해당하는 응찰가격과 공급량에 해당하는 응찰수량에 관하여 합의를 함으로써 그 범위에서 경쟁을 감소시킨 이상 경쟁제한성이 인정됨은 명백함. 또 이 사건에서와 같이 입찰에서 응찰가격과 응찰수량에 관한 합의를 하는 것은 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 한 것인바, 달리 원고들의 행위로 인하여 효율성이 증대되는 등의 친경쟁적 효과를 찾기 어렵고, 부당성을 부인할 만큼 특별한 사정을 찾을 수 없는 이상 원고들의 이 사건 합의는 그 부당성이 인정됨.

[관수아스본 구매입찰관련 12개 아스콘 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 6. 9. 선고 2010누40061 판결, 고법 확정)]

166) 상고심(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012두12044 판결)은 심리불속행 기각함

167) 상고심(대법원 2013. 4. 25. 선고 2013두2242 판결)은 심리불속행 기각함

- '투찰가격'에 대한 명시적인 합의가 없었다고 하더라도 관련 입찰제도를 잘 알고, 충분히 경험하였다면 구체적인 투찰가격을 합의할 필요 없이 들러리 합의가 가능하므로 이 사건 공동행위의 경쟁제한성이 없다고 할 수 없음
- 원고는 이 사건 각 공동행위는 '투찰가격'에 대한 명시적인 합의가 없었으므로 부당공동 행위에 해당하지 아니한다고 주장함. 그러나 원고 등 12개사는 입찰제도를 잘 알고 있었고 교육청 외에도 공공기관이나 기업을 상대로 판매 시 입찰제도를 충분히 경험했기 때문에 구체적인 투찰가격을 합의할 필요 없이 '우리 지역의 입찰이 공고되었다', '입찰 떴다'는 등의 언급만으로 들러리 합의를 할 수 있었으며 자체적으로 기초금액을 확인한 후 낙찰예정사가 투찰할 금액을 예측하여 그보다 높은 금액을 제출할 수 있었던 것으로 보임.
[11개 시도교육청 발주 교육기관용 소프트웨어 라이선스 구매 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 7. 15. 선고 2020누56751 판결¹⁶⁸⁾]]

② 부분적으로 경쟁이 있었던 경우

- 설계부문에서는 경쟁이 있었다고 하더라도 투찰가격을 합의함으로써 가격경쟁이 전적으로 배제되었다면, 경쟁을 제한하는 효과가 있음
- 원고 등이 가격경쟁을 배제하려는 목적으로 사전에 투찰가격을 합의함으로써 건설공사 입찰에서의 가격경쟁이 전적으로 배제되었고, 그 결과 낙찰자 결정에 필요한 두 가지 요소 중 설계만으로 낙찰자가 결정되는 불완전한 경쟁이 되었음.
- 또한 건설공사 입찰은 전체점수의 40%를 가격점수에 배정하는 등 설계부분에서의 경쟁과는 별도로 가격부분 자체에서의 경쟁도 예정하고 있었던바, 설계점수에 60%의 가중치가 부여되고 설계점수가 차등점수제로 평가됨으로써 가격점수로는 설계점수로 발생하는 우열을 뒤집기 어려운 사정이 있었다고 하더라도, 이러한 사정만으로는 애초부터 가격경쟁이 발생할 여지가 없었다거나 가격경쟁에 아무런 의미가 없었다고 보기 어려움.
- 따라서 비록 설계부문에 경쟁이 있었다고 하더라도 원고 등의 공동행위에는 경쟁을 제한하는 효과가 있으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없음.
[충남도청 이전신도시 하수처리시설 건설공사 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 12. 11. 선고 2015누42291 판결, 고법 확정)]

¹⁶⁸⁾ 산고심(대법원 2021. 12. 16. 선고 2021두49178 판결)은 쉬리불속행 기각함

※ 같은 취지: (주)한라의 새만금방수제 만경 5공구 건설공사 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 10. 16. 선고 2015누990 판결¹⁶⁹⁾), SK건설(주)의 보현산다목적댐 건설공사 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 2. 선고 2015누41175, 고법 확정)

- 원고는 설계 부문에서 경쟁이 있었다는 취지로 주장하나, 원고 등 4개사가 모두 사전에 투찰률을 합의하고 입찰에 참여함으로써 가격경쟁 자체가 소멸되어 이 사건 입찰이 낙찰자 결정에 필요한 두 가지 요소 중 설계 부문만으로 낙찰자가 결정되는 불완전한 경쟁으로 전락하였음
- 포항시방해양항만청은 이 사건 입찰을 추진하면서 응찰한 건설사들 사이의 자유롭고 공정한 경쟁을 통하여 적정한 가격과 설계 수준을 확보하고자 하였음. 그럼에도 이 사건 공사의 입찰에 응찰한 원고 등 5개 건설사는 사전에 투찰률 상한을 합의한 상태로 입찰에 참여하였고, 그로 말미암아 이 사건 입찰에 있어 가격 부분의 경쟁이 사라져 입찰의 취지가 근본적으로 훼손되었음.
- 낙찰자를 결정하는 종합점수에서 가격점수가 차지하는 비중이 40%로서 가격 부문의 경쟁이 갖는 의미가 상당함. 원고 등 5개 건설사 사이에 가격 경쟁이 제대로 이루어졌다면 낙찰가격이 보다 하락하였을 가능성을 배제할 수 없음. 원고가 주장하는 설계 부문의 경쟁은 자유롭고 공정한 입찰에 있어 당연히 전제된 것에 불과함.
- 원고 등 5개 건설사는 이 사건 입찰에서 저가 투찰을 방지하고 자신들의 이익을 최대한 추구하기 위하여 이 사건 공동행위를 한 것임. 설령 원고가 지적하는 바와 같이 공사 추정급액이 건설사 입장에서 만족스럽지 못한 수준이었다고 하더라도 그러한 사정만으로 입찰 담합의 경쟁제한성이나 부당성이 소멸되는 것은 아님.

[현대건설의 포항영일만항 외곽시설(2-1단계) 축조공사 부당공동행위 건(서울고법 2016. 4. 15. 선고 2015누45504 판결¹⁷⁰⁾]

※ 같은 취지: 새만금방수제 만경 5공구 건설공사 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건 (2015누45504, 45184, 45665, 2015누57727, 2016누31180), 포항영일만항 외곽시설 (2-1단계) 축조공사 부당공동행위에 대한 건(2015누32133, 2016누34578, 34653), 태영건설의 청주하수처리장 부당공동행위에 대한 건(2015누45191), 포스코건설 등 화양-적금(3공구) 도로공사 입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위 건(2015누60794 판결, 고법 확정) 등

169) 상고심(대법원 2016. 3. 10. 선고 2015누57727 판결)에서 심리불속행 기각함

170) 상고심(대법원 2016. 8. 18. 선고 2016누40191 판결)은 심리불속행 기각함

□ 이 사건 공사 입찰 사전심사에서 입찰참가자격자로 선정된 5개 업체 중 4개 업체에 해당하는 원고들이 모두 이 사건 공동행위에 가담함으로써 원고들 사이에서 실질적인 경쟁 없이 원고 자오건설이 단독으로 입찰에 참가하여 낙찰 받은 것과 같은 효과를 발생시켰으며, 나머지 1개 업체가 실질적으로 이 사건 공사 입찰에 참여하였다는 사정만으로는 이 사건 공동행위의 경쟁제한성을 부인할 수 없음

- 이 사건 공사 입찰 사전심사에서 입찰참가자격자로 선정된 5개 업체 중 4개 업체에 해당하는 원고들이 모두 이 사건 공동행위에 가담함으로써 원고들 사이에서 실질적인 경쟁 없이 원고 자오건설이 단독으로 입찰에 참가하여 낙찰 받은 것과 같은 효과를 발생시켰음. 이에 따라 이 사건 공사 입찰에서의 경쟁은 전체 5개 사업자 사이의 경쟁에서 원고 자오건설과 리노건설 양자 간의 경쟁으로 전락하였음.
- 결국 이 사건 공동행위는 이 사건 공사 입찰에서의 경쟁을 감소시켜 원고들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 낙찰가격 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하였다고 봄이 상당함. 리노건설이 실질적으로 이 사건 공사 입찰에 참여하였다는 사정만으로는 이 사건 공동행위의 경쟁제한성을 부인할 수 없고, 실제로 이 사건 공사 입찰에서 원고 자오건설이 낙찰을 받았음.

[화성시 동탄 푸른마을 신일해피트리 아파트 하자보수공사 입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 14. 선고 2016누39889 판결, 고법 확정)]

③ 입찰단계에서 이미 경쟁이 제한되었다는 주장 관련

□ 이 사건 공동행위로 인한 입찰담합이 2단계 경쟁입찰 방식하에서 이루어졌다고 하더라도 다른 입찰담합과 달리 경쟁을 제한하는 정도가 약하다거나 효율성 감소 효과가 작다고 단정할 수 없음

- 원고의 이 사건 공동행위는 이른바 경성공동행위 중에서도 가장 위법성이 강하다고 평가되는 입찰담합이고, 그 성격상 경쟁제한 효과는 명백한 반면 효율성 증대효과는 매우 미미함. 다수공급자계약제도에 따른 2단계 경쟁입찰 방식으로 이루어져 이미 경쟁이 제한된 상태의 공동 입찰에 관한 공동행위라고 하더라도 그 성격은 동일한 것으로 이와 달리 볼 것은 아님.
- 비록 2단계 경쟁입찰 방식을 취함으로써 인조잔디 경쟁입찰 시장에서의 경쟁가능한 가격의 폭이 축소되었다고 하더라도 이는 조달청이 2단계 경쟁입찰 방식을 채택한 자연스러운

결과로서, 이를 이유로 이 사건 공동행위가 정당화될 수 없음. 이 사건 공동행위로 인한 입찰담합이 2단계 경쟁입찰 방식하에서 이루어졌다고 하더라도 다른 입찰담합과 달리 경쟁을 제한하는 정도가 약하다거나 효율성 감소 효과가 작다고 단정할 수 없음.

[코오롱글로텍 등 인조잔디 다수공급자계약 2단계 경쟁 입찰 관련 28개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 8. 선고 2014누6748 판결, 고법 확정)]

- 이 사건 입찰의 경우 시공능력, 기술능력 등이 엄격하게 요구되어 처음부터 참여 가능한 건설사의 수가 제한되어 있었던 사정은 인정되나, 그러한 사정만으로는 이 사건 공동행위의 경쟁제한성이 경미하다고 볼 수 없음
- 입찰에 참가하는 사업자들은 자신의 생산능력, 경영상태, 영업전략 등을 고려하여 독자적으로 판단한 입찰 가격과 설계 수준 등으로 경쟁하여야 함에도, 동아건설산업은 지에스건설과의 합의에 따라 설계보상비를 받을 수 있는 수준의 저급설계를 갖추어 이 사건 입찰에 참여하였음.
- 이 사건 입찰의 경우 시공능력, 기술능력 등이 엄격하게 요구되어 처음부터 참여 가능한 건설사의 수가 제한되어 있었던 사정은 인정되나, 그러한 사정만으로는 이 사건 공동행위의 경쟁제한성이 경미하다고 볼 수 없음. 또한 동아건설산업이 이 사건 입찰에 참가한 이상 원고의 주장과 같이 중소건설사의 참여가 완전히 제한된다고 볼 수 없음.
- 지에스건설 등 6개 대형건설사 사이에 공구분할 합의가 있었다는 사실을 인정할 증거도 없지만, 설령 지에스건설 등 6개 대형건설사 사이에 공구분할 합의가 있었고, 위 합의에 따라 지에스건설이 이 사건 입찰의 낙찰자로 결정되어 있었다 하더라도 이러한 사정만으로는 이 사건 입찰에서의 경쟁이 완전히 제한된다고 볼 수 없음. 동아건설산업은 이 사건 공동행위에 따라 형식적으로 이 사건 입찰에 참여함으로써 실질적인 경쟁 없이 지에스건설이 단독으로 입찰에 참가하여 낙찰 받는 것과 같은 효과를 발생시켰음. 동아건설산업과 지에스건설 사이에 진정한 경쟁이 있었다면 낙찰 가격은 더 낮아졌을 것으로 보이는바, 이 사건 공동행위에 경쟁제한성이 없다고 볼 수 없음.

[동아건설산업의 경인운하사업 시설공사 제1공구, 제2공구, 제3공구 및 제6공구 입찰 관련 9개 사업자 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누57623 판결, 고법 확정)]

※ 같은 취지: 주한리의 경인운하사업 사업공사 제1공구, 제2공구, 제3공구 및 제6공구 입찰 관련 9개 사업자 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누4452 판결, 고법 확정)

- 참여 가능한 건설사 수가 제한적이고, 1사 1공구 낙찰제, 입찰금액 적정성 심사로 경쟁이 어느 정도 제한되어 있었다 하더라도 경쟁제한성이 경미하다고 볼 수는 없음
 - 이 사건 공동행위는 ① 이 사건 7개 대형건설사의 공구분할에 관한 기본 합의 → ② 이 사건 14개 건설사의 공구분할 합의 가담 → ③ 원고 등 21개사의 공구별 낙찰예정자 합의 → ④ 이 사건 13개 공구 공사의 사전 심사 등록 건설사가 된 건설사 중 위 공구분할 및 낙찰예정자 합의에 가담하지 않았던 7개 건설사의 추가 가담 → ⑤ 원고 등 28개사의 들러리 응찰 및 투찰 가격 합의 → ⑥ 합의 실행'의 순으로 진행되면서 결과적으로 이 사건 13개 공구 공사 입찰에 참여할 자격을 갖춘 건설사가 모두 이 사건 공동행위에 가담하였음. 이 사건 공동행위로 말미암아 이 사건 13개 공구 공사 입찰에서 경쟁 자체가 소멸되어 경쟁 입찰의 취지가 근본적으로 훼손되었음.
 - 이 사건 공사 입찰의 경우 철도공사 시공실적이 엄격하게 요구되어 처음부터 참여 가능한 건설사의 수가 제한되어 있었고, 1사 1공구 낙찰제, 입찰금액 적정성 심사로 인하여 경쟁이 어느 정도 제한되어 있었다는 사정은 인정됨. 그러나 그러한 사정만으로는 이 사건 공동행위의 경쟁제한성이 경미하다고 볼 수 없음.
- [한진중공업의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누35057 판결, 고법 확정)]
- 원고들만이 이 사건 입찰에 참여할 수 있어 유찰 시 그들 중 1개 회사가 수의계약으로 수주할 가능성이 매우 커 다른 업체가 이 사건 사업에 참여할 가능성이 매우 희박하다는 사정만으로 이 사건 입찰담합행위에 경쟁제한성이 부정된다고 할 수 없음
 - 원고들만이 입찰 공고상의 입찰참여요건을 갖춘 이 사건 입찰에서 위에서 보는 바와 같이 원고들이 낙찰예정자와 투찰가격을 사전에 합의한 후 입찰에 참여함으로써 경쟁에 의해 낙찰가격이 하락하게 될 여지가 없어지는 등 경쟁이 실질적으로 소멸하였다고 할 수 있으므로 이 사건 입찰담합행위에는 경쟁제한성이 인정됨.
 - 이에 대하여 원고들은, 원고들만이 이 사건 입찰에 참여할 수 있어 유찰될 경우 원고들 중 1개 회사가 수의계약으로 수주할 가능성이 매우 커기 때문에 다른 업체가 이 사건 사업에 참여할 가능성이 매우 희박하므로 경쟁이 제한되었다고 볼 수 없다고 주장하나 그러한 사정만으로 이 사건 입찰담합행위에 경쟁제한성이 부정된다고 할 수 없음.
- [(합)보령환경 및 (주)해양개발의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 10. 31. 선고 2012누4113 판결¹⁷¹⁾)]

- 원고 주장대로 이 사건 입찰시장에서 유효한 경쟁이 없었다고 하더라도, 이 사건 각 입찰시장에 진입할 가능성이 있던 기타 상수도 검침 시스템 제조·판매 사업자들과도 잠재적 경쟁관계에 있었다고 볼 수 있음
- 이 사건 각 입찰에서 입찰참가자가 옥외자동검침시스템을 직접 생산할 것이 입찰참가자격으로 정해지지 아니하였으므로 낙찰자로 결정된 사업자가 낙찰받은 옥외자동검침시스템 물량을 생산자인 원고로부터 구매하여 계약을 이행할 수 있고, 실제로 온누리넷 등 7개사는 낙찰 받은 후 이와 같이 원고로부터 구매하여 계약의 이행을 완료하였으므로, 단순히 온누리넷 등 7개사가 생산능력을 갖추지 못하였다는 사정만으로 원고 또는 자스텍과 유효한 경쟁관계에 있지 아니하다고 단정하기 어려움.
- 따라서 원고가 그 주장대로 자스텍과의 사이에 유효한 경쟁관계를 형성하고 있지 아니하였더라도, 원고는 이 사건 각 입찰시장에서 온누리넷 등 7개사, 엠앤에스 등과 실제로 유효하게 경쟁하고 있었고, 이에 너하여 위 시장에 진입할 가능성이 있던 기타 상수도 검침시스템 제조·판매 사업자들과도 잠재적 경쟁관계에 있었다고 볼 수 있음.
- 나아가 중소기업이며 관급수요에 의존하는 원고가 지방자치단체 및 조달청의 편의를 위해 협조할 수밖에 없었다거나 혹은 원고와 자스텍의 입찰담합으로 인하여 유찰이 방지되고 입찰절차가 신속하게 진행되는 결과가 발생하였다 하더라도, 그러한 사정만으로는 이 사건 공동행위에 경쟁제한 효과를 상쇄하고도 남을 만한 효율성 증대효과가 있다거나 달리 이 사건 공동행위의 부당성을 부정할 수 있는 특별한 사정이 있다고 평가하기 어려움.
[엠아이알 등 상수도 옥외자동검침시스템 구입 설치 입찰 관련 2개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 9. 30. 선고 2016누41226 판결¹⁷¹⁾)]

- 각 공동행위로 인하여 아파트 하자유지보수공사 입찰에서의 경쟁이 감소하여 낙찰 가격이나 기타 거래조건 등의 결정에 관한 경쟁제한 효과가 발생하였다고 봄이 타당하고 입주자대표회이나 관리주체의 자의적 결정이 가능한지 여부가 경쟁제한성의 존부를 결정하지 않음
- 담합을 하게 되면 사업자들이 투찰가격을 사전에 정할 수 있으므로 낙찰예정자는 투찰가격을 경쟁상황일 때보다 높은 수준으로 정하더라도 낙찰을 받을 수 있음. 아람건설은 이를 이용하여 이 사건 각 공동행위를 통해 담합이 없었다면 결정되었을 수준보다 높은 수준으로

171) 상고심(대법원 2013. 1. 18. 선고 2012두26319 판결)은 범경기간 내 상고이유서 미제출로 기각됨

172) 상고심(2017. 2. 23. 선고 2016두57151 판결)은 심리불속행 기각함

낙찰가를 형성함으로써 아파트 입주민들의 이익을 침해하였거나 적어도 침해할 우려가 있는 상태를 초래함. 실사 입찰참가자격, 낙찰자 결정 등의 단계에서 입주자대표회의나 관리주체의 자의적인 결정이 가능하다고 하더라도, 최저가 낙찰제를 통해 낙찰이 이루어지는 이상 입주자대표회의나 관리주체의 영향력은 제한되므로 위와 같은 사정만으로 이 사건 각 공동행위의 경쟁제한성이 존부가 달라지지 않음.

[석진건설(주)의 아파트 재도장·방수 공사 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 7. 11. 선고 2018누36198 판결, 고법 확정)]

□ 적격심사제 입찰에 운찰제적 성격이 일부 있다 하더라도 입찰 예정가격이 어느 정도 예측 가능하므로 입찰참가자들이 들려리사를 포함시켜 적격심사 방식의 입찰에서 담합할 실익은 충분하고 경쟁제한성이 인정됨

- 예정가격은 입찰 전에 공표하는 기초예비가격의 ±2.5% 범위에서 무작위로 생성되는 15개의 복수예비가격 중 입찰참가자에 의해 가장 많이 추첨된 4개를 산술 평균한 가격으로 결정되며, 예비가격의 기초금액은 공개되어 있고, 예정가격은 대부분 복수 예비가격의 중앙값인 '예비가격 기초금액'과 같거나 약간 낮은 수준으로 결정되므로, 어느 정도 예측이 가능함.
- 입찰참가자들이 담합하여 낙찰 받으려는 자가 예측한 예정가격과 낙찰하한을 사이에서 가장 낮은 투찰금액으로 투찰하고 들려리사는 그보다 높은 투찰금액으로 투찰하면 낙찰 받으려는 자가 합의한 투찰가격대로 낙찰을 받을 가능성이 높고, 낙찰을 받으려는 자는 낙찰 가능성이 높은 투찰가격을 정하여 담합하면 낙찰받을 가능성을 높이면서 보다 많은 이익을 볼 수 있으므로, 입찰참가자들이 적격심사 방식의 입찰에서 담합할 실익이 충분히 존재하고, 제2입찰이 적적으로 행운에 의하여 좌우되는 성격이라고 보기 어려움.

[한국남동발전(주) 및 한국수력원자력(주) 발주 발전소용 건설기자재 등 국내 하역/운송 용역 입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 9. 16. 선고 2019누60983 판결¹⁷³⁾)]

□ 이 사건 입찰은 소프트웨어 유지·보수의 연속성 문제로 기존 계약 대리점에 유리한 측면이 있어 그 특성상 경쟁 발생 여지가 처음부터 제한될 여지가 있다고 하더라도 이러한 사정만으로 입찰담합을 통하여 경쟁을 제한하는 행위가 정당화될 수 없음

- HJ록 소프트웨어 구매는 그 유지·보수와 연결되어 있어 기존에 소프트웨어 구매계약을

¹⁷³⁾ 상고심(대법원 2021. 2. 4. 선고 2020두51143 판결)은 심리를 속행 기각함

체결하고 유지·보수를 하던 기존 사업자가 입찰에 유리한 측면이 있기는 하나, 입찰 참가자들이 입찰공고 내용을 숙지하고 자신의 사업수행능력, 경영상태, 영업전략 등을 고려하여 독자적으로 판단한 입찰가격으로 경쟁하였어야 한다는 측면에서 위와 같은 사정만으로 입찰답합률을 통하여 경쟁을 제한하는 행위가 정당화될 수 없음.

[경북교육청 발주 교육기관용 소프트웨어 라이선스 구매입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 10. 28. 선고 2020누56188 판결¹⁷⁴⁾)]

□ 원고들이 주장하는 사정만으로 이 사건 입찰이 입장을 가장한 수의계약으로 지명 경쟁입찰의 실질적인 요건을 갖추지 못하여 가격경쟁을 전제로 한 입찰 자체가 존재하지 아니하였다고 인정할 수 없음

○ 앞서 인정한 사실 및 앞서 든 각 증거에 의하면, ① 고흥군은 이 사건 각 토지를 관련 법령에 따라 이 사건 입찰을 실시하였고, ② 고흥군이 이 사건 입찰을 실시함에 있어 지방계약법 시행령 제14조 제1항이 정하는 입찰 참가자격 사전심사를 하여야 할 의무는 없으며, ③ 고흥군이 이 사건 합의에 관여하였다고 인정할 자료가 없고, ④ 원고 동광종합토건 주식회사가 이 사건 각 토지를 취득하여 콘도미니엄을 건립하기로 고흥군과 합의하였다가 이 사건 입찰을 실시하여 원고 주식회사 동광개발이 이 사건 각 토지를 낙찰받았음을 알 수 있고, 한편 원고들이 주장하는 사정만으로 원고들이 사실상 하나의 회사라고 볼 수 없으므로, 이 사건 입찰이 지명경쟁입찰의 실질적인 요건을 갖추지 못하였다고 볼 수 없음.

[전라남도 고흥군 고흥만 콘도부지 매각입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 6. 22. 선고 2021누37981 판결¹⁷⁵⁾)]

④ 부당이익이 미미하거나 담합의 필요성이 있다는 주장 관련

□ 사전영업활동을 통해 입찰에 있어 일부 유리한 사정이 있거나 예정가격이 낮다하여 경쟁제한성을 부정할 수 없음

○ 제한적 최저가 낙찰제를 통해 낙찰이 이루어지는 이상 사전 영업활동을 한 업체가 바로 계약의 상대방이 된다고 할 수 없고, 실제로 이 사건 입찰에 관하여 세기미래기술이 사전 영업활동을 하였음에도 이 사건 입찰 8건 중 3건은 이 사건 공동행위에서 정한 바와 같이 링크정보시스템이 낙찰을 받았으므로, 원고의 주장처럼 이 사건 공동행위가 낙찰자

174) 상고심(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021두59083 판결)은 심리불속행 기각함

175) 상고심(대법원 2022. 10. 14. 선고 2022두48844 판결)은 심리불속행 기각함

결정에 영향을 주지 않는다고 볼 수 없으며, 사전 영업활동을 한 사업자의 입찰가능성이 높다고 하더라도 입찰에서 경쟁관계가 성립하지 않는다고 볼 수도 없음.

- 원고가 주장하는 것처럼 사업내용에 비하여 예정가격이 낮아 낙찰자가 손실을 보는 입찰 이었다고 하더라도, 원고 등 사업자들은 공고된 조건에서 자신의 생산능력, 경영상태, 영업전략 등을 고려하여 독자적으로 판단한 입찰가격으로 경쟁하는 등 경쟁입찰의 정상적인 과정을 통하여 위와 같은 입찰 방식의 특성에 따른 어려움을 해소하여야 할 것이므로, 입찰당합 행위를 통하여 경쟁을 배제하는 행위를 정당화할 수 없음.

[(주)오에이전자의 동보장치 구매설치 입찰관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2019. 9. 26. 선고 2019누34410, 고법 확정)]

- 원고는 공사의 낙찰자가 되어 공사를 진행하게 되었으므로 계약금액만큼의 부당이득을 얻은 것이고, 원고의 주장과 같이 실행률이 112.59%에 해당한다는 사정은 공사가 완료된 후 계산된 사후사정에 불과함
- 입찰의 단독 참여의 경우 발주자는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 20조, 27조 1항 1호에 따라 재입찰의 실시 및 수의계약의 체결이 가능한데, 원고(케이씨씨건설)가 들러리업체를 내세워 낙찰을 받음으로써 재입찰을 하는 경우 참여할 수 있는 기업들의 진입 가능성을 처음부터 봉쇄시켰음.
- 또한 2010년 당시 빌주된 농어업토목 공사 및 둑 높이기 공사는 32개였는데 입찰참가 자격요건을 모두 구비한 약 20개의 국내 사업자는 둑 높이기 공사에 충복참여가 가능한 상황이었으므로 수의계약을 체결할 경우 다른 사업자가 계약을 수주할 가능성이 있었음. 뿐만 아니라 을2에 의하면 이 사건 시설공사는 국가계약법 시행령 특례규정에 의한 국제입찰 대상 공사이므로 국제 기업 또한 입찰에 참여할 수 있는 가능성을 배제할 수도 없음. 따라서 원고의 입장에서 그 주장과 같이 원고 혼로 참여할 것이 예상되었다고 하더라도 들러리를 세워서 낙찰자를 정한 행위는 경쟁을 제한하는 행위에 해당하지 않는다고 보기 어려움.

[농업용 저수지 둑 높이기 건설공사 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 11. 6. 선고 2015누41168 판결, 고법 확정)]

- 이 사건 공구분할 합의가 대안설계비용 상당의 손해를 피하기 위한 어쩔 수 없는 선택이었다고 볼 수는 없으며 서로 경쟁관계에 있는 건설 6개사가 경쟁을 회피할 목적으로 한 것으로서, 실질적으로 경쟁을 제한한 행위임
 - 대안입찰에 참여하였다가 탈락한 경우 대안설계비용으로 지출된 액수 중 대부분을 회수할 수 없게 되는 손해를 입게 되는 것은 사실인. 그러나 이 사건 공사의 경우 대안설계 입찰이 편수적인 요건은 아니었고 입찰자의 선택에 따라 원안설계 입찰만 하는 것도 가능하였음에도 원고는 이 사건 공구분합합의를 하고 자신의 선택에 따라 낙찰가능성이 높은 대안설계입찰을 하였던 점, 입찰에 참여하는 업체의 입장에서는 여러 공구의 입찰에 참여하여 그 중 일부에 대해서라도 실시설계 적격자로 선정되어 공사계약을 체결하는 것이 대안설계입찰을 하였다가 탈락함으로써 입게 되는 설계비 상당의 손해를 회복하는 최선의 방법이라고 생각하는 것이 오히려 합리적이라고 볼 여지도 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공구분합 합의가 대안설계비용 상당의 손해를 피하기 위한 어쩔 수 없는 선택이었다고 볼 수는 없음.
 - 원고는 최근 3년간 지하철 철도 관련 턴키 대안공사시장에서의 수주실적 합계가 전체의 88%나 차지하는 6개 대형 건설회사의 일원으로서 나머지 회사들과 이 사건 공구분합 합의를 한 후 둘러리 입찰자까지 내세워 사실상 단독으로 이 사건 704공구의 입찰에 참여한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공구분합 합의는 서로 경쟁관계에 있는 건설6개사가 경쟁을 회피할 목적으로 한 것으로서, 실질적으로 경쟁을 제한한 행위임.
- [삼성물산 등 6개사의 지하철7호선 입찰담합 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누21879 판결¹⁷⁶⁾)]
- 원고가 애초부터 단독으로 입찰에 참여할 능력이 없어 컨소시엄을 구성할 필요성이 있었다고 하더라도, 원고 등 16개사가 협의체를 구성하여 지분을 배분하고 시장에 서의 경쟁을 감소시켜 실질적으로 경쟁을 제한한 이상, 지분율합의의 경쟁제한성이 인정됨
 - 입찰에 참가하는 사업자들은 자신의 생산능력, 경영상태, 영업전략 등을 고려하여 독자적으로 판단한 입찰 가격과 설계 수준 등으로 경쟁하여야 함에도, 앞서 본 인정 사실에 의하여 인정되는 다음 사정들, 즉 원고 등 16개사는 턴키 시장에서 70 내지 80% 이상의 점유율을 차지하고 있는데, 4대강 살리기 사업의 입찰에서 일정 지분을 확보하기 위하여 이 사건 지분율 합의를 하였던 점, 이 사건 지분율 합의는 이후 현대건설 등 8개사의 이 사건 공구 배분 합의의 기초가 되었고 이에 따라 1차 턴키 공사 입찰 등에서 실제로 공구

176) 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008누22075 판결)은 심리불속행 기각함

배분이 이루어진 점, 이 사건 지분을 합의가 없었다면 상위 설계사를 확보한 현대건설 등 8개사 사이에서 진정한 가격 경쟁이 있게 되어 낙찰 가격이 더 낮아졌을 가능성이 상당해 보이는 점, 상위 설계사를 확보한 원고 등 8개사가 공구를 배분함으로써 이 사건 공동행위에 가담하지 않은 하위 건설사들의 입찰 참여를 사전에 저지하는 효과가 있었던 것으로 보이고, 실제로 이 사건 각 공구의 입찰에 참가한 회사들은 현대건설 등 19개 회사가 대부분이었던 점 등을 종합하여 보면, 위와 같이 턴키 시장에서의 시장 지배력을 가지고 있는 원고 등 16개사의 이 사건 지분을 합의는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당한다고 봄이 상당하고, 원고가 주장하는 바와 같이 원고가 애초부터 단독으로 입찰에 참여하거나 공사를 수행할 능력이 없어 컨소시엄을 구성할 필요성이 있었다고 하더라도, 원고 등 16개사가 협의체를 구성하여 지분을 배분하고 이에 기초하여 현대건설 등 8개사가 공구를 배분하는 등으로 이를 실행한 것이 앞서 본 바와 같이 1차 턴키 입찰 시장에서 사업자 사이의 경쟁을 감소시키거나 소멸시켜 실질적으로 경쟁을 제한한 이상, 원고가 주장하는 위 사유만으로 이 사건 지분을 합의의 경쟁제한성이 없다고 할 수는 없음.

- 또한 원고가 이 사건 지분을 합의에 가담한 이유는 원고 역시 다른 건설사들과 함께 이 사건 지분을 합의를 통하여 경쟁입찰에서의 경쟁을 회피하고 미리 일정 지분을 보장받기 위한 것으로 보이는 점, 이 사건 공동행위에 가담하지 않은 하위 건설사들의 입찰 참여를 사전에 저지하는 것이 4대강 살리기 사업의 성공적 수행을 위한 긍정적 효과가 있었다고 보이지 아니하는 점 등을 보태어 보면, 원고가 경제적 효율성의 증대 사유로 주장하는 사정반으로는 위와 같은 경쟁제한적 효과를 상회할 만한 경쟁촉진적 효과가 있다고 인정하기도 어려움.

[4대강 살리기 사업 1차 턴키공사 입찰 관련 건 중 경남기업(서울고법 2014. 4. 25. 선고 2012누29198 판결¹⁷⁷⁾)]

* 같은 취지: 4대강 살리기 사업 1차 턴키공사 입찰 관련 건(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29242 판결¹⁷⁸⁾, 서울고법 2014. 7. 9. 선고 2012누28508 판결¹⁷⁹⁾, 서울고법 2014. 7. 9. 선고 2012누28003 판결¹⁸⁰⁾, 서울고법 2014. 6. 16. 선고 2012누28997 판결¹⁸¹⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28874 판결¹⁸²⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29303 판결¹⁸³⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누27994 판결¹⁸⁴⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28850 판결¹⁸⁵⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29211 판결¹⁸⁶⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29525 판결¹⁸⁷⁾)

177) 상고심(대법원 2014. 9. 24. 선고 2014두8186 판결)은 심리불속행 기각함

178) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두10233 판결)은 심리불속행 기각함

179) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두11083 판결)은 심리불속행 기각함

180) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두11106 판결)은 심리불속행 기각함

181) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10059 판결)은 심리불속행 기각함

182) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두10103 판결)은 심리불속행 기각함

183) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두39654 판결)은 심리불속행 기각함

184) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두10097 판결)은 심리불속행 기각함

185) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10820 판결)은 심리불속행 기각함

□ 예비가격 범위가 0.4%로 좁게 설정되어 있거나, 이 사건 합의가 아니었어도 다른 지역 입찰에 참여 유인이 낮다거나, 관수레미콘 단가가 민수 판매단가보다 낮게 책정된 사정이 있더라도 이 사건 입찰담합의 경쟁제한성은 인정됨

- 공동수급체나 레미콘공업협동조합인 입찰자들은 자신 소속 레미콘업체 등 조합원의 생산능력, 경영상태, 영업전략, 운송 거리 등을 고려하여 자유롭고 독자적으로 희망수량과 단가를 정해야 함. 레미콘 특성 등에 비추어, 레미콘 판매 경쟁은 공급자와 수요처 사이의 운송 거리에 따른 운반비 등에 토대한 가격경쟁을 통해 이루어짐. 설령 이 사건 입찰에서 예비가격 범위가 0.4%로 좁게 설정되었더라도 입찰자들은 그 가격 범위 내에서 가격경쟁을 통해 물량을 낙찰 받아야 하며, 위와 같은 좁은 범위의 예비가격 설정이 경쟁을 벌이는 데 아무런 장애가 되지 못함.
- 원고들과 충남조합은 이 사건 합의를 하고 그 합의대로 이 사건 입찰에 참여한 결과 원고들은 사실상 아무런 가격경쟁도 없고, 아무런 유찰 위험도 없으며, 그에 따라 아무런 일반경쟁입찰 위험도 없이 형식적인 경쟁 입찰을 거쳐 합의한 희망 물량을 낙찰 받을 수 있었음. 이 사건 공동행위와 그 실행으로 말미암아 이 사건 입찰 시장에서 가격경쟁이 실질적으로는 소멸했거나 적어도 현저히 감소했음이 명백하고, 이는 설령 원고들과 충남조합이 레미콘 특성 등 때문에 인접 지역 분류 입찰에 참여할 유인이 적었더라도 마찬가지임.
- 또한, 원고들과 충남조합은 가동률이 낮은 편이어서 관급계약을 체결하여 가동률을 올릴 유인이 있었고, 민수판매보다 현금 지급, 지급기일 준수 등 많은 장점이 있음. 설령 관수레미콘 단가가 민수 판매단가보다 낮게 책정되었더라도, 그런 사정이 이 사건 입찰에서 사실상 경쟁이 없었다고 볼 근거가 될 수 없음.

[관수레미콘 구매입찰 관련 대전·세종·충남지역 3개 레미콘협동조합의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2019. 11. 13. 선고 2019누40811 판결188))]

□ 원고 등이 유찰 방지를 위하여 담합을 한 측면이 있었다고 하더라도 경쟁제한성이 부정된다고 할 수 없음

- 원고 등이 유찰 방지를 위하여 담합을 한 측면이 있는 것으로 볼 여지도 있음. 그러나 주된 목적은 이 사건 입찰에서 다른 사업자와의 경쟁 없이 낙찰을 받기 위한 것으로 보이므로, 부수적으로 유찰 방지를 위한 목적이 있었다고 하더라도 경쟁제한성이 부정된다고 할 수 없음.

186) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두10080 판결)은 심리불속행 기각함

187) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10813 판결)은 심리불속행 기각함

188) 상고심(대법원 2020.3.12. 선고 2019두61595 판결)은 심리불속행 기각함

[11개 시도교육청 반주 교육기관용 소프트웨어 라이선스 구매 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 10. 13. 선고 2020누56539 판결¹⁸⁹⁾)]

⑤ 계열회사 간 입찰담합의 경우

- 공동행위를 통해 경쟁입찰의 외형을 작출함으로써 유찰을 방지하지 않았더라면 유찰 후 재입찰, 재공고입찰 또는 수의계약 과정에서 계약금액이 낮아졌을 가능성을 배제 할 수 없고, 원고들이 계열회사라고 하여 경쟁제한성을 달리 볼 근거가 없음
- 이 사건 각 입찰에 원고 씨아이씨라이프 외 참여할 사업자가 없었다면 그 입찰은 당연히 유찰되어야 하는 것인데도 원고 씨아이씨라이프는 스스로 낙찰자가 되기 위하여 원고 필영을 들리리 업체로 참가시켰음. 원고 필영이 이 사건 각 입찰에 형식적으로 참가함으로써 경쟁입찰의 외형을 작출하는 한편 실질적으로는 원고 씨아이씨라이프만이 입찰에 참가하여 원고 씨아이씨라이프가 특별한 가격으로 낙찰되는 것과 같은 효과를 발생시켰는바, 이는 단독입찰일 경우 재입찰 등 일정 절차를 거쳐 수의계약을 허용하도록 되어 있는 관계 번령을 잠탈한 행위임. 이 사건 공동행위를 통해 경쟁입찰의 외형을 작출함으로써 유찰을 방지하지 않았더라면 유찰 후 재입찰, 재공고입찰 또는 수의계약 과정에서 계약금액이 낮아졌을 가능성을 배제할 수 없음.
- 원고들은 각 별개의 법인격을 가지고 독자적으로 디지털콘텐츠제작업을 영위하는 사업자이므로 원고들이 계열회사 관계에 있다는 사정만으로 이 사건 각 입찰에 참가하면서 원고 씨아이씨라이프가 낙찰받을 수 있도록 원고 필영이 형식적으로 입찰에 참여하기로 한 공동행위의 경쟁제한성을 달리 볼 근거가 없음. 피고의 공동행위 심사기준도 다수의 사업자를 실질적·경제적 관점에서 '사실상 하나의 사업자'로 볼 수 있는 경우 그들간에 이루어진 부당한 공동행위에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항을 적용하지 않는다고 정하면서도 입찰담합의 경우는 예외로 한다[Ⅱ. 1. 나. (1)]고 명시적으로 정하고 있고, 위와 같은 기준은 타당한 것으로 보임.

[전북대학교 등 4개 기관 발주 교육콘텐츠 입찰 참여 2개사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 18. 선고 2016누39445 판결¹⁹⁰⁾)]

* 같은 취지: 엠아이알 등 상수도 옥외자동검침시스템 구입 설치 입찰 관련 2개 사업자의 부당공동행위 건(대법원 2016. 4. 12. 선고 2015두50061 판결), 에이엔디엔지니어링 등 민방위 및 재난재해 경보시스템 구매설치 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누32236 판결, 고법 확정)

189) 상고심(대법원 2022. 2. 24. 선고 2021두56886 판결)은 심리불속행 기각함

190) 상고심(2017. 5. 26. 선고 2017두36014 판결)은 심리불속행 기각함

□ 설령 원고와 이 사건 공동행위를 한 알림시스템이 원고와 사실상 하나의 회사에 해당한다고 보더라도 입찰담합의 경우 사실상 하나의 회사에 대한 예외를 인정하지 않고 있으므로, ‘경쟁제한성’이 인정됨

- 이 사건 입찰에서 입찰참가자격을 제조사와 실적사로 제한하고 있더라도 원고와 알림 시스템만이 입찰참가자격을 갖춘 유일한 사업자에 해당한다고 보기 어렵고(원고의 임직원들 또한 피고의 심의·조사단계에서 원고와 알림시스템 이외의 다른 제조업체가 존재할 수 있다고 진술한 바 있다), 설령 이 사건 입찰에 참여할 수 있었던 자격을 갖춘 업체가 한정되어 현실적으로 경쟁이 어느 정도 제한될 소지가 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 공동행위가 정당화될 수는 없음.
- 원고는 이 사건 공동행위를 한 알림시스템이 원고와 사실상 하나의 회사라는 취지로도 주장하나, 이를 인정하기에 족한 증거가 없다. 설령 원고와 알림시스템이 하나의 회사에 해당한다고 보더라도 입찰담합의 형식으로 이루어진 이 사건 공동행위의 경우 다른 유형의 공동행위와 달리 ‘경쟁제한성’을 인정함에 있어 위와 같은 사정이 아무런 장애가 되지 아니함[피고의 공동행위 심사기준(2015. 10. 23. 공정거래위원회 예규 제235호로 개정된 것) II. 1. 나. (1)의 규정에서도 입찰담합의 경우에는 다른 유형의 공동행위와 달리 사실상 하나의 회사에 대한 예외를 인정하지 않고 있음].
- 원고의 주장과 같이 원고가 알림시스템과의 사이에 유효한 경쟁 관계를 형성하고 있지 아니하였더라도, 원고와 알림시스템은 이 사건 입찰시장에서 다른 사업자들과 실제로 유효하게 경쟁하고 있었고, 이에 너하여 위 시장에 진입할 가능성이 있던 기타 민방위 및 재난·재해 경보시스템 제조·판매 사업자들과도 짐작적 경쟁 관계에 있었음.
[에이엔디엔지니어링 등 민방위 및 재난재해 경보시스템 구매설치 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누32236 판결, 고법 확정)]

⑥ 입찰담합의 경쟁제한성이 부정된 경우

- 조달청의 나라장터전자입찰시스템의 예정가격은 개찰 이전에는 공개되지 않아서 입찰참가자들 중 일부가 입찰금액을 합의하여 입찰에 참가하더라도 낙찰가격이나 낙찰자 결정에 아무런 영향을 미칠 수 없으므로 이 사건 담합에는 경쟁제한성이 없음
- 이 법원의 조달청에 대한 사실조회 결과에 의하면, 조달청의 나라장터(G2B)전자입찰 시스템에서는 예정가격을 결정하는 복수예비가격과 복수예비가격 추첨번호가 모두 생성과 동시에 암호화되어 있고 예정가격은 개찰 이전에 공개되지 않아서 입찰참가자들은 개찰

이전에 예정가격을 알 수 없으므로, 입찰참가자들 중 일부가 입찰금액을 합의하여 입찰에 참가하더라도 낙찰가격이나 낙찰자 결정에 아무런 영향을 미칠 수 없음. 위 인정사실에다가 ① 소외 4개 회사가 이 사건 입찰에서 낙찰자가 되지 못한 것은 우연히 그 입찰금액이 낙찰하한선 미만이었기 때문일 뿐이고 그 입찰금액이 낙찰하한선 이상이었다면 낙찰을 받을 수도 있었다고 보이는 점, ② 원고들이 이 사건 담합을 하였다고 하더라도 원고들은 예정가격을 알 수 없어서 제천산림조합이 낙찰 받을 것을 의도하거나 예상할 수는 없었으므로 제천산림조합이 낙찰자가 된 것도 우연일 뿐인 점을 보태어 보면, 이 사건 담합에는 경쟁제한성이 없음.

[교산증평산림조합 외 9의 2007년 임도구조개량사업 입찰담합 건(서울고법 2008. 10. 23. 선고 2008누3465 판결¹⁹¹⁾)]

마. 과징금

1) 법적 성격

가) 법 제43조의 과징금의 법적 성격

□ 법 제19조의 위반행위에 대하여 부과하는 과징금은 사업자의 부당공동행위에 대한 행정적 제재금의 성격에 부당이득 환수적 성격이 가미되어 있음

- 법 제19조의 위반행위에 대하여 부과하는 과징금은 사업자의 부당공동행위에 대한 행정적 제재이므로 그 구체적인 수액은 법 제22조 및 그 시행령 제9조에서 규정하는 과징금 상한액의 범위 내에서 과징금부과에 의하여 달성하고자 하는 목적과 법 제56조의3 제1항 소정의 사유 즉 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 감안하여 피고가 재량을 가지고 결정할 수 있음

[강관제조 4사의 가격 및 결제조건 등 공동결정행위 건(서울고법 2000. 12. 21. 선고 98누12651 판결¹⁹²⁾)]

- 법상 과징금은 자체로 행정법상의 의무위반에 대하여 이로 인한 불법적인 이득을 박탈하거나 혹은 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 행정청이 부과·징수하는 금전이고, 형사처벌이나 행정벌과는 그 성격을 달리하는 것이기는 하나, 위반자에 대하여 금전지급채무를 부담시킨다는 측면에서 실질적으로는 제재로서의 성격도 가지고 있음.

191) 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008누21348 판결)은 심리불송행 기각함

192) 상고심(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001누847 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

- 특히 이 사건 법 위반행위에 대한 과징금은 기본적으로 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 부당이익 환수적 성격을 가지는 것이기는 하나, 1996. 12. 30. 법률 제5235호에 의한 개정 이래 부당이득의 발생과 관련이 없는 법 위반행위에 대하여도 과징금부과가 가능하도록 하고, 위반행위일 단위의 매출액을 기준으로 과징금을 부과하도록 한 종래의 규정을 폐지하였으며, 과징금을 부과함에 있어서 위반행위에 의하여 취득한 이익의 규모 외에 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수 등을 의무적으로 참작하도록 하는 등으로 제재적 성격이 강화되었음.

[삼성카드 외 3사의 중고차 할부금리 공동인하행위 건(서울고법 2002. 6. 27. 선고 2001누2579 판결¹⁹³⁾]

※ 같은 취지: 한슬페이퍼택 등 18개 골판지 원지 제조 판매사업자 등의 골판지 고지 구매 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 12. 22. 선고 2016누59425 판결¹⁹⁴⁾)

□ 부당한 공동행위에 관한 과징금은 부당이득 환수의 목적 이외에도 제재적 성격을 아울러 가지고 있음

- 부당한 공동행위에 관한 과징금은 부당이득 환수의 목적 이외에도 제재적 성격을 아울러 가지고 있는 것으로 원고가 이 사건 공동행위의 당사자로 인정되는 이상, 상고이유의 주장과 같은 사유만으로 이 사건 과징금 납부명령이 비례와 형평의 원칙에 어긋나 위법하다고 볼 수 없음.

[대림산업에 대한 과징금 재산정 건(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두22256 판결)]

□ 과징금이 위반행위로 인하여 발생한 순이익보다 많다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 과징금이 지나치게 과중하다고 할 수 없음

- 과징금은 부당한 공동행위로 인한 부당이득의 환수의 성격과 함께 제재적인 성격도 가지는바, 원고의 위반행위의 내용과 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 이로 인해 원고가 얻은 이익의 규모 등을 종합하면, 비록 원고에 대한 과징금이 원고가 주장하는바 위반행위로 인하여 발생한 순이익보다 많다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 과징금이 지나치게 과중하다고 할 수 없음.

[인천도시철도 2호선 턴키공사 입찰관련 21개 건설업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2017. 4. 26. 선고 2016두32688 판결)]

193) 상고심(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결)은 원심 판결에 위법이 없다고 판시함

194) 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017두32241 판결)은 심리불속행 기각함

나) 과징금 납부명령의 법적 성격

- 법 제19조의 위반행위에 대하여 부과하는 과징금은 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 감안하여 공정위가 재량을 가지고 결정할 수 있음
- 법 제19조의 위반행위에 대하여 부과하는 과징금은 사업자의 부당공동행위에 대한 행정적 제재이므로 그 구체적인 수액은 법 제22조 및 그 시행령 제9조에서 규정하는 과징금 상한액의 범위 내에서 과징금부과에 의하여 달성하고자 하는 목적과 법 제55조의3 제1항 소정의 사유 즉 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 감안하여 공정위가 재량을 가지고 결정할 수 있음.

[강관제조 4사의 가격 및 결제조건 등 공동결정행위 건(서울고법 2000. 12. 21. 선고 98누12651 판결¹⁹⁵⁾)]

□ 공정거래위원회의 부당한 공동행위자에 대한 과징금 납부명령은 재량행위라 할 것임

- 공정거래법 제22조, 제55조의3 각 규정의 내용과 체계 등을 종합하여 보면, 공정거래위원회는 부당한 공동행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과할 경우 공정거래법과 공정거래법 시행령이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있으므로, 공정거래위원회의 부당한 공동행위자에 대한 과징금 납부명령은 재량행위라 할 것임.

[쇼와덴코의 흑연전극봉가격 공동결정행위 재산정 건(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007두22054 판결)]

다) 과징금 고시의 법적 성격

- 과징금 고시는 피고 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없고, 당해 처분의 적법 여부는 위 처분기준만이 아니라 관계 법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단되어야 함¹⁹⁶⁾
- 일반적으로 법규명령과 행정규칙을 구분하는 기준은 규범형식, 상위법률의 수권여부, 규범의 내용에 있어서의 법규성 존재 여부 등임. 과징금 고시는 ① 고시의 형태로 제정되어

195) 삼고수(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001두847 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

196) 과징금고시에 적합하다고 하여 곧바로 적법한 과징금 납부명령이라고 할 수 없다는 취지임

있고, ② 공정거래법, 공정거래법 시행령의 위임에 따라 과징금 부과에 관하여 필요한 세부기준을 정하면서, ③ 과징금을 기본과징금, 의무적 조정과징금, 임의적 조정과징금으로 세분하고, 공정거래법 시행령에서 정한 관련매출액의 개념을 보다 세분화하여 기준을 정하고 있음에 불과함. 즉, 공정거래법 등에 의해 과징금 납부의무를 부담하는 사업자에 대하여 어느 정도의 과징금을 부과할 것인지를 정하는 것이지 새로운 권리제한이나 의무부과를 내용으로 하고 있다고 할 수 없음. 따라서 과징금 고시는 피고 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없고, 당해 처분의 적법 여부는 위 처분기준만이 아니라 관계 법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단되어야 할(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결 등 참조).

- 공정거래법은 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 과징금을 부과함에 있어 참작하여야 한다고 하고 있는데(공정거래법 제55조의3 제1항 제3호), 과징금고시에서는 이익의 규모를 의무적 조정과징금 산정단계에서 가중적 요소로만 고려할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이고 최종 부과과징금 결정단계에서 이를 감경사유로 규정하고 있으나 최종 단계에서 최대한인 50%까지 감액하였음에도 여전히 위반사업자들이 취득한 이익규모와 과징금이 균형을 이루지 못하는 상황이 생길 수 있음. 이와 같이 과징금 산정의 기준을 각 사업별 매출액 대비 평균수익률을 고려하지 않고서 관련매출액만을 기준으로 산정하는 협행법 아래에서는 공정거래법이 과징금 산정에서 의무적으로 요구하는 이익의 규모 등이 참작되지 않아 위법한 결과를 초래할 위험이 있음.

[11개 소주 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2011. 6. 2. 선고 2010누21718 판결¹⁹⁷⁾)]

- “과징금산정 및 부과지침”상의 과징금 부과기준 중 입찰담합에 관한 부분은 법 제22조에서 정한 금액의 범위 내에서 과징금 산정기준을 정한 공정위의 내부 사무 처리준칙에 불과 하므로 구체적인 사안에서 위 과징금 부과기준을 적용한 결과가 비례의 원칙이나 형평의 원칙에 반하지 아니하는 이상 일반 공동행위보다 중한 기준을 규정하고 있다는 것만으로는 무효라고 할 수 없음.
- “과징금산정및부과지침”상의 과징금 부과기준 중 입찰담합에 관한 부분은 법 제22조에서 정한 금액의 범위 내에서 과징금 산정기준을 정한 공정위의 내부 사무처리준칙에 불과 하므로 구체적인 사안에서 위 과징금 부과기준을 적용한 결과가 비례의 원칙이나 형평의 원칙에 반하지 아니하는 이상 일반 공동행위보다 중한 기준을 규정하고 있다는 것만으로는 무효라고 할 수 없음.

[현대오일뱅크 외 1의 군납유 입찰담합 건(대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결)]

197) 상고심(2011두16049) 일부 파기환송(2014누2555) 후 확정

* 참고: 에쓰오일 건(서울고법 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결, 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결)

□ 가이드라인(이 사건 과징금 산정과 배치됨)이 피고에 의하여 고시된 바도 없고 그러한 내용으로 되풀이 시행된 바도 없다면 이를 따르는 것에 관하여 구속력 있는 행정관행이 성립되지도 않았다고 봄이 상당함

- 원고가 주장하는 가이드라인의 존재를 피고가 인정하고 있기는 하나, 한편 피고의 주장 등에 의하면, 위 가이드라인은 피고에 의하여 고시된 바도 없고 이에 관한 법령상 위임의 근거도 없는 등 유효한 행정규칙이나 내부지침으로서의 효력이 없고 그러한 내용으로 되풀이 시행된 바도 없는 것으로 보이므로 피고가 위 가이드라인을 따르는 것에 관하여 구속력 있는 행정관행이 성립되지도 않았다고 봄이 상당하여 위와 같은 가이드라인의 존재가 이 사건 관련매출액 산정의 적법성에 영향을 미치지는 아니함.

[롯데건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2014누65952 판결¹⁹⁸⁾)]

라) 회생절차와 과징금 납부명령

□ 과징금 청구권이 회생채권으로 신고되지 아니한 채 회생계획안가결정이 된 경우에는 면책의 효력이 생겨 과징금 부과권을 행사할 수 없음

- 채무자에 대한 회생절차개시 전에 과징금 부과의 대상인 행정상의 의무위반행위 자체가 성립하고 있으면, 그 부과처분이 회생절차개시 후에 있는 경우라도 그 과징금 청구권은 회생채권이 되고, 장자 부과처분에 의하여 구체적으로 정하여질 과징금 청구권이 회생채권으로 신고되지 아니한 채 회생계획안가결정이 된 경우에는 채무자회생법 제251조 본문에 따라 그 과징금 청구권에 관하여 면책의 효력이 생겨 행정청이 더 이상 과징금 부과권을 행사할 수 없으므로 그 과징금 청구권에 관하여 회생계획안가결정 후에 한 부과처분은 부과권이 소멸된 뒤에 한 부과처분이어서 위법함.
- 피고가 이 사건 공동행위에 대한 과징금 청구권을 채무자회생법 제118조 제1호에 따른 회생채권으로 적법하게 신고하지 아니한 사실을 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 공동행위에 대한 피고의 과징금 청구권은 채무자회생법 제118조 제1호에 따른 회생채권으로서 채무자회생법 제251조 본문에 따라 면책의 효력이 생겨 피고는 더 이상 위 과징금 청구권에

198) 상고심(대법원 2016. 12. 1. 선고 2016누48829 판결)은 심리·불속행 기각함

관하여 부과권을 행사할 수 없게 되었다 할 것임.

[성자건설 등 이천사 부필·소고·송계 공공하수도 사업입찰 부당 공동행위 건(서울고법 2015. 5. 21. 선고 2014누66849 판결¹⁹⁹⁾)]

※ 같은 취지: 삼환기업 등 영월 강변저류지 조성공사(한강 살리기 17공구) 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 1. 28. 선고 2015두54193 판결), 한라산업개발의 새만금유역 합류식 하수도 월류수(CSOs) 및 초기우수처리시설 설치사업(2권역) 입찰 담합에 대한 건(서울고법 2015. 12. 10. 선고 2015누53192 판결²⁰⁰⁾), 인천 지역 27개 레미콘 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(유진기업 외 16, 서울고법 2019. 1. 10. 선고 2018누49507 판결²⁰¹⁾), 12개 골판지 이면지, 골심지 원지 제조, 판매사업자의 원지 판매 부당한 공동행위에 대한 건(한솔페이퍼텍, 서울고법 2016. 10. 20. 선고 2016누47705 판결²⁰²⁾)

□ 과징금채무 중 회생채권자표에 기재되지 않은 부분이 면책되었더라도 자연채무 상태로 존속하고 있으므로 처분 당시로 소급하여 위법하게 되거나 당연무효로 되는 것은 아님

○ 피고의 이 사건 과징금납부명령 이후 원고(경남기업)에 대한 회생절차가 개시되었고 이 사건 과징금납부명령에 의한 2,245,000,000원 중 1,870,000,000원이 회생채권자표에 기재되어 이를 포함한 회생계획인가 결정이 있었으며 인가된 회생계획에 포함되지 않은 375,000,000원 부분이 면책되었음.

○ 살피건대, 행정처분의 위법 여부는 처분 당시를 기준으로 판단하여야 하는데, 피고는 회생절차 개시 이전에 이미 과징금 2,245,000,000원을 부과하였고, 채무자회생법 제251조에서 말하는 면책이라 함은 채무 자체는 존속하지만 그 이행을 강제할 수 없다는 의미로 해석함이 상당하므로, 비록 원고가 이 사건 처분 후에 위 과징금 375,000,000원 부분에 대한 책임을 면하게 되었다 하더라도 위 과징금채무 자체는 원고에 대한 관계에서 자연채무 상태로 존속하고 있다 할 것이어서, 이 사건 처분 중 위 과징금 부분이 위와 같이 면책되었다는 사정만으로 인하여 이 사건 처분 당시로 소급하여 위법하게 되거나 당연무효로 되는 것은 아니라 할 것임.

[경남기업 등 호남고속철도 제1-2공구 노반시설 기타공사 입찰관련 13개 건설업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2016. 11. 9. 선고 2015누33600 판결²⁰³⁾)]

199) 상고심(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015누44561 판결)은 심리불속행 기각함

200) 상고심(2016두30019)은 원고 소 취하로 종결

201) 상고심(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019누36056 판결)은 심리불속행 기각함

202) 상고심(대법원 2018. 6. 12. 선고 2016누59102 판결)은 피고의 상고를 기각함

203) 상고심(대법원 2017. 3. 16. 선고 2016누62412 판결)은 심리불속행 기각함

- 회생절차개시결정은 이 사건 과징금 부과 이후 이루어진 것으로서, 처분 당시 피고가 이를 충분히 예상할 수 있었다는 등의 특별한 사정에 관하여 입증이 없는 이 사건에서 처분 이후에 이루어진 회생절차개시결정을 이유로 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 볼 수는 없음
 - 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단해야 하므로 사업자가 과징금을 납부할 현실적 부담능력이 있는지 여부에 관한 판단의 기준시점은 다른 특별한 사정이 없는 한 과징금납부명령 등이 행하여진 '의결일' 당시의 사실상태를 기준으로 판단하여야 함(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두36256 판결 참조).
 - 피고는 심의종결일인 2014. 7. 23. 기준으로 동부건설의 직전 3개 연도 당기순이익을 각 3:2:1로 가중평균한 금액이 적자인 점을 감안하여 추가 조정 시 50%를 감경하고 건설 시장이 위축되어 있는 점을 감안하여 10%를 추가로 감경하였으므로 이 사건 처분 당시 동부건설의 현실적 부담능력 등에 관한 사정은 이미 이 사건 과징금을 산정하는 데 반영되었다고 하겠음.
 - 한편 동부건설에 대한 회생절차개시결정은 이 사건 처분 이후인 2015. 1. 7. 이루어진 것으로서, 처분 당시 피고가 이를 충분히 예상한 수 있었다는 등의 특별한 사정에 관하여 입증이 없는 이 사건에서 위와 같이 처분 이후에 이루어진 회생절차개시결정을 이유로 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 볼 수는 없음.
[동부건설 등 호남고속철도 노반선설 기타공사 제2-3공구공사 내안입찰관련 2개 건설사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 3. 23. 선고 2015누33181 판결²⁰⁴⁾)]
-
- 사업자들이 거래제한 합의를 하고 이에 가담한 특정 사업자가 개별 입찰에 관한 담합을 한 후에 그 사업자에 대하여 회생절차가 개시되었다면, 그 사업자가 회생절차 개시 이전에 가담한 개별 입찰담합 부분에 대한 과징금 청구권은 회생채권이 된다고 보아야 하고 설령 회생절차가 개시된 이후 그 사업자 이외의 다른 사업자들이 여전히 개별 입찰에 관한 입찰담합을 계속하고 있었다고 하더라도 달리 볼 것은 아님
 - 원고는 회생절차개시결정일인 2012.7.23. 이전에 2차 공동행위에 따라 개별 입찰에 관한 담합에 가담하여 낙찰을 받거나 들려리로 참여하였으므로, 회생절차개시 전에 가담한 개별 입찰담합을 원인으로 생긴 과징금 청구권은 채무자회생법 제118조 제1호에 따른

204) 상고심(대법원 2016. 8. 17. 선고 2016두39153 판결)은 심리불속행 기각함

회생채권에 해당함. 그러나 피고는 이에 해당하는 과징금 청구권을 회생채권으로 적법하게 신고하지 않았으므로 채무자회생법 제251조 본문에 따라 과징금 청구권에 대하여 면책의 효력이 생겼을. 따라서 원고의 2차 공동행위를 원인으로 한 이 사건 과징금납부명령은 위법함.

[삼환기업(주)의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 11. 선고 2018누51609 판결²⁰⁵⁾)]

마) 민·형사상 제재와 과징금 납부명령

- 원고가 입찰참가자격제한이나 형사처벌을 받았다고 하더라도 이중처벌이라 할 수 없고, 발주처의 손해배상청구의 소는 행정상 제재인 이 사건 과징금 납부명령과는 무관함
- 공정거래법상 과징금이 비록 제재적 성격을 가지고 있기는 하나 부당이득 환수의 성격을 겸유하고 있고 형사처벌이나 행정벌과는 그 성격을 달리하는 것이므로, 원고가 이 사건 과징금납부명령과는 별도로 입찰참가자격제한을 받았다고 하더라도 이 사건 과징금납부명령이 이중처벌이라고 할 수는 없고, 발주처가 원고에게 민사상 손해배상청구의 소를 제기하는 것은 피고가 원고에게 행정상의 제재로서 이 사건 과징금납부명령을 하는 것과는 부관함.

[홍화 등 인천도시철도 2호선 터키공사 입찰관련 21개 건설업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누3336 판결²⁰⁶⁾)]

- 손해배상청구소송 결과에 따라 케이티가 원고의 부당이득을 환수할 예정이라 하더라도 과징금납부명령이 비례의 원칙에 반하는 것은 아님

- 입찰단합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 공정거래법에 따라 부과되는 과징금은 피해자에 대한 손해 전보를 목적으로 하는 불법행위로 인한 손해배상책임과는 성격이 다르므로(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결 등 참조), 관련 손해배상청구의 소송 결과에 따라 케이티가 원고의 부당이득을 환수할 예정에 있다는 사정만으로 감액 후 과징금납부명령이 비례의 원칙에 반하여 위법하게 된다고 보기도 어려움.

[케이티 발주 F/S케이블 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 5. 26. 선고 2020누49746 판결)]

205) 사정명령 부분은 환송 전 판결에서 청구를 기각하였고, 대법원 상고기각으로 확정됨

206) 상고심(대법원 2017. 6. 15. 선고 2016누34714 판결)은 이러한 원심 판결에 위법이 없다고 판시함

2) 과징금의 산정

가) 과징금 부과대상 사업자

- 위반사업자의 현실적 부담능력을 판단함에 있어서는 위반사업자가 영위하는 사업 전체를 기준으로 하여야 하고, 위반행위가 이루어진 특정 사업 부문만을 기준으로 하거나 당해 사업과 무관하게 발생한 영업 외 수익을 제외하여야 하는 것은 아님
- 하나의 회사 내부에 여러 개의 사업 부문이 존재하는 경우 공정거래법 제19조 제1항에 규정된 부당한 공동행위를 한 사업자 및 그로 말미암은 과징금 부과대상을 판단함에 있어, 다른 사업자와 부당한 공동행위를 한 사업자는 회사 내부 조직인 관련 특정 사업 부문이 아니라 회사 자체라고 보아야 하고, 과징금 역시 그 회사에 대하여 부과된다고 봄이 옳음(대법원 2013. 7. 25. 선고 2012두4302 판결 참조).
- 따라서 위반사업자의 현실적 부담능력을 판단함에 있어서는 당연히 위반사업자가 영위하는 사업 전체를 기준으로 하여야 하고, 위반행위가 이루어진 특정 사업 부문만을 기준으로 하거나 당해 사업과 무관하게 발생한 영업 외 수익을 제외하여야 하는 것은 아님.
[6개 칼라강판 제조 및 판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 7. 22. 선고 2013누24695 판결²⁰⁷⁾]
- 다른 사업자와 부당한 공동행위를 한 사업자는 회사 내부 조직인 관련 특정 사업 부문이 아니라 회사 자체라고 보아야 하는바 이 사건 각 입찰담합을 한 사업자는 원고의 내부 조직에 불과한 건설 사업 부문이 아닌 원고 자체이므로 과징금 산정단계에서 원고가 최근 3년 이내에 시정명령 등을 받은 전력이 있음을 이유로 가중한 것은 적법함
- 하나의 회사 내부에 여러 개의 사업 부문이 존재하는 경우 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항에 규정된 부당한 공동행위를 한 사업자 및 그로 인한 과징금 부과대상을 판단함에 있어, 다른 사업자와 부당한 공동행위를 한 사업자는 회사 내부 조직인 관련 특정 사업 부문이 아니라 회사 자체라고 보아야 하고, 과징금 역시 그 회사에 대하여 부과된다고 봄이 타당함.

207) 상고심(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015두49863 판결)은 심리불속행 기각함

- 원심은 이와 같은 취지에서 이 사건 각 입찰담합을 한 사업자는 원고의 내부 조직에 불과한 건설 사업 부문이 아닌 원고 자체이고, 이 사건 이전에 부당한 공동행위를 하였음을 이유로 시정명령 등을 받은 사업자도 원고라고 보아, 피고가 과징금 산정단계에서 원고가 최근 3년 이내에 시정명령 등을 받은 전력이 있음을 이유로 가중한 것은 적법하다고 판단하였는바 이러한 원심 판단은 정당함.

[효성의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 7. 25. 선고 2012두4302 판결)]

- 사업자단체가 정부조달계약이나 단체수의계약과 같은 일정한 거래에 직접 거래의 당사자로 참여한 때에는 사업자단체는 공정거래법상의 사업자에 해당함

- 원고들은 사업자로 이 사건 입찰에 직접 참여하여 자신들 명의로 낙찰 받아 계약을 체결하고, 소속 조합원에 수주 물량을 배정하며, 실제 납품 물량의 대금을 수령하여 그중 일정 비율을 수수료로 징수했으며, 그 과정에서 이 사건 공동행위를 합의하였음. 따라서 원고들은 이 사건 입찰에서 공정거래법상의 사업자에 해당하고 이 사건 공동행위에 공정거래법 제19조 제1항이 적용됨.

[관수레미콘 구매입찰 관련 대전·세종·충남지역 3개 레미콘협동조합의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2019. 11. 13. 선고 2019누40811 판결²⁰⁸⁾]

- 구성원사가 입찰 담합에 참가하고 경쟁제한에 기여하였고 경제적 이익의 대부분이 구성원사에 귀속되었음에도 불구하고 관련매출액 전부를 적격조합인 원고에게 귀속시켜 산정하고, 구성원사업자는 과징금 부과대상에서 제외하는 것은 형평에 맞지 않음²⁰⁹⁾

- 원고가 적격조합 형태로 이 사건 입찰에 참가하여 낙찰을 받고 계약을 체결하거나 수의계약을 체결하는 경우 원고의 구성원사는 마치 공동수급체로서 분배비율에 따라 계약을 이행하고 대금을 분배받으며, 원고가 아닌 구성원사가 실제 계약을 이행하게 되고, 원고는 대금 중에서 계약금액 중 0.6% 수수료 상당만을 가져가게 됨

- 구성원사가 이 사건 공동행위의 주체이므로, 공정거래법 제19조 제1항 제8호 소정의 행위를 한 사업자에 해당하고, 계약당사자가 아니라는 이유로 달리 볼 수는 없음

208) 상고심(대법원 2020.3.12. 선고 2019누61595 판결)은 심리불속행 기각함

209) 적격조합의 명의로 참여한 건에 대해 위원회는 적격조합에 대해서만 과징금을 부과하고, 구성사업자들에 대해서는 과징금을 부과하지 않았음. 구성원 사업자들은 단독 입찰한 경우 혹은 공동수급체로 참여한 건에 대해서만 과징금을 부과받음

- 적격조합의 구성원으로 참여하는 경우 원고에게 수수료 0.6%를 지불하는 것 외에는 공동수급체의 구성원으로 참여하는 경우와 그 실질에 큰 차이가 없고, 공동수급체 구성원이 담합을 하는 경우나 적격조합의 구성원사가 담합을 하는 경우 단합에 참가하여 이익을 보는 자에 대한 과징금 부과의 필요성에 차이가 있다고 보기 어려우며, 적격조합의 구성원에 대하여 과징금 부과가 불가능하다고 보기도 어려움.

[관수 원심력콘크리트파일 구매입찰 관련 17개 사업자와 한국원심력콘크리트공업협동조합의 부당한 공동행위 건(서울고법 2020. 12. 2. 선고 2020누44765 판결²¹⁰⁾)]

나) 관련매출액(시행령 제9조 제1항)

(1) 관련매출액 판단기준

- 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대한 과징금 산정의 전제가 되는 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 함

- 공정거래법 제22조, 공정거래법 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 하되, 각각의 범위는 행위 유형별로 개별적·구체적으로 판단하도록 되어 있음.

[8개 고밀도폴리에틸렌 제조 판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두12280 판결)]

- 과징금산정 관련매출액이란 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 대가의 합계액에서 품질불량·파손 등으로 대가의 일부가 공제될 경우의 공제액 등 소정의 금액을 공제한 금액임

- 과징금산정 관련매출액이란 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 대가의 합계액에서 품질불량·파손 등으로 대가의 일부가 공제될 경우의 공제액 등 소정의 금액을 공제한 금액을 말함.

[두원냉기 등의 에어콘 가격 등 공동결정행위 건(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결)]

210) 상고심(대법원 2021. 4. 15. 선고 2020두67325 판결)은 심리불속행 기각함

- 과징금 산정의 기준이 되는 매출액을 산정함에 있어 관련상품 또는 용역의 범위는 합의 내용에 포함된 상품 또는 용역의 종류와 성질·거래지역·거래상대방 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 함
- 과징금 산정의 기준이 되는 매출액을 산정함에 있어서 그 전제가 되는 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 범위는 부당한 공동행위를 한 사업자간의 합의의 내용에 포함된 상품 또는 용역의 종류와 성질·거래지역·거래상대방·거래단계 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 할 것임.

[삼성카드 외 3사의 중고차 할부금과 공동인하행위 건(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결)]
- 관련 상품 또는 용역의 범위는 개별적·구체적으로 판단하여야 하므로 담합의 대상에 직접적으로 포함되지 아니한 제품도 담합의 영향을 받은 경우에는 관련매출액의 범위에 포함되어야 할 것임
- 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당한 공동행위를 한 경우 공정거래위원회는 그 사업자에 대하여 해당 위반행위기간 동안의 관련 상품 또는 용역의 매출액을 기준으로 산정한 과징금을 부과할 수 있는데, 매출액 산정의 전제가 되는 관련 상품 또는 용역의 범위는 부당한 공동행위를 한 사업자 간의 합의의 내용에 포함된 상품 또는 용역의 종류와 성질, 용도 및 대체가능성과 거래지역·거래상대방·거래단계 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 함(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결, 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10443 판결 등 참조).
- 원고가 생산하였거나 생산하고 있는 세제제품은 세탁세제 11개 브랜드 제품 및 주방세제 7개 브랜드 제품이고, 그 중 세탁세제 3개 브랜드 제품 및 주방세제 3개 브랜드 제품이 이 사건 담합의 대상이 되었는데, 나머지 12개의 브랜드 제품들도 그 주요 성분 등이 담합의 대상으로 된 제품들과 같은 것으로 보이는 점, 세탁·주방세제라는 동질성으로 인하여 위와 같이 대표성 있는 브랜드 제품에 대하여 기준가격을 결정하고 나면 나머지 제품들도 그 가격의 영향을 받지 않을 수 없는 점, 실제로도 소외 애경산업 주식회사의 2001. 11. 19자 이사회 자료에는 2001. 8. 경 가격담합에 따른 가격인상의 대상이 “주방/분말 등 전 품목에 대한 매가 인상 진행”, “3사 공동대응으로 가격 인상 완료”라고 기재되어 있는 점 등을 종합하여 보면 이 사건 담합의 대상에 직접적으로 포함되지 아니한 나머지 12개 브랜드 제품들의 매출액도 관련매출액의 범위에 포함되어야 할 것임.

[엘지생활건강 등 5개 세탁·주방세제 제조업체의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결)]

- 관련매출액은 위반사업자가 위반기간 동안 '판매 또는 매입한' 관련상품의 매출액 또는 이에 준하는 매출액을 의미하므로 위탁판매의 경우 위반사업자의 위탁판매 대금으로 보는 것이 타당함
 - 관련매출액은 위반사업자가 위반기간 동안 '판매 또는 매입한' 관련상품의 매출액 또는 이에 준하는 매출액을 의미하므로 위탁판매의 경우 관련매출액은 위탁판매수수료가 아니라 위반사업자의 위탁판매대금으로 보는 것이 타당함.
[9개 폴리프로필렌 제조업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두12082 판결)]
-
- 법 시행령 제9조 제1항에서는 과징금부과기준 매출액인 법 제22조 본문의 '대통령령이 정하는 매출액'을 위반행위에 한정하여 과징금부과기준 매출액을 규정하고 있지 아니한 점 등을 감안하면 '위반행위기간 중 관련상품의 매출액'이란 그 위반행위기간 중 발생한 중고자동차 할부이자 전체를 의미함
 - 법상 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등을 종합할 때 부당공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소가 부가되어 있는 점, 중고자동차 할부금융업을 영위하는 법인의 경우 그 법인이 중고자동차 할부금융계약을 체결하면 그 계약금액이 바로 매출액이 되는 것이 아니고, 그 계약 체결 후 약정된 할부이자 지급기일에 할부이자가 들어오면 그 때 비로소 매출액으로 산정되는 등 매출액의 산정방법이나 회계관행이 일반 상품과는 다른 특수성이 있는 점, 그리하여 중고자동차 할부금융상품의 경우 위반행위 이전의 할부이자와 위반행위로 인한 할부이자를 구분하기가 용이하지 아니하고, 위반행위로 인한 할부이자 중 위반행위기간 종료 이후에 발생한 것에 대하여는 과징금 산정의 기초가 되는 매출액에 포함시킬 수 없게 되는 점, 법시행령 제9조 제1항에서는 과징금부과기준 매출액인 법 제22조 본문의 '대통령령이 정하는 매출액'이라 함은 당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액을 말한다고 규정하고 있음 뿐 위반행위에 한정하여 과징금부과기준 매출액을 규정하고 있지 아니한 점 등을 감안하면, 중고자동차 할부금융상품에서의 부당한 공동행위에 대한 과징금부과기준이 되는 법시행령 제61조 제1항 [별표2] 6호 소정의 '위반행위기간 중 관련상품의 매출액'이란 그 위반행위기간 중에 발생한 중고자동차 할부이자 전체를 의미한다고 해석함이 상당하다고 할 것임.
[삼성카드 외 3사의 중고차 할부금리 공동인하행위 건(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결)]

- 원고는 전국을 판매지역으로 하여 보통시멘트를 판매하고 있으므로 관련상품의 매출액 역시 원고가 국내 시멘트 시장에서 판매하는 전체 시멘트 상품의 매출액이 될 것임
- 아주산업, 기초소재의 계열회사인 유진레미콘이 생산하려고 했던 슬래그분말은 레미콘 제조시 원고가 제조, 판매하는 보통시멘트를 대신하여 혼화재료로 사용될 수 있는 대체재이므로 원고(라파즈한라)가 아주산업과 유진레미콘의 슬래그분말 사업을 방해한 행위는 슬래그분말과 시멘트상품이라 할 것이고, 원고는 전국을 판매지역으로 하여 보통시멘트를 판매하고 있으므로 관련상품의 매출액 역시 원고의 아주산업과 유진레미콘에 대한 매출액에 한정되지 않고 원고가 국내 시멘트 시장에서 판매하는 전체 시멘트 상품의 매출액이 될 것이며, 벌크시멘트와 품질에서 동일하고 포장형태만 달리하여 판매되는 포장시멘트의 매출액을 제외할 수는 없음.

[라파즈한라시멘트 등 7개사의 사업활동방해행위 건(대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10856 판결)]

 - 원심은 「관련상품 매출액은 공동행위에 참가한 사업자들의 시멘트상품 전체 매출액이지, 공동행위 대상 사업자에 대한 매출액만을 의미하는 것이 아니므로, 이 사건 회사들의 아주산업이나 유진레미콘에 대한 매출액으로 관련매출액을 한정할 수는 없다.」고 판시함(서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4897 판결)
- 공동행위의 의사가 공사완공일까지 지속된 경우 등에는 변경된 계약금액을 포함하여 과징금을 산정하더라도 위법하다고 볼 수 없음
- 이 사건 공동행위가 실행된 이후에도 이에 기하여 변경된 계약을 통하여 지속적으로 이익을 취득한 이상 변경된 계약금액 부분도 이 사건 공동행위의 직접적인 영향을 받은 것으로 볼 수 있음. 또한, 이 사건과 같이 공동행위의 의사가 공사완공일까지 지속된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위의 종료일까지 발생한 매출액도 관련매출액에 당연히 포함되는 것으로 보아야 함. 따라서 변경된 계약금액을 포함하여 과징금을 산정하였더라도 위법하다고 볼 수 없음.

[에스케이건설 등 4대강 살리기 사업 1차 터키공사 입찰 관련 20개 건설업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28997 판결²¹¹⁾)]

211) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10059 판결)은 심리불속행 기각함

- 계약체결 후 후발적으로 공급되지 못한 물량은 계약의 이행 과정에서 매출액의 증감이 있는 경우에 불과하여 그것만으로 과징금 부과의 기준이 되는 ‘계약금액’ 자체가 달라질 수는 없음
- 원고 등은 전체 입찰금액을 대상으로 공동행위를 하였으며, 발주자는 입찰별 전체 입찰금액을 기준으로 낙찰 여부를 결정하였으므로, 입찰계약 후 발주가 일부 취소되거나 물량이 감소된 부분을 포함한 것은 적법함.

[선박용 케이블 구매입찰 담합 건(대법원 2021. 8. 12. 선고 2019두59196 판결)]
- 원고들이 실제로 공급한 물품금액이 입찰결과와 다르다고 하더라도 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 수치인 ‘계약금액’을 관련매출액으로 산정하는 것이 불합리하거나 부당하다고 볼 수 없음
- 과징금이 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반 행위에 제재를 가하는 행정상 제재금으로서의 성격과 부당이득 환수의 성격을 모두 가지고 있는 점(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두14545 판결 등 참조)을 고려하면 과징금 부과의 기준이 되는 관련매출액이 반드시 부당한 공동행위로 실제로 얻은 수입의 범위로 한정된다고 볼 수 없음.
- 입찰계약 체결 후 후발적으로 공급되지 못한 물량은 계약이행의 과정에서 매출액의 증감이 있는 경우에 불과하여 그것만으로 과징금 부과의 기준이 되는 ‘계약금액’ 자체가 달라질 수는 없음.
- 납품이 취소되거나 입찰이 무효가 된 경우에도, 이미 입찰계약이 체결되어 당해 입찰에서 경쟁을 제한하는 효과가 발생한 이상, 이후 우연한 사정이 발생하였다 하더라도, 과징금의 행정상 제재금으로서의 성격 등을 고려할 때 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 수치인 당초의 ‘계약금액’을 관련매출액으로 산정하는 것이 불합리하거나 부당하다고 볼 수 없음.

[관수 원심력 콘크리트파일 구매입찰 관련 17개 원심력 콘크리트파일 제조·판매사업자 및 한국원심력콘크리트공업협동조합의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 8. 18. 선고 2020누45010 판결, 고법 확정)]

□ 척당 계약금액을 정하고 총 공급물량 전체를 대상으로 공동행위를 하였으므로 ‘예상 물량만 규정된 납품단가 입찰’이라고 볼 수 없고, 따라서 옵션물량을 관련매출액에 포함한 것은 적법함

○ 척당 계약금액을 정하고 옵션호수가 포함된 총 공급불량 전체를 각 입찰의 대상으로 하여 이 사건 공동행위를 하여 전체 입찰금액을 기준으로 각각의 낙찰 여부가 결정되었으므로, 각 입찰을 과정금고시 상 ‘예상물량만 규정된 납품단가 입찰’에 해당한다고 할 수 없고, 이 사건 공동행위로 경쟁이 제한된 상태에서 형성된 입찰금액이 포함된 계약 전부에 경쟁제한 효과가 미친 것으로 볼 수 있음. 따라서 피고가 옵션호선 입찰 부분에 관한 계약금액을 포함하여 과정금을 산정한 것은 적법함.

[선박용 케이블 구매입찰 담합 건(대법원 2021. 8. 12. 선고 2019두59196 판결)]

□ 원고들이 수취한 딜러 마진만을 기초로 산정하지 않고, ‘국내에서 판매되는 렉서스 신차 전 차종’의 매출액(소비자들이 지급한 대가 전부)을 기준으로 관련매출액을 산정한 것은 적법함

○ 원고들은 단순히 한국토요타로부터 렉서스 자동차를 위탁받아 판매하는 것이 아니라 한국토요타와 체결한 딜러계약에 따라 렉서스 자동차를 구매하여 자기 명의와 계산으로 소비자에게 판매하는 독립된 별개의 판매사업자인 점, 이 사건 공동행위는 렉서스 딜러들 사이에 할인판매 금지 등을 정하는 내용의 합의이지만 이는 결국 소비자들이 최종적으로 부담하는 렉서스 자동차의 판매가격을 고정한 것이고, 거래상대방도 렉서스 자동차를 구매하는 소비자들인 점, 과정금 산정과정에서 위반행위의 내용, 성격, 부당이득 규모 등을 고려하여 최종적인 부과과정금을 결정하고 있어 원고들이 이 사건 공동행위를 통하여 매출액 중 일정한 비율의 마진만을 이윤으로 취득한다는 것은 과정금 산정 과정에서 충분히 고려될 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 관련매출액이 원고들이 취득한 마진 부분에 한정된다고 보기 어려움.

[9개 렉서스자동차 딜러의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 5. 7. 선고 2012누11241 판결²¹²⁾]

212) 상고심(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015두2352 판결)은 과정금 납부명령의 취소를 구하는 청구 부분에 관하여 원고가 전부 승소하였으므로 그에 대한 원고의 상소는 허용되지 아니한다는 이유로 과정금 부분에 대한 원고의 상고이유를 판단하지 아니함

- 한국으로 운송되어 국내에서 유통될 자동차의 운임을 대상으로 한 이 사건 공동행위는 곧바로 국내 상품시장에서 해당 자동차의 가격을 상승시키는 효과를 일으킬 것이므로 국외발 국내행 해상화물운송은 관련매출액에 산입됨이 적법함
 - 국내 수하인이 도착지불 거래에 의하여 스스로 해상화물운송에 관한 운임을 부담할 것인지 또는 출발지불 거래에 의하여 송하인을 통하여 전가된 운임을 부담할 것인지는 거래 형태에 따라 선택하는 것에 불과하므로, 출발지불 거래에서도 국내 수하인을 해상화물운송의 수요자로 볼 수 있는 점, 국외발 국내행 해상화물운송은 출발지인 외국으로부터 도착지인 국내에 이르기까지 제공되는 일련의 역무의 총합으로서, 도착지인 국내에서도 화물의 하역이나 추적 등 그 역무의 일부가 이루어지는 점 등에 비추어 보면, 국외반 국내행 해상화물운송 중 운임의 지급방식이 도착지불 거래인 경우는 물론 출발지불 거래인 경우에도 이에 대한 국내시장이 존재한다고 볼 것이므로 이 부분을 관련매출액에 산입하는 것은 적법함.
- [카와사키키센(주)의 9개 자동차 해상운송사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 6. 27. 선고 2017누74018 판결²¹³⁾]
- 이 사건 공동행위와 원단 판매가격 담합, 상자 판매가격 담합은 별개의 공동행위에 해당하고, 이에 따라 피고는 다른 담합에 대한 처분 내용과는 상관없이 이 사건 공동행위에 대하여 고지 매입액을 기초로 산정한 과징금을 부과함이 상당함
 - 원고(한국수출포장공업)가 원단 제조업체의 지위에서 가담한 원단 판매가격 담합과 상자 제조업체의 지위에서 가담한 상자 판매가격 담합은 이 사건 공동행위(골판지 고지 구매단가 담합)와 사이에 골판지 업계의 각 생산단계에서 원재료비 인상에 대응하여 이루어진 담합이라는 점에서 어느 정도 연관성이 있음. 그러나 위 각각의 공동행위는 그 합의의 대상, 구체적인 내용 및 목적, 참여사업자 및 행위기간이 각각 다름. 또한 원고가 이 사건 공동행위로 얻은 이익은 ‘골판지 고지 구매가격을 인하함으로써 비용 지출을 줄인 소극적 이익’이고 원고가 원단 판매가격 담합 및 상자 판매가격 담합으로 얻은 이익은 ‘원단 및 상자의 판매가격을 각 인상함으로써 수입을 올린 적극적 이익’이므로, 원고는 원단 및 상자의 판매가격을 각 인상함으로써 수입을 올린 적극적 이익을 얻었다고 보아야 함. 따라서 이 사건 공동행위와 원단 판매가격 담합, 상자 판매가격 담합은 별개의 독자적인 행위임.

213) 상고심(대법원 2018. 10. 12. 선고 2018두52396 판결)은 살리본속행 기각함

- 원고의 원단 매출액 및 상자매출액에 고지 매입액이 포함되어 있어 이 사건 공동행위의 관련매출액과 원단 판매가격 담합 및 상자 판매가격 담합의 각 관련매출액 사이에 중복되는 부분이 있다고 하더라도, 피고는 관련 법령에 따라 각각의 법 위반행위에 대하여 제재를 한 것으로 이에 어떠한 위법이 있다고 보기 어려움.

[한국수출포장공업 등 18개 골판지 원지 제조·판매사업자 등의 골판지 고지 구매 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누57481 판결, 고법 확정)]

- * 관련: 한국수출포장공업 등 18개 골판지 원단 제조·판매사업자 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누57467 판결, 고법 확정), 아진피앤피 등 12개 골판지 이면지, 골심지 원지 제조·판매사업자의 원지 판매 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누60678 판결²¹⁴⁾)

- 외국 사업자라 하더라도 위반행위로 인한 매출액이 원화로 발생한 경우에는 관련매출액은 당해 매출의 기준이 된 통화인 원화를 기준으로 산정하여야 한다고 봄이 타당함
- 구 공정거래법령에 의하면, 사업자가 다른 사업자와 부당한 공동행위를 한 경우에 공정거래위원회는 그 사업자에 대하여 해당 위반행위기간 동안의 관련 상품 또는 용역의 매출액을 기준으로 산정한 과징금을 부과할 수 있는데, 여기서 '매출액'이란 상품 등의 대가로 지급된 금액을 의미하므로 당해 상품 등에 대한 거래가 특정한 통화를 기준으로 이루어졌다면 그 통화로 표시된 금액을 매출액으로 보아야 함.
- 당해 거래가 원화로 이루어졌음에도 외국 사업자라는 이유로 매출 발생 당시의 환율을 적용하여 매출액을 외국 사업자의 자국 통화로 산정하게 되면, 부과처분일을 기준으로 외국 통화로 표시된 과징금을 다시 원화로 환산하여야 하므로 당초 원화로 발생한 매출액에 대하여 이중으로 환율을 적용하게 되어 그 사이의 환율변동이 과징금 액수에 반영됨으로써 동일한 원화 매출액을 올린 외국 사업자와 국내 사업자에 대한 과징금 액수가 달라지는 결과는 초래하는바. 이는 관련매출액을 기준으로 과징금을 산정하되 재정적 상황 및 시장여건 등의 사정은 과징금의 감경 등 조정사유로 고려하도록 한 구 공정거래법령의 취지에도 반하므로, 외국 사업자라 하더라도 위반행위로 인한 매출액이 원화로 발생한 경우에는 관련매출액은 당해 매출의 기준이 된 통화인 원화를 기준으로 산정하여야 한다고 봄이 타당함.

214) 상고심(대법원 2017. 6. 15. 선고 2017두37703 판결)은 심리불속행 기각함

- 따라서 원화로 이루어진 거래에 대하여 외국 사업자의 자국 통화로 관련매출액을 산정하고 이를 기초로 과징금을 산정한 다음 과징금 부과기준시의 환율을 적용한 결과, 낭해 거래시점과 과징금 부과기준시점 사이에 환율상승으로 과징금 액수가 과다계상되어 외국 사업자의 매출액과 과징금 사이의 균형이 상실되고 다른 국내 사업자와 사이에 과징금 액수의 형평성도 상실하게 된 경우에는 비례·평등원칙을 위반한 것으로서 재량권의 일탈·남용에 해당할 수 있음.

[26개 항공화물운송사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두16046 판결, 2014. 12. 24. 선고 2012두6216, 2012두13412 판결)]

- 일부 기간에 대한 직접적인 회계자료가 없는 경우 정액과징금의 부과 대신 선택한 관련매출액 추산방법이 합리적이고 객관적이라면 재량권을 일탈·남용한 것이라고 볼 수 없음
- 공정거래위원회고시 제2021-50호로 개정되기 전 과징금고시가 명문의 규정으로 '위반 사업자가 매출액 산정자료를 가지고 있지 아니하거나 제출하지 아니하는 경우 등'에도 위반행위로 인하여 발생한 매출액이 없는 경우와 마찬가지로 과거 실적, 관련 사업자의 계획, 시장상황 등을 종합적으로 고려하여 매출액을 산정할 수 있다고 명시하고 있지 않다고 하더라도, 과징금고시가 위 경우에의 과거 실적, 관련 사업자의 계획, 시장상황 등을 종합적으로 고려한 매출액 추산을 통한 관련매출액 산정 방법을 금지하고 있다고 볼 수는 없음. (중략) 위 6개 사업자들이 PHC파일 세부판매내역을 제출하지 않았다는 이유로 위 산정방식을 적용하여 관련매출액을 산정할 수 있음에도 일괄적으로 정액과징금을 적용하는 것은 6개 사업자를 제외한 나머지 원고 등 24개사와의 실질적 형평에도 어긋날 여지가 있음.

[24개 원심력콘크리트(PHC)파일 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누70334 판결215)]

215) 원고 상고 각하(2023. 10. 5.)로 확정

(2) 합의대상의 관련매출액 포함 여부

(가) 포함되는 항목

① 합의의 직접 대상

- 원고가 성형위탁한 업체들에게 칼라강판을 공급할 경우에도 매출로 회계처리가 이루어지고 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 자가소비한 칼라강판 매출액 부분도 관련매출액에 포함됨

[세아제강 등 6개 칼라강판 제조 및 판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 11. 28. 선고 2013누25421 판결²¹⁶⁾)]

- 이 사건 시유 및 발효유 제품가격의 담합대상에는 원고의 바나나맛 우유와 요플레도 직접 포함되었다고 봄이 상당하므로 피고가 그 매출액을 관련매출액에 포함시킨 것은 적법함

- 이 사건 공동행위 과정에서 시유 및 발효유 시장에서 각 점유율 1위를 차지하고 있는 서울우유와 한국야쿠르트가 먼저 가격인상폭과 인상시기를 밝히고, 바나나맛 우유와 호상발효유(요플레) 시장에서 점유율 1위를 차지하는 원고도 그 가격인상폭과 인상시기를 밝힘으로써 다른 후발업체들에게 가격인상을 결정하는 지침으로 작용하였는바, 이에 의하면 이 사건 시유 및 발효유 제품가격의 담합대상에는 원고의 바나나맛 우유와 요플레도 직접 포함되었다고 봄이 상당하므로 피고가 그 배출액을 관련매출액에 포함시킨 것은 적법함.

[13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 1. 12. 선고 2011누18467 판결, 고법 확정)]

- 이 사건 담합의 대상은 시유 및 발효유 제품이므로 아인슈타인 우유가 가능성우유라는 점에서 이 사건 합의의 대상이 되었다는 점 등을 고려하면, 이 부분 매출액은 관련 매출액에 포함됨이 타당함

- 이 사건 담합의 대상은 시유 및 발효유 제품이므로 아인슈타인 우유가 가능성우유라는 점에서 이 사건 합의의 대상이 되었고, 특정 성분을 강화하였다는 등의 사정은 이 사건

²¹⁶⁾ 상고심(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015누48009 판결)은 심리불속행 기각함

담합과는 무관한 것으로 보이는 점, 실제 원고는 아인슈타인 우유의 가격에 관하여도 정보를 제공하였고 다른 경쟁사도 기능성 제품이라고 주장하는 제품에 대한 정보를 제공한 점, 다른 경쟁사의 제품 중에도 원고가 책정한 아인슈타인 우유의 가격과 비슷한 수준을 보이는 우유가 있는 점 등을 고려하면, 이 부분 매출액은 관련매출액에 포함됨이 타당함.

[13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누27584 판결²¹⁷⁾)]

□ 피고의 이 사건 처분은 1994. 4. 28.부터 2005. 4. 30.까지의 1개의 부당한 공동 행위에 대한 것이므로 그 기간 동안 합의의 대상이 되었다면 당연히 관련매출액에 포함되어야 함

○ 피고의 이 사건 처분은 1994. 4. 28.부터 2005. 4. 30.까지의 1개의 부당한 공동행위에 대한 것이므로 그 기간 동안 합의의 대상이 되었다면 당연히 관련매출액에 포함되어야 하며 품목별로 처분시효를 판단할 수는 없는바, 단종제품에 대한 처분시효가 도과하였다는 원고의 주장은 이유 없음.

[7개 선형저밀도폴리에틸렌(LLDPE) 제조판매 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결)]

□ 가격합의일 이전 장기공급계약을 체결하였던 경우, 기간 중간에 가격을 인상하는 수정계약을 체결하거나 인상된 가격의 콘으로 판매품목을 변경하기도 한바 장기계약 제품으로 인한 매출액도 관련매출액에 포함됨

○ 냉과 4개사가 콘의 소비자가격을 순차적으로 700원에서 800원, 1000원으로 인상한 사안에서 롯데, 빙그레 등은 위 가격합의일 이전에 군납 등 장기공급계약을 체결하였던 경우 계약기간 중간에 가격을 인상하는 수정계약을 체결하거나 인상된 가격의 콘으로 판매품목을 변경하기도 하였으므로, 위와 같은 장기계약제품으로 인한 매출액도 위 관련매출액에 포함시킴이 마땅함.

[롯데제과, 빙그레, 롯데삼강 등 4개사의 아이스크림콘가격 공동결정행위 건(서울고법 2008. 5. 29. 선고 2007누22858 판결²¹⁸⁾)]

217) 상고심(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012누10093 판결)은 신리불속행 기각함

218) 상고심(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008누10621 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

□ 피고가 조사과정에서 원고에게 입찰 관련 매출액을 작성하도록 하여 제출받은 자료를 그대로 인정한 것은 타당함

- 2008년 입찰 합의에 따라 원고가 다른 공동행위자들로부터 OEM 물량을 받아 이를 KT에 공급한 사실이 인정됨. 피고는 조사과정에서 원고에게 이 사건 공동행위에 관한 관련매출액 자료의 제출을 요청하면서 KT 광케이블 입찰과 관련한 매출액을 전부 포함하고 경쟁업체들간 OEM으로 발생하는 매출액을 포함하며, 특정연도에 낙찰이 되지 않았더라도 경쟁사로부터 OEM을 받아 'KT 광케이블 매출'이 발생하는 경우에는 그 매출액을 표시하도록 함. 피고는 원고가 위 요청에 따라 제출한 자료에 기재된 금액을 그대로 2008년 입찰 합의에 의하여 발생한 원고의 관련매출액으로 인정함.
- 원고는 이에 대하여 다시 위 매출액 표는 담합과 관계없이 그 기간동안 발생한 KT 광케이블 입찰과 관련하여 발생한 매출액 전부를 기재한 것이라고 주장하나, 담합 조사시 관련매출액 자료의 제출을 요청받으면서 담합과 아무런 관련이 없는 부분까지 포함하여 매출액 자료를 작성하였다고 보기는 어려워 위 주장을 그대로 받아들일 수 없음.

