

입찰담합에 대한 과징금부과 문제

신동권 | 청와대 행정관, 법학박사

I. 과징금에 대한 입법례

입찰담합은 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “법” 혹은 “독점규제법”이라 함)상 구체적으로 정의되고 있지는 않으나 대체로 사업자(사업자단체)의 공공적·사적입찰과 관련하여 입찰가격담합, 낙찰예정자 사전결정, 경쟁입찰계약의 수의계약 유도, 수주물량 등의 결정, 경영간섭 등의 행위를 하는 것을 말한다.¹⁾ 이하에서는 입찰담합시 부과하는 과징금에 대해 각국의 법제를 살펴보고, 최근의 대법원 판례와 관련, 몇 가지 쟁점에 대해 생각해 보고자 한다.

1. EU

EU경쟁법상으로 입찰담합에 대한 명시적 규정은 없으나, 유럽공동체(EC, EG)조약(이하 “조약”이라 함)²⁾ 제81조(경쟁제한적 합의와 행위의 금지)의 적용을 받아 금지되며, 담합참가 업체에 대한 과징금³⁾은 “조약 제81조 및 제82조 실행규칙”(이하 “카르텔규칙”이라 함)⁴⁾ 및 “과

1) 자세한 내용은 공정거래위원회의 “입찰질서공정화에 관한 지침”(1997.4.1) 참조.

2) Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft(Treaty Establishing the European Community): 1957.3.25. 로마조약(2002 니스조약에서 최종 개정).

3) EU경쟁법이나 독일경쟁제한방지법상의 “벌금(Fines, Bußgelder)”은 기본적으로 질서위반행위(Ordnungswidrigkeit)에 대해 부과하는 것으로서, 그 내용을 보면 질차법적 규정(예를 들면 허위신고)에 대한 위반 외에 실체법적 규정위반(예를 들면 카르텔금지규정이나 시장지배적지위의 남용규정에 대한 위반 등)을 포함하고 있어 우리나라 독점규제법상의 과태료와 과징금을 포괄하는 개념으로 볼 수 있다. 그러나 형사질차상의 벌금과는 구분되는 것이다.

4) Verordnung(EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dez. 2002 zur Durchführung der in den 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

징금확정을위한절차에관한준칙”(이하 “과징금준칙”이라 함)⁵⁾에 따라 부과할 수 있다. EU법원에 의하면 과징금은 EU집행위원회가 가진 경쟁정책의 수단에 속한다.⁶⁾ 카르텔규칙 제23조제2항에 의하면 사업자나 사업자단체가 고의 또는 과실로 조약 제81조제1항에 위반한 경우 위반행위에 참가한 사업자나 사업자단체의 직전사업년도 매출액 10%까지의 과징금부과가 가능하다.⁷⁾ 또한 사업자단체의 위반행위가 구성사업자의 행위와 관련성이 있는 경우 사업자단체의 법위반 행위가 영향을 미친 그 사업자의 전체 매출액 10%를 초과하지 못한다. 동 조 제3항에 의하면 과징금의 액수는 위반행위의 정도와 기간을 고려하여야 한다. 또한 제4항에 의하면 사업자단체에 대해 구성사업자의 매출액을 고려하여 과징금을 부과하고 그 사업자단체가 지불능력이 없을 때는 구성사업자로부터 과징금을 징수하여야 한다. 과징금준칙에서는 이러한 내용을 구체적으로 규정하고 있다. 우선 범위반의 정도는 경미한 위반, 중대한 위반 및 특별히 중대한 위반의 3단계로 나누어 지는데(과징금준칙 1. A.) 각 단계별로 구체적인 위반유형과 과징금액의 상한과 하한을 정하고 있다. 입찰담합의 경우 명시적인 규정은 없으나 가격카르텔의 일종이므로 시장분할 등과 같이 특별히 중대한 위반의 경우에 해당한다. 그리고 카르텔과 같이 여러 사업자가 참가하고 있는 위반사안의 경우, 특히 동일한 종류의 위반에 서로 다른 규모의 사업자가 참가한 경우에, 각각의 경우 개별사업자의 위반행위가 경쟁에 미친 사실상의 영향을 고려하기 위해, 각 그룹범위 안에서 확정된 금액이 구체적으로 형량 되어야 한다. 범위반의 기간에 대해서도 단기(1년 미만), 중기(1년~5년) 및 장기(5년 이상)의 3단계로 나누어 지는데(과징금준칙 1. B.), 단기의 경우 추가적인 증액을 하지 않고 중기의 경우 범위반 정도에 따라 산정된 금액에 동 금액 대비 50%까지 추가금액을 부과하며, 장기의 경우에는 범위반 정도에 따라 산정된 금액에 동 금액 대비 매년 10%까지의 추가금액을 부과한다. 이러한 기준에 의하여 산정된 금액을 기본과징금으로 한다. 한편 위의 기본과징금에서 정상을 참작하여 과징금을 증액하거나 감액할 수 있는데, 증액하는 사유로는 동일사업자의 동종·반복적 범위반, 조사진행중의 협력거부나 조사방해의 시도, 범위반 주도자로서의 역할, 범위반 상태를 유지하기 위한 타기업체에 대한 보복 및 객관적으로 금액이 산정될 수 있는 범위에서 부당하게 위반행위에 근거하여 취득한 이익을 초과하는 과징금 증액의 필요 등을 들 수 있으며(과징금준칙 2.), 감액하는 사유로는 전적으로 수동적인 협력 및 순수한 수동적 행위, 범위반 합의의 사실상 불이행, 위원회의

5) Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die Gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Art. 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden(1998.1.14).

