

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2017두55077 시정명령및과징금납부명령취소  
원고, 상고인 대림산업 주식회사  
소송대리인 법무법인(유한) 율촌 담당변호사 박해식 외 3인  
피고, 피상고인 공정거래위원회  
소송대리인 법무법인 서울 담당변호사 김종서  
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 7. 6. 선고 2016누56846 판결  
판 결 선 고 2019. 7. 25.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 처분시효 도과 여부(상고이유 제1점)

가. 사업자들이 장기간에 걸쳐 수회 합의를 한 경우 그 수회의 합의가 단일한 의사

에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면 그 합의의 구체적인 내용 등이 일부 변경되었다 하더라도 그와 같은 일련의 합의는 특별한 사정이 없는 한 이를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 보아야 한다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결, 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결 등 참조).

나. 원심은 아래와 같은 사정을 들어, 이 사건 공동행위가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 전체적으로 하나의 부당한 공동행위에 해당하고, 이러한 전제에서 처분시효가 도과하지 않았다고 판단하였다.

① 원고 등 6개사의 직원들이 2005년 향후 다수의 LNG 저장탱크 건설공사 입찰이 발주될 것을 예상하고 업체간 낙찰물량을 고르게 배분하여 안정적으로 수주하는 원칙에 공감대를 형성하는 등 기본적 원칙에 관한 합의를 하였다.

② 이에 따라 2006년, 2007년 및 2009년의 각 합의는 위 합의를 실행하는 과정에서 여러 차례에 걸쳐 회합하고 구체적인 사항의 결정을 위한 합의를 계속하여 온 것이라고 볼 수 있다.

다. 이러한 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 하나의 공동행위의 성립 및 처분시효에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

## 2. 부과과징금 산정방식의 위법 여부(상고이유 제2점)

가. 1) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제6조, 제22조 등의 규정을 종합해 보면, 공정거래위원회는 공정거래법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과할 경우 공정거래법과 독점규제 및 공정

거래에 관한 법률 시행령(이하 '공정거래법 시행령'이라 한다)이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지를 재량으로 판단할 수 있으므로, 공정거래위원회의 법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위이다. 다만 이러한 재량을 행사하면서 과징금 부과 기초가 되는 사실을 오인하였거나, 비례·평등원칙에 반하는 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결 등 참조).

2) 공정거래법 시행령 제61조 제1항, [별표 2] 2. 라. 1)항은 "위반사업자의 현실적 부담능력이나 그 위반행위가 시장에 미치는 효과, 그 밖에 시장 또는 경제여건 및 법 제55조의3 제1항 제3호에 따른 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우에는 2차 조정된 산정기준의 100분의 50의 범위에서 감액하여 부과과징금으로 정할 수 있다."라고 규정하고 있다. 또한 공정거래법 시행령 제61조 제1항, 제3항 및 [별표 2]에 근거한 구 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(2016. 12. 30. 공정거래위원회 고시 제2016-22호로 개정되기 전의 것, 이하 '과징금 고시'라 한다) IV. 4. 가.항은 "2차 조정된 산정기준이 위반사업자의 특수한 재정적 사정 또는 시장·경제 여건을 반영한 현실적 부담능력, 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과 및 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모에 비하여 과중한 경우 공정거래위원회는 그 이유를 의결서에 명시하고 2차 조정된 산정기준을 다음과 같이 조정하여 부과과징금을 결정할 수 있다."라고 규정하면서, (1)항은 '현실적 부담능력에 따른 조정사유 및 감경률 등 조정기준', (2)항은 '당해 위반행위가 시장에 미치는 효과, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등에 따른 조정사유 및 감경률 등 조정기준'을 규정하고 있다.

이러한 과징금 고시 관련 규정은 위와 같은 형식과 내용에 비추어, 과징금 산정과 그 부과에 관한 재량권 행사의 기준으로 마련된 행정청 내부의 사무처리준칙 즉 재량준칙이고, 이러한 과징금 산정과 부과에 관한 기준을 정하는 것은 행정청의 재량에 속하므로 그 기준이 헌법 또는 법률에 합치되지 않거나 객관적으로 합리적이라고 볼 수 없어 재량권을 남용한 것이라고 인정되지 않는 이상 행정청의 의사는 가능한 한 존중되어야 한다. 이러한 재량준칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 이를 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만 그 재량준칙이 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정 관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결 등 참조).