[화백전선의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 12. 27. 선고 2011누17235 판결²¹⁹⁾)]

□ 이 사건 골판지 상자 담합과 골판지 고지 담합 및 골판지 원단 담합은 별개의 공동 행위에 해당하고, 이에 따라 피고는 고지 및 원단 담합에 대한 처분 내용과 별도로 이 사건 공동행위에 대하여 골판지 상자 매출액을 기초로 과징금을 산정하였으므로 일부 중복되는 부분이 있더라도 이중제재에 해당하지 않음

- 과징금은 행정제재로서의 기본적인 성격에 부당이득 환수요소가 부가되어 있는 것이므로 골판지 상자 판매가격에 관한 담합이 이루어진 이상 골판지 원자의 원재료인 고지 구매가격에 대한 담합이나 골판지 원지를 원재료로 하여 제조한 골판지 원단에 관하여 담합이 있었는지 여부와 상관없이 골판지 상자 판매가격에 관한 담합 자체에 대하여 제재를 하여야 함.
- 피고는 이 사건 공동행위에서는 골판지 상자 매출액을 기초로 하여 과징금을 산정하였고, 고지 구매 담합에 있어서는 고지 매입액을 기초로 하여 과징금을 산정하였으며, 원단 판매 담합에 대하여는 원단 매출액을 기초로 하여 과징금을 산정하였는데, 이는 각 관련 법령에 따른 것으로 보임. 골판지 고지, 원단 매입액이 포함되어 있어 이 사건 공동행위의

219) 삽고심(대법원 2013. 4. 25. 선고 2013두2242 판결)은 심리불속행 기각함

관련매출액과 고지 구매 담합 및 원단 판매 담합 관련매출액 사이에 중복되는 부분이 있다고 하더라도, 피고는 관련 법령에 따라 각각의 법 위반행위에 대하여 따로 제재를 한 것으로 이에 어떠한 위법이 있다고 보기 어려움.

[삼보판지 등 16개 골판지상자 제조판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 12. 선고 2016누57788 판결, 고법 확정)]

- 이 사건 공동행위로 얻은 이익이 '골판지 고지 구매가격을 인하함으로써 비용 지출을 줄인 소극적 이익'이고, 원고가 원지 담합으로 얻은 이익은 '골판지 원지 판매가격을 인상함으로써 수입을 올린 적극적 이익'이므로, 각 공동행위로 인해 별개의 이익을 얻었다고 보아야 하므로, 이 사건 공동행위와 원지 담합은 별개의 행위임
- 각 공동행위는 그 합의의 대상과 내용이 고지 구매가격 인하와 원지 판매가격 인상으로 각각 다르고, 합의의 피해자가 고지 판매업체(고지수집업체)와 원지 구매업체(원단제조업체)로 각각 다를 원고가 이 사건 공동행위로 얻은 이익은 '골판지 고지 구매가격을 인하함으로써 비용 지출을 줄인 소극적 이익'이고, 원고가 원지 담합으로 얻은 이익은 '골판지 원지 판매가격을 인상함으로써 수입을 올린 적극적 이익'이므로, 각 공동행위로 인해 별개의 이익을 얻었다고 보아야 함.
 - 골판지 원지 매출액에 원재료인 고지 매입액이 포함되어 있어 이 사건 공동행위의 관련 매출액과 원지 담합의 관련매출액 사이에 중복되는 부분이 있다고 하더라도, 피고는 관련 법령에 따라 각각의 법 위반행위에 대하여 제재를 한 것으로 이에 위법이 있다고 보기 어려움.
- 이 사건 공동행위와 원지 담합은 별개의 공동행위에 해당하고, 이에 따라 피고는 원지 담합에 대한 처분 내용과 상관없이 이 사건 공동행위에 대하여 고지매입액을 기초로 산정한 과징금을 부과함이 상당하므로, 이 사건 공동행위에 대한 과징금 부과가 이중제재에 해당하여 위법하다는 원고의 주장은 이유 없음.

[한솔페이퍼텍 등 18개 골판지 원지 제조 판매사업자의 골판지 고지 구매 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 12. 22. 선고 2016누59425 판결²²⁰⁾)]

²²⁰⁾ 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017두32241 판결)은 심리불속행 기각함

□ 김포공사 입찰담합과 남양주공사 입찰담합은 별개의 합의이므로, 김포공사 입찰담합으로 남양주공사 컨소시엄의 서브사 지위를 얻었다는 이유로 남양주공사에 관한 계약금액을 관련매출액에서 제외할 수 없음

- 원고(대우건설)가 6개사 모임에서 김포공사 입찰에는 참여하지 아니하고 남양주공사 입찰에서는 낙찰예정자로 예정된 코오롱건설 컨소시엄의 지분을 얻기로 합의하였고 위와 같은 이 사건 각 공사에서의 합의가 긴밀한 연관관계를 맺고 있음을 앞서 본 바와 같으나, 한편 위 인정 사실에 의하면 이 사건 각 공사는 별개의 공사로서 김포공사 입찰담합과 남양주공사 입찰담합은 별개의 합의이고 원고가 남양주공사 입찰담합에도 가담하였다는 것을 충분히 인정할 수 있음.
- 따라서 남양주공사에 관한 계약금액도 원고의 관련매출액에 포함하는 것이 타당하고, 김포공사 입찰담합과 관련하여 남양주공사에 관한 코오롱건설 컨소시엄의 서브사 지위를 얻었다는 이유로 남양주공사에 관한 계약금액을 원고의 관련매출액에서 제외하여야 한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없음.
- 앞서 본 바에 의하면 이 사건 각 공사는 발주자가 동일하고 발주시기에 별 차이가 나지 않을 뿐 서로 별다른 연관관계가 없고 이 사건 각 공사보다 상위의 전체 공사가 존재 하지도 아니하는바, 이 사건 공동행위를 공구분한 합의와 동일하다고 볼 수는 없고, 앞서 본 바와 같이 원고의 김포공사 입찰담합에 관하여도 독자적인 위법성을 인정할 수 있으므로 이 사건 과정급납부명령에서 김포공사에 관한 계약금액을 원고의 관련매출액에서 제외할 이유는 없다고 봄이 상당함.

[김포한강신도시 크린센터 시설공사 입찰 참가 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 11. 5. 선고 2014누6588 판결, 고법 확정)]

□ 30인치 곡관용 강관인 나관파이프 품목에 대한 물량배분이 이루어지지 않았다고 하더라도 원고 등 3개사가 30인치 나관파이프 품목 입찰과 관련하여 낙찰예정사와 투찰가격 등을 합의하여 실행한 이상 이에 대하여 부당한 공동행위를 하였다고 봄이 타당하고, 이 품목에 대한 관련매출액 산정하는데 위법함이 없음

- 2005년 강관 구매입찰 및 2006년 강관 구매입찰에서 각 나관파이프 품목에 대하여 제시된 기초가격이 예상보다 낮다는 이유로 원고 등 3개사는 해당 입찰을 유찰시켜 보다 높은 가격으로 계약을 체결하거나 기초가격을 높여 이루어진 재입찰에서 낙찰을 받는 등으로 이득을 취함.

- 한국가스공사가 곡관용 강관 제조시 화관기를 필수적으로 사용하도록 엄격하게 지침을 변경하여 2003년 이후 시행된 곡관용 강관 입찰이 입찰로서의 의미가 없고 사실상 수의계약에 불과하였다고 주장하나, 설령 그러한 지침이 있었다고 하더라도 나관파이프의 화관 과정만을 외주처리한 후 이를 납품하는 것이 가능하였으므로 원고만이 30인치 곡관용 강관을 독점적으로 생산할 수 있었다고 보기도 어려우며, 실제로 나관파이프 품목에 대한 입찰에 원고 등 3개사가 이 사건 공동행위를 한 후 모두 투찰하는 등으로 참여하였음.

[(주)세아제강의 한국가스공사 발주 강관 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누34963 판결221)]

② 합의로부터 영향을 받은 관련상품

- 발주처에서는 폐석면 매립업체들의 견적을 기초로 관수물량의 계약금액을 산정 하였으므로, 관수물량도 관련매출액에 포함됨

- 관급입찰 시 발주처는 폐석면 매립업체들로부터 받은 견적서를 기초로 예정가격을 정하고 입찰을 진행하는데, 2008. 7. 1. 이전에는 폐석면 매립작업에 대한 시장 가격 자체가 형성되지 않았던 점에 비추어 볼 때, 이 사건 사업자들이 관급입찰의 경우 자신들이 합의한 기준가격과 전혀 무관한 독자적인 기준에 따라 견적가를 산정하였다고 보기 어려운 바, 그렇다면 이 사건 공동행위는 이 사건 사업자들이 관급입찰을 통하여 폐석면 매립작업을 수주하게 된 경우에 대하여도 직접 또는 간접적으로 영향을 미쳤다고 봄이 타당하며, 이 사건 사업자들의 기준가격에 관한 합의 대상에는 관급입찰 역시 포함되었다고 판단됨.

[7개 폐석면 처리사업자의 부당 공동행위 건(서울고법 2014. 1. 19. 선고 2013누31211 판결222), 2015. 6. 10. 선고 2013누51505 판결223)]

- 불소수지 칼라강판 매출의 경우 폴리에스테르 강판과 차별화된 제품이라고 보기 어려우므로, 공동행위로 인하여 가격의 결정에 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 관련 상품에 해당함

- ① 칼라강판 시장은 업체별 제품의 품질에 별다른 차이가 없어 가격이 가장 중요한

221) 상고심(대법원 2019. 3. 11. 선고 2018두63594 판결)은 심리불속행 기각함

222) 상고심(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015누37662 판결)은 심리불속행 기각함

223) 상고심(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두46253 판결)은 심리불속행 기각함

경쟁요소이며, 제품별로 제조설비가 같고 원가 요인이 동일하므로, 불소수지 칼라강판만 차별화된 제품으로 보기 어려움 ② 불소수지 칼라강판에 대한 시공물량(프로젝트 물량)에서 통상 수요자가 시공사의 입찰에 참여하기 전 예상 입찰가와 함께 희망하는 가격을 제시하지만, 이 경우에도 원고는 내부 검토과정을 거쳐 기준가격을 기준으로 할인 폭을 결정하게 되므로 이 사건 기준가격 합의는 간접적으로 판매가격 결정에 영향을 미침 ③ 원고가 생산하는 불소수지 칼라강판이 폴리에스테르 강판 및 다른 업체들이 생산하는 불소수지 칼라강판에 비하여 원가에서 도료 비용이 차지하는 비율이 높거나 도료의 부착방식에 따라 제품원가 차이가 크다고 단정하기 어려우며, 설령 이러한 사정이 있더라도 이러한 사유만으로 이 사건 기준가격 합의의 영향을 받지 않는 품목으로 보기는 어려움.

[세아제강의 칼라강판 제조사업자 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 11. 28. 선고 2013누25421 판결224)]

□ 조립금속용 칼라강판 매출액의 경우 다른 칼라강판과 가격결정구조가 동일하므로 이 사건 기준가격 합의의 영향을 받은 것으로 볼 수 있어 관련매출액에 포함

- ① 조립금속용 칼라강판도 다른 칼라강판과 가격결정구조가 동일한 이상 이 사건 기준가격 합의의 영향을 받는 것으로 볼 수 있음. 또한 이 사건 기준가격 합의 대상인 폴리에스테르 칼라강판은 조립금속 외장재로도 사용되므로, 용도가 조립금속용이라는 사정만으로 이 사건 기준가격 합의의 영향을 받지 않는다고 보기는 어려움. ② 이 사건 공동행위 기간 중 원고로부터 조립금속용 칼라강판을 납품받은 업체들이 원고에 비하여 우월한 가격협상력이 있다고 단정할 수 없고(을 제9호증), 설령 이러한 사정이 있었더라도 이 사건 공동행위가 가격에 영향을 미쳤음을 부정하기 어려움.

[세아제강의 칼라강판 제조사업자 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 11. 28. 선고 2013누25421 판결225)]

□ 소재용·농업용 아연도강판 관련 제품들도 합의된 기준가격에서 일정율을 할인하여 판매되는 등 공동행위의 영향을 받았다고 볼 것이어서 관련매출액에 포함됨

[세아제강의 아연도강판 제조사업자 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 12. 31. 선고 2013누17925 판결226)]

224) 상고심(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015누48009 판결)은 심리불속행 기각함

225) 상고심(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015누48009 판결)은 심리불속행 기각함

226) 상고심(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015누36362 판결)은 심리불속행 기각함

□ 월정액제 다운로드상품 관련 합의로부터 영향을 받은 스트리밍상품 등에 대하여 공급한 음원의 매출액도 관련매출액에 포함시킬 수 있음

- ① Non-DRM 월정액제 다운로드상품 및 복합상품에 대한 음원의 공급이나 스트리밍상품 DRM 및 Non-DRM 곡당 다운로드상품, MR상품에 대한 음원의 공급은, 모두 온라인음악 서비스사업자가 소비자에게 온라인음악서비스를 제공하는 데 음원을 공급하는 것이고, 다만 소비자에게 제공될 때 DRM조치가 있는지, 다운로드 방식인지 스트리밍 방식인지, 후대폰에 제공되는 것인지의 차이에 불과하여, 서로 대체제의 관계에 있는 점, ② Non-DRM음원은 저장기간, 복제 등에 아무런 제약이 없어 DRM음원도 Non- DRM음원의 사용료에 영향을 받을 뿐만 아니라, 신탁 3단체 징수규정도 Non-DRM음원을 기준으로 DRM음원의 가격을 할인하도록 하고 있는 점, ③ 온라인음악서비스사업자도 MR상품의 경쟁력 유지를 고려하여 Non-DRM 월정액제 상품 가격을 정한 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 스트리밍상품, DRM 및 Non-DRM 곡당 다운로드상품, MR상품에 대하여 공급한 음원의 매출액도 관련매출액에 포함시킬 수 있음.

[케이티뮤직 등 13개 음원유통사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 8. 16. 선고 2011누25410 판결²²⁷⁾)]

※ 참고: 로엔엔터테인먼트 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두18479 판결), 네오위즈인터넷 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두18851 판결)

□ 이 사건 2004년 합의는 시외전화 요금 부분에 한정되지 않고 전체 시외전화 시장의 경쟁에 직접적인 영향을 미치는 사항까지 포함되어 있는 점 등을 종합하면 시외전화 1대역 요금에 따른 매출액도 과징금 산정의 기초가 되는 관련매출액에 포함되어야 함

- 이 사건 2004년 합의는 시외전화 요금 부분에 한정되지 않고 시외전화 사전선택제 가입자 수 분할 및 상호협력에 의한 시장분할 합의, 번들상품 출시 금지에 따른 상품의 종류제한 합의 등 전체 시외전화 시장의 경쟁에 직접적인 영향을 미치는 사항까지 포함되어 있는 점, 시외전화 1대역 및 2대역 요금은 시외전화 가입자가 그 서비스를 이용하는 과정에서 시외전화 통화권간의 거리에 따른 요금을 구분한 것에 불과하여, 시외전화 가입자들도 위 기준에 따른 가입자들로 구분되어 있지 않은 점 등을 종합하면 시외전화 1대역 요금에 따른 매출액도 과징금 산정의 기초가 되는 관련매출액에 포함되어야 한다고 판단함.

[케이티 능 4개사의 시외전화요금 등 공동결정행위 건(대법원 2008. 12. 24. 선고 2007누19584 판결)]

※ 참고: 하나로텔레콤 건(서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1977 판결, 대법원 2008. 10. 23 선고 2007두2586 판결), 데이콤 건(서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1663 판결, 고법 확정)

227) 삼고심(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두20229 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 금호타이어와 넥센타이어에 대한 합성고무 경쟁품목의 판매가격 또한 한국타이어에 대한 합성고무 경쟁품목의 판매가격으로부터 직접 영향을 받은 사실이 인정되므로, 금호타이어, 넥센타이어에 대한 매출액도 이 사건 과정금 부과기준 매출액의 범위에 포함된다고 볼이 상당함

○ 원고가 금호타이어에 대한 합성고무 경쟁품목의 판매가격을 한국타이어에 대한 합성고무 경쟁품목의 판매가격과 동일하게 적용하여 왔던 사실, 구매협상력이 가장 약하였던 넥센타이어는 전반적으로 한국타이어에 대한 판매가격을 따라가는 추세였던 사실, 원고와 씨텍은 이러한 시장상황을 고려하여, 주로 한국타이어에 대한 합성고무 경쟁품목의 판매가격 결정 과정에 영업의 중점을 두었고, 한국타이어에 대하여 가격인상을 요청한 사실이 인정되고, 위 인정사실에 의하면, 금호타이어와 넥센타이어에 대한 합성고무 경쟁품목의 판매가격 또한 한국타이어에 대한 합성고무 경쟁품목의 판매가격으로부터 직접 영향을 받은 사실이 인정되며, 위 인정사실과 앞서 본 법리에 비추어 보면, 금호타이어, 넥센타이어에 대한 매출액도 이 사건 과정금 부과기준 매출액의 범위에 포함된다고 볼이 상당함.

[금호석유화학 등 2개사의 합성고무가격 공동결정행위 건(서울고법 2009. 12. 9. 선고 2009누4168 판결²²⁸⁾)]

* 참고: 씨텍 건(서울고법 2008. 8. 28. 선고 2007누27105 판결²²⁹⁾)

□ 원고가 수도권에서 구매한 고지는 이 사건 공동행위에 의하여 직·간접적인 영향을 받았다고 할 것이어서 관련매출액을 산정함에 있어 수도권 고지 매입액을 포함시킨 것에 위법이 있다고 볼 수 없음

○ 이 사건 공동행위는 수도권 소재 사업자들이 먼저 고지 구입가격을 인하하기로 합의하고 그 합의결과를 영호남권 소재 사업자들에게 전달하면, 원고 등 영호남권 소재사업자들이 고지 구입가격을 인하하기로 합의하는 방식으로 이루어졌으므로, 원고는 수도권 고지업체로부터 고지를 구매하는 경우에도 이 사건 공동행위에 따라 수도권 소재 사업자들의 가격인하 합의에 묵시적으로 적극 동조하여 고지 구입가격을 인하하였다고 볼이 상당하므로, 원고가 수도권에서 구매한 고지는 이 사건 공동행위로 인하여 직접 또는 간접적 영향을 받은 상품에 해당한다고 인정됨.

[18개 골판지 원지 제조 판매사업자 등의 골판지 고지 구매 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 12. 22. 선고 2016누59425 판결²³⁰⁾)]

228) 이 사건은 평기환송신으로, 재상고심(대법원 2010. 4. 29. 선고 2010두2708 판결)은 심리불속행 기각함

229) 재상고심(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두16421 판결)은 심리불속행 기각함

□ 공동행위의 대상이 아니어서 가격 인상이 이루어지지는 않았더라도 간접적이나마 공동행위의 영향을 받았을 것으로 예상된다면, 이 사건 담합행위에도 불구하고 가격을 인상하지 않은 대리점가격(기준가)과 도매점가격(도매가) 등에 의한 매출액도 관련 매출액에 포함된다고 보아야 함

- ‘2% 부족할 때’는 미과즙음료이고, ‘칸타타’는 커피음료로서 유사 성격의 다른 제품과 기능적 대체성이 인정되고, 또 이 사건 담합행위로 다른 음료 제품 가격을 인상하였을 당시 이 제품들의 가격도 함께 인상하였던 사실을 인정할 수 있음. 따라서 이 제품들이 비록 음료 5사 중 월고만 생산하는 제품이라 할지라도 이 사건 담합행위로 직접 또는 간접적인 영향을 받은 관련 상품의 범위에 포함된다고 봄이 상당함.
- 또한 공동행위의 대상이 아니어서 가격 인상이 이루어지지는 않았더라도 공동행위의 대상이 되었던 제품과 대체성이 있어서 그 제품의 가격 인상 때문에 수요가 증가할 수 있었다거나 가격 하락의 요인이 있었음에도 종전 가격을 그대로 유지할 수 있는 등으로 간접적이나마 공동행위의 영향을 받았을 것으로 예상된다면 그러한 상품의 매출액은 관련매출액에 포함되는 것이 옳음.
- 가격을 인상하기로 합의하였더라도 합의일부터 바로 인상된 가격으로 판매하는 것은 오히려 예외적이며, 실제로는 합의일부터 일정한 기간이 경과한 후 비로소 인상된 가격으로 판매되는 경우가 많다는 점은 충분히 예상할 수 있는 일임. 따라서 실제 인상된 가격으로 판매된 매출액만이 관련매출액이 된다면 합의일을 관련매출액 산정의 기준시기로 정한 취지에 반하게 됨. 위와 같은 사정에 비추어 보면, 이 사건 담합행위에도 불구하고 가격을 인상하지 않은 대리점가격(기준가)과 도매점가격(도매가) 등에 의한 매출액은 이 사건 관련매출액에 포함된다고 보아야 함.

[롯데칠성음료 등 5개 음료 제조·판매사업자와 부당공동행위 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2013누11910 판결²³⁰⁾]

□ 합의 이후 출시한 보험상품도 합의가 실행 중인 때에 신설되어 그 영향을 받았다 봄이 상당하므로 관련매출액에 포함됨

- 관련매출액이란 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 매출액을 말하는데 합의 이후에 출시한 보험상품도 합의가 종료되지 않고 실행 중인 때에 신설되어 그 영향을 받았다 봄이 상당하므로 관련매출액에 포함됨.

[14개 생명보험사 및 10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두399 판결)]

230) 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017두32241 판결)은 심리불속행 기각함

231) 재상고심(대법원 2017. 6. 9. 선고 2017두190 판결)은 심리불속행 기각함

- 통상 대형할인점의 판매가가 최저가이므로 그 외 유통채널도 대형할인점의 가격에 영향을 받을 수밖에 없고, 가격담합의 대상이 모든 유통경로를 포함하고 있다는 점 등을 종합하면 세탁·주방세제 전 품목을 관련상품의 범위에 포함한 것은 타당함
- 통상 대형할인점의 판매가가 최저가이므로 그 외 유통채널도 대형할인점의 가격에 영향을 받을 수밖에 없고, 증거(내형할인점의 가격을 먼저 인상한 이후 본부, 백화점, 슈퍼유동은 이에 준하여 인상하기로 하는 내부 문서 등)에 의하면 가격담합의 대상이 모든 유통경로를 포함하고 있다는 점 등을 종합하면 세탁·주방세제 전 품목을 관련상품의 범위에 포함한 것은 타당함.

[5개 세탁·주방세제 제조업체의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2008. 8. 20. 선고 2007누2939 판결232)]

※ 원고는 편의점과 백화점 및 체인슈퍼, 농협의 하나로매장 및 농협 위탁점, 특판대리점 등을 통한 제품판매에 있어서는 그 성격상 또는 대등한 협상력 등으로 인하여 다른 경쟁사업자들과 공동으로 유통업체의 가격압착에 대응하지 않아도 합리적인 수준의 가격을 책정할 수 있기 때문에 이를 제품의 매출액은 관련매출액에서 제외되어야 한다고 주장함.

- 원고들의 계열회사가 다른 회사들로부터 합성수지제품을 공급받을 가능성이 존재하는 이상, 계열회사에 대한 거래를 관련매출액에 포함한 것은 정당함

- 원고들은 원고들의 계열회사와의 거래는 이 사건 공동행위의 합의 대상에서 아예 제외되었고, 실제로도 담합 가격과 무관한 가격으로 거래가 이루어졌으므로 관련매출액에서 제외되어야 한다고 주장하나, 원고들의 계열회사가 원고들이 아닌 다른 회사들로부터 합성수지제품을 공급받을 가능성이 존재하는 이상, 이들에 대한 공급가격은 시장에서 형성되는 가격에 영향을 받을 것으로 봄이 상당하므로 계열회사에 대한 거래를 관련매출액에 포함한 것은 정당함.

[8개 고밀도폴리에틸렌 및 9개 폴리프로필렌 제조판매업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 12. 4. 선고 2008누1513 판결233)]

232) 삼고심(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두16339 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

233) 삼고심(대법원 2011. 7. 14. 선고 2009두263 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

- 등급 외 제품은 제한적이라 하더라도 시장의 수요·공급의 법칙에 따라 거래가격이 결정되는 것이 일반적이므로, 이 사건 가격담합은 등급외 제품의 가격경쟁에도 영향을 미침
 - 등급외 제품은 동일한 원료를 가지고 다양한 용도의 제품을 생산하는 석유화학제품의 제조과정상 언제라도 산출될 수 있는 것으로서 전혀 상품화할 수 없는 폐기물이 아니라 정상제품보다 품질이 떨어지는 것에 불과하여 제한적이라 하더라도 시장의 수요·공급의 법칙에 따라 거래가격이 결정되는 것이 일반적이므로, 이 사건 가격담합은 등급외 제품의 가격경쟁에도 영향을 미침.

[7개 선형저밀도폴리에틸렌(LLDPE) 제조판매 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결)]
 - 불량품은 정상제품보다 품질이 떨어지는 것에 불과하여 시장의 수요·공급의 법칙에 따라 거래가격이 결정되는 것이 일반적이고, 따라서 이 사건 담합은 불량품의 가격경쟁에도 영향을 미침.

[6개 저밀도폴리에틸렌 및 7개 선형저밀도폴리에틸렌 제조·판매사업자의 부당한 공동행위건(서울고법 2009. 7. 22. 선고 2008누23797 판결²³⁴⁾)]
 - OEM 매출과 관련하여 당해 계약기간 중 가격인상의 가능성을 완전히 배제할 수 없을 뿐 아니라 갱신 후 가격을 정함에 있어 이미 시중에 유통되는 일반제품의 가격에 직·간접적으로 영향을 받을 수밖에 없다는 점 등에 비추어 관련매출액에서 OEM 매출액 및 무첨가·친환경제품을 제외할 수 없음
 - 이 사건 공동행위는 원재료인 무의 가격인상에 영향을 받는 모든 제품들에 관하여 이루어졌고

²³⁴⁾ 상고심(대법원 2010. 9. 8. 선고 2009누14880 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

그 중 OEM 매출이나 무첨가, 친환경제품을 제외하지 않았던 점, 무를 원재료로 한다는 점에서 단무지 제품들 상호간, 쌈부 제품들 상호간에 뚜렷한 성질 차이를 발견하기 어려운 점, OEM 매출과 관련하여 당해 계약기간 중 가격인상의 가능성은 완전히 배제할 수 없을 뿐 아니라 간접적으로 영향을 받을 수밖에 없고 그러한 시장상황을 감안하여 원고를 비롯한 사업자들이 이 사건 부당공동행위를 한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고의 관련매출액에서 OEM 매출액 및 무첨가·친환경제품을 제외할 수 없으므로 피고의 관련매출액 산정에 있어서 위법을 찾을 수 없음.

[23개 단무지 등 절임류 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 11. 17. 선고 2011누18702 판결, 고법 확정)]

- 원고가 주장하는 낮은 단가 또는 특수경로의 제품도 이 사건 담합의 대상에 포함되어 원고의 가격인상으로 그 가격에 직·간접적으로 영향을 받았다고 봄이 상당한바 관련매출액에서 제외될 것이 아님
- 원고가 주장하는 낮은 단가 또는 특수경로의 제품도 이 사건 담합의 대상에 포함되어 원고의 가격인상으로 그 가격에 직·간접적으로 영향을 받았다고 봄이 상당하고, 그 분류는 원고가 수익성을 기준으로 자체 분류한 것일 뿐이므로 관련매출액에서 제외될 것이 아님.

[13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누27584 판결²³⁵⁾)]

- PHC파일의 기준가격표, 단가율 등 합의가 이루어진 사건에서, 원고들의 수의계약에 의한 매출액, 동종업계 제조사에 대한 매출액, 합의단가율 범위를 벗어난 단가율이 적용된 거래로 인한 매출액 등은 이 사건 공동행위의 영향을 받은 것으로서 관련 매출액에 포함된다고 봄이 타당함

[24개 원심력콘크리트(PHC)파인 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누75124 판결, 고법 확정²³⁶⁾)]

235) 상고심(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두10093 판결)은 심리불속행 각각함

236) 원고 상고장 각하명령(2023. 10. 16.)으로 확정됨

(나) 제외되는 항목

① 합의대상에 포함되지 않는 관련상품

- 합의의 대상이 된 상품 또는 용역의 매출액이 위반기간 중에 발생하였다고 하더라도, 그 매출액 발생의 원인이 된 상품 또는 용역 공급계약 등이 합의일 전에 체결되고, 실제 공급만 위반기간 중에 이루어졌다는 등의 사정이 드러난다면, 관련매출액에서 제외된다고 봄이 타당함
- 다만, 합의의 대상이 된 상품 또는 용역의 매출액이 위반기간 중에 발생하였다고 하더라도, 그 매출액 발생의 원인이 된 상품 또는 용역 공급계약 등이 합의일 전에 체결되고, 그 계약에서 정해진 가격, 물량, 기한 등에 따라 상품 또는 용역의 실제 공급만 위반기간 중에 이루어졌다는 등의 특별한 사정이 드러난다면, 그 부분에 해당하는 매출액은 합의로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품 또는 용역이라고 보기 어려우므로, 관련매출액에서 제외된다고 봄이 타당함.
- 한편 민사소송법 규정이 준용되는 행정소송에서의 증명책임은 원칙적으로 민사소송 일반원칙에 따라 당사자 간에 분배되고, 항고소송의 경우에는 그 특성에 따라 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 증명책임이 있음. 피고가 주장하는 인정한 처분의 적법성에 관하여 합리적으로 수긍할 수 있는 일정의 증명이 있는 경우에는 그 처분은 정당하다고 할 것이며, 이와 상반되는 주장과 증명은 그 상대방인 원고에게 그 책임이 돌아감(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결 등 참조).
- 원심이 공동행위 전에 계약이 체결되고 공동행위 기간에 그 계약에서 정한 가격대로 납품이 이루어졌다는 등의 원고 주장과 같은 사정이 있었던 경우에도 그 매출이 공동행위로부터 간접적으로나마 이 사건 합의의 영향을 받지 않았다고 단정하기는 어렵다고 판단한 부분은 적절하지 아니하나, 나아가 원심까지 제출된 모든 증거들을 살펴보아도 피고가 산정한 관련매출액 중에 원고 주장처럼 2003. 7. 23. 전에 체결된 계약내용에 따라 2003. 7. 23. 이후에 납품되어 발생한 매출액이 일부 포함되어 있다는 사정을 인정하기 어려우므로, 위와 같이 피고의 관련매출액 산정에 위법이 없다고 판단한 원심의 결론은 정당함.
[노틸러스효성 등 금융자동화기기(ATM, CD) 제조 4개 사업자의 부당공동행위 건(대법원 2016. 5. 27. 선고 2013두1126 판결)]

- 이 사건 공동행위 이전에 이미 체결되었던 장기공급계약에 따라 그 계약에서 정한 고정가격으로 공동행위 기간 중에 판매되었던 음료 제품의 매출은 이 사건 공동행위의 영향을 받지 않았다고 봄이 상당하므로, 관련매출액에서 제외하여야 함
- 매출액 발생의 원인이 된 상품공급계약이 이 사건 공동행위의 합의일 전에 체결되었고, 그 계약에서 정해진 가격, 물량, 기한 등에 따라 상품 또는 용역의 실제 공급만 공동행위의 기간 중에 이루어졌으며, 이 사건 담합에 따른 가격 인상에도 불구하고 각 계약에서 정한 납품가격으로만 거래되었음.
- 피고는 원고가 코레일유통 등 위 거래상대방들과 체결한 계약에서 물가 변동 등 가격 변동요인 발생 시 상호 협의하여 납품가격 등을 조정할 수 있다고 명시한 점을 근거로 위와 같은 장기공급계약 중에도 변경계약의 체결이 가능한 상황이었고, 담합의 대상인 음료를 실제로 판매하였으므로 이 사건 공동행위가 위 거래상대방들을 포함한 모든 거래처의 가격 인상에 영향을 미쳤다는 취지로 주장함.
- 그러나 위와 같은 기재가 담합에 따른 가격 인상을 반영할 여지를 둔 것이라고 보기는 어려움. 오히려 계약의 구속력으로 인하여 원고 입장에서 거래상대방이 요청하는 가격이 아닌 인상된 가격을 적용할 여지가 없었던 것으로 보임. 원고는 이 사건 공동행위 합의일 전에 체결된 각 계약에서 정한 납품가격을 계약기간 동안 변경하지 않다가 계약 갱신 시 비로소 납품가격을 인상하였고 계약기간 중에 위 조항에 따른 변경계약을 체결한 사실이 없음. 따라서 피고가 들고 있는 사유만으로 위 각 상품공급계약에 따른 매출이 이 사건 공동행위로부터 영향을 받았을 것이라고 보기는 어려움.

[롯데칠성음료 등 5개 음료 제조·판매사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2013누11910 판결²³⁷⁾)]

- 피고는 제1 공동행위²³⁸⁾의 경우 계약기간이 연장된 부분의 계약금액을 관련 매출액에서 공제하여 산정하였어야 함에도 이를 공제하지 아니하고 원고 등이 포스코와 체결한 계약금액을 관련매출액으로 삼아 과징금을 산정하였는데, 이는 과징금부과의 기초가 되는 매출액에 관한 사실을 오인하였거나 관련 법리를 오해한 것으로서 위법함
- 입찰을 통한 각 입찰을 통한 각 연간단가계약에서 정한 1년의 계약기간이 종료한 후 새로운 계약 체결을 위하여 원고 등이 포스코에 요청할 단가인상률에 대하여 협의한 후

237) 저상고신(대법원 2017. 6. 9. 선고 2017두190 판결)은 심리불속행 기각함

238) 포스코 발주 건에 대한 공동행위를 제1공동행위라 하고, 포스코건설 및 포스코플랜텍 발주 건에 대한 공동 행위를 제2공동행위, 현대제철과 현대로템 발주 건에 대한 공동행위를 제3 공동행위라 함

포스코에 단가 인상을 요청하였고, 포스코는 이를 검토한 후 입찰절차를 진행하지 않고 계약조건의 변경 없이 기존 연간단가계약의 기간만을 변경하는 것으로 결정하여 이를 원고 등에게 통보하면 원고 등이 이를 승인하는 방식으로 계약기간이 연장되었으므로 이러한 원고 등의 합의는 입찰을 전제로 하지 않은 것으로서 입찰납합과 다른 별개의 합의임.

- 피고는 연장계약은 입찰답합으로 형성된 기존 계약의 본질적 요소가 그대로 유지되며 기존 계약의 연장선에 있고 입찰답합의 경쟁제한성 역시 그대로 유지되는 것이므로, 연장기간의 매출액은 입찰답합으로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 매출액으로 과징금 산정을 위한 관련매출액에 포함시켜야 한다고 주장하나, 포스코의 입찰절차가 진행되지 않은 기간에는 컨베이어벨트 구매를 위한 포스코의 입찰 자체가 있었다고 볼 수 없는 점, 연장계약의 체결주기와 계약기간이 매번 상이하며 불규칙적이었던 점, 원고 등은 이 사건 제1 공동행위의 각 개별 입찰 당시 해당 입찰의 결과 체결될 계약기간 만료 후 연장계약이 체결되지 여부를 미리 예측할 수 없었던 점, 포스코와 원고 등은 실제 매년 연간단가계약이 종료되면 새로운 계약 체결을 위하여 단가인상률에 관한 협의를 진행하였던 점 등을 고려하면, 원고 등이 입찰답합 시 그 입찰에 따라 체결한 계약의 기간 만료 이후에도 계속 동일한 비율로 물량을 배분하기 위한 합의가 있었다고 보기 어려운.

[동일고무벨트(주)의 포스코건설 및 포스코플랜텍 발주 컨베이어벨트 구매 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 7. 25. 선고 2017누68457 판결, 고법 확정)]

- ‘발트렉스’의 경쟁제품에 관한 부분은 공정거래법 제19조 제1항 제9호에 해당한다고 보기 어렵고, ‘발트렉스’ 공급계약이 같은 항 제4호의 일부 내용을 구성한다는 점만으로 ‘발트렉스’ 매출액이 원고들에 대한 과징금 산정의 기초가 되는 관련매출액에 포함된다고 보기 어려움

- 이 사건 합의 중 ‘발트렉스’의 경쟁제품에 관한 부분이 공정거래법에 정한 ‘부당한 공동행위’에 해당하기 위하여는 그 합의의 경쟁제한성이 인정되어야 하고, 경쟁제한성은 관련상품시장의 획정을 거쳐 당해 합의로 인하여 경쟁에 영향을 미치거나 미칠 우려가 발생하였는지를 기준으로 판단하여야 함.
- 그러나 피고는 ‘발트렉스’의 관련상품시장을 획정하지 아니하였을 뿐만 아니라 이 사건 합의 중 ‘발트렉스’의 경쟁제품에 관한 부분이 경쟁에 미치는 영향 등에 대하여 아무런

근거를 제시하지 아니한 채 그 부분 합의의 경쟁제한성을 인정하여 이것이 공정거래법에 정한 '부당한 공동행위'에 해당함을 전제로 시정명령과 과징금 납부명령을 한바 위법함.

- 이 사건 합의 중 '발트렉스'의 경쟁제품에 관한 부분은 공정거래법 제19조 제1항 제9호의 '부당한 공동행위'에 해당한다고 보기 어렵고, '발트렉스' 공급계약이 공정거래법 제19조 제1항 제4호의 '부당한 공동행위'의 일부 내용을 구성한다는 점만으로 '발트렉스' 매출액이 원고들에 대한 과징금 산정의 기초가 되는 관련매출액에 포함된다고 보기 어려움.

[글락소그룹리미티드와 동아제약의 부당한 공동행위의 건(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결)]

- 관련상품이 아닌 다른 상품(미용화장지, 공중접객업소용 화장지, 엠보싱이 아닌 평판 두루마리 화장지 등)의 매출액까지 포함하여 위 회사의 화장지제품 전체 매출액을 기준으로 한 것은 위법함

- 위반행위와 관련된 상품·용역의 매출액은 법위반행위의 대상품목으로서 관련상품인 엠보싱 두루마리 화장지 제품의 그 위반행위 기간동안의 매출액으로 특정이 가능함에도 불구하고 관련상품이 아닌 다른 상품(미용화장지, 공중접객업소용 화장지, 엠보싱이 아닌 평판 두루마리 화장지 등)의 매출액까지 포함하여 위 회사의 화장지제품 전체 매출액을 기준으로 한 것은 위법함.

[모나리자 등 4사의 화장지 공장도가격 공동결정행위 건(서울고법 2000. 1. 20. 선고 98누10822 판결²³⁹⁾)]

- 원고가 OEM생산방식으로 납품한 PAC는 원고의 이 사건 1995년도 PAC소비자 판매가격 인상합의와 관련이 있는 상품에 해당하지 않으므로 원고의 총매출액 중 OEM생산방식에 의한 매출액은 과징금 산정매출액에서 제외하는 것이 타당함

- 과징금 산정관련매출액을 산정함에 있어 OEM생산방식으로 납품한 PAC의 매출액까지 포함하여 과징금을 산정하였는바, OEM생산방식에 의하여 납품하는 PAC납품가격을 합의한 후에 원고가 OEM생산방식에 의하여 납품하는 PAC의 납품가격을 인상하였는지 여부 및 그 인상폭, 위와 같은 가격인상 합의가 OEM생산방식에 의하여 납품하는 PAC의 납품가격에 미친 영향이 확인되지 않는 등 원고의 가격인상 합의의 내용, 원고의 OEM 생산방식에 의한 PAC의 납품현황, 위 가격인상합의가 OEM생산방식에 의하여 납품되는 PAC의 납품가격에 미친 영향 등에 비추어 보면 원고가 OEM생산방식으로 납품한 PAC는

²³⁹⁾ 상고심(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결)은 이 부분에 대하여는 반박하지 않음

원고의 이 사건 1995년도 PAC소비자판매가격 인상합의와 관련이 있는 상품에 해당하지 않으므로 원고의 총매출액 중 OEM생산방식에 의한 매출액은 과징금 산정매출액에서 제외하는 것이 타당함.

[두원냉기 등의 에어콘 가격 등 공동결정행위 건(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결)]

② 위반행위 종기 이후 매출액

□ 영화 '화려한 휴가'의 위반행위 종기 이후 매출액도 관련매출액에 해당함을 전제로 하여 산정된 이 사건 과징금 납부명령은 위법하다고 할 것임

- 이 사건 관련상품이 위반기간 동안 개봉·상영된 영화임은 앞서 본 바와 같으므로, 2007. 7. 25. 개봉된 '화려한 휴가'도 이 사건 관련상품에는 해당한다고 판단되지만, 피고가 이 사건 위반행위의 시기~~를~~ 2007. 3. 12.부터 2007. 7. 25.까지로 본 사실이 인정되므로, 2007. 7. 25. 개봉되어 그 이후까지 상영된 '화려한 휴가'의 위반행위 종기 이후(2007. 7. 26.부터)의 매출액은 관련매출액에 포함할 수 없다고 판단됨. 영화 '화려한 휴가'의 위반행위 종기 이후 매출액도 관련매출액에 해당함을 전제로 하여 산정된 이 사건 과징금 납부명령은 위법하다고 할 것임.

[씨제이엔터테인먼트의 영화관람료 담합 건(서울고법 2009. 10. 7. 선고 2009누2483 판결²⁴⁰⁾)]

□ 과징금 산정에 있어 위반행위기간이 아닌 기간을 포함시켜 매출액을 산정하고 그것을 과징금부과기준매출액으로 삼은 경우 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법함

- 과징금을 산정함에 있어 위반행위기간이 아닌 기간을 포함시켜 매출액을 산정하고 그것을 과징금부과기준매출액으로 삼은 경우, 과징금 부과재량행사의 기초가 되는 사실인정에 오류가 있으므로 과징금납부명령이 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 할 것임.

[한영철강공업 등 8개사의 철근가격 공동 결정행위 건(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결)]

240) 살고심(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두19700 판결)은 심리불속행 기각함

(3) 회계항목별 관련매출액 포함 여부

(가) 포함되는 항목

① 손해보험사의 미경과보험료²⁴¹⁾와 재보험출재분

- 보험업회계처리준칙 제20조가 보험료의 회수기일이 도래한 회계연도에 보험료 전체를 수익으로 인식하도록 하고 있고, 그와 같은 수익에서 미경과보험료, 재보험출재분을 공제하지 않은 점 등에 비추어 미경과보험료와 재보험출재분도 이 사건 과징금 산정의 기준이 되는 영업수익에 포함됨
- 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 않은 점, 같은 준칙에 의하면 미경과보험료적립금을 책임준비금으로 적립하여 부채에 계상하도록 하고 있을 뿐인 점, 원고도 위와 같은 방식으로 회계처리를 하고 재무제표를 작성한 점, 원수보험사는 보험계약자와 보험계약을 체결하고 원수보험료를 받게 되면 그로써 그 원수보험료 상당액의 경제적 효익을 얻게 되고, 그 후 재보험에 가입하고 재보험료를 지출하는 것은 원수보험사의 판단에 따른 별개의 법률관계인 점, 기업회계기준서에 의하면 보험회사의 재보험금 수익을 보험료 수익 등과 함께 보험회사의 영업수익으로 보고 있는 한편, 재보험료비용을 보험금비용 등과 함께 보험회사의 영업비용으로 분류하고 있고, 원고도 같은 방식으로 회계처리를 한 점 등에 비추어 미경과보험료와 재보험출재분도 이 사건 과징금 산정의 기준이 되는 영업수익에 포함됨.

[10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20741, 20352 판결 등)]

* 공정거래법 제6조, 제22조, 공정거래법 시행령 제9조의2는 상품 또는 용역의 대가의 합계액을 재무제표 등에서 영업수익 등으로 기재하는 사업자의 경우에는 영업수익을 과징금 산정의 기준이 되는 매출액으로 보도록 규정하고 있음

241) 보험회사의 회계연도와 개별 보험가입자의 기입기간이 서로 불일치함에 따라, 낭해 회계연도에 수취한 보험료 중에서 담해 회계연도 종료 시점을 기준으로 낸 있는 보험가입기간에 비례하는 보험료

② 폐기물 부담금

□ 폐기물 부담금은 원인자부담금의 성격을 갖는 것으로서 부당한 공동행위를 한 사업자에 대한 과징금 산정의 전제가 되는 매출액에서 제외할 것은 아님

- 폐기물부담금은 폐기물의 발생을 억제하고 자원의 낭비를 방지하기 위하여 폐기물을 발생시키는 합성수지 등의 제조업자 및 수입업자에게 부과하는 것이어서 원인자부담금의 성격을 갖는 것으로서(구 자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전부개정되기 전의 것) 제19조 제1항, 제2항, 같은 법 시행령(2002. 12. 18. 대통령령 제17808호로 전문개정되기 전의 것) 제17조, 제18조, [별표 2]), 이 사건 담합의 대상인 고밀도 폴리에틸렌 제품의 제조업자에게 그 판매가에 대하여 일정한 비율로 부과되는 비용에 불과할 뿐이므로, 이를 부당한 공동행위를 한 사업자에 대한 과징금 산정의 전제가 되는 매출액에서 제외할 것은 아님.

[9개 폴리프로필렌 제조 판매사업자들의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 6. 24. 선고 2008두18533 판결)]

③ 관세

□ 부가가치세와 달리 관세는 세관을 통관할 때 비엠더블유 코리아만 이를 납부할 뿐 비엠더블유 코리아가 원고들에게 판매를 하거나 원고들이 최종소비자에게 판매할 때 다시 관세를 별도로 부과하는 것도 아닌 등 사정을 고려해 보면, 관세는 이 사건 관련 매출액에서 공제되지 않는다고 봄이 상당함

- 다음과 같은 사정을 고려해 보면, 관세는 이 사건 관련 매출액에서 공제되지 않는다고 봄이 상당함.
- 부가가치세와 관세 등은 난세의무자와 낸세자가 서로 다른 간접세에 해당한다는 점에서는 공통점이 있으나, 기업회계 상 부가가치세는 매출액에 포함되지 않고 예수금의 일종으로서 유통부채 계정으로 분류되어 기재되는 것이 일반적인 반면, 관세는 원고들이 비엠더블유 코리아로부터 비엠더블유 자동차를 구입할 때 그 공급가격(매출원가) 속에 포함되어 있을 뿐만 아니라 원고들이 이를 최종소비자에게 판매할 때에도 나찬가지로 포함되어 있음.

- 부가가치세의 경우 원고들이 최종소비자에 대한 비엠더블유 자동차의 판매가격에 10%라는 금액이 뚜렷하게 구별되어 존재하지만, 관세는 원고들의 최종소비자에 대한 판매가격

속에 포함되어 있을 뿐 뚜렷하게 구별되어 존재하는 것은 아니고, 부가가치세와 달리 관세는 세관을 통관할 때 비엠더블유 코리아만 이를 납부할 뿐 비엠더블유 코리아가 원고들에게 판매를 하거나 원고들이 최종소비자에게 판매할 때 다시 관세를 별도로 부과하는 것도 아님.

- 소비세는 궁극적으로 판매를 통해 회수한다는 것을 전제로 하고 있고, 이미 납부한 세액도 물품의 멸실 또는 훼손 등으로 판매가 불가능한 경우에는 세무당국으로부터 환급받을 수 있으나, 관세는 수입물품에 부과되는 것으로 최종적인 소비를 전제로 하는 것이 아니고 물품의 멸실 또는 훼손 등의 경우에도 환급의 문제가 발생하지 않음.

[7개 비엠더블유자동차 딜러의 부당한 공동행위의 건(서울고법 2014. 4. 18. 선고 2012누15380 판결²⁴²⁾)]

* 같은 취지: 9개 렉서스자동차 딜러의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 5. 7. 선고 2012누11241 판결²⁴³⁾)

④ 운송비

- 칼라강판 가격 결정시 수요자 부담에 따라 운송비가 책정되어 가격의 일부로서 순매출액에 포함되므로 운송비 역시 관련매출액에 포함됨

[세아제강의 칼라강판 제조사업자 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 11. 28. 선고 2013누25421 판결²⁴⁴⁾), 세아제강의 아연도강판 제조사업자 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 12. 31. 선고 2013누17925 판결²⁴⁵⁾)]

- 운송비 부분은 회계자료상으로 판매에 관한 비용에 해당하므로 ‘관련상품’인 아연도강판 판매에 관한 ‘매출액’에서 제외할 이유가 없으므로 아연도강판 운송비 부분은 이 사건 관련매출액에 포함되는 것으로 봄이 타당함

- 원심판결 이유에 의하면, 원고가 아연도강판의 판매대금에 관한 세금계산서를 발행하면서 매출액에 운송비를 포함하고 운송비를 아연도강판 매출액으로 회계처리 한 사실을 알 수 있음.

242) 상고심(대법원 2014. 8. 26. 선고 2014누7237)은 심리불속행 기각함

243) 상고심(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015누2352 판결)은 피고가 고법 판결을 반영하여 상고심에서 쟝권으로 강제한 부분에 대한 소를 각하하고, 나머지 상고를 기각함

244) 상고심(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015누48009 판결)은 심리불속행 기각함

245) 상고심(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015누36362 판결)은 심리불속행 기각함

- 이에 더하여, ① 통상적으로 상품의 판매에는 상품을 소비자에게 인도하는 과정에서 운송이 필요하므로, 이러한 운송비가 특정 상품판매와 별개의 관련상품 또는 매출액을 구성한다고 보기 위해서는 그 상품 판매대금의 구체적 구성, 거래 당사자들의 인식이나 거래관행에 비추어 그 상품의 운송서비스가 상품판매와는 전혀 별개의 것으로 볼 수 있어야 하는 점, ② 그런데 이 사건 아연도강판 판매시장에서는 구매자 스스로가 아연도 강판을 운반하는 것이 원칙적인 거래관행이라고 볼 자료가 없고, 오히려 원고 등 철강 업체가 운송비의 일부 또는 전부를 지원해주어 운송비 지원을 실질적인 판매가격 할인의 방편으로 사용한 것으로 보이는 점, ③ 구매자 스스로 아연도강판을 운반하거나 별개의 운송업체를 이용하는 사례가 있다고 하여 아연도강판 운송비 일반이 관련매출액에서 당연히 제외되어야 한다고 볼 수 없고, 아연도강판 판매대금과 별개로 회계 처리되어야 하는 것도 아닌 점, ④ 오히려 원고가 운송비의 전부 또는 일부를 부담하거나 구매자가 원고에게 운송비를 포함한 아연도강판 판매대금 일체를 지급한 경우에, 운송비 부분은 회계자료상으로 판매에 관한 비용에 해당하므로 '관련상품'인 아연도강판 판매에 관한 '매출액'에서 제외할 이유가 없는 점 등 기록을 통하여 알 수 있는 여러 사정을 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 아연도강판 운송비 부분은 이 사건 관련매출액에 포함되는 것으로 볼이 타당함. 따라서 피고가 운송비를 포함한 관련매출액을 기초로 하여 원고에 대한 과징금을 산정한 조치에 잘못이 없음.

[현대하이스코 등 6개 냉연강판 및 아연도강판 제조판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두35864 판결)]

* 같은 취지: 포스코강판 등 6개 냉연강판 및 아연도강판 제조판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 11. 10. 선고 2015두53794 판결), 7개 시멘트제조사간 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2020. 11. 26. 선고 2017두36083 판결)

⑤ 부계약자의 계약금액 부분

- 부계약자의 계약부분도 전체 입찰금액에 포함되어 경쟁제한효과를 미쳤다고 보아야 하며, 부계약자의 계약금액 부분이 원고 자신의 매출에 해당하지 않는다는 이유만으로 이를 관련매출액에 포함시킬 수 없는 것은 아님.
- 한국가스공사는 부계약자의 지분율 충족 여부만을 추가로 심사하였을 뿐 전체 입찰금액 중 부계약자 부분 입찰금액을 따로 떼어 그것을 기준으로 낙찰여부를 결정한 것이 아님. '영종-교하 주배관 제2공구', '포천-교하 주배관 제1공구'의 경우 주계약과 부계약의 낙찰률이 거의 동일한 것을 알 수 있음. 따라서 특별한 사정이 없는 한 이 사건 공동행위로 경쟁이 제한된 상태에서 형성된 전체 입찰금액에 포함된 부계약자의 계약금액 부분에도 이 사건 공동행위로 인한 경쟁제한효과가 미쳤다고 보아야 함.

- 이 사건 과징금에는 부당한 공동행위로 인한 부당이득의 박탈 뿐 아니라 위법행위에 대한 제재의 목적으로 있는 점을 고려하면 부계약자의 계약금액 부분이 원고 자신의 매출에 해당하지 않는다는 이유만으로 이를 관련매출액에 포함시킬 수 없는 것은 아님. 또한 공동수급체의 구성원으로서 부계약자 부분을 포함한 대규모의 공사를 수행하였다라는 경력 자체가 원고에게 무형적 이익에 해당한다고 볼 것이므로 원고가 부계약자의 계약금액 부분에 대하여 어떠한 이익도 얻지 않았다고 단정할 수 없음.
- 공동수급체는 기본적으로 민법상 조합의 성질을 가지는 것으로서 그 구성원은 계약상 의무 이행에 대하여 연대하여 책임을 지는 등 공사계약금액 전부에 대하여 사실상의 이해관계가 있으므로 주계약자는 공동수급체 구성원인 부계약자 부분 공사금액에 대해서도 이해관계가 있음.

[(주)한양의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위(서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31854 판결246)]

※ 같은 취지: 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위(주)한화건설 서울고법 2017. 9. 20. 선고 2015누55402판결, 대보건설(주) 서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31908 판결, 삼성물산(주) 서울고법 2017. 5. 12. 선고 2016누119 판결, 현대중공업(주) 서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31434 판결)

- 장림 ~ 진해 주배관 건설공사의 부계약 비율이 9.6%로 감경 기준에 미달하는 이상 그 차이가 근소하다는 이유만으로 피고가 과징금을 감경하지 않은 조치에 위법이 있다 할 수 없음

- 피고가 부계약의 비율이 10% 이상인 경우에는 낙찰자가 부계약자와 직접 거래하는 과정에서 얻을 수 있는 이익이 유의미한 수준에 달할 수 있음에도 발주처가 부계약자와 직접 거래함에 따라 낙찰자의 입장에서는 그러한 이익을 잃게 되는 점 등을 감안하여, 2차 조정 산정기준의 5%를 감경하여 부과과징금을 산정하고, 부계약의 비율이 10% 미만인 경우는 상실될 수 있는 이익이 미미한 정도라고 보아 이를 이유로 감경하지 않은 피고의 조치가 자의적이라고 볼 수 없음.

[현대중공업(주)의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2019. 2. 14. 선고 2017두68103 판결)]

246) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2017두68110 판결)은 심리불속행 기각함

⑥ 독점 공급하는 사급자재 구매비용

- 피고가 원고에 대한 과징금 산정의 기초인 관련매출액에 사급자재 구매비용을 포함한 것은 정당하고, 이 사건 사급자재 구매비용이 매출액에 해당한다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있다고 할 수 없음
- 발주처인 한국철도시설공단은 전체 투찰가격을 기준으로 낙찰 여부를 결정하였고, 이 사건 사급자재 구매비용 부분만을 공제한 가격을 기준으로 낙찰 여부를 결정한 것이 아님. 또한 사급자재의 구매비용이 입찰 당시부터 추후 공제될 것이 당연히 전제된 잡정적 성격의 것으로서 계약금액에 임시적으로 포함된 것에 불과하다고 볼 만한 사정도 없고, 오히려 입찰당시부터 확정적으로 계약금액에 포함되어 있다고 봄이 상당함.
- 독점적으로 공급하고 있는 특정사업자들이 일방적으로 구매비용을 책정하였고 그로 인해 원고가 손해를 입었다고 하더라도, 공정거래법에 의한 과징금에는 부당한 공동행위로 인한 부당이득의 바탕뿐 아니라 위법행위에 대한 제재의 목적도 있는 점을 고려하면 이 사건 사급자재 구매비용 부분에 의해 원고 자신이 직접적인 이익을 얻지 아니하였다는 이유만으로 이를 관련매출액에 포함시킬 수 없는 것은 아님.

[궤도공영(주)의 호남고속철도 오송~광주송정 간(제1, 2공구) 궤도부설 기타공사 입찰 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90621 판결²⁴⁷⁾)]

⑦ 직접비용

- 용역의 계약금액 중 직접경비 부분이 이 사건 용역의 매출액에 해당한다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있다고 인정할 수 없으므로, 직접경비를 원고에 대한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액'에서 공제할 수 없음
- 입찰담합의 경우 그에 따라 체결된 계약상의 금액 중 일부가 매출액에 해당한다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액'에서 공제하여야 함.
- 이 사건 용역의 입찰공고 및 용역계약 체결 당시 이 사건 용역비 중 직접경비에 해당하는 부분에 관하여 추후 별도로 계약을 체결한다거나 계약금액에서 감액한다고 정한 바는 없었고, 실제 그와 같은 변경계약이 체결된 사실도 없으며, 이 사건 용역을 수행한 후 실제 지출한 직접경비 등을 포함하여 산정된 용역대금을 모두 수령하였으므로 이 사건 용역비

²⁴⁷⁾ 상고심(대법원 2019. 2. 28. 선고 2018두62416 판결)은 심리불속행 기각함

중 직접경비 부분이 입찰 당시부터 추후 정산에 따라 계약금액에서 공제될 것이 전제된 잠정적인 성격의 것이라고 볼 수는 없음.

- 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것이 원칙인데 원고가 이 사건 용역비 중 직접경비에 해당하는 부분과 그에 대한 부가가치세를 포함한 금액을 발주처로부터 지급받은 점 등에 비추어 보면, 위 직접경비 금액이 회계상 원고 등 7개사의 '매출액'으로 인식되었다고 볼 수 있으며, 원고 등 7개사는 전체 입찰금액을 대상으로 이 사건 공동행위를 하였고, 한국수자원공사 역시 위 전체 입찰금액을 기준으로 낙찰 여부를 결정하였으므로 이 사건 공동행위로 경쟁이 제한된 상태에서 형성된 전체 입찰금액에 포함된 계약금액 전부(위 직접경비도 포함)에 이 사건 공동행위로 인한 경쟁제한효과가 미쳤다고 보아야 함.

[에코엔(주), 주와텍의 한국수자원공사 발주 수도 및 댐·보시설 점검정비 용역 입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누66052, 66113판결)]

(나) 제외되는 항목

① 부가가치세

- 부가가치세는 그 성질상 재화 등을 공급한 자가 그 부당공동행위로 인하여 얻는 경제적 이득이라고 보기 어려우며, 구 시행령 제4조 제1항은 상품 또는 용역에 대한 간접세는 "연간 매출액 또는 구매액"에서 제외하는바, 평균매출액 산정에 있어 부가가치세는 제외하는 것이 타당함
- ① 구 시행령(2005. 3. 31. 대통령령 제18768호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항[별표2] 제2호 가복이 매출액에 관하여 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 규정하고 있는데, 기업회계상 부가가치세는 매출액에 포함되지 않고 예수금의 일종으로서 유동부채 계정으로 분류되어 기재되는 것이 일반적인 점, ② 부가가치세는 재화 등을 공급한 자가 이를 공급받는 자로부터 일시적으로 수취하여 보관하였다가 세무관서에 납부하는 것으로서 그 성질상 재화 등을 공급한 자가 그 부당공동행위로 인하여 얻는 경제적 이득이라고 보기 어려운 점, ③ 구 시행령 제4조 제1항은 상품 또는 용역에 대한 간접세를 위 "연간 매출액 또는 구매액"에서 제외하고 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 위 구 시행령 제9조 제1항의 평균매출액의 산정에 있어서도 부가가치세는 제외하는 것이 타당함.
[롯데카드 등 7개사의 DDC수수료 공동결정행위 건(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결)]

② 특별소비세 및 교육세

- 부가가치세는 관련매출액에서 공제되는바, 특별소비세와 교육세는 징세의 편의상 통관 직후 차량을 인도받게 되는 수입업자에게 일괄적으로 부과되는 것일 뿐, 최종소비자에게 그 부담이 전가된다는 점에서 부가가치세와 동일한 성격을 가지고 있음
 - 부가가치세는 관련매출액에서 공제되는바(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결 참조), 특별소비세와 교육세는 징세의 편의상 통관 직후 차량을 인도받게 되는 수입업자에게 일괄적으로 부과되는 것일 뿐, 최종소비자에게 그 부담이 전가된다는 점에서 부가가치세와 동일한 성격을 가지고 있음.
 - 한국회계연구원의 주세, 특별소비세 등의 소비세에 대한 회계기준적용의견서에 의하면 특별소비세 등의 소비세는 과세되는 물품의 생산자 또는 판매자가 해당 물품을 판매하기 전에 최종소비자를 대신하여 세무당국에 납부하고 판매 시 사후적으로 회수하는 것으로 실질적으로 판매자에게 귀속되는 경제적 효익의 유입으로 볼 수 없으므로 매출액에 포함시키지 아니함.
 - 판매자가 판매 전에 세무당국에 납부하는 소비세는 궁극적으로 판매를 통해 회수한다는 것을 전제로 하고 있고, 이미 납부한 세액도 물품의 멸실 또는 훼손 등으로 판매가 불가능한 경우에는 세무당국으로부터 환급받을 수 있으므로 기업이 세무당국으로부터 나중에 환급받을 수 없는 제세금으로 재고자산의 취득원가에 포함되는 부대비용과는 실질적으로 성격이 다름.
[7개 비엔더블유자동차 딜러의 부당한 공동행위의 건(서울고법 2014. 4. 18. 선고 2012누15380 판결²⁴⁸⁾)]
- * 같은 취지: 9개 렉서스자동차 딜러의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2015. 5. 7. 선고 2012누11241 판결²⁴⁹⁾)

248) 상고심(대법원 2014. 8. 26. 선고 2014두7237)은 삼리불속행 기각함

249) 상고심(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015두2352 판결)은 피고가 고법 판결을 반영하여 상고심에서 직권으로 감액한 부분에 대한 소를 가하하고, 나머지 상고를 기각함

③ 매출에누리

- 사업자의 회계처리 기준이 되는 기업회계기준상 매출액은 기업의 주된 영업활동에서 발생한 제품, 상품, 용역 등의 총매출액에서 매출할인, 매출환입, 매출에누리 등을 차감한 금액을 기재하게 되는바, 특별한 사정이 없는 한 매출에누리에 해당하는 금액은 매출액에서 제외된다고 봄이 상당함
 - 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것) 제22조 및 공정거래법 시행령(2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표 2] 비교는, 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대한 과징금 산정의 전제가 되는 매출액에 관하여 '사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 행위는 행위유형별로 개별적으로 판단한다'고 규정하고 있음. 그리고 사업자의 회계처리 기준이 되는 기업회계기준상 매출액은 기업의 주된 영업활동에서 발생한 제품, 상품, 용역 등의 총매출액에서 매출할인, 매출환입, 매출에누리 등을 차감한 금액을 기재하게 됨.
 - 따라서 특별한 사정이 없는 한 사업자의 회계자료상 매출에누리에 해당하는 금액은 매출액에서 제외된다고 봄이 상당하고, 이와 달리 이를 매출액에 포함시키려면 피고가 그와 같이 하여야 할 특별한 사정이 있음을 증명하여야 함.
- [삼양사의 설탕가격담합 건(대법원 2010. 2. 25. 선고 2008두21362 판결)]

④ 관급자재

- 입찰담합의 특수성을 감안한다고 하더라도 관급자재 금액 부분은 본질적으로 매출액에 해당한다고 볼 수 없으므로, 원고에 대한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액' 산정에서 이를 공제하여야 함
- 공정거래법령은 입찰담합 및 이에 유사한 행위 유형에 대하여는 '계약금액'을 기준으로 삼고 있으나, 이는 입찰담합의 특수성 등을 감안하여 '관련매출액'의 특수한 형태로 '계약금액'을 인정한 것일 뿐, '계약금액'을 공정거래법령이 정한 '매출액' 또는 '관련 매출액'의 본질적 성격과 무관한 전혀 별개의 개념으로 규정하는 취지라고 볼 수는 없으므로, 입찰담합의 경우에도 그에 따라 체결된 계약상의 금액 중 일부가 매출액에 해당한다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액'에서 공제하여야 함.
- 이 사건 공사는 중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률(이하 '판로지원법'이라고 한다) 제12조에 의한 '공사용 자재 직접구매 대상 공사'인데, 그와 관련하여 직접구매

대상 품목으로 확정된 자재는 발주처가 직접 구매하여 공급하며 그에 해당하는 금액을 계약금액에서 공제할 것이 입찰 단계에서부터 예정되어 있었음. 통상적으로는 설계에 반영된 관급자재에 대하여는 별도의 계약이 체결되므로 원칙적으로 관급자재 금액은 공사도급계약금액에 포함되지 않게 됨.

- 원고 등의 회계 관련 자료가 직접 제출되지는 않았으나, ① 원고 공동수급체는 관급자재 금액에 해당하는 금원을 발주처로부터 지급받지 아니한 것으로 보이고, ② 관급자재의 소유권은 발주기관에 있으며, 임여분이 있을 경우 계약상대자인 낙찰자는 이를 반환하는 것이 통상의 사례로 보이고, ③ 관급자재 금액에 대하여 부가가치세가 부가되거나 위 금액이 원고의 손익계산서상 매출액으로 처리된 것으로 보이지는 않음.
- 설계·시공 일괄입찰에 따라 체결된 이 사건 각 공사의 계약금액 중 관급자재 금액에 해당하는 부분은 입찰 당시부터 추후 관급자재 금액이 공제될 것이 당연히 전제된 잠정적 성격의 것으로서 계약금액에 임시적으로 포함된 것에 불과하되, 이를 확정적인 계약금액으로 볼 수 없고, 규범적 관점에서 이 부분까지 부당한 공동행위의 대상이었다고 평가하기는 어려움.

[서한 및 화성산업의 성서 및 달성2차 폐수종말처리장 설치공사 입찰 담합 건(대법원 2017. 9. 12. 선고 2016두55551, 2017. 9. 26. 선고 2016두59416 판결)]

- 통상적으로는 설계에 반영된 관급자재에 대하여는 별도의 계약이 체결되므로 원칙적으로 관급자재 금액은 공사도급계약금액에 포함되지 않게 되나, 이 사건에서는 일단 계약 금액에 포함한 후 추후 감액 처리하기로 한 것이므로 이 부분까지 '계약금액'으로 보기는 어려움
- 공공기관이 공사예정금액이 20억 원 이상인 공사를 발주하는 경우에 '직접구매' 대상품목의 추정가격이 3천만 원 이상이면 그 품목을 해당 공사의 관급자재로 설계에 반영하고 직접구매를 하여야 함. 따라서 통상적으로는 설계에 반영된 관급자재에 대하여는 별도의 계약이 체결되므로 원칙적으로 관급자재 금액은 공사도급계약금액에 포함되지 않게 됨.
- 이 사건 공사에 대하여도 중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률(이하 '판로지원법'이라고 한다) 등에 의한 '직접구매' 의무가 적용됨. 그런데 이 사건 공사에 대한 입찰은 설계·시공 일괄입찰 방식으로 진행됨에 따라 입찰자인 대우건설 공동수급체가 입찰 당시 설계도면을 작성하고, 또한 이 사건 일괄입찰안내서는 낙찰자 결정 이후에 이루어지는 실시설계 단계에서 '직접구매 대상품목 산출내역'을 작성·제출하도록 규정하고 있으므로, 발주처인 한국수자원공사로서는 입찰공고나 낙찰자 결정 단계에서 직접구매 대상 공사

자재를 특정하거나 그에 해당하는 금액을 추정가격에서 제외할 수는 없었음. 이에 따라 대우건설 공동수급체와 한국수자원공사는 이 사건 공사에 관한 위 최초 공사도급계약에 이러한 관급자재 예상금액 내여을 구체적으로 기재하는 대신 이를 일단 공사계약금액에 포함하여 계약을 체결한 후 발주처가 직접구매한 관급자재 금액을 공사계약금액에서 추후 감액하여 처리하기로 하였음.

- 이 사건 공사 입찰입찰안내서가 입찰자에게 판로지원법 규정 등에 의한 공사용 자재 직접구매 사항을 충분히 숙지할 책임이 있다고 규정하고 있음에 비추어 보면, 원고 등 3개사도 향후 관급자재 금액은 계약금액에서 공제될 것이라는 사정을 명확하게 알고 있었다고 보임. 그렇다면 이러한 관급자재 금액 부분까지 대우건설 공동수급체가 이 사건 공사에 관하여 제공한 역무에 대한 반대급부로서의 성격을 가지는 ‘계약금액’으로 보기는 어려우며, 규범적 관점에서 이 부분까지 부당한 공동행위의 대상이었다고 평가하기는 어려움.

[현대건설 및 대우건설 등 보현산다목적댐 건설공사 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2017. 9. 7. 선고 2016두49037, 48447 판결)]

- 이 사건 공사도급계약 상의 계약금액은 확정적인 것이 아니라 입찰 당시부터 차후 관급자재비가 공제될 것이 당연히 전제된 잠정적 성격의 것이라고 봄이 상당하므로 관련매출액에 포함되어어서는 안됨

- 이 사건 공사는 판로지원법상의 공사용 자재 직접구매 대상 공사로서 ‘직접구매 대상 품목으로 확정된 자재는 발주처가 직접 구매하여 공급하며 그에 해당하는 금액을 계약 금액에서 공제’함을 조건으로 이 사건 공사도급계약이 체결되었고, 관급자재비는 이 사건 공사도급계약 상의 계약금액은 확정적인 것이 아니라 입찰 당시부터 차후 관급자재비가 공제될 것이 당연히 전제된 잠정적 성격의 것이라고 봄이 상당함.

[대림산업(주)의 한국철도시설공단 발주 서해선복선전철 건설공사 입찰답합 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 24. 선고 2015누65560 판결²⁵⁰⁾)]

- * 같은 취지: 현대건설(주)의 한국철도시설공단 발주 서해선복선전철 건설공사 입찰답합 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 12. 20. 선고 2015누65300 판결²⁵¹⁾), (주)포스코건설의 대구 서부하수처리장 총인시설 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2018. 12. 27. 선고 2015두44028 판결)

250) 상고심(대법원 2018. 12. 28. 선고 2018두56947 판결)은 심리불속행 기각함

251) 현대건설(주), 상고심(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018두32460 판결)은 심리불속행 기각함

- 입찰담합의 특수성을 감안한다고 하더라도 관급자재 금액 부분은 본질적으로 매출액에 해당한다고 볼 수 없으므로, 원고에 대한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액' 산정에서 이를 공제하여야 함
- 공정거래법령은 입찰담합 및 이에 유사한 행위 유형에 대하여는 '계약금액'을 기준으로 삼고 있으나, 이는 입찰담합의 특수성 등을 감안하여 '관련매출액'의 특수한 형태로 '계약금액'을 인정한 것일 뿐, '계약금액'을 공정거래법령이 정한 '매출액' 또는 '관련매출액'의 본질적 성격과 무관한 전혀 별개의 개념으로 규정하는 취지라고 볼 수는 없으므로, 입찰담합의 경우에도 그에 따라 체결된 계약상의 금액 중 일부가 매출액에 해당한다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액'에서 공제하여야 함.
- 이 사건 공사는 중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률(이하 '판로지원법'이라고 한다) 제12조에 의한 '공사용 자재 직접구매 대상 공사'인데, 그와 관련하여 직접구매 대상 품목으로 확정된 자재는 발주처가 직접 구매하여 공급하며 그에 해당하는 금액을 계약금액에서 공제할 것이 입찰 단계에서부터 예정되어 있었음. 통상적으로는 설계에 반영된 관급자재에 대하여는 별도의 계약이 체결되므로 원칙적으로 관급자재 금액은 공사도급계약금액에 포함되지 않게 됨.
- 원고 등의 회계 관련 자료가 직접 제출되지는 않았으나, ① 원고 공동수급체는 관급자재 금액에 해당하는 금원을 발주처로부터 지급받지 아니한 것으로 보이고, ② 관급자재의 소유권은 발주기관에 있으며, 임여분이 있을 경우 계약상대자인 낙찰자는 이를 반환하는 것이 통상의 사례로 보이고, ③ 관급자재 금액에 대하여 부가가치세가 부가되거나 위 금액이 원고의 손익계산서상 매출액으로 처리된 것으로 보이지는 않음.
- 설계·시공 일관입찰에 따라 체결된 이 사건 각 공사의 계약금액 중 관급자재 금액에 해당하는 부분은 입찰 당시부터 추후 관급자재 금액이 공제될 것이 당연히 전제된 잠정적 성격의 것으로서 계약금액에 임시적으로 포함된 것에 불과하며, 이를 확정적인 계약금액으로 볼 수 없고, 규범적 관점에서 이 부분까지 부당한 공동행위의 대상이었다고 평가하기는 어려움.

[서한 및 화성산업의 성서 및 달성2차 폐수종말처리장 설치공사 입찰 담합 건(대법원 2017. 9. 12. 선고 2016두55551, 2017. 9. 26. 선고 2016두59416 판결)]

* 같은 취지: 에스케이건설(주)의 서해선(홍성~송산) 복선전철 제5공구 건설공사 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 11. 2. 선고 2015누65553 판결²⁵²⁾)

252) 상고심(내법원 2018. 2. 28. 선고 2017두71154 판결)은 심리불속형 기각함

⑤ 폐기물처리비

- 폐기물처리비까지 원고가 이 사건 공사에 관하여 제공한 역무에 대한 반대급부로서의 성격을 가지는 ‘계약금액’으로 보기는 어렵고, 규범적 관점에서 이 부분까지 이 사건 합의의 대상이었다고 평가하기는 어려움
- 이 사건 입찰공고 시부터 향후 폐기물처리 용역은 한국철도시설공단이 분리발주 할 것이므로 그에 해당하는 비용은 계약금액에서 공제될 것이라는 점이 공사입찰유의서, 입찰안내서 등을 통해 공시되었는바, 원고 등도 이러한 사정을 충분히 알고 있었다고 보임.
- 한국철도시설공단이 건설폐기물 처리용역을 별도의 독립적인 입찰로 발주하여 계약을 체결한 이상, 이에 관하여 원고가 관여할 수 있는 여지는 없음. 따라서 건설폐기물 처리용역 업체의 선정이나 폐기물처리비용의 산정에 이 사건 공동행위가 어떠한 영향을 미쳤다고 할 수 없고, 이 사건 합의가 없었을 경우와 비교하여 이 사건 합의가 있는 경우에 폐기물처리비에 대한 경쟁제한적 효과가 발생하거나 그럴 우려가 있었다고 보이지도 않음.

[대림산업(주)의 한국철도시설공단 발주 서해선복선전철 건설공사 입찰담합 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 24. 선고 2015누65560 판결²⁵³⁾)]

※ 같은 취지: 현대건설(주)의 한국철도시설공단 발주 서해선복선전철 건설공사 입찰담합 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2017. 12. 20. 선고 2015누65300 판결²⁵⁴⁾)

⑥ 문화재조사비

- 문화재조사비 부분까지 원고가 이 사건 공사에 관하여 제공한 역무에 대한 반대급부로서의 성격을 가지는 ‘계약금액’으로 보기는 어렵고, 규범적 관점에서 이 부분까지 이 사건 합의의 대상이었다고 평가하기 어려움
- 한국철도시설공단이 문화재조사 용역을 수행할 업체를 별도로 선정하여 계약을 체결하는 이상 이에 관하여 원고가 관여할 여지가 없음. 따라서 문화재조사 용역 업체의 선정이나 문화재조사비용의 산정에 이 사건 공동행위가 어떠한 영향을 미쳤다고 할 수 없고, 이

253) 상고심(대법원 2018. 12. 28. 선고 2018두56947 판결)은 심리불속행 기각함

254) 상고심(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018두32460 판결)은 피고의 상고를 기각함

사건 합의가 없었을 경우와 비교하여 이 사건 합의가 있는 경우에 문화재조사비에 대한 경쟁제한적 효과가 발생하거나 그럴 우려가 있었다고 보이지도 않음.

[대림산업(주)의 한국철도시설공단 발주 서해선복선전철 건설공사 입찰담합 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 24. 선고 2015누65560 판결²⁵⁵⁾]

* 같은 취지: 현대건설(주)의 한국철도시설공단 발주 서해선복선전철 건설공사 입찰담합 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 12. 20. 선고 2015누65300 판결)

(4) 차별화제품(특수구격, 단독생산)²⁵⁶⁾의 관련매출액 포함 여부

(가) 판단기준 및 입증책임

□ 원고가 수요처 요청에 따라 이 사건 차별화제품들을 개발하여 독점으로 생산·공급한 것인지, 수요자와 거래함에 있어 개별적 가격협상을 하였는지, 담합으로 인해 이 사건 차별화제품 시장에 다른 경쟁자들이 진입하는 데 장애를 겪었는지 등에 대해 심리하여 관련상품에 포함되는지 판단하여야 할 것임

○ 원고가 수요처의 요청에 따라 공동 또는 단독으로 이 사건 차별화제품들을 개발하여 독점적으로 생산·공급한 것인지, 원고가 수요자와 거래를 함에 있어 이 사건 차별화제품들에 관하여 개별적인 가격협상을 하였는지 여부, 이 사건 가격담합으로 인하여 이 사건 차별화제품 시장에 다른 경쟁자들이 진입하는 데 장애를 겪었거나 그 대체재를 생산·판매하는 데 지장을 받았는지 여부 등에 대하여 심리를 한 다음 이를 바탕으로 이 사건 차별화제품들이 과정급 산정의 기준이 되는 관련상품에 포함되는지 여부를 판단하여야 할 것임.

[8개 고밀도폴리에틸렌 제조 판매업자들의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009누12280 판결 등)]

□ 차별화제품을 관련상품의 범위에 포함하기 위해서는 이를 제품시장에서 경쟁제한 효과의 발생 또는 그 우려에 대하여 피고가 입증하여야 함

○ 이 사건 차별화제품을 관련상품의 범위에 포함하기 위해서는 이 사건 가격담합으로 인하여 다른 경쟁사업자들이 이를 제품시장에 새로이 진입하는 데에 장애를 겪었거나 이

255) 상고심(대법원 2018.12.28. 선고 2018누56947 판결)은 심리 불속행 기각함

256) 사업자가 독자적으로 또는 수요자와 공동으로 개발하여 단독으로 생산·공급하는 제품들을 말한(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009누14880 판결 참조). 포뮬러 방식 제품에 대한 판단기준도 동일

사건 차별화제품의 대체제를 생산·판매하는 데 지장을 받았다는 등 이들 제품시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다는 점을 피고가 입증하여야 함.

[7개 선형저밀도폴리에틸렌 제조판매업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14880 판결)]

- 항고소송의 경우에는 그 특성에 따라 당해 처분의 적법을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 증명책임이 있음

- 민사소송법의 규정이 준용되는 행정소송에 있어서 증명책임은 원칙적으로 민사소송의 원반원칙에 따라 당사자간에 분배되고, 항고소송의 경우에는 그 특성에 따라 당해 처분의 적법을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 증명책임이 있다 할 것인데, 피고가 주장하는 당해 처분의 적법성이 합리적으로 수긍할 수 있는 일종의 증명이 있는 경우에는 그 처분은 정당하다 할 것이며 이와 상반되는 주장과 증명은 그 상대방인 원고에게 그 책임이 돌아간다고 할 것임.

[7개 선형저밀도폴리에틸렌(LLDPE) 제조판매 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결)]

(나) 구체적 사안

① 긍정례(관련매출액 포함)

- 원고가 농협중앙회에 공급한 SB 제품이 원고의 독자적 기술에 의하여 개발된 것으로서 다른 경쟁사업자들이 생산하는 농산물 포장상자용 백판지와 완전히 차별화된 제품에 해당한다고 인정할 수 없음

- 원고가 2009년경~2012년경 농협중앙회에 SB 제품을 독점적으로 공급하면서 농협중앙회 회원사와의 협의를 거쳐 최종 계약단가를 정한 사실이 인정되기는 함. 그러나 아래와 같은 이유로 원고가 농협중앙회에 공급한 SB 제품의 계약단가 역시 간접적으로나마 이 사건 일반백판지 공동행위의 영향을 받았다고 판단됨.

- ① 원고가 농협중앙회에 공급한 SB 제품이 원고의 독자적 기술에 의하여 개발된 것으로서 다른 경쟁사업자들이 생산하는 농산물 포장상자용 백판지와 완전히 차별화된 제품에 해당한다고 인정할 만한 증거가 부족함. ② 원고와 농협중앙회 사이에 작성된 계통공급 계약서에서는, 원고와 농협중앙회 회원사가 매월 단위로 시장가격 등을 감안하여 상호

협의하여 SB 제품의 계약단가를 결정하노록 규정하거나(2009년의 경우) ① 원고의 시판가격 등이 계약조건보다 더 유리한 경우 상호 협의하여 SB 제품의 계약단가를 조정할 수 있도록 규정하고 있음(2010년 이후의 경우). 따라서 SB 제품의 계약단가가 이 사건 일반백판지 공동행위의 직접적인 영향을 받는 농산물 포장상자용 백판지의 판매가격과 전혀 무관하게 결정된다고 보기는 어려움. ③ 원고의 담당 임직원인 최○○과 정○○은 SC류의 기준 가격이나 할인율이 변동되면 SC류에 해당하는 모든 지종의 기준가격이나 할인율이 변동된다는 취지로 진술하였고, 그 신빙성을 의심할 만한 사정이 발견되지 않음. 그런데 원고가 농협중앙회에 공급한 SB 제품은 일반백판지 중 SC류에 해당함.

[한솔제지 등 5개 백판지 제조판매회사의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 2. 3. 선고 2014누54211 판결²⁵⁷⁾]

- 원고가 임가공거래를 하면서 거래형태는 '동부제강으로부터 냉연강판 정상매입, 동부제강에 아연도강판 정상매출'로 처리하여 판매의 형식을 취한 이상 임가공을 위탁한 경우도 관련상품의 매출액으로 보아야 함

[세아제강의 아연도강판 제조사업자 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 12. 31. 선고 2013누17925 판결²⁵⁸⁾)]

- 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 단독생산하였다고 주장하는 제품들을 생산하여 거래처에 판매하였다는 사실을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 위 제품들의 매출액은 관련 매출액에서 제외될 수 없음

- 피고가 주장하는 이 사건 처분의 적법성이 일정을 증명된 것으로 보이는 반면 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 단독생산하였다고 주장하는 제품들을 생산하여 거래처에 판매하였다는 사실을 인정할 수 있을 뿐이고, 더 나아가 위 제품들이 이 사건 단합의 영향을 받은 것이라는 점을 뒤집기에 부족하므로 위 제품들의 매출액은 관련매출액에서 제외될 수 없음.

[7개 선형저밀도폴리에틸렌(LLDPE) 제조판매 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결)]

257) 상고심(대법원 2016. 6. 23. 선고 2016두35373판결)은 심리불속행 기각함

258) 상고심(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015누36362 판결)은 심리불속행 기각함

- 특수 수요처를 위해 약간의 변형 등의 공정을 거쳐 생산한 특수규격제품들은 원고가 다른 유화사들과 사이에 범용제품의 가격에 관하여 한 이 사건 담합으로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 관련상품에 포함됨
- 폴리프로필렌 범용제품에 특수 수요처를 위해 약간의 변형 등의 공정을 거쳐 생산한 특수규격제품들은 원고가 다른 유화사들과 사이에 범용제품의 가격에 관하여 한 이 사건 담합으로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 관련상품에 포함되고 이 사건 담합으로 인하여 이를 제품시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다고 할 것이므로 위 특수규격 제품들의 매출액을 관련매출액에 포함한 것은 정당함.

[9개 폴리프로필렌 제조 판매사업자들의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두12082 판결)]
- 이 사건 특수규격 제품들은 원고가 독자적으로 개발하여 단독으로 제조·판매하는 제품들로서 수요처와의 개별협상에 의하여 그 가격이 결정되는 완전하게 차별화된 제품들이라고 볼 수 없으므로 그 매출액을 관련매출액에서 제외할 수 없음
- 원고 등 유화사들은 각 제품별·용도별로 제조·판매하는 다양한 규격에 대하여 대표규격의 가격('기준가격')을 정한 후 이를 기준으로 개별 규격의 생산원가, 인지도, 제품특화정도, 할인율 등을 감안하여 해당 제품의 가격을 결정하는 방식으로 가격단합을 하였는데, 일반적으로 특수규격제품의 경우에도 기준가격에 추가원가를 반영하여 그 가격이 결정되었던 점, 원고가 차별화제품이라고 주장하는 이 사건 특수규격 제품들은 다른 유화사의 경쟁제품이 있거나, 원고가 독점적으로 공급하였다고 주장하는 수요처 외에도 여러 수요처에 공급이 이루어졌으며, 배합시설만 갖추면 수요처에서 직접 배합하여 자체 소비할 수 있는 성질의 제품이었던 점 등을 종합하면, 이 사건 특수규격 제품들은 원고가 독자적으로 개발하여 단독으로 제조·판매하는 제품들로서 수요처와의 개별협상에 의하여 그 가격이 결정되는 완전하게 차별화된 제품들이라고 볼 수 없으므로 그 매출액을 관련매출액에서 제외할 수 없음.

[6개 저밀도폴리에틸렌 및 7개 선행저밀도폴리에틸렌 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건 관련 엘지화학에 대한 과징금 재산정의 건(대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결)]

- 이 사건 특수규격 제품은 다른 여타 규격의 레미콘과 동일한 성분으로 구성되고, 이 사건 공동행위는 할인율을 합의한 것인데 합의된 할인율에 이미 정해져 있는 레미콘의 지역단가를 곱한 금액이 레미콘의 협정가격 즉, 판매가격으로 산출되는바 이와 같은 기격결정 방식에 비추어 보면 특수규격 제품도 이 사건 공동행위로 인하여 작간접적으로 영향을 받는 관련 상품에 포함된다고 봄이 상당함

[고려그린마스(주) 외 9의 천안·아산지역 레미콘제조사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 19. 선고 2019누32117 판결, 고법 확정)]

② 부정례(관련매출액 미포함)

- 이 사건 공동행위 이전에 이미 체결되었던 장기공급계약에 따라 그 계약에서 정한 고정 가격으로 공동행위 기간 중에 판매되었던 음료 제품의 매출은 이 사건 공동행위의 영향을 받지 않았다고 봄이 상당하므로 해당 음료의 매출액이 포함된 관련매출액을 전제로 하여 과징금을 산출한 것은 위법함

- 원고는 2008. 1. 1. 코레일유통과 2008. 1. 1.부터 2008. 12. 31까지 특정 음료 제품을 공급하는 물품공급 위탁계약을 체결하였는데, 원고가 2008. 2. 경 공동행위에 가담하여 55개 품목의 가격을 인상하였음에도 불구하고 코레일유통에 대하여는 위 계약기간 동안 위 계약에서 정한 가격대로 공급하였음이 인정되므로, 이 사건 공동행위 이전에 이미 체결되었던 장기공급계약에 따라 그 계약에서 정한 고정가격으로 공동행위 기간 중에 판매되었던 음료 제품의 매출은 이 사건 공동행위의 영향을 받지 않았다고 봄이 상당함.

[5개 음료 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2013누11910 판결259)]

- H1550K, M1700, R3420, R7700은 원고가 국내에서 유일하게 생산하여 판매하는 제품들로서 이 사건 가격담합의 대상에 포함되지 않았다는 등에 비추어 그 매출액은 과징금 산정의 전제가 되는 관련 상품 또는 용역의 매출액에서 제외되어야 함

- 원고가 생산하는 폴리프로필렌 특수규격제품 중 H1550K, M1700, R3420, R7700은 원고가 국내에서 유일하게 생산하여 판매하는 제품들로서 이 사건 가격담합의 대상에 포함되지 않았고, 이 사건 가격담합으로 인하여 이를 제품 시장에 다른 경쟁자들이 진입하는 데 장애를 겪었다거나 그 대체제를 생산·판매하는 데 지장을 받았다는 등 이를

259) 상고심(대법원 2017. 6. 9. 선고 2017두190 판결)은 신리불속행 기각함

제품시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있다는 점을 인정할 증거가 부족한 점 등에 비추어, 그 매출액은 이 사건 가격담합으로 인한 과정금 산정의 전제가 되는 관련 상품 또는 용역의 매출액에서 제외되어야 함.

[9개 폴리프로필렌 제조 판매사업자들의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 6. 24. 선고 2008두18533 판결)]

- 이 사건 제품(TR-570)은 고밀도폴리에틸렌 제품에 속하기는 하나 주로 대형 화공 용기 제작에 사용되며 대형 화공용기의 경우 일반 고밀도폴리에틸렌 제품은 사용할 수 없는 사실 등에 비추어 고밀도폴리에틸렌의 범용규격 제품에 관한 이 사건 공동 행위와 관련된 상품 등의 범위에서 제외되어야 함
- 이 사건 담합은 고밀도폴리에틸렌의 범용규격 제품에 관한 공동행위이고, 이 사건 제품(TR-570)은 고밀도폴리에틸렌 제품에 속하기는 하나 주로 과산화수소수, 황산, 염산 등의 강산성 용액이나 반도체 세정액 등 고가의 화공약품 용액을 담는 대형 화공용기의 제작에 사용되고 있고, 이러한 대형 화공용기의 경우 인명피해 등을 초래하는 파손 등의 문제를 방지하기 위하여 까다로운 물성이 요구되므로 범용규격 제품을 포함한 일반 고밀도폴리에틸렌 제품은 사용할 수 없는 사실, 주식회사 ○○○은 대형화공 용기에 대한 국내 시장점유율이 70% 가량으로서 원료를 전량 수입하여 사용하다가 원고 등 2개 회사와 국산화를 시도하였는데 1991년 원고가 이 사건 제품의 개발에 성공한 이후 국내에서는 원고만이 원료를 생산하여 공급하고 있는 사실에 비추어, 원고가 이 사건 제품을 단독으로 생산하여 독점적으로 공급하고 있는 반면 이 사건 제품의 가격 형성 등이 이 사건 공동행위로부터 영향을 받았다고 인정하기에 부족하므로 이 사건 제품은 이 사건 공동행위와 관련된 상품 등의 범위에서 제외되어야 함.

[8개 고밀도폴리에틸렌 제조 판매업자들의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두3767 판결)]

* 같은 취지: 에스케이에너지, 씨텍 등 8개 고밀도폴리에틸렌 제조 판매업자들의 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 6. 11. 선고 2008두1766 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두12280 판결, 서울고법 2009. 2. 5. 선고 2008두1803 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두4630 판결) 등

□ 고밀도 폴리에틸렌의 범용제품의 가격에 관하여 한 이 사건 담합이 포뮬러 방식에 의한 가격 결정에 영향을 줄 수 있는 변수가 될 수 없으므로 이 사건 포뮬러 방식에 따른 제품들의 매출액을 과징금 산정의 전제가 되는 매출액에 포함시킨 원심 판결은 위법함

- 포뮬러 방식의 가격 책정 방식을 따를 경우 참고가격만이 가격결정에 영향을 줄 수 있는 변수일 뿐 고밀도 폴리에틸렌의 범용제품의 가격에 관하여 한 이 사건 담합이 포뮬러 방식에 의한 가격 결정에 영향을 줄 수 있는 변수가 될 수 없으므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 원심으로서는 원고가 수요처와 거래에서 포뮬러 방식에 따라 가격을 결정한 제품으로는 어떤 것들이 있었는지, 원고가 수요처와 거래를 함에 있어 포뮬러 방식 외에 가격결정에 영향을 미칠 수 있는 추가적인 변수가 있었는지, 이 사건 가격담합으로 인하여 이 사건 포뮬러 방식에 따른 제품들 시장에 다른 경쟁자들이 진입하는 데 장애를 겪었거나 그 대체재를 생산·판매하는 데 지장을 받았는지 여부 등에 대하여 심리를 한 다음 이를 바탕으로 이 사건 포뮬러 방식에 따른 제품들이 과징금 산정의 기준이 되는 관련상품에 포함되는지 여부를 판단하였어야 함.
- 그럼에도 불구하고 이 사건 포뮬러 방식에 따른 제품들 전부를 관련상품에 포함된다고 판단하여 이 사건 포뮬러 방식에 따른 제품들의 매출액을 과징금 산정의 전제가 되는 매출액에 포함시킨 원심 판결은 위법함.

[8개 고밀도폴리에틸렌 제조 판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두12280 판결²⁶⁰⁾)]

* 같은 취지 : 지에스칼텍스, 에스케이에너지 등 9개 폴리프로필렌 제조 판매사업자들의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 11. 20. 선고 2008누11148 판결, 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두23160 판결, 서울고법 2009. 6. 11. 선고 2008누1759 판결, 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두12631 판결)

* 반면, 포뮬라방식에 따른 제품 매출액을 관련매출액에 포함시킨 것이 정당하다고 본 판결: 한화케미칼 등 7개 선형저밀도폴리에틸렌(LLDPE) 제조판매 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 7. 22. 선고 2008누23537 판결, 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결)

²⁶⁰⁾ 파기환송심(2011누27065)에서 원고 소추하로 종결됨

다) 부과기준율

□ 과징금 부과준칙의 부과기준율에 의한 과징금 부과만으로는 공정거래법이 의도하는 과징금부과의 목적을 달성할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 공정거래법상 과징금부과 최고한도액의 범위 내에서 위 부과기준율을 초과하여서도 과징금을 부과할 수 있음

○ [공정위는 과징금 부과준칙상 3%를 초과한 5%의 부과기준율을 적용하고, 들러리업체에 대하여도 1/2감경을 하지 않았음] 공정위의 과징금 부과준칙에서 정하고 있는 부과기준율이 과징금부과의 최고한도를 정한 것으로 보기는 어려우며, 공정위로서는 공정거래법 제55조의3 제1항이 규정하고 있는 참작사유인, 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 회수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등에 비추어 과징금 부과준칙의 부과기준율에 의한 과징금부과만으로는 공정거래법이 의도하는 과징금부과의 목적을 달성할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 공정거래법상 과징금부과 최고한도액의 범위 내에서 위 부과기준율을 초과하여서도 과징금을 부과할 수 있다고 보이는 점, 이 사건 입찰단합은 그 자체로서 위법성의 정도가 큰 행위에 해당한 뿐만 아니라, 실제로도 낙찰자인 광명전기가 낙찰금액인 2,499,200,000원의 약 30%에 달하는 750,000,000원을 나머지 단합 참여 회사들에게 순환 하도급을 통하여 배분하여 줄 정도로 경쟁제한적인 폐해가 크고, 만약 공정위가 과징금 부과준칙상의 부과기준율에 근거하여 과징금을 산정할 경우에는 그 액수가 엘에스산전의 부당이득액인 140,000,000원보다 현저하게 적은 74,900,000원 정도에 불과하여 공정거래법에서 의도하는 과징금부과의 목적을 달성할 수 없다고 보이는 점, 비록 엘에스산전이 들러리입찰자에 불과하기는 하지만, 낙찰자인 광명전기가 이 사건 입찰단합으로 인한 부당이득금의 상당액을 엘에스산전을 비롯한 나머지 단합 참여 회사들에게 분배하였고, 앞서 본 이 사건 입찰단합의 경위 및 내용에 비추어 보면, 엘에스산전의 법 위반행위의 내용 및 정도가 광명전기와 크게 차이가 난다고 보이지 않는 점 등을 종합하여 보면, 공정위가 과징금의 액수를 산정함에 있어 형평의 원칙이나 비례의 원칙에 위배되는 능 재량권을 일탈하였거나 남용하였다고 보기 어려움.

