

■ 논 단

발주처 임직원이 관여한 입찰담합에 대한 공정거래법상 규율방안 고찰* - 교사 및 방조행위를 중심으로 -

박 경 미

(주)포스코 법무실 차장, 고려대 ICR센터 연구원

요 약 문

공정거래위원회는 2020년 3월 발주처 임직원의 입찰담합 관여행위 운영실태 파악과 규율방안 검토 목적으로 연구용역을 추진하였으며, 2021년 5월에는 민간기관 발주 입찰담합에 대한 효과적 사건처리를 위하여 ‘민수입찰담합조사팀’을 신설한 바 있다. 이러한 공정거래위원회의 연구용역 추진과 최근 조직 신설은 향후 민간 등 발주처 임직원이 관여한 입찰담합에 대한 규제를 강화하려는 시도로 보인다.

이 글은 이러한 관점에서 발주처 입찰담합 관여행위 특히, ‘방조행위’ 중심으로 공정거래법상 규제범위 및 제재수준의 적정성을 검토하고 고질적으로 반복되는 입찰담합의 억지력 확보와 효율적 규율방안을 마련하기 위하여 수행한 연구이다. 우선 입찰담합을 용이하게 하는 환경적 요인 및 현행 공정거래법 제19조 제1항 후단에 대한 공정거래위원회 및 법원 해석론을 살펴보았다. 그리고, 주요 입법례의 비교법적 분석으로 ‘경쟁주장활동’으로 볼 수 있는 영국 시장조사제도 및 우리나라와 문화적, 환경적 상황이 유사한 일본 관계담합 특별법 규정(발주처에 대한 개선조치 요구) 도입 가능성을 고찰하였다. 필자는 발주처의 입찰담합 방조행위는 수평적 사업자 간 담합 양상과 비교할 때 위법영역 특징이 어려워므로 적극적 규제 시 범 집행 오류가 우려되어 신중해야 하며, 부득이하게 제재대상으로 삼더라도 현행 담합 제재 수위와 차등적 고려가 필요하다는 입장이다. 발주처가 관여된 입찰담합 억지력 확보는 강건한 입찰제도에 의존해야 하므로 발주처에 대한 처벌 보다는 선제적 예방에 초점을 두는 발상의 전환이 요구된다는 논지를 전개하였다. 따라서, 공정거래위원회는 시장 친화적 방식으로 발주처가 입찰제도를 적극 개선하도록 유도하고, 발주처로 하여금 시장기능 회복을 위한 간접적 책무를 부여하는 유연적 사고가 필요하다고 생각한다. 궁극적으로 발주처 관여 가능성이 있는 입찰담합을 억지하고 실효성을 담보

* 논문의 발전에 있어 아낌없이 조언해주신 고려대학교 법학전문대학원 이황 교수님, KDI 신동권 초빙연구위원님, 고려대학교 ICR센터 이상윤 연구원님께 깊이 감사드립니다. 이 글의 한계와 오류에 대한 전적인 책임은 필자에게 있습니다. 이 글은 필자의 개인적 견해이자 연구결과이며 소속기관의 공식입장과 무관합니다.

하려면 경쟁당국의 형사적, 행정적 제재 외 발주처 및 경쟁당국 간 협력과 신뢰에 기반한 법적장치 도입이 요구된다. 방법론으로 공정거래법 제3조 ‘독과점적 시장구조 개선제도’ 적용범위를 ‘부당한 공동행위’로 확장하는 입법적 개선안을 제안한다. 이로써 영국 시장조사제도와 유사한 방식으로 입찰담합이 반복되는 특정 시장에 대하여 공정거래위원회가 선제적 시장연구를 수행하고, 일본 관제담합 특별법 규정과 같이 발주처로 하여금 제도개선 이행조치를 요구할 수 있을 것이다. 만약, 영국과 일본 입법례 도입이 현실적으로 곤란하다면, 현행 공정거래위원회가 인증하는 ‘공정거래자율준수프로그램(CP)’에 대한 유인책 제도 개선을 대안으로 제시하였다. CP 등급평가결과 우수 기업에 대한 인센티브를 확대하여 발주처의 입찰담합 방조행위에 대해서는 제재 대신 입찰제도 개선권고 방식 또는 CP 등급평가 가점요소로 ‘공정거래법 위반 사안의 재발방지를 위한 제도개선과 이행실적’을 반영하는 방식이 고려될 수 있을 것으로 보인다. 다른 유형의 제3자 관여 입찰담합과 달리 발주처의 방조행위가 문제된 경우는 사후 처벌이 아니라 조기경보 인지를 통한 예방 중심의 접근이 효과적이라는 인식 전환이 필요하다. 그러나, 무엇보다 경쟁당국의 한정된 인적·물적 자원을 효과적으로 활용하기 위해서는 법 현실을 고려하여 입체적, 다각적 차원의 법 개정과 해결책 마련에 대한 근본적 고민이 요구된다.

주제어 : 부당한 공동행위, 담합, 카르텔, 발주처, 담합 교사·방조, 카르텔 조장·촉진, 공정거래법 제19조 제1항 후단, 경쟁주창활동, 일본 관제담합, 영국 시장조사제도, 공정거래자율준수프로그램

— <目 次> —

I. 들어가며	2. EU
	3. 일본
II. 제3자 입찰담합 관여행위 관련 공정거래법상 규제체계	4. 영국
1. 입찰담합과 제3자 관여행위	IV. 발주처 임직원의 입찰담합 관여행위 관련 쟁점검토
2. 공정거래법 제19조 제1항 후단에 의한 규제	1. 입찰담합 방조행위의 성립과 제재
3. 기타 법령에 의한 규제	2. 발주처 및 경쟁당국의 협력에 기반한 법적장치 도입방안
III. 제3자 입찰담합 관여행위에 대한 비교법적 고찰	V. 맺으며
1. 미국	

I. 들어가며

2020년 3월 공정거래위원회는 발주처 임직원이 관여하거나 조장하는 입찰담합 운영실태에 대한 연구용역을 발주하고 결과를 참고하여 제재 필요성이 있다면 법 개정을 검토하겠다는 입장을 밝혔다.¹⁾ 공개된 용역보고서에 의하면 연구대상을 입찰담합에 대한 규제로 하고, 연구범위는 국가 경제에 대한 영향도²⁾와 밀도 있는 논의를 고려하여 민간을 제외한 공공부문으로 한정하였으며, 연구목적은 발주처 임직원이 관여된 입찰담합의 행위실태와 이를 유발하는 제도적, 관행적 요인을 분석하여 실효성 있는 규율방안을 마련하는 데 있다고 한다.³⁾ 연구결과, 공정거래법 및 국가계약법 중 입찰담합 조항에 대한 개정⁴⁾ 및 공공부문 입찰담합 시 발주자에 대한 직접 규율이 가능한 특별입법에 의한 방조행위 제재방안을 제시하였다.⁵⁾

발주처의 입찰담합 관여행위는 여러 가지 형태로 나타날 수 있는데, 이 글에서는 입찰담합 행위를 교사하거나 방조하는 행위를 중심으로 살펴보기로 한다. 현행법상 발주처의 입찰담합 관여행위를 규율할 수 있는 조항은 공정거래법 제19조 제1항 후단의 ‘다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 한 행위’인데 적용범위에 대하여 공정거래위원회와 법원은 해석을 달리한다. 법원이 ‘교사 또는 그에 준하는 행위’로 엄격히 적용범위를 한정하는 반면 공정거래위원회는 촉진이나 방조 등까지 넓게 인정하는 입장을 취한다.⁶⁾ 따라서, 공정거래위원회의 연구용역은 관련 규제 공백을 염두에 두고 필요 시 입법적 해결을 통한 규제 가능성을 확장하는 시도로 보인다. 최근 공정거래위원회가 제재한 입찰담합 사건들에서도 담합참여 사업자들이 수요 독점적 발주처가 시행하는 입찰 구조의 문제점을 지적하는 한편, 유찰방지를 희망하는 발주처의 암묵적 승인, 방조 등 입찰담합 관여행위를 주장한 사례들이 확인되고 있다.⁷⁾ 해당 사건들에서

- 1) 유선일, “발주처가 담합 조장한다...공정위 메스”, 머니투데이(2020. 3. 2.), <<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020030212153480082>>, (2021. 5. 2. 최종방문.)
- 2) 입찰담합은 시장경제의 이념인 경쟁에 반하는 것이므로 경쟁법의 주요 관심대상이나 동시에 공공부문에서 발생할 경우 국가 재정의 손실을 유발하는 행위이므로 통상 국가재정 관련 법령에서 입찰절차의 투명성 제고를 위한 절차와 입찰담합에 대한 제재근거를 마련하는 경우가 많다. 신영수, “공공조달시장의 입찰담합 규제”, 「경쟁법연구」 제14권(2016), 325~326면.
- 3) 박수영, “발주처 임직원의 입찰담합 관여, 조장, 교사 행위 실태와 규율방안에 관한 연구”, 「공정거래위원회 연구용역최종보고서」(2020. 9), 2~6면.
- 4) 국가나 공공기관 발주 입찰담합에 대한 사전 적발과 규제를 위하여 2007년 8월 공정거래법 개정 시 동법 제19조의2를 신설하여 입찰 관련 자료제출, 그 밖에 협조를 요청할 수 있음을 규정하였다. 그러나 이는 결과에 대한 보고의무를 규정할 뿐 담합 관련 원인에 대한 파악과는 거리가 있다.
- 5) 박수영, 전제보고서, 115~117면.
- 6) 자세한 내용은 II. 2에서 후술하기로 한다.
- 7) 현대중공업 발주 조선부품 등 중량물 운송용역 입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(2019년 33회 전원회의 심의속기록 5면, 11면, 20면), 8개 지방자치단체 및 한국농수산물식품유통공사 발주 수입현미 운송용역 입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(2019년 22회 전원회의 심의속기록 9면), 서울특별시 교육청 및 인천광역시교육청 발주 한글 SLA 구매입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(2020년 제1소회의 심의속기록 5~7면, 10면) 등.

공정거래위원회는 발주처의 입찰담합 관여행위의 위법성을 직접 인정하지 않은 것으로 보인다. 그러나, 한국수력원자력이 발주한 용역 입찰담합 사건에서는 “발주처 편의를 고려한 유찰 방지 요청으로 들러리 담합이 이루어진 측면이 있는 점”을, 삼성중공업 발주 수입 강제 하역·운송용역 입찰담합 사건에서는 “발주처의 지명경쟁 입찰방식이 이미 경쟁제한효과를 내재하고 있는 점”을 언급하면서 최종 과징금 산정 시 법 위반 중대성이 낮은 경우로 보고 부과기준을 2%를 적용하였다.⁸⁾⁹⁾ 위 사례들은 발주처의 책임을 인정하기 보다는 그러한 발주처의 행위 때문에 입찰담합행위의 책임을 감경하는 논리로 사용한 것이다. 그러나, 공정거래위원회는 입찰담합이 단순히 입찰에 참여하는 경쟁사업자에 한정된 문제가 아니라 입찰시장이라는 거래생태계 차원에서 발주자 행위양상 또는 관련 제도에 유기적 관련성이 있음을 잠정적으로 인정한 것이다. 비록 공정거래위원회의 연구용역 범위는 공공부문에 한정되었지만 최근 사건처리 결과를 살펴볼 때 발주처의 입찰담합 관여 가능성은 공공과 민간을 불문하고 나타날 수 있어 향후 규제대상이 공공 뿐 아니라 민간까지 확대될 가능성도 배제할 수 없을 것이다.¹⁰⁾ 공정거래위원회가 2021년 5월 관련 규칙을 개정하고¹¹⁾ 민간이 발주하는 입찰담합에 대한 효과적 사건처리를 위하여 ‘민수입찰담합조사팀’을 신설¹²⁾한 것도 이를 뒷받침 하는 것으로 보인다. 현행법상 부당한 공동행위로 인한 제재는 행위 유형을 불문하고 형사제재 규정이 적용되는 점¹³⁾, 공정거래법 전면개정으로 담합으로 인한 과징금 부과기준의 2배 상향 예정¹⁴⁾ 등을 감안할 때 담합 규제가 시장에 미치는 영향력이 막대하다. 그러므로, 급격한 규제범위 확장은 신중해야 할 필요가 있으며, 실질적 담합 억지력 확보를 위한 고민이 필요한 시점이라 생각한다.

이 글은 이러한 시각에서 우리 법제상 발주처의 담합 관여행위에 대한 공정거래법상 규제범위 및 제재수준에 대한 방향성을 검토하고¹⁵⁾ 고질적으로 반복되는 입찰담합에 대한 효과적 규

8) 공정거래위원회 2019. 3. 26. 의결, 제2019-071호.

9) 공정거래위원회 2021. 1. 5. 의결, 제2021-001호.

10) 2014년부터 2018년까지 공정거래위원회의 담합 사건처리 실적 454건 중 민간 및 공공발주에 의한 입찰담합 유형이 약 76%에 달하는 것으로 확인되었다. 공정거래위원회, “입찰에 있어서의 부당한 공동행위 심사지침 개정안 행정예고”, 보도자료(2019. 7. 18.), <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8231>, (2021. 5. 2. 최종방문.)

11) ‘공정거래위원회와 그 소속기관 직제 시행규칙’(총리령 제1703호), 2021. 5. 28., 일부개정 및 시행.

12) 유선일, “공정위, ‘민간입찰 담합’ 정조준…전담조사팀 만든다.”, 머니투데이(2021. 5. 3.), <<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2021050315355320271>>, (2021. 6. 1. 최종방문.)

13) 공정거래법 제66조 제1항 제9호에서 동법 제19조 제1항 위반 시 전향과 후단을 구분하거나 후단에서도 교사나 방조 등을 구분하지 않고 3년 이상의 징역 또는 2억원 이하의 벌금형이라는 동일한 법정형을 적용한다. ; 이런 관점에서 담합에 대한 형사처벌 활성화가 바람직한지의 관건은 제재의 성격이나 강도 보다 정교한 규범적 제도 설계에 있다고 보는 것이 타당하다는 견해는 다음 문헌을 참조. 이상윤, “카르텔 규제의 형사적 집행 효과에 관한 의문들: 공정거래법 전면개편안의 전속고발권 폐지 관련 내용을 중심으로”, 「고려법학」 제95호 (2019), 176면.

14) 공정거래위원회, “공정거래법 전면개편안 재추진을 위한 입법예고”, 보도자료(2020. 6. 11), <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8582>, (2021. 4. 2. 최종방문.), 관련 매출액의 10%에서 20%까지 과징금 적용한도가 상향될 예정이다.

을방안을 고찰하고자 수행한 연구이다. 연구범위는 수직적 공동행위가 단독으로 발생한 경우¹⁶⁾가 아닌 경쟁사업자 간 합의로 수평적 공동행위¹⁷⁾가 존재함을 전제로 수직적 관계에서 발주처가 담합을 용이하게 하거나 관여하는 행위 즉, ‘부진정 수직적 공동행위¹⁸⁾’로 한정하여 공정거래법 제19조 1항 후단 적용범위¹⁹⁾를 검토하였다. 다만, 발주처는 민간과 공공을 구분하지 않았다. 기존 선행연구는 규제 공백을 채우기 위한 해석론 또는 적용범위 확대를 위한 방법론에 대한 접근이 주를 이루며 발주처가 입찰담합에 관여하는 행위의 제재수준과 관련된 고민은 많지 않은 것으로 보인다. 이 글에서는 입찰담합 규제가 경쟁제한행위의 억지력 확보를 통한 경쟁 촉진에 궁극적 목적이 있으므로 형사적, 행정적 제재 외 발주처의 자주적 입찰제도 개선 노력을 유도하는 새로운 방식의 제도 도입 가능성을 고찰하였다. 논의를 위한 전제로 입찰담합 유인 및 담합을 용이하게 하는 환경적 요인들을 짚어보고 현행 제3자 관여 담합의 규제체계, 공정거래법 제19조 1항 후단에 대한 공정거래위원회와 법원 해석론을 살펴본다.(II) 제3자가 관여하는 담합 규제는 각 국의 입법정책적 결단이므로 비교법적으로 미국, EU의 제3자 담합 관여행위 규제동향을 개괄적으로 소개한다. 중점적으로 다룰 입법례는 우리나라와 법 체계와 문화적 환경이 유사한 일본의 관제담합 예방을 위한 특별법 및 ‘경쟁 주창활동(competition advocacy)’으로 볼 수 있는 영국의 시장조사제도에 대한 내용이다.(III) 논의를 토대로 발주처의 관여 가능성이 있는 입찰담합에서 방조행위 규제 필요성과 성립여부, 적정 제재수준을 고찰한다. 나아가, 발주처, 경쟁당국 간 협력에 기반한 법적장치 도입 가능성을 쟁점으로 검토하여(IV) 바람직한 입찰담합 규율방향에 대한 시사점을 이끌어 내고자 한다.

- 15) 입찰담합은 다른 법령에서도 규제되는데 국가계약법은 국가기관 발주처 대상으로 입찰 공정성을 보호법익으로 삼고 있고, 형법은 민간과 공공 발주처에 모두 적용될 수 있으나 경쟁의 공정집행을 위한 것으로 경쟁촉진을 위한 공정거래법과 입법목적이 상이하다. 이 글에서는 공정거래법 외 타 법령의 규제내용은 간단히 다루기로 한다.
- 16) ‘수직적 공동행위’에 대한 공정거래법 제19조 제1항 전단 적용 및 성립여부에 대해서는 견해가 나뉘는데 ‘공정설’은 공정거래위원회 및 법원의 실무 동향, 수직적 합의에 의한 경쟁제한효과 등을 근거로 들며 ‘부정설’은 재판매가격유지행위(공정거래법 제29조) 등 별도 규제조항을 둔 취지와 공동행위 본질이 경쟁회피를 목적으로 행하는 수평적 성격인 점 등을 감안한다. 이 글에서 이 부분은 별도 논의대상으로 포함하지 않는다. 관련 견해대립에 대한 자세한 내용은 다음 문헌을 참조; 배상원, “공정거래법상 수직적 공동행위의 성립 여부”, 『사법논집』 제65집(2017), 78~83면.
- 17) 공정거래위원회는 수평적 관계의 사업자 간 공동행위에 경쟁제한성이 인정될 경우 수직적 시장에 속한 발주처 등 사업자에 대하여 경쟁제한성 심사가 별도로 필요하지 않다는 입장을 취하는 것으로 보인다.(공정거래위원회 2014. 1. 7. 의결 제2014-4호 의결서 39면에서 수평적 경쟁제한성에 대해서만 언급) 정재훈, 「공정거래법 소수실무(제3판)」, 육법사, 2020, 38면.
- 18) 수직적 관계에 있는 사업자 간 합의가 이루어진 경우를 ‘순수한 수직적 공동행위’ 또는 ‘진정 수직적 공동행위’ 유형으로 분류할 수 있는데 수직적 관계에 있는 사업자가 교사 수준을 벗어난 행위를 한 경우 공정거래법 제19조 제1항 전단이 적용된다. 정재훈, 전게서, 37~38면.
- 19) 공정거래법 제19조 제1항 후단 “행하도록 하여서는 아니된다.”라는 규정은 독립된 수직적 합의, 공동행위가 전단의 부당한 공동행위에 포섭되지 않음을 간접적으로 보여준다고 할 수 있으며, 만약 법 제19조 제1항 전단이 수직적 합의를 포괄한다면 후단을 별도로 규정할 필요가 없었을 것이라 보는 견해가 있다. 이 견해에 따를 경우 법 제19조는 원칙적으로 수평적 공동행위를 규제하기 위한 것이라 이해할 수 있다. 배상원, 전계논문, 136면.

