

담합 처벌 - 형사·민사·행정적 불이익 '광범위하고 중복적'

- 처벌 및 제재 위주의 법령을 사전 방지하는 방향으로 개정해야, 과잉 제재도 해소를 -

김성근 | 법무법인(유) 동인 변호사

최 근 언론 보도를 보면 건설업체들의 입찰 담합이 사회적으로 상당히 문제가 되고 있다. 4대강 사업 입찰 담합을 비롯하여 인천지하철 7호선 등 과거에 시행된 공사 입찰에서 수차에 걸친 담합 행위가 이루어진 것으로 추정되며, 그에 따라 공정거래위원회 등 행정기관에서 필요한 조사 및 조치가 이루어지고 있다.

특히 1심 법원은 4대강 입찰 담합과 관련하여 검찰에 의하여 기소된 대형 업체들의 임직원들에 대해서 모두 유죄를 선고하고 일부에 대해서는 심지어 실형을 선고하는 등 입찰 담합 행위를 매우 엄중하게 보고 있다. 그리고 이러한 공사 입찰 담합 행위는 최근에 비로소 발생된 것이 아니지만, 공사 입찰과 관련하여 뇌물, 담합, 부실 시공 등을 엄벌해야 청렴한 사회를 건설할 수 있다는 최근의 사회적 분위기와 맞물려 더욱 심각해지고 있는 실정이다.

이에 필자는 현재 대한민국에서 발생되고 있는 입

찰 담합과 관련하여 그 행위를 처벌하는 현행 제도가 얼마나 실효성이 있는지, 그 시사점이나 이를 방지하기 위한 유인 요소들이 무엇인지 여부를 현행 법령과 제도, 판례 등을 중심으로 살펴보고자 한다.

입찰 담합의 의미

현행법상 담합의 개념에 대하여 명시적으로 규정된 법령은 없는 것으로 보인다. 즉 「공정거래법」은 제19조 제1항에서 부당한 공동 행위라는 이름으로, 「형법」은 제315조에서 입찰 방해죄라는 이름으로 규정하고 있다. 그리고 「국가계약법」은 시행령 제76조 제1항 제7호 등에서, 「지방계약법」은 시행령 제92조 제1항 제7호 등에서 단지 '담합한 자'라고 규정하여 담합이라는 용어만 사용하고 있으며, 「건설산업기본법」 제95조 제1호에서는 담합이라는 용어를 사용하지 않고 담합으로 볼 수 있는 행위를 처벌 대상으로 규정하고 있다.

특집 건설시장 공정 경쟁, 어떻게 조성해야 하나

따라서 현행법상 담합 행위를 명확하게 정의하는 것은 쉽지 않다고 할 것이나, 이상의 제반규정을 종합할 때 공사 입찰에서 담합이라 함은 경쟁 입찰에 있어서 입찰자들이 특정한 낙찰을 위하여 상호 협의하여 미리 입찰 가격을 합의하는 것을 의미한다고 볼 수 있다.¹⁾

대법원도 “입찰 무효의 사유로 규정한 담합이라 함은, 입찰자가 입찰을 함에 즈음하여 실질적으로는 단독 입찰인 것을 그로 인한 유찰을 방지하기 위하여 경쟁자가 있는 것처럼 제3자를 시켜 형식상 입찰을 하게 하는 소위 들러리를 세운다거나 입찰자들끼리 특정한 입찰자로 하여금 낙찰 받게 하거나 당해 입찰에 있어서 입찰자들 상호간에 가격 경쟁을 하는 경우 당연히 예상되는 적정한 가격을 저지하고 특정 입찰자에게 부당한 이익을 주고 입찰 실시자에게 그 상당의 손해를 입히는 결과를 가져올 정도로 싼 값으로 낙찰되도록 하기 위한 사전 협정으로서 그 어느 경우이건 최저가 입찰자가 된 입찰자에게 책임을 돌릴 수 있는 경우를 말하고, 단지 기업 이윤을 고려한 적정선에서 무모한 출혈 경쟁을 방지하기 위하여 일반 거래 통념상 인정되는 범위 내에서 입찰자 상호간에 의사의 타진과 절충을 한 것에 불과한 경우는 위의 담합에 포함되지 않는다”고 판시하였다.²⁾

이러한 담합 행위는 경쟁자들이 서로 합의하여 경쟁을 자제하고 공동으로 시장 지배력을 형성함으로써 자신들의 이익을 극대화하려는 데 그 본질이 있다.³⁾ 따라서 이러한 담합 행위는 거시적으로 자원의 효율적인 배분을 저해하고 미시적으로 소비자 또는 발주

자의 이익을 부당하게 희생시킬 뿐만 아니라, 일반인의 정의 관념 및 사회 질서에 반하고, 입찰의 공정성과 투명성을 훼손하기 때문에 이를 규제하고 처벌하는 것이 당연하다.

