

합성수지 담합사건 관련 판례의 주요 쟁점 검토

이재환*

(변호사, 법무법인 세종)

대법원 2008. 11. 19. 선고

2008두1506 판결

대법원 2010. 9. 8. 선고

2009두14880 판결

I. 서 설

1. 사건의 개요

씨텍, 엘지화학, 에스케이에너지, 대한유화공업, 삼성종합화학, 효성, 지에스칼텍스, 대림산업, 한화케미칼 등 9개 합성수지¹⁾ 제조·판매사업자(이하

* 본고에서 의견은 필자의 개인적인 견해로서, 소속 법무법인의 입장과는 무관하다.

1) 원유정제 과정 중 나프타나 천연가스가 분해공정을 거치면서 생산되는 에틸렌과 프로필렌을 주 원료로 하여 합성수지(즉, 폴리올레핀)를 생산한다. 폴리올레핀은 폴리프로필렌(Poly Propylene, 이하 “PP”라 함)과 폴리에틸렌(Polyethylene, 이하 “PE”라 함)으로 구분되고, 폴리에틸렌은 저밀도 폴리에틸렌(Low Density Polyethylene, 비중 0.94 미만인 PE제품으로서 이하 “LDPE”라 함), 선형 저밀도 폴리에틸렌(Linear Low Density Polyethylene, 이하 “LLDPE”라 함), 고밀도 폴리에틸렌(High Density Polyethylene, 비중 0.94 이상인 PE 제품으로서 이하 “HDPE”라 함)으로 구분된다. LDPE는 연성 플라스틱 제품 제조에, HDPE는 경성 플라스틱 제품 제조에 각각 주로 사용되고, LLDPE는 결정도, 연화점, 인장강도, 내충격성 등에 있어 LDPE와 HDPE의 중간적 성질을 갖고 있다.

“본건 사업자”)²)들은 1994. 4. 28.부터 2005. 4.까지 직급별 모임을 통해 합성수지 제품들의 판매기준가격, 직거래처 판매가격 및 판매량 등을 합의하고 이를 실행하였다.³)⁴)⁵) 공정거래위원회(이하 “공정위”)가 2005. 4. 현장조사를 통해 부당한 공동행위 관련 상당한 증거를 확보한 상황에서 사업자들이 감면신청을 하였다. PP, HDPE, LDPE·LLDPE 담합사건(이하, 이들 사건을 총칭하여 “본건 합성수지 담합사건”) 각각에 대하여 호남석유화학이 1순위 조사협조자 지위를 각 부여받았다. 이후 2007. 6. 5. PP 담합사건 및 HDPE 담합사건에 대하여 각각 의결이 이루어졌으며(공정위 2007. 6. 5. 의결 제2007-301호 및 공정위 2007. 6. 5. 의결 제2007-300호), 2008. 3. 5. LDPE·LLDPE 담합사건에 대하여 의결이 이루어졌다(공정위 2008. 3. 5. 의결 제2008-082호). 본건 합성수지 담합사건에서 1순위 조사협조자 지위를 인정받은 호남석유화학을 제외한 나머

2) 구체적으로, 공정위는 PP담합사건에는 삼성종합화학(~2003. 7. 31.)·삼성토탈(2003. 8. 1. ~), 호남석유화학, 대한유화공업, 엘지화학(2003. 9. 26.~), 에스케이에너지, 효성, 지에스칼텍스(~2003. 3. 31.), 씨텍(2002. 1. 1.~2003. 9. 25.)의 9개 사업자가, HDPE 담합사건에는 삼성종합화학(~2003. 7. 31.)·삼성토탈(2003. 8. 1. ~), 호남석유화학, 대림산업(~2004. 9. 30.), 대한유화공업, 엘지화학, 에스케이에너지, 씨텍(2002. 1. 1.~2003. 9. 25.)의 8개 사업자가, LDPE·LLDPE 담합사건에는 삼성종합화학(~2003. 7. 31.)·삼성토탈(2003. 8. 1. ~), 호남석유화학(2003. 10. 1.~), 한화석유화학, 엘지화학, 에스케이에너지, 씨텍(2002. 1. 1.~2003. 9. 25.)의 7개 사업자가 각 참여하였다고 의결하였다. 한편, 편의상 각 사업자의 상호를 기재함에 있어 ‘주식회사’는 생략하기로 한다.

3) 1994. 4. 28.자 (기본) 합의는 공소장에 기재된 PP, LDPE, LLDPE, HDPE 모두를 대상으로 삼고 있었으며, 이에 관한 합의내용이 동일한 문서에 함께 기재되어 있었다.

4) 합성수지 제품은 사출(Injection), 용도(Application) 제품으로 구분되는데, 이들 가운데 제조회사 별로 품질차이 없이 생산되어 시장에서 광범위하게 사용되는 제품들을 범용규격이라 하고, 이와 반대로 시장규모가 상대적으로 적고 판매하는 유화사 수도 적은 제품군을 특수규격이라 한다.

PP, HDPE, LDPE, LLDPE 등 유통구조는 직거래 판매와 대리점 판매로 구분할 수 있는데, 통상 80% 이상이 직거래 판매로 유통된다. 합성수지 판매가격은 크게 기준가격과 직거래처 판매가격으로 구분된다. 모든 합성수지 제조회사들이 품질차이 없이 생산하여 시장에서 광범위하게 사용되고 있는 제품을 ‘범용제품’이라 하고, 범용제품의 판매가격을 ‘기준가격’이라 하며, 각 회사는 기준가격을 기초로 세분화된 Grade별로 제품의 판매가격을 결정한다. 기준가격은 매월 원료가격, 국제 PP가격, 국내시장 상황 등 가격결정 요인을 고려하여 결정된다. 각 회사의 영업사원들이 위 기준가격을 직거래처에 대한 판매업무를 수행하면서 적용하는 가격을 ‘직거래처 판매가격’이라 하고, 대리점에 대해서는 직거래처와 달리 결정된 기준가격을 그대로 적용하여 판매한다.

직거래와의 거래형태는 주로 계속적인 거래관계에 있으므로 영업사원들은 월초에 대략적인 가격만 협의하여 우선적으로 공급하고, 월말 또는 다음달 초에 월중 환율 변동, 원유가격 변동, 합성수지의 국제가격 변동, 내수시장 상황 등을 반영하여 최종 정산가격을 결정하게 되는데, 이를 ‘마감가격’이라 한다.

5) 본건 사업자들은 1999. 12. 경까지 생산량 담합도 병행하였으나, 2000년 이후에는 중단되었다. 공정위는 처분시효 완성을 이유로 생산량 담합에 대하여는 시정명령 및 과징금납부명령을 부과하지 아니하였다.

지 사업자들 전부가 행정소송을 제기하여 치열하게 다투었고, 형사소송에서도 여러 쟁점이 다투어졌는바, 각 소송의 대략적인 경과는 다음과 같다.

2. 각 제품 및 사업자별 행정소송 경과

(1) PP 담합 및 HDPE 담합 관련

순번	원고	과징금	원심판결	대법원판결	주요 판결내용
1	씨텍 (PP)	20억 7,000만원	2008. 9. 24. 선고 2008누 1810 판결	2011. 6. 24. 선고 2008두 18533 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (원고가 국내에서 유일하게 생 산하여 판매하는 제품은 관련 상품에서 제외함이 타당하며, 관련매출액에서 폐기물부담금 을 제외한 원심은 부당)
2	씨텍 (HDPE)	8억 1,100만원	2009. 2. 5. 선고 2008누 1803 판결	2011. 7. 28. 선고 2009두 4630 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (원고가 국내에서 유일하게 생 산·판매하는 제품은 관련상품 에서 제외함이 타당)
3	엘지화학 (PP)	27억 5,200만원	2009. 6. 11. 선고 2008누 1780 판결	2011. 5. 26. 선고 2009두 12082 판결	원고 전부패소
4	엘지화학 (HDPE)	104억 2,100만원	2008. 9. 24. 선고 2008누 1797 판결	2011. 5. 26. 선고 2008두 18335 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (분할전 회사인 구 엘지화학의 위반행위에 대하여 엘지화학에 과징금을 부과한 것은 부당하 며, 원고가 국내에서 유일하게 생산·판매하는 제품은 관련상 품에서 제외함이 타당)
5	에스케이 에너지 (PP)	149억 2,900만원	2009. 6. 11. 선고 2008누 1759 판결	2011. 6. 30. 선고 2009두 12631 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (차별화제품, 포물라 방식에 따 른 제품은 관련상품에서 제외 함이 타당)
6	에스케이 에너지 (HDPE)	84억 8,800만원	2009. 6. 11. 선고 2008누 1766 판결	2011. 7. 28. 선고 2009두 12280 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (차별화제품, 포물라 방식에 따 른 제품은 관련상품에서 제외 함이 타당)

7	대한 유화공업 (PP,HDPE)	211억 6,300만원	2008. 11. 19. 선고 2008누1773 판결	2011. 6. 30. 선고 2009두 355 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (원고가 국내에서 유일하게 생 산·판매하는 제품은 관련상품 에서 제외함이 타당)
8	삼성토탈, 삼성 종합화학 (PP,HDPE)	132억 8,000만원	2008. 12. 4. 선고 2008두 1513 판결	2011. 7. 14. 선고 2009두 263 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (원고들이 단독으로 생산하여 독점적으로 공급하는 제품은 관련상품에서 제외함이 타당)
9	효성 (PP)	97억 8,700만원	2008. 11. 19. 선고 2008두1506 판결	2011. 5. 26. 선고 2009두 270 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (원고가 수요자와 공동으로 개 발하여 독점적으로 생산·공급 한 제품들은 관련상품에서 제 외함이 타당하며, 관련매출액 에서 폐기물부담금을 제외한 원심은 부당)
10	지에스 칼텍스 (PP)	91억 4,800만원	2008. 11. 20. 선고 2008누1148 판결	2011. 9. 8. 선고 2008두 23160 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (원고 단독생산 제품 및 포물라 방식에 따른 제품은 관련상품 에서 제외함이 타당)
11	대림산업 (HDPE) 6)	116억 9,700만원	2009. 1. 22. 선고 2008누 1131 판결	2011. 5. 26. 선고 2009두 3767 판결	원고 일부승소→과징금 취소 (원고가 단독으로 생산하여 독 점적으로 공급하는 제품은 관 련상품에서 제외함이 타당)
			2012. 8. 22. 선고 2012누 1626 판결	상고심 계속중	원고 전부패소

6) 공정위는 2009두3767 판결의 취지에 따라 원고 대림산업이 단독으로 생산하여 독점적으로 공
급한 제품 매출액을 제외한 관련매출액을 기초로 과징금을 재산정하여 과징금 105억 2,100만원의
납부명령을 하였다. 하지만 원고는 다시 일부 기간에 대하여 이 사건 공동행위에 가담하지 않았다는
주장을 하였으며, 서울고등법원은 원고 청구를 기각하였다(서울고등법원 2012. 8. 22. 선고 2012누
1626 판결).

(2) LDPE · LLDPE 담합 관련

순번	원고	과징금	원심판결	대법원판결	주요 판결내용
1	한화 석유화학	264억 4,500만원	2009. 7. 22. 선고 2008누 23537 판결	2011. 9. 8. 선고 2009두 15005 판결	원고 전부패소
2	삼성 종합화학	52억 6,200만원	2010. 10. 27. 선고 2008누 23001 판결	2012. 3. 29. 선고 2010두 27110 판결	원고 일부승소 → 과징금 일부 취소 (원고 삼성종합화학 및 삼성토 탈이 단독 생산하여 독점적으로 공급한 이 사건 보호필름은 원 고들의 LDPE 판매가격 합의의 관련상품에 해당하지 아니함)
3	삼성토탈	1억 7,000만원			
4	씨텍	25억 8,400만원	2009. 5. 13. 선고 2008누 23773 판결	2010. 9. 9. 선고 2009두 8939 판결	원고 일부승소 → 과징금 취소 (호남석유화학의 1순위 자진신 고 효력은 원고 씨텍에 미치므 로, 원고에 대한 과징금 부과는 부당)
5	에스케이 에너지	84억 400만원	2009. 5. 13. 선고 2008누 23773 판결	2010. 9. 8. 선고 2009두 14880 판결	원고 일부승소 → 과징금 취소 (차별화제품은 관련상품에서 제외함이 타당)
6	엘지 화학 ⁷⁾	98억 1,800 → 55억 4,100만원	2009. 8. 27. 선고 2008누 23988 판결	2009. 12. 10. 선고 2009두 15968 판결	원고 일부승소 → 과징금 취소 (분할전 회사인 구 엘지화학의 위반행위에 대하여 원고 엘지 화학에게 과징금을 부과한 것 은 부당)
			2010. 11. 11. 선고 2010누 13090 판결	2011. 6. 30. 선고 2010두 28915 판결	원고 일부승소 → 과징금 취소 (분할전 회사인 구 엘지화학의 위반행위에 대하여 원고 엘지 화학에게 과징금을 부과한 것 은 부당)

7) 먼저 공정위는 엘지화학에 대하여 시정명령과 함께 98억 1,800만원의 과징금을 부과하였으나, 법원은 2001. 4. 3. 구 엘지화학의 분할 전 공동행위를 이유로 분할되어 신설된 회사인 엘지화학에 과징금을 부과하는 것은 위법하다고 판시하였으며, 공정위는 과징금을 재산정하여 55억 4,100만원의 과징금납부명령을 하였다(서울고등법원 2009. 8. 27. 선고 2008누23988 판결 및 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009두15968 판결).

3. 각 제품 및 사업자별 형사소송 경과

(1) PP 담합 및 HDPE 담합 관련

순번		검찰고발	공소제기	1심 ⁸⁾	2심 ⁹⁾	대법원 ¹⁰⁾
1	에스케이 에너지	법인고발	법인 및 개인기소	공소기각	공소기각	파기환송
2	대한 유화공업					
3	엘지화학					
4	효성					
5	대림산업					
6	1~5 소속 임직원					원심 확정
7	호남 석유화학	고발면제 (자진신고)		공소기각 ¹¹⁾	공소기각 ¹²⁾	공소기각 ¹³⁾
8	삼성토탈					
9	삼성 종합화학	공소시효 완성				
10	지엑스 칼텍스					
11	씨텍					

8) 서울중앙지방법원 2008. 9. 11. 선고 2007고단5496 판결 및 2007고단6203 판결(병합).

9) 서울중앙지방법원 2008노3271 판결.

10) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도17418 판결.

11) 서울중앙지방법원 2008. 2. 12. 선고 2007고단7030 판결.