II. 제3자 입찰담합 관여행위 관련 공정거래법상 규제체계

1. 입찰담합과 제3자 관여행위

가. 입찰담합의 유형과 환경적 요인

입찰담합이란 국가, 공공기관, 민간 등이 발주하는 관련시장 입찰에서 입찰참가자 간에 낙찰자나 낙찰가격을 합의로 정하는 행위이다. 이는 ‘경성담합(hard cartel)’²⁰⁾, ‘노골적 담합(naked cartel)’ 등으로 불리우며²¹⁾ 담합 행위유형 중 경쟁제한성이 크다고 인정된다.²²⁾ ‘입찰에 있어서의 부당한 공동행위 심사지침’에서 명시하는 입찰담합 유형으로는 “사업자 등이 공동으로 최저입찰가격·수주예정가격 등을 결정하는 행위, 사업자 등이 공동으로 낙찰예정자 또는 낙찰예정자의 선정방법을 결정하는 행위, 특정 사업자가 수의계약으로 계약할 수 있도록 사업자들이 공동으로 결정 및 유도하는 행위, 사업자들이 공동으로 입찰에 관련된 수주물량을 결정하고 이러한 수주 물량을 나누어 갖고자 입찰참가자 간 배분을 결정하는 행위, 입찰에 참여하려는 사업자가 공동으로 당해 입찰에 관련된 사업자 활동에 대한 지도 시 입찰가격이나 수주예정자 결정에 영향을 주는 행위” 등이 있다.²³⁾

입찰담합은 시장구조, 산업과 상품 특성 등 복합적 요소에 의하여 영향을 받는 경향이 있다.²⁴⁾ 일반적으로 담합을 용이하게 하는 시장 환경으로는 제한된 수의 사업자 수, 시장 신규 진출 시 높은 진입장벽, 공급 과잉시장 및 상품 차별화가 어려운 동질적 시장²⁵⁾, 사업자별 고착화된 시장점유율²⁶⁾, 사업자단체를 통한 잦은 상호회합 등이다.²⁷⁾ 특히 입찰담합은 시장 투

20) 1998년 OECD는 가격유지, 입찰담합, 출고제한, 시장분할을 위한 경쟁제한적 합의와 동조행위를 경성담합으로 규정하였다. OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels: C(98)35/Final., 1998, p. 2.

21) 권오승·서정, 「독점규제법 이론과 실무(제2판)」, 법문사, 2017, 336면.

22) 입찰담합이 성립하려면 합의가 ‘부당하게 경쟁을 제한’해야 하는데 공정거래법에서는 의도 자체에 경쟁제한효과가 명백한 입찰담합 등의 경우 구체적 경제분석 없이 개괄적 시장상황 분석만으로도 경쟁제한성을 인정한다. (공정거래위원회 예규 제235호, 공동행위 심사기준 V.1, 2015. 10. 23. 개정.) 이는 당연위법 원칙에 따라 경쟁제한성의 입증책임이 면제되는 것은 아니고 입증부담을 경감시켜 위법성을 인정하는 것이다. 권오승·서정, 전거서, 269~270면.; 경성담합의 경우 대부분 엄밀한 시장획정과 경쟁제한성 평가가 불필요하다는 견해는 다음 문헌을 참조. 김종민·이황, “상식과 직관에 부합하는 경제분석의 필요성: 경성카르텔에 시장획정을 요구하는 대법원 판례에 대한 코멘트”, 「고려법학」 제81호(2016), 이호영, “독점규제법상 ‘관련시장’ 획정의 의미와 입법적 개선”, 「법조」 제63권 제5호(2014).

23) 공정거래위원회 예규 제330호, 3(1).

24) 신영수, 전거논문, 324면.

25) 공정거래위원회 2003. 12. 16. 의결 제2003-210호(대한석탄공사 철망구매 입찰 담합사건): 용접 철망은 동질적 제품으로 공급업자별 상품 차별화가 어려운 특징이 있다.

26) 공정거래위원회 2011. 6. 14. 의결 제 2011-071호(금융자동화기기 구매입찰 담합사건), 공정거래위원회 2013. 1. 8. 의결 제2013-005호 (농협중앙회 발주 영업점 단말기 및 부속기기 구매입찰 담합사건) 등. 동 사건들에서는

명성이 높아 담합 이탈자에 대한 감시가 쉬운 편이다.²⁸⁾ 입찰담합은 안정적 수익창출, 출혈경쟁 회피 등 사업자들의 이해관계가 맞아 떨어지면 촉진된다.²⁹⁾ 2019년부터 2021년까지 최근 3년간 민간이 발주하고 공정거래위원회가 제재한 사건 중 철강재 등 중량물의 하역·운송용역 입찰담합 사례에서도 입찰담합에 유리한 시장환경이 구축된 것으로 나타났다.³⁰⁾ 즉, 해당 시장에서는 특수장비와 전문인력이 요구되어 신규사 시장진입 장벽이 높았고, 전문업체에 의한 용역 필요성으로 발주처는 제한적으로 등록된 업체 대상으로만 입찰을 실시하였다. 또한, 참여사가 입찰에서 낙찰을 받더라도 1개 업체가 모든 운송물량을 소화하기 어려운 상황이라 담합으로 단가 인하에 방어하면서 대가로 낙찰 받은 운송물량을 배분할 유인이 커서³¹⁾ 경쟁사업자 간 협력관계가 용이하였다.³²⁾

〈 최근 3년 민간기관 발주 중량물·철강재 하역·운송 용역 입찰담합 사례 〉

발주기관	목적물	신규사 진입장벽	입찰 방식	기타 특이사항	비 고
S중공업	중량물	○	지명경쟁입찰	단독수행 곤란	공정위 의결 제2021-047
S중공업	수입강재	"	"	수의→입찰	공정위 의결 제2021-001
D사	수입형강	"	"	수의→입찰	공정위 의결 제2020-174
H중공업	수입강재	"	"	-	공정위 의결 제2020-100
HS중공업	중량물	"	"	-	공정위 의결 제2020-089
D중공업	중량물	"	"	-	공정위 의결 제2020-083
H중공업	조선부품	"	"	수의→입찰	공정위 의결 제2019-301

담합에 참여한 사업자들의 시장점유율이 90% 이상을 차지하였다.

- 27) Cartel Enforcement Subgroup 2 ICN Cartel Working Group, Anti-Cartel Enforcement Manual, 2007, p. 12.; OECD, Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement, 2009, pp. 2~3., (hereinafter, 'OECD(2009)').
- 28) 투명성은 '지속가능한 담합(sustainable collusion)'의 필수요소로 업체 간 합의와 이행여부를 모니터링하려면 경쟁자의 가격, 산출량 전략 등에 대한 세부지식이 필요하다. 특히 경쟁에 필수적인 경쟁참여자 행동에 대한 불확실성을 인위적으로 제거하는 것은 곧 정상적으로 작동되는 경쟁사 간 경쟁을 제거하는 것과 같은 결과를 초래한다. 이용수, "공공조달분야의 담합과 부패 근절을 위한 OECD 연구", 「OECD 글로벌 경쟁포럼 및 경쟁위원회 보고서」(2011), 10면.
- 29) 송은지, "입찰담합의 효과적인 규제방안 연구", 「KDI 연구보고서」(2013), 29면.
- 30) 공정거래위원회 홈페이지에 공개된 의결서를 참조하여 대표적 사건들을 정리하였다.
- 31) 공정거래위원회 2012. 4. 30. 의결 제 2012-058호(비료 제조·판매사 입찰 담합사건): 동 사건에서도 비료의 전국시장 유통을 위한 창고 등 물류 인프라와 장비를 구축하여야 하므로 전량 수주받더라도 낙찰업체 단독으로 정상 유통시키는 것에 한계가 있어 낙찰 받은 물량 일부를 둘러리 입찰사들에 배분하는 등 합의가 이루어졌다.
- 32) 공정거래위원회 2019. 12. 27. 의결 제2019-301호, 동 의결서 4~5면, 13면.

OECD에서는 입찰담합을 예방하고 부패를 방지하기 위한 방법론으로 다음을 제안한다. 발주자만 유일하게 다른 입찰참여 사업자에 대한 정보를 관리하고 최종적으로 낙찰사업자 정보만 공개하도록 하거나, 입찰참여 사업자를 공개하지 않고 입찰번호 또는 고유표식 정보만을 공개하도록 하거나, 입찰참여 사업자에게 복수의 입찰번호를 부여하고 복수의 표식·신원으로 하나 이상의 입찰참여를 허용하도록 하거나, 오프라인 현장 입찰 대신 온라인·유선·우편 등을 통한 비공개 입찰방식을 운영하는 방법 등이다.³³⁾ 이처럼 입찰 운영방식과 담합은 밀접한 연관성이 있어 매우 중요하면서도 어려운 문제이다. OECD는 공공부문 입찰담합 리스크 감소를 위한 조달과정 설계 체크리스트에서 다음과 같은 방법론을 제시한다. 예를 들면, 입찰 pool 확대를 위한 잠재적 공급사 정보 수집, 외국 사업자에 대한 입찰참여 기회 확대, 입찰 참여사업자들에게 독자적으로 입찰가격 등을 결정했음을 인정하는 ‘독자적 입찰결정 증명서(certificate of independent bid determination)’에 서명하도록 요구, 수행실적 이력에 대한 과도한 강조를 지양할 것, 경쟁당국과 협조적 관계 수립 등이다.³⁴⁾

나. 제3자에 의한 입찰담합 관여행위 양상

입찰담합행위에 대해서는 입찰담합에 참여한 사업자 뿐 아니라, 제3자가 관여하는 경우가 있다. 예를 들어, 거래단계로 보아 수평적, 수직적 관계에 있는 사업자 뿐 아니라 발주처와 입찰참여자 관계에서 발주처의 관여 등 여러 가지 형태로 나타날 수 있다. 이 글에서는 제3자에 의한 입찰담합 관여행위 중 발주처 관여행위를 중심으로 행위양상을 살펴보겠다. 일본에서는 ‘관제담합(官制談合)’이라 하여 국가 또는 공공기관 발주처 임직원들이 공공부문 입찰 시 담합을 지시, 유도, 방조하는 행위가 사회적 문제가 되어 왔다. 일본에서 특히 관제담합이 사회적 문제가 된 것은 입찰 참가사업자가 미리 정해진 지명경쟁입찰이 일반화되어 발주처와 입찰참가 사업자 간 유착이 발생하기 쉬운 구조였기 때문이다.³⁵⁾ 그리고 그 배경은 지리적으로 근접한 현지 사업자의 보호 및 육성을 위하여 발주처 임직원 OB가 수주기업에 근무하게 되는³⁶⁾ 경우가 많았다.³⁷⁾ 또한, 국가나 공공기관 발주 시 조달처나 발주처 임직원은 입찰 참여사업자보다 정보를 많이 보유하고 있어 발주처 임직원이 상당한 재량권을 행사할 수 있으며³⁸⁾ 이 과

33) 이용수, 전계보고서, 11면.

34) OECD(2009), *supra*, pp. 4~10.

35) 金井貴嗣·川濱昇·泉水文雄, 「獨占禁止法(第5版)」, 弘文堂, 2015, 79頁.

36) 일본에서도 우리나라와 같이 고위 공무원이 정년 이전 퇴직 시 산하 공공기관 등으로 자리를 옮기는 ‘낙하산 인사(天下り)’가 이루어지는 경우가 많다. 박수영, 전계보고서, 30면.; 2005년 일본 도로공단 발주 입찰담합사건에서는 약 60%에 이르는 도로공사 전직 관료들이 퇴직 후 도로공사 발주 입찰에 참여하는 약 45개의 건설사(이 중 대형 건설사는 10개)에 취업하여 입찰담합에 관여한 것으로 알려져 있다. 이용수, 전계보고서, 8면.

37) 和久井理子, “公務員の談合關与行爲とその規制-入札談合關与防止法の執行狀況について-”, 『大阪市立大學法學雜誌』 第60卷 2号, 2014, 48頁.

38) Peter Trepte, *Regulating Procurement*, Oxford University Press, 2004, p.77.

정에서 입찰 정보를 누설하거나 담합에 관여 할 가능성이 있다.³⁹⁾ 입찰 시장에서 통상의 이해 관계를 살펴보면 발주처는 품질 확보와 업무 효율성 차원에서, 수주업체는 적정 이익 확보라는 상호 상반된 업무상 대체관계가 발생하여 발주처가 입찰담합 관여행위를 하는 사례가 많다.⁴⁰⁾ 입찰담합 행위양상으로는 입찰 전 연구회 등 회합 모임을 통하여 또는 점수제나 순번제를 통해 수주예정자를 결정하는 경우, 간사를 지정하여 교섭의 사회를 보고 지명업자로부터 수주 희망유무를 청취해서 교섭 후 조인하는 경우, 발주처 임직원으로부터 담합을 명시적으로 지시받는 경우, 특정 수주업체가 낙찰 예정자로 지정되었다고 통보(天の聲, ‘하늘의 소리’)하는 경우, 발주 비밀정보를 누설한 경우 등이 있다.⁴¹⁾ 우리나라에서도 발주처 임직원이 입찰담합에 관여되는 경우 입찰정보 제공, 특정 사업자에 대한 기술명시, 담합 방조 등 우회적이며 간접적 방식이 다수인 것으로 파악된다.⁴²⁾

2. 공정거래법 제19조 제1항 후단에 의한 규제

가. 공정거래위원회 및 법원의 입장

위에서 언급한 바와 같이 발주처의 입찰담합행위는 여러 가지 양상으로 나타날 수 있지만 이 글에서는 교사 및 방조행위에 한정하여 논의를 진행하기로 한다. 관련 규정으로 공정거래법(이하, ‘동법’) 제19조 제1항 후단 ‘다른 사업자로 하여금 행하도록 한 행위’가 있는데, 적용범위에 대하여 공정거래위원회와 법원은 해석을 달리한다. 법원은 다소 좁게, 공정거래위원회는 넓게 인정하고 있는데 심결례와 판례를 통하여 살펴보면 다음과 같다.

주파수공용통신장치 구매 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위 사건(이하, ‘모토로라 사건’)에서 공정거래위원회는 동법 제19조 제1항 후단을 최초로 적용하였다. 동 사건에서 공정거래위원회는 모토로라코리아가 산하 3개 총판사에 대하여 발주처별로 지정된 낙찰예정자에게만 모토로라 제품 확인서를 발급해 준 행위를 동법 제19조 제1항 후단의 ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 한 행위’로 보고 시정명령 및 과징금 부과조치를 하였다. “단순히 협조 또는 권장 등을 통하여 담합을 유도하거나 조장하는 행위로도 법 위반이라 할 수 있다.”고 판단하여 동법 제19조 제1항 후단의 적용범위를 폭넓게 인정하였다.⁴³⁾ 이후 모토로라코리아의 항고로 원심에서는 모토로라코리아 행위에 대한 동법 제19조 제1항 후단 적용이 부정

39) Peter Trepte, id, pp. 84~85.

40) 和久井理子, 前掲論文, 57頁., 58頁.

41) 박수영, “일본에서의 관제담합의 제한”, 『동북아법연구』, 제14권 2호(2020), 118~119면.

42) 박수영, 전제보고서, 113면.; 다만, 본 연구용역 보고서상 II. 인터뷰를 통해 파악한 발주처 임직원의 입찰담합 관여, 조장, 교사행위 실제와 그 요인’은 공개되지 않아 관련 상세내용 확인은 어렵다.

43) 공정거래위원회 2008. 5. 2. 의결 제2008-137호.

되었다.⁴⁴⁾ 이는 대법원에서 확정되었는데 총판 3사가 들러리 입찰에 참여하기로 결정한 단계에서 모토로라코리아가 총판 3사의 의사의 형성에 영향을 미쳤다는 증거가 없다고 보았다.⁴⁵⁾ 대법원은 동법 적용을 부정한 근거로 “법률조항의 입법 취지 및 개정 경위, 관련 법률조항의 체계, 이 조항이 시정명령과 과징금 납부명령 등 침익적 행정행위의 근거가 되므로 가능한 엄격하게 해석할 필요가 있는 점⁴⁶⁾에 비추어 보면 법 제19조 제1항 후단은 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 ‘교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위’를 의미하며, 다른 사업자의 부당 공동행위의 방조행위는 포함되지 않는다.”고 하였다.⁴⁷⁾

8개 메르세데스벤츠 승용차 딜러사의 부당한 공동행위 및 메르세데스벤츠코리아의 부당한 공동행위 사건(이하, ‘벤츠코리아 사건’)⁴⁸⁾의 경우 발주처가 입찰담합에 관여한 경우는 아니었으나 공정거래위원회는 벤츠코리아가 딜러들에게 수리비 관련 시간당 공임을 공동 인상하도록 한 행위를 ‘담합 교사행위⁴⁹⁾’로 보고 시정명령 및 과징금 부과처분 하였다. 대법원은 공정거래위원회 처분을 취소하였는데 근거로 “벤츠코리아가 딜러사들에게 권장공임을 제시한 행위가 이해관계를 달리하는 사업자 간 사실상 협상과정으로 이해함이 거래 실질에 부합하는 점, 벤츠코리아가 먼저 나서서 딜러사들에게 공임 인상을 적극적으로 교사할 경제적 유인이 전혀 없는 점”을 들었다.⁵⁰⁾

제3자의 입찰담합 관여행위에 있어 이례적으로 법 위반 책임이 인정된 사례는 성서 및 달성 2차 지방 산업단지 폐수종말처리장 설치공사 등 2개 입찰 관련 3개 사업자의 부당한 공동행위 사건(이하, ‘화성산업 사건’)⁵¹⁾이다. 동 사건은 모토로라코리아 사건과 벤츠코리아 사건과 달리

44) 서울고등법원 2008. 12. 24. 선고 2008누14854 판결.; 항고소송은 총판 3사의 공동행위 및 모토로라코리아의 관여행위로 구분되어 진행되었는데 전자의 경우 모토로라코리아와 총판 3사를 경제적 단일체로 인정할 수 있는지가 쟁점이 되었으며 법원은 이를 부정하였고 본 사건에 대한 상고심은 심리불속행 사유로 기각되었다.(서울고등법원 2009. 9. 10. 선고 2008누15277 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두18509 판결.)

45) 모토로라코리아 입장에서 3개 총판 중 어느 총판이 낙찰을 받던 모토로라코리아의 이익에는 차이가 없으므로 특정 총판에게 낙찰을 받도록 할 경제적 유인이 없어 이런 행위유형은 규율 필요성이 없다는 주장이 제기되기도 하였다. 다만, 이런 경우라도 교사행위를 인정 또는 방조행위로 볼 수 있는 정황을 종합하여 방조행위로 인정하는 것이 바람직한지에 대해서는 별도 논의의 실익이 있다는 견해는 다음 문헌을 참조. 최승재, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 후단의 다른사업자로 하여금 이를 행하도록 한의 의미와 수직적 공동행위에 대한 검토”, 「인권과 정의」 통권 423호(2012), 423면.

46) 법원은 침익적 행정처분의 근거가 될 수 있는 행정법규에 대하여 “엄격히 해석, 적용하여야 하며, 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하거나 유추 해석해서는 안되며 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라하더라도 그 해석이 문언의 통상의미를 벗어나서는 안된다.”는 입장을 설시한다.(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791, 13807 판결, 대법원 2016. 9. 30. 선고 2015두53961 판결. 등)

47) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556 판결.

48) 공정거래위원회 2017. 10. 13. 의결 제2017-317호.

49) 공정위는 담합 교사에 대한 근거로 벤츠코리아가 공임 인상을 위한 커미터를 먼저 제안한 점, 공임 인상액 결정을 위하여 딜러사들에게 제무자료를 요청한 점, 공임 인상 시점과 범위를 구체적으로 통보한 점 등을 들었다. 앞의 의결서(제2017-317호), 31~32면.

50) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두59670 판결.

입찰담합에 관여한 제3자 화성산업이 담합에 참여한 다른 사업자들과 마찬가지로 건설업을 영위하는 수평적 경쟁관계에 있는 사업자로⁵²⁾ 다른 사업자들에게 형식적으로 들러리 입찰에 참여하도록 하였다.⁵³⁾ 법원은 화성산업의 들러리 입찰참여 교사행위 외에는 피교사 사업자들이 담합에 참여할 유인을 찾을 수 없다는 이유로⁵⁴⁾ 화성산업의 교사행위와 피교사 사업자들 간 담합의 인과관계를 인정하였다.⁵⁵⁾ 그러나, 동 사건은 발주처와 입찰 참여사업자 같은 수직적 관계에서 일어난 행위가 아니므로 이 글에서 다루는 입찰담합 관여행위와는 차이가 있다는 점을 지적하고자 한다.

