

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2016두33360 과징금납부명령취소청구  
원고, 상고인 주식회사 포스코건설  
소송대리인 변호사 양대권 외 3인  
소송대리인 변호사 서정  
피고, 피상고인 공정거래위원회  
소송대리인 법무법인 봄  
담당변호사 김민우 외 1인  
원 심 판 결 서울고등법원 2016. 1. 13. 선고 2014누65969 판결  
판 결 선 고 2017. 4. 27.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 과징금의 기본 산정기준에 관하여(상고이유 제4점, 제5점)

가. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제22조, 제55조의3 제1항, 제5항은 부당한 공동행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하고 이에 더하여 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적 실현하기 위하여, 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, 이를 부과함에 있어서 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하여 과징금의 부과기준을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 그 위임에 따라 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2012. 6. 19. 대통령령 제23864호로 개정되기 전의 것, 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, 부당공동행위에 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.

나. 공정거래법 시행령 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표2] 제2호 (가)목 3) 가) 본문

의 위와 같은 내용 및 문언에 의하면, '입찰담합 및 이와 유사한 행위'에 있어서는 '계약금액'에 100분의 10을 곱한 금액이 과징금의 상한이 될 뿐만 아니라, 위 '계약금액'은 과징금의 기본 산정기준이 된다고 보아야 하고, 이는 입찰담합에 의하여 낙찰을 받고 계약을 체결한 사업자뿐만 아니라 낙찰자 또는 낙찰예정자를 미리 정하는 내용의 담합에 참여하였으나 낙찰을 받지 못한 사업자(이하 '참여자'라 한다)에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.

나아가 관계 법령의 전반적인 체계와 내용, 취지 및 목적, 연혁 등에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, ① 공정거래법 제22조 등의 수범자는 포괄적인 공정거래법 준수 의무가 있는 경제주체인 '사업자'이므로 법률에서 요구되는 예측가능성의 정도도 완화될 필요가 있고, 해당 사업자로서는 '입찰담합 행위와 관련이 있는 이익'의 범위 내에서 공정거래법 제22조에서 정한 과징금 상한의 지표인 매출액의 범위가 정해질 것으로 예측할 수 있는 점(헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2014헌바60, 2015헌바36·217(병합) 결정 등 참조), ② 과징금의 상한과 부과기준은 위법행위의 효과적인 억제라는 과징금 제도의 목적상 일정한 내적 연관성을 가질 수밖에 없을 뿐만 아니라 공정거래법 제55조의3 제1항은 과징금을 부과함에 있어 위법행위의 내용 및 정도 등을 참작하여 부과 기준을 정하도록 정하고 있으므로, 해당 사업자로서는 '입찰담합 행위와 관련이 있는 이익'에 해당하는 계약금액을 과징금의 기본 산정기준의 기초로 삼는 것도 예측할 수 있는 점, ③ 입찰담합 등의 구조적 특수성에 비추어 참여자가 해당 공구를 낙찰받는 이익을 얻는 것은 아니지만, 담합으로 인한 경제적인 이익이 없다고 할 수 없고, 참여자에 대하여 계약금액을 과징금의 기본 산정기준의 기초로 삼을 경우 참여자가 실제 취득한 경제적인 이익과 과징금의 기본 산정기준인 계약금액 사이에 차이가 발생할 가

능성이 있다 하더라도, 이로 인하여 발생할 수 있는 실제 취득한 이득과 부과된 과징금 액수 사이의 불균형의 문제는 과징금 부과처분의 재량권 일탈·남용 여부에 대한 사법심사를 통하여 통제될 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 공정거래법 시행령의 위 각 규정이 참여자에 대한 과징금의 기본 산정기준을 위반행위의 대상이 된 입찰의 규모를 반영하는 '계약금액'에 기초하여 산정하도록 정했다 하더라도, 모법의 위임 범위를 벗어나 그 수범자에게 불리하게 과징금의 기본 산정기준을 변경하는 것으로 볼 수는 없다.

한편 사업자들이 수 개의 입찰방식 거래와 관련하여 각자가 참가할 입찰부문을 크게 나누는 등으로 상품이나 용역의 거래를 제한하는 합의(이하 '거래제한 합의'라 한다)를 한 경우, 그러한 거래제한 합의가 있다는 사정만으로 곧바로 관련된 모든 입찰방식 거래의 '계약금액' 합계액을 기준으로 기본 과징금을 산정할 수 있는 것은 아니고, 다만 위와 같은 거래제한 합의를 실행하기 위하여 개별입찰에 관한 입찰담합에까지 나아간 경우에, 공정거래법 시행령 제9조 제1항 단서, 제61조 제1항 [별표2]에 따라 각 사업자가 입찰담합의 당사자로 가담한 각 개별입찰에서의 계약금액을 기초로 하여 과징금을 산정할 수 있을 뿐이다.

