

## 대 법 원

### 제 2 부

### 판 결

사 건	2013두26804 시정명령 등 취소
원고, 상고인	에스티엑스엔진 주식회사
	소송대리인 법무법인(유한) 율촌
	담당변호사 김기영 외 2인
피고, 피상고인	공정거래위원회
	소송대리인 변호사 황치오
원 심 판 결	서울고등법원 2013. 11. 21. 선고 2012누14479 판결
판 결 선 고	2015. 7. 9.

### 주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

### 이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법'이라 한다) 제19조 제1항이 금지하는 '부당하게 경쟁을 제한하는 합의'에서 '합의'는 둘 이상의 사업자 간 의사  
의 연락을 본질로 하는데, 여기에는 명시적 합의뿐 아니라 묵시적인 의사의 일치까지  
도 포함된다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결 등 참조).

나. 원심은 (1) 그 채택증거에 의하여, ① 방위사업청과 국방과학연구소(이하 '국과연'  
이라 한다)는 장보고-Ⅲ(Batch-I) 잠수함을 국내에서 독자적으로 설계·건조하여 확보  
하는 '장보고-Ⅲ 사업'을 추진하면서, 2009. 2. 12. 장보고-Ⅲ 전투체계 시제업체 1개사  
선정을 위한 제안서 공모 및 장보고-Ⅲ 소나체계(이하 '이 사건 소나체계'라 한다) 시  
제업체 1개사(체계종합부문)와 시제협력업체(선측배열센서, 선체부착형 능수동센서, 예  
인선 배열시스템) 3개사 선정을 위한 제안서 공모를 실시한 사실(이하 이 사건 소나체  
계 중 체계종합부문 입찰을 '입찰 1', 선측배열센서 입찰을 '입찰 2', 선체부착형 능수동  
센서 입찰을 '입찰 3', 예인선 배열시스템 입찰을 '입찰 4'라 한다), ② 이처럼 입찰부문  
을 분리하여 발주하기로 하는 방침이 정해진 2008. 12. 17. 이전부터 원고, 주식회사  
한화(이하 '한화'라 한다), 엘아이지넥스원 주식회사(이하 'LIG'라 하고, 이상 3개사를  
통칭하여 '소나 3사'라 한다)는 상호 협력방안을 논의해왔고, 원고와 한화는 이 사건  
소나체계 입찰이 일괄 시행될 경우와 분리 시행될 경우 모두를 대비한 대응방안을 검  
토해온 사실, ③ 소나 3사가 입찰공고가 있었던 2009. 2. 12. 이전에 분리발주에 관한  
정보를 사전에 입수한 사실, ④ 2008. 12. 17. 이후 소나 3사는 각 부문별 입찰 참여  
방안을 계속적으로 협의하였고, 특히 입찰이 공고된 이후인 2009년 2월 말 또는 3월  
초경에는 입찰 2의 참여자를 정하는 문제에 대하여만 이견이 있었던 사실, ⑤ 그 당시  
LIG가 예측한 각 입찰별 계약금액이 실제 계약결과와 거의 유사했던 사실, ⑥ LIG가

2009년 3월 작성한 협약서는 입찰 1, 2에는 LIG가, 입찰 3에는 원고가, 입찰 4에는 한화가 각 단독으로 참가하기로 하는 것을 내용으로 하고 있는 사실, ⑦ 실제로 소나 3사는 이전까지의 협상 및 협약서 내용처럼 2009년 3월 입찰 1 내지 4에 관하여 각각 단독으로 제안서를 제출하였고, 그에 따라 각 입찰이 2회 유찰되었으며, 이후 소나 3사는 우선협상 대상업체로 선정되어 국과연과 기술·가격 등에 대한 협상을 진행하여 계약 내용을 확정된 사실 등을 인정한 다음, (2) 이러한 사실들을 비롯하여 소나 3사의 입찰 후 협상에서의 제안가격은 계약금액 및 추후 정산가격, 양산단가에 상당한 영향을 미칠 수 있어 합의의 유인 및 필요성이 인정되는 점과 합의의 의도 등 관시 각 사정을 종합하여, 원고는 2009년 3월 한화 및 LIG와 사이에 이 사건 소나체계 입찰 분야를 나누어 각 특정 분야에 단독으로 참여하기로 하는 내용의 명시적 또는 묵시적 합의를 함으로써 부당한 공동행위(이하 '이 사건 공동행위'라 한다)를 하였고, 그에 기한 공동행위의 실행이 있었다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 부당공동행위의 성립이나 방위사업법령의 해석에 관한 법리오해, 채증법칙위반 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2점, 제3점에 대하여

가. 어떤 공동행위가 '경쟁제한성'을 갖는지는 당해 상품이나 용역의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 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 살펴서 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결 등 참조). 여기서 합의에 가

