

[11] 5개 정유사의 군납유류 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건

의결 제2000-158호

홍 소 현 (변호사, 법무법인 세종)¹⁾

이 사건은 국방부가 구매하는 군납유류 입찰에서 발생했던 정유사업자 간 공동행위에 관한 것이다. 공정거래위원회의 원심결 처분 이후, 공정거래위원회 재결, 제1차 행정소송, 공정거래위원회의 과징금 일부 직권 취소 재처분, 재처분에 대한 제2차 행정소송 등 복잡하고 단계적인 분쟁이 발생하였고, 이 과정에서 입찰담합에 대한 과징금 산정방법에 대하여 많은 시사점을 주었다.

원심결 자체와 관련하여 발생한 일련의 분쟁의 주된 쟁점은 ① 행위 당시의 관련 규정상 둘러업체에 대하여도 계약금액을 기준으로 관련매출액을 산정하는 것이 위법한지 여부, 산정된 과징금이 비례의 원칙에 위반되는지 여부, ② 조사비협조자에 대한 과징금 산정시 공정거래위원회 재량의 정도, ③ 사적 손해배상소송이 계류되어 있는 경우 과징금 산정에 있어 이와 같은 사정을 참작할 것인지의 여부 등이다.

특히 ①, ② 쟁점은 과징금의 액수와 직접 관련되어 치열하게 다투어졌다. 공정거래위원회는 제1차 법원 판결을 받아들여 과징금을 일부 직권취소하였으나 일부 사업자들이 불복하였고, 결국 법원이 이에 대하여 다시 비례원칙 위반이라는 판단을 내림으로써 공정거래위원회는 과징금의 2차 직권취소를 하였다. 법원은 과징금 산정에 대하여 기본적으로 공정거래위원회의 재량을 존중하는 태도를 견지하면서도, 법정한도 내의 과징금 부과 하더라도 일정한 경우에는 비례원칙 위반이 될 수 있다는 것을 명확히 하였다.

한편 이 사건 피해자인 대한민국은 담합참여사업자들에 대한 손해배상 소송을 제기하였는데, 이 과정에서 담합으로 발생한 손해액의 산정에 계량경제분석방법을 사용할 수 있는지 여부 및 그 기준, 과징금 납부와 관계 등에 관한 다양한 판단이 이루어졌다.

이처럼 본건은 하나의 공동행위에 대하여 과징금 및 시정명령이라는 행정집행, 형사상 집행, 손해배상소송이라는 사적집행이 모두 이루어진 사례로서, 향후 공동행위에 대한 공정거래법 집행 방향에 대하여 많은 시사점을 주었다.

1) 본고를 검토하시고 좋은 의견들을 제시하여 주신 이민호 변호사님께 감사드립니다.

1. 사건개요

가. 국내 정유업 시장현황

1) 정유사별 시장점유율 및 수급현황

1999년도 내수시장 점유율을 보면 에스케이와 엘지칼텍스가 시장선도업체로 양사의 시장점유율이 66.3%에 달하고 있으며 각 사의 점유율은 <표 1>과 같다.

<표 1> 1999년도 정유사별 시장점유율 (단위: 백만 배럴, %)

구 분	에스케이	엘지칼텍스	에쓰오일	현대정유	인천정유	합 계
판매량	215	182	86	71	45	599
점유율	35.9	30.4	14.3	11.9	7.5	100.0

국내 정유시장은 공급과잉으로 생산량이 전부 국내에서 소비되지 못하고 있으며 1999년의 경우 <표 2>에서 보는 것처럼 전체 생산량의 약 21.3%인 194백만 배럴 가량이 초과 생산되었다. 수급의 불일치로 인한 잉여분은 수출을 하고 있는 상황이다.

<표 2> 1999년도 국내 석유제품 수급현황 (단위: 천 배럴)

수 요(A)		공 급(B)		초과공급(B-A)
내수	수출	생산	수입	38,951
719,615	347,235	914,082	191,719	

2) 국내 정유시장의 유통구조

가) 직매

대형 수요처에 대해 정유사가 직접 판매하는 경로로서 나프타, 항공유는 전량이 직매 형태로 판매되고 있으며, 군납유류는 입찰을 통해 정유사들이 각 수요군인 육·

해·공군에 직접 판매하는 형태로 직매에 해당한다.

나) 도·소매

대리점, 주유소를 통해 판매하거나 직접 실수요자에게 판매하는 경로로써 특히 휘발유의 경우는 약 96% 정도가 주유소에서 판매되고 있다.

다) 제품교환

정유사간에 석유제품을 서로 교환거래하는 경로로서 주로 지리적 수송비를 절감하기 위한 목적으로 이루어지고 있다.

나. 행위사실

현대오일뱅크 주식회사, 인천정유 주식회사, 에쓰오일 주식회사, 에스케이 주식회사, 엘지칼텍스정유 주식회사(이하 ‘현대오일뱅크’, ‘인천정유’, ‘에쓰오일’, ‘에스케이’, ‘엘지칼텍스’라 각각 약칭하고, 통칭하여 ‘5개 정유사’라 한다)는 1998년, 1999년 및 2000년에 국방부에서 실시한 군납유류 구매입찰에 참가하면서 연도별로 각각 사전에 모임을 갖고 전체 입찰유종에 대해 유종별 낙찰예정업체, 낙찰예정업체의 투찰가 및 들러리업체의 들러리가격, 희망수량경쟁 입찰의 투찰물량 등을 합의하였다.

이들 5개 정유사가 3년간 입찰담합을 통하여 계약을 체결하거나 단순참여 등으로 입찰에 관여한 군납유류 입찰현황은 <표 3>과 같다.

<표 3> 3년간 군납유류 입찰현황

(단위: 백만 원)

구분		현 대 오일뱅크	인천정유	에쓰오일	에스케이	엘 지 칼텍스	계
3년간 군납유류	계약금액	116,765	84,408	137,673	205,511	168,443	712,800
	비계약금액	596,035	628,320	575,127	507,289	544,357	—

* 자신이 낙찰자로 선정되어 납품계약을 체결한 경우 납품금액을 “계약금액”으로, 입찰에 단순참여의 경우로서 다른 낙찰자가 납품계약을 체결한 금액을 “비계약금액”으로 표시.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

가) 시정조치

공정거래위원회는 5개 정유사들에 대하여 당해 행위를 금지하는 시정명령 및 범위 반사실 신문 공표명령을 하였다.

나) 과징금

공정거래위원회는 5개 정유사가 합의한 3년간 군납유류계약금액 712,800백만 원에 대하여 피심인별로 계약금액과 비계약금액을 구분하지 않은 채 과징금부과기준율 및 과징금부과율을 동일하게 5%로 적용하여 과징금을 산정하였다. 한편, 조사과정에서 범위 반사실을 인정하고 조사에 적극 협조한 에스오일 및 엘지칼텍스에 대하여는 부과과징금에서 3분의 1을 감경하였고, 조사에 협조하지 않은 현대오일뱅크, 인천정유 및 에스케이에 대하여는 부과과징금에서 3분의 1을 가중하여 최종 과징금을 산정하였다.

다) 고발

공정거래위원회는 위원회 조사에 협조하지 아니한 피심인 에스케이, 현대정유, 인천정유를 형사고발하고, 조사에 적극 협조한 에스오일, 엘지칼텍스는 고발하지 아니하였다.

