

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2015두44028 시정명령등취소

원고, 피상고인 겸 상고인

주식회사 포스코건설

소송대리인 법무법인(유한) 태평양

담당변호사 최병호 외 4인

피고, 상고인 겸 피상고인

공정거래위원회

소송대리인 변호사 최수희 외 1인

원 심 판 결 서울고등법원 2015. 5. 7. 선고 2014누63048 판결

판 결 선 고 2018. 12. 27.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 원고 상고이유에 관한 판단

가. (1) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다)에 의하면, 공정거래위원회는 공정거래법 위반사실에 대한 조사결과를 서면으로 당해 사건의 당사자에게 통지하여야 한다(제49조 제3항). 또한 공정거래위원회는 공정거래법 위반사항에 대하여 시정조치 또는 과징금납부명령을 하기 전에 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 당사자는 공정거래위원회의 회의에 출석하여 그 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다(제52조). 나아가 공정거래법 제52조의2는, 당사자 또는 이해관계인이 공정거래위원회에 대하여 공정거래법 규정에 의한 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있고, 이 경우 공정거래위원회는 자료를 제출한 자의 동의가 있거나 공익상 필요하다고 인정할 때에는 이에 응하여야 한다고 규정하고 있다. 공정거래법 규정 위반사건의 처리절차 등에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시한다(제55조의2).

(2) 한편, 행정절차법은, 당사자가 청문의 통지가 있는 날부터 청문이 끝날 때까지 행정청에 해당 사안의 조사결과에 관한 문서와 그 밖에 해당 처분과 관련되는 문서의 열람 또는 복사를 '요청'할 수 있고, 행정청은 다른 법령에 따라 공개가 제한되는 경우를 제외하고는 그 요청을 거부할 수 없도록 규정하고 있다(제37조 제1항). 그런데 행정절차법 제3조, 행정절차법 시행령 제2조 제6호는 공정거래법에 대하여 행정절차법의 적용이 배제되도록 규정하고 있다. 그 취지는 공정거래법의 적용을 받는 당사자에게 행정절차법이 정한 것보다 더 약한 절차적 보장을 하려는 것이 아니라, 오히려 그 의결절차상 인정되는 절차적 보장의 정도가 일반 행정절차와 비교하여 더 강화되어 있기

때문이다. 공정거래위원회에 강학상 '준사법기관'으로서의 성격이 부여되어 있다는 전제하에 공정거래위원회의 의결을 다투는 소를 서울고등법원의 전속관할로 정하고 있는 취지 역시 같은 전제로 볼 수 있다. 공정거래법 제52조의2가 당사자에게 단순한 열람·복사 '요청권'이 아닌 열람·복사 '요구권'을 부여한 취지 역시 이와 마찬가지로이다.

이처럼 공정거래법 규정에 의한 처분의 상대방에게 부여된 절차적 권리의 범위와 한계를 확정하려면 행정절차법이 당사자에게 부여한 절차적 권리의 범위와 한계 수준을 고려하여야 한다. 나아가 '당사자'에게 보장된 절차적 권리는 단순한 '이해관계인'이 보유하는 절차적 권리와 같을 수는 없다. 또한 단순히 조사가 개시되거나 진행 중인 경우에 당사자인 피심인의 절차적 권리와 비교하여, 공정거래위원회 전원회의나 소회의 등이 열리기를 전후하여 최종 의결에 이르기까지 피심인이 가지는 절차적 권리는 한층 더 보장되어야 한다. 따라서 공정거래위원회의 심의절차에서 특별한 사정이 없는 한 피심인에게 원칙적으로 관련 자료를 열람·등사하여 주어 실질적으로 그 방어권이 보장되도록 하여야 한다.