나. 관련 해석론

동법 제19조 제1항 후단 적용범위에서 ‘하계 한⁵⁶⁾’의 의미에 대한 해석론은 경쟁 정책적 판단 문제로 형법상 교사에 한정되는 것인지 또는 방조를 포함한 조장, 촉진행위 등을 포괄적으로 포함하는 것인지 쟁점으로 귀결된다. 법원은 교사행위 또는 이에 준하는 행위로 한정하지만 공정거래위원회는 방조행위까지 확대하여 해석한다.⁵⁷⁾

형법상 ‘교사’란 타인에게 범죄를 ‘결의하여’ 실행하도록 하는 것을 의미하며, 방조는 형법에서 정의규정을 명문화하지 않고 학설과 판례상 인정되는 개념이다.⁵⁸⁾ 교사범은 간접정범과 비

51) 공정거래위원회 2016. 2. 15. 의결 제2016-050호.

52) 7개 영화 배급업자 및 영화 상영업자 간 가격담합 사건에서 공정거래위원회는 수직적 관계에 대한 고려 없이 이들의 행위가 담합에 해당된다고 판단하였다. 항고심에서는 공정거래위원회의 판단을 유지하면서 동법 제19조 제1항 후단 규정이 교사행위나 적어도 그에 준하는 행위가 될 수 있어 수평적 시장에서 경쟁사업자가 아닌 경우에도 담합에 참여할 수 있는 것으로 판시하였다. (서울고등법원 2009. 10. 7. 선고 2009누2483 판결)

53) 앞의 의결서(제2016-050호), 3면, 12~13면.

54) 교사행위가 정범의 범행을 유도하는데 유일하게 작용할 필요는 없으나 사실상 교사행위가 담합을 결의하게 된 결정적 요인으로 작용했다면 법 위반이 성립한 것으로 볼 수 있다는 입장이 있다. 김하림, “공정거래법 제19조 제1항 후단의 적용 범위에 대한 고찰”, 「법학논고」 제72호(2021), 346면.

55) 서울고등법원 2016. 9. 29. 선고 2016누38909 판결, 대법원 2017. 9. 12. 선고 2016두55551 판결.; 대법원은 공정거래법 제19조 제1항 후단의 ‘다른 사업자’가 당해 부당한 공동행위에 참여하는 사업자라면 충분하고 그 공동행위에 참여하는 모든 사업자일 필요는 없다고 판시하였다.

56) ‘부당한 공동행위’는 합의의 직접적 내부 당사자들에게 성립되며 ‘부당한 공동행위를 하게 한 행위’는 합의 당사자가 아닌 외부에서 관여 당사자들에게 성립되는 것이라는 견해는 다음 문헌을 참조. 배상원, 전계논문, 102면.

57) 최승재, 전계논문, 114면.

58) 형법 제31조 제1항은 “타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.”고 규정한다.; 판례는 형법상 교사범 판단에 있어 “피교사자로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립하고, 교사자의 교사행위에도 불구하고 피교사자가 범행을 승낙하지 아니하거나 피교사자의 범행 결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것으로 보기 어려운 경우에는 이를 교사범으로 처벌할 수 없다. 피교사자의 범행 결의가 교사자의 교사행위에 의하여 생긴 것인지는, 교사자와 피교사자의 관계, 교사행위의 내용 및 정도, 피교사자가 범행에 이르게 된 과정, 교사자의 교사행위가 없더라도 피교사자가 범행을 저지를 다른 원인의 존부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사건의 전체적 경과를 객관적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다.”고 판시한다.(대법원 2013. 9. 12. 선고 2012도2744 판결.)

교하자면 타인을 이용하여 죄를 범한다는 면에서 같은 구조를 띠지만 ‘기능적 의사 지배력’ 측면에서 차이가 있고⁵⁹⁾, 중범(방조범)과 비교하자면 협의의 공범이라는 점은 같지만 ‘타인의 범죄 결의에 대한 전제성’⁶⁰⁾에서 차이가 있다.⁶¹⁾ 방조범은 교사범과 달리 정범의 의사와 무관하게 범죄 실현에 조력한다는 일방적 의사로 정범의 범죄를 방조하는 ‘편면적 방조’도 가능하다.⁶²⁾ 형법은 처벌에 있어서도 교사범 및 방조범을 엄격하게 구분한다. 교사범은 정범으로, 방조범은 정범 대비 필요적으로 감경하여 처벌한다.⁶³⁾ 공정거래위원회 해석론을 지지하는 견해에서는 다음 이유를 제시한다. 암묵적이며 은밀한 방식으로 이루어지는 담합의 효과적 규율을 위해⁶⁴⁾ 경쟁 정책적으로 교사행위 등에 한정하지 않고 방조행위까지 넓게 행위유형을 포섭할 필요성이 있고⁶⁵⁾, 배후에서 담합에 조력하는 행위의 규율 가능성을 열어둔다는 점에서 타당하다고 본다.⁶⁶⁾ 이러한 견해에서도 해석론만으로 동법 제19조 제1항 후단 적용범위를 방조행위까지 확대 할 수 있다는 입장⁶⁷⁾ 및 현행법상 입법적 결단이 수반되지 않는 한 해석론만으로 동법 제19조 제1항 후단 적용범위에 방조행위를 포섭하는 것은 어려움이 있다는 입장⁶⁸⁾으로 나뉜다. 반면에, 동법 후단 적용범위를 방조범까지 폭넓게 확대할 경우 담합의 외부 관여자가 단순히 부정형적 방조행위에 이른 경우까지 처벌하는 것은 지나치다는 비판적 견해도 있다.⁶⁹⁾

동법 제19조 제1항 후단 적용을 ‘교사 또는 교사에 준하는 행위’로 한정하는 법원 입장에 대한 비판적 입장도 있다. 침익적 행정행위에 대한 엄격한 적용 및 해석원칙을 따른 것이나 교사행위가 정범의 배후에서 다양한 스펙트럼으로, 은밀하게 이루어지는 상황에서 범행의 ‘결의’를 중요한 법 위반 성립요건으로 하는 교사 법리는 결국 상당한 범주의 제3자에 의한 담합 관여행위를 규제 사각지대로 방치하게 되기 때문이다.⁷⁰⁾ 이에 대한 보완을 위하여 ‘교사에 준하는

59) 간접정범은 어떤 행위로 하여금 처벌되지 않거나 과실범으로 처벌되는 도구를 이용해 의사지배를 통하여 행위하는 정범이지만, 교사범은 정범의 범죄를 전제하는 차원에서 차이점이 있다.

60) 중범(방조범)은 타인의 범죄 실현에 대한 결의를 전제로 그 실행을 유·무형적으로 조력하는데 불과하나 교사범은 타인으로 하여금 범죄 결의를 형성하도록 한다. 교사범은 정범의 범죄를 야기한 점에서 처벌근거를 갖는다.

61) 이재상, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2008, 480면.

62) 대법원 1974. 5. 28. 선고 74도 509 판결.

63) 현실은 교사범을 정범의 형에 의하여 처벌하고 있어(형법 제31조 제1항) 교사범은 처벌에 있어 정범과 동일한 법적효과를 초래하기도 한다. 그러나, 방조범은 정범과는 다르게 취급한다. 신동운, 「형법총론(제3판)」, 법문사, 2008, 549면; 김종구, “영미법상 공범체계와 공범종속성 원칙의 변천: 우리 형법상 공범체계와 관련하여” 「형사법연구」, 제21권 제2호(2009), 254면.

64) 예를 들어 경쟁사업자 간 수평적 합의 유인이 강하게 나타나고 발주자 등 수직적 관계에서의 수직적 합의가 이를 보조한 경우는 교사 또는 이에 준하는 행위에 해당되지 않아 규제 공백이 발생한다. 홍명수, “공정거래법 제19조 제1항의 해석과 수평적, 수직적 공동행위의 규제 범위 고찰”, 「동아법학」 제61호(2013), 447면.

65) 홍명수, 전계논문, 441~442면.

66) 최승재, 전계논문, 115면.

67) 홍명수, 전계논문, 451면.

68) 김하림, 전계논문, 347면.; 배상원, 전계논문, 103면.; 최승재, 전계논문, 116~117면.

69) 배상원, 전계논문, 103면.

70) 김하림, 전계논문, 346면.; 최승재, 전계논문, 115면.; 홍명수, 전계논문, 443면.

행위'의 해석론을 확대해야 한다고 하면서 '담합을 강요하는 행위⁷¹⁾'를 교사에 준하는 행위로 포섭할 수 있다고 본다. 근거는 공정거래법 시행령에서 담합을 강요한 사업자에 대해서 자진 신고 감면 혜택을 적용하지 않고⁷²⁾, '부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면 제도 운영고시'에 규정된 강요의 판단기준⁷³⁾을 종합 고려할 때 담합을 강요하는 행위는 "제재나 불이익을 부과하는 형태로 소위 강제로 '담합을 하게하는 행위'로 해석될 수 있기 때문"이다.⁷⁴⁾ 아울러, 규제 타당성 차원에서 강요행위는 교사처럼 정범의 범죄를 야기하며 불법을 조장하고 법 규범질서를 훼손할 정도의 해악을 미치므로 교사에 준하는 불법적 성격을 띠기 때문이라고 본다.⁷⁵⁾ 그러나, 이 견해도 '강요'는 '교사'보다 더 강한 의미로 해석할 수 있으므로 교사행위를 확대한 것이라기 보다는 교사에 준하는 행위로서 현행법상으로도 충분히 적용가능하다는 비판이 가능하다.

3. 기타 법령에 의한 규제⁷⁶⁾

현행 국가계약법에서는 입찰 참여사업자 간 담합 규제에 초점을 맞추고 있어 "입찰자가 입찰 시 낙찰 또는 계약의 체결이행 과정상 관계 공무원에게 뇌물을 제공하여 경쟁의 공정한 집행을 해할 염려가 있는 경우" 부정당업자로서 입찰 참가자격을 제한하는 간접적 방식으로 발주처 임직원의 입찰담합 관여행위를 규제한다.(법 제27조 제1항 7호) 그러나, 공공기관 발주 입찰 시 발주처 임직원이나 발주기관이 직접 담합에 가담하는 경우에 대해서는 제재규정을 두지 않는다. 또한, 국가계약법에서 청렴계약체결 의무를 규정하지만(법 제5조의2) 의무부담주체가 입찰 참여사업자라는 점에서 발주자는 어떤 의무를 부담하지 않는다.⁷⁷⁾

형법은 국가계약법과 달리 국가 또는 공공기관 뿐 아니라 민간에도 적용 가능성이 있다. 입찰방해죄(법 제315조)에 의한 규제 시 위계 또는 위력에 의한 입찰이 실시될 것과 실시과정에

71) 수직적 공동행위에서 강요가 합의 성립에 필수적 요소일 수 있음을 지적하는 입장은 다음을 참조. Jean Wegmen Burns., *The New Role of Coercion in Antitrust*, *Fordham Law Review*, Vol. 60, no. 3, 1991, pp. 434~435.

72) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제35조 제1항 제5호.

73) 공정거래위원회 고시 제2017-20호, 2017. 11. 14. 개정.; ① 다른 사업자에게 그 의사에 반하여 당해 부당한 공동행위에 참여하도록 하기 위하여 또는 이를 중단하지 못하도록 하기 위하여 폭행 또는 협박 등을 가하였는지 여부, ② 다른 사업자에게 그 의사에 반하여 당해 부당한 공동행위에 참여하도록 하기 위하여 또는 이를 중단하지 못하도록 하기 위하여 당해 시장에서 정상적인 사업활동이 곤란할 정도의 압력 또는 제재 등을 가하였는지 여부.

74) 공정거래법 체계상 담합 참여자의 강요행위 시 자진신고로 인한 면책이 되지 않는데 만약 외부의 제3자가 담합을 강요한 경우 관여자에 대한 처벌근거가 없어 결국 제3자의 강요행위가 담합을 강요하는 수단으로 악용될 우려가 있기 때문이다.

75) 김하림, 전계논문, 350~351면.

76) 이 글에서는 공정거래법상 발주처의 입찰담합 관여를 중심으로 검토하는 점, 법령별로 입법목적과 보호법익이 상이한 점을 고려하여 기타 법령에 의한 사항은 규제현황 중심으로 간단히 소개한다.

77) 박수영, 전계보고서, 112면.

서 공정성을 해치는 결과에 이를 것을 성립요건으로 한다.⁷⁸⁾ 따라서, 기타의 방법으로 발주처의 입찰담합 관여행위가 이루어질 경우 법 적용 공백이 발생하며 형사처벌 외 사전 방지수단으로 시정조치, 개선명령, 재발방지조치, 손해배상 등 다른 법적 수단의 활용이 곤란한 한계가 지적된다.⁷⁹⁾ 형법상 경매입찰방해죄에 의하더라도 위계, 위력 기타 방법으로 입찰 공정성을 해한다는 사실에 대한 인식과 의사를 내용으로 하는 고의를 필요로 하는 고의범에 해당되므로 발주처 입찰담합 관여 등의 행위가 위법으로 인정되는 경우는 많지 않다. 또한, 경매나 입찰의 공정을 통한 개인적 법익을 보호대상으로 하여 입찰과정의 투명성 제고 또는 공정한 거래질서 확립 목적과 차이가 있다.⁸⁰⁾

III. 제3자 입찰담합 관여행위에 대한 비교법적 고찰⁸¹⁾

1. 미국

미국의 담합 규제는 ‘셔먼법(Sherman Act)’ 제1조를 근간으로 한다. ‘입찰위탁(bid depositories)’, ‘순차입찰(rotating bids)’, 둘러리 입찰 등 모습으로 나타나는 입찰담합은 경성 담합으로 분류되어 당연위법으로 본다.⁸²⁾ 경성담합 사건들은 ‘법무부(Department of Justice, 이하 ‘DOJ’)’, ‘반독점국(Antitrust Division)’이 처리하며⁸³⁾ 과징금, 시정명령 등 행정적 제재 의존도가 높은 우리나라와 달리 징역형, 벌금 등 형사적 제재 활용도가 높은 편이다.⁸⁴⁾ 셔먼법은 공정거래법 제19조 제1항과 같이 담합 가담자 간 관계에 대한 제한조건을 두지 않아⁸⁵⁾ 제3자 담합 관여 행위양상이 교사든 방조든 구별하지 않고, 미국 연방법은 셔먼법 위반과 관련된 담합의 교사 또는 방조행위 등을 제재할 수 있는 근거규정을 둔다.⁸⁶⁾ 연방법에서는 간결한 단일 정범체계

78) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006도8070 판결.

79) 박수영, 전계보고서, 113~114면.

80) 박수영, 전계보고서, 114면.

81) 이하 해외 입법례에서는 제3자의 담합 관여행위를 어떻게 규제하고 있는지 중심으로 살펴본다.

82) Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Development*(7th ed), ABA, 2012, p. 93.

83) 담합 관련 FTC법 제5조 적용 시 FTC도 관할권을 갖고 행정제재 할 수 있으나 DOJ는 과징금 부과 등 행정제재 권한이 없다. Herbert J. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*(3d ed), West, 2005., pp. 587~589.

84) Christopher Harding and Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford University Press, 2011, p. 50.

85) 셔먼법 제1조는 다음과 같이 규정한다. “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy...”

86) 미국연방법 제18편 제2조 제1항은 다음과 같이 규정한다. “Whoever commits an offense against the United States or aids(도움), abets(교사), counsels(권고), commands(지휘·명령), induces(유도) or procures(알선·야기) its commission, is punishable as a principal(정범으로 처벌).”; 입찰담합은 연방법상 우편사기의 죄(18 U.S.C. §1341)로도 경합하여 처벌되는 경우가 많다. Section Antitrust Law, *Criminal of Antitrust Litigation Handbook*(2nd

를 취하고 있어서 정범과 공범 개념이 구분되기는 하나 정범, 교사범, 방조범을 모두 직접정범으로 그 취급은 같게 하므로 우리나라와 달리 제3자의 담합 관여행위가 교사, 방조인지를 불문하고 정범과 동일하게 처벌된다.⁸⁷⁾

제3자의 담합 관여행위가 다루어진 대표 사례로 공정거래위원회가 담합 역외적용을 최초로 인정한 흑연 전극봉 사건을 들 수 있는데 우리나라와 달리 미국에서는 제3자의 담합 관여행위를 법 위반으로 보았다.⁸⁸⁾ 동 사건에서 흑연 전극봉 유통업체 미쓰비시는 제조업자들로 하여금 판매가격을 고정·유지하도록 권고, 유도, 알선하였고 제조업자 간 모임 주선을 지원하는 한편 담합 지속을 위해 고객, 기타 다른 사업자들에게 담합 존재를 은폐하도록 하였다. 결국, DOJ는 담합 교사 및 방조(지원) 행위에 대하여 기소하고 벌금을 부과하였다.⁸⁹⁾

2. EU

EU 경쟁법에서도 미국과 같이 입찰담합을 경쟁제한성으로 경쟁제한성이 심각한 법 위반행위로 다룬다.⁹⁰⁾ ‘EU 기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union, 이하 ‘TFEU’)’ 제101조를 적용하여 경쟁제한적 사업자 간 합의, 사업자단체의 결정과 공모행위를 금지한다.⁹¹⁾ EU는 단일국가와 같은 형벌집행 체계를 갖추지 않아 TFEU상 형벌규정을 두지는 않지만⁹²⁾ 우리나라 공정거래위원회와 같이 ‘EU 집행위원회(EU Commission)’에 법 위반행위 조사 및 제재권을 부여하여 행위의 중지명령 및 제재금(fine)⁹³⁾ 부과가 활발히 이루어진다.⁹⁴⁾ 실질

ad ABA, 2006, p. 343.

87) 김중구, 전계논문, 254~256면.

88) 공정거래위원회는 동 사건에서 흑연 전극봉 제조업체들의 담합에 대해서는 제재하였으나, 유통업체인 미쓰비시가 제조업체들로 하여금 가격을 고정, 유지하도록 교사 및 방조한 행위는 처벌이 불가능하다는 해석론을 전제로 미쓰비시에 대한 제재가 이루어지지 못하자 제재 근거 마련을 위해 공정거래법 제19조 제1항 후단을 도입하도록 법 개정하였다. 권수진·신영수·김호기·최문숙, “담합행위에 대한 형사법적 대응방안”, 「형사정책연구원 연구총서」(2011), 38면.

89) Department of Justice, “Mitsubishi Corporation Fined \$134 Million for its Role in International Price-Fixing Cartel”, Press Release (May 10, 2001.), <https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2001/8186.htm>, (2021. 4. 5. 최종방문.)

90) EU 경쟁법상 입찰담합은 통상 ‘고객할당(customer allocation)’으로 간주되며 심각한 법 위반행위로 여겨진다. 송은지, 전계논문, 159면.

91) TFEU 제101조는 다음과 같이 규정한다. “The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by association of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market...”

92) 형사처벌 및 민사구제는 개별 회원국 내 법령과 법원에 맡겨져 있으며 최소한 EU의 기준체제와 조화를 이루고 있다. 황태희, “영국의 EU 탈퇴(Brexit)에 따른 EU 및 영국 경쟁법 비교 연구”, 「비교사법」 제26권 제1호(2019), 458면.

93) EC의 금전제재 부과에 있어 제재금은 형벌적 성격을 띠지 않고 형벌과 병과되지 않는다. 권수진·신영수·김호기·최문숙, 전계논문, 203면.

