

서울고등법원 2014.12.10. 선고 2014누46494 판결

[시정명령및과징금납부명령취소][미간행]

【전 문】

【원 고】 지에스건설 주식회사 (소송대리인 법무법인(유) 태평양 담당변호사 신사도 외 2인)

【피 고】 공정거래위원회 (소송대리인 신아 법무법인 담당변호사 방경희)

【변론종결】

2014. 11. 5.

【주 문】

1. 피고가 2014. 2. 25. 전원회의 의결 제2014-30호로 원고에게 한 시정명령 및 과징금납부명령 중 과징금납부명령을 취소한다.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 75%는 원고가, 나머지 25%는 피고가 각 부담한다.

【청구취지】

피고가 2014. 2. 25. 전원회의 의결 제2014-30호로 원고에게 한 시정명령 및 과징금납부명령을 모두 취소한다.

【이 유】

1. 인정되는 사실

가. 원고 등의 지위

원고와 현대산업개발 주식회사(이하 편의상 주식회사의 경우 그 법인명 중 ‘주식회사’ 부분을 따로 적지 않는다), **현대건설**, 대우건설, 에스케이건설(이하 통칭하여 ‘원고 등 5개사’ 한다), 포스코건설, 삼성물산, 대림산업(이하 통칭하여 ‘원고 등 8개사’라 한다), 쌍용건설, 태영건설, 두산건설, 한양, 코오롱글로벌, 롯데건설, 신동아건설, 금호산업, 서희건설, 대보건설, 고려개발, 진흥기업, 흥화(이하 통칭하여 ‘원고 등 21개사’라 한다)는 건설업 등을 사업목적으로 하는 법인으로서 [‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’\(이하 ‘공정거래법’이라 한다\) 제2조 제1호](#)에서 규정하는 사업자에 해당한다.

나. 인천도시철도 2호선 건설 주1) 터키공사에 관한 입찰

(1) **인천**도시철도 2호선 건설 터키공사(이하 ‘이 사건 공사’라 한다)는 16개 공구(201~216 공구)로 분할되어 입찰이 실시되었고, 공구별로 설계점수(50~70점)와 가격점수(30~50점)를 합하여 100점 만점을 기준으로 평가되었다.

(2) 원고는 이 사건 공사 중 2009. 5. 29. 실시된 205 공구에 관한 입찰과 2009. 4. 17. 실시된 211 공구에 관한 입찰에 응찰하였는데, 그 입찰 결과는 아래와 같다.

공구	구분	컨소시엄 대표	컨소시엄 구성현황(업체별 지분율 : %)(주2)
205	낙찰	원고	원고(40), 삼성중공업(30), 풍창(10), 씨엘(10), 경우종합(10)
	탈락	현대산업개발	현대산업개발(45), 일성건설(25), 케이씨씨건설(30)
211	낙찰	현대건설	현대건설 (38), 동부건설(20), 삼보토건(12), 상호(10), 현해(5), 경림(5), 대양(5), 에스에스(5)
	탈락	원고	원고(86), 경우(7), 씨엘(7)

주2) 컨소시엄 구성현황(업체별 지분율 : %)**다. 피고의 처분**

피고는 2014. 2. 25. 전원회의 의결 제2014-30호로 원고가 아래와 같은 부당한 공동행위(이하 '이 사건 공동행위'라 한다)를 하여 [공정거래법 제19조 제1항 제8호](#)를 위반하였다는 이유로 원고에게 시정명령 및 120억 3,900만 원의 과징금납부명령(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

원고 등 8개사는 2008년 12월경 이 사건 공사 중 203, 205, 207, 209, 211, 213, 214, 216 공구의 입찰에 참여하기로 합의하였고, 원고 등 5개사는 203, 205, 207, 209, 211 공구(이하 '이 사건 5개 공구'라 한다) 중 각각 2개의 공구에 낙찰자와 들러리로 참여하되, 서로 중복되지 않도록 교차하는 방법으로 입찰에 응하기로 합의한 후 이를 실행하였다.