2) 이의신청 및 재결

위 원심결에 대하여 5개 정유사가 이의신청을 제기하여 공정거래위원회는 원심결 당시 5개 정유사에게 적용하였던 과징금부과기준율을 5%에서 3.25%로 낮추었다. 또한 에스오일 및 엘지칼텍스에 대하여는 최근 3년간 범위반횡수가 1회 이하에 불과한 점 및 조사에 적극 협조한 점 등을 참작하여 과징금부과율을 과징금부과기준율 3.25%에서 0.75%P를 감경하여 2.5%로 결정하였고, 조사에 매우 비협조적이었던 현대

오일뱅크, 인천정유 및 에스케이에 대한 과징금부과율은 0.75%P를 가중하여 4%로 결정하였다.²⁾

라. 고등법원의 판결

5개 정유사 중 현대오일뱅크, 인천정유 및 에쓰오일은 위원회의 재결에 대하여 각각 서울고등법원에 행정소송을 제기하였으나, 패소³⁾하자 대법원에 상고하였다.

마. 대법원의 판결

대법원은 현대오일뱅크, 인천정유 및 에쓰오일의 상고건에 대하여 현대오일뱅크, 인천정유 및 에쓰오일이 체결한 계약금액은 전체 계약금액 712,800백만 원 중 각각 116,765백만 원, 84,408백만 원 및 137,673백만 원에 불과하다는 점을 고려하지 않은 채 계약금액과 비계약금액에 대한 과징금부과율을 동일하게 적용함으로써 그 액수가 과다하게 산정되었고, 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력을 고려하지 아니하여 과징금의 부당이득 환수적인 측면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되어 그 액수 또한 과다하게 되었을 뿐만 아니라, 계약금액의 규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실하게 되어 비례의 원칙에 위배된 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 판결하였다.⁴⁾

바. 공정거래위원회의 과징금 일부 직권취소

공정거래위원회는 위 판결취지에 따라 재처분을 하면서 피심인별로 부과되었던 과징금 중에서 비협조자인 현대오일뱅크는 5,962백만 원, 인천정유는 10,730백만 원을, 협조자인 에쓰오일은 3,451백만 원을 각각 취소하였다.

이와 같이 과징금을 취소함으로써 비계약금액에 적용되었던 과징금부과율이 비협

2) 공정거래위원회 2001. 2. 28. 전원회의 재결 제2001-010호, 과징금부과 내역은 <표 4> 참조.

3) 서울고등법원 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결, 2004. 6. 20. 선고 2000누15028 판결 외.

4) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

조자인 현대오일뱅크와 인천정유는 4%에서 3%로, 협조자인 에쓰오일은 2.5%에서 1.9%로 각각 낮아지게 되었다. 또한 인천정유의 경우 현실적인 납부능력이 없음을 감안하여 산출된 부과과징금에서 20%를 추가 감경하였다.⁵⁾

사. 제2차 소송에서의 법원 판결

1) 공정거래위원회의 위 바. 과징금 일부 직권취소 처분에 대해 현대오일뱅크 및 인천정유는 서울고등법원에 과징금납부명령 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으며, 서울고등법원은 아래 2)과 같은 이유로 공정거래위원회의 과징금납부명령을 취소하였다.⁶⁾ 대법원은 서울고등법원의 판결은 관계법령과 기록에 비추어 수긍할 수 있고, 심리미진 및 재량권의 일탈·남용 등에 관한 법리오해로 인하여 판결결과에 영향을 미칠 위법이 없다고 판시함으로써 서울고등법원의 판결내용을 확정하였다.⁷⁾

2) 서울고등법원은 이 사건 과징금부과 처분이 ① 과징금의 액수가 법 제22조와 법 시행령 제9조 제1항, [별표 2] 제6호 단서, 이 사건 지침의 과징금부과기준 중 입찰에 관한 부분에서 정한 방식에 의하여 그 상한을 초과하지 않은 범위 내에서 산정된 것이라고 하더라도, 원고들이 비계약금액에 관한 과징금 액수를 산정함에 있어서는 이전에 계약금액에 비하여 그 절반의 과징금이 예외 없이 부과되었던 것에 비하여 4분의 3의 높은 부과기준율이 적용되어 산정된 점 ② 정유사별로 조사에의 협조여부나 종전의 법 위반횟수를 고려하여 에쓰오일이나 엘지칼텍스에 대하여는 일률적으로 2.5%의 과징금부과율을 적용하면서 단지 법 위반사실이 1-2회 정도 더 많고 조사에 협조적이지 않았다는 이유만으로 원고들에 대하여는 계약금액에 대하여는 4%, 비계약금액에 대하여는 3%의 상대적으로 높은 과징금부과율을 적용하여 정유사들 상호간의 형평성에도 반할 여지가 큰 점 ③ 그 외 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력이나 과징금산정 참작요소 등은 조사에의 협조여부 등에 비하여 상대적으로 크게 고려되지 아니하여 과징금의 부담이득 환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되고 그 액수 또한 과다하게 되었을 뿐 아니라, 입찰계약의 체결규모가 다른 정유

5) 공정거래위원회 2004. 12. 29. 전원회의 의결 제2004-385호, 과징금부과 내역은 <표 4> 참조.

6) 서울고등법원 2005. 11. 30. 선고 2004누24457 판결.

7) 대법원 2008. 11. 13. 선고2006두675 판결.

사들과의 사이에 균형을 상실하였던 점 등을 이유로 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당되어 위법하다고 판시하였다.

아. 공정거래위원회의 과징금 재산정

공정거래위원회는 제2차 소송에서의 법원 판결취지에 따라 현대오일뱅크 및 인천정유에 법위반사실이 많고 조사에 비협조적이었다는 이유로 재처분시 계약금액과 비계약금액 각각에 대하여 과징금부과율을 가중하였던⁸⁾ 0.75% 및 0.55%를 제외하고 과징금부과율을 3.25%와 2.45%로 적용하여 최종적으로 과징금을 부과하였다.

이처럼 법원의 판결이유를 반영함으로써 현대오일뱅크 및 인천정유의 과징금부과율이 계약금액의 경우 4.0%에서 3.25%로, 비계약금액의 경우 3.0%에서 2.45%로 하향되어 부과과징금의 규모가 상당 폭 축소되었고, 인천정유의 경우 1999년과 2000년 연속 적자상태였고 특히 2000년에는 그 손실이 2,643억 원에 달했던 점을 감안하여 위의 과징금부과율에 따라 산정한 과징금에서 20%를 추가로 감경하였다.⁹⁾

<표 4>

과징금부과내역

(단위: 백만 원)

구 분			현 대 오일뱅크	인천정유	에쓰오일	에스케이	엘 지 칼텍스	계
3년간 군납유류	계약금액		116,765	84,408	137,673	205,511	168,443	712,800
	비계약금액		596,035	628,392	575,127	507,289	544,357	
원심결 (00.10)	부과(기준)율		5.0% (35,640)	5.0% (35,640)	5.0% (35,640)	5.0% (35,640)	5.0% (35,640)	
	가중·감경		1/3 (11,880)	1/3 (11,880)	△1/3 (△11,880)	1/3 (11,880)	△1/3 (△11,880)	
	과징금액		47,522	47,522	23,760	47,522	23,760	190,086
재결 (01.2)	부과기준율		3.25%	3.25%	3.25%	3.25%	3.25%	
	가중·감경		0.75%	0.75%	△0.75%	0.75%	△0.75%	
	부과율		4.0%	4.0%	2.5%	4.0%	2.5%	
	과징금액		28,513 (△19,009)	28,513 (△19,009)	17,820 (△5,940)	28,513 (△19,009)	17,820 (△5,940)	121,179 (△68,907)
과징금 일 부 적권취소 (04.12)	부과 기준율	계약 금액	부과기준율	3.25%	3.25%	3.25%		
			가중· 감경	0.75%	0.75%	△0.75%		
			부과율	4.0%	4.0%	2.5%		

8) 공정거래위원회 2004. 12. 29. 전원회의 의결 제2004-385호.

