

## (二) 談合入札行爲와 犯罪의 成否

## 刑法第三一五條 建設業法第三八條

檀紀四二九一年刑上第二二四號 入札妨害被告事件 (檀紀四二九二年七月二十四日大法院刑事部判決、  
法曹第八卷第八號一二六面參照)

〔事實〕 本件에 있어서의 事實을 要約하면 다음과 같다.

法務部에서 少年院 女院生寮 復舊工事を 被告人 宋映淳 外四名에게 指名競争入札시켰던 때 被告人等은 그 入札에 있어서 自由로운 競争에 依하여 入札하지 아니하고, 被告人 申土 建築을 始作한 지 日淺하여 工事實績이 적은 被告人 宋映淳에게 그 工事請負를 落札케 하고져 시로 談合하여 宋映淳은 金二千三百四十九萬圓으로 入札하고 爾餘의 被告人等은 宋의 入札價格보다 各各 高價로 入札하여 結局 最低價格으로 入札한 宋에게 落札케 하였고, 宋은 落札後 自己에게 落札케 한 謝禮의 뜻으로 爾餘의 被告人等에게 各各 十萬圓式을 交付하였다. 同 工事의 政府 豫定價格은 金二千三百五十萬圓이었다.

被告等의 談合入札行爲는 刑法第三百十五條 所定の 「偽計, 또는 威力, 其他方法으로 入札의 公正을 害한」 入札妨害罪에 該當된다고 하여 起訴된 것이 即 本件이다.

右 事實에 對하여 第一審인 서울地方法院에서는 無罪, 서울高等法院에서는 有罪.

被告人等이 이에 不服하여 上告를 하였는데 第二審判決後 建設業法이 制定公布되어 上告理由書 提出期

問前に 이미 그效力이發生하였다. 그런데 同法第三十八條에는「建設業者가 競争入札에 있어서 工事注文者의 豫定價格이 正當함에도 不拘하고 이를 競上시킬 目的으로 通牒하여 미리 談合한 價格으로 入札한 때에는 六月以上 五年以下の 懲役 또는 十萬圓以上の 罰金에 處한다」라고 規定되어 있다.

上告理由는 二點으로 要約된다.

〔上告理由 一〕 原審은 被告人等의 行爲에 對하여 刑法第三百十五條를 適用하여 有罪의 判決을 하였으나 續紀四二九一年三月十一日 建設業法의 制定公布(施行은 六十日後)로 因하여 本件公訴事實은 犯罪를 構成하지 아니함으로 免訴의 判決言渡있기를 바란다. 刑法第三百十五條와 建設業法第三十八條와는 一般法·特別法의 關係에 있으므로 建設業法의 適用이 있는 限, 刑法은 그 適用이 排除된다고 보아야 한다. 本件은 建設業者가 談合入札한 行爲로서 建設業法第三十八條에 間諱할 境遇이므로 刑法第三百十五條는 本件에 適用할 수 없는바 建設業者의 談合入札이 處罰을 받는 것은 建設業法第三十八條에 依하여 「工事注文者의 豫定價格이 正當함에도 不拘하고 이를 競上시킬 目的으로 通牒하여 미리 談合한 價格으로 入札한」 때에 限하는 것이니 本件과 같이 工事注文者의 正當한 豫定價格內에서 適正한 入札價格을 維持하기 爲하여 서로 談合한 行爲는 處罰할 수 없다.

이에 對하여 大法院은

〔判決理由 一〕 「審按컨대 一件記錄에 依하면 原審이 辯論을 終結한 것은 續紀四二九一年二月二十六日일이 明白한바 建設業法에 依하면 同法이 施行된 것은 同年五月十一일부터 이므로 原審이 建設業法을 考慮하지 아니한 事實을 들어 違法이라 할 수 없고 또 建設業法第三十八條는 同法第二條所定의 建設業者에 對한 特別處罰規定이고 該條에 依하여 刑法第三百十五條가 廢止나 變更된 것이 아니므로 犯罪後(또는 判決後) 法律(또는 刑)의 廢止나 變更으로도 볼 수 없으므로 論旨는 理由없다」

고 하여 이를 排斥하였다.

〔上告理由 二〕 假使 建設業法이 制定公布되지 아니하고 刑法第三百十五條만 存在한다 할지라도 本件 被告人等의

行爲는 犯罪行爲로 認定할 수 없고 正當行爲로 보아 放置되어야 할 것이므로 無罪의 言渡를 하여야 한다.