3) 그런데 과징금 고시 IV. 4. 가. (1), (2)항은 2차 조정을 거쳐 부과과징금을 산정할 때 2차 조정된 산정기준의 조정사유와 감경률 등 조정기준에 대하여 규정하고 있을 뿐, 부과과징금 산정 단계에서 각 조정사유에 따른 감경률을 전부 합산하여 적용하여야 하는지, 일부 감경률을 단계적으로 적용할 수 있는지 등을 구체적으로 정하고 있지 않다. 이는 과징금의 제재적 효과 실현, 합리적인 감경률의 적용, 감경률의 남용 방지 필요성 등 과징금제도와 감경제도의 입법취지 및 공익 목적을 종합적으로 고려하여 기준을 설정할 필요가 있는 사항이고, 관계 법령과 과징금 고시의 관련 규정의 문언에서 곧바로 일의적인 기준이 도출되지는 않는다.

이러한 사정에 더하여, 감경 여부 및 감경률 등을 정하는 것은 공정거래위원회의 재량에 속하고 또한 공정거래위원회가 이에 관한 내부 사무처리준칙을 어떻게 정할 것인지에 대하여도 재량을 갖고 있는 점을 아울러 참작하면, 부과과징금 결정단계의 조정 사유별 감경률 적용방식에 관하여 구체적인 규정이 없는 상태에서, 공정거래위원회가 과징금 부과처분을 하면서 적용한 기준이 과징금제도와 감경제도의 입법취지에 반하지 아니하고 불합리하거나 자의적이지 아니하며, 나아가 그러한 기준을 적용한 과징금 부과처분에 과징금 부과 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등원칙에 위배되는 등의 사유가 없다면, 그 과징금 부과처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 보기 어렵다.

나. 원심은, 피고가 부과과징금 결정단계에서 전체적으로 적용되어야 할 감경률을 우선 적용하여 '잠정 부과과징금'을 산출한 다음, 이에 부당한 공동행위에 따른 입찰 참여 형태별로 구별하여 취득한 이익의 규모를 반영한 감경률을 적용하였는데, 이러한 피고의 감경률 적용방식이 자의적이라거나 그 방식에 있어서 재량권을 일탈·남용한 잘못이 있다고 보기 어렵고, 그와 다른 행정 관행이 성립하여 있다고 인정하기도 어렵다는 이유로, 이 사건 처분이 평등원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다고 판단하였다.

다. 이러한 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 행정의 자기구속의 원칙 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

### 3. 법 위반 횟수 가중의 위법 여부(상고이유 제3점)

#### 가. 위반 횟수 산정 기준일에 대하여

1) 공정거래법 제55조의3 제1항은, 공정거래위원회가 '위반행위의 기간 및 횟수'(제2

호) 등을 참작하여 과징금을 부과하도록 규정하고 있고, 공정거래법 제55조의3 제5항의 위임에 따른 공정거래법 시행령 제61조 제1항 [별표 2] 2. 나.항은 위반행위의 기간 및 횟수를 고려하여 산정기준의 100분의 50의 범위에서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 기준에 따라 조정하도록 규정하고 있다. 이에 근거한 구 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시(2012. 8. 20. 공정거래위원회 고시 제2012-25호로 개정되어 2014. 5. 30. 공정거래위원회 고시 제2014-7호로 개정되기 전의 것, 이하 '개정 전 과징금 고시'라 한다) III. 1. 라.항은 "위반사업자가 과거 3년간(신고사건의 경우에는 신고접수일을, 직권조사 사건의 경우에는 직권조사계획 발표일 또는 조사공문 발송일을 기준으로 하되 조사계획 발표일과 조사공문 발송일이 다를 경우에는 뒤의 일자를 기준으로 한다. 이하 같다) 3회 이상 법 위반으로 조치(경고 이상을 포함하되 과태료 부과는 제외한다)를 받고 별점 누산점수가 5점 이상인 경우에는 원칙적으로 과징금을 부과한다."라고 규정하여, '법 위반 횟수 가중을 위한 기준일'을 신고접수일, 조사공문 발송일 등으로 특정하고 있다.

앞서 본 바와 같이 공정거래위원회의 법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량 행위이고, 위반행위자의 과거 위반행위 전력을 과징금 액수에 반영할지 여부, 반영할 경우 어느 범위에서 어느 정도 반영할지 여부는 모두 공정거래위원회의 재량에 속한다. 따라서 공정거래위원회가 과징금을 부과하면서 적용한 위반행위 전력을 고려하는 기준이 관계 법령에 위배되지 않고 불합리하거나 자의적이지 않으며, 나아가 그러한 기준을 적용한 과징금 부과처분에 과징금 부과 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등원칙에 위배되는 등의 사유가 없다면, 그 과징금 부과처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 보기 어렵다.