[인정 근거] 다툼 없음, 갑 제1호증의 기재 및 변론 전체의 취지

2. 이 사건 처분의 적법 여부에 대한 판단**가. 처분사유의 존부에 대하여****(1) 원고 주장의 요지**

원고는 피고 주장과 같이 이 사건 5개 공구의 입찰에 관하여 다른 건설사들과 공구별 낙찰자와 들러리 참여자를 미리 합의한 사실이 없다. 따라서 이 사건 처분은 처분사유가 존재하지 않아 위법하다.

(2) 판단

앞서 인정한 사실과 채택한 증거, 을 제17, 22~28, 30호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 원고가 이 사건 공동행위를 한 사실을 충분히 인정할 수 있다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(가) 이 사건 5개 공구에 대한 입찰 결과 아래와 같이 입찰담합을 추단케 하는 여러 간접정황이 나타났다.

1) 원고 등 5개사는 아래에서 보는 것처럼 서로 중복되지 않는 범위에서 각각 2개 공구의 입찰에 응찰하여 그중 1개 공구씩 낙찰 받았다.

공구	203	205	207	209	211
낙찰	현대산업개발	원고	대우건설	에스케이건설	현대건설
탈락	에스케이건설	현대산업개발	현대건설	대우건설	원고

2) 이 사건 5개 공구 모두 낙찰을 받은 사업자가 마지막으로 투찰하는 일관된 경향을 보였다.

3) 발주금액에 대비한 낙찰금액을 나타내는 낙찰률이 94.89~99.95%로 통상적인 입찰과 비교하여 매우 높게 나타났다(현대산업개발의 내부 문서인 '2012년도 경영전략안'에 따르면 이 사건 공동행위가 있기 직 전인 2008년의 턴키공사 평균 낙찰률은 약 78%에 불과하다).

(나) 아래와 같이 이 사건 공동행위가 존재하였음을 뒷받침하는 객관적인 서류들이 존재한다.

1) 이 사건 공사의 실제 입찰 결과는 서희건설, 진흥기업, 동남이엔씨, 태영건설, 동부엔지니어링, 서영엔지니어링 등 이 사건 공사의 시공업체 또는 설계업체가 입찰이 실시되기 전에 미리 작성한 각 공구별 참여사 현황표와 대부분 동일하다. 원고가 참여한 205, 211 공구의 경우에도 그중 211 공구는 위 6개 업체가 작성한 각 현황표의 기재 내용과 실제 입찰 결과가 동일하고, 205 공구는 태영건설과 동부엔지니어링이 작성한 각 현황표의 기재 내용과 실제 입찰 결과가 동일하다. 특히 위 각 현황표에는 일부 공구를 제외하고 실제 PQ(Pre-Qualification, 사전자격심사) 등록 순서와 무관하게 낙찰자가 위에, 탈락자가 아래에 적혀 있다.

2) 서영엔지니어링 직원인 소외 1의 업무수첩에는 2008. 12. 29.을 기준으로 한 이 사건 공사의 공구별 현황표가 포함되어 있다. 그런데 위 현황표의 '8개사 협의안'란에는 이 사건 공사 중 203, 205, 207, 209, 211, 213, 214, 216 공구에 관하여 공구별로 원고 등 8개사의 명칭이 서로 중복되지 않게 적혀 있고, 포스코건설이 적혀 있는 216 공구를 제외한 나머지 공구의 경우 실제 입찰 결과와 동일하다(당초 포스코건설은 216 공구를 낙찰 받을 계획이었으나 그 공사금액이 감소하자 계획을 변경하여 201 공구를 낙찰 받은 것으로 보인다).