적으로는 사업자에 대한 금전적 제재가 되므로 직접적 형벌은 아니지만 그와 유사한 억지력, 응보로 작용하는 것으로 여겨진다.⁹⁵⁾

제3자의 담합 관여행위가 다루어진 대표적 사례로 AC-Treuhand 사건을 살펴보겠다. 동 사건에서는 유기과산화물 제조 사업자들이 관련시장의 직접적 담합 참여자들이었으며, AC-Treuhand는 이 회사들과 컨설팅 서비스 계약을 맺고 해당 시장의 전문 통계자료 등을 제공하는 방식으로 담합에 관여하였다. AC-Treuhand가 사업자들의 모임을 조직하고 이 모임에 참여하여 공동의 의사결정이 이루어지게 하였다. 수집한 판매정보를 통하여 합의된 가격, 판매 물량 배분 등 자료(이른바 ‘red and pink papers’)를 모임에 참여한 사업자들에게 제공하는 한편 이를 모임 외부로 반출을 금지하도록 하기도 했다. 사업자 간 마찰 발생 시 조정자로서 역할 제안, 타협안 마련과 독려라는 조력행위 후 그 대가를 수취하였다. 동 사건에서 EU 집행위원회는 TFEU 제101조 제1항 적용이 가능하다는 전제에서⁹⁶⁾ AC-Treuhand의 경쟁제한적 합의 및 실행에 대한 조장·촉진(facilitating), 적극적 참여·개입 행위를 인정하고 과징금을 부과하였다.⁹⁷⁾ EU 집행위원회는 “담합에 직접 참여한 사업자에 한정되지 않고 담합을 조장하거나 촉진한 경우에도 제재대상에 포함됨을 주의해야 한다.”고 판단하였다.⁹⁸⁾ ‘유럽 사법재판소(The Court of Justice of the European Union, 이하 ‘CJEU’)도 EU 집행위원회 결정을 지지하였는데 담합 촉진자에 대한 제재를 하지 않을 경우 시장에서 경쟁제한성 해소 효과를 무력화시킬 수 있다는 점에 주목하였다.⁹⁹⁾ CJEU 판결에서 의미 있는 점은 3가지로 요약될 수 있다. 첫째, TFEU 제101조상 어떤 문구에서도 오직 경쟁제한적 시장에서 활동하는 사업자만 대상으로 하지 않음을 분명히 하면서 “담합 행위주체인 관련 시장의 경쟁사업자들에 대해서만 TFEU 제101조를 제한적으로 적용할 이유가 없고, 광범위하게 해석되어야 한다.”고 판시하였다. 담합 조장행위가 담합 발생시장에서의 활동이 아니라는 이유만으로 담합에 대한 적극적 기여행위를 배제할 경우 제재 사각지대가 발생하는 문제점을 낳기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 둘째, AC-Treuhand는 사업자들과 컨설팅 서비스를 체결하였는데 결국 가격 담합, 시장 및 고객 분할, 영업상 민감정보 교환 등 목적에 경쟁제한성이 있으므로 단순한 부가적 서비스 성격으로 인정될 수 없다는 점 즉, AC-Treuhand의 역할(이른바 ‘active contribution’)과 경쟁제한적 목표가 직접적으로 연

94) 권수진·신영수·김호기·최문숙, 전제논문, 202면.

95) 滝川敏明, 「日米EUの競争法と競争政策(第3版)」, 青林書院, 2006, 138頁.

96) TFEU 제101조에서 명시적으로 담합 관여자를 제재하도록 규정하는 것은 아니지만 합의에 이르지 않은 사업자 간 동조적 행위까지 다양한 형태의 공모행위를 규제하기 위한 것이다.

97) European Commission, Case COMP/E-2/37.857-Organic peroxides, December, 10 2003, para. 381. 다만, 유럽사법재판소 선례 등에서 조장·촉진(facilitating)의 개념을 구체적으로 정의하지는 않는다.

98) European Commission, “Commission Fines Members of Organic Peroxides Cartel”, Press Release, (December 10, 2003), <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_03_1700>, (2021. 4. 5. 최종방문.)

99) AC Treuhand v Commission, Case C-194/14 P. October, 22 2015, para. 36.; AC Treuhand는 제1심 법원 판단에 불복하지 않아 판결이 확정되었다.

100) id., AC Treuhand Case C-194/14 P. para. 28~35.

결되어 있다고 보았다.¹⁰¹⁾ 셋째, CJEU는 TFEU 제101조 규정 적용범위의 광범위성에 비추어 볼 때 AC-Treuhand는 스스로의 행위가 TFEU 제101조 위반 가능성이 있음을 합리적으로 예측했어야 했다고 보았다.¹⁰²⁾ AC-Treuhand 사건의 판결내용은 이후 Icap 사건¹⁰³⁾에도 영향을 미쳤다. 이 사건에서 법원은 촉진자가 담합 참여사업자들과 공동의 목적에서 계획하고 그들이 수행하는 행위 내지 위험 인수가 담합에 '기여할 것이라는 의도(intended to contribute)'를 인지하고 예측할 수 있었다는 점을 강조하였다.¹⁰⁴⁾ 또한, '수동적 참여방식(passive modes of participation)'을 소극적 방식으로 발현되는 촉진자의 모습으로 인정하였다.¹⁰⁵⁾ EU 법원의 판단을 지지하는 다음의 견해가 있다. 이 견해에서는 담합의 조장 내지 촉진자의 행위가 시장에 미치는 해악은 그들의 행동에 의존하여 내재화되어 있음에도 불구하고 시장에 미치는 경쟁제한적 효과와 피해는 분명하므로 내재적 의도나 목적성에 따른 수동적 기여 만으로도 시장에 부정적 영향력을 행사할 수 있다. 따라서, 넓은 범위의 담합 '양상(skim)'이 인정되어야 하며 담합으로 인한 '공공의 해악(public harm)'을 새롭게 정의해야 한다고 본다.¹⁰⁶⁾ 또한, 담합 조장 또는 촉진자는 시장 행동규범을 벗어나 이익을 얻고자 '속임수(cheat)'를 쓰는 경향이 있는데 그들이 추구하고자 하는 이점은 담합을 통하지 않고서는 설명되지 않는다고 한다. 담합에 직접 참여한 사업자들은 활동 시장에서 직접적 이점을 누릴 수 있지만 촉진자는 그들의 역할에 따른 보수 등으로부터 경제적 이익을 얻을 수 있다고 설명한다.¹⁰⁷⁾

우리나라 공정거래법과 달리 TFEU 제101조는 합의에 이르지 않더라도 경쟁제한 우려가 있는 '동조적 행위'도 규제한다. 그러므로, 법원이 AC-Treuhand 사건에서 제3자 담합 관여행위로서¹⁰⁸⁾ 담합의 조장·촉진 행위가 동조적 행위에 포섭될 가능성이 높은 점을 고려했을 것이며¹⁰⁹⁾, TFEU의 보호법익을 해하는 행위에 가담 시 관련시장, 사업활동 내용이나 구조 등을 불문하고 관련 사업자는 TFEU 적용대상이 됨을 확인했다고 볼 수 있다.¹¹⁰⁾ 한편, AC-Treuhand

101) id., para. 38~39.

102) id., para. 42. ; '합리적 예측가능성'은 관련 사업자가 법적 조언을 받아야 하는 경우에도 인정될 수 있다고 본다.

103) Case T-180/1 Icap and Others v. Commission EU:T:2017:795.

104) Icap and Others v. Commission Case EU:T:2017:795., para. 100.

105) id., para. 101.

106) Angus MacCulloch, The "Public" Wrong of Cartels and the Article 101 TFEU "Object Box", *The Antitrust Bulletin* Vol. 65 no.3, 2020, p.373.

107) id., p.374.

108) 동 사건에서 AC-Treuhand는 담합의 영향을 받는 관련시장의 상류·하류시장또는 인접한 시장 사업자가 아닌 관여자로서 담합 참여 사업자들과 수직적 관계에서의 거래도 없어서 담합 요건이 충족되지 않는다고 반박하였다. AC Treuhand Case C-194/14 P., supra, para. 18~21.

109) 제1심 법원은 이 행위가 단순 방조, 촉진행위가 아닌 적극적이고 의도가 있는 담합 기여행위라고 보았다. AC Treuhand v Commission, Case T-99/04 A, July 8 2008, para. 150.

110) 정세훈·최인선, "카르텔 조장·촉진자에 대한 유럽연합기능조약 제101조의 적용: 유럽사법재판소의 AC-Treuhand 판결과 시사점", 『경쟁저널』 제184호(2016), 125면.

사건을 우리 법제에 반영할 경우 담합의 조장·촉진 행위를 ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동 행위를 하게 하는 행위’에 포섭시키는 것은 무리가 있고 “동법상 교사행위는 관련 시장이나 관련시장과 연관성 있는 인접 시장에서 경쟁과 직·간접적 관련 있는 사업자의 행위로, 교사행위의 실질적 내용도 동일 또는 유사한 경쟁제한성을 초래하는 경우로 한정함이 바람직하다.”는 견해가 제시된다.¹¹¹⁾ EU 대비 법 규정과 판례를 좁게 해석하는 우리나라에 확대 적용하기는 어려울 것이며 이 견해가 타당하다고 생각한다.

3. 일본

일본은 ‘사적독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律, 이하 ‘사적독점금지법’에서 담합 행위를 규율한다. 일본 법제는 동양권의 상호협력 문화 뿐 아니라 우리와 법 체계가 유사하여 공정거래법과 경쟁정책에 미치는 영향력이 크다.¹¹²⁾ 일본의 입찰담합행위 규제는 ‘공정취인위원회(公正取引委員會)’의 행정제재 즉, 과징금 납부 및 배제조치명령이 이루어지는 것이 일반적이나 사회적으로 중대한 사안이나 악질적인 경우 형사고발이 행해지기도 한다.¹¹³⁾ 입찰담합은 입찰 참가사업자들이 공동으로 특정 사업자가 수주하도록 사전 룰을 정하고 입찰시장에서 경쟁제한적 행위를 하는 것이므로 부당하게 거래를 제한하는 유형에 해당되어¹¹⁴⁾ 독점금지법 제3조 규정이 적용된다.¹¹⁵⁾ 우리나라가 제3자 담합 관여에 대하여 공정거래법 제19조 제1항 후단에서 다루는 것과 달리 사적독점금지법에서는 담합의 교사 또는 방조 등 관여행위를 직접 규율하지 않는다.¹¹⁶⁾ 사적독점금지법 위반행위에 대해서 형법상 교사 및 방조 규정(제61조 및 제62조)이 적용될 수 있으므로 발주처 직원의 담합 방조행위를 제제한 사례는 있다.¹¹⁷⁾ 사적독점금지법에서는 입찰담합 참가 사업자

111) 정세훈·최인선, 전계논문, 126~127면.

112) 권수진·신영수·김호기·최문숙, 전계논문, 129면.

113) 박수영, 전계논문, 116면.; 1990년 ‘사적독점금지법 위반행위에 대한 형사고발에 관한 공정취인위원회의 방침’에서는 입찰담합에 대해서 적극적으로 형사처벌을 요구, 고발방침을 명시하는데 2005년과 2009년에 동 지침의 개정이 이루어졌다. 관련 자세한 사항은 다음을 참조. 公正取引委員會, “獨占禁止法違反に對する刑事告發及び犯則事件の調査に關する公正取引委員會の方”, 2005. 10. 7, 2009. 10. 23.

<https://www.jftc.go.jp/dk/dk_qa_files/kokuhatsuhoushin.pdf>, (2021. 5. 6. 최종방문.)

114) 일본은 담합, 카르텔을 ‘부당한 거래제한(不當な取引制限)’이라는 용어로 사용하는데 사적독점금지법 제2조 제6항에서 이에 대한 정의를 규정한다.

115) 사적독점금지법 제3조는 다음과 같이 규정한다. “事業者は、私的獨占又は不當な取引制限をしてはならない。(사업자는 사적 독점이나 부당한 거래를 제한해서는 안된다);” 사업자단체에 의한 입찰담합 규제는 사적독점금지법 제8조 제1호(일정한 거래분야에서의 경쟁제한행위)를 적용한다.

116) 사적독점금지법(제96조)에서는 담합 위반을 공정취인위원회의 전속고발 대상으로 규정하고 있고 고발대상은 정벌, 교사법, 방조법 등을 포함한다. 그러나 1990년부터 2007년까지 공정취인위원회의 고발건수가 13건에 불과하여 형사제재의 강도나 빈도는 약한 수준이다. 권수진·신영수·김호기·최문숙, 전계논문, 145~146면.

117) 白石忠志, 「獨占禁止法(第2版)」, 有斐閣, 2009, 638頁, 639頁.

에 대한 형사제재 및 행정제재는 가능하지만 입찰담합에 관여한 발주처 임직원에 대해서는 행정조치를 강구할 수 없는 문제점이 있다.¹¹⁸⁾

일본에서는 제3자 입찰담합 관여행위가 주로 발주처에 의한 관제담합 형태로 나타나므로 이를 집중적으로 규제하고자 2002년 7월 ‘입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지에 관한 법률(入札談合等關與行為の排除及び防止に關する法律)’이라는 특별법이 제정되었다. 이후에도 관제담합 문제가 해결되지 않자, 2006년 12월 ‘입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지 및 직원에 의한 입찰 등의 공정을 해칠만한 행위의 처벌에 관한 법률(入札談合等關與行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の處罰に關する法律, 이하 ‘입찰담합 관여행위 방지법’)¹¹⁹⁾로 명칭 변경하였다. 또한, 발주처¹¹⁹⁾ 임직원 입찰 방해죄¹²⁰⁾를 신설하고 ‘특정한 담합의 방조’에 의한 관여행위가 추가되는 법 개정이 이루어졌다.¹²¹⁾ 이 법에서는 입찰담합 등 관여행위에 대해서 4가지 유형을 규정하는데(법 제2조 제5항)¹²²⁾ “담합의 명시적 지시(1호), 수주자에 관한 의향의 표명(2호), 발주에 관한 비밀정보의 누설(3호), 특정한 담합의 방조(4호)”이다.¹²³⁾ 입찰담합 등 관여행위에 대해서는 공정취인위원회의 발주처에 대한 개선조치 요구(법 제3조), 발주처 직원에 대한 손해배상청구 의무(법 제4조), 발주처의 징계사유 조사 의무(법 제5조) 이행이 이루어진다.¹²⁴⁾

118) 사적독점금지법 제89조(私的獨占、不當な取引制限、事業者団体による競争の實質的制限の罪).

119) 동 법 적용대상의 발주처는 국가, 지방공공단체, 국가 또는 지방공공단체가 자본금의 1/2 이상 출자하는 법인 등이다.(법 제2조 제1항, 제2항, 제3항)

120) 동 법은 관제담합과 관련하여 ‘입찰담합 등 관여행위(법 제2조 제5항)’와 ‘입찰 등의 공정성을 해치는 행위(법 제8조)’를 두 축으로 규제하는데 이 글에서는 전자를 중심으로 살펴본다.

121) 公正取引委員會事務總局, 入札談合の防止に向けて-獨占禁止法と入札談合等關與行為防止法, 公正取引委員會, 2018. 10, 26頁. <https://www.jftc.go.jp/dk/kansei/text_files/honbun30.10.pdf>, (2021. 5. 7. 최종방문.)

122) 동법 제2조 제5항은 다음과 같이 규정한다. “一 事業者又は事業者団体に入札談合等を行わせること。二 契約の相手方となるべき者をあらかじめ指名することその他特定の者を契約の相手方となるべき者として希望する旨の意向をあらかじめ教示し, 又は示唆すること。三 入札又は契約に關する情報のうち特定の事業者又は事業者団体が知ることによりこれらの者が入札談合等を行うことが容易となる情報であつて秘密として管理されているものを, 特定の者に對して教示し, 又は示唆すること。四 特定の入札談合等に關し, 事業者, 事業者団体その他の者の明示若しくは默示の依頼を受け, 又はこれらの者に自ら働きかけ, かつ, 当該入札談合等を容易にする目的で, 職務に反し, 入札に参加する者として特定の者を指名し, 又はその他の方法により, 入札談合等を幫ほう助すること。”

123) 1호의 예시로는 사업자마다 연간 수주 목표액을 제시하고 사업자들이 목표를 달성할 수 있게 사업자 간 조정을 지시하는 행위, 2호의 예시로는 비공개로 관리되는 발주 관련 예정가격, 지명업자 명칭, 기술평가점수, 입찰참가자의 견적금액 또는 예정가격의 견적가격 대비 차이 등을 알려주는 행위, 3호의 예시로는 비공개로 관리되는 발주 관련 예정가격, 지명업자 명칭, 기술평가점수, 입찰참가자의 견적금액 또는 예정가격의 견적가격 대비 차이 등을 알려주는 행위, 4호의 예시로는 지명경쟁입찰에서 사업자에게 의뢰를 받고 특정 사업자를 입찰 참가사업자로 지명 후 입찰담합을 용이하게 하거나 낙찰예정자에 대한 할당표 승인 후 입찰담합을 용이하게 하거나 발주처 담당자가 특정 입찰참여 사업장에서 제시한 입찰담합 수주예정자를 원활하게 결정하고자 계약 관련부서에 지명업자를 지시하는 행위 등을 들 수 있다. 公正取引委員會事務總局(2018. 10), 前掲資料, 31~33頁.

124) 2018년 10월까지 입찰담합관여행위방지법에 의해 공정취인위원회가 발주처 장에 대해 개선조치를 요구한

특징적인 점은 발주처가 스스로 사실관계를 내부 조사하도록 하는 점이다. 공정취인위원회의 입찰담합 사건 조사 결과 발주처 임직원의 관여행위가 명확하게 된 때에 한정하여¹²⁵⁾ 해당 발주처에 구체적 개선조치를 요구하고 발주처의 입찰제도에 있어 자발적 노력과 동참을 유도한다. 발주처의 자체 조사결과와 개선조치 사항은 공표하도록 하고, 공정취인위원회에 통지하는데, 만약 발주처 조사결과 및 개선조치 내용이 공정취인위원회 조사결과와 비교하여 부적절한 경우 공정취인위원회는 의견을 제시할 수 있다. 개선조치 내용은 조직 내부 규칙 개선과 직원에 대한 철저한 주지, 입찰과 계약상 독립된 제3자로 구성된 감시기관 설치, 입찰에 대한 철저한 정보관리 방안, 컴플라이언스 담당조직 설치 등이다.¹²⁶⁾ 다만, 입찰담합 관여행위 방지법상 개선조치 요구 외에도 발주처 임직원에 대해서 사적독점금지법상 '부당한 거래제한 금지(법 제3조 및 제89조 제1호)'¹²⁷⁾ 및 형법상 '경매입찰방해죄(법 제96조의6)'로 형사벌이 부과될 수는 있다.¹²⁸⁾

2018년 공정취인위원회는 발주처의 입찰담합 관여행위를 방지하고 발주처의 컴플라이언스 활동 지원을 위하여 '관계담합방지를 위한 발주처 대응실태 조사보고서(官製談合防止に向けた發注機關の取組に關する實態調査報告書, 이하 '발주처 대응실태 조사보고서')'를 발표하였다.¹²⁹⁾ 이 보고서에서는 발주처 임직원의 입찰담합 관여행위 예방체계 수립 및 대응방안으로 다음을 제시하고 있다. 사내 컴플라이언스 부서의 운영, 컴플라이언스 준법 매뉴얼 작성 및 정기 연수 실시, 외부 사업자에 대하여 복수 담당자 대응체계 구축 및 접촉 시 기록 의무화, 입찰 비밀정보 관리방법의 구체화 및 명문화, 과거 입찰결과 분석 후 입찰담합 징후가 포착된 사안¹³⁰⁾은 입찰 참가요건 등 제도 재검토, 발주부서가 아닌 다른 부서에서 시방서 등을 점검하고 적절한 입찰절차 진행여부를 모니터링 할 것, 복수 발주처들이 협력하여 제3기관을 설치하고

사례는 11건, 발주처 임직원에 대한 손해배상청구 사례는 7건, 발주처 장 등이 임직원에게 징계처분 한 사례는 11건이다. 公正取引委員會事務總局(2018. 10), 前掲資料, 40~42頁., 45頁., 48頁.

125) 따라서, 발주처의 입찰담합 관여행위에 대한 악의적 투서의 존재만으로 입찰담합 관여행위를 단정짓고 일방적으로 개선조치 하도록 하는 것은 아니다.

126) 公正取引委員會事務總局(2018. 10), 前掲資料, 39頁.

127) 2005년 일본 도로공단 사건에서는 입찰담합관여행위방지법에 의하여 공정취인위원회 개선조치 요구가 이루어짐과 동시에 사적독점금지법상 배제조치명령 및 과징금 납부명령이 이루어졌다. 公正取引委員會事務總局(2018. 10), 前掲資料, 88頁(日本道路公団が發注する鋼橋上部工工事の入札参加者らに對する勸告等について).