1 入札妨害罪에 關한 規定이 없던 舊刑法時代에 있어서는 談合入札行爲는 詐欺罪를 構成하느냐의 問題로 되어 있었으나 그 當時의 判例의 變遷을 詳細히 檢討하면 本件과 같은 談合入札行爲는 自由適法이고 何等的 違法性이 없다.

2 刑法第三百十五條에 對應하는 日本刑法 第九十六條의 三의 制定過程에 있어서 日本政府原案을 「偽計 또는 威力을 쓰거나, 또는 談合에 의하여 公競賣 또는 入札의 公正을 害할 行爲를 한 者는 云云」으로 되어 있던 것을 日本議會에서 談合入札行爲中 業者의 自衛手段으로서 한 談合은 處罰할 수 없다는 論이나와 特別 惡質의인 談合만을 處罰한다는 趣旨로 「公正한 價格을 害하고 또는 不正의 利益을 얻음 目的으로 談合한 者 云云」으로 이를 修正하였고 우리 新刑法亦是 「偽計 또는 威力 其他 方法으로 競賣 또는 入札의 公正을 害한 者 云云」이라고 漠然히 規定한 것을 보면 談合中에 適法한 談合과 違法한 談合의 兩者가 있음을 前提로 하고 있다고 볼 수 있다.

3 韓國의 社會的 實情으로 보아 過多한 土建業者와 過少한 工事는 一部 業者로 하여금 工事實費를 無視한 所謂 「기리꼬미」入札(工事實費보다 低廉한 價格으로 入札하는 것)을 敢行하게 하고 健全한 業者는 이러한 無謀한 入札을 防止하고 그 權益을 保護하기 爲하여 必然的으로 談合入札의 手段에 나오고 反面、施工主側인 政府에서는 入札前에 미리 豫定價格을 定하여 그 以內의 價格으로서만 落札시키는 制度를 採用하고 있는바 그 豫定價格은 政府豫算關係、數段階를 걸치는 監査制度 및 審計院의 事後會計審查等 關係로 慎重하고 또 細密한 檢討를 한 後에 當該工事의 工事費와 業者의 正當한 利潤을 參酌하여 至極히 公正한 價格으로 決定되는 것이니 그 範圍內에서의 入札은 그 過程에 있어서 談合에 依하진 自由競爭에 依하진 間에 何等 施工主側인 政府에 損害를 끼치지 않는다. 財政法에서 競爭入札을 原則으로 한 것은 業者의 正當한 利潤追求權을 剝奪無視한 意圖가 아니라 業者의 企業으로부터의 正當한 利潤追求權을 認定하면서 다만 그 範圍를 逸脫하여 暴利를 貪貪 意圖下에 不正한 方法으로 落札하여 國家에 損害를 끼치는 것을 防止하려 함에 있다. 政府도 多年間의 經驗에 비추어 工事實費를 無視한 「기리꼬미」入札의 弊害를 痛感하여 財政法上 一般競爭入札이 原則이고 指名競爭入札 또는 隨意契約는 嚴格한 附隨條件이 具備되어 있을 때에만 할 수 있을 때도不拘하고 그 附隨條件을 緩和乃至 無視하여 指名競爭入札 또는 隨意契約를 恣行하고 甚至於是 所謂 敷札制라고 하여 最低價格으로 入札한 者에게 落札하지 않고 豫定價格에 가장 接近한 價格으로 入札한 者에게 落札하는 制度를 採擇하고

있는 곳도 있는 形便이다. 以上の 諸現象을 考察하면 本件 談合은 何等 犯罪視할 必要가 없다.

大法院은 이 上告理由 第二點을 理由있다고 하여 原判決을 破棄하고 自判하여 被告人等에게 無罪를 言渡하였다.