3) 동남이엔씨 측에서 2009년 1월경 작성한 ‘인천 지하철 2호선 참여기업 현황’의 ‘참여자’란에는 2009. 1. 28.을 기준으로 한 공구별 참여사 명칭이 적혀 있다(다만 206 공구의 경우 참여사가 적혀 있지 않다). 특히 그중 201~203, 207~215 공구의 경우 위 ‘참여자’란 기재와 실제 입찰 결과가 일치하였을 뿐 아니라 위 ‘참여자’란의 사업자 명칭이 적힌 순서대로 낙찰자와 탈락자가 정해졌다. 또 위 서류의 ‘분석 결과’란에는 “공사비 기준 1,000억 원을 상회하는 설계 공구의 경우 실제 10대 메이저사들의 사전 정리가 기완료된 상태”라고 적혀 있기도 하다.

4) **현대건설**과 한양의 설계업무를 담당한 ○○엔지니어링 측에서 2009년 4월경 작성한 ‘인천 도시철도 2호선 210 공구 건설공사 설계현황보고’에는 공구별 시공사, 설계금액 등이 정리되어 있는데, 특히 205 공구의 경우 당시 입찰이 아직 실시되지도 않았음에도 불구하고 원고가 그 시공사로 적혀 있다.

(다) 원고 등 5개사와 관련 설계업체는 입찰 결과가 정해지기도 전에 아래와 같이 낙찰 공구와 탈락 공구를 달리 취급하였는데, 이에 대하여 원고는 납득할 만한 이유를 제시하지 못하고 있다.

1) 원고 등 5개사는 자신이 응찰하였으나 낙찰 받지 못한 공구에 대해서는 낙찰 받은 공구와 비교하여 약 50% 또는 관련 규정에 따른 설계보상비를 받을 정도의 상대적으로 적은 금액만을 설계비로 지출하였다.

2) **현대건설**과 대우건설의 경우 자신이 낙찰 받은 공구에 대해서는 대형 설계업체와 도급계약을 체결한 반면 낙찰 받지 못한 공구에 대해서는 중소 설계업체와 도급계약을 체결하였다. 한편, 원고와 현대산업개발, 에스케이건설의 경우 낙찰 받은 공구뿐 아니라 낙찰 받지 못한 공구에 대해서도 동일한 설계업체가 설계업무를 담당하였는데도 설계점수에서 큰 차이가 나타났다.

3) 원고는 211 공구의 발주가 있을 후 한 달이 넘도록 주 설계업체인 △△컨설턴트와 합동설계사무소를 설치하지 않다가 205 공구에 대한 발주 직전에 비로소 합동설계사무소를 구성하였다. 또 설계총괄업무를 담당할 직원으로 205 공구에는 임원급을 배정한 반면 211 공구에는 실무자급(부장)을 배정하는 데 그쳤다.

4) △△컨설턴트는 원고와 작성한 계약서상으로는 205, 211 공구 모두에 대하여 성공보수 약정을 하였으면서도 탈락 공구인 211 공구에 대해서는 처음부터 기본설계비만을 받을 것으로 인식하고 있었던 것으로 보인다. 또 △△컨설턴트는 설계담당 인원에 있어서 205 공구와 211 공구에 현저한 차이(각각 11명, 3명)를 두었고, 특히 205 공구에 대해서는 낙찰자 선정 후 인력 운영계획까지 마련한 반면 211 공구에 대해서는 그러한 계획을 마련하지 않았다.

나. 시정명령의 위법 여부에 대하여

(1) 원고 주장의 요지

이 사건 처분 중 시정명령(이하 ‘이 사건 시정명령’이라 한다)은 아래와 같이 지나치게 포괄적인 내용을 담고 있거나 제재 수준이 과도하여 명확성의 원칙과 비례의 원칙에 위배될 뿐 아니라 공정거래법 등 관련 법령에도 반하여 위법하다.

(가) 이 사건 시정명령 중 건설사들의 부당한 경쟁제한행위를 금지하는 부분의 경우 공동행위가 금지되는 입찰의 범위를 ‘정부 및 공공기관의 건설공사 입찰’로 정하여 사실상 [공정거래법 제19조 제1항](#)이 금지하는 규정을 그대로 반복하여 선언하는 데 불과하고, 이 사건 공동행위를 구체화하여 금지하고 있다고 보기 어렵다.