2) 원심은, 피고가 2013. 5. 2.부터 2013. 5. 14.까지 평택 #22, 23 입찰에 대하여 원고 등 4개사를 대상으로 조사하였으나 당시 확보한 자료를 통하여 별다른 혐의점을 찾지 못하여 2013. 8. 5. 종결 처리한 사정 등을 이유로, 원고가 주장하는 2013. 5. 12.을 '법 위반 횟수 가중을 위한 기준일'로 정하지 아니한 피고의 처분이 재량권 일탈·남용에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

3) 이러한 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 '법 위반 횟수 가중을 위한 기준일'의 해석·적용에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

나. 재송취소된 위반 전력에 대하여

1) 공정거래법 제55조의3 제1항, 제5항 및 공정거래법 시행령 제61조 제1항 [별표 2] 2. 나.항에 근거한 '개정 전 과징금 고시' IV. 2. 나. (1)항은 "당해 사건에 관하여 과거 3년간 3회 이상 법 위반으로 조치(경고 이상을 포함하되 과태료 부과 제외한다)를 받고 별점 누산점수가 5점 이상인 경우에는 4회 조치부터 다음과 같이 산정기준을 가중할 수 있다."라고 규정하면서, 그 (나)항은 '과거 3년간 4회 이상 법 위반으로 조치(경고 이상)를 받고 별점 누산점수가 7점 이상인 경우' 100분의 40 이내의 범위에서 산정기준을 가중할 수 있도록 규정하고 있다. 한편, '개정 전 과징금 고시' IV. 2. 나. (2)항은 '과거 시정조치의 횟수를 산정할 때에는 시정조치의 무효 또는 취소판결이 확정된 건을 제외'하도록 규정하고 있다.

2) 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 하며, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을

확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결 참조). 행정청으로부터 행정처분을 받았으나 나중에 그 행정처분이 행정쟁송절차에서 취소되었다면, 그 행정처분은 그 처분시에 소급하여 효력을 잃게 된다(대법원 1993. 6. 25. 선고 93도277 판결 참조).

'개정 전 과징금 고시' IV. 2. 나. (2)항은 과거 시정조치의 횡수 산정시 시정조치의 무효 또는 취소판결이 확정된 건을 제외하도록 규정하고 있다. 공정거래위원회가 과징금 산정시 위반 횡수 가중의 근거로 삼은 위반행위에 대한 시정조치가 그 후 '위반행위 자체가 존재하지 않는다는 이유로 취소판결이 확정된 경우' 과징금 부과처분의 상대방은 결과적으로 처분 당시 객관적으로 존재하지 않는 위반행위로 인하여 과징금이 가중될 것이므로, 그 처분은 비례·평등원칙 및 책임주의 원칙에 위배될 여지가 있다.

다만, 공정거래위원회는 공정거래법령상의 과징금 상한의 범위 내에서 과징금 부과 여부 및 과징금 액수를 정할 재량을 가지고 있다. 또한 재량준칙인 '개정 전 과징금 고시' IV. 2. 나. (1)항은 위반 횡수와 별점 누산점수에 따른 과징금 가중비율의 상한만을 규정하고 있다. 따라서 법 위반행위 자체가 존재하지 않아 위반행위에 대한 시정조치에 대하여 취소판결이 확정된 경우에 위반 횡수 가중을 위한 횡수 산정에서 제외한다고 하더라도, 그 사유가 과징금 부과처분에 영향을 미치지 아니하여 처분의 정당성이 인정되는 경우에는 그 처분을 위법하다고 할 수 없다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010두15674 판결 등 참조).

3) 원심판결의 이유에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 피고는 과징금 부과처분 당시 원고에 대하여 과거 3년간 법 위반으로 인하여 5회 조치를 받고 별점 누산점수가 14.5점이라는 이유로 과징금 산정시 행위요소에 의한 1



차 조정의 근거로 삼아 100분의 20의 가중비율을 적용하였다. 당시 피고는 주식회사 한화건설에 대하여는 법 위반 횟수 4회, 벌점 누산점수 10.5점을 고려하여 100분의 15의 가중비율을 적용하였다.

