

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2016두40207 과징금부과처분등취소청구의 소
원고, 상고인 현대건설 주식회사
소송대리인 변호사 류용호 외 4인
피고, 피상고인 공정거래위원회
원 심 판 결 서울고등법원 2016. 4. 20. 선고 2015누34306 판결
판 결 선 고 2018. 4. 24.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서 등은 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 과징금의 기본 산정기준(상고이유 제1점)

가. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다)은 공정거래위원

회가 부당한 공동행위를 한 사업자에게 과징금을 부과하는 제도를 두고 있다. 공정거래법은 과징금 부과 한도를 '대통령령이 정하는 매출액'에 100분의 10을 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 20억 원)으로 정하고(제22조), 공정거래위원회가 과징금을 부과할 때 고려해야 할 사항으로 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 정하며(제55조의3 제1항), 그 부과기준은 대통령령으로 정하도록 하고 있다[구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되기 전의 것) 제55조의3 제3항, 현행 공정거래법은 동조 제5항에서 같은 내용을 정하고 있다].

그 위임에 따라 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2012. 6. 19. 대통령령 제23864호로 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법 시행령'이라 한다)은 공정거래법 제22조가 정한 "대통령령이 정하는 매출액"을 "위반사업자가 위반기간동안 일정한 거래 분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액(이하 '관련매출액'이라 한다)"이라고 정하되(제9조 제1항 본문), "입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우에는 계약금액을 말한다."라고 예외 규정을 두고 있다(제9조 제1항 단서).

나아가 공정거래법 시행령은 공정거래법 제22조의 규정에 따른 과징금의 부과기준에 관하여 관련매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 않는 범위에서, 관련매출액에 중대성의 정도별로 정하는 부과기준율을 곱하여 산정하도록 정하고 있다[제61조 제1항, [별표2] 제2호 (가)목 3) 가) 본문].

이와 같은 법령의 문언과 내용에 따르면, 통상의 부당한 공동행위에서는 '관련매출액'에 100분의 10을 곱한 금액이 과징금의 상한이고 '관련매출액'이 과징금의 기본 산정기준이다. 다만 '입찰담합 및 이와 유사한 행위'의 경우에는 '계약금액'에 100분의 10

을 곱한 금액이 과징금의 상한이며 위 '계약금액'이 과징금의 기본 산정기준이다. 이는 입찰담합을 하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자뿐만 아니라 낙찰자 또는 낙찰예정자를 미리 정하는 담합에 참여하였으나 낙찰을 받지 못한 사업자에 대해서도 마찬가지로 적용된다(대법원 2017. 4. 27. 선고 2016두33360 판결 참조).

나. 원심은 다음과 같은 사실을 인정하였다.

(1) 원고 등 7개 대형 건설사(이하 '이 사건 7개 대형 건설사'라 한다)는 2009년 6월~7월경 호남고속철도 노반 신설 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)에 관한 13개 공구를 3개의 그룹별로 나누어 분할 배정하기로 합의하였다.

(2) 이 사건 7개 대형 건설사는 다른 건설사에 대해 위와 같은 내용의 공구분할 합의에 참여하도록 요청하였고, 14개 건설사가 그 요청을 받아들였다.

(3) 이 사건 7개 대형 건설사와 공구분할 합의 참여 요청을 받아들인 14개 건설사는 3개(A, B, C) 그룹별로 추첨을 통해 이 사건 공사의 13개 공구 낙찰예정 건설사를 결정하였는데, A그룹에 속한 이 사건 7개 대형 건설사는 배정된 5개 공구의 낙찰예정 건설사를 추첨으로 결정하면서, 공구를 배정받지 못한 원고 등에는 차후에 발주되는 최저낙찰제 철도 공사에 대한 수주우선권을 주기로 합의하였다.

(4) 그 후 이 사건 공사의 13개 공구 낙찰예정 건설사들은 2009년 8월~9월경 공구분할 및 낙찰예정 건설사 합의에 가담하지 않았지만 입찰에 참여할 것으로 예상되는 또 다른 7개 건설사에 자신들이 낙찰받을 수 있도록 형식적인 응찰(이하 '들러리 응찰'이라 한다)을 해 달라고 요청하였다. 7개 건설사는 이를 받아들여 일부 공구에 관하여 들러리 응찰을 하기로 합의하였다. 이로써 원고 등 28개 건설사 사이에 낙찰공구, 낙찰예정 건설사와 들러리 응찰 건설사에 관한 합의가 성립하였다(이하 위 각 합의를 통틀

어 '이 사건 공동행위'라 한다).

(5) 원고는 이 사건 공사의 13개 공구 낙찰예정 건설사들이 알려 준 투찰가격으로 13개 공구 전부에 들러리 응찰을 하였다.

다. 원심은 이러한 사실관계를 기초로 다음과 같이 판단하였다.