12) 서울중앙지방법원 2008. 5. 16. 선고 2008노734 판결.

13) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2008도4762 판결.

(2) LDPE · LLDPE 담합 관련

순번		검찰고발	공소제기	1심 ¹⁴⁾	2심 ¹⁵⁾	대법원 ¹⁶⁾			
1	한화 석유화학	법인고발	법인 및 개인기소	공소기각	공소기각	파기환송			
2	에스케이 에너지								
3	삼성토탈								
4	1~3 소속 임직원					원심 확정			
5	호남 석유화학	고발면제 (자진신고)	고발면제 (자진신고)						
6	엘지화학								
7	삼성 종합화학	공소시효 완성							
8	씨텍								

Ⅱ. 관련매출액 관련 쟁점의 검토

1. 개 요

기존에 공정위는 특정 상품에 관한 합의가 인정되면 그 상품의 유통경로 또는 영업방식의 차이(OEM, 할인판매, 대리점과 특판, 다른 사업자와 경쟁관계 없이 독점 판매하는 부분 등)에 따른 제외 요청은 받아들이지 않는 경향을 나타내었다. 특히 합의의 내용이 구체적으로 밝혀지면 오히려 그 합의의 내용에 포함된 상품의 범위를 특정하기 용이한 반면, 합의의 내용이 구체적으로 밝혀지지 않은 경우에는 공정위가 해당 품목 전체를 관련상품으로 인정하는 것이

14) 서울중앙지방법원 2010. 2. 9. 선고 2008고단1863 판결.

15) 서울중앙지방법원 2010. 11. 3. 선고 2010노639 판결.

16) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도16001 판결.

일반적이었다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 공정위는 합성수지 담합사건에서도 합성수지 제품의 거래 관계 및 시장상황, 공동행위에 따른 소비자 피해, 경쟁제한 효과 등을 감안할 때 각 사업자가 생산·판매하는 합성수지 제품 전부가 공동행위로부터 직접 또는 간접적으로 영향을 받았으므로 관련상품에 포함된다고 판단하였다. 하지만 법원은 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 한다¹⁹⁾는 전제 하에 직접적인 합의 대상인 범용규격제품이 아닌 보호필름용 LDPE를 가격담합 대상 관련상품의 범위에 포함하기 위해서는 LDPE의 범용규격제품에 대한 가격담합으로 인하여 보호필름용 LDPE 시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다는 점을 피고가 입증하여야 한다고 판시하였다(대법원 2008. 11. 19. 선고 2008두1506 판결 및 대법원 2010. 9. 8. 선고 2009두14880 판결 등). 동 판결 선고 이후 공정위는 합의의 간접적 영향을 폭넓게 인정하던 관행에서 벗어나 일부 사건에서 피심인의 주장 및 근거 제시에 따라 합의의 영향이 미치는지 여부를 개별적으로 판단하는 태도를 보이고 있다.²⁰⁾

17) 홍대식, 공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2006, 189면.

18) 지게차 공동행위 사건(공정위 2005. 6. 24. 의결 제2005-80호)에서 피심인은 ‘계열회사나 판매대리점들이 자체적으로 사용하는 지게차’는 경쟁관계 없이 독점 판매하므로 관련매출액 산정에서 제외되어야 한다고 주장하였지만, 공정위는 합의의 내용이 국내 지게차시장 전부를 포괄한다는 이유로 이를 배척하였다. 그리고 굴삭기 및 휠로더 공동행위 사건(공정위 2005. 6. 24. 의결 제2005-81호)에서도 피심인들은 ‘단독생산하는 품목’과 ‘이라크 파견 서희부대용으로 국방부와 단독 계약한 품목’은 관련매출액에서 제외되어야 한다고 주장하였지만, 공정위는 기종을 특정하여 합의한 것이 아니라는 점, 경쟁사가 생산하는 모델과 가격, 용도 면에서도 큰 차이가 나지 않는다는 점, 서희부대용으로 납품한 제품의 가격도 합의로 결정한 가격에 기초하여 산정되는 것이므로 영향을 받는다는 점 등을 이유로 배척하였다.

19) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결.

20) 가령, 공정위는 볼트·너트 담합사건(공정위 2011. 9. 5. 의결 제2011-160호)에서 다음과 같이 일부 제품을 관련상품에서 제외하였다.

『첫째, 피심인들이 직납 유통경로로 자동차사, 건설사 등에 납품하는 상품은 당초 합의대상도 아니었으며 판매가격 결정이 보통 입찰참여나 견적제시 등을 통해 결정된다는 점에서 이 사건 공동행위로 인한 영향을 받았다고 보기 어려운 점을 고려하여 관련상품에서 제외한다.

둘째, 피심인들 중 4개사가 시판 유통경로를 통해 벤더(Vendor, 중간도매상)에게 판매하고 벤더들이 자동차사, 건설사 등에 직접 납품하는 상품은, ① 수요처(자동차사 등)가 제반 비용을 고려하여

2. 차별화제품 내지 특수규격제품

(1) 판례의 태도

합성수지 제품의 경우 같은 제품이라도 품질등급별 규격이 다양해 세부적으로 구분되는 경우가 많으며, 제품규격별로 용도가 다른 경우도 많이 찾아볼 수 있다. 한편, 합성수지 제품의 개별가격은 각 제품별, 용도별 범용규격 중심으로 대표 Grade에 대한 협의가격이 결정되면 이를 기초로 각 회사별로 생산원가 상승분, 제품의 인지도, 제품의 경쟁도 등을 반영하여 결정되는 것이 일반적이다. 이 같은 합성수지 제품의 특성으로 인하여 동 사건에서 각 사업자들은 차별화제품을 관련상품에서 제외하여야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 PP담합사건의 원고 에스케이에너지에 대한 판결에서 이 사건 차별화제품들의 상당수는 원고가 수요처의 요청에 따라 공동 또는 단독으로 제품을 개발하여 독점적으로 생산·공급하는 제품들로 볼 여지가 충분히 있으므로, 원심으로서 원고가 수요처의 요청에 따라 공동 또는 단독으로 이 사건 차별화제품들을 개발하여 독점적으로 생산·공급하였던 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 겪었다거나 그 대체재를 생산·판매하는 데 지장을 받았는지 여부 등에 대하여 심리를 한 다음 이를 바탕으로 이 사건 차별화제품들이 과징금 산정의 기준이 되는 관련상품에 포함되는지 여부를 판단하였어야 할 것이라고 판시하였다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두12631 판결). 즉, 공정위가 합의의 대상에 해당하지 않는 차별화제품을

납품가격을 결정하여 벤더에게 통보 → ② 벤더는 수요처의 지정가격을 기준으로 볼트, 너트 제조사와 가격협상 → ③ 볼트, 너트 제조사는 납품가를 대부분 수용함으로써 거래가 이루어진다는 점에서, 이러한 거래방식은 사실상 직납 유통경로의 거래방식과 거의 동일하므로, 이 사건 공동행위로 인한 영향을 받았다고 보기 어려운 점을 고려하여 관련상품에서 제외한다.

셋째, 피심인들 중 3개사가 시판 유통경로를 통해 판매하는 상품 중, 거래처의 납품요청에 따라 자사에서 취급하지 않는 제품 등을 타제조업체로부터 구매하여 재판매하는 경우, 판매가격은 구매가격에 일정 비율의 마진(보통 10%)을 더하여 결정된다는 점에서, 이러한 구매방식은 피심인들이 거래처의 편의를 위해 행한 것으로서 합의된 가격으로부터 영향을 받을 소지가 적다고 판단되므로 관련상품에서 제외한다.』

관련상품에 포함시키기 위해서는 범용제품에 대한 담합으로 인하여 당해 차별화제품 시장에서의 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다는 점을 입증해야 할 것이다.²¹⁾

구체적으로, 법원은 LDPE·LLDPE 담합사건의 원고 삼성종합화학·삼성토탈에 대한 판결에서 LDPE·LLDPE 제조 7개사들의 가격 합의의 내용, 원고들이 수입대체 효과를 가져오기 위하여 신제품으로 개발하여 타 석유화학사들의 경쟁제품이 존재하지 아니하는 이 사건 보호필름의 특수성, 독자적인 가격결정방식, 가격변동요인, 제조·판매현황 등을 감안할 때, 원고들이 단독으로 생산하여 공급한 보호필름은 원고들의 LDPE 가격 합의와 관련이 있는 상품이라고 보기 어렵다고 판단하였다(서울고등법원 2010. 10. 27. 선고 2008누23001 판결). 동 사건에서 피고는 필름용 LDPE의 범용규격제품과 이 사건 보호필름과 같은 특수규격제품이 모두 동일한 생산설비에 의하여 생산된다는 점, 추가되는 공정에 따라 원가 차이만 존재한다는 점 등을 근거로 범용규격제품 합의의 직접적 또는 간접적 영향을 받았다고 보아야 한다고 주장하였지만, 원심은 피고의 주장을 배척하면서 그러한 사정만으로 결론이 달라지는 것은 아니라고 판시하였고, 대법원 또한 원심의 결론을 지지하였다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010두27110 판결).

다만, 대법원은 LDPE·LLDPE 담합사건의 원고 엘지화학에 대한 판결에서는 관련 증거에 의하여 특정 제품이 특정 회사가 단독으로 제조·판매하는 제품으로서 다른 제품으로 대체가능성이 없어 수요처와의 계약에 따라 독자적으로 가격이 결정되었다는 사정이 인정되는 등 당해 상품이 부당공동행위의 대상인 상품과 완전하게 차별화된 상품으로 밝혀진 경우 관련매출액에서 제외되지만, 일견 차별성이 있다고 보이는 제품일지라도 제품의 차별화 정도

21) 대법원은 PP 담합사건에서 원고 효성에 대하여 원고가 수요자와 공동으로 개발하여 독점적으로 생산·공급한 제품들의 경우 이 사건 가격 담합의 대상에 포함되지 않았으므로 위 제품들을 관련 상품에 포함하기 위해서는 이 사건 가격담합으로 인하여 다른 경쟁사업자들이 이들 제품시장에 새로이 진입하는 데에 장애를 겪었거나 위 제품들의 대체재를 생산·판매하는 데 지장을 받았다는 등 이들 제품시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다는 점을 피고가 입증하여야 할 것인데, 피고가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하다고 판시하였다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두270 판결).

가 위와 같은 정도에 이르지 아니하여 제한된 범위에서라도 경쟁 사업자가 동일 또는 상당히 유사한 제품을 제조·판매하거나 부당한 공동행위에 이른 당사자의 의사 및 합의 내용에 비추어 볼 때 기본 상품에 관한 합의가 차별화된 제품에까지 미친다고 봄이 상당한 경우 관련매출액에 포함된다는 전제 하에, ① 대응하는 다른 유화사의 경쟁 제품이 존재하는 제품군, ② 원고가 거래하였다고 주장하는 업체 이외에 여러 수요처에 공급해 온 제품군, ③ 국제가격에 일정 금액을 가산하여 가격이 결정되는 이른바 포물라(Formular) 방식을 취하는 제품군의 경우 관련매출액에 포함되며, ④ 일부 제품의 경우 원고가 단독 또는 수요처와 공동 개발하여 독점적으로 공급하는 제품으로 다른 유화사들이 제조하는 제품과는 제품의 특성·용도를 달리하는 차별화된 제품이라고 주장하나, 증거의 기재만으로는 위 제품들이 원고만이 단독으로 제조·판매하는 제품으로서 수요처와의 계약에 따라 독자적으로 가격이 결정되는 완전하게 차별화된 제품이라는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 관련매출액에 포함되지 않는다고 판시하였다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결). 아래 3.항에서 살펴보는 바와 같이 ③ 포물라 방식에 따라 가격이 결정되는 제품은 관련상품에서 제외된다고 봄이 타당하며, ②와 관련하여 원고가 단독으로 생산한 제품이라면 설령 여러 수요처에 공급하였다고 하더라도 당해 상품은 관련상품에서 제외될 수 있을 것이다.

(2) 검 토

사업자별 특성, 제품별 특성 등에 따라 수많은 차별화제품이 존재할 수 있으므로, 부당한 공동행위의 내용에 포함된 상품 또는 용역의 종류와 성질, 용도 및 대체가능성과 거래지역·거래상대방·거래단계 등을 종합적으로 고려하여 개별적·구체적으로 판단하는 것이 타당하다.

본건 합성수지 담합사건에서 대법원이 대략적인 기준을 제시하였지만, 원심의 사실인정 차이로 인하여 유사한 사실관계 하에서도 결론이 달리 도출될 수도 있을 것으로 보인다. 즉, 차별화제품 관련 사실관계가 유사하였음에도

불구하고, 앞서 살펴본 바와 같이 특정 판결에서는 상당히 완화된 기준을 적용하여 관련상품에서 제외된다고 판단하였던 반면 일부 판결에서는 비교적 엄격한 기준을 적용하면서 관련상품에 포함된다고 판단하였던 것이다.

여러 판결의 태도를 종합할 때, 제조업자가 수요처의 요청에 따라 단독으로 또는 수요처와 공동으로 제품을 개발하여 독점적으로 생산·공급하는 제품의 경우 제조업자와 수요처 사이의 개별협상에 따라 가격을 결정할 가능성이 높으며, 이 같은 제품이 관련상품에서 제외된다는 점에는 별다른 의문이 없는 것으로 판단된다. 하지만 합성수지 제품을 포함하여 거래계에 존재하는 차별화제품 가운데에는 이 같은 명백한 차별화제품은 찾아보기 어렵고, 오히려 범용규격제품 가격담합의 영향을 받는지 여부가 모호한 경우가 일반적이다. 이처럼 범용규격제품 가격 내지 기준가격 담합의 영향을 받는지 여부가 모호한 사안에서는 ① 가격결정방식(즉, 수요처와의 개별협상에 따라 가격이 결정되는지 또는 범용규격제품 가격 내지 기준가격으로부터 가감하여 가격이 결정되는지 여부), ② 독자적인 제품개발 여부(즉, 제조업자가 당해 제품의 성분 또는 제조공정과 관련된 특허를 보유하는 등 독자적으로 생산하였는지 여부), ③ 단독생산 여부(즉, 제조업자가 단독으로 당해 제품을 생산하고 있는지 또는 여러 제조업자들이 당해 제품 또는 그와 대체가능한 제품을 생산하고 있는지 여부), ④ 차별성의 정도(즉, 차별화제품과 범용규격제품 등의 주된 원료·공정·설비 등이 대부분 동일한지 또는 이들 사이에 상당한 차이가 존재하는지 여부), ⑤ 가격변동 추이(즉, 공동행위 기간 동안 범용규격제품 등의 가격변동 추이와 차별화제품의 가격변동 추이가 유사한 정도) 등을 종합적으로 고려하여 당해 차별화제품이 관련상품에 포함되는지 여부를 결정하여야 할 것이다.²²⁾

22) 따라서, 사업자가 일부 차별화제품들을 관련상품에서 제외시키기 위해서는 ① 내지 ⑤의 사항들을 충실히 입증하여야 할 것이다. 대법원도 일부 판결에서 원고가 제시한 증거들만으로는 원고가 당해 제품을 생산하여 거래처에 판매하였다는 사실을 인정할 수 있을지는 몰라도 더 나아가 당해 제품들이 원고만이 단독으로 생산하는 제품이어서 담합의 대상이 아님을 인정하기는 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였고(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결), 같은 사건의 원심은 원고의 주장이 인정되려면 제품 구입처의 확인서, 다른 회사의 판매자료와의 비교, 제품의 특성에 대한 증거자료 등이 제출되어야 할 것이라고 판시하였다(서울고등법원 2009. 7. 22. 선고 2008누23537 판결).