9) 공정거래위원회 2009. 1. 14. 전원회의 의결 제2009-021호, 과징금부과 내역은 <표 4> 참조.

구 분			현 대 오일뱅크	인천정유	에쓰오일	에스케이	엘 지 칼텍스	계
	비 계 약 금 액	부과기준율	245%	245%	245%			
		가중·감경	0.55%	0.55%	△0.55%			
		부과율	30%	30%	1.9%			
	가중·감경		—	감경20%	—			
	과징금액		22,551 (△5,962)	17,783 (△10,730)	14,369 (△3,451)			
과징금 재산정 (08.1)	부과 기준율	계 약 금 액	부과기준율	325%	325%			최종 부과 과징금 83,610 (△96,476)
			가중·감경	—	—			
			부과율	325%	325%			
		비 계 약 금 액	부과기준율	245%	245%			
	비 계 약 금 액		가중·감경	—	—			
			부과율	245%	245%			
		가중·감경		—	감경20%			
		과징금액		18,397 (△4,154)	14,511 (△3,272)			

2. 관련법령 및 입찰제도

가. 부당한 공동행위 관련 법령

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」¹⁰⁾

제19조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
- 2.~8. (생략)

법 제22조(과징금) 공정거래위원회는 제19조(부당한 공동행위의 금지)의 규정에 위반하여 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금액

10) 2001. 1. 16. 법률 제6371호로 개정되기 전의 것. 이하 "공정거래법" 혹은 "법"이라 한다.

을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 10억 원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」¹¹⁾

제9조(과징금의 산정방법) ① 법 제6조(과징금) 본문·법 제22조(과징금) 본문·법 제24조의2(과징금) 본문, 법 제28조(과징금) 제2항 본문·법 제31조의2(과징금) 본문 및 법 제34조의2(과징금) 본문에서 대통령령이 정하는 매출액"이라 함은 당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액(이하 과징금부과기준매출액"이라 한다)을 말한다. (··하략··)

② 기타 과징금부과기준매출액의 산정에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다.

제61조(과징금 부과기준) ① 법 제6조(과징금), 법 제17조(과징금), 법 제22조(과징금), 법 제24조의2(과징금), 법 제28조(과징금), 법 제31조의2(과징금) 및 법 제34조의2(과징금)의 규정에 의한 과징금의 종별 부과기준은 별표 2와 같다.

② 제1항의 규정에 의하여 산정된 금액은 법 제55조의3(과징금부과) 제1항 각호의 사항을 참작하여 이를 가중 또는 감경할 수 있다.

③ 이 영에 규정한 사항 외에 과징금의 부과에 관하여 필요한 세부기준은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

[별표 2] 위반행위의 종별 과징금부과기준(제61조 제1항 관련)

위반행위	관련법 조문	과징금부과기준
6. 부당한 공동행위	법 제19조	위반행위기간 x (동 기간 중 관련상품·용역의 매출액) x 5/100 이내. 다만, 입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내. 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억 원 이하

11) 1997. 3. 31. 대통령령 제15328호로 개정되어 2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정되기 전의 것.

나. 원사건 당시 입찰제도

1) 군납유류 구매절차 및 입찰제도

가) 군납유류 구매절차

군납유류 구매는 각 수요군(육·해·공군)이 소요 유종 및 물량을 파악하여 연간 예산을 확보하고 국방부 조달본부에 관련예산 송부와 함께 조달요구를 하면, 조달본부는 원가산정 후 입찰을 통해 유류를 구매·계약체결하고 낙찰된 정유사는 각 수요군에 납품하는 방식으로 되어 있었다.

나) 군납유류 입찰제도

(1) 입찰방식

군납유류는 유종에 따라 단가제 입찰과 희망수량경쟁 입찰방식으로 입찰이 이루어졌다.

- ☐ 단가제 입찰 : 일정기간 동안 계속해서 공급계약이 필요한 경우 당해연도 예산범위안에서 단가에 대해 입찰을 실시하고 계약을 체결하는 방식 (국가계약법 제22조)
- ☐ 희망수량경쟁입찰 : 다량 물품 구매시 수요수량의 범위안에서 공급자가 공급할 희망수량과 그 단가를 입찰에 부치는 방식 (국가계약법 시행령 제17조)

(2) 입찰절차

- ① 입찰공고 : 매년 년초에 연간 소요분에 대한 일괄입찰 실시
- ② 원가(예정가격) 산정 : 정유사 제출 산자부 신고가 기초
- ③ 입찰등록
- ④ 입찰 : 입찰(재입찰), 재공고입찰(재입찰) 갱신공고입찰(재입찰)
- ⑤ 낙찰자 결정

2) 군납 유류 입찰의 문제점

가) 일부 형식적인 입찰

군납유류 입찰건 중 고유황 경유 공장도 및 항공유(JP-8) 송유관도 입찰은 형식은 경쟁입찰이나 실제 내용은 낙찰받을 수 있는 업체가 정해져 있어 경쟁입찰이라 볼 수 없었다.

고유황 경유 공장도는 울산, 여수, 대산에 소재한 정유사의 공장에서 각 군의 수요처가 직접 운송해 가는 조건의 입찰방식인데 대산공장은 현대오일뱅크이고, 여수공장은 엘지칼텍스이므로 대산과 여수 공장도 부분은 낙찰자가 이미 현대오일뱅크와 엘지칼텍스로 정해져 있었다.

항공유(JP-8) 송유관도의 경우는 특정기지까지 송유관을 통해 항공유를 운송하는 조건의 입찰방식인데 동 기지까지 연결된 송유관을 갖고 있는 정유사는 에스케이뿐이므로 처음부터 낙찰자가 정해져 있는 입찰이었다.

나) 예정가격 산정

국방부 조달본부가 입찰전에 각 정유사에게 산자부 신고가를 제출하도록 요청하고 이를 기초로 예정가격을 산정해 오는 관례 때문에 정유사들은 조달본부의 예정가격 수준을 예측할 수 있어 낙찰률이 거의 예정가격의 통상 98%이상 수준이었다.

3. 주요 쟁점

이 사건은 공정거래위원회의 원심결 이후 각 사업자들이 이의신청, 행정소송, 행정소송 판결에 따른 재처분, 재처분에 대한 행정소송 등 가능한 불복수단을 모두 활용하여 치열하게 다툰 사건이었다. 위와 같은 일련의 분쟁과정에서 입찰담합에 대한 과징금 산정과 관련하여 여러 의미 있는 판단이 이루어졌다.

이를 중요한 쟁점 위주로 간추려 보면, ① 원처분 당시의 공정거래법 및 시행령, 시

행령 [별표2] 등 관련 규정상 들러리업체에 대하여도 계약금액을 기준으로 관련매출액을 산정하는 것이 위법한지 여부 및 낙찰을 받은 업체와 들러리 업체를 유사하게 취급하는 것이 비례원칙에 반하는지 여부, ② 조사비협조자에 대한 과징금 산정시 공정거래위원회 재량의 정도, ③ 사적 손해배상소송이 계류되어 있는 경우 과징금 산정에 있어 이와 같은 사정을 참작할 것인지의 여부 등을 들 수 있을 것이다.