(나) 이 사건 시정명령 중 건설사들 사이의 정보 교환을 금지하는 부분의 경우 정보 교환이 금지되는 입찰의 범위를 ‘정부 및 공공기관의 건설공사 입찰’로 정하고 있을 뿐 아니라 교환이 금지되는 정보의 범위 역시 ‘내부적인 입찰 참여 의사 및 결정사항 등에 관한 정보’라고 정하여 그 구체적인 내용이나 범위를 예측하기 어렵다. 또 사업자들 사이의 정보 교환 행위만으로 담합이 인정되는 것은 아니므로, 피고가 사업자들 사이의 정보 교환 자체를 전면적으로 금지한 것 역시 부당하다.

(2) 판단

(가) 공정거래법에 따른 시정명령은 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 띠 수밖에 없으므로 시

정명령이 금지하는 행위의 범위는 시정명령의 문언, 관련 법령, 의결서에 기재된 시정명령의 이유 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결 참조). 한편, [공정거래법 제21조](#)에서 정한 “기타 시정을 위한 필요한 조치”에는 행위의 중지뿐만 아니라 그 위법을 시정하기 위하여 필요하다고 인정되는 제반 조치가 포함된다. 따라서 이 사건에서와 같이 사업자들이 상호 정보 교환을 통하여 부당한 공동행위를 하기에 이른 경우, 피고는 부당한 공동행위의 시정을 위하여 필요하다면 그 사업자들에게 대하여 정보 교환의 금지명령을 할 수 있다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2007두24616 판결 참조).

(나) 그런데 아래와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 원고가 들고 있는 피고의 시정명령 사례들을 모두 감안하더라도, 이 사건 시정명령에 원고 주장과 같은 위법사유가 있다고 판단되지 않는다. 따라서 원고의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

1) 이 사건 시정명령 중 건설사들의 부당한 경쟁제한행위를 금지하는 부분은, ‘원고 등 21개사는 정부 및 공공기관의 건설공사 입찰에 있어 사전에 낙찰예정자를 선정함과 동시에 이들이 낙찰 받을 수 있도록 다른 피심인들이 형식적으로 입찰에 참가하는 것과 같이 향후 정부 및 공공기관의 건설공사 입찰에서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 다시 하여서는 안 된다.’는 것이다.

그런데 피고로서는 시정명령을 하면서 장차 원고가 정부 및 공공기관이 발주하는 건설공사 중 어떠한 공사의 입찰에 참여할지 미리 확정할 수 없으므로, 합의가 금지되는 시장의 범위에 관하여 다소간의 포괄적·추상적인 표현을 사용하는 것은 불가피할 뿐 아니라 오히려 향후 동일하거나 유사한 공동행위의 재발을 막기 위해서 필요하다고 판단된다. 또 피고는 금지되는 행위에 대하여 ‘낙찰예정자의 사전 선정 및 다른 건설사의 형식적인 입찰 참여 또는 이와 유사한 경쟁제한행위’로 특정한 것으로 이해되므로, 금지되는 행위가 지나치게 포괄적·추상적이라고 보이지 않는다. 나아가 피고가 부당한 경쟁제한행위를 금지하는 시장의 범위를 정하면서 원고의 이 사건 공동행위와는 무관한 민간 부분의 건설공사 입찰을 제외한 점을 감안할 때, 이 부분 시정명령이 비례의 원칙에 위반된다거나 수단의 적합성이 인정되지 않는다고 판단되지 않는다.

2) 이 사건 시정명령 중 건설사들 사이의 정보 교환을 금지하는 부분은, ‘원고 등 21개사는 직접 접촉하거나 유무선 연락, 이메일 기타 어떠한 방법으로도 향후 정부 및 공공기관의 건설공사 입찰에 있어 공개되지 아니한 내부적인 입찰 참여 의사 및 결정사항 등에 관한 정보를 교환하여서는 안 된다.’는 것이다.

