

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2016두48447 시정명령등취소
원고, 피상고인	주식회사 대우건설
	소송대리인 법무법인 세종
	담당변호사 조창영 외 3인
피고, 상고인	공정거래위원회
	소송대리인 변호사 황보윤 외 2인
원 심 판 결	서울고등법원 2016. 7. 8. 선고 2015누41144 판결
판 결 선 고	2017. 9. 7.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 준비서면의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제22조, 제55조의 3 제1항, 제5항은 피고가 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대하여 "대통령령이 정하는 매출액"에 100분의 10을 곱한 금액(매출액이 없는 경우 등에는 20억 원)을 초과하지 아니하는 한도 내에서 과징금을 부과할 수 있도록 하는 한편, 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 고려하여 과징금의 부과기준을 시행령으로 정할 수 있도록 규정하고 있다. 그 위임에 따라 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(이하 '공정거래법 시행령'이라 한다) 제9조 제1항은 그 본문에서 공정거래법 제22조가 규정한 "대통령령이 정하는 매출액"이란 "위반사업자가 위반기간동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액(이하 '관련매출액'이라 한다)을 말한다."고 규정하면서도, 그 단서에서 "입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우에는 계약금액을 말한다."고 규정함으로써, 부당 공동행위에 가담한 사업자에 대한 과징금 부과와 관련한 관련매출액의 의미를 밝히고 있다. 나아가 공정거래법 시행령 제61조 제1항은 공정거래법 제22조의 규정에 의한 과징금의 부과기준은 별표 2와 같다고 규정하고 있고, 그에 따라 [별표2] 제2호 (가)목 3) 가) 본문은 부당한 공동행위에 관한 과징금의 기본 산정기준에 관하여 "관련매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 않는 범위에서, 관련매출액에 중대성의 정도별로 정하는 부과기준율을 곱하여 산정한다."고 규정하고 있다.

이처럼 공정거래법령은 과징금 부과 한도 및 그 산정의 기초가 되는 공정거래법 제22조에서 정한 '매출액'을 '관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액'인 '관련매출액'이라고 정하면서도, 입찰담합 및 이에 유사한 행위 유형에 대하여는 '계약 금액'을 기준으로 삼고 있다. 다만 위와 같은 관계 법령의 전반적인 체계, 내용, 취지 ·

목적 및 연혁 등을 종합해 보면, 이는 입찰담합의 특수성 등을 감안하여 '관련매출액'의 특수한 형태로 '계약금액'을 인정한 것일 뿐, '계약금액'을 공정거래법령이 정한 '매출액' 또는 '관련매출액'의 본질적 성격과 무관한 전혀 별개의 개념으로 규정하는 취지라고 볼 수는 없으므로, 입찰담합의 경우에도 그에 따라 체결된 계약상의 금액 중 일부가 매출액에 해당한다고 볼 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액'에서 공제하여야 한다.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. (1) 원심 판시 보현산다목적댐 건설공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)의 발주처인 한국수자원공사는 2010. 2. 1. 공사에정금액을 165,291,000,000원(부가가치세 포함)으로 정하여 이 사건 입찰 공고를 하였다.

(2) 이 사건 공사는 중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률(이하 '판로지원법'이라 한다) 제12조에 의한 '공사용 자재 직접구매 대상 공사'인데, 그와 관련하여 2010. 2. 1.자 이 사건 공사 일괄입찰안내서에는 다음과 같은 내용이 기재되어 있다.

① 입찰자는 판로지원법 규정 등에 의한 공사용 자재 직접구매에 관한 사항을 충분히 숙지할 책임이 있다.

② '관급자재비'는 공사계약금액에 포함하여 계약을 체결한 후 발주기관에서 관급자재를 직접구매하여 공급하고, 발주기관이 공사용 자재의 직접구매를 위해 지급한 자재비를 도급공사비에서 추후 감액하여 처리한다.

(3) 원고, 에스케이건설 주식회사, 현대건설 주식회사(이하 '원고 등 3개사'라 한다)는 각각 공동수급체를 구성한 후, 가격경쟁은 피하기로 하여 사전에 미리 투찰률 등을 정한 원심 판시 합의(이하 '이 사건 합의'라 한다)에 따라 입찰서를 제출하였고, 입찰 결과

원고 공동수급체가 낙찰자(실시설계 적격자)로 최종 결정되었다.

(4) 이에 따라 원고 공동수급체는 '직접구매 대상품목은 실시설계 후 관할 지방중소 기업청장과 협의 후 결정할 계획'이라는 취지의 이 사건 입찰공고 내용을 계약내용의 일부분으로 포함하여 2010. 7. 28. 한국수자원공사와 156,850,000,000원(부가가치세 포함)의 금액으로 최초 공사도급계약을 체결하였다.

(5) 그 후, 원고 공동수급체는 2014. 12. 23. 한국수자원공사와 사이에 총 공사금액을 조정하는 한편 위와 같이 발주처가 직접 구매하여 제공하는 자재인 관급자재비에 해당하는 금액(이하 '관급자재 금액'이라 한다)을 공제하여 154,117,000,000원(부가가치세 포함)으로 계약금액을 변경하는 계약을 체결하였다.