(3) 이러한 전제에서 공정거래법 제52조의2의 규정 취지를 헌법상 적법절차 원칙을 고려하여 체계적으로 살펴보면, 당사자인 피심인은 공정거래위원회에 대하여 공정거래법 규정에 의한 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있고, 적어도 공정거래위원회의 심리·의결 과정에서는 다른 법령에 따라 공개가 제한되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 공정거래위원회가 피심인의 이러한 요구를 거부할 수 없음이 원칙이라고 새기는 것이 타당하다. 공정거래법 제55조의2는 이러한 전제에서 공정거래법 규정 위반사건의 처리절차 등에 관하여 필요한 사항을 공정거래위원회가 정하여 고시하도록 규정한 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 그 내용 역시 이러한 한계 범위 내에

서 설정되어야 한다.

나. (1) 공정거래법 제55조의2에 근거한 공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙(2012. 11. 28. 공정거래위원회 고시 제2012-71호, 이하 '절차규칙'이라 한다)은, 공정거래법 위반사항의 조사 및 심사를 담당하는 심사관이 조사를 마친 후 사실의 인정, 위법성 판단 및 법령의 적용 등을 기재한 심사보고서를 작성하여 전원회의 또는 소회의에 제출함과 동시에 피심인에게 심사보고서, 첨부자료 목록, 첨부자료를 송부하여 그에 대한 의견을 3주(소회의에 제출되는 심사보고서의 경우 2주)의 기간 내에 문서로 제출할 것을 통지하도록 규정하고 있다(제29조 제1항, 제10항). 또한 절차규칙은, 심사관이 영업비밀 보호, 사생활의 비밀 보호, 자진신고와 관련된 자료, 기타 법령의 규정에 의한 비공개 자료에 해당하는 사유를 제외하고는 심사보고서의 첨부자료를 피심인에게 송부하도록 하고(제29조 제12항), 심사관이 피심인에게 공개하지 아니한 첨부자료를 피심인이 특정하여 위원회에 열람·복사를 신청할 수 있으며, 주심위원은 피심인이 특정한 첨부자료가 절차규칙 제29조 제12항에 해당하는지 여부를 판단하여 자료의 송부나 열람·복사 허용 여부를 결정하도록 규정하고 있다(제29조의2 제1항, 제2항).

(2) 이와 같은 각 규정의 문언과 내용에 따르면, 심사보고서 첨부자료의 송부 및 자료 열람 등을 규정하고 있는 취지는, 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금납부명령으로 말미암아 불측의 피해를 받을 수 있는 '당사자'로 하여금 공정거래위원회의 심의에 출석하여 심사관의 심사결과에 대하여 효과적으로 방어권을 행사하도록 보장함으로써 심사절차의 적정을 기함과 아울러 공정거래위원회로 하여금 적법한 심사절차를 거쳐 사실관계를 보다 구체적으로 파악하게 하여 신중하게 처분을 하게 하는 데 있다.

나아가 이러한 절차규칙 규정들을 앞서 본 공정거래법상 당사자에게 부여된 열람·복사 요구권의 내용과 한계에 비추어 살펴보면, 요구된 대상이 영업비밀, 사생활의 비밀 등 기타 법령 규정이 정한 비공개 자료에 해당하거나 자진신고와 관련된 자료로서 자진신고자 등의 신상 등 사적인 정보가 드러나는 부분 등에 관하여는, 첨부자료의 열람·복사 요구를 거부할 수도 있다. 다만, 이 경우에도 일률적으로 거부할 수는 없고 첨부자료의 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 이익과 그로 인하여 침해되는 피심인의 방어권의 내용과 정도를 비교·형량하여 신중하게 판단하여야 한다.

(3) 그러므로 피심인이 심의·의결절차에서의 방어권을 행사하기 위하여 필요한 심사보고서의 첨부자료 열람·복사를 신청하였으나, 공정거래위원회가 절차규칙 제12조 제12항에서 정한 거부 사유에 해당하지 않음에도 이에 응하지 아니하였다면, 공정거래위원회의 심의·의결의 절차적 정당성이 상실되므로, 공정거래위원회의 처분은 그 절차적 하자로 인하여 원칙적으로 취소되어야 한다.