3. 포물라 방식으로 거래되는 제품

포물라 방식은 합성수지 제품에 대한 국제 시장조사기관인 ICIS (International Chemical Information Service) 또는 Platts가 자체적으로 조사하여 발표하는 극동아시아 지역의 가격을 참고가격으로 하여 수요처와 개별협상을 통해 ‘ $\pm\alpha$ ’의 형태로 합성수지 가격을 산정하는 방식이다. 대법원은 포물라 방식으로 가격을 결정하는 제품이 합의의 대상에 포함된다고 보기 어려우므로, 원칙적으로 공정위가 담합이 포물라 방식에 따른 제품의 가격 결정에 영향을 미쳤음을 입증하지 못한다면, 당해 제품은 관련상품에 포함된다고 보기 어려울 것이라고 판시하였다(서울고등법원 2008. 11. 20. 선고 2008누1148 판결 및 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두23160 판결 등).²³⁾

특히 PP담합사건 및 HDPE담합사건의 원고 에스케이에너지에 대한 판결에서 원심은 포물라 방식에 의한 합성수지제품의 최종 판매가격을 책정하는 과정에서도 담합의 대상인 범용제품의 가격변동이 충분히 영향을 미쳤을 것이라는 이유로 포물라 방식에 따른 제품도 관련상품에 포함된다고 판단하였다(서울고등법원 2009. 6. 11. 선고 2008누1759 판결 및 서울고등법원 2009. 6. 11. 선고 2008누1766 판결). 하지만 대법원은 포물라 방식에 따른 경우 참고가격만이 가격결정에 영향을 줄 수 있는 변수일 뿐 합성수지 범용제품에 관하여 한 이 사건 담합이 포물라 방식에 의한 가격결정에 영향을 줄 수 있는 변수가 될 수 없다고 전제하면서 “원심으로서 원고가 수요처와 거래에서 포물라 방식에 따라 가격을 결정한 제품으로는 어떤 것들이 있었는지, 원고가 수요처와 거래를 함에 있어 포물라 방식 외에 가격결정에 영향을 미칠 수 있는 추가적인 변수가 있었는지, 이 사건 가격담합으로 인하여 이 사건 포물라 방식에 따

23) 한편, PP담합사건에서 원고 효성이 제기한 소송에서 원심은 포물라 방식으로 거래되는 제품 또는 연간 고정가격 방식으로 거래되는 제품이라 하더라도 사업자들이 범용제품의 기준가격을 합의한 본건 담합으로 인하여 이들 제품시장에서 경쟁이 제한되는 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다고 보아야 할 것이며, 따라서 이들 제품의 매출을 관련매출액에서 제외할 수 없다고 판시하였다(서울고등법원 2008. 11. 19. 선고 2008두1506 판결). 하지만 동 판결이 과징금 납부명령의 전부 취소를 명하였기 때문에 대법원은 원고의 상고를 각하하였고, 이러한 쟁점에 관하여 판단하지 아니하였다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두270 판결).

른 제품들 시장에 다른 경쟁자들이 진입하는 데 장애를 겪었다거나 그 대체재를 생산·판매하는 데 지장을 받았는지 여부 등에 대하여 심리를 한 다음 이를 바탕으로 이 사건 포물라 방식에 따른 제품들이 과징금 산정의 기준이 되는 관련상품에 포함되는지 여부를 판단하였어야 할 것이다”고 판시하면서 파기환송 판결을 선고하였다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두12631 판결 및 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두12280 판결). 법원의 이 같은 태도는 타당한 것으로 판단되며, 이는 포물라 방식에 따라 가격이 결정되는 합성수지 제품 외에도 원자재 가격과 절대적으로 연동되어 가격이 정해지는 제품에 대하여도 마찬가지로 봄이 타당하다.

4. 불량품

본건 합성수지 담합사건에 개입된 대부분의 사업자들은 불량품(Off-Spec)이 그 종류나 거래처의 수요가 다양하여 개별 불량품에 대한 각 거래처와의 개별적 합의에 따라 가격이 결정되므로 공동행위로부터 영향을 받지 않았다고 주장하였다. 하지만 원심은 불량품은 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 결정되므로 관련매출액에 포함시킨 것은 정당하다고 판시하였고(서울고등법원 2008누1131 판결 등 다수), 대법원은 명시적으로 판시하지 않았으나 고등법원 판결을 지지하였다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두3767 판결 등). 1995. 4. 1. 공정거래법 시행령 개정을 통해 ‘품질불량, 파손 등으로 인한 공제액’을 매출액에서 제외하도록 한 규정이 삭제되었다는 점,²⁴⁾²⁵⁾ 불량품이라

24) 구 공정거래법 시행령(1995. 4. 1. 대통령령 제14566호로 개정되기 전의 것) 제34조는 다음과 같이 규정하고 있었으며, 대법원 또한 1995. 4. 1. 개정 전 시행령이 적용된 사건에서 “사업자가 다른 사업자와 공동으로 이른바 부당한 공동행위를 한 경우에 공정거래위원회는 그 사업자에 대하여 당해 위반행위 기간 동안의 매출액을 기준으로 산정한 과징금을 부과할 수 있고, 위 매출액은 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 대가의 합계액에서 품질불량·파손 등으로 대가의 일부가 공제될 경우의 공제액 등 소정의 금액을 공제한 금액으로 하여야 할 것이다”고 판시하였다(대법원 2003.

하더라도 정상제품 가격의 영향을 받는 것이 일반적인 점 등을 감안할 때, 불량품이라는 이유만으로 원칙적으로 관련상품에서 제외된다고 보기는 어려울 것이다. 하지만 불량품을 일률적으로 관련상품에 포함시키기보다는 정상제품을 기준으로 일정한 할인율을 적용하여 불량품 가격을 책정하는 경우인지 또는 수요처와의 협의에 따라 개별적으로 불량품 가격을 책정하는 경우인지에 따라 별개로 판단할 필요가 있다. 즉, 사업자가 틈새시장 수요처와의 협상에 따라 정상제품 가격과 무관하게 불량품 가격이 형성됨을 입증한다면 불량품도 관련상품에서 제외할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

5. 계열회사 판매분

원고 삼성종합화학·삼성토탈은 원고들의 계열사인 삼성전자와의 거래는 공동행위의 합의 대상에서 아예 제외되었고, 실제로도 담합 가격과는 무관한 가격으로 거래가 이루어졌으므로 관련매출액에서 제외되어야 한다고 주장하였다. 하지만 원심은 삼성전자가 원고들의 계열사라 하더라도 원고들이 아닌 다른 회사들로부터 합성수지 제품을 공급받을 가능성이 존재하는 이상, 삼성전자에 대한 공급 가격은 시장에서 형성되는 가격의 영향을 받을 것으로 봄이 상당하다고 판시하면서 원고의 주장을 배척하였으며(서울고등법원 2008. 12. 4. 선고 2008누1513 판결), 대법원도 별다른 판시 없이 상고를 기각하였다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2009두263 판결). 이처럼 법원과 공정위²⁶⁾는 계열회사와의 거래라는 이유만으로는 관련상품에서 제외할 수 없다고 판시하는 것이 일반적이다. 다만, 공정위는 11개 초박막액정표시장치(TFT-LCD) 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건에서는 피심인 삼성전자의 내부거래분

1. 10. 선고 2010두10387 판결).

제34조 (매출액의 산정방법) 법 제22조 제2항의 규정에 의한 매출액은 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 대가의 합계액 중 다음 각 호의 금액을 공제한 금액으로 한다.

1. 품질불량, 파손 등으로 대가의 일부가 공제될 경우 그 공제액

25) 이완희, 부당한 공동행위에 대한 관련매출액의 산정기준, 법원도서관, 대법원 판례해설 2011년 상반기 특별판, 622면.

26) 공정위 2011. 9. 16. 의결 제2011-161호.

및 피심인 엘지필립스엘시디의 계열회사인 엘지전자 등 판매분도 합의의 대상에 포함되지만 외부판매분에 비하여 당해 공동행위의 영향을 제한적으로 받을 가능성이 높으므로 상대적으로 위반행위가 시장에 미치는 효과가 크지 않다고 전제하면서 임의적 조정과징금의 30%를 감경하였다(공정위 2011. 12. 1. 의결 제2011-212호).

공정거래법령 또는 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(이하 “과징금고시”) 등에 내부거래 또는 계열회사와의 거래를 통해 발생한 매출액을 관련매출액에서 제외하는 별다른 규정이 없다. 따라서, 합의의 대상에 포함된 경우는 물론 합의의 대상에 포함되지 아니한 경우에도 내부거래분 또는 계열회사 판매분이 범용제품의 가격 또는 기준가격 합의의 영향을 받을 가능성이 높다고 판단된다. 하지만 이 경우에도 사업자가 내부거래분 또는 계열회사 판매분이 관련상품에서 제외된다고 주장하면서 앞서 언급한 가격결정방식, 독자적인 제품개발 여부, 단독생산 여부, 차별성의 정도, 가격변동 추이 등에 관한 자료를 충실히 제출한다면 관련상품에서 제외될 수 있을 것으로 판단된다.

6. 단종제품 관련

원고 한화석유화학이 생산한 일부 제품이 2001. 12.까지 판매가 이루어지다가 단종된 가운데, 원고는 관련매출액은 합의의 영향을 받은 매출액이어야 하는데 공정위 처분일로부터 5년 전에 단종된 제품은 그때 이후로는 합의의 영향을 받은 바 없다는 전제 하에 단종된 제품에 관한 공동행위는 처분시효가 도과하였으므로 관련매출액에서 제외되어야 한다고 주장하였다. 하지만 원심은 공정위의 원고에 대한 시정명령 및 과징금납부명령이 1994. 4. 28.부터 2005. 4. 30.까지의 하나의 부당한 공동행위에 대한 것이므로 그 기간 동안 합의의 대상이 되었다면 당연히 관련매출액에 포함되어야 하며 품목별로 처분시효를 판단할 수는 없다는 근거 하에 원고의 청구를 배척하였고(서울고등법원 2009. 7. 22. 선고 2008누23537 판결), 대법원 역시 원심의 판단을 지지하였다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결). 공정거래법 제22조, 동법 시행

령 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표2]의 각 규정과 대법원의 기존 판례의 태도²⁷⁾ 및 본건 사업자들이 행한 일련의 합의는 가격에 관한 동일한 성격의 합의가 지속적으로 유지된 것이므로 위반기간 중의 행위는 전체적으로 하나의 공동행위라는 점 등을 감안하면 대법원의 판시가 타당한 것으로 생각된다.

7. 위탁판매

위탁판매는 수탁자가 위탁자의 계산으로 자기 명의로서 상품 또는 용역을 판매하고 그 법적 효과는 위탁자에게 귀속하는 법률행위를 의미한다. PP담합 사건 및 HDPE 담합사건에서 원고 엘지화학과 원고 대한유화공업은 기업회계기준상 위탁판매에 있어 수탁자에 대해서는 위탁판매수수료만이 매출액으로 계상되는 점,²⁸⁾ 부당이득 환수가 과징금의 본질이라는 점²⁹⁾ 등을 근거로 수탁자가 수취한 위탁수수료를 기준으로 관련매출액을 산정하여야 한다고 주장하였다.³⁰⁾ 이에 대하여 법원은 ① 구 과징금고시에 의하면 관련매출액은

27) 대법원은 영화 배급·상영업자 담합사건에서 “과징금 산정의 기준이 되는 매출액을 산정하면서 그 전제가 되는 부당한 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 범위는 부당한 공동행위를 한 사업자 간의 합의의 내용에 포함된 상품 또는 용역의 종류, 성질, 용도 및 대체가능성과 거래지역, 거래 상대방, 거래단계 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다”고 전제하면서, 공정위가 위반기간을 2007. 3. 12.부터 2007. 7. 25.까지로 하여 관련매출액을 산정하면서 2007. 7. 25. 이후까지 상영된 일부 영화들에 대하여 위반행위 기간 이후의 매출액까지 과징금 산정의 기준이 되는 매출액에 산입한 것은 위법하다고 판시하였다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두11485 판결).

28) 원고는 (i) 공정거래법 시행령 제61조 제1항 관련 [별표2] 제2호 (가)목 비고에 “..매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 범위는 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다”고 규정되어 있다는 점, (ii) 과징금 부과 시 관련매출액의 산정 및 위반행위의 중대성 판단에 관한 운영지침 Ⅲ. 1. 다. (2)항 또한 “위반사업자의 회계자료 등에 상품 또는 용역의 대가 합계액이 ‘매출액’으로 기재된 경우라도, 위·수탁거래, 특정매입거래 등과 같이 위반사업자의 거래관계와 거래현황을 볼 때, 관련상품의 매출액을 회계자료 등에 기초한 매출액으로 산정하는 것이 불합리한 경우에는 수수료 수입, 신탁보수 등의 수익을 기초로 관련상품의 매출액을 산정할 수 있다”고 규정되어 있다는 점 등을 근거로 제시하였다.

29) 원고들은 구체적으로 공정거래법상 과징금은 기본적으로 불법적인 경제적 이익 박탈을 위해 부과되는 것이라는 전제 하에, 담합에 참여한 사업자가 제3자로부터 제품판매를 위탁받아 당해 제품을 판매하고 제3자로부터 제품판매금액의 일정 비율의 판매대행수수료를 수취하는 경우 당해 수탁 판매사업자가 얻는 이득은 제품판매금액이 일정 부분 인상됨으로써 자신의 판매대행수수료가 일정 부분 인상된 금액이므로 수수료를 기준을 관련매출액을 산정하여야 할 것이라고 주장하였다.