[엘에스산전 등 7개사의 입찰단합 건(서울고법 2008. 5. 29. 선고 2007누28580 판결²⁶¹⁾)]

* 참고: 한국컨테이너부두공단 발주 24Kv 가스절연개폐장치 제조구매 입찰참가 7개사의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2008. 1. 30. 선고 2007누15614 판결²⁶²⁾, 서울고법 2008. 4. 30. 선고 2007누29194 판결²⁶³⁾, 서울고법 2008. 4. 30. 선고 2007누29033 판결²⁶⁴⁾)

261) 상고심(대법원 2008. 8. 21. 선고 2008두9799 판결)은 심리불속행 기각함

262) 상고심(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008두4725 판결)은 심리불속행 기각함

263) 상고심(대법원 2008. 8. 21. 선고 2008두8826 판결)은 심리불속행 기각함

264) 상고심(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008두8062 판결)은 심리불속행 기각함

- 부당 공동행위를 한 사업자들이 입찰에서 모두 탈락하여 공동행위로 인한 원고의 부당이득이나 발주자의 피해가 발생되지 않았다고 보이더라도 이 사건 공동행위를 중대한 위반행위로 보고 5%의 부과기준율을 적용한 것에 재량권을 일탈하거나 남용한 위법이 있다고 할 수 없음
- 과징금고시 [별표] 세부평가 기준표의 2. 다.항은 부당한 공동행위의 위법성을 계량화하는 항목으로 '관련 시장 점유율'을 두고 있고, '참가사업자의 공동행위 관련 시장점유율'을 기준으로 상(75% 이상), 중(50% 이상~75% 미만), 하(50% 미만)로 나누어 3점에서 1점까지 가중치를 두고 있는바 입찰 시장은 일반 시장과 달리 입찰 과정을 통해 가격이 결정되고 낙찰자가 이를 전부 차지하는 승자독식의 구조인 점, 해당 입찰 시장에 참여하는 자가 제한적인 점 등을 고려할 때, 담합에 있어 참가사업자의 '공동행위 관련 시장 점유율'은 입찰담합을 한 해당 공사 입찰 건을 기준으로 합이 타당함(서울고법 선고 2017누47849 판결 참조). 위 기준에 따르면 원고 등 참가사업자들의 관련 시장 점유율은, 이 사건 제1, 3 공동행위에 있어 약 77%(= 7/9 × 100, 입찰에 참가한 9개 사 중 7개 사가 공동행위에 가담하였다), 이 사건 제2, 4 공동행위에 있어 100%에 이른.
- 원고 등 사업자들이 이 사건 제2 공사 입찰에서 모두 탈락하여 제2 공동행위로 인한 원고의 부당이득이나 발주자의 피해가 발생되지 않았다고 보이니 공정거래법령 상 과징금의 부과한도가 관련매출액의 10%인 점, 과징금고시 Ⅳ. 1.항이 "위반행위로 인하여 발생한 경쟁질서의 저해정도, 관련시장 현황, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 관련 소비자 및 사업자의 피해정도, 부당이득의 취득 여부, 위반행위 전후의 사정, 기타 위반사업자와 다른 사업자 또는 소비자와의 관계 등을 종합적으로 고려하여 위반행위 중대성의 정도를 달리 정할 수 있다"고 규정하고 있는 점에 비추어 보면 과징금고시가 정하고 있는 부과 기준율이 과징금 부과의 최고한도를 정한 것으로 보기는 어렵고, 이 사건 제2 공동행위는 그 자체로서 경쟁을 침해하는 위법성의 정도가 큰 행위로 입찰담합을 할 수밖에 없는 부득이한 사정도 없었으므로 공정거래법상 과징금부과 최고한도액의 범위 내에서 과징금 고시에서 정한 부과기준율을 초과하여서도 과징금을 부과할 수 있다고 보임.
[하온건설(주)의 송파 성원상페빌 주상복합아파트 지하주차장 누수 균열보수 및 에폭시도장공사 입찰관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 19. 선고 2018누67673(265))]

265) 심고심(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019두47216 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고가 다른 사업자와 달리 2009년부터 2014년까지 이루어진 일련의 입찰담합 중 2013년에 발주된 이 사건 입찰의 담합에만 기담하였다고 하여 다른 사업자와 같은 부과기준율을 적용한 것에 재량권을 일탈하거나 남용한 위법이 있다고 할 수 없음
- 원고는 이 사건 사업 입찰에 대하여 2009년부터 2014년까지 이루어진 일련의 입찰담합 중 2013년에 발주된 이 사건 입찰의 담합에만 기담하기는 하였으나, 자신이 낙찰받기로 합의한 2013년 서남지구 입찰에 경쟁입찰로 참여할 우려가 있었던 신한항업까지 이 사건 입찰담합에 끌어들이는 등 적극적으로 이 사건 공동행위를 실행하였는바, 그 위법성의 정도가 가볍다고 보기는 어려움.
- 이 사건 사업에서의 수행실적은 그 자체로 사업자들에게 이익이 되고, 원고 등은 이전 입찰에서와 동일한 지구를 낙찰받는 방식으로 하여 사업수행비용은 낮추면서 고정비용을 보전할 수 있었으므로, 이 사건 공동행위로 인한 원고의 부당이득이 결코 작다고 할 수 없고 이 사건 공동행위가 없었던 경우와 비교할 때 이 사건 공동행위로 인하여 낙찰불이 현저히 상승하였는바, 발주처는 더 낮은 가격으로 계약을 체결할 수 있는 기회를 상실하였고, 그로 인한 낙찰자 등 사업자의 초과이익은 발주처의 손실로 전가되었음.
- 피고는 공정거래법령과 과징금고시에 따라 위반행위의 내용과 정도, 현실적 부담능력 등을 고려하여 산정한 과징금에 따라 이 사건 과징금납부명령을 하였고, 합의내용의 이행을 위한 감사제재 수단이 존재하지 않는 점 등을 고려하여 부과기준율을 감경하기도 하였는바, 그렇다면 원고에게 부과된 과징금이 과징금의 부당이득 환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되어 위반행위의 위법성의 정도 및 공동행위로 취득한 이득액의 규모 사이에서 지나치게 균형을 잃은 과중한 액수에 해당한다고 볼 수 없음.

[산아항업(주)의 서울시 발주 상수도지리정보시스템 데이터베이스(GIS DB) 정확도 개선사업 입찰 관련 9개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 27. 선고 2018누35379²⁶⁶)]

- 과징금 산정시 위반사업자별로 공동행위의 기담 정도, 역할 분담 내역 등까지 고려하여 부과기준율을 위반사업자별로 다르게 결정해야하는 것은 아님
- 중소기업인 원고들은 이 사건 대중견기업들과는 그 주도성이나 시장점유율 등에서 크게 차이가 있어 이 사건 대중견기업들과 동일한 부과기준율을 적용한 것은 부당하다고 주장하나, 피고가 부당한 공동행위를 한 위반사업자에 대한 과징금 산정시 기본 산정기준을

²⁶⁶ 상고심(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019두46916 판결)은 심리불속행 가각함

도출하는 과정에서 적용하는 부과기준율은 위반사업자가 가담한 공동행위 자체의 내용 및 정도에 따라서 결정하면 되는 것이지, 위반사업자별로 공동행위의 가단 정도, 역할 분담 내역 등까지를 고려하여 이에 따라 위반사업자마다 다르게 결정하여야 하는 것은 아님.

[24개 원심력콘크리트(PHC)파일 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누75124 판결, 고법 확정²⁶⁷⁾)]

라) 과징금 산정 기준일 - 위반행위 개시일 및 실행행위의 종기

□ 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위로 인한 과징금 산정에 있어 위반행위의 개시일은 합의일을 기준으로 함이 상당함

- 공정거래법 제19조 제1항의 부당한 공동행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 같은 항 각 호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의함으로써 성립하는 것이어서 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것이 아니며 (대법원 1999. 2. 23. 선고 98두15849 판결 등 참조), 법상 과징금은 그 취지와 가능, 부과의 주체와 절차 등을 종합할 때 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재적 성격에 부당이득 환수적 성격이 결유되어 있으므로(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456판결 등 참조), 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위로 인한 과징금 산정에 있어 위반행위의 개시일은 합의일을 기준으로 함이 상당함.

[골삭기 및 훨로다 제조 3개 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결)]

□ 합의가 존재하는 이상 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위로 인한 과징금은 “합의일”을 기준으로 산정하여야 하며, 이는 외국사업자에 의한 외국에서의 부당한 공동행위에 대하여 우리나라의 공정거래법을 적용하는 경우에도 마찬가지라 할 것임

- 공정거래법 제19조 제1항에 의하여 금지되는 행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 합의를 함으로써 성립하는 것이고, 같은 조 제5항과 같이 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위가 있음을 그 요건으로 하지 아니하여 그러한 합의의 존재가 인정되는 이상, 부당한 공동행위의 기간이나 시기에 대한 명시적인

267) 원고 상고장 각하명령(2023. 10. 16.)으로 확정됨

합의가 있는 것과 같은 특별한 사정에 대한 구체적인 주장, 입증이 없는 한, 그 합의일로부터 경쟁제한의 효과가 발생한다고 할 것이며, 구 공정거래법(1992. 12. 8. 법률 제4513호로 개정된 것) 제22조 제1항에서는 “공정거래위원회는 제19조의 규정에 위반하는 부당한 공동행위가 있는 경우에는 당해 사업자에 대하여 ‘당해 위반행위의 실행이 있는 날부터 그 행위가 없어진 날까지의 기간’에 있어서의 매출액에 100분의 1을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다”라고 규정하였다가 1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정하면서 위 조항에서 과징금 산정의 기준이 되는 ‘당해 위반행위의 실행이 있는 날부터 그 행위가 없어진 날까지의 기간’ 부분을 삭제한 츠지〔피고의 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시 II. 5.에서는 부당한 공동행위와 관련하여, 위반행위기간은 그 시기와 종기가 명백한 경우 외에는 사업자의 영업·재무 관련자료 등을 고려하여 그 기간을 추산할 수 있고(가항), 합의의 증거가 있어 공정거래법 제19조 제1항을 적용하는 경우에는 합의일을 위반행위의 시기로 하도록(나항) 규정하고 있음〕 등에 비추어 보더라도 위와 같은 합의가 존재하는 이상 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위로 인한 과징금은 “합의일”을 기준으로 산정하여야 하며, 이는 외국사업자에 의한 외국에서의 부당한 공동행위에 대하여 우리나라의 공정거래법을 적용하는 경우에도 마찬가지라 할 것임.

[에프 후프란 과 로슈 등 6개사의 비타민 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]

- 명시적으로 장래의 특정일을 공동행위 개시일로 정한 경우 그 합의된 공동행위 개시일을 위반행위의 개시일로 하여 과징금의 산정이 이루어져야 할 것임
- 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위로 인한 과징금 산정에 있어 위반행위의 개시일은 합의일을 기준으로 합의 상당하다고 할 것이지만(대법원 2007두3756 판결), 사업자들이 부당한 공동행위를 합의함에 있어서 명시적으로 장래의 특정일을 공동행위 개시일로 정한 경우에는 그 특정일이 도래하기 전에는 사업자들의 부당한 공동행위가 이루어지지 않으므로 합의된 공동행위 개시일을 위반행위의 개시일로 보아 과징금의 산정이 이루어져야 할 것인 바, 이 사건에서 원고 등 7개사는 2008. 3. 6.부터 같은 해 6. 24.까지 이루어진 모임을 통하여 공동행위 개시일을 2008. 7. 1.부터 하기로 합의하였으므로 과징금 산정의 기초가 되는 관련매출액의 계산에 있어서 부당한 공동행위 개시일은 2008. 7. 1.이 되어야 함.

[동양에코의 7개 폐석면 처리사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2015. 5. 14. 선고 2013누51352 판결²⁶⁸⁾)]

268) 상고심(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두44035 판결)에서 심리불속행 기각함으로 확정되었으나, 특정일 이후부터

□ 실행행위의 개시와 무관하게 합의일을 위반행위의 개시일로 보고 이 사건 과징금 납부명령을 한 것은 적법함

- 원고는 실행행위에 나아가지 않은 기간에 해당하는 단무지 매출액은 관련매출액에서 제외되어야 한다는 취지로 주장함. 가정용 단무지에 관하여는 합의의 실행행위에 나아가기 전에 합의가 폐기되었고, 업소용 단무지에 관해서도 합의일부터 15일 가량 지난 후의 시점부터 가격이 인상되어 합의일과 실행일 사이에 시간적 간격이 있는 사실, 그러함에도 피고는 합의일을 위반행위 개시일로 보고서 이를 기준으로 관련매출액을 산정했던 사실들을 인정할 수 있음.
- 부당한 공동행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 합의함으로써 성립하는 것이어서 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것이 아니며, 공정거래법상 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등을 종합할 때 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재적 성격에 부당이득 환수적 성격이 겸유되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 부당한 공동행위로 인한 과징금 산정에 있어 위반행위의 개시일은 합의일을 기준으로 함이 상당함.
- 이러한 전율 고려하여 과징금고시는 합의한 날을 위반행위의 개시일로 규정하고 있는데, 실행행위의 개시와 무관하게 합의일을 위반행위의 개시일로 보고 이 사건 과징금 납부명령을 한 것은 적법함.

[23개 단무지 등 절임류 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 11. 17. 선고 2011누18702 판결, 고법 확정)]

□ 원고가 국토해양부에 유류할증료 도입인가를 신청한 날 이전에 이 사건 공동행위가 있었음이 명백하므로, 피고가 그 도입인가 신청한 날을 위반행위 기산일로 본 것은 정당함

- 원고는, 이 사건 공동행위의 개시일을 원고가 실제로 유류할증료를 부과하기 시작한 날로 보아야 한다고 주장하지만, 공정거래법 제19조 제1항의 부당한 공동행위는 사업자들의 합의만으로 성립하는 것이고, 늦어도 원고가 국토해양부에 유류할증료 도입인가를 신청한 날 이전에 이 사건 공동행위가 있었음이 명백하므로, 피고가 그 도입인가 신청한 날을 위반행위 기산일로 본 것은 정당함.

[26개 항공화물운송사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 5. 16. 선고 2010누45936 판결²⁸⁹⁾)]

부당한 공동행위를 개시하기로 하는 등 특수한 사정이 있었기 때문에 생각되고, 일반적으로는 합의일 즉시 위반행위 개시일로 보는 것이 타당하다고 보임

- * 부당한 공동행위에 대한 과징금 산정의 기산일은 원칙적으로 합의일이고, 합의가 있었으나 그 날을 특정할 수 없는 경우에는 실행일을 기산일로 볼 수 있지만, 이 사건에서는 실행일 이전에 합의가 있었음이 명백한 날을 특정할 수 있기 때문에(합의일(?) ⇒ 도입인가 신청일 → 실행일), 그 특정일을 위반행위의 기산일로 본 것임.
- 과징금 산정의 기초가 되는 것은 해당 행위의 시기부터 실행기간의 종기까지로, 실행기간의 종기는 위반행위 종료일과 반드시 일치하는 것은 아님

○ 과징금 산정의 기초가 되는 것은 해당 행위의 실행으로서 사업활동을 행한 날(시기)부터 해당 행위의 실행으로서 사업활동이 없어진 날(종기)까지의 실행기간 동안 해당 상품이나 용역의 매상액으로서 실행기간의 종기는 위반행위가 종료하는 날과 반드시 일치하지 아니함. 그리고 부당한 거래제한에 관하여 정해진 실행행위의 종기는 위반행위의 상호구속력이 해소되어 더는 그러한 경쟁제한적인 사업활동이 없어진 시점을 말함. 따라서 원칙적으로 위반행위자 상호간의 구속상태를 해소시키기 위한 외부적 징표가 있어야 하지만, 그러한 외부적 징표가 없는 때에도 상호합의의 실행이 확정적으로 상실되었다고 인정되는 상태가 되면 종기가 도래함.

[두유 담합(정. 식품) 건(대법원 2015. 2. 12 선고 2013두987 판결)]

3) 입찰담합에서의 과징금 산정

가) 부당이득과 과징금의 관계

- 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 입찰담합으로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이루어야 함
- 법 제22조에 의한 과징금 부과는 원칙적으로 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것이고, 법 제55조의3 제1항에서도 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 입찰담합의 구체적 태양 등에 대하여 판단되는 그 위법성의 정도나 기타 사정으로서 조사에의 협조 여부, 종전의 법 위반 횟수뿐만 아니라 입찰담합으로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이루어야 함.

269) 상고신(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않고, 원화로 이부어진 거래에 대하여 외국 사업자의 자국 통화로 관련 매출액을 산정하고 이를 기초로 과징금을 산정한 다음 과징금 부과 기준시점의 환율을 적용한 부분에 대하여 폐기하였고, 흰송심(2014누4674)에서 소 취하 종결됨

[현대오일뱅크 외 1의 군납유 입찰남합 건(대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결)]

※ 참고: 포스털 등 4개 강판제조업체의 운송비 공동 결정행위 건(서울고법 2000. 6. 29. 선고 99누6110 판결, 2000. 11. 16. 선고 99누6226 판결, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결, 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결), 에쓰오일의 군납유 입찰담합 건(서울고법 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결, 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결)

□ 이 사건 입찰담합 중 원고들이 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분에 관한 과정금 액수를 산정함에 있어서 입찰계약을 체결한 부분보다는 낮은 부과기준을 적용하는 등 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려하였어야 할 것임

○ 5개사에 대하여 일률적으로 계약금액의 4%를 과정금부과기준으로 정한 후 에쓰오일과 엘지정유만 협조를 이유로 2.5%로 감액하였는바, 이 사건 입찰담합 중 원고들이 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분에 관한 과정금 액수를 산정함에 있어서 입찰계약을 체결한 부분보다는 낮은 부과기준을 적용하는 등 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려하였어야 할 것임에도 불구하고, 동일한 부과기준을 적용하고 또한, 정유사별로 조사에의 협조 여부나 종전의 법 위반횟수는 고려하면서도 사업자의 자금사정 등 현실적인 부단능력은 고려하지 아니하여 과정금의 부당이득환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되고 그 액수 또한 과다하게 되었다고 할 것인 바, 결국 본 건 과정금 부과처분은 입찰계약의 체결규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실한 것임.

[현대오일뱅크 외 1의 군납유 입찰담합 건(대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결)]

※ 위 대법원 판결취지에 따라 공정위는 현대오일뱅크와 인천정유가 실제 낙찰자로서 계약을 체결한 부분에 대하여는 4% 그대로, 단순참가한 부분에 대하여는 3%로 감경, 인천정유는 과정금 납부능력이 없다는 점을 들어 20% 감경함

□ 관련매출액 산정 단계에서 취득한 이득의 규모를 반영하여 차이를 두지 않는다고 하여 곧바로 그러한 조치가 위법하다고 보기는 어려움

○ 입찰에 참가한 사업자들이 가격부문에 관하여 합의함으로써 가격부문에 대하여는 경쟁이 완전히 사라진 경우에는 위반사업자가 낙찰을 받았는지 여부나 공동수급체를 구성하여 입찰에 참여하였는지 여부를 불문하고 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서에 의하여 계약금액 전액을 기준으로 관련매출액을 산정할 수 있음.

○ 계약금액을 관련매출액으로 보더라도 최종 부과과정금의 결정에 이르기까지 공정거래법 제55조의3 제1항 제3호에 따라 '위반행위로 인해 취득한 이익의 규모' 등을 고려하여 여러 단계의 조정 과정을 거치게 됨. 즉 관련매출액의 산정은 과정금 산정의 기초가 되는

것에 불과하고, 이를 기초로 실제 부과되는 부과과징금을 결정하는 과정에서 행위자가 취득한 이익의 규모를 참작하여 일부 과징금을 감액하는 등 공평을 기할 수 있는 여러 단계가 존재함. 따라서 관련매출액 산정 단계에서 취득한 이득의 규모를 반영하여 차이를 두지 않는다고 하여 곧바로 그런한 조치가 위법하다고 보기는 어려움.

- 입찰남합 등을 포함한 부당한 공동행위에 부과되는 과징금은 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 성격과 부당이득 환수의 성격을 모두 가지고 있으므로(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결 참조), 과징금 부과의 기준이 되는 관련매출액이 반드시 입찰담합에 의하여 사업자에게 발생한 부당이득에 국한된다고 보기 어렵고, 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 계약금액을 관련매출액으로 보는 것이 불합리하다거나 부당하다고 보이지도 않음.

[포스코건설 등 화양-적금(3공구) 도로공사 입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누60794 판결, 고법 확정)]

※ 같은 취지: 포스코건설 등 인천도시철도 2호선 턴카공사 입찰관련 21개 건설업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 9. 7. 선고 2014누46326 판결²⁷⁰⁾), 하남 미사지구 17개 레미콘 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 3. 17. 선고 2021누40333 판결, 고법 확정)

- 과징금의 부과는 여러 가지 사항을 종합적으로 고려하여 이루어지는 것이므로, 실제로 부과되는 과징금이 입찰담합 참가자들의 부당이득 규모에 반드시 비례하여 부과되어야만 하는 것은 아님
- 과징금 고시 IV. 4. 가는 '2차 조정된 산정기준이 위반사업자의 특수한 재정적 사정 또는 시장·경제 여건을 반영한 현실적 부단능력, 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과 및 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모에 비하여 과중한 경우 공정거래위원회는 그 이유를 의결서에 명시하고 2차 조정된 산정기준을 다음과 같이 조정하여 부과과징금을 결정할 수 있다'고 규정하고 있는데, 이와 같이 과징금의 부과는 여러 가지 사항을 종합적으로 고려하여 이루어지는 것이므로, 실제로 부과되는 과징금이 입찰담합 참가자들의 부당이득 규모에 반드시 비례하여 부과되어야만 하는 것은 아님.
- 결과적으로 원고의 과징금 액수가 관련매출액이 원고보다 큰 엘에스전선 및 대한전선의 과징금 액수보다 많다고 하더라도, 이는 피고가 엘에스전선 및 대한전선의 심의종결일 기준 직전 3개년도 당기순이익을 가중평균한 금액이 적자이고 대한전선이 부분 자본잠식상태에

270) 상고심(대법원 2017. 2. 2. 선고 2016두54121 판결)은 심리불속행 기각함

있다는 것을 감안하여 2차 조정 산정기준에서 각 50%, 60%를 추가 감경한 데 기인한 결과인 점 등을 종합하면 이 사건 처분은 원고의 위반행위의 내용과 정도, 현실적 부담능력 등을 고려한 결과라 할 것이고, 제출된 증거만으로는 피고가 합리적인 이유 없이 자의적으로 원고를 엘에스전선이나 대한전선과 다르게 취급하였다고 인정하기에 부족하며, 달리 이 사건 처분이 평등원칙에 위배된다고 볼 증거도 없음.

[가온전선 등 케이티 발주 UTP케이블 구매입찰 관련 9개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 4. 27. 선고 2016누79825 판결²⁷¹⁾)]

- 과징금 부과기준에서 정한 방식에 따라 그 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 산정되었고, 원고들이 모두 낙찰받아 계약을 체결하였다는 사정 등을 감안하더라도, 수수료 수취액을 2배 이상 상회하는 수준의 과징금납부명령은 위반행위의 위법성의 정도 및 공동행위로 취득한 이득액의 규모 사이에서 지나치게 균형을 잃은 과중한 액수에 해당함
- 이 사건 과징금액이 공정거래법 제22조, 공정거래법 시행령 제9조 제1항, 제61조 제1항 및 [별표 2]에서 정한 방식에 의하여 그 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 산정되었고, 이 사건 입찰에서 원고들이 모두 낙찰 받아 계약을 체결하였다는 사정 등을 감안하더라도, 피고가 재량규 행사로서 원고들에 대하여 한 이 사건 과징금납부명령은 부당이득환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되어 위반행위의 위법성의 정도 및 이 사건 공동행위로 취득한 이득액의 규모 사이에서 지나치게 균형을 잃은 과중한 액수에 해당한다고 볼 수 있음.

[대전·세종·충남지역 아스콘사업협동조합들의 관수 아스콘 구매입찰에 대한 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 23. 선고 2017누90188 판결²⁷²⁾)]

* 같은 취지: 전라북도례미콘협동조합 외 2의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 6. 4. 선고 2020누65516 판결²⁷³⁾)

271) 상고심(2017. 8. 31. 선고 2017두45360 판결)은 심리를 속행 기각함

272) 상고심(대법원 2018. 12. 27. 선고 2018두57070 판결)은 심리를 속행 기각함

273) 상고심(대법원 2020. 9. 4. 선고 2020두42217 판결)은 심리를 속행 기각함

- 피고는 원고에게 과징금 고시에 정한 관련매출액보다 적은 금액(수의계약금액)을 관련매출액으로 삼은바 설령 계약금액(59억원)이 이 사건 입찰담합과 무관하다거나 혹은 원고가 3차 유찰 후 이 사건 입찰담합에서 탈퇴하였다는 사정이 인정된다고 하더라도 피고의 조치에 위법이 있다고 하기 어려움
 - 원고는, 이 사건 입찰이 3차까지 유찰된 후 두산중공업과 가온전선이 자체 협상을 벌여 수의계약으로 납품계약을 체결한 것이므로 그 납품가액은 이 사건 입찰담합과는 무관할 뿐만 아니라, 원고로써는 이 사건 입찰담합이 종료된 것으로 판단하고 입찰담합에서 사실상 탈퇴한 것이므로 두산중공업과 가온전선 사이에 체결된 납품계약상의 납품가액을 관련 매출액으로 한 것은 위법하다고 주장함.
 - 이 사건 입찰이 3차까지 유찰된 후 두산중공업은 3차 입찰에서 64억원으로 1순위 응찰을 하였던 가온전선과 협상을 통해 최종적으로 계약금액을 59억원으로 하는 납품계약을 체결하였고, 피고는 그 59억원을 원고에 대한 과징금 산정의 관련매출액으로 삼은 사실을 인정할 수 있음. 그런데 과징금 부과세부기준 등에 관한 고시(2007. 12. 31. 공정거래위원회 고시 제2007-15호 개정되기 전의 것, 이하 '과징금 고시')에 의하면 입찰담합을 하였으나 낙찰이 되지 아니한 경우 예정금액(예정금액이 없을 경우 응찰금액)을 입찰담합행위자의 관련매출액으로 하도록 하고 있음[IV. 1. 다. (1) (마) 1)].
 - 그렇다면 피고는 원고에게 과징금 고시에 정한 관련매출액보다 적은 금액을 관련매출액으로 삼았음을 알 수 있고, 이러한 피고의 조치가 원고에게 더 유리함. 따라서 설령 계약금액(59억원)이 이 사건 입찰담합과 무관하다거나 혹은 원고가 3차 유찰 후 이 사건 입찰담합에서 탈퇴하였다는 사정이 인정된다고 하더라도, 관련매출액 산정에 관한 피고의 조치에 위법이 있다고 하기 어려움.
- [두산중공업 발주 하동화력발전소 7,8호기 공사용 케이블 구매 입찰 관련 9개사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 12. 14. 선고 2011누14137 판결, 고번 확정)]
- 입찰의 기초가격이 인상되지 아니하였더라도 입찰물량의 일부를 낙찰 받아 안정적으로 매출을 증가시키는 등의 경제적 이익을 취득한 사실을 알 수 있으므로 부당이득이 존재함
 - 원고들은 2001년 입찰에서는 입찰의 기초가격이 인상되지 아니하여 담합행위로 취득한 부당이득이 존재하지 않는다고 주장하나, 기록에 비추어 보면 이 사건 각 입찰담합으로 인하여 입찰물량의 일부를 낙찰 받아 안정적으로 매출을 증가시키는 등의 경제적 이익을 취득한 사실을 알 수 있으므로, 위 상고이유는 받아들일 수 없음.
- [한보철강 등 10개사의 철근구매 입찰담합 건(대법원 2008. 8. 21. 선고 2006두12104 판결)]

□ 일괄입찰에서 실시설계적격자로 선정된 사업자가 낙찰결정 이전에 당해 입찰이 무효라는 이유로 실시설계적격자로서의 지위를 박탈당하였다면 법 소정의 “입찰계약이 체결되지 아니한 경우”에 해당함

○ 법 제22조, 법 시행령(2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제61조 제1항 별표 2에 의하면 과징금 부과기준은 “입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100이내, 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억 원 이하”로 하도록 규정하고 있는바, 여기에서 입찰계약이 체결된 경우라 함은 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자가 있는 경우를 의미하고 이러한 계약이 체결된 경우에는 계약을 체결한 당해 사업자뿐만 아니라 담합에 가담한 다른 사업자에 대해서도 그 계약금액이 과징금 부과기준이 되는데(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결 참조), 일괄입찰에서 실시설계적격자로 선정된 사업자가 낙찰결정 이전에 당해 입찰이 무효라는 이유로 실시설계적격자로서의 지위를 박탈당하였다면 법 소정의 “입찰계약이 체결되지 아니한 경우”에 해당하므로 이 경우 실시설계적격자로 선정되었던 사업자나 담합에 가담한 다른 사업자에 대한 과징금 부과기준은 10억 원 이하라고 할 것이고, 비록 일괄입찰에 있어서 실시설계적격자로 선정된 자는 대부분 낙찰자로 결정되어 계약을 체결하게 된다고 하여 달리 볼 것은 아님.

[현대산업개발의 지하철공사입찰담합(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두3045 판결)]

□ 이 사건 처분을 할 당시에는 원고가 단지 낙찰자의 지위에 있었고 서울시와 입찰 계약이 체결되지 아니한 이상 909공구 입찰과 관련하여 원고에 대하여 위 입찰계약이 체결되었음을 전제로 계약금액을 기준으로 과징금 부과한도인 10억 원을 초과하여 산정한 것은 위법하다고 할 것임

○ 이 사건 각 입찰 가운데 909공구 입찰이 무효이므로 두산건설을 낙찰자로 인정할 수 없다는 내용을 서울특별시 지하철건설본부에 통지하였고 그로 인해 두산건설은 실시설계적격자로서의 지위를 박탈당하게 된 사실, 피고는 909공구 입찰에 형식적으로 참가한 원고에 대하여 909공구 부분에 대한 과징금으로 14억 4.100만 원을 부과한 사실을 알 수 있는 바, 원고는 조달청에 의하여 실시설계적격자로서의 지위를 박탈당한 상태에서 피고로부터 이 사건 각 처분을 받았으므로 비록 그 후에 909공구에 대하여 이 사건 처분을 할 당시에는 원고가 단지 낙찰자의 지위에 있었고 서울시와 입찰계약이 체결되지 아니한 이상 이 사건 각 처분 후에 발생한 원고에게 불리한 사정은 침해 내지 제재적 행정처분인이 이 사건 처분의 적법 여부를 판단하는데 고려되어서는 안 된다고 할 것이므로, 909입찰과

관련하여 원고에 대하여 위 입찰계약이 체결되었음을 전제로 계약금액을 기준으로 과징금을 부과한도인 10억원을 초과하여 산정한 것은 위법하다고 할 것인.

[현대산업개발의 지하철공사입찰담합 건(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두3045 판결)]

나) 입찰담합에서의 관련매출액

(1) 관련매출액으로서의 '계약금액'

□ "과징금산정방법 및 부과지침"상의 과징금 부과기준과 공정거래법시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2] 제6호 단서에서 말하는 입찰담합에 있어서 '계약이 체결된 경우'라 함은, 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자가 있는 경우를 의미함

○ "과징금산정방법및부과지침"상의 과징금 부과기준과 공정거래법시행령 제61조 제1항 관련 [별표 2] 제6호 단서에서 말하는 입찰담합에 있어서 '계약이 체결된 경우'라 함은, 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자가 있는 경우를 의미하고 이러한 계약이 체결된 경우에는 계약을 체결한 당해 사업자뿐만 아니라 담합에 가담한 다른 사업자에 대해서도 그 '계약금액'이 과징금 부과기준이 되며, 담합이 수 개의 입찰을 대상으로 한 경우에는 담합에 가담한 모든 사업자에 대하여 각 입찰에서의 계약금액을 모두 합한 금액이 과징금 부과기준이 된다고 할 것임.

[현대오인뱅크 외 1의 군남유 입찰담합 건(대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결)]

※ 참고: 에쓰오일 건(서울고법 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결, 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결)

□ 입찰담합 및 이와 유사한 행위의 경우에 '계약금액'을 매출액으로 정한 것은, 공사입찰의 담합과 같은 위반행위와 상품의 인도나 용역의 제공까지 상당한 기간이 필요하여 예외적으로 계약금액(부당한 공동행위의 즉각적인 결과로서 계약기준)을 매출액으로 삼게 한 것임

○ 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액(관련매출액)이라 함은, 원래 기업회계 원칙상 상품의 인도시점을 기준으로 계상되고 있는 통상의 매출액을 말하고, 다만 단서에서 입찰담합 및 이와 유사한 행위의 경우에 '계약금액'을 매출액으로 정한 것은, 공사입찰의 담합과 같이 위반행위(즉, 공동행위의 합의부터 낙찰에 따른 계약체결까지)와 상품의

인도나 용역의 제공(공사 후 목적물의 인도)까지 상당한 기간이 필요하여 인도기준에 따른 매출액이 위반행위에 기초한 사업 활동의 결과를 적절히 반영하지 못할 가능성이 크기 때문에 예외적으로 기업회계의 원칙인 인도기준이 아닌 계약금액(부당한 공동행위의 즉각적인 결과로서 계약기준)을 매출액으로 삼게 한 것임.

[대림산업 등 7개 한국가스공사 반주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 21. 선고 2016누31892 판결²⁷⁴⁾)]

□ 공정거래법의 수범자는 포괄적인 공정거래법 준수의무가 있는 경제주체인 '사업자' 이므로 법률에서 요구되는 예측가능성의 정도도 완화될 필요가 있고, 해당 사업자는 '입찰담합 행위와 관련이 있는 이익'에 해당하는 계약금액을 과징금의 기본 산정기준의 기초로 삼는 것도 예측할 수 있으므로 모법의 위임 범위를 벗어나 불리하게 변경한 것으로 볼 수 없음

○ 관계 법령의 전반적인 체계와 내용, 취지 및 목적, 연혁 등에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, ① 공정거래법 제22조 등의 수범자는 포괄적인 공정거래법 준수의무가 있는 경제주체인 '사업자'이므로 법률에서 요구되는 예측가능성의 정도도 완화될 필요가 있고, 해당 사업자로서는 '입찰담합 행위와 관련이 있는 이익'의 범위 내에서 공정거래법 제22조에서 정한 과징금 상한의 지표인 매출액의 범위가 정해질 것으로 예측할 수 있는 점[헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2014헌바60, 2015헌바36·217(병합) 결정 등 참조], ② 과징금의 상한과 부과기준은 위법행위의 효과적인 억제라는 과징금 제도의 목적상 일정한 내적 연관성을 가질 수밖에 없을 뿐만 아니라, 해당 사업자로서는 '입찰담합 행위와 관련이 있는 이익'에 해당하는 계약금액을 과징금의 기본 산정기준의 기초로 삼는 것도 예측할 수 있는 점, ③ 입찰담합 등의 구조적 특수성에 비추어 참여자가 해당 공구를 낙찰받는 이익을 얻는 것은 아니지만, 담합으로 인한 경제적인 이익이 없다고 할 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 공정거래법 시행령의 위 각 규정이 참여자에 대한 과징금의 기본 산정기준을 위반행위의 대상이 된 입찰의 규모를 반영하는 '계약금액'에 기초하여 산정하도록 정했다 하더라도, 모법의 위임 범위를 벗어나 그 수범자에게 불리하게 과징금의 기본 산정기준을 변경하는 것으로 볼 수는 없음.

[포스코건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 추가 28개 사업자의 부당공동행위 건(대법원 2017. 4. 27. 선고 2016두33360 판결²⁷⁵⁾)]

* 같은 취지: 민간건설사 발주 연도 및 건식에어డ트 공사 입찰관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 9. 14. 선고 2017누47177, 47917, 48101 판결, 각 고법 확정)

274) 상고심(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두59881 판결)은 심리불속행 기각함

275) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2017. 7. 20. 선고 2017누46969 판결)

- 원고가 낙찰받은 금액 중 의무적으로 지역업체에 할당한 부분도 이 사건 공동행위의 대상이 된 이상 그 직접적인 영향을 받은 것으로 볼 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 관련매출액 산정의 기준이 되는 계약금액에 포함될 수 있으며, 과징금부과에 있어 관련매출액이 반드시 입찰담합에 의하여 발생된 부당이득에 국한된다고 보기 어려움
 - 원고가 낙찰받은 금액 중 의무적으로 지역업체에 할당한 부분도 이 사건 공동행위의 대상이 된 이상 그 직접적인 영향을 받은 것으로 볼 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 관련매출액 산정의 기준이 되는 계약금액에 포함될 수 있으며, 또한 입찰담합 등을 포함한 부당한 공동행위에 부과하는 과징금은 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 성격과 부당이득의 환수적 성격을 모두 가지고 있으므로(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결 등 참조), 과징금부과에 있어 관련매출액이 반드시 입찰담합에 의하여 발생된 부당이득에 국한된다고 보기 어려움.
 - 이러한 취지에서 원고가 낙찰받은 금액 중 의무적으로 지역업체에 할당된 부분으로부터 직접적인 이득을 취득할 수 없더라도 이를 관련매출액에 포함하는 것은 가능함.
[내우건설 등 4대강 살리기 사업 1차 터키공사 입찰 관련 20개 건설업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29303 판결²⁷⁶⁾)]
- * 참고: 현대건설 건(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014누8193 판결), 한화 건(서울고법 2014. 6. 16. 선고 2012누29242 판결²⁷⁷⁾), 현대산업개발 건(서울고법 2014. 7. 9. 선고 2012누28003 판결²⁷⁸⁾), 에스케이건설 건(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28997 판결²⁷⁹⁾), 지에스건설 건(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누27994 판결²⁸⁰⁾), 대림산업 건(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28980 판결²⁸¹⁾), 삼성물산 건(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28850 판결²⁸²⁾)

276) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두10394 판결)은 심리불속행 기각함

277) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두10233 판결)은 심리불속행 기각함

278) 상고심(내법원 2014. 11. 18. 선고 2014두11106 판결)은 심리불속행 기각함

279) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10059 판결)은 심리불속행 기각함

280) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두10087 판결)은 심리불속행 기각함

281) 상고심(내법원 2014. 10. 27. 선고 2014두10592 판결)은 심리불속행 기각함

282) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10820 판결)은 심리불속행 기각함

- 이 사건 공동행위에 따른 낙찰이 무효화 된 후 재판상 화해권고결정에 따라 이 사건 계약을 체결하면서 당초 원고의 입찰가격을 그대로 계약금액으로 한 경우, 위 계약 금액은 규범적 관점에서 이 사건 공동행위에 기초하여 체결된 계약의 계약금액으로 볼 수 있으므로 공동행위와 계약금액 사이의 관련성이 충분히 인정되고, 이 사건 공동행위와 이 사건 계약체결 사이에 화해권고결정이 개입되었다는 사정만으로는 그 관련성이 부정된다고 보기 어려움
- 법원의 화해권고결정은 실시설계적격자 선정이 유효하다는 전제에서 제3자의 이해관계를 일부 반영한 것으로 원고의 실시설계적격자로서의 지위에는 어떠한 변동도 없었으며, 위 화해권고 결정이 있었음에도 이 사건 계약금액은 당초 원고의 공동행위에 따른 투찰금액과 차이가 없는 등, 이 사건 공동행위에 따른 경쟁제한적 효과, 즉 가격경쟁의 제한은 화해권고결정에도 불구하고 그대로 유지되었음.
- 그럼에도 원심은 화해권고결정이 있었던 이상 이 사건 공동행위와 이 사건 계약 사이에 인과관계가 인정된다고 볼 수 없고, 결국 이 사건 계약의 금액을 과징금 기본 산정기준인 '계약금액'으로 삼을 수 없다고 판단함으로써 입찰담합에 관한 과징금의 기본 산정기준인 계약금액에 관한 법리를 오해한 잘못이 있음.

[포항영일만항 남방파제(1단계 1공구) 축조공사 입찰담합 건(대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두49044 판결)]
- 낙찰이 되어 계약이 체결된 경우에는 실제로 체결된 '계약금액'을 관련매출액으로 보아야 하므로, 낙찰자가 입찰시 각 제출한 '견적가격'과 '예상공급물량'을 토대로 잠정적으로 산정한 것에 불과한 금액을 입찰담합의 과징금 산정기준인 '계약금액'으로 볼 수는 없음
- 원심은, 이 사건 각 입찰은 납품가격이나 납품물량을 확정하지 아니하고 낙찰자만을 정하는 것이고, 이 사건 각 입찰에서 낙찰 받은 사업자는 현대·기아자동차와 협의하여 와이퍼시스템의 최종 사양 및 도면을 확정한 후 납품 가격을 결정하고, 그 후 현대·기아자동차가 전산시스템을 통하여 매월 첫째 주에 5개월간의 생산계획을, 매일 0시에 2주간의 생산계획을 게재하면 그에 따라 와이퍼시스템을 생산하여 납품한 사실, 피고는 '낙찰자가 제출한 견적가격에 견적요청서(RFQ)에 기재된 당해 차종의 판매예상수량을 곱한 금액'(이하 '계약체결 예정금액'이라고 한다)을 공정거래법 시행령 제9조 제1항에서 정한 입찰담합의 과징금 산정기준이 되는 '계약금액'으로 보아 그 합산액을 기준으로 과징금을 산정한 사실 등을 인정하였음.
- ① 낙찰이 되어 계약이 체결된 경우에는 실제로 체결된 '계약금액'을 관련매출액으로

보아야 하는 점, ② 이 사건 각 입찰의 계약체결 예정금액은 현대·기아자동차가 예상한 당해 차종의 '예상판매수량'에 낙찰자인 원고와 덴소오토모티브가 입찰시 각 제출한 '견적가격'을 곱하여 산출한 것에 불과하여 법령이 과징금 산정기준으로 정한 '계약금액'으로 볼 수는 없는 점, ③ 구체적인 납품물량이나 납품가격은 원고 또는 덴소오토모티브가 낙찰을 받은 후 현대·기아자동차와의 협의를 거쳐 확정되므로 위 각 계약체결 예정금액은 이 사건 각 입찰에 따라 실제로 체결된 물품공급계약에 따른 납품물량이나 가격과도 일치하지 않는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 처분은 과징금 산정의 기초가 되는 금액을 오인하여 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법함.

[4개 와이피시스템 제조판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2017. 5. 30. 선고 2015두48884 판결)]

□ 실제 계약금액의 확인이 어려운 입찰에 관하여 입찰공고문상의 예산금액을 계약금액으로 보아 과징금을 산정한 것은 적법함

- 피고가 실제 계약금액의 확인이 어려운 입찰에 관하여 입찰공고문상의 예산금액을 계약금액으로 보아 과징금을 산정한 것이 원고에게 지나치게 불리하다거나, 최종적으로 부과한 과징금의 액수가 지나치게 과중하여 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 볼 수 없다고 본 원심 판단은 정당함.

[제5378부대 발주 액화석유가스 구매입찰 관련 8개 사업자들의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2020. 11. 5. 선고 2018두67503 판결)]

□ 사업자들이 각자 참가할 입찰부문 나누는 등 합의가 있다는 사정만으로 곧바로 '계약금액'을 기준으로 산정할 수 있는 것은 아니고, 위와 같은 합의를 실행하기 위하여 개별입찰에 관한 입찰담합에까지 나아간 경우에 각 사업자가 가담한 각 개별입찰에서의 계약금액을 기초로 하여 과징금을 산정할 수 있는 것이므로 가담하지 아니한 공구의 계약금액은 합산할 수 없음

- 한편 사업자들이 수 개의 입찰방식 거래와 관련하여 각자가 참가할 입찰부문을 크게 나누는 등으로 상품이나 용역의 거래를 제한하는 합의(이하 '거래제한 합의'라 한다)를 한 경우, 그러한 거래제한 합의가 있다는 사정만으로 곧바로 관련된 모든 입찰방식 거래의 '계약금액' 합계액을 기준으로 기본 과징금을 산정할 수 있는 것은 아니고, 다만 위와 같은 거래제한 합의를 실행하기 위하여 개별입찰에 관한 입찰담합에까지 나아간 경우에, 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서, 제61조 제1항 [별표2]에 따라 각 사업자가 입찰

담합의 당사자로 가담한 각 개별입찰에서의 계약금액을 기초로 하여 과징금을 산정할 수 있을 뿐임.

- 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심이 원고가 형식적으로라도 입찰에 참가한 7개 공구뿐 아니라 원고가 개별입찰에 관한 입찰단합에 가담하지 않은 나머지 6개 공구의 계약금액까지 합산하는 방식으로 과징금을 산정할 수 있다고 전제한 것은 적절하지 아니하나, 원고가 입찰에 참가한 7개 공구의 계약금액을 합한 금액에 기초하여 기본 과징금을 산정한 조치가 위법하지 않다고 판단한 것은 정당함.

[포스코건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(대법원 2017. 4. 27. 선고 2016두33360 판결283)]

- 관련매출액은 사후 정산을 통하여 원고들이 실제로 수령한 공사금액이 아니라 각 입찰의 계약금액으로 함이 타당함

- 공정거래법 시행령 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표 2] 제2호 (가)목 3. 가. 본문의 내용 및 문언에 의하면, '입찰단합 및 이와 유사한 행위'에서는 '계약금액'에 100분의 10을 곱한 금액이 과징금의 상한이 될 뿐만 아니라, 위 '계약금액'은 과징금의 기본 산정기준이 된다고 보아야 하고, 이는 입찰단합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자뿐만 아니라 낙찰자 또는 낙찰예정자를 미리 정하는 내용의 단합에 참여하였으나 낙찰을 받지 못한 사업자에 대하여도 마찬가지로 적용된다. 따라서, 사후 정산을 통하여 원고들이 실제로 수행한 공사금액이 아니라 각 입찰의 계약금액을 관련매출액으로 본 피고의 과징금 산정에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없음.
- 과징금이 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 제재를 가하는 행정상 제재금으로서의 성격과 부당이득 환수의 성격을 모두 가지고 있는 점을 고려하면 과징금 부과의 기준이 되는 관련매출액이 반드시 부당한 공동행위로 실제로 얻은 수입의 범위로 한정된다고 볼 수 없다. 따라서, 원고들이 실제로 수행한 공사금액이 입찰결과와 다르다고 하더라도 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 수치인 '계약금액'을 관련매출액으로 산정하는 것이 불합리하거나 부당하다고 볼 수 없음.

[한국수력원자력 발주 원자력발전소 비파괴검사용역 입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2018. 1. 19. 선고 2017누45157 판결284)]

283) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2017. 7. 20. 선고 2017누46969 판결)

284) 상고신(대법원 2018. 5. 30. 선고 2018두35223 판결)은 신리불속행 기각함

- 이 사건 용역의 계약금액 중 직접경비 부분이 실비정산 되는 등의 사정으로 계약금액 보다 실제 매출액이 적다하더라도, 위 직접경비를 원고에 대한 과징금의 기본 산정 기준인 '계약금액'에서 공제할 수는 없음
- 이 사건 용역계약에는 계약금액(용역대금)의 산출내역, 용역계약일반조건, 일반과업지시서 등이 첨부되었고 그 중 일반과업지시서 제10조는 '수급자는 당해연도 사업수행이 완료되면 위 대가청구 및 지급(제7조)에 따라 수령한 자금에 대해 5일 이내에 감독원이 확인한 사업 정산서를 시행부서에 제출하여 발주자의 정산에 따른 관련 세부기준과 절차에 따라 이를 정산한다'라고 각 규정하고, 제9조는 '위 사업의 대가는 엔지니어링기술진흥법 제10조에 의한 엔지니어링사업대가기준의 실비정액기산 방식에 의하여 산정한다'고 하면서, 직접인건비, 직접경비, 제경비, 기술료, 부가가치세로 나누어 구체적인 산정방식을 정하고 있는데, '직접경비 (현장운영비, 정비비, 분해점검보수비)의 경우 필요한 서류를 제출하고 시행부서의 확인을 받아 실비정산한다(단 분해점검보수비 제외)'라고 규정하고 있음.
- 이 사건 용역의 입찰공고 및 용역계약 체결 당시 이 사건 용역비 중 직접경비에 해당하는 부분에 관하여 추후 별도로 계약을 체결한다거나 계약금액에서 감액한다고 정한 적은 없었고, 실제 그와 같은 내용의 변경계약이 체결된 사실도 없으며 원고 등 7개사는 이 사건 용역을 수행한 후 실제 지출한 직접경비 등을 포함하여 산정된 기성금, 중도금을 모두 지급받은바 이 사건 용역비 중 직접경비 부분이 입찰 당시부터 추후 정산에 따라 계약금액에서 공제될 것이 당연히 전제된 임정적 성격의 것이라고 볼 수는 없음.
- 위 각 용역계약 및 일반과업지시서의 내용에 따르면, 원고 등 7개사와 한국수자원공사는 용역계약대금을 정액으로 정하였고, 선금 정산 또는 기성금 지급 등을 함에 있어 기성부분의 대가를 산정하기 위하여 직접경비를 실비정산한 것으로 보이며 그 과정에서 당초 용역계약의 산출내역상 예정되었던 직접경비 금액 중 실제 인정되지 못한 부분이 있더라도, 이는 계약이행의 과정에서 매출액의 증감이 있는 경우에 불과하므로 그것만으로 과징금 부과의 기준이 되는 '계약금액' 자체가 달라질 수는 없음.
- 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것이 원칙인데(공정거래법 시행령 제61조 제1항 [별표 2] 2. 가. 비교), 원고가 이 사건 용역비 중 직접경비에 해당하는 부분과 그에 대한 부가가치세를 포함한 금액을 발주처로부터 지급받은 점, 위 직접경비 금액이 원고의 손익계산서상 매출액으로 처리되었을 것이라는 피고의 주장에 대하여 원고는 별다른 반박을 하지 못한 점 등에 비추어 보면, 위 직접경비 금액이 회계상 원고 등 7개사의 '매출액'으로 인식되었다고 볼 수 있고 원고 등 7개사는 전체 입찰금액을

대상으로 이 사건 공동행위를 하고, 한국수자원공사 역시 위 전체 입찰금액을 기준으로 낙찰 여부를 결정하나 이 사건 공동행위로 경쟁이 제한된 상태에서 형성된 전체 입찰금액에 포함된 계약금액 전부(위 직접경비 포함)에 이 사건 공동행위로 인한 경쟁제한효과가 미쳤다고 보아야 하는 바, 위 금액을 관련매출액에서 제외할 것은 아닌.

[수자원기술(주)의 한국수자원공사 빌주 수도 및 댐·보시설 전검 정비 용역 입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 19. 선고 2018누66069 판결, 고법 확정)]

- 원고들이 실제로 공급한 물품금액이 입찰결과와 다르다고 하더라도 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 수치인 '계약금액'을 관련매출액으로 산정하는 것이 불합리하거나 부당하다고 볼 수 없음
 - 과징금이 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반 행위에 제재를 가하는 행정상 제재금으로서의 성격과 부당이득 환수의 성격을 모두 가지고 있는 점(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두14545 판결 등 참조)을 고려하면 과징금 부과의 기준이 되는 관련매출액이 반드시 부당한 공동행위로 실제로 얻은 수입의 범위로 한정된다고 볼 수 없음.
 - 입찰계약 체결 후 후발적으로 공급되지 못한 물량은 계약이행의 과정에서 매출액의 증감이 있는 경우에 불과하여 그것만으로 과징금 부과의 기준이 되는 '계약금액' 자체가 달라질 수는 없음.
 - 납품이 취소되거나 입찰이 무효가 된 경우에도, 이미 입찰계약이 체결되어 당해 입찰에서 경쟁을 제한하는 효과가 발생한 이상, 이후 우연한 사정이 발생하였다 하더라도, 과징금의 행정상 제재금으로서의 성격 등을 고려할 때 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 수치인 당초의 '계약금액'을 관련매출액으로 산정하는 것이 불합리하거나 부당하다고 볼 수 없음.

[관수 원심력 콘크리트파일 구매입찰 관련 17개 원심력 콘크리트파일 제조·판매사업자 및 한국원심력콘크리트공업협동조합의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 8. 18. 선고 2020누45010 판결, 고법 확정)]

- 원고는 강릉을 제외한 다른 지역 입찰에는 응찰 자체를 하지 않은 것으로 보이나, 여러 사정을 종합하여 보면 원고는 ‘응찰하지 아니하는 방법’으로 각 입찰에 가담한 것이 인정되므로, 이 부분 입찰의 계약금액 또한 원고의 관련매출액에 포함되어야 함
 - 사업자가 특정 개별입찰에 관한 입찰담합으로 나아갔는지 여부는 그 개별입찰에 관하여 낙찰자, 투찰가격, 낙찰가격, 그 밖에 입찰의 경쟁 요소가 되는 사항을 미리 정하는 합의에 참여하였는지 여부에 따라 판단하여야 함. 이 경우 만일 사업자가 특정 개별 입찰에서 경쟁입찰의 외형을 가장하고자 형식적인 응찰을 한 사실이 인정된다면 특별한 사정이 없는 한 그 자체로 담합에 참여한 것으로 볼 수 있음. 그러나 위와 같은 형식적인 응찰을 하지 않았다고 하여 그러한 사정만으로 담합에 참여하지 않은 것으로 볼 수는 없음. 공정거래법상 부당한 공동행위는 합의로써 성립하고 구체적인 실행행위를 요하는 것이 아니며, 입찰담합은 응찰하지 아니하는 방법으로도 가담할 수 있기 때문임(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019두37233 판결 참조).
 - 원고를 포함한 이 사건 제1 사업자들은 단순히 입찰지역을 분배한 것을 넘어, 각 지역별 입찰에 관하여 낙찰가격과 낙찰방법에 관해서도 합의한 것임.
 - 원고는 자신이 낙찰받은 강릉 지역 외 다른 지역 입찰에 응찰하지는 않은 것으로 보이나, 이 사건 제1 공동행위에 관한 합의에는 기초예비가격이 낮을 경우 유찰을 시킨다는 내용이 포함되어 있고, 이러한 유찰의 합의에 대한 실행행위는 둘러리 사가 응찰 자체를 하지 않거나 애초부터 낙찰이 불가능한 높은 가격으로 응찰하는 것인데, 원고가 강릉 외 지역의 입찰에 참여하지 않은 것은 지역분할 합의를 이행한 것일 뿐만 아니라 입찰담합의 합의를 실행한 것으로 평가할 수 있음.
[제5378부대 발주 액화석유가스(LPG) 구매입찰 관련 8개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 8. 12. 선고 2020누61531 판결, 파기환송심 확정)]
- 희망수량 경쟁입찰에 있어서 계약기간 동안 실제 발주가 이루어진 물량을 기초로 산정한 발주금액에 따라 원고들의 관련매출액을 산정한 것은 위법하지 않음
 - 이 사건 입찰은 희망수량 경쟁입찰로서 원고들이 ‘희망수량’과 ‘단가’를 모두 정하여 입찰하기 때문에 이 사건 공동행위는 일반적인 단가 입찰에 대한 담합과는 달리 물량담합과 가격담합의 성격을 모두 갖게 됨. 특히 이 사건 입찰의 경우 계약단계에서 실제 발주물량이 확정되지는 않지만, 입찰자가 스스로 희망하는 공급수량을 정하여 입찰에 참여하고 그 희망수량을 한도로 계약이 체결된다는 점에서 오로지 납품단가만 결정되는 일반적인

단가 입찰과 구분됨(대법원 2020. 2. 13. 선고 2019두55620 판결의 원심판결인 서울고법 2019. 9. 18. 선고 2018누79117 판결 참조).

- 피고의 관련매출액 산정방법은 원칙적으로 계약금액을 기본 산정기준으로 보면서도 원고들에게 유리하게 예상물량만 규정된 납품단가 입찰의 경우에 해당하는 과정금 고시 IV. 1. 다. (1). 마. 1)의 규정을 유추 적용하여 계약기간 내에 실제로 발주한 물량을 기초로 발주금액을 산정한 것일뿐이므로, 이러한 사정을 들어 희망수량 경쟁입찰이 예상물량만 규정된 납품단가 입찰과 동일하다고 볼 수는 없음.

[서울지방조달청 및 인천지방조달청 발주 관수레미콘 구매 입찰 관련 17개 레미콘사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 및 한국레미콘공업협회의 사업자단체 금지행위에 대한 건(서울고법 2022. 6. 8. 선고 2020누50814 판결, 고법 확정)]

□ 부당공동행위금지 위반행위가 '입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우'에는 계약금액이 과정금의 기본 산정기준이 되고, 이는 입찰담합을 하였으나 그 담합에 참여하지 않은 제3자가 낙찰받은 때에도 마찬가지임

- 구 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서 규정은 입찰담합 및 이와 유사한 행위의 경우 계약금액을 과정금의 기본 산정기준으로 삼고 있음. 이는 '입찰남합의 위증성이 중한 것을 감안하여 그에 대한 제재의 실효성을 확보하기 위해 정책적으로 도입된 규정으로서, 문언이나 입법목적에 비추어 볼 때 그 적용에 있어 입찰담합 참여자 중에서 낙찰자가 선정되었을 것을 요건으로 한다고 보기는 어려움.
- 입찰담합이 무위로 돌아가 참여자를 가운데 낙찰자가 선정되지 않은 경우, 참여자들이 입찰담합으로 인한 경제적 이익을 누리지 못한다고 볼 여지가 있으므로 계약금액을 과정금 기본 산정기준으로 삼는 것은 과정금의 부당이득 환수적 성격에는 어울리지 않는 측면이 있음.
- 그러나, 그러한 사정만으로 계약금액을 과정금 기본 산정기준에서 제외하는 것은 입찰담합 행위 그 자체의 위법성에 걸맞게 제재수위가 결정되어야 한다는 행정제재 목적 달성의 측면을 도외시한 것이 됨. 입찰담합 참여자의 이익이 적거나 없다는 사정은 부과기준율 적용단계 등 과정금을 결정하는 재량 행사과정에서 반영될 수 있음.
[한국도로공사 발주 콘크리트계 도로유지보수공사 입찰 관련 9개 사업자의 부당 공동행위에 대한 건(대법원 2022. 5. 26. 선고 2019두57398 판결)]

- 최초 계약체결 후 사정변경으로 계약금액이 변경된 경우에도 최초 계약금액을 기준으로 관련매출액을 산정하여야 함

- [별지 5] 기재 11건의 입찰 중 연번 90, 101, 122 입찰의 경우에는 최초 계약 체결 이후 계약금액이 변경되었다고 인정되지 아니함. 나머지 8건의 입찰의 경우에는 최초 계약 체결 후 설계 변경 등에 따라 필요 물량이 변경됨으로 인하여 계약금액이 감액된 것으로 보이기는 함. 그런데 ① 공동행위의 대상과 내용을 반영하는 것은 최초 계약금액인 점, ② 원고가 주장하는 계약금액의 변경은 공동행위 당시에는 예상할 수 없었던 외적 요인으로서 공동행위와 직접적인 인과관계가 있다고 보기 어려운 점, ③ 공정거래법상 과징금은 행정상 제재금이라는 기본적 성격에 부당이득 환수라는 요소가 부가되어 있으므로 과징금이 반드시 부당이득액의 범위에 한정되어야 하는 것은 아닌데(대법원 2020. 12. 30. 선고 2018두67664 판결 참조), 위반행위의 규모에 부합하는 최초 계약금액을 기준으로 과징금을 부과하는 것이 제재로서의 과징금의 성격에 부합하는 점, ④ 변경된 계약금액을 기준으로 관련매출액을 산정하여야 할 경우 계약금액이 변경된 시점과 공정위 심의 시점의 선후에 따라 과징금 액수가 서로 달라지는 불합리한 결과가 발생할 수 있는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 최초 계약체결 후 사정변경으로 계약 금액이 변경된 경우에도 최초 계약금액을 기준으로 관련매출액을 산정하여야 함. 결국 피고가 [별지 5] 기재 각 입찰에 관하여 최초 계약금액에 따라 관련매출액을 산정한 것은 적법함.

[조달청 발주 하구관 다수공급자계약 2단계 경쟁입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 11. 11. 선고 2020누52186 판결²⁸⁵⁾)]

(2) 공동수급체를 구성하여 낙찰 받은 경우

- 구 과징금고시가 “낙찰이 된 경우에는 계약금액을 당해 입찰담합에 참여한 각 사업자의 관련매출액으로 본다”고 규정된바, “계약금액”이란 수급인이 단독으로 계약을 체결한 경우이든 여러 수급인이 공동수급체를 구성하여 계약을 체결한 경우이든, 당해 공사의 계약금액 전체를 의미함
- 구 과징금고시(2005. 4. 1. 고시 제2005-3호로 개정되기 전의 것)가 “낙찰이 된 경우에는 계약금액을 당해 입찰담합에 참여한 각 사업자의 관련매출액으로 본다”고 하여, 수급인이 단독으로 공사계약을 체결한 경우이든 여러 수급인이 공동수급체를 구성하여 공사계약을 체결한 경우이든, 당해 계약금액 자체를 관련매출액으로 본다고 명시적으로 규정하고

285) 삼고심(대법원 2022. 3. 31. 선고 2021두61925 판결)은 최근 불속행 기각함

있는 점, 원고의 주장대로 위 규정을 해석할 경우, 컨소시엄의 일원으로서 담합을 통하여 공사계약을 체결한 사업자는 계약금액 중 자신의 지분에 대하여만 관련매출액으로 인정받게 됨에 반하여, 컨소시엄을 구성하지 않고서 담합에 가담하여 낙찰을 받지 못한 사업자(이른바, 둘러리업체)는 계약금액 전체를 관련매출액으로 인정받게 되는 부당한 결과가 발생하게 되는 점 등에 비추어 보면, 구 과정금고시의 위 규정에서 말하는 “계약금액” 이란 수급인이 단독으로 계약을 체결한 경우이든 여러 수급인이 공동수급체를 구성하여 공사계약을 체결한 경우이든, 당해 공사의 계약금액 전체를 의미하는 것으로 해석함이 상당함.

- (위 과정금고시가 상위규정과 달리 사업자에게 불리하게 과정금부과범위를 확대한 것이어서 무효라는 주장에 대하여) 입찰담합과 같은 특수한 형태의 부당한 공동행위에 대해서는 구 공정거래법 제22조에서 정한 과정금 부과한도액을 초과하지 않음을 전제로 하여 구 공정거래법 제55조의3 제1항에서 정한 여러 가지 사정을 고려하여 기본과정금의 부과기준을 별도로 정할 수 있고, 이러한 부과기준은 구체적인 사안에서 위 기준을 적용한 결과가 비례의 원칙이나 형평의 원칙에 반하지 아니하는 이상 일반적인 부당한 공동행위보다 중한 기준을 규정하고 있다거나 그와는 다른 새로운 기준을 규정하고 있다는 것만으로는 무효라고 할 수 없음.
- 구 과정금 부과고시 중 입찰담합에 관한 부분의 유효성에 관하여 보건대, 공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지는 것으로서, 원고를 포함한 공동수급체의 구성원은 공사계약금액 전부에 대하여 사실상의 이해관계가 있는 점, 입찰담합의 억지라는 행정목적을 실현하기 위해서 공동수급체의 경우 과정금 부과기준을 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 계약금액으로 한다고 하여 부당하다고 볼 수는 없는 점, 관련매출액은 과정금 산정의 일용의 기초가 될 뿐이고, 최종적인 과정금 액수를 결정하기 위해서는 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수, 그로 인하여 취득한 이익의 규모 등 구 공정거래법 제55조의3이 규정하고 있는 다른 사정들도 함께 감안하여 산정될 뿐만 아니라, 그와 같이 산정된 과정금도 구 공정거래법 제22조에서 규정하고 있는 과정금 부과 한도액 범위 내에서 부과되는 점, 위 규정을 무효라고 보고 입찰담합의 경우 전체 계약금액 중 당해 위반사업자의 지분에 해당하는 부분만을 관련매출액으로 본다면, 계약을 체결하지 못한 둘러리 업체의 경우 과정금 부과의 근거가 없어지게 되는 부당한 결과를 초래하게 되는 점 등의 여러 사정에 비추어 보면, 구 과정금 부과고시 중 입찰담합에 관한 부분이 형평의 원칙이나 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없음.

[에스케이건설 등 6개사의 지하철7호선 입찰담합 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2008누1209 판결286)]

* 같은 취지: 인천도시철도 2호선 입찰담합 건(서울고법 2015. 1. 19. 선고 2014누46135 판결²⁸⁷), 두산건설, 에스케이건설 등 인천도시철도 2호선 입찰담합 건(서울고법 2015. 1. 19. 선고 2014누46135 판결²⁸⁸, 2016. 7. 20. 선고 2014누46227 판결²⁸⁹)

□ 공정거래법 시행령 제9조 제1항의 ‘계약금액’이란 수급인이 단독으로 공사계약을 체결한 경우이든 여러 수급인아 컨소시엄을 구성하여 공사계약을 체결한 경우이든, 당해 공사의 계약금액 전체를 의미함

- 피고가 1공구 입찰의 계약금액 중 원고의 컨소시엄 지분을 52%에 상응하는 금액만을 관련매출액으로 산정하지 아니하고, 계약금액 전체를 관련매출액으로 산정한 것에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없음. 오히려 피고는 원고가 공동수급체를 구성하여 참여하였다는 이유로 컨소시엄 지분율에 따라 부과기준율을 30% 감경하여 원고가 취득한 이익의 규모를 과징금에 반영하였는바, 원고의 주장은 이유 없음.

[궤도공영(주)의 호남고속철도 오송~광주송정 간(제1, 2공구) 궤도부설 기타공사 입찰 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90621 판결²⁹⁰)]

□ 공동수급체에 대한 과징금 부과 기준을 당해 공구 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 계약금액 전체로 한 것은 적법함

- ① 부당한 공동행위의 억지라는 행저목적을 실현하기 위하여 공동수급체에 대한 과징금 부과 기준을 당해 공구 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 계약금액 전체로 한다고 하여 부당하다고 볼 수 없는 점, ② 원고가 공사 계약금액 전부에 대하여 직·간접적으로 이해관계가 있는 점, ③ 피고가 부과과징금을 결정하면서 공동수급체 내에서는 원고 지분 비율 등을 고려하여 과징금을 감경한 점 등의 사정을 들어 지역 업체에 의무적으로 할당된 지분에 해당하는 금액부분을 관련매출액에서 제외하지 않은 피고 조치에 위법이 없다고 본 원심 판단은 정당함.

[4대강 살리기 사업 1차 터키공사 입찰 관련 건, 현대건설(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014두8193 판결)]

286) 상고심(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두21812 판결)은 심리불속행 기각함

287) 상고심(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015두38085 판결)은 심리불속행 기각함

288) 상고심(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015두38085 판결)은 심리불속행 기각함

289) 상고심(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016두47550 판결)은 심리불속행 기각함

290) 상고심(대법원 2019. 2. 28. 선고 2018두62416 판결)은 심리불속행 기각함

□ 원고는 낙찰된 공동수급체 중 1인이기는 하나, 이 사건 공구배분을 하였고 이에 원고가 대표로 된 공동수급체가 입찰에 참여하여 낙찰을 받은 바 계약금액을 관련매출액으로 한 조치는 적법함

- 원고는 원고가 컨소시엄을 구성하여 낙찰받은 것이므로 관련매출액도 컨소시엄 중 원고의 지분비율에 따른 금액으로 한정되어야 한다고 주장함. 시행령 제9조 제1항에서는 입찰당한 및 이와 유사한 행위인 경우 관련매출액은 계약금액을 말한다고 규정하고 있음. 원고는 낙동강 30공구에 응찰하여 낙찰된 공동수급체 중 1인이기는 하나, 원고가 이 사건 공구배분 합의를 하였고 그에 따라 원고가 대표로 된 공동수급체가 입찰에 참여하여 낙찰받은 것으로 인정됨. 이러한 사정을 고려하면 원고에 대한 과징금을 산정하면서 계약금액을 관련매출액으로 한 피고의 조치에 위법이 있다고 할 수 없음.

[4대강 살리기 사업 1차 턴키공사 입찰 관련 건, 포스코건설(서울고법 2014. 7. 9. 선고 2012누28508 판결²⁹¹⁾]

* 같은 취지 : 4대강 살리기 사업 1차 턴키공사 입찰 관련 건(대법원 2014.12.24. 선고 2014누8193 판결, 서울고법 2014. 7. 9. 선고 2012누28003 판결²⁹²⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28997 판결²⁹³⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29303 판결²⁹⁴⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누27994 판결²⁹⁵⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28980 판결²⁹⁶⁾, 서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28850 판결²⁹⁷⁾]

□ 원고는 코오롱글로벌과 공동수급체를 구성하여 이 사건 입찰에 참여하여 이 사건 공구를 낙찰받았으므로 공동수급체의 지분율과 상관없이 공사 계약금액 전부에 대하여 직간접적으로 이해관계가 있다고 봄이 타당하므로, 계약금액 전부를 관련매출액에 포함하는 것이 비례원칙이나 자기책임원칙에 반한다고 볼 수 없음

- 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서의 '계약금액'이란 수급인이 단독으로 공사계약을 체결한 경우이든 여러 수급인이 공동수급체를 구성하여 공사계약을 체결한 경우이든, 당해 공사의 계약금액 전체를 의미하는 것으로 봄이 상당한.

291) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두11083 판결)은 심리불속행 기각함

292) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두11106 판결)은 심리불속행 기각함

293) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10059 판결)은 심리불속행 기각함

294) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두39654 판결)은 심리불속행 기각함

295) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두10097 판결)은 심리불속행 기각함

296) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두10592 판결)은 심리불속행 기각함

297) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10820 판결)은 심리불속행 기각함

- 이 사건 공사의 발주처가 건설사들에 지역 업체를 공동수급체에 포함하도록 권장하는 것을 넘어 강제하였다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정한 만한 자료도 없을 뿐 아니라, 원고는 코오롱글로벌과 공동수급체를 구성하여 이 사건 입찰에 참여하여 이 사건 공구를 낙찰받았으므로 공동수급체의 지분율과 상관없이 공사 계약금액 전부에 대하여 직·간접적으로 이해관계가 있다고 봄이 타당함. 따라서 원고에 대해 과징금납부명령을 하면서 이 부분 계약금액을 관련매출액에 포함하는 것이 비례원칙이나 자기책임원칙에 반한다고 볼 수 없음.
- 공동수급체 내 지분율에 따른 이득의 규모가 적정하게 고려되지 않고 취득한 이득액에 비추어 과다한 과징금이 산정된 경우에는 비례원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 여지가 있을 것이나, 피고는 부과과징금을 결정하면서 원고가 공동수급체를 구성하여 입찰에 참여한 점 및 그 지분율을 감안하여 임의적 조정과징금의 10%를 추가 감경하였음. 이에 비추어 보면, 원고의 이득액과 과징금의 수액 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기 어려움.
- 원고는 코오롱글로벌과 이 사건 입찰에서 공동수급체를 구성하여 참여하면서 코오롱글로벌을 주간사로 정하기는 하였으나, 원고와 코오롱글로벌의 공동수급체 내 지분율이 35%로 동일할 뿐 아니라 오히려 원고가 코오롱글로벌에 이 사건 공동행위를 먼저 제안하고 합의를 이끌어 나간 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공동수급체 내 다른 구성원과 달리 원고에 대하여 이 사건 처분을 하였다고 하여 평등원칙 등에 반한다고 볼 수 없음.

[금호산업의 인천도시철도 2호선 터키공사 입찰관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 7. 20. 선고 2014누46111 판결, 고법 확정)]

- 원고가 낙찰을 받아 체결한 이 사건 공사의 계약금액 가운데 발주처의 지역업체 참여 규정에 따라 지역업체에 할당된 부분이 존재한다고 하더라도 지역업체의 지분율에 상응하는 계약금액도 이 사건 공동행위의 대상이 된 이상, 위 부분도 이 사건 공동행위로부터 직접적인 영향을 받은 것으로 볼 수 있으므로 원고는 위 부분을 포함하여 공동수급체 내 지분율과 상관없이 계약금액 전부에 대하여 이해관계가 있다고 봄이 타당함
- 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고가 주장하는 사유들을 고려하더라도 피고가 공정거래법 제19조 제1항 제8호에서 금지하는 입찰단합을 한 원고에게 과징금을 부과함에 있어 낙찰자인 원고 공동수급체가 부산교통공사와 사이에 체결한 도급계약상 계약금액 전액을 관련매출액으로 산정한 것은 관련 법령에 따른 조치로서 적법하다고 할 것임.

- ① 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서는 공정거래법 제22조 및 제55조의 3 제1항, 제5항의 위임에 따라 법 제22조에서 정한 위 과징금 부과한도액을 초과하지 않음을 전제로 입찰단합 등에 해당하는 행위 유형에 대하여 '계약금액'이라는 별도의 과징금 산정기준을 둔 것으로 볼 수 있고, 입찰단합 등의 구조적인 특수성과 그에 대한 제재의 필요성 등에 비추어 볼 때, 공동수급체를 구성하여 입찰에 참여하여 낙찰받은 자에 대해 이러한 기준이 적용된다고 하더라도 모법의 위임 범위를 벗어나 그 수범자에게 불리하게 과징금 산정기준을 변경하는 것으로 볼 수는 없음(대법원 2014. 12. 24 선고 2014누8193 판결 참조). 이에 의하면 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서의 계약금액은 수급인이 단독으로 입찰에 참여하여 낙찰받은 경우이든 공동수급체를 구성하여 입찰에 참여하여 낙찰받은 경우이든 당해 공사의 계약금액 전체를 의미하는 것으로 봄이 상당함.
- ② 원고가 낙찰을 받아 체결한 이 사건 공사의 계약금액 가운데 발주처의 지역업체 참여 규정에 따라 지역업체에 할당된 부분이 존재한다고 하더라도 지역업체의 지분율에 상응하는 계약금액도 이 사건 공동행위의 대상이 된 이상, 위 부분도 이 사건 공동행위로부터 직접적인 영향을 받은 것으로 볼 수 있음. 따라서 원고는 위 부분을 포함하여 공동수급체 내 지분율과 상관없이 계약금액 전부에 대하여 이해관계가 있다고 봄이 타당함. 이에 의하면 원고에게 과징금납부명령을 하면서 계약금액 전액을 관련매출액으로 산정한 것이 비례 원칙이나 자기책임 원칙 등에 위배된다고 볼 수 없음.
- ③ 공동수급체 내 지분율에 따른 이득의 규모가 적정하게 고려되지 않고 취득한 이득액에 비추어 과다한 과징금이 최종적으로 산정된 경우에는 비례 원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 여지가 있을 것이나, 뒤에서 다시 살피는 바와 같이 원고의 공동수급체 내 지분율은 57%에 이르고, 피고가 이 사건 입찰에 관한 과징금을 산정함에 있어 원고가 공동수급체를 구성하여 입찰에 참여하였다는 이유로 2차 조정과징금의 10%를 감경하였음을 등을 고려해 볼 때, 원고가 취득한 이득액에 비추어 과다한 과징금이 산정되어 이 사건 과징금납부명령이 재방권을 일탈·남용하였다고 보기는 어려움.
- ④ 원고가 들고 있는 공동수급체 내 공사대금 채권의 귀속에 관한 판결(대법원 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 전원합의체 판결)은 공동이행방식의 공동수급체 구성원들이 도급인에 대하여 가지는 채권의 경우에도 공사도급의 내용에 따라 공동수급체 구성원 각자에게 그 지분율에 따라 도급인에 대한 채권이 귀속될 수 있다는 취지의 민사 판결이므로, 이를 근거로 공정거래법 제9조 제1항 단서의 '계약금액'이 공동수급체 내 지분율에 상응하는 부분만을 의미한다고 단정할 수는 없음.

[부산지하철 1호선 연장(다대구간) 1공구 턴키공사 입찰관련 2개 건설업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 8. 31. 선고 2014누50639 판결, 고법 확정)]

- 관련매출액을 산정하면서 원고가 공동수급체로 낙찰받거나 들러리로 참여한 공구의 계약금액을 모두 관련매출액에 포함시킨 것에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없음
- 원고 등 22개사는 단순히 물량배분의 합의만 한 것이 아니라, 입찰에 있어서의 낙찰자, 투찰가격 등의 사항을 결정하여 부당하게 경쟁을 제한하는 전형적인 입찰담합 행위인 이 사건 공동행위 전체에 가담한바 이 사건 공동행위에 물량배분의 성질이 있다고 하여 입찰담합의 성질이 부정되는 것은 아니고 이 사건 공동행위는 경쟁을 통해 낙찰금액이 낮아지는 것을 막기 위하여 공구별로 낙찰자를 분배하고 투찰률을 미리 정한 행위인바, 위 법리에 따르면 이 사건 공동행위에는 공정거래법 제19조 제1항 제3호와 제8호가 모두 적용된다고 볼이 상당한. 따라서 이 경우 관련매출액의 산정에 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서를 적용할 수 있고, 계약을 체결한 당해 사업자뿐만 아니라 입찰담합에 가담한 다른 사업자에 대해서도 그 계약금액이 과징금의 부과기준이 되며, 원고는 피고의 선례를 들어 실질이 물량배분 담합인 경우에는 입찰담합의 형식이더라도 각자 낙찰받은 금액만을 관련매출액으로 해야 한다고 주장하나, 원고가 들고 있는 개별 의결들의 존재만으로 자기구속력 있는 행정판행이 성립하였다고 인정하기 어려움.
- 공동수급체는 기본적으로 민법상 조합의 성질을 가지는 것으로서 그 구성원은 계약상의무이행에 대하여 연대하여 책임을 지는 등 공사계약금액 전부에 대하여 사실상의 이해관계가 있는 점을 고려하면 공동수급체를 구성하여 입찰에 참여하여 낙찰받은 자에 대하여 그 지분율에 해당하는 계약금액만을 관련매출액으로 산정하여야 한다고 볼 수 없고 피고가 관련매출액을 산정하면서 원고가 들러리로 참여한 공구의 계약금액 빛 공동수급체의 전체 매출액을 포함시킨 것은 위와 같은 근거법령에 따른 것이고, 과징금이 부당한 공동행위의 억지라는 행정복장을 실현하기 위하여 그 위반행위에 제재를 가하는 행정상 제재금으로서의 성격과 부당이득 환수의 성격을 모두 가지고 있는 점(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두14545 판결 참조)을 고려하면 과징금부과의 기준이 되는 관련매출액이 반드시 부당한 공동행위로 인한 부당이득의 범위로 한정된다고 볼 수 없음.
[현대건설(주)의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 13. 선고 2016누31373²⁹⁸⁾)]
- 발주처가 전체 입찰금액을 기준으로 낙찰 여부를 결정하고, 공동수급체를 대상으로 하나의 계약이 체결된 점 등을 고려할 때, 부계약자 계약금액 부분이 포함된 공동수급체의 계약금액 전체를 과징금 기본산정기준으로 삼은 것은 정당함
- 한국가스공사는 전체 입찰금액을 기준으로 낙찰 여부를 결정하고, 주계약자와 부계약자가

298) 상고심(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019두47384 판결)은 신리불속행 기각한

공동수급체를 이루어 입찰절차에 참여하여 그 공동수급체를 대상으로 하나의 계약이 체결된 점에 비추어 이 사건 공동행위로 인한 전체 입찰금액에 포함된 부계약자의 계약금액 부분에도 이 사건 공동행위가 영향을 미쳤다고 봄이 타당한.

- ‘주계약자 관리방식’의 주계약자 역시 전체 계약의 이행에 대하여 연대책임을 지는 등 공사계약금액 전부에 대하여 이해관계가 있으며, 주계약자관리방식은, 하도급과 관련된 폐해를 방지하기 위한 목적에서 종합건설업체와 전문건설업체가 공동수급체를 구성하여 수주하도록 함으로써 부계약자인 전문건설업체 역시 계약당사자의 지위를 가지도록 한 것일 뿐이므로 입찰담합에 따른 법적 책임을 규율할 때 주계약자 관리방식의 공동수급체를 공동이행방식의 공동수급체와 달리 볼 이유가 없고, 이는 과징금 산정의 기초인 ‘계약금액’의 산정에 있어서도 마찬가지임.
- 이 사건 과징금에는 부당한 공동행위로 인한 부당이득의 박탈뿐 아니라 위법행위에 대한 제재의 목적도 있으므로, 부계약자의 계약금액 부분이 원고 자신의 매출에 해당하지 않는다는 이유만으로 이를 과징금 산정의 기초인 ‘계약금액’에 포함시킬 수 없는 것은 아님. 그런데도 원심은 이와 달리, 부계약자의 계약금액이 포함된 계약금액 전체를 원고에 대한 과징금 기본산정기준으로 삼은 파고의 조치가 위법하다고 판단하여 입찰담합에서의 과징금 기본산정기준에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있음.

[한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰관련 부당한 공동행위 건(대법원 2019. 1. 31. 선고 2016두51658 판결²⁹⁹⁾]

□ 원고에 대한 관련매출액에 부계약자의 계약금액 부분을 포함한 것에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없음

- 발주자인 한국가스공사는 위와 같이 주계약자에 의하여 제시된 전체 입찰금액을 기준으로 낙찰 여부를 결정하였고, 주계약자 관리방식에 의한 공동계약으로 발주된 공사 입찰 역시 부계약자의 지분율 충족 여부만을 추가로 심사하였을 뿐, 전체 입찰금액 중 부계약자 부분 입찰금액을 따로 떼어 그 부분을 기준으로 부계약자에 대한 낙찰여부를 결정하지는 않았으며 낙찰자가 결정되면 주계약자와 부계약자가 별도로 한국가스공사와 계약을 체결하는 것이 아니라 공사 전체에 대해 하나의 계약이 체결된바, 부계약자를 포함하여 공동수급체 구성원 전원이 계약서에 전자 서명한바 2차 공동행위에 의해 형성된 전체 입찰금액에 포함된 부계약자의 계약금액 부분에도 2차 공동행위로 인한 경쟁제한효과가 미쳤다고 보아야 함.

299) 환송심(서울고법 2019. 8. 28. 선고 2019누34687 판결)

- 이 사건 과징금에는 부당한 공동행위로 인한 부당이득의 박탈뿐 아니라 위법행위에 대한 제재의 목적도 있는 점을 고려하면 부계약자의 계약금액 부분이 원고 자신의 매출에 해당하지 않는다는 이유만으로 이를 관련매출액에 포함시킬 수 없는 것은 아니며 주계약자는 전체 계약의 이행에 대하여 최종적인 연대책임을 지고, 주계약자 스스로 시공한 부분에 전문업종 구성원(부계약자)의 실적과 종합업종 구성원 실적의 1/2에 해당하는 실적을 합산하여 주계약자의 실적으로 인정되는 등 계약이행에 있어서도 주계약자는 그에 따른 실적상의 혜택과 공사상의 책임을 모두 부담하는 이상, 원고가 부계약자의 계약금액 부분에 대하여 어떠한 이익도 얻지 않았다고 단정할 수도 없음.

[현대건설(주)의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 13. 선고 2016누31373³⁰⁰)]

- (공동수급체와 유사한 입찰) 1회 입찰을 통하여 전체 예정물량을 3개의 낙찰자에게 차등 할당하는 방식으로, 낙찰 후 KT와 1, 2, 3순위 낙찰자가 각각 계약을 체결하는 방식이라 하더라도 그 실질이 공동수급체와 동일한 경우, 공동수급체 감경규정을 적용하여야 함

- 원고에 대한 관련매출액을 1, 2, 3순위 낙찰자의 전체 계약금액 합계액으로 산정한 것 자체는 타당함. 그러나 이 사건 입찰은 1회의 입찰을 통하여 전체 예정물량을 3개의 낙찰자에게 차등 할당하는 방식으로서, 비록 낙찰 후 발주자 케이티와 1, 2, 3순위 낙찰자 사이에 개별적인 계약이 체결되는 것이기는 하나, 그 실질은 1, 2, 3순위 낙찰자들이 공동수급체로서 낙찰을 받아 1개의 계약을 체결한 경우와 별다른 차이가 없다. 특별한 사정이 없는 한 피고는 공동수급체의 실질을 가지고 있는 이 사건 낙찰자들에 대한 기본 과징금을 산정할 때에도 위와 같은 공동수급체 감경규정의 취지를 고려하였어야 함에도 이를 간과하고 원고가 본 건 입찰담합으로 실제 취득한 이익의 규모와 균형을 상실하여 지나치게 과중한 과징금을 부과하였음.

- 본 건 입찰에서 원고는 전체 예정물량 중 61.1%만 낙찰 받아 그 부분에 한하여 계약을 체결한 반면, 과징금은 본 건 입찰의 전체 계약금액 합계액을 기준으로 산정하였고, 그 후 조정 과정에서도 원고가 이 사건 입찰담합을 통하여 실제로 취득한 이득액이 제대로 반영되지 않음.

- 이 사건 과징금 납부명령은 공동수급체와 유사한 입찰의 특성이 제대로 반영되지 않았고, 원고가 실제로 취득한 이익의 규모와 균형을 갖추지 못한 것으로서 비례의 원칙에 반하여 재량권을 일탈·남용한 것임.

[㈜케이티 발주 F/S케이블 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 (대법원 2020. 7. 29. 선고 2019두43924 판결³⁰¹)]

300) 상고심(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019두47384 판결)은 실리불속행 기각함

(3) 들려리로 참여한 경우

□ 피고가 관련매출액을 산정하면서 원고가 들려리로 참여한 공구의 계약금을 포함시킨 것에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없음

- 원고 등은 단순히 물량배분의 합의만 한 것이 아니라, 입찰에 있어서의 낙찰자, 투찰가격 등의 사항을 결정하여 부당하게 경쟁을 제한하는 전형적인 입찰 담합 행위인 이 사건 공동행위의 전체에 가담하였음. 이 사건 공동행위에 물량배분의 성질이 있다고 하여 입찰담합의 성질이 부정되는 것은 아님.
- 원고는 피고의 선례를 들어 실질이 물량배분 담합인 경우에는 입찰담합의 형식이더라도 각자 낙찰 받은 금액만을 관련매출액으로 해야 한다고 주장하나, 원고가 들고 있는 개별의견들의 존재만으로 자기구속력 있는 행정관행이 성립하였다고 인정하기 어려울 뿐 아니라, 입찰담합에 대한 피고의 의결 중에는 들려리 입찰의 경우에도 계약금액을 모두 관련매출액으로 합산한 사안이 다수 존재함. 그러므로 이 사건 과징금감경처분이 비례의 원칙 내지 평등의 원칙에 반한다고 보이지 아니함.
- 과징금 고시 IV.1.다.(1)(마)는 낙찰을 받지 아니한 들려리 참여자에게도 과징금을 부과할 수 있도록 규정하되, 응찰하지 아니하였거나 탈락한 자에 대하여는 기본과징금을 2분의 1 범위 내에서 감액할 수 있다고 하여 감액의 여지를 두고 있음. 피고는 부과과징금 결정 단계에서 위 규정을 적용하여 원고가 들려리로 참여한 입찰에 대하여는 기본과징금은 30% 감경하여 원고가 취득한 이익의 규모를 과징금 산정에 반영함.

[(주)한양의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위(서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31854 판결³⁰²⁾)]

* 같은 취지: 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위(서울고법 2017. 9. 20. 선고 2015누55402 판결³⁰³⁾, 서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31908 판결³⁰⁴⁾, 서울고법 2017. 5. 12. 선고 2016누119 판결³⁰⁵⁾), 궤도공영(주)의 호남고속철도 오송~광주송정 간(제1, 2공구) 궤도부설 기타공사 입찰 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90621 판결³⁰⁶⁾)

301) 대법원 판결 취지에 따라 과징금액 일부를 직권취소하였고, 표기한송신(서울고법 2021. 5. 26. 선고 2020 누49746 판결)은 감액된 과징금액은 정당하다는 취지의 위원회 승소 판결을 선고함

302) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2017누68110 판결)은 원고의 상고를 기각함

303) 쭈한화건설 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2017누68127 판결)은 원고의 상고를 기각함

304) 대보건설(주) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2017누67605 판결)은 원고의 상고를 기각함

305) 삼성물산(주) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2017누18208 판결)은 원고의 상고를 기각함

306) 상고심(대법원 2019. 2. 28. 선고 2018누62416 판결)은 심리불속행 기각함

□ 이 사건 공동행위의 관련 매출액을 산정하면서 원고가 들러리로 참여한 입찰의 계약 금액을 포함시킨 것이 위법하다고 할 수 없고, 관수입찰과 민수입찰을 구분하여 달리 볼 근거는 없음

- ‘계약금액’은 과징금의 기본 산정기준이 된다고 보아야 하는데, 이는 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자뿐만 아니라 낙찰자 또는 낙찰예정자를 미리 정하는 내용의 담합에 참여하였으나 낙찰을 받지 못한 사업자에 대하여도 적용됨. 따라서 공정거래법 제19조 제1항 제3호 및 제8호에 해당하는 공동행위를 한 원고에 대하여 원고가 직접 낙찰을 받은 입찰 외에도 들러리로 참여한 입찰에 대해서도 그 입찰의 계약금액이 과징금 부과기준이 됨.
- 공정거래법의 목적에 저촉되는 측면에서 민수 입찰담합을 관수 입찰과 달리 볼 것은 아니고, 공정거래법 시행령 제9조 및 과징금고시에서는 관련매출액을 산정함에 있어 관수 입찰과 민수 입찰을 구분하지 않고 있는 등 관련매출액 산정 시 관수 입찰과 민수 입찰을 달리 볼 근거도 없음.

[대원전선(주)의 현대건설(주) 등 3개사 발주 케이블 구매입찰 담합 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 1. 18. 선고 2018누38842 판결, 고법 확정)]

□ 입찰담합에 가담하였을 뿐 낙찰을 받지 못한 사업자에 대한 과징금 부과기준을 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 “계약금액”으로 한다고 하여 타당성이 없는 부당한 것이라고 할 수도 없음

- 입찰담합에 가담하였을 뿐 낙찰을 받지 못한 사업자(이하 ‘참여자’라고 한다)의 경우 그 담합으로 직접적인 이익을 얻는 것은 아니지만 그로 인한 경제적 이익이 없다고 할 수 없을 뿐 아니라 입찰담합의 억지라는 행정목적을 실현하기 위해서는 이러한 참여자에 대하여도 과징금을 부과할 필요가 있는 것이며, 참여자에 대한 과징금 부과기준을 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 “계약금액”으로 한다고 하여 타당성이 없는 부당한 것이라고 할 수도 없으므로, 법 시행령 [별표 2] 제6호 단서 중 “입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내”라는 부분은 입찰담합의 특수성을 고려하여 당해 입찰에서 낙찰 받아 계약을 체결한 사업자의 “계약금액”을 과징금 부과기준으로 한 것으로서, 참여자에 대해서도 이러한 기준이 적용됨이 타당함.

[에쓰오일의 군납유 입찰담합 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결)]

- 들러리 사업자의 경우 그 담합으로 직접적인 이익을 얻는 것은 아니지만 그로 인한 경제적 이익이 없다고 할 수 없으므로, 들러리 사업자에 대한 과징금 부과기준을 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 계약금액으로 하는 것은 타당함
- 원고는 이 사건 공동행위에 따라 제5-3공구 입찰에는 낙찰자로서, 10개 공구 입찰에는 각 들러리사로서 참여하였음. 앞서 본 바와 같이 관련매출액 산정의 기초가 되는 계약금액은 특정 사업자의 계약금액이 아닌 당해 입찰의 계약금액을 의미하므로, 원고가 10개 공구에 관한 이 사건 공동행위에 참여한 이상 위 각 공구의 계약금액이 원고의 실제 매출액이 아니라고 하여 이를 관련매출액에서 제외할 것은 아님.
- 피고는 원고가 들러리로 참여한 10개 공구 입찰에 대하여는 들러리로 참여한 사정을 감안하여 이 부분에 관한 기본과징금의 50%를 감경하였음. 또한 과징금은 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위해서 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 세재금으로서의 기본적 성격에 부당이득 환수적 요소가 부가되어 있다는 점(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결 참조)을 더하여 볼 때, 원고가 낙찰 받은 제5-3공구의 계약금액뿐만 아니라 들러리로 참여한 10개 공구의 계약금액을 관련매출액으로 산정한 것이 과양·중복 제재에 해당한다고 볼 수는 없음.
- 들러리 사업자의 경우 그 담합으로 직접적인 이익을 얻는 것은 아니지만 그로 인한 경제적 이익이 없다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 들러리 사업자에 대한 과징금 부과기준을 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 계약금액으로 한다고 하여 타당성이 없는 것이라고 할 수 없음(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 참조). 또한 원고는 제5-3공구를 낙찰 받은 것 외에도, 제4-1공구 및 제3-3공구 입찰에 낙찰자 공동수급체의 서브사로서 참여함으로써 상당한 이익을 얻었는바, 원고의 들러리 참여에 대한 대가는 원고가 낙찰 받은 제5-3공구의 계약금액에 전부 포함되었다고 볼 수도 없음.

[지에스건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2014누65921 판결³⁰⁷⁾)]

* 참고: 대림산업 건(서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누65945 판결³⁰⁸⁾)

307) 상고심(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두46434 판결)은 심리불속행 기각함

308) 상고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두62658 판결)은 심리불속행 기각함

□ 들러리 참여에도 독자적인 위법성이 인정되므로, 들러리로 참여한 전체 매출액을 기준으로 관련매출액을 산정한 후 들러리 감경을 한 것은 적법함

○ 서로간의 들러리 참여는 이 사건 공동행위의 합의 내용이었으므로 원고들은 들러리 참여를 함으로써 자신들이 낙찰받기로 한 입찰 건에서 다른 사업자가 입찰에 참여하여 유찰을 방지하는 이익 등을 얻었다고 볼 수 있음.

○ 특정 입찰의 낙찰예정자를 합의하였다고 하더라도, 해당 입찰에서 경쟁입찰의 외형을 만들어 유찰을 방지하는 한편 실질적인 경쟁 없이 1개 업체만이 입찰에 참가하여 낙찰되는 것과 같은 효과를 발생시키기 위해서는 다른 사업자가 형식적으로 입찰에 참여할 필요가 있고, 이를 위해 들러리를 참여시키는 합의는 독자적인 경쟁제한성과 고유의 위법성이 있음.

[관수 원심력 콘크리트파일 구매입찰 관련 17개 원심력 콘크리트파일 제조·판매사업자 및 한국원심력콘크리트공업협동조합의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 4. 22. 선고 2020누44468 판결, 고법 확정)]

* 같은 취지: 서울고법 2021. 4. 22. 선고 2020누44758 판결(고법 확정), 2021누45133 판결⁽³⁰⁹⁾, 서울고법 2021. 8. 18. 선고 2020누45010 판결(고법 확정), 서울고법 2021. 9. 30. 선고 2020누56515 판결⁽³¹⁰⁾)

□ 낙찰받지 못한 공동행위자에 대하여는 당해 위반행위의 대상인 입찰의 규모와 상관없이 공정거래법 22조 단서에 따라 20억 원 이하의 과징금만 부과할 수 있다면 입찰담합에 대한 제재의 실효성도 확보하지 못함

○ 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고가 계약금액을 관련매출액으로 산정한 것은 공정거래법 22조, 공정거래법 시행령 9조 1항에 따른 것으로 적법함.⁽³¹¹⁾ 원고는 부당한 공동행위자가 실제 낙찰을 받았는지 여부에 따라 관련매출액을 다르게 산정하여야 한다고 주장하나, 원고의 주장대로라면 낙찰받지 못한 공동행위자에 대하여는 당해 위반행위의 대상인 입찰의 규모와 상관없이 공정거래법 22조 단서에 따라 20억 원 이하의 과징금만 부과할 수 있을 뿐이라는 부당한 결과가 발생하므로 앞서 본 입법취지에 반하고, 입찰담합에 대한 제재의 실효성도 확보하지 못하게 됨.

[현대건설의 낙동강하구둑 배수문 증설공사 입찰관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 8. 선고 2014누8041 판결⁽³¹²⁾)]

309) 상고식(대법원 2021. 8. 19. 선고 2021누39966 판결)은 심리불속행 기각함

310) 상고식(대법원 2022. 2. 27. 선고 2021누56275 판결)은 심리불속행 기각함

311) 과정금고시 IV.1.(1).(마)의 1항 역시 부당한 공동행위에 관한 기본과정금 산정방식을 정하면서 “입찰담합의 경우 계약이 체결된 경우에는 계약금액을, 낙찰은 되었으나 계약이 체결되지 아니한 경우에는 낙찰금액을, 낙찰이 되지 아니한 경우에는 예정금액(예정금액에 없는 경우에는 응찰금액)을 당해 입찰 담합에 참여한 각 사업자의 관련매출액으로 본다.”라고 정하고 있다.