가. 입찰담합의 특수성과 과징금 산정

입찰담합에서는 해당 입찰에서 낙찰을 받은 사업자와, 들러리를 선 사업자가 존재한다. 낙찰을 받은 사업자는 직접 계약을 체결하므로 계약금액에 의하여 담합에 의하여 발생하거나 발생할 이득을 추정할 수 있는 관련매출액이 가시적으로 드러나는 반면, 들러리를 선 사업자는 해당 입찰과 관련하여 얻은 부당이득을 어떠한 방식으로 추정하고 무엇을 기준으로 관련매출액을 산정하여야 하는지에 대하여 논란의 여지가 있을 수 있었다. 특히 공정거래위원회의 원처분 당시 과징금부과의 근거규정이었던 법 시행령¹²⁾ 제61조 제1항 관련 [별표2] 제6호 단서에서는 과징금부과기준율에 대하여, ‘다만, 입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내. 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억 원 이하’라고만 규정하고 있었기 때문에, “입찰계약이 체결된 경우”의 해석과 관련하여 들러리업체들에 대해 해당 규정을 적용할 수 있는 것인지, 계약금액을 기준으로 과징금을 부과하는 것이 타당하다고 판단되는 경우에도 낙찰 받은 사업자와 동일한 기준을 적용하는 것이 옳은지에 대하여 다툼이 있었다.

1) 들러리 업체에 대하여도 “계약금액”을 기준으로 관련매출액을 산정하는 것이 타당한지 여부

공정거래위원회는 원심결에서, 낙찰을 받은 사업자와 들러리를 선 사업자간에 차이를 두지 않고 모든 사업자의 계약금액을 기초로 하여 동일한 부과기준율을 적용하였다.

12) 1997. 3. 31. 대통령령 제15328호로 개정되어 2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정되기 전의 것.

사업자들은 이에 대하여 위 [별표2] 제6호 단서에서의 “계약금액”이라는 부과기준은 법 제22조 등에서 “일정한 매출액”을 기준으로 과징금을 부과하도록 하는 원칙에 반할 뿐만 아니라, 법에서 위임하지 아니한 사항을 규정하고 있어 무효이고, 다만 위 법 시행령 소정의 “계약금액”을 ‘전체 계약금액이 아닌 입찰담합에 관여한 각각의 사업자별 계약금액’으로 해석하는 경우에 한하여 법률에 위반되지 아니하므로, 공정거래위원회가 위 법 시행령 소정의 “계약금액”을 ‘각 행위자별 계약금액’이 아니라 5개 정유사의 계약금액 총액을 의미하는 것으로 해석하고 과징금을 부과한 것은 위법하고, 낙찰 받지 못한 사업자에게는 계약금액을 불문하고 10억 원 이하의 과징금을 부과하여야 한다고 주장하였다.

이에 대하여 제1차 소송의 원심법원은 계약금액을 기준으로 과징금을 부과하는 것에 대하여는, ‘입찰담합을 제외한 가격결정에 관한 부당한 공동행위에 있어서는 향후 이루어질 다수 거래선과의 계약금액 및 매출액을 공동행위 당시의 기준으로 확정할 수 없으므로 위반행위시의 매출액에 기초하여 과징금을 산정하는 반면, 입찰담합의 경우에는 입찰당시에 계약금액이 확정될 뿐 아니라 향후 계약불이행 등 특단의 사정이 생기지 않는 한 그 계약금액 자체를 매출액과 동일시 할 수 있는 사정이 있고 매출액이 성질상 실행행위의 종료 이후에 발생하는 등의 특수성이 있으므로, 이를 감안하여 법 제22조 및 법의 위임에 의한 법 시행령 제9조의 범위 내에서 법 시행령이나 피고의 내부지침으로 과징금부과의 기준금액을 위 “계약금액”으로 정하는 것이 허용된다’고 판시하였다. 한편, 들러리에 대한 과징금 산정과 관련하여, ‘낙찰자 입찰담합의 본질상 낙찰자가 아닌 들러리도 낙찰자로 하여금 이득을 얻게 한 법 위반행위의 공동주체인 점, 단지 입찰담합으로 인한 이득이 가담자 본인에게 직접 귀속되지 않는다 하여 위 가담자에게는 입찰계약금액의 다소를 불문하고 위 시행령 및 지침에서 규정한 “입찰계약이 체결되지 아니한 경우”를 적용하여 “10억 원 이하”를 과징금으로 부과하게 되면 입찰담합에 대한 제재로서 효과적이지 못하게 되는 점, 입찰계약이 체결되지 않은 경우에 관한 별도의 규정을 둔 것은 비록 유찰 등으로 담합업체들이 낙찰 받지 못했다 하더라도 입찰담합이 경쟁질서에 미치는 악영향이 매우 큰 점을 감안하여 실패한 담합에 대하여도 엄정 대처하려는 취지인 점에 비추어 위 지침이나 법 시행령 제61조 제1항 [별표2] 제6호 단서에서 규정하고 있는 “입찰계약이 체결된 경우”란 담합에 의하여 낙찰받은 업체가 있어 당해 입찰에서 계약이 체결된 경우를 말

하고, “입찰계약이 체결되지 않은 경우”란 담합은 있었으나 유찰 등으로 인하여 어느 담합업체도 낙찰받지 못한 경우를 의미하며, 입찰담합이 수개의 입찰과 관련된 경우에 위 “계약금액”은 각 당사자별 낙찰금액의 총액을 의미하는 것으로 봄이 상당하다고 판시하였다.

제1차 소송의 대법원 역시 관계 법령의 규정을 종합하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 입찰담합에 있어서 과징금 부과기준이 되는 ‘계약금액’의 해석에 관한 법리오해 등의 위법은 존재하지 아니한다고 판시하여, 원심 판결을 지지하였다.¹³⁾

결국 이를 종합하면 시행령 [별표2] 제6호 단서에서 10억 원 미만의 과징금을 부과하도록 하는 단서 규정은 유찰 등으로 인하여 어느 업체도 낙찰 받지 못한 경우를 의미하고, 담합에 의하여 낙찰 받은 업체가 있어 당해 입찰에서 계약이 체결된 경우에는 낙찰을 받은 업체 및 들러리를 선 업체 모두에 대하여 계약금액을 기준으로 과징금을 산정할 수 있다는 결론에 이르게 되는 것으로 보인다.

이와 같은 공정거래위원회 및 법원의 판단은 일견 타당한 것으로 생각된다. 법원 판시와 같이 들러리도 범위반행위의 주체이고, 들러리는 해당 입찰을 양보하는 대가로 이익을 취득¹⁴⁾하고 이는 들러리 경쟁제한행위의 본질이라 할 수 있는데, 이러한 이익은 입찰계약금액의 다과에 따라 달라짐에도 해당 입찰에서 직접적으로 이익이 귀속되지 아니하였다는 이유로 소액을 한도로 한 과징금을 부과하여야 한다는 것은 부당하고, 또한 계약금액은 들러리업체가 취득한 이익의 규모를 추정할 수 있는 일응의 합리적인 지표가 될 수 있기 때문이다. 다만, 입찰담합의 유형에는 순번제, 희망수량경쟁입찰제, 지역할당제 등 여러 가지 형태가 있을 수 있는 바, 해당 담합이 입찰담합의 형식을 취하고 있지만 각 사업자가 얻은 부당이득의 수준을 비교적 용이하게 추론할 수 있는 경우에는 해당 사업자의 계약금액만을 관련매출액으로 하여 과징금을 산정하는 것이 더 적절한 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 입찰담합의 형식을 가지고 있으나 실질은 지역분할 담합이어서 일반적인 지역분할 담합과의 형평을 고려할 때 해당 사업자가 낙찰 받은 계약금액만으로 과징금을 산정하는 것이 더 적절한 경우가

13) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

14) 일반적으로 다음번 입찰에서의 양보 또는 1회성 입찰의 경우 금전 또는 재하도급을 통한 수주 기회 등을 들 수 있을 것이다.