30) 그 외에도 원고 엘지화학은 위탁자와 수탁자 간의 판매대행계약에 따르면, 합성수지 제품가격의 결정권은 위탁자에게 있고 수탁자는 단지 사전협의에 수동적으로 참여하여 의견을 개진하는 정도에 불과하였으며 수탁자는 판매대금을 수취하는 즉시 이를 위탁자에 입금하고 단지 판매대행수수료만 지급받기로 약정한 것이라는 점에 비추어 보더라도 위탁판매수수료를 기준으로 관련매출액을

위반사업자가 위반기간 동안 ‘판매 또는 매입한’ 관련상품의 매출액 또는 이에 준하는 매출액을 의미하므로, 위탁판매의 경우에도 원칙적으로 관련매출액은 위탁판매수수료가 아니라 위반사업자의 위탁판매대금으로 보아야 하는 점, ② 이 사건 공동행위의 대상은 LDPE 및 LLDPE 제품의 (위탁판매수수료가 아니라) 판매가격을 대상으로 한 것인 점, ③ 부당한 공동행위에 참여한 사업자 중 일부가 위탁판매를 한 경우 그 사업자에 대해서만 위탁판매대금이 아니라 위탁판매수수료를 관련매출액으로 보고 이를 기준으로 과징금을 산정하면 타 사업자와 형평에 반하는 점, ④ 구 과징금고시는 관련상품의 범위를 정함에 있어 소비자의 피해도 참작하도록 정하고 있는바,³¹⁾ 위탁판매라 하여 직접 판매에 비하여 소비자의 피해가 덜하다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 위탁판매와 관련하여도 위탁판매수수료가 아니라 그 매출액 전체를 관련매출액으로 산정하는 것이 타당하다고 판시하였으며(HDPE : 서울고등법원 2008. 9. 24. 선고 2008누1797 판결), 대법원은 이 같은 원심의 판단이 타당하다고 판시하였다.

비록 대법원이 위탁판매의 경우 위탁판매대금을 기준으로 관련매출액을 산정한 공정위의 처분이 위법하다고 보기 어렵다고 판시하였지만, 본건에서 수탁자 또한 부당한 공동행위에 참여한 사업자였다는 점이 중요하게 고려되었다는 점 및 과징금 부과 시 부당이득을 고려하지 않을 경우 재량권의 일탈·남용에 해당될 가능성이 있다는 점 등을 감안할 때, 구체적인 사안에 따라 결론을 달리 함이 타당한 것으로 생각된다. 이와 관련하여, 공정거래법 제6조 및 동법 시행령 제9조의2에서는 상품 또는 용역의 대가의 합계액을 재무제표 등에서 영업수익 등으로 기재하는 사업자에 대하여는 매출액이 아닌 영업수익을 기준으로 관련매출액을 산정하도록 규정하고 있으며, 공정위 또한 용인시 동백택지개발지구내 공동주택 분양 10개 건설사업자의 부당한 공동

산정하여야 한다고 주장하였다.

31) 위 (1)에 의하여 관련상품의 범위를 정하기 곤란한 경우에는 당해 위반행위로 인하여 직접 발생하였거나 발생할 우려가 현저하게 된 다른 사업자(사업자단체를 포함한다. 이하 같다)의 피해와 연관된 상품을, 다른 사업자의 직접적 피해가 없는 경우에는 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품을 관련상품으로 볼 수 있다(과징금고시 Ⅱ. 5. 나. (2)). 2012. 8. 20. 개정된 과징금고시에도 동일하게 규정되어 있다.

행위에 대한 건에서는 피심인 한국토지신탁에 대하여는 상품 또는 용역의 대가의 합계액을 재무제표 등에서 영업수익 등으로 기재하는 사업자에 해당한다는 점, 부동산신탁회사회계처리기준 및 한국토지공사와 한국토지신탁의 신탁계약에 의하여 이 사건 분양과 관련한 한국토지신탁의 수입은 신탁보수라는 점 등을 근거로 용인동백택지개발지구내 아파트 분양과 관련된 신탁보수가 관련매출액이라고 판단한 사실이 있다(공정위 2004. 7. 31. 의결 제2004-236호).³²⁾ 최근 법원이 소주 담합사건 등과 관련된 일부 판결에서 사업자들의 직접적 이익의 규모와 부과된 과징금이 상호균형을 이루지 못하고 있다고 보아 공정위의 과징금 부과처분이 재량권을 일탈·남용하였다고 판시하였음을 감안할 때, 과징금을 합리적으로 산정하기 위해서는 위탁판매를 주된 업으로 하는 사업자에 대하여는 위탁판매수수료를 기준으로 과징금을 산정하도록 규정하거나 적어도 부과과징금 산정 단계 등에서 위탁판매분에 대한 과징금을 감경할 수 있도록 규정함이 타당할 것이다.

8. 폐기물부담금

본건 합성수지 담합사건에서 여러 사업자들은 (i) 부가가치세와 같은 간접세는 매출액에서 제외되는데, 폐기물부담금도 재화 또는 용역의 제공과 관계 없이 부과되는 준조세의 성격을 가지며, (ii) 과징금은 제재적 성격이 있는 불이익 처분으로 엄격하게 해석되어야 하고, (iii) 폐기물부담금은 부당공동행위로 얻은 경제적 이익과는 관련이 없다는 점 등을 감안할 때, 과징금 산정에서 폐기물부담금을 공제해야 한다고 주장하였다. 이에 관하여 원심 판결이 대립되었지만,³³⁾ 대법원은 원고 대한유화공업의 PP·HDPE 담합사건 판결을 통

32) 다만, 동 사건에서 공정위는 분양가 총액을 관련매출액으로 산정한 다른 피심인들에 비하여 한국토지신탁의 과징금액이 상대적으로 적게 된 점을 감안하여 다른 피심인들의 과징금 부과율(3%)과 달리 5%의 부과율을 적용하였고, 나머지 피심인들에 대하여 공정거래법 제19조 제5항의 추정규정을 적용한 점, 피심인들의 부당한 공동행위가 처음이라는 점 등의 사정을 고려하여 직전 3개년도 평균매출액의 5%를 초과하지 않는 범위 내에서 산출된 금액의 50%를 감경하였음에도 불구하고 한국토지신탁에는 이 같은 감경을 적용하지 아니하였다.

33) 원고 대한유화공업의 PP·HDPE 담합사건 판결에서 원심은 ① 기업이 소비자로부터 일시적으로 수취하여 보관하였다가 세무서에 납부하는 부가가치세 등의 간접세는 기업회계상 매출액에 포

해 이 같은 주장을 배척하였다. 즉, 대법원은 “공정거래법 제22조, 같은 법 시행령 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표2]의 규정에 의하면, 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대한 과징금 산정의 전제가 되는 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 범위는 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단하도록 되어 있는바, 폐기물부담금은 폐기물의 발생을 억제하고 자원의 낭비를 방지하기 위하여 폐기물을 발생시키는 합성수지 등의 제조업자 및 수입업자에게 부과하는 것이어서 원인자부담금의 성격을 갖는 것이고, 기업회계상으로도 통상 판매비와 관리비 계정의 제세공과금에 해당하여 매출액에 포함되어 있으므로, 이를 부당한 공동행위를 한 사업자에 대한 과징금 산정의 전제가 되는 매출액에서 제외할 것은 아니라고 판시하였다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두355 판결). 관련매출액 제외 여부를 판단함에 있어서는 주로 부담금이 생산활동에 수반되는 정당한 비용이라고 볼 것인지, 또는 최종 부담주체는 최종 소비자인데 수납의 편의상 기업에 부과하는 것으로 볼 것인지가 문제될 것이다. 그런데 폐기물부담금이 기업회계상 비용으로 계상된다는 점, 헌법재판소 또한 폐기물부담금이 폐기물의 발생을 억제하고 자원의 낭비를 막기 위하여 그 원인 제공자인 제조업자에게 매년 부과되는 돈이라고 판시하였다는 점³⁴⁾ 등을 감안할 때, 폐기물부담금은

함되지 않고 예수금의 일종으로서 유동부채계정으로 분류되어 기재되는 것이 일반적이라는 점, ② 구 공정거래법 시행령 제4조 제1항도 원칙적으로 상품 또는 용역에 대한 간접세는 매출액에서 제외하고 있는 것으로 보이는 점, ③ 구 자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률 제19조, 같은 법 시행령 제18조 [별표2] 등에 의한 부과방식이 부가가치세와 별다른 차이가 없는 점, ④ 2002. 2. 4. 개정된 자원재활용법에 따르면 폐기물부담금의 부담주체가 종전의 합성수지제품 제조업자 등으로부터 플라스틱제품 제조업자 등으로 변경되었는바, 이에 비추어 보면 폐기물부담금은 합성수지제품의 최종소비자들이 부담해야 하는 소비세 성격의 준조세로서, 당초 그 징수의 편의상 합성수지제품 제조업자 등으로 하여금 최종 소비자를 대신하여 우선 납부하게 한 뒤 이를 사후적으로 합성수지제품에 대한 가격에 부가하여 회수하도록 한 것으로 보이는 점 등을 근거로 제시하면서 폐기물부담금을 관련매출액에서 제외하였고(서울고등법원 2008. 11. 19. 선고 2008누1773 판결), 원고 엘지화학의 HDPE 담합사건 판결의 원심 또한 유사한 취지로 판시하였다(서울고등법원 2008. 9. 24. 선고 2008누1797 판결). 반면 원고 지에스칼텍스의 PP 담합사건 판결 원심은 ① 원고의 회계자료에 의할 때 폐기물부담금은 유동부채에 계상되어 있는 것이 아니라 제세금과 함께 경비항목에 계상되어 있고, ② 폐기물부담금은 폐기물의 발생을 억제하고 자원의 낭비를 막기 위하여 그 원인 제공자인 제조업자에게 매년 부과되는 돈이므로 기업이 소비자로부터 일시적으로 수취하여 보관하였다가 세무서에 납부하는 부가가치세 등의 간접세와는 그 성격을 달리한다는 점 등을 근거로 폐기물부담금을 관련매출액에 포함하였으며(서울고등법원 2008. 11. 20. 선고 2008누1148 판결), 원고 삼성종합화학·삼성토탈의 PP, HDPE 담합사건 관련 판결 원심 또한 유사한 취지로 판시하였다(서울고등법원 2008. 12. 4. 선고 2008누1513 판결).

정당한 비용이라 할 것이며, 관련매출액에 포함시킨 대법원의 태도가 타당한 것으로 판단된다.

Ⅲ. 자진신고 관련 쟁점의 검토

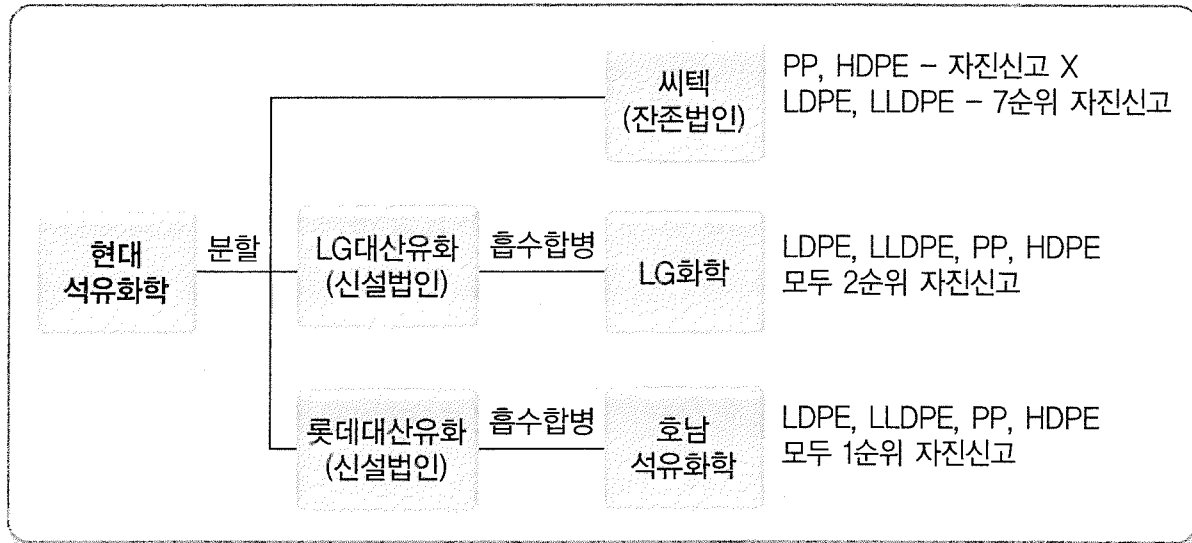
1. 대리 또는 대행에 의한 감면신청 허용 여부

대리 내지 대행에 의한 감면신청을 허용함으로써 자진신고자 등의 범위를 확대할 것인지 여부가 문제된다. 공동감면신청 제도가 도입되기 이전에 특히 문제되었지만, 공동감면신청 도입 이후에도 허용 여부 및 그 실익이 문제될 수 있는바, 이에 관하여는 뒤에서 언급하기로 한다.

LDPE, LLDPE 담합사건 관련 현대석유화학의 잔존법인인 원고 씨텍에 대한 판결에서 대리 내지 대행에 의한 신고가 문제되었다. 현대석유화학은 1988년부터 합성수지를 제조·판매하기 시작하였으나, 경영악화로 채권단이 매각절차에 들어가 호남석유화학과 엘지화학의 컨소시엄이 2003. 6. 26. 현대석유화학을 인수하였고, 그 후 공정위의 사업분할 명령으로 2005. 1. 1. 공장 1단지는 신설법인 엘지대산유화로, 공장 2단지는 신설법인 롯데대산유화로 각 분할되었으며, 2005. 1. 3. 남아있는 현대석유화학은 씨텍으로 상호를 변경하여 시설관리회사로 사업목적을 변경하였다. 엘지대산유화는 2006. 1. 1. 엘지화학에 흡수합병되었다. 이 같은 과정은 다음 [그림1]에 나타난 바와 같다.

34) 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2005헌바48,64 결정.