입찰 담합 처벌 제도 현황

전술한 바와 같이 현재 대한민국은 위와 같은 입찰 담합 행위에 대하여 수개의 법률에서 형사적, 행정적으로 상당히 엄격하게 처벌 또는 제재하고 있다.

우선 「공정거래법」은 제19조 제1항에서 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동 행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다”라고 규정한 후 제8호에서 “입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자(競落者), 투찰(投札) 가격, 낙찰 가격 또는 경락 가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위”라고 규정하고 있으며, 위반 행위에 대한 제재로 시정 조치(제21조), 입찰참가 자격 제한 요청, 과징금(제22조), 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금형(제66조)을 두고 있다.

「형법」은 제315조에서 “위계 또는 위력, 기타의 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 「건설산업기본법」은 제95조에서 “건설공사의 입찰에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5,000만원 이하의

1) 출처 「정부계약법 해설(1)」, 건설경제(2013년 개정판), 379면 참고.

2) 대법원 1994.12.02. 선고 94다41454 판결 참고.

3) 임영철, 「공정거래법」 해설과 논점, 법문사(2010년 개정판), 215면 참고.

벌금에 처한다”라고 규정한 후 제1호에서 “부당한 이익을 취득하거나 공정한 가격 결정을 방해할 목적으로 입찰자가 서로 공모하여 미리 조작한 가격으로 입찰한 자”라고 규정하고, 더 나아가 동법 제83조 제13호⁴⁾에서 등록말소 처분을 규정하고 있다.

「국가계약법」은 시행령 제76조 제1항에서 “각 중앙관서의 장은 계약 상대방, 입찰자 또는 제30조 제2항에 따라 전자조달 시스템을 이용하여 견적서를 제출하는 자(이하 이 항에서 “계약 상대방 등”이라 한다)나 계약 상대방 등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법 제27조 제1항에 따른 부정당업자(이하 “부정당업자”라 한다)인 해당 계약 상대방 등에게 제27조 제1항에 따라 즉시 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 입찰참가 자격을 제한하여야 한다. 다만, 계약 상대방 등의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 입찰참가 자격의 제한 사유가 발생한 경우로서 계약 상대방 등이 그 행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정한 후, 제7호에서 “경쟁 입찰, 계약 체결 또는 이행 과정에서 입찰자 또는 계약 상대방 간에 서로 상의하여 미리 입찰 가격, 수주 물량 또는 계약의 내용 등을 협정하였거나 특정인의 낙찰 또는 납품 대상자 선정을 위하여 담합한 자”라고 규정하고 있고, 「지방계약법」 역시 시행령 제92조 제1항, 제7호에서 「국가계약법」과 동일한 내용으로 규정하고 있다.

결국 현행법상 건설업자가 공사 입찰에서 담합 행위를 했을 경우 그 건설업자는 「공정거래법」상 시정 명령, 입찰참가 자격 제한 요청, 과징금, 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금, 「형법」상 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금, 「건설산업기본법」상 5년 이하의 징역 또는 5,000만원 이하의 벌금 및 등록 말소, 「국가계약법」 및 「지방계약법」상 2년 이내의 입찰참가 자격 제한 등의 형사 처벌과 행정 제재를 받게 된다.

다만, 건설업자의 특정한 행위가 입찰 담합에 해당되는지 여부는 구체적으로는 관계 법령에서 정한 구성 요건에 해당되는지 여부를 개별적으로 판단해야 할 것이므로 「공정거래법」상 부당한 공동 행위에 해당된다고 하여 당연히 형법상 입찰 방해죄나 「국가계약법」상 담합 행위에 해당된다고 단정하기는 어려울 것이다.