6) Van Megen Sports Group/Kommission, EuGH Urt. V. 11. Dez. 1996, Rs T-49/95, Slg. 1996-II-1832, Tz.53.

7) 한편 우리나라와 달리, 과징금부과 외에 직전사업년도 평균일일매출액 5% 범위내에서 이행강제금(Periodic Penalty Payments, Zwangsgelder)을 범위반이 결정된 시점부터 부과할 수 있다(카르텔규칙 제24조제1항).

조사개시 이후 범위반 상태의 중지, 경쟁위반적 행위라는 것을 의심케 할 만한 자료의 제시, 사실·비고의에 의한 범위반 등을 들 수 있다(과징금준칙 3.). 한편 “카르텔사안에있어서과징금의감면율위한고시”⁸⁾[이른바 “공범증인고시(Kronzeugenmitteilung)"]도 동시에 적용된다. 동 고시에서는 조약 제81조 위반행위를 찾을 수 있는 최초의 증거를 제시한 경우 과징금을 면제하는 등 경쟁당국에 협조적인 사업자에 대하여는 인센티브를 부여하고 있다.

2. 독일

독일경쟁제한방지법(GWB)상으로도 입찰담합에 관한 명시적 규정은 없으나, 입찰담합은 동 법 제1조(카르텔 금지)의 적용을 받아 금지되며, 동 조에 위반한 행위에 대해서는 행위자에게 50만 유로까지, 이를 초과해서 범위반 행위로 인해 얻은 초과이익의 3배까지 과징금을 부과할 수 있으며, 나머지의 경우 2만 5천 유로의 과징금을 부과할 수 있다(경쟁제한방지법 제 81조제1항제1호 및 제2항).⁹⁾ 연방카르텔청과 주카르텔당국의 과징금부과 절차의 약 50%, 그리고 실제 과징금을 부과한 사건의 80% 정도가 경쟁제한방지법 제1조(카르텔 금지) 위반 사건으로 카르텔금지규정 위반은 주요 과징금부과 사유가 되고 있다.¹⁰⁾ 카르텔 협정의 한 예로서의 입찰담합(Submissionsabsprache)은 건축이나 조달분야의 공공 및 개인입찰과 관련하여 많이 이루어지고 있다. 독일 경쟁제한방지법에는 과징금산정에 관한 세부적인 규정이 없고 다만 질서위반법(OWiG)¹¹⁾ 제17조제3항에서 질서위반행위의 의미, 행위자에 대한 비난 및 행위자의 경제적 상태 등을 고려한다고 규정하고 있으며, 판례나 심결 등을 종합해 보면 범위반 정도에 따라 중대한 위반의 경우와 보통의 위반의 경우를 다르게 취급해야 하며, 과징금상한은 ‘생각할 수 있는 가장 중대한 경우’에 부과할 수 있다. 실무적으로 행위요소, 행위자요소, 행위자의 경제적 능력 등을 고려하여 과징금을 증액하거나 감액한다.

도로선표시(Straßenstrich) 사건¹²⁾에서는 도로선표시기술업체 대표인 H가 고의적으로 1991년에서 1994년 사이 17차례에 걸쳐 도로표시공사 입찰시 입찰가격 등 사전정보교환에 참가한 행위에 대해 경쟁제한방지법 제1조(카르텔금지) 및 제38조제1항(구법) 위반으로, H에 대해서는 20만 마르크, 기타 H가 대표로 있는 참가사업자에 대해서는 전체적으로 5백 70

8) Mitteilung über die Nichfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen(1996. 7.18).

9) 과징금의 법적 성격과 관련하여 부당이득환수와 행정제재적 성격이 혼재하고 있다.

10) Klausmann, in: Wiedemann, Gerhard, Hdb.KartellR(1999), 55 Rn. 1.

11) Gesetz über Ordnungswidrigkeiten(1987.2.19): 이 법은 질서위반행위 및 이에 대한 과징금부과 관련 절차를 규정한 일반법이며 경쟁제한방지법상의 과징금규정은 이에 대한 특별법의 성격을 지닌다.

12) BkartA, Beschluss vom 20.3.1996, B3-72111-A-14/94-4, WuW/E 431.

만 마르크의 과징금을 부과하였다. 동 사건에서 연방카르텔청은 입찰담합의 구성요건 관련 참가업체가 담합을 사전계산하고 최소한 이를 인용한 수준으로 족하며 목적이나 다른 참가업체 등에 대한 인식은 불필요하다고 보았고,¹³⁾ 과징금 부과 기준은 H에 대해서는 경쟁에 미치는 영향과 여러 해 동안 행위를 반복하였다는 점이 고려되었으며, 참가사업자에 대해서는 위반기간, 위반효과의 중대성 및 담합 금액 등이 고려되었다.