〈그림 1〉 일부 사업자간 분할·합병 관계



동 사건에서 원고 씨텍은, 호남석유화학과 엘지화학이 씨텍의 지분을 50%씩 소유하고 있을 뿐만 아니라 씨텍의 전신인 구 현대석유화학에서 분할된 롯데대산유화와 엘지대산유화를 각 흡수합병하였으므로, 호남석유화학(1순위)과 엘지화학(2순위)의 자진신고는 경제적 동일체 관계에 있는 모회사가 대표로 자진신고를 한 경우에 해당하거나 또는 분할된 신설회사를 합병한 회사로서 분할 전 부당한 공동행위를 자진신고한 경우에 해당하므로 자회사이자 잔존회사인 원고에게도 자진신고의 효과가 당연히 미친다고 보거나 대위에 의한 자진신고로 인정하여야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 원심은 ① 공정거래법 및 시행령에 신고 및 증거제공 등의 방식에 대하여 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 자진신고, 조사협조 행위를 반드시 본인이 직접 하여야 하는 것은 아니며 대리나 대행의 방식을 취하는 것도 허용된다는 점, ② 감면신청서 기재 내용에 의하면 호남석유화학은 자신의 2003. 10. 경부터의 부당한 공동행위뿐만 아니라 자신이 엘지화학과 공동으로 지분을 인수하기 이전에 구 현대석유화학이 행한 부당한 공동행위에 대해서도 신고한 것으로 보아야 한다는 점(즉, 구 현대석유화학의 행위를 기재하고 그 관련서류도 제출한 것으로 판단하였음), ③ 호남석유화학은 현재도 씨텍의 지분 50%를 소유하고 있는 주주회사이므로 씨텍이 과징금을 납부하게 되면 그 경제적 손해는 결국

호남석유화학의 손해로 귀착되기 때문에, 자신에 대한 과징금뿐 아니라 씨텍에 대한 과징금도 감면받을 목적으로 자진신고할 필요성이 충분하였다는 점(즉, 자진신고 의사를 추정함이 합리적), ④ 생산 및 영업조직이 전혀 없게 된 씨텍으로서는 공동행위를 입증할 자료를 가지고 있지 아니하였을 것으로 보이고 분할로 신설된 법인을 합병한 호남석유화학이 상대적으로 공동행위를 입증할 자료를 제출하기 더 용이하였을 것으로 보인다는 점(즉, 잔존법인의 현실적 어려움 감안) 등을 종합하여 호남석유화학의 자진신고 효과가 원고 씨텍에게도 당연히 미친다거나 대위에 의한 자진신고로 인정하여야 한다고 판시하였다(서울고등법원 2009. 5. 13. 선고 2008누23773 판결).³⁵⁾ 대법원 또한 호남석유화학이 분할 전 현대석유화학의 부당공동행위에 대하여도 이를 신고하고 그 관련 서류를 제출한 사실 등을 인정한 다음, “호남석유화학의 그와 같은 행위는 분할 후 자신의 부당공동행위에 관한 자진신고인 동시에 분할 전 현대석유화학을 대리하여 그의 부당공동행위 내용을 자진신고한 경우에 해당한다”고 판시하였다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2009두8939 판결).³⁶⁾

35) 한편, 원고 씨텍은 엘지화학의 자진신고의 효과도 자신에게 당연히 미친다고 보거나 대위에 의한 자진신고로 인정하여야 한다고 주장하였다. 하지만 원심은 엘지화학이 제출한 감면신청서 및 확인서에 LDPE에 대해서는 엘지화학 자신이 직접 생산·판매한 1994. 4. 28.부터 2005. 4. 30.까지의 부당한 공동행위를, LLDPE에 대해서는 구 현대석유화학을 호남석유화학과 공동으로 인수한 이후 위탁판매행위를 한 2003. 10.부터 2005. 3.까지의 부당한 공동행위를 인정 공동행위로 기재한 사실, 구 현대석유화학에 대해서는 “당사는 구 현대석유화학을 인수하기 이전에는 LLDPE 제품을 생산 또는 판매한 바 없고, 2003년 10월부터 구 현대석유화학의 LLDPE 제품을 판매하기 시작하였으며”, “구 현대석유화학이 경영난으로 LDPE를 덤핑으로 판매하면서 경쟁사들 간에 저가 가격경쟁이 발생하여 업계 모임이 이루어지기 어려웠음”이라고만 기재한 사실에 비추어 보면 위 자진신고의 내용상 구 현대석유화학의 부당한 공동행위도 신고 대상으로 하였다고 볼 수 없으므로 자진신고의 효과가 당연히 원고에게 미친다고 보거나 대위에 의한 자진신고로 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다. 즉, 구체적인 감면신청서 기재 내용에 따라 자진신고의 효력 또는 대위 여부에 관하여 달리 판단하였다.

36) 한편, 마찬가지로 2010. 9. 9. 선고된 엘리베이터 담합사건 관련 대법원 2010두2548 판결 및 그 원심에서 원고 디와이홀딩스는 (i) 영업양도 과정에서 자산, 영업정보, 임직원이 모두 티센크루프로 옮겨갔기 때문에 디와이홀딩스가 직접 자진신고를 하는 것이 불가능하다는 점, (ii) 감면신청 당시 공동 감면신청이 불가능하였기 때문에 감면신청인 명의로는 티센크루프로 하였지만 그 내용에는 디와이홀딩스의 담합사실까지 모두 포함하여 신고하였다는 점, (iii) 디와이홀딩스에게는 자신의 부당한 공동행위 부분에 대한 티센크루프의 자진신고를 추인하는 명백한 의사가 존재한다는 점 등을 근거로 티센크루프의 감면신청의 효과가 원고에게도 당연히 미친다거나 대위에 의한 감면신청으로 인정하여야 한다고 주장하였다. 하지만 대법원은 ① 티센크루프가 자진신고 또는 조사협조 시 자신의 명의로 하였을 뿐 대리 또는 대행의 표시를 하지 아니한 점, ② 두 회사는 영업양도의 당사회사이지만 영업양도 전까지 2건의 부당한 공동행위에 함께 참여하였기 때문에 신고우선순위에 이해관계가 대립한다는 점, ③ 티센크루프가 영업을 양수하기 전 과징금은 디와이홀딩스가 책임지도록 계약서에 규

한편, HDPE 담합사건 및 PP 담합사건에서도 원고 씨텍은 구 현대석유화학의 분할 과정에서 존속하게 된 법인으로서 HDPE 담당 인력이 모두 분할 법인으로 전직하거나 퇴사하여 씨텍 명의로 감면신청을 할 수 없었고, 씨텍의 주식 50%씩을 소유하고 있는 호남석유화학과 엘지화학은 조사협조자의 지위를 인정받아 부과과징금의 100% 및 40%를 각 감면받았는바, 형평의 원칙상 주주 회사들의 자진신고자 지위를 씨텍이 승계하여야 한다고 주장하였다. 하지만 HDPE 담합사건의 원심은 원고 씨텍이 스스로 감면신청을 하는 것이 사실상 곤란하였다거나 원고의 주주회사들이 자진신고 및 감면신청을 하였다는 등의 사정은 위 주주회사들의 자진신고자로서의 지위를 원고가 승계할 수 있다고 볼 만한 법률적 근거가 될 수 없으며 원고는 공정위의 공동행위 조사가 완료된 이후에야 감면신청서를 제출하였고, 관련 자료를 보관하고 있지 않다는 이유로 구체적인 증거자료를 전혀 제출하지 않았음을 감안할 때 감면신청에 필요한 요건을 갖추지 못하였다고 판단하였다(서울고등법원 2009. 2. 5. 선고 2008누1803 판결). 이후 대법원은 이에 관하여 아무런 설시를 하지 아니한 가운데 과징금을 전부 취소한 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두4630 판결). PP 담합사건에서도 원심은 원고 씨텍은 2006. 6. 20.경 호남석유화학 및 엘지화학으로부터 면책청구통지서를 받았으므로 당시 피고가 PP가격담합에 대한 조사를 하고 있다는 사실 및 이에 따라 과징금이 부과될 수 있다는 사실을 잘 알고 있었다고 볼 수 있으며, 담당 직원이 퇴사하였다는 등의 사정만으로는 원고 씨텍이 주요 주주들의 자진신고자 지위를 승계한다고 볼 수는 없다고 판시하였다(서울고등법원 2008. 9. 24. 선고 2008누1810 판결). 대법원은 대리 내지 대행에 의한 감면신청 허용 여부에 관하여는 별다른 판단을 하지 아니한 가운데 과징금을 전부를 취소한 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두4630

정되어 있어 티센크루프는 별다른 이해관계가 없는 점, ④ 티센크루프가 디와이홀딩스를 실질적으로 지배하고 있거나 두 회사의 이해관계가 일치한다고 볼 자료가 없다는 점, ⑤ 본건 자진신고 또는 조사협조에 원고의 범위반행위에 관한 내용이 일부 포함되어 있다 하더라도 이는 자진신고자 또는 조사협조자로서 다른 공동행위자의 범위반사실을 일부 포함시킨 것으로 보인다는 점 등을 들어 티센크루프가 디와이홀딩스를 대리 또는 대행하여 자진신고 또는 조사협조하였다고 보기 어렵다고 판시하였다(위 대법원 2010두2548 판결 및 서울고등법원 2009. 12. 9. 선고 2009누2650 판결).

판결).

HDPE 담합사건, PP 담합사건의 경우 씨텍이 별도로 감면신청서를 제출하지 않았다는 점, 호남석유화학과 씨텍(구 현대석유화학)의 행위기간이 중복된다는 점, 호남석유화학의 감면신청 내용에 구 현대석유화학의 행위 내용이 포함된다고 볼 만한 명백한 증거가 없다는 점 등에서 LDPE, LLDPE 담합사건과 차이가 존재하였다. 비록 원심 및 대법원이 정면으로 판시하지 아니하였지만, 대리 또는 대행 신고에 의하여 자진신고의 효력이 승계되기 위해서는 원칙적인 단독신청의 예외를 인정하기 위한 엄격한 요건을 충족하여야 하며, 구체적으로는 실질적 지배관계의 존재 및 대리(대행)신고의사의 존재가 모두 인정되어야 할 것이다. 그런데 HDPE 담합사건과 PP 담합사건의 경우 LDPE, LLDPE 담합사건과 달리 ① 호남석유화학과 씨텍의 행위기간이 중복되어 공동신청 요건의 하나인 ‘실질적 지배관계’가 존재한다고 보기 어려운 점, ② 감면신청인의 명시적 대리(대행) 신고 의사가 존재한다고 보기 어렵다는 점 등에 비추어 볼 때, 대리 내지 대행 방식을 통한 감면신청을 부정한 법원의 결론이 타당한 것으로 판단된다.

한편, 공정위는 씨텍이 관련된 6개 스티렌모노머(이하 “SM”) 제조·판매사업자의 공동행위에 대한 건(공정위 2008. 7. 17. 의결 제2008-202호)에서 위반기간 동안 공동행위에 참여하지 아니한 엘지화학의 대위신청을 받아들인바 있다. 이미 언급한 바와 같이 2005. 1. 1. 구 현대석유화학의 분할로 구 현대석유화학의 SM 생산·영업조직 및 관련 자료가 이미 신설회사로 모두 이전되어 현대석유화학의 존속법인인 피심인 씨텍 단독으로 본건 공동행위에 대한 감면신청이 어려운 상황에서, 씨텍의 지분을 50% 보유한 엘지화학이 본건 공동행위 기간 중 SM을 생산·판매한 사실이 전혀 없음에도 불구하고,³⁷⁾ 씨텍을 대위하여 구 현대석유화학의 분할 전 공동행위에 대하여 감면신청을 하였다. 이와 관련하여 2008. 6. 16. 씨텍은 확인서를 통해 구 현대석유화학 직원이 본건 공동행위에 참여한 사실과 엘지화학의 감면신청서 및 진술서 등의

37) 엘지화학은 자신이 생산한 제품을 주로 자가소비로 사용하는 관계로 SM 담합사건에 참여하지 아니하였다(위 2008누23773 판결 참조).

제출은 자신을 대위해 이루어진 행위임을 인정하였고, 같은 날 엘지화학은 확인서를 통해 자신의 감면신청서 및 진술서 등의 제출은 씨텍을 대위하여 이루어진 행위임을 인정하였다.³⁸⁾

이상과 같은 판례 및 심결례 등을 종합할 때, 원칙적으로 감면신청은 단독으로 이루어져야 하며 다른 사업자의 행위에 대하여 감면신청을 하는 것은 부적법하지만, 적어도 당해 공동행위에 참여하지 않은 사업자 또는 공동신청이 허용되는 사업자의 경우(① 실질적 지배관계에 있는 계열회사이거나 ② 회사의 분할 또는 영업양도의 당사회사로서 동일한 기간 동안 담합에 참여하는 등 경쟁관계에 있지 않은 경우)에는 대리 내지 대행에 의한 감면신청을 허용한다면 부당한 공동행위의 억지라는 자진신고 감면제도의 취지를 살릴 수 있는 것으로 판단된다. 특히, 공동신청 도입 이후에도 공동신청 요건에 부합함에도 불구하고 신속성을 요하는 감면신청의 특성상 공동신청이 이루어지지 못하는 경우도 빈번하므로, 이 같은 경우 엄격한 요건 하에 대리 내지 대행을 통한 감면신청을 인정할 필요가 있다.

2. 공동행위의 구분 및 개수 판단

수개의 합의를 하나의 공동행위로 볼 것인지 또는 별개의 공동행위로 나누어 판단할 것인지 여부가 문제될 수 있다. 이 같은 공동행위의 개수 문제는 자진신고자 등에 대한 순위 결정, 자진신고자에 대한 추가감면제도 적용 문제, 시정명령 및 과징금부과 처분의 개수 결정, 공동행위 중단에 따른 처분시

38) LDPE·LLDPE 담합사건에서 원고 씨텍이 호남석유화학의 대위신고를 주장하면서 본 사건의 선례가 적용되어야 한다고 주장하자, 공정위는 SM담합사건의 경우 엘지화학이 SM에 관한 담합에 전혀 참여한 사실이 없음에도 구 현대석유화학의 부당한 공동행위에 대하여 자진신고한 것이고 자진신고시 씨텍을 대위한다는 점을 분명히 하였으므로 LDPE·LLDPE 담합사건과는 다르다고 주장하였다. 하지만 법원은 SM담합사건에서도 엘지화학이 제출한 감면신청서에 씨텍(또는 구 현대석유화학)을 대위하여 자진신고한다는 점을 분명히 하는 기재가 없었을 뿐 아니라, LDPE·LLDPE 담합사건에서도 호남석유화학은 자신이 부당한 공동행위에 참여하지 아니한 2003. 10. 1. 이전의 구 현대석유화학의 부당한 공동행위에 대하여도 자진신고한 것이므로 결국 2003. 10. 1. 이전의 부당한 공동행위에 대하여는 씨텍을 대위하여 신고한 것이어서 SM담합사건과 달리 볼 이유가 전혀 없다고 판시하였다(위 2008누23773 판결).