128) 2004년 니가타시(新潟市) 사건에서는 입찰담합관여행위방지법에 의하여 공정취인위원회의 개선조치 요구가 이루어짐과 동시에 형법상 경매입찰방해죄가 인정되어 형사벌이 부과되기도 하였다. 公正取引委員會事務總局(2018. 10), 前掲資料, 86頁(新潟市が發注する建設工事の入札参加業者に對する勸告等について).

129) 公正取引委員會, "官製談合防止に向けた發注機關の取組に關する實態調査報告書について", 報道發表資料(2018. 6. 13), <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h30/jun/180613_1.html>, 2021. 5. 7. 최종방문.)

130) OECD는 공공조달부문의 입찰담합 적발을 위한 체크리스트에서 특정기업이 자주 입찰에 참여하나 대부분 낙찰받지 못하는 경우, 낙찰자 선정이 순번제로 결정되는 것으로 보이는 경우, 참여업체별 낙찰 점유율이 유사한 패턴으로 유지되는 경우, 입찰 참여사업자들이 동일한 계산오류를 발생하는 경우, 입찰 참여사업자들의 갑작스럽고 동일한 가격 인상이 있는 경우 등의 경우를 입찰담합 징후가 있다고 본다. OECD(2009), *supra*, pp. 11~14.

입찰결과 등에 대한 문제 전반을 객관적으로 심의 받을 것 등이다.¹³¹⁾ 발주처가 관제담합을 미연에 방지하는 성과가 있었던 사례들은 다음과 같다. 입찰공고 등 신규 조달정보를 발주처 사업자 pool에 등록된 업체에 메일로 수시 정보제공하여 입찰 참여업체의 확대를 도모한 사례, 입찰 미참여 사업자 대상으로 불참 의견(이유) 청취 및 조달절차 개선을 통한 특정 사업자 편중 현상의 해소 사례, 입찰 참여자 간 담합 시 지명정지 기간 연장 및 부정당업체 손해배상금을 강화한 사례, 입찰 시 참여사업자의 견적에 대한 지나친 의존도를 낮추기 위하여 발주담당 직원의 가격검토 역량 향상방안 수립 사례 등이다.¹³²⁾ 관제담합 방지를 위한 발주처의 일방적 조치와 제도개선 노력에 한정하지 않고, 발주처의 공정취인위원회에 대한 엄정한 법 집행, 실태보고서를 통한 다양한 참고사례 소개, 실질적이고 효과적인 컴플라이언스 준법 연수용 tool 지원 등 다양한 요구사항도 전달하고 있다.¹³³⁾ 일본 입법례는 단순히 발주처 임직원이 관여된 입찰담합에서 방조행위까지 규제범위를 확장하여 제재하는데 초점을 두는 것이 아니다. 궁극적으로 경쟁당국과 국가, 공공기관 등 발주처와 협조적 관계를 토대로 입찰담합을 실질적으로 억제하고 법 위반을 미연에 방지하는데 중점을 둔다. 즉, 발주처에 대한 개선조치 요구 방식을 활용한 입찰 제도의 설계 및 개선을 통하여 궁극적으로 시장기능 회복에 초점을 둔다는 점에서 의미가 있다.

4. 영국

경쟁제한적 담합행위 제재는 ‘영국 경쟁법(Competition Act 1998)’ 제2조에서 규정하는데 TFEU 제101조와 내용, 실질이 거의 동일하다.¹³⁴⁾ 영국 ‘경쟁시장청’(Competition and Markets Authority, 이하 ‘CMA’)¹³⁵⁾이 입찰담합에 대한 행정제재로 시정명령 조치와 제재금(penalty) 부과할 수 있다. ‘기업법(Enterprise Act 2002)’ 제88조 카르텔죄(cartel offense)로 형사제재도 부과할 수 있다.¹³⁶⁾ 최근에는 영국 브렉시트로 인하여 향후에는 EU 경쟁법 체계에 영향을

131) 公正取引委員會, 官製談合防止に向けた發注機關の取組に關する實態調査報告書, 2018. 6., 4~50頁.
<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h30/jun/kyokusou/180613_03houkokusyo.pdf>, (2021. 4. 7. 최종방문.)

132) 公正取引委員會(2018. 6), 前掲報告書, 62頁.

133) 公正取引委員會(2018. 6), 前掲報告書, 76頁.

134) 영국 경쟁법 제2조은 TFEU 제101조처럼 “경쟁의 방해·제한·왜곡하는 목적이나 효과를 미치는 합의를 금지한다.” 황태희, 전제논문, 460면.

135) 원래는 경쟁법에서는 담합과 시장지배적지위남용을 ‘공정거래국’(Office of Fair Trade, hereinafter ‘OFT’)이 규제하고 기업법에서는, 기업결합을 ‘경쟁위원회’(Competition Commission, hereinafter ‘CC’)가 집행했으나 2014년 4월 기업법 개정을 골자로 하는 ‘Enterprise and Regulatory Reform Act(2013)’ 시행 후 OFT와 CC가 CMA로 통합되었다. CMA로 통합 후 CMA가 시장조사와 시정조치 등 집행을 모두 수행한다. 류시원, “영국의 시장조사제도에 관한 연구: 공정거래법과 전기통신사업법에 대한 시사점을 포함하여”, 『경쟁법연구』 제42권 (2020), 259면.

136) CMA 조사 후 증거판단과 공익판단 과정을 거쳐서 중대사기청의 장(Director of the Serious Fraud Office)

줄 것으로 보인다.¹³⁷⁾

이하에서는 영국 법제상 경쟁주창활동으로 인정되는¹³⁸⁾ 시장 조사제도 중심으로 살펴보겠다. ‘경쟁주창활동(competition advocacy)’이란 경쟁 촉진을 위해 통상의 경쟁법 집행이 아닌 다른 방식으로 시장 메커니즘이 가동되도록 하는 접근이다.¹³⁹⁾ 영국의 시장 조사제도는 ‘시장 연구(Market Studies, 이하 ‘MS’)와 ‘시장조사’(Market Investigation, 이하 ‘MI’) 2단계로 구성되는데¹⁴⁰⁾ MI가 진행되기 위해서는 우선 MS가 이루어져야 하는 것이 일반적이다.¹⁴¹⁾ MS란 CMA를 비롯한 규제기관들이 시장 상황은 물론 시장 구성원들의 행태 파악, 시장 실패에 대한 원인 규명을 위한 탐구와 연구 활동을 하는 것이다.¹⁴²⁾ MI란 CMA가 전담하는 심화된 조사절차로¹⁴³⁾ 시장의 근본적 경쟁제한적 요소와 시장 정상화 방안을 집중적으로 파악하고 ‘시정조치(remedies)’ 등 완결성 있고 실질적 규제를 수반한다.¹⁴⁴⁾ MI는 CMA에 권한이 일원화되어 있고 시장 실패에 대한 교정방법이 사후적이라는 점에서 보편적인 경쟁법 집행과 닮은 점이 있지만¹⁴⁵⁾ 각 법 위반행위에 대한 시정에 초점을 두는 개별적 제재가 아니라 관련시장 전체에

또는 CMA 장에 의한 기소나 동의가 있어야 개시되며 5년 이하 징역이나 벌금 또는 양자 모두 처한다. Enterprise Act 2002 § 190(1)(2); 황태희, 전계논문, 461면.

137) 영국의 브렉시트로 EU 경쟁법에서 대륙법계 특징이 두드러질 것으로 보인다는 견해는 다음 문헌을 참조. 황태희, 전계논문, 465면.

138) 송은지, 전계논문, 172면.

139) Advocacy Working Group, *Advocacy and Competition Policy Report*, ICN, 2002, p. 25, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_Advocacy_Report2002.pdf>, (2021. 5. 7. 최종방문.); ‘경쟁 주창활동’이라는 용어는 공정거래위원회가 공식적으로 사용하여 관행화 되었다. 홍대식, “공정거래위원회의 경쟁주창”, 『상사법연구』 제31권 제4호(2013), 293면.

140) Enterprise Act 2002 Part 4 Market Studies and Market Investigations; MS와 MI 모두 넓은 의미의 시장분석이다. 이강오·남재현, “주요 선진국의 시장분석연구 및 시사점”, 『규제연구』 제19권 제1호(2010), 44면.

141) CMA, Market Studies and Market Investigations: Supplemental Guideline on the CMA’s approach(hereinafter, ‘CMA3’) January 2014 (revised July 2017), p. 2., <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/624706/cma3-markets-supplemental-guidance-updated-june-2017.pdf>, (2021. 5. 8. 최종방문.)

142) ‘MS’는 CMA가 조사 대상, 범위를 포함한 ‘MS 공지(Market Study Notice)’로 공식 착수하며(Enterprise Act 2002 §§ 130A(1)) 특정한 사업자 등에게 필요한 정보와 자료를 요구할 수 있다.(Enterprise Act 2002 §§ 173(3)(4)(5)) 만약 합리적 사유 없이 자료 자료제출의무 이행을 고의적으로 방해 또는 지연시킨 경우 과태료를 부과할 수 있다. (Enterprise Act 2002 §§ 174A(1)(2)(3))

143) 2001년부터 2020년 11월까지 실시된 MI 20건 중 상당수(15건)가 CMA가 주관한 MS에 기초하였다. Helen Ralston, What problems can the European Commission’s New Competition Tool Fix?, Oxera Agenda, July 31 2020, p. 2. <<https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2020/07/What-problems-can-the-European-Commissions-New-Competition-Tool-fix.pdf>>, (2021. 5. 8. 최종방문.); 다만, MS가 진행되었다고 하여 반드시 MI가 이루어져야 하는 것은 아니다. 류시원, 전계논문, 260면.

144) MI가 시장 전체를 대상으로 한다는 점에서 개별적 위반행위에 대한 조치와는 상이할 수 있지만 결과적으로는 이해당사자들에게 ‘명령(order)’ 등 형식으로 의무를 부과하므로 ‘시정조치’ 성격으로 이해될 수 있다. 류시원, 전계논문, 260면.; 다만, 개별적 위반행위에 대한 제재는 아니므로 MI 후속조치로 과징금 부과는 할 수 없다. Helen Ralston, supra note 17, p. 3.

145) 류시원, 전계논문, 270면.

대한 회복을 시도하여 미래의 경쟁촉진을 지향하는 차이점이 있다.¹⁴⁶⁾ 후술하겠으나 이해당사자와 협력적 관계를 구축하여 유기적인 시장 개선책을 이끌어 내는 점에서 특정 산업영역에서 사전적 ‘행정규제(regulation)’와 유사한 점도 있다.¹⁴⁷⁾ 이러한 양면적 성격으로 MI는 유연하며¹⁴⁸⁾ 하이브리드적¹⁴⁹⁾ 접근방식으로 평가받는다. MI는 관련시장에 대한 경쟁제한성 판단 후 이를 교정하고 근본적으로 시장기능이 정상화할 수 있는 시정조치 결정이 포함된 최종 보고서를 발간하는데¹⁵⁰⁾ 프로세스는 다음과 같다.¹⁵¹⁾ 첫째, 정보수집 단계로 CMA가 관련 사업자 등 이해당사자에게 설문조사, 현장 인터뷰 등을 통하여 관련시장에서 필요한 정보를 수집한다. 둘째, ‘쟁점 진술서(issue statement)’ 발행 단계로 이해당사자들은 쟁점과 가능한 시정조치 등에 대한 의견을 제출한다. 셋째, 청문 단계로 CMA의 시장에 대한 이해도 증진과 이해당사자들의 의견, 조사쟁점, 후속 시정조치 등에 대한 실질적 논의의 장이다. 넷째, 분석과 예비결정 보고서 작성 단계로 경쟁분석을 통한 문제점 평가, 시정조치의 현실성 등을 검토한다. 이 과정에서 이해당사자의 영업비밀 등 민감 정보가 향후 공개대상에서 제외될 수 있도록 개별 이해당사자의 의견을 조회하여(‘put-back process’) 적극적 협력과 참여를 유도한다. 다섯째, 의견청취 단계로 예비결정에 대한 이해당사자 의견을 보고서 발간 전 최종적으로 청취한다. 여섯째, 최종보고서 발간 단계이다. 시장 경쟁촉진에 필요한 시정조치에 대한 CMA의 결정, 이유가 반영된다. CMA는 구조적 시정조치, 행태적 시정조치, 권고 조치¹⁵²⁾ 3가지 시정조치를 내릴 수 있는데 시장의 경쟁제한성이 해소되고 정상적 시장 기능이 구현되도록 종합적, 유용한 대책을 설계한다.¹⁵³⁾ 조치의 형식은 ‘명령(order)’, ‘이해당사자의 수용·부담을 받아들이는(accepting undertakings)’¹⁵⁴⁾ 방식 등이 가능하다. 이런 점에서 MI는 이해당사자의 이해와 참여를 기반으로 합리적 의견수렴 절차를 거쳐 시장을 효율적으로 개선하도록 투명한 절차를 보장한다. 이해당사자에게는 적대적이지 않고(non-adversarial)¹⁵⁵⁾ 우호적 협력을 바탕으로 빠르고 효과적으로 시장 문제를 해결하는 효과를 기대할 수 있다.¹⁵⁶⁾ CMA는 최종보고서 발간일부터

146) Niamh Dunn, Between Competition Law and Regulation: Hybridized Approaches to Market Control, *Journal of Antitrust Enforcement* Vol. 2 no. 2, 2014, p. 238.

147) 류시원, 전제논문, 271면.

148) Helen Ralston, supra note 17, p. 3.

149) Niamh Dunne, supra note 70, p. 235.

150) MS는 법정 조사기간이 12개월인 반면 MI는 24개월까지 조사가 가능한데(Enterprise Act 2002 §§ 131B and 137.) 이는 충분하고 깊이 있는 조사를 위한 것이다. 류시원, 전제논문, 262면.

151) CMA3, supra, pp. 30~36. (The main stages of an investigation 3.36~3.64).

152) CMA는 정부기관 등에 법의 제정이나 특정한 행동촉구를 요구할 수 있으며 가격 또는 비가격 시장정보의 공개를 명하거나 이해당사자에 시정조치의 이행여부를 모니터링 할 제3기관을 지정 후 비용을 부담하도록 명하는 것도 가능하다. CMA3, supra, pp. 39~40.(4.11).

153) Enterprise Act 2002 §§ 134(6).

154) CMA3, supra, p. 37.(4.2).

155) Niamh Dunne, supra note 70, p. 238.

156) Helen Ralston, supra note 17, p. 3.

6월 내 조치 형식을 결정하여 시정조치를 집행하는데 CMA 결정에 불복 시 후속 사법절차가 진행된다.¹⁵⁷⁾

시장조사제도가 활용된 사례로 OFT가 CMA로 통합되기 전 2004년 ‘공공부문 조달이 경쟁에 미치는 영향평가에 대한 보고서’(MS)를 들 수 있다.¹⁵⁸⁾ 이 보고서에서는 단기적 및 장기적 관점이 종합적으로 반영되었다. 단기적 관점에서는 입찰 참여사업자의 수, 입찰의 유사패턴, 입찰의 투명성과 참여사업자와 상호회합 가능성, 수요 안정성 및 예측가능성에 따른 입찰시장에 미치는 영향력이 검토되었다. 장기적 관점에서는 공공조달 시장에서의 사업자 규모 또는 기업별 경쟁력 간극에 변화를 주는 등 시장구조가 경쟁사업자들에 영향을 미치는 점, 공공조달 시 공공사업자가 담합에 관여하는 경우 입찰 참여사업자들 간 경쟁을 제한 또는 왜곡시키는 부정적 효과가 미칠 수 있음을 분석하였다.¹⁵⁹⁾ 이러한 MS 분석을 토대로 핵심적 조달 관행에 대한 평가를 수행하고¹⁶⁰⁾ 공공조달 입찰담합 시 경쟁제한적 시장환경에 관한 점검방법론 및 사례 적용결과를 제안하였다.¹⁶¹⁾ 이후 OFT는 2006년 관련시장을 특정하고 공공조달 절차를 추가 분석하여 개선방안을 권고하는 최종보고서(MI)를 발간하였다.¹⁶²⁾ ‘정부거래청(Government Commerce Office)’ 및 ‘환경식품농촌부(Department for Environment Food and Rural Affairs)’와 협력하여 쓰레기 수집과 처리에 대한 공공조달절차를 분석하고, 해당과정에서 공공조달이 시장에 미치는 경쟁제한성을 통하여 시장 경쟁촉진을 위한 방안을 권고하였다. 본 건에서는 환경정책 변화가 수반되어야 할 사안으로 보고 환경식품농촌부에게 도시 폐기물의 매립지 이관, 지방자치단체가 3억 파운드 상당의 폐기물 처리 서비스로 인한 효용을 얻을 수 있도록 지원 메커니즘을 시행하도록 하였다.¹⁶³⁾

IV. 발주처 임직원의 입찰담합 관여행위 관련 쟁점검토

1. 입찰담합 방조행위의 성립과 제재

공정거래위원회는 공정거래법 제19조 제1항 후단의 해석에서 ‘하계 한’의 의미를 법원과 같

157) CMA3, supra, pp.30~36.(The main stages of an investigation 3.36~3.64).

158) Office of Fair Trading, ‘Assessing the Impact of Public Sector Procurement on Competition’(hereinafter, ‘OFT742b’), September 2004.

159) OFT742b, id. pp. 69~102.

160) 예컨대, 입찰 참여를 제한하거나 비용낭비를 초래하는 거래관행, 복수의 계약을 일괄하여 통합 발주하는 발주처 관행, 외부 조달이 아닌 자체적 내부조달 관행 등이다. OFT742b, id. pp. 103~137.

161) OFT742b, id. pp. 138~191.

162) Office of Fair Trading, More Competition, Less Waste: Public Procurement and Competition in the Municipal Waste Management Sector (hereinafter, ‘OFT841’), May 2006.

163) OFT841, id. p. 3.

이 교사 또는 그에 준하는 행위에 한정하지 않고 교사에 이르지 않더라도 담합에 대한 조장, 촉진, 방조행위까지 넓게 확대해야 한다는 입장이므로 최근 연구용역 결과를 참조하여 향후 공정거래법 등 개정 또는 특별법 제정으로 해석론상 문제점을 극복하려는 시도가 전망된다.¹⁶⁴⁾ 특히, 다양한 해외 입법례가 제3자 담합 관여행위를 특정 행위유형에 한정하지 않고 담합참여 사업자와 관계에 대한 제한조건을 두지 않으므로 현재의 입법적 공백을 해소해야 할 정책적 당위성을 강조할 것으로 보인다. 발주처 담합 관여행위는 다양한 스펙트럼으로 나타날 수 있는데 특히 적극적 교사 등에 이르지 않은 단순 방조행위까지 확대하여 규제하는 시도는 여러 가지 문제를 초래한다고 생각한다. 필자는 발주처의 담합에 대한 방조행위는 법 위반 판단기준이 불분명하므로 법 위반 성립이 부정되어야 한다는 입장을 지지하는 바 만약, 경쟁당국의 입법 정책적 결단으로 공정거래법을 개정하는 경우를 가정하고 법 위반 적용범위 확대 시 적정 제재수준을 함께 논하기로 한다. 결론적으로, 발주처의 입찰담합 방조행위는 수평적 사업자 간 담합 양상과 비교할 때 위법영역 특징이 어려우므로 적극적 규제에 신중함이 요구되며, 부득이하게 제재대상으로 삼더라도 현행 담합 제재 수위와 차등적으로 고려하는 것이 법 집행 오류를 예방할 수 있을 것으로 생각한다. 필자의 논지에 대한 근거를 제3자의 입찰담합 방조행위에 대한 법리적 측면 및 발주처 임직원의 입찰담합 방조행위 규율에 대한 정책적 측면으로 나누어 기술하겠다.