법원의 입장

대법원은 입찰자들 상호간에 특정 업체가 낙찰받기로 하는 담합이 이루어진 상태에서 그 특정 업체를 포함한 다른 입찰자들은 당초의 합의에 따라 입찰에 참가하였으나, 일부 입찰자는 자신이 낙찰받기 위하여 당초의 합의에 따르지 아니한 채 오히려 낙찰받기로 한 특정 업체보다 저가로 입찰하였다면, 이러한 일부 입찰자의 행위는 위와 같은 담합을 이용하여 낙찰을 받은 것이라는 점에서 적법하고 공정한 경쟁 방법을 해한 것이 되고, 따라서 이러한 일부 입찰자의 행위 역

4) 제83조(건설업의 등록말소 등) 국토교통부 장관은 건설업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 건설업자(제10호의 경우 중 하도급인 경우에는 그 건설업자와 수급인)를, 다시 하도급한 경우에는 그 건설업자와 다시 하도급한 자를 말한다의 건설업 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호, 제2호, 제2호의 2, 제3호의 2, 제3호의 3, 제4호부터 제8호까지, 제8호의 2, 제12호 또는 제13호에 해당하는 경우에는 건설업 등록을 말소하여야 한다.
13. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 제1항 제8호를 위반하여 같은 법 제22조에 따라 과징금 부과 처분을 받고 그 처분을 받은 날부터 3년 이내에 동일한 사유에 해당하는 위반 행위를 하여 다시 2회 이상 과징금 부과 처분을 받은 경우.

특집 **건설시장 공정 경쟁, 어떻게 조성해야 하나**

시 입찰 방해죄에 해당한다고 보며⁵⁾, 입찰 참가자들 사이의 담합 행위가 입찰 방해죄로 되기 위해서는 반드시 입찰 참가자 전원 사이에 담합이 이루어져야 하는 것은 아니고, 입찰 참가자들 중 일부 사이에만 담합이 이루어진 경우라고 하더라도 그것이 입찰의 공정을 해하는 것으로 평가되는 이상 입찰 방해죄는 성립한다고 본다.⁶⁾ 반면에 대법원은 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 시행령 제76조 제1항 본문이 입찰참가 자격 제한의 대상을 '계약 상대방 또는 입찰자'로 정하고 있는 점 등에 비추어보면, 같은 항 제7호에 규정된 '특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자'는 '당해 경쟁 입찰에 참가한 사람'으로서 그 입찰에서 특정인이 낙찰되도록 하기 위한 목적으로 담합한 사람을 의미한다고 보아야 하고, 당해 경쟁 입찰에 참가하지 아니함으로써 경쟁 입찰의 성립 자체를 방해하는 담합 행위자는 설사 그 경쟁 입찰을 유찰시켜 수의 계약이 체결되도록 하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도 위 '계약 상대방 또는 입찰자'에 해당한다고 할 수 없다고 하며⁷⁾, 무모한 출혈 경쟁을 방지하기 위한 경우와 관련하여, 기업 이윤을 고려한 적정선에서 무모한 출혈 경쟁을 방지하기 위하여 일반 거래 통념상 인정되는 범위 내에서 입찰자 상호간에 의사의 타진과 절충을 한 것에 불과한 경우는 위의 담합 행위에 포함되지 않는다고 판시하였다.⁸⁾

이상의 대법원 판결에 의하면 법원은 담합 행위의 요건을 상당히 유연하게 해석하여 처벌하려는 경향이 상당하다고 보이며, 간혹 개별적인 구성 요건에 따라 담합 행위를 부정하는 것으로 보인다.

5) 대법원 2010.10.14. 선고 2010도4940 판결.
6) 대법원 2006.12.22. 선고 2004도2581 판결.
7) 대법원 2008.02.28. 선고 2007두13791 판결.
8) 대법원 1982.11.09. 선고 81다537 판결.
9) 헌재 1994.6.30. 92헌바38 결정.

현행법상 담합처벌제도의 실효성

이상에서 본 바와 같이 현행법상 건설업자가 담합을 할 경우 받을 불이익은 매우 광범위하며 심지어 중복적이라고 볼 수 있다. 즉, 형사적으로 징역형 또는 벌금형은 물론 행정적으로 과징금, 등록 말소, 부정당업자 제재를 감수해야 하고, 더 나아가 민사상 손해배상, 설계 보상비 반환 등의 위협까지 감수해야 할 실정이다.

이와 관련하여 한 번의 담합 행위에 대하여 위와 같은 형벌과 행정 제재를 중복적으로 부과한다면 이는 「헌법」 제13조 제1항 이중처벌금지 원칙에 위반되는 것이 아닌지 문제되는바, 헌법재판소는 「헌법」 제13조 제1항에서 말하는 '처벌'은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익 처분을 모두 그 '처벌'에 포함시킬 수는 없는 것이라고 판시한다.⁹⁾ 즉, 행정 제재의 경우 형사 처벌과 병과하거나 중복적으로 부과되더라도 이에 대하여 이중처벌금지 원칙이 적용되지 않는다는 것이다.