312) 상고심(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016누19457 판결)은 심리불속행 기각함

- 발주사가 관련 입찰에서 낙찰을 받은 사업자와 계약을 실제로 체결하지 않고, 위 입찰과 별개로 원고와 별도의 계약을 체결한 것이라면, 피고가 들러리 사업자 감경을 적용하지 않고 관련매출액을 산정한 것은 과징금 부과의 기초가 되는 관련매출액에 관한 사실을 오인하였거나 관련 법리를 오해하여 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법함
- 다음과 같은 사실 및 사정들을 종합하면, 현대건설이 현대건설 59번 입찰에서 낙찰을 받은 우창하이텍과 힐스테이트 판교 모비우스에 관한 계약을 실제로 체결하지 않고, 위 입찰과 별개로 원고와 별도의 계약(이하 ‘이 사건 계약’이라 한다)을 체결한 것으로 봄이 타당함. 그럼에도 피고는 원고가 현대건설 59번 입찰에서의 낙찰자라고 보아 들러리 사업자 감경을 적용하지 아니하고 관련매출액을 산정하였는바. 이는 과징금 부과의 기초가 되는 관련매출액에 관한 사실을 오인하였거나 관련 법리를 오해하여 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법함.

- 현대건설 59번 입찰은 2017. 1. 25. 진행되었고, 이 사건 계약은 2017. 3. 13.경 체결됨. 그런데 현대건설 59번 입찰에 관하여 낙찰예정자로 합의된 우창하이텍은 2017. 3. 10. 회생절차가 개시되고 같은 해 11. 27. 그 회생절차가 종결됨. 이러한 사정에 비추어 현대건설이 회생절차에 들어갈 예정인 우창하이텍이 낙찰을 받은 경우 우창하이텍이 아닌 다른 계약 상대방을 찾을 필요가 있었을 것으로 보임. (중략) 이 사건 계약은 우창하이텍이 낙찰을 받고 해당 공사를 수행할 수 없게 되어, 원고가 입찰일로부터 약 1개월이 지난 후 현대건설로부터 제안을 받아 체결하게 된 것으로, 현대건설 59번 입찰에 따른 계약 과정에서 체결된 것이라고 보기는 어려움.

[울라이트라이프(주)의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 13. 선고 2022누33974 판결³¹³⁾]

(4) 적격조합으로 참여한 경우

- 원고의 이 사건 입찰담합과 관련된 매출액은 원고가 소속 조합원들로부터 수수하는 위탁수수료가 아니라 이 사건 입찰을 통한 계약금액이 된다고 보아야 할 것임
- 사업자로서의 부당한 공동행위에 관한 공정거래법 제19조 제1항을 적용하는 전 등을 종합하여 보면, 원고의 이 사건 입찰담합과 관련된 매출액은 원고가 소속 조합원들로부터 수수하는 위탁수수료가 아니라 이 사건 입찰을 통한 계약금액이 된다고 보아야 할 것임.

³¹³⁾ 상고심(대법원 2023. 2. 23. 선고 2022누64099 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고의 이 사건 입찰담합행위는 경쟁을 침해하는 위법성의 정도가 크고, 이 사건 입찰담합과 관련하여 원고의 소속 조합원들이 취득한 이득의 규모가 작지 아니한 점, 만약 원고와 같이 조합으로서 조합원들의 업무를 위탁받아 처리하는 경우에 조합이 취한 이득액 및 재정상황만을 참작하여 과징금액을 결정할 경우 조합을 통한 부당한 공동행위에 대하여는 적절한 과징금액의 산정이 불가능해져 위법한 공동행위에 대한 억지력을 가질 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 피고가 원고의 관련 매출액의 5% 상당을 기본과징금 부과율로 결정한 후 원고의 최근 3년간 연평균 매출액의 5%를 초과하지 않은 범위 내에서 과징금을 정한 것은 적법함.

[한국제유공업협동조합의 군납입찰단합 건(서울고법 2007. 7. 25. 선고 2007누2946 판결³¹⁴⁾)]

- 원고에 대한 이 사건 관련매출액을 원고의 영업수익이 아니라 원고가 낙찰 받아 계약을 체결하거나 수의계약을 체결하고 들러리로 입찰에 참가한 건의 계약금액으로 산정한 것에 위법이 없음

- 공정거래법 시행령 제9조의2는 부당한 공동행위 등을 한 사업자가 금융사업자 등과 같이 사업활동으로 얻은 수입을 재무제표에 매출액이 아닌 영업수익으로 기재하는 경우, 관련 매출액을 영업수익으로 산정하도록 하는 일종의 예외조항인 전, 갑 제9호증의 기재에 의하면 원고는 이 사건 공동행위로 인한 계약 이행대가 합계액을 재무제표에 영업수익으로 기재할 수 있음에도 계약 이행대가 합계액 중 0.06% 수수료 수입만을 영업수익으로 기재한 것으로 보이는 점을 고려하면, 원고는 적격조합으로 이 사건 공동행위에 가담한 사업자로서 예외규정인 공정거래법 시행령 제9조의2에 정한 사업자에 해당한다고 볼 수 없음.

[관수 원심력콘크리트파일 구매입찰 관련 17개 사업자와 한국원심력콘크리트공업협동조합의 부당한 공동행위 건(서울고법 2020. 12. 2. 선고 2020누44765 판결³¹⁵⁾)]

(5) 기타(수의계약, 인가요금 등)의 경우

- 이 사건 수의계약은 입찰담합에 기초하여 체결된 것으로 보아야 하고, 각 수의계약의 체결 과정에서 발주자와 원고 사이에 추가적인 협상 과정이 있었다 하더라도 이 사건 수의계약과 이 사건 공동행위 사이에는 관련성이 충분히 인정됨
- 입찰담합에 관한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액'의 경우에도, 입찰담합에 기초하여 체결된 계약금액에 해당되어야 한다는 의미의 '관련성'이 있을 것이 요구되며, 이러한

314) 상고심(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007두18079 판결)은 심리불속행 기각함

315) 상고심(대법원 2021. 4. 15. 선고 2020두57325 판결)은 심리불속행 기각함

관련성이 인정되지 않는 경우에는 그 계약금액을 과징금의 기본 산정기준으로 삼을 수 없음(대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두49044 판결, 대법원 2018. 12. 27. 선고 2015두44028 판결 등 참조).

- 이 사건 공동행위는 원고 등이 입찰에 있어서의 낙찰예정자, 투찰가격 등을 합의하고 그 밖에 입찰의 경쟁 요소가 되는 사항들, 즉 목표가격, 유찰여부, 물량배분 등에 관한 사항까지 사전에 합의한 것으로 부당하게 경쟁을 제한하는 전형적인 입찰담합행위에 해당하는 점, 원고 등 6개사는 발주자가 최초에 설정한 목표가격이 너무 낮다는 이유로 이를 회피하기 위하여 이 사건 입찰을 유찰시켜 수의계약을 유도하기로 합의한 것인 점, 실제로 원고 등 6개사가 위 합의에 따른 결과 이 사건 입찰이 유찰되어 발주자와 원고가 수의계약을 체결하게 된 점, 그렇다면 위 각 수의계약은 원고 등 6개사의 입찰담합에 기초하여 체결 된 것으로 보아야 하고, 위 각 수의계약의 체결 과정에서 발주자와 원고 사이에 추가적인 협상 과정이 있었다 하여도 이는 이 사건 공동행위의 합의 당시 이미 예견된 것이거나, 위 합의의 내용에 포함되어 있는 것이라 보아야 하는 점 등을 모아보면, 이 사건 입찰에서 발주자와 원고가 체결한 각 수의계약과 이 사건 공동행위 사이에는 관련성이 충분히 인정됨.

[현대중공업(주) 발주 조선부품 등 중량물 운송용역 입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 9. 23. 선고 2020누33710 판결³¹⁶⁾)]

- 원고는 항만하역요금의 경우 해양수산부의 인가에 따라 결정되어 입찰 절차에 있어 경쟁 대상이 되거나 합의의 영향을 받지 않으므로 항만하역용역에 따른 매출은 관련 매출액에서 제외되어야 한다고 주장하나, 하역작업 용역 중 항만구역 인가요금을 적용되는 부분이 있을 경우 입찰요율을 적용하지 않은 것에 불과하고, 항만구역 인가요금과 입찰요율이 적용된 하역작업 용역 전체가 이 사건 각 입찰의 대상이 된 것이므로, 항만구역 인가요금이 적용되는 하역작업 용역을 관련매출액 산정에 포함 시킨 것은 적법함
- ① 하역작업 용역에는 경쟁대상으로 입찰요율이 적용된 부분과 비경쟁대상으로 항만구역 인가요금이 적용된 부분이 밀접하게 결합되어 있는 점, ② 이 사건 각 입찰은 납품단가 입찰로서 하역작업 용역 중 항만구역 인가요금을 적용되는 부분이 있음 경우 입찰요율을 적용하지 않는 것에 불과하고, 항만구역 인가요금과 입찰요율이 적용된 하역작업 용역 전체가 이 사건 각 입찰의 대상이 된 점, ③ 입찰참가자들은 항만구역 인가요금이 적용된 부분을 감안하여 하역작업 용역 단가를 결정하고 이 사건 각 입찰에 참여할 것이 기대 되었던 점, ④ 낙찰자는 이 사건 각 입찰에 따른 계약을 이행할 경우 항만구역 인가요금이

316) 참고심(2021. 2. 4. 선고 2020두51679 판결)은 심리불속행 기각함

적용되는 하역작업 용역으로 인한 이익을 얻을 수 있으므로 이 부분에도 공동행위를 할 유인이 있는 점, ⑤ 원고 등은 경쟁대상인 용역과 비경쟁대상인 항만하역 용역을 포함한 이 사건 각 입찰 대상 용역 전체에 대하여 낙찰예정사를 사전에 합의하고 투찰가격을 결정하였던 점, ⑥ 이 사건 각 입찰에 따른 계약 역시 항만요금 인가요금이 적용되는 부분을 포함하여 체결된 점, ⑦ 이 사건 각 입찰에 따라 계약을 체결한 회사가 항만요금 인가요금이 적용된 용역을 이행하면 해당 용역대금을 수령하여 매출액을 발생시키게 되고, 성질상 혹은 계약조건상 일시적으로 보관만 하거나 추후 공제되는 것이 아닌 점, ⑧ 비경쟁대상인 항만하역 용역(항만요금 인가요금이 적용되는 부분)에 대하여는 가격 자체에 대한 담합이 없다고 하더라도 경쟁대상인 용역 부분과 결합하여 징해지는 투찰가격에 대한 담합이 있었다고 볼 수 있는 이상 비경쟁대상인 항만하역 용역 부분 자체에 대하여도 낙찰예정자에 대한 단합이 있었다고 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 항만구역 인가요금이 적용되는 하역작업 용역 부분은 이 사건 공동행위의 대상이 되는 용역 자체라고 할 수 있음. 피고가 항만구역 인가요금이 적용되는 하역작업 용역을 관련매출액 산정에 필요한 관련 용역에 포함시켜 산정한 조치가 부당하다고 보기 어려움.

[현대중공업(주) 및 (주)현대미포조선 발주 포함항 수입강재 하역·운송 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 5. 6. 고법 2020누45386 판결, 고법 확정)]

- 원고들이 이 사건 입찰에서 형식적인 응찰을 하거나 응찰을 하지 않는 방법으로 입찰담합에 가담하였더라도, 해당 매출액을 원고들에 관련매출액에 포함시킨 것은 적법함
- 공정거래법상 부당한 공동행위는 합의로써 성립하고 구체적인 실행행위를 요하는 것이 아니며 입찰담합은 형식적인 응찰을 하지 아니하는 방법으로도 가담할 수 있고(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019두37233 판결 참조), 이 사건 공동행위가 없었더라도 원고들 등이 일정 물량을 배분받을 수 있었다 하더라도 이 사건 입찰에 형식적으로 참여하거나 참여하지 아니한 행위를 놀러리 행위가 아니라고 평가할 수는 없으며, 원고들 주장에 의하더라도 원고들 등이 물량배분에 따른 자신의 뜻을 확보하기 위하여 이 사건 입찰에 형식적으로 참여하거나 참여하지 아니한 행위를 하였으므로 원고들 등에게 경제적 이익이 없다고 할 수 없음. 따라서 원고들 등이 이 사건 입찰에서 이 사건 공동행위로 형식적인 응찰을 하거나 응찰을 하지 아니하는 방법으로 입찰담합에 가담하였다는 이유로 피고가 놀러리 매출액 및 미응찰 매출액을 원고들의 관련매출액에 포함시킨 것은 적법 하므로, 원고들 주장은 이유 없음.

[(주)포스코 발주 포함제철소 생산 선재제품 운송용역 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 10. 26. 선고 2021누33656 판결³¹⁷⁾)]

* 참고: 동일 사건(서울고법 2021누33885, 2021누33809 판결)

(6) 공정거래법 제40조 제1항 제1호나 제3호가 적용되는 입찰방식의 경우

- 위원회가 공정거래법 제19조 제1항 제1호, 제3호만을 근거로 과징금을 부과하였다고 하여도 실질이 입찰담합 등에 해당하는 경우 계약금액을 기준으로 과징금을 부과할 수 있음
- 피고가 이 사건 공동행위에 대하여 공정거래법 제19조 제1항 제1호 및 제3호만을 근거로 과징금을 부과하였다고 하여도 그 실질이 입찰담합 등에 해당하는 경우에는 위 시행령 제9조 제1항 단서를 적용할 수 있으며, 위 시행령 규정의 취지는 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액이 없는 입찰담합 등 가담자에 대하여도 계약금액을 기준으로 과징금을 부과할 수 있음을 전제로 한 것으로 볼 수 있는 점, 피고가 위 규정에 따라 전선조합이 낙찰받은 전체 계약금액을 토대로 위 원고의 관련매출액을 산정한 것이 아니라 위 원고가 실제로 배분받은 물량을 기준으로 관련매출액을 산정하였으므로 위 원고가 위 물량을 일단 배정받은 이상 그것을 반납한 사정이 반영되어 있지 않다고 하더라도 과징금 처분과 관련한 재량권 일탈·남용이 있다고 보기는 어려움.

[한전 전력선 구매입찰 참가 35개 전선 제조사 등의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결)]

- 특히 이익금배분제 방식에 따라 이익배분을 받기로 한 경우 실질적으로는 낙찰자와 공동으로 수주한 것과 같은 효과를 가지므로 당해 건의 입찰 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 전체 계약금액을 관련매출액으로 봄이 상당함
- 김천시 입찰 건에서 원고가 입찰에 참여하지 않기는 하였으나 이는 이 사건 합의에 따른 것으로 보이고, 이에 따라 원고는 이익을 배분받기로 되어 있었던 점, 피고가 이 사건 과징금납부명령의 근거 법령으로 공정거래법 제19조 제1항 제8호가 아닌 제1, 3, 4호를 적시하였으나 이 사건 공동행위의 내용이 조달청이 발주한 이 사건 수중펌프 구매입찰 시장에서 입찰가격·물량배분이나 거래상대방에 관한 합의를 하였다는 것인 이상 그 실질은 입찰담합에 해당하는바, 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서를 적용하여 '계약금액'을 관련매출액으로 산정할 수 있고, 입찰담합에 의한 계약이 체결된 경우에는 계약을 체결한 당해 사업자뿐만 아니라 담합에 가담한 다른 사업자에 대해서도 그 '계약금액'이 부과기준이 되며, 특히 이익금배분제 방식에 따라 이익배분을 받기로 한 경우 실질적으로는 낙찰자와 공동으로 수주한 것과 같은 효과를 가지므로 당해 건의 입찰 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 전체 계약금액을 관련매출액으로 봄이 상당한 점(이는 원고가 실제로 이익배분금을

317) 상고심(대법원 2022두65764)은 원고 상고 취하로 확정

지급받지 못한 경우에도 동일하다) 능에 의하면, 원고에 대한 관련매출액 산정 시 피고가 김천시 입찰 건의 계약금액을 포함시킨 것은 정당하다고 인정할 수 있음.

[조달청 발주 수중펌프 입찰관련 20개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누4100, 2014누2043, 2014누43198 판결, 각 고법 확정)]

- 입찰방식의 거래에서의 가격담합이나 거래제한 합의에 대하여 법 제19조 제1항 제1호 또는 제3호를 적용한 경우라도 그 실질이 입찰담합인 이상, 관련매출액의 산정에서 계약금액을 관련매출액으로 산정할 수 있음

- ① 입찰 방식의 거래에서 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 할 것을 합의(이하 '가격담합'이라고 한다)하거나 상품의 거래 등이나 용역의 거래를 제한하는 행위를 할 것을 합의(이하 '거래제한 합의'라고 한다)한 경우 공정거래법 제19조 제1항 제1호나 제3호에서 정하는 공동행위가 성립하는 외에 같은 항 제8호에서 정하는 공동행위 역시 함께 성립하는 점, ② 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서는 위반행위의 유형을 구분하지 아니한 채 위반행위가 '입찰담합 및 이와 유사한 행위'에 해당하면 계약금액을 관련매출액으로 산정할 수 있다고 규정하고 있을 뿐인 점, ③ 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서의 규정은 입찰담합의 위법성이 중한 것을 간안하여 그에 대한 제재의 실효성을 확보하기 위하여 정책적으로 도입된 규정이므로 공정거래법 제19조 제1항 제8호의 입찰담합은 물론, 같은 항 제1호나 제3호가 적용되는 입찰방식의 거래에서의 가격담합이나 거래제한 합의에 대하여 적용할 필요성이 다르지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 피고가 입찰방식의 거래에서의 가격담합이나 거래제한 합의에 대하여 공정거래법 제19조 제1항 제8호를 적용하지 아니하고 같은 항 제1호 또는 제3호를 적용한 경우라도 그 실질이 입찰담합인 이상, 관련매출액의 산정에서 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서를 적용할 수 있다고 봄이 타당함.

[13개 비료 제조·판매사들의 부당한 공동행위에 대한 건, 남해화학(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결)]

* 참고: 주식회사 풍농 건(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014두1871 판결), 상일제과 등 방위사업청 발주 군 증식용 건빵 구매입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 20. 선고 2016누39001 판결, 고법 확정)

□ 원고들은 단순히 물량배분의 합의만 한 것이 아니라, 입찰에 있어서의 낙찰자, 투찰 가격 등의 사항을 결정하여 부당하게 경쟁을 제한하는 전형적인 입찰담합 행위인 이 사건 공동행위의 전체에 가담하였으므로 들려리 입찰의 계약금액을 관련매출액으로 합산한 것은 적법함

- 다음과 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 피고가 관련매출액에 들려리 참여 입찰의 계약금액까지 포함시킨 것은 법령에 따른 과징금 산정으로 적법함.
- 원고들은 단순히 물량배분의 합의만 한 것이 아니라, 입찰에 있어서의 낙찰자, 투찰가격 등의 사항을 결정하여 부당하게 경쟁을 제한하는 전형적인 입찰담합 행위인 이 사건 공동행위의 전체에 가담하였음. 이 사건 공동행위에 물량배분의 성질이 있다고 하여 입찰담합의 성질이 부정되는 것은 아님.
- 과징금은 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위해서 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득 환수적 요소가 부가되어 있음(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결 참조). 또한 공정거래법 시행령 9조 1항 단서는 위반행위가 '입찰담합 및 이와 유사한 행위'에 해당하면 계약금액을 관련매출액으로 산정할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이고, 나아가 위 단서의 규정은 입찰담합의 위법성이 중한 것을 감안하여 그에 대한 제재의 실효성을 확보하기 위하여 정책적으로 도입된 규정인바(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결 참조), 심지어 그 공동행위에 관하여 공정거래법 19조 1항 8호 이외의 것을 적용하였더라도 그 실질이 입찰담합인 이상 관련매출액의 산정에서 공정거래법 시행령 9조 1호 단서를 적용할 수 있는 것임(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결 참조).
- 원고들은 피고의 선례를 들어 실질이 물량배분 담합인 경우에는 입찰담합의 형식이더라도 각자 낙찰받은 금액만을 관련매출액으로 해야 한다고 주장하나, 원고가 들고 있는 개별의 결들의 존재만으로 자기구속력 있는 행정관행이 성립하였다고 인정하기 어려울 뿐 아니라, 입찰담합에 대한 피고의 의결(예를 들어 제2015-251호) 중에는 들려리 입찰의 경우에도 계약금액을 모두 관련매출액으로 합산한 사안이 다수 존재함. 또한 이 사건 공동행위는 입찰시장의 낙찰가격을 제한하는 것에 중점을 둔 것이므로, 실질적으로 낙찰자 결정에 어떠한 순서나 원칙을 두어 물량배분의 성격이 강한 사안들과는 구별됨. 그러므로 이 사건 과징금감경처분이 신뢰의 원칙 내지 자기구속의 원칙에 반한다고 보이지 아니함.
[엘에스 외 1의 한국철도시설공단 발주 전차선 및 조가선 구매입찰 관련 12개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 15. 선고 2015누58951 판결³¹⁸⁾)]

318) 상고심(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두49334 판결)은 심리불속행 기각함

다) 입찰담합에서의 과징금 감경

(1) 공동수급체 감경

- 2015. 10. 7. 개정된 과징금 고시의 감액할 수 있는 산정기준에서, N을 공동수급체의 수로 판단한 것에 합리적인 근거가 없다거나 재량권의 일탈남용이 있다고 볼 수 없음
- 2015. 10. 7. 개정된 과징금 고시에는 ‘들리리 사업자에 대하여는 그 수가 5 이상인 경우에는 N분의 (N-2) 범위 내에서 산정기준을 간액할 수 있고, N은 들리리 사업자의 수를 말한다’고 규정하고 있는데, 하나의 공동수급체 내에서는 상호 경쟁이 발생할 소지가 없고 입찰 실무에서 공동수급체는 하나의 경쟁주체인 사업자로 산정되는 점, 들리리 참여자들에 대한 과징금 산정기준을 합리적으로 조정하려는 과징금 고시의 개정취지 등에 비추어 보면, 피고가 과징금 고시의 N을 공동수급체의 수로 판단한 것에 합리적인 근거가 없다거나 재량권의 일탈남용이 있다고 볼 수 없음.

[LNG 저장탱크 건설공사 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2019. 7. 24. 선고 2017두56964 판결)]

* 같은 취지: 대림산업 건(대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두55077 판결), 한양 건(대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두55060 판결), 한화건설 건(대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두65708 판결), 현대건설 건(대법원 2019. 8. 14. 선고 2017두68509 판결), 대우건설 건(대법원 2019. 8. 14. 선고 2017두71093 판결)

- 이 사건 과징금 액수는 컨소시엄 내 원고 지분이 25%에 불과하여 취득한 이익 규모도 단독으로 공사계약 체결시보다 현저히 작다는 점이 전혀 고려되지 않아 재량권 일탈·남용의 처분에 해당함
- 이 사건 과징금의 액수는 전체 계약금액을 기준으로 하여 산정된 것으로서, 컨소시엄 내 원고의 지분이 25%에 불과하고 따라서 이 사건 입찰담합 행위로 인하여 원고가 취득한 이익의 규모도 원고가 단독으로 공사계약을 체결하였을 경우보다 현저히 작다는 점이 전혀 고려되지 아니하였음. 따라서 이 사건 처분 중 과징금납부명령 부분은 이 사건 입찰담합 행위로 인하여 원고가 취득한 이득액의 규모와의 균형을 상실하여 과나하게 산정되었다 할 것이므로 비례의 원칙에 위배된 재량권 일탈·남용의 처분에 해당함(다만, 이는 피고가 전체 계약금액을 기준으로 관련매출액을 산정한 것 자체가 위법함을 의미하는 것은 아니므로, 원고의 주장처럼 피고가 반드시 과징금의 액수를 컨소시엄 내 원고의 지분에 해당하는 비율만큼 감액하였어야 하는 것을 의미하는 것은 아니며, 피고가 이

사건 위반행위의 규모 및 영향, 제재의 핀요성 등과 아울러 원고가 이 사건 위반행위로 인하여 취득한 이득의 규모 등을 종합적으로 고려하여 적절한 범위 내에서 과징금의 액수를 산정하였어야 함을 의미함).

- 피고가 이 사건 입찰담합행위를 매우 중대한 위반행위로 보고 부과기준율을 10%로 적용하여 과징금을 산정한 것은 재량권일탈 낭용이 아님.

[대우건설의 아산시 하수관거 입찰단합 건(서울고법 2008. 7. 10. 선고 2007누24434 판결³¹⁹⁾)]

- 피고는 포스코건설 컨소시엄의 계약금액 전체를 기준으로 이 사건 과징금을 산정하면서도 컨소시엄에서 원고의 지분이 30%에 불과한 점을 전혀 고려하지 않았는 바 재량권을 일탈·남용한 위법이 있음

- 포스코건설과 금호산업이 상주시 하수관거정비 BTI 민간투자사업 입찰을 담합(2005.8.경)한 사안에서, 포스코건설 컨소시엄에서 원고의 지분은 30%에 불과하여 이 사건 담합으로 원고가 얻는 이익의 규모는 원고가 단독으로 이 사건 공사를 낙찰 받았을 경우보다 현저히 적어 보임에도 불구하고 피고는 포스코건설 컨소시엄의 계약금액 전체를 기준으로 이 사건 과징금을 산정하면서도 이와 같은 점을 전혀 고려하지 않았음. 그 결과 이 사건 과징금은 부당이득환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되고 그 액수 또한 원고의 이익 규모에 비하여 과다하게 산정되어 비례의 원칙을 위반한다고 봄이 타당하므로, 이 사건 과징금납부명령은 재량권을 일탈, 남용한 위법이 있음.

- 피고가 이 사건 입찰담합행위를 매우 중대한 위반행위로 보고 부과기준율을 10%로 적용하여 과징금을 산정한 것은 재량권일탈 낭용이 아님. 실시설계와 관련된 용여비와 감리비 등도 포스코건설 컨소시엄이 낙찰 받은 계약금액에 포함된 이상 관련매출액에서 공제하지 않는 것이 타당함.

[포스코건설의 상주시 하수관거 입찰담합 건(서울고법 2008. 10. 23. 선고 2008누8859 판결³²⁰⁾)]

319) 상고심(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008두13767 판결)은 심리불속행 기각함

320) 상고심(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두20734 판결)은 심리불속행 기각함

(2) 들러리 감경

- 원고가 들러리로 참여한 사정을 고려하여, 부과기준율을 낙찰 받은 사업자 대비 절반인 3.5%로 적용하는 방법으로 이 부분에 관한 기본과징금의 50%를 감경하였는 바, 과징금 고시에 의하면 원고의 단순 가담 내지 수동적 가담을 이유로 추가의 감경을 할 여지가 없음
- 과징금 고시 IV. 3. 다. (2)항은 다수의 사업자가 관련된 상황에서 위반행위에 단순 가담하거나 주종적인 역할만을 수행한 것이 명백한 경우, 또는 자신의 이익과는 무관하게 오로지 다른 사업자의 권유나 대리로 참여하였거나 기망 또는 강박에 의하여 부득이하게 참여한 경우 의무적 조정과징금을 100분의 30 이내에서 감경할 수 있다고 정하는 한편 그 단서에서 입찰답합에 있어서 탈락한 것을 이유로 기본과징금이 100분의 30 이상 감액된 참가사업자에 대하여는 위 규정을 적용하지 않는다고 정하고 있음.
- 피고는 원고가 5개 공구 입찰에 들러리로 참여한 사정을 고려하여, 부과기준율을 낙찰 받은 사업자 대비 절반인 3.5%로 적용하는 방법으로 이 부분에 관한 기본과징금의 50%를 감경하였는 바, 위 고시에 의하면 원고의 단순 가담 내지 수동적 가담을 이유로 추가의 감경을 한 여지가 없음. 또한 원고는 앞서 본 바와 같이 이 사건 공동행위에 참가함으로써 공동수급체의 인원으로 참여하는 이익을 누렸는 바, 원고가 7개 대형건설사로부터 이 사건 공동행위에 참여할 것을 일방적으로 강요받은 것으로 볼 만한 증거도 없음.
[한라의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참여 28개 사업자 부당공동행위 건(서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7468 판결, 고법 확정)]

- 낙찰업체인 엘지건설은 낙찰금액의 1000분의 8을 곱한 금액으로 하고, 탈락업체인 원고는 1000분의 4를 곱한 금액으로 산정한바, 원고에 대한 위 과징금 납부명령이 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수는 없음³²¹⁾
- 사천시청 신축공사 낙찰금액인 312억 4,300만 원을 기준으로 하여 위반행위의 내용, 경쟁제한의 정도 및 파급효과 등을 고려하여 낙찰업체인 엘지건설은 낙찰금액의 1000분의 8을 곱한 금액으로 하고, 탈락업체인 원고는 1000분의 4를 곱한 금액으로 산정하였는바,

321) 대우건설이 엘지건설과 함께 사천시청 입찰에 참가하면서 공종별로 특종공법 및 설비 중 55개 항목을 기본 설계에서 제외 또는 포함시키기로 합의한 사안에서 낙찰 받지 못한 대우건설에게 낙찰 받은 엘지건설에 비하여 절반의 과징금을 부과한 것은 정당하다고 본 사례임

이 사건 합의의 경쟁제한성은 위에서 본 바와 같이 결코 작다고 할 수 없을 뿐만 아니라 법령이 정하고 있는 과징금 부과의 한도 등을 감안할 때, 원고에 대한 위 과징금 납부명령이 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수는 없음.

[대우건설 등 2개사의 사천시청 입찰담합행위 건(서울고법 2005. 9. 28. 선고 2004누22098 판결, 고법 확정)]

(3) 공동수급체를 구성하여 들러리 참여한 경우

- 입찰에서 탈락한 사업자에게도 공동수급체 구성을 이유로 과징금을 감경하는 행정관행이나 재량준칙이 있다고 인정하기 부족함
 - 피고가 비록 부과과징금 결정단계에서 낙찰자에 대하여는 공동수급체를 구성하였다는 이유로 10%를 감경한 반면 공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하였던 원고에 대하여는 이를 이유로 감경하지 않았다고 하더라도 들러리 업체인 원고에 대하여 기본과징금 산정단계에서 낙찰자의 부과기준율의 50%를 이미 적용하였으므로 합리적인 이유 없이 원고를 차별하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 원고가 제출한 증거들만으로는 입찰에서 탈락한 사업자에게도 공동수급체 구성을 이유로 과징금을 감경하는 행정관행이나 재량준칙이 있다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없음.
[고려개발의 인천도시철도 2호선 턴키공사 입찰 관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누3329 판결, 고법 확정)]
- 피고가 원고에 대하여는 별도의 공동수급체 감경 항목을 부가하지 아니한 것은 위와 같이 재량에 의하여 큰 폭의 감경이 이루어진 전체 과징금 산정 과정에서 원고의 공동수급체 지분율이 충분히 반영되었다고 판단을 하였기 때문인 것으로 보이는바, 피고가 별도로 공동수급체 항목을 추가하지 않았다고 하여 비례의 원칙이나 평등의 원칙에 반하는 잘못이 있다고 보기 어려움
 - 피고는 원고가 공동수급체를 구성하여 입찰에 참가하였으나 낙찰을 받지 못한 시정을 감안하여 과징금 부과기준율을 산정하는 과정에서 50%를 감경하였음. 또한 조사협조 및 원고의 적자 상태를 감안하여 1차 조정 산정기준에 대하여 합계 30%의 감경을 하고, 건설시장 위축을 이유로 2차 조정 산정기준에 대하여 다시 10%의 감경을 하였음. 나아가 이 사건 재결에서는 원고의 재정적인 어려움을 재차 반영하여 2차 조정 산정기준에 대한 추가 50%의 감경을 하였음. 그 결과 피고가 원고에게 부과한 최종 과징금은 관련 매출액

대비) 약 1.5%에 불과하고, 이 사건 공사의 계약금액 중 원고의 지분율 상당액을 대비하여도 약 3.5%에 불과함.

- 피고가 이 사건 낙찰을 받은 코오롱글로벌에 대하여는 공동수급체인 점을 반영하여 별도의 감경을 하였으면서도, 원고에 대하여는 구체적인 주장에도 불구하고 별도의 공동수급체 감경 항목을 부가하지 아니한 것은 위와 같이 재량에 의하여 큰 폭의 감경이 이루어진 전체 과정금 산정 과정에서 원고의 공동수급체 지분율이 충분히 반영되었다고 판단을 하였기 때문인 것으로 보이는바, 피고가 부과과정금 결정 단계에서 별도로 공동수급체 항목을 추가하지 않았다고 하여 비례의 원칙이나 평등의 원칙에 반하는 잘못이 있다고 보기 어려움.

[태영건설의 청주하수처리장 여과시설 설치 및 소각로 증설공사 입찰 관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 3. 선고 2015누45191 판결, 고법 확정)]

- 과정금고시에서 '들러리로 참가한 공동수급체 구성원'의 경우 들러리 감경과 공동수급체 감경을 동시에 적용해야 하는지에 관하여 구체적으로 정하고 있지는 않으나, 감경 여부 및 감경률 등을 피고의 재량에 속하고, 들러리 감경과 공동수급체 감경을 중복하지 않은 것이 불합리하거나 자의적이라고 볼 수 없고, 사실을 오인하였거나 비례·평등의 원칙 위배로 보이지도 않음
- 공동수급체 감경 규정의 취지는 공동수급체를 구성하여 응찰하였을 경우 개별 구성원이 단합에 따라 취득하였거나 취득할 예정이었던 실제 이익의 규모를 과정금 산정 과정에서 고려하고자 하는 네 있음. 그런데 공동수급체를 구성하여 들러리로 참여하기로 하고 이에 따라 응찰한 경우, 공동수급체는 당초부터 낙찰 받을 의사 없이 해당 입찰에 형식적으로만 참여하기 때문에 담합의 내용에 따른 직접적인 유형의 이익이 발생할 여지는 없음. 설령 공동수급체가 예정가격의 추정에 실패하는 등의 변수로 인하여 해당 입찰에서 낙찰 받게 되더라도 이는 담합이 예정하였던 범위를 벗어난 것이다. 따라서 공동수급체를 구성하여 들러리로 참여한 경우 들러리 감경 규정 외에 공동수급체 감경을 하는 것은 공동수급체 감경 규정의 본래 취지와 부합하지 않는 측면이 있음. 그리고 들러리인 공동수급체 내 지분비율은 해당 공동수급체가 애초부터 낙찰 받을 의사가 없었다는 점에서 아무런 의미를 가지지 못하는 수치에 불과하므로, 지분비율을 기준으로 감경비율을 다르게 정하는 공동수급체 감경 규정은 이에 적용하기에 적합하지도 않음.
- 하나의 공동수급체 내에서는 상호 경쟁이 발생할 소지가 없을 뿐더러, 공동수급체를 구성하는 사업자의 수가 많다고 하여 해당 입찰에서 경쟁이 증대되는 것이 아니기 때문에, 하나의 업체가 들러리로 참여한 경우와 여러 업체가 하나의 공동수급체를 구성하여

들려리로 참여한 경우를 경쟁제한성 정도에 있어 달리 평가할 이유가 없음. 이러한 사정을 종합하여 보면, 피고가 공동수급체를 구성하여 들려리로 참여한 입찰에 관하여 ‘공동수급체의 수’를 고려한 들려리 감경만을 하고 ‘개별 구성사의 지분’을 고려한 공동수급체 감경을 하지 않은 것이 형평에 반하여 불합리하다거나 자의적이라고 보기 어려움.

- 들려리 감경 규정은 '들려리 사업자의 수가 4 이하인 경우에는 2분의 1 범위 내에서, 들려리 사업자의 수가 5 이상인 경우에는 N분의 (N-2)(N은 들려리 사업자의 수를 말하며, 공동수급체로 참여한 경우에는 공동수급체의 수를 말한다) 범위 내에서 산정기준을 감액할 수 있다라고 규정하여, 들려리 사업자의 수에 따라 감경률을 달리 정하면서도 공동수급체가 들려리로 참여한 경우에는 공동수급체를 하나의 사업자와 동일하게 취급하여, 공동수급체에 참여한 사업자의 수가 많더라도 그 구성원 전체를 하나의 사업자로 보아 감경률을 산정하도록 하고 있음. 앞서 본 바와 같은 들려리 공동수급체의 경쟁제한성 정도 등에 비추어, 공동수급체 구성원 각각을 독립된 들려리 사업자로 보지 않은 위 고시 규정 역시 불합리하다거나 자의적이라고 보기 어려움.

[관수 원심력 콘크리트파일 구매입찰 관련 17개 원심력 콘크리트파일 제조·판매사업자 및 한국원심력콘크리트공업협동조합의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 4. 22. 선고 2020누44468 판결, 고법 확정)]

4) 과징금 감경사유

가) 조사협력 감경

- 과징금고시의 조사협력에 관한 규정을 해석하면서 감면고시 제5조 각 호의 규정 내용을 고려할 필요는 없고 원고의 행위가 과징금고시의 조사협력에 관한 규정에 해당되는지를 판단함으로써 충분함
- 원고가 감면고시 제5조의 요건을 갖추지 못하여 결국 1순위 조사협조자로서의 지위를 인정받지 못하였음은 앞서 본 바와 같음. 그러나 앞서 본 구 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제2호 및 감면고시 제5조 각 호의 규정은 과징금고시의 조사협력에 관한 규정과 그 내용이 다르므로 과징금고시의 조사협력에 관한 규정을 해석하면서 감면고시 제5조 각 호의 규정 내용을 고려할 필요는 없고 원고에게 과징금고시의 조사협력에 관한 규정을 적용할 수 있는지 여부는 원고의 행위가 과징금고시의 조사협력에 관한 규정에 해당되는지를 판단함으로써 충분하다고 볼이 상당함.

- 앞서 본 바와 같이 원고는 피고에게 2009. 3. 26. 이 사건 공동행위를 인정하는 내용의 이 사건 공동행위에 관한 감면신청서를 제출하고 2009. 4. 10과 2009. 5. 11. 이 사건 공동행위와 관련된 자료인 자진신고 내용 보완, 우상 쇼이비 및 이○○의 각 진술서 등을 제출하였는데, 위 감면신청서에 첨부된 부당한 공동행위의 개요 및 자진신고 내용 보완, 우상 쇼이비 및 이○○의 각 진술서에는 앞서 본 바와 같은 내용이 기재되어 있는바, 이에 비추어 보면, 원고가 당시 감면신청을 하면서 제출한 자료는 담합의 배경, 합의 주체 및 내용, 가격인상의 실행내역 등 이 사건 공동행위의 주요 내용에 관하여 구체적으로 기술한 것으로서 피고가 이 사건 공동행위를 조사함에 있어 충분히 활용된 것으로 보일 뿐만 아니라 과정금고시의 조사협력에 관한 규정에도 충분히 해당하고, 이 사건 과정금납부명령 시에 피고가 감안한 사정, 즉 원고의 이○○이 이 사건 공동행위의 관여 사실을 부인하고 허위의 진술을 함으로써 사실상 피고의 조사진행을 어렵게 하였다는 정도만으로는 이에 방해가 되지 아니하는 것으로 보임.
- 따라서 피고가 이 사건 공동행위에 대한 조사 및 처분을 함에 있어 원고에게 조사협력으로 인한 감경을 하지 않은 것은 피고의 재량권을 일탈하거나 남용한 것으로서 위법함.
[한국유리공업 등 2개 관유리 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2015. 11. 19. 선고 2013누29492 판결322)]

□ 과정금의 부과에 있어서는 위법행위를 시인한 자와 이를 부인한 자 사이에 어느 정도 차등을 두는 것까지 금지되는 것은 아님

- [공정위는 2006.11.6. 쇼와덴코가 유카를 제외한 원처분의 피심인들과 조사협조 정도에 큰 차이가 없다는 위 대법원 판결을 고려하되, 원처분의 피심인들 중 원고만이 담합 사실을 일관되게 부인하였고, 피고의 전원회의에 참석하지 않는 등 피고의 조사 및 심의에 끝까지 비협조적 태도를 견지하였다는 사실을 침작하여 쇼와덴코에 대한 과정금 부과율을 1.2%로 변경함(환율은 처분당시의 환율을 적용)] 공정위가 공정거래 사건의 조사에 있어서 조사대상자인 원고에게 스스로 불리한 진술을 할 것을 강요할 수는 없다고 할 것이지만, 과정금의 부과에 있어서는 위법행위를 시인한 자와 이를 부인한 자 사이에 어느 정도 차등을 두는 것까지 금지되는 것은 아니라고 보아야 하는 점 등을 종합하면 재량 범위 내의 행위로서 적법함.

[쇼와덴코의 흑연전극봉가격 공동결정행위 재산정 건(서울고법 2007. 9. 19. 선고 2006누29692 판결323)]

322) 삼고신(대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두59464 판결)은 심리불속행 기각함

323) 삼고실(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007두22054 판결)은 공정위의 과정금 납부명령은 공정위의 재량권 범위 내의 행위로서 적법하다고 할 것이고, 비례의 원칙 등에 위배되어 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없다고 판단함

- 원고와 위 회사들에 대하여 과징금 부과기준 범위 내에서 조사에의 협조 정도에 따라 직권으로 이 사건 과징금처분에 대한 감액 처분을 함에 있어 감경비율에 차등을 두었다고 하더라도 그 차등이 현격하게 차별적이어서 그와 같은 과징금 산정이 형평의 원칙에 위배되어 위법하다고 할 수는 없음
- 원고가 이 사건 공동행위의 조사과정에서 피고의 소환에 응하여 이 사건 합의에 대하여 담당자가 진술한 행위는 공정거래법 시행령(2005. 3. 28. 대통령령 제18736호로 개정되기 전의 것) 제35조 제2항 제3호 가목의 '부당한 공동행위 사실을 신고하거나 조사에 협조하였을 것'에 해당할 뿐만 아니라 위 진술은 같은 호 나목에 규정된 '부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거'에 해당한다고 할 것이므로 피고가 원고에 대한 과징금을 산정함에 있어 임의적 조정과징금의 100분의 50 미만의 범위 안에서 감경을 하여야 할 것인데, 위 인정사실에, ① 피고가 과징금을 산정함에 있어 공동행위는 당사자 사이에 은밀히 이루어지는 것이 보통이어서 적발이 어렵기 때문에 조사과정에서의 협조의 정도에 따라 과징금 산정에 참작할 필요성이 크다는 점, ② 공정거래법상 신고자 등에 대한 감면 여부는 최종적으로 피고가 재량에 따라 결정할 수 있도록 되어 있는 점 등을 더하여 보면, 피고가 이 사건 회사들에게 과징금을 산정함에 있어, 이 사건 합의에 관하여 조사하기 이전에 이미 「이 사건 회사들이 2001년부터 2004년까지 굴삭기 판매가격을 공동으로 협의하여 인상하였다」는 증거를 확보한 상태였으나, 불보는 이 사건 합의의 시기와 참석자 내역, 가격인상 시기, 합의와 이행감시 방법 등에 관한 구체적인 증거를 최초로 제공하여 조사에 협조한 자인 반면 원고는 이 사건 합의의 조사과정에서 이 사건 합의에 관한 증거를 두 번째로 제공한 사정 등 이 사건 회사들이 제공한 증거의 내용, 증거 제공의 경위 및 순서 등 여러 사정을 참작하여 원고와 위 회사들에 대하여 과징금 부과기준 범위 내에서 조사에의 협조 정도에 따라 앞서 본 바와 같이 대법원 판결 이후에 직권으로 이 사건 과징금처분에 대한 감액 처분을 함에 있어 감경비율에 차등을 두었다고 하더라도 그 차등이 현격하게 차별적이어서 그와 같은 과징금 산정이 형평의 원칙에 위배되어 위법하다고 할 수는 없음.
- [두산인프라코어의 굴삭기 및 휠로다가격 공동결정행위 과징금재산정 건(서울고법 2009. 8. 28. 선고 2008누31200 판결324)]
- 조사협조의 정도에 따른 과징금 차등부과의 필요성 등을 감안하더라도 원고에 대한 과징금부과율은 너무 높다고 보이므로, 이 사건 과징금납부명령은 비례의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다 할 것임
- 피고는 원고 및 소외 회사들에 대한 과징금부과율을 공정거래법시행령(2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 [별표 2] 제6호 소정의 관련상품

324) 상고심(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009두16206 판결)은 심리불속행 기각함

매출액의 5% 범위 내에서 전원에 대하여 일률적으로 3%로 정한 다음, 소외 회사들 중 에스지엘, 토카이, 니폰카본, 에스아씨 등 4개 회사에 대하여는 조사에 협조하였다라는 이유로 과징금부과율을 관련상품 매출액의 1%로 감경하고, 유카에 대하여는 다른 소외 회사들보다 더 적극적으로 조사에 협조하였다라는 이유로 과징금부과율을 관련상품 매출액의 0.5%로 감경하여 산정하였고 그런데 원고는 비록 피고의 전원회의 개최에 앞서 국내 대리인을 선임하거나 전원회의에 출석하지는 않았지만, 피고의 자료제출 요구에 응하는 등 조사에 협조하였고, 유카를 제외한 나머지 소외 회사들과 비교하여 볼 때 그 조사협조의 정도에 큰 차이가 없었던 사실 등을 알 수 있는바, 이와 같은 사정과 공정거래법 제55조의3 제1항 소정의 사유, 즉 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하여 보면, 조사협조의 정도에 따른 과징금 차등부과의 필요성 등을 감안하더라도 원고에 대한 과징금부과율은 너무 높다고 보이므로, 이 사건 과징금납부명령은 비례의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다 할 것임.

[쇼와덴코 등 6개 사업자의 특연전극봉 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결)]

- 조사단계에 협조한 사업자는 20%의 감경을 받고, 원고는 조사단계 이후에 합의를 인정하였다라는 이유로 15%를 감경하였으나, 원고는 조사단계가 마무리되던 때 비로소 조사사실을 통보받았으므로 부당하다고 주장하나 원고는 적어도 2010. 9. 14. 무렵 피고가 이 사건 입찰담합에 관하여 조사하고 있다는 사정을 알 수 있었을 것으로 보이는바 원고가 조사가 끝난 단계인 2010. 11. 9. 경에 이르러서야 비로소 피고의 조사사실을 알게 되었음을 전제로 하는 원고의 주장은 이유 없음
- 조사단계에 협조한 사업자는 20%의 감경을 받고, 원고는 조사단계 이후에 합의를 인정하였다라는 이유로 15%를 감경하였으나, 원고는 조사단계가 마무리되던 때 비로소 조사사실을 통보받았으므로 부당하다고 주장하나, 피고 소속 담당 사무관이 이 사건 입찰담합에 관하여 조사중이던 2010. 9. 14. 경 원고의 영업담당이사로서 이 사건 입찰담합을 위한 회의에 직접 참여하였던 정00에게 전화를 걸어 이 사건 입찰에 관하여 질문하였고, 정00은 담합사실이 잘 기억나지 않는다는 취지로 말한 사실이 인정되는바, 원고는 적어도 2010. 9. 14. 무렵 피고가 이 사건 입찰담합에 관하여 조사하고 있다는 사정을 알 수 있었을 것으로 보이고 따라서 원고가 조사가 끝난 단계인 2010. 11. 9. 경에 이르러서야 비로소 피고의 조사사실을 알게 되었음을 전제로 하는 원고의 주장은 이유 없음.

[두산중공업 반주 하동화력발전소 7,8호기 공사용 케이블 구매 입찰 관련 9개사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 12. 14. 선고 2011누14137 판결, 고법 확정)]

- 조사협조에 있어 관련 자료의 제출시점은 다른 특별한 사정이 없는 한 협조의 정도를 판단하는 데 있어 주요 고려사항으로 봄이 타당함
 - 피고가 조사과정에서 조사대상자인 원고에게 스스로 불리한 진술을 강요할 수는 없으나, 과정금의 부과에 있어서 위법행위를 인정한 자와 이를 부인한 자 사이에 어느 정도 차등을 두는 것은 불가피하고, 조사협조에 있어 관련 자료의 제출시점은 다른 특별한 사정이 없는 한 협조의 정도를 판단하는 데 있어 주요 고려사항으로 봄이 타당함. 원고가 이 사건 조사과정에서 부당공동행위 사실을 부인하였고, 한편 관련 자료 제출이 상대적으로 지연되었으므로 피고가 조사협조를 이유로 한 과정금 감경비율을 5%로 정한 것에 재량권 일탈·남용의 위법이 있다 할 수 없음.

[13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누27584 판결³²⁵⁾)]
 - 피고가 이 사건 공동행위에 관한 과정금 산정과정에서 조사협력 감경 시 감경할 수 있는 상한은 20%가 아닌 30%이나 피고는 원고의 조사협력의 정도를 감안하여 전체 30%의 상한 중에서 적절한 감경률을 20%라고 판단한 것으로 보이고, 피고가 구 과정금 고시를 잘못 적용하였다거나 이에 관한 재량권을 일탈·남용한 잘못이 있다고 할 수 없음
 - 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지는 않는바(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두1811 판결 참조), 처분 이후 법령이 개정되어 신·구법 중 어떤 법이 적용되어야 하는지가 문제되는 경우 위 법리에 따라 행정처분 당시의 법령이 적용되어야 하고, 이는 피고의 과정금 산정에 있어 재량준칙을 제시하고 있는 과정금 고시에 관하여도 마찬가지임. 다만, 이 사건 공동행위기간 중(2009. 9. 22.부터 2011. 11. 11.까지)인 2010. 10. 20.에 개정되기 전의 구 과정금 고시는 조사협력 감경의 상한을 20%로 하였다가, 2010. 10. 20. 개정으로 이날부터 조사협력 감경의 상한을 30%로 상향하였고(이후 현재까지 감경률의 상한은 30%로 되어 있다.), 부칙에서 개정 과정금 고시 시행일인 2010. 10. 20. 전의 행위에 대해서도 그 소급적용이 피침인에게 불리한 경우가 아닌 한 개정 과정금 고시를 적용하도록 정하였는바, 결국 피고가 이 사건 공동행위에 관한 과정금 산정과정에서 조사협력 감경 시 감경할 수 있는 상한은 20%가 아닌 30%임.
 - 위 관련법리 및 과정금 고시의 변경 내역에 비추어 보면 피고는 원고의 조사협력의 정도를 감안하여 전체 30%의 상한 중에서 적절한 감경률을 20%라고 판단한 것으로

³²⁵⁾ 상고심(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두10093 판결)은 심리를 속행 가각함

보이고, 피고가 조사협력 감경과 관련하여 구 과징금 고시를 잘못 적용하였나거나 이에 관한 재방권을 일탈·남용한 잘못이 있다고 할 수 없음. 피고가 원고 주장의 다른 입찰단합 사건들에서 조사협력을 이유로 감경률 30%를 적용하였다고 하더라도 제출된 증거들만으로는 위 사례들이 이 사건과 동일하거나 유사한 사안이라고 인정하기 부족한바, 그로 인하여 원고에게 어떠한 신뢰이익이 생겼다고 보기도 어려움.

- 원고는 2015. 10. 7. 개정된 현행 과징금 고시에 의하면 들려고 참여사의 수가 5개사 이상인 경우 들리려 참여사의 수를 N으로 하였을 때 $(N-2)/N$ 의 범위에서 감액을 할 수 있도록 정하고 있는 점에 비추어도 이 사건 피고의 관련매출액 산정은 과다하다고 주장함. 그러나 이 사건 공동행위는 2009. 9. 22.부터 2011. 11. 11.까지 행하여진 것으로 구 과징금 고시 및 2010. 10. 20. 개정된 과징금 고시의 적용대상일 뿐 현행 과징금 고시의 대상이 아님.

[대우건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7529 판결³²⁶⁾]

* 같은 취지: 삼성물산 등 호남고속철도 차량기지 건설공사 입찰 관련 3개 건설업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7475 판결³²⁷⁾)

- 원고는 자진신고 감면신청을 하지 아니하였으므로 다만 조사협력 감경의 상한인 30%의 감경을 받았는바, 원고와 달리 감면신청을 한 결과 상일제과 및 상일식품이 각각 1/2의 감경을 받았다고 하여 원고에 대한 과징금의 산정이 형평에 반하는 것이라고 볼 수는 없음
- 부당한 공동행위자에 대한 과징금 부과처분의 과징금 산정과정에서의 조사협력 감경과 자진신고자 등 감면처분은 그 법령상의 근거와 요건을 달리하는 별개의 제도라고 할 것이고, 자진신고자 등 감면처분은 그 요건에 해당하는 자의 신청으로 개시되는 절차인바 원고가 조사협조자로서 과징금의 감면을 받기 위해서는 단순히 조사에 협조하는 데에서 더 나아가 감면고시에 따른 감면신청을 할 것을 요함. 원고가 그에 따른 감면신청을 하지 아니하였으므로 조사협조자로서 과징금 감면의 대상이 될 수 없고 다만 조사협력 감경의 상한인 30%의 감경을 받았는바, 원고와 달리 조사협조자로서 감면신청을 한 결과 상일제과 및 상일식품이 각각 1/2의 감경을 받았다고 하여 원고에 대한 과징금의 산정이 형평에 반하는 것이라고 볼 수는 없음.

[신흥제과 등 방위사업청 발주 군 증식용 건빵 구매입찰 관련 4개 사업자의 부당공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 4. 선고 2016누45808 판결³²⁸⁾)]

326) 상고심(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두49495 판결)은 심리불속행 기각함

327) 상고심(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두49716 판결)은 심리불속행 기각함

나) 자진시정 감경

- 자진시정 감경을 하지 아니할 합리적인 이유가 없는 만큼 자진시정 감경을 하지 아니한 것은 재량권의 일탈·남용으로 위법하다고 봄이 타당함
 - 원고는 2014. 11.경 개최한 경영회의에서 쳐방보상비 등을 제공하는 형태의 영업방식을 일체 중단하기로 하는 2015년도 사업계획을 수립하고, 2015년 시무식을 통하여 '정도영업'을 신년 계획으로 표명한 사실, 공정하고 투명한 영업활동을 수행하기 위해 '(주)파마킹 내규'를 제정·시행한 사실, 2014. 8. 31. 이후에는 쳐방보상비 등의 지급을 하지 아니한 사실이 인정됨.
 - 원고가 경기지방경찰청으로부터 수사를 받거나 피고로부터 조사를 받기 전에 위와 같이 자진 시정을 결의하고 실행한 점, 자진 시정으로 인하여 경쟁질서의 회복 및 관행의 개선을 기대할 수 있는 점, 이 사건 위반행위로 인하여 거액의 세금을 추징당하고 대표이사가 실형을 복역하는 등 항후 부당한 고객유인행위의 재발을 방지할 확실한 동기를 가지게 된 점을 고려하면, 자진시정 감경을 하지 아니할 합리적인 이유가 없는 만큼 자진시정 감경을 하지 아니한 것은 재량권의 일탈·남용으로 위법하다고 봄이 타당함.
- [(주)파마킹의 부당한 고객유인에 대한 건(서울고법 2018. 9. 19. 선고 2017누45768 판결³²⁸⁾)]
- 피고가 자진신고를 이유로 자진시정에 따른 감경을 하지 않았다고 하여 거기에 평등의 원칙을 위반한 위법이 있다고 단정하기 어려움
 - '자진시정'이 법 위반행위를 한 기업 스스로 피고와 상관없이 법의 테두리 내로 복귀하는 것을 의미한다면, '자진신고'는 피고에게 자신의 법 위반행위를 알리면서 피고가 법 위반행위를 적발할 수 있도록 적극 협조하는 것을 의미한다는 점에서 '자진시정'과 '자진신고'가 서로 상이한 개념으로서 논리상 필연적으로 중복되는 관계에 있지 않으므로, '자진시정'과 '자진신고'에 따른 각 감경을 하더라도 이중감경에 해당한다고 보기 어려움.
 - 그러나, 자진시정과 자진신고를 모두 한 기업에 자진신고에 따른 감경을 하더라도 자진시정에 따른 감경을 한다는 것이 피고 자신에게 구속력이 있을 정도로 관행으로 정착되었다거나 선행사례가 이 사건과 동일하다고 인정할 만한 증거가 없음. 따라서

328) 상고심(대법원 2017. 3. 16. 선고 2016도61723 판결)은 심리불소행 기각함

329) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2018도60656 판결)은 심리불속행 기각함

피고가 자진신고를 이유로 자진시정에 따른 감경을 하지 않았다고 하여 거기에 평등의 원칙을 위반한 위법이 있다고 단정하기 어려움.

[한국신용정보 등 4개 신용평가사의 가격공동결정행위 건(서울고법 2011. 5. 25. 선고 2010누13083 판결, 고법 확정)]

* 참고: 16개 생명보험사업자의 부당한 공동행위 중 삼성생명보험 건(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두15012 판결)

□ 한신정평가는 담합 가담에 관하여 일부 부인하는데 반하여 한기평은 모두 인정하고, 피고 조사에 적극 협조한바 한신정평가와 한기평을 다르게 취급한다고 하여 평등 원칙에 위배된다고 보기 어려움

○ 원고 한신정평가는 자진신고 감경과 조사자협조 감경을 적용받았지만, 범인설립 후 2008년 합의 전에 2004년 11월 담합에 가담하였는지와 2008년 3월 담합에 입원이 가담하였는지에 관하여 이를 부인하였을 뿐만 아니라 2008년 3월 담합에 관하여도 일부 부인하고 있는 데 반하여 한기평은 이 사건 공동행위 및 그 담합 내용을 모두 인정하고 있고, 이 사건 공동행위에 관한 피고의 조사에 적극 협조하였지만 제3순위 자진신고자로서 자진신고 감경을 받지 못하였음. 이러한 사정 등을 종합하여 보면 자진시정(판결원문에 자진신고라고 되어 있으나, 자진시정의 오타인 것으로 보임)에 따른 감경에서 원고 한신정평가와 한기평을 다르게 취급한다고 하여 이를 두고 평등의 원칙에 위배된다고 보기 어려움.

[한국신용정보 등 4개 신용평가사의 가격공동결정행위 건(서울고법 2011. 5. 25. 선고 2010누13083 판결, 고법 확정)]

다) 현실적 부담능력에 대한 고려

(1) 현실적 부담능력 판단기준일

□ 과징금에 대한 원고의 현실적 부담능력은, 과징금이 부과되기 이전의 상태를 기준으로 판단함이 타당하므로, 원고의 재무제표에 이 사건 위반행위로 인하여 예상되는 과징금이 충당부채로 인식되어 있다면 이를 제외하고 판단하여야 함

○ 구 과징금고시 IV. 4. 가. (1)의 ④항에서 3개년 당기순이익 가중평균 금액이 적자인 경우 부과과징금을 감액할 수 있도록 규정한 것은 위반사업자의 '현실적 부담 능력'을 고려하여

부과과징금을 조정하기 위함임, 이 사건 공동행위로 인하여 과징금이 부과될 경우 그 과징금에 대한 원고의 현실적 부담능력은, 과징금이 부과되기 이전의 상태를 기준으로 판단함이 타당함. 따라서 원고의 재무제표에 이 사건 위반행위로 인하여 예상되는 과징금이 충당부채로 인식되어 있다면 이를 제외하고 3개년 당기 순이익 기중평균 금액의 적자 여부를 판단하여야 함.

[삼보판지 등 16개 골판지상자 제조판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 (서울고법 2017. 7. 12. 선고 2016누57788 판결, 고법 확정)]

□ 과징금에 대한 원고의 현실적 부담능력은 객관적인 '재무제표'를 기준으로 판단하는 것이 타당함

- 과징금고시 IV. 4. 가. (1)의 (가)항에 비추어 보더라도 (직전) 3개년도 당기순이익 기중평균 적자 감경은 객관적인 '재무제표'를 기준으로 판단하는 것이 타당함. 재무제표상의 당기순이익이란 특정 사업자가 일정기간에 영업활동은 물론 비영업활동을 통해 얻은 모든 순이익의 합계를 의미하는데, 원고가 한국토지주택공사로부터 2014년에 수령한 지장률보상금은 회계상 이익에 해당하므로 당기순이익에서 제외하여야 한다고 보기 어려움.

[대성판지 등 18개 골판지 원단 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누68917 판결³³⁰⁾)]

(2) 구체적 사안

□ '임의적 조정과징금의 금액이 위반사업자의 현실적 부담능력 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우'에 해당하는지 여부는 자산·자본·부채 상황, 당기순이익 등 손익내용 및 이익잉여금의 규모 등 위반사업자의 전체적인 재정상태를 종합적으로 고려하여 판단하여야 함

- 피고의 과징금납부명령 등이 재량권 일탈·남용으로 위법한지 여부는 과징금납부명령이 행하여진 '의결일' 당시의 사실상태를 기준으로 판단하는 것이 원칙이고, '임의적 조정과징금의 금액이 위반사업자의 현실적 부담능력 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우'에 해당하는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 자산·자본·부채 상황, 당기순이익 등

³³⁰⁾ 상고심(대법원 2017. 8. 24. 선고 2017두43159 판결)은 심리불속행 기각함

손의내용 및 이익잉여금의 규모 등 위반사업자의 전체적인 재정상태를 종합적으로 고려하여 판단하여야 함(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두36256 판결 참조).

- 의결일인 '2015. 3. 17.' 당시의 원고의 재정상태를 살펴보면 비록 2013, 2014 사업연도에 당기순손실이 발생하였으나 2014 사업연도의 당기순손실은 주로 '기타의 영업외 비용'에 기인한 것으로서 원고의 사업성과를 그대로 반영한다고 보기 어려울 뿐만 아니라 위와 같은 당기순손실에도 불구하고 2014 사업연도의 이익잉여금이 2,670억 원에 이르는 점, 피고는 2013, 2012, 2011 사업연도의 원고의 당기순이익을 3:2:1로 가중 평균한 금액이 적자이고, 원고가 커소시엄을 구성하여 이 사건 압찰에 참여하였으며, 최근 경기 악화로 건설시장이 크게 위축되어 있다는 점 등을 감안하여 2차 조정과징금의 70%를 감경하였는바 원고의 현실적인 과징금 납부능력은 이 사건 과징금납부명령에 충분히 고려되었다고 할 것인 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 과징금납부명령이 비례의 원칙이나 형평의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없음.

[에스케이건설의 새만금방수제 등진! 3공구 건설공사 부당공동행위 건(서울고법 2015. 12. 10. 선고 2015누1023 판결³³¹⁾)]

- 원고의 2010년 내지 2012년 누적 당기순이익은 약 3,525억 원에 달하는 점, 원고의 2013년 당기순이익이 약 -2,000억 원의 적자로 전환되었으나 2013년도 이익잉여금은 약 1조 7,671억 원에 이르는 점 등을 종합하여 보면, 원고의 재정상태가 이 사건 과징금납부명령에 따른 과징금을 납부하는 것이 곤란할 정도로 열악하다고 보이지는 않음
- 이 사건 처분의 의결일인 '2014. 2. 25.'에는 원고의 2013 사업연도 재무제표가 아직 확정되지 않은 상태였으나, 원고는 당기순이익이 2011 사업연도 약 2,264억 원에서 2012 사업연도 약 949억 원으로 감소하였을 뿐 아니라 2013 사업연도에 2,100억 원 이상의 당기순손실이 발생할 것으로 예상되는 상황이었음.
- 피고는 2014. 2. 26. 경인운하 담합사건의 원심결에서 과징금 부담능력을 감안한 과징금 감경을 받지 못한 사업자가 제기한 이의신청에 대하여 재결하면서, 원심결 심의일 이후 확정된 재무제표를 고려하면 직접 3개 사업연도의 재무제표상 당기순이익을 각각 3:2:1로 가중 평균한 금액이 적자로 확인되었다는 이유로 이의신청을 받아들여 임의적 조정과징금의 50%를 감경하여 준 사례가 있음.

331) 상고심(대법원 2016. 4. 29. 선고 2016누32152 판결)은 심리불속행 기각함

- 그러나 한편, 앞서 인정한 사실 및 앞서 든 증거, 을 제15 내지 17, 19 내지 30호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면 아래와 같은 사정도 인정되는데, 이를 앞서 본 법리에 비추어 보면 위에서 인정한 사정만으로는 피고가 원고에 대하여 현실적 부담능력을 감안하여 입의적 조정과정금을 감액하지 않은 것이 형평의 원칙이나 비례의 원칙에 위배된다고 보기 어려움.
- 피고의 과정금납부명령 등이 재량권 일탈·남용으로 위법한지 여부는 다른 특별한 사정이 없는 한 과정금납부명령 등이 행하여진 '의결일' 당시의 사실상태를 기준으로 판단하여야 하는바, '2014. 2. 25.' 당시의 재정상태를 살피건대, ① 원고의 2010년 내지 2012년 누적 당기순이익은 약 3,525억 원에 달하는 점, ② 원고의 2013년 당기순이익이 약 -2,000억 원의 적자로 전환되었으나 2013년도 이익잉여금은 약 1조 7,671억 원에 이르는 점, ③ 2010년부터 2013년까지 원고의 자본총계/자본금비율은 모두 600% 이상인 점 등을 종합하여 보면, 원고의 재정상태가 이 사건 과정금납부명령에 따른 과정금을 납부하는 것이 곤란할 정도로 열악하다고 보이지는 않음.
- 또한 이의신청 절차를 거쳐 과정금이 감경된 피고의 2014. 6. 26.자 의결은 이의신청인의 2010년 내지 2013년도 당기순이익의 규모가 원고의 그것보다 현격하게 적으므로 이 사건과 단순 비교하기는 곤란함.

[현대산업개발의 인천도시철도 2호선 터키공사 입찰관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누46319 판결³³²⁾]

- 2013 사업연도에 원고에게 약 302억 원의 당기순손실이 발생하였다는 등의 원고의 주장은 원고의 재무제표상의 기재에 기한 것이 아니라 원고가 속한 기업집단 전체에 대한 연결재무제표상의 기재에 기초한 것으로 보이나 이는 받아들이기 어려움
- 위 인정 사실 및 을 제36호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 공정거래법상 과정금이 비록 제재적 성격을 가지고 있기는 하나 부당이득 환수의 성격을 겸유하고 있고 형사처벌이나 행정벌과는 그 성격을 달리하는 것이므로, 원고가 이 사건 과정금납부명령과는 별도로 입찰참가자격 제한이나 형사처벌을 받았다고 하더라도 이 사건 과정금납부명령이 이중처벌이라고 할 수 없는 점, ② 발주처가 원고에게 민사상 손해배상청구의 소를 제기하는 것은 피고가 원고에게 행정상의 제재로서 이 사건 과정금납부명령을 하는 것과는 무관한 점, ③ 원고의 2013 사업연도 당기순이익은 약 1,658억 원으로 흑자일 뿐만 아니라 2013 사업연도를 포함하여 2011 내지 2013 사업연도의 재무제표상 당기순이익을 각각 1:2:3으로 가중 평균한 금액 역시 흑자인 점, ④ 한편 각 제22호증의 기재만으로는 원고의 2014 사업연도의 당기순손실이 약 4,688억

³³²⁾ 상고심(대법원 2016. 5. 12. 선고 2016두32800 판결)은 심리불속행 기각함

워이라고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으며, 설령 원고의 2014 사업연도에 당기순손실이 발생하였다고 하더라도 이는 이 사건 쳐분 이후의 사정에 불과한 점. ⑤ 2013 사업연도에 원고에게 약 302억 원의 당기순손실이 발생하였다는 등의 원고의 주장은 원고의 재무제표상의 기재에 기한 것이 아니라 원고가 속한 기업집단 전체에 대한 연결재무제표상의 기재에 기초한 것으로 보이나 이는 받아들이기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 원고가 주장하는 사정을 감안하여 보더라도 이 사건 과정금납부명령이 비례의 원칙이나 형평의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없음.

[대림산업의 인천도시철도 2호선 터키공사 입찰관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누3435 판결³³³⁾)]

- 재무제표 상 자본 총계가 자본잠식 상태에 있지 아니하고, 당기순이익이 적자가 아니었으며 부채비율이 42%로서 200%를 초과하지 아니하므로 위반사업자의 현실적 부담능력에 따른 조정 기준에 해당하지 않음
- 원고의 재무제표 상 자본 총계가 자본잠식 상태에 있지 아니하고 당기순이익이 적자가 아니었으며, 부채비율이 42%로서 200%를 초과하지 아니하여 과정금고시에 정해진 위반사업자의 현실적 부담능력에 따른 조정 기준에 해당하지 않는다고 보아 그에 따른 감경을 하지 않은 것이므로 이와 같은 판단에 잘못이 있다고 보기 어려우며 원고의 과정금에 대한 납부기한 연장 및 분할 납부를 허가하였는바 과정금 부과처분이 원고의 부담능력을 고려하지 않았다고 보기 어려움.
[(주)워피드의 KTV 등 2개 발주처의 실시간 자막방송 속기영역 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 19. 선고 2018누62210 판결, 고법 확정)]
- 잉여금은 이익잉여금과 자본잉여금을 포함하는 개념인바 자본잉여금 역시 현실적 부담능력 판단요소 중 하나로 해석함이 상당하고, 현실적 부담능력 또한 원고의 재무상황을 토대로 판단하는 것이므로, 이 사건 공동행위에 참가한 다른 사업자들에 비하여 원고의 재무상황이 좋지 않다는 것만으로 현실적 부담능력이 없다고 할 수 없음
- 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015누36256 판결은 이익잉여금이 현실적 부담능력 고려요소 중 하나라는 의미이지 자본잉여금을 제외하여야 한다는 의미가 아니고, 오히려 자본잉여금을 위 부담능력을 판단하는 고려 요소에서 제외할 경우 위반사업자의 재정 상태에 관한 왜곡이 발생하게 되므로 자본잉여금 역시 현실적 부담능력 판단요소 중 하나로 해석함이 상당함.

333) 삼고심(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016누34264 판결)은 심리불속형 기각함

- 원고의 경우 결손금은 약 4,440억 원인 반면 자본잉여금의 구성요소 중 하나인 주식발행 초과금이 약 7,081억 원에 이르러 결손금의 액수만으로 원고의 현실적 부담능력이 없다고 단정하기 어렵고 자본잠식 상태에 이르지도 않음. 또한 원고에게 자금사정의 어려움이 발생하는 것 외에 영업을 계속하는 데 지장이 발생하는 등의 특별한 사정이 발생할 것이라 단정하기도 어려우므로, 원고의 현실적 부담능력이 없다고 할 수 없음.

[(주)한진중공업의 원주~강릉 철도건설 노반신설 기타공사 4개 공구 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 12. 선고 2017누62695 판결³³⁴⁾)]

- 감경 기준에 해당이 되지 않는 원고에 대하여 2차 조정 산정기준의 30%만 감경하는 처분을 한 것이 형평의 원칙에 반하거나 의결일 당시의 재정상태 등을 종합적으로 고려하지 않은 재량권 일탈·남용이 있다고 보기는 어려움
- 원고는 이 사건 과징금 고시에 따른 현실적 부담능력을 고려한 감경의 내용에는 해당하지 않으나, 피고는 원고의 이의신청을 일부 받아들여 부과과징금을 31,502,000원에서 16,552,000,000원으로 변경하는 재결을 하였음. 즉, '재무제표상 심의일 기준 직전 사업연도 전전 사업연도 및 전전전 사업연도의 당기순이익을 각각 3:2:1로 가중평균한 금액이 적자인 사업자들'에 대하여는 2차 조정 산정기준의 50%를 감경하였다고 하여서 위와 같은 감경 기준에 해당이 되지 않는 원고에 대하여 2차 조정 산정기준의 30%만 감경하는 처분을 한 것이 형평의 원칙에 반하거나 의결일 당시의 재정상태 등을 종합적으로 고려하지 않은 재량권 일탈·남용이 있다고 보기는 어려움.

[(주)한양의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위(서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31854 판결³³⁵⁾)]

라) 영세사업자에 대한 고려

- 비록 원고를 포함한 담합 가담 사업자들이 상대적으로 영세한 중소기업들로서 공정거래법 위반에 대한 인식 정도가 높지 않았다고 하더라도 과징금의 제재적 성격과 부당이득 환수적 성격에 비추어 과징금 미부과 사유가 있다고 하기는 어려움
- 공정거래법상 과징금 납부명령은 재량행위일 뿐 아니라 과징금고시에 의하면 경쟁제한 효과와 효율성 증대효과를 동시에 발생시킬 수 있는 공동행위의 경우로서 참가 사업자들이 행위의 위법성을 인식하지 못하고 경쟁제한효과와 그 파급효과가 크지 아니하다고 인정되는 경우에는 과징금을 부과하지 아니할 수 있음(III. 2. 다.의 (1)항 단서). 그러나

334) 상고심(대법원 2019. 2. 28. 선고 2018누63570 판결)은 심리불속행 기각함

335) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2017누68110 판결)은 원고의 상고를 기각함

이 사건 부당공동행위는 가격에 관한 담합으로서 그로 인한 효율성 증대효과를 찾을 수 없을 뿐 아니라 일반 농산 절임류 시장에서 담합에 가담한 사업자들의 절유율이 상당한 비중을 차지하여 관련시장에서 가격경쟁이 소멸하는 결과를 가져왔던 점을 고려하면, 비록 원고를 포함한 담합 가담 사업자들이 상대적으로 영세한 중소기업들로서 공정거래법 위반에 대한 인식 정도가 높지 않았다고 하더라도 과징금의 제재적 성격과 부당이득 환수적 성격에 비추어 과징금 미부과 사유가 있다고 하기는 어려움.

[23개 단무지 등 절임류 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 11. 17. 선고 2011누18702 판결, 고법 확정)]

- 동양석판과 신화실업의 과징금부담능력이 원고나 포스틸에 비하여 열세에 있는 바 동부제강에 대한 감액비율이 동양석판과 신화실업에 비하여 적다는 점을 들어 비례의 원칙에 위반된 것으로 보기는 곤란함
- 동부제강 등 사업자들에 대한 과징금을 산정함에 있어 동양석판과 신화실업이 석도강판만을 취급하는 사업자로서 과징금부담능력이 원고나 포스틸에 비하여 열세에 있다는 점 등을 참작하여 각 법정 과징금 상한액 범위 내에서 판시와 같은 감액을 하였으므로 동부제강에 대한 감액비율이 동양석판과 신화실업에 비하여 적다는 점을 들어 비례의 원칙에 위반된 것으로 보기는 곤란하다고 할 것임.

[동부제강 등 4개 강판제조업체의 석도강판가격 공동결정행위 건(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6510 판결)]

5) 과징금 가중사유

가) 가중사유로서의 위반 전력 합산

(1) 기준시점

- 과거 위반행위 전력을 고려하는 기준시점을 ‘위반행위시점’으로 하든 아니면 ‘조사개시시점’으로 하든 이는 피고의 재량에 속함
- 과징금 부과처분은 피고의 재량행위라 할 것이므로, 위반행위자의 과거 위반행위 전력을 과징금 액수에 반영할지 여부, 어느 범위에서 어느 정도 반영할지 여부는 모두 피고의 재량에 속한다고 할 것임.

- 따라서 피고가 과거 위반행위 전력을 고려하는 기준시점을 ‘위반행위시점’으로 하든 아니면 ‘조사개시시점’으로 하든 이는 피고가 합목적적으로 판단하여 결정할 성격의 것이고, 다만 피고는 위 기준을 적용함에 있어 법의 목적과 비례·평등의 원칙에 반하지 않게 행사할 의무를 부담한 뿐임.

[삼성불산의 서울지하철 9호선 3단계 919공구 건설공사 입찰 관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 4. 8. 선고 2014누8416 판결³³⁶⁾)]

- 과거 위반행위 전력을 과징금 액수에 반영할지 여부, 반영할 경우 어느 범위에서 어느 정도 반영할지 여부는 피고의 재량에 속하며, 피고가 과거 위반행위 전력을 고려하는 기준시점을 “조사개시시점”으로 하는 것은 정당함

- 과징금 고시 Ⅲ. 1. 나항은 ‘과거 3년간’을 직권조사 사건의 경우에는 직권조사계획 발표일 또는 조사공문 발송일을 기준으로 한다고 정하고 있을 뿐이고 원고(포스코건설)의 주장과 같이 당해 행위 시점을 기준으로 판단하여야 한다고 해석할 근거가 없음. 과징금 고시에서 위와 같이 피고의 직권조사 시점을 기준으로 판단할 것을 정하고 있음을 고려하면 원고의 주장과 같이 해석하는 것이 오히려 법적 안정성 및 예측가능성을 침해할 우려가 있음.

- 위반행위시까지 발생한 과거 위반횟수만 고려할 수 있다면 장기간에 걸쳐 여러 건의 위반행위를 하였는데, 최근의 것부터 위법사항이 드러나 피고가 최근의 것부터 순차적으로 시정조치 또는 과징금을 부과할 경우 결국 위 과징금 고시에 따른 가중을 할 수 없는 결과가 초래될 뿐 아니라 시간 순으로 적발된 경우와 형평에 반하는 불합리가 발생함.

[화양-적금(3공구) 도로공사 입찰관련 4개 사업자의 부당한 공동행위 건 중 포스코건설 (서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누60794 판결, 고법 확정)]

- 공정거래법상 위반행위에 대한 피고의 조사는 공정거래법상 위반행위가 있는지 여부에 대해 이루어지는 것이므로, 어느 특정 위반행위에 대한 조사를 개시하였다면 그 위반행위에 기답한 사업자 전체에 대하여 조사가 개시되었다고 봄이 타당함

- 사업자별로 현실적인 자료제출 요청일 및 현장조사일 등이 다른 경우 사업자별로 조사 개시일을 다르게 판단한다면, 피고의 주관적인 의사나 역량이 개입될 여지가 높고 사업자별로 피고가 조사개시일을 선택할 수 있게 될 우려가 있어 객관적인 기준에 따라 결정되어야 하는바, 동일한 공동행위에 기답한 사업자들에 대한 조사개시일은 원칙적으로 동일하다고 보아야 함.

³³⁶⁾ 상고심(대법원 2016. 9. 9. 선고 2016두40085 판결)은 심리불속행 기각함

- 또한, 위반행위에 대한 조사의 방법은 자료제출 요청, 출석요청, 현장조사 등 다양한 방법이 존재하고, 경우에 따라서는 이해관계인이나 참고인에 대하여 간접적으로 이루어지는 경우도 있으므로, 자료제출 요청일, 이해관계자 등 출석요청일, 현장조사일 중 ‘가장 빠른 날’에는 위반행위에 가담한 다른 사업자에 대한 조사가 이루어진 날까지 포함함.

[선박용 케이블 구매 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(제이에스전선, 서울고법 2019. 2. 13. 선고 2018누64285 판결³³⁷⁾)]

- * 위 판결은 당초 VI. 9. 처분시효 부분에 포함되어 있었으나, 위 판시사항은 처분시효 기산점으로서의 조사개시일에 대한 판시가 아닌, 법위반 횟수 기준 기준일로서의 조사개시일에 대한 판시사항으로 위치를 이동하였음.

□ 각 사업자별로 법위반 횟수 기준일로서의 조사개시일을 달리 보더라도 재량권 일탈·남용이 아님

- 피고가 입찰에 참여한 다른 사업자들에 대한 현장조사와 입찰현황 및 증거자료 분석을 통하여 비로소 원고에 대한 혐의를 포착한 후 2015. 6. 4.경 원고에게 자료제출명령 공문을 발송한 사정 등을 이유로, 원고에 대하여 2015. 6. 4.경을 ‘법 위반 횟수 기준을 위한 기준일’로 정한 피고의 조치에 재량권 일탈·남용이 없다고 판단한 원심 판결은 정당함.

[선박용 케이블 구매 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두65708 판결)]

- * ‘법위반 횟수 기준을 위한 기준일’로서의 ‘조사개시일’을 각 사업자별로 달리 보아야 하는 것인지 여부에 대하여 대립되는 판결이 존재하는 상황임에 유의

□ 강행규정인 공정거래법 제49조 제4항에서의 “처분시효의 시점으로서의 ‘조사개시일’”의 해석과 과징금 부과처분을 함께 있어 재량권 행사의 기준으로 마련된 사무처리준칙 상의 “법 위반 횟수 기준일로서의 ‘조사개시일’”에 대한 해석은 다를 수 있음

- 원고는 대법원 2019. 2. 28.자 심리불속행 기각으로 확정된 서울고법 2018. 10. 12. 선고 2017누62381 판결에서, 처분시효의 시점으로 구 공정거래법 제49조 제4항에 정한 ‘조사 개시일’의 하나인 같은 조 제2항에 정한 ‘신고’일에는 자진신고일도 포함된다고 판단하였는데, 과징금고시 규정이 자진신고 사건을 신고 사건과 구별하여 법 위반 횟수 기준의 기준을 다르게 규정한 것은 상위 법령인 구 공정거래법 제49조 제2항에 위반되어 무효라는 취지로 주장하나, 위 판결은 강행규정인 구 공정거래법 제49조 제4항에서 처분시효 시점으로 명시한 ‘조사개시일’의 해석이 문제된 것인 반면, 이 사건 과징금고시

337) 상고심(대법원 2019. 7. 11. 선고 2019두36780 판결)은 심리불속행 기각함

규정은 피고가 재량행위인 과징금 부과처분을 함에 있어 재량권 행사의 기준으로 마련된 사무처리준칙의 해석이 문제된 것으로 사안이 서로 다르고 위 판결에서 문제된 구 공정거래법 제49조 제4항은 처분기한의 기산일을 '조사개시일'이라고 하는 반면, 과징금고시의 규정은 법 위반 횟수 산정기간인 '과거 3년간'의 의미에 관하여 "신고 사건의 경우에는 신고접수일을, 직권조사 또는 자진신고 사건의 경우는 자료제출 요청일, 이해관계자 등 출석요청일, 현장조사일 중 가장 빠른 날"이라고 명시하고 있어 그 문언이 다르므로 위 판결의 취지를 이 사건에 원용할 수는 없음.

[현대건설(주) 등 3개사 발주 케이블 구매입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누38644 판결, 고법 확정)]

- 피고 과징금 고시 III. 1. 라.항에서 '신고사건의 경우에는 신고접수일을, 직권조사 사건의 경우에는 직권조사계획 발표일 또는 조사공문 발송일을 기준으로 하되 조사 계획 발표일과 조사공문 발송일이 다를 경우에는 뒤의 일자를 기준으로 한다.'고 정하고 있으므로, 이를 과거 법위반횟수를 계산하는 기간의 기준에 관한 일반원칙으로 적용할 수 있음
- 과징금 고시 III. 1. 라.항에서 과거 법위반횟수를 계산하는 기간의 기준에 관한 일반원칙으로 '신고사건의 경우에는 신고접수일을, 직권조사 사건의 경우에는 직권조사계획 발표일 또는 조사공문 발송일을 기준으로 하되 조사계획 발표일과 조사공문 발송일이 다를 경우에는 뒤의 일자를 기준으로 한다.'고 정하고 있고, IV. 3. 나. (6)에서 위반사업자가 법 위반으로 조치 받은 후 3년 이내에 조치 받은 위반행위와 동일한 유형(법조 및 각 호가 같은 경우를 의미)의 위반행위로 조치 받은 경우 100분의 5 이상 100분의 20 이내에서 과징금을 가중하되 다만 위반횟수에 의한 조정사유와 중복되는 경우 가중비율이 높은 가중사유를 적용한다고 규정하고 있으므로, '동일한 유형 위반에 의한 조정사유'의 기준시점을 과징금 고시 III. 1. 라.항에서 규정하고 있는 과거 법위반횟수를 계산하는 기간의 기준시점에 관한 일반원칙을 적용하였다고 하여 이를 가지고 피고가 재량권을 인탈·남용한 것으로 인정할 수 없음.

[가온전선 등 케이티 발주 UTP케이블 구매입찰 관련 9개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 4. 27. 선고 2016누79825 판결³³⁸⁾)]

* 같은 취지 : LNG 저장탱크 건설공사 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2019. 7. 24. 선고 2017두56964 판결, 대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두55077 판결, 대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두56957판결, 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017두68509 판결, 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017두71093 판결), 수도권고속철도(수서~평택) 제4공구 건설공사 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2019. 7. 25. 선고 2016두54688 판결)

³³⁸⁾ 상고심(2017. 8. 31. 선고 2017두45360 판결)은 심리불속행 기각함

- 과정금고시가 자진신고 사건의 경우 신고 사건과 구별하여 '자료제출 요청일 등'과 '조치의 의결일'을 기준으로 법 위반 횟수에 따른 가중을 하도록 규정한 것이 현저히 부당하다거나 재량권의 범위를 일탈·남용한 것이어서 위법하다고 볼 수 없음
- 피고는 법 위반행위에 대하여 과정금을 부과할 것인지 여부 및 과정금을 부과할 경우 법과 시행령이 규정하고 있는 일정한 범위 안에서 과정금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량이 있으며, 법령의 위임에 근거하여 마련된 과정금고시는 그 형식 및 내용에 비추어 피고의 재량권 행사의 기준으로 마련된 피고 내부의 사무처리준칙, 즉 재량준칙이라 할 것이므로, 과거 법 위반 횟수 산정의 기준을 포함하여 과정금의 산정과 부과에 관한 기준을 정하는 것은 피고의 재량으로서 그 기준이 헌법과 법률에 합치되지 않거나 객관적으로 합리적이라고 볼 수 없이 재량권을 남용한 것이라고 인정되지 않는 이상 피고의 의사~~는~~ 가능한 존중되어야 함.
- 과정금고시에서 '과거 3년간'의 의미를 정함에 있어 자진신고 사건을 신고 사건이 아닌 직권인지 사건과 동일하게 분류하고 있는 것은 피고가 자진신고 사건을 직권인지 사건으로 보아 처리해 온 관행을 명문화한 것으로 이는 자진신고의 잠행성에 기인함. 자진신고의 경우 피고 측뿐만 아니라 자진신고자도 비밀을 유지하게 될 것이어서 제3자 신고에 비하여 그 사실이 외부에 알려질 가능성이 낮으므로, 자진신고일을 과거 법 위반행위 횟수를 판단하는 기준으로 삼지 않고 직권인지 사건과 마찬가지로 "자료제출 요청일, 이해관계자 등 출석요청일, 현장조사인 중 가장 빠른 날"로 삼은 것은 수긍할 수 있음.
- 또한 위반행위자의 과거 법 위반 전력을 과정금 액수에 반영할 경우 어느 범위에서 어느 정도 반영할지 여부 또한 피고의 재량에 속하는 것이므로, 피고가 과거 법 위반 전력을 고려하는 기준 시점을 '위반행위 시점'으로 하든 '자료제출 요청일 등'으로 하든 이는 피고가 합목적적으로 판단하여 결정할 성격의 것임.
[현대건설(주) 등 3개사 발주 케이블 구매입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누38644 판결, 고법 확정)]
- 감면신청서 제출기한을 연장하면서 기한 내에 관련 자료를 보정하라는 회신은 자진신고(감면신청)의 내용을 보완하라는 취지에 불과하여 이를 과정금고시에서 정한 '자료제출 요청일'이라고 볼 수 없음
- 원고는, 피고가 2013. 11. 8. 넥상스코리아에 자료 제출을 요구하였으므로, 이때부터 과거 3년간이 역산되어야 한다고 주장하나, 피고가 2013. 11. 4. 넥상스코리아로부터 감면신청서에 관한 보정자료 제출기한 연장신청을 받고, 그 제출기한을 최대 2014. 1. 8.까지 연장하면서

기한 내에 관련 자료를 보정하라는 회신을 한 사실은 인정되나, 위 회신의 내용은 넥상스 코리아에 특정한 자료를 제출하라는 취지의 '자료제출요구'가 아니라 자진신고(감면신청)의 내용을 보완하라는 취지에 불과하여 이를 과징금고시에 정한 '자료제출 요청일'이라고 볼 수 없음.

[현대건설(주) 등 3개사 발주 케이블 구매입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누38644 판결, 고법 확정)]

(2) 합병·분할이 있었던 경우

□ 회사합병이 있는 경우 과징금 가중사유인 공정거래법 위반 전력도 승계된다고 봄이 타당함

- 회사합병이 있는 경우에는 피합병회사의 권리·의무는 사법상의 관계나 공법상의 관계를 불문하고 그의 성질상 이전이 허용되지 않는 것을 제외하고는 모두 합병으로 인하여 존속한 회사에게 승계되는 것으로 보아야 함(대법원 2004. 7. 8. 선고 2002두1946 판결 등 참조).
- 공정거래법 제55조의3 제2항에 의하면 합병된 KTF의 공정거래법 위반행위를 합병 후 존속하는 원고의 행위로 보아 과징금을 부과할 수 있으므로 과징금을 산정함에 있어 가중사유로 삼는 위반 전력도 합산하는 것이 타당함.

[6개 온라인음악서비스사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012누18523 판결)]

* 참고: 로엔엔터테인먼트 외 1 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012누17773 판결), 케이티뮤직 건(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012누18769 판결) 등

* 같은 취지: 서울지방조달청 및 인천지방조달청 발주 관수레미콘 구매 입찰 관련 17개 레미콘사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 및 한국레미콘공업협회의 사업자단체 금지행위에 대한 건(서울고법 2022. 4. 14. 선고 2020누50395 판결), 한국가스공사 발주 강관 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위 건(현대제철, 서울고법 2019. 1. 11. 선고 2018누35034 판결³³⁹⁾)

□ (분할약정으로 금호고속에 일체의 권리의무 및 향후 발생 채무 등을 귀속시켰다고 해도) 원고의 부당한 공동행위가 분할이 있기 전에 있었던 이상 피고가 이 사건 과징금을 산정함에 있어 이를 원고에 대한 과거 법 위반횟수로 참작할 수 있음

- 원고는, 피고가 원고에게 부과한 위 시정명령은 원고가 객관적으로 이행할 수 없는 내용을

³³⁹⁾ 상고심(대법원 2019. 5. 30. 선고 2019누34920 판결)에서 심리불속행 기각함

전제로 한 것이어서 당연무효라고 주장하나, 위 시정명령 당시 원고가 여객자동차운송 사업을 하지 않는다고 하여 그러한 사유만으로 시정명령 자체의 이행이 객관적으로 불가능하여 무효라고 할 수 없고, 피고로서는 이 사건과 같이 향후 과징금 가중요건의 충족을 위하여 시정명령을 발할 필요도 있으므로, 원고의 위 주장 역시 이유 없음.

- 설령 원고의 주장처럼 분할약정에 따라 피고가 금호고속에게 시정명령을 하는 것이 가능하고, 이에 따라 피고가 금호고속에게 시정명령을 하였다고 하더라도, 위 부당한 공동행위가 위와 같은 분할이 있기 전에 있었던 이상 과징금 고시 IV.2.나.(1)(가)의 규정을 적용함에 있어서 피고가 이를 원고의 법위반행위에 포함시켰다고 하여 그것이 모법의 위임을 벗어난 것이거나 피고가 재량권을 행사함에 있어 이를 일탈·남용하였다고 볼 수 없음(오히려 이를 법위반횟수에서 공제하는 것이 분할이라는 우연한 사정에 기하여 원고에게 부당하게 이익을 주는 것이 되어 부당함).

[금호산업의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 7. 15. 선고 2014누7499 판결³⁴⁰⁾)]

나) 구 과징금고시상 조사방해 가중(2016. 12. 30. 삭제됨)

- 원고가 조사를 방해한 사실이 인정되므로 임의적 조정과징금을 산정하면서 이를 가중사유(10%)로 삼은 것은 위법하지 않음
 - 공정위 직원들이 2006.10.23. 이 사건 영업지역 분할합의에 대한 조사를 위하여 원고의 사무실을 방문하였을 당시 원고가 30여분 동안 출입문을 개방하지 않는 등으로 조사를 방해한 사실이 인정되므로, 공정위가 임의적 조정과징금을 산정하면서 이를 가중사유(10%)로 삼은 것은 위법하지 않음.

[아이엔씨 등 2개사의 영업지역 제한행위 건(서울고법 2008. 10. 8. 선고 2008누8514 판결, 고법 확정)]
- 피고는 공정거래법 제22조에서 정한 상한 내에서 조사방해 행위를 가중사유로 고려하여 과징금을 산정할 수 있음
 - 공정거래법과 그 시행령의 관련 조항에 의하면 관련매출액의 10%라는 과징금 산정의 상한을 명시하면서 과징금 산정 시 고려해야 할 참작사유를 한정적으로 규정한 것이 아니라 포괄적으로 규정하고 있음을 알 수 있음. 이에 의하면 피고가 공정거래법 제22조에서

340) 상고심(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두47987 판결)은 심리불속행 기각한

정한 상한 내에서 대상 위반사업자에게 부과할 과징금을 산정하면서 임의적 조정과징금 산정 단계에서 조사협력 행위를 감경적 요소로, 조사방해 행위를 기중적 요소로 고려할 수 있도록 기준을 정하였다고 하더라도 이를 가리켜 법령의 위임범위를 벗어났다거나 재량권을 일탈·남용한 조치로서 위법하다고 볼 수는 없음.

- 공정거래법에서 조사방해 행위에 대하여 형사처벌과 과태료의 제재를 정하고 있다는 이유만으로 과징금 산정 시 고려요소에서는 배제한다는 것이 입법자의 의사라고 단정하기는 어려움.

[포스코건설 등 인천도시철도 2호선 턴키공사 입찰관련 21개 건설업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 9. 7. 선고 2014누46326 판결³⁴¹⁾)]

- 과징금 고시가 소속 임원 또는 종업원의 조사방해 행위를 고려하여 위반사업자에 대한 과징금을 산정할 수 있다고 정하였더라도 그 자체만으로 자기책임 원칙 등에 반하여 위법하다고 보기는 어려움

- 임원이나 종업원의 조사방해 행위는 결국 사업자의 이익을 위한 것이라는 점, 소속 임원이나 종업원의 조사방해 행위는 대부분 적어도 사업자의 둑시적 용인 내지 승인 하에 이루어지게 되고 사업자의 의사에 반하여 이루어지는 경우란 일반적으로 상정하기 어려운 점, 조사방해 행위로 인한 과징금의 기중 여부는 피고의 재량 사항이므로 사업자에게 소속 임원이나 종업원의 조사방해 행위로 인한 책임을 묻는 것이 부당한 경우 조사방해를 이유로 과징금 기중을 하지 않을 수 있는 점 등에 비추어 볼 때 과징금 고시가 소속 임원 또는 종업원의 조사방해 행위를 고려하여 위반사업자에 대한 과징금을 산정할 수 있다고 정하였더라도 그 자체만으로 자기책임 원칙 등에 반하여 위법하다고 보기는 어려움.

[포스코건설 등 인천도시철도 2호선 턴키공사 입찰관련 21개 건설업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 9. 7. 선고 2014누46326 판결³⁴²⁾)]

- 공정거래위원회에 과징금 제도의 취지와 목적을 달성하는데 적합한 고려요소를 추가할 재량이 있으므로, 조사방해를 이유로 한 과징금 기중은 적법함

- 공정거래법령은 과징금 산정에 필요한 참작사유를 포괄적·예시적으로 규정하면서 구체적인 고려사항과 세부기준은 고시에 위임하고 있고, 조사방해 기중규정은 이러한 법령의 규정과 위임에 근거를 두고 있음.

341) 상고심(대법원 2017. 2. 2. 선고 2016두54121 판결)은 심리불속행 기각함

342) 상고심(대법원 2017. 2. 2. 선고 2016두54121 판결)은 심리불속행 기각함

- 공정거래법령은 과징금 산정시 참작사유를 포괄적으로 규정함으로써 공정거래위원회에 과징금 제도의 취지와 목적 달성에 필요한 요소를 추가로 고려할 수 있도록 하고 있고, 과징금 산정시 조사협력을 감경 요소로, 조사방해를 기준 요소로 기준을 정한 것은 법령상 근거가 있는 규제로 무효라고 볼 수 없으며, 이러한 사정은 이후 이 사건 고시조항이 삭제되었다 하더라도 달리 볼 수 없다는 원심 판결은 정당함.
- 이 사건 고시조항은 “위반사업자 또는 그 소속 임원·종업원이 위반행위 조사를 거부·방해 또는 기피한 경우” 과징금을 가중할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이므로 조사를 방해하는 행위 외에 실제로 조사가 방해된 결과가 발생할 필요는 없고, 피고가 사안의 경증을 비교하여 한일시멘트에 대해서는 10%를 가중하고, 원고에 대해서는 20%를 가중한 것은 위법하지 않다는 원심판결은 정당함.

[7개 시멘트 제조사간 부당공동행위 건(대법원 2020. 11. 26. 선고 2017두36083 판결)]

다) 구 과징금 고시상 고위 임원 가중(2016. 12. 30. 삭제됨)

(1) '이사'의 의미

- 고위 임원인 부사장이 위반행위에 관여한 경우 임의적 조정과징금 산정 시 100분의 10 이내에서 가중하는 것은 적법함
- 원고는, 원고의 부사장 ○○○이 법인등기부에 이사로 등기되어 있지 않았으므로 ○○○이 이 사건 합의에 가담하였음을 이유로 10% 가중한 것은 위법하다고 주장함.
- 그러나 과징금부과세부기준 등에 관한 고시 IV. 3. 나. (5)에 의하면, 위반사업자의 이사 또는 그 이상에 해당하는 고위 임원(등기부 등재 여부를 불문한다)이 위반행위에 직접 관여한 경우에는 임의적 조정과징금 산정에서 100 분의 10 이내에서 가중하도록 규정하고 있으며, 이 사건 합의에 원고의 고위 임원인 부사장 ○○○이 직접 관여하였음은 앞서 인정한 바와 같으므로 이 부분 원고 주장도 이유 없음.