3. 우리나라

독점규제법 제55조의3 제1항에 의하면, 공정거래위원회는 과징금을 부과함에 있어 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이득의 규모 등을 참작하여야 한다. 그러나 (구)시행령 제61조제2항에서는 법 제55조의3 제1항 각호의 사항을 참작하여 이를 가중 또는 감경할 수 있도록 하고 있고, (구)과징금부과세부등에관하고시(이하 “과징금고시”라 함)에서도 위반행위의 내용, 정도, 기간, 횟수 등을 가중·감경사유로 규정하고 있었다. 이는 법상 의무고려사항이 하위 시행령이나 고시에서는 재량사항으로 규정됨으로써 법체계상 문제점을 갖고 있었다. 이러한 체계상의 문제를 보완하고 과징금부과의 객관성·공정성 및 예측가능성을 제고하기 위해 공정거래위원회는 지난 2004. 4. 1. 시행령 제61조제2항을 삭제하고 과징금고시를 개정하여 위반행위의 내용 및 정도에 따라 기본과징금을 산정하고, 위반행위의 기간과 횟수를 의무적 조정사항, 위반사업자의 고의·과실, 위반행위의 성격과 사정, 재정적 상황 및 시장여건 등의 사유를 임의적 조정사항으로, 위반사업자의 현실적 부담능력이나 그 위반행위가 시장에 미치는 효과 등을 부가적으로 반영토록 함으로써 법체계상의 문제점을 시정하였다. 한편 2004. 4. 1. 법시행령 및 과징금고시 개정을 통하여 기본과징금 산정의 기초를 “총매출액”에서 “관련매출액”으로 변경하고¹⁴⁾ 기존의 역진체감방식을 탈피하여 기본과징금¹⁵⁾, 임의적 조정과징금 및 부가과징금으로 구분하고, 가중·감경사유와 비율을 두었으며, 각 단계별 상·하한선을 명확히 하는 등 구체적인 부과기준을 설정하였다. 한편 법 제22조의2 및 시행령 제35조에서 신고자 등에 대한 감면제도를 규정하고 있으며, 필요한 세부절차를 규정하기 위해 “공동행위신고자등에대한감면제도운영지침”을 운영하고 있다. 우리나라의 현행 법제는 독일보다는 EU경쟁법에 가깝다고 볼 수 있으며 과거의 기준보다는 진일보한 것으로 평가된다.

13) 독일 연방대법원의 기본입장이다. BGH, Urt. v. 24.3.1989, WuW/E BGH 2304, 2396.

14) 단 구 시행령상으로도 부당한 공동행위의 경우에는 ‘관련매출액’을 기준으로 하고 있었다.

15) 매우 중대한 위반행위, 중대한 위반행위, 중대성이 약한 위반행위로 구분한다. 의무적 조정과징금.

II. 과징금부과에 관련된 몇 가지 쟁점

1. 과징금부과의 기준

매출액을 기준으로 과징금을 부과하는 경우 과징금부과의 기준이 되는 매출액은 원칙적으로 당해 사업자의 (위반행위) 직전 3개 사업년도의 평균매출액을 말하며(시행령 제9조제1항), 부당공동행위의 경우에는 동 매출액의 100분의 5를 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다(제22조). 그러나 부당공동행위의 경우에는 시행령 제61조제1항 관련 [별표2]에서 위반행위 기간중 “관련 상품용역”의 매출액을 기준으로 하였으며, 특히 입찰담합의 경우에는 계약금액을 기준으로 하였다. 이러한 시행령 규정이 법에 위반되지 않는가 하는 점이 문제될 수 있는데 법에서 정한 것은 상한개념이므로 그 범위내에서 하위규정으로 별도의 기준을 정하는 것은 문제되지 아니한다고 보는 것이 일반적이다. 군납유류 구매입찰참가 5개 정유사의 부당한 공동행위에 대한 건(이하 “군납유류 입찰담합 건”이라 함)¹⁶⁾ 관련 서울고등법원은 법 제22조 및 법의 위임에 의한 시행령 제9조의 범위내에서 법 시행령이나 공정위의 내부지침으로 과징금부과의 기준을 “계약금액”으로 하는 것은 허용된다고 보았으며¹⁷⁾ 대법원¹⁸⁾도 같은 입장이다. 2004. 4. 1. 개정시행령 제61조제1항 [별표2] 및 개정 과징금고시에서는 오히려 부당한 공동행위 외의 다른 범위반 유형에 까지 모두 “관련 상품용역”을 기준으로 산정하는 것으로 변경하였다. 특히 입찰담합의 경우에는 따로 규정하고 있는데 종래에는 시행령 제61조제1항 [별표2] 제6호에서 “입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내, 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억원 이하”로 규정하고 있었다. 그러나 개정 과징금고시 IV.1. 다.(마)에서는 “1) 낙찰된 경우에는 계약금액을, 낙찰은 되었으나 계약이 체결되지 않은 경우에는 낙찰금액을, 낙찰이 되지 아니한 경우에는 예정금액(예정금액이 없는 경우에는 응찰금액)을 당해 입찰담합에 참여한 각 사업자의 관련매출액으로 본다. 2) 응찰하지 아니하였거나 탈락한 자에 대하여는 기본과징금을 2분의 1 범위내에서 감액할 수 있다”고 규정하고 있다. 한편 구 시행령 제61조제1항 관련 [별표2] 제6호 단서 규정 관련 “입찰계약이 체결된 경우”와 “체결되지 않은 경우”의 해석과 관련하여 논란이 있었다. 즉 입찰에 참가하였으나 낙찰받지 못

16) 공정위 의결 2000-158호(2000.10.17). 상세한 내용은 <참고> 참조.