다만, 그 절차상 하자로 인하여 피심인의 방어권 행사에 실질적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 예외적인 경우에는, 공정거래위원회가 첨부자료의 제공 또는 열람·복사를 거절하였다고 하더라도 그로 인하여 공정거래위원회의 심의·의결에 절차적 정당성이 상실되었다고 볼 수 없으므로 그 처분을 취소할 것은 아니다. 나아가 첨부자료의 제공 또는 열람·등사가 거절되는 등으로 인하여 피심인의 방어권이 실질적으로 침해되었는지 여부는 공정거래위원회가 송부 내지 열람·복사를 거부한 자료의 내용, 범위, 정도, 그 자료의 내용과 처분요건 등과의 관련 정도, 거부의 경위와 거부사유의 타당성, 심사보고서에 기재된 내용, 피심인이 심의·의결절차에서 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가졌는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 한

다.

다. 원심은 아래와 같은 사정을 들어 이 사건 처분에 원고의 방어권이 실질적으로 침해된 절차적 하자가 인정되지 않는다고 판단하였다.

(1) 피고는 2014. 2. 4. 원고에게 심사보고서를 교부할 때 3주에 못 미치는 의견서 제출기간을 부여하였다. 이에 따라 원고는 위 심사보고서를 2014. 2. 4. 수령한 후 피고에게 두 차례에 걸쳐 의견서 제출기한의 연장을 신청하였고, 피고가 위 신청을 받아들여 결국 원고는 2014. 3. 14. 심사보고서에 대한 의견서를 송부하였다. 원고는 결과적으로 심사보고서에 대한 의견서 제출기간을 약 한 달 이상 부여받게 되었다.

(2) 피고는 원고에게 심사보고서를 송부할 당시 첨부자료 목록 외에 위 목록에 기재된 자료를 송부하지 않았다. 이후 피고는 2014. 4. 4. 원고에게 위 첨부자료 중 일부를 송부하면서도, 한솔이엠이 주식회사 및 주식회사 세원이엔이, 주식회사 동일기술공사(이하, '주식회사' 표기는 생략하고, 모두를 통칭할 때는 '한솔이엠이 등'이라 한다)의 직원들 진술이 담긴 이 사건 자료들은 의결절차 종료시까지 송부하지 않았다. 다만 피고는 심사보고서에 위와 같이 피고가 송부하지 않은 이 사건 자료들의 내용 중 이 사건 공동행위 사실과 관련된 부분을 발췌하여 적시한 바 있다.

(3) 원고는 2014. 3. 14. 제출한 의견서에서 심사보고서 본문에 발췌되어 공개된 각 증거자료들의 내용을 일일이 반박하였다.

(4) 비록 의견서 제출기한이 종료된 이후이기는 하나, 원고의 열람·복사 신청에 따라 피고는 2014. 4. 4. 원고에게 이 사건 자료들 중 일부 자료를 제공하였고, 그때부터 전원회의 심의일인 2014. 4. 30.까지 원고는 그 자료들을 검토할 충분한 시간이 있었던 것으로 볼 수 있다. 이에 따라 원고는 전원회의일까지 추가 서면을 제출할 수도

있었고 전원회의에서 이에 관한 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있었다. 그럼에도 불구하고 원고는 심사보고서를 받은 후 전원회의 심의일까지 피고에게 2014. 3. 14.자 의견서를 제출하고 전원회의 심의일에 출석한 원고의 대리인 및 직원 등이 이 사건 공동행위에 관한 의견을 개진한 이외에 전원회의 당시 피고가 원고에게 한솔이엠이 등 직원들의 진술이 담긴 자료들을 송부하지 않은 사실에 대한 별도의 이의를 제기하지는 않았다.

(5) 한솔이엠이 등은, 위 회사 임직원들의 진술에 자신들의 영업전략, 입찰 참여와 관련한 내부 의사결정 및 영업 노하우 등 핵심 영업비밀과 관련된 자료가 포함되었다고 주장하면서, 피고에게 이 사건 자료들에 대한 비공개를 요청한 바 있다.

(6) 원고는 원심에서 이 사건 공동행위 사실을 다툰 바 없다.

