

공공안전을 위한 입찰담합 규제의 실효성 확보에 관한 비교법적 연구*

- 일본법제와의 비교를 중심으로 -

A Comparative Study on Effective Bid Rigging Regulation Institute for Public Security

- Focus on Comparative Japanese Bid Rigging Regulation Institute -

황 지 혜 (한양대학교 공공안전정책센터 연구교수)

Hwang, Ji-Hye / Public Security & Policy Research Center, Hanyang University

- I. 서론
- II. 한국의 입찰담합 규제 수단
- III. 일본의 입찰담합 규제 수단
- IV. 한국의 입찰담합 규제와의 비교 및 시사점
- V. 결론

국문초록

한국은 입찰담합을 규제하기 위하여, 시정조치, 과징금, 입찰담합으로 피해를 입은 자가 청구하는 민사상 손해배상, 발주청이 가하는 부정당업자 제재, 검찰의 형사제재 등 다양한 규제수단을 마련하고 있다. 그러나 다양한 규제수단을 가지고 있음에도 불구하고, 실효성을 거두고 있지 못한 실정이다. 실효성을 거두고 있지 못한 원인으로, 규제 당국 간의 협력이 잘 이루어지지 않는 것을 들 수 있다. 이와 같은 실정에 있는 한국의 입찰담합 규제가 실효성을 갖기 위해 일본의 입찰담합 규제 법제와 비교하고자 한다.

일본은 한국과 같이, 공정거래위원회가 하는 시정조치, 과징금의 행정처분과, 입찰담합 피해자가 청구하는 민사상 손해배상, 발주청이 하는 입찰참가자격 제한, 검찰이 하는 형사

* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2017S1A5B4055753).

제재의 규제 수단을 가지고 있다. 그러나 일본은 관제담합에 관한 특별법을 두고 있다는 점에서, 한국과 차이가 있다.

일본의 입찰담합 규제 법제가 한국의 입찰담합 규제 법제에 주는 시사점은 다음의 두 가지이다. 첫째, 발주기관이 입찰담합 사건 조사와 입증에 적극적인 위치에 있다는 점이다. 이 점은 현재 한국에서 발주기관이 입찰담합 조사에 제한적이고, 그에 따른 입찰담합 규제의 실효성을 확보하지 못하는 문제점 해결에 참고할 만하다고 생각한다. 둘째, 입찰참가자격 제한의 엄격한 적용이다. 이는 한국에서 입찰참가제한 처분이 실질적으로 집행되지 않아 실효성을 확보하지 못하고 있는 문제에 대하여 시사점을 준다.

Abstract

In Korea, for regulate bid rigging, they have various regulations. For example, corrective action and pay a fine by Korea Fair Trade Commission, indemnification for person who damaged by bid rigging, restriction on qualification for participation on bidding by administrative agency, criminal sanctions by prosecution. Despites of these regulation, these regulation are not effective. Because they didn't cooperate properly between regulation agencies. To solve this problem, the writter tried to comparative bid rigging regulation between Korea and Japan.

Japan has very similar bid rigging regulation system to Korea. Japan also have regulations measure like a corrective action and pay a fine by Japan Fair Trade Commission, indemnification for person who damaged by bid rigging, restriction on qualification for participation on bidding by administrative agency, criminal sanctions by prosecution. Japan has Act of Prohibit collusive bidding at the initiative of government agencies, on the contrary, Korea doesn't has "Act of Prohibiting for Bid Rigging Involving Government Agencies".

Bid rigging regulation in Japan has a implication in two ways. First, administrative agency in Japan has a major roll in investigate and prove bid rigging. On the Contrarty, administrative agency in Korea has restict roll in investigate and prove bid rigging. Administrative agency has a major roll in investigate and prove bid rigging like a Japan, may can solution in bid rigging regulation in Korea. Second, strict application of restriction on qualification for participation on bidding by administrative agency. In Korea, restriction on qualification for participation on bidding by administrative agency is applied formally. This phenomenon caused bid rigging regulation uneffective. Strict application of restriction on qualification for participation

on bidding by administrative agency may can solution in bid rigging regulation in Korea.

(주제어) 입찰담합(Bid Rigging), 부정당업자 제재(Disqualification), 입찰참가자격 제한(Restriction on Qualification for Participation on Bidding), 관제담합(Bid Rigging Involving Government Agencies), 관제담합방지법(Act of Preventing for Bid Rigging Involving Government Agencies)

I. 서론

현대 사회의 행정은, 단독으로 국민에게 행정을 하기 보다는, 공공조달 등을 통해 민간으로부터 물품이나 서비스를 구입하거나, 민간투자(또는 민자유치)와 같이 공공 서비스 제공을 민간에게 위탁하는 등 행정에 민간이 참여하는 형태로 이루어지는 경우가 증가하고 있다. 이렇게 공공조달이나 민간투자 등에 참가할 민간사업자를 선정할 때, 입찰이라는 경쟁을 통해서, 해당 사업에 가장 적합한 민간사업자를 선정한다.

그러나 이와 같이 행정에 참여할 민간사업자를 선정하는 입찰절차에서 입찰담합이 발생하여 문제가 되고 있다. 입찰담합이란, 국가나 지방자치단체가 발주하는 공공조달 등의 입찰에서 입찰참가자 간에 낙찰자나 낙찰금액을 정하는 행위를 말한다. 다른 카르텔보다 경쟁을 제한하는 성격이 뚜렷하여 노골적 카르텔(naked cartel) 또는 경성적 카르텔(hardcore cartel)로 불린다.¹⁾ 이 입찰담합은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)에서 금지하고 있는 부당한 공동행위의 일종이다. 입찰담합은 입찰에 참가한 다른 기업들의 공정한 경쟁을 방해할 뿐만 아니라, 공공 서비스를 적정한 가격에 좋은 서비스를 제공하지 못하고,²⁾ 시설 안전에도 악영향을 미칠 뿐만 아니라, 공공 서비스를 제공 받는 국민의 안보(security)에까지 피해가 이어지기 때문에, 다른 부당한 공동행위보다 더욱 엄격하게 규제할 필요가 있다.³⁾ 한국도 이와 같은 필요성에 따라 입찰담합 방지를 위하여 공정

1) 권오승·서정, [제2판] 「독점규제법-이론과 실무」, 법문사, 서울, 2017, 336면.

2) 입찰담합은 사업비를 증가시키는 것이 일반적이기 때문에, 제정 낭비로 이어질 위험이 높다. 이재구, 「공정거래법-이론, 해설과 사례」, 지식과 감성#, 서울, 2017, 305면.

3) 김정욱, “우리나라 입찰제도와 입찰담합의 특징”, 송은지 외, 「입찰담합의 효과적인 규제방안 연구」, 한국개발연구원, 세종, 2013, 8면. 또한 입찰담합 규제는, 국가가 입찰과 같은 경쟁 원리가 적용되는 분야에서, 문제가 발생하지 않도록 규제를 가하여야 한다는 보장국가 이론(Gewährleistungsstaat Theorie)에 근거를 둔다고 볼 수도 있다. 본래 보장국가 이론이란, 국가는 공역무(公役務) 수행을 민간에게 맡기더라도, 공공 서비스 제공 책임이라는 원래 역할에서 자유로울 수 없기 때문에, 민간에게 위탁된 공역무 수행이 잘 이루어지도록 관리하고 감독할 책임이 있다는 이론을 말한다. 보장국가 이론의 전개와 내용에 대하여는 박재윤, 「독일 공법상 국가임무론과 보장국가론」, 경인문화사, 서울, 2018; 板垣 勝彦, 「保障行政の法理論」, 弘文堂, 東京, 2013 등을 참조할 것.

거래위원회가 하는 시정조치 명령, 과징금 부과, 발주기관이 하는 입찰참가 제한 등 부당당업자 제재, 검찰의 경매입찰방해죄(형법 제315조)와 같이 여러 기관에서 다양하게 규제수단을 마련하고 있지만, 다양한 시도에도 불구하고 입찰담합 규제는 실효성을 거두고 있지 못하다는 비판이 제기되고 있다.

이하에서는 한국의 입찰담합 규제의 실효성을 제고하기 위하여, 한국과 유사한 입찰담합 규제 법제를 가지고 있는 일본의 입찰담합 규제 법제를 비교한 후, 한국의 입찰담합 규제의 시사점에 대해서 논하고자 한다.

II. 한국의 입찰담합 규제 수단

1. 입찰담합의 정의 및 유형

한국의 공공조달에서 이용되는 입찰의 유형에는 공사의 내용, 입찰자의 자격, 입찰 규정을 널리 관보, 신문, 게시 등으로 공고하여 일반으로부터 입찰자를 모집하여 입찰 보증금을 납부시키고 입찰을 하는 일반경쟁입찰, 일정한 자격이 있는 공급자만이 입찰서를 제출하도록 조달기관으로부터 권유를 받는 지명경쟁입찰⁴⁾, 매매·대차·도급 등을 계약할 때 경매·입찰 등의 방법에 의하지 않고, 적당한 상대방을 임의로 선택하여 맺는 수의계약(隨意契約)이 주로 사용된다.⁵⁾

입찰담합이란, 앞서 언급한 바와 같이, 이러한 국가나 지방자치단체 등이 발주하는 공공공사 또는 물품 등의 공공조달을 위해 실시하는 입찰에서 입찰참가자끼리 낙찰자나 낙찰금액을 정하는 행위를 말한다.⁶⁾ 독점규제법 제19조 제2항 제8호에서 입찰담합을 부당한 공동행위의 유형 중 하나로 규정하고 있다. 본래 입찰이란 서로 경쟁으로 공정하게 낙찰자를 결정해야 하는 것이다. 그런데 입찰담합은 입찰참가자들 중 일부끼리 또는 입찰참가자와 발주기관이 담합하여 특정 사업자를 낙찰시키거나 낙찰 금액을 임의로 결정하기 때문에, 공정한 경쟁을 제한하는 대표적인 부당한 공동행위에 해당된다.

입찰담합 유형으로는, ① 사업자가 공동(사업자단체)으로 최저입찰가격, 수주예정가격 또는 그와 비슷한 것으로 인정되는 것을 결정하는 입찰가격담합, ② 사업자가 공동으로 낙찰예정자 또는 낙찰예정자의 선정방법을 결정하는 낙찰예정자의 사전결정, ③ 특정 사업자가 수의계약에 의해 계약할 수 있도록 사업자들이 공동으로 결정, 유도하는 방식인 경쟁입찰

4) 개정 정부조달협정 제1조 정의규정에서는 선택입찰(Selective Tendering)이라고 하고 있다.