있을 수 있다. 또한 순번제 입찰담합에서 순번대로 각 사업자가 모두 낙찰을 받은 경우처럼 각 사업자별로 담합으로 인하여 얻는 이익을 해당 사업자가 낙찰받은 계약금액을 기준으로 판단하는 것이 더 적절한 경우도 있을 수 있다.

2) 낙찰을 받은 업체와 들러리 업체를 유사하게 취급하는 것이 비례원칙에 반하는지 여부

한편 제1차 소송의 원심법원은 위와 같이 계약금액을 기준으로 과징금을 부과한 것이 정당하고, 원고가 취득한 구체적인 이익의 규모를 산출할 수 없다고 하더라도, 원고가 위 낙찰로 인하여 상당한 이익을 취득하였으리라는 점을 충분히 예상할 수 있기 때문에 과징금부과처분은 비례의 원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.¹⁵⁾ 그러나 제1차 소송에서 대법원은 위와 같이 계약금액을 기준으로 과징금을 부과한 것 자체는 정당하다 하더라도, 구체적으로 본 사건에서 낙찰을 받은 업체와 들러리 업체를 유사하게 취급하는 것은 비례원칙에 반한다고 판시하면서 원심판결을 파기하였다. 즉, 제1차 소송에서 대법원은, “과징금의 액수가 법 제22조와 법 시행령 제9조 제1항, 이 사건 지침 중 입찰에 관한 부분 또는 법 시행령 [별표2] 제6호 단서에서 정한 방식에 의하여 그 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 산정된 것이라고 하더라도, 입찰담합에 있어서 입찰계약을 체결한 사업자와 참여자 사이에는 위반행위의 내용과 정도뿐만 아니라 위반행위로 인하여 취득하는 이익의 규모에 차이가 있고, 피고 스스로도 입찰계약을 체결한 사업자와 참여자 사이의 위와 같은 차이점을 고려하여 과징금을 부과해 왔으므로, 이 사건 입찰담합 중 원고가 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분에 관한 과징금 액수를 산정함에 있어서는 위와 같은 참작사유에 있어서의 차이점을 고려하여 원고가 입찰계약을 체결한 부분보다는 낮은 부과기준을 적용하여야 할 것임에도 불구하고, 이러한 차이점을 전혀 고려하지 아니한 채 원고가 입찰계약을 체결한 부분과 같은 부과기준을 적용함으로써 그 액수가 과다하게 되었다고 할 수 있고, 결국 이 사건 과징금 부과처분은 원고가 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분을 입찰계약을 체결한 부분보다 낮은 부과기준을 적용하지 아니하여 그 액수가 과다하게 산정됨으로써 비례의 원칙에 위배된 재량권 일탈·남용의 처분에 해당한다.”고 판시하였다.¹⁶⁾

15) 서울고등법원 2002. 5. 14. 선고 2001누2803 판결.

16) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결.

이에 위원회는 위 법원 판결의 취지에 따라, 비계약금액에 대하여 계약금액의 3/4 수준으로 과징금을 재조정하였다.¹⁷⁾ 사업자들 중 현대오일뱅크와 인천정유는 다시 불복하였고(제2차 소송), 서울고등법원은 다시 공정거래위원회의 처분을 비례원칙 위반으로 취소하면서 공정거래위원회가 비계약금액에 관한 과징금 액수를 산정함에 있어서는 이전에 계약금액에 비하여 그 절반의 과징금이 예외 없이 부과되었던 것에 비하여 3/4라는 높은 부과기준율이 적용된 점을 재량일탈의 요소 중 하나로 고려하는 취지의 판시를 하였으며,¹⁸⁾ 대법원은 위 판결내용을 그대로 확정하였다.¹⁹⁾

이에 공정거래위원회는 과징금을 재산정하면서 비계약금액에 대한 과징금 부과기준율을 계약금액에 대한 부과기준율의 3/4에서 다른 사례들과 같이 1/2로 조정하지는 아니하였으나, 계약금액과 비계약금액 대한 각각의 과징금부과기준율을 4.0%에서 3.25%, 3.0%에서 2.45%로 낮추어 과징금 규모를 상당폭 축소하였고, 사업자들이 더 이상 불복하지 아니함으로써 과징금은 위 금액으로 확정되었다.

나. 조사협조자에 대한 과징금 산정시 공정거래위원회의 재량

현대오일뱅크와 인천정유, 에스케이에스 원심결에서 조사비협조를 이유로 부과과징금의 1/3을 가중 받았고, 공정거래위원회의 재결에서도 조사비협조를 이유로 0.75%를 가중 받았다.

1차 소송에서 원심판결과 대법원 판결은 모두, “법 제55조의3 제1항이 과징금을 부과함에 있어서 ‘위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등’을 참작하도록 포괄적으로 규정하고 위 규정에서 예시된 사유만으로 그 참작사유를 한정하지 않은 점, 공동행위는 당사자 사이에 은밀하게 이루어지는 것이 보통이어서 적발이 어렵기 때문에 조사과정에서의 협조 여부를 과징금 산정에 참작할 현실적인 필요성이 있다는 점 등에 비추어 보면, 조사에의 협조 여부 및 종전의 법 위반횟수를 과징금 산정의 참작사유로 할 수 있고, 처분 후 재결에서 종전의 법 위반횟수를 정상참작사유로 추가한다 하더라도 처분의 근거사유를 추가한 것

17) 공정거래위원회 2004. 12. 29. 전원회의 의결 제2004-385호.

18) 서울고등법원 2005. 11. 30. 선고 2004누24457 판결.

19) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두675 판결.

에 해당하는 것은 아니어서 위법하지 아니하다”고 판시하여, 조사비협조를 이유로 한 가중도 원칙적으로 가능하며, 적법하다는 판단을 내렸다.²⁰⁾

그러나, 그 가중의 정도에 관하여는 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력을 고려하지 아니하여 과징금의 부당이익의 환수적인 측면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되어 그 액수가 과다하고, 계약금액의 규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실하게 되어 비례의 원칙에 위배된다고 판시하였다.

제1차 소송의 결과에 따라 공정거래위원회는 앞서 본 바와 같이 전체적인 과징금의 수준을 낮추고, 인천정유의 현실적인 납부능력을 감안하여 부과과징금의 20%를 추가 감경하였으나, 비협조자에 대한 과징금 가중 비율은 0.75%로 여전히 유지하여 조사협조자와 비협조자간의 과징금 부과율 차이를 동일하게 유지하였다.