라. 이러한 원심의 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 공정거래법상 절차상 하자, 방어권 침해에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

2. 피고 상고이유에 관한 판단

가. 관련매출액 산정의 위법 여부(상고이유 제1점)

(1) 공정거래법 제22조, 제55조의3 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 시

행령'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.

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 이와 유사한 행위 유형에 대하여는 '계약금액'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(대법원 2017. 9. 7. 선고 2016두 48447 판결 등 참조).

(2) 원심은, 원고가 관급자재에 해당하는 금액을 이 사건 공사도급계약상의 계약금액에서 공제할 것을 조건으로 이 사건 공사도급계약을 체결하고 이 사건 공사를 진행한 후 관급자재에 해당하는 금액을 공제한 액수로 이 사건 변경계약을 체결하고 그 금액을 지급받은 점, 관급자재에 해당하는 금액은 이 사건 공동행위의 유무와 관계없이 결정된 점 등을 근거로, 관급자재 금액 부분은 본질적으로 이 사건 공사계약에 따른 매출액에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 이에 따라 관급자재 금액 부분은 공정거래법 시행령 제9조 제1항에서 정한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액'에 해당하지 않고, 원고에 대한 과징금 기본 산정기준인 '계약금액' 산정에서 이를 공제하여야 한다고 판단하였다.

(3) 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 '관련매출액' 및 입찰담합에 대한 과징금의 기본 산정기준인 '계약금액' 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 고위 임원 가중의 위법 여부(상고이유 제2점)

(1) 공정거래법 시행령 [별표2] 제2호 (다)목, 제3호에 근거한 구 과징금부과 세부 기준 등에 관한 고시(2012. 3. 28. 공정거래위원회 고시 제2012-6호로 개정된 것) IV. 3. 나(5)항(이하 '이 사건 고시조항'이라 한다)은 '위반사업자의 이사 또는 그 이상에 해당하는 고위 임원(등기부 등재 여부를 불문한다)이 위반행위에 직접 관여한 경우'에는 100분의 10 이내 범위에서 과징금을 가중할 수 있다고 정하고 있고, 공정거래법 제2조 제5호는 '임원'이라 함은 '이사·대표이사·업무집행을 하는 무한책임사원·감사나 이

에 준하는 자 또는 지배인 등 본점이나 지점의 영업전반을 총괄적으로 처리할 수 있는
상업사용인'이라고 정의하고 있다.

공정거래위원회가 비등기 임원이 위반행위에 직접 관여한 경우도 이 사건 고시조
항의 적용대상이라고 보아 과징금을 가중하였더라도, 비등기 임원의 실질적 지위가 일
반 직원과 마찬가지로는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이를 두고 곧바로 재량권을 일
탈·남용하여 위법하다고 볼 수는 없다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016두35199 판결
참조).

(2) 원심은, 이 사건 공동행위 당시 소외 1이 이사보의 지위에 있었고, 원고의 조
직 내에서 이사보라는 직위는 부장 중에서 연차가 쌓인 사람에게 주는 직위로 임원 임
금 규정의 적용을 받지 않는 등 소외 1은 임원이 아닌 직원에 불과한데도, 피고가 소
외 1을 원고의 고위 임원으로 보아 이 사건 고시조항에 기하여 과징금을 가중하여 산
정한 과징금 부과처분은 그 부과 기초가 되는 사실을 오인함으로써 재량권을 일탈·
남용한 위법한 처분이라고 판단하였다. 나아가 원심은, 이 사건 공동행위에 원고의 전
무인 소외 2가 직접 관여하였다는 피고의 주장에 대하여 이는 당초 처분사유와 다른
내용을 주장하는 것으로서 이 사건 처분사유와 동일성을 인정하기 어렵다고 판단하였
다.

(3) 앞서 본 법리와 기록에 비추어 원심판결 이유를 살펴보면, 원심의 이러한 판단
은 정당하고, 거기에 과징금 산정에서의 재량권 일탈·남용 등에 관한 법리를 오해한
잘못이 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 각자가 부담하도록 하여, 관여 대법관

의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희

 대법관 박상욱

주 심 대법관 조재연