원고의 들러리 응찰이 공구분할 합의의 불가벌적 사후행위에 해당한다고 볼 수 없다. 오히려 원고는 이 사건 공사의 13개 낙찰예정 건설사 주춤에서 탈락하여 투찰가격 합의에는 참여하지 않았지만, 이 사건 7개 대형 건설사 중 하나로서 이 사건 공동행위를 주도하였고 13개 공구 낙찰예정 건설사들이 알려 준 투찰가격으로 들러리 응찰을 함으로써 이 사건 공동행위에 가담하였다. 따라서 들러리 응찰을 한 이 사건 공사의 13개 공구 전부의 계약금액을 합하는 방법으로 관련매출액을 산정한 조치는 적법하다.

라. 원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 상고이유 주장과 같이 과징금의 기본 산정기준 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 과징금 산정에서의 재량권 일탈·남용 여부(상고이유 제2점)

가. 부당한 공동행위로 인한 위반행위의 중대성 정도는 위반행위로 발생한 경쟁질서의 저해 정도, 시장에 미치는 영향과 그 파급효과, 관련 소비자와 사업자의 피해 정도, 부당이득의 취득 여부 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다. 한편 공정거래법 제6조, 제22조 등 각 규정을 종합하면, 공정거래위원회는 공정거래법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과할 경우 공정거래법령이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있으므로, 공정거래위원회의 법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위에 해당한다. 다만 이러한 재량을 행사하는 데 과징금 부과 기초가 되는 사

실을 오인하였거나 비례·평등의 원칙에 위배되는 등의 사유가 있다면 재량권 일탈·남용으로서 위법하다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결 등 참조).

나. 원심은 아래와 같은 이유로 피고의 과징금 산정 과정에 재량권 일탈·남용의 위법이 없다고 판단하였다.

(1) 이 사건 공사는 대규모 국책사업으로 국가 재정에 미치는 영향이 크다. 이 사건 공동행위는 공구를 분할하고 낙찰예정 건설사, 들러리 응찰 건설사와 투찰가격을 미리 정한 이른바 경성 공동행위로서 입찰에 참여한 원고 등 28개 건설사 전부가 참여하였다는 점에서 경쟁제한적 효과가 매우 크다. 따라서 이 사건 공동행위는 '매우 중대한 위반행위'에 해당하고, 이를 전제로 가장 낮은 부과기준율인 7%를 적용한 피고의 조치에 위법이 없다.

(2) 다음 각 사정을 고려하면 그 밖에 비례·평등 원칙에 위배된다고 보기도 어렵다.

(가) 원고는 이 사건 7개 대형 건설사 중 하나로서 이 사건 공사의 분할 합의를 선도하고 입찰에 참여하는 나머지 건설사를 대상으로 이 사건 공동행위 내용을 통보하며 동참 여부를 확인하는 등 주도적인 역할을 하였다. 원고는 추첨에서 탈락하여 투찰가격 결정 등과 같은 후속 합의에 관여하지는 않았지만, 이 사건 공사의 13개 공구 전부에 들러리 응찰을 하여 이 사건 공동행위의 완성에 끝까지 기여하는 등 다른 건설사들과 비교하여 부과기준율을 다르게 정해야 할 만큼 공동행위에 가담한 정도 등에 본질적인 차이가 있다고 보기도 어렵다.

(나) 피고는 원고가 이 사건 공사의 13개 공구에 들러리 응찰을 한 점을 고려하여 부과기준율을 낙찰자의 절반인 3.5%로 적용하는 방법으로 기본과징금의 50%를 감경해주었고, 부과과징금을 결정하면서 들러리 응찰 건설사임을 감안하여 30% 추가 감경하

였다.

(다) 원고가 실제로 공구를 낙찰받은 특정 건설사와 비교하면 결과적으로 더 많은 과징금을 부과받게 되었다고 하더라도, 이는 비교 대상 건설사의 개별적 부담능력 등이 참작되어 과징금 조정 단계에서 추가로 감경을 더 받은 결과이거나 원고가 일부 건설사들에 비하여 낙찰금액이 큰 공구에 더 많이 들러리 응찰을 한 결과일 뿐이다.

(라) 피고가 낙찰자에 대하여는 공동수급체를 구성하였다는 이유로 10% 감경했지만, 공동수급체를 구성하여 들러리 응찰을 하였다가 탈락한 원고에 대하여는 같은 사유로는 감경하지 않았다. 그러나 기본과징금 산정 단계와 추가 조정 단계 등에서 원고가 들러리 응찰 건설사인 점 등을 반영하여 감경조치를 하는 등 원고가 현실적으로 취득한 이득이 없다는 사정이 과징금 산정에 반영되었다.

다. 원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 부과기준을 결정, 부과과징금 조정 등 과징금 산정의 재량권 일탈·남용에 관한 법리 등을 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 없다.

3. 결론

원고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장

대법관

김창석

대법관 조희대

주 심 대법관 김재형

대법관 민유숙