담한 사업자들이 합의가 없었더라면 서로 유효하게 경쟁할 수 있었는지는 사업자들 사이의 경쟁의사의 유무, 각 사업자들의 존재나 그들의 시장성과가 서로에게 경쟁압력 내지 경쟁상 제약으로 작용하는지를 중심으로 판단하되, 각 사업자가 보유한 생산능력이나 기술력, 공급의 대체가능성과 신규 시장진입 가능성, 시장의 구체적 현황 등의 사정까지 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 한편 입찰담합에 관한 공정거래법 제19조 제1항 제8호는 입찰 자체의 경쟁뿐 아니라 입찰에 이르는 과정에서의 경쟁도 함께 보호하려는 데 그 취지가 있다. 따라서 사업자들 사이의 합의에 의하여 낙찰예정자를 사전에 결정한 결과 낙찰예정자가 아닌 사업자들이 입찰참가 자체를 포기하게 되었다면, 경쟁이 기능할 가능성을 사전에 전면적으로 없앤 것이 되어 입찰과정에서의 경쟁의 주요한 부분이 제한된 것으로 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수 밖에 없다.

나. 원심은, (1) 소나 3사가 소나체계 분야에서 각자 기술력이 우월한 부분이 있기는 하나 일부 영역에서는 기술력이 상호 중첩되는 점, 소나 3사는 입찰 1 내지 4에서 서로를 경쟁자로 인식한 것으로 보이는 점, 이 사건 공동행위 이전에 원고와 LIG는 이 사건 소나체계의 모든 분야에 대한 입찰 참가를 각자 준비하여 소나 3사의 상호 경쟁에 대비한 것으로 보이는 점, 한화 역시 원고와의 경쟁관계를 전제로 협력방안을 검토한 점, 한화의 내부문건에서 가격경쟁의 부담으로 인하여 소나 3사가 최대한 협력할 필요성이 있다고 분석하고 있는 점, 해외기술도입이 좌절되었더라도 소나체계 입찰참가 자격을 갖추기 위하여 반드시 참석해야 하는 제안요청서 설명회에 소나 3사 외에 6개 업체가 더 참석하였고 이들 업체와 협력하여 유효한 경쟁을 벌일 가능성도 있었던 점 등의 사정을 들어, 소나 3사 사이의 경쟁관계를 인정하고, (2) 나아가 이 사건 공동

행위는 전체적으로 볼 때 기술력 결집의 필요보다는 경쟁자의 시장진입을 봉쇄하여 기  
득권을 공고히 유지하고 제안가격을 인상하여 배정된 예산을 최대한 취득하려는 경쟁  
제한적인 의도로 이루어진 점, 소나 3사가 평가기준가격 대비 90% 이상의 높은 가격  
으로 낙찰받은 점 등의 사정을 들어 이 사건 공동행위로 인한 이 사건 소나체계 입찰  
시장에서의 경쟁제한적 효과를 인정하는 한편, (3) 원고가 주장하는 개발과정에서의 기  
술력 집중 등의 효율성 증대효과는 이 사건 공동행위의 효과로 발생한 것이라고 보기  
어렵고, 그 밖의 경쟁촉진적 효과도 인정되지 아니하며, 그러한 효과가 있더라도 경쟁  
제한적 효과를 상회한다고 볼 수 없다고 보아, 이 사건 공동행위가 이 사건 소나체계  
입찰시장에서의 경쟁을 부당하게 제한한다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하  
고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 경쟁제한성이나 부당성에 관한 법리오해, 채증법칙  
위반 등의 위법이 없다.

### 3. 상고이유 제4점에 대하여

이 사건 공동행위가 인정됨은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 공동행위가 성립하지  
아니함을 전제로 피고의 원고에 대한 과징금 납부명령이 위법하다고 주장하는 상고이  
유는 받아들일 수 없다.

나아가 이 사건 소나체계 입찰은 고도의 공적 규제가 필요한 사업이므로 과징금의  
부과대상이 되지 아니하고, 원고가 입찰과 관련하여 과징금 납부명령 당시까지 실제로  
지급받은 대가만을 관련매출액으로 보아야 하며, 이 사건 공동행위는 중대성이 약한  
위반행위로서 원고가 얻은 부당이득이 없으므로 과징금 산정 과정에서의 재량권 일  
탈·남용이 있다는 등의 상고이유의 주장은 상고심에서 처음으로 내세우는 것으로서

적법한 상고이유가 될 수 없다. 나아가 살펴보아도 과징금 산정 과정에 상고이유의 주장과 같은 재량권 일탈·남용 등의 위법이 있다고 볼 수 없다. 이 부분 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

#### 4. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	조희대
-----	-----	-----

주 심	대법관	이상훈
-----	-----	-----

	대법관	김창석
--	-----	-----

	대법관	박상욱
--	-----	-----