5) 각각의 입찰방식의 정의에 관하여는, 법무법인(유한) 태평양 건설부동산팀, 「주식 국가계약법」, 박영사, 서울, 2017, 50면; 82면; 89-90면을 참조.

6) 차성민, “부당한 공동행위에 있어서 입찰담합금에 대한 과세 법리 한·일 비교”, 『중앙법학』 제18집 제1호, 중앙법학회, 서울, 2016, 200면.

계약을 수의계약으로 유도, ④ 사업자들이 공동으로 입찰에 관련된 수주물량을 결정하고 이러한 수주물량을 나누어 갖기 위해 입찰참가자 간의 배분 등을 결정하는 수주물량 등의 결정, ⑤ 입찰에 참가하려는 사업자가 공동으로 당해 입찰에 관련된 사업자 활동에 대한 지도 시 입찰가격이나 수주예정자 결정에 영향을 주는 행위인 경영간섭 등이 있다.⁷⁾

2. 입찰담합의 요건

입찰담합은 부당한 공동행위의 일종으로, 부당한 공동행위의 성립요건이 적용된다. 이에 따라 입찰담합이 성립되기 위해서는 합의와 부당한 경쟁제한성을 요건으로 한다.

합의란, 둘 이상의 사업자 사이에 경쟁을 제한하는 행위를 하기로 하는 “의사의 합치”를 말한다.⁸⁾ 합의만 있으면 입찰담합이 실행되지 않아도 입찰담합이 성립한다. 독점규제법 제 19조 제1항에서는 “계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 …… 합의하는 것”이라고 규정하고 있기 때문에, 합의의 형식이 반드시 계약일 필요는 없고, 당사자들 사이에 일정한 내용에 대하여 의사의 합치가 있다는 상호 인식이나, 이해, 묵시적 합의만 있어도 합의가 있다고 보고 있다.⁹⁾

입찰담합이 성립되기 위해서는, 합의가 “부당하게 경쟁을 제한”하여야 한다. 입찰담합은 경성 공동행위의 일종으로, 경성 공동행위는 행위의 의도 자체가 경쟁제한 효과만을 노리기 때문에, 구체적인 경제 분석이 없더라도, 시장상황에 대한 개략적인 분석을 통해 경쟁제한성을 인정할 수 있다[공동행위 심사기준 V. 1. 가. (4)]. 시장상황에 대한 개략적인 분석만으로도 경쟁제한성을 인정하는 것은, 미국의 당연위법의 원칙(per se illegal)과 같이 경쟁제한성에 대한 입증책임이 면제되는 것이 아니라, 입증부담을 경감시키는 것으로 볼 수 있다. 여기서 말하는 당연위법의 원칙이란, 가격담합, 시장분할 협정 등 일정한 유형의 합의에 관해서 합의의 존재만 입증되면 경쟁제한성에 대한 추가적인 입증이나 판단 없이 곧바로 위법성을 인정하는 원칙을 말한다. 이러한 당연위법의 원칙은, 특정한 유형의 행위는 보통 경쟁을 제한하는 효과가 있다는 경험칙과, 그러한 행위에 대해서 높은 분석 비용을 지불하면서까지 엄밀한 경쟁제한성을 평가하는 것은 사회적 효용이 없다는 사법심사의 경제적 측면을 고려한 것이다.¹⁰⁾

- 7) 송은지, “우리나라의 입찰담합 규제제도와 규제현황”, 송은지 외, 「입찰담합의 효과적인 규제방안 연구」, 한국개발연구원, 세종, 2013, 48-49면.
- 8) 이호영, “제5장 부당한 공동행위의 제한”, 권오승 외 7인, [제5판] 「독점규제법」, 법문사, 서울, 2017, 163면.
- 9) 이선희, 「독점규제법상 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구」, 경인문화사, 서울, 2013, 40면.
- 10) 권오승·서정, 전거서(주 1), 269-270면. 이에 대하여 대법원은 경쟁제한성 여부를 판단하기 위해서는, 개략적인 분석이 아닌, 엄밀하게 관련시장을 확정하여 당해 경쟁제한성을 평가하여야 한다는 취지의 판시를 한 바 있다. 판시에 관하여는 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결을 참조할 것. 대법원에 대하여, 행위의 의도 자체가 경쟁제한 효과만을 노리는 것이 명백한 경성 공동행위까지 엄밀하게 판단하는 것은 법집행에 많은 시간과 비용이 소요되어, ‘과소집행의 오류’(false negative)가 우려된다는

3. 공정거래위원회가 하는 입찰담합 규제 수단

(1) 독점규제법상의 시정조치

입찰담합이 있을 경우에는, 공정거래위원회는 당해 사업자에 대하여 시정조치를 명할 수 있다(제21조).

시정조치의 종류는 「공정거래위원회의 시정조치 운영지침」(이하 시정조치 운영지침)에서 규정하고 있는데, 크게 작위명령¹¹⁾, 부작위명령, 보조적 명령의 3가지 유형으로 구분된다. 공정거래위원회는 위반행위를 효과적으로 시정할 수 있다면 단순히 부작위명령에 국한하지 않고, 위반행위에 비례하여 합리적으로 필요한 범위내에서 작위명령 또는 보조적 명령을 적절하게 선택하여 명할 수 있다(시정조치 운영지침 V.). 실무에서는 부작위명령인 위반행위의 중지와 보조적 명령인 시정명령을 받은 사실의 공표명령이 가장 일반적으로 취해지고 있다.¹²⁾

또한 입찰담합을 효과적으로 적발하기 위하여, 입찰담합 행위를 자진 신고한 자에 대하여 이러한 시정조치를 감경 또는 면제할 수 있다(제22조의2 제1항).

(2) 독점규제법상의 과징금

공정거래위원회는 입찰담합을 한 사업자들에게 과징금을 부과할 수 있다(제22조). 과징금은, 위반사업자가 위반기간동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액인, 관련매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 않는 범위 내에서 부과된다(제22조). 과징금 산정비율은 ① 위반행위의 내용 및 정도, ② 위반행위의 기간 및 회수, 3) 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 참작하여 결정된다(제55조의3 제1항).

과징금 부과와 관련하여, 「과징금 부과고시」에 의한 들러리 사업자 과징금 감경이 문제된 바 있다. 2015년 이전에는 해당 고시에서, 들러리 사업자는 산정기준을 2분의1 범위 내에서 감액할 수 있도록 규정하였는데, 이러한 경우, 해당 입찰에서 들러리 사업자가 늘어날수록 과징금 산정기준의 합계가 계속 증가하여 지나치게 산정기준이 확대될 수 있다는 지적이 있어왔다.¹³⁾ 이 문제를 해결하기 위해서, 2015년 10월 7일에 해당 고시에 “들러리

비판이 제기되었다. 이호영, “독점규제법상 ‘관련시장’ 확정의 의미와 입법적 개선”, 『법조』 63권 5호, 법조협회, 서울, 2014, 64-98면. 이러한 비판이 제기되면서, 각급 법원은 반드시 대법원의 판시와 같이 엄격한 관련시장의 확정을 요구하지는 않는 경향을 보이고 있다. 대표적으로 서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2011누45650 판결을 들 수 있다.

11) 대표적으로 합의파기명령을 들 수 있다.

12) 서 정, “부당한 공동행위의 금지”, 권오승 편저, 『독점규제법 30년』, 법문사, 서울, 2011, 310면.

13) 이와 같은 문제제기에 관하여는, 신동권, [제2판] 『독점거래법』, 박영사, 서울, 2017, 573면; 이선희, “입찰담합에 있어서 들러리 참여자에 대한 과징금산정기준”, 『법조』 59권 7호, 법조협회, 서울, 2010, 301면을 참조할 것.

사업자의 수가 5 이상인 경우에는 N분의 (N-2)(N은 들러리 사업자의 수) 범위 내에서 산정기준을 감액할 수 있다”는 내용을 추가하였다.

과징금 부과 뿐만 아니라, 입찰담합을 효과적으로 규제하기 위하여, 자진신고자 등에 대한 과징금 감면 제도도 규정하고 있다. 독점규제법 제22조의2 제1항은 “부당한 공동행위의 사실을 자진신고하거나 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대하여는 시정조치 또는 과징금을 감경 또는 면제할 수 있다”고 하여 자진신고자에 대한 과징금 감면 제도를 규정하고 있다.

4. 발주청이 하는 입찰담합 규제 수단: 국가계약법상의 입찰참가 자격제한

독점규제법 외의 입찰담합 규제수단으로써 대표적인 것이 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법)상의 입찰참가 자격제한이다.

국가계약법 제27조는 부정당업자의 입찰참가 자격제한에 대해 규정하고 있다. 그 중에서도 제1항 제2호의 “경쟁입찰, 계약 체결 또는 이행 과정에서 입찰자 또는 계약상대자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격, 수주 물량 또는 계약의 내용 등을 협정하였거나 특정인의 낙찰 또는 납품대상자 선정을 위하여 담합한 자”가 입찰담합에 관련된다. 입찰담합행위를 한 사업자는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격이 제한된다(국가계약법 제27조 제1항).

입찰담합에 참가한 모든 사업자가 균등한 기간의 입찰참가 자격제한을 받는 것은 아니다. 국가계약법 시행규칙 [별표 2]에 의하면, 담합을 주도하여 낙찰을 받은 자, 담합을 주도한 자, 그 밖에 입찰담합을 주도한 자에 가담한 자 등으로 구분되어 제한의 정도가 달라진다.

이러한 국가계약법상의 입찰참가 자격제한은, 중앙관서의 장이 일방적으로 공권력을 행사하여 사업자 등의 권리를 직접 제한하는 것이기 때문에 행정처분으로 본다.¹⁴⁾ 대법원 역시 국가계약법에 따른 입찰참가자격 제한행위를 행정소송법에 따른 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보고 있다.¹⁵⁾

5. 검찰이 하는 입찰담합 규제 수단: 형사 제재

독점규제법상 형사 제재로는 제66조 제1항 제9호에 따라, 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금이 있다. 독점규제법 외의 입찰담합과 관련된 형사 제재로는, 형법상 입찰방해죄와, 건설산업기본법상의 건설공사 입찰에서의 담합행위에 대한 처벌을 들 수 있다.