② 원고에 대한 5회의 법 위반으로 인한 조치(벌점 3점)에는 경인운하사업 시설공사 입찰 관련 부당한 공동행위를 이유로 한 피고의 시정명령 및 과징금 부과처분(이하 '선행조치'라 한다)이 포함되어 있었다. 그런데 서울고등법원은 이 사건 처분의 의결일(2016. 6. 20.) 이후인 2016. 8. 24. 원고의 부당한 공동행위를 인정하기 어렵다는 이유로 선행조치를 취소하는 판결을 선고하였고, 위 판결은 대법원에서 2016. 12. 27. 상고 기각되어 확정되었다(대법원 2016두53098 판결).

4) 이러한 사실관계를 앞에서 본 법리에 따라 살펴보면, 선행조치를 원고의 법 위반 횟수에서 제외하여 피고의 과징금 부과처분시 원고의 법 위반행위 횟수가 4회가 된다고 하더라도, 피고가 '개정 전 과징금 고시' IV. 2. 나. (1) (나)항에 따라 100분의 40 이내에서 산정기준을 가중할 수 있으므로, 과징금 부과처분 당시 원고에 대하여 100분의 20 가중비율을 적용한 것이 현저히 과도한 가중비율을 적용하여 비례원칙에 위배된다고 보기 어렵다. 나아가 선행조치를 원고의 법 위반 횟수에서 제외할 경우 원고의 벌점은 11.5점이 되므로 벌점이 10.5점인 주식회사 한화건설(100분의 15의 가중비율)과 달리 100분의 20의 가중비율을 적용한 것이 합리적인 이유가 없는 차별이라거나, 현저히 과도한 가중비율이라고 볼 수 없다.

5) 원심판결의 이유 설시에 일부 적절하지 아니한 부분이 있으나, 법 위반 횟수의 감소가 있더라도 과징금 부과처분이 당연히 위법하게 된다고 볼 수 없다는 취지의 원심의 결론은 앞에서 본 법리에 비추어 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이

비례원칙 위배 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 과징금 기본 산정기준의 위법 여부(상고이유 제4점)

가. 공정거래법 시행령 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표 2] 2. 가. 3) 가) 본문의 문언과 내용에 의하면, '입찰담합 및 이와 유사한 행위'에 대하여는 '계약금액'에 100분의 10을 곱한 금액이 과징금의 상한이 될 뿐만 아니라, 위 '계약금액'은 과징금의 기본 산정기준이 된다고 보아야 한다. 이는 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자뿐만 아니라 낙찰자 또는 낙찰예정자를 미리 정하는 내용의 담합에 참여하였으나 낙찰을 받지 못한 사업자에 대하여도 마찬가지로 적용된다(대법원 2017. 4. 27. 선고 2016두33360 판결 등 참조). 한편, 2015. 10. 7. 개정된 과징금 고시 IV. 1. 다. (1) (마) 2)항은 '들러리 사업자에 대하여는 그 수가 5 이상인 경우에는 N분의 (N-2) 범위 내에서 산정기준을 감액할 수 있고, N은 들러리 사업자의 수를 말한다'고 규정하고 있다.

나. 원심은, 피고가 입찰담합인 이 사건 공동행위의 과징금 기본 산정기준에 원고가 들러리로 참여한 공구의 계약금액을 포함시킨 조치는 적법하다고 판단하였다. 나아가 원심은, 하나의 공동수급체 내에서는 상호 경쟁이 발생할 소지가 없는 데다가 입찰 실무에서 공동수급체는 하나의 경쟁주체인 사업자로 산정되는 점, 들러리 참여자들에 대한 과징금 산정기준을 합리적으로 조정하려는 과징금 고시의 개정취지 등을 고려하여 피고가 과징금 고시의 N을 공동수급체의 수로 판단한 것에 합리적인 근거가 없다거나 재량권의 일탈·남용이 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 과징금 기본 산정기준 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 없다.

5. 감경률 적용의 위법 여부(상고이유 제5점)

가. 원심은, 공동수급체 구성사업자의 지분율이 같다고 하더라도 대표사와 대표사가 아닌 구성사업자 사이에 향유하는 이익이나 위법성의 정도에 있어 전혀 차이가 없다고 볼 수 없고, 원고가 이 사건 공동행위로 취득한 이익 규모를 충분히 반영하도록 추가 감경을 하였다는 이유 등을 들어, 피고가 대표사에 대하여는 10%, 대표사가 아닌 구성사업자에 대하여는 30% 감경률을 적용한 것이 합리적인 이유가 없거나 명백히 부당하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

나. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 비례원칙 위배 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 없다.

6. 결론

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

재판장	대법관	박상욱
	대법관	안철상
주 심	대법관	노정희
	대법관	김상환