따라서 입찰 담합에 대한 행정 제재와 관련하여 행정상 이중처벌금지 원칙이 적용되지 않으므로 담합한 자에게 과징금, 등록 말소, 부정당업자 제재와 같은 행정 제재가 이중, 삼중으로 부과될 수 있고, 건설업자는 이에 대하여 법원이나 헌법재판소에 권리 구제를 요청하더라도 승소하기 어렵게 된다.

결국 현행법이나 사법부 판례 등에 의할 경우 입찰 담합에 대한 제재는 매우 엄중하다고 볼 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 입찰 담합 행위가 근절되지 않은 이유는 무엇일까? 여러 가지 원인이 있을 수 있을 것이나, 위와 같은 입찰 담합 행위에 대한 엄중한 처벌과 제재에도 불구하고 현재까지 입찰 담합 행위가

발생했다는 점을 고려하면 최소한 엄중한 처벌과 제재만으로 입찰 담합 문제가 해결되기 어렵다는 점을 알 수 있다. 즉, 너무도 엄중한 형사 처벌과 행정 제재가 오히려 입찰 담합 행위에 대한 처벌제도의 실효성을 감소시킨 것이다.

따라서 입찰 담합 행위 처벌에 대한 실효성을 확보하기 위해서는 경직된 처벌 및 제재 위주의 법령을 입찰 담합을 사전에 방지하기 위한 내용으로 개정하고, 행정적으로 이중 및 삼중적인 과잉 제재를 해소해야 하는 반면에 민사적으로 입찰 담합 행위자에게 적절한 조치를 강구하는 것이 필요하다고 본다.

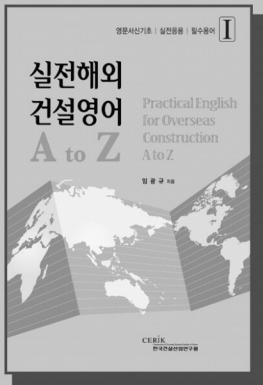
가령 입찰 담합은 최저가낙찰제나 턴키입찰제 등의 경우에 주로 발생하고 적격심사제의 경우에는 거의 발생되지 않는 것으로 보이는바, 건설공사 입찰제도를 적격심사제 중심으로, 적격심사제가 문제 있다면 이를 개선하는 방향으로 입찰제도를 개선하고 최저가 낙찰제 및 턴키입찰제 등을 축소하는 방향으로 입찰 제도가 개편되어야 할 것이다.

이러한 측면에서 최근에 정부가 도입한 종합심사제는 최소한 입찰 담합 방지 차원에서 진일보한 것으로 평가된다. 또한 행정적으로 행정 제재에 대한 필요적 감면 제도를 도입해야 할 것으로 보인다. 즉, 건설업자가 입찰 담합으로 행정 제재를 받게 될 경우 과징금, 등록 말소, 부정당업자 제재 등의 제재를 순차적으로 받게 될 것인바, 과징금 등의 선형 처분을 받은 경우 후행 처분인 등록 말소나 부정당업자 제재의 경우 필요적으로 감경 또는 면제하는 제도를 도입해야 한다는 것이다.

마지막으로, 민사적으로 발주기관은 담합 행위자들에게 담합이라는 불법 행위로 인하여 입게 된 손해배상을 청구하고, 턴키공사와 관련하여 입찰자들에게 보상을 설계비에 대한 반환을 청구하는 방법도 고려되어야 할 것이다. 더 나아가 입찰 담합의 경우 민사상 징벌적 손해배상제도를 도입할 것인지 여부는 국가 등 발주기관, 건설업자, 기타 이해 관계자들의 사정을 충분히 검토해야 할 것으로 판단된다. CERIK

도 · 서 · 안 · 내

실전해외건설영어 / 임광규 지음 · 한국건설산업연구원 펴냄



한국건설산업연구원은 국내 건설기업의 글로벌 건설 인력 양성을 통한 국제 건설시장 진출과 프로젝트 수행 능력 향상을 위해 총 5권의 「실전해외건설영어」 출간을 기획하고 이 중 제1권을 지난해 발간하였다.

「실전해외건설영어」는 영문 서신 작성의 기초부터 해외건설 현장에서 사용되던 400여 건의 영문 서신 사례를 편집, 주석을 달았다.