효 도과 여부 등과도 밀접하게 관련된다.³⁹⁾

공정위는 본건 합성수지 제품 담합사건을 처리하면서 사건 처리의 편의를 위하여 PP와 HDPE, 그리고 LDPE·LLDPE를 각각 별개의 시장으로 나누어 판단하였다. 하지만 공정위가 주장하는 기본합의가 같은 날 같은 장소에서 이루어졌다는 점, 참여 사업자도 상당수 중복된다는 점, 법원⁴⁰⁾ 스스로도 11년 여 동안 PP·HDPE·LDPE·LLDPE의 4개 합성수지 제품에 관한 가격 담합이 함께 이루어졌음을 인정하고 있다는 점, 공정위가 5개 석유제품 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(공정위 2011. 9. 16. 의결 제2011-161호) 등에서 피심인들의 과거 3년간 범위반 내역을 산정함에 있어서도 여러 화학제품 담합사건을 사실상 하나의 사건으로 판단하였다는 점⁴¹⁾ 등을 종합할 때, 공정위의 공동행위의 구분 내지 개수 판단 방식의 타당성에 대하여 의문의 여지가 있다.

한편, 공정위는 LDPE와 LLDPE는 동일한 시장에 속하는 것으로 전제하여 하나의 공동행위로 판단하였는바, LDPE, LLDPE 담합사건에서 한화석유화학은 LDPE와 LLDPE는 별개의 시장에 속하므로 조사협조자의 지위도 사건별로 다르게 판단되어야 한다고 주장하였다. 즉, LDPE·LLDPE 담합사건에서 1순위 조사협조자 지위를 부여받은 호남석유화학은 LDPE와 LLDPE를 모두 생산하였던 반면, 2순위 조사협조자 지위를 부여받은 엘지화학은 LDPE만을 생산하였기 때문에, 한화석유화학이 LLDPE 담합사건이 별도로 분리되어야 하며, 당해 시장에서 한화석유화학이 2순위 조사협조자로 인정되어야 한다고 주장한 것이다. 대법원은 LDPE 제품과 LLDPE 제품은 모두 폴리에틸렌의 일종으로서 농업용, 공업용 필름의 용도로 사용되고 있는데 LDPE 제품가격의 91% 수준인 LLDPE 제품으로 대체하여 사용하는 소비자들이 증가하고 있는 등 두

39) 다만, 공동행위 중단에 따른 처분시효 도과 여부에 관하여는 IV.4.에서 상세히 살펴보기로 한다.

40) 서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누13090 판결 참조.

41) 동 사건에서 공정위는 의무적 조정 과징금을 산정함에 있어서 “연번 1에 해당하는 사건(즉, 피심인 에스케이에너지에 대하여는 LDPE·LLDPE 담합사건, SM 담합사건, TL 및 XL 담합사건과 피심인 지에스칼텍스에 대하여는 PP담합사건, TL 및 XL 담합사건)들은 석유화학회사들의 부당한 공동행위에 대한 것으로 관련상품에 따라 여러 건으로 분리 심의·의결된 바 있으나, 사실상 하나의 행위로 볼 수 있으므로 범위반횟수를 산정할 때에는 1회로 본다(공정위 2010. 4. 23. 전원회의 의결 제 2010-045호)”고 판단하였다.

상품은 수요 및 공급대체성이 있으므로 두 개의 상품시장을 별개의 시장이라고 볼 수 없다는 등의 이유를 들어 각 제품의 시장별로 선순위 조사협조자가 이 사건 공동행위에 참가하기 전의 행위에 대하여 원고에게 1순위 또는 2순위 조사협조자 지위를 부여하여야 한다는 원고의 주장을 배척한 원심이 타당하다고 인정하였다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결 및 서울고등법원 2009. 7. 22. 선고 2008누23537 판결).⁴²⁾

3. 기간별 자진신고의 허용 여부

LDPE · LLDPE 담합사건에서 2순위 조사협조자 지위를 부여받은 엘지화학은 1순위 조사협조자인 호남석유화학이 2003. 10. 1.부터 LDPE · LLDPE 제품을 생산하기 시작하였으므로, 2003. 10. 1. 이전의 LDPE 시장에서의 공동행위에 대하여는 자신이 1순위 조사협조자 지위를 부여받아야 한다고 주장하였다. 하지만 이에 대하여 대법원은 “공정거래법 제22조의2 제1항 및 시행령 제35조 제2항 제1호 및 제2호 규정의 문언 내용과 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 합의 후 이에 따라 위 합의를 실행하는 과정에서 장기간 동안 수회에 걸쳐 회합을 가지고 구체적인 합의를 계속하여 옴으로써 그와 같은 일련의 합의를 전체적으로 하나의 부당한 공동

42) 한편, 최근 가전제품(세탁기 · 평판TV · 노트북PC) 담합사건(공정위 2012. 3. 21. 의결 제 2012-041호)에서 공정위는 세탁기 공동행위, 평판TV 공동행위, 노트북PC 공동행위를 하나의 공동행위로 볼 수 있을 것인지 또는 각각의 공동행위로 볼 수 있을 것인지를 판단함에 있어 ‘전체적으로 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔는지 여부’라는 기준을 채택하였고, 각 행위들을 통괄하는 의도의 공통성 또는 행위의 연관성을 발견하지 못하였음을 들어 각각 별개의 공동행위를 구성한다고 판단하였다. 하지만 공정위가 제시한 판단기준은 굴삭기 담합사건에서 대법원이 사업자들이 장기간에 걸쳐 부당한 공동행위에 관하여 수 회의 합의를 한 경우, 1개의 부당한 공동행위로 인정하기 위한 요건으로서 제시한 내용이며(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결), 여러 상품에 대하여 공동행위가 존재할 경우 공동행위의 개수를 판단하는 것과는 무관하다. 따라서, 공정위는 본건에서 대체가능성을 기준으로 별개의 공동행위 여부를 판단하였어야 할 것이다.

행위로 볼 수 있는 경우에는 부당한 공동행위의 참여사업자들 가운데 부당한 공동행위임을 입증하는 데에 필요한 증거를 최초로 제공한 참여사업자만이 그 참여시기와 관계 없이 부당한 공동행위 전체에 대하여 법 시행령 제35조 제2항 제1호 및 제2호 소정의 감면요건에 해당한다고 볼 것”이라고 판시함으로써, 기간별 자진신고자 지위 인정 가능성 자체를 전면적으로 부인하는 취지로 판시하였다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결).⁴³⁾

그런데 LDPE, LLDPE 담합사건에서 3순위로 감면신청한 한화석유화학은 1순위 조사협조자인 호남석유화학이 LDPE 및 LLDPE 시장에 진입하기 전인 동시에 2순위 조사협조자인 엘지화학도 LLDPE 시장에 진입하기 전인 2003. 9. 30.까지의 공동행위에 대하여는 자신에게 LLDPE 1순위, LDPE 2순위 지위를 부여함이 타당하다고 주장하였다. 대법원은 자진신고자 또는 조사협조자로서 감면대상에 해당하는지 여부 및 감면순위에 대한 판단을 함에 있어서는 해당 사업자가 부당한 공동행위의 적발가능성에 기여한 정도를 기준으로 삼아야 할 것이라는 전제 하에, 수회에 걸친 일련의 합의가 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 성립하여 실행되고 있는 도중에 어느 한 사업자가 담합대

43) 원심은 보다 구체적으로 ㉠ 이 사건 공동행위가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행된 1개의 부당공동행위에 해당하는 이상, 단일한 공동행위에 관한 증거를 최초로 제공한 경우 전체 행위에 대하여 1순위로 인정되는 것이고, 이와 달리 반드시 모든 담합 기간에 대하여 최초로 증거를 제공하여야 하는 것은 아니며, 비록 이 사건과 같이 전체 담합기간에 비하여 1순위 자진신고자가 관여한 담합기간이 길지 않다고 하더라도 달리 볼 것은 아닌 점, ㉡ 공정거래법이나 같은 법 시행령 어디에서도 1개의 부당공동행위를 수개의 부분으로 구분하여 기간별로 자진신고자 지위를 달리 인정하여야 한다고 규정한 근거를 찾을 수 없고, 1개의 부당공동행위에 관하여 공동행위 참여자들의 참여시기에 차이가 있거나 자진신고자들이 일부 기간에 대해서 단독으로 입증 가능한 자료를 제출한 경우에 일일이 그 기간을 나누어 자진신고자 순위를 달리 인정하기 어려운 점, ㉢ 호남석유화학은 이미 PP·HDPE 제품에 대한 가격 담합의 조사협조 과정에서 자신이 참가한 기간뿐 아니라 이를 넘어서는 기간(2000년, 2001년, 2004년 이후)에 대한 LDPE 및 LLDPE 제품의 가격 합의에 관한 증거도 상당히 제출하였다는 점, ㉣ 그 밖에 자진신고제도에 대하여 형법상 자수감경의 법리를 적용하여야 한다거나 공동감면신청제도 및 대위에 의한 자진신고를 인정하는 취지가 이 사건에도 반영되어야 한다는 원고 주장을 인정할 근거가 없는 점 등의 사정에 비추어 볼 때, 2003. 10. 1. 이전의 기간에 대해서 원고의 1순위 자진신고자 지위를 인정할 수 없으므로 원고의 주장을 받아들이지 아니한다고 판시하였다.

44) LDPE·LLDPE 담합사건에서 원고 에스케이에너지 또한 동일한 취지로 주장하였지만, 원심은 하나의 행위를 여러 부분으로 나누어 자진신고 순위를 달리 인정해야 할 근거가 없는 점, 은밀하게 행해지는 카르텔의 적발을 쉽게 하고자 하는 것이 자진신고자 감면제도의 취지인데 원고의 자진신고는 선순위 사업자들의 자진신고로서 촉발된 점 등을 근거로 원고 주장을 배척하였고(서울고등법원 2009. 7. 22. 선고 2008누23797 판결), 대법원은 이에 관하여 별다른 판시를 하지 않은 채 원고의 소를 각하하였다(대법원 2010. 9. 8. 선고 2009두14880 판결).

상 제품의 생산을 시작하면서 비로소 가격합의 등에 참여함으로써 전체 공동행위 기간 중 일부에 대하여만 담합에 가담하였는데, 그 사업자가 자신이 가담한 기간뿐만 아니라 1개의 부당한 공동행위 전체 기간에 대한 증거자료를 최초로 제출하여 조사에 협조하였을 경우에는 1개의 부당한 공동행위 전체에 대한 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 획득한다고는 볼 수 없다고 판시하였다. ① 동 판결이 “자진신고자 또는 조사협조자로서 감면대상에 해당하는지 여부 및 감면순위에 대한 판단을 함에 있어서는 해당 사업자가 부당한 공동행위의 적발가능성에 기여한 정도를 기준으로 삼아야 한다”고 전제하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 부당한 공동행위의 적발가능성에 기여한 기간에 대하여는 감면지위를 인정할 여지가 있는 것으로 해석될 수 있다는 점(가령, 1순위 사업자가 전반기 공동행위에 대하여 감면신청한 이후 2순위 사업자가 전체 기간 또는 후반기 공동행위에 대하여 감면신청한 경우 등에는 공동행위 적발가능성에 기여했다고 볼 여지가 충분함), ② 위 판결은 일부 기간 동안 공동행위에 가담한 사업자가 전체 기간에 대하여 증거자료 최초 제출 및 조사에 협조한 경우를 상정하고 있으나, 이는 1순위 조사협조자인 호남석유화학이 구 현대석유화학을 인수하는 등 회사 조직변경이 있었던 경우에만 발생할 수 있는 예외적인 상황에 가깝다는 점 등을 감안하면 동 판결은 일정한 경우 기간별로 자진신고자 또는 조사협조자의 지위가 인정될 수 있는 가능성을 열어둔 것으로 평가될 수 있다.⁴⁵⁾

45) 이완희, 1개의 부당한 공동행위의 일부 기간별로 조사협조자 감면을 인정할 수 있는지 -대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결-, 한국경쟁법학회, 2012년 한국경쟁법학회 춘계학술대회 자료집, 22~28면.

IV. 기타 주요 쟁점의 검토

1. 전속고발권 및 고소불가분의 원칙 유추적용 관련

PP 담합사건 및 HDPE 담합사건에서 공정위는 1·2순위 조사협조자를 제외한 나머지 사업자들만을 고발하였다.⁴⁶⁾ 하지만 검찰은 공정거래법 제71조 제1항의 전속고발권 조항⁴⁷⁾에도 불구하고 공정위로부터 고발된 사업자 외에 1·2순위 조사협조자들과 각 사업자에 소속된 임직원들을 함께 기소하면서 형사소송법 제233조에 규정된 친고죄에 관한 고소불가분의 원칙이 고발에도 준용되어야 한다는 점 등을 근거로 제시하였다. 검찰의 이 같은 주장에 대하여 대법원은 “명분의 근거규정이 없을 뿐만 아니라 소추요건이라는 성질상의 공통점 외에 그 고소·고발의 주체와 제도적 취지 등이 상이함에도 불구하고 친고죄에 관한 고소의 주관적 불가분원칙을 규정하고 있는 형사소송법 제233조가 공정거래위원회의 고발에도 유추적용된다고 해석한다면 이는 공정거래위원회의 고발이 없는 행위자에 대해서까지 형사처벌의 범위를 확장하는 것으로서, 결국 피고인에게 불리하게 형벌법규의 문언을 유추해석한 경우에 해

46) 공정거래법령상 직접적으로 자진신고자 또는 조사협조자에 대한 형사고발을 면제한다고 규정되어 있는 것은 아니지만, 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시 제20조의 “지위확인을 받은 사업자에 대하여는 검찰에 고발하지 아니한다”는 규정 및 공정거래법 제71조 제1항의 전속고발권 규정 등을 종합적으로 해석할 때, 실질적으로 자진신고자 등에 대하여 형사고발이 면제되는 효과가 발생한다. 다만, 고발제도의 취지, 적법성·명확성의 원칙, 평등의 원칙, 부당한 공동행위에 대한 집행력 제고 등 여러 측면에 비추어 볼 때, 공정거래법 또는 동법 시행령에 직접 공정위의 고발면제 또는 형사제재 면제에 관하여 규정함이 타당한 것으로 판단된다.