가. 제3자의 입찰담합 방조행위에 대한 법리적 측면

첫째, 형사법적 관점과 공정거래법의 명문 취지, 앞서 살펴본 대법원 판례 입장을 종합적으로 감안할 때 제3자의 담합 방조행위 등 중범 성립은 부정된다고 보는 것이 타당할 것이다. 공정거래법 제19조 제1항 후단 규정은 명백하게 “다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 ‘하도록’(교사범) 한 행위”를 법 적용대상으로 삼고 있는데 우리 법 체계상 형법상 중범에 대한 일반규정을 특별법으로 의도한 것으로 볼 수 있다. 그러므로, 담합 외부 관여자에 대한 중범 성립을 부정하는 취지로 이해함이 바람직하다. 공정거래법 제66조 형사처벌 규정도 “법 제19조 제1항을 위반하여”라고 명시하고 있다.¹⁶⁵⁾ “법 제19조 제1항을 위반하여” 규정의 규범적 의미는 자연인에 대한 형사처벌의 한계점을 설정한 것이라 할 수 있다. 즉, 최소한 사업자들 간 경쟁제한적 합의를 수행하여 법 제19조에 의하여 담합 참여사업자들에게 행정제재가 가능

164) 최근 공정거래위원회 연구용역 최종보고서에서 제안한 공공부문의 발주처 입찰담합 관여행위 방지(안)은 다음과 같다. “① 국가계약법상 투명하고 공정한 계약 실행의무 조항 또는 부당한 관여행위 금지조항의 신설 ② 공정거래법상 입찰담합 방조행위 등을 명시적으로 금지하는 조항 신설(법 제19조의 3) ③ 일본 입법례에 따라 공공기관 임직원의 입찰관여 방지 특별법 제정(법 위반 시 개선 조치요구, 임직원의 손해배상책임, 임직원의 징계처분 요구, 입찰담당자의 교육의무 반영)”. 박수영, 전제보고서, 116면 이하.

165) 강우찬, “부당 공동행위에 대한 형사법, 절차법 측면에서의 전면적 재고찰-전속고발제 일부 폐지 논의에 즈음한 비판적 검토: 법의 지배(rule of law)의 관점에서-”, 『저스티스』 통권 176호(2020), 130면.

한 사안에 대해서만 개인의 형사처벌 가능성을 분명히 한 점이다. 이는 개인의 형사처벌 범위가 무한정 확대되는 것을 경계하기 위한 방과제 역할로 전속고발제를 도입한 공정거래법상 취지와 해석론상으로 적절하다고 볼 수 있다. 결론적으로, “법 제19조 제1항을 위반하여”라는 문언은 “법 제19조 제1항 위반행위가 될 수 있는 경우에 한하여” 정도의 의미로 이해할 수 있겠다.¹⁶⁶⁾ 나아가 공정거래법상 담합 처벌은 합의 내용에 대한 실행 여부를 불문하고 합의 자체만으로 형사처벌 대상으로 하고 있어 형사법적 시각에서 매우 이례적 사례이다. 이론상 자유로운 시장질서 확립이라는 공정거래법의 보호법익 실현을 위해서라면 공정거래법 제재대상은 원칙적으로 자유로운 시장질서 확립을 침해하거나 침해 위험성이 있는 행위로 범위를 한정하여야 타당할 것이다.¹⁶⁷⁾ 이러한 문제점을 해결하고자 프랑스는 직접적 합의 가담자만을 처벌 대상으로 개정하여 회합에 동참하지 않았거나 사업자 조직 내부에서 실무자 등 의사결정권한이 없는 자연인에 대한 기소를 금지하고 있다.¹⁶⁸⁾ 영국에서도 형사법상 법정항변사유를 신설하여 범죄성립이 되지 않을 가능성을 열어두었다.¹⁶⁹⁾ 공정거래법 제19조 제1항은 특히 실제 합의한 자인 정범과 교사범을 동일하게 처벌하도록 하여 정범 및 공범의 처벌 수위를 구별하는 형사법 원칙을 벗어나 부당하게 형벌권 행사범위를 확장시킨다는 비판도 제기된다.¹⁷⁰⁾ 그렇다면, 교사 수준에도 미치지 못하는 제3자의 입찰담합 방조행위까지 제재대상으로 포섭하고 형사처벌 가능성을 열어두는 것은 지나친 형사집행의 여지와 틈을 허용할 수 있다.

둘째, 방조행위로서 중범 성립을 부정함은 통상의 비즈니스 전체가 모니터링 대상이 되어 정상적 사업 영위가 곤란할 수 상황을 방지하는 안전장치를 구축하는 기능을 한다. 특히 방조행위는 행위양상, 수단, 방식 등에 제한이 없으므로¹⁷¹⁾ 죄형법정주의에 따라 엄격히 해석하는 방향이 바람직하다.¹⁷²⁾ 민간 사업자 또는 공공부문 내 조직에서는 다양한 계층과 이해관계자들이 수시로 소통하며 의사결정을 한다. 따라서, 비즈니스 관계에서 ‘일상적이며 중립적 지원 행위’와 ‘가별 필요성이 있는 지원행위’ 간 명확한 구별이 쉽지 않다. ‘중립적 행위’란 외관상 범죄의 영역과 무관해 보이는 일상적 행위를 의미하며, ‘일상적·중립적 행위에 따른 방조’란 전형적 직업활동과 관련된 행위들을 통하여 일정한 범죄행위를 객관적으로 촉발시킨 경우라 정의한다.¹⁷³⁾ 일반적으로 방조행위가 정범의 범죄 실현에 대한 결의를 전제로 범죄 실행을 유·무형적으로 조력하여 용이하게 하는 것으로 정의된다고 하여 범죄행위 촉진 시 곧바로 방조행위가 인정되는 것을 의미하지 않는다. 즉, 정범의 범죄 촉진 효과를 야기하여 인과적 범행기여

166) 강우찬, 전계논문, 117면.

167) 권수진·신영수·김호기·최문숙, 전계논문, 232면.

168) Louis Vogel, *French Competition Law*, LawLex, 2015. pp.415~416.

169) Kellaway, Rhodri, Christopher, *UK Competition Law - the new framework*, Oxford, 2015., pp.187~200.

170) 권수진·신영수·김호기·최문숙, 전계논문, 233면.

171) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1518 판결.

172) 강우찬, 전계논문, 130면.

173) 신양균, “중립적 행위에 의한 방조”, 『형사법연구』 제26호(2006), 3면.

도가 있더라도(방조행위의 객관적 및 주관적 요건 충족) 일정한 경우 가별성은 부정될 수 있다는 결론에도 이를 수도 있다.¹⁷⁴⁾ 결국, 이는 방조범의 불법 인정원리 또는 방조의 불법 귀속성 문제라 할 수 있다.¹⁷⁵⁾ 이에 대해서는 여전히 형법 해석상 논란이 있고 다양한 학설이 제시되고 있으나¹⁷⁶⁾ 상당수 견해에서 결과에 대한 인과성이나 촉진성, 고의만으로 방조범 성립을 단정짓는 것이 아니라 ‘행위의 사회적 의미’에 주목하는 경향을 보인다.¹⁷⁷⁾ 대법원도 법인 소속 구성원의 배임죄 사안에서 일상적 거래행위 시 방조행위는 ‘사회적 상당성’ 여부를 가별성 근거로 삼아 방조의 기여행위를 사회적, 경제적 내지 인적관계 관점에서 판단함을 확인할 수 있다.¹⁷⁸⁾ 즉, 위 대법원 판례에서는 거래상대방의 행위가 배임 방조행위로 인정되더라도, 단순히 배임행위임을 인지하고 거래하는 행위는 객관적 귀속성을 부정하여 처벌할 수 없다는 입장이다.¹⁷⁹⁾ 이와 같이 ‘일상적·중립적 행위에 따른 방조’에 대한 해석론과 대법원 입장을 살펴볼 때 입찰담합 관여행위의 제재 범위를 제3자의 무형적 방조행위까지 확대할 경우 혐의 대상이 폭발적으로 증가하여 결국 수사기관이나 경쟁당국의 자의적, 무분별한 법 집행을 용이하게 할 수 있다.¹⁸⁰⁾ 공정거래위원회의 조사는 검찰의 강제조사와 달리 법률상에 근거한 임의조사임에도 불구하고 조사부서의 권한과 재량 폭이 상당하여 남용 위험성이 크다. 결국 수요자인 발주처에게 법적 예측가능성이 결여되는 또 다른 문제점을 초래할 것이다.

나. 발주처 임직원의 입찰담합 방조행위 규율에 대한 정책적 측면

첫째, 수평적 공동행위 및 진정 수직적 공동행위에서는 ‘합의의 존재 입증’이 중요하겠지만 부진정 수직적 공동행위에서는 ‘교사 및 방조의 실질적 내용’이 중요한 요소이다. 예를 들어, 수평적 경쟁사업자나 수직적 사업자들이 상호 회합하여 입찰에서의 가격, 낙찰자 등을 정하는 것은 그 자체로 수평적, 수직적 합의의 유력한 증거로 작용하겠으나 부진정 수직적 관계에 있는 발주처와 하부시장 사업자들이 상품 또는 용역에 대한 공급을 위하여 실무상 시담이나 논의를 진행하는 것은 비즈니스 관행상 자연스러운 현상이기 때문이다.¹⁸¹⁾ 벤츠코리아 사건에서

174) ‘일상적·중립적 행위에 따른 방조’는 주로 거래행위나 직업활동에서 비롯된 행위이기에 통상의 방조와는 처벌 필요성 관점에서 본질적 차이가 있다는 입장은 다음 문헌을 참조. Schall, Straffloses Alltagsverhalten und strafbares Beihilfeunrecht, *GS-Meurer*, 2002, p. 105.

175) 이용식, “일상적·중립적 행위와 방조”, 『서울대학교 법학』 제48권 제1호(2007), 308면.

176) 일상적·중립적 행위의 방조 불성립 근거에 대한 학설 소개는 다음 문헌을 참조. 이용식, 전제논문 310면 이하 및 신양균, 전제논문, 8면 이하.

177) 이용식, 전제논문, 309면.

178) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결.; 동 판결에 대한 평석은 다음의 문헌을 참조. 신양균, “배임행위의 거래상대방의 형사책임”, 형사판례연구회 발표문(2006. 1).

179) 신양균, 전제발표문, 11면.

180) 김하림, 전제논문, 348면.

181) Herbert J. Hovenkamp, *supra*, p. 465.

도 법원은 벤츠코리아가 딜러사들에게 가격(권장공임)을 제시한 행위가 이해관계가 다른 사업자 간 사실상 협상과정으로 이해함이 거래 상식에 부합하며 상류 및 하부 사업자 간 경제적 유인, 이해관계가 다르므로 교사는 성립되지 않는다고 보았다. 따라서, 발주처의 방조행위에 대해서는 교사행위와 비교할 때 수직적 관계에서 합의의 실질적 내용을 엄격하게 판단해야 할 것이다. 일본 동경고등재판소의 '우정성 발주 구분기류 담합사건(郵政省發注區分氣流談合事件)'에서도 발주처의 담합 관여행위가 문제되었다. 법원은 구분기류를 납품하는 담합 참여사업자들은 발주처인 우정성과 관계에서 가격 결정, A/S 등 거래 전반에 대한 의존도가 높음을 인정하였다. 다만, 이러한 사실만으로 발주처라 하여 공급사업자들에게 강한 우월적 지위에 있다고 보기는 어렵고 양 자는 상호 의존관계라 보았다. 결국 발주처인 우정성이 구분기류 공급사업자들에게 지시, 주도, 요청 등을 하지 않았다고 판단하였다.¹⁸²⁾ 수요자인 발주처의 지위나 상황에 따라서 지시, 요청, 주도, 강제 등의 실질적 부분이 공급사업자 관점에서 심리적으로 어떻게 받아들였는지 즉, 주관적 의식에 의존하는 측면이 있어 지시, 주도, 요청 등에 대한 해석이 달라질 수 있기 때문이다.¹⁸³⁾ 최근의 여러 중량물 운송·하역용역 입찰담합 사건에서도 공급사업자인 운송사들이 발주처들의 입찰담합에 대한 방조, 묵인, 용인 등을 일방적으로 주장하였다. 수요 독점시장에서 공급자들 간 대항적 카르텔에서 위와 같이 공급사업자들의 편향적 인식 즉, 객관성이 결여된 주관적 의사에 근거하여 방조행위 성립을 인정함은 명백한 합의를 통하여 관련시장의 경쟁제한성을 저해한 법 위반 사업자들의 변명이나 방어논리로 악용될 수 있을 것으로 보인다.¹⁸⁴⁾

둘째, 외국 입법례와 비교하여 살펴보겠다. 미국은 단일 정범체계를 취하고 있는 점, EU는 TFEU 제101조에서 합의에 이르지 않더라도 경쟁제한적 우려가 있는 동조적 행위를 함께 규제하고 있는 점에서 제3자 담합 관여행위 범위를 조장, 촉진, 방조행위까지 넓게 포섭할 수 있는 유연성이 있다. 그러나, 우리 법체계와는 차이가 있어 동일한 기준으로 비교는 곤란하다. 일본과 비교하더라도 관계 중심적이며 협력적 사고관, 정부 및 공공부문 OB의 낙하산 인사 등 유사한 문화적 배경이 있지만 양 경쟁당국의 법 집행 빈도나 강도에 분명한 격차가 있다. 일본은 발주처가 관여하는 관제담합이 제3자 담합 관여의 주요한 사례로 정착되어 있지만 우리나라는 발주처 등 수직적 관계에서 담합행위가 문제된 사례가 많았는지, 발주처의 방조행위가 과연 제3자 담합 관여행위로 일반화될 수 있을지 의문이다. 이러한 점을 종합 고려할 때 필자는 발

182) 홍순강, “일본 독점금지법상 부당한 공동행위에 있어서 경쟁관계 및 의사의 연락 인정 - 동경고등재판소 2008. 12. 19. 19년(2007년)(行ク) 제12호 우정성발주구분기류담합(郵政省發注區分氣流談合) II 사건 -”, 『경쟁저널』 제161호(2012), 53면.

183) 白石忠志, 上掲書, 153頁.

184) 물론, 수요독점 시장에서 공급자들 간의 대항 카르텔에 대해서도 법원은 경쟁제한성을 인정하는 입장이다.; 일진전기 등 11개사 컷아웃스위치 입찰담합 사건(서울고등법원 2007. 11. 8. 선고 2005누19759 판결), 한국수출포장공법 등 16개 골판지상자 제조판매사업자의 부당공동행위 건(서울고등법원 2017. 7. 12. 선고 2016누57474 판결) 등.

주체가 관여된 담합에서 방조행위까지 적용범위를 확대하는 것은 무리가 있고, 공정거래법 제 19조 제1항 후단 '교사에 준하는 행위'에 대한 해석 확장으로 실질적으로 가벌성이 필요한 경쟁제한적 담합 관여행위를 규제할 수 있을 것으로 본다.

셋째, 입찰담합은 대부분 과징금 부과 등 행정제재를 기본으로 하면서도 법정 형사제재 적용대상으로 전속고발제, 리니언시 프로그램 등과 밀접하게 연관되어 있어¹⁸⁵⁾ 민간 기업과 공공부문을 불문하고 막대한 영향력을 끼칠 수 있다. 그러므로, 법 적용범위 확대 시 제재수준에 대한 신중한 논의가 필요하다. 미국은 제도 초기부터 법무부를 통한 집행체제로 시작되었고 입찰담합이 범죄에 버금가는 가벌적 행위로 인식되고 있다.¹⁸⁶⁾ 우리나라 법 인식상 입찰담합에 대한 방조 수준의 관여행위가 범죄에 준하는 비도덕적 행위인지에 대한 공감대가 형성되었는지, 아울러 그럴 필요성이 충분히 있는 것인지 의문이다. OECD에서도 다양한 이해관계자 등 사회 구성원의 지지가 충분히 확보되지 못한 채 형사제재를 남용하는 담합규제는 현실적 법 집행에 어려움이 있다는 보고가 있다.¹⁸⁷⁾ 따라서, 입찰담합에서 발주처가 방조행위로 관여한 경우 공정거래법상 벌칙 등 형사제재 적용대상에서 제외하는 방안이 타당할 것으로 생각한다.¹⁸⁸⁾ 이는 형법상으로도 교사범과 방조범의 처벌 수위를 엄격히 구분하고 방조범을 필요적으로 감경하는 취지와도 부합할 것으로 생각된다. 같은 취지로, 통상 입찰담합 등 경성담합 사건에 대한 공정거래위원회 제재 시 시정명령 및 과징금 부과조치가 병행되는 것이 일반적인데 입찰담합 방조행위에 대해서는 금전적 제재 보다는 입찰담합 관련시장의 경쟁 촉진적 환경 구축과 시장기능 회복이 필요하다는 점에서 시정조치¹⁸⁹⁾ 수준의 법 집행 방안이 바람직해 보인다. 필자의 견해는 발주처의 담합 방조행위 근절은 발주처가 입찰담합을 용이하게 할 수 있는 입찰시장 환경을 적극적으로 보완, 개선해 나가지 않을 경우 입찰담합 예방에 근본적 한계가 있다는 인식에서 비롯된 것이다.

2. 발주처 및 경쟁당국의 협력에 기반한 법적장치 도입방안

살펴본 바와 같이 최근 철강재 등 중량물 운송·하역용역 입찰담합 사건들에서 담합에 참여

185) 김하림, 전제논문, 348면.

186) 미국은 서면법 도입 시부터 담합을 '가벼운 범죄행위(misdemeanour)'로 분류하였고 이후 1974년 'Antitrust Procedures and Penalties Act'에서 담합행위는 무거운 범죄로 분류되었다. 조성국, "공정거래법상 전속고발제도에 관한 연구: 법집행 적정성의 관점에서", 「경쟁법연구」 제35권(2017), 281~282면.

187) OECD, Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels(OECD/LEGAL/0294), July 4 2019, para. 204.

188) 공정거래법 제66조 제1항 제9호는 "제19조 부당한 공동행위 금지 제1항을 위반하여 부당한 공동행위를 한 자 또는 이를 행하도록 한 자"에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하 벌금에 처하도록 규정하며, 제70조는 양벌규정을, 제71조는 전속고발권 대상임을 명시하고 있다.

189) 공정거래법 제21조는 "동법 제19조 부당한 공동행위 제1항 규정 위반 시 당해행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다."고 규정한다.

했던 업체들이 대형 민간 발주처들의 담합 묵인 등 방조행위가 있었다고 일방적 주장을 하였는데 공정거래위원회가 이에 대한 별도 법 위반 판단을 하지 않았다.¹⁹⁰⁾ 그러나, 입찰담합행위에 발주처의 영향력이 미친 점을 감안하여 담합 참여업체에 대한 과징금 산정 시 중대성이 약한 법 위반행위로 인정하였는데 이는 입찰시장에서 발주처의 행위나 제도 운영이 시장에 유기적 연관성이 있음을 고려한 결과라 생각한다.¹⁹¹⁾ 입찰담합은 발주, 입찰, 낙찰, 계약방식 등 거래제도와 직접적 인과관계가 있다는 분석도 있다.¹⁹²⁾ 따라서, 장기적 관점에서 입찰 시장의 경쟁 촉진을 활성화하려면 무엇보다 발주처가 입찰제도와 거래상대방에 대한 운영제도를 어떻게 보완하고 시장에 어떤 영향을 끼칠지 고민하여 근본적 담합 예방 개선책을 마련하여야 할 것이다. 왜냐하면, 발주처 입장에서도 입찰 참여사업자들의 담합이 발생한 경우 담합으로 인한 직접적 금전 손해에 그치지 않고 공정거래위원회 참고인 조사 대응에 따른 인적·물적 자원의 지속적 투입, 사건 후속 조치에 따른 계약상 부정당사업자 제재 및 거래 단절에 따른 대체 거래선 확보 노력, 민사상 손해배상 청구 시 소요되는 시간·비용 부담 등 비즈니스 전반에 미치는 영향력이 상당하기 때문이다. 예를 들어, 상당수 입찰담합 사건에서 가격 중심의 최저가 낙찰제를 운영하였는데 저가 낙찰제가 보편화 될수록 입찰 참여사업자 간 담합 발생 가능성이 높아진다는 점이 설득력을 얻고 있다. 이는 실질적 경쟁 촉진의 결과가 아닌 운에 의한 낙찰(소위, '운찰제')을 초래하므로 이윤 극대화 내지 손실 최소화를 위하여 입찰 참여사업자들로 하여금 담합의 빌미를 줄 수 있는 환경을 초래할 수 있기 때문이다.¹⁹³⁾ 그러나, 이러한 입찰담합 사건으로 피해를 입은 발주처들이 낙찰자 선정방식 보완, 입찰참여 사업자 확대 등 입찰제도 개선에 얼마나 적극적 노력을 기울였을지 의문이다. 발주처 관여 가능성이 있는 입찰담합 방조행위에 대해서는 기타 입찰담합과 다른 관점으로 접근이 필요해 보인다. 따라서, 전통적 방식의 사후 제재보다는 선제적 대응 차원의 경쟁 주창활동을 활용하는 방안이 발주처로 하여금 입찰담합 예방에 능동적으로 대응하는데 효과적일 것으로 생각한다. 다만, 실행력을 담보하기 위해서는 경쟁당국과 발주처 간 신뢰를 바탕으로 한 협력에 기반한 법적장치 도입이 선행되어야 할 것이다. 이러한 패러다임의 전환은 위법 영역이 불분명한 발주처 임직원의 방조행위에 대한 적극적 법 집행 시 초래할 수 있는 경쟁법 집행 오류를 미연에 방지하는데 기여할 수 있을 것으로 생각한다.