17) 서울고법 2000누15028 과징금납부명령취소(2002.5.9), 서울고법 2001누4803 과징금납부명령취소청구의소(2002.4.9).

18) 대법원 2002두6842 과징금납부명령취소(2004.10.27), 대법원 2002두5627 과징금납부명령취소청구의소(2004.11.12).

한 경우(들러리를 선 경우)에는 입찰계약이 체결되지 않은 경우로 보아 10억원 이하의 정액과 징금을 부과해야 한다는 주장이 바로 그것이다.

상기 군납유류 입찰담합사건의 이의신청 건¹⁹⁾에서 법 시행령 제61조제1항 관련 [별표2] 제 6호 단서의 해석 관련, 이의신청인들은 낙찰받은 업체는 “입찰가격이 체결된 경우”에 해당하여 계약금액의 5% 이내에서, 낙찰을 받지 못한 업체(“들러리업체”)는 “입찰계약이 체결되지 않은 경우”에 해당하여 10억원 이내에서 과징금을 부과할 수 있다는 의미로 해석을 하였다. 이에 대해 공정위는 상기 조항의 해석에 있어 “계약체결의 경우”는 “담합에 의해 낙찰받은 업체가 있어 당해 입찰에서 계약체결이 이루어진 경우”를, “계약미체결의 경우”는 “담합의 합의는 있었으나 유찰 등으로 인하여 어느 담합업체도 낙찰받지 못한 경우”를 의미하는 것으로 보았다. 서울고등법원 역시 “입찰계약이 체결된 경우”란 담합에 의해 낙찰받은 업체가 있어 당해 입찰에서 계약이 체결된 경우를 말하고, “입찰계약이 체결되지 않은 경우”란 담합은 있었으나 유찰 등으로 인해 어느 담합업체도 낙찰받지 못한 경우를 말하며, 입찰담합이 수개의 입찰과 관련된 경우에 위 “계약금액”은 각 당사자별 낙찰금액의 총액을 의미하는 것으로 보았다. 이러한 혼란은 구 시행령 제61조제1항 [별표2] 제6호 단서에서 계약체결 여부를 기준으로 취급을 달리 했기 때문에 생겨났으며²⁰⁾ 이러한 규정을 폐지하는 대신 개정 과징금고시 IV.1.다. (마)에서 낙찰이 된 경우(계약체결)에는 계약금액, 낙찰이 되었으나 계약에 체결되지 않은 경우에는 예정금액 및 낙찰이 안 된 경우에는 예정금액을 입찰담합에 참여한 각 사업자의 관련매출액으로 본다²¹⁾고 명시함으로써 들러리업체에 대해서도 동일한 기준이 적용됨을 명백히 하였다. 한편 아예 응찰하지 않거나 탈락한 자에 대해서는 기본과징금을 2분의 1 범위내에서 감액할 수 있다고 규정하고 있는데 입찰에 참가했느냐 여부에 따라 기본과징금의 기준을 다르게 하는 것이 타당한지 의문이 있다. 즉 이는 감경사유에 포함시키는 것이 논리적이다. 과징금고시에서 기본과징금을 정함에 있어 중대성 정도에 따라 구분하는 것은 위반행위로 인하여 발생한 경쟁 질서의 저해정도, 시장에 미치는 영향 및 그 과징효과, 관련소비자 및 사업자의 피해정도, 부당이득 취득여부, 기타 위반행위 전후의 사정 및 위반사업자와 다른 사업자 또는 소비자와의 관계 등 사유를 전제로 하는 것이며, 응찰을 하지 아니하거나 입찰에서 탈락 같은 행위자요소가 고려되어서는 안 된다고 본다.²¹⁾

19) 공정위 재결 2001-010호(2001.2.28).

20) 1997.4.29. 제정된 “과징금산정방법및부과지침”에서는 “주도자와 참여자를 구분하지 아니한다는 규정이 있었으나 시행령에 규정되면서 삭제되었다. 이는 주도자와 참여자를 차별하겠다는 의도가 아니라 굳이 규정할 필요가 없다는 판단에서가 아닌가 생각된다.

21) 고시 IV.3.다. (1)에서 “사업자들간에 공동행위의 합의를 하고 실행을 하지 아니한 경우를 임의적 감경사유로 하고 있는데 양 규정간의 관계가 불투명하다.

2. 들러리업체에 대한 과징금감경 여부

입찰담합시 들러리업체에 대해서도 위법성이 인정된다는 것은 의문의 여지가 없다. 그러나 구 시행령 제61조제1항 (별표2) 제6호 단서의 해석 관련 들러리업체의 과징금수준 문제에 대해서 공정위나 서울고등법원이 타 참가업체와 동일하게 취급한 반면, 대법원은 이와 달리 판단하였다.²²⁾ 상기 군납유류 입찰담합사건의 이의신청 건에서 신청인은 과징금의 규모관련 들러리업체에 낙찰업체와 동일한 과징금을 부과하는 것은 부당이득의 환수라는 과징금의 본질에 반하며 과잉금지원칙, 형평과 신뢰의 원칙에 위배된다고 주장하였다. 공정위는 들러리업체에 대해서도 낙찰업체와 마찬가지로 낙찰업체 계약금액의 5%를 과징금부과기준으로 한 것은 적법하다고 하였으며, 서울고등법원도 “입찰담합에 있어 직접 낙찰받은 바 없다 하더라도 입찰담합의 본질상 낙찰자가 아닌 가담자(들러리) 또는 담합에 따른 이익을 낙찰자에게 귀속시킨 공동주체인 점에 변함이 없는 이상 가담자 자신이 그 이익을 배타적으로 취득한 바 없다는 점만으로 그 공동행위로 인한 이익 자체가 존재하지 않는다고 볼 수 없다”고 판단함으로써 들러리업체에도 동일한 금액을 적용하였다.