형법에서는 입찰방해죄에 대해 규정하고 있는데, “위계 또는 위력 기타의 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해치는 자”는 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처하는

14) 법무법인 태평양, 견제서(주 5), 445면.

15) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013두26811 판결.

것을 그 내용으로 한다(형법 제315조). 독점규제법상의 입찰담합은 입찰담합의 합의만으로 곧바로 성립되는 반면, 형법상의 입찰방해죄는 실제로 입찰 절차가 행해졌어야 하는 것을 요건으로 한다는 점에서 차이가 있다.¹⁶⁾

또한 건설산업기본법은 건설공사 입찰에서의 담합행위에 대한 처벌을 규정하고 있는데, “부당한 이익을 취득하거나 공정한 가격 결정을 방해할 목적으로 입찰자가 서로 공모하여 미리 조작한 가격으로 입찰한 자” 또는 “위계 또는 위력, 그 밖의 방법으로 다른 건설업자의 입찰행위를 방해한 자”는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하는 것을 내용으로 한다(제95조).

6. 간접적 입찰담합 규제 수단: 독점규제법상의 손해배상

독점규제법 제56조에서는 입찰담합으로 피해를 입은 자에게 입찰담합을 한 자가 손해배상책임을 부담하도록 규정하고 있다. 독점규제법상 손해배상제도는 직접적으로는 입찰담합으로 인하여 손해를 입은 자가 가해자로부터 손해를 전보 받음으로써 피해를 구제하는 수단이지만, 간접적으로는 입찰담합을 억제함으로써 규제의 실효성을 확보하기 위한 수단으로서의 의미도 갖고 있다.¹⁷⁾ 독점규제법상의 손해배상책임을 민법상 불법행위책임과 동일한 법적 성격을 가지지만, 동조 1항 단서에서, 행위자가 자신의 고의 또는 과실이 없음을 입증하면 손해배상책임을 면하도록 규정하여, 주관적 요건의 입증책임이 완화된 것으로 보는 것이 일반적이다.¹⁸⁾

입찰담합에 의한 손해배상책임을 인정되기 위해서는, 입찰담합행위가 존재하고, 피해자에게 손해가 발생하여야 하며, 입찰담합행위와 손해 사이에 인과관계가 존재하여야 한다. 입찰담합행위는, 입찰담합의 성립요건에서 설명한 바와 같이, 합의와 부당한 경쟁제한성이 인정되면 성립된다고 할 수 있다. 손해의 발생과 인과관계는, 손해가 실제로 발생한 사실을 원고가 입증하여야 하거나¹⁹⁾, 인과관계는 상당인과관계설에 의하여 판단하는 등 민법상 손해배상에 적용되는 논의가 그대로 적용되고 있다.²⁰⁾

16) 송은지, 전계논문(주 7), 54면.

17) 신동권, 전계서(주 13), 1095면.

18) 홍대식, “제10장 손해배상과 형사벌”, 권오승 외 7인, [제5판] 「독점규제법」, 법문사, 서울, 2017, 372면.

19) 단, 독점규제법 제57조에 따라, 손해액을 입증하기 곤란한 경우, 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 하여, 원고의 부담을 줄여주고 있다. 송은지, 전계논문(주 7), 52-53면.

20) 이선희, 전계서(주 9), 148면. 입증책임을 가해자에게 전환한 이유는, 입찰담합과 손해 사이에 인과관계가 인정되면 과실의 존재는 사실상 추정된다고 볼 수 있고, 그에 따라 원고의 입증책임을 부담을 완회시키기 위한 취지이다. 홍대식, 전계논문(주 18), 378면.

7. 한국의 입찰담합 규제의 문제점

(1) 입찰담합 조사에서 발주기관의 제한된 역할

한국에서는 입찰담합을 통해 다양한 제도를 가지고 있음에도 불구하고²¹⁾ 입찰담합이 제대로 실효성을 가지고 있지 못하고 있다. 그 이유로는, 다양한 규제 수단이 각각 다른 규제당국의 소관으로 되어 있기 때문이다. 한국에서 입찰담합 규제는, 형사 제재는 검찰이, 과징금 등 행정 제재는 공정거래위원회가, 부정당업자 제재는 발주기관이 하는 구조로 되어 있지만 각 규제당국간의 협력은 거의 이루어지지 않고 있고, 이 점이 실효성을 확보하지 못하는 문제점으로 연결된다.

이렇게 규제당국간의 협력이 이루어지지 않는 이유로는, 입찰담합 규제에 있어서 발주기관의 역할이 중요함에도 불구하고, 입찰담합 규제에서 발주기관의 역할이 제한적인 것이 원인으로 지적된다. 현행 법제상으로는 발주기관의 역할은 주로 담합이 의심되는 입찰에 대해 공정거래위원회 혹은 검찰에 조사를 의뢰하는 정도로, 입찰에 관한 정보를 가장 많이 가지고 있음에도 불구하고 그 역할이 제한적이다. 입찰담합의 규제는 입찰담합이 의심되는, 또는 있다는 사실의 인지가 중요한 것이 아니라, 입찰담합이 의심되어 조사 및 입증하여 적발하는 것이 더 중요하다. 따라서 현재 발주기관과 공정거래위원회의 협조체제를 개선하기 위해서는 담합의 조사와 입증에 기여하는 방향으로 정책이 수립되어야 실효가 있다고 할 것이다.²²⁾

(2) 부정당업자 제재의 실효성 부족

부정당업자 제재인 입찰참가 제한 처분은 아래의 두 가지 측면에서 실효성이 부족하다는 문제점이 제기된다.

국가계약법 제27조에 따라 사업자가 부정당업자로서 입찰참가 제한 처분을 받더라도, 한국수자원공사가 발주한 4대강 살리기 1차 설계시공 입찰담합사건 등에서 나타나듯이, 곧 사면되어 실질적으로 입찰참가에 제한을 받지 않는 경우가 많다.²³⁾ 본래 입찰참가자격 제한 처분에서 사면이 인정되는 것은, 입찰참가자격 제한 처분의 특성상 많은 범위의 사람들이 막대한 피해를 입을 수 있기 때문이다. 일각에서는 이러한 입찰참가자격 제한이 미치는 경제적 파급 때문에 부정적으로 보기도 하지만, 여기서 보다 근본적인 문제는 입찰참가자격

21) 일각에서는 다양한 입찰담합 규제 수단이 서로 병과될 수 있는 구조가 과잉적인 제재라는 견해도 제기된다. 김영덕, “최근 입찰담합 제재 강화의 문제점 및 입찰담합 근절을 위한 정책 방향-입찰담합 삼진아웃제 강화 법안의 타당성 검토를 중심으로-”, 『건설이슈포커스』 2016년 1월, 한국건설산업연구원, 세종, 2016, 12면.

22) 송은지, “입찰담합 규제제도의 현황과 정책방향”, 『산업조직연구』 제23집 제2호, 한국산업조직학회, 서울, 2015, 126-127면.

23) 이경섭, “부정당업자 제재제도의 최근이슈와 개선방안(상)”, 『지방계약연구』 제6권 제1호, 지방계약학회, 서울, 2015, 45면.

제한 처분의 형식적인 적용이라고 볼 수 있다.

또한 입찰참가자격 제한 처분 이후에 사면이 없더라도, 사업자 측에서 집행정지결정을 받아 계속 입찰에 참가하여 실효성을 떨어뜨리고 있다. 2014년 국정감사에 제출된 조달청 자료에 의하면, 최근 5년간 부정당업자로 입찰참가자격 제한 처분을 받은 기업 중 198개 기업이 법원에 집행정지신청을 하고, 그 중 175개 기업(88%)이 집행정지결정을 받아 계속 입찰에 참여하였다. 대림산업과 삼성물산의 경우에는 5차례나 부정당업자로 지정되었음에도 각각 3건과 4건, 계약금액 기준으로 총 3,673억원과 총 1,526억원을 각각 낙찰받았다.²⁴⁾

입찰참가자격 제한의 실효성을 확보하기 위해서는 이와 같은 입찰참가자격 제한의 형식적 적용과 집행정지결정의 악용을 규제할 방안을 마련할 필요가 있다.

Ⅲ. 일본의 입찰담합 규제 수단

일본은 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(이하 독점금지법이라 한다)에서 입찰담합을 규제하고 있다. 또한 특별히 관제담합을 막기 위해 2002년에 「입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지와 공무원에 의한 입찰 등의 공정을 해치는 행위의 처벌에 관한 법률」(이하 입찰담합방지법)을 제정하여 시행하고 있다.

이하에서는 입찰담합 규제 수단과 관제담합 규제 수단을 나누어 고찰한다.

1. 일본의 공공조달제도의 개요 및 입찰담합 규제의 연혁

일본에서 공공조달의 방식은 한국과 마찬가지로, 일반경쟁입찰(회계법 제29조의3 제1항, 지방자치법 제234조 제1항, 제2항)을 원칙으로 하고, 지명경쟁입찰(회계법 제29조의3 제3항, 제5항, 지방자치법 제234조 제2항, 동법 시행령 제167조), 수의계약(회계법 제29조의3 제4항, 제5항, 예산결산 및 회계령 제99조, 동법 시행령 제167조의2)을 예외적으로 적용하고 있다. 일반경쟁입찰은 다시 몇 가지 종류로 나뉘지만, 그 중에서도 적정하고 합리적으로 경쟁하기 위해 특히 필요하다고 인정되는 경우에 참가요건을 설정하는 제한경쟁입찰(예산결산 및 회계령 제73조, 지방자치법 시행령 제167조의5의2)이 일반적으로 채택되고 있다.

일본에서 입찰담합, 특히 관제담합이 성행하게 된 것은 전후(前後) 혼란한 사회경제 상황에서, 입찰담합이 발생하기 쉬운 지명경쟁입찰을 많이 사용했기 때문이라고 한다.²⁵⁾

24) 전현철, “부정당업자제재제도의 적정한 운영을 위한 연구”, 「공법학연구」 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 서울, 2017, 343면.

25) 지명경쟁입찰이 관제담합이 발생하기 쉬운 이유는, 입찰 참가자가 정해져 있어, 발주기관과 입찰참가자 간의 유착이 발생하기 쉽기 때문이다. 金井 貴嗣/川濱 昇/泉水 文雄, 「獨占禁止法」, 弘文堂, 東京, 2015, 79頁.