그런데 앞서 본 것처럼 정보 교환이 금지되는 시장의 범위에 관하여 다소간의 포괄적·추상적인 표현을 사용하는 것은 시정명령의 목적을 달성하기 위해서 불가피하다. 또 이 부분 시정명령의 문언과 이유 등에 비추어 볼 때, 이 부분 시정명령은 정부 및 공공기관이 발주하는 건설공사의 입찰에 있어 낙찰예정자 등을 사전에 결정하는 내용의 경쟁제한행위를 쉽게 하는 정보로서 시장에 공개되지 않은 정보의 교환만을 금지하는 것임을 알 수 있으므로, 그 범위가 지나치게 포괄적·추상적이라고 볼 수 없다. 나아가 피고가 금지한 정보 교환은 기업의 정상적인 경영활동에 수반되는 정보 교환이 아니라 앞서 본 것과 같은 경쟁제한행위를 하는 데 도움이 되는 정보로서 시장에 공개되지 않은 정보의 교환에 한정된다고 이해되므로, 이 부분 시정명령이 비례의 원칙에 위반된다고 판단되지도 않는다.

다. 과징금납부명령의 위법 여부에 대하여

(1) 원고 주장의 요지

이 사건 처분 중 과징금납부명령에는 아래와 같이 관련매출액 또는 부과과징금 산정에 있어서 재량권을 일탈·남용하는 등 위법사유가 있다.

(가) 관련매출액 산정에 대하여

원고는 지역업체들과 공동수급체를 구성하여 이 사건 공사 중 205, 211 공구의 입찰에 참여하였다. 그럼에도 피고는 공동수급체 내 원고의 지분비율을 전혀 고려하지 않은 채 위 2개 공구의 계약금액 전액을 원고의 관련매출액으로 산정하였다.

더욱이 원고는 211 공구에 대하여 들러리 업체로 참여하였을 뿐 낙찰 받은 사실이 없다. 그런데 이 사건

공동행위는 사업자들이 여러 공구에 관한 입찰을 대상으로 합의를 하여 각자 일정 공구를 낙찰 받은 것으로서 일종의 시장 분할에 해당하고, 각자 낙찰 받은 공구의 계약금액에 이미 들러리 참가에 대한 대가가 포함되어 있다. 따라서 211 공구의 계약금액을 원고의 관련매출액에 포함시키는 것은 과잉·중복 제재에 해당한다.

(나) 부과과징금 산정에 대하여

1) 피고는 이 사건 공동행위가 ‘매우 중대한 위반행위’에 해당한다고 보아 부과기준율을 10%로 적용하였으나, 원고의 부당이익 취득 여부, 경쟁질서 저해 정도, 관련 규정 등을 고려할 때 이 사건 공동행위는 피고의 내부 지침상 부과기준율이 ‘3~7%’인 ‘중대한 위반행위’에 해당한다.

2) 피고는 쌍용건설 등 8개 사업자에 대해서는 이 사건 처분의 심의일을 기준으로 직전 3개 사업연도의 당기순이익을 가중 평균한 금액이 적자라는 사정을 과징금의 감경 사유로 삼았다. 그러나 피고는 원고의 경우 이 사건 처분의 의결일을 기준으로 직전 3개 사업연도의 당기순이익을 가중 평균한 금액이 적자이고, 건설시장의 지속적인 침체로 말미암아 경영 상태가 심각하게 악화되었는데도 이를 감경사유로 전혀 고려하지 않아 사업자들에 대한 과징금 사이에 심각한 불균형이 발생하였다.