대법원은 그러나 “법 제22조에 의한 과징금부과는 원칙적으로 범위반 행위에 의해 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것이고, 법 제55조제3항에서도 과징금을 부과함에 있어 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 입찰담합의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도나 기타 사정으로서 조사에의 협조여부, 종전 범위반 횟수뿐만 아니라 입찰담합으로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있다”고 보고, “이 사건 입찰담합 중 원고들이 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분에 관한 과징금액수를 산정함에 있어 입찰계약을 체결한 부분보다는 낮은 부과기준을 적용하는 등 위반행위로 인하여 취득한 이득의 규모를 고려하여야 할 것임에도 불구하고 동일한 부과기준을 적용하고, 정유사별로 조사에의 협조여부나 종전의 범위반 횟수는 고려하면서 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력은 고려하지 아니하여 과징금의 부당이득환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되고 그 액수 또한 과도하게 되었을 뿐만 아니라, 입찰계약의 체결규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실하였다”고 판시하였다. 이러한 대법원의 입장은 판결 이전 시행된 새로운 과징금고시에 그 취지가 이미 반영된 것으로 타당하다고 생각된다. 즉 고시 IV.1.에서 기본과징금 산정시 부당이득 취

22) 주 16, 17, 18, 19 참조.

득여부를 고려하도록 하고, 동 IV.3.다.(2)에서는 “다수의 사업자가 관련된 상황에서 위반행위에 단순가담하거나 추종적인 역할만 수행한 것이 명백한 경우, 또는 자신의 이익과 무관하게 오로지 다른 사업자의 권유나 대리로서 참여하였거나 기망 또는 강박에 의하여 부득이하게 참여한 경우에는 100분의 30 이내에서 감경할 수 있도록” 규정함으로써 들러리업체에 대한 감경의 근거를 마련하였다. 한편 고시 IV.2.다.에서 부당이득에 의한 조정을 의무적 조정사항으로 하고 있으나 이는 부당이득이 존재하는 경우 가중사유를 의미하므로 들러리업체에 대한 과징금감경의 근거규정으로 보기는 어렵다.²³⁾

이러한 규정이 없는 독일의 경우에도 학계에서 논의가 되고 있다. 즉 주도자의 범위만 정도에 못 미치는 단순참여자²⁴⁾에 대하여는 형사절차(벌금)와의 가치판단의 충돌을 방지하기 위하여 독일 형법 제28조(특수한 개인적인 성향)제1항제1호²⁵⁾ 및 제49조(법률적 감경)제1항제2호²⁶⁾를 유추적용 하여, 기본적으로 주동자에 대한 과징금의 25%를 감액한 과징금을 부과해야 한다는 견해가 많다.²⁷⁾

그러나 낙찰업체나 들러리업체들이 타 입찰과 연계하여 지역분할을 할 의도를 갖고 있거나 유사한 행위를 반복하는 등의 경우는 주도자에 비해 범위반성이 약하지 않다고 생각되며 주도자와 동일수준의 과징금을 부과해야 한다고 생각된다. 상기 군납유류 입찰담합 건에서 3년간 지속적으로 담합을 통해 들어가면서 입찰계약자가 된 사실이 있는 바, 대법원이 이런 점에 대해서는 구체적으로 판단하지 않은 점은 아쉬운 감이 있다. 공정위는 대법원판결의 취지를 수용하여 2004. 12. 29. 지난 2001. 2. 28. 군납유류 입찰담합에 참가한 현대오일뱅크(주), 인천정유(주) 및 에쓰오일(주)에 대해 부과한 과징금 중 일부를 취소하였는바 참여자로 참가한 부분에 대하여 3년에 걸쳐 담합한 점 등을 감안하여 일부감액 조치만 취하였다.²⁸⁾

23) 한편 기본과징금 산정시 부당이득 취득여부를 고려하고, 다시 부당이득에 의한 조정을 의무적 조정사항으로 하고 있는데, 어떤 차이가 있는지 의문이다.

24) 예를 들면 입찰담합에서의 들러리업체를 생각할 수 있다.

25) “공범(교사 혹은 방조)의 경우 행위자의 처벌가능성을 형성하는 특수한 개인적인 성향을 결여하는 경우 제49조제1항에 의해 그 형을 감경할 수 있다”.

26) “유기징역의 경우 형기의 3/4, 벌금형의 경우 1일 벌금액의 3/4”.