〔判決理由 二〕 「審按컨대 第一審 公判調書(第五回)中 證人 李仁泰의 證言記載와 證人 崔亨洙의 檢事에 對한 陳述 調書記載 및 千皓哲 作成의 鑑定書 內容에 依하면 本件 工事의 豫定價格은 金二千三百五十萬圓 落札價格은 金二千三百四十九萬圓 工事費鑑定價格은 金二千二百八十六萬九千六百四十圓임이 明白하고 또 土建業者가 工事入札時에 工事實費에 諸公課金 諸雜費 利益金으로 二割五分 乃至 三割을 加算하는 것이 當時 同業界에서는 正當視되어 왔음을 窺知할 수 있음으로 本件 落札價格은 工事注文者의 豫定價格內이고 또 工事實費와의 差額이 不過 六十二萬三千三百六十圓으로 實로 工事實費의 三割一센트 未滿의 額이어서 어느點으로 보나 右落札價格은 公正한 價格의 範圍를 넘어서나 있지 않았음이 明白하다. 大抵 競爭入札의 性質과 目的에 비추워 볼 때 入札者가 所謂 談合을 함은 이 도 刑法 第三百十五條의 偽計에 該當함을 贅言을 要하지 않는 바이나 一件記錄에 依하면 本件 被告人等의 談合의 目的이 工事價格을 競上시켜 注文者의 利益을 害하려는 데 있는 것이 아니고 注文者의 豫定價格內에서 無謀한 競爭을 防止하고 아울러 被告人 宋暎淳으로 하여금 工事實績을 얻게 하는데 있었음이 明白하고 또 前般認定한 바와 같이 本件 落札價格이 公正한 價格의 範圍內에서 工事注文者의 正當한 利益을 害하지 아니하고 있는 以上 金員을 收受하고 談合을 하여 곧 入札의 公正을 害하였다고는 볼 수 없으므로 本件 公訴事實은 犯罪를 構成한다고 할 수 없는 바 原審은 이 點에 關한 法의 誤解로 因한 重大한 事實의 誤認이 있었고 이는 判決에 影響을 미치는 바이므로 論旨은 理由있어 原判決은 破棄를 免치 못할 것이다.」

〔評釋〕 一 本判決은 오랫동안 土建業界의 關心事로 되어 있던 談合入札行爲에 對한 處罰의 限界와 標準을 明示한 것으로서 그 影響하는 바 크다. 現下의 우리나라 土建業界에서 工事請負入札을 함에 있어서 談合이 어느程度의 度一센테이지를 占하고 있는가는 談合의 性質上 알 수 없는 것이지만, 業者, 工事注文

者其他社會各界人士의 意見을 綜合하면 相當한 功一센테이지를 차지하고 있는 것만은 틀림이 없다. 非單解放後의 우리나라 뿐만 아니라 東西古今를 莫論하고 그 寡多의 差는 있을망정 土建業과 談合入札은 非러질 수 없는 關係에 있는 것이 實情인상 싶다. 모—든 談合을 處罰할 것인가, 談合中 正當談合과 不正談合을 區別할 것인가, 區別한다면 正·不正의 標準은 어디에 둘 것인가. 刑法第三百十五條는 이 問題의 解決을 學說과 判例에 맡기고 있다. 本判決은 談合入札에 關한 最初의 大法院判決이었으며 이 判決에 對한 土建業界의 反響은 豫想以上으로 컸던 것이다.

二 刑法第三百十五條와 建設業法第三十八條와의 關係에 對한 判旨第一은, 要件데 兩者는 一般法·特別法의 關係에 있는 것이 아니라 後者는 前者에 對한 加重處罰規定에 不過하다는 것이다. 建設業法의 制定過程에 있어서 土建業界에서는 建設業者의 談合入札의 處罰을 同法第三十八條所定行爲에 局限케 할 意圖下에—換言하면 同條를 刑法第三百十五條의 特別法條로 할 意圖下에 그 規定의 插入을 建議한 結果 同條가 誕生한 것이라고 評者는 알고 있다. 그 經緯는 如何튼 間에 兩條는 一般法·特別法의 關係로 는 될 수 없다는 判旨임에 談合의 目的 乃至 動機 및 行爲의 多樣性에 鑑하여 判旨와 같이 兩者를 一般法·特別法의 關係에 있다고 보지 않고 加重處罰規定에 不過하다고 보는 것이 妥當할지도 모른다. 그러나 判旨第二를 보면 建設業法第一條所定의 建設業者에 對하여는 結局 同法第三十八條의 構成要件에 該當하는 行爲에 對하여서만 處罰되지 않을까. 따라서 今後에 있어서는 建設業者의 談合에 對하여는 實際上 建設業法第三十八條만이 適用될 것이고 結局 同條는 刑法第三百十五條의 特別法의 役割을 하게 될 것이라고 思慮된다. 判決理由 第一中에 「原審이 辯論을 終結한 것은 檀紀四二九一年二月二十六日임이 明白한바 建設業法에 依하

면 同法이 施行된 것은 同年 五月十一일부터 이므로 原審이 建設業法을 考慮하지 아니한 事實을 들어 違法이라 할 수 없고 云云의 說示는 蛇足이다. 上告理由는 兩法이 一般法・特別法の 關係에 있다 함에 있으므로 그것은 刑事訴訟法第三百八十三條第三號의 「判決後 刑의 廢止나 變更이 있는 때」를 理由로 하는 것이니 原審이 辯論을 終結한 것이 建設業法 施行前이라야만 비로서 上告理由로 할 수 있기 때문이다.