[씨제이제일제당 및 대상의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 4. 18. 선고 2011누29276 판결343)]

343) 상고심(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012두1485 판결)은 심리불속행 기각함

□ 위반사업자의 비등기 임원이 위반행위에 직접 관여하였다는 사정을 들어 100분의 10 이내 범위에서 과징금을 가중하는 것이 헌법과 공정거래법령에 합치되지 않는다고 객관적 합리성이 없이 부당하다고 할 수 없음

- 피고는 법령에 반하지 않는 범위 내에서 과징금의 가중·감면 사유 등에 관한 재량준칙의 내용을 어떻게 정할지에 관하여 재량이 있음. 피고는 이러한 재량에 기초하여 이 사건 고시조항의 적용 대상을 상법상 이사로 법인등기부에 등기된 자 이외에도, 비등기 임원 등으로까지 확장하기 위하여 이 사건 고시조항에 '등기부 등재 여부를 불문한다'는 부분을 추가하고, 그 후 비등기 임원에 대하여도 이 사건 고시조항을 적용한 것으로 보임.
- 나아가 거래현실상 비등기 임원이라 하더라도 일반 직원과는 의사결정이나 업무집행권한의 범위 등에서 차이가 있는데, 그러한 비등기 임원이 단순히 위반행위를 보고받고도 이를 제지하지 않는 등 간접적으로 관여하는 차원을 넘어서 위반행위를 주도·계획하거나 이에 유사한 정도로 위반행위에 직접 관여하였다고 볼 수 있다면, 이는 공정거래법령이 정한 과징금 산정의 참작사유 즉, '위반행위의 내용과 정도'에 영향을 미치는 '위반사업자의 고의, 위반행위의 성격과 사정'에 대한 평가를 달리 할 수 있는 사정에 해당함.

[태영건설 등 고양삼송 수질복원센터 시설공사 입찰 참여 2개 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016두35199 판결)]

(2) '고위 임원'의 의미

- 이 사건 공동행위 당시 최○○과 김○○는 상무보로 임원중 하위 약 40%에 해당하므로 원고의 직급 체계와, 임원 현황에 비추어 볼 때는 '고위임원'이라고 보기는 어려움
- 공정거래법은 '고위임원'의 개념은 별도로 정의하고 있지 않음. 그런데 이사 및 임원에 관한 상법과 공정거래법의 여러 규정들에 비추어 볼 때 과징금 고시에 규정된 '고위임원'의 개념을 '고위'라는 수식어가 없는 '임원'과 동일하게 본다면 이는 관련 문언의 의미를 원고에게 불리하게 확대하는 것이 됨. 과징금 부과처분 등 침익적 행정처분에 있어서는 국민의 재산권 등 관리보호라는 헌법적 요청 및 법치행정의 원리에 따라 근거 규정에 대한 엄격한 심사를 요하는바(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008두10621판결), '고위임원'의 개념을 '임원'으로 문언적 의미를 확대하여 해석하는 것은 헌법과 법치행정의 원리에 반하며, 나아가 피고가 이를 자의적으로 적용하거나 그 적용범위가 지나치게 광범위해져서 수범자의 예측가능성도 확보되지 않을 우려가 있음.

- 이 사건 공동행위 당시 원고의 임원은 94명이고, 상무보대우는 58명임. 최○○과 김○○는 상무보로 임원에 해당함. 임원은 사장 1명, 부사장 4명, 전무 9명, 상무 42명, 상무보 38명임. 상무보는 임원중 하위 약 40%에 해당함. 결국 이○○은 임원이 아니고, 최○○과 김○○는 임원에 해당하나 원고의 직급 체계와, 임원 현황에 비추어 볼 때는 '고위임원'이라고 보기는 어려움.
- 최○○은 이 사건 입찰 당시 원고의 토목환경사업본부 소속 토목환경팀 상무보로 재직하며 현장설명회 관련업무, 기술입찰서 준비 업무를 담당하였음. 김○○는 원고의 영업본부 소속 상무보로 재직하면서 업체동향 분석, 사전심사 자료 등 각종 서류 준비, 계약진행 상황 점검 등 영업업무를 담당하였음. 이와 같은 역할과 지위에 비추어 최○○과 김○○가 영업전반에 관여할 수 있는 지배력을 행사할 수 있는 직위에 있는 자라고 보기는 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없음.

[현대건설의 광주광역시 음식물자원화시설 설치공사 입찰 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2016. 5. 25. 선고 2015누45481 판결, 고법 확정)]

(3) '직접 관여'의 의미

- 개별적인 지시, 즉 구매입찰에서 낙찰자가 되지 말 것을 지시한 것은 사실이나, 이러한 행위가 고위임원이 담합행위에의 참가 사실을 보고받고 이를 그대로 허용하는 결재를 통한 간접적 관여에 비하여 더욱 직접적이거나 실질적인 가담이라고 평가하기는 어려움
- 원고 엘에스전선 등의 영업담당자들은 이 사건 구매입찰의 공고가 있은 직후인 2013년 4월말 무렵부터 이미 입찰담합을 하기로 합의한 상태에서 그 구체적인 내용으로 낙찰자를 누구로 할 것인지를 정하는 중이었는바, 황○○ 이사는 이○○ 차장으로부터 이와 같은 진행상황에 관하여 보고받고 원고 엘에스전선의 결재선 내에서 단순 지시를 한 사실이 인정된 뿐임. 비록 황○○ 이사가 개별적인 지시, 즉 구매입찰에서 낙찰자가 되지 말 것을 지시한 것은 사실이나, 이러한 행위가 고위임원이 담합행위에의 참가 사실을 보고받고 이를 그대로 허용하는 결재를 통한 간접적 관여에 비하여 더욱 직접적이거나 실질적인 가담이라고 평가하기는 어려움.
- 고위임원이 직접 만나서 합의한 경우에 준한다고 보기 위해서는 고위임원이 담합행위를 주도하거나 다른 사업자와의 합의과정에서 실질적인 역할을 하는 등 담합의 성립에

적극적으로 기여한 사정이 인정되어야 할 것임. 황○○ 이사가 합의 사실을 단순히 보고받은 것은 통상적인 업무의 일환으로 회사 내부에서 이루어지는 결재선에 따른 것으로 보이는바, 황○○ 이사가 그 이상으로 다른 사업자와의 합의과정에 직접적으로 관여한 사실을 인정할 만한 증거가 없음.

- 황○○ 이사의 개별적인 지시의 내용은 별다른 대가 없이 낙찰을 포기하라는 것인바, 이를 두고 다른 사업자와의 외부적인 관계에서 담합의 성립에 적극적으로 기여하는 행위로 평가하기는 어려움.
- 황○○ 이사가 관여한 입찰은 이 사건 공동행위에 의한 마지막 입찰인 2013. 5. 14.자 입찰이 유일한 것으로 보임. 한편, 원고 엘에스전선은 이 사건 공동행위에 참여하면서 별지3 기재와 같이 고위임원이 아닌 김○○, 이○○, 강○○ 3인의 영업담당자를 통하여 다른 사업자들과 합의를 하였고, 달리 원고 엘에스전선의 고위임원이 그 이상으로 이 사건 공동행위에 직접 관여하였음을 인정할 증거가 없음.
[엘에스 외 1의 한국철도시설공단 발주 전차선 및 조가선 구매입찰 관련 12개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 15. 선고 2015누58951 판결³⁴⁴⁾]]
- 과징금 고시에 고위 임원 가중 조항을 둔 규정 목적 등을 종합하여 볼 때, 위 가중사유는 ‘고위 임원이 관련 회사의 직원 등을 직접 만나 합의를 하였거나 이에 준하는 정도로 해당 위반행위에 실질적으로 가담한 경우’를 가리키는 것으로 한정하여 해석하여야 함
- 각 제1호증의 기재에 의하면 피고는 “원고의 최○○ 차장은 자신의 상급자인 정○○ 부장 및 장○○ 상무에게 이 사건 입찰에 관한 합의 사실을 보고하였고, 정○○ 부장과 장○○ 상무는 사후 보고를 받고도 이 사건 공동행위를 제지하기 위해 별다른 조치를 취하지 않았다.”라는 사실을 인정한 다음 원고의 고위 임원이 이 사건 공동행위에 직접 관여하였음을 이유로 해당 과징금 고시 규정에 따라 원고에 대한 1차 조정과징금의 10%를 가중하였음.
- 그러나 을 제1호증의 기재에 의하면 원고의 최○○ 차장과 정○○ 부장은 피고의 조사 과정에서 “당시 최○○ 차장은 실무자와 함께 입찰행정 지원 업무 등을 실질적으로 수행하였으며, 정○○ 부장은 파트장으로서 위 지원 업무 등을 총괄하였다. 최○○ 차장이 현대산업개발 측으로부터 제안을 받은 후 이를 정○○ 부장에게 보고하고, 정○○

344) 상고심(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두49234 판결)은 심리불송행 기각함

부장이 장○○ 상무에게 이를 보고하고 지시를 받았을 것으로 짐작이 된다. 짐작이 된다는 것은 정확하게 기억을 하지 못하나 보고 체계상 그렇게 될 수밖에 없다는 것을 의미한다.”라는 취지로 진술하였을 뿐임. 이에 의하면 원고의 장○○ 상무가 이 사건 공동행위에 관하여 직접 보고를 받고 지시를 하는 방식으로 합의 과정에 관여하였다고 볼 만한 객관적인 자료가 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없음. 이 사건 공동행위에 고위 임원의 직접 관여를 이유로 한 가중사유가 존재한다고는 보이지 않음.

[삼성물산의 새만금방수제 동진 5공구 건설공사 부당공동행위 건(서울고법 2016. 3. 30. 선고 2015누1016 판결, 고법 확정)]

- ‘직접’이라는 표현을 포함한 규정의 내용상 ‘고위 임원들이 직접 만나 합의를 하였거나 이에 준하는 경우’를 가리키는 것으로 해석되며, 위 가중사유는 위와 같은 해석을 전제로 가급적 엄격하게 심사함이 타당함
- 과징금 고시 과징금 고시 IV. 3. 나. (5)는 ‘위반사업자의 이사 또는 그 이상에 해당하는 고위 임원(등기부 등재 여부를 불문한다)이 위반행위에 직접 관여한 경우’라는 가중사유가 있을 때 1차 조정된 산정기준에 100분의 10 이내의 가중비율을 곱하여 산정된 금액을 1차 조정된 산정기준에 더하는 방법으로 과징금을 가중하도록 규정하고 있음.
- 위 가중사유는 ‘직접’이라는 표현을 포함한 규정의 내용상 ‘고위 임원들이 직접 만나 합의를 하였거나 이에 준하는 경우’를 가리키는 것이라고 해석되고 여기에다가 과징금 부과처분 등 침의적 행정처분에 있어서는 국민의 재산권 등 권리보호라는 헌법적 요청 및 법치행정의 원리에 따라 근거 규정에 대한 엄격한 심사를 요하는 전(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008두10621 판결 등 참조) 등을 더하여 보면 위 가중사유는 위와 같은 해석을 전제로 가급적 엄격하게 심사함이 상당함.
- 갑 제1호증의 2의 기재에 의하면, 피고는 “원고의 흥○○ 부장이 삼성물산의 정○○ 부장, 현대건설의 이○○ 부장과 함께 이 사건 합의를 한 후 원고의 남당 임원인 김○○ 상무에게 이 사건 합의 사실을 구두로 보고하였고 김○○ 상무는 구두로 ‘알았다.’라고 답변하는 등 이 사건 공동행위를 제지하기 위해 별다른 조치를 취하지 않은 사실”을 인정하고 이를 기초로 원고의 고위 임원이 이 사건 공동행위에 관여한 사실에 관하여 원고에 대한 1차 조정 산정기준의 10%를 가중하였음.
- 그러나 피고의 위 인정사실에 의하더라도 이 사건 공동행위를 원고의 김○○ 상무가 삼성물산, 현대건설의 임원 등과 직접 만나 합의를 하였거나 이에 준하는 경우에 해당한다고 볼 수는 없는 바, 이를 앞서 본 범리에 비추어 보면, 이 사건 공동행위가 위

기증사유에 해당한다고 인정하기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 을 제2호증의 25의 기재에 의하여 인정되는 바와 같이 이 사건 공사와 관련하여 원고의 홍○○ 부장과 박○○ 본부장이 순차 공모하여 건설산업기본법위반의 범행을 저질렀다는 이유로 처벌 받았다고 하여 이에 영향을 미치지는 아니함.

- 따라서 피고가 위 기증사유에 기하여 원고에게 과징금의 1차 조정 산정기준의 10%를 가중하고 그에 근거하여 이 사건 과징금부부명령을 한 것은 과징금 부과의 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등의 원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하고 이를 지적하는 원고의 위 주장은 이유 있음.

[지에스건설의 낙동강하구둑 배수문 증설공사 입찰담합 건(서울고법 2015. 6. 25. 선고 2014누8058 판결³⁴⁵⁾)]

- 고위임원의 관여행위가 단순히 위반행위에 관하여 보고를 받고도 이를 제지하지 않는 경우처럼 간접적으로 관여하는 데 그쳤다는 등의 특별한 사정이 있다면, 그와 같이 산정한 과징금부과처분은 재량권 일탈·남용에 해당하여 위법하다고 볼 수 있음

- 원고의 김○○ 상무가 통상적인 업무의 일환으로 이 사건 공동행위에 관하여 사후보고를 받고 특별한 조치를 하지 않았다 하더라도, 그와 같은 행위만으로 김○○ 상무가 이 사건 공동행위에 직접 관여한 것으로 보기는 어렵고, 달리 김○○ 상무가 이 사건 공동행위와 관련하여 관련 회사의 직원 등을 직접 만나 합의를 하였거나 이에 준하는 정도로 해당 위반행위에 실질적으로 가담하였다 할 만한 객관적인 자료가 없다고 보아, 피고가 원고의 고위 임원의 직접 관여를 인정하여 원고에 대하여 1차 조정 산정기준의 10%를 가중한 것은 과징금부과의 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등 원칙을 위반하여 재량권 일탈·남용에 해당한다고 판단함.

[에스케이건설(주)의 호남고속철도 건설공사 입찰참가 28개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두48737 판결)]

- 고위 임원이라도 단순히 위반행위에 관하여 보고를 받고 이를 제지하지 않는 등 간접적으로 관여한 것에 불과하다면 10% 고위임원 가중을 한 것은 위법함

- 원고 소속 ○○○ 상무의 실질적 지위가 일반 직원과는 다른 비능기 임원에 해당하여 고위임원이 맞다고 하더라도 ○○○의 행위는 단순히 위반행위에 관하여 보고를 받고도 이를 제지하지 않는 등 간접적으로 관여한 것에 불과할 뿐, 위반행위를 주도·계획하거나

345) 상고심(대법원 2015. 10. 14. 선고 2015누47539 판결)은 심리불속행 기각함

이와 유사한 정도로 위반행위에 직접 관여하였다고 볼 수 없음에도, 피고가 고위임원 직접 관여를 이유로 10% 가중을 한 것은 위법함.

[포항영일만항 남방파제(1단계 1공구) 축조공사 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 8. 21. 선고 2018누73517 판결³⁴⁶⁾)]

- 공정거래위원회가 비등기 임원이 위반행위에 직접 관여한 경우도 이 사건 고시조항의 적용대상이라고 보아 과징금을 가중하였더라도, 비등기 임원의 실질적 지위가 일반 직원과 마찬가지라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이를 두고 곧바로 재량권 일탈·남용하여 위법하다고 볼 수는 없음

- 이 사건 공동행위 당시 나○○이 이사보의 지위에 있었고, 원고의 조직 내에서 이사보라는 직위는 부장 중에서 연차가 쌓인 사람에게 주는 직위로 임원 임금 규정의 적용을 받지 않는 등 나○○은 임원이 아닌 직원에 불과한데도, 피고가 나○○을 원고의 고위 임원으로 보아 이 사건 고시조항에 기하여 과징금을 가중하여 산정한 과징금 부과처분은 그 부과의 기초가 되는 사실을 오인함으로써 재량권을 일탈·남용한 처분임.

[(주)포스코건설의 대구 서부하수처리장 총인시설 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2018. 12. 27. 선고 2015두44028 판결)]

- 고위임원이 일부 기간에만 관여하였고, 그 관여한 부분을 따로 산정하는 것이 가능한 경우에는 그러한 사정 등을 고려하여 과징금 가중의 비율을 적절하게 결정하여야 함
- 침익적 처분에 해당하는 과징금 부과처분에 관한 법령상의 기준은 그 문언에 따라 엄격하게 해석하여야 하고, 더욱이 이 사건 과징금 고시가 2016. 12. 30. 제2016-22호로 개정되면서 삭제되었다는 점을 고려하면 더욱 엄격하고 신중하게 적용한 핀요성이 있는 점, 임원이 위반행위에 직접 가담하는 경우에 가중 처벌하는 제도를 둔 취지는 가격에 대한 결정권을 가진 자가 직접 가격에 대한 담합행위에 가담하는 경우에는 그 가별성이 더욱 높기 때문인 점, 여기에 과징금의 가중은 제재적 성격의 처벌이므로 자기책임의 원칙과 행정법상 비례의 원칙에 합당하게 행사되어야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 고려하면, 피고는 이 사건 조항을 적용함에 있어서 고위임원이 위반행위의 일부 기간에만 관여하였고 그 관여한 부분을 따로 산정하는 것이 가능한 경우에는 그러한 사정 등을 고려하여 과징금 가중의 비율을 적절하게 결정하는 것이 타당함.

[성신양회의 3개 드라이클탈 제조사 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두12699 판결, 서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누35662 판결³⁴⁷⁾ 등)]

³⁴⁶⁾ 상고심(대법원 2020. 1. 30. 선고 2019두54603 판결)은 심리불속행 기각함

6) 재량권 일탈·남용

가) 재량권 일탈·남용 판단기준일

□ 과징금 납부명령 등이 재량권 일탈·남용에 대한 판단은 다른 특별한 사정이 없는 한 과징금 납부명령 등이 행하여진 의결일 당시의 사실상태를 기준으로 판단하여야 함

○ 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 판단해야 하고(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007두1811 판결 등 참조), 이는 공정거래법에 기한 공정거래위원회의 시정명령 및 과징금 납부명령에서도 마찬가지이므로, 공정거래위원회의 과징금 납부명령 등이 재량권 일탈·남용으로 위법한지 여부는 다른 특별한 사정이 없는 한 과징금 납부명령 등이 행하여진 '의결일' 당시의 사실상태를 기준으로 판단하여야 함.

○ 부과과징금이 위반사업자의 현실적 부담능력 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는지 여부는 자산, 이익잉여금의 규모 등 위반사업자의 전체적인 재정상태를 종합적으로 고려하여 판단하여야 함.

[지에스건설의 부당한 공동행위 건(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두36256 판결)]

□ 회생절차개시결정은 이 사건 과징금 부과 이후 이루어진 것으로서, 처분 당시 피고가 이를 충분히 예상할 수 있었다는 등의 특별한 사정에 관하여 입증이 없는 이 사건에서 처분 이후에 이루어진 회생절차개시결정을 이유로 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 볼 수는 없음

○ 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단해야 하므로 사업자가 과징금을 납부할 현실적 부담능력이 있는지 여부에 관한 판단의 기준시점은 다른 특별한 사정이 없는 한 과징금 납부명령 등이 행하여진 '의결인' 당시의 사실상태를 기준으로 판단하여야 함(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두36256 판결 참조).

○ 피고는 심의종결일인 2014. 7. 23. 기준으로 동부건설의 직전 3개 연도 당기순이익을 각 3:2:1로 가중평균한 금액이 적지인 점을 감안하여 추가 조정 시 50%를 감경하고 건설시장이

347) 상고심(대법원 2018. 6. 28. 선고 2018두39362 판결)은 심리불속행 기각함

위축되어 있는 점을 감안하여 10%를 추가로 감경하였으므로 이 사건 처분 당시 동부건설의 현실적 부담능력 등에 관한 사정은 이미 이 사건 과징금을 산정하는 데 반영되었다고 하겠음.

- 한편 동부건설에 대한 회생절차개시결정은 이 사건 처분 이후인 2015. 1. 7. 이루어진 것으로서, 처분 당시 피고가 이를 충분히 예상할 수 있었다는 등의 특별한 사정에 관하여 입증이 없는 이 사건에서 위와 같이 처분 이후에 이루어진 회생절차개시결정을 이유로 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 볼 수는 없음.

[동부건설 등 호남고속철도 노반선설 기타공사 제2-3공구공사 대안입찰관련 2개 건설사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 3. 23. 선고 2015누33181 판결³⁴⁸⁾)]

- 피고의 과징금납부명령 등이 재량권 일탈·남용으로 위법한지 여부는 다른 특별한 사정이 없는 한 과징금납부명령 등이 행하여진 ‘의결일’ 당시의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 함

- 피고가 2017.11.21. 의결 제2017-342호로 이 사건에 관한 의결을 하였으므로, 행정처분인 이 사건 과징금납부명령의 위법 여부는 의결일인 2017.11.21. 당시의 법령과 사실 상태를 기준으로 하여야 함. 2017.11.21. 당시 시행되던 이 사건 과징금 고시에는 단순가담 감경규정이 이미 삭제되었으므로, 피고가 이 사건 과징금납부명령에 관하여 단순가담 감경규정을 적용하지 않았다고 하여 잘못이 있다고 볼 수 없음.

[(주)대륙철도의 호남고속철도 오송~광주송정 간(제1, 2공구) 궤도부설 기타공사 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90638 판결³⁴⁹⁾)]

나) ‘매우 중대한 위반행위’에 대한 판단

- 원고가 이 사건 공동행위에 참여한 것은 입찰시장에서의 가격경쟁을 회피하기 위한 적극적인 목적을 위한 것으로 이 사건 공동행위의 의도 내지 목적에 정당한 사유를 찾기 어려우므로, 10%의 과징금 부과기준율은 재량권의 일탈·남용이 아님
- 원고가 낙찰받은 총 9건의 평균 낙찰률은 약 94%에 이르는데 이는 입찰답합이 없었던 경쟁기간 동안의 평균 낙찰률에 비하여 매우 높은 수치이며, 또한 이 사건과 같은 입찰답합의 경우, 낙찰을 받지 않은 ‘참여자’ 역시 그 답합으로 인한 직·간접적인 경제적

348) 상고심(대법원 2016. 8. 17. 선고 2016두39153 판결)은 실리불속형 기각함

349) 상고심(대법원 2019. 2. 28. 선고 2018두62485 판결)은 실리불속형 기각함

이익을 가지게 되는네, 그 이익이 추후 자신이 낙찰 받은 다른 입찰계약에 따른 매출액과 이득액에 그대로 반영되었다고 보기 어렵고, 더욱이 원고는 들려리로 입찰에 참여한 경우 낙찰자로부터 낙찰금액의 1% 내지 4% 상당의 금액을 들려리 참여의 대가로 지급받았는바. 원고가 이 사건 공동행위로 얻은 부당이익이 극히 미미하다고 볼 수 없을뿐더러 게다가 법상 과정금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등에 비추어 부당한 공동행위의 억제라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격을 가지고 있다는 점까지 더하여 보면(대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두2593 판결), 피고가 이 사건 공동행위를 '매우 중대한 위반행위'로 평가하고 그에 대한 부과기준율을 10%로 정한 것을 두고 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없음.
[삼화페인트 공업의 부당한 공동행위 건(서울고법 2015. 5. 21. 선고 2014누61721 판결³⁵⁰⁾)]

□ 이 사건 공동행위는 FPF 제품 시장에서 95%가 넘는 시장점유율을 차지하는 원고 등 8개 회사들이 공동으로 가격을 결정하는 행위를 한 것으로서 이를 '매우 중대한 위반행위'로 보기애 충분함

- 부당한 공동행위로 인한 위반행위의 중대성의 정도는 위반행위로 인하여 발생한 경쟁질서의 저해 정도, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 관련 소비자 및 사업자의 피해 정도, 부당이득의 취득 여부 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 함(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결 참조).
- 이 사건 공동행위는 FPF 제품 시장에서 95%가 넘는 시장점유율을 차지하는 원고 등 8개 회사들이 공동으로 가격을 결정하는 행위를 한 것으로서 경쟁을 제한하는 효과가 발생하는 것이 명백하고 효율성의 증대효과가 거의 없으며 그 위반행위의 파급효과가 전국적으로 미치므로 이를 '매우 중대한 위반행위'로 보기애 충분함.

[신양폼테크의 연질폴리우레탄폼 가격담합 건(내법원 2012. 1. 27. 선고 2010두24852 판결)]

□ 합의 6개사의 시장점유율 합계가 거의 100%에 이르고, 설령 합의가 원자재 가격 변동에 대응하기 위하여 이루어진 측면이 있다 하더라도 원고들이 얻은 부당이득이 크지 않다고 단정할 수 없으므로 이 사건 공동행위의 중대성의 정도를 '매우 중대한 위반행위'로 본 것은 적법함

- ① 이 사건 공동행위는 원고들 등 6개사의 시장점유율 합계가 거의 100%에 이르는 휴대용 부탄가스 시장에서 그 가격을 사전에 공동으로 결정한 것으로서 경쟁제한적 효과가 명백하고 당해 시장에 미치는 영향이 크고, ② 이 사건 공동행위는 원고들 등

350) 상고심(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두44325 판결)은 심리불속행 기각함

6개사 사이에 출현적 경쟁을 회피하여 안정적인 수익을 창출하기 위한 목적으로 이루어진 것인바, 설령 이 사건 합의가 원자재 가격 변동에 대응하기 위하여 이루어진 측면이 있다고 하더라도 원고들이 얻은 부당이득이 크지 않다고 단정할 수 없으며, ③ 전형적인 독과점 시장인 휴대용 부탄가스 시장의 폐쇄성을 고려하면 설령 판매가격의 범위를 대략적으로 합의하였다거나 실행을 관철하기 위한 제재수단을 마련하지 않았다고 하더라도 위반행위의 중대성의 정도가 감소한다고 볼 수 없으므로, 피고가 이 사건 공동행위의 중대성의 정도를 '매우 중대한 위반행위'로 보고 7%의 부과기준율을 적용한 것은 적법함.

[오제아씨, 닥터하우스 등 6개 휴대용 부탄가스 제조판매 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2017. 2. 3. 선고 2015누1412 판결, 고법 확정)]

□ 이 사건 공동행위는 원고들의 안정적인 수익창출을 위한 것으로 시장의 폐쇄성을 고려하면 합의의 실행을 관철하기 위한 제재수단을 마련하지 않았더라도 위반행위의 중대성의 정도가 감소한다고 볼 수는 없으므로 피고가 이 사건 공동행위의 중대성의 정도를 '매우 중대한 위반행위'로 본 것은 적법함

○ ① 이 사건 공동행위는 원고들 등 6개사의 시장점유율 합계가 거의 100%에 이르는 휴대용 부탄가스 시장에서 그 가격을 사전에 공동으로 결정한 것으로서 경쟁제한적 효과가 명백하고 당해 시장에 미치는 영향이 크고, ② 이 사건 공동행위는 원고들 등 6개사 사이에 출현적 경쟁을 회피하여 안정적인 수익을 창출하기 위한 목적으로 이루어진 것인바, 설령 이 사건 합의가 원자재 가격 변동에 대응하기 위하여 이루어진 측면이 있다고 하더라도 원고들이 얻은 부당이득이 크지 않다고 단정할 수 없으며, ③ 전형적인 독과점 시장인 휴대용 부탄가스 시장의 폐쇄성을 고려하면 설령 판매가격의 범위를 대략적으로 합의하였다거나 실행을 관철하기 위한 제재수단을 마련하지 않았다고 하더라도 위반행위의 중대성의 정도가 감소한다고 볼 수 없으므로, 피고가 이 사건 공동행위의 중대성의 정도를 '매우 중대한 위반행위'로 보고 7%의 부과기준율을 적용한 것은 적법함.

[오제아씨, 닥터하우스 등 6개 휴대용 부탄가스 제조판매 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2017. 2. 3. 선고 2015누1412 판결, 고법 확정)]

○ 원고 등 사업자는 KT의 목표가를 추정하여 각 업체의 투찰가를 사전에 합의한 결과 이 사건 공동행위 당시 최저 투찰률은 평균 99.37%에 달하였고, 협력업체들로서는 공급물량 확보 경쟁을 회피하고 매년 일정 물량의 공급을 확보하기 위하여 낙찰순위에 대한 합의의 필요성이 있었으며, 이 사건 공동행위로 가격경쟁은 사실상 완전히 제한되었고 실질적으로는 1개의 사업자가 입찰에 참여하는 것과 같은 효과가 발생하여 이로 인해 KT의 피해와 원고 등 사업자들의 부당이득이 있었다고 볼이 상당함. 또한 이 사건 공동행위는 입찰에

참여할 경쟁사업자들이 최저가 낙찰방식에서 낙찰자, 낙찰순위, 투찰가격 및 물량배분에 대해 합의한 것으로 경성 공동행위에 해당하고, 경쟁제한효과 이외에 다른 효율성 증대효과를 찾아볼 수 없음. UTP케이블 시장의 폐쇄성 및 이 사건 공동행위가 2008년부터 2013년까지 6년간에 걸쳐 지속된 점 등을 고려하면 원고 등 사업자들이 이 사건 공동행위에 관한 합의 이행을 위한 갑시나 제재의 수단을 마련하지 않았더라도 이 사건 공동행위의 중대성에 어떠한 차이가 발생한다고 보기 어려움.

[케이티 발주 UTP케이블 구매입찰 관련 9개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 1. 12. 선고 2017누79 판결, 고법 확정)]

□ 증권사들이 신고수익률을 동일하거나 유사한 수준으로 결정하기로 합의하여 이를 한국거래소에 제출한 행위를 매우 중대한 위반행위로 보아 과징금을 부과한 것은 타당함

- ① 이 사건 공동행위는 경쟁제한효과를 발생시키는 전형적인 '가격협정'에 해당하고, 이 사건 공동행위로 소액채권의 매입의무자에게 광범위한 피해가 발생하였으며 이들의 피해는 원고 등의 부당이득으로 귀결된 점, ② 피고는 원고의 이 사건 공동행위를 매우 중대한 위반행위로 평가하면서도 원고의 위반행위가 단 정도 및 시장전유율 등을 반영하여 부과기준율의 범위 내에서 가장 낮은 7%를 부과기준율로 정한 점 등 제반 사정을 종합하여 보면 피고가 원고에 대하여 과징금을 부과하면서 원고의 이 사건 공동행위를 매우 중대한 위반행위로 보아 부과기준율을 정한 것에 과징금 부과의 기초가 되는 사실을 오인하거나 비례·평등의 원칙에 위반되는 사정이 있다고 보기 어려움.

[20개 증권사의 부당한 공동행위 건 중 아이엠투자증권(서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누3544 판결³⁵¹⁾)]

* 같은 취지: 20개 증권사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3520 판결³⁵²⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누10061 판결³⁵³⁾, 서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누3513 판결³⁵⁴⁾, 서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누45012 판결³⁵⁵⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3483 판결³⁵⁶⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3551 판결³⁵⁷⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3490 판결³⁵⁸⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3148 판결³⁵⁹⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3452 판결³⁶⁰⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누45005 판결)

351) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38217 판결)은 심리불속행 기각함

352) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38705 판결)은 심리불속행 기각함

353) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38361 판결)은 심리불속행 기각함

354) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38200 판결)은 심리불속행 기각함

355) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38125 판결)은 심리불속행 기각함

356) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38316 판결)은 심리불속행 기각함

357) 상고심(대법원 2014. 10. 16. 선고 2014두38941 판결)은 심리불속행 기각함

358) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두38651 판결)은 심리불속행 기각함

359) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두38934 판결)은 심리불속행 기각함

다) 재량권을 일탈·남용하지 않아 적법하다는 사례

- 원고는 공동수급체 구성 및 지역분할을 합의하면서 지역분할 합의 내용을 설명받고 이에 동의하면서 적극적으로 공동수급체를 구성하여 입찰에 참여하였으므로 단순한 가담자에 불과함을 이유로 추가로 과징금을 감경하였어야 한다는 원고의 주장은 이유 없음
- 원고는 2010년 구매입찰에 관하여 조희구를 통하여 대명종합식품에 먼저 공동행위를 제안하였고, 위 제안이 거절되자 대명종합식품을 경제하기 위하여 기존 납품단가보다 낮은 원가서를 제출함으로써 대명종합식품이 공동행위에 참여하게 되는 계기를 마련하였음.
- 이 사건 공동행위는 4개 지역을 분할하여 각 지역별 낙찰자를 정하는 것이 그 본질에 해당하므로 지역별 입찰에서 각 입찰참여자가 투찰할 구체적인 가격은 합의대로 낙찰되도록 하기 위한 실행수단에 불과하고, 원고를 포함한 사업자들은 지역별 낙찰자 한의가 이루어진 뒤 구체적인 투찰가격은 중요하게 여기지 않았음. 원고는 공동수급체 구성 및 지역분할을 합의하면서 지역분할 합의 내용을 설명받고 이에 동의하면서 적극적으로 공동수급체를 구성하여 입찰에 참여하였음.
- 또한 상일제과가 대명공동수급체와 최종적으로 투찰가격을 협의하고 투찰에 참여한 것은 원고로부터 투찰가격 결정권한 및 투찰권한을 위임받아 이를 행사한 것이므로 원고도 구체적인 투찰가격 결정 및 행사에 대하여 마찬가지의 책임이 있고, 피고가 원고에 대하여 단순한 가담자에 불과함을 이유로 추가로 과징금을 감경하였어야 한다는 원고의 주장은 이유 없음.
[신흥제과 등 방위사업청 발주 군 증식용 건빵 구매입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 4. 선고 2016누45808 판결³⁶⁰⁾]
- 행위요소에 의한 1차 조정에서 아무런 감경을 하지 아니하였다는 사정만으로는 피고의 과징금 산정에 재량권의 일탈이나 남용이 있다고 볼 수 있으며, 두 법인이 실질적인 소유주체가 동일하다거나 계열회사의 관계에 있다는 사정만으로는 각각 다른 감경율을 적용한 것이 형평에 어긋난다고 볼 수 없음
- 행위요소에 의한 1차 조정에 관하여 규정하고 있는 과징금고시 IV.2는 위반행위의 기간이나

360) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38309 판결)은 심리불속행 기각함

361) 상고심(대법원 2017. 3. 16. 선고 2016두61723 판결)은 심리불속행 기각함

횟수를 감안하여 과징금을 가중하여 산정할 수 있도록 정하고 있을 뿐 과징금을 감경할 수 있도록 정하고 있지는 아니하는바, 피고가 1차 조정에서 아무런 감경을 하지 아니하였다는 사정만으로는 피고의 과징금 산정에 재량권의 일탈이나 남용이 있다고 볼 수 없음.

- 또한, 원고가 먼저 효성에게 고마력 원전용 전동기 입찰에서의 늘리리 참여의 대가로 저마력 원전용 전동기의 낙찰률을 양보해 줄 것을 제안하기도 한 사실을 인정할 수 있음. 따라서 원고가 공동행위에 단순가담하였다거나 추종적 역할만을 수행하였다고 보기는 어려우므로, 피고가 2차 조정에서 단순가담을 이유로 한 추가 감경을 하지 아니하였다고 하여 피고의 과징금 산정에 재량권의 일탈이나 남용이 있다고 볼 수 없음.
- 천인이엠은 2010. 12. 24. 원고로부터 분리되어 설립된 회사로서 원고와 별개의 법인임. 피고는 원고와 천인이엠이 별개의 법인인 것을 전제로 원고와 천인이엠의 입찰납합 행위를 분리하여 평가하고, 시장명령 및 과징금납부명령도 원고와 천인이엠에 대하여 별도로 처분하였음. 원고와 천인이엠이 별개의 법인인 이상, 두 법인의 실질적인 소유주체가 동일하다거나 두 법인이 계열회사의 관계에 있다는 등의 사정만으로는 원고와 천인이엠에 대하여 각각 다른 감경율을 적용한 것이 형평에 어긋난다고 볼 수 없음.

[천인의 한국수력원자력 발주 원자력발전소용 전동기 구매입찰 부당공동행위 건(서울고법 2016. 1. 22. 선고 2015누37923 판결³⁶²⁾)]

□ 피고가 합리적인 이유 없이 자의적으로 부과기준율을 다르게 정하지 않았으므로 재량권을 일탈·남용하여 과도한 과징금을 부과하였다고 보기 어려움

- 원고가 들고 있는 입찰납합 사건의 부과기준율에 관한 피고의 일부 의결 사례들의 경우 입찰 자체에 내재된 경쟁제한적 요소의 유무, 공동행위에 이른 구체적 경위, 공동행위의 사회·경제적 파급 효과 등에서 차이가 있다고 판단되고, 제출된 증거만으로는 피고가 합리적인 이유 없이 자의적으로 이 사건 공동행위와 동일하거나 유사한 위반행위를 한 사업자들과 원고를 다르게 취급하였다고 인정하기에 부족함.
- 피고는 원고가 이 사건 공사를 낙찰 받지 못한 사정을 감안하여 기본 과징금의 50%를 감경하였을 뿐 아니라 원고의 조사 협력 정도 및 과징금 납부 능력, 시장 예건 등을 누루 고려하여 최종적인 부과과징금을 정하면서 그 액수를 대폭 감경하였고, 그 결과 원고에게 부과된 과징금(1,240,000,000원)은 관련매출액(91,880,000,000원)의 1.35%에 불과함. 원고

362) 상고심(대법원 2016. 6. 10. 선고 2016누35458 판결)은 심리불속행 기각함

주장과 같은 사정만으로 피고가 원고의 위반행위 내용 및 정도, 부당이득 규모 등에 비례하지 않는 과도한 과징금을 부과하였다고 보기 어려움.

[코오롱글로벌의 영월 강변저류지 조성공사 관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 1. 13. 선고 2015누43744 판결, 고법 확정)]

* 같은 취지: 관수아스콘 구매입찰 관련 대전·세종·충남지역 3개 아스콘 협동조합의 부당한 공동행위에 대한 건 관련 과징금 재산정 및 부과에 대한 건(서울고법 2022. 3. 24. 2021누44281 판결³⁶³⁾)

- 이 사건 입찰담합행위는 낙찰예정자 및 투찰가격을 담합한 것으로 매우 중대한 위반행위로 볼 수 있고, 피고가 개정 과징금 고시에 따르는 경우 20%를 넘는 비율로 과징금을 감경하였을 것이라거나 혹은 20%만 감경한 것이 비례, 평등의 원칙에 위반된다는 점 등을 인정할 자료가 없는바 재량권 일탈, 남용의 위법이 없음
- ① 이 사건 입찰담합행위는 낙찰예정자 및 투찰가격을 담합한 것으로서 그 성격상 경쟁제한 효과만 발생시킬 뿐 달리 효율성 증대 효과는 가져오지 않는 점에서 피고가 이를 매우 중대한 위반행위로 본 것에 재량권 일탈, 남용의 위법이 있다고 할 수 없고, ② 피고가 조사협력에 따른 감경을 하면서 최고 30%까지 감경할 수 있도록 한 개정된 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시를 적용하지 않고 최고 20%까지만 감경할 수 있는 개정 전 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시를 적용하였다고 하더라도, 피고가 개정 과징금 고시에 따르는 경우 20%를 넘는 비율로 과징금을 감경하였을 것이라거나 혹은 20%만 감경한 것이 비례, 평등의 원칙에 위반된다는 점 등을 인정할 자료가 없는 이상 원고의 조사협력에 따른 감경을 하면서 그 감경 비율을 20%로 정한 피고의 조치에 재량권 일탈, 남용의 위법이 있다고 할 수 있으며, ③ 그 판시와 같은 이유로 원고가 낙찰자이었던 보령동대 아파트건설공사 입찰담합에 대해서는 공동수급체인 사정을 들어 20% 감경한 반면, 낙찰자가 아니었던 안천향촌 아파트 건설공사 입찰담합에 대해서는 이를 이유로 감경하지 않은 것에 비례, 평등의 원칙을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다는 이유로 피고의 과징금 산정에 재량권 일탈, 남용의 위법이 있다고 볼 수 없음.

[대보건설의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012두25941 판결)]

³⁶³⁾ 상고심(대법원 2022. 7. 28. 선고 2022두39895 판결)은 심리를 속행 기각함

- 이 사건 공동행위는 100%의 시장점유율을 가지는 사업자들인 원고와 하나로텔레콤 주식회사 사이의 가격 담합으로서 '매우 중대한 위반행위'로 평가되고, 정보통신부의 행정업무가 사실상 영향을 끼친 것으로 보아 10%를 감경한 점 등에 비추어 과징금 산정에 재량권의 일탈·남용이 없음
 - (1) 이 사건 공동행위는 100%의 시장점유율을 가지는 사업자들인 원고와 하나로텔레콤 주식회사 사이의 가격 담합으로서 하나로텔레콤의 낮은 시내통화료를 원고 요금 수준으로 인상하거나 조정하는 것인 점 등 여러 사정을 고려하면, 피고가 이 사건 공동행위를 '매우 중대한 위반행위'로 평가하여 기본과징금 산정 단계에서 기본과징금 부과기준을 3.5%를 적용한 것이 부당하다고 할 수 없고, (2) 이 사건에서 정보통신부의 행정지도의 성격과 그 후 이 사건 공동행위에 이르기까지의 경과 등을 고려하여 위 행정지도와 이 사건 공동행위 사이의 인과관계를 인정하지 아니하면서도 정보통신부의 행정업무가 이 사건 공동행위에 사실상 영향을 끼친 것으로 보아 임의적 조정과징금 단계에서 10%를 감경한 것은 정당하며 또한 하나로텔레콤은 당기순이익, 시장점유율 등의 시장 상황과 이 사건 공동행위에서의 역할 등의 측면에서 원고와 다르므로, 하나로텔레콤에 대하여만 30%의 추가감경을 하였다는 점 등을 들어 협평의 원칙에 위배되었다고 할 수 없으며, (3) 이 사건 공동행위로 인한 부당이득액을 정확히 산정하기 어려운 상황에서 원고 스스로 산정한 부당이득액 등을 참작하여 부과과징금 결정단계에서 20%를 감경한 것을 들어 감경률이 과소하여 부당하다고 할 수 없는바 과징금 산정과 관련하여 재량권의 일탈·남용이 없음.

[케이티의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012두29028 판결)]

- 건설공사의 입찰부문에 있어 자유롭고 공정한 경쟁질서에 대한 중대한 침해인 점, 피고가 경제사정 등을 감안하여 원고들에 대한 당초 과징금액수를 1/2로 감액하여 재결한 점 등을 종합하면 재량권남용 일탈이 있다고 보기는 곤란하다고 할 것임
 - 원고들을 비롯한 12개 업체가 입찰에 참여한 가운데 그 중 1개 회사가 낙찰 받을 수 있도록 경쟁의 번위를 제한하여 한진종합건설이 낙찰 반도록 한 원고들의 이 사건 행위는 법 위반행위 유형 중 경쟁제한성이 가장 명백하고 부당한 공동행위로서 건설공사의 입찰부문에 있어 자유롭고 공정한 경쟁질서에 대한 중대한 침해인 점, 피고가 경제사정 등을 감안하여 원고들에 대한 당초 과징금액수를 1/2로 감액하여 재결한 점 등을 종합하면 재량권남용 일탈이 있다고 보기는 곤란하다고 할 것임.

[서해안고속도로 군산-무안간 건설공사(21공구)등 3개 공구 입찰관련 26개사의 공동행위 건(서울고법 2000. 11. 9. 선고 99누9287 판결³⁶¹⁾)]

□ 공동행위로 인한 취득이익이 없다거나, 1998. 1. 14. 철근제조업체들에 대한 시정명령에 비해 과도한 처분을 하였다거나, 원고의 경영상 어려움 등이 있다는 사유만으로 공정위의 과징금 부과에 있어 재량권을 남용한 사유로 보기는 어려움

○ 원고들이 공정위에 제출한 내수판매실적 집계표에 의하여 신호스틸의 범위반행위 기간인 1997. 5. 1부터 1998. 6. 9까지 범위반행위 관련상품인 유통점 거래품목의 매출액을 과징금 산정의 기초가 되는 매출액으로 보고 이 사건행위의 정황과 경영상황 등을 고려하여 2/100에 해당하는 과징금을 부과한 것은 타당하고, 공동행위로 인한 취득이익이 없다거나, 1998. 1. 14. 철근제조업체들에 대한 시정명령에 비해 과도한 처분을 하였다거나, 원고의 경영상 어려움 등이 있다는 사유만으로 공정위의 과징금 부과에 있어 재량권을 남용한 사유로 보기는 어려움.

[강관제조 4사의 가격 빛 결제조건 공동결정행위 건(서울고법 2000. 12. 21. 선고 98누12651 판결³⁶⁴⁾]

□ 이 사건 과징금납부명령 당시 원고와 의료기기평가원의 재무상황이 같지 않았던 점 등을 고려하여 보면, 원고가 주장하는 사정만으로는 이 사건 과징금납부명령이 재량권을 남용하거나 그 한계를 넘은 것이라고 단정하기 어렵고, 달리 그와 같이 볼 충분한 증거가 없음

○ 2012년도 원고의 재무제표에 의하면, 원고의 자산총액은 546,410,837원인 반면, 부채 총액은 401,489,963원으로 의료기기평가원과는 달리 부채총액이 자산총액을 초과하지 않은 상태였고, 이 사건 과징금납부명령이 있었던 무렵인 2013. 2. 28. 현재 원고의 재무상태를 보더라도 자산총액이 456,479,383원이고, 부채총액이 468,360,327원으로 부채총액이 자산총액을 초과하기는 하였으나, 그 금액은 11,880,944원에 불과함.

○ 피고는 원고에 대한 과징금을 산정하면서 원고가 주장하는 앞서와 같은 사정들을 충분히 고려한 것으로 보이고, 여기에 이 사건 과징금납부명령 당시 원고와 의료기기평가원의 재무상황이 같지 않았던 점 등을 고려하여 보면, 원고가 주장하는 사정만으로는 이 사건 과징금납부명령이 재량권을 남용하거나 그 한계를 넘은 것이라고 단정하기 어렵고, 달리 그와 같이 볼 충분한 증거가 없음.

[4개 진단용 방사선 발생장치 겸사업체의 부당한 공동행위의 건, 한국의료기기기술원(서울고법 2013. 12. 18. 선고 2013누45432 판결³⁶⁵⁾]

364) 상고심(대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

365) 상고심(대법원 2008. 2. 11. 선고 2001두847 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

□ 오류나 중복을 감안하더라도 위반행위기간 동안 전체 매출액은 위와 같이 추산한 관련상품의 매출액보다 적다고는 단정하기는 어려운 점 등 여러 사정을 종합하면 재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 것이라고 하기 어려움³⁶⁷⁾

- 에프 호프만 라 로슈에 대한 과징금을 산정함에 있어서 위 회사의 매출액을 산정할 자료가 없어 이를 산정하기 곤란한 경우에 해당함을 전제로 합계 50억원의 범위 내에서 관세청의 자료를 기초로 추산한 관련상품의 매출액에 과징금부과기준율을 적용하였으나, 위와 같이 관세청 자료의 오류나 중복 등의 개연성이 높아서 이를 기초한 추산 관련상품 매출액 중 이러한 부분에 대한 조사나 확인 등이 이루어지지 아니하였다면 이 사건 비타민에 관한 위 회사의 관련상품 매출액을 제대로 반영하였다거나 합리적인 범위 내에서 적절하게 산출하였다고 하기 어렵다고 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 이러한 자료를 근거로 관련사의 매출액을 산정한 다음 이를 기초로 과징금을 산정한 것은 위법하다고 할 것이나, 이러한 오류나 중복을 감안하더라도 위반행위기간 동안 전체 매출액은 위와 같이 추산한 관련상품의 매출액보다 적다고는 단정하기는 어려운 점 등 여러 사정을 종합하면 재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 것이라고 하기 어렵고 비록 과징금 산정상의 위법이 있다고 하더라도 본 과징금은 합리적으로 적절하게 산정되어 재량권의 범위에 속한다고 할 것임.

[에프 호프만 라 로슈 등 6개사의 비타민 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]

□ 공정위가 부과한 과징금액은 비록 그 과징금액의 산정방식상의 위법이 있음에도 불구하고 원고의 공정거래법 위반행위의 내용과 정도, 기간, 위반행위에 대한 제재 및 부당이득의 환수 등을 고려하여 볼 때 재량권의 범위 내에서 합리적인 범위를 초과하지 아니하고 적절하게 산출되어 부과된 것임

- ① 공정위로서는 매출 관련자료 제출 요구에 응하지 않은 에프 호프만 라 로슈(이하 '라 로슈'라 한다)에게 객관적인 매출액을 산정하는 것이 곤란하여 각 비타민별로 정액 과징금의 상한액인 10억 원씩 합계 50억원의 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있었으며, 라 로슈에 대한 과징금액도 위 범위를 벗어나지 아니하는 점, ② 라 로슈가 공정거래법 위반행위를 종료할 당시 공정위의 내부적인 과징금산정기준(부과 지침 및 부과준칙)에 의하면, 위반행위 기간동안의 관련상품 매출액을 과악할 수 없는 경우에는 위반행위기간 전체의

366) 상고심(대법원 2014. 4. 24. 선고 2014드35362 판결)은 심리불속행 기각함

367) 매출액 산정자료가 없어 관세청의 자료를 기초로 관련매출액을 추산하려면 관세청 자료의 오류나 중복 등에 대한 조사가 전제되어야 함

매출액의 5%의 범위 내에서 과징금을 부과하도록 규정하고 있는바, 라 로슈가 생산·판매하는 비타민 제품은 이 사건 비타민 외에 여러 종류가 있으므로, 일반적으로 위반행위기간 전체의 매출액을 기준으로 하면 관련상품의 매출액을 기준으로 할 때보다 과징금액이 더 많아지게 되는 점, ③ 공정위는 라 로슈의 위반행위에 대하여 내부적인 과징금산정기준보다 유리하게 위반행위에 대한 제재 및 부당이득에 비례하는 과징금을 부과하기 위하여 관련상품인 이 사건 비타민의 매출액을 기준으로 과징금을 산정하였고, 외국사업자인 라 로슈의 관련상품 매출액은 관련상품의 수입액과 직결되어 있어서 이를 확인할 수 있는 관세청의 수입통관자료를 기초로 하여 그 매출액을 추산하였는바, 라 로슈가 추산한 위 매출액에는 앞에서 본 바와 같은 오류·중복 등의 가능성이 있어서 실제 관련상품의 매출액은 그 보다 줄어들게 되지만, 라 로슈의 세계 및 한국 시장에서의 점유율, 이 사건 비타민 제품외에 다양한 비타민 제품을 생산·판매하는 점 등에 비추어 보면 이러한 오류나 중복을 감안하더라도 위반행위 기간동안 전체 매출액은 위와 같이 추산한 관련상품의 매출액보다 적다고는 단정하기는 어렵고, 따라서 공정위가 내부적인 과징금산정기준을 엄격하게 적용하여 그 기준에 따라 원고의 매출액 산정이 곤란한 것으로 보고 위반행위기간 동안의 전체 매출액을 기준으로 하여 과징금액을 산정할 경우 위 추산 매출액을 기준으로 한 과징금액보다 적지 않을 것이어서 공정위의 내부적인 과징금산정기준에 따른 과징금액에도 크게 어긋나지 않을 것으로 보이는 점, ④ 공정거래법이 매출액을 파악할 수 없거나 곤란한 경우에 과징금의 상한액을 정해 놓은 것은 당사자가 과다한 매출액의 노출로 인하여 과징금 산정상의 불이익 등을 받게 될 것을 우려하여 그 매출액 관련자료를 제출하지 아니함으로써 이에 따른 과징금산정의 곤란을 방지하거나, 기타 매출액 산정의 곤란으로 인하여 매출액을 파악할 수 없는 경우에 과다한 행정력의 낭비를 줄여 효율적으로 과징금을 산정하기 위한 것이라고 할 것인데, 라 로슈가 매출액 관련자료를 제출하지 아니한 것은 이 사건 비타민에 관한 매출액이 공개되어 이를 기초로 과다한 과징금이 부과될 것을 우려한 측면도 있는 점, ⑤ 공정위가 산정한 과징금의 산정방식은 내부적인 사무처리준칙상의 세부적인 기준에 의하여 라 로슈의 위반행위의 정도를 점수화하여 과징금부과기준율을 결정하고, 라 로슈로 부터 매출액 관련자료를 제공받지 못하여 이 사건 비타민에 관한 매출액을 산정할 근거자료가 없어 부득이 관세청의 수입통관자료를 기초로 그 매출액을 산정한 다음, 그 매출액에 과징금부과기준율을 적용한 것으로서, 과징금부과기준율의 기준과 산정, 과징금의 산정방식이 합리적인 범위를 넘어서는 것이라고 할 수도 없는 점, ⑥ 라 로슈와 소외회사들의 이 사건 비타민에 관한 부당한 공동행위와 관련하여 조사에 협조하였는지 여부, 회사의 규모와 시장점유율 및 매출액, 위반행위의 주도 여부, 위반 행위기간 등에 차이가 있어서 다른 회사에 비하여 최고 4배의 해당하는 과징금을 부과하더라도 지나치게 과도한 것으로는 보이지 않는 점 등을 종합하면, 공정위가 라 로슈에게 부과한 과징금액은 비록 그 과징금액의 산정방식상의 위법이 있음에도 불구하고 라 로슈의 공정거래법 위반행위의 내용과 정도, 기간, 위반행위에

대한 제재 및 부당이득의 환수 등을 고려하여 볼 때 재량권의 범위 내에서 합리적인 범위를 초과하지 아니하고 적절하게 산출되어 부과된 것으로서, 재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 것이라고 하기 어렵고, 비록 과징금 산정상의 위법이 있더라도 본 과징금은 합리적으로 적절하게 산정되어 재량권의 범위에 속한다고 할 것임.

[에프 호프만 라 로슈 등 6개사의 비타민 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]

□ 피고가 원고에 대한 과징금을 산정함에 있어서 대우건설 컨소시엄 내 원고의 지분이 68%라는 점을 명시적으로 감안하지는 않았으나 피고가 이 사건 과징금을 산정함에 있어 재량권을 일탈하였거나 남용하였다고 볼 수 없음

○ 피고가 원고에 대한 과징금을 산정함에 있어서 대우건설 컨소시엄 내 원고의 지분이 68%라는 점을 명시적으로 감안하지는 않았으나, ① 원래 담합이 수개의 입찰을 대상으로 한 경우에는 남합에 가담한 모든 사업자에 대하여 각 입찰에서의 계약금액을 모두 합한 금액이 과징금 부과기준이 될 수 있는 것이므로 피고로서는 원고에 대하여 6개 공구 전체의 계약금액을 모두 합한 금액을 과징금 부과기준으로 삼았던 점, ② 피고가 경쟁사업자 간에 컨소시엄 구성으로 공동수주를 허용하는 점 등 대안입찰 제도 자체가 활발한 경쟁을 제한하고 있는 측면 등을 고려하여 과징금의 50%를 감경하였던 점, ③ 건설 6개사가 지하철 철도 관련 던키 대안공사 시장에서의 시장지배력이 절대적인 상황에서 이 사건 공구분할 합의를 한 이상 경쟁제한의 효과도 그만큼 컸다고 보이며, 원고는 이 사건 공구분할 합의에서 더 나아가 신성건설을 들러리로 입찰에 참여하게 함으로써 사실상 단독으로 703공구의 입찰에 참여한 점 등을 종합하여 보면, 피고가 이 사건 과징금을 산정함에 있어 재량권을 일탈하였거나 남용하였다고 볼 수 없음.

[대우건설 등 6개사의 지하철7호선 입찰담합 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누21893 판결368)]

□ 비록 원고에 대한 과징금이 위반행위 기간 동안의 경상이익보다 많다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 과징금이 과중하다고 할 수 없음

○ 원고의 학생복 판매로 인한 매출액, 매출이익, 원고 등 학생복 3사의 시장점유율, 피고의 과징금 부과비율, 과징금의 제재적 성격, 원고의 위반행위의 내용과 정도, 위반행위의 기간

368) 상고심(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008누21379 판결)은 심리불속행 기각함

및 횟수, 이로 인해 원고가 얻은 이익의 규모 등을 종합하면 비록 원고에 대한 과징금이 위반행위 기간 동안의 경상이익보다 많다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 과징금이 과중하다고 할 수 없음.

[제일모직 등 교복 3사의 교복 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결)]

※ 참고: 에스케이네트웍스 건(서울고법 2004. 8. 18. 선고 2001누17403 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두10586 판결), 새한 건(서울고법 2004. 9. 2. 선고 2001누17700 판결, 대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두12346 판결)

□ 11개 고철구매업체가 국내고철의 구매가격 및 구매비율을 설정하여 국내고철가격이 인하되도록 경쟁의 범위를 제한한 이 사건 행위에 대한 처분에 재량권을 일탈하거나 남용한 위법이 있다고 할 수 없음

○ 11개 고철구매업체가 국내고철의 구매가격 및 구매비율을 설정하여 국내고철가격이 인하되도록 경쟁의 범위를 제한한 이 사건 행위는 법 위반행위 유형 중 경쟁제한성이 명백하고 부당한 공동행위로서 시장경제의 자유롭고 공정한 경쟁질서에 대한 중대한 침해인 점, 반드시 부당아득이 있어야 과징금을 부과할 수 있는 것은 아닌 전, 공정위가 부과한 과징금은 각각의 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이득의 규모뿐만 아니라 관련시장에서의 경쟁에 미치는 여러 요소 등을 침직하여 법령에 규정된 과징금 부과한도 금액 내에서 결정된 것인 점 등을 종합하면 이 사건 처분에 재량권을 일탈하거나 남용한 위법이 있다고 할 수 없음.

[11개 고철수요언체와 한국철강협회의 고철구매가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2000. 11. 16. 선고 99누5919 판결³⁶⁹⁾)]

□ 원고 주장대로 이 사건 공동행위 기간의 이익률이 낮다고 하더라도 이 사건 공동행위가 없었다면 이 사건 공동행위 기간 동안의 영업이익률은 더 낮을 수도 있었다는 점에서 원고가 이 사건 공동행위로 얻은 이득액이 피고의 부과과징금 결정을 부당하다고 볼 수 있을 정도로 없거나 매우 제한적이었다고 단정할 수 없음

○ 원고가 주장하는 이 사건 공동행위 기간의 제조원가 대비 상자 판매단가의 이익률(이하 'Mark-up률') 및 영업이익률은 원고 주장에 의하더라도 1년간의 자료에 불과하여 이 사건

369) 삼고신(대법원 2002. 7. 12. 선고 2000두10311 판결)도 같은 취지도 판·단확

공동행위 기간의 정확한 Mark-up률 및 영업이익률이라고 보기 어렵고, 이와 비교한 비담합 기간의 Mark-up률 및 영업이익률 역시 그 산정 기간을 약 3년의 기간으로 정하였는바, 양자는 총 산정기간, 당시의 업계 상황 등이 달라 정당한 비교 대상이라 보기 어려움. 선령 원고 주장의 Mark-up률 및 영업이익률이 인정된다 하더라도, 이 사건 공동행위는 원재료 인상의 국면에서 이루어진 것이므로 그렇지 아니한 경우에 비해 영업이익률이 낮을 수도 있어 이를 단순 비교할 수 없고, 이 사건 공동행위가 없었다면 이 사건 공동행위 기간 동안의 영업이익률은 더 낮을 수도 있었다는 점에서 원고가 이 사건 공동행위로 얻은 이득액이 피고의 부과과징금 결정을 부당하다고 볼 수 있을 정도로 없거나 매우 제한적 이었다고 단정할 수 없음.

[삼보판지 등 16개 골판지상자 제조판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 12. 선고 2016누57788 판결, 고법 확정)]

□ 원고가 기존 실적 12개사와 비교하여 상대적으로 뒤늦게 수동적·소극적으로 가담하였다는 이유만으로 그 위반행위의 정도가 가볍다고 보기 어려움

○ 원고는 기존의 합의 내용을 모두 인지한 채 가담하였고, 원고를 비롯한 신규업체의 가담으로 이 사건 공동행위가 보다 공고해짐. 또한 원고가 공동행위에 기존 실적 12개사와 동등하게 참여하여 낙찰까지 받은 이상 원고가 상대적으로 뒤늦게 수동적·소극적으로 가담하였다는 이유만으로 그 위반의 정도가 가벼운 것은 아님.

[㈜포스코엔지니어링의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2016누31878 판결, 고법 확정)]

□ 사업자 간에 서로 다른 감경률을 적용하였다는 사정, 피고가 원고에 대하여 현실적 부담능력을 감안하여 2차 조정 과징금을 감액하지 않은 것에 대하여 재량권 일탈·남용한 위법이 있다고 볼 수 없음

○ 중앙항업은 피고의 심사관 조사 단계부터 일관되게 이 사건 공동행위 사실을 인정하면서 위법성 판단에 도움이 되는 진술을 한 반면, 원고는 피고 최초 조사 시에는 행위 가담사실을 부인하다가 피고의 심리 종결 전에야 행위 가담사실을 시인하였음을 알 수 있음. 피고는 이러한 조사협력 정도의 차이를 감안하여 중앙항업은 20%, 원고는 10%로 각 감경률을 결정한 것으로 보이는데, 이에는 합리적인 이유가 있음. 또한 원고가 제출한 증거들만으로는

원고가 현실적으로 과징금을 부담하기 어렵다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없음. 이 사건 과징금납부명령의 의결일 기준 직전 사업연도 3년간(2014년~2016년) 원고의 영업이익 및 당기순이익은 연속하여 흑자를 기록하였고, 2016년 말 기준 원고의 재정상태를 보더라도 자산총액은 18,820,600,429원, 연간 매출액은 14,409,000,000원, 이익잉여금은 11,956,601,283원 정도에 이르고 있음.

- 원고가 이 사건 과징금납부명령으로 인하여 다른 법령에 근거하여 별도의 입찰참가 자격제한을 받는다고 하더라도 피고가 과징금액을 산정함에 있어 반드시 이를 고려하여야 하는 것은 아님. 또한 피고는 과징금 분납·연기 제도를 두고 있어 과징금을 일시에 납부하기 어려운 사정이 있다면 이와 같은 방법을 이용할 수도 있으므로, 피고가 과징금을 감액하지 않은 것에 어떠한 위법이 있다고 보기 어려움.

[새한항업(주)의 서울시 밭주 상수도 지리정보시스템 데이터베이스(GIS DB) 정확도 개선사업 입찰 관련 9개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 9. 20. 선고 2018누37696 판결³⁷⁰⁾)]

- 정부의 민영화 정책으로 인해 이 사건 입찰 시장에서 원고가 매우 우월한 경쟁력을 가지고 있음에도 한국수자원공사가 무리하게 원고의 점유율을 낮추기 위해 입찰제도를 변경해 옴에 따라 어쩔 수 없이 이 사건 공동행위에 이른 점, 이 사건 공동행위를 통해 원고가 공동수급체 구성원 업체들을 육성하였다 하더라도 5%의 부과기준율을 적용한 것에 재량권을 일탈하거나 남용한 위법이 있다고 할 수는 없음
- 이 사건 공동행위는 입찰에 참여할 경쟁사업자들이 낙찰자, 부찰가격, 둘러리 업체 등에 대해 합의한 것으로서 이른바 경성 공동행위에 해당하고 경쟁제한효과 외에 별다른 효율성 증대 효과를 찾기 어려워 위법의 정도가 중한바 원고는 이 사건 공동행위를 통해 사업능력이 떨어지는 경쟁 사업자를 육성하였으므로 효율성 증대 효과 역시 수반된다고 주장하나, 그와 같은 효과는 공동행위 없이 정당한 공동수급체 구성 및 경쟁에 의하여도 달성할 수 있다고 보임.
- 앞서 든 사정들에 원고 등 7개사의 수도 및 댐·보 시설 점검경비 용역 시장 점유율은 75%를 훨씬 초과하는 것으로 보이는 점, 이 사건 용역은 기술 용역으로 이 사건 공동행위가 이루어진 계약금액의 총합이 100억 원 이상에 해당하고 밭주처가 공공기관인 한국수자원공사에 해당하는 점을 모두 종합하여 과징금고시【별표】세부평가 기준표에 따른 점수를 산정하면, 이 사건 공동행위는 8.5% 이상 10.0% 이하 부과기준율을 적용할 수 있는 '매우 중대한'

370) 상고심(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018누59403 판결)은 심리불속행 기각함

위반행위에 해당하며 피고 역시 이 사건 공동행위가 '매우 중대한 위반행위'에 해당한다고 판단하면서도 원고가 주장하는 사유들을 포함한 제반 사정을 모두 고려하여 부과기준율을 '중대한 위반행위'에 상응하는 5%로 정한바 이러한 피고의 처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 보기 어려움.

[수자원기술(주)의 한국수자원공사 발주 수도 및 댐보시설 점검 정비 용역 입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 19. 선고 2018누660693³⁷¹⁾]

라) 재량권을 일탈·남용하여 위법하다는 사례

- “부당한 공동행위 등에 대한 과징금 부과준칙”은 피고 내부의 사무처리준칙에 불과한 것이라고 하더라도 공정위로서는 과징금액을 산출함에 있어서 위 지침상의 기준 및 같은 법에서 정한 참작사유를 고려한 적절한 액수로 정하여야 할 것임
- 공정거래법시행령(1998.4.1.시행)에는 과징금부과기준이 없고, 공정위도 공정거래법에서 정한 과징금의 구체적인 부과액수의 산정을 위하여 내부적으로 “과징금 산정방법 및 부과지침”(이하 ‘부과지침’이라 한다)을 정하여 시행하였는데, 부과지침상 부당한 공동행위와 관련한 과징금 산정기준은 관련상품·용역의 매출액 등을 파악할 수 없는 경우에는 “위반행위 기간 동안에 있어서의 사업자의 전체 매출액 또는 매입액의 5% 금액의 범위 내”에서 과징금을 부과하도록 하고, 과징금부과에 있어서 주도자와 참여자를 차별하지 아니하며, 공정거래법 제55조 제3항과 기업의 규모, 자금사정 등을 참작하여 정하도록 하였음.
- 그런데, 위반행위 관련매출액을 파악할 수 없거나 이를 파악하더라도 구체적인 기준이 없어 과징금 부과의 일관성이 결여될 우려가 있고, 정액 과징금 부과의 효율성 등이 문제됨에 따라 1999.5.경 “부당한 공동행위 등에 대한 과징금 부과준칙”(이하 ‘부과준칙’이라 함)을 제정하였으며(부과준칙에 의하면 위반행위의 유형이나 위반업체의 규모 또는 시장지배력, 법위반 사실의 객관성 정도, 과거 법위반 회수 등의 과징금 세부 산출기준에 따라 접수를 산정하여 그 접수를 기초로 한 과징금부과기준율을 적용하여 과징금을 산정하고, 정액 과징금은 과징금부과의 효율성을 제고하기 위하여 기업규모 및 시장지배력, 위반행위의 내용, 법위반 회수 등에 따라 하한선을 설정하여 500만원 내지 1억원 이상으로 하고, 정율 과징금은 1% 이상으로 정하였음), 비록 이러한 지침이 피고 내부의 사무처리준칙에 불과한 것이라고 하더라도 이는 같은 법에서 정한 금액의 범위 내에서 적정한 과징금 산정기준을 마련하기 위하여 제정된 것임에 비추어 공정위로서는 과징금액을 산출함에 있어서 위 지침상의 기준 및 같은 법에서 정한 참작사유를 고려한 적절한 액수로 정하여야

371) 고법확정

할 것이며, 이러한 과징금 부과의 재량행사에 있어서 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적위반이나 동기의 부정 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결 참조)하다고 할 것임.

[에프 호프만 라 로슈 등 6개사의 바타민 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]

- 정유사별로 조사에의 협조 여부 등을 고려하여 과징금부과율을 적용하면서 단지 법 위반사실이 많고 조사에 협조하지 않았다는 사유만으로 원고들에 대해 상대적으로 높은 과징금 부과율을 적용한 점 등을 종합하면 이 사건 과징금부과처분은 재량권을 일탈 남용한 경우에 해당하여 위법함
- 정유사별로 조사에의 협조 여부나 종전의 법 위반횟수를 고려하여 에쓰대시오일, 엘지칼텍스정유에 대하여는 일반적으로 2.5%의 과징금부과율을 적용하면서 단지 법 위반사실이 더 많고(처분일 기준 3년 내에 법위반행위 3,4회) 조사에 협조하지 않았다는 사유만으로 원고들에 대하여는 계약부분 4%, 참여부분 3%의 상대적으로 높은 과징금 부과율을 적용한 점, 그 외 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력(인천정유 회사정리 절차개시)이나 여러 과징금 산정의 참작요소(원고 직원들은 벌금, 부정당업자제재처분, 순해배상, 국방부 무상공급 등을 함)는 조사에의 협조 여부 등에 비하여 상대적으로 크게 고려되지 아니하여 과징금의 부당이득 환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되고 그 액수 또한 과다하게 되었을 뿐만 아니라, 입찰계약의 체결규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실한 점(입찰담합에 의한 전체 계약금액 7,128억원 상당 중 원고 현대오일뱅크의 계약금액은 1,167억 6,500만원, 원고 인천정유는 844억 800만원, 에스케이는 2,055억 1,100만원, 엘지칼텍스는 1,684억 8,700만원, 에쓰오일은 1,376억 7,300만원으로서 각 낙찰금액에 대한 과징금 비율은 원고들의 경우 19.3% 및 21.1%에 달한 반면 다른 정유사들은 10.2% 내지 16.2%에 그친 사실) 등을 종합하면, 이 사건 과징금부과처분은 재량권을 일탈 남용한 경우에 해당하여 위법함.

[현대오일뱅크와 1의 군납유 입찰담합 재산정 건(대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두675 판결)]

* 참고: 에쓰대시오일의 군납유 입찰담합 재산정 건(서울고법 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결, 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결(파기), 서울고법 2006. 1. 12. 선고 2005누489 판결(환송심), 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두4226 판결(재상고심))

- 공정위는 대법원(2002두5627) 파기환송 취지에 따라 실제 낙찰자로서 계약을 체결한 부분에 대하여는 2.5% 그대로, 단순 참가한 부분에 대하여는 1.9%로 감경하였는데, 이에 대하여 재상고심(2006두4226)은 과징금 부과여부와 그 액수를 정함에 있어 환송판결의

취지와 달리 원고의 입찰담합 가담 부분에 있어서 취득 이익의 규모를 제대로 참작하지 아니하거나 원고의 조사 협조 부분을 간과하는 등으로 재량권을 일탈 남용한 바 없다고 판시하였음

- 원고들에게 부과된 이 사건 각 과징금은 이 사건 합의의 경쟁제한성 정도나 원고들이 취득한 이득 규모 등을 제대로 고려하지 않고, 지나치게 과중하게 산정되었다 할 것이므로, 이 사건 과징금 납부명령에는 재량권을 일탈·남용한 위법이 있음
- 원고들이 비씨카드라는 단일 상표와 가맹점을 공동으로 이용하고 정산처리시스템 등을 공동수행함으로써 인정한 업무 영역에서는 상당한 경제적 효율성과 동일성을 기하는 효과를 달성하고 있고, 이 사건 합의는 그와 같은 제휴관계의 합동적 구조하에서 행하여진 것이라는 특수성이 있는데, 이 사건 합의에 대한 피고의 중대성 정도 평가(매우 중대한 위반행위로 보아 3.775%)에서는 그러한 점이 제대로 반영되었다고 보기 어려운 점, 원고들은 이 사건 합의의 대상이었던 42개 업종 중에서 3개 업종에 관한 가맹점 수수료는 오히려 인하하였고 36개 업종에 관하여는 그 시행을 보류함으로써 이 사건 합의로 인해 실제 취득한 부당이득액은 크지 않을 것으로 보이는 점에 비추어 볼 때 피고가 임의적 조정과징금 산정 단계에서 36개 미실행 업종에 대해서만 30%를 감경한 것에 그친 것은 부당하다고 볼 수 있는 점, 피고는 원고들이 이 사건 합의의 위법성이나 피고의 조사 사실을 알면서도 스스로 위반행위를 종료하거나 시정하지 않았음을 이유로 과징금을 가중하고 있으나 원고들의 법적 지위 보호(무죄 추정에 준하는 무혐의 추정)나 방어권 보장 등의 측면에서 볼 때 그와 같은 사정은 과징금의 가중사유가 되기 어려운 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 원고들에게 부과된 이 사건 각 과징금은 이 사건 합의의 경쟁제한성 정도나 원고들이 취득한 이득 규모 등을 제대로 고려하지 않고, 과징금의 세재적 성격만을 지나치게 강조한 나머지 비례의 원칙 등에 위배되어 지나치게 과중하게 산정되었다 할 것이므로, 이 사건 과징금 납부명령에는 재량권을 일탈·남용한 위법이 있음.

[비씨카드 외 11의 가맹점수수료율 공동결정행위 건(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007두4919 판결)]

- 원고의 형식적 입찰 참여 횟수가 많다 하더라도, 이 사건 공동행위 초기부터 가담한 삼성증공업보다 8배나 많은 과징금의 차이를 정당화할 정도로 제재의 필요성이 현저히 높다고 보기 어려우므로 이 사건 과징금액은 지나치게 과중함
- ① 원고는 이 사건 21개 건설사의 공구별 낙찰예정사 합의가 끝난 후 단독으로 저가입찰을 하더라도 낙찰받기 어렵다고 보아 형식적으로 입찰에 참가해 달라는 낙찰예정사들의

요청을 뒤늦게 수락한 사실, ② 원고가 이 사건 공동행위를 통하여 약 157억 원 상당의 공사물량만을 배분받은 사실, ③ 삼성중공업의 경우 원고와 달리 이 사건 21개사의 낙찰예정사 결정 합의 단계에서부터 가담하여 약 787억 원 상당의 공사물량을 배분받았으나, 1개 공구에만 형식적으로 입찰에 참여한 관계로 2,531,000,000원의 과징금만 부과된 사실, ④ 원고 외에 다른 대부분의 사업자들에 대하여는 그 낙찰 또는 배분받은 공사물량 상당액에 비하여 상당히 낮은 금액의 과징금이 부과된 사실 등을 알 수 있음.

- 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정. 즉 ① 피고가 원고에게 부과한 과징금 약 199억 원은 원고가 이 사건 공동행위 가담을 통하여 취득한 배분물량 약 173억 원 상당을 상회하므로, 과징금 부과로써 기록상 나타난 원고의 유형적 이득액의 합계를 넘어서 배분된 공사금액 전액을 박탈하게 되는 점, ② 비록 원고가 7개 공구에 형식적으로 입찰에 참가하였으나, 다른 한편 이 사건 21개 건설사와는 달리 이 사건 공동행위를 주도하거나 낙찰예정사 결정 합의에는 참여하지 않았으므로, 그 위법성의 정도가 상대적으로 중하다고 보기 어려운 점, ③ 이 사건 공동행위 초기 단계에서부터 합의에 가담하여 상당한 공사물량을 배분받게 된 삼성중공업과 비교하면, 원고의 형식적 입찰 참여 횟수가 많다 하더라도, 그러한 사정반으로 약 8배에 이르는 과징금의 차이를 정당화할 정도로 원고의 부당이득 취득의 정도와 위반행위의 가별성 등 원고에 대한 제재의 필요성이 삼성중공업에 비하여 현저히 높다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 이 사건 과징금액은 과징금의 부당이득화수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되어 위반행위의 위법성의 정도 및 공동행위로 취득한 이득액의 규모 사이에서 지나치게 균형을 잃은 과중한 액수에 해당한다고 볼 수 있음.

[포스코건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(대법원 2017. 4. 27. 선고 2016두33360 판결³⁷²⁾)]

- 비록 두 회사의 구조조정방법과 잔존법인의 외형적인 모습에 차이가 있다 하더라도 위 두 회사에 대한 과징금 산정에 있어 피고가 행한 것만큼 차등을 두는 것을 용인할 정도로 보이지 아니함
- 두 회사는 IMF 외환위기로 결국 독자 생존이 불가능하게 된 점, 씨텍은 현대석유화학이 잔존 우발채무를 담당할 목적으로 그 상호를 변경하여 잔존하게 되었으며, 현재 씨텍은 각 50%의 지분을 보유한 호남석유화학과 엘자화학을 지원하는 영업을 수행하는 점, 원고 삼성종합화학은 신설회사(삼성토탈주식회사)에 영업용 자산을 현물출자한 뒤 청산하고자

372) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2017. 7. 20. 선고 2017-7-46969 판결)

하였으나 일부 부채가 납아 불가피하게 서류상으로만 잔존하게 되었을 뿐 현재 아무런 영업활동도 하고 있지 아니한 전 등 제반사정을 종합하여 보면 바록 두 회사의 구조조정 방법과 잔존법인의 외형적인 모습에 차이가 있다 하더라도 위 두 회사에 대한 과징금 산정에 있어 피고가 행한 것만큼 차등을 두는 것을 용인할 정도로 보이지 아니함.

[8개 고밀도폴리에틸렌 제조 판매사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 7. 14. 선고 2009두263 판결)]

※ 비교 : 6개 저밀도폴리에틸렌(LDPE) 제조판매 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010두27110 판결³⁷³⁾)

- 사업자가 자진시정과 자진신고를 모두 한 경우, 자진신고에 따른 감경을 하면서 자진시정에 따른 감경도 해주는 것이 구속력 있는 행정관행으로까지 정착되었다고 단정하기는 어려우나, 이를 제외하더라도 이 사건 납부명령은 평등의 원칙을 위반한 것으로서 재량권의 일탈·남용에 해당함
- 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 원고가 2007년 초 이전에 이 사건 공동행위에 가담한 다른 사업자들과 마찬가지로 이 사건 공동행위를 중단하고 자진시정을 한 사실, 피고가 이 사건 공동행위에 가담한 다른 사업자들에 대한 과징금을 산정하면서 자진시정을 하였다는 이유로 의무적 조정과징금의 20%를 감경하였음에도 2순위 자진신고자인 원고에 대하여는 자진시정 감경을 하지 아니한 채 자진신고 감경만 한 사실을 인정하였음. 그리고 자진시정 감경에 관한 피고의 종래 입장 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 피고가 원고에 대하여 자진신고 감경을 하였다는 이유로 자진시정 감경을 하지 아니한 것은 행정의 자기구속의 법리를 위반한 것이고, 자진시정 감경과 자진신고 감경의 목적과 단계, 이 사건 공동행위에 가담한 다른 사업자들과의 형평성 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 이 사건 공동행위에 가담한 다른 사업자들에 대하여는 자진시정 감경을 하면서 원고에 대하여는 자진시정 감경을 하지 아니할 학리적인 이유가 없는 만큼 자진시정 감경을 하지 아니한 것은 평등의 원칙에도 반하므로, 결국 이 사건 납부명령은 재량권의 일탈·남용으로 위법하다고 판단하였음.

- 피고가 부당한 공동행위에 대하여 과징금을 부과할 때 해당 사업자가 자진시정과 자진신고를 모두 한 경우 자진신고에 따른 감경을 하면서 자진시정에 따른 감경도 해주는 것이 구속력 있는 행정관행으로까지 정착되었다고 단정하기는 어려우나, 이를 제외하더라도

373) 다만 본 상고심은 원심의 이 부분 이유 설시에 일부 적절하지 않은 절이 있으나, 피고가 과징금 산정에 있어 재량권을 일탈·남용하였다고 보기 어렵다고 판단한 부분이 정당하다고 판단함

이 사건 납부명령은 원심이 판시한 여러 사정에 비추어 평등의 원칙을 위반한 것으로서 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 판단되므로, 평등의 원칙 위반에 따른 재량권의 일탈·남용을 이유로 이 사건 납부명령이 위법하다고 본 원심의 결론은 정당함.

[16개 생명보험사업자의 부당한 공동행위 중 삼성생명보험 건(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두15012 판결)]

- 과징금 산정 시 원고들의 설립 목적, 조합원의 유한책임, 관수 레미콘 시장의 구조와 원고들의 고유한 기능, 원고들과 조합원 사이의 관계와 그 의사결정 과정, 원고들의 재정상태 등을 충분히 고려·평가하여야 함
- 원고들이 취득한 이득액은 최대 수수료율 1.0%를 적용하더라도, 관련매출액 기준으로 원고 광주조합이 약 9억 7,000만 원, 원고 남부조합이 약 8억 3,000만 원, 원고 동부조합이 약 19억 4,000만 원임. 이와 같은 이득액은 이 사건 과징금의 절반 정도로, 이 사건 과징금으로써 원고들은 그 이득을 전부 환수당할 뿐 아니라, 그 이득액 상당의 제재를 받는 셈임.
- 원고 광주조합은 2018년도에 약 8,000만 원의 당기순손실을 기록 중이어서, 제1회분 과징금의 납부만으로도 조합원 출자금까지 잠식될 우려가 있음. 나아가 2019년도 전반기의 당기순이익도 5,600만 원에 불과하여 제2회분 과징금 납부만으로도 위와 같은 결과가 심화될 것으로 예상됨. 원고 남부조합, 동부조합은 2018년도, 2019년도 전반기에 당기 순손실을 기록 중이어서 제1회분 과징금의 납부 후에는 더는 과징금을 납부할 수 없어 보임. 원고들은 이 사건 과징금을 전부 납부하기 전에 더는 존립할 수 없게 될 개연성이 있음.
- 피고는 이 사건 공동행위에 과징금 고시를 적용하면서, 원고들의 설립 목적, 조합원의 유한책임, 관수 레미콘 시장의 구조와 원고들의 고유한 기능, 원고들과 조합원 사이의 관계와 그 의사결정 과정, 원고들의 재정상태 등을 충분히 고려·평가하지 않고 이 사건 과징금을 산정함으로써, 원고들은 이 사건 과징금의 납부로써 더는 존립할 수 없게 되리라는 불이익을 입게 될 여지가 대단히 큼. 이런 불이익은 이 사건 공동행위의 위법성 정도, 원고들의 실질적 이득액, 조합원의 구책사유나 보호 필요성 등과 비교하여 그 균형을 현저히 웃었음.

[2015년 광주·전남지역 레미콘 연간 단가계약 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 18. 선고 2018누79119 판결³⁷⁴⁾)]

374) 상고심(대법원 2020.2.13. 선고 2019두55620 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고가 합의에 참여하지 않은 업체들과는 정상적인 경쟁을 거쳐 낙찰을 받은 점, 이들을 고려하여 비교적 낮은 가격으로 투찰하였던 것으로 보이는 점, 원고의 투찰률이 오로지 이 사건 공동행위로 인한 것이라 보기는 힘든 점 등의 사정을 고려하면, 이 사건 공동행위로 인하여 경쟁이 제한된 정도는 낮다고 보아야 하고, 공정거래법령상 '중대한 위반행위'라고 단정하기 어려움
- 피고는 이 사건 공동행위가 입찰담합에 해당하고 투찰가격과 낙찰자를 사전에 정한 경성 공동행위라는 이유만으로 경쟁제한성이 '상'에 해당한다고 보았을 뿐, 이 사건 공동행위가 입찰 참여 업체 또는 입찰 참여 가능 업체 중 일부만이 가담한 것이어서 경쟁제한성이 낮다는 사정은 고려하지 않은 것으로 보임. 그러나 위 기준표에 따르면 효율성 증대효과가 없는 입찰담합은 실질적인 경쟁제한 효과가 어느 정도 발생하였는지와 무관하게 항상 경쟁제한성이 '상'으로 판단될 수밖에 없다는 불합리한 결과에 이를 수 있음.

[한국철도시설공단 발주 자동폐색제어장치 제조구매 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 2. 17. 선고 2021누37580 판결³⁷⁵⁾]
- 수회의 합의가 하나의 공동행위를 구성하고, 그중 일부에 대하여만 객관적인 매출액 산정이 곤란한 경우, 해당 기간에 대해서는 정액 방식으로 나머지 기간에 대해서는 정률방식으로 과징금을 산정한 것은 위법하지 않음
- 피고가 2001년부터 2018년까지의 이 사건 공동행위에 따른 과징금 산정기준을 정하면서 객관적인 매출액 산정이 곤란한 2009년과 2012년을 제외한 나머지 기간의 공동행위에 대하여는 관련매출액에 위반행위 중대성의 정도별 부과기준율을 곱하는 방식으로 산정하고, 2009년과 2012년의 각 공동행위에 대하여는 위반행위 중대성의 정도별 부과기준금액의 범위 내에서 산정기준을 정하는 방식으로 산정한 뒤, 이를 합산한 방식 자체는 위법하다고 할 수 없음.
- '정액 방식'은 '정률 방식'으로만 과징금 산정기준을 정하는 경우에 발생할 수 있는 규제의 공백, 즉 관련매출액 산정이 불가능한 경우에는 과징금 산정기준을 정할 수 없어 결국 과징금을 부과할 수 없게 되는 공백을 방지하기 위한 것임을 고려할 때, 오로지 위반행위 전체에 대한 관련매출액 산정이 불가능한 경우에만 '정액 방식'을 적용할 수 있고, 일부에 대한 관련매출액 산정이 불가능한 경우에는 위 방식을 적용할 수 없다고 해석하기는 어려움.
- 만일 하나의 공동행위 일부에 대하여 관련매출액 산정이 곤란한 경우 아예 과징금을 산정하지

375) 상고심(대법원 2022. 6. 30. 선고 2022누38205 판결)은 써리불속행 기각함

않는다면, 그 부분에 대하여는 부당이득의 환수 및 위법행위에 대한 제재를 할 수 없게 되어 사실상 과징금을 면제해 주는 결과가 발생하게 됨.

[포스코 발주 광양제철소 생산 철강제품 운송용역 입찰 관련 8개 사업자의 부당 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 3. 24. 선고 2020누40718 판결³⁷⁶⁾)]

- 여러 개의 개별 합의가 하나의 공동행위를 구성하는 경우 그중 일부에 대하여만 정액과징금을 산정할 때는 그 전후 기간의 합의와 비교하여 현저하게 형평성을 잃지 않아야 하고, 만일 정률 방식으로 산정하는 경우보다 정액 방식의 산정기준이 훨씬 커진다면 그에 관하여 피고가 어느 정도 증명할 필요가 있음
 - 이처럼 여러 개의 개별 합의가 하나의 공동행위를 구성하는 경우 그중 일부에 대하여만 정액과징금을 산정할 때는 그 전후 기간의 합의와 비교하여 현저하게 형평성을 잃지 않아야 하고 만일 정률 방식으로 산정하는 경우보다 정액 방식의 산정기준이 훨씬 커진다면 그에 관하여 피고가 어느 정도 증명할 필요가 있음.
 - 그런데 이 사건의 경우 (중략) 2009년과 2012년의 각 800,000,000원은 그 전후 기간에 정률 방식으로 산정된 과징금 산정기준보다 현저히 크고 (다만 원고는 2009년부터 이 사건 공동행위에 참여하여 2008년과의 비교는 불가능하다), 특히 2012년의 정액과징금은 2011년과 2013년의 과징금 산정기준의 5배를 넘기도 함. (중략) 더구나 원고가 2009년과 2012년에 그 전후 연도에 대하여 운송구간을 더 많이 나찰 받았거나 물량내분 비율이 특별히 더 높았다고 볼 만한 객관적 정황이나 자료가 드러나지 않는 점(생략), 2011년 이후 입찰에서는 1개사만 참여한 경우에도 낙찰을 받을 수 있게 되어 들러리가 필수적이지 않게 됨에 따라 원고가 들러리로 참여한 비율이 줄어들어 그로 인한 매출액이 감소한 것으로 보이는데, 2012년에도 2009년과 동일한 액수의 정액과징금을 산정한 것은 쉽게 수긍하기 어려운 점, 2009년과 2012년의 정액과징금 합계 금액인 1,600,000,000원은 전체 과징금 산정기준인 2,614,487,104원의 약 61%에 이르는 점[생략] 등을 고려하면 피고가 2009년과 2012년에 각 산정한 정액과징금 액수는 비례의 원칙에 반하는 것으로 봄이 타당함.

[포스코 발주 포항제철소 철강운송용역 담합 관련 해동기업 건(서울고법 2022. 4. 14. 2021누31759 판결³⁷⁷⁾)]

* 참고: (주) 포스코 발주 포항제철소 생산 철강제품 운송 용역 입찰 관련 7개 사업자들의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021누31759³⁷⁸⁾, 2021누31919³⁷⁹⁾, 2021누31926³⁸⁰⁾, 2021누31933³⁸¹⁾,

376) 상고심(대법원 2022. 7. 28. 선고 2022누40253 판결)은 심리불속행 기각함

377) 상고심(대법원 2022. 7. 28. 선고 2022누41447 판결)은 심리불속행 기각함

378) 상고심(대법원 2022. 7. 28. 선고 2022누41447 판결)은 심리불속행 기각함

379) 상고심(대법원 2022. 12. 1. 선고 2022누53815 판결)은 심리불속행 기각함

380) 상고심(대법원 2022. 12. 1. 선고 2022누53881 판결)은 심리불속행 기각함

2021누320593³⁸²⁾ 판결), (주)포스코 발주 광양제철소 생산 철강제품 운송용역 입찰 관련 8개 사업자의 부당 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 3. 24. 선고 2020누40718 판결³⁸³⁾)

□ 피고가 공동수급체 감경규정을 적용하는 대신 부과기준율 산정에 이를 반영한 이상, 공동수급체 감경을 하지 않았다는 사정만으로 이 사건 선행판결의 기속력에 위반된다고 보기 어려움

- 이 사건 선행판결은 피고가 공동수급체의 실질을 가지고 있는 사업자에 대한 과징금을 산정할 때에도 공동수급체 감경 규정의 취지를 고려하였어야 한다고 판시하기는 하였으나, 이는 반드시 관련매출액 산정 단계에서 공동수급체 감경 규정을 적용해야 한다는 것이라기보다는 그 취지를 고려하여 감액하라는 의미이고, 설령 관련 매출액 산정기준에서 고려하지 않더라도 부과기준율 등 단계에서 이를 충분히 고려하여야 한다는 의미로 볼 수 있음.
- 그런데 피고는 이 사건 처분을 하면서 종전 과징금납부명령의 부과기준율인 2%보다 0.5%p 낮은 1.5%의 부과기준율을 적용하였는데, 이로 인하여 실질적으로 부과기준율이 종전 과징금납부명령보다 25% 감경한 효과가 발생하게 되었고, 이에 따라 피고가 원고에게 부과한 과징금 29억 3,300만 원은 원고가 이 사건 공동행위로 인하여 취득한 경제적 이익에 해당하는 수수료 합계 약 16억 1,900만 원의 약 1.8배로 종전 과징금납부명령 당시의 약 2.4배보다 상당히 낮아지게 되었음.
- 이러한 사정들에 앞서 본 것처럼 종전 과징금납부명령이 재량권을 일탈·남용하였을 경우 피고로서는 과징금 산정의 각 단계에서 재량고려사유를 어느 정도로 반영할지에 관해서는 재량을 가지고 있는 점 등을 더하여 보면, 피고가 이 사건 처분을 하면서 공동수급체 감경 규정을 적용하지 않았더라도 부과기준율 산정에서 이를 충분히 고려한 것으로 판단되고, 이는 이 사건 선행판결의 기속력에 따른 것으로 평가할 수 있음.
[관수 원심력 콘크리트파일(PHC) 구매입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건 관련 한국원심력콘크리트공업협동조합에 대한 과징금 재산정 및 부과에 대한 건(서울고법 2022. 11. 10. 선고 2022누40521 판결³⁸⁴⁾]

381) 상고심(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두65856 판결)은 심리불속행 기각함

382) 상고심(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두66460 판결)은 심리불속행 기각함

383) 상고심(대법원 2022. 7. 28. 선고 2022두40253 판결)은 심리불속행 기각함

384) 공정위가 대법원 판결(대법원 2021. 4. 15. 선고 2020두57325 판결)에 따라 과징금 제산정 부과처분(재처분)을 하였으나, 원고가 이에 불복하여 재처분 취소를 구한 소송으로서, 이후 재상고심(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두66521 판결)은 심리불속행기각되어 고법판결이 확정됨

7) 과징금 일부 취소

- 피고가 이 사건 각 공동행위에 대하여 하나의 과징금납부명령을 하였으나, 그 중 이 사건 제2공동행위로 인한 과징금 부과만이 위법하며 그 과징금액을 별도로 산정할 수 있는 이상 이 사건 제1공동행위로 인한 5,870백 만 원을 초과하는 부분만을 취소하여야 할 것임

- 케이티엔지 지종은 원고가 케이티엔지의 요청에 따른 품질규격에 맞추어 단독으로 생산·공급하는 제품이며, 그 판매가격은 케이티엔지와의 개별적 협상을 통해 생산원가에 인정한 마진을 더하는 방법으로 결정되었음을 인정할 수 있는바, 이에 비추어보면 제출된 증거만으로는 케이티엔지 지종의 가격 형성이 이 사건 제2공동행위로부터 영향을 받았다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없음. 따라서 케이티엔지 지종은 관련매출액 산정에 있어 제외되어야 한 것임.

[한창제지의 부당한 공동행위 건(서울고법 2015. 10. 22. 선고 2014누65587 판결)]

- 여러 개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금 납부명령을 하였으나 그 중 일부의 위반행위에 대한 과징금 부과만이 위법한 경우, 소송상 그 일부의 위반행위에 대한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 있다면 그 일부의 위반행위에 대한 과징금액 해당 부분만 취소하여야 함
- 공정거래위원회가 부당한 공동행위에 대한 과징금을 부과함에 있어 여러 개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금 납부명령을 하였으나 여러 개의 위반행위 중 일부의 위반행위에 대한 과징금 부과만이 위법하고 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 있는 경우에는, 하나의 과징금 납부명령일지라도 그 일부의 위반행위에 대한 과징금액에 해당하는 부분만을 취소하여야 함(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결 참조).
- 위 법리와 기록에 의하면, 피고가 원고 등의 유배당 퇴직보험 확정금리형 상품의 예정이율, 유배당 퇴직보험 금리연동형 상품의 공시이율, 무배당 퇴직보험 금리연동형 상품의 공시이율에 관한 부당한 공동행위에 대하여 하나의 과징금 납부명령을 하였으나, 그 중 무배당 퇴직보험 금리연동형 상품의 공시이율에 관한 부당한 공동행위에 대한 과징금 부과만이 위법하고 무배당 퇴직보험 금리연동형 상품의 공시이율에 관한 부당한 공동행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 있는 이 사건에서는 위 과징금

납부명령 중 무배당 퇴직보험 금리연동형 상품의 공시이율에 관한 부당한 공동행위에 대한 과징금액에 해당하는 부분만을 취소하여야 함.

[삼성생명보험의 퇴직보험이율남합 건(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009두11218 판결)]

- 기타음료제품 부분만이 위법하고 그 과징금액을 별도로 산정할 수 있는 이상, 이 사건 과징금 중 과실음료 및 탄산음료제품으로 인한 과징금을 초과하는 부분만을 취소하기로 함
- 피고가 공정거래법 위반행위에 대한 과징금을 부과함에 있어 여러 개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금납부명령을 하였으나 여러 개의 위반행위 중 일부의 위반행위에 대한 과징금 부과만이 위법하고 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 있는 경우에는, 하나의 과징금납부명령일지라도 그 일부의 위반행위에 대한 과징금액에 해당하는 부분만을 취소하여야 할 것임(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009두11218 판결).
- 위 법리에 비추어 살피건대, 피고는 이 사건 공동행위에 관하여 하나의 과징금납부명령을 하였으나 그 중 기타음료제품 부분만이 위법하고 그 과징금액을 별도로 산정할 수 있는 이상, 이 사건 과징금납부명령 중 과실음료 및 탄산음료제품으로 인한 과징금 2,002,000,000원 (1,960,000,000원 + 42,000,000원)을 초과하는 부분만을 취소하기로 함.
[해태음료, 웅진식품 및 롯데칠성음료 등 5개 음료 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 23. 선고 2013누8020, 2013누8037 판결³⁸⁵⁾, 서울고법 2017. 2. 15. 선고 2013누11910 판결³⁸⁶⁾]]

8) 과징금 중복부과 여부

- 원고와 대륙철도가 실질적 지배관계에 있다고 하더라도 두 사업자 모두에게 과징금을 부과하는 것에 대해 과징금이 중복부과된 것이라 보기 어려움
- 원고와 대륙철도가 실질적 지배관계에 있다고 하더라도 별개의 법인격 주체로서 이 사건 공동행위에 직접 참여하여 지분율까지 할당한 이상, 둘 중 어느 한 사업자에게만 과징금을 부과하는 것은 타당하지 않음.