이러한 문제를 해결하기 위해 1968년에 형법에 담합죄를 규정하였지만, 담합비를 받는 경우만 처벌할 수 있어 실효성은 적었다. 1994년에 「공공사업의 입찰·계약절차의 개선에 관한 행동계획」이 만들어지면서, 입찰담합의 발생 빈도가 높은 지명경쟁입찰보다 가능성이 상대적으로 낮은 일반경쟁입찰이 확대되어 입찰담합 규제가 실효성을 가지기 시작했다. 2000년에는 「공공공사계약적정화법」이 제정되어 투명성이 확보되는 공공조달절차와 조달에 관한 정보 공표 등을 하도록 규정하였다. 2005년에는 「공공공사품질확보법」이 제정되어 공공공사의 낙찰자를 결정할 때 가격 이외의 요소를 고려하는 총합평가방식을 도입할 것을 규정하였다. 또한 1993년 이후에는 독점금지법위반행위에 대해 행정상, 형사상 규제가 강화되었고, 2002년에 「입찰담합등관여행위방지법」이 제정되어 공공부문이 입찰담합에 관여하는 행위까지 규제하게 되었다.²⁶⁾

이와 같이 일본은 입찰담합을 규제하기 위해 여러 법제를 마련하고 있지만, 그 중에서도 핵심적으로 적용되는 것은, 입찰참가자끼리의 담합을 규제하는 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(이하 독점금지법이라 한다)과 특정 입찰참가자와 공공측이 담합하는 관제담합을 규제하는 「입찰담합 등 관여행위의 배제 및 방지와 공무원에 의한 입찰 등의 공정을 해치는 행위의 처벌에 관한 법률」(이하 입찰담합방지법이라 한다), 공공조달법제에서 정하는 부정당업자 제재의 세 가지가 있다. 이하에서는 이 세 가지 법제를 대상으로 설명하고자 한다.

2. 입찰담합 규제 수단

(1) 입찰담합의 정의

독점금지법에서는 직접적으로 입찰담합을 정의하고 있지 않다. 그 대신 독점금지법 제2조의 ‘사업자가 계약, 협정 그 외에 어떠한 명의를 가지고 하는가를 불문하고 …… 서로 그 사업 활동을 구속 또는 수행하는 것에 의해 공공의 이익에 반하고, 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것’인 부당한 공동행위의 일종으로 입찰담합을 포함하고 있다.²⁷⁾ 뿐만 아니라 동법 제8조 제1호에서는 사업자 단체가 하는 일정한 거래 분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것까지 입찰담합으로 보고 있다.

위와 같이, 독점금지법에서는 직접적으로 입찰담합에 대한 정의를 하고 있지 않지만, 입찰담합방지법에서는 직접 입찰담합을 정의하고 있다. 동법 제2조 제4항은, 입찰담합을 “국가, 지방자치단체, 특정 법인이 입찰, 경매 기타 경쟁 방법으로 상대방을 선정하는 입찰에 참가하려는 사업자가, 다른 사업자와 공동으로 낙찰자 또는 낙찰가격을 정하거나, 사업자 단체가 당해 입찰에 참가하려는 사업자에 대하여 당해 행위를 함으로써, 「사적독점의 금지

26) 課佐 マリ, “二 「入札談合」規制のあり方”, 『九州法學會會報』2010年, 九州法學會, 福岡, 2010, 64-65頁.

27) 課佐 マリ, 上掲論文, 65頁.

및 공정거래의 확보에 관한 법률」 제3조 및 제8조 제1호의 규정에 위반하는 행위”로 정의하고 있다. 공정거래위원회는 입찰담합을 가장 악질적인 부당한 공동행위로 보고 있다.²⁸⁾

입찰담합의 대상은 입찰계약의 내용이 되는 업무와 조달품이다. 발주기관이 입찰을 통해 사들이는 조달품 뿐만 아니라, 발주기관이 입찰로 매각하는 물품도 입찰담합의 대상이 된다. 입찰담합의 대상이 되는 업무의 예로는 항공사진 측량 업무, 건축물 청소 등 위생관리 업무, 국립병원 접수업무 등을 들 수 있고, 조달품의 예로는 학교의 실험교재, 지방자치단체가 발주한 방재용품 등을 들 수 있다.²⁹⁾

(2) 입찰담합의 성립 요건

입찰담합을 규정한 독점금지법 제2조 제6항에서는 ‘계약, 협정 그 외 어떠한 명의를 가지고 하는가를 불문하고 …… 서로 그 사업 활동을 구속 또는 수행하는 것에 의해 공공의 이익에 반하고, 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것’이라고만 하고, 의사의 연락이라는 용어를 사용하고 있지 않다. 그러나 해석론으로는 계약, 협정 그 외의 어떠한 명칭을 사용하더라도 이것은 다른 사업자와 공동으로 상호간에 사업 활동을 구속하는 의사의 연락(또는 합의)를 가리킨다고 보고 있다.³⁰⁾ 여기서 말하는 의사의 연락이란 “복수 참가자간에 상호 같은 내용 또는 동종의 가격 인상을 실시하는 것을 인식 또는 예측하고 그것에 보조를 맞추는 의사가 있는 것”을 의미한다.³¹⁾ 전형적으로는 2 이상의 사업자가 회합을 열어서 가격을 인상하는 등 합의를 형성하는 경우를 말하고, 이를 합의, 협정, 약정이라고 바꾸어 말하는 경우도 많다. 이러한 의사의 연락은 명시적인 방법 뿐 아니라 묵시적인 방법으로도 가능하다. 묵시적 합의와 관련하여 “일방의 가격인상을 다른 사업자가 단순히 인식, 용인하는 것만으로는 충분하지 않다. 그러나 사업자 상호간에 서로 구속하는 것을 명시하는 합의까지는 요하지 않고, 다른 사업자의 가격인상행위를 인식하고 암묵적으로 용인하는 것으로 족하다”는 판결이 있다.³²⁾ 또한 같은 판결에서는 의사의 연락을 판단하는 기준을 “특정 사업자가 타 사업자와의 사이에 가격인상행위에 관하여 정보를 교환하고 동일 또는 그것에 준하는 행동에 나아가려는 경우에는, 위 행동이 타 사업자의 행동과 관계없이 거래시장에 있어서 가격경쟁에 살아남으려는 독자적인 판단에 의하여 행해지는 등 특단의 사정이 인정되지 않는 한, 이러한 사업자간에 협조적인 행동을 취하는 것을 서로 기대하는 관계가 있고 의사의 연락이 있다고 추인된다.”라고 제시하고 있다. 위

28) 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為防止法～」, 公正取引委員會事務總局, 東京, 2017, 1頁.

29) 公正取引委員會事務總局, 上掲書, 4頁.

30) 萩原 浩太 外 2人, “入札談合と基本合意-福岡市造園事件-”, 岡田 羊祐, 林 秀弥 編, 「獨占禁止法の經濟學: 審判決の事例分析」, 東京大學出版會, 東京, 2009, 39頁.

31) 이선희, 전계서(주 9), 37면.

32) 平成7年9月25日 東京高等裁判所 平成6(行ケ)144.

사건에서는 가격인상 전후의 당사자의 행동, 반복된 회합(10회 이상), 출석자, 반대가 없었던 점 등으로부터 의사의 연락이 추정되었다.

의사 연락이 있었다는 것이 인정되면, 부당한 거래제한에 해당하는 상호구속행위는 성립하고, 모든 개별 입찰물건별로 구체적인 수주예정자 등을 결정하는 개별 조정행위까지 요하지는 않는다.³³⁾ 그리고 구체적인 의사의 연락행위가 있었다는 것을 입증 또는 인정하지 않아도 입찰담합이 인정된다.³⁴⁾

법 규정에서 “사업 활동을 구속 또는 수행하는”이라는 표현을 사용하고 있음에도 불구하고, 판례 및 통설은 ‘공동수행’이 독자의 성립요건으로서의 의미가 없다고 해석하고 있다. 최고재판소는 부당한 거래제한으로 되는 상호구속행위가 상대방 당사자에 대하여 법적 구속력을 가지는 것까지는 요하지 않고, 사실상 구속으로 족하다는 입장을 취하였고³⁵⁾, 현재 학설도 같은 입장이다.³⁶⁾

(3) 공정거래위원회가 하는 입찰담합 규제 수단

1) 독점금지법상의 시정조치

독점금지법 제7조 제1항은 “공정거래위원회는 …… 사업자에게 담합행위의 정지 또는 사업의 일부를 양도 기타 담합행위를 배제하도록 필요한 조치를 명할 수 있다”고 하여 행정처분인 시정조치를 규정하고 있다. 또한 독점금지법 제8조의2 제1항에 따라, “…… 공정거래위원회는 …… 사업자단체에 대하여 담합행위의 정지 또는 사업의 일부를 양도 기타 담합행위를 배제하도록 필요한 조치를 명할 수 있다”고 하여 사업자 단체의 담합행위에 대하여도 시정조치를 할 수 있도록 규정하고 있다.

시정조치의 구체적인 예로는, 입찰당사자 간에 입찰담합을 위해 체결한 협정의 파기, 협정을 지키기 위해 입찰참가자들이 정한 실효성 확보수단의 파기, 담합을 위한 모임을 폐지하거나 단체 해산, 장래 담합행위를 하지 않을 것을 명령하는 부작위 명령, 독점금지법 준수를 위한 행동지침 작성 등이 있다.³⁷⁾

2) 독점금지법상의 과징금

입찰담합은 낙찰예정자가 정해진 가격으로 낙찰되도록 협력하는, 이른바 대가에 관한 카르텔로서, 행정처분인 과징금의 대상이 된다. 공정거래위원회는 독점금지법 제7조의2(입찰담합을 한 자가 사업자단체인 경우에는 제8조의 3)에 따라 입찰담합을 한 사업자에 대하여, 입찰담합을 실행한 날로부터 입찰담합이 종료된 날까지의 기간까지의 입찰담합의

33) 東京高判平20・9・26 審決集 55卷 910頁.

34) 東京高判平24・3・9 審決集 58卷第2分2冊9 200頁.

35) 最判昭和59・2・24. 形集38・4・1287.

36) 金井 貴嗣, 川濱 昇, 泉水 文雄 編著, 前掲書(註 25), 80頁; 岸井 大太郎 外, 「經濟法: 獨占禁止法と競争政策」, 有斐閣, 東京, 2016, 105-106頁.