47) 종래 전속고발권 조항의 위헌 여부가 문제되었는바, 헌법재판소는 공정거래법상 전속고발권 제도가 합헌임을 전제로 공정위가 고발을 하지 않은 행정부작위에 관하여만 판단하였으며, “전속고발제도는 독립적으로 구성된 공정거래위원회로 하여금 거래행위의 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있는 법집행기관으로서 상세한 시장분석을 통하여 위반행위의 경중을 판단하고 그때 그때의 시장경제상황의 실상에 따라 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로 이를 규제함이 상당할 것인지 아니면 더 나아가 형벌까지 적용하여야 할 것인지를 여부를 결정하도록 함으로써 공정거래법의 목적을 달성하고자 하는 데 그 취지가 있다고 할 것이다”고 판시하였다(헌법재판소 1995. 7. 21. 자 94헌마136 결정). 다만, 헌법재판소는 동 판결에서 자의적인 전속고발권 행사가 적절히 통제되어야 한다는 취지로 판시하였고, 이를 계기로 1996. 12. 30. 공정거래법 제71조 제2항(고발의무), 제3항(검찰총장의 고발요청권) 규정이, 1997년에는 공정위의 고발지침도 제정되었다.

당하므로 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없다”고 판시하면서 공소기각 판결을 선고한 1심을 그대로 유지하였다(대법원 2010. 9. 30. 선고 2008도4762 판결). 한편, 검찰은 공정위의 고발권 행사가 자의적으로 이루어질 가능성 및 부당한 공동행위에 대한 가담 정도가 중한 자가 자진신고자 또는 조사협조자인 관계로 형사고발이 면제됨으로써 그 가담 정도가 경한 자와의 형평성 문제가 생길 가능성이 존재한다고 주장하였지만, 대법원은 형사법의 대원칙인 ‘죄형법정주의 원칙’ 및 입법자의 입법형성에 관한 재량권이 존중되어야 한다는 점, 검찰총장의 공정위에 대한 고발요청권(공정거래법 제71조 제3항) 등 전속고발권의 공정한 행사를 위한 제도적 보완책이 마련되어 있는 점 등을 근거로 이 같은 주장을 배척하였다.

대법원이 조세범처벌법 및 건설업법상의 전속고발에 대하여도 고소불가분의 원칙이 적용되지 않음을 명시하였는데 공정거래법상 전속고발을 달리 볼 이유가 없다는 점,⁴⁸⁾ 대법원 및 헌법재판소가 공소시효정지, 형면제사유, 반의사불벌죄에 대한 고소불가분 원칙 적용 여부 등 형사절차법적 사유에 관한 유추해석에 대하여 부정적이라는 점,⁴⁹⁾ 고소불가분의 원칙 채택 여부는

48) 대법원은, 조세범처벌법과 관련하여 “조세범처벌법 제6조는 조세에 관한 범칙행위에 대하여는 원칙적으로 국세청장 등의 고발을 기다려 논하도록 규정하고 있는바, 같은 법에 의하여 하는 고발에 있어서는 이른바 고소·고발의 불가분의 원칙이 적용되지 아니하므로, 고발의 구비 여부는 양벌규정에 의하여 처벌받는 자연인인 행위자와 법인에 대하여 개별적으로 논하여야 한다”고 판시하였으며(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4066 판결 등), 건설업법과 관련하여서도 “일정한 범죄에 대하여 고발을 소송조건으로 하고 있는 경우, 그 고발은 단순한 범죄사실의 신고가 아니라 범인의 소추를 구하는 의사표시를 필요로 하는 것이라고 해석할 것인바, 건설부장관이 검찰의 고발의뢰에 따라 건설업법위반으로 고발하면서 법인만을 고발대상자로 명시한 경우 비록 별지로 첨부된 범죄사실에 법인 대표자의 범죄사실이 기재되어 있다고 하더라도 이는 고발대상자인 법인의 범죄사실을 기재하면서 부수적으로 기재된 것에 불과하고, 법인 대표자에 대한 소추를 구하는 의사표시까지 포함된 것으로 보기는 어렵다”고 판시하였다(대법원 1992. 7. 24. 선고 92도78 판결).

49) 헌법재판소는 고소인이 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원을 제기하여 헌법심판에 회부된 경우 형사소송법 제262조의4(종래 형사소송법 제262조의 2)를 유추적용하여 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 공소시효가 정지되는 것으로 볼 것인지 여부와 관련하여 피의자의 법적 지위의 안정성, 헌법상의 적법절차주의 및 죄형법정주의, 입법형성권 존중 등을 이유로 “헌법소원사건이 심판에 회부된 경우라고 하더라도 심판대상인 피의사실에 대한 공소시효는 정지되지 아니한다”고 판시하였다(헌법재판소 1993. 9. 27. 자 92헌마284 결정). 한편 대법원은 공직선거및선거부정방지법(이하 “공직선거법”) 제262조에 규정된 필요적 형면제 사유인 ‘자수’의 의미를 ‘범행발각 전 자수’로 축소해석할 수 있는지 여부와 관련하여, “공직선거법 제262조의 ‘자수’를 ‘범행발각 전에 자수한 경우’로 한정하는 풀이는 단순한 목적론적 축소해석에 그치는 것이 아니라, 형면제 사유에 대한 제한적 유추를 통하여 처벌범위를 실질법 이상으로 확대한 것으로서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위배된다”고 판시하였으며(대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결), 고소불가분

입법정책의 문제에 불과하며 친고죄의 고소와 공정거래법상 전속고발제도는 입법취지 및 주체 등이 상이한 점 등에 비추어 볼 때, 고소불가분의 원칙을 유추적용함으로써 공정위의 고발이 없는 행위자에 대하여도 형사 제재를 부과함은 타당하지 못한 것으로 판단된다.⁵⁰⁾

2. 공소사실의 특정 관련

LDPE·LLDPE 담합사건에서 검사는 1·2순위 조사협조자를 제외한 나머지 사업자들 및 소속 임직원들을 공정거래법 위반 혐의로 기소하였다. 그런데 본 사건 원심은 한화석유화학, 에스케이에너지, 삼성토탈 등 사업자에 대하여는 1994. 4.부터 2005. 4.까지 100여 회에 걸친 개별합의에 있어 피고인 회사들의 개별합의 참여 여부, 구체적인 합의 과정과 내용 등이 나타나지 않으므로 이들의 행위가 포괄일죄에 해당함을 전제로 제기된 이 사건 공소제기는 공소사실을 특정함으로써 피고인의 방어권을 보장하려는 형사소송법의 기본취지에 위배되어 무효라고 판시하면서 공소기각 판결을 선고하였고, 이들 피고인 회사의 소속 임직원들에 대하여는 공정위의 고발이 없이 공소가 제기된 것으로서 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반되어 무효인 때에 해당한다고 판시하였다(서울중앙지방법원 2010. 2. 9. 선고 2008고단1863 판결 및 서울중앙지방법원 2010. 11. 3. 선고 2010노639 판결). 하지만 대법원은 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 가격 결정 등의 합의에 따른 실행행위가 있는 경우 공소시효는 실행행위가 종료한 날부터 진행된다는 전제 하에 (i) 공소사실에는 범행의 시기와 종기가 특정되어 있을 뿐 아니라 별지 일람표에는 합의일사, 장소, 참석자 등이 구체적으로 기재되어 있다는 점, (ii) 2003. 4. 경까지의 합의에 대하여는 그 참석자가 ‘각 유화사 사장단, 영업본부장, 영업팀장’으로 기재되

의 원칙이 반의사불벌죄에 준용되는지 여부와 관련하여, 형사소송법 제233조의 고소와 고소취소의 불가분에 관한 규정을 반의사불벌죄에 준용하는 규정을 두지 아니한 것은 입법자의 의사일 뿐 입법의 불비로 볼 것은 아니라는 취지로 판시하였다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결).

50) 박익수, “공정거래법상의 전속고발제도와 고소불가분의 원칙”, 『경제법판례연구 제6권』, 249~279면.

거나 ‘NCC 및 폴리올레핀 사장단’으로 기재되어 있으나 여러 사정을 고려하면 피고인 에스케이에너지 또는 삼성토탈이 아닌 에스케이 또는 삼성종합화학 등을 지칭하는 것임을 비교적 쉽게 알 수 있다는 점, (iii) 이 사건 공소사실에 피고인 에스케이에너지 또는 삼성토탈에게 그 종업원의 법률위반행위를 방지하지 못한 귀책사유가 있는지를 판단할 내용이 구체적으로 특정되어야 한다고 할 수 없는 점, (iv) 포괄일죄로 기소된 피고인들에 대한 이 사건 부당 공동행위의 공소시효는 최종합의에 따른 실행행위 종료일로부터 기산되는바, 실행행위가 2005. 4. 18. 이후에 종료되었다면 2005. 4. 18. 이후의 개별합의에 대한 공소사실이 불명확하게 기재되었다고 하더라도 공소시효 기산점 및 공소시효 도과 여부 판별이 어렵다고 할 수 없는 점 등을 근거로 원심 판결을 파기환송하였다(대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도16001 판결).⁵¹⁾ 이 같은 대법원의 판결은 장기간에 걸친 공동행위에 있어서 공정위의 입증 및 특정의 부담을 상당히 완화시킨 것으로 평가될 수 있으며, 특히 자진신고자 감면신청에 있어서도 공정위의 ‘공동행위 입증에 필요한 증거’ 및 ‘공동행위를 입증할 수 있는 추가자료’를 제한적으로 판단하는 경향도 완화시킬 수 있을 것으로 기대된다.

3. 분할로 신설된 회사에 대한 과징금 부과 관련

구 엘지화학은 2001. 4. 3.(분할기준일은 2001. 4. 1.) LGCI를 존속법인으로 하여, 석유화학 사업부문과 산업재 사업부문은 엘지화학으로, 생활용품 및 화장품 사업부문은 엘지생활건강으로 분할되었다. 공정위는 구 엘지화학의 분할계약서 기재를 근거로 엘지화학이 과징금 납부에 대한 연대책임을 부담한다고 보아 분할 전 기간을 포함하여 과징금을 부과하였다. 그런데 종래 실무상 분할계획서상 분할방법과 관련하여 “설립되는 회사들은 분할하는 회사의 의무 중에서 출자한 재산에 관한 의무만을 부담한다”라는 취지로 기재되는

51) 대법원은 PP 담합사건 및 HDPE 담합사건에서도 동일한 취지로 판시하였다(대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도17418 판결).

경우가 많은데, 굴삭기 담합사건에서 공정거래법 위반으로 인한 과징금 납부 책임을 상법 제530조의10에 규정된 ‘분할하는 회사의 의무’로 보아 분할계획서가 정하는 바에 따라 승계여부를 판단하여야 하는지 여부가 문제되었다. 동 사건에서 대법원은 “분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만이 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없고, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다”고 판시하였다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결). 본 사건에서도 법원은 같은 취지로 “공정거래법상 분할 전 회사의 위반행위에 대하여 분할되는 신설회사에게 과징금을 부과할 수 있다는 명문의 규정이 없는 점, 회사분할의 경우 분할계획서의 기재만으로 분할 전 회사의 공법상 관계가 분할되는 신설회사에 당연히 승계된다고 보기는 어려운 점 등을 감안할 때, 분할계획서의 기재만으로는 구 엘지화학의 위반행위에 대하여 원고 엘지화학에게 과징금을 부과할 수 있다고 볼 수 없다고 판시하였다(위 2008누23988 판결 및 2009두15968 판결).⁵²⁾

4. 공동행위의 중단 여부 관련

HDPE 담합사건에서 원고 엘지화학은 2000년 이후의 가격담합은 2000년 이전의 가격담합과 명백하게 구분되거나 그 이전의 가격담합과는 단절된 별개의 행위이므로 2000년 이전의 가격담합에 대하여는 5년의 처분시효가 도과하였다고 주장하였다. 그 외에도 대부분의 사업자들이 이 같은 주장을 하면서, (i) 2000년에 들어서 종전까지 가격담합과 병행되어 왔던 감산 및 물량합의가 중단됨으로써 합의의 주체, 대상 및 방법 등 이 사건 가격담합의 본질이

52) 이 같은 대법원 판결에 의할 경우 분할 전 회사의 소멸로 인한 책임 면탈의 우려가 제기되었으며, 이를 보완하기 위하여 2012. 6. 22.부터 적용된 개정 공정거래법 제55조의3은 공정거래법을 위반한 사업자가 분할되거나 분할합병되는 경우 공정위가 사업자의 분할일 또는 분할합병일 이전의 위반행위를 ① 분할되는 회사, ② 분할 또는 분할합병으로 설립되는 회사, ③ 분할되는 회사의 일부가 다른 회사에 합병된 후 그 다른 회사가 존속하는 경우 그 다른 회사 가운데 한 회사의 행위로 보고 과징금을 부과·징수할 수 있다고 규정하고 있다.

근본적으로 달라졌다는 점, (ii) HDPE 등 석유화학제품 시장의 구조와 성격, 참여자, 수급상황 등에 현저한 변화가 생겼다는 점, (iii) 2000년 말 경부터 일부 업체의 덤핑 판매로 인하여 이 사건 가격담합의 기반 내지 신뢰가 무너져 가격경쟁이 심화되었다는 점, (iv) 2001. 8. 경부터 2002. 6. 경까지는 부당한 공동행위를 중단하였다가 2002. 7. 경부터 제품별로 별도로 합의하기 시작하였다는 점 등을 주된 근거로 제시하였다.

이에 대하여 특히 원고 대한유화공업의 HDPE·PP 담합사건 관련 판결에서 법원은 “행정소송에 있어서 특단의 사정이 있는 경우를 제외하면 당해 행정처분의 적법성에 관하여는 당해 처분청이 이를 주장·입증하여야 할 것이나, 공정거래위원회가 2이상의 사업자들이 일정한 기간 동안 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 공동행위 사실을 입증하였다면, 그 공동행위의 기간 중에 일시적으로 공동행위를 중단하였다고 주장하는 사업자는 그에 부합하는 설득력 있는 자료를 제출하여야 할 것이다”고 전제한 다음 피고가 제출한 증거를 통해 원고의 주장을 배척하였다(서울고등법원 2008. 11. 19. 선고 2008누1773 판결).⁵³⁾ 대법원 또한 다른 원고들의 유사한 주장을 전부 배척하였다.