三 刑法第三百十五條와 같은 規定이 없던 舊刑法時代에 있어서 談合入札問題는 어떻게 處理되었는가를 보자. 舊刑法時代에는 談合入札行爲가 詐欺罪를 構成하는나와 問題는 되어 있었다. 日本大審院은 詐欺罪를 構成하지 않는다고 하였다.

「按컨대 工事의 請負를 競争入札에 附하여 最低入札者를 落札者로 決定하여 이와 請負契約를 締結하는 境遇에 있어서 注文者는 工事의 內容을 知悉하고 豫定價格을 附함을 常例로 함으로 注文者가 入札에 依한 價格을 相當하다고 認定하여 落札者를 定하는 以上 價格의 點에 있어서 何等의 錯誤가 없다 할 것이고 入札者의 價格協定の 有無는 價格에 관한 錯誤와 沒交涉이다. ……協定入札은 注文者에 對하여 價格의 量定을 그릇하게 하는 手段이 아니고 入札者 自己의 利益되는 價格을 主張하는 方法이라고 解釋함이 相當하다」(大正八、二、二七. 日本大審院判決)

이에 反하여 朝鮮高等法院에서는 詐欺罪가 된다고 하였다.

「談合入札行爲는 詐欺罪를 構成한다」(大正三、九、二七. 高等法院判決)

이 判旨만으로 본다면 모든 談合入札行爲는 詐欺罪로 (現在라면 入札妨害罪로) 處罰될 것이며 正當한 談合과 不正한 談合의 區別이 없는 것이다. 今後 高等法院은 前詔判例를 修正變更 하였으니

「談合入札行爲는 詐欺罪를 構成한다 할 것이나 土木建築請負業者가 單純히 營業上 適正한 請負價格을 維持할 趣旨만 으로서 談合을 하여 入札한 境遇는 刑法第三十五條가 認定하는 正當行爲다. 그러나 落札人이 될 入札者로부터 他入札

者에게 自己의 經濟的 不利益을 招來할 金員 其他 人間의 需要를 滿足시킬 利益을 授與할 約定을 包含하는 談合에 依한 入札은 刑法第三百五條가 認定하는 正當行爲라고 할 수 없다. (昭和六、七、三〇) 高等法院聯合部判決

即 談合行爲全部가 違法인 것이 아니고 正當한 談合도 있다. 適正價格을 維持할 目的만으론 談合은 正當한 談合으로서 違法性이 없다. 그러나 談合者間에 金錢去來가 있으면 不正한 談合이다 라는 것이다. 그後 高等法院은 또 다시 그 判例를 緩和하여 修正變更하였으니

「競爭入札은 入札者가 適正價格을 保有할 수 있는 限 相互競爭을 利用하는 方法에 不過함으로 入札者가 單只 適正價格을 잃지 않기爲하여 그 限度內에서 서로 協定하여 競爭을 排斥하여도 秋毫도 競爭入札의 目的에 背馳되지 아니함으로 自由適法인 同時에 協定이 右限度를 넘어서 入札者에게 有利한 入札을 할 수 있는 趣旨에 歸着됨에 있어서는 必然的으로 競爭入札에 불인者의 正當한 利益을 害하게 되므로 該協定 自體가 違法的인 性質을 帶有하는 것이다. 그리고 이 理由는 協定의 手段如何에 따라 差異가 있는 것이 아니므로 該協定이 協定者間에 金錢其他의 經濟的 利益을 授與할 約定을 隨伴하는 境遇에도 이러한 協定이 違法이나 아니냐는 오로지 右標準에 依하여 決定하여야 한다」(昭和一、二、一七) 高等法院 判決

고 判旨하여 前判決에서 金錢授受를 隨伴하는 談合은 例外없이 違法이다 라고 한 것마저 除去하여 適正價格의 點으로서 正·不正의 談合을 區別할 標準으로 하였다(이 判例은 前判例의 重大한 變更이라고 볼 수 있다. 으니 亦是 聯合部判決로써 나왔어야 될 것이었다) 이리하여 談合入札問題는 舊刑法時代에 있어서도 具體的 妥當한 解決을爲한 努力이 傾注되어 왔었던 것이다.