37) 公正取引委員會事務總局, 前掲書(註 28), 8頁.

대상이 된 상품이나 서비스의 매상액 일부에 입찰담합의 행위에 따라 정한 비율을 곱하여 과징금의 액수를 결정한다.³⁸⁾ 단, 과징금 부과는 100만엔 이상일 때만 가능하고, 100만엔 미만일 때는 과징금을 부과할 수 없다(제7조의2 제1항 단서).

과징금 부과 뿐만 아니라, 공정거래위원회는 자진신고에 의한 과징금 감면제도를 실시하여 자발적으로 입찰담합행위를 중단하도록 유도하고 있다. 과징금 면제는 독점금지법 제7조의2 제10항에서 규정하고 있다. 동 조항이 열거하고 있는 1) 공정거래위원회규칙에서 정한 바에 따라 당해 위반행위를 한 사업자 중 최초로 공정거래위원회에 위반행위를 신고하거나 위반행위와 관련된 자료를 제출한 자(제1호), 2) 공정거래위원회가 당해 위반행위의 조사를 개시한 이후에는 위반행위를 하지 않은 자(제2호)의 요건을 모두 충족하여야만 면제를 받을 수 있다.

과징금 감액은 독점금지법 제7조의2 제11항에서 규정하고 있다. 공정거래위원회는 제1호부터 제4호에 걸쳐 감액 대상자를 정하고, 각각의 호에 해당하는 감액분을 차등적으로 정하고 있다. 독점금지법 제7조의2 제11항에서 규정하는 감액 대상자는 다음과 같다. 1) 공정거래위원회규칙에서 정한 바에 따라 당해위반행위를 한 사업자 중 두 번째로 공정거래위원회에 위반행위를 신고하거나 자료를 제출한 자(제1호), 2) 공정거래위원회규칙에서 정한 바에 따라 위반행위를 한 자 중 세 번째로 공정거래위원회에 당해 위반행위를 신고하거나 자료를 제출한 자(제2호), 3) 공정거래위원회규칙에서 정한 바에 따라, 네 번째 또는 다섯 번째로 공정거래위원회에 당해 위반행위를 신고하거나 자료를 제출한 자(제3호), 4) 공정거래위원회가 담합에 관한 조사를 개시한 이후에 당해 위반행위를 하고 있지 않은 자(제4호)이다. 이 규정에 의해, 과징금을 감액받는 사업자는 5명 또는 5사까지이다. 감액분은 첫 번째로 자진 신고한 자(제1호) 및 조사 개시 이후 담합행위를 하지 않은 자(제4호)에게는 과징금의 50%까지 감액할 수 있고, 두 번째부터 다섯 번째까지 자진 신고한 자(제2호, 제3호) 및 조사 개시 이후 현재 담합행위를 하지 않은 자(제4호)에게는 과징금의 30%를 감액할 수 있다. 2016년 공정거래위원회에 담합행위를 자진 신고한 건수는 2016년 기준으로 124건이다.³⁹⁾

(4) 발주기관이 하는 입찰담합 규제 수단: 입찰참가자격 제한

독점금지법과 입찰담합방지법 외에, 발주기관이 입찰담합을 방지하고 적발 및 제재하기 위하여 2000년에 「공공공사계약적정화법」을 제정하고, 이 법률에 근거하여 2006년에 ‘공공공사의 입찰 및 계약의 적정화를 위한 조치에 관한 지침’을 제정하여 입찰담합을 규제하고 있다. 공공공사계약적정화법 제15조에서 입찰 및 계약 과정과 계약내용에 대한 정보의 공표에 관한 사항, 공정한 경쟁을 촉진하기 위하여 입찰 및 계약 방법의 개선에 관한 사항

38) 과징금 산정율에 대한 상세한 내용은 公正取引委員會事務總局, 上掲書, 9頁을 참조할 것.

39) 公正取引委員會事務總局, 上掲書, 10頁.

등을 지침의 내용으로 정하도록 하고 있다. 이 규정에 따라, ‘공공공사의 입찰 및 계약의 적정화를 위한 조치에 관한 지침’에서 입찰담합의 적발 및 제재에 관하여 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 특히 ‘지명정지’(指名停止)라고 하여 부정당업자의 입찰참가자격 제한을 할 때에는 공공공사의 적정한 집행을 확보하고 부정행위의 재발을 방지하기 위하여 엄정하게 운영하여야 한다(지침 제2. 3. (4)는 내용을 담고 있다.

실제로 입찰참가자격 제한은 국가, 특수법인 등 발주기관으로 구성된 중앙 공공 공사 계약 제도 운용 연결협의회에서 제정한 「공사 도급계약에 관한 지명정지 등 조치 요령 중앙 공공 공사 계약 제도 운용 연결 협의회 모델」과 「운용 합의」에서 정한 기준에 의해 적용되고 있다(별표 제2 뇌물 증여 및 부정행위 등에 기초한 조치 기준). 이 기준에 의하면, 1) 입찰담합에 해당하여, 입찰참가자가 공사 도급계약의 상대방으로 부적당하다고 인정된 경우에는, 인정된 때로부터 2개월 이상 9개월 이내의 입찰참가자격 제한 처분을 하는 등 개별 상황에 따라 상세하게 정하고 있다.⁴¹⁾⁴²⁾

(5) 검찰이 하는 입찰담합 규제 수단: 독점금지법상 등의 형사 제재

독점금지법 제89조, 제95조부터 제95조의3에서는 부당한 공동행위에 관한 형사 제재를 규정하고 있다. 이 독점금지법 제89조에 의하여, 입찰담합을 부당한 공동행위로 보고, 입찰담합을 한 자를 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금을 과한다. 또한 양벌규정(제95조)에 의해, 실제로 입찰담합행위를 한 자 외에도 사업자 및 사업자단체에게 5억원 이하의 벌금을 과한다. 그 외에도 법인의 대표자나 사업자단체의 임원이 입찰담합행위를 계획하거나 입찰담합을 방지하기 위한 조치를 취하지 않은 경우에는 대표자 또는 임원에게도 500만원 이하의 벌금이 과해진다(제95조의2, 제95조의3).

입찰담합과 관련된 형사 제재로는 일본 형법 제96조의3 제2항에서 규정하는 담합죄가 있는데, 담합죄와 독점금지법상 형사 제재는 적용범위와 요건, 행위주체 면에서 다르다. 독점금지법상 형사 제재는 반드시 입찰에만 국한되지 않는 데 반하여, 담합죄는 입찰만 해당된다. 또한 독점금지법상 형사 제재는 위반행위가 있는 것만으로도 요건을 충족하지만, 담합죄는 1) 공정한 가격을 해하는 목적과 2) 부정한 이익을 얻을 목적을 요건으로 한다. 마지막으로 독점금지법상 형사 제재는 법인까지 처벌의 대상이 되지만, 담합죄는 개인만 처벌 대상이 되는 차이가 있다.⁴³⁾ 또한 공정거래위원회는 「독점금지법 위반에 대한 형사고발

40) 이호영, “외국의 입찰담합 규제제도”, 송은지 외, 「입찰담합의 효과적인 규제방안 연구」, 한국개발연구원, 세종, 2013, 180-182면.

41) 中央公共工事契約制度運用連絡協議會, 「工事請負契約に係る指名停止等の措置要領中央公共工事契約制度運用連絡協議會モデル」, 中央公共工事契約制度運用連絡協議會, 東京, 2010, 6-9頁.

42) 이 모델에 의하면, 입찰참가자격 제한 기간은 최장 1년이다. 이 점에서 형사 처벌과 연계된 입찰참가제한 기간을 3-5년 정도 장기간 설정하는 EU 부정당업자 제재와 차이가 있다. 김대인, “EU법의 부정당업자제제도에 대한 연구”, 「공법연구」 제45집 제3호. 한국공법학회, 서울, 2017, 270면.

43) 鈴木 滿, 「談合を防止する自治体の入札改革」, 學陽書房, 東京, 2008, 98頁.

및 범칙 사건의 조사에 관한 공정거래위원회의 방침」을 공표하여, 입찰담합에 대한 형사고발도 정하고 있다.⁴⁴⁾

(6) 간접적 입찰담합 규제 수단: 독점금지법상의 손해배상

공정거래위원회로부터 시정조치명령이 확정된 경우, 입찰담합을 한 사업자는 위반행위로 손해를 입은 피해자에게 무과실 손해배상책임을 진다(제25조). 공정거래위원회의 시정조치명령이 없더라도, 피해자가 민법 제709조 등의 규정에 의거하여 민사상 손해배상을 청구하는 것도 가능하다. 최근에는 민간사업자인 입찰참가자 뿐만 아니라, 입찰담합으로 피해를 입은 국가나 지방자치단체 등 발주기관이 사업자에 대하여 독점금지법 제25조나 민법 제709조의 규정에 기초하여 손해배상을 청구하거나, 지방자치단체의 주민이 지방자치법 제242조의2 규정에 기초하여 지방자치단체에 대하여 사업자에게 손해배상을 청구하라는 취지의 주민소송을 제기하는 사례도 발견되고 있다.⁴⁵⁾

기존에는 입찰담합에 의한 손해배상청구는 피해자에 의한 손해액을 입증하기가 어려운 문제가 제기되었는데, 민사소송법 제248조에 따라서, 발생한 손해의 성질상 손해액을 입증하기가 매우 곤란한 경우에는, 판사가 구두변론의 모든 취지와 증거 조사 결과를 기초로 하여, 직권으로 상당한 액수의 손해액을 결정할 수 있게 되었다. 이 조항에 따라 입찰담합에 관한 손해배상 판결을 내리는 사례가 늘고 있다.⁴⁶⁾

3. 관제담합 규제 수단

(1) 관제담합의 정의

입찰담합방지법 제2조 제5항은 입찰담합 등 관여행위(이하 관제담합)에 대하여 정의하고 있다. 이 규정에 의하면 관제담합이란 “국가 또는 지방자치단체의 공무원, 특정 법인의 임원 또는 직원이 입찰담합에 관여하는 것”을 말한다. 입찰담합방지법 제2조 제5항은 관제담합을 다시 4가지 유형으로 나눈다.