385) 상고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016누1226, 2016두1202 판결)은 심리불속행 기각함.

386) 상고심(대법원 2017. 6. 9. 선고 2017두190 판결)은 심리불속행 기각함.

- 피고가 원고 및 대륙철도의 관련매출액을 산정하면서 과징금고시 규정에 따라 원고 및 대륙철도의 들러리 참가 여부 및 컨소시엄 지분율을 고려하여 1공구 입찰은 원고에 대하여 30%, 대륙철도에 대하여 50%의 각 낙찰자 지분 감경률을, 2공구 입찰은 원고 및 대륙철도에 대하여 50%의 탈락자 감경률을 각 적용한 사실을 인정할 수 있으므로 이 사건 과징금납부명령이 대륙철도에 대한 과징금과 중복되어 부과된 것이라 보기 어려움.

[궤도공영(주)의 호남고속철도 오송~광주송정 간(1, 2공구) 궤도부설 기타공사 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90621 판결³⁸⁷⁾)]

* 같은 취지: (주)대륙철도의 호남고속철도 오송~광주송정 간(1,2공구) 궤도부설 기타공사 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90638 판결³⁸⁸⁾)

9) 개정된 과징금 고시의 적용

- 현행 과징금고시의 '부당한 공동행위에 대한 세부평가 기준표'는 2013. 6. 5. 피고 고시 제2013-2호로 개정된 과징금고시부터 마련된 것인데, 그 이전에 이루어진 공동행위에 위 세부평가 기준표가 적용될 여지는 없음
- 현행 과징금고시의 '부당한 공동행위에 대한 세부평가 기준표'는 2013. 6. 5. 피고 고시 제2013-2호로 개정된 과징금고시부터 마련된 것인데, 위 과징금고시 부칙 제2항은 "이 고시 시행일 전의 법 위반 행위에 대하여 과징금을 부과하는 경우에는 종전의 규정에 의한다."고 규정하고 있으므로 위 개정일 이전에 이루어진 이 사건 공동행위에 위 세부평가 기준표가 적용될 여지는 없는 점 등을 위 법리에 비추어 보면 원고의 이 사건 공동행위를 '매우 중대한 위반행위'로 보고 기본과징금 산정 단계에서 부과기준을 중 가장 무거운 10%를 적용한 피고의 조치에 재량권 일탈·남용의 위법은 없음.
[롯데건설의 인천도시철도 2호선 턴키공사 입찰관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누46470 판결³⁸⁹⁾)]

387) 상고심(대법원 2019. 2. 28. 선고 2018누62416 판결)은 심리불속행 기각함

388) 상고심(대법원 2019. 2. 28. 선고 2018누62485 판결)은 심리불속행 기각함

389) 상고심(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016누34271 판결)은 심리불속행 기각함

- 과징금고시가 사무처리준칙에 불과하다고 하더라도, ‘과징금부과 세부기준 등에 관한 고시’에 따라 개별사건에 대한 과징금을 산정·부과해 왔고 유사사건에서 피심인에게 덜 침익적인 2004년 과징금고시를 적용하였던 점 등에 비추어 2005년 과징금고시를 적용한 이 사건 과징금 납부명령은 재량권을 일탈·남용하여 위법함
- 원심은 피고는 2007. 12. 2. 종료된 원고의 이 사건 부당 공동행위에 대하여 이 사건 과징금 납부명령을 함께 있어서, ‘구 과징금부과세부기준 등에 관한 고시(2007. 12. 31. 공정거래위원회 고시 제2007-15호, 이하 ‘2007년 과징금고시’라 한다)’ 시행일 전의 행위로서 위 고시 시행 전에 종료된 행위에 대하여 과징금을 부과하는 경우에는 종전의 고시(2004. 4. 1. 공정거래위원회 고시 제2004-7호, 이하 ‘2004년 과징금고시’라 한다)에 의하도록 한 2007년 과징금고시 부칙규정을 따르지 않고, ‘구 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(2005. 7. 13. 공정거래위원회 고시 제2005-15호)’를 적용하여 과징금을 산정한 사실 등을 인정한 다음, 비록 과징금고시가 피고 내부의 사무처리준칙에 불과하다고 하더라도, 피고가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제55조의3, 같은 법 시행령 제61조의 순차 위임에 따라 ‘과징금부과 세부기준 등에 관한 고시’를 마련하고 이에 따라 개별사건에 대한 과징금을 산정·부과해 왔고, 부당한 공동행위의 종료시점이 2007. 12. 5.이어서 이 사건과 유사하게 어떠한 과징금고시를 적용할 것인지가 문제되었던 2008. 3. 5.자 의결 제2008-79호 사건에서 피심인에게 덜 침익적인 2004년 과징금고시를 적용하였던 전 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여 보면, 기존의 처리방향에 대한 반성적 고려에서 과징금고시에 따르지 않고 이 사건 과징금 납부명령을 하였다는 피고 주장의 사정만으로는 기존의 선례들과 달리 과징금고시에 반하여 이 사건 과징금 납부명령을 해야 할 합리적 이유가 있다고 할 수 없으므로, 이 사건 과징금 납부명령은 평등의 원칙을 위반한 것으로서 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 판단한바 법리를 오해한 위변이 없음.
- [5개 전선제조사의 부당한 공동행위 건(대법원 2013. 10. 11. 선고 2011누31413 판결)]
- 개정된 과징금고시는 부칙 제2항에서 “이 고시는 시행일 이전의 행위에 대해서도 적용한다. 다만 이 고시의 소급적용이 피심인에게 불리한 경우에는 그러하지 아니 한다.”고 명시적으로 정하고 있는바, 개정 과징금 고시가 원고들에게 불리하다고 볼 만한 특별한 사정이 없다면 피고는 행위 당시 시행되던 구 과징금 고시가 아니라 개정 과징금 고시를 적용하였어야 함
- 이 사건 과징금납부명령이 이루어진 2015. 12. 3. 시행되던 개정 과징금고시는 부칙 제2항에서 “이 고시는 시행일 이전의 행위에 대해서도 적용한다. 다만 이 고시의 소급적용이

피신인에게 불리한 경우에는 그러하지 아니한다.”고 명시적으로 정하고 있는바, 개정 과징금 고시가 원고들에게 불리하다고 볼 만한 특별한 사정이 없다면 피고는 행위 당시 시행되던 구 과징금 고시가 아니라 개정 과징금 고시를 적용하였어야 할.

- 과징금 고시는 피고 내부의 사무처리준칙에 불과하므로 과징금 고시에 위배되었다는 사정만으로 이 사건 과징금납부명령이 위법하다고 볼 수는 없음. 그러나 피고가 구 과징금 고시를 적용하여 이 사건 공동행위가 매우 중대한 위반행위에 해당한다고 판단한 후 7%의 부과기준율을 적용하여 원고 씨아이씨라이프에 2,000만 원, 원고 필영에 500만 원의 각 과징금납부명령을 한 것은 피고가 스스로 정한 자기구속의 틀을 벗어나는 것이고, 그동안 과징금 고시에 따라 비교적 합리적이고 적정하게 운영되어 오던 과징금부과 행정에 대한 신뢰에 위반되는 것으로서 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 반하고 결국 재량권의 범위를 벗어난 것으로 위법함.

[전북대학교 등 4개 기관 발주 교육콘텐츠 입찰 참가 2개사의 부당한 공동행위 건 (서울고법 2017. 1. 18. 선고 2016누39445 판결³⁹⁰⁾]

- 피고가 부당한 공동행위를 한 위반사업자에 대한 기본과징금을 산정하는 과정에서 적용하는 부과기준율은 위반사업자가 가담한 공동행위 자체의 내용 및 정도에 따라서 결정되는 것으로, 위반사업자별로 공동행위의 가담 정도, 역할 분담 내역 등을 감안하여 이에 따라 위반사업자마다 다르게 결정하여야 하는 것은 아니라고 할 것임
- 위반행위의 중대성의 정도는 위반행위로 인하여 발생한 경쟁질서의 저해 정도, 관련시장 현황, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 관련 소비자 및 사업자의 피해 정도, 부당이득의 취득 여부, 기타 위반행위 전후의 사정 및 위반사업자와 다른 사업자 또는 소비자와의 관계 등을 종합적으로 고려하여 정하여야 하는데(과징금 고시 Ⅳ의 1항), 과징금 고시 [별표] 세부평가 기준표에 의하면 부당한 공동행위에 대한 참작사항으로는 위반행위 내용(경쟁제한성, 이행정도)과 위반행위 정도(관련시장 점유율, 관련매출액, 피해규모/부당이득, 지역적 범위 내지 입찰특성)가 있음. 위 규정들을 종합할 때, 피고가 부당한 공동행위를 한 위반사업자에 대한 기본과징금을 산정하는 과정에서 적용하는 부과기준율은 위반사업자가 가담한 공동행위 자체의 내용 및 정도에 따라서 결정되는 것으로, 위반사업자별로 공동행위의 가담 정도, 역할 분담 내역 등을 감안하여 이에 따라 위반사업자마다 다르게 결정하여야 하는 것은 아니라고 할 것임. 그렇다면 부과기준율을 산정의

390) 삼고심(2017. 5. 26. 선고 2017누36014 판결)은 심리불속행 기각함

기초가 되는 ‘피해규모/부당이득’ 항목과 ‘관련매출액’ 항목은 공동행위 전체를 기준으로 판단하여야 함.

[민간건설사 발주 연도 및 건식에어덕트 공사 입찰관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 9. 14. 선고 2017누47177, 47917, 48101 판결, 각 고번 확정)]

- 원고는 이 사건 부과고시가 시행중이던 2005. 3월까지 적극적으로 담합에 가담하였고, 그로 인한 영향이 2005. 4월말까지 지속되었으므로 원고에게 부과기준율 3.5%를 적용한 것은 형평의 원칙에 위배되지 아니함
- 이 사건 담합에 가담한 회사들 중 4개사는 2004. 4. 1. 이전에 단합의 합의와 실행을 종료하였으므로 당시 시행중이던 부과준칙에 의거하여 부과기준율 3%를 적용한 반면, 원고는 이 사건 부과고시가 시행중이던 2005. 3월까지 적극적으로 담합에 가담하였고, 그로 인한 영향이 2005. 4월말까지 지속되었으므로 원고에게 부과기준율 3.5%를 적용한 것은 형평의 원칙에 위배되지 아니함.
[11개 폴리프로필렌 제조업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두12631 판결)]
- 행정소송에서 처분의 위법여부는 처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단함이 원칙이고, 피고가 과징금고시를 개정하면서 소급효를 규정하였다고 하더라도 이미 처분시효가 경과하여 처벌할 수 없는 행위를 다시 처벌 대상으로 삼은 것도 아니므로 이를 헌법상 소급입법금지원칙을 위반하였다거나 평등원칙에 위배된다고 볼 수도 없음
- 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 행하여 졌을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단함이 원칙이고, 이는 공정거래법에 따른 공정거래위원회의 과징금납부명령에서도 마찬가지이므로(대법원 2017. 4. 26. 선고 2016두32688 판결 참조) 피고가 처분 당시의 과징금고시에 따라 과징금을 산정하였다하더라도 이를 위반하다고 볼 수 없고, 피고가 과징금고시를 개정하면서 소급효를 규정하였다고 하더라도 이미 처분시효가 경과하여 처벌할 수 없는 행위를 다시 처벌 대상으로 삼은 것도 아니므로 이를 헌법상 소급입법금지원칙을 위반하였다거나 평등원칙에 위배된다고 볼 수도 없음.
- 과징금고시는 피고가 정한 재량행위에 관한 내부 사무처리준칙에 불과하므로, 원고가 구 과징금고시에 따라 다양한 사유로 과징금을 감경 받을 것이라고 신뢰하였다 하더라도 이는 단순한 기대에 불과할 뿐 헌법상 보호하여야 할 신뢰라고 보기 어렵고, 과징금고시를 개정한 목적 등과 비교할 때 우선하여 보호할 만한 가치가 있다고 보기도 어려움.

[한국가스공사 발주 강관구매입찰관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(동양철관, 서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누35256 판결³⁹¹⁾)]

- * 같은 취지: 한국가스공사 발주 강관 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2019. 1. 11. 선고 2018누35034 판결³⁹²⁾), 한국가스공사 발주 강관구매입찰 관련 8개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2018. 11. 21. 선고 2018누35263 판결³⁹³⁾)

바. 자진신고

1) 서설

가) 자진신고의 제도적 취지

- 자진신고자 또는 조사협조자 감면제도는 조사 협조의 대가로 혜택을 부여하는 것일 뿐 아니라, 사업자들 간 신뢰를 약화시켜 부당공동행위를 중지 또는 예방하고자 하는 데 제도적 취지가 있음
- 자진신고자 또는 조사협조자 감면제도는 부당한 공동행위를 규제하는 집행기관의 조사에 대한 협조의 대가로 혜택을 부여하는 것일 뿐 아니라, 그와 같이 혜택을 부여함으로써 공동행위에 참여한 사업자들 간의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지 또는 예방하고자 하는 데에 그 제도적 취지가 있음(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15043 판결 참조).
- 따라서 자진신고자나 조사협조자의 협력이 반드시 집행기관의 조사를 용이하게 하는 데에 적극적으로 기여한 경우로 제한된다고 볼 수 없음.
[혜영건설의 구의·자영취수장 입찰담합 건(서울고법 2012. 10. 26. 선고 2012누7563 판결³⁹⁴⁾)]
- 공정거래법령이 조사협조자 감면제도를 둔 취지와 목적은, 부당한 공동행위에 참여한 사업자가 자발적으로 부당한 공동행위 조사에 협조하여 증거자료를 제공한 것에 대한 혜택을 부여함으로써 참여사업자들 사이에 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지·예방함과 동시에, 실제 집행단계에서는 공정거래위원회로 하여금 부당공동행위를 보다 쉽게 적발하고

391) 상고심(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두65064 판결)은 심리불속행 기각함

392) 상고심(대법원 2019. 5. 30. 선고 2019두34920 판결)은 심리불속행 기각함

393) 상고심(대법원 2019. 4. 25. 선고 2019두31143 판결)은 심리불속행 기각함

394) 위위원회가 상고하였으나 상고심(2012두26449)의 상고기각판결로 원심 확정됨

증거를 수집할 수 있도록 하여 은밀하게 이루어지는 부당공동행위에 대한 제재의 실효성을 확보하려는 데에 있음

[한국가스공사 밸주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰관련 23개 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2018. 7. 26. 선고 2017두54746 판결)]

□ 과징금 감면 조항은 수익적 성격의 법령이므로 납부의무자가 수익적 입법의 시혜대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권 등 기본권 침해가 발생하는 것은 아님

- 살피건대 과징금 부과조항은 침익적 성격을 가지나 이를 배제하는 감면 조항은 특별한 경우 과징금 납부의무를 감면받을 수 있음을 시혜적으로 정하고 있는 것이므로 이 사건 법 조항 및 시행령 조항은 침익적이라기 보다는 오히려 수익적 성격의 법률조항이라고 볼이 상당함. 또한 납부의무자가 수익적 입법의 시혜대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권 등 기본권 침해가 발생하는 것은 아닐 뿐 아니라 수익적 입법의 대상이 될 경우 얻을 수 있는 재산상 이익에 대한 기대가 성취되지 아니하였다고 하더라도 이와 같은 단순한 재산상 이익의 기대는 헌법이 보호하는 재산권의 영역에 포함된다고 볼 수 없음(헌법재판소 2008. 9. 25. 선고 2007헌가9 결정 등 참조).
- 위와 같은 조사협조자 감면제도의 수익적 성격 빛 조사협조자 감면제도의 취지 등을 고려하면 피고의 조사가 시작되고 상당 기간 경과 후에 한 신고에 대하여는 감면을 하지 않을 수 있다는 내용을 두는 것에 대하여 충분히 예측할 수 있다고 보이는 전 등을 종합하여 보면, 이 사건 법 조항은 헌법상 포괄위임금지의 원칙 또는 법률유보원칙에 위반되지 않는다고 볼이 상당함.

[태영건설 등 고양 바이오매스 에너지시선 설치사업 공사 입찰 관련 3개 사업자의 부당공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 12. 14. 선고 2015누46118 판결³⁹⁵⁾)]

- 감면 혜택을 받을 수 있는 자진신고자 등의 범위에 관한 세부 내용을 어떻게 정할지는 경제규제에 전문성이 있는 행정부가 이를 탄력적이고 신속하게 규정할 필요가 있으므로, 공정거래법이 과징금 등의 감면 혜택을 받는 자진신고자 등의 범위를 직접 정하지 않은 채 이를 대통령령에 위임한 것이 포괄위임금지의 원칙에 위반된다고 볼 수 없음
- 공정거래법 제22조의2에서 정한 자진신고자 또는 조사협조자(이하 '자진신고자 등'이라 함)에 대한 과징금 등 감면제도는 부당한 공동행위의 참여 사업자가 자발적으로 조사에

395) 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017두82722 판결)은 심리불속행 기각함

협조하여 증명자료를 제공한 것에 혜택을 부여함으로써 참여 사업자들 간의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지하거나 예방하려는 데 그 취지가 있음(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15043 판결 등 참조). 공정거래법 제22조의2 제3항에서 규정한 ‘감경 또는 면제되는 자의 범위와 감경 또는 면제의 기준·정도 등에 관한 세부사항’에는 과징금 등의 감면 혜택을 받을 수 있는 적극적 자격뿐만 아니라 그 혜택을 받을 수 없는 소극적 자격도 포함됨.

- 부당한 공동행위의 유형은 현실적으로 매우 다양한 뿐만 아니라 변화하는 경제상황에 따라 규율을 달리해야 할 필요도 있으므로, 감면 혜택을 받을 수 있는 자진신고자 등의 범위에 관한 세부 내용을 어떻게 정할지는 경제규제에 전문성이 있는 행정부가 이를 탄력적이고 신속하게 규정할 필요가 있음. 또한 그 제도의 수법자가 포괄적인 공정거래법 준수의무가 있는 경제주체인 사업자이므로 법률에서 요구되는 예측가능성의 정도도 완화할 필요가 있음(헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2014헌바60, 2015헌바36, 217 결정 등 참조).
[태영건설 등 고양산송 수질복원센터 시설공사 입찰 참여 2개 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016두35199 판결)]

나) 부당한 공동행위를 입증하는 데 ‘필요한 증거’의 범위

- ‘부당한 공동행위를 입증하는 데 필요한 증거’에는 확인서나 진술서 등 당해 공동행위 관련자들의 진술을 담은 서류 등도 포함되며, 이미 제출된 증거들의 증명력을 높이거나 조사단계에서 밝혀진 사실관계의 진실성을 담보하는 데 이바지하는 증거들도 모두 포함됨
- 공정거래법 제22조의2 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제35조 제1항 제2호, 가목, 나목, 제4항 및 감면고시 제4호 제1항 단서, 제2호에서 말하는 ‘부당한 공동행위를 입증하는 데 필요한 증거’에는 확인서나 진술서 등 당해 공동행위 관련자들의 진술을 담은 서류 등도 포함된다고 보아야 하며, 이미 제출된 증거들의 증명력을 높이거나 조사단계에서 밝혀진 사실관계의 진실성을 담보하는 데 이바지하는 증거들도 모두 포함된다고 할 것인.
 - (필요한 증거에 진술증거도 포함) 공정거래법 시행령 제35조 제1항 각호에서 규정한 ‘부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거’란 부당한 공동행위를 직접적 또는 간접적으로 입증할 수 있는 증거를 의미하므로, 여기에는 문서 뿐 아니라 진술도 포함됨(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결). 반일 진술증거가 필요한 증거에서 제외되거나 혹은 그것만으로 부족하다고 한다면 관련자들의 진술 외에 별다른 입증자료를 갖지

못한 공동행위 참여자는 자진신고자나 조사협조자가 될 수 없어 자진신고자 등 감면제도의 제도적 취지에 반하게 되기 때문임.

- 이러한 점에서 만약 감면고시가 '필요한 증거'의 제출과 관련하여 관련자들의 진술을 담은 진술서 등만으로는 부족하고 나아가 그 외의 추가자료까지 제출하여야 한다는 의미로 '필요한 증거'의 범위를 제한한 것이라면, 이는 모법의 위임범위를 벗어난 것으로 효력이 없다고 보아야 함.
- 따라서 감면고시에 따라 '공동행위 내용을 기술한 자료'와 함께 제출하여야 할 '공동행위를 입증할 수 있는 추가자료'에는 관련자들의 진술서나 확인서 등도 당연히 포함된다고 해석함이 상당함.

[혜영건설의 구의·자양취수장 입찰단합 건(서울고법 2012. 10. 26. 선고 2012누7563 판결³⁹⁶⁾)]

□ 원고가 제출한 확인서, 진술서, 입찰내역서는 이 사건 입찰행위가 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거에 해당한다고 봄이 정당함

- 원고는 이 사건 감면신청을 하면서 대표이사의 확인서를 제출하였고, 이후 추가로 영업본부장의 확인서, 핵심직원의 진술서, 가담업체의 업체별 공종별 투찰금액, 업체별 기준금액 대비율을 낙찰 순위별로 일목요연하게 정리한 '입찰내역서'를 제출하였음. 원고가 감면고시 제8조에서 규정한 보정기한이 지난 후에 피고에게 비행기 텁승권, KTX 영수증을 제출하기는 하였으나, 이는 원고가 조사가 끝날 때까지 성실하게 협조하였음을 알 수 있는 자료에 해당함. 이상의 사정 등을 종합하면, 원고가 제출한 확인서, 진술서, 입찰내역서는 이 사건 입찰행위가 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거에 해당한다고 봄이 정당함.

[혜영건설의 구의·자양취수장 입찰단합 건(서울고법 2012. 10. 26. 선고 2012누7563 판결³⁹⁷⁾)]

□ 감면 혜택을 받기 위해 '필요한 증거'는 그 형태나 종류에 제한이 없으므로, 기술자료에서 이미 제시된 내용을 확인하거나 보강하는 데 지나지 않는 추가자료도 적격성이 인정될 수 있음

- 자진신고자 또는 조사협조자로서 과정급 등 감면의 혜택을 받기 위해서는 자진신고나 조사협조를 하고, 나아가 '필요한 증거'로서 직접자료를 제출하거나 기술자료와 추가자료를 제출하여야만 함.

396) 위원회가 상고하였으나 상고심(2012두26449)의 심고기각판결로 원심 확정됨

397) 위원회가 상고하였으나 상고심(2012두26449)의 심고기각판결로 원심 확정됨

- 그런데 시행령에서는 위 '필요한 증거'로서의 직접자료나 추가자료의 형태나 내용 등에 대해서는 특별한 제한 규정을 두지 않고 감면고시에 위임하고 있고(제35조 제4항), 감면고시에서는 그 증거는 '문서, 녹음테이프, 컴퓨터파일 등 그 형태나 종류에는 제한이 없다고 규정하고 있음(제4조 제2항).
- 따라서 위 '필요한 증거'로 기술자료와 추가자료를 제출한 경우 그 추가자료가 부당한 공동행위를 증명하는 협약서 등 불증이 아니라 관련자의 진술을 내용으로 하는 진술증거일 뿐이어서 결국 기술자료에서 육하워크에 따라 이미 제시된 내용을 확인하거나 보강하는데 지나지 않는다고 하더라도 그 이유만으로 당연히 위 추가자료의 적격성이 배제된다고 할 것은 아님.

[대우건설에 대한 조사협조자 불인정 건(대법원 2013. 5. 23. 선고 2012두8724 판결)]

- 원고가 제출한 증거들은 적어도 이미 제출된 증거들의 증명력을 높이거나 조사 단계에서 밝혀진 사실관계의 진실성을 담보하는 데 이바지하는 증거들은 될 수 있어서 공동행위를 입증할 수 있는 추가자료에 해당한다고 보아야 함
- 원고의 조사협조자 신고서와 보정자료에는 이 사건 공동행위를 직접 행한 원고 소속 임직원들의 확인서와 원고가 벽산건설에 전달한 원고의 공사원가계산서, 벽산건설과 남산건축 사이의 설계용역계약서 및 설계비 관련 세급계산서 등이 첨부되어 있음. 원고가 제출한 증거들은 모두 비록 새로운 사실을 입증하는 것은 아니라 할지라도, 적어도 이미 제출된 증거들의 증명력을 높이거나 조사 단계에서 밝혀진 사실관계의 진실성을 담보하는 데 이바지하는 증거들은 될 수 있어서 공동행위를 입증할 수 있는 추가자료에 해당한다고 보아야 함.

- 따라서 원고가 2순위 조사협조자로서의 요건을 충족하였음에도 과징금과 시정조치를 감경하지 아니한 것은 재량권을 남용·일탈한 위법이 있음.

[대우건설의 대구시 죽곡지구 공동주택 건립공사 입찰단합 건(서울고법 2012. 3. 21. 선고 2011누26239 판결398)]

398) 위원회는 이에 상고하였으나 상고심(2012두8724)은 상고기각함

- 현대중공업의 담당직원이 굴삭기에 관한 이 사건 부당한 공동행위에 대하여 구두 진술을 통해 조사에 협조한바 법 시행령 제35조 제2항 제3호에 따른 감경을 하지 아니한 과징금부과처분은 위법함
- 법 시행령 제35조 제2항 제3호 나.목에 규정된 '필요한 증거'라 함은 부당한 공동행위를 직접적 또는 간접적으로 입증할 수 있는 증거를 의미하므로, 여기에는 문서를 비롯한 진술 등도 이에 포함된다고 봄이 상당하고 법 시행령 제35조 제2항 제3호에 증거의 제출순서 등에 관하여 아무런 제한이 없음.
- 현대중공업의 담당직원이 굴삭기에 관한 이 사건 부당한 공동행위에 대하여 구두 진술을 통해 조사에 협조한 사실을 알 수 있는바, 원고는 피고에게 위 법 시행령에 규정된 필요한 증거를 제출하였다고 할 것이므로, 법 시행령 제35조 제2항 제3호에 따른 감경을 하지 아니한 과징금부과처분은 위법함.
[현대중공업 등 3개사의 굴삭기 및 휠로다가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결)]

다) '부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 최초로 제공하였을 것'의 의미

- 일련의 합의를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 볼 수 있는 경우 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 최초로 제공한 참여사업자만이 그 참여시기와 관계없이 부당한 공동행위 전체에 대하여 법 시행령 제35조 제1항 제1호 및 제2호 소정의 감면요건에 해당한다 할 것임.
- 관련 조문들의 문언내용과 체계, 부당한 공동행위의 참여사업자가 자발적으로 조사에 협조하여 입증자료를 제공한 데 대하여 혜택을 부여함으로써 참여 사업자들 간의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지 내지 예방하고자 하는 자진신고자 감면제도의 취지 등에 비추어 보면, 사업자들이 가격담합을 위한 기본적 원칙에 합의한 후 이에 따라 위 합의를 실행하는 과정에서 장기간 동안 수회에 걸쳐 회합을 가지고 구체적인 합의를 계속하여 옴으로써 그와 같은 일련의 합의를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 볼 수 있는 경우에는 부당한 공동행위의 참여사업자들 가운데 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 최초로 제공한 참여사업자만이 그 참여시기와 관계없이 부당한 공동행위 전체에 대하여 법 시행령 제35조 제1항 제1호 및 제2호 소정의 감면요건에 해당한다 할 것임.

- 원심이 장기간 동안 수회에 걸쳐 이루어진 저밀도폴리에틸렌에 관한 가격담합을 하나의 부당한 공동행위로 본 다음, 호남석유화학 주식회사에 이어서 두 번째로 위 부당한 공동행위에 대한 증거를 제공한 원고는 최초 제공자인 호남석유주식회사의 참여 시기와 관계없이 위 부당한 공동행위 중 일부에 대하여도 법 시행령 제35조 제2항 제1호 및 제2호 소정의 감면요건에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 것은 정당함.

[6개 저밀도폴리에틸렌 및 7개 선행저밀도폴리에틸렌 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 관련 엘지화학에 대한 과징금 재산정의 건(대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결)]

- 최초 신고 이후 보정서 제출을 통해 비로소 공동행위를 입증하는 데 필요한 증거를 제출한 경우, 보정하여 제출한 자료가 최초에 신고한 공동행위와 동일성이 인정되지 않는 경우에는 최초 감면신청일에 보정 자료가 제출된 것으로 보아 조사협조자 순위 판단을 위한 기준일시를 소급할 수 없음

- 조사협조자의 최종 순위는 피고의 심의절차를 거쳐 공동행위를 기준으로 정해지는 것으로, 이 사건 감면신청과 관련하여 원고가 보정기간 내 최초에 신고한 공동행위와 동일성이 인정되는 범위에서 보정 자료를 제출하였다면 최초 감면신청일에 자료가 제출된 것으로 볼 여지가 있으나 보정하여 제출한 자료가 최초에 신고한 공동행위와 동일성이 인정되지 않는 경우에도 최초 감면신청일에 보정 자료가 제출된 것으로 보아 그 공동행위의 단위를 넘어 조사협조자 순위 판단을 위한 기준일시를 소급할 수는 없음.

[(주)이레하이테크이앤씨의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 8. 29. 선고 2018누39173 판결, 고법 확정)]

- 피고가 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 충분히 확보하였다는 사실을 원고에게 알려야 할 의무는 없으며, 피고가 원고의 이 사건 감면신청 전에 위와 같은 증거를 확보하고 있었음이 인정되는 이상 해당 자료를 원고에게 제시하지 않았다는 이유만으로 절차상 위법이 있다고 보기도 어려움

- 피고는 원고가 이 사건 감면신청 전에 이미 원고 등이 2012년 공동행위를 한 구체적 내역과 실행행위를 충분히 입증할 수 있는 자료를 확보하고 있었다고 보이고, 원고가 '피고가 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태에서 필요한 증거를 제공한 첫 번째 자'에 해당한다고 보기 어려움. 원고는 피고가 현장조사 당시 2012년도 합의서를 원고에게 제시한 사실이 없다는 취지로 주장하나, 피고가 부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 충분히 확보하였다는 사실을 원고에게

알려야 할 의무가 있지 않고, 피고가 원고의 이 사건 감면신청 전에 위와 같은 증거를 확보하고 있었음이 인정되는 이상 2012년도 합의서를 원고에게 제시하지 않았다는 이유만으로 절차상 위법이 있다고 보기도 어려움.

[(주)이례하이테크이앤씨의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 8. 29. 선고 2018누39173 판결, 고법 확정)]

- 원고가 스스로 검찰에 이 사건 공동행위에 관하여 신고를 하고 이 사건 공동행위를 증명하는 데에 필요한 증거를 제출하였다고 하더라도, 이러한 행위를 공정거래법령에서 말하는 자진신고나 증거제공이 있었다고 볼 수 없음
- 비록 공정거래법이나 그 시행령이 자진신고나 증거제공의 상대방이 피고여야 한다는 점을 명시적으로 규정하지는 않았으나, ① 공정거래법은 시정조치와 과징금의 부과 여부 결정, 과징금액의 산정, 자진신고자 또는 조사협조자에 대한 감면 여부 결정권을 피고에게 부여하고 있는 점, ② 부당한 공동행위 자진신고나 증거제공을 받은 행정기관 또는 수사기관이 그 사실을 의무적으로 피고에 통보하도록 정하고 있는 법령의 규정이 존재하지 아니한 점, ③ 공정거래법 시행령은 자진신고나 증거제공 순서에 따라 처분의 감면 여부 및 그 정도를 달리 정하고 있는데, 이를 위해서는 자진신고 시점과 증거제공 시점이 분쟁의 소지 없이 명확한 것이 요구되는 점 등을 종합하여 보면, 공정거래법과 그 시행령의 위 규정들은 자진신고나 증거제공의 상대방이 피고여야 함을 당연히 전제하고 있다고 해석됨.
- 나아가 수사기관 등이 어느 사업자로부터 자수서나 증거 등을 제출받아 수사를 진행하며 피고에게 이를 송부하였다 하더라도, 그 송부는 수사기관 등의 결정에 따른 것이지 해당 사업자의 의사에 기한 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 수사기관 등의 송부 시점에 따라 자진신고 또는 증거제공 순위가 결정되는 불합리한 결과가 발생하게 되기 때문에, 공정거래법령에서 말하는 자진신고나 증거제공이 있었다고 볼 수 없음.

[조달청 발주 하수관 다수공급자계약 2단계 경쟁입찰 관련 12개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 12. 23. 선고 2020누51886 판결³⁹⁹⁾)]

³⁹⁹⁾ 삼고신(대법원 2022. 4. 28. 선고 2022두31631 판결)은 심리불숙행 기각함

라) '필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태'의 의미

- 1순위 조사협조자의 감면신청을 기각하였다고 하더라도 이를 통해 공동행위 입증에 필요한 증거를 이미 확보한 경우 2순위로 감면신청을 한 자는 1순위 조사협조자의 요건을 충족하지 못하였다고 봄이 타당함
- 코오롱글로벌이 1순위 감면신청 직후 이 사건 공동행위의 실행 및 합의에 관련 직원 진술서, 입찰가격표의 등 입증에 필요한 관련 자료를 충분히 제출하고 구체적으로 진술한 것으로 보임. 따라서 피고가 코오롱글로벌의 조사협조자 지위를 취소했다 하더라도 피고가 코오롱글로벌을 통해 공동행위 입증에 필요한 증거를 이미 확보하였다는 사실 상태에 변화가 없으므로 원고는 1순위 조사협조자의 요건을 충족하지 못함.
[태영건설 등 고양 바이오매스 에너지시설 설치사업 공사 입찰 관련 3개 사업자의 부당공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 12. 14. 선고 2015누46118 판결⁴⁰⁰⁾)]
- 피고가 원고의 증거제공 이전에 이미 1차 공동행위 외부자인 신고인의 제보에 따라 필요한 증거를 충분히 확보하고 있었던 이상, 그 이후에 증거를 제공한 공동행위 참여자인 원고는 2순위 조사협조자에도 해당한다고 볼 수 없음
- 비록 공정거래법령이 1순위와 2순위 조사협조자를 구분하여 규정하고 있기는 하나, 이는 조사협조자들 중 '최초로 증거를 제공한 자'뿐만 아니라 '두 번째로 증거를 제공한 자'까지 감면을 허용하고자 하는 취지일 뿐, 이로써 1순위와 관계없는 별개의 독립적인 2순위라는 지위가 만들어져 1순위 조사협조자가 없는데도 2순위 조사협조자가 성립할 수 있게 되는 것은 아님.
- 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제3호에서 2순위 조사협조자의 요건으로 '부당한 공동행위임을 증명하는 데 필요한 증거를 단독으로 제공한 두 번째의 자일 것'이라고 규정함으로써 전제하고 있는 '최초의 증거제공자'는 공동행위 참여자로서 '1순위 조사 협조자'를 의미함.
 - 이와 같이 조사협조자 간면제도에서 증거제공의 순서에 따라 순위를 정하는 것은 다수의 조사협조자가 있음을 전제로 그들 사이에 간면 여부와 정도의 차이를 두기 위한 것이므로, 그 순위를 산정할 때 해당 조사협조자가 될 수 없는 공동행위 외부자나 조사협조자로 인정되지 않은 공동행위 참여자의 존재를 고려할 것은 아님.

400) 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017두32722 판결)은 심리불속행 기각함

○ 한편 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제3호는 2순위 조사협조자에 관하여, 1순위 조사 협조자는 달리 ‘공정거래위원회가 부당한 공동행위에 대한 정보를 입수하지 못하였거나 부당한 공동행위임을 증명하는 데 필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태에서 조사에 협조하였을 것’이라는 요건을 규정하고 있지 않으나, 이는 공정거래위원회가 ‘1순위 조사 협조자의 증거제공’으로 필요한 증거를 충분히 확보한 경우에는 예외를 인정하여 1순위 조사협조자가 성립하는 외에 2순위 조사협조자도 성립할 수 있도록 함으로써 보다 신속한 담합의 와해를 유도하고 추가적인 증거의 확보를 용이하게 하기 위한 것임.

○ 공동행위 외부자의 제보에 의하여 필요한 증거를 충분히 확보한 이후에는 공동행위 참여자가 증거를 제공하였더라도 법령상 ‘조사협조자’ 감면제도에 따른 감면을 받을 수 없고, 공정거래법 시행령 제61조 제3항의 위임에 따른 과징금고시에 규정된 ‘조사협력’에 따른 재량 감경을 받을 수 있을 뿐임.

[민간건설사 발주 연도 및 건식에어덕트 공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 5. 13. 고법 2020누61005 판결, 파기환송심 고법 확정)]

□ 피고가 원고의 자진신고가 있기 전에 이미 확보한 검찰제공자료는 원고의 임직원 등의 형사책임을 증명하는 수사자료로 공동행위의 기담자, 공동행위의 방식, 구체적인 개별입찰내역 등이 특정되어 있어 그 증명력이 높다고 할 것이므로, ‘충분한 증거’에 해당함

○ 피고는 2008. 10. 이후의 공동행위에 관하여는 원고의 자진신고가 있기 전에 이미 이를 입증할 ‘충분한 증거’인 검찰제공자료를 확보한 상태였고, 2008. 9. 이전의 공동행위에 관하여도 원고의 자진신고가 없었더라도 검찰제공자료와 (원고의 자진신고 전 이미 제공 요청이 완료된) 한수원 제공 자료를 비교하여 공동행위를 충분히 입증할 수 있었다고 인정되므로, 원고는 ‘피고가 부당한 공동행위임을 입증하는 네 필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태에서 필요한 증거를 제공한 첫 번째 자’에 해당한다고 보기 어려움.

○ 원고는 이에 대하여 검찰제공자료는 포괄적인 인정진술에 불과하고 구체적인 행위가 정확히 특정되지 않아 공동행위 조사의 기초자료에 불과하다고 주장하나, 검찰제공자료는 원고의 임직원 등의 형사책임을 증명하는 수사자료로 공동행위의 기담자, 공동행위의 방식, 구체적인 개별입찰내역 등이 특정되어 있어 그 증명력이 높다고 할 것이므로, 원고의 위 주장은 이유 없음.

- 설령 원고가 제출한 자료가 2005. 4. 무렵부터 2008. 9. 무렵까지 있었던 이 사건 공동행위를 증명하는데 필요한 증거에 해당한다고 하더라도 앞서 본 법리에 바추어 이를 이유로 이 사건 공동행위 전체에 대하여 원고가 1순위 조사협조자로서의 지위를 취득한다고 보기 어렵고, 여기에다가 과정금고시 IV.3.다.(3)(가)에서 2차 조정 사유로 ‘조사에 적극 협력한 점’을 별도의 감경 사유로 규정하고 있고, 실제 피고가 이 사건 과정금을 산정함에 있어 그러한 사정을 고려하여 원고에 대하여 30% 조사협력 감경을 한 점을 더하여 보면, 이로 인하여 원고에게 가혹한 결과가 초래된다고 보기도 어려움.

[효성의 한국수력원자력 발주 원자력발전소용 전동기 구매입찰 부당공동행위 건(서울고법 2016. 5. 13. 선고 2015누38148 판결, 고법 확정)]

- 공동행위 전부가 빠짐없이 증명되어야만 법 시행령 제35조 제1항 제2호 가목에 따른 감면배제요건인 ‘필요한 증거를 충분히 확보한 경우’에 해당한다고 할 수는 없고, 공동행위의 핵심적이고 중요한 내용에 관한 증거를 확보하였는지 여부에 따라 판단하여야 함
- 원고는 단독입찰로 유찰될 경우 사업 척수가 자연되는 것을 방지하고자 사업을 수주하더라도 수행할 능력이 없는 세종텔레콤 측에 부탁하여 이 사건 입찰 1, 2의 둘러리로 참여하도록 하였음. 따라서 세종텔레콤의 둘러리 입찰 참여 여부는 이 사건 공동행위의 구도를 파악하는데 중요한 요소에 해당하는 것으로 볼 수 없고, 이에 관한 증거 확보 여부는 피고가 이 사건 공동행위 입증에 필요한 증거를 충분히 확보하였는지 여부에 관한 판단에 영향을 주는 것이라고 할 수 없음.

- 원고가 제공한 세종텔레콤의 답합 참여에 관한 자료가 없었다고 하더라도, 피고가 이 사건 공동행위를 입증하는 데에는 지장이 없었을 것으로 보이고, 실질적으로 단합에 참여한 3개의 사업자 중 다른 사업자인 에스케이브로드밴드, 엘지유플러스가 원고보다 앞서서 이 사건 공동행위의 핵심적인 내용을 자진신고하고 조사에 협조한 이상, 원고는 1, 2순위 조사협조자라고 볼 수 없이 감면대상자에 해당하지 않음.

[공공분야 전용회선사업 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 20. 선고 2019누55189 판결, 고법 확정)]

- (자진신고 시점 당시에 자료를 확보한 상태가 아니라 하더라도) 피고가 추가적인 자체조사 또는 검찰의 협조를 통한 자료 취득 가능성이 있었던 경우에는 충분한 자료를 확보한 것으로 볼 수 있음
 - 피고는 이 사건 공동행위를 직권인지하고 현장조사를 통하여 자료들을 입수하였는데, 그 자료들에는 이 사건 공동행위에 가담자, 개별 입찰 건의 낙찰예정자 등을 알 수 있을 정도로 비교적 구체적이고 상세하게 기재되어 있었음. 그 이후 검찰은 이 사건 공동행위에 관한 수사를 진행하여 관련자들을 구속기소하였고, 피고는 검찰로부터 위 공소장을 제공받았으며, 공소장에는 이 사건 공동행위의 가담자, 공동행위의 방식, 내용 등이 상세히 특정되어 있었음. 피고는 공정거래법 제64조 제2항에 따라 검찰에 이 사건 공동행위의 조사에 필요한 자료를 요청할 수 있었다고 보이고, 검찰도 위와 같이 기소 직후 피고에게 기소사실을 통지하고 공소장을 송부한 점에 비추어 피고의 조사에 협조적이었다고 보이는바, 피고가 검찰로부터 해당 수사기록을 취득할 가능성이 충분하였다고 판단됨.
 - 이러한 사정들을 종합할 때 피고는 원고들의 감면신청 및 자료제출이 없었더라도 위와 같이 입수한 자료를 토대로 조달청 국가종합전자조달시스템을 통해 구체적인 입찰 건을 확인하거나 검찰에 협조를 요청하여 수사기록을 취득하는 방법을 통해 이 사건 공동행위를 입증할 수 있었다고 판단됨. 이처럼 피고가 추가적인 자체 조사 또는 검찰의 협조를 통한 자료 취득 가능성이 충분하였던 점, 원고들이 피고에게 제공한 자료의 대부분은 검찰의 수사기록을 그대로 복사한 것들에 불과한 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 원고들이 이 사건 공동행위의 적발 가능성에 기여한 정도가 높다고 할 수 없음.
[관수 원심력콘크리트파일 구매입찰 관련 17개 사업자와 한국원심력콘크리트공업협동조합의 부당한 공동행위 건(서울고법 2021. 4. 15. 선고 2020누44451 판결⁴⁰¹⁾)]
- 공정거래위원회가 이미 부당한 공동행위에 대한 정보를 입수하고 이를 증명하는 데 필요한 증거를 충분히 확보한 이후에는 '조사협조자'가 성립할 수 없고, 이는 1순위는 물론 2순위의 경우에도 마찬가지임
 - 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제3호는 2순위 조사협조자에 관하여, 1순위 조사협조자와는 달리 '공정거래위원회가 부당한 공동행위에 대한 정보를 입수하지 못하였거나 부당한 공동행위임을 증명하는 데 필요한 증거를 충분히 확보하지 못한 상태에서 조사에 협조하였을 것'이라는 요건을 규정하고 있지 않으나, 이는 공정거래위원회가 '1순위 조사협조자의

401) 상고심(대법원 2021. 8. 26. 선고 2021누38499 판결)은 식리불속행 기각함

'증거제공'으로 필요한 증거를 충분히 확보한 경우에는 예외를 인정하여 1순위 조사협조자가 성립하는 외에 2순위 조사협조자도 성립할 수 있도록 함으로써 보다 신속한 담합의 와해를 유도하고 추가적인 증거의 확보를 용이하게 하기 위한 것인 점 등을 고려하면, 공정거래위원회가 이미 부당한 공동행위를 증명하는 데 필요한 증거를 충분히 확보하고 있는 경우에는 그 순위와 무관하게 조사협조자가 성립할 수 없음. 다만 공정거래위원회가 필요한 증거를 충분히 확보한 것이 1순위 조사협조자의 증거제공에 의한 것일 때에는 1순위 조사협조자가 성립하는 외에 2순위 조사협조자도 성립할 수 있음.

[관수 원심력콘크리트파일 구매입찰 관련 17개 사업자와 한국원심력콘크리트공업협동조합의 부당한 공동행위 건(서울고법 2021. 11. 11. 선고 2020누45102 판결, 고법 확정)]

마) '조사가 끝날때까지 성실하게 협조하였을 것'의 의미

□ 원고 임직원이 내부적으로 피고 조사에 대비한 문건을 작성하였다든가 외부기관의 감독활동에 대한 각종 대응방안을 마련해 두었다는 사정만으로 성실하게 협조하지 않은 것이라고 단정할 수 없음

○ 시행령 제35조 제1항은 '부당한 공동행위와 관련된 사실을 모두 진술하고 관련 자료를 제출하는 등 조사가 끝날 때까지 성실하게 협조하였을 것'을 자진신고자 등이 감면 혜택을 받기 위한 요건의 하나로 규정함.

○ 원고의 임직원이 내부적으로 피고의 조사에 대비한 문건을 작성하였든가 그 외 외부기관의 감독활동에 대한 각종 대응방안을 마련해 두었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 원고가 이 사건 공동행위와 관련하여 조사가 끝날 때까지 성실하게 협조하지 않은 것이라고 단정할 수는 없음.

[대우건설에 대한 조사협조자 불인정 건(대법원 2013. 5. 23. 선고 2012두8724 판결)]

□ 현대건설의 처분 취소 청구가 인용되었고, 검찰도 무혐의 처분을 한 점에 비추어 보면, 원고가 현대건설과의 합의과정에 대하여 정확한 진술을 하지 못한 것은 오히려 사실에 부합한다고 할 것이므로 이를 이유로 원고가 피고의 조사에 성실하게 협조하지 않은 것이라고 볼 수 없음

○ 원고가 당초 3개사의 부장 또는 임원들이 만나 이 사건 입찰에 관한 합의를 하였다는 진술서를 제출하였다가 현대건설과는 직접 연락한 사실이 없다고 진술을 번복한 사실은

인정됨. 그러나 피고는 이 사건 공동행위에 현대건설의 담당자나 합의 과정 등을 특정하지 못하면서도 현대건설도 이 사건 공동행위에 가담하였다고 판단하여 원고 등 3사에게 이 사건 처분을 하였는데, 현대건설은 위 처분의 취소를 구하는 소를 제기하여 그 청구가 인용되었고 이에 피고가 상고하지 않아 그대로 확정되었으며 검찰도 현대건설에 대하여 이 사건 공동행위에 관하여 무혐의 처분을 한 점에 비추어 보면, 원고가 이 사건 공동행위에 가담한 현대건설 측 담당자나 현대건설과의 합의과정에 대하여 정확한 진술을 하지 못한 것은 오히려 사실에 부합한다고 할 것이어서, 피고의 조사에 성실히 협조하지 않은 것이라고 볼 수 없음.

[코오롱글로벌 등 고양 바이오매스 에너지시설 설치사업 입찰 관련 3개 사업자의 부당공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 12. 14. 선고 2015누39363 판결⁴⁰²⁾]

- 심사보고서 송부 전 자진신고자가 다른 사람에게 감면 신청 사실을 누설하면, 이를 알게 된 담합가담자들은 공정거래위원회 조사에 대한 대응방안을 보다 쉽게 수립할 수 있게 되고, 경우에 따라 관련 증거를 은닉·변조하거나 자진신고 자체를 담합할 여지가 있으므로, 이러한 사정을 고려한 공정위의 자진신고 감면 불인정 결정에 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 볼 수 없음
- 심사보고서가 송부되기 전에 자진신고자가 공정거래위원회의 동의 없이 다른 사람에게 감면신청 사실을 누설하면, 이를 알게 된 담합 가담자들은 공정거래위원회의 조사에 대한 대응방안을 보다 쉽게 수립할 수 있게 되고, 경우에 따라 관련 증거를 은닉·변조하거나 자진신고 자체를 담합할 여지가 생기게 됨. 결국 감면신청 사실의 누설이 공정거래위원회의 실효적 조사에 대한 방해요인으로 작용할 수 있게 되고, 그에 따라 담합 가담자 사이에 불신구조를 형성함으로써 담합의 형성·유지를 어렵게 하려는 자진신고 제도의 도입 취지를 물가시키는 결과를 가져올 수 있음.
- 성실협조의무 위반으로 볼 수 있는 사정이 일부 인정될 때에도 종국적으로 성실협조의무 위반을 인정함으로써 자진신고자 지위를 부인할 것인지와 관련하여서는 공정거래위원회에게 일정한 재량이 인정되는 점, 자진신고자 지위의 최종적 인정은 궁극적으로는 일련의 조사협조 과정에 대한 판단에 따라 이루어질 수밖에 없는 점, 감면제도 남용 방지의 필요성 등을 아울러 참작하면, 공정거래위원회는 자진신고자에게 성실협조의무 위반을 인정할 수도 있음.

[대보건설의 부당한 공동행위 관련 감면신청 기각 관련 건(대법원 2018. 7. 26. 선고 2016두45783 판결)]

402) 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017두31279 판결)은 심리불속행 기각함

- 자진신고자 또는 조사협조자의 위반행위와 관련한 증거인멸 행위 등이 자진신고나 조사협조 개시 이전에 이루어졌다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이는 성실협조의무 위반임
 - ‘공정거래위원회가 조사를 시작한 후 조사에 협조한 자로서 부당한 공동행위임을 증명하는데 필요한 증거를 단독으로 제공한 두 번째의 자’가 감경의 대상이 되기 위해서는 ‘부당한 공동행위와 관련된 사실을 모두 진술하고, 관련 자료를 제출하는 등 조사가 끝날 때까지 성실하게 협조’하여야 함. 이와 같은 성실협조의무는 원칙적으로 자진신고 시점 또는 조사에 협조하기 시작한 시점부터 발생한다고 볼이 논리상 당연한데, 위 성실협조의무는 또한 자진신고자 또는 조사협조자가 위반행위와 관련된 사실을 모두 진술하고 관련 자료를 제출해야 함을 당연한 전제로 함.
 - 이러한 점에서 보면, 자진신고자 또는 조사협조자의 위반행위와 관련한 증거인멸 행위 등이 자진신고나 조사협조 개시 이전에 이루어졌다고 하더라도 그 증거인멸 행위 등을 공정거래위원회에 제출될 자료나 진술할 내용에 영향을 미치게 되고, 특별한 사정이 없는 한 자진신고 또는 조사협조 행위의 성실성 여하에도 영향을 미칠 수 밖에 없으므로 자진신고 또는 조사협조 개시 시점에 불충분한 증거를 제출한 것으로 평가할 수 있다면, 자진신고 또는 조사협조 그 자체가 불성실한 것으로 판단될 수 있음.
 - 원고의 직원이 부당공동행위와 관련한 증거인멸 행위 등을 한 것은 향후 가까운 시일 내에 조사협조를 할지 구체적으로 고려할 수 밖에 없는 시점에서 이루어졌고, 이후 근접한 시기에 실제로 원고의 자진신고가 있었음. 나아가 그 증거인멸 행위 등으로 인하여 자진신고를 하면서 불충분한 증거를 제출한 것으로 볼 수 있고, 그에 따라 자진신고 또는 조사협조 행위 그 자체가 불성실한 것으로 평가할 수 있으므로 원고가 이 사건 공동행위와 관련된 사실을 모두 진술하고 관련 증거를 제출하는 등 조사가 끝날때까지 성실하게 협조하였다고 보기 어려움.
- [2개 산업용 화약 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2018. 7. 11. 선고 2016두46458 판결)]
- 별개의 공동행위로 구분되는 경우, 제1 공동행위 1순위 감면신청자가 제1 공동행위에 대한 감면신청 후 제2 공동행위에 참여했다고 하더라도 제1 공동행위 감면신청자의 지위를 상실한다고 볼 수 없음
 - 이 사건 제1 공동행위와 제2 공동행위⁴⁰³⁾를 하나의 공동행위로 볼 수 없는 이상, 설령

403) 공정거래위원회는 아래 ①, ② 공동행위를 하나의 공동행위(제1 공동행위)로 보고, ③ 공동행위(제2 공동행위)

A사(제1 공동행위 1순위 감면신청자)가 이 사건 제1 공동행위에 관하여 감면신청을 한 뒤 이 사건 제2 공동행위에 참여했다고 하더라도 이 사건 제1 공동행위에 관한 제1순위 감면신청자의 지위를 상실하였다고 볼 수는 없음.

- 한편 B사(제2 공동행위 1순위 감면신청자)의 경우에는 이 사건 제2 공동행위에 관한 감면신청 이후에는 더 이상 이 사건 제2 공동행위에 참여하지 아니하였다고 판단되므로, 마찬가지로 제1순위 감면신청자의 지위를 상실하였다고 볼 수 없음.

[현대중공업(주) 반주 조선부품 등 중량물 운송용역 입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 12. 17. 고법 2020누33703 판결, 고법 확정)]

바) '부당한 공동행위를 중단하였을 것'의 의미

- 1순위 자진신고자 또는 1순위 조사협조자의 요건으로 공동행위의 중단에 관하여는 '그 부당한 공동행위를 중단하였을 것'이라고만 규정하고 있을 뿐 공동행위를 먼저 적극적으로 중단하였을 것을 요건으로 정하고 있지 않음
- 공정거래법 제22조의 2 제1항 및 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제1호와 제2호는 1순위 자진신고자 또는 1순위 조사협조자의 요건으로 증거 제공에 관하여는 '필요한 증거를 단독으로 제공한 최초의 자일 것'이라고 규정하면서도 공동행위의 중단에 관하여는 '그 부당한 공동행위를 중단하였을 것'이라고만 규정하고 있을 뿐 공동행위를 먼저 적극적으로 중단하였을 것을 요건으로 정하고 있지 않음.
- 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제3호는 2순위 자진신고자 또는 2순위 조사협조자의 요건으로 '그 부당한 공동행위를 중단하였을 것'을 포함하고 있음. 관련 조항의 체계상 위 요건의 의미도 앞서 본 1순위 자진신고자 또는 1순위 조사협조자의 경우와 동일하게 해석하여야 할 것인데, 원고 주장과 같이 위 요건이 먼저 적극적으로 공동행위를 중단한 경우만을 의미한다고 해석한다면 부당한 공동행위에 참여한 사업자들 중 최초로 공동행위를 중단한 사업자를 제외한 나머지 사업자들은 위 요건을 충족하기가 어렵게 되어 2순위 자진신고자 또는 2순위 조사협조자로 인정받는 길이 사실상 막히게 됨.

[자일법워터솔루션의 오존주입설비 구매 설치 공사 입찰 관련 부당공동행위 건(대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두43282 판결)]

는 별개의 공동행위를 구성하는 것으로 봄

①현대중공업(주) 발주 오리엔탈정공 조선부품 입찰 등 운송용역 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건, ②현대중공업(주) 발주 세진중공업 및 현대삼호중공업 조선부품 운송용역 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건, ③현대중공업(주) 발주 통합 운송용역 입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건

- 감면신청을 함으로써 1부분 공동행위를 중단한다는 의사를 명확히 밝혔다고 하더라도 감면신청의 존재만으로 공동행위의 중단을 인정하는 것은 감면요건인 '그 부당한 공동행위를 중단하였을 것'을 무의미하게 만드는 것으로 받아들일 수 없음
- 원고는, 원고가 피고에게 이 사건 감면신청을 함으로써 제1부분 공동행위를 중단한다는 의사를 명확히 밝혔다고 주장함. 그러나 감면신청의 존재만으로 공동행위의 중단을 인정하는 것은 구 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제3호 (나)목, 같은 항 제1호 (라)목에서 규정하고 있는 과징금 등 처분의 감면요건인 '그 부당한 공동행위를 중단하였을 것'을 무의미하게 만드는 것으로서 받아들일 수 없음. 원고가 이 사건 감면신청 이후 관련 보정자료를 제출하였다고 하여 달리 볼 수 없음.

[현대자동차(주) 등 3개사 발주 알루미늄 합금제품 구매입찰 관련 8개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 관련 (주)알테크노메탈의 감면신청에 대한 건(서울고법 2023. 1. 11. 선고 2022누39927 판결⁴⁰⁴⁾)]

사) 공동행위 신고자 등에 대한 감면제도 운영지침⁴⁰⁵⁾의 효력

- 피고가 구법하에서 공동행위 신고자 등에 대한 감면제도 운영지침을 내부적으로 제정·운영한바, 이는 대외적인 구속력을 갖지 아니하는 내부적 준칙에 불과함
- 피고가 구법하에서 공동행위 신고자 등에 대한 감면제도 운영지침을 내부적으로 제정·운영하였고 이에 따르면 1순위 조사협조자는 과징금을 면제한다고 규정되어 있는 사실은 인정되나, 이는 대외적인 구속력을 갖지 아니하는 내부적 준칙에 불과할 뿐만 아니라, 피고가 이를 근거로 하여 1순위 신고자 등에 대하여 일률적으로 과징금을 면제하여 왔다는 원고의 주장은 이를 인정할 증거가 없고, 오히려 을 제1 내지 4호증의 각 기재에 의하면 피고가 가격단합행위에 대하여 과징금 부과결정 등을 함에 있어 1순위 신고자 및 조사협조자인 피신인에 대하여 시정조치를 받은 지 얼마 되지 아니하여 또 다시 가격인상 단합행위를 반복하였다는 등의 사정을 종합하여 과징금을 면제하지 아니하고 감경하는데 그친 사례들이 존재하는 사실을 인정할 수 있음.
- 또한 피고가 원고에 대한 감경율을 정함에 있어 원고가 상대적으로 적극적인 역할을 하여 이 사건 담합이 이루어진 점, 원고의 조사협조자 신고가 풍산에 비하여 불과 20시간 가량 빨랐던 것에 불과한 점 등을 고려하여 100%가 아닌 95%만을 감경하였다고 하여 이것이 풍산에 대한 관계에서 평등의 원칙에 반하였다고 볼 수도 없음.

[대창공업의 황동봉 가격단합 건(서울고법 2009. 12. 2. 선고 2009누9668 판결⁴⁰⁶⁾)]

404) 상고심(대법원 2023. 5. 18. 선고 2023두34934 판결)은 심리불속행 기각함.

405) 현재는 '부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시'로 변경·시행 중

- 원고는 피고에게 구 법 시행령 제35조 제2항 제3호 나. 목에 규정된 '부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 제공'한 경우에 해당하는바 위 시행령의 규정에 따른 감경을 하지 아니하고 단지 고시에 따른 감경만을 하여 이루어진 이 부분 과정금부과처분은 위법함
- 두산인프라코어는 굴삭기에 관한 이 사건 부당한 공동행위에 대하여 불보건설기계코리아가 제출한 자료와 동일한 내용의 문서를 제출하고, 원고의 담당직원이 위 부당한 공동행위에 대하여 진술함으로써 조사에 협조한 사실을 알 수 있는바, 원고는 피고에게 구 법 시행령 제35조 제2항 제3호 나. 목에 규정된 '부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 제공'한 경우에 해당한다고 보아야 할 것임. 원고에 대하여 위 시행령의 규정에 따른 감경을 하지 아니하고 단지 피고의 고시에 따른 감경만을 하여 이루어진 이 부분 과정금부과처분은 위법함.

[두산인프라코어의 굴삭기 및 휠로다가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두2920 판결)]

2) 공동자진신고

가) 허용여부

- 2 이상의 사업자가 실질적 지배관계에 있는 계열회사이거나 회사의 분할 또는 영업양도의 당사 회사로서 그들이 함께 당해 공동행위에 참여한 사실이 없는 경우 등과 같이 공동자진신고를 허용하더라도 감면제도의 취지에 어긋나지 않는다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 예외라고 할 것임
- 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것) 제22조의2 및 공정거래법 시행령(2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항 제1호의 각 규정에 의하여 과정금 감면사유가 되는 부당공동행위의 자진신고는 원칙적으로 단독으로 하여야 할. 이는 2 이상의 사업자의 공동자진신고를 인정하게 되면 부당공동행위에 참여한 사업자들이 담합하여 자진신고하는 방법으로 감면을 받을 수 있게 되어 자진신고자에게 일정한 혜택을 부여함으로써 참여 사업자들 간의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지내지 예방하고자 하는 자진신고 감면제도의 취지에 반할 우려가 있기 때문임. 다만 2 이상의 사업자가 실질적 지배관계에 있는 계열회사이거나 회사의 분할 또는 영업양도의

406) 상고심(대법원 2010. 4. 8. 선고 2010두1057 판결)은 심리불속행 기각함

당사 회사로서 그들이 함께 당해 공동행위에 참여한 사실이 있는 경우 등과 같이 공동자진신고를 허용하더라도 감면제도의 취지에 어긋나지 않는다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 예외라고 할 것임.

- 원심판결 이유에 의하면, 원고(디와이홀딩스)와 티센크루프엘리베이터코리아는 영업양도의 당사 회사이지만, 1996년 4월경부터 2003. 10. 1까지 다른 3개사와 함께 대형미간수요처와 관급수요처들이 발주하는 국내 엘리베이터 공사물량에 대하여, 또한 2001년경부터 2003. 10. 1까지 다른 5개사와 함께 대한주택공사가 발주한 엘리베이터 공사물량에 대하여 각 부당공동행위에 참여한 사실을 알 수 있음. 이처럼 원고와 티센크루프는 함께 당해 공동행위에 참여하였으므로, 위 법리에 따라 공동자진신고가 허용되지 아니함.

[디와이홀딩스의 민관수 부분 엘리베이터 입찰담합 건(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010두2548 판결)]

나) 공동자진신고의 허용요건인 '실질적 지배관계'에 대한 해석기준

- '실질적 지배관계'에 있다고 함은 둘 이상의 사업자 간에 한 사업자가 나머지 사업자를 실질적으로 지배하여 나머지 사업자에게 의사결정의 자율성 및 독자성이 없고 각 사업자들이 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우를 뜻함
- 신고 등의 협조를 사업자 둘 이상이 하였고 그 사업자들 사이에 실질적 지배관계에 있는 경우에는 예외적으로 공동감면이 인정될 수도 있다고 보아야 할 것인데, 여기서 '실질적 지배관계'에 있다고 함은 사업자들 간 주식 지분 소유의 정도, 의사결정에서 영향력의 행사 정도 및 방식, 경영상 일상적인 지시가 이루어지고 있는지 여부, 임원 겸임 여부 및 정도, 당해 사업자들의 상호 관계에 대한 인식, 회계의 통합 여부, 사업영역·방식 등에 대한 독자적 결정 가능성, 각 사업자들의 시장에서의 행태, 공동감면신청에 이르게 된 경위 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 둘 이상의 사업자 간에 한 사업자가 나머지 사업자를 실질적으로 지배하여 나머지 사업자에게 의사결정의 자율성 및 독자성이 없고 각 사업자들이 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우를 뜻함(대법원 2015. 9. 24. 선고 2012두13962 판결 참조).
- 호남석유화학은 엘지화학과 동등한 50% 지분만을 보유함으로써 원고에 대한 두 사업자의 지배권이 정확히 양분되어 있었고, 이사회 구성이나 공동대표이사 임명에서도 엘지화학과 같은 수의 임원을 선임할 수 있을 뿐이어서, 엘지화학 측과의 협의 없이는 독자적으로 원고 사업에 관한 의사결정을 할 수 없었던 것으로 보임. 나아가 호남석유화학이 엘지화학의

의사결정을 전적으로 좌우할 수 있는 권한이 있었다거나 그러한 특수 관계에 있었다는 사정이나, 여으로 엘지화학이 호남석유화학의 의사결정을 전적으로 좌우할 수 있었다는 등의 사정도 없음. 그렇다면 원고에게 의사결정의 자율성·독자성이 없었다거나 호남석유화학과 원고가 상호 독립적으로 운영되지 않고 있었다고 단정할 수는 없는 것이고, 따라서 원고는 호남석유화학과 실질적 지배관계에 있는 계열회사에 해당하지 않는다고 보아야 함. 그럼에도 원심은 이와 달리 호남석유화학이 원고를 실질적으로 지배한 것으로 판단하였으니, 이러한 원심판단에는 공동감면율 적용에서의 실질적 지배관계 인정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있음.

- 한편, 위와 같이 원고가 호남석유화학과 동일한 자진신고 감면율을 적용받을 수는 없다고 하더라도, 호남석유화학의 자진신고에는 원고를 대리한 자진신고의 효력을 있다고 인정됨(환송판결 및 대법원 2013. 7. 26. 선고 2012두29042 판결 등 참조). 원고는 독자적인 증거자료를 제출함으로써 이 사건 공동행위에 관한 다른 증거자료를 뒷받침하고 그 증거력을 높이는 데 기여하였다고 할 것이므로, 이 사건 공동행위의 증명에 필요한 증거를 제출하고 그 조사가 완료될 때까지 협조한 것으로 볼 수 있음. 그리고 그 밖에 조사협조자 감경이 배제될 요건에도 해당되지 않아, 원고에게 적어도 독자적인 후순위 조사협조자에 해당하는 감경사유가 있다고 보아야 할 것이니, 피고로서는 원고에게 이러한 감경사유가 인정됨을 전제로 과징금을 산정하였어야 함.

[고길도풀리에틸렌 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 관련 주식회사 씨티 및 삼성종합화학 주식회사에 대한 과징금 재산정 및 부과의 건(대법원 2016. 10. 27. 선고 2014두6383 판결)]

- ‘실질적 지배관계’라 하면 한 사업자가 나머지 사업자들을 실질적으로 지배하여 나머지 사업자들에게 의사결정의 자율성 및 독자성이 없고 각 사업자들이 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우를 뜻하는 것으로 한정하여 해석해야 함
- 공정거래법 제22조의2 제1항, 제3항의 위임을 받은 동법 시행령 제36조 제1항 제1호 (가)목 및 제3호 (가)목에 의하면, 공동행위에 참여한 2 이상의 사업자가 공동으로 증거를 제공하는 경우에도 이들이 ‘실질적 지배관계’에 있는 계열회사이면 필요한 증거를 단독으로 제공한 것으로 보게 되어 있음.
- 그 규정의 취지는, 부당공동행위에 대한 자진신고는 단독으로 하는 것이 원칙이어서 그로 인한 감면혜택도 단독으로 받게 하되, 둘 이상의 사업자가 한 공동신고를 단독으로 한 신고에 준하는 것으로 인정해줄 필요가 있는 경우에는 자진신고의 혜택 역시 같은 순위로 받도록 하는 데에 있음.

- 위와 같은 법령의 내용과 공동감면제도의 취지에 비추어 볼 때, '실질적 지배관계'에 있다고 합은 각 사업자들 간 주식지분 소유의 정도, 의사결정에서 영향력의 행사 정도 및 방식, 경영상 일상적인 지시가 이루어지고 있는지 여부, 임원겸임 여부 및 정도, 당해 사업자들의 상호 관계에 대한 인식, 회계의 통합 여부, 사업영역·방식 등에 대한 독자적 결정 가능성, 각 사업자들의 시장에서의 행태, 공동감면신청에 이르게 된 경위 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 둘 이상의 사업자 간에 한 사업자가 나머지 사업자들을 실질적으로 지배하여 나머지 사업자들에게 의사결정의 자율성 및 독자성이 없고 각 사업자들이 독립적으로 운영된다고 볼 수 없는 경우를 뜻하는 것으로 한정하여 해석해야 함.
- 위 법리에 따라 원심판결의 이유를 살펴보면, 원심의 판단 중 경쟁관계에 있으므로 실질적 지배관계가 인정되지 않는다는 취지로 설시한 부분은 형식적으로 경쟁 관계의 구도에 속해 있는 경우라도 사실상 하나의 사업자로서 실질적 지배관계가 인정되는 경우도 있을 수 있는 점에서 부적절하지만, 원고와 공동감면신청인이 상호 독립적으로 운영되고 있어서 실질적 지배관계가 인정되지 아니한다는 원심의 결론은 정당함.

[에스케이가스의 LPG 가격담합 건(대법원 2015. 9. 24. 선고 2012두13962 판결)]

3) 대리자진신고

- 호남석유화학의 행위는 분할 후 자신의 부당공동행위에 관한 자진신고인 동시에 분할 전 현대석유화학을 대리하여 그의 부당공동행위 내용을 자진신고한 경우에 해당함
- 호남석유화학은 엘지화학과 함께 원고(씨텍)의 전신인 현대석유화학을 분할, 흡수 합병하였고, 현재도 잔존법인인 원고의 지분 50%를 소유하고 있는 주주회사로서 자신의 부당공동행위에 대한 부분인 분할 후의 부당공동행위에 관하여 자진신고를 하면서 분할 전 현대석유화학의 부당공동행위에 대하여도 이를 신고하고 그 관련 서류를 제출한 사실 등이 인정되고, 호남석유화학의 그와 같은 행위는 분할 후 자신의 부당공동행위에 관한 자진신고인 동시에 분할 전 현대석유화학을 대리하여 그의 부당공동행위 내용을 자진신고한 경우에 해당함.

[씨텍의 핵성수지 가격담합 건(대법원 2010. 9. 9. 선고 2009두8939 판결)]

* 위 판결로 과징금을 재산정하였으나, 다시 원고가 제소하여 일부 패소하였음(아래 판결)

□ 공동자진신고로 인정되지 않는 경우에도, 대리에 의한 자진신고의 효력은 있으므로
후순위 독자적 조사협조자로서의 감경을 고려하여야 함

- 당시 호남석유화학이 원고를 실질적으로 지배하여 원고에게는 의사결정의 자율성·독자성이 없었다거나 호남석유화학과 원고가 상호 독립적으로 운영되지 아니하였다고 볼 수는 없으므로, 원고가 호남석유화학과 동일한 자진신고 감면율을 적용받을 수는 없다고 하더라도, 호남석유화학의 자진신고에는 원고를 대리한 자진신고의 효력은 있다고 인정이 됨(환송판결 및 대법원 2013. 7. 26. 선고 2012두29042 판결 등 참조).
- 그러므로 대리에 의한 자진신고를 전제로 하여, 원고에게 후순위의 독자적 조사협조자로서의 감경사유가 있는지에 관하여 보건데, 원고가 독자적인 증거자료를 제출함으로써 이 사건 공동행위에 관한 나쁜 증거자료를 뒷받침하고 그 증거력을 높이는 데 기여하였으므로, 이 사건 공동행위의 증명에 필요한 증거를 제출하고 그 조사가 완료될 때까지 협조한 것으로 볼 수 있음.
- 그렇다면 원신이 원고에 대하여 호남석유화학과 같은 감면율이 적용되어야 한다고 본 점은 잘못이지만, 원고가 독자적인 조사협조자 감경사유에도 해당하지 않는다는 전제에서 산정된 이 사건 과정금 납부명령은 위법하므로, 이러한 과정금 납부명령을 취소한 원심은 결론에서는 정당하고, 결국 앞서 본 공동감면율 적용에 관한 원심 판단의 잘못은 판결 결과에 영향이 없음.

[씨티에 대한 과정금 재산정 및 부과의 건(대법원 2016. 8. 24. 선고 2014두6340 판결)]

□ 티센크루프는 이 사건 자진신고 또는 조사협조를 하면서 자신의 명의로 하였을 뿐 원고를 대리하거나 대행한다는 표시를 하지 아니한 점 등에 비추어 티센크루프가 원고를 대리 또는 대행하여 자진신고 또는 조사협조하였다고 보기 어려움

- 티센크루프는 이 사건 자진신고 또는 조사협조를 하면서 자신의 명의로 하였을 뿐 원고를 대리하거나 대행한다는 표시를 하지 아니한 점, 원고(디와이홀딩스)와 티센크루프는 영업양도의 당사 회사이지만, 영업양도 전까지 2건의 부당공동행위에 함께 참여하였기 때문에 공동신고가 인정되지 아니하고 신고우선순위에 이해관계가 대립하는 지위에 있는 점, 2003. 7. 18. 체결된 원고의 전신인 동양엘리베이터와 티센크루프의 전신인 동양중공업 사이의 자산양수도계약서 제2.6조 및 제2.7조에 의하면, 2003. 10. 1. 이전의 법위반행위 중 동양엘리베이터의 법위반행위에 대해서는 원고가, 동양중공업의 법위반행위에 대해서는 티센크루프가 각 책임을 지게 되어 있어, 2003. 10. 1. 이전 동양엘리베이터의 법위반행위로 인한 과정금에 대하여 티센크루프로서는 별다른 이해관계가 없는 점, 티센크루프가

원고를 실질적으로 지배하고 있거나 두 회사의 이해관계가 일치한다고 볼 자료가 없는 점, 이 사건 자진신고 또는 조사협조에 원고의 법위반행위에 관한 내용이 일부 포함되어 있다 하더라도 이는 자진신고자 또는 조사협조자로서 다른 공동행위자의 법위반사실을 포함시킨 것에 불과한 것으로 보이는 점 등을 알 수 있음.

- 이러한 사정에 비추어 보면, 티센크루프가 원고를 내리 또는 대행하여 자진신고 또는 조사협조하였다고 보기 어렵고, 따라서 원고가 조사협조자로서 독자적으로 감경대상이 되는지 여부에 관하여 원심이 명시적으로 판단하지 아니하였다고 하더라도 이 점에 관한 원고의 주장을 받아들이지 아니한 결론은 정당함.

[디와이홀딩스의 민관수 부분 엘리베이터 입찰담합 건(대법원 2010. 9. 9. 선고 2010두2548 판결)]

4) 조사협조자 지위 불인정 통지, 감면불인정 통지 및 감면의결 등의 처분성

가) 처분성 공정 사례

- 원고에 대한 1순위 조사협조자 지위 불인정 통지에 불가쟁력이 생겼다고 하더라도 원고는 후행처분인 이 사건 처분에 대한 취소소송에서 선행처분인 위 조사협조자지위 불인정 통지의 위법을 들어 이 사건 처분의 취소를 구할 수 있음
- 동일한 행정목적을 달성하기 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 선행처분과 후행처분이 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 경우, 선행처분이 하자가 있는 위법한 처분이라면 선행처분을 전제로 하여 행하여진 후행처분도 선행처분과 같은 하자가 있는 위법한 처분으로 보아 항고소송으로 취소를 청구할 수 있음(대법원 1996. 2. 9. 선고 95누12507 판결 등 참조)
- 부당한 공동행위를 한 사업자의 자진신고자 등 감면신청에 대하여 그 자진신고자 등의 지위를 인정할 것인지 여부는 자진신고 등에 따른 시정조치 및 과징금에 대한 감면 여부를 결정하기 위한 전제로서 행하여지는 것이므로, 감면불인정 통지와 시정조치 및 과징금부명령은 동일한 행정목적을 달성하거나 서로 결합하여 한 개의 법률효과를 발생시키기 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 경우에 해당하고, 따라서 원고에 대한 1순위 조사협조자 지위 불인정 통지에 불가쟁력이 생겼다고 하더라도 원고는 후행처분인 이 사건 처분에 대한 취소소송에서 선행처분인 위 조사협조자지위 불인정 통지의 위법을 들어 이 사건 처분의 취소를 구할 수 있음.

[혜영건설의 구의·자양취수장 입찰담합 건(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012두26449 판결)]

- 과징금 등 처분과 감면기각처분의 취소를 구하는 소를 함께 제기한 경우에도, 특별한 사정이 없는 한 감면기각처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정됨
 - 과징금 등 처분과 감면기각처분은 위와 같이 그 근거규정, 요건과 절차가 구별되는 독립적인 별개의 처분으로서 위 두 처분에 고유한 위법사유가 구별되고 법적 성격도 다르므로, 사업자로서는 위 두 처분의 취소를 모두 구할 실익이 인정됨. 따라서 공정거래위원회가 시정명령 및 과징금 부과와 감면 여부를 분리 심리하여 별개로 의결한 다음 과징금 등 처분과 별도의 처분으로서 감면기각처분을 하였다면, 원칙적으로 2개의 처분, 즉 과징금 등 처분과 감면기각처분이 각각 성립한 것으로 보아야 하고, 처분의 상대방으로서는 각각의 처분에 대하여 함께 또는 별도로 불복할 수 있음.

[태영건설 등 고양삼송 수질복원센터 시설공사 입찰 참여 2개 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016두35199 판결)]
 - 원고에게 한 시정명령은 이 사건 감면처분에 의해 그 처분의 집행이 면제된 사실은 인정되나, 관련 법령에서 감면처분의 존재를 후행 처분의 전제 또는 가중사유로 정하고 있으므로, 원고는 이 사건 감면처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있음
 - 피고가 이 사건 부당행위와 관련하여 원고에게 시정명령을 한 이 사건 선행처분은 일종의 집행정적 처분으로서 사업자의 조사협조 등까지를 고려한 최종적인 결정인 이 사건 감면처분에 의해 그 처분의 집행이 면제된 사실은 인정됨. 그러나 공정거래법 제22조의2 제2항은, 공정거래법 제22조의2 제1항 및 시행령 제35조 제1항 제1호에 의해 시정조치 및 과징금을 면제받은 사업자는 위 면제를 받은 날로부터 5년 이내 새롭게 부당한 공동행위를 한 경우 1순위 또는 2순위로 자진신고를 하더라도 재차 과징금 면제 또는 감경 혜택을 받지 못한다고 규정하고 있고, 과징금고시 II. 13. 및 IV. 2. 나. (1)은 시정명령 및 과징금납부명령 전력을 '위반 횟수'에 산입함.
 - 위와 같이 관련 법령에서 선행 시정명령을 전제로 한 감면처분의 존재를 후행 처분의 전제 또는 가중사유로 정하고 있고 행정청은 그 법령에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되므로, 이 사건 선행처분은 전제로 한 이 사건 감면처분의 존재로 인하여 원고가 장래에 받을 불이익이 현실적으로 존재함. 따라서 원고는 이 사건 감면처분의 취소소송을 통하여 그러한 불이익을 제거한 권리보호의 필요성이 충분히 인정되므로, 이 사건 감면처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있음.

[에이엔디엔지니어링 등 민방위 및 재난재해 경보시스템 구매설치 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누32236 판결, 고법 확정)]

* 같은 취지: 대우조선해양 발주 특수장비 입차 등 입찰 관련 (주)동방 및 세방(주)의 공동행위 건(서울고법 2022. 11. 24. 선고 2022누30043 판결, 고법 확정)

나) 처분성 부정 사례

□ 감면불인정 통지 후 종국의결이 이루어진 경우 감면불인정 통지의 취소를 구하는 것은 더 이상 소의 이익이 없으므로 부적법함⁴⁰⁷⁾

- 피고는 2009. 7. 6. 원고의 감면신청이 조사협조자의 감면요건 중 '부당한 공동행위를 입증하는데 필요한 증거를 단독으로 제공한 것에 해당하지 아니한다'는 이유로 원고에게 감면불인정 통지를 하였다가, 2013. 9. 24. 종국의결로 원고에 대하여 부당한 공동행위를 이유로 시정명령 및 과징금 부과처분을 하였음.
- 원고로서는 부당한 공동행위에 관한 종국의결인 위 시정명령 및 과징금 부과처분의 위법 여부를 다투어야 하고, 더 이상 이 사건 감면불인정 통지의 취소를 구할 소의 이익이 없게 되었으므로, 결국 이 사건의 소는 부적법하다 할 것임(각하).

[한국유리공업에 대한 감면불인정 통보 건(대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두13815 판결)]

□ 감면 불인정 의결은 피고의 사무처장이 이미 한 감면 불인정 통지를 재확인하는 피고의 내부 의결에 불과하다 할 것이고, 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않으므로, 그 취소를 구하는 것은 부적법함

- 피고는 2014. 12. 15. 종국 의결인 전원회의 의결 제2014-292호로 원고에게 이 사건 처분을 하였고, 이 사건 감면 불인정 의결이 피고의 사무처장이 한 감면 불인정 통지는 물론이고 이 사건 처분의 효력에 어떠한 영향을 준다고 볼 만한 근거를 찾을 수 없음. 그렇다면 이 사건 감면 불인정 의결은 원고의 감면신청에 대하여 피고의 사무처장이 이미 한 감면 불인정 통지를 재확인하는 피고의 내부 의결에 불과하다 할 것이고, 이로 날미암아 원고나 다른 사람의 법률상 지위나 구체적인 권리·의무에 직접적인 변동을 초래한다고 볼 수 없으므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 봄이 옳음. 따라서 이 사건 소 중 감면 불인정 의결의 취소를 구하는 부분은 부적법함.

[한라 등 영월 강변저류지 조성공사(한강살리기 17공구) 입찰관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 1. 13. 선고 2015누433 판결⁴⁰⁸⁾)]

407) 다만, 감면불인정 통지 자체의 처분성은 인정한 것으로 보임

408) 상고심(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016두34516 판결)은 심리불속행 기각함

- 감면처분은 자진신고 감면까지 포함하여 자진신고자에 대한 종국적 처분이고, 당초 시정명령 및 과징금 부과처분은 이러한 종국적 처분을 예정한 일종의 잠정적 처분으로서 후행처분에 흡수되어 소멸함
- 피고가 공정거래법 제22조의2에서 정한 자진신고자나 조사협조자에 대하여 시정명령 및 과징금 부과처분을 한 뒤, 공정거래법 시행령 제35조 제3항에 따라 그 자진신고자 등에 대한 사건을 분리하여 자진신고 등을 이유로 다시 시정명령 및 과징금 감면처분을 하였다면, 그 감면처분은 자진신고 감면까지 포함하여 자진신고자에 대한 종국적 처분이고, 당초 시정명령 및 과징금 부과처분은 이러한 종국적 처분을 예정한 일종의 잠정적 처분으로서 후행처분에 흡수되어 소멸함. 따라서 위와 같은 경우에 당초의 시정명령 및 과징금 부과처분의 취소를 구하는 소는 이미 효력을 잃은 처분의 취소를 구하는 것으로서 부적법함.
[에이엔디엔지니어링 등 민방위 및 재난재해 경보시스템 구매설치 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누32236 판결, 고법 확정)]
- 자진신고자나 조사협조자에 대해 과징금 부과처분("선행처분")을 한 뒤, 자진신고자에 대하여 사건을 분리하여 다시 과징금 감면처분("후행처분")을 하는 경우 후행처분이 종국적 처분임
- 선행처분은 이러한 종국적 처분을 예정한 일종의 잠정적 처분으로 후행처분에 흡수되어 소멸하는데, 원심은 선행처분의 취소를 구하는 부분을 적법하다고 보고 전부를 취소한바, 이는 과징금 감액처분의 법적 성격 및 그 효력 등에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것임.
[한전 전력선 구매입찰 참가 35개 전선 제조사 등의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결)]
※ 같은 취지: 두유 담합(정. 식품) 건(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결), 대림산업 등 호남고속철도 제2-1공구 노반신설 기타공사 등 13개 공구 최저가 낙찰제 공사 입찰참가 28개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누65945 판결⁴⁰⁹⁾), 에이엔디엔지니어링 등 민방위 및 재난재해 경보시스템 구매설치 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누32236 판결, 고법 확정)

409) 상고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두62658 판결)은 심리불속행 기각함

- 선행처분('당초 정한 과징금납부명령')의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 이 사건 처분('당초 정한 과징금 감액')의 취소를 구하는 청구를 추가하는 내용으로 청구취지를 변경한 경우 제소기간의 준수 여부를 판단함에 있어서는 청구취지 변경시가 아닌 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 하는 것이 타당함
- 행정소송의 원고는 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 준용되는 민사소송법 제262조에 따라 청구의 기초에 변경이 없는 한도에서 청구의 취지 또는 원인을 변경할 수 있고(대법원 1999. 11. 26. 선고 99두9407 판결 참조), 민사소송법 제265조에 따라 변경 후 새로운 청구에 관한 법률상 기간 준수의 효력은 워낙적으로 청구 변경 시, 즉 청구변경 서면을 법원에 제출한 때에 생김. 그런데 이에 대한 예외로서 선행처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 후행처분의 취소를 구하는 청구취지를 추가하는 경우, 선행처분과 후행처분이 일련의 절차로 이루어진 것으로서 서로 밀접한 관계가 있고, 선행처분의 취소를 구하는 소에 후행처분의 취소를 구하는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다면 후행처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정할 수 있다고 할 것임.
- 이 사건 선행처분은 이 사건 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로 이 사건 처분에 흡수되는 것이므로 이 사건 선행처분의 위법성은 이 사건 선행처분이 흡수된 이 사건 처분에도 그대로 존재하는 것이어서 이 사건 선행처분의 위법성을 다투는 것은 결국 이 사건 선행처분이 흡수된 이 사건 처분의 위법성을 다투는 것과 다를 바가 없음.
- 그리므로 이 사건 선행처분의 취소를 구하는 소가 먼저 제기되었다가 이 사건 처분의 취소를 구하는 청구취지의 변경이 있는 경우 이 사건 처분에 대한 제소기간의 준수 여부를 판단함에 있어서는 청구취지 변경 시가 아닌 이 사건 선행처분의 취소를 구하는 소를 제기한 때를 기준으로 하는 것이 타당함. 따라서 이 사건 소 중 이 사건 처분의 취소를 구하는 부분은 제소기간을 준수하여 적법하므로 이를 다투는 피고의 본안전 항변은 받아들이지 아니함.

[케이씨씨건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누35088 판결, 고법 확정)]

[((주)세아제강의 한국가스공사 발주 강관 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누34963 판결⁴¹⁰))]
- ※ 같은 취지: 대림산업 등 호남고속철도 제2-1공구 노반신설 기타공사 등 13개 공구 최저가 낙찰제 공사 입찰참가 28개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누65945 판결⁴¹¹)

410) 심고심(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두63594 판결)은 심리불속행 기각함

□ 지위확인 취소 이후 시정명령 등의 종국 의결이 있는 경우 조사협조자 지위확인의 취소에 대하여 취소를 구하는 것은 소의 이익이 없음

○ 직접 종국의결의 위법 여부를 다지는 것이 당해 사업자에게 가장 유효·적절한 권리구제 수단이 됨.

[가온전선의 조사협조자 지위확인 취소 건(대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두13252 판결)]

5) 자진신고자 등에 대한 감경 또는 면제

□ 이 사건 일련의 합의는 전체적으로 하나의 공동행위에 해당하므로 원고가 삼성중공업이 참여하지 않은 12개 공구의 들러리 합의에 관하여 증거자료를 제출하고 조사에 협조했다고 하더라도, 그 일부 합의에 대해서만 별도의 조사협조자 지위를 취득한다고 볼 수 없음

○ 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 삼성중공업이 이 사건 공동행위 전체에 대하여 2순위 조사협조자에 해당한다 할 것이고, 원고가 삼성중공업이 참여하지 않은 12개 공구의 들러리 합의에 관하여 증거자료를 제출하고 조사에 협조했다고 하더라도, 그 일부 합의에 대해서만 별도의 조사협조자 지위를 취득한다고 볼 수 없음.

○ 원고 등 28개 건설사는 이 사건 13개 공구 입찰 시장에서의 경쟁을 제한할 목적으로 공구분할 합의, 그룹별 낙찰예정자 합의, 공구별 들러리 참여 및 투찰가격 합의를 계속하여 왔는바, 비록 구성원에 일부 변경이 있더라도 위와 같은 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 봄이 상당함. 따라서 조사협조자에 해당하는지 여부는 이 사건 공동행위 전체를 기준으로 판단하여야 함.

○ 바른 삼성중공업이 2014. 4. 17. 피고에게 감면신청을 하면서 제출한 감면신청서 및 관련 자료에는 원고가 참여한 12개 공구 입찰에서의 들러리 합의에 관한 내용이 포함되어 있지 않으나, 앞서 본 자진신고자 등 감면제도의 취지에 비추어 볼 때, 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제3호에 규정된 '필요한 증거'의 의미가 자진신고자 등의 협력이 그 자체만으로 집행기관의 조사가 가능하거나 마쳐질 수 있을 정도에 이르는 경우로 제한된다고 볼 것은 아닌 점, 피고는 1순위 조사협조자인 삼성물산으로부터 이 사건 공동 행위에 대한 정보를 이미 충분히 입수하였을 것으로 보이는 점, 피고는 원고의 조사협조가

411) 상고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두62658 판결)은 심리·불송행 기각함

없었더라도 삼성불산과 삼성중공업이 제출한 자료와 관련자들에 대한 조사만으로도 어렵지 않게 이 사건 공동행위 사실을 입증할 수 있었던 것으로 보이는 점에 비추어 보면 이러한 사정만으로는 피고가 삼성중공업에게 이 사건 공동행위 전체에 관하여 2순위 조사협조자 지위를 인정한 것이 부적법하다고 보기 어려움.

[에스케이건설 등 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누33617 판결⁴¹²⁾)]

* 같은 취지: 한국가스공사 발주 강관 구매입찰 관련 8개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2018. 11. 21. 선고 2018누35263 판결⁴¹³⁾, 서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누34963 판결⁴¹⁴⁾)

- 개정 과징금고시에서 정한 감경비율 30%는 조사협조에 의한 감경비율의 최대한도를 의미하는 것으로 단순히 최대치인 30%를 적용하지 않았다는 사정만으로 곧바로 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 할 수 없음
- 갑1(의결서)에 의하면 피고는 이 사건 시정명령 및 과징금납부명령을 함께 있어서 이미 처리한 다른 사건들과의 형평을 고려하여 개정 과징금고시(2013. 6. 5. 피고 고시 제2013-2호로 개정되기 전의 것) 중 원고에게 불리하지 않은 것을 적용하였음을 명시적으로 밝히고 있음. 한편 개정 과징금고시에서 정한 감경비율 30%는 조사협조에 의한 감경비율의 최대한도를 의미하는 것으로 단순히 최대치인 30%를 적용하지 않았다는 사정만으로 곧바로 재량권 일탈·남용의 위법이 있다고 할 수 없음.
- 결국, 피고는 원고가 피고의 조사단계부터 심리종결 시까지 사실관계를 인정하고 진술을 하는 등 협조한 점을 감안하여 그 적절한 감경비율을 20%로 결정한 것으로 보이고, 피고의 위와 같은 조치에 어떠한 재량권 일탈·남용의 사유가 있는지에 대한 아무런 구체적인 주장·입증이 없는 이상 원고의 이 부분 주장도 이유 없음.

[삼성불산의 낙동강하구둑 배수문 증설공사 입찰관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 17. 선고 2014누68807 판결⁴¹⁵⁾)]

412) 상고심(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두46441 판결)은 심리불속행 기각함

413) 상고심(대법원 2019. 4. 25. 선고 2019누31143 판결)은 심리불속행 기각함

414) 상고심(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두63594 판결)은 심리불속행 기각함

415) 상고심(대법원 2016. 11. 10. 선고 2016두47079 판결)은 심리불속행 기각함

□ 자진신고자 감면은 법정 한도액 범위 내의 부과과징금을 산정한 다음 적용하는 것이 상당함

- 구 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법'이라 한다) 제22조는 공정거래위원회는 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있고, 다만 매출액이 없는 경우 등에는 10억 원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다고 규정하고 있으며, 제22조의2 제1항은 부당한 공동행위 사실을 신고하거나 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대하여는 "제22조(과징금)의 규정에 의한 과징금"을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있음.
- 위와 같은 공정거래법 제22조의2 제1항의 문언 내용과 관련 조문들의 체계, 부당한 공동행위의 참여 사업자가 자발적으로 조사에 협조하여 입증자료를 제공한 데에 대하여 혜택을 부여함으로써 참여 사업자들 간의 신뢰를 약화시켜 부당한 공동행위를 중지 내지 예방하고자 하는 자진신고자 감면제도의 취지, 침익적 제재규정의 엄격해석 원칙 등에 비추어 보면, 부당한 공동행위를 행한 사업자로서 부당한 공동행위 사실을 신고하거나 조사에 협조한 자에 대하여 공정거래법 제22조의2 제1항에 따라 과징금을 감경 또는 면제할 때에는, 먼저 공정거래법 제22조에 정해진 한도액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 산정한 다음, 그와 같이 산정된 과징금을 감경 또는 면제하여야 한다고 볼이 상당함.
- 이와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 자진신고자 감면은 법정 한도액 범위 내의 부과과징금을 산정한 다음 적용하는 것이 상당하므로 이와 다른 전제에서 한 이 사건 제1 과징금 부과처분은 위법하다고 판단한 것은 정당함.
[현대엘리베이터의 민관수 부분 엘리베이터 입찰담합 건(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15043 판결)]

□ 원고의 조사협조 행위는 법 시행령 제35조 제2항 제2호에 규정된 50% 이상의 감경요건을 충족한 것으로 볼 수 있어, 45%를 감경하는 데 그친 이 사건 처분은 위법함

- 법 시행령(2004.4.1. 대통령령 제18356호)의 규정이 노법의 위임 없이 법이 예정하고 있지 아니한 내용을 국민에게 불리하게 변경하는 규정이 아니어서 법 시행령의 규정이 노법에 위배되다고 할 수 없는 이상, 부당한 공동행위에 참여한 사업자가 법 시행령의 규정에 따른 감경요건을 충족하는 경우 피고로서는 그 규정에 따라 과징금을 감경하여야 할 것임.

- 피고가 원고의 조사협조 전에 이미 확보하고 있던 서류들은 단지 이 사건 부당한 공동행위의 단서에 관한 기초 자료에 불과하여 그것만으로는 원고를 포함한 이 사건 회사들이 2001년부터 2004년까지 수회에 걸쳐 이 사건 부당한 공동행위를 하였다는 사실을 충분히 입증하기에 부족한 점, 그런데 원고가 제출한 자료와 진술 등이 위 기초 자료에 더하여 이 사건 부당한 공동행위를 입증하는데 필요한 최초의 증거가 될 수 있으며, 원고는 조사완료시까지 협조하였고 그 밖에 이 사건 부당한 공동행위에 주도적 역할을 하였거나 다른 사업자들에 대하여 부당한 공동행위를 강요하였음을 인정할 증거도 없는 점 등의 이유를 들어, 원고의 조사협조 행위는 법 시행령 제35조 제2항 제2호에 규정된 50% 이상의 감경요건을 충족한 것으로 볼 수 있어, 45%를 감경하는 데 그친 이 사건 처분은 위법함.

[불교건설기계코리아 등 3개사의 굴삭기 및 휠로다가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두12699 판결)]

- 2순위 자진신고자인 원고가 조사협력과 사전 시정을 이유로 50% 감경을 받은 다른 4개사와 결과적으로 동일한 50%의 비율로 과징금을 감경 받았다는 사실만으로는 형평성에 반한다고 볼 수 없음
- 2순위 자진신고자인 원고가 2순위 자진신고에 따른 필요적 감경을 이유로, 임의적 조정과징금 산정시 조사협력을 이유로 30%, 사전 시정을 이유로 20%, 합계 50%의 감경을 받은 디에스지대동월페이퍼 주식회사, 주식회사 서울벽지, 코스모스벽지 주식회사, 주식회사 제일벽지 등 4개사와 결과적으로 동일한 50%의 비율로 과징금을 감경 받았다는 사실만으로는 형평성에 반한다고 볼 수 없고, 피고가 2순위 자진신고에 따른 감경을 이유로 원고에 대하여 추가로 자진 시정에 따른 감경을 하지 않았다는 것만으로는 이 사건 처분에 재량권의 일탈·남용이 있다고 볼 수 없음.
- [21개 벽지 제조·판매사들의 부당한 공동행위 건, 개나리벽지(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012누19687)]
- 원고가 이 사건 감면운영지침에 따라 과징금을 100% 면제받는다고 하더라도 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우에 해당한다고 보이지 않으므로 이 사건 처분(과징금의 60%만을 감경)은 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것으로서 위법함
- 일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을

하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 구체사유가 없어야 하고, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 기초하여 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과를 초래되어야 하는바, 어떠한 행정처분이 이러한 요건을 충족하는 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우가 아닌 한 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법함.