190) 각주 7) 참고.

191) 이 글의 I에서 관련 사례를 구체적으로 기술하였다.

192) 서울대학교 건설환경종합연구소, “발주제도와 관습이 공공공사 담합에 미치는 영향 진단 및 해법”, 『국토와 건설진단(Land& Construction Review)』 제1권(2014), 19면.

193) 서울대학교 건설환경종합연구소, 전제논문, 19면.; Saito, T. and Hughes, W. , History of the past 30 years' transition and present status of construction procurement and contracting in the UK, The 1st International Conference of Construction Project Delivery Methods and Quality Ensuring System Symposium Materials, December 2012.

가. 영국 및 일본 입법례 도입을 위한 공정거래법 제3조 개정

경쟁당국과 발주처 간 신뢰에 바탕을 둔 시장 친화적 제도 도입에 있어 일본의 입찰담합 관여행위 방지법상 경쟁당국의 발주처에 대한 개선조치 요구 제도¹⁹⁴⁾ 및 영국의 시장조사 제도에 시사점이 있을 것으로 보인다. 필자가 제안하는 구체적 방법론은 공정거래법 제3조 ‘독과점적 시장구조 개선제도’의 적용범위를 ‘부당한 공동행위’로 확장하는 입법적 개선안이다. 이로써 영국 시장조사제도와 유사한 방식으로 입찰담합이 반복되는 특정 시장에 대하여 공정거래위원회가 선제적 시장연구를 수행하고, 일본 관제담합 특별법 규정과 같이 발주처로 하여금 제도개선 이행조치를 요구할 수 있을 것으로 보인다.

첫 번째 단계로, 입찰담합 시장의 문제점을 교정하고 담합 억지력 확보를 위해서는 공정거래위원회 주도로 관련시장에 대한 사전 연구가 선행되어야 하므로 영국의 시장조사제도를 벤치마킹한 경쟁주창활동 제도¹⁹⁵⁾ 마련도 필요할 것으로 생각한다. 공정거래법에서도 독과점 시장구조 개선을 위한 시장 구조조사 규정을 두고 있으며¹⁹⁶⁾ 필요 시 공정거래위원회의 자료제출 요청 권한이 있지만 조사에 강제력을 부과할 근거는 부족하다.¹⁹⁷⁾ 즉, 동 규정은 자료제출 요청 거부 등의 강제수단이 없으며 담합에 대해서까지 적용할 수 없는 한계점, 시정조치 등과 결합한 독자적 규제수단으로 기능이 곤란한 점에서 영국의 시장조사제도와 차이를 보인다.¹⁹⁸⁾ 공정거래위원회의 경쟁주창제도 활성화 차원에서 공정거래법 제3조의 적용범위를 다른 분야로 확장할 필요성이 있다는 견해가 있다. 이 견해는 반복적으로 공정거래법 위반이 발생하는 경우, 규제 과잉으로 시장 경쟁원리가 왜곡적으로 작동되는 시장에 대한 선제적 연구 수행으로 경쟁 사각지대 시장분석에 효용성이 있을 것이라는 입장이다.¹⁹⁹⁾ 필자도 이 견해가 현행 공정거래법상 경쟁주창활동을 현실화 할 수 있는 방법으로 적절하다고 생각한다. 최근 공정거래법 전면 개정안에서 ‘서면 실태조사’ 규정을 신설하고 조사목적을 “일정한 거래분야의 공정한 거래질서 확립을 위하여”라는 일반사항으로 규정하였다. 실효성 확보를 위하여 조사대상자 범

194) 필자는 모호하고 폭넓은 행위유형으로 확장되는 발주처의 입찰담합 방조행위에 대한 경쟁법 집행에는 부정적인 입장이므로 일본 입법례에서 방조행위를 규제대상으로 포함한 부분은 별론으로 하고 ‘경쟁당국의 발주처에 대한 개선조치 요구제도’에 집중하여 도입 필요성을 검토한다.

195) 우리나라의 대표적 경쟁주창제도는 공정거래법 제3조의 독과점적 시장구조 개선제도와 제63조 경쟁제한적 규제입법에 관한 사전 협의제도, 행정규제기본법상 규제영향분석 일환의 경쟁영향평가제도를 들 수 있다. 홍대식, 전계논문, 295~302면.

196) 공정거래법 제3조에서 “독과점적 시장구조가 장기간 유지되는 상품이나 용역의 공급 또는 수요시장에 대하여 경쟁을 촉진하기 위한 시책을 수립, 시행하고 그 추진을 위하여 시장구조를 조사, 공표하고 필요한 경우 자료를 요청할 수 있다.”고 규정한다.

197) 성승제·신영수, “공정거래위원회 시장분석의 실효성 확보방안 연구”, 「공정거래위원회 연구용역보고서」 (2012. 12.), 88~92면.

198) 류시원, 전계논문, 282면.

199) 류시원, 전계논문, 284면.

위는 제한을 두지 않고 불응 시 과태료 부과 규정까지 반영하였다.²⁰⁰⁾ 이러한 움직임은 발주처 임직원의 입찰담합 관여행위 논의에서 시의 적절하지만 입찰담합이 만연한 시장기능을 실질적으로 교정하려면 시정조치 등과 결합한 수단이 수반되어야 하므로 영국의 MS 및 MI 제도 운영사례가 가치 있는 비교법적 검토대상이 될 것으로 보인다. 영국의 기업법과 같이 조사기간, 시정조치 요건 등에 대한 구체적이고 엄격한 규정 없이 일반론 차원에서 관련 규정을 도입한다면 경쟁당국에 과도한 재량권을 부여하게 되고 이는 침익적 행정처분 등 또 다른 문제를 야기할 수 있다.²⁰¹⁾ 우리 공정거래위원회는 영국과 달리²⁰²⁾ 시장지배적지위남용 및 부당한 공동행위 외에도 불공정거래행위에 대한 유례 없는 적극적 법 집행이 이루어지는 상황이므로 경쟁당국의 한정적 자원과 시간을 장기간 심층 분석이 필요한 MS 및 MI에 투입하는 것이 타당한 지 고민이 필요하다.²⁰³⁾ 최근 EU는 디지털 플랫폼 문제에 대응하고자 ‘새로운 경쟁법 툴(New Competition Tool, 이하 ‘NCT’)²⁰⁴⁾을 강조하면서 영국 시장조사제도를 참조하겠다고 하였다.²⁰⁵⁾ 우리나라에서도 디지털 플랫폼 분야에서 타당성 검토가 이루어지고 있는데 법적, 제도적 관점에서 면밀한 비교법적 분석을 통한 신중한 도입에 무게가 실리고 있는 것으로 보인다.²⁰⁶⁾ 필자도 이러한 입장에 동의하며 지나치게 급진적이고 무리하게 이 제도의 차용을 주장하는 것은 아니다.

두 번째 단계로, 일본 공정취인위원회가 입찰담합 사건 조사 후 발주처 임직원의 관여행위가 명백한 경우 발주처에게 사실관계 등을 자발적으로 조사하도록 하고 결과와 후속 개선조치 사항을 공표하도록 하여 책임감 있는 개선조치 이행을 유도하는 후속 실행방안을 참고할 수 있겠다.²⁰⁷⁾ 무엇보다 입찰제도에 대한 거래정보, 거래처 동향, 경쟁제한적 실무 거래관행 등을

200) 공정거래위원회, “공정거래법 시행령 전부개정안 입법예고”, 보도자료(2021. 6. 3), <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&crpttype=1&report_data_no=9101>, (2021. 6. 5. 최종방문.)

201) 영국의 MI제도는 장래를 향한 질서형성작용의 성격이 있으며 포괄적으로 재산권에 대한 제한을 가할 수 있도록 경쟁당국에 권한을 부여하여 헌법상 비례성 원칙에 부합할 수 있을지에 대한 고민도 필요하다는 입장은 다음 문헌을 참조. 이상윤, “유럽연합의 플랫폼 규제 동향 - Digital Service Act와 New Competition Tool”, 『외법논집』, 제44권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소(2020), 317면, 322-323면.

202) 영국 경쟁당국의 경쟁법 위반조사 실적을 살펴보면 OFT 조사 착수 기준으로 2007년 1월~2014년 3월 중 연 평균 4.6건, 2014년 CMA로 통합된 이후에는 연 평균 8.8건으로 우리나라에 비해 법 집행에 매우 신중한 입장을 확인할 수 있다. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Competition Law Review: Post Implementation Review of Statutory Changes in the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, March 2019., p. 24.

203) 류시원, 전계논문, 257~258면.

204) 이상윤(2020), 전계논문, 302면.

205) Charley Connor, “Vestager: EU may introduce competition rules for digital gatekeepers”, Global Competition Review, April 24 2020, <<https://globalcompetitionreview.com/vestager-eu-mayintroduce-competition-rules-digital-gatekeepers>>, (2021. 5. 19. 최종방문)

206) 류시원, 전계논문, 287면.; 이상윤(2020), 전계논문, 324~325면.

207) 入札談合等關与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の處罰に關する法律(平成14年(2002)法律第101号), 第3條 各省各廳の長等に對する改善措置の要求等.

유·무형적으로 가장 많이 인지하고 있는 발주처에게 입찰 거래생태계의 건전성 확보를 위한 책무를 부여한다는 점에서 의미가 있을 것이다. 다만, 일본 입법례에서는 해당 특별법에 의한 개선조치 요구 외에 사적독점금지법이나 형법에 의하여 별도로 제재된 사례가 있으므로 이 제도가 발주처에 대한 징벌적 성격이 아닌 친화적이며 적대적이지 않은 제도로 자리매김하려면 다른 법령과 관계에서도 일관된 대응이 이루어질 수 있도록 별도 검토가 필요할 것이다.²⁰⁸⁾ 또한, 일본은 공정취인위원회 주도로 발주처의 입찰담합 관여행위를 미연에 방지하고 발주처가 주도적으로 법 위반 예방 컴플라이언스 활동을 전개하도록 발주처 대응실태 조사보고서를 발간하고 그 과정에서 다양한 지원 메커니즘을 마련하여 동참을 이끌어냄을 앞서 살펴보았다. 예를 들어, ‘1분 만에 알 수 있는 관제담합법(1分で分かる官談法)’, ‘이해도 체크테스트(理解度チェックテスト)’ 등 tool을 활용한 실질적 컴플라이언스 연수와 교육이 발주처 임직원에 의한 입찰담합 방조 등 관여행위를 예방할 수 있다는 점이 계량경제학적 분석에서도 검증되었고 발주처 만족도 높은 것으로 확인되었다.²⁰⁹⁾ 공정거래위원회도 사업자 대상으로 담합 예방교육을 추진한 사례가 있으나²¹⁰⁾ 비정기적 준법교육 외 나아가 발주처와 협력하여 건전한 입찰제도를 설계하도록 하고 시장상황 개선 및 입찰담합의 선제적 예방을 위한 적극적 대응이 필요할 것으로 보인다. 예를 들어, 민간 발주처로 하여금 자발적으로 입찰담합 가능성을 상시 모니터링 하도록 하고 담합 징후 포착 시 공정거래위원회에 적극적으로 조사를 요청할 수 있도록 공공기관 중심으로 운영되는 ‘입찰담합징후 분석시스템²¹¹⁾’ 활용 권한을 민간 기업에 제공하여 선제적 점검을 권고하는 방식을 고려할 수 있다. 입찰담합 예방에서 조기 경보를 활용한 모니터링은 매우 중요한 역할이지만 개별 민간 발주처가 AI(딥러닝) 등 분석기법을 활용하여 담합 징후 판단을 위한 데이터 수집, 알고리즘 설계 등 자체적으로 ‘입찰담합징후시스템’을 마련하는 것은 비용이나 관리 차원에서 용이하지 않기 때문이다.

이와 같이 영국과 일본 입법례를 참조하여 우리 법 현실에 어긋나지 않는 선에서 경쟁당국 및 발주처 간 협력적 관계에 입각한 법적장치를 마련하여 발주처의 담합 관여 문제를 해소하고 경쟁촉진적 입찰시장을 정착시킬 수 있을 것으로 생각한다.

208) 이 부분은 입법목적과 보호법익이 상이한 여러 입찰담합에 대한 규제 법령간 관계, 법제 정비 등을 고려해야 하므로 이 글에서는 별도로 구체적으로 논의하지 않는다.

209) 公正取引委員會(2018. 6), 前掲報告書, 76頁.

210) 공정거래위원회, “기업체·사업자단체 임직원 대상 카르텔 예방교육 실시”, 보도자료(2018. 11. 2.), <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=7966>, (2021. 5. 9. 최종방문.)

211) 동 시스템의 기능을 민간기업도 적극 활용할 수 있다면 담합 징후를 조기에 포착하여 담합 발생을 억제시킬 수 있을 것이다. 공정거래위원회는 ‘입찰담합징후시스템’을 2006년 도입하여 2018년 고도화 작업을 추진하였고 14개 공공기관으로부터 전송받은 입찰 데이터를 활용하여 입찰담합 가능성을 모니터링 하고 있다. 이에 대한 제도 소개는 다음의 보도자료를 참조. 공정거래위원회, “하수도관 및 맨홀 구매 입찰담합 제재”, 보도자료 (2021. 3. 8.), <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8988>, (2021. 6. 25. 최종방문.)

나. 공정거래자율준수프로그램상 유인책 확대

이하에서는 현행 법 여건상 일본 및 영국 입법례 도입이 어려운 경우 현재 시행 중인 공정거래위원회 주관 ‘공정거래 자율준수프로그램(Compliance Program, 이하, ‘CP’) 운영규정 개정을 차선택으로 제시하며 구체적 방안을 다음과 같이 제안한다. 우선, 입찰담합 방조행위에 연루된 발주처가 CP 등급평가 결과 우수 기업일 경우 CP 우수 기업에 대한 유인책 일환으로 과징금 부과 등 통상의 제재가 아니라 입찰제도 개선을 권고하고 이행하도록 하는 방안이 가능할 것으로 생각한다. 또는, CP 등급평가 가점요소로 ‘공정거래사건 관련 법 위반 예방을 위한 제도개선 및 이행실적’을 반영하여 기업들의 CP 운영 및 등급평가제도 참여를 유도하는 방안도 고려할 수 있겠다. 2019년 공정거래위원회가 CP 운영규정을 개정하여 CP 활성화를 꾀하였다고는 하지만²¹²⁾, 정작 CP를 도입하여 운영하는 사업자들은 과거의 과징금 감경이나²¹³⁾ 양형기준 참작 수준의 인센티브가 제공되지 않는 한²¹⁴⁾ 매력적 혜택으로 체감할 수 없다는 입장이기 때문이다.²¹⁵⁾ 최근 미국 DOJ의 CP 제도에 대한 정책 변경 동향도 주목할 만한 부분이다. ‘법무부 지침(Justice Manual)’ 및 ‘반독점국 지침(Antitrust Division Manual)’ 개정을 통하여 기업 CP의 적정성(adequacy)과 ‘실효성(effectiveness)’²¹⁶⁾을 양형 단계에서 참작할 뿐 아니라²¹⁷⁾ 기소 검토 단계부터 고려하여 혜택을 부여하도록 변경하고²¹⁸⁾ ‘반독점 형

212) 공정거래위원회, “공정거래자율준수프로그램 운영규정 개정·시행”, 보도자료(2019. 10. 22), <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8329>, (2021. 7. 16. 최종방문.)
동 개정에 의하면 종전 CP 등급평가 A이상 기업은 등급과 관계 없이 동일하게 공표명령 감경유인이 적용되었는데 최우수 기업에 대한 차별화된 혜택을 위하여 AAA이상 기업은 공표명령 면제 유인을 신설하였으며 법 위반 이력과 무관하게 CP 등급평가 신청을 할 수 있도록 신청 제한규정을 삭제하였다.

213) 공정거래위원회 ‘과징금부과 세부기준 등에 관한 고시’ 개정(2013. 6. 17) 전 과징금 고시는 위반사업자가 ‘공정거래 자율준수프로그램 운영 및 유인 부여 등에 관한 규정’에 의한 CP 등급평가에서 A이상의 등급 취득 시 10~20% 범위에서 1회에 한하여 과징금 감경할 수 있도록 규정하였다.

214) CP 도입기업의 법 위반 건수는 2006년 108건에서 2007년 143건으로 증가하였는데 CP 도입기업들이 과징금 감경 이점만 노리고 법 준수 노력은 소홀히 하는 도덕적 해이를 초래하여 CP등급평가 우수 기업에 대한 과징금 감경제도에 문제점이 있다는 비판이 제기되었다. 국회 정무위원회, 국정감사 결과보고서(2009), 42면.

215) 2006~2012년까지 CP 도입기업은 약 600여개로 파악되나 해당 기간 중 연 평균 47개 기업만이 CP등급평가에 참여하였고 2013년 이후 연 평균 15개 수준으로 감소하였는데 과징금 감경제도 폐지가 주요 원인으로 인식되고 있다. 국회예산정책처, 2018회계연도 공공기관 결산 위원회별 분석 검토보고서(2019. 8), 41면.

216) 준법감시를 위한 자율준수프로그램이 기업 자발적이든 법원 명령에 따라 강제적으로 시행되든 실효성이 엄격히 검증되어야 한다. 관련사항은 다음 문헌을 참조. Copeland, John D., The Tyson Story: Building an Effective Ethics and Compliance Program, *Drake Journal of Agricultural Law*, Vol. 5, no. 2, 2000, p.333.

217) CP제도는 미국에서 기업의 뇌물범죄 방지책으로 중요성이 부각되었고 1991년 미국 연방양형기준 제8장 (Sentencing of Organizations)에 규정되어 사법적 승인을 거쳐 각국으로 확산되고 있다. id. pp.311~326., Joseph E. Murphy, Policies in Conflict: Undermining Corporate Self-Policing, *The Rutgers University Law Review* Vol. 69, no. 2, 2017, pp.423~424.

218) Assistant Attorney General Makan Delrahni, “Wind of Change: A New Model for Incentivizing Antitrust Compliance Programs”, U. S. DOJ Justice News (July 11, 2019), <<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahni-delivers-remarks-new-york-university-school-l-0>>, (2021. 7. 16. 최종방문.)

사사건 CP 평가지침(Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations)'을 제정하여 9가지 CP 평가요소를 규정하였다.²¹⁹⁾ 최근 삼성전자의 국정농단 사건 파기환송심 판결에서 법원은 삼성의 '준법감시위원회 도입'에 대하여 다음과 같이 판시하였다. "CP의 본질은 법 위반 예방에 있고 처벌에 대한 '감형'에 있는 것은 아니지만 기업에게 인센티브를 기대하게 하고 CP의 자발성을 유도하려면 위법행위가 적발될 수 밖에 없는 인식이 전제되어야 한다. 따라서, 양형에 고려요소로 반영하려면 CP 실효성을 담보로 하여 신중한 접근이 필요하다."²²⁰⁾ 기업이 오직 감형을 궁극적 목적으로 CP 제도를 이용할 경우 CP 본연의 목적성이 훼손될 수 있겠으나, 자발적 CP 활성화를 통하여 법 위반 예방의 실효성이 전제되는 경우라면²²¹⁾ 일정한 동기부여가 준법문화 정착을 강화시키는 원동력이 될 것이라 생각한다.