첫째, 사업자 또는 사업자단체에게 입찰담합을 하게 하는 행위(제1호), 둘째, 계약 상대방이 되어야 할 자를 새롭게 지명하는 행위 기타 특정한 자를 계약의 상대방으로 하도록 희망하는 취지의 의사를 표시하는 행위(제2호), 셋째, 입찰 또는 계약에 관한 정보를 특정한 자에게 알려주는 행위(제3호), 넷째, 특정 입찰담합에 관하여 사업자, 사업자단체 기타의 자에게 명시 또는 묵시의 의뢰를 받거나, 이들에게 스스로 움직이게 하고, 당해 입찰담합

44) 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」, 公正取引委員會, 東京, 2009, 1頁.

45) 和泉澤 衛, “獨占禁止法違反行爲と損害賠償請求訴訟—近年の入札談合事例を概観して—”, 「現代法學」, 第16号, 東京經濟大學現代法學會, 東京, 2008, 5-6頁.

46) 公正取引委員會事務總局, 前掲書(註 28), 12頁.

등을 용이하게 할 목적으로, 직무에 반하는 입찰 참가자 중 특정한 사람을 지명하거나 기타의 방법으로 입찰담합을 방조하는 행위(제4호)이다.

(2) 공정거래위원회가 하는 관제담합 규제 수단

1) 입찰담합방지법상의 시정조치

공정거래위원회는 입찰담합 사건을 조사하면서 그 사건에 관제담합이 있다고 인정되면, 각 성(省)과 각 청(廳)의 장에게 관제담합을 배제하기 위해 필요한 개선조치를 강구하도록 명령할 수 있다(제3조 제1항). 비록 관제담합이 없어졌다고 하더라도 공정거래위원회는 특별히 필요하다고 인정되는 때에는 역시 필요한 개선조치를 명령할 수 있다(제3조 제2항). 개선조치를 명령받은 발주기관은 관제담합을 조사하여 관제담합이 있는 것이 인정되면 관제담합을 배제하기 위한 필요한 개선조치를 취하여야 한다(제3조 제4항). 발주기관의 장은 관제담합의 조사 결과와 개선조치의 내용을 공표하고, 공정거래위원회에 통지하여야 한다(제3조 제5항). 공정거래위원회는 보고받은 개선조치에 대하여 의견을 제시할 수 있다(제6항). 공정거래위원회가 의견을 제시하는 경우에는 공정거래위원회의 조사 내용과 발주기관의 조사 내용이 중대하게 다른 경우를 들고 있다.⁴⁷⁾

공정거래위원회가 발주기관의 장에게 명령하는 시정조치의 구체적인 예로는, 1) 조직 내부 개선 및 공무원에게 주의 강화, 2) 입찰을 감독하는 제3의 감시기관 설치, 3) 입찰 정보 관리를 강화, 4) 내부통제⁴⁸⁾ 담당부서 설치 등을 들 수 있다.⁴⁹⁾

관제담합 시정조치와 관련된 사례로는, 2012년에 국토교통성이 발주한 토목공사에서 발생한 관제담합을 들 수 있다. 이 사례에서 취한 시정조치의 구체적인 내용으로는 내부통제 추진 강화와 입찰계약 절차 개선과 정보관리 강화가 있다. 내부통제 추진 강화는 지방정비국 별로 내부통제 추진 본부를 설치, 내부통제 자문위원회 설치, 관제담합이 위법한 것임을 인식시키기 위한 공무원 연수 강화 등을 내용으로 하고 있으며, 입찰계약 절차 개선과 정보관리 강화는 총합평가 낙찰방식을 보다 엄격하게 운용할 것과 입찰과 관련된 정보가 누출되지 않도록 정보 보안을 강화하는 것 등을 내용으로 하고 있다.⁵⁰⁾

47) 公正取引委員會事務總局, 上掲書, 39頁.

48) 내부통제 또는 컴플라이언스(compliance)란 지방자치단체의 사무를 전반적으로 총괄하는 장이, 재무나 정보관리와 관계된 여러 위험을 평가하고 통제하여, 사무의 적정한 집행을 확보하는 체제를 정비하고 운용하는 것을 말한다. 2017년 일본 지방자치법 개정으로 도입된 제도로, 지방자치법 제150조 제1항, 제2항에서 규정하고 있다. 板垣 勝彦, [改訂版]「自治体職員のためのようこそ地方自治法」、第一法規, 東京, 2018, 149頁.

49) 公正取引委員會事務總局, 前掲書(註 28), 39頁.

50) 公正取引委員會事務總局, 上掲書, 41頁.

2) 발주기관이 하는 관제담합 규제 수단: 입찰담합방지법상의 징계

발주기관의 장 등은 관제담합이 있다고 인정된 경우에는 발주기관은 해당 공무원이 징계사유에 해당하는지 조사 및 조사 결과를 공표하여야 한다(제5조 제1항). 단, 발주기관의 장이 관제담합을 한 공무원의 임명권이 없는 경우에는, 해당 공무원의 임명권자에게 통지하는 것으로 충분하다. 그러나 법에서는 징계 처분을 위한 조사는 의무로 하고 있지만, 반드시 징계 처분을 할 것에 대해서는 규정하지 않고, 조사 후 징계 처분을 할지의 여부는 발주기관의 재량으로 하고 있다.⁵¹⁾

이렇게 징계처분을 할지 여부와 징계 내용이 재량 사항이기 때문에, 일부 발주기관에서는 위와 같은 징계처분에 대하여 표준례(標準例)를 정하고 있다. 나가노(長野)현은 관제담합을 한 공무원을 면직 또는 정직하도록 하고 있다(「징계처분 등의 지침」 제3 표준례 (13) 관제담합).⁵²⁾ 또한 국립대학법인 토야마(富山)대학 역시 「국립대학법인 토야마 대학 직원 징계규칙 징계처분 표준례」에서 관제담합을 한 직원은 징계해고, 권고해고 또는 출근 정지를 한다고 하고 있다(「국립대학법인 토야마 대학 직원징계규칙 징계처분 표준례」 1 (13) 관제담합).⁵³⁾ 또한 인사원(人事院)⁵⁴⁾에서는 국가공무원에 관한 징계처분 표준례를 정하여, 관제담합을 한 공무원을 면직 또는 정직하도록 하고 있다(「국가공무원에 관한 징계처분의 기준에 관하여」 제2 표준례 1 (11) 입찰담합 등에 관여하는 행위).⁵⁵⁾

관제담합으로 징계처분을 내린 사례로는 2014년의 철도건설·운수시설 정비 지원 기구가 발주한 기계설비 공사가 있다. 이 사례에서는 철도건설본부 도쿄지사 설비부 부장, 철도건설본부 도쿄지사 설비부 기계 제3과 과장, 도쿄지사 부참사(副參事)의 3명의 직원이 관제담합에 가담했는데, 설비부 부장은 면직, 제3과 과장은 3개월 정직, 부참사는 계고(戒告) 처분을 받았다.⁵⁶⁾

(3) 검찰이 하는 관제담합 규제 수단: 입찰담합방지법상의 공무원에 의한 입찰 등 방해죄

2006년 입찰담합방지법을 개정하여 형사 제재 조항을 신설함으로써, 관제담합이 형사 제재의 대상이 되었다. 입찰담합방지법 제8조에 의하면, “공무원이 자기가 소속된 국가 등에 입찰에 의한 매매, 대차, 도급 기타 계약 체결에 관하여, 그 직무에 반하여 사업자 기타의 자와 담합한 행위, 사업자 기타의 자에게 예정 가격 기타의 입찰에 관한 비밀을 교시하는 것 또는 기타의 방법으로 당해 입찰 등의 공정을 해하는 행위를 한 때에는 5년 이하의

51) 公正取引委員會事務總局, 上掲書, 46頁.

52) “長野縣 懲戒處分等の指針”, <https://www.pref.nagano.lg.jp/jinji/kensei/soshiki/soshiki/kencho/jinji/shishin.html>.

53) 國立大學法人富山大學, 「國立大學法人富山大學職員懲戒規則」, 國立大學法人富山大學, 富山, 2018, 7頁.

54) 인사원(人事院)은 국가공무원의 임용 등을 감독하는 정부기관이다.

55) “人事院 懲戒處分の指針について”, http://www.jinji.go.jp/kisoku/tsuuchi/12_choukai/1202000_H12shoku-shoku68.htm.

56) 公正取引委員會事務總局, 上掲書, 49頁.

징역 또는 250만엔 이하의 벌금에 처한다”고 하여, 공무원에 의한 입찰 등 방해죄를 규정하고 있다.

이 규정에서 열거하는 행위는, 입찰담합방지법 제2조 제5항에서 정하고 있는 네 가지 유형, 즉, ① 담합의 명시적인 지시, ② 입찰 응모자에게 의사 표시, ③ 발주에 관한 비밀 누출, ④ 특정 담합의 방조와 일치하지 않는다. 그 이유는 입찰담합방지법의 규정은 독점금지법 제3조 및 제8조 제1호에 위반하는 행위에 관여하는 행위일 필요가 있지만, “공무원에 의한 입찰 등의 방해죄”는 입찰 등 공정을 해하는 행위면 충분하고, 반드시 독점거래법상 위반행위를 전제로 하는 것은 아니기 때문이다. 즉, 이 규정은 관제담합을 철저히 방지하고 배제하기 위하여, 공무원의 직무 위반에 초점을 맞추어 형사 제재를 하기 위한 규정이다. 따라서 문제가 되는 공무원에게 해당 입찰에 관한 직무 권한이 있고, 공무원이 그 직무를 위반할 것을 요건으로 한다. 그리고 이 규정은 앞서 독점거래금지법상의 위반행위를 전제로 하지 않기 때문에, 공정거래위원회가 조사하여 관제담합이 밝혀진 경우 뿐만 아니라, 검찰이나 경찰과 같은 수사기관이 독자적으로 수사하여 관제담합을 밝힌 경우에도 처벌할 수 있다.⁵⁷⁾ 이 규정의 공소시효는 일본 형사소송법 제250조 제2항 제5호에 의하여 범죄행위가 완료된 때로부터 5년 이내이다.