이에 현대오일뱅크와 인천정유가 다시 제2차 소송을 제기하였으며, 대법원은 “조사에 협조한 엘지칼텍스, 에쓰오일에 대하여는 계약금액의 2.5%로 감액조정하면서도 원고들 및 에스케이에 대하여는 조사에 협조하지 아니하고 위에서 본 법 위반사실이 3회 이상에 해당한다는 이유로 감액조정하지 아니한 사실, 그 결과..(중략).. 각 낙찰금액에 대한 과징금 비율은 원고들의 경우 18.1% 및 26%에 달한 반면 다른 정유사들은 10.2% 내지 16.2%에 그쳤고, 특히 원고들의 계약금액은 에스케이의 1/2 및 1/3을 약간 넘는 수준에 불과함에도 조사에의 협조 여부 및 과거의 법위반횟수의 면에서 동일하다는 이유로 동일한 과징금이 부과된 사실”을 고려하여야 한다고 판시하였다. 또한 인천정유에 대해서는 “부채비율과 당기순이익을 고려할 때 사업자의 자금사정 등 현실적인 과징금 부담능력을 고려하지 아니하였으므로”, 공정거래위원회의 과징금 부과처분은 재량을 일탈, 남용하였다고 판시하였다.²¹⁾

공정거래위원회는 법원의 판결 취지에 따라 현대오일뱅크 및 인천정유에게 법위반 사실이 많고 조사에 비협조적이었다는 이유로 재심결시 계약금액과 비계약금액에 대한 각각의 과징금 부과기준율에 가중하였던 0.75% 및 0.55%를 제외시켰다.²²⁾

20) 서울고등법원 2002. 6. 20. 선고 2000누15028 판결; 서울고등법원 2005. 11. 30. 선고 2004누24457 판결; 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

21) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

22) 이에 따라 현대오일뱅크 및 인천정유의 부과과징금은 각각 18,397백만 원, 14,511백만 원으로 계약금액 대비 부과과징금 비율은 15.7%, 17.2%로서 조사에 적극 협조했던 다른 정유사들의 계약금액 대비율(10.4% 내지

일반적으로 조사과정에서의 협조 여부를 과징금산정에 참작하는 것은 앞서 살펴본 바와 같이 은밀한 공동행위의 적발에 기여한다는 측면에서 타당하다. 그러나 그 가중, 감경의 수준에 있어 재량의 일탈·남용에 이르는 정도에 이른다면 공정거래위원회 법 집행의 신뢰성 측면에서 바람직하지 못한 결과를 초래할 것으로 생각된다.

동 심결이 이루어진 당시와 달리 현재에는 리니언시제도가 정착되어 공동행위의 적발이 한층 용이하여졌고, 리니언시요건을 충족하는 조사협조자들은 과징금을 전액 면제받거나 반액 면제받을 정도로 매우 큰 혜택을 누릴 수 있게 되었으므로, 제도적 이유로 조사협조자와 비협조자간의 과징금의 차이도 더 크게 벌어지게 되었다. 이처럼 리니언시제도가 활발하게 활용되는 이상 공동행위의 적발이 과거에 비하여 수월하여졌는바, 조사비협조자에 대하여 공동행위의 적발 필요를 이유로 취득한 이득의 규모에 비례하지 못할 정도로 가중하는 것은 그 근거를 과거에 비하여 더욱 상실했다고 볼 수 있을 것이다.

다. 소비자에게 손해배상을 하는 경우 과징금 산정에 있어 이를 참작 하여야 하는지 여부

현재까지 우리나라의 공동행위 관련 법집행 실태를 살펴보면, 공동행위로 인한 부당이득의 환수가 주로 행정제재 즉, 공정거래위원회의 과징금 부과에 의하여 이루어져 왔음을 알 수 있다. 반면 미국의 경우에는 3배 배상제도 및 집단소송제도 등과 같은 제도적 뒷받침으로 사적 손해배상소송이 무척 활발하여, 공동행위로 인하여 피해를 입은 자들이 직접 민사소송을 제기함으로써 손해를 전보 받는 경우가 더욱 빈번하다.

공정거래위원회의 과징금 부과는 행정 제재적 성격과 더불어 위반사업자의 부당이득을 환수함으로써 법위반을 억제하려는 목적이 있는 반면, 피해자의 손해배상소송은 카르텔로 인한 피해자의 손해를 회복하는 것이 기본 목적이다. 그러나 양자 모두는 결국 사업자들에 대하여 공동행위의 유인을 제거함으로써 공동행위의 억제라는 동일한 효과를 창출한다. 즉 위 두 가지 방법은 이득의 귀속 주체가 국가이거나(직접 또는 간접적으로) 피해를 입은 사인이라는 차이점이 있을 뿐, 궁극적으로 법위반 사업자가

16.2%)과 거의 유사해지게 되었다(2009. 1. 14. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2009-021호).

취득한 부당이득을 환수함으로써 카르텔을 억제하는 효과가 존재한다는 측면에서 동일한 것이다. 이에 공적 집행과 사적 손해배상청구가 동시에 이루어지는 경우, 부당이득 환수가 이중으로 이루어질 수 있으므로, 이 같은 사정을 과징금 산정시 고려하여야 하는지의 문제가 제기될 수 있다.

제1차 소송에서 원심법원은 에쓰오일이 제기한 원처분 취소소송의 판결에서 이 사건 입찰담합으로 인한 손해배상소송이 법원에 계류 중인 사실, 5개 정유사들이 가격 할인 등을 통하여 부당이득을 일부 환수당한 사실을 인정하면서도, 이 같은 사정만으로 위법의 정도가 중한 이 사건에서 공정거래위원회가 부과한 과징금의 규모가 현저하게 타당성을 잃었다거나 비례의 원칙에 위배하여 재량권을 남용·일탈하였다고 보기는 어렵다고 판단하였다.²³⁾ 이에 대하여 대법원은 과징금의 산정이 비례의 원칙에 위배된다고 판단하면서도, 그 이유로 입찰담합에 있어서 입찰계약을 체결한 사업자와 참여자 사이에는 위반행위의 내용과 정도뿐만 아니라 이익취득 규모에도 차이가 있음에도 이를 고려하지 않은 것만을 들었다.²⁴⁾

위 대법원 판결의 판시내용을 살펴보면, 행정제재인 공정거래위원회의 과징금부과 처분 외에 기타 구제수단, 즉 부당이득 환수가 이루어지거나 사적 손해배상 소송이 제기된 경우에 이를 과징금의 산정에 반드시 참작하여야 하는지 여부에 대하여 대법원이 명확하게 판단을 내린 것으로는 보이지는 아니한다. 그러나 원심법원의 판단에 대하여 다른 의견을 제시하지 아니하고 있는 것으로 미루어 일응 공정거래위원회의 과징금 산정에 대하여 사적 손해배상소송을 특별히 고려하지는 않았던 원심법원의 판결을 지지하는 것으로 보인다.

앞서 언급한 바와 같이 공정거래위원회의 과징금 부과처분은 부당이득환수적 성격과 제재적 성격이 가미된 것이고, 사적 손해배상소송²⁵⁾은 피해자의 손해를 회복하기 위한 것으로 그 목적이 상이한 것이 사실이다. 또한 현재까지 사적 손해배상소송이

23) 서울고등법원 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결.

24) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결.

25) 위반사업자가 자율적으로 부당이득을 일부 피해자에게 환원한 경우, 이는 피해자의 손해회복이라는 동일한 목적을 가지고 있기 때문에 사적 손해배상소송의 손해액을 산정함에 있어 손익상계의 대상이 될 수 있다(서울지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결). 그러나 사적 손해배상 소송에서 본 사건과 같이 국가가 피해자(국방부)이자 행정제재의 주체(공정거래위원회)인 경우, 우연한 사정으로 피해자와 행정제재 주체가 동일하다는 이유로 이를 손익상계하는 것은 타당하지 않다(동 판결).

활발하지 아니하였고, 손해배상소송을 할 것인지 여부는 개별 피해자가 결정하여야 할 사항으로 강제할 수 없으며, 미국과는 달리 3배 배상제도나 집단소송제도 등이 미비되어 있는 우리나라 법현실상 사적 손해배상소송이 활성화될 가능성 역시 현 시점에서 명확하게 예측하기 어렵다. 결국 우리나라에서 공동행위의 억제 및 부당이득의 환수 기능은 여전히 공정거래위원회의 과징금 부과에 의하여 이루어지는 것이 사실이고, 제기될지 여부가 불투명한 사적 손해배상소송을 고려하여 과징금을 산정하는 것은 아직은 이른 것으로 생각되어, 법원의 위와 같은 판단은 타당한 것으로 보인다.