이와 관련하여 공정거래법 및 동법 시행령은 별다른 규정을 두고 있지 아니하며, 과징금고시 또한 지극히 추상적인 규정만을 두고 있다.⁵⁴⁾ 공정위 실무는 법 집행의 엄격성 및 용이성을 추구하는 차원에서 위반행위의 단일성을 넓게 인정함으로써 대체로 수개의 가격인상 행위 등을 하나의 공동행위로 보는 경향을 나타내고 있으며, 법원 역시 이 같은 공정위 실무를 용인하는 태도를 보이는 가운데,⁵⁵⁾ 본건 합성수지 담합사건에서도 공동행위의 중단 내지

53) 다만, 대법원은 원심이 과징금납부명령을 취소하였으므로, 원고가 상소의 이익이 없다고 보아서 원고의 청구에 관하여 판단하지 아니하였다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두355 판결).

54) 법 위반행위가 2일 이상 불연속적으로 이루어진 경우에는 당해 위반행위의 유형·성격·목적·동기, 연속되지 아니한 기간의 정도와 이유, 위반행위의 효과, 시장상황 등 제반사정을 고려하여 경제적·사회적 사실관계가 동일하다고 인정되는 범위 내에서 하나의 위반행위로 보아 마지막 위반행위의 종료일을 당해 위반행위의 종료일로 보아야 하며(과징금고시 Ⅱ. 6.), 특히 부당한 공동행위와 관련하여 참가사업자들이 여러 차례의 합의를 한 경우에는 합의의 구체적인 내용과 사정 등을 종합적으로 고려하여 합의의 수와 그에 상응하는 종료일을 판단하여야 한다(과징금고시 Ⅳ. 1. 다. (1) (라)).

55) 다만, 서울고등법원은 합성고무 담합사건에서 씨텍과 금호석유화학이 2000. 3.부터 2003. 3.

처분시효 완성에 관한 모든 주장을 배척하였다.

대법원은 일련의 판결을 통해 판단 기준을 정립해 왔다. 먼저, 흑연전극봉 담합사건에서 장기간에 걸쳐 내용을 다소 수정해가면서 수 회의 합의를 행한 경우에 이를 별도의 합의로 보아야 할 것인지 여부가 문제되었는바, 대법원은 “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 하고 구체적인 가격의 결정 등을 위한 합의를 계속하여 온 경우, 그 회합 또는 합의의 구체적인 내용이나 구성원에 일부 변경이 있더라도 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 봄이 상당하다”고 판시하였다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결). 다음으로 대법원은 굴삭기·휠로다 담합사건에서 “사업자들이 장기간에 걸쳐 수회의 합의를 한 경우 그 수회의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 그것이 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면, 그 합의의 구체적인 내용 등에 일부 변경이 있었다고 하더라도, 그와 같은 일련의 합의는 특별한 사정이 없는 한 이를 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당하다”고 판시하였으며(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756, 2007두12699 판결), 이후 세탁·주방세제 담합사건에서 “사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이를 실행하는 과정에서 수차례의 합의를 계속하여 온 경우는 물론, 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 왔다

까지 4차례에 걸쳐 타이어 제조업체에 대하여 합성고무 판매가격을 인상한 행위에 대하여 각 담합 행위를 1개의 부당한 공동행위로 보기 위해서는 부당한 공동행위의 ‘기본적 원칙에 관한 합의’가 반드시 존재하여야 한다는 전제 하에 ‘기본적 원칙에 관한 합의’를 인정할 증거가 없다는 이유로 문제된 담합행위가 연속된 하나의 행위가 아니라 각각의 개별적인 담합행위에 해당한다고 판시하였으나(서울고등법원 2008. 8. 28. 선고 2007누15621 판결), 대법원은 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의가 없더라도 각 담합행위가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면 이를 하나의 부당한 공동행위로 볼 여지가 있다고 판단하여 원심 판결을 파기환송하였다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16179 판결).

면, 그 각 합의의 구체적인 내용이나 구성원 등에 일부 변경이 있었다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당하다”고 판시하였다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17035 판결 등).⁵⁶⁾

즉, 대법원은 종래 ‘기본적 원칙에 대한 합의’가 존재하는 경우 부당한 공동행위의 단일성이 인정되기 위한 기준에 관하여 판시하면서 ‘기본적 원칙에 대한 합의’가 존재하지 않는 경우에 대하여는 명시적으로 언급하지 아니하였으나, 최근 ‘기본적 원칙에 대한 합의’가 반드시 필요한 것은 아니며, ① 개별 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 ② 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면 하나의 공동행위에 해당될 수 있음을 명시적으로 밝힌 것이다. 다만, 본건 합성수지 담합사건에서 대법원은 흑연전극봉 담합사건에 대한 대법원 판시 내용을 제시하면서 사업자들이 1994. 4. 28.경 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이를 실행하는 과정에서 2005. 3.경까지 구체적인 가격 결정 등을 위한 개별적 합의를 계속해 온 이상, 비록 2000. 9.경부터 2001. 1.경 사이에 실무자급 회합이 없었더라도 원고가 1994. 4. 28.경 이래 다른 회사들과 공동으로 하였던 일련의 합의는 단절되지 아니한 채 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보아야 한다고 판시하였다(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009두12631 판결).

공정위는 별다른 실시 없이 장기간에 걸쳐 이루어진 행위를 포괄하여 하나의 공동행위로 인정하는 경우가 많으며 법원 또한 공정위의 판단을 지지하는 것이 일반적인데,⁵⁷⁾ 이는 법집행의 편의를 앞세운 것으로서 사업자에게

56) 공정위는 앞서 언급한 가전제품(세탁기·평판TV·노트북PC) 담합사건에서 각 품목에 관한 2~3회의 합의를 1개의 공동행위로 볼 것인지 여부와 관련하여 굴삭기·휠로다 담합사건에서의 대법원 판시 내용을 전제한 다음 “이 사건 세탁기 공동행위, 평판TV 공동행위, 노트북PC 공동행위에 존재하는 각 2~3회의 합의는 동일한 상품을 공동행위의 대상으로 동일한 직원이 가담하여 연속적으로 합의가 이루어진 점 등을 고려할 때, 각각의 상품군에서 소비자판매가를 인상하고자 하는 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로 단절됨이 없이 계속 실행된 것으로 볼 수 있으므로 세탁기, 평판TV, 노트북PC에 대하여 각 1개의 공동행위가 존재하는 것으로 보아야 할 것”이라고 판단하였다.

57) 가령, 위 2009두12631 판결의 원심은, ① 원고 에스케이에너지 등 9개사가 PP 시장에서 경쟁을 제한할 목적으로 공동하여 향후 계속적으로 가격의 결정 행위 등을 하는 등의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이러한 합의를 근거로 이를 실행하기 위하여 매일 계속적으로 개별적 합의를 하였으며

지나치게 불리할 가능성이 높다. 따라서, ① 장기간에 걸친 수차례의 합의가 실질적으로 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것인지, ② 이 같은 합의가 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다고 볼 것인지 여부를 보다 엄격히 판단할 필요가 있으며, 일련의 합의가 전체적으로 1개의 부당한 공동행위에 해당하지 않는 ‘특별한 사정’을 명확히 할 필요가 있다.

5. 자회사의 행위에 대한 모회사의 책임 관련

HDPE 담합사건과 관련하여, 원고 대림산업은 1996. 10. 경 대림코퍼레이션과 사이에 HDPE 내수판매를 대림코퍼레이션이 수행하도록 하는 합의를 체결하였고 이후 대림산업이 HDPE를 생산하면 대림코퍼레이션이 판매를 담당하였으며, 2001. 8.부터는 대림코퍼레이션과 베스트폴리머 사이의 합의에 따라 베스트폴리머가 대림산업 생산 HDPE의 판매를 담당하게 되었고, 2003. 3.부터 다시 대림산업이 직접 판매를 담당하게 되었다. 원고 대림산업은 일부 기간(1996. 10.경부터 2003. 2.경까지) 동안 자신이 아닌 계열회사인 대림코퍼레이션이 공동행위에 가담하였다고 주장하였다. 하지만 법원은 이 같은 주장을 배척하면서 그 근거로서 (i) 대림산업은 1996. 10. 경 대림코퍼레이션에 판매를 맡긴 이후에도 계속하여 가격담합을 유지·강화하기 위한 생산량 담합에 가담하였다는 점, (ii) 1994. 5.경부터 2005. 4.경까지 개최된 사장단 모임에 참석한 것은 대림코퍼레이션 또는 베스트폴리머의 대표이사가 아니라 대림산업의 석유화학사업부 대표이사였다는 점, (iii) 대림산업의 대표이사 등 특수관계인들이 대림코퍼레이션 주식 100%를 소유하고 있고 대림코퍼레이션 또한 대림산업 주식 13.02%를 소유하여 대주주의 지위에 있으며 대림코퍼레이

로, 이러한 일련의 합의는 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로 전체를 하나의 공동행위로 볼 수 있다고 판시하였으며, ② 2000년 이후에도 여러 차례 가격을 논의하기 위한 실무자회의 및 사장단회의가 개최되었으며 원고가 합의를 인위적으로 파기하였다는 등의 사정이 있음을 인정할 증거가 없음에 비추어 볼 때, 비록 2000. 9.경부터 2001. 1.경 사이에 가격결정에 관한 실무자 모임이 있었던 점에 관한 자료가 없다고 하더라도 원고 등 9개사의 이 사건 담합은 위 기간 동안 단절되지 아니한 채 전체적으로 PP에 대한 1개의 부당한 공동행위를 형성하였다고 판시하였다(서울고등법원 2009. 6. 11. 선고 2008누1759 판결).

선(48%), 대림정보통신(50%) 등이 베스트폴리머 주식을 소유하고 있을 뿐 아니라 대림산업과 대림코퍼레이션, 베스트폴리머의 일부 임원들은 서로 겸임하고 있다는 점, (iv) 대림산업과 대림코퍼레이션은 기본합의서에 따라 매월 정기적으로 양사의 관련 임원이 모이는 경영위원회와 실무부서장이 모이는 운영협의회를 개최하여 경영위원회에서는 매월말 익월 품목별 판매기준가격을 심의·확정하고 운영협의회에서는 필요한 정보를 교환하였으며, 대림코퍼레이션과 베스트폴리머 사이에도 기본합의서를 체결하였다는 점, (v) 원고 대림산업이 1998. 6. 10.경 대림코퍼레이션에게 판매를 맡길 때 원래 원고 소속이던 HDPE 영업조직이 그대로 대림코퍼레이션으로 이전되었고, 그 직원들은 종전에 수행하던 업무를 대림코퍼레이션에서도 동일하게 수행하였다는 점, (vi) HDPE 담합사건에 가담한 다른 회사들의 내부분건에 1996년 내지 2003년의 기간에도 합의당사자를 ‘대림산업’이라고 기재되어 있다는 점 등을 근거로 제시하였고, 대법원은 이에 관하여 별다른 판단을 하지 아니하였다(서울고등법원 2009. 1. 22. 선고 2008누1131 판결 및 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009두3767 판결).⁵⁸⁾

대법원은 일부 기간 동안 자회사가 행위하였음에도 불구하고 그 기간 동안에도 모회사가 과징금 부과대상자라고 판단한 것으로 평가될 수 있다. 자회사가 독자적으로 행동하고 있고, 모회사가 자회사의 위반행위를 인식하고 있다는 증거가 없는 경우에는 자회사의 위반행위에 대하여 모회사에게 과징금을 부과하기 어려운 반면, 모회사가 자회사의 위반행위에 함께 참여하였거나 모회사가 자회사의 행위에 대하여 실질적인 영향력을 행사하였다고 볼 수 있다면 모회사에게도 과징금을 부과할 수 있을 것이다.⁵⁹⁾ 본건에서 대림산업은 대림코퍼레이션의 모회사로서 실질적인 영향력을 행사했다고 볼 수 있으

58) 한편, 대법원 2009두3767 판결은 단독생산 제품 매출액을 관련매출액에 포함한 것은 위법하다는 이유로 과징금납부명령 전부를 취소하였는바, 공정위는 동 판결의 취지에 따라 2011. 12. 2. 의결 제2011-220호로 당해 제품 매출액을 제외한 관련매출액을 기초로 과징금을 재산정하여 납부를 명하였다. 대림산업은 이에 대하여 다시 과징금부과처분 취소 청구의 소를 제기하면서 일부 기간에 대하여는 공동행위에 가담하지 아니하였다고 주장하였지만, 법원은 서울고등법원 2008누1131 판결과 유사한 판시를 통해 원고의 청구를 기각하였다(서울고등법원 2012. 8. 22. 선고 2012누1626 판결).

59) 홍대식, 전제논문, 132~133면.

므로 모회사에 과징금을 부과할 여지는 있다고 판단되지만, 1996. 10.경부터 2003. 2.경까지 공동행위에 보다 직접적으로 가담한 것은 대림코퍼레이션이며 대림코퍼레이션이 직접적으로 가담한 기간이 상당히 장기간이라는 점을 감안할 때 공정위가 대림산업과 대림코퍼레이션 모두를 피심인으로 확정하는 것이 타당하다고 사료된다.⁶⁰⁾

V. 결 론

본건 합성수지 담합사건에서는 관련매출액, 자진신고자 감면제도, 전속고 발권, 공동행위의 중단 내지 종료 등 여러 쟁점에 관하여 매우 치열하게 다투어졌고, 대법원은 그 중 상당수의 쟁점에 대하여 매우 의미있는 판결을 선고하였다. 이 같은 점에 비추어 볼 때, 본건 합성수지 담합사건은 부당한 공동행위의 집행실무에 있어서 가장 중요한 사건 가운데 하나라고 해도 과언이 아닐 것으로 생각되며, 본건 합성수지 담합사건 관련 제반 판결이 선고됨으로써 공정위의 집행실무 또한 상당히 변화하였다. 사업자는 물론 공정위에게도 추후 다른 부당한 공동행위 사건을 집행함에 있어 본건 합성수지 담합사건의 제반 판결들이 많은 지침이 될 수 있을 것으로 기대한다.

60) 대두유 제품의 부당한 출고조절이 문제된 신동방사건에서 공정위로부터 과징금을 부과받은 신동방은 대두유 제품의 판매는 독립된 법인체인 해표의 자체 영업정책에 따라 행해진 것으로서 제조사인 자신은 책임이 없다고 다투었다. 하지만 원심은 제조회사와 판매회사가 100% 모자회사의 관계에 있고 제조회사가 판매회사를 실질적으로 지배하고 있으며, 판매 조절 행위에 이르게 된 경위를 보면 판매회사는 제조회사의 수족으로서 그 일체관계에 의하여 판매 조절행위를 한 것으로 보인다고 판시하였고(서울고등법원 1999. 10. 6. 선고 99누3524 판결), 대법원 또한 원심의 판시를 지지하였다(대법원 2000. 2. 5. 선고 99두10964 판결).