관제담합으로 형사 처벌된 사례로는 효고현 히메지시(兵庫縣 姫路市) 사례가 있다. 효고현 히메지시(兵庫縣 姫路市) 사례는, 히메지시에서 발주한 다리 보수공사의 제한경쟁입찰에서, 공무원 2명이 특정 회사에게 최저제한가격 산정기준이 되는 설계금액을 알려주고, 그 대가로 현금 100만엔을 받은 사건이다. 이 사건에서 고베지방법원은 관제담합을 한 공무원들에 대하여 입찰담합방지법 제8조 위반을 이유로 각각 징역 2년 6개월 및 징역 2년(모두 집행유예 4년), 추징금 100만엔을 선고했다.⁵⁸⁾

(4) 간접적 관제담합 규제 수단: 입찰담합방지법상의 손해배상

발주기관의 장은, 관제담합이 발견된 때에 그 관제담합으로 국가 또는 지방자치단체에 손해가 발생했는지 여부와 손해가 발생한 경우의 배상액을 조사하여야 하고(제4조 제1항, 제2항), 손해 발생 여부와 배상액에 관한 조사 결과를 공표하여야 한다(제4조 제3항). 조사한 결과, 공무원이 고의 또는 중대한 과실로 국가(또는 지방자치단체)에게 손해를 가한 것이 인정되는 때에는 해당 공무원에게 신속하게 그 배상을 청구하여야 한다(제4조 제5항). 관제담합을 한 공무원이 「예산집행 공무원 등의 책임에 관한 법률」(予算執行職員等の責任に関する法律)(이하 예책법)의 규정에 의한 변상 책임이 있는 경우에는 입찰담합방지법에 의하지 않고, 예책법 등의 규정에 따라 변상책임을 진다.

만약 해당 공무원이 예산집행 공무원⁵⁹⁾인 경우로 변상책임이 있는 경우에는 국가와

57) 公正取引委員會事務總局, 上掲書, 52頁.

58) 平成29年2月24日 神戸地方裁判所 平成28(わ)1062.

지방자치단체의 두 가지로 나뉜다. 먼저 국가의 예산집행 공무원은 예책법 제4조 제4항의 규정에 따라 발주기관의 장이 재무대신 및 회계검사원(會計檢査院)으로 관제담합에 의한 손해를 통지한다. 공무원의 고의 또는 중대한 과실로 국가 등에게 손해를 발생시킨 것이라고 인정되는 경우, 회계검사원은 사실관계, 변상책임의 유무를 판단하고, 변상책임이 인정되면 변상액까지 산정하여 해당 공무원에게 변상 명령을 한다(예책법 제4조 제1항, 제2항). 지방자치단체의 예산집행 공무원은 지방자치법 제243조의2 제3항60)에 의거하여, 지방자치단체의 장의 청구에 따라 감사위원이 변상책임의 유무 조사 및 변상액을 산정하고, 같은 규정에 따라 변상 명령을 한다. 실제로 이 조항에 근거하여, 방위성은 2013년 1월, 손해배상책임이 있는 공무원 8명과 위반사업자 6사와 연대책임으로 총 1억 7045만엔의 손해배상청구를 한 바 있다.⁶¹⁾

IV. 한국의 입찰담합 규제와의 비교 및 시사점

1. 한국의 입찰담합 규제와의 비교

일본의 공공조달제도는 원칙적으로 일반경쟁입찰을 채택하고, 예외적으로 지명경쟁입찰과 수의계약을 인정하고 있다는 점에서 한국과 동일하다. 또한 입찰담합을 부당한 공동행위로 보아 공정거래와 관련된 독점금지법에서 규제하고 있다는 점에서, 한국이 독점규제법에서 입찰담합을 규제하는 것과 유사하다. 구체적인 규제수단 역시, 한국의 독점규제법에 해당하는 독점금지법에서 시정조치를 두고 있다는 점, 독점거래법 제28조의 과정금과 제22조의2에서 규정하고 있는 자진신고자에 대한 감면 등 동일한 제도를 마련하고 있는 점을 들 수 있다. 위와 같이 한국과 유사한 점이 많지만, 차이점도 있다.

첫째, 독점규제법 제56조의 손해배상책임이 과실책임인 데 비하여, 일본의 독점금지법상 손해의 입증은 무과실책임인 점이 대비된다. 이렇게 일본은 무과실책임이기 때문에, 손해배상 조항만 보면 한국보다 피해자의 구제가 용이하다고 볼 수 있다. 그러나 한국의 독점규제법 제19조 제1항에 따라 부당한 공동행위를 하여서는 안 된다는 주의의무를 사업자에게 부과하고 있어서, 사업자가 위반행위를 하였다면 이는 적어도 위 주의의무를 위반한 것으로서 과실이 있다고 할 수 있고, 사업자에게 고의나 과실이 없어 면책되는 경우는 생각하기

59) 예책법 제2조에서 열거하는 예산집행 공무원의 예로는 회계법 제29조의2 제3항의 계약담당관이 있다.

60) 지방자치법 제243조의2 (공무원의 배상책임) ③ 지방자치단체의 장은, 제1항의 공무원이 동 항에서 규정하는 행위에 의해 당해 지방자치단체에 손해를 입힌 것이 인정된 때에는, 감사위원에게 그 사실의 여부를 감사하고, 배상책임의 유무 및 배상액을 결정할 것을 청구하고, 그 결정에 기초하여 기간을 정해 공무원에게 배상을 명령하여야 한다.

61)鈴木 孝之/河谷 清文, 『事例で學ぶ獨占禁止法』, 有斐閣, 東京, 2017, 465頁.

어렵기 때문에, 현행법이 과실책임으로 입장을 변경하였다고 하더라도 결과적으로 차이가 없다는 견해가 제기된다.⁶²⁾

둘째, 관제담합에 관한 특별법의 유무이다. 일본은 한국과 달리 입찰담합방지법을 제정하여 관제담합을 규제하는 데 적극적으로 활용하고 있는 것이 특징이다. 입찰담합은 입찰참가자들만 담합하는 것이 아니라, 입찰참가자와 발주기관의 공무원이 담합하는 관제담합도 문제가 된다. 따라서 관제담합까지 규제하지 않으면 입찰담합 규제는 실효성을 가질 수 없다. 한국이 관제담합에 관한 근거법을 따로 두고 있지 않은 이유는, 한국이 일본만큼 관제담합이 많지 않기 때문인 실무적인 이유에서 기인한 결과이다. 관제담합이 한국에서 거의 발생하지 않기 때문에 논의의 실익은 적지만, 관제담합의 발생 가능성은 고려할 필요가 있다. 따라서 예방적 차원에서 독점규제법 내에 관제담합 규정을 신설하는 것도 한 방법이라 생각된다. 이때 일본의 입찰담합방지법의 규제 방법이나 강도를 참고하는 것도 한 방법이라 생각된다.⁶³⁾

2. 시사점

(1) 발주기관의 주도적인 입찰담합 조사

일본 역시 한국과 같이 형사 제재는 검찰이, 행정 제재는 공정거래위원회가, 부정당업자 제재는 발주기관이 하고 있는 구조이지만, 관제담합이 빈번한 일본 내 사정을 반영하여, 입찰담합방지법에서 발주기관이 적극적으로 조사하도록 하는 분담체계를 갖고 있다. 관제담합을 한 직원에 대한 징계 처분 규정인 입찰담합방지법 제5조 제1항 등에서 볼 수 있듯이, 공정거래위원회가 관제담합이 의심되는 사건에 대해서, 발주기관에게 조사를 명령하고, 발주기관이 입찰담합을 조사 및 입증하는 역할을 담당한다.

법 규정 뿐만 아니라, 실무에서도 발주기관이 조사 및 입증을 담당하는 구조로 운용되고 있다. 2018년 6월에 공표된 공정거래위원회 조사에 의하면, 입찰결과가 입찰담합이 의심될 정도로 부자연스럽다는 사실을 발주기관이 특정 부서로부터 보고를 받아 정보를 수집하고, 담합의 원인을 분석하는 구조로 입찰담합을 조사하는 국가기관이 64%로 나타났다.⁶⁴⁾ 이와 같이 한국보다 발주기관이 입찰담합 적발에 더 많은 역할을 하고 있다고 볼 수 있고, 발주기관의 역할의 확대는 한국에 시사점을 준다.

62) 이선희, 전게서(주 9), 104면.

63) 이호영, 전계논문(주 40), 185면.

64) 국가기관 외에, 광역 지방자치단체는 약 41.8%, 인구 20만 이상의 지방자치단체는 15.7%, 인구 5만 이상 20만 미만의 지방자치단체는 11.8%, 인구 5만 미만의 지방자치단체는 8.1%가 입찰담합의 조사 및 원인을 분석하고 있고, 정부출자법인은 53.8%가 조사 및 원인 분석을 하고 있다. 公正取引委員会, 「官製談合防止に向けた發注機關の取組に関する實態調査報告書」, 公正取引委員會, 東京, 2018, 30頁.

(2) 사면 없이 적용되는 입찰참가 제한 처분

일본은 입찰참가 제한 처분이 있는 경우, 사면이나 법원의 집행정지결정 없이 이루어지고 있다. 입찰참가제한 처분을 받은 사업자가 경영난을 이유로, 입찰참가 제한 기간을 단축시켜 줄 것을 내용으로 한 진정서를 내지만 받아들여지지 않을 정도로, 한 번 입찰참가제한 처분을 하면 사면을 거의 하지 않고 엄격하게 입찰참가 제한 처분을 지키는 경향이 있다. 법원 역시 집행정지 신청을 받아들이지 않고 기각시킨다. 기각시키는 이유는 시장 질서 보호나 공익 보호가 아닌, “입찰참가 제한은 단순히 발주기관이 사법상 계약⁶⁵⁾의 상대방으로 부적절하여 사전에 계약의 상대방으로 하지 않겠다는 의사표시에 지나지 않기 때문”⁶⁶⁾이지만, 집행정지결정이 입찰참가 제한을 면하는 수단으로 쓰이는 것을 방지하고 있다.

일본에서 입찰참가 제한은 하도급이 많은 건설업계의 특성상 대형건설사의 입찰참가 제한 처분이 미치는 경제적 파급을 고려하여, 그동안 중소기업을 위주로 입찰참가 제한을 했지만, 최근에는 건설업계 1위부터 4위까지 하는 초대형 건설사까지 입찰참가 제한 처분을 하게 되었다. 2018년 3월 29일, 국토교통성이 JR 도카이(東海)가 발주한, 도쿄부터 나고야까지 이어지는 리니어 중앙 신칸센 공사 입찰에서 담합을 시도한 대형건설사 4사에 대하여, 국토교통성이 입찰참가 제한 처분을 한 사례가 그것이다. 이 사례에서 국토교통성은 입찰담합을 시도한 초대형 건설사 4사에게 19개의 국토교통 관련기관이 발주하는 입찰을 4개월간 참가 제한하는 처분을 하였다.⁶⁷⁾ 중소기업이 아닌 초대형 건설사 4사에게 부정당업자 제재를 한 것은 일본에서 처음 있는 일이다.