CP 제도와 직접 관련성이 있는 것은 아니지만 '자진신고자 감면제도(leniency)'에서도 담합 참여 사업자들로 하여금 법 위반을 신고하도록 하고 제재 감면·감경이라는 인센티브를 제공하여 사업자들에게 상당한 동기부여가 되고 있는 것이 사실이다.²²²⁾ 경쟁당국 입장에서 담합 종결을 유도하고 담합 입증자료 확보에 상당히 기여하는 제도로 순기능이 있다.²²³⁾ 거래상대방의 담합 참여 예방 등 건전한 거래질서 및 준법문화 정착을 지원하고자 공정거래위원회의 '공정거래자율준수프로그램(CP)' 제도를 차용하여 민간기업 주도로 활용한 사례도 착안점이 될 수 있을 것이다. 이 제도에 의하면 민간 발주 기업이 거래상대방의 공정거래 CP 체계를 평가하여 인증하고 그 결과 CP 등급평가 우수 사업자를 선정하였는데 해당 사업자가 부득이하게 공정거래법 위반 시 CP 인증 주관기업(발주처)이 거래처 제재 및 손해배상 면제 또는 감경하는 혜택을 제공한다.²²⁴⁾ 이로써 양 거래당사자로 하여금 CP 준수 문화를 강건히 다지도록

219) 9가지 평가요소는 CP 설계와 포괄성, 자율준수 문화, CP에 대한 책임, 반독점 리스크 평가, 임직원에 대한 자율준수 교육 및 소통, 주기적 검토(감시·감사), 자율준수 유인 및 징계, 위법행위 적발에 있어 CP의 역할 및 개선노력이다. U.S. DOJ Antitrust Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations (July 2019), <<https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>>, (2021. 7. 16. 최종방문.)

220) 서울고등법원 2021. 1. 18. 선고. 2019노1937 판결., 25~26면.

221) 미국 연방양형기준 제8장 시행 후 Ethics Officer Associatio(EOA)의 실증조사에 의하면 CP 제도는 기업의 준법윤리경영 문화 정착에 상당히 기여한다는 응답이 있었고 오늘날 대부분 기업의 임직원은 준법·윤리와 경영은 결부될 수 밖에 없다는 인식을 하는 것으로 나타났다. Murphy, Diana E., The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics, *Iowa Law Review*, Vol. 87, no. 2, 2002, pp.710~711.

222) 기업이 자체적으로 '입찰담합 자진신고센터'를 구축하여 담합 자진신고를 유도하고 1, 2순위 자진신고자에 대해서 공정거래위원회 리니언시 제도와 유사하게 거래처 제재와 손해배상 면제·감경을 하는 사례가 있다. <https://www.steel-n.com/P10/P10710/voc/jsp/P10_VOC_Fair_Trade.jsp>, (2021.7. 16. 최종방문.)

223) OECD, Report on leniency programs to fight hardcore cartel, DAFFE/CLP(2001-13), 2001., p.5.

224) 포스코, "포스코, 국내기업 최초 '공정거래자율준수프로그램 인증제도' 시행", 보도자료(2021. 1.12.), <<https://bit.ly/3bBu15T>>, (2021. 7. 16. 최종방문.)

하고 건전한 거래생태계를 위한 디딤돌을 마련한다는 점에서 관련 유인책은 의미가 있다. 따라서, 발주처 임직원이 관여한 입찰담합에서도 공정거래위원회 CP 등급 평가 시 인센티브를 확대하여 발주처에 대한 시장 친화적 제도 적용이 가능할 것이다. 결론적으로, 제3자 관여 입찰담합 규율에서 중요한 점은 다른 유형의 제3자가 관여하는 입찰담합과 달리 발주처가 관여된 경우 사후 처벌방식이 아니라 조기경보 인지를 통한 예방 중심의 접근이 효과적이라는 발상의 전환이 필요하다는 점이다. 따라서, 관련 법과 제도의 혁신을 통한 발주처의 책임 강화를 유도하고²²⁵⁾ 투명하고 강건한 입찰 시장을 구현하도록 하는 새로운 접근이 요구되는 시점이라 생각한다.

V. 맺으며

지금까지 최근 공정거래위원회가 제제한 중량재 등 운송·하역 용역 입찰담합 사건들을 주요 글감으로 삼아 발주처 임직원이 관여한 입찰담합과 관련된 공정거래법상 규율방안을 고찰하였다. 결론적으로 필자는 공정거래법 제19조 제1항 후단 적용범위를 방조행위까지 확장하여 발주처 임직원이 방조에 의하여 입찰담합에 관여하는 행위를 제재대상으로 삼는 것은 부적절하다는 법원 입장이 타당하며 규제 사각지대 해소를 위해서는 법 문언상 '교사에 준하는 행위'에 대한 다양한 해석론을 확장적으로 검토해야 한다는 입장을 지지한다. 그럼에도 불구하고 만약, 공정거래위원회가 최근 연구용역 결과를 바탕으로 입법적 결단 하에 방조행위에 대한 법 집행을 하게 되는 경우에도 제재수준은 과징금 부과를 수반하는 과도한 행정 제재 보다는 시정조치에 머무르도록 하고 형벌 적용대상에서 제외하는 방향이 바람직하다는 논지를 제시하였다. 아울러, 발주처가 관여하는 방조적 담합행위에 대해서는 일본의 특별법상 발주처에 대한 개선조치 요구 또는 일반적 경쟁법 집행방식이 아닌 경쟁주창 일환의 영국의 시장조사제도에 착안하여 경쟁당국과 발주처가 상호 협력적 관계를 바탕으로 한 법적 장치를 도입하는 방식을 제안한다. 해당 입법례 도입이 현실적으로 어렵다면, 현행 공정거래위원회의 CP 등급평가 제도를 활용하는 방식이 실효성 있는 대안이 될 수 있음을 살펴보았다. 이러한 시각은 발주처의 방조에 의한 입찰담합 관여행위가 위법적 영역을 특정하기가 대단히 어려운 점, 입찰 시장은 발주처와 입찰 참여사업자를 비롯하여 경쟁당국이 직·간접적 이해관계자로 구성되어 유기적 거래생태계 성격을 띠는 점, 발주처가 관련된 입찰담합의 근본적 예방은 기존 경쟁법 집행과 다른 사고가 필요하다는 점에 입각하였다. 또한, 발주처에 우호적인 제도를 도입하여 능동적 입찰제도 개선 등 시장기능 회복을 위한 책무를 부여하는

225) 이로써 발주처가 입찰담합을 유도하고 조장한다는 의심인 담합참여 사업자들의 일방적 주장과 논란을 해소할 수 있을 것이다. 서울대학교 건설환경종합연구소, 전계논문, 27~29면.

방안이 입찰담합 억지력 확보에 효과적일 것이라는 논지를 제안하였다. 향후 입찰담합 시장에서의 경쟁 활성화와 법 위반 예방을 위하여 입체적이고 다각적 차원에서의 법 개정과 해결책 마련을 기대한다. ▣

(논문접수 : 2021. 6. 26. / 심사개시 : 2021. 7. 2. / 게재확정 : 2021. 7. 22.)

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 강우찬, “부당 공동행위에 대한 형사법, 절차법 측면에서의 전면적 재고찰-전속고발제 일부 폐지 논의에 즈음한 비판적 검토: 법의 지배(rule of law)의 관점에서-”, 『저스티스』 통권 176호(2020).
- 권수진·신영수·김호기·최문숙, “담합행위에 대한 형사법적 대응방안”, 『형사정책연구원 연구총서』 (2011).
- 권오승·서정, 『독점규제법 이론과 실무(제2판)』, 법문사, 2017.
- 국회 예산정책처, 2018회계연도 공공기관 결산 위원회별 분석 검토보고서(2019. 8).
- 국회 정무위원회, 국정감사 결과보고서(2009).
- 김종구, “영미법상 공범체계와 공범 종속성 원칙의 변천: 우리 형법상 공범체계와 관련하여” 『형사법 연구』, 제21권 제2호(2009).
- 김종민·이황, “상식과 직관에 부합하는 경제분석의 필요성: 경성카르텔에 시장획정을 요구하는 대법원 판례에 대한 코멘트”, 『고려법학』 제81호(2016).
- 김하림, “공정거래법 제19조 제1항 후단의 적용 범위에 대한 고찰”, 『법학논고』 제72호(2021).
- 류시원, “영국의 시장조사제도에 관한 연구: 공정거래법과 전기통신사업법에 대한 시사점을 포함하여”, 『경쟁법연구』 제42권(2020).
- 박수영, “발주처 임직원의 입찰담합 관여, 조장, 교사 행위실태와 규율 방안에 관한 연구”, 『공정거래위원회 연구용역보고서』(2020. 9).
- _____, “일본에서의 관제담합의 제한”, 『동북아법연구』, 제14권 제2호(2020).
- 배상원, “공정거래법상 수직적 공동행위의 성립여부”, 『사법논집』 제65집(2017).
- 서울대학교 건설환경종합연구소, “발주제도와 관습이 공공공사 담합에 미치는 영향 진단 및 해법”, 『국토와 건설진단(Land & Construction Review)』 제1권(2014).
- 송은지, “입찰담합의 효과적인 규제방안 연구”, 『KDI 연구보고서』(2013).
- 성승제·신영수, “공정거래위원회 시장분석의 실효성 확보방안 연구”, 『공정거래위원회 연구용역보고서』(2012).
- 신동운, 『형법총론(제3판)』, 법문사, 2008.
- 신양균, “중립적 행위에 의한 방조”, 『형사법연구』 제26호(2006).
- _____, “배임행위의 거래상대방의 형사책임”, 형사판례연구회 발표문(2006. 1).
- 신영수, “공공조달시장의 입찰담합 규제”, 『경쟁법연구』 제14권(2016).
- 이강오·남재현, “주요선진국의 시장분석연구 및 시사점”, 『규제연구』 제19권 제1호(2010).

- 이상훈, “카르텔 규제의 형사적 집행 효과에 관한 의문들: 공정거래법 전면개정안의 전속고발권 폐지 관련 내용을 중심으로”, 「고려법학」 제95호(2019).
- _____, “유럽연합의 플랫폼 규제 동향 - Digital Service Act와 New Competition Tool”, 「외법논집」, 제44권 제3호(2020).
- 이용수, “공공조달분야의 담합과 부패 근절을 위한 OECD 연구”, 「OECD 글로벌 경쟁포럼 및 경쟁위원회 보고서」(2011).
- 이용식, “일상적·중립적 행위와 방조”, 「서울대학교 법학」 제48권 제1호(2007).
- 이재상, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2008.
- 이호영, “독점규제법상 ‘관련시장’ 확정의 의미와 입법적 개선”, 「법조」 제63권 제5호(2014).
- 조성국, “공정거래법상 전속고발제도에 관한 연구: 법집행 적정성의 관점에서”, 「경쟁법연구」 제35권 (2017).
- 정세훈·최인선, “카르텔 조장·촉진자에 대한 유럽연합기능조약 제101조의 적용: 유럽사법재판소의 AC-Treuhand 판결과 시사점”, 「경쟁저널」 제184호(2016).
- 정재훈, 「공정거래법 소송실무(제3판)」, 육법사, 2020.
- 최승재, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 후단의 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 한의 의미와 수직적 공동행위에 대한 검토”, 「인권과 정의」 통권 423호 (2012).
- 홍대식, “공정거래위원회의 경쟁주창”, 「상사법연구」 제31권 제4호(2013).
- 홍명수, “공정거래법 제19조 제1항의 해석과 수평적, 수직적 공동행위의 규제범리 고찰”, 「동아법학」 제61호(2013).
- 홍순강, “일본 독점금지법상 부당한 공동행위에 있어서 경쟁관계 및 의사의 연락 인정 - 동경고등재판소 2008. 12. 19. 19년(2007년)(行ク) 제12호 우정서발주구분기류담합(郵政省發注區分氣流談合) II 사건 -”, 「경쟁저널」 제161호(2012)
- 황태희, “영국의 EU 탈퇴(Brexit)에 따른 EU 및 영국 경쟁법 비교 연구”, 「비교사법」 제26권 제1호(2019).

2. 해외 문헌

- Advocacy Working Group, ICN Advocacy and Competition Policy Report, 2002.
- Angus MacCulloch, The “Public” Wrong of Cartels and the Article 101 TFEU “Object Box”, *The Antitrust Bulletin* Vol. 65 no.3, 2020.
- Cartel Enforcement Subgroup 2 ICN cartel working group, Anti-Cartel Enforcement Manual, 2007.

- Christopher Harding and Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford University Press, 2011.
- CMA, Market Studies and Market Investigations: Supplemental Guideline on the CMA's approach, January 2014 (revised July 2017).
- Copeland, John D., The Tyson Story: Building an Effective Ethics and Compliance Program, *Drake Journal of Agricultural Law*, Vol. 5, no. 2, 2000.
- Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Competition Law Review: Post Implementation Review of Statutory Changes in the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, March 2019.
- Helen Ralston, What problems can the European Commission's New Competition Tool Fix?, *Oxera Agenda*, July 31 2020.
- Herbert J. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*(3d ed), West, 2005.
- Jean Wegmen Burns, The New Role of Coercion in Antitrust, *Fordham Law Review* Vol. 60 no. 3, 1991.
- Joseph E. Murphy, Policies in Conflict: Undermining Corporate Self-Policing, *The Rutgers University Law Review* Vol. 69, no 2., 2017.
- Kellaway, Rhodri, Christopher, *UK Competition Law - the new framework*, Oxford, 2015.
- Louis Vogel, *French Competition Law*, LawLex, 2015.
- Murphy, Diana E., The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics, *Iowa Law Review*, Vol. 87, no. 2, 2002.
- Niamh Dunne, Between Competition Law and Regulation: Hybridized Approaches to Market Control, *Journal of Antitrust Enforcement* Vol. 2 no. 2, 2014.
- OECD, Guidelines for Fighting Bid Rigging in Pubic Procurement, 2009.
- _____, Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels : C(98)35/Final., 1998.
- _____, Report on leniency programs to fight hardcore cartel, DAFPE/CLP(2001-13), 2001.
- _____, Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels(OECD/LEGAL/0294), 2019.
- Office of Fair Trading, Assessing the Impact of Public Sector Procurement on Competition, September 2004.
- _____, More Competition, Less Waste: Public Procurement and Competition in the Municipal Waste Management Sector, May 2006.

- Peter Trepte, *Regulating Procurement*, Oxford University Press, 2004.
- Saito, T. and Hughes, W. , History of the past 30 years' transition and present status of construction procurement and contracting in the UK, The 1st International Conference of Construction Project Delivery Methods and Quality Ensuring System Symposium, Materials, December 2012.
- Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Development(7th ed)*, ABA, 2012.
- _____, *Criminal Antitrust Litigation Handbook(2nd ed)*, ABA, 2006.
- U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations*, 2019.
- Schall, Straffloses Alltagsverhalten und strafbares Beihilfeunrecht, *GS-Meurer*, 2002.
- 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄, 「獨占禁止法(第5版)」, 弘文堂, 2015.
- 滝川敏明, 「日米EUの競争法と競争政策(第3版)」, 青林書院, 2006.
- 白石忠志, 「獨占禁止法(第2版)」, 有斐閣, 2009.
- 和久井理子, “公務員の談合關与行爲とその規制-入札談合關与防止法の執行狀況について-”, 大阪市立 大學法學雜誌 第60卷 2号, 2014.
- 公正取引委員會, 獨占禁止法違反に對する刑事告發及び犯則事件の調査に關する公正取引委員會の方針, 2005. 10. 7, 2009. 10. 23. <https://www.jftc.go.jp/dk/dk_qa_files/kokuhatsuhoushin.pdf>.
- _____, 官製談合防止に向けた發注機關の取組に關する實態調査報告書, 2018. 6. <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h30/jun/kyokusou/180613_03houkokusyo.pdf>.
- _____, 官製談合防止に向けた發注機關の取組に關する實態調査報告書について, 報道發表資料(2018. 6. 13). <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h30/jun/180613_1.html>.
- 公正取引委員會事務總局, 入札談合の防止に向けて-獨占禁止法と入札談合等關与行爲防止法, 公正取引 委員會, 2018. 10. <https://www.jftc.go.jp/dk/kansei/text_files/honbun30.10.pdf>.

Abstract

A Study of Competitive Legal Regulation Measures against Bid Rigging in the Act of Companies Conducting Bids - Focusing on Incitement and Aiding Conducting -

Park, Gyeong-Mi*

In this article, I reviewed the appropriate regulatory scope and level of sanctions from a competitive legal perspective for bidding collusion involving executives or employees of the ordering company. The background is as follows. In May 2021, Korea's Fair Trade Commission('KFTC') has created a new special team to investigate bidding collusion ordered by private companies. This is because there is a growing number of collusion cases in the bids they placed, and it is necessary to investigate them effectively. In addition, KFTC asked an external research team to conduct the research in 2020. The research topic was about identifying the status of bid rigging involving the company that carried out the bid and effective regulation of competition law. KFTC attempts to punish even passive aiding and abetting activities in the bidding collusion. However, Korea's courts impose sanctions only on third parties to actively engage in collusion. Therefore, it is believed that the output of the establishment of related organizations and the research is for the need and justification of sanctions against these acts.

In this regard, the article is aimed at reviewing the appropriateness of the scope of regulation and sanctions under the Fair Trade Act on the involvement of bidding collusion by ordering companies especially on aiding conducting, securing deterrence and efficient disciplinary measures. On the premise, I looked at environmental factors that facilitate bidding collusion and the interpretation of the Fair Trade Commission and the court of the latter part of Article 19 (1) of the current Fair Trade Act. Comparative legislative analysis of major legislative cases considered the possibility of introducing the UK market research system, which can be seen as a "competitive advocate activity" and the special law of

* Senior Manager, POSCO Co., Ltd Legal Affairs Team. / Researcher , Korea University ICR Law Center.

Japanese control collusion (such as demanding improvement measures on the order party.) I am critical of actively regulating the involvement of bidding collusion, which has passive aiding and abetting of the ordering company. Because it is very difficult to specify the area of illegality, which can lead to errors in the judgment of violations. Even if it is subject to sanctions, it is necessary to consider the current level of collusion and differential consideration. A sound bidding system must be preconditioned to boost market competition, since prevention of bidding collusion involving the ordering party is eventually ought to rely on a sound bidding system. Therefore, a shift in thinking is needed to focus on prevention rather than post punishment. Thus, to solve the problem of bid rigging, the ordering company must improve the bidding system in a friendly and flexible way to encourage clients to proactively improve their tendering systems and to assign indirect responsibility for restoring market functions. Ultimately, in order to deter bidding collusion and guarantee execution capability, it is necessary to introduce legal devices based on cooperation and trust between suppliers and competitors other than criminal and administrative sanctions by competitors. In a way, I propose a legislative improvement plan to expand the scope of Article 3 of the Fair Trade Act's 'Monopoly Market Structure Improvement System' to cartel. This would allow the KFTC to conduct market research on certain markets where bid rigging is persistently repeated in a manner similar to the UK market research system, and require the ordering party to implement the system improvement like Japan's Special Act. If it is difficult to reflect overseas legislation cases(as of UK and Japan mentioned above), I propose ways to improve its "Fair Trade Self-Compliance Program". Specific methods include: If the ordering company has conducted an aiding and abetting bidding and has excellent Fair Trade Self-Compliance Program's evaluation, it may propose a market-friendly method, such as recommending improvement of the bidding system, rather than imposing fines. However, effective and realistic market research must be conducted to effectively utilize the limited range of human and material resources of KFTC. To this end, it is necessary to revise the law and improve the system at a more diverse level.

Key Words : bidding collusion, cartel, order parties' cartel, encouraging and facilitating of cartel, aiding and abetting of collusion, latter part of Article 19 (1) of the Korea's Fair Trade Act, competitive advocate activity, Japan's Special Act on Collusion Sanctions, UK market investigation system, compliance program