3) 원고는 이 사건 공사 중 205 공구를 낙찰 받기는 하였으나 적자를 보고 있는 상황이고, 들러리 업체로 참여한 211 공구의 낙찰자인 **현대건설**로부터 어떠한 대가도 받은 사실이 없다. 오히려 원고는 211 공구의 입찰 참여를 위한 설계비로 약 9억 6,000만 원을 부담하였다가 관련 규정에 따라 탈락 업체에 대한 설계 보상비로 그중 5억 1,000만 원 정도만을 보상받아 손해를 보았다. 또 205 공구에 있어서 공동수급체 내 원고의 지분 비율은 40%에 불과하다. 그럼에도 피고는 기존 과징금납부명령 사례와는 달리 이러한 사정을 충분히 고려하지 않고 과징금을 산정함으로써 비례의 원칙 및 행정의 자기구속의 법리를 위반하였다.

(2) 판단

(가) 관련매출액 산정에 대하여

1) [공정거래법 제22조](#)는 [공정거래법 제19조 제1항](#)의 규정을 위반하는 행위가 있을 때에는 피고가 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 않는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 위와 같은 위임에 따른 [구 공정거래법 시행령 제9조 제1항 \(2012. 6. 19. 대통령령 제23864호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공정거래법 시행령’이라 한다\)](#)에서는 ‘대통령령이 정하는 매출액’이란 위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액을 말하고, 다만 위반행위가 ‘입찰담합 및 이와 유사한 행위’인 경우에는 계약금액을 말한다고 규정하고 있을 뿐 이 사건과 같은 입찰담합에 있어서 위반사업자가 단독으로 입찰에 참여하였는지 여부나 실제 낙찰자인지 여부에 따라 관련매출액을 다르게 산정하도록 규정하고 있지 않다.

한편, 공동수급체는 기본적으로 민법상의 조합의 성질을 가지고, 원고는 조합원으로서 계약금액 전부에 대하여 직·간접적인 이해관계가 있다. 또 원고 등 5개사는 공구별로 낙찰자를 결정하면서 각 공구의 공사액을 고려하였을 뿐 그중 공동수급체를 구성하는 지역업체 등의 지분을 제외한 자신의 실제 지분에 해당하는 공사액이 차지하는 비중을 따로 고려하지는 않은 것으로 보인다. 나아가 입찰담합의 억지라는 행정 목적을 실현하기 위해서, 위반사업자가 단독으로 낙찰을 받은 경우와 마찬가지로, 위반사업자가 공동수급체를 구성하여 낙찰을 받은 경우나 들러리 업체로 참여한 경우에 대해서 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 ‘계약금액’을 관련매출액으로 보는 것이 불합리하거나 부당하다고 보이지도 않는다.

이러한 사정들을 종합할 때, 피고가 [공정거래법 제19조 제1항 제8호](#)에서 금지하는 입찰담합을 한 원고에게 과징금을 부과하기 위해서 이 사건 공사 중 205, 211 공구의 계약금액 합계액을 관련매출액으로 산정한 것은 관련 법령에 따른 조치로서 적법하다.

2) 피고는 원고가 응찰한 공구 중 211 공구에 대해서는 원고가 들러리 업체로 참여하였던 사정을 감안하

여 이 부분 기본과징금을 산정하는 과정에서 관련매출액의 50%를 감경하였다. 여기에다가 과징금은 부당한 공동행위의 억지라는 행정목적 실현하기 위해서 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득 환수적 요소가 부가되어 있는 점([대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결](#) 등 참조)을 더하여 볼 때, 원고가 낙찰 받은 205 공구의 계약금액뿐 아니라 들러리 업체로 참여한 211 공구의 계약금액을 원고의 관련매출액으로 산정한 것이 과잉·중복 제재에 해당한다고 판단되지 않는다.