27) 예를 들면 Dannecker/Bierman, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, 2001, §81, Rn.343; Gähler, Ordnungswidrigkeitengesetz, §17, Rn. 25; Klausmann, in: Wiedemann, Hdb.KartellR., §57 Rn. 74 ; 유럽 및 독일 경쟁법에서는 우리나라와 달리 카르텔법 위반에 대한 형사처벌규정이 없으며, 예외적으로 독일 형법(StGB) 제289조 및 1997. 8. 13일 시행된 부패방지법(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)에서 “입찰에서의 경쟁제한적인 합의”에 대한 형사처벌규정을 두고 있다.

28) 공정위 의결 제2004-385호(2004.12.29).

3. 담합의 추정과 과징금부과 문제

상기 사안과 직접적 관련성은 없으나 입찰담합에 있어 법 제19조제5항의 추정조항을 적용한 경우 과징금을 부과하는 것이 타당한지에 대한 논의가 필요하다.²⁹⁾ 공동행위에 대한 추정조항을 두고 있지 않은 독일경쟁제한방지법(GWB)의 경우와 바로 비교하기는 어려움이 있지만, 동 법이 규정하고 있는 시장지배적지위의 추정규정의 경우 경쟁제한방지법(GWB) 제81조의 질서위반(과징금)규정이 적용되지 않는다.³⁰⁾ 왜냐하면 동 법 제81조에서 고의 또는 과실의 경우에만 과징금을 부과하는 것으로 명시하고 있기 때문이다. 구체적으로 고의가 필요한지 과실로도 족한지는 개별 범위만 유형에 따라 다르게 나타난다. 예를 들어 시장지배적지위의 남용의 경우에는 “남용”의 성격상 고의가 필요하다고 보며, 사업활동방해의 경우에는 과실의 경우도 해당된다고 본다.³¹⁾ 이러한 면에서 보면 담합의 경우에는 성격상 고의가 필요한 행위유형이 될 것이다. EU의 카르텔규칙에서도 과징금부과시 고의·과실을 요건으로 하고 있어 동일하게 해석할 수 있으나 추정제도가 없으므로 추정조항 적용시 과징금부과 여부 문제는 발생하지는 않는다. 우리나라의 경우 과징금부과에 있어서 고의·과실을 그 요건으로 하고 있지 않고 추정조항적용의 경우 과징금부과 적용여부에 대한 규정이 없으므로 예컨대 공동행위 추정규정을 적용한 경우에 과징금을 부과하더라도 법적인 문제는 없다고 생각된다. 그러나 입법론적으로 과징금부과에 책임주의를 채택하고 있지 않은 것은 헌법이 요구하는 법치주의 관점에서 검토여지가 있다고 본다. 한편 과징금고시 II. 3.에서 위반사업자의 고의·과실 등 행위자요소를 임의적 감경사유로 하고 있고, 동 고시 IV. 3.다.(6) (나)에서 “통상의 업무수행중 과실에 의해 위반행위를 한 사실이 객관적으로 명백한 경우”를 감경사유로 하고 있는데 과실의 경우 경우에 따라 감경할 필요가 있을 수 있으나 고의의 경우 감경사유로 하는 것이 타당한지 의문이 든다.

4. 형사제재와의 이중제재 여부

우리나라의 경우에는 담합행위에 대해 형사처벌을 할 수 있는데 형사제재와 더불어 과징금이 부과되는 경우 형사제재와 행정제재의 이중처벌문제가 발생한다. 이에 대해 상기 군납유류 입찰담합 건에서 공정위는 형벌과는 제도의 취지, 목적, 절차가 달라 이중처벌금지 및 일사부재리의 원칙에 위배되지 않는다고 보았다(대판, 1983.6.14. 82누439 참조). 서울고등법원

29) 이는 다른 유형의 부당공동행위나 시장지배적지위의 남용행위의 경우도 동일하게 발생하는 문제이다.

30) Möschel, in: Immenga/ Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz (2001), §19, Rn.247.

31) Dannecker/Bierman in: Immenga/ Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz (2001), §81, Rn.108.

피심인들이 합의한 1998년도, 1999년도 및 2000년도 군납유류 계약금액 5%를 기준으로 각각 과징금을 부과하되, 동 조 제2항에 따라 조사과정에서 범위반 사실을 인정하고 조사에 적극적으로 협조한 에스오일, 엘지칼텍스에 대해서는 3분의 1을 경감하고, 조사에 심히 협조하지 아니한 에스케이, 현대정유, 인천정유에 대해서는 공동행위 조사의 실효성 확보를 위해 3분의 1을 가중하여 과징금을 부과하였다.³³⁾ 한편 에스케이, 현대정유, 인천정유에 대해서는 검찰에 고발하였다. 이에 대해 5개사는 이의신청을 하였으며,³⁴⁾ 각 사별로 취소신청 내용이 다르기는 하나 과징금부과에 대해서는 공통적으로 취소신청을 하였다. 타 쟁점은 별론으로 하고 과징금 부과와 관련해서는 다음 5가지의 쟁점이 문제가 되었다.

첫째, 신청인들은 고유항공유와 항공유 송유관도는 실질적으로 경쟁입찰이라고 보기 어렵기 때문에 이에 해당하는 계약금액은 과징금산정에서 제외되어야 한다고 주장하였으나 공정위는 이를 인정하지 않았다.