四 刑法第三百十五條로 入札妨害罪가 成文化된 新刑法에 있어서 談合入札行爲는 어떻게 處理되어야 할 것인가. 이에 두 가지 思考方式이 成立될 수 있다. 即 하나는 本件判旨二와 같이 注文者의 正當한 豫定價格內에서 適正價格을 維持하기爲한 談合은 適法이라는 思考方式이고, 다른 하나는 競爭入札은 相互競爭을

그 본質로 하므로 競爭이 없는 談合方法에 依한 入札은 競爭入札의 基本構造를 破壞하므로 違法이고 特히 談合者相互間에 金錢去來가 있을 境遇에는 入札價格이 金錢授受없이 入札한 境遇보다 高價일 것이 普通이므로 必然的으로 注文者의 利益을 害할 것이므로 違法이라는 思考方法이다. 이 두 思考方式중 어느 것이 옳으나 그 自體만으로는 論斷할 수가 없다. 論理的으로는 둘 다 正當하다. 그러나 論理的으로 矛盾이 없다는 것만으로는 그 結論을 正當化할 수는 없다. 프라그마티스트의 主張하는 바와 같이 우리는 同一한 前提下에서 論理的으로 조금도 過誤를 犯하지 않고 全然 相馳되는 둘 以上の 結論을 演譯해 낼 수가 있다. 어떠한 命題가 正當하냐 아니냐는 그 論理的 完全성에 있는 것이 아니라 그 結果의 實用性 如何에 있는 것이다. 法學은 本質的으로 政策學이다.

本件 上告理由는 以上の 見地에서 刑法第三百十五條의 論理的·文理的解釋論을 展開하지 않고 前揭한 從前의 各判例와 同條의 立法趣旨를 記述한 後 주로 本件과 같은 談合이 犯罪視되어서는 아니 될 社會的 實情論에 힘을 기울이고 있다. 本件上告理由는 評者가 쓴 것이나 이 社會的 實情論은 더 詳細히 展開하였어야 될 것이었다. 그러나 上告理由에 나타난 諸般現象을 認定하는 以上 本件被告人等에 對하여 無罪를 言渡하지 않을 수 없었을 것이다. 結局 大法院은 新刑法下에 있어서도 談合入札問題를 競爭보다도 適正價格에 重點을 두어 解決하고자 한 舊高等法院의 判例態度를 繼承하고 있는 것이다.

本件談合行爲같은 것은 社會的 實情如何로 刑事責任이 左右될 것의 標準的인 것의 하나이지만, 刑法各則 中 社會的 實情如何를 參酌하여 비로서 그 構成要件該當與否를 決定할 許多한 事例가 있다. 例를 들자면 詐欺罪、恐喝罪等에서도 處罰될 欺罔·脅迫行爲와 處罰되지 않는 欺罔·脅迫行爲가 많다. 誇張 또는 隱蔽된 商人辭令(Caleman's story)



被害者의 要求에 應하지 않는다면 告訴한다는 告知等。

五 本件判旨에서는 談合入札은 僞計에 該當한다고 하였으나 上告理由에서 論及한 바 日本刑法第九十六條의 三의 立法過程을 보면 談合은 僞計에 該當하는 것이 아니고 刑法 第三百十五條의 「其他의 方法」의 範疇에 屬한다고 봄이 옳지 않을 까 하는 感이 든다. 談合이 僞計에 屬한다면 日本刑法第九十六條의 三의 原案이 「爲計 또는 威力을 쓰거나 또는 談合에 依하여 한다」이라고 하여 兩者를 併存시켰을 리 없었을 것이다 (日本刑法學會刊刑事法)。 談合이 僞計에 屬하느냐 「其他의 方法」에 屬하느냐는 그리 重要한 問題는 아니다 (講座第四卷六八七面)。 本判決의 價値는 犯罪・非犯罪을 區別함에 있어서 形式的, 論理的 方法에 依하지 않고 社會의 實情을 考應한 點에 있다. 刑事裁判의 올바른 進路를 보여 주는 判決로서 贊意를 表하는 바이다.

桂 昌 業

〈筆者——本大學講師〉

### (三) 言論出版의 自由와 行政의 裁量

檀紀四二九二年行第一〇三號서울高法特別第二部判決

(京鄕新聞發行人對公報室長行政處分取消請求事件)

〔事實〕 原告는 京鄕新聞의 發行人으로서 丹기 四二七九年 六月二四日 美軍政當局으로부터 軍政法令 第八八號에 依한 新聞發行許可를 얻어 爾來 京鄕新聞을 發行하여 왔던 바 四二九二年 四月三〇日 被告 公報室長은 右 軍政法令 第八八號