(나) 부과과징금 산정에 대하여

1) 이 사건 공동행위는 입찰시장에 있어서 낙찰자 등을 사전에 정한 행위로서 경쟁제한적 효과가 명백할 뿐 아니라 시장점유율이 합계 75%가 넘는 21개 건설사가 공구별 낙찰자 선정 등에 참여하였다. 또 원고 등 5개사의 경우 자신들이 의도하였던 공구를 높은 낙찰률로 낙찰 받는 등 입찰의 취지 자체가 몰각되었다. 여기에다가 이 사건 공사는 발주금액이 약 1조 3,000억 원에 이르는 대규모 공사로서 이 사건 공동행위로 인한 사회·경제적 파급효과가 결코 작지 않은 점을 더하여 볼 때, 이 사건 공동행위가 ‘매우 중대한 위반행위’에 해당한다는 피고의 판단은 충분히 수긍할 수 있다.

2) 그러나 갑 제1호증, 제5호증의 1, 2, 제14, 15호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 피고가 원고에게 부과할 과징금을 산정하면서 원고의 과징금 부담 능력을 감경사유로 삼지 않은 것은 사실을 잘못 판단하였거나 비례·평등의 원칙에 위배되는 등 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당하여 위법하다. 따라서 이를 지적하는 원고의 주장은 이유 있다.

가) 피고는 ‘과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시’(2012. 3. 28. 공정거래위원회 고시 제2012-6호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘과징금고시’라 한다) IV.4.가.(1)의 (가)항(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)을 적용하여, 이 사건 위반사업자들 중 ① 쌍용건설, 금호산업, 진흥기업, 두산건설에 대해서는 심의일 기준 직전 3개 사업연도의 재무제표상 당기순이익을 각각 3:2:1로 가중 평균한 금액이 적자이고, 심의일 기준 직전 사업연도의 재무제표상 자본잠식이 발생한 점을 감안하여 임의적 조정과징금의 70%를 감경하였고, ② 코오롱글로벌, 신동아건설, 서희건설, 고려개발에 대해서는 심의일 기준 직전 3개 사업연도의 재무제표상 당기순이익을 각각 3:2:1로 가중 평균한 금액이 적자인 점을 감안하여 임의적 조정과징금의 50%를 감경하였다. 그러나 피고는, 과징금 납부능력이 현저히 부족하다는 원고의 주장에도 불구하고, 심의일인 ‘2013. 12. 27.’을 기준으로 할 때 직전 3개 사업연도의 재무제표상 당기순이익을 각각 3:2:1로 가중 평균한 금액이 적자가 아니라는 이유로 원고에 대해서는 과징금 납부능력을 감안한 과징금 감경을 하지 않았다(이 사건 의결서에는 피고가 원고의 이 부분 주장을 배척한 이유가 명시적으로 적혀 있지는 않다. 그러나 피고가 이 사건 변론 과정에서 주장한 내용에 비추어 볼 때, 피고는 앞서 본 것과 같은 이유로 원고에 대하여 과징금 납부능력을 감안한 과징금 감경을 하지 않은 것으로 판단된다).

나) 그러나 구 공정거래법 시행령 [별표2] 2.라의 1)항에서는 ‘위반사업자의 현실적 부담능력이나 그 위반행위가 시장에 미치는 효과, 그 밖에 시장 또는 경제여건 및 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우에는 2차 조정된 산정기준의 100분의 50의 범위에서 감액하여 부과과징금으로 정할 수 있다. 다만 위반사업자의 과징금 납부능력의 현저한 부족 등의 사유로 불가피하게 100분의 50을 초과하여 감액하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 100분의 50을 초과하여 감액할 수 있다.’고 규정하고 있다. 그런데 과징금고시는 [공정거래법 제22조](#) 등에 규정된 금액의 범위 내에서 과징금을 산정하기 위한 기준을 정한 피고의 내부 사무처리준칙에 불과하므로, 단지 원고가 이 사건 조항에 해당하지 않는다는 이유만으로 원고의 과징금 부담능력을 고려한 과징금 감경 사유가 존재하지 않는다고 볼 수는 없다.