둘째, 법 시행령 제61조제1항 관련 [별표2] 제6호 단서의 해석과 관련, 신청인들은 낙찰받은 업체는 “입찰가격이 체결된 경우”에 해당하여 계약금액의 5% 이내에서, 낙찰을 받지 못한 업체(“들러리업체”)는 “입찰계약이 체결되지 않은 경우”에 해당하여 10억원 이내에서 과징금을 부과할 수 있다는 의미로 해석을 하였다. 또한 형사제재와 더불어 과징금이 부과되는 경우 들러리업체에 대해 계약금액의 5%를 부과한다면 형사제재와 행정제재의 이중처벌문제가 발생한다고 주장하였다. 이에 대해 공정위는 상기 조항의 해석에 있어 “계약체결의 경우”는 “담합에 의해 낙찰받은 업체가 있어 당해 입찰에서 계약체결이 이루어진 경우”를, “계약미체결의 경우”는 “담합의 합의는 있었으나 유찰 등으로 인하여 어느 담합업체도 낙찰받지 못한 경우”를 의미하는 것으로 보았다. 그리고 과징금의 행정제재적 성격으로 보아 들러리업체에 대해서도 낙찰업체와 마찬가지로 기준으로 과징금을 부과할 수 있다고 보았으며, 형벌과는 제도의 취지, 목적, 절차가 달라 이중처벌금지 및 일사부재리의 원칙에 위배되지 않는다고 보았다(대판, 1983.6.14. 82누439 참조).

셋째, 과징금의 부과한도에 있어서 신청인(에스케이)은 군납유류시장 매출액(총 계약금액)의 5%로 해야 한다고 주장하였으나, 공정위는 법령에 따라 직전 3개 사업년도 평균매출액의 5%로 해석하였다.

넷째, 과징금의 규모관련 신청인은 들러리업체에 낙찰업체와 동일한 과징금을 부과하는 것은 부당이득의 환수라는 과징금의 본질에 반하며 과잉금지원칙, 형평과 신뢰의 원칙에 위배된

33) 과징금 부과 금액은 에스케이 475억원, 엘지칼텍스 237억원, 에스오일 237억원, 현대정유 475억원, 인천정유 475억원임.

34) 공정위 재결2001-010호(2001.2.28).

다고 주장하였다. 공정위는 들러리업체에 대해서도 낙찰업체와 마찬가지로 낙찰업체 계약금액의 5%를 과징금부과기준으로 한 것은 적법하다고 하였으나 전체적으로 과징금의 규모가 과중하다는 신청인의 주장은 받아들였다.³⁵⁾

다섯째, 조사비협조에 대한 과징금 가중 관련 신청인(에스케이, 현대정유 및 인천정유)의 주장을 받아들여 조사비협조를 과징금 가중사유로 인정하지 않았다.³⁶⁾

결론적으로 공정위는 에스케이, 현대정유 및 인천정유에 대해서는 계약금액의 4%를 기준으로 각각 과징금을 부과하였으며, 엘지칼텍스와 에쓰오일에 대해서는 과거 3년간 범위반 사실이 1회 이하이고 신청인들의 행위가 입찰담합임을 입증하는데 필요한 결정적 증거를 제공하여 이 사건 해결에 기여한 점을 고려하여 2.5%로 감경하였다. 들러리업체에 대해서도 별도의 감경없이 낙찰업체의 계약금을 기준으로 과징금을 부과하였다.

이에 대해 현대정유 및 인천정유,³⁷⁾ 에쓰오일³⁸⁾은 서울고등법원에 공정위를 상대로 각각 소를 제기하였다. 현대정유 및 인천정유 건에서 원고는 “합의는 군납유류시장 및 입찰의 특수성에 비추어 불가피하였고, 과징금액을 정함에 있어 산정에 오류가 있거나 재량권을 남용하였다”고 주장함에 대하여, 피고는 관계법령에 의한 적법한 처분이라고 주장하였다. 과징금부과 관련 서울고등법원은 첫째, 법 제22조 및 법의 위임에 의한 법 시행령 제9조의 범위내에서 법 시행령이나 피고의 내부지침으로 과징금부과의 기준을 “계약금액”으로 하는 것은 허용된다고 보았으며, 계약금액이란 당해 사업자의 직전 3개 사업년도의 평균매출액을 초과하지 아니하는 범위에서의 낙찰금액의 합계액으로 해석하였다. 그리고 이는 입찰담합에 참가한 각 당사자의 낙찰금액 합계액 그 자체를 의미하는 것으로 후에 계약이행의 과정에서 사정에 따라 매출액의 증감이 있다 하여도 과징금액 부과기준이 되는 “계약금액” 자체가 달라질 수 없다고 보았다. 둘째, 법 시행령 제61조제1항 관련 [별표2] 제6호 단서의 해석과 관련, “입찰계약이 체결된 경우”란 담합에 의해 낙찰받은 업체가 있어 당해 입찰에서 계약이 체결된 경우를 말하고, “입찰계약이 체결되지 않은 경우”란 담합은 있었으나 유찰 등으로 인해 어느 담합업체도 낙찰받지 못한 경우를 말하며, 입찰담합이 수 개의 입찰과 관련된 경우에 위 “계약금액”은 각 당사자별 낙찰금액의 총액을 의미하는 것으로 보았다. 셋째, 특히 원고 인천정유와 관련해서는 “인천정

35) 과징금액은 에스케이 285억원, 엘지칼텍스 178억원, 에쓰오일 178억원, 현대정유 285억원, 인천정유 285억원으로 감액되었다.