다만, 향후 제도의 변경을 통하여 사적 손해배상소송이 활성화되고 법집행 경험이 축적되어 사적 손해배상소송이 공정거래법 집행의 큰 축을 이루게 된다면, 이 쟁점은 다시금 논의될 필요가 있다고 생각된다. 즉 담합으로 인하여 사업자가 취득한 이득은 국가가 환수하기보다는 피해자가 손해배상을 받는 방법으로 환수하는 것이 손해배상법리의 일반원칙에 적합할 뿐만 아니라, 환수를 시도할 인센티브, 환수금액 산정의 투명성 측면에서도 바람직할 것이다. 따라서 장기적으로는 사적 손해배상소송을 통하여 피해자가 손해를 전보받도록 함으로써 사업자의 부당이득을 환수할 수 있도록 하고, 이렇듯 사적 손해배상소송이 활성화되는 경우에는 공정거래위원회의 과징금 부과시 부당이득 환수적 요소보다 제재적 측면에 초점을 맞추는 것이 바람직할 것으로 보인다.

4. 의의

가. 입찰담합에 있어서의 과징금 산정에 관한 과징금부과기준의 명확화

2. 가.에서 살펴본 바와 같이, 위 사건에 적용되던 당시의 법령인 공정거래법 시행령 제61조, 시행령 [별표2]에서는 입찰담합에 있어서의 과징금부과기준에 대하여 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내, 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억 원 이하라는 규정만을 두고 있었다. 또한 당시 규정상 입찰담합에 대한 과징금부과기준을 별도로 두고 있지 않아, 들러리 업체들에 대한 과징금 부과기준에 대한 다툼을 초래하였다. 이 사건 이후인 2004. 4. 1. 공정거래위원회는 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」(이하 “과징금고시”라 함)를 개정하고, 응찰하지 아니하였거

나 탈락한 자에 대하여 기본과징금의 2분의 1 범위 내에서 감액할 수 있다는 규정을 신설하여, 들러리사업자에 대한 과징금 산정방식에 대하여 재량의 여지는 있으나 예측 가능한 가이드라인을 제시하였다.

한편 위 사건에 대한 판단 당시 공정거래법에서는 입찰 또는 경매에 있어서의 공동행위를 규정하고 있지 아니하여, 전형적인 입찰 공동행위인 본건 담합을 공정거래법 제19조 제1호 가격공동행위로 의율 하였으나, 2007. 8. 3. 입찰 또는 경매 유형의 공동행위에 대한 규정이 동조 제8호에 신설되어 입찰담합의 적용법조 역시 명백하여지게 되었다.

나. 불합리한 군납유류 입찰제도 개선 기여 및 경쟁 활성화

앞서 2. 나. 에서 살펴본 바와 같이, 본 사건을 계기로 조사과정에서 나타난 불합리한 군납유류 입찰제도 및 예정가격 산정방식에 대해 국방부 조달본부에 제도개선을 요청함으로써 MOPS가격(항공유), 대형민수처 실거래가격(다른 유종)을 기준으로 예정가격 선정방식이 바뀌는 등 군납유류 입찰제도의 개선이 이루어졌다.

아울러 군납유류 입찰담합에 참가한 정유 5개사에 엄중한 시정조치를 함으로써 이후 군납유류 입찰시장에 경쟁이 본격화되는 성과를 거둘 수 있었다.

다. 조사 배경 및 본건의 사회적 파급력

2000. 7. 국방부 조달본부가 '98년, '99년 정유 5사로부터 군항공유와 경유를 구매하면서 민간기관인 국내 항공사, 수협, 철도청보다도 높은 가격을 지불하여 그 차액 1200여억 원을 환수하는 방안을 강구하라고 감사원으로부터 권고를 받았고, 2000년도 입찰시에는 국방부가 예정가격을 종전 국내가격에서 국제 가격으로 낮춰 잡음에 따라 5개 정유사는 가격을 올리기 위해 계속 고가로 응찰하였으며, 그 결과 9차례나 유찰되어 군은 전시 비축유를 20% 이상 사용하는 등 비상상황에 몰렸다는 내용의 언론 보도가 있었다.²⁶⁾

26) 2000.7.5., 7.6., 7.7.자 동아일보 기사.

이에 국방부는, 1998년부터 2000년까지 국방부에 유류를 공급하는 과정에서 공정거래법상의 부당한 공동행위 또는 차별적 취급행위를 하였다는 혐의로 5개 정유사를 2007년 7월 5일 공정거래위원회에 신고하였고, 공정거래위원회는 조사에 착수하였다.

이로 인하여 당시까지 적발된 공동행위 중 최고 액수의 과징금이 부과되었고, 앞서 살펴본 바와 같이 약 9년간의 법적 공방을 거치면서 입찰담합에서의 과징금부과에 관하여 다양한 쟁점에 대한 유의미한 판결이 실시되었다.

한편 아래에서 살펴보는 바와 같이 이 사건을 계기로 국방부는 5개 정유사에 대하여 천문학적 금액의 손해배상소송을 제기하였다. 이 사건에서 1심과 항소심 법원은 손해액의 산정 방식에 관하여 입장이 나뉘었고, 현재는 상고심에 계류되어 대법원의 최종적인 판단을 기다리고 있다. 이 사건에 대한 대법원의 판단은 우리나라에서 활발하지 아니하였던 사적 손해배상소송에 있어서 중요한 선례가 될 수 있을 것으로 기대된다. 한편 손해배상소송 과정에서 공정거래위원회는 보유한 증거의 개시 등을 통하여 피해자의 입증활동을 도움으로써 사소 활성화를 통한 경쟁법 집행에 크게 기여하였다.

라. 관련사건 : 국방부의 5개 정유사에 대한 손해배상청구소송

대한민국은 공정거래위원회 원심결 이후에 공정거래위원회의 절차와는 별도로, 자신이 입은 손해의 배상을 구하는 소송을 제기하였다. 이 소송은 1심, 항소심을 거쳐 현재 대법원에 계류 중이다. 이 소송에서 각급법원은 담합으로 인한 손해액 산정 및 손해액과 과징금과의 관계 등에 대하여 자세하게 판단하였는데, 이는 그 자체로도 유의미할 뿐더러 향후 법집행 방향에 대하여도 시사하는 바가 있으므로 이하에서 간단하게 소개하기로 한다.

1) 사건개요

대한민국은 공정거래위원회의 원심결 이후인 2001. 2. 14. 서울지방법원에 5개 정유사들을 상대로 약 1,564억 원의 손해액(그 후 손해액을 약 1,659억 원으로 확장하였다)을 연대하여 지급하라는 내용의 손해배상청구소송을 제기하였다. 서울중앙지방법

원은 2007. 1. 23. 5개 정유사들에 대하여 연대하여 원고 대한민국에게 손해액으로 약 810억 원 및 이에 대한 이자를 지급하라는 내용으로 원고 일부 승소판결을 선고하였다.²⁷⁾ 원심판결에 대하여 쌍방 당사자가 모두 항소하였고, 서울중앙지방법원은 2009. 12. 30. 5개 정유사들에 대하여 연대하여 원고에게 손해액으로 약 1,300억 원 및 이에 대한 이자를 지급하라는 판결을 선고하였다.²⁸⁾ 이 판결에 대하여 쌍방 당사자가 모두 상고하였고, 동 판결은 현재 상고심에 계속 중이다.