나. (1) 공공기관이 공사예정금액이 20억 원 이상인 공사를 발주하는 경우에 '직접구매' 대상품목의 추정가격이 3천만 원 이상이면 그 품목을 해당 공사의 관급자재로 설계에 반영하고 직접구매를 하여야 한다(판로지원법 제12조 제2항, 제3항, 중소기업제품 구매 촉진 및 판로지원에 관한 법률 시행령 제11조 제1항, 제3항 제1호).

따라서 통상적으로는 설계에 반영된 관급자재에 대하여는 별도의 계약이 체결되므로 원칙적으로 관급자재 금액은 공사도급계약금액에 포함되지 않게 된다.

(2) 이 사건 공사에 대하여도 판로지원법령에 의한 '직접구매' 의무가 적용된다. 그런데 이 사건 공사에 대한 입찰은 설계·시공 일괄입찰 방식으로 진행됨에 따라 입찰자인 원고 공동수급체가 입찰 당시 설계도면을 작성하고, 또한 이 사건 일괄입찰안내서는 낙찰자 결정 이후에 이루어지는 실시설계 단계에서 '직접구매 대상품목 산출내역'을 작성·제출하도록 규정하고 있으므로, 발주처인 한국수자원공사로서는 '입찰공고'나 낙찰자 결정 단계에서 직접구매 대상 공사자재를 특정하거나 그에 해당하는 금액을 추정가격

에서 제외할 수는 없었다.

이에 따라 원고 공동수급체와 한국수자원공사는 이 사건 공사에 관한 위 최초 공사 도급계약에 이러한 관급자재 예상금액 내역을 구체적으로 기재하는 대신 이를 일단 공사 계약금액에 포함하여 계약을 체결한 후 발주처가 직접구매한 관급자재 금액을 공사계약 금액에서 추후 감액하여 처리하기로 하였다.

다. 원고 등 3개사의 회계 관련 자료가 직접 제출되지는 아니하였으나, ① 원고 공동수급체는 관급자재 금액에 해당하는 금원을 발주처로부터 지급받지 아니한 것으로 보이고, ② 이 사건 계약에 적용된 '공사계약 일반조건' 제13조 제3항에 의하면 관급자재의 소유권은 발주처에 있고, 잉여분이 있으면 원고 공동수급체는 이를 반환하여야 하며, ③ 관급자재 금액에 대하여 부가가치세가 부과되거나 위 금액이 원고의 손익 계산서상 매출액으로 처리되지도 아니한 것으로 보인다.

3. 이러한 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면 다음과 같이 판단된다.

가. 설계·시공 일괄입찰에 따라 체결된 이 사건 공사의 계약금액 중 관급자재 금액에 해당하는 부분은 입찰 당시부터 추후 관급자재 금액이 공제될 것이 당연히 전제된 잠정적 성격의 것으로서 계약금액에 임시적으로 포함된 것에 불과하며, 이를 확정적인 계약금액으로 볼 수 없다.

나. 이 사건 공사 일괄입찰안내서가 입찰자에게 판로지원법 규정 등에 의한 공사용자재 직접구매 사항을 충분히 숙지할 책임이 있다고 규정하고 있음에 비추어 보면, 원고 등 3개사도 향후 관급자재 금액은 계약금액에서 공제될 것이라는 사정을 명확하게 알고 있었다고 보인다. 그렇다면 이러한 관급자재 금액 부분까지 원고 공동수급체가 이 사건 공사에 관하여 제공한 역무에 대한 반대급부로서의 성격을 가지는 '계약금액'으로 보기

는 어려우며, 따라서 규범적 관점에서 이 부분까지 이 사건 합의의 대상이었다고 평가하기는 어렵다.

다. 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것이 원칙인데(공정거래법 시행령 제61조 제1항 [별표 2] 2. 가. 비고), 위 2.의 다.항 기재 사정에 비추어 보면 관급자재 금액이 회계상 원고 공동수급체의 '매출액'으로 인식되었다고 볼 수도 없다.

라. 그렇다면, 입찰담합의 특수성을 감안한다고 하더라도 관급자재 금액 부분은 본질적으로 이 사건 공사계약에 따른 매출액에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 관급자재 금액 부분은 공정거래법 시행령 제9조 제1항에서 정한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액'에 해당하지 아니하며, 원고에 대한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액' 산정에서 이를 공제하여야 한다.

4. 원심판결의 이유 설시에 일부 적절하지 아니한 부분이 있으나, 관급자재 금액이 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액' 산정에서 공제되어야 한다는 원심의 결론은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 담합 관련 경쟁 제한성 판단의 범위, 과징금의 성격, '관련매출액' 및 입찰담합에 대한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액' 등에 관한 법리를 오해하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

상고이유로 들고 있는 대법원판결들은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

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

재판장 대법관 박상옥

주 심 대법관 김용덕

 대법관 김 신

 대법관 박정화