36) 이는 법령에 충실한 해석이었으나, 서울고등법원은 조사에의 협조여부도 참작할 수 있다고 보았다. 즉 법 제53조의3 제1항 각호가 규정하고 있는 과징금부과에 있어 참작하여야 할 사유는 정상참작사유를 예시하고 있는 것이지 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니므로 조사에 협조한 사정을 범위반자에게 유리한 감경사유로 참작할 수 있다고 보았다.

37) 서울고법 2000누15028 과징금납부명령취소(2002.5.9).

38) 서울고법 2001누4803 과징금납부명령취소청구의소(2002.4.9).

유가 2000년도 입찰담합에 있어 직접 낙찰받은 바 없다 하더라도 입찰담합의 본질상 낙찰자가 아닌 가담자(들러리) 또는 담합에 따른 이익을 낙찰자에게 귀속시킨 공동주체인 점에 변함이 없는 이상 가담자 자신이 그 이익을 배타적으로 취득한 바 없다는 점만으로 그 공동행위로 인한 이익 자체가 존재하지 않는다고 볼 수 없다”고 판단하였다. 넷째, 과징금은 기본적으로 위반행위에 의해 얻은 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 부당이득의 환수적 성격과 아울러 범위반행위자에 대하여 제재를 가함으로써 위반행위를 억지하고 법규정의 실효성을 확보하기 위하여 집행되는 행정상의 조치로서, 범위반 행위의 반사회성 내지 반도덕성에 착안하여 그에 대하여 과하여지는 형사벌과는 그 취지·목적·성질·절차 등이 다르므로 과징금을 부과하는 것이 이중처벌에 해당한다거나 과잉금지원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판단하였다. 즉 공정위 승소 판결을 내렸다. 에스오일 건에서도 동일한 취지의 판결을 하였다.

이에 현대정유 및 인천정유,³⁹⁾ 에스대시오일⁴⁰⁾은 대법원에 상고하였다. 대법원은 현대정유 및 인천정유 건에서 과징금부과기준에 대해서는 서울고법의 판단내용을 수긍하였으며, 참여자에 대해서도 과징금을 부과할 수 있다고 보았으나 “법 제22조에 의한 과징금부과는 원칙적으로 범위반 행위에 의해 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것이고, 법 제55조제3항에서도 과징금을 부과함에 있어 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 입찰담합의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도나 기타 사정으로서 조사에의 협조여부, 종전 범위반 횟수뿐만 아니라 입찰담합으로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있다”고 보고 “이 사건 입찰담합 중 원고들이 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분에 관한 과징금액수를 산정함에 있어 입찰계약을 체결한 부분보다는 낮은 부과기준을 적용하는 등 위반행위로 인하여 취득한 이득의 규모를 고려하였음에도 동일한 부과기준을 적용하고, 정유사별로 조사에의 협조여부나 종전의 범위반 횟수는 고려하면서 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력은 고려하지 아니하여 과징금의 부당이득환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되고 그 액수 또한 과다하게 되었을 뿐만 아니라, 입찰계약의 체결규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실하였다” 판시하였다. 대법원은 원심판결을 파기하고 환송하였다. S-oil 건에 있어서도 동일한 취지의 판결을 하였다.

39) 대법원 2002두6842 과징금납부명령취소(2004.10.27).

40) 대법원 2002두5627 과징금납부명령취소청구위소(2004.11.12).

이러한 대법원판결의 취지를 수용하여 공정위는 2004. 12. 29. “3개 정유사업자 과징금 재산정에 대한 건”에서 지난 2001. 2. 28. 군납유류 입찰담합에 참가한 현대오일뱅크, 인천정유 및 에쓰오일 대해 부과한 과징금 중 일부를 취소하였다.⁴¹⁾ 우선 비협조자인 현대오일뱅크, 인천정유에 대하여는 각사가 계약을 체결하여 납품한 부분에 대해서는 재결 당시 비협조자에게 부과하였던 4/100을 적용하여 산정하고, 계약을 체결하지 않고 참여자로 참가한 부분에 대해서는 직접적 이득을 취하지는 않았으나 3년에 걸쳐 장기적으로 담합을 한 점과 국가의 안위와 관련되는 국방예산의 손실을 가져온 점을 인정하여 과징금 부가기준을 3/100으로 하였다. 다만, 인천정유는 현재 정리회사 상태로서 1997년 외환위기 이후 사업여건의 악화로 부채비율이 2000년 말 현재 99.583%에 이르고 당기순손실도 2,643억원에 이르는 등 현실적 과징금 납부 능력이 없다는 점을 고려하여 위 기준에 따라 산정된 과징금액에 대하여 1/5을 감경하였다. 협조자인 에쓰오일에 대하여는 계약을 체결하여 납품한 계약부분에 대하여는 재결 당시 협조자에게 부과하였던 과징금부과기준 2.5/100을 적용하여 산정하고, 계약을 체결하지 않고 참여자로서 참가한 부분에 대하여는 현대오일뱅크, 인천정유와 동일한 사유로 1.9/100로 하였다. **경쟁제한**

41) 의결 제2004-385호(2004.12.29).