- 원심은, 피고로서는 이 사건 감면운영지침을 제정·시행하고 이에 대한 보도자료를 배포하여 널리 알리는 행위를 통하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 한 것이고, 원고는 피고의 조사에 협조하게 되면 이 사건 감면운영지침에 따라 적어도 과징금을 감경받거나 더 나아가 1순위 조사협조자의 요건을 충족하는 경우에는 과징금을 100% 면제받을 수 있다고 신뢰하여 피고의 조사에 협조한 것으로 보아야 한다고 판단하였음. 원심은 나아가 피고가 위 법과 시행령에 따른 자진신고자 감면제도를 운영하는 행정청으로서 위와 같은 자진신고자와 조사협조자에 대한 감면제도의 활성화를 위하여 적극적으로 과징금 감면제도를 운영하였다고 공적으로 표명한 견해를 원고가 신뢰하였다고 하여 원고에게 어떠한 구체사유가 있다고 볼 수 없고 이 사건의 경우 원고가 이 사건 감면운영지침에 따라 과징금을 100% 면제받는다고 하더라도 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우에 해당한다고 보이지 않으므로 이 사건 처분(과징금의 60%만을 감경)은 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것으로서 위법하다고 판단하였음.
- 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 신뢰보호원칙 등에 관한 법리오해, 채증법칙 위배 등의 위법이 없음.
[불로그룹코리아에 대한 과징금재산정 건(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010두23989 판결)]
- 2014년 이전 공동행위와 이 사건 공동행위는 하나의 공동행위가 아니므로 원고가 2014년 이전 공동행위에 대한 2017. 1. 11.자 감면신청 이후 이 사건 공동행위 일부에 대한 보정자료를 제출하였다고 하더라도, 원고에게 2017. 1. 11.자 감면신청으로 이 사건 공동행위에 대한 1순위 조사협조자 지위가 인정된다고 볼 수 없음
- 2014년 이전 공동행위와 이 사건 공동행위가 하나의 공동행위에 해당한다고 볼 수 없으므로, 원고가 공동행위 기간을 '2012부터 2014년까지(구체적인 내용 파악 중)'로 기재한 2017. 1. 11.자 최초 감면신청서를 제출한 것만으로 2014년 이전 공동행위뿐만 아니라 2016년에 이루어진 이 사건 공동행위에 대하여도 당연히 원고에게 1순위 조사협조자의 지위가 인정될 수 있다고 보기는 어려움.

- 원고가 2017. 1. 26. 보정서를 제출하면서 2014년 이전 공동행위뿐만 아니라 이 사건 공동행위 중 일부에 대하여도 위와 같이 구체적인 내용을 추가로 기재하였으나, 앞서 본 것과 같이 2014년 이전 공동행위와 이 사건 공동행위는 하나의 공동행위에 해당하지 않으므로, 원고가 위 보정서를 통하여 제출한 자료가 최초 감면신청서에 기재된 공동행위와 동일성이 인정된다고 볼 수 없고, 따라서 최초 감면신청일인 2017. 1. 11.에 소급하여 이 사건 공동행위에 대한 보정 자료가 제출된 것으로 볼 수도 없음.

[관수 원심력콘크리트파일(PHC) 구매 입찰 관련 6개 원심력콘크리트파일(PHC) 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 7. 22. 선고 2020누46204⁴¹⁶⁾)]

6) 가담하지 않은 기간의 자진신고자 결정

- 일련의 합의가 전체적으로 1개의 부당공동행위로 성립하여 실행 중 한 사업자가 전체 공동행위 기간 중 일부에 관하여만 담합에 가담하였는데, 전체기간에 대한 증거자료를 최초 제출하면 전체에 대한 최초 조사협조자로서의 지위가 인정되는 것이고, 다른 참여사업자가 최초 조사협조자가 가담하지 아니한 기간의 부당공동행위에 대해 자료를 제출하고 조사에 협조하였다고 하더라도 그 일부 기간에 대해서만 별도의 최초 조사협조자로서의 지위를 획득한다고 볼 수는 없음
- 수회에 걸친 일련의 합의가 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 성립하여 신행되고 있는 도중에 어느 한 사업자가 담합대상 제품의 생산을 시작하면서 비로소 가격합의 등에 참여함으로써 전체 공동행위 기간 중 일부에 관해서만 담합에 가담하였는데, 그 사업자가 자신이 가담한 기간뿐만 아니라 1개의 부당한 공동행위 전체기간에 대한 증거자료를 최초로 제출하여 조사에 협조하였을 경우에는 1개의 부당한 공동행위 전체에 대한 최초 조사협조자로서의 지위가 인정되는 것이고, 그 후 다른 참여사업자가 최초 조사협조자인 사업자가 가담하지 아니한 기간에 해당하는 부당한 공동행위에 대하여 증거자료를 제출하고 조사에 협조하였다고 하더라도 그 일부 기간에 대해서만 별도의 최초 조사협조자로서의 지위를 획득한다고 볼 수는 없음.
- 원심은 LDPE 제품과 LLDPE 제품은 모두 폴리에틸렌의 일종으로서 농업용, 공업용 필름의 용도로 사용되고 있는데 LPDE 제품가격의 91% 수준인 LLDPE 제품으로 대체하여 사용하는 소비자들이 증가하고 있는 등 두 상품은 수요 및 공급대체성이 있으므로 두

416) 상고심(대법원 2021. 12. 16 선고 2021누49383 판결)은 심리불속행 기각함

개의 상품시장을 별개의 시장이라고 볼 수 없고, 자진신고자 갑면제도의 취지가 은밀하게 행해지는 담합의 적발을 쉽게 하고자 하는 것인데 원고의 조사협조는 호남석유화학 주식회사, 주식회사 엘지화학의 일련의 조사협조로 인하여 촉발된 것이라는 등의 이유를 들어 각 제품의 시장별로 선순위 조사협조자가 이 사건 공동행위에 참가하기 전의 행위에 대하여 원고에게 1순위 또는 2순위의 조사협조자 지위를 부여하여야 한다는 원고의 주장을 배척한바, 법리오해의 위법이 없음.

[7개 선형저밀도폴리에틸렌(LLDPE) 제조판매 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결)]

□ 이 사건 각 합의는 전체적으로 하나의 공동행위에 해당하므로 원고는 매일유업 (1순위)이 가담하지 아니한 기간에 대하여도 1순위 조사협조자가 될 수 없음

○ 매일유업이 하반기 합의뿐 아니라 상반기 합의에 대한 증거자료를 최초로 제출하여 조사에 협조한바, 원고로서는 상반기 합의에 의한 공동행위에 대하여도 1순위 조사협조자가 될 수 없으므로, 원고는 매일유업이 가담하지 아니한 기간에 대하여도 1순위 조사협조자가 될 수 없다고 한 원심 판단에는 위법이 없음.

[두유 담합(정. 식품) 건(대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결)]

7) 자진신고자 순위의 승계

□ 1순위 사업자가 지위확인을 받지 못하는 경우, 2순위 사업자는 1순위 지위를 승계하여 1순위 요건 충족여부를 검토하는 것이지, 마치 1순위 사업자가 여전히 있는 존재하는 것을 전제로 2순위 감면요건 충족여부를 검토해야 하는 것이 아님

○ 나아가 공정거래법 시행령 제35조 제1항에서 자진신고자 등의 순위를 제1순위, 제2순위로 구별하여 달리 취급하는 것은 각각의 순위에 따른 감면요건을 충족하는 사업자가 있음을 당연한 전제로 하고 있다고 이해되고, 원고의 주장처럼 접수 순서가 앞서는 사업자가 감면요건을 충족하지 못하여 감면을 받지 못하게 되었음에도 불구하고 마치 그 사업자가 앞선 순위에 여전히 있는 것처럼 전제한 후 접수 순서가 늦은 사업자의 경우 단지후순위로서의 감면 요건을 충족하였는지 여부에 따라 감면을 받아야 할 근거나 이유를 찾기 어려움. 따라서 이 사건 조항은 그 객관성과 합리성을 충분히 인정할 수 있고, 원고가 이 사건 조항에 따라 제1순위 감면신청 사업자였던 삼환기업의 지위를 승계하게 됨으로써

제2순위 조사협조자 지위 인정에 대한 원고의 합리적인 신뢰가 침해되었다고 볼 수 없음.

[한라 등 영월 강변저류지 조성공사(한강살리기 17공구) 입찰관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 1. 13. 선고 2015누433 판결⁴¹⁷⁾]

- 제1순위 감면신청 사업자 지위를 승계하게 됨으로써 제2순위 조사협조자 지위 인정에 대한 원고의 합리적인 신뢰가 침해되었다고 볼 수 없음
- (원고의 주장) 원고는 이 사건 공동행위에 관한 감면신청 당시 부여받은 접수 순위에 따라 제2순위 조사협조자로서의 요건을 충족하였으나, 피고는 이 사건 공동행위의 제1순위 감면신청자였던 삼환기업의 조사협조자 지위가 인정되지 않자 원고가 삼환기업의 순위를 승계하였다고 전제한 후 원고가 제1순위 조사협조자로서의 요건을 충족하지 않았다는 이유로 원고에 대한 시정조치나 과징금을 전혀 감면하지 않았음. 그러나 피고의 이러한 조치는 구 자진신고자 감면고시 제9조 제3항의 취지에 정면으로 반할 뿐 아니라 제2순위 조사협조자 지위 인정에 대한 원고의 합리적인 신뢰에 반하는 것으로서 재량권을 일탄·남용한 경우에 해당함.
- (판단) 피고가 감면신청서 부분에 접수 순위를 적어주는 방법으로 감면신청서를 제출한 신청인에게 접수 순위를 부여하는 것은 공정거래법 시행령 제35조 제1항에서 규정하고 있는 감면 요건의 충족 여부를 판단하는 데 필요한 사항 중 하나인 '부당한 공동행위를 입증하는 데 필요한 증거를 몇 번째로 제출하였는지'에 대한 분쟁을 사전에 방지하기 위해서 접수의先后를 명확하게 확인하여 주는 사실행위에 불과할 뿐이고 그에 따라 감면에 관한 신청인의 법적 지위가 확정된다거나 신청인에게 감면에 관한 피고의 공적 견해가 표명되었다고 볼 수 없음.
- 나아가 공정거래법 시행령 제35조 제1항에서 자진신고자 등의 순위를 제1순위, 제2순위로 구별하여 달리 취급하는 것은 각각의 순위에 따른 감면요건을 충족하는 사업자가 있음을 당연한 전제로 하고 있다고 이해되고, 원고의 주장처럼 접수 순서가 앞서는 사업자가 감면요건을 충족하지 못하여 감면을 받지 못하게 되었음에도 불구하고 마치 그 사업자가 앞선 순위에 여전히 있는 것처럼 전제한 후 접수 순서가 늦은 사업자의 경우 단지 후순위로서의 감면 요건을 충족하였는지 여부에 따라 감면을 받아야 할 근거나 이유를 찾기 어려움.
- 따라서 이 사건 조항은 그 객관성과 합리성을 충분히 인정할 수 있고, 원고가 이 사건

417) 상고심(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016두34516 판결)은 심리불속형 기각함

조항에 따라 제1순위 감면신청 사업자였던 신한기업의 지위를 승계하게 됨으로써
제2순위 조사협조자 지위 인정에 대한 원고의 합리적인 신뢰가 침해되었다고 볼 수 없음.
원고의 이 부분 주장은 이유 없음.

[한라의 영월 강변저류지 조성공사(한강살리기 17공구) 입찰관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 1. 13. 선고 2015누433 판결⁴¹⁸⁾)]

8) 적용법령

- 신법 및 신법 시행령에 있는 경과규정의 대상은 과징금 부과율뿐만 아니라 신고자 등에 대한 감면도 포함된다 할 것임
 - 신법 및 신법 시행령에 있는 경과규정은 모두 그 제목을 '부당한 공동행위의 과징금에 관한 경과조치'로 기재하였고 그 내용에서는 '과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다'라고 기재하여 법문상으로 보더라도 부당한 공동행위에 대한 과징금을 적용함에 있어 해당되는 모든 사항을 대상으로 한 것이지 과징금 부과율만을 대상으로 한 것으로 볼 수는 없는 점, 만일 원고의 주장과 같이 과징금 부과율을 규정한 구법령을 적용하고 신고자 등에 대한 감면 규정은 신법령을 적용하는 것으로 경과규정을 해석한다면, 원고와 같은 1순위 조사협조자에게는 유리하게 되지만 2순위 이하의 조사협조자는 구법 적용시 최고 49.99%까지 감경받을 수 있으나 신법을 적용한다면 30%밖에 감경받을 수 없기 때문에 오히려 불리해져 형편에 반하게 되는 점(이에 대하여 원고는, 구법 시행령에 의하면 비록 최고 49.99%까지 감경할 수 있도록 하고 있으나 피고가 감경율을 위의적으로 정할 수 있음에 반하여 신법 시행령에 의하면 구법 시행령 보다 낮은 30%를 감경하도록 되어 있지만 이는 확정된 감경율이므로 신법령을 적용하더라도 2순위 조사협조자에게 불리해지는 것이 아니라고 주장하나, 법령의 개정에 의하여 감경율의 최고치가 낮아진 이상 불리하지 않다고 볼 수 없고, 실제로도 2순위 조사협조자인 농산에게 49.99%의 감경이 이루어진 것을 보더라도 만일 이 사건 공동행위에 대하여 신법령을 적용하였다면 농산에게 불리해진다 할 것이다)을 종합하여 보면, 이 사건 경과규정의 대상은 과징금 부과율뿐만 아니라 신고자 등에 대한 감면도 포함된다 할 것임.

[대창공업의 황동봉 가격담합 건(서울고법 2009. 12. 2. 선고 2009누9668 판결⁴¹⁹⁾)]

418) 상고심(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016누34516 판결)은 심리불속행 기각함

419) 상고심(대법원 2010. 4. 8. 선고 2010두1057 판결)은 심리불속행 기각함

- 2005. 4. 1. 전 시작되어 2007. 11. 4. 전 종료된 부당한 공동행위에 가담한 자라고 하더라도 2007. 11. 4. 후 자진신고 또는 조사협조를 한 경우 구 공정거래법 시행령 부칙(2007. 11. 2.) 제2조에 따라 구 공정거래법 시행령(2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정된 것) 제35조가 적용되어야 함
- 구 공정거래법 시행령 부칙 제4항(2005. 3. 31. 대통령령 제18768호 부칙 중 2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정된 것)은 '이 영 시행(2005. 4. 1.) 전의 행위로서 대통령령 제20360호 공정거래법 시행령 일부 개정령 시행(2007. 11. 4.) 전에 종료된 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정인 구 공정거래법 시행령(2005. 5. 31. 대통령령 제18768호로 개정되기 전의 것) 제35조에 따른다'는 취지로 규정하고 있으나, 구 공정거래법 시행령 부칙(2007. 11. 2.) 제2조(자진신고자 등에 관한 적용례)는 '제35조의 개정규정은 이 영 시행(2007. 11. 4.) 후 자진신고 또는 조사협조를 하는 자부터 적용한다'는 취지로 규정하고 있음.
- 이 사건 부당한 공동행위는 1999. 9. 1경 시작되어 2007. 10. 1경 종료하였고 원고는 2009. 4월경에야 피고의 조사에 협조한 사실이 인정됨. 따라서, 2005. 4. 1. 전에 시작되어 2007. 11. 4. 전에 종료된 부당한 공동행위에 가담한 자라고 하더라도 2007. 11. 4. 후 자진신고 또는 조사협조를 한 경우 그에 대한 감경 또는 면제의 기준 등에 관하여는 구 공정거래법 시행령 부칙(2007. 11. 2.) 제2조에 따라 구 공정거래법 시행령(2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정된 것) 제35조가 적용되어야 함.

[진양산업의 연질풀리우레탄폼 가격dump 건(대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두24388 판결)]

- 시행령 시행 후 자진신고하거나 조사에 협조하는 경우부터 이 사건 시행령을 적용한다고 규정하는 경우, 최초의 자진신고자 등이 아니라 해당 후순위 자진신고자(원고) 등의 자진신고 등 시점에 따라 시행령의 적용 여부가 정해짐
- 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제6호(2012. 6. 19. 대통령령 제23864호로 개정되면서 신설)는 '2개 사업자가 부당한 공동행위에 참여하고 그 중의 한 사업자인 경우'(가복)와 '제1호 또는 제2호에 해당하는 자(1순위 자진신고자 등)가 자진신고하거나 조사에 협조한 날부터 2년이 지나 자진신고하거나 조사에 협조한 사업자인 경우'(나목)에는 같은 항 제3호에서 정한 2순위 자진신고자나 조사협조자에 기한 감경을 하지 않는다고 규정하고 있음. 그 부칙 제2조(이하 '이 사건 부칙'이라 함)는 위 시행령 시행 후 자진신고하거나 조사에 협조하는 경우부터 이 사건 시행령을 적용한다고 규정하고 있음.

- 이 사건 부칙의 문언과 입법 취지 등에 비추어, 최초의 자진신고자 등이 아니라 해당 후순위 자진신고자 등의 자진신고 등 시점에 따라 이 사건 시행령의 적용 여부가 정해지는데, 원고(태영건설)는 2014. 2. 24. 비로소 조사협조를 하기 시작⁴²⁰⁾하였으므로, 이 사건 부칙에 따라 이 사건 시행령이 적용되어 과정금을 감경받을 수 없음.

[태영건설 등 고양삼송 수질복원센터 시설공사 입찰 참여 2개 사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016누35199 판결)]

9) 추가감면제도(Amnesty Plus)

- 당해 공동행위와 다른 공동행위가 모두 여럿인 경우에 관하여 구체적인 규정이 없는 상태에서 피고가 7건의 입찰담합행위의 관련매출액을 합산한 금액과 2건의 다른 공동행위의 관련매출액을 합산한 금액으로 양자의 규모를 비교하여 감경률을 정하여야 한다는 기준을 세운 후, 그 기준에 따라 정한 각각의 감경률을 각 7건의 입찰담합행위에 적용한 조치는 적법함
- 구 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시(2009. 5. 19. 공정거래위원회 고시 제2009-9호로 개정되기 전의 것, 이하 '감면고시'라 한다) 제16조 제2항은 그 문언 및 내용상 당해 공동행위가 1개의 행위이고, 다른 공동행위가 1개의 행위임을 전제로 그 규모를 서로 비교하여 감경률이나 면제 여부를 정하도록 규정하고 있고, 이 사건과 같이 당해 공동행위가 여럿이고 다른 공동행위도 여럿인 경우 그 감경률 등을 어떻게 정할 것인지에 관하여는 구체적인 규정을 두고 있지 아니함.
- 그리하여 당해 공동행위와 다른 공동행위가 모두 여럿인 때에 시행령 제35조 제1항 제4호를 근거로 한 추가감면 신청이 있는 경우에는 ① 감면의 대상이 되는 당해 공동행위의 범위가 자진신고한 다른 공동행위의 수에 한정되는지, 아니면 다른 공동행위의 수를 초과하더라도 여럿인 당해 공동행위 전부가 감면 대상이 되는지, ② 전자로 볼 경우 어떠한 기준으로 감면의 대상이 되는 당해 공동행위를 선택하고, 그 선택한 당해 공동행위와 다른 공동행위의 규모를 어떻게 대응시켜 서로 비교할 것인지, ③ 후자로 볼 경우 여럿인 당해 공동행위 전체의 규모를 합산한 금액과 여럿인 공동행위 전체의 규모를 합산한 금액을 서로 비교하여 감경률 등을 정한 후 이를 각 당해 공동행위 전부에 적용하여 감면할 것인지, 혹은 여럿인 당해 공동행위 각각의 규모를 여럿인 다른 공동행위 중 하나와 비교하여 각각의 감경률 등을 정한 후 이를 각 당해 공동행위에 적용하여

420) 최초 자진신고자인 코오롱글로벌은 2011. 10. 19. 이 사건 공동행위에 관하여 진술서, 입찰가격품의서 등 증거를 최초로 제출하면서 감면신청을 하였음

감면하고, 다시 여럿인 당해 공동행위 각각의 규모를 나머지 다른 공동행위 중 하나와 비교하여 각 감경률 등을 정한 후 이를 각 당해 공동행위 전부에 적용하는 등으로 중복감면하는 방식을 취할 것인지, 아니면 위와 같은 중복감면의 방식을 취하지 아니하고 그 중에서 감경률 등이 신청인에게 가장 유리한 것 하나만을 적용하여 1회만 감면할 것인지 등이 문제될 수 있음.

- 이러한 사정에 더하여 추가감면 여부 및 비율 등을 정하는 것은 피고의 재량에 속하고 또한 피고가 이에 관한 내부 사무처리준칙을 어떻게 정할 것인지에 대하여도 재량을 갖고 있는 점을 아울러 침작하면, 당해 공동행위와 다른 공동행위가 모두 여럿인 경우에 관하여 구체적인 규정이 없는 상태에서 피고가 과징금 부과처분을 하면서 적용한 기준이 과징금제도와 추가감면제도의 입법 취지에 반하지 아니하고 불합리하거나 자의적이지 아니하며, 나아가 그러한 기준을 적용한 과징금 부과처분에 과징금 부과의 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등의 원칙에 위배되는 등의 사유가 없다면, 그 과징금 부과처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 보기 어려울.
- 피고가 7건의 입찰담합행위의 관련매출액을 합산한 금액과 2건의 다른 공동행위의 관련매출액을 합산한 금액으로 양자의 규모를 비교하여 감경률을 정하여야 한다는 기준을 세운 후, 그 기준에 따라 정한 각각의 감경률을 각 7건의 입찰담합행위에 적용한 조치는 과징금제도와 추가감면제도를 둔 입법취지에 반하지 아니하고, 또한 불합리하거나 자의적이라고 보이지 않음.
- 또한, 피고가 이 사건 처분 전에 당해 공동행위와 다른 공동행위가 모두 여럿인 사안에서 이 사건 처분에서 적용한 기준과 다른 기준을 적용하여 과징금 부과처분을 하였다거나 그와 다른 행정관행이 성립하여 있다고 인정할 만한 자료를 기록상 찾아볼 수 없으므로, 이 사건 처분이 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 볼 수도 없음.

[서회건설의 주공발주 입찰담합 건(내법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결)]

- 자진신고자 지위를 인정함에 있어 감면고시 제5조 각 호의 적극적 사유만 존재하고 소극적 사유가 없었다면 자진신고자 지위를 인정함이 상당하고, 만일 적극적 사유 중 어느 하나를 충족하지 못하거나 소극적 사유 중 어느 하나에 해당한다면 피고가 자진신고자 지위 인정여부에 관하여 재량을 가짐
- 원고가 다른 공동행위에 관하여 조사가 시작되기 전인 2014.8.11. 최초로 감면신청을 하면서 임직원의 진술서 등을 제출하였으므로, 원고가 감면고시 제5조에서 정한 자진

신고자 지위를 인정하기 위한 적극적 사유⁴²¹⁾를 충족하고, 제5호의 소극적 사유가 없는 점은 인정되나, 한편 원고의 차장인 채○○은 피고의 실사보고서가 원고에게 통보되기 전인 2014. 9. 11. 서회건설의 송○○ 이사에게 원고가 전략적 차원에서 자진신고를 하였다는 취지를 전화로 연락하고, 한라의 이○ 차장을 찾아가 피고에게 자진신고를 하였다는 취지로 말한 사실이 인정되어, 제6호의 소극적 사유가 존재함이 인정됨. 따라서 원고에게 감면고시 제5조 제6호에 정한 소극적 사유가 있고, 피고가 이를 이유로 시행령 제35조 제1항 제1호 다목의 요건이 충족되지 않았다고 판단하였다면 이는 적법한 피고의 재량범위 내의 행위라고 평가할 수 있음.

[내보건설(주)의 한국가스공사 밸주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31908 판결⁴²²⁾)]

- 다른 공동행위에 대한 자진신고 또는 조사협조 요건이 충족되었는지 확정되지 아니한 상태에서 이를 이유로 추가감면을 하지 아니한 채로 과징금을 산정한 조치가 재량권을 일탈·남용하여 위법한 처분이라고 볼 수 없음
- 관련 규정의 취지 및 내용을 고려하면 이 사건 공동행위에 대한 과징금을 산정함에 있어 다른 공동행위에 대한 자진신고 또는 조사협조를 이유로 과징금을 추가감면받기 위해서는 자진신고 또는 조사협조의 요건을 갖추고 있어야 하므로, 이 사건 공동행위에 대한 과징금 산정 당시 다른 공동행위에 대한 자진신고 또는 조사협조가 '위원회 심의가 끝날 때까지 성실하게 협조할 것'이라는 시간적 요건까지 충족되어 있어야 하고, 다른 공동행위에 대한 위원회 심의가 끝나지 아니하여 자진신고 또는 조사협조의 요건을 충족하였는지 여부를 확정하기 어렵다면 이 사건 공동행위에 대한 과징금 산정 시 자진신고자 또는 조사협조자임을 전제로 한 추가감면조치를 취하지 않더라도 이를 부당하다고 보기 어려움.

- 이러한 경우 피고가 이 사건 공동행위와 감면신청 대상 다른 공동행위에 대한 심의를 함께 진행하거나, 이 사건 처분을 감면신청 대상 다른 공동행위에 대한 심의 내지 처분 이후로 보류하여야 할 의무가 있다고 보기도 어려움.

[한국남동발전(주) 및 한국수력워터(주) 반주 발전소용 건설기자재 등 국내 하역/운송 용여 입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 9. 16. 선고 2019누60983 판결⁴²³⁾)]

421) 감면고시 제5조 제1호 내지 4호

422) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2018누67605 판결)은 원고의 상고를 기각함

423) 상고심(대법원 2021. 2. 4. 선고 2020누51143 판결)은 심리불속행 기각함

- 추가감면 제도는, 자진신고자가 부당한 공동행위에 관하여 과징금을 감경 또는 면제받을 수 있을 수 있는 요건을 충족한 경우에 다른 공동행위에 관하여도 자진신고자에 해당한다면 당해 부당한 공동행위에 관하여 추가적으로 과징금을 감경 또는 면제받을 수 있다는 취지로 해석함이 타당함
- 그런데 원고는 이 사건 공동행위에 관하여 공정거래법 제22조의2, 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제4호에서 규정한 과징금을 감경 또는 면제받을 수 있는 자진신고자에 해당하지 않는바, 설령 다른 공동행위에 관하여 자진신고자에 해당한다고 하더라도 이 사건 공동행위에 관하여 어떠한 과징금 감면을 받을 자격이 있다고 할 수 없음.
[현대중공업㈜ 및 ㈜현대미포조선 발주 포항항 수입강재 하역·운송 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 5. 6. 고법 2020누45386 판결, 고법 확정)]

2. 법 제40조 제5항의 공동행위 추정 (구법 제19조 제5항, 2007. 8. 3. 개정 전 조항)

가. 서설

1) 동 규정의 취지

□ 동 조항의 취지는 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 함에 있음

- 동 조항의 취지는 공정거래위원회가 같은 법 제19조 제1항에서 정하고 있는 부당한 공동행위의 성립을 입증하기 위해서는 무엇보다도 당해 행위가 사업자들의 명시적·묵시적 합의하에 이루어진 것이라는 점을 입증하여야 하는데 은밀하게 행하여지는 부당한 공동행위의 속성상 그러한 합의를 입증한다는 것이 그리 쉬운 일이 아니므로 공정거래위원회로 하여금 '사업자들의 합의'를 입증하는 것에 같음하여 '2이상의 사업자가 법 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다는 사실'과 그것이 '일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위'라는 사실의 두가지 간접사실만을 입증하도록 함으로써 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 함에 있음.

[동서식품 및 한국네슬레의 카피가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 99두6514, 6521(병합) 판결)]

2) 헌법상 원칙 위배 여부

□ 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 추정규정을 둔 것으로 사업자들로서는 그 추정을 복멸시킬 수 있어 위 조항이 기업의 경제적 자유를 침해하는 규정이라고 보기 어렵다고 할 것임

- 은밀하게 행하여지는 부당한 공동행위의 속성을 감안하여 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 추정규정을 둔 것으로 합의추정을 받는 사업자들로서는 합의의 존재와는 반대되는 사실 즉 그들의 행동의 일치가 합의에 기한 것이 아니라 각자의 독자적인 경영판단의 결과라는 사실을 입증하거나 위 일치된 행위가 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수긍할 수 있는 정황을 입증하여 그 추정을 복멸시킬 수 있어 위 추정을 받는 사업자들이 불합리하게 과징금을 납부하여야 하는 경우를 제도적으로 방지할 수

있다고 할 것이므로 위 조항이 기업의 경제적 자유를 침해하는 규정이라고 보기 어렵다고 할 것임.

[삼성카드 외 3사의 중고차 할부금리 공동결정행위 건(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결)]

- 법 제19조 제5항은 명시적인 합의가 없는 경우에도 그러한 합의를 한 것으로 추정한다는 취지일 뿐이며 형사처벌을 한다는 규정도 찾아볼 수 없으므로, 동 조항이 죄형법정주의나 무죄추정원칙에 반한다고 볼 수 없음
- 법 제19조 제5항은 2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 그 사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 그러한 합의를 한 것으로 추정한다는 취지일 뿐이며, 동 조항 자체가 형별규정이 아닐 뿐만 아니라 법 제19조 제5항을 위반하였다고 하여 형사처벌을 한다는 규정도 찾아볼 수 없으므로, 동 조항이 죄형법정주의나 무죄추정원칙에 반한다고 볼 수 없음.

[삼성카드 외 3사의 중고차 할부금리 공동결정행위 건(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결)]

※ 한편, 대법원은 위원회가 구법상의 합의 추정 조항을 적용하여 법위반 성립을 인정한 '용인시 동백택지개발지구내 공동주택 분양 10개 건설사업자의 부당한 공동행위 건'과 관련하여 형사고발된 건설사 및 그 임직원들에 대한 형사소송에서, "형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도9042 판결 등 참조), 따라서 부당한 공동행위의 '합의'는 그 행위의 속성상 직접증거의 확보가 어렵기 때문에 간접사실이나 정황사실을 입증함으로써 그 범죄행위를 입증하는 방법을 취할 수밖에 없는 경우에도, 그 입증의 정도는 법관으로 하여금 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 엄격한 증명을 요한다"고 하여 제19조 제5항의 합의 추정조항이 존재하더라도 형사재판의 입증책임에 아무런 영향이 없음을 분명히 하였음(대법원 2008. 5.29. 선고 2006도6625 판결).

- 소송과정에서 사업자가 억울하게 과징금을 부과 받는 경우를 제도적으로 방지할 수 있는바, 자기책임의 원리에 반하지 않고, 위 조항이 추구하는 공익이 입증상 곤란과 같은 불이익보다 더 크다고 할 수 있는 점 등에 비추어 과잉금지 원칙에 위배된다고 할 수 없음
- 합의의 추정을 받는 사업자로서는 구체적인 소송과정에서 외부적으로 드러난 동일 또는 유사한 행위가 독자적 경영판단의 결과라는 사실 등을 입증하여 그 적용을 배제할 수 있으므로, 사업자가 억울하게 과징금을 부과 받는 경우를 제도적으로 방지할 수 있음 (자기책임의 원리에 반하지 않음).
- 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항에 해당하므로 비례의 원칙을 적용함에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용된다고 할 것임. 은밀하게 행하여지는 부당공동행위의 속성상--(중략)--부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 하는데 있는 점, --(중략)--위 조항이 추구하는 창의적인 기업 활동의 조장, 소비자 보호, 국민경제의 균형 있는 발전 등과 같은 골익은 합의의 추정으로 인하여 입증책임이 전환됨으로써 입게 되는 입증상의 곤란과 같은 불이익보다 더 크다고 할 수 있는 점 등을 종합해 보면, 위 조항이 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없음.

[대한제강의 위헌법률심판제청신청(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006아35 결정)]

나. 요건

1) 행위의 외형상 일치

가) 공동으로 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위(제1호)

(1) 가격 일반

- 1차 인하와 1차 인상에서의 가격모방에 따라 가격동조화 현상의 경험이 누적된 후 이루어진 2차 인상과 3차 인상은 후발 업체인 모나리자와 대한펄프가 선발업체인 쌍용제지나 유한킴벌리의 가격 결정을 일방적으로 모방한 것으로는 보기 어려움
- 유한킴벌리가 1997. 7. 16. 화장지의 공장도가격을 9,306원으로 인상하자, 1차 인하와 1차 인상에서의 가격모방에 따라 가격동조화 현상의 경험이 누적된 화장지 3사도 1997. 8. 1.

화장지의 가격은 9,306원으로 동시에 인상하였고(이를 '2차 인상'이라고 한다). 이어 유한킴벌리가 화장지 가격을 10,494원으로 인상하기로 결정하고 1997. 12. 24. 그 가격을 인상하자, 화장지 3사는 그보다 하루 앞선 1997. 12. 23. 화장지 가격을 일제히 10,494원으로 인상하였음(이를 '3차 인상'이라고 한다)을 알 수 있는데, 1차 인하 및 1차 인상 당시와는 달리 2차 인상 및 3차 인상에 있어서는 화장지 3사의 가격인상 결정을 위한 내부품의 일자가 같은 시기에 이루어지고 실제 가격인상 시기도 같은 날로 결정되는 등 가격동조화 현상이 더욱 심화되었고, 이러한 현상은 화장지 제조업체가 가격 변동 정보를 유통업체에 미리 통지하여 주는 유통구조의 특성상 제조업체 사이에 가격 결정에 관한 정보를 간접적으로 쉽게 교환할 수 있는 유통구조의 특성에 기인한 것으로 보임.

- 이러한 사정에 비추어 보면, 원고가 주장하는 화장지 시장의 특성과 가격변동 시점별 변동요인 등을 모두 감안하더라도, 2차 인상과 3차 인상은 후발 업체인 모나리자와 내한펄프가 선발업체인 쌍용제지나 유한킴벌리의 가격 결정을 일방적으로 모방한 것으로는 보기 어렵고, 달리 부당한 공동행위의 추정을 번복할 만한 다른 사정을 인정할 수도 없음.
[모나리자 등 4사의 화장지 공장도가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결)]
 - 두산 등 3개 맥주회사가 1998. 2. 21.과 같은 달 23. 및 같은 달 24. 맥주의 종류별, 규격별 가격을 동일한 비율로 순차 인상하여 유지한 것은 법 제19조 제1항 제1호에 해당함
 - 두산 등 3개 맥주회사가 1998. 2. 21.과 같은 달 23. 및 같은 달 24. 맥주의 종류별, 규격별 가격을 동일한 비율로 순차 인상하여 유지한 것은 법 제19조 제1항 제1호의 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'에 해당함.
[맥주3사의 맥주가격 공동인상행위 건(대법원 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결)]
- * 위 판결은 외형상 일치된 행위는 인정되었으나, 합의추정 후 그 추정이 복멸된 사안임
- * 참고: 진로 건(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결), 하이트맥주 건(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946 판결), 삼화석유 외 3사 건(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001두5552 판결)

- 가격변동이 있었는데도 시간적 차이 없이 판매가격을 일치시켰고, 이후 다시 가격변동이 있었는데도 2개사씩 단 1원의 가격차이를 둔 행위는 그 가격결정에 관한 공동행위로 추정됨
 - 유가자유화가 실시된 1997. 11. 1.부터는 상이한 판매가격을 유지하다가, 1998. 1. 9.부터 같은 해 5. 31까지 사이에 5차례, 1998. 11. 30.부터 1999. 1. 28.까지 사이에 2차례 가격변동이 있었는데도 시간적 차이 없이 판매가격을 일치시켰고, 1998. 6. 1.부터 같은 해 11. 29.까지 사이에 5차례, 1999. 1. 29.부터 같은 해 3. 4.까지 사이에 2차례의 가격변동이 있었는데도 2개사씩 단 1원의 가격차이를 둔 행위는 그 가격결정에 관한 공동행위로 추정됨.
- [삼화석유 외 2사의 휘발유가격 공동인상행위 건(서울고법 2001. 6. 5. 선고 99누10898 판결⁴²⁴⁾]
- 원고들이 1999. 11. 1.부터 책임이 개시되는 자동차보험 계약분에 대하여 그 책임이 개시되기 전 1달여에 걸쳐 특별할증율을 동일하게 인상함으로써 행위가 외형상 일치되었다고 봄이 상당함
 - 원고들이 1999. 11. 1.부터 책임이 개시되는 자동차보험 계약분에 대하여 그 책임이 개시되기 전 1달여에 걸쳐 특별할증율을 동일하게 인상함으로써 행위가 외형상 일치되었다고 봄이 상당하므로 원고들이 위 법제19조 제5항, 제1항 제1호상의 외형상 일치가 있는 가격결정행위를 한 것으로 인정된다고 할 것임.
- [11개 손해보험사의 특별할증율 공동인상행위 건(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결)]
- 같은 시기에 동일한 인상률을 적용하여 가격인상을 해오면서 그간 줄곧 동일한 강관가격을 유지해왔고, 대금결정방법을 동일하게 함으로써 외형상 일치가 있는 가격결정행위를 한 것으로 인정됨
 - 1차에서 4차 인상까지 같은 시기에 동일한 인상률을 적용하여 가격인상을 해오면서 그간 줄곧 동일한 강관가격을 유지해왔고, 3차 인상 시점에서는 대금결정방법을 동일하게 함으로써 법 제19조 제5항, 제1항 제1호의 외형상 일치가 있는 가격결정행위를 한 것으로 인정된다고 할 것임.
- [강관제조 4사의 가격 및 결제조건 공동결정행위 건(서울고법 2000. 12. 21. 선고 98누12651 판결⁴²⁵⁾]

⁴²⁴⁾ 상고심(대법원 2003. 12. 12. 선고 2001드5552 판결)도 같은 취지로 판단함

⁴²⁵⁾ 상고심(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001두847 판결)도 같은 취지로 판단함

- 11개 손해보험사가 2000. 4. 1.부터 시행되는 자동차보험료(기본보험료)를 종전 수준으로 유지하기로 결정하여 이를 금융감독원에 신고·실행한 것은 ‘가격을 공동으로 결정하는 행위’를 할 것을 합의한 것으로 추정됨
 - 11개 손해보험사가 2000. 4. 1.부터 시행되는 자동차보험료(기본보험료)를 종전 수준으로 유지하기로 결정하여 이를 금융감독원에 신고·실행한 것은 법 제19조 제5항, 제1항 제1호상의 ‘가격을 공동으로 결정하는 행위’를 할 것을 합의한 것으로 추정됨.
[11개 손해보험사의 보험료 공동결정행위 건(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결)]
※ 단, 위 판결은 외형상 일치된 행위는 인정되었으나, 합의추정 후 그 추정이 복별된 사안임
- 각 요율의 인상시기나 현금서비스수수료율에 대한 신용공여기간, 할부기간의 차이를 감안하더라도 각 인상행위에는 행위의 외형상 일치가 인정된다고 할 것임
 - 각 요율의 인상시기나 현금서비스수수료율에 대한 신용공여기간, 할부기간의 차이를 감안하더라도 (비록 위 4사의 입장에서는 위와 같은 인상시기 및 요율의 차이가 의미 있을지라도 고객의 입장에서는 그 정도로는 카드사의 선택 또는 변경에 거의 영향을 주지 않을 것이라는 점에서) 위 각 인상행위에는 행위의 외형상 일치가 인정된다고 할 것임.
[국민신용카드 등 4개 신용카드사업자의 현금서비스수수료율 인상 등 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두7184 판결)]
※ 참고: 엘지카드 건(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004두9371 판결), 외환신용카드 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두7160 판결)

(2) 입찰의 경우

- 이 사건 입찰 전 한진종합건설이 전화 또는 콜레터로 원고들 및 나머지 9개 업체들에게 이 사건 공사의 연고권을 주장하였고, 시공간담회를 개최한 점 등을 보면 원고들 및 나머지 9개 업체들이 한진종합건설보다 높은 가격으로 입찰한 이 사건 행위는 그 낙찰가격결정에 관한 공동행위로 추정됨
- 공사입찰에 참여한 건설업체들 사이에서는 연고권 주장 등을 통하여 낙찰자와 낙찰가를 자율적으로 결정하는 이른바 ‘자율조정’이라는 것이 관행적으로 이루어져 왔음을 알 수 있고, 이 사건 입찰 전에 한진종합건설이 전화 또는 콜레터를 이용하여 원고들 및 나머지 9개 업체들에게 이 사건 공사의 연고권을 주장하였고, 그 문제와 관련된 시공간담회를 개최한 점 등을 감안하여 보면, 원고들 및 나머지 9개 업체들이 한진종합건설보다 높은 가격으로 입찰한 이 사건 행위는 그 낙찰가격결정에 관한 공동행위로 추정된다고 할 것임.

[서해안고속도로 군산-무안간 건설공사(21공구)등 3개 구간 입찰관련 26개사의 공동행위
건(서울고법 2000. 11. 9. 선고 99누9287 판결⁴²⁶⁾]

- 이 사건 회사 등이 이 사건 물품보관함 임대입찰과 관련하여 한 '원고 대한벤딩을 제외한 나머지 사업자들의 저가 입찰 참여행위'에는 법 제19조 제1항 제1호 소정의 '행위의 외형상 일치'가 인정된다고 할 것임
 - ① 원고 대한벤딩을 제외한 이 사건 회사 등은 설립경위, 회사임원 상호 간의 관계, 주주 구성, 상호 연대보증 등에서 원고 대한벤딩과 특수한 관계에 있었던 점, ② 실제로 8개 업체가 입찰에 참가한 이 사건 물품보관함 임대입찰에서 오직 원고 대한벤딩만이 예정 임대가격을 상회하였는데, 그 입찰금액과 예정 임대가격과의 차이가 6,000만 원에 불과한 점(특히 원고 벤틸, 김현 및 보스크는 예정 임대가격에 비하여 현저히 낮은 금액을 입찰금액으로 기재하였다), ③ 부당한 공동행위 추정에 있어서의 '행위의 외형상 일치'가 모든 사업자의 행위가 완전히 동일한 경우만을 의미하는 것은 아니며, 오히려 대외적으로 합의가 노출되는 것을 극도로 경계하는 사업자들이 자신들의 행위를 정확하게 일치시킬 것을 기대하는 것이 이례에 속하는 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건 회사 등이 이 사건 물품보관함 임대입찰과 관련하여 한 '원고 대한벤딩을 제외한 나머지 사업자들의 저가 입찰 참여행위'에는 법 제19조 제1항 제1호 소정의 '행위의 외형상 일치'가 인정된다고 할 것임.

[대한벤딩 외 1의 입찰남함행위 건(서울고법 2006. 9. 14. 선고 2005누25587 판결, 고법 확정)]

- 원고와 현대산업개발은 그 행위 외형상 이 사건 각 입찰이 유찰되는 것을 방지하고 909공구 입찰에서는 원고 응찰 가격이, 903공구 입찰에서는 현대산업개발 응찰 가격이, 낙찰가격으로 결정되도록 하는 행위를 함으로써 법 제19조 제1항 제1호의 가격결정행위를 한 경우에 해당한다고 볼 여지가 있음
 - 이 사건 각 입찰에서 실시설계적격업체로 선정된 건설업체의 경우 최소한 입찰기일 5~6개월 전부터 위 903공구 및 909공구의 입찰참여를 결정하고, 설계사들과 설계용역계약을 체결하는 등 입찰에 대비한 준비를 해 온 반면, 이 사건 각 입찰에서 날락한 원고나 현대산업개발의 경우, 이 사건의 각 입찰을 위한 준비를 전혀 하지 않고 있다가, 대우건설과 현대건설이 이 사건 각 입찰의 준비를 위하여 설계용역업체에게 설계를 의뢰하였다가 미처 완성되지 못한 상태에서 소유권을 포기한 기본설계서 등을 이용하여 입찰기일로부터 불과 1개월여 전에야 비로소 해당 공구의 입찰참여를 결정한 점, 원고나 현대산업개발이

⁴²⁶⁾ 상고심(대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결)도 같은 취지로 판단함

에스오씨건설엔지니어링이나 한조엔지니어링에 의뢰한 설계용역대금이 과학기술부의 엔지니어링사업대가 기준에 의해 산정된 기본설계비보다 훨씬 낮을 뿐만 아니라 탈락시 발주처로부터 보상받을 수 있는 설계보상비와 같은 수준이기 때문에 원고나 현대산업 개발로서는 이 사건 각 입찰에서 탈락한다 하더라도 별다른 손해가 없는 점, 903공구에서 탈락한 원고와 909공구에서 탈락한 현대산업개발은 모두 공사수행능력 평가에 유리한 공동수급체를 구성하지 아니하여 공동수급체를 구성한 상대업체에 비하여 낮은 점수를 받았고, 설계평가 또한 상대업체에 비하여 낮은 점수를 받았을 뿐 아니라 응찰가격에서도 상대업체에 비하여 높은 금액으로 응찰하여 상대업체에 비하여 낮은 점수를 받았으며, 이러한 여러 부문에서 받을 평가를 예측하는 것이 반드시 불가능하거나 곤란하다고 보이지 않는 점, 위 각 입찰에 참가하는 업체가 1개 업체에 불과하면 유찰되어 재입찰을 실시하여야 하는 점 등을 알 수 있는바, 위와 같은 제반 사정에 비추어 909공구 입찰에 있어서 원고는 위 공사를 낙찰받기 위하여 현대건설과 공동수급체를 구성하여 정상적으로 입찰에 참가한 반면, 현대산업개발은 위 공사를 낙찰받기 위하여 입찰에 참가한 것이 아니라 위 입찰이 유찰되지 않도록 하기 위하여 현대건설의 설계서를 이용하여 형식적으로 참가하고, 903공구 입찰에 있어서 현대산업개발은 위 공사를 낙찰받기 위하여 대우건설과 공동수급체를 구성하여 정상적으로 입찰에 참가한 반면, 원고는 위 공사를 낙찰받기 위하여 입찰에 참가한 것이 아니라 위 입찰이 유찰되지 않도록 하기 위하여 대우건설의 설계서를 이용하여 형식적으로 참가한 것으로 보이므로, 원고와 현대산업개발은 그 행위의 외형상 이 사건 각 입찰이 유찰되는 것을 방지하고 909공구 입찰에서는 원고가 응찰한 가격이, 903공구 입찰에서는 현대산업개발이 응찰한 가격이, 그 낙찰가격으로 결정되도록 하는 행위를 함으로써 법 제19조 제1항 제1호의 가격결정행위를 한 경우에 해당한다고 볼 여지가 있다고 할 것임.

[두산산업개발의 지하철공사 입찰담합 건(대법원 2006. 12. 8. 선고 2004두9661 판결)]

* 참고: 현대산업개발의 지하철공사 입찰담합 건⁴²⁷⁾(서울고법 2004. 1. 20. 선고 2003누2245 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두3045 판결, 환송심-서울고법 2007. 4. 5. 선고 2006누30692 판결)

- 사전에 최종 낙찰 이전의 입찰과정에서는 무응찰하여 유찰시키거나 예정가격초과 입찰로 유찰시키는 방법으로 재입찰을 유도하여 기초금액이 인상되도록 하는 등 행위를 통하여 예정가격과 낙찰가격의 상승을 초래하도록 하는 외형상 일치를 이루었다고 할 것임
- (2001년 : 1, 2차 입찰, 1차 수의시담 및 3차 입찰에 무응찰, 불참하여 입찰을 유찰시키고

427) 위 두산산업개발의 경우 원심인 서울고법에서 패소하고, 현대산업개발의 경우 원심인 서울고법에서 승소하여 각각 대법원에 상고 제기되었으며, 대법원에서 최종적으로 행위의 외형상 일치가 인정되었다고 판단된 사안임

4차 입찰에서는 업체별로 물량을 배정하여 응찰, 2002년 : 1, 2차 입찰은 무응찰, 1차 수의시답과 3,4차 입찰은 예정가격초과로 유찰시키고, 2차 수의시답에서 업체별 배정된 물량대로 시답에 응한 사건에서), 이 사건 회사들이 각 구매입찰에 참가하면서 민수가격보다 낮게 공고된 기초금액을 상승시켜 결과적으로 예정가격 및 낙찰가격을 높이기 위한 방편으로, 기초금액이 1차, 2차 입찰 및 수의시답에서 모두 유찰되고, 시가변동이 있을 경우라야 새로 산정되는 점을 이용하여 사전에 최종 낙찰 이전의 입찰과정에서는 무응찰하여 유찰시키거나 예정가격초과 입찰로 유찰시키는 방법으로 재입찰을 유도하여 기초금액이 인상되도록 하거나 인상되지 않더라도 최종 입찰에서 미리 합의하여 회사별로 배정한 입찰물량대로 낙찰 받을 수 있도록 응찰함으로써 결과적으로 예정가격과 낙찰가격의 상승을 초래하도록 하는 “가격을 결정, 유지, 또는 변경하는 행위”의 외형상 일치를 이루었다고 할 것임.

[현대제철 등 10개사의 철근구매 입찰담합 건(서울고법 2006. 6. 7. 선고 2004누11574 판결⁴²⁸⁾]

* 참고: 조달청 철근구매입찰 참가 9개 철근제조사업자의 부당한 공동행위에 대한 건[한보(서울고법 2006. 4. 26. 선고 2004누11567 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2006두12081 판결), 동국제강(서울고법 2006. 6. 7. 선고 2004누11482 판결, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006두12098 판결), 한보철강공업 외 3(서울고법 2006. 6. 7. 선고 2004누11475 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2006두12104 판결)]

나) 상품 또는 용역의 거래조건이나 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위(제2호)

- 원고 손해보험회사들이 무료로 제공하던 5개 주요 긴급출동 서비스를 순차적으로 폐지하는 등 행위는 법 제19조 제5항에서 규정하고 있는 ‘법 제19조 제1항 제2호 소정의 상품 또는 용역의 거래조건이나 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위를 하고 있는 경우’에 해당됨
- 원고 손해보험회사들이 무료로 제공하던 5개 주요 긴급출동 서비스 중 긴급견인 및 비상급유 서비스를 2000. 11. 1.부터 2001. 3. 1. 사이에, 나내지 배터리 충전, 타이어 교체, 잠금장치 해제 서비스를 2001. 4. 1.부터 2001. 10. 1. 사이에 순차적으로 폐지하고, 이후 긴급출동 서비스를 특약상품화하여 유료화한 행위는 법 제19조 제5항에서 규정하고 있는 ‘2이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 법 제19조 제1항 제2호 소정의 상품 또는 용역의 거래조건이나 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위를 하고 있는 경우’에 해당된다고 할 것임.

[대한손해보험협회 외 10의 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결)]

428) 상고심(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006두12548 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

다) 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위(제8호)⁴²⁹⁾

- 원고를 비롯한 한국양회공업협회의 구성사업자인 7개 회사들은 아주산업과 기초소재 주식회사의 계열회사들에 보통시멘트 공급량을 제한하거나 슬래그분말사업을 포기, 축소하도록 권유 내지 압박하는 등의 행위를 한바 아주산업과 기초소재 주식회사의 사업을 방해, 제한하는 행위의 외형상 일치가 있음
- 원고를 비롯한 한국양회공업협회의 구성사업자인 7개 회사들은 1종 보통포틀랜드시멘트와 고로슬래그시멘트를 생산하는 국내 10개 사업자 중 시장점유율 약 90%를 차지하는 사업자들로서 아주산업과 기초소재 주식회사가 레미콘 제조시 보통시멘트 대신 혼화재료로 사용될 수 있는 고로슬래그 미분말 사업에 진출 또는 사업 확대를 하려 하자 양회협회를 매개로 하여 위 회사들의 슬래그분말사업에 공동대처한다는 공통된 인식을 가지고 아주산업과 기초소재 주식회사의 계열회사인 유진종합개발, 유진기업, 이순산업, 천안레미콘에 대해 보통시멘트 공급량을 제한하거나 슬래그분말사업을 포기, 축소하도록 권유 내지 압박하는 등의 행위로 위 회사들의 슬래그분말사업을 방해하였으므로 이 사건 회사들의 행위는 아주산업과 기초소재 주식회사의 슬래그분말사업을 방해, 제한하는 행위의 외형상 일치가 있다고 판단함(19조 5항의 추정규정에 의하여 같은 조 제1항 제8호에 해당함).

[성신양회 등 7개사의 사업활동방해행위 건(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두11583 판결)]

* 참고: 동양시멘트 건(서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4880 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006두10801 판결), 한일시멘트 건(서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4859 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006두11804 판결), 라파즈한라시멘트 건(서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4897 판결, 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10856 판결), 현대시멘트 건(서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4873 판결, 대법원 2008. 1. 31. 선고 2006두10764 판결), 아세아시멘트 외 2 건(서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4903 판결, 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10443 판결)

429) 현행법상 제9호에 해당하는 유형임

2) 실질적 경쟁제한성

가) 경쟁제한성의 의미 및 판단기준

(1) 경쟁제한성의 의미

□ 합의의 추정을 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 경쟁제한성은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 경쟁제한성을 가리키는 것임

- 공정거래법 제19조 제5항에 기하여 사업자들의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 경쟁제한성은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 경쟁제한성을 가리키는 것으로 그 경쟁제한성 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 함.

[동서식품 및 한국네슬레의 커피가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 99두6514, 6521(병합) 판결)]

(2) 경쟁제한성의 판단기준

□ 구체적으로 당해 행위가 그 자체로 경쟁제한성을 가지는지 여부는 일정 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 특정사업자 등의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격, 수량, 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지 여부를 살펴 개별적으로 판단하여야 함

- 구체적으로 당해 행위가 그 자체로 경쟁제한성을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여 당해 행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 특정사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격, 수량, 품질, 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지 여부를 살펴 개별적으로 판단하여야 할 것임.

[동서식품 및 한국네슬레의 커피가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 99두6514, 6521(병합) 판결)]

나) 일정한 거래분야(관련시장)의 확정

- 관련시장은 거래대상인 상품의 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 등을 종합적으로 고려하여 판단함
 - 부당공동행위의 판단의 전제로서 확정하는 관련시장은 거래대상인 상품의 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정형태 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것임.

[삼성카드 외 3사의 중고차 할부금리 공동인하행위 건(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결)]

다) 구체적 사안

① 인정례

- 연고권이 없는 구간(제20공구)의 경우 낙찰율이 84.29%에 불과함에도 위 구간의 경우 96.32%에 이르고, 사건당시 건설경기가 극도로 악화되었음에도 95% 이상의 높은 낙찰률이 나온다는 것은 당사자 간의 자율조정에 의한 것이라고 봄이 타당한바 입찰에서의 경쟁이 실질적으로 제한되었음
 - 위 25개 업체들이 한진종합건설이 낙찰될 수 있도록 모두 높은 가격으로 응찰하였는바, 연고권이 없는 구간(제20공구)의 경우 낙찰율이 84.29%에 불과함에도 불구하고 위 구간의 경우 96.32%에 이르고, 다른 공사입찰에 있어서도 연고권이 주장되지 않은 경우에는 연고권이 주장된 경우에 비하여 상당히 낮은 낙찰률로 낙찰이 되는 등 사건당시 건설경기가 극도로 악화되었음에도 95% 이상의 높은 낙찰률이 나온다는 것은 자유경쟁에 의한 입찰이기보다는 당사자 간의 자율조정에 의한 것이라고 봄이 타당하므로 원고들의 이러한 행위로 인하여 입찰에서의 경쟁이 실질적으로 제한되었음은 행위의 성격상 명백하다고 할 것임.

[서해안고속도로 군산-무안간건설공사(21공구)등 3개 공구 입찰관련 26개사의 공동행위 건(서울고법 2000. 11. 9. 선고 99누9287 판결⁴³⁰⁾)]

430) 상고심(대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결)도 같은 취지로 판단함

□ 특별할증율의 적용대상이 전체 보험계약자의 5 내지 6%에 불과한 불량계약자에게 한정되는 것이기는 하지만 원고들의 위와 같은 행위는 특별할증율이 적용되는 거래분야에서 실질적 경쟁제한성이 인정됨

- 비록 원고들별로 그 인상을 결정한 시기가 다소 상이하기는 하지만, 원고들이 1999. 11. 1.부터 책임이 개시되는 자동차보험 계약분에 대하여 그 책임이 개시되기 전 1달 여에 걸쳐 특별할증율을 동일하게 인상함으로써 행위가 외형상 일치되었다고 볼이 상당하므로, 원고들이 법 제19조 제5항에 의하여 같은 조 제1항 제1호에 규정된 가격결정행위를 합의한 것으로 추정되고, 당시 급증한 교통사고율을 줄이기 위하여 원고들이 아무런 합의 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 행위한 결과가 우연히 일치한 것이라고 보기 어려우며, 또한 위 특별할증율의 적용대상이 전체 보험계약자의 5 내지 6%에 불과한 불량계약자에게 한정되는 것이기는 하지만, 원고들의 위와 같은 행위는 위 특별할증율이 적용되는 거래분야에서 실질적 경쟁제한성이 인정된다고 할 것임.

[11개 손해보험사의 특별할증률 공동인상행위 건(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결)]

□ 경쟁적인 할부금리의 인하를 피하기 위해 원고들이 할부금리를 동일하게 조달금리의 인하폭보다 낮은 수준으로 인하한 이 사건 공동행위는 중고자동차 할부금융시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것임

- 이 사건 공동행위는 원고들이 할부금리를 인하한 행위이기는 하나 1999년도에는 조달금리가 상당한 수준으로 인하되어 그에 따른 할부금리도 상당한 수준으로 인하될 것으로 기대되는 상황이었음에도 그런 상황에서 결국 영업이익을 안정적으로 확보하고 경쟁적인 할부금리의 인하를 회피하기 위하여 원고들이 할부금리를 동일하게 조달금리의 인하폭보다 낮은 수준으로 인하한 이 사건 공동행위는 중고자동차 할부금융시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것이라 할 것임.

[삼성카드 외 3사의 중고차 할부금리 공동인하행위 건(서울고법 2002. 6. 27. 선고 2001누2579 판결⁴³¹⁾)]

431) 상고심(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결)은 이 부분에 대해서는 판단하지 않음

□ 제주도 지역 주요소들에 대한 휘발유판매시장에서의 시장점유율이 100%인 원고들이 주유소에 휘발유 공급가격을 동일하게 유지한 행위는 제주도 지역의 주유소에 대한 휘발유판매시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위임

○ 원고들은 제주도 지역 주요소들에 대한 휘발유판매시장에서의 시장점유율이 100%인 사실 등을 인정한 다음, 원고들의 주유소에 휘발유 공급가격을 동일하게 유지한 행위는 그 시장에서의 가격 및 거래조건 결정에 절대적인 영향을 미칠 수 있을 정도이고, 휘발유는 상품의 특성상 차별화가 쉽지 않고 주로 가격에 의하여 경쟁이 이루어질 수밖에 없는 점 등에 비하여, 원고들의 위와 같은 행위는 제주도 지역의 주유소에 대한 휘발유판매시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위임.

[심화석유 외 2사의 휘발유가격 공동결정행위 건(대법원 2003. 12. 12. 선고 2001두5552 판결)]

□ 동부제강 등 강관 4사의 시장점유율이 국내 총생산의 65%를, 국내 판매시장의 61%를 차지하고 있는 상황에서 강관의 공장도가격 유지는 경쟁제한성이 인정됨

○ 강관 4사의 시장점유율이 국내 총생산의 65%를, 국내 판매시장의 61%를 차지하고 있는 상황에서 위 공장도가격 유지는 시장에서의 가격 및 거래조건에 절대적인 영향을 미칠 수 있고, 강관은 상품의 특성상 차별화가 쉽지 않고 주로 가격에 의하여 경쟁이 이루어진다는 측면에서 강관의 공장도판매가격을 동일하게 유지하는 것은 그 경쟁제한성이 인정됨.

[강관제조 4사의 가격 및 결제조건 공동결정행위 건(서울고법 2000. 12. 21. 선고 98누12651 판결432)]

□ 국내 맥주 공급시장의 99.9%를 점유하고 있는 맥주 3사가 맥주의 종류별, 규격별 가격을 동일한 비율로 순차 인상하여 유지한 것은 국내 맥주 공급시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함

○ 1997년 말 국내 맥주 공급시장의 99.9%를 점유하고 있는 하이트맥주 주식회사, 오비맥주 주식회사, 진로쿠어스맥주 주식회사(이하 이들 3개 회사를 가리켜 '맥주 3사'라고 한다)가 1998. 2. 21과 같은 달 24. 맥주의 종류별, 규격별 가격을 동일한 비율로 순차 인상하여 유지한 것은 법 제19조 제1항 제1호의 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'에 해당할 뿐만 아니라, 국내 맥주 공급시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함.

432) 상고심(내법원 2003. 2. 11. 선고 2001누847 판결)은 이 부분에 대하여 판단하지 않음

[두산 외 2개사의 맥주가격 공동결정행위 건(대법원 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결⁴³³⁾]

* 참고: 진로 건(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결), 하이트맥주 건(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946 판결), 삼화석유 외3사 건(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001두5552 판결

- 화장지 4사가 78%의 비율로 국내 엠보싱 두루마리 화장지 공급시장을 점유하고 있으면서 일정한 기간 동안 화장지의 공장도가격을 동일하게 유지한 행위는 국내 화장지 공급시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함
- 주식회사 모나리자, 유한킴벌리 주식회사, 쌍용제지 주식회사, 주식회사 대한펄프(아래에서는 이들 회사를 '모나리자', '유한킴벌리', '쌍용제지', '대한펄프'라고 하고, 이들 4개 회사를 모두 가리켜 '화장지 4사'라고 하고, 유한킴벌리를 제외한 나머지 3개 회사를 가리켜 '화장지 3사'라고 한다)가 78%의 비율로 국내 엠보싱 두루마리 화장지(아래에서는 '화장지'라고 한다) 공급시장을 점유하고 있으면서 일정한 기간 동안 화장지의 공장도가격을 동일하게 유지한 사실을 인정하고, 화장지 3사 또는 화장지 4사의 이와 같은 공장도가격 유지행위가 법 제19조 제1항 제1호의 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'에 해당하고, 또 국내 화장지 공급시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함.

[보나리자 외 3사의 화장지 공장도가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결)]

- 국내 철근공급시장에서 100%의 시장점유율을 가지므로 원고 등의 위와 같은 철근 판매가격 인상행위는 국내 철근시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 인정됨
- 이 당시 국내 철근공급시장에서 100%의 시장점유율을 가지므로 원고 등의 위와 같은 철근판매가격 인상행위는 그 시장에서의 가격 결정에 절대적인 영향을 미칠 수 있는 점, 철근은 생산공정이 기술적으로 동일하여 품질의 차별화가 쉽지 않고 주로 가격에 의하여 경쟁이 이루어질 수밖에 없는 점, 또한 원고 등이 철근생산능력은 당시 연산 12,000,000톤에 달하지만 실제 판매량 8,648,000톤에 그치는 등으로 초과공급 상태이고, 위와 같은 철근의 공급초과에 따른 경쟁심화로 인하여 철근가격이 지속적으로 하락하고 있었던 점 등에 비추어 원고 등의 위와 같은 철근판매가격 인상행위는 국내 철근시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 인정됨.

[한보 등 8개 철근제조업자의 철근가격 공동인상행위 건(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002두4433 판결)]

433) 다만 본건에서는 추정이 복멸된다고 판단함

□ 이 사건 공동행위가 문제된 카드 4사의 1998년도의 시장점유율 합계가 58.9%에 달하는 등으로 과점적 시장구조를 가지고 있고, 신용카드업은 허가제로서 신규진입이 용이하지 않은바, 카드 4사의 각 요율인상 행위는 국내 신용카드업 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한함

○ 신용카드가 현금서비스의 단기금융기능과 할부서비스의 할부구매기능을 가지고 있다고 하여 각 신용카드 사업주체들이 경쟁을 통한 하나의 시장을 형성하고 있음에도 불구하고 각 기능을 분리하여 각 기능에 대응하는 관련시장을 세분하여 상정할 것은 아니라는 전제하에, 이 사건 공동행위가 문제된 카드 4사의 1998년도의 시장점유율은 원고가 20.1%, 엘지카드가 13.1%, 삼성카드가 11.4%, 외환카드가 14.3%로서 카드 4사의 시장점유율 합계가 58.9%에 달하는 등으로 과점적 시장구조를 가지고 있는 데다가 신용카드업은 허가제로서 신규진입이 용이하지 않으므로, 카드 4사의 위와 같은 각 요율인상 행위는 국내 신용카드업 분야에서의 가격을 통한 경쟁을 감소시켜 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당된다고 본 데 아무런 잘못이 없다고 판단함.

[국민신용카드 등 4개 신용카드사업자의 현금서비스수수료율 인상 등 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두7184 판결)]

* 참고: 엘지카드 건(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004두9371 판결), 외환신용카드 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두7160 판결)

□ 국내 자동차보험시장 점유율이 97.9%에 이르는 원고 손해보험회사들의 5개 주요 긴급출동 서비스 폐지 및 유료화 행위는 국내 자동차보험시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함

○ 원고 손해보험회사들의 2001년도 국내 자동차보험시장 점유율이 97.9%에 이르는 점, 원고 삼성화재해상보험 주식회사, 원고 현대화재해상보험 주식회사, 원고 동부화재해상보험 주식회사, 원고 엘아이지손해보험 주식회사가 포함되는 상위 4개사의 시장점유율이 71.1%에 이르는 점, 원고 손해보험회사들이 긴급출동 서비스를 폐지 및 유료화한 이후에도 이로 인한 보험료 인하 등 가격경쟁을 촉진하는 효과가 나타나지 않은 점, 1개의 손해보험회사가 단독으로 5개 주요 긴급출동 서비스의 무료제공을 폐지할 경우 영업력에 지장을 초래하고 고객으로부터 민원이 발생할 우려가 큰 점, 긴급출동 서비스를 특약 상품으로 유료화한 후 종전 보험계약자의 80%가 위 긴급출동 서비스를 제공하는 유료 특약에 가입한 점 등에 비추어 보면 원고 손해보험회사들의 5개 주요 긴급출동 서비스 폐지 및 유료화 행위는 국내 자동차보험시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함.

[대한손해보험협회 외 10의 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결)]

□ 이 사건 회사들이 공동으로 무응찰하고 수의시담을 불성립시키는 등의 행위를 한 것은 기초가격을 상승시키고 결과적으로 예정가격 및 낙찰가격도 상승되도록 하는 상태를 초래함으로써 실질적인 경쟁이 제한되는 행위에 해당함

○ 철근회사들이 기초금액이 입찰공고일 이전 2개월간의 시중 거래가격을 조사하여 산출되고 2회 입찰이 유찰되어 재입찰하는 경우 가격 재조사를 통하여 기초금액이 변동될 수 있다는 점에 착안하여 이 사건 회사들이 입찰 참여 및 수의시담 성립 여부를 함께 논의하고 무응찰 등 일치된 행위로 입찰을 수회 유찰시키는 방법을 거듭하여 궁극적으로 기초금액이나 낙찰가격의 상승을 초래할 수 있는 행위를 하여 경쟁이 제한되었다는 점, 2001년도 입찰에서는 예정가격이 인상되지 아니하였지만 2002년도 입찰에서는 이 사건 회사들이 1차, 2차 입찰 및 1차 수의시담을 유찰시켜서 조달청이 재입찰을 실시하면서 민수가격 조사를 토대로 1차 입찰 당시의 기초금액보다 기초금액을 톤당 62,440원 인상하였으며, 그에 따라 예정가격도 인상되었던 점 등을 종합해보면, 이 사건 회사들이 공동으로 무응찰하고 수의시담을 불성립시키는 등의 행위를 한 것은 기초가격을 상승시키고 결과적으로 예정가격 및 낙찰가격도 상승되도록 하는 상태를 초래함으로써 실질적인 경쟁이 제한되었다고 판단됨.

[현대제철 등 10개사의 철근구매 입찰담합 건(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006두12548 판결)]

□ 이 사건 회사들이 거의 동일한 시기에 동일한 수준으로 가격인상행위를 한 것은 사실상 철근시장에서의 가격결정에 절대적인 영향을 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 된다고 할 것이므로, 위와 같은 행위는 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함

○ 이 사건 회사들이 전체 철근생산량의 약 92%를 차지하고 있었던 점, 철근산업은 시장에 신규진입이 어려운 과정적 시장구조를 갖고 있으며, 철근은 각 제조사별로 생산 공정이 기술적으로 동일하여 품질의 차별화가 쉽지 않고 주로 가격에 의하여 경쟁이 이루어질 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 회사들이 거의 동일한 시기에 동일한 수준으로 가격인상행위를 한 것은 자유시장경제의 가장 중요한 요소인 경쟁을 통하여 결정되어야 할 판매가격을 제한할 가능성이 높아서 이로 인하여 경쟁에 의하여 낮아질 수 있는 철근의 판매가격의 인상을 가져와 사실상 철근시장에서의 가격결정에 절대적인 영향을 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 된다고 할 것이므로, 위와 같은 행위는 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당함.

[현대제철 등 7개사의 철근제조가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두13145 판결)]

* 참고: 한보 건(서울고법 2006. 6. 21. 선고 2004누14337 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두13046 판결), 대한제강 건(서울고법 2006. 7. 20. 선고 2004누14832 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두14247 판결), 동국제강(서울고법 2006. 7. 20. 선고 2004누14344 판결, 고법 확정), 한보철강공업(서울고법 2008. 9. 25. 선고 2004누14825 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두12685 판결)

□ 이 사건 회사들이 아주산업과 유진레미콘에 대하여 보통시멘트 공급량을 제한하거나 슬래그분말사업을 포기 축소하도록 권유 내지 압박하여 아주산업과 기초소재로 하여금 슬래그분말사업을 포기 또는 제한하도록 한 행위는 슬래그분말과 시멘트시장에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한함

- 슬래그분말은 일반적으로 보통시멘트보다 저렴하므로 슬래그분말사업을 하는 사업자 수가 증가할수록 또는 슬래그분말을 제조하여 자신들이 생산하면 레미콘 제조사에만 사용하여 오년 레미콘업체가 외부판매방을 늘릴수록 슬래그분말에 대한 수요는 증가하고 보통시멘트의 수요는 줄어들 것이 예상되며, 이에 따라 시멘트제조사들의 시멘트시장에서의 경쟁이 촉진된 가능성이 높으므로 이 사건 회사들이 아주산업과 유진레미콘에 대하여 보통시멘트 공급량을 제한하거나 슬래그분말사업을 포기 축소하도록 권유 내지 압박하여 아주산업과 기초소재로 하여금 슬래그분말사업을 포기 또는 제한하도록 한 행위는 슬래그분말과 시멘트시장에 있어서 위 회사들의 진입을 저지하고 이 사건 회사들의 시장 지배력을 유지하도록 한 것이므로 이 사건 회사들과 아주산업, 기초소재 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위라 할 것임.

[성신양회 등 7개사의 사업활동방해행위 건(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두11583 판결)]

□ 매수전담증권사들 사이에 가격경쟁이 배제된 것이라 하더라도, 개인 투자자나 다른 증권사와 사이에서는 경쟁 관계가 존재하므로 경쟁제한성이 인정됨

- 원고는, 한국거래소에서는 채권의 수요, 공급과 무관하게 매수전담증권사가 제출하는 신고수익률에 의해 신고시장수익률이 결정되는 점, 특히 오후 동시호가 시간대에는 증권사가 개별적으로 제출한 신고수익률과 무관하게 채권의 거래가격과 거래물량이 일률적으로 정해지는 점 등에서 처음부터 증권사들 사이의 경쟁이 원천적으로 배제되어 있으므로 경쟁제한성을 인정할 수 없다는 취지로 주장함. 그러나 설령 원고 주장처럼 신고수익률 제출과 관련하여 매수전담증권사들 사이에 가격경쟁이 배제된 것이라고 하더라도, 매수 전담증권사들은 개인 투자자와 사이에서는 불량학보를 위한 경쟁 관계가, 다른 증권사와 사이에서는 매수전담증권사로서의 시장진입에 관한 경쟁 관계가 존재하고, 이 사건 공동행위는 그러한 경쟁 관계 속에서 매수전담증권사들이 안정적인 수익을 확보하고, 매수전담증권사로서의 지위를 유지하고자 한 것이었다는 점에서 원고 주장을 그대로 받아들일 수 없음.

[20개 증권사의 부당한 공동행위 건 중 대우증권(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누45005 판결⁴³⁴⁾)]

434) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두39654 판결)은 실리불속행 기각함

* 같은 취지: 20개 증권사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누10061 판결⁴³⁵⁾, 서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누45012 판결⁴³⁶⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3483 판결⁴³⁷⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3551 판결⁴³⁸⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3148 판결⁴³⁹⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3452 판결⁴⁴⁰⁾

② 부정례

- 원고들의 이 사건 가격인상은 경쟁사보다 값이 다소 싸면 제품이 잘 팔리지 않았던 당시 국내 커피시장의 특이한 상황하에서 이루어진 원고들 간의 경쟁이 시장에 그대로 표출된 것으로 보여질 뿐 그로 인하여 당시 국내 커피시장에서의 경쟁이 감소되었다고 보기는 어려움
 - 당시 국내커피시장은 가격이 내려가면 수요가 늘어나는 통상의 수요공급의 법칙이 적용되지 아니하는 특수성이 있었고, 커피제품은 가격보다는 맛이나 향, 상표가 주는 이미지 등에 의하여 제품의 차별화가 이루어지는 특성이 있어, 원고들은 위와 같은 시장의 특수성 및 상품의 특성을 시장전략에 반영하여 각자 자사제품이 고급품이라는 인식을 소비자에게 심어 주기 위하여 경쟁적으로 가격인상에 이르렀으며, 그에 따라 원고들의 시장점유율은 즉각적으로 변동하여 있는 바, 그렇다면 원고들의 이 사건 가격인상은 경쟁사보다 값이 다소 싸면 제품이 잘 팔리지 않았던 당시 국내 커피시장의 특이한 상황하에서 이루어진 원고들 간의 경쟁이 시장에 그대로 표출된 것으로 보여질 뿐, 그로 인하여 당시 국내 커피시장이란 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소되었다고 보기는 어려움.
- [동서식품 외 1의 커피가격 공동 결정행위 건(대법원 2002. 5. 1. 선고 99두6514, 99두6521(병합) 판결)]

435) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014누38361 판결)은 심리불속행 기각함

436) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014누38125 판결)은 심리불속행 기각함

437) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014누38316 판결)은 심리불속행 기각함

438) 상고심(대법원 2014. 10. 16. 선고 2014누38941 판결)은 심리불속행 기각함

439) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014누38934 판결)은 심리불속행 기각함

440) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014누38309 판결)은 심리불속행 기각함

3) 정황사실 입증 요구 등

□ 공정거래법 제19조 제5항의 공동행위 합의추정조항을 위한 요건사실로 사업자들의 명시적이거나 묵시적인 합의 또는 양해를 추정하게 할 정황사실을 입증할 필요는 없음

○ 공정거래법 제19조 제5항의 공동행위 합의추정조항을 위한 요건사실로 '2 이상의 사업자가 법 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다'는 사실과 그것이 '일정한 거래분야에서 경쟁을 신질적으로 제한하는 행위'라는 사실을 입증하면 족하고, 이에 추가하여 사업자들의 명시적이거나 묵시적인 합의 또는 양해를 추정하게 할 정황사실을 입증할 필요는 없음.

[환경철강공업 등 8개사의 철근가격 공동 결정행위 건(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결)]

* 참고: 동서식품, 한국네슬레 등 커피제조 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2002. 5. 1. 선고 99두6521 판결), 모나리자 등 화장지 제조 4개업체의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결), 동부제강 등 강관제조 4개사의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001두847 판결), 진로, 하이트맥주 등 맥주 제조3사의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결, 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946 판결), 삼화석유 외 3사의 제주지역 3개 석유판매대리점 및 엘지칼텍스정유의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001두5552 판결)

□ 법 제19조 제5항에 의한 합의를 추정함에 있어서 제19조 제1항의 합의가 있었는지 여부를 따로 살펴보지 않았다고 하여 위법하다고 할 수 없음

○ 증거에 의하여 명시적 합의나 묵시적 합의를 한 사실이 인정된다면 법 제19조 제5항이 아니라 바로 법 제19조 제1항이 적용되는 것이고, 다만, 공정위가 합의를 직접적으로 입증하기 어려워 부득이 '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'에 관한 간접사실을 입증하고 있는 이상 그 입증의 성패만에 의하여 법 제19조 제5항의 합의의 추정여부가 결정된다고 할 것인 바, 법 제19조 제5항에 의한 합의를 추정함에 있어서 제19조 제1항의 합의가 있었는지 여부를 따로 살펴보지 않았다고 하여 위법하다고 할 수 없음.

[서해안고속도로 군산-무안간 건설공사(21공구)등 3개 구간 입찰관련 26개사의 공동행위 건(대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결)]

다. 공동행위 추정의 복멸

1) 추정복멸의 사정

- 추정 복멸 사정은, 각 경영판단에 따라 독자적으로 이루어진 경우, 공통적으로 관련된 외부요인이 가격결정에 같은 정도의 영향을 미쳐 부득이 동일·유사시기에 행동을 할 수 밖에 없었던 경우, 과점시장의 가격선도업체가 독자적 판단으로 가격결정을 하고 후발업체가 동조하여 단순히 모방한 경우임
- 부당한 공동행위의 추정을 복멸시킬 수 있는 사정은 ① 외부적으로 드러난 동일 유사한 가격책정행위가 실제로는 아무런 명시적·묵시적 합의나 상호간의 요해 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌음에도 마침 우연한 일치를 보게 된 경우. ② 상대방 사업자와 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 가격결정 판단에 같은 정도의 영향을 미침으로써 부득이 동일 유사한 시기에 동일 유사한 행동을 할 수 밖에 없었던 경우, ③ 과점시장의 경우 가격선도업체가 독자적인 판단에 따라 가격결정을 하고 후발업체가 이에 동조하여 일방적으로 선도업체의 가격을 단순히 모방한 경우임.

[동부제강 외 3사의 강관공장도가격 공동인상행위 건(서울고법 2000. 12. 21. 선고 98누12651 판결⁴⁴¹⁾)]

- 법 제19조 제5항에 따라 부당한 공동행위의 합의추정을 복멸하기 위해서는 행위가 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌음에도 우연히 일치된 것이라는 등의 정황을 입증하여 그 추정을 복멸시킬 수 있음
 - 법 제19조 제5항에 따라 부당한 공동행위의 합의추정을 받는 사업자가 합의가 추정된 공동행위를 복멸하기 위해서는 외부적으로 드러난 동일 또는 유사한 행위가 실제로는 아무런 합의나 상호간의 요해(了解) 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌음에도 우연히 일치된 것이라는 등의 정황을 입증하여 그 추정을 복멸시킬 수 있음.
- [한영철강공업 등 8개사의 철근가격 공동결정행위 건(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결)]
- * 참고: 하이트맥주 외 2사의 가격공동인상행위 건(대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 6521 판결, 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결), 두산 외 2사의 가격공동인상행위 건(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946 판결, 대법원 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결), 11개 손해보험사의 보험료관련 공동행위 건(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결)

⁴⁴¹⁾ 상고심(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001두847 판결)은 이 부분에 대하여는 특별히 판단하지 않음

2) 고려 요소

- 부당공동행위의 합의의 추정을 복멸시킬 수 있는 사정을 판단함에 있어서는, 당해 상품 거래분야 시장의 특성과 현황, 각 개별업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격의 변화가 개별사업자의 영업이익과 시장점유율 등에 미치는 영향 등을 고려하여 거래통념에 따라 합리적으로 판단함
- 부당한 공동행위의 합의의 추정을 복멸시킬 수 있는 사정을 판단함에 있어서는, 당해 상품 거래분야 시장의 특성과 현황, 상품의 속성과 태양, 유통구조, 가격결정 구조, 시장가격에 영향을 미치는 제반 내외부적 영향, 각 개별업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격의 변화가 개별사업자의 영업이익과 시장점유율 등에 미치는 영향, 사업자의 개별적 사업여건에 비추어 본 경영판단의 정당성, 사업자 상호간의 회합 등 직접적 의사교환의 실태, 협의가 없었더라도 우연의 일치가 이루어질 수도 있는 개인성의 정도, 가격모방의 경험과 법위반 전력, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려하여 거래통념에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것인.

[황영천강공업 등 8개사의 철근가격 공동결정행위 건(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결)]

* 참고: 삼화석유 외 2사의 휘발유가격 공동결정행위 건(서울고법 2001. 6. 5. 선고 99누10898 판결, 대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 6521 판결, 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001두5552 판결)

- 과정적 시장구조에서 시장점유율이 높은 선발업체가 독자적 판단에 따라 가격을 결정한 뒤 후발업체가 일방적으로 이를 모방하여 가격을 결정하는 경우 특별한 사정이 없는 한 법 제19조 제5항에 따른 공동행위의 합의추정은 번복될 수 있음
- 과정적 시장구조 하에서 시장점유율이 높은 선발업체가 독자적인 판단에 따라 가격을 결정한 뒤 후발업체가 일방적으로 이를 모방하여 가격을 결정하는 경우 선발업체가 종전의 관행 등 시장의 현황에 비추어 가격을 결정하면 후발업체들이 이에 동조하여 가격을 결정할 것으로 예견하고 가격결정을 하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법 제19조 제5항에 따른 공동행위의 합의추정은 번복될 수 있음.

[모나리자 등 4사의 화장지 공장도가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결)]

3) 구체적 사안

① 추정 복멸의 인정례(과점시장의 특성 및 행정지도 관련)

② 과점시장의 특성 관련⁴⁴²⁾

- 화장지 공급시장의 특성과 현황, 그 유통구조와 가격결정구조, 화장지 3사가 그 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격모방의 전력, 당시의 경제 정책적 배경 등을 종합적으로 고려할 때 위 1차 인하행위 및 1차 인상행위는 단순모방행위로서 화장지 3사의 가격공동행위 합의추정은 복멸되었음⁴⁴³⁾
- 쌍용제지, 모나리자, 대한펄프 3개사가 1차로(1996.6.1.) 화장지가격을 동일(8,448원)하게 인하하고, 그 이후 쌍용제지가 1997.3.1.에, 모나리자가 1997.5.1.에, 대한펄프가 1997.5.10.에 각 화장지가격을 8,866원으로 1차 인상하였는 바, 1차 인하에서 화장지 3사의 화장지 가격이 동일하게 된 것은 후발업체인 모나리자와 대한펄프가 선발업체인 쌍용제지의 가격결정을 일방적으로 모방하였기 때문이고, 또 1차 인상에서도 쌍용제지가 신제품의 가격을 인상하자, 모나리자와 대한펄프가 2개월의 간격을 두고 다시 일방적으로 그 가격을 모방함으로써 화장지 3사가 그 시장에서 부당한 공동행위를 하고 있는 것과 같은 외관이 만들어진 것일 뿐만 아니라 이 사건에서 인정되는 화장지 공급시장의 특성과 현황, 그 유통구조와 가격결정구조, 화장지 3사가 그 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격모방의 전력, 당시의 경제 정책적 배경 등을 종합적으로 고려할 때 위 1차 인하행위 및 1차 인상행위는 단순모방행위로서 화장지 3사의 가격공동행위 합의추정은 복멸되었음.

[모나리자 등 4사의 화장지 공장도가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결)]
- 신문 등을 통하여 가격인상에 관한 정보를 수집한 원고(2002년 생산능력 기준 4.7%)가 합계 약 87%의 시장점유율을 차지하는 다른 6개 회사들의 가격인상을 목격하고 이를 일방적으로 모방한 것으로 볼 수 있으므로, 원고의 가격인상행위는 선발업체들의 가격인상을 단순히 모방한 행위임⁴⁴⁴⁾
- 대한제강의 2002. 3. 1. 1차 가격인상에 있어서는 원고가 사전에 다른 회사들과 가격인상에 관한 회합 등 직접적인 의사교환을 하였다는 정황이 없거나 매우 부족한 전, 사전 담합이 의심되는 내용이 기재된 문건들에 있어서도 원고가 관련되었다는 흔적이 전혀 없거나

442) 과점시장에서의 단순한 모방행위로서 공동행위 추정이 복멸된 사례들임

443) 모나리자 등 화장지 제조4사의 연보상 두루마리 화장지 공장도가격을 공동으로 결정한 사안

444) 현대제철을 포함한 7개 철근제조판매업자가 철근 가격을 인상한 사안

거의 무시해도 좋을 수준인 점, 원고가 신문 등을 통하여 다른 회사들의 가격인상을 미리 알 수 있었던 점, 다른 회사들과 철근 관련 정보를 교환하였으나 한국제강 및 제일제강공업은 원고와 마찬가지로 철근 관련 정보를 교환하였음에도 불구하고 가격담합에 참여하지 않은 것으로 처리된 점 등을 종합해 보면, 신문 등을 통하여 가격인상에 관한 정보를 수집한 원고(2002년 생산능력 기준 4.7%)가 합계 약 87%의 시장점유율을 차지하는 다른 6개 회사들의 가격인상을 목격하고 이를 일방적으로 모방한 것으로 볼 수 있으므로, 원고의 1차 가격인상행위는 선발업체들의 가격인상을 단순히 모방한 행위로서 과정적 시장구조 하에서의 상호의존성에서 비롯된 병행적 가격책정에 해당한다고 보이고, 따라서 이 부분 부당한 공동행위의 합의추정은 복멸되었다고 할 것인.

[대한제강 등 7개사의 철근가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두14247 판결)]

④ 행정지도 관련

- 국세청은 가격선도업체와 협의된 종류별, 용량별 구체적 가격 인상내역을 다른 맥주 제조업체에 제공하고, 다른 업체가 이를 모방한 인상안을 제시하면 그대로 승인하여 왔고, 인상시점도 국세청의 지도에 따라 결정되는데 이 사건 가격인상도 같은 방식으로 이루어진 점 등을 종합하면 추정은 복멸됨
- ① 맥주회사가 맥주가격을 인상하는 경우 재정경제원이나 국세청과 사전협의를 하거나 사전승인을 받도록 하는 법령상의 명문의 규정은 없으나 재정경제원은 물가지수에 미치는 영향이 크다는 이유로, 국세청은 주세법 제38조, 주세사무처리규정 제70조 등에 따른 국세청장의 가격에 관한 명령권 등에 의하여 재정경제원과 국세청은 맥주 3사의 가격인상 요구에 훨씬 미치지 못하는 인상률반을 허용함으로써 맥주 3사는 허용된 인상을 전부를 가격인상에 반영할 수 밖에 없게 되어 맥주 3사의 맥주가격인상불이 동일해질 수밖에 없었던 점. ② 국세청은 가격 선도업체와 협의된 종류별, 용량별 구체적인 가격 인상내역을 다른 맥주 제조업체에 제공하고, 다른 업체가 이를 모방한 인상안을 제시하면 그대로 승인하여 왔고, 그 인상시점 또한 국세청의 지도에 따라 결정되는데 이 사건 가격인상도 마찬가지 방식으로 이루어진 점. ③ 이 사건 가격인상과 관련하여 맥주 3시간에 인상률에 대한 별도의 합의를 하였다고 볼 만한 사정이 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 가격인상은 3시간의 의사의 연락에 의한 것이 아니므로 맥주 3사 사이에 부당한 공동행위의 합의가 있었다는 추정은 복멸됨.

[하이트맥주 외 2사의 맥주가격 공동인상행위 건(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946, 2001두1239 판결)]

* 참고: 두산 외 2사의 맥주가격 공동인상행위 건(서울고법 2000. 12. 28. 선고 2000누1418 판결, 대법원 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결)

- 금융감독원장이 원고들에게 보험개발원이 제시하는 참조순보험료율에 따른 순보험료와 종전 예정사업비율에 따른 부가보험료를 책정하여 이를 합산한 금액을 기본보험료로 신고하도록 행정지도한바, 공동행위의 합의가 있었다는 추정은 복멸되었다고 할 것임⁴⁴⁵⁾
- 금융감독원장에게 보험료산출방법서 변경에 관한 인가권이 있는 것은 아니지만 보험업법 등 규정(보험업법 제22조, 손해보험상품관리규정 제2조, 제6조, 제7조, 보험상품관리규정 제2조, 제6조, 제12조)은 보험사업자가 금융감독원장에게 위 변경을 신고한 후 소정의 기간 내에 수리가 거부되지 아니하면 인가가 의제되는 것으로 규정하고 있으므로 비록 법 제63조 제1항이 정한 피고와의 협의가 없었다고 하더라도 보험사업자의 위 신고에 대한 심사과정에서 금융감독원장이 행정지도를 통하여 사실상 보험료결정에 관여하였고 그 결과 보험료가 동일하게 유지되었다면 위와 같은 사정은 공동행위의 합의추정을 복灭시킬 수 있는 정황으로서 참작될 수 있다고 할 것임.
- 금융감독원장이 자동차손해배상보장법시행령의 개정에 따라 2000.8.1.자로 책임보험료율 조정이 예정되어 있는 점과 보험료의 잦은 조정으로 보험계약자의 혼란이 초래될 수 있다는 점 등을 이유로 2000.8.1.까지 부가보험료 자유화조치를 유예하고 순보험료도 종전 보험료에 대한 예정손해율(73%) 수준으로 유지하기로 방침을 정하여, 보험개발원으로 하여금 위 예정손해율에 해당하는 만큼의 순보험료만을 분리하도록 하였고 원고들에게 보험개발원이 제시하는 참조순보험료율에 따른 순보험료와 종전 예정사업비율에 따른 부가보험료를 책정하여 이를 합산한 금액을 기본보험료로 신고하도록 행정지도한 사실을 알 수 있으며, 달리 위 행정지도에 앞서 원고들 사이에 기본보험료에 대한 별도의 합의를 하였다거나 또는 위 행정지도를 기회로 기본보험료를 동일하게 유지하기로 하는 별도의 합의를 하였다고 볼 자료도 없으므로, 원고들의 판시 행위는 원고들 사이의 의사연락에 의한 것이 아니라고 할 것이니 공동행위의 합의가 있었다는 추정은 복灭되었다고 할 것임.
[11개 손해보험사의 보험료 공동결정행위 건(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결)]

② 추정 복灭의 부정례

- 사장단회의에서 강관가격이 평균 8%정도의 가격인상 영향이 있음을 논의하였고, 실무자들은 일반적으로 가격인상에 앞서 가격인상의 당위성에 관한 의견을 교환해 온 정황을 종합하여 볼 때 이 사건 부당한 공동행위의 추정은 그대로 유지됨
- 사장단회의에서 강관가격이 평균 8%정도의 가격인상 영향이 있음을 논의하였고, 강관

445) 11개 손해보험사가 2000.4.1.부터 시행되는 자동차기본보험료를 종전 수준으로 유지하기로 결정한 사안에서 자동차 기본보험료를 동일하게 유지한 것은 심사권이 있는 금감원의 행정지도에 기인한 것으로 공동행위 추정은 복灭되었다고 할 것이라는 사례임

4사의 실무자들은 일반적으로 가격인상에 앞서 타사의 가격변동에 대한 정보를 유통경로를 통하여 사전에 인지한 후 가격인상의 당위성에 관한 의견을 교환해 온 정황을 종합하여 볼 때 강관4사는 각 가격인상의 시점에서 서로간에 가격인상에 관한 공동합의를 하였을 것이라는 의심을 받을 소지가 있는데다가, 설사 그 정도에 이르지는 아니하였나 하더라도 4회에 걸친 가격안상 요인이 각 사업자에게 미치는 영향은 다소간의 차이가 있었을 것인에도 불구하고 강관 4사는 각 회사별 실무자들 사이에서 직접 의견교환을 하거나 또는 유통구조를 통하여 간접적으로 상대방의 가격인상 정보를 수취하는 방법을 이용하여 마침 가격인상 요인이 발생하면 다른 사업자도 자사와 유사한 시기에 같은 정도의 가격인상을 단행할 것이라는 암묵적 요해가 바탕이 되어 그러한 기회를 이용하여 이 사건 동일 유사한 공동행위로 나아간 것으로 이 사건 부당한 공동행위의 추정은 그대로 유지됨.

[강관제조 4사의 강관의 공장도가격 공동결정행위 건(서울고법 2000. 12. 21. 선고 98누12651 판결⁴⁴⁶⁾)]

- 화장지 시장의 특성과 가격변동 시점별 변동요인 등을 모두 감안하더라도 2차 인상과 3차 인상은 후발 업체인 모나리자와 대한펄프가 선발업체인 쌍용제지나 유한킴벌리의 가격결정을 일방적으로 모방한 것으로는 보기 어려워 공동행위의 추정이 번복될 수 없음
- 2차 인상(유한킴벌리 : 1997.7.16., 나른 3사 : 1997.8.1., 각각 9,306원) 및 3차 인상(유한킴벌리 : 1997.12.24., 다른 3사 : 1997.12.23., 각각 10,494원)과 관련하여 과정적 화장지 공급시장에서 화장지 3사의 가격인상 결정을 위한 내부품의 일자가 같은 시기에 이루어지고 실제 가격인상시기도 같은 날로 결정되는 등 가격동조화현상이 심화되었고 이러한 현상은 화장지 제조업체가 가격변동 정보를 유통업체에 미리 통지하여 주는 유통구조의 특성상 제조업체 사이에 가격결정에 관한 정보를 간접적으로 쉽게 교환할 수 있는 유통구조의 특성에 기인한 것으로 보이는 바, 이러한 사정에 비추어보면, 원고가 주장하는 화장지 시장의 특성과 가격변동 시점별 변동요인 등을 모두 감안하더라도 2차 인상과 3차 인상은 후발 업체인 모나리자와 대한펄프가 선발업체인 쌍용제지나 유한킴벌리의 가격결정을 일방적으로 모방한 것으로는 보기 어려워 공동행위의 추정이 번복될 수 없음.

[모나리자 등 4사의 화장지 공장도가격 공동결정행위 건(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결)]

446) 상고심(대법원 2003. 2. 11. 선고 2001두847 판결)도 같은 취지로 판단함

- 낙찰가격의 결정에 관하여 다른 회사들과 의견을 교환하거나 이를 논의한 사실이 없다는 사정은 이를 뒷받침할 만한 자료가 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 그러한 사정만으로는 위 합의의 추정이 복멸되었다고 보기 어려움
 - 원고들이 들고 있는 사정 중, 즉 한진건설로부터 연고권에 관한 설명을 듣고 콜레터를 받거나 시공간담회에 참석한 일이 없으며 낙찰가격의 결정에 관하여 다른 회사들과 의견을 교환하거나 이를 논의한 사실이 없다는 사정은 기록상 이를 뒷받침할 만한 자료가 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 그러한 사정만으로는 위 합의의 추정이 복멸되었다고 보기 어렵고, 이번 입찰에 불참할 경우 다른 공사 입찰에서의 불이익이 예상되었기 때문에 한진건설과 관련없이 독자적인 경영판단에 따라 입찰에 참가하였다는 주장에 있어서도, 이 사건 공사가 이를바 PQ심사(입찰참가자격사전심사)를 적용하지 않고 발주한 공사에서 이 사건 공사의 입찰참가적격자로 선정되고도 입찰참가등록 등 입찰참여를 하지 않았다고 하여 다음번 PQ심사시 김천 등 불이익이 부과된다고 볼 수도 없으므로, 그러한 사정만으로 위 합의의 추정이 복灭되었다고 보기 어려움.
- [서해안고속도로 군산-무안간 건설공사(21공구)등 3개 공구 입찰관련 공동행위 건(대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결)]
- 위 3사는 휘발유 가격인하 요인에도 불구하고 타 경쟁사와 동일한 가격을 유지하고, 경유, 등유 등의 가격은 원고들마다 상이하게 유지한 사실들에 비추어 보면 서로 간에 공동의 가격유지 합의를 하였을 것이라는 의심이 강하게 제기되는 바, 원고들에 대한 부당한 공동행위 추정은 그대로 유지됨
 - 위 3사는 휘발유 가격인하 요인에도 불구하고 타 경쟁사와 동일한 가격을 유지하고, 1997년 말부터 시작된 외환위기에 따른 경기침체로 1998년 중 제주도 지역에서의 휘발유에 대한 수요가 전년도에 비해 약 9%정도 감소하였음에도 불구하고 원고들의 휘발유 판매가격의 비진폭은 34%정도 상승하고, 휘발유를 제외한 나머지 석유제품들인 경유, 등유 등의 가격은 원고들마다 상이하게 유지한 사실들에 비추어 보면 원고들이 서로 간에 공동의 가격유지에 관한 합의를 하였을 것이라는 의심이 강하게 제기되는 바, 결국 원고들에 대한 부당한 공동행위 추정은 그대로 유지됨.
- [삼화석유 외 2사의 휘발유가격 공동결정행위 건(서울고법 2001. 6. 5. 선고 99누10898 판결⁴⁴⁷⁾)]

447) 상고심(대법원 2003. 12. 12. 선고 2001두5552 판결)도 같은 취지로 판단함

□ 이 사건 요율 인상 당시가 IMF구제금융 사태의 발생으로 자금시장의 불안정이 가속화된 상황이었고 이 사건 요율의 인상을 제외한 카드 4사의 신용카드 정책이 다르다고 하더라도 그러한 사정만으로는 공동행위의 합의추정을 번복하기에는 부족함

○ 카드 4사의 이 사건 요율 인상행위가 실제로는 아무런 합의나 상호간의 양해된 의사 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어진 것으로 보기는 어렵고, 이 사건 요율 인상 당시가 IMF구제금융 사태의 발생으로 자금시장의 불안정이 가속화된 상황이었고 이 사건 요율의 인상을 제외한 카드 4사의 신용카드 정책이 다르다고 하더라도 그러한 사정만으로는 공동행위의 합의추정을 번복하기에는 부족하다고 할 것임.