다. 원심은, ① 삼성물산 주식회사(이하 편의상 주식회사의 경우 그 법인명 중 '주식회사' 부분을 따로 적지 않는다) 등 7개 대형 건설사(이하 '이 사건 7개 대형 건설사'라 한다)가 2009년 6월~7월경 호남고속철도 노반 신설 공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)에 관한 13개 공구를 3개의 그룹별로 나누어 분할 배정하기로 합의한 사실, ② 이 사건 7개 대형 건설사는 원고를 비롯한 17개 건설사에 대해 위와 같은 내용의 공구분할 합의에 참여하도록 요청하였고, 원고와 고려개발 및 극동건설을 제외한 나머지 14개

건설사(이하 이 사건 7대 대형 건설사와 함께 '이 사건 21개 건설사'라 한다)는 위 요청을 받아들인 사실, ③ 이 사건 21개 건설사는 3개 그룹별로 추첨을 통해 이 사건 공사의 공구별 낙찰예정사를 결정하면서, 공구를 배정받지 못한 건설사에 대하여는 공동수급체 지분이나 다른 공사에 있어서 수주 우선권을 주기로 합의한 사실, ④ 원고는 위 낙찰예정사에 관한 합의 이후인 2009년 8월~9월경 각 공구별 낙찰예정사들의 요청을 뒤늦게 받아들여 일부 공구에 관하여 형식적으로 입찰에 참여하기로 합의한 사실(이하 위 각 합의를 통틀어 '이 사건 공동행위'라 한다), ⑤ 원고는 위 합의에 따라 위 13개 공구 중 7개 공구에 형식적으로 입찰에 참여한 사실 등을 인정한 후, 원고의 형식적 입찰참여 행위가 공구분할 합의의 불가벌적 사후행위에 해당한다고 볼 수 없고, 오히려 피고는 원고에 대하여 위 13개 공구 전부의 계약금액을 합하는 방법으로 과징금을 산정할 수 있음에도, 원고가 형식적으로 입찰에 참여한 7개 공구의 계약금액만을 합한 후, 그 합계금액 1,190,385,000,000원(부가가치세 제외, 이하 같다)을 기준으로 하되, 형식적 입찰참여임을 감안하여 실제로 낙찰받은 공구에 적용된 부과기준율 7%의 2분의 1에 해당하는 3.5%의 부과기준율을 곱하는 방법으로 과징금의 기본 산정기준을 41,663,000,000원으로 정한 것은 위법하지 않다고 판단하였다.

라. 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심이 원고가 형식적으로라도 입찰에 참가한 7개 공구뿐 아니라 원고가 개별입찰에 관한 입찰담합에 가담하지 않은 나머지 6개 공구의 계약금액까지 합산하는 방식으로 과징금을 산정할 수 있다고 전제한 것은 적절하지 아니하나, 원고가 입찰에 참가한 7개 공구의 계약금액을 합한 금액에 기초하여 기본 과징금을 산정한 조치가 위법하지 않다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 과징금의 기본 산정기준 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

## 2. 과징금 납부명령의 재량권 일탈·남용에 관하여(상고이유 제1점, 제2점)

가. 공정거래법 제22조에 의한 과징금은 법 위반행위에 따르는 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위한 부당이득환수의 성격과 함께 위법행위에 대한 제재로서의 성격을 가지는 것이고, 공정거래법 제55조의3 제1항은 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 해당 입찰담합의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도뿐만 아니라 그로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수 있다(대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결 등 참조).

나. 원심은, 피고가 위와 같이 기본 과징금을 산정한 후 조사 협력을 이유로 20%, 관련매출액 중 들러리 입찰로 인한 부분의 비중이 큰 점을 고려하여 30%, 건설시장이 크게 위축된 사정을 감안하여 10%를 각각 감경하는 등의 과정을 거쳐 원고에 대하여 19,998,000,000원의 과징금 납부명령(이하 '이 사건 과징금 납부명령'이라 한다)을 한 것에 관하여, ① 피고가 위와 같이 여러 차례 감경을 함으로써 이 사건 과징금은 위 계약금액 합계액의 1.68%에 불과한 점, ② 원고는 형식적으로 입찰에 참여한 대가로 금호산업이 주간사인 공동수급체의 일원이 되어 총 계약금액이 약 1,575억 원인 제5-1 공구를 함께 낙찰받았고 상대적으로 공사 실적이 부족하였던 터널공사 실적을 쌓을 수 있는 기회를 제공받은 점, ③ 이 사건 공동행위가 국가 재정에 미치는 악영향이 크고 그에 대해 제재를 할 필요성이 큰 점 등의 이유를 들어, 이 사건 과징금 납부명령에 재량권 일탈·남용의 위법이 없다고 판단하였다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 아래와 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