일본의 경향과 최근의 입찰참가제한 처분은, 한국의 부정당업자 제재 사면이 빈번한 것과 대비된다. 위와 같은 경향은 입찰담합의 중요 규제 수단인 부정당업자 제재가 일본에서는 상당히 실효성을 거두고 있다고 판단이 되고, 사면이나 법원의 집행정지결정 없이 입찰참가 제한을 실질적으로 활용하고 있는 것은 한국에 시사점을 준다.

V. 결 론

이상으로 입찰담합 규제를 일본법제를 중심으로 고찰하였다. 일본은 한국과 마찬가지로 부당한 공동행위를 규제하는 독점금지법에서 입찰담합을 규제하고 있으며, 관제담합이

65) 일본 역시 한국과 마찬가지로 공공조달계약을 사법상 계약으로 보고 있다. 塩野 宏, [第六版]「行政法 I」, 有斐閣, 東京, 2015, 206-207頁.

66) 平成24年2月28日 東京高等裁判所 平成23(行コ)345.

67) 国土交通省, 「JR東海が發注する中央新幹線建設工事の受注調整に係る刑事告發に對する指名停止措置等について」, 国土交通省, 東京, 2018, 1頁.

빈번한 일본의 실무 사정을 반영하여 관제담합에 관한 특별법인 입찰담합방지법을 제정하여 활용하고 있는 점이 특징이다.

관제담합에 관한 특별법을 제외하면 외관상 입찰담합의 규제수단은 차이가 없고, 시사점이 없어 보이지만, 두 가지 면에서 한국에 시사점을 준다. 첫째, 발주기관이 입찰담합 사건 조사와 입증에 적극적인 위치에 있다는 점이다. 이 점은 현재 한국에서 발주기관이 입찰담합 조사에 제한적이고, 그에 따른 입찰담합 규제의 실효성을 확보하지 못하는 문제점 해결에 참고할 만하다고 생각한다. 둘째, 부정당업자 제제의 엄격함이다. 일본은 부정당업자 제제, 그 중에서도 입찰담합을 한 사업자가 일정 기간 다른 기관의 입찰에 참가하지 못하도록 하는 입찰참가제한 처분을 엄격하게 적용하고 있다. 이는 한국에서 입찰참가제한 처분이 실질적으로 집행되지 않아 실효성을 확보하지 못하고 있는 문제에 대하여 시사점을 준다. 또한 건설경제에 큰 영향을 미칠 수 있는 초대형 건설사의 입찰참가제한을 하지 않았던 일본은, 최근에 초대형 건설사의 입찰참가제한을 하였다. 일본의 입찰참가제한의 엄격한 적용을 보면, 사면 없이 실질적으로 입찰참가 제한이 이루어질 것으로 보인다. 입찰담합이 공공 서비스 질의 저하 등 공익 침해까지 영향을 미칠 수 있다는 점을 감안하면, 이러한 입찰담합 규제의 강화는 한국도 참고할 만하다고 생각된다.

입찰담합은 단순히 공정한 거래질서를 파괴하는 것 뿐만 아니라, 공공 서비스 제공을 위한 수단인 입찰과 관련된다는 점에서, 공익 침해까지 연결될 수 있는 문제이다. 따라서 기업간의 담합보다도 더욱 엄격하게 규제를 해야 한다. 그러나 엄격한 규제 수단만 마련하고 그 규제 수단이 실효성을 확보하지 못한다면 아무런 소용이 없다. 입찰담합 규제가 실효성을 갖기 위해서 위에서 말한 일본의 규제 방향을 참고하는 것도 한 방법이라 생각된다.

(투고일 : 2019. 4. 30 / 심사일 : 2019. 5. 7 / 확정일 : 2019. 5. 16)

참 고 문 헌

<국내 문헌>

[단행본]

- 권오승·서 정, [제2판] 「독점규제법-이론과 실무」, 법문사, 서울, 2017.
박재윤, 「독일 공법상 국가임무론과 보장국가론」, 경인문화사, 서울, 2018.
법무법인(유한) 태평양 건설부동산팀, 「주식 국가계약법」, 박영사, 서울, 2017.
신동권, [제2판] 「독점거래법」, 박영사, 서울, 2017.
이선희, 「독점규제법상 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구」, 경인문화사, 서울, 2013.
이재구, 「공정거래법-이론, 해설과 사례-」, 지식과 감성#, 서울, 2017.

[논문]

- 김대인, “EU법의 부정당업자제제도에 대한 연구”, 「공법연구」 제45집 제3호, 한국공법학회, 서울, 2017, 249-275면.
김영덕, “최근 입찰담합 제재 강화의 문제점 및 입찰담합 근절을 위한 정책 방향-입찰담합 삼진아웃제 강화 법안의 타당성 검토를 중심으로-”, 「건설이슈포커스」 2016년 1월, 한국건설산업연구원, 세종, 2016, 3-26면.
김정욱, “우리나라 입찰제도와 입찰담합의 특징”, 송은지 외, 「입찰담합의 효과적인 규제방안 연구」, 한국개발연구원, 세종, 2013, 8-45면.
서 정, “부당한 공동행위의 금지”, 권오승 편저, 「독점규제법 30년」, 법문사, 서울, 2011, 271-313면.
송은지, “우리나라의 입찰담합 규제제도와 규제현황”, 송은지 외, 「입찰담합의 효과적인 규제방안 연구」, 한국개발연구원, 세종, 2013, 46-99면.
_____, “입찰담합 규제제도의 현황과 정책방향”, 「산업조직연구」 제23집 제2호, 한국산업조직학회, 서울, 2015, 95-136면.
이경섭, “부정당업자 제재제도의 최근이슈와 개선방안(상)”, 「지방계약연구」, 제6권 제1호, 지방계약학회, 서울, 2015, 29-58면.
이선희, “입찰담합에 있어서 들러리 참여자에 대한 과징금선정기준”, 「법조」 59권 7호, 법조협회, 서울, 2010, 268-308면.
이호영, “외국의 입찰담합 규제제도”, 송은지 외, 「입찰담합의 효과적인 규제방안 연구」, 한국개발연구원, 세종, 2013, 143-188면.

- _____, “독점규제법상 ‘관련시장’ 획정의 의미와 입법적 개선”, 『법조』 63권 5호, 법조협회, 서울, 2014, 64-102면.
- _____, “제5장 부당한 공동행위의 제한”, 권오승 외 7인, [제5판] 『독점규제법』, 법문사, 서울, 2017, 161-212면.
- 전현철, “부정당업자제재제도의 적정한 운영을 위한 연구”, 『공법학연구』 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 서울, 2017, 341-374면.
- 차성민, “부당한 공동행위에 있어서 입찰담합금에 대한 과세 범리 한·일 비교”, 『중앙법학』 제18집 제1호, 중앙법학회, 서울, 2016, 199-222면.
- 홍대식, “제10장 손해배상과 형사벌”, 권오승 외 7인, [제5판] 『독점규제법』, 법문사, 서울, 2017, 371-391면.

[판례 및 기타]

- 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결.
- 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013두26811 판결.
- 서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2011누45650 판결.

<해의 문헌>

[단행본]

- 板垣 勝彦, 『保障行政の法理論』, 弘文堂, 東京, 2013.
- _____, [改訂版] 『自治体職員のためのようこそ地方自治法, 第一法規, 東京, 2018.
- 金井 貴嗣/川濱 昇/泉水 文雄, 『獨占禁止法』, 弘文堂, 東京, 2015.
- 岸井 大太郎 外, 『經濟法: 獨占禁止法と競争政策』, 有斐閣, 東京, 2016.
- 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関する實態調査報告書』, 公正取引委員會, 東京, 2018.
- 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~』, 公正取引委員會事務總局, 東京, 2017.
- 塩野 宏, [第六版] 『行政法 I』, 有斐閣, 東京, 2015.
- 鈴木 孝之/河谷 清文, 『事例で學ぶ獨占禁止法』, 有斐閣, 東京, 2017.
- 鈴木 滿, 『談合を防止する自治体の入札改革』, 學陽書房, 東京, 2008.

[논문]

- 和泉澤衛, “獨占禁止法違反行爲と損害賠償請求訴訟—近年の入札談合事例を概観して—”, 「現代法學」第16号, 東京經濟大學現代法學會, 東京, 2008, 3-37頁.
- 諏佐マリ, “二 「入札談合」規制のあり方”, 「九州法學會會報」2010年, 九州法學會, 福岡, 2010, 63-66頁.
- 萩原 浩太 外 2人, “入札談合と基本合意—福岡市造園事件—”, 岡田 羊祐, 林 秀弥 編, 「獨占禁止法の經濟學: 審判決の事例分析」, 東京大學出版會, 東京, 2009, 31-49頁.

[판례 및 기타]

- 最判昭和59・2・24. 形集38・4・1287.
- 東京高判平20・9・26 審決集 55卷 910頁.
- 東京高判平24・3・9 審決集 58卷第2分2冊9 200頁.
- 平成7年9月25日 東京高等裁判所 平成6(行ケ)144.
- 平成24年2月28日 東京高等裁判所 平成23(行コ)345.
- 平成29年2月24日 神戸地方裁判所 平成28(わ)1062.
- 國土交通省, 「JR東海が發注する中央新幹線建設工事の受注調整に係る刑事告發に對する指名停止措置等について」, 國土交通省, 東京, 2018.
- 國立大學法人富山大學, 「國立大學法人富山大學職員懲戒規則」, 國立大學法人富山大學, 富山, 2018.
- 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」, 公正取引委員會, 東京, 2009.
- 中央公共工事契約制度運用連絡協議會, 「工事請負契約に係る指名停止等の措置要領中央公共工事契約制度運用連絡協議會モデル」, 中央公共工事契約制度運用連絡協議會, 東京, 2010.
- “人事院 懲戒處分の指針について”, http://www.jinji.go.jp/kisoku/tsuuchi/12_choukai/1202000_H12shokushoku68.htm
- “長野縣 懲戒處分等の指針”, <https://www.pref.nagano.lg.jp/jinji/kensei/soshiki/soshiki/kencho/jinji/shishin.html>.