[국민신용카드 등 4개 신용카드사업자의 현급서비스수수료율 인상 등 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두7184 판결)]

* 참고: 엘지카드 건(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004두9371 판결), 외환신용카드 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두7160 판결)

□ 설령 구체적이고도 명시적인 합의의 정도에 이르지는 않았다고 하더라도 2회에 걸친 가격인상 요인이 각 사업자에게 미치는 영향에 다소간의 차이가 있었을 것임에도 암묵적 양해가 바탕이 되어 그러한 기회를 이용하여 부당한 공동행위로 나아간 것이 므로 부당공동행위의 추정은 그대로 유지됨

○ 원고를 포함한 이 사건 회사들의 이 사건 각 가격인상행위가 실제로는 아무런 합의나 상호간의 양해 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어진 것이거나 선도업체의 가격 인상을 후발업체가 단순히 모방한 것이라는 등 추정의 복멸사유를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으며, 오히려 이 사건 회사들 사이에 가격인상에 대한 합의가 있었음을 추단할 수 있고, 설령 구체적이고도 명시적인 합의의 정도에 이르지는 않았다고 하더라도 2회에 걸친 가격인상 요인이 각 사업자에게 미치는 영향에 다소간의 차이가 있었을 것임에도 불구하고 이 사건 회사들은 종전부터 각 회사별 실무자들 사이에 직접 의견교환을 하거나 간접적으로 상대방의 가격인상정보를 수집하는 방법을 이용하여 가격인상요인이 발생하면 다른 사업자도 자사와 유사한 시기에 같은 정도의 가격인상을 단행할 것이라는 암묵적 양해가 바탕이 되어 그러한 기회를 이용하여 이 사건 부당한 공동행위로 나아간 것이라고 할 것이므로 이 사건 회사들에 대한 부당한 공동행위의 추정은 그대로 유지됨.

[현대제철 등 7개사의 철근제조가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두13145 판결)]

- 원고는 1차 가격인상 당시와는 달리 한보철강, 환영철강공업, 한보와 함께 2002. 6. 1. 동시에 가격을 인상하였고, 원고의 3차, 4차, 5차 가격인상일도 위 5개 회사들의 그것과 밀접하게 관련되어 있어 가격동조화 현상이 점점 심화된바 합의 추정을 복멸할 만한 사정을 찾을 수 없음
- (대한제강의 2차 내지 5차의 가격인상의 경우와 관련하여) 2차 가격인상 당시 농국제강이 2002. 5. 27. 자로 작성한 문건에 '원고, 한보철강, 한보 등 2군 제강사들은 아이엔아이스틸, 한국철강, 동국제강이 27일부로 정확히 인상단가를 적용하고 있는지 예의 주시'라고 기재되어 있었는데, 실제로 위 문건에 기재된 날인 2002. 5. 27. 아이엔아이스틸, 동국제강, 한국천강이 2차로 가격을 인상하였고, 원고는 1차 가격인상 당시와는 달리 한보철강, 환영철강공업, 한보와 함께 2002. 6. 1. 동시에 가격을 인상한 사실(원고의 3차, 4차, 5차 가격인상일도 위 5개 회사들의 그것과 밀접하게 관련되어 있어 가격동조화 현상이 점점 심화된 것으로 보인다) --(중략)-- 사실관계가 이와 같다면 원고의 2차 내지 5차 가격인상은 원고가 위 6개 내지 5개 회사들의 가격결정을 일방적으로 모방하였다거나 독자적 경영판단의 결과에 해당하는 것으로는 보기 어렵고, 달리 부당한 공동행위의 합의 추정을 복멸할 만한 사정을 찾을 수 없음.

[대한제강 등 7개사의 철근제조가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두14247 판결)]

라. 과징금 산정에 있어 실행의 시기 및 종기

1) 실행의 시기

- 실행개시일은 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'와 '경쟁의 실질적 제한행위'라는 두 간접사실이 모두 갖추어졌을 때를 의미한다고 봄이 상당함
- 실행개시일은 위와 같은 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'와 '경쟁을 실질적으로 제한하는 행위'라는 두 가지 간접사실이 모두 갖추어졌을 때를 의미한다고 봄이 상당함.
[환영철강공업 등 8개사의 철근가격 공동 결정행위 건(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결)]

- 실행개시일이 언제인지에 관하여는 사업자의 시장점유율, 당해 사업자가 생산·판매하는 시장의 특성과 현황 등을 종합적으로 고려하여 판단함
 - 실행개시일이 언제인지에 관하여는 ‘가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위’를 한 사업자의 시장점유율, 당해 사업자가 생산·판매하는 시장의 특성과 현황 등을 종합적으로 고려하여 판단함.
[환경철강공업 등 8개사의 철근가격 공동 결정행위 건(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결)]
- 원고들의 시장점유율, 그들이 생산·판매하는 국내 철근공급시장의 특성과 현황 등을 살펴보지 아니한 채 곧바로 그들이 철근가격을 인상한 2000. 2. 1.을 위반행위의 시기인 실행개시일로 단정한 행위는 과징금산정의 기준이 되는 위반행위의 시기에 관한 법리를 오해한 것임
 - 한보철강이 철근가격을 인상한 2000. 2. 7.에는 국내 철근공급시장에서 100%의 시장점유율을 가진 원고 등이 모두 철근가격을 인상한 상태였고, 그들의 가격인상행위는 그 시장에서의 가격경쟁에 절대적 영향을 미칠 수 있다는 것이므로 그들의 일치된 가격인상행위가 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’에 해당한다고 볼 수 있을 것이며, 나아가 원심 판시와 같은 제반 사정을 고려하여 보면 원고 한보철강에 대한 이 사건 과징금은 적정하다고 할 것임.
 - 원고 환경철강, 한국제강이 철근가격을 인상한 2000. 2. 1.에 과연 그들의 가격인상행위가 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’에 해당하는지에 관하여는 의문이 드는 데도 원심은 위 가격인상행위가 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’에 해당하는지 여부를 판단하는 전제가 되는 그들의 시장점유율, 그들이 생산·판매하는 국내 철근공급시장의 특성과 현황 등을 살펴보지 아니한 채 곧바로 그들이 철근가격을 인상한 2000. 2. 1.을 위반행위의 시기인 실행개시일로 단정한 행위는 과징금산정의 기준이 되는 위반행위의 시기에 관한 법리를 오해한 것으로 보임.
[환경철강공업 등 8개사의 철근가격 공동인상행위 건(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결)]
- 카드 4사의 이 사건 요율 인상행위에 있어서는 마지막으로 인상을 단행한 외환카드의 이 사건 각 요율 인상일에 이르러 외형상 일치가 이루어지는 한편 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당한다고 할 것이어서 외환카드의 각 요율 인상일을 위반행위의 시기로 보아 과징금을 산정하여야 할 것임
 - 원고(국민카드)가 현금서비스 수수료율을 인상한 1998. 2. 16.에는 삼성카드, 엘지카드만이 (시장점유율 합계 44.6%), 할부수수료율을 인상한 1998. 1. 21.에는 엘지카드만이(시장점유율

합계 33.2%), 연체이자율을 인상한 1998. 2. 16.에는 삼성카드, 엘지카드만이(시장점유율 합계 44.6%) 각 인상을 단행한 상태였다고 인정한 다음, 위 가격인상행위가 '경쟁을 실질적으로 제한하는 행위'에 해당하는지 여부를 판단하는 전제가 되는 그들의 시장점유율은 각 44.6% 또는 33.2%에 지나지 아니하여 원고가 인상한 각 날짜를 위반행위의 시기로 볼 수는 없고, 결국 카드 4사의 이 사건 요율 인상행위에 있어서는 마지막으로 인상을 단행한 외환카드의 이 사건 각 요율 인상일에 이르러 외형상 일치가 이루어지는 한편 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당한다고 할 것이어서 외환카드의 각 요율 인상일을 위반행위의 시기로 보아 과징금을 산정하여야 할 것인데, 피고가 과징금 부과를 위한 기초로서 원고의 매출액을 산정함에 있어 매출액 산정의 시기를 원고의 이 사건 각 요율 인상일로 삼아 이를 전제로 과징금을 산정한 잘못이 있음.

[국민신용카드 등 4개 신용카드사업자의 현금서비스수수료율 인상 등 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두7184 판결)]

* 참고: 엘지카드 건(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004두9371 판결), 외환신용카드 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두7160 판결)

2) 추정의 종료일

- 법 제19조 제5항 부당한 공동행위의 합의 추정 종료일은 위와 같은 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성이라는 두 가지 간접사실 중 어느 하나라도 갖추지 못하게 되었을 때가 될 것임
- 법 제19조 제5항에 의하면 외형상 일치된 행위가 경쟁제한성을 가질 때 비로소 부당한 공동행위의 합의가 추정되므로, 그 종료일은 위와 같은 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성이라는 두 가지 간접사실 중 어느 하나라도 갖추지 못하게 되었을 때가 될 것임.
- 기초소재가 위 공급제한기간 중인 2003. 5. 28. 양회협회에 인천북항 개발계획 포기, 기초소재의 슬래그분말제품 공급범위를 자가소비로 국한한다는 등의 내용이 담긴 각서를 작성 교부한 사실, 위 포기각서 작성 직후 양회협회 누회장인 이일구가 이 사건 회사들에게 그 사실을 알리면서 “유진레미콘과 협의한 결과 문제가 원만히 해결되었으니 암금을 뿐고 정상적인 거래가 되도록 해 달라”고 하였고, 이에 라파즈한라시멘트를 제외한 나머지 회사들은 2003. 5. 29.부터 일제히 시멘트공급량을 늘린 사실, 그 무렵 피고는 이 사건 회사들의 공동행위에 대하여 조사를 개시한 사실을 인정할 수 있으므로, 2003. 5. 29. 이후에는 외형상 이 사건 회사들의 공급량제한이 해제되고 공동행위의 합의도 일용 폐기되었다고 볼 것이므로 이 사건 위반행위의 종료일은 2003. 5. 28.로 보아야 함.

[성신양회 등 7개사의 사업활동방해행위 건(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두11583 판결)]

3. 법 제40조 제5항의 공동행위 추정 (법 제19조 제5항; 2007. 8. 3. 개정 후 조항)

- 2 이상의 사업자가 공정거래법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다는 사실과 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과 등 제반 사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 공동행위를 합의한 것으로 추정됨
- 공정거래법 제19조 제5항에 따라 '2 이상의 사업자가 공정거래법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다'는 사실과 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횟수·양태 등 제반 사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들 사이에 공동으로 같은 조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정됨.
- 이 사건 공구배분 합의에 관하여는 설령 이와 달리 보더라도 아래와 같은 각 사정에 비추어 보면 원고 등이 이 사건 공동행위를 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있어 공정거래법 제19조 제5항에 기하여 추정됨.
 - ① 정부의 대운하사업 포기선언 이후에는 민자사업을 전제로 한 컨소시엄은 더 이상 필요하지 않았을 뿐 아니라 입찰과정에서 허용되기도 어려웠음⁴⁴⁸⁾. 그런데도 원고 등은 구 국도해양부로부터 4대강 살리기 마스터플랜 용역을 수주한 설계사들로부터 마스터플랜 안에 관한 정보를 입수하여 2008년 말경부터 2009. 3.경에는 4대강 살리기 사업이 재정사업으로 진행될 것임을 예상하고 민자사업을 전제로 한 컨소시엄을 매개로 재정사업의 지분율을 협의하기 위하여, '경부운하 협동사무실'을 '4대강 물길 살리기 민간투자사업 협동사무실'로 명칭만 변경한 채 해체된 컨소시엄 소속 건설사들을 추가로 영입한 후 2009. 5.까지 회의를 지속하며 4대강 사업기간, 금액, 공구 등에 관한 정보를 교환하며 사업진행방향을 논의함.
 - ② 원고 등의 담당 임원들은 2009. 3. 빛 4.경 서울 종로 소공동 프레지던트 호텔 및 서울 용산구 한남동 소재 '4대강 물길 살리기 민간투자사업 협동사무실' 등에 보여 재정사업에서의 입찰지분을 자속적으로 협의한 결과 현대 9%, 원고, 대림, 대우, 삼성, 지에스 각 8%, 포스코 6.9%, 현대산업 6%, 금호 4.2%, 한화 등 나머지 회사 각 3.3%로

448) 조달청의 진행기준 중 하나인 일괄입찰 등의 공사입찰특별법에서 제8조 제4항은 재정사업의 경우 건설산업기본법에 의한 토목건축 시공능력평가액 기준 상위 10위 이내업체 상호 간에는 공동수급체를 구성하여서는 안 되도록 규정되어 있어, 상위 10가 건설사가 공동수급체(컨소시엄)를 구성하는 것은 금지되었음(을 제6호증의 1)

정하기로 합의하고, 이러한 전체 합의에 기초하여 2009. 5.경 원고, 현대, 대우, 대린, 삼성, 지에스 등 6개사는 각 2개 공구를, 현대산업, 포스코는 각 1개 공구를 배분받기로 낙찰 예정자를 사전에 결정하였음.

[4대강 살리기 1차 터키 입찰답합 건 중 에스케이건설 주식회사(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28997 판결⁴⁴⁹⁾]]

※ 같은 취지: 대림산업 건(2014두10592), 지에스건설 건(2014두10097), 주재우건설 건(2014두10394), 삼성물산 건(2014두10820), 주포스코건설 건(2014두11083) 등

- 원고들이 상호 지분을 소유하고 대표이사 등이 임원직을 겸임하고 있는 점, 사무실을 공동 사용하는 등 사실상 업무가 공동으로 처리되고 있는 점, 원고들의 투찰 일시, 낙찰 건수 및 금액 등이 유사한 점 등에 비추어 보면, 원고들이 사전에 낙찰예정자와 투찰금액을 정하는 합의를 하였던 것으로 볼 상당한 개연성이 있어 공동행위를 한 것으로 추정됨
- 다음과 같은 사실에 비추어 보면, 원고들은 6개 입찰에서 사전에 낙찰예정자와 투찰가격을 정하는 합의를 하였던 것으로 볼 상당한 개연성이 있어 공동행위를 한 것으로 추정됨.
- 원고들은 별개의 사업자인, 보령환경의 대표사원 및 그 배우자와 자녀가 해양개발의 주식 지분 60%를 소유하고 해양개발의 이사로 재직 중이며, 반대로 해양개발의 대표이사는 보령환경의 주식 지분 25%를 소유하고 보령환경의 전무이사로 재직 중임.
- 두 회사는 모두 같은 사무실을 사용하고 있고, 해양개발의 입찰 관련 업무를 담당하였던 차장이 해양개발의 차장임과 동시에 보령환경의 차장으로서 두 회사의 노무, 인사, 계약관리 등의 업무를 담당하며 입찰에 필요한 원고들의 공인인증서를 함께 관리하는 등 두 회사의 업무가 사실상 공동으로 처리되고 있음.
- 6개 입찰에서 원고들의 투찰 일시는 모두 1일씩 차이가 나는 것으로 동일하고, 원고들이 각각 3개의 입찰에서 낙찰을 받았으며, 총 낙찰금액 중 보령환경의 낙찰금액 합계는 50.4%, 해양개발의 낙찰금액 합계는 49.6%로 거의 유사한 수준임.

[(합)보령환경 및 (주)해양개발의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 10. 31. 선고 2012누4113 판결⁴⁵⁰⁾]]

449) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10059 판결)은 심리불속행 기각함

450) 동 사건은 법 제19조 제5항이 현행 규정처럼 개정된 이후 해당 조항을 최초로 적용한 사건이고, 상고심(대법원 2013. 1. 18. 선고 2012두26319 판결)은 법정기간 내 상고이유서 제출로 기각됨

4. 시정명령 관련

- 피고는 명하려고 하는 조치의 내용과 개별 구체적인 위반행위의 형태나 문제로 된 시장의 상황 등을 고려하여 그러한 조치가 필요한지를 판단하게 되고, 이러한 조치의 필요성에 관한 판단에는 경쟁정책에 전문적인 지식을 가진 피고의 전문적인 재량이 인정됨
- 피고는 부당한 공동행위로서 입찰담합의 위반행위가 있는 경우에 공정거래법 21조에 기초하여 위반행위의 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있음. 이 경우에 피고가 명하려고 하는 조치의 내용과 개별 구체적인 위반행위의 형태나 문제로 된 시장의 상황 등을 고려하여 그러한 조치가 필요한지를 판단하게 되고, 이러한 조치의 필요성에 관한 판단에는 경쟁정책에 전문적인 지식을 가진 피고의 전문적인 재량이 인정됨.
- 이처럼 시정조치제도를 둔 취지에 비추어 시정조치는 위반행위와 관련성이 합리적으로 인정되지 아니하는 조치나 위반행위의 시정을 넘어서 필요 이상으로 경쟁적인 구조조치를 강구하도록 명할 수는 없지만, 위반하는 행위를 시정하기 위해서 필요한 경우에 위반행위에 의하여 저해된 공정한 경쟁질서의 회복이나 유지를 쇠하기 위해서 필요하다고 할 수 있는 범위에서 시정조치를 명할 수 있음. 따라서 피고가 원고의 부당한 공동행위로서의 입찰담합행위에 대한 시정조치로서 원고에 대하여 별지(1)과 같은 시정조치를 명한 것은 적법함.

[삼부토건의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누7512 판결, 고법 확정)]

- 피고는 ④ 부분(수리모형실험 결과)의 부당한 공동행위 성립 여부와 상관없이 시정명령으로 '설계 또는 시공의 방법' 뿐만 아니라 '그 밖에 입찰의 경쟁 요소가 되는 사항'을 제한하는 행위의 반복금지까지 명할 수 있다고 봄이 상당함
- 원고의 설계업무를 담당하던 김○○ 차장은 삼성물산 이○○ 부장 등과 만나 이 사건 입찰의 기본설계에 관하여 ① 여수로 감세공은 200년 빈도 흉수량을 기준으로 설계한다. ② 생태 교량과 어도는 설계 내용에 포함하지 않는다. ③ 배사문은 한 개조만 설계에 반영한다. ④ 수리모형실험 결과는 입찰 시 제출하는 보고서 등에 수록한다'고 합의하였음 (이하 '이 사건 공동행위'라 한다).
- 원심은, 위 ④ 부분에 대하여는 이 부분 합의도 인정되나 그 합의가 '입찰의 경쟁 요소'에 관한 합의에 해당하지 않고 경쟁제한성도 인정되지 않으므로 이 사건 시정명령 중

수리모형실크 부분에 관한 합의를 전제로 한 ‘그 밖에 입찰의 경쟁요소가 되는 사항’에 관한 합의를 금지하는 부분은 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치에 해당하지 않아 위법하다는 이유로, 이 사건 시정명령 중 ‘그 밖에 입찰의 경쟁요소가 되는 사항’ 부분을 취소하였음.

- 설계의 방법과 유사한 내용으로 다양한 입찰의 경쟁 요소에 관하여 합의하는 행위 역시 설계의 방법에 관한 원고의 부당한 공동행위로 인정된 위 ①·②·③ 부분에 관한 합의와 동일한 유형의 행위로서 가까운 장래에 반복될 우려가 있다고 보이므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 피고는 위 ④ 부분의 부당한 공동행위 성립 여부와 상관없이 시정명령으로 ‘설계 또는 시공의 방법’뿐만 아니라 ‘그 밖에 입찰의 경쟁 요소가 되는 사항’을 제한하는 행위의 반복금지까지 명할 수 있다고 볼이 상당함.

[대우건설 등 영주다목적댐 건설공사 입찰 관련 2개 건설사 및 2개 설계용역사의 부당공동행위에 대한 건(대법원 2016. 7. 22. 선고 2014두42643 판결⁴⁵¹⁾)]

- 공정거래위원회가 가진 시정조치의 필요성에 관한 재량권의 범위를 일탈하거나 그 남용에 이르는 경우가 아니라면 시정조치의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지도 명할 수 있음

- 공정거래위원회는 부당한 공동행위금지를 위반한 행위가 있을 경우에 위반하는 행위의 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있고(공정거래법 21조), 공정거래위원회가 명하려고 하는 조치의 내용과 개별 구체적인 위반행위의 형태나 문제로 된 시장의 상황 등을 고려하여 그러한 조치가 필요한지를 판단하게 되며, 이러한 조치의 필요성에 관한 판단에는 경쟁정책에 전문적인 지식을 가진 공정거래위원회의 전문적인 재량이 인정됨. 이러한 시정조치제도를 둔 취지에 비추어 시정조치는 위반하는 행위를 시정하기 위해서 필요한 때에 명할 수 있는 것으로서 시정조치의 내용은 위반행위에 의하여 저해된 공정한 경쟁질서의 회복이나 유지를 꾀하기 위해서 필요하다고 할 수 있는 범위에 한정되므로, 위반행위자에 대한 행정처분이라고 하더라도 위반행위와 관련성이 합리적으로 인정되지 아니하는 조치나 위반행위의 시정을 넘어서 필요 이상으로 경쟁적인 구조조치를 강구하도록 명하는 것은 허용되지 아니함. 그러나 공정거래위원회가 가진 시정조치의 필요성에 관한 재량권의 범위를 일탈하거나 그 남용에 이르는 경우가 아니라면 시정조치의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지도 명할 수 있음(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2008두23177 판결 등 참조).

451) 과기환경부(15누56693)에서 원고 소취하(2016. 10. 19.)로 종결되었음

- 앞서 인정한 사실 등을 통하여 알 수 있는 이 사건 입찰담합의 동기 및 경위, 담합의 실행방법, 담합가담자들의 관계 등에 비추어 보면, 원고에게 가까운 장래에 “정부 또는 공공기관이 발주한 고속철도 건설공사”에 대하여도 동일한 유형의 담합행위를 반복할 우려가 있다고 인정되므로, 피고가 그 재량의 범위에서 한 이 사건 시정명령은 적법함.

[지에스건설 등 호남고속철도 4·2공구 노반신설 기타공사 입찰 관련 3개 건설업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 8. 선고 2014누65907 판결, 고법 확정)]

□ 공정거래법에서 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있는 것으로 해석함이 상당함

- 원심은 원고가 ‘지분’에 관한 합의 외에 ‘낙찰 받을 건설공구’에 관한 합의에는 참여하지 아니하였다는 이유를 들어 피고의 원고에 대한 시정명령 중 ‘낙찰 받을 건설공구에 관한 합의’를 금지하는 부분은 위반행위의 시정을 위한 필요한 조치에 해당한다고 보기 어려우므로 위법하다고 판단하였음.
- 그러나 이 사건 공동행위는 이 사건 4대강 사업의 전체 공사 물량을 지분율로 할당하는 합의이고, 공구 배분 합의는 이 사건 공동행위에 기초하여 4대강 사업의 전체 공사 중 1차 턴키 공사의 13개 공구에 관하여 이를 낙찰 받을 건설공구를 할당하는 합의로서 양자가 밀접하게 연관되어 있음을 알 수 있을 뿐만 아니라, 건설사들의 참여가 대부분 입찰을 통하여 이루어질 수밖에 없는 정부 또는 공공기관이 발주하는 건설공사의 특성상, ‘낙찰 받을 건설공구에 관한 합의’는 ‘전체 공사의 지분율에 관한 합의’와 함께 건설사들이 업체별로 공급물량을 할당함으로써 시장공급 물량을 제한하는 공정거래법 제19조 제1항 제3호에서 정한 부당한 공동행위의 대표적 수단의 하나이자, ‘전체 공사의 지분율에 관한 합의’를 구체화하는 방법이라고 할 것임.

- 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, ‘낙찰 받을 건설공구에 관한 합의’는 원고의 공정거래법 위반행위로 인정된 이 사건 공동행위와 동일한 유형의 행위로서 가까운 장래에 반복될 우려가 있다고 할 것이어서, 피고는 시정명령으로 이러한 유형의 행위에 대한 반복금지까지 명할 수 있다고 볼이 상당함.

[금호산업의 4대강 1차 턴키공사 부당한 공동행위 건(대법원 2015. 9. 10. 선고 2014두11199 판결⁴⁵²⁾)]

⁴⁵²⁾ 파기 환송심(서울고법 2015. 12. 18. 선고 2015누1856 판결, 고법 확정)도 같은 취지로 판시함

- 기계식 전력량계의 구매입찰이 중단되길 하였으나 유사한 형태의 전자식 전력량계 입찰이 이루어지고 있는 점에 비추어 시정명령을 내린 것은 재량권의 일탈·남용에 해당하지 않음
- 기계식 전력량계는 2010년에 마지막 구매입찰이 이루어진 후에는 더는 구매입찰이 이루어지지 않고 있으나, 전자식 전력량계는 기계식 전력량계에 비하여 설비투자비용 등 전입장벽이 높지 않고 약 25개의 사업자가 시장에서 사업을 하고 있는 점, 전자식 전력량계와 관련하여 2010년에는 입찰공고 이전부터 여러 차례 지분율과 입찰방식을 둘러싸고 협의가 진행되었지만 협의에 이르지 못하고 있는 점 등을 감안할 때, 피고로서는 원고 등 사업자들이 기계식 전력량계의 구매입찰절차에서 담합행위를 한 형태와 지금도 전자식 전력량계에 관한 구매입찰이 이루어지고 있는 상황 등에 비추어 원고 등 사업자들에 대하여 입찰단합과 같은 부당한 공동행위가 앞으로도 이루어질 우려가 있으므로 원고 등에 의한 위반행위로 저해된 공정한 경쟁질서를 회복하고 유지하기 위해서는 장래의 입찰단합과 같은 부당한 공동행위를 금지하는 시정조치를 명할 필요성이 있다 할 것인 바, 이러한 피고의 시정조치의 필요성에 관한 재량판단에 재량권의 일탈이나 남용이 있다고 볼 수는 없음.

[와이피피]의 한전발주 기계식 전력량계 구매입찰 관련 부당 공동행위 건(서울고법 2015. 8. 28. 선고 2014누70626 판결, 고법 확정)]
- 원고는 피고의 조사 개시 이후 비로소 관련 회사들에 담합 근절 취지의 공문을 발송 하였으며, 원고를 포함한 일부 관련 회사들은 과거에도 농협중앙회 등에 공급하는 공동품목 출고가격 공동 결정 행위로 시정명령을 받은 전력이 있는 점 등을 고려하면 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위 반복을 금지하기 위하여 원고에 대하여 시정명령을 할 수 있다고 보아야 함
- 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있는 것으로 해석함이 상당함(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결 등 참조).
- 위 법리에 비추어 이 사건을 보건대, ① 비록 원고와 관련 회사들의 이 사건 공동행위가 농약 유통시장의 거대 수요자인 농협중앙회의 구매카르텔에 대한 공동대응의 성격을 일정 부분 보유하고 있다 하더라도, 이러한 농협중앙회에 맞서 원고와 관련 회사들이 위에서 본 바와 같이 공동으로 계통농약의 평균가격 인상·인하율 수준 등을 결정하는

행위는 공정거래법 제19조 제1항 제1호, 제3호를 위반한 것이라고 보지 않을 수 없는 점, ② 원고는 피고가 이 사건 공동행위를 적발하여 조사를 개시한 이후의 시점인 2011. 5.경부터 비로소 담합 관련 회사들에게 담합을 근절하겠다는 취지의 공문을 발송하고 회사 내부에도 담합 근절을 지시한 것으로 보이는 점, ③ 원고를 포함한 일부 관련 회사들은 과거에도 농협중앙회 및 시판상들에게 공급하는 공동품목의 출고가격을 공동으로 결정한 행위로 인하여 피고로부터 1999. 7. 6. 시정명령을 받은 전력이 있는 점, ④ 국내 농약시장에서 원고를 비롯한 담합 관련 회사들의 시장점유율이 약 91%에 이르고 있어 이들의 납합으로 인한 반경쟁적 효과 및 소비자 등에게 미치는 영향이 상당한 것으로 보이는 점 등을 고려해 보면, 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위 반복을 금지하기 위하여 원고에 대하여 시정명령을 할 수 있다고 보아야 함.

[한국삼공의 부당한 공동행위 건(서울고법 2013. 8. 23. 선고 2013누1104 판결, 고법 확정)]

- 이 사건 금지명령 중 “시장을 통한 정보수집의 경우를 제외하고”라는 문구 및 시정 명령 전체의 취지에 비추어 보면, 현재 또는 장래에 관한 공개되지 아니한 정보의 교환만을 금지하는 것임을 알 수 있으므로 명확성과 구체성의 원칙이나 비례의 원칙에 위반되지 아니함
- 공정거래법 제21조는 ‘공정거래위원회는 제19조 제1항의 규정을 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다’고 규정하고 있음.
- 이때 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’에는 행위의 중지뿐만 아니라 그 위법을 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 제반 조치가 포함된다고 할 것인바 사업자들이 상호 정보교환을 통하여 부당한 공동행위를 하기에 이른 경우에 공정거래위원회는 그것이 부당한 공동행위의 시정을 위하여 필요하다면 그 사업자들에 대하여 정보교환 금지명령을 할 수 있음.
- 다만 그와 같은 정보교환 금지명령이 공정거래법 제21조에서 정한 필요한 조치로서 허용되는지는 그 정보교환의 목적, 관련시장의 구조 및 특성, 정보교환의 방식, 교환된 정보의 내용, 성질, 및 시간적 범위 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 함.
- 이 사건 금지명령 중 “시장을 통한 정보수집의 경우를 제외하고”라는 문구 및 시정명령 전체의 취지에 비추어 보면, 현재 또는 장래에 관한 공개되지 아니한 정보의 교환만을

금지하는 것임을 알 수 있으므로 명확성과 구체성의 원칙이나 비례의 원칙에 위반되지
아니함.

[대선제분 등 국내 8개 제분사들의 밀가루 공급물량 및 가격 담합 건(대법원 2009. 5. 28.
선고 2007두24616 판결)]

* 원처분 시정명령 중 정보교환 금지명령의 내용: '피심인들은 시장을 통한 정보수집의 경우를
제외하고 직접 또는 협회를 통하는 방법, 기타 여하한 방법으로 상호간의 가격, 밀가루 판매량
또는 생산량에 관한 정보를 교환하여서는 아니 된다.'

□ 금지되는 정보교환의 대상이 '피심인들의 내부 임찰 참여의사 및 결정사항 등'으로
다소 포괄적이라 하더라도 문언의 포괄성·추상성이라는 시정명령의 본질적인
속성에 비추어 이를 위법하다고 보기는 어려움

- 법에 의한 시정명령이 지나치게 구체적인 경우 매일 매일 다소간의 변형을 거치면서
행해지는 수많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인
속성상 다소간의 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없고, 한편 시정명령 제도를 둔 취지에
비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될
우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이
상당함(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결 등 참조).
- 정보교환 금지명령이 법 제21조에서 정한 필요한 조치로서 허용되는지는 그 정보교환의
목적, 관련시장의 구조 및 특성, 정보교환의 방식, 교환된 정보의 내용, 성질 및 시간적
범위 등을 종합적으로 고려하여 판단하여 함. 나아가 시정명령의 속성상 다소간 포괄성·
추상성을 떨 수밖에 없다 하더라도, 정보교환 금지명령은 금지되어야 하는 정보교환의
내용이 무엇인지 알 수 있게 명확하고 구체적이어야 하며, 당해 위반행위의 내용과
정도에 비례하여야 함(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007두24616 판결 등 참조).
- 위 번리에 비추어 이 사건 시정명령을 보면 대, 이 사건은 원고 등이 정부 또는 공공기관에서
발주한 4대강 사업 공구 입찰에서 상품 또는 용역의 공급을 제한할 것을 합의하였다는
사유로 이 사건 시정명령을 한 것이므로 이 사건 지분율 합의 및 이 사건 공구 배분
합의에 가담한 원고 등에 대하여 동일 행위의 반복금지를 명할 때에 '정부 또는 공공기관이
발주하는 건설공사 입찰에 참여하면서...라는 문구를 사용할 수 있다고 볼이 상당함. 또한
금지되는 정보교환의 대상이 '피심인들의 내부 임찰 참여의사 및 결정사항 등'으로 그
의미가 다소 포괄적이라 하더라도 문언의 포괄성·추상성이라는 시정명령의 본질적인
속성에 비추어 이를 위법하다고 보기는 어려움. 그리고 '시장에서 공개되는 정보'란 이

사건 시정명령의 문언에 비추어 볼 때 원칙적으로 거래되는 상품이나 용역의 가격이 수요와 공급에 의하여 결정되는 시장에 공개되어 있는 것으로 사업자들 사이의 직접 접촉이나 전화 등으로 수집 또는 교환되지 아니한 정보를 뜻하므로 구체성이 결여되어 있다고 할 수 없고, 사업자들 사이의 직접 접촉이나 전화 등에 의해 사업자들의 각 내부 입찰 참여의사 및 결정사항 등에 관한 정보를 수집하는 것을 금지하는 것이 과도한 제재에 해당한다고 볼 수도 없음.

[4대강 살리기 사업 1차 터키공사 입찰 관련 건, 지에스건설(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누27994 판결⁴⁵³⁾]

※ 같은 취지: 4대강 살리기 사업 1차 터키공사 입찰 관련 건(서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28850 판결⁴⁵⁴⁾)

□ 시장에 공개되지 않은 상호 간의 판매가격, 인상시기, 생산·판매·재고 현황, 제조원가 등 범위를 한정하여 정보교환 행위를 금지하는 시정명령을 하는 것은 적법함

○ 피고는 시장에 공개되지 않은 상호 간의 판매가격, 인상시기, 생산·판매·재고 현황, 제조원가 등 범위를 한정하여 정보교환 행위를 금지하였으나, 위 정보의 교환은 담합을 촉진시키거나 담합의 이행을 보다 용이하게 할 가능성이 큰 정보교환에 해당하므로 피고의 이 사건 시정명령은 적법한 것으로 판단됨. 따라서 이 사건 시정명령이 부당한 공동행위의 금지 규정을 위반하는 행위의 중지 및 기타 시정을 위해 필요한 조치의 범위를 벗어나는 위법한 처분이라는 원고의 주장은 이유 없음.

[무림에스피 등 7개 컵원지 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누30069 판결, 고법 확정)]

□ 행정처분에 있어 수개의 처분사유 중 일부가 적법하지 않다고 하더라도 다른 처분 사유로 그 처분의 정당성이 인정되는 경우에는 그 처분을 위법하다고 할 수 없음

○ 이 사건 시정명령의 처분사유인 이 사건 공동행위 중 이 사건 제2, 3 공동행위가 인정되지는 않으나, 이 사건 제1 공동행위만으로 이 사건 시정명령 중 제1항 기재 시정명령의 정당성이 인정된다고 봄이 상당하므로, 위 시정명령은 적법하며, 다만 위반행위자에 대한 행정처분이라고 하더라도 위반행위와 관련성이 합리적으로 인정되지 아니하는 조치나 위반행위의 시정을 넘어서 필요 이상으로 경쟁적인 구조조치를 강구하도록 명하는 것은 허용되지 아니함.

453) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두10097 판결)은 심리불속행 기각함

454) 상고심(대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10820 판결)은 심리불속행 기각함

○ 이 사건 시정명령 중 제2항 기재 시정명령은 정보 교환의 금지를 명하는 내용인데, 이 사건 제1 공동행위는 원고가 원고 외 4개 사업자들과 정보를 교환하는 행위가 아니므로 이 사건 시정명령 중 제2항 기재 시정명령은 이 사건 제1 공동행위와 관련성이 합리적으로 인정되지 아니하는 조치라고 봄이 상당하여 위 시정명령은 위법하여 취소되어야 함.

[6개 아연도강판 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(포스코, 서울고법 2019. 2. 8. 선고 2016누71753 판결⁴⁵⁵⁾)]

455) 대법 환송심(대법원 2019. 7. 8. 선고 2019누36551 판결)은 심리불속행 기각함

5. 기타

가. 법 개정 시 적용 법령 및 소급입법 관련

□ 개정법령 시행 후에도 공동행위가 종료되지 아니한 경우 개정법령이 적용되는 것이 원칙임

- 하나의 행위로 평가되는 원고의 입찰관련 공동행위에 대하여는, 개정 법령의 시행일 이전에 시작하였으나 아직 종료되지 아니하고 계속되고 있는 행위에 대하여는 개정 법령이 적용되는 것이 원칙임.

[두원냉기 등의 패키지에어콘 가격결정 관련 공동행위 건(서울고법 2001. 11. 6. 선고 2000누11088 판결⁴⁵⁶⁾)]

□ 개정 시행령의 시행 이후에도 이 사건 입찰합의에 따른 구체적 실행행위가 계속된 이상 이 사건 입찰합의에 대하여는 개정 시행령이 적용되어야 할 것임

- 이 사건 입찰합의의 시점(1998. 10. 1. 및 2000. 3. 7.)이 개정 시행령의 시행(2004. 4. 1.) 전이라 하더라도 그것만으로 원고가 개정 시행령의 시행 전에 위반행위를 종료하였다고 볼 수 없고, 개정 시행령의 시행 이후에도 이 사건 입찰합의에 따른 구체적 실행행위가 계속된 이상(2004. 11. 9. 합의파기) 이 사건 입찰합의에 대하여는 개정 시행령이 적용되어야 할 것임.

[클리크머터리얼핸들링아시아 등 3개사의 지게차 입찰담합 건(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두2852 판결)]

□ 법 시행령(2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정된 것) 부칙 제2항의 “이 영 시행 전의 위반행위”를 판단함에 있어 가격 결정 등의 합의 및 그에 기한 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 그 합의가 있었던 날이 아니라 그 합의에 기한 실행행위가 종료한 날을 의미함

- 법 시행령(2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정된 것) 부칙 제2항은 “이 영 시행 전의 위반행위에 대한 과징금 부과는 종전의 규정에 의한다”고 규정하고 있는바, 이 조항의

456) 상고심(대법원 2008. 1. 10. 선고 2001두10387 판결)은 적용법령에 대하여는 명시적으로 설시하지 않음

“이 영 시행 전의 위반행위”를 판단함에 있어서는 위반행위의 종료일을 기준으로 하되, 가격 결정 등의 합의 및 그에 기한 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 그 합의가 있었던 날이 아니라 그 합의에 기한 실행행위가 종료한 날을 의미함.

- 굴삭기 제조업자들이 이 사건 각 부당한 공동행위를[2001. 5. 15.-2004. 11. 9.(합의파기일)] 개정 법령의 시행일(2004. 4. 1.) 이전에 시작하였으나 개정 법령의 시행일 당시 아직 종료되지 아니하고 계속되고 있는 행위로 보아 개정 법령에 해당하는 법 시행령과 공정위의 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(2005. 4. 1. 공정거래위원회 고시 제2005-3호로 개정되기 전의 것)에 따른 부과기준율을 적용하여 과징금을 산정한 것은 정당하다고 판단함.

[현대중공업 등 3개사의 굴삭기 및 휠로더 가격 공동결정행위 건(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결)]

- 이 사건 무배당 퇴직보험 금리연동형 상품의 공시이율에 관하여 부당한 공동행위를 할 것을 약정한 합의는 적어도 개정 법 등의 시행일인 2005. 4. 1. 이전에 있었다고 봄이 상당하므로 과징금을 산정함에 있어서는 종전의 규정을 적용하여야 함
- 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되어 2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되기 전의 것) 부칙 제8조는 “이 법 시행 전의 행위로서 이 법 시행 전에 종료되거나 이 법 시행 이후에도 그 상태가 지속되는 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다”라고 규정하고, 공정거래법 시행령(2005. 3. 31. 대통령령 제18768호로 개정되어 2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정되기 전의 것) 부칙 제4항은 “이 영 시행 전의 행위로서 이 영 시행 전에 종료되거나 이 영 시행 후에도 그 상태가 지속되는 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 따른다”라고 규정하고, 과징금 부과고시(2005. 4. 1. 공정거래위원회 고시 제2005-3호로 전부 개정되어 2007. 12. 31. 공정거래위원회 고시 제2007-15호로 개정되기 전의 것) 부칙 제2항은 “이 고시 시행일 전의 행위로서 이 고시 시행 전에 종료되거나 이 고시 시행 후에도 위반상태가 지속되는 행위에 대하여 과징금을 부과하는 경우에는 종전의 고시(공정거래위원회 고시 제2004-7호, 2004. 4. 1.)에 의한다”라고 규정하고 있으므로, 위 법, 시행령 및 고시 등(이하 ‘개정 법 등’이라 한다)의 시행 전에 부당한 공동행위가 개시되어 개정 법 등 시행 전에 종료되거나 개정 법 등 시행 이후에도 부당한 공동행위가 지속된 경우에 대한 과징금을 산정함에 있어서는 종전의 규정을 적용하여야 함.
- 기록에 의하면, 이 사건 무배당 퇴직보험 금리연동형 상품의 공시이율에 관하여 부당한

공동행위를 할 것을 약정한 합의는 적어도 개정 법 등의 시행일인 2005. 4. 1. 이전에
있었다고 볼이 상당하고, 이 사건 무배당 금리연동형 상품의 공시이율에 대한 부당한
공동행위가 개정 법 등의 시행 전에 개시되어 개정 법 등의 시행 이후에도 지속된 이상.
위 법리에 따라 이 사건 무배당 금리연동형 상품의 공시이율에 대한 부당한 공동행위로
인한 과징금을 산정함에 있어서는 종전의 규정을 적용하여야 하므로, 개정 법 등을
적용하여 과징금을 산정한 것은 위법하다고 판단한 원심의 조치는 정당함.

[삼성생명보험의 퇴직보험이율담합 건(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009두11218 판결)]

※ 이 사건은 합의일을 특정할 수 없는 경우이지만 실행일을 기산일로 보는 것이 원고에게 불리한
경우이며, 적용 법령을 판단함에 있어서는 적어도 개정법령 시행 이전에 합의가 있었다는 점만
확인하는 것으로 충분하고 그 구체적인 합의일까지 특정할 필요는 없다는 점에서 유류활증료
담합 사건(서울고법 2012. 5. 16. 선고 2010누45936 판결 등)과 차이가 있음

- 원고는 한국폴리우레탄공업의 폴리우레탄폼 사업부문 중 김해공장이 2006. 12. 5.
분할되어 설립한 회사로서 그 무렵부터 이 사건 공동행위에 가담한바, 원고의 경우에는
이 사건 공동행위에 가담한 2006. 12. 5. 이후의 법령을 적용하여야 할 것임
- 연질폴리우레탄폼을 제조·판매하는 사업자들이 1999. 9.경부터 2007. 10.경까지 10여
차례에 걸쳐 제품 가격의 인상·유지 및 거래제한에 대해 합의한 이 사건 공동행위를
하였는데, 원고는 한국폴리우레탄공업의 폴리우레탄폼 사업부문 중 김해공장이 2006.
12. 5. 분할되어 설립한 회사로서 그 무렵부터 이 사건 공동행위에 가담하였음.
- 따라서 원고의 경우에는 이 사건 공동행위에 가담한 2006. 12. 5. 이후의 법령을
적용하여야 할 것이지 상고이유 주장과 같이 2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되어
2005. 4. 1.부터 시행되기 전의 공정거래법 및 그 시행령과 이에 근거한 피고의 2004. 4.
1.자 과징금고시가 적용된다고 할 것은 아님.

[진양폼테크의 연질폴리우레탄폼 가격단합 건(대법원 2012. 1. 27. 선고 2010누24852 판결)]

- 공정거래법 시행령 개정 이전에 부당공동행위가 종료된 경우라고 하더라도, 그
시행 후 자진신고하거나 조사에 협조한 경우에 부칙에 따라 위 규정을 적용하는
것은 사업자의 감면신청권을 소급입법에 의하여 박탈하는 것이 아님
- 독점금지 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제35조 제1항 제6호 가목은 '2개 사업자가
부당한 공동행위에 참여하고 그 중의 한 사업자인 경우'에는 같은 항 제3호에서 정한

2순위 자진신고자 내지 조사협조자에 기한 감경을 하지 아니한다고 규정하고 있음. 이 사건 규정은 공정거래법 시행령이 2012. 6. 19. 대통령령 제23864호로 개정되면서 신설되었는데, 그 부칙 제2조는 위 시행령 시행 후 자진신고하거나 조사에 협조하는 경우부터 이 사건 규정을 적용한다고 규정하고 있음.

- 원심은, ① 원고가 2014. 2. 24. 비로소 조사협조를 하기 시작한 이상, 이 사건 부칙에 따라 이 사건 규정이 적용되어 원고는 과징금 등의 감경을 받을 수 없고, ② 나아가 이 사건 부칙에 따라 공정거래법 시행령 개정 이전에 부당공동행위가 종료된 경우라고 하더라도, 그 시행 후 자진신고하거나 조사에 협조한 경우에 이 사건 규정을 적용하는 것은 사업자의 감면신청권을 소급입법에 의하여 박탈하는 것이 아니라고 판단하였음. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 소급입법금지 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없음.

[대보건설의 대구도시철도 3호선 턴키대안공사 입찰참가 16개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두55042 판결)]

- 원고의 종전의 공정거래법령에 대한 신뢰가 위 공정거래법 및 그 시행령 등의 적용에 대한 공익상의 요구와 비교·형량하여 더 보호가치 있는 신뢰에 해당한다고 볼 수 없는 점 등을 근거로, 이 사건 부당한 공동행위의 전 기간에 대하여 일률적으로 3.5%의 부과기준율을 적용한 것은 정당함

- 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법이라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법률의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰보호를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 따름임(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결 참조).

- 이 사건 부당한 공동행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되어 2005. 4. 1.부터 시행되기 전의 것)의 규정이 적용되는 점, 부당한 공동행위를 규제하는 위 공정거래법의 입법 취지 등에 비추어 볼 때 원고의 종전의 공정거래법령에 대한 신뢰가 위 공정거래법 및 그 시행령 등의 적용에 대한 공익상의 요구와 비교·형량하여 더 보호가치 있는 신뢰에 해당한다고 볼 수 없는 점 등을 근거로,

이 사건 부당한 공동행위의 전 기간에 대하여 일률적으로 3.5%의 부과기준율을 적용한 것은 헌법상 소급적용 금지의 원칙이나 비례·형평의 원칙에 반한다고 할 수 없다고 판단한 원심의 판단은 정당함.

[대한제당의 설탕가격담합 건(대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15176 판결)]

□ 부칙 제8조가 개정되면서 “이 법 시행 전의 행위로서 개정법률 공포 후 3개월이 경과한 날 전에 종료된 행위에 대한 과징금의 적용은 종전의 규정에 의한다”라고 개정되었으나 이를 헌법상 금지되는 소급입법이라고 할 수 없음

- 2004. 12. 31. 법률 제7315호(2005. 4. 1부터 시행) 개정에 따라 과징금 부과기준율의 상한에 대한 공정거래법 및 그 시행령의 관련 규정이 가중 변경(매출액의 5%→10%) 되었으나, 그 부칙 제8조⁴⁵⁷⁾에 따라 개정 전의 과징금 상한이 적용되던 것이 위 부칙 제8조가 2007. 8. 3. 법률 제8631호(개정법률)로 개정되면서 “이 법 시행 전의 행위로서 개정법률 공포 후 3개월이 경과한 날 전에 종료된 행위에 대한 과징금의 적용은 종전의 규정에 의한다”라고 개정되어 개정법률 공포 후 3개월이 경과한 날 이후에 종료되었거나 그 상태가 지속되는 행위에 대한 과징금의 적용은 개정법률에 의하도록 개정되었는데 이를 헌법상 금지되는 소급입법이라고 할 수는 없고, 이 사건 공동행위는 위 개정법률이 공포된 날(2007. 8. 3.)부터 3개월이 이미 경과한 2008. 3월경까지 지속되고 있었으므로, 이 사건 공동행위에 대하여 현행 공정거래법을 적용하는 것이 소급금지의 원칙에 위배되지 아니함.
- 원고가 현행 공정거래법과 같은 법 시행령 및 과징금 부과고시에 비하여 가벼운 과징금 부과기준을 정하고 있던 그 이전 관계 법령의 존속에 대하여 신뢰를 가졌다고 하더라도, 부당한 공동행위를 규제하는 공정거래법 제19조의 입법 취지와 과징금 부과기준을 강화한 공정거래법의 개정 배경 등에 비추어 볼 때, 그러한 원고의 신뢰가 개정된 현행 법령 및 과징금 부과고시의 적용에 관한 공익상의 요구와 비교·형평하여 더 보호가치 있는 신뢰라고 할 수 없고, 따라서 이 사건 공동행위의 전체 기간에 대하여 개정된 공정거래법의 규정 범위 내에서 일률적으로 7%의 부과기준율을 적용하여 과징금을 산정한 것이 위법하지 아니함.

[8개 은행의 뱅커스 유산스 인수수수료 관련 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두9260 판결), 5개 은행의 수출환어음 매입수수료 관련 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009두4661 판결)]

457) “이 법 시행 전의 행위로서 이 법 시행 전에 종료되거나 이 법 시행 이후에도 그 상태가 지속되는 행위에 대한 과징금의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다.”

나. 공소사실의 특징

- 포괄일죄에 있어 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법과 장소, 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되었다고 할 것임
- 포괄일죄에 있어서 그 일죄를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정하지 아니 하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법과 장소, 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정되었다고 할 것임.
- 포괄일죄로 기소된 피고인들에 대한 이 사건 공소사실에는 그 범행의 시기(1994. 4. 28.)와 종기(2005. 4. 30.)가 특정되어 있을 뿐만 아니라, [범죄일람표]에는 그 합의일시, 장소, 참석자 및 합의내용 등이 구체적으로 기재되어 있음. 위 [범죄일람표] 중 2003. 4. 경까지의 합의에 대하여는 그 참석자가 '각 유화사 사장단, 영업본부장, 영업팀장'으로 기재되거나 'NCC 및 폴리올레핀 사장단'으로 기재되어 있으나, 일반적으로 사장단은 대표이사, 영업본부장이나 영업팀장은 총업원을 의미한다 할 것이고, 피고인 2주식회사는 2007. 7. 3., 피고인 3주식회사는 2003. 8. 1. 설립된 점을 고려하면 위와 같은 기재는 피고인 2주식회사 또는 피고인 3주식회사가 아닌 공소 외 1주식회사 또는 공소 외 2주식회사 등을 지칭하는 것임을 비교적 쉽게 알 수 있음.
- 따라서 이 사건 공소사실이 특정되었다고 보아야 함에도 원심이 이 사건 공소사실이 특정되지 않았다고 보아 공소기각한 제1심 판결을 그대로 유지한 것은 공정거래법상 부당한 공동행위의 공소시효의 기산점 및 포괄일죄에 있어서 공소사실의 특정에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 미친 위법이 있음.

[독점규제및공정거래에관한법률위반(대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도16001 판결)]

* 위 판결의 1심(서울중앙지법 2010. 2. 9. 선고 2008고단1863 판결)에서는 수십 개 이상의 개별합의의 참여당사자에 관하여 '각 유화사' 또는 'NCC 및 폴리올레핀' 등과 같은 막연한 표현을 사용하여 피고인이 구체적으로 어떤 개별 합의에 참여하였는지 판별할 수 없고, '사장들간 친선도모, 시장동향에 대한 정보교환', '각 유화사 사업부장이 간담회 실시' 등의 기재만으로는 어떠한 내용으로 합의를 하였다는 것인지 제대로 파악할 수 없다는 이유로 공소기각 판결을 하였고 원심도 이러한 판단을 유지하였음(서울중앙지법 2010. 11. 3. 선고 2010노639 판결).

판례색인

(선고일자 순)

[대법원]

대법원 1992. 11. 13. 선고 92누8040 판결	255, 263
대법원 1996. 2. 9. 선고 95누12507 판결	477
대법원 1999. 2. 23. 선고 98두15849 판결	108, 121, 188
대법원 2000. 6. 9. 선고 99두2314 판결	228
대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6503 판결	172, 180, 197
대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두6510 판결	172, 180, 197, 409
대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두7872 판결	172, 180, 197
대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결	127, 172, 179, 180, 356
대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결	540
대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514 판결	516, 517
대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6521 판결	516, 517
대법원 2002. 5. 1. 선고 99두6521 판결	514, 515
대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두9991 판결	23
대법원 2002. 5. 28. 선고 99두6514 판결	496, 506
대법원 2002. 5. 28. 선고 99두6521 판결	496, 506
대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결	120, 172, 499, 510, 515, 517, 518, 521
대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결	356
대법원 2002. 7. 12. 선고 2000두10311 판결	196
대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결	515, 522
대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결	302, 303, 328
대법원 2003. 2. 11. 선고 2001두847 판결	515
대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결	530, 534
대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946 판결	499, 515, 516, 519
대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결	499, 515, 516, 519
대법원 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결	499, 510, 516, 519

대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결	328, 510, 515, 516, 517, 524, 525
대법원 2003. 5. 30. 선고 2002두4433 판결	510
대법원 2003. 12. 12. 선고 2001두5552 판결	509, 517
대법원 2004. 1. 15. 선고 2001두5552 판결	499, 515
대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결	532
대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결	295, 356, 361
대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결	303, 304, 497, 507
대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결	131, 296, 356, 361, 381, 438, 441
대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결	188, 500, 501, 508, 516, 520
대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두5709 판결	29
대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결	256, 257
대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두6283 판결	15
대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두10015 판결	100, 101
대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결	143, 171
대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결	143, 171
대법원 2006. 3. 24. 선고 2003두11148 판결	143, 171
대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결	143, 171, 399
대법원 2006. 5. 12. 선고 2004두312 판결	96
대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두2318 판결	98
대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두7184 판결	173, 501, 511, 523, 526
대법원 2006. 10. 12. 선고 2004두9371 판결	173, 501, 511, 523, 526
대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두7160 판결	173, 501, 511, 523, 526
대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결	182, 230, 231, 244, 256, 437
대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결	194, 504, 511
대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8583 판결	95
대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두10586 판결	182, 231, 244, 437
대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두12346 판결	182, 231, 244, 437
대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두3045 판결	360, 361, 503
대법원 2006. 12. 8. 선고 2004두9661 판결	503
대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결	449
대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두1308 판결	99

대법원 2007. 9. 20. 선고 2005두15137 판결	205
대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결	295
대법원 2007. 11. 15. 선고 2007두18079 판결	110
대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결	30, 31
대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결	5, 6, 9, 12, 14, 16, 20, 32, 34
대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두2852 판결	122, 537
대법원 2008. 1. 31. 선고 2006두10764 판결	505
대법원 2008. 2. 14. 선고 2006두10801 판결	505
대법원 2008. 2. 14. 선고 2006두11804 판결	505
대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두4226 판결	441
대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두11583 판결	505, 513, 526
대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10443 판결	303, 505
대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10856 판결	305, 505
대법원 2008. 4. 10. 선고 2007두22054 판결	294
대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결	65, 66, 68, 72, 74, 78, 79, 80, 81, 83
대법원 2008. 8. 21. 선고 2006두12081 판결	504
대법원 2008. 8. 21. 선고 2006두12104 판결	359, 504
대법원 2008. 8. 21. 선고 2007두4919 판결	266, 442
대법원 2008. 9. 11. 선고 2006두12098 판결	504
대법원 2008. 9. 11. 선고 2006두12548 판결	512
대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두12685 판결	512
대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두13046 판결	512
대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두14247 판결	512, 519, 524
대법원 2008. 9. 25. 선고 2006아35 결정	498
대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결	171, 352, 457, 460, 538
대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두12699 판결	423, 485
대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두2586 판결	159, 318
대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두2920 판결	472
대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두12774 판결	145, 156, 183
대법원 2008. 10. 23. 선고 2008두10621 판결	184
대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두675 판결	441

대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두13145 판결	512, 523
대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두14442 판결	156, 183
대법원 2008. 11. 13. 선고 2007두14602 판결	156, 183
대법원 2008. 11. 27. 선고 2007두12712 판결	156, 183
대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두2593 판결	153
대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결	10, 17, 31, 35, 36
대법원 2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결	159, 183, 318
대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16179 판결	167
대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결	256, 264, 335
대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두6793 판결	244
대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556 판결	126
대법원 2009. 5. 28. 선고 2007두24616 판결	534
대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두16339 판결	168
대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결	161, 168, 303
대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결	43
대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두26117 판결	257
대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두9744 판결	67, 75, 79, 82, 85
대법원 2009. 10. 29. 선고 2009두11218 판결	450, 539
대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15043 판결	455, 484
대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두3784 판결	140
대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결	50, 54
대법원 2010. 2. 25. 선고 2008두21362 판결	337
대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15169 판결	162
대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15176 판결	158, 541
대법원 2010. 3. 25. 선고 2008두7465 판결	24, 33, 35, 56
대법원 2010. 4. 8. 선고 2008두17707 판결	33
대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결	51, 53
대법원 2010. 6. 10. 선고 2010나6024 판결	138
대법원 2010. 9. 9. 선고 2009두8839 판결	475
대법원 2010. 9. 9. 선고 2010두2548 판결	473, 477
대법원 2010. 11. 25. 선고 2008두23177 판결	530

대법원 2011. 3. 13. 선고 2009두9260 판결	185
대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4159 판결	156
대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4852 판결	128
대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두7912 판결	128, 185
대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두9260 판결	541
대법원 2011. 4. 28. 선고 2009두4661 판결	541
대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20352 판결	184, 329
대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20376 판결	256, 257
대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20741 판결	329
대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두3767 판결	347
대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두12082 판결	304, 345
대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두22068 판결	184
대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결	12, 15, 47, 48
대법원 2011. 6. 24. 선고 2008두18533 판결	330, 347
대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두12631 판결	348, 454
대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두18677 판결	191
대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결	345, 461
대법원 2011. 7. 14. 선고 2009두263 판결	444
대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두4630 판결	347
대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두12280 판결	302, 342, 347, 348
대법원 2011. 7. 28. 선고 2010두23989 판결	486
대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두23160 판결	348
대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14880 판결	343
대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결	143, 312, 322, 324, 343, 344, 348, 426, 488
대법원 2011. 9. 8. 선고 2010두344 판결	186, 267, 288, 305
대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결	6, 31, 34, 36
대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두24388 판결	491
대법원 2012. 1. 27. 선고 2010두24852 판결	426, 539
대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두28677 판결	47
대법원 2012. 3. 29. 선고 2010두27110 판결	444
대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11757 판결	243

대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결	245, 246
대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두399 판결	320, 513
대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두405 판결	256, 257, 264
대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도16001 판결	542
대법원 2012. 9. 13. 선고 2012두12044 판결	145
대법원 2012. 9. 27. 선고 2012두11546 판결	221
대법원 2013. 2. 14. 선고 2010두28939 판결	246
대법원 2013. 2. 15. 선고 2012두21413 판결	236
대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결	20
대법원 2013. 4. 26. 선고 2012두29028 판결	432
대법원 2013. 5. 23. 선고 2012두8724 판결	459, 467
대법원 2013. 7. 12. 선고 2011두7908 판결	219
대법원 2013. 7. 25. 선고 2012두4302 판결	301
환송판결 및 대법원 2013. 7. 26. 선고 2012두29042 판결	476
대법원 2013. 9. 12. 선고 2012두25941 판결	431
대법원 2013. 10. 11. 선고 2011두31413 판결	452
대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결	493
대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두18844 판결	193
대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결	193
대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두20212 판결	193
대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17421 판결	118, 131
대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결	112, 123, 176, 204, 414
대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두18479 판결	193, 318
대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두18523 판결	414
대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두18769 판결	414
대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두18851 판결	318
대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두20229 판결	193
대법원 2013. 11. 28. 선고 2013두18851 판결	193
대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두16049 판결	178, 232, 263
대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결	327
대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두27794 판결	252

대법원 2014. 4. 10. 선고 2012누6308 판결	7, 21, 59
대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두5466 판결	145, 178
대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두14545 판결	377
대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두16046 판결	310
대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두17964 판결	93
대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두18158 판결	262
대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두4104 판결	113
대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두5015 판결	237
대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두19687 판결	251, 485
대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두21246 판결	124
대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두21246 판결	144, 251
대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두20007 판결	91, 92, 94
대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결	233
대법원 2014. 7. 24. 선고 2014두3853 판결	233
대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두15012 판결	403, 445
대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두22256 판결	109, 130, 293
대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결	5, 11, 36, 37
대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두24471 판결	169, 243, 248, 389
대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두6216 판결	146, 310
대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두13412 판결	146, 310
대법원 2014. 12. 24. 선고 2014누8193 판결	363, 374
대법원 2014. 12. 24. 선고 2014두1871 판결	389
대법원 2014. 12. 24. 선고 2014누8193 판결	373
대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두21840 판결	202
대법원 2015. 1. 29. 선고 2013두18759 판결	202
대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두987 판결	148, 355, 480, 488
대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결	147, 166, 388, 390, 480
대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두19387 판결	202
대법원 2015. 4. 9. 선고 2014두762 판결	248
대법원 2015. 4. 23. 선고 2012두24177 판결	229
대법원 2015. 4. 23. 선고 2012두24184 판결	229

대법원 2015. 4. 23. 선고 2012두24191 판결	229
내법원 2015. 4. 23. 선고 2012누24610 판결	229
대법원 2015. 4. 23. 선고 2015두36362 판결	248
대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두13252 판결	482
대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두36256 판결	405, 424
대법원 2015. 5. 28. 선고 2015두37396 판결	147
대법원 2015. 6. 11. 선고 2013두1676 판결	268
대법원 2015. 6. 11. 선고 2013두1690 판결	268
대법원 2015. 6. 11. 선고 2013두6084 판결	268
대법원 2015. 6. 11. 선고 2013두6121 판결	268
대법원 2015. 7. 9. 선고 2013두20493 판결	224
대법원 2015. 8. 19. 선고 2013두1683 판결	268
대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두2329 판결	229
대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두13815 판결	479
대법원 2015. 9. 10. 선고 2014두11199 판결	531
대법원 2015. 9. 24. 선고 2012두13962 판결	473, 475
대법원 2015. 10. 29. 선고 2012두28827 판결	250
대법원 2015. 10. 29. 선고 2013두8233 판결	249
대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결	240
대법원 2016. 1. 14. 선고 2013두26309 판결	240
대법원 2016. 1. 14. 선고 2014두939 판결	240
대법원 2016. 1. 28. 선고 2015두54193 판결	297
대법원 2016. 2. 18. 선고 2013두19004 판결	270
대법원 2016. 2. 18. 선고 2013두21281 판결	270
대법원 2016. 3. 24. 선고 2013누925 판결	190
대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두2303 판결	190
대법원 2016. 4. 12. 선고 2015두50061 판결	290
대법원 2016. 5. 27. 선고 2013두1126 판결	324
대법원 2016. 6. 10. 선고 2013두7674 판결	139
대법원 2016. 7. 22. 선고 2014두42643 판결	212, 530

대법원 2016. 8. 24. 선고 2014두6340 판결	476
대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두51095 판결	235
대법원 2016. 10. 27. 선고 2014두6333 판결	474
대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두35864 판결	332
대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두35871 판결	140
대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두55042 판결	540
대법원 2016. 11. 10. 선고 2015두35536 판결	140
대법원 2016. 11. 10. 선고 2015두53794 판결	332
대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두43282 판결	165, 470
대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두31098 판결	239
대법원 2017. 1. 12. 선고 2015두2352 판결	244, 252, 260
대법원 2017. 1. 12. 선고 2016두35199 판결	418, 457, 478, 492
대법원 2017. 3. 30. 선고 2015두46666 판결	235
대법원 2017. 4. 26. 선고 2016두32688 판결	214, 293
대법원 2017. 4. 27. 선고 2016두33360 판결	362, 366, 443
대법원 2017. 5. 26. 선고 2017두36014 판결	256
대법원 2017. 5. 30. 선고 2015두48884 판결	364, 365
대법원 2017. 9. 7. 선고 2016두49037 판결	339
대법원 2017. 9. 7. 선고 2016두48447 판결	339
대법원 2017. 9. 12. 선고 2016두55551 판결	127, 338, 340
대법원 2017. 9. 26. 선고 2016두59416 판결	338, 340
대법원 2018. 7. 11. 선고 2016두46458 판결	469
대법원 2018. 7. 26. 선고 2016두45783 판결	468
대법원 2018. 7. 26. 선고 2017두54746 판결	456
대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두48737 판결	422
대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두49044 판결	386
대법원 2018. 12. 27. 선고 2015두44028 판결	386, 423
대법원 2019. 1. 18. 선고 2018누38842 판결	128
대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결	7, 43, 44, 46, 49, 57, 59
대법원 2019. 1. 31. 선고 2016두51658 판결	378

대법원 2019. 2. 14. 선고 2017두68103 판결	333
대법원 2019. 3. 14. 선고 2016두46113 판결	239
대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두59670 판결	126
대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두34708 판결	143
대법원 2019. 7. 24. 선고 2017두56964 판결	391, 412
대법원 2019. 7. 25. 선고 2016두54688 판결	412
대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두55077 판결	391, 412
대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두56957판결	412
대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두65708 판결	391, 411
대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두455060 판결	391
대법원 2019. 8. 14. 선고 2017두68509 판결	391, 412
대법원 2019. 8. 14. 선고 2017두71093 판결	391, 412
대법원 2020. 7. 29. 선고 2019두43924 판결	379
대법원 2020. 8. 19. 선고 2020두48505 판결	153
대법원 2020. 10. 29. 선고 2019두37233 판결	128, 369
대법원 2020. 11. 5. 선고 2018두67503 판결	365
대법원 2020. 11. 26. 선고 2016두47666 판결	163
대법원 2020. 11. 26. 선고 2017두36083 판결	332, 417
대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결	40, 41, 42
대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37960 판결	40, 41, 42
대법원 2021. 8. 12. 선고 2019두59196 판결	306, 307
대법원 2022. 5. 26. 선고 2017두47144 판결	233
대법원 2022. 5. 26. 선고 2017두47229 판결	233, 238
대법원 2022. 5. 26. 선고 2019두57398 판결	370
대법원 2022. 6. 16. 선고 2017두56346 판결	233
대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결	38, 39
대법원 2023. 8. 31. 선고 2021두41662 판결	223
대법원 2023. 8. 31. 선고 2021두46902 판결	223, 224
대법원 2023. 10. 26. 선고 2023두46876 판결	224
대법원 2023. 11. 9. 선고 2023두54273 판결	224

[서울고등법원]

- 서울고법 1992. 4. 22. 선고 91구3248 판결 131, 180, 196, 206
서울고법 1998. 2. 18. 선고 97구7457 판결 187
서울고법 1999. 3. 29. 선고 99누3524 판결 22, 24
서울고법 1999. 10. 7. 선고 99누13 판결 22, 23
서울고법 2000. 1. 20. 선고 98누10822 판결 327
서울고법 2000. 6. 29. 선고 99누6110 판결 172, 179, 180, 197, 356
서울고법 2000. 6. 29. 선고 99누6103 판결 172, 180, 197
서울고법 2000. 8. 29. 선고 99누6349 판결 172, 180, 197
서울고법 2000. 11. 16. 선고 99누5919 판결 108, 180, 437
서울고법 2000. 11. 16. 선고 99누6226 판결 179, 197
서울고법 2000. 11. 9. 선고 99누9287 판결 432, 502, 507
서울고법 2000. 12. 21. 선고 98누12651 판결 292, 294, 433, 500, 509, 516, 521
서울고법 2000. 12. 28. 선고 2000누1418 판결 519
서울고법 2001. 6. 5. 선고 99누10898 판결 500, 517, 522
서울고법 2001. 9. 18. 선고 2001누7482 판결 172, 180, 197
서울고법 2001. 11. 6. 선고 2000누11088 판결 188, 537
서울고법 2002. 1. 10. 선고 2001누7505 판결 172, 180, 197
서울고법 2002. 4. 30. 선고 2001누7499 판결 172, 180
서울고법 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결 296, 356, 361, 441
서울고법 2002. 6. 20. 선고 2000누15028 판결 356
서울고법 2002. 6. 27. 선고 2001누2579 판결 293, 508
서울고법 2003. 4. 17. 선고 2001누5851 판결 27, 28
서울고법 2003. 5. 27. 선고 2001누15193 판결 13
서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누6127 판결 143, 171
서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누14647 판결 143, 171
서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누15015 판결 143, 171
서울고법 2004. 1. 20. 선고 2003누2245 판결 503
서울고법 2004. 5. 12. 선고 2003누5817 판결 193, 265
서울고법 2004. 8. 18. 선고 2001누17403 판결 182, 231, 437
서울고법 2004. 8. 19. 선고 2002누6110 판결 182
서울고법 2004. 9. 2. 선고 2001누17700 판결 182, 231, 437

서울고법 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결	63, 64, 65, 69, 70, 73, 79, 80, 83
서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결	142, 181, 198, 265, 353, 434, 436, 441
서울고법 2005. 7. 21. 선고 2003누21475 판결	190
서울고법 2005. 9. 28. 선고 2004누22093 판결	205, 394
서울고법 2005. 11. 30. 선고 2004누24457 판결	441
서울고법 2006. 1. 11. 선고 2005누6289 판결	189, 276
서울고법 2006. 1. 12. 선고 2005누489 판결	441
서울고법 2006. 3. 15. 선고 2005누3174 판결	68, 69, 75, 84
서울고법 2006. 4. 26. 선고 2004누11567 판결	504
서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4859 판결	505
서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4873 판결	505
서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4880 판결	505
서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4897 판결	305, 505
서울고법 2006. 5. 24. 선고 2004누4903 판결	505
서울고법 2006. 6. 7. 선고 2004누11475 판결	504
서울고법 2006. 6. 7. 선고 2004누11482 판결	504
서울고법 2006. 6. 7. 선고 2004누11574 판결	504
서울고법 2006. 6. 21. 선고 2004누14337 판결	512
서울고법 2006. 6. 21. 선고 2004누14696 판결	144
서울고법 2006. 7. 20. 선고 2004누14344 판결	512
서울고법 2006. 7. 20. 선고 2004누14832 판결	512
서울고법 2006. 9. 14. 선고 2005누25587 판결	129, 502
서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1663 판결	159, 183, 318
서울고법 2006. 12. 7. 선고 2006누1977 판결	159, 198, 206
서울고법 2006. 12. 20. 선고 2006누4167 판결	173
서울고법 2007. 1. 31. 선고 2005누18305 판결	154
환송심-서울고법 2007. 4. 5. 선고 2006누30692 판결	503
서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누29411 판결	145, 183
서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누29725 판결	156, 183
서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누30329 판결	156, 183
서울고법 2007. 6. 14. 선고 2005누29572 판결	156, 183
서울고법 2007. 6. 14. 선고 2005누30305 판결	156, 183
서울고법 2007. 7. 25. 선고 2007누2946 판결	109, 110, 385

서울고법 2007. 8. 22. 선고 2006누1168 판결	258
서울고법 2007. 9. 19. 선고 2006누29692 판결	397
서울고법 2007. 11. 8. 선고 2005누19759 판결	266
서울고법 2007. 11. 8. 선고 2007누10541 판결	10
서울고법 2007. 12. 27. 선고 2007누8623 판결	18, 55
서울고법 2008. 1. 30. 선고 2007누15614 판결	349
서울고법 2008. 4. 30. 선고 2007누29033 판결	349
서울고법 2008. 4. 30. 선고 2007누29194 판결	349
서울고법 2008. 5. 28. 선고 2007누22865 판결	184
서울고법 2008. 5. 29. 선고 2007누22858 판결	312
서울고법 2008. 5. 29. 선고 2007누28580 판결	349
서울고법 2008. 7. 10. 선고 2007누24434 판결	392
서울고법 2008. 8. 20. 선고 2007누2939 판결	321
서울고법 2008. 8. 20. 선고 2007누23547 판결	54
서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결	8, 9, 12
서울고법 2008. 8. 28. 선고 2007누27105 판결	319
서울고법 2008. 9. 3. 선고 2006누30036 판결	66, 71, 73, 76, 77, 78, 85, 86
서울고법 2008. 9. 11. 선고 2007누21886 판결	203
서울고법 2008. 9. 11. 선고 2008누1490 판결	203
서울고법 2008. 9. 24. 선고 2008누1810 판결	347
서울고법 2008. 9. 25. 선고 2004누14825 판결	512
서울고법 2008. 10. 8. 선고 2008누8514 판결	202, 415
서울고법 2008. 10. 9. 선고 2007누26560 판결	184
서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누21879 판결	203, 287
서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누21893 판결	203, 436
서울고법 2008. 10. 22. 선고 2008누1209 판결	203, 372
서울고법 2008. 10. 22. 선고 2008누1520 판결	203
서울고법 2008. 10. 23. 선고 2008누3465 판결	192, 292
서울고법 2008. 10. 23. 선고 2008누8859 판결	392
서울고법 2008. 11. 20. 선고 2008누11148 판결	348
서울고법 2008. 12. 4. 선고 2008누1513 판결	321
서울고법 2009. 2. 5. 선고 2008누1803 판결	347
서울고법 2009. 6. 11. 선고 2008누1759 판결	348

서울고법 2009. 6. 11. 선고 2008누1766 판결	347
서울고법 2009. 7. 22. 선고 2008누23537 판결	348
서울고법 2009. 7. 22. 선고 2008누23797 판결	322
서울고법 2009. 8. 28. 선고 2008누31200 판결	398
서울고법 2009. 9. 22. 선고 2008누15277 판결	107
서울고법 2009. 10. 7. 선고 2009누2483 판결	125, 328
서울고법 2009. 12. 2. 선고 2009누9668 판결	471, 490
서울고법 2009. 12. 9. 선고 2009누4168	319
서울고법 2010. 2. 11. 선고 2009누6539 판결	178
서울고법 2010. 5. 18. 선고 2009누13186 판결	204
서울고법 2010. 5. 19. 선고 2009누1930 판결	307
서울고법 2010. 6. 8. 선고 2009누2490 판결	164
서울고법 2010. 10. 6. 선고 2010누15881 판결	53
서울고법 2010. 12. 15. 선고 2009누39065 판결	340
서울고법 2011. 5. 25. 선고 2010누13083 판결	122, 403
서울고법 2011. 6. 2. 선고 2010누21718 판결	295
서울고법 2011. 6. 9. 선고 2010누40061 판결	199, 277
서울고법 2011. 10. 12. 선고 2010누40634 판결	47
서울고법 2011. 11. 17. 선고 2011누18702 판결	323, 354, 409
서울고법 2011. 12. 1. 선고 2011누17754 판결	221
서울고법 2011. 12. 14. 선고 2011누14137 판결	359, 399
서울고법 2011. 12. 28. 선고 2011누18092 판결	221
서울고법 2012. 1. 12. 선고 2011누18467 판결	235, 236, 311
서울고법 2012. 1. 18. 선고 2011누17242 판결	221
서울고법 2012. 2. 1. 선고 2009누19269 판결	21
서울고법 2012. 2. 8. 선고 2011누17884 판결	221
서울고법 2012. 3. 21. 선고 2011누18719 판결	235, 236, 253
서울고법 2012. 3. 21. 선고 2011누26239 판결	459
서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누17563 판결	221
서울고법 2012. 4. 12. 선고 2011누27584 판결	194, 253, 267, 312, 323, 400
서울고법 2012. 4. 18. 선고 2011누29276 판결	186, 417
서울고법 2012. 4. 25. 선고 2011누31002 판결	145, 155, 276
서울고법 2012. 5. 2. 선고 2011누24349 판결	195

서울고법 2012. 5. 16. 선고 2010누45936 판결	354, 539
서울고법 2012. 5. 17. 선고 2011누36687 판결	290, 480
서울고법 2012. 8. 16. 선고 2011누25410 판결	318
서울고법 2012. 9. 13. 선고 2011누36298 판결	195
서울고법 2012. 9. 16. 선고 2012누7822 판결	220, 275
서울고법 2012. 9. 19. 선고 2011누29641 판결	174, 262
서울고법 2012. 10. 11. 선고 2012누3028 판결	125
서울고법 2012. 10. 26. 선고 2012누7563 판결	455, 458, 477
서울고법 2012. 10. 31. 선고 2012누4113 판결	282, 528
서울고법 2012. 12. 27. 선고 2011누17235 판결	220, 277, 313
서울고법 2013. 1. 16. 선고 2010누23974 판결	218
서울고법 2013. 2. 7. 선고 2012누7556 판결	209
서울고법 2013. 6. 19. 선고 2008누35462 판결	16, 45
서울고법 2013. 8. 23. 선고 2013누1104 판결	533
서울고법 2013. 8. 28. 선고 2012누30952 판결	147, 187
서울고법 2013. 9. 12. 선고 2012누29235 판결	219
서울고법 2013. 10. 18. 선고 2012누15632 판결	169
서울고법 2013. 11. 21. 선고 2011누27126 판결	210
서울고법 2013. 12. 18. 선고 2013누45432 판결	433
서울고법 2013. 12. 19. 선고 2012누25936 판결	169
서울고법 2014. 1. 19. 선고 2013누31211 판결	316
서울고법 2014. 2. 13. 선고 2011누46394 판결	151, 262
서울고법 2014. 2. 13. 선고 2011누46417 판결	121, 151, 152
서울고법 2014. 4. 18. 선고 2012누15380 판결	244, 331, 336
서울고법 2014. 4. 25. 선고 2012누29266 판결	228
서울고법 2014. 5. 14. 선고 2013누11132 판결	121, 213
서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누3513 판결	428
서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누3544 판결	428
서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누45012 판결	428, 514
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3148 판결	428, 514
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3452 판결	428, 514
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3483 판결	428, 514
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3490 판결	428

서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3520 판결	428
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3551 판결	428, 514
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누10061 판결	428, 514
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누45005 판결	428
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누27994 판결	288, 363, 374, 535
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28850 판결	288, 363, 374, 535
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28874 판결	288
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28980 판결	363, 374
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누28997 판결	363, 374, 528
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29211 판결	288
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29242 판결	288
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29303 판결	288, 363, 374
서울고법 2014. 6. 13. 선고 2012누29525 판결	288
서울고법 2014. 6. 16. 선고 2012누28997 판결	288
서울고법 2014. 6. 16. 선고 2012누29242 판결	363
서울고법 2014. 7. 9. 선고 2012누28003 판결	288, 363, 374
서울고법 2014. 7. 9. 선고 2012누28508 판결	288, 374
서울고법 2014. 10. 31. 선고 2013누45128 판결	242
서울고법 2014. 10. 31. 선고 2013누11804 판결	242
서울고법 2014. 10. 31. 선고 2013누45135 판결	242
서울고법 2014. 11. 19. 선고 2013누12098 판결	242
서울고법 2014. 11. 19. 선고 2013누45104 판결	242
서울고법 2014. 11. 19. 선고 2013누45111 판결	242
서울고법 2014. 11. 28. 선고 2013누25421 판결	311, 317, 331
서울고법 2014. 12. 31. 선고 2013누17925 판결	317, 331, 344
서울고법 2015. 1. 19. 선고 2014누46135 판결	373
서울고법 2015. 1. 30. 선고 2014누1521 판결	124
서울고법 2015. 1. 30. 선고 2014누3983 판결	124
서울고법 2015. 1. 30. 선고 2014누43204 판결	124
서울고법 2015. 3. 26. 선고 2013누11903 판결	242
서울고법 2015. 4. 23. 선고 2014누3886 판결	124
서울고법 2015. 5. 7. 선고 2012누11241 판결	331, 336
서울고법 2015. 5. 14. 선고 2013누51352 판결	157, 353

서울고법 2015. 5. 21. 선고 2014누61721 판결	426
서울고법 2015. 5. 21. 선고 2014누66849 판결	297
서울고법 2015. 6. 10. 선고 2013누51505 판결	157, 316
서울고법 2015. 6. 25. 선고 2014누8058 판결	422
서울고법 2015. 7. 16. 선고 2014누70466 판결	165
서울고법 2015. 7. 22. 선고 2013누24695 판결	300
서울고법 2015. 7. 23. 선고 2014누3640 판결	103
서울고법 2015. 7. 24. 선고 2014누55412 판결	160
서울고법 2015. 8. 19. 선고 2014누5165 판결	189
서울고법 2015. 8. 20. 선고 2014누70435 판결	196
서울고법 2015. 8. 28. 선고 2014누70626 판결	117, 532
서울고법 2015. 9. 16. 선고 2013누14759 판결	154, 158
서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누2043 판결	389
서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누2197 판결	116
서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누4100 판결	389
서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누43198 판결	389
서울고법 2015. 10. 16. 선고 2015누990 판결	279
서울고법 2015. 10. 22. 선고 2014누65587 판결	449
서울고법 2015. 11. 4. 선고 2014누52987 판결	272
서울고법 2015. 11. 5. 선고 2014누6588 판결	315
서울고법 2015. 11. 6. 선고 2015누41168 판결	286
서울고법 2015. 11. 19. 선고 2013누29492 판결	397
서울고법 2015. 12. 3. 선고 2014누70374 판결	196
서울고법 2015. 12. 9. 선고 2015누35934 판결	136
서울고법 2015. 12. 10. 선고 2015누1023 판결	405
서울고법 2015. 12. 10. 선고 2015누53192 판결	297
서울고법 2015. 12. 11. 선고 2015누42291 판결	278
서울고법 2015. 12. 16. 선고 2014누8249 판결	170
서울고법 2016. 1. 8. 선고 2014누61851 판결	271
서울고법 2016. 1. 13. 선고 2015누433 판결	479, 489, 490
서울고법 2016. 1. 13. 선고 2015누43744 판결	431
서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누3329 판결	394
서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누3336 판결	299

서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누3435 판결	407
서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누46319 판결	406
서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누46333 판결	273
서울고법 2016. 1. 14. 선고 2014누46470 판결	451
서울고법 2016. 1. 20. 선고 2015누32201 판결	259
서울고법 2016. 1. 22. 선고 2015누37923 판결	430
서울고법 2016. 2. 3. 선고 2014누54211 판결	344
서울고법 2016. 3. 23. 선고 2015누33181 판결	298, 425
서울고법 2016. 3. 24. 선고 2015누46712 판결	139
서울고법 2016. 3. 30. 선고 2015누1016 판결	421
서울고법 2016. 4. 8. 선고 2014누8416 판결	410
서울고법 2016. 4. 15. 선고 2015누45504 판결	217, 279
서울고법 2016. 5. 13. 선고 2015누38148 판결	465
서울고법 2016. 5. 25. 선고 2012누32415 판결	147
서울고법 2016. 5. 25. 선고 2015누45481 판결	419
서울고법 2016. 5. 26. 선고 2015누1191 판결	227
서울고법 2016. 5. 27. 선고 2015누50797 판결	149
서울고법 2016. 6. 2. 선고 2014누4117 판결	273
서울고법 2016. 6. 2. 선고 2014누48919 판결	233
서울고법 2016. 6. 2. 선고 2014누49110 판결	233, 243
서울고법 2016. 6. 3. 선고 2015누45191 판결	395
서울고법 2016. 6. 17. 선고 2014누68807 판결	483
서울고법 2016. 6. 29. 선고 2014누43013 판결	163, 167
서울고법 2016. 6. 29. 선고 2014누43020 판결	141
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2014누7482 판결	274
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2014누65921 판결	382
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2014누65952 판결	296
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누33617 판결	483
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누35040 판결	137
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누35057 판결	282
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누35088 판결	481
서울고법 2016. 7. 6. 선고 2014누65914 판결	208
서울고법 2016. 7. 6. 선고 2015누45658 판결	136

서울고법 2016. 7. 8. 선고 2014누6748 판결	281
서울고법 2016. 7. 8. 선고 2014누8041 판결	383
서울고법 2016. 7. 8. 선고 2014누65907 판결	531
서울고법 2016. 7. 8. 선고 2014누72882 판결	216
서울고법 2016. 7. 13. 선고 2014누49165 판결	225
서울고법 2016. 7. 14. 선고 2014누49158 판결	225
서울고법 2016. 7. 14. 선고 2016누39889 판결	280
서울고법 2016. 7. 15. 선고 2014누7499 판결	415
서울고법 2016. 7. 15. 선고 2015누58951 판결	390, 420
서울고법 2016. 7. 20. 선고 2014누46111 판결	375
서울고법 2016. 7. 20. 선고 2014누46227 판결	208, 373
서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누4346 판결	226
서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누4452 판결	281
서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누57609 판결	226
서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누57616 판결	226
서울고법 2016. 7. 21. 선고 2014누57623 판결	281
서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7468 판결	393
서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7475 판결	401
서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7529 판결	401
서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7543 판결	274
서울고법 2016. 8. 17. 선고 2014누719 판결	239
서울고법 2016. 8. 17. 선고 2014누41239 판결	239
서울고법 2016. 8. 17. 선고 2014누46951 판결	239
서울고법 2016. 8. 17. 선고 2014누49172 판결	215
서울고법 2016. 8. 17. 선고 2014누56385 판결	215
서울고법 2016. 8. 24. 선고 2014누57593 판결	226
서울고법 2016. 8. 31. 선고 2014누50639 판결	376
서울고법 2016. 9. 7. 선고 2014누46326 판결	357, 416
서울고법 2016. 9. 30. 선고 2016누41226 판결	283
서울고법 2016. 10. 7. 선고 2014누70442 판결	111
서울고법 2016. 10. 20. 선고 2016누39001 판결	274, 389
서울고법 2016. 10. 20. 선고 2016누47705 판결	297

서울고법 2016. 10. 21. 선고 2016누31892 판결	147, 362
서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누7512 판결	529
서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누65884 판결	175
서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누65945 판결	382, 480, 481
서울고법 2016. 11. 4. 선고 2016누45808 판결	401, 429
서울고법 2016. 11. 9. 선고 2015누83600 판결	297
서울고법 2016. 11. 17. 선고 2015누37886 판결	115, 249, 251
서울고법 2016. 11. 23. 선고 2013누8020 판결	246, 247, 450
서울고법 2016. 11. 23. 선고 2013누8037 판결	246, 247, 450
서울고법 2016. 11. 25. 선고 2015누30076 판결	250
서울고법 2016. 12. 14. 선고 2015누39363 판결	468
서울고법 2016. 12. 14. 선고 2015누46118 판결	456, 463
서울고법 2016. 12. 22. 선고 2016누59425 판결	293, 314, 319
서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누30069 판결	115, 535
서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누60794 판결	357, 410
서울고법 2017. 1. 18. 선고 2016누39445 판결	290, 453
서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누57467 판결	309
서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누57481 판결	309
서울고법 2017. 1. 26. 선고 2016누60678 판결	258, 309
서울고법 2017. 2. 3. 선고 2015누1412 판결	427
서울고법 2017. 2. 3. 선고 2015누50179 판결	254
서울고법 2017. 2. 15. 선고 2013누11910 판결	246, 247, 320, 325, 346, 450
서울고법 2017. 3. 10. 선고 2014누41536 판결	239
서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누68917 판결	404
서울고법 2017. 4. 21. 선고 2016누59234 판결	218
서울고법 2017. 4. 27. 선고 2016누31441 판결	162
서울고법 2017. 4. 27. 선고 2016누79825 판결	358, 412
서울고법 2017. 5. 12. 선고 2016누119 판결	333, 380
서울고법 2017. 5. 19. 선고 2016누59494 판결	138, 217
서울고법 2017. 5. 24. 선고 2016누70279 판결	97
서울고법 2017. 5. 31. 선고 2016누51599 판결	145
서울고법 2017. 6. 15. 선고 2016누78242 판결	112

서울고법 2017. 7. 12. 선고 2016누57474 판결	132, 175
서울고법 2017. 7. 12. 선고 2016누57788 판결	175, 314, 404
서울고법 2017. 7. 14. 선고 2016누78372 판결	112
서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누32236 판결	291, 478, 480
서울고법 2017. 8. 25. 선고 2016누62100 판결	200
서울고법 2017. 9. 14. 선고 2017누47177 판결	362, 454
서울고법 2017. 9. 14. 선고 2017누47917 판결	163, 362, 454
서울고법 2017. 9. 14. 선고 2017누48101 판결	362, 454
서울고법 2017. 9. 20. 선고 2015누55402 판결	333, 380
서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31434 판결	333
서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31854 판결	333, 380, 408
서울고법 2017. 9. 20. 선고 2016누31908 판결	333, 380, 494
서울고법 2017. 10. 11. 선고 2016누81255 판결	87
서울고법 2017. 12. 20. 선고 2015누65300 판결	339, 341, 342
서울고법 2017. 12. 21. 선고 2017누44574 판결	133, 222
서울고법 2017. 12. 21. 선고 2017누45607 판결	222
서울고법 2017. 12. 21. 선고 2017누46150 판결	222
서울고법 2018. 1. 12. 선고 2017누79 판결	428
서울고법 2018. 1. 19. 선고 2017누45157 판결	366
서울고법 2018. 2. 2. 선고 2015누41175	279
서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누35662 판결	423
서울고법 2018. 5. 30. 선고 2017누62374 판결	259
서울고법 2018. 6. 27. 선고 2017누74018 판결	133, 308
서울고법 2018. 7. 11. 선고 2018누36198 판결	284
서울고법 2018. 7. 25. 선고 2017누68457 판결	211, 223, 326
서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누38071 판결	114, 255
서울고법 2018. 8. 16. 선고 2018누39524 판결	210, 272
서울고법 2018. 8. 22. 선고 2016누60173 판결	103, 104
서울고법 2018. 8. 23. 선고 2017누90188 판결	358
서울고법 2018. 8. 24. 선고 2015누65560 판결	339, 341, 342
서울고법 2018. 9. 13. 선고 2017누74025 판결	115
서울고법 2018. 9. 13. 선고 2017누76359 판결	260

서울고법 2018. 9. 19. 선고 2017누45768 판결	402
서울고법 2018. 9. 19. 선고 2017누90188 판결	110
서울고법 2018. 9. 20. 선고 2018누37696 판결	439
서울고법 2018. 9. 20. 선고 2018누48115 판결	143
서울고법 2018. 9. 28. 선고 2017누81818 판결	114, 255
서울고법 2018. 10. 5. 선고 2016누31878 판결	438
서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90621 판결	334, 373, 380, 451
서울고법 2018. 10. 5. 선고 2017누90638 판결	110, 425, 451
서울고법 2018. 10. 10. 선고 2018누35393 판결	209
서울고법 2018. 10. 11. 선고 2018누51609 판결	299
서울고법 2018. 10. 12. 선고 2017누62695 판결	259, 270, 408
서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누34963 판결	316, 481, 483
서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누35256 판결	270, 455
서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누42384 판결	214
서울고법 2018. 11. 21. 선고 2018누35263 판결	214, 455, 483
서울고법 2018. 12. 19. 선고 2018누62210 판결	271, 407
서울고법 2018. 12. 27. 선고 2015누44028 판결	339
서울고법 2019. 1. 10. 선고 2018누49507 판결	154, 297
서울고법 2019. 1. 10. 선고 2018누49514 판결	143, 161
서울고법 2019. 1. 10. 선고 2018누60504 판결	169
서울고법 2019. 1. 11. 선고 2018누35034 판결	414, 455
서울고법 2019. 1. 18. 선고 2018누38842 판결	381
서울고법 2019. 2. 8. 선고 2016누71753 판결	154, 536
서울고법 2019. 2. 13. 선고 2018누64285 판결	411
서울고법 2019. 4. 25. 선고 2018누64803 판결	113
서울고법 2019. 6. 13. 선고 2016누31373	377, 379
서울고법 2019. 6. 19. 선고 2018누67673 판결	350
서울고법 2019. 6. 27. 선고 2018누35379 판결	351
서울고법 2019. 8. 14. 선고 2017누48 판결	25, 26, 27, 29
서울고법 2019. 8. 21. 선고 2018누73517 판결	423
서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누38644 판결	412, 413, 414
서울고법 2019. 8. 29. 선고 2018누39173 판결	461, 462

서울고법 2019. 8. 29. 선고 2019누34403 판결	165
서울고법 2019. 9. 18. 선고 2018누79119 판결	445
서울고법 2019. 9. 19. 선고 2018누66069 판결	368, 440
서울고법 2019. 9. 19. 선고 2019누32117 판결	261, 346
서울고법 2019. 9. 26. 선고 2019누34410 판결	286
서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누66052 판결	335
서울고법 2019. 10. 17. 선고 2018누66113 판결	335
서울고법 2019. 11. 13. 선고 2019누40811 판결	289, 301
서울고법 2020. 5. 6. 선고 2019누59723 판결	248
서울고법 2020. 6. 4. 선고 2020누65516 판결	358
서울고법 2020. 7. 1. 선고 2019누60877 판결	135
서울고법 2020. 8. 20. 선고 2019누55189 판결	465
서울고법 2020. 9. 16. 선고 2019누60983 판결	284, 494
서울고법 2020. 9. 23. 선고 2020누33710 판결	386
서울고법 2020. 12. 2. 선고 2020누44765 판결	302, 385
서울고법 2020. 12. 10. 선고 2019누61368 판결	134
서울고법 2020. 12. 17. 고법 2020누33703 판결	470
서울고법 2021. 4. 15. 선고 2020누44451 판결	466
서울고법 2021. 4. 22. 선고 2020누44468 판결	383, 396
서울고법 2021. 4. 22. 선고 2020누44758 판결	383
서울고법 2021. 4. 22. 선고 2021누45133 판결	383
서울고법 2021. 5. 6. 선고 2020누45386 판결	387, 495
서울고법 2021. 5. 13. 선고 2020누40336 판결	129
서울고법 2021. 5. 13. 선고 2020누61005 판결	464
서울고법 2021. 5. 26. 선고 2020누49746 판결	299
서울고법 2021. 8. 12. 선고 2020누61531 판결	128, 369
서울고법 2021. 8. 18. 선고 2020누45010 판결	306, 368, 383
서울고법 2021. 10. 13. 선고 2020누56539 판결	290
서울고법 2021. 10. 28. 선고 2020누56188 판결	285
서울고법 2021. 11. 11. 선고 2020누45102 판결	467
서울고법 2021. 11. 11. 선고 2020누52186 판결	371
서울고법 2021. 12. 9. 선고 2019누40101 판결	119

서울고법 2021. 12. 23. 선고 2020누51886 판결	462
서울고법 2022. 2. 17. 선고 2021누37580 판결	446
서울고법 2022. 3. 17. 선고 2021누40333 판결	357
서울고법 2022. 3. 24. 선고 2020누40718 판결	447, 448
서울고법 2022. 3. 24. 선고 2021누44281 판결	431
서울고법 2022. 4. 14. 선고 2020누50395 판결	414
서울고법 2022. 4. 14. 선고 2021누31759 판결	447
서울고법 2022. 6. 8. 선고 2020누50814 판결	370
서울고법 2022. 6. 22. 선고 2021누37931 판결	285
서울고법 2022. 9. 1. 선고 2021누77052 판결	119
서울고법 2022. 10. 13. 선고 2022누33974 판결	384
서울고법 2022. 10. 26. 선고 2021누33656 판결	387
서울고법 2022. 11. 10. 선고 2022누40521 판결	448
서울고법 2022. 11. 24. 선고 2022누30043 판결	478
서울고법 2022. 12. 1. 선고 2020누69221 판결	58
서울고법 2023. 1. 11. 선고 2022누39927 판결	471
서울고법 2023. 1. 12. 선고 2021누40647 판결	238
서울고법 2023. 4. 6. 선고 2022누63688 판결	273
서울고법 2023. 5. 18. 선고 2021누51937 판결	203
서울고법 2023. 5. 31. 선고 2022누39699 판결	273
서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누60610 판결	120
서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누70334 판결	310
서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누75124 판결	145, 268, 323, 352
서울고법 2023. 9. 20. 선고 2021누37306 판결	273

내부업무용

발간등록번호

11-1130000-000271-11

#공정거래 판례요지집 (1권)

인쇄 2024년 2월

발행 2024년 2월

발행 및 공정거래위원회

편집 송무담당판실

(044) 200-4154~66

이상협, 유해경, 전병화, 원성연

이주옥, 박소현, 성형석, 이진영

김도형, 신예지, 김이영

인쇄 (주)삼일기획

(044) 866-3011~4