2) 법원 판결의 내용

가) 1심 판결

원심은 담합으로 인한 손해액에 대하여 기본적으로 ‘피고들의 담합행위로 인하여 형성된 가격’(낙찰가격)과 ‘피고들의 담합이 없었을 경우에 형성되었으리라고 인정되는 가격’(경쟁가격)과의 차액을 기준으로 하되, 그 산정방법에 있어서는 원고가 주장 하였던 표준시장비교방법²⁹⁾을 배척하고 계량경제학 모형에 의한 추정방법을 채택하였다.

즉, 원심은 원고가 주장한 표준시장 비교방법이 입찰 주체별 특수성과 가격에 영향을 미치는 많은 변수들의 효과를 적절하게 감안하지 않은 방법으로 적절하지 못하다고 판단하고, 피고의 감정인의 결과보고에서는 측정의 전제가 되는 자료상의 오류가 발견된다는 이유로 기본적으로 법원이 지정한 감정인단의 보완감정결과를 채택하고 약간의 수정을 가하여 손해액을 산정하였다. 또한 과징금의 납부 및 손해액의 배상 대상이 모두 국가라는 점과 관련하여, 손해액 산정에 있어 이를 고려하여야 하는지 여부에 대하여, 과징금은 담합행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위한 행정상 제재금으로서의 성격과 불법적인 경제적 이익을 환수하기 위한 부당이득 환수적 요소가 혼재되어 있는 것이기는 하지만, 과징금은 손해의 전보를 목적으로 하는 사법상의 불법행위로 인한 손해배상책임과 구분되고, 이들을 손익상계의 대상이 되는 동일한

27) 서울지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결.

28) 서울고등법원 2009. 12. 30. 선고 2007나25157 판결.

29) 표준시장비교방법이란 유사한 시장에서의 가격을 참조하여, 양 시장의 차이점을 고려하여 가격을 적절히 수정하는 방법으로 담합이 없었다면 존재하였을 가격을 추정해 낸 후 그 차액만큼을 손해로 추정하는 방법을 말한다. 원고는 싱가포르 현물시장 가격(Mean of Platt's Singapore, MOPS)을 기초로 할 것을 주장하였다.

목적과 성격을 지닌 급부로 보기 어려우며, 단순히 과징금의 실질적 부과 주체인 국가가 담합행위의 피해자라는 점 때문에 손해배상액을 정함에 있어 과징금의 부과 여부 및 그 액수를 고려하게 된다면, 피해자가 국가라는 우연한 사정에 기하여 가해자가 부담하는 손해배상액이 달라지는 부당한 결과가 도출된다는 이유로, 과징금을 부과함에 있어서 담합행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려할지언정 담합행위로 인한 손해액을 산정함에 있어서 과징금의 부과 여부 및 그 액수를 고려할 것은 아니라는 결론을 내렸다.

나) 항소심 판결

항소심에서는 손해액 산정의 방법과 관련하여 계량경제학적 방법을 배척하고, 원고의 주장과 같이 MOPS 가격에 근거한 표준시장비교방법을 채택하였다. 항소법원은 MOPS 가격비교방법을 채택한 이유를 계량경제학적 방법이 ① 전문가들의 경제적 논증에 대한 규범적 통제가 어렵다는 점, ② 각 모형에 의하여 추정된 각 손해액의 편차가 5.5배를 초과할 정도로 매우 큰 점, ③ 우리나라의 손해배상 제도가 미국에서의 3배 배상 원칙을 인정하지 않는 점 등에 비추어 그 적용에 현실적인 제약이 있는 반면, MOPS 가격 비교방법은 이 사건 담합행위 종료 후 9년간의 비교자료를 검토한 결과, 분석자의 가치관과 무관하게 객관적 현실에의 적합성이 매우 높은 결론을 얻을 수 있으므로, 계량경제학적 방법에 비해 우월한 방법이라고 판단하였다. 또한, 과징금을 부과받은 것을 손해배상액의 산정에 있어 고려하지 않아야 한다는 점에 있어서는 원심판결과 결론을 같이하였다.

3) 본 판결의 의의

사적 손해배상소송인 이 소송이 제기됨으로 인해 하나의 공동행위에 대하여 공정거래위원회의 시정조치 및 과징금 부과명령이라는 행정적 제재, 형사고발을 통한 형사제재,³⁰⁾ 피해자에 의한 사적 손해배상 등 공정거래법의 공적 집행과 사적 집행이 모두 이루어지게 되었다. 특히 이 사건은 공동행위에 대한 국내 최대의 사적 손해배상소송에 해당한다.

30) 공정거래위원회의 형사고발로 3개 정유사의 임원 5명이 벌금형을 선고받아 확정되었다.

동 판결의 고유한 의미로는, 손해액 산정 방식에 대하여 법원의 상세한 판단이 이루어졌다는 점을 들 수 있다. 본 사건에서 손해액의 산정방법과 관련하여 표준시장비교방법을 사용할 것인지 계량경제학적 분석방법을 사용할 것인지, 계량경제학적 분석방법을 사용할 경우에도 어떠한 모델이 적합한지에 대하여 치열한 법적 공방이 있었다. 실제로도 1심에서 계량경제분석방법을 채택하고 감정인단의 의견을 기초로 하여 손해액을 산정한 반면 항소심에서는 이를 배척하고 비교시장가격분석방법을 사용하였다. 각 손해액 산정 방식과 관련하여, 일반적으로 표준시장비교방법의 경우 사안별로 담합이 문제된 시장이 특수하여 유의미한 표준시장을 상정할 수 없는 경우에는 방법상 한계가 존재하고, 계량경제학 모형에 의한 손해액 산정의 경우 모형에 사용되는 변수와 해당 변수들이 손해액 산정에 미치는 경중에 대한 정확한 평가가 무척 어렵고 실제로 결과를 신뢰할 수 없을 정도로 손해액의 편차가 크게 나타나는 경우도 있다는 점이 한계로 지적된다. 이 사건은 현재 대법원 판결을 기다리고 있고, 이에 대한 대법원 판단은 앞으로 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상소송에 있어 손해액 산정에 대한 시금석이 될 수 있을 것이다. 향후 공동행위에 대한 사적 손해배상소송이 활성화되고, 시장 특성에 따라 어떠한 방식으로 손해액을 산정할지의 기준을 제시하는 법원 판결도 누적되면 손해배상소송은 더욱 활발해질 것으로 기대된다.

이 같은 손해배상소송의 활성화는 공동행위의 억제에 기여할 뿐만 아니라, 공동행위에 대한 전반적인 경쟁법 집행 방법의 변화에도 기여할 것으로 보인다. 이 과정에서 공정거래위원회는 손해배상소송을 제기한 실수요처나 소비자들에 대하여 관련 증거를 송부하는 등 입증활동에 도움을 줌으로써 기여할 수 있을 것이다.

한편 이렇듯 경쟁법의 사적 집행이 활성화되어 피해자들이 적극적으로 손해를 전보받게 된다면, 과징금 산정에 관하여 경쟁당국의 법집행은 부당이득의 환수보다는 제재적 측면에 초점이 맞추어지는 것이 적절할 것이라는 점에 대해서는 앞서 언급한 바와 같다. 반면 손해배상소송에서는 피해자들이 자신이 입은 손해를 배상받는 것이므로 과징금이 부과되었다는 사정은 고려할 것은 아닌 것으로 보인다. 사적 손해배상소송의 하급심 판결에서 “과징금을 부과함에 있어서 담합행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려할지언정 담합행위로 인한 손해액을 산정함에 있어서 과징금의 부과 여부 및 그 액수를 고려할 것은 아니다”라고 판시한 것도 같은 취지로 이해할 수 있다.