기록에 의하면, ① 원고는 이 사건 21개 건설사의 공구별 낙찰예정사 합의가 끝난 후 단독으로 저가입찰을 하더라도 낙찰받기 어렵다고 보아 형식적으로 입찰에 참가해 달라는 낙찰예정사들의 요청을 뒤늦게 수락한 사실, ② 원고가 이 사건 공동행위를 통하여 총 계약금액이 약 1,575억 원인 제5-1공구의 공동수급체 지분 10%를 부여받음으로써 약 157억 원 상당의 공사물량만을 배분받은 사실, ③ 삼성중공업의 경우 원고와 달리 이 사건 21개사의 낙찰예정사 결정 합의 단계에서부터 가담하여 계약금액이 약 1,940억 원인 제3-1공구의 지분 15%, 계약금액이 약 1,654억 원인 제5-2공구의 지분 30% 합계 약 787억 원 상당의 공사물량을 배분받았으나, 1개 공구에만 형식적으로 입찰에 참여한 관계로 2,531,000,000원의 과징금만 부과된 사실, ④ 원고 외에 다른 대부분의 사업자들에 대하여는 그 낙찰 또는 배분받은 공사물량 상당액에 비하여 상당히 낮은 금액의 과징금이 부과된 사실 등을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고가 원고에게 부과한 과징금 약 199억 원은 원고가 이 사건 공동행위 가담을 통하여 취득한 배분물량 약 173억 원 상당을 상회하므로, 과징금 부과로써 기록상 나타난 원고의 유형적 이득액의 합계를 넘어서 배분된 공사금액 전액을 박탈하게 되는 점, ② 비록 원고가 7개 공구에 형식적으로 입찰에 참가하였으나, 다른 한편 이 사건 21개 건설사와는 달리 이 사건 공동행위를 주도하거나 낙찰예정사 결정 합의에는 참여하지 않았으므로, 그 위법성의 정도가 상대적으로 중하다고 보기 어려운 점, ③ 이 사건 공동행위 초기 단계에서부터 합의에 가담하여 상당한 공사물량을 배분받게 된 삼성중공업과 비교하면, 원고의 형식적 입찰 참여 횟수가 많다 하더라도, 그러한 사정만으로 약 8

배에 이르는 과징금의 차이를 정당화할 정도로 원고의 부당이득 취득의 정도와 위반행위의 가벌성 등 원고에 대한 제재의 필요성이 삼성중공업에 비하여 현저히 높다고 보기 어려운 점, ④ 원고가 이 사건 공동행위에 가담함으로써 위 실제 배분물량 외에 다른 사업 우선권 등 별도의 이익을 취득하였다고 볼 만한 사정도 보이지 않는 점 등을 종합하면, 이 사건 과징금액이 공정거래법 제22조, 공정거래법 시행령 제9조 제1항, 제61조 제1항 [별표2]에서 정한 방식에 의하여 그 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 산정되었고, 원고가 형식적으로 입찰에 참여한 공구의 규모가 상대적으로 크며, 원고가 공사실적 등의 무형적 이익을 얻은 사정 등을 모두 감안한다 하더라도, 이 사건 과징금액은 과징금의 부당이득환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되어 위반행위의 위법성의 정도 및 공동행위로 취득한 이득액의 규모 사이에서 지나치게 균형을 잃은 과중한 액수에 해당한다고 볼 수 있다. 나아가 이 사건 공동행위에 참여한 사업자들 사이에서도 실제 낙찰 또는 배분받은 물량의 차이로 인하여 실제로 취득하는 이익의 규모에 상당한 차이가 있음에도, 피고가 과징금 산정에서 이를 고려하지 않음으로써 다른 사업자에 대한 과징금액과도 균형을 잃게 되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 과징금 납부명령은 그 액수의 면에서 비례의 원칙 등에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 처분에 해당한다고 볼 수 있다.

라. 그럼에도 원심은 이와 달리 판시와 같은 사정만으로 이 사건 과징금 납부명령이 적법하다고 판단하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 과징금 부과에 있어서의 재량권 일탈·남용에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고, 사건



을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김창석

                  대법관      조희대

주    심      대법관      박상옥