비록 이 사건 심의일 당시에는 원고의 2013 사업연도 재무제표가 아직 확정되지 않은 상태였으나, 원고는 당기순이익이 2011 사업연도 약 4,125억 원에서 2012 사업연도 약 1,191억 원으로 크게 감소하였을 뿐 아니라 2013 사업연도에 9,000억 원 이상의 당기순손실이 발생할 것으로 예상되는 상황이었다. 따라서

120억 3,900만 원에 이르는 과징금은 원고의 현실적 부담능력을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 볼 여지가 충분하다(원고는 실제로 2013 사업연도에 약 9,260억 원의 당기순손실이 발생하였고, 2011~2013 사업연도의 재무제표상 당기순이익을 각각 1:2:3으로 가중 평균한 금액이 적자가 된다). 그럼에도 피고는 단지 원고가 이 사건 조항에 해당하지 않는다는 이유만으로 원고에게 과징금 부담능력을 감안한 감경 사유가 존재하지 않는다고 단정하여 과징금을 감경하지 않는 잘못을 저질렀다.

물론 피고는 건설시장이 위축된 사정을 감안하여 임의적 조정과징금의 10%를 감경하기는 하였다. 그러나 이러한 감경은 원고 등 21개사 모두에게 동일하게 적용된 것에 불과하므로, 이를 두고 원고의 과징금 부담능력을 고려한 감경이 이루어졌다고 볼 수는 없다.

다) 두산건설의 경우 이 사건 공동행위를 통하여 원고와 유사하게 1개 공구를 낙찰 받고, 1개 공구의 입찰에 들리기로 참여하였으며, 관련매출액이 원고의 약 65.1%에 이른다. 그런데 피고가 두산건설에 대해서는 과징금 부담능력을 감안하여 70%를 감경하면서도 원고에 대해서는 과징금 부담능력을 감안한 감경을 전혀 하지 않은 결과 두산건설에 대해서 실제로 부과된 과징금은 원고의 약 10.5%에 불과하게 되어 양 사업자 사이에는 과징금 액수에 있어서 현저한 차이가 발생하였다. 앞서 본 것처럼 원고 역시 과징금 부담능력이 부족하다고 보이는 이상 위와 같은 과징금 액수의 불균형이 합리적인 이유에 근거한 차별이라고 볼 수는 없다.

라) 피고는 원심결 당시를 기준으로 직전 3개 사업연도의 재무제표상 당기순이익을 각각 3:2:1로 가중 평균한 금액이 적자가 아니어서 과징금 부담능력을 감안한 과징금 감경을 받지 못한 사업자가 제기한 이의 신청에 대하여 재결하면서, 원심결 심의일 이후 확정된 재무제표를 고려하면 직전 3개 사업연도의 재무제표상 당기순이익을 각각 3:2:1로 가중 평균한 금액이 적자로 확인되었다는 이유로 이의신청을 받아들여 임의적 조정과징금의 50%를 감경하여 준 사례가 있다. 그런데 원고의 경우 위 사업자와 비교하여 피고에 대해서 이의신청을 하지 않고 곧바로 소를 제기하였다는 점 이외에 과징금 부담능력을 감안한 과징금 감경에 있어서 달리 취급받아야 할 이유가 발견되지 않는다. 따라서 피고가 위 사업자와는 다르게 이 사건 과징금납부명령을 그대로 유지하는 것은 합리적인 이유에 근거한 차별이라고 볼 수 없다.

3. 결론

원고의 청구 중 이 사건 과징금납부명령의 취소를 구하는 부분은 이유 있으므로 이 부분 청구를 받아들여 이 사건 과징금납부명령을 [주3\)](#) 취소하고, 원고의 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.

판사 윤성근(재판장) 노경필 손철우

[주1\)](#) 턴키는 일괄시공자가 설계와 시공을 모두 담당하는 방식을 말한다.

[주2\)](#) 컨소시엄 참여 업체 중 설계업체는 제외하였다.

[주3\)](#) 과징금납부명령은 피고의 재량행위이고, 앞서 본 것처럼 피고가 재량권을 일탈·남용하여 과징금을 부과한 이상 법원으로서